

杨立新:民事裁判方法的现状及其改进[上] 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_486124.htm 各位法官：辽宁法官学院的院领导让我给全省法院立案庭的高级法官讲一讲民事裁判方法问题，而且要有理论深度。这是民法研究中比较抽象的理论问题，尽管它应该是一个实践性的问题，是一个法律的操作问题，但是不好讲，因为我们在理论上和实践上都没有对这个问题进行好好的研究。我试着讲一下我的实践和研究的体会，说说民事裁判方法的基本问题，实际上就是说民事法官搞民事审判的基本思路是什么。我们大家当法官当然都会办案，但是办案应该从理性的角度上来对它进行总结，自觉地采用科学的方法办案，就会有更高的效率，更好的办案效果。我们在说民事审判，应当采用的是大民事的观念，在法院的审判活动中，受理的案件绝大部分是民事案件。全国法院一年大约受理800万件案件，约700万件是民事案件。因此，研究民事裁判方法就具有特别的意义。民事案件的基本裁判方法是什么？现实中主要的情形是什么？法官在裁判中应该遵守哪些规则？我讲的这个题目主要是说这样的问题。因此，我想说三个问题：第一，现在的司法实践中通行的民事法律关系的裁判方法；第二，应当自觉使用地请求权法律基础的方法；第三，民事法律关系的方法和请求权的方法怎样结合起来，形成我们自己的一套民事裁判方法的基本规则。

一、现实的司法实践中民事法律关系裁判方法的普遍适用 我们大家在办理民事案件中，大概都有这样一个基本的思路，这就是法官在接受了一个具体的民事案件以后，第一

步要对这个案件作个“定性”，确定这个案件到底是个什么样的案件。在立案庭，受理案件，就要在立案的时候给定个案由，然后，不同的民庭在审理案件的过程当中，进一步确定这个案由定得对还是不对。其实，这就是对这个案件的法律关系的性质在作认定，这就是在对案件“定性”。“定性”确定下来以后，就知道该怎么样适用法律了。我们现在通行的民事裁判方法基本上是这样方法，也就是通过“定性”的方法来确定这个案件的基本性质，然后来决定怎么样对这个案件适用法律。这个“定性”定的是什么？其实就是“定”了这个案件的民事法律关系的“性质”。所有的民事纠纷案件到了我们法官的手里，都要给它“定性”，定了性，就确定了它的民事法律关系的性质了，那么，我们就能够找到这个案件所要适用的法律，可以对它适用法律，把这个案件审结了，纠纷和争议依法处理了。现在的办案就是这样一个思路，就是民事法律关系的裁判方法。这样的一个办案思路，它的根本的问题在于，我们怎么来掌握民事法律关系这个概念，确定民事法律关系要掌握哪些要素，民事法律关系的类型有哪些？在裁判中，大体上要考虑的是这样一些问题。我从这个思路上来介绍我们在民事审判当中民事法律关系方法的基本情况。（一）民事法律关系的方法是民法的基本方法我想先说一个问题，就是为什么民事法律关系的方法是民事裁判的基本方法。我们可以作个类比。比方说我们办一件刑事案件，或者说我们在学习刑法，我们要掌握的最基本的方法是什么？就是一个犯罪构成的方法。在整个刑法领域当中，只要掌握了犯罪构成这个方法以后，我们就可以确定犯罪的基本规格，确定各种各样不同的犯罪，然后按照刑

法的规定对这个案子定性，定罪，最后确定给刑事被告人的刑罚。这是刑事审判适用刑法的一个基本方法。我们在民法上有没有这样一个类似的方法呢？有没有一个统领民法全部内容这样一个方法呢？看起来，在民法中好像没有像刑法的犯罪构成这样一个基本的方法。比方说，犯罪构成问题，按照民法的说法，应该说是责任构成。那么责任构成在民法当中是一个统领一切的方法吗？不是，因为在民事纠纷案件中，并不都是要确定责任的，有的就是要履行义务，还不到责任的地步。因此，责任构成并不是民法的基本裁判方法。我们在民法当中应该找到一个能够统领民法一切内容的这样一个东西，这个东西是什么呢？其实这就是民事法律关系。我们所有的民法内容归结起来，所有的民事纠纷案件归结起来，其实都是一个民事法律关系的问题。所以，我做这样一个概括：首先，我们在看民法典的时候，民法总则是规定民事法律关系的基本问题，可以说是一个抽象的民事法律关系，概括的民事法律关系。民法总则当中要规定自然人，要规定法人，除此之外，《民法通则》还规定了合伙，还规定了联营，甚至还规定了两户，即承包经营户和个体工商户这样一些情况。规定这些内容说的是什么呢？这都在说民事法律关系的主体，是规定民事法律关系的主体。民法总则当中还要规定物，规定财产，这些规定的是什么呢？是民事法律关系的客体。在规定了民事法律关系的主体和客体之后，在民法总则当中还要规定权利，还要规定义务，规定引起民事权利变动的民事法律行为和代理，规定违反民事义务的民事责任，规定民事权利存续的期间，即诉讼时效和除斥期间。这些内容，都是在规定民事权利和义务，这就是规定民事法律关系的

内容。民事法律关系的主体、民事法律关系的客体、民事法律关系的内容都在总则当中规定，其实就是完整、抽象地把民事法律关系的要素规定出来，规定了全部的民事法律关系。所以，整个民法总则的问题其实就是民事法律关系的抽象和概括。其次，我们再看民法分则。民法分则所有的内容都是规定具体的法律关系。民法分则，按照德国法体系，就是潘得克吞体系，主要是五个方面，除了总则之外，那就是物权、债权、亲属、继承。在这个体系中，还有很重要的，应该加进去的是人格权，还有也属于民事权利的知识产权。我们现在通常设想的民法分则的内容，应该包括这六种具体的民事权利类型，在此之外，再加上保护民事权利的侵权行为法。这六种具体的民事权利类型以及侵权行为法就是对民事法律关系的展开，就是在讲具体的民事法律关系。所以，我们可以说，一部民法都是在讲民事法律关系，总则规定的是概括的、抽象的民事法律关系，分则规定的是具体的、展开的民事法律关系。基于这样的分析，我们可以看到，在民法当中，有一个类似于刑法当中犯罪构成这样的核心问题，也就是民法的基本方法问题，这就是民事法律关系。民法观察这个社会、规范这个社会，以至于出现了纠纷怎样来解决这些纠纷的方法，都是民事法律关系这个方法。就是在学校给本科生、研究生、博士生讲授民法，其实也是按照这个方法进行的；我们学习、研究民法，也是用的民事法律关系方法。所以我说，民事法律关系就是我们学习民法、掌握民法、适用民法的一个基本方法论。说的更抽象一点，其实，民法的哲学就是法律关系的哲学，民事法律关系就是民法的方法论。这就是说，在研究民事裁判方法的时候，我们在看

