对正当防卫限度若干问题的新思考

杨忠民*

正当防卫理论中，最为刑法学界、司法实务界所关注且最具争议性的，莫过于必要限度问题。之所以如此，除了现实中的防卫案件本身具有相当的复杂性外，更重要的则是与1979年刑法对于正当防卫限度的规定不甚明确有着直接的关系。而1997年修订的刑法将完善正当防卫制度的重心，放在对防卫限度的明确规定上，实在是理所当然。尽管以更为严格的眼光来看，这些规定仍存在着一些立法技术上的缺陷，但值得肯定的是，它已从以往规定的基础上向前迈出了重要的一步，为必要限度诸多问题的解决提供了一个相对明确的法律依据。不过，研究并未就此划上句号，新的规定将提供新的视角，并引发更为深入的思考。本文正是意图从修订后的刑法的有关规定出发，对正当防卫之必要限度的界说、超出必要限度的把握以及对严重危及人身安全的暴力犯罪实行防卫的必要限度等问题作一粗浅的探讨，作引玉之砖，求教于同仁。

一、关于正当防卫之必要限度的界说

对正当防卫之必要限度予以准确和完整的科学界说，是对之研究的第一步。有学者曾经指出，有关正当防卫之必要限度的研究，“实际上可以分为两个互相联系而又互相区别的问题：一是何为正当防卫的必要限度，二是如何确定正当防卫的必要限度。”〔1〕笔者对此是认同的，同时想指出，前者实际上是要求对“必要限度”这一特定的法律用语本身的内涵和外延给出定义性的阐明，回答的是“什么是正当防卫的必要限度”；而后者所要求的则是对“必要限度”所内含的基本标准予以确定，回答的是“正当防卫的必要限度是什么”。这两个看似文字游戏的问题，其区别和联系都是明显的，只有对前者给出了科学的定义，才有可能正确地阐明后者。尤如在研究刑法的基本原则时，如果不首先对“何为刑法的基本原则”作出正确的答案，那么，将罪刑法定、罪刑相适应和适用刑法人人平等等原则确定为刑法的基本原则就失去了前提和依据。因此，对正当防卫之必要限度准确定义，其重要性是不言而喻的。

然而，我们不得不遗憾地指出，尽管多年来有关正当防卫必要限度的著述众多，流派纷纭，然而翻捡一下，对这一特定的法律用语本身作定义性阐明的却寥寥可数，绝大多数学者

---

* 中国人民公安大学法律系副教授。

〔1〕陈兴良：《正当防卫论》，中国人民大学出版社1987年版，第155页。

径直将关注的视线投入在确定必要限度的基本标准上，而有意或无意地忽略了“什么是正当防卫的必要限度”的探讨，即使公认为具有较高权威性的高等院校统编教材《刑法学》，虽几经修订再版多次，亦不例外，这实在是理论研究中一个不大不小的缺陷。而在极少数涉及正当防卫之必要限度定义的论述中，其科学性也是大可商榷的。

就笔者所见到的，对于正当防卫之必要限度予以定义性阐明的，较具代表性的有两种：

一是称“防卫的强度就是正当防卫的必要限度”〔2〕

另一种则称“必要限度是正当防卫保持其自身的合法性质的数量界限”。〔3〕

上述第一处定义将防卫的强度等同于正当防卫的必要限度，其不能成立是显而易见的。对于防卫强度，学者们有着各种各样的解释：或是单指防卫性质的严厉程度，或是单指防卫损害的轻重，或是干脆归结为防卫性质、防卫损害结果、防卫手段、防卫工具性质、打击部位等因素的总和，等等，〔4〕至今仍无统一的提法，其实际指向端视使用场合而定。但是，无论对防卫强度作何种解释，它本身都缺乏“限度”一词最基本的含义——对某种事物予以限定、制约的范围界限。也就是说，“强度”本身并不意味着限定或制约，它可大可小，可轻可重，可张可弛，可超过某种“限度”，也可在某种“限度”之内，因而把防卫强度当作正当防卫的必要限度的同义语是不科学的。

