

浅谈正当防卫侵害行为的范围 PDF转换可能丢失图片或格式
， 建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E6_B5_85_E8_B0_88_E6_AD_A3_E5_c122_484752.htm 我国《刑法》第20条第1款规定，为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其它权利免受正在进行的不法侵害的行为，对不法侵害造成损害的，属于正当防卫，不负刑事责任。第3款规定，对正在行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架及其它严重危及人身安全的暴力犯罪，采取防卫行为，造成不法侵害人伤亡的，不属于防卫过当，不负刑事责任。故此，我国刑法将正当防卫分为一般正当防卫与特别正当防卫两类，两类正当防卫的对象即侵害行为的范围是不同的，需要分别加以研究。 一、一般正当防卫中不法侵害的范围 就一般正当防卫中不法侵害的范围，刑法理论上的争议主要围绕以下三个方面：1、不法侵害仅指犯罪侵害还是也包括违法侵害；2、不法侵害是否包括过失犯罪；3、不法侵害是否包括不作为犯罪。我们认为上述几种犯罪行为说是错误的。刑法关于正当防卫对象犯罪的规定是“不法侵害”而非犯罪侵害，将不法侵害限于犯罪并无法律依据，1997年修订刑法在第20条第1款和第3款分别使用“不法侵害”和“犯罪”不同的用语更加证明了这一点；从实践操作来看，“违法犯罪说”对“犯罪行为说”的批评是非常中肯的。“犯罪行为说”担心不将“不法侵害”的范围限于犯罪行为会扩大打击面是有一定积极意义的，但是它没有看到正当防卫有着严格的法定条件，不法侵害只是正当防卫的前提条件，符合正当防卫的前提条件不等于就属于正当防卫，正当防卫的限度条件就起着防止权利滥用的作用

。“有限制的违法犯罪说”看似面面俱到，实则思维逻辑存在问题。该学说采取在一般违法行为中区分出能够予以正当防卫的违法行为与不能予以正当防卫的违法行为，从结论上看似乎有合理性，实际上则是在肯定一般违法行为也可以予以正当防卫的前提下，把进一步审查防卫行为是否成立的思维过程误作违法行为的区分过程，且不说这两种思维过程所要考虑的标准就根本不同，即使就实际操作而言也是不可能的。当然不是所有的一般违法行为都可以予以正当防卫，但是犯罪行为又何尝不是这样呢？持此说者为什么不在犯罪行为中也区分出可以予以正当防卫的犯罪行为与不可以予以正当防卫的犯罪行为呢？犯罪行为纷繁复杂，没必要且根本不可能作这种分类，违法行为较之犯罪更是复杂多样，因此这种分类根本没有讨论的价值。肯定不法侵害包括一般违法行为而不限于犯罪行为既有法律依据，又属逻辑必然；至于对于某一具体的一般违法行为实施防卫是否成立正当防卫则要根据正当防卫的多个要件具体分析。综上所述，在“不法侵害”的范围上，我们主张违法犯罪说，即既包括违法行为，又包括犯罪行为，但是我们反对把这种观点称为“无限制的违法犯罪说”。

二、特别防卫中侵害行为的范围

1997年《刑法》第20条第3款规定了特别防卫制度，根据该款规定，特别防卫行为只能是针对行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪，因此对于特别防卫行为只能针对犯罪性侵害而不包括违法侵害，理论上不存在争议。但是在具体确定特别防卫对象范围时，仍有一些问题需要研究。

1、“行凶”的含义。

行凶本非法律用语，因此对《刑法》第20条中使用“行凶”一语，学者多持否定态度。一般

认为，行凶就是故意实施的危及他人生命、健康的暴力犯罪行为。它作为一种犯罪手段，可以包括多种危及人身安全的暴力形式，如故意杀人、故意伤害、聚众斗殴等。由此可见，行凶既非一个罪名，又涵盖多种暴力手段，而法条已把故意杀人单独规定了，剩下的故意伤害、聚众斗殴等暴力程度差别很大，显然不能都予以特别防卫，所以法律规定存在立法技术上过剩的缺陷。我们认为，比较好的解决办法是在处理此类案件时，尽可能地将侵害行为具体化到刑法列举的犯罪中，或者归入“其他严重危及人身安全的暴力犯罪”，能不以“行凶”认定就尽量避免之。

