

 当代法律科学文库

The Justifiable Foundation and Extension of
the Self-defense

正当防卫正当化的 根据及其展开

王剑波 / 著



对外经济贸易大学出版社

University of International Business and Economics Press

当代法律科学文库

正当防卫正当化的 根据及其展开

The Justifiable Foundation and
Extension of the Self-defense

对外经济贸易大学出版社
中国·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

正当防卫正当化的根据及其展开/王剑波著. —北京: 对外经济贸易大学出版社, 2010
(当代法律科学文库)
ISBN 978-7-81134-720-3

I. ①正… II. ①王… III. ①正当防卫 - 研究 IV. ①D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 110871 号

© 2010 年 对外经济贸易大学出版社出版发行

版权所有 翻印必究

正当防卫正当化的根据及其展开
**The Justifiable Foundation and
Extension of the Self-defense**

王剑波 著

责任编辑: 张洁

对外经济贸易大学出版社
北京市朝阳区惠新东街 10 号 邮政编码: 100029
邮购电话: 010-64492338 发行部电话: 010-64492342
网址: <http://www.uibep.com> E-mail: uibep@126.com

山东省沂南县汇丰印刷有限公司印装 新华书店北京发行所发行
成品尺寸: 155mm × 230mm 15 印张 195 千字
2010 年 7 月北京第 1 版 2010 年 7 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-81134-720-3

印数: 0 001 - 1 000 册 定价: 28.00 元

出版说明

改革开放三十年，随着我国法制化进程的加速发展和法律制度的不断完善，我国的法学研究也呈现出百家争鸣、百花齐放的良好局面，各种学术观点和派别不断涌现。

对外经济贸易大学出版社出版发行《当代法律科学文库》酝酿已久。我们编辑出版该文库的宗旨，就是要为法学研究者和工作者提供交流平台，为现实中的法制实践提供理论依据。

《当代法律科学文库》的选题是开放性的。不管是具有全局性、前瞻性和战略性的法制课题，还是只选取部门法学基础理论视角，或切入法制热点难点问题，只要对法学理论和法制建设有新观察、新分析和新思考，我们愿意为作者搭建出版平台，让这些研究成果呈现给学界、呈现给世人、呈现给社会。我们坚信，这些优秀成果一定会引起社会各方面的广泛关注，一定会对我国的法制建设起到推动和促进作用。

我们的联系方式：北京市朝阳区惠新东街10号对外经济贸易大学出版社文法事业部，邮编：100029；联系电话：010 - 64493916；电子邮箱：zhangjie@uibep.com。

目 录

导论	(1)
第一节 研究的缘起	(1)
第二节 研究的现状	(4)
第三节 研究的内容	(9)
第四节 研究的方法	(17)

上篇 理论根据

第一章 借鉴域外正当防卫理论的必要解释	(25)
第一节 借鉴域外正当防卫理论的必要性	(25)
第二节 借鉴域外正当防卫理论的可行性	(27)
第二章 正当防卫正当化根据的域外考察	(31)
第一节 违法性的概念和实质	(32)
一、违法性的概念	(32)
二、违法性的实质	(34)
第二节 违法性阻却的一般根据	(53)
一、违法性阻却一元论	(54)
二、违法性阻却多元论	(59)
第三节 正当防卫正当化的个别根据	(61)
一、自我保护说与法的确证说	(63)
二、社会相当性说与优越利益说	(70)
第三章 正当防卫正当化根据的本土选择	(73)
第一节 一元论与多元论的统一	(74)

一、一元论与多元论的功能辨析	(74)
二、一元论与多元论的对立统一	(76)
第二节 正当化事由的一般根据	(77)
一、我国学者的主张	(77)
二、本文的立场：社会相当性说	(79)
第三节 正当防卫正当化的个别根据	(91)
一、我国学者的主张	(91)
二、本文的立场：自我保护与法的确证结合理论	(95)

下篇 逻辑展开

第四章 防卫意思新论	(105)
第一节 问题的提出	(105)
第二节 防卫意思的必要与否	(107)
一、防卫意思不要说与必要说之争	(107)
二、本文的立场：防卫意思必要说之提倡	(111)
第三节 防卫意思的内容界定	(113)
一、防卫动机·目的说与防卫认识说之争	(113)
二、本文的立场：防卫认识说之提倡	(117)
第四节 防卫挑拨的性质认定	(122)
一、防卫挑拨与防卫意思	(122)
二、本文的立场：防卫挑拨的否定与限制	(124)
第五章 防卫对象新论	(137)
第一节 实践中的问题	(137)
一、案情简介	(137)
二、争议问题	(137)
第二节 理论上的争议	(139)
一、国外的学说	(139)
二、国内的见解	(145)
第三节 本文的立场	(151)