第二种定义则有所不同，它将正当防卫的必要限度归结为防卫数量之“界限”，并强调此一界限与正当防卫保持其自身的合法性直接相关。应当说，这一定义涉及了“限度”之最本质的要素，有其可取之处。但是，该定义中的“数量”究竟是何种数量——是防卫损害结果的数量，还是防卫手段、防卫工具的数量，抑或是打击部位、打击力度的数量，均没有明确给出，故指向不明，无从把握，也难以称得上是准确完整的定义。

在笔者看来，正当防卫的必要限度的准确而完整的定义，应当体现以下三个方面的含义：

第一，必要限度是由刑法所规定的。无论是1979年刑法第17条第2款所规定的“正当防卫超过必要限度造成不应有的危害的，应当负刑事责任”，还是修订后的刑法第20条第2款所规定的“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……”〔5〕都分别以对防卫过当追究刑事责任的禁止性规定，要求正当防卫应当保持必要限度。因此，必要限度的根本依据，来自于刑事法律的明确规定。

第二，必要限度是保持正当防卫的合法性质的必要条件。根据刑法的规定，超过必要限度的防卫行为即属于防卫过当，而防卫过当由于明显造成了不应有的重大损害，已经使防卫的合法性质发生了转化，成为具有一定社会危害性而依法应承担刑事责任、受到刑罚处罚的犯罪行为。因此，保持必要限度是成立正当防卫所不可或缺的。

第三，必要限度是防卫损害之轻重应予遵守的界限。所谓防卫损害，是指防卫对不法侵害人的人身、财产等所造成的实际损害结果；其“轻重”则为其“数量”大小的另一更为直

〔2〕高铭暄主编：《刑法学原理》第二卷，中国人民大学出版社1993年版，第215页。

〔3〕参见前引〔1〕，陈兴良书，第144页。

〔4〕可参见高铭暄主编：《新中国刑法研究综述》(河南人民出版社1987年版)，以及前引〔1〕，陈兴良书；前引〔2〕，高铭暄主编书；马克昌主编：《犯罪通论》(武汉大学出版社1991年版)等著作有关章节。

〔5〕需要指出，这两个规定共同具有一个立法技术上的缺陷，就是将保持必要限度的“正当防卫”设定为会出现“超过”必要限度的情形，故存在着明显的逻辑矛盾，但这在一般情形下并不妨碍人们对它的正确理解。

接和明确的表述用语。对于防卫损害而言，要求其遵守一定的界限，不仅意味着在一定范围之内的防卫损害所具有的合法性质，而且同时意味着逾越一定范围，防卫损害便不可避免地具有了违法性。

需要指出的是，一些学者在谈及正当防卫的必要限度时，往往将防卫手段、防卫工具、防卫打击部位以及打击力度等也视为应予限定的对象，对此，笔者以为不然。

之所以将防卫损害视为必要限度特定的、唯一的限定、制约对象，首先是因为在刑法自身的规定中，不仅明确将“对不法侵害人造成损害”作为正当防卫的应有之义，而且将防卫是否“明显超过必要限度造成重大损害”作为防卫是否过当的评价标准。可见，对防卫损害之轻重予以允许和限定，是必要限度的核心内容。其次，在司法实践中，对于防卫是否过当的实际判断，就防卫一方的因素而言，也是直接以防卫损害之轻重作为根本依据的。而所得出的结论，无论是“正当”还是“过当”，更是以防卫损害的轻重是否越过合法界限为转移。虽然，其他防卫因素如防卫手段、防卫工具、防卫打击部位及其打击力度等，与防卫损害密切关联——任何一种防卫损害都是其他各种防卫因素综合作用的结果，如果没有前者，致不法侵害人轻微伤、轻伤害或重伤害乃至死亡（或者使不法侵害人的人身自由受到限制、财产受到损失）等防卫损害的出现就失去了具体的条件。在实际判断时，将防卫的全部因素纳入考察的视线是无可非议且属必须的。但是，从根本上看，倘若不存在现实的防卫损害，不存在对防卫损害之轻重的合法性予以认定的需要，则防卫是否过当的问题便无从提起。因而考察的最核心的和最终的关注点，只可能是防卫损害本身。再次，防卫案件的复杂性表明，在一定条件下，其他防卫因素的严厉程度与防卫损害的轻重未必呈正比例关系。采用严厉的防卫手段和致命的防卫工具未必绝对产生重大的损害结果，而采用缓和的防卫手段和非致命的防卫工具（如以普通棍棒甚至赤手空拳进行防卫），有时却有可能致人重伤或死亡。选择某种防卫打击部位、采取某种打击力度亦是如此，所造成的损害之轻重并非完全与通常的逻辑相符。如果将其他防卫因素统统纳入必要限度中应予限定的对象，那么，则不仅会淡化对防卫损害的认定，还有可能面对防卫损害轻微而其他防卫因素“超过限度”，或者其他防卫因素并未“超过限度”但却造成极大重大的防卫损害结果的尴尬情形，而难以作出正确的结论。因此，必要限度所限定、制约的对象只能是防卫损害。

