

法 学 丛 书

中国人民大学出版社

正当防卫论

陈兴良 著

4.01

法学丛书

# 正当防卫论

陈兴良著

中国人民大学出版社

---

法 学 丛 书  
正 当 防 卫 论

陈兴良 著

\*

中国人民大学出版社出版发行

(北京西郊海淀路39号)

中国人民大学出版社印刷厂印刷

(北京鼓楼西大石桥胡同61号)

新华书店经销

\*

开本：787×1092毫米32开 印张：9.625

1987年6月第1版 1987年6月第1次印刷

字数：206,000 册数：1—10,000

\*

ISBN 7 - 300 - 00040 - 1/D·6

书号：6011·140 定价：1.70元

# 目 录

序.....	高铭暄
前言.....	3
第一章 正当防卫的沿革.....	5
第一节 正当防卫的历史起源.....	5
第二节 中国古代的正当防卫.....	10
第三节 西方近代的正当防卫.....	18
第二章 正当防卫概述.....	23
第一节 正当防卫的概念.....	23
第二节 正当防卫的性质.....	35
第三节 正当防卫的构成.....	48
第三章 防卫意图.....	57
第一节 防卫意图的内容.....	57
第二节 防卫意图的意义.....	65
第四章 防卫起因.....	77
第一节 防卫起因的社会危害性.....	77
第二节 防卫起因的侵害紧迫性.....	91
第五章 防卫客体.....	102
第一节 人之作为防卫客体.....	102
第二节 物之作为防卫客体.....	119
第六章 防卫时间.....	124
第一节 正当防卫的开始时间.....	124
第二节 正当防卫的终止时间.....	131

第七章 防卫限度 .....	144
第一节 防卫限度的立法考察 .....	144
第二节 防卫限度的理论考察 .....	150
第三节 防卫限度的实际考察 .....	172
第八章 防卫不当 .....	187
第一节 假想防卫 .....	187
第二节 防卫第三者 .....	195
第三节 防卫不适时 .....	202
第九章 防卫过当 .....	209
第一节 防卫过当的犯罪构成 .....	209
第二节 防卫过当的刑事责任 .....	238
第十章 正当防卫的具体形式 .....	250
第一节 对反革命罪的正当防卫 .....	251
第二节 对危害公共安全罪的正当防卫 .....	258
第三节 对侵犯人身权利罪的正当防卫 .....	261
第四节 对侵犯财产罪的正当防卫 .....	271
第五节 对妨害社会管理秩序罪的正当防卫 .....	287
第十一章 正当防卫的特殊形式 .....	282
第一节 人民警察执行职务中的正当防卫的性质 .....	282
第二节 人民警察执行职务中的正当防卫的特征 .....	285
第十二章 正当防卫的展望 .....	298
第一节 完善正当防卫立法 .....	298
第二节 健全正当防卫司法 .....	303

## 序

陈兴良同志是一位敏而好学的刑法专业博士研究生。还在硕士生学习阶段，他就对刑法中的正当防卫制度特别感到兴趣，并为此深入到各地司法实际部门进行专题调查，搜集了大量的实际素材，同时对中外刑法理论上关于正当防卫问题的文献进行综述，以后便顺利地完成了题为《论我国刑法中的正当防卫》的硕士学位论文，获得了通过。在硕士论文的基础上，结合近年来正当防卫的理论和实践的发展，他又作了大量的充实和反复的修琢，从而写成本书。这是令人欣慰的。

本书面向实践，重在解决刑事审判工作中关于正当防卫的疑难问题。书中运用马克思主义刑法理论分析了大量案例，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。本书的立论以我国刑法关于正当防卫的规定为依据，但不限于对法条的注释，而是从社会政治等各方面对正当防卫的本质进行论述，并运用犯罪构成的一般理论，研究了防卫过当的犯罪构成问题，从而为追究防卫过当的刑事责任提供理论基础。

本书注意纵向研究和横向研究相结合。不仅讲述了正当防卫制度和理论的历史沿革，而且介绍了外国关于正当防卫的立法例和各种理论观点。书中不回避难点，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，用了较多的篇幅进行考察和论述，

从而使该问题的研究大大深入一步。同时，本书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，都逐一进行了研究和探讨，既突出重点，又保持理论体系的完整性，把研究的深度和广度恰当地结合起来。

