



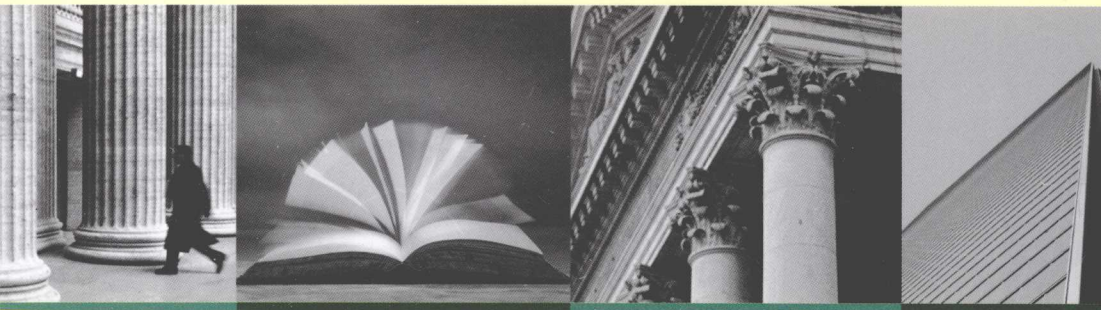
国家出版基金资助项目

中国刑事法制建设丛书·刑法系列 总主编 陈国庆 孙茂利

正当行为制度适用

ZHENGDANG XINGWEI ZHIDU SHIYONG

李怀胜 著



中国人民公安大学出版社

013024888

D924.04

134



国家出版基金项目
NATIONAL PUBLICATION FOUNDATION

国家出版基金资助项目

中国刑事法制建设丛书·刑法系列 总主编 陈国庆 孙茂利

正当行为制度适用

李怀胜 著



中国人民公安大学出版社



北航

C1632085

D924.04
134

图书在版编目 (CIP) 数据

正当行为制度适用 / 李怀胜著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2012. 10
 (中国刑事法制建设丛书 / 陈国庆, 孙茂利主编. 刑法系列)
 国家出版基金资助项目

ISBN 978 - 7 - 5653 - 1036 - 2

I. ①正… II. ①李… III. ①正当防卫 - 研究 - 中国 IV. ①D924. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 234592 号

中国刑事法制建设丛书·刑法系列 总主编 陈国庆 孙茂利

正当行为制度适用

李怀胜 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社
 地 址: 北京市西城区木樨地南里
 邮政编码: 100038
 经 销: 新华书店
 印 刷: 北京兴华昌盛印刷有限公司

版 次: 2012 年 10 月第 1 版
 印 次: 2012 年 10 月第 1 次
 印 张: 13.75
 开 本: 787 毫米 × 1092 毫米 1/16
 字 数: 270 千字

书 号: ISBN 978 - 7 - 5653 - 1036 - 2
 定 价: 37.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn
 电子邮箱: zbs@cppsu.edu.cn zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话: 010 - 83903254
 读者服务部电话 (门市): 010 - 83903257
 警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010 - 83903253
 公安业务分社电话: 010 - 83905641

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换
 版权所有 侵权必究
 本书咨询电话: (010) 63485228 63453145

中国刑事法制建设丛书·刑法系列

编 委 会

总 顾 问 高铭暄 马克昌 陈光中

总 主 编 陈国庆 孙茂利

编 委 (以姓氏笔画为序)

于志刚	王 晋	王宏勇	王茂华
曲新久	刘国祥	孙茂利	李希慧
李睿懿	杨万明	陈兴良	陈国庆
陈泽宪	周光权	赵学颖	高 峰
高憬宏	黄 河	黄京平	黄海龙
韩耀元	裴显鼎		

