

论禁止权利滥用原则的法律适用

彭诚信^{*}

内容提要 权利滥用虽具有权利外观,但其权利的行使却不受法律保护。权利滥用的鉴别无统一标准,需通过权利人的主观意思、滥用权利的客观行为、对本人无益或获利远小于致他人受损、行为违反权利的客观目的等要素予以认定。权利滥用行为的不法性在性质上有别于侵权行为,以侵权方式解决权利滥用具有一定的制度性局限。禁止权利滥用作为一项法律原则,其适用应以原则的规则化为核心:即以鉴别要素为基础构建直接作为裁判依据的个案规范,具体法律后果包括停止侵害、剥夺权利、恢复原状、金钱赔偿以及行为不生法效果等。

关键词 权利滥用 《民法总则》第132条 鉴别要素 侵权责任 法律原则规则化

一、问题的提出

民法“通过赋予特定的个人以权利,命令他人都要尊重这种权利来维持私法秩序”,^①行使权利受到何种程度的限制,关涉私法制度的根基。《民法总则》第132条规定了禁止权利滥用原则,尽管该原则在学理中往往被认为是诚实信用原则的具体化,^②但它仍然具备一般条款的属性^③。若该原则无法发挥应有的制度功能,权利行使便无法与他人或社会的福祉相协调;若该原则被滥用,则会危及私权保护的基本精神。实践中,该原则的具体适用更是面临诸多难题。

(一) 权利滥用识别标准混乱

权利滥用的识别是适用禁止权利滥用原则的前提,但无论在司法实践还是学理上,对权利滥用的具体识别标准为何以及如何具体识别都未形成共识,具体体现为:

* 上海交通大学凯原法学院教授,博士生导师。本文系2016年度国家哲学社会科学重点基金项目“程序性权利理论的提出与证成研究”(项目批准号:16AFX003)的阶段性研究成果。感谢苏昊同学对本文的智识性贡献,感谢李贝博士、孙建伟博士、陈吉栋博士对本文提出的修改建议。

① [日]我妻荣:《我妻荣民法讲义I:新订民法总则》,于敏译,中国法制出版社2008年版,第29页。

② 参见王泽鉴:《诚实信用与权利滥用——我国台湾地区“最高法院”九一年台上字第七五四号判决评析》,载《北方法学》2013年第6期;施启扬:《民法总则》(修订第8版),中国法制出版社2010年版,第363页。

③ 参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》(增订6版),台湾植根法学丛书编辑室2011年版,第465页。

1. 对权利滥用主观标准的判断不明确。(1)立法及司法实践对权利滥用的主观要求尚无严格限定。在《民法总则》颁布之前,我国民法并没有对禁止权利滥用作出明确规定,更不要说判断权利滥用的主观标准了;在比较法的意义上,各国或地区立法例对判断权利滥用的主观要求亦不统一^④。这种无法可依的状况造成我国司法实践对权利滥用主观要件的判断甚为模糊;在“滥用海域承包经营权案”中,法院认定权利滥用是因权利人在主观上具有侵害他人的故意;^⑤而在“信鸽案”中,权利人(被告)被认定构成权利滥用只是因其饲养信鸽的行为违反了行使权利应尽的注意义务而具有主观上过失。^⑥(2)学理上就行为人滥用权利的主观要求亦存在诸多分歧。有学者认为主观上的标准是过错,不仅限于故意;^⑦相反的观点主张,唯有具有损害他人的故意方构成权利滥用;^⑧还有观点认为,权利人不仅需具备主观故意,而且需以获取不正当利益为目的。^⑨

2. 利益失衡(即权利人获益与致他人受损的比较结果)作为鉴别权利滥用的具体功能还有待进一步斟酌。多数学者赞成通过比较权利人受益与受害人受损判定是否构成滥用,“产权商铺案”即为适例。该案中,法院考虑到商铺整体上的不可分性,认为:若支持权利人(原告)的请求,会影响大厦的整体规划及经营,从而损害绝大多数业主的利益,因此判定原告构成权利滥用。^⑩但利益失衡是一个独立的鉴别要素,还是仅能用于佐证行为人的主观目的,学界对此并无定论。^⑪

3. 对权利滥用是否以损害的实际发生为前提亦需要更为全面的考量。持肯定意见的观点主张,权利滥用需以造成“某种利益”受损为前提,且该利益系属普遍社会观念

④ 依《德国民法典》第226条,构成权利滥用须以损害他人是唯一目的。参见《德国民法典》(第4版),陈卫佐译注,法律出版社2015年版,第78页。我国台湾地区“民法”第148条第1款的规定则较为宽松,权利滥用的主观条件系“以损害他人为主要目的”。

⑤ 该案中,原告无权占有被告承包经营的海域养殖海产,被告为维护海域承包经营权,在明知养殖筏为原告所有的情况下自行割除了养殖筏架。原告认为被告应对其非法行为承担侵权责任,请求法院判令被告赔偿损失。法院认为,尽管原告侵害被告权利在先,但被告的自助行为在主观上具有侵害他人的故意,构成权利滥用,应当承担赔偿责任。不过,法院判决被告仅对原告“筏架所用物资本身所受到的合理损失”负责,对原告诉请的“恢复生产费用”及海产“将来可能得到的期待利益损失”则无需赔偿。参见青岛海事法院(2001)青海法海民初字第23号民事判决书。

⑥ 该案被告系市信鸽协会会员,于自家阁楼饲养信鸽70余只,原告以被告的行为严重影响生活环境,并造成身体健康隐患为由,请求拆除鸽笼。法院认为,被告虽有权饲养信鸽,但饲养信鸽数量过巨且影响到原告生活安宁。其虽无侵扰原告生活环境、身体健康的主观故意,但违反了行使权利应尽的注意义务,构成滥用权利。法院判决一方面要求被告将养鸽数量限定在15只以内,另一方面强调原告也应负担一定的容忍义务。参见浙江省宁波市中级人民法院(2007)浙甬民一终字第152号民事判决书。

⑦ 参见王艳玲:《关于民法中确立禁止权利滥用原则的思考》,载《河北法学》2006年第7期。

⑧ 参见程啸:《侵权责任法》(第2版),法律出版社2015年版,第329页。

⑨ 参见[日]山本敬三:《民法讲义I总则》(第3版),解亘译,北京大学出版社2012年版,第502页。

⑩ 该案中,原告购买了一处非独立商铺,该商铺所在商厦的一至三层被某物业公司整体出租给被告,且被告已实际装修并进行经营。原告不顾其他92%业主同意租赁的事实,基于商铺所有权请求被告搬离商铺、赔偿损失并赔礼道歉。法院以保护大多数业主利益为由,驳回原告诉请。参见浙江省宁波市中级人民法院(2012)浙甬民一终字第123号民事判决书。

⑪ 如史尚宽先生认为,于己无益而于他人有害,或自己所得利益极小而对于他人损害莫大者,通常可视为有加害于他人之目的。参见史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第718页。

上应受保护的利益。^⑫但司法实践却有相反结论,在“滥用解除权案”中,法院确认原告行使解除权构成权利滥用时,被告并未遭受任何实际损失,从而无从提起赔偿请求^⑬。可见,构成权利滥用是否以损害发生为前提,仍有待进一步明确。

(二) 权利滥用的不法性难题

权利滥用与侵权行为的区别与联系在实践中难以辨明,进而难以确定令权利滥用人承担责任的规范性基础,主要表现为证成权利滥用存在不法性的难题。若滥用权利侵害他人权益,权利人极有可能需要承担损害赔偿责任。^⑭在“滥用股东诉权案”中,二审法院认为股东(原审被告)先提出董事会决议撤销之诉后又撤诉的行为,系属滥用股东诉权,应向原告公司承担损害赔偿责任。^⑮但判决书并未指明被告股东承担损害赔偿责任的性质究竟是否属于侵权责任:若被告股东承担的是侵权责任,则应检视其行为是否符合侵权行为的构成要件;若被告并非基于侵权行为而负损害赔偿责任,则需辨明其责任的规范性基础为何。

