**四**热议

## 男生踹伤猥亵者不是正当防卫,但也无罪

66

虽然一种 违反道德的行 为不一定是犯 罪,但一种在 道德上被鼓励 的行为一定不 是犯罪。

翠

8月26日,湖南永州 "踹伤猥亵者反被刑拘"案 发生反转,警方解除对行为 人胡某的刑事拘留,并就此 案提级调查。关于案件,坊 间已有不少议论,我认为这 是一起关于法治社会如何 合理进行私力救济的经典 案例,这里有些个人看法, 供各位参考。

胡某的行为不属于正 当防卫,因为不法侵害已经 结束了。据报道,胡某因女 同学被猥亵,而与猥亵者雷 某发生争执,在后者试图逃 离时将其踹伤。踹人的行 为发生在猥亵停止之后,既 然不法侵害已经结束了,事 后的这种攻击行为当然不 符合正当防卫的时间条件, 不具有防卫性质,不成立正 当防卫,也不是防卫过当。

既然如此,警方最初认 定胡某涉嫌故意伤害致人 轻伤并将其刑事拘留,是否 就是合理的呢? 显然也不

我国刑法虽然只规定 了"正当防卫"和"紧急避 险"两种法定的排除犯罪性 的事由,但刑法理论中存在 大量超法规的违法阻却事 由,允许公民在紧急状态下 私力救济。这些超法规的 违法阻却事由是道德生活 赋予公民的权利,在一定程 度上缓和了机械的严刑峻 法。比如,行为人在他处发 现自己被偷的摩托车,没有 报警就骑了回来,表面上虽 然符合盗窃罪的构成要件, 但本质上属于自救,是一种 被许可的行为。

回到本案,胡某的行为 虽然不属于正当防卫,但具 有扭送的性质。扭送属于 法令行为,是一种重要的违 法阻却事由。什么是法令 行为?比如,法医在没有经 过被害人家属同意的情况 下依然解剖被害人尸体,表 面上虽然符合侮辱尸体罪

的构成要件,但显然不构成 犯罪,因为解剖尸体是法医 基于法律、法令、法规的规 定所实施的行为。

根据《刑事诉讼法》第 84条,对于有下列情形的 人,任何公民都可以立即扭 送公安机关、人民检察院或 者人民法院处理,其中之一 就是"正在实行犯罪或者在 犯罪后即时被发觉的"。因 此,如果胡某欲将猥亵者送 交公安机关而被拒绝,由此 引发的强制行为就属于法 律规定的扭送行为。

当然,扭送的手段不能 超过必要的限度,否则就属 于扭送过当了。据警方通 报,猥亵者在试图逃离时, 被胡某踹成一级轻伤。所 以这里的问题就是:在扭送 过程中导致他人轻伤是否 超讨必要限度?

在此案中,即便认为胡 某的扭送行为超越了必要 限度,属于扭送过当,但它

与防卫过当一样,在司法实 践中属于"过失",而"过失" 对轻伤是不构成犯罪的。 也就是说,即便按照扭送过 当处理,胡某的行为也不构 成犯罪,不宜对其进行刑事

另外,刑法是最严厉的 惩罚手段,这种惩罚必须具 备道德上的正当性,虽然一 种违反道德的行为不一定 是犯罪,但一种在道德上被 鼓励的行为一定不是犯罪。

在大陆法系的德国,在 刑法中必须考虑道德规范 的要求已然成为德国刑法 理论的重要特征。当前,德 国刑法学的主流观点认为, 刑法的目的应当由原来单 一的法益保护转变为保护 法益和维护社会道德并 举。在日本,越来越多的学 者意识到,在刑法中并不能 完全排斥道德主义,刑法以 及作为刑法执行者的国家 都必须接受道德的约束。 在更多的国家,用道德规范 作为限制处罚的依据,是被 普遍接受的。

无论如何,善行都不能 以犯罪论,否则违法就并非 不义。司法活动不是电脑 运算,必须考虑民众的道德 情感的行为,为此才能保证 司法的公信力。刑法的合 理性不是来自形而上学的 推理,而是来自它所服务的 道德观念。如果法律过于 刚性,司法的作用不是让它 更加刚硬,而是要用道德上 润滑剂让法律柔软,满足民 众的常情常感。

这里,我想再次援引英 国刑法学家詹姆士.斯蒂芬 在《自由·平等·博爱》一书 中的话——在任何情况下, 立法都要适应一国当时的 道德水准。如果社会没有 毫不含糊地普遍谴责某事. 那么你不可能对它进行惩 罚,不然必会"引起严重的 虚伪和公愤"

**四**热议

## 个人破产真的来了,是给"老赖"放水吗?

66

个人破产 是市场经济的 正常"退出机 制",也是中国 近几年解决 "执行难"、有 效治理"老赖" 之后水到渠成 的制度安排。

个人破产真的来了! 8月26日,深圳市六届 人大常委会表决通过《深圳 经济特区个人破产条例》, 它是我国首部个人破产法 规,将于明年3月1日起实 施。因为之前我国一直未 引进个人破产制度,所以 2006年颁布的《企业破产 法》也被称为"半部破产 法",而这一次深圳终于开 始试水个人破产了。

也有不少人提出质疑: 个人破产者过了3年的"免 责考察期"之后,所欠的债 就一笔勾销了,这是不是给 老赖"放水",让他们能够逃 债呢?深圳方面强调,个人 破产机制只针对"诚实而不 幸"的债务人,这又做何解 释呢?

