

增设“正当防卫”条款的法律基础与建议

王周户

治安管理法律制度经过多年的实施及实践积累，终于在这次修订草案稿中增加了一条“为了免受正在进行的不法侵害而采取的制止行为，造成损害的，不属于违反治安管理行为，明显超过必要限度，造成不应有的损害的，应当减轻或者免除处罚”的规定，在治安秩序管理及其处罚领域确立并捍卫了“法不能向不法让步”的法治精神。

保护公民权益是增设“正当防卫”规定的法律基础

无论从生存还是发展，对人而言，需要面对的无外乎两大领域：自然与社会。但无论面对自然还是社会，当人受到侵害的时候，在力所能及的范围和程度内进行一定的防卫，既是人的本能，也属正常举动。尤其在现代社会，相关法律制度的确立与执行，为民众提供了有限的自我防卫和保护以外，更为强而有力的法律制度和国家公权力严格执行法律所带来的保护。因此，“保护公民合法权益”，一方面应当包含着通过制定法律制度以及执法机关对法律规范的实施和执行对公民合法权益给予保护，另一方面也应当包含了对公民通过行使正当防卫权利来制止不法侵害伤害自身权益的保护。2020年9月3日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合发布了《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》（以下简称《指导意见》）中就明确指出了“正当防卫是法律赋予公民的权利”，要“维护公民的正当防卫权利”。

然而，尽管在治安管理处罚法立法目的中规定了“保护公民合法权益”，但在具体法律制度规范中却只有公民通过公安机关以及警察行使执法权来实现对自己合法权益的保护，却没有明确规定公民还可以通过行使正当防卫权利来“制止不法侵害行为”，好像民众只能在“报警”“逃跑”甚至“忍耐”中做选择，如果采取“制止不法侵害行为”的防卫手段就可能被理解为“以暴制暴”而不被认可具有正当性，从而认定为属于“互殴”而受到“各打五十大板”的处罚。这或许是因为，长期以来，治安管理法律制度的主要目的和核心任务在于维护社会治安秩序和保障公共安全，规范与保障公安机关和人民警察行使权力履行职责，因而在法律制度规范的相关内容中，以强调和突出调整警察权力与违反治安管理秩序行为之间关系为主线，将处理违反治安管理秩序行为视为专属于公安机关和警察的权力，受到不法行为侵害的人只能选择“报警”，而不得“擅自”通过直接制止不法侵害来进行防卫和“救济”处理。因而其侧重点就放在了客观上是否表现为“挑战”（违反）了“治安管理秩序”，若答案是肯定的，那么相关行为都应当被处罚。

“为了免受正在进行的不法侵害而采取的制止行为”属于各部门法都应当普遍予以认可和保护的權利，对其属于正当防卫而造成的损害，刑事和民法

- “为了免受正在进行的不法侵害而采取的制止行为”属于各部门法都应当普遍予以认可和保护的權利，本次治安管理处罚法修订草案稿中增加该条款可谓“适得其所”。
- 从法律制度规定的属性及其特点上讲，不能将“德行”强加于被侵害者而去“善待”不法侵害行为的实施者，因而必须要坚持运用法治思维和法治方式制定相应法律制度规范及内容。
- 正当防卫概念及其条款内容始于刑事法律制度，随着司法实践的不断发展，2020年最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合发布《指导意见》，推进了正当防卫条款规定内容在司法领域更多案例中走向了实然。
- 建议修订草案应当采取正面积极肯定的表述方式，可参照《刑法》第二十条，将该条款表述为“为了免受正在进行的不法侵害而采取的制止行为，造成损害的，属于治安管理正当防卫行为，不负法律责任”。

律都规定了不承担相应法律责任，因此本次治安管理处罚法修订草案稿中增加该条款“适得其所”。

从管理走向治理时代的治安管理处罚立法需求

在法治轨道上推进国家治理体系和治理能力现代化，对国家和社会由传统的“管理”时代转向现代化的“治理”新时代。其带来的理念及其运行模式变革，就是从过去基于国家机关及其公权力单方运行的“命令—服从”模式，转向为以政府为主要责任主体下由社会各方按照不同定位在职责范围内共同参与的多元治理模式。

我国的一些相关法律制度既倡导和鼓励公民勇于同违法行为作斗争，也认可举报乃至制止不法侵害行为是一种权利而受到保护（如对因行使该项权利受到打击报复的要依法追究法律责任），甚至在一些法律制度中规定有关公民在相应法定条件下具有协助执法机关完成有关执法公务的义务，这就是公民作为特定主体参与社会治理的一种法律制度化模式。同理，治安管理处罚法认可并明确规定公民享有并可以行使“为了免受正在进行的不法侵害而采取的制止行为”的正当防卫权利，“也有助于震慑不法分子，弘扬见义勇为精神，促进社会公平正义，推动法治社会建设，保障人民安居乐业”，在一定程度上也是公民参与社会治理的一种法律制度体现。