当然，由于作者是第一次独立完成专著的撰写工作，书中难免还有不足之处。比如个别论点还有待于商榷，某些论证还缺乏说服力等。但瑕不掩瑜，总的说来，本书不失为一本系统论述正当防卫的好书，值得一读。

**高铭暄**

一九八六年五月

## 前 言

自从刑法公布实施以来，我国刑法学界围绕着正当防卫展开了一系列的讨论，尤其是正当防卫的必要限度等问题，更是争论的焦点。这些讨论不仅推进了我们对正当防卫的研究，而且极大地丰富了我国社会主义刑法理论。可以说，正当防卫是我国刑法理论中学术观点最活跃的热点之一。正当防卫在司法实践中也是疑难问题之一，据作者所知，正当防卫案件虽然为数不多，但几乎每一个正当防卫案件都存在争议。有些正当防卫案件，经过一审、二审，甚至再审，最后还是存在分歧意见。司法实践向我们提出了许多关于正当防卫的问题，这就要求我们从刑法理论的高度进行深入的研究。总之，正当防卫是一个具有理论意义和实际意义的问题。

本书是由本人的硕士论文扩充而成的。在准备硕士论文的过程中，作者广泛地搜集了有关正当防卫的理论资料。同时，还深入到北京、上海、成都、重庆、武汉等地的司法部门进行调查，搜集了有关正当防卫的实际素材；并走访了有关政法院系，得到马克昌教授等专家学者的指点。在此基础上，本着理论和实际相结合的原则，对正当防卫中的几个重点问题进行了研究。由于硕士论文的篇幅所限，对许多问题不能展开论述。在本书中，作者得以较大的篇幅对有关问题展开论述，尤其是对正当防卫的必要限度问题，进行了比较充分的论述。本书力求以马克思主义法学理论为指导，以我



国刑法关于正当防卫的有关规定为依据，吸收我国刑法学界对正当防卫的研究成果，并把外国刑法理论上关于正当防卫的一些观点作为背景材料作了评述。特别应当指出的是，本着学术争鸣的方针，在本书涉及学术观点的分歧时，尽可能地引述一些学术论著的观点，以展示我国刑法学界对某一个问题的研究现状，在此基础上发表本人的见解。同时，为了论证，引用了一些案例并进行了分析，个别案例根据本书的需要进行了适当的改写。可以说，没有刑法学界关于正当防卫问题的讨论以及由此而发表的一系列论著，本书的完成是不可能的。

在硕士论文和本书的写作过程中，自始至终得到导师高铭暄教授和王作富教授的悉心指导和热情鼓励，高铭暄教授还在百忙中审阅了全书并欣然为本书作序。本书今天能与读者见面，显然是和两位导师的辛勤劳动分不开的。在硕士论文和本书的写作过程中，得到了本教研室鲁风、阴家宝、陈德洪、韩玉胜等老师的鼓励和帮助，还颇得益于本专业同学赵秉志、周振想、张智辉和姜伟的切磋启迪，在此一并表示由衷的谢意。

由于本人学术水平所限，书中的谬误之处在所难免，尚希读者予以批评指正。

**作 者**

1986年5月于北京

# 第一章 正当防卫的沿革

## 第一节 正当防卫的历史起源

正当防卫从习俗到法律、从观念到学说，经历了一个漫长而曲折的历史发展过程。正当防卫蜕变于私刑，萌生于复仇，其历史渊源一直可以追溯到原始社会。

原始社会是以人从动物界分离出来为起点的，恩格斯在谈到人类社会如何起源于动物社会时，指出：“为了在发展过程中脱离动物状态，实现自然界中的最伟大的进步，还需要一种因素：以群的联合力量和集体行动来弥补个体自卫能力的不足。”<sup>①</sup>人和动物一样，具有一定的由先天或者遗传的机制所牢固地控制着的生物本能。食欲、性欲和防卫，是生物学家和人类学家所公认的一切生物所具有的三大本能。所以，防卫是人类社会维持个体和族类的生存和延续的必要条件之一。问题不在于人和动物具有共同的生物本能，而在于满足这种生物本能的方式。正如苏联历史学家谢苗诺夫指出：“如果动物的这些和那些生物本能是唯一的，因而也唯有这本能才是支配它行为的动因的话，那末，人的本能则总是隶属于另外一些动机，这些动机的根源不是在他的肉体组织中，而是在他为其成员的那个社会有机体的结构中。”<sup>②</sup>

