

杨立新:民事裁判方法的现状及其改进[下] PDF转换可能丢失
图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E6_9D_A8_E7_AB_8B_E6_96_B0__c122_486119.htm

(三) 请求权体系的两种系统及其关系 前边我讲了请求权的体系包括了三个请求权，一个是本权请求权，一个是原权请求权，第三是侵权请求权。这三个请求权构成完整的请求权体系。下面，我再把这三个请求权之间的关系作个整理，我们用两个不同的角度来整理。

1. 从民事权利的系统来整理请求权 当我们在研究一个民事权利的时候，我们着眼于民事权利的本身。比方说，研究物权，研究债权，在物权或者在债权中，它本身包含前两个权利，一个是这个权利的本身，即物权和债权本身。另一个，就是这个权利还包括另一个权利，这个权利就是权利保护的请求权。物权是一个支配权，但是，它还有一个保护自己的请求权。在债权当中，尽管它本身就是个请求权，但是，它也有一个保护自己的请求权，就是二次请求权。所有的合同债权都是这样，即使是不当得利、无因管理，也是这样，它自己本身就是请求权，但是也有第二个请求权，就是保护自己的请求权。当债务人对债务不履行的时候，这时候产生第二个请求权，这个请求权也还是债权当中本来包含的请求权，这个请求权是保护债权的请求权。在理论上，第二个请求权叫做二次发生的请求权，就是债权的二次请求权。作为一个债权人，可以要求债务人履行债务，债务人说不履行，他只要一说不履行，债权人马上就产生了第二个请求权，第二个请求权就是权利保护的请求权。这时候就可以依据第二个请求权，就是二次发生的请求权，向法院起诉。这

是从一个权利本身来观察的。物权也是这样。物权法规定物权是个支配权，物权原则上不是一个请求权，但是物权当中包含了一点请求权，就在共有权当中，在两个人共有有一个财产的时候，互相之间有请求权，说对方你怎么着，我怎么着，这时候有一点请求权。除了这些以外，物权本身的请求权内容并不多，因为它是个支配权。物权请求权所指的是它所包含权利保护请求权。《物权法》规定“物权的保护”这一章，全部规定的是物权请求权。那就说我们从权利这个角度来观察的时候，它自己本身就包含一个请求权，与民事权利相对应的，存在一个独立的侵权请求权，这个请求权并不是民事权利本身所具有的，而是根据侵权行为法的规定，在民事权利受到侵害的时候，又新发生的一个民事权利，这个权利是一个独立的、新发生的权利，并不包含在民事权利本身，是纯粹为了保护民事权利而新发生的一个请求权。从这个角度观察，三个请求权，在请求权体系中，两个请求权包含在民事权利本身，另一个独立于这些民事权利之外，是一个独立的救济民事权利损害的请求权。

2. 从权利保护的角度整理请求权

如果从权利保护的角度观察请求权问题，则是另外一个体系。本权请求权是一个系统，它所概括的是这个权利的性质就是请求权的民事权利，就是债权以及其他绝对权中包含的本权请求权。这个请求权是个行为规范问题，是规定当事人之间怎么去行使权利。作为裁判权基础的请求权，是权利保护请求权。这个体系包括一个原权请求权和一个侵权请求权，两个请求权系统都是权利保护请求权的内容。只有依据这两个请求权中的一个向法院起诉，法院才能够支持你。首先是原权请求权，如物权请求权，是可以向法院起诉

的请求权；债权当中的二次请求权，也是向法院起诉的请求权。这些都是权利本身所包含的保护它自己的请求权，这个权利不是新发生的，是权利本身就包含的请求权。其次是侵权请求权。当权利受到侵害以后，还会发生一个侵权请求权。侵权的请求权这是个新发生的请求权。这两个请求权放到一起构成了权利保护请求权的体系。

3. 两套请求权系统的交叉 尽管是三个请求权，但是可以从上面两个不同的角度来观察。当我们用权利本身的角度来观察的时候，本权请求权和原权请求权都是民事权利的本身，侵权请求权是一个独立的权利系统；当我们从权利保护的角度观察，本权请求权是一个权利系统，而两个权利保护的请求权即原权请求权和侵权请求权是另一个系统。两种不同的整理，在原权请求权上发生交叉，即：原权请求权从第一个角度观察的时候，它是民事权利本身的内容，与侵权请求权相对应；从第二个角度观察的时候，原权请求权与侵权请求权一道构成权利保护的请求权系统，与本权请求权相对应。可以说，在三个请求权系统中，中间的这个请求权即原权请求权，既是权利本身的权利，又是一个保护权利的请求权，它兼有两种性质。

4. 权利保护请求权才是法官裁判要寻找和依据的请求权 法院在研究一个当事人是否向法院起诉的时候，要看他有没有请求权，这就是要看他有没有权利保护的请求权。比方说一个物权受到侵害的当事人来起诉，首先要看他是不是有请求权，其次是要看他行使的是物权请求权，还是行使侵权请求权。这是我们要判断的问题。立案庭的法官受理这样一个案件时，要看他有没有请求权，就是研究他是不是享有权利保护请求权。权利保护的请求权有两个，或者是物权请求权，或者

