

姜 伟 编著

正当防卫



法律出版社

正 当 防 卫

姜 伟 编著

法 律 出 版 社

正当防卫

姜伟 编著

法律出版社出版 新华书店经销

法律出版社印刷厂印刷

787×1092毫米 32开本 5印张 105,000字

1988年10月第一版 1988年10月第一次印刷

印数00,001—10,100

ISBN 7-5036-0406-9/D·311

定价2.25元

序

正当防卫是一种排除社会危害性的行为。一个人在正当防卫情况下实施的行为，从客观上看是防止不法侵害的行为，从主观上看是为了保护国家和人民的利益，所以这种行为是没有罪过的，相反是对社会有利的。它是同违法犯罪行为作斗争的一种方式。我国刑法规定对正在进行的不法侵害行为可以实施防卫加以反击，就是提倡和要求公民勇敢地起来同违法犯罪行为作斗争，支持和鼓励公民充分地行使法律赋予自己的这个权利，以保卫国家、集体和公民的合法权益。所以，设立正当防卫制度具有重大的社会政治意义，它是我国刑法中一项极其重要的制度。

青年作者姜伟同志，勤奋好学，刻苦钻研，近年来对正当防卫问题进行了大量的调查研究，试图从理论与实践的结合上作出系统的分析和说明。他所撰写的《我国刑法中的正当防卫制度》一书，就是这方面的一个可喜的成果。此书全面、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，表现了作者的学术水平和一定的创见。我相信，此书对于宣传我国

社会主义法制，对于帮助读者理解和实践我国现行刑法中有关正当防卫的规定，都将是有益的。特为序。

高铭暄

一九八六年一月

目 录

序	高铭暄
第一章 绪 论	(1)
第一节 正当防卫制度的渊源和沿革	(1)
第二节 我国正当防卫制度的发展	(6)
第三节 正当防卫制度的阶级本质	(9)
第四节 正当防卫不负刑事责任的根据	(13)
第二章 正当防卫的概念和意义	(18)
第一节 正当防卫的概念	(18)
第二节 正当防卫的法律属性	(22)
第三节 正当防卫是公民的权利和义务	(24)
第四节 提倡正当防卫的意义	(27)
第三章 正当防卫的合法条件	(30)
第一节 正当防卫合法条件的意义	(30)
第二节 正当防卫是主观客观条件的统一	(34)
第三节 正当防卫合法条件诸因素	(38)
第四章 正当防卫的主观根据	(42)
第一节 防卫意图的构成	(43)
第二节 防卫认识	(45)
第三节 防卫动机	(48)
第四节 防卫目的	(50)

第五节 关于防卫意图的几个问题.....	(52)
第五章 正当防卫的客观基础.....	(57)
第一节 防卫的起因.....	(58)
第二节 防卫的时限.....	(66)
第三节 防卫的对象.....	(76)
第四节 防卫的强度.....	(83)
第六章 正当防卫的认定问题.....	(95)
第一节 主观客观条件的辩证关系.....	(95)
第二节 认定正当防卫的若干问题.....	(99)
第三节 人民警察执行职务中的正当防卫.....	(104)
第七章 非法防卫行为.....	(108)
第一节 挑拨防卫.....	(108)
第二节 假想防卫.....	(111)
第三节 不适时防卫.....	(115)
第四节 其他非法防卫行为.....	(117)
第八章 防卫过当与刑事责任.....	(123)
第一节 防卫过当负刑事责任的根据.....	(123)
第二节 防卫过当的基本特征.....	(127)
第三节 防卫过当的主观因素.....	(129)
第四节 防卫过当的刑事责任.....	(139)
第九章 正当防卫与其他正当行为.....	(143)
第一节 正当防卫与紧急避险.....	(144)
第二节 正当防卫与执行职务.....	(147)
第三节 正当防卫与扭送人犯.....	(149)
结束语.....	(151)
后 记.....	(152)

