

主张的具体化研究

占善刚*

内容提要：在采行辩论主义运作方式的民事诉讼领域，基于主张责任之法理，当事人必须积极地向法院主张于己有利的法律要件事实。当事人的主张只有符合具体化的要求，才能认为是适格的，也才能认为当事人已尽主张责任。主张的具体化不仅要求当事人作出具体的陈述，而且禁止当事人作纯为恣意的、射俸式的陈述。主张具体化的正当性依据在于保障法院的审理利益及对方当事人的防御利益。为使法院能有效判断当事人的主张是否具有证据调查的必要性，避免产生预断，主张的具体化应以满足法院的裁判重要性审查为基准。在情报偏在性事件中，应缓和主张具体化的要求，允许当事人为抽象的事实主张，以求当事人之间的实质公平。

关键词：主张责任 主张的具体化 证明主题 摸索证明

在采行辩论主义的民事诉讼领域，当事人欲使其所期待的某一法律要件所生之法律效果能为受诉法院认定，必须积极地向受诉法院主张符合该法律要件的事实。^{〔1〕}当事人若未为此主张，便将遭受该法律要件所生之法律效果不能得到法院认定之不利益。受诉法院经由证据调查纵然知晓此法律要件事实的存在，亦不能径将之作为裁判的基础。这一事实认定过程的规律在民事诉讼中被称为主张责任的法理。^{〔2〕}对于负主张责任的当事人而言，^{〔3〕}仅向受诉法院抽象地主张某一法律要件事实之存在尚不能认其已完成主张责任，而是需要向受诉法院作具体陈述，此即主张的具体化（Substantiierung）。关于主张的具体化，德国自帝国法院时起即积累了丰富的判例，学说上也有许多探究。在日本，自上世纪70年代开始即有学者致力于介绍德国关于主张具体化的判例与学说。此后，在承袭德国学说的基础上，日本也对主张的具体化理论有所发展。我国的民

* 武汉大学法学院副教授。

〔1〕 在民事实体法中，权利体系通常是以若一定的事实关系存在，则一定的法律意义上的效果即会发生的形式构成的。前者被称为法律要件或者构成要件，后者被称为法律效果。法律效果有权利的发生、障碍以及消灭等形态。法律效果能否被肯认，取决于符合其发生要件的具体事实也即法律要件事实是否存在。参见〔日〕住吉博、樱井孝一：《民事诉讼法》，日本评论社1985年版，第178页；〔日〕伊藤滋夫、难波孝一：《要件事实的基础理论》，青林书院2005年版，第565页。

〔2〕 在适用辩论主义的民事诉讼中，当事人具有划定作为法院裁判基础的资料范围之权能，主张责任法理之所以适用，实乃肯认当事人有此权能的当然结果。参见〔日〕高田裕成：《弁论主义》，《法学教室》2000年第11期。

〔3〕 主张责任在双方当事人之间的分配以证明责任的分配为基准乃为通说。参见〔日〕前田达明：《主张责任と立证责任について》，《民商法杂志》2004年第6期。

事诉讼在构造上与德国及日本的民事诉讼相近，民事审判实践中也一直致力于辩论主义运作方式的建立，主张的具体化关系到当事人的主张是否适格进而关系到当事人是否已完成主张责任，是建构辩论主义民事诉讼运作方式无法回避的问题。因此，探讨德国、日本民事诉讼中的主张具体化理论及其对我国民事诉讼立法的启示，不仅具有理论价值，也颇具实践意义。

一、主张具体化的内涵及确立依据

（一）主张具体化的内涵

主张的“具体化”乃日本学者从德语“Substantiierung”翻译而来，但从字面含义上看，“具体化”并不能完全涵盖“Substantiierung”的意旨。这一点并不为日本学者所否认，他们认为，在日语中找不出一个与德语中的“Substantiierung”内涵相同的语词，以“具体化”指称之基本妥适。^{〔4〕}从中文来看，“Substantiierung”可译为“证实性”、“使具有实质根据”，但基于文献利用、检索的便利性，本文也以“具体化”指称之。

从学理上讲，主张的具体化具有两个层面的内涵：其一，当事人向受诉法院主张法律要件事实时，不能仅抽象为之，而应作具体的陈述。例如，关于金钱的交付这一要件事实，当事人必须具体陈述何时、在哪儿、以什么方式交付金钱的事实。^{〔5〕}其二，当事人所为之事实主张不能是凭空捏造的或仅为射俸式的陈述，而应当具有一定的线索或根据。因此，当事人所为之事实主张从外观上看虽然非常明确、具体，但却明显是恣意的陈述或者欠缺明显线索的主张，也不能认为其满足了具体化的要求。^{〔6〕}例如，原告以其因使用木材防腐剂而健康受到损害为由向制造商提起损害赔偿之诉。在诉讼中，原告主张其免疫系统与中枢外围神经系统因涂刷木材防腐剂而受到不能恢复之损害，并申请法院对此进行鉴定。由于原告所主张的健康受到损害以及该损害应归咎于木材防腐剂的使用仅为原告的无合理根据之推测，故其所为之主张不符合具体化的要求。^{〔7〕}又如，小汽车于行驶途中与一棵大树相撞致同乘者死亡，其继承人以车主为被告提起损害赔偿诉讼。被告向法院主张同乘者在汽车撞上大树之前已经因心脏麻痹而死亡。此处被告之主张即为恣意捏造的事实，不符合具体化之要求。^{〔8〕}

在德国、日本的民事诉讼中，当事人向法院所为之事实主张若未臻具体化，将被认为是不适格的主张，法院并不将之作为审理的对象予以斟酌，其结果是，当事人因未能尽主张责任而遭受败诉的不利益。^{〔9〕}由此可知，主张的具体化攸关当事人的利益，因而其确立须有坚实的依据始谓有正当性。

（二）主张具体化的确立依据

1. 实定法上的依据

德国民诉法中并没有关于主张具体化的明确规范，毋宁认为其乃是德国帝国法院乃至联邦法院经由禁止摸索证明的判例而确立的规制当事人主张的法则。在民事诉讼中，负主张责任的当事

〔4〕 参见〔日〕畑瑞穗：《摸索的证明·事案解明义务论》，载铃木正裕先生古稀祝贺纪念文集：《民事诉讼法の史的展开》，有斐阁2002年版，第611页。

〔5〕 参见〔日〕畑瑞穗：《主张的具体化》，《法学教室》2000年第11期。

〔6〕 BGH, Urt. V. 12. 6. 1996, NJW - RR 1996, 1212; BGH, Urt. V. 25. 4. 1995, NJW 1995, 2111; Schilken, Zivilprozeßrecht, 3. Aufl., 2000, S. 268.

