

中国人民大学刑法学博士文丛（缘）

# 自救行为论

杨家庆摇著

中国人民公安大学出版社

· 北摇京 ·

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, 2015

(中国人民大学刑法学博士文丛)

ISBN 978-7-5653-2111-1

I. ① 援自... 援杨... 援正 ② 正当防卫—研究 IV. ① D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 ( 2015 ) 第 218110 号

中国人民大学刑法学博士文丛 ( 缘 )

自救行为论

杨家庆著

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: 100054

经销: 新华书店

版次: 2015 年 1 月第 1 版

印次: 2015 年 1 月第 1 次

印张: 15 张

开本: 85 毫米 × 115 毫米 1/32

字数: 300 千字

印数: 1000 册

ISBN 978-7-5653-2111-1

定价: 25.00 元

网编地址: <http://www.cup.tsinghua.edu.cn>

电子邮箱: [cust@cup.tsinghua.edu.cn](mailto:cust@cup.tsinghua.edu.cn)

营销中心电话 ( 批销 ): ( 010 ) 62569500

警官读者俱乐部电话 ( 邮购 ): ( 010 ) 62569500

读者服务部电话 ( 书店 ): ( 010 ) 62569500

教材分社电话: ( 010 ) 62569500

公安图书分社电话: ( 010 ) 62569500

法律图书分社电话: ( 010 ) 62569500

公安文艺分社电话: ( 010 ) 62569500

杂志分社电话: ( 010 ) 62569500

电子音像分社电话: ( 010 ) 62569500

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

摇摇摇顾摇问：高铭暄摇王作富

主摇任：戴玉忠

委摇员（以姓氏笔画为序）：

冯摇军摇田宏杰摇刘明祥

张小虎摇肖中华摇黄京平

韩玉胜摇谢望原

## 总摇摇序

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 1998 年 5 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

二〇〇五年 猿月

# 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——刑法学中将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1701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。1998年10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，终于完成了四十余万言的题为《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，需要从法哲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.....	( 31 )
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、自救与公教共存时代 .....	(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	
——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 .....	(229)
一、错误自救行为 .....	(229)
(一) 误想自救 .....	(230)
(二) 过剩自救 .....	(234)
(三) 误想过剩自救 .....	(237)
(四) 禁止滥用自救权 .....	(238)
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 .....	(241)
(一) 自救行为与正当防卫的区别 .....	(241)
(二) 自救行为与紧急避险的区别 .....	(257)
(三) 自救行为与被害人承诺的区别 .....	(261)
(四) 自救行为与扭送(临时羁押)的区别 .....	(264)
结语——善待自救 .....	(268)
一、我国近代中关于自救行为的立法例 .....	(270)
二、自救行为立法化之论争 .....	(272)
三、自救行为之立法构想 .....	(277)
参考文献 .....	(285)
致谢 .....	(304)

## 导摇摇论

### 一、选题的动机

选题动机源于我亲身经历的一个案例。我家位于湖南的西南部，那里与广西交界。1995年暑假，邻居三伯家的缘园多只鸡被人偷了。翌日清早，三伯到乡政府报案，乡政府武装部长打电话联系了区派出所。中午，区派出所所长和一联防队员到现场作了笔录后，说一定会抓紧时间破案。三伯估计偷鸡的人肯定还没有把鸡卖出去，所以，第二天晚上，三伯喊来缘个壮年的亲戚，到湘桂边界的湘桂桥守候（因为毗邻的广西县城，鸡的市场价远高于我们当地的市场价，他估计小偷要拿到那里卖）。晚上缘时猿分左右，他们看见一高一矮两人背着两个尼龙袋来了，大家马上“呼”的一齐站起，两个小偷撒腿就跑，只逮住其中一个。大家把被逮住的小偷打晕，然后用绳子捆好绑在公路旁边的电线杆上。乡政府的干部知道小偷被逮住后还被打，就来人制止，不许任何人再打。中午，派出所所长用摩托车把偷鸡的人带走了。但三伯至今也没有得到赔偿，也一直没有看见正式的处理结果。后来听说那被抓的小偷没有任何财产，派出所拿他也没有办法。

