

正当防卫中的 不法侵害

张 宝 / 著

THE UNLAWFUL INFRINGEMENT
OF
SELF-DEFENSE

诠释不法侵害内涵，夯实正当防卫认定基础
为解决司法实务中的重点、疑难问题提供有益视角



法律出版社 | LAW PRESS

正当防卫中的 不法侵害

张 宝 / 著

THE UNLAWFUL INFRINGEMENT

SELF-DEFENSE

图书在版编目(CIP)数据

正当防卫中的不法侵害 / 张宝著. -- 北京 : 法律出版社, 2019

ISBN 978 - 7 - 5197 - 4012 - 2

I. ①正… II. ①张… III. ①正当防卫—研究—中国
IV. ①D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2019)第 237161 号

正当防卫中的不法侵害

ZHENGDANG FANGWEI ZHONG DE BUFA QINHAI

张 宝 著

策划编辑 杨大康

责任编辑 杨大康

装帧设计 鲁 娟

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 天津嘉恒印务有限公司

责任校对 王晓萍

责任印制 吕亚莉

编辑统筹 法律应用出版分社

开本 710 毫米×1000 毫米 1/16

印张 18.75

字数 258 千

版本 2019 年 11 月第 1 版

印次 2019 年 11 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/ jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/400-660-8393

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-8393/6393

第一法律书店/010-83938432/8433

上海分公司/021-62071639/1636

西安分公司/029-85330678

深圳分公司/0755-83072995

重庆分公司/023-67453036

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 4012 - 2

定价:79.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

《正当防卫中的不法侵害》，是作者在其同名博士论文的基础上几经修改而成的研究正当防卫问题的专著。在该书由法律出版社出版之际，作者请我为该书作序，作为其博士研究生期间的指导老师，我当然乐意为之。

对于博士论文选题，我始终有两个基本主张：一是选择刑法基础理论进行研究，坚持从“源头”做起；二是选题尽可能微观些，倡导“小题大做”，厚积薄发。因为只有对刑法基础理论进行深入研究，才能在很多刑法争议问题上正本清源，而“小题大做”则可以在很大程度上避免空谈，写出具有理论深度的论文。

按照这样的要求，经与其反复磋商讨论之后，张宝博士决定以《正当防卫中的不法侵害》作为其博士论文题目。但在其题目确定之后，我却又有些不放心的——因为，不仅正当防卫是一个古老的刑法学问题，而且不法侵害更是正当防卫中的一个微观问题，除非具有深厚的知识积累，再加上攻坚克难的创造性劳动，否则，让一个古老刑法问题中的微观问题焕发出盎然新意将是十分困难的。好在天道酬勤，经过漫长而艰苦的写作煎熬，张宝博士终于完成了二十多万字的博士论文。

在其博士论文中，张宝博士不仅从刑法教义学视角对作为正当防卫前提的不法侵害进行了鞭辟入里、抽丝剥茧的深入分析，而且很好地回应了司法实践，对司法实务中部分具有争议的热点案件进行了相当细致的阐述，更难得的是，在前人研究的基础上，针对不法侵害的理论与实践问题，张宝博士也在不少地方提出了自己独特的观点和主张。例如，关于不法侵害的性

质,鉴于主观违法论、纯粹客观违法论固有的缺陷及我国主客观相统一违法性理论存在的问题,他提出只有立足修正的客观违法论,才能正确界定不法侵害的性质;而关于不法与违法的关系,则主张应对二者严格区分,倡导构建客观不法概念;提出“不法”属于客观范畴,“违法”则属于主客观相统一范畴,犯罪成立需要综合主客观两个层面,但认定正当防卫中的不法侵害则只需满足客观的不法已足;这种将“不法”与“违法”进行适当分离的见解对于解决正当防卫理论与违法性理论之间的冲突具有相当重要的意义。再如,针对紧急避险行为的防卫性问题,张宝博士明确提出,由于紧急避险行为的正当化根据在于社会连带义务,只具有相对的合法性。因此对紧急避险行为是否可以正当防卫应坚持二元化划分:对财产法益、自由法益及较轻的健康法益造成损害的避险行为,由于完全处于社会连带义务范围内,因此具有完整合法性,不允许对其实施正当防卫;对生命法益和重大健康法益造成损害的避险行为,由于已经超出社会连带义务范围,因此只具有相对合法性,可以对其实施正当防卫,应该说这种见解很具有新意。除此之外,其关于不法侵害开始应以“预备最后阶段说”为标准以及关于自招侵害场合正当防卫认定标准如何把握等也颇值得认可;等等。

