

ON REMEDIES

民事救济要论

◎ 冀宗儒 著

人民法院出版社

民事救济要论

冀宗儒 著

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

民事救济要论/冀宗儒著. —北京:人民法院出版社, 2005. 8
ISBN 7-80217-092-3

I. 民… II. 冀… III. 民事诉讼-赔偿-研究-中国
IV. D925.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 089254 号

民事救济要论

冀宗儒 著

责任编辑 陈 健

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)85250580(责任编辑) 85250516(出版部)
85250558 85250559(发行部)

网 址 www.courtpress.com

E-mail courtpress@sohu.com

印 刷 北京人卫印刷厂

经 销 新华书店

开 本 890 × 1240 毫米 A5

字 数 274 千字

印 张 11.375

版 次 2005 年 8 月第 1 版 2005 年 8 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-80217-092-3

定 价 20.00 元

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装, 请与出版社联系调换)

序

救济在法律体系中位置的不同，可以说是两大法系之间的重要差别之一。在法律的运行机制上，英美法的运行与罗马法有出奇相似的地方，即通过救济显现权利的内容；而大陆法则在罗马法对实体法的深厚积累的基础上，以权利体系为主线，呈现出对权利保护的各种手段——救济方法。

因此，两大法系给予救济的机制是完全不同的。英美法中，法官对救济的给予有全面的裁量权，为此，英美法中的救济方法显得灵活多样，法官针对新的案件所发展出的救济方法不断出现；而在大陆法中，救济被当作权利的内容，法官只能按照实体法的规定给予救济。然而，无论在何种法律运作机制下，对救济的研究都是十分有意义的。毕竟，给予救济是法律体系中的“前沿阵地”，司法总是最先触及到社会生活中不断涌现出的新的纠纷和问题。在社会迅速变化的当今，大陆法同样要解决在以制定法为先存原则的前提下，如何使救济的给予能够灵活并且充分的问题。

救济方法究竟沿着怎样的方向发展，这是研究救济理论必须回答的问题。从对罗马法上诉权的发展和对普通法到衡平法的发展的探究中，要寻找对这一问题的答案，必然使我们的目光投向“救济的充分性”这一至关重要的问题上。实际上，英美法正是在对这一问题的不断回答的过程中，形成其救济体系的。

本书作者把握住救济在不同法系中的不同运作脉络，追根寻源，从法体系发展的两个源头——罗马法和英国早期普通法开始，揭示了救济体系的演化和发展，并在此前提下，以救济的充分性作为线索，向读者铺展开英美法和大陆法各自的救济图谱，并由此推导出“救济的充分性是推动救济方法发展的动力”的结论。作者在对救济进行系统论述的同时，还从程序对于救济的相辅相成的关系中探究了救济的充分性对于救济与程序相互契合的要求，提出救济的发展将不再是救济方法的简单增加，而是在特定的程序形式与相应的救济方法的融合过程中来满足救济充分性的更高要求。

鉴于我们在理论上对于民事救济的探讨尚未全面展开，本书的完成可以说是一个很有意义的开始。愿相关研究会因此而深化，并有更多的成就。

是为序。

沈达明

2005年6月

目 录

第一章 民事司法救济	(1)
第一节 救济的界说	(1)
第二节 民事司法救济	(6)
第二章 民事司法救济的历史	(9)
第一节 古罗马法中的救济	(9)
第二节 早期英国法上的救济	(29)
第三节 衡平法上的救济	(50)
第三章 民事司法救济在民事法律体系中的位置	(63)
第一节 救济与实体规范	(64)
第二节 救济对程序的依赖关系	(82)
第三节 救济的相对独立性	(90)
第四章 英美法上救济的一般原则与方法	(97)
第一节 救济的一般原则	(97)
第二节 救济方法的分类	(102)
第三节 损害赔偿	(111)
第四节 返还	(128)
第五节 禁止性救济的措施	(156)
第六节 特定履行	(174)
第七节 宣告判决与辅助救济	(192)