〔7〕 Gehrlein, Zivilprozessrecht nach der ZPO-Reform 2002, 2001, S. 134.

〔8〕 参见〔日〕佐上善和：《民事诉讼における摸索证明について——不合法根据の检讨》，《民商法杂志》1978年临时增刊《法と权利》。

〔9〕 参见前引〔5〕，畑瑞穗文。

人在对方当事人对其所为事实主张进行争执时，负有提供证据加以证明的责任，故从一般意义上讲，当事人的主张即构成证明的主题或证明对象。但当事人能否就抽象的事实主张或证明主题申请法院进行证据调查，并借此进一步为事实主张呢？在德国裁判实务中，这一问题主要在于非婚生子女对生父的扶养请求诉讼、离婚诉讼及认领子女的诉讼中存在。^{〔10〕}

在非婚生子女请求扶养及要求认领的诉讼中，作为被告的生父为反驳原告的诉讼请求，在没有具体线索的情形下，以原告的母亲在受孕期间曾与数人保持不正当关系这一事实进行抗辩（所谓抽象的多数关系人抗辩）。为证明这一抗辩事实，被告申请法院将原告的母亲作为证人进行询问。被告打算基于法院询问原告母亲的证据调查结果判断其是否与第三人有不正当关系，如果有，则试图引出谁为相对人。对于被告的这一证据调查申请，德国帝国法院认为，被告若提出了具体的多数关系人抗辩，其申请法院对原告的母亲作为证人进行询问是合法的，应予准许。相反，若被告提出的仅为抽象的多数关系人抗辩，则只有在被告的主张有充分线索（Anhaltspunkte）之情形下始能允许，否则，被告的申请乃不合法的摸索证明（Ausforschungsbeweis），不应准许。^{〔11〕}

在离婚诉讼中，原告以被告不贞为由请求法院判决离婚。原告在主张被告具有不贞行为时并未明确表示相对人，在此情形下，是否准许其提出的要求被告宣誓^{〔12〕}自己不存在不贞行为之证据调查申请即为问题之所在。对此，德国帝国法院认为，根据德国民诉法第451条的规定，一方当事人要求对方当事人进行宣誓的事实必须特定。一方当事人主张对方当事人存在不贞行为却未明确表示其相对人的，乃不特定的一般性主张，在此种场合下要求对方当事人对此进行宣誓通常是不合法的。德国帝国法院同时认为，宣誓不能作为一方当事人探寻对对方当事人不利的材料的手段，这一原则必须无条件地遵守。没有确实的线索，基于不特定的推测而要求对方当事人进行宣誓是不予准许的。^{〔13〕}

上述判旨表明，德国帝国法院是从禁止当事人借助证据调查获得其原本不持有的对其有利的材料这一层面来阐释主张的具体化的。事实上，摸索证明之禁止乃主张具体化的一般理论在证据调查阶段的具体体现。此外，从判旨的论证框架观之，德国帝国法院在阐述主张的具体化时，不仅着眼于当事人主张的具体性，而且强调当事人的主张须有确实的线索。在德国帝国法院时期，尽管也存在与上述判旨不同的判决，但并未形成主流。^{〔14〕}德国帝国法院关于主张具体化所持之立场为德国联邦法院所承袭。虽然伴随德国民事实体法、民事诉讼法的修正，帝国法院时期要求主张具体化或禁止摸索证明的主要适用领域已渐次消失，^{〔15〕}但德国联邦法院在其他领域中关于主张具体化或禁止摸索证明的阐述因袭了帝国法院对这一问题所持之见解。德国联邦法院在其所

〔10〕 参见〔日〕谷口安平、福永有利：《注释民事诉讼法》（6），有斐阁1995年版，第148页。

〔11〕 参见前引〔8〕，佐上善和文。

〔12〕 德国直至1933年民事诉讼法修改后才确立将当事人本人作为证据方法予以讯问的当事人讯问制度，此前一直为当事人宣誓制度。根据当时的德国民诉法第445条、第447条的规定，负证明责任的当事人可以要求对方当事人就其所为行为的事实进行宣誓，若对方当事人拒绝宣誓，该事实主张即视为已得到证明。以存在不贞行为的事实主张为例，不负证明责任的当事人若就自己没有不贞行为进行了宣誓，则不贞行为的不存在即视为已得到证明；若其无正当理由不予宣誓，则对方当事人关于不贞的主张视为已得到证明。

〔13〕 参见〔日〕畑瑞穗：《民事诉讼における主张过程の规律》（一），《法学协会杂志》1995年第4期。

〔14〕 同上文。

〔15〕 首先，德国于1933年修改了其民法，当事人讯问制度取代了当事人宣誓制度，离婚诉讼中作为摸索证明处理的宣誓要求已不复存在。其次，德国于1969年通过了非婚生子女地位法，废除了德国民法第1717条关于非婚生子女请求生父扶养的规定，生父为否认父子关系存在而主张抽象的多数关系人抗辩已无适用的余地。最后，德国于1976年修改了民法典，对离婚原因采婚姻破裂一元化的立场，不贞也不再构成绝对离婚原因。参见前引〔8〕，佐上善和文；前引〔13〕，畑瑞穗文。

作的一系列相关判决中坚持认为，当事人的事实主张若仅为抽象的、一般性的陈述，或者虽然在外观上明确、具体，但事实上乃信口开河、无根据的凭空捏造，仍是不合法的主张，当事人以此作为证明主题申请法院进行证据调查是不被许可的。^[16]

如上所述，主张的具体化在德国民事诉讼法中并无明确的立法依据，而是经由判例创建的关于当事人主张的法则。^[17]与此不同，在日本，无论是1926年旧民事诉讼法还是1996年重新制订的新民事诉讼法，均有当事人申请法院进行证据调查必须特定应证明的事实的规范（旧民事诉讼法第258条第1款，现行民事诉讼法第180条第1款）。由于这两个条文乃关于证据调查的总则性规范，适用于所有的证据方法，因而可以认为其昭示或蕴含了当事人的主张须具体化的要求。日本学者一般认为，从立法论上讲，证明主题的特定性要求当事人申请法院进行证据调查时，不能仅抽象地提示证明主题并试图借助证据调查而进一步具体化其主张，否则即是不合法的，不应得到法院的准许。^[18]