是侵害物权产生的侵权请求权。在确定了这个内容以后，就确定了它是什么性质的案件，然后就可以送到审判庭去审理了。这有点像在医院里看病的挂号、分诊，你挂了什么号就到什么科去。如果说一个人手断了，你让人家上内科去，内科医生没法办。人家应该去产科，结果你却让她去五官科，五官科的医生只管上边不管下面，也没法办。（四）请求权法律基础的方法 按照德国的请求权法律基础的方法，首先应当确定原告有没有请求权。有了请求权，接下来就要确定请求权的法律基础是什么。在对一个具体案件审判的时候，我们确认了当事人享有请求权，接下来就要确定这个当事人所依据的请求权的法律基础是什么，它的法律根据是什么，就像我所说的那样要对请求权进行“定性”，“定性”就要定到法律关系，法律关系就指向了具体的法律规则。比方说现在审理的是一个侵权案件，它是侵权案件，侵权请求权的法律基础是侵权行为法。如果这个起诉的侵权案件是个共同侵权行为，接下来就指向《民法通则》第130条关于共同侵权行为的规定。第130条规定：“二人以上共同侵权造成他人损害的，应当承担连带责任。”最高法院还规定了二人以上既没有共同故意，也没有共同过失，他们的行为直接结合造成同一个损害结果的，也是共同侵权行为。原告如果按这个主张提出来诉讼请求，那么这个请求权的法律基础又直接指向了人身损害赔偿司法解释的第3条。找到了请求权的法律基础，就可以对这个案件适用法律了。德国的请求权法律基础这种裁判方法就是这样，要确定请求权，确定了请求权以后，然后寻找请求权的法律基础，要把请求权具体指向哪个法律规定找出来，然后直接适用这个法律规定来确定这个请求权成

立不成立，然后应该怎么去支持他。这个请求权的法律基础，就是说这个请求权指向的法律条文，就是处理这个请求权纠纷的规则。我举两个事例来说。这些都是和我们中国的民事法律关系方法是不一样的。我先说一个道路交通事故的例子。《道路交通安全法》第76条规定的道路交通事故基本上是无过错责任，主要是指机动车造成非机动车驾驶人或者行人损害的，是无过错责任。原来《道路交通事故处理办法》规定的是过错推定原则，没有规定无过错责任。现在第76条规定的是无过错责任。既然是无过错责任，就要按照《民法通则》第106条第3款规定确定责任。我们现在规定的无过错责任和过错责任，仅仅是归责原则上的区别，在赔偿标准上没有区别，都要用同样的赔偿标准。因为第106条第3款和第106条第2款在赔偿标准上没有区别。但是在德国不一样。德国的交通法规定：构成交通事故责任是无过错责任，其无过错责任的赔偿是限额赔偿，投保的保额最高限额50万欧元，相当于500万人民币。一个道路交通事故案件要赔500万，什么损失大概都够了。它不像我们中国的交通强制保险最多是6万。6万和我们现在的赔偿标准差的太远了。按照现在人身损害赔偿司法解释规定的赔偿标准计算，东南部地区造成一个人死亡大概有40万的赔偿金，而强制保险赔偿才赔人家6万，还有34万得当事人自己出。这样的强制保险有意思吗？一点意思也没有。我前天和一个美国人聊，对方也是搞侵权行为法的，他就说你们中国的保险真的没什么用。保险所要解决的是什么？是基本上不要肇事人去承担责任。如果达不到这样的标准，这样的保险就没有太大的意义。在德国，如果一个受害人只能证明无过错责任的交通事故责任，这个请

求权的法律基础就是交通法，就是限额赔偿，那么，他就要适用限额赔偿，最高不能超过这个限额。但是，受害人如果能够证明加害人一方具有过错，他的请求权的法律基础就不是交通法，而是《德国民法典》第823条，是过错责任，它的赔偿标准是全部赔偿，因此，所有的损害都可以得到赔偿。过错责任的办法是全部赔偿，无过错责任是限额赔偿。只要能够证明过错的时候，就可以不用无过错责任的请求权，而用过错责任的请求权。过错责任的请求权指向的是《德国民法典》第823条。大家看一看请求权的性质和请求权的基础，作用就在这里。一个人行使的请求权可能都是交通事故产生的请求权，但是交通事故请求权的法律基础是不同的，无过错责任请求权的基础是《道路交通安全法》。《道路交通安全法》的规定是个限额赔偿，你要不能证明过错的话，用无过错责任，你只能赔偿50万欧元。但是你要能证明过错呢？能够证明实际有过错，采用的是过错责任的赔偿请求权的法律基础，就是第823条。按照823条去起诉的时候，就能获得全部的赔偿。再举一个医疗事故责任的例子。我们的医疗事故是存在这样的问题的。我们的医疗事故赔偿有两个赔偿标准。一个赔偿标准是《医疗事故处理条例》规定的，那个赔偿标准是相当的低。如果一个医疗事故按照普通的侵权案件来起诉，如果按照《民法通则》第106条第2款来起诉的时候，那就应该适用《民法通则》第119条，后来的人身损害赔偿司法解释是对这一条文的补充，这个赔偿标准远远高于那个条例的标准。比如，《医疗事故处理条例》规定残疾赔偿金是计算3年，死亡赔偿金是计算6年，而人身损害赔偿司法解释规定的是计算20年。这一项赔偿会差多少？面对两个不同的规定，我

们应当怎么处理呢？一个当事人如果受到医疗事故损害的时候，他有请求权，但是却有两个法律基础，要么按照《医疗事故处理条例》起诉，要么按照人身损害赔偿司法解释起诉，原告起诉什么法律基础，法院就应该支持什么。原则上应该是这样的。如果按照《医疗事故处理条例》起诉，那么得到的赔偿比较少，如果按照人身损害赔偿的标准起诉，就赔偿的比较多。如果用请求权法律基础的方法确定赔偿问题，是由当事人选择的。当事人选择哪个法律基础就是哪个法律基础，法官就按哪个法律基础来判。但是我们现在的做法并不是这样的。我们现在的做法是“区分原则”，构成医疗事故责任的，你能拿出医疗事故鉴定，认定构成医疗事故的，那就按《医疗事故处理条例》规定的标准来赔，就赔得很少。不构成医疗事故，但是能做出医疗过错鉴定的，就按照医疗过错责任来赔，适用《民法通则》和人身损害赔偿司法解释，就可以判的很多。这样，就形成了在医疗事故上法律适用的强烈反差，就是不要构成医疗事故。因为构成医疗事故责任更重，但是赔偿的更少；反过来，不构成医疗事故，去做个医疗过错的鉴定，情节和损害较轻，却可以得到更多的赔偿。这就形成了一种极端不合理的现象。这样一种极端不合理的状况，就是我们在医疗事故法律适用当中存在的误区。医疗事故责任的法律适用中存在的这样明显的问题，说明了什么？说明了我们的民事裁判方法是不正确的，说明我们通常采用的民事法律关系的方法还不能够解决法律适用问题。这是一个很大的问题。像《医疗事故处理条例》当中出现的问题，如果按照请求权法律基础的方法，就可以直接交给当事人去选择。如果当事人本身愿意（这样的人大概神经

