

民法

请求权论

段厚省◎著



人民法院出版社

民法 请求权论

段厚省
著

中国人民大学出版社

法学研究 民法学

图书在版编目(CIP)数据

民法请求权论/段厚省著. —北京:人民法院出版社,2006.7

ISBN 7-80217-308-6

I. 民… II. 段… III. 民法-研究 IV. D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 078340 号

民法请求权论

段厚省 著

责任编辑 胡玉莹

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号(100745)

电 话 (010)85250565(责任编辑) 85250516(出版部)
85250558 85250559(发行部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E-mail courtpress@sohu.com

印 刷 保定市恒艺印务公司

经 销 新华书店

开 本 890×1240 毫米 A5

字 数 341 千字

印 张 12.75

版 次 2006 年 7 月第 1 版 2006 年 7 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-80217-308-6

定 价 25.00 元

版权所有 侵权必究

作者简介

段厚省，男，1970年生，安徽怀远人。1996年9月至2002年6月在中国人民大学法学院研习民事诉讼法学，先后获硕士和博士学位；2002年9月至2004年8月在中国社会科学院法学研究所从事博士后研究；现为复旦大学法学院民事诉讼法专业副教授。已出版《请求权竞合与诉讼标的研究》、《民事诉讼标的论》、《海峡两岸司法协助问题研究》（合著）、《民事行政检察监督的理论与实践》（合著）等四部专著，发表论文近四十篇。

前 言

对民法请求权产生兴趣，最早源自于我在研究民事诉讼标的理论期间对请求权竞合问题的思考。1999年至2002年，我在江伟教授的指导下攻读博士学位。从2000年起，我在导师指导下开始对民事诉讼标的理论进行研究，并撰写完成了博士论文《民事诉讼标的的研究》。在研究民事诉讼标的理论时，我发现，主要是因为传统诉讼标的理论在请求权竞合的情形下遭遇困境，才导致各种新诉讼标的理论的不断产生。因此，我开始对请求权竞合问题产生兴趣，并且在博士毕业后进入中国社科院法学所，在梁慧星和孙宪忠两位教授的指导下进一步对请求权竞合问题展开研究，期间撰写并出版了《请求权竞合与诉讼标的的研究》一书，主要阐述请求权竞合理论与诉讼标的理论之间的关系，并初步分析了请求权竞合产生的根本原因，并提出了统一解决请求权竞合问题与诉讼标的问题的初步想法。博士后出站后，我又回头专门对诉讼标的问题进行了更为系统的研究，撰写出版了《民事诉讼标的的论》一书，由于这本书主要研究的是诉讼标的，因此在民法请求权方面未做展开。但是，我对民法请求权的兴趣却与日俱增，因为我在进行前述的研究的过程中，发现即使是实体

法学者，对于请求权的概念、性质、功能以及请求权的认识也不一致。由于目前大陆法系主流的理论、制度以及实践仍然坚持传统诉讼标的理论，而根据传统诉讼标的理论，在给付之诉中，是以原告在诉讼中主张的请求权作为诉讼标的的，如果我们对民法请求权这个概念本身的认识都不一致，那么，必然会对民事审判实践中如何确定诉讼标的产生影响，若审判实践中经常出现诉讼标的的不明或者错误的情形，恐怕难以周密保护当事人合法权益。况且，近年来实体法学者也在探讨案例分析的请求权方法或者说请求权基础的方法，这种方法的展开也必须以对民法请求权概念有着较为一致的和正确的认识为前提。基于此，有必要对民法请求权问题进行专门的研究。这就是我写作本书的动机。

我总结了一下，当前关于民法请求权，存在的问题主要有四个方面：一是对于请求权概念本身的认识混乱。对于请求权的涵义、性质、功能以及请求权与债权、诉权和诉讼标的的关系的认识不一致。二是对于民法请求权的体系认识混乱。这种不一致，源自对于民法调整社会生活时是通过民法请求权的方法还是通过民事责任的方法在选择上的争论不休。三是对于民法请求权竞合问题的解决路径方面难以统一认识，有主张禁止竞合的，有主张自由竞合的，有主张限制竞合的，有主张通过程序制度解决的，也有主张通过实体立法解决的。四是学者们在探讨请求权方法或者请求权基础的案例分析方法时，热衷于阐述在固定事实的前提下如何寻找法律，却忽视在民事审判的实践中，其情形与此大不相同。法官在多数情况下不是循着从事实到法律的模式裁判案件，而是存在多元的裁判方法，并且其中主要的方法是循着从法律到事实的模式进行。除了以上四个问题外，关于请求权的时效问题也有讨论，但是时效中的问题并不是根本性的。基于以上的