但是，日本民事诉讼法的上述规范仅蕴含了主张具体化第一层面的要义，即当事人必须具体地陈述事实，从中并不能推导出当事人的事实主张必须有具体的线索或根据，而不能为全部基于推测之陈述的结论。譬如，被告为否认其与原告之间存在父子关系，基于猜测主张原告的母亲在受孕期间与甲、乙、丙同时具有不正当关系。为证明该事实主张，被告申请法院对原告的母亲作为证人进行询问。从形式上看，被告所主张的原告的母亲在受孕期间与甲、乙、丙同时具有不正当关系这一事实乃特定的立证事项，符合日本民事诉讼法关于立证事项必须特定的要求，故法院不能当然地认为原告的证据调查申请不合法。^[19]对此问题，日本学者从解释论上寻求依据，认为证据调查的目的在于让法院形成对当事人事实主张的确信，证据调查自身不能作为当事人获得情报的手段，故对于欠缺具体线索或根据的事实主张，法院即没有理由认为其存在证据调查的必要性。当事人在证明主题欠缺具体线索或根据的情形下申请法院进行证据调查乃脱法行为。^[20]可见，日本民事诉讼法虽没有关于主张具体化第二层面要义的规范，但学理上之阐说与德国联邦法院关于主张具体化或摸索证明之禁止所持的见解并无不同。

在1996年日本新民事诉讼法颁行之前的裁判实务中，由于旧民事诉讼法没有设专门的争点整理程序，法院一般不待争点明确即进行证据调查，此种证据调查历经的时间长、效率低，学者一般称之为“五月雨”式的证据调查。与此相应，在日本的旧法时代，主张的具体化问题并不太受重视。与德国的丰富判例截然相反，日本基本上没有关于在进入证据调查之前当事人的主张应如何为之才合法的判例。仅为数不多的地方法院在所作判例中就当事人申请文书提出命令应如何表明

[16] BGH, Urt. VII ZR 140, 1993; BGH, Urt. VIII ZR 251, 1995; BGH, Urt. VI ZR 192, 1999; BGH, Urt. ZR 114, 2000; BGH, Urt. IX ZR 66, 2001; BGH, Urt. VII ZR 202, 2004; BGH, Urt. X ZR 183, 2006; BGH, Urt. VIII ZR 138, 2007.

[17] 德国民事诉讼法于1933年修改之前，第451条关于一方当事人要求对方当事人进行宣誓的事实必须特定的规定，在解释上应可认为蕴含了当事人的主张须具体化的要求。不过，这一要求并没有作为证据调查的总则性规范，即在当事人申请法院进行其他证据方法的调查时，如申请法院进行鉴定、勘验、传唤证人作证等，并未被要求必须特定证明主题。因此，从严格意义上讲，该条尚不能作为主张具体化的立法依据。德国民事诉讼法于1933年修正后，当事人讯问制度取代了当事人宣誓制度，但当事人讯问制度中并无立证事项必须特定的规范。虽然德国民事诉讼法在废除当事人宣誓制度时效仿奥地利1895年民事诉讼法第178条确立了当事人的真实义务，要求当事人在陈述事实时应作完全而真实的陈述（德国民事诉讼法第138条第1款），但依德国通说，真实义务仅禁止当事人明知违反真实而主张或争执对方当事人的主张，也即只是禁止当事人有意识地进行虚假陈述，至于欠缺线索基于推测的主张则不能被认为是违反真实义务。因而德国民事诉讼法第138条第1款也不能作为主张具体化的立法依据。

[18] 参见[日]兼子一、松浦馨、新堂幸司、竹下守夫：《条解民事诉讼法》，弘文堂1986年版，第959页；[日]中野贞一郎、松浦馨、铃木正裕：《新民事诉讼法讲义》第2版，有斐阁2004年版，第318页。

[19] 参见[日]高桥宏志：《重点讲义民事诉讼法》补订版，有斐阁2006年版，第80页。

[20] 同上。

要事实（日本旧民法第313条）才符合证明主题特定之要求有过阐释。^{〔21〕} 尽管这一状况并没有随着日本新民诉法的实施而得到实质性的改观，但由于日本新民诉法第182条强调法院必须在明确争点、充实辩论的基础上集中进行证据调查，主张的具体化在日本实务中已成为无论是法院还是当事人都必须正视的问题。为因应新民诉法的实施，日本最高法院制订了新的民事诉讼规则，新民诉规则首次正面强调当事人必须使其事实主张具体化，要求当事人于诉状、答辩状及其他准备书状中就要事实作“具体的”记载（日本新民诉规则第53条第1款、第80条第1款、第81条）。尽管依日本官方解释，民诉规则的上述规定仅为训示规范而非效力规范，但将其作为正确立主张具体化要求的法律依据应是没有疑问的。^{〔22〕}

2. 法理依据

虽然确立路径不同，但关于主张具体化的内涵或要求在德国法与日本法上并无实质差异，二者均强调当事人不能抽象地进行事实主张，而是应在特定线索或根据的基础上作具体的陈述。主张的具体化之所以在德国、日本法中得以确立，自有其坚实的正当性基础或法理依据。根据德国与日本的学说，主张具体化的法理依据可以从维护法院的审理利益、保障对方当事人的防御利益以及保护作为证据方法的第三人的利益这三方面去寻求。

（1）维护法院的审理利益

在民事诉讼中，一方当事人的事实主张在对方当事人对其予以争执时即成为法院证据调查的对象或证明主题。为避免不必要的证据调查，法院在证据调查开始前必须确认当事人之间就哪些事实存在争执。当事人若仅抽象地主张事实，法院将无法有效判断该事实主张是否具有证据调查的必要性。^{〔23〕} 此外，在当事人的事实主张没有特定或虽形式上业已特定但欠缺具体线索或根据时，法院很难进行充实的或适切的证据调查并获得有意义的证据调查结果。不仅如此，法院就不特定的证明主题进行证据调查，将不可避免地花费不必要的时间与劳力从而导致审理效率低下与诉讼迟延。为方便法院有效判断证据调查的必要性并求证据调查的充实进行，当事人主张的具体化十分有必要。^{〔24〕}

（2）保障对方当事人的防御利益

在民事诉讼中，一方当事人对于负主张责任的当事人所为的事实主张有自认、否认、沉默及作不知的陈述四种态度，而以否认或争执为常态。若负主张责任的当事人仅抽象地主张事实，因其攻击方向或目标不甚明确，对方当事人显然很难进行有效的防御。另外，若在证据调查阶段才让当事人明了详尽的事实争点，为保障对方当事人的防御权，须给其进一步提供反证的机会，由此很可能导致诉讼迟延。不仅如此，在负主张责任的当事人仅抽象地主张事实之场合，对方当事人为提出抗辩必须详细地陈述相关事实，从而会遭受情报开示的不利益，而在民事诉讼中，当事人并无义务为了对方胜诉而披露情报。^{〔25〕} 质言之，从保障对方当事人防御利益之立场考虑，主张的具体化也有其必要性。

