

# 当事人 民事诉讼主张研究

闫庆霞 著



教育部人文  
(10YJC820131 “民事诉讼当

# 当事人 民事诉讼主张研究

闫庆霞 著



  
法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

当事人民事诉讼主张研究 / 闫庆霞著. —北京:  
法律出版社, 2013. 9

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5243 - 4

I. ①当… II. ①闫… III. ①民事诉讼—研究—中国  
IV. ①D925. 104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 183571 号



当事人民事诉讼主张研究 | 闫庆霞 著

责任编辑 陈 晖 孙东育  
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2013 年 9 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 9.375 字数 236 千

印次 2013 年 9 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张建伟

法律出版社 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件 / info@lawpress.com.cn

网址 / www.lawpress.com.cn

销售热线 / 010 - 63939792 / 9779

咨询电话 / 010 - 63939796

中国法律图书有限公司 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店 / 010 - 63939781 / 9782

重庆公司 / 023 - 65382816 / 2908

北京分公司 / 010 - 62534456

西安分公司 / 029 - 85388843

上海公司 / 021 - 62071010 / 1636

深圳公司 / 0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 5243 - 4

定价: 28.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

# 目 录

前言/1

第一章 当事人民事诉讼主张概论/5

第一节 当事人民事诉讼主张含义界定/5

一、“主张”与主张权/5

二、当事人诉讼主张在民事诉讼中的定位——  
以诉讼行为理论为视角/8

三、民事诉讼主张界定的现有理论/11

四、本书的观点/14

五、以当事人诉讼主张为主轴的民事诉讼的  
相貌/20

第二节 民事诉讼主张功能分析/22

一、民事诉讼主张功能分析的民事诉讼制度  
环境/22

二、当事人民事诉讼主张的功能——对法院裁  
判范围的约束/27

三、民事诉讼主张约束功能的除外场合——职  
权探知主义的适用/29

四、协同主义与诉讼主张约束功能的弱化/33

### 第三节 民事诉讼主张的表达方式/35

一、诉讼主张是一种语言行为——语言、句子和命题/35

二、民事诉讼主张的形式——口头与书面的比较/39

### 第四节 “当事人陈述”辨析——证明对象抑或证明手段/44

一、“当事人诉讼主张”与“当事人陈述”——语义学上的分析/44

二、关于“当事人陈述”性质的两个框架/46

三、两个框架之间的界限/51

四、两个框架之间界限的模糊性/54

五、结论/55

## 第二章 民事诉讼当事人的权利主张/58

### 第一节 民事诉讼当事人权利主张概述/58

一、权利主张的内涵与外延/58

二、权利主张与相关概念辨析/59

三、权利主张中的“权利”/64

### 第二节 民事诉讼当事人权利主张的规则/67

一、“禁止重复起诉”原则/67

二、关于民事起诉中的“部分请求”/84

三、权利主张失当及其法律后果/87

### 第三节 民事诉讼原告的权利主张/90

一、原告权利主张与“诉”/90

二、确认之诉中的原告权利主张/92

三、给付之诉中的原告权利主张/97

四、形成之诉中的原告权利主张/105

五、原告权利主张的放弃和变更/107

六、原告权利主张的合并/110

七、原告权利主张是否必须要有具体的实体法根据/112

### 第四节 民事诉讼被告的权利主张/113

一、被告对原告权利主张的承认/114

- 二、反诉/116
- 三、被告对原告权利主张的异议/124
- 四、被告对原告权利主张的抗辩/126
- 五、被告的诉讼抵销抗辩及其特殊规则/128

### 第三章 民事诉讼当事人权利主张的论证/130

#### 第一节 法律论证视野中的民事诉讼主张/130

- 一、法律论证理论/130
- 二、“法学三段论”中的民事诉讼主张——权利主张论证中的内部证成/132
- 三、事实主张的证明——权利主张外部证成中小前提的证立/136
- 四、察觉藏在“三段论”路边的谬误——权利主张外部证成中大前提的证立/137

#### 第二节 民事诉讼当事人权利主张的论证理由/141

- 一、在事实与请求之间/141
- 二、“构成要件”理论——权利主张论证的法律逻辑/143
- 三、“请求权竞合”辨析及其与禁止重复起诉原则的关系/146

#### 第三节 权利主张论证中的法观点/152

- 一、当事人的法观点及其效力/152
- 二、法院的法观点指出义务/155
- 三、案例分析/158

### 第四章 民事诉讼当事人事实主张/163

#### 第一节 民事诉讼当事人事实主张概述/163

- 一、“实事求是”在哪种意义上才是可能的/163
- 二、“事实”及其选择的必要性/165
- 三、事实主张的内涵与外延/168
- 四、事实主张的层次及其法律效力/171