有毛病，少根筋），他可以选择《医疗事故处理条例》的赔偿标准作为自己请求权的法律基础，获得比较少的赔偿。但是，在一般情况下，当事人一定会去选择《民法通则》第106条第2款和第119条作为自己的请求权的法律基础，向法院起诉要求人身损害赔偿。因为医疗事故本来就是过错推定的侵权行为，只要推定过错成立，就让他赔偿。既然受害人选择的是人身损害赔偿的标准，那当然就是它的法律基础，当然就应该这么判，这样就可以解决问题。行政机关的《医疗事故处理条例》愿意怎么规定就怎么规定嘛！无所谓。权利交给当事人，由当事人自己选择。你就是规定构成医疗事故就赔1元钱也行，但是当事人不会去选择它作为自己的请求权的法律基础。所以说，请求权法律基础的方法是解决这个问题的根本方法。说到司法解释，我又要插进来一段话题，就是死亡赔偿金的问题。现在差不多的人都在反对它的“同命不同价”。它最大的问题就是把农民放到人格不健全的位置上，农村人只能按农村的标准赔偿死亡赔偿金。同样都是一个死，为什么城里人就要赔那么多，而农民却赔那么少？武汉中级法院作了个调查，城里人赔偿标准大概是8000多元一年的标准，20年就是十几万赔偿金。农村人的赔偿标准大概是2300多元，20年的标准就是4万多元不到5万元。按照这个标准估算，中国农民的人格仅仅是中国城里人人格的四分之一，农民只有四分之一的人格，这是一个极端不合理的问题。最典型的，有三个孩子一起坐车出去旅游，结果车翻了，三个孩子都死了，两个城里人得了40万赔偿，农村那个孩子就赔了十几万。这是不讲道理的。现在的死亡赔偿金是赔偿死亡的问题，赔偿死亡的标准是按收入来计算的，赔偿就是

按照死者因为死亡而造成的收入损失。那肯定是不平等的。真正的对死亡的赔偿，应当是对人格损失的赔偿，在民法上讲，这是个余命的损失赔偿。比方说中国男人的平均寿命是76岁，女人是79岁。一个男人50岁就“牺牲”了，那还有26年没有享受，应该赔偿这26年的损失，这就变成人格的赔偿。我们现在就没有用这种人格的赔偿，而是用收入的赔偿，这就是造成这种不合理后果的原因。解决这个问题的办法是什么呢？我觉得是不是可以这样，把死亡赔偿金分成两部分：第一部分是真正解决人格赔偿问题。这部分赔偿是生命的赔偿，就是你少活多少年就赔多少年，这样永远也不会提出农民的人格不如城里人的人格那么完善的质疑。第二部分是解决收入的损失赔偿，死者有劳动收入的，赔偿劳动收入。这样确定死亡赔偿金的问题，大概能够解决现在的问题。说到这里，还要插进来一个问题。我的看法是，最近这些年，我们观察最高人民法院的民法司法解释，应当说对法律的进步、对司法的进展，都起了非常大的作用，这是个非常好的做法。在我国的法治中，不能没有司法解释，就像德国的法官法一样，在起着非常重要的作用。但是比较起来，是不是有这样的一个对比：前几年过于谨慎，这几年过于大胆。前几年过于谨慎的表现是什么都不敢说，该规定的不规定。这些年过于大胆的表现，是想说就说，不太负责任。最典型的就是2002年作的刑事案件造成精神损害不赔偿的司法解释，就是个很不负责任的司法解释。凭什么不赔偿呢？毫无道理！回到我们的主题，德国的请求权法律基础的裁判方法是更为科学的方法。使用这样的方法，可以准确地寻找所要适用的法律，能够很好的解决我们裁判的思路。前几天，台湾的

王泽鉴教授到我们人民大学来访问，在人大做了三场报告，讲的主题都是人格权。在三场报告中他都讲了一个问题，就是这次到人民大学来访问，发现大陆地区的民法在很多方面超过了台湾的民法研究。我陪他到我们民商法基地的资料室去参观，他一看我们收集的资料，说全世界最先进的资料你们都收集到了。所以他感觉特别在人格权法和侵权法方面，大陆地区的研究是很先进的。王老师说他到德国去学习的时候，有个最基本的感受，就是德国人的民法研究方法完全是贴近实务的。他到德国去念博士，第一件事情就是要作案例分析报告，去寻找法院的案例，研究这个案例当中存在什么问题，法律适用是什么，存在什么问题，然后直接用请求权的法律基础这种方法来分析。这样就使司法操作和理论研究结合在一起。我们现在不是这样情况，法院研究裁判，学校研究理论。学校研究理论就是概念、特征、意义、构成、后果，都是这样来研究的，没有从实务当中发现问题、解决问题。我们在法学理论教育当中，起码在民法当中这方面是欠缺的。王泽鉴教授就反复告诫我们：我们研究民法唯一的、也是最好的办法就是反复不断的去看案例，就是要研究法院的判决，从这里去发现问题，解决问题，推动司法的进展。王泽鉴老师说，台湾原来的训练方法和我们现在的训练方法差不多，他到德国学习后，用了很长的时间才适应了德国人的这种研究方法。回到台湾以后，他在台大当教授，后来又去台湾的“司法院”去当法官，他就用这种思想来引导台湾的民法理论研究，所以他在台湾才具有这么重要的影响。我们也应该是这样的。在我们的民法理论研究中，应该很好的借鉴德国的方法，加强对实务的研究，同时应该将请求权法