（3）保护作为证据方法的第三人的利益

在民事诉讼中，负证明责任的当事人若仅抽象地主张事实或提示证明主题即可要求作为证据

〔21〕 参见 [日] 高桥宏志：《证据調べについて》（三），《法学教室》2000年第5期；前引〔4〕，畑瑞穗文，第621页。

〔22〕 参见 [日] 伊东俊明：《主张过程における当事者の情报提供义务》，《横浜国际经济法学》2007年第3期。由于日本民法第3条明确授权日本最高法院可以规则形式规定与民事诉讼程序有关的必要事项，因而日本最高法院制订的民诉规则具有授权立法之性质而具有作为法律依据的效力。

〔23〕 参见 [日] 畑瑞穗：《主张・否认のありたについて》，《民事诉讼杂志》2001年第47期。

〔24〕 参见 [日] 门口正人编集代表：《民事证据法大系》第2卷，青林书院2004年版，第124页。

〔25〕 参见 [日] 畑瑞穗：《民事诉讼における主张过程の规律》（二），《法学协会杂志》1997年第1期。

方法的第三人作为证人接受法院询问，将使证人必须回答法院就不特定的多数事实所作之询问，这对于证人来讲显然过苛，殊为不当。^{〔26〕}为避免证人过分“受良心之纠葛”而回答与查明案件事实无关的琐细的、无聊的质问，维护证人应有之人格利益，当事人亦有义务使其主张具体化。^{〔27〕}

二、主张具体化的界限

如上所述，在民事诉讼中，为充实法院的证据调查，维护对方当事人的防御利益及作为证据方法的第三人的正当利益，当事人的主张应予以具体化。不过，由于具体化乃程度问题，具体化要求程度过高或过低皆不妥当。具体化要求程度过高，将增加当事人主张、立证的困难，导致诉讼资料的泛滥与审理的繁杂和混乱，反而阻却主张具体化之目的的实现；而具体化要求程度过低，显然也不能达到主张具体化的目的。因而当事人的主张究竟应达到何种程度的具体化才能认为是适格的主张，或者说主张具体化的界限何在，即为探讨主张的具体化不可回避的重要问题。

（一）德国判例与学说之见解

1. 德国判例之见解

德国联邦法院在其所作之判例中关于主张应达何种程度的具体化之阐述，大多是立足于批判下级法院即州高等法院过分要求主张具体化之立场进行的。德国州高等法院通常以下述两点理由为依据认为原告的主张不适格：其一，原告的事实主张未达到被告能对其作充分的、相对应的防御的程度；其二，原告若不开示关于契约成立之际的详细情节，被告将无法对其进行实质性的反驳，从而原告以此作为证明主题申请法院进行证据调查即属不合法的摸索证明。^{〔28〕}德国联邦法院则总是批评州高等法院科以当事人过重的主张责任，认为原告并不负有为促进真实发现而尽可能详细地陈述使其所提之诉有根据的事实之义务。^{〔29〕}在累积的判例中，德国联邦法院反复强调当事人的主张是否满足了具体化的要求应遵循以下立场予以判断：

第一，通常情形下，原告所主张的事实只须达到能满足法院对其作重要性审查的具体化即可，原告毋须陈述与法律效果的发生无关的细节性事实。易言之，原告所陈述的事实与一定的法律规范相结合若能够合理地推断其所主张的权利为自身享有，进而使其所提诉讼请求有适当的根据，即可认为其所为主张乃充分的（Schlüssig），从而也是重要的（Erheblich）。由于这样的事实主张作为证明主题能满足法院的重要性审查，故符合主张的具体化要求。如原告主张契约成立的事实，只须就当事人间达成合意的事实予以具体陈述即可，而契约订立的时间、场所等细节则并无陈述的必要，因为这些细节性事实与契约成立的法律效果无关。^{〔30〕}

第二，原告对其所主张的事实只有在对方当事人对其予以否认，并且根据否认，已不能合理地推断出该主张的法律效果之情形下才有进一步具体陈述的必要。^{〔31〕}主张是否需要具体化应视对方当事人的防御态度而定，在对方当事人未予否认的场合，抽象化的主张即为已足，仅在对方当事人予以争执时，负主张责任的当事人才有必要对其抽象的主张作具体的陈述。例如，原告基于所有物返还请求权请求被告返还所有物，原告在被告未作争执之场合，抽象地主张其为所有权

〔26〕 证人若仅抽象地回答作为证明主题的事实是否存在，将使法院无法充分判断证人证言是否具有可信性。

〔27〕 参见前引〔8〕，佐上善和文。

〔28〕 参见〔日〕森勇：《主张と否认の具体化について》，《民事诉讼杂志》1988年第34期。

〔29〕 参见前引〔25〕，畑瑞穂文。

〔30〕 NJW 1962, 1394; NJW 1984, 2888; NJW 2000, 3286; NJW-RR 2002, 1433; NJW-RR 2003, 69; NJW 2005, 2710.

〔31〕 参见前引〔28〕，森勇文。

人即可；若被告对此有争执，则必须具体地陈述其取得所有权的原因。德国联邦法院虽未明示确立该项准则的根据何在，但德国学者一般认为，作如此处理是为了迅速推进诉讼，因为在民事诉讼中，法院裁判的重要事实资料仅以当事人有争执者为限，为避免增加不必要的诉讼资料，在对方当事人无争执时，毋须要求主张的具体化。^{〔32〕}

第三，依照生活经验法则判断原告的主张具有多大程度的可信凭性（Plausibilität）原则上与具体化的程度无关。因此，主张的具体化并不绝对禁止原告作推测性的陈述，只要事实主张不是凭空捏造、捕风捉影或不着边际的，仍可认为其为妥当的陈述。^{〔33〕}

2. 德国学说之见解

从德国学说来看，关于主张具体化的程度或界限基本上存在两种见解。第一种见解认为，当事人必须陈述使其主张具有可信凭性的事实，仅主张能涵摄法律要件的事实尚属不足；另一种见解与德国联邦法院判例的立场相同，认为当事人主张能涵摄法律要件的事实即能满足法院作重要性审查，符合具体化的要求。