民法的时候，法官在看民事案件的时候，要抓住一个最基本、最核心的东西，这个东西就是民事法律关系。我们为什么会在民事审判当中，在对一个具体的案件要进行“定性”这样的工作，那就是确定这个案件当中的法律关系是什么。这实际上就是用民事法律关系这种方法来分析这个案件，确定具体纠纷、具体案件的民事法律关系的性质。只要“定性”定准确了以后，这个案件的法律适用基本上就不会有太大的问题了。概括起来，在这一点上我想讲的是，民事法律关系这个方法是民事裁判的基本方法，同时也是民法的基本方法。

（二）民事法律关系的方法为什么会是民法的基本方法

在第二个方面，我想说民法为什么以民事法律关系方法为基本方法。我们在观察民法世界的时候，在规范民法社会的时候，在对民事纠纷进行裁判的时候，为什么要用民事法律关系这样一个方法呢？对此，我想是不是可以这样说：在民法的世界当中——我们通常说民法世界就叫市民社会——在市民社会中，它的基本构成决定了民事法律关系是它的基本方法。我们为什么说市民社会这么重要？大家可能知道，这些年来，在法律界通行一个词，叫做“民法帝国”。“民法帝国”这个词不是搞民法的人自己说的，而是其他法律学科的人说的。开始说“民法帝国”这个词的时候，好像是说搞民法的人现在很霸道，好像在整個法律界当中搞民法的人是最具有话语权的，是最“牛”的“牛人”。意思是说，搞民法的人自己说自己的话，和其他人不搭腔，宪法也好、法理也好、刑法也好，行政法也好，根本就不理人家，就自己说自己的，叫做“自说自话”。大概这也是一个实际情况，搞民法的人真的是像人家说的那样“自说自话”，较少与外边交

流。开始说“民法帝国”，是其他学科批评民法学科是一个“帝国”。后来就进一步引申“民法帝国”这个词的含义，说“民法帝国”是一个什么帝国？其实就是一个人民的帝国，是权利的帝国，因为民法就是调整全体人民的法律，是保护全体人民的权利的。因此，如果从这个意义上说“民法帝国”，大概也没有错。从另外一个角度上说，民法在所有的法律中，它的地位仅次于宪法，为什么？因为宪法是调整整个社会，调整国家和全体人民的这样一个法律，它是无所不包的，是一个根本大法。除了这个根本大法之外，就是民法、刑法、行政法这样的基本法。在这些法律当中，哪一个法律能够做到要把全体自然人和法人包括其他组织的事情都包括进去呢？刑法仅仅规定犯罪问题，行政法要考虑的是政府和人民之间的关系问题，只有民法才是从全体人的角度来进行规范的。所以民法这样的地位，说它仅次于宪法的地位，不仅仅说它的篇幅，更要说它的调整范围大。从篇幅上来说，将来的民法典把民法的各个部分编到一起的时候，起码要1500条到2000条条文，那是任何一部法律都不可能在条文上能比过它的。所以说民法是一个“帝国”，大概这方面也是它的含义。上面说了“民法帝国”的两个含义，即调整范围宽、篇幅大。“民法帝国”这个词还有第三个含义，就是它是在讲权利。民法的核心问题是权利，民法的权利就是人民的权利，民法就是一个关于权利的法，即使是把它强调得很过份，如果从这个意义上讲，我觉得也只不过份，为什么呢？因为把人民的权利强调得更充分了，人民的权利就能得到更好的保护。这样说“民法的帝国”，好像也没有什么。我倒是觉得“民法帝国”这个词说的倒一点都不错，尽管里

头有包括批评搞民法的人这样的内容，但是如果把“民法帝国”这个词作一个很准确的界定的时候，好像它不存在什么问题。我们在今年4月12日《民法通则》颁布20周年开了一个纪念会，这个纪念会的题目就叫“光荣与梦想”。说“光荣”是属于过去搞民法的老一代人，老专家搞了一部《民法通则》；“梦想”是我们现在要搞一个民法典。在这个会的闭幕式上我做了一个发言，我开始写的题目就是《“民法帝国”的光荣和“民法帝国”的梦想》，但后来我们领导说不好，人家老批评我们“民法帝国”，我们还搞“民法帝国”，好像不对。其实我真觉得没有太大的问题，“民法帝国”有什么呀？就是讲一个权利的“帝国”，讲一个人民的“帝国”，而不是搞民法的人的“帝国”，这个真的是没有什么太大问题的。回过头来，我再说为什么说民法这个世界，这个市民社会，这个“民法帝国”要用民事法律关系的方法来分析它，要用民事法律关系的方法来规范它？在这里，我们要来看市民社会的基本构成。可以这样说，我们去掉这个社会的其他所有因素，把所有其他的政治的、经济的、文化的因素抽象掉，我们仅仅看待这个市民社会的时候，从民法这个角度上来看这个世界时，物质世界是它的基础，这个社会的物质形式表现为两种，就是构成这个市民社会的物质形态包括两种，一种是人，一种是物。在这个市民社会当中，人占据主导地位，由人来统领市民社会。其他的那些东西，其他的那些物，都是服从于人的意志，人对物进行支配。人是市民社会当中的主体，是统治者、支配者。另外一个物质形式就是物。当然，说到底，人其实也是个物，但是从民法的角度来看，就把所有的物质表现形式分开了，分成一个是人

