

武汉大学
刑法学
博士文库

正当 防卫 论

ZHENGDANG FANGWEILUN

彭卫东 / 著

武汉大学出版社

武汉大学刑法学博士文库

正当防卫论

彭卫东 著

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

正当防卫论/彭卫东著. —武汉: 武汉大学出版社, 2001. 9
武汉大学刑法学博士文库
ISBN 7-307-03360-7

I. 正… II. 彭… III. 正当防卫—刑法—研究—中国
IV. D924. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 058258 号

责任编辑: 郭园园 责任校对: 叶 效 版式设计: 支 笛

出版: 武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: wdp4@whu.edu.cn 网址: www.wdp.whu.edu.cn)

发行: 新华书店湖北发行所

印刷: 湖北省蕲春县金虹印务有限责任公司

开本: 850×1168 1/32 印张: 6.625 字数: 171 千字 插页: 4

版次: 2001 年 9 月第 1 版 2001 年 9 月第 1 次印刷

ISBN 7-307-03360-7/D·457 定价: 10.50 元

版权所有, 不得翻印; 凡购买我社的图书, 如有缺页、倒页、脱页等质量问题者, 请与当地图书销售部门联系调换。

《武汉大学刑法学博士文库》总序

《武汉大学刑法学博士文库》以出版武汉大学刑法学博士研究生的学位论文，促进刑法学的研究，扶植刑法学新生力量为宗旨。

刑法是国家的基本法律之一，刑法学是研究刑法所规定的犯罪、刑事责任和刑罚的法律科学。它既有深邃的理论，又与司法实践具有极为密切的关系。所以刑法学的研究，一直为法学工作者所重视。1979年《中华人民共和国刑法》公布后，发表和出版了大量的刑法学论文和著作。80年代中期以后，几所法学院系招收了刑法学博士研究生，给刑法学的研究注入了新鲜血液。一些博士生年轻有为，思想敏锐，功底扎实，研究深入，所撰博士论文，对刑法理论的研究具有相当深度。一本一本的博士论文出版成书，使刑法学的研究生生机勃勃，呈现更加繁荣的景象。

武汉大学刑法学博士生是从1987年开始招生的。这些博士生都很注意学位论文的撰写，他们的论文大多具有真知灼见，理论水平较高。一部分论文出版之后，在社会上得到颇好的评价。但由于学术著作出版较难，致使有些论文未能付梓；研究成果无法与读者见面，实在令人惋惜。有鉴于此，遂筹措刑法学基金，用于资助优秀刑法学博士论文的出版。同时考虑到过去我们的几位博士生虽然出版了几本博士论文，但由于各自为战，分散在不同的出版社出版成书，未能集结一起，形成一股学术力量，因而与武汉大学出版社洽商，设立《武汉大学刑法学博士文库》，出版社慨然允诺，给予支持。这样每年出版两本刑法学博士论

文，积土成山，集腋成裘，经过若干年，便可形成一套洋洋可观的丛书，为刑法学界增添较有分量的学术成果。

《武汉大学刑法学博士文库》，由武汉大学法学院法律系刑法学教授组成编委会，负责编辑出版事宜，以每年答辩的刑法学博士论文为选题范围，审慎选择其中优秀的博士论文逐年编辑出版。希望我们的刑法学博士生，在攻读博士学位期间，认真学习，刻苦钻研，锐意进取，勇于探索，写出高质量的博士论文，使这套文库不断有优秀著作问世。

最后需要说明：《武汉大学刑法学博士文库》是由刑法学基金资助，在武汉大学出版社大力支持下出版的。刑法学基金是关心我校刑法学发展的校友、校外有识之士与刑法教研室的老师捐款成立的。没有这些同志的资助和出版社的支持，就没有这套文库的出版。对于他们的贡献，我们会铭记于心，永志不忘。这里谨向为建立刑法学基金出资出力的同志们和武汉大学出版社表示由衷的感谢！

