

● 陈兴良 著

正当防卫论

(第二版)

中国当代法学家文库

陈兴良刑法研究专著系列

Contemporary Chinese Jurists' Library

 中国人民大学出版社

正当防卫论

第三版

中国政法大学教授 王作堂 著

中国政法大学出版社

正当防卫论

（此处为书籍正文内容，因图像模糊无法识别具体文字）

◎陈兴良 著


正当防卫论

(第二版)

中国当代法学家文库

陈兴良刑法研究专著系列

Contemporary Chinese Jurists' Library

 中国人民大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

正当防卫论 / 陈兴良著. 2版.
北京:中国人民大学出版社,2006
(中国当代法学家文库·陈兴良刑法研究专著系列)
ISBN 7-300-07672-6

- I. 正…
- II. 陈…
- III. 正当防卫-法的理论
- IV. D914.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 118337 号

中国当代法学家文库
陈兴良刑法研究专著系列
正当防卫论(第二版)
陈兴良 著

出版发行	中国人民大学出版社	邮政编码	100080
社 址	北京中关村大街 31 号		
电 话	010-62511242(总编室)	010-62511398(质管部)	
	010-82501766(邮购部)	010-62514148(门市部)	
	010-62515195(发行公司)	010-62515275(盗版举报)	
网 址	http://www.crup.com.cn http://www.ttrnet.com (人大教研网)		
经 销	新华书店		
印 刷	河北涿州星河印刷有限公司	版 次	1987年6月第1版 2006年10月第2版
规 格	170 mm×228 mm 16 开本		
印 张	18.25 插页 3	印 次	2006年10月第1次印刷
印 数	261 000	定 价	28.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

内 容 提 要

正当防卫是我国刑法中的一项重要制度，旨在鼓励公民见义勇为，与不法侵害行为作斗争。本书立足于我国关于正当防卫的刑事立法与刑事司法，对正当防卫制度进行了深入细致的研究。在本书中，作者在对正当防卫的沿革、概念和性质加以叙述与揭示的基础上，对正当防卫的构成进行了系统论述，尤其是结合具体案例，对正当防卫的必要限度作了分析，为司法机关正确地区分正当防卫和防卫过当提供了理论依据。由于1997年刑法修订中对1979年刑法关于正当防卫的规定作了重要修订，增加了关于无过当之防卫的规定，在本书第二版中，除对本书正文中的有关内容根据1997年刑法作了适当的修改以外，作者还专门写了“正当防卫的制度变迁：从1979年刑法到1997年刑法——以个案为线索的分析”一文，作为本书的跋，以便读者了解正当防卫制度的立法变迁。

陈兴良，1957年3月21日生，浙江义乌人。1981年12月毕业于北京大学法律学系，获法学学士学位。同年考入中国人民大学法律系，1984年12月获法学硕士学位，1988年5月获法学博士学位。1984年至1997年在中国人民大学法学院任教，先后任助教、讲师、副教授、教授。1994年被评为博士生导师。现任北京大学法学院教授、博士生导师，兼任北京大学刑事法理论研究所所长、中国刑法学研究会副会长、中国犯罪学研究会副会长、中国监狱法学研究会副会长、教育部社会科学委员会委员、国家社会科学基金项目学科评审组专家等职。1997年入选国家教委首批跨世纪优秀人才培养计划，并获国务院政府特殊津贴；1999年当选第二届“全国十大杰出中青年法学家”；2000年获教育部第二届高校青年教师奖；2001年“中国司法制度与司法改革”获北京市教育教学成果（高等教育）一等奖；2004年经人事部等八部委批准，入选“新世纪百万人才工程”国家级人选；2004年入选教育部文科首批长江学者特聘教授；2004年被评为北京市优秀教师；2005年“刑法课程教学方法改革”获国家级教学成果二等奖；2006年作为课程负责人的北京大学刑法课程被评为国家精品课程。

