

doi: 10.15936/j.cnki.1008-3758.2020.04.012

论作为责任阻却事由的特殊防卫

孔祥参¹, 徐启明²

(1. 吉林大学 法学院, 吉林 长春 130012;

2. 中国刑事警察学院 法律部, 辽宁 沈阳 110854)

摘 要: 我国刑法规定的特殊防卫是因缺乏期待可能性而阻却责任的事由,而非基于法益权
衡理论阻却不法的事由。防卫权与正当防卫制度属于不同的法理范畴,正当防卫的制度目的是限
制防卫权,而非鼓励和保护防卫权。刑法关于特殊防卫的规定应为拟制条款,而非注意规定。司
法实务始终奉法益权衡理论为教义,完全没有必要将特殊防卫理解为注意规定,反而应注重其责
任阻却事由的内涵。特殊防卫是以期待可能性为教义,在一般防卫过当的前提下,客观可能而主
观不可能的情形。在适用特殊防卫时,应注重总结司法经验,形成对期待可能性的客观判断。

关 键 词: 正当防卫; 特殊防卫; 责任阻却事由

中图分类号: D 914

文献标志码: A

文章编号: 1008-3758(2020)04-0088-09

On the Special Defense as a Cause of Non-imputability

KONG Xiang-shen¹, XU Qi-ming²

(1. School of Law, Jilin University, Changchun 130012, China; 2. Department of Law, Criminal
Investigation Police University of China, Shenyang 110854, China)

Abstract: Special defense stipulated in Chinese Criminal Law is a cause to prevent
from responsibility due to lack of anticipated possibility, rather than a cause to
prevent lawlessness based on the theory of balance of legal interests. The right of
defense and justifiable defense system belong to different legal categories. The
purpose of justifiable defense system is to limit the right of defense, but not to
encourage and protect it. The provisions of the Criminal Law on special defense
should be the legal fiction rather than attention. Unfortunately, judicial practice
always follows the theory of balancing legal interests as a doctrine, so it is not
necessary to understand special defense as attention to regulation. On the contrary,
we should pay attention to the connotation of the cause of non-imputability. Special
defense is a situation which is based on anticipated possibility and is objectively
possible but subjectively impossible under the premise of over-defense. In the
application of special defense, we should pay attention to the summary of judicial
experience and form an objective judgment of anticipated possibility.

Key words: justifiable defense; special defense; cause of non-imputability

近年来连续发生的有关特殊防卫的案件引起
了社会广泛关注。通说将《刑法》第20条第3款
规定的特殊防卫理解为注意规定,司法实践更是

将适用于违法阻却事由的法益权衡理论运用到特
殊防卫的认定中,造成司法实践中的极端情况,要
么将阻却责任的特殊防卫认定为防卫过当,追究

收稿日期: 2019-12-05

基金项目: 国家社会科学基金重大资助项目(16ZDA061); 辽宁省社会科学规划基金资助项目(L13DFX039)。

作者简介: 孔祥参(1983-),男,山东泗水人,吉林大学博士研究生,沈阳行政学院副教授,主要从事刑法学及社会治理研究; 徐启
明(1982-),男,辽宁沈阳人,中国刑事警察学院副教授,主要从事刑事法学研究。

刑事责任；要么将突破防卫限度或防卫时间的防卫过当认定为阻却违法的特殊防卫，不负刑事责任。本文结合最高司法机关的指导案例，分析特殊防卫的内涵及意义，还原其因缺乏期待可能性而阻却责任的责任阻却事由本质，使防卫制度的作用得到全面而充分地发挥。

一、特殊防卫的法理难题

我国《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的，不属于防卫过当，不负刑事责任。”刑法理论和司法裁判中通常将该规定称为特殊防卫，或者无过当防卫。防卫制度因充满自然法价值，而与公众的正义观念密切相关，对于防卫案件的裁判也因此成为检验司法者法治水平和正义观念是否合乎公众正义要求的试金石。特殊防卫因其相对于一般防卫的“无过当”性，成为正义观念冲突的突出领域。令人遗憾的是，有学者对我国法院适用特殊防卫制度的裁判情况进行实证研究发现，30.23%的判决中存在错误适用特殊防卫制度的问题^[1]，且都是将特殊防卫案件认定为防卫过当或防卫不成立，进而认定为有罪。如果说上述实证研究因为抽样的有效性和判断的主观性受到质疑，那么最高司法机关的裁判结论和论证则是对特殊防卫制度在我国司法实践中存在与公众正义观矛盾适用困境的最好例证。

最高人民法院在第93号指导案例“于欢故意伤害案”中论证道，于欢的捅刺行为具有防卫性质，但不属于特殊防卫，而应认定为防卫过当。在于欢案中，法院关注并重点论证了“严重危及人身安全的暴力犯罪”“不法侵害并不紧迫和严重”以及“防卫行为明显超过必要限度造成重大损害”三项要素，制度内涵和教义逻辑完全符合我国刑法通说理论对正当防卫制度的解读，但这种经典裁判却面临至少两方面的法理难题。

