

论民事救济权

莫爱新

(中国政法大学 商学院, 北京 100088)

摘要: 从民事权利的效力分析出发, 导出民事救济权, 并进一步研究分析了民事救济权的意义、特点、功能、分类与行使原则等救济权的一般性问题。

关键词: 原权; 保护力; 救济权

中图分类号: D923 文献标识码: A 文章编号: 1007-6875 (2005) 05-0656-05

民法是权利法, 民法的中心问题之一是确认与保护民事权利, 民法的发达与繁荣既在于赋予民事主体广泛的民事权利, 同时也更在于确保民事主体确实充分的享有这些权利, 由此, 必须重视由客观权利 (法律) 到主观权利 (民事主体所实际享有的权利) 的转换及实际上两者之间的悬差。^[1]笔者认为, 从实在法的角度来看 (救济权本身就属于实在法范畴的概念, 自然法是不存在救济权的, 所以本文所作的研究是立足于实在法而言), 重视与完善民事救济权制度是解决上述问题的起点与重点。^[2]“有权利就有救济”, 没有保障的权利即裸露的权利只能称之为自然利益, 没有人能对该利益真正排他性的支配享有, 权利的形成与赋予和权利的保障是一物之两面, 没有权利的形成与赋予谈不上权利的保障。著名学者认为: “民法关于权利的保护, 端在救济权制度, 即赋予当事人救济权, ……”^[3]由此可见, 民事救济权利制度是保障民事权利实现的起点和重点。

1 从民事权利效力解析看救济权

利益是权利的核心与客体, 没有利益也就无权利之说。^[4]追逐利益是人的本性与行为的准则之一, 利益追逐与利益稀缺引起了人们之间的矛盾与冲突。权利的出现使得这种矛盾与冲突具有理性化的色彩, 摆脱了野蛮与原始性。从原始的利益追逐到利益的权利演进是一个受多种因素影响的长期复杂的过程。但无论怎样, 其最终结果是: 权利只能形成于有秩序的文明社会之中, 无秩序状态下不能形成权利。人们是否真正享有并支配某种利益, 只有在社会秩序初步形成后, 并通过社会秩序对利益的

享有与支配的肯认和保障来加以判断。此时, 对利益享有与支配便取得了权利的形式, 权利主体就取得并拥有了对某种利益依其意思支配而不受他人无端干涉的自由, 并有为确保利益的充实完整而排除妨害与侵害的权利, 权利的充实完整性与权利的不可侵犯性是不可分的。权利之构成要件有二: ①权利主体 (权利人) 对权利客体 (利益) 占有与支配, 称之为权利构成的必要要件; ②权利主体对利益的占有与支配须得到社会秩序的肯认与保障, 即具有保护力, 称之为权利构成的充分要件。当人们对某种利益的占有与支配得到社会秩序的保护, 因此而具有保护力时, 便产生了权利。从权利之构成不难看出, 任何一项权利皆有二种基本效力 (部分权利还有其特有的效力): ①权利主体对权利客体 (利益) 的支配力; ②确保权利主体利益圆满与实现的效力, 可称之为权利的保护力。^[5]民事权利具有支配力与保护力二种效力构成, 一般说来, 就保护力而言, 在民事权利没有受到侵害与妨害的正常状态下, 保护力表现出消极预防的效力, 此效力有助于义务人心理上形成一种尊重权利的意识, 使其能切实自觉地履行自己的义务, 从而维护权利的不可侵犯性与充实完整性; 当民事权利受到侵害与妨害时, 民事权利之保护力就表现出积极效力, 从而外在化为民事救济权, 并通过自力救济程序或公力救济程序达救济原权的目的。故救济权不过是民事权利之保护力的外在化表现。可以说, 没有民事权利保护力的消极预防与这种保护力进一步外化的民事救济权的积极预防, 权利主体对利益的支配只能是一种自然事实状态, 不可能对任何人产生任何拘束效力。由上可见, 民事权利之保护力的上述

