

民事诉讼法学精粹译丛

傅郁林 主编

# 德国民事诉讼法基础教程

〔德〕汉斯-约阿希姆·穆泽拉克

周翠译



中国政法大学出版社

民事诉讼法学精粹译丛

# 德国民事诉讼法基础教程

[德] 汉斯-约阿希姆·穆泽拉克博士

帕骚大学教授

(*Dr. iur. Hans - Joachim Musielak*)

*Professor an der Universität Passau*

第六次修订版

周 翠 翻译

中国政法大学出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

德国民事诉讼法基础教程/(德)穆泽拉克著;周翠译. —北京:

中国政法大学出版社, 2005.2

ISBN 7-5620-2707-2

I.德... II.①穆...②周... III.民事诉讼法-德国-高等学校-教材

IV.D951.651

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 012318 号

---

书 名 德国民事诉讼法基础教程  
出 版 人 李传敢  
出版发行 中国政法大学出版社  
经 销 全国各地新华书店  
承 印 固安华明印刷厂  
开 本 787×960 1/16  
印 张 39.5  
字 数 725 千字  
版 本 2005 年 8 月第 1 版 2005 年 8 月第 1 次印刷  
书 号 ISBN 7-5620-2707-2/D·2667  
定 价 44.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088  
电 话 (010)62229563(发行部) (010)62229278(总编室) (010)62229803(邮购部)  
电子信箱 zf5620@263.net  
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名:中国政法大学出版社)

☆☆☆☆

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。  
2. 如发现缺页、倒装问题, 请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

# 民事诉讼法学精萃译丛

## 总 序

民事司法制度研究在法治社会的意义以及在中国方兴未艾的司法改革进程中的突出地位已勿庸赘述,但民事司法制度改革的展开和逐步深化对于民事诉讼法研究需求的骤然增加,并没有使中国的民事诉讼法学脱离“弱势学科”的地位。由于在长期奉行“重刑轻民”、“重实体轻程序”的法律文化背景中,中国民事诉讼法学的积累严重不足,特别是在外国民事诉讼法和比较民事诉讼法方面起步较晚,无论在研究资料收集、研究人员知识储备,还是研究手段和方法上,都显得明显不足和落后。这种状况严重限制了学术视野和学术品位,无法适应法制变革和学科发展的需要。因此,尽管在原版信息渠道发达、其他学科的翻译文献已汗牛充栋的今天,介绍一批权威的、体系化的、原理性强的国外民事诉讼法学的学术作品,仍为必要而迫切。特别是在民事诉讼诉讼法典修订之前,对于我国学界常常引为权威支持的现代西方国家民事诉讼法制度的全面了解,可能减少盲人摸象似的无谓争论和法律移植的断章取义;对于这些制度背景、功能、原理、价值目标的深入考察,有助于形成以问题为对象、以语境为依托、立体和动态的比较研究氛围,避免在法律移植中出现拾人的状况。“民事诉讼法学精萃译丛”正是基于这些背景和需求应运而生的。

本套丛书在选题方面,充分考虑我国读者的法律文化背景和正在进行的司法改革的需要,追求法域范围的全面性、题材的多样性、原著的经典性,并尽量避免与国内已有的翻译作品重复。在入选的美国、德国、英国、法国、日本、俄罗斯著作中,分别突出了各自民事程序制度的特色。目前国内已有的以“美国民事程序法”为题的美国作品实际上仅仅介绍了美国的初审程序,而上诉程序在美国立法、实务及整个司法结构和理念中都是独立于初审程序的单独系列,因此,本套丛书选择了三本美国著作,分别介绍了初审法院和初审程序、上诉法院和上诉程序、最高法院及其特殊的上诉程序。德国民事诉讼法教材在我国已有译

