



## 正当防卫问题研究（二）

高铭暄

### （二）正当防卫正当化的根据

从一般形式上来看，正当防卫是以对不法侵害者的损害为特征的，因此，正当防卫的一个重要特点在于其加害性。然而，这种加害性的正当性根据又何在，在西方刑法理论中素有争论，总括来看，主要有以下几种观点。

其一，自然法说。这种观点以康德的国家契约说为基础，认为，正当防卫是人类的自卫本能使然。在社会契约缔结前的原初状态中，任何人都享有避免侵害的自然权利。但是在依据社会契约缔结成国家以后，个人将自我防卫的权利移交到了国家。然而，当个人受到急迫的不法侵害时，既然无法求助于公力予以保护，便只有恢复其自然权利，允许其行使自然的正当防卫权。因此，正当防卫出于人的自然本能的冲动。

其二，紧急状态说。认为，正当防卫之所以正当化，是由于防卫人的权利处于紧急状态，权利被害迫在眉睫，因而，在没有充足的时间求得官方保护的情况下，权利人唯有私力救济而别无他法，于是，官方也只能对防卫人的行为采取听之任之的态度。因此，正当防卫是一种放任的行为。

其三，权利行为说。认为正当防卫是法律所赋予的一种权利。侵害行为是不法的，正当防卫反击不法侵害是正对不正的关系。所以，正当防卫是一种权利行为。

其四，法之确证说。这种观点是以黑格尔的国家主义原理为基础的，认为，不法侵害是对国家法律的否定，因而应当被否定，据此，国家必须确证法秩序从而否定不法。在国家不能确证法秩序的紧急事态下，就应允许个人进行确证。由此，正当防卫行为在确证法秩序的过程中获得了正当性根据。

其五，社会相当性说。这种观点以社会的伦理规范为评断视角，认为，正当防卫是在社会伦理秩序的范围内，为维护某种法秩序服务的行为，因而，作为具有社会相当性的行为而被正当化。简而言之，正当防卫是某一社会的伦理规范所允许的行为。

其六，法益衡量说。这种观点与关于违法性的法益侵害说相联系，认为，如果该当构成要件的法益侵害行为是为了救济更高价值的法益时就是正当的。在这种观点中又存在着保护法益欠缺说和优越利益说的分野。保护法益欠缺说认为，不法侵害者的利益在必要的限度内，其法益性受到被害法益的防卫行为的否定。在这种情况下，不法侵害者的法益事实上是不存在的，因此，防卫行为在必要的限度内就是正当的。优越利益说认为，在反击不法侵害的场合，反击者的利益与不法侵害者的利益是存在冲突的。正当防卫行为之所以正当，是因

为反击者的利益优越于不法侵害者的利益，即反击者的利益的保护必要性大于不法侵害者的利益的保护必要性。

以上几种理论，从不同角度在一定程度上揭示了正当防卫行为正当化的根据，有一定的意义。但是又都是不尽科学的，都没有真正触及问题的实质，因而，是肤浅和片面的。自然法说看到了人的个体性，值得肯定。但是，由于该说以社会契约论为理论基础，而社会契约论是少数理论家的逻辑杜撰和虚拟，无视社会发展的历史现实，因而又是虚伪的。同时，自然法说强调个人的自我保护权，因此难以说明在第三者见义勇为的情况下，为什么这种行为从法律评价上看也属于正当防卫，所以自然法说是片面的。紧急状态说从客观方面揭示了正当防卫的必要性，有合理之处。但是，由于紧急避险也是一种紧急状态，因而这种观点不能合理地地区分正当防卫和紧急避险。权利行为说和法之确证说看到了正当防卫的法律属性，有一定的道理。但是，由于没有触及正当防卫的真正本质，因而又是缺乏说服力的。社会相当性说看到了正当防卫的社会伦理性质，在一定程度上，较之其他观点有深刻之处。但是，片面地强调正当防卫的伦理性而忽视了其法律属性和阶级本质，并不能圆满地解释正当防卫的正当性。法益衡量说较为合理地说明了正当防卫的必要限度，从一定的程度上讲，有可取之处。但是，用抽象的法益概念掩盖了正当防卫的阶级属性，呈现出了其虚伪的一面。同时，由于保护的法益欠缺实质上是正当防卫的结果，而不是其正当化的根据，因此，保护法益欠缺说犯了因果倒置的逻辑错误。

