

# 正当防卫功能论

邱瑜



高景山著

01

正当防卫功能论

高景山 著

•

山东人民出版社出版

(济南经九路胜利大街)

山东省新华书店发行 济南市北园印刷二厂印刷

•

787×1092毫米32开本 10.125 印张 212 千字

1989年7月第1版 1989年7月第1次印刷

印数1—10,000

ISBN7—209—00457—2

D·114 定价：3.20元

## 前 言

历史进入80年代以来，我国法学工作者，在“解放思想，实事求是，团结一致向前看”的方针指引下，以极大的热忱、饱满的精神，开创社会主义法学研究的新局面，使长期冷落、几乎窒息的法学得以复兴，出现了空前的繁荣和发展，这对加速我国民主政治建设的进程，无疑将起极大的作用。

在刑法学领域中，围绕正当防卫展开的讨论，引起了人们的热情关注。这些讨论，不仅推动了对正当防卫制度的研究，丰富了社会主义刑法理论，还有力地推动了司法实践，这是令人欣慰的。

但是，关心我国正当防卫制度建设的人们已经注意到，这一争论的注意力，至今仍基本上集中于正当防卫的构成要件要素，特别是过当的界限等实体要点上。而与此不仅具有密切联系，且居于更高层次的正当防卫制度的社会功能及其发展问题，还没有被重视起来，至少可以说，至今还不是法学界研究、探索、争论的热点之一。现代法律科学，不仅注意系统研究法律实体的各种现象，而且特别注意研究它们相互作用机制以及这一机制与国家精神文明建设的联系。以此为目的，本文试从法律社会学角度，探讨正当防卫制度的社会功能的发展问题。理论方法论要求从社会系统的总体高

度，揭示与此有关的一切社会过程，综合分析决定这一制度功能效果的一切因素，探索社会关系与法律关系相适应应当遵循的方向。这一问题显然涉及广泛而深刻的理论问题，我们实力所不及，但愿提出问题，意收抛砖引玉之效。

正当防卫与广大人民群众联系非常密切。如果公共利益、本人或者他人的人身和其他权利受到正在进行的不法侵害，为了不让不法侵害得逞，保护权利不受实际危害，公民不仅可以，而且应当拿起正当防卫武器进行反击。实践告诉人们，确定正当防卫或非正当防卫，确定防卫是否过当，都是非常困难的问题，几乎每个关于正当防卫和防卫过当案件都存在程度不同的争议，往往需要经过一审、二审甚至再审才能作出正确处理。极言之，就一个典型具体案件来说，行为人不是英雄就是罪犯，不是罪犯就是英雄。对这种案件处理的对与错，都将关系到法律保护什么、打击什么，从而又都将影响人们的社会价值取向。正是基于这种原因，作者对正当防卫理论产生了特别兴趣。报刊发表的有关正当防卫的论述和一些关于正当防卫的专著，一些图书报刊介绍的对一些正当防卫案件之所以被错误定性，如果不是最根本的原因，也是最重要的原因之一，就是人们对我国建立正当防卫制度的目的缺乏明确的认识，对正当防卫制度的功能没有给予应有的注意，往往限制在刑法学领域的圈子里，就事论事，忽视了行为的社会价值。作者撰写此文，不奢求对刑法理论的研讨做出什么贡献，只期望人们对正当防卫的功能能够充分认识，广大公民能够自觉积极地拿起正当防卫这个武器，去同违法犯罪作斗争，司法机关和社会能够珍惜正当防卫这个武器，对正当防卫行为人给予切实保护和有效鼓励，从而实

现正当防卫制度固有功能的社会价值，促进社会主义精神文明建设。

本书正文之后附有主要参考书籍、资料和有 关文章目录，不仅节省了本文涉及的有关内容的脚注，而且可给进一步研究正当防卫理论和对本文提出批评的同行，提供一个寻找有关材料的线索。

