论我国正当防卫制度

袁作喜

《中华人民共和国刑法》第17条规定："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。"上述正当防卫制度在我国的确立，是党和国家的群众路线在社会治安工作方面的一种生动体现，是社会主义精神文明建设的有力措施。它对发动与支持亿万群众积极地、主动地同不法侵害作斗争，抵御与预防违法犯罪活动，发扬见义勇为、舍已救人的社会主义道德风尚，维护社会治安，都有着十分重要的作用。

正当防卫是一个理论性、实践性很强的问题，我国刑法学界和司法部门对这个制度的某些理解认识不尽相同。为了充分发挥它的效用，结合司法实践不断地进行研究是必要的。本文就下列正当防卫的几个问题，谈一点个人的见解。

一、我国正当防卫制度的本质和特征

根据中外法律制度史的记载，防卫制度从古就有。我国《周礼·秋官·朝士》就有"凡盗贼军乡邑，及家人，杀之无罪。"①这就是说，对侵害生命财产的人，防卫者将他杀死是无罪的。《汉律》也规定有"无故入人室宅庐舍，上人车船，牵引人欲犯法者，其时格杀之，无罪"。②在外国，古罗马的《十二铜表法》中也规定有"如果于夜间行窃，被杀，则杀死他应认为是合法的"条款。不过，古代奴隶制和封建制国家中的防卫制度与现代所说的正当防卫是有区别的，实质上是法律允许防卫者对侵害者实行报复与私刑。资产阶级革命时期，为了反对封建专横，曾提出："天赋人权"、"主权在民"、"法律面前人人平等"的资产阶级民主与法制原则。著名的资产阶级思想家孟德斯鸠在论述正当防卫权的时候曾说过："在自卫的时候，我有杀人的权利。因为我的生命对我来说，犹如攻击我的人的生命对他来说是一样。"③这种思想，在资产阶级刑法的正当防卫制度中充分体现出来。例如，1810年的《法国刑法典》规定："由于正当防卫自己或他人之迫切需要所为的杀人、伤害和殴击，不以重罪或轻罪论。"不过，资产阶级刑法中的正当防卫制度，从阶级本质上看，仍然是属于少数资产阶级享有的，为维护资产阶级的利益服务的。由于资本主义社会中资本家和工人在政治上经济上的不平等，在法律上也不可能是平等的。反映在法律上的权利与义务的平等，也只能是形式主义的。

资产阶级正当防卫制度的一个特点，就是从个人主义的原则出发，带有极端利已主义的

① 转引自蔡枢衡著《中国刑法史》，广西人民出版社1983年版，第176页。

② 同上书，第177页。

③ 孟德斯鸠：《论法的精神》，上册，第137页。

色彩。它表现为：一方面为了防卫自己的微小利益不惜杀人，另一方面，对侵害他人生命的犯罪却袖手旁观，若无其事。

我国是人民民主专政的社会主义国家，我国刑法中的正当防卫制度与一切剥削阶级类型的国家的正当防卫制度有着本质差别。它是建设社会主义精神文明的工具，是维护社会主义民主与社会主义法制，同违法犯罪行为作斗争的有力武器。与一切剥削阶级国家的防卫制度相比，有以下几个特点：

1.维护国家、集体和个人利益的一致性

我国的正当防卫制度所维护的合法权益，既包括本人的、他人的，也包括集体的与社会公共的利益，而且将维护公共的国家的利益置于首位。这和社会主义建立在公有制的基础上是分不开的。在社会主义制度下，人民群众是国家与社会的主人。由于国家、集体和个人根本利益的一致性，以及在公有制基础上所形成的人与人之间的团结、互助、友爱等同志式的新型关系，就使得人们当遭遇到正在进行的不法侵害时，不仅为了防卫本人利益，而且为了维护公共利益或他人的合法权益挺身而出，同不法侵害行为作斗争。为了维护公共利益或他人合法权益，勇敢地同犯罪分子进行搏斗，甚至献出自己宝贵生命的动人事例屡见不鲜，这是资本主义社会无法相比的。