诸多学者认为,“权利滥用之权利行使,为违法,法律上当然为违法,无待于当事人之抗辩。依当事人所陈述之事实有此要件之存在时,法院应依职权采用之”。^⑯甚至有学者认为滥用权利者所承担的是侵权责任,应采无过错责任才“符合禁止权利滥用的立法旨趣,也更能从权利的内在性格揭示禁止权利滥用的本质”。^⑰但权利滥用行为毕竟具有权利基础,将其认定为不法会造成权利与正义或正当性之间的悖论:既然正义是权利的内核,行使权利为何又构成了不法?难怪有学者认为权利滥用乃文字游戏,这一表述本身即自相矛盾,因为,“权利止于滥用开始之处”。^⑱因此,唯有驱散笼罩在权利滥用之上的不法性迷雾,才能廓清并区分权利滥用与侵权行为的识别要素及各自的法律后果。

(三) 法律适用原理的违反

只有规则才可直接作为裁判依据,禁止权利滥用原则应具体化为个案规范后才能适用。但司法上如何将该原则予以规则化,并未形成方法论上的自觉。在“滥用股东诉

^⑫ 参见[日]近江幸治:《民法讲义I 民法总则》(第6版补订),渠涛等译,北京大学出版社2015年版,第21页。

^⑬ 该案原告依合同向被告转让了A公司的部分股份,后被告与第三人订立合同转让了上述股份,被告及第三人均未支付转让款。5年后,原告以被告未支付转让款为由,诉请法院解除原、被告之间的股份转让合同,并要求第三人返还相应股份。法院认为,原告在股份转让后5年内与第三人共同经营A公司,从未提及拖欠转让款事宜,使被告与第三人对原告不再行使解除权形成合理信赖,法院以原告行使解除权违反诚信原则且构成权利滥用为由,驳回原告诉请。参见山东省青岛市中级人民法院(2010)青民二商终字第562号民事判决书。

^⑭ 参见林诚二:《民法总则》(下册),法律出版社2008年版,第583页;前引②,施启扬书,第374页。

^⑮ 该案被告曾担任原告公司的董事、副总经理,后以个人身体原因为由请求辞去职务,原告董事会召开会议同意被告请辞;被告辞职后不久向法院起诉,以董事会决议违法且侵害其作为董事的权益为由,请求法院撤销董事会决议,后又撤回起诉。原告以被告滥用诉权为由,请求赔偿损失;法院以被告行使诉权与其辞职行为相悖且不具有正当诉讼目的为由,认定被告构成权利滥用并判决其承担损害赔偿责任。广东省佛山市中级人民法院(2008)佛中法民二终字第960号民事判决书。

^⑯ 前引⑪,史尚宽书,第732页;参见魏振瀛主编:《民法》(第5版),北京大学出版社2013年版,第25页。

^⑰ 钱玉林:《禁止权利滥用的法理分析》,载《现代法学》2002年第1期。

^⑱ [法]雅克·盖斯旦、吉勒·古博:《法国民法总论》,陈鹏等译,法律出版社2004年版,第703页。

权案”中,二审法院便直接依据禁止权利滥用原则判令被告股东承担赔偿责任。但由于法律原则并无明确的权利义务内容及法律后果,不经严密法律推理与论证而直接援引原则作为裁判依据的做法并不妥当。这将使得司法裁判丧失方法论上的可检验性,亦使得裁判结果缺乏客观性与确定性。

滥用权利形态的多样性决定了其法律后果的纷繁复杂及独具特性,尤其是具有不同于侵权责任的法律后果,此亦成为研究权利滥用的独特视角。同样是基于权利滥用,在“信鸽案”中,法院部分支持了原告停止侵害、排除妨害的请求;在“滥用股东诉权案”中,法院则判令被告承担赔偿责任;而在“滥用解除权案”中,法院直接判决原告无需承担任何民事责任。禁止权利滥用是私法基本原则,但若其适用不受理性程序的制约、对其法律后果不进行类型化的区分,则难免与法治的安定性目标相背离,降低私权保护的可预期性。^{①⑨} 禁止权利滥用原则如同其他任何一般条款一样,都存在被恣意解释的危险,法学者的任务即在于努力对权利滥用给出客观正确的适用基准。^{②⑩}

确立权利滥用的鉴别标准、厘清权利滥用与侵权行为的关系、明确禁止权利滥用原则的个案适用方法及其法律后果,便成为本文研究的核心主题。

二、权利滥用鉴别标准的确立

权利滥用的判断标准可分为两类:一类是构成权利滥用的必要条件,是所有权利滥用案件成立的前提;另一类是权利滥用的鉴别要素,并非所有类型权利滥用的共同特征,对于认定权利滥用并非不可或缺。依《民法总则》第132条,权利滥用是指民事主体滥用民事权利损害他人合法权益的行为。由此可知,构成权利滥用的必要条件包括“行为具备权利外观”以及“存在两项相互对立的利益主张”。这两项条件是适用《民法总则》第132条的前提和必要条件,如若缺乏将从根本上排除禁止权利滥用原则的适用。而权利滥用的判断并非限于封闭的构成要件,^{①⑩}除必要条件外,还需衡量权利人的意思、滥用权利的行为、权利人获益与相对人损失之比较、行为是否符合权利目的等四项要素。鉴别要素与权利滥用之间并非全有全无的关系,一项要素的不满足未必影响权利滥用的构成。

(一) 认定权利滥用的必要条件

1. 权利滥用需具备权利外观

权利滥用“在外观上为权利的行使”,^{②⑩}否则无法构成权利滥用。具备权利外观是适用禁止权利滥用原则的基本要求,是指行为人应具备权利基础并基于该权利而主张

^{①⑨} 参见雷磊:《法律体系、法律方法与法治》,中国政法大学出版社2016年版,第213-225页。

^{②⑩} 参见前引①,我妻荣书,第38页。

^{②①} 参见前引①⑩,雅克·盖斯旦等书,第739页。

^{②②} 前引②,施启扬书,第370页。

特定利益。如前引“产权商铺案”中的权利人,在外观上系基于其所有权请求被告排除妨害。但具备权利外观并非意味着权利行使不受限制,而是仅指权利滥用行为初显(*prima facie*)地被视为在正当行使一项权利。^{②③} 权利人行使权利仅是被初步推定为正当,但这种正当并非绝对,而是具有可废止性(*defeasibility*)。构成权利滥用的事实可推翻行为初显的正当性。从本质上讲,“任何权利和义务在行使和履行时都有程度上的限定,即都有一定的度,超越这个度,权利和义务就失去其原有的性质。”^{②④}

既然权利滥用行为具备权利外观,则明显的、严重的违法行为并非权利滥用,而是侵权甚至犯罪行为。当某一行为构成严重不法时,没有人会认为这是在实践一项权利,正如利用刀具谋杀他人的行为并不会被认为是在行使刀具所有权。^{②⑤} 权利滥用是基于权利所为的“错事”,而“明显违法行为则已经逸出权利范围之外”。^{②⑥}

2. 存在两项相互对立的利益主张

现实生活中,权利的行使常常会影响他人的利益,因为人不能脱离社会而在孤岛生活。其中,在构成权利滥用的案件中必然会存在两项相互对立的利益主张。如前引“滥用解除权案”中,原告基于债务不履行请求解除合同并恢复股权的利益,与被告依据转让合同获得的股权利益间彼此对立;在“滥用海域承包经营权案”中,原告基于海产品所有权享有的利益与被告承包经营诉争海域的利益相互排斥。由于利益主张相互对立,因此一种较为合适的判断标准是,将权利人行使权利所得利益与被损害利益进行衡量比较后,再对应保护的那方利益作出“比较衡量(利益衡量)”的判断。

虽然行使权利必然会对他人产生影响,但并非任何行使权利的行为都构成权利滥用。如某房主把房屋租给了众多有意租房者的一位,对其他求租者也可能生有损害,但他的行为不会构成权利滥用,因为其权利的行使不但有权利依据而且在权利要求的范围之内。对于正当行使权利而影响他人利益的行为,法律不会也不能课以权利人行使权利不得影响他人利益的一般性义务^{②⑦}。法律所能要求权利人的只能是不得违法或禁止不当行使权利,只有不正当的权利行使才会构成滥用,但这需要通过具体鉴别要素予以判断并确定。

(二) 权利滥用的具体鉴别要素

1. 意思的鉴别

(1) 害意及附属于害意或近乎害意的意思^{②⑧}。害意在性质上属于一种直接故意,而故意是判断权利滥用最为明显、最为直接的意思鉴别要素。害意表明行为人具有不正

^{②③} See Chris J. H. Brunner, *Abuse of Rights in Dutch Law*, 37(3) Louisiana Law Review. 729, 730 (1977).