本，因此我们仅选取了一本在德国反响较好的简洁教材，另一本则是由德国学者根据本丛书的要求专门收集的对于德国现行民事诉讼制度形成产生过深远影响的学术论文，同时附录了美国学者关于借鉴德国民事诉讼法的一场著名的大讨论，从中可以看到德国民事诉讼法变革的背景、思路和评价。英国民事诉讼法尽管在1998年修订后已具有强烈的现代性，但由于英国皇家文化中形成的民事诉讼制度无论在理念和结构上与我国都相去甚远，加之国内已有介绍这次改革的译本和专著，因此本套丛书所选取的英国作者的两本书都是比较法意义上的民事诉讼法作品，其中一本是经典的理论著作，侧重于从文化视角比较了欧洲三大诉讼法系列即英国、法国和德国诉讼制度，另一本则从制度层面上介绍了当代世界各国民事司法制度所面临的危机和回应。法国民事诉讼制度无论从其作为三大模式之一的重要性，还是对于我国的可借鉴性（包括经验和教训），都应当作为重点介绍给我国研究者，但法国的法学作品在我国不仅稀少，而且译本的可信度也不高，希望本套丛书所选择的法国著名的国际型民事诉讼法学者的这本教材能够弥补这一缺憾。对于日本现行民事诉讼制度的介绍在国内已较为充分，因此本套丛书选取了两个边缘主题，一是日本民事诉讼发展史，从中可以透视日本现行制度形成的历史、文化、政治、经济基础，并把握大陆法系民事诉讼法发展的大致脉络；另一本是对日本审判外纠纷解决途径（ADR）的介绍。俄罗斯作为与我国法学发展史上有着相同或相似血脉的国家，无论对于探寻我国现行司法制度的成因，还是基于借鉴或反思并建构转型时期的民事诉讼制度的目的，在比较民事诉讼法研究中都是不可或缺的一枝，因而当然地列入了本套丛书。此外，随着欧洲一体化进程的迅猛发展，欧盟司法制度对于成员国乃至周边国家民事诉讼制度的影响之深，已使得我们在介绍和研究欧洲各国诉讼程序制度时不可忽略的一部分，这种影响也受到本套丛书的关注。

法学翻译的意义、艰辛和方法已有无数翻译家进行过多种精辟论述。在担任这套丛书的翻译、审校和翻译组织工作的过程中，我不断想起其中一位翻译家的话：“谁要想下地狱，就让他去做翻译吧！”当我们以“我不下地狱，谁下地狱”的淡泊完成这份工作时，我们已经能够以平静的心情等待读者的宣判了，因为每一位译者和审校者都已倾尽了自己的“储蓄”。如果这份勤勉耕耘能够在民事诉讼法学的园地里播种几粒健康的种子，那么欣慰就不仅来自于译者和审校者从字斟句酌中的受益了。而这种欣慰也是我们回馈那些在本套丛书制作中给予过关注和帮助的同道者的唯一方式——在这些尊敬的同行中不能不提的是，共同主持本

项目的张志铭教授，以及为本项目奠定基础的“民事诉讼法学者国际研讨班”和“比较民事诉讼法研讨会”项目的主持人江伟教授和课题组全体成员。

傅郁林 谨识

2005 年 7 月 15 日

## 第一版前言（1991 年）

民事诉讼法是指民法法院和其他民事司法机构在履行他们的任务时（非讼事务裁判权例外）所应注意和应使用的法律规范的总称。这些任务是确认和实现个体的权利。确认所诉追的权利是否存在，是通过审判程序进行的。而以针对不自愿给付的债务人强制执行的途径实现被确认的权利，这一任务则是由执行程序承担。这两个程序都会本书中探讨；即本书包括通常在民事诉讼法（审判程序）和强制执行法这两门课中所讨论的内容。