律基础的方法更好地推广到审判实践当中去。我今天作这个报告也是试图把请求权的方法和我们原来的法律关系的方法结合起来，来解决我们的基本裁判方法问题。下面，我要说第三个问题了。

三、把请求权法律基础方法和民事法律关系方法结合成为一个更具操作性的民事裁判方法

按照我在前边讲的内容，可以看出来，单纯的民事法律关系方法和单纯的请求权法律基础的方法，虽然都是好的民事裁判方法，但是，都存在某些不足。民事法律关系方法主要存在的问题是，第一，它是一个法官职权主义色彩浓厚的裁判方法，当事人起诉之后，就由法官依照职权审查、确定法律关系的性质；第二，这种裁判方法不够尊重当事人的意志，忽略了当事人的积极性和选择权；第三，这种方法对于原告的起诉依据，更多的是按照《民事诉讼法》关于起诉条件的规定进行，缺少从实体法上对请求权的审查。当然，请求权法律基础的方法也存在缺点，主要是对民事法律关系方法的“定性”强调的不够。正因为如此，我们如果把这两个不同的裁判方法结合起来，用民事法律关系的“定性”方法给请求权法律基础的方法作补充，就会取长补短，形成一个新的、科学的、更具有可操作性的民事裁判方法。那么，法官在办案的时候就能够更准确地寻找法律，作出准确的裁判，在精神文明建设和物质文明建设和发展中，发挥更好的法律调整作用。我想是不是可以从以下五个方面阐释这个裁判方法的基本内容：

（一）发现请求权 使用这样的裁判方法，首先，要解决的是发现起诉的原告是否享有请求权。其次，如果起诉的原告享有请求权，接下来要按照请求权的体系来观察，原告行使的这个请求权是不是民事权利保护的请求权。如果是原告的请

求权仅仅是本权请求权，则不是民事权利保护的请求权，法院还不能对此行使裁判权。只有当事人享有的这个请求权是权利保护的请求权，才能够确认当事人可以向法院起诉，法院有权来管辖这个案件。这是第一步。在这一步当中，需要特别说明的是权利保护请求权体系中的两个请求权，一个是原权请求权，一个是侵权请求权，这两个请求权是个什么样的关系？这是个非常重要的理论问题，我们就这么随便说说，也很难把它说清楚。我尽量去说。从形式上来看，2007年3月，《物权法》通过之后，它规定的物权请求权这部分就要生效了。这样，当事人就完全可以按照物权请求权的那部分规定作为请求权的法律基础向法院起诉。但是，还有一个问题，这就是《民法通则》关于侵权请求权的这部分规定中，它也是侵权请求权的法律基础，它也规定有一个请求权。《民法通则》第117条就是规定侵害财产的侵权责任的，侵占或者损坏财产的，受害人作为一个权利人，享有一个侵权赔偿请求权。这时候，就等于同样一个侵害物权的侵权行为，可能在受害人身上产生两个请求权：按照《物权法》的规定可以起诉，按照侵权法的规定也可以起诉。大家可以仔细对照一下，《物权法》规定的物权请求权那部分的内容与《民法通则》规定的侵权请求权的内容基本上是一致的。唯一的差别，就是物权请求权当中有一个物权确权的请求权，侵权法当中没有这个内容。因此，物权请求权和侵权请求权的内容基本相同，仅仅有一小部分是不同的。当事人向法院提出一个侵害财产的起诉时，他行使的究竟是物权请求权，还是侵权请求权？我们法官应当怎样确定？这是个非常重要的问题。因为这两个请求权确实确实是两个体系。那么，这两个体系

从理论上说是什么样的关系？从理论上说，物权请求权是权利本身就有的一个权利，侵权请求权是新生的一个请求权，这两个请求权是并行不悖的两个请求权。这两个请求权的关系是什么？崔建远教授有个外号叫“崔合同”，崔建远的合同法是相当利害的，所以才能有这个雅号。崔建远教授认为，这两个请求权的关系是中医和西医的关系：物权的请求权是中医的方法，不伤筋动骨吃药就行了。侵权请求权是西医的方法，西医先吃药，吃药不行再开刀，开刀还不行就截肢啦。今年9月，我们在福州开海峡两岸法律论坛，在会上崔建远提出了这样一个观点。我在会上发言，表示非常赞赏崔教授所打的比方，是研究这两个请求权关系的非常重要的观点。但是我也提出了一个观点，我的这个观点比崔老师的形容好像更贴切。我认为，物权请求权和侵权请求权之间的关系是人体内在的免疫力和医疗的关系。物权请求权是人的自身免疫力。比方说现在我感冒了，因为我有自身免疫力，有一定的抵抗力，所以我就喝水，我就休息，我就发汗，我就挺着，这样过了三天，感冒好了，没用动用外在的方法也就是医疗的方法，就是靠自己的抵抗力战胜了病毒，把感冒治好了。物权请求权就是这样的方法，是权利本身包含了这样一个内容，行为侵害了的权利，我拿出这个我原来就有的权利保护请求权，拿出自身的东西来对付你。但是，侵权请求权不是这个意思。侵权请求权是一个外在的方法，并不是物权本身的保护，不是自身的抵抗力，而是用医疗的方法，要吃药，不管吃中药也好，吃西药也好，都是要吃药，用药的作用战胜疾病。如果吃药不行，那就动手术，动手术不行，就把病灶切除，来一个根本性的解决办法，把这个人治