基于上述，笔者认为，所谓正当防卫的必要限度，应当是指刑法所规定的，为保持正当防卫的合法性质而要求防卫损害之轻重应予遵守的界限。

正当防卫的必要限度的基本标准，从来是刑法学界所关注的热点。多年来，在经历了对“基本适应说”、“客观需要说”（包括“需要说”、“必需说”和“必需相当说”等）以及“客观需要和基本适应统一说”（即折衷说）等不同观点的争论之后，“客观需要和基本适应统一说”更获得了多数学者的认同，对此无须赘述。不过，从界定必要限度的基本标准角度来看，较具代表性的大体可以分为两类。

一类仅仅是从法律对于防卫损害可允许的角度来予以界定的。如认为必要限度之基本标准即“足以有效地制止正在进行的不法侵害所必需的限度”，〔6〕或者是“以有效地制止正在进行的不法侵害所必需为限度”，〔7〕等等；

〔6〕 前引〔1〕，陈兴良书，第156页。

〔7〕 樊凤林、周其华、陈兴良主编：《中国新刑法理论研究》，人民法院出版社1997年版，第162页。

另一类不仅从法律对于防卫损害可允许的一面，而且同时从法律所禁止的一面来予以确定。如认为“正好能够制止住不法侵害者的侵害行为，不应对他造成不应有的损害”，[8] 即为必要限度的基本标准；与之相近的还有“防卫行为正好足以制止不法侵害人的不法侵害行为，而没有对他造成不应有的损害”，[9] 或者认为“防卫人所采取的防卫行为是制止不法侵害行为所必需的，而且没有对不法侵害人造成不应有的损害”，[10] 等等。

很显然，既然是对“必要限度”的基本标准进行界定，就必须反映出这种限度的两个面，即防卫损害在限度以内的合法性以及超越限度的违法性，如此才是完整的。因此，应当认为，第二类的界说角度较为可取。当然，也应当指出，第二类中有些界说也存在着明显的缺陷。其一，“正好能够制止不法侵害”或“正好足以制止不法侵害”的提法，似有要求防卫损害之轻重与制止不法侵害的需要分寸不差之嫌，这无论对于防卫行为的实施者或认定防卫案件的司法机关来说，都显然是一种脱离现实的苛求。必须注意到，修订后的刑法对于1979年刑法的一个重要完善，就是将防卫过当从“超过必要限度造成不应有的危害的”修改为“明显超过必要限度造成重大损害”，据此，只要是没有“明显”造成不应有的“重大损害”的，其防卫损害都在必要限度的范围内，这或可视为是对上述“正好能够制止”之标准的一种否定。其二，以修订后刑法的规定来看，对不法侵害人造成不应有的“重大损害”而非一般损害，是与超过必要限度的“明显”性相呼应的，二者互为印证，因此，只将必要限度的基本标准定位于“没有对不法侵害人造成不应有的损害”，既未强调此种损害的“重大”性，也未突出防卫超出必要限度的“明显”性，显然不妥。

基于上述，笔者认为，正当防卫之必要限度的基本标准应当界定为：对不法侵害人所造成的防卫损害为足以有效制止不法侵害所必需，并且不属于明显的不应有的重大损害。

二、防卫超过必要限度的把握

依据上述必要限度的基本标准，对于防卫是否超过必要限度的把握，关键在于准确认定防卫损害是否为足以有效制止不法侵害所必需，以及是否属于明显的不应有的重大损害。

这里涉及两个应当解决的问题：

其一，毋庸置疑，防卫损害为足以有效制止不法侵害所“必需”，则该损害即为“应有”的损害，属于必要限度以内的合法损害；反之，损害若非“必需”，则该损害即“不应有”的损害，亦即超过必要限度的非法损害。因而认定防卫是否超过必要限度的首要一步，就是判断防卫损害是否属于“必需”的或“应有”的。从刑法学界多年的讨论来看，主流的观点认为应当从防卫所保护的合法权益的大小、制止不法侵害的紧迫程度和实际需要等方面，来判断防卫损害是否属于“必需”或“应有”的，[11] 具体表述或有不同，但基本精神较为一致，对此无须赘述。

