

# 论刑法中的私力救济

郑 超

**【摘 要】**刑法中的私力救济无法与正当防卫、紧急避险等事由一样在我国刑法总则条文当中找到明确的合法性根据,同时也难以在理论上完全仅通过紧急状态法理推导而出,而是应该将其视为私权力,并基于权力限制法理,在犯罪论上借由对刑法分则相关个罪的构成要件进行实质解释才能得以存在,其边界止于分则所规定的具体犯罪。基于对权力进行限制的理念,私力救济所具有的实质违法性、实质有责性等可罚性内容的判断基准,可以还原为建立在对案件事实情节进行的利益衡量基础之上,不仅要考察其所保障的利益,也需要考察其所侵害的利益,最终以是否促进整体的正向利益为准。此外,还需要结合制裁论,将预防必要性、刑事政策等影响行为需罚性的因素也加入整体性的思考过程当中。在形式上,可以将刑法中的私力救济区分为正当行为类型、阻却责任类型与阻却刑事制裁类型等。只有充分利用刑法教义学的理论工具,才能帮助回答刑法可以在何种程度容许私力救济这一超法规事由的存在。

**【关键词】**私力救济;私权力;实质的违法性;实质的责任;利益衡量

**【作者简介】**郑超,华东师范大学法学院讲师,法学博士。

**【原文出处】**《清华法学》(京),2023.6.60~80

## 一、私权力何以存在

一般认为,私力救济(自救行为)<sup>①</sup>是指在本人的权利受到他人侵害的情况下,通过公力救济难以恢复权利时所采取的自力救济行为,<sup>②</sup>属于紧急行为。<sup>③</sup>在以维持法秩序为基本任务之一的现代法治国之中,暴力具有强烈的国家垄断性质,个人对权利进行自主实现的私力救济固然具有一定的合理性,但合理性不等同于合法性,如果合法性面前的合理性只是值得同情的事由而不是阻却违法或者阻却责任的事由,则最多只能降低私力救济行为的不法程度以及行为人主观上的可非难性,而非将其改变为合法。权利固然具有自由的属性,但权利的救济如果是要求他人为或者不为一定的行为,则往往以请求权为基础,所以“如欲为‘权利’这一术语在其狭义、本义上找寻一个同义词的话,则‘请求权’(claim)最为相宜”。<sup>④</sup>其实,私法上“法无禁止即自由”的法理也需要以法无禁止为前提,这一前提能否直接适用于私力救济领域存在很大疑问。因为,私力救济

“指的是使用私人暴力来追求民事上的权利主张”,<sup>⑤</sup>往往代表了平等人格主体之间的一方通过强力凌驾于另一方之上并以“私权力”强迫对方履行责任,即使是后者应该履行的责任(尤其是民事上的责任),但这种明显带有直接强制力或者权力属性的人格压制无疑是以侵害相对方的自主性为代价,与《宪法》第33条公民在法律面前一律平等原则存在冲突之虞,也与民事上请求权制度的初衷不协调,极易沦为以不法对抗不法甚至是复仇。<sup>⑥</sup>

虽然以合法对抗不法甚至以合法对抗合法的私权力在我国现行法当中并非不存在,比如《民法典》第181条、第182条与《刑法》第20条、第21条均规定的正当防卫、紧急避险,以及《民法典》第447条规定的留置权,《刑事诉讼法》第84条规定的公民扭送权等,与其视为权利,不如视为私主体一方可以不经请求也无须求助于公权力,直接合法地凌驾于另一方私主体之上的强制力或者权力更为恰当。由此可见,法治社会无疑是认可了某些私权力,<sup>⑦</sup>将这些制

度都纳入私力救济的范畴,统称为广义上的私力救济也未尝不可。与之相对,当前对私力救济概念的理解更多是站在狭义立场上,即正当防卫、紧急避险之外的,不通过法律程序,不依靠国家机关,而是在事后依靠自己的力量救济法益的行为。<sup>⑧</sup>

“文明社会的特征就在于:直接的人身强制(也受到某些限制)是国家的特权,而法律则是国家对公民行使这项特权时所依据的一套规定。”<sup>⑨</sup>不论广义上抑或狭义上,私力救往往都可以被视为是平等法律主体之间一方对另一方的强制,已然超越了“权利”而成为对权利进行自主强制实现的“权力”。<sup>⑩</sup>私力救济既然带有权力属性,就必然需要受制于对权力进行约束的基本法理:一方面,只有存在制定法的根据才能具备合法性,与此同时权力相对方只能甘受不利益而不能抵抗(法定性);另一方面,可以由公民行使的权力在现行法中不仅有限,更有与权力自身相伴的诸多严格限制,基于比例原则的要求,如果目的、手段、损害结果之间有任何一项显著过当,都有可能动辄得咎(有限性)。法定性与有限性同样也约束着属于广义上私力救济的正当防卫、紧急避险等。然而,并未被我国刑法所明确规定的、狭义上的私力救济是否也可能具有合法性?比如,不论是民事上还是刑事上,债权人以正当防卫、紧急避险为由对债权进行实现的做法很难为现行法秩序所承认,但如果以私力救济为抗辩理由又如何?我国《民法典》第1177条第1款规定:“合法权益受到侵害,情况紧迫且不能及时获得国家机关保护,不立即采取措施将使其合法权益受到难以弥补的损害的,受害人可以在保护自己合法权益的必要范围内采取扣留侵权人的财物等合理措施;但是,应当立即请求有关国家机关处理。”同条第2款还规定:“受害人采取的措施不当造成他人损害的,应当承担侵权责任。”该条规定没有具体穷尽所有的自助行为,反而使用了“等合理措施”的措辞,所以除了扣留侵权人的财物之外,解释上并不完全排斥对他人的自由、人格尊严等方面的侵害,比如为了强迫老赖还债,跟踪尾随对方,或公开对方个人信息,或以公开对方隐私相要挟。

与民法不同,我国现行刑法并未一般性地明确规定私力救济(狭义上的),但如果以此认为私力救济不应该存在于刑法当中,这样的结论未免过于武断,因为“绝大多数排除社会危害性行为表现为一种私力救济行为”。<sup>⑪</sup>或许反而可以认为,正因为现行刑法并未对其明确规定,所以不能说刑法就排斥私力救济,毕竟私力救济在目的上所救济的便是权利,并且作为手段本身也有权利的属性,正如有观点认为的“权利救济是自我救济的权利”,<sup>⑫</sup>这就为私力救济在解释论上留存了很大的空间。但不得不承认的是,即便是整体法秩序所明确认可的可以由公民行使的权力姑且尚有诸多要件,更遑论我国现行刑法对于私力救济其实并未积极地一般化承认,<sup>⑬</sup>甚至司法实务对待不通过正当法律途径解决而诉诸私力救济的做法持明显的否定态度。<sup>⑭</sup>如果我们希望从理论上证成无刑法明文规定的私力救济可以具有刑法上的违法阻却/责任阻却效果,那么从当然解释的角度出发,其相关限制定然远胜于有制定法依据的违法阻却/责任阻却事由。<sup>⑮</sup>然而,特别是在规定了强烈禁止规范以及命令规范的刑事法领域当中,私力救济的合理性审查最终还是需要在现行刑法规定当中找到具有条文支撑的合法性根据,但既然我国刑法典并未明确规定私力救济,那能够被刑法所承认的私力救济究竟以何种成文形态存在,其合法性根据何在?围绕这些问题,本文旨在从刑事法的角度回答刑法所允许的私力救济的合法性及其边界问题,并以此管窥现代社会对私权力的限制原理。

## 二、刑法中私力救济的逻辑起点与行为构造问题:紧急状态法理 vs. 权力限制法理

相比于正当防卫与紧急避险问题研究的汗牛充栋,一直以来的刑法教科书、专著、论文等对于私力救济问题的着笔都过于吝啬,相关论证也多只是简单建立在与正当防卫、紧急避险类似的紧急状态法理之上,而未深度进入违法阻却/责任阻却的本质层面,更未进一步触及“行为何以值得被作为犯罪进行处罚”的刑罚一般性原理领域。一般观点认为,“自救行为也是一种紧急行为,它与正当防卫的区别在于,正当防卫是在侵害正在发生时实施的,而自救

行为是在侵害终了之后实施的”,<sup>⑩</sup>其成立条件如下:一、法益已经受到了违法侵害;二、行为人具有需要实现的请求权;三、不能及时获得公权力救助;四、救济手段具有适当性。<sup>⑪</sup>该观点在观念上具有合理性,甚至可以说同类型的观点一直以来便是压倒性的通说,几无异议。

如果私力救济应符合的条件真的如上文所列,那么即便不完全等同于正当防卫、紧急避险,也已存在高度的重合,可以通过与正当防卫、紧急避险进行类比,从而推演出私力救济的要件。<sup>⑫</sup>但这样的论证逻辑可以引发一个疑问:一直以来将私力救济的逻辑起点建立在紧急状态法理之上合适吗?甚至我们还可以追问:即便是广义上私力救济当中的正当防卫、紧急避险的违法阻却根据,是建立在“紧急”之上吗?并不是,紧急背后的利益衡量才是,而利益衡量的最终目标在于权力限制。

#### (一)私力救济的逻辑起点问题

一般观点认为,“自救行为与正当防卫、紧急避难同为紧急行为,与正当防卫同为‘不正对正’之关系,但正当防卫是对‘现在不法之侵害’,紧急避难是对于‘紧急之危难’,而自救行为则是对于侵害已发生而侵害状态还持续之情形。”<sup>⑬</sup>但是,比如在反抗长期性家暴案件中,为了预防可能继续出现的不法侵害,如果期待受虐方在施虐方进行不法侵害时才能进行反击,有时的确强人所难;但如果允许受虐方在施虐方无防备之时采取极端手段剥夺对方生命,或许也难以接受。但无论如何,试图在正当防卫或紧急避险内部寻求合理解决此类事件的一切努力,势必需要对时间、限度等条件进行一番改造,最终以受虐方“处于生命的持续性危险中”为由才能自圆其说,<sup>⑭</sup>但如此扩张无疑已经破坏了正当防卫与紧急避险的基本构造。笔者认为,私力救济或许可以提供第三种解释路径,尤其是当情境并不紧急时,通过考察不同利益在法规范层面的对抗情况,或许也能够实现违法阻却/减轻(以及更进一步可能存在的责任阻却/减轻)的理论供给。