收稿日期: 2005-08-13

作者简介: 莫爱新 (1973-), 男, 河南信阳人, 中国政法大学教师, 民商法学硕士, 研究方向为民商法。

作用机理与刑法中刑罚制度的一般预防与特殊预防之价值颇为相似。

2 民事救济权的意义与特点

2.1 民事救济权的意义

民事救济权是指民事权利受到侵害或侵害之虞时,旨在确保民事权利的利益状态圆满与实现,民事权利所固有之保护效力的外在化权利形式,其依存于本权(即受到侵害或侵害之虞的民事权利,也称之为原权)而存在但又区别于本权的一种权利形态。民事救济权的意义有:①救济权是民事权利所固有之保护效力的外在化权利形式。如前所述,民事权利有两种基本效力,即支配效力与保护效力,就权利形态而言救济权是原权受到侵害或侵害之虞时原权之保护效力的一种积极外在化表现。②由于救济权是于原权受到侵害或侵害之虞时对原权的一种救济权利,其义务人是特定的侵害人,因此救济权是对人权。③救济权功能在于确保原权利的利益不受损害或者不当影响,从而维护原权利利益状态的圆满与实现。可见,原权是救济权价值存在之基础,无原权则就无所谓救济权而言。④救济权是依存于原权而存在但又区别于原权的一种权利形态。原权是权利主体对利益之支配的权利,是救济权存在的基础;救济权是原权之保护效力的一种积极外在化权利表现,旨在保障原权利利益实现的权利,不同于原权利。

笔者认为,“救济权是原权之变形”^④的观点值得商榷。该观点认为:救济权是在原权受到侵害或有侵害之虞时方发生,从发生形态看是原权之变形,不可能与原权同生。此观点不妥之处在于:①原权受到侵害或侵害之虞时,原权并不必然的灭失。恢复原状、消除危险、排除妨害等救济措施并不一定都是在原权灭失的情况下适用,如:名誉权受到侵害时的宣示性救济,作为不会灭失的人格权——名誉权与获得宣示性救济是完全可以并存的;另外,救济性抗辩权的一时性抗辩权更是如此。认为救济权是原权之变形,不可能与原权同在,那么,在上述情况下难以让人理解。②救济权是对人权,而原权则既可是对人权,亦可是对世权。纵使原权受到侵害,原权并不一定灭失,而且尚可透过救济权的行使,原权仍可得完全恢复或部分恢复,下面的物权就是鲜明一例:物权受到妨害时,权利人可以通过物上请求权排除妨害,房屋墙壁遭他人违法涂抹破坏、汽车轮胎被事非之人捅破等,并不至于房屋与汽车的所有权消灭,在此,所有权就与物上请求权同在。故救济权作为对人权也难以完全取代原权,正是因为原权既有对人权也有对世权。

基于上述原因,救济权是原权受到侵害或侵害

之虞时原权之保护效力的一种积极的外在化权利表现,救济权因原权而生,是原权的衍生物,它时而会于原权同在,如前例汽车所有权与轮胎损害赔偿权,也可能会因原权的灭失嬗变独在,如原权灭失的损害赔偿请求权。因此,不能笼统地认为救济权是原权的变形,不能于原权同在。

2.2 民事救济权的特点

救济权区别于原权而存在,系与原权相对应之概念,系原权保护效力的积极的外在化权利表现,其功能在于保障原权的实现,维护权利之利益状态的圆满。

关于救济权的特点,在刘心稳主编《中国民法学研究述评》中有所论及。该书认为目前学者对救济权的特点大致归纳为如下几点:保障性;派生性和援助性;衔接性;重叠性或竞合性;消极性;期间性。^⑤下面对上述特点逐一透析,以试图得出救济权的特点。