本书书名由全国人大常委会内务司法委员会副主任委员、前司法部长邹瑜同志题写；本书主要内容的写作提纲《试论正当防卫制度的功能与发展问题》，曾得到中国人民大学等单位的一些专家、学者指教，《山东法学》编辑部修改后发表；本书写作过程中，赵树林、张文卿、曹作瑞、由杰、杜成基等同仁们付出了辛勤的劳动。在此，致以衷心的感谢和感谢。由于思想水平和学术水平都很有有限，书中不要和疏漏之处在所难免，如果只有部分是正确的，也自认为对社会主义民主与法制建设尽了微薄之力而如愿以偿，为推动正当防卫理论的研究，我们热切盼望读者的批评和法学理论工作者的指正。

作 者

1989年2月于龙口

# 目 录

|                    |        |
|--------------------|--------|
| 前 言                | ( 1 )  |
| 第一章 正当防卫的法律性质      | ( 1 )  |
| 一、正当防卫的演进          | ( 1 )  |
| 二、正当防卫的法律性质        | ( 8 )  |
| 第二章 正当防卫制度的功能      | ( 22 ) |
| 一、保护法律确认的权利        | ( 22 ) |
| 二、保护有效地执行公务        | ( 27 ) |
| 三、打击违法犯罪           | ( 29 ) |
| 四、避免危害结果的发生        | ( 32 ) |
| 五、培养公民的社会主义道德风尚    | ( 34 ) |
| 六、制约违法犯罪           | ( 36 ) |
| 第三章 正当防卫制度的实践状况    | ( 41 ) |
| 一、30年没有正当防卫意识      | ( 41 ) |
| 二、10年来正当防卫事例令人振奋   | ( 42 ) |
| 三、10年里见死不救现象令人焦虑   | ( 48 ) |
| 四、扬清抑浊精灵的消失发人深思    | ( 52 ) |
| 第四章 正当防卫制度功能障碍     | ( 56 ) |
| 一、正当防卫观念淡薄         | ( 56 ) |
| 二、思想作风不端正          | ( 61 ) |
| 三、正当防卫行为没有得到司法有效保护 | ( 63 ) |

四、正当防卫行为没有得到社会有效保护… ( 74 )

五、“我为什么不想救人？”…………… ( 77 )

## 第五章 完备规范基础

——发展正当防卫制度功能的探讨(一)…… ( 88 )

一、突出正当防卫的正义性…………… ( 90 )

二、强调过当行为的从属性…………… ( 96 )

三、完备规范基础的展望…………… ( 101 )

## 第六章 改善执法活动

——发展正当防卫制度功能的探讨(二)… ( 115 )

一、改善法律适用…………… ( 116 )

二、纠正“先判后审制”…………… ( 120 )

三、提高司法工作人员素质…………… ( 127 )

## 第七章 培养公民的正当防卫意识

——发展正当防卫制度功能的探讨(三)…… ( 137 )

一、正当防卫的动力是公民的法律意识…… ( 137 )

二、正当防卫是公民的一项法律权利…… ( 139 )

三、改善公民的价值观念…………… ( 147 )

四、树立“个人本位”思想…………… ( 150 )

五、更新公民的道德观念…………… ( 155 )

## 第八章 加强对正当防卫的宣传和鼓励

——发展正当防卫制度功能的探讨(四)…… ( 159 )

一、正当防卫的宣传基调应当是实事求是… ( 159 )

二、司法活动给予坚决保护和支持…………… ( 161 )

三、充分运用各种形式进行宣传和鼓励…… ( 165 )

## 第九章 强化防卫手段

——发展正当防卫制度功能的探讨(五)… ( 174 )