好。这种方法就是借助外在的力量来保护这个权利。所以，物权请求权是权利的自身免疫力和抵抗力，而侵权请求权则是医疗的方法，而不论是西医还是中医。所以，物权请求权和侵权请求权，一个是靠内在的力量对付侵权保护权利，一个是用外在的力量来对付侵权保护权利。这两个请求权具有不同的机能。法律为什么要设置不同的请求权，它们的区别是什么呢？有这样的一些区别：第一，物权请求权的行使条件要求不高。物权请求权，就是权利本身的请求权，它的法律要求很低。物权受到侵害也好，受到妨害也好，都可以行使这个请求权，起码一条，当行使物权请求权的时候，不要要求侵害权利或者妨害权利行使的行为人有过错，只要权利受到侵害或者妨害、妨碍，权利人就可以向行为人请求，直接行使物权请求权。而侵权请求权却不行，它的责任要求很严格，侵权责任要有四个要件，要讲过错，要讲损害，要讲因果关系，还要讲违法性，这个要求就很高。只有具备这些要件，才能构成侵权责任，才能够产生一个新生的请求权。因此，有可能一个权利受到了损害，却无法达到这么高的要求，很可能就不构成侵权责任。第二，物权请求权的证明责任要求不高。构成侵权责任，需要原告证明这些要件成立，是原告承担举证责任。但是，权利人如果要行使物权请求权，则不用证明过错之类的要件，也不用证明违法性，直接说权利受的损害或者妨害、妨碍就可以行使请求权。因此，这个证明程度很低。证明程度很低，就比较节省费用。如果按照侵权请求权起诉的话，就需要去证明这些内容，提供这些证明内容需要花费很大的成本。这是一个区别。第三，物权请求权本身的保护有限，侵权请求权保护范围比较广泛、比较

全面。一般的说，物权请求权没有赔偿请求权，仅仅是停止侵害、排除妨害等内容，而侵权请求权最主要的就是损害赔偿，一般不包括停止侵害和排除妨害。但是《物权法》把赔偿也写进来了，这样，物请求权就和侵权请求权发生了大面积的竞合。即使是这样，侵权请求权在赔偿的内容上还是与物权请求权有区别。比方说，精神损害赔偿司法解释第4条规定特定的纪念物品受到损害的时候，可以请求精神损害赔偿。但是物权请求权无论怎么赔偿都不可能赔偿精神损害。当特定纪念物品受到侵害要求损害赔偿的时候，按照物权请求权，权利人只能请求物的损害的赔偿，不能请求精神损害赔偿。但按照侵权请求权起诉的时候，就可以请求精神损害的赔偿。这就是两个请求权的区别：侵权请求权的保护比较完善，物权请求权保护的比较窄，所以物权请求权和侵权请求权是有这么一些区别。第四，两种请求权的诉讼时效问题也不同。侵权请求权要受到诉讼时效的约束，超过了诉讼时效期间，侵权请求权的胜诉权消灭；但是，物权请求权不受诉讼时效的约束，仅仅受到取得时效的约束。有了这样的区别，两个不同的请求权就各自都有了自己的作用，有自己存在的价值。说到了侵害特定纪念物品的精神损害赔偿问题，我还要多说几句，对这个问题稍微作个说明，也是挺有意思的一个侵权行为法的问题。我讲个案例大家听。这个案例是说浙江金华市一个区法院受理的一个案件，有个人姓叶，他家里有一张祖宗的画像，这张画像传到他手里已经有一百几十年的历史了，在他手里也有四、五十年了。画像上的祖宗是周围30多户人家的共同祖先，每到过年的时候，他们家都要把这张画像挂起来，周围这30多家的人都要来磕头拜谒，祭

奠祖先。由于这张画像年代已久，已经很破了，所以他想拿去裱一裱。于是他找到一家装裱店，请老板帮忙裱一下。老板收了这张画之后就搁那了，之后与太太去旅游去了。老板的岳母在家看家，闲不住就打扫卫生，看到一堆破破烂烂的东西，于是就把它卖给收破烂的，同时也把叶先生的那张祖宗画像一块给卖了。老板旅游回来后，把装裱画像这件事给忘了，到了约好取活的那天，叶先生来拿画像，才想起来，让他回家再等几天，弄好了给他打电话。老板赶紧找画，结果怎么找也找不到了，于是问丈母娘有没有看到，老太太说看到了。老板问那画在哪呢？老太太说我把它卖给收破烂的了。找不回来了，怎么办？没办法，于是等叶先生来的时候，老板告诉他，我不在家，我岳母把画卖给收破烂的了，实在对不起，不知道卖给哪个收破烂的了，找不回来了。叶先生说那怎么办？那可是我们30多户人家的祖宗啊，你这样就给我卖了。老板说他赔。赔多少？几百元。几百元？我们家祖宗就值几百元？于是双方发生了争执，叶先生起诉到法院，按照精神损害赔偿司法解释第4条规定，要求除了赔偿画像损失，还要赔偿精神损害。这个案件中的画像当然是特定纪念物品，具有重要的人格利益因素。原告主张赔一万元，法官觉得赔偿一万元也不多，就判被告赔一万元。我觉得这案件真的赔少了，当然不是法官的问题，而是当事人的问题。这个案件就是讲财产损害里的精神损害赔偿。如果按照物权请求权的保护方法来起诉，精神损害肯定不能赔偿，所以只有按照侵权请求权来起诉的时候，才可以得到这样的赔偿。这个事例说明，在民事权利保护请求权体系当中，两个请求权是不同的，有一部分是竞合的，有一部分是不竞合的。不

竞合的时候只能行使特定的请求权。但是当发生竞合的时候，权利人有个选择权，根据自己利益的原则，可以选择对自己最为有利的一个请求权行使。《物权法》实施以后，当事人向法院起诉，不起诉赔偿，起诉返还原物。这就涉及到是按照《物权法》请求返还原物，还是按照侵权法返还原物？这两个好像问题不大啊？都是要返还原物，但是法律适用的基础不一样。所以也还回到这个问题上来，请求权确定以后，要找它的法律基础。这是我们说的第一点，要确定有没有请求权，行使的是哪一种请求权，也就是向法院起诉的请求权是什么请求权。（二）给请求权定性 第二步，结合民事法律关系的方法，对请求权进行“定性”，看它到底是个什么样的请求权。这个请求权是物权的请求权，还是债权的请求权，还是人格权的请求权，还是身份权的请求权，等等，一定要给它“定性”。对请求权“定性”，要按我们说的民事法律关系的四个层次来确定，按照最高类型的法律关系，基本的法律关系，中间的法律关系，最基本的法律关系，一定要“定性”定到最后这个层次，即确定具体的民事法律关系。比方说这个争议案件是个债权纠纷，但债权还有三种不同类型，有不当得利之债，有无因管理之债，有合同之债。如果是个合同之债的话，合同有多少个合同？《合同法》分则规定了15种有名合同，它是哪一种？如果是个无名合同的话，还要去找最相似的那个有名合同来确定它的法律适用规则。就是在15种合同当中，也有些合同是非常近似的。比方说一个赠与合同，一个买卖合同。赠与和买卖都是转移标的物的合同，所不同的是是否支付对价，支付对价的就是买卖合同，不支付对价的就是赠与合同。借用和借贷，同样是将财