其二，如果说，在一定意义上，判断防卫损害是否属于“必需”或“应有”的仍具有某种抽象的意味，那么，实体的标准就是认定防卫损害是否属于“明显的不应有的重大损害”。

〔8〕 高铭暄主编：《刑法学》，法律出版社 1989 年版，第 166 页。
〔9〕 马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社 1995 年版，第 730 页。
〔10〕 周振想：《刑法学教程》，中国人民公安大学出版社 1997 年版，第 153 页。
〔11〕 可参见前引〔4〕所引著作有关章节。

众所周知，修订后的刑法将防卫过当规定为“明显超过必要限度造成重大损害”，意在强化必要限度内的防卫损害亦即合法损害的范围，摆脱以往司法实践中对防卫损害衡量尺寸的苛求所构成的羁绊，以鼓励广大公民充分行使正当防卫权利，更有力地同违法犯罪行为作斗争。同时，也为司法机关具体认定防卫是否过当提供一个相对明确的判断标准——只有造成不应有的“重大损害”，才可认定为“明显超过必要限度”，也才能认定为防卫过当。然而，何为不应有的“重大损害”？法律没有明确规定，因而仍有必要给出一个可操作的具体量化标准。

笔者认为，这里所谓“重大损害，就最为普遍的对不法侵害人的人身所造成的防卫损害而言，应当以重伤以上损害结果作为认定标准，而其认定的起点即为重伤。换言之，只有当防卫造成了不应有的重伤和死亡结果时，才应视为明显超过必要限度的“重大损害”。理由是:

首先，法律对于防卫过当构成犯罪的态度是极为宽和的，这不仅体现于对防卫过当“应当减轻或者免除处罚”，而且更体现于明确规定构成防卫过当的损害应当具有“重大”性和超出必要限度的“明显”性。因此，对于这一实体标准的把握，必须突出法律对防卫行为的宽和精神。在伤害他人身体健康而构成犯罪方面，我国刑法第 234 条所规定的故意伤害罪是以实际造成被害人轻伤结果来作为构成犯罪的认定起点，而第 235 条所规定的过失致人重伤罪则以实际造成被害人重伤害结果作为构成犯罪的认定标准。两相比较不难看出，对于故意行为构成犯罪的，刑法所取标准较低，表现出对于故意犯罪的较为严厉的态度。与之不同的是，对于过失行为构成犯罪的，刑法所取的标准则较高，表现出相对较为宽和的态度。以此类推，只有将后者的认定标准移植为防卫过当构成犯罪的起点标准，凸现这一损害的“重大”性和“明显”性，才足以正确体现法律对于防卫过当的更为宽和的态度。如果以轻伤害作为不应有的“重大损害”的认定起点，其“重大”性和“明显”性都难以体现，且与故意伤害罪的标准无异，有悖于法律的宽和态度。

其次，在我国刑法中，除第 20 条第 2 款有关防卫过当的规定外，均未出现对“重大损害”的规定。但是在刑法分则中的一些条文里，“重伤”这一特定的损害结果是与其他“重大损失”并列规定的，如刑法第 115 条所规定的“放火、决水、爆炸、投毒或者以其他危险方法致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的……”；刑法第 133 条所规定的“违反交通运输管理法规，因而发生重大事故，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的……”，等等。此类规定表明，“重伤”是法律所规定的“重大”损失（损害）的一种表现，而与另一种表现即死亡相比，重伤应当属于“重大”损失（损害）的最低起点。

再次，就防卫过当的主观性质来说，绝大多数防卫人具有犯罪的过失，即具有应当预见自己的防卫行为可能明显超过必要限度造成不应有的重大损害，因为疏忽大意而没有预见，或者虽已预见，但轻信能够避免的心理态度；而其所构成的犯罪则应当属于过失性的。以重伤害作为不应有的“重大损害”认定起点，正好与刑法所规定过失致人重伤罪的认定标准相一致。