博士毕业后,尽管有留在北京某高校工作的机会,但由于各种原因,张宝博士最终还是回到了古都洛阳,成为河南科技大学法学院的一名老师,继续从事刑法学的教学和研究工作。虽然平时教学工作繁忙,但他对正当防卫理论与实践问题研究的热情却并未减少。尤其是近年来,正当防卫的司法实践也发生了一些重大变化。一些典型案件,如“于欢故意伤害案”“昆山反杀案”等不仅在社会上引起轩然大波,而且案件处理过程本身也暴露了我国正当防卫司法认定中存在的种种问题,这更激起了张宝博士对正当防卫问题进行持续研究的兴趣,2017年,他以“正当防卫司法判断机制完善研究”为题目成功申报中国法学会部级课题,并于2018年顺利结项。在系统的实证研究基础上,他提出的多项建议,对于完善当前我国正当防卫司法判断机制具有重要的现实意义。更难能可贵的是,他在教学之余,结合当前正当防卫最新理论研究动向,以及最高司法机关出台的正当防卫的指导性案例,又

对课题成果进行了修改完善,并最终将其吸收到这本专著当中,从而使得该书的体系更加完善。

当然,本书中也存在一些值得再进一步推敲与完善之处。例如,在不法侵害判断标准的建构中,针对判断立场,其提出应当以社会一般人认识为标准,但这一标准如何在诉讼程序中彻底贯彻,作者并未进一步明示。不过瑕不掩瑜,总体而言,该专著可以说是我国刑法学界关于正当防卫研究方面较为新颖和有理论深度的研究成果之一。

卡夫卡曾言:“目的是有,道路却无,我们谓之路者,乃踌躇也。”在今后的学术道路上,唯愿张宝博士再接再厉、继续奋发图强,通过不懈努力写出更好的学术作品!

谢望原 于中国人民大学法学院 918 室

2019 年 9 月 1 日

前言

不法侵害,是指作为正当防卫前提要件的,由人违反法律规定实施的对法律所保护的权益与秩序造成的紧迫性的客观危害。在性质上,鉴于主观违法论及纯粹客观违法论的固有缺陷与不足,只有立足修正的客观违法论才能正确界定不法侵害的性质。在内容上,“不法”属于客观范畴,相对于整体法秩序而存在,具有程度轻重不等现象;“违法”属于主客观相统一的范畴,相对于法规范而存在,不具有程度上的差异。犯罪成立需要同时满足主客观要件,但认定正当防卫中的不法侵害则只需满足客观的不法已足。通过将不法与违法概念的适当分离,有助于解决正当防卫理论与违法性理论之间的冲突与紧张,实现正当防卫理论体系上的协调与顺畅。

面对无责任能力者实施的不法侵害,先行回避不是法律义务,防卫行为人即使明知侵害者无责任能力,仍可在不回避的情形下实施正当防卫。对于无责任能力者的特殊保护,可以通过对防卫限度要件进行适度扩大性解释的方式实现。正当防卫中的“国家法益和社会法益”应作限缩性解释,单纯对公共法益侵害的防卫由于属于国家公共管理范畴,因此不应由公民个人承担。只有当对国家法益和社会法益的侵害同时也侵害了个人法益,即所侵害的国家法益和社会法益本身也是为了保护个人法益,且可以还原成个人法益时,才可以对不法侵害行为实施正当防卫。由于紧急避险的正当化根据在于社会连带义务,因此只具有相对的合法性。据此,对紧急避险行

为的防卫性问题应坚持二元化划分,即对财产法益、自由法益及较轻的健康法益造成损害的避险行为,由于其完全处于社会共同体成员间社会连带义务范围之内,因此具有完整的合法性,不允许对其实施正当防卫;但对生命法益和重大健康法益造成损害的避险行为,由于其已超出社会共同体成员间社会连带义务范围,因此只具有相对的合法性,可以对其实施正当防卫。基于“正对正”的基本构造,对正当防卫本身不能再实施正当防卫,但对防卫过当却允许实施正当防卫。

关于不法侵害的判断标准,只有构建不法侵害的“情境”判断模式,即假设一个具有正常理性与判断能力的社会一般人,置身于行为时的客观环境,由其判断是否存在正在进行的不法侵害,如能得出肯定回答,则应肯定不法侵害的现实性;否则,则应否认不法侵害的现实性。在内容上,“情境”判断标准是事前判断而非事后判断;是以社会一般人的认识为标准判断而非以裁判者的认识为标准判断;是以行为时客观存在的全部事实为对象判断而非仅仅以事后查明的证据事实为对象判断。