翻开任何一本讨论到违法性本质的刑法教科书时可以发现,立论从来不是建立在“紧急”之上,而是

建立于行为目的性、社会相当性、法益衡量、利益衡量等观念之上。<sup>⑮</sup>被害人承诺、法令行为、正当业务行为甚至是义务冲突等超法规违法阻却事由几乎都与紧急无涉,而即便是在与紧急有关的正当防卫、紧急避险当中,紧急状态法理所提供的违法阻却的最终根据同样也不在于紧急而在于利益衡量,<sup>⑯</sup>所谓的紧急不过是增减了平等主体之间利益的保护性罢了。<sup>⑰</sup>必要性与紧迫性、不能及时获得公权力救助等事由虽然可以强化私力救济的正当性,但却不能断言私力救济一定需要遵循此类事由背后的紧急状态法理。因为这会同时引申出另外一个问题:无必要性与紧迫性之利益、未率先尝试寻求公力救济之利益,就不能成为私力救济对象了吗?答案应该是否定的。从建立在利益衡量基础之上的违法阻却实质原理出发,如果所保护的利益足够重大,并优越于实施私力救济所牺牲的利益,那么虽无“紧急”对所保护之利益的保护性进行加持,亦有以自力自主实现权利的合理性甚至是合法性。

#### (二)私力救济的行为构造问题

如上所述,一直以来的观点在论证私力救济背后的违法性实质原理时,出现了逻辑起点的偏差,即以紧急状态的法理代替权力限制的法理、以对紧急的评价代替对利益进行的衡量,导致在私力救济的行为构造上以必要性与紧迫性、不能及时获得公权力救助为要件。虽然也有观点认为“自救行为不是紧急行为,是超法规的违法阻却事由”,<sup>⑱</sup>但由同论者所提出的成立私力救济的四项条件中,“权利恢复的现实必要性和紧迫性,等待公权力救济难以有效实现自己的权利”也赫然在列。<sup>⑲</sup>不难看出,该观点对于私力救济的理解本质上依然是建立在与正当防卫、紧急避险相同的紧急行为的基础之上,与通说的差异只是基于对紧急行为的理解不同而已。

从紧急行为来理解私力救济的通说观点并不完全妥当。比如,我们可以想象如下的一些场景:场景一、甲的亲戚乙不经过甲的同意擅自将其所拥有的古董花瓶拿走,甲多次追讨不得,于某日拜访乙时将花瓶强行取回;场景二、甲的妻子乙与第三者丙通奸,甲以商量赔偿金为由限制了二人的自由,或以公

开隐私为要挟索要赔偿金;场景三、妻子甲长期受丈夫乙的虐待,经过多方调解均无明显改善,甲于日常生活中依然常常面临来自乙的不可知伤害,终于在某日乘乙熟睡之际将其杀害。此三类场景中的行为自然属于事后的私力救济,但却并非一定是在紧急状态下所实施的紧急行为,更不能说事主在此时无法寻求公权力救济,反而有可能是故意地排斥公权力介入而选择私力救济,又或者已经努力寻求过公权力救济但却无效果。通过这类例子可以看出,以紧急行为的构造来解读私力救济的通说观点在论证私力救济要件时,构想的场景太过于狭窄,即陌生人乙盗窃了甲的财物,甲于翌日发现乙的行踪,无法立即报警且如果不当场取回财物则乙可能不知所踪。通过陌生人间私力救济的具体例子试图抽象出私力救济行为本质构造的做法属于明显的证实偏差,<sup>⑧</sup>起码无法正确解释某些熟人发生的私力救济为何可以无须必要性与紧迫性,更可以有意地排除公权力的介入。不仅如此,对于物主在事后强力取回被盗财物的例子,其实即便没有必要性与紧迫性的加持,认为应该构成财产类犯罪的观点也有可能仅仅是少数。<sup>⑨</sup>在此时,如果我们将盗窃所形成的“违法但安定的状态”<sup>⑩</sup>或者“和平的非法占有”也视为存在着值得法所保护的利益,那么以私力恢复权利的行为就不是片面的权利问题,而是具有权力外观的利益冲突问题。

下文将进一步对私力救济行为构造当中两个关键问题(必要性与紧迫性、不能及时获得公权力救助)进行讨论。笔者认为,将这些事由上升为私力救济的成立要件,容易使得原本有可能合理的私力救济变得不合法甚至不可能。

### 1. 不应将必要性与紧迫性作为私力救济的绝对条件

第一,从广义上私力救济的角度来看,国家刑事立法所明确承认的正当防卫、紧急避险属于事中型的私力救济,以紧急行为的构造来理解事中型的私力救济进而要求其需要有必要性与紧迫性,这样的做法是妥当的。但是,以事中型私力救济的行为构造模型套运用于事后型私力救济的话,由于“紧急”

与“事后”两者之间无法摆脱的天然抵触关系,会造成事后型私力救济的合法化论证道路越走越难。

第二,如果在逻辑上不是简单将正当防卫、紧急避险对于必要性与紧迫性的要求适用于私力救济,而是从权利恢复的困难性(“如果不立即采取自力救济,事实上会导致权利实现的不可能或者陷于显著困难的状态”<sup>⑪</sup>)角度来说明私力救济的合法性,并且将“等待公权力救济难以有效实现自己的权利”视为只是为了说明权利恢复的困难性而已的话,那么对于私力救济之必要性与紧迫性的要求的确并未达到正当防卫、紧急避险般的严格程度。但即便如此,虽然私力救济所要求的必要性与紧迫性与正当防卫、紧急避险有所差别,但无疑同样是基于紧急状态法理,而将寻求公权力救济作为必要性与紧迫性的前提并视之为私力救济的绝对条件的做法,一方面有可能使得在寻求公权力救济的途中反而进一步加剧必要性与紧迫性,另一方面也有可能使得原本无法通过正当防卫、紧急避险阻却违法性的事后救济,被以无法及时寻求公权力救济为借口进行了私力救济。不论对私力救济的必要性和紧迫性采取何种见解,都有可能从紧急状态法理内部损害正当防卫、紧急避险的制度初衷与基本构造。

第三,即便是正当防卫与紧急避险,对于必要性与紧迫性的要求也并不统一。其一,从正当防卫的德文 *Notwehr* 一词来看将其译为紧急防卫或许更有道理,<sup>⑫</sup>虽然与紧急避险(*Notstand*)一样都是基于紧急(*Not*)状态,但对于正当防卫的时间条件一般认为,“不法侵害已经形成现实、紧迫危险的,应当认定为不法侵害已经开始”;<sup>⑬</sup>与之相对,紧急避险的时间条件可以更为宽缓,“如果危险并不会马上发生,但有发生危险的可能性,那么紧急避险的危险现实性仍然是成立的”“所以紧急避险中危险的现实性与正当防卫中侵害的现实性是不同的。”<sup>⑭</sup>尤其是在针对引起危险但并未实施不法侵害的人所采取的防御性紧急避险(*Defensivnotstand*)场合当中,<sup>⑮</sup>即便欠缺如正当防卫所要求的急迫性,也有成立紧急避险的余地。<sup>⑯</sup>在此会发现一个有意思的现象:对紧急避险的急迫性限制较之于正当防卫来得宽缓,但在手段选

择余地上却较之正当防卫来得严格。紧急状态法理无法对此予以说明,只有从权力限制的法理出发,结合两者间不同的构造(正对不正、正对正)才能解释为何紧急避险的手段应该更为克制。其二,在对紧迫性要求最为严格的正当防卫当中,也有将某些“事后”行为纳入防卫对象的例子。比如,甲的盗窃行为已经构成既遂,但在可以追击的时空范围之内依然可以对其实施正当防卫;<sup>⑤</sup>同时,甲的反抗行为也自然构成不法,甚至可能成立《刑法》第269条转化的抢劫罪。由此可见,建立于紧急状态法理之上的正当化事由当中的必要性与紧迫性要件也并非铁板一块,而且两者自身也没有独立于法益这一实体之外的价值,最终都需要回归到法益之上并加强论证后者的要保护性,而法益的要保护性在私力救济当中并不完全依赖于必要性与紧迫性。必要与紧迫的场合可以加强法益的要保护性,但不必要与不紧迫的场合同样也有成立私力救济的余地,私力救济手段的选择则成了关键,相较于正当防卫与紧急避险理当更为克制,这自然也是由于不绝对需要必要性与紧迫性对法益的要保护性进行加持所致。

## 2. 不应以公力救济的可能性排斥私力救济的合法性

不可否认,我国《民法典》第1177条第1款所规定的自助行为(私力救济)的成立条件中存在“不能及时获得国家机关保护”一项,因此要适用第1177条第1款进行抗辩必然需要当事人证明此事实。但是,我们能够断言该款是所有私力救济的一般性规定吗?还是只能说,该款其实只适用于所规定的具体情况当中,而不是民法典所规定的其他私力救济条文的总则性条款。从条文先后顺序来看,<sup>⑥</sup>或许后者的理解才是妥当的。而且,如果将第1177条第1款视为私力救济的总则性条款,还会面临该款是否可以“统治”其他部门法当中的私力救济规定的问题——这样的统治力并不存在。

与之类似的域外立法当中,及时寻求公权力救济也属于一项明文规定的前提。<sup>⑦</sup>但在解读这类立法时需要注意,此时的私力救济条款往往并非所有私力救济的总则性规定,而是将可以行驶之私权力限制于若

干具体场合。比如,《德国民法典》第229条所承认的自助行为(私力救济)当中只包含了三个类型:其一,为自助之目的,取走、毁损或破坏他人之物;其二,为自助之目的,拘束有逃亡之虞之义务人;其三,为自助之目的,就义务人对其应容忍之行为予以抵抗,而以行为除去其抵抗。此三种私力救济需要以“不能及时请求官署援助,且非即时为之,则请求权将不得实行或其实行显有困难者”为前提才能阻却违法。民事请求权的执行一般只能通过法律程序进行,《德国民法典》第229条所承认的私力救济非常有限,是以请求权的显著障碍为要件,如果仅是为了满足请求权的即刻需要,是不得采取私力救济的。<sup>⑧</sup>在这三类私力救济当中,“不能及时请求官署援助”是为了说明请求权的显著障碍而已,对请求权之外的其他权利或者利益进行私力救济是否一定要以“不能及时请求官署援助”为必要?这一条件并非绝对。