(1)对保障性、派生性、援助性和消极性的检讨。基于权利之相互关系,可将权利分为原权与救济权。原权即基础权利,体现的是民事权利主体可以自己意志对利益做出一定支配的自由;救济权是救助性权利,是在基础权利受到侵害或有被侵害之虞时,原权保护效力体现出积极救助性的效力,并外在化为民事救济权利,救助原权之损失,救济权之于原权的救助保障性特点已很是明显。本文以为援助性是保障性应有之义,援助性之特点可被保障特点吸收。另外,救济权是原权保护力的权利表现形式,是原权的派生,因此具有派生性。

在基础权利处于正常状态下,原权之保护力表现出一种消极预防效力,预防使得侵害或妨害“防患于未然”,也可称得上是间接救济;在基础权利被侵害或陷于危险的情形下,基于恢复或保护原权的需要,原权之保护力积极外在化为救济权利形式。认为救济权与原权利相比较救济权是消极被动的观点未能从救济权的形成本身看问题,是“只见树木而不见森林”,承认救济权的消极性特点不能有助于对救济权形成的正确理解。因此,消极性不应是救济权的特点。

由上分析可见,就救济权的功能而言,保障性与派生性相比不仅是救济权的特点之一,而且也是救济权的基本特点。

(2)救济权的重叠性或竞合性。一项侵害或危险,常发生数个具体的救济权,此为救济权竞合,通常有两种情形^④:①一项侵害或危险,同时加害几个基础权利,从而相应发生数个救济权。②一项侵害或危险,加害一项基础权利,由于救济权具有多种形式,也可能发生数具体的救济权,如:因显失公平的承担债务人,其可同时享有撤销权、变更权、废止债权请求权,损害赔偿请求权、拒绝履

行抗辩权。由此可见,“重叠性或竞合性”不失为救济权特点之一。

(3) 救济权的衔接性。民事权利受到侵害或危险时,权利主体便可凭借救济权来救济其原权损失,依靠救济权来“保驾”。救济权的行使方式有自力救济与公力救济两种形式,其中,公力救济方式为文明社会所普遍采用的救济方式,此种救济方式就是权利主体通过诉讼或其他程序来救济其权利损失。从此意义上讲,救济权是连结民事实体法与民事程序法的纽带。

(4) 救济权期间性与非常态性。期间性即救济权利的行使受期限限制,否则,消灭其法律效力。救济性形成权一般受民法上除斥期间的限制,救济性请求权受诉讼时效的限制,救济性抗辩权也一般以诉讼时效限制其行使期间。^[5]笔者认为,救济权的“期间性”特点与其“非常态性”特点密切相关。“非常态性”就是指救济权仅在原权受侵害或侵害之虞时发生,其目的在于救助原权的损失,原权获得救助之后便消灭,不以长久存在为目的(基于物权本身的特点,物权救济权之一的物上请求权有所例外)。基于救济权非常态性特点,考虑到利益冲突的生活事实情况,有必要对救济权的行使期限加以限制,避免救济权的无期性所带来的生活事实的不稳定。由此,也就有了救济权的期间性。另需说明的是,救济权的非常态性特点是于原权利相比较而言的特点,原权利是一种不需依赖它权利而存在的常态性民事权利,此点也是两者之间的一个重要区别。

通过以上救济权诸多特点的分析整合,笔者认为救济权具有以下特点:保障性与派生性;重叠性或竞合性;衔接性;期间性与非常态性。

3 民事救济权的功能

民事救济权的功能在于保障原权利利益状态圆满与实现,使权利人切实圆满的支配该利益。欲弄清民事救济权的功能,必须把它放在民事权利效力构成中的加以理解。民事权利表现为权利主体对利益的支配享有,且这种支配享有是受保护的,不可非法侵犯的。权利主体能否对利益具有排他的、不受侵犯的支配力,与权利之保护力密不可分,保护力使人们对利益的支配享有具有了权利的形式与权利的效力。在民事权利的正常状态下,保护力起预防警示作用,避免义务人不履行义务,消极保障权利人的利益实现;在原权受侵害或有侵害危险时,保护力便转化为民事救济权,积极救助原权损失,恢复或填补原权受损之利益。原权之保护力与原权之救济权使民事权利主体对利益支配由以前的自然事实转化为法律事实,原权与救济权就这样相生相随,“有权利就有救济”,相反“无救济也就无真

