

# 自我救济的权利

贺海仁\*

---

---

内容提要：权利救济是在权利被侵害后对权利的恢复、修复、补偿、赔偿或对侵权的矫正，它是一项实现权利的权利，争取权利的权利。权利救济是自我救济的权利，即权利人或权利主体对其权利的自我判断和自我实现的资格和能力。私力救济、公力救济和自力救济，是自我救济权利的三种外在表现形式。从自我救济权利出发，当代权利救济问题的实质是以自我救济权利为基点整合公力救济和自力救济。塑造合格的权利主体、倡导司法节制观和建构正义的社会结构有助于权利救济理论在中国的发展。

关键词：权利救济 自我救济 法治社会

---

---

## 一、作为权利的救济

### （一）救济权和权利救济

汉语中，“救济”一词通常具有救援、救治、救助或援助等含义，指对那些陷入困境的人实施的物质意义上的帮助，以使受救济的人摆脱困境或暂时脱离险境，<sup>〔1〕</sup>例如失业救济、救灾救济、急难救济、妇幼救济、医疗救济、社会救济等等。从救济得以存在的基础上来说，它们中有的基于法律的直接规定，有的基于人道主义原则，有的基于特定共同体长期共同生活所积淀下来的惯例或习俗。从救济存在的结构上来说，它们都具有“救济者-被救济者”、“给付-接受”的基本要素。在权利、义务语词的最广泛意义上，即作为法定权利（义务）、道德权利（义务）或者习俗权利（义务），它们也可以成立“救济者的救济义务-被救济者的救济权利”这样的关系。

除上述含义外，“救济”一词还具有恢复、补偿、修复、赔偿、矫正等含义，例如司法救济、法律救济、公力救济等。这种意义上的救济，通常以某种权利的存在和被侵害为前提，是对权利的救济，即在权利被侵害后对权利的恢复、修复、补偿、赔偿或对侵权的矫正，故常称为权利救济。

权利救济是一种特殊的救济。其特殊性，首要表现在权利和救济的关联上：“权利和救济这样的普通词构成了对语……更准确的分析可以这样来表述：法律制度赋予特定关系中的当事人以两种

---

\* 中国社会科学院社会学研究所博士后研究人员。

〔1〕救济，指“用金钱或物资帮助灾区或生活困难的人”，其复合词“救济费”、“救济粮”、“救济难民”等也是汉语中常用的词，参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》（2002年增补本），商务印书馆2002年版。

权利和义务：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款；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予赔偿。虽然只有在第一权利未被自愿或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的他方当事人违反义务行为造成的后果。”<sup>[2]</sup>也就是说，首先，权利救济本身也是一项权利，是相对于实体权利的“第二权利”，是矫正或补正权利的权利、实现权利的权利；其次，这种救济权针对的是违反义务的不正当行为，且该不正当行为已经造成对权利的侵害或损害；第三，这种救济权是法定权利，具有强制性。

上述关于权利救济的理解，主要是从其法律属性出发的，它解释了权利救济所具有的法律权利属性，明确了救济权相对于原权利的地位和功能。然而，这种理解还只是初步的，要揭示权利救济的性质，还必须结合权利理论对之进一步探讨。

## （二）权利救济是自我救济的权利

对权利救济的现有研究，往往从功能主义救济观和权利保护救济观两种视角出发。前者主要从社会纠纷解决机制（例如诉讼、仲裁、调解等）方面给予技术和结构上的整合，<sup>[3]</sup>后者主要在功能主义的救济观基础上将对权利的保护明确为救济的目标。<sup>[4]</sup>如果说功能主义的救济观解决的是权利救济的合法性以及具有实证规范意义的分析价值，权利保护的救济观则为这种工具意义上的救济理念和制度设计指明了方向。从这个意义上讲，权利救济作为一个专门的法学术语，包含了对权利进行救济和根据权利进行救济两个基本方面。前者是指为了维护和实现权利而为之的救济；后者是根据权利，而不是简单的慈善、秩序、治理、报应、功德等的救济，它“无需谋取，也不是奖赏”。<sup>[5]</sup>由此，从权利角度理解权利救济概念，是一条必由路径。

从权利理论出发，本文认为，权利救济作为一种权利，是自我救济的权利，即权利人或权利主体对其权利的自我判断和自我实现的资格和能力。这既与上述关于权利救济作为一种权利的法律属性相关，更是基于权利的主体性和权利的完美性。

### 1. 权利的主体性和人的完整性

人的概念，在不同的学科中有不同的称谓，如哲学中的主体、法律中的人、社会学中的代理人 and 心理学中的自我等，它们都从不同的侧面表达了人的主体属性。在西方启蒙运动和自由主义权利观念的支配下，人获得了自主的、能动的自治性主体地位，以此摆脱中世纪神学观念的束缚和封建人身依附的桎梏，如同政治国家一样，人也获得了“主权”的权利。权利被视为个人主权范围的领地，他人不得干涉、干预和侵犯，似乎忽然之间在欧陆出现了与它们的人口数量相对应的堡垒，一个人就是一个坚固的、牢不可破的堡垒。<sup>[6]</sup>同时，获得解放的人被赋予理性的力量，人依靠理性

[2] [英] 戴维·沃克：《牛津法律大辞典》，北京社会与科技发展研究所译，光明日报出版社1988年版，第764页。

[3] 参阅范愉：《非诉讼纠纷解决机制研究》，中国人民大学出版社2000年版；强世功编：《调解、法制与现代性》，中国法制出版社2001年版；何兵：《纠纷解决机制之重构》，《中外法学》2002年第1期；[美] 博西格诺等：《法律之门》，邓子滨译，华夏出版社2002年版，第631以下。