我之所以选择《民事诉讼法基础教程》这一名称，是为了明确：本书无论从内容还是教学思想上都与我的《民法基础教程》一书保持一致。本书应当传授第一次国家考试和考试通过后的实习期初期所必须掌握的、不可舍弃的基础知识。在阐述各个法律问题时总是会和案例的解决相联系，这种技巧特别值得注意。穿插的案例应当能利于本书读者理解，并同时展示各个法律问题的实践意义。读者应当对案例和提问以及考试练习进行解答，以便练习解决民事案例的技巧方法，并能在本书答案提示的帮助下考查学习和理解的程度。

## 第六版前言

《德国民事诉讼法》再度通过一系列法律被修订。主要是2002年1月1日生效的《民事诉讼改革法》对民事诉讼法的部分内容进行了根本性重塑。对民事诉讼法产生重要作用的还有《德国民法典》的新修订，这主要通过《债法改革法》和《租赁法改革法》而实现。前不久颁布的《州高级法院代理改革法》和《修订有关损害的规定的第二次法律》也为民事诉讼创造了重要的规定。这些法律的改革使得有必要对本书的各个部分进行修订和在广泛范围内重新编写。因此，本书反映了最新的法律状况。当然，自上一版本以来出版的判例和书籍在修订本书中都被注意了。感谢本书的读者圈子所给予的指点和建议。这样的意见总是我们所期待的。

汉斯-约阿希姆·穆泽拉克

帕骚，2002年8月



## 翻译说明

### 1. 与效行为 (Bewirkungswirkung) 与取效行为 (Erwirkungshandlung)

**与效行为** (Bewirkungswirkung), 直接产生了诉讼上的法律效力, 即导致了某个效果产生。例如, 诉之收回、收回针对缺席判决的申诉、收回控诉和收回上告、舍弃控诉和舍弃上告、舍弃和认诺。

**取效行为** (Erwirkungshandlung), 该诉讼行为的目的在于引起法院的活动。例如, 申请、主张和举证。

值得注意的是, 区分诉讼行为的不同种类并不是目的本身, 而是为了易于对诉讼行为进行评价。在对诉讼行为进行评价时, 必须注意术语的使用。对取效行为而言, 应当审查它们的合法性和有否理由。即人们不说是否所提起的申请“有效” (gültig/wirksam)。相反, 对与效行为则审查它们的“有效性”, 而不是合法性。例如可以说第 269 条意义上的诉之收回是有效或者无效的, 但不说是合法的 (zulässig) 或者不合法的。

### 2. 收回 (Rücknahme)、撤回 (Widerruf) 与撤销 (Anfechtung)

本书详细区分上述三个概念, 所以在翻译中也给予了相应的注意。值得一提的是本翻译中的“诉之收回” (Klagerücknahme) 与中国的“撤诉”在制度的本质上不存在明显差别, 仅仅是字面用语的区别。

取效行为原则上可以被**收回** (Rücknahme), 如果并未通过它创造了一个“从对方当事人的利益上看不经他同意不允许被取消的”诉讼情状。例如诉 (以及其中包含的取效行为) 仅在被告对主诉进行言词辩论开始之前不经被告的同意可被收回 (第 269 条第 1 款), 因为这一时刻之后被告具有要求对诉进行裁判的权利 (对此参看本书边码 252)。

**Widerruf** 在民事诉讼中是追溯既往地消灭诉讼行为的一种可能性, 原则上到

## 2 翻译说明

最后一次言词辩论之前都可以作出,但在很多重要的情形被排除。<sup>[1]</sup> 在本书中将之翻译为“撤回”。只要与效行为以之为目标的、诉讼上的后果已经产生,则与效行为原则上是不可撤回(Widerruf)的。

Anfechtung 在程序法中有三种用法:<sup>[2]</sup>

I. 针对法院的裁判提出 Anfechtung,例如,提起法律救济包括提起上诉。针对此种用法,本书将之翻译为“声明不服”。

II. 为达到让法院作出形成判决的目的提起的必要的诉,对该种用法本书将之翻译为“撤销”。例如 Ehegerichtsverfahren (婚姻撤销程序)、Anfechtungsklage gegen Verwaltungsakte (撤销行政行为之诉)。