第一章 绪 论

正当防卫是刑法规定的与违法犯罪行为作斗争的一项重要制度。简单说来，正当防卫就是反击不法侵害者，保护合法权益的行为。例如，某甲为了反击杀人犯的侵袭而杀死杀人犯的行为；妇女为了抵抗强奸犯的攻击而伤害强奸犯的行为，就是正当防卫。

正当防卫制度的基本内容包括两个方面：一是正当防卫不负刑事责任；二是防卫过当应负刑事责任，但是应当减轻或者免除处罚。

认识正当防卫制度，当然要从它的历史开始。

第一节 正当防卫制度的 渊源和沿革

正当防卫制度和它所从属的法律一样，是一个历史范畴，既不是自古就有的，也不是永世长存的，而是人类社会发展一定阶段的产物。正当防卫渊源于原始社会的自然复仇，蜕变于古代法律的个人私刑，从习惯到法律，从观念到制度，经历了一个漫长而曲折的演变过程。正当防卫的性质和任务，是随着人类社会的发展而变化的。

在原始社会，不存在阶级，没有国家，当然也不会有体现“国家意志”的法律。原始社会的风俗、习惯、道德等社会规范虽然也有防卫、复仇等观念，但还不是刑法意义上的正当防卫。只有当原始社会过渡到阶级社会，才产生了国家、法律以及正当防卫的概念。正当防卫是统治阶级维护其统治秩序的法律规范，是阶级社会的特有范畴。

公元前18世纪的《汉谟拉比法典》，是我们所能见到的最早的成文法典。该法典指出，侵犯他人之居住者，应在“侵犯处处死并掩埋之”（第21条）；如果某人的房屋失火，而前去灭火的人见财起意，将房主的财产据为己有，则应把此人“投于该处火中”（第25条）。这是有关正当防卫法律条款的最早的文字记载，表明正当防卫的观念已经萌芽。据考证，

中国奴隶社会时期便形成正当防卫观念。商、周时代（公元前18世纪~12世纪）已明确规定，可以对盗贼进行自卫。

《周礼·秋官·朝士》称：“凡盗贼军乡邑，及家人，杀之无罪。”《义疏原案》解释说：“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。”公元前5世纪的古罗马《十二铜表法》也鼓励正当防卫行为，“如果于夜间行窃，就地被杀，则杀死他应认为是合法的”（第八表第12条）。

由此可见，古代法律中的正当防卫已从习惯中的合理行为上升到法律上的合法行为，这里所列举的三部古代法律的有关规定，宛若三个阶梯，清晰地勾勒出正当防卫观念的形成过程。当然，这一时期的正当防卫带有明显的私刑色彩。应该指出，奴隶社会法律中的正当防卫主要是为保护财产利益设置的，都和侵犯财产的犯罪规定在一起。这种现象表明，在原始社会过渡到奴隶社会期间，用恩格斯的话来讲，“财富被

当作最高福利而受到赞美和崇敬”^①。

《唐律》（公元651年）是我国封建社会最完备的法典。《唐律·盗贼》关于“诸夜无故入人家，笞四十。主人登时杀者，勿论”等规定和《唐律疏议》的解释使正当防卫的制度显露端倪。《唐律》已开始限定正当防卫的条件，首先，指明正当防卫只能针对“诸夜无故入人家”应“笞四十”的不法行为。《唐律疏议》指出：“若知非侵犯而杀、伤者，减计杀、伤二等”，要负刑事责任；其次，确定了防卫的时间，只能在“登时”实行防卫。所谓登时，《唐律疏议》认为是“登于入时”，如果不是“登于入时”，而是“已就拘执”，则不允许杀伤；再次，朦胧地提出了防卫的限度问题，《唐律·斗殴》规定：“诸祖父母、父母为人所殴，子孙即殴击之，非折伤，勿论。”若造成“折伤”，就要负刑事责任。毋庸置疑，《唐律》虽然尚未明确正当防卫的概念，但初步具备了正当防卫的基本内容。

