

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



项目编辑 张 越 汤 强
封面设计 沈 飏

ISBN 7-5620-2707-2



9 787562 027072 >

ISBN 7-5620-2707-2/D · 2667

定价：44.00元

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。这种状况严重局限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。这两个程序都会在本书中探讨；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。^[1] 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：^[2]

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 **Ehelichkeitsanfechtung**（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*^[3] 和 *Glaubhaftmachung*^[4] 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证明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)**^[5] 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^[6]

[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”^[7] (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。^[8] 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。^[9]

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）。^[10]

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）。^[11]

IV. **Gegenvorstellung** 是一项法律上未规定的不拘形式的法律救济，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。^[12] 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（Zwangsmäßnahme）

[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。

“Zwangsmäßnahme”（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。^[13]

16. 破产 (Insolvenz) 与倒产 (Konkurs)

Insolvenz 和 Konkurs 都是破产和无支付能力的意思。^[14] 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 Rechtslexikon*，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。

关于使用本书的几个建议^{〔1〕}

1. 这本基础教程首要的是为那些第一次接触民事诉讼法的、没有预备知识的学生所编写。在陈述各个问题时始终虑及此。尽管如此还是会发生使用本书的人尽管缜密思考（这当然是无论何时都不能放弃的）还是不真正理解这里或者那里的情况。在这种情况下，应当将自己的问题书面记录下来并继续学习本书。在通读本书之后应重新考虑那些搁置的问题。通常情况下这些问题这时已经无需解答了。这对本书首次使用的、但没有进一步解释因此带来理解困难的概念也同样适用。

2. 每章（从第二章起）之后附加的**案例与提问**在本书的教学方案中具有重要作用。其目的在于复习最重要的要点以及检查是否理解和学会了这些要点。这一目的当然也只能通过书面解答所有案例与提问以便将自己的答题与案例分析提示相比较这种方式达到。很显然，这种学习方式必须花费精力并且有自制力。谁若认为，他可以节省这种必要的花费，例如认为“思考研究”即够，那么他欺骗并且损害的是自己。

3. 这同样适用于**考试练习**。应只借助于法条内容在给定时间内对这些练习进行书面解答。只有在此后才允许与答题提示相对照，对此并不取决于与“解答提示”广泛地一致。毋宁说，正确地认识案例的核心问题即可。

4. **法条**是法律工作者不可放弃的工具书。必须对之学习。因此一直仔细阅读本书在陈述各个问题时述及的法律规定必定是有益的。对此还是需要自制力。当然，信赖大家对所引用的法条很熟悉，这会更舒服一些。无论如何一定要读！你们将会经常发现，在此过程中获得了重要的、否则会丢掉的知识。

5. 必须对本书进行一些笔头工作。单纯的“通读”无任何成效。建议：在“贯通学习”一些问题领域之后，试图用自己的语言书面阐述最重要的要点，并且将这些与本书的阐述相比较。在自己结合的学习小组中与其他同学就个别问题

〔1〕 那些已经知道《民法基础教程》所阐述的相应学习建议的人，也应当花点儿时间仔细阅读以下这些叙述。虽然两者在很多地方有相同之处，但还有很多重要的、值得注意的不同之处。

2 关于使用本书的几个建议

进行讨论是另一个有效手段，以激发讨论法律问题的兴趣、促进法律谈话中的口头表达能力并且给予自己（独立）学习——自学是无可替代的方法——以新动力。

6. 必须对本书进行多次贯串学习，对此建议：无论如何都应在几个月间隔之后再次通读本书。在复习过程中也可以选择一些案例和问题进行解答，以通过这种途径察觉和填补知识漏洞。

7. 为学习本书腾出必要的时间！请彻底思考本书的阐述，特别也思考所述的“答题建议”，并且试图横向联系并列的问题和边界问题。在合适定量的基础上进行成效控制显得更合理，因此不允许通过“吃”书并骄傲宣布“一天里又完成了100页”这种方式使“成效控制”变得糟糕。与之相比，真正贯通的学习10页书并且真正理解其内容则代表更大的成效。

8. 本书因为教学方法的原因与其他的一些教科书的结构不相同。为了使“找到特定重点”更容易，本书附详细的“关键词索引”和“段落索引”。如果在文中只是点明了特定问题但没有对之探讨，而是注明“对此稍后探讨”或者“细节稍后”，则应当接受并且不应试图提前寻找和阅读该相应陈述。

9. 小字印刷的字体往往包含补充性的和加深内容。谁只想获得民事诉讼法的初步印象，例如为相应的大学课程进行预习，则他可以首先放弃这部分内容。无论如何必须在第一次国家考试之前补上这些先前省略的内容。

10. 本书也适合用于在文官实习期间重温民事诉讼法知识并且用于——与其他的广泛和丰富地阐述个别问题的书籍一起——准备第二次国家司法考试。对此也可以从案例和一些提问开始着手，以确认知识点中的漏洞并借助于本书相应的阐述补上这些漏洞。



目 录

关于使用本书的几个建议	(1)
第一章 关于解决民事诉讼法案例的方法	(1)
一、与解决民事实体法案例的区别	(1)
二、不同的考试类型	(3)
三、其他的提示	(6)
第二章 民事诉讼的开始	(7)
一、导论与思考	(7)
二、双方当事人的视角	(8)
(一) 概述	(8)
插入部分：咨询救助和诉讼费用救助	(9)
(二) 案例	(12)
三、律师的角度	(13)
(一) 律师的地位和任务	(13)
(二) 具体案例中律师的活动	(17)
插入部分：法院的管辖权	(18)
1. 诉讼途径的管辖权	(18)
2. 事务管辖	(24)
3. 地域管辖	(25)
4. 职能管辖	(33)
(三) 诉状的拟撰	(34)
四、法官的角度	(44)
(一) 民事法院的业务活动	(44)
(二) 准备主期日	(45)
(三) 关于具体情况下法官的活动的示例	(52)
案例与提问	(53)

第三章 程序的进一步发展	(55)
一、言词辩论期日的塑造和进程	(55)
(一) 和解辩论	(55)
(二) 开启	(56)
插入部分: 笔录	(56)
(三) 导入实体状态和争讼状态	(57)
(四) 对席审理和证据调查	(58)
(五) 裁判	(59)
二、程序原则	(60)
(一) 法定听审请求权	(61)
(二) 要求公平程序的请求权	(62)
(三) 处分原则	(63)
(四) 辩论原则和职权探知原则	(63)
(五) 言词原则和书面原则	(66)
(六) 直接原则	(67)
(七) 公开原则	(68)
(八) 违反程序原则的后果	(69)
三、诉之合法性	(70)
(一) 涉及法院的诉讼要件	(71)
1. 德国裁判权	(71)
2. 诉讼途径的合法性与管辖权	(71)
(二) 涉及当事人的诉讼要件	(72)
1. 当事人能力	(72)
2. 诉讼能力	(73)
3. 诉讼实施权限	(74)
(三) 涉及诉讼标的的诉讼要件	(76)
1. 所主张权利的可诉性	(76)
2. 依法起诉	(77)
3. 不曾诉讼系属	(77)
4. 无已经发生既判力的裁判	(80)
5. 权利保护需求	(80)
(四) 法院的合法性审查	(81)
1. 诉讼要件	(81)

2. 诉讼障碍	(82)
3. 分离辩论	(82)
4. 审查次序	(83)
附录: 诉讼标的	(86)
(一) 历史上的立法者的观点	(86)
(二) 新的学说	(87)
1. 实体法理论	(87)
2. 一分肢诉讼标的概念理论	(88)
3. 二分肢诉讼标的概念理论	(89)
4. 相对的诉讼标的概念理论	(90)
(三) 结论	(92)
案例与提问	(92)
第四章 诉讼中的当事人行为	(94)
一、前言	(94)
(一) 当事人对程序进程的影响	(94)
(二) 当事人的诉讼行为	(95)
1. 诉讼行为的种类	(96)
2. 诉讼行为的要件	(97)
3. 其他的要求	(99)
4. 收回与撤回	(100)
二、未出席和未辩论: 缺席程序	(102)
(一) 针对被告的缺席判决——前提要件	(103)
1. 诉之合法性	(103)
2. 申请	(103)
3. 言词辩论期日	(104)
4. 缺席	(104)
5. 不合法理由	(106)
6. 延期理由	(107)
7. 原告陈述的正当性	(107)
(二) 依第 331 条第 3 款作出的缺席判决	(108)
(三) 针对原告的缺席判决	(109)
(四) 缺席判决的形式和内容	(110)
(五) 针对缺席判决的申诉	(111)

(六) 双方当事人缺席	(118)
三、诉之变更	(118)
(一) 诉之变更的概念	(118)
(二) 第 264 条的情形	(121)
(三) 诉之变更的规定	(123)
(四) 书面答题的提示	(125)
四、当事人更换与当事人加入	(125)
(一) 概述	(125)
(二) 当事人更换的各种情形	(126)
1. 法律规定的当事人更换	(126)
2. 任意的当事人更换	(128)
3. 与更正当事人名称的区别	(133)
(三) 当事人加入	(135)
插入部分：共同诉讼	(136)
1. 概述	(136)
2. 简单的共同诉讼	(137)
3. 必要的共同诉讼	(139)
4. 书面答题的提示	(144)
五、认诺	(145)
(一) 法律性质和适用领域	(145)
(二) 前提要件	(146)
(三) 法院的裁判	(147)
(四) 撤回和撤销	(148)
六、舍弃	(149)
(一) 概述	(149)
(二) 法院的裁判	(149)
案例与提问	(151)
第五章 当事人实施诉讼的其他可能性	(153)
一、诉之收回	(153)
(一) 概念和前提要件	(153)
(二) 效力	(156)
(三) 收回诉的承诺	(157)
二、终结声明	(157)

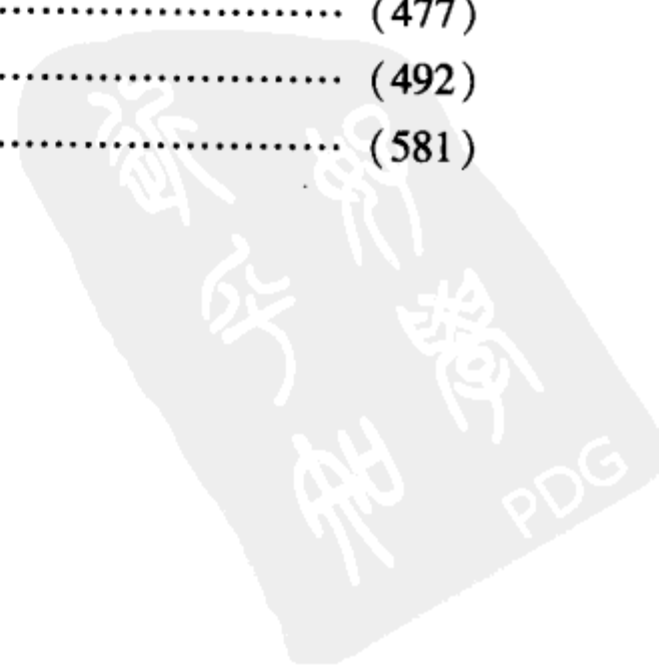
(一) 概述	(157)
(二) 双方的终结声明	(158)
1. 终结事件的发生	(158)
2. 终结声明的法律性质	(160)
3. 效力	(161)
4. 费用裁定	(162)
5. 重新起诉	(164)
6. 对书面答题的提示	(164)
(三) 单方的终结声明	(165)
1. 法律性质	(165)
2. 法院应实施的审查	(168)
3. 对书面答题的提示	(170)
三、诉讼和解	(172)
(一) 概述	(172)
(二) 前提要件和效力	(173)
(三) 无效	(175)
(四) 法院外和解	(178)
插入：程序停止	(179)
1. 种类	(179)
2. 效力	(183)
四、诉讼过程中的抵销	(187)
(一) 问题概述	(187)
(二) 预备抵销	(188)
(三) 驳回抵销抗辩	(190)
(四) 诉讼系属和既判力	(191)
(五) 程序	(195)
(六) 对书面答题的提示	(199)
五、反诉	(199)
(一) 概念和前提要件	(199)
(二) 管辖	(201)
(三) 特别的反诉	(205)
(四) 对书面答题的提示	(208)
附录：第三人加入诉讼	(209)

(一) 前言	(209)
(二) 辅助参加	(210)
(三) 诉讼告知	(217)
(四) 主参加、自称债权人参加和直接占有人(自己指明)参加	(220)
案例与提问	(223)
第六章 事实陈述与证据	(225)
一、前言	(225)
二、驳回迟延的陈述	(225)
(一) 促进诉讼的义务	(225)
(二) 对迟延的惩罚	(227)
1. 未注意第 296 条第 1 款的期间	(227)
2. 第 296 条第 2 款的情形	(233)
3. 第 296 条第 3 款意义上的迟延的责问	(234)
(三) 实践中的策略	(235)
三、法官对当事人的事实陈述的评价	(238)
(一) 正当性和显著性	(238)
(二) 证明必要	(245)
1. 原则	(245)
2. 例外	(248)
3. 证明对象	(248)
四、证据程序	(250)
(一) 提出证据	(250)
(二) 命令证据调查	(251)
(三) 实施证据调查	(252)
五、各个证据手段	(254)
(一) 勘验证据	(254)
(二) 证人证据	(256)
(三) 鉴定证据	(258)
(四) 书证证据	(261)
(五) 讯问当事人的证据	(264)
六、证据评价	(266)
(一) 法官的地位与任务	(266)