III. 对某诉讼行为提起 Anfechtung,本用法在本书中也翻译为“撤销”。在诉讼法中,因为错误和意思表示瑕疵不能如同在民法中一样对诉讼行为提起撤销。在诉讼法规范中包含了关于注意诉讼行为的意思瑕疵的封闭性规定。

### 3. 无需主张的抗辩(Einwendung)、需主张的抗辩(Einrede)

当事人在言词辩论中应当及时主张他们的攻击手段和防御手段。怎样理解攻击手段和防御手段,在《德国民事诉讼法》第282条第1款中有相应规定。属于此的有主张(Behauptung)、争辩(Bestreiten)、无需主张的抗辩(Einwendung)、需主张的抗辩(Einrede)、证据手段等。

依照实体法,需主张的抗辩和无需主张的抗辩的区别在于:法官应当注意从当事人的事实陈述中产生的无需主张的抗辩,而无需权利人明确引证;而在需主张的抗辩的情况则相反,权利人必须提出这样的抗辩以使得法官对之注意。

《德国民事诉讼法》在与实体法不同的意义上使用了 Einwendung (无需主张的抗辩)这一概念,它被理解为一方当事人的全部防御陈述,而 Einrede (需主张的抗辩)被理解为民法意义上的概念(参看本书第六章三)。

### 4. 权利消灭的规范(rechtsnichtigende Norm)、权利受制的规范(rechtshemmende Norm)与权利妨害的规范(rechtshindernde Norm)

[1] 对此参看 *Deutsches Rechtslexikon*, 2001 年第 3 版——译者注。

[2] 参看 *deutsche Rechtslexikon*, 主编 Dr. Horst Tilch/Prof. Dr. Frank Arloth, 2001 年第 3 版, Beck 出版社——译者注。

被告所陈述的事实可能满足了相反规范的事实构成。相反规范是指导致原告所主张的权利无成效这一法律后果——也就是说使得被告的反权利有理由——的规定。这样的相反规范的法律后果具有不同的效力，可以作出下列区分：

I. 某个已经产生的权利事后又被消灭。例如履行、抵消或者撤销。如果人们指实现了这样的法律规范的事实构成要件的事实材料，则人们称该规范为权利消灭的规范（rechtsnichtigende Norm），称该事实为权利消灭的事实。

II. 某个（已经存在的）权利被阻碍，即持续性地或者暂时性地被阻碍。这涉及所谓的“权利受制的规范”（rechtshemmende Norm）或者“权利受制的事实”。

III. 最后还存在阻止权利产生并且作为该权利存在的否定性前提要件发挥作用的法律规范。《德国民法典》第 104 条所述的无行为能力等是例证；某个权利的存在总是通过这些规范所宣告的法律后果被阻止。因此人们将之称为“权利妨害的规范”（rechtshindernde Norm）并且将实现该规范的事实称为“权利妨害的事实”。

#### 5. 阐明（Aufklärung）与疏明（Glaubhaftmachung）

各种工具书中对 Aufklärung<sup>[3]</sup> 和 Glaubhaftmachung<sup>[4]</sup> 有不同的翻译。本书将 Aufklärung 翻译为“释明或阐明”，对当事人而言为“阐明”，对法官而言是“释明”；将 Glaubhaftmachung 翻译为“疏明/稀明”。

Aufklärung 的用法有两种：

I. 指法院的发问义务和释明义务（gerichtliche Frage - und Aufklärungspflicht），该义务从《民事诉讼法》第 139 条第 1 款、第 136 条第 2 款第 2 句中得出。按照尧厄尼希教授的观点，通常的用词“法官（richterliche）的发问义务和释明义务”具有误导性，因为《民事诉讼法》第 139 条没有赋予法

