

学校编码：10384

分类号\_\_\_\_\_密级\_\_\_\_\_

学号：13620091150215

UDC \_\_\_\_\_

廈門大學

碩 士 學 位 論 文

论正当防卫中侵害的“急迫性”

On Infringement of “Urgency” in Justifiable Defense

陈妮

指导教师姓名：李 兰 英 教授

专 业 名 称：刑 法 学

论文提交日期：2012 年 4 月

论文答辩时间：2012 年 月

学位授予日期：2012 年 月

答辩委员会主席：\_\_\_\_\_

评 阅 人：\_\_\_\_\_

2012 年 月

厦门大学博硕士学位论文摘要库

## 厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下，独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果，均在文中以适当方式明确标明，并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范（试行）》。

另外，该学位论文为（ ）课题（组）的研究成果，获得（ ）课题（组）经费或实验室的资助，在（ ）实验室完成。（请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称，未有此项声明内容的，可以不作特别声明。）

声明人（签名）：

年 月 日

---

## 厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，  
于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

## 内 容 摘 要

正当防卫中侵害的“急迫性”是日本正当防卫制度中的专门术语，其作为正当防卫实施的前提要件之一，与我国刑法中所规定的“正在进行”的不法侵害相对应。为追求公平的判决，我国的许多法院在对涉及正当防卫的案件进行裁判之际，对“正在进行的不法侵害”的认定，往往超越“正在进行”的时间范围，而将“正在进行的不法侵害”延伸理解为“急迫的不法侵害”。然而，何谓“急迫的不法侵害”，其涉及的理论范围非常广泛并且内容复杂，且在国内对此进行系统研究的学者为数不多。鉴于正当防卫的前提要件的判断在司法实践中存在的困难，本文将侧重于对“急迫性”的问题进行探讨。

目前理论界对“急迫性”的研究主要是立足于不法侵害的“开始”以及“结束”时间的划定问题上，没有结合防卫人主观上的一些因素以及防卫工具的准备等因素进行探讨。而且在对不法侵害的开始以及结束的问题上，往往援用较为笼统的传统理论，难以解决实践中的具体问题。本文分为四章，第一章是未开始的侵害与“急迫性”的关系，主要论述在侵害尚未实际开始时急迫性的判断标准；第二章是过去的侵害与“急迫性”的关系，主要探讨如何判断表面上已经过去的侵害是否具有继续性或者再度实施的可能性；第三章是防卫人对侵害的预知与“急迫性”的关系，主要讨论防卫人主观上存在的对不法侵害的预知，以及与之相关联的回避义务、防卫准备等因素对急迫性判断的影响。第四章是积极加害意思与“急迫性”的关系，集中讨论防卫人主观上不但存在对侵害的预知，而且怀有加害于对方的积极意思时是否影响急迫性判断的问题，以及积极加害意思在正当防卫中的要件论问题。

**关键词：**正当防卫；急迫性；主客观判断

---

## ABSTRACT

The “urgency” of infringement in justifiable defense is a term of Japanese justifiable defense system. As one of the premise elements of implementing justifiable defense, the “urgency” corresponds with the “ongoing unlawful infringement” ruled by Chinese criminal law. In view of fair judgment, to judge cases involved in justifiable defense, when many of our courts identify the “ongoing unlawful infringement” always transcend the “ongoing” time range. They would extent to regard the “ongoing unlawful infringement” as the “urgency unlawful infringement”. However, the theoretical scope of the “urgency unlawful infringement” is extremely wide and its contents are very complex. Besides, there are few domestic scholars carrying on systematic study on it. Considering the difficulties exist in judging the premise elements of justifiable defense in judicial practice, this essay will focus on discussing the problem of “urgency”.

