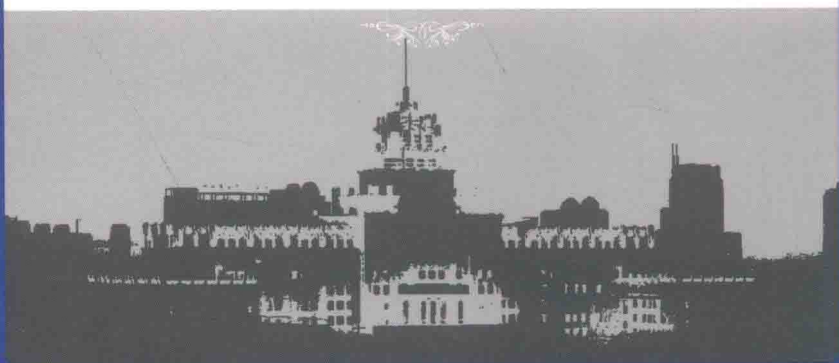




黑 龙 江 大 学 法 学 文 库

民事权利救济模式的选择： 在公力救济与私力救济之间

翟羽艳 / 著



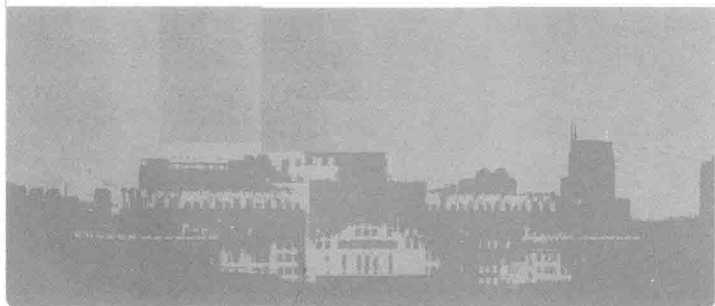
法律出版社
LAW PRESS · CHINA



黑 龙 江 大 学 法 学 文 库

民事权利救济模式的选择： 在公力救济与私力救济之间

翟羽艳 / 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民事权利救济模式的选择:在公力救济与私力救济之间 / 翟羽艳著. —北京:法律出版社, 2016. 11

ISBN 978 - 7 - 5197 - 0106 - 2

I. ①民… II. ①翟… III. ①社会救济—研究 IV. ①C913.7

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 251411 号

民事权利救济模式的选择:
在公力救济与私力救济之间

翟羽艳 著

责任编辑 周丽君
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2017 年 4 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

责任校对 杜 进

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 6.5 字数 161 千

印次 2017 年 4 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张建伟

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆分公司/023-67453036

深圳分公司/0755-83072995

西安分公司/029-85330678

上海分公司/021-62071010/1636

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 0106 - 2

定价:29.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

作为省部共建高校的黑龙江大学地处祖国边陲,虽属地经济并不发达,然心系祖国法治事业之心拳拳。黑龙江大学法学院历经三十余年风雨,步履艰辛,目前处于黑龙江省法学学科领军地位,在国内法学领域拥有一定的影响力。黑龙江大学法学院目前拥有法学一级学科省级重点学科,民商法学、法学理论、经济法学、刑法学为省人力资源与社会保障厅领军人才梯队学科;2012年获国家首批卓越法律人才(应用型、复合型)教育培养基地,是黑龙江省唯一入选的国家级卓越法律人才教育培养基地;法学院设有《北方法学》编辑部、黑龙江省地方立法研究中心、黑龙江大学法治研究中心、民商法学研究中心、法学理论与法治发展研究中心、俄罗斯法研究中心、知识产权法研究中心、经济法研究中心、国际法研究中心、诉讼法研究中心。现有师资力量雄厚,梯队结构合理,教师中有国务院特殊津贴专家3人,有21世纪百千万人才工程国家级人选1人,有突出贡献中青年专家1人,全国优秀教师1人,省级教学名师1人;全国法学专业学会副会长2人、常务理事10人,黑龙江省法学会专业研究会会长11人。老年教师带头力量大,中年教师示范作用强,青年教师发展势头猛。