^{②④} 张文显主编:《法理学》,北京大学出版社2011年版,第94页。

^{②⑤} See Chris J. H. Brunner, *Supra* note 23, 730-731.

^{②⑥} John H. Crabb, *The French Concept of Abuse of Rights*, 6 Inter-American Law Review. 1, 11(1964).

^{②⑦} 参见[德]迪特尔·施瓦布:《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第191页。

^{②⑧} 参见[法]路易·若斯兰:《权利相对论》,王伯琦译,中国法制出版社2006年版,第229-237页。

当的目的或动机,包括卑劣的动机、加害企图、邪恶意志或欺诈,通常称为切实恶意。^{②⑨}甚至有学者认为,侵害的意思本来就是滥用权利的标准形式,是权利滥用理论的起源。^{③⑩}《德国民法典》第226条所规定的正是这种害意,其所要摒弃的,是除施加损害外别无其他目的的权利行使行为。^{③⑪}害意及附属于害意或近乎害意的意思体现了权利人的主观恶性,具有强烈的道德可非难性。如果行使权利的目的不在于获取正当利益,而纯粹是为了加害他人或通过对他人的损害(包含潜在损害)以谋取不正当利益,则对行为的法律评价将因权利人的主观害意而发生改变,该行为应为法律所禁止。

对害意的判断应当以主观意思的客观状态为参考,^{③⑫}即,“权利的行使如果既对权利人没有什么益处,又对相对人造成损害,这种‘结合’就表明权利人存在损害意图。”^{③⑬}正如前引“滥用股东诉权案”中的被告,作为原告公司的高级管理人员,在公司董事会决议内容完全尊重其个人请求的情形下提起撤销董事会决议的诉讼,后又无故撤诉,其行为除了给原告施加损害外,对自身并无任何利益,具有明显恶意而非为正当,因而构成滥用诉权。

(2) 权利人过失亦属于权利滥用的意思鉴别要素^{③⑭}。若将权利滥用的害意标准绝对化,或特别强调行为人损害他人的目的,则难免限制了权利滥用的制度功能,权利人的过失同样应属于意思鉴别要素。《民法总则》第132条可理解为放宽了对权利人主观要件的限制,即使权利行使不以加害他人为目的,也可构成权利滥用。与之不同,《德国民法典》第226条及我国台湾地区“民法”第148条则侧重以主观害意作为认定标准,强调权利滥用的构成需专以损害他人为目的,或以损害他人为主要目的。特别是依据《德国民法典》第226条,只有在损害他人是行使权利的唯一可想象的目的地时,此种行为才构成权利滥用,因此,其适用范围非常有限。^{③⑮}德国及我国台湾地区学说、判例的发展表明,严格贯彻主观害意要素并狭义理解禁止权利滥用原则,对解决实践问题而言不敷使用。因而,我国台湾地区的司法实践通过损益严重失衡的客观事实对权利人的害意作扩大理解,将过失行为纳入权利滥用的调整范围,^{③⑯}在事实上承认了过失同样可作为鉴别权利滥用的主观要素。

滥用权利人过失的判断标准,是客观利益的严重失衡。权利滥用中的过失与侵权

^{②⑨} 参见刘海安:《过错对无过错责任范围的影响——基于侵权法的思考》,法律出版社2012年版,第145页。

^{③⑩} 参见前引^{②⑨},路易·若斯兰书,第229页。

^{③⑪} 参见前引^{②⑦},迪特尔·施瓦布书,第179页。

^{③⑫} 参见前引^②,施启扬书,第371页。

^{③⑬} 前引^{③⑩},雅克·盖斯旦等书,第733页。

^{③⑭} 参见前引^{②⑨},路易·若斯兰书,第237-242页。

^{③⑮} 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2013年版,第109页。

^{③⑯} 参见前引^②,施启扬书,第373页。德国实证法中,狭义的权利滥用仅指恶意行使权利(第226条);后经学说发展,德国民法逐渐形成了广义的权利滥用体系,不仅包含狭义的权利滥用,还囊括了违反善良风俗行使权利的侵权行为(第826条)及违反诚信原则的权利行使行为(第242条)。参见前引^{③⑮},迪特尔·梅迪库斯书,第114-115页。鉴于德国民法广义的权利滥用概念会导致其与侵权行为、公序良俗原则、诚实信用原则难以区分,本文不予采纳。

行为人的过失,在评价对象与评价方法上是一致的:两者皆对行为人的主观状态进行评价;并且,由于行为人的主观状态除本人外,他人难以掌握,都只能借助外部事实或证据予以推断。^⑤ 不过,两者的判断标准有所不同:侵权行为人过失的判断标准是行为人违反合理的注意义务,对于受害人的损害可预见而未预见、可避免而未避免,也即,“如果自己之行为具有侵害他人权利之危险,即负有防止致生损害于他人之义务”^⑥。该判断标准是从受害人的利益保护出发,推知侵权行为人是否具有主观可责性;而权利滥用人过失的判断标准是,权利人违反合理注意义务,以至于权利行使与权利的内在要求不符。该过失判断标准是从权利人的角度出发,侧重考量的是权利人行使权利行为本身是否妥当,客观上表现为权利人获益与相对人受损的显著失衡。在此,权利滥用的主观过失鉴别要素与客观利益鉴别要素难以区分:若权利人行使权利于己无益或获益远小于对他人造成的损失,则其负有防止该后果发生的注意义务,违反此义务即构成过失。因而,很多情况下,“于己无益,于人有害”就成为判断权利人存在过失的标准。在前引“产权商铺案”中,一方面,原告对于“无永久分割围护结构”的独立商铺无法单独使用、收益;另一方面,其权利的行使不仅损害承租人利益,而且也会造成其他众多商铺所有权人的经济损失。原告本可通过收取租金等其他合理手段实现其利益,却采取了造成他人巨大损失的侵害行为。基于这种对利益失衡最为严重的行为方式的选择,便可判断原告具有主观过失。

2. 行为的鉴别

权利滥用不是纯粹的主观过错问题,主观意思瑕疵在客观上表现为权利人滥用民事权利的行为。《民法通则》第7条、《物权法》第7条以及《合同法》第7条虽被学者解读为有关权利滥用的规定,但仅是从受保护利益的角度对滥用权利行为予以规制。而《民法总则》第132条在规定禁止权利人“滥用民事权利”时,明确了其客观要件,体现出法律对权利滥用的行为特征的愈加重视。权利滥用的行为特征具体表现为:

首先,权利滥用行为在外观上具有合法依据。权利滥用虽是对行为的否定性评价,但滥用行为本身拥有权利基础,具备客观法上的行为依据,在外观上是一个合法行为。如前引“滥用股东诉权案”中的被告,虽被判定为滥用股东诉权,但其作为原告公司股东,依据《公司法》第22条行使股东诉权具有外观上的合法性;

其次,权利滥用损害了他人利益,或至少具有造成他人潜在损害的可能。行为的鉴别要素主要包括:权利人的行为是否实际损害了他人的合法权益、有无发生损害的可能以及权利人的获益与受害人的损害是否平衡。在“滥用海域承包经营权案”中,被告割除原告养殖筏架的自力救济行为,实际造成了原告利益的重大损失;而在“产权商铺案”中,原告诉请被告搬离并返还商铺,被告及其他92%业主的损失并未实际发生,该损害只是潜在的;

^⑤ 参见曾世雄:《损害赔偿法原理》,中国政法大学出版社2001年版,第73页。

^⑥ 孙森焱:《民法债编总论》(上册),法律出版社2007年版,第204页。

再次,滥用权利行为与前述权利人的意思鉴别要素具有内在牵连关系。意志指引行为,行为反映意志。对于故意滥用权利的行为,除非权利人自认害意,否则其主观故意只能从客观行为中予以探究;而过失与滥用行为更是无法分离,因为只有从权利不当行使的客观状态以及利益显著失衡的客观后果,才能推知权利人的主观过失。“滥用股东诉权案”的被告侵犯原告合法权益的内在动机与其滥用股东诉权的行为之间具有内在牵连关系,并且被告侵犯原告的害意唯有通过其自身的行为方能体现:被告一方面向董事会提交辞呈,另一方面在辞呈获批后又基于股东身份提起撤销之诉,这一行为于己无益、于公司有害,行使权利的客观表现证成了权利主体加害他人的恶意;