At present, as to “urgency”, theory fields mainly set food in defining the beginning and the end of the unlawful infringement. They discussed it without combining defender’s some subjective factors and preparation of defensive tools factors. In addition, when handling the beginning and the end of the unlawful infringement problems, theory fields often adopt some general traditional theory, which is hard to solve the specific problems in practice. This essay is divided into four charters: The first part is the relationship between future violation and “urgency”. It mainly discusses the judgment standard on the urgency that actual violation has not started; the second part is the relationship between past violation and “urgency”. It is mainly about how to judge the violation that has passed on the surface whether still possesses continuity or possibility of implementation again or not; the third part focuses on the relationship between defender precognitions of violation and “urgency”.

It mainly discusses the impact on judging the urgency aroused by which

defender exist the precognition of future violation and some related duty ignorant and defence preparation factors; the fourth part is the relationship between the willing to implement active infringe and “urgency”. It centers on discussing that under the situation where defender exist precognition but still has the willing to hurt others whether will affect the urgency judgment or not and elements theory problems of active violation wills in justifiable defense.

**Key Words:** Justifiable Defense; Urgency; Subjective and Objective Judgment

厦门大学博硕士学位论文摘要库

# 目 录

前 言.....	1
<b>第一章 未来的侵害与急迫性 .....</b>	<b>3</b>
第一节 有效说 .....	3
第二节 未遂说 .....	5
第三节 预备的最终阶段说 .....	7
第四节 小 结 .....	8
<b>第二章 过去的侵害与急迫性 .....</b>	<b>11</b>
第一节 对生命或身体的侵害 .....	12
一、典型案例 .....	12
二、再度攻击的危险性的判断 .....	13
第二节 对自由和财产等法益的侵害 .....	21
一、对自由的侵害 .....	21
二、对财产的侵害 .....	21
三、不法侵入 .....	23
<b>第三章 防卫人对侵害的预知与急迫性 .....</b>	<b>24</b>
第一节 日本判例的态度 .....	24
一、大判昭和 24 年 11 月 17 日 .....	24
二、大判大正 14 年 2 月 27 日 .....	24
三、最判昭和 30 年 10 月 25 日 .....	25
四、最判昭和 46 年 11 月 16 日 .....	26
第二节 回避义务 .....	27
一、佐伯说 .....	27
二、山口说 .....	27
三、桥爪说 .....	28



四、西田说 .....	28
<b>第三节 防卫准备与急迫性的关系 .....</b>	<b>30</b>
一、防卫装置的设置 .....	30
二、防卫工具的准备 .....	31
三、小 结 .....	34
<b>第四章 积极加害意思与急迫性 .....</b>	<b>36</b>
<b>第一节 从典型判例看问题之所在 .....</b>	<b>36</b>
一、公诉理由 .....	36
二、一审判决理由 .....	37
三、二审判决理由 .....	37
四、终审判决理由 .....	37
<b>第二节 积极加害意思的要件论 .....</b>	<b>38</b>
一、急迫性要件论 .....	38
二、其他要件论 .....	40
<b>第三节 小 结 .....</b>	<b>41</b>
<b>结 语.....</b>	<b>43</b>
<b>参考文献.....</b>	<b>44</b>

# CONTENTS

<b>Preface.....</b>	<b>1</b>
<b>Chapter 1 Future Violation and Urgency.....</b>	<b>3</b>
Subchapter 1 Effectiveness.....	3
Subchapter 2 Criminal Attempt.....	5
Subchapter 3 Final Stage of Preparation.....	7
Subchapter 4 Brief Summary .....	8
<b>Chapter 2 The Past Violation and Urgency .....</b>	<b>11</b>
Subchapter 1 Violation of Life or Body .....	12
Section 1 Typical Cases .....	12
Section 2 The Judgment of The Risk of Renewed Attack .....	13
Subchapter 2 Violation of the Benefit of the Liberty and Property.....	21
Section 1 Violation of the Liberty .....	21
Section 2 Violation of the Property .....	21
Section 3 Trespass.....	23
<b>Chapter 3 Three Precognition of Violation and Urgency.....</b>	<b>24</b>
Subchapter 1 the Attitude of Japanese Bound Cases .....	24
Section 1 Daisenin Judgment on November 17, Shyowa Year 24 .....	24
Section 2 Daisenin Judgment on February 27, Taishyo Year 14.....	24
Section 3 Japanese Supreme Court Judgment on October 25, Shyowa Year 30	
.....	25
Section 4 Japanese Supreme Court Judgment on November 16, Shyowa Year	
46.....	26
Subchapter 2 Avoid Obligations.....	27
Section 1 Saeki Theory .....	27
Section 2 Yamaguchi Theory.....	27

