

正当防卫 的理论与实践

周国均 刘根菊 著

中国政法大学出版社

法学

正当防卫的理论与实践

周国钧 刘根菊

中国政法大学出版社

正当防卫的理论与实践

编著 周国钧 刘根菊

印刷/河北05印刷厂

发行/新华书店首都发行所

开本/32 毫米787×1092 印张6.25 字数140千字

版次1988年6月第1次印刷 1988年6月北京第1次印刷

中国政法大学出版社 北京市学院路41号

ISBN7-5620-0089-1/D·85 定价:2.40元

前 言

正当防卫在刑法学中居重要地位，中外刑法学教科书都将其列为专章。正当防卫涉及的刑法学知识十分广泛，如罪与非罪的罪界、非正当防卫中各种类型犯罪的罪过形式、犯罪阶段、定罪量刑的原则等。正当防卫与广大公民联系甚为密切，如当公共利益、本人或其他人的人身和其他权利受到不法侵害，为了免遭不法侵害，公民可以正当防卫为武器进行反击。确定正当防卫或非正当防非常困难，司法实际对它们，常常要经过一审、二审、甚至要经过再审才能做出正确处理。正因为如此，自党的十一届三中全会以来，刑法学界的专家、教授、学者和实际部门的干部就正当防卫和与此有关的问题展开了热烈的讨论和争鸣。《人民司法》、《人民检察》、《法学杂志》、《北京司法》、《中国法制报》等报刊就典型案例专门组稿讨论；《中国社会科学》、《法学研究》、《中国法学》、《中国政法大学学报》等学术理论刊物，刊发了研究正当防卫、防卫过当、防卫挑拨、假想防卫、事后防卫等专题研究文章。

为了促进正当防卫及其有关理论研究的深入开展，为在广大公民中普及正当防卫知识，也为了给司法实际部门的同志就认定和处理正当防卫与非正当防卫案件提供参考意见，

我们在调查研究,参阅有关论著的基础上,结合自己从事十余年司法实际工作的体会,经过一番努力,终成此书。

在撰写过程中,我们力图从理论与实践的结合上阐明基本原理,特别是对司法实践中经常遇到的正当防卫构成,非正当防卫中的防卫挑拨、假想防卫、抗拒防卫、局外防卫、提前防卫、事后防卫、防卫过当等,从概念、特征、表现形式、罪过形式、如何定罪量刑等方面分别列专节进行了研究和探讨。为了做到以事论理,并增加本书的实用性和可读性,在阐述原理过程中适当地引用了全国各地的典型案例。

在调查研究,广集资料和取经切磋过程中,我们深得北京、天津、河北、湖北、广西等省、市、自治区司法实际部门的有关领导和办案人员的帮助,同时还得到了中国刑法学研究会副总干事、中国政法大学研究生院副院长、刑法学教授曹子丹和中国人民公安大学法律系教授樊凤林等老师的支持和指教,在此,一并致以谢忱。

在本书的正文之后,我们附录了主要参考书目和资料,以及有关文章的目录。这不仅因为我们在写这本书的过程中参阅过这些书目、资料和文章,而且也想为进一步研究正当防卫理论的同志提一个寻找有关材料的线索。

由于我们的水平有限,书中的错误和疏漏在所难免,恳请读者批评指正。

著 者

目 录

第一章 正当防卫的产生、发展及其本质	(1)
第一节 正当防卫的产生和发展	(1)
第二节 正当防卫的本质	(9)
第二章 我国刑法中的正当防卫	(13)
第一节 正当防卫的概念及意义	(13)
第二节 研究正当防卫的必要性	(20)
第三节 正当防卫的构成	(24)
第三章 其他国家中的正当防卫	(78)
第一节 英美国家中的正当防卫	(78)
第二节 苏联刑法中的正当防卫	(81)
第三节 日本刑法中的正当防卫	(93)
第四章 非正当防卫	(100)
第一节 防卫挑拨	(101)
第二节 假想防卫	(109)
第三节 抗拒防卫	(124)
第四节 局外防卫	(129)
第五节 提前防卫	(133)
第六节 事后防卫	(140)
第七节 防卫过当	(152)

附:

