

自救行为研究

学校编码: 10384

分类号_____密级_____

学号: 200308010

UDC_____

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

自救行为研究

Research on Self-help

廖晓炜

廖晓炜

指导教师:
陈晓明教授

指导教师姓名: 陈晓明 教授

专业名称 刑 法 学

论文提交日期: 2006 年 4 月

论文答辩时间: 2006 年 月

学位授予日期: 2006 年 月

答辩委员会主席: _____

评 阅 人: _____

厦 门 大 学

2006 年 4 月

厦门大学学位论文原创性声明

兹提交的学位论文，是本人在导师指导下独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考的其他个人或集体的研究成果，均在文中以明确方式标明。本人依法享有和承担由此论文产生的权利和责任。

声明人（签名）：

年 月 日

摘要

自救行为在性质上属于私力救济，作为民法及刑法上的一种正当化事由，其理论和实践均存在较大争议。本文着眼于自救行为制度的理论研究，文章结合民法与刑法的基础理论，通过大陆法系与英美法系在自救行为制度上的阻却违法性和合法性两种生态的研究，对两大法系自救行为的类型进行分析，试图厘清自救行为的根本内涵，期望对我国自救行为制度的完善有所助益。全文共分为四章：

第一章研究自救行为的历史，对自救行为的概念进行比较。第一节考察自救行为的历史，但不单纯停留于历史事实的叙述，对自救行为的发展也进行了相应的评论。第二节比较自救行为和自助行为，即民法与刑法相近概念的异同，提出自救行为与自助行为的一致性。第三节则对大陆法系和英美法系的自救行为概念进行分析，挖掘自救行为与正当防卫、自救行为与占有物取回权以及自救行为与恢复占有的差异。

第二章着重论述自救行为的成立，分为三节。第一节对自救行为的立法现状进行分析，第二节从时机要件、权利要件和相当性要件阐述狭义自救行为的构成，对界定这三个要件的争议进行梳理，并提出自己的观点。第三节则介绍英美法系自救行为构成的特殊性，并论述了自救行为的事后处置行为不属于构成要件的理由。

第三章区分了自救行为的类型，将大陆法系和英美法系的自救行为类型进行综合考察，分为两大法系的共同类型和英美法系的特殊类型两部分。

第四章论述自救行为的正当性缘由。第一、二节分述大陆法系自救行为阻却违法性和英美法系自救行为的合法性，其立足点主要是学者的观点和具体法律制度，第三节则从最基本的权利和权能概念入手，深入挖掘自救行为本质，提出自救是权利而非权能的观点。

在结论部分，将两大法系自救行为制度的比较上升到自由与秩序的层面，并对建立我国自救行为制度进行相应的探讨。

关键词：私力救济；自救行为；正当性

厦门大学博硕士学位论文摘要库

ABSTRACT

Self-help, as one form of private remedy behaviors, is the necessary complementarity of judicial remedy in civil law and criminal law, because it is significant to protect private rights and interests in time. But as we know, great disputations exist in its theories and practice nowadays. This article discourses on the self-help system by theory research with the method of comparing. It combines the basic theories and the viewpoints of the academia of civil law and criminal law within the range of Continental Law System and Anglo-American Law System. The article tries to make clear self-help's fundamental connotation, and I hope it can do some help to the self-help system of our country. This article consists of four chapters and a conclusion part.

Chapter one compares the self-help concept. Subchapter one reviews the history of self-help, but not only stopping in the history recounting, comments on self-help development history were also done. Subchapter two discusses the diversity of the self-help concept of civil law and criminal law, trying to explain the identity of the concept in the two law realms. Subchapter three compares the difference on self-help concept between Continental Law System and Anglo-American Law System.

Chapter two talk about the composition of self-help, it was divided into three subchapters. Subchapter one analyses the legislation actuality of self-help. Subchapter two probes into the narrow sense of self-help by specializing the component conditions, which are opportunity, right and equality. Subchapter three mainly makes other problems of self-help composition clear.