当然，也不能排除在部分防卫过当案件中，防卫人具有明知自己的防卫行为可能明显超过必要限度造成不应有的重大损害，而放任危害结果发生的心理态度即间接故意，而其所构成的犯罪则属于故意性的。那么，能否基于与故意伤害罪的认定标准保持一致的考虑，把轻伤作为不应有“重大损害”的认定起点呢？回答应当是否定的。除了前述应当体现法律的宽

和态度这一原因外，还必须注意的是：一方面，对于故意伤害他人而造成轻伤结果的，依法虽然构成犯罪，但其法定刑仅为3年有期徒刑以下刑罚；另一方面，在有关的司法解释中，将故意伤害案（轻伤）明确列为刑事诉讼法第170条第2项所规定的由人民法院直接受理的“被害人有证据证明的轻微刑事案件”，[12]而根据刑事诉讼法第172条的规定，对于此类刑事安件，“可以进行调解”。无论从刑法规定的刑罚来看，或是从刑事诉讼法规定的具体处理方式来看，故意伤害（轻伤）都难以称得上“重大损害”。因此，即使是防卫过当构成了故意犯罪（仅限于间接故意），其认定的起点也应以实际造成重伤结果为宜。

最后，对不法侵害人造成损害，是正当防卫的应有之义。从这个意义上说，在任何情形下，法律都允许防卫对不法侵害人造成某种最低程度的损害，亦即合法损害的下限。从刑法第20条第2款的精神来考虑，属于这一下限的具体损害必须同时符合下述要求：其一，它们在任何情形下的出现，都不属于明显超出必要限度而造成的重大损害；其二，它们在任何情形下的出现，都不足以成立防卫过当，即不符合应当追究刑事责任受到刑罚处罚的条件。以此观之，防卫对不法侵害人造成轻微伤符合正当防卫限度标准的这些要求自不待言。至于轻伤，正如前述，言其为“重大损害”是难以接受的；而轻伤不足以构成过失致人重伤罪也是不可置疑的，即使在故意的情形下，造成轻伤结果虽然可以构成犯罪，但由于属于轻微的刑事案件，故不应视为重大损害。因此，应当认为，任何情形下的防卫致不法侵害人轻微伤或轻伤的，都在法律允许的防卫损害之列。

综上所述，防卫超过必要限度所明显造成的不应有的重大损害，应当以不应有的重伤以上损害结果为认定标准。

三、对严重危及人身安全的暴力犯罪实行防卫的必要限度

修订后的刑法第20条第3款规定：“对正在进行行凶、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，采取防卫行为，造成不法侵害人伤亡，不属于防卫过当，不负刑事责任。”尽管此款规定仍然存在着立法技术上的某种缺陷，如将含义甚为模糊且涵盖面极为广泛的“行凶”与故意杀人、抢劫、绑架等具体犯罪行为相并列，势必会带来掌握上的困惑，但这一规定具体明确了防卫严重危及人身安全的暴力犯罪的限度范围，对于鼓励公民充分行使正当防卫同当前极为猖獗的严重暴力犯罪作斗争，并使司法部门在认定此类防卫案件时具有可操作性的标准，具有显然的积极意义。

不过，笔者注意到，该款规定也引出了理论界一些不同以往的提法，如称该款规定“实际上就赋予了公民对这些危及人身安全的暴力犯罪的无限防卫权”，[13]“该款是关于严重危及人身安全的暴力犯罪实行无限防卫权原则的规定”，[14]或者认为“在这种情况下，正当防卫没有过当之余地。换言之，属于无过当之防卫”，[15]等等。不论是采用以权利本位理论为基础的西方近代无限防卫权学说来阐释，还是以“无过当防卫”来冠名，该款规定都引出了一个必须解答的问题：对严重危及人身安全的暴力犯罪实行的防卫是否存在必要限度？对

〔12〕见《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、全国人大常委会法制工作委员会关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定》（1998年1月19日发布）。