主要参考书目	(181)
主要参考资料	(182)
主要借鉴书目及资料	(183)
主要参考文章	(184)

第一章 正当防卫的产生、 发展及其本质

第一节 正当防卫的产生和发展

刑法中的正当防卫，是由人的防卫本能逐步发展而来的。它经历了一个相当长的变化过程。研究正当防卫的发展历史，对于我们加深对正当防卫的性质、条件等认识具有重要意义。

从生物学角度讲，人类是从动物进化到类人猿、经过类人猿再进化到原始人直至现代人的。动物具有某些本能，例如，当身体受到外来侵害或打击时就立刻引起条件反射，进行抵御或反击，人类在进化的过程中，当然也就不能不保留这些本能。某种动物凭借防御或反击的本能，在与其他动物的竞争中取胜，得以在自然界中生存下来；人类凭借防御或反击的本能，才得以在存在的条件下不断进化。人类由动物进化而来，虽然保留着动物的防御或反击的本能，但由于高于动物，因此，自从脱离动物界的那天起其防御或反击的本能就受大脑的控制和理性的支配。

当人类进入阶级社会以后，掌握国家政权的统治阶级，为了维护其政治上的统治，就制定了体现本阶级的意志和维护其根本利益的法律（行为规范）。当统治阶级认为某些行为

对自己有利时，就规定其为合法的行为，允许人们去做；反之，当某种行为危及或有损于其统治利益时，就规定它为违法行为，于是，就制止这些行为。在这种情况下，人们的防御或反击行为，除了要受大脑支配以外，更重要的，还要受统治阶级制定的法律约束。凡法律允许某人在受到外来侵害可以进行抵御或反击的行为，就是合法的，允许其享受这种权利，即可以对外来的侵害当即进行抵御或反击；反之，就没有这种权利，而只能忍受侵害。

在奴隶社会，法律规定奴隶主对奴隶的人身侵害（打骂、奴役、凌辱、杀戳等），是奴隶主应享受的权利，而奴隶无权进行防御或反击，只得忍受。相反，如果奴隶对奴隶主进行打骂、伤害，那么，法律规定，奴隶主有权将奴隶杀伤、杀死，且不属犯罪。随着奴隶社会经济的发展，奴隶主拥有的财产逐渐增多，这时，法律还规定奴隶主的财产不受任何奴隶的侵害，若受到侵害，奴隶主就有权将奴隶杀伤、杀死，并且认为这是他们应享受的权利。例如，古代著名的罗马十二铜表法中第八表第十二条规定：“如果夜间行窃（就地）被杀，则杀死（他）应认为是合法的。”^①我国周礼有这样的记载：“凡盗贼军乡邑及家人杀之无罪，”这就是说，奴隶主对实施所谓“盗窃”行为的“盗贼”，就可以杀伤或杀死，且不为罪。由此可见，奴隶制法律规定的正当防卫权是赋予奴隶主任意杀害或侵害奴隶权利的一种私刑权。

在封建社会，封建地主阶级占有全部的土地，在经济上处于统治地位；而农民（包括农奴）没有土地，处于被统治，被剥削的地位。封建社会的法律是体现统治阶级意志和维护

^① 《外国法制史资料选编》上册，第153页。

封建统治者的根本利益的工具。封建法律公开规定封建统治阶级与被统治阶级的权利和义务不平等。封建制法律规定，封建统治者杀、伤农民或农奴可以不受任何处罚，或者只受很轻的处罚，并认为这是他们应享受的权利。反之，农民或农奴侵害封建者的人身或“尊严”时，则要受重罚或处死。封建统治者为了维护自己政治上的统治、保护自己的人身和财产安全，为了维持封建统治秩序，于是，他们开始在法律中作出初步具有类似现代意义上正当防卫的某些规定。据有的同志研究考证，在我国唐律中，已有正当防卫规定的萌芽，这可从以下七个方面看出：

