

正当防卫

（一）中华人民共和国刑法的相关规定

第二十条 【正当防卫】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，而采取的制止不法侵害的行为，对不法侵害人造成损害的，属于正当防卫，不负刑事责任。

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，但是应当减轻或者免除处罚。

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，不属于防卫过当，不负刑事责任。^[1]

（二）相关司法解释

2020年9月3日，最高人民法院公布《[最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于依法适用正当防卫制度的指导意见](#)》^[3]

一、总体要求

1. 把握立法精神，严格公正办案。正当防卫是法律赋予公民的权利。要准确理解和把握正当防卫的法律规定和立法精神，对于符合正当防卫成立条件的，坚决依法认定。要切实防止“谁能闹谁有理”“谁死伤谁有理”的错误做法，坚决捍卫“法不能向不法让步”的法治精神；

2. 立足具体案情，依法准确认定。要立足防卫人防卫时的具体情境，综合考虑案件发生的整体经过，结合一般人在类似情境下的可能反应，依法准确把握防卫的时间、限度等条件。要充分考量防卫人面临不法侵害时的紧迫状态和紧张心理，防止在事后以正常情况下冷静理性、客观精确的标准去评判防卫人；

3. 坚持法理情统一，维护公平正义。认定是否构成正当防卫、是否防卫过当以及对防卫过当量刑刑罚时，要注重查明前因后果，分清是非曲直，确保案件处理于法有据、于理应当、于情相容，符合人民群众的公平正义观念，实现法律效果与社会效果的有机统一；

4. 准确把握界限，防止不当认定。对于以防卫为名行不法侵害之实的违法犯罪行为，要坚决避免认定为正当防卫或者防卫过当。对于虽具有防卫性质，但防卫行为明显超过必要限度造成重大损害的，应当依法认定为防卫过当。

二、正当防卫的具体适用

5. 准确把握正当防卫的起因条件。正当防卫的前提是存在不法侵害。不法侵害既包括侵犯生命、健康权利的行为，也包括侵犯人身自由、公私财产等权利的行为；既包括犯罪行为，也包括违法行为。不应将不法侵害不当限缩为暴力侵害或者犯罪行为。对于非法限制他人人身自由、非法侵入他人住宅等不法侵害，可以实行防卫。不法侵害既包括针对本人的不法侵害，也包括危害国家、公共利益或者针对他人的不法侵害。对于正在进行的拉拽方向盘、殴打司机等妨害安全驾驶、危害公共安全的违法犯罪行为，可以实行防卫。成年人对于未

成年人正在实施的针对其他未成年人的不法侵害，应当劝阻、制止；劝阻、制止无效的，可以实行防卫；

6. 准确把握正当防卫的时间条件。正当防卫必须是对正在进行的不法侵害。对于不法侵害已经形成现实、紧迫危险的，应当认定为不法侵害已经开始；对于不法侵害虽然暂时中断或者被暂时制止，但不法侵害人仍有继续实施侵害的现实可能性的，应当认定为不法侵害仍在进行；在财产犯罪中，不法侵害人虽已取得财物，但通过追赶、阻击等措施能够追回财物的，可以视为不法侵害仍在进行；对于不法侵害人确已失去侵害能力或者确已放弃侵害的，应当认定为不法侵害已经结束。对于不法侵害是否已经开始或者结束，应当立足防卫人在防卫时所处情境，按照社会公众的一般认知，依法作出合乎情理的判断，不能苛求防卫人。对于防卫人因为恐慌、紧张等心理，对不法侵害是否已经开始或者结束产生错误认识的，应当根据主客观相统一原则，依法作出妥当处理；

7. 准确把握正当防卫的对象条件。正当防卫必须针对不法侵害人进行。对于多人共同实施不法侵害的，既可以针对直接实施不法侵害的人进行防卫，也可以针对在现场共同实施不法侵害的人进行防卫。明知侵害人是无刑事责任能力人或者限制刑事责任能力人的，应当尽量使用其他方式避免或者制止侵害；没有其他方式可以避免、制止不法侵害，或者不法侵害严重危及人身安全的，可以进行反击；

8. 准确把握正当防卫的意图条件。正当防卫必须是为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受不法侵害。对于故意以语言、行为等挑动对方侵害自己再予以反击的防卫挑拨，不应认定为防卫行为；