此次黑龙江大学法学文库的出版,是黑龙江大学法学院积多年

之成果,集众人之智慧,形成的一批多学科教师成果的呈现,尤其是民商法学科、俄罗斯法的研究占据了相当大的比例,进一步突出了黑龙江大学民商法学科、俄罗斯法研究的特色。黑龙江大学民商法学科是黑龙江大学法学学科当中的传统强势学科,在全国民商法学研究中占有一席之地,也是黑龙江大学法学院的第一个博士点获批学科,多年来为黑龙江省乃至全国培养了大量的专业人才。俄罗斯法研究一直是黑龙江大学法学院的特色,现有师资队伍中,有16位教师第一外语为俄语,且多数拥有俄罗斯留学或访学经历,每两年召开一次的中俄法律理论研讨会目前已形成常态,成为国内俄罗斯法研究的重镇,也为“一带一路”战略和中俄关系的建设发挥着智库的作用。

此次文库的出版,感谢法律出版社及周丽君编辑对黑龙江大学法学院的大力支持,感谢兄弟院校、学界同仁对黑龙江大学法学院的关怀,感谢法学院全体教师的共同努力。当然,虽有法学院同事之精诚致力,但疏漏之处在所难免,请各位练达不吝赐教,黑龙江大学法学院必当聆听教诲、勤勉更正。相信此次文库的出版必将使黑龙江大学法学院的科研工作更上一层楼!

楊霞

2016年8月

目 录

导论	1
一、问题的提出	1
二、研究的目的和意义	4
三、文献综述	6
四、研究方法与研究视角的审视	12
 第一章 私力救济的理论基础:权利与权利救济	26
第一节 权利形态的多样化	26
一、基本权利形态:应有权利、法定权利和现实权利	26
二、权利的法律界限:“法授权即自由”和“法不禁止 即自由”	28
第二节 救济之“力”辨析:权利与权力的并存	30
一、私力:基于权利之“力”	30
二、公力:基于权力之“力”	31
三、公力与私力:救济模式界分的具体样态	32
四、救济权:权利与权力的统一	34

第三节 权利与救济关系实证解析:大陆法系与英美法系	36
一、大陆法系中权利与救济的关系	37
二、英美法系中权利与救济的关系	43
第四节 影响权利救济模式选择的因素:主体性因素和客观性因素	47
一、影响权利救济模式选择的主体性因素	47
二、影响权利救济模式选择的客观性因素	57
本章小结	63
 第二章 私力救济的构成性因素	65
第一节 人性:私力救济的原动力	66
一、人性的解构:动物性与人之特性	66
二、人性的假设:性善论与性恶论	67
三、性恶论语境下私力救济的正当性	69
第二节 秩序:私力救济的目标	74
一、秩序的解析:静态化的秩序与动态化的秩序	74
二、目标的解读:秩序的破坏抑或破坏了秩序的矫正	75
第三节 国家:现代私力救济的生存环境	77
一、强弱之争:国家与社会之间的关系变迁	77
二、国家强制与意思自治:救济权国家与私人的分享	79
第四节 文化:私力救济的支撑	81
一、法律文化与救济制度的建构	81
二、法律信仰与救济权的行使	82
三、私力救济与中国传统法律文化的契合	84

本章小结	88
第三章 私力救济与公力救济的勾连	90
第一节 私力救济:权利主体与救济主体的一体化	90
一、私力救济的正当性:无法否认的事实	90
二、私力救济的弊端:不能回避的现实	106
三、中国私力救济的现状:名实不符	108
第二节 公力救济:权利主体与救济主体的分离	111
一、公力救济的现状:国家垄断救济理想的困境	112
二、公力救济的弊端:国家垄断救济神话的破灭	114
三、公力救济的正当性	115
四、中国诉讼解决冲突的现实例证——精神损害 赔偿	117
第三节 私力救济与公力救济的交融	120
一、公力救济中的显形私力因素	120
二、私力救济中的隐形公力因素	121
三、社会救济:私力与公力融合的范例	123
本章小结	127
第四章 中国私力救济的法律规制	128
第一节 私力救济法律规制的必要性与正当性	129
一、必要性:法律制约下的私力救济	129
二、正当性:权利自由选择下的法律限制	131
第二节 中国私力救济法律规制现状	133
一、民法领域的法律规制	133
二、刑法领域的法律规制	134