|  |              |
|--|--------------|
| 一、尊重公民的人身价值·····                         | (176)        |
| 二、变革传统观念模式·····                          | (178)        |
| 三、采取实际步骤·····                            | (180)        |
| <b>第十章 正当防卫案例分析</b> ·····                | <b>(188)</b> |
| 一、抢刀在手，杀死对方，<br>是杀人罪，还是正当防卫？·····        | (188)        |
| 二、四人行凶，三人丧命，<br>对被告应如何定罪？·····           | (193)        |
| 三、参与不法侵害，被正当防卫者杀伤，<br>是属于第三者，还是不法侵害者？··· | (197)        |
| 四、双方对打，一方致死，是伤害致死，<br>还是防卫过当？·····       | (202)        |
| 五、朱宝华的行为是正当防卫吗？·····                     | (205)        |
| 六、是正当防卫，还是犯罪行为？·····                     | (210)        |
| 七、是正当防卫，还是防卫过当？·····                     | (212)        |
| 八、王金才伤害致死的行为是防卫过当·····                   | (215)        |
| 九、是正当防卫，还是伤害罪？·····                      | (220)        |
| 十、是正当防卫，还是防卫过当？·····                     | (224)        |
| 十一、是正当防卫，不是伤害致死·····                     | (227)        |
| 十二、是故意杀人，不是防卫过当·····                     | (230)        |
| 十三、徐俊案件·····                             | (236)        |
| 十四、何惠案件·····                             | (239)        |
| 十五、方涛案件·····                             | (241)        |
| 十六、薛正案件·····                             | (243)        |
| 十七、周大钧案件·····                            | (244)        |
| 十八、赖正和案件·····                            | (245)        |



|  |         |
|--|---------|
| 十九、王正平案件·····                            | ( 247 ) |
| 二十、陈素芬、李树秋案件·····                        | ( 248 ) |
| 二十一、贾迅等人案件·····                          | ( 250 ) |
| 二十二、范锁柱案件·····                           | ( 253 ) |
| 二十三、是正当防卫，不是防卫过当·····                    | ( 256 ) |
| 二十四、潘某的行为是正当防卫，<br>不是故意伤害·····           | ( 259 ) |
| 二十五、卢某的行为是防卫过当·····                      | ( 264 ) |
| 二十六、是正当防卫、防卫过当，<br>还是假想防卫？·····          | ( 267 ) |
| 二十七、詹秀江的行为是正当防卫·····                     | ( 271 ) |
| 二十八、曾国光的行为属正当防卫·····                     | ( 275 ) |
| 二十九、张有生致人伤残的行为<br>属正当防卫·····             | ( 279 ) |
| 三十、为保护公款，刺伤抢劫者，可否认为<br>正当防卫？·····        | ( 281 ) |
| 三十一、儿子制止父亲的违法行为，在争吵<br>中将父亲打死，是否防卫过当？··· | ( 284 ) |
| 三十二、是正当防卫，还是防卫过当？·····                   | ( 286 ) |
| <b>附录：</b>                               |         |
| 民国和台湾的正当防卫制度和理论···                       | ( 292 ) |
| 主要参考书目和文章·····                           | ( 312 ) |

## 第一章 正当防卫的法律性质

正当防卫制度的功能与正当防卫的性质紧密相关，研究正当防卫制度的功能，不得不从正当防卫性质开始。法学意义上的正当防卫，是一个历史的概念，在不同的历史时期具有不同的内涵，就是说它自身有一个产生、发展的过程，因此，研究正当防卫的性质，不得不涉及正当防卫的演进。

### 一、正当防卫的演进

#### 人和动物的防卫的质的区别

从纯生物学角度看，人是一种高级的动物，这种高级动物是由动物进化到类人猿，经过类人猿又进化到原始人，由原始人再逐步进化到现代人。

动物具有防卫的本能。生物学理论告诉人们，不仅所有动物都有适应环境的保护本能，而且很多动物在自身受到外来威胁时，就立刻产生条件反射，进行抵御或反击。这些在动物进化过程中由遗传固定下来的，对个体和群体生存有重要意义的行为，在漫长、激烈的生存竞争环境中，又不断得到改善和进步。人类由动物进化而来，也就不能不保留动物的这些痕迹。人类凭借防御或反击的本能，才得以在自然界存在并不断进化。

