

中国人民大学刑法学博士文丛(5)

自救行为论

Studies on Self-defense

◎ 杨家庆 著



中国人民公安大学出版社

中国人民大学刑法学博士文丛 (5)

自救行为论

杨家庆 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

自救行为论/杨家庆著. —北京:中国人民公安大学出版社, 2008. 6
(中国人民大学刑法学博士文丛)

ISBN 978 - 7 - 81139 - 150 - 3

I. 自… II. 杨… III. 正当防卫—研究 IV. D914. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 098931 号

中国人民大学刑法学博士文丛 (5)

自救行为论

ZIJIU XINGWEILUN

杨家庆 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京兴华昌盛印刷有限公司印刷

版 次: 2008 年 6 月第 1 版

印 次: 2008 年 6 月第 1 次

印 张: 10. 125

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 273 千字

印 数: 0001 ~ 3000 册

ISBN 978 - 7 - 81139 - 150 - 3/D · 134

定 价: 25. 00 元

网 址: www.phcpps.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: cpep@public.bta.net.cn zbs@cpps.edu.cn

营销中心电话 (批销): (010) 83903254

警官读者俱乐部电话 (邮购): (010) 83903253

读者服务部电话 (书店): (010) 83903257

教材分社电话: (010) 83903259

公安图书分社电话: (010) 83905672

法律图书分社电话: (010) 83905637

公安文艺分社电话: (010) 83903973

杂志分社电话: (010) 83903239

电子音像分社电话: (010) 83905727

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换

版权所有 侵权必究

中国人民大学刑法学博士文丛

编辑委员会

顾 问：高铭暄 王作富

主 任：戴玉忠

委 员（以姓氏笔画为序）：

冯 军 田宏杰 刘明祥

张小虎 肖中华 黄京平

韩玉胜 谢望原

总序

以刑法规范及其发展完善为主要研究对象的刑法学，是法学体系中一个极为重要的部门。而刑法学的发展和完善，很大程度上取决于刑法学研究和教育的发展状况。因此，我们既要促进当下各种刑事法思想与理论的交流，力促百花齐放、百家争鸣，又不能忘记对年青一代人才的培养，以期薪尽火传、承传不灭。这就对我国的法学教育和法学研究提出了更高的要求。

中国人民大学刑事法律科学研究中心是专门从事刑事法研究的新型综合性学术研究机构，经教育部 1999 年 11 月批准，首批成为全国普通高等学校人文社会科学百所重点研究基地之一，也是刑事法领域唯一的国家级重点研究机构。中心依托中国人民大学雄厚的人文社会科学基础与人大法学院坚实宽广的法学学科实力，以具有辉煌业绩和良好传承的国家重点学科——刑法学科为龙头，涵盖刑事实体法、刑事程序法与刑事证据法、刑事侦查与刑事物证技术、刑事法律史等刑事法律学科群中的诸多领域。中国人民大学刑法学博士生在“中心”的严格要求和精心培养下，勤于学习，勇于探索，撰写的学位论文大多具有锐意创新之处。但在目前学术著作出版难的状况未彻底改观的情况下，其中仅有少数论文得以公开出版，这不得

不说是一大憾事。有鉴于此，中国人民大学刑事法律科学研究中心本着繁荣学术、扶植青年的宗旨，在中国人民公安大学出版社的鼎力支持下，精心挑选、组织出版了这套“中国人民大学刑法学博士文丛”。

本文丛以通过答辩的刑法学博士学位论文为选题范围，从其中挑选一些有代表性并有较高学术价值和现实意义的论文加以编辑出版。从论文的选题和内容来看，作者或者是对刑事法中前沿问题的系统分析，论证严谨，见解独到；或者是对传统理论的深刻挖掘，论涉古今，言及中外；或者是对外国刑法理论的专门研究，援引西土精华，璧合本土资源；或者是对某一理论的中外比较，两两相互对照，取其精去其糟，其学术价值和现实意义不容低估。固然，这些论文看起来或许还有些青涩与稚嫩，许多观点也可能还值得商榷，但每一篇论文都闪烁着作者思想的火花，同时浸透了导师的心血，因而值得一读。并且，我们真诚欢迎读者对论文提出批评，因为认真而负责的批评，正是作者得以进步的阶梯、学术得以繁荣的途径。