[4] 参见夏勇主编：《走向权利的时代》，绪论，中国政法大学出版社2000年修订本；[德] 耶林：《为权利而斗争》，载梁慧星主编：《为权利而斗争》，中国法制出版社2000年版；北京大学法学院人权研究中心编：《司法公正与权利保障》，中国法制出版社2001年版。

[5] [美] L·亨金：《权利的时代》，信春鹰、吴玉章、李林译，知识出版社1997年版，第3页。

[6] “起碉堡作用的权利”是雅赛对权利自由主义的概括，他说，“如果所有这些权利都是一个个的碉堡，既保障人们拥有他们所已经拥有的，又给他们保留好他们不如此就拥有不了的，那么，可以预言，随着时间的推移和人们眼界的睁开，社会注定要有越来越多的碉堡，碉堡后面，我们会有越来越多的特定的利益得到庇护。”参见[匈] 雅赛：《重申自由主义》，陈茅等译，中国社会科学出版社1997年版，第55页。

不仅成为“衡量万物的尺度”，更重要的是，他成为了自己的主人。康德的发言被认为具有经典性，他说：“只有一种天赋的权利，即与生俱来的自由。自由是独立于别人的强制意志，而且根据普遍的法则，它能够和所有人的自由并存，它是每个人由于他的人性而具有的独一无二、原生的、与生俱来的权利。……根据这种品质，通过权利的概念，他应当是他自己的主人。”<sup>[7]</sup>权利的概念使人具备了做人的资格，这仅仅是因为人有了“天赋的权利”。“天赋的权利又可称为‘内在地我的和你的’；因为外在的权利必然总是后得的。”<sup>[8]</sup>既然如此，人通过权利而具有主体性。“主体性是一个基本的概念，在一定意义上又是一个基础主义的概念。主体性保障的是自明性和肯定性。……同时，主体性还具有一种普遍主义和个体主义的意义。任何一个人都要受到所有人的同等尊重。与此同时，他又是判断所有人各自的幸福要求的源泉和终极权威。”<sup>[9]</sup>从人到权利主体的转化，赋予人行动的自由和凭籍，保持了人的自主地位，是人的完整性的体现。对权利的任何形式的侵犯，就上升到对人的“内在性”的侵犯，是对人的完整性的破坏。<sup>[10]</sup>作为权利的救济总是与人的生存安全和生活质量的连续性状态相关联，这是对人的自身生命和生活持久的和不被外界中断、扭曲、破坏或毁灭的一种最低限度的生存保障方式。

### 2、自我实现的自由和权利的完美性

权利救济的概念，如同自由的概念一样，是体现或表达权利实现问题的最有利的范畴。在黑格尔看来，人的主体性是通过人在精神上是自由的这一命题来完成的，即精神之所以是自由而且能够自由，是因为精神依靠它自身存在和发展，而不会如同物质一样依附他物生存和发展。“‘精神’的这种依靠自己的存在，就是自我意识……意识到自己的存在。意识中有两件事必须区分清楚：第一，我知道；第二，我知道什么。在自我意识中，这二者混合为一，因为‘精神’知道它自己。它是自己的本性的判断，同时它又是一种自己回到自己，自己实现自己，自己造就自己，在本身潜伏的东西的一种活动。”<sup>[11]</sup>因此，权利主体不仅是意识到权利的存在，也使权利主体在权利遭到否定时有自我决定和自我实现的自由。在这个意义上，权利救济只不过是自我救济的外在的形式。换句话说，权利救济在本质上属于权利主体自我救济的自由。权利既然属于人或公民，救济主体也应当属于相应的人或公民，二者的内在统一性使救济成为权利的不可剥离的属性。由此看来，权利或救济的主体性原则是认知主体在权利的实践领域自我意识、自我肯定和自我实现的指涉性概念，是权利主体和救济主体的同一性概念。权利主体与救济主体同一性原则表明权利主体和救济主体是权利在不同领域的再现，在权利观念和权利实践领域的有机结合，体现了权利完美性。当权利主体与救济主体虽处于不同的领域却成为不同的或者并列的主体时，权利主体与救济主体的同一性便受到挑战，但这并不意味着二者的有机状态的破坏，因为在权利主体与救济主体即使分离并且成为不同的主体时，如果救济主体不过是权利主体的另外表达，一定意义上的有机状态也是可以成立的。使同一性原则遭到破坏的真正后果是，权利主体失去了恢复被否定的权利的自主权能。权利主体与救济主体的同一性不同于权利主体与义务主体的同一性。对于后者而言，权利主体对义务的承担可能恰恰是自主性的体现。而且，权利主体对义务的承担是他享有权利的条件，为保障权利的实现提供了便利。

## 二、自我救济权利的三种形态

权利救济是自我救济的权利。从历史上看，自我救济主要有三种表现形态：首先是私力救济体

[7] [德] 康德：《法的形而上学原理——权利的科学》，沈叔平译，商务印书馆1991年版，第50页。

[8] 同上，第49页。

[9] [德] 哈贝马斯：《后民族结构》，曹卫东译，上海人民出版社2002年版，第180页。

[10] 不过，“它并不意味着人权不能被剥夺，而是认为如果人的权利被剥夺，那么剩下的生命就不是完整的生命了”。参见

[美] 文森特：《人权与国际关系》，凌迪、黄列译，知识出版社1998年版，第14页。

[11] [德] 黑格尔：《历史哲学》，王造时译，上海世纪出版集团2001年版，第17页。

现出权利救济的原初状态,其后有公力救济的替代形式,而自力救济的出现则是权利救济在更高层次上的历史回归。

### (一) 私力救济、公力救济和自力救济的概念

私力救济、公力救济和自力救济作为单独的概念早已存在于法律理论和实践当中。但是,它们究竟是来源于外文相应的翻译对语,还是汉语中的自有词语,有待进一步考察。在大陆法的概念中,法语中的Justice privee、德语中的Selbsthilfe,大致可翻译为私力救济或自助行为,后者与英文中的Self-help<sup>[12]</sup>的表达有相近之处。按照徐国栋先生的理解,在《学说汇纂》中只有Remedium praetoris(裁判官的救济),该词大致与“公力救济”相当,但在古罗马时代,自力救济发达,公力救济疲软,前者作为常态,没有必要为它专立词汇,所以自力救济是近代公力救济社会才有的一个词。<sup>[13]</sup>不过,这仅仅是一个推测,尚需得到证实。