Chapter three introduces the types of self-help behaviors. This chapter was divided into two parts. The common types, such as detaining, seizing and mutilation, were discussed in the first part. The second part explores the special self-help types of the Anglo-American Law System.

Chapter four focus on the self-help's justness connotation. Subchapter one and subchapter two introduce elimination of illegality and justness upon the Continental Law System and the Anglo-American Law System respectively on the base of

viewpoints of the academia and actual law provisions. Subchapter three pays attention to the basic notion of right and right capability, the self-help is not the right capability but some kind of right was pointed out at the end of the part.

The conclusion part expatiates on the self-help comparison between the Continental Law System and the Anglo-American Law System as the conflict between private freedom and society order, and at the same time, the necessity to add provisions of self-help in our criminal law was discussed.

Key Words: Private remedy; Self-help; Justice

厦门大学博硕士论文摘要库

目 录

前 言	1
第一章 自救行为的历史及概念	2
第一节 自救行为的历史	2
一、外国历史上的自救行为	2
二、我国历史上的自救行为	4
三、小结	4
第二节 自救行为与自助行为	5
一、自救行为与自助行为的典型概念表述	5
二、自救行为与自助行为的概念比较	7
第三节 大陆法系与英美法系自救行为概念比较	8
第二章 自救行为的成立	12
第一节 自救行为的立法现状	12
一、大陆法系自救行为的立法现状	12
二、英美法系自救行为的立法现状	13
三、两大法系自救行为立法现状的比较	14
第二节 狭义自救行为的构成要件	14
一、时机要件	14
二、权利要件	16
三、相当性要件	20
第三节 自救行为成立的其他问题	22
一、英美法系自救行为成立的特殊性	22
二、事后处置行为	23
第三章 自救行为的类型	25
第一节 两大法系自救行为的相同类型	25
一、拘束	25

二、押收.....	26
三、损毁.....	27
第二节 英美法系自救行为的特有类型	28
一、名誉纠纷中的辩驳.....	28
二、非强制性消除有害思想灌输.....	28
第四章 自救行为的正当性	30
第一节 大陆法系自救行为的阻却违法性	30
一、消极说与积极说之争.....	30
二、阻却违法性之理论基础.....	30
三、对阻却违法性相关学说的分析.....	33
第二节 英美法系自救行为的合法性	34
一、自救行为合法性的相关理论.....	34
二、对自救行为合法性相关学说的分析.....	35
第三节 自救行为的本质——权利与权能之辨	36
结 论	39
参考文献	40

厦门大学博士学位论文摘要

CONTENTS

Introduction	1
Chapter1 History and Concept of Self-help	2
Subchapter 1 The History of Self-help	2
Section 1 The Self-help in Foreign History	2
Section 2 The Self-help in Our History	4
Section 3 Brief Summary	4
Subchapter 2 The Self-help Concept of Criminal Law and Civil Law	5
Section 1 Classical Definitions	5
Section 2 The Concept Comparison of Self-help between Criminal Law and Civil Law	7
Subchapter 3 The Comparison of Self-help Concept between Continental Law System and Anglo- American Law System	8
Chapter 2 Composition of Self-help	12
Subchapter 1 Legislation Actuality	12
Section 1 Self-help Legislation Actuality upon Continental Law System	12
Section 2 Self-help Legislation Actuality upon Anglo- American Law System	13
Section 3 The Comparison of Self-help Legislation Actuality between Continental Law System and Anglo- American Law System	14
Subchapter 2 Composition of Self-help at Narrow Range	14
Section 1 Opportunity	14
Section 2 Right	16
Section 3 Equality	20
Subchapter 3 Other problems	22
Section 1 The Particularity of Self-help upon Anglo- American Law System	22
Section 2 The Disposition Action after the Event	23
Chapter 3 The Types of Self-help	25
Subchapter 1 Common Types of Continental Law System and Anglo- American Law System	25