认识，我在本书中的研究，主要围绕请求权概念、请求权体系、请求权竞合以及请求权方法这四个方面展开，一些零零碎碎的问题未有涉及，主要是考虑到要解决比较重要的问题，不以次要的问题来干扰读者的思路。此外，本书对于民法请求权的研究，目的是提供一种解决问题的思路，而不是给出具体的答案。

我对民法请求权的研究，和我对其他问题的研究一样，从本质上来说，仅仅是一个学习的过程，书中的内容，充其量只能说是学习体会，谬误之处，在所难免。因此，读者不仅是我的同仁，也是我的老师，我真诚地恭候着批评与指正。

段厚省

2006年5月

前

言





第一章 请求权概念	(1)
第一节 请求权概念的产生	(2)
第二节 请求权概念的涵义	(14)
第三节 请求权与债权	(26)
第四节 请求权与民事责任	(39)
第五节 请求权与诉权	(47)
第六节 请求权与诉讼标的	(62)
第七节 请求权与诉讼请求	(81)
第二章 请求权体系	(92)
第一节 请求权的体系建构	(93)
第二节 人格权请求权	(118)
第三节 身份权请求权	(159)
第四节 知识产权请求权	(202)
第五节 物权请求权	(225)
第六节 债权请求权	(244)
第七节 继承权请求权	(254)

第三章、请求权竞合	(270)
第一节 请求权竞合概述	(271)
第二节 请求权竞合原因	(283)
第三节 请求权竞合理论——实体法学者对 解决请求权竞合问题的探索	(289)
第四节 诉讼标的理论——诉讼法学者对 解决请求权竞合问题的探索	(300)
第五节 请求权竞合理论的缺陷	(321)
第六节 诉讼标的理论的缺陷	(339)
第七节 解决请求权竞合问题的几点思路	(350)
第八节 关于请求权聚合的问题	(357)

第四章 请求权方法——关于民事裁判

方法的一些思考

第一节 请求权方法的理论预设	(365)
第二节 请求权方法的实践形态	(373)
第三节 多元裁判方法的形成基础	(378)
第四节 多元裁判方法的启示	(385)

目 参考资料	(388)
致 谢	(397)

录



2

第一章

请求权概念

第一节 请求权概念的产生

佟柔先生主编的《中国民法学·民法总则》一书，在阐述请求权概念时指出：“在法学上，最初请求权与诉权不分。直到19世纪，始由德国学者温德赛（应是指 Winscheid，笔者译作温德谢德——笔者）提出了请求权的概念，并被民法学所接受”，并且在注解中指出：“民法上最早规定请求权的，为1900年《德国民法典》第一百九十四条。”〔1〕。但是，温德谢德为什么要提出请求权概念，他是在什么样的法学发展背景下提出请求权概念的，学界却探讨不多，需要我们进一步去发现。由于大陆法系现代民法起源于罗马法，罗马人在公元前5世纪制定的《十二表

〔1〕 佟柔：《中国民法学·民法总则》，中国人民公安大学出版社1992年版，第70页。

法》甚至被后人誉为“一切公法和私法的渊源”。〔1〕所以，我们要考察请求权概念的发展史，不妨从罗马法开始。

由于明确了请求权概念在19世纪才产生，因此我们可以设立这样一个命题，就是在罗马法中，尚未产生请求权概念。我们知道，请求权是请求特定人为一定行为或者不为一定行为的权利。那么，在请求权概念产生之前的罗马社会，人与人之间肯定是要发生各种关系的，人们不可能完全不需要其他人的协助来实现自己的权利或者维护自己的利益。但是，在没有请求权的年代，人们如何才能令别人根据自己的请求来为一定的行为或者不为一定的行为，被请求的人又为什么必须按照权利人的请求来行为呢？或者说，在没有请求权的年代，人们通过何种途径来向其他人表达自己法律上或权利上的请求呢？这就必须考察罗马法上的权利运作行为。

在早期的罗马法中，私权与诉讼是不可分割的，诉讼实际上是权利的惟一外观，是诉讼产生了权利，而不是因权利产生诉讼。换言之，没有诉讼，就没有权利。因此，在罗马法中，人们是通过诉讼来表达自己法律上或者权利上的请求，在实现自己的权利或者利益需要别人来协助时，是以起诉的方式来表达自己的主张；而被请求的人之所以要按照请求人的请求来作为或者不作为，是因为执法官的裁判要求他这么做。关于这一点，在拟诉弃权这种物的转让方式中表现得最为明显。拟诉弃权是在执法官面前进行的转让，采取要求返还之诉的形式，转让者（即虚拟的请求人）在诉讼中不提出