主要学术成果：

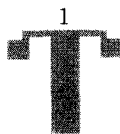
专著 《正当防卫论》（中国人民大学出版社，1987）；《共同犯罪论》（中国社会科学出版社，1992），1994年获北京市第三届哲学社会科学优秀成果一等奖；《刑法哲学》（中国政法大学出版社，1992年初版，1997年修订1版，2000年修订2版，2003年修订3版），1995年获国家教委全国高校人文社会科学研究优秀成果二等奖；《遗传与犯罪》（群众出版社，1992）；《刑法的人性基础》（中国方正出版社，1996年初版，1998年第2版），2000年获北京市第六届哲学社会科学优秀成果一等奖；《刑法疏议》（中国人民公安大学出版社，1997）；《刑法的价值构造》（中国人民大学出版社，1998），2002年获教育部全国高校人文社会科学研究优秀成果一等奖；《刑法的启蒙》（法律出版社，1998年初版，2003年修订版）；《刑法适用总论》（法律出版社，1999），2002年获司法部法学教材与法学优秀科研成果一等奖；《本体刑法学》（商务印书馆，2001），2002年获北京市第七届哲学社会科学优秀成果二等奖；《规范刑法学》（中国政法大学出版社，2003），2006年获司法部法学教材与法学优秀科研成果一等奖；《刑法学的现代展开》（与周光权合著，中国人民大学出版社，2006）。

除专著外，另有文集8部，并主编著作三十余部，合著6部，合译5部，在《中国社会科学》、《法学研究》、《中国法学》、《中外法学》等核心刊物发表论文二百余篇。



总序

自1984年发表第一篇论文（《论我国刑法中的间接正犯》，载《法学杂志》，1984（1））、1987年出版第一本专著（《正当防卫论》，中国人民大学出版社，1987）以来，我的学术生涯已逾20载。其间，发表了二百余篇论文，出版了11部个人专著以及8部论文集，此外还主编或参编刑法学论著三十余部。以上论著的水平参差不齐，既有青涩的少作，也有成熟的代表作，基本上反映了我对刑法的感悟。这些论著，出版较早的已经过去十多年了，书店难觅其踪，图书馆也不易查找，经常有读者向我打听何处有售。本想对这些论著进行系统修订以后再版，但因写作任务挤压，加上历经1997年刑法修订，并由于我国刑法学理论水平的提高，旧作的内容益显其旧，甚至非经重写不可。在这种情况下，畏难情绪使旧作的修订工作一再拖延。正在旧作重新出版遥遥无期之际，中国人民大学出版社建立“中国当代法学家文库”，并邀请我参加，为我出版“陈兴良刑法研究系列”，将旧作进行整理以后集中出版。这一构想，对我颇有吸引力。经过慎重考虑，将10年前出版的旧作，除个别以外，分为三个系列出版，这就是：（1）陈兴良刑法研究专著系列；（2）陈兴良刑法研究文集系列；（3）陈兴良刑法



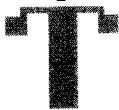


研究主编系列。现分别对这三个系列的情况略加说明：

“陈兴良刑法研究专著系列”，是我个人专著的书系。自1987年至2006年，我出版的个人专著共计11部，此次纳入文库的有《正当防卫论》、《共同犯罪论》、《刑法适用总论》、《刑法的人性基础》和《刑法的价值构造》等5部。在这些著作中，除《刑法的人性基础》和《刑法的价值构造》属于刑法哲学著作以外，其他3部中的《正当防卫论》和《共同犯罪论》是在1997年刑法修订前出版的，需要根据刑法进行修订，《刑法适用总论》也需吸收有关司法解释的内容。考虑到这些著作出版时间较早，只是反映我在10年前的学术水平，若进行大规模的修订已不可能，也无此必要。在这种情况下，我基本上保持旧作的原貌，只是对过时的刑法条文加以修订，并充实司法解释的内容。以后可能还会有更多的个人专著纳入书系。

“陈兴良刑法研究文集系列”，是我文集的书系。我的文集分为两种类型：一是综合性文集，类似于编年史，是按照论文发表的年代编辑而成的论文集，共计3部。第一部是《当代中国刑法新理念》，收入1984年至1994年的论文；第二部是《当代中国刑法新视界》，收入1995年至1997年的论文；第三部是《当代中国刑法新境域》，收入1998年至2001年的论文。现将2002年至2005年的论文加以整理，编成第四部论文集，名曰《当代中国刑法新径路》。二是专题性文集，例如《走向哲学的刑法学》和《刑法理念导读》以及新近出版的《死刑备忘录》等。这些文集以某一专题为主旨，汇集历年来对该专题的研究成果而成。这些论文集都将陆续收入文库。