9. 准确区分防卫行为与相互斗殴。防卫行为与相互斗殴具有外观上的相似性，准确区分两者要坚持主客观相统一原则，通过综合考量案发起因、对冲突升级是否有过错、是否使用或者准备使用凶器、是否采用明显不相称的暴力、是否纠集他人参与打斗等客观情节，准确判断行为人的主观意图和行为性质。

因琐事发生争执，双方均不能保持克制而引发打斗，对于有过错的一方先动手且手段明显过激，或者一方先动手，在对方努力避免冲突的情况下仍继续侵害的，还击一方的行为一般应当认定为防卫行为。

双方因琐事发生冲突，冲突结束后，一方又实施不法侵害，对方还击，包括使用工具还击的，一般应当认定为防卫行为。不能仅因行为人事先进行防卫准备，就影响对其防卫意图的认定；

10. 防止将滥用防卫权的行为认定为防卫行为。对于显著轻微的不法侵害，行为人在可以辨识的情况下，直接使用足以致人重伤或者死亡的方式进行制止的，不应认定为防卫行为。不法侵害系因行为人的重大过错引发，行为人在可以使用其他手段避免侵害的情况下，仍故意使用足以致人重伤或者死亡的方式还击的，不应认定为防卫行为。

三、防卫过当的具体适用

11. 准确把握防卫过当的认定条件。根据刑法第二十条第二款的规定，认定防卫过当应当同时具备“明显超过必要限度”和“造成重大损害”两个条件，缺一不可；

12. 准确认定“明显超过必要限度”。防卫是否“明显超过必要限度”，应当综合不法侵害的性质、手段、强度、危害程度和防卫的时机、手段、强度、损害后果等情节，考虑双方力量对比，立足防卫人防卫时所处情境，结合社会公众的一般认知作出判断。在判断不法侵害的危害程度时，不仅要考虑已经造成的

损害，还要考虑造成进一步损害的紧迫危险性和现实可能性。不当苛求防卫人必须采取与不法侵害基本相当的反击方式和强度。通过综合考量，对于防卫行为与不法侵害相差悬殊、明显过激的，应当认定防卫明显超过必要限度；

13. 准确认定“造成重大损害”。“造成重大损害”是指造成不法侵害人重伤、死亡。造成轻伤及以下损害的，不属于重大损害。防卫行为虽然明显超过必要限度但没有造成重大损害的，不应认定为防卫过当；

14. 准确把握防卫过当的刑罚裁量。防卫过当应当负刑事责任，但是应当减轻或者免除处罚。要综合考虑案件情况，特别是不法侵害人的过错程度、不法侵害的严重程度以及防卫人面对不法侵害的恐慌、紧张等心理，确保刑罚裁量适当、公正。对于因侵害人实施严重贬损他人人格尊严、严重违反伦理道德的不法侵害，或者多次、长期实施不法侵害所引发的防卫过当行为，在量刑时应当充分考虑，以确保案件处理既经得起法律检验，又符合社会公平正义观念。

四、特殊防卫的具体适用

15. 正确理解和把握“行凶”。根据刑法第二十条第三款的规定，下列行为应当认定为“行凶”：（1）使用致命性凶器，严重危及他人人身安全的；（2）未使用凶器或者未使用致命性凶器，但是根据不法侵害的人数、打击部位和力度等情况，确已严重危及他人人身安全的。虽然尚未造成实际损害，但已对人身安全造成严重、紧迫危险的，可以认定为“行凶”；

16. 正确理解和把握“杀人、抢劫、强奸、绑架”。刑法第二十条第三款规定的“杀人、抢劫、强奸、绑架”，是指具体犯罪行为而不是具体罪名。在实施不法侵害过程中存在杀人、抢劫、强奸、绑架等严重危及人身安全的暴力犯罪行为的，如以暴力手段抢劫枪支、弹药、爆炸物或者以绑架手段拐卖妇女、儿童的，可以实行特殊防卫。有关行为没有严重危及人身安全的，应当适用一般防卫的法律规定；

17. 正确理解和把握“其他严重危及人身安全的暴力犯罪”。刑法第二十条第三款规定的“其他严重危及人身安全的暴力犯罪”，应当是与杀人、抢劫、强奸、绑架行为相当，并具有致人重伤或者死亡的紧迫危险和现实可能的暴力犯罪；