① 《马克思恩格斯选集》第4卷第29页。

② 〔苏〕谢苗诺夫：《婚姻和家庭的起源》中国社会科学出版社版第75页。1983年

人类满足防卫本能的方式根本不同于动物——动物依赖个体的防卫本能以适应自然环境，并且凭借着这一防卫本能以使其免受或者少受来自其他动物的侵害。所以，动物始终脱离不了生物学的自然法则的影响和控制。而人类则依靠社会力量以弥补个体自卫能力的不足，以社会为中介，在社会的影响和控制下满足其防卫的生物本能。这一事实表明，动物的防卫本能在何种程度上变成了人的防卫本能。马克思指出：

“人的本质并不是单个人所固有的抽象物，在其现实性上，它是一切社会关系的总和。”<sup>①</sup>所以，人虽然也是一个生物学上的存在物，但它的本质却全然不在于此。人的本质在于它的社会本性。正是在这个意义上，我们可以把以群的联合力量和集体的行动来弥补个体自卫能力的不足，视为人从动物界分离出来的动因之一，并且是人和动物的根本区别之所在。

为了弥补个体自卫能力的不足，以血缘为基础的人类社会的自然形成的原始形式——氏族应运而生。摩尔根指出：

“氏族既以团结亲属为其原则，所以它对于每一个成员所尽的保护之责，是现有的任何其他力量都办不到的。”<sup>②</sup>所以，摩尔根把亲属团结列为氏族组织产生的三个主要动因之一。在这个意义上，我们可以说，氏族是为满足人类的防卫本能而出现的原始的社会组织。在以血缘为维系人与人之间关系的天然纽带的氏族社会，凡伤害个人的，便是伤害了整

---

① 《马克思恩格斯选集》第1卷第18页。

② 〔美〕摩尔根：《古代社会》上册商务印书馆1977年版第68页。

个氏族。因而，从氏族的血亲关系中产生了为全体成员所绝对承认的血亲复仇的义务。正如恩格斯指出：“假使一个氏族成员被外族人杀害了，那末被害者的全氏族必须实行血亲复仇。”<sup>①</sup>随着私有制的发展，氏族制度逐渐瓦解，血缘关系日益松弛，复仇的对象由侵害者所在氏族的全体成员，缩小为侵害者本人。复仇的主体由被侵害者所在氏族的全体成员，缩小为被侵害者的家庭成员，血亲复仇演变为私人复仇。在这种情况下，氏族已经不能向个人提供保护，氏族终于走到了它的尽头。因此，复仇是人类满足防卫本能的原始形态。

在氏族制度的废墟上建立了国家。国家区别于氏族组织的一个重要特征是公共权力的设立，刑罚权是这种公共权力的最主要的内容之一。国家行使刑罚权结束了以复仇作为防卫形态的历史，正如恩格斯指出：“我们今日的死刑，只是这种复仇的文明形式”。<sup>②</sup>国家通过惩罚犯罪的刑罚手段，在名义上向全体公民提供法律保护。因而，刑罚是人类满足防卫本能的文明形态。正是在这个意义上，马克思指出：“刑罚不外是社会对付违犯它的生存条件（不管这是些什么样的条件）的行为的自卫手段。”<sup>③</sup>由于在一定的阶级社会里，社会的生存条件是统治阶级所赖以存在的物质生活条件。所以，刑罚不过是统治阶级维护其统治秩序的手段而已。