1. 司法裁判的视角：事中而非事后

无论从价值评价方面，还是从事实发现方面，司法裁判都只能是事后的^[2]。司法裁判是对已然事件的发现和评价，它不可能在已然事件之前存在，裁判结论也不可能形成于发现和评价过程之前。但是，这种对“事后”的解读是一种理论状态，由于裁判的标准是事前制定的，司法者在对具体

案件的裁判活动中会自觉地形成对类型案件的经验性操作准则，而对具体案件的裁判过程和裁判结论只是对类型案件的经验性操作准则的印证。从这个意义上说，司法裁判的过程和结论都是预设的，也就是事前的，所谓已然事实，其实就是类型化的经验事实，所有具体案件都是偶然的，司法者对具体案件的裁判其实就是将偶然案件归入预设的经验类型的过程。这个过程是由人的认识能力决定的，我们只能从确定的或者相对确定的事物认识不确定的事物，我们只能从经验的事物认识非经验的事物，并不断形成经验。与其说是法官在于欢案中遵从了关于正当防卫的理论通说和刑事政策，不如说他们认同并强化了自己信守的关于正当防卫的“通说”和“政策”。

然而，在司法裁判中，司法者不仅要作为他自己，还要同时体验当事人的角色，这就是司法裁判的事中视角的问题。事中视角通常是行为人视角，但并不绝对，如果被害人对法益侵害同样负有责任，那么也要考虑被害人视角，或者更准确地说，所谓事中视角，就是责任者视角。如果司法者不从责任者的视角设身处地地考虑情势，那就难以形成具有公信力和权威性的裁判。因此，司法裁判是以事中视角进行事后裁判。

法官在于欢案中考虑到了这点，“认定防卫是否明显超过必要限度，应当从不法侵害的性质、手段、强度、危害程度，以及防卫行为的性质、时机、手段、强度、所处环境和损害后果等方面综合分析判定”。具体来说，于欢“应当知道民警并未离开”，“导致于欢实施防卫行为时难免带有恐惧、愤怒等因素”，“但于欢捅刺杜某2等人时难免带有报复杜某2辱母的情绪”。这些对已然事实的发现和评价都是“设身处地”的结果。

基于“设身处地”的立场上，在一份有公信力和权威性的判决中，司法者不仅要考虑“应该怎么做”“不应怎么做”，而且要考虑“可能怎么做”“如何做得到”^[3]。如果认定于欢的捅刺行为构成防卫过当，司法者不仅要论证“于欢面临的不法侵害并不紧迫和严重……于欢的防卫行为明显超过必要限度造成重大损害”，还要论证于欢在“难免带有恐惧、愤怒等因素”的情况下是否能作出、怎样作出事后视角的适当防卫。如果客观上不可能适当防卫，或者是客观上可能，但主观上不可能，都无法认定于欢为防卫过当。

最高人民检察院第46号检例“朱凤山故意伤害

害(防卫过当)案”也存在事中标准运用偏差的问题。检察院在认定朱凤山防卫过当的论证中提到,齐某(侵害人)上门闹事滋扰,虽实施了投掷瓦片、撕扯的行为,但整体上没有危及朱凤山及其家人的健康或生命的明显危险,朱凤山有继续周旋、安抚、等待的余地,但却在撕扯过程中直接捅刺齐某的要害部位。综合来看,朱凤山在防卫措施的强度上不具有必要性,在防卫结果与所保护的权利对比上也相差悬殊,应当认定为防卫过当。但检察院同样没有论证,在齐某反复滋扰,最后于“23 时许”“跳入院内”,而朱凤山在不断隐忍,寻求邻居援助和报警未果的情形下,按照事中标准,朱凤山在客观上是否存在使自己和家人脱离不法侵害困境的方法,如果存在,他在主观上是否能认识到并有能力实现,司法者是否应该要求朱凤山认识到并实现。

在上述最高司法机关的指导案例中,司法者都会明确引用《刑法》第 20 条第 2 款作为法律依据,并“综合判断”“明显超过必要限度造成重大损害”的程度,但作为判断资料的事实却并不“综合”,只是对保护法益和防卫结果进行价值位阶判断。其基本逻辑是,如果保护法益的位阶高于防卫结果,则为正当防卫,反之为防卫过当;如果保护法益与防卫结果位阶相当,则因危险程度而异,若保护法益面临紧迫危险,则为正当防卫,若防卫结果(侵害人法益)面临紧迫危险,则认定为防卫过当。

2. 正当防卫的制度目的:制恶而非扬善

这里的“制恶”是指对防卫行为持限制态度;而所谓“扬善”,是指对防卫行为持鼓励态度。最高人民检察院的相关负责人在解读关于正当防卫的检例时指出,“正当防卫是法律赋予公民的基本权利,是与不法行为作斗争的重要手段。”^[4]“正当防卫不是‘以暴制暴’,而是‘以正对不正’,是法律鼓励和保护的正当合法行为。法律……鼓励人民群众勇于同违法犯罪作斗争,体现‘正义不向非正义低头’的价值取向”^[4]。可见司法者认同“扬善”是正当防卫的制度目的,但“鼓励”和“保护”是否能成为正当防卫制度的目的是存疑的。