第五章 大陆法的救济机制	(198)
第一节 救济性权利	(198)
第二节 民事责任与民事救济	(218)
第三节 三种诉的形态及与之相应的判决	(226)
第六章 救济方法的运用	(237)
第一节 对不同损害的不同救济	(238)
第二节 对同一损害的多种救济	(250)
第三节 救济的对象与救济方法	(266)
第七章 救济的充分性	(283)
第一节 救济的充分性	(283)
第二节 救济充分性实现的前提	(292)
第三节 救济方法的局限性	(298)
第八章 诉讼手段对实现救济充分性的作用	(305)
第一节 充分的攻击与防御的程序	(305)
第二节 复合诉讼程序的作用	(314)
第三节 中间救济与诉讼开始前的救济	(324)
第九章 诉讼程序与救济方法的契合	(332)
第一节 代位权与撤销权的行使	(332)
第二节 股东派生诉讼	(335)
第三节 为保护群体利益的诉讼	(340)
主要参考文献	(349)
后 记	(356)

第一章 民事司法救济

第一节 救济的界说

一、救济的含义

救济是对已发生或业已造成的损害、危害、损失或造成损害的不正当行为的纠正、矫正或改正。^① 广义的救济，包括受害人自身实施的纠正行为或措施，即我们所说的自力救济，以及由受害人以外的公共权力机构采取的纠正措施，即所谓公力救济。“救济”，通常是指法律救济，即通过法律方式及其“类法律方式”，对权利进行的“修复”。

救济一词是在多种层面上使用的用语。人们在论及救济时，有时是从权利的角度，阐明人们获得救济的权利；有时则是从方法的角度，阐述针对不同的权利和不同的损害所给予的不同保障或补救方式。在英美法中，救济法是跨越实体法和程序法的独立中间领域。

（一）作为权利内容的救济

关于救济的权利性质，《牛津法律大词典》是这样表述的：“法律制度赋予特定关系中的当事人以两种权利和义务：

^① 参见《牛津法律大词典》，光明日报出版社1988年版，第764页。

第一与第二权利和义务，前者如取得所购买的货物和取得货物的价款，后者如强制对方交货，或强制对方就未交货一事给付赔偿；或在另一方面强制对方支付货物的价款，或强制对方就拒收货物给付赔偿。虽然只有在第一权利未被自愿或未被令人满意地满足的情况下，第二权利或救济权利才能发挥作用，但要求对方履行义务的权利，或要求对方就未履行的义务或不适当履行义务给予救济的权利，却都是真正的法定权利。相应地，救济是一种纠正或减轻性质的权利，这种权利在可能的范围内会矫正由法律关系中他方当事人违反义务行为造成的后果。”也有学者这样描述救济的权利性质：救济在本质上是一种权利，即当实体权利受到侵害时从法律上获得自行解决，或请求司法机关及其他机关给予解决的权利。这种权利的产生必须以原有的实体权利受到侵害为前提，救济是相对于主权利的助权。从结果上看，救济是冲突或纠纷的解决，即通过救济的程序使原权利得以恢复或实现。^①

对于救济的权利性质，在法的不同范域里有着不同的理解。大陆法上，特别是德国法，将权利所含的请求部分及其他影响原权利实现的部分，如请求权、形成权和抗辩权，均视为法定权利的内容，即所谓救济性权利；而在论及实体权利的实现遇到障碍而需要司法保护时，人们也会将获得司法保护视为救济性权利。就这一意义而言，程序法上的诉权也是救济性权利。实际上，实体法上的救济性权利与程序法上的救济性权利，在一定情况下很难分开，通过司法途径才能行使的形成权就是明显的例证，例如大陆法上的债权人的撤销权。而在英美法上，特别是早期英国法中，则主张救济先于权利，“无救

^① 程燎原、王人博：《权利及其救济》，山东人民出版社2002年版，第358页。

济，无权利”是英国法古老的法谚。

救济具有双重特性：在本质上，它是权利主体所取得的一种合法权利，一个人若被剥夺了救济权，也就意味着其丧失了“第一权利”；而在功能方面，它是“第一权利”实现的保障，通过救济的程序运行，为权利提供一种恢复和补偿的机制。