18. 准确把握一般防卫与特殊防卫的关系。对于不符合特殊防卫起因条件的防卫行为，致不法侵害人伤亡的，如果没有明显超过必要限度，也应当认定为正当防卫，不负刑事责任。

五、工作要求

19. 做好侦查取证工作。公安机关在办理涉正当防卫案件时，要依法及时、全面收集与案件相关的各类证据，为案件的依法公正处理奠定事实根基。取证工作要及时，对冲突现场有视听资料、电子数据等证据材料的，应当第一时间调取；对冲突过程的目击证人，要第一时间询问。取证工作要全面，对证明案件事实有价值的各类证据都应当依法及时收集，特别是涉及判断是否属于防卫行为、是正当防卫还是防卫过当以及有关案件前因后果等的证据；

20. 依法公正处理案件。要全面审查事实证据，认真听取各方意见，高度重视犯罪嫌疑人、被告人及其辩护人提出的正当防卫或者防卫过当的辩解、辩护意见，并及时核查，以准确认定事实、正确适用法律。要及时披露办案进展等工作信息，回应社会关切。对于依法认定为正当防卫的案件，根据刑事诉讼法的规定，及时作出不予立案、撤销案件、不批准逮捕、不起诉的决定或者被告人无罪的判决。对于防卫过当案件，应当依法适用认罪认罚从宽制度；对于犯罪

情节轻微，依法不需要判处刑罚或者免除刑罚的，人民检察院可以作出不起诉决定。对于不法侵害人涉嫌犯罪的，应当依法及时追诉。人民法院审理第一审的涉正当防卫案件，社会影响较大或者案情复杂的，由人民陪审员和法官组成合议庭进行审理；社会影响重大的，由人民陪审员和法官组成七人合议庭进行审理；

21. 强化释法析理工作。要围绕案件争议焦点和社会关切，以事实为根据、以法律为准绳，准确、细致地阐明案件处理的依据和理由，强化法律文书的释法析理，有效回应当事人和社会关切，使办案成为全民普法的法治公开课，达到办理一案、教育一片的效果。要尽最大可能做好矛盾化解工作，促进社会和谐稳定；

22. 做好法治宣传工作。要认真贯彻“谁执法、谁普法”的普法责任制，做好以案说法工作，使正当防卫案件的处理成为全民普法和宣扬社会主义核心价值观的过程。要加大涉正当防卫指导性案例、典型案例的发布力度，旗帜鲜明保护正当防卫者和见义勇为人的合法权益，弘扬社会正气，同时引导社会公众依法、理性、和平解决琐事纠纷，消除社会戾气，增进社会和谐。

学理依据

[编辑 播报](#)

由于正当防卫的成立不以其造成的损害小于或等于所避免的损害为前提，所以，刑法理论一直讨论正当防卫的正当化根据。换言之，为什么防卫行为造成的损害在表面上大于所避免的损害时也不违法。德国的通说与判例采取了个人保全原理与法确证原理相结合的二元论。二元论在日本、韩国刑法学界不乏赞成者，在我国也得到了部分学者的认同。^[4]

1. 个人保全原理

个人保全原理，是指法律允许个人采取各种必要的防卫性保护措施，或者说，受到不法侵害行为攻击的个人可以采取必要手段保全自己。这一原理可以用社会契约论来说明，具有一定的合理性，由此得出的被侵害人没有逃避义务的结论，大体上也可以接受。但该原理并非没有疑问。一方面，各国刑法都认可为了第三人的利益实施的正当防卫，但个人保全原理不能说明这一点。另一方面，根据该原理，既然在国家不能保护市民的利益时，任何契约都不可能使市民放弃自卫权利，那么，也不得以防卫过当为由使市民放弃自卫权利，于是，市民可以无限制地对不法侵害人加以防卫，因而不可能存在防卫过当现象。但是，这样的结论不符合各国刑法关于防卫过当的规定。个人保全原理更不可能原封不动地照搬到我国。因为根据个人保全原理，“在个人法的侧面，显示出只允许为了保护个人的利益进行正当防卫，而不允许为了保护公共秩序或者法秩序自身进行正当防卫的立场”。^[4]