---

① 《马克思恩格斯选集》第4卷第83页。

② 《马克思恩格斯选集》第4卷第92页。

③ 《马克思恩格斯全集》第8卷第579页。

刑罚是复仇的文明形态，但它并没有完全取代复仇。古代刑法在某些特定的情况下，允许私人复仇，使复仇合法化，成为刑罚的补充形式，这就是私刑。在我国古代，春秋时期盛行的报仇，可以说是私刑的一种特殊形式。先秦时代，道义上以报父母兄弟之仇为义务。《礼记·曲礼》说：“父之仇，弗与共戴天；兄弟之仇，不反兵。”孟子亦有“杀人亲之重也，杀人之父者人亦杀其父，杀人之兄者人亦杀其兄”的说法。<sup>①</sup>关于报仇的缘由，有时加以限制。《公羊传·定公四年》指出：“父不受诛，子复仇可也。父受诛，子复仇，推刃之道也”。也就是说，父母犯死罪而被杀者，则子不可报仇。从这里我们可以充分地认识中国古代的报仇作为刑罚的补充形式的性质。不仅如此，报仇还有一定的程序。例如，《周礼·秋官·朝士》说：“凡报仇者，书于士，杀之无罪。”在外国古代刑法中，亦有关于私刑的规定。例如，汉穆拉比法典（约公元前1792—1750年）第21条规定：“自由民侵犯他人之居者，应在此侵犯处处死并掩埋之。”十二铜表法（公元前451—450年）第八表第12条规定：“如果于夜间行窃，就地被杀，则杀死他应认为是合法的。”而在古罗马，犯罪分为公罪和私罪。所谓公罪，又称公犯，按照罗马法学家的解释，是指违反整个国家利益的行为；或者目的虽为侵犯个人利益，但违反了统治阶级的共同利益的行为。对于公罪，由国家行使刑罚权。所谓私罪，又称私犯，是指违法加害于他人的人身或财产的行为。对于私罪，一般采取损害赔偿的方式处理。但国家赋予私人对于某

---

<sup>①</sup> 《孟子·尽心上》。

些私罪，例如盗窃，具有就地惩处的私刑权。假如犯罪分子隐蔽起来，受害人可以进行搜查。对于夜盗或白日持凶器行抢者，允许当场杀死。因此，私刑是私人代行国家的惩罚权，具有合法的形式。

广泛地允许私刑，势必削弱国家的刑罚权，并且会危害统治阶级所赖以存在的社会秩序，造成社会动乱。所以，正如有的学者指出：“法律机构发达以后，生杀予夺之权被国家收回，私人便不再有擅自杀人的权利，杀人便成为犯罪的行为，须受国法的制裁。在这种情形之下，复仇自与国法不相容，而逐渐的被禁止了。”<sup>①</sup>以古代中国为例，根据日本法学家穗积陈重博士在《复仇与法律》一书中的见解：古代中国可划分为复仇的公开允许时代、限制时代和禁止时代，唐朝以后都属禁止时代。<sup>②</sup>因此，随着国家刑罚权的加强，私刑逐渐受到限制，直至最终禁止。法律只是在公民的人身和其他权利受到正在进行的不法侵害，依靠国家的刑罚权保护公民的人身和其他权利已经来不及的紧急情况下，才允许公民以暴力手段保护本人的人身和其他权利。这样，正当防卫作为一种在人身和其他权利受到正在进行的不法侵害的情况下的救济措施，从私刑中蜕变出来。正当防卫，在某种程度上被概念化了的立法例，据有关资料记载，是在十三世纪以后。1532年的卡罗林纳刑法典对正当防卫作了明确的规定，指出：“为了防卫生命、身体、名誉、贞操等不受侵

---

① 瞿同祖：《中国法律与中国社会》中华书局1981年版第70页。

② 参见〔日〕西田太一郎：《中国刑法史研究》北京大学出版社1985年版第73页，该书曾引述《复仇与法律》的观点。

害，可以实施正当防卫，直至把人杀死。”

以上简略地考察了从复仇到私刑，从私刑到正当防卫的历史发展过程。列宁曾经指出：“考察每个问题都要看某种现象在历史上怎样产生，在发展中经过了哪些主要阶段，并根据它的这种发展去考察这一事物现在是怎样的。”<sup>①</sup>所以，考察正当防卫的起源是为了正确地认识正当防卫的性质。

## 第二节 中国古代的正当防卫

中国是一个历史悠久的文明古国，中华法系是世界上公认的五大法系之一。古人留给我们丰富的法律文化遗产，我们应该批判地继承。中国古代虽然没有正当防卫的概念，但正当防卫的观念和内容，却可谓源远流长。

