

的内容，但同时也不可忽视它的形式，如果我们对每项法律，都十分自觉地、认真地研究它的形式的标准化和规范化，那么，各个部门法乃至整个法律体系的完善，就有了重要的保证。在当前，大力加强立法工作，加快健全社会主义法制的情况下，研究这一问题，无疑具有重要的应用价值。由于过去我们对这一问题的研究多侧重于法律文件的分类形式，而没有深入下去，抓住重点，研究它的内在形式，这样，就减弱了这一问题的分量和它的应用价值，这是应该加以改进的。本文只是根据唯物辩证法关于事物的内容和形式的一般原理，针对法律这一具体事物，提出了一些粗浅的意见，作为引玉之砖。随着我国法学理论研究的深入和水平的提高，我们对法律形式这一问题的研究，必将逐步深化，它的意义和作用，也将日益显得突出和重要。

浅议正当防卫的主观因素

姜 伟

正当防卫是对正在侵害合法权益的人采用造成一定损害的方法，使公共利益、本人或他人的人身和其他权利免受侵害的行为。根据法律的规定，实施正当防卫须符合一定的条件。关于正当防卫的合法条件，我国刑法学界一般认为包括四项：1. 必须有不法侵害行为；2. 必须是正在进行的侵害行为；3. 防卫必须针对不法侵害者本人实行；4. 防卫行为不能超过必要限度，不可造成不应有的损害。笔者认为，这些条件与其说是阐明了正当防卫的合法性，不如说是指出了正当防卫的有益性，充其量也只强调了正当防卫的客观条件，因为它忽视了、甚至根本没有谈及正当防卫的主观因素。本文谈谈一管之见，请广大读者教正。

正当防卫的成立需要不需要以防卫意图作为必要条件，在资产阶级刑法理论中，素有否定说与肯定说之争。否定说认为，正当防卫是在紧急情况下出于本能而作出的“反射行为”，行为人不可能有明确的防卫意图。如果强调防卫意图，正当防卫的范围便明显过窄，所以，主张防卫行为只要在客观上达到了防卫效果，并未超过必要限度，不问行为人的主观意图如何，都是正当防卫。肯定说认为，正当防卫应以防卫意图作为成立条件之一，因为法律（如《日本刑法》第36条）明确指明：为防卫自己或他人的权利，对于急迫而不正当的侵害所采取的不得已的行为，是正当防卫。不过肯定说将“条件反射”的本能反击，也视为存在防卫意图。笔者认为，否定说贬低了人的主观能动性和道德责任感，把正当防卫行为等同于一般动物的本能自卫行为，显然是错误的；而肯定说的结论固然可取，但其理由贫乏，特别是把无意识的“条件反射”行为也视为防卫意图，实质上又否定了防卫意图的作用。

毋庸讳言，自正当防卫的法律观念形成起，行为人的主观意图便是确定某种加害行为是否是正当防卫的重要根据。作为古代社会法律观念的正当防卫，源于原始社会自然复仇的风

俗习惯，如日耳曼法就把防卫同个人复仇混同在一起，如果行为人为了报复而实施侵害行为，法律是允许的。中世纪后期的《卡洛林纳刑法典》（1522年）最早明确了正当防卫的概念，也规定：为了防卫生命、身体、名誉、贞操等不受侵害可以实施正当防卫，直至把人杀死（第134—144条）。资产阶级刑法的楷模——1871年的《德国刑法典》第53条指出：“自己或他人遭受不法侵害时，为了抗拒侵害所必要的防卫称为正当防卫。”显然，无论在古代法律的正当防卫观念中，还是在现代法律的正当防卫规定里，行为人的防卫意图皆是构成正当防卫的主观条件。在不同的社会条件和法律要求下，发生了杀人或伤害案件，都须追查行为人主观所持的具体目的，然后才能确定其行为的实际性质，决定是否应该予以刑罚。

我国刑法关于正当防卫的规定，对行为人的防卫意图要求得最为明确：“为了使公共利益、本人或者他人的人身和其他权利免受正在进行的不法侵害而采取的正当防卫行为，不负刑事责任。”（第17条第1款）这个规定表明，我国刑法中的正当防卫有两个鲜明的特点，从主观方面来看，这是行为人面对不法侵害，怀着保卫公共利益、本人或他人的合法权利的动机和抵抗、制止不法侵害的目的，被迫采取的一种反击行为。也就是说，行为人的主观上不具有引起危害社会结果发生的故意或过失的心理态度；从客观方面来看，正当防卫行为是同违法犯罪行为作斗争，保护人民利益的行为，也就是说，这种行为客观上不具有社会危害性。我们所以说正当防卫行为是合法的，首先是指行为人的防卫意图是正当的，这是确定正当防卫的主观条件，尔后才指行为人的防卫行为是有益的，这是确定正当防卫的客观根据。

