

论刑法中的特殊防卫权

耿 直

(厦门大学法律系, 福建厦门 361005)

摘要:特殊防卫权作为新刑法中增设的一种排除犯罪性行为的特殊的权利,要准确把握其内涵、理论基础、构成条件等,以促其在司法实践中进行合理、准确地适用。

关键词:刑法;特殊防卫权;理论基础;认定

中图分类号:D924 文献标识码:A 文章编号:1671-4784(2003)01-0042-03

正当防卫作为法律赋予公民的一项权利,是为了使公共利益、本人或者他人的人身或其它权利免受正在进行的不法侵害,对实施侵害的人所采取的必要防卫行为。^[1]根据新刑法第20条第3款的规定,对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其它严重危及人身安全的暴力犯罪,采取防卫行为,造成不法侵害者伤亡的,不属于防卫过当,不负刑事责任。在新刑法中增设这样的一项特殊的防卫权,表明新刑法关于正当防卫的规定更注重的是对防卫人的保护,有助于提高公民同违法犯罪行为作斗争的积极性,有助于司法人员对正当防卫的必要限度作出合理、准确的判断。

一、特殊防卫权的内涵

所谓特殊防卫权,是相对于一般防卫权而言的。从国外立法例考虑,特殊防卫权通常适用于以暴力手段对他人人身权利实施的不法侵害,对此类不法侵害,防卫人可采用较为激烈的防卫方式,即便造成不法侵害者伤亡,也不负刑事责任。作为正当防卫特殊形式的特殊防卫行为,尽管有其特殊性,但还必须在正当防卫一般原理的指导下进行,否则就不属于正当防卫的范畴。笔者认为该款实际包括2层意思:

一是针对严重危及人身安全的暴力犯罪采取的防卫行为,可以致侵害者死亡,不属防卫过当。也就是说,对其它类型的不法侵害采取的防

卫行为,则不能达到致侵害者伤亡的程度,如果伤亡了,则属防卫过当。有论者认为,在一般正当防卫行为中,防卫者也可以根据实际情况而致侵害者于死地而不视为防卫过当。这种说法不妥,且不说国外刑法一般不允许对侵犯公民个人利益之外的犯罪进行正当防卫。即使就我国刑法而言,既然限定了只能针对某种侵害可以采取致侵害者于死地的规定,那么除此之外就不应有所例外,否则就失去了特别规定的意义。当然,其它犯罪中如果涉及有行凶、杀人等暴力行为,则另当别论。

二是防卫权不是无限的。该款是对本条一、二款的补充,或者说是某些特殊情况的进一步强调、明确。修订后的刑法第20条前两款规定:“为了使国家公共利益,本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害,而采取的制止不法侵害的行为,对不法侵害人造成损害的,属于正当防卫,不负刑事责任。”“正当防卫明显超过必要限度造成重大损害的,应当负刑事责任,但是应当减轻或免除处罚。”其立法宗旨在于使第2款规定更具有操作性,以便于实际操作部门在处理特殊防卫案件时,更准确地把握第2款所规定的“明显超过必要限度造成重大损害”的真谛所在,尤其是不能受不法侵害者伤亡这一损害结果的影响。也就是说,该款不是独立存在的,而是在

收稿日期 2003-02-15

作者简介 耿直(1981-),男,山东沾化人,厦门大学法律系。

一、二款原则规定的指导下，发挥其特殊性的。他们之间的关系表现为补充和被补充、一般和个别的关系，即对此类严重危及人身安全的暴力犯罪采取的防卫行为，不能不分轻重，一律采取致侵害人于死地的方式。即在此类场合下，仍有防卫过当存在之余地，或者说，致侵害者伤亡的行为也必须是在不得已的情况下才允许实施的。

二、特殊防卫权的理论基础

(一) 关于特殊防卫权的理论争议

对于该款规定，在学术界不有同称呼，诸如无过当防卫、无限防卫、特殊防卫、预防性正当防卫等等。^[12]其中无限防卫说似乎已成为通说。该说认为，在刑法第20条第3款限定的犯罪范围内，公民行使正当防卫权，反击不法侵害人时所采取手段的强度没有限制，其中包括任何足以致不法侵害人于死地的手段。按照该观点，只要是针对该类不法侵害实施的正当防卫，即使该不法侵害的程度轻微，亦可对之采取致其于死地的防卫措施。按这样理解，笔者认为“无限”过于绝对。因为：