在学术界或法律实践中,对私力救济和公力救济的二元划分属于主流,至多在自助行为的定性和归属上仍存在一些分歧。例如,布莱克斯通就把权利救济分为司法救济和非司法救济两大类。司法救济主要是指诉诸司法的救济,被认为是最为有效和正当的救济,而非司法救济则被界定为一种超越司法或反常的救济(an extrajudicial or eccentric remedy),其中包括自卫(the defense of one's self)、无暴力的取回或收回动产或不动产(recaption)、自行消除或取缔妨碍(the abatement, or removal, of nuisances)、扣押财物(distraining cattle or goods for nonpayment of rent, or other duties)等。<sup>[14]</sup>此外,人们往往混同使用自力救济和私力救济:或者将自力救济视为私力救济的组成部分,或者相反。其逻辑是,私力救济虽然是陈腐的落后的观念或行为,但私力救济的合理性一面不容抹杀。

权利救济的二分法过分强调私力(或自力)救济与公力救济之间的对立和差异,忽视了二者之间内在的历史关联,这使得对私力(或自力)救济合理性的研究常常陷入困境,造成不可调和的矛盾。把自力救济从私力救济的领域分离出来,并分别规定它们各自的属性和理论特征,有助于还原历史事物的本来面目。更为重要的是,不仅使自力救济作为一个相对独立的救济形态,而且使之成为与私力救济、公力救济相并列的权利救济形态,这既有助于加深对私力救济和公力救济的理解和认识,也可以在一定程度上扩展权利救济发展理论的视野。以下简述私力救济、公力救济和自力救济概念在本文中的应用,并以图表简要描述其各自的主要表现形式(具体参见表1-3)。

1. 私力救济。在历史上,它有自初民社会延续至今的复仇作支撑;有中国传统社会中的侠客观念为表象;在政治哲学中,它有武装斗争、起义、革命等予以解说;在司法程序中,它有以程序正义为依托而以个体规则的形式出现的本人审判(在中国社会中,它可以以潜规则的面目出现);在文化理论中,它有诸如被称之为温柔抵抗的大众文化和以全面否定现代性为标志的后现代主义提供根据以及在国际社会中频频出现的战争为表现等等。

2. 公力救济。公共裁判机构所实施的几乎所有的解决冲突的方法,一般均可称为公力救济,如放逐、神法裁判、仲裁、行政裁决、司法判决等。此外,一种被称为自助行为的救济在内容上虽然属于私力救济,但由于受到法律制度的支持,而成为私力救济和公力救济最为典型的结合形式,如刑法中的正当防卫、紧急避险、国际法中的国家自卫以及民法领域的自助行为等。自助行为是特殊意义上的公力救济,它所适用的领域仅限于法律上的授权和特定情形。

3. 自力救济。自力救济从积极和消极两个方面化解了社会生活中的冲突。从积极面看,有法庭内外的调解、和解、主动采取补救措施、积极履行义务、避免损失扩大等;从消极面看,有忍

[12] “自助的字面意思就是一个个体为自己而施行制裁的诸多努力。这一复合词也作为——尽管有些误导——传统的法律和社会学标签用来指由朋友、亲属、流言、治安队员以及其他非科层的第三方执行者施行的制裁,参见[美]罗伯特·C·埃里克森:《无需法律的秩序——邻人如何解决纠纷》,苏力译,中国政法大学出版社2003年版,第159页注21。

[13] 参见: <http://law.xmu.edu.cn/romanlaw/sub6-1.htm>, 徐国栋先生对“私力救济”一词翻译的答复。

[14] 参见 William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, London, 1809, pp. 1-16.

让、逃避、包容、宽恕等。

表 1 私力救济的几种主要表现形式

消极的私力救济	积极的私力救济
逃避或迁移	报复或复仇
疏远	革命、起义或反叛
辞职	议论或破坏财物
隐退	大众文化意义上的游击行为
自杀 <sup>[15]</sup>	骚扰、嘲笑或非难
	发动战争

表 2 公力救济的几种主要表现形式

消极的公力救济	积极的公力救济
正当防卫	诉讼、仲裁或神法裁判
紧急避险	流放或放逐
民法中的自助行为	工会、政党或非政府组织的行动
	违宪审查
	正当程序
	法律援助
	联合国人权委员会的行动
	“京控”、“上访”、“议会监督官”
	社会保障机制

表 3 自力救济的几种主要表现形式

消极的自力救济	积极的自力救济
放弃权利	调解
忍让	和解
宽容或饶恕	对话或商谈
决斗	当事人暂时搁置争议

## (二) 私力救济、公力救济和自力救济的辩证关系

私力救济、公力救济和自力救济这三种类型的划分与其说是定义的需要，毋宁说是一种历史的

[15] 关于自杀的私力救济的形式参考了布莱克将其作为自我帮助的提法，参见 [美] 布莱克：《社会学视野中的司法》，郭星华等译，法律出版社 2002 年版，第 82 页。