最早明确提出正当防卫这一法律概念的，据已知资料记载，当推中世纪后期的《卡洛林纳刑法典》（1522年）。这部法典指出，为了防卫生命、身体、名誉、贞操等人身权利不受侵害，可以实施正当防卫，直至把人杀死（第134~144条）。14世纪至16世纪之际，随着欧洲城市工商业的发展，人文主义思潮涌进上层建筑的各个领域，《卡洛林纳刑法典》将正当防卫所保护的权益由财产权利转变为 人身权利，便是社会观念变迁的结果。

总之，在古代法律文明的发展过程中，尽管正当防卫的

① 《马克思恩格斯选集》第4卷，人民出版社版，第104页。

观念越来越明确，甚至形成刑法意义上的正当防卫概念，但仍没有脱离个人私刑的窠臼，缺少防卫过当的确切规定，《唐律》就有不少“律开听杀之文”。而且，正当防卫的条款与具体犯罪规定在一起，尚没有形成完整的正当防卫制度，充其量，也不过初具雏形。

正当防卫成为刑法中的一项独立的法律制度，是资产阶级革命和资本主义发展的产物。资产阶级启蒙思想家在反对封建神权的斗争中，提出了“天赋人权”的口号，认为正当防卫是人类的天赋之权。1791年《法国刑法典》（草案）第6条规定：“为防卫自己或他人之生命而为杀人行为时不为罪。”这是资产阶级刑法最早的正当防卫立法例。这一时期及其以前的刑事立法受《卡洛林纳刑法典》的影响，只允许为保护生命和身体等不能代偿的人身权利实行正当防卫。英国思想家洛克（1632～1704年）曾说：“当为了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，而生命一经丧失就无法补偿时，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同的裁判者或法律的判决来救助一个无可补偿的损害。”^①

19世纪以后，随着“私有财产神圣不可侵犯”思想的发展，正当防卫的保护范围日益增大。1810年《法国刑法典》第329条甚至认为，“在夜间因抗拒他人攀越或破坏住宅、家室或其附属物的围墙、墙壁或门户而杀人、伤害或殴击者”，是“迫切需要的防卫”。

^① 洛克：《政府论》下篇，第148页。

德国著名刑法学者费尔巴哈（1775~1833年）为正当防卫制度的确立作出了重要贡献。他在1801年出版的《刑法论》一书中，提出了“无限防卫权”思想，主张为保护一切合法权益都可以实行正当防卫。他还首倡将正当防卫作为一项法律制度设置在刑法总则中，一改以往将正当防卫与侵害生命、身体等犯罪结合在一起规定在刑法分则中的体例。这既是对正当防卫概念的充实，也是对正当防卫制度的改进。1871年《德国刑法典》接受了刑事古典学派的这些主张，率先在“总则”部分的第53条对正当防卫作了一般性的规定，其第二项指出：“自己或他人遭受不法侵害时，为了抗拒侵害所必要的防卫称为正当防卫。”这里的“必要的防卫”，在某种意义上讲，就是指防卫的强度。一般认为，这个规定是现代法律中正当防卫制度的楷模。

进入20世纪，在自由资本主义向垄断资本主义过渡的过程中，刑事社会学派取代刑事古典学派占据了刑法理论的统治地位。在“社会法益说”思想的指导下，资产阶级刑法学者明确提出了防卫过当的概念，并将防卫过当减轻或者免除处罚的规定，作为正当防卫制度的一项重要内容，这可以举1908年《日本刑法》为例。该法第三十六条共有二项，第一项规定：“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，不处罚。”第二项指出：“超过防卫限度的行为，根据情节，可以减轻或免除其刑罚。”从此，正当防卫制度趋于完善，成为世界性的法律规范。

在我国，现代正当防卫制度在1911年《清新刑律》才有反映，不过搬用了资产阶级的刑法原则和条文。该律第15条

规定：“对现在不正之侵害，而出于防卫自己或他人的权利之行为不为罪。但防卫过当者，得减本刑一等至三等。”因清王朝的覆灭，《清新刑律》并未施行，次年，被北洋政府更名为《暂行新刑律》而颁行。国民党政府的1928年刑法典和1935年刑法典皆沿袭了这一制度。