(二) 表见证据	(269)
(三) 证明妨碍	(273)
七、证明责任	(275)
(一) 证明不能及其后果	(275)
(二) 证明责任的基本规定和特别规定	(278)
附录：独立的证据程序	(279)
第一次考试练习	(281)
案例与提问	(281)
第七章 法院的裁判	(283)
一、裁判的种类	(283)
二、判决	(284)
(一) 种类	(284)
(二) 形式与内容	(287)
(三) 发布与送达	(289)
(四) 效力	(291)
三、上诉手段	(292)
(一) 概述	(292)
(二) 控诉	(298)
(三) 上告	(308)
插入：保证判例统一的规定	(317)
(四) 抗告	(317)
1. 概述	(317)
2. 即时抗告	(320)
3. 法律抗告	(322)
四、既判力	(323)
(一) 种类	(323)
(二) 既判力的范围与界限	(326)
(三) 既判力的冲破	(333)
1. 依照第 323 条的变更之诉	(333)
2. 再审程序	(334)
3. 依照《民法典》第 826 条的诉	(337)
附录：特别的程序种类，特别是督促程序	(339)
(一) 概况	(339)

(二) 仲裁程序	(343)
(三) 督促程序	(344)
第二次考试练习	(348)
案例与提问	(348)
第八章 强制执行	(351)
一、导论与概述	(351)
(一) 强制执行法的功能与界限	(351)
(二) 程序的原则	(352)
(三) 法律规定	(352)
(四) 机构	(354)
(五) 费用	(356)
二、强制执行的前提要件	(356)
(一) 执行名义	(357)
(二) 执行条款	(361)
(三) 送达	(365)
三、因金钱债权的强制执行	(365)
(一) 对动产的执行	(365)
1. 扣押	(366)
2. 变价	(371)
插入：强制执行中的当事人协议	(375)
(二) 对债权和其他财产权的执行	(376)
1. 金钱债权	(376)
2. 交还请求权	(383)
3. 其他财产权	(384)
(三) 多次扣押	(388)
1. 法律后果	(388)
2. 分配程序	(389)
插入：对共有份额权的执行	(389)
(四) 对不动产的执行	(392)
1. 概述	(392)
2. 强制拍卖	(393)
3. 强制管理	(397)
4. 强制抵押	(397)

四、因其他请求权的强制执行	(398)
(一) 为获得交还物品而进行的执行	(398)
(二) 为作为或不作为而实施的执行	(401)
(三) 判处发出意思表示	(403)
五、强制执行中的法律救济	(404)
(一) 概览	(404)
(二) 执行抗议	(405)
(三) 即时抗告	(406)
(四) 执行异议之诉	(408)
(五) 第三人异议之诉	(414)
(六) 优先受偿之诉	(422)
(七) 依照第 765a 条申请执行保护	(422)
(八) 临时命令	(424)
六、代宣誓保证与拘留	(425)
七、假扣押与假处分	(427)
(一) 假扣押	(427)
(二) 假处分	(430)
第三次考试练习	(433)
案例与提问	(433)
对案例与提问的答案提示	(436)
第一次考试练习的解答提示	(468)
第二次考试练习的解答提示	(470)
第三次考试练习提示	(473)
法条索引	(477)
关键词索引	(492)
翻译参考用书	(581)



第一章 关于解决民事诉讼法案例的方法

一、与解决民事实体法案例的区别

民事诉讼法案例的解决方法与民事实体法案例的解决方法之间的区别比人们¹ 1
预计的明显要少，而共同之处显然要多得多。在这两个领域都涉及澄清某些法律
问题——某些建立在“作为案例应当解答的”生活事实关系基础上而被提出的
法律问题。许多解决民法案例时应当适用的规则，在处理民事诉讼法的事实关系
时也必须注意。这适用一项强制性戒条：应当精确理解法律上应被评判的**事实关
系**（Sachverhalt）（参看《民法基础教程》边码11）。

在民事诉讼法的事实关系上可能存在特别之处：事实关系的主要争点未
确定，双方当事人之间对之存在争议。这因此也会成为解答人的一项任务：
或者在应作出的证据心证（/证据评价）基础上对作为裁判基础的事实关系
首先进行确认，或者因无法澄清的疑问而作出“证明责任裁判”（Beweislas-
tentscheidung）。

例子：原告要求交还一幅油画。被告引证交还不能，因为他已经将该油
画转让出去了。作为该主张的证据，他出示了买卖和转交文书。原告怀疑这
里是否涉及真实的买卖交易，因为被告和买受人是朋友。尽管穷尽所有的阐
明可能性，事实关系在该争点上还是处于不明状态。

对这个巴伐利亚州某次书面考试中所包含的提问，解答人必须首先对
“被告与买受人是朋友”这项事实是否能论证“双方达成的协议不是真实的
因而应依照《民法典》第117条第1款无效”这一结论表达看法。即这里
涉及对事实评价问题以及该评价必须如何在第286条第1款^[1]的框架下进
行。因为确认合同缔结人之间的友谊关系明显不足以使人接受“表面交易”

[1] 如果这里以及本书的后面部分引用某法条却没有进一步注明出自哪一部法，则涉及的总是《德国民
事诉讼法》的法条。

这一结论，这取决于法官在对《民法典》第117条第1款的前提要件存在无法澄清的疑问时如何裁判这一问题。因此必须作出“证明责任裁判”，并且解答人必须阐述在这种情况下双方当事人之间的证明责任将如何分配。

2 “精确理解事实关系”作为解答第一步，也在民事诉讼案例中与必要的思考联系在一起，即与“哪些问题是感兴趣的问题并且是需要法律评价的问题”相联系。人们也可以完全将之称为“案例问题的具体化”，如果人们只考虑到在民事诉讼法案例中涉及评价诉讼状态问题并且不是——如同在实体法的请求权审查中一样——涉及确认参与人互相之间应要求什么；涉及请求权关系的规则以及其所涉及的问题：谁可以从谁那里基于哪些法律规定要求什么（参看《民法基础教程》边码14、29），这些都是解答人不可放弃的。在民事诉讼法案例的审查中应当对哪些问题进行探讨，取决于程序处于哪些阶段以及解答人应从哪些立场出发作出评价：解答人是要承担律师在民事诉讼之初承担的审查：“程序应最好怎样地——也即最有成效地——开始以及在这一阶段必须注意什么”，还是审查法官对诉讼进行过程中所产生的程序问题作出的裁判是否贴切？

在个别情况下应当探讨什么，必须从“解答附注”（Bearbeitungsvermerk）中得出。其中所包含的案例提问限制了应当进行的审查。如果解答人也处理了不属于案例提问要求解答的问题点，则意味着重大错误。不少见的情况是：关于民事诉讼法案例的“解答附注”被总结得如此精确，以至于使“案例问题具体化”成为多余。其中的原因不仅在于，提问人只希望处理特定的争点，而且也因为不少见的情况是：为了更加形象逼真，民事诉讼的事实关系提供了裁判所不须依赖的事实。^{〔2〕}在一般的提问中，解答人必须如同在实体民法的案例中一样，将案例问题具体化并确认哪些细节争点需要法律表态。

3 民法案例的解答方法与民事诉讼案例解答方法在下一个解答步骤上没有任何区别（对此参看《民法基础教程》边码10及其之后）。即使在民事诉讼法的案例中，“鉴定式表态”的解答工作也以“收集解答的第一思想以及查找显著相关的法律规定”而开始。如同在民法案例审查中一样（参看《民法基础教程》边码16）同样建议使用记录纸，在其上解答人记录在首次阅读过程中自然而然反

〔2〕 这里参阅 Schumann 的书边码5，他在该书中建议：在阅读案例全文之前首先阅读“解答附注”。

映出来的或者在进一步思索时产生的所有想法。在对该案例进行法律评价时，必须考虑对裁判重要的程序法规定。解答人也将这些规定写在记录纸上。

找到对裁判显著的法律规定是以法律知识为前提的。这适用于所有的法律领域。民事诉讼法必要的知识应当通过现有的书籍传授。就是站在此立场上本书强烈建议：熟悉《民事诉讼法》的结构，以便在有疑问的情况至少知道在法律的哪一编哪一章可以找到应考虑引用的法条。也必须知道在其他法律中对解答问题有重要意义的规定，例如《法院组织法》、《司法辅助官法》以及《强制管理和强制拍卖法》中的规定。

“完成解答梗概并最后阐述案例答案”是进一步的解答步骤，这无论如何都是解答任何法律案例所应考虑⁴的。因此就这点而言对民事诉讼法考试也不存在特别之处。

通常情况下在第一次国家考试中，民事诉讼法案例的解答人应当出具一个鉴定，即运用民法考试中所熟悉的“对提问作出回答”的鉴定式风格。当然对民事诉讼法案例也同样适用“不适用夸张式鉴定风格”的规则。对应当简单判断并且不存在任何疑问的问题应当以判决式的风格处理，即以“必要情况附简短理由的确认”的形式处理。^[3]

二、不同的考试类型

上文（边码2）已经指出，民事诉讼法案例的解答人所应进行的审查取决于：应当从何种角度裁判所提出的法律问题。如果解答人被命从律师处理案例的立场出发实施审查——人们可以将这种考试的类型称为“**律师考试**”——，则审查的实施必须与以法官工作方式在所谓的“**法官考试**”类型的范围内所要求的审查的实施不同。在第一次国家司法考试的大量案例中并没有将任务限制在民事诉讼的问题上，而是将民事诉讼的问题与民法的问题相混杂。这种混合考试的结构对律师考试而言与对法官考试不相同。如果“解答附注”中的任务是：在书面鉴定中准备律师对实体法问题和诉讼法问题的答复，则通常情况下应在处理诉讼法问题之前首先处理实体法的问题。因为在实践上律师也是在他转向处理“应如何依照程序法的规定起诉”这一问题之前，首先在实体法的基础上评判胜⁵

[3] 参看 *Diederichsen/Wagner*，民法考试，1998年第9版，第208页。

诉前景。如果在这种情况下解答人首先审查了（应提起的）诉的合法性，则他颠倒了顺序，因为只有当确认了诉有胜诉前景才会对“起诉”这一问题作出决定。尽管如此还是一再地在考试中出现这种（错误）处理方式，因为解答人没有区分律师考试和法官考试，并且错误地认为：在律师考试中也在审查“诉之有理由性”的问题之前首先审查“诉之合法性”。

例子：Volz 卖给 Kunz 一块建有出租屋的地产。在公证的买卖合同中买受人愿意因买价问题而被即时强制执行他的所有财产。当 Kunz 后来发现租金收入并不是每年的 14 000 欧元——如同 Volz 所计算的一样，而是只有 10 000 欧元，他即拒绝支付买价。对此 Volz 威胁申请执行员进行强制执行。Kunz 找到律师 Klug 博士，问他应怎样最佳处置该问题。他也很想知道：是否 Volz 能起诉他并胜诉。在鉴定中应当准备律师的答复。

如果在该案中以诉讼问题为起始点并审查 Volz 是否能基于公证文书强制执行、Kunz 对此有哪些防御可能性并且 Volz 是否尽管在公证文书中的屈服声明仍允许针对 Kunz 提起支付买价之诉，则在结构上就存在错误。虽然所有这些诉讼问题都需要澄明，但应首先探讨：是否 Kunz 因为租金收入减少就可以针对 Volz 主张对待请求权。只有当这一问题被澄明之后，在第二步骤思考如何能对参与人的实体权利进行诉讼上的实施才显得有意义。

当然必须注意：无论如何不应死板和毫无例外地应用“结构规则”，而是可以在个别情况下出于充分的理由而完全与此不同选择另外的结构。例如如果律师被问及对是否能针对法院的裁判提起上诉并是否有成效这一问题有何建议，则允许在对上诉手段是否有理由以及对实体问题表态之前，首先回答通常情况下可以简单回答的诉讼上的关于上诉手段合法性的问题（参看边码 7）。这对应当评判强制执行程序中的救济的胜诉前景这一情况同样适用。因为法律救济为问题审查界定了界限，所以应当优先解释可针对强制执行措施提起哪些法律救济。

- 6 如果在考试中必须对“法院应当如何对诉讼作出裁判”这一提问表态，则必须考虑到：只有当确认了实体裁判的合法性，才可以作出实体裁判。出于此原因，合法性问题比实体法问题具有优先性。

如果在上例中（边码 5）由律师迅速以 Volz 的名义并应其委托提起了支付买价之诉，并且解答人被要求对“法院将作出哪些裁判”这一问题作

鉴定式表态，则必须首先讨论这里所提出的诉讼问题，因为如果法官出于“Volz 的权利保护利益因公证文书中的屈服声明而不再存在”这一理由而不得不确认 Volz 的诉不合法，则他根本就不会再对实体权利问题作出判断。这里应当首先搁置如何对该问题进行裁判这一问题。

另外的一种考试类型由所谓的“**上诉案例**”组成，在该类型中必须评判针对法院裁判提出的法律救济的胜诉希望。也可以各从律师或者法官的角度出发进行这种评判。通常情况下在律师考试中也宜首先处理法律救济的合法性问题，即诉讼问题，因为只有在对法律救济的胜诉前景有肯定答案的时候其他的一切才获得了意义。在律师考试和在法官考试中，应只从一方诉讼参与人的角度出发探讨应被评判的事实关系；但结合双方诉讼参与人的角度也完全可能成为解答人的任务。如果解答人被要求对法律状态表态，则不仅应当阐述法院应当发布的裁判，而且也“存在哪些程序法的、可供双方当事人（以及代表他的律师）使用的可能性”发表意见。^[4]

法院应依职权审查是否自己对裁判该诉具有地域管辖权和事务管辖权。如果法院得出了否定的结论，则应向原告（代理他的律师）指示缺乏管辖权（第 139 条第 3 款）。原告方必须决定他怎样最佳处理这一情况（参看第 281 条）。最后还应简短探讨在原告提起了或者未提出移送申请的情况法院应当怎样裁判（参看下文边码 57）。