社会事实。私力救济的显著标志是，权利主体将自己或自己认可的标准作为判断案件是非曲直的标准，它或许恰好是公共规则的一部分或者为公共规则所承认，但这种契合仍然是偶然的、任意的产物，并不能改变其私力救济的性质。私力救济不能简单地与基于私利目的的救济、私下行为的救济划等号。在追求实体正义的过程中，私力救济的权利主体更多地体现在对案件是非曲直的自我判断基础上。权利主体依照自己的意志和规则在案件中分配权利义务，人人是自己案件的法官，它追求的是个人化正义。“所谓个人化正义是指解决纠纷具有下列三种特别风格中的一种或全部。首先是，纠纷之解决是根据法官个人在案件中的利害关系，例如是父亲、投资者或者其他有利害关系的一方（顺便说一句，这就是复仇正义的特点之一）；其次，纠纷解决是按照争诉双方的个性、身份、外貌或其他个人特点进行的，而不是按照他们诉讼本身的（非个人化的）优劣进行的。第三，得出的是实质正义而不是形式正义；即以一种看来对案件特点的最佳方式，而不是运用一般规则来解决纠纷。”<sup>[16]</sup>为此，私力救济也出现在公共裁判机构存在的场合中。如果作为“他者”的裁判者受制于一方权利主体，并且将一方权利主体的判断标准作为处理案件的标准，那么，这仍然是私力救济的形态。当然，这与作为“他者”的裁判者依照公共规则、经过审慎判断后采纳了一方权利救济的主张是有区别的。应当注意的是，私力救济是权利救济形态中的一个概念，因此，私力救济首先应当以权利或人权为预设，并且这样的人权或权利遭到了事实上的侵犯。这种预设的重要性在于，私力救济尽管常常体现出铁与血的“力量的逻辑”，却与需要克服的任何形式的侵犯行为相区别，当行为不是以救济为目的，或者说，不是以恢复自己的应得或应有为目标的，就应将其排斥在私力救济的范围之外。私力救济的概念不承认人类生物圈内的弱肉强食的法则。在这一前提下，我们从语义上分析私力救济的基本含义才不至于引起误解。

公力救济是在否弃私力救济的基础上产生的由公共规则支配的制度性救济。在西方法学理论中，自然法学家的社会契约理论神化了这一点。<sup>[17]</sup>历史实践表明，私力救济逐渐退出历史舞台是由残酷的人类生存和斗争的现实决定的，而不是什么哲学思维演绎和理论所预设的结果。<sup>[18]</sup>庞德坚持认为，对私力救济的限制是包括了救济制度在内的法律目的的发展规律，他说：“尽管对个人的侵犯影响了一般安全中的社会利益，但是人们在法律秩序初始阶段极感兴趣的方面却肯定是这样一种局面，即血亲组织社会中对个人的这种侵犯会引发私斗或械斗。因此，当时法律秩序的首要问题乃是缩小自行救助的范围和限制自行矫正。最终，法律秩序可以用和平的救济措施取代私人的自行矫正方式。”<sup>[19]</sup>从私力救济走向公力救济，使权利救济的结构发生重大转变。当人的自然权利被否定或受到损害时，人应当能够通过一个权威的公共裁判机构获得救济，而那种具有私力性质的自助式的救济则被否定。不过，这种否定不是对私力救济的简单抛弃，而是它的替代形式，是一种新型的自我救济。因为，不论是自己行使私力救济权还是委托他人或一个机构行使，都是为了使自己被否定的权利得到公平的救济。公力救济的标志是设立公共裁判机构，该机构应当根据法律对人们之间的冲突进行裁决。此外，不论是自愿的（社会契约）还是被迫的（社会矛盾不可调和）的前设，权利主体与救济主体在事实上都产生了分离，救济主体也被赋予新的力量，这种力量就是权力。因此，权力的出发点是对权利实施必要的救济，当权力失去它的这种目标时，权力就成为新的侵权形式。当然，由权力造成的对权利的侵害需要采取新的救济形式。

[16] [美] 波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社2002年版，第397页。

[17] “我也可以承认，公民政府是针对自然状态下的种种不方便情况而设置的正当救济办法。人们充当自己案件的裁判者，这方面的不利之处确实很大，因为我们很容易设想，一个加害自己兄弟的不义之徒就不会有那样有正义感来宣告自己有罪”，参见[英] 洛克：《政府论》下篇，叶启芳、瞿菊农译，商务印书馆1964年版，第10页。

[18] “国家是表示，这个社会陷入了不可调和的自我矛盾，分裂为不可调和的对立面而又无力摆脱这些对立面。而为了使这些对立面，这些经济利益互相冲突的阶级，不致在无谓的斗争中把自己和社会消灭，就需要一种表面上凌驾于社会之上的力量，这种力量应当缓和冲突，把冲突保持在‘秩序’的范围以内；这种……力量，就是国家。”[德] 恩格斯：《家庭、私有制和国家的起源》，《马克思恩格斯选集》第4卷，人民出版社1972年版，第115页。

[19] [美] 罗斯科·庞德：《法理学》第1卷，邓正来译，中国政法大学出版社2004年版，第376页。

表4 权利救济的三种类型

	私力救济	公力救济	自力救济
社会状态	非常态	非常态	常态
来源	个体意志	公共意志	共同意志
根据	个体规则	公共规则	共同规则
目标	实体正义	程序正义	共同正义

自力救济既不依赖于权利主体一方的规则和行为，也摆脱了“他者”的中间环节，径直在权利主体之间确立冲突的规则。这是一种试图调和程序正义和实体正义的努力，形成的是一种共同的正义。自力救济并不排除专业代理，事实上，在社会分工理论的指导下，专业代理广泛地存在于各种形式的自力救济形式中。这表明，在自力救济的当事人之间不是没有其他的主体存在，只不过其他的主体必须成为自力救济的一方权利主体的组成部分，而不是凌驾于一方或双方当事人之上的“他者”。私力救济因为常常强调个体正义或结果的实体正义而被舍弃，与此相反，公力救济（特别是司法救济）则因其程序形式主义而受到严厉的谴责。恢复私力救济，是一种历史倒退，因为主张实体正义的路径不必以牺牲法治的公共规则为前提；继续把守现代的、以司法救济为中心的权利救济制度，则是保守主义在这一领域的体现。需要复兴自力救济。当然，复兴不是简单地向以往的历史的复归，而是在更高的水准上达到辩证的综合。复兴是一项重建的事业，“是把一种理论拆开，用新的形式重新加以组合，以便更好地达到这种理论所确定的目标。”<sup>[20]</sup>在此，不妨把私力救济理论和公力救济理论拆开，用新的形式将权利救济重新组合。我们认为，自力救济理论便是这样一种组合后的新的形式，其目标是使权利主体既成为解决冲突的规则制定者，又成为执行者。