第三节 中国私力救济法律规制的检讨	135
一、正当防卫:限制条件解析	135
二、紧急避险:限制条件解析	138
三、自助行为:构成条件分析	142
本章小结	144
 第五章 中国私力救济与公力救济共治的理想模式	145
第一节 私力救济与公力救济共治的社会内生基础	145
一、二元社会秩序的共生:私力救济与公力救济共治 的可能	145
二、二元社会秩序的张力:私力救济与公力救济共治 的必然	149
三、博弈:权利救济模式的统一抑或多元	153
第二节 私力救济与公力救济共治模式的价值基础	156
一、报应正义与矫正正义的同质与融合	156
二、社会关系特质的多样性	156
三、救济权的同质性与救济目标的同一性	157
第三节 私力救济与公力救济共治的发展趋向	159
一、公力救济困境中的法律自身完善	159
二、私力救济地位的彰显:从为权利而斗争到为权利 而沟通	175
本章小结	182
 结 语	183
参考文献	187
后 记	199

导 论

一、问题的提出

人类社会之初其实并没有现代意义上的法律,但是依然有维护团体和谐存在的公理,而私力救济就是存在于公理之中的一种救济方式。国家出现后试图垄断所有的暴力,禁止私人实施暴力。国家垄断的手段就是试图通过法律来调整一切社会关系,而法律功能的有限性和人们对法律的不同认知为社会关系的调整留下难以透析的真空地带。因此,在国家出现后,人类社会不可避免地出现双重社会秩序:人造秩序和自发秩序。人为构建的社会秩序由国家制定的法律调整,自发形成的社会秩序则由与文化传统密切相关的无法被新型社会所完全取代的其他社会规范来调整。因此,虽然法治时代名义上是一个私力救济被禁止的时代,但事实上私力救济依然承担着维护社会秩序的重要功能。国家所谓的禁止往往在不经意间转变为一种放任。面对这种法律生活和现实生活由于某种不合理的社会制度安排而不慎脱节的现象,国家也意识到对待私力救济的法律态度如果与国家行动不一致,会对法律权威造成极大的影响。因此,立法者试图将法律上的态度和法律生活的真实进行统一,在法律上有限制地承认私力救济,将私力救济纳入法律的轨道,成为法律规制下的私力救济。但是私力救济的特点就在于它使纠纷的

解决停留在双方当事人之间,不需要借助第三方的力量,也就暗示了不需要法律的直接介入,所以,法律无法对私力救济进行全面系统的规制。法律规制下的私力救济只能是私力救济的一小部分,因此,必然存在法律规制外的私力救济。它们以自己的方式维持着社会秩序的稳定。法律对私力救济无法从积极方面进行具体规定,比较可行的做法是从消极方面对私力救济进行引导。在法治时代,只要是不违反法律、不侵害社会公共利益和他人合法权益的私力救济行为就是法律所许可的;在后法治时代,随着国家的消亡必然导致法律的消亡,人们又将进入一个以公理维护社会秩序的时代,私力救济将重新成为主导的权利救济方式和秩序维护手段。

私力救济发端于本能,合于伦理,它是一种超越时空、存在于任何时代的一种社会现象。但是在不同时代私力救济的地位有所不同。从私力救济的发展路径来看,它大致经历了私力救济的公认时代、私力救济的限制时代和私力救济的禁止时代。目前,世界各国基本处于私力救济与公力救济并存的时代(法律下的私力救济时代),未来必将发展到以私力救济为主导的时代。因此,在私力救济的研究中应当从宏观入手,将私力救济放置于人性、秩序、文化、国家的语境下分析它在人类社会中的价值和功能,从而明晰处于法律时代之下私力救济的实然状态和应然状态。因此,本书的探讨不局限于私力救济是否应当存在,而是着重探讨法治国家私力救济如何与公力救济和谐并存。私力救济与公力救济并存,并不意味着私力救济行为要时时符合法律的规定,关键是私力救济在救济权利的同时如何不违背法律而实现权利保护和社会秩序稳定的目标。也就是说,我们主要探讨的是法治社会私力救济的应然状态以及它与公力救济的关系问题。