最后,某些权利行使行为本身便是权利滥用的有力证明,其中最为典型的是矛盾行为。^{③⑨}“有权利而在相当期间内不为行使,致他方相对人有正当事由信赖权利人不欲其履行义务者,其权利再为行使,前后行为发生矛盾”,^{④⑩}其权利的行使便不受法律保护。矛盾行为之所以可以构成权利滥用的重要鉴别要素,原因在于:权利人在相当长的期限内不行使权利的事实,足以使相对人产生信赖,若肯认权利人矛盾行为的法律效力,则可能给相对人带来重大不利影响。如前引“滥用解除权案”,法院认为原告长期不行使解除权,现又要求解除合同系属矛盾行为,构成权利滥用,其解除权失效。这里起决定作用的不是期限,而是由权利人自身行为所引起的、使对方相信其将不再行使权利的信赖。^{④⑪}

3. 利益的鉴别

利益的鉴别是对当事人客观利益状况的考量,利益衡量是鉴别权利滥用最直观、最易行的要素。当事人间的利益失衡,不仅是权利人主观过错的客观表现,更是滥用权利行为最为显著的后果。过错与权利滥用行为交织在一起的结点往往便是利益失衡状态的衡量,而打开这个结点能使得过错与权利滥用行为的判断一目了然。利益的鉴别一般可通过两种途径进行:

(1)从权利人为自己谋利或致他人受损的主观意图予以鉴别。其一,权利人行使权利是否意图使自己增益——对其考察应采客观标准、兼顾主观标准。在实际诉讼中,权利滥用者明确承认其滥用行为不会为其带来利益的情形几乎不存在,此时便应采用客观标准判断权利滥用行为是否会增益权利人。如前引“产权商铺案”中的权利人,即使主张收回自有商铺会带来丰厚利益也不应得到肯认。因为“商铺之间无永久分割围护结构,商铺之间具有不可分性”,权利人实际上无法单独予以使用、收益,其请求被告搬离等权利行使行为无法增益其利。其二,权利人行使权利是否意图给他人造成损害——对其考察则应强调主观、同时兼顾客观。之所以在判断相对人的具体损失时强调主观面向,是因为唯有如此才能避免侵害权利滥用者的权益;权利行使在客观上往往

^{③⑨} 矛盾行为,“即出尔反尔的行为,破坏相对人的正当信赖,并致其受有损害”。参见王泽鉴:《民法总则》(最新版),北京大学出版社2009年版,第533页。

^{④⑩} 王泽鉴:《民法学说与判例研究》(最新版)(第1册),北京大学出版社2009年版,第157页。

^{④⑪} 参见前引^{②⑦},迪特尔·施瓦布书,第183页。

可能引起他人某种程度的利益变化(有时亦包括致他人受损),但只有该受损是权利人意图通过其权利行使追求的结果时,其行使行为才应被认定为权利滥用行为。在前引“滥用股东诉权案”中,仅有被告行使股东诉权造成原告公司利益减损的事实并不足以证成被告滥用诉权,还需进一步结合其主观意图进行判断。而该案中,原告公司利益受损正是被告行使诉权的意图所在,基于此才能证成被告滥用诉权。

(2)从权利人造成自己得利或他人受损的结果比较予以鉴别。其一是损人亦不利己。这是最为典型、严重的情形,且往往伴有权利人故意刁难的主观恶意。法国法上著名的“汲水案”即为适例:水源地的所有权人在其泉井上配置一个抽水器并不断抽汲,但汲水并非用于土地灌溉或其他经济或日常生活用途,而是任其流入邻近的一条小河里。权利人并未利用汲水,却使邻人蒙受损害(使邻地的泉水来源减少了2/3),其害意不言而喻。法院因此判决其构成权利滥用并承担损害赔偿责任。^⑫ 其二是本人获利远小于对他人损害。权利人基于行使权利获得的利益,与造成他人或社会的损失严重不成比例时,其权利行使便应受到限制。^⑬ 如前引“产权商铺案”中,原告要求承租人搬离的权利行使行为不仅损害承租人的利益,而且也会造成其他众多商铺所有权人的经济损失。即使原告行使所有权确有利益,其获利与承租人及其他商铺所有权人的损失相比也严重不成比例,因而构成权利滥用。与损人亦不利己相比,本人获利远小于对他人损害的客观事实并不必然反映出权利人主观上专以损害他人为目的,有时甚至不能反映出权利人主观上以损害他人为主要目的。^⑭ 但是,权利人行使权利时仍应避免出现本人获利远小于对他人损害的结果,否则,该结果至少可以作为权利人有过失的有利证明。正是由于本人获利远小于对他人的损害,权利人的主观过错程度相对而言较轻,因而需要结合权利的客观目的判断行为人是否构成权利滥用。

4. 权利目的的鉴别

权利的客观目的是权利创制的目的和精神,“权利之行使应符合法律之客观目的与精神任务,如违反法律赋予权利之本旨者,即属权利滥用”。^⑮ 权利的客观目的之所以能够作为权利滥用的识别要素,是因为作为法律制度的权利,无论是意志抑或利益,从来都不是某具体个人的判断,而是所有参与制度创设之人的判断。只有经过评价程序过滤后的多数人的意志或利益,才会具有法律上的正当性。权利基于此被赋予了客观目的或客观价值:即,权利不仅是对权利人本人意志或利益的肯认,也是对他人意志或利益的尊重。客观目的由此蕴含于权利的内核——正义之中,因为正义是评价利益正当

^⑫ 参见前引^②,路易·若斯兰书,第14-15页。

^⑬ 参见前引^②,施启扬书,第373页。

^⑭ 如前引“产权商铺案”,即使出现权利人获益远小于对他人损害的情形,也并不能表明原告以损害他人为主要目的。但一般而言,权利人获益远小于他人受损的情形可在一定程度上证明权利人以损害他人为主要目的。参见前引^⑭,林诚二书,第583页;王泽鉴:《举重明轻、衡平原则与类推适用》,载《民法学说与判例研究》(最新版)(第8册),北京大学出版社2009年版,第4页。

^⑮ 前引^⑭,林诚二书,第583页。

性与否的程序,也是正当性评价的结果(即正当利益)。^{④⑥}在此意义上,权利的客观目的可谓是判断权利滥用的最重要识别要素。

对权利的客观目的可从两个层面予以理解。从积极方面言,意味着主体行使权利应以追求正当利益为目标:“撇开利益去谈权利,权利必定是空洞的”^{④⑦},权利的核心目的即是保护与实现作为正当程序评价结果的正当利益,权利的所有内容与边界范围也是据此而确定^{④⑧}。从消极方面言,意味着基于对他人正当利益的尊重而应对权利行使予以特定限制:权利的行使必须以追求正当利益的目的为限,应尽力避免侵犯他人的正当利益,此为权利客观目的之正义精神的当然要求,即权利行使必须服务于正义的实现^{④⑨}。“正义概念的作用在于界定非正义”^{⑤⑩},权利的行使若不以获得正当利益为目的,而是意在获取某种不当利益或纯粹损害他人,即逾越了权利的客观目的,丧失了内在的公正性,应该予以否定。“汲水案”中权利人的汲水行为损人而不利己,无疑僭越了权利的客观目的,构成滥用。可见,禁止权利滥用原则是为实现权利的客观目的而内嵌于法律的制度性“开关”,当某项权利行使因侵犯他人正当利益而被评价为不正义时,法律便予以及时关闭(禁止)。

行使权利的客观目的是否与正义原则相符,须通过对比权利人表现于外的客观行为与权利的规范意旨进行判断。相对人无需直接证明权利人的动机为何,只需证明权利人确曾背离了权利的客观目的,证据本身便意味着具体、客观。^{⑤⑪}以“产权商铺案”为例,原告的商铺虽在法律上具有独立性,却无法与相邻商铺在物理上隔离,在经济上亦密不可分,原告在客观上无法独立行使所有权的使用权能,收取租金是实现商铺利益的理想方式。而原告不但未能提供回收商铺的正当用途的证据,且即便取回商铺亦无从取得高于租金的实际收益,其行使排除妨害请求权的目的仅在于获得不正当的高额补偿。原告行使权利的目的主要不是为了本人的正当利益,而是害及他人,必然因悖于正义原则、超越权利的客观目的而构成权利滥用。