2.权利与义务的一致性

我国新宪法规定："任何公民享有宪法和法律规定的权利，同时必须履行宪法和法律规定的义务。"在我国，实行正当防卫同违法犯罪作斗争，维护社会秩序，既是每个公民享有的民主权利，同时也是一项社会的、道德的义务。对于特定的人员来说，还是法律义务。《中共中央关于社会主义精神文明建设指导方针的决议》也强调指出："在国家安全受到威胁，社会公共安全受到危害的时候，要挺身而出，英勇斗争。"党和国家对于那些果敢地实行正当防卫，维护公共利益、他人合法权益的人予以表彰奖励；相反，逃避同正在进行不法侵害行为的人作斗争、客观上纵容犯罪行为的人，则受到社会舆论的谴责，对有的人还要给予必要的纪律处分。在正当防卫问题上，强调权利与义务的一致性，有助于动员、教育广大人民群众，发扬团结、互助、友爱、见义勇为、舍己救人等革命的优良传统，积极同违法犯罪活动作斗争。

3.护法与守法的一致性

社会主义法制是工人阶级和广大劳动人民意志的体现，是为维护社会主义的社会秩序服务的。它要求任何人在任何时候任何地方任何事情上都必须严格按照法律规定办事。我国的正当防卫制度正是建立在社会主义法制原则的基础上的。实行正当防卫的目的，就在于公民在紧迫的情况下制止不法侵害，维护社会主义法制。因此，实行正当防卫时既要敢于同不法侵害作斗争，又要具有牢固的法制观念。就是说，实行正当防卫必须遵守法定的条件，否则，就会破坏社会主义法制，给国家和人民的利益带来不应有的危害，违背我国正当防卫制度的宗旨。

总之，充分认识我国正当防卫的本质和特点，对于正确地实施这一权利，充分发挥其效用有着重要意义。

二、我国正当防卫的法定条件

根据我国刑法的规定，实行正当防卫只有在一定条件下，遵循一定的原则才是合法的。

如果违反了这些条件，就会给社会造成不应有的危害。

实行正当防卫的法定条件是：（1）必须有危害社会的不法侵害行为发生；（2）不法侵害必须是正在进行中；（3）正当防卫必须是针对不法侵害者本人；（4）防卫行为不能超过必要的限度。

上述正当防卫的四个法定条件，前两者是前提条件，后两者是防卫时应遵守的条件，只有同时具备这四个条件，才属正当防卫行为。在刑法学界与司法部门对上述条件总的理解是相同的。但对某些具体问题的认识则不尽相同，主要表现在什么是不法侵害；什么时候实行正当防卫才是适时的；什么是正当防卫的必要限度。

什么是不法侵害，我国刑法未作具体规定。因此，人们对它的理解上也不完全相同。

一种意见认为，不法侵害通常指的是犯罪行为。主要理由是，一般违法行为社会危害性较小，可用调解、批评教育、行政处分等去解决，从而避免实行正当防卫中杀伤案件的增多。另一种意见认为，不法侵害既包括犯罪行为，也包括违反《治安管理处罚条例》的一般违法行为。主要理由是，违法行为与犯罪行为均具有社会危害性，在现实生活中两者有时难以马上判明，如把不法侵害仅理解为犯罪行为，势必束缚群众实行正当防卫的手脚。还有一种意见认为，对违法行为或犯罪行为都有个应该不应该实行正当防卫的问题，如对不遵守交通规则、贪污犯罪、过失犯罪等就不存在正当防卫问题。

上述几种观点，目前基本上统一了认识，即不法侵害既包括违法行为，也包括犯罪行为。我认为这种认识是符合实际情况的。所谓不法侵害是与合法行为相对而言，是对他人实施侵害的违法犯罪行为的概括提法，但不是对所有的违法犯罪行为都有必要实行正当防卫。这是由正当防卫的背景所决定的。就是说，防卫人对正在进行的不法侵害，如果不及时采取正当防卫手段加以制止，就会使国家和人民的利益遭受损害。可见，实行正当防卫的必要性与紧迫性是密切相联的。外国有的刑法典对正当防卫的条件，明确规定了防卫的紧迫性。例如，日本刑法第36条第1款规定："为防卫自己或他人的权利，对于急迫的不正当侵害而采取的出于不得已的行为，不处罚。"朝鲜民主主义人民共和国刑法第15条规定："虽然实施了刑法中所规定的罪行，但这种行为确实是为了防止对国家主权，或对自己或他人人身和权利的紧急的非法的侵害时，如果这种行为没有超过防卫的范围，不适用刑罚。"我国刑法虽未明确规定不法侵害的紧迫性是实行正当防卫的根据之一，但从"正在进行"的不法侵害的文字表述上看，也包含着紧迫的意思。因为"正在进行"的不法侵害，也就是迫近眉睫的事。可见，不法侵害的紧迫性是实行正当防卫的依据。明确这点，有助于我们正确地行使防卫权，防止滥用这一权利。