，分成一个是物。其他的物给人提供了生存的空间，给人提供了生存的基础，让人来利用这些物很好地生存，很好地发展。在这里，有一个很重要的理论问题，就是谁是这个社会的中心。我简单介绍一下我们现在在民法上争论的一个问题。加强环境保护的一个重要内容就是要保护动物，特别是保护野生动物。对动物在法律上怎么进行更好的保护，特别是在民法上怎么对动物进行保护呢？有人提出了一个观点，就是要给动物以人格权，要动物具有人的资格。因为它是有生命的，人也是有生命的，除了不会说话，思维不够以外，动物和人没有太多的区别。所以，要保护动物，就要给动物一个人格权，让它和人有同样的地位，这样人就不会去欺负它。在20世纪90年代初，《德国民法典》在修改的时候写进了一个新的条文即第90a条。它的第一款就说“动物不是物”。德国民法做了这样一个规定以后，主张动物人格权的人认为，在民法领域中，德国民法典是最典型的、最有影响力的，现在，老祖宗的法律都规定了动物不是物，当然不是物就是人了；动物既然是人，它当然就要有人格权。我想，如果真的要给动物以人格权的时候，会不会把这个世界的秩序搞乱了？给动物人格权，动物要享有生命权、健康权，进一步还要有人格尊严，还要有名誉权，还要有隐私权，等等。那么，这个世界会不会乱？如果动物要有隐私权的话，怎么让所有的动物都穿上裤子呢？不穿裤子那它的隐私就暴露出来了，那就没有尊重它的隐私，没有尊重它的人格。除此之外，人还要不要吃肉呢？你吃的都是人家动物的尸体。动物有生命权，有健康权，你要杀它的时候，那就不是杀猪，不是杀羊，也不是杀牛，那叫杀“人”。这样可能是不行的，不能

阻止所有的人不去吃肉。还有一个问题就是说人可以遵守法律，我不去杀动物，但是动物它不知道要遵守法律，你不杀它，野兽就会杀你。所以，动物人格权不是一个好的主张。当然，也有人主张动物不是物，也不是人，而是中间状态，是一个“准人”。如果承认“准人”，那么就对整个民法世界发生一个重大的影响，除了一部分是人，一部分是物以外，还要出现第三种状态就是准人，又不是人，又不是物。这样也会破坏民法世界的秩序。我想应该用一个最传统的方法来考虑它，那就是给动物在民法上加以特别的保护，既不破坏民法社会现存的秩序，又能够对动物进行妥善的保护。我们现在还是说要回来，继续研究市民社会的构成问题。民法社会的基本构成是人和物。民法采用的思路是坚定的人类中心主义，只有人是这个社会的中心，他是占着一个主导的、支配的地位，其他任何物都是受人支配的，这就是民法社会的基本构成。民法社会就是人和物两种基本构成。那么，为什么在民事法律关系当中，除了人和物以外，还有个权利，还有个义务呢？我们说，在民法社会中，人是一个主体，物代表了财产的利益，那么人怎么来分配这些财产的利益以及其他民事利益呢？例如还有人之间也存在着很多人格利益和身份利益。比方说，人和人在一起总要构成各种各样的关系，其中一个就是亲属关系，亲属关系当中最核心的问题是配偶关系，那怎么来分配配偶？一个人能够找一个老婆，还是找几个老婆？女人是不是可以找两个老公？民法最后的选择，只能是一夫一妻制。那么一夫一妻制实际上是在分配身份利益的一个问题。实行一夫一妻制，找两个老婆就犯法，找两个老公也不行。有些人到云南去旅游的时候，都很欣

赏摩梭族的走婚制，再看看那些群婚制也不错呀！其实你都做不到，因为我们现行的制度就是一夫一妻制。民法规范这个世界，采用了一个方法，就是用权利的方法来分配财富和人格利益、身份利益，用这个方法把世界上所有的财产利益、人身利益公平地分配给每一个人，每一个人都公平地享有权利。我们可以设想一种情况，假如说一个人站在一个高层建筑上，拿一麻袋的钱一撒，下面的人就都会去抢，这时，可能有的抢得多，有的抢得少，有的甚至抢不着，更多的人其实得不到这个钱。这说明，世界上对财富的分配，总是要有规则的。通过一个公平的规则，把财富分配给每一个人，做到民事利益分配的公平。民法分配这些财产利益和人身利益的时候，用权利的方法。分配财产利益，民法在规范对物所体现的财富的分配时，它设置物权，确定财富的归属和利用。物权的核心问题是所有权，每一个人都享有一个所有权，这个权利是平等的。在同等的权利之下，根据自己的能力，你创造能力大，你创造能力强，你就可以创造更多的财富。如果你创造能力不强，你创造的本事不大，你这个人的财产所有权的内容可能就很小。权利是平等的，但是每一个人的能力是不一样的。能力不一样，在同等的权利下，能够得到的财富数量就不一样。民法能够做到权利平等，但是做不到财富的平等。通过权利的方法来分配整个社会的财富和人格利益、身份利益，这样就形成一个什么问题呢？我们可以看到这样一种形式，民法对世界的物质表现形式分成主体和物，然后在人和物之间产生民法上的利益，就用民事权利和民事义务的方法进行分配。一个人享有权利，其他人就负有义务。这样就把整个社会编织到一起，成了一个整体，构成

了完整的市民社会结构。所以，民法这个世界，即市民社会的最基本的表现形式就是民事法律关系这种形式。因为这个世界存在着人，又存在着物，要解决人和物之间的关系，分配人与人之间的利益的时候，采用权利和义务的方法。这样恰好就构成了民事法律关系的基本要素。我们说民事法律关系有三个要素：主体、客体、内容。主体是人，客体是物以及其他民事利益，结合民事主体和民事客体的方法是权利和义务，就构成了民事法律关系的内容。民事权利和民事义务就是民事法律关系的内容。整个市民社会的结构就是这样一个结构，这样一个结构的表现方式就是民事法律关系。是不是可以从三个方面来说：第一，认识民法世界，观察民法世界的基本方法是民事法律关系的方法；第二，规范这个世界的秩序，规范民法世界的行为，也是民事法律关系的方法；第三，当市民社会中发生纠纷的时候，解决纠纷的裁判方法也是民事法律关系的方法。只有抓住民事法律关系这种方法，我们才能够知道民法社会究竟是怎样构成的，民法的规则是怎么样出来的，民法的基本作用究竟是什么。（三）民事法律关系的类型我想说的第三个问题，是民事法律关系的类型。我们说民事法律关系是民法社会的一个基本的方法，是结构这个社会的方法，是认识这个社会的方法，也是我们规范这个社会的方法。那么，法官裁判市民社会出现的纠纷时，当然要用这种方法。不用这种方法，就不知道这个社会是什么样子，也就找不到解决纠纷所要适用的法律。我们在研究裁判方法的时候，采用这种“定性”的方法，也就是用确定法律关系性质的这种方法，来研究它到底应该采用什么样的法律来裁判纠纷。这样，我们就必须说民事法律关系的类