1. 防卫有一定的明确性，即对侵害可以进行防卫和反击；

2. 准许为保护他人权益实施防卫；

3. 把防卫规定为法律义务，即防卫不仅是权利，而且在某些情况下也是义务，如果不履行就要受到刑罚处罚；

4. 防卫行为应该在不法侵害正在进行时实施；

5. 禁止滥用防卫权利，借防卫进行报复侵害；

6. 明确规定公职人员有防卫的权利；

7. 尽管对防卫行为有一定的限制，但对防卫行为的结果没有任何限制，也就是说，并不考虑在不法侵害的当时当场是否一定有用杀人行为造成死亡后果的必要。^① 尽管如此，从总的方面说，唐律中的上述规定，还是以维护唐朝统治者的根本利益为出发点的，即以维护唐朝统治阶级的土地、财产所有权和统治者的人身权为出发点的。对农民和农奴侵犯唐朝统治者的上述权益的任何行为，统治者可以利用种种

① 《中国社会科学》1984年第2期，第200—201页。

理由予以镇压或处罚，而农民和农奴的人身权利受到侵犯时却得不到法律的保护。说到底，唐律规定的防卫权，实质上是封建统治者的私刑权。

在资产阶级革命时期，为了反对封建专横和等级特权制度，资产阶级的思想家提出了“天赋人权，”“主权在民”等主张；为了保护新兴资产阶级的利益，又主张个人的生命和私有财产，当遭受他人侵犯时可以实施正当防卫。例如，法国的孟德斯鸠、卢梭等，从自然法学派的观点出发，把“正当防卫”看成是“天赋人权”，是人类生存的权利。孟德斯鸠曾说过：“人在进行正当的自卫时有杀人的权利”，“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”。^①18世纪末、19世纪初的俄国民主主义思想家拉吉舍夫（Радищев），继承了孟德斯鸠、卢梭等人的自然法学派观点，提倡反对封建主义的自然复仇权。他在《从彼得堡到莫斯科旅行记》一书中主张，防卫人不仅在直接受到危险的威胁时可行使自然的正当防卫权，当地主以残酷和侮辱的行为侵犯公民的权利时，农民对地主的反抗同样是行使正当防卫权。他宣称：“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，如果法律无法保护他或不愿意保护他，或者权利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的安全和福利”。^②我们认为，在当时沙皇专制统治的历史条件下，这些不过是一种进步的思想而已，因为那时还没有

① 孟德斯鸠《论法的精神》上册，第137页。

② 苏联司法部全苏联法律科学研究所集体编著：《苏维埃刑法总则》莫斯科1952年版，第316页。

产生保障农民劳动者的法律。

孟德斯鸠、卢梭等资产阶级的思想家上述主张，随着资产阶级政权的建立和巩固，资产阶级法律逐步加以认可和承认，有的在法律条文中作出明确规定。例如，1791年10月6日公布的法国刑法典第六条规定：“防卫他人侵犯自己或他人之生命而杀人行为时不为罪”。这是资产阶级刑法中最早关于正当防卫无罪的规定，也是近代刑法关于正当防卫规定的渊源。不过，当时的刑法典只在刑法分则中对正当防卫加以规定，并限于防卫自己或他人的人身和财产。例如，法国刑法典第三百二十八条规定：“由于正当防卫自己或他人之迫切需要所为之杀人、伤害和殴击，不以重罪或轻罪论”。第三百二十九条规定：“下列两种情形均视为迫切需要的防卫：

一、在夜间因抗拒他人攀越或破坏住宅、家室或附属物的围墙、墙壁或门户而杀人、伤害或殴击者；

二、因防御以暴行实施犯罪的盗窃犯或掠杀犯而杀人、伤害或殴击者。除法国外，比利时刑法第四百六十条、埃及刑法第二百二十条等，都在刑法分则中规定了正当防卫制度。不过只在分则中而未在总则中规定正当防卫制度，这表明法律不允许对所有的不法侵害行为实施正当防卫，仅仅对一部分不法侵害行为可以实施正当防卫。把正当防卫从分则的规定发展演变为总则的一般原则，把正当防卫行为从适用少数的犯罪行为发展到适用所有的不法侵害行为，是18世纪末的德国刑法学者所作的贡献。德国的1871年刑法典第五十三条规定：

