

民事自助行为研究

沃耘 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本书为教育部人文社会科学青年基金项目“私权自我实现之维
——民事自助行为制度化”的最终成果，项目编号：10YJC820117



民事自助行为研究

沃耘 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民事自助行为研究 / 沃耘著. —北京: 法律出版社, 2012. 11
ISBN 978 - 7 - 5118 - 4104 - 9

I. ①民… II. ①沃… III. ①民法—研究—中国
IV. ①D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 244821 号

民事自助行为研究
沃 耘 著

编辑统筹 大众出版分社
策划编辑 柯 恒
责任编辑 柯 恒
装帧设计 马 帅

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社	开本 A5
总发行 中国法律图书有限公司	印张 8.75
经销 新华书店	字数 202千
印刷 北京鑫丰华彩印有限公司	版本 2012 年 11 月第 1 版
责任印制 沙 磊	印次 2012 年 11 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782

西安分公司/029 - 85388843

重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636

北京分公司/010 - 62534456

深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4104 - 9

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

绪论 001

- 一、私权自我实现之维——民事自助行为的制度化 001
- 二、文献分析：已有的研究基础和局限性 004
- 三、本书的基本内容和框架 013

第一章 民事自助行为基本理论问题研究 018

第一节 民事自助行为的“前世今生” 018

- 一、民事自助行为的历史考察 018
- 二、现代各国民事立法中的民事自助行为 020
- 三、笔者的观点 033

第二节 民事自助行为法价值基础 037

- 一、正当的民事自助行为符合正义价值的基本理念 037
- 二、民事自助行为正当性体现了法效率价值的基本要求 041

第三节 民事自助行为的界定 047

- 一、民事自助行为与私力救济 047
- 二、民事自助行为的概念 054
- 三、民事自助行为在民法典请求权救济体系中的逻辑定位 057
- 四、民事自助行为的构成要件 063
- 本章小结 068

第二章 民事自助与刑事自救比较研究 069

第一节 民事自助与刑事自救概述 069

- 一、引言：民刑关系视角下的私力救济制度化 069
- 二、民事自助与刑事自救同源源于私力救济 070
- 三、民事自助与刑事自救理论研究的误区——概念的
同一性 073

第二节 民事自助与刑事自救的制度差别 076

- 一、民事自助与刑事自救在民法典及刑法典体系中的
不同定位 076
- 二、前置要件——对侵害行为性质的不同考量 079
- 三、民事自助与刑事自救在阻却法律责任承担方面的
制度差别 084
- 四、民事自助与刑事自救情势要件比较分析 087
- 本章小结 092

第三章 传统民法理论下的民事自助行为 094

第一节 人格权自助行为 094

- 一、引言：人格权救济模式中的自助行为 094
- 二、民事自助行为彰显人格权之本质特征 096
- 三、人格权法设立民事自助行为制度的必要性 099
- 四、人格权自助行为制度在人格权法中的制度建构 105

第二节 物权自助行为 108

- 一、引言：物权救济模式中的自助行为 108
- 二、所有权保护中的民事自助行为 109
- 三、占有保护中的民事自助行为 114
- 四、担保物权保护与实现中的民事自助行为 119
- 五、不动产相邻权保护与实现中的民事自助行为 121
- 第三节 债权自助 123