一、对无刑事责任能力人的侵害可以防卫	(151)
二、对无刑事责任能力人的侵害应先退避	(157)
第六章 无限防卫新论	(160)
第一节 问题的提出	(160)
一、理论上的争议	(160)
二、实践中的冲突	(165)
第二节 无限防卫的历史发展	(175)
一、无限防卫的思想萌芽	(175)
二、无限防卫的制度确立	(177)
三、无限防卫的销声匿迹	(179)
第三节 无限防卫的不合理性分析	(183)
一、防卫权的必要性与有限性分析	(183)
二、无限防卫权辨析	(186)
第四节 我国新刑法并未规定无限防卫权	(188)
一、我国新《刑法》第 20 条第 3 款的立法背景	(188)
二、我国新《刑法》第 20 条第 3 款的价值定位	(192)
结论	(204)
参考文献	(210)

Contents

Introduction	(1)
Section 1	Research Reason (1)
Section 2	Research Situation (4)
Section 3	Research Range (9)
Section 4	Research Methods (17)

Part One Theory Basis

Chapter 1	Necessary Explanation for Learning the Foreign	
	Self-defense Theory (25)
Section 1	Necessity of Learning the Foreign	
	Self-defense Theory (25)
Section 2	Feasibility of Learning the Foreign	
	Self-defense Theory (27)
Chapter 2	Overseas Observation on the Justifiable	
	Foundation of the Self-defense (31)
Section 1	Concept and Essence of Illegality (32)
	1. Concept of Illegality (32)
	2. Essence of Illegality (34)
Section 2	General Foundation of Avoiding Illegality	... (53)
	1. Monism of Avoiding Illegality (54)
	2. Dualism of Avoiding Illegality (59)
Section 3	Individual Foundation of the Self-defense	... (61)
	1. Principles of Protecting Himself and	

Defending Legal Order	(63)
2. Principles of Social Worthiness and Superior Interests	(70)
Chapter 3 Domestic Choice of the Justifiable Foundation of the Self-defense	(73)
Section 1 Unification of Monism and Dualism	(74)
1. Analysis of Monism and Dualism	(74)
2. Unification of Monism and Dualism	(76)
Section 2 General Foundation of Justifiable Events	(77)
1. Opinions of Our country scholar	(77)
2. Author's Standpoint; Social Worthiness	(79)
Section 3 Individual Foundation of the Self-defense	(91)
1. Opinions of Our country scholar	(91)
2. The Author's Standpoint; Protecting Himself and Defending Legal Order	(95)

Part Two Logic Unfolding

Chapter 4 A New Discussion on the Intention of Self-defense	(105)
Section 1 Put a Problem	(105)
Section 2 The Intention of Self-defense is Necessary or not	(107)
1. Argument between the Affirmation and the Negation of the Intention of Self-defense	(107)
2. Author's Standpoint; The Advocating of the Affirmation of the Intention of Self-defense	(111)
Section 3 Content of the Intention of Self-defense	(113)
1. Argument between the Consciousness of Self-defense and the Purpose of Self-defense	(113)

2. Author's Standpoint: The Advocating of the Purpose of Self-defense	(117)
Section 4 The Character of Provocative Self-defense	(122)
1. The Provocative Self-defense and the Intention of Self-defense	(122)
2. Author's Standpoint; the Negation and Limitation of the Provocative Self-defense	(124)
Chapter 5 a New Discussion on the Object of Self-defense	(137)
Section 1 Put a Problem	(137)
1. The Introduction of the case	(137)
2. The Problem in Dispute	(137)
Section 2 The Theoretical Dispute	(139)
1. Foreign Theory of the Object of Self-defense	(139)
2. Domestic theory of the Object of Self-defense	(145)
Section 3 Author's Standpoint;	(151)
1. We can Apply Self-defense to the Illegal Violation Acted by Persons without Criminal Responsibility ...	(151)
2. We should Retreat to the Illegal Violation Acted by Persons without Criminal Responsibility Firstly ...	(157)
Chapter 6 A New Discussion on the Unlimited Defense 	(160)
Section 1 Put a Problem	(160)
1. The Theoretical Dispute	(160)
2. The Practical Dispute	(165)
Section 2 Historical Development of the Unlimited Defense	(175)
1. Germination of the Unlimited Defense	(175)