如果说私力救济是一反命题，为负；那么公力救济就是正命题，为正；自力救济则是对这两个命题的综合，应为合。这种黑格尔式的视角有助于把握权利救济的历史性以及渊源，有助于确立权利救济理论体系，而一旦这一体系显示出其基本轮廓，再从体系的角度去看待这些概念，那么，这些概念就会在不失其基本含义的同时又具有新意。<sup>[21]</sup>

### 三、没有司法的法治社会：从公力救济到自力救济

公力救济取代私力救济，并没有否定私力救济本身所蕴涵的自我救济的权利，毋宁说如何发展自我救济的权利是导致公力救济出现的历史原因。公力救济在如何体现自我救济的权利上，采纳了与私力救济不同的全新理论和制度。在近现代，它们是社会契约论或人民主权论支持下的议会制度、三权分立制度及其法治、司法规则。如果这些原理、制度和规则能够忠实地执行它们的固定路线而不至于偏离轨道，并且一以贯之地履行替代私力救济时的誓言和承诺，换句话说，在实现人的自我救济权利方面，它们是当之无愧的代表和完美形式，那么，自我救济的权利是依然保存于权利主体自身，还是部分保留部分委托或全部委托出去，就成为无关紧要的枝节问题了。自力救济理论否定了公力救济特别是司法救济中的绝对形式主义，打破了公力救济的完美性，要求公力救济检讨、修正、改良、改革它的行为法则和工具性理念，因此在强化而不是否定公力救济应体现自我救济权利

[20] [德] 哈贝马斯：《重建历史唯物主义》，郭官义译，社会科学文献出版社2000年版，第3页。

[21] 艾兰指出：“概念一旦系统化，便发展为具有别的层次的意义与蕴涵的抽象概念”，参见[美] 艾兰：《水之道与德之端》，张海晏译，上海人民出版社2002年版，第25页。

方面,自力救济理论与当前司法改革或改革司法的主张是一致的。然而,如果公力救济已蜕变为法兰克福学派所批判的工具理性时,如果人们潜在自觉或不自觉地因为完全依赖于公力救济(特别是司法救济)而丧失了自我救济的精神时,自力救济理论就需要与现代意义上的司法改革或改革司法论决裂,在始终把握自我救济权利的轨道上,冲出公力救济的铁牢,为权利救济的未来寻找新的出路。

由于司法救济是公力救济的主要表现形式,自力救济与公力救济的关系,可以求证于自力救济与司法救济的关系。对司法的功能(哪怕是最为基本的功能),如果不从强制性角度去认识和解读,而仅仅强调它在程序中的正义性质或实体上分配权利义务的妥当性,就看不到蛰伏于司法背后的暴力力量。现代社会的法治理论是近现代自由主义理论的产物,即使是最为纯粹的自由观,也无法不为“最低限度的强制”赋予必要的地位。哈耶克认为自由是“人的一种状态”,“在此状态中,一些人对另一些人的施以的强制,在社会中被减至最小可能之限度”。<sup>[22]</sup>显然,强制对于自由而言是必要的,只是“一个政府为了达到上述目的而必须使用的强制,应减至最小限度,而且应通过众所周知的一般规则对其加以限制的方法而尽可能地减少这种强制的危害,以至于在大多数情势中,个人永不致于遭受强制,除非他已经将自己置于他知道会被强制的境况之中。甚至在必须采取强制的场合,也应当通过把强制限制于有限的并可预见的职责范围,或者至少通过使强制独立于他人的专断意志,而使它不致造成它本具有的最具危害的影响”。<sup>[23]</sup>上述论断是哈耶克在极其谨慎的情况下作出的。一方面他阐述了自由的基本要素,另一方面使用了本身无法明确的诸多限制词,例如“必须使用”、“最小限度”、“众所周知”、“一般规则”、“尽可能地”、“有限的”、“可预见的”等等。

然而,尽管司法强制是被规制的强制,但它也是一种暴力,就其结果而言,它与其他类型的暴力并无二致。私力救济行为中所使用的暴力是显而易见的,只是由于它在公力救济社会中的“非法”性质而遭到否定。司法救济的暴力性表现在它的合法层面上,这一切都是由于国家垄断了暴力的权力而具有了正当性。韦伯说:“国家是这样一个人类团体,它在一定疆域之内(成功地)宣布了对正当使用暴力的垄断权。”<sup>[24]</sup>现代社会的司法越来越典型地体现了国家的这种独特的权力。