- 一、债权自助有利于债权权能的良性互动 123

二、债权自助在请求权救济体系中的路径选择 132

三、债权自助的一般规则 134

四、债权人留置权新解 146

第四节 侵权法民事自助行为制度构建 155

一、民事自助行为是《侵权责任法》不可回避的制度选择 155

二、民事自助行为是侵权责任法功能实现的制度对策 159

三、民事自助行为比较法考察与我国《侵权责任法》之检讨 169

本章小结 179

第四章 民事自助执行 181

第一节 民事执行程序中引入民事自助行为的可行性 181

一、问题的提出 181

二、冲击与妥协:在实体法中确立民事自助行为须对民事执行概念进行重新界定 182

三、承继与突破:民事自助行为引发对传统民事执行权理论的再思考 184

四、一元与二元:民事自助行为在民事执行程序中的定位 186

第二节 民事执行程序中引入民事自助行为的必要性 189

一、理论背景 189

二、实践背景 193

第三节 民事执行程序中民事自助行为制度的比较分析 195

一、纵向比较:民事执行方式的历史演进 196

二、横向比较:比较法视野下的民事自助执行 197

三、我国现行立法之检讨 199

第四节 我国未来民事程序法民事自助执行的制度构建 202

一、确立民事自助执行制度须遵循的基本原则 202

二、民事自助执行在法律体系中的逻辑架构 204

三、民事自助执行具体制度构建 205

本章小结 210

第五章 特别民事自助行为 211

第一节 环保自助 211

一、问题的提出 211

二、环保自助行为的界定及性质 215

三、环保自助行为的基本法价值理念 221

四、环保自助行为的制度构建 224

第二节 劳动者“自助”维权行为 231

一、问题的提出 231

二、劳动合同、诉讼与私力救济 232

三、理论框架——劳动法与民法的关系 236

四、“自助”维权——阐释劳动者权利自我实现的另一种思路 238

本章小结 245

结论 246

参考文献 249

一、中文 249

二、外文 270

致谢 273

绪 论

一、私权自我实现之维——民事自助行为的制度化

法律最重要的任务在于维持及确保社会平和,故权利遭受侵害或不能实现时,当事人应诉诸公权力,由“司法机关”依法定程序排除侵害或实现权利,然而在特殊情况下,公权力的救济可能缓不济急,法律乃在一定的条件下,例外地允许权利人自力救济,而规定“自卫行为”及“自助行为”。^①民法关于权利的保护,即在于救济制度:赋予当事人救济权,并确立方便可靠的程序,确保救济权的行使。这种安排就是许可权利人依靠自身力量行使救济权的自力救济程序,以及许可权利人通过国家的专门帮助行使救济权的公力救济程序。^②似乎法的发展与自助行为的日渐式微同步进行,法律越发达,对自助行为的限制就愈全面和深入,公共管理者对自助行为的评价愈负面。^③然

① 王泽鉴著:《民法总则》(增订版),中国政法大学出版社2001年版,第562页。

② 赵万一著:《民法的伦理分析》,法律出版社2012年版,第358~359页。

③ 韩桂君:“自助行为研究”,武汉大学2005年博士论文。

而,法规则只有参照它们所服务的目的始能被理解,这一主张今天甚少被视为一动人的真理了。法是作为实现一定目的的手段而存在的,这一观念已成为一种常识。^①民事自助行为作为人们在权利无法实现或受到侵犯时候的本能反应,法律的强令禁止只能导致两种极端:一方面,对那些公力救济很难实现或无法实现的权利,被侵害人只能“望权兴叹”,从而导致法律之力的弱化;另一方面,当现实中的民事自助行为无法完全避免的时候,人们出于自保本能有可能采取更为极端的方式来实现自己的权利,从而造成对社会秩序更为严重的破坏。诸如讨债公司、私人侦探、私人通缉令、商场搜身、暴力讨薪等创造性的民事自助行为拷问着法律的正义性与可操作性。在民法上,权利作为被类型化的利益不仅仅是一种法律条文中的宣誓,人们追求的不是那些抽象的、停留在纸面上的权利,而是从权利中得到的实际利益。但是,我们民法上的权利是以抽象权利为基础的。这些抽象的权利如果要具体到个人身上,就需要实现的途径。也就是说,法律规定的权利与我们实际享有的权利并不是同一个概念。^②从抽象权利(应得利益)到具体权利(既得利益)的过程,就是权利实现的过程。权利实现机制是指法律为权利在社会生活中转变为权利主体所现实获得的社会利益内容而提供一系列的条件、程序与规则的总和。^③权利的目的不仅是消极的不可侵犯性,也不能为实现该不可侵犯的消极目的而减少或降低其他人或社会的幸福总量,而应是其积极意义的强调。个人只有积极地行使自

