

论刑法范畴中的自救行为

戴 昕

扬州大学法学院, 江苏 扬州

收稿日期: 2023年6月19日; 录用日期: 2023年7月10日; 发布日期: 2023年9月26日

摘 要

随着社会的进一步发展, 犯罪行为呈现为多种方式的增加, 某些情况下无法及时寻求公力救济或者此种情况下寻求公力救济已经对于受损权利无法挽救。因此一些时候, 受侵害人会采取自救的方式维护自身的权益。但目前我国尚没有将“自救行为”同正当防卫、紧急避险作为正当化事由规定在刑法理论中, 因为在实施中容易造成新的损害, 必须加以特别的限制。同时, 实践中频繁出现关于自救行为的案例引发了新一轮关于自救行为是否应当立法化的探讨。因此本文立足于对自救行为细致化的梳理, 从而为自救行为是否能够立法化做进一步论证, 以期能对自救行为有一个全方位的把握。

关键词

自救行为, 私力救济, 正当防卫

On Self-Help Behavior in the Scope of Criminal Law

Xin Dai

School of Law, Yangzhou University, Yangzhou Jiangsu

Received: Jun. 19th, 2023; accepted: Jul. 10th, 2023; published: Sep. 26th, 2023

Abstract

With the further development of society, criminal behavior presents a variety of ways to increase gradually into a trend of expanding the circle, some cases cannot seek public relief in a timely manner or such cases to seek public relief has been for the salvation of damaged rights has reached impossible. Therefore, sometimes, the aggrieved person will often take the way of self-help to protect their rights and interests. But in China's current criminal law system, there is no "self-rescue" with self-defense, emergency hedge as a justification in the criminal law theory, because self-rescue in the implementation of the act is more likely to cause new damage, it must be re-

quired to impose special restrictions. However, at the same time, the frequent cases of self-help in practice have triggered a new round of discussion in the theoretical community on whether self-help should be legislated. Therefore, this paper is based on a detailed sorting of the act of self-help itself, so as to make further arguments for whether the act of self-help can be legislated, in order to have a comprehensive grasp of the act of self-help.

Keywords

Self-Help, Private Remedy, Self-Defense

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 自救行为概念之界定

在我国刑法理论中，关于“自救行为”的概念表述繁多，没有统一的定义，主要包括以下几种：

第一种，自救行为又称自助行为，是指权利被侵害者依靠自身力量采取的，以被社会公德、习惯和公序良俗所认可的手段，保全自身权利并使之恢复原状的行为[1]。

第二种，自救行为又称自助行为，是指权利人为维护自身权利，在情况紧急而又来不及请求国家机关救助的条件下，依靠自身力量，对他人的财产或自由施加扣押、损毁或拘禁等强力影响，而为法律或社会公德所认可的行为[2]。

第三种，自救行为，是指当自身权利受到侵害而侵害所引起的不法状态仍继续存在，如按法律所规定的程序，而权利则难于实现或最终将不能实现的情况下，行为人依靠自力救济以保护自身权利的紧急行为[3]。

对比上述各种关于自救行为的定义，我们可以总结出自救行为所具有的基本性特征：

第一，自救行为是处于紧迫情况下才可以实施的行为。上述诸多定义均对于自救行为设置了“处在情势急迫”的限制条件。此外，提出上述几种观点的学者如“无法及时获得救济”、“难于实现或不能实现”等表述都暗含这一意思。

第二，自救行为出现在行为人权利受到不法侵害的情形下。所谓的自救即以己力救助，以己力恢复，因而只有以权利遭受到他人不法侵害为前提，才会发生自我救济。

第三，自救行为是一种补充性的救济行为。例如王政勋所提出的“不能及时请求国家机关予以救济”、“基于国家正当程序无法及时获得相应救济的情况下”，都意味着自救行为存在前置性条件，即在公力救济的手段穷尽或无法及时挽救受损权利的场合才能适用，发挥的是一种补充性作用。

第四，自救行为是一种公民的私力救济行为。各种定义明确表示在行为人在排除了存有公力救济的情况下，以自我能力挽救已受损的权利，即体现了自救行为具备私力救济的属性。

2. 自救行为与其他正当行为的区别

刑法中的出罪事由包括两大类：正当化事由与免责事由。前者解决相关行为的法律属性即合法与否的问题，后者探究能否将客观不法归责于行为人的问题。正当化事由与免责事由均具有否定犯罪成立的功能与效果。

在我国刑法学理论中，部分学者如张明楷教授将“自救行为”与“正当防卫”、“紧急避险”行为同归属于正当行为[4]。在对于自救行为这一概念进行准确界定之前，同时必须要厘清自救行为与其他行为的具体区别，以此再次强调正当防卫和紧急避险制度的适用无法代替自救行为具有的机能。