不难看出,根据我国《民法典》第1177条第1款或者《德国民法典》第229条推演私力救济行为本质的做法也属于以偏概全的证实偏差。反观现代国家明确允许的民事上留置权(抗辩权)、刑事上公民扭送权(刑事追诉权)、正当防卫、紧急避险等措施的成立条件,率先求助于公权力救济并不是这类广义上私力救济的前提,而且如果将“行为人来不及请求国家机关通过正常程序恢复其法益”的标准过于绝对化,并认为以此才能阻却私力救济所具有的社会危害性的话,会将寻求公权力救济这一项公民权利异化为一项公民义务,也会将未积极履行过寻求公权力救济这一事实异化为私力救济的社会危害性本身。诚然,通说观点对于私力救济的理解,除了必要性与紧迫性之外还要求其具有相对于公权力救济而言的补充性,即只有当无法求助于公权力或者其他救济方法时才存在实施私力救济的前提。但是,当前的公权力已经借由发达的通讯、监管等手段渗透到公民生活的方方面面,国家作为掌握公民个人信息的最大主体,其所能提供的事前、事中、事后救济途径多种多样,让采取了私力救济的公民去证明“来不及寻求公权力救济”几乎是不可能完成的任务,而且即便是公民自身在事后也完全可以采取其他更为平和的

手段去保障自己的权益,所付出的额外成本不过只是时间和精力而已,但额外的时间和精力就不值得作为利益进行保护了吗?应该没有人会这么认为。比如在日本的司法判决中,对于补充性要件的适用还会综合考虑到“法律手续的繁琐、时间、费用”等,<sup>⑨</sup>无疑极大地降低了相关标准。过于泛滥的私力救济将会导致法秩序的受损,这样的担心并非没有道理,但现代社会的公力救济已然处于法秩序当中不可动摇的主导地位,这原本就避免了在自然状态下所可能发生的“一切人反对一切人的战争”,此时将私力救济作为公力救济的依附和补充并非不可,<sup>⑩</sup>甚至将私力救济直接纳入国家法律体系的做法也是存在的。如果法内的私力救济并未带来法秩序的动摇,为何超法规的私力救济就一定会发生这样的危机?只要超法规的私力救济与法内的私力救济遵循共同的基本原理,即都受制于对权力进行限制的法理,担心或许是多余的。

因此,“不能及时获取公权力的救济”作为成立私力救济的条件并非不可,但“能够及时获取公权力的救济”作为绝对排斥私力救济的条件却是存在问题的。

### (三)小结

“不应将必要性与紧迫性作为私力救济的绝对条件”的论断背后,也是指“不应以公力救济的可能性排斥私力救济的合法性”。通说见解同样是将两者在某种程度上联系了起来,比如具有代表性的观点认为,“紧急权,是指公民在缺乏公力救助途径的急迫情状下,以损害他人的某一法益为代价来保护另一法益的权利。”<sup>⑪</sup>但通过以上的分析,紧急状态法理或许本应该是建立在法益保障的必要性与危险发生的紧迫性之上,而寻求公权力救济并非紧急权的绝对前提(此时可以用公民扭送权为例<sup>⑫</sup>——这就将私力救济的合法化路径与紧急状态法理进行了一定程度的分离,也说明了率先寻求公力救济不应该在私力救济的合法性判断上被绝对化。<sup>⑬</sup>

事无巨细地求助于公权力会使公权力面临无法承受之重,“在现代法治国家,由于公共资源的有限性使得国家独立控制的目标难以实现,私力救济始

终是一种与公力救济并存的社会控制力量”。<sup>⑭</sup>赞成私力救济的学者会认为“私人对公权力的运用可视为国家权力的延伸”,<sup>⑮</sup>如果这一观点成立,那么私权力应该本就与公权力属于同一层次,无须绝对的谁先谁后。这是容易证成的,甚至可以以《宪法》第2条第1款“一切权力属于人民”为逻辑起点,结合法理学的一般常识认为,公权力来源于私权力(或者私权利),两者在本质上无绝对的差异。比如,在行使私权力的正当防卫与紧急避险当中,并没有首先求助于国家公权力的绝对必要,这同时也造就了私权力具备权利的自我处分性质。申言之,不论是事中型的正当防卫、紧急避险,还是事后型的私力救济,只要是法所允许的,便具有排除公权力的效果,相对人就具有一定的忍受义务。在此意义上,不是公权力排除了私权力,反而是合法的私权力排除了公权力,而作为权力的私权力则受制《宪法》第51条所体现的比例原则。

以上结论进一步支持了本文问题引出部分提出的私力救济问题分析的新视角,即应该在“权力”而不是仅在“权利”的框架内审查私力救济的合法性;<sup>⑯</sup>不论是权力抑或是权利都会有所限制,权利滥用和权力滥用都会面临不利后果,最终“权力不超越宪法清单一直是正常立宪国家的法治实践”。<sup>⑰</sup>至此,可以得出以下结论:

1. 私权力(私力救济)本质上不受制于公权力,而是受制于更加上位的规则,即受制于避免权力滥用的“宪法清单”,或者更具体的比例原则等。<sup>⑱</sup>公力救济的可能性并不会排斥私力救济的合法性,合法的私力救济反而具有排除公力救济的效果,也可以有合法地强制其他平等主体的效果。

2. 从权力自身发动要件出发,如果公权力的行使并不以紧急状态为必要,那么一直以来将私权力的行使以紧急状态为要件并将该要件等同于是否率先寻求公权力救济的论证路径就不甚妥当。无现实必要性与紧迫性之利益、未率先寻求公权力救济之利益也可成为私力救济的对象。

3. 就像探讨整体法秩序应该在何种限度内承认公权力一样,私权力(私力救济)的合法性也在于,此

种权力行使的方式在整体法秩序之内能获得何种限度的容忍。

基于以上结论反思一直以来的通说观点可以发现,通说对于私力救济的必要性、紧迫性以及补充性等要求更偏向于源自以权利人为出发点的“权利”视角,而紧急状态所提供的是对权利进行自主实现的积极促进因素,但这样的“正面肯定”不仅未能涵盖紧急状态之外的私力救济,更未能真正从消极方面为私力救济提供一定的限制基准。因此,只有尝试转变视角,从私主体自力实现权利的“权力”角度出发,将权力相对人所承受的不利益以及法秩序安宁的受损等也纳入考量的范畴,才能回答作为私权力的私力救济所应具有的法定的有限性,<sup>⑩</sup>也才能与另一种私权力形式——犯罪——进行区分。

### 三、如何将权力限制理念引入私力救济现象的法解释当中——利益衡量基础之上行为可罚性的反思

不论是私力救济还是犯罪行为,两者在外观上都表现为平等主体之间的权力现象,如果前者有可能合法,那么从对权力进行限制的比例原则等角度出发,自然也能够帮助划定私力救济的合法边界。公法上的比例原则在当前已经不断渗透到私法等其他部门法当中,能够为权力与权利的行使提供合理尺度,<sup>⑪</sup>并表现为不同主体在价值冲突情境中的选择。<sup>⑫</sup>不过,在刑事法领域当中,比例原则虽然与刑法所强调的谦抑性天然地契合,但除了基本的理念之外似乎并未提供太多的教义学方法上的价值。刑法条文始终需要被予以符合规范目的的文意解释才能够通行于世,因此有观点提出,在刑事法当中适用比例原则时,应当避免简单的话语转换与机械的套用。<sup>⑬</sup>的确如此。将比例原则背后所具有的价值衡量、利益衡量理念融入刑法教义学当中才是更为妥当的做法。就本文的问题意识而言,这样的做法同样是在将权力限制的理念引入私力救济现象的法解释当中,有限的权力才有可能形成合法的私力救济,而刑法中合法的私力救济则止步于刑法分则所规定的具体犯罪。

法律解释尤其是刑法解释并非简单建立于逻辑

三段论之上,而是通过对案件事实、法律规定的教义学解读来表达一定的社会价值,因此刑法解释必然是一种实质解释,而实质解释则应该建立于实质刑法观基础之上。“实质刑法观的基本目的是,避免仅仅根据法条文字规定对构成要件作形式的理解,通过实质的解释阐释法条背后蕴含的正义理念,通过实质正义以矫正形式正义存在的不当出入人罪,实现刑法人权保障之机能与法益保护之目的”。<sup>⑭</sup>在解释方法与价值观的关系方面,最高人民法院于2021年3月1日实施的《关于深入推进社会主义核心价值观融入裁判文书释法说理的指导意见》更是提出了“深入推进社会主义核心价值观融入裁判文书释法说理应当正确运用解释方法”“案件涉及多种价值取向的,法官应当依据立法精神、法律原则、法律规定以及社会主义核心价值观进行判断、权衡和选择,确定适用于个案的价值取向,并在裁判文书中详细阐明依据及其理由”。

实质解释最终实则与价值的实现息息相关,价值的实现必然回避不了价值的衡量、利益的衡量等。当“权力”保障了更大利益的时候,以牺牲一部分原本也值得受保护之利益为代价的做法就有了合理的基础,作为私权力的私力救济也应当以此为准则,同时也应当受制于权力限制的基本原理。因此,如何有效地将权力限制理念引入私力救济现象的法解释当中,即如何通过刑法教义学以体现利益衡量基础之上的权力限制理念,就属于解答刑法中私力救济问题的关键所在。笔者认为,利益衡量影响了理论当中一切“判断标准”的形成,其本身便是一种实质化的法解释过程,这一过程存在于犯罪论乃至刑罚论当中,合法私力救济的判断标准背后也隐含着对于广泛且具体的利益所进行的符合规范目的的权衡。

(一)利益衡量基础之上的行为可罚性——兼对逻辑与构造的重塑

1. 利益衡量不仅是实质违法性的判断标准更应该属于一种实质解释方法

刑法如何合理地限制私力救济这种私权力?可以从合法私力救济的反面来帮助阐述其应有的边

界。刑法所不允许的私力救济自然也是刑法分则具体犯罪构成要件的问题,即便我国现行刑法并未在总则中一般性地规定私力救济要件,但如果能够对分则具体个罪的成立要件进行实质解释,一样可以从权力限制角度划定私力救济的合法性边界,而利益衡量则可以成为帮助实现刑法实质解释的论证方法。本文第二部分曾经提到过,私力救济的逻辑起点在于利益衡量基础之上的实质违法性,但其实利益衡量的机能远不止于此。<sup>⑤</sup>