马克昌

1997年春于珞珈山

彭卫东



湖北省武汉市人。出生于1965年12月，1984年考入华中师范大学中文系，攻读汉语言文学专业，1988年毕业。1991年考入武汉大学法学院攻读刑法专业研究生，1994年完成硕士论文《间接正犯研究》并通过论文答辩，获法学硕士学位；同年7月被分配至中共武汉市委政法委员会，先后供职于调研处、案件指导协调处。1995年考入武汉大学法学院，在著名学者马克昌教授的指导下攻读法学博士学位，1998年完成博士论文《正当防卫研究》，同年通过论文答辩并获法学博士学位。1998年初因工作需要调至武汉市中级人民法院，先后任副处级秘书、政策研究室副主任、《法苑论坛》杂志副主编。现任武汉市江岸区人民法院副院长。主编或参编《中国金融法》、《经济犯罪新论》等著作多本，兼任中国犯罪社会学专业委员会副秘书长。

目 录

第一章 正当防卫的基础理论	1
第一节 正当防卫权利	1
一、权利的本质与特征	1
二、正当防卫权利的特征	4
三、与正当防卫权利相关的义务	6
第二节 正当防卫的价值	7
一、价值与正当防卫价值	7
二、正当防卫的价值基础	8
三、正当防卫的价值形式：正义与秩序	17
第三节 正当防卫的概念与种类	23
一、正当防卫的概念	23
二、正当防卫的种类	29
第二章 正当防卫成立的条件	33
第一节 正当防卫成立条件概述	33
一、四要件说	36
二、五要件说	36
三、二类条件说	37
四、二方面条件说	37
第二节 正当防卫的前提条件之一： 存在不法侵害	39
一、不法侵害的概念与范围	39

二、不法侵害中的几个特殊问题研究	46
第三节 正当防卫的前提条件之二： 不法侵害正在进行	59
一、不法侵害的发生	60
二、不法侵害的结束	65
三、防卫不适时	68
第四节 正当防卫实施的条件之一： 正当防卫人应具备防卫的意图	72
一、不同观点的对立	72
二、正当防卫主观方面是防卫动机与目的的统一	75
三、正当防卫主观方面也是防卫人认识与意志的统一	78
四、关于偶然防卫	79
五、关于互殴行为	85
第五节 正当防卫实施的条件之二： 防卫行为须针对不法侵害者	87
一、概述	87
二、对物的防卫	88
三、对无责任能力的人的正当防卫	89
四、防卫对象的错误	91
第六节 正当防卫实施的条件之三：防卫行为 没有明显超过必要限度造成重大损害	94
第三章 正当防卫的界线	95
第一节 防卫过当	95
一、防卫过当的本质、范围与特征	95
二、防卫过当的认定	99
三、防卫过当的定罪与量刑	107
四、防卫限度的错误	111
第二节 假想防卫	113

一、假想防卫的概念与范围	113
二、假想防卫的特点	117
三、假想防卫的法律后果	121
四、假想防卫过当	125
第三节 挑拨防卫	130
一、德、日学者对挑拨防卫的学术观点	130
二、我国刑法理论中的挑拨防卫	135
第四节 正当防卫与紧急避险	138
一、正当防卫与紧急避险的共性	138
二、正当防卫与紧急避险的区别	139
第五节 正当防卫与自救行为	142
一、自救行为概述	142
二、正当防卫与自救行为的共同点	143
三、正当防卫与自救行为的区别	144
第六节 正当防卫与类似正当防卫的行为	145
一、关于所谓类似正当防卫的行为	145
二、我国学者的观点	147
第七节 正当防卫与警察执行职务行为	149
一、共性	150
二、区别	150
三、几个特殊问题的研讨	151
第四章 特殊防卫权问题研讨	153
第一节 特殊防卫权概述	159
一、关于特殊防卫概念	163
二、特殊防卫与防卫过当	164
第二节 特殊防卫权的条件	165
一、概述	165
二、如何理解特殊防卫的前提条件	169

第三节 特殊防卫与一般防卫的关系·····	174
一、一般防卫与特殊防卫的相同点·····	174
二、特殊防卫与一般防卫的区别·····	175
第四节 特殊防卫权之立法检讨·····	180
一、肯定说·····	180
二、否定说·····	183
第五节 有关特殊防卫的司法实务问题·····	190
一、特殊防卫权行使的时间条件·····	190
二、对于民事纠纷引发的行凶、杀人等严重 暴力犯罪行为能否行使特殊防卫·····	192
三、关于互殴引发的特殊防卫问题·····	195
主要参考资料索引·····	197
博士论文后记·····	202
出版补记·····	204