不法侵害是否开始应当以“预备最后阶段说”为标准。认定不法侵害紧迫性应立足客观判断立场,行为人是否已经实际预见到不法侵害,不影响不法侵害的客观性判断。自招侵害的场合,除了防卫挑拨不具有防卫意图,不能成立正当防卫之外,其他自招侵害的场合,都存在成立正当防卫的空间及余地。防卫效果发生于第三者时,既可能成立故意犯罪和过失犯罪,也可能是意外事件或紧急避险;但在侵害者利用第三人之物或身体实施侵害的场合,被害人的反击行为一律成立正当防卫。

当前,不法侵害的司法判断异化日渐严重,至少存在对不法侵害的理解过于狭隘、对“不法侵害正在进行”的解读过于机械、“互殴”扩大化趋势严重等问题。导致这一问题的成因包括对正当防卫的权利属性认识不够、过度强调防卫行为与侵害行为之间的结果衡量、证明责任制度空白、裁判者缺乏必要的责任担当等。克服不法侵害司法判断异化需要从司法理念、司法制度及司法技术等多个层面做出努力。第一,需要进一步强化正当防卫的权利属性;第二,需要强化利益衡量的实质判断和规范判断;第三,建立完善的

证明责任制度;第四,消除“死者为大”及实用理性主义影响;第五,强化裁判者责任担当;第六,出台不法侵害司法判断的司法解释;第七,出台不法侵害司法判断的指导性案例。

目 录

导 论 / 1

第一节 研究缘起:对我国正当防卫中不法侵害
理论与实践的困惑 / 1

第二节 研究目的:探索适合我国的不法侵害判
断标准及模式 / 2

第三节 体系结构 / 2

第四节 研究方法 / 6

一、比较的研究方法 / 6

二、规范分析的方法 / 7

三、理论联系实际的方法 / 7

第一章 不法侵害的基础理论 / 8

第一节 不法侵害的概念及特征 / 8

一、不法侵害的概念 / 8

二、不法侵害的特征 / 10

第二节 不法侵害的性质探析 / 15

一、域外对不法侵害的性质界定 / 15

二、我国对不法侵害的性质解读 / 19

三、本书立场 / 21

第三节 不法与违法关系之辩 / 25

一、学说之争 / 25

二、本书立场 / 29

第二章 不法侵害的具体范围 / 36

第一节 不法侵害的基本范围 / 36

一、不作为侵害行为与不法侵害 / 36

二、过失侵害行为与不法侵害 / 41

三、无责任能力人实施的侵害行为与不法侵害 / 45

第二节 不法侵害的延展范围 / 60

一、侵害公共法益行为与不法侵害 / 60

二、紧急避险与不法侵害 / 67

三、正当防卫与不法侵害 / 80

第三章 不法侵害的判断标准 / 89

第一节 问题的提出 / 89

第二节 英美法系中不法侵害的判断标准 / 91

一、学说概览 / 91

二、理论评析 / 92

第三节 大陆法系中不法侵害的判断标准 / 95

一、学说概览 / 95

二、理论评析 / 100

第四节 我国理论及实务两界对不法侵害的判断标准 / 104

一、理论学说 / 104

二、实务主张 / 106

三、综合评析 / 112

第五节 不法侵害情境判断标准的理论建构 / 121

- 一、判断时间:事前判断 / 122
- 二、判断立场:以社会一般人认识为标准判断 / 127
- 三、判断对象:以行为时全体客观事实为对象判断 / 133
- 四、本书立场的具体应用 / 134

第四章 不法侵害的司法认定 / 139

第一节 不法侵害的紧迫性认定 / 139

- 一、不法侵害的开始 / 139
- 二、不法侵害的结束 / 149
- 三、预期侵害与紧迫性认定 / 160

第二节 特殊防卫中不法侵害的认定 / 169

- 一、行凶的认定 / 170
- 二、杀人、抢劫、强奸、绑架的认定 / 177
- 三、其他严重危及人身安全的暴力犯罪的认定 / 182

第三节 可归责于己的不法侵害的认定 / 186

- 一、自招不法侵害与正当防卫 / 186
- 二、相互毆斗与正当防卫 / 196

第四节 第三人防卫与不法侵害的认定 / 202

- 一、问题的提出 / 202
- 二、防卫结果发生于第三者的场合 / 203
- 三、侵害者利用第三人之物的场合 / 209
- 四、侵害者利用第三人身体的场合 / 212