从这几启示中也可得出结论：解答人必须考虑“**诉讼状态的发展**”，它们基于参与人的可能的行为可能会怎样进展。因为诉讼的进一步发展——正如已在概念中澄清的一样（参看边码 151）——，并且那些依照诉讼法而可能发生的变更必须纳入关注的范围。一方当事人的申请——如在上面引入的例子中——可以创造新的诉讼状态，这可以引起法院的反应，正如相反法院的裁判可以引出双方当事人新的申请一样。同样应当注意，基于一方当事人的不作为也可以产生法律后果，例如通过对主诉无责问辩论而使得原本没有管辖权的法院具有了管辖权（第 39 条）或者通过未作及时责问而使得程序瑕疵得到补正（参看第 295 条）。如果“解答附注”（如同在法律状态问题中一样）要求全面对所有法律问题表态，则解答人必须也基于可能的当事人的行为或者可能发生的法院活动考虑所产

[4] 参看 Schumann Rn. 24。

生的诉讼状况，即预测性地描述程序的进一步进展。^{〔5〕}就这点而言，这与探讨实体民法案例存在彻底重要的不同，在民事实体法案例中通常应当评价某个确定的并且不再变更的事实关系。

三、其他的提示

- 9 上面论述的目的只是对解答民事诉讼案例的方法给予一般提示。关于民事诉讼法特别问题的考试技巧问题，将会在探讨这些问题的时候进一步阐述。除此之外推荐 *Ekkehard Schumann* 的《民事诉讼法考试》一书，在该书中可以找到解决民事诉讼法主要问题的有价值的指示。^{〔6〕}

〔5〕 参看 *Schumann* 边码 35 及其之后。

〔6〕 值得一读的还有 *Bäumgärtel/laumen/Prütting*，《民事诉讼法案例》。



第二章 民事诉讼的开始

一、导论与思考

属于民事司法最重要的任务的是：确认个体在诉中所主张的（私）权利是否存在。权利的产生发生于诉讼之外，因实体民法中创设权利的规范的事实构成要件的成就而发生。与之相适应，法官在裁判诉讼时基于实体民法的规定应澄清：是否原告所主张的权利通过创设权利的规范的事实构成要件的成就而产生，以及该权利在此之后没有因权利消灭的规范的事实构成要件的成就而又被消灭。 10

例子：A 和 B 对电视机达成买卖合同。基于这一合同产生了 B 要求 A 交付并转让电视机的权利（《民法典》第 433 条第 1 款第 1 句），并且产生了 A 要求 B 支付约定买价的权利（《民法典》第 433 条第 2 款）。通过交付和转让电视机和支付买价，这些权利又都归于消灭（《民法典》第 362 条第 1 款，该款即是权利消灭的规范）。在争议案件中法官应基于上述规定确认是否以及哪些权利还存在于参与人之间。

个体是否享有特定的权利，这依照实体民法进行裁判。但如果个体所拥有的权利被其他人侵犯，则通常情况下不允许参与人通过自己的手——或者确切的说：通过自己的拳头——取回他的权利并强制性实现他的请求权。因为私力救济只在很狭窄的界限内才合法，《民法典》第 229 条规定：如果不能及时获得当局的救助，并且不立刻出手的话将发生请求权的实现被破坏或者大大变难的危险时，私力救济才合法。在所有的其他情形中，权利人都应申请国家来帮助实现权利。作为“禁止私力救济”的平衡，国家对个体在实现个体权利上存在着帮助义务。国家的公民针对国家享有基本法上确保的请求“主管的国家机构，特别是法院，对之提供权利保护”的请求权。这种请求权被称为“司法请求权”（Justizanspruch）或者“司法保障请求权”（Justizgewährungsanspruch）。 11

在司法保障请求权未实现的情况下，个体的基本权利受到了侵犯，他可

通过宪法抗告向联邦宪法法院主张该侵犯，对于这一点不存在任何争议。相反，有争议的是从宪法的哪条规范中导出了司法保障请求权这一问题。^[1]列入考虑之列的有“法官法定的请求权”（《基本法》第101条第1款第2句）、法定听审请求权（《基本法》第103条第1款）或者基本法中内在固有的法治国家原则。因为这里仅仅涉及理论上的意见纷争，因此可以不对之表态。

12 如果原告为实现他（假定的）所拥有的权利需要国家的帮助，通常情况下也即当其他人不自动满足他的权利请求权时，原告将会运用他的司法请求权并向法院请求权利保护。原告所声称的权利是否确实存在，必须——如同已经提及的一样——由法官确认；这发生在正式的程序——民事诉讼中。参与这样的民事诉讼的人们相互之间处于不同地位，这也使得他们从不同的角度来观察具体的诉讼以及具体的诉讼状况。因此在下文中也应当从参与人的不同立场出发来观察民事诉讼的开始。

二、双方当事人视角

（一）概述

13 原告针对被告享有某权利，该权利的实现需要法官的帮助。法官在权利实现上的协助必要性，可以因被告拒绝承认原告所主张的权利而产生，或者也通过原告申请须由法官宣判才能实施的“权利形成”而产生。

通常情况下，形成权（*Gestaltungsrecht*）的权利人可以自己实施该权利并以此相应（即与形成权相适应）变更实体的权利状态，例如通过因误解（《民法典》第119条）而作出的撤销使得意思表示追溯既往地无效（《民法典》第142条第1款）。但也存在这样的情况：在形成权利的情形，权利形成专属由法官作出，因此权利人应当要求法院改塑权利状态。例如婚姻只可依一方配偶或者双方的申请通过法院的判决而离散（《民法典》第1564条第1款第1句）。专属由法官作出“形成”的原因在于存在于婚姻状况上的和其可靠的证明上的公共利益。关于法官的形成判决在后面还会进行探讨。

[1] 对此参看 *Bethge NJW 1991, 2391, 2393; Rosenberg/Schwab/Gottwald § 3 I.*

在某人请求法院保护权利和起诉之前，通常情况下他会试图确定他的胜诉前景以及他将为此承担的费用风险。这两个问题紧密相连，因为原则上在诉讼中失败的人应当承担因此产生的费用（第91条）。这种费用可能很高昂。^{〔2〕}为了评价诉的胜诉前景，则必须审查权利状态。因此在大多数案件中委托一名律师为诉讼作准备是适宜的。如果诉应当在存在强制律师制的法院提起（参看第78条以及本书边码21），则无论如何都必须聘请律师。律师可以为他的活动要求酬劳（细节问题参看本书边码23）。如果某人对法院外的法律咨询或者对实施民事诉讼缺乏必要的资金，则他可在一定的前提要件下获得咨询救助和诉讼费用救助。关于这两种可能性将在下文进行探讨。

插入部分：咨询救助和诉讼费用救助

咨询救助的前提要件和范围规定在《咨询救助法》（BerHG）（Schönfelder 第98b号*）中。根据该法任何人都可为法院程序之外的权利实施获得救助，如果他

- (1) 依照他的个人状况和经济状况不能筹措到必需的资金，
- (2) 没有其他的救助可能性可供使用，使用这些可能性对权利寻求人来说是苛求，
- (3) 权利的实施不是轻率（mutwillig）的（BerHG第1条第1款）。

《咨询救助法》第1条第2款规定：如果应当给予权利寻求人诉讼费用救助，而无须其自己承担费用分摊（对此参看本书边码16），则应认为他缺少必要的资金。咨询救助的内容是咨询以及——如果必要——也包括代理（《咨询救助法》第2条第1款）。权利寻求人应当向初级法院提起咨询救助申请。只要初级法院自身不能例如通过“立即答复”给予咨询救助，则该法院就得在咨询救助的前提要件具备的情况下（《咨询救助法》第3条第2

〔2〕 对此参看 Schreiber Jura 1991, 617, 62, 经过三审的诉讼的费用总共约占争议额的75%左右。因为此后法院费用和律师费用又被提高，所以现在费用还要更高。

* Schönfelder 系活页《德国法律集》，由 Beck 出版社出版。因为德国法令变更频繁，因此每隔几月甚至一个月出版社就会各按法律之变更出版法律变更的活页，读者按照“撤换说明”更换页码，以便获得最新的法律资讯。这本红色的厚约10厘米的法律条文集现在还有一本“补充册”，这两本法律集几乎成为法律系学生和教授的人手一册的工具书，尤其是准备国家司法考试的高年级学生的必备工具书。在这本《法律集》中，为了便于查找，各法都被编号，比如《民法典》就是第20号、《民事诉讼法》即是第100号。此处的《咨询救助法》在其中的编号为第98b号——译者注。

款、第6条第1款)向该权利寻求人出具一个“咨询救助”的权利证明。然后该权利寻求人可以携带该证明前往他选择的律师处,该律师则可从国库中获得此次咨询的酬劳。律师可以向权利寻求人要求10欧元的自付额(Eigenbeteiligung);当然这笔费用也可由律师免除(《咨询救助法》第8条第1款)。如果权利寻求人直接向律师求助,则也可以事后依其申请向他提供咨询救助(《咨询救助法》第4条第2款第4句、第7条)。

诉讼费用救助规定在《民事诉讼法》中,即第114条到第127a条。依照第16 114条,诉讼费用救助取决于以下各点:

(1) 诉讼实施费依照个人状况和经济状况不能、或者只能部分、或者只能以分期形式承担;

(2) 并且将要进行的权利诉追或者权利防卫存在充分的胜诉前景,且显得不是轻率的。

当事人自己是否全部或者部分承担费用,根据他的财产状况和收入状况来评判。法律规定:当事人一方为偿还诉讼费用应当填写他的收入(第115条第1款第1句)。属于收入(Einkommen)的是所有的金钱以及有金钱价值的所得(Einkünfte)(第115条第1款第2句)。但应从中扣除一系列款项并且只应按照剩余的月收入来计算是否以及多大数额的诉讼费用必须由当事人自己承担(参看第115条第1款第3句)。就这点而言,所进行的计算是相当复杂并且在这里是无法阐述所有细节的。普遍看来只能说,从申请人的毛收入中应扣除税款、包括失业保险在内的社会保险的义务费用、作为法定医疗保险和作为退休金保险的自愿成员而应缴纳的费用、私人医疗保险和事故保险费用以及与获得收入相联系的必要的支出,例如到上班地点的车费、劳动材料的花费以及工作服费用。也应考虑:是否申请人应当负担他的配偶以及其他家庭成员的抚养费。就这点而言应以一个源自联邦司法部为各年度规定的收费标准的总数额作为基础。依此得出的免抚养费数额(Unterhaltsfreibetrag)再减去抚养权人自己的收入。最后住宿费以及取暖费应从毛收入中扣除,只要这些费用与当事人的生活状况相比不是处于明显得不适当状态。只要虑及申请人的特别负担某个款项是适当的,则也可以扣除这样的款项。在扣除上述款项之后得出的月收入部分就构成了法院裁判“申请人为补偿诉讼费用而应偿付的月份额大小”的基础。在第115条第1款第4句中有一个表格,在该表格中列举了相对于申请人填写的收入而言应偿付的月份

额的大小。如果当事人的诉讼实施费预计未超过4个月的月份额以及从财产中应当承担的部分款额（第115条第3款），则不批准诉讼费用救助。只要不是苛求，当事人也必须填写他的财产，这也明确规定在第115条第2款中。对此参看《联邦社会救助法》第88条。从中可得出结论：申请人居住的适当的房屋地产、适当的家用器具以及为接受或持续职业培训或者营利活动不可或缺的物品，不被视为可变价的财产。

除了缺少财务资金或财务资金不足够外，给予诉讼费用救助的另外一个要件的是：权利诉追或者权利防卫有胜诉前景以及不是轻率的（参看第114条）。

17

应在审查权利状态和事实前提要件的基础上评判“胜诉前景”，该审查基于申请人的疏明（第118条第2款第1句）和对方当事人的表态（第118条第1款）由审判长或者他委托的一名法院成员实施（第118条第3款）。对胜诉预言的要求不允许太过分。^[3] 如果从胜诉审查中得出原告将只对他所主张的请求权部分胜诉，则诉讼费用救助相应受到限制。

如果不是出于实体的衡量而提起诉讼实施，则被看作轻率；如果一个理智的和有足够资金的当事人在同样的情况下将不考虑诉讼，则也属于此种情况。^[4]

应当向诉讼法院提起批准诉讼费用救助的申请，也就是说向诉讼应悬浮或者系属的法院提起（第117条第1款）。当事人就个人状况和经济状况（第117条第2款第1句）作出的声明应当使用表格（参看1994年10月17日的《诉讼费用救助表格法令》—BGBl. I S. 3001—也涉及例外情况）。该声明以及凭证（Belege）只允许在当事人同意的情况送达给对方当事人（第117条第2款第2句）。这一规定保护了申请人的人身权。法院可以进行调查并且特别是命令出示文书并且征求答复。原则上不应当讯问证人和鉴定人，除非其他方式无法澄清权利诉追或权利防卫是否有胜诉前景以及是否轻率（第118条第2款第3句）。

对诉讼费用救助申请的裁判不经言词辩论而以裁定作出（第127条第1款第1句）。如果批准了诉讼费用救助，则法院应当确定应偿付的月份额和从申请人的财产中应偿付的款项（第120条第1款第1句）。如果法律规定

[3] 参看 BVerfGE 81, 347, 357 = NJW 1991, 413; BVerfG NJW 1992, 889.