第一章 正当防卫的基础理论

第一节 正当防卫权利

一、权利的本质与特征

刑法是以犯罪及刑罚为研究对象的科学，刑法条文多以禁止性规范出现，但同时也以授权性规范的形式规定了正当防卫权，使正当防卫成为公民的一项权利。因而从权利义务的视角研究正当防卫问题，是很有必要的。

权利作为一个客观存在的现实，是在社会历史发展的一定阶段由人类自身创立和发展起来的。但是，作为明确的法学概念，它仅有三百余年的历史。由于法律制度和法律生活中权利对义务的前提性和主导性，几乎所有的法学家都是先解释权利，然后再定义义务，或者把义务隐含在权利概念之中。根据学者研究，外国法学对权利的本质主要有以下几种认识^①：

1. 自由说，即自然权利说。认为权利即自由，凡在自由范围内的行为，即为权利，自然法学派所主张的就是这种学说。
2. 范围说。认为权利为法律允许的人的行为的范围，依此

^① 参见陈云生著：《权利相对论》，中国人民大学出版社1993年版，第3页；张文显著：《法学基本范畴研究》，中国政法大学出版社1997年版，第80页。

说凡法律许可的行为都是权利。

3. 法力说。启蒙思想家洛克、卢梭都把产生某种结果的力量与权利联系起来，这可以说是法力说的先导。到了19世纪，德国法学家梅克尔（Merkel）针对权利自由说与意思说的主观主义缺陷而提出并论证了法力说的权利观。他认为权利的本质是由法律和国家权力保证人们为实现某种特定利益而进行一定行为的“力”，并认为权利是法律赋予权利主体的一种以享有或维护特定利益的力量，义务则是对法力的服从，或为保障权利主体的利益而对一定法律后果所应承担的影响。

4. 可能说。这是前苏联学者的观点。根据该学说，权利乃法律规范规定的有权人作出一定行为的可能性，要求他人作出一定行为的可能性以及请求国家强制力给予协助的可能性。这种可能性的保障就是法律所规定的他人相应的义务。义务是法律所规定的，用国家强制力来保证的一定行为的必要性。

5. 选择说。该说是哈特（Hart）在意志说的基础上阐发的一种权利理论，又称“新意志论”，他认为在权利意味着特定的人际关系中，法律承认一个人（权利所有人）的选择优于他人（义务人）的选择，一个人之所以有权利，就是因为法律承认他所具有的优越选择。

以上观点都在一定程度上揭示了权利的某个或某些要素，包含着对权利的真理性认识，是对权利现象局部性的正确反映。但由于它们过于强调某一要素，致使其他要素成为盲区，从而导致了相当的片面性。

我国法学界关于权利的定义与本质认识在过去曾深受前苏联权利理论的影响，关于权利的概念主要有以下几种表述^①：

1. 权利是法律所确认和保护的法律关系的主体所具有的某

^① 参见张文显著：《法学基本范畴研究》，中国政法大学出版社1997年版，第80页。

种权能；

2. 权利是法律规范所决定的、法律关系主体所享有的作出某种行为的可能性；

3. 权利是法律关系主体的行为尺度；

4. 权利是国家通过法律规定对人们可以作出某种行为的许可和保障。

近年来，我国法学界对权利的本质等问题研究给予了相当的注意，并显示出两个特点：一是较为充分地注意吸收前人的研究成果；二是对权利定义的分析在更深的层次上展开，注意对权利的价值进行分析和判断，并试图把二者结合起来。其中比较有代表性的观点认为权利是规定或隐含于法律规范中，实现于法律关系中的主体以相对自由的作为或不作为的方式获得利益的一种手段^①，并据此认为权利具有以下特征：

1. 作为具有法律性质、效能和特征的权利和义务，是由法律规范明文规定或至少可以从法律规范的精神中推定出来的。在没有得到法律或法律机关承认以前，法外的权利主张只是一种主观要求，没有客观的法律效力。