三、解决权利滥用侵权路径的制度性局限

诸多学者认为,权利滥用具有侵权行为机能,权利人以损害他人为目的滥用权利,应被视为不法行为问题,让行为人承担损害赔偿义务。^{⑤⑫}甚至有学者直接将权利滥用行

^{④⑥} 彭诚信:《现代权利理论研究》,法律出版社2017年版,第177页、第256-295页等。

^{④⑦} 张文显:《法哲学范畴研究》,中国政法大学出版社2001年版,第303页。

^{④⑧} 前引^{④⑦},迪特尔·施瓦布书,第134页。

^{④⑨} 参见[德]古斯塔夫·拉德布鲁赫:《法哲学》,王朴译,法律出版社2013年版,第37页。

^{⑤⑩} [德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2013年版,第175页。

^{⑤⑪} 参见前引^{④⑧},路易·若斯兰书,第268页。

^{⑤⑫} 参见林诚二:《再论诚实信用原则权利滥用禁止原则之机能——最高法院八十八年度台上字第二八一九号判决评释》,载《台湾本土法学杂志》2001年第22期;前引^{⑤⑩},近江幸治书,第21页。

为等同于侵权行为,而主张滥用权利者承担侵权责任。^{⑤③} 权利滥用若能通过侵权路径得以解决,它便成为侵权行为的一个类型,其后果无非是承担侵权责任,而不必要另行研究。但实际上,权利滥用与侵权行为的法律性质并不一致,它是一项具有独立规范意义的法律制度,其认定标准与侵权行为的构成要件大相径庭,两者在不法性层面更是大异其趣。

(一) 侵权行为与权利滥用的不法性比较

1. 侵权行为与权利滥用均包含不法性

不法性是指某行为违反法律规定,与一定的法律秩序直接或间接冲突。^{⑤④} 无论是否将不法性作为侵权行为的构成要件,因侵权行为所生的请求权都是针对他人不法行为的反应。^{⑤⑤} 一般认为,权利滥用亦属法律上当然的不法,可发生损害赔偿赔偿责任,并且如有“侵犯”行为存在时,得对其为正当防卫。^{⑤⑥} 然而,权利滥用毕竟具备权利基础,若视之为不法行为,则需首先解决权利本身合法性与滥用行为不法性之间的理论“矛盾”。

事实上,权利滥用的不法性与权利的合法性并不矛盾。对滥用权利行为作不法评价,并不意味着权利的核心内容受到否定。权利核心具有合法性亦不意味着行使权利的一切行为均应受到保护,以某种不当方式行使权利若构成权利滥用,则为法所不许。如“产权商铺案”中,法院驳回原告请求并非对其所有权的全面否定,而仅是意味着,原告要求被告搬离并支付赔偿的请求权因构成对权利的不当行使而被限制。具有合法性基础的权利在特定情形下受有某种程度的限制亦为哈特所强调,因为权利概念仅是初步的,它始终面临着被某种事实击败或者限缩的可能。^{⑤⑦} 有关权利的规范仅仅勾勒出了纸面上的权利,但这并非权利的全部意义,因为纸面上的权利与实践受到法律切实保护的权利是不同的。^{⑤⑧} 受到法律保护的权利是法律实践者对规则批判性反思的结果,需要主体参与对利益进行正当性评价。前引“信鸽案”中的房屋所有权人(被告)当然有权饲养信鸽,但饲养信鸽数量过巨且影响到他人生活安宁便因僭越了权利客观目的而具备不法性,从而要受到正义原则的约束。

2. 侵权行为与权利滥用的不法性区别

不法性方面的差异是权利滥用有别于侵权行为的规范性基础,但既有研究对于两者的不法性一视同仁,这无疑模糊了权利滥用的本质属性,以及其与侵权行为在性质上的区别。

(1) 侵权行为与权利滥用形成不法的原因各异。侵权行为因违反行为的外在限制

^{⑤③} 参见前引⑪,钱玉林文。

^{⑤④} 参见张新宝:《侵权责任构成要件研究》,法律出版社2007年版,第52-53页。

^{⑤⑤} 这里主要指一般侵权行为。无过错侵权行为更多地体现为“不幸损害”的分配,而与具有不法性的一般侵权行为在保护意旨上存有不同。参见王泽鉴:《侵权行为》(最新版),北京大学出版社2009年版,第546页。

^{⑤⑥} 参见前引⑪,我妻荣书,第34页;前引⑪,史尚宽书,第733页。

^{⑤⑦} See H. L. A. Hart, *The Ascription of Responsibility and Rights*, 49(1) *Proceedings of the Aristotelian Society*. 171, 174 (1948).

^{⑤⑧} See Joseph Raz, *Legal Rights*, 4 *Oxford Journal of Legal Studies*. 1, 12(1984).

而不法,权利滥用则是因逾越权利的内在限制而受到法律的否定性评价。侵权行为的不法性源于加害人对受保护权益的侵犯,因为侵权法的重点就在于探究社会生活中的何种利益应受法律保护。^⑨侵权法正是通过确立不法性要件,以实现权益保护和行为自由这两种对立价值间的微妙平衡。与此相对,滥用权利行为则具有权利外观,只是因行为逾越了权利内在边界而具有不法属性。权利滥用所表明的“并非公益优先的全体主义思想,而应将其理解为对私权绝对性的内在制约原理”^⑩,即权利行使应当遵循权利的内在目的,不得逾越权利的社会性义务。该限制与侵权行为不同,前者系权利的内部控制,后者则是通过保护他人的合法权益而从外在限制主体的行为自由。

(2)两者不法性的判断标准不同。侵权行为不法性以受害人的权益受损为判断标准;权利滥用的不法性则以行使权利的内在要求为依据,“权利本身即蕴涵界限”^⑪。侵权行为的不法性决定着责任成立,一旦法律认可了某人受保护的法律地位,就要求其他主体必须尊重这些权利,受保护者无需容忍缺乏正当理由的侵害^⑫。侵权法并非意在利益的重新分配,而是关注矫正正义。对伤害行为课以责任的前提是,这种损害本身应当受到侵权法保护。^⑬与侵权行为不同,权利滥用的不法性不能仅仅通过相对人所受的权益侵害进行判断;相对人的利益很可能由于权利的正当行使而受到侵害,但若相对人的利益受损为法律所允许,则不构成权利滥用。这是因为,权利本身便意味着有利于权利人的利益矛盾已被法律实现决定。^⑭因此,权利滥用不法性的判断标准主要源于权利本身的内在限制,原则上没有不受限制的权利^⑮。权利是实现意志自由的工具,但个人自由从不可能绝对实现,权利的行使有其界限,逾越该界限的行为则为法律所不许。“信鸽案”中的被告自然有权在自家阁楼饲养信鸽,但饲养信鸽70余只而侵害他人生活安宁的行为显然逾越且背离了所有权客观目的内在限制,不应被法律允许。

(3)侵权行为与权利滥用的不法性程度不同。权利滥用的不法性程度强于侵权行为。就侵权行为而言,行为人缺乏正当权利作为基础,将相对人置于高度不合理的风险之中,并使得该风险转化为现实损害,法律为实现矫正正义而将损害转由不法行为者承担。侵权行为因提升了受害人合法权益遭受侵害的不合理风险而具备不法属性。就权利滥用而言,一方面,权利滥用行为给他人造成了现实的或潜在的损害,此点类似于侵权行为;另一方面,权利滥用的不法性如此之强,以至于与权利的内在要求不符,背离了权利的客观目的。权利行使造成他人现实或潜在的损害并不足以构成权利滥用,因为行为人具有权利基础,行使一项权利具有初显的正当性,没有充分理由不能轻易否定权

^⑨ 参见陈聪富:《侵权违法性与损害赔偿》,北京大学出版社2012年版,第12-13页。

^⑩ 前引⑩,近江幸治书,第15-16页。

^⑪ 前引⑩,迪特尔·施瓦布书,第174页。

^⑫ 参见H. 考茨欧:《侵权法的统一——违法性》,张家勇译,法律出版社2009年版,第174页。

^⑬ 参见[美]丹·B·多布斯:《侵权法》,马静等译,中国政法大学出版社2014年版,第12-13页。

^⑭ 参见[德]汉斯·布洛克斯、沃尔夫·迪特里希·瓦尔克:《德国民法总论》(第33版),张艳译,中国人民大学出版社2014年版,第282页。

^⑮ 参见[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),王晓晔等译,法律出版社2013年版,第304页。