我们认为，正当防卫正当化的根据需要从两个方面来考察。首先，从阶级属性上来看，我国刑法以马克思主义的犯罪观为指导，坚持以阶级分析的方法和法律规范的要求综合评价人的行为的性质。马克思主义认为，犯罪——孤立的个人反对统治关系的斗争，和法一样，也不是随心所欲产生的，相反地，犯罪和现行统治都产生于相同条件。任何统治阶级为了巩固其阶级统治和社会秩序，总是把严重危害统治阶级利益和统治秩序的行为规定为犯罪。因此，行为的社会危害性是犯罪的本质之所在。而正当防卫行为是以保护公共利益、本人或他人的合法权益为目的而对不法侵害者实施反击的行为，这种行为不仅没有社会危害性，而且是对国家和社会有益的行为，是有利于统治阶级的统治关系和统治秩序的行为。以统治阶级的阶级统治为基轴，能够合理地说明正当防卫为什么成为法律保护和鼓励的行为的阶级本质，偏离这一基轴的任何解释都是虚伪的。其次，正当防卫正当化的根据还需要从其法律属性上加以考察。我们知道，从表现形式看，正当防卫与违法犯罪行为很相似，都具有加害性。但是仔细考察，我们不难发现二者的根本区别：一个是有益于社会的行为，一个是危害社会的行为。我国刑法中的正当防卫具有两个鲜明的特点，从主观上看，正当防卫是防卫人面对不法侵害，以保护合法权益为目的，被迫采取的一种反击行为，在这种情况下，行为人在主观上不具有危害社会的犯罪故意或过失的罪过心理；从客观上看，正当防卫是与违法犯罪行为作斗争，不是危害社会，而是为了维护社会主义社会关系所采取的反击行为，因而，不具有社会危害性。这正是正当防卫有别于犯罪行为法律依据。

### （三）正当防卫的意义

我国刑法中的正当防卫制度，是为实现刑法的目的服务的。这种制度的确立，可以及时有效地同侵害我国社会主义社会关系的一切不法侵害行为作斗争，以制止和预防犯罪，保护合法权益，促进和保障社会主义建设事业的顺利进行。因而，具有重大的现实意义。

第一，可以及时有效地保障合法权益，使之免受不法侵害，从而在法律上确认了合法权益的不可侵犯性。不法侵害行为都具有社会危害性，虽然法律上对之规定了各种处罚措施，但都是对犯罪的事后处罚。鼓励公民行使正当防卫权利，就可以在不法侵害行为正在进行的时候加以及时的制止，因而，可以说这项制度是对各种合法权益的最直接和最及时的保障。

第二，有利于威慑违法犯罪分子，制止和预防犯罪，也就是说，在合法权益的周围架起

了一道人民力量的屏障，使不法分子不敢轻举妄动。法律允许公民为了国家的、公共的、本人的或他人的合法权益，而对正在进行的不法侵害的人进行正当防卫，必要时，允许对不法侵害者的人身、财产等利益造成一定的损害，甚至可以致伤或致死，这对不法侵害人是一种有效的威慑，可以极大地震慑违法犯罪分子，从而遏制其违法犯罪的欲念，达到预防和减少犯罪的目的。

第三，有利于鼓舞和支持人民群众同违法犯罪行为作斗争。制度的设计，直接关涉社会正效果的生成。在紧急危难的时刻，从制度上鼓励公民挺身而出，见义勇为，义无反顾，使公民在面临不法侵害时能及时有效地保护合法权益不受侵犯，可以弘扬社会主义道德和社会正气。