正的权利”。上述可归纳为:保护力使人们对利益支配享有由自然事实状态转化为法律权利状态;救济权是原权利之保护力的权利形态;救济权从其产生来看,其功能在于保障权利主体对利益的真实支配,即保障原权利利益的真实圆满性。

4 民事救济权之分类

关于民事救济权之分类,因学者所采标准不同也导致分类结果的不同。本文从救济权所救济的原权类型、救济权在救济原权时所表现的具体权利形式、救济权的行使方式以及救济权的救济效果等四种角度对救济权予以分类。

(1) 按救济权所救济的利益(等同于救济权所救济的原权类型)不同,救济权可分为人身性救济权、财产性救济权和其他救济权。人身性救济权指保障人身权不受侵害,救助人身权之损害的救济权;财产性救济权是指保障财产权不受侵害的,救济财产权损害的救济权,又可大致具体化为物上请求权与债权的请求权。

(2) 按救济权所表现的具体权利形式不同,可将救济权分为形成性救济权、请求性救济权、抗辩性救济权。^[6]此种分类的学者认为,此种分类为民事救济权之基本分类,本文亦赞同此观点,原因主要有二:第一,分类标准的科学性。①该种分类以救济权的具体权利形式作为标准,科学性在于可牢牢抓住救济权的根本所在,即救济权是如何保障原权不受侵犯与救济原权损失的。②该种分类以救济权的权利形式作为分类标准,科学性在于可从救济权的权利内涵上清晰准确地认识救济权。如请求性救济权,其内涵为救济权人基于基础权利被侵害或有侵害危险可请求加害人为一定给付,以达恢复原权之效力。第二,分类的逻辑严密性。民事权利受到侵害或有侵害之虞时,就须依救济权予以积极救助。对民事权利的救助,要么由民事权利人自己以作为或不作为的方式来实现,要么由受害人与愿意承担义务的第三人以作为或不作为的方式来实现。救济性形成权即救济权人通过自己单方的作为方式,而单方变更、撤销、消灭相对人的权利,救助自己的基础权利;救济性抗辩权即救济权人通过不作为方式拒绝相对人之请求权,达救助原权之效果;救济性请求权是通过相对人的作为或不作为方式来达到救助原权之效果。因此,此分类具有严密的逻辑性。

下面对这一分类作概略性的介绍。

其一,救济性形成权。即救济权人依单方的意思表示便能使相对人权利发生变更或消灭的权利。救济性形成权之所以发生,是因相对人的权利存在不法性或不公平性,从而使救济权人的权利处于被侵害或危险的状态。故民法赋予受不公平危害的当

事人以救济权利,对相对人的权利加以变更或消灭。这种救济权的权利内容表现为:救济权人享有依据单方意思表示,变更或消灭相对人因不法侵害或不公平而发生的权利。其法律效果是通过变更或消灭行为的行使,而消除不法或不公平状态,最终恢复救济权人的基础权利。救济性形成权,主要是变更权、解除权、终止权、抵消权、撤销权等。

其二,救济性请求权。指救济权人的基础权利被侵害或有被侵害危险时,请求不法加害人为一定行为或给付的权利。救济性请求权的发生根据是救济权人的基础权利有被侵害或有被侵害危险的事实,这种侵害或危险是由相对人之不法行为所造成的。其权利内容表现为救济权人享有请求相对人为一定行为或给付。法律效果是通过相对人为给付或一定行为,侵害或危险被排除或补救,救济权人的基础权利被恢复或补偿。救济性请求权的具体形式表现为《民法通则》第124条规定的民事责任方式,如停止侵害请求权,排除妨害请求权、消除影响请求权、更正给付请求权等。