型，因为民事法律关系是个总体的说法，它有各种各样不同的表现形式。我们要用民事法律关系的方法来裁判的时候，就不能说在这个案件当中就是个民事法律关系，还要进一步确定这个法律关系的具体性质是什么。它是个物权呢？还是个债权呢？还是个身份权呢？还是个人格权呢？还是个继承权呢？确定一个案件是什么样的法律关系，就一定要“定性”，在给案件“定性”的时候，其实就是对它进行民事法律关系的类型化。通过民事法律关系的类型化，进而实现法律关系的具体化。等到实现了法律关系具体化的时候，我们就把这个案件的性质确定下来了，也就找到所要适用的法律了。

我现在说一下民事法律关系究竟有哪些类型。

1. 民事法律关系的最高类型 首先要说的是民事法律关系的最高类型。民事法律关系最高的类型是两种：人身关系和财产关系。我们说民法世界当中包含两种民事利益，一个是财产利益，一个是人身利益。民法调整人身利益和财产利益的部分，叫做人法和财产法，其法律关系的性质就是人身关系和财产关系。这就是民法的两大支柱。人身关系和财产关系是民事法律关系的最高类型。我们在确定一个案件的性质时，首先应该考虑的，它是一个关于人的问题，还是关于财产的问题，是人身关系还是财产关系。这是第一步。
2. 民事法律关系的基本类型 在民事法律关系的最高类型之下，是民事法律关系的基本类型。民事法律关系的基本类型是什么呢？就是我们说的6种最基本的民事权利的法律关系，以及保护民事权利的侵权行为法的侵权损害赔偿法律关系。人身权利这部分首先是人格法律关系，第二是身份法律关系。这两部分构成基本的人法的内容。还有一种情况是继承，一般认为继承是财产

法律关系，人死了以后，他的财产变成遗产，遗产在他的继承人当中怎么样进行分配。实际上，继承权是带有身份基础的财产关系。所以，我通常把继承法律关系放到人法的内容里，它有两种性质，既有财产性质，又有人身性质，通过身份关系来确定的财产关系。在财产法律关系当中也有三种，最重要的是物权关系。我们现在正在制定的《物权法》，是调整物权法律关系的法律。第二，是债权法律关系。物权法律关系讲的是静态的财产法律关系，讲物归谁所有，物怎样利用的问题。债权是个动态的财产法律关系，是财产在运行当中发生的法律关系。比方说买卖、赠与这样一些法律关系。第三是知识产权。知识产权也是个财产关系，知识产权也有个非常特别的内容，它带有身份权的内容，是个具有身份权内容的财产关系。比方说著作权，著作权当中有一部分是精神权利，有一部分是财产权利。财产权利比方说稿费收入是个财产权利。它的署名权、修改权、维护作品完整权是精神性权利，这个权利是个身份权性质的权利。通常把知识产权作为财产权来对待，是个无形的财产关系。这样说，好像在我的基本法律关系结构当中，人法和财产法两边比较对称。人法部分是三种基本的法律关系，其中两个是纯粹的人法关系，继承是带有财产和身份性质的法律关系。财产法部分也是三种基本的法律关系，除了物权、债权是纯粹的财产法律关系以外，还有具有身份权和财产权内容的知识产权。3

· 民事法律关系的具体类型 民事法律关系的第三个层次，是最后的、最终的法律关系，是具体法律关系。具体法律关系就成为我们在办案中所要解决的“定性”。比方说我们要确定一个民事案件的性质，首先要确定它是个财产法的问题还

是一个人法的法律关系。如果是一个财产法律关系，那是个债权债务关系，还是物权关系。如果是债权债务关系，那是一个合同关系，还是不当得利、无因管理的关系。如果是合同关系，则这个合同是个什么合同关系？是个买卖合同，还是一个赠与合同。是买卖合同，这个案件的性质就确定下来。确定下来买卖合同关系以后，我们就能够找到《合同法》关于买卖合同的规定，就有办法对它适用法律了。所以具体类型的法律关系，就是到了最低层次，再也不能进行划分的这样一个法律关系。民法最终对一个法律关系进行规范的时候，是对最基础的、最具体的法律关系进行规范，这就是最基本的、具体法律规范。只有把一个法律关系“定性”定到这个层次的时候，才能找到所要适用的法律。这一点大概是法官都能够做到的，“定性”就要定到这个程度。

4. 民事法律关系的中间类型

我在前边讲民事法律关系的类型说了三个层次，即最高类型、基本类型和具体类型。其实，在基本类型和具体类型之间，还有一个中间类型。中间类型的法律关系在有些法律关系中有，有些法律关系中没有。例如，物权法律关系是基本法律关系，单独所有权、建筑物区分所有权、共有权、土地承包经营权、抵押权等，是具体法律关系类型。在物权法律关系和这些具体的法律关系中间，还有一个中间的类型，这就是所有权法律关系、用益物权法律关系和担保物权法律关系，这就是中间类型的法律关系。在债权债务法律关系中，存在合同之债、无因管理之债和不当得利之债的类型，合同之债下面才是具体类型的法律关系，而不当得利、无因管理则不存在下属的法律关系，它们就是具体类型的法律关系。我们来看看《物权法》的结构。物权法分成五编，第一