首先,利益衡量本身便是限制权力的常见手段。比如在犯罪搜查与公民隐私之间,“通常的做法是通过权衡对个人隐私所造成的影响以及政府合法利益的需要”“力图在政府防治犯罪的需求与保护当事人的隐私利益权衡中实现均衡。”<sup>⑥</sup>当面对私权力时,利益衡量同样能够起到权力限制的机能。以紧急状态为例,正如有学者指出的,“利益衡量是一切紧急权的基础,所保护之利益大于所损害之利益也是一切紧急权能够得以合法化的共同根据。”<sup>⑦</sup>笔者认为,在紧急权体系之外,依然还存在着牺牲一方利益(包括秩序利益、财产利益、人格利益、生命利益等)保护另外一方利益的现象,这便是私力救济的行为外观,其合法性同样基于利益衡量。

其次,利益衡量不仅能被运用于判断实质违法性,<sup>⑧</sup>更是一种利益/风险分配理念下犯罪成立要件的实质解释工具,可以在犯罪论体系的其他层面展开。<sup>⑨</sup>如有学者所言,“违法性或有责性降低、不具有处罚的必要性或不具有期待可能性,均是立足于个罪构成要件进行的体系化解释,如何认定个罪构成要件,必定需要以法益衡量为主轴而展开”。<sup>⑩</sup>又比如在过失犯的问题上,有观点提出,“是否设立某项谨慎义务,取决于该义务所维护的利益和设置该义务所需支付的代价之间的对比关系”<sup>⑪</sup>“利益衡量模式的引入,是过失责任自身特定的内在要求”。<sup>⑫</sup>甚至有观点认为,“刑法解释的过程即是利益衡量的过程”。<sup>⑬</sup>因此,私力救济所表现出的人格压制现象如果可以被理解为平等主体间的利益冲突,在相关逻辑的延长线上利益衡量所解决的就不仅是实质违法性问题,而是能进一步衍生到实质责任等犯罪论整

体视野下行为与行为人的可罚性问题。

最后,利益并不是无源之水、无本之木,向上与规范的保护目的相连,向下与具体案件的事实情节相伴,对事实情节所进行的法律评价便是对其背后存在的利益进行符合规范目的的权衡。在犯罪论上,不论是刑法分则规定的具体个罪,还是总则第13条的犯罪实质定义,始终需要围绕事实情节展开具体判断。除此之外,与犯罪论所关注的有限的构成要件要素相比,量刑论所关注的事实情节更为广泛,与行为可罚性、行为人可罚性相关的事实情节不一而足,“量刑时应当充分考虑各种法定和酌定量刑情节,根据案件的全部犯罪事实以及量刑情节的不同情形,依法确定量刑情节的适用及其调节比例。”<sup>⑭</sup>因此,利益衡量在判断行为可罚性、行为人可罚性的存在与否以及轻重程度时不可或缺。

综上所述,刑法中合法私力救济的边界最终止步于刑法分则所描绘的具体犯罪,围绕刑法分则具体个罪的定罪量刑所进行的实质解释需要围绕规范的保护目的展开,而规范的保护目的始终是与法益或者利益息息相关,通过建立在利益衡量基础之上的实质解释方法对私力救济的可罚性进行判断,也就间接回答了私权力之法定性与有限性的问题。

## 2. 利益衡量中“正对正”模型的提倡

私力救济所描述的现象往往是,当事人为了保护一方的合法利益而以牺牲另一方合法利益(包括法秩序安宁的利益)为代价。以紧急状态法理解读私力救济的观点一般认为,相比于紧急避险,私力救济更接近于正当防卫,是一种正对不正的形态。笔者对此持有不同的观点。正如前文所述,在权力视角的利益衡量中,有必要将权力相对人所承受的不利益以及法秩序安宁的受损等也纳入考量的范畴。私力救济的背后是不同利益之间的对抗,<sup>⑮</sup>有对抗必然就有权衡,而权衡便是在两个均应该受到保护的利益和诉求之间进行比较,最终在倾向于一方的同时形成对另一方的限制。<sup>⑯</sup>以此推之,作为社会共同体成员之一的公民为了公益而侵害另一方利益时,也可以认为是以私力实现了利益的救济,所以大可不必将私力救济的对象限定于私益,“利益既可以是

个人利益也可以是社会的利益”。<sup>⑥</sup>而且,在私力救济当中有可能出现的更为高尚的利他主义救助行为不仅应该被予以保护和奖励,<sup>⑦</sup>更帮助验证了上文得出的一个观点:私力救济不绝对需要必要性与紧迫性,但却具有强制对方的权力属性。<sup>⑧</sup>

由于私力救济有可能缺少必要性与紧迫性对法益的保护性进行加持,导致能采取的合法手段相较于正当防卫与紧急避险更为狭窄。在此基础上,我们才可以将私力救济比照于正当防卫、紧急避险,借鉴运用《刑法》第20条、21条所体现出的利益衡量观念。假如我国刑法总则当中有私力救济(狭义意义上)条款,或许可以是:“为了保护国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他合法权益,不得已采取的事后自救行为,造成损害的,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,应当负刑事责任,但是应当减轻或者免除处罚。”如果此条文可以成立,那么在行为结构上,私力救济就不绝对是“与正当防卫一样,都是紧急行为,都属于‘正对不正’的关系”,<sup>⑨</sup>而是有可能在非紧急状态下的“正对不正”甚至是“正对正”。<sup>⑩</sup>相比于“正对不正”的构造,笔者之所以更倾向于以“正对正”来理解私力救济,这与将私力救济的关注重心从权利人转移到权力相对人的改变有关,并且有如下考虑:其一,如果始终在“正对不正”的模式下讨论私力救济,有可能导致私力救济相对人因为某些“事”在事后变得人格降等,在一种程度上容易错误地宣告“恶人”“过错方”的生命、自由、健康、名誉、财产等一切权益劣于善良公民,以致有被过度侵害之虞;其二,将私力救济的构造比之于正当防卫(正对不正)更接近于紧急避险(正对正)之后,<sup>⑪</sup>其背后的利益衡量以及经过利益衡量之后所容许的手段与结果,可以借鉴同属于“正对正”构造的紧急避险就对立利益进行衡量时所考虑的细节,比如:法定刑幅度的比较、法益的价值高低、法益侵害的强度、生命对生命衡量的禁止、胁迫性危险的程度、自律性原理、法律上之规定、紧急状态的引起责任、特别的义务性地位、避险人的不法活动、避免之损害与引起之损害对当事人的个人意义、当危险来自被侵害者领域的时候等;<sup>⑫</sup>其三,由于

同属于“正对正”构造的私力救济相比于紧急避险有可能失之于必要性与紧迫性的加持,应当更为克制,所以相关的利益衡量对以上诸多细节的处理就有必要更加严格。<sup>⑬</sup>举例而言,即便是保护的法益有所不同,立法者也已然通过价值判断赋予了不同犯罪以相应的法定刑,通过法定刑幅度的比较可以发现,故意伤害罪、非法拘禁罪与盗窃罪的基本犯均对应着三年以下有期徒刑、拘役或者管制的法定刑,这或许代表了此时的健康利益、移动自由利益与财产利益被置于同一位阶进行评价,假使通过私力救济保障一方正的财产利益而选择牺牲另一方正的健康利益时,虽然会获得不法上的抵消,但不可否认,此时的私力救济还另外牺牲了一定的社会秩序利益与相对方的人格自决利益。因此,只有当所保障的利益获得巨大升格,进一步与社会秩序利益、人格自决利益进行抵消后仍可获得利益净值时,私力救济才能被容许。其实,退一步而言,即便依然在与正当防卫类似的“正对不正”构造中理解私力救济,相对方也未必不受法所保护,否则便无所谓限度的要求。正如提倡通过利益衡量对正当防卫限度进行判断的学者所认为的,“侵害人与防卫人具有平等的法律地位,宪法和法律必须为二者提供平等保护。实现这种平等保护的方式,就是对双方的利益状况进行综合考量,以实现利益状况的总体均衡。”<sup>⑭</sup>因此,不论是以“正对正”抑或以“正对不正”来理解私力救济,最终都可以通过利益衡量对其限度进行判断。

在上文的基础上,或许已有读者意识到,私力救济有可能附加损害的社会秩序利益与人格自决利益便成了影响利益衡量天平的重要变量。笔者认为,当这两类利益在私力救济中的受损并不明显时,或者私力救济所保障之利益过于重大时,或者私力救济所直接针对的便是这两类利益而并无附加的损害时,又或者社会秩序利益与人格自决利益反而站在了私力救济一方时,等等一系列的可能性都会使得保障了正的利益的私力救济在刑法上的可罚性降低甚至变得不具有可罚性。对此,私力救济手段选择的欠妥(行为无价值)加之损害结果的不可接受(结果无价值)就成了判断私力救济合法与非法的关键,随

之就有了考察个罪构成要件与具体事实情节的必要。正如有学者所言,“在面临刑法规范与立法事实的裂缝时,必须立足于个罪之构成要件与法益衡量进行解释,个罪之构成要件与法益衡量之间是表里关系。”<sup>⑥</sup>在刑法总则未明确规定私力救济的情况下,司法难以直接援引“私力救济”“自救行为”等不存在的条文作为出罪的理由,问题的解决出路就落到了对分则明文规定之个罪构成要件的实质解释上。换言之,如果试图描绘刑法未明文规定之私力救济的合法边界,就应该突破“私力救济属于超法规的违法阻却事由”“优越利益原理背后的利益衡量只能用于解释行为违法性”等固有观念,在犯罪成立的一般性原理中借鉴“正对正”构造进行利益衡量的同时,对私力救济所可能呈现出的具体行为类型通过个罪构成要件进行实质解释。

## (二)正当行为类型的私力救济

“不得实施犯罪的禁令显然构成了公民行为自由的基本框架”,<sup>⑦</sup>规定了强烈禁止规范与命令规范的刑法规定背后本身就代表着法定的、普遍的、需要强烈保护的利益,私权力的相对人同样拥有这些利益,刑事立法为这些利益的侵害行为设置了相应的刑罚对价,能够凌越于刑法所保护的利益而获得不法阻却/责任阻却的行为,大部分早已经被正当防卫、紧急避险等明文制度所吸收,除了法所明确规定的私力救济之外,作为例外之例外的超法规的私力救济除非是促进了像生存权、<sup>⑧</sup>整体的公共福祉<sup>⑨</sup>等显著的高位阶利益,否则以暴力手段进行私力救济所侵害的利益很难不进入犯罪构成要件保护范围之内。