〔1〕 [意] 朱塞佩·格罗索著，黄风译：《罗马法史》，中国政法大学出版社1994年版，第77页。

异议，因而虚拟的诉讼在“法律审”中完结。^{〔1〕}因此，在罗马法中，私权往往表现为诉权，表现为某种具体的诉权，对私权的保护，是通过赋予诉权或者承认诉权而进行的。也就是说，在罗马法上，虽然没有请求权概念，但是却有诉权概念，是通过诉权的行使，来达到在现代法中需要行使请求权才能实现的目的。这种只有通过诉讼才能够行使的权利，在现代法上，仍然有其遗传。例如，我国《合同法》第54条规定的当事人请求撤销或者变更合同的权利，就必须通过诉讼来行使。同理，《合同法》第73条规定的债权人代位权、第74条规定的债权人撤销权，也是这样。因此，上述权利，确切地说，应当称作撤销诉权、变更诉权、债权人代位诉权、债权人撤销诉权。^{〔2〕}

关于在罗马法中私权的表现是诉权，私权的行使是通过

〔1〕 [意] 彼得罗·彭梵得着，黄风译：《罗马法教科书》，中国政法大学出版社1992年版，第213页。

〔2〕 《合同法》相关条文：

第54条：“下列合同，当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销：（一）因重大误解订立的；（二）在订立合同时显失公平的。一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。当事人请求变更的，人民法院或者仲裁机构不得撤销。”

第73条：“因债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害的，债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人的债权，但该债权专属于债务人自身的除外。代位权的行使范围以债权人的债权为限。债权人行使代位权的必要费用，由债务人负担。”

第74条：“因债务人放弃其到期债权或者无偿转让财产，对债权人造成损害的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。债务人以明显不合理的低价转让财产，对债权人造成损害，并且受让人知道该情形的，债权人也可以请求人民法院撤销债务人的行为。撤销权的行使范围以债权人的债权为限。债权人行使撤销权的必要费用，由债务人负担。”

诉讼来进行这一命题，从人们对罗马法中有关诉讼的描述中，可以找到相应的证明。

在罗马法中，诉讼的起源是城邦法官干预私人的纠纷。在国家干预之前，私人之间对纠纷的解决，表现为各行其是的“私力救助”，也就是以武力或者说暴力来确立秩序。当国家产生后，为了公共安宁，必然要干预私人之间各行其是的救助行为。干预的方式，就是把私人行动引导到以和平方式解决问题的道路上来，所谓和平的方式，就是诉讼。^{〔1〕}对于罗马法中的诉讼，意大利学者彼得罗·彭梵得有过这样一段描述：“据以实施法律强制的主要手段叫做诉讼，在私法领域，诉讼是提供给公民借以要求国家维护自己遭受漠视的权利的手段。‘诉讼只不过是通过审判要求获得自己应得之物的权利。’诉讼或至少说抗辩，由于代表者法律强制，因而是任何主观法所固有的……在罗马法中，诉讼不仅具有主观法的一般特点，而且存在着大量不同类型的诉讼，他们有着自己的名称，有的为权利而设，有的则是为法律关系而设置，这要看表现得较为明显和确切的是权利还是法律关系（在物法中一般是为权利，而在债法中则一般是为关系——原作者注）；甚至，人们经常会用有没有诉讼权利或诉权，表示有还是没有权利。这主要产生于下列情形：在罗马法发展的最昌盛时期，罗马法是在执法官手中不断形成的，而执法官并不拥有立法权，只是为执法而设立的。当时，裁判官在引进自己的革新时，不是根据一定的条件确立新的权利（这对他来说是不可能的），而通常是一次一次地允许或在其告示中宣布在其当政之年根据特定条件可以合法地进行哪些诉讼或审判；

〔1〕 [意] 朱塞佩·格罗索著，黄风译：《罗马法史》，中国政法大学出版社1994年版，第121~122页。

因此，那些产生于裁判官的权利连自己的称谓都没有，而是以诉权来表示，如‘善意占有诉讼’和抵押担保诉讼，或者以据以获得诉权的事实来表示，如‘恐吓之诉’；在罗马制度中，比如在优士丁尼的《法学阶梯》中诉讼理论涉及不少的法律关系（这里显然是指实体法律关系——作者注）。通过诉权形成法，这曾赋予诉讼理论以一种在优士丁尼法中并未得到保留的意义。”^[1]这种通过诉权形成法的事实，使得诉权成为实体权利的一种外观，而诉权又是通过诉讼来体现的，所以，在罗马法中，actio 一词既表示诉权，也表示诉或诉讼，还意味着实体权利^[2]。