2. 法确证原理

“法确证的原理（Rechtsbewährungsprinzip），一般理解为，‘法秩序即使受到了侵害，也不能退缩，而是要以严肃地显示其存在的方式维护法秩序’。”简言之，法确证就是指“法秩序的防卫”“捍卫法秩序”“宣示法秩序的存在”，宣示“正不得向不正让步”。这是因为，不法侵害行为不仅侵害了个人法益，而且侵害了法的理念，侵害了基本的法秩序，于是，防卫行为不仅防卫了个人法益，而且防卫了法秩序。正因为如此，正当防卫不需要利益衡量，防卫人也没有退避义务。又由于法秩序终究是为了保护个人利益，所以，每个人都可以通过防卫行为来对抗不法侵害，为了保护他人的利益也可以进行正当防卫。^[4]

“正不得向不正让步”命题虽然是成立的，但其内容不确定，难以为正当防卫提供实质的根据。首先，如果从超个人的角度来理解“正不得向不正让步”，法确证的利益就是一种公益。如果说法确证的利益加上被侵害者的利益优越于侵害者的利益时，就必须说明法确证的利益究竟是什么程度的利益。如果说捍卫法秩序是指捍卫个人法益不受侵害的法秩序，也只不过是个人保全原理的另一种表述。其次，如果从被侵害者的主观权利的角度来理解“正不得向不正让步”，就意味着被侵害者的权利绝对优越于不法侵害者的权利。既然如此，只需要将不法侵害者的利益与被侵害者的权利进行比较，就既能说明被侵害者没有退避义务，也能说明正当防卫造成的损害可以绝对大于不法侵害者造成的损害，因而没有必要将法确证作为正当防卫的原理。^[4]

一般正当防卫的条件

[编辑](#) [播报](#)

根据刑法的规定，只有同时具备下列五个要件才能构成正当防卫：

（一）起因条件

需要为不法侵害现实存在。

正当防卫的起因必须是具有客观存在的不法侵害。“不法”一般指法令所不允许的，其侵害行为构成犯罪的行为，也包括一些侵害人身、财产，破坏社会秩序的违法行为。对于精神病人所为的侵害行为，一般认为可实施正当防卫。但是并非针对所有的犯罪行为都可以进行正当防卫，例如贪污罪、渎职罪等等不具有紧迫性和攻击性的犯罪，一般不适用正当防卫制度。不法侵害应是由人实施的，对于动物的加害动作予以反击，原则上系紧急避险而非正当防卫。不法侵害必须现实存在。如果防卫人误以为存在不法侵害，那么就构成假想防卫。假想防卫不属于正当防卫，如果其主观上存在过失，且刑法上对此行为规定了过失罪的，那么就构成犯罪，否则就是意外事件。

（二）时间条件

需要为不法侵害正在进行。

不法侵害正在进行的时候，才能对合法权益造成威胁性和紧迫性，因此才可以使防卫行为具有合法性。不法侵害的开始时间，一般认为以不法侵害人开始着手实施侵害行为时开始，但是在不法侵害的现实威胁十分明显紧迫，且待其实施后将造成不可弥补的危害时，可以认为侵害行为已经开始。例如恐怖分子在放置炸弹后，即使尚未引爆炸弹，但也构成不法侵害；为了杀人而侵入他人住宅的，即使尚未着手杀害行为，但也被视为不法侵害行为已经开始。不法侵害的结束时间——当合法权益不再处于紧迫现实的侵害威胁的时候，视为不法侵害已经结束。具体表现在：不法侵害人被制服，丧失了侵害能力，主动中止侵害，已经逃离现场，已经无法造成危害结果且不可能继续造成更严重的后果。在财产性犯罪中，即使侵害行为已经构成既遂，但如果尚能及时挽回损失的，可以认为不法侵害尚未结束。例如：抢劫犯夺走他人财物，虽然抢劫罪已经完成，但是防卫人仍然可以当场施以暴力夺回财物，这也被视为正当防卫。在上述开始时间之前或者结束时间之后进行的防卫，属于防卫不适时。具体分为：事前防卫（事前加害）或者事后防卫（事后加害）。前者被俗称为“先下手为强”。防卫不适时不属于正当防卫，有可能还会构成犯罪行为。正在进行或者诸多迹象表明将要实施危害的行为都可进行正当防卫。