由此案例引申出以下一系列的法律问题：

员援被害人是否有权自己抓小偷？如果被害人无权通过自力去抓小偷，公安机关又不能破案，被害人的损失不能挽回，对被害人是否公平？

圆媛如果被害人自己有权抓小偷，这种权利的依据是什么？

猿媛如果允许被害人自己抓小偷，在抓捕过程中，小偷逃跑时摔死，抓小偷的人是否要承担刑事责任？如果在抓捕过程中被打伤或者打死，由谁承担刑事责任？承担何种刑事责任？

源媛如果允许被害人在抓捕过程中使用暴力，那么使用暴力可以到何种程度？

缘媛他人是否有权协助被害人抓小偷？抓捕过程中小偷被其他协助者打死或者打伤，是否应当负刑事责任？

远媛如果小偷偷的是其他的东西，被害人猿年后偶然在街上碰见是自己的东西，是否还有权实施自救行为？

苑媛如果盗窃行为在现场没有被发现，但是猿分钟后发现小偷正好背着这几笼鸡，这时实施暴力夺回自己的财物是正当防卫还是自救行为，或者还是属于防卫不及时？正当防卫和自救行为究竟如何区别？

愿媛派出所针对老百姓毒打小偷的事情为什么不作任何处理？这反映一种什么样的法律文化？

怨媛乡政府的干部为何要主动制止这种打小偷的行为？当前国家对自救行为持什么样的态度？

## 二、理论与实践的冲突

以上所涉及的问题，就是研究自救行为必须要论述清楚的问题。在司法实践中，自救行为时有发生，与公力救济、国家权威和社会秩序存在着诸多方面的冲突与矛盾。自救行为作为私力救济权的一种，客观地存在于现实生活，散见于刑法理论，但因为刑法没有明文规定，所以一直以来，如何解决司法实践中的自救行为，在我国理论界和实务界基本上是一团雾水。各法院所持态度各不相同，有的法院在判决书上引用“自救行为”这一法律术语；有的法院在判决书中就不敢使用这一术语，因为在我国刑法典中没有自救行为的明文规定。学术界有学者主张应扩张正当防卫的时间来吸

纳自救行为，有学者主张应该明确立法规定自救行为，各执一词。在刑法修改过程中，就有学者提出，“自救行为因属未经正当程序的事后自力救助，不宜提倡，如在立法上对之明确规定，更易生流弊”。<sup>①</sup> 所以，现行刑法没有规定自救行为。

司法实践无疑需要法学理论的指导，但是，莫衷一是的学术观点，容易导致基本一致的案情出现截然相反的判决结果。譬如，的士司机撞劫匪的案例在现实生活中发生了不少，但是法院的判决结果却各不相同。下面仅举猿例说明，一例是沈阳的姐白玉撞伤劫匪案；另一例是长沙的哥黄中权撞死劫匪案，<sup>②</sup> 还有一例是辽宁营口市的哥杨友刚撞死劫匪案。<sup>③</sup>

### 案例一：沈阳的姐白玉撞伤劫匪案

2006年8月18日晚8时15分，一劫匪在沈阳中街附近坐上白玉的出租车。车行至无人处时，劫匪突然亮出利刃实施抢劫。在洗劫了白玉随身的钱财和手机后，劫匪将出租车熄火，拿走车钥匙。在劫匪下车后，沉着的白玉马上找到了藏在车内的备用钥匙，发动车子将歹徒撞倒。歹徒起身持尖刀上前，白玉拿起车内一把修车用的钳子冲上去，猛击其头部，并在搏斗中将劫匪的尖刀打落。最终，在路人的帮助下将歹徒制服。抢劫白玉的劫匪一审被判有期徒刑3年、剥夺政治权利3年，并处罚金1万元。白玉被评选为“辽沈晚报十大新闻人物”。