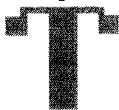
“陈兴良刑法研究主编系列”，是我主编著作的书系。在我的学术活动中，主编著作有一席之地。尤其是连续出版物《刑事法评论》，成为我主持的一个刑事法的重要论坛。在我主编的各种论著中，有些时过境迁，没有再版的必要；有些则具有较高的学术价值，因而修订以后纳入文库出版。应当指出，我主编的这些学术著作，都是与他人合作的产物，包括同事与学生，通过共同合作这些著作而建立的友谊，历久弥新，令人难以忘怀。因此，我主编的著作并非我个人的研究





成果，而是全体合作者的共同研究成果。只不过作为主编，我对这些著作的命运负有某种使其久远地流传的责任而已。

随着我国法治建设的进步，我国的刑法学理论也随之发展。作为一名刑法学家，我时刻地感觉到时代的召唤，因而愿意将毕生的精力贡献给刑法学事业。我个人的学术成长，也正是我国刑法学从沉寂到复苏，并且迅猛地发展的一个缩影。“陈兴良刑法研究系列”的编辑，是对我以往学术生涯的总结，对以往学术成果的盘点，对以往学术能力的检讨。这是一个契机，使我能够回顾过去以便更好地面对未来。苏力曾经将法学家的命运和国家的关系与文学家的命运和国家的关系加以比较，进而认为，对于文学家来说是国家不幸诗家幸，因而文学家的命运与国家的命运之间存在负相关的关系。而法学家则不然，国家不幸法学家必然不幸，因而法学家的命运与国家的命运之间存在正相关的关系。就此而言，每个法学家都期盼着国家昌盛，法治发达，如此则法学家之幸耶。当然，国家之幸只不过为法学家的成才提供了客观外在的条件，真正为国家法治作出应有的学术贡献，仍有待于法学家的个人努力。就此而言，我辈确实是幸运的，我的业师高铭暄教授、王作富教授，在20世纪50年代初受过良好的法科教育，并受苏联专家的亲炙。但从20世纪50年代中期开始我国进入一个政治动荡期，及至1966年开始“文化大革命”，法律虚无主义盛行，法学家根本没有用武之地，法学更是被打入冷宫。这个政治动荡期与社会动乱期一直延续到1978年，此后我国才进入一个平稳发展的历史新时期。1978年，我始上大学，而高、王两位教授则归队重拾刑法旧业。这一年，我初度二十，而高、王则年届五十矣。可以说，高、王是从五十岁才开始真正从事刑法学的学术活动的，我则刚刚进入法学的门槛。我和高、王两位教授相隔三十年，这是整整一代人的时空距离，也是整整一代人的学术空白。这使我们这一辈年轻人有机会在老一辈学者的指点和提携下，脱颖而出并较早地进入到刑法学的学术前沿。时代给我们提供了广阔的学术舞台，我辈赶上了法治建设的黄金季节。当我年近五十的时候，已经完成了主要的或者重要的学术创作，可以开始进行学术总结。就此而言，我辈何其幸也。



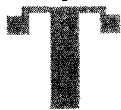


一个人的学术生命不可能长生不老，这就是所谓“生有涯而知无涯”。因而，我们应当承认在科学与学术面前，个人是渺小的，贡献是有限的。我们只能完成在特定历史境域中个人能力范围内所能完成的学术使命，勇于承认这一点，并且乐观地看着我们的学术作品慢慢地老去，逐渐地退出学术舞台，这不也是一种达观的学术谢幕么？对于我来说，尽管这一天还未到来，但我期盼着它的到来。这就是我在编辑“陈兴良刑法研究系列”书系时的一点感想与感慨，记之为序，且是总序。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2006年6月11日



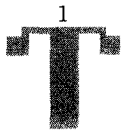
出版说明

《正当防卫论》是我的第一本书，对于第一本书总是印象较为深刻的。因此，当北京大学出版社吕亚萍编辑为《法律书评》第4辑（北京大学出版社2006年版）向我约稿，让我写一篇“我的第一本书”的文章时，尽管是命题作文，我还是慨然应允。在该文中对本书的写作过程作了回顾，正好符合本书出版说明的主旨，因而全文照录如下：