利人的自由,只有当权利人的行为具有足够强度的不法性时,法律才有理由推翻权利的初显正当性。

(二) 以侵权责任解决权利滥用的不足

1. 规范意旨的区别

禁止权利滥用是对权利的内在限制,其规范意旨是基于权利本质或客观目的的自我约束,从内在促使人们切实遵守权利的精神。^{⑥⑥} 构成权利滥用并不意味着权利自身的消灭,而仅指滥用权利行为不受法律保护,其产生的不当结果亦应予以去除。^{⑥⑦} 正因为被滥用的权利本身并不当然丧失,权利人“仍得再依正当方式行使”^{⑥⑧}。

与禁止权利滥用不同,侵权责任是以使受害人获得补救为主要目的。侵权法的首要目标不在于规范权利的行使、限制权利人的自由,而在于填补受害人的损害。对加害人的预防与威慑仅是侵权法的辅助目标。侵权法仅给行为人设置外部限制,通过强令加害人承担损害赔偿的方式积极纠正不符合正义要求的行为。该外部限制的设计理念是,“加害行为危及或威胁的利益价值越大,行为人越应努力避免给前述利益造成任何损害。”^{⑥⑨}

2. 现实的损害与潜在的损害

损害或损失是侵权责任的必要构成要件,而权利滥用则不必然造成相对人现实损害。在自然、客观的意义上,损害等同于不利益,是受害人人身或财产遭受的不利益;在侵权法意义上,损害是受害人受法律保护领域内的不利变化,“任何人身或财产上的不利益,只有在法律上被认为具有补救的可能性和必要性时,才产生民事责任”。^{⑦⑩} 侵权法上的损害,包括直接损害或间接损害,原则上均需具备客观真实性与确定性,“任何人主张侵权责任法上的救济,不仅有义务证明损害客观存在,而且有义务证明损害的种类、范围和大小(程度)。”^{⑦⑪} 损害赔偿作为最主要的侵权责任承担方式,包括恢复原状、赔偿损失等都以损害的现实存在为前提。

与侵权行为不同,权利滥用只需具备权益侵害的可能事实即可,损害是否实际发生并不重要。滥用权利造成的法律上不利后果,不仅囊括了具备确定性与现实性的损害,亦涵盖构成现实威胁的不利后果,^{⑦⑫} 两者同属于权益侵害范畴。如,“滥用解除权案”中的被告所受损害仅为潜在的,但这并不妨碍原告行使解除权构成权利滥用,只是由于欠

^{⑥⑥} 参见前引^{②③},路易·若斯兰书,第255-257页。

^{⑥⑦} 参见前引^{⑤②},林诚二文。

^{⑥⑧} 前引^②,施启扬书,第374页。

^{⑥⑨} 欧洲侵权法小组:《欧洲侵权法原则——文本与评注》,于敏、谢鸿飞译,法律出版社2009年版,第119页。

^{⑦⑩} 王利明:《侵权责任法研究》(上卷),中国人民大学出版社2010年版,第354页。

^{⑦⑪} 前引^{⑤④},张新宝书,第121页。英、美等国的“名义上的赔偿制度(nominal damages)”是一例外:为确认被告行为系属不法及宣誓原告拥有权利,即便未认定受害人遭受实际损害,法院也会判决被告负担少额的象征性赔偿。这看似偏离或否定了损害确定性与客观真实性,但事实上与一般损害赔偿仍有共性:案中损害(尤其是精神损害)确已发生,只因举证困难,法官推定损害的存在而豁免受害人的证明责任。参见前引^{⑥⑨},欧洲侵权法小组书,第211页。

^{⑦⑫} 参见王胜明主编:《中华人民共和国侵权责任法释义》,法律出版社2010年版,第43页。

缺损害的实际发生,该法律关系无法通过侵权责任予以调整。

3. 法律责任后果的差异

侵权责任以全部赔偿为原则,赔偿责任人应当完全填补受害人的损害。对于侵权行为所造成的损害,除非发生损益相抵、过失相抵等限制责任范围的情形,加害人应尽力使受害人恢复到没有遭受损害时的状态,以实现完全赔偿的责任目标。

但对权利滥用来说,补偿并非主要目的,其更重要的规范目的在于停止权利人滥用权利的行为。即使权利滥用人需赔偿相对人所受损害,也并不必然完全赔偿。之所以强调权利滥用的法律后果主要在于停止权利滥用行为,主要原因在于权利滥用系属不法行为,若放任不法行为继续存在,则必然背离权利的本质要求。滥用权利人不能仅仅通过支付金钱赔偿的方式,获得持续不法侵害他人的权利。权利滥用人是否需赔偿全部损失,应依权利滥用的不同形态而定:若权利人滥用权利、以损害他人为唯一或主要目的,由于其主观恶意明显,行使权利违背了权利自身目的,与侵权行为无异,权利人则应承担完全赔偿责任;如果权利人行使权利并非专以损害他人为目的,但因逾越权利的内在限制造成相对人损害,则可根据权利人的不法性及过错程度限缩其赔偿范围,而无需赔偿因果关系范围内的全部损害。以 *Rideout v. Knox* 案为例:案中被告在自有住宅地上搭建了11英尺高的围栏,原告因窗户视线被阻挡而要求被告拆除,被告则抗辩其系为种植葡萄搭建围栏而拒绝拆除。霍姆斯法官认为,即使干扰原告并非建立围栏的最主要动机,但只要是动机之一,便可将被告行为纳入法律的规制范围。法院最终判定被告构成权利滥用,但仅给予原告1分钱的象征性赔偿。^⑬

权利滥用与侵权行为在不法性上的诸多差异决定了侵权责任不是解决权利滥用的唯一制度路径,权利滥用的复杂性亦决定了其比侵权行为具有更加丰富的法律后果。

四、禁止权利滥用原则的具体适用

禁止权利滥用作为民法基本原则发挥着指导终极裁量的规范效力。^⑭但它与法律规则“性格”迥异:它并非禁止某种行为的确定性命令,而仅要求权利不得滥用“相对于事实上与法律上可能的范围内尽最大可能被实现”。^⑮由于法律原则并无具体的规范构成要件,裁判中无法将案件事实直接涵摄于禁止权利滥用原则以确定个案法律后果,适用禁止权利滥用原则的前提是将其转变为能够作为裁判基准的规则,并在个案中确定具体的法律效果。^⑯

(一) 禁止权利滥用原则的规则化

^⑬ *Rideout v. Knox*, 2 L. R. A. 81 (1889).

^⑭ 参见前引②,王泽鉴文。

^⑮ [德]罗伯特·阿列克西:《重力公式》,载[德]罗伯特·阿列克西著:《法:作为理性的制度化》,雷磊编译,中国法制出版社2012年版,第149页。

^⑯ 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,商务印书馆2003年版,第293页。

1. 法律原则规则化的路径选择

原则规则化有多样的法律路径,法律解释、法律推理、类推等法律适用方法以及法律论证方法在某种程度上都可作为实现原则规则化的路径,但阿列克西的原则理论对于原则规则化具有更强的可操作性。^⑦ 依据阿列克西的原则理论(具体而言即竞争法则),要在相冲突的原则中确定何者优先适用,只有通过权衡的方法才能确定哪一项原则具有更加重要的分量,即,“一个原则的不满足程度或受损害程度越高,另一个原则被满足的重要性就必须越大。”^⑧ 原则间权衡的结果首先是确定一个原则优先于另一个原则的条件,其次是这些优先条件在事实上构成一项规则,且该规则赋予优先原则以具体的法效果。^⑨ 有关竞争法则的一个较为技术性的表述是:如果原则 P1 依据条件 C 优先于原则 P2,即 $(P1 \succ P2)C$, 并且 P1 在条件 C 下引起法律后果 R,那么包含行为事实 C 和法律后果 R 的规则就是有效的,即 $C \rightarrow R$ 。此处的 C(即优先条件)在竞争法则中具有双重特性:在 $(P1 \succ P2)C$ 中, C 是确定原则间“优先关系的条件”,其后果是确立了优先原则;在“ $C \rightarrow R$ ”中, C 则是“规范构成要件(the protasis of a norm)”,其后果是创设了规则。