4 / 正当防卫正当化的根据及其展开

2. Legalization of the Unlimited Defense	(177)
3. Disappearance of the Unlimited Defense	(179)
Section 3 Analysis of the Unreasonableness of the Unlimited Defense	(183)
1. Analysis of the Necessity and Finitude of the self-defense rights	(183)
2. Analysis of the Unlimited Defense Right	(186)
Section 4 Unlimited Defense Right is not stipulated in Our New Criminal Law	(188)
1. Legislative Background of Paragraph 3 of Article 20 of the New Criminal Law	(188)
2. Legislative Value of Paragraph 3 of Article 20 of the New Criminal Law	(192)
Conclusion	(204)
References	(210)

导 论

第一节 研究的缘起

私力救济与人类社会相伴而生，在国家产生之前，人们完全依靠私力救济解决纠纷。但是，自国家产生以后，随着公权力的强化和法律的发展，国家长期以来倾向于对私力救济（以及其他非正式社会控制形式）投射一种敌对性的目光，公权力越强大，往往越趋向于不信任私人的冲突管理行动。^{〔1〕}在今天，私力救济早已让位于公力救济，法律成为定纷止争的工具。总之，社会的进步与法律的成长总是伴随着国家对私力救济的禁止或控制。在当今高度文明的法治社会之中，民众的生命、健康与财产安全，均由国家武装力量与公共安全机关来保护，民众间的纠纷一般也应由国家机关及其公职人员依法裁决。但我们仍要明确，今天，国家虽然鼓励运用和平手段解决纠纷，但也并未禁止个人通过私力救济追求最基本的正义，保障自己最基本的权利。众所周知，在个人利益受到急迫的不法侵害，国家难以及时保全个人利益之时，如果仍不承认个人可利用自己的实力排除不法侵害的话，个人利益必然会因无法及时获得保护而受到侵害，进而也会招致社会秩序的混乱。再者，在来不及等待国家救助的紧急情况下，我们无法期待一个正常人眼睁睁地看着自己或他人的权利，或任何在社会生活上有意义而值得保护的利益受到侵害；而且，要求受

〔1〕 徐昕·论私力救济·北京：中国政法大学出版社，2005：387.

到不法侵害的人“不光彩的逃走”，在社会生活上，也是无法期待的。此刻，即便是“法律的门外汉”，也多半会对“正当防卫”有粗略的概念，因为正当防卫在我们日常生活中是很“自然”的概念，任何人皆有防卫的本能。自人类起源始，防卫本能就已为社会共同体所接受。对此，马基雅维里曾精辟地指出：“世界上有两种斗争方法：一种方法是运用法律，另一种方法是运用武力。第一种方法是属于人类特有的，而第二种方法则是属于野兽的。但是，因为前者常常有所不足，所以必须诉诸后者。”〔1〕

在当代文明社会的发展中，合理运用正当防卫，有利于及时有效地保障公民的合法权益，维护社会秩序的稳定。因此，当今世界各国大多在各自的刑法典中宣告了正当防卫的正当性，正当防卫也由此成为刑法中最重要的一种正当化事由。我国也通过借鉴各国刑法的相关规定，结合同犯罪作斗争的具体经验及实际情况，在新中国建立后颁布实施的两部刑法典之中认可了正当防卫制度。为明确正当防卫制度的适用条件，以指导司法实践活动的顺利进行，自1979年《刑法》颁布实施伊始，我国刑法学者就对正当防卫制度进行了深入细致的研究。在20世纪八九十年代，我国刑法学界关于正当防卫理论研究的著述颇丰，著者中不乏名师大家。在1997年《刑法》修订前后，学者们研究正当防卫制度的热情更是空前高涨，研究成果的数量和质量都较以前有了很大的提高，论文和专著硕果累累，观点聚讼纷纭，历久不衰。总之，通过我国学者的不懈努力，正当防卫的理论日益成熟，立法日趋完善，司法日渐进步，这对引导公民在法律允许的范围和限度内正确行使防卫权有着重要的意义，这也使正当防卫制度所具有的制止不法侵害、保护合法权益、稳定社会秩序的功能得到了充分有效的发挥。

