

请求权基础思维： 案例研习的法教义学“引擎”

金 晶

【摘 要】请求权基础思维以实体法请求权学说为理论基础,植根于规范类型学说和民法内在体系,具有理论甄别、规范识别和避免评价矛盾的体系价值。无论是“局限于争议解决”“实体程序错位”,还是“理论沦为素材”“丧失整体思维”,甚至是“技术禁锢想象”,针对请求权基础思维的种种批评与所谓“风险”,皆非请求权基础思维的真正风险。其中真正的风险,是学理实践的误解、曲解乃至偏见。在我国《民法典》施行后,请求权基础思维应发挥案例研习的法教义学“引擎”功能,帮助民法规范类型建构、内在体系发展、个案解决与类案形成。

【关 键 词】请求权基础;请求权;抗辩;规范类型;内在体系

【作者简介】金晶,中国政法大学民商经济法学院副教授,法学博士(北京 100088)。

【原文出处】《政治与法律》(沪),2021.3.88~103

【基金项目】本文受中国政法大学民法学青年学术创新团队(项目编号:19CXTD01)、中国政法大学科研创新青年项目“《民法典合同编》数字合同的规则建构与理论难点”(项目编号:18ZFYQ82005)、国家社科基金项目“数字经济时代的合同法制度更新与制度供给研究”(项目编号:17BFX195)资助。

一、问题的提出:请求权基础的司法混用

在民法案例研习中,请求权基础思维以独特的逻辑结构与风格体裁,鲜明区别于传统的法律关系分析法,被誉为节奏思维、逻辑的方法和步骤性的结构解题法。^①然而,在我国,请求权基础思维能否取代以及在多大程度上取代法律关系分析法,见解不一,反对者认为,请求权基础思维无法解决所有案例,不可完全替代法律关系分析法,本科教学不应也不可能讲授请求权基础的相关理论与案例;^②支持者认为,我国民法教学应借鉴德国模式,系统设置请求权基础方法的案例课程,民事诉讼亦不例外。^③

颇受关注的是,尽管学界尚未形成共识,我国司法实践却先行一步,似已公开接受请求权基础思维。最高人民法院(以下简称:最高院)在《全国法院民商事审判工作会议纪要》和《在全国法院民商事审

判工作会议上的讲话》中明确认可请求权基础思维为裁判思维,并以专题出版《民事案件案由适用要点与请求权规范指引》。截至2021年1月29日,中国裁判文书网包含“请求权基础”字样的民事裁判文书多达三万九千余件,其中最高院三百余件,高级人民法院两千余件,中级人民法院一万七千余件。然而,公开接受请求权基础思维,并不意味着我国司法实践已对此形成统一认识。实践中,请求权基础思维的定位是什么,乃至什么是请求权基础,仍待明确。^④

最高院的倾向性立场,是将请求权基础思维理解为多案由处理方法,将请求权基础约等于法律依据。^⑤判决书中,立足“请求权基础≈法律依据”的基本立场,常衍化出四种类型。其一,“请求权基础—权利依据”。例如,法院将合同代位权、债权请求权、物权请求权视为请求权基础,^⑥将商誉权作为侵

权之诉的请求权基础。^⑦此外,最高院在几则案件中认为请求权基础是涉案产品而非涉案专利,^⑧将产品质量责任、^⑨侵权责任理解为请求权基础。^⑩值得肯定的是,法院在诸多裁判中肯定合同为请求权基础。^⑪其二,“请求权基础面临障碍≈一方无权主张权利”。例如,法院认为,当事人请求交还货物缺乏合同依据且对方合法占有时,当事人无权主张物之返还或赔偿的权利,请求权基础面临障碍。^⑫其三,“请求权基础不具备≈诉讼主体不适格(不符合起诉条件)”。例如,法院认为,当事人基于租赁协议主张具备请求权基础,但在无法证明租赁合同的关系时,当事人不是适格权利主体,不符合起诉条件。^⑬其四,“请求权基础丧失≈反诉不成立”。例如,法院认为,反诉主张不成立时,诉请亦丧失请求权基础。^⑭相关裁判文书亦偶见法院对案件的请求权基础问题进行专段阐释。^⑮最高院将请求权基础约等于法律依据的处理方式,恐导致请求权基础规范与防御规范的不当使用。其一,存在将非请求权基础规范“升格”为请求权基础规范的操作。例如,在代位权纠纷中,法院将我国《合同法》第73条1款、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》(以下简称:《合同法解释一》)第15条、第20条以及我国《民事诉讼法》第108条一概列举为债权人代位权纠纷的请求权基础规范。^⑯其二,将防御规范错认为请求权基础。例如,最高院将《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第28条、第29条等防御规范理解为请求权基础。^⑰

地方法院的立场更为多元,将请求权基础理解为案由、诉讼类型、诉讼标的、诉讼主张、案件事实、法律关系、法益乃至具体请求权者,比比皆是。其一,“请求权基础=案由”。例如,某裁判文书有“请求权基础为侵权赔偿”“请求权基础为委托合同之诉”的表达。^⑱其二,“请求权基础=诉讼类型”。例如,有裁判文书存在“以侵权之诉、不当得利作为请求权基础”的表达。^⑲其三,“请求权基础=诉讼标的”。例如,裁判文书认为“基于易货合同或信托收据法律关

系起诉,诉讼标的的不具有同一性,请求权基础不同”。^⑳其四,“请求权基础=诉讼主张”。例如,存在“将请求权基础从返还原物变更为被继承人债务清偿”“请求权基础系要求法院确认股权份额”“基金持有人应选择适当请求权基础法律主张救济权利”的表达。^㉑其五,“请求权基础=案件事实(行为)”。例如,有裁判文书载明“请求权基础在于身份得到确认”“请求权基础是被告为公司法人且借款用于生产经营”“请求权基础为债务加入行为”。^㉒其六,“请求权基础=法律关系”。例如,有裁判文书载明“依据返还请求权基础法律关系确定管辖”“请求权基础是保险合同关系”。^㉓其七,“请求权基础=法益”。例如,有法院认为一次性工亡补助金的请求权基础是一种社会保险利益。^㉔其八,“请求权基础=具体请求权”。例如,某法院认为请求权基础在于占有保护请求权”。^㉕其九,“请求权基础=责任形态”。例如,有法院认为违约责任与侵权责任发生请求权基础的竞合。^㉖

综上所述,我国司法实践对请求权基础远未达成共识。将请求权基础简单地理解为民事案由或法律依据,这不仅是一种误判,而且与请求权基础所发挥的方法论功能相去甚远。作为民法方法论的一支,我国已有的研究成果对请求权基础思维的学说发展、体系价值与功能评价的认知仍然有限,理论研究有待加深。即便就案例研习而言,正确甄别并整理请求权基础的规范体系,也应是《中华人民共和国民法典》(以下简称:《民法典》)施行后学理运用于民法解释论工作无法回避的基础命题。

二、请求权:案例研习的理论基础

司法实践和案例研习能否纳入请求权基础思维呢?欲回答此问题,应首先澄清请求权基础思维的科学性问题,亦需回溯至请求权理论本身。请求权基础思维是请求权理论的方法论体现,其方法论特征亦源于请求权学说,即便是反对请求权基础思维的观点也是以某几种请求权学说为依据。换言之,在请求权基础思维这一问题上,无论是赞成者还是

反对者,都依据不同的请求权学说进行学理论证。这意味着,若请求权理论本身存在谬误,请求权基础思维的的科学性问题便如无源之水,难以成立。司法实践与请求权基础思维的关系如何,应首先厘清请求权基础思维与诉讼程序的关联。请求权基础思维与诉讼程序的关系,绝非请求权基础思维与诉讼两造、给付之诉的简单对应,其深层联结在于实体法请求权与程序法诉权的历史渊源与理论交织。例如,赫尔曼曾评价道,从罗马法诉权到民法实体请求权的范式变迁,标志着民法和民事诉讼法的指引未来且不可逆转的多样边界。^②

(一)请求权的学说形成:从诉权到实体法请求权

请求权的学说演进,围绕程序法与实体法的分合关系展开,大致体现为“罗马法诉权—实体法诉权—实体法请求权—权利救济请求权”的发展轴线,其中萨维尼、温德沙伊德、穆特贡献颇丰并形成该学说的四个关键节点。