<sup>①</sup> 赵秉志等：《中国刑法修改若干问题研究》，载《法学研究》2005年第3期，第15页。

<sup>②</sup> 邱景辉：《怨大影响刑罚理念的新闻主角》，载《检察日报》2006年8月18日第1版。

<sup>③</sup> 戴进：《出租车司机被抢劫后开车撞死嫌犯》，载《检察日报》2006年8月18日第1版。

## 案例二：长沙的哥黄中权撞死劫匪案

2015年11月1日晚上11点，的哥黄中权驾车在长沙三湘南湖大市场里追赶并撞倒一名刚刚持刀抢劫自己的歹徒，致其失血性休克死亡。案发后，黄中权拨打了110报警电话，向公安机关交代了经过。2016年1月14日，长沙市芙蓉区人民法院一审宣判黄中权故意伤害罪成立，判处有期徒刑1年6个月，并赔偿受害人家属经济损失2000元。二审维持原判。

## 案例三：辽宁营口市的哥杨友刚开车撞死劫匪案

2015年11月1日晚11时14分许，蔺战强怀揣尖刀，在营口市阳光酒店附近打了一辆出租车，而该车司机正是杨友刚。当杨友刚的车行至一个胡同时，蔺战强掏出尖刀威胁，杨友刚被迫将仅有的200元钱和一部手机交给了蔺战强，蔺战强随后下车离开。被抢劫的杨友刚觉得窝囊，而此时蔺战强没有走多远。杨友刚于是掉转车头，朝蔺战强开过去，两天后，蔺战强因伤势过重而死亡。站前区人民法院重审此案时认为，杨友刚故意伤害罪成立，对杨友刚作出有期徒刑1年的判决。

近年来，被劫的士司机撞死或撞伤劫匪的事件时有发生，但处理结果却因地因人而异，以上两个的士司机命运就截然不同。最早引起社会相关争议的是沈阳的姐白玉，而黄中权案被最高人民检察院方圆法治网站评为“重大影响刑罚理念的新闻主角”之一，同时，该网站评论认为，“通过对这些案例的争论，我们进一步认识了正当防卫的构成要件。而引发的更深层次的思考，是如何应用刑罚规制以暴制暴、同态复仇，以及如何在被害人与犯罪嫌疑人、财



### 三、研究的现状

对于自救行为，法治发达的大陆法系国家之德国和日本，虽然在理论上极力提倡，但在刑法中也没有明文规定。大陆法系通说认为，自救行为是一种违法性阻却事由。关于自救行为的研究，国内外研究都不多，主要的研究重点在正当防卫和紧急避险上，而忽略了对其他违法阻却事由的研究，特别是对超法规违法阻却事由的研究更少。

根据笔者所掌握的资料来看，目前国内还没有以“自救行为”为题的专著或者博士论文，仅有源篇硕士论文是写自救行为的；其他与“自救行为”相关的著述主要有：田宏杰教授所著的《刑法中的正当化行为》、王政勋教授所著的《正当行为论》、徐昕教授所著的《论私力救济》<sup>①</sup>，另外还有姜伟教授所著的《正当防卫论》、何鹏教授所著的《正当防卫与紧急避险》、陈兴良教授所著的《正当防卫》、刘明祥教授所著的《紧急避险》和彭卫东博士所著的《正当防卫论》等；已经公开发表的与自救行为有关的论文还不到百篇。在大陆法系国家主要是德国和日本的刑法理论对自救行为研究得较多。在德国，学者们一般把自救行为看成“代替公共机关所为的行为”。在日本刑法中没有明确规定自救行为，但学者对之持肯定态度，而判例一般又持消极态度。日本关于自救行为的研究文献主要有：小野村胤敏教授所著的《关于刑法的自力救济研究》、明石三郎教授所著的《自力救济的研究》、草野豹一郎教授所著的《自救行为》（载于《刑法改正上的重要问题》）、铃木义男教授所著的《关于自救行为的觉书》（载《警察学论集》第10卷第10号）、高桥敏雄教授所著的《自救行为》（载《违法

<sup>①</sup> 其中，王政勋教授所著的《正当行为论》中有一章专门论述“自救行为”；徐昕教授所著的《论私力救济》主要是以程序法为主，以我国社会存在的私人收债现象为切入点，进行法学、社会学和经济学方面的分析。