人类虽然由动物进化而来，保留着动物的防御或反击的本能，和动物一样，都具有一定的由先天或遗传的机制所牢固地控制着的生物本能，但人类进入原始社会以后，即人从动物界分离出来以后，其防御或反击的本能即受大脑的控制。人类的防卫本能区别于动物的防卫本能的质的标志，在于人类的防卫行为是一种理性行为。卢梭指出：“在我看来，任何动物无非是一部精巧的机器，自然给这部机器一些感官，使它活动起来，并在某种程度上对于一切企图毁灭它或干扰它的东西实行自卫。在人体这部机器上，我恰恰看到同样的东西，但有这样一个差别：在禽兽的动作中，自然支配一切，而人则以自由主动者的资格参与其本身的动作。禽兽根据本能决定取舍，而人则通过自由行为决定取舍。因此，禽兽在它有利的时候，也不会违背自然给它规定的规则。”<sup>①</sup>动物的防卫本能受自然支配，而人的防卫本能受理性支配，这是自然界中最伟大进步的本质特征之一。社会学和人类学家都公认，食欲、性欲和防卫，是人和动物共同具有的三大本能，防卫是人类社会存在和发展的必要条件之一。社会是以一定物质生产活动为基础而相互联系的人的总体，所以，人的防卫本能“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，而是在他及其成员的那个社会有机组织的结构中。”<sup>②</sup>人的本质在于它的社会性，人的防卫本能与动物防卫本能的区别也在于其社会性。

<sup>①</sup> 卢梭：《论人类不平等的起源和基础》，商务印书馆1982年版，第82页。

<sup>②</sup> 【苏】谢苗诺夫：《婚姻和家庭的起源》，中国社会科学出版社1983年版，第75页。

## 剥削阶级类型的正当防卫制度

伴随人类社会从原始社会到阶级社会的转化，人类的防卫本能逐步由自发转变为自觉，这种自觉，又带着明显的阶级色彩，表现出正当防卫的阶级性质。在阶级社会中，人类的防卫本能，起初表现为一种天然合理的私人报复行为，用现在的话说，是具有合法性的私人报复行为，这是正当防卫的雏形。随着公共权力即国家的建立和日益完善，防卫成为一种法律制度，这种法律制度所确认的行为内容是由统治阶级的意志决定的；当统治阶级认为某种防卫行为对自己的统治有利时，法律就承认这种权利；当统治阶级认为某种防卫行为对自己的统治不利时，法律就否认这种权利。由此可见，防卫从动物的本能演变为人的观念之后，又由私人报复行为，发展为事关统治阶级利益的法律行为，正当防卫成为统治阶级权利意识的产物。

在奴隶制社会里，奴隶没有独立的人格，不过是会说话的动物。法律规定，奴隶主享有对奴隶的人身打骂、奴役、杀戮等权利，奴隶无权防御或反击。与此相对照的是，奴隶如果打骂、伤害奴隶主，或侵犯了奴隶主的财产，奴隶主有权象对待动物一样，将其毒打或杀死。例如，著名的古罗马《12铜表法》第8表第12条规定：“如果于夜间行窃〔就地〕被杀，则杀死〔死〕应认为是合法的。”<sup>①</sup>我国《周礼·秋官·朝士》中说：“凡盗贼军乡邑，及家人，杀之无罪。”<sup>②</sup>就是说侵害生命和财产的人，驻于乡村或城市，逮

<sup>①</sup>《外国法制史资料选编》（上），北京大学出版社，1982年10月第1版，第153页。

<sup>②</sup>《中国法制史》，山西人民出版社1983年版，第176页。

捕居民，如果有人将其杀死或伤害，都是无罪的行为。鉴于只有奴隶主才享有真正的人格和财产，因此，这里的正当防卫权利只能是赋予奴隶主的。顺便指出，在古法中，法律上正当防卫概念的意义与世俗中正当防卫用语的意义并无严格界限，只在个别场合强调其法律意义。

进入封建社会，地主阶级为了维护自己的统治秩序，维护自己政治上的统治，保护自己人身和财产的安全，尽管公开规定了统治阶级与被统治阶级权利义务的不平等，但出现了历史的进步，开始在法律中作出初步具有类似现代意义上正当防卫的一些规定。被有的学者称为具有正当防卫萌芽的我国唐律就是典型。这些学者考证，唐律中对正当防卫不仅规定了明确的目的性，还规定了许多为保护他人的权益实施正当防卫，并且对防卫的结果不作任何限制，甚至把防卫规定为不仅是权利，而且是某种情况下的义务，如果不实行就要受到法律的追究。