（二）方法层面上的救济

作为对受侵害权利的恢复和补偿，救济也在方法层面上使用。救济是用来强制实现一项权利，或阻止、纠正对一项权利的侵害，或补偿一项被侵害的权利的方法。^①因此，就方法层面而言，救济是用来强制实现一项权利，或补救一项损害，其与权利相区别，权利是已经确认或已被普遍认可的利益。

救济是为了保护具有法定地位的权益而在具体案件中采取的手段。采取何种手段才算适当，一方面与法官的判断紧密相关，另一方面要由法律事先规定。所以，救济手段已从以往的判例上升为制定法，或已完全被规定在实体或程序法之中。针对不同的受侵害的权利和不同的侵害行为，救济方法是不同的。救济方法可以是金钱的，也可以是非金钱的；可以是实际履行，也可以是替代性的。于是，“法律和救济，或者权利和救济这样的普通词组构成了对语，并得到了诸如在国际私法中人们所主张的原则的支持，即当事人的权利依准据法确定，而救济方法则依法院地法确定。”^②

大陆法上，特别是我国《民法通则》，将救济方法明确表述为承担民事责任的方式。其实，责任就是确定被告是否就过去或潜在地对原告的损害负责的判断，而救济是对损害所做出反应的行动，救济方法则是对这种行动的外在形态的概括。由

① Henry Cambell Black, Black's Law Dictionary (Fifth Edition), 1979.

② 《牛津法律大词典》，光明日报出版社1988年版，第764页。

此可以看出，各种不同的承担民事责任的方式，就是各种不同的救济方法，二者在本质上描述的是同一事物。

二、私力救济与公力救济

私力救济是人类解决冲突，寻求补偿受损的利益和权利的最初形式。私力救济的本质是权利受到损害的一方（个人、家庭或家族、村社）凭借于一定的暴力或非暴力手段，使自己的某种权利得以实现或补偿，并使对方受到一定的制裁和惩罚。^① 私力救济的主体不仅是直接受害者本人，而且也包括与其权利或利益相关的家庭、家族、村社和其他主体。私力救济经历了从血亲复仇到同态复仇的演化过程，这一过程的结果是私力救济的某些规则明确化和定型化。控制和减少私力救济是文明社会的原生功能之一，现代社会中，血亲复仇和同态复仇的私力救济形式，早已被公力救济代替。然而，在公力救济以外，借助当事人自身的能力解决争议和冲突的所谓自力救济，或者借助第三者的“社会优势”解决当事人之间的争议的公助救济或社会救济，仍在一定的范围内存在。特别是体现为“自助”（self-help）形式的自力救济严格受到国家立法的限制。^② 自力救济毕竟是一种最简单的，花费最少的争议解决方式，不能否认即使在人类步入社会管理高度现代化的今天，自力救济中的某些方法仍然在起作用，因此，我们不能全盘否定自力救济应有的作用。

与私力救济相对，公力救济是以公共权力解决民事争议。被赋予这种公共权力的国家机关通常为法院。法院代表国家作

① 程燎原、王人博：《权利及其救济》，山东人民出版社2002年版，第362页。

② F. H. Lawson: Remedies of English Law (Second Edition), London Butterworths, 1980, P. 25-46.

为裁判者以中立的立场来审理和裁判当事人的民事争议，并通过执行制度来保证裁判的实现。^① 这就是诉讼制度，诉讼是公力救济的主要表现形式。公力救济对私力救济的替代，意味着权利救济只能是国家通过法律实施，未经法律认可或者与国家立法相抵触的其他规范和规则都不能对争议权利提供救济。