二

社会主义刑法理论在任何问题上皆坚持主观客观相一致的原则，正当防卫问题也不能、更不该例外。刑法学的研究对象是人的有意识的行为，脱离了行为人的主观因素，就不能对其行为的性质作出正确的判断。如同反对客观归罪一样，我们也不同意仅按客观根据认定正当防卫行为。刑法学界公认挑拨防卫不是正当防卫，但鲜在理论上确切说明其为什么不是正当防卫。挑拨防卫是指故意挑逗他人对自己进行侵害，然后以“正当防卫”为借口对他人加以侵害的行为。例如，刘某（男、27岁）与邻居邵某（男、35岁）不和，并有时厮打。刘某与其妻商量：“要好好教训教训姓邵的。”其妻出主意说：“先打人的无理。咱不能先动手，将来不好办。想办法让姓邵的先动手。”一天，刘某在公用厨房把邵家刚煮好的稀饭锅打翻，烫伤邵妻的脚，邵某气愤之下，用锅盖把刘某的头部打破，刘某遂用擀面杖将邵打倒在地。笔者觉得，若按现在通用的正当防卫四要件衡量刘某的行为，很难说明其是非法的侵害行为，似乎可以视为正当防卫行为。首先，邵某对刘的侵害是非法的；其次，这种侵害是正在进行的；再次，刘某的反击行为是针对侵害者邵某实施的；最后，刘某的“防卫行为”没有超过必要限度。由此可见，挑拨防卫与正当防卫的根本区别不在防卫行为的客观表现上，而在行为人的主观意图中。正因为刘某是为泄愤报复而加害邵某的，所以他的行为是挑拨防卫，不是正当防卫。

我们再来分析旧俄的一位刑法学者举过的案例，进一步论证正当防卫的主观因素问题。阿某（男、25岁）想把经常辱骂自己、母亲和弟弟的继父休某（男、50岁）杀死。当阿某手持斧头走进休某的卧室时，背对门口的休某从抽屉里拿出手枪，要打死自己的妻子，并已勾上枪机。阿某并没有发现这一点，跑上前去，一斧头砍在休某的头上，救了母亲的性命。休某被砍致死，而手枪也射出子弹，打在墙上。分析这个案例，我们可以看出，阿某的行为在

客观上确实达到了防卫的效果，保护了其母的生命，甚至也符合“通用”的正当防卫四要件，但却不能据此认定阿某的杀人行为是正当防卫。人的行为是否具有危害社会性，往往取决于行为人主观上是否存在犯罪意图。阿某杀人时，并没认识到休某正要实施不法侵害，更谈不上存在正当的防卫意图，他为发泄私愤而杀害休某，主观上存在犯罪的故意，因此，阿某的行为不是正当防卫，只是一般的故意杀人罪。

正确的正当防卫理论应该建立在主观客观相一致原则的基础上，既以行为人的主观因素为条件，也以行为人的客观活动为根据。如果行为人实施加害行为时，其主观意图不是要对他人实施的危害社会行为加以反击，以保护合法权益，而是故意地损害社会主义社会关系，那么，即使这种行为因各种情况的巧合，符合正当防卫的客观根据（即四要件说），达到了防卫效果，也不能认为是正当防卫。我们若把缺少客观根据而有主观条件的行为称作“假想防卫”或“防卫过当”的话，那么没有主观条件而有客观根据的行为则根本谈不上是防卫行为。正当的防卫意图对于确定正当防卫，有着十分重要的作用。

三

所谓防卫意图，指行为人意识到合法权益遭受到不法侵害而对侵害者加以反击的心理状态。

人实施任何行为时，其心理活动一般都遵循如下过程：先是客观事物作用于人的感觉器官，人脑对这些事物的属性等有所反映，这就是认识；认识客观事物的同时，人的内心会对这些现象产生一定的态度，如喜爱、恐惧等等，这就是情感；受认识的影响和情感的支配，人便产生满足某种需要的要求，这就是动机；根据需要确定行动目标，制定执行计划，这就是目的。在刑法理论上，可作为正当防卫的主观条件——防卫意图的具体要素加以研究的，是认识、动机和目的。虽然情感因素也与防卫意图有着一定联系，对理解防卫意图具有重要意义，但是，行为人是出于愤怒，还是出于怜悯帮助他人实施防卫的，对正当防卫的成立毫无影响。而认识因素是人进行各种活动的首要条件，是防卫意图存在的前提；动机因素决定着心理状态的基本趋向，是防卫意图产生的根源；目的因素显示着主观追求的核心，是防卫意图性质的标志。防卫意图是由、而且应该由防卫认识、防卫动机、防卫目的所构成。对于正当的防卫意图来说，其防卫认识应是对公共利益、本人或他人的合法权利正在遭受不法侵害的事实的如实反映，即防卫的合理性；其防卫动机应是保护公共利益、本人或他人的人身和其他权利免受不法侵害，即防卫的正确性；其防卫目的应是抵抗和制止正在进行的不法侵害，即防卫的节制性。