2、“杀人、抢劫、强奸、绑架”犯罪的理解。《刑法》第20条第3款中明确列举了四种犯罪，但这里究竟应该将之理解为四种犯罪本身呢，还是指四种犯罪中具有严重危及人身安全特征的具体情形，还是值得研究的。从字面意思来理解，似乎是指四种犯罪行为，即“严重危害人身安全的”这一修饰语是对犯罪种类的限制而非对犯罪情节的限制。但是从刑法设立特别防卫权的目的来看，这种理解显然打击面太大。因为显然有很多上述犯罪行为由于手段的特殊性而不具有严重危及人身安全的性质，而且从防卫的必要性来考虑，确实不宜以杀伤的方式进行防卫。如有的学者认为，对于抢劫犯罪以非暴力手段或仅仅是以威胁等手段实施的，并且财产标的也不是数额巨大，不应允许实行特别防卫。我们认为不仅仅是抢劫罪，杀人、强奸、绑架罪都可以使用特别的非暴力手段来实施，也有学者认为杀人本身就是暴力手段，不能将暴力仅理解为物理强制，非法剥夺他人生命就是暴力。我们不同意这种观点。比如以投毒的方式杀人；以麻醉的方法绑架；趁妇女昏睡之机冒充

其丈夫进行强奸等，对于这些犯罪如果一律主张实行特别防卫显然是不妥当的。所以我们主张把“严重危及人身安全的”这一修饰语理解为对暴力犯罪情形的选择性修饰，即《刑法》第20条第3款所列举的四种犯罪宜理解为四种犯罪中具有严重危及人身安全性质的情形，虽然属于上述四种犯罪，但由于手段的特殊性而不具有对人身安全侵害的紧迫性的，不宜列为特别防卫的对象。总而言之，我们认为对特别防卫行为而言，除了属于刑法列举的犯罪种类以外，还应当具有严重危及人身安全的现实紧迫性。当然，强调这一点是为了防止特别防卫权的无限扩大与滥用，应当看到，杀人、强奸、抢劫、绑架等犯罪行为是性质最为严重的一些犯罪，一般来说都是具有严重危及人身安全的紧迫性的，上面所举的例外仅是一些特例，提出这些特例是为了说明在实践中应当注意并不是只要针对上述犯罪就绝对地毫无例外地可以进行无过当防卫，因此在对这些例外进行认定时一定要极为慎重，既要防止打击面过大，也要防止权利的滥用。另外，我们认为《刑法》第20条第3款中规定的杀人、抢劫、强奸、绑架犯罪既包括典型的这四类犯罪，还包括刑法分则中虽以其他罪名定罪，但包含杀人、抢劫、强奸、绑架内容的犯罪。比如就杀人而言，除了故意杀人罪以外，放火、爆炸等危害公共安全犯罪也可能严重危及他人人身安全（单纯只是给财产造成公共危险的不包括在内）；抢劫除了抢劫罪以外，其他以抢劫为手段的诸如抢劫枪支、弹药、爆炸物罪等也可以予以特别防卫；强奸除了强奸罪外，奸淫幼女罪当然应当包括在内，另外如拐卖妇女犯罪中有强奸行为的、强迫卖淫罪中之“强奸后迫使卖淫的”等情形依照《刑法》有关规定，都不以

强奸罪实行并罚，但这些犯罪应当允许进行特别防卫；就绑架罪而言，《刑法》第240条第5项规定，以出卖为目的，使用暴力、胁迫或者麻醉方法绑架妇女、儿童的以拐卖妇女、儿童罪定罪处罚，这种情形自然也应允许特别防卫。《刑法》第20条第3款中的杀人、抢劫、强奸犯罪除了典型犯罪形态外还应包括转化型犯罪情节。如《刑法》第238条第2款非法拘禁罪中使用暴力致人伤残、死亡的，以杀人、伤害罪定罪处罚；《刑法》第247条刑讯逼供罪、第248条体罚、虐待被监管人员罪等中也都有类似规定，对于上述这些转化型犯罪，也应当可以予以特别防卫。

3、“其他严重危及人身安全的暴力犯罪”的范围。《刑法》第20条第3款除了明确列举四类犯罪外又使用了这一概括性用语，我们认为这一用语包含以下三层意思：（1）属于暴力犯罪。所谓暴力犯罪是指对被害人的身体直接实施强制或打击，对于那些虽然也侵害被害人人身权利，但不以暴力为手段的，不能实行特别防卫。（2）属于危及人身安全的犯罪。人身安全应当是指人的生命权、健康权、自由权利、性的权利等。不危及人身安全的犯罪不是特别防卫行为的对象。只要行为人实施的犯罪行为的客体含有人身权利内容即可，而不要求必须以人身权利为单一侵害客体，因此对于危害公共安全的犯罪只要不是纯粹危害财产权利而包括人身权利的，也可以予以特别防卫。（3）必须是严重危及人身安全的暴力犯罪。从《刑法》的规定来看，应当是与杀人、抢劫、强奸、绑架犯罪的严重程度具有相当性的一些犯罪，如劫持航空器罪、劫持船只、汽车罪、暴动越狱罪、聚众持械劫狱罪等。

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com