通常人们在论及私力救济与公力救济时，都是从纠纷或冲突解决机制的角度考察不同解决机制的特点，论证社会对诉讼制度选择的合理性，因此，所有关于这两种救济的论述一旦推演出诉讼是能够使纠纷得到最公平、最合理的解决机制的结论，便戛然而止。^② 或者有的学者直接将救济描述为争议解决机制，认为救济“在功能方面，它是‘第一权利’实现的保障，通过冲突的解决，为权利提供一种程序化的机制。”^③ 甚至明确提出，“哪里有权利，哪里就有救济，也可以表达为：哪里有权利纠纷，哪里就有诉讼。”正因为如此，便在人们的观念中，混淆了救济与诉讼程序的概念，给人们的印象是救济便是争议解决机制，便是诉讼制度。实际上，诉讼程序只是实现救济的途径，当事人只有通过诉讼这样的路径，才能获取自己所寻求的救济方法，如损害赔偿，实际履行等，才能使所遭受的损害得到补偿和恢复。程序制度所解决的问题是，如何为寻求救济的当事人提供一个公平、高效的通道；而救济法所解决的问题是，救济方法与损害之间的适应性，救济结果对救济的终极目的——公平、正义的满足程度等等。

① 参见张卫平主编：《民事诉讼法教程》，法律出版社1999年版，第1~2页。

② 江伟主编：《民事诉讼法》，中国人民大学出版社2002年版，第4~5页。

③ 程燎原、王人博：《权利及其救济》，山东人民出版社2002年版，第358页。

第二节 民事司法救济

一、救济方法

救济方法是救济提供者——法官针对不同的损害结果或侵害行为，向受害人提供的各种补偿和减轻损害的手段模式。这些救济模式包括：司法上的权利宣告，制止以侵犯权利相恐吓或终止侵犯权利行为的继续（例如以禁制令的方式），撤销或取消交易，保证或保护财产的占有，对第一权（例如，要求偿还债务的权利）的强制执行，以及最普通的给付，由于当事人的行为而造成损失的赔偿金等。

除此之外，英美法上还有适用于各种特殊案件的救济方法，例如解除婚约、取消账户、请求发布君王特权令、信托破产管理令、公司清算、变卖破产者的房地产，等等。所有的救济方法，都是以某种方式对由于他方当事人违反义务而造成的损害进行的补偿。在这一点上，救济方法与旨在惩罚或威慑违法者的刑事处罚和制裁是显著不同的，后者一般适用于刑事法庭。

民事司法救济是通过民事诉讼实现的。权利人在其权利受到侵害时，选择援用国家提供的司法程序，由法官作出判定，使受损害的权利得到补救和补偿。法官在给予这些补救和补偿时，创造出许多针对不同损害的救济方法。正是这些救济方法清楚地划定了权利的界域，使权利体系更加完整、系统，使实体法得到发展。

二、救济的法律规范

救济法是指关于在各种权利被侵犯时应予实施或请求实施

适当救济方法的法律规范。直至 19 世纪,在英格兰法律中,救济法主要被视作程序法,并且救济方法先于权利这一原则得到普遍承认。此后,特别是在现代英美法中,救济既不是实体的,也不是程序的,而是跨越两者的相对独立领域。^① 救济法介于实体法与程序法之间,既有别于两者,又与两者衔接。在一个诉讼案件中,法院按照实体法确定当事人所受到的侵害;按照程序法履行其所有的调查职权。而法院针对已经确定的被告的不法行为所采取的措施,则是救济法所要解决的问题。对如何作出救济的决定,在实体法的各个领域,无论是合同、侵权,还是海商、知识产权中都会遇到相同的问题。因此,救济法所研究的也是跨越各部门法领域的问题。“救济法同时还是关系到是将诉的请求拒之门外,还是给予禁制令并实施实质性审理的判断,并且根据判断的结果而考虑应给予何种救济的法体系。总而言之,我们说它介于实体法与诉讼法之间,是因为它是以两者各自延伸出来的部分,作为自己的组成部分。”^②

另一方面,在大陆法系中,如果公认的合法权利受到了侵犯,则应予救济。由于对受侵害的权利的补偿方法已在实体法中作了较为详细的规定,因此,权利与救济之间的区别,常常被等同于实体法与程序法之间的区别。于是,权利与救济之间的区别,便成了实体法与程序法之间的区别。^③ 然而这是不准确的。因为产生于违反义务或侵犯第一权的救济权,是与第一权同样的法律权利,而程序法仅仅是关于救济权得以实际生效的方法或手段的法律。从受侵害的权利,到通过程序使受侵害

① Russell L. Weaver: *Modern Remedies: Cases, Practical Problems and Exercises*, West Publishing Co., 1997, P. 1.