防卫认识、防卫动机、防卫目的是构成防卫意图并决定其性质的必不可少的三个要素，三者结为一体，相互影响，紧密相关。防卫认识是防卫意图的前提，起着基础的作用。没有防卫认识，便不会产生防卫动机，形成防卫目的，也就不可能存在正当的防卫意图。前面分析过的阿某杀害休某的案例就是如此。防卫动机是防卫意图的宗旨，起着推动的作用。防卫动机的产生是防卫目的形成的条件，若没有防卫动机，也不会有防卫目的，当然也不能存在正当的防卫意图。挑拨防卫就是如此。防卫目的是防卫意图的中介，起着定向的作用。防卫动机的实现有待于防卫目的的实现，如果没有防卫目的，尽管产生了防卫动机，也不会存在正当的防卫意图，不适时的防卫就是如此。因此，在认定正当防卫的主观因素时，不能将防卫认识、防卫动机、防卫目的割裂开来，也不可将防卫认识、防卫动机、防卫目的混为一谈。

四

防卫认识是防卫意图存在的首要条件，也是防卫意图性质的重要标志，其较防卫动机、防卫目的更为复杂，有必要加以具体阐述。行为人实施防卫时应认识哪些情况才可证明自己的防卫意图是正当的，这无论在刑法理论上，还是在司法实践中，都是一个有待研究的问题。

如前所述，人的心理活动中的情感因素虽对防卫意图的成立无决定性的作用，但对防卫意图的各个因素都有着相当的影响，如在愤怒或恐惧的情绪中，人的认识客观外界的视野会大大缩小，理解事物本质的能力会大大减弱，面对紧迫的不法侵害行为，行为人没有时间进行充分的认识（广度和深度）和认真的思考（分析与判断）。因此，要求防卫人认识过多、过细的情况是不妥当的，也是不现实的。笔者认为，根据刑法理论和司法实践的经验，以下几点是正当的防卫意图应予以认识的基本内容。

第一，防卫人须认识到某种合法权益正在遭受不法侵害，并确定实施不法侵害者。只有认识到不法侵害的正在进行，才能产生防卫动机，形成防卫目的；只有确实了实施不法侵害的人，才能明确反击的具体目标。至于侵害行为是一般的违法行为，还是犯罪行为；至于被侵害的权益是国家利益、还是集体利益，抑或是个人利益，是人身权利，还是财产权利，抑或是社会秩序，一般不需要加以确认。

第二，防卫人须认识防卫的必要时限。防卫的必要时限指不法侵害行为由开始到终止的期间，也就是可以进行正当防卫的期间。我国刑法中的正当防卫制度要求防卫行为只能针对正在进行的不法侵害实施，应随不法侵害行为的产生与终止而产生和结束。防卫人若明知不法侵害行为尚未发生或已经过去，而对“侵害者”实施加害行为，其防卫意图便是不正当的。

第三，防卫人须明确所要保护的合法权益的性质及不法侵害行为的特性。由于正当防卫采用损害不法侵害者权益的方法保护合法权益，所以，不应允许、事实上也不可能为保护一切合法权益，对各种侵害行为都实行正当防卫。法律虽未对可以防卫的不法侵害行为作出明确规定，但刑法理论认为，只对那些具有紧迫性、破坏性的不法侵害行为，在给特别重要的权益带来不可挽回的损失时，如放火行为、杀人行为等，才可以进行防卫，而对投机倒把行为、过失犯罪等则不能实施正当防卫。如果防卫人明知某种侵害行为不具有上述特点，而仍实施了加害行为，其防卫意图便不能说是正当的。

第四，对侵害主体的责任能力情况认识与否，也决定着防卫人的防卫意图正当与否。防卫人如果不知道侵害主体是未成年人或精神病人，可以进行正当防卫；如果知道侵害主体是未成年人或精神病人，一般则不能实施正当防卫。在特殊情况下，只有在防卫人认识到当时当地别无他法避免对方的侵害时，才能实行正当防卫，也就是说，这时产生的防卫意图才是正当的。

第五，防卫的必要强度是否是防卫人应认识的内容，这是一个值得探讨的问题。防卫人在紧急的情况下，在激动的情绪中，一般很难确切预见不法侵害的实施强度，因而，也不能准确把握防卫应有的反击强度。防卫人实施防卫时只要大体上认识到自己的防卫强度可以、并且有必要抵抗并制止不法侵害行为，就可以了。至于在当时当地的具体条件下，防卫行为应有的必要强度，则由司法人员根据事实加以认定，防卫人无须认识。但是，如果防卫人认识到了当时防卫应有的必要强度，而仍有意造成不应有的损害，则其防卫意图便是不正当的。

综上所述，无论在理论上，还是在实践中，都已证明防卫人的主观意图是确定正当防卫行为的不可缺少的要件。全面而又正确地理解我国刑法中的正当防卫制度，对于发动广大人民群众敢于并且善于同违法犯罪行为进行积极有效的斗争，具有十分重大的现实意义。