其一,罗马私法的诉权学说。请求权基础思维与罗马法诉权思维一脉相承,天然携带诉讼攻防的历史基因。^③罗马私法上的诉权思维有双重含义,诉权既是实体与程序合一的诉讼程序,又指诉讼攻防思维,诉的权利仅是市民法的一部分。^④有别于现代法将诉区分为分为程序法意义上的诉讼行为(诉)和实体法意义上的请求权,罗马私法上的诉既有诉讼法因素(提出诉讼),也有实体法因素(内容适格),指向诉讼法的诉讼行为和私法上的请求权(诉讼请求权),诉的诉讼法和实体法因素是一个不可分割的整体,诉和抗辩亦为整体。^⑤

其二,萨维尼的实体法诉权说。萨维尼从诉中剥离出实体法诉权,在《当代罗马法体系》中严格区分作为法律秩序的现行实体法和保护法律秩序的诉讼法,并在实体法和程序法分离的基础上,以转换的方式对诉赋予新意,因此,诉被剥离了最初作为联结实体法与程序法因素的功能,最终形成实体法诉权。^⑥

其三,温德沙伊德的实体法请求权说。温德沙伊德进一步锻造实体法请求权学说,并直接影响了

《德国民法典》第194条的请求权概念。他在《从现代法的观点看罗马法私法上的诉》中提出,诉权的实现须以实体法的请求权为前提,并通过引入源于罗马法和普通法意义上诉权体系中的请求权概念,从罗马法的诉中分离出实体法元素并归入权利,建构一个以物权、债权等权利为核心的新的实体法法律体系。^⑦实体法请求权的学说贡献在于,将诉的发生时点从权利受侵害之时,提前到权利发生之时,并改造了罗马法上要求法庭保护请求的诉,使其成为实体法上针对其他私法主体的请求权。温德沙伊德认为,与普通法的诉权相反,请求权的两个阶段只是根据权利人和侵害人之间是否发生意思矛盾而进行区分,请求权的发生,不以权利受到侵害为前提,而是该请求权在权利发生之时就已被包含。这一理论建立在对萨维尼有关权利受到侵害概念的解读基础上,旨在实现其让与请求权学说。申言之,在交易中存在能够将债权与其它财产标的物同样带入流通领域的现实需求,债权不被视为权利人与义务人之间的关系,而是财产的一个组成部分,是权利人经济价值的组成部分,同其它财产价值一样,权利人同样有权将这一财产的组成部分移转给他人。^⑧

其四,温德沙伊德与穆特论战所发展的权利救济请求权说。在与穆特的论战中,温德沙伊德关于诉的论题不仅含有实体法请求权,而且含有权利救济请求权的学说。^⑨穆特从诉权角度批评实体法请求权说,认为其仅强调请求权的实体法一面,赋予诉权、诉的诉讼部分意义过小。^⑩穆特提出相反路径,强调作为诉权的诉并赋予其诉讼法意义,将诉讼法上的权利救济请求权作为诉的决定性因素。温德沙伊德进一步完善实体请求权学说,认为实体法请求权不仅是实体法与诉权的既有统一体,而且与穆特的观点相联系,给予诉讼理论一个单独的位置。随着温德沙伊德吸收穆特的公法诉权概念并同时援引民事诉讼法,为民事诉讼法学说提出诉权概念,开启了一条崭新的发展之路。经此论战,诉讼法学和诉权初露端倪,学界开始区分实体权利和诉权,后者转

为纯粹要求国家进行审判的权利,现代诉讼法学因此得以奠基。

(二)反对请求权基础思维的学说依据:从裁判秩序说到诉讼可能说

请求权的概念发展亦伴随复杂的学说变迁。以时间为轴,可概括为以下几个方面:(1)实体法视角及其反思,例如穆特与温德沙伊德的论战;(2)诉权的公法发展,例如德根霍伯的公法诉权、拜尔的确认请求权、瓦赫的权利保护请求权、赫尔维希诉讼可能性和具体诉权;(3)实体法请求权的再认识,例如冯·图尔强调请求权与债权在内容上不同,强调诉讼外行使请求权的重要性;(4)(纳粹时期的)集体主义思潮,例如德·伯尔要求法律须为生活秩序而非裁判秩序,请求权只是方法上的辅助手段,实体法的权利秩序不发生实体法的请求权;(5)“二战”后的学说发展,例如诺伊瑟尔的法律关系说、雷曼的传统请求权功能、莱塞尔的主要权利与次要权利说、埃塞尔的归属功能和保护功能说。^⑤

就请求权基础思维的科学性而言,上述学说中,以裁判秩序说、次要权利说和诉讼可能说最为重要,三者皆构成反对派批驳请求权基础思维的学理依据。然而如果上述学说本身存谬,则以此为据反对请求权基础思维的观点亦无法成立。

其一,裁判秩序说。反对请求权基础思维的见解,多与“请求权作为生活秩序”的特殊历史相关。当时,纳粹思潮改变了以个人主义为中心的权利发展方向,学说的很多思想与特殊政治趋势汇合,强调团体优先,不给当事人意思留出广阔空间。^⑥在此背景下,德·伯尔要求法律须成为生活秩序,而非裁判秩序,私权的本质不应是互相交错的请求权,而应以分析式的观察作为整体出现,权利不应位于体系中心,而应让位于整体生活过程。^⑦权利应依其本质改造,将义务思想与权利思想结合,权利应表现为与义务相结合的权能,由此,义务与权利合一的人民共同体的权利喧嚣一时,学说亦宣称“与诉权思维斗争”。^⑧在此历史背景下,诉权思维被理解为一种裁

判秩序。例如,海因里希·朗认为诉权思维局限于争议,将法律局限地理解为裁判秩序,而非和平秩序,请求权基础思维未意识到,甚至无视法律生活是一种和平呈现法律规则的组织形式;埃克哈特认为,在权利义务关系中,请求权基础思维过于强调权利,过于强调债权人的请求权;维丁格尔亦认为,源于诉权思维的主观权利是强行实现权利。^⑨

其二,次要权利说。从萨维尼的《当代罗马法的体系》到埃塞尔的《法与国家基本概念导论》,从诺伊瑟尔的《请求权与法律关系》到莱塞尔的《德国民法的权利学说状况》,请求权被视为是一种具有辅助功能、第二位的权利,具有首要意义的是绝对权和债之关系,具体的请求权源于债之关系。^⑩诺伊瑟尔认为,请求权被界定为符合客观法律秩序的权利地位,请求权虽能产生实体法和程序法的关联,但并非其主要功能,请求权植根于作为请求权基础的法律关系,用于联结实践和实体权利。^⑪莱塞尔将权利在功能上划分为主要权利和次要权利。主要权利旨在建构法律秩序,可以从法律地位中产生的独立的权利,也可以是在存续和内容上依附于特别法律关系的非独立的权利,所有权、债权属于主要权利;次要权利即请求权或形成权,是法技术的工具,旨在保护和实现主要权利或者服务于其法律关系、法律地位的保护和实现,具有辅助功能。^⑫莱塞尔认为,温德沙伊德将罗马法与普通法的诉分离为民法请求权与诉讼法的权利救济后,次要权利才取得独立地位,次要权利是法律发展中法律技术自我完善的产品,请求权是一种更精致的法律技术,旨在保护和实现法律地位和法律关系。^⑬

其三,诉讼可能说。在描述权利保护请求权时,耶利内克将每个人都享有不依赖于被保护权利存在的诉讼可能性,称为法律上给予的能力,将其作为权利。^⑭普洛兹首次将诉权与诉讼前提联系起来,诉权不是每个人的主张,而是特定人的相关主张,法律利益以客观视角成为诉权的前提,也是实体判决的前提。^⑮雷费尔特将请求权理解为是权利人向义务人

提出司法主张的权限,是一种诉讼的特别权利,即诉讼可能性,将请求权与具体的债权相区分。^⑩埃塞尔将请求权概念与抗辩、诉讼时效等概念联系,认为其仅具有程序意义,请求权是一种司法层面的执行可能,这种可能性是基于债之关系或绝对权所生的、在法院向义务人主张给付的可能。^⑪

以上三种学说构成反对请求权基础思维的学理依据。反对派的一项经典理由是,请求权基础思维仅为裁判秩序,毫无方法论价值。笔者将于本文第五部分进一步说明,在权利法律实践功能的背景下,这一批评本身所依据的裁判秩序说无法成立,存在历史局限性。反对派的另一项经典理由是,这种思维是一种实体程序错位。笔者将于本文第五部分中进一步说明,这类意见可能受到次要权利说和诉讼可能说影响,但次要权利说不适合基于债之关系所生的具体请求权,诉讼可能说是对民法和民事诉讼法进行理论和体系区分的学说发展的历史倒退,两种学说本身存在谬误。