② [日] 谷口安平,王亚新、刘荣军译:《程序的正义与诉讼》,中国政法大学出版社 1996 年版,第 160 页。

③ 《牛津法律大词典》,光明日报出版社 1988 年版,第 764 页。

的权利得到恢复，连接二者的是法官所判定的救济方法。要求交付所购货物的权利和对方未交货时要求付给损害赔偿的权利，均为实体权利，虽然取得给付损害赔偿判决的步骤和执行法院判决的方式同样属于程序法，然而在交付货物与损害赔偿间的选择以及损害赔偿范围的确定，才是救济的范畴。大陆法上，救济的方法极少被视作是一个独立的法律部门。对于不同的救济方法的运用，常常要与各种第一权利和这些第一权遭受侵犯的方式联系起来考察。

第二章 民事司法救济的历史

第一节 古罗马法中的救济

一、古罗马法中的诉权

诉权,又称诉讼权(actio),是古罗马市民权的重要内容之一,属于私权。在古罗马,市民在其权利被人否认或被人侵害时,便可根据诉讼权,请求法官予以确认或者排除障碍,并获得赔偿。^① 诉权中已经包含了救济,如返还物件诉,其救济便是使原告收回其财产,又如撤销诉、减价诉等。从罗马人的诉讼观点看,罗马的权利体系是一种诉权体系。^② 诉权都各有其特定的名称,不同的诉权与不同的权利相对应。市民法上的诉权由法律分别规定,其数额是有限的。如“物件返还诉”(rei vindicatio)、购买诉(actio empti)等,各有适用的条件和程序。除此之外,权利人不能请求救济。与现代法中的一项权利仅有一个诉权,且没有其他诉权可供原告选择的情形不同,在古罗马时期,同时一项权利常有数个诉权,权利人可选择其一而提起相应的诉讼;而当一项权利受到侵害时,权利人

① 周栢:《罗马法原论》(上册),商务印书馆2001年版,第109页。

② [意]朱塞佩·格罗索,黄风译:《罗马法史》,中国政法大学出版社1996年版,第247页。

也往往要运用数个诉权才能达到保全其权益的目的。

（一）市民法中的诉权

市民法（*ius civile*）是古罗马时调整有关私人关系的制度，是在城邦机构的权威之外形成并发展起来的规范体系，其领域涉及较小群体的社会。市民法代表着一种自然形成的法，是涉及私权的法律，其作用在于调整和约束由私人处置的物的关系和条件，并设有相应的诉讼保障——诉权。^①

以对所有权的保护为例，所有权人有两种诉权，即物件返还诉（*rei vindicatio*）和所有权保全诉（*actio negatoria*）。这些诉权都有各自的要件以及适用的程序。^②物件返还诉，是所有人要求非法占有其物的人返还原物之诉，是市民法保护所有权的诉权。物件返还诉要求标的物须为罗马物，即要式转移物，同时标的物还应为独立存在的物；如果所主张的标的物已经与被告的物件合为一体而不再独立存在时，所有人不能主张物件返还诉，而只能请求损害赔偿；如果被他人侵占的物件能够与他物分离，则必须先提起“交出物件之诉”，然后再提起“物件返还诉”。物件返还诉要求原告须为市民法上的所有人，并且失去对所有物的占有，否则所有人受占有令状的保护，不需援用该诉权；相应的，被告应为实际占有标的物的人和持有标的物的人，或假占有和前占有人。物件返还诉的程序，是用宣誓来解决讼争所有权的归属问题。^③被告败诉后，应将原物和孳息一并返还原告。原告应返还被告在占有期间因物件而支付的费用。

古罗马诉讼的最初发展阶段采用的是早期的诉讼形式，这

① [意] 朱塞佩·格罗索，黄风译：《罗马法史》，中国政法大学出版社1996年版，第96页。

② 高等学校法学试用教材：《罗马法》，群众出版社1994年版，第170页。

③ 周相：《罗马法论》（上册），商务印书馆2001年版，第380页。