按照富勒的新自然法学关于道德和法律的关系的理论,道德可以分为愿望的道德和义务的道德。前者是指关于幸福生活、优良和人的力量的充分实现这方面的道德,愿望道德与法律没有直接关联,当人们没有达到这种道德时,我们不是去控告他,而是对他表示惋惜或蔑视。“扬善”是愿

望道德的内容,一个人没有能力扬善是指他不具备实现扬善的全部能力,他之所以受到谴责不是因为违背义务,而是因为能力不足。愿望道德虽与法律没有直接联系,但却反映法律的普遍含义。后者是有秩序的社会必不可少的基本准则,义务道德与法律最为近似^[5]，“制恶”属于义务道德的范畴,一个人不为法律上的恶行就实现了义务道德。可见,上述最高人民检察院相关负责人的论述是把正当防卫理解为实现愿望道德的制度,或者说正当防卫的制度目的是实现愿望道德。但刑法是归结和实现刑事责任的法律,正当防卫制度的法律后果只有两项,“不负刑事责任”或者“应当负刑事责任”,刑法对前者持认同态度,对后者持反对态度,即便持认同态度也不意味着实现了愿望道德,而仅意味着具备了“合乎理性的存在的必要条件”;对后者,则认为违背了义务道德。因此,从自然法学的立场出发,刑法中正当防卫的制度目的是“制恶”,而非“扬善”。

从分析实证主义法学的角度也能得出相同的结论,按照哈特的理论,法律规则分为主要规则和次要规则,前者设定义务,后者授予权力。在前法律世界里只存在主要规则,如禁止暴力、禁止偷盗和欺骗,以及为人们共同生活作出贡献等责任。哈特认同“最低限度内容的自然法”,基于人的脆弱性、大体上的平等、有限的利他主义、有限的资源以及有限的理解和意志力,就必须有某些行为规则,包括以禁止或否定形式要求人们克制,最重要的克制是限制使用暴力杀伤他人;法律和道德两种义务的基础是一种相互克制和妥协的制度,总会有人利用这种状态,既得制度之利,又行破坏之实。总之,由于社会历史条件和人的认识能力的局限性,社会中存在最低限度道德要求的以义务为内容的主要规则。但是前法律世界存在不确定性、静态性和用以维护规则的社会压力无效等三项缺陷,为此需要三项次要规则来补充,以实现由前法律世界进入法律世界的发展。这三项规则包括承认规则,即通过承认规则授权,主要规则才有法律效力;改变规则,指通过缔结契约等行为发展新的权利义务关系;审判规则,是授权判断主要规则是否已经被违反、如何进行制裁^[6]。具体到正当防卫,应将防卫权和正当防卫制度作为不同的范畴认识,前者属于主要规则,产生于前法律世界的为了抗制暴力的义务规定,或者说防卫权是一项道德权利,而非法定权利;后者属于次要规

则,是法律世界的规则,正当防卫制度承认了防卫权,同时也发展和限制了防卫权。从分析实证主义法学的立场出发,正当防卫的制度目的也不是“扬善”,而只能是“制恶”。

“扬善”既不存在于自然法中,也不存在于实定法中,它只是纯粹的道德要求(愿望道德),而这里的“制恶”就是指刑法中的“明显超过必要限度造成重大损害的,应当负刑事责任”。因此,正当防卫制度并不是保护防卫权的制度,更没有赋予公民防卫权,反而是限制防卫权的制度,所谓“正当”是受到限制的意思,只有受到限制才能不负刑事责任。作为道德权利的防卫权不需要赋予,其本就存在,也不需要鼓励和保护,因为其本就任性,如果为了鼓励防卫权,最好的状态是取消正当防卫制度,而非构建和适用该制度。“尽管一个处于不利境况中的人或者诉讼中的人所关心的、所需要的是法定权利,而不是宽泛的道德权利,但法定权利并不像某些现代法律理论甚至道德理论所希望的那样能够自证其身,它必须得到道德原理的支持。尤其明显的是,法官在遇到疑难案件时常常要求助于道德原理或道德权利概念。”^[7]