回首过去，中国人民大学刑事法律科学研究中心由于各方厚爱和自身的艰苦努力，在刑事法研究方面打下了一些基础，取得了一些成绩。展望未来，来日方长，我辈不敢稍有怠慢或休歇，学如春起之苗，要让其增，务要不断浇灌，只有更进一步，方能更上一层楼。在这里，唯愿这套“中国人民大学刑法学博士文丛”，能够源源不断地为气氛正热而任重道远的刑事法研究贡献一份绵薄之力。

中国人民大学刑事法律科学研究中心

2008年3月

序

谢望原*

自救行为乃是排除社会危害性的一种正当化行为。事实上，近现代不同的法律领域中也相应地存在自救行为——刑法学中个人行使被容许武力的行为称作自救行为，民法学上也有相类似的自力救济的说法，凡此种种，不胜枚举。追溯既往，救济权思想雏形见诸于1628年英国的《权利请愿书》，其规定当臣民生存或人身自由受到限制时，他可求助国王所颁发的人身保护状“呈请法院予以救济”。

虽然自救行为在世界诸多国家的法学理论和司法实践中被认可，但是从刑事法学角度系统而深入研究此一问题的成果却并不多见。杨家庆当初考虑博士论文选题时征求我的意见，我问他是否能够把“自救行为研究”作为博士论文选题，并说明该选题具有较大难度。经过认真考虑，最后他接受了我的建议。由于国内至今也没有研究自救行为的专著问世，就是研究此一问题的论文也十分有限，因此收集这方面的文献就是一个很大的问题。2006年7月我应邀到日本东京的成蹊大学访问研修。通过日本的有关教授以及在日本留学的年轻朋友们了解并收集日本法学界关于自救行为的研究成果，我才发现日本法学界对此也研究不多，故也只是收集到很少有价值的研究自救行为的资料。因此，我颇为杨家庆的博士论文担

* 中国人民大学法学院教授、法学博士、博士生导师，中国人民大学刑事法律科学研究中心副主任兼区际刑法研究所所长，中国人民大学法学院刑法研究室主任。

心——他是否能够如期完成有质量保证的博士论文？然而，正所谓“书山有路勤为径，学海无涯苦作舟”！杨家庆通过勤奋努力、刻苦用功，多方收集国内外与研究课题有关的文献，历经千辛万苦，终于完成了20余万言的题为《自救行为论》的博士论文，顺利通过答辩，并被答辩委员会评为“优秀博士论文”。

就刑法而言，自救行为被认为阻却责任或者阻却违法，一般被视为一种超法规事由。但是，自救行为何以能够阻却责任或者阻却违法以及自救行为在刑法体系中具有怎样的地位等问题，需要从法学乃至价值哲学的立场出发进行多维视角的全面研究。现在，杨家庆根据答辩委员们提出的修改建议，全面修改完善了其博士论文，对自救行为的历史嬗变、价值取向、法哲学基础、自救行为在刑法体系中的地位、成立要件、自救行为与相关问题的联系与区别等内容进行了深入、细致、全面系统的探讨和研究，并提出了诸多独到见解，其博士论文的同名专著《自救行为论》即将由中国人民公安大学出版社出版。我相信，本书的出版将会填补我国刑法学界关于自救行为研究的空白，并将为刑事司法实践中正确认定自救行为提供重要的理论支持。

二〇〇八年五月八日

于明德法学楼

| 目 录 |

导 论	(1)
一、选题的动机	(1)
二、理论与实践的冲突	(2)
三、研究的现状	(6)
四、研究的进路	(8)
五、追问：超法规违法阻却事由之自救行为可否提倡 ..	(10)
第一章 自救行为的历史嬗变	(14)
一、自救行为的公认时代	(14)
(一) 自救——源于生物的自保	(14)
(二) 复仇的演进	(16)
(三) 自救的效果	(20)
(四) 由本能到义务	(20)
(五) 最早认可自救行为的成文法 ——《十二表法》	(23)
二、自救行为的限制时代	(28)
(一) 导致自救行为冲突的主导原因——集团利益	(28)
(二) 武力自卫的限制	(30)
(三) 限制自救行为的产物——赎罪金	(32)
三、自救行为的禁止时代	(39)
(一) 国家的诞生——私力之公权保障	(39)