首先无限防卫权会引起国家责任的不恰当转移，从而有破坏法律的危险。^[13]无论社会如何发展，惩治犯罪，保护合法权益始终是国家的责任，而不是公民的义务。因而，国家将无限防卫权交给公民，表面上看，扩大了公民的防卫自由，但在这种权力的下放和转移的背后隐藏什么呢？是国家责任的逃避，是国家的软弱和法律的无能。如若那样，与其说是法制进步，不如说是法治的悲哀。

其次，无限防卫权可能导致新的不法，进一步激发严重的暴力犯罪。^[14]刑罚和防卫从外在的表现形式来看，都是对犯罪的一种侵害。可是刑罚代表的是一种基于普通意志所产生的对犯罪的报复，而防卫作为防卫人个人主观意志的行为，多少是防卫人仇恨心理的一种宣泄。无限防卫权会误导防卫人的防卫，直至置被防卫人于死地。这些是法律对血腥复仇的公开认可和纵容，法律在制止一种暴力犯罪的同时，又公然允许另一种也许是更为严重的暴力犯罪，这样的法律，不仅不能成为防范暴力犯罪的长鸣警钟，反倒成了激发严重暴力犯罪的催化剂。

所以，笔者认为称刑法第20条第3款为无限

防卫权是不妥当的，而应按笔者对该款有2层意思的理解应称之为特殊防卫权。它是一种在正当防卫指导下的特殊防卫形式。

(二) 特殊防卫权的依据

正当防卫制度是一个历史的范畴，它蜕变于私刑，萌生于复仇，它的发展经历了一个漫长的历史过程，从其发展轨迹看，有以下理论根据作为基础。

1. 自然根据。亦即人的自我保护。人是自然的，要努力保存自己的生命和财产，趋利避害。这是人类的本性，是自然赋予人类的权利。公民的防卫权，说到底是基于自我保护的需要。然而人类这种自然权利，要成为能够真正享有的现实权利，就必须在法律上被确认，从而获得法律的肯定形式，获得规范化的地位。

2. 社会根据。亦即社会价值评判，就是以社会道德伦理来评价人们行为的善恶是非、公正与偏私。公民的防卫权从本质上说是以恶待恶，亦即报应。虽然它表现为一定的害恶，但这种害恶是稳定社会秩序的必需，亦是教育作恶者的最好手段。如果没有这种以邪恶施加的反作用的害恶，就不会有对邪恶行为的抗衡，就会在客观上放纵邪恶，使那些善良、守法的同类受到损害和威胁，进而破坏社会秩序。^[15]

3. 法理根据。亦即法的自我保全。法作为国家制订或认可并得到国家强制力保证的行为规则，它是一种特殊的社会规范，通过确定社会关系参加者的权利和义务的方式调整人们的行为。当义务人不履行义务，使权利人的利益受到侵犯时，就要通过国家强制力的作用制裁违法者，这是法的职能之一，但当国家权益、公共利益和公民的合法权利受到不法侵害，且这种侵害处于急迫状况，来不及通过国家强制力制裁这种侵害以保护合法利益时，法便将制裁不法侵害的权利临时让与公民，使任何侵犯法所保护的利益的行为能得到及时制裁，这就是法的自我保全。

三、特殊防卫权的认定

下面笔者从以下几方面对特殊防卫权作具体的分析和说明。

第一，关于特殊防卫权的对象条件

特殊防卫权的对象，就是指特殊防卫权所指向的不法的范围。从新刑法第20条第3款的规定来看，可进行特殊防卫的不法侵害必须是行凶、

抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪行为。这里有3层含义：一是不法侵害的性质必须是犯罪行为。理论上很多学者认为进行正当防卫的不法侵害的性质可以是一般违法行为，也可以是犯罪行为。因为当不法侵害发生时，要求防卫人就不法的性质作出判断是不合理的，对此笔者表示赞同。二是不法侵害的方式为暴力性犯罪，非暴力犯罪亦不允许行使特殊防卫权。这里讲的暴力，既包括对被侵害者实施暴力，也包括以暴力相威胁。值得注意的是，有的犯罪，如抢劫、强奸，既可以使用暴力或暴力相威胁，也可以是以非暴力方式实施，若行为人是非暴力方式实施此类犯罪时，则不属于特殊防卫权的范围。^[6]三是不法侵害指向的法益必须是人身安全。所谓人身安全，主要包括人的生命、健康、性权利、人身自由等法益，例如，非法拘禁罪因涉及以暴力方式剥夺他人人身自由，故可视为“其他严重危及人身安全的暴力犯罪”，应属于特殊防卫权的范围。