#### 第二节 民事诉讼当事人事实主张的规则/175

一、主张责任/175

二、主张的具体化义务/179

三、真实义务/183

四、禁反言/186

第三节 民事诉讼原告的事实主张/187

一、请求原因事实/187

二、请求权构成要件/188

三、对被告事实主张的回应/192

第四节 民事诉讼被告的事实主张/194

一、对原告事实主张的回应/194

二、抗辩事实主张/202

第五节 当事人事实主张与法院释明制度/211

一、法院释明制度/211

二、“释明”的性质和界限/213

三、释明制度下当事人主张责任的弱化/216

四、释明制度在我国民事诉讼中的现状和发展路径探讨/217

## 第五章 民事诉讼当事人事实主张的证明/220

第一节 证明的本质/220

一、何以才能相信——为什么证据证明是必要的/220

二、证明的本质/222

第二节 民事诉讼证明对象/227

一、证明对象的传统解读/227

二、证明对象传统理论的弊端/228

三、证明对象重新界定的形而上学理由——一个“历史观”的考察/231

四、理论转换：证明对象与事实主张的契合/231

第三节 事实主张的证明责任/235

一、“证明责任”与“举证责任”概念辨析/235

二、当事人承担证明责任为什么是必要的/238
三、证明责任的性质/240
四、证明责任的适用条件/242
五、证明责任的适用对象/243
六、证明责任的适用范围——以证明标准为基础的分析/245
七、证明责任分配规则/247
八、法院依职权调查证据对证明责任制度的影响/262
九、“烟灰缸案”中的证明责任/264
第四节 事实主张的证明标准/266
一、参照物的确定/267
二、“自由心证”中的“自由”/269
三、“盖然性”的衡量/271
四、证明标准和证明责任/272
五、“彭宇案”中的事实认定和证明标准/275
六、“水晶球案”中的证明责任和证明标准/279
参考文献/282
后 记/290



## 前 言

在民事诉讼中，“主张”是经常被使用到的一个词语。

当事人经常会说：

“请法院支持我方主张”；

“我方主张对该标的物的所有权”；

“对方的主张没有事实根据”……

在法院的裁判文书中也不时可以看到：

“本院对被告自称是见义勇为的主张不予采信”；

“原告关于侵权事实的主张不能成立”；

“本院推定原告的该主张成立”等表述。

在法律条文、司法解释当中，“主张”一词也反复出现：

“当事人对自己的主张只有本人陈述而不能提出其他相关证据的，其主张不予支持”；

“当事人主张的法律关系的性质和民事行为的效力与法院根据案件事实作出的认定不一致”；

“当事人对自己提出的主张有责任提供证

据”；

“没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的,由负有举证责任的当事人承担不利后果”；

“对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人……”

“主张合同关系成立并生效的一方当事人对合同订立和生效的事实承担举证责任”等。

由此可见,在诉讼中,“主张”是一个约定俗成、经常使用的词语。然而,我们仅凭习惯使用着“主张”这个词语,并且想当然地以为我们了解它的含义。人们容易有这样一种倾向,即认为对于一个词,只要我们懂得如何使用它,就一定明白它的意思。然而,语言不是一个独立的领域,语言的目的是与其意义发生关系的。<sup>〔1〕</sup> 在很多情况下我们常常并不理解我们正在使用的语词的确切含义。滥用措辞,在日常生活的每一领域时时刻刻都在发生。在诉讼中,各方当事人自说自话,不能进行有效沟通,法院自行其是作出武断判决的情况大多与对“主张”含义、用法的理解存在较大分歧因而误解、误解有关。

通过简单分析以上列举的“主张”一词的词性及其在句子中的作用,我们就可以轻易发现两个显著区别。

其一,“主张”被当做动词使用,连接施动项和受动项。在这种句子中,施动项通常是一定的主体,例如当事人;受动项可以是一定的权利,一定的案件事实,一定的法律关系状态,或者一定的法律适用观点。

其二,“主张”被当做名词使用,与之相连接的动词有提出、支持、证明、采信、成立等词语。

不同词性的“主张”在句子中的作用截然不同,所表达的意思也大相径庭。当“主张”作动词使用时,其含义比较确定,基本上与“提出”、“表达”、“陈述”意思相近,意指当事人的某种行为,不会产生