[3] 日本《独和法律用语辞典》将之翻译为：“释明”（第 30 页）；《德汉法律经济贸易词典》（第 77 页）和《德华法律经济词典》（第 30 页）将之翻译为“阐明”——译者注。

[4] 日本《独和法律用语辞典》将之翻译为“疏明”（第 128 页）；《德汉法律经济贸易词典》将之翻译为：“释明、使可信”（第 421 页）；《德华法律经济词典》将之翻译为“使可信”（第 153 页）。谢怀栻先生在其翻译的《德意志民主共和国民事诉讼法》中将之翻译为：“释明”（第 296 条第 75 页）——译者注。

院自动的、无视双方当事人的、对案件事实情况进行释明的义务，甚至也无权利这样作。毋宁说，法院不仅应当接受和利用双方当事人的陈述，而且也督促双方当事人使自己的陈述完整，以达到澄清案件事实情况的目的。即法院承担指示义务（Hinweispflicht）。

II. 指当事人的阐明义务（Aufklärungspflicht）。在一些书籍中也有这样的观点：民事诉讼的当事人具有普遍的阐明义务（Aufklärungspflicht），该义务命令他们做一切可期待的事情以便能澄清对法律显著的事实；特别是双方当事人具有告知事实和证据手段的义务。这一义务作用的结果是：即使没有主张责任和举证责任的当事人也必须协助澄清事实，这通过他们应对对方当事人的可信主张表达态度和公开他们的知情来实现。不过这一观点被一致拒绝，因为并列于主张责任和举证责任而存在的普遍的和广泛的阐明义务并不能从民事诉讼法中推断出来。但另一方面也不能认为：只有负主张责任和举证责任的当事人才须努力阐明对法律具有显著意义的事件。联邦最高法院贴切地指出：如果某个具有陈述义务的当事人身处他应澄清的事件过程之外并对具有决定意义的事实不知详情，而对方当事人知情，则也可要求该对方当事人阐明，只要可以期待他这样做（参看本书第六章三）。

疏明（Glaubhaftmachung）是减轻了的一种证明度。应对法官的关于“法律上具有显著意义的事实是否存在”这一设想的可靠性提出哪些要求，由关于证明度（Beweismaß）的法律规则确定。通常情况下的证明度要求：为确认诉讼中的争议事实必须达到高程度的盖然性。这一盖然程度被描述为“排除了任何合理怀疑的盖然程度”或者“以肯定性为限的盖然性”。但在一些事实情况中，法律规定：疏明（Glaubhaftmachung）即足够（例如参看《德国民事诉讼法》第44条第2款、第104条第2款、第236条第2款、第296条第4款），通过这样不仅减轻了举证（参看第294条第1款），而且也使得较低程度的盖然性（优越的盖然性）就足够。

#### 6. 证明责任/证明负担（Beweislast）

在诉讼法中如果某行为悉听当事人尊便，则称之为负担/责任（Last），并且当事人是承担负担还是拒绝承担并容忍由此产生的不利，听任他们自己来决定。

诉讼上的负担一定程度上与实体法上的责任/职责 (Obliegenheit) 并列。“Last”原意是“负担”的意思,但在法律中惯常被翻译为“责任”,所以 Behauptungslast 在本书中被翻译为“主张责任”、“Beweislast”被翻译为“证明责任”。

证明责任分为客观的证明责任 (也被称为“确认责任”) 和主观的证明责任 (举证责任)。

7. 本证 (Hauptbeweis)、反证 (Gegenbeweis) 与反面证据 (Gegenteilsbeweis)

反证 (Gegenbeweis) 以反对决定某个法律规范的事实构成要件成就的事实之存在为内容。而以该事实为标的的证据则被称为本证 (Hauptbeweis)。

如果法律上具有显著意义的事实的存在与否构成了证据标的,则人们称之为直接的本证或者反证。相反,如果某个证据论证了某事实,从该事实中借助于经验法则的帮助能得出法律上具有显著意义的事实的存在或者不存在,则涉及的是间接的本证或者反证,对之人们也称为推断证据 (Indizienbeweis)。