① [美]L·L·富勒、小威廉R·帕杜著:《合同损害赔偿中的信赖利益》,韩世远译,中国法制出版社2004年版,第3页。

② 李永军著:《民法总论》,法律出版社2006年版,第133~134页。

③ 戴剑波著:《权利正义论——基于法哲学与法社会学立场的权利制度正义理论》,法律出版社2007年版,第74页。

己的权利,才能真正维护其权利。^① 本来,虽说“权利”被法律所认可,但也只不过是一种观念性的、思想上的构想。与此相对,权利的“行使”是以实现权利内容为目的的权利人的具体的行为。虽然权利是为了被行使而存在的,但也不能说只要拥有权利,就能够实现它的内容。例如,如果义务人任意履行义务,权利人只是被动接受的话就能够实现权利,那么,在不作为债权方面,权利人的受领行为就没有必要了。但是,在即使请求了也得不到履行或权利受到外界侵害和妨害的时候,权利人应该被赋予积极应对这种状况的力量。^② 权利也可以被认为是与公共秩序的法相对应的部分秩序的主观上的法律。^③ 凡是没有实际效力支撑的法律,都是不存在的。同样,没有实际效力支撑的权利也是不可能存在的。在“自利”本性的驱使之下,权利主体会在最大程度上发挥其创造性,以确保其权利的实现。法律无须也不可能穷尽一切权利实现的途径,民事自助行为具有一定的自生自发的规律,法律即便禁止也不可能从根本上改变其客观存在的状况,适度许可私人必要地使用强力于社会秩序并无大碍,因此,法律对民事自助行为也应谨慎地予以接受。历史表明,凡是在人类建立了政治或社会组织单位的地方,他们都曾力图防止不可控制的混乱现象,也曾试图确立某种适于生存的秩序形式。这种要求确立社会生活有序模式的倾向,绝不是人类所作的一种任意专断或‘违背自然’的努力……人类的这种倾向乃深深地植根于整个自然结构之中,而人类生活则恰恰是该结构的一个组成部分。^④ 梅

① 彭诚信著:《主体性与私权制度研究——以财产、契约的历史考察为基础》,中国人民大学出版社2005年版,第213页。

② [日]於保不二雄著:《民法学の基礎的課題(上)》,磯村哲有斐閣昭和四十六年版,第129页。

③ [日]末川著:《不法行為並に權利濫用の研究》,第221页。

④ [美]E·博登海默著:《法理学、法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第25页。

迪库斯教授在对民法总则发展与走向论述时也讲到:“通过自卫和自助(第二二七条及以下条款)方式来行使权利,也是一个没有解决的问题……现下,由于刑事犯罪行为不断增加,人民更倾向于主张应扩大民事自助行为的范围,甚至可以超越法律允许的程度”。^① 私法作用的领域首先开始于自由意志(能够)交汇的地方。^② 因此,在我国未来的民法典中,设立合理的民事自助行为制度是立法的必然选择。然而,民事自助行为犹如一把“双刃剑”,在效率与安全,正义与秩序之间徘徊。笔者认为,构建严谨的民事自助行为制度,通过法的示范和指引作用对民事自助行为加以规范与引导,将民事自助行为类型化、制度化方为立法选择之上策。

二、文献分析:已有的研究基础和局限性

(一)国内外研究现状总览

目前,我国学术界对于民事自助行为的关注,主要集中在民事自助行为的概念、要件及制度意义等方面,缺少对民事自助行为制度内在逻辑体系的系统研究,虽有一些学术论文的发表,但也大都局限在民事自助行为常识性问题的探讨,缺乏可操作性。对于具体民事自助行为的研究包括占有人的自力救济、环境保护中的民事自助行为、民事执行中的自助行为等。研究对象个别性的局限使这些研究成果“条块分割”,民事自助行为仍然存在许多没有解决又急需的法律问题。此外,关于民事自助行为的上位概念——自力救济问题的学术成果比较丰富,然