如今，正当防卫作为一项实定法上所规定的正当化事由，其

〔1〕 [意] 尼科洛·马基雅维里：君主论，潘汉典译，北京：商务印书馆，1986：83。

成立要件可分为主观要件与客观要件，这在我国理论界与实务界并没有太大的争议。然而，实际运用到某些具体问题时，正当防卫的界限应如何划定，仍是困扰司法实践的一大难题，其理论至今无法突破。例如，在主观要件方面，我国刑法理论通说认为，成立正当防卫，防卫人在主观上必须具有防卫意思，即防卫人对正在进行的不法侵害有明确认识，并希望以防卫手段制止不法侵害，保护合法权益的心理状态。它包括防卫认识和防卫目的两方面的内容。那么，在急迫的不法侵害发生时，行为人由于极度紧张、惊愕、恐惧而陷入意识不清的状态，本能地对侵害行为进行反击，或者行为人出于憎恨、激愤或者报复心理对侵害人实施反击，此时，能否认定行为人主观上具有防卫意思，从而肯定行为人的反击行为构成正当防卫？其理由何在？又如，防卫行为必须针对不法侵害者本人实施，这是正当防卫的对象条件。但是，我国现行刑法规定，不满 14 周岁的人不负刑事责任，已满 14 周岁不满 16 周岁的人除实施少数几种特定犯罪外，不负刑事责任；因患精神病不具备认识和控制能力的人不负刑事责任。那么，对于没有达到法定刑事责任年龄的未成年人或没有刑事责任能力的精神病人等无刑事责任能力人实施的侵害行为能否实行正当防卫？对此，我国刑法理论界与实务界一致认为，对无刑事责任能力人的行为，可以实行正当防卫，但应以“迫不得已无法躲避”为必要。其理由何在？再如，我国 1997 年修订的新《刑法》第 20 条第 3 款规定：“对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪，采取防卫行为，造成不法侵害人伤亡的，不属于防卫过当，不负刑事责任。”在我国刑法学界，理论上对于该款的立法技术以及立法价值等许多问题都存在很大的分歧；而且，这种分歧已经影响到了司法实践，使得司法人员在实践中对该项制度的理解不尽一致，以致相互冲突的判决时有发生，这严重影响了司法的公正性与权威性。可见，上述问题仍需进一步探讨。对此，我国刑法学泰斗、著名刑法学家

高铭暄教授就曾指出：“我国 1979 年《刑法》和 1997 年修订的《刑法》对正当防卫的概念、成立条件、防卫过当及其刑事责任作出了明文的规定，虽然修订后的正当防卫立法较之原刑法在涉及正当防卫的限度等问题上有了一些补充和修改，但是，刑法理论和司法实务界围绕着正当防卫的限度等问题，依然存在着争论，这种争论直接影响着司法的实践。因而，在这种背景下，为了适应全社会同违法犯罪作斗争的需要，重新研究我国刑法中的正当防卫制度，是有其必要性和迫切性的。”〔1〕

第二节 研究的现状

无论是在刑法理论上，还是在司法实践中，正当防卫都是一个比较古老的刑法学研究课题。在今天，关于正当防卫各个方面的问题，刑法学理论中都有比较成熟的论述。

根据笔者统计，从 1979 年《刑法》颁布实施至今，有关研究正当防卫问题的著作共计十余本，其作者有我国老一辈的著名刑法学家，也有如今的刑法大师，还有一些知名的中青年刑法学者。这些著作从不同角度深入、系统地对正当防卫制度进行了理论探索。例如，高格教授的《正当防卫与紧急避险》（福建人民出版社 1985 年版），是我国最早的研究正当防卫问题的著作。该书从正当防卫的起源与实质出发，探讨了正当防卫的成立条件、防卫过当的刑事责任以及正当防卫与紧急避险的界限等问题，填补了我国刑法领域中的一项空白，从而使正当防卫的研究趋向深化。陈兴良教授的《正当防卫论》（中国人民大学出版社 1987 年第 1 版，中国人民大学出版社 2006 年第 2 版），是 1979 年《刑法》颁行后比较深入地探讨正当防卫这一课题的著作，大体上为后来学者研究正当防卫问题指明了方向。该书的立论以我国刑法

〔1〕 高铭暄．刑法专论．北京：高等教育出版社，2006：408.

