**法律人的思维之二**

 **----------从民事案件案由到请求权规范**

**引言**

2019年3月，人民法院出版社在最高人民法院2011年《民事案件案由规定》的基础上，引入请求权基础规范理论，编著出版最高人民法院《民事案由适用要点与请求权规范指引》，表明我国法院在民事裁判方法上开始重视请求权基础规范方法，开始将法律关系分析与请求权基础分析进行结合。

有学者认为，律师在诉讼/仲裁活动中的最主要价值并非在于说理，而在于发现有利于己方当事人的案件事实（要件事实）和搜集相应证据，并将规范与现实连接起来。然而，案件事实和证据繁多，需要发现哪些事实、搜集哪些证据资料，均依赖于律师思维。法官断案离不开法律适用方法，同样律师代理案件也离不开法律适用方法，但是我们缺乏法律适用方法的训练是不争的事实，获取法律知识途径非常多，但是思维方式的培养就不能是一日之功！请求权基础的思考方式可以为律师思维提供一种范式，有利于律师周全考虑、形成更加高效的策略，并进而为律师的具体代理工作提供指引。

**一、四个法律概念**

**1、案由**

 案由是人民法院对诉讼案件所涉及的法律关系的性质进行概况后形成的案件名称。民事案件案由是民事案件名称的重要组成部分，反映案件所涉及的民事法律关系的性质，是将诉讼争议所包含的法律关系进行概括，是人民法院进行民事案件管理的重要手段，案由的表述方式一般为“法律关系性质”+“纠纷”。

1. **民事法律关系**

民事法律关系是现代社会中最重要的一类社会关系，根据《民法典》第二条，民事法律关系即民法所调整的平等主体的自然人、法人和非法人组织之间的人身（人格和身份）关系和财产关系。

1. **请求权基础**

民事纠纷以原告“请求”被告为某种给付为典型，据以支持原告“请求权”的规范基础或法律行为，称“请求权基础”。

民法学者杨立新认为，请求权在民事权利中包含两个系统，一个是民事权利的请求权系统，另一个是民事权利保护的请求权系统。前一个系统是指具有请求权性质的民事权利，如债权以及其他民事权利中所包含的请求权内容，如身份权中的抚养请求权，可以称之为“本权请求权”。后一个系统是对民事权利进行保护的请求权系统，包括原权利（民法规定的基本权利）的保护请求权如物上请求权和侵权请求权（亦称次生请求权），这是当事人发动诉讼的依据。

1. **类比推理**

 类比推理亦称“类推”，根据两个或两类对象有部分属性相同，从而推出它们的其他属性也相同的推理。在裁判活动中，类推始于特殊终于特殊，起点是具体个案，终点也是具体个案。但这并不意味类推的结构是纯粹的水平推论，类推并不是单纯的个案相似性比对，其结构其实体现为“特殊→一般→特殊”，是先从与待决案件具有相似性的判例中提炼规范并一般化，将其适用范围扩及至待决案件，再将待决案件涵摄于该规范之下，虽然该一般化的规范在类推过程中未必总是被明确表述。换言之，类推并不是从特殊到特殊的单线论证，而是存在一般化的“第三对比项”，是演绎与归纳的混合形态，其中天然内含司法三段论。只有在一个潜在的普遍前提下，从特殊到特殊的推论才有可能，否则就是恣意行为。

**二、三类裁判思维**

**1、法律关系思维**

大家都清楚，我们学习、研究民法，用的就是民事法律关系方法，说得更抽象一点，民法的哲学就是民事法律关系的哲学，民事法律关系就是民法的方法论，民事法律关系方法自然也成了我国民事裁判的基本方法，法官几乎将所有的精力集中在对案件的法律关系定性上面，甚至把对法律关系的定性作为裁判方法的全部内容。法律关系方法亦称之为历史方法，一般按照案件事实发生的过程的顺序检索法律关系的方法。

我国当前的民事裁判以法律关系思维为主导，其方法特征可归纳如下：

其一，法律关系先于诉讼请求。原告起诉的第一步是选定案由，法院审理的起点也是确定案由，而案由的定性实质是法律关系的定性，《民事案由适用要点与请求权规范指引》中的案由类型完全依法律关系分类。

其二，事实认定先于法律适用。审理过程中虽没有强行的法律审查阶段与事实审查阶段的划分，但大致遵循先查清事实（发生了什么）再适用法律（应当如何解决）的思路展开审理。庭前准备阶段即开始调查收集必要的证据（《民事诉讼法》第129条“审判人员必须认真审核诉讼材料，调查收集必要证据”）。