〔13〕前引〔10〕，周振想书，第154页。

〔14〕赵秉志主编：《新刑法教程》，中国人民大学出版社1997年版，第259页。

〔15〕陈兴良：《刑法疏义》，中国人民公安大学出版社1997年版，第98页。

此，笔者的回答是肯定的。

首先，从修订后刑法的规定来看，第20条第1款是对正当防卫的定义性规定，第2款则是对防卫过当及其处罚的规定，这两款规定在内容上有着逻辑的关系，且具有普遍的意义，适用于任何情形下正当防卫的认定。这是因为，从这两款规定中所解析出的成立正当防卫的各项条件——包括防卫意图、防卫起因、防卫时间、防卫对象以及防卫的必要限度等——无一例外地是任何正当防卫所必须具备的。虽然，第3款所规定的防卫行为有其特殊的一面，即其所针对的是严重危及人身安全的暴力犯罪，但只要承认它仍然属于正当防卫的范畴，那么，就不能不认为它必然被具有普遍性意义的前两款规定所涵盖，并且不能独立于正当防卫的成立条件之外，包括必要限度这一条件。否则，便属于条件上缺项，不能成立正当防卫。倘若以为缺此一项并不足以妨碍正当防卫的成立，这至少在理论上是难以立足的。

尤其需要指出的是，在现实的防卫案件中，针对杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪而实行防卫的，占有相当高的比例，假若对它们的成立都排除防卫必要限度的要求，那么，以必要限度为必备条件的正当防卫在实际中的范围也就极其狭小了，这不啻否定了刑法第20条第1款和第2款适用的普遍性。

其次，对严重危及人身安全的暴力犯罪实行防卫，法律允许可以造成不法侵害人伤亡(包括造成轻微伤、轻伤、重伤害以及死亡)，而不成立防卫过当，并不意味着此种情形下的防卫不具备必要限度。一方面，作为对防卫损害之轻重应予遵守的界限，必要限度本身存在着上限，即法律所容许的最重大的防卫损害结果。就正当防卫的总体而言，致不法侵害人死亡是必要限度的上限，对此应当没有疑义。然而就不同情形下的防卫案件来说，是否以致不法侵害人死亡为限，则应当从实际情形出发，以必要限度的基本标准来予以确定，即看防卫损害是否为“足以有效制止不法侵害所必需”，并且不属于“明显的不应有的重大损害”。从防卫所保护的合法权益之大小来考虑，杀人、抢劫、强奸、绑架等暴力犯罪所直接侵害的是关乎人的生命、健康的重大合法权益，防卫致不法侵害人重伤乃至死亡，理所当然地应视为“必需”的和“应有”的。换言之，致不法侵害人死亡这一防卫损害结果虽然“重大”，但在防卫严重暴力犯罪这一特定情形下，它本身已经作为防卫损害的上限包含于必要限度之内，因而它的出现并不意味着防卫超过必要限度。另一方面，从刑法第20条第3款的用语来看，所强调的是对严重暴力犯罪进行防卫而致不法侵害人伤亡的，“不属于防卫过当”，意在指明此种情形下合法的防卫损害之最高限，是致不法侵害人死亡(各种程度的“伤”在合法界限之内更毋庸置疑)，并没有否定此类防卫应当具备必要限度。

最后，对于针对侵害其他合法权益的犯罪所实行的防卫，法律虽然没有明文规定可以致不法侵害人死亡(一般来说，造成重伤的，只要符合防卫的必要限度而不构成防卫过当，恐怕不会引起歧义，因而这里值得注意的是“致不法侵害人死亡”)，但并不应排除为了保护人身安全以外的其他重大利益(如国家安全、重大公共财产安全，等等)，在特定条件下造成不法侵害人死亡的，仍有可能获得法律承认，而不构成防卫过当。那么，是把这一类防卫也划入不需要以必要限度作为必要条件而能够独立成立的正当防卫中去，还是认为它们仍然属于没有超过必要限度的正当防卫呢？倘若取前者，那第3款的实用意义已经延伸到其他情形下的防卫损害结果(仅指致不法侵害人死亡)的防卫，在必要限度问题上居然采用两个不同的标准：对严重危及人身安全的暴力犯罪所实行的防卫可不以必要限度为成立条件，而对侵害其他重大合法权益的犯罪所实行的防卫则不容缺少必要限度。这显然是十分矛盾的。