在制度上,特殊防卫相比一般防卫,由于是面临“严重危及人身安全的暴力犯罪”的防卫,其距离道德权利更近,因此受到的法律限制也应该更强,同时道德权利对于特殊防卫的实质解释机能也应该更强。但是在法律后果上,特殊防卫“不属于防卫过当,不负刑事责任”,显然法律对特殊防卫的宽缓态度主要来自道德权利的解释机能。在最高司法机关发布的指导案例中,作为道德权利的防卫权得到了认同,但它的实质解释机能受到了极大地限缩。在涉及特殊防卫的案件中,司法者总是以并不存在一种现实而紧迫的“严重危及人身安全的暴力犯罪”而否定特殊防卫的成立,而得到司法者认可的特殊防卫案例中,也是因为防卫者面临着一种现实而紧迫的“严重危及人身安全的暴力犯罪”。在此,道德权利的解释机能完全让位于法益权衡。在于欢案和朱凤山案中,司法者通过法益权衡排除了特殊防卫的适用,但是没有回答在排除特殊防卫后,如何在《刑法》第20条第1款的一般防卫中实现作为道德权利的防卫权,或是在于欢案和朱凤山案面临的情境中,永远只能通过《刑法》第20条第2款防卫过当脱困。在于海明案中,司法者虽然高度认同特殊防卫的结论,但这仍然是通过扩张解释法益权衡的内容

实现的,至于为什么于海明在强弱力量对比急转直下,实现“反杀”的情况下,仍然具有不受《刑法》第20条第2款的限制实现其道德权利的资格,司法者显然也不愿从道德权利的解释机能角度展开论证。司法者在朱凤山案的指导意义中写到,“民间矛盾引发的案件极其复杂,涉及防卫性质争议的,……对于近亲属之间发生的不法侵害,对防卫强度必须结合具体案情作出更为严格的限制”。可见,从司法政策上看,对民间纠纷引发的防卫案件认定为特殊防卫的要求更为严格,如何解释民间纠纷中的防卫人应负有较一般防卫更高的注意义务呢?为什么于欢和朱凤山在面对持续的不法侵害和难以脱离的困境时,反而应具有更严格的容忍和审慎义务呢?为什么当于海明在冲突中明显占优时,又不要求其履行容忍和审慎义务呢?同时,还要回答在民间纠纷引发的特殊防卫案件中,在认同特殊防卫较一般防卫更具道德权利属性的前提下,道德权利的解释机能是如何减弱的。

在以特殊防卫为裁判依据或辩护理由的案件中,最高司法机关认同的裁判逻辑是法益权衡,其裁判视角是事后的,即便司法者设身处地地考虑了案发时防卫者面临的情况,但裁判时仍采取法益权衡的事后视角。事中视角只是事后视角的裁判资料,不具有独立发现和评价事实的机能。不得不承认,任何裁判都是事后的,如何在事后裁判中贯彻事中视角,确实是裁判特殊防卫案件的难题。另一方面,相比一般防卫,特殊防卫更接近作为道德权利的防卫权,因此法律对其限制也应更为松弛,道德权利对特殊防卫制度的解释机能也应更加明显。但司法实务中更为关注特殊防卫“造成不法侵害人伤亡”的巨大威力而限制适用,从而形成了对道德权利法律规制的法理难题。对上述法理难题的解决应回归对特殊防卫制度的刑法教义学研究,具体来说,事中视角和道德权利要通过刑法教义学中的具体理论和技术来实现。

二、特殊防卫的规范属性： 法律拟制

无论是一般防卫,还是特殊防卫,法律后果都是不负刑事责任。按照我国刑法通说的理解,相对于一般防卫,特殊防卫的“特殊性”在于“没有防卫限度方面的限制,不存在过当的情形”,但同时认为“特殊防卫权的行使,仍然有严格的法律限

制。除需要具备一般正当防卫的四个基本条件之外,特殊防卫中的不法侵害还必须具有明显的法定暴力性^[8]。所谓“明显的法定暴力性”指的就是“严重危及人身安全的暴力犯罪”。《刑法》第20条在规定“严重危及人身安全的暴力犯罪”之前,采取列举的方式规定了“行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架”五种行为模式,由此产生的问题是,只要存在与此五种行为模式同质的不法侵害,防卫人即可实施特殊防卫,还是即便存在与此五种行为模式同质的不法侵害,也还要另外评价危及人身安全的严重性和暴力性。从通说的解释看,要对“严重危及人身安全的暴力犯罪”进行实质评价。由于司法实务中的特殊防卫案件都是针对人身安全实施的不法侵害,且都具有暴力性,因此司法者更关注对“严重性”的认定,也就是不法侵害的程度问题。对此,主流观点认为,刑法规定的特殊防卫并非没有必要限度,特殊防卫不是原本过当但被拟制为不过当的防卫行为,而是原本就没有超过防卫限度的正当防卫行为。亦即,《刑法》第20条第1款规定了正当防卫,第2款规定了防卫过当,第3款是前两款的注意规定,并不具有独立的解释学价值^[9]。但是,笔者对此观点有不同见解。

