

论正当防卫的适用 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E8_AE_BA_E6_AD_A3_E5_BD_93_E9_c122_483978.htm 我国刑法第20条规定：“为了使国家，公共利益，本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害，而采取的制止的不法侵害的行为，对不法侵害人造成损害的属正当防卫，不负刑事责任。”这是我国刑法关于正当防卫制度的规定，正当防卫制度不仅体现了专门机关与人民群众相结合的司法路线，而且也体现了对合法利益的保护精神；不仅有利于鼓励和保护公民与不法侵害作斗争的积极性与自觉性，而且有利于树立和培养社会主义道德风尚。正当防卫是法律赋予公民的权利，但权利的行使必须符合一定条件，否则会造成新的不法侵害。因此，实施正当防卫也必须符合一定条件。（一）必须存在现实的不法侵害行为。正当防卫是制止不法侵害，保护合法利益的行为，理所当然地以存在现实的不法侵害为前提。因此，现实的不法侵害，是正当防卫的起因。“不法侵害”的“不法”与违法是等同概念，既包括犯罪行为，也包括其他违法行为，但又不是泛指一切违法犯罪行为。首先，犯罪行为和其他违法行为都是侵犯合法权益的行为，而合法权益都是受法律保护的，没有理由禁止公民对其他违法行为进行正当防卫；有些行为是犯罪行为还是一般违法行为，一时难以区分，将不法侵害限制在犯罪范围内，不利于公民行使正当防卫权；刑法使用了“不法”一词，而没有使用“犯罪”概念，表明对其他违法行为可以进行防卫。其次，并非对任何违法犯罪行为都可以进行防卫，只是对那些具有进攻

性、破坏性，紧迫性的不法侵害，在采取正当防卫可以减轻或者避免危害结果的情况下，不宜进行正当防卫。例如：假冒注册商标罪，贿赂罪等虽然是犯罪行为，却不能对之进行正当防卫。不法侵害不限于故意，而且还包括过失。对于过失不法侵害，特别是过于自信的过失而构成的不法侵害，符合其他条件的，也可以进行正当防卫；不法侵害不限于作为的不法侵害，对于不作为的不法侵害，如果不能由不作为履行义务，需要进行正当防卫的，也可以进行正当防卫。不法侵害应是主客观相统一的不法侵害，即达到法定年龄，具有辨认控制能力的人在罪过或过错心理支配下实施的不法侵害。对于没有达到法定年龄，不具有辨认控制自己行为能力的人的侵害，不能实施正当防卫。不法侵害必须是现实存在的，如果并不存在不法侵害，但行为人误认为存在不法侵害，因而进行所谓防卫的，属于假想防卫，假想防卫不是正当防卫，应按其主观上的罪过进行定罪。（二）不法侵害必须正在进行。不法侵害正在进行时，才使合法权益处于紧迫的被害或威胁之中，才使防卫行为成为保护合法权益的必要手段。不法侵害正在进行，是指不法侵害已经开始且尚未结束。关于不法侵害的开始时间，在一般情况下，应以不法侵害人着手实行不法侵害时为其开始，但在不法侵害的现实威胁十分明显、紧迫、待其着手后来不及减轻或避免危害结果时，也应认为不法侵害已经开始。关于不法侵害的结束时间，一般是指合法权益不再处于紧迫、现实的侵害、威胁之中，或者说不法侵害已经不可能侵害或威胁合法权益。具体表现为以下几种情况：不法侵害人已被制服，不法侵害人已经逃离现场，不法侵害人已经丧失侵害能力或自动中止不法侵害