第二节 我国正当防卫制度的发展

正当防卫制度是我国社会主义法制建设不可缺少的组成部分。

我国刑法中的正当防卫制度，是在废除国民党法律制度的条件下，在总结了新民主主义革命时期的法制建设和社会主义时期的司法实践经验的基础上，随着社会主义事业的发展，逐步建立起来的。

由于我国革命的特点，我国摧毁旧法制建立新法制的工作，在长期的新民主主义革命的过程中就已开始，因此，在中华人民共和国成立时，对旧法体系，包括正当防卫制度的废除比较彻底。建国前夕，中共中央发布了《关于废除国民党的六法全书与确定解放区的司法原则的指示》，指出：“国民党的全部法律只能是保护地主与买办官僚资产阶级反动统治的工具，是镇压与束缚广大人民群众的工具，因此，
“在无产阶级领导的工农联盟为主体的人民民主专政政权下，国民党的六法全书应该废除。人民的司法工作，不能再以国民党的六法全书为依据，而应该以人民的新的法律为依据。在人民新的法律还没有系统地发布以前，应该以共产党政策以及人民政府与人民解放军所已发布的各种纲领、法律、

条例、决议作依据。”

早在土地革命时期，《赣东北特区苏维埃暂行刑律》（1931年）就设置了正当防卫条款。其第7条指出：“对现在不正当之侵害，而出于防卫自己或他人之权利的行为不为罪，但逾防卫行为过当者，得减本刑一等至二等。”尽管这条规定的文字表述基本袭用了《清新刑律》的内容，但阶级本质已发生根本性的变化，是我国第一个真正保护人民群众的根本利益的正当防卫立法例，开启了新型正当防卫制度的先河。在解放战争时期，《苏皖边区第一行政区破坏解放区革命秩序治罪办法》（1947年）第6条规定：“本办法所指案犯，任何机关、部队或团体成员均有逮捕权，拒捕者得当场格杀。”显然，人民政府在赋予人民群众逮捕权的同时，也赋予了正当防卫权。

建国以后的三十年间，我国虽然未颁布刑法，但一贯提倡和保护公民的正当防卫权。在起草刑法的各次草案的沿革中，我们可以看出正当防卫制度的变化和发展。

1950年《中华人民共和国刑法大纲草案》第9条第一款规定：“因防卫国家政权、国家财产或自己、他人正当权利的现在不法侵害，而未超过必要限度者不成为犯罪。”第10条指出：“因防卫行为过当或避难行为过当而成为犯罪者，从轻处罚。”这些规定，无论在实质内容上，还是在表述方式上，都区别于资产阶级的刑事立法。将国家利益列为正当防卫保护的权益的第一位，是我国刑法及其正当防卫制度社会主义性质的集中体现。这个规定开始了创制我国社会主义正当防卫制度的历程。1954年制定的《中华人民共和国刑法指导原则草案》第5条指出：“为了防卫公共利益或者个人的

人身和权利免受正在进行中的犯罪侵害，不得已而对犯罪人实行的正当防卫行为，不认为犯罪。但是防卫行为显然超过必要限度，应当认为犯罪，根据具体情况可以减轻或者免于刑罚。”这个规定将正当防卫的起因概括为犯罪侵害，并把正当防卫的实施限定为不得已，一定程度上不利于人民群众行使正当防卫权。所以，在曾被一届人大四次会议决议作为试行草案发布的《中华人民共和国刑法草案》（第22稿）第17条中修改为，“为了使公共利益、本人或者他人的人身和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，应当负刑事责任；但是可以减轻或者免除处罚。”这个规定比较完备且比较合理，以后各次刑法草案沿袭了它的主要内容。1963年修订的《中华人民共和国刑法草案》（第33稿）第17条规定：“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，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；但是可以减轻或者免除处罚。”33稿对22稿最大的改动便是揭示出防卫过当负刑事责任的实质是“造成不应有的危害”，不仅仅是形式上的“超过必要限度”。我国现行刑法的正当防卫条款基本保持了这一规定的原貌，只是将防卫过当“可以减轻或者免除处罚”，改为“应当减轻或者免除处罚”。表面看来，这是一个用词的变化，其实这是为了最大限度地鼓励人民群众勇于同违法犯罪行为作斗争。