禁止权利滥用原则的适用,实质上是解决权利滥用主体(被告)行使权利所依据的原则与受害人(原告)主张的滥用者行使权利违反禁止权利滥用原则之间的冲突。前引“信鸽案”中的被告利用自己阁楼饲养信鸽的权利所依据的原则是物权自由行使原则,原告则认为由于被告的养鸽行为对其生活安宁造成不利影响而违反了禁止权利滥用原则,因而本案最终表现为支持被告行使房屋所有权的“物权自由行使原则”与支持原告生活安宁的“禁止权利滥用原则”之间的冲突。循此,适用禁止权利滥用原则的核心问题便是:确立个案中禁止权利滥用原则优先于其他原则的具体优先条件或变量(即 C),并以该优先条件或变量作为禁止权利滥用原则规则化的规范构成要件。优先条件或变量的确定与权利滥用的鉴别要素息息相关。

2. 以权利滥用鉴别要素为基础的个案规范建构

权利滥用的各项鉴别要素为确定个案的特定优先条件提供了基础与指引:意思的鉴别要素证成了行为人行使权利的主观过错,行为的鉴别要素证成了行使权利客观上产生了损害或不便等,利益的鉴别要素是权利滥用行为在经济上失衡结果的反映,权利目的的鉴别要素则是基于创设权利的客观目的检视权利行使是否符合正当性的内在要求。权利滥用的鉴别标准并非封闭与一成不变,应当根据具体案情确立具体的鉴别要素。需要特别指出的是,权利滥用的鉴别要素与法律规则的构成要件不同:鉴别要素仅是原则规则化过程中优先条件或变量的类型化,具体个案即使无法包含全部四项鉴别

^⑦ 关于原则适用的具体方法并无唯一、确定的答案,阿列克西竞争法则的优势在于提供了关于原则的清晰论证结构,因而具有透过法学方法进行验证的实践优势。

^⑧ 前引^⑤,罗伯特·阿列克西文;参见[美]罗纳德·德沃金:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,上海三联书店2008年版,第47页。

^⑨ 参见[德]罗伯特·阿列克西:《法律原则的结构》,载[德]罗伯特·阿列克西著:《法:作为理性的制度化》,雷磊编译,中国法制出版社2012年版,第135页。

要素,亦未必排除原则的适用;而法律规则的构成要件则秉持“全有或全无”的立场,符合构成要件是规则适用的前提条件。混淆鉴别要素与构成要件,实质上是将禁止权利滥用原则“降格”为一种法律规则,削弱了其作为一般条款的制度功能。此处以“滥用股东诉权案”为例,结合权利滥用的各项鉴别要素并参照阿列克西竞争法则理论,来演示禁止权利滥用原则适用于个案时的具体程序与步骤:

第一步,确立个案中原则间的竞争关系。本案中的被告依据《公司法》第22条第2款的规定提起股东撤销之诉的行为对公司造成了损害,由此形成了两项实质原则——被告提起股东撤销之诉背后所依据的诉权自由行使原则^⑩(P1)与原告因其利益受损而主张被告权利行使违反禁止权利滥用原则(P2)之间的冲突。

第二步,基于一般的优先条件确立一般的优先关系。诉权为任何民事主体所享有,它更是一项基本人权,诉权的保护具有当然的优先性。权利人行使权利本身无需说明理由,而主张适用禁止权利滥用原则的相对人则负有论证限制权利的义务,诉权自由行使原则(P1)因此具有一般的优先性,即(P1 P P2)C1。但这种优先关系仅是初显的,可以被例外所推翻。

第三步,基于特定优先条件确立条件式优先关系,并依此创设具体规则,其核心在于找寻特定优先条件C2。确定股东滥用诉权的具体鉴别要素在此成为确立特定优先条件的重要参考:

(1) 被告提起股东撤销之诉存在主观害意。“在大多数情况下,滥用性起诉一般表现为有损害意图,原告对胜诉不抱任何希望,但他仍然狂热地引发和继续诉讼,唯一的目的是给对手制造麻烦。”^⑪从被告主动提出辞职,随后提出撤销之诉,接着又无故撤诉等一系列不合逻辑的行为中,可推知被告的“唯一的目的是给对手制造麻烦”,因而具有利用股东撤销之诉侵害公司利益的主观害意;(F1)

(2) 被告提起股东撤销之诉存在权利滥用行为。被告“撤销之诉产生的后果为撤销董事会同意李某某(被告)辞去董事和副总经理职务的决议,这一后果与被告之前向公司提交的辞职报告相悖”,该矛盾行为是证成权利滥用最有力的客观证据;(F2)

(3) 被告行使诉权对自己无益,却造成公司损害。被告不但没有提供撤销之诉旨在维护其正当利益的证据,而且“在案件经法院两次开庭并引起媒体广泛关注后”,又无故撤诉,其一系列行使诉权的行为“给原告造成了包括股价波动、社会负面评价”等各项损失;(F3)

(4) 被告提起股东撤销之诉违背了权利的客观目的。被告“作为上市公司的高层管理人员,在董事会决议内容完全尊重其个人请求的情形下却提起撤销董事会决议的撤销之诉”,诉请后果与其之前向公司提交的辞职报告相悖,由此可得出其“提起撤销之

^⑩ 参见《民事诉讼法》第2条,《公民权利与政治权利国际公约》第14条第1项。江伟主编:《民事诉讼法》(第5版),高等教育出版社2016年版,第61-62页。

^⑪ 前引^⑩,雅克·盖斯旦等书,第738页。

诉的诉讼目的并不在于实现撤销之诉正当的诉讼目的”。(F4)

被告提起股东撤销之诉存在主观害意、客观上存在滥用诉权的行为、行使诉权对自己无益却对他人有害、其行为逾越诉权的客观目的,共同构成了本案的特定优先条件,即 $(F1 + F2 + F3 + F4)C2$ 。基于该优先条件形成了原则间有条件的优先关系:禁止权利滥用原则(P2)优先于诉权自由行使原则(P1);具体的规则(即个案规范)也随即在有条件的优先关系中创立:滥用股东诉权应受限制,也即 $C2 \rightarrow R$ 。该个案规范公式用语句可表达为:权利人基于股东身份提起撤销之诉,若权利人具有主观害意、存在客观上滥用诉权行为、对自己无益却给公司造成损失且逾越了诉权的客观目的,该诉权的行使应为法律所禁止。

(二) 权利滥用的法律后果

个案裁判中一旦明确了具体优先条件,便意味着确立了禁止权利滥用原则的个案规范。在个案意义上,原则适用仍会产生确定的法律后果;在抽象意义上,由于原则规则化形成的个案规范内容各异,禁止权利滥用原则亦会产生多元的法律后果,“不同的滥用权利的后果不同,应区别对待。”^⑫

1. 停止侵害或防止侵害(禁令)

停止侵害是相对人要求权利滥用人停止正在进行的滥用行为。首先,停止侵害的适用范围非常广泛,只要滥用权利侵害他人的状态继续,被害人便可以主张排除侵害。滥用行为虽有权利基础,但行为本身并非正当,若任凭权利滥用状态持续,将严重侵害他人权益,有违法秩序的要求。其次,无论权利滥用是否已经给他人造成实际损害,只要侵害他人权益的滥用行为持续存在,相对人便可要求停止侵害。不可否认,停止侵害是阻止权利滥用最直接、最有效的方式,甚至在部分案件中足以消除权利滥用造成的不利影响。“信鸽案”中的被告饲养信鸽的行为已构成对原告生活安宁的持续性妨害,借助停止侵害可直接维护原告权利。停止侵害并不意味着完全禁止权利的行使,而仅是禁止权利人的滥用行为,其在正当、合理范围内的权利行使仍受法律保护。作为市信鸽协会会员的被告,在自家阁楼以适当方式饲养合理数量信鸽的行为仍受法律保护,法院要求被告做的仅是减少饲养数量以避免妨害邻人,而非完全禁止饲养行为。

2. 剥夺权利

剥夺权利是权利滥用人可能承担的最为严重的法律后果。由于权利滥用行为并不排除权利本身的正当性,法律多数情形下只需限制权利行使而非消灭权利本身,只有在极为严重的情形下才会因权利滥用而剥夺权利。剥夺权利需具备手段上的必要性,即唯有剥夺权利方能充分保护相对人权益。由于剥夺权利将使得行为人从权利人变为无权利人,除非重新赋予,否则其权利将永久丧失,因此需要防止对禁止权利滥用原则的滥用,以减少剥夺权利对权利人造成的不利影响,即,“必须于法律有明文规定时,始得

^⑫ 前引⑩,魏振瀛书,第25页。

为之。”^⑬如我国台湾地区“民法”第1090条规定:“父母之一方滥用其对于子女之权利时,法院得依他方、未成年子女、主管机关、社会福利机构或其他利害关系人之请求或依职权,为子女之利益,宣告停止其权利之全部或一部。”^⑭