总 策 划 赵学颖 王宏勇

前 言

我国第一部刑法典诞生至今已三十余年，1997 年进行了全面修正，尤其最近对刑法又进行了较为全面的修改，刑事法网日渐严密。刑法为惩罚犯罪，保护人民，维护社会和谐稳定发挥了重要作用。与之相应，刑法学可谓是我国法学领域里起步最早的学科之一，也是研究相对成熟的学科，涌现了大量的研究成果。随着我国市场经济的发展，各种社会关系愈加错综复杂，刑法学的研究日渐深入，但包括刑法学的基础理论问题仍需要进行深入研究，大量实践中出现的复杂疑难案件亟待从理论上加以解决。这就要求刑法学研究在积极吸取国外优秀成果的同时努力实现与本国刑事立法和司法实践的对接，在致力于对现行刑法规范进行注释解读的同时综合运用哲学、社会学、政治学、经济学等手段，从刑事政策、犯罪学、国际刑法学等多角度拓展刑法学研究视野，并最终服务于刑法目的的实现。

受国家出版基金的资助，中国人民公安大学出版社启动了《中国刑事法制建设丛书》出版项目，将“刑法系列”作为丛书的重要组成部分。为了给广大从事刑法学研究的专家学者提供一个高层次的交流平台，也使广大读者系统和全面地了解刑法理论和实践研究的成果，本丛书力求兼顾以下几方面特点：

第一，本丛书入选书目的内容全面覆盖我国现行刑法中各项重要制度和刑法学中若干重大理论问题。本丛书对刑法理论研究和司法实践中的热点问题予以充分关注，着力推荐针对刑法学中某一具体制度

或理论进行系统深入研究的作品。近年来，我国刑法学者对德日刑法理论进行了更为细致的研究，引起了对犯罪论体系进行改造等诸多关于刑法基础理论问题的争鸣，这些争论有助于进一步深化刑法学研究的根基和深层次解决当前司法实践中遇到的重大疑难问题。因此，本丛书吸纳了一批介绍国外刑法理论，并能对我国司法实践作出积极回应的具有开创性的作品。

第二，本丛书的出发点是在现行刑法典的基础上，深入研究刑法学的基本原理、刑法的基本制度和刑法解释方法，以期对刑法立法的完善起到积极作用，帮助广大司法工作者正确理解法律精神，在办案中准确解释法律。为此，本丛书选择了一批对我国现行刑法及其相关司法解释的制定背景、具体内容进行解读或者阐释的作品。希望这些成果能直接服务于刑事立法和司法工作，尤其是对公检法机关的司法工作人员规范执法、提高办案质量发挥指导作用。

第三，本丛书由最高人民检察院、公安部等长期从事刑事业务指导工作的专家担任总主编，选择了具有前瞻性、创新性、实用性和建设性的刑法领域的优秀研究成果收入本丛书。

希望在国家出版基金的资助下，《中国刑事法制建设丛书》为我国的刑事法制建设发挥积极的推动作用。

欢迎广大读者批评指正。

中国刑事法制建设丛书·刑法系列编委会

2011年5月

目 录

上编 正当防卫

第一章 正当防卫概述	(5)
一、正当防卫的立法沿革	(5)
二、正当防卫的概念	(11)
三、正当防卫的性质	(15)
第二章 正当防卫的成立条件	(18)
一、正当防卫成立条件的理论争议	(18)
二、防卫起因：不法侵害的现实存在	(22)
三、防卫意图：存在防卫意识	(35)
四、防卫对象：针对不法侵害人进行	(55)
五、防卫时间：不法侵害正在进行	(59)
六、防卫限度：不能“明显超过必要限度”	(66)
七、特殊防卫：严重危及人身安全的暴力犯罪	(70)
第三章 防卫过当及其刑事责任	(84)
一、防卫过当概述	(84)
二、防卫过当的罪过形式	(86)
三、防卫过当的标准	(90)
四、防卫过当的刑事责任	(99)

下编 紧急避险

第四章 紧急避险概述	(111)
一、紧急避险的立法沿革	(111)