编总则，之下是三种物权，即所有权、用益物权和担保物权，最后是占有。这其实就是规定的中间类型的物权法律关系。在这些部分下面，还要进一步划分，就是到了具体法律关系了。规定所有权的时候，分成三种所有权，第一是单独所有权，是一个主体对财产享有所有权。第二种是共有，例如夫妻两个人结婚以后，如果不选择其他财产方式，那他们就是夫妻共有财产，是两个人以上的人对同一个财产享有所有权。第三种是建筑物区分所有权，是对区分所有的建筑物的所有权。物权法对单独所有、共有和建筑物区分所有规定的规则，才是对具体法律关系所做的规定。我把民事法律关系分成四个层次，最高层次、基本层次、中间层次和具体层次。这就把整个法律关系作一个纵向的划分。然后，我们在具体的法律关系当中再作一个横向的划分，我们就会看到一个纵横交错的民事法律关系网格。我在给学生上课的时候说，法官其实就像中药铺的坐堂医生和配药师，你的背后就是药匣子，纵横交错的药匣子里，一格一格全是药，分门别类的都是药匣子。一个民事法官的背后，就是民事法律关系的各种各样的“药匣子”。当事人双方发生争议，找到法官，那么法官所要作的，就是对这个争议的法律关系作一个“定性”，要确定它是个什么性质的法律关系？是个物权法律关系？是个所有权法律关系？还是一个区分所有权的法律关系？确定下来了，那好，回头在这个纵横交错的法律关系的“药匣子”里找到它，拿出来。这个“药匣子”里装的就是这个法律关系的规则。当民事法官把这个民事法律关系的性质确定了，然后在药匣子里把这个法律关系规则拿出来以后，直接就可以适用到这个案件上来。这就是我们现在通常的民事

裁判方法，就是“定性”的方法。定性定什么性？定民事法律关系的性质。确定了这个性质就找到了具体的法律规则，找到了具体的法律规则，我们就能够对它适用法律了，就能够把这个案件正确的办下来。这样一个过程，就是我们现在所说的这种“定性”法，我们现在的这种裁判方法就是定性法。我用一个小时的时间介绍完了第一个问题。我们现在所用的民事裁判方法讲的是这样一种方法。我们要把这个思路完整地整理出来，我们法官的裁判就比较自觉了。

二、在审判实践中应当使用请求权法律基础的裁判方法

请求权的裁判方法，用德国人的话说，叫请求权的法律基础方法，我们简称请求权的方法。王泽鉴教授在说到这个方法的时候说：“请求权基础的寻找，是处理实例题的核心工作。在某种意义上，甚至可以说，实例解答，就在于寻找请求权基础。请求权基础是每一个学习法律的人必须彻底了解，确实掌握的基本概念及思考方法。”（王泽鉴：《法律思维与民法实例》，中国政法大学出版社2001年版，第50页。）我们在民事审判工作当中，有一个最基本的东西要确定下来。这就是，一个当事人向法院起诉的时候，法官一定要看他有没有一个请求权。当事人如果有请求权，法官就支持你；当事人如果没有请求权，法官就不支持你。这样说来，请求权到底是什么？请求权的思路，是德国人采用的一个最基本的方法。它和我们现在的裁判思路有一定的区别。它是这样，当一个当事人向法院起诉的时候，他必须要有请求权，法官在审理这个案件时的全部精力，都在确定他到底有没有这个请求权。法官确认了当事人享有这样一个请求权以后，确认他确实确实享有这个请求权，然后，就去寻找这个请求权的法律根据是

什么，依据这个请求权的法律基础，对案件适用法律。所以，这个方法叫做请求权的法律基础方法。这个思路大家听起来好像比较抽象，其实并不难，而且是一个很好的思路。这个思路说的是先确定请求权，然后去找这个请求权的法律基础，确定法律适用问题。我想把这个请求权的方法给大家做一个介绍。（一）司法裁判权的基础是请求权 全部的民法规范可以分成两个部分，一部分是行为规范，一部分是裁判规范。民法的行为规范是讲一个民事主体在行使权利的时候，应该怎么做；裁判规范，是在当事人发生民事权益争执到法院来诉求解决纠纷的时候，法官怎么来裁判这个纠纷的规则。民法就是由这样两部分规则构成的。我举例分析一下大家看看。比方说我们讲《合同法》，它的总则部分一共是七章，第八章是附则。在七章当中，第一章是一般规定，一般规定我们不去说。从第二章“合同订立”开始，到第三章的“合同的生效”，然后是合同的履行、合同的转让、合同的解除，最后是合同的责任。它是按照合同的顺序所做的规定，从开始订立，到中间的履行，到最后结束合同消灭，然后讲合同责任。合同法是采取一个循序渐进的方法来规定的。对此，我们怎么来区分行为规范和裁判规范呢？一般合同法的书没有这么去讲，大家如果有兴趣的话，可以看看我今年在高等教育出版社出的《合同法专论》。我把合同法的理论作了一个区分，我把整个合同法的规则、合同法的内容分成四个部分，分成四编：第一编是合同与合同法，这是一个概述方面的问题；第二编叫合同过程论；第三编叫合同责任论；第四编叫有名合同论。其中第二编合同过程论，实际上就是讲的合同的行为规范。当事人在订立合同、履行合同，最

后合同消灭这样一个过程当中，它是怎样一种情形，应当遵守哪些规则。开始规定合同订立的时候要怎么订，什么情况下合同生效，履行当中应该怎么样，最后怎么样合同才能去消灭。这是讲行为规范。任何一个合同的当事人都要用这种方法去进行合同的操作，当然也可以自己约定，只要不违反法律的强制性规定。这是讲一个行为规范。第三编是合同责任论。合同责任论是说什么？是讲一旦当事人在合同履行过程当中，他们发生了纠纷需要解决的时候，法官要确定是哪一方承担责任，怎么样来承担责任。这部分关于责任的规定也是个规范问题，当然也是行为规范，是解决纠纷的规范，但更重要的这是个裁判规则。对合同纠纷的裁判就是要解决民事责任承担问题，承担合同民事责任的规则是什么，这是讲的裁判问题了。我们的立法思路应该是这样的。把这部分整理起来，我们就可以发现，行为规范讲的是当事人怎么去操作，怎么去规范当事人的行为；裁判规范是在当事人发生纠纷以后的裁判准则，是裁判的规则。还可以举个事例，就说现在起草的《物权法》。《物权法》的基本内容是行为规范。我们知道，《物权法》中有两个最重要的问题，也是两个根本的宗旨：第一个是确定物的归属，在这世界上物归谁所有，这是最重要的一个问题。这个问题是说权利一定要有界限，你的东西是你的，我的东西是我的，之间的界限是一定要截然分清的，只有这个界限截然分清了，每一个人的权利才是清晰的。我们现在讲企业改制的时候不是经常说要产权明晰吗？产权明晰就是讲权利界限要清楚，不能出现这个东西既是你的，又是我的；既不是你的，又不是我的。当然又不是你的又不是我的，倒有点好处那就是无主财产，但是