纵观我国正当防卫制度的立法沿革，不难看出，我国的正当防卫制度虽然正式颁行的时间不长，但它在较长的孕育期间经历了一个不断完善的发展过程。

1980年7月，国务院批准的《人民警察使用武器和警械的规定》第1条明确指出：“为了使人民警察依法有效地执行公务，以及时制止犯罪行为，保护人民群众和采取正当防卫，特制订本规定。”1983年8月，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合制订了《关于人民警察执行职务中实行正当防卫的具体规定》，指出：“《中华人民共和国刑法》第17条关于对不法侵害采取正当防卫行为的规定，适用于全体公民。鉴于人民警察是武装性质的国家治安行政力量，在打击和制止犯罪、维护社会治安、保护公共利益和公民合法权益，保护国家政权和社会主义现代化建设方面，负有特定责任，现对人民警察执行职务中实行正当防卫问题，作如下具体规定。”这些规定是我国刑法中的正当防卫制度的具体化，是反击不法侵害的有力武器。

第三节 正当防卫制度的阶级本质

不同类型国家的法律都保护和提倡正当防卫，正当防卫制度的基本内容虽有相同之处，但阶级性质却有天壤之别，不能把我国社会主义刑法中的正当防卫制度等同于剥削阶级刑法中的正当防卫制度。

马克思主义认为，看问题不能只观察事物的外在形式，而应分析事物的内在本质。纵观正当防卫制度的历史沿革，我们已经看出，在不同的历史条件下，正当防卫的性质和任务是不同的。列宁说：“法律是统治阶级的意志的表现”。^①

^① 《列宁全集》第15卷，人民出版社版，第146页。

正当防卫作为刑法的组成部分，反映着一定社会的统治阶级的利益和意志，维护着统治阶级在政治上、经济上的统治地位，永远是统治阶级对危害其统治秩序行为的专政工具，这就是正当防卫的阶级本质。评价正当防卫制度时，一定要联系其背后的社会制度和生产关系。在人类社会的发展进程中，先后出现了类型不同的国家和法律，其正当防卫制度的内容和形式虽有种种差异，但基本上可以归纳为两大类：一是剥削阶级刑法中的正当防卫制度，一是社会主义刑法中的正当防卫制度。这两种正当防卫制度有着根本区别。

首先，剥削阶级刑法中的正当防卫制度建立在生产资料私有制基础上，是维护少数剥削者的根本利益，镇压广大劳动人民的反抗的法律武器。在奴隶社会，“法律只保护奴隶主，唯有他们才是有充分权利的公民”，^① 奴隶是奴隶主的私有财产，根本没有正当防卫权。在资本主义社会，法律形式上标榜人人平等，但实际上是对劳动人民的欺骗，“对无产者来说，法律的保护作用是不存在的，警察可以随便闯进他家里，随便逮捕他，随便殴打他。……无产者经常被迫肩负法律的全部重担而享受不到法律的一点好处。”^② 《伊斯兰刑法》公开承认，“为了追回被盗物件，物主有权日夜刑讯盗窃者，甚至将他杀死。”反人民性是一切剥削阶级刑法中正当防卫制度的共同本质。我国刑法中的正当防卫制度是建立在社会主义生产资料公有制的基础上，是保护工人阶级为领导的绝大多数人民的利益，与极少数不法侵害者作斗争的法律武器。刑法的任务就是正当防卫的任务，我国刑法第

① 《列宁选集》第4卷，人民出版社版，第49页。

② 《马克思恩格斯全集》第2卷，人民出版社版，第571页。