我们知道，紧急避险与自救行为的区分较为明显，首先两者的危害来源不同，紧急避险的危害来源既可能是行为人的不法侵害，也可能是来于人的生理疾病、动物的突然侵袭或者自然灾害等；而自救行为的危害来源只限定在人的违法犯罪行为中。其次两者行为的对象不同。紧急避险行为的对象则必须是对第三者合法权益的损害；自救行为的对象只能针对不法侵害者本人，不可以针对第三者。再次，对于行为的限制内容不同。紧急避险行为的实施限制是处于危难状态下除避险以外没有选择；而自救行为的实施限制是情势紧迫，放弃实施则救济可能性非常小或者没有。最后，两者所保护的权利不同。紧急避险行为保护的权利包括保护国家、社会公共利益、本人或第三人的合法权利；自救行为保护的权利仅针对本人的权利。

有一些学者主张将“自救行为”纳入“正当防卫”行为中[5]，从而使自救行为成为法律明确规定的违法阻却事由，但两者间的固有差异对这一主张仍有较大的冲击。首先，两者的时间条件不同。正当防卫的时间条件当下存在的不法侵害正在进行中；自救行为的时间条件是在不法侵害已经終了，因而对法益的侵害的时间先后是划定正当防卫与自救行为界限的重要问题”。其次，两者所保护的权利不同。正当防卫保护的权利内容较为广泛，人身权、财产权以及一些刑法未对此作限制的權利都在其中；而自救行为所保护的首先是财产上的请求权。最后，两者所保护的權利主体不同。正当防卫既可以为保护本人权利而实施，同时也可以为保护他人权利而实施；而自救行为仅限于保护本人的权利，不得及于对他人权利保护而实行自救行为。

尽管通过梳理自救行为与紧急避险、正当防卫的构成要件区别，我们可以发现自救行为的诸多要件可以成为后者的子集，似乎可以被紧急避险、正当防卫解释，从而不必单独成为一项出罪事由。不过，仔细对比，还是可以发现他们有本质上的区别。自救行为损害的是侵害人的利益，而紧急避险损害的是第三者的利益；自救行为强调在侵害已经发生、受侵害状态存在而来不及寻求公力救济的这一时段进行，而紧急避险、正当防卫要求侵害正在发生，具有紧迫性；自救行为的目的在于挽回损失，而紧急避险、正当防卫的目的在于组织进一步损失。因此，自救行为不能被紧急避险、正当防卫所解释，应当具有独立地位。

因此，笔者在分析各位学者的定义以及区别于紧急避险和正当防卫概念的基础上对自救行为作出如下定义：自救行为应该是指权利受侵害人因情况紧急而不能及时请求和获得国家司法机关公力救助的情况下，为了避免其自身权益的救济显著困难或不可能恢复，而依靠自身的力量对侵害人的人身、财产进行限制或侵害，以求达到救济或恢复权益的目的，该种行为已经为社会公共伦理道德所认同，且具有一定正当性，但尚未被法律明确界定和认可的行为。

3. 自救行为的正当性基础

根据上述定义，我们可以知道自救行为从客观方面看是与不法侵害作斗争的行为，因此它不具有社会危害性。从主观方面看自救行为人的目的是为了保护自己的合法权利，不具有引起危害结果发生的故意或过失的心理态度。因此当公民的合法权益受到侵害而不法侵害状态尚存在、被侵害的权利能够得到恢复，而又来不及请求国家机关救助的条件下，法律虽无明文规定，但应允许权利人以适当的方式自救。

从理论上来说，自救行为是否具有合法性在理论学界有不同观点。持否定态度者认为：在法治社会中，罪刑法定原则确定了稳定的法秩序，个人权利交付于国家权力下统一行使[6]。自救行为以私力来救济权利会破坏法律的安定性，同时其内在所蕴含的“自我保存式”理念所具有的复仇色彩与当下的法治

社会权利的基本理念不相符合，其限度的难以把握，在实践情况下也容易导致造成不必要的损害。持肯定态度者一般从社会契约论作为出发点^[7]，认为自救行为本质上属于个人与国家签订社会契约后对自我权利的部分保留，随着社会的法治化程度不断加深，公民权利之间的冲突也趋向复杂化，自救行为的存在可以成为对于国家公权力在无法实现其效果时的“补充手段”，同时在一些国家的刑事立法和相关的法院审判案例中已经暗含对自救行为正当性的承认。

我们认为，承认自救行为的合法性在当下现实社会具有一定的正当性基础。

3.1. 自救行为在客观上符合现行法的价值取向

第一，良好的法律秩序一般对社会生活发挥重大价值，包括基本价值和深层价值。基本价值主要侧重于制度层面，而深层价值则侧重于精神层面。否定自救行为合法性的观点以一种静态式的观点认为其侵害稳定的社会正常秩序，破坏法的安定性。但正如庞德所说：人们既无法也不应当期待一次性挑选到一个具有永久普适性的法律秩序价值尺度，同时也不应当让法律秩序价值尺度问题变成虚无缥缈、不可言喻的。社会的动态运转下，各种权利的冲突在现有制度下无法得到消解，此时保有冲突的存在才是针对法的安定性，即法律秩序的深层价值的最大破坏，受到严格限制的自救行为虽在制度层面有所欠缺，但从法的秩序精神层面来看，其在法律精神下与法律制度的发展是相和谐的，自救行为一方面力争将权利受到侵害的失衡状态恢复至前，另一方面将推动现有制度的自我革新与自我完善，因此自救行为符合法的秩序价值。