总之，我国刑法规定的正当防卫制度，体现社会主义道德和正义的要求。因此，司法机关对一切正当防卫的行为特别是那些见义勇为的行为，应当予以切实的保护和支持。

## 二、正当防卫的成立条件

公民享有正当防卫权，但这并不意味着公民可以任意实施防卫。刑法中规定正当防卫，是为了使国家、公共利益或者公民的个人利益免受正在进行的不法侵害，因而防卫权是一种在紧急状态下才产生的权利。因此，防卫权是基于保护合法权益的需要而派生出来的一种权利。既然如此，正当防卫权只有正确地、恰当地行使，才符合刑法设立正当防卫制度的目的。否则，不仅不能达到保护合法权益的目的，反而会危害社会，从而酿成新的违法犯罪。因此，行为是不是正当防卫是有一定的规格和标准的，而这一规格和标准也就是正当防卫的成立条件。

### (一)正当防卫成立条件若干争议问题辨析

正当防卫必须具备哪些条件才能成立，在我国刑法学界存在争议。归纳起来，主要有以下不同的主张。

其一，四条件说。认为，正当防卫的成立应当具备以下四个条件：1. 正当防卫只能针对不法侵害实施；对任何合法行为，都不能实行正当防卫；2. 必须是正在进行的不法侵害，也就是说，不法侵害必须是现实存在、正在进行的，而不是想像的、推测的，也不是已经结束的或者尚未发生的；3. 防卫必须是针对不法侵害者本人实行，不能损害第三者的利益；4. 防卫不能超过必要的限度。[1]

其二，五条件说。认为，正当防卫的成立须具备以下五个条件：1. 实施正当防卫的起因条件：必须有不法侵害存在；2. 正当防卫的时间条件：必须是不法侵害正在进行之时；3. 正当防卫的对象条件：必须对不法侵害人实施；4. 正当防卫的主观条件：防卫行为须出于防卫的认识和防卫的目的；5. 正当防卫的强度条件：防卫行为不能超过必要的限度。[2]

其三，六条件说。该说在五条件说的基础上增加了“防卫行为必须给不法侵害人造成了损害”这一条件。[3]

我们认为，四条件说片面地强调正当防卫的客观条件，不仅将主客观相统一的正当防卫人为地割裂开来，而且对正当防卫主观条件的忽视，同刑法关于正当防卫的规定是相违背的，因而，赞成这一观点的学者在我国刑法学界已不多见。

六条件说在五条件说的基础上增加了“必然会给不法侵害人造成损害”这一条件是错误的。鉴于我们在正当防卫的概念中已经作了分析，兹不赘述。

五条件说在四条件说的基础上，增加了正当防卫成立的主观条件，不仅体现了主客观相统一的刑法原则，而且较好地、准确地反映了刑法关于正当防卫的规定，有助于司法实践正确区分和把握正当防卫行为与非正当防卫行为的界限，因而为我国刑法学界广为接受。