产交付他人使用，但是，不支付对价、不转移所有权的就是借用；支付对价、转移所有权的就是借贷。根据不同的合同之债的特征，一点一点把这个纠纷最终确定下来，确定法律关系是个什么样的性质。我们在裁判的时候，第一步确定有没有请求权，第二步给这个请求权定性，是基于什么法律关系产生的请求权。这一部分确定下来，我们才能真正找到请求权的法律基础。这就是要用法律关系定性的方法来确定请求权的性质。这部分是最重要的。大家可以想想我刚才所说的比喻，我好比是个中医的配药师，我背后都是中药匣子，案件确定性质以后，我才能找到它所要用的药。因此，我觉得我们应该把法律关系网络化、具体化。我们作为法官，特别是立案庭的法官，在你的思想中要把民事法律关系的各种类型，每种类型是什么样子的特征，有多少种层次，多少种类型，都要一一区分清楚，在自己思想当中就形成了民事法律关系的这样一个网络、网格，然后你才能真正做到“对号入座”。比方说同样是侵权行为，大家可以翻一翻我最近在人民法院出版社出的《类型侵权行为法研究》。这本书真的是本大部头的著作，有116万字，里面把侵权行为分成了四种基本类型，23种具体类型，然后在每一种具体类型下边再对具体的侵权行为进行研究，我们大概研究了100多种侵权行为。如果说这个案件是侵权案件，那好，这个案件的基本性质是侵权行为确定下来了，但是认定侵权行为还要确定它到底是个什么类型的侵权行为。只有确定了是个什么样的具体侵权行为，你才能够去找到它具体要适用的法律。我们在这一步给法律关系定性的时候，我们对所有法律关系类型必须要有个网格化的观念。有了这种思想，你就可以很准确的找到

它的法律基础，对案件的性质确诊。因此，法官不能只是一个配药师，更应当是一个坐堂医生，能够对案件进行确诊。这是讲的第二步。（三）确定请求权的行使要件和构成要件

裁判方法当中的第三步，是研究请求权的行使要件和构成要件。这里要首先说明两个问题。第一个问题，我们现在通常说请求权的时候，不讲请求权的构成，而是讲责任的构成。现在的民法大概都是讲责任构成。比方合同责任构成，侵权责任构成，都是讲责任构成。其实，责任是就加害人这一方来说的，是就侵害了他人权利的责任人这一方来说的。就权利人这一方，他是享有请求权，请求权具备行使要件或者构成要件以后，才能向责任人去请求，让他承担民事责任。所以责任构成从另外一个角度来讲，其实是讲权利的构成，是请求权的构成。第二个问题，说到请求权，为什么要强调行使要件和构成要件的区别呢？这是因为，原权请求权是本来就在那个权利中就存在的权利，因此，它不是一个构成的问题，而是具备什么样的要件，权利人就可以行使的问题。而侵权请求权是一个新生的权利，必须具备构成要件，才能够确定它已经发生，只有发生了请求权，才能够追究对方当事人的侵权责任。新生的权利和原来就有的权利是不一样的，侵权请求权是一个新生的权利；如果讲一个物权请求权，已经享有的这个物权中就有了物权请求权，不用构成了，具备行使的要件就可以了。一个物权本来有个请求权，但是用不着行使，也没有人侵犯权利人的权利，权利人干吗去行使呢？但是当有人侵害权利人的这个权利时，行使的条件是什么？就是行为人你一经侵害你的权利，权利人就有行使的条件了。如果选择侵权请求权，则必须具备严格的构成要件，要

具备违法行为、损害事实、因果关系、主观过错的要件。可见，说请求权的行使要件和构成要件，有助于区分两种不同的权利保护请求权。构成要件要求很严格，而行使要件比较低。这也正说明物权请求权的要求是很低的，侵权请求权要求是很高的。法官要分别不同的情况来处理。当一个原告向法院起诉要求保护他的物权的时候，也就是用物权请求权起诉的时候，我们要看他具不具备行使这个权利的条件。当他提起一个侵权诉讼的时候，我们要按照侵权法的规定，来看他请求权是不是构成，具备全部构成要件，才构成请求权，不具备或者不完全具备构成要件的时候，他根本就没有产生请求权。这就是区别。我们在考虑请求权构成要件或者请求权行使要件的时候，就是要用这样的思路来处理。具备了构成要件或者行使要件的请求权，才成为现实的请求权，法院就可以依法对受到侵害的权利进行保护了。（四）寻找请求权的法律基础 裁判方法的第四步，是要寻找处理这种纠纷的法律规则，这就是发现和确定请求权的法律基础。处理民事纠纷案件到了这一步，就是要寻找原告请求权的法律基础，确定这个具体的请求权的法律基础是什么。这个法律基础，包括裁判规则，也包括行为规则。请求权的法律基础既有裁判规则，也有行为规则。除了裁判规则中的特别规定外，行为规则是请求权的重要法律基础。比方说，一个合同行为是不是构成违约责任，那就看债务人是不是违约了。确定违约，法律基础是合同法的行为规范的规定，以及当事人的约定。法定的和约定的义务没有履行，就是违约。我们拿这些规则来判断，说他没有严格履行义务，没有做到就是违约，构成违约了，当然要承担违约责任。在如何承担责任的问题上