其三,抗辩权。抗辩权是抗辩权人基于基础权利被侵害或在危险时,依法拒不为某项义务,以对相对人的请求的权利。抗辩权的发生根据是,相对人享有请求权,但该请求的产或存在无合法根据;抗辩权的权利表现为抗辩人享有以不作为阻止相对人请求权利效力,以免除自己的义务;其法律效果是,抗辩权人通过抗辩权的行使,发生阻止相对人请求的效力,从而保护或恢复基础权利。救济性抗辩权主要有:一般的恶意抗辩权、优先抗辩权、同时发行抗辩权、先诉抗辩权、举证责任上的抗辩权、拒绝接受履行的抗辩权,善意取得抗辩权,其他抗辩权等。

(3)按救济权的行使方式的不同,救济权可分为自力救济权与公力救济权。自力救济权是依靠自己的力量强制侵害人,以捍卫受到侵犯权利的权利;公力救济权是权利人通过国家专门的暴力和程序强制侵害人,以捍卫受到侵犯权利的权利。

(4)按救济权最终所达法律效果的不同,可将救济权划分为:一是损害赔偿式救济;二是恢复原状式救济;三是强制性救济;四是宣示式救济。^⑤

5 民事救济权的行使原则

民事救济权作为一种保障性与辅助性的民事权利,是权利人救助原权损失的依据,救济权的此种功能能否得以实现依赖于救济权利的充分行使。因此,救济权的行使有着极其重要的意义。

民事救济权利的行使除当然遵守民事权利行使的一般原则之外,即权利不得滥用原则、公共利益原则及诚信原则等基本原则,尚须遵守自己所特有

之原则,主要有完全赔偿原则与同质救济原则。

首先,完全赔偿原则。民事救济权基本功能在于预防权利遭受损害,回复权利遭受损害发生前之原状,确保原权利法益圆满,民事救济权行使应以实现这一宗旨为目标,民事权利之利益受到侵害后,通过救济权的行使,有可回复权利之情形,并有不可回复原权利之情形。在后一情况下,通常做法是按价值规律对其实行等价赔偿,即金钱赔偿。不管怎样,必须确保权利人之利益不受减损。这样,才能维护权利真实神圣,保障权利的实现,也才符合公平正义原则之要求。当然,并不排除特殊情况下而适用限额赔偿,如海事赔偿之最高赔偿额的规定。完全赔偿是原则,限额赔偿是例外。

其次,同质救济原则。有教材这样认为责任的同质救济性:民事责任以回复被侵害权利的原状为要务,在回复原状不能时,则按价值规律的要求,用金钱赔偿损失。^⑦由此推知同质救济有两层含义:第一,民事权利的救济形式有回复原状与金钱赔偿;第二,民事权利救济应先行适用回复原状的救济方式,在回复原状不能时,才能适用金钱赔偿损失的方式。

同质救济之第二含义是值得商榷的,有观点认为,回复原状方式与金钱赔偿方式在适用上不应有先后之分。^⑧理由:(1)权利自由、意志自主的要求。民事权利是权利主体可依其意志做出一定行为的自由,原权如此,救济权亦应如此,这是权利本质的要求。民事权利受到侵害或有侵害之虞时,民事救济权之权利人即可基于此权利以适当的方式救济原权之损失,恢复原权之利益。依权利“自由”本质之原理,救济权人可选择回复原状的救济方式,亦可选金钱赔偿的救济方式,亦可采两者之结合方式,因此,以救济权适用形式的顺位来限制救济权人是无理论依据的。(2)承认救济方式适用的顺位,将会有违“公平正义”。①加害人应负损害赔偿的义务,限制受害人实现权利之方式,无异于减轻加害人之责任;先回复原状,后金钱赔偿,虽非为守株待兔,但费时,属强令受害人受加害人之约束而委曲求全。②回复原状是否不能,显有困难,难以判断,将此难题交由受害人显为不公。③先求加害人回复原状,思考模式强调的结果,有时会鼓励加害人多为加害行为,甚而侵害受害人隐私权益。④加害人对其加害行为主观上存在过错,客观上有违反义务行为,加害人人格因此应受怀疑,不足以信赖,若受害人须先行请求恢复原状,并交付受害之标的物于加害人之手,无异于牛羊入虎豹之口。(3)生活实情之要求。将回复原状之救济方式排在金钱赔偿救济方式之前适用,将有背于生活实情,脱离现实。①现实中,回复原状相当有限,直接金钱赔偿似占多数。在人身侵害、物之灭