关于正当防卫成立条件的分类，在我国刑法学界也存在着争论。一种见解是将正当防卫的成立条件分为不法侵害的条件和防卫方面的条件两类。其中不法侵害的条件有二：第一，

必须有不法侵害行为，才能进行正当防卫；第二，必须有实际存在的正在进行的不法侵害，才能进行正当防卫。防卫方面的条件也有二：第一，正当防卫必须针对不法侵害者本人实行；第二，正当防卫行为不能超过必要限度，造成不应有的危害。[4]一种见解是把正当防卫成立的条件分为正当防卫的先决条件和实行正当防卫的合法界限。其中正当防卫的先决条件包括：第一，实行正当防卫，必须有来自对方不法侵害行为的发生；第二，实行正当防卫，必须是不法侵害行为已经着手实行或者已经明显地威胁着受法律保护的某种权益的时候。实行正当防卫的合法界限条件包括：第一，正当防卫是为了制止违法或者犯罪的侵害行为，只能以对不法侵害者本人的利益造成某种损害的方法来实现，而不能针对第三者实行；第二，正当防卫是为了保护公共利益、公民的人身和其他权利；第三，实行正当防卫不能超过必要的范围。[5]还有一种观点把正当防卫的条件分为主观条件和客观条件两类。主观条件是指防卫意图，即防卫人意识到不法侵害正在进行，为了保护国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利，而决意制止正在进行的不法侵害的心理状态。这种心理状态包括正当防卫的意识因素和意志因素两个方面的内容。正当防卫的客观条件可以分为前提条件和限度条件。其中前提条件包括正当防卫的起因条件、对象条件、时间条件；限度条件是指正当防卫只能在法律所允许的限度内进行。[6]最后一种观点把正当防卫的成立条件分为三类：一是客观条件，包括起因条件、时间条件、对象条件以及对不法侵害者造成损害；二是主观条件；三是限度条件。[7]与前述的第三种观点相比，后一观点将限度条件从客观条件中游离出来从而成为一个独立的非客观性条件。

如何评价这些分类呢？我们认为，出于理论研究的需要，对正当防卫的成立条件进行概括和归纳，是无可厚非的。但是，这种概括和归纳应该以对其成立条件进行合理的整合为前提。如果概括与归纳缺乏逻辑，不仅无助于刑法理论的发展，反而是繁琐和有害的。第一种观点没有重视正当防卫人的主观条件，实际上与前述四条件说犯了相同的错误。同时，由于这种观点将正当防卫的成立条件分为侵害方面的条件和防卫方面的条件，实际上人为地割裂了不法侵害与防卫之间的内在联系。就第二种观点而言，我们认为，存在着严重的逻辑错误，因为，正当防卫的任何一个条件都是决定正当防卫是否成立的条件，都是法律规定所要求的条件，从这个意义上讲，任何一个条件都是正当防卫的合法性条件。因此，人为地将正当防卫的成立条件分为先决性条件和合法性界限条件，实际上在告诉我们，所谓的先决性条件可以不由法律加以规定，这显然是不合适的。第四种观点将本来属于客观条件的限定条件人为地予以独立出来，损害了作为正当防卫成立的客观条件的整体性，因此，是不恰当的。相比而言，第三种观点从主观和客观两个方面入手，既强调了正当防卫成立的客观条件，又突出了其成立的主观条件，因而是可取的。但是，在我们看来，对正当防卫的成立条件进行分类，其实际意义并不十分重大，反而显得繁琐，不如直接分别论述更为简明。

关于正当防卫的成立条件在逻辑顺序上如何排列，在我国刑法学界有不同的见解。择其要者，主要有以下几种做法：一种做法是依照“起因条件”——“时间条件”——“主观条件”——“对象条件”——“限度条件”的顺序进行排列，这是刑法学界的通说；一种做法是依照“起因条件”——“时间条件”——“对象条件”——“主观条件”——“限度条件”的顺序进行排列；[8]一种做法是依照“主观条件”——“起因条件”——“对象条件”——“时间条件”——“限度条件”的顺序进行排列。[9]我们认为，通说更加符合实际。因为，从正当防卫的实际发生过程来看，首先存在着正在发生的不法侵害，然后，防卫人在其防卫意图的支配之下针对不法侵害者实施了没有明显超过必要限度造成重大损害的防卫行为，第一种观点恰好反映了正当防卫行为是如何实施的实际，因而较之其他观点而言是更为可取的。