[4] Thomas/Putzo/Reichold § 114, 边码7, 又见更多证明。

了律师代理，则当事人可依自己的选择委派律师（第121条第1款）；在其他情况下如果事实关系疑难或者因当事人的无助律师代理显得必要或者对方当事人由律师代理，则法院应当依当事人的选择为其指派一名律师，（第121条第2款）。被批准诉讼费用救助的当事人免于偿付法院费用和律师报酬（参看第122条第1款）。相反，如果败诉的话，批准诉讼费用救助不能排除依照第91条、第103条偿还对方当事人产生的费用（第123条；关于败诉当事人的费用偿还义务的细节将在后面讨论）。〔5〕

18 如上所述，任何人都不必因缺少财力资金而放弃律师的法律咨询和在进行诉讼时放弃律师的支持。对此补充一点：今天，权利保护保险（**Rechtsschutzversicherung**）在不小的范围内大大消减甚至消灭了程序的经济风险。由此造成了即使在“最好搁置诉讼”这种情况澄清诉讼的偏爱也得到了促进的结果，这很少引起人们的注意。但如果一方当事人决定自己进行诉讼——这只在初级法院的一审程序中才有可能（关于此的例外也参后细节部分），他可以依照第496条向任何一个初级法院（第129a条第1款）的书记处口头起诉、答辩以及提出其他申请和声明并由书记处记录。

由于第495a条到第510b条的这些规定，所以应当注意初级法院的程序的几个特别之处。原则上对该程序也适用于平常应适用的法律（第495条）。但因为当事人双方没有律师的协助也能在初级法院前进行他们的诉讼，所以立法者通过不同的规定考虑到了这一情形，并且特别扩大了法官告知双方当事人特定的、在程序进行过程中可能发生的法律后果的义务。通过这种方式在一定程度上达到“由法院的咨询和照顾来代替律师的精通法律的咨询”这一目的。有关细节将在后面进一步阐述。

初级法院程序的特别之处还有：州法可规定争议额在750欧元以下的初级法院前的财产权争议、涉及相邻关系争议以及非通过印刷和广播而侵害人身名誉权的诉讼，只有事先在某个调解所（Gütestelle）尝试过和好解决争议而无成效之后，起诉才合法（参看《民事诉讼法施行法》第15a条以及本书边码589）。

（二）案例

在首先探讨了当事人在诉讼中应注意的一般要点之后，应当在下文中借助于

〔5〕 联邦宪法法院（NJW 1999, 3186）对此指示：通过对《法院组织法》第58条第2款第2句的合宪解释必须确保：被批准诉讼费用救助的败诉当事人不须偿还法院费用；也参看 *Lappe* NJW 1999, 3173; *Musielak/Fischer* § 123 边码3。

具体的案例阐述诉讼的准备和开始。

19

在帕骚居住的 Eich 委托来自“德根道夫”的建筑商 Fleißig 在自己的 (Eich 的) 地产上建造一个车库。在建造过程中履带式推土机损害了地产的篱笆。Eich 要求 Fleißig 赔偿损害 800 欧元。Fleißig 拒绝支付, 因为 Eich 本人对损害有过错, 他给推土机的驾驶员指示行车方向并因他的错误指示而致使推土机撞上了篱笆。此外篱笆也已经老化并且需要更新; 因此该损害并未使 Eich 产生任何损失。

如同经常发生的一样, 在这里也是由相当日常的事件过程建构了争议的基础, 该争议可能会成为民事诉讼标的。在涉事人书面或者口头交换过意见以及知道对方的对立观点之后, 各方都会思索是否想让之发展成诉讼。如果 Eich 认为 Fleißig 的论据不贴切, 他将预见性地从建筑报酬中扣除他的篱笆损害赔偿数额, 即用一部分建筑报酬来抵销损害赔偿请求权。如果 Fleißig 认为这不合理, 则他在 Eich 未自动支付全额的情况将会索要全额的工程报酬并且可能会起诉。即使一名法律上的外行人也能预见到这种可能的发展, 并且也会对之作好准备, 即特别是事先向律师寻求咨询。

20

三、律师的视角

(一) 律师的地位和任务

律师在司法框架下通过对他的当事人咨询并且特别是通过在法院前的代理活动履行了重要的任务。律师的法律地位规定在《联邦律师法》中。按照《联邦律师法》第 1 条, 律师应被看作司法的独立机构, 其是自由职业 (Beruf), 但不是一门营业 (Gewerbe) (《联邦律师法》第 2 条)。律师是职业上独立的咨询人和所有法律事务中的代理人 (《联邦律师法》第 3 条), 并且他在所有的法院种类、仲裁庭或者官方机构的所有法律事务中出席的权利只能由联邦法律加以限制 (《联邦律师法》第 3 条第 2 款)。

21

律师职位的许可依申请发放并且该许可依赖于申请人是否具有法官职位的能力 (《联邦律师法》第 4 条), 即以第一次国家考试结业的在某大学的法律学习以及以第二次国家考试结业的随后的预备服务期为前提 (《德国法

官法》第5条第1款)。^[6] 拒绝给予律师职位许可的理由规定在《联邦律师法》第7条中(参看《联邦律师法》第6条第2款)。任何律师都必须在特定的普通法院被许可(《联邦律师法》第18条第1款),允许律师自由选择该法院。在律师被许可的法院所在地,律师必须建立律师事务所(《联邦律师法》第27条第1款第1句)。某法院的第一次许可也将与律师职位的许可同时发放(《联邦律师法》第18条第2款)。某法院的许可也依申请被宣告,并且该申请只能出于《联邦律师法》第20条规定的理由而被拒绝。随着被许可为律师,即获得了在所有法院和官方机构作为一方当事人的辅佐人或者代理人出席的权利。

所谓的“地域化的原则”(Lokalisierungsprinzip)——依照该原则当事人在律师诉讼中只能将代理事宜委托给在诉讼法院(即诉讼系属的法院)被许可的律师——已首先对初级法院和州法院的代理而言被废除,现在也对州高级法院的代理^[7]废除。依照第78条第1款适用以下规则:任何在初级法院或州法院被许可的律师可在初级法院或者州法院的程序中作为一方当事人的诉讼代理人出席。在州高级法院和巴伐利亚州最高法院(对此参看边码40)双方当事人必须由在某个州高级法院获得许可的律师来代理。只有在联邦最高法院的程序中当事人必须让在该法院获得许可的一名律师代理。

强制律师 (Anwaltszwang), 也即当事人让某律师在法院前代理的义务, 存在于州法院以及所有的更高审级的法院, 即所有的州高级法院、巴伐利亚州最高法院以及联邦最高法院(第78条第1款)。依照第78条第2款的标准, 双方当事人也必须在家事案件中——其由家事法院, 即初级法院的一个部(《法院组织法》第23b条)审理——让在某个初级法院或州法院获得许可的律师代理。

如果多个律师共同实施其职业, 则可在不同的组织形式下进行。如果律师们结成某个(简单的)团体, 则涉及民法上的合伙(BGB - Gesellschaft; 《民法典》第705条及其之后几条)。但律师团体也可以取得合伙公司(Partnergemeinschaft)这一法律形式, 则必须在合伙登记簿(Partnerschaftsregister)上登记(《合伙公司法》第7条)。合伙公司涉及的是有法律能力的人合公司(Personengesellschaft)。以前有争议的问题是: 是否律师之间为了共同执业而结合成有限公司(GmbH)的形式也合法, 现在《联邦律师法》第

[6] 对欧盟其他成员国的公民适用特别规定。

[7] 州高级法院的代理通过2002年7月23日的《州高级法院代理变革法》而被重新规定。

59c 条及其之后几条给予了肯定回答。巴伐利亚州最高法院^[8]也肯定了律师股份公司的合法性。

律师在司法内部^[9]的特殊地位也带给律师独特的义务，该义务也可在《联邦律师法》第 43 条及其之后几条和在《职业法》以及为律师规定的《专业律师法》中找到法律基础。律师违反职业义务不仅可能使律师依照民法负有损害赔偿义务，而且也可引起律师法院的措施（参看《联邦律师法》第 113 条及其之后几条）。

总得说来，律师有认真实施其职业并在职业内外展示该职业值得尊重和信赖的、律师地位所要求的义务（《联邦律师法》第 43 条）。不允许律师遭受危害他的职业独立性的约束（《联邦律师法》第 43a 条第 1 款）。他有对在履行职业过程中所获知的所有一切保持沉默的义务（《联邦律师法》第 43a 条第 2 款）。律师广告只有当其形式和内容上都实事求是地告知职业活动并且不涉及个案中所获得的委托时才被准许（《联邦律师法》第 43b 条）。律师可能负有在特定前提要件下承担在法院程序中代理的义务（参看《联邦律师法》第 48 条）或者拒绝职业活动的义务，例如如果该律师已在同一个法律案件中为另一名当事人在对立利益上给予过咨询或者已经代理过（《联邦律师法》第 43a 条第 4 款；关于其他的拒绝理由参看《联邦律师法》第 45 条）。律师应当记录案卷并且在一定的持续期间内保管该案卷（《联邦律师法》第 50 条），并且如果律师可能在超过一周的时间不实施职业或者未在事务所，则也必须负责照管代理事宜（参看《联邦律师法》第 53 条）。除了这些在《联邦律师法》中规定的义务外，律师还承担合同义务，该义务源自律师和他的当事人之间存在的法律关系。

律师和他的当事人之间缔结的合同——其以法律咨询、照管某项法律事务或者实施诉讼为标的——通常情况下是服务合同，其内容为业务处理（Geschäftsbesorgung）（《民法典》第 611 条、第 675 条第 1 款）。如果律师接受了出具法律鉴定或者拟定合同的任务，则也可能涉及以业务处理为内容的承揽合同（Werkvertrag）（《民法典》第 631 条、第 675 条第 1 款）。对律师

[8] NZG 2000, 649; 也参看 Hennisler 的 NZG 2000, 875。

[9] 参看 Krämer NJW 1995, 2313。

而言可从这样的合同中得出形形色色的义务。^[10] 特别是律师应当向他的当事人穷尽所有咨询、细致并且弹性地阐述诉讼的前景和危险并且保护当事人主要不遭受可避免的不利。按照“确定判例”（*Ständige Rechtsprechung*）律师的告知义务也包括针对律师自身而存在的请求权；他必须向他的当事人指示该请求权以及可能面临的时效危险。针对律师的损害赔偿请求权的时效期间为3年，自请求权产生之时刻起但至迟在委托结束后的三年后始算（《联邦律师法》第51b条）。

23 律师得到的报酬（*Vergütung*）按照《联邦律师报酬规则》确定（参看《联邦律师法》第1条）。在民事诉讼中应当区分下列费用（*Gebühren*）：

a. 诉讼费（*Prozessgebühr*）（《联邦律师报酬规则》第31条第1款第1项），该费用是律师“为经营当事人的业务包括信息”而获得的，并且律师对他作为诉讼代理人而实施的、《联邦律师报酬规则》对之没有规定特殊费用的各种活动都收取诉讼费；

b. 辩论费用（*Verhandlungsgebühr*）（《联邦律师报酬规则》第31条第1款第2项），如果在法院进行言词辩论，则发生该项费用；

c. 为在证据调查程序或者为在第613条的婚姻案件中的听审（*Anhörung*）或者讯问（*Vernehmung*）当事人进行代理而发生的证据费用（*Beweisgebühr*）（《联邦律师报酬规则》第31条第1款第3项）；

d. 为探讨案件，也包括在试行和好解决案件范围内探讨案件，而获得的探讨费用（*Erörterungsgebühr*），只要未产生涉及同样标的和同一审级的辩论费用（《联邦律师报酬规则》第31条第1款第4项、第2款）；

e. 为致力于和解（而产生）的和解费用（*Vergleichsgebühr*）（《联邦律师报酬规则》第23条）。

费用大小取决于律师活动标的的价值（《联邦律师报酬规则》第7条第1款）。律师可以为其活动与他的当事人约定比法定报酬高的报酬；但这种约定的形式和内容应符合特定的要求（《联邦律师报酬规则》第3条第1款）。律师只在胜诉情况才应为他的活动获得报酬的约定（所谓的胜诉酬金 [Erfolgshonor-

[10] 参看 *MünchKomm/ Seiler* § 675 Rn. 16ff.，又见更多证明。

ar]) 或者律师得到一部分胜诉额作为酬金 (quota litis)* 的约定, 是不合法的 (《联邦律师报酬规则》第 49b 条第 2 款)。

在律师的职业任务中, “调解” (Mediation)** 获得了日益重要的作用。“调解” 被理解为“中立的、无偏向的第三人的活动”, 其目的在于: 在当事人双方寻求冲突解决办法时支持双方当事人, 但不享有裁判权限。特别是在因离婚而进行财产分割、雇主和雇员之间的争议以及租赁权冲突中, 调解提供了法院外解决争端的手段。谈判技巧和精神上的移情能力构成了调解人成功实施调解职能的重要前提。好的律师除了扎实的法律知识外也展示上述能力。因此在调解中涉及的主要是律师才有能力履行的任务。 24

(二) 具体案例中律师的活动

我们假定, Eich 在上述例子中 (参看边码 19) 在帕骚找到了一名律师 Kundig 并向其陈述了他和 Fleißig 的争执。Kundig 将会让 Eich 深入阐述有关信息: 损害篱笆的过程是怎样发生的以及篱笆在损害当时处于什么状况。如果从 Eich 的陈述中得出他的请求权显得正当, 则律师肯定会建议他进行抵销。但律师必须考虑到后果: 这样的抵销声明会产生预计的与 Fleißig 的诉讼。对此他会特别思考: 哪个法院对诉讼的裁判有管辖权, 并且如果 Eich 舍弃针对 Fleißig 的建筑工程报酬进行抵销而要求 Fleißig 赔偿他的损失, 则是否存在区别。列入考虑之列的或者是帕骚的初级法院——Eich 居住在这里并且损害在此发生——或者是德根道夫的初级法院, 因为 Fleißig 在德根道夫有自己的企业和居住地。 25