3. 恢复原状^⑮

权利滥用致相对人损害,相对人得请求权利人恢复原状。首先,恢复原状的目的在于使受害人恢复至损害发生前的状态。它通过对滥用权利的不利后果予以直接恢复,以契合于禁止权利滥用原则的立法意旨。在“张某诉潘某等隐私权纠纷案”中,被告为防盗及维持楼道卫生,在自家房门及阳台上方各安装了一个摄像头,法院认为被告的行为因侵犯了“与原告日常生活有密切联系的公用部位”而构成权利滥用,判决限期拆除摄像头;^⑯其次,恢复原状有不同形式。受害人遭受的损害类型不同,决定了恢复原状形式的不同。比如,受害人可请求权利滥用人支付恢复原状的必要费用,使其能自行规划恢复原状进程,而不必仰仗债务人的意愿^⑰;再次,恢复原状并不排斥金钱赔偿。恢复原状虽有利于实现对受害人的充分保护,但也有不易执行且拖延时日之弊端,作为权利滥用法律责任后果的金钱赔偿仍不可缺少。由《民法总则》第179条、《侵权责任法》第15条的规定可知,我国实际上采取自由裁量的立法例,由法官根据个案确定具体法律后果。对损害不能恢复原状或恢复显有重大困难者,可予以金钱赔偿。^⑱

4. 金钱赔偿

权利滥用造成对方损害的,相对人可请求滥用者承担金钱赔偿责任。因权利滥用者拥有权利基础,其金钱赔偿责任并不以完全赔偿为原则,具体可依据滥用行为的不法性程度、过错程度等确定赔偿范围。在“滥用海域承包经营权案”中,法院认为被告割除原告的养殖筏架的自助行为构成权利滥用,应当承担赔偿责任,但判决被告仅对原告“筏架所用物资本身所受到的合理损失”负责,而对原告诉请的“恢复生产费用”及海产品“将来可能得到的期待利益损失”无需赔偿。究其原因,权利人(被告)为海域承包权人,相对人(原告)构成无权占有,被告本有权请求原告返还原物、排除妨害,只是其实现权利的方式不妥,因而无需赔偿全部损失。

金钱赔偿可与权利滥用的其他法律后果一并适用,否则无异于肯认滥用权利人利

^⑬ 前引②,施启扬书,第374页。

^⑭ 相反观点认为,父母对子女滥用亲权属于亲属法上的特别规定,不应适用禁止权利滥用原则。参见姚瑞光:《民法总则论》,中国政法大学出版社2011年版,第372页。

^⑮ 学界对我国民法中恢复原状的制度内涵存在不同理解:有学者认为,恢复原状是所有权的保护方式,是与损害赔偿相并列、独立的民事责任形式;有学者认为恢复原状属于损害赔偿的一种具体形式,仅指对受损物品的修复。此外,学界就“恢复原状”与“回复原状”二者的法律属性及具体内涵也存在争议。本文为与《民法总则》《侵权责任法》等立法保持一致,采用“恢复原状”一词。但需要指出的是,本文中“恢复原状”仅是作为权利滥用的一种法律后果,而非侵权责任的承担方式,其具体内涵包括对有体物的恢复以及偿还恢复原状的必要费用等。

^⑯ 参见上海市第一中级人民法院(2011)沪一中民一(民)终字第288号民事判决书。

^⑰ 参见前引③,孙森焱书,第370页。

^⑱ 比较法上的相关规定可参见台湾地区“民法”第215条、《德国民法典》第251条第2款以及《欧洲侵权法原则》第10:104条等。

用支付金钱的方式“买断”受害人的合法权利。在“滥用土地使用权案”中,被告因行使土地使用权构成权利滥用,法院不仅判决被告向原告支付金钱赔偿,而且向被告发出停止侵害的禁令,要求其排除妨害、恢复道路通行。^⑩ 对于仅判令权利滥用人金钱赔偿而未课以恢复原状义务的“汲水案”,若斯兰评价此判决殊非妥当,因为权利滥用行为本身具有不法性,滥用权利人无谓“永久不断地侵害他人,而以金钱赔偿了事”,受害人完全可以请求法院将权利的行使纳入正轨,以避免损害的复发。^⑪

5. 权利滥用行为不生法律效果

权利禁止滥用的实质意义在于,“不让该项权利的行使发生原本应有的私法上的法律效果”。^⑫ 以霍菲尔德(Hohfeld)的权利理论为例,正当地行使权利(right)、自由(privilege)、权力(power)、豁免(immunity)等权利要素,相应地会使权利相对方受到义务(duty)、无权利(no-right)、责任(liability)或无能力(disability)的效力约束,两者互为有无、相伴而生,相互构成充分必要条件。^⑬ 权利滥用不生法律效果,意味着行为人根据权利基础主张某项霍菲尔德要素时并不发生相应的法律效果,权利相对人不受相应的法律约束。在前引“滥用解除权案”中,原告以被告债务不履行为由解除股权转让合同,解除权作为形成权,本应依权利人单方的意思表示便可发生法律效力,但由于原告构成权利滥用,权利的行使便不生合同解除的法律效果。禁止权利滥用原则的适用并不局限于法律行为(合同)领域,若准法律行为,如催告(意思通知)、债权让与通知(事实通知)等,以及事实行为(如先占、添附、无因管理等)的行为人构成权利滥用,其行为亦不生法律效果。此外,滥用权利是否发生法律效力有时还考量第三人的利益,以避免权利人的滥用行为对善意第三人产生严重影响。^⑭

结 语

崔建远先生曾指出,“确立权利滥用的标准,区分权利滥用的类型,细化权利滥用的法律后果,是我们面临的艰巨而又必须完成的任务。”^⑮

权利滥用的鉴别无统一标准,本文主张,除《民法总则》第132条明确的必要条件外,还需结合权利人的主观意思、滥用权利的客观行为、对本人无益或获利远小于致他人受损、行为违反权利的客观目的等四项要素对权利滥用加以认定。适用禁止权利滥用原则会产生多元的法律后果,对此,应当结合个案中滥用权利行为的不同而区别对

^⑩ 本案原、被告系邻居,原告擅自将其机动车停放于被告承包地内,被告在自己承包地上用大型石块等障碍物堵塞道路,致使原告的机动车被持续封堵在被告承包地内,原告请求被告排除路障恢复通行,并赔偿损失。参见湖北省恩施土家族苗族自治州中级人民法院(2017)鄂28民终412号民事判决书。

^⑪ 参见前引^⑩,路易·若斯兰书,第15页、第270-271页。

^⑫ 参见前引^⑩,近江幸治书,第18页。

^⑬ 参见陈彦宏:《权利类属理论之反思——以霍菲尔德权利理论为分析框架》,载《法制与社会发展》2011年第6期。

^⑭ 参见前引^⑩,路易·若斯兰书,第272-273页。

^⑮ 崔建远:《物权法》,中国人民大学出版社2009年版,第181页。

待。权利滥用作为具有独立规范意义的法律制度,其与侵权行为具有本质差异,通过侵权方式解决权利滥用有着无法克服的实践与理论局限。唯有利用原则自身的法律适用原理,方能为基于原则形成的、直接作为裁判依据的个案规范找到方法论依据。在此,阿列克西的竞争法则理论提供了禁止权利滥用原则的规则化路径。

希望本文的探讨,不仅能助益于禁止权利滥用原则的法律适用,亦会促进与提升该原则的理论研究。

Abstract: Although with the appearance of civil rights, in the circumstance of civil rights abuse, the exertion of rights is not legitimate, and thus is not protected by law. There is no uniform standard for the identification of the abuse of civil rights, and four elements need to be considered to determine: the intention of the obligee, the objective behavior of the civil rights abuse, no profit to the obligee or the gain is much less than others' loss, as well as the behavior is contrary to the objective purpose of rights. The unlawfulness of civil rights abuse is distinguished from tort in nature. To solve the civil rights abuse by liability for tort has certain institutional limitations. As a civil law principle, the application of the prohibition of civil rights abuse is based on the concretization of principles, namely, elements for identification need to be employed to form regulation schemes for individual cases as judicial basis. Legal consequences in specific cases are various, which include cessation of infringements, deprivation of rights, restitution, compensation and invalidation of civil behavior, etc.

(责任编辑:王莉萍)