---

〔1〕 参见〔英〕罗素:《人类的知识》,张金言译,商务印书馆1983年版,第76页。

歧义,无须深究;当“主张”作名词使用时,其含义比较宽泛,适用范围很广,需要其他语词对其含义进行限定,比如说,关于实体权利的主张、关于诉讼权利的主张、关于案件事实的主张。当事人的“主张”不但决定着案件的管辖、当事人的诉讼权利义务、举证责任的负担、案件的审理范围,甚至最终决定着一个案件的胜负。因此,当“主张”这一词语词义含混,所指涉的内容不清晰、不明确的时候,诉讼活动就很难有效地进行下去。

我们这里谈到的语词,其实是指语词概念。概念是逻辑思维的起点,是判断、推理和论证的基础。但是,抽象事物用简单的语词来概括并加以解释是非常困难的。有一个非常经典的例子,在谈到时间概念时圣·奥古斯丁曾这样说:“什么是时间?若无人问我,我便知道;若要我向询问者解释,我便不知道”。〔1〕意思是,时间的概念存在于人的理解和想象中,却不存在于人们的语言中。

那么,在民事诉讼活动中,对于“主张”这个经常被使用的概念,究竟有没有一个统一确定的含义呢?应否对它进行严格的界定呢?如果是,应当如何界定呢?它的确切含义是什么?它的构成要素又是什么?

明确概念的基本方法就是属加种差。然而,当我们试图将“主张”这个概念与其背后的意义联系起来的时候,发现它的边界不是更清楚了,而是更模糊了。这些模糊之处充斥着若干的疑问。而这些疑问又关涉民事诉讼理论和实践的各个主要方面。

当前,我国经济领域的深刻变革引发了私法空间的扩张。私权自治的理念不仅在实体法领域获得了基本原则的地位,而且也渗入了程序法,影响着民事诉讼各项制度的设置。在民事诉讼中,为了实现一定的私权效果,当事人就私法上的权利义务和事实自主地提出主张。当这种自主、自治的主张遇到既定的公力铺就的程序法路

---

〔1〕 [古罗马]奥古斯丁:《忏悔录》(第14卷)。转引自[英]哈特:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第15页。

径时,其主张的进程将受到怎样的影响?在公力救济的背景中,通过诉讼主张表达的“私权自治”呈现出何种面貌?与其相对应的“自我负责”的理念又该如何以“主张”来体现?是哪些程序法因素为处在“私权自治”边界的“主张”设定了范围?这些因素背后应当体现怎样的价值衡平?私法上不同主体、不同性质的主张应当产生怎样的程序法效果,进而又产生怎样的实体法效果?这些主张的行使应当遵循着什么样的准则?对其法律效果的评价如何进行?按照什么标准进行?显然,几乎所有的疑问都关涉一个核心概念——“主张”。

解开这些疑问的尝试,成为本书写作的缘起。

社会的变革仍在继续,由经济领域扩至其他可能的一切社会领域。民事诉讼过程中,通过诉讼主张体现的“公力救济中的私权自治”,公力与私权之间随时代的变迁而呈现出复杂的相互作用关系。民事诉讼各项法律制度与其所处的整个社会生活,如何在相互影响中进步,是我们这个时代的迫切要求。

对于一个具有较强实践性的理论课题的实用性期待,无论怎样都是不过分的。因此,如果研究不能对“这个课题的实用性和意义”给予足够的关注,不认真回答,那么这项研究在态度上就已经失败了。

法制的历史经历了义务本位到权利本位再到社会本位的变迁。社会本位主义虽然主张对个体权利加以适当的限制,但仍然是以保障公民个人权利为主旨的权利本位为基础的。如果没有这样的基础,社会就有滑向专制主义深渊的危险。从法的发展历程可看出,法所要回应的问题愈来愈清晰:法律如何才能促进人的长久的共同生活?

“法律的终极原因是社会的福利!”<sup>[1]</sup>

---

[1] [美]本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆1998年版,第39页。

# 第一章 当事民事诉讼主张概论

## 第一节 当事民事诉讼主张含义界定

### 一、“主张”与主张权

“主张”的一般含义是“对事物所持的见解”。<sup>〔1〕</sup>按照《现代汉语词典》的解释,“主张”意指:“①[动]对于如何行动持有某种见解:他~马上动身。②[名]对于如何行动所持有的见解:自作~|这两种~都有理由”。<sup>〔2〕</sup>

在纠纷及其解决过程中,“主张”除了意指一定的见解,还在于强调将这种见解表达出来这一层含义。美国学者威廉·菲尔斯蒂拉(William Felstiner)、理查德·阿贝尔(Richard Abel)和奥斯丁·萨那特(Austine Sarat)对纠纷发展的自然