无主财产也可以先占取得，只要你先占了也取得所有权，还是要确定究竟是谁的。最麻烦的是这个东西既是你的又是我的，最后不知道是谁的，这个时候就麻烦了。《物权法》不准出现这种情况。其实，我们现在的《物权法》当中真的有个权利就是这样的，就是土地承包经营权。农村土地真的不知道是你的还是我的。尽管已经明确说是集体的，但是，正因为说是集体的才不知道是谁的，还不如说国有财产是国家的，这个好说。说农民集体所有，好，这个村有500个农民，有这么多土地就是这500个农民的，这500个农民最后谁说了算？是这500个农民说的算吗？还不都是村长说了算！我说土地承包经营权不是个长久性的物权，不是个永久性的权利，理由就是这个权利界限不清楚。现在说要把它搞清楚，就搞了一个土地承包经营权，这部分归你耕种，那部分归你耕种，但这样还是做不到真正的权利界限清晰。这是讲财产的归属。说这部分财产只能归他，这部分财产只能归你。是你的财产你来管，是他的财产他来管。你要去弄他的财产是侵权，他要去弄你的财产也是侵权，这样就把权利界限分清了。这是物权法当中的第一部分。第二个是讲财产の利用，物的利用。物怎么来利用？一个方法是我自己来利用。早晨我自己买了一袋牛奶，这是我自己的财产，我把它喝了，我自己来支配它。这是自己支配自己的财产。但是在物权领域当中，很多情况并不是你自己的财产由你自己用，还有别人利用你的财产的时候，所以才出现了用益物权和担保物权。就像现在，所有的城市土地都是国有的，但是每个人还可以在这建房子，商人还可以开发。这就是开发商从国家的手里买来了土地使用权，买了土地使用权以后，就可以在国家所有的

土地上面建房子，建好了就可以去卖房子。业主买了房子同时也就买到了国有土地使用权。我们现在在城里住的每个人，住的商品房里头所包含的土地也是从国家手里买过来的，要不买过来凭什么在那里住？因为那个地是国家的，你凭什么要用那个地呢？这个是讲对他人的财产的利用问题。一部物权法，它的核心问题，一个是规定财产的归属，一个规定财产的利用。对于物归属和利用的宗旨是什么？就是鼓励每一个人去创造财富。你自己的财产，你利用它创造出新的价值，这个新的财富还是你的，界限是明晰的。我用钱去投资，赚了钱还是我的，那我就有积极性。我赚的越多，我的财产就越多，我就可以过得更好。我懒，现有的这些我就够用了，那你就自己懒吧，那你就受穷。前段时间我去东莞开会，他们介绍说东莞人有一个特点，就是一个月赚十万我可以过很好的生活，很满意；一个月赚一万他也过得很满意；一个月赚一千，他也不埋怨别的，也过得很开心，甚至一个月打工挣五百，他也能生活，也过得很开心，我自己甘于这样，那就没有问题了。这更多的是说不眼红他人的富裕，是一个优点。但是，《物权法》的宗旨是鼓励大家创造财富，你创造的财富越多，你的生活就过得越好。有句话说物权法的宗旨、核心，是尊重每一个人的财富进取心。财富进取心说的是什么呢？是说你合法的赚钱。你合法的赚钱你就可以过得更好，物权法鼓励的就是每一个人都要创造财富。我还回过头来说，在物权法中，绝大部分讲的都是这种行为规范，财产归属和财产利用的规范。财产归属和财产利用的规范都是讲一个主体在社会当中支配财富行为的规则。它更多的不是讲裁判问题。要注意的是，《物权法》中有一章就是

第三章，规定的是“物权的保护”。物权保护方法是通常说的物权请求权。物权请求权就是这样的：当你的物权没有发生争执的时候，权利人想怎么支配就怎么支配。我的眼镜盒好用，我喜欢用就用，不喜欢就卖，再不喜欢我把它扔了也行，因为这个物权是一个绝对的支配权。在支配自己的物的时候怎么去支配，这是一个行为规范问题，它涉及不到裁判。比方说这个杯子是我的，我现在不要了，我摔了它，别人会说，你干吗呀？好好的东西。但是，我说我愿意摔啊。别人会说，你这是浪费财产。但是，我说，浪费财产我愿意，你告不到法院去。你告到法院去，说某某随随便便打坏一个杯子，请求法院裁判他，没有法官会裁判。因为你不享有这个请求权，你没有这个权利管我，因为这是属于我自己支配的东西。但是，当这个杯子不属于我所有的时候，我把它摔了，人家就会找我说，你凭什么摔我的杯子？这是因为这个杯子是人家的杯子，我没有支配的权利。所有权人要找我，我说我不喜欢它就摔它，就不是理由了，因为你不喜欢那也不是你的，你凭什么摔了它？有些女同志在家里打架，就摔东西，但基本上不摔贵重的东西，是一种有理性的发泄。因此，发泄的时候也有所选择，怎么不摔电视机？不摔两万元的手表？因为摔普通的东西再买也没有什么问题，反正也不是想不过，还想过，当然就摔便宜的。这样一摔东西的时候，可能就发生了权利的纠纷。你摔了我的东西就发生一个权利的纠纷，发生了争执。一发生争执的时候，我们两个人要能够妥协，可以解决问题，要是解决不了怎么办？那就找法院了。说把我的杯子摔了，我说我愿意摔，好，你愿意摔那你就得承担后果，你就得赔。赔多少呢？赔10元，那我就