第五章 不法侵害司法判断的异化与纠偏 / 215

第一节 不法侵害司法判断异化的现状描述 / 215

- 一、对不法侵害的理解过于狭隘 / 215
- 二、对“不法侵害正在进行”的解读过于机械 / 219
- 三、“互毆”扩大化趋势严重 / 221

第二节 不法侵害司法判断异化的成因分析 / 224

- 一、对正当防卫的权利属性认识不够 / 224
- 二、过度强调防卫行为与侵害行为间的结果衡量 / 226
- 三、证明责任制度空白 / 228
- 四、“死者为大”观念及实用理性主义思维影响 / 231
- 五、裁判者缺少应有的责任担当 / 233

第三节 不法侵害司法判断异化纠偏的制度建构 / 235

- 一、强化正当防卫权利属性,重申“正无需向不正低头” / 235
- 二、强化利益衡量的实质判断和规范判断 / 240
- 三、建立完善的证明责任制度 / 245
- 四、消除“死者为大”观念及实用理性主义影响 / 249
- 五、强化裁判者的司法责任担当 / 252
- 六、出台不法侵害司法判断的司法解释 / 255
- 七、出台不法侵害司法判断的指导性案例 / 259

结 论 / 265

参考文献 / 269

后 记 / 285

导 论

第一节 研究缘起:对我国正当防卫中 不法侵害理论与实践的困惑

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。^{〔1〕}为对付不法侵害而仅仅进行自卫不应受到制裁,或者应当从轻处罚,从来就是基本的公义。受古老的希腊传统影响,西塞罗甚至认为正当防卫体现了一种自然法的原则。^{〔2〕}在西方,作为正当化的自我防卫观念,如果不是更早的话,便来自于圣经的经典表述,《出埃及记》第22章第1节写道:当小偷破门而入时,杀死小偷不必付出血的代价。这里暗示的是,这是一种正当化与合法化的杀人。^{〔3〕}因此,作为正当化事由的重要类型,正当防卫无疑是一个古老的刑法问题,同时随着研究的持续升温,其也正成为近年来最受全球关注的刑法基础理论问题之一。在正当防卫的基础理论上,无论以德日为代表的大陆法系,还是英美法系都展开了如火如荼的深入探讨。但遗憾的是,自我

〔1〕 参见陈兴良:《正当防卫论》(第2版),中国人民大学出版社2006年版,第2页。

〔2〕 参见[法]卡斯东·斯特法尼等:《法国刑法总论精义》,罗结珍译,中国政法大学出版社1998年版,第352页。

〔3〕 参见[美]乔治·P.弗莱彻:《刑法的基本概念》,蔡爱惠等译,中国政法大学出版社2004年版,第171页。

国 1997 年《刑法》对正当防卫制度修订以来,我国刑法中正当防卫的基础理论研究便几乎未再取得实质性突破与进展。尤其是对作为正当防卫基本前提的不法侵害的研究更是不够深入,在诸如不法是否等于违法、不法侵害在性质上究竟是主观不法,还是客观不法,抑或是二元不法、不法侵害范围如何界定、不法侵害的判断标准究竟是什么、在认定不法侵害的司法实践中对各种理论学该如何取舍,才能使认定结果既符合规范逻辑,又符合经验事实,从而确保判决结果客观、公正等问题上,理论上仍然存在诸多模糊地带。这一理论现状的直接后果是造成实践中不法侵害认定上的模糊不清,进而影响正当防卫成立与否的正确判断,最终严重制约了正当防卫权利的充分行使。基于此,本书拟围绕以上诸问题展开深入研究,并试图提出己见,以期为推动我国刑法中正当防卫制度的理论研究做出些许贡献。

第二节 研究目的:探索适合我国的不法侵害判断标准及模式

基于我国刑法中正当防卫制度的研究现状,澄清不法侵害理论研究上的模糊认识,构建不法侵害科学的判断标准,为司法实践提供规范指导,已成为正当防卫理论研究的首要任务。基于此,笔者以“正当防卫中的不法侵害”为选题,在对不法侵害相关文献进行系统梳理及研究的基础上,紧紧围绕正当防卫中不法侵害理论所涉及的基本问题展开论述。通过对不法侵害的基础理论、存在范围、判断标准等问题的深入研究,在澄清认识的基础上试图提出适合我国国情的不法侵害判断标准与模式,进而构建一个既有利于社会保护,又有利于人权保障的正当防卫制度。

第三节 体系结构

本书在体系上遵循的基本逻辑是:从形式到实质,从一般到个别,即首

先在形式上界定刑法中不法侵害的概念、特征、性质及与违法的关系等,之后对相关具体问题展开实质分析;其次在对不法侵害基础理论进行细致分析的基础上,构建不法侵害新的判断标准与模式;最后将该标准彻底贯彻到具体司法实践当中,指导司法审判实务。基于此,本书的体系结构编排如下:

第一章不法侵害的基础理论,着重对不法侵害的相关基础理论进行梳理。首先界定不法侵害的概念及特征;同时对不法侵害的性质进行厘定,为之后的研究做好理论铺垫;最后重点阐述“不法”与“违法”之间的关系,以此为基础提出“不法”属于客观范畴,相对于整体法秩序而存在,具有程度轻重不等现象;“违法”则属于主客观相统一范畴,相对于法规范而存在,不具有程度上的差异,因此有必要对二者进行区分。在不法侵害的性质界定上,主观违法论与纯粹的客观违法论都存在一定缺陷与不足,难以实现理论自洽,只有立足修正的客观违法论才能准确界定不法侵害的性质。

第二章不法侵害的具体范围,以基本范围与延展范围为单位对不法侵害的外延进行阐述,着重阐述过失侵害行为与不法侵害、不作为侵害行为与不法侵害、无责任能力者实施的侵害行为与不法侵害、危及公共法益的侵害行为与不法侵害、紧急避险和正当防卫与不法侵害等问题。重点提出,面对无责任能力者实施的不法侵害,先行回避不是强制性义务,防卫行为人即使明知侵害者无责任能力,仍可在不回避的情形下对其实施正当防卫。但无责任能力者实施的侵害行为毕竟不同于一般意义上的不法侵害,因此立法上仍然应当体现对未成年人等无责任能力者的特殊保护。据此笔者提出,可以通过对防卫限度要件进行适度扩大性解释的方式实现这一要求,即通过扩大性解释使对无责任能力者的防卫限度在内容上,不仅包括一般意义上的侵害行为与防卫手段在强度等方面的权衡,而且还包括有无防卫的必要性。在具体认定上,首先应立足行为当时的具体客观环境,判断有无实施正当防卫的必要,如果缺乏防卫的必要性,则不得对其实施正当防卫,即必须先行躲避。其次如果存在防卫的必要性,则当然允许实施防卫,但是在防卫手段上,原则上首先应禁止采取具有致命性暴力及严重损害无责任能力者身体健康的防卫手段,只有在确实无法通过采取其他防卫手段有效保护

合法权益时,才允许伤及无责任能力者的生命或严重损害其身体健康。通过这种对防卫限度条件的改造,既消除了防卫行为人的躲避义务,使其可以自由地行使防卫权利,充分有效地保护其合法权益;又使得对无责任能力者的防卫行为受到一定程度的约束和限制,使其与对社会一般人的正当防卫区别开来,为无责任能力者提供最大限度的刑法保护。在针对侵害公共法益的不法侵害行为的正当防卫问题上,对正当防卫中的“国家法益和社会法益”应作限缩性解释,即单纯对公共秩序或整个法秩序的侵害的防卫不应由公民个人承担,而应当属于国家公共管理范畴,只有当对国家法益和社会法益侵害的同时也侵害了个人法益,即所侵害的国家法益和社会法益本身也是为了保护个人法益,且可以还原成个人法益时,才可以对不法侵害行为实施正当防卫。对正当防卫而言,由于其具有绝对合法性,因此不允许对其实施防卫;但防卫过当由于具有一定程度的违法性,因此得以对其实施正当防卫。就紧急避险而论,由于其正当化根据在于社会连带义务,因此仅具有相对的合法性。据此,在能否对紧急避险实施正当防卫问题上应当坚持二元划分,即针对财产法益、自由法益及较轻的身体健康法益造成损害的避险行为,由于其完全处于社会共同体成员所应承担的社会连带义务范围之内,因此具有完整的合法性,受害人负有容忍义务,不得对其实施正当防卫。但对于生命法益和重大身体健康法益造成损害的避险行为,由于其已经超出社会共同体成员所应承担的社会连带义务范围,不再是合法的紧急避险,因此受害人没有绝对容忍义务,可以对其实施正当防卫。同时对于避险过当行为,由于其本身就是不法侵害行为,因此当然可以对其实施正当防卫。

第三章不法侵害的判断标准,重点对域外刑法理论中不法侵害判断的理论学说及我国理论与实务两界认定不法侵害的具体主张进行梳理,在此基础上构建新的不法侵害标准与模式,即以修正的客观违法论为基础,以行为时全部客观事实为对象,以一般人认识为标准的事前判断模式。进而提出,正当防卫中不法侵害的判断是事前判断而非事后判断;是社会一般人的判断而非裁判者即法官的判断;是以行为时的全部客观事实为对象的判断而非仅仅以事后查明的证据事实为对象的判断。