我的第一本书

“我的第一本书”，这是一个命题作文。令人联想起“我的初恋”之类的题目，虽然有点儿俗，却也引人遐思。至今我已出版了个人著作大大小小20本。其中有我的成名作，也有代表作，但是令我难以忘怀的还是我的第一本书。

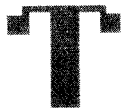
我的第一本书名曰《正当防卫论》，中国人民大学出版社出版于1987年6月，距今已经19年。19年，在历史长河中只不过是瞬间而已，但对于一





本书来说，已经是一段足够长的岁月。从我的书架上翻检出这本发黄的小书，令人感慨系之。说发黄，这本书的封面本身就是黄颜色的，只不过书名如同一条深黄的横幅。说小书，也确实是小，开本是小32开，和现在各种与国际接轨的异型开本相比，显得小气。更为特别的是，这还是一本铅印的书。随着电脑排版的普及，铅印已经绝迹，现在恐怕铅印一本书也没有地方去找那么些铅字了。经过多次搬家，《正当防卫论》我自己也只剩下一本，可称之为“孤本”。由于本人的原因，一直想修订而未能修订，因此本书也是“绝版”。书店自然是没有了，图书馆要找一本也不那么容易。俗语云，“物以稀为贵”，因此，本书不仅仅是我的第一本书，而且也是现在难以寻觅的一本书，遂格外敝帚自珍。

《正当防卫论》是在我的硕士论文基础上修订而成的。硕士论文的题目是“论我国刑法中的正当防卫”，这是一个平实的题目，出书时我改为“正当防卫论”，这样一个颇具学术性的题目，我至今还是十分自赏的。因为书名与论文题目毕竟有所不同。本书基本上是我硕士阶段学习与研究刑法的成果，它成为我的学术起点。在我的“学术自传——一个刑法学人的心路历程”一文中，我曾经忆及硕士论文的写作过程：“当我进入到刑法的学术领域的时候，我很快经过专业训练，接受了以注释法条为主要内容的刑法解释学。在硕士生毕业的时候，我选择正当防卫作为我的硕士论文选题。正当防卫是一个热点问题，尤其是正当防卫限度如何掌握，成为刑法理论与司法实践中的疑难复杂问题。王作富教授作为我硕士论文的指导老师，其立足于实践的学问之道给我留下深刻印象。记得王先生看完我的硕士论文初稿以后，明确地告诉我，把你自己设想为一个法官，而对许多正当防卫案件，你怎么处理？应该提出一些具有可操作性的规则，作为认定正当防卫的标准。在这种情况下，我就不是把正当防卫当做一个纯粹理论问题来构造，而是作为一个实际问题来掌握。这种理论联系实际的刑法研究方法，是高、王两位教授所竭力倡导的，并成为中国主导性的刑法理论风格。硕士论文原4万字，后扩展到20万字，在高先生的推荐下，以“正当防卫论”为题，1987年由





中国人民大学出版社出版。”^①在此，我须提及与本书出版有着直接关系的两位恩师：王作富教授和高铭暄教授。

王作富教授是我硕士论文的指导老师，正当防卫是我自己选定的题目，主要是因为20世纪80年代初期1979年《刑法》刚开始施行，正当防卫的认定与处理成为当时司法实践中的一个疑难问题。之所以疑难，除了因为从1983年开始的“严打”致使正当防卫的认定遭遇一定的困难以外，我现在想来，不外是与此之前我国从来没有实行过正当防卫制度有关。1979年《刑法》是我国正式施行的第一部刑法，此前的30年，我国是在没有刑法的状态下度过的，当时的刑事司法活动主要是以政策以及极少数的单行刑法为根据的。在这种刑事法治极不健全的情况下，正当防卫制度根本就没有建立。1979年《刑法》施行以后，一方面刑法规定了正当防卫，另一方面律师制度恢复，正当防卫往往成为辩护的重要理由。刑法对正当防卫的规定还是较为笼统的，司法机关如何正确地区分防卫与非防卫、正当防卫与防卫过当，就成为司法实践中的一个疑难问题。