与不法侵害的紧迫性相关联的一个问题是防卫的适时性。就是说人们对"正在进行的不法侵害"才能实行正当防卫。事先防卫与事后防卫都不是正当防卫。所以，正确理解与把握防卫的适时性十分重要。那么，什么时候对不法侵害实行防卫才算适时呢？我国刑法对此未作规定。这是由于各种违法犯罪行为的具体情况不同，在时间上很难统一要求。一般来说，不法侵害的起止时间也就是实行正当防卫的起止时间。从司法实践看，不法侵害行为已经着手实施，或者虽未实行，但已经十分明显，均可实行正当防卫。例如，某甲持刀追赶某乙已经逼近，某乙面临被砍伤砍死的危险状态；某甲爆炸楼房正要着手点燃引火器；某丙正要往水井内投放毒药等，都属于正在进行的不法侵害。所以，在不法侵害虽未开始但已明显到来的情况下，也允许实行正当防卫。但对犯罪预备行为除已构成独立犯罪的，不宜实行正当防

卫，因为它还不是紧迫的，可用其它办法排除、制止违法犯罪人进一步实行犯罪。

防卫行为不仅不能搞事先防卫，也不允许事后防卫。那么，不法侵害的结束，又以什么时间做标准呢？有的同志认为应以不法侵害行为停止时间为标准；有的同志认为应以不法侵害者离开现场为标准等。我认为这个问题不能一概而论，要依不法侵害的性质的不同而区别对待。例如，杀人既遂，罪犯虽未离开现场，也无须实行正当防卫，而是捕捉归案的问题。但对枪劫、盗窃既遂，在罪犯没有逃离现场时，仍允许实行正当防卫，夺回财物。此外，对已经发生危害结果的不法侵害而无法挽回损失的，或者经过对不法侵害者反击使其已丧失继续侵害的能力的，或者不法侵害者自动中止侵害的，都不容许实行正当防卫，如在这时再对不法侵害者袭击，就是防卫不适时了。

关于正当防卫的必要限度，刑法也只是作了原则性的规定。这个问题关系到正当防卫与非正当防卫（防卫过当）的界限问题，所以，争论较大。

有的同志认为，制止不法侵害的目的性，行为强度的相适应性，防卫行为的合法性，是正当防卫必要限度的三个相互制约的主要特征。只要具备这三性，就是没有超过正当防卫的必要限度。还有一种类似的说法：诸如行为是针对不法侵害的，不法侵害是正在进行的并且是实际存在的，防卫行为必须与侵害行为的强度相适应等。上述这两种意见，都是把正当防卫的必要限度与正当防卫成立的条件混同起来。正当防卫的必要限度是指具备了正当防卫的条件，而防卫人在实施中超过了必要限度，即防卫过当了。简言之，所谓防卫超过必要限度，是指超过制止不法侵害行为的实际需要。从防卫的后果上看，就是给社会造成不应有的危害后果。因而，我国刑法将超过必要限度与造成不应有的危害相提并论，紧密连在一起。从实践看，没有造成不应有的危害的防卫行为，也就不存在防卫过当的问题。有的同志将防卫过当区分为行为过当与后果过当，从司法实践来看没有实际意义。因为对不法侵害者未造成伤亡后果的情况下，是不存在追究防卫者刑事责任问题的。可见，防卫过当与否，一定要结合造成的损害后果来研究、判断。

那么，实行正当防卫的过程中应如何把握这个必要限度？刑法学界认识也不一致。有的主张“基本相适应”说，即防卫行为应与侵害行为的手段、强度以及防卫权益的性质等基本上相当。有的主张“实际需要”说。即防卫的必要限度，应依据制止不法侵害的实际需要去确定，只要是制止不法侵害所需要，就是没有超过正当防卫的必要限度。有的主张“大于论”，即防卫人在紧迫状况下一时难以选择适当手段，把握恰当的强度，只有允许防卫强度大于侵害强度，才能有效地制止不法侵害。还有“折衷论”，即认为“基本相适应”说与“实际需要”说两者的论据基本是一致的，判断防卫行为是否超过必要限度，要看是不是制止不法侵害所必要，如何判断防卫强度的必要与否，则离不开对侵害行为与防卫行为的综合对比来分析判定。