管辖权 (Zuständigkeit) 意味着履行特定任务的权利和义务。对某诉讼有管辖权的法院也即有资格实施和裁判该诉讼。不仅是法官应对每个诉讼进行审查是否他对该诉讼有管辖权, 而且寻求权利保护的人也应当对此进行审查, 因为如果他向无管辖权的法院求助的话可能会遭受不利。如果诉因所求助的法院无管辖权而必须被驳回, 则原告作为败诉当事人应承担诉讼费用 (第 91 条)。如果律师向某个没有管辖权的法院起诉并且因此使他所代理的当事人遭受到损失, 则该律师因违反律师合同中的义务而负有损害赔偿义务。因此律师必须细心和贴切地裁 26

* “quota litis” 是拉丁文, 相当于德文的 der wievielte Teil des Streitgegenstandes (das sogenannte Erfolgshonorar für Anwälte, heute verboten), 即部分诉讼标的额 (所谓的律师胜诉酬金, 今天被禁止), 参看 Prof. Dr. Rolf Lieberwirth 的《Latein im Recht》, 第 4 版——译者注。

** 关于“Mediation”的翻译, 在《新德汉词典》(第 772 页) 中被翻译为“外交调停、调解、斡旋”; 《独和法律用语辞典》(第 180 页) 将之翻译为“仲介、仲裁”; 在本书的翻译中将之翻译为“调解”——译者注。

夺他的当事人的诉属于哪个法院。

插入部分：法院的管辖权

1. 诉讼途径的管辖权

27 首先应当注意的是存在不同的法院分支 (Gerichtszweige)，这些法院分支的管辖权涉及法律各个领域 (参看《基本法》第 95 条第 1 款)。它们是：普通法院裁判权 (等同于民事和刑事裁判权)、行政法院裁判权、财政法院裁判权 (Finanzgerichtsbarkeit)*、劳动法院裁判权以及社会 (福利) 法院裁判权 (Sozialgerichtsbarkeit)。这五个法院分支相互处于平级关系。与之相对，宪法法院裁判权却占据特殊地位，这表现在它所承担的“关注宪法是否得到了尊重”这一任务上。在联邦通过联邦宪法法院为之 (参看《基本法》第 93 条)，在州这一层面通过州宪法法院为之。

在诉讼途径管辖权 (Rechtswegzuständigkeit) 上，即在不同法院分支之间的管辖权上，涉及专属管辖权，也就是说涉及这样一种管辖规则，该规则对双方当事人具有拘束力并且与之不同的约定不合法 (也参看本书边码 44)。

28 对民事法院裁判权与其他法院裁判权之间的界限，《法院组织法》第 13 条确定了一种原则：所有的民事诉讼属于民事法院。这一规定通过一系列其他的、明确创设民事法院管辖权的规则得到了补充。

因此，民事法院依照《基本法》第 14 条第 3 款第 4 句、第 15 条第 2 句应对征用 (Enteignung) 情况的补偿数额的大小、依照《基本法》第 34 条第 3 句对因违反职务义务而产生的损害赔偿请求权进行裁判。《行政法院法》第 40 条第 2 款规定：对于因 [行政法] 牺牲 (Aufopferung)** 的赔偿责任和因公法上的保管 (Verwahrung) 产生的财产请求权以及对因违反非基

* 关于“Finanzgericht”的翻译，《独和法律用语辞典》中将之翻译为“财政裁判所”；《德汉法律经济贸易词典》将之翻译为“财税法院、财政法院”，本书翻译为“财政法院”——译者注。

** 关于“**Aufopferung**”的翻译，《德华法律经济词典》第 31 页将之翻译为“牺牲、贡献”；《德汉法律经济贸易词典》第 79 页将之翻译为“牺牲；[行政法] 牺牲 (的赔偿) 责任、特别牺牲 (的赔偿责任)”，并将“**Aufopferungsanspruch**”翻译为“[行政法] 牺牲责任赔偿请求权”；本书参上翻译为“[行政法] 牺牲的赔偿责任”——译者注。

于公法合同的公法义务而产生的损害赔偿请求权，存在民事诉讼途径。

如果没有明确的法定分派，则取决于争议是否涉及民事诉讼。这一问题应依照导出请求权的法律关系的性质来裁判。^[11] 在个别情况下，将法律关系归类于某一法律领域可能带来明显困难，如同下面这些例子所表明的一样：

29

“敏感先生”居住在“小村”这一镇的一座家庭房屋里。与他的地产相毗邻的是属于该镇的绿地，按照建筑计划应当在该绿地上建成一个游戏场。当该镇开始相应的准备工作的时候，“敏感先生”向州法院起诉要求停止该行为，理由是儿童游戏场可预见到的吵闹噪声会大大损害他对自己地产的使用。

在“敏感先生”的房子之前设有“强股份有限公司”经营的公共汽车线路的终点站。敏感先生向州法院提起针对“强股份有限公司”的、要求取消该停车站的诉，因为他因来往的汽车噪声和废气以及乘客的行为明显受到打扰。强股份有限公司答辩：它只在官方机构的批准下才允许改变行车计划因此不能自行撤销该车站。

B 有限责任公司欠 AOK 保险公司社会保险额约 50 000 欧元。Bürg，该公司的业务执行人（Geschäftsführer），为该款项提供连带保证（selbstschuldnerisch）。* AOK 向州法院提起了针对 Bürg 的要求偿还之诉。Bürg 答辩道，他被 AOK 恶意欺诈，因此撤销他的担保声明。

“小村”镇是某个会厅场所的财产所有人，该厅通常出租给政党举办活动。X 党想在该厅举行联邦大会。因此该党向该镇交涉想达成相应的租赁合同。该镇拒绝，因为它考虑到已经宣布的反对游行担心会引起骚乱。X 党向州法院起诉以使得该镇有义务缔结这样的租赁合同。

上述所有案例中都提出了这样的问题：案件是否涉及民事法律纠纷因而原告所选取的民事途径存在。在建立儿童游戏场之诉的案例中，原告主张了《民法典》第 1004 条第 1 款与第 906 条的请求权，即民事请求权。但这不起决定作用，

30

[11] GemS - OGB（等同于联邦最高法院的联合委员会——关于该法院参看本书边码 546）BGHZ 97, 312, 313 f. = NJW 1986, 2359; BGHZ 106, 134, 135 = NJW 1989, 303, 又见更多证明。

* 关于 Selbstschuldnerisch 的翻译。《独和法律用语辞典》第 243 页将之翻译为“连带保证的”；《德华法律经济词典》第 305 页将之翻译为“自居为主债务人之保证”；将“Selbstschuld”翻译为“自居债务人”。本书参日译翻译为“连带保证的”，有待商榷——译者注。

因为对诉讼途径管辖来说不是原告所声称的他的请求权的法律资格起重要作用，而是他的事实陈述起重要作用，该事实陈述应被法院评价并从中导出法院自己所考虑的法律后果。^[12]

依照主流观点，应基于原告的案情陈述来裁判诉讼途径管辖问题，并且不应考虑被告的答辩。^[13] 这种观点的论据是：构成各个诉讼途径之间界限基础的是仅由原告确定的诉讼标的（关于该概念将在后面阐述）。法院在审查原告的事实陈述的时候假定它是正确的，并判断导出原告所追求的法律后果的法律关系须归类于哪一法律领域。只有当应对诉是否有理由进行裁判时，法院才必须审查是否原告的事实陈述贴切。当然对否定的确认之诉存在例外（参看本书边码 65）；在这样的指向被告不拥有某个特定法律地位的确认之诉中必须考虑被告的陈述，以澄明他所主张的权利呈现哪些性质。^[14]

31 在游戏场案件中，从原告的事实陈述中得出：“小村”镇想为公共目的使用它所属的地产。这一儿童游戏场也规定在标准建筑计划中；建设该游戏场是实施该计划并且代表镇的基层高权活动。因为对“敏感先生”的财产权的侵犯在权利性质上应归算为公法，所以原告也必须利用公法中可供使用的“防卫和消除[妨碍]请求权”（**Abwehr – und Beseitigungsanspruch**），并不能选择私法。^[15] 这样一来他的防卫之诉就不是民事诉讼途径，而是行政诉讼途径，因为原告所提起的防卫请求权属于公法。^[16]

32 在“敏感先生”提出的要求取消“车站”的诉中必须考虑到：被告在履

[12] 参看 BGHZ 106, 134, 135 f. = NJW 1989, 303; GemS – OGB NJW 1990, 1527; BGH JR 1997, 201; *MK/Wolf* § 13 GVG 边码 11, 各见更多证明。

[13] GemS – OGB (Fn. 12); BGHZ 17, 320, 90, 189; *MK/Wolf* § 13 (Fn. 12) Rn. 13 *Musielak/Wittschier* § 13 GVG 边码 6; 不同的 *Stein/Jonas/Schumann* Einl. Rn. 404 f.: 在原告的事实主张有漏洞的时候可以参看被告的陈述; 另一观点 *Jauernig* § 3 II 3b; 被告的对立陈述也应考虑, 只要其涉及原告所陈述的事实关系。

[14] GemS – OGB BGHZ 102, 280, 284 = NJW 1988, 2995.

[15] BVerwG NJW 1974, 817.

[16] 如 BGH NJW 1976, 570, 在“游戏场案”中的裁判。

行公法上的“生存照护”（Daseinvorsorge）* 的任务。但这以民事权利的形式发生，因为被告是一个不能行使国家高权的股份公司。变更行车计划和撤销车站需要官方批准也无法改变这一点。原告所防卫的因公共汽车带来的公害而对他的财产的侵犯，从其性质来看具有民事法律的性质并因而存在民事诉讼途径。^[17] 在“担保案”中取决于：是否 AOK 针对 B 有限责任公司的请求权的法律性质——其无疑涉及公法的请求权性质——对担保产生影响并也赋予其公法性质。柏林高等法院（KG）^[18] 赞同此点，而联邦最高法院（BGH）^[19] 认为存在民事诉讼途径，因为即使担保一个公法债权，担保也应归类于民法。在“会厅案”中，原告请求缔结私法合同。这可以支持“民事纠纷”这一观点。然而这里涉及出让一个公共设施，因为会厅被镇用作政党集会场所所以服务于公法目的。鉴于出租公法设施这方面，镇存在来自于公法上的特殊义务。起诉的政党主张：基于公法上的义务镇应当将该会厅供其使用。这显示了争议是公法上的纠纷，对之依照《行政法院法》第 40 条第 1 款存在行政法院的诉讼途径。^[20] 因为这取决于法院对该公法义务的评价。相反，原告和被告作为政党和作为镇从法律地位上看应归属于公法却不具决定意义。因为即使一方甚至双方都是公法上的机构，他们之间也可能产生私法上的关系。

例子：A 镇向 B 镇出售除雪机。这样一来就产生了一个（私法上的）买卖合同且因此而产生的争议就具有民法上的性质。对此具有决定性意义的是：买卖从标的上看涉及私法律行为。相反，如果合同的标的具有公法性质，则涉及的就是公法合同（参看《行政法院法》第 54 条），这样的话从中产生的争议应在行政法院前解决。例如，与其标的相适应关于支付“开

* 关于“Daseinvorsorge”的翻译。《独和法律用语辞典》第 65 页中将之翻译为“生活配备”；《德华法律经济词典》第 78 页翻译“生活必需品之供应”；Dasein 本身具有“生活，生活条件；存在，生存”的意思（参看《新德汉词典》第 244 页）；Vorsorge 是“预先关心、预先操心、预防措施”的意思（参看《新德汉词典》第 1310 页）。在本书中参照台湾通用的用法翻译为“生存照护”——译者注。

[17] BGH NJW 1984, 1242.

[18] NVwZ 1983, 572.

[19] NJW 1984, 1622; 也参看 GemS - OGB (Fn. 14) 第 283 页。

[20] OVG Lüneburg NJW 1985, 2347.

发分担金” (Erschließungsbeiträge)* 的合同应被看作是公法合同。

33 因此必须依照法律关系所涉及的标的来评判法律关系的性质。但正如上述案例所显示的一样,并不总是很容易就能确认法律关系的标的应归属于哪个法律领域。在界定公法和私法界限的问题上有不同的标准被卷涉进来,对它们的可用性和可靠性存在争议。^[21] 所应评定的事实关系适用于对任何人都适用的法律规范(是私法性质的间接证据),还是该法律规范属于特别法,而该特别法在履行公任务的利益上排挤并变更了一般法律,这一衡量提供了决定性依据(所谓的特别法理论)。

34 只有当诉讼途径合法时,才允许法院对实体进行裁判。因此诉讼途径管辖权问题涉及的是诉讼要件(=实体判决要件 [Sachurteilsvoraussetzung];关于这些概念参看本书边码 112),法院应当依职权审查诉讼要件,即无需双方当事人相应的告知而对之进行审查(但参看《法院组织法》第 17a 条第 5 款)。任何法院都对它的诉讼途径的合法性问题作出最终裁判并且对其他裁判权分支具有拘束效力(《法院组织法》第 17a 条第 1 款,权限自主原则 [Kompetenzautonomie])。

35 法院可以预先——即在对主诉作出裁判之前^[22]——不经言词辩论就以裁定的形式确认诉讼途径的合法性。如果一方当事人对诉讼途径的合法性(认为不合法)提出了责问,则法院必须这样做(《法院组织法》第 17a 条第 3 款、第 4 款第 1 句)。针对该裁定可以提起即时抗告(《法院组织法》第 17a 条第 4 款第 3 句;关于上诉手段的细节将在后面详述)。

36 依照《法院组织法》第 17 条第 2 款,诉讼途径上具有管辖权的法院在考虑所有可列入考虑之列的法律观点的情况下进行裁判。这意味着:即使原告的申请可能建立在不同的、分属于不同诉讼途径的请求权基础上,法院的管辖也有理由。法院必须只对众多请求权基础中的一个肯定所诉诸的诉讼途径的合法性,对此不取决于是否被告的败诉宣告也建立在这一请求权基础上。^[23]当然如果原告以并存的诉之合并(第 260 条;参看本书边码 198)的途径主张了多个诉讼请求权,所被诉诸的法院可以认为对其中之一或者多个存在诉讼途径管辖权,而对其

* 关于“Erschließungsbeiträge”的翻译:《独和法律用语辞典》第 95 页将之翻译为“开发分担金”;《德华法律经济词典》第 112 页将之翻译为“拓路受益金”。本书参上翻译为“开发分担金”——译者注。

[21] 参看 Renck JuS 1999, 361, 362f.; MK/Wolf § 13 GVG Rn. 6ff., 各有更多证明。

[22] Kissel NJW 1991, 945, 948.