三、请求权基础:案例研习的教义学价值

从法教义学的角度观察,案例研习的过程,即“请求—抗辩—再抗辩”的过程,核心在于甄别主要规范、反对规范、反对规范的反对规范。

(一)规范价值

1. 请求权基础的规范表达与识别

请求权基础规则的法条表达常无定式,但有特征性表达,可区分请求视角、义务视角和权利视角三种类型,最常见的法条表达为“可以请求……”(《民法典》第392条、第499条、第502条第2款第3句、第522条第2款、第552条第2款、第566条第1款和第2款、第979条第1款后半句)或“有权请求……”(《民法典》第121条、第408条、第462条第1款),《民法典》合同编大量条文采用义务视角,表达为“负有(应当履行)……义务”(《民法典》第625条、第598条),婚姻家庭编条文多采用权利视角,表达为“有要求给付……的权利”(《民法典》第1059条第2款、第1067条)。

请求权目标的规范表达,多以描述法律效果的形

式展开。《民法典》的规范表达并未明确界定请求权目标,而从法律效果的角度加以描述。例如,诸如履行、返还、损害赔偿等典型的请求权目标,《民法典》多表达为具体的法律效果。当请求权目标为履行时,法条描述为“出卖人应当履行……交付标的物……并转移标的物的所有权的义务”(《民法典》第598条);当请求权目标为返还时,既可以是物权的原物返还,也可以是无因管理财产返还,相应地,法条描述为“……权利人可以请求返还原物”(《民法典》第235条)、“管理人……取得的财产,应当及时转交给受益人”(《民法典》第983条第2句);当请求权目标为损害赔偿时,既可以是侵权损害赔偿,也可以是不当得利损害赔偿,法条分别描述为“行为人因过错侵害他人民事权益造成损害的,应当承担侵权责任”(《民法典》第1165条)、“受损失的人可以请求得利人……依法赔偿损失”(《民法典》第987条)。

请求权目标的规范表达具有多层次性。某种抽象的请求权目标可能对应不同层次的法律效果,案例审查的对象就不限于单个请求权基础,而需审查多项请求权基础。例如,请求权目标为返还时,应依次审查合同的返还请求权(《民法典》第508条、第157条)、物权返还请求权(《民法典》第235条)、无因管理的返还请求权(《民法典》第983条第2句)以及不当得利的返还请求权(《民法典》第985条、第987条、第988条)。

并非《民法典》的所有条文均为适格的请求权基础,请求权基础规范须以规则兼具构成要件和法律效果两项规范要素作为识别标准。在代位权纠纷中,最高院将我国《合同法》第73条第1款,《合同法解释一》第15条、第20条以及我国《民事诉讼法》第108条一概列举为债权人代位权纠纷的请求权基础规范,但上述规范并不都是适格的请求权基础。^⑫请求权基础的识别应围绕法条的完全性和法条功能展开。其一,通常,完全法条是适格的请求权基础。完全法条和不完全法条的区分标准,在于系争法条是否足以成为请求权的发生依据。^⑬完全法条仅指兼

具构成要件与法律效果二要素,且该法律效果与该构成要件相联结的单一法条,不完全法条主要指欠缺法律效果这一规范要素的规定。^④法条的完全性,应以是否足以成为请求权的规范基础为标准,说明性法条、限制性法条、引用性法条亦应以请求权规范基础所形成的问题为核心。^⑤其二,主要规范和辅助规范的区分目的,在于确定特定的规范顺位。^⑥若认为某一特定规范构成诉讼请求的基础,即为主要规范,多为权利产生规范或权利创设规范。^⑦作为请求权基础的主要规范的构成要件是否满足,通常只有在考察相应的辅助规范后才能回答,辅助规范仅具辅助功能,仅限于请求权规范的构成要件是否满足。^⑧

2. 反对规范的类型与功能

罗森贝克在关于“主要规范—反对规范”的规范类型理论中提出,法秩序以特定法律关系的一般情形作为规范起点来确定法效,基于一般情形所引入的规范,通常是主要规范,再依据实际状况与一般情形的偏离程度所引入的特别规范,构成主要规范的反对规范,反对规范旨在改变主要规范的效果,多为排除主要规范的效果。^⑨反对规范颇具实践价值,例如,最高院将《最高人民法院关于法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第28条、第29条这些防御规范错认为请求权基础。^⑩案例研习的实质是考察主要规范、反对规范、反对规范的反对规范的一个过程,即“请求—抗辩—再抗辩”的过程。

反对规范的价值在于,抗辩与抗辩权的区分应以反对规范的“作用方式”与“有效行使”为标准,以聚合方式评价,前者指向反对规范的作用方式,后者指向是否须以反对规范的有效主张为必须。^⑪

首先,依反对规范的“作用方式”区分,反对规范排除权利存续时,即权利根本无法产生或权利嗣后消灭的,应认为存在抗辩,前者为权利阻碍抗辩,后者为权利消灭抗辩。^⑫相反,抗辩权不涉及权利存续问题,仅阻碍或者限制权利的实行,与抗辩权相对的权利要求尽管存在,但可能无法实现或者无法全部实现,故存在一时抗辩权或永久抗辩权,以暂时性或者永

久性地限制或排除权利的实施。^⑬其一,权利阻碍规范自始阻止权利产生规范的效力产生,导致该规范根本不能发生效力,其法律效果亦无法实现,此类规范的法条表达多为“……无效”字样,与法律行为相关,依此规范产生权利阻碍抗辩。^⑭主张权利阻碍抗辩意味着请求权产生之时就存在此种抗辩,阻却请求权产生。《民法典》常见的权利阻碍抗辩,例如无民事行为能力人所为的法律行为(《民法典》第144条)、表面行为(《民法典》第146条第1款)、违反强制性规定(《民法典》第153条第1款第1句)、违反公序良俗(《民法典》第153条第2款)。物权、侵权以及不当得利的请求权基础审查中,无须审查权利阻碍抗辩。其二,权利消灭规范嗣后才对抗权利产生规范,虽然权利产生规范的后果已产生效力,但由于这一反对规范的干预,相关权利又被消灭,此类规范的法条表达多为“请求权消灭”或“权利消灭”,依此规范产生权利消灭抗辩。^⑮主张权利消灭抗辩意味着请求权已经存续过,但嗣后因抗辩归于消灭,已成立的请求权归于消灭。例如,法律行为撤销(《民法典》第155条)、附解除条件的法律行为条件成就(《民法典》第158条)、附终止期限法律行为期限届满(《民法典》第160条第2句)、提存(《民法典》第557条)、免除(《民法典》第575条)、给付不能(《民法典》第580条第1款)等,是《民法典》上典型的权利消灭抗辩。在权利消灭抗辩类型下还有一个子类型是基于行使形成权产生的,例如撤销、解除、抵销,行使形成权须以向请求权相对人作出表示的方式完成。其三,抗辩权不导致权利消灭,仅阻却请求权效力,其主要效力在于排除请求权的可实现性。^⑯抗辩权的常见规范表达方式有“有权(可以)拒绝”。例如,同时履行抗辩权(《民法典》第525条)、先履行抗辩权(《民法典》第526条)、提前履行抗辩权(《民法典》第530条第1款)、部分履行抗辩权(《民法典》第531条第1款)、承揽人拒绝交付抗辩权(《民法典》第783条)等构成《民法典》中常见的抗辩权。依请求权基础建立的攻防关系中,抗辩权的效力不仅在于正面防御请求权,而且可以以

附随效力的形式出现,使抗辩权人免于被请求权迂回攻击。^④

其次,依反对规范的“有效行使”区分,旨在识别“有效行使反对规范”是否为实体法上法律效果出现的必备要件。^⑤法官是否须依职权审查,是区分抗辩与抗辩权的通常标准。抗辩必须有效行使,抗辩权无须有效行使。具体来说,在抗辩之中,反对规范的效力依法产生,无论是权利障碍抗辩,还是权利消灭抗辩,均须由法官依职权审查。例如,若为权利消灭的抗辩,法院须依职权审查,若被告未主张也未举证,但原告的陈述中包含相关事实,法院也需审查。然而,抗辩权须由被告自己主张,法院不得主动审查,法院甚至不得对可能存在的抗辩权加以释明。