（三）主观条件

需要具有防卫意识。

正当防卫要求防卫人具有防卫认识和防卫意志。前者是指防卫人认识到不法侵害正在进行；后者是指防卫人出于保护合法权益的动机。防卫挑拨、相互斗殴、偶然防卫等都是不具有防卫意识的行为。防卫挑拨——为了侵害对方，故意引起对方对自己先行侵害，然后以正当防卫为由，对对方施以侵害。这被俗称为“激将法”。因行为人主观上早已具有犯罪意识，自不可能实施正当防卫。但仍为不法加害行为。相互斗殴——双方都有侵害对方身体的意图。这种情况下，双方都没有防卫意识，因此不属于正当防卫，而有可能构成聚众斗殴、故意伤害等罪名。但是，在斗殴结束后，如果一方求饶或者逃走，另一方继续侵害，则有可能不构成正当防卫。偶然防卫——一方故意侵害他人的行为，偶然符合了防卫的其他条件。例如，甲正欲开车撞死乙，恰好乙正准备对丙实施抢劫，而且甲对乙的犯罪行为并不知情。这种情况下，甲不具有保护权益的主观意图，因此也不构成正当防卫。

（四）对象条件

需要针对侵害人防卫。

正当防卫只能针对侵害人本人防卫。由于侵害是由侵害人本人造成的，因此只有针对其本身进行防卫，才能保护合法权益。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，而不能对其没有实行侵害行为的同伙进行防卫。如针对第三人进行防卫，则有可能构成故意犯罪或者假想防卫亦或是紧急避险。

也可以是对侵害人所带协助其伤害的对象实施。

（五）限度条件

需要没有明显超过必要限度。

防卫行为必须在必要合理的限度内进行，否则就构成防卫过当。例如，甲欲对乙进行猥亵，乙的同伴丙见状将甲打倒在地，之后又用重物将甲打死。这就明显超过了正当防卫的必要限度。必须注意的是，并非超过必要限度的，都构成防卫过当，只有“明显”超过必要限度且造成重大损害的，才是防卫过当。针对严重危及人身安全的暴力犯罪所进行的防卫，不会构成防卫过当。例如，甲欲对乙实施强奸，乙即使在防卫中将甲打死，也仍然属于正当防卫的范围。

限度把握：

1. 不法侵害的强度。所谓不法侵害的强度，是指行为的性质、行为对客体已经造成的损害结果的轻重以及造成这种损害结果的手段、工具的性质和打击部位等因素的统一。对于不法侵害实行正当防卫，如果用轻于或相当于不法侵害的防卫强度不足以有效地制止不法侵害的，可以采取大于不法侵害的防卫强度。当然，如果大于不法侵害的防卫强度不是为制止不法侵害所必需，那就是超过了正当防卫的必要限度。

2. 不法侵害的缓急。是指侵害的紧迫性，即不法侵害所形成的对国家、社会公共利益、本人或者他人的人身、财产等合法权利的危险程度。不法侵害的缓急对于认定防卫限度具有重要意义，尤其是在防卫强度大于侵害强度的情况下，确定该行为大于不法侵害的防卫强度是否为制止不法侵害所必需，更要以不法侵害的缓急等因素为标准。

3. 不法侵害的权益。不法侵害的权益，就是正当防卫保护的权益，它是决定必要限度的因素之一。为保护重大的权益而将不法侵害人杀死，可以认为是为制止不法侵害所必需的，因而没有超过正当防卫的必要限度。而为了保护轻微的权益，即使是非此不能保护，造成了不法侵害人的重大伤亡，而就可以认为是超过了必要限度。

正当防卫不负刑事责任，它的主要意义在于保障社会公共利益和其他合法权利免受正在进行的不法侵害，鼓励公民和正在进行的不法侵害做斗争，震慑犯罪分子，使其不敢轻举妄动。可以说正当防卫不仅是免除正当防卫行为的刑事责任的法律依据，而且是公民与正在进行的不法侵害做斗争的法律武器。正确认识正当防卫，了解正当防卫的构成条件，有利于公民大胆地运用正当防卫的法律武器同不法侵害做斗争。