中国古代关于正当防卫观念的最早记载，见于《尚书》。《尚书·舜典》中的“眚灾肆赦”一语，包含着正当防卫的观念。眚指过失，例如《左传》云：“不以一眚掩大德”。灾指祸患，例如《公羊传》云：“害物曰灾”。眚灾肆赦可以解释为：“遇不正之侵害，与避现在之危难，皆可谓之不幸。因不幸而至触犯罪刑，亦当赦之。”<sup>②</sup>应该说，眚灾肆赦一语所包含的正当防卫观念还处于一种混沌状态。我们从眚灾肆赦一语中，还可以分析出紧急避险、过失、赦免，甚至缓刑等现代刑法观念。

---

① 《列宁选集》第4卷第43页。

② 徐朝阳：《中国刑法溯源》商务印书馆1933年版第129页。

如果说《尚书》关于正当防卫的记载还不清晰的话，那么，《周礼》的有关记载使正当防卫的观念进一步明确化。《周礼·地官·调人》云：“凡杀人而义者，不同国，勿令仇，仇之则死”。杀人而义，就是现代刑法上的正当防卫。荀况指出：“杀人者死，伤人者刑，是百王之所同也，未有知其所由来者也”。<sup>①</sup>杀人者死，可以说是中国古代法律的一条原则，其所由来就是原始社会的同态复仇。但原则之中有例外，杀人而义者则不仅可以不死，而且不允许被害人的亲属报仇，报仇则死。杀人而义者不死，作为中国古代杀人者死的法律原则的例外，其意义重大。它表明中国古代调整犯罪和刑罚关系的刑法，逐渐摆脱了原始社会同态复仇的习俗，而越来越纳入以伦理为原则的轨道，是中国古代刑法伦理化的一个重要标志。那么，什么是杀人而义呢？汉人郑玄注谓：“义，宜也。谓父母兄弟师长，尝辱骂而杀之者，如是为得其宜，虽所杀者人之父兄，不得仇也，使之不同国而已。”从这个解释中，我们可以看出：义是对于因辱骂父母兄弟师长而杀人者的肯定的伦理道德的评价，因而也是肯定的法律的评价。所以，杀人而义是免除杀人者的刑事责任的根据。

《周礼·秋官·朝士》又云：“盗贼军乡邑及家人杀之无罪。”春秋时期的李悝在《法经》中曾经指出：“王者之政莫急于盗贼”。那么，什么是盗贼呢？贾公彦疏曰：“盗谓取人物，贼谓杀人”。可见，盗是指侵犯财产权利的犯罪，贼是指侵犯人身权利的犯罪。对军乡邑的盗贼之所以可

---

<sup>①</sup> 《荀子·正论》。



以杀之无罪，《义疏原案》注谓：“军中乡邑有盗贼来劫，窃其财物及家人者，当时杀之则无罪也。盖奸人起于仓卒，不杀之则反为彼所伤，故不可以擅杀罪之”。<sup>①</sup>据此，我国刑法学家蔡枢衡认为，这实际是具体而微的正当防卫，不无道理。<sup>①</sup>从正当防卫的范围来看，不仅可以对杀人等侵犯人身权利的不法侵害实行正当防卫，而且可以对盗窃等侵犯财产权利的不法侵害实行正当防卫。因此，正当防卫的范围十分广泛。并且，《周礼》明确规定对不法侵害实行正当防卫，杀之无罪。所谓杀之无罪，按照《义疏原案》的解释，就是不得以擅杀对其定罪；或者说，免除其擅杀之罪责。这种对正当防卫的法律评价，较之《尚书》所谓肆赦，更加接近现代刑法关于正当防卫不负刑事责任观念。如果说，杀人而义所包含的正当防卫主要是用于调整统治阶级内部的伦理关系，体现了中国古代刑法的伦理性。那么，盗贼军乡邑及家人杀之无罪所包含的正当防卫主要是用于调整统治阶级和被统治阶级之间的政治关系。因为所谓盗贼，无非是反抗剥削阶级的统治秩序的劳动人民。为镇压劳动人民的反抗，统治阶级赋予其统治阶级成员正当防卫的权利，这就充分体现了中国古代刑法的阶级性。

我国春秋时期，正当防卫作为法律原则在司法实践中得以运用。《左传》云：“郑游贩夺人之妻，其夫攻杀之，而以其妻行。子产复之，令游氏弗怨。”这段话记载了这样一个案例：郑国游某强奸他人之妻，其夫对游某实行正当防

---

① 参见蔡枢衡：《中国刑法史》广西人民出版社1983年版第176页。