(二) 自救行为的禁止和国家诉讼的诞生	(44)
四、自救与公救共存时代	(47)
第二章 自救行为之价值取向	(50)
一、概述	(50)
二、自救行为的正价值	(51)
(一) 自救行为之基础价值——秩序	(51)
(二) 自救行为之核心价值——正义	(53)
(三) 自救行为之直接价值——效率	(57)
(四) 自救行为之终极价值——自由	(62)
三、自救行为之负价值	(63)
(一) 容易走向野蛮、产生暴力	(64)
(二) 容易破坏法的安全	(66)
四、自救行为诸价值冲突的平衡	(67)
(一) 正确处理自由价值和秩序价值的关系	(68)
(二) 正确处理效率价值与正义价值的关系	(70)
第三章 自救行为之法哲学基础	(76)
一、自救行为之伦理基础	(76)
(一) 概述	(76)
(二) 社会伦理主义与法益保护主义之争	(80)
(三) 法律情感与自救行为	(82)
(四) 法律信仰与自救行为	(89)
二、自救行为之法理基础	(92)
(一) 法律与武力	(93)
(二) 公法与私法、公权与私权及其他	(95)
(三) 国家万能主义只是一种理想主义	(101)
(四) 刑罚与私罚	(103)
(五) 自救行为之权利基础	(107)
——以原权与救济权为中心展开	(107)

(六) 自救权与请求权	(115)
(七) 自救行为根据论	(117)
第四章 自救行为在刑法体系中的地位	(126)
一、自救行为与违法性	(129)
二、普遍概念上的违法	(129)
三、违法与不法	(130)
四、违法阻却事由的含义	(135)
五、超法规违法阻却事由的性质	(137)
六、自救行为之形式违法性与实质违法性审读	(141)
七、自救行为与犯罪构成要件	(149)
八、自救行为与超法规阻却责任事由	(152)
第五章 自救行为的成立要件	(157)
一、不法侵害的客观存在	(158)
二、时空的紧急性	(161)
三、自救行为的意思表示	(167)
四、程度的相当性	(169)
五、自救行为之主体和对象	(176)
(一) 有权行使自救行为之主体	(176)
(二) 自救行为之对象	(180)
六、余论	(184)
(一) 事后处置行为——理论与现实的冲突	(184)
(二) 契约可否排除自救行为	(187)
第六章 自救行为之判例的动向与学说的展开	(191)
一、判例的动向	(191)
(一) 大陆法系判例中的自救行为 ——以日本的判例为中心	(191)
(二) 英美法系判例中的自救行为	(197)
二、学说的展开	(201)

(一) 自救行为否定说	(201)
(二) 自救行为肯定说	(204)
(三) 评价与私见	(209)
第七章 自救行为相关问题辨析	(230)
一、错误自救行为	(230)
(一) 误想自救	(231)
(二) 过剩自救	(235)
(三) 误想过剩自救	(238)
(四) 禁止滥用自救权	(239)
二、自救行为与其他违法阻却事由的区别	
——以与正当防卫的区别为中心	(242)
(一) 自救行为与正当防卫的区别	(242)
(二) 自救行为与紧急避险的区别	(258)
(三) 自救行为与被害人承诺的区别	(263)
(四) 自救行为与扭送(临时羁押)的区别	(265)
结语——善待自救	(269)
一、我国近代中关于自救行为的立法例	(271)
二、自救行为立法化之论争	(273)
三、自救行为之立法构想	(278)
参考文献	(286)
致谢	(305)