第二，法的正义价值往往需要通过广泛的法律实践来实现，正义是人们对于法的一个永恒的共同价值追求。那么从工具理性角度来观察，法律制度的设立目的在于进行种社会治理或控制，通过对于法律制度的精心设计与完善达到“人类实现和谐社会生活的目的”。因此深入关注人类的终极目标价值，实现法的实质正义才是人类追求的重中之重。从历史角度来看，自救行为的其中一个特质就是蕴含了朴素的正义观意识，人们权利受到侵犯时会本能的进行自我正义的维护，即波斯纳所言的“校正正义的观念”，在等待公力救济对挽救权利具有严重不确定的判断下，自救行为和正当防卫一样，是行为人下意识的本能反应，是针对不法侵害进行反抗的行为，完全符合社会的基本道德价值和准则，因此，自救行为符合法的正义价值。

第三，法的公平与效率价值的比重是动态的，寻找法的作用应在特定的社会条件下进行，还需要探索出公平与效率价值的最佳平衡点，从而达到法运行于社会的理想状态。承认自救行为的合法性即国家将部分权利挽救的实现方式交诸部分于个人，在寻求公力救济的可能性趋低，等待公力救济到来时会造成迟来的正义，亦或是实现该项权利的挽救基于当事人的反复求讼 - 较高的司法成本等情况下，尽快的恢复稳定的社会秩序，实现刑法效益的最优化。一定程度的自救行为所具备的经济有效的降低司法成本、简便灵活的实现社会安定和权利恢复的特质更容易增强民众对于法律的信仰，鼓励倡导公民同违反犯罪行为作斗争。现代法律应当在最大程度上重视人的主体性基础，进一步承认并有力保障个人的利益与需要才能实现公平与效率价值的完美和谐，因此，自救行为能够符合法的效率价值。

3.2. 自救行为的存在是个人权利与国家权力在救济问题上的适度分配

承认自救行为的正当性，即承认其具有实质合法性，除了从法益权衡、社会相当性角度论证以外，沿用本质为自然法思想的社会契约论路径将可综合论证出承认自救行为的正当性是个人权利与国家权力在救济问题上形成的适度分配。

社会契约论是一种论述国家和法律的起源极有影响力的学说。从近代来看，首先对社会契约论作系统阐述的是霍布斯的《利维坦》，而后洛克、卢梭等思想家又对社会契约论作了重大发展。归纳起来，

社会契约论基本框架如下：在国家前存在着一个特定的自然状态，人们在自然状态下拥有着自然权利；人们的自然平等的权利在自然状态下难以持续维护，因此人人自愿同等交出部分基于自然权利而拥有的权力，订立契约组成国家；产生于社会契约的国家通过法律行使权力来保障缔约者的自然权利，政府所拥有的权力只能在法律范围内行使；国家仅仅拥有为维护人民的自然权利而享有的有限权力；人民虽然让渡部分自然权利给国家但始终保留收回让渡的权利之权利；公民对政府及法律的服从以取得其保护进行交换，否则可以收回对法律的承认，以及当政府严重损害公益时，对它进行革命是正当的[8]。以这一框架为主线进行分析，自救行为的正当性可得到较清晰地阐释：

第一，自救行为的存在属于公民权利的适当保留。

贝卡利亚在《论犯罪与刑罚》中提出：“人们愿意割舍自己的一部分自由，总是为了在公共生活中可以实现自我保全。因而每个人希冀自我所放弃的自由仅限于公共所需要保护自身的程度。即国家所拥有的惩罚权是由每个人所“放弃的少量自由构成。”自救行为在被视作个人自然权利的一部分时，其核心本质正是个人权利在割舍自由下的保留权利。而被所放弃的少量自由结晶成的公权力必然要受到一定的限制才能防止其不当扩张，公民权利的适当保留所起到的作用一来是为了监督公权力，二来是为了更好的实现自我保存的终极目的，因此自救行为的存在既能起到与公权力相互限制防止不当使用，又起到在公共生活最大程度完成自我保存的作用。