二、紧急避险的概念和类型	(115)
三、紧急避险的性质和根据	(119)
第五章 紧急避险要件概述	(125)
一、国外紧急避险要件理论	(125)
二、我国台湾地区紧急避难要件理论	(126)
三、我国大陆地区紧急避险要件理论	(127)
四、适用小结	(128)
第六章 避险行为前提要件	(129)
一、保护的法益	(129)
二、危险的性质	(131)
三、危险的来源	(134)
四、忍受的义务	(139)
五、自招的危险	(141)
六、出于胁迫的紧急避险	(149)
第七章 避险行为客观要件	(157)
一、“不得已”	(157)
二、行为方式	(165)
三、行为对象	(169)
四、必要限度	(173)
五、避险过当	(192)
第八章 避险行为主观要件	(200)
一、避险意思	(200)
二、假想避险及其过当	(205)
主要参考文献	(209)
后 记	(212)

上编 正当防卫

正当防卫是一项古老的制度，是正当行为制度的重要组成部分。正当防卫现在已经成为国际上公认的公民合法权利，有着不可或缺的社会制度价值。更为重要的是，正当防卫制度提出了一个值得深思的问题：“究竟应当如何解决公民自身防卫的权限与既存的现代化社会秩序以及国家的专属的法律保护权直接的矛盾呢？”^① 对这一问题的回答，事关正当防卫制度的现代价值认同、立法取向和司法实践等诸多问题。当然，限于本书主题，这里主要探讨正当防卫制度的司法实践问题，这也是与正当防卫制度的现代价值认同和立法取向密不可分的。在当代中国，正当防卫制度的司法适用仍然存在着很多疑难复杂问题。本编在梳理和鉴别国内外刑法学理论关于正当防卫制度的研究结论和论证过程的基础上，坚持刑法研究与司法实践中的案例密切结合的方法，以期使我们在司法上更为准确有效地适用这一重要的正当行为制度。

^① [德] 汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书》，中国法制出版社2001年版，第401页。

第一章 正当防卫概述

一、正当防卫的立法沿革

正当防卫的心理基础是人谋求生存的防卫本能，它在人类制度史上具有久远的历史。我国封建社会就形成了较为完备的正当防卫制度。例如，《唐律·贼盗律》规定：“诸夜无故入人家者，笞四十。主人登时杀者，勿论。”以下主要介绍国内外刑法典的正当防卫立法情况。

（一）我国正当防卫的立法概况

我国第一部刑法典《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）于1979年制定，其中第17条规定了正当防卫制度：“为了使公共利益、本人或者他人的人身和其他权利免受正在进行的不法侵害，而采取的正当防卫行为，不负刑事责任。正当防卫超过必要限度造成不应有的危害的，应当负刑事责任；但是应当酌情减轻或者免除处罚。”正当防卫是对法益有利的行为，法律应该鼓励，所以1997年《刑法》明文规定正当防卫行为不负刑事责任。当然，正当防卫作为一种法律权利，也有被滥用的可能性，因此需要法律用比较严格的要件予以规制。从上述条文来看，正当防卫应当符合以下要求：

其一，防卫起因，即侵害行为，应当是不法的、正在进行的，而不是假想的。

其二，防卫行为首先应当是为了保护公共利益、本人或者他人的人身和其他权利；其次只能是针对不法侵害者本身，不能针对第三人进行；最后不能超过必要限度造成不应有的危害，否则要负刑事责任。当然鉴于防卫过当在违法性和有责性上可能有值得考量之处，所以1997年《刑法》规定应当酌情减轻或者免除处罚。至于必要限度的理解，则要综合双方实力，主要是行为方式和强度的对比，以及法益均衡的理解。

1996年10月10日全国人大常委会法制工作委员会《中华人民共和国刑法（修订草案）（征求意见稿）》第18条规定：“为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害，而采取的制止不法侵害