Contents

Preface	(1)
1. Intention	(1)
2. Conflicts between theories and practice	(2)
3. Situations of theory	(6)
4. Theories of studies	(8)
5. Inquiry: Should self-defence based on extra-law ground for elimination of illegalation be advocated	(10)
Chapter one: History of self-defence	(14)
1. Times self-defence acknowledged	(14)
(1) Self-defence: from self-protect of living beings	(14)
(2) Development of revenge	(16)
(3) Effects of self-defence	(20)
(4) From instinct to responsibility	(20)
(5) Lex Duodeci Tabularum: the first jus scriptum stipulated self-defence	(23)
2. limited times of self-defence	(28)
(1) Group interests: main cause for conflicts of self-defence	(28)
(2) Limitation of self-defence by force	(30)
(3) Fine: result of limited self-defence	(32)

3. Prohibited times of self-defence	(39)
(1) Birth of country: public power insurance by individual force	(39)
(2) Prohibition of self-defence and birth of state suit	(44)
4. Coexist times of self-defence and relies by public force	(47)
Chapter Two: value of self-defence	(50)
1. Introduce	(50)
2. Positive value of self-defence	(51)
(1) Order: basic value	(51)
(2) Justice: core value	(53)
(3) Efficiency: direct value	(57)
(4) Freedom: ultimate value	(62)
3. Negative value of self-defence	(63)
(1) Induce to violence	(64)
(2) Induce to safety of law	(66)
4. Balance among values of self-defence	(67)
(1) For freedom and order	(68)
(2) For efficiency and justice	(70)
Chapter Three: philosophical based for self-defence	(76)
1. Ethical baes	(76)
(1) Introduce	(76)
(2) Disputes between theory of ethics and legal interests protection	(80)
(3) Legal emotion and self-defence	(82)
(4) Legal belief and self-defence	(89)
2. Legal base of self-defence	(92)
(1) Law and force	(93)

(2) Jus publicum and private law, public power, private power and others	(95)
(3) Omnipotent state is only an ideal	(101)
(4) Punishment and private violence	(103)
(5) Right for self-defence: based on initial right and right of relief	(107)
(6) Right of self-defence and petition	(115)
(7) Causes	(117)

Chapter Four: position of self-defence in criminal law

1. Self-defence and illegality	(129)
2. Concept of illegality	(129)
3. Illegality and unlawful	(130)
4. Concept of ground for elimination of illegality	(135)
5. Quality of extra-law ground for elimination of illegalation	(137)
6. Formal illegality and material illegality for self-defence	(141)
7. Self-defence and constitute inquiries	(149)
8. Self-defence and quality of extra-law ground for elimination of illegalation	(152)

Chapter five: constitute inquires

1. Objective existence of unlawful invasion	(158)
2. Emergency	(161)
3. Meaning of quality of extra-law ground for elimination of illegalation	(167)
4. Equivalence of degree	(169)
5. Subjective and objective	(176)
(1) Subjective	(176)

(2) Objective	(180)
6. Other viewpoints	(184)
(1) Conflicts between theory and practice: post-act of punishment	(184)
(2) Can contract eliminates quality of extra-law ground for elimination of illegalization?	(187)
Chapter six: tendency of cases and theories	(191)
1. Tendency of case	(191)
(1) Cases in Continental law system: core on cases of Japan	(191)
(2) On Anglo-American law system	(197)
2. Tendency of theories	(201)
(1) Negative theory	(201)
(2) Positive theory	(204)
(3) Appraisal and conclusion	(209)
Chapter seven: relevant issues	(230)
1. Misunderstanding self-defence	(230)
(1) Defence under illusion	(231)
(2) Extra-self-defence	(235)
(3) Extra-self-defence under illusion	(238)
(4) Prohibitions	(239)
2. Differences between self-defence and other ground for elimination of illegality: based on justifiable defence 	(242)
(1) Differences between self-defence and justifiable defense	(242)
(2) Differences between self-defence and act of rescue	(258)

(3) Differences between self-defence and consent of victim	(263)
(4) Differences between self-defence and seize and deliver(temporary detain)	(265)
Conclusion: be positive to self-defence	(269)
1. Examples of self-defence of modern times	(271)
2. Reputes of whether self-defence should by stipulated by law	(273)
3. Legal advice	(278)
Reference	(286)
Thanks	(305)