第二，国家一定程度上特许部分的私力救济的存在。

尽管国家公权力维系着社会的正常秩序，但由于资源与统治能力总是有限的，其对社会生活所涉及各方面的事项无法在时时刻刻都得到有效管控，社会冲突的存在无可避免。首先公权力并不是垄断一切，正是公权力救济存在滞后性、被动性的特征，基于对于正义公平法律价值的要求，正当防卫与紧急避险纳入了法制规定，成为救济权利的正当化事由。而在公力救济机制仍然不够完善、国家能力和资源有限情形下民众诉诸司法仍存在有一定障碍时，国家也一定程度上也应允许私人一定范围内以自救行为实现自我保护缓解了公力救济的负担，只要不损害国家的根本利益，合理规制后的自救行为反而可以成为另外一种有利于辅助实现国家治理的权利救济方式，自救行为体现的正是公力救济与私力救济在国家权力下的适当平衡。

第三，为权利而斗争需要自救行为发挥底线作用。

正如耶林在《为权利而斗争》所言：“法的目标是和平，而实现和平的手段是斗争。你必须在斗争中去寻找你的权利，权利从放弃准备斗争的瞬间你也放弃了它自身。”在社会契约论看来，个人只是将自然权利的一部分让渡给国家，当国家公权力无法救济公民私权或者拒绝救济公民私权时，个人出于自我保护的本能自然要寻求自救维护正义，这也被称为自救行为的“底线救济”作用。当国家公权力拒绝履行职责保护公民权利时，自救行为必然存在，公力救济以个人对司法的信任为前提。因此当公民开始认为公权力无法对犯罪施以适当的惩罚时，自我救济、自发维持正义的概念被孕育，最终进入政府被人民架之悬空的状态”。因此，当公民对公力救济产生信任危机，自救行为应运而生。自救行为被视作当国家公权力违反社会契约，无法保护私权的最后保障，每当人类自我保全的愿望落空甚至是受到一定国家权利的侵害时，社会契约失去其本身应有意义。此时，公民的自救行为发挥的底线救济作用，是源于人性最根本的权利，具有正当性[9]。即便在社会生活中国家总是鼓励和平手段的运用，但事实上永远难以禁止人们对正义的渴求。

3.3. 自救行为的存在具有一定的现实基础

2004年7月26日晚上8时左右，四川省自贡市某出租车公司的驾驶员罗女士在沿滩区偏僻小道上遭到了两名歹徒持刀抢劫。犯罪嫌疑人万某、林某共同使用匕首对罗女士进行威胁，要求其交出财物，

罗女士向歹徒交出你的手机和当天所得的营业收入后，两名歹徒便立即分头逃走，罗女士便驾车追赶其中一位嫌疑人，但因嫌疑人林某在逃离过程中突然调转方向致使其遭到罗女士的开车撞倒挤压致死，随后罗女士进行报警¹。

随后沿滩区检察院认为罗云防卫过当致人死亡的行为已触犯我国《刑法》的规定，涉嫌构成过失致人死亡罪，应当追究刑事责任。但由于罗女士犯罪情节轻微，依法无需判处刑罚，因此根据《刑法》和《刑事诉讼法》相关规定，依法对罗云做出不予起诉决定。同样类似的情节也出现在湖南长沙，相隔不到一周的时间，2004年的8月1日晚间10时，长沙市出租车司机黄某遇到乘客姜某等二人，在载至其前往长沙南湖建材大市场时，姜某与同伙持水果长刀抢劫黄某，在抢得现金司机200元以及手机一部后迅速下车逃离。随后黄某驾驶出租车寻找姜某及同伙，在寻找过程中，司机黄某发现姜某与同伙想要搭乘摩托车离去时，便立即驾驶出租车撞击摩托车前轮，姜某与同伙赶忙下车分头逃跑。黄某开车追逐姜某的过程中，姜某持续持刀回头挥舞，最终被黄某驾车快速从背后撞击致其倒地，黄某立刻用车载电话向110报警。此案最终在长沙市芙蓉区法院作出一审判决：黄某犯故意伤害罪，但因自首且被害人姜某有重大过错，判处其有期徒刑3年零6个月²。

上述两起“遭遇抢劫后的开车撞人案”的基本事实和情节几乎相同的情况下，最后定罪量刑上却存在较大差异，黄某被认定为有罪，罗某被免于起诉，人们对“同案不同判”下的刑法依据产生了质疑。笔者认为，在生活实践中频频发生的出租车司机“撞人自救”的案例实质上是引出了刑法理论中的一个重要问题，即如何对待民众选择使用私力救济恢复自己被侵害的权利——刑法中的自救行为。目前我国刑法对自救行为的现有定位仅仅是超法规的正当化行为，但在实践中往往难以有一致性的认定，其自身的特点决定了其既有独立存在的价值。又有必须要用严格条件加以限制的负面效应。因此通过设立一定的条件，对自救行为予以控制，即在符合条件的情况下，肯定其正当性具有现实意义，否则对某一类案件的各种审判结果的不同也严重妨碍司法公正的实现，从而造成法的不确定性也会降低民众对于司法公信力的期待。伴随社会迅速的发展，法治建设的不断进步，将自救行为纳入法制体系的重要性不言而喻。