[23] BGH NJW 1991, 1686; MK/Wolf § 17 GVG Rn. 12.

他的请求权予以否定并就此点向有管辖权的法院移送。^[24]

如果被诉诸的民事法院得出结论：所选取的诉讼途径不合法，则法院应当在 37
 听审双方当事人之后依职权以裁定的形式宣告 [不合法]，并将诉讼移送至有管
 辖权的法院（《法院组织法》第 17a 条第 2 款第 1 句）。对该裁定当事人也可提
 起即时抗告（《法院组织法》第 17a 条第 4 款第 3 句）。移送裁定对被移送法院
 就诉讼途径问题具有拘束力（《法院组织法》第 17a 条第 2 款第 3 句）；这意味
 着该法院必须接受这个关于诉讼途径的裁判，即使它持有与移送法院不同的观
 点。因而回送是不合法的。^[25] 因此权限自主原则也受到了优先权（Priorität）原
 则的限制，因为先对诉讼途径做裁判的法院作出的“被移送法院的诉讼途径合
 法”的裁判具有拘束力。^[26]

诉讼在移送裁定产生既判力（关于该概念参后）之后随着案卷到达接收法院 38
 院——即被移送法院——而系属，仿佛其从一开始就在该法院被提起一样（《法
 院组织法》第 17b 条第 1 款）。特别是对原告而言在期间这一问题上仿佛诉未曾
 在无管辖权的法院而是在接收法院被提起一样。^[27]

如果债权人首先在无管辖权的法院起诉并且在如果不起诉的话请求权将
 会失去时效的时刻才向有管辖权的法院移送，则因起诉而发生的时效中断
 （Hemmung）（《民法典》第 204 条第 1 款第 1 项）也在这里产生。

普通裁判权的法院是初级法院、州法院和州高级法院以及位于卡尔斯鲁厄 39
 （Karlsruhe）的联邦最高法院（《法院组织法》第 12 条）。民事案件的审级途径
 或者始于初级法院或者始于州法院（参看本书边码 42）。初级法院的上一审级是
 州法院，例外是《法院组织法》第 119 条第 1 款第 1 项所述的情况：州高级法院
 （OLG）作为第二审级。^[28] 特别是在子女案件和在家事案件中，诉讼途径总是从
 初级法院到州高级法院。如果州法院对一审有管辖权，则州高级法院作为二审法
 院发挥作用。联邦最高法院是三审法院（《法院组织法》第 133 条）。这些不同

[24] BGH (Fn. 31).

[25] 但违法的回送裁定却产生既判力（详情参后），如果该裁定没有被声明不服，则对被回送的法院具
 有拘束力；BGH JZ 2000, 26, 附随 Hoffmann 的中肯评论。

[26] MK/Wolf § 17 GVG Rn. 6f.

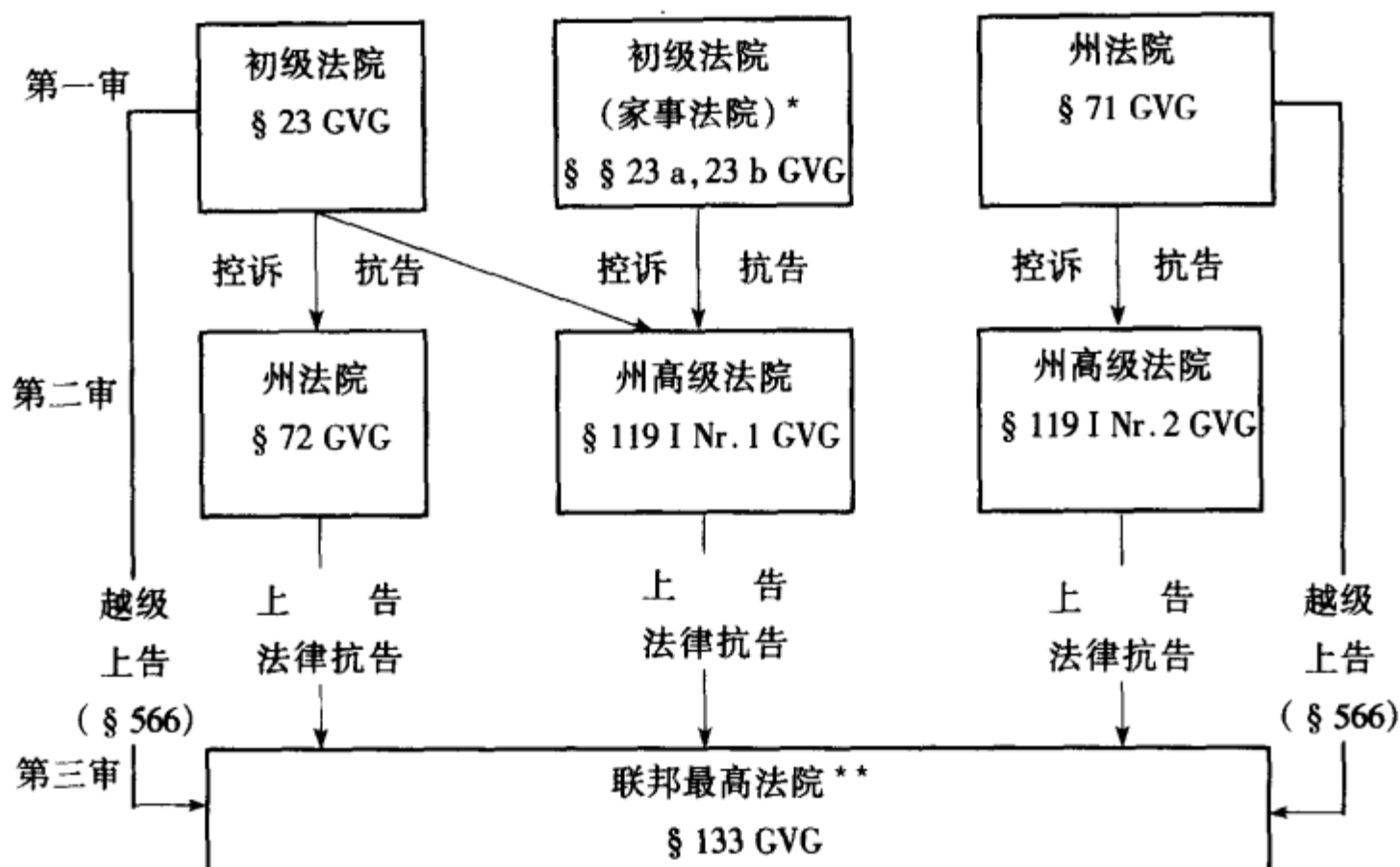
[27] Kissel (Fn. 30) S. 950.

[28] 《法院组织法》第 119 条第 3 款授权各州可通过州法规定：超越《法院组织法》第 119 条第 1 款第 1
 项所称的情形，州高级法院也对针对初级法院的裁判提起的控诉和抗告有管辖权。

规定可通过下图得到反映。

40

民事案件的审级规则



* 家事法院是初级法院的一个特别的部(《法院组织法》第 23b 条第 1 款第 1 句)

** 在巴伐利亚州存在一个巴伐利亚州最高法院(das Bayerische Oberste Landesgericht),它代替联邦最高法院(BGH)作为第三审对某些民事诉讼进行裁判,在这些诉讼中或者不涉及联邦法律,或者主要适用包含州法律的法律规范(《法院组织法施行法》第 8 条)。

2. 事务管辖

41 在引发探讨法院管辖权的上例中(边码 19), 诉讼途径的管辖方面不存在任何疑问。相反必须考虑由哪个普通法院来解决 Eich 和 Fleißig 之间可能进行的诉讼。这一问题涉及事务管辖和地域管辖问题。事务管辖是指在同一裁判权范围内哪个法院作为一审法院对诉讼作出裁判, 即是初级法院还是州法院(参看本书边码 39 及其之后)管辖; 对民事案件而言事务管辖规定在《法院组织法》第 23 条、第 23a 条和第 71 条中。

42 初级法院和州法院管辖权的分界线取决于: 是否纠纷不涉及争议的价额依照《法院组织法》第 23 条第 2 项、第 23a 条或者第 71 条第 2 款被分派给某个法院。如果不是这种情况, 则必须考虑争议额的大小。按照《法院组织法》第 23 条第 1 项争议额至 5 000 欧元(含 5 000 欧元)的案件由初级法院管辖, 争议额更高的纠纷由州法院管辖(《法院组织法》第 71 条第 1 款)。

3. 地域管辖

任何法院都对特定的空间区域进行管辖。很明显，各民事诉讼应委托给纠纷 43
与其辖区处于某种关系的有事务管辖权的法院来作裁判。对此哪些“法院点”
具有决定意义，首要从第12条及其之后几条中得出，一些特别法的规定又对此
作了补充。在这些关于地域管辖权的规定中要区分“普通审判籍”和“特别审
判籍”。如果在某个审判籍上原则上可以主张所有的请求权，则人们说这是“普
通审判籍”，而“特别审判籍”则限制在特定的请求权上。

“普通审判籍”的概念包含在第12条中。根据该条，“普通审判籍”是指在 44
不存在专属审判籍的情况“针对被告的所有的诉都能系属的法院的地域管辖
权”。专属管辖权优先于其他（但不包括专属）管辖权，并排除了双方当事人对
管辖权的协议（对此参看本书边码49到51）。通常情况下，只有当明确规定时
法定的审判籍才是专属审判籍。

专属审判籍涉及地域方面的例子有：第24条（物的审判籍）、第29c条
对《民法典》第312条的上门推销（Haustürgeschäft）（在特定情况可以有
不同的约定）；专属审判籍涉及地域和事务方面的例子有：第29a条（对住
宅房屋租赁案件）、第689条第2款（对督促程序）和第802条（对强制执
行）。

人的普通审判籍由住所地（Wohnsitz）确定（第13条）。第12条与第13条 45
相联系可得出结论：针对某人的诉原则上都可向被告住所地的（有事务管辖权
的）法院提起。住所地的概念在《民法典》第7条到第11条中有探讨。依照这
些规定住所地取决于某人在某地点持续居住《民法典》第7条第1款），即选择
那里作为生活关系的地域中心。如果某人无住所地，则以居住地（Aufenthalt-
sort）代替（参看第16条）。

《德国民事诉讼法》涉及的有关普通审判籍的规定有利于被告。因为原
告必须向与被告的住所地或者居住地地缘接近的法院起诉。这种照顾被告的
做法是正当的，因为被告作为被攻击者被卷入了诉讼并且原告也占有了优
势：他可以确定诉之攻击的时刻和方式。^[29]

[29] 参看 Musielak/Smid § 12 Rn. 1。

同样的衡量也支持了下列规定：法人的普通审判籍由其所在地（Sitz）确定（第17条第1款），并且对于国库（Fiskus）的普通审判籍而言——也即国家在它参与了民事法律交往的情形以其营造物（Anstalt）、公法团体（Körperschaft）和公法上的财团（Stiftung）的形式出现时的普通审判籍——取决于在诉讼中代理国库的官方机构的所在地。^[30]

46 但严格实施“总是在被告定居地起诉”的原则可能会不合适，如果例如双方当事人的争议所指向的标的位于其他地方并且标的所在地的法院可能对诉讼能更简便、更节省费用地作出裁判。在第20条及其之后几条所包含的许多特别审判籍就使这种权衡正当化。作为示例应当探讨侵权行为（unerlaubte Handlung）的特别审判籍，其同样是建立在贴近案情（Sachnähe）的思想基础上；在引发原告起诉的行为的实施地能最好地进行案情释明和调查证据。

例子：Wund来自汉诺威，在一次骑车郊游途中在Bückeberg附近被来自慕尼黑的Rasch用私人轿车挤到了路边。Wund因而摔倒并受伤以至于他必须接受医生的救助。此外他的自行车也被损坏。Rasch拒绝赔偿Wund因此产生的损害并拒绝支付他所要求的痛苦费。他主张：由于另外一个不知名的交通参与人在超车过程中驾车驶到了他所在的道路一侧，为了避免正面相撞他被迫向右偏离。

如果Wund针对Rasch起诉，则他将不会在Rasch的普通审判籍所在地（第12条、第13条）慕尼黑做这件事，因为这一地点离汉诺威明显远于Bückeberg离汉诺威的距离。再加上为了释明事故过程可能需要法院的现场查验，虽然这可以委托给诉讼法院的一名成员或者当地法院来进行（第372条第2款），但如果可能的话为了更好地了解应当由裁判法院的全体成员实施。所有这些都支持在Brückeberg的初级法院或者州法院——各依争议额——起诉。只要Wund将他的诉置于《民法典》第823条及其之后几条的基础上，则第32条就使得这样做成为可能。如果他主张《道路交通安全法》的请求权，则对此依照《道路交通安全法》第20条同样存在事故地点的审判籍。