我认为“基本相适应”说或者“实际需要”说，从理论上都没有什么不对。不过，它并不能完全满足防卫者的实际要求。

“基本相适应”说，是通过防卫行为与侵害行为双方在性质、手段、强度、后果等一系列事实的对比下，分析判断两者的情况是否相当，又鉴于防卫者在同不法侵害者的斗争中处于被动地位，可能由于精神紧张，在选择防卫手段、强度上有困难，主张对防卫人不能苛求，基本相当即可。这在理论上不能说不对。但问题在于防卫理论的研究，要从便于人民群众掌握为出发点，而不只是事后为司法人员正确处理这类案件确立标准。因此，“基本相适

应”说的条件提的越多，反而不便于群众掌握．特别是处于防卫的紧迫状况下，更不易掌握。“实际需要”说，提出制止不法侵害行为的实际情况所需要，又未免有些过于简单。这就等于说，实行正当防卫要从实际出发。这同样是使人们得不到要领，难以把握。

我认为，要使人民群众正确地实行正当防卫，在“基本相适应”说和“实际需要”说的基础上，应进一步解决必要限度的具体界限，即大杠子问题。侵害行为的性质是决定防卫的方法和强度等的主要因素。可以考虑采取分类防卫的办法，以便于人民群众把握这个必要限度。从不法侵害行为看，有违反《中华人民共和国治安管理处罚条例》的一般违法行为和《中华人民共和国刑法》分则所规定的一些危害社会治安的犯罪行为。其中又可分为轻罪与重罪。对这三类程度不同的不法侵害行为，在正当防卫时也应有所区别。从司法实践看，实行正当防卫的反击措施主要是吓、殴、伤、杀。根据“基本相适应”说的观点，对一般违法行为可采取威吓、殴击的办法来制止不法侵害；对轻罪可采取殴、伤的手段来制止不法侵害；对于重罪的实施者可采取伤、杀的防卫手段来制止其侵害。如果防卫人一时难以判定侵害行为的轻重性质，对实际上是轻罪的侵害行为，而采取了重伤手段，也应认为是防卫适当。当然，如果对实施重罪的侵害者，能用威吓、殴击的防卫手段制止，就不要采取杀、伤的手段。我认为这既符合“基本相适应”说，也是对“实际需要”说内容的补充，从而便于人民群众掌握。就是说人民群众只要对《治安管理处罚条例》和《刑法》的基本内容有所了解，知道什么是危害社会治安的违法行为，什么是刑法规定的重罪与轻罪，就可基本把握正当防卫的适当的标准。1983年11月4日《中国法制报》第三版刊载了《正当防卫的理解和运用》一文，提出对严重危害社会治安的严重犯罪行为，在防卫时可采取六个“予以杀、伤”。这六条予以杀、伤中的第一个杀、伤是：对于杀人、强奸、抢劫、爆炸、纵火、决水或者其他严重危害公共安全的犯罪，其行为正在或将要造成严重后果，不杀、伤（包括致伤致死的）不足以制止其不法侵害，予以杀、伤属于正当防卫。这篇文章，就是解决把握防卫必要限度的界限问题。我认为这个原则是可取的。实行正当防卫是同违法犯罪作斗争的复杂事情，没有一个具体界限是不行的。根据社会上经常发生的一些不法侵害行为，特别是严重危害社会治安的犯罪行为，规定出某些防卫界限，以便于实行正当防卫的群众所掌握，是很有必要的。

从目前的情况看，在正当防卫方面存在的问题：一是有些群众根本不知道什么是正当防卫权，因而不能运用这一法律武器同不法侵害作斗争，维护国家的、集体的、他人的和自己的合法权益；二是有些群众在防卫过程中掌握不好标准，本来在防卫的必要限度内可以制止不法侵害，但防卫超过了必要的限度，使本来同违法犯罪作斗争的正确行为，变成违法犯罪的行为；三是有些群众在实行正当防卫中本来是防卫适当，而有的审判人员误将这种行为以防卫过当论处。我认为，这些情况与不懂法和没有解决正当防卫的必要限度的政策界限是有密切关系的，是值得我们研究的一个问题。