---

〔1〕《辞海》(中),上海辞书出版社1979年版,第2751页。

〔2〕《现代汉语词典》,商务印书馆2005年版,第1781页。

过程进行了研究,并提出了纠纷出现和转型的三个发展时期:认定(naming)、指责(blaming)和主张(claiming)。这个相当有影响力的观点被称为“菲尔斯蒂拉—阿贝尔—萨那特模式(Felstiner - Abel - Sarat)”。在该模式中,认定(naming)是指一次特定的经历被认为会给他人造成伤害。而某个问题在还没有被受伤害的人认定为伤害时,它只是纠纷的萌芽状态。生活中许多不幸事件从未发展到认定阶段。指责(blaming)是指在被认识到的侵害和被认为造成这一侵害的当事人(另一个人或者某种社会实体)之间建立起了某种联系,即造成伤害的负责人得到认定。主张(claiming)阶段则是受害者一方向过错方指责该错误行为并要求补救,如受害人一方向被认为负责的另一方提出起诉并要求某种法律救济。当被认定负有责任的一方对该主张提出反对(否认)时,一种完全意义上的纠纷就出现了。在现实生活中,这三个阶段可能会以一种很快的连续方式发生,或者它们中的某个阶段可能会因为一个人对伤害的严重程度和谁该为伤害负责的慎重考虑而重复出现几次。<sup>[1]</sup>作为纠纷发展阶段的“主张”行为是一种将纠纷外显化的行为。可以说,一个法律纠纷发生的标志便是“主张”。当当事人的“主张”行为是通过向法院起诉寻求法律救济的方式作出时,一个“诉讼案件”便产生了。

那些各国程序法所普遍认同的基本理念和原则,无一不包含着承认当事人有一种“主张”权利的内容。这项权利与民主制的关系是如此密切(甚至可以说是民主制的内容之一),以至于现代民主国家(以及宣称自己是民主政体的国家)均在宪法、基本法律或判例原则等重要法律渊源中明确地予以承认。“正当程序”(due process)或“程序正义”(procedural justice)原则最基本的内容便是,与程序的结果有利害关系的人有权参加该程序,并得到提出有利于自己的主张

---

[1] 参见[美]约翰·M. 康利、威廉·M. 欧巴尔:《法律、语言与权力》,程朝阳译,法律出版社2007年版,第102~105页。

和证据的机会。

民事程序主体性原则亦是各国普遍承认的一项宪法原则和诉讼法原则。程序主体性,即程序的当事人及利害关系人,在与其地位、利益、责任或权利义务有关的纠纷解决程序中,享有参与该程序以影响纠纷解决结果的程序上的基本权利。在民事诉讼主体(当事人和法院)中,作为审判权力的享有者,法院的主体地位无论如何淡化都是不会受到影响的。也正因为如此,程序主体性原则特别强调的是当事人程序主体性原则。此项原则意在明确“当事人不应沦为法院审理活动的客体”这样一个基本理念。日本学者棚濑孝雄认为,应当把诉讼当事人的程序主体性提到一个明确的高度,一个能充分体现民主主义理念的高度。不应把当事人的程序主体性作用仅仅限定在为了帮助法官作出正确判断而提供足够的资料这一狭窄的范围内;而是容许当事人用双方的辩论内容来拘束法官判断的同时,把法官这个第三者的存在和决定权纳入自己努力解决自己的问题这样一种主体相互作用的过程。承认当事人具有这种更高层次的主体性,才有可能从根本上支持现代型司法所需要的灵活性,获得根据具体情况来追求更合乎实际的解决时必要的正当性。<sup>[1]</sup>在民事诉讼中,处于程序主体地位的当事人可以自主地提出诉讼主张。

包含主张权在内的听审请求权在某些国家也是一项宪法明确规定的权利。如《德意志联邦共和国基本法》第103条第1款规定,法院保障当事人的听审请求权。听审请求权指的是法院有义务使得当事人能够在诉讼中以充分的和恰如其分的方式陈述他们所持有的看法,包括:给予当事人提起申请、主张事实和对之提供证据以及及时地获知对方当事人的陈述以至于能对之