Section 3	Hashizume Theory .....	28
Section 4	Nishida Theory.....	28
<b>Subchapter 3</b>	<b>the Relationship Between Defense Preparation and Urgency.</b>	<b>30</b>
Section 1	Defences' Settings .....	30
Section 2	the Preparation of Defense Tools.....	31
Section 3	Brief Summary .....	34
<b>Chapter 4</b>	<b>the Willing to Implement Active Infringe and Urgency</b>	<b>36</b>
<b>Subchapter 1</b>	<b>Spot Problems from Typical Cases.....</b>	<b>36</b>
Section 1	Grounds of Public Prosecution .....	36
Section 2	Grounds of The First Trial .....	37
Section 3	Grounds of The Second Trial.....	37
Section 4	Grounds of the Final Trial.....	37
<b>Subchapter 2</b>	<b>Theory of Essentials for Active Infringe .....</b>	<b>38</b>
Section 1	Other Constructive Factors Theory.....	38
Section 2	Constructive Factors Theory of Urgency.....	40
<b>Subchapter 3</b>	<b>Brief Summary .....</b>	<b>41</b>
<b>Conclusion</b>	<b>.....</b>	<b>43</b>
<b>Bibliography</b>	<b>.....</b>	<b>44</b>

厦门大学博硕士学位论文摘要库

## 前 言

正当防卫作为一项实定法上所规定的正当化事由，已被世界上大多数的国家所承认。然而正当防卫权的行使范围以及程度却因国家和时代的不同而有所不同。根据我国现行刑法的规定，正当防卫权只有不法侵害“正在进行”时才得以行使。在社会反响极大的黄中权案中，围绕不法侵害是否正在进行，被告人是否具备实施正当防卫的前提要件的问题引起了学界的极大争议。法院甚至部分学者认为：只有歹徒举刀，生命威胁正在进行时，防卫人实施的行为才算是正当防卫。由此可见，我国的正当防卫成立范围较之欧美各国，失之过窄。在欧美各国，正当防卫作为一种权利和义务的结合体的观念早已深入人心。正如美国科罗拉多州最高法院对美国人民诉拉瓦依（*People.v.LA VOLE*）案件的判决中所说，“当某人有合理理由（reasonable ground）相信，而且事实上也真的相信危及生命或身体伤害的危险迫近时，甚至在必要的程度上需要剥夺生命时，他也可以根据当时的情况采取行动并保护自己。尽管这种现实情况是不真实的，或者尽管他对是否存在真实或实际的危险的程度认识有错误。”<sup>①</sup>随着国家权利救济系统的日益完善，法律对紧急行为的容许度越来越小，立法上对正当防卫权利实行了一种社会学意义上的控制。但正当防卫作为一种人与生俱来的防卫本能，一味地对其进行限制，不但不利于保障个人之利益，反而是对人的天性的一种不人道的限制。众所周知，在个人利益受到急迫的不法侵害，国家难以及时保全个人利益之时，如仍不承认个人可利用自己的实力排除不法侵害的话，个人利益必然会因无法及时获得保护而受到侵害。再者，在来不及等待国家救助的紧急情况下，我们无法期待一个正常人眼睁睁地看着自己或他人的权利受到侵害。而且，要求受到不法侵害的人“不光彩的逃走，在社会生活上也是无法期待的”。<sup>②</sup>因此，把“正在进行的不法侵害”理解为“急迫的不法侵害”，这不仅不违反本旨在于保护被告人利益的罪刑法定主义原则，而且在法解释学上也是可行的。既然紧迫性

<sup>①</sup> 蒋啸.论侵害的紧迫性[J].比较法研究,2005,(5):103-104.