Section 1	Detaining	25
Section 2	Seizure	26
Section 3	Mutilation	27
Subchapter 2	Special Types of Anglo- American Law System	28
Section 1	Rebutting against Reputation Tortuous	28
Section 2	Deprogramming	28
Chapter 4	The Justice of Self-help	30
Subchapter 1	The Elimination of Illegality of Self-help upon Continental Law System	30
Section 1	Affirmation and Negation	30
Section 2	The Theories of Illegality Elimination	30
Section 3	The Analysis of The Theories of Illegality Elimination	33
Subchapter 2	The Justness of Self-help upon Anglo- American Law System ·	34
Section 1	The Theories of Justness	34
Section 2	Analysis of The Justness Theories	35
Subchapter 3	The Essence of Self-help	36
Conclusion	39
Bibliography	41

前 言

自救行为，与以公力救济即依靠国家力量实现权益正好相反，行为人在法律允许的范围内依靠自己的力量来实现、恢复、救济自身的合法权利。自救行为与正当防卫、紧急避险一样，同属于私力救济。随着现代法治国家的建立，一般而言，国家足以对因遭受侵害而需要恢复的公民权利提供足够的救济，公权力已在极大的程度上保障社会的良好秩序。但是，公力救济往往不能具备交换关系社会所要求的经济效率与便捷特性。期望国家机关能及时解决众多利益纠纷，使人们的合法权利随时随地得到公权力保护根本是不现实的。在受害者不能及时得到公力救济的情况下，又禁止受害者采取一定的应急措施，这种状态既无法让受害人接受，也得不到社会大众的认可，因为这完全不符合社会的一般正义观念。

面对公力的不济，法律不能空洞地要求权利人坐以待毙。因为国家权力来源于个人权利，当个体将自身权利的保障托付给国家时，不仅是寄望于公力救济能程序化地平衡个体间的利害关系，维系秩序中既定的一致和连续，同时也要求能倚靠个人力量来及时弥补公力救济的空隙，允许其在紧急状态下，对关涉自身利益的冲突予以暂时性的解决。事实上，综观世界各国的情况，不论立法如何完善抑或司法如何健全，自救行为仍旧是公民权利维护的重要手段，在实际生活当中，自救行为在道德与社会舆论的界限内已为社会大众所接受。

以自救行为的比较研究作为论题，主要是基于两方面的考虑：一方面，自救行为作为私力救济制度中的重要组成部分，大陆法系国家的法律普遍对此无明文规定，英美法系国家虽承认其合法性，但对该问题也存在相当大的论争；另一方面，我国关于自救行为的相关专门研究论文较少，材料稀缺不说，且这些著述主要集中于大陆法系的理论叙述，忽视了大陆法系与英美法系、刑法与民法相关学说的整体联系，对自救行为的类型、本质等问题的认识不够。因此，本文专注于理论探讨，对相关的论争作一番梳理，并针对目前自救行为研究的薄弱环节，提出对自救行为焦点问题的一些看法。

第一章 自救行为的历史及概念

第一节 自救行为的历史

一、外国历史上的自救行为

自救行为的历史由来已久，私力救济在古代债法上具有普遍性。最早的侵权救济无非就是自救。在当时，自救行为甚至比正式法律救济更为可取，因为对受害人而言，由于没有法庭或者仅能向几个权力受限的法庭寻求救济，因而不得不直接向侵权行为人或者其家庭寻求赔偿——这种自救常常伴随着武力实施。从日尔曼法、十二铜表法、汉穆拉比法典、保存于《出埃及记》的国联盟约（Book of the Covenant）和远古近东法典等最原始的法律中都能找到相应的规定，可以说，自救行为是人类最早的法律制度之一。

在希腊历史上，雅典的法律体系尊重私人的自救行为。在债权人获得对债务人的有利判决后，法庭支持作为私人的债权人自己执行判决。如果债务人抵制该判决，则债权人可以侵略性地执行判决，甚至达到导致债务人身体伤害的程度。同时，希腊法律认为安全的交易有三个基础性的构成要件：1、权利转让和物理占有转移给债权人的并行性；2、债权人在债务人怠于偿还债务之时进行恢复占有的权利；3、所有权转让给债权人的同时，债务人保留重新取得所有权和恢复占有的权利。最后两项构成要件正是债权人进行自救的合法来源。