反面证据 (Gegenteilsbeweis) 必须——如同它的名称所表明的一样——致使法院确信“具有法律显著意义的事实”不存在。针对推测的事实会举证反面证据 (第 292 条第 1 句) (参看本书边码 481)。

8. 事实推定 (Tatsachenvermutung) 和权利推定 (Rechtsvermutung)

推定 (Vermutung) 根据推定标的的不同可分为事实推定 (Tatsachenvermutung) 和权利推定 (Rechtsvermutung)。

9. 判决 (Urteil)、裁定 (Beschluss) 和处分 (Verfügung)

在民事诉讼程序范围内,法院裁判或者以判决 (Urteil)、裁定 (Beschluss) 的形式或者以处分 (Verfügung) 的形式作出。处分 (Verfügung)<sup>[5]</sup> 通常情况下是规定诉讼活动的命令,由审判长或者受命法官或者受托法官发布。

10. 法律救济 (Rechtsbehelf) 与上诉手段 (Rechtsmittel)

[5] Verfügung 在《独和法律用语辞典》翻译为“处分、命令” (第 285 页);《德汉经贸法律词典》翻译为“处分” (第 980 页);谢怀栻先生的《德意志联邦共和国民事诉讼法》中翻译为“命令” (第 40 页)。本书参照上述翻译,将其翻译为“处分”。例如“einstweilige Verfügung” (假处分)。另外一个德语词汇“Anordnung”在本书中也被翻译为“命令”——译者注。

对法院的裁判提出声明不服的不同手段被总括在法律救济 (Rechtsbehelf) 这一概念下, 上诉手段 (Rechtsmittel) 仅仅属于其中一种。上诉手段概念的特征为:

I. 移审效果 (Devolutiveffekt), 即将程序带到上一审级以便在那里继续的效力。

II. 停止效果 (Suspensiveffekt), 即停止判决所发生的既判力效力。

这两个效力在德国民事诉讼中只能通过控诉 (Berufung)、上告 (Revision) 和抗告 (Beschwerde) 达到; 因此只有他们是《德国民事诉讼法》所规定的上诉手段。

通过控诉 (参看本书边码 501), 当事人通常申请: 完全或者部分撤销被声明不服的判决并对诉讼重新进行辩论和裁判。上告 (Revision) 的作用是: 在控诉审级的言词辩论结束时刻产生的事实材料的基础上对被声明不服的判决进行法律方面的审查 (对之参看本书边码 538 及其之后部分)。抗告 (Beschwerde) 作为一种独立的上诉手段, 目的是对诉讼上不太重要的裁判声明不服; 它被规定在第 567 条到第 577 条中。抗告可分为即时抗告 (第 567 条到第 572 条) 和法律抗告 (第 574 条到第 577 条)。

11. 容许性 (Statthaftigkeit)、合法性 (Zulässigkeit) 和有无理由 (Begründetheit)

在任何上诉手段中都应当区分合法性和有无理由性。在合法性的范围内应当审查容许性 (Statthaftigkeit)、是否遵守了所规定的期间和形式以及提起上诉的当事人的败诉 (Beschwer)。如果针对所涉及的判决种类绝对存在上诉手段, 则人们称之为“容许性” (Statthaftigkeit)。所以例如针对州高级法院的裁判, 即时抗告就是不容许的 (参看第 567 条第 1 款)。

12. 败诉 (Beschwer) 与不服标的额 (Wert des Beschwerdegegenstandes)

如果提起上诉的当事人因被声明不服的裁判而承担了不利, 则存在败诉<sup>[6]</sup>

---

[6] 关于 Beschwer 的翻译,《独和法律用语辞典》和《德汉法律经济贸易词典》都将之翻译为“不服”。但该概念是指当事人的败诉负担, 其数额为判决宣告的数额与当事人的申请额之间的差额 (参看本书边码 512 及其之后几段), 所以在本书中将它翻译为“败诉”——译者注。