第一种见解的提倡者以德国学者施图尔纳（Stürner）为代表，他认为联邦法院判例所确立的主张具体化的判断基准并不妥当，依此基准来判断当事人的主张是否适格，并不能达到排除当事人进行无合理根据的诉讼及法院进行无益的证据调查之目的。为防止诉讼追行权的滥用，避免法院无谓耗费解决其他民事纷争的时间与劳力，维护对方当事人及证人的正当利益，应要求当事人所进行的诉讼是有合理根据的，而不是轻率的。为实现这一目的，除要求当事人的事实主张具有可信凭性外，别无他途。施图尔纳还认为，主张具体化的上述要求可以从实定法上找到依据，德国民诉法第331条所确立的缺席判决制度即为最重要的依据。他认为，根据该条的规定，在被告缺席时，法院并不一定能对被告作出缺席判决，仅在原告所提诉讼请求有理由时，法院始能作出缺席判决。而法院对于原告所提诉讼请求是否有理由的审查，除判断原告所陈述的事实是否具有可信凭性外，别无他法。既然在被告缺席的场合都要求原告的主张具有可信凭性，那么在被告出席庭审的场合，就更应要求原告的主张具有可信凭性，否则将使缺席的被告获得优待而显违民事诉讼的内在机理。^{〔34〕}

按照此说对主张具体化的理解，当事人的事实主张即便已很详细、特定，但若欠缺依据，仍然不符合主张具体化的要求。尽管此说要求当事人陈述使其主张具有可信凭性的事实，但从中无法提炼出一个明确的基准供法院判断当事人的主张是否适格。施图尔纳本人亦承认，关于主张的具体化，建立一个明确的基准是很困难的，毋宁认为其应维系于具体案件而作个别判断。

第二种见解与德国联邦法院判例的立场相同，强调当事人只要具体陈述了能满足法院作重要性审查的事实即为适格的主张。其提倡者以德国学者布瑞姆（Brehm）为代表。布瑞姆认为，主张的具体化应以使法院的重要性审查具有可能性为基准，超过此程度的具体化并无必要。这一要求可以从辩论主义的要义中推导出来。依据辩论主义，法院可以直接将当事人之间无争执的事实作为判决的基础（德国民诉法第138条第3款、第288条），仅当事人间有争执的事实才需要借助于证据调查查明。据此，一方面，当事人的事实主张若不具体，例如，仅主张诈欺、过失时，对方当事人将无从对其进行充分、积极的应答，另一方面，法院进行证据调查的目的在于查明当事人之间有争执的事实并判断特定法律要件能否被满足，故在证据调查之前，法院必须确定当事人间的争点何在。为此，当事人必须具体地陈述能推导出法律效果存在的法律要件事实，而超出此范围的事实陈述对于法院进行重要性审查、限定证据调查的对象并无多大益处。布瑞姆同时批

〔32〕 参见前引〔13〕，畑瑞穗文。

〔33〕 参见前引〔28〕，森勇文；NJW 1993, 189；NJW 1995, 2111。

〔34〕 参见前引〔25〕，畑瑞穗文；前引〔28〕，森勇文。

评了第一种见解,认为该见解最大的问题在于将不可避免地导致法院预先进行证据评价。因为法院为判断当事人的主张是否具有可信凭性,必须对作为主张的事实进行是否真实的评价,这就会导致预断。法院在证据调查阶段之前的主张阶段预先进行证据评价显然是不妥当的,不仅构成司法权的滥用,并且不当地限制了当事人进行攻击防御的可能性。布瑞姆还认为,真实义务并不禁止当事人作推测性的陈述,故一方当事人试图经由证据调查获悉与证据有关的事实以便将其作为新的陈述的基础并不违法,提出这样的证据调查申请并不属于摸索证明。根据布瑞姆的见解,德国民事诉讼法第331条虽然规定法院作出缺席判决必须以原告所提诉讼请求自身合理为前提条件,但这仅强调原告的权利主张必须具有前后一贯性,即从原告的事实主张中能合乎逻辑地推导出所提诉讼请求成立,而非强调原告的事实主张必须具有可信凭性。因此,不能将该条作为当事人必须具体陈述使主张具有可信凭性的事实的实定法依据。^[35]

在德国近时的教科书、评注书中,关于主张具体化的要求或界限基本上持与德国联邦法院判例相同之见解,认为当事人只要具体陈述了能满足法院作重要性审查的事实即符合主张具体化的要求,主张或证明主题不以具有可信凭性为必要。此外,无任何根据的射俸式陈述尽管外观上符合特定的要求,仍为不适法的陈述,当事人以其为证明主题申请法院进行证据调查构成不适法的摸索证明,不应允许。他们同时认为,法院在判断当事人的主张是否构成射俸式陈述时应持谨慎的态度,此与联邦法院判例所持立场也大抵相同。^[36]

总之,在德国民事诉讼中,关于主张的具体化,判例和学说均将其作为规制当事人主张行为的一项法则予以探讨,这种探讨以明确区分当事人主张阶段与法院证据调查阶段这一诉讼运作模式为背景展开,当事人的主张只有充分整理后才能进入法院的证据调查阶段。

(二) 日本判例与学说之见解

1. 日本判例之见解

前面已提到,与德国联邦法院关于主张的具体化积累了丰富的判例不同,日本最高法院基本没有就主张的具体化作过专门的阐释。在日本的裁判实务中,只有地方法院在文书提出命令事件中,针对文书应证明的事实也即证明主题的特性作过若干判例。在这些判例中,地方法院虽大多强调当事人申请法院发布文书提出命令必须以证明主题特定为前提条件,但就当事人如何陈述才符合证明主题特定这一要求并未建立一个明确的基准。在不同事件中,不同地方法院有不同的认识固属正常,即便就同一事件,上下级法院有不同的判断也非鲜见。

例如,日本浦和地方法院于1972年1月27日与东京高等法院于同年5月22日针对同一事件,就原告提出的证据调查申请中证明主题是否特定从而是否构成不合法的摸索证明即作出了不同的裁判。作为原告的当地住民为证明被告的原子炉设置存在安全隐患,向法院申请文书提出命令,要求被告提出原子炉设置许可申请书副本。在文书提出命令申请书中,立证事项是这样表明:原子炉在构造上存在本质的危险性,即便正常运转,原告也存在被放射能照射的危险;另外,在操作上,存在因技术上的失误而导致事故发生的可能性。特别是当事故发生时,因欠缺紧急停止装置及其他安全装置,有可能带来更大的损害。而且对于重大事故,原子炉基于假想事故所设的应对装置极不完备,伴随核分裂的爆发及发热的连锁反应,原子炉周边的住民将不可避免地遭受放射能的照射。对于原告所表明的上述立证事项,浦和地方法院认为其符合证明主题特定的要求,从而裁定被告提出原子炉设置许可申请书副本。被告不服此项裁定向东京高等法院提起抗告,东京高等法院认为,被抗告人即一审原告的文书提出命令申请中所表明的立证事实已超出

[35] 参见前引〔25〕,畑瑞穗文;前引〔28〕,森勇文。

[36] 参见上引畑瑞穗文;前引〔6〕,Schilken书,第268页;Musielak, Grundkurs ZPO, 5. Aufl, 2000, S. 242; Jauernig, Zivilprozeßrecht, 25. Aufl, 1998, S. 201.