虽然如此,但其实法所容许的私力救济的很大一部分往往是以“正当行为”的形式出现的,对此可以借鉴日本刑法当中对于该问题的讨论。与我国刑法并未明文规定“正当行为”不同的是,《日本刑法》第35条规定:“基于法令或者正当之业务所实施的行为,不罚。”本条正当行为处于第36条正当防卫、第37条紧急避险之前。一般认为,“不罚”指的是不违法的意思,但对于该条是否能够涵盖正当防卫、紧急避险之外所有的违法阻却事由这一问题,虽然赞成

的观点颇多,但持否定观点者亦不罕见。<sup>⑩</sup>不过,持否定观点者往往只是主张,本条所称的正当行为应限于法令行为与正当业务行为两者,其他正当行为可以通过实质违法性的判断被置于超法规违法阻却事由当中。<sup>⑪</sup>笔者认为,前述不同观点之间其实并无本质冲突,即均承认正当行为可以阻却违法,而即便是采狭义立场所指称的“法令行为”“正当业务行为”,也有可能与私力救济行为有关,尤其是其中的宪法上的权利行为、劳工斗争行为以及治疗行为、律师的辩护活动、新闻机关的取材活动等,均有可能涉及私主体为实现或者救济利益而以私力侵害相对方之利益的情况,并且通过利益衡量之后该情况也有可能被评价为正当行为。虽然我国刑法没有类似于《日本刑法》第35条的规定,正当行为类型的私力救济只能是一种超法规的违法阻却事由,但是,其实只要在解释上不将私力救济行为定性为是刑法分则某罪构成要件所规制的类型化行为,就已然等同于承认了正当行为类型私力救济的存在,而当中的判断往往离不开利益衡量的支撑。如果私力救济是以正当行为的形态出现,理所当然地可以阻却行为的违法性,并且其合法性根据也不必绝对地建立于紧急状态法理之上。

除此之外,日常生活中还存在着大量起于青萍之末的私力救济。比如,最高人民法院指导案例142号的裁判要旨便指出,“行为人为了维护因碰撞而受到伤害一方的合法权益,劝阻另一方不要离开碰撞现场且没有超过合理限度的,属于合法行为。被劝阻人因自身疾病发生猝死,其近亲属请求行为人承担侵权责任的,人民法院不予支持。”对于这类私力救济可以以“正当行为”“合法行为”为由进行出罪,同样也可以在构成要件上以“不具有刑法上的因果关系”为由阻却结果归属。不过不难发现,公民面对这类“琐碎细微”的私力救济事件时几乎不会选择寻求公权力救济,这无疑也印证了本文第二部分的论断,即率先寻求公权力救济不应该是合法私力救济的绝对条件,而应该从手段的相当性上进行考察。需要注意的是,就如同经过利益衡量之后的“被允许的危险”概念一样,这类私力救济的正当化逻辑背后其实

带有如下的利益衡量:如果行为人采取的私力救济行为被社会的一般观念所认可,即便损害结果再重大也不能以此推定行为的不法,更不能将损害结果归属于实施了正当行为的个人,这样的处理结果保护的是普通公民免于动辄得咎的日常行动自由利益,如果不对此利益进行保护,不仅一般人在日常生活中将会变得无所适从,更会是对于社会秩序利益以及所有人都享有的人格自决利益的牺牲,导致人际交往的萎缩与冷漠。在此基础上还可以更进一步,即:行为人不论是为了保护社会公共利益,还是为了他人的利益,抑或为了自身的利益,如果此时的私力救济行为被评价为一种具有社会相当性的行为,即便存在着权力相对人人格自决利益的受损,却也同时是一种社会秩序利益甚至法确证利益的维护,应被评价为是正当的。

类似的利益衡量也隐含于日常生活中民事纠纷的处理当中,这类纠纷虽然并不“琐碎细微”,但也很少会转变为刑事上的犯罪。比如,在以私力实现财产权利(乃至权利纠纷状态下“假想的权利”)的场合,我国司法实践往往并不轻易认定成立绑架罪、抢劫罪等重罪,而是倾向于“将索债扩张至‘事出有因’”,并对债的内容、数额、主体、认定依据都进行了过度扩大解释”,<sup>⑧</sup>甚至会更进一步通过“不存在构成要件目的”进行出罪处理。比如在王明雨敲诈勒索案中,行为人以检举揭发为要挟向对方索要2000万,后经谈判降至300万。法院认为,当事人之间虽然离婚,但双方的共同财产并未分割,以胁迫方式索取并未超出自己产权的财产行为,不应认定为敲诈勒索。<sup>⑨</sup>与此类似,“拆迁户以举报开发商违法行为为手段索取补偿款的,不宜认定为敲诈勒索”<sup>⑩</sup>“在农村征地纠纷中,行为人使用胁迫手段要求提高征地补偿费的行为符合敲诈勒索罪的客观构成要件,但主观上缺少非法占有目的,不成立敲诈勒索罪”<sup>⑪</sup>等司法判断并不罕见。对于这类带有强迫性质或者私权力性质的案件,理论上可以直接从财产犯罪的非法占有目的进行解释。但是,非法占有目的的认定标准与其说是事实认定问题,不如说是规范评价问题,本质上是对所保护之利益的选择问题。在我国的规范语境

中,如果将财产类犯罪当中的非法占有目的理解为非法所有目的,<sup>⑫</sup>或者从相关犯罪的主观目的和行为要素而非从对财物的支配状态去理解“占有”一词,<sup>⑬</sup>又或者要求对象财物具备“他人性”,<sup>⑭</sup>那么财物所有权人(甚至是权利纠纷状态下“假想的权利人”)破坏他人占有(不论该占有属于合法还是非法)对财产权利的单纯私力自主实现便不符合财产犯罪当中非法目的这一主观构成要件要素。此时值得深究的是,为何“德日对不法领得目的的解释均无法对应于我国刑法中的非法占有目的”?<sup>⑮</sup>如有学者所言,“所有权说、本权说与占有说是关于盗窃罪保护法益的问题,只能用于说明取回所有物的行为是否成立盗窃罪,却无法说明该行为是否完全不受刑罚处罚”。<sup>⑯</sup>笔者认为,利益衡量之后的立场选择才能真正决定一个特定行为在特定法域中的可罚性,不同的立法在“非法占有背后的公共秩序利益”“本权占有利益”与“所有权利益”之间权衡,当所有权利益被置于优越性地位之后,其实也是以牺牲占有有所表征之利益为代价。因此,在不存在解释障碍的前提下,选择将不法占有目的落脚于所有权说的立场所做的不过是利益选择罢了,最终导致即便是所有权人以私力取回他人合法占有的本人财物,在刑事法上也不会被视为是具有不法占有目的的不法行为。<sup>⑰</sup>当然,退一步而言,如果在选择上更重视占有利益以及占有背后的秩序利益,所有权人以私力破坏他人占有状态的举止则具有实质不法性;与此同时,占有者以私力恢复被所有权人侵害之占有利益时,就反而有可能成立自救行为而阻却违法性。<sup>⑱</sup>如此一来,权力关系中的哪一方可以得到社会秩序利益与人格自决利益的加持,抑或权力关系的两方均可以得到加持但有一方却更为优越,在不同国家地区的规范背景下就有可能因不同的利益选择而呈现不同的局面。

综上所述,即便我国刑法当中并不存在与《日本刑法》第35条一样的规定,但不论是将私力救济视为是基于法令或者正当业务所实施的行为,还是超法规的违法阻却事由的行为,始终可以通过对犯罪构成要件进行实质解释成为不违反刑法规范意义上的“正当行为”,而行为的实质违法性或者可罚性最终

可以还原为不同规范背景下对不同利益的取舍权衡。由此亦可见,私力救济作为一种私权力,在实现过程中是以牺牲相对方原本可以合法享有的利益以及法秩序安宁的利益为代价,而非单纯的正对不正,这也同时帮助解释了为何现代社会对私力救济采取消极态度。

### (三)阻却责任类型的私力救济

如前文所述,相比于正当防卫笔者更倾向于将私力救济置于与紧急避险类似的行为构造中去理解,尤其是当无法阻却行为的实质违法性时,还可以从可罚的责任角度像理论上承认阻却责任的紧急避险一样,承认阻却责任的私力救济。比如,针对非现时对抗型的受虐妇女杀夫案件,有学者主张“不能作为违法阻却事由处理,也不能作为免责的紧急避险处理,只能认定为超法规的责任阻却事由。亦即,在少数案件中,受虐妇女确实缺乏期待可能性的,应当宣告无罪;在此外的案件中,受虐妇女并不完全缺乏期待可能性的,可以承认不可避免的期待可能性的积极错误,因而没有责任,否认犯罪的成立。”<sup>⑧</sup>从依然处于通说地位的规范责任论视角出发,以上的结论是妥当的,但依然存在一个更为关键的问题:期待可能性理论自身并未提供实质责任的判断标准,毋宁说只是一个结论而已。已经有众多学者意识到,“在刑法学理论体系改造过程中,期待可能性的价值绝对不能被夸大”,<sup>⑨</sup>期待可能性需要“通过介入构成责任的其他实体化原理从而对责任造成影响”。<sup>⑩</sup>笔者认为,责任阶段考察的是行为人的可罚性问题,对此同样可以通过利益衡量实现责任内容的实质化,最终形成“可罚的责任”。

与不法内容的实质化一样,刑法当中责任论的发展同样是一个试图为责任添加规范上的要求并脱离纯粹主观化的过程,即强调作为市民社会成员的个体是否可以回应以及如何回应规范上的期待。从以心理事实为内容的心理责任论,到引入了期待可能性的规范责任论,再到以非难可能性与必要性为中心的实质责任论。<sup>⑪</sup>可以发现,当前责任论的内容早已经脱离行为人事实上的主观心态,而是进入了规范评价的层次。私力救济行为人规范上的心态也