(二)体系价值

请求权基础思维本身并无目的,其真正基础是实体法本身。依请求权基础审查案例,是对民法内在体系的映照。^⑥法秩序的内在体系,是黑克所说的“法秩序的统一性和逻辑一致性”,也是彼得林斯基所述的“对法学素材价值关联的呈现”。^⑦卡纳里斯甚至认为,内在体系的功能在于把握实质关联和固有秩序,法的统一性的实现在于无矛盾的内在体系。^⑧依请求权基础方法解答案例,事实上就是一种依据特定逻辑思维和解释路径解答案件,实质是民法的内在体系。^⑨

避免评价矛盾、规范识别与理论甄别,是请求权基础思维的体系价值之所在。规范识别,即逻辑无矛盾,是外在体系融贯性的要求;避免评价矛盾,即价值无矛盾,是内在体系融贯性的要求;理论甄别,表明请求权基础思维具有体系维护和更新的功能,即新的解释路径与理论提出,需要借助请求权基础思维进行甄别鉴伪,从而在外在体系与内在体系上均不与现行法存在体系冲突,由此排斥错误理论以维护体系,吸收正确理论以发展体系。

1. 避免评价矛盾

请求权竞合时,审查各请求权的构成要件和法律效果,本质上是对内在体系及其解释的理解,多个

请求权的检索顺位为价值判断提供了正确的位置。^⑩在多个可能的法律解释方案之间选择时,内在体系能够拘束法官的抉择。^⑪更重要的是,由于价值判断影响案件解答的整体走向,若法官自始凭直觉选择的价值判断方案有误,就可能在案件解答的后半段才发现最初的价值评价有误,继而需要推倒重来,另行选择价值判断方案,这一点在案例研习中亦是如此。于此,依循请求权基础的思维方式可以避免上述情形发生:请求权基础的内在逻辑一致,若依请求权基础思维,就能以清晰的方式,在正确的点进行价值判断和评价,防止评价矛盾。

2. 规范识别

若以外在体系为标准,请求权基础数量寥寥,从内在体系角度观察,请求权基础规则不仅能够反映法典中各类概念和构造的关联性,而且是对其背后原则价值的具象化表达。^⑫例如,《民法典》第583条的违约损害赔偿,请求权基础规则在规范文义上,对于其与无因管理的复杂参引关系都未作规定,若这些散落各处的“表面”规则成为体系性案例解答的解锁密码,须回归民法内在体系。考察民法内在体系,某些规范似为请求权基础,实则不然。例如,《民法典》第62条第1款规定法定代表人因执行职务造成他人损害的,由法人承担责任。该条本身并非请求权基础,不成立独立的损害赔偿请求权,而应以合同或侵权责任中的损害赔偿请求权为前提,以代表人有负损害赔偿责任的行为为前提。《民法典》第62条第1款在规范表述上似乎是一项请求权基础,但该请求权需以“应负损害赔偿义务之行为”为前提,可见,该条并非真正的请求权基础,仅在可归责性的证明上发挥功能,只是论证法定代表人的损害赔偿义务应归于法人。

3. 理论甄别

请求权方法颇具理论证成功能。如前所述,新的解释路径与理论提出,需借助请求权基础思维甄别鉴伪,从而在外在体系与内在体系上均不与现行法存在体系冲突。请求权基础思维既具有理论证伪

功能,也有理论证成功能。与理论正确性的佐证相比,请求权方法更是理论证伪的“试金石”,具备证伪的反向功能。法学理论须具备连贯性与可验证性,若某一理论的要素特征无法与其他理论区分,则理论本身存有缺陷,若某一理论欠缺逻辑一致性,则该理论不应被全然接受。法学领域更常见的是理论本身存在评价矛盾,若某一理论存在评价矛盾时,不意味着该理论全部不能适用,而应限定适用范围,将之限定于特定问题。^③法学理论旨在解决实际问题,以解决个案、具体问题和法律争议为己任。^④请求权基础方法是检验法学理论(假设)、不同解释论观点正确与否的途径之一,倘若某种假设的教义学观点无法在请求权基础方法的框架下得到充分证明,或者某种法学理论或解释论观点无法纳入请求权基础方法的整体框架,那么这种观点至少在内容上值得怀疑。^⑤

四、请求权基础思维:实证误区与澄清

为何要接受一种全新的案例分析法呢?实证中常有类似质疑。在我国,常见的批评意见认为,与传统的法律关系分析法相比,请求权基础思维并不是一种更优方案,无法契合现行法上的民事诉讼体系,无法处理多角关系,难以解决复杂疑难案件。笔者认为,上述质疑更多的是形式性的意见,并无实质说服价值,相反,无论是诉讼攻防、多角关系、复杂案件还是方法选择,请求权基础思维都不失为一种案件解决的更优方法。

(一)对焦诉讼攻防

有研究者认为,请求权基础思维不适合现行法上的民事诉讼体系。事实上,在诉讼攻防视角下,请求权基础思维的实质就是诉讼思维,围绕“请求—抗辩”展开,即对诉讼素材进行程序法上的区分。^⑥请求权基础思维本身就已预先按程序要求区分案件素材涉及的请求权与抗辩。^⑦请求权基础思维以给付之诉为核心,给付之诉处于绝对优势地位,确认之诉、形成之诉或是服务于给付之诉,或是解决给付之诉的先决问题。以给付之诉为导向,既能按照程序要求合理切割

民法素材,亦能让案例解答聚焦争点。^⑧

(二)多角关系“化约”为二人关系

有研究者认为,请求权基础思维局限于二人关系,无法处理多角关系。例如,德·伯尔认为,请求权基础思维无法解决第三人损害清算、多数债权人、附保护第三人作用的合同、瑕疵结果损害以及三人关系型不当得利等多角关系。^⑨笔者认为,多角关系之难,不在于请求权方法,而在于多角关系的事实本质。当事人为三人以上,案件未标注具体请求,仅问及法律关系时,请求权基础思维应考察所有可能涉及的请求权。若案件涉及甲乙丙三人,就须分别考察甲乙丙各自的请求权,进而考察甲对乙的请求权、甲对丙的请求权、乙对甲的请求权、乙对丙的请求权,依此类推。^⑩在请求权基础思维下,案例检索看似复杂,但实质是将多角关系“化约”为二人关系。多角关系案件中,唯有首先解决其中的部分问题,才能解决后续问题,故从二人关系入手,不构成方法缺陷。^⑪在多角关系中,请求权基础方法的适用比二人关系更难,是因为必须确定并评价多角关系中的相关利益关系。多角关系所涉利益关系的复杂性,如何确定并评价利益关系,才是多角关系案例分析的难点所在。^⑫

(三)类案与疑案

有研究者认为,请求权基础思维强调按照既有的检视模版审查案例,灵活性不足,难以解决疑难案件,无法形成类案。事实上,类案形成和疑难案件亦有赖于请求权基础思维。类案形成需以案件的关联性、相似性为前提,在构成要件、法律效果的相似性和关联性的判断上,请求权基础思维是一项核心判断方法。疑难案件,尤其是在边界案件(Grenzfall)中,请求权基础思维亦能有效探寻规范的涵摄边界。

(四)法律关系分析法之更优替代

有研究者认为,请求权基础思维无法取代传统的法律关系分析法。请求权基础思维是一种逻辑的方法,法律关系分析法是一种历史的方法,两者切入的角度虽然不同,但均需梳理案件事实。理论上,所

有案件都可以用历史的方法解答,但事实上,仅在例外情形下会适用此种方法。在物权变动、继承人判定等时间要素性案件中,天然以时间顺序判定,这意味着,仅在例外情形下,即构成要件的时间要素十分重要时,才会使用历史分析法。请求权基础思维之所以比法律关系分析法更胜一筹,在于考察某一具体请求权时,以时间进程为线索分析法律关系并不经济,请求权基础思维直指案件问题,即某一具体的作为或不作为(请求权的目标)是什么以及须满足何种法定或约定前提要件。^⑧此外,运用法律关系分析法时,请求权规范与抗辩规范的意义并不凸显,但即便依照时间线梳理案情后,最终仍需回到当事人的主张(请求权和抗辩)。^⑨