在司法救济的过程中,司法强制不仅维护了司法本身的尊严和秩序,也对司法救济的结果提供了正当性根据,仅在此过程当中,司法强制的必要性才是合理的。然而,程序正义、裁判的说理性等因素的导入并不能替代司法的强制性,也就是说,司法救济的有效性从来都是以司法强制性为保障的,程序正义或裁判的说理性只是为这种强制性的运用提供了进一步的合法根据。“人类社会的历史,就是追求社会强制与公正的努力不断失败的历史,究其失败的原因,通常是由于完全致力于消除强制的因素,或者是由于过分地依靠强制的因素。”<sup>[25]</sup>如果把尼布尔的这段话运用到司法强制和司法公正的关系上,那么,人类社会的确依然面临着要么从形式上消除司法强制,要么完全依赖于司法强制的巨大矛盾之中。人们相信司法的力量,或许是司法是具有大众看得见的正义形式,但谁能否认司法的威慑力量呢?因此,在司法领域中处理司法强制和司法正义的关系,只不过是司法强制如何体现司法正义,或者说,司法正义如何再现司法强制的问题。解决这一悖论的途径之一就是跳出司法救济中心主义设置的城堡,而转向法治规则指导下的自力救济。这一任务尽管非常艰巨,但惟有如此,才能看到前进道路中的曙光。

自力救济理论展示了权利救济理论发展的理论空间。私力救济社会可以被称为“没有法治的法官社会”、公力救济社会则可以称为“有法治的法官社会”。在私力救济社会,就典型形式而言,人人是自己案件或与自己有利害关系的案件的裁判者或审判者,或者说,人们具有使自己成为自己案

[22] [英] 哈耶克:《自由秩序原理》,邓正来译,三联书店1997年版,第3页。

[23] 同上书,第17页。

[24] [德] 韦伯:《学术与政治》,冯克利译,三联书店1998年版,第55页。

[25] [美] 尼布尔:《道德的人与不道德的社会》,蒋庆等译,贵州人民出版社1998年版,第16页。

件的法官的现实条件和可能性，这或者出于人的私利本性，或者出于特定的意识形态，或者出于人的理智上的幼稚，但不论怎样，这一切都可以归结为个体规则而不是法治规则。在公力救济社会中，由于人们沉湎于或无意识地依赖司法救济，往往把一切纠纷都推向法院，从而使法治社会变为法官社会成为可能。这当然可以视为另外意义上的“法官社会”。自力救济理论实际上就是一方面要使法治规则有所发展，另一方面要使没有司法的法治社会成为可能。但这种“可能”可能吗？这一问题无疑是很难回答的，自力救济理论目前也只能提供一个方向、一个线索。当然，没有司法的法治社会的观点不会导向马克思主义所设想的没有法律的共产主义社会，也不会导向儒家理想家眼中的无讼社会，与布莱克所设计的“电子司法”也毫不相干。<sup>[26]</sup>没有司法的法治社会的命题也并不是主张消灭司法进而取缔国家强制力的无政府主义，它意味着司法救济真正作为最后的救济手段，仅对那些对公法领域的救济和重大的、疑难的不能通过自力救济解决的问题进行裁判。在更多的场景中，司法救济只是一个默默无闻的旁观者，而不是显赫的、活跃于日常生活的裁判者。此外，不论法治社会是已经终结的或已经走到头的历史断言，还是尚需要进一步完成的历史任务，把法治与司法连接起来的做法更多地体现在以普通法为模式的社会中，而在采纳法治的普适性价值的其他社会，法治与司法的必然联系总是会受到巨大的挑战。最后，权利救济理论的发展应当是具有未来前景的开放系统，在把握人的自由、人的主体性、人的自主和自治等方面，自力救济理论无疑属于需要进一步完成的现代性理论。

### 四、权利救济在中国的前景

权利救济在中国的发展应当从三个方面来体认。一是通过传统文化资源与现代权利理论的有机结合，将儒家的“为仁由己”的道德人格转化为“权利由己”的现代主体；二是继续强化公力救济特别是司法救济的现代化转型，但其重点在于使司法救济更好地体现自我救济的精神，突出权利主体在解决纠纷过程中的资格、能力和信心，而不是打造全职权能的体现工具理性精神的法官社会；三是从正义的社会结构的角度着眼，为消除任何形式私力救济奠定基础。为了对上述三个方面作出解说，我们引入相关的三个概念，它们都是在权利哲学领域中正在被深度处理的命题。这三个概念是：自本民权、司法节制和正义的社会结构。这三个概念论域宏大精深，在本文中显然不能详尽处理，这里只能略述三个概念所蕴涵的精神，作为自我救济的权利在中国发展的背景理论资源。

#### （一）自本民权说与合格的权利主体

以民为本的民本论与为民之所本的新民本论是在中国文化和现实的语境下探讨民本主义的主要理论。二者都讲本，但对本的根据有不同的理解。以民为本强调民是本，得民即得天下，失民则失天下，但没有进一步说明为什么民是本的道理。或许“天道观”和“民本观”之间可以相通，即视民为天，视民心为天意，但由于中国传统文化没有西方社会哲学思维中颇为分明的“二分法”传统，<sup>[27]</sup>在天、道、民（人）之间并没有明显的凭籍等级结构，故而传统的民本说也可以称之为天本说或道本说。新的民本说以启蒙话语，重新审视了自先秦以来的民本思想和学说，试图把民本理念转化为民权理念，把民本政治转化为民权政治，把民本诉求改造为民权诉求。从民本到民权，不仅回答了民何以为本的道理，即以民权为民之所本的根据，而且颠覆了以民为本的传统精神，这就

[26] 在试图解决审判过程中的社会歧视问题时，布莱克预言了电子司法时代的来临，他说：“法律将进入一个崭新的阶段，由法官和陪审团决定的审判，将和由经过严刑拷问决定结果以及经过决斗决定对错一样进入法的历史。除非我们能够达到法律进化的最高阶段，否则我们将不可避免的经历计算机审判的时代”，参见前引 [15]，布莱克书，第 75 页。

[27] “西方哲学上本体界与现象界之分，宗教上天国与人间之分，社会思想上乌托邦与现实之分，在中国传统中虽然可以找到踪迹，但毕竟不占主导地位。中国的两个世界则是相互交涉，离中有合、合中有离的”，参见余英时：《中国思想传统的现代诠释》，江苏人民出版社 2003 年版，第 7 页。