不是纯粹主观存在的问题,而是“此时此地”的法秩序对每个社会成员的期待和要求的问题。在具有明显违法性的案件中,究竟什么样的实质责任会达到被评价为缺乏期待可能性的程度?例如,著名的陆勇妨害信用卡管理和销售假药案,就是一种以侵害国家药品管理秩序为代价的自救救人行为。对于本案,虽然检察机关最终作出了不起诉决定并进行了释法说理,认为“陆勇的购买和帮助他人购买未经批准进口的抗癌药品的行为,违反了《中华人民共和国药品管理法》的相关规定,但陆勇的行为不是销售行为,不符合《中华人民共和国刑法》第一百四十一条的规定,不构成销售假药罪。陆勇通过淘宝网从郭梓彪处购买3张以他人身份信息开设的借记卡,并使用其中户名为夏维雨的借记卡的行为,违反了金融管理法规,但其目的和用途完全是白血病患者支付自服药品而购买抗癌药品款项,且仅使用1张,情节显著轻微,危害不大,根据《中华人民共和国刑法》第十三条的规定,不认为是犯罪。”<sup>⑫</sup>从个案来看,本案的最终结果是妥当的,但是论证逻辑却存在重大缺陷,因为这会导致在“行为人的行为是销售行为”“妨害信用卡管理的情节严重”的场合,无法遵循陆勇案的裁判逻辑得到同样的妥当结果。虽然有观点认为,“陆勇代购药品的行为不具有法益侵害性,欠缺相关犯罪构成要件的违法性要素,不应作为犯罪处理”,<sup>⑬</sup>但更合理的观点认为,“不能将药品管理秩序消弭在对公众健康的关切中”。<sup>⑭</sup>的确,如果我们注意到对于刑法与药品管理法的相关修订是发生于陆勇案之后,那么在代表国家态度的违法性评价阶段,陆勇的行为在案发当时或许依然存在明显的违法性,即便通过利益衡量也有可能如此——举例而言,假设陆勇为了给自己、给病友筹措医药费而去贩毒,应该没有人会主张其行为不具有实质违法性。笔者认为,不可否认,陆勇案所保障的公民个人健康利益足够重大,但是否便意味着可以将药品管理秩序背后所蕴含的公众健康利益置于危险的境地?或许不可。因此,本案不应该通过阻却构成要件或者阻却违法性,而是应该从行为人不具有实质的责任或者可罚的责任这一点进行出罪。假如陆勇案的不起诉

理由当中能够加入非难可能性的内容,假如释法说明书能够结合案件发生的经纬,将“陆勇的行为也有违反国家药品管理法规定的地方,但存在无奈之处”“不得已才实施本案行为”当中的“无奈”“不得已”,通过规范责任论或者实质责任论进行阐释,或许会有更大的价值,也能为与之类似的私力救济(以私力对抗公权力所保护之经济秩序、社会秩序等)在阻却责任的角度提供有益的借鉴。

责任论当中的规范判断,同样需要依赖利益衡量才能形成一定标准。比如,对于期待可能性而言,相比于事件发生时行为人的心态,更应该从影响该心态的形成过程考察个人真实的反规范态度,当行为人作为社会共同体成员尽到了应尽的努力义务但在内心依然无法遵循规范时,因“情有可原”所形成的反规范心态便可以被视为欠缺期待可能性。因此,在限制犯罪成立意义上,在强调行为责任的同时有必要进一步考察行为人的品格形成责任,尤其是将能够表现出“导致行为人被迫对利益进行私力实现”“行为人无奈对受法所保护之利益进行侵害”的事实情节进行符合规范目的阐述,才有可能对行为人是否具备期待可能性进行详细判断。这样判断的背后有如下两种利益的存在:其一,社会共同体提供其成员促进后者形成合规范心态的契机或者可能性,这部分利益归属于社会共同体的个体成员;<sup>⑨</sup>其二,社会共同体的成员为社会共同体的法秩序安宁所做的努力,这部分利益归属于社会共同体的所有成员。只有当社会共同体为其成员的合规范心态的形成提供了足够的契机与可能性之后,自然对其能够依法行事具有期待可能性;反之,则可以认为欠缺期待可能性。简而言之,在与具体事件相关的人格形成意义上,将这样的利益衡量带入到期待可能性的判断过程当中,或许就可以更准确地评价行为人规范上的反规范态度,并避免期待可能性在当前沦为“教义学上一个无足轻重的概念”。<sup>⑩</sup>不论如何,这样的利益衡量背后也代表着是对社会共同体所有成员的人格自决利益的充分尊重。

#### (四)阻却刑事制裁类型的私力救济

在正当行为类型与阻却责任类型的私力救济之

外,还可以有阻却刑事制裁类型的私力救济,可以适用《刑法》第37条进行处理,或者依据刑事诉讼法的相关规定作不起诉处理。

有观点主张,我国应当构建起应罚性与需罚性并重的犯罪论体系。应罚性是行为本身应当处罚的价值评价,通过构成要件符合性、违法性与有责性判断;需罚性则是因为犯行而有必要对行为人是否科处刑罚的目的性判断,从预防必要性、刑事政策等刑法外的犯罪标准来评价有无刑罚处罚的必要性。<sup>⑪</sup>另外,也有观点将需罚性理解为“刑罚必要性”“要罚性”,并将其放进犯罪论体系内部作为各阶段所持有的“可罚性”的内容,而非放在体系外进行独立评价。<sup>⑫</sup>笔者认为,需罚性评价本身并非不可以凭借相应的事实与情节彰显于犯罪论体系内部,并不一定得作为一个单独的阶段进行评价,但是否承认其独立性这一点本身并不重要,更为重要的其实是,围绕刑罚价值或者必要性的目的性思维在刑事判决当中已然不可或缺,将预防必要性、刑事政策等方面的因素放入对私力救济的评价当中,可以进一步彰显刑法的谦抑。比如,为了保护耕地作物私自捕杀野猪而最终被以非法狩猎罪定罪处罚的案件中,法院在量刑上多采用“管制”“拘役”“短期自由刑+缓刑”的做法。<sup>⑬</sup>但值得反思的是:①此类事件的发生原因之一,难道不是无法现实有效地寻求公权力救济所致?②当无法有效地寻求公权力救济时,采取私力救济的做法具有不法性吗?③即便认为行为具有不法性,但能期待行为人在行为时采取其他合法手段进行自救吗?④即便犯罪成立,但对行为人适用刑罚能够防止行为人再犯吗?⑤既然公权力认为行为人以后遇到同样事件时可以采取更好的手段去解决,那更好的解决问题的手段是什么?

在利益衡量理念之下,刑事诉讼程序的发动与刑罚的实施本身便是一种巨大的公共利益消耗,对于任何人而言即便只是卷入到刑事诉讼程序当中也已然承担了某种实质意义上的制裁。因此,如果启动乃至实施刑事制裁对于某些私力救济所能产生的反对效果极为有限且无法获得社会整体利益的正向净值时,制裁本身也是一种“无价值”,定罪或者处罚

的必要性就值得反思。

#### (五)私力救济的法律后果

即便是不赞成在实体意义上以利益衡量来构建行为正当化实质根据的学者,也承认其方法论意义,认为“方法论意义上的利益衡量,其适用范围要广得多。”<sup>⑧</sup>利益法学的提倡者也认为,“利益法学是实用法学的一种方法论。它要确定的,是法官裁判时应该遵循的原则”。<sup>⑨</sup>因此,利益衡量所提供的并非绝对意义上的某种基准,而是一种针对具体问题的思考方式与论证途径,通过以上诸多层次的利益衡量化思考,即便私力救济无法完全达到出罪或者免除处罚的效果,也有可能实现我国刑法意义上的“减轻”“从轻”。“从轻”可以通过法官自由裁量实现,而超法规的“减轻”在现行法内部也可存在。

对于违法阻却事由,我国刑法总则仅规定了正当防卫与紧急避险,虽然学理上承认超法规的违法阻却事由,但此类事由未见于刑法的明确条文,也没有像防卫过当与避险过当场合当中因“过当”所可能带来的“应当减轻或者免除处罚”的规范上后果,因此在不能阻却违法但可能“减轻”(《刑法》第63条第1款减轻处罚的意义上)违法的时候,很难援引刑法条文进行减轻处理。换言之,超法规的违法阻却事由(以及超法规的责任阻却事由等)因其自身固有的属性,在定罪与量刑两方面会面临无法可依的困境。笔者认为,对于定罪问题,可以通过解释刑法分则犯罪构成要件进行回答;对于量刑问题尤其是“减轻”的问题,现行刑法依然能够提供足够的规范供给:私力救济在量刑意义上的“减轻不法”“减轻责任”一方面可以存在于刑法分则当中的情节较轻等“情节”规定当中,另一方面也可以存在于《刑法》第63条第2款“案件的特殊情况”当中,通过利益衡量理念与刑法教义学知识对案件的具体事实情节进行解读,有助于鉴别较轻情节与案件的特殊情况。

#### 四、结语

行文至此,当我们回顾刑法总则明文规定的“广义上的私力救济”(正当防卫、紧急避险)后其实能够发现,虽然97刑法自实施以来已被频繁修正,但第20条、21条始终未改一字。在此前提下,建立于紧急

状态法理之上的正当防卫、紧急避险等制度在司法实践中却有一种不断被激活的趋势,其相关成立要件的认定得到了一定程度松绑。同样地,即便是那些并未被刑法明文规定的涉及“狭义上的私力救济”的犯罪阻却事由也同样随着实质法解释理念的重视而开始呈现活性化。需要强调的是,本文的出发点并非试图完全否定传统理论根据紧急状态法理对某些私力救济所设置的要件,而只是认为这样的界定略显狭窄而已。笔者认为,既然“紧急权”要件的认定背后也需要遵循更高位阶的权力限制法理,那么对于一部分虽然同属于犯罪阻却事由但无法被简单归入“紧急权”的私力救济而言,虽然不必绝对地囿于“必要性”“紧迫性”“公权力救济不及时性”等要求,也依然应该受制于权力限制法理本身。私权力如果无法完全消灭,可以在承认其存在合理性的前提下将其置于现行法的框架内进行限制才是正途,这一点正是本文所作的尝试。从权力限制的法理角度反思当前出现的犯罪阻却事由活性化现象,还能够发现,当前的司法实践当中也有着遵循实质法解释理念与教义学方法为合理的“私权力”进行松绑的现象。并且,即便私权力获得了更大的存在空间,却也没有影响公权力的主体地位。不论如何,当回答本文开头所提出的“私权力何以存在”这一问题时,我们完全可以在传统理论所主张的“建立于紧急状态法理之上的私力救济”之外,进一步扩大承认私力救济的存在空间,有限度、有标准地认可公民以私力解决纠纷的合法性。原因在于,“许多情况下,法律都不是维系社会秩序的核心”,<sup>⑩</sup>认为一切权利的实现均可以毫无障碍地寻求公权力救济并完全排斥私力救济的想法属于法治国的幻想,“事实上,私力救济是一种历史最悠久、运用最广泛的纠纷解决方式,不论过去、现在抑或将来,私力救济对于纠纷解决、对于社会的作用皆不可忽视。”<sup>⑪</sup>但我们也需要警惕的是,夸大私力救济的作用也有可能是政府无为的田园牧歌式浪漫,“政府如何重建权威,压制‘私了’,维持基本的社会秩序,防止非正义行为在国家力量无法穿透的‘空间’肆虐,是当务之急。”<sup>⑫</sup>