当时，我对这一问题十分关注，尤其是对有关法学刊物上讨论的正当防卫案件都认真搜集，并作了正当防卫的综述。这一综述后来收入高铭暄教授主编的《新中国刑法学研究综述（1949—1985）》（河南人民出版社1986年版）一书。应该说，正当防卫硕士论文的写作还是十分顺利的，因为平时积累了不少资料，对这个问题也有所思考。初稿写出了六万多字，其中涉及对正当防卫制度的沿革与本质的一些纯理论的考察。论文初稿交到王作富教授那里，王老师几乎逐字逐句地对我的论文作了修改，这种修改也发生在此后的《中国刑法词典》（学林出版社1989年版）词条撰写中，高老师作为审稿人，对我撰写的词条也作了大幅度的修改。这种修改使我写作的自信心大受挫折，不禁对自己的写作能力产生了某种怀疑。现在想来，当时正是我的学术写作风格的形成时期。

应该说，我从小锻炼形成的书面表达能力还是较强的。但从一般性的文字表

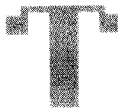
^① 陈兴良：《走向哲学的刑法学》，9页，北京，法律出版社，1999。





达到学术表达还是存在重大差别的。在这一转变过程中，我感受到挫折也是十分正常的。当然，高、王两位教授所特有的口语化表达方式与我所追求的书面化表达方式的冲突，也是造成我的挫折感的原因之一。高、王两位教授向来主张理论联系实际，文章也以通俗易懂见长。高老师还出版过一本纯口语式的《刑法总则要义》（天津人民出版社1986年版），书中每个标题都是以提问的方式出现的。王老师的代表作《中国刑法研究》（中国人民大学出版社1988年版）一书，几近口语化的表述增添了几分亲近感。而我对书面表达的口语化颇有不同看法，除非是录音整理稿，我一直坚持书面语言与口头语言的区别。我在大学本科阶段，是通过文学爱好获得写作训练的，因而书面表达自然文学化。而在研究生阶段，开始从事学术写作以后，又受到黑格尔、康德等思辨哲学的影响，书面表达又趋哲学化。在这一转变过程当中，语言变得艰涩难懂，不文不白，当然会受到以口语化表达为风格的高、王两位教授的批评。其实，当时对我的表达方式提出批评的，不仅是高、王二人。我记得1983年年底，我给《法学研究》投稿“论教唆犯的未遂”一文，后来发表在《法学研究》1984年第2期。《法学研究》刑法责任编辑廖增昫老师在审读通过后给我来信要求作适当修改，就指出我的论文语言过于晦涩，让我改得通俗易懂一些。

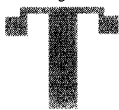
以上涉及我的学术语言形成的一些题外话，现在忆及还是颇有意思的。对于学者来说，表达是第一点，包括口头表达与书面表达，尤其是书面表达。思想当然是重要的，但语言是思想的载体，思想不通过语言表达出来，又何成其为对社会能够发生影响的思想？高、王两位教授对我语言表达上的批评对我当时触动是很大的，如果不是高、王两位教授的批评，我会在语言晦涩的道路上走得更远。看着王老师批改后变得斑驳陆离的文稿，当时我就想，有朝一日能够一遍成稿就好了。现在，我基本上实现了一遍成稿，无论是一气呵成的短文，还是历经半年或者一年完成的数十万字的著作，几乎都是一稿而成不作修改。这当然是有一个熟能生巧的训练过程。而一开始在写作上受到的挫折和刺激，恰恰成为这种努力的一个动力。