4. 自救行为的应有构成要件

我国刑法对自救行为没有明确加以规定，在民法、刑事诉讼法等其他法律虽零星存在一些类似自救行为的规定条文，但对于自救行为的应有构成要件始终没有清晰的界定，但自救行为本身属于一项补充性、辅助性的权利，如果没有一定的条件限制容易造成权利滥用，进而造成对现有的法律秩序的破坏，因此为了保证公民能够正确的行使自救权利，保证自救行为能够正确的实施，理论界需要进一步明确自救此行为的构成要件，对相应内涵做出严格的限制，从而弥补其本质作为超法规违法阻却性事由的缺陷。

4.1. 自救行为成立的前提条件

自救行为成立的前提条件包括两个方面。

第一、自救行为的成立必须存在现实的不法侵害的状态。这种不法侵害首先排除一般性的违法行为，例如恶意拖欠债务等多数可以用民事救济途径合理解决的行为；其次排除一些当然的合法行为，既包括像正当防卫、紧急避险这类本身不具有社会危害性的行为，也包括像国家机关公职人员符合法律规定的履职行为。最后，这种不法侵害的行为人必须达到刑事责任年龄、具备刑事责任能力。

第二、自救行为的成立必须是遭受到侵害的权利有得到恢复的可能性。在实践中大多数自救行为所救济的权利限定在财产性权利的范围之内，鲜有人身性质的权利，造成此种情况主要有以下几个原因：首先，人身性质的权利一般属于一次性权利，遭到侵害后即受损消灭。例如故意伤害致使身体健康权受

¹裁判文书网只收录2014年以后的文书，故本案难以查询案号。新闻链接：<https://news.sina.com.cn/s/2005-04-01/10126256244.shtml>。

²来源：中国法院网《湖南“的哥”撞死劫匪案的主审法官以案说法》<https://www.chinacourt.org/chat/chat/2005/03/id/8081.shtml>。

损, 被害人无法通过自救行为来挽救。其次遭受侵害的人身权利一般不具备现实恢复的可能性, 例如再强奸行为既遂的情形下, 被害者的性自主权遭受侵犯后无法通过自救行为使之恢复。最后, 当人身性的权利遭受侵犯的场合, 被害人处于各种条件的限制, 一般难以客观衡量遭受侵害的程度, 以及个人不具备承担责任的分配权, 此时则需要通过公力救济的渠道来进行裁决, 处理纠纷达到一个公平的裁判结果[10]。

综上所述, 自救行为的前提条件是必须存在现实的不法侵害状态, 而且被侵害的权利具有恢复的可能性、现实性。

4.2. 自救行为成立的主观条件

自救行为成立的主观条件是指自救目的是行为人为了恢复自身的合法权益。

第一、自救行为严格限定于仅是恢复本人的权利[11]。权利的重要本质之一即是法律赋予个人实现利益的保障。在不法侵害行为已经结束, 受害人的权利处于被侵害的状态, 此时救济的选择权仅仅是由受害人自身掌握的, 无论是暂时性的放弃权利作为利害关系人向公力寻求救济, 还是实施自救行为保护自己权益, 都只能由受害人自身来实施, 但在共有场合下, 共有权利人基于对共有部分财产的权利, 为了保护共同的财产权益, 当然地可以实施自救行为。这也是自救行为区别于正当防卫行为的重要方面。

第二、自救行为人对需要进行恢复的权利必须享有正当性权源。也就是说, 遭受到不法侵害的权利必须是自救人合法享有的权利。理论界有观点认为, 倘若犯罪分子为了保护自己的赃款赃物或犯罪所得, 也同样可以实施自救[12]。这一观点主要从设立占有制度的目的出发, 认为占有制度旨在保护稳定的社会秩序因此反对个人通过私力手段侵犯占有。当侵占他人占有, 即具有违法性, 即将恶意占有仍然视作一种稳定的事实状态。但笔者认为, 占有属于民法上概念, 其对应的应该是民事法律中的自助行为, 其所保护的是稳定的物状态。而刑事上的自救行为涉及的是权利的实现, 注重的是对受害人法益的保护。因此将恶意占有的非法手段获得的权利包括在自救行为的救济对象时, 属于错误的扩张解释。

综上所述, 自救行为的根本目的是受害者要将其所享有的合法权益恢复到被侵害之前的状态, 因此已自力恢复被侵害的权利是自救行为的主观条件。

4.3. 自救行为存在的时间条件

自救行为产生的时间条件主要明确两个节点, 一个是自救行为实施的起点; 另一个是自救行为实施的终点。

第一, 一般认为自救行为的实施起点是正当防卫行为的实施终点, 这两个制度在时间适用上的衔接也表明了自救行为有区别于正当防卫行为的独立意义。因此自救行为的实施起点是: 不法侵害行为已经实施结束。在理论界关于不法侵害结束的时间点有四种不同的学说[13]。