的行为，是正当防卫行为。正当防卫的行为对不法侵害人造成损害的，不负刑事责任。正当防卫的行为人明知或者应当知道防卫行为明显超过必要限度造成重大损害的，应当负刑事责任；但是应当酌情减轻或者免除处罚。对以暴力方法实施杀人、抢劫、强奸、绑架以及严重危害国家公共利益的犯罪行为，采取防卫行为，造成不法侵害人伤亡后果的，不负刑事责任。对于破门撬锁或者使用暴力方法非法侵入他人住宅的，采取防卫行为，适用第四款规定。”^① 该修订草案对1979年《刑法》关于正当防卫制度的规定有了重大突破：

一是修改了正当防卫的概念。首先是扩大了正当防卫保护对象的范围，即“从公共利益、本人或者他人的人身和其他权利”扩大到“国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利”。（1）增加了“国家利益”，修改之前肯定也可以利用正当防卫制度来保护国家利益，但国家利益恐怕只能解释到公共利益里面；（2）增加了财产权利的规定，修改之前曾对此有争议，但大部分都将其解释为其他权利，明确规定财产权利之后，就避免了司法实践中的相关争议。其次是在法条中明确提示了正当防卫的性质，即为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害，而采取的制止不法侵害的行为，是正当防卫行为。由此，正当防卫被明确定性为制止不法侵害的行为。

二是修改了防卫过当的规定，在防卫限度条件方面予以放宽，即从“超过必要限度造成不应有的危害”放宽到“明显超过必要限度造成重大损害”。1979年《刑法》对正当防卫限度条件的规定和紧急避险限度条件的规定基本一致，这导致机械地适用限度条件而打击了公民进行正当防卫的积极性。将防卫限度条件放宽到“明显超过必要限度造成重大损害”则可以鼓励公民进行正对不正的正当防卫。而且，明确要求明知或者应当知道防卫行为明显超过必要限度造成重大损害，也就是在主观方面提出要求，提示司法人员，对防卫过当的处罚不是结果归罪。当然，“应当知道”的提法仅仅是一种立法推定，需要进一步明确。

三是增加了特别防卫权的规定，即明确规定“对以暴力方法实施杀人、抢劫、强奸、绑架以及严重危害国家公共利益的犯罪行为，采取防卫行为，造成不法侵害人伤亡后果的，不负刑事责任。对于破门撬锁或者使用暴力方法非法侵入他人住宅的，采取防卫行为，适用第四款规定”。虽然该规定还不够科学，仍存在种种细节问题，但却在规定特别防卫制度上迈进了一大步。在实践中，暴力犯罪十分猖獗、危害极其严重，而防卫人由于受限于一般防卫的限度条件，往往不

^① 全国人大常委会法制工作委员会：《〈中华人民共和国刑法（修订草案）〉（征求意见稿）》，载高铭喧、赵秉志编：《新中国刑法立法文献资料总览（下）》，中国人民公安大学出版社1998年版，第1293页。

敢全力反抗,导致法益得不到应有的保护。所以,此次尝试规定特别防卫权是重大进步。特别需要指出的是,这里还针对破门撬锁或者使用暴力方法非法侵入他人住宅的行为规定了适用特别防卫权。破门撬锁以及使用暴力方法非法侵入他人住宅的行为,的确对公民权益造成了重大损害,并且常常会诱发对于公民人身的重大侵害,所以对该类行为增设此规定。但是,实践中也存在很多破门撬锁或者使用暴力方法非法侵入他人住宅但并不严重危及公民人身的行为,这种情形如果适用特别防卫,则可能对侵害人造成不必要的损害,这就导致对生命、人身的保护不周。