(Beschwer)。谁获得了他通过权利保护申请而要求的東西，则他就没有理由对法院的裁判声明不服。即败诉是权利保护需求的表现形式。从申请和判决之间的比较中就得出所谓的形式败诉。例如，如果原告申请判处被告 20 000 欧元而法院判定了 15 000 欧元，则原告的败诉额为 5 000 欧元，而被告“要求驳回诉的申请”的败诉数额为 15 000 欧元。

法律在规定控诉合法要件时所使用的“不服标的额”<sup>[7]</sup> (Wert des Beschwerdegegenstandes) 概念是错误的。因为不服标的额是指上诉人以他的上诉所主张的价额，也即应通过上诉手段消除的败诉部分。

“败诉额”与“不服标的额”之间的区别可通过下面这个例子表现出来：K 针对 B 诉求 2 000 欧元。一审法院判给他 600 欧元，其他部分的诉被驳回。因此 K 的败诉额就是 1 400 欧元。如果 K 只承认被驳回的请求中的 500 欧元并且在控诉中申请“判处 B 数额为剩余 900 欧元的款项”，则不服标的额为 900 欧元。

13. 申诉 (Einspruch)、异议 (Widerspruch)、抗议 (Erinnerung) 和反对意见 (Gegenvollstellung)

有关工具书在翻译“Einspruch”和“Widerspruch”这两个概念时并没有对之区分。<sup>[8]</sup> 由于在督促程序中既用到了 Einspruch 也用到了 Widerspruch，所以为了清楚起见，本翻译中将 Einspruch 翻译成“申诉”，将 Widerspruch 翻译成“异议”；同时将另外的类似概念“Erinnerung”翻译为“抗议”，将“Gegenvollstellung”翻译成“反对意见”。

I. Einspruch 是一种向法院提起的法律救济手段，目的是为了变更法院已作出的裁判。特别重要的是针对缺席判决、针对督促程序中的执行决定以及针对

[7] 关于对 Wert des Beschwerdegegenstandes 的翻译。《独和法律用语辞典》将之翻译为“抗告对象”；《德汉法律经济贸易词典》和《德国民事诉讼法》中译本都将之翻译为“声明不服额”。从其意义来看该概念是指当事人所表示的对判决宣告的内容不服的数额；当事人可以表示对判决完全不服，或者部分不服，也即该不服额可以等于或者小于败诉额。在本书翻译中将之翻译为“不服标的额”。而另外一个相对概念“Wert der Beschwerde”在本书中翻译为“败诉额”——译者注。

[8] 《德汉法律经济贸易词典》、《德华法律经济词典》和谢怀栻先生翻译的《联邦德意志共和国民事诉讼法》将 Einspruch 和 Widerspruch 翻译成“异议”；《独和法律用语辞典》将这两者都翻译成：“异议、抗议和申诉”——译者注。

刑事命令（《刑事诉讼法》第 409 条）提起该救济手段。<sup>〔9〕</sup>

II. **Widerspruch** 在民事诉讼法中是并列于上诉手段的法律救济方式，目的是在同一审级变更法院的裁判。只在法律明确规定的地方才可使用这种救济，例如针对督促决定、针对分配计划、针对假扣押裁定、针对假处分命令、针对强制执行程序中为发出代宣誓的保证而指定的期日（《德国民事诉讼法》第 900 条第 5 款）。<sup>〔10〕</sup>

III. **Erinnerung** 是一种法律救济手段（参看本书边码 501），而不是上诉手段。针对受命法官或者受托法官或者书记处的书记官（《德国民事诉讼法》第 576 条）的裁判可提起该救济手段；由诉讼法院对之进行裁判。该救济手段的提起可以不拘形式、不适用强制律师制、原则上不拘期限（例外在《德国民事诉讼法》第 104 条第 3 款中规定）。<sup>〔11〕</sup>