现代社会的法律体系之所以对私力救济采取消

极的态度,并不是由于公权力挤压了私权力的空间,而是由于对待权力自身的不信赖所致,尤其是当权力现象发生于平等主体之间时,不信赖感便更加强烈。行使合法的私力救济会使得同样属于平等主体的相对方(乃至作为私权力整体集合的公权力)存在一定的忍受义务,这就不难解释为何私力救济属于法秩序所允许之例外。例外并非绝对不可能,关键在于法秩序为私权力划定的边界何在。将私力救济保障的利益与所侵害的利益进行符合规范目的的权衡取舍,不仅是对行为所具有之实质违法性、实质有责性等牵涉到行为可罚性的整体判断,更是对判断所依赖基准自身的不断反思。

#### 注释:

①私力救济与自救行为、自助行为等并无差别,诸概念均常见于刑法学理论与裁判文书当中,为了与公力救济相对应,本文统一使用私力救济。

②参见陈兴良:《教义刑法学》(第3版),中国人民大学出版社2017年版,第403页。

③参见[日]松原芳博:《刑法総論》,日本評論社2013年版,第190页。

④[美]韦斯利·霍菲尔德:《司法推理中应用的基本法律概念》(修订译本),张书友译,商务印书馆2022年版,第57页。

⑤[德]乌韦·穆尔曼:《德国刑法基础课》(第7版),周子实译,北京大学出版社2023年版,第414页。

⑥同时,正如本文第三部分所提到的,也存在着以私权力对抗公权力的特殊自救形态。如果将公权力以及公权力所表征的秩序视作私权力的整体集合,自然也可以认为这种特殊形态属于本文所探讨之狭义私力救济的一种。

⑦关于民事、行政纠纷当中的私力救济问题可以参见沃耘:《民事私力救济的边界及其制度重建》,载《中国法学》2013年第5期,第178-190页;周佑勇、解瑞卿:《作为行政性纠纷解决之道的私力救济》,载《当代法学》2011年第1期,第44-49页。

⑧司法实践也并不否定正当防卫、紧急避险也属于私力救济的类型,比如通过裁判文书的搜索可以发现,辩护人有时会以“行为是自救行为,属紧急避险”[青海省果洛藏族自治州人民检察院与韩大吾故意杀人案,青海省高级人民法院(2020)青刑终字第34号刑事裁定书]或者“实施自救行为,属于防卫”[李某某、蔡某芬故意伤害案,广东省高级人民法院

(2020)粤刑终240号刑事附带民事裁定书]等为申辩理由。不过,刑法理论往往是在与正当防卫、紧急避险相区分的意义上使用私力救济概念,即此处所称的狭义上的私力救济。

⑨[英]伯兰特·罗素:《权力论》,吴友三译,商务印书馆2012年版,第28页。

⑩如无特指,下文所称的私力救济均指代狭义上的私力救济。

⑪王作富主编:《刑法》(第6版),中国人民大学出版社2016年版,第93页。

⑫贺海仁:《自我救济的权利》,载《法学研究》2005年第4期,第64页。

⑬另外,从《民法典》第179条所规定的承担民事责任的主要方式也可以看出,权利的救济途径更多依赖于请求权。

⑭比如,裁判文书中会出现这样的说理:行为人“不通过正当法律途径解决,而诉诸私力救济”“其行为已严重触犯《中华人民共和国刑法》,应依法承担刑事责任”。张巨涛故意杀人案,吉林省高级人民法院(2019)吉刑终134号刑事裁定书。

⑮有观点便认为,相比于正当防卫等,可以在事后行使的私力救济的成立条件应该更为严格。参见[日]山口厚:《刑法総論》(第3版),有斐閣2016年版,第124页。

⑯张明楷:《外国刑法纲要》(第3版),法律出版社2020年版,第160页。

⑰参见张明楷:《刑法学》(第6版,上),法律出版社2021年版,第312页。

⑱参见[日]浅田和茂:《刑法総論》(補正版),成文堂2007年版,第264页以下。

⑲陈子平:《刑法总论》,中国人民大学出版社2009年版,第208页。

⑳参见王俊:《反抗家庭暴力中的紧急权认定》,载《清华法学》2018年第3期,第119-137页;隗佳:《责任阻却性紧急避险的厘清与适用——以虐待妇女杀夫案为视角》,载《法学家》2020年第1期,第130-145页;薛智仁:《阻却不法之紧急避难:法理基础、适用范围与利益衡量标准》,载(台湾地区)《台大法学论丛》2019年第3期,第1147-1221页。

㉑参见同前注⑰,张明楷书,第251页;同前注⑮,[日]山口厚书,第108页;[德]汉斯·海因里希·耶赛克、[德]托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》(上),徐久生译,中国法制出版社2017年版,第319页。

㉒虽然结果无价值与行为无价值对于违法性的实质存在观点分歧,但从我国《刑法》第20条第2款、第21条第2款来看,违法性评价具有强烈的利益衡量色彩,因此采纳利益衡量

理论更为妥当。

②③当然,也存在不赞成在实体意义上以利益衡量来构建行为正当化实质根据的观点。参见劳东燕:《法益衡量原理的教义学检讨》,载《中外法学》2016年第2期,第355-385页。

②④周光权:《刑法总论》(第4版),中国人民大学出版社2021年版,第236页。不过更多观点是认为,“自救行为与正当防卫都属于紧急行为,不同点在于是保护正在遭受侵害的法益还是恢复已经遭受了侵害的法益。”阮齐林、耿佳宁:《中国刑法总论》,中国政法大学出版社2019年版,第192页。

⑤除此之外的其他3项条件分别是:其一,行为人是先前受到损害的直接被害人,其试图恢复的权利具有正当性;其二,恢复权利的手段具有社会相当性;其三,相对方(侵害人)不会因为自救行为受到额外的损害。参见同上注,周光权书,第236页。

②⑥比如,不应该因为看到一只白天鹅就认为所有的天鹅应该都是白的,而是可以认为天鹅当中的确有白的,但颜色本身不能作为定义天鹅的要件之一。

②⑦虽然重视法秩序价值的观点有可能视这样的私力救济为不法,但这一结论在我国当前或许很难被一般民众所接受,更过分抬高了公权力机关的业务能力。

②⑧[日]小林宪太郎:《刑法総論》,新世社2014年版,第84页。

②⑨[日]福山道義:《自救行為》,载阿部純二等编:《基本刑法講座》,法学害院1994年版,第139页。

③⑩从近百年前民国时代的教科书到近年来的德文译著,都有过将正当防卫称为“紧急防卫”的例子。参见王颀:《中华刑法论》,中国方正出版社2005年版,第210页;[德]乌尔斯·金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》(第6版),蔡桂生译,北京大学出版社2015年版,第158页;[德]英格博格·普珀:《德国刑法总论:以判例为鉴》(第4版),徐凌波、喻浩东译,北京大学出版社2023年版,第189页;[德]阿明·英格兰德:《现代社会中的法与刑法》,邓卓行译,北京大学出版社2023年版,第218页。该译法在未来或许会成为主流。

③⑪《最高人民法院、最高人民检察院、公安部印发〈关于依法适用正当防卫制度的指导意见〉的通知》(法发[2020]31号)第2条。

③⑫同前注②④,周光权书,第226页。

③⑬如果将危险转嫁给无辜的第三人,则属于攻击性紧急避险(Aggressivnotstand),两种类型的紧急避险在利益衡量标准上不完全一致,攻击性紧急避险应更为克制。参见陈璇:《侵害人视角下的正当防卫论》,载《法学研究》2015年第3期,第122页。

③⑭参见[日]深町晋也:《緊急避難の理論とアクチュアリテイ》,弘文堂2018年版,第163页。

③⑮参见《最高人民法院、最高人民检察院、公安部印发〈关于依法适用正当防卫制度的指导意见〉的通知》(法发[2020]31号)第6条。

③⑯比如《民法典》第181条、第182条、第447条。

③⑰比如,《德国民法典》第227条正当防卫、第228条紧急避险之后,第229条自助行为规定:“为自助之目的,取走、毁损或破坏他人之物,或为自助之目的,拘束有逃亡之虞之义务人,或就义务人对其应容忍之行为予以抵抗,而以行为除去其抵抗者,若因不能及时请求官署援助,且非即时为之,则请求权将不得实行或其实行显有困难者,其行为非属违法。”我国台湾地区台湾大学法律学院、台大法学基金会编译:《德国民法典》,北京大学出版社2017年版,第198页。

③⑱参见同前注③⑩, [德]乌尔斯·金德霍伊泽尔书,第203页。

③⑲参见佐世保简判昭36·5·15下刑集3·5=6·493。

③⑳参见徐昕:《论私力救济与公力救济的交错——一个法理的阐释》,载《法制与社会发展》2004年第4期,第51页。

㉑陈璇:《紧急权:体系建构、竞合适用与层级划分》,载《中外法学》2021年第1期,第5页。

㉒比如,陈璇教授主张将公民扭送权纳入紧急权体系,并属于“以社会团结原则为正当化根基的转嫁型紧急权,其行使限度需要严格接受狭义比例原则的制约。”(陈璇:《公民扭送权:本质探寻与规范续造》,载《法学评论》2019年第3期,第174页)笔者同意陈教授此处后半部分的论断,即应该从权力限制的法理(比例原则)来规制私权力,但对于前半部分的论断持保留意见。因为,既然陈教授所构建的紧急权是以“缺乏公力救助途径”为前提条件(同前注㉑,陈璇文,第5页),那么将并不要求此前提条件的公民扭送权也纳入紧急权的框架内就存在不妥之处。