在1997年最终修订的《刑法》条文中,第20条规定了正当防卫制度:“为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害,而采取的制止不法侵害的行为,对不法侵害人造成损害的,属于正当防卫,不负刑事责任。正当防卫明显超过必要限度造成重大损害的,应当负刑事责任,但是应当减轻或者免除处罚。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。”可见,1997年《刑法》对防卫过当的处罚原则进行了修改,即“从应当酌情减轻或者免除处罚”发展到“应当减轻或者免除处罚”,删除了“酌情”二字。这是因为“酌情”二字本身有歧义,既可指一定要根据案情减轻或者免除处罚,又可指可以根据案情减轻或者免除处罚,在司法实践中容易导致不统一的效果。没有“酌情”二字,就意味着一定要减轻或者免除处罚,含义就明确了,有利于司法统一。

另外,1997年《刑法》还针对修订草案中特别防卫规定存在的问题予以了改进,去除了关于特别防卫的个别条款,即去除了对严重危害国家公共利益的犯罪行为进行特别防卫的规定,而限制为仅仅可以对严重危及人身安全的暴力犯罪进行特别防卫。当然,如果严重危害国家公共利益的犯罪行为包括或者说可以评价为严重危及人身安全的暴力犯罪的,则可以进行特别防卫。

在正当防卫立法过程中,以下两个问题还需要注意^①:

第一,关于对见义勇为有重大贡献的人予以奖励的问题。因为1979年《刑法》对正当防卫规定的限度条件过严,所以很多防卫人反而被以防卫过当追究刑事责任,这伤害了公民见义勇为的积极性。因此,公安部门建议在《刑法》中有必要规定对见义勇为作出重大贡献的人予以奖励。但是,《刑法》应当规定与犯罪、刑罚有关的问题,否则不利于所规定内容的定性及适用,所以1997年《刑法》最终没有采纳该建议。本书认为,事实证明,这样做并不会导致见义勇

^① 参见高铭喧著:《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》,北京大学出版社2012年版,第200页。

为得不到奖励，现在已经有了全国性和地方性的规范性文件对见义勇为的问题进行了详细规定，这有利于《刑法》的专业化、体系化。

第二，关于防卫人因为恐慌、激愤而超过防卫限度的处理问题。因为实践中的不法侵害经常是突然的、急促的，而防卫人也处于仓促和紧张的状态，导致其难以准确判断侵害行为的性质和强度而不能周全、慎重地选择相应的防卫手段，结果导致防卫过当。检察机关建议在《刑法》中特别规定这种情况应当免除处罚，或者主观上没有罪过的不以犯罪论处。对此，本书认为，之所以没有规定应当免除处罚，是因为《刑法》对防卫过当的情形已经规定有免除处罚的可能性，也就是此种情形完全可以认定为应当免除处罚，如果硬性规定免除处罚，反而不利于应对实践中复杂多样的因为激愤、恐惧或者慌乱导致防卫过当的情形，正如《中华人民共和国刑法修正案（八）》将“犯罪后自首又有重大立功表现的，应当减轻或者免除处罚”删除一样，如果是“应当”，反而不利于处理复杂多变的案情。规定主观上没有罪过的不以犯罪论处更是没有必要，因为根据刑法学基本理论以及现行法律规定，如果因为激愤、恐惧或者慌乱导致防卫过当而可以在具体案件中认定为主观上没有罪过，则必然不能认定为犯罪，否则违反刑法学理论中的责任主义原理和《刑法》总则中的罪过主义要求。

（二）我国台湾地区有关正当防卫的规定

我国台湾地区“刑法”第23条规定了正当防卫行为：“对于现在不法之侵害，而出于防卫自己或他人权利之行为，不罚。但防卫行为过当者，得减轻或免除其刑。”