赔10元。说不赔，那就强制执行。这时候才发生到诉讼问题，才发生裁判的问题。这里就有一个问题，为什么我摔自己的杯子别人有气上法院起诉就不行，我摔人家的杯子，人家上法院起诉法院就受理呢？这里头就有个请求权问题。你是个所有权人，你的财产受到损害，你享有请求权。你有请求权法院才受理。我摔自己的杯子，别人看是浪费，上法院起诉我法院为什么不受理？因为他没有请求权。《物权法》规定的物权请求权的规则，就是《物权法》的裁判规则。所以，在物权法当中规定的基本内容是行为规范。但是在“物权的保护”这一章当中规定了请求权。请求权就是对这些物权行使过程中发生权利争执，当需要法院进行裁判的时候，法律赋予权利人一个请求权。你享有这个请求权，你才能向法院起诉。你不享有这个请求权，你根本就不能向法院起诉，你向法院起诉法院也不会受理，这就是请求权部分，其实说到底就是提起诉讼请求保护的一个权利，在程序上是这样的。在程序上要提起诉讼的时候，你要个起诉的权利，这个起诉权利实体根据是什么呢？就是民法上规定的请求权。这就是我说的请求权对于裁判的重要性。有请求权你才能起诉，没有请求权你根本不能起诉。通过上面的分析，我们可以看出来，民法规定的更多的规范，并不是给法官规定的，或者说不是直接给法官规定的，而是给民事主体规定的，是规定民事主体享有的权利和权利行使的规则。当然，这些规定对于法官也是有意义的，这就是在争议发生之后，法官在判断究竟是哪一方当事人的责任的时候，把它作为行为衡量的标准，确定哪一方违反规则。只有民法那些关于权利保护的规定，才是给法官规定的规则，这些就是权利保护的请求权问

题。所以，请求权是法官的裁判权的基础，没有请求权，法官的裁判权对这个具体的纠纷案件无权行使，只有权利人享有请求权，法官才能够接受他的诉讼请求，依法作出裁判。所以，请求权的方法，是个最基本的裁判方法。这个裁判方法是非常重要的。一个当事人向法院起诉，我们要受理。特别是立案庭，案子一起诉都到立案庭，我们要不要立案，能不能立案？就要看原告有没有请求权。有请求权我就受理，没有请求权我就不受理。立案庭不审理具体案件，仅仅是审查够不够立案，最终的裁判是由审判庭来做的。所以请求权部分对立案庭具有更重要的意义。不仅仅是《合同法》和《物权法》规定有请求权，其实其他民事权利也都有请求权，所有的权利当中都有请求权。人格权有请求权，当人格权受到损害后，他有向法院起诉的权利。身份权当中也有请求权，只有他享有请求权的时候，他才能够向法院起诉，他要没有这个请求权的话，根本就不能向法院起诉。这就是说，请求权在民法中是普遍存在的，特别是在涉及裁判的时候，没有请求权，你根本就不能向法院起诉。在起草《物权法》当中，有一个问题就是要不要规定物权请求权，要不要规定物权保护方法？很多人说不用规定，有侵权法就够了，其实，没有物权请求权是不行的，物权必须要有自己的请求权。（二）请求权的体系 下面我想说请求权的体系。刚才说的是一个有请求权还是没有请求权这样一个问题，我现在要说的是请求权的体系，要解决的是，你这个当事人所行使的请求权是哪一种请求权，是什么样的请求权。请求权有非常庞大的内容，它不仅仅涉及到向法院起诉时候的请求，还包括向对方当事人请求。比方说合同债权，合同债权本身就是个请

求权。我跟对方当事人订了一个合同，我上市场去买菜，辣椒一斤要多少钱？卖菜的说一元一斤，我说八毛钱一斤行不行？卖菜的说八毛不行，那九毛行不行？九毛行，那好，就九毛。这是订立合同的磋商过程，是缔约的过程。卖菜的说九毛一斤你要几斤？我说三斤。这时合同彻底达成了。合同达成以后，卖辣椒的这一方享有一个请求权，你要给我二元七角的价金，我付给你价金，你要把三斤辣椒给我，这就是相互之间的请求权。因为这种买卖合同是个双务合同，双方都承担义务，我有支付价金的义务，你有给付我标的物的义务。这样一个义务在对方来说就是一个请求权。在一般情况下，我把辣椒称好了以后装进袋子，你把钱给我吧，这就是个请求权，你把二元七角给他，那好辣椒也交付给你，合同履行完毕，双方请求权同时实现了。这个权利是请求权。但是，这个请求权与上法院起诉的请求权不一样。我们说卖菜的把三斤辣椒交给你了，但你拿了辣椒就走，不给钱，被抓住了，问你为什么不给钱呢？我就不给你能怎么着？这个不给付价金的行为就在对方当事人发生了一个新的请求权。你不给，我就上法院起诉。卖菜的起诉说，法官，我有个纠纷来起诉。法官说什么纠纷？原告说，他拿了我三斤辣椒不给我钱。这个时候，可以来研究一下，原告向法院起诉的这个请求权，与他向对方当事人主张的请求权，是不是一个请求权？有人会说，是一个啊，不都是要两块七角钱吗？不是，向当事人请求的那个请求权，需要当事人自愿履行，你给我就给我，不给我，我也不能把他按在地上抢。这时，法律规定权利人又有个请求权，可以向法院去起诉他。这个起诉他的请求权，就是债权保护的请求权，在民法上就叫做二次请

求权。所以，前一个请求权是那个合同权利本来的请求权，第二个请求权是对方当事人不履行的时候，向法院起诉的请求权，这是一个权利保护的请求权。大家看，这两个请求权是不是不一样？一个是对当事人行使的权利，一个是向法院起诉请求保护的权力。这两个权利虽然都是请求权，但是这两个请求权并不是一个权利。保护权利的这个请求权是基于买卖合同的请求权产生的请求权，这个权利是保护自己的权利的。向当事人行使的请求权，是合同本身的那个请求权，合同的权利本来就是这个请求权。所以，在请求权体系当中，最基本的区别是分成两种。第一种，我把它取名一个叫作本权请求权，本来这个权利就是一个请求权，这就是债权，以及一些绝对权中所包含的部分请求权，如身份权中的扶养给付请求权。第二种请求权是权利保护请求权，它是一个体系，由两种请求权构成：一个是原权请求权，是在民事权利本身中包含的一个请求权，例如物权请求权、债权的二次请求权；这个请求权是权利人基于自己的权利向法院主张权利保护的一个请求权，是对权利进行保护的请求权。还有一个权利保护的请求权，叫侵权请求权。侵权请求权是当一个人的行为侵害了对方的权利，构成了侵权时，符合了侵权责任构成要件时，权利人产生了一个新的请求权，这个请求权就叫侵权请求权。这个请求权是另外一个新的请求权。从上面介绍的情况看，我们的民法体系当中包含这样三种请求权：第一，是本权利请求权，这个权利的本身就是个请求权。第二，是所有的民事权利当中还包含了另外一个请求权，这个请求权是保护自己的请求权，这个请求权是原权请求权。第三，一个权利受到了侵害，符合了侵权责任构成要件以后，