公元前五世纪中期罗马的十二铜表法则有不少著名规定，比如，若某人使他人肢体残疾，对方可以同态复仇，除非双方达成和解。这些法律条文并未明确规定由谁实施惩罚，也即是说，法律为私人复仇留下充足的空间。同时，罗马法上同时也有类似希腊法律的自救行为构成可能性的规定。十二铜表法规定，债权人可以拘捕债务人，将其押解到法庭。若债务人未执行法庭的判决，债权人可将其带回私宅，给其戴上枷锁予以拘禁……此时，债务人尚有权与债权人谋求和解，若不能和解，其将被继续拘禁 60 日，直至被处死、砍切成块。^①罗马帝制时代的法律，对于其所禁止的若干行为可以自救，可以予以私人之制裁，例如债权人以

^① 外国法制史资料选编(上册)[Z].北京:北京大学出版社,1982.164

自力扣押债务人，对债务人施以强制迫其履行债务，以及不经债务人的许诺或法院的授权，押收债务人的财产。

在德国法制史上，自救行为具有重要意义。古代德国法律要求自救行为须具备一定方式及要件，实质上是将其所承认的自救制度作为利用国家权力的公力救济制度的从属制度，这一点在强制执行制度上体现得特别明显。因此，与雅典、古罗马的自救制度一样，当侵害人处于强势地位时，自救制度难以完全发挥其效用。所以，德国普通法对自救行为虽然没有作一般性禁止规定，但在长久过程中形成一种传统，即必须在来不及请求公力救济时，才能进行自救。目前德国民法第 229 条、230 条便是承继这种根本思想，比较严格地规定准许自救行为之要件及其方法，同时对其效果设置了缓和规定，德国法学家卡尔·拉伦茨指出，“公民利用自己的力量来实现自己的请求权，即使这种请求权是成立的，也只能是一种例外”。^①在多数重要情形，法律不允许自救行为达到完全满足自己权利的程度。换言之，自救行为，原则上并非是自己执行，在性质上只是属于暂时性质的保全处置，或者说，自救行为只是请求裁判上保全或强制执行之前的一个阶段而已。

在英国历史上的大部分时期，自救行为都被认为是不适宜的。带有侵略性的自救行为以及其侵犯社会秩序的后果被认为是侮辱国王的行为，并被严格禁止至十四世纪。到了十四世纪，英国法院降低对自救行为的敌视姿态，开始重新审视自救行为。当时整个社会更为依靠法院和警察的力量来维持公众秩序，但是当各地诸侯的财产处于佃户控制之下时，诸侯们却需要通过更为迅捷便利的方式来确保财产安全。英国法院承认两种合法的自救行为方式——抵押合同和附条件买卖合同，前者是通过约定债务人不履行债务时债权人可以“根据转让者的前述事实，取得对财产的占有，可以通过公开拍卖和私下出售转让以处置财产”的条款实现债权人的自救，后者则是卖方保留对财产的权利并可以在买方违约时恢复对财产的占有。

早期美国一小部分法院经常允许当事人在履行抵押合同中采取自力救济措施，即使合同中没有上述条款，然而更多法院对采取暴力或破坏社会秩序方式的自救持批评态度。后来，美国大部分法院承认对担保物自救恢复占有的权利，而《美国统一商法典》对恢复占有等自救行为进行规定，更是从根本上确立了自救