其立法理由为：“查第二次修正案理由谓本条之规定，即学说上所谓正当防卫，各国刑法皆以不法之侵害为限。其侵害既属不法，即未至不得已时，亦得防卫，与次条紧急状态之行为微有不同。日本刑法扩充防卫之范围，以不正之侵害为准，又恐防卫误用，遂加不得已之条件。原案亦以不正之侵害为限，但遗漏不得已等字样，其范围较日本更广矣。就日本刑法而论，对于不法之侵害，亦须待至不得已时，方予以防卫，事实上既有所不能，而于立法者，保护法益之意，亦有所未尽，故本案拟从多数国之立法例，凡不法之侵害，即得正当防卫，与不得已之条件，盖无所取。又原案行为防卫过当者，得减本刑若干等，修正案删去得字，改为必减主义，本案拟仍用得字以免借口防卫而加以过当之危害，但防卫行为，法官于事后从容论断以为过当者，主犯人当时，急不暇待，或以为非过当，往往有之。且过当之程度，仍有轻重之分，若少有当，即科以刑罚未免近苛，故本案于减轻后，增入或免除字样，以便法官裁夺。又修正案第十五条第二项正当防卫之规定，对于直系尊亲属不适用之，此项为原案所无，系依刑律补充条例增入者，本案拟删。盖尊属之于卑属，当然有相当之惩戒权，此为东西各国之所

同，当执行惩戒权时，断不得视为不法之侵害。”^①

从该立法理由中，我们可以知道正当防卫的对象是不法侵害，这是各国刑法的通例。不要求“不得已”是因为该侵害不法，正没有必要向不正让步。不要求“不得已”也会有滥用防卫之虞，所以日本刑法要求“不得已”。但如果要求“不得已”，则对具体情形下的防卫人提出了过高要求，很多情况下是不可能满足这一要求的，而且刑法立法规定正当防卫制度就是为了充分保护法益，如果要求“不得已”，那就限制了公民进行正当防卫，反而达不到保护法益的立法目的。不要求“不得已”是大多数国家的做法。特别是，我国台湾地区“刑法”对防卫过当采取的仍然是得减主义而非必减主义，这是为了弥补不要求“不得已”带来的滥用防卫而过当侵害他人的问题。法官可以在事后认为行为人由于当时情势急迫而不认定为过当，而且面对过当程度存在很大差别的现实，增加了过当从宽减轻的幅度，方便法官事后裁判。至于尊亲属的惩戒权，则考虑到该权利的必要，而不规定为不法侵害。

从这里也可以看到正当防卫立法的过程是一个不断衡量法益保护的过程，不仅仅要放开“不得已”要件（考虑到鼓励公民勇于进行正当防卫保护法益），而且规定防卫过当要负责（考虑到预防公民滥用法律赋予的权利而造成过当的损害），即在这两方面取得平衡。

（三）外国正当防卫的立法概况

这里主要介绍大陆法系主要代表国家的规定。

1998年《德国刑法典》在总则第二章“行为”第四节“正当防卫与紧急避险”中分两条规定了正当防卫制度。其中，第32条规定了正当防卫的后果和概念：（1）正当防卫不违法。（2）为使自己或他人免受正在发生的不法侵害而实施的必要的防卫行为，是正当防卫。第33条规定了防卫过当：防卫人由于慌乱、恐惧、惊吓而防卫过当的，不负刑事责任。^②

1994年《法国刑法典》第122-5条规定：“在本人或他人面临不法侵害之当时，出于保护自己或他人正当防卫之必要，完成受此所迫之行为的人，不负刑事责任，但所采取的防卫手段与侵害之严重程度之间的不相适应之情况除外。为制止侵害某项财产的重罪而完成除故意杀人之外的防卫行为，在此种行为系实现目的所绝对必要，所采取的防卫手段与犯罪行为之严重程度相一致时，完成该防卫行为的人不负刑事责任。”第122-6条规定：“完成下列行为的人，推定其进

^① 许玉秀主编：《新学林分科六法·刑法》，台湾新学林出版股份有限公司2006年版，第A-65页。

^② 参见徐久生、庄敬华译：《德国刑法典》（2002年修订），中国方正出版社2004年版，第12~13页。