运用证据进行判断的事实范畴,显然不符合证明主题特定的要求。作为证明主题的事实应为关于原子炉构造、运转及安全装置等方面的具体事实。由于原告未主张这方面的具体事实,因而构成不合法的摸索证明。东京高等法院以此为由裁定驳回被告人的文书提出命令申请。〔37〕

2. 日本学说之见解

由于在日本旧法时代的裁判实务中,法院集中进行证据调查较为少见,法院对当事人未特定证明主题即申请证据调查往往持宽容的态度。与此相应,日本理论界对主张之具体化的研究亦不太重视。这一状况直至1978年日本学者佐上善和著文介绍德国关于摸索证明的判例、学说后才得以改变。伴随日本地方法院关于文书提出命令事件中文书应证明的事实应予以特定的判例的公开刊行,主张的具体化或摸索证明之禁止作为问题日益受到日本学者的重视。从已有研究成果看,日本学说在总体上乃遵循德国判例、学说所持之见解,也将主张的具体化分成主张的具体性或特定性与主张的盖然性两个层面去阐述。〔38〕关于主张具体化的要求或界限,日本并不像德国那样有两种对立的学说存在。日本学说一般认为,当事人的主张是否合乎具体化的要求应综合考虑当事人所提诉讼请求是否妥当、证据调查之申请是否具有重要性、法院基于此所进行的证据调查能否有效率且切实地进行以及能否充分保障对方当事人的防御权等因素,于个案中个别地进行判定。〔39〕

三、主张具体化的缓和

在德国、日本的民事诉讼中,只有当事人的主张达到具体化的要求才能认为当事人完成了主张责任,已如上述。不过,主张责任在双方当事人之间的分配并不与当事人的主张能力完全一致。在负主张责任的当事人由于客观原因不能被期待为具体化主张的情形下,若仍恪守前述法理,显然缺乏正当性。事实上,无论是在德国还是日本的裁判实务中,不可期待负主张责任的当事人为具体的主张时,都允许当事人抽象地进行事实主张或提示证明主题,从而大大缓和了主张具体化的要求。〔40〕

在德国,早在帝国法院时期,判例就强调主张的具体化究竟应达到何种要求不应忽视特定案件中的事实状态。尽管德国帝国法院不允许当事人借助证据调查获得对自己有利的事实材料,但其亦认为,在负证明责任的当事人不能充分地了解事件经过而对方当事人却能容易地把握事相之情报偏在的事件,不应过分要求当事人主张的具体化。〔41〕德国帝国法院对主张具体化的此种阐述为德国联邦法院所承袭并发展。德国联邦法院一贯坚持将能满足法院的重要性审查作为当事人主张具体化的基准,从而在一定意义上对主张的具体化已持宽松的解释立场。不惟如此,德国联邦法院屡屡在判例中强调当事人履行主张的具体化义务不能超过其可被期待的认识可能性,应充分考虑作为主张对象的事实是否在当事人的认识领域内。〔42〕从德国联邦法院的判例来看,在以下两种场合,当事人可以抽象地进行事实主张并以之作为证明主题申请法院进行证据调查。

〔37〕 参见〔日〕小林秀之:《判例讲义民事诉讼法》,株式会社悠々社2006年版,第168页。

〔38〕 参见前引〔4〕,畑瑞穗文。

〔39〕 参见〔日〕竹下守夫:《摸索证明と文书提出命令违反の効果》,载吉川大二郎博士追悼纪念文集:《手続法の理論と実践》(下),法律文化社1981年版,第175页;前引〔5〕,畑瑞穗文;〔日〕新堂幸司:《新民事诉讼法》,弘文堂2005年版,第384页;前引〔24〕,门口正人编集代表书,第125页。

〔40〕 由于在不可期待当事人为具体主张的情形下主张具体化的要求被缓和,故主张的具体化对于负主张责任的当事人而言并非负担(last)(如证明责任),而仅为一项义务(pflicht)。

〔41〕 参见前引〔13〕,畑瑞穗文。

〔42〕 NJW 1988, 1529; NJW 1993, 189; BGH VersR 1990, 656; 参见前引〔25〕,畑瑞穗文。

第一，如果诉讼中的一方当事人，无论其为原告还是被告，由于欠缺只有专业人士才具备的知识从而不能提供细节性事实，他在争讼程序中可以抽象地陈述假定的事实并申请法院进行证据调查，不构成不合法的摸索证明。^[43]德国联邦法院于2007年所作的一则判决较好地诠释了这一点。原告认为其建筑物由于被告的河道建筑工程而受到损害，要求被告赔偿。在诉讼中，原告在提交了两份私鉴定意见书的基础上，主张由于被告在河道建筑工程施工时未在必要的范围内安装紧固螺丝造成河道的排流效应从而导致建筑物受损。自河道建筑工程开工以来，由于河道的排流效应，地下水改变流向，地下水水位下降约50厘米。在河流泥土不具有承载能力的区域，地下水的下降将会引起地面沉降。由于地基结构特别易受到水流的威胁，所以对被告来讲，建造一个紧密封闭的同时是动力啮口型的堤坝防护系统就十分有必要。被告至少也应安装紧固螺钉来预防地面沉降。被告没有作这样的处理，从而导致原告的建筑物受损。原告以此为证明主题向法院提出证据调查申请，要求法院对地下水水位进行季节性测量，以确定地下水位的波动情况。德国地区法院与州法院均认为原告的主张仅为抽象的、缺乏根据的推测性陈述，以之为证明主题的证据调查申请属于不合法的摸索证明，不予准许。作为上告法院的联邦法院则认为，在原告对于建筑工程、土壤含水量同建筑物上已经发生的裂痕及地面沉降之间的地质学与物理学联系缺乏更为详尽的了解并且没有专业人士协助的情况下，不应当期待其作出符合具体化要求的事实陈述。^[44]