第一种是行为完成说。其主张只要不法侵害行为实施结束, 即行为终了以后不法侵害即告终结。第二种是离开现场说。其主张只要不法侵害者仍在现场, 则不法侵害仍在进行。第三种是事实继续说, 只要不法侵害人实施的行为所导致的结果仍然处于持续状态, 即不法侵害行为仍在进行中。第四种是结果出现说, 只要不法侵害行为产生了危害结果, 即不法侵害结束。

目前, 理论界的通说基本以行为完成说为主, 兼采结果出现说, 即不法侵害行为的结束是指: 不法侵害行为已停止或不法侵害行为已造成危害结果, 采取正当防卫行为无法阻止结果发生, 不采取正当防卫行为也不会使危害进一步扩大, 这个时间点就是不法侵害行为的结束时刻, 自救行为的实施起点。

第二, 关于自救行为的时间终结点, 一般是指不法侵害行为结束后, 权利遭受侵害的状态所处于紧急状态已经消失, 无需自己实施自救。当距离不法侵害行为的结束已经间隔了较多时间, 自救行为已经失去了时间上挽救权利优先性的特点, 受到侵害的权益人此时可以通过法定程序寻求公力救济, 来使受

损权益得到救济，则不可以再实施自救行为。因此紧急性是对自救行为可否进行的严格限制标准，因此紧急性程度的要求必须要满足“权益受损者来不及等待国家公权力救济且若不依靠自身实施自救行为，则受损权益将无法实现或可能明显陷于困境”两个必要条件。

4.4. 自救行为存在的限度条件

对于自救行为附加限度条件是规范自救行为必要的步骤，主要在自救行为的程度相当性和手段相当性两个方面。

第一，自救行为相比正当防卫行为来说，属于事后救济手段，紧急程度相较正当防卫行为略低，因此其程度相当性要求应更高。关于行为限度问题，学界一般有：有效制止说、基本相适应说、客观需要说、基本适应与客观需要统一说。我国刑法理论界一般以适应与需要统一说为通说，其认为在现实生活中，自救行为的目的是为了挽救已经受到损害的合法权益，而不是对抗已发生结束的不法侵害行为，因此其相当性主要是以要与权益的价值以及实施自救时可能遭受的人身危险性要具有相当性，同时面对不同的现实问题，在发生不法侵害行为时，从心理角度来说无法做到理性的力量对比分析，当自救行为侵害的法益显然超越之前遭受的受损权益，则肯定不具有相当性[14]。

第二，自救行为的手段应当具有相当性。通说认为自救行为是为了保护恢复受损权益而采取的适当行为，其行为的适当性正是符合违法阻却性事由的必要条件，因此一般将行为限定在常见的侵占、抢夺、敲诈勒索、盗窃和诈骗五种手段或行为方式。侵占、敲诈勒索、盗窃、诈骗一般都指的是一般犯，而不包括具有加重情节和造成加重结果的犯罪，因为自救行为一般是针对恢复被侵害的财产权益的行为，盗窃、侵占、诈骗、敲诈勒索等所采取手段一般较为平和，主要也是针对财产性权益的占有。但抢夺这一行为必须加以限制，因为抢夺行为内含的人身危险性相对较高，属于激烈性的对抗行为，难以理性的把握控制尺度，容易造成不必要的、新的侵害，所以一旦行为人发现自身难以恢复被侵害的权利，或者需要产生较为危险的人身对抗行为，应当停止自救寻求正当的公力救济[15]。与此同时当自救行为所获得的财物必须与先前受到侵害的财产权益价值相当，若差距较大则仍构成犯罪。

4.5. 自救行为存在的附随义务条件

自救行为在我国刑法学界归属于超法规违法阻却事由的一种，本质上仍然是私力救济。因此自救行为仍然具有补充性、临时性的特点[16]。为了防止自救行为暂时性地对社会秩序造成的损害扩大，其必须在紧急状态消失后履行相应的附随义务，从而维护法的安定性。这种附随义务主要包括两个方面：第一、实施自救行为后主动报告国家机关的义务。首先自救行为是对于被侵害的行为进行挽救，但在行为人报告有关国家机关之前，对于前行为的侵害性最终只能由国家机关来认定，同样自救行为的合法性也需要国家权力机关通过法定程序赋予其正当的意义，前侵害行为的程度与后自救行为的限度需要国家权力机关通过法律的有关规定和解释进行认定，使得正义具有真正实质理性，同时国家机关的最终决定将打破平衡的不稳定秩序予以重新建立恢复。第二、自救行为人及时恢复的义务。当自救行为实施时自救行为不具有相当性或者自救行为存在某些方面的瑕疵，其自救行为人应针对自己的行为进行补救，若侵害了他人的人身自由应当予以恢复，若侵占了他人的财产性利益应当予以归还，对于无法恢复原状的权利，自救行为人应当根据相应的标准在停止侵害后承担赔偿责任。