其实，问题很简单，要避免出现上述矛盾而尴尬的理论现象，就是从刑法第20条第1

款和第 2 款的规定出发，承认任何正当防卫的成立，包括对严重暴力犯罪实行的防卫，都必须以必要限度为其成立的不可或缺的条件。

有必要专门指出，尽管从刑法第 20 条第 3 款的规定来看，对严重危及人身安全的暴力犯罪所实行的防卫，其必要限度之上限是致不法侵害人死亡，然而，这并不表明此类防卫在任何情形下致不法侵害人死亡都必然地具有合法性，都是正当的。

防卫的合法性、正当性，构筑于防卫行为具备法律所规定的全部必要条件这一基础之上，而不仅仅制约于必要限度一个条件；对于防卫是否合法是否正当的评价，其标准自然也是多重的，多角度的，亦即全面的，不独以防卫是否超过必要限度为唯一的检验标准，尽管这种检验是必不可少的。

必须注意到，在刑法第 20 条第 3 款的规定中，防卫所指向的不法侵害——“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”，系“正在进行”，即已经开始并且尚未结束的。而作为正当防卫成立的时间条件，不法侵害“正在进行”已包含于刑法第 20 条第 1 款的规定之中，这表明任何情形下的防卫都不应突破这一条件，否则，即为防卫的不适时，不能成立正当防卫。可以看出，立法者在第 3 款中对于不法侵害必须“正在进行”的再次强调，具有极强的现实针对性。从现实的防卫案件来看，防卫造成明显的不应有的重大损害，不仅容易出现于防卫超过必要限度的情形，还往往发生在防卫不适时的情形中(防卫过当与防卫不适时也常常交叉，不易辨别)。请看如下案例：1997 年某日中午，朱某潜入一饭店建筑工地行窃，保安员陈某发现后将其抓获。在带往治安办公室的途中，朱某乘陈某不备，拼命挣脱并拣起一块砖向陈某面部砸去，被陈某闪开，未打中。陈某迅即从地上操起一根木棍向朱某腿部、腰部连续猛击数下，致朱某站立不稳，摔下身旁一约 3．5 米深的坑里，头部撞在坑中的水泥桩上，即刻昏迷不醒。陈某见状，喊了几声，不见陈某动弹，又用七八块砖头向坑中的陈某砸去，其中两块砖击中头部，当即致陈某死亡。分析此案可以看出，朱某在盗窃过程中为抗拒抓捕而当场使用暴力，其行为已由盗窃转化为抢劫，而陈某的首次防卫反击行为，是对正在进行的严重暴力犯罪所实行的防卫，符合刑法第 20 条第 3 款所规定的情形，无论致朱某重伤或死亡，所造成的防卫损害，都具有合法性和正当性。然而当陈某的防卫致朱某摔入坑中并昏迷时，朱某已丧失了继续侵害的能力，其不法侵害应视为“已经结束”，侵害危险已被排除。在这一情形下，陈某继续追加防卫损害，终致朱某死亡，应当认为造成了明显的不应有的重大损害。之所以称这一后果为“不应有”的，并非是从防卫所保护的利益是否重大、防卫是否超过必要限度的角度来审视，而是以不法侵害是否“正在进行”、防卫是否适时这一标准来评价的。因此，尽管无须将陈某的行为确定为防卫过当，但却应纳入防卫不适时的范畴，否定其致不法侵害人死亡具有合法性和正当性。

笔者以为，对刑法第 20 条第 3 款有关对严重暴力犯罪的防卫限度的探讨，远远超出单纯的学术范畴，而更具有极为重要的实践意义。对公民实行正当防卫予以肯定、鼓励、支持和保护，是法律设置正当防卫制度的根本精神，而对任何非正当的“防卫”，尤其是转化为个人私刑报复并明显造成不应有的重大损害的“防卫”，都必须排除于法律的保护之外，且为法律所否定、制止乃至惩罚。因此，对于刑法第 20 条第 3 款的理解，必须准确和全面。任何脱离正当防卫应当坚守的各种必备条件，片面夸大对严重暴力犯罪实行防卫可以“造成不法侵害人伤亡”的任意性，都是对法律精神的曲解，极易成为个人私刑报复的“合理”依据，而这恰恰是立法者所不愿看到的。