，不法侵害的危害结果已经发生等。但应注意的是，在财产性违法犯罪中，行为虽已既遂，但在现场还来得及挽回损失的，应认为不法侵害尚未结束，可以实施正当防卫。例如：抢劫犯使用暴力劫得财物，抢劫罪虽已既遂，但在当场对抢劫犯予以暴力反击，夺回财物的，应认为是正当防卫。在不法侵害尚未开始或者已经结束时，进行所谓“防卫”的，称为防卫不适时，可分为两种情况，一是事前加害，二是事后加害。防卫不适时，不是正当防卫，一般认为要对该行为根据主观情况追究刑事责任。（三）必须具有防卫意识。正当防卫是主客观相统一的行为，具有防卫意识的才可能成立正当防卫。防卫意识包括防卫认识与防卫意志。防卫认识，是指防卫人认识不到不法侵害，正在进行；防卫意志，是指防卫人出于保护国家、公共利益，本人或他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害的目的。但在现实生活中的防卫挑拨相互斗殴，偶然防卫都是不具有防卫意识的行为，不属于正当防卫。防卫挑拨，是指为了侵害对方，故意引起对方对自己进行侵害，然后以正当防卫为借口，给对方造成侵害的行为。这种行为不具有防卫意识，是滥用正当防卫的行为，因而是故意犯罪。相互斗殴，是指双方以侵害对方身体的意图而进行相互攻击的行为。由于双方都具有不法侵害他人的意图，而没有防卫意识，故不属正当防卫。但在斗殴的过程中，也可能出现正当防卫的前提条件，因而也可能进行正当防卫：其一，在相互斗殴中，一方求饶或者逃走，一方继续侵害的，前者出于防卫意识进行正当防卫；其二，在一般性斗殴中，一方突然使用杀伤力很强的凶器，另一方面生命受到严重威胁的，后者可以出于防卫意识进行正当防

卫。偶然防卫，是指故意侵害他人合法权益的行为，巧合了正当防卫的客观条件。但主观上没有防卫意识，因而不属于正当防卫。（四）必须针对不法侵害人本人进行防卫。这是正当防卫的本质决定的。正当防卫是制止不法侵害，保护合法权益的行为，而不法侵害是由不法侵害人实施的，针对不法侵害人进行防卫，使不法侵害人不再继续实施侵害，才能达到正当防卫的目的。针对不法侵害人以外的第三者进行防卫，就不可能制止不法侵害，保护合法权益。即使在共同犯罪的情况下，也只能对正在进行不法侵害的人进行防卫。针对不法侵害人进行防卫包括两种情况：一是针对不法侵害人的人身进行防卫，二是针对不法侵害人的财产进行防卫，即当不法侵害人使用自己的财产作为犯罪工具或手段时，如果能够通过毁损财产达到制止不法侵害，保护合法权益的目的，则可以通过损毁财产达到制止不法侵害，保护合法权益的目的。针对人身、财产以外的利益加以损害的，不可能实现正当防卫的目的。对于针对第三者进行所谓防卫的，则应视不同情况处理。如果故意针对第三者进行所谓防卫的则应作为故意犯罪处理。如果误认为第三者是不法侵害人而进行所谓防卫的，则当假想防卫来处理。（五）必须没有明显超过必要限度造成重大损害。其中的“必要限度”，应以制止不法侵害，保护合法权益所必需为标准。是否“必需”应全面分析案情。一方面要分析双方的手段、强度、人员多少与强弱，在现场所处的客观环境与形势。防卫手段通常是由现场的客观环境决定的，防卫人往往只能在现场获得最顺手的工具，不能要求防卫人在现场选择比较缓和的工具。对于防卫强度应根据各种客观情况，判断防卫人在当时的情况下应否控

制防卫强度。另一方面还要权衡防卫行为所保护的合法权益性质与防卫行为所造成的损害后果，即不能为了保护微小权益而造成不法侵害者重伤或者死亡。所谓明显超过必要限度的“明显”，应从以下几方面进行理解：第一，轻微超过必要限度的不能视为“明显”。第二，造成一般损害的，不成立“明显”，只有造成不法侵害人重伤、死亡时，才可能是“明显”超过必要限度。第三，不存在所谓明显超过必要限度，但又没有造成重大损害的情况。第四，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的，不属于明显超过必要限度。总之，正当防卫是我国刑事法律中一项重要的排除犯罪的事由，它的适用条件是一个有机整体，不能割裂地看待，必须综合考虑，全面分析案情，方能正确运用。来源：河南法院网 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com