1. 《刑法》第20条三款条文之间的关系

首先,应基于正当防卫的制度目的,理清《刑法》第20条三款条文的关系。如第一部分所述,应区分作为道德权利的防卫权与作为法定权利的正当防卫,正当防卫的道德目标是鼓励和保护防卫权,但其制度目的却是限制防卫权,因此表明刑法对防卫权持限制态度的条款才是正当防卫制度的基本条款。第1款和第3款都规定“不负刑事责任”,只有第2款规定“应当负刑事责任”,因此,第2款为正当防卫制度的基本条款。第1款是对第2款中“正当防卫”这一概念的解释,这与刑法中的其他解释性规定无异。将第2款理解为基本条款意味着,正当防卫制度中最重要的要件是限度条件,这完全符合司法实务自觉形成的关注点。第3款则是基本条款(第2款)的特别规定,即第3款是一种特殊的防卫过当。应该注意的是,虽然第2款和第3款的法律后果完全不同,存在互斥关系,但这种互斥关系是指特殊防卫不存在一般防卫过当,而并非特殊防卫不属于特殊的防卫过当。虽然第3款明确规定“不属于防卫过当”,但这只意味着特殊防卫不属于基本条款意义上的防卫过当,并不意味着特殊防卫不能具有基于基

本条款的延展含义。按照本文的观点,《刑法》第20条第2款为基本条款,第1款为补充条款,第1款从属于第2款,这意味着如果没有防卫过当制度,第1款的规定与道德权利意义上的防卫权的表述无异,则第1款的法律属性完全丧失,防卫权行使也将完全不受限制。因此对第2款有效的教义学原理同样适用于第1款,但不适用于第3款。

2. 《刑法》第20条第3款并非注意规定

将特殊防卫理解为注意规定,并不符合注意规定的特征和功能。注意规定是在刑法已经作出基本规定的前提下,为避免司法者疏忽遗漏而作出的提示性规定,是对基本规定的重申。同时,注意规定与法律拟制存在以下区分,其一,注意的必要性;其二,具有拟制的实质理由;其三,条款内容是否相同;其四,法益侵害是否存在重大区别;其五,条款是否具有特殊内容^[10]。按照上述原理,如果将特殊防卫理解为注意规定,意味着司法者应特别注意,当防卫者遭受严重危及人身安全的暴力犯罪时,其反击导致不法侵害人伤亡的,不应追究防卫者刑事责任。但是防卫权是一项道德权利,不仅与生俱来,而且约定俗成,如果司法者能够理解一般防卫,那么他就更能够理解特殊防卫,因此特殊防卫并无特别注意的必要。有观点认为,1997年刑法典之所以增设第20条第3款就是因为司法实务中对正当防卫的限制过严,往往将正当防卫认定为防卫过当或不构成防卫^[11]。但这并不符合实务情况,在指导案例中,司法者都会特别关注并专门论证防卫限度、防卫起因和防卫时间,没有理由认为司法者在严重危及人身安全的暴力犯罪案件中会忽略正当防卫的适用,实务中较少或者错误适用正当防卫的问题不是司法者对正当防卫缺乏注意导致的,恰恰是对正当防卫成立条件过分关注、过严理解、过僵适用导致的。司法者也认识到应该综合考虑不法侵害和防卫发生时的各种情状,并一再强调“法律不强人所难”,但现有司法实务仍然受到“唯结果论”的诟病,这主要就是因为现有理论无法解释量的防卫过当和阻却责任的正当防卫的难题,这些理论难题也是司法实务的困扰所在,可难题的解决并非将特殊防卫理解为注意规定能够做到,甚至将特殊防卫理解为注意规定更不利于难题的解决。

3. 《刑法》第20条第3款属于拟制规定

特殊防卫具有拟制的实质理由。拟制规定产生的根据是,按照原有的教义学方法对规范的解释

释与经验事实的密切联系情状存在不合理、不经济的差异,因此有必要在不符合原有教义学原理的情况下,将该经验事实赋予与基本条款同样的法律效果。拟制规定为“形似实异”的规定,不能用关于基本条款的教义学原理解释,也不能简单地通过文义解释来理解。对拟制规定的解释一定要关注基本条款在教义学原理上无法包容又存在密切关联的经验事实。

认为特殊防卫属于注意规定的观点,当然认同对特殊防卫等同适用一般防卫相同的教义学原理。特殊防卫“不属于防卫过当”,是指特殊防卫不符合防卫过当的条件,是防卫适当的典型。按照支持特殊防卫属于违法阻却事由的法益权衡理论,违法阻却事由所遵从的标准就是受到较高评价的利益优于受到较低评价的利益,在正当防卫的认定中需要对不法侵害者的利益与防卫人的利益进行比较^[12]。这种教义学原理在司法实务中得到了很好地贯彻,成为“唯结果论”的理论基础。在于欢案中,于欢母子虽久受围困,但对方在人数占优、年轻力壮的情况下,既未携带、使用工具,也未强化拘禁、升级威胁,在警察介入之前如此,在警察介入之后更无理由认为拘禁和威胁会强化升级,“而于欢却持刃长 15.3 厘米的单刃尖刀连续捅刺四人,致一人死亡、二人重伤、一人轻伤”。按照法益权衡理论,于欢母子的人身自由和人格尊严的轻微损害与一人死亡、二人重伤、一人轻伤的生命健康的丧失相比较,于欢的行为毫无疑问是防卫过当。但基于对于欢案的考察,法益权衡论者一方面认为特殊防卫属于注意规定,另一方面又认为,“难以认为于欢所面对的不法侵害属于第 20 条第 3 款规定的情形,但笔者又觉得不应当认定于欢的行为属于防卫过当;将第 3 款理解为注意规定,更有利于说明于欢的行为属于正当防卫”^[12]。既将特殊防卫理解为注意规定,又坚持法益权衡理论,最终结论却是正当防卫,实在令人无法理解,只能认为论者对自己的观点也是存疑的。显然,在于欢案和朱凤山案中,同质性的情节都是,客观上难以认为存在与不法侵害人死亡、重伤相当的防卫人受侵害法益,甚至防卫人受到威胁的法益明显轻于不法侵害人丧失的法益,但从防卫人主观上看,其在遭受反复侵扰,脱困无望的焦虑、紧张、激愤的情绪下,认为危险会随时升级的认识是完全合理的,简单说就是客观上有出路,主观上不可能。这是以法益权衡原理为理论基础