它又会产生一个新的请求权，这个请求权是侵权请求权。作为裁判权基础的请求权，并不是本权请求权，而是权利保护的请求权。法官在审判的时候，要研究原告有没有请求权，不是研究第一种请求权即本权请求权，而是要研究他是不是享有权利保护的请求权，或者是原权请求权，或者是侵权请求权。如果它仅仅是本权请求权的时候，就没有向法院起诉的理由，只有具有权利保护的请求权时，才可以向法院起诉。原权请求权以及构成了侵权责任要件以后的侵权请求权，这部分还要详细说。请求权的体系包含三个方面，是由三个请求权系统构成的。那么，这三个请求权系统在债权中是怎样表现的呢？在一个债权中，它本身就是一个请求权，这是本权请求权；还有一个请求权的保护方法，就是我说的二次发生的请求权，是要债务人承担责任的请求权。这就有了两个请求权了。那么，在债权保护中，是不是也存在第三种请求权就是侵权请求权呢？这个问题很多人是有不同看法的。我是这样认为的：就一个债权保护来说，它包括债权第二次发生的请求权这种保护方法，同时也有一个侵权请求权的保护方法。但是它跟物权的保护方法不一样，表现是，债权的二次请求权是债权人对债务人的权利，债务人不履行债务的时候，可以行使二次请求权来保护。债权保护中也有一个侵害债权的侵权请求权，但是这个侵权请求权不是针对债务人不履行的，而是针对第三人侵害债权的行为。我们说一个债的关系，它约束的是双方当事人，更多的是约束债务人，债务人一定要履行债务，来让债权人权利得到满足。债权相对性原则就是解决这个问题的。当债务人不履行债务的时候，用二次请求权向法院起诉要求保护债权。债权本身的问题用

这两个权利来解决就完全够了。但是债权也有被侵权的问题，当不是这个债权关系的当事人，不是债务人，而是第三人侵害债权的时候，这时候发生了侵害债权的侵权请求权。物权不是这样的，物权的保护方法是另外一个情况。当物权受到侵害以后，它除了自己的请求权之外，同时又产生一个侵权请求权。物权的权利人产生两个请求权，它的内容是差不多的，针对的都是侵权行为人，因此涉及到权利人的选择问题。但在债权当中，债权本身的二次请求权和侵害债权那个侵权请求权并不是针对同一个人的，是不发生竞合的。二次请求权解决的是债务人不履行债务问题，侵权请求权解决的是第三人侵害债权的问题。所以，这个问题一定要分清。我介绍一个侵害债权的案例，这是一个典型的第三人侵害债权的案例，是某省会城市的一个案件。该市有个演出公司准备举办一个大型的演唱会，在有3万8千个座位的体育馆举行。演唱会定的题目叫“纪念毛主席在延安文艺座谈会上的讲话发表XX周年，邀请毛阿敏等歌星来参加演出。演唱会召开之前，举行了一个新闻发布会，邀请新闻媒体的娱乐记者参加。在记者会上发生了一个争执，会议主办方给记者们发一个红包，当发到一个晚报社记者的时候，他说我得要两个。主办方工作人员说每个人只有一份，你怎么要两份呢？记者说，我们来了两个人，另外一个临时有急事先回报社去了，人家也来了要替你做宣传，你是不是应该给人家？主办方比较抠门，就拒绝多给一份红包，结果不欢而散。第二天，报纸、电台、电视台就开始宣传，公司也开始卖票，三天就卖出了一万张。但是到了第四天，这个晚报发表了一篇文章，在娱乐版头版头条刊出，声称因病出国治疗，“毛阿敏不来了

”，报道的最后一句话是“山西太原喜欢毛阿敏的歌迷们大概要大失所望了”。这一期的报纸发行后，卖出的一万张票退回了八千张，还剩二千张，然后再也卖不出去票了。这下公司老板急疯了，赶紧和毛阿敏的经纪人联系，询问情况，证明毛阿敏在东京治病，是感冒和牙痛。主办方与毛阿敏联系上以后，毛阿敏保证按时参加演出，并且发来传真：“山西太原的父老乡亲：你们好！我是毛阿敏，我将准时参加演唱会，和大家见面。”然后签上大名。演出公司在报纸上整版整版地作广告，就拿毛阿敏的传真作广告的背景。但是，票还是一张也卖不出去。没有办法了，老板说是不是就不演了，把两千张票的钱退回去，还可以少赔一点。买了票的这两千个人是铁杆歌迷，说谁敢取消演出，我们就敢申请游行。领导一听这种情况，就找演出公司的老板，说这是政治任务你必须得演，必须按时演出。结果没办法，演出公司只能采取送票的办法保证演出。结果演出很成功。演员拿红包走了，除了买票的两千个观众外，其他观众没花钱看了高水平的演出，大家也很开心。但是老板不开心，原来预计能赚三百多万，现在亏大了。怎么办？领导也不管了，只有找法院起诉。法院受理了这个案件以后，不知道这个案件是什么案件，就到北京去找专家咨询。我们讨论了这个案件，认为这是个侵害债权的案子。买票，看演出这是一个合法的债权关系，第三人发布虚假消息，弄得这么多人退票，剩下那么多票卖不出去，把人家给坑苦了，是不是？是第三人侵害债权，产生一个侵权的赔偿请求权。法院按照这个思路判了这个案件，但是只赔偿了直接损失，对于可得利益的损失赔偿请求没有支持。我说，那一部分也应当赔偿，其中包括一万张

票中退回的80%，这是可得利益损失；另一部分是没有卖出去的80%也应该赔，可以推定影响的是80%。但是法院没有这样判。这个案件很典型，晚报的行为就是一个侵害债权的侵权行为，演出公司因该侵权行为发生侵权请求权。它跟债务人不履行债务，向法院起诉要求债务人履行债务，承担民事责任，承担违约责任是完全不一样的。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