综上所述，在正当防卫的成立条件上，我们赞同“五条件说”；在成立条件的顺序排列

上，通说是恰当的；至于成立条件的分类由于繁琐而没有多大的实际意义，所以，我们不采取。

## (二)正当防卫成立条件探析

### 1. 防卫起因

正当防卫的起因是存在着危害社会的不法侵害。正当防卫必须针对不法侵害实施，这是正当防卫的本质。作为正当防卫起因的不法侵害应该具有三个特征：其一，不法侵害必须是危害社会的行为。如果某种行为没有社会危害性，就不是不法侵害。其二，不法侵害必须是违法的行为，这种行为对公私合法权益具有侵害的属性。国外某些刑法学者把不法侵害仅仅理解为行为的客观危害，是不合适的。意外事件虽然在客观上危害了社会，但是由于行为人主观上没有罪过，不是违法行为，因此，对意外事件不能实行正当防卫。其三，不法侵害必须具有紧迫性。由于正当防卫是采用反击的方式制止不法侵害的，是在紧急的情况下保护合法权益的私力救济措施，所以，不允许事实上也不必要对一切不法侵害都实行正当防卫。不法侵害的紧迫性有两层含义：一是指不法侵害刻不容缓，如果不及时制止，便马上会给合法权益造成损害；二是指不法侵害破坏性大，如不加以反击，就会给合法权益造成无可挽回的重大损失。正是由于不法侵害具有紧迫性，决定了实行正当防卫的必要性。因此，对于不具有紧迫性的不法侵害，不宜采用正当防卫。

关于不法侵害的范围是否包括一般的违法行为，在我国刑法学界存在争议。一种观点认为，这里的不法侵害仅指犯罪行为，不包括一般的违法行为。因为，如果对一切违法行为都可以广泛地适用正当防卫，可能给某些动辄行凶随意杀人、伤人的人以可乘之机。[10]另一种观点认为，不法侵害不仅包括犯罪行为，而且包括违法行为。我们认为，第二种观点是符合正当防卫的立法精神的。理由是：1. 从我国正当防卫制度的立法沿革来看，1954年制定的《中华人民共和国刑法指导原则草案》第5条曾将正当防卫的起因条件表述为“犯罪侵害”，而1979年刑法典和修订后的1997年刑法典则使用了“不法侵害”，这表明立法机关对此曾有过不同的考虑，因此，这一选择是立法机关深思熟虑的产物；2. 区分不法侵害的性质是一项技术性要求很强的专门工作，即使是专门的人员对于某些特殊的不法侵害也难以作出准确的判断，因此，我们不能在侵害紧迫的情况下要求防卫人等判明不法侵害的犯罪性质以后才可以加以防卫，否则，不利于合法权益的保护，同时，也是强人所难；3. 对不法侵害的性质的判断不是防卫人的义务，而是司法者的义务，对于防卫者而言，只要他发现合法权益正在遭受不法侵害，就有权实行正当防卫。4. 从1997年刑法第20条第3款的规定来看，我们不难发现，对于特殊防卫的起因条件的规定与第1款的规定是有显著区别的。第1款使用了“不法侵害”的表述，而第3款则限于几种严重的犯罪；这一区别恰好印证了不法侵害不应该限于犯罪行为这一命题。总之，我国刑法规定的正当防卫的起因条件既包括犯罪行为，也包括一般的违法行为。

不法侵害是否包括过失犯罪？关于这一问题，在我国刑法学界存在着三种观点。肯定说认为，在个别情况下，当不法侵害人主观上出于过失的罪过形式，客观上实施了积极的不法侵害行为时，被害人对此采取的措施属于正当防卫。这就意味着不法侵害包括过失犯罪。[11]否定说认为，不法侵害不包括过失犯罪。理由是：过失犯罪行为人不希望危害结果的发生，所以，在行为人实施可能引起危害社会结果的行为时，可以通过很多方法提醒、帮助他避免危害结果的发生，而不宜对他实行正当防卫。如果过失行为人已经造成危害结果的，对其进行正当防卫就失去了意义。[12]折衷说认为，对于过失犯罪能否实行正当防卫不能一概而论，要具体情况具体分析。对于那些从行为外观上表现为以暴力或武力形式出现的过失犯罪行为，可以实行正当防卫，如过失杀人行为、过失伤人行为等。对于其他过失犯罪行为，则不能实行正当防卫。[13]我们赞成否定说。因为过失犯罪的成立以行为造成了实际的危害结果为标