的注意规定说无法解决的问题。只有将第 20 条第 3 款理解为拟制规定,即客观上防卫过当,但主观上不可谴责的责任阻却事由,才能为上述难题的解决提供合理的教义学出路。

对于上述难题的解决,有学者提出了“行为优先于结果”的防卫限度判断方法,即行为过当是结果过当的前提和基础,行为不过当,即便结果过当,也可认定为正当防卫,并认为可以由此推导出第 20 条第 3 款属于注意规定的结论。但以此理论解释于欢案时,首先认可了于欢的行为,从法益权衡的角度是过当的,进一步认为于欢不属于防卫过当,而应认定为正当防卫时,提出了如下理由:“于欢要想即时突出重围、摆脱被扣押的处境,仅仅赤手空拳与对方搏斗几无成功的可能”;“防卫人无法准确估计侵害究竟会往何种方向发展、是否会升级和扩大,而一旦侵害果真演化为致命的袭击,则防卫时机很可能早已一去不返”;“任何一名有基本社会经验的公民在此场景下都会感受到侵害累积升高的危险”^[11]。可见,按照“行为优先于结果”的理论,与其说是行为优先于结果,不如说是行为人优先于结果,也就是承认了于欢案应通过责任阻却事由出罪,或者说《刑法》第 20 条第 3 款是对责任阻却事由的拟制规定,是阻却责任的防卫过当。当然得出这样结论的前提是,《刑法》第 20 条第 1 款和第 2 款属于违法阻却事由,如果认为前两款既包括违法阻却事由,又包括责任阻却事由,那么也可以认为《刑法》第 20 条第 3 款属于注意规定。但本文认为,前两款属于违法阻却事由,第 3 款属于责任阻却事由,因此特殊防卫属于法律拟制,而非前两款的注意规定。

从上述分析来看,即便是持注意规定说的学者,在其认定于欢案属于正当防卫时,采取的也是责任阻却的观念。从防卫人的角度出发,当公力救济也无法使其有效脱困(于欢案)或者滋扰不断,并随时可能累加升级(朱凤山案),或者情势急剧转变,但难以有效控制(于海明案)的情况下,按照“法律不强人所难”的基本法理,即便存在法益权衡上的客观过当,也不能在主观上谴责防卫人。这些不可谴责的情况因属于违法层面的防卫过当而不可能在基本条款中出罪,但这些情况又确属与基本条款规定存在密切联系的经验事实,因此只能通过法律拟制的技术来解决。如上所述,防卫权与正当防卫制度属于不同范畴,正当防卫的制度目的是限制防卫权而非鼓励和保护防卫权,

而法益权衡理论的强大生命力恰恰是由此决定的,将法益权衡理论作为基本条款的教义学原理是合理的。因此本文认为基本条款中不包括责任阻却的情形,但基于责任阻却事由与基本条款的密切联系,又不能在正当防卫制度之外解决,因此有必要将特殊防卫认定为法律拟制^[13]。

三、特殊防卫的正当化根据: 期待可能性

笔者认为,特殊防卫,即《刑法》第20条第3款,属于责任阻却事由,具体说是关于缺乏期待可能性而阻却责任的规定。借鉴英美刑法中关于“正当理由”和“宽恕事由”的研究,姜涛教授认为,“不法是判断行为人的行为是否为法律激励的行为,有责是判断行为人的行为是否为法律宽恕的行为”^[14]。缺乏期待可能性的情状属于法律宽恕事由,于欢案就是缺乏期待可能性的防卫过当的典型,其具体表现是在“慌乱、恐惧、惊吓”的情绪下,无法作出客观合法的选择,侵害了优越的法益。但姜涛教授认为于欢案并不属于《刑法》第20条第3款的特殊防卫,显然在姜涛教授看来第3款是注意规定,因此整个第20条的规定都是阻却违法的正当防卫,如果认为存在阻却责任的正当防卫,那只能在第20条之外运用期待可能性理论解释。本文赞同姜涛教授关于于欢案属于缺乏期待可能性的防卫过当的结论,但笔者认为,因缺乏期待可能性而阻却责任的正当防卫不需要在《刑法》第20条之外进行开放解释,第3款的规定即是关于此项内容的明确规定,也就是说,特殊防卫指的就是因缺乏期待可能性而阻却责任的正当防卫。