第二，如果诉讼中的一方当事人无法详尽知晓事实的经过从而难以进行充分、具体的陈述，他也可以仅抽象地主张假定的事实，以之作为证明主题向法院申请证据调查并不属于摸索证明。^[45]德国联邦法院于2002年针对一起企业法人内部事件所作的判决较好地诠释了这一立场。原告为证明辅助参加人故意不履行职务行为（合谋进行诈骗），主张辅助参加人熟知作为被告的某有限责任公司的体制，尤其是知道这家有限责任公司既不想也无法遵从货物运输法的要求将正确的地址告知其客户。为此，原告申请法院询问某证人，因为该人此前早已将该有限责任公司的总体设想告知了辅助参加人。德国地区法院与州法院均认为该证据调查申请属于不合法的摸索证明，因为原告的主张未臻具体化。原告对于证人与辅助参加人具体商谈了什么内容，特别是当时这家有限责任公司的总体设想在细节上是什么样的，并未作实质性的陈述。此外，原告亦未明确说明为什么基于这个设想辅助参加人就会知道这家有限责任公司只能给其客户提供假地址。德国联邦法院在上告审中认为，原告所主张的事实乃属于自己支配领域以外的事实，此种情形下，要求原告作出详尽、确实的陈述显然是不可能的。由于原告无法了解事实经过，其只能抽象地提出假定事实，以之为证明主题申请法院传唤证人进行询问并不构成不合法的摸索证明。^[46]

与德国联邦法院判例所持之见解基本相同，德国学说一般也认为，相对于作为证明对象的事实而言，当事人若在物理上或社会上处于被隔绝的地位，从而欠缺关于事实经过的详细认识，不得已抽象地主张推测的事实应当被允许，以之为证明主题申请法院进行证据调查不属于不合法的摸索证明。^[47]

日本最高法院虽无有关于当事人被容许抽象地进行事实主张或提示证明主题的判例，但日本地方法院在若干文书提出命令的事件中已承认不持有情报的当事人可以抽象地表示证明主题。东京高等法院于1979年10月18日就“航空自卫队战机坠落事件”所作的裁判与大阪高等法院于

[43] NJW 1995, 1160, 1161; NJW 2000, 2812, 2813; NJW-RR 2003, 491.

[44] BGH, III ZR 73, 2007.

[45] NJW 2000, 2812, 2813; NJW 2002, 825, 826.

[46] BGH, III ZR 7, 2002.

[47] 前引 [36], Musielak 书, 第 242 页; 前引 [36], Jauernig 书, 第 201 页; Thomas/Putzo, Zivilprozeßordnung, 28. Aufl, 1986, § 284, Rn. 3.

1978年3月6日就“火力发电厂环境污染事件”所作的裁判乃当事人抽象地表示证明主题也为适法的典型判例。在前一事件中，因航空自卫队战机坠落而死亡的飞行员之遗属以事故乃因战机整備不全引起为由，向国家提起损害赔偿诉讼。为证明上述事实，原告申请法院命令被告提出由防卫厅保管的航空事故调查委员会作成的航空事故调查报告书。被告以其涉及国家机密为由拒绝提出。法院最后以民事诉讼法第316条（日本新民诉法第224条第1款）为依据，认定该文书所证明之事实为真实并判决原告胜诉。^{〔48〕}日本学者针对此裁判分析认为，上述事件中，能证明事故原因之证据完全掌握在对方当事人手中，原告被隔绝于作为证明主题的事实关系之外，根本不知晓航空事故调查报告书的内容，此种情形下，仍要求其主张必须特定化事实上是不可能的。为谋求当事人之间的实质公平，应当允许原告将不特定的“战机坠落乃由战机整備不全引起”之事实主张作为证明主题并借由法院的证据调查进一步使其主张具体化。^{〔49〕}

在后一事件中，作为原告的火力发电厂周边住民主张由于被告过去长期排放污染物质致使其健康遭受损害，要求被告赔偿损失。为此原告申请法院命令被告提出其所持有的关于大气污染的测定记录。大阪高等法院在裁定中认为，对于被告因长期排放污染物质致使大气受污染的数值，原告在诉前事实上不可能收集到。若强要原告出示大气污染的具体数值，将导致其不得不杜撰毫无根据的具体数值，这显然没有意义。故此种场合下，原告即便未就大气污染的具体数值这一立证事实作具体的陈述，而仅抽象地提示证明主题并申请法院发布文书提出命令，也不能认为其不适法。只有作此解释，方符合公平原理。^{〔50〕}

日本学说对日本地方法院关于容许当事人抽象地提示证明主题的判例皆持肯定立场，认为通常情形下，对于发生于自己生活、法领域内的事实，固应要求当事人的主张具体化，但如果事实发生于对方当事人或第三人的支配领域内，负主张责任的当事人处于与事实关系相隔离的地位，欠缺获得必要情报的手段，若仍要求当事人的主张应予具体化，于其是不可期待的，也是不妥当的。^{〔51〕}

四、主张具体化理论对我国民诉立法的启示

颁行于1991年4月9日的我国现行民事诉讼法（2007年10月28日修正）并未设关于主张具体化的规范，即便昭示或蕴含主张具体化要义的规范也付之阙如。^{〔52〕}最高人民法院于2001年12月6日发布的《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称“证据规定”）第18条规定，“当事人及其诉讼代理人申请人民法院调查收集证据，应当提交书面申请。申请书应当载明被调查人的姓名或者单位名称、住所地等基本情况、所要调查收集的证据的内容、需要由人民法院调查收集证据的原因及其要证明的事实。”这一规定亦未要求具体地表明证明主题。根据前面的分析，容许

〔48〕 参见〔日〕石川明：《はじめて学ぶ民事诉讼法》，三岭书房2002年版，第231页。

〔49〕 参见〔日〕小林秀之：《新证据法》，弘文堂2003年版，第146页。

〔50〕 参见前引〔10〕，谷口安平等书，第152页。

〔51〕 参见前引〔8〕，佐上善和文；前引〔39〕，竹下守夫文；前引〔18〕，兼子一等书，第960页；前引〔10〕，谷口安平等书，第63页。

〔52〕 综观我国现行民事诉讼法，与当事人的主张或陈述有关的规范有第64条“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据”，第108条“起诉必须符合下列条件：……（三）有具体的诉讼请求和事实、理由”，第110条“起诉状应当记明下列事项：……（二）诉讼请求和所根据的事实与理由”，第127条“法庭辩论按照下列顺序进行：（一）原告及其诉讼代理人发言；（二）被告及其诉讼代理人答辩”等条文。从上述条文的内容来看，无论是对原告的主张还是被告的答辩，立法均未提出具体化的要求。或许有人认为，民事诉讼法第108条蕴含了原告的主张必须具体化的要求。但稍作分析便知此立论不成立。因为民事诉讼法第108条中的“具体的诉讼请求”与“事实、理由”乃以“和”连接，属于并列事项，故该条文事实上仅强调原告所提的诉讼请求必须是具体的，而不是同时要求诉讼请求所根据的事实也是具体的。