IV. **Gegenvorstellung** 是一项法律上未规定的拘形式的法律救济，在实践中经常使用，与抗告的区别在于它不引致高一审级的程序。<sup>〔12〕</sup> 它的目的在于使得涉事当事人在没有任何上诉手段可用的情况下能主张他的法定听审权被侵犯。在本书中将之翻译为“反对意见”，有待商榷。

#### 14. 诉讼实施权（Prozessführungsbefugnis）与诉权（Klagebefugnis）

诉讼实施权（Prozessführungsbefugnis）是指以自己的名义作为原告或者被告对以诉的形式主张的权利实施诉讼的权利。这一权限通常情况下由声称自己是所主张的权利的获得人的原告或者被主张某权利的被告拥有。如果诉讼实施权限涉及原告，则人们可将之称为诉权（Klagebefugnis）。不过“诉权”这一概念在民事诉讼法中——与在行政诉讼法中不同——不普遍；因此在本书避免使用该概念（参看本书边码 120）。

#### 15. 秩序措施（Ordnungsmaßnahme）与强制措施（Zwangsmaßnahme）

〔9〕 参看 *deutsche Rechtslexikon*，主编 Dr. Horst Tilch/Prof. Dr. Frank Arloth，2001 年第 3 版，第 1258 页，Beck 出版社——译者注。

〔10〕 对此参看 *Deutsches Rechtslexikon*，2001 年第 3 版，第 4856 页——译者注。

〔11〕 参看 *deutsche Rechtslexikon*，主编 Dr. Horst Tilch/Prof. Dr. Frank Arloth，2001 年第 3 版，第 1433 页，Beck 出版社——译者注。

〔12〕 参看 *deutsche Rechtslexikon*，主编 Dr. Horst Tilch/Prof. Dr. Frank Arloth，2001 年第 3 版，Beck 出版社——译者注。



“Ordnungsmaßnahme”（在本书中翻译为“秩序措施”）在诉讼法中是法院使用的压制违反秩序的行为的一种手段。属于该手段的有：责令离庭、秩序罚款、秩序拘禁以及承担费用。

“Zwangsmaßnahme”（在本书中翻译为“强制措施”）是指法院采取的强制涉事人为一定行为或者不为一定行为的手段。包括：强制罚款、强制拘禁、使用直接强制以及代替实施。

“秩序措施”和“强制措施”的区别在于：“秩序措施”并不为了直接引致某一积极作为或者消极不作为，虽然间接上可能有这种效果，它的首要目的是为了惩罚某个过去发生的行为；“强制措施”可能同时也有惩罚的性质，但不是首要目的。<sup>[13]</sup>

#### 16. 破产 (Insolvenz) 与 倒产 (Konkurs)

Insolvenz 和 Konkurs 都是破产和无支付能力的意思。<sup>[14]</sup> 为了从术语表达上对之区分，本书参照我国的使用习惯，与日本和台湾的译法相反，将“Insolvenz”翻译成“破产”、将“Konkurs”翻译成“倒产”。相应地将“Insolvenzmasse”翻译成“破产财产”、“Insolvenzverfahren”翻译成“破产程序”。

#### 17. 驳回 (Zurückweisung) 与 发回 (Zurückverweisung)

译者

2004 年 12 月

[13] 参看 *Deutsches Rechtswörterbuch*, 2001 年第 3 版, 第 3130 页以及第 5002 页——译者注。

[14] 参看《新德汉词典》和《德汉法律贸易词典》。根据《独和法律用语辞典》（第 162 页）和《德华法律经济词典》（第 195 页）“Konkurs”被翻译为“破产”；对 Insolvenz, 《独和法律用语辞典》（第 148 页）翻译为“倒产、支付无能力、无资力”，《德华法律经济词典》（第 178 页）将之翻译为“无支付能力”——译者注。