2. 任何权利都是统治阶级意志的体现，是统治阶级及其所代表的社会价值观念和根本利益的体现，应由统治阶级的观点来确定，这意味着在人们相互冲突的利益与主张中，什么是正当的，应由法律加以承认和保护，以及正当的行为的种类与尺度，最终都取决于统治阶级的意志。

3. 权利与义务都是肯定的，有着明确的界线。其含义有二：首先，权利和义务所体现的利益以及追求这种利益所采取的行为，是被限制在统治阶级根本利益和社会普遍利益之中的；其次，权利与义务也是互为界线的。

^① 参见张文显著：《法学基本范畴研究》，中国政法大学出版社1997年版，第82页。

4. 权利，包括义务，从根本上讲都是手段，而不是目的。其含义也是两方面的，首先，它们是国家分配利益和负担，从而维护统治阶级利益和社会普遍利益，实现阶级统治、公共管理的手段；其次，也是社会成员保障、实现自我利益的手段。

5. 权利与义务相比较，权利具有能动性，法律权利给予权利主体在法定范围内为实现利益要求而表现意志、作出选择、从事一定活动的自由，包括在一定条件下转让、交换或放弃权利的自由。

正当防卫权利也是法律权利的一种，它是刑法规定的公民于国家、公共利益、他人和自己的权益受到正在进行的不法侵害时所享有的损害不法侵害者本人以制止不法侵害的权利。

二、正当防卫权利的特征

作为一种权利，正当防卫有着权利的一般特征，同时，作为刑法赋予公民的权利，它又有着自己的特点。具体地说，正当防卫权利具有以下特征：

(一) 相对性。公民的正当防卫权利的相对性主要表现在正当防卫权的行使有着严格的法定条件，行使正当防卫权必须遵守这些法定条件。正当防卫权的行使条件有起因条件，即不法侵害存在；时机条件，即不法侵害正在进行；对象条件，即必须针对不法侵害者本人实施防卫行为，等等，这就表明正当防卫权具有明显的相对性。

(二) 救济性。有权利即有救济。广义上讲，权利救济包括社会救济与法律救济，后者指法律赋予主体救济权来保障原权，正当防卫权即是在紧急情况下保护合法权益的救济措施。

(三) 手段性。这是正当防卫的一个突出特点，作为一项权利，正当防卫权的实施是为了保护国家、公共利益、本人或他人的人身、财产或其他权利免受正在进行的不法侵害，因之，实施正当防卫，行使正当防卫权利，是为了保护另一项权利；正当防

卫权利只是保护、保障另一合法权益的手段与方法，因此正当防卫权利具有一定的手段性。这使之与其他实体法律权利的实体性有所区别。

（四）动态性。如果说民法上的所有权属于静态权利，债权属于动态权利，那么刑法上公民的正当防卫权相对于公民的生命权、健康权也具有一定的动态性。生命权、健康权等权利是客观存在的，法律只要承认其存在并加以保护即可。主体享受这种权利并不需要作出积极的行为。与此不同的是主体的正当防卫权必须以积极的作为才可以实现，以消极的不作为是不可能实施正当防卫权利的。因此动态性就构成了正当防卫权利的一个特征。

（五）补充性。从根本上讲，刑罚权也是一种防卫权，它是国家防卫社会、保卫人类的手段。一般情况下，对犯罪的惩罚权由国家行使，个人无权处罚犯罪人，而刑法的出现，在一定意义上讲就是要禁止个人复仇而将犯罪的惩罚权完全由国家来行使。国家有义务保护每一个公民不受非法侵害。但是，国家法律在形式上虽然无处不在，但实际上国家刑罚权也有相对性的一面。国家不可能时时处处都能及时保护每一个公民不受非法侵害，因此，在特殊情况下，国家以法律形式授权公民在发生不法侵害的紧急情况下可以行使正当防卫权利，实际上是弥补了国家刑罚权的不足，这对于保护国家、社会及个人权利具有重要意义。因而从某种意义上讲，正当防卫权是对国家刑罚权的补充。