当事人抽象地进行事实主张并以之为证明主题申请法院进行证据调查,将致使法院不能进行充实、有效的证据调查并侵蚀对方当事人的防御利益,最终导致诉讼迟延。事实上,我国民事审判实践中长期存在的审理效率低下、诉讼迟延之弊病很大程度上是由于忽视当事人主张的具体化,致使法院进行证据调查的对象难以有效确定,证据调查范围过于宽泛。虽然我国民事审判实务中一直强调当事人证明责任之落实,最高人民法院为此也出台了一些具体措施,如审理前由法院组织当事人进行证据交换(参见证据规定第37—40条)等,但其实效一直不佳。个中原因在于,证明责任之落实须以主张责任之贯彻为前提,而主张责任之贯彻又以当事人的主张适格为前提。在未严格贯彻主张责任的情形下,无法奢谈举证责任之落实。

或许有观点认为,我国现行民法并未真正确立辩论主义之运作方式,故以作为辩论主义要义之一的主张责任之适用为前提的主张具体化在我国民事审判中并无强调的必要性。这种观点显然不能立足。依据我国现行民事诉讼法第64条,当事人对自己所提之事实主张负证明责任,人民法院仅在例外情形下才依职权调查收集证据。证据规定不仅重申由当事人负证明责任,并且于第15条将法院依职权调查收集证据的范围限于与社会公益有关的事实。据此,我国现行民法已然确立辩论主义的一项要义,即当事人负证明责任,法院仅在当事人提供的证据范围内进行调查。辩论主义的另外两项要义为:当事人未主张的主要事实,法院不能作为裁判的基础;当事人自认的事实,法院必须将之作为裁判的基础。三者之间是不能割裂的,很难想象存在只强调当事人的证明责任而不强调主张责任的辩论主义,强调当事人负证明责任即应同时或首先强调当事人负主张责任。我国自上世纪80年代末开始,即一直为推进以落实当事人证明责任为核心的辩论主义运作方式而不懈努力,最高人民法院于不同时期出台的用以指导民事审判的各种司法解释无疑为此种努力作了最好的注脚,辩论主义运作方式在现行民法立法中已经确立是不容否定的。民事审判实务中出现的各种问题,症结在于仅强调当事人证明责任之落实而忽视主张责任法理之适用与主张具体化的要求。

为从根本上解决我国民事审判实践的积弊,保证法院集中、充实地进行证据调查,维护不负证明责任的当事人的防御利益,有效限缩当事人之间的争点,避免诉讼迟延,民法立法于将来进一步修正时,应借鉴德国、日本关于主张具体化的判例及学说,明确宣示当事人对自己的主张负有具体化陈述义务。最高人民法院也应出台相关司法解释,致力于阐释主张具体化的基本要求及适用规则。在我国民事诉讼中确立主张的具体化规则,应当遵循以下基本思路:

第一,作为规制当事人主张行为的规范或要求,主张的具体化仅适用于采用辩论主义的民事诉讼领域。在此领域,基于主张责任的法理,双方当事人而不是法院负有收集诉讼资料之责,对于当事人未主张的事实,法院不能将之作为判决的基础。当事人若想取得于己有利之判决,必须履行主张责任也即积极地向法院主张事实。但只有当事人的主张符合具体化的要求,才能认为其已尽主张责任。主张的具体化不仅要求当事人必须具体地陈述案件事实,而且要求当事人所作的事实陈述有合理的根据或有线索可循。主张的具体化同时禁止当事人作恣意的、信口胡扯的陈述。

第二,在采用辩论主义的民事诉讼领域,当事人的事实主张同时即为证明主题或证明对象(对方当事人自认的除外)。因此,主张的具体化必然同时要求当事人不能将抽象的事实主张或者虽然外观上特定但纯为射俸式的陈述作为证明主题申请法院进行证据调查,也即禁止当事人为摸索的证明。摸索证明之禁止是主张具体化原理在证据调查阶段的具体体现。

第三,基于目的性考量,对当事人主张具体化的程度不能要求过高。德国联邦法院所采行的关于主张具体化的判断基准,也即当事人无须陈述生活事实中的每个细节,只要陈述能满足法院进行裁判重要性审查的事实即符合主张具体化的要求,最为合理。当事人按此基准进行主张,既

能够让法院有效地判断以之为证明主题的证据调查是否具有必要性,也不会影响对方当事人进行有针对性的防御。德国州高等法院所强调的及部分学说所提倡的当事人的主张应具有可信凭性的要求是不合理的,以之作为主张具体化的基准,不仅易使法院在证据调查之前对当事人的主张是否真实产生预断而损及证据调查的效果,而且会使诉讼资料过于泛滥,致使案件审理不能集中、有效率地进行,最终导致诉讼迟延,这显然与主张具体化的目的背道而驰。

第四,由于抽象的主张责任之分配与当事人的主张能力并非完全一致,在情报偏在性事件中,负主张责任(一般同时也负证明责任)的当事人由于事件的专门性,或由于其在物理上或社会上处于与事实关系相隔绝的地位而无法期待其为具体化的主张。此种场合下,不应苛求负证明责任的当事人所为之主张仍须具体化,而是应当缓和具体化的要求,容许当事人仅抽象地为事实主张。德国、日本判例关于此问题所持之见解值得借鉴。

Abstract: In the domain of civil procedure that belongs to the adversary proceedings, based on the jurisprudence of the burden of proposition, the party should raise legal elementary facts to the court actively. Only when the party's proposals correspond with the requirement of specification, can they be taken on as proper proposals, and only then has the party fulfilled his duty of specification. The specification of proposals requires the party to state specifically, and meanwhile forbids discretionary or aleatory statements.

How the requirement of specification was established in Germany and Japan are different. In Germany, it was established by the precedents in the period of Empire Court and Federal Court. While in Japan, it's generally considered that § 258 (1) of its former Civil Procedure Code and § 180 (1) of its current one declare or imply the request that the party's proposals should be specific. The significance or theoretical foundations of the specification of proposals are to secure the trial interest of the courts, the defensive interest of the other party, and also the due interest of a third party as a means of proof. In order to avoid prejudication and enable the court to decide effectively whether the party's proposals need evidence investigation or not, proposals should be specific enough to enable the court to decide whether they have enough importance for judgment. As the distribution of the burden of proposition don't always accord with the party's ability of proposition, in the cases when the main evidences are under one party's control, we should assuage the requirement of specification and permit the other party to state abstractly, so as to strive for substantial justice.

To ensure our courts to investigate the evidence convergently and substantially, to protect the defensive interest of the party who don't bear the burden of proof, to limit the issues between the parties effectively, and to avoid litigation delay, our Civil Procedure Law should take examples from the precedents and theories about the specification of proposals in Germany and Japan, and stipulate clearly that the party undertakes the obligation to make his proposals specific.

Key Words: burden of proposition, specification of proposals, subject of proof