<sup>②</sup> 王剑波.正当行为正当化的根据及其展开[M].北京:对外经济贸易大学出版社,2010.2.

是正当防卫权实施的前提条件之一，则如侵害不具有急迫性，行为人实施的反击行为就纯粹是违法行为，也不存在成立防卫过当的空间。因此有必要对急迫性的概念及其根据进行明确。

学说上对于“急迫性”的理解存在一个逐渐发展的过程。费尔巴哈认为，“急迫”谓之“已经开始而尚未结束”；当今德日的主流学说认为，“急迫的侵害”不仅包括“已经开始，尚未结束的侵害”，也包括侵害虽未开始，但其已给法益带来危险的情况。这是因为，正当防卫的任务不仅在于阻止犯罪行为的实施，还在于保护法益于未然。日本的判例亦从此角度对“急迫性”的概念进行了界定——“所谓急迫的侵害，即在该行为对法益构成危险，且此种危险处于紧迫状态之时即可以成立，应当区别于‘侵害的现在性’这一概念”。<sup>①</sup>在该种观点成为主流学说的同时，其内部的争论未因此停息，这些争论都源自一个焦点：急迫性判断的标准，即对急迫性进行判断时，应当考虑哪些因素。学说上的主要的对立来自于物的不法论和人的不法论，物的不法论承袭于结果无价值论，认为“急迫性”是一个客观性概念，不应当受到任何防卫人的不明确的主观意思的影响；而人的不法论源自行为无价值论，认为除客观因素外，还应结合主观因素对“急迫性”进行价值性、规范性的判断，持此观点的学者认为既然“急迫性”意味着“法益侵害的危险性”，即法益受到侵害的现实盖然性，则“法益侵害的可能性”就不仅取决于侵害人单方面的客观因素，还与被侵害人的应对情况密切相关。本文拟通过对未发生的侵害、过去的侵害中急迫性的判断标准的探讨，以及防卫人对侵害存在事先的预知以及防卫人主观上存在积极加害意思时对急迫性判断的影响的分析，并结合国内外的典型案例进行进一步深入，以期对急迫性的判断提供一个较为明确的思路。

<sup>①</sup> [日]川端博.正当防衛権の再生[M].東京:成文堂,1998.22.

## 第一章 未来的侵害与急迫性

正当防卫是一种行使私人实力以排除不法侵害的一种制度安排，私人实力的行使容易导致权利的滥用进而引起社会的混乱，因此必须对之进行限制。而限制的第一步往往是给其划定时间的界限，即行为人何时得以行使权利，何时必须放弃权利。因此，即使事后看来行为人确实受到了侵害，但在具体的侵害行为尚未开始之际，行为人的“防卫”行为就不能视为正当防卫。反之，侵害已经结束后，正当防卫也不能成立。