㉓坚持通说的观点也并非不可,但此时就需要考虑其他救济手段对于行为人而言的成本,对必要性、紧迫性、补充性的认定采取比当前更为宽缓的标准。

㉔安静:《论我国藏区民间纠纷私力救济》,载《法学杂志》2012年第12期,第78页。

㉕同前注㉔,徐昕文,第50页。

㉖此外,在审视正当防卫等广义上的私力救济时也应如此,即都不应忽视其背后的权力属性。参见郭泽强:《“权利与权力”框架下的防卫权》,载《法学》2014年第11期,第65-71页。

㉗童之伟:《“法无授权不可为”的宪法学展开》,载《中外法学》2018年第3期,第570页。

④在比例原则框架下界定紧急权限度的研究可以参见陈璇:《紧急权:体系建构与基本原理》,北京大学出版社2021年版,第57页以下。

④法定性与有限性两者在权利话语体系中往往得不到充分体现。

⑤参见蒋红珍:《比例原则适用的范式转型》,载《中国社会科学》2021年第4期,第106-127页;陈景辉:《比例原则的普遍化与基本权利的性质》,载《中国法学》2017年第5期,第279-302页;刘权:《比例原则适用的争议与反思》,载《比较法研究》2021年第5期,第172-187页。

⑤参见于柏华:《比例原则的法理属性及其私法适用》,载《中国法学》2022年第6期,第134-155页。

⑤参见张明楷:《法益保护与比例原则》,载《中国社会科学》2017年第7期,第88-108页。

⑤刘艳红:《实质刑法观》(第2版),中国人民大学出版社2019年版,第286页。

⑤参见郑超:《利益衡量基础之上的行为可罚性》,载《法律方法》2022年第4卷,第363-381页。

⑤刘广三、李艳霞:《美国对手机搜查的法律规制及其对我国的启示——基于莱利和伍瑞案件的分析》,载《法律科学(西北政法大學學報)》2017年第1期,第184页。

⑤陈璇:《家庭暴力反抗案件中防御性紧急避险的适用——兼对正当防卫扩张论的否定》,载《政治与法律》2015年第9期,第22页。

⑤通过优越利益原理回答私力救济行为正当化根据的观点,会对侵害者一方的权利状态未确立之负利益、自救行为一方所拥有的个人权利保全原则以及缓和的法确证原则之正利益进行考察。参见[日]山中敬一:《刑法總論》(第2版),成文堂2008年版,第545页。

⑤参见崔志伟:《法益识别与“情节”评定:利益衡量作用于构罪判断之另种路径》,载《中国刑事法杂志》2020年第5期,第35-55页。

⑤姜涛:《法益衡量中的事实还原运用——刑法解释的视角》,载《法律科学(西北政法大學學報)》2021年第2期,第158页。

⑤陈璇:《标准人的心素与注意义务的边界——与“杨存贵交通肇事案”二审裁定书展开的学术对话》,载《清华法学》2020年第6期,第84页。

⑥同上注,第85页。

⑥李翔:《刑法解释的利益平衡问题研究》,北京大学出版社2015年版,第317页。

⑥《最高人民法院、最高人民检察院印发〈关于常见犯罪的量刑指导意见(试行)〉的通知》(法发[2021]21号)。

⑥规范的背后往往带有对利益进行保护的规范目的,因此也可以将利益的对抗视为规范之间的冲突。最近的关于义务冲突中法益衡量问题的研究同样注意到了这一点。参见张小宁:《刑法中义务冲突的界定、类型与体系定位》,载《法学研究》2023年第5期。

⑥参见王锴:《基本权利保护范围的界定》,载《法学研究》2020年第5期,第113页。

⑥[美]E. 博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2017年版,第415页。另外,在当前的行政法学界,就有不少学者倾向于认为,可以借助公权利来允许私人主张超个人利益(参见王世杰:《私人主张超个人利益的公权利及其边界》,载《法学家》2021年第6期,第120-134页)。不过需要注意的是,公权利概念所解决的是法主体地位问题,与权力概念相去甚远,但也说明了国家无法对公益以及相关的救济进行绝对垄断。

⑥参见桑本谦:《利他主义救助的法律干预》,载《中国社会科学》2012年第10期,第123-140页。

⑥如果具备必要性与紧迫性,则可能成立广义上私力救济的正当防卫或紧急避险,也有可能更进一步促进狭义意义上私力救济的正当性。

⑥马克昌、卢建平主编:《外国刑法学总论(大陆法系)》(第2版),中国人民大学出版社2016年版,第181页。

⑥浅田和茂教授在其教科书的紧急避难一章讨论了紧急避难、义务冲突、自救行为问题,但其中的原因不详。参见同前注⑩,[日]浅田和茂书,第263页以下。

⑥虽然常见的观点是从与正当防卫接近的视角去看待私力救济行为,但也有观点认为“自救行为,处于正当防卫与紧急避险的中间位置”。[日]西田典之、山口厚、佐伯仁志主编:《注积刑法》(第1卷),有斐阁2010年版,第415页。

⑥Vgl. Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., 2006, SS. 735 ff.

⑥当然,如果存在事后的必要性与紧迫性,自然更容易提高私力救济的合法性。

⑥徐成:《防卫限度判断中的利益衡量》,载《法学研究》2019年第3期,第156页。

⑥同前注⑤,姜涛文,第159页。

⑥王华伟:《中立帮助行为的解构与重建》,载《法学家》2020年第3期,第145页。

⑥比如,向犯罪人提供基本的生活需求如果构成《刑法》

第310条窝藏、包庇罪的话,无疑是对犯罪人作为公民主体的否定,甚至连其生存权都进行了剥夺。或许应当认为,所有公民的生存利益不论在何时都应该优越于司法秩序的利益。

⑧比如,公民扭送权代表的就是强烈的公共福祉利益,此时的利益优越于公民的人身自由利益,但很难认为公共福祉的利益会优越于公民的生命权,因此在扭送手段的选择上不会允许危及生命权的措施。

⑨参见同前注⑬,[日]浅田和茂书,第185页。

⑩参见[日]高橋則夫:《刑法総論》(第4版),成文堂2018年版,第265页。

⑪徐光华:《索债型非法拘禁罪扩张适用下对绑架罪的再认识》,载《中国法学》2020年第3期,第267页。

⑫参见北京市丰台区人民法院(2005)丰刑初字第1785号。陈兴良、张军、胡云腾主编:《人民法院刑事指导案例裁判要旨通纂》(第2版,下卷),北京大学出版社2018年版,第1306页。

⑬同上注,陈兴良、张军、胡云腾主编书,第1297页。

⑭同上注,第1314页。

⑮参见车浩:《占有不是财产犯罪的法益》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2015年第3期,第130页。

⑯参见李强:《财产性利益犯罪的基本问题》,法律出版社2020年版,第33页。

⑰参见[日]中森喜彦:《刑法各論》(第4版),有斐阁2015年版,第108页。需要注意的是,日本的财产类犯罪当中多有“他人的财物”“他人的不动产”等规定,但其《刑法》第242条同时规定“虽是自己的财物,但由他人占有,或基于公务机关的命令由他人看守时,在本章犯罪当中,视为他人财物。”笔者认为,在没有类似规定的我国,将占有上升为所有(或者退一步理解为“像所有权人一样行使权力”)也未尝不可。

⑱徐凌波:《论财产犯的主观目的》,载《中外法学》2016年第3期,第741页。

⑲徐凌波:《财产罪法益的讨论范式及其解构》,载《中外法学》2018年第1期,第93页。

⑳实务中的相关案例可以参见同前注⑮,车浩文,第129页。

㉑比如,福岡高判昭45・2・14高刑集23・1・156。

㉒张明楷:《受虐妇女反杀案的出罪事由》,载《法学评论》2022年第2期,第25页。

㉓同前注㉒,周光权书,第258页。

㉔同前注㉓,[日]小林憲太郎书,第120页、第121页。

㉕参见陈兴良:《刑法中的责任:以非难可能性为中心的考察》,载《比较法研究》2018年第3期,第20-33页。

㉖湖南省沅江市人民检察院沅检公刑不诉(2015)1号不起诉决定书。

㉗时方:《生产、销售假药罪法益侵害的规范解释——主次法益价值冲突时的实质判断》,载《政治与法律》2015年第5期,第47页。

㉘杜宇:《〈刑法修正案(十一)〉中药品犯罪修订之得失》,载《法学》2021年第3期,第25页。

㉙因此,当国家需要给予公民人格发展的契机与可能性之后,就有了设置刑事责任年龄、刑事责任能力,更有了保障公民基本权利的必要。

㉚王钰:《适法行为期待可能性理论的中国命运》,载《政治与法律》2019年第12期,第108页。

㉛参见姜涛:《需罚性在犯罪论体系中的功能与定位》,载《政治与法律》2021年第5期,第119页。

㉜参见郑超:《无刑罚的犯罪——体系化分析我国〈刑法〉第37条》,载《政治与法律》2017年第7期,第136页。

㉝参见罗勇、倪于建等非法狩猎案,江西省峡江县人民法院(2021)赣0823刑初字第49号刑事判决书;罗红良非法狩猎案,广东省乐昌市人民法院(2021)粤0281刑初字第366号刑事判决书;黄泽彬非法狩猎案,福建省浦城县人民法院(2021)闽0722刑初字第132号刑事判决书等。

㉞即便是根据一直以来处理私立救济问题时的通说观点,如果能够综合考虑到求助于其他合法手段所要面临的“繁琐、时间、费用”等可以作为利益衡量对象的因素,也未必不符合必要性、紧迫性、补充性等要件。

㉟同前注㉓,劳东燕文,第385页。

㊱[德]菲利普·黑克:《利益法学》,傅广宇译,商务印书馆2016年版,第8页。

㊲[美]罗伯特·C.埃里克森:《无需法律的秩序》,苏力译,中国政法大学出版社2016年版,第297页。

㊳徐昕:《论私力救济》,中国政法大学出版社2005年版,第388页。

㊴贺欣:《街头的研究者:法律与社会科学笔记》,北京大学出版社2021年版,第93页。