5. 自救行为的法定化走向

5.1. 关于自救行为的负面效应

首先自救行为内含的复仇伦理文化容易形成暴力心理优势。自救行为常见的主要类型是财产类犯罪

侵害权利后进行自救，但自救行为人总是在心理层次上处于惩罚者的优势地位，由于权利侵犯受到侵害后，“进行反击”的本能直觉使其将自己放置在“惩罚权力者”的地位，则此时的行为人既成为了案件一方的当事人，又成为案件处理的裁判者，难以在整个过程中处于一个理性判断的层面，从而导致自我难以对自救行为的限度进行把握，容易造成权利侵害行为与反击自救行为的适当比例关系失衡。

其次，自救行为容易造成一定时间段的社会失序状态。在公力救济权利的模式运行下，在实体与程序制度相协调，各组织之间的有力配合，能够保护社会中所形成的各种关系，形成稳定的社会秩序。而自救行为所归属的私力救济是最原始、最简单的纠纷的处理机制。其易招致暴力、再次激化冲突，陷入无限复仇循环。在黑格尔看来，复仇作为一种特殊意志的行为，往往没有节制，形成新的侵害危及程序的公正性，造成社会的不稳定。

5.2. 我国刑法将自救行为纳入犯罪构成体系的困难

第一，我国现行的犯罪论体系区别于英美法系与大陆法系的做法，并没有将正当化行为纳入犯罪论体系。但我国刑法中的正当化行为却仍然发挥对犯罪主观方面产生判定的作用，进而影响行为性质的认定，有学者将其形象的比喻为“游离在我国刑法犯罪论体系之外的活泼性元素”，这一比喻对两者之间的尴尬关系描写的非常形象。从司法审判的过程中观察可知，我国的犯罪体系呈耦合式的特点，即积极要件的判断与消极要件的判断、价值判断与事实判断是同时进行的，因此这种犯罪构成体系的“入罪”功能明显强于“出罪”功能，其定罪模式在判定某一行为是否构成犯罪时通常是一次性的，相比较而言大陆法系和英美法系的定罪模式能为超法规的正当化行为提供更为广阔的“出罪”空间。在大陆法系中，对待某一行为是否构成犯罪，第二阶段就是是否具有违法性的判断，没有经过法定化的正当行为在这一阶段通过阻却实质违法性从而使该行为非犯罪化。在双层次模式下的英美国家，第二层次为责任充足要件判断，即是否具有合法抗辩事由，因此自救行为则当然可以为辩护方合法的进行抗辩，达到出罪的功能。在我国，是否符合犯罪构成是唯一的定罪依据，一个行为若是符合某罪的犯罪构成要件，即成立该罪；若是不符合，则不成立该罪。对于超法规的正当性行为，需要司法裁判者依据刑法基本精神、行为时的具体情况等各种因素综合判断做出裁量，鉴于此也就形成了我国刑法对自救行为的现有定位。

第二，自救行为若趋向法定化可能会消解正当防卫的功能。较多学者将正当防卫与自救行为的明显区别锁定在前者属于事中防卫，后者属于事后防卫，即当场性是正当防卫的生命所在，自救行为若将其法定化将有效的弥补立法的空白，可以实现从当场救济到事后救济的无缝衔接，将事后救济法定化尽可能的保障人民的权益，其体现了对私人权利的尊重。但如此同样可能导致一个可能性，即自救行为一旦立法化，当前立法所规定的关于“正当防卫”的若干规范中设定的“当场性”价值不再存在，甚至可能导致正当防卫相应规范走向冗余。因为自救行为合法化，则遭遇到不法侵害，无论什么时间点，对于权利人来说都可以实施自我救济，突破当场性的限制实际上也是对于正当防卫价值的一种突破，有观点指出这将扼杀正当防卫的生命，消解立法中正当防卫的独特价值。同样，自救行为立法化同时还会导致刑事案件的私了化，基于时间成本、害怕报复等因素的考虑，扩张了正当防卫时间限制后，大量刑事案件通过己力恢复，进一步将损害法律权威。

5.3. 自救行为法定化的设想

尽管有学者认为明文规定自救行为，将其纳入法律体系可能会造成复仇思潮的膨化，诱发暴力行为的增生。但在国内外的绝大多数刑法专著中，且不乏在外国的一些刑事立法上，都已经将看作是刑法上的正当化行为，或者是超法规的正当化的违法阻却性事由，即自救行为的违法阻却性获得了广泛的认同。因此在法律制度逐渐完善化的情境下，我们更应该在公平正义的理念下构建一个法律秩序社会来保障社

会稳定,重新构建现代法律制度下的自救行为,一方面重视自救行为在刑法上的地位,另一方面也要严格限制自救行为防止其滥用滋生更多危害。正如洛克所认为的,保持个人权利和国家权力之间的动态性平衡,扼制住了国家权力的恣意和个人权利的滥用,这种流动性的社会才是秩序的社会。因此,为了保护目前我国刑法体系自身的完整性,可以对自救行为法定化做出以下设想:

第一,从我国当下的刑事立法模式看,可以通过刑法修正案的方式对于自救行为增设相关规定。目前我国刑法在刑法第二十条、第二十一条分别规定了正当防卫和紧急避险制度。而与正当防卫、紧急避险相比,自救行为同样也具有违法阻却性的性质,而相较而言,自救行为与正当防卫仅在时间限度上存在一定的差异,因此可以在正当防卫条文之后,列举出自救行为的基本构成,同时根据自救行为的基本条件比照防卫过当,将超出自救行为各方面的限制规定为自救过当,在处理上应当较正当防卫更加严格,因为其是公民为恢复自身遭受侵害权益的最后手段,对于社会秩序破坏的危险性更加大。本文拟将刑法修正案关于自救行为立法化的条文表述如下:行为人在通过已作规定的法律程序、依靠所有国家公权力机关明显不可能或者明显困难的紧急情况下,为了恢复自身已经遭受不法行为侵害并且导致相应属于自身的权益受损,通过己力对于不法侵害行为人所实施的一定限度内的救济行为,属于自救行为,不负刑事责任。自救行为超过必要限度,造成不应有的损害的,应负刑事责任,但是应当从轻或者减轻处罚。

第二,刑事立法语言应追求简洁的特性,因此刑事立法上对于自救行为进行限制的相应要件全部通过刑法修正案的方式纳入我国现有的刑法规范体系将使得条文过于复杂,甚至与正当防卫和紧急避险的体例不相符合,造成章节间的失重感。因此考虑到现下修改刑法存在困难的情况下,可以针对自救行为颁布司法解释的方式对自救行为进行详尽的规定,包括:自救行为仅限定的部分手段方式、超出必要限度的具体要求、以及自救行为的时间性、自救行为的事后报告义务等,类似的问题通过司法解释条款的进一步细致化规定,同时结合现下司法实践中的多数自救行为案例,对自救行为过当的法定量刑做出补充规定,使得司法人员在处理相关案件时能做到有明确规定可依照,做到同案同判,只有确保如此,才能真正做到自救行为法定化的切实可行。

6. 结语

自救行为在性质上被视作一把“双刃剑”,一方面,它可以发挥保卫自我权利的作用,在公力救济来不及或无法实现的场合,通过自我能力挽救受损权利使之恢复到正常秩序状态。另一方面,自救行为的私力救济之本质需要其受到一定的限制,否则蕴含的私力复仇色彩在大多数情况下容易导致实施过限,产生新一轮的伤害,损害他人的正常权利。但类似自救行为案例的频发,让理论界再一次将视角放在研究自救行为进入立法体系的可能性上,实务界上对于自救案例的定性量刑的偏差让人再次关注自救行为立法化的现实可能性。本文在对自救行为的定义、正当性基础、必要条件做了一定的梳理后,对于自救行为立法化的可能性及难处进行了分析,尽管在当下面对自救行为的定性量刑立法化仍存在难处,但其中突显的司法困境仍然需要得到解决,面对不断扩张化的犯罪定性立法趋势,可以将自救行为的限制条件严格厘清后,通过颁布刑法修正案或司法解释的方式,将其列为阻却刑事违法性的正当化事由,其及时事后报告的特殊性义务条件的存在也并不会使得正当防卫概念的冗余,同时明确自救过当的量刑从宽的地位,力争此类案件判决的准确化、公平化。

参考文献

- [1] 马克昌. 犯罪通论[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1999.
- [2] 王政勋. 正当行为论[M]. 北京: 法律出版社, 2000.
- [3] 曲新久. 刑法的精神和范畴[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000.

- [4] 张明楷. 刑法学[M]. 北京: 法律出版社, 2003.
- [5] 张明楷. 刑法的基本立场[M]. 北京: 中国法制出版社, 2002.
- [6] 赵秉志. 刑法基础理论探索[M]. 北京: 法律出版社, 2002.
- [7] 卢梭. 契约论[M]. 何兆武, 译. 北京: 商务印书馆, 2003.
- [8] 徐昕. 私力救济的正当性及其限度——一种以社会契约论为核心的解说[J]. 法学家, 2004(2): 94-101.
- [9] 田鹏辉. 论自救行为[J]. 东北大学学报(社会科学版), 2004, 6(3): 202-204.
- [10] 田宏杰. 刑法中的正当化行为[M]. 北京: 中国检察出版社, 2004.
- [11] 徐昕. 论私力救济[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2005.
- [12] 陈兴良. 刑法的价值构造[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2006.
- [13] 李立众. 犯罪成立理论研究[M]. 北京: 法律出版社, 2006.
- [14] 杨家庆. 自救行为论[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2008.
- [15] 王政勋. 刑法的正当性[M]. 北京: 北京大学出版社, 2008.
- [16] 何秉松. 新时代曙光下刑法理论体系的反思与重构[M]. 北京: 人民公安大学出版社, 2008.