在反对封建专横和等级特权制度的革命斗争中，资产阶级思想家，如法国的孟德斯鸠、卢梭等，提出了“天赋人权”、“主权在民”等主张，把正当防卫看成是“天赋人权”，是人类生存的权利。孟德斯鸠认为“人在进行正当防卫时有杀人的权利”。他解释说：“在自卫的时候，我有杀人的权利。因为我的生命对我来说，犹如攻击我的人的生命对他来说一样”<sup>①</sup>。洛克认为：“当为保卫我而制定的法律不能对当时的强力加以干预以保障我的生命，而生命法律中，一经丧失就无法恢复时，我就可以进行自卫并享有战争的权利，即杀死侵犯者的自由，因为侵犯者不容许我有时间诉诸我们的共

<sup>①</sup>孟德斯鸠：《论法的精神》（上），第137页。

同制裁者或法律的判决来救助一个无可补偿的损害。”<sup>①</sup> 18世纪末、19世纪初的俄国思想家拉吉舍夫，继承发展了孟德斯鸠、卢梭等人的思想，反对封建的自然复仇权，主张防卫人不仅在直接受到危险的威胁时可以自然行使正当防卫权，当地主以残酷和侮辱的行为侵犯公民的权利时，农民的反抗也是行使正当防卫权。他说：“如果在法律中公民连抵御敌人和向他报复的根据都找不到，如果法律无法保护或不愿意保护他，或者权力机关对公民目前的灾难不能立即予以援助时，则此时，公民就要利用他的自然权利来保护自己安全和福利。”<sup>②</sup> 这一思想，在沙皇专制时代虽不可能产生保障农民的法律，但不失为关于正当防卫的进步思想。孟德斯鸠、卢梭等资产阶级思想家的上述思想和主张，随着资产阶级革命的发展，政权的建立，逐步得到资产阶级的承认和接受，并以法律加以确认和规定。最早的要算1791年10月6日公布的法国刑法典（草案）。该法典第6条规定：“防卫他人对自己或他人生命而为杀人行为时不为罪”。法国刑法典关于正当防卫制度的规定，标志着法制史上正当防卫作为法律制度的真正确立，成为以后各资本主义国家刑法关于正当防卫规定的蓝本，从而成为近代刑法关于正当防卫规定的渊源。随着历史的前进，资产阶级的刑事立法，对正当防卫作出一般概念性的规定，使正当防卫的理论与实践发展到了一个新的阶段。如1903的俄罗斯刑法典第45条，就对正当防卫作出比较概括的规定，“当防卫者自己或他们之身体或财产权益遭受侵害时，防卫者在抵抗侵害之正当防卫中所行之行为，不

① [英] 洛克：《政府论》下篇，商务印书馆1964年版，第14页。

② 苏司法部全苏法律科学研究所：《苏维埃刑法总则》，莫斯科1952年版，第316页。

得论罪。”1937年瑞士刑法典则对正当防卫作出概念性规定，“任何人为反击对自己或他人之违法攻击或此种攻击之威胁所实行之适合该种情况的适当自卫，是正当防卫。”当代资产阶级的刑法典，绝大多数都在总则中规定了正当防卫的概念。例如，1968年奥地利刑法（总则）草案第3条规定：“对于现在或急迫违法之侵害，仅为防卫自己或他人生命、健康、身体之完整性、自由或财产，不得已而为防御行为者，非为违法行为。”1976年联邦德国刑法第32条规定：“因排除对自己或他人之现在不法侵害，所为之必要的防卫，是为正当防卫。”1979年版日本刑法第36条把“为防卫自己或他人的权利，对于急迫的不正当侵害而采取的出于不得已的行为”规定为正当防卫。