---

[1] 参见[日]棚濑孝雄:《纠纷的解决与审判制度》,王亚新译,中国政法大学出版社1994年版,第258~259页。

表态的权利。<sup>[1]</sup>

由此可见,程序正义的最基本方面必然包含对程序当事人“陈述自己意见并得到倾听”的权利的承认,即“主张”是当事人的一项基本程序权利。

## 二、当事人诉讼主张在民事诉讼中的定位——以诉讼行为理论为视角

在大陆法系民事诉讼理论中,民事诉讼的整个体系均可以被容纳于“民事诉讼法律关系”这一概念中。按照我国通说,民事诉讼法律关系是由民事诉讼法律规范所调整的法院、当事人和其他诉讼参与人之间以民事诉讼权利和民事诉讼义务为内容的社会关系。民事诉讼程序便是民事诉讼法律关系产生、变更和消灭的过程。而引发民事诉讼法律关系产生、变更和消灭的因素,有诉讼行为和诉讼事件两类。较之于诉讼事件对民事诉讼法律关系的零散影响而言,诉讼行为的重要地位却是明显而突出的。因为正是人的行为才是法律的调整对象。“除了行为之外,法律别无客体。”<sup>[2]</sup>

诉讼行为理论是大陆法系民事诉讼法学的基本范畴。在拉丁语中,“诉讼”(procedere)一词本身就具有“行动”的意思。<sup>[3]</sup>与民事法律行为理论被称为“大陆民法学中最辉煌的成就”相类似,“诉讼行为之概念乃为诉讼法之中心点”也获得了大陆法系诉讼法学者的普遍认同。<sup>[4]</sup>从诉讼行为理论的发展历史来看,大陆法系学者对于民事诉讼行为的研究是随着诉讼法与实体法的分离即诉讼法独立性的增强而

---

[1] 参见[德]汉斯-约阿希姆·穆泽拉克:《德国民事诉讼法基础教程》,周翠译,中国政法大学出版社2005年版,第61页。

[2] 《马克思恩格斯全集》(第1卷),人民出版社1956年版,第16页。

[3] 参见[德]汉斯-约阿希姆·穆泽拉克:《德国民事诉讼法基础教程》,周翠译,中国政法大学出版社2005年版,第95页。

[4] 参见樊崇义主编:《诉讼原理》,法律出版社2003年版,第380页。



逐渐深入的。而该研究对于各国民事诉讼立法又持续地产生着影响。<sup>[1]</sup>“诉讼行为”的概念也出现在我国《民事诉讼法》条文中。<sup>[2]</sup>

日本学者谷口安平认为,“诉讼过程、或者通过诉讼解决纠纷的过程本身表现为双方当事人和法院所从事的一系列行为的累积。将构成诉讼的这些行为作为一个整体,并在与实体法学中关于法律行为的一般理论相对比的前提下对其一般性质进行的讨论,就是诉讼行为论”。<sup>[3]</sup>民事诉讼程序的展开必须经由各主体的诉讼行为,包括法院的诉讼行为、当事人的诉讼行为、检察院的诉讼行为和其他诉讼参与人的诉讼行为。相较于民事诉讼中的其他主体,当事人的诉讼行为一直是大陆法系诉讼行为理论研究的重点。

英美法系学界虽鲜有对“民事诉讼行为”的体系化研究,但从来也不欠缺对于“行为”的关注和研究。美国学者正是从行为和事件的角度来理解民事诉讼程序的。按照《布莱克法律词典》的解释,“程序”(proceedings)是指诉讼正常、有序的推进过程,包括从诉讼开始到判决作出这段时间内的所有行为和事件(all acts and events)。20世纪五六十年代出现的“行为主义法学”(Behavioristic Jurisprudence)更是提出了“法即行为”(law as behaviors)的主张,将“行为”取代“法律规则”确定为法学研究的对象。

关于“诉讼行为”的定义,学界主要有两种观点,即“效果说”和“要件效果说”。“效果说”将诉讼行为界定为伴有诉讼法上效果的行为,“建立在行为意思基础上的、以引起某个‘效力主要处于诉讼领域

[1] 关于大陆法系的民事诉讼行为理论及其历史沿革,可参见王德新:《民事诉讼行为理论研究》,中国政法大学出版社2011年版。

[2] 如第53条第2款:“共同诉讼的一方当事人对诉讼标的有共同权利义务的,其中一人的诉讼行为经其他共同诉讼人承认,对其他共同诉讼人发生法律效力;对诉讼标的没有共同权利义务的,其中一人的诉讼行为对其他共同诉讼人不发生法律效力。”第55条第3款:“代表人的诉讼行为对其所代表的当事人发生法律效力,但代表人变更、放弃诉讼请求或者承认对方当事人的诉讼请求,进行和解,必须经被代表的当事人同意。”

[3] [日]谷口安平:《程序的正义与诉讼》,王亚新、刘荣军译,中国政法大学出版社1996年版,第134页。