实质上,无论是公力救济还是私力救济,都是一种社会控制资

源。根据洛克的私力救济思想,人类发展经历了自然状态和政治社会两个阶段。在这两个阶段,私力救济的地位和境遇是有差别的:自然状态下没有公力救济,只有私力救济。但是私力救济在一定程度上缺乏理性,可能会导致报复现象的循环发生,使用不慎必将使社会处于“人与人的战争”状态,这时,国家也就是政治社会诞生。政治社会的目标就是试图垄断救济权力,以公力救济取代私力救济;但是政治社会不能消除局部自然状态的存在,不能保证国家永远能胜任其职责。公力救济的资源有限,国家要实现对救济权的垄断就必须保证公力永不缺位,即任何时候都能提供及时可靠的公力救济。然而,这是一个国家无法实现的承诺,因此,私力救济必然有自己的生存空间。救济权作为一项应有的自然权利,隶属于不同的个体,只是在国家产生之后,个体有条件地做了部分让渡。因此,我们可以把私力救济和公力救济纳入一个逻辑上的时间顺序中,私力救济产生在公力救济之前,只是公力救济出现后私力救济的适用范围受到限制。但是,这种限制并不意味着私力救济仅仅是公力救济的补充,即使在现代法治国家,私力救济事实上也始终是一种与公力救济并存的社会控制力量。只是私力救济的适用范围与国家公力救济资源成反比,公力救济资源越丰富的领域,私力救济的适用范围越小,反之亦然。在法律资源分配不平衡的国家,私力救济的适用范围形式上相同,实质上却差别很大。例如,同一国度,在法律资源丰富的城市和法律资源匮乏的乡村,私力救济的适用范围必然大相径庭。因此,即使在现代法治国家,国家所谓对救济权的垄断依然是形式意义上的。公力救济完全垄断的社会必须是一个法律成为唯一规则的社会,必须是一个法律规则实施全面公共化的社会——也就是所有的规则都是法律,所有的法律都是刑法的社会。国家与社会、官府与民间融为一体,私人的自由空间也将荡然无存,

社会的每一个角落都有警察的“眼睛”。^①这将是一个多么恐怖的“法治社会”,而且无论一个国家多么强大,它的公力救济资源都是有限的,这对依赖国家救济资源的法律是一个客观限制。因此,公力救济必然退出棘手的、不必要的和无法有效实施救济的领域。当公力救济的有限性促使国家在公力救济之外寻求维持社会秩序的手段和力量时,私力救济自然被视为一种重要的社会控制资源。这样国家根据自己的需求对各种私力救济行为的态度就有了分别:国家法律框架下的私力救济、国家禁止的私力救济和国家放任的私力救济。这时,我们的结论是:社会控制目标的实现不能仅依靠以国家公力为背景的法律,私人的力量在社会控制系统中的地位也应当受到关注。从经济学的成本—收益理论来看,私力救济常常能以较低的成本阻止侵害行为的发生,保护权利。与公力救济相比,它的优势主要在于不受法律程序的限制、不受证据规则的限制,也不受法官私人行为的影响。在私力救济过程中,当事人只要不超越法律的限度,就可以通过私人的力量实现权利的保护和救济。