如果——如同上例——在普通审判籍之外又存在另外一个特别审判籍，则原告可以选择他想起诉的法院（第35条）。他总是有这一**选择权**，如果特别审判籍与普通审判籍或者特别审判籍之间处于竞合状态。只有专属审判

[30] 参看 Stein/Jonas/Schumann § 17 Rn. 1。

籍——如上所述（参看本书边码 44）——专属优先于其他审判籍。在不同的专属审判籍之间原告又可以自由选择。原则上原告受他一度作出的选择拘束并且不可将之撤回（*unwiderruflich*）。只有当他事后才获知开启另一审判籍的事实时，他才可以依照第 281 条申请向该法院移送。^[31]

第 32 条的管辖权不涉及因违反合同义务而主张某些请求权的诉。但如果原告基于同一事实关系既主张了因侵权行为而产生的请求权又主张了因违反合同义务或者类合同（*vertragsähnlich*）义务而产生的请求权，则依照第 32 条有管辖权的法院也应同样审查合同请求权或者类合同的请求权。迄今之前的针对合同请求权和类合同请求权依实体牵联而确定的审判籍所存在的疑虑，自《法院组织法》第 17 条变更以来就不应再坚持了。第 17 条第 2 款所称的“总共管辖权”（*Gesamtzuständigkeit*）（参看本书边码 36）也包括地域管辖权，因为新规定的理由同样也是中肯的。^[32]

一个重要的特别审判籍是履行地的审判籍（第 29 条）。这一审判籍适用于基于债法合同而产生的各种诉，即对以诉的方式主张合同所约定的给付请求权、因未履行或者不完全履行（*Schlechterfüllung*）^[33]而产生的损害赔偿请求权和因解除（*Rücktritt*）^[34]而产生的请求权之诉，依照主流观点也对基于缔约过失（*culpa in contrahendo*）而产生的损害赔偿请求权之诉或者《民法典》第 122 条或者第 179 条的损害赔偿请求权之诉适用；^[35]这对要求确认某合同存在或者不存在的诉也同样适用。依照第 29 条第 1 款，这取决于发生争议的义务应当履行的地点；即应对每个合同义务分别进行审查。履行地应当依照《民法典》第 269

[31] KG NJW - RR 2001, 62（事后获知另外的债务人）；另一观点 *Thomas/Putzo* § 35 Rn. 3。

[32] BayObLG NJW - RR 1996, 508；OLG Frankfurt/M NJW - RR 1996, 1341；OLG Köln NJW - RR 1999, 1081, 1082；OLG Hamm NJW - RR 2000, 727（甚至对不当得利的请求权，该请求权也从作为侵权行为请求权基础的生活事实关系中得出）；*Zöller/Vollkommer* Einl. Rn. 85, § 12 Rn. 21, § 32 Rn. 20；*MK/Lüke* vor § 253 Rn. 39；*Rosenberg/Schwab/Gottwald* § 36 VI 2；*Zeiss* Rn. 91；另一种观点 OLG Hamm MDR 2002, 904；*Peglau* JA 1999, 140；*Jauernig* § 12 II；搁置该问题的 BGH NJW 2002, 1425, 1426；也参看 BGHZ 132, 105, 112 ff. = NJW 1996, 1411（这里所称的拒绝依照案件的内在关联进行国际管辖的观点建立在“其特别涉及国际民事诉讼法”这一权衡的基础上；对此参看 *G. Vollkommer* ZZP 112, (1999), 102, 104）。

[33] BGH NJW 1974, 410, 411；*Musielak/Smid* § 29 Rn. 8。

[34] 参考文献中的绝对主流观点；*Stein/Jonas/Schumann* § 29 Rn. 14a，又见更多证明；另一观点 LG Arnsberg NJW 1985, 1172；LG Kiel NJW 1989, 841；不适用第 29 条，因为对于 *c. i. c.* 不存在任何合同关系。

[35] *Zöller/Vollkommer* § 29 Rn. 20。

条、第 270 条确定，依此规定因未履行或者不完全履行而要求损害赔偿的请求权应当在必须提供给付的地点实现，因为损害赔偿义务成为原始义务的代替品。^[36]

例子：Volz 来自慕尼黑，卖给来自雷根斯堡的 Kunz 二手机器，该机器位于 Volz 处并由 Kunz 运走。Kunz 声称机器有瑕疵因此要求比约定买价降低 25 000 欧元。Volz 不同意并想起诉要求支付剩余买价 25 000 欧元。哪个法院有地域管辖权？

因为 Kunz 住在雷根斯堡，因此那里有他的普通审判籍（第 12 条、第 13 条）。是否存在第 29 条所述的不同的审判籍，取决于 Kunz 依照《民法典》第 433 条第 2 款在何处履行 Volz 所要求的买价支付请求权。依照《民法典》第 269 条第 1 款，原则上必须在债务人的住所地提交给付。依照《民法典》第 270 条第 1 款，债务人在有疑问的情况自己承担风险和费用在债权人的住所将金钱交于债权人，即在金钱债务的情况通常涉及所谓的适格的寄货债务（qualifizierte Schickschuld）（参看《民法基础教程》边码 461），这并不改变履行地的规定（《民法典》第 270 条第 4 款）。即这意味着：Volz 依照第 29 条也必须在雷根斯堡的州法院起诉。

- 49 除了《民法典》第 269 条、第 270 条之外，还应注意关于履行地的其他特别规定，例如《民法典》第 697 条，该条规定了交还提存物品的地点。依照《民法典》第 269 条首先具有决定意义的是：履行地由法律还是由当事人约定确定。但在当事人约定的情况应注意第 29 条第 2 款的有关规定。依照该规定，只有当合同双方当事人都是商人时，履行地协议才作为法院管辖权的基础。因此本书持此观点：虽然承认非商人之间作出的关于履行地的协议具有民法上的完全效力，但应当否定能从中得出关于法院管辖权的推论。^[37]

例子：职员 A 卖给教师 L 他的私人汽车。在书面买卖合同中约定“在帕骚居住的 A 应当将该汽车带到 L 的居住地慕尼黑”。如果 A 没有履行这一义务并且 L 基于《民法典》第 433 条第 1 款第 1 句起诉要求移转（übergabe）和让渡（übereignung）该私人汽车，则依照主流观点该诉必须在帕骚系属，因为双

[36] Stein/Jonas/Schumann § 29 Rn. 17，又见更多证明。

[37] MK/Patzina § 29 Rn. 10f.；Zöller/Vollkommer，§ 29 Rn. 30；Thomas/Putzo § 29 Rn. 10；Palandt/Heinrichs，2002 年第 61 版，§ 269 BGB Rn. 3.

方当事人之间的约定“A应在慕尼黑履行合同义务”(Bringschuld [赴偿债务]) 依照第29条第2款的规定并不能使得“在慕尼黑有审判籍”有理由, 因为当事人双方不是商人。

如果人们同意“第29条第2款的规定只应当阻止实体法不愿意发生的履行地约定转化成法院管辖权约定”这一观点, 则结论看起来两样; 否则的话利用这样的协议可能会规避原则上禁止审判籍约定的禁令(参看第38条和本书边码50)。因为按照这种观点^[38] 实体法上有效的履行地协议依照第29条第1款使得审判籍有理由, L也能在慕尼黑起诉, 因为所约定和所希望的A的履行义务地正是慕尼黑。

《德国民事诉讼法》只在有限的范围内许可双方当事人对地域管辖和事务管辖进行约定。第38条和第40条的有关规定“禁止审判籍合意”, 但有例外。如果缔约人为商人或者如果涉及公法上的法人(公法团体 [Körperschaft]、营造物 [Anstalt]、公法上财团 [Stiftung]) 或者公法上的特殊财产, 则许可这样的协议。其他人只能在第38条第2款、第3款规定的前提要件下缔结有效的审判籍协议。

50

第38条的所有情况必须涉及就特定法律关系和从中得出的诉讼而作出的合意(第40条第1款)。依照该规定, 两个合同伙伴约定的“某特定法院对因他们之间缔结的合同而产生的所有争议都有管辖权”的合意是合法的; 相反, 例如如果他们超出此范围还约定该法院对他们之间未来所产生的所有其他争议(即不依赖于具体的合同)都具有管辖权, 则缺少必要的确定性。^[39] 如果审判籍合意涉及不论争议标的的价额一律分派给初级法院的非财产权上的请求权, 或者对该诉存在专属审判籍(参看本书边码44), 则第40条第2款排除了审判籍合意。

财产法上的请求权是指不论其根源而总是指向金钱或者金钱价值的那些请求权。除此之外, 如果某个请求权建立在某个财产权关系基础上, 即从某个以获得金钱或者具有金钱价值的物品为目的的法律关系中导出, 则也应将该请求权评价为财产法上的请求权。例如, 如果原告主张了保护名誉或者他的人身权利的请求权, 例如一个撤回请求权或者不作为请求权(Widerrufs -

[38] Stein/Jonas/Schumann, § 29 Rn. 23a, 23b; OLG Nürnberg NJW 1985, 1296, 1298 搁置该问题。

[39] MK/Patzina, § 40 Rn. 5.

oder Unterlassungsanspruch), 则涉及的就是非财产法上的请求权。相反, 如果原告因为这样的违法行为要求痛苦费 (参看《民法基础教程》边码 756 及其之后), 则他的请求权指向金钱, 即具有财产权的性质。

通过《民事诉讼法改革法》, 以前存在的“禁止就非财产权请求权作出审判籍合意”的禁令现在变松动了。现在这样的合意只有在不论争议额大小一律被分派给初级法院的情况下才不合法。《法院组织法》第 23a 条所述的情形就是这种情况。虽然理论上初级法院的管辖权依照《法院组织法》第 23 条第 2 项也列入考虑之列, 但此时只涉及财产权争议。

51

因此, 审查某个管辖合意是否有效涉及以下问题:

- (1) 是否满足第 38 条第 1 款或者第 38 条第 2 款或者第 38 条第 3 款第 1 项的前提要件?
- (2) 合意是否涉及特定的法律关系 (第 40 条第 1 款)?
- (3) 是否涉及财产权争议 (第 40 条第 2 款第 1 句第 1 项)?
- (4) 对该诉是否存在专属管辖 (第 40 条第 2 款第 1 句第 2 项)?

52

审判籍协议 (所谓的“合意管辖” [Prorogation]) 是关于诉讼法律关系的合同, 对其合法性和效力依照诉讼法进行判断, 而其产生则按照民法来判断。^[40] 这意味着适用《民法典》关于行为能力、代理、意思瑕疵和合同缔结的有关规定。^[41] 对此应当注意到: 第 38 条第 2 款第 2 句和第 3 款中的合法性取决于是否注意了上述这些规定。

53

因为人们对“哪些法律可对合意管辖适用”这一问题存在广泛一致, 所以首要涉及的理论问题是: 审判籍合意应被理解为实体法上的法律行为还是诉讼法上的合同。直接的主要效力处于诉讼领域的合意将被认为是诉讼法上的合同——也被称作诉讼合同。^[42] 原则上只要不违反强制性诉讼规则, 就应当肯定诉讼合同的合法性。只要在诉讼中当事人的特定行为悉听他们自便, 则他们就有义务有效地通过诉讼合同作为或者不作为,^[43] 例如收回某个诉 (细节部分见后)。实体法上的合同和诉讼法上的合同的主要区别在于: 对诉讼合同而言首要适用诉讼

[40] BGHZ 59, 23, 26f. = NJW 1972, 1622; BGH NJW 1986, 1438, 1439.

[41] 参看 Stein/Jonas/Bork § 38 Rn. 47ff.; Rosenberg/Schwab/Gottwald § 37 I 1; § 66 IV.

[42] Rosenberg/Schwab/Gottwald § 66 I.

[43] 参看 Teubner MDR 1988, 720, 721f.