^① [德]卡尔·拉伦茨.德国民法通论[M]. 王晓晔译.北京:法律出版社,2003.371

行为的合法性。

二、中国历史上的自救行为

我国对自救行为的规定最早见于唐朝法律。《唐律》原本规定“诸恐喝取人财物者，准盗论加一等”，《唐律疏议》的注疏又规定：“‘若为人所侵损，恐喝以求补偿’，假有甲为乙践损田苗，遂恐喝于乙，得倍苗之外，更取财者，为有损苗之由，不当恐喝之坐……此是‘事有因缘之类者，非恐喝’”，在遭受侵害后以恐吓手段获得补偿的行为不认定为定罪意义上的“恐喝”。此外，唐律还允许对违契不偿的债务人采取“自力救助”的方法取得补偿。^①宋朝规定了“牵制”和“役身折酬”两种制度，前者指债权人私力扣押债务人的财产，后者则指以债务人人身及家内男子的被奴役来偿还债务，这与古罗马时期的债务奴隶制度类似。《宋刑统·杂律》注释疏议规定：“公私债负，役身折酬，应牵制者，皆告官府听断。”同条准引《杂令》规定：“诸公私以财物出举者，任依私契，官不为理”，“家资尽者，役身折酬，役通取户内男口”。当时法律还进一步规定：“诸负债违契不偿，官为理索。欠者逃亡，保人代偿，各不得留禁。”明、清诸朝也有类似规定。

到清朝末期，《大清民律草案》仿照德国民法典规定了自助行为，其第 315 条规定：“下列行为，以不及受官署援助并非于其时为之则请求权不得实行，或其实行显有困难者为限，不为违法行为：1、以自卫为目的，将某物押收、破坏或毁损者；2、以自卫为目的，恐义务人逃走而拘束其自由，或义务人于应容许之权利人行为而为抵抗权利人，摒除义务人所抵抗者。”第 316 条又规定：“依前条规定，将某物押收之者，须速向审判衙门声请保全财产之假扣押。但得为强制执行者，不在此限。”1925 年制定的《民国民律草案》取消了自助行为的规定，而后国民政府在制定民法典时，又重新确立了自助行为制度。

三、小结

考察自救行为之历史，不难看出，在文明的法律准则出现之前，人们无法或难以诉诸法院以解决争端，只能将粗鲁的复仇正义作为替代品，自救行为被虚弱的法律制度所容忍。而随着法律的日趋臻备，社会为公民提供了足够的法律保护，除英美法系因其固有传统将自救行为作为辩护理由外，在目前大陆法系中，仅有

^① 钱大群.唐律研究[M].北京:法律出版社,2000.352

瑞士某些州的刑法和韩国刑法典明文规定自救行为，自救行为制度在现代法律中的空间被极大压缩，这说明“因私救济，易生流弊，弱者无从实行，强者每易仗势欺人，影响社会秩序。故国家愈进步，私力救济的范围愈益缩小”。^①这一现象也表征着极有意义的社会进步，即“人类不再依靠冲突主体自身的报复性手段来矫正冲突的后果，尤其不再用私人暴力杀戮式的冲突来平息先前的冲突”。^②

另外，虽然立法和司法对自救行为存在着某种敌视态度，但事实并不全然如此，某些立法机关和法院在一定程度上已经选择在特定领域内使带有侵权性质的自救行为合法化（参见第三章论述“非强制性消除思想灌输”部分），毕竟有时候自救行为所服务的个人利益领域比通过正式法律进程解决纷争体现出来的社会利益更为有价值。不过仍应当注意到，绝大部分立法者或法院在对待自救行为时的态度仍是犹豫不决，这一点最明显表现在不同国家、地区公法领域与私法领域对待同一法律制度时的差异性态度上，并且这种基本关系自中世纪以来未发生显著变化。

第二节 自救行为与自助行为

一、自救行为与自助行为的典型概念表述

自救行为和自助行为分别是刑法和民法的惯用术语，从大陆法系和英美法系的几十种专著、教科书以及诸多论文对自救行为、自助行为所下的定义来看，提法多种多样。

1、自救行为

自救行为（self-help acts）又称自助行为。指权利受到侵害时，来不及等待司法机关的救助，而依自己的力量恢复其原状，或实施其他保全行为，以强迫义务人履行义务。^③

自救行为（selbsthilfe）是指权利人在其权利受到侵害时，不依据公权力的发起，而以自力来救济或实现其权利的行为。与民法上的自力救济（民法第209条）

① 梁慧星.民法总论[M].北京:法律出版社,1996.252

② 柴发邦,主编.体制改革与完善诉讼制度[M].北京:中国人民公安大学出版社,1991.3

③ 北京大学法学百科全书·刑法学犯罪学监狱法学分册[Z].北京:北京大学出版社,2003.1085

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库