王老师不仅对我的论文初稿逐字批改，而且向我提出了一个基本研究立场，就是像法官那样思考。“如果你是一个法官，碰到正当防卫的疑难案件，你会怎么办？能不能归纳出一些规则，能够指导正当防卫案件的正确处理？”这是王老师当时向我提出的问题，这一提问确有当头棒喝之效，使我产生了某种顿悟。这是一种学术立场的明确，就是规范刑法学的立场，致力于解决实际问题。在论文的修改中，我基本上贯彻了王老师的意图，把初稿中自以为得意的沿革与本质等内容统统删去，6万字的初稿删成4万字。以至于后来杨敦先老师评阅我的论文后，有次见到我时夸我的论文写得简洁。当然，硕士论文定稿时删掉的内容在成书中经过补充又纳入了。此是后话。可以说，在硕士生阶段，我接受了严格的规范刑法学的训练，硕士论文就是其成果之一。一种法官的立场就是司法的视角，这是刑法最初的也是通常的视角。通过这一视角我们可以获得对刑法规范的正确解读。当然，对于刑法理论研究来说，单纯的司法视角是不够的，还需要立法的视角以及法理的视角，要有对刑法的形而上的把握与体认，由此开始了我后来的刑法哲学的研究进路。当然，规范刑法的研究是始点，如果不从此始，则难以抵达刑法哲学的彼岸。对此，我是深有体会的。因此，我十分反对初学刑法一上来就进入刑法哲学领域，那是不适当的，也是不可能的。规范刑法学是达致刑法哲学境界的阶梯。因此初学刑法应当接受的是规范刑法学的训练。

正当防卫硕士论文写作过程中，我也有多次机会向高老师请教。高老师对正当防卫这个题目也是颇有兴趣的，当时也正在搜集资料准备对正当防卫进行研究。我记得是在1984年年底的一天，我外出后返回宿舍，宿舍留有一张字条，是中国人民大学出版社熊成乾编辑留的，他来访我正好不在。在字条中熊编辑说，高老师介绍我的正当防卫论文写得不错，想约我就此写成一本书。原来当时中国人民大学出版社出版了一套法学丛书，该丛书“主要反映我校法律专业的科学研究和教学水平，加强法学理论的宣传，促进法学研究的发展，为我国社会主义现代化建设服务”（见丛书说明）。此前已经出版了4本书，都是黄皮书，十万字左右一本，书价是几毛钱。熊编辑去找高老师约稿，高老师推荐了我，遂有此





次熊编辑的登门来访。当时法学研究刚刚恢复不久，学术出版方才起步，学术著作可以说寥寥无几。对于我这样在读的学生来说，发表一篇论文都不容易，更何况是一本书，简直是天上掉馅饼。高老师的推荐使我有将4万字的硕士论文扩充为20万字的专著的机会。硕士毕业以后，我又开始了博士生阶段的学习，那是1985年春季，此后的一年，我的精力都投入到《正当防卫论》一书的写作中，因此，本书主要是在1985年完成的。当时的生活条件，尤其是居住条件十分艰苦。我结婚以后居住在五道口附近名为暂安处的一间农民出租房中，度过了那段不寻常的日子。书稿完成以后，交给高老师审阅，并请高老师作序。由于出版周期上的原因，本书拖到1987年6月才出版。因为是第一本书，在盼望中等待书出版的那段时间，显得格外漫长。尽管现在看来是一本极为普通、很不显眼的小书，但第一眼见到的时候，兴奋之情难以抑制。19年过去了，当时的情景还十分清晰地烙刻在我的脑海里。

现在重读旧作，感到这本书的内容是质朴的，有我的某种学术追求浸润其中，但还是难掩其青涩。在本书中，我力图建构起一个正当防卫的构成体系。从本书正当防卫构成示意图可以清楚地看出我对正当防卫条件的设计。本书对正当防卫的构成条件，尤其是限度条件作了当时所能达到的深入分析。我将缺乏正当防卫前提条件的假想防卫、防卫第三者和防卫不适时统称为防卫不当，以此与防卫过当相区分。对此我形象地指出：“正当防卫因超过必要限度造成不应有的危害，而转化为防卫过当，正如鸡蛋因得适当的温度而变化为鸡子。而假想防卫、防卫第三者和防卫不适时等防卫不当行为，不存在正当防卫的前提条件，因而缺乏转化为防卫过当的内在根据，正如温度不能使石头变化为鸡子一样。”这些论述，今日已经成为刑法学界的通说。尤其值得一提的是，本书中引用了大量的案例，主要是一些争议较大的案例，穿插在理论叙述过程中，成为本书的一个特点。这种案例的引用，对于说明正当防卫中的争议问题是具有重要作用的，当然也在一定程度上冲淡了本书的学术含量。尤其是本书第十章“正当防卫的具体形式”对各种具体犯罪的正当防卫加以讨论，现在看来意义不大，且有凑字数之