失、给付不能、不可补正之不完全给付，乃至信赖利益之损害情形下，回复原状实为不可能，甚至种类之债有时回复亦难（如树之被伐，实在难以回复），且种类之债无回复之必要。由此，恢复原状救济方式似属假象问题。②恢复原状在技术上颇难，无金钱赔偿方便实惠。③恢复原状难以恢复被害标的物的市场价值，如为珍贵物之毁损，情形将更显著。上述三理由说明，恢复原状救济方式与损害赔偿救济方式应结合使用，不应有先后之分。

本文认为，上述两个观点都有其合理性，前一观点在物权之物上请求权救济方式与物权受侵害时的损害赔偿请求权救济方式的适用顺序上完全合理的，但却对后一观点所列举的三点理由难以做出充分的解释。本文认为，不应概而论之，应根据不同

原权类型具体加以考虑，可以分为人身权救济、物权救济、合同债权救济与法定债权救济、知识产权救济以及其他财产权救济等，不仅对于上述不同的原权救济加以具体针对性规定，而且对于能够进一步细分的原权如不同人身权等规定更具体的救济方式。上述关于不同原权救济的观点实际上在民事立法与民是理论上一直予以贯彻的，如：侵权责任与违约责任设计、物权的特殊保护（指物上请求权）与其他侵权救济、不同人身权的不同救济，知识产权中各种类型的权利的不同救济等。也就是说，民法不仅宣示性的规定了各种类型的原权利，同时也具体规定了各种原权利的保护与救济，这也是基本的立法技术要求。

参 考 文 献：

- [1] [2] [7] 张俊浩．民法学原理[M]．北京：中国政法大学出版社，2000. 68, 86, 42.
[3] 刘心稳．中国民法学研究述评[M]．北京：中国政

法大学出版社，1999. 77.

- [4] [5] [6] 杨振山，龙卫球．民事救济权制度简论[J]．法学研究，1993（3）．

注 释：

- ①本文如无特殊声明，文章所讨论的权利仅限于实体法层面的实体权利，而非自然法意义上的自然权利。
②受权利本质之“利益说”启发。“利益说”代表人物为英国法哲学家丁·边沁与德国法学家R·耶林。
③由于民事主体地位的平等，决定着民事权利的保护在更多情况下是一种事后救济，而且大多要借助公力救济，因此某种意义上说，称民事权利之保护力为救济力更为贴切，本文若无特别说明，民事权利之保护力即为救济

力。

- ④武忆舟．民法总则．中华民国七十四年．83-84.
⑤ See Ban B. Dobbs, Remedies West Publishing Co. P. 1. 转引自王涌《私权救济的一般理论》载《人大法律评论》2000年第一辑。
⑥ 该部分主要参照郑玉波先生七十华诞祝贺论文集中邱聪智论文《损害赔偿方法（解释）论之检讨》。

A Study on the Civil Right of Relief

MO Aixin

(China University of Political Science & Law, Beijing 100088)

Abstract Originated from the analysis of the authenticity of the civil right, this article infers the concept of the right of relief and further studies and analyzes the common issues concerning with that right, such as concept, essence, characteristics, functions, classification and other issues.

Key words original right, the power of safeguard, the right of relief

(责任编辑 吴 星)