是从他本的民本论到自本的民本论的转化。显然,如果继续论证如何完成这一转化工作无疑离题太远,需要关照的是自本的民权论与权利话语的结合及其追求,以期“致力于建构新的文化本体,培养合格的权利主体,改造现存的权利制度并使之得以有效运作。”<sup>[28]</sup>

自本民权说首先把握了先秦儒家的真精神,又吸收了自由主义权利哲学的要旨。<sup>[29]</sup>但是,这种结合不是机械地融合。自“五四运动”以来,儒家与自由主义的关系被认为是格格不入的,儒家思想被认为是中国实现现代化的障碍。二十世纪八十年代之后,对二者之间关系的论证发生了巨大变化,先是由对中国传统文化的同情性的了解开始,以后迅速转向对二者优越点的组合。<sup>[30]</sup>但是,这种一厢情愿的说法受到了众多的置疑。<sup>[31]</sup>其实,如果抛开“全盘西化”、“本位文化”或“中体西用”等西学东渐思维逻辑,并且不再把差别视为一种短缺或不足,而是作双向思考,平行关注,则也不失为一种角度、一种立场和一种态度。

民本论的资源,既不在于它有可以利用具有社群主义倾向的历史性和整体观,也不在于它在具体社会角色的合理分配和运作方面能够独树一帜,而是在于,在培养仁人主体的道德人格方面强调了人的自主、自立和自治。儒家道德主体的自主、自立和自治是由一系列概念和行为组成。在道德主体的具体称谓上,君子、士、仁者、贤者、大人、大丈夫以及圣人可以互通,<sup>[32]</sup>而“修身”、“修己”<sup>[33]</sup>、“克己”<sup>[34]</sup>、“由己”<sup>[35]</sup>、“自省”<sup>[36]</sup>等均表达了道德主体的实践含义,但仅有人自我修炼和自我觉醒,只达到了尽己,尚不能推己。“夫子之道,忠恕而已矣。”<sup>[37]</sup>朱子《集注》曰:“尽之谓忠,推己之谓恕。”消极意义上的恕是“己所不欲,勿施于人”,<sup>[38]</sup>积极意义上的恕是“己欲立而立人,己欲达而达人。”<sup>[39]</sup>儒家从尽己出发,达致推己,以忠恕之道,赋予人规范的道德主体,申言为仁由己,找到了实现理想道德人格的实用方法。

自由主义权利哲学赋予抽象的人和公民以自由主体之名,强调权利的享有和使用在权利主体本身,即权利由己,在创造、积累和完善人权和公民权的理论和制度方面奠定了深厚的基础。

自本民权观立足于中国传统社会的民本思想,又借助于现代社会的权利话语,二者的结合点在于权利在民,权利在人。民既是人民的民、民众的民,也是抽象的原子意义上的人,是具体的活生生的每一个人。换句话说,民的概念是人、公民和各种角色的统一体,相应地,民权就是人权、公民权和角色权的综合。因此在主体意义上,民权就是一个自主性的概念,体现了民和人的自治自济。

## (二) 司法节制

从历史的阶段性而言,司法救济既要担当起否定各种形式的私力救济的重任,又要在体现自我救济的特性上有所作为。在继续完成从私力救济向公力救济的转向方面,强化而不是削弱司法救济仍是重要的。例如,从制度上消解暴力型的各种私力救济形式和改造消极意义上的自力救济,如退

[28] 参见夏勇:《民本与民权》,载夏勇编:《法理学专题资料》(未出版),中国社会科学院法学所法理教研室2003年10月印制,第259页以下。

[29] 夏勇:《民本新说》,《读书》2003年第10期。

[30] 参见邓小军:《儒家思想与民主思想的逻辑结合》,四川人民出版社1995年版。

[31] 参见哈佛燕京学社、三联书店主编:《儒家与自由主义》,三联书店,2001年版;蒋庆:《政治儒学——当代儒学的转向、特质与发展》,三联书店2003年版,第250页以下。

[32] 余英时:《中国思想传统的现代诠释》,江苏人民出版社2003年版,第7页。

[33] 《论语·宪问》

[34] 《论语·颜渊》

[35] 《论语·颜渊》

[36] 《论语·里仁》

[37] 《论语·里仁》

[38] 《论语·卫灵公》

[39] 《论语·雍也》

让、无原则的各种私了、回避诉讼、忍让等。此外，如前所述，私力救济与公力救济之间的区别不在于是否设立了公共裁判机构，而在于是否依照公共规则对案件的是非曲直作出公平的判断。在现代社会，它直接指向公共裁判机构是否依照法治规则运作。如果公共裁判机构背离了法治规则或缺乏法治规则的指引，就会抹杀私力救济和公力救济的界限。

观照当下的中国，既要弃绝形形色色、繁杂不一的私力救济，又要防止矫枉过正走向法官社会。为此，就需要以整全的开放思路，找到一种适度而必要的司法救济观。所谓适度的司法救济观，是介于消极的司法救济和积极的司法救济观之间的状态。消极的司法救济是单纯的政治社会的工具，是丧失了对立性和中立性的司法救济，在中国传统社会，例如在汉初，司法很大程度上成为国家推行一种以儒家思想为核心的全能教义的工具。在法西斯德国，法官以荒谬的生物血统理论为依据的判决显示了真正意义上的恐怖。<sup>[40]</sup>积极的司法救济观，是现代性法治的必然结果，现代司法不仅在解决社会纠纷方面当仁不让，而且还以实现社会正义为己任。在越来越多地赋予司法更多的社会职能的过程中，司法不仅成为正式的纠纷解决机制的代名词，而且在试图收编和改造非纠纷解决机制方面越走越远。司法垄断和控制了几乎所有社会纠纷解决机制的同时，相应地也垄断和控制了正义。至于说这种正义是法律之内的正义，还是超越实在法的正义，则在所不问。消极和积极的司法救济观尽管在理念、基础和目标上存有较大的差异，但在强化他者救济，否认或消解人的自我救济方面仍有其共性。