志，这一特征决定了当过失犯罪成立之时，也是不法侵害结束之时，不法侵害既然已经结束，当然也就不能实行正当防卫了。换言之，对于过失犯罪不存在实行正当防卫的时间条件，所以，正当防卫中的不法侵害，不应该包括过失犯罪行为。

对于不作为犯罪能否实行正当防卫，在我国刑法学界有两种不同的意见。一种意见认为，由于不作为犯罪不具备危害的紧迫性；况且，对其实施正当防卫起不到制止不作为犯罪的作用，因此，对于不作为犯罪不能实行正当防卫。[14]另一种意见认为，对不作为犯罪能否实行正当防卫，应视其是否具有侵害的紧迫性而定。对于已经形成侵害紧迫性的不作为犯罪，可以实行正当防卫，否则，不能实行正当防卫。[15]我们赞成第二种意见。理由是：1. 不能一概武断地认为不作为犯罪不具有侵害的紧迫性。诚然，在一般的情况下，由于不作为犯罪表现为行为人消极地不履行应当履行的义务从而形不成危害的紧迫性，但是，有些不作为犯罪确实能够形成危害的紧迫性。如，锅炉工故意不给锅炉加水，锅炉处于即将爆炸的危险之中，这就明显地形成了危害的紧迫性。又如，母亲故意不给婴儿哺乳，使婴儿的生命安危处于极度的危险之中，这种情况的不作为犯罪不能说没有形成紧迫的危害。2. 对于不作为犯罪实行正当防卫能起到制止的作用。通过正当防卫制止不作为犯罪与制止作为犯罪不同，对于作为犯罪，防卫人可以通过自己的防卫行为直接予以制止，而要制止不作为犯罪，除了防卫人的行为外，还需要犯罪人积极地履行应当履行的义务。如，要制止故意不给婴儿哺乳的母亲的不作为犯罪行为，仅仅对其造成损害并不能防止婴儿被饿死的结果发生，只有母亲在遭受损害以后被迫积极地履行义务，才能避免婴儿被饿死的结果发生。因此，正当防卫并非不能制止不作为犯罪。总而言之，无论是作为犯罪还是不作为犯罪，只要具有侵害的紧迫性，皆可以实行正当防卫。

[1] 参见高铭喧主编：《刑法学》，法律出版社1984年版，第164—166页。

[2] 参见高铭喧主编：《刑法学原理》（第2卷），中国人民大学出版社1993年版，第202—214页；马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社1999年第3版，第716—749页；张明楷著：《犯罪论原理》，武汉大学出版社1991年版，第333—334页等等。

[3] 参见王政勋著：《正当行为论》，法律出版社2000年版，第121页。

[4] 参见高格著：《正当防卫与紧急避险》，福建人民出版社1985年版，第21—34页。

[5] 参见李光灿主编：《中华人民共和国刑法论》（上），吉林人民出版社1984年版，第251—256页。

[6] 参见陈兴良著：《刑法适用总论》（上卷），法律出版社1999年版，第321—339页。

[7] 参见王政勋著：《正当行为论》，法律出版社2000年版，第122页。

[8] 参见马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社1999年版，第716页。

[9] 参见陈兴良著：《刑法适用总论》（上卷），法律出版社1999年版，第324页。

[10] 参见高铭喧主编：《刑法修改建议文集》，中国人民大学出版社1997年版，第261页以下；高铭喧主编：《新中国刑法学研究综述》，河南人民出版社1986年版，第288页以下。

[11] 参见姚辉等：《试论正当防卫中的不法侵害》，载《法学杂志》，1985年第1期。

[12] 参见姜伟著：《正当防卫论》，法律出版社1988年版，第65页。

[13] 参见周国钧、刘根菊著：《正当防卫的理论与实践》，中国政法大学出版社1988年版，第41页以下。

[14] 参见周国钧、刘根菊著：《正当防卫的理论与实践》，中国政法大学出版社1988年版，第42页。

[15] 参见陈兴良著：《正当防卫论》，中国人民大学出版社1987年版，第99页。