五、方法论风险及其评估

作为一种案例研习方法,请求权基础思维亦需直面并回应方法论层面的批评与质疑。归根结底,案例分析的方法之争,实为法学方法论之争。在我国,无论是法学教学,还是司法实践,请求权基础方法日益蓬勃发展,对其反对批判亦不断持续并热烈进行。^⑩在请求权基础思维的输出地德国,法学教育中的请求权基础方法奠基于梅迪库斯1968年出版的《民法:根据请求权基础整理的备考资料》一书,经由1974年《请求权与抗辩作为民法教学法的脊梁》一文进入学界视野,深刻影响二十世纪后半叶的德国民法教学。^⑪可以认为,德国的法学教育是一种以请求权基础技术为依托的案例研习方法。^⑫尽管梅迪库斯将请求权与抗辩誉为民法教学法的脊梁,但不容否认,以比较法学家格罗斯费尔德和法律史学家麦因克为代表的诸多学者,曾对梅迪库斯所宣扬的请求权基础方法展开过激烈抨击。^⑬不同法域基于不同法律传统、规则和理念,对相同问题可能提出不同解决方案,但这并不意味着拒绝普适性的法学方法。沃尔夫就认为,请求权基础方法不受法域限制,是一种以逻辑思维为依托的方法,是分析私法关系的最有效率的方法之一。^⑭《民法典》颁行后,民事诉讼法若欲继受请求权基础思维,须首先充分认知、评估

请求权基础方法的可能风险,继而寻找可行的继受路径。

(一)局限于争议吗

有批评者认为,请求权基础思维局限于争议,将法律局限地理解为裁判秩序,而非和平秩序。^⑮这种批评以请求权的裁判秩序说为学理依据。

将请求权基础思维斥为“裁判秩序”的批评,无法令人服膺。权利在司法层面的有效行使,是法的防御功能的体现,但也只是法的一种表现形式。^⑯魏德士就提出,以请求权为中心的体系视角,蕴含了债权人自主决定请求的功能维度,法院裁决的前提要件须由债权人一方形成,诉讼视角下,请求权基础思维的实践功能不容反驳。^⑰黑克亦认为,权利的连续性与请求权证立的程序实践意义是互相关联的,若从义务出发,就应围绕债务人展开体系建构,但这种以义务为中心的体系设置,与诉讼实践中债权人向法院起诉的基本结构格格不入。^⑱反对权利并进而反对请求权的学者并未充分考量法律体系的实践功能,权利的体系功能蕴含于请求权证成之中,这种体系功能无法停止,除非债务人向法院起诉(而非债权人提起诉讼之时),或者标的物主动寻找“主人”(而不是权利人主张标的物之时),权利的这种体系功能才可能停止。^⑲这当然是荒谬而无法想象的。黑克的批判表明,反对权利、反对请求权的观点,尤其是将请求权基础思维局限于裁判秩序的观点,忽视了权利的法律实践功能。

(二)实体程序错位吗

有批评者认为,请求权基础思维导致实体程序错位,实体规则仅为诉讼目标证成的工具。例如,麦因克认为,以请求权为中心研习民法,更接近救济法,是一种结构错位,传统德国民法的呈现方式更接近于《法学阶梯》,以权利主体、权利的得丧变更为核心理,权利的实施仅居次要地位,而普通法则是救济法,私法结构以救济为中心,从争议出发,以请求权和法律效果为结构线索。^⑳请求权基础思维以争议中何方主体能向对方实施权利为出发点,考察争议

中当事人的诉讼目标能否实现,实体规则仅仅是实现诉讼目标正当性的请求权基础而已。^⑤

实体程序错位的批评立场,可能受到次要权利说和诉讼可能说的学说影响,但这两种学说本身就值得怀疑。例如,次要权利说将请求权界定为一种次要权利,是法律发展中一种更精致的法律技术。^⑥这一学说虽能合理解释绝对权所生的请求权(物上请求权),却不适合基于债之关系所生的具体请求权。^⑦再如,“诉讼可能说”认为请求权概念仅具程序意义,仅是司法层面的执行可能。^⑧然而,奥田昌道就尖锐指出,温德沙伊德从罗马法的诉推导出请求权概念,因此请求权概念与诉讼法天然靠近,但埃塞尔的“诉讼可能说”论点仅是退回普通法学说,是对民法和民事诉讼法进行理论和体系区分的学说发展的历史倒退。^⑨请求权基础思维本身就是一种实体法解题法,并不会“绑架”实体法。实体法解题法以具体诉求为核心,直接关注请求权人向义务人提出的具体诉求,这一结构划分与诉讼两造格局中程序法的程序形式相符。在实际运用中,请求权基础思维才会从法律效果出发,进而检视构成要件能否支撑相应的法律效果,才会在实体法上依请求权结构所生问题为顺序来区分主要规范和辅助规范。

(三)理论“沦为”素材吗

有研究者指出,请求权基础思维恐使法学原理“沦为”案例研习素材。^⑩例如,麦因克认为,案例虽能提供现实素材,呈现适用法律规范的现实后果,证明法院审判中法律适用的丰富面貌,但法并不存在于案例或裁判本身,而是案例、裁判所依据的法律规范,以案例为中心,意味着法学课程的首要任务是教授学生如何解答案例,但有关法、法律规范、法律适用的基本理论却沦为案例解答的附属内容和素材。^⑪初阶教学从案例出发,确能有的放矢,但这并不意味着法学教育仅以训练案例解答能力为目标,若初阶教学投身于案例研习,可能导致法学原理仅为解答案例而运用,教学无法聚焦法学原理本身;在高阶教学中,教学重点并非通过案例研习来模拟法

院裁判,而应关注法律规范及其基础理论。^⑫因此,无论是初阶教学还是高阶教学,法律规范的功能绝非服务于案例研习,法律规范及其所涉法理,才是教学之本。

笔者认为,该批判无限夸大了请求权基础思维的方法功能。请求权基础思维仅将法律问题的解决程式化,优势在于步骤明确,目的清晰,推导过程可检验。这种思维方法与法官、律师在研读案情时的顺序相同,本质上就是一种法官和律师的思维训练。^⑬裁判中,法院裁判需明白交代裁判的依据以及该法条之所以能够成为依据的理由,如若不然,法院裁判就无法被客观认知,裁判的正确性也值得怀疑。^⑭案例与理论的关系并不因请求权基础思维而被颠覆。

(四)丧失整体思维吗

有批评者提出,请求权基础思维以诉讼两造的请求权证成为基准,强调权利人与义务人的对立关系,但法律关系不应局限于两造对立,而应在法律关系、法律解释时作整体考察,以诉讼两造为基准的思维方法,关注单个请求权,对生活关系的归类过于简单,难免形成思维定势,丧失法律关系的整体考量。^⑮以物的瑕疵为例,相关任意性规范的本质是立法者基于买卖合同的典型利益格局,通过规范配置平衡双方利益,出卖人可基于买受人未在合理期间内通知瑕疵而免于损害赔偿责任,买受人可基于物的瑕疵导致合同目的无法实现而解除合同。请求权基础思维下,以买受人权利为重心,但若仅考察买方权利,局限于买受人请求权证成,未纳入买卖双方利益格局的整体图景,则难以得出合乎正义的解决方案,结论多具偶然性。^⑯

请求权基础思维会“丧失整体思维”的批评,过于绝对。请求权基础思维遵循法的内在体系与外在体系,这种体系思维本身就是一种整体思维。体系思维与个案解决并不对立,而是相互联系。^⑰请求权基础思维并不构成法学技能或法的发现的障碍,请求权基础思维有助于明确问题所在,但并不会限制

思考;以史为鉴,罗马人就具有诉权思维,但这并不妨碍罗马法发展并形成今日的法律文化。^⑩事实上,请求权基础的探寻过程也非单纯的逻辑过程,而是确证具体案件是否属于特定规范的适用情形,其关键在于解释问题,关系到法律规范的确定和法律事实的推定。^⑪

(五)技术禁锢想象吗

有批评者认为,无节制地适用请求权基础思维,将禁锢法律人的想象力,伤及法律文化。

格罗斯费尔德认为,无节制地夸大方法价值,法学教学过分强调请求权方法和案例研习,则法学视角局限于个案解决,恐伤及法学精神的自由发展。法学新问题的解决,需回归法的结构维度。^⑫法学新问题的解决,不能依赖既有个案,而须回归法律体系,回溯法的历史、文化、经济等结构维度,来寻找妥当方案,以请求权基础为核心的个案解决的法律思维,阻碍了个体层面和团体层面法学精神的自由发展。^⑬过分强调案例研习和请求权方法,导致法学教育未集中于法律体系和法律适用,而聚焦于案例解答,法学视角被局限于个案解决,法律人仅以一种片面的思维方式和法学语言思考,在程式化思维方法的长期“浸淫”下,法律人被局限于单一的法律语言,只会进行程式化的结构论证,无法体察法律关系的整体面貌,缺乏整体感的法律人更多的是一种“自动化”的法律思维,这种思维所培养的一代法律人,对法律体系构成风险,亦是对法律文化的一种伤害。^⑭格罗斯费尔德的尖锐批评所针对的是个案解决的法律思维,实质针对的是法学教学以何种方式纳入请求权基础思维,并非全然反对请求权基础思维本身。