（一）由于正当防卫而不得不为行为不罚。

（二）自己或他人遭受现在和不法的侵害时，为了抗拒侵害所必要的防卫称为正当防卫。

(三) 行为人如在混乱、恐惧或惊悸中超过正当防卫的限度时，其超越正当防卫的行为不罚。”上述规定，后来成了许多资本主义国家刑法规定正当防卫制度的蓝本或典范。例如，日本刑法典第三十六条规定：“（一）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。（二）超过防卫限度的行为，根据情节，可以减轻或免除其刑罚”。

需要指出的是，资产阶级关于正当防卫的观点和理论，基本上是从资产阶级个人主义出发的。因此，资产阶级刑法一般都规定，正当防卫行为只能是为了维护自己本人的权利，即使允许维护他人的权利，但对“他人”的范围作了种种限制。例如，英国、美国的纽约州和智利等国的刑法，将“他人”的解释多限于亲属，如妻子、子女或有义务救助的人。从法国刑法典第三百二十九条规定的在抵御破坏墙垣门窗或爬越院墙时，杀人或伤害都是正当防卫的合法行为来看，资产阶级刑法是为了保护有产者的私利的，这表明了无限防卫权的自私自利的思想；同时，它还从一个方面反映了资产阶级刑法中正当防卫制度的阶级本质。

社会主义社会以公有制为基础，人民是国家的主人。社会主义法律是根据工人阶级的意志和根本利益制定的。工人阶级是广大人民乃至广大公民的根本利益代表者，因此，社会主义法律保护和保障广大人民和广大公民的合法权益，禁止和制裁破坏社会主义公有财产和侵犯公民人身、财产和其他权益的违法犯罪行为。为了支持广大公民同上述违法犯罪行为作斗争，社会主义刑法一般都规定有正当防卫制度。1919年的《苏俄刑法指导原则》第十五条规定：“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出正当防卫的范围，不得适用刑罚”。这是社会主义刑法中关于正当防卫制度的最早规定。该法经过1922年、1924年、1926年的修改，对正当防卫的目的规定得越来越广泛和具体。例如，凡是为了防止本人、他人的人身权利免受不法侵害；凡是为了保卫苏维埃政权及革命秩序免受不法侵害而实施正当防卫没有超越正当防卫范围的行为都不受处罚。1978年修订过的苏俄刑法典，对正当防卫的内容规定得更周密、详细。如第十三条规定：“某种行为虽然符合本法典分则规定的行为要件，但是在正当防卫的状态中所实施的，即在保卫苏维埃国家利益、公共利益、防卫人本人或其他人的人身或权利不受危害社会行为侵害而给侵害人造成伤害的情况下所实施的，如果这种行为没有超过正当防卫的限度，则不认为是犯罪”。“防卫行为同侵害的性质和危害程度显著不相当的，就认为是超过正当防卫的限度”。由上可见，1978年颁布的苏俄刑法典，该法首次规定了正当防卫的限度。其他社会主义国家在刑法中，也作出了正当防卫的规定。例如，朝鲜刑法第十五条规定：“虽然实施了刑法中所规定的内容，但这种行为确实是为了防止对国家主权或对自己或他人人身和权利的紧急的非法的侵害时，如果这种行为没有超过防卫的范围，不适用刑罚”。匈牙利刑法典第十五条规定，“（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，则对于此种不法侵犯或胁迫无论防卫者本人或任何人均得防止之。凡为防止不法侵犯所必要之行为认为正当行为，应不处罚。（二）防卫人之行为如系由于恐怖或可谅解的刺激致超过正当防卫限度者，亦不予处罚”。