① [德]迪特尔·梅迪库斯著:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第39页。

② [德]罗尔夫·克尼佩尔著:《法律与历史——论〈德国民法典〉的形成与变迁》,朱岩译,法律出版社2005年版,第167页。

而,在这些论著中,民事自助行为往往只是作为私力救济的一种样态而“惊鸿一现”,几乎没有得到更深层次的研究。目前,国内对自助行为的基础理论和制度分析研究较为全面的学术成果是武汉大学韩桂君博士的博士论文《自助行为研究》,韩博士认为,所谓民事自助行为,是指权利主体在权利缺损或无法有效实现或者被侵害后,以个人或个人联合体的力量和方式纠正司法不作为或拖延作为的行为以及不经过法定程序而实现或救济权利的行为。^①这一概念对于民事自助行为的界定仍然没有与私力救济区别开来,因此无法完成民事实体法意义上民事自助行为制度在未来民法典中的具体建构。此外,西南政法大学徐昕教授当年的博士论文《论私力救济》(现已作为专著出版),是目前在国内对于私力救济探讨较为全面、学术影响力较大的学术成果之一,其对民事自助行为也有具体论述。笔者了解到,徐教授曾经的研究领域为诉讼法,因此,在诉讼法视野下,徐教授将私力救济作为与公力救济相对应的一种纠纷的解决方式,而民事自助行为也是解决私人纠纷的手段之一。这种研究视角给了纯粹民事实体法专业的笔者一种启发,拓宽了笔者的视野,同时也引发笔者对于民事实体法与程序法关系视野下民事自助行为制度的思考。笔者认为,民事自助行为无疑是民事实体法中的一项制度,但是,权利的实现与纠纷的解决分别是实体法与程序法所要追求的具体目标。所以,基于实体法与程序法制度本身的区别,实体法意义上的民事自助行为应当具有其特殊的运行机制。

国外学者对于民事自助行为的研究较国内更为成熟和具体,其中,日本学者田中英夫和竹内昭夫合作的《私人在法实现中的作用》一文中,介绍了日本学界对民事自助行为的争议和日本当前判例对该行为的谨慎态度。而相对于大陆法系国家,美国侵权法中对人身、土地和动

① 韩桂君:“自助行为研究”,武汉大学2005年博士论文。

产的民事自助行为所适用的法域更为宽泛,在理论与司法事务中,美国侵权法对私人在权利实现中发挥作用的鼓励与调整,提供了更为行之有效的制度和判例依托。例如,美国的“抵押收回执行人”,受雇于银行和零售商收回那些到期无法归还贷款抵押物或分期付款商品,其可以在不扰乱治安和威胁到他人人身安全的前提下采取秘密手段取回贷款抵押物,因此被称之为受法律保护的“小偷”。与发达的侵权行为法中民事自助行为的相关判例相对应,英美学者对民事自助行为的理论研究也较为全面、具体和深入,这些研究成果对探讨并最终构建我国的民事自助行为制度将会起到十分重要的借鉴作用。

综观学界对民事自助行为的研究成果,对民事自助行为的法理基础与立法技术的研究几乎处于一种泾渭分明的状态,大量的法理学论文对民事自助行为的上位概念——私力救济进行了以自然法理念为基础的理性分析,而这种分析往往混淆了民事自助行为与私力救济的界限,使原本作为民事实体法具体制度的民事自助行为处于某种虚幻的、不可操作的境地。另外,也有民法学者就民事自助行为本身的制度建构进行探讨,但这种设计仅仅是一种表面的、逻辑上的认识,很少有学者关注制度构建背后的哲学理念、功能分析及所处社会的政治经济现状,即使提及上述问题也没能进行深入地探讨,至今对民事自助行为的深层次理论问题的研究还存在“灰色地带”。因此,有必要拓展民事自助行为的研究视野,对现行制度设计进行深刻反思。笔者认为,民事自助行为的构建更多的应从立法政策、利益衡量、公权力与私权利的合理配置等切入,最终使法价值理念与立法技术实现完美结合,笔者亦希望在这一问题的研究上能够做一些开拓性的、有益的尝试。