### 社会主义的正当防卫制度

社会主义国家的刑法中，也将正当防卫作为法律制度加以规定。社会主义刑法中关于正当防卫制度的最早规定，是1919年的《苏俄刑法指导原则》，其中第15条规定：“对于加害人的身体实施强暴行为的人，如果这种行为在当时条件下，是为了抗拒强暴和保护其本身或他人的身体免受强暴所必需的手段，并且这种行为没有超过正当防卫的范围，不得适用刑罚。”该法经过1922年、1924年和1926年的三次修改，对正当防卫的目的规定得越来越广泛，而且日臻具体。1978年修订过的苏俄刑法典，对正当防卫的规定更加周详，而且首次提出正当防卫的限度。朝鲜民主主义人民共和国刑法第15条规定：“虽然实施了刑法中所规定的罪行，但这种行为确实是为了防止对国家、或对自己或他人身体和权利的紧急

的非法的侵害时，如果这种行为没有超过必要的范围，不适用刑罚。”匈牙利刑法第15条规定：“（一）凡直接的不法侵犯行为系对社会或公民的人身或财产所实施者，则此种不法侵犯或胁迫无论防卫者本人或任何他人均得防止之。凡为防卫不法侵犯所必要之行为认为正当防卫，应不处罚。”保加利亚刑法第5条规定：“为了击退对政权或者对本人或者他人的人身或者财产的直接和非法的侵犯，在这种正当防卫情况下实施的行为，不是危害社会的行为。”我国研究了古今中外关于正当防卫的立法思想和经验，特别总结了自己长期缺乏民主与法制的教训，在刑法第17条中规定：“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。”我国刑法关于正当防卫的这一规定，与其他社会主义国家刑法的这类规定比较，虽都具有保护权利的范围异常广泛的共性，但仍有独到之处。主要反映在两个方面：一是对防卫过当案件，以“造成不应有的危害”为标志，即行为“超过必要限度”，以“造成不应有的危害”为前提条件，否则，不存在过当的问题。二是对防卫过当的案件的处理，在“酌情减轻或者免除处罚”的前面加上“应当”二字，这充分表明立法者对防卫过当处理的从宽态度。就是说，对防卫过当的“酌情减轻或者免除处罚”，不是“可以”、“不可以”，“许可”、“不许可”之类的“两可”不确定性质，而是必须或者一定要这么办的肯定性质和强制性质。换句话说，即对正当防卫超过必要限度造成不应有的危害的，必须根据实际情况减轻或者免除处罚。法



条中的这一肯定性和强制性，一方面给司法人员处理防卫过当案件指明了方向；另一方面对司法人员具有法律约束力，司法人员必须忠诚积极地贯彻执行。我们的司法活动，只要能竭诚贯彻这一精神，就能处理好关于正当防卫和防卫过当的案件，使正当防卫制度的功能得以在实践中得到发挥并不断发展。

## 二、正当防卫的法律性质

正当防卫的性质问题，一般认为有两层意思：一层是阶级性质，另一层是法律性质。这里重点讨论正当防卫的法律性质，其阶级性质作为讨论法律性质的经线贯穿其中。正当防卫的法律性质问题，是指用刑法学理论回答正当防卫的本质是什么的问题，具体说，就是回答正当防卫行为为什么不构成犯罪从而不负刑事责任的问题。关于这个问题，各种法学流派都有自己的学说，至今尚无完全统一的解释。

### 资产阶级正当防卫理论

资产阶级刑法学家认为，正当防卫是紧急行为的阻却违法。凡是符合构成要件该当性的违法有责任行为，即构成犯罪并处以刑罚。但是，某一实施行为在形式上构成犯罪的行为，经过实质性的规范意义的价值判断，可免除其违法性，不认为是犯罪，免除处罚。所谓“免除”意味着原有的违法性基于一定的事由而免除了，实际是免除刑罚。客观上的违法事实是存在的，只是从主观违法要素和法秩序整体的价值判断上的免除。这种属于紧急行为的免除违法的免除事由，即紧急行为的阻却违法性，以法的形式规定下来。正当防卫