我国于1950年制定了《中华人民共和国刑法大纲（草

案)》。该“大纲”第九条规定：下列行为，不成为犯罪。

“一、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”。这是我国社会主义刑法中有关正当防卫制度的最早规定。在这以后，1954年制定的《中华人民共和国刑法指导原则（草案）》第五条规定：“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除处罚”。这个规定比起1950年制定的那个“草案”的内容规定得缜密、详细。具体表现在规定了正当防卫超过必要限度，要根据具体情况，可以减轻或免除处罚。这是防止滥用防卫权的重要规定。1957年的《中华人民共和国刑法草案（初稿）》（即第二十二次稿）第十七条规定的正当防卫制度的内容与1954年《中华人民共和国刑法指导原则（草案）》第五条规定的内容基本相同。但后者有发展。例如：在正当防卫保护权利方面，增加了保护“他人的人身和权利。”这就使保护权利的范围变得比原来广泛了。1979年颁布的《中华人民共和国刑法》第十七条规定正当防卫的内容，比起1957年的《中华人民共和国刑法草案（初稿）》规定的正当防卫内容又有新发展。具体表现在如下两方面：一是对防卫正当的内涵规定得更具体、明确和周密。例如，为了指明防卫过当的内容，在正当防卫超过必要限度之后，紧接着增加了“造成不应有的危害”的内容。防卫过当的内涵是行为超过必要限度和该行为造成了不应有的危害的辩证统一。行为超过必要限度是造成不应有危害的前提，造成不应有的危害是行为超过必要限度的结果，二者相辅相成，密不可分。二是规定司法人员对待防卫过当应负刑事责任的态

度，将“可以”减轻或免除处罚中的”可以“改成“应当酌情。”可以“是指”许可“，即，许可减轻或免除处罚。若不减轻或免除处罚，也不算违法。而“应当酌情”减轻或者免除处罚则不同，它是指对正当防卫超过必要限度造成不应有危害的，理所当然要根据具体情况（酌情）减轻或者免除处罚。换言之，即必须根据具体情况减轻或者免除处罚。法律规定“应当酌情”减轻或者免除处罚，就表明不是可以或者不可以这种“两可”的不确定性质，而是表明必须或者一定要的肯定和强制性质。所有这些充分表明立法者对防卫过当处理的从宽态度。由上可见，我国刑法对正当防卫制度的规定，也经历了一个产生、发展和逐步臻于完善的过程。

第二节 正当防卫的本质

正当防卫的本质是什么？资产阶级刑法理论与社会主义刑法理论的观点截然不同。对正当防卫的本质看法，我国台湾资产阶级刑法学中有以下几种观点：

1. 放任行为说。该说认为，正当防卫行为，乃因一法益与他法益不能两立，且其事情出于急迫，不及受官署之援助，故任听当事人自力援助，乃放任行为，与紧急避难行为无异；

2. 意思丧失说。该说认为，不法之侵害，系来自急迫，行为人为防卫自己之权利，其心理上受有刺激，致丧失意志之自由，乃不令负刑事责任；

3. 权利行为说。该说认为，其侵害即为不法，对之实行防卫，乃基于权利而来；

4. 法律与社会利益说。该说认为，不法侵害行为含有反社会性。此种反社会性之行为，人人皆得加以防御，借以

保全社会之共同福利。故扑灭此项反社会性，自不在应禁制之列，即应视为权利行为。然权利受法律之保护。遇有外来不法之侵害时，固得依赖公力，以为救济。惟其不法之侵出自急迫，不及受公力之保护。若不许其自力防卫，则正当之权利，势将无法保全。上述各说，只是从人的本能、社会利益等方面来看待正当防卫的本质，他们这些观点既不全面，又抹煞了阶级内容。

在我国大陆刑法学界，对正当防卫的本质，也有几种不同的观点：

1. 社会公益说。该说认为，正当防卫是维护社会公共利益的需要而实施的行为；

2. 权利说。该说认为，正当防卫是为了维护本人或其他人的人身和其权利而实施的行为；

3. 义务说。该说认为，在我们社会主义国家，根据宪法要求，每个公民都有维护公共利益不受非法行为侵害的义务，而正当防卫则是履行这种义务的体现；

4. 共产主义道德品质说。该说认为，在社会主义国家，人民之间互相关心、互相帮助是每个人应有的共产主义道德品质，当其他人受到不法侵害时，就应该自觉的帮助他排除，正当防卫正是这种共产主义道德品质在帮助别人解除危难的具体行为。上述各说，都有一定的道理，但是，对正当防卫的本质还没有论述到关键之处。

社会主义刑法理论中，正当防卫的本质是什么？我们认为，社会主义刑法理论中的正当防卫，是以马克思主义的犯罪论为基础的。马克思主义认为，犯罪乃是孤立的个人反对统治关系的斗争。统治阶级为了维护其统治，把危害其统治利益和统治秩序的行为规定为犯罪，并给予刑罚处罚。由于犯罪