1. 法理基础

哲学上的自由意志理论是期待可能性的哲学基础,“它的各种版本都要求道德责任要伴随着可供取舍的可能性的出现。”^[15]“将行为理解为自由意志的产物,使自由意志占据归责中心的观点,对其后的学说产生了很大影响。”^[15]“国家目的中合道德性的设立,限制了教育和威慑作为刑法的目的,预防代替了复仇”^[15]。无论将期待可能性理解为责任的基础,还是责任的要素,在阻却违法的正当防卫制度中,防卫过当应当负刑事责任,但如果缺乏期待可能性,即便防卫过当,也无法追究刑事责任,也就是说,存在阻却责任的正当防卫。因

此,首先有必要对期待可能性进行法理学探讨,而这正是一个涉及法定权利与道德权利关系的论题。“法的有效性是建立在道德基础上的,因为法的目的是指向道德目标的”^[16]。防卫权是愿望道德的范畴,行使防卫权是人自由状态的实现,也就是说,人能够按照自己的决定来捍卫自己的权利,实现自己的自由,摆脱不利状态。司法者在刑事政策上对正当防卫的鼓励是对愿望道德的认同,而在具体案件的裁判中,只存在判断是否过当的问题,进而表明需要预防过当的防卫,而非鼓励不过当的防卫。在一般防卫权和特殊防卫权中,虽然二者都属于愿望道德,但特殊防卫权更接近愿望道德的理想状态,因为特殊防卫权的行使可以超越防卫过当的限制,尊重自然心理状态下的决定,实现自我权利的保护。因此,如果一般防卫权能够受到鼓励,那特殊防卫权更应该受到鼓励。这种愿望道德下的自由决定状态,就是期待可能性理论的法理基础。防卫过当属于义务道德的范畴,也可以说是哈特所指的次要规则的内容,是防卫权受到法律限制的表现,对一般防卫权的限制形成了基于法益权衡的防卫过当制度,对特殊防卫权的限制形成了基于期待可能性的特殊防卫过当制度,这里所谓的特殊防卫过当制度,是指在一般防卫过当的前提下,由于期待可能性减弱而减轻处罚的情况。在这两种防卫过当中,特殊防卫过当更靠近义务道德与愿望道德的界分点,一般防卫过当相对远离这个界分点,也就是说,特殊防卫过当处于道德上更可宽恕的情况,因此,在同样减轻处罚的情况下,特殊防卫过当应轻于一般防卫过当。

2. 要件解读

《刑法》第20条第2款关于防卫过当的规定为正当防卫制度的基本条款,其中包括一般防卫过当和特殊防卫过当。这里的一般防卫过当,是指按照法益权衡原则,明显超过必要限度造成重大损害的情况;这里的特殊防卫过当,是指在一般防卫过当的前提下,因期待可能性减弱而减轻处罚,但仍要负刑事责任的情形。第3款规定了阻却责任的正当防卫,也就是在一般防卫过当的前提下,因期待可能性减弱而不负刑事责任的情形。第1款规定了阻却违法的正当防卫,第3款规定了阻却责任的正当防卫;第2款规定了法益权衡意义上的防卫过当,第3款规定了期待可能性意义上的防卫过当。对特殊防卫的认定应注意以下

两个条件。

第一,以防卫过当为前提。特殊防卫的成立要以一般防卫过当为前提,如果通过法益权衡得出的结论是防卫保护的法益优于侵害损害的法益,则可直接认定为正当防卫,没有必要适用特殊防卫,这是阶层论的逻辑顺序决定的,先进行违法判断,再进行责任判断,如果存在违法阻却事由,则无需再判断责任阻却问题。只有在不符合法益权衡原则的一般防卫过当的情况下,才存在通过特殊防卫出罪的必要。需要指出的是,《刑法》第20条第3款规定的“不属于防卫过当”,是指不属于一般防卫过当,这与特殊防卫需要以一般防卫过当为前提并不矛盾。