二、研究的目的和意义

当今社会处于一个权利爆炸的时代,法律的关注点逐渐从权利的赋予转向权利的实现与保护。在权利实现面临障碍时,救济制度成为权利保障的最后支撑。在法治社会,以国家强制力为基础的法律救济具有最高的效力,在社会控制系统中处于主导地位。但历史和经验证明,自从法律出现后,任何社会法律都只是社会调整规则的一种,法律调整范围的有限性决定了在很多权利受到侵犯时无法寻求法律救济,或者对一个理性人来说在寻求法律救济过于夸张的情况下,非法律的私力救济成为一种选择,但在国家暴力垄断的目

^① 桑本谦:《私人之间的监控与惩罚》,山东人民出版社2005年版,第148页。

标下,如何界定私力救济的范围和手段,法律如何对私力救济进行规制将成为任何一个法治国家都必须面对的难题。解决这一问题的前提在于对私力救济正当性的认识,这就必须对私力救济的存在基础、存在价值和功能进行深入探讨,并以此为基础对法治社会的私力救济进行合理定位,从而引导权利主体实施合法的私力救济行为,维护和谐的社会秩序。

具体来讲,从理论上对私力救济进行研究的意义主要体现在以下几个方面:

1. 在理论上探讨私力救济,能够深化意思自治原则在权利保护领域的应用,确定私力救济的界限和范围。在和谐社会理论的框架下,构建完备的权利实现、权利保护和权利救济体系,恢复私力救济的本来面目,走出私力救济的误区,形成公力救济和私力救济的良性互动关系。

2. 在理论上探讨私力救济,能够拓宽私力救济的研究视野。对私力救济进行历时性和共时性比较研究,探求各国私力救济制度设计背后的深层理论共识,以期对中国社会私力救济困境的克服提供理论上的指导。私力救济在中国社会的制度层面上始终处于边缘化状态,民法上只是将典型的私力救济行为,如正当防卫紧急避险作为侵权责任减轻或免除的事由。刑法上对正当防卫和紧急避险的构成条件进行了规定,是一种阻却行为违法性的事由。可见,在立法上私力救济并未成为一种纠纷的解决机制和权利的救济方式。因此,从理论上对私力救济进行探讨,必将跨越法学领域,涉及哲学、社会学、经济学、文化学、历史学等领域,这将会大大拓宽私力救济的研究视野,得出更为全面的结论。

3. 在理论上探讨私力救济,能够最终促进私力救济立法与私力救济现实的同步。私力救济在中国处于一种名实不符的状态,私力

救济在实践中得到认同的程度远远高于法律之上,理论上对私力救济的认可也早于立法。国家试图垄断救济权的理想使国家对私力救济的态度始终无法和私力救济的现实相吻合。对私力救济的价值、功能以及在现代法治社会的合理定位进行深入研究,能够实现私力救济立法和实践的同步,使其名副其实。

4. 在理论上探讨私力救济,能够促使在法律技术层面上确定私力救济的边界,而合理阐释私力救济发挥作用的边界,是私力救济正当性的前提。现实中私力救济的状态往往是“人们为了生活使用暴力而暴力又毁灭了人们的生活”。^① 因为私力救济源于人类自私的本性,它的缺陷必须由公权力进行矫正,所以,在不同语境下探讨私力救济和公力救济的关系,突出在私法领域私力救济的特殊地位,厘清私力救济与公力救济的权限,引导合法有效的私力救济实施,发挥其对社会秩序保护的功能,遏制它的破坏功能,才能实现私力救济与公力救济和谐共治的目标。

三、文献综述

社会控制模式的选择和法律的发展一直为国内外学者所关注。具体到救济制度上,对法律之外社会控制模式和替代性纠纷解决机制的探讨一直在继续。例如,从冲突和社会控制角度研究;从法律救济制度角度研究;从纠纷解决模式角度研究以及具体到权利救济和私力救济制度本身的研究。这些研究的成果不只在法学界,而是多集中于哲学、社会学、文学的领域。