“法律不能要求自身权利受到不法的威胁的人等到侵害现实化时才能实施防卫行为”，<sup>①</sup>这是不人道的，也是不现实的。既然急迫性指的是法益侵害的危险性，而非侵害的现在性，则对急迫性进行判断的难度大为增加，以至于这种判断标准不但在我国的理论与实践争议极大，以至于学说与实践出现较大的脱节。在刑法理论较为发达的国家的理论与实践也尚未出现构造上足够精致的学说。我国刑法学对于此问题主要存在如下理论：（1）着手说，又称“未遂说”。此说以侵害是否着手为标准，认为“不法行为的开始就是不法行为的着手，正当防卫是在犯罪行为着手时进行的”。（2）进入现场说。该说以是否进入侵害现场为标准，认为只要不法侵害人进入现场，实施侵害的危险性已经存在，防卫人可以实施防卫行为。（3）折中说。该说认为在某一侵害行为的直接威胁已十分明显，合法权益直接面临危险状态时，不采取正当防卫的手段，就会立即造成危害社会的后果，在这种情况下，可以实行防卫。<sup>②</sup>“着手说”（未遂说）的合理性将在下文加以探讨；而“进入现场说”的观点过于片面不值得支持；“折中说”又失于宽泛。因此下文将结合德日刑法学中的三个主要的学说：（1）有效说；（2）未遂说；（3）预备的最终阶段说对不法侵害的开始的问题进行分析。三种学说对正当防卫的开始时间各有不同的见解，所得出的结论自然大相径庭。

### 第一节 有效说

此说认为，对法秩序和法益进行维持和保护的最后可能性是正当防卫

<sup>①</sup> [日]橋田久.正当防衛の始期[J].京都産業大学法学部,1995,(29).454.

<sup>②</sup> 云剑.浅议正当防卫的有关问题——黄中权案探析[J].法制与社会,2009,(7):37.

权的启动键。该“最后可能性”到来之前或过去之后防卫人实施的行为都不是正当防卫。质言之，在“最后可能性”丧失之后，行为人实施的防卫或者难以有效地对抗不法侵害，或者连实施防卫行为的机会都没有，法益由于防卫的迟延面临极大的危险。<sup>①</sup>德国的典型判例（一九一八年十月二十三日的帝国裁判所判决 RGSSt 53.132）的判决集中体现了有效说的主张。事件经过如下：被告人（民间山林巡视员）与警察一起在禁猎区巡逻，间或听闻有人放枪，由于禁猎区禁止狩猎，于是二人分头巡视找寻偷猎者。警察果然找到了两名持枪的偷猎者，二偷猎者被警察发现后立即逃向被告人所在的方向，被告人见状对该二人开枪阻止其逃跑，结果打中了其中一名偷猎者的右腿，并使其负了重伤。<sup>②</sup>

对于此案件，原判决认为被告人成立伤害罪，而帝国裁判所撤消了该判决发回重审，并认为狩猎者的行为符合了“攻击的现在性”（德国刑法三十二条第二项把“急迫性的侵害”对正当防规定为“现在的违法攻击”*gegenwärtiger rechtswidriger Angriff*），认为被告人的开枪行为完全是正当的。理由阐释如下：持枪逃窜中的偷猎者具有极大的人身威胁性，他们手中握有枪支，虽未向被告人开枪，但其很可能随时向被告人开枪。如被告人不果断抢先动手，偷猎者很可能趁机躲进隐秘的草丛中，形成“敌明我暗”的状态，更方便于对被告人实施攻击，则被告人将会受到更为严重的生命威胁。因此被告人直接实施防卫行为是适当的，侵害人的行为是具有侵害“现在性”的。该判决对“现在性”的判断的着重点没有放在侵害人身上，而是认为只要被告人认为侵害人存在侵害的“决意”，并且这种认为是有据可依的，就可肯定其攻击的“现在性”。<sup>③</sup>

有效说旨在保障防卫人实施防卫行为的可能性，较之后述的未遂说（未遂说要求侵害的程度必须达到可罚的未遂程度）而言，更有利于把不法侵害扼杀在萌芽中，从而更有效地保护防卫人合法权益。在法益保护的角度来说，其具有其他学说无法比拟的积极意义。但该说的最大缺陷在于：对刑事政策的过度倾斜，以至于疏忽了对自身学理依据的积极的阐明，而

<sup>①</sup> [日]橋田久.正当防衛の始期[J].京都産業大学法学部,1995,(29):461.

<sup>②</sup> 同上,第 455-456 页。

<sup>③</sup> 同上。



Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to [etd@xmu.edu.cn](mailto:etd@xmu.edu.cn) for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库