技术禁锢想象的论断,是对请求权基础思维的一种偏见。将请求权基础方法理解为单纯的法律技术,认为这种法律技术会阻碍法学研究的发展,是对这种思维方式的误解。请求权基础思维本身无法解答实际案件,但请求权基础思维亦非单纯的法学技术。施蒂尔纳在实用教义学与科学教义学的分类中表明,请求权基础思维能在实用教义学领域发挥功

能,具有减负功能,可以解决多数实践案例,但在特殊个案中,仍需与一般情况相区分,应借助科学教义学回溯基本原则,保证体系一致。^⑮请求权基础思维能够推进科学教义学的发展和建构,法学的想象不会因请求权基础思维而停滞。在法的发现过程中,请求权基础思维亦能发挥功用。请求权基础思维不仅能宏观把握已获承认的规则,而且能在无法准确适用既有规则时,从法律漏洞的计划违反的关联下进行整体考察,寻找答案的过程中可以运用所有的法学方法和理论,尤其是在价值评价的过程中,即便是埃塞尔也认为,在对事实正义进行立法论的论证中,请求权基础思维亦不构成障碍。^⑯诚如卡纳里斯所言,法学的体系建构永无止境,这或许也是法学体系开放性的实践意义之所在。^⑰

六、结论

请求权基础方法是一种实体法解题法,实质是案例解题法的程式化,真正基础在于实体法本身,具有避免评价矛盾、规范识别与理论甄别鉴伪的体系价值。请求权基础思维应发挥案例研习的法教义学“引擎”功能,有助于民法规范的类型建构、内在体系认知、个案解决与类案形成。无论是“局限于争议解决”“实体程序错位”,还是“理论沦为素材”“丧失整体思维”,甚至是“技术禁锢想象”,针对请求权基础思维的种种批评与所谓“风险”,皆非请求权基础思维的真正风险。请求权基础思维面临的真正风险,实为学理实践的误解、曲解甚至是偏见。《民法典》施行后,理论界与实务界应合力探索,识别《民法典》的请求权基础规范与防御规范,就典型的请求权基础达成共识,实现请求权基础思维的体系价值。

注释:

① Helmuth Brauer, Der Zivilrechtsfall in Prüfung und Praxis, 1953, S.5; Lutz-Christian Wolff, Structured Problem Solving: German Methodology from a Comparative Perspective, Legal Education Review, 14(2003), pp.19.

② 参见王利明:《民法案例分析的基本方法探讨》,载《政

法论坛》2004年第2期。误解请求权基础理论并质疑请求权方法的,例如张淦纶:《作为教学方法的法教义学:反思与扬弃——以案例教学和请求权基础理论为对象》,载《法学评论》2018年第6期。

③参见葛云松:《法学教育的理想》,《中外法学》2014年第2期;卜元石:《德国法学教育中的案例研习课:值得借鉴?如何借鉴?》,载方小敏主编:《中德法学论坛》(第13辑),法律出版社2016年版;朱晓喆:《请求权基础实例案例研习教学方法论》,载《法治研究》2018年第1期;吴香香:《民法典编纂中请求权基础的体系化》,载《云南社会科学》2019年第5期;吴香香:《请求权基础思维及其对手》,载《南京大学学报》2020年第2期;任重:《论民事诉讼案侧分析框架:案例教学与研究方法》,载《法治现代化研究》2020年第1期。

④《最高人民法院民事案件案由适用要点与请求权规范指引》(人民法院出版社2019年版)将我国《民法总则》第13条、第110条第1款,我国《合同法》第14条、第19条、第22条分别作为生命权纠纷和悬赏广告纠纷的请求权规范指引,这种相关规范的罗列贯穿全书,但名不副实。

⑤将请求权基础思维理解为多案由处理方法的,参见刘贵祥:《在全国法院民商事审判工作会议上的讲话》,2019年7月3日。将请求权基础理解为法律依据的,参见最高人民法院(2019)最高法民申254号民事裁定书。

⑥将代位权作为请求权基础的,参见最高人民法院(2020)最高法民申677号民事裁定书;将债权请求权作为请求权基础的,参见最高人民法院(2019)最高法民申3779号民事裁定书,最高人民法院(2020)最高法民申120号民事裁定书;将物权请求权作为请求权基础的,参见最高人民法院(2019)最高法民申1446号民事裁定书。此外,还有一系列变形的描述,例如最高人民法院(2020)最高法民申1430号民事裁定书将股权所有权作为股权变更登记的请求权基础,最高人民法院(2019)最高法民申4892号民事裁定书将消费者物权期待权理解为请求权基础。

⑦参见最高人民法院(2019)最高法民终1534号民事判决书。

⑧参见最高人民法院(2020)最高法知民终46号民事判决书。

⑨参见最高人民法院(2019)最高法民申1190号民事判决书。

⑩参见最高人民法院(2016)最高法民再365号民事判

决书。

⑪参见最高人民法院(2019)最高法民申2946号民事判决书。

⑫参见最高人民法院(2019)最高法民申6813号民事判决书;最高人民法院(2019)最高法民申3119号民事判决书。

⑬参见最高人民法院(2019)最高法民终1718号民事判决书。

⑭参见最高人民法院(2020)最高法民终254号民事判决书。

⑮参见最高人民法院(2018)最高法民终778号民事判决书。

⑯参见最高人民法院(2019)最高法民终1591号民事判决书。

⑰参见最高人民法院(2020)最高法民终665号民事判决书。

⑱参见“东京海上日动火灾保险(中国)有限公司上海分公司与新杰物流集团股份有限公司保险人代位求偿权纠纷案”,载《最高人民法院公报》2019年第12期;上海市第二中级人民法院(2017)沪02民终6914号民事判决书;上海市第二中级人民法院(2019)沪02民终11737号民事判决书。

⑲参见“焦建军与江苏省中山国际旅行社有限公司、第三人中国康辉南京国际旅行社有限责任公司旅游侵权纠纷案”,载《最高人民法院公报》2012年第11期;安徽省芜湖市中级人民法院(2020)皖02民终56号民事判决书;上海市第二中级人民法院(2020)沪02民终474号民事判决书。

⑳参见“肯考帝亚农产品贸易(上海)有限公司与广东富虹油品有限公司、第三人中国建设银行股份有限公司湛江市分行所有权确认纠纷案”,载《最高人民法院公报》2012年第1期。

㉑参见上海市第二中级人民法院(2020)沪02民终284号民事判决书;上海市高级人民法院(2019)沪民终499号民事判决书;上海金融法院(2019)沪74民终1059号民事判决书;四川省成都市中级人民法院(2019)川01民终17932号民事判决书。

㉒参见最高人民法院(2012)民二终字第95号民事判决书;北京市第一中级人民法院(2020)京01民终1300号民事判决书;北京市第一中级人民法院(2020)京01民终660号民事判决书;浙江省宁波市中级人民法院(2019)浙02民终5142号民事判决书;上海市第一中级人民法院(2019)沪01民终14305号民事判决书。

②③参见浙江省舟山市中级人民法院(2020)浙09民终40号裁定;河南省郑州市中级人民法院(2019)豫01民终25600号民事判决书。

②④参见上海市第二中级人民法院(2020)沪02民终1579号判决。

②⑤参见上海市第一中级人民法院(2019)沪01民终12022号民事判决书。

②⑥参见天津市第一中级人民法院(2020)津01民终1880号民事判决书。

②⑦HKK/Hermann, §§194–225, Rn.20.

②⑧梅迪库斯的请求权基础思维很大程度上源于罗马私法的诉权思维。梅迪库斯师从罗马法学家卡泽尔(Kaser),他的博士论文与教授资格论文均以罗马私法、罗马损害赔偿法为主题。其罗马私法学养,为他形成请求权基础的民法教学法提供了学术积淀和思维灵感。Volker Beuthien, Dieter Medicus zum 70. Geburtstag, NJW 2004, 1642 ff.

②⑨Julius Neussel, Anspruch und Rechtsverhältnis, Mainz 1952, S.9; Kaser/Knütel, Römisches Privatrecht, 19 Aufl, München 2008, §80 II Rn.1, S.396.

②⑩Kaser/Knütel, Römisches Privatrecht, 19 Aufl, München 2008, §4 II 1 Rn.6, S.39, §80 I 1 Rn.1, S.396.