关于正当防卫的规定为依据，但又限于对法条的注释，而是从社会政治等各方面对正当防卫的本质进行论述。该书不仅讲述了正当防卫制度和理论的历史沿革，介绍了外国关于正当防卫的立法例和各种理论观点，论述了正当防卫的必要限度问题，研究了防卫过当的犯罪构成问题，还对过去较少涉及而其本身又具有一定意义的一些问题，例如对意外事件、间接故意支配下的行为、过失心理状态下的行为、不作为犯能否实行正当防卫等进行了探讨。周国均教授与刘根菊教授合著的《正当防卫的理论与实践》（中国政法大学出版社1988年版），面向实践，重在解决刑事审判工作中关于正当防卫的疑难问题。书中依据大量的实际案例对现行的正当防卫制度进行了详细的分析论述，从案例的剖析中抽象出一般原则，从而使案例分析与理论观点的阐述有机地结合起来。同时，该书对于那些在刑法理论和司法实践中争论较大、分歧较深的重点问题，如正当防卫的必要限度问题，进行了较有价值的探讨。姜伟教授的《正当防卫》（法律出版社1988年版），全面、系统地介绍了正当防卫制度及其有关问题，包括正当防卫的渊源、沿革、理论和立法根据以及正当防卫的合法条件和如何认定等等，特别是对正当防卫的主观根据以及防卫过当与刑事责任诸问题，论述尤为详细、具体、深入，从而使该问题的研究大大深入一步。王政勋教授的《正当行为论》（法律出版社2000年版），是我国第一部把正当行为作为一个统一的整体予以研究的专著。该书在对正当行为的概念、地位和本质等一般性问题进行探讨之后，接着从正当防卫的立法比较、正当防卫的本质、正当防卫的条件以及无限防卫权四个方面详细论述了正当防卫制度。此外，该书对于对职务违法行为和自助行为以及自损行为能否实行正当防卫、防卫过当的罪过形式、民法上的防卫过当与刑法上的防卫过当的关系等问题，均提出了颇为新颖的观点。彭卫东博士的《正当防卫论》（武汉大学出版社2001年版），是1997年刑法修订之后，研究正当防卫制度的又一力作，也是迄今为止我国

研究正当防卫问题最为详尽和全面、理论水平最高的著作。该书主要围绕正当防卫的基础理论、正当防卫的成立条件、正当防卫的界线以及特殊防卫权等问题对正当防卫制度展开了深入、细致的研究，这些研究对完善和发展我国正当防卫的立法、司法乃至理论，均具有重要意义。田宏杰教授的《刑法中的正当化行为》（中国检察出版社 2004 年版），也是一部从整体上研究正当行为的著作。该书先以正当化行为的价值分析为逻辑起点，综合运用哲学、伦理学、法学、社会学、历史学等多学科领域的理论成果和研究方法，对正当化行为这一现代刑法至为重要事由的界定、正当性根据及其在犯罪构成体系中的地位进行了系统而深入的研究，随后又在制度分论中对正当防卫这一最重要的正当化事由展开了论述。

此外，我国还有相当多的专题论文与学位论文对正当防卫问题进行了探讨。通过对中国期刊网及法学专业期刊等的充分检索，截至 2009 年 9 月，笔者共收集到专题论文 750 余篇（其中大约 150 篇发表在中文核心期刊之上）。这些论文虽然大多是理论或实践的初步探讨，但也不乏著名刑法学家的优秀之作。例如，邓又天教授的《是正当防卫还是犯罪行为》（载《现代法学》1980 年第 3 期）、李文燕教授的《防卫过当的罪过形式》（载《中国人民公安大学学报》1985 年第 2 期）、马克昌教授的《论正当防卫和防卫过当》（载《当代法学》1987 年第 4 期），结合具体案例对正当防卫与防卫过当的界限进行了认定。刘明祥教授的《论偶然防卫》（载《人民检察》1996 年第 12 期），认为偶然防卫虽然在客观上起到了制止不法侵害的作用，但行为人主观上不具有防卫意图，反而具有明确的犯罪目的，其主观恶性和人身危险性是客观存在的，所以，从整体而论，其行为在本质上是一种对社会有危害性的犯罪行为，而且是既遂的犯罪行为。梁华仁教授的《评新刑法对正当防卫制度的修改》（载《政法论坛》1998 年第 1 期），在新刑法修订实施之后不久，就对正当防卫制度修