法。但因为诉讼法对诉讼合同的规定非常不完善并且只限定在特定的合意上，所以必须补充性地参考民法的规定。

即这意味着：谁视审判籍合意为实体法上的法律行为，谁就会直接适用《民法典》，而另一些视之为诉讼合同的人则相应准用《民法典》的规定。这在实践结果上根本不会导致区别。然而应当注意的是：诉讼系属中所缔结的诉讼合同的有效性取决于诉讼行为要件的满足（对此参看本书边码 156），即特别是在强制律师的情况下（对此参看本书边码 21）双方当事人必须由诉讼代理人代理。

此外，如果被告参与了对主诉的言词辩论而并没有主张法院无管辖权（第 39 条第 1 句），则该法院因而具有地域和事务管辖权。如果双方当事人将其申请和声明（Erklärung）指向争议案件本身，即不仅仅是探讨程序问题（也参看本书边码 252），则意味着是对主诉辩论。当然除了被告对主诉无责问的辩论之外，还应注意管辖权有无理由所取决的其他要件。在初级法院的程序中，法院在对主诉辩论前必须向被告指示无事务管辖权或者地域管辖权，并指示无责问应诉的后果（第 39 条第 2 句与第 504 条相联系）。除此之外，必须涉及财产权请求权并且对该诉不允许存在专属审判籍（第 40 条第 2 款第 2 句与第 1 句相联系）。 54

这样一来，通过被告的无责问应诉而使得管辖权有理取决于对下列问题的肯定回答： 55

- (1) 是否涉及财产权的诉讼（第 40 条第 2 款）？
- (2) 是否对该诉讼不存在任何专属管辖权（第 40 条第 2 款）？
- (3) 是否被告无责问地对主诉进行了辩论（第 39 条第 1 句）？
- (4) 是否在初级法院的程序中依照第 504 条告知了被告（第 39 条第 2 句）？

如果某法院无（事务或者地域）管辖权，则缺少实体判决的前提要件——这些要件是允许法院对实体进行裁判所必须满足的要件（详情参后）——，则法院应当不经探讨诉有无理由就以所谓的诉讼判决（Prozessurteil）的形式视诉不合法而驳回（abweisen）。 56

诉讼判决这一称谓的由来在于在这样的法院裁判中只对诉讼问题作出了

判断。与此相反，所谓的实体判决（*Sachurteil*）包含法院对（实体的）诉讼标的的审理。随着诉讼判决发生既判力，也就确认了该诉因判决所述明的理由（这里即因缺少事务或者地域管辖权）而不合法。对原告所主张的权利有无理由还没有作出裁判并且还可以追补，例如如果原告向管辖法院重新起诉。主流观点要求：法院只有先确认了诉的合法性之后才对诉是否有理由作出判断。对该问题后面还将做探讨。

- 57 如果原告想避免因缺乏管辖权而作出的诉讼判决，则他必须申请将诉讼移送（*Verweisung*）给有管辖权的法院（第 281 条第 1 款）。这种申请只能由原告提起而不允许被告提起，该申请可向书记处的书记官（参看本书边码 74）表示，并且可以不经言词辩论对之作出裁判（第 281 条第 1 款与第 128 条第 4 款相联系）。

这一规定导致的结果是：只有当举行言词辩论时才像通常情况那样有必要需要律师代理（参看第 78 条）。法院以（不可声明不服的）裁定的形式确认无管辖权并移送给管辖法院。随着案卷的到达，诉讼在裁定所称的法院系属（第 281 条第 2 款第 3 句）。这意味着不存在诉讼的任何中断，即所有的期间都保持并且当事人目前为止所实施的诉讼行为应由管辖法院注意并继续发生效力（诉讼统一原则）。

移送原则上拘束被移送的法院，即使移送是错误的^[44]（例外：在任意专断的、无任何法律基础上作出的裁判的情形^[45]在裁判无理的情形也同样如此）。^[46]如果尽管如此被拘束的法院仍继续移送或者回送，则这一管辖权争议依照第 36 条第 1 款第 6 项应由诉讼途径上的直接上级法院作出裁判。^[47]当然值得注意的是：第 281 条对地域管辖和事务管辖有拘束力，相反对职能管辖却无拘束力。^[48]

[44] BGH NJW - RR 1992, 902; BayObLG NJW - RR 2000, 589.

[45] BGH NJW - RR 1990, 708; 1992, 383; BGH NJW 1993, 1273; BayObLG NJW - RR 1994, 891, 892; OLG Zweibrücken NJW - RR 2000, 590; KG NJW - RR 2000, 801 关于其他更多例外也参看 *Frank* NJW 1993, 2417; *Zöller/Greger* § 281 Rn. 17; *Musielak/Foerste* § 281 Rn. 17; *Scherer* ZZP 110 (1997) 167, 176f. (只在粗暴和明显与法律不容的情况失效并因而失去拘束力)。关于明显违法的概念参看本书边码 549。

[46] KG MDR 1993, 176.

[47] BGHZ 71, 15, 17 = NJW 1978, 888, 又见更多证明; *Zöller/Greger* (脚注 45); 也参看 *Wagner/Schartel* JuS 1988, 465 (关于普通法院和劳动法院之间的管辖权之争)。

[48] OLG Brandenburg NJW - RR 2001, 645.

4. 职能管辖

58

除了事务管辖和地域管辖之外，还存在职能管辖。正如该概念所表明的一样，依照应当履行的任务来划分界限。职能管辖的问题涉及的是哪些司法机构有权办理特定任务的问题。

职能管辖涉及的例如是审判长还是整个合议庭，是司法官还是书记处的书记官，是受命法官还是受托法官（关于其概念参看本书边码 79 末尾）进行活动。同样，职能管辖也涉及诉讼法院和执行法院以及不同审级法院之间的任务分配。职能管辖总是专属管辖并且必须依职权注意。当事人不能通过合意对其进行变更。

我们之所以探讨管辖权规定，原因是：律师 Kundig 在上述（本书边码 19、25）案例框架内应当解释哪些法院对 Eich 和 Fleißig 之间的诉讼有权进行裁判这一问题。基于目前所获得的知识能对该问题作出回答。⁵⁹

确认事务管辖权不造成任何困难。因为诉之债权的数额远远低于《法院组织法》第 23 条第 1 项价额界限，所以初级法院管辖正当。

对地域管辖适用下列规定：如果 Eich 声明以他的损害赔偿请求权抵销 Fleißig 的一部分承揽报酬债权，则在 Fleißig 不想让抵销的情况，他必须起诉要求他所主张的（剩余部分）承揽报酬。Eich 的普通审判籍在帕骚，因为他住在那里（第 12 条、第 13 条）。应当权衡的是：是否从第 29 条第 1 款中得出另外的审判籍，即应当裁度承揽报酬的履行地点。原则上在金钱债权的情况履行地是债务人的住所（参看本书边码 48）。然而在建筑合同中却存在特别之处。依照主流观点，对建筑合同的双务义务而言履行地通常是建筑物所在地。^[49] 这一观点的理由在于：因为建筑合同的加工给付（Werkleistung）具有特定的地域属性，其重心无疑处于建筑物所在地，并且这也符合合同当事人双方在该地点进行协商的利益，证据调查在该处进行，比起在委托人外地的住所进行来说因离建筑物较近的空间距离通常情况下显然要更简单并且费用更低廉。然而这种观点在这里并不能引起与在金钱债权的情况下

[49] BGH NJW 1986, 935; Musielak/Smid § 29 Rn. 32; MK/Patzina § 29 Rn. 34, 各自又有更多证明; 另一观点 Einsiedler NJW 2001, 1549。

不同的结果，因为 Eich 在建筑物地居住。如果 Fleißig 诉求剩余的承揽报酬债权，则他必须在这种情况下向帕骚初级法院起诉。相反如果 Eich 未能抵销（可能因为他已经全额付清了承揽报酬）并且他因此得试图以诉的方式向 Fleißig 要求损害赔偿债权，则他同样可以向帕骚初级法院起诉，只要他的债权是从侵权中导出（第 32 条），因为篱笆的损害发生在帕骚。然而如果（只）主张因违反合同义务而产生的请求权（但参看本书边码 47），则侵权行为地特别审判籍不适用。当然就此点而言 Eich 又一次能选择履行地这一特别审判籍，该特别审判籍对所有的由合同关系产生的争议都适用，即也对因未履行或者未完全履行“主义务”或者“辅义务”而提起的损害赔偿之诉适用（参看本书边码 48）。因为——如上所述——在建筑合同的情况建筑物所在地通常情况下被看作履行地，所以 Eich 也可在帕骚起诉，只要损害赔偿请求权建立在合同的基础上。

（三）诉状的拟撰

60 在审查哪个法院对所涉及的诉讼有事务管辖权和地域管辖权这一问题时，仅仅涉及律师在诉讼的前期准备阶段所应采取的措施。此前他将对案件材料进行法律评价，以能给予他的当事人适切的咨询。同时他得特别权衡：为了能胜诉，哪个当事人在诉讼中必须证明哪些事实，并且是否能成功地举出必要的证据。如果在权衡基础上在与当事人讨论之后作出开始诉讼的决定，则律师应当准备诉状，通过该诉状被送达给被告，诉被正式提起（参看第 253 条第 1 款与第 270 条、第 271 条相联系）。在撰写诉状的时候应当注意哪些形式，可参照第 253 条第 2 款、第 3 款以及第 129 条及其之后几条，对此第 253 条第 4 款有明确说明。对此必须对强制规定的要求作区别：不注意它诉就不能合法提起的要求和虽然应当注意但缺乏它并不能使诉不合法的要求。

61 第 253 条第 2 款第 1 项所包含的“必须在诉状中述明双方当事人”的规定应当视为是理所当然的。因为只有当确认了谁是原告谁是被告的时候，才能进行诉讼。当然可对诉状中的说明进行解释。如果从诉状中可看出谁是原告谁是被告，则某个不正确的述明是无害的；毋宁说可对之进行纠正并且从当时起发生效力（*ex - tunc - Wirkung*）（对此参看本书边码 221）。

第 253 条第 2 款第 1 项的必须条款将通过第 130 条第 1 项的应该条款得到补充，依照该补充应当述明双方当事人和他们的法定代理人的名字、身份或者职业、住所地以及当事人的地位。那些使案件充分具体化的说明是必需

的。通常情况下应当要求写明书状可径直送达的可传唤（ladungsfähig）地址。^[50]

在诉讼中写明哪个法院是收件法院（Adressat）也同样是理所当然的（参看第253条第2款第1项）。但对此写明有地域管辖权和事务管辖权的法院就足够；不必要必须标明法院内部（职能）管辖的部或者庭。

62

对**商事庭**（Kammer für Handelssachen）存在着特殊之处。依照《法院组织法》第96条第1款，原告必须在诉状中申请诉讼在商事庭辩论。写明商事庭的名称也被视为提出了这样的申请。如果在诉状中没有提出这样的申请，则在诉讼没有依被告的申请^[51]——这只在申请人对主诉进行辩论之前合法——移送给商事庭的情况下由民庭进行裁判（《法院组织法》第98条第1款）。商事庭只对商事案件具有管辖权（《法院组织法》第94条）。哪些是商事案件，由《法院组织法》第95条规定。作裁判的商事庭由一名职业法官作为审判长和两名名誉法官作为陪审员组成（《法院组织法》第105条）；名誉法官依照工商业协会（Industrie- und Handelskammer）的建议而任命（《法院组织法》第108条）。因为他们作为非职业法官具有特殊专门知识，所以他们参与对诉讼的裁判显得非常有益。

依照第253条第2款第2项也需要对所提起的请求权标的和理由作特定说明。请求权（Anspruch）这一概念在这里不能理解为《民法典》第194条第1款意义上的请求权，而应理解为原告以其诉所主张的权利。所提起的请求权理由是导出原告权利的事实过程。就此点而言应提出哪些要求是理论之争的重点：

63

最初形式的**具体化理论**（Individualisierungstheorie）认为原告采用法律概念（例如加工承揽合同、买卖）描述作为他申请的法律后果的前提要件的法律关系就足够。现在这一观点已经不再流行。所谓的改良的具体化理论要求说明“精确地描述法律关系以至于使它与其他法律关系能区别开的事实”。^[52]与之相对，所谓的纯粹的**证实理论**（Substantiierungstheorie）要求

[50] BGH NJW 1998, 2114; Nierwetberg NJW 1988, 2095; Kleffmann NJW 1989, 1142.

[51] 关于该申请的期间参看 LG Bonn MDR 2000, 724 以及 E. Schneider 对之的评论。

[52] MK/Luke, § 253 Rn. 76; Schilken Rn. 208; 也参看 BGH NJW - RR 1996, 1409.

证实性地 (= 以事实证明) 说明作为请求权理由的事实情况, 即说明论证“诉的申请有理由”的、法律上合适的和所需的所有事实。^[53] 如果原告没有如同所要求的一样精确描述请求权理由, 则他没有合法提起诉并且在可能情况下法院必须视诉为不合法而予以驳回 (但也参看本书边码 71)。

从被告必须能针对诉准备防御这一利益上看, 原告仅仅对其所提起的请求权作具体的法律上的说明——如同旧具体化理论所认为的一样——是不足够得。毋宁说, 原告应在诉状中完备地陈述他所主张的法律后果来自哪一种事实群。^[54] 但不允许要求原告在诉状中报告满足他所申请的法律后果所适用的法律条文的事实构成要件所需要的所有事实。其原因在于对所有的作为诉的理由的事实的说明都属于诉的正当性 (Schlüssigkeit) 的范畴 (关于概念参看本书边码 175), 缺乏它们不会导致因不合法而驳回, 而是导致因无理由而驳回。如果原告陈述他要求被告偿还三年前他提供给被告的借款, 而没有对偿还请求权是否到期作出说明 (参看《民法典》第 488 条第 1 款第 2 句、第 3 款), 则虽然缺少论证诉是否有理由的事实——如果原告应当胜诉的话, 则他还得必须陈述这些事实——, 但他的诉并不因此不合法。毋宁说起决定作用的是, 被告从诉状中能够看出针对他主张了哪些请求权并且这些请求权建立在哪些事实关系的基础上。这一观点与改良的具体化理论相吻合, 但该理论与修改后的证实理论——现今被人们所持有的观点——的区别几乎无法确认。^[55]

原告从法律上论证并且指明导出他所主张的法律后果的法律规定是不必要的。因为法院应当知晓 (内国的) 法律。这种法院和当事人之间的“工作分配”常常通过引用“*iura novit curia*” (= 法院知法) 和“*da mihi factum, dabo tibi ius*” (= 你给我事实关系, 我会给你权利) 这些法律原则来表达。不过在实践中双方当事人、代理他们的律师经常陈述他们的法律主张, 这基于一种“认为法院会受令人信服的法律观点的影响”的认识, 这种认识不无道理。

64 此外诉状必须包含申请 (Antrag), 其必须被确定地撰写 (第 253 条第 2 款

[53] RG JW 1901, 483.

[54] Stein/Jonas/Schumann § 253 Rn. 128f.; Musielak/Foerste § 253 Rn. 26.

[55] MK/Luke § 253 Rn. 78f., 从证实理论处发, 虽然要求说明“依照原告的观点论证其请求权”的事实群, 但决定性地取决于原告将使之成为诉讼标的的生活事实关系的具体化, 并且认为只要原告的陈述就这点而言包括充分的说明就足够。