②⑪Savigny, System V, S.1 f.

②⑫Bernhard Windscheid, Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts, Düsseldorf 1856, S.3 ff, S.221 ff; Hans Otto de Boor, Gerichtsschutz und Rechtssystem: ein Beitrag zum Kampf gegen das aktionenrechtliche Denken, Weicher, 1941, S.16; Okuda Masamichi, über den Anspruchsbegriff im deutschen BGB, AcP 164(1964), S.536.

②⑬Bernhard Windscheid, Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts, Düsseldorf 1856, S.165; Rimmelspacher, Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozeß, Göttingen 1969, S.29.

②⑭Kaufmann, Horst: Zur Geschichte des aktionenrechtlichen Denkens, JZ 1964, 488.

②⑮Kaufmann, Horst: Zur Geschichte des aktionenrechtlichen Denkens, JZ 1964, 488.

②⑯Konrad Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit, 1905, S.25 f; Anders von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Leipzig 1910, S.241f.; Erich Bley, Klagre-

cht und rechtliches Interesse, Leipzig 1923, S.31; Hans Otto de Boor, Gerichtsschutz und Rechtssystem: ein Beitrag zum Kampf gegen das aktionenrechtliche Denken, Weicher, 1941, S.42; Julius Neussel, Anspruch und Rechtsverhältnis, Mainz 1952, S.36 f; Raiser, Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht, JZ 1961, 466; Rimmelspacher, Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozeß, Göttingen 1969, S.7 f.

②⑰Julius Neussel, Anspruch und Rechtsverhältnis, Mainz 1952, S.36 f.

②⑱Hans Otto de Boor, Gerichtsschutz und Rechtssystem: ein Beitrag zum Kampf gegen das aktionenrechtliche Denken, Weicher, 1941, S.42.

②⑲Julius Neussel, Anspruch und Rechtsverhältnis, Mainz 1952, S.46, S.39.

②⑳Heinrich Lange, Vom alten zum neuen Schuldrecht, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg 1934, S.13; Karl August Eckhardt, Deutsche Rechtswissenschaft I(1936), S.7 ff; Hans Würdinger, Das Subjektive Recht im Privatrecht, in: Deutsche Rechtswissenschaft I(1936), S.15 ff.

㉑Josef Esser, Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und Staates, 1949, S.162; Julius Neussel, Anspruch und Rechtsverhältnis, Mainz 1952, S.46, S.54; Ludwig Raiser, Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht, JZ 1961, Nr.15/16, 465 ff.

㉒“二战”后的德国,纳粹时期不区分公私法的一元论请求权观点退出了历史舞台,但权利思想仍饱受批评。诺伊瑟尔认为,权利思想已经退缩,应强调集体因素,法律关系上位于体系中心的不再是权利概念,而是表示法律关系的概念。Julius Neussel, Anspruch und Rechtsverhältnis, Mainz 1952, S.44 f.

㉓Ludwig Raiser, Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht, JZ 1961, Nr.15/16, 466.

㉔Ludwig Raiser, Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht, JZ 1961, Nr.15/16, 466.

㉕Erich Bley, Klagrecht und rechtliches Interesse, Leipzig 1923, S.32.

㉖Erich Bley, Klagrecht und rechtliches Interesse, Leipzig 1923, S.36–37.

④7 Okuda Masamichi, über den Anspruchsbegriff im deutschen BGB, AcP 164(1964), S.538.

④8 Josef Esser, Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und Staates, 1949, S.311.

④9 参见最高人民法院(2019)最高法民终 1591 号民事裁定书。

⑤0 参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》,作者 2020 年自版(台北),第 293 页。

⑤1 参见上注,黄茂荣书,第 288 页以下;王泽鉴:《法律思维与民法实例——请求权基础理论体系》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 46 页以下。

⑤2 参见前注⑤0,黄茂荣书,第 293 页。

⑤3 Dieter Medicus, Anspruch und Einrede als Rückgrat einer zivilistischen Lehrmethode, AcP 174(1974), 326.

⑤4 Leo Rosenberg, Die Beweislast, Auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung, 5. Aufl., C.H.Beck München 1965, S.100.

⑤5 Franz Hofmann, Anspruchsdenken und Remedydenken im deutschen Privatrecht, JuS 2018, S.834.

⑤6 Leo Rosenberg, Die Beweislast, Auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung, 5. Aufl., C.H.Beck München 1965, S.99.

⑤7 参见最高人民法院(2020)最高法民终 665 号民事判决书。

⑤8 Peter Gröschler, Zur Wirkungsweise und zur Frage der Geltendmachung von Einreden und Einwendung im materiellen Zivilrecht, AcP 2001(201), S.49.

⑤9 Peter Gröschler, Zur Wirkungsweise und zur Frage der Geltendmachung von Einreden und Einwendung im materiellen Zivilrecht, AcP 2001(201), S.49.

⑥0 Peter Gröschler, Zur Wirkungsweise und zur Frage der Geltendmachung von Einreden und Einwendung im materiellen Zivilrecht, AcP 2001(201), S.49 f.

⑥1 Leo Rosenberg, Die Beweislast, Auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung, 5. Aufl., C.H.Beck München 1965, S.100.

⑥2 Leo Rosenberg, Die Beweislast, Auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung, 5. Aufl., C.H.Beck München 1965, S.100.

⑥3 参见申海恩:《抗辩权效力的体系构成》,载《环球法律评论》2020 年第 4 期。

⑥4 参见申海恩:《论抗辩权的附随效力》,载《华东政法大学学报》2019 年第 5 期。

⑥5 Peter Gröschler, Zur Wirkungsweise und zur Frage der Geltendmachung von Einreden und Einwendung im materiellen Zivilrecht, AcP 2001(201), S.50.

⑥6 Jens Petersen, Anspruchsgrundlage und Anspruchsaufbau als Abbildung des inneren Systems der Privatrechtsordnung, in: Volker Beuthien/Maximilian Fuchs/Herbert Roth/Gottfried Schiemann/Andreas Wacke(Hrsg.), Perspektiven des Privatrechts am Anfang des 21. Jahrhunderts, Festschrift für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag am 9. Mai 2009, Carl Heymanns Verlag 2009, S.296; Schapp, Grundlagen des bürgerlichen Rechts, 2. Aufl, 1996, Rn.70.

⑥7 Philipp Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932, S.139 ff., S.142 f.; Franz Bydlinski, Zum Verhältnis von äußerem und innerem System im Privatrecht, Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, C.H.Beck 2007, S.1018.

⑥8 Claus-Wilhelm Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz: entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, Duncker und Humboldt Berlin, 2. Aufl, 1983, S.35.

⑥9 Dieter Medicus, Bürgerliches Recht, 21. Aufl, 2007, Rn.1; Jörg Fritzsche, Fälle zum BGB Allgemeiner Teil, 6. Aufl, C. H.Beck, 2016, S.5; Jens Petersen, Anspruchsgrundlage und Anspruchsaufbau als Abbildung des inneren Systems der Privatrechtsordnung, in: Volker Beuthien/Maximilian Fuchs/Herbert Roth/Gottfried Schiemann/Andreas Wacke(Hrsg.), Perspektiven des Privatrechts am Anfang des 21. Jahrhunderts, Festschrift für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag am 9. Mai 2009, Carl Heymanns Verlag 2009, S.301.

⑦0 Jens Petersen, Anspruchsgrundlage und Anspruchsaufbau als Abbildung des inneren Systems der Privatrechtsordnung, in: Volker Beuthien/Maximilian Fuchs/Herbert Roth/Gottfried Schiemann/Andreas Wacke(Hrsg.), Perspektiven des Privatrechts am Anfang des 21. Jahrhunderts, Festschrift für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag am 9. Mai 2009, Carl Heymanns Verlag 2009, S.308.

①参见葛云松:《简单案件与疑难案件——关于法源及法学方法的探讨》,载《中国法律评论》2019年第2期。

②参见胡坚明:《请求权基础规则与法典化立法》,载《华东政法大学学报》2016年第6期。

③Claus-Wilhelm Canaris, Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien, JZ 8/1993, S.384 f.

④Claus-Wilhelm Canaris, Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien, JZ 8/1993, S.379.就体系思维和个案正义的关系来说,也有不同见解,例如,Koziol认为,德国法教义学的体系思维的缺陷在于个案正义,个案中合乎正义的解决方式可能并无充分的价值评断支撑,体系思维下,个案并不总能得出公平的结论。Helmut Koziol, Glanz und Elend der deutschen Zivilrechtsdogmatik, AcP 212(2012), S.18.