所谓严重危及人身安全的暴力犯罪行为是指以暴力、胁迫的手段使他人的身体健康及生命受到严重威胁的犯罪行为，这些犯罪行为除了故意伤害和杀人以外，侵犯的是双重客体，即在侵犯其它客体的同时，又侵犯了公民的身体健康或生命权。我国现行刑法第20条第3款仅列举了几种严重危及人身安全的暴力犯罪行为，那么如何理解“其它严重威胁被害人身体健康和生命安全的暴力犯罪”？现行刑法第1章危害国家安全罪中的武装叛乱罪，武装暴乱罪；第2章危害公共安全罪中的故意放火、决水、爆炸、投毒以及其他危害方法危害公共安全罪，破坏交通工具罪，破坏交通设施罪，破坏易燃易爆设备罪；劫持航空器罪，劫持船只汽车罪，暴力危及飞行安全罪，劫持枪支、弹药、爆炸物罪；第6章妨害社会管理秩序罪中的暴动越狱罪，聚众劫狱罪等均应该包括在本条“其他严重危及人身安全的暴力犯罪”之内。

第二，关于特殊防卫权的时间条件

严重危及人身安全的暴力犯罪必须正在进行，尚未开始或者已经结束，均不能行使特殊防卫权。何为“正在进行”？一般应理解为严重危及人身安全的暴力犯罪行为已经着手实施。但同时

还应包括严重危及人身安全的暴力犯罪行为直接面临不可避免的某些状态，因为有些危险的暴力犯罪行为，虽然还未曾着手实施，但已对他人的生命安全造成了严重威胁，且这种威胁已经迫在眉睫，如不实施防卫则会造成严重后果。如某甲欲击毙某乙，拿枪行为并不是杀人行为的着手实施，可在这种紧迫的情况下某乙若不及时、主动地实施防卫，势必错过时机，难以制止不法侵害，不能有效地保护自己的生命安全。故对于暴力犯罪的实施迫在眉睫、人身安全受到严重威胁的亦应视同“正在进行”。当然对这种情况在司法实践中必须严格限制。

第三，关于特殊防卫权的限度条件

前文已论及无限防卫是不妥当的，特殊防卫权不是无限的。如何把握这个“度”？新刑法第20条第2款关于正当防卫必要限度的规定，应当视为一项原则。在行使特殊防卫权的情况下，因法律已明确规定造成不法侵害者伤亡的不属于防卫过当，故判断防卫行为是否超出正当的防卫的必要限度，须结合整个案情作具体分析。不能片面理解新刑法关于特殊防卫权的规定，认为只要是特殊防卫，在任何情况下杀死不法侵害者都不会超出正当防卫的必要限度。一定要防止从一个极端走向另一个极端。既要看到特殊防卫权不同于一般防卫权，也要看到特殊防卫权不是无限防卫权。对特殊防卫权作必要合理的限制，有利于社会主义法律健康发展。

参考文献：

- [1]何秉松. 刑法教科书[M]. 北京:中国法制出版社, 1996. 248.
- [2]陈兴良. 刑法疏议[M]. 北京:中国人民公安大学出版社, 1998. 98.
- [3]田宏杰. 防卫权及其限度[A]. 刑事法评论[C]. 北京:中国政法大学出版社, 1998. 263.
- [4]赵国强. 论新刑法中正当防卫权的强化[J]. 法学家, 1997, (6).
- [5]冯军. 刑事责任论[M]. 北京:法律出版社, 1996. 260.
- [6]徐根华. 论刑法中的防卫权力[M]. 法学评论, 2000, (6).

(责任编辑 郑娟榕)