坚持运用法治思维和法治方式制定“正当防卫”条款

我国的传统道德文化倡导“和为贵”，在人际交往和社会活动中强调做人要“包容”“忍让”甚至“以德报怨”，不去“计较”对方的“过错”言行，从道德上而言，这些理念毫无疑问都被视为所谓的“良好美德”，在避免冲突、防止矛盾升级以及化解社会纠纷等方面有一定的作用。但法律作为规定人们“可以做什么”“应当做什么”和“不能做什么”的权利和义务行为规范，其能够强制规定人们“应当做什么”和“不能做什么”的行为事项，比如法律制度只能将“不得损人利己”作为应当遵守的法律规范要求，但不能强制规定要求“损己利人”。因此法律作为强制规范只能规定最低或者最起码的事项要求，但无法也不能强制规定人们去做属

于“自行自愿”的高尚道德行为。同理，在面对“不法侵害行为”时，被侵害者可以从道德上选择原谅而不“计较”对方甚至“以德报怨”，但从法律制度规定的属性及其特点上讲，不能将这种“德行”强加于被侵害者而去“善待”不法侵害行为的实施者，因而必须要坚持运用法治思维和法治方式制定相应法律制度规范及内容。常说“法律规范是最低的道德要求”就是此意。然而，多年来的执法及司法实践中却似乎自觉不自觉地都在用这样的道德行为标准来衡量和评价“制止不法侵害行为”者，导致认可及认定属于“正当防卫”情形的情况很少，甚至演变为要求受害者在面对不法侵害时要做到“骂不还口、打不还手”的严苛“道德绑架”，这也被一些专家称为“道德洁癖”。

增设“正当防卫”是多年来法治实践的必然

综上所述，治安管理处罚法修订草案稿增加“为了免受正在进行的不法侵害而采取的制止行为，造成损害的，不属于违反治安管理行为”有其应然因素，但换角度来看，在立法实践中某项法律制度或者某项法律规范内容如何规定，很多时候并不完全依靠应然的法学理论设定，也并非源于立法者的纯粹主观“制造”，而是以一定的社会实践、社会认可及其接受程度为基础的。从这一点上看，可以说许多法律制度规定常常是“滞后”而非“超前”于现实社会实践的。因为将一个还不成熟或者没有取得社会普遍认可和接受的制度内容，贸然上升为法律规定而强制推行实施，反而属于不符合社会发展规律的非科学和冒风险行为。

正当防卫概念及其条款内容始于刑事法律制度，也因此多年以来，在法律实践和法学理论上正当防卫似乎是一个刑事法律领域的专属概念，有关正当防卫作为一种特定权利及其行为不追究法律责任的法律认知和制度，只适用于刑事司法领域。

随着治安管理处罚法的颁布和实施，基于一些处罚案例和执法实践带来的法律适用与立法目的及其精神的张力关系，2007年公安部印发《公安机关执行〈中华人民共和国治安管理处罚法〉有关问题的解释（二）》中将制止正在实施违反治安管理的侵害行为不认定为违反治安管理行为。随着司法实践

中一些有关正当防卫刑事经典案例的判决及其引发的社会舆论乃至法学界的讨论，尤其是如何努力让人民群众在“每一项执法决定、每一宗司法案件中都能感受到公平正义”的追求，2020年最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合发布《指导意见》，推进了正当防卫条款规定内容在司法领域更多案例中走向了实然。《指导意见》明确提出，“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”，为治安管理处罚案件尤其是通过行政诉讼推动适用正当防卫提供了一定的规范依据。正是有了相应司法解释和司法实践案例对正当防卫的实际适用为基础，在一定程度上推动了本次治安管理处罚法修订案草稿中增加了“为了免受正在进行的不法侵害而采取的制止行为，造成损害的，不属于违反治安管理行为”条款内容。

建议修订草案应当采取正面积极肯定的表述方式

针对治安管理处罚法修订案草稿中的上述条款规定内容，基于正当防卫属于法律赋予公民权利并结合近年来已经普遍形成的社会认知以及执法实践基础，治安管理处罚法修订草案稿应当采取正面积极肯定而非消极保守的态度对相关条款内容进行规定。

一方面，“为了免受正在进行的不法侵害行为而采取制止行为”是从实施行为的目的及其功能必要性上表述的，其出发点和落脚点都是在于“对不法侵害行为的制止”；另一方面，正当防卫是从实施行为的性质及其属性上给予的定位和肯定，是对“采取制止行为”的正面评价和诠释。

前者界定了实施行为的主观意图与客观存在基础，后者在于把控和解读实施行为内容及其方式的正当性基础，防止将包含了积极性防卫行为与消极性防卫行为于一体的正当防卫权利简单甚至片面理解为只有消极性防卫行为才符合要求。只有将增设“正当防卫”条款的目的及必要性与“正当防卫”的性质定位相结合，才能构成正当防卫的完整法律概念。

因此建议参照《刑法》第二十条，将该条款表述为“为了免受正在进行的不法侵害而采取的制止行为，造成损害的，属于治安管理正当防卫行为，不负法律责任”。

（作者系西北政法大学教授、博导，中国法学会行政法学研究会副会长）



扫描左侧二维码关注