其三，时间顺序先于构成要件。在框定的法律关系（案由）范畴内，案件事实的认定与法律关系的审查大多依时间顺序展开，同时处理原被告双方的陈述与证据，而不划分原告阶段与被告阶段，不单独审查其各自陈述的法律合理性。

法律关系方法（历史方法）就是按照事件发生的基本顺序，一步一步往下走，最终得出结论，这容易被理解，也符合人的一般思维习惯，特别适合比较简单的案件，法律关系复杂、环节较多的案件，审理起来容易混乱。适用这种方法，就要求律师和法官对事件的全貌有整体的把握，尤其是要对案件最终得出的结论要有清晰的认识。

1. **请求权思维**

寻找请求权基础而体现的法律思维，称之为请求权基础思维（请求权思维）。请求权思维肇始于德国，素有“民法教学法的脊梁”之誉。汉语法学最早系统引入这一思维的，是王泽鉴教授首版于1982年的《民法实例研习基础理论》。该书虽于2001年在大陆出版简体字版，但对法学院课堂教学似乎并未产生即时影响。近年来，基于请求权的思维训练在我国法学教育中越来越受关注，影响迅速扩大，又因其直指案件裁判中的“请求→抗辩”结构，以法官视角为切入点，同样受到实务界的欢迎。

请求权基础方法，亦称要件分析方法，以构成诉讼基础的基础规范作为出发点，通过分析并涵摄规范要件对案件作出裁判的方法。请求权基础思维与法律关系思维的核心区别在于，前者是规范找寻先于事实认定，后者是事实认定先于规范找寻。

2019《纪要》要求法官“注意树立请求权基础思维”。可以说，“树立请求权基础思维”，就是树立“三段论”思维。寻找请求权基础，就是在认定事实（确定小前提）的基础上，寻找大前提。大前提是法律规范，也可以说是法律规范中的要件。确定小前提，寻找大前提，最后得出具体法律后果。

1. **个案类比思维**

 作为英美法系的裁判技术，个案类比的本质是类推；作为德国的裁判技术，请求权基础的本质是涵摄（归入）。类推与涵摄的区别并非价值评判与逻辑推演的对立。司法三段论并非纯粹的逻辑演绎，而是法教义学的应用，评价因素伴随涵摄的始终。类推与涵摄的差异毋宁在于法律评价的参照系不同：类推的参照系是具体判例，始于特殊终于特殊；涵摄的参照系则是抽象规范，始于一般终于特殊。如果将待决案件的裁判结论比喻为目的地，将裁判方法比喻为到达目的地的定位方法，类推就是先确定目的地附近的著名建筑，再通过定位该著名建筑来定位目的地；而涵摄则是以“城际铁路（主要规范）→城市道路（首级辅助规范）→社区道路（次级辅助规范）→……→目的地（个案裁判）”的方式逐级定位目的地。

 世界上不可能存在两个完全相同的案件事实，运用类比法，识别出相同点和不同点，并对两者的重要性作出判断，是非常关键的技术，就包含了价值衡量技术。举一案例说明

**三、三种裁判方法的融合**

**1、发现并固定请求权**

固定请求权（诉讼请求）应明确当事人诉讼请求的含义，弄清其中的模糊之处，剔除矛盾之处，促使当事人更正明显错误、荒谬或非理性的诉讼请求。

1.1有请求权才有起诉权

1.2不告不理----有请求权予以受理，没有请求权驳回起诉

1.3确定请求权类型---要么原权请求权，要么侵权请求权，不能是本权请求权

1.4无造不成讼

1. **请求权定性**

就是给原告起诉的请求权所依据的法律关系确定性质，确定了民事法律关系的性质，就能够找到民事纠纷案件所要适用的法律规范。

2.1请求权所依存的法律关系特点

2.2请求权所依存的法律关系要逐级类型化，直至最终具体化，如一级案由、二级案由、三级案由等。

2.3依照请求权法律关系的最终具体化确定请求权性质

1. **确定请求权规范**

3.1依据请求权法律关系性质寻找民法规则

3.2确定最具体的民法规则

3.3确认请求权基础规范

3.4确定抗辩（权）基础规范

3.5基础规范构成要件分析

1. **要件事实认定**

4.1争议焦点整理

4.2要件事实证明

4.3案件事实认定

1. **归入并裁判**

法院将查明的案件事实，与原告、被告主张所对应的法律规范的各项构成要件，逐一进行比对、归入，并根据归入的结果作出适用或不适用该法律条文的裁判。案件事实必须归类为法律规范构成要件，即法律事实、构成要件事实。

5.1案件事实必须是经过法律认定的事实，即案件事实与构成要件的基本要素相一致

5.2不仅单个的法律构成要件事实一致，而且必须是所有的要件都能够得到满足

5.3对方的抗辩不成立，则抗辩（权）同样要进行法律归入。