私力救济作为一种权利的救济方式和纠纷解决机制,源远流长,国家出现之前、国家出现之后甚至在国家消亡之后,它依然作为

^① 王启梁:《为了生活使用暴力与暴力对生活的毁灭》,载《云南大学学报法学版》2006年3月第19卷第2期。

一种社会现象与人类社会共存。因此,对私力救济的探讨和研究是一个从宏观层面到中观层面再到微观层面的过程。宏观层面的私力救济研究是在对法律的源起、法律的变迁以及国家的建立和社会形态的发展研究中进行的。作为一个当代人,我们对于私力救济的观察总是伴随着对法律的发展进化的研究进行的。从很多关于人类早期法律和人类学的著作中可散见对私力救济的描述。其中最具代表性的是梅因的《古代法》、霍贝尔的《原始人的法》等。在《原始人的法》中,作者详细介绍了世界上保留原始痕迹较多的五个民族的法律和它所代表的文化意义,这五个民族是北极地带的爱斯基摩人、菲律宾北吕宋岛的伊富高人、北美洲印第安人部落、南太平洋的特罗不里恩人和非洲的阿散蒂人。作者试图通过法人类学的方法,在社会文化中研究法律,描述了渔猎文化、农业文化和机械文化阶段中的法律制度,探讨了法律的功能及法律与道德和早期宗教——巫术的关系,把法律划分为原始法律、古代法律和现代法律,反对用现代的法律去衡量古代法律得出原始社会只有习惯没有法律的结论。翔实的资料展现出原始社会纠纷解决中私人力量与团体力量的地位,描述了复仇等私力救济方式中规则、限度所体现的具有法律内容的公理。霍贝尔认为:“在法律工作中完成其使命比如何做更为重要。”由此可见,作为一种社会控制手段的法律在不同社会具有不同的地位,但是实现社会控制始终是它的重要目标。

对私力救济影响最为深远的是国家建立后确立了以法律为核心的社会控制手段,国家试图垄断救济权力,这时私力救济的生存空间和正当性的探讨通常是建立在对国家和政府功能的论证中。国家建立后社会控制模式的发展,在哈耶克的《自由秩序原理》、霍布斯的《利维坦》和洛克的《政府论》等名著中都有描绘。从这里我们寻求到国家垄断暴力的根据和正当性的理由,从而论证以法律为

核心的公力救济的正当性；而哈耶克的“双重秩序”理论又为法律调整的有限性和私力救济对自发秩序调整的正当性提供了基本的理论支撑。其中，对法律与社会变迁的关系进行系统化分析的是尹伊君的《社会变迁的法律解释》，这是一部从社会变迁视角解读法律功能和法律特征的著作，作者不仅从宏观上对法律变革与法律文化传统、法律与秩序、法律与规则、法律与现代和后现代社会、转型期的中国社会与法律等重大问题进行了梳理，而且在哈耶克“双重秩序”理论的基础上，创造性地提出了“双重社会”的理论模式，他认为，中国不仅存在一般社会的双重秩序问题，而且存在独特的“传统社会”与“现代社会”并存的双重社会模式，分析了两种社会模式中调整规则的差异，探讨了法治的不可移植性，强调在中国的社会发展过程中应该更多尊重自己的文化传统，恢复并重建中国人自己的生活秩序，而私力救济与中国传统文化中的救济理念具有高度的契合性，为中国法治化进程中，社会控制体系的私力救济与公力救济的共治提供了强有力的理论支撑。

对法律功能的客观评价是我们在法治社会背景下研究私力救济正当性的前提。其中彼得·斯坦和约翰·香德的《西方社会的法律价值》、昂格尔的《现代社会中的法律》等著作重点探讨了法律与现代性问题，强调了不同社会形态下法律类型的特点和法律功能的发挥。同时，富勒在《法律的道德性》中强调“道德使法律成为可能”。这就意味着法与道德关系的密切以及法律发挥其功能的内在品质要求，它是法律规范有效实施的前提。邹立君的《良好秩序观的建构：朗·富勒法律理论的研究》进一步分析富勒关于法律与社会秩序之间关系的理论。金自宁的《公法私法二元区分的反思》实质上探讨的是在国家功能有限性的前提下，如何解决国家秩序和个人自由的矛盾。法律功能的有限性为私力救济存在提供了客观性