所谓个人破产制度,一

般是指在个人资不抵债或 者明显缺乏清偿能力的情 况下,在向法院申请后,由 法院指定专业机构,变卖财 产,向所有债权人公平清 偿,在经过若干年(深圳规 定为3年)的、限制高消费 的"免责考察期"之后,未清 偿债务在法律上得到消灭 的制度。

首先,不应把个人破产 和明显有贬义的"老赖"混

"老赖"是故意蔑视法 律,有钱不执行生效的法律 判决,而个人破产是无力偿 还,也没有偿债的可能性。 过去,法律白条问题严重, "执行难"问题突出,担心有 人"假破产,真逃债",所以 之前我国一直没有贸然推 动试点个人破产制度。但 是,近年来,法院以及相关 职能部门通过联合信用惩 戒,让"老赖"无所遁形,有 效解决了法律白条问题之 后,"执行难"和"执行不能" 不再混为一谈。2018年, 最高人民法院院长周强在 全国人大常委会第六次会 议上作人民法院解决"执行 难"工作情况的报告时建 议,推动建立个人破产制 度,完善现行破产法,畅通 "执行不能"案件依法退出

其次,个人破产是成熟 市场经济的必要的退出机

从宏观上说,市场经济 有成功者,当然也会有失败 者。成熟的法治环境,不仅 需要有"入口",还得有合法 的"退出机制"。对于因经 营失利、错误担保而背负下 巨额债务,且明显没有清偿 能力的个体来说,就要给予 "重生"的机会。

如果机械地要求当事 人偿还其无力清偿的所有 债务,一者可能会影响当事 人的基本生存,有违人道原 则;二者对明显无法执行到 位的债务长期纠缠,对执行 法官、债权人都是一种沉重 负担。通过破产程序,"诚 实但不幸"的破产人,就可 以依法豁免其剩余的债 务,在过了免责考察期之 后,恢复其自我生产经营 的能力。

当然,在中国推行个人 破产,也是破天荒的头一 遭,这个机制也需要在实践 中打磨、完善,公众对个人 破产的接受、认同也需要一

个过程,同时也得防止个人 破产被人滥用来逃债。

深圳的《个人破产条 例》对于"假破产"做了细致 的规制,比如,规定"故意或 者重大过失侵犯他人身体 权或者生命权产生的损害 赔偿金""基于雇佣关系产 生的报酬请求权"以及学生 教育贷款等是"不能免除的 债务"

总之,个人破产是市场 经济的正常"退出机制",也 是中国近几年解决"执行 难"、有效治理"老赖"之后 水到渠成的制度安排。当 然,深圳的破冰先行,也势 必会和其他没有个人破产 机制的地区产生碰撞,还需 要及时防范"假破产,真逃 债"的新问题,但这一步毕 竟是跨出去了。



## 暑期工的5天工资背后还有话说

66

如果不想 干了,可以随 时走,不意味 着离职就没有 声 程序,更不是来 你说走就走。

报投诉:"这是我踏入社会 的第一份工作,没想会遇到 会套路这么深。

店方解释称,员工都有 用期没有工资。

资纠纷,但我认为并不是。

《劳动合同法》对试用

大学生小彭在市区一 在试用期的工资不得低于 家火锅店干了5天走人,由 本单位相同岗位最低档工 一个小彭还不懂的"套路"。 于店方拒付工资,小彭向晚 资或者劳动合同约定工资 的80%,并不得低于用人单 干了,可以随时走",意为充 不懂,这就是合规之后还要 定,规则在各自心里,靠自位所在地的最低工资标 分保障劳动者的自由择业 合乎道德。基于法律,小彭 我道德约束。你说走就走, 波折。"言外之意,没想到社 准。隐含的前提是,试用期 权,你要走它不阻拦。但这 必须有工资。

因此,小彭主张5天工 更不是你说走就走。 半个月的试用期,干不满试 资,有法可依。不过,这并 从报道看,这是一个劳 理了。这个社会的确还有 明他对社会规则,也就是所 显然无以为继。 很多"套路",小彭不懂。

期工资有明确规定:劳动者 店方承诺过,如果不想干 份,他持这种浅层式理解, 益,你不经程序说不来就不

了,可以随时走。这里就有

谓的"套路"理解得还不够

还是挺遗憾。

另外,这个社会还有一 益。暑期工是一种短期劳 店方所说的"如果不想 个更重要的"套路"小彭也 动合同,一般都是口头约 干一天活就得有一天的工 店方也拿不出白纸黑字的 不意味着离职就没有程序, 资,但你只是觉得累就不想 合同约束你。尽管它必须 干了,抱怨几句就真不来 支付你工资,但事实上你很 小彭对这句话仅作字 了,你考虑过店方的感受 可能违反了合同约定。违 非说,小彭在这件事中就有 面意义上的偏执式理解,说 没?如果都像你,店方经营 反靠道德约束的口头合同,

店方是个法律意义上 明说了。小彭同学,走向社 比如,小彭委屈地说,深。鉴于小彭的大学生身 的抽象人,也有自己的利 会,道阻且长啊!

来,就涉嫌侵犯了它的利 其背后的指向,我想就不用

(相关报道见昨天A6版)