⑤Claus-Wilhelm Canaris, Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien, JZ 8/1993, 377 ff.; Jens Petersen, Anspruchsgrundlage und Anspruchsaufbau als Abbildung des inneren Systems der Privatrechtsordnung, in: Volker Beuthien/Maximilian Fuchs/Herbert Roth/Gottfried Schiemann/Andreas Wacke (Hrsg.), Perspektiven des Privatrechts am Anfang des 21. Jahrhunderts, Festschrift für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag am 9. Mai 2009, Carl Heymanns Verlag 2009, S.297.

⑥Dieter Medicus, Anspruch und Einrede als Rückgrat einer zivilistischen Lehrmethode, AcP 174(1974), 314f.

⑦Dieter Medicus, Anspruch und Einrede als Rückgrat einer zivilistischen Lehrmethode, AcP 174(1974), 326.

⑧Dieter Medicus, Anspruch und Einrede als Rückgrat einer zivilistischen Lehrmethode, AcP 174(1974), 331.

⑨Hans Otto de Boor, Gerichtsschutz und Rechtssystem: ein Beitrag zum Kampf gegen das aktionenrechtliche Denken, Weicher, 1941, S.38.

⑩Jörg Fritzsche, Fälle zum BGB Allgemeiner Teil, 6. Aufl., C.H.Beck, 2016, S.9; Dieter Medicus, Anspruch und Einrede als Rückgrat einer zivilistischen Lehrmethode, AcP 174(1974), 325.

⑪Dieter Medicus, Anspruch und Einrede als Rückgrat einer zivilistischen Lehrmethode, AcP 174(1974), 324.

⑫Dieter Medicus, Anspruch und Einrede als Rückgrat einer zivilistischen Lehrmethode, AcP 174(1974), 325.

⑬Jörg Fritzsche, Fälle zum BGB Allgemeiner Teil, 6. Aufl., C.H.Beck, 2016, S.6.

⑭Dieter Medicus, Anspruch und Einrede als Rückgrat einer zivilistischen Lehrmethode, AcP 174(1974), 317.

⑮参见前注②,张淦论文。

⑯《民法:根据请求权基础整理的备考资料》一书可回溯到1966年至1969年间梅迪库斯在图宾根大学的高阶课程《民法体系课程》,渡茨坦大学Jens Petersen教授自第24版续写此书,最新版为2019年第27版。Volker Beuthien, Dieter Medicus zum 70. Geburtstag, NJW 2004, 1642 ff.; Eike Schmidt, Literatur: Dieter Medicus: Bürgerliches Recht, 6. Aufl., München, 1973, AcP 175(1975), 164 ff.; Dieter Medicus, Anspruch und Einrede als Rückgrat einer zivilistischen Lehrmethode, AcP 174(1974), 313 ff.; Wilhelm Karl Geck, Musterlösung oder Muster ohne Wert? Zur Problematik von Übungsfälle als Studienhilfe, in: Festschrift für Seidl-Hohenveldern, Heymann, Köln 1988, S.121 ff.; Kupisch Bertold, Befreiungswert und Verfügungswert. Zur Rechtsfolge des §816 Abs. 1 S. 1 BGB, in: Festschrift für Hubert Niederländer, Heidelberg, 1991, S.305.

⑰Paul Oberhammer, Kleine Differenzen- Vergleichende Beobachtungen zur zivilistischen Methode in Deutschland, Österreich und der Schweiz, AcP 214(2014), S.173.

⑱Paul Oberhammer, Kleine Differenzen- Vergleichende Beobachtungen zur zivilistischen Methode in Deutschland, Österreich und der Schweiz, AcP 214(2014), S.173.

⑲Lutz-Christian Wolff, Structured Problem Solving: German Methodology from a Comparative Perspective, Legal Education Review, 14(2003), pp.19.

⑳Heinrich Lange, Vom alten zum neuen Schuldrecht, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg 1934, S.13.

㉑Savigny, System V, S.2.

㉒Bernd Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung, Mohr Siebeck, 7. Aufl., 2012, 343 f.

㉓Philipp Heck, Rechtserneuerung und juristische Methodenlehre, Mohr, Tübingen, 1936. S.38.

㉔Philipp Heck, Rechtserneuerung und juristische Methodenlehre, Mohr, Tübingen, 1936. S.38.

㉕Jens Peter Meincke, Die Institutionen Iustinians als Repetitionsprogramm, JZ 23/1988, S.1100 f.

㉖Jens Peter Meincke, Die Institutionen Iustinians als Repetitionsprogramm, JZ 23/1988, S.1100.

⑨Ludwig Raiser, Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht, JZ 1961, Nr.15/16, 466.

⑩Okuda Masamichi, über den Anspruchsbegriff im deutschen BGB, AcP 164(1964), S.537 f.

⑪Josef Esser, Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und Staates, 1949, S.311.

⑫Okuda Masamichi, über den Anspruchsbegriff im deutschen BGB, AcP 164(1964), S.540.

⑬Jens Peter Meincke, Die Institutionen Iustinians als Repetitionsprogramm, JZ 23/1988, S.1100.

⑭Jens Peter Meincke, Die Institutionen Iustinians als Repetitionsprogramm, JZ 23/1988, S.1100.

⑮Jens Peter Meincke, Die Institutionen Iustinians als Repetitionsprogramm, JZ 23/1988, 1095 ff.

⑯参见范剑虹:《法学教学案例的一般解析规则——司法官析案前的温故而知新》,载《美中法律评论》2007年第6期。

⑰参见前注⑮,黄茂荣书,第292页以下。

⑱Bernhard Großfeld, Examensvorbereitung und Jurisprudenz, JZ 1/1992, S.25.

⑲Bernhard Großfeld, Examensvorbereitung und Jurisprudenz, JZ 1/1992, S.26.

⑳Franz Bydlinski, Zum Verhältnis von äußerem und innerem System im Privatrecht, Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, C.H.Beck 2007, S.1017.

㉑Dieter Medicus, Anspruch und Einrede als Rückgrat einer zivilistischen Lehrmethode, AcP 174(1974), 320.

㉒吴香香:《法律适用中的请求权基础探寻方法——以“福克斯被撞致其猎物灭失案”为分析对象》,载陈金钊、谢晖主编:《法律方法(第七卷)》,山东人民出版社2008年版,第223页以下。

㉓Bernhard Großfeld, Examensvorbereitung und Jurisprudenz, JZ 1/1992, S.24.

㉔Bernhard Großfeld, Examensvorbereitung und Jurisprudenz, JZ 1/1992, S.24.

㉕Bernhard Großfeld, Das Elend des Jurastudiums, JZ 8/1986, S.359; Bernhard Großfeld, Examensvorbereitung und Jurisprudenz, JZ 1/1992, S.24 f.

㉖Stürner认为,实用教义学是对法学体系的精细加工,越深入体系底部,对个案解决的减负功能越强,法律人可以通过实用教义学的体系缩短工序,个案中无须返回引用基本原则。科学教义学则将思考贯穿法学体系,基于更抽象的基本原则和极度抽象原则判定具体问题。参见[德]施蒂尔纳:《现代民法与法教义学的意义》,陈大创译,载李昊主编:《北航法律评论》(2015年第1辑),法律出版社2016年版,第108页以下。

㉗Dieter Medicus, Anspruch und Einrede als Rückgrat einer zivilistischen Lehrmethode, AcP 174(1974), 321.

㉘Claus-Wilhelm Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz: entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, Duncker und Humboldt Berlin, 2. Aufl, 1983, S.35.

The Claim-based Thinking: The "Engine" of Legal Dogmatics of Case Study

Jin Jing

Abstract: The claim-based thinking takes the theory on claim in the substantive law as its theoretical foundation, and is rooted in the theory of typified norms and the internal system of civil law, and enjoys the systemic value of theoretical distinction, normative identification and avoiding contradiction in evaluation. The various criticism and so-called "risks" regarding the claim-based thinking such as "limitation to disputes resolution", "dislocation between substantive and procedural affairs", "theories degrading as materials", "losing holistic thinking" and even "techniques limiting the imagination" are not real challenges. The real risk lies in the misunderstanding, misconception and even prejudice in the academia and practice. In the post-code era, the claim-based thinking should be given full play to its function as the "engine" of the legal dogmatics of case study, which is helpful to the construction of typified norms in civil law, the development of internal systems of civil law, and the resolution of individual cases and the formation of precedent cases.

Key words: Basis for Claim; Claim; Defense; Normative Type; Internal System