我之所以以上述较长的篇幅来援引意大利学者对罗马法中诉讼的描述和分析，不是为了说明在罗马法中法和权利的形成机制，也就是通过诉讼创造法律和生成权利的机制，因为这不是本书的主要目的，我要说明的是，在罗马法中，在没有请求权概念的时代，是诉权在发挥着后来现代法上请求权的作用，也就是前述佟柔先生主编的《中国民法学·民法总则》一书所指出的“请求权与诉权不分”的一种状态。当然，诉权的内涵比请求权更丰富，除了具有请求的涵义外，还可以启动诉讼，也就是说，罗马法上的诉权，同时包含着对对方当事人的请求和法院的请求，二者合为一体，兼具公

[1] [意] 彼得罗·彭梵得著，黄风译：《罗马法教科书》，中国政法大学出版社1992年版，第85～86页。

[2] 在中文里，actio 一词有时被译为诉（见陈刚、林剑锋译，中村英郎著：“民事诉讼制度与理论之法系的考察——罗马法系民事诉讼与日耳曼法系民事诉讼”，载陈刚主编：《比较民事诉讼法（第一卷）》，西南政法大学比较民事诉讼法研究所1999年印行，第21页），有时被译为诉讼（见[意] 彼得罗·彭梵得著，黄风译：《罗马法教科书》，第85页），有时被译为诉权（见张卫平：《程序公正实现中的冲突与平衡》，成都出版社1992年版，第83页）。

权与私权的双重性质（关于请求权与诉权的区别，容待后文详述）。

在发展较晚的英美法系，也曾经历过相似的时期，英国旧法上的令状制度，与上述罗马法中诉权的制度十分相似。美国学者阿瑟·库恩指出：“英国法学上权利的理论，总与司法程序上的理论保持密切关系；在英国旧法里面，由于那些为处理诉讼而创设的各种不同令状，开始形成了一种关于权利及义务的合理分类。每个权利必须从司法方面受到救济，这是衡平的原则。但英国法制史上有这个原则，却是相当晚的事情。根据古代的规则，该原则可以反述为：无司法救济即无权利。”〔1〕我国学者沈达明先生也曾指出：“由于历史上的原因，英国的民事诉讼法与实体法曾经密切结合。在令状制度时代，每一种诉讼都有自己的诉讼程序与形式主义的诉讼格式。当时，两种法律之间的密切联系是大陆法所没有的。”实际上直到19世纪末，在罗马法观念的影响下，大陆法也同样认为诉讼法与实体法不可分解地结合在一起。〔2〕

私权与诉权不分，意味着许多权利的行使，必须通过诉讼的方式来进行。这样，多一种私权，必然就多一种诉权，多一种诉讼的形态。所以在罗马法上发展出非常多的诉讼种类，分类的标准也有多样。这些诉讼的名称，多与实体法律关系密切结合。例如，罚金之诉、损害赔偿之诉、家庭法上的妻物诉讼、所有权法上的返还所有物之诉、排除妨害之诉、善意占有之诉、抵押之诉、债法上的保利安之诉、继承法上

〔1〕 [美] 阿瑟·库恩著，陈朝璧译注：《英美法原理》，法律出版社2002年版，第179页。

〔2〕 沈达明：《比较民事诉讼法初论》（上册），中信出版社1991年版，第212页。

的要求继承之诉、遗产分割之诉等等。其中有些诉讼形态，名称极为具体，例如，“请求给付小麦之诉”（实际上已经扩展为一切针对特定物给付的诉讼）。〔1〕

通过诉讼的方式来行使权利，存在于这样的历史背景之下：

第一，当随着公权力的扩张，人与人之间的私力救济（或私力救助）日益受到限制时，私权体系还不够发达，许多权利依赖于诉讼才能被发现、被证明或者被创造。例如，罗马法上有一种诉讼，被称作事实诉讼。根据意大利学者的考证，所谓事实诉讼，是指该诉讼的产生，不是以某一获承认并符合标准的权利或法律关系为基础（这种权利或关系通常有自己的名称），而是以一种既无自己的类型和名称，又未获承认或以任何方式被归入市民法中的新关系为基础，上述新关系通常被人们用创造该关系的事实相称呼。事实诉讼这一术语也被在一种较狭窄的意义上使用，指裁判官不时地根据特殊情形所准许的诉讼。此种诉讼，与永久告示中受保障的市民法诉讼和裁判官诉讼相对立，被人们称为普通诉讼。〔2〕上述关于事实诉讼的描述，清楚地展现了通过诉讼来发现、证明和创造权利的过程。而事实诉讼被称作与市民法诉讼和裁判官诉讼不同的普通诉讼，又说明此类诉讼是经常发生的。因此通过诉讼来创造权利，在当时的年代应当是一种经常发生的现象。

第二，由于权利体系不够发达，人们之间的法律交易和其他法律关系的建立还需要通过诉讼这一庄严的程序来完成，

〔1〕 [意] 彼得罗·彭梵得著，黄风译：《罗马法教科书》，中国政法大学出版社1992年版，第90页。

〔2〕 同上书，第91页。