，则是裁判规则是其法律基础。就说一个违约责任，当中包括预期违约责任、加害给付责任、实际违约责任以及后契约义务不履行的责任。这时候，法官确定了违约，还要进一步确定违约的性质，是预期违约呢，还是个加害给付呢，还是个实际违约呢？把这些违约的性质确定下来以后，法官就直接找到了具体适用的法律条文，就找到了请求权的法律基础了，那就按照法律条文来确定责任，按照这个请求权的法律基础来确定怎么处理这个纠纷。（五）依法作出裁判 裁判方法的最后一步，就是适用法律作出裁判。怎样操作？我的体会是，针对不同的法律规范性质，有以下三个方面的法律适用方法：1.请求权的法律基础是强制性法律规定的，应当依照法律裁断 如果本案原告请求权的法律基础是一个强制性的法律规范，那么，法官就要依照这个强制性的法律规范裁断，不得违反强制性法律规范的规定。例如，合同当事人是自然人，订立买卖合同的标的是买卖军火，这样的合同违反了强制性法律规范的规定，当然无效，不得作任何变通，没有按照这个规定宣告合同无效，就是违法的裁判，就是错案。这个没有商量！在这种方法中，当出现不同的强制性法律规范冲突或者不一致的时候，要特别注意以下两点：第一，强制性法律规范的规定发生冲突，按照传统的法律适用规则，依照“特别法优于普通法，新法优于旧法”的规则适用法律。法律规范发生冲突，就是不同的法律对某一个社会现象作出了两个以上不同的规定，相互之间发生冲突，只能选择一个法律规范适用。这时候，法律适用规则是特别法优于普通法，新法优于旧法。法官应当选择特别法适用，或者选择新法适用。例如，关于限制民事行为能力人实施的民事行为，

《民法通则》规定为绝对无效的民事行为，《合同法》规定的是效力待定的民事行为，这是一个法律规范的冲突。按照法律的位阶，《民法总则》是基本法，是民法总则性质的法律，而《合同法》是民法分则性质的法律，按照道理，两个规定不一致，应当依照《民法总则》的规定执行；但是，《合同法》是新法，按照新法优于旧法的规则，应当适用《合同法》的规定，认定限制民事行为能力人实施的民事行为为效力待定的民事行为。第二，强制性法律规范的规定不一致，应当尊重权利人的选择权，由权利人选择适用的法律规范。强制性法律规定不一致，并不是法律规范的冲突，而是规定的不同，并不是一个法律规范排斥另外一个法律规范的效力，而是都存在效力，都可以作为请求权的法律基础。对于这种情况，在过去的审判实践中，基本上都认定为法律冲突，都是用“特别法由于普通法、新法优于旧法”的规则处理。其实这是不对的。例如，《民法通则》第121条明确规定，国家机关及其国家机关工作人员侵权，构成民事侵权责任，应当承担民事责任。在《国家赔偿法》中，规定了这种侵权行为的侵权责任，但是，却规定不赔偿间接损失和精神损害。对于这样的情况，一般都认为，这是法律冲突，认定《国家赔偿法》是特别法，是新法，因此只承认《国家赔偿法》的规定，不承认《民法通则》第121条规定的效力。但问题是，国家立法机关从来也没有宣布《民法通则》第121条废止，因此不是法律冲突，而是规定不一致。另一个典型的问题，就是医疗事故问题。《民法通则》第119条规定了人身损害赔偿范围，国务院《医疗事故处理条例》却另外规定了大大低于《民法通则》规定的人身损害赔偿标准的赔偿标准。如果

说，《民法通则》和《国家赔偿法》还可以说是特别法、新法的话，那么，《医疗事故处理条例》对《民法通则》而言，无论如何也不能说是特别法和新法，因为它根本就不是法律，而是行政法规，因此，完全可以宣布行政法规违背民法基本法的规则而认定这一规定为无效。对于上述这两个问题，我们都应当看作是强制性法律规范的规定不一致，都是请求权的法律基础。既然一个请求权有不同的法律基础，就应当尊重权利人的选择，由他自己决定适用哪个请求权保护自己的权利。权利人作出了选择，法官就按照当事人的选择确定请求权的法律基础，适用法律。应当注意的还有另外一个问题。在民法和刑法（包括行政法）之间发生法律规范的冲突的时候，应当怎样办？明显的表现是《民法通则》规定的精神损害赔偿和《刑法》规定的附带民事损害赔偿只赔偿财产的或者物质的损害的规定，这两个基本法对这个问题的规定是冲突的。现在的做法，是最高人民法院的态度，即适用刑法的规定，受害人不得在刑事诉讼中附带提起精神损害的赔偿请求，同时也不得另行提起民事诉讼提出精神损害赔偿的请求。这是一个本来就不应当发生的法律冲突，但是已经出现了。处理的办法，应当尊重两个法律的规定，在刑事诉讼中不能附带提出精神损害赔偿请求，但是并不妨害权利人另行提起民事诉讼程序，请求刑事被告人作为民事被告来承担精神损害赔偿赔偿责任。可惜的是，最高人民法院的司法解释却作出了不符合法律精神的解释，令人遗憾。