（六）经济性。赋予公民正当防卫权，使公民对于正在发生的不法侵害及时有效地进行防卫，也符合经济原则。试想，如果公民没有正当防卫权，一切不法侵害均须等待国家有关机关处置，国家势必将为本可以以正当防卫解决的不法侵害于事后投入大量人力物力，而其效果与行使正当防卫权相比势必相去甚远。

（七）非程序性。与国家刑罚权相比，正当防卫权的行使具有非程序性的特征。国家行使刑罚权，要受到刑事诉讼法等法律

的严格制约，在调查取证、讯问犯罪嫌疑人、拘留、逮捕、起诉、审判等各环节均必须严格遵守法律规定，违反程序法规定的证据可能无效，程序不合法还可能导致判决的无效。而正当防卫权的行使则仅以符合法定条件为限，并无行使权利的程序上的严格规定。

总之，正当防卫权作为一项公民权利，具有十分丰富的内容，研究正当防卫权利的特征，既可以丰富、充实法律权利理论，也可以深化正当防卫的理论。

三、与正当防卫权利相关的义务

正当防卫权利行使的条件与主体行使正当防卫权利时的义务是不同的，正当防卫权利行使的前提条件有两个：一是有不法侵害存在；二是不法侵害正在进行。也就是说，只要有这两个条件，主体就可以行使正当防卫权。正当防卫权实施的条件有三个，即基于防卫的意图、针对不法侵害者本人实施防卫、防卫行为没有明显超过必要限度造成重大损害。而正当防卫主体行使正当防卫权利的义务，是在主体已经获得权利后所应当承担的义务，权利与义务从来就是相互联系、相互对应的^①。世界上没有无义务的权利，也没有无权利的义务，权利义务在结构上有相关关系，又是对立统一的，一个表征利益，一个表征负担；一个是主动的，另一个是受动的，它们既相互排斥，又相互依存。既然正当防卫权利主体的义务只能理解为行为人获得正当防卫权以后必须承担的义务，那么正当防卫的前提条件即不法侵害存在及不法侵害正在进行就不是正当防卫权利主体的义务。因而就行为人行使正当防卫权利及义务而言，行为人具有、也只能具有于不法侵害正在发生、正在进行时损害不法侵害人以保护国家、公共利

^① 参见张文显著：《法学基本范畴研究》，中国政法大学出版社1997年版，第85页。

益、本人或他人的合法利益的权利，同时又负有以下三项义务：1. 基于防卫的动机与目的；2. 针对不法侵害者本人实施防卫行为；3. 防卫行为不能明显超过必要限度而造成重大损害。其中防卫的主观方面的义务又是纯主观的、非独立的，它贯穿于其他义务之中，其他义务则具有一定的客观性。

就被防卫人而言，其权利义务正好与正当防卫人相对应，被防卫人的义务正好是正当防卫人的权利，正当防卫人的义务又是被防卫人的权利，被防卫人有义务受到正当防卫人的损害行为而不能加以反抗，即对正当防卫行为必须承受，否则可能构成犯罪；但被防卫人有免受超过限度的防卫的权利，只是对防卫人的防卫过当行为不能再进行防卫，因为被防卫人无法根据当时的情况准确判断出防卫人是否防卫过当。造成防卫过当的，防卫人依法也要负刑事责任，但是由国家来行使刑罚权。也就是说，被防卫人免受防卫过当侵害的权利并不体现在他可以就防卫过当再进行防卫，而是体现在由国家运用刑罚权来处罚防卫人的防卫过当行为，以维护被防卫人不应受到损害的那部分合法权利。

因此，正当防卫成立的条件的内涵要大于正当防卫权利主体的义务，正当防卫权利主体的义务不包括正当防卫的前提条件，因为权利尚未产生，义务也就无从谈起。总之，以上区别体现了对正当防卫问题的不同研究视角。多视角讨论正当防卫问题有利于揭示正当防卫的本质特征，丰富正当防卫理论。

第二节 正当防卫的价值

一、价值与正当防卫价值

哲学的价值论是关于一般价值的理论，主要研究价值的本质、属性、构成、生成及价值分类、价值评价问题。在研究正当防卫价值之前，有必要首先涉及一般价值。由于价值论自20世