（二）目前学界对民事自助行为的基本理论观点

1. 民事自助行为的定义

大陆法系学者们从不同切入点对民事自助行为的内涵加以界定，主要包括以下几种学说：

（1）进攻说

德国学者梅迪库斯认为，民事自助行为是为了阻止那些依靠官署的援助仍无法避免的危害请求权行为的发生，在法定条件下，权利人侵害他人之物并对债务人实施暴力的行为。^① 另一位德国学者拉伦茨则将民事自助行为表述为，为了保证权利而采取的法律上允许的、具有进攻性的行为，即法律允许的自助。^② 国内学者亦有相似观点。其中，梁慧星教授主张，民事自助行为是指为保护自己的权利，而对于他人的自由或财产施以拘束或毁损之行为。^③ 王利明教授则认为，民事自助行为是指权利人为保证自己请求权的实现，在情势紧迫而又不能及时请求国家机关予以救助的情况下，对他人的财产或自由施加扣押、拘束或其他相应措施，而为法律或社会公德所认可的行为。^④ 张俊浩教授对民事自助行为的表述为，民事自助行为是为了保护自己的权利，对于加害人的自由加以拘束，或者对其财产实施扣押、毁损的行为。^⑤ 笔者认为，行为主动性与进攻性是民事自助行为与正当防卫、紧急避险区别的标志之一，但暴力本身并非民事自助行为制度所要强调的重点。与之相反，

① [德]迪特尔·梅迪库斯著：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年版，第133页。

② [德]卡尔·拉伦茨著：《德国民法通论》（上册），王晓晔等译，法律出版社1998年版，第358页。

③ 梁慧星著：《民法总论》，法律出版社1996年版，第265页。

④ 王利明著：《侵权行为法研究》（上），中国人民大学出版社2004年版，第571页。

⑤ 张俊浩著：《民法学原理》，中国政法大学出版社1997年版，第90页。

在民法典中设立民事自助行为制度,恰恰是为了在最大程度上淡化民事自助行为的暴力色彩,引导权利主体尽量采取“非暴力”方式保护与实现权利,规范那些“不得以”实施的“武力”自助。可见,进攻说在法示范作用的影响下,易导致法律制度对民事自助行为的失控。

(2) 权利保全说

我国台湾地区学者比较倾向于强调民事自助行为的权利保全功能,其中,史尚宽先生将民事自助行为表述为,以私力确保权利实行,原则上非自己执行,仅为临时性质之保全处置。^① 梅仲协先生主张,以私力保护自己之请求权,伸臻于安全者,谓之自助行为。^② 王泽鉴先生则认为,所谓自助行为,是指为保护自己权利,对于他人之自由或财产施以拘束、押收或毁损者,称为自助行为,为法律所容许之权利保全措施,亦不负赔偿责任,但以不及受法院或其他有关机关援助,而且非于其时为之,则请求权不得实行或实行显有困难者为限。^③ 此外,日本学者于保不二雄认为,自力救济是对不正当的侵害行为发生之后权利的恢复,详细的来说,自力救济是为了保全自己的请求权,当来不及寻求官署救济,并且不即时采取自力救济会导致请求权难以实现,或者请求权日后行使存在显著困难的场合,而采取自力来保全请求权的行为。^④ 上述观点对民事自助行为的适用条件、行为模式进行了比较严苛的限制,认为民事自助行为本质上仍为公力救济的补充,即民事自助行为仅包括那些在公力救济暂时不发生作用的时候方能采取的权利保全措施。笔者认为,作为债权权能之一的权利保全,是为确保债权得以实现的重要途