2. 请求权的法律基础是任意性规定，应当特别尊重当事人的约定

如果本案原告请求权的法律基础是任意性规范，就应当特别尊重当事人依照自由意志作出的意思表示，按照当事人的合意作出裁

断。这是因为，法律的任意性规范是示范性的规定，并不是要求当事人一定要如此操作，当事人完全可以按照意思自治原则，双方约定各自的权利义务。既然如此，当事人的约定只要不违反强制性法律规定，就是有效的约定，就是当事人之间的“法律”，必须受到约定的拘束。具体的方法可以分为两个：第一，请求权的法律基础是任意性规范，但是当事人有明确规定的，应当按照当事人的约定对纠纷进行裁断。首先要确定的就是当事人是否有明确的约定。如果当事人之间有明确的约定，双方也没有争议，或者虽有争议但是能够证明约定是双方当事人的真实意思表示，那么，就应当按照双方当事人的明确约定确定双方当事人的权利和义务。没有尊重当事人的明确约定，即使是按照任意性法律规范的规定作出的判决，也不能认为这个判决是正确的，因为它没有尊重当事人的合意，用任意性法律规范替代了当事人的约定，违反了民法的意思自治原则，也是错案。第二，请求权的法律基础是任意性规定，当事人没有特别约定，或者约定内容不明确，或者发生争议无法确定的，应当依照任意性法律规定裁判。如果本案原告请求权的法律基础是任意性法律规范，当事人没有特别约定，或者当事人的约定内容不明确，或者当事人对约定的内容有争议又无法确定约定的内容，那么，法官只能依照法律规定的任意性规范的规定裁断。这是没有办法的事情，因为没有约定，那么任意性规范是示范性规范，把任意性规范推定为当事人的真实意思，应当是合理的。在这种情况下，法官没有按照任意性的规范裁断，而是自己提出一个办法裁判，那就是一个违反法律的裁判，也是错案。我介绍一个案例，是我曾经办过一个案件。一个当事人

购买一套商住楼，一年以后才发现少了40多平方米面积，起诉到法院，请求开发商对不足部分的面积予以退款，或者补足不足的面积。他买的这一部分是4000元一平方米。法院判决，开发商用7000元一平方米的另一间房替换，并且不找价。当事人协商一致的约定是什么？是4000元一平方米的价格，法官有什么权力将被告7000元一平方米的房子去补足原告的4000元一平方米的面积呢？这是明显的错判，是不尊重当事人意思自治的典型案件。

3.请求权的法律基础不是成文法规定，应当依照民事习惯或者法理作出裁判 在很多情况下，民事争议的基础并不是成文法的规定，也就是说，争议的案件并没有成文法作为其请求权的法律基础，但是确实是民事权益的争议，当事人的权利确实受到了侵害，享有请求权。在这种情况下，很多法院采取不予受理或驳回的办法处理。这是不正确的做法。《法国民法典》第4条规定，法官不得以法律无明文规定为由拒绝审判。这是因为，即使是成文法国家，其条文繁多的民法典也不能概括全部的生活现实，立法总会有遗漏的问题，因此，法律确定诚信原则是补充立法不足的弹性条款。只要是民事争议，即使是没有法律的明文规定，法院也不得拒绝审判，这就涉及到司法的一个重要原则：有法律依法律，无法律依习惯，无习惯依法理。我们的法官现在多数不敢适用这一司法原则。首先，适用民事习惯作为请求权的法律基础。我介绍一个典型的案例。兄弟二人在一起经常打架，弟弟被父亲赶出另住。多年以后，弟弟回到家中看望父亲，才知道父亲早已去世，但是哥哥并没有告诉他。弟弟火了，到法院起诉，状告哥哥侵害了他的祭奠权。法院审理认为，祭奠权是亲属之间应当享有的权利，但是，

我国法律并没有规定祭奠权，因此，缺少保护的具体方法，因此，判决驳回这个弟弟的起诉。我的意见与这个判决相反，第一，祭奠权是不存在的，它应当是身份权的内容，应当通过身份权来保护；第二，祭奠权确实缺少保护的法律规定，但是，在民间习惯上，是进行保护的，应当依照民事习惯判决哥哥违反了应尽的亲属义务，承担适当的责任。这样裁判才妥当，采取驳回的方法，是没有道理的。其次，是没有相应的民事习惯，应当依法理作为请求权的法律基础。例如，侵权行为法中的共同危险行为，在《民法通则》中没有规定，在最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》颁布实施之前，我国的司法实践和社会生活不存在这样的民事习惯。但是这样的案件有所发生。例如，原告马某、张某系夫妻，他们与被告傅某某、曹某、吴某（均系无民事行为能力人）同住同幢高层住宅楼。某日下午5时左右，吴某与曹某、傅某某一起在该楼15层电梯走道间玩耍，各拿一只酒瓶，分别从电梯走道间北面破损的玻璃窗空洞中往下投，恰逢原告马某某怀抱2周岁的儿子马某从该楼房的底层大门往外走，其中一只酒瓶砸在马某的头上，致马某当场昏迷，经医院抢救无效死亡，损失医药费等费用1.1万余元。原告向法院起诉，要求3名行为人的法定代理人赔偿医药费等损失和精神损害。法院认定本案的性质是共同危险行为，按照共同侵权行为的法律规定适用法律，判决三个行为人的法定代理人承担连带赔偿责任。对于这个案件，法院的判决的依据就是法理。我在1987年《法学研究》第5期上发表的一篇文章，就是《试论共同危险行为》，这是我国第一篇关于共同危险行为法律适用的学术文章，主张借鉴德国法和

国台湾法的规定，确定共同危险行为的责任是共同侵权行为，适用连带责任规则。法院采纳了这样的法理，作出了成功的判决，最终促进最高法院作出了关于共同危险行为的司法解释，并且将来必定会被吸收到民法典中。（六）小结上面，我把请求权的法律基础方法和民事法律关系方法这两种方法结合起来，作为我们应当适用的民事裁判方法，做了详细的介绍，这样就可以形成我们自己特色的民事裁判方法。这个方法可以分为五个层次：第一，原告是不是存在一个请求权，确定原告提出的请求权是原权请求权，还是侵权请求权；确定请求权的法律关系性质是什么，对其定性；第三，要看原告请求权是否具备请求权的行使条件或者构成要件。第四，直接找到这个请求权的法律基础，找到这个请求权所应当适用的法律规则；第五，依照确定的法律规定，作出裁判。按照这样的思路去审判民事案件，就会变得清清楚楚、井井有条。我想，用这样一个方法指导法官去具体办案的时候，思路真的是非常清晰的。我们老法官可以这样去办案，来了新法官，你在教他的时候也用这种方法来指导，这种方法就变成了一种自觉的裁判方法。我今天要给大家报告的题目就说完了。谢谢大家听我的报告！100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com