倡导适度的司法救济观，首先应当从权利救济的历时性的结构中作出定性，使司法救济作为一个发展中的事物保持它的必要的、基本的功能，与此同时，在彰显自力救济的过程中成为自力救济的补充而不是相反。这就是说，权利救济不会按照现代性法治的逻辑走向司法救济中心主义下的法官社会。

### （三）正义的社会结构

实际上，在权利救济的发展过程中，确立正义的社会结构是一项重要的基础事业。救济问题，是关于受害人的救济问题。现代权利救济问题，则是关于受害人的权利救济问题。现代意义上的受害人通常是被称为原告（plaintiff）、申请人（applicant）、苦主（complainant）、请愿人（petitioner）等的权利主体。

受害人通常是指基于某种社会的或自然的原因遭受损害的人，既包括物质上的损害，也包括精神上的损害，如身体遭到伤害、财产受到损失、人格遭受凌辱等；既包括直接承受上述损害后果的人，也包括间接承受这些损害后果的人，后者如具有亲缘关系的家庭成员、亲属等。此外，特定的人群、民族、国家乃至人类社会整体都会在这样那样的原因下以受害人的身份出现。因此，受害人是一个特殊的社会主体，是因外来的打击、破坏、侵扰、干预等而使正常的生活秩序、人生进程受阻、中断的个体和人群。

在不同的社会和文化中，对受害人的判断标准是不同的。在一个社会中被认为是受害人，在另外一个社会中可能被认为不是受害人。确实，对受害人的判断标准具有多元化性质。然而，这样的解说不能否认受害人存在的事实。在此归纳三种类型的受害人：一是因为自然灾害，如地震、火灾、洪水、火山、飓风等以及先天的生理缺陷（失明失聪、痴呆、肢体残缺等）而导致的对人的正常生活秩序的伤害或阻碍；二是因自然原因之外的因素而成为受害人的人。由于人的过失或故意的行为，而使受害人遭致财产损失、肢体残缺、人格损害等。事实上，即便不是加害人的有意的图谋，就日常生活的疏忽大意、理性不及等也会造成上述后果；三是社会基本结构的不公正从一开始就剥夺了社会中一部分人最为基本的生存条件，例如，基于社会的歧视，如文化、种族、性别、职业、肤色、语言、财产、出身等，而使社会中的一部分成员丧失了做人的资格。第一种情形下的受

[40] 参见 [德] 英戈·穆勒：《恐怖的法官——纳粹时期的司法》，王勇译，中国政法大学出版社 2000 年版。

害人，可以通过富有同情心的人道主义或施舍得到救济或部分救济，可以与权利、正义的社会无关。关于第二种情形下的受害人，可以依据惯例、人情世故或纯粹的实在法得到救济，也不是必然与权利和正义的社会有关联。然而，由社会基本结构的不正义所造成的受害人的救济问题早已超出了惯例、人道和实在法的职能范围。正义的社会要求任何一个个体都要受到公平的对待，使每一个人不因为他或她的个体差异而失去享有或应当享有的权利。无论是什么样的社会制度，都应当是确保人的平等对待的道德资格，“只有在一个符合道德成员资格的政治社会中自我管理才有可能。”<sup>[41]</sup>权利的不可侵犯性原则如果不是建立在承认人的这种道德资格即人权基础上就不会成立。罗尔斯承认，如果不是在一个正义或基本正义的社会结构内谈论权利，他的基本理念和制度构想就失去了前提。当然，我们不是要建立罗尔斯在“无知之幕”下的适合西方民主社会的正义结构，而是谋求既承接历史，又有所创新的自己的正义制度，以此作为中国的权利救济发展理论和实践的基础和出发点。

## 五、结 语

本文通过对自我救济权利的分析，试图提出一种权利救济发展理论的雏形。就自我救济的权利这一概念而言，本文强调的是其所代表的精神与方向。自我救济的概念与近现代社会以来倡导的自我实现、自治、自我解放等主体性概念相关，是一个典型的自由主义权利哲学的命题。自由主义权利哲学在解决权利的来源、权利与国家的关系等方面提供了理论基础，但是，自由主义权利哲学往往忽视了权利生成和发展过程所受制的历史和文化条件，割裂了个人与社会、自我与传统的真实关系。权利救济理论如果一味地寻着这一思路展开去，很难说有什么作为。权利救济在任何情况下都是指权利已经被否定的事实和状态，这是一个实践性概念，是一个人与人之间相互关系的实践性概念。这意味着，权利救济的历史转型既需要坚持自由主义哲学的基本立场，同时也要关照历史、文化和社会的具体景况，使本文所论证的自力救济不仅可欲，而且可能。尽管如此，对权利救济的结构及其转型仍需要更多的社会资源和理论作为支撑，有关权利救济的概念性工具之间的关系以及对自我救济的精神的论证等仍有待进一步的深化。

---

**Abstract :** The right of remedy is a right to ensure the full realization of rights , which means to ensure the rights can be restored , mended and compensated once they are violated. The right of remedy by its nature is a self - defense right of the right - holders , the full realization of which is dependent on the right - holders ' own judgment and capacity. Private remedy , public remedy and consensual remedy are three manifestations of such a self - defense right. The crux of the issue of right of remedy is how to integrate the public remedy and the consensual remedy. In order to develop the right of remedy in China , efforts should be made to build competent right - holders , to advocate a conception of judicial restraint and to construct a just social structure.

**Key words :** right of remedy , self - defense right , rule of law society

---

[41] [美] 德沃金：《自由的法——对美国宪法的道德解读》，刘丽君译，上海人民出版社2001年版，第30页。