① 史尚宽著:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第756页。

② 梅仲协著:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,第163页。

③ 王泽鉴著:《民法总则》,中国政法大学出版社2001年版,第568页。

④ [日]於保不二雄著:《民法学の基礎的課題(上)》,磯村哲有斐閣昭和四十六年版,第134页。

径。但是,自助保全仅仅是一种具体的民事自助行为方式,远远无法满足非债权救济领域民事自助行为的适用规则。可见,这种狭义的民事自助行为概念限制了权利主体在权利自我实现中能动作用的充分发挥。

(3) 公力救济例外说

民事自助行为有广义与狭义之分。广义自助行为包括正当防卫和紧急避险。^① 在欧洲,一些国家对民事自助行为与紧急避险、正当防卫采取模糊式立法。如奥地利、葡萄牙、英美法。德国、希腊、葡萄牙、奥地利则采取狭义的民事自助行为概念,并进一步将一些特别条款具体化,典型的就是占有自助。^② 在这里,如果围绕着自力救济和正当防卫、紧急避险的差异来展开的话,它们虽然都是根据私力的权利的救济和防卫,但是,正当防卫是对紧迫性不法侵害的防卫和反击,也就是说,是被动的。紧急避险是对正在发生危险的回避的行为。因为,前者是不正对正,后者是正对正,所以在后者上,法益权衡的原则要求的更加严格。与此相对,自力救济不具有正当防卫和紧急避险方式的防卫性或回避性,而是积极的、攻击性的行为。^③ 具体而言,正当防卫的主要目的在于能够及时、有效地同各种违法犯罪行为作斗争,因此,正当防卫的实施主体不限于受害人本人。而民事自助行为则强调自我权利的保护与实现,在非接受权利主体委托的情况下,他人不得参与自助。另外,紧急避险的立法初衷则在于权衡避险各方的利益得失,具体包括:避险行为造成的损害与所避免损害的价值差异;引起险情发生方与受损害

① [德]克雷斯蒂安·冯·巴尔著:《欧洲比较侵权行为法》(下),张新宝译,法律出版社2001年版,第610页。

② 参见[德]克雷斯蒂安·冯·巴尔著:《欧洲比较侵权行为法》(下),张新宝译,法律出版社2001年版,第584页。

③ [日]於保不二雄著:《民法学の基礎的課題(上)》,磯村哲有斐閣昭和四十六年版,第135页。

方之间的利益衡量;受益方与受损害方之间的利益衡量,等等。而民事自助行为的价值判断是通过对义务主体容忍义务的界定来实现的,其利益衡量标准较紧急避险而言具有复杂性、多变性。而且,在通常情况下,民事自助行为不得造成对义务主体以外其他人的不利影响。由此可见,狭义民事自助行为的概念更有利于私力救济制度化体系的逻辑架构,也更容易实现民事实体法规则对民事自助行为、正当防卫、紧急避险等自力救济行为的具体调整与规制。

2. 民事自助行为的构成要件

(1) 六要件说

学者孟继超认为,民事自助行为的要件包括目的要件、情势要件、对象要件、方法要件、限度要件、及时申请六个必要条件。^①

(2) 五要件说

王利明教授与杨立新教授则主张民事自助行为必须具备五个必要条件:第一,必须为保护自己的合法权益;第二,必须是情况紧迫而来不及请求有关国家机关的援助;第三,自助的方法是保障请求权的实现所必需的;第四,必须为法律或社会公德所许可;第五,不得超过必要的限度。^② 日本学者于保不二雄认为,民事自助行为的必要条件主要遵循以下几点:①目的正当性;②手段方法的合理性;③合法权益的均衡性;④情况上的合理性(事态的相称性);⑤补充性原则。^③

(3) 四要件说

学者徐建伟认为,民事自助行为只需满足四个要件:第一,权利人

① 孟继超、刘鹏崇:“自助行为浅探”,载《南阳师范学院学报》2003年第7期。

② 参见王利明著:《侵权行为法研究》,中国人民大学出版社2004年版,第571~573页。
杨立新:《侵权法论》,人民法院出版社2004年版,第216页。

③ [日]於保不二雄著:《民法学の基礎的課題(上)》,磯村哲有斐閣昭和四十六年版,第130页。