第二,客观可能,主观不可能。所谓客观可能,是指从事后的角度判断,防卫人可以采取其他手段脱困;所谓主观不可能,是指从事中的角度判断,由于认识的局限性,防卫人选择造成伤亡的防卫手段是值得宽恕的。在于欢案、朱凤山案、于海明案中,从事后的角度判断,他们都可以通过等待公力救济或控制防卫强度来实现正当防卫,他们的防卫行为都“明显超过必要限度”,但此三案都是在明显缺乏期待可能性的情况下发生的,防卫人在紧迫状态下,由于正常人认识的局限性,作出了最优选择。如果防卫人作出了次优选择,则应考虑构成特殊防卫过当,也就是因期待可能性的减弱而减轻处罚的情形。这里涉及以何种标准判断主观不可能的问题,是防卫人标准,还是一般人标准,本文赞同一般人标准。是否具有期待可能性,以及期待可能性的程度是在比较中发现的,期待可能性运用于司法,受到的最多诟病就是该理论比较模糊,缺乏明确界限。但是,并不存在不经司法实践形成经验就自然具有明确性和稳定性的理论,即便认为法益权衡理论具有明确性,那也只是基于个人生活经验的想象,并非司法经验的现实。例如于欢案造成一人死亡、二人重伤、一人轻伤的严重后果,二审判处故意伤害罪,有期徒刑五年;而朱凤山案造成一人死亡的严重后果,二审判处故意伤害罪,有期徒刑七年。在损害结果差异如此悬殊的情况下,朱凤山案的量刑竟然明显重于于欢案,可见,即便是作为指导案例的案件,也没有对法益权衡理论形成明确而稳定的标准,这并非理论本身的问题,而是司法实践应自觉积累经验的问题。

在关于特殊防卫的研究成果中,与德国《刑

法》第33条进行对比是经常采用的比较研究方法。德国《刑法》第33条规定“防卫人由于慌乱、恐惧、惊吓而防卫过当的,不负刑事责任”。在认为存在阻却责任的正当防卫的研究中通常特别关心“慌乱、恐惧、惊吓”等心理状态,并认为这是认定缺乏期待可能性的事实基础,德国刑法理论和实务界对此也表达了相同的关切,“此条文适用的关键在于其所规定的三种人类脆弱情绪的界定”,“无论是否要求脆弱情绪占据主导地位,第33条的适用都要求脆弱情绪达到一定程度。联邦最高法院曾表明,脆弱情绪必须达到较高程度,可以‘扰乱人心智的程度’,以致于防卫者以恰当方式处理事情的能力明显降低,以明显失常的行事分寸来应对当前状况”^[17]。在笔者看来,上述三种情绪只是表面的要素,不需要特别证明,即便防卫人在面对“严重危及人身安全的暴力犯罪”时十分冷静,也有可能因缺乏期待可能性而阻却责任。因此,问题的关键是判断是否缺乏期待可能性,而非判断处于何种情绪,某种情绪只是判断的资料。以朱凤山案为例,在朱凤山作了防卫准备的情况下,其是否存在“慌乱、恐惧、惊吓”的情绪,以及这种情绪达到什么程度,确实是难以证明的,但这并不妨碍对其缺乏期待可能性的认定,因为在这种紧急情况下,其选择以伤害侵害人的方式脱困是完全合理的,不应该要求他在积累升高或变化莫测的危险状态中寻求客观上更优越的帮助。

需要进一步解释的是,对《刑法》第20条第3款中“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”如何理解。这里不应将“严重危及人身安全的暴力犯罪”在手段和程度上与防卫手段和程度进行法益权衡,因为这种理解是一般正当防卫的内涵。对于特殊防卫,规定这一前提只是为了限制《刑法》第20条第3款的适用范围,只有在面临“严重危及人身安全的暴力犯罪”才可以通过特殊防卫出罪,否则期待可能性的适用将会泛化,而这与《刑法》第20条限制防卫权的制度目的是相悖的。

四、结 语

特殊防卫是司法实务中极为常见的问题,从需要考虑期待可能性这个角度说,几乎所有有争议的正当防卫案件都面临是否特殊防卫的检验,在最高人民法院和最高人民检察院发布的五起指

导案例和检例中,有四起是直接关于特殊防卫的,可见特殊防卫对于正当防卫制度适用的重要意义,甚至可以说,理解好特殊防卫是理解和适用正当防卫的关键。当然,如何限制特殊防卫的滥用,如何将特殊防卫的情形进一步类型化,特殊防卫与量的防卫过当的关系如何,以及期待可能性减弱对防卫过当量刑将产生何种影响,都是值得深入研究的问题,这里不仅涉及对刑法教义学的原理和逻辑的研究水平,更重要的是司法实务应自觉地形成对关键原理和教义技术的适用经验。

参考文献:

[1] 陈家林,汪雪城. 特殊防卫的司法现状及其刑法学分析——以 98 份裁判文书为样本[J]. 刑法论丛, 2017(1):24.

[2] 孙笑侠. 司法的特性[M]. 北京:法律出版社,2016:7.

[3] 梁根林. 防卫过当不法判断的立场、标准与逻辑[J]. 法学, 2019(2):3.

[4] 最高人民检察院副检察长孙谦就第十二批指导性案例答记者问[EB/OL]. [2019 - 08 - 01]. http://www.xinhuanet.com/legal/2018-12/20/c_1210019792.htm.

[5] 富勒. 法律的道德性[M]. 郑戈,译. 北京:商务印书馆, 2005:7.

[6] 哈特 H L A. 法律的概念[M]. 许家馨,李冠宜,译. 北京:法律出版社, 2011:181 - 188.

[7] 夏勇,胡水君. 法理讲义——关于法律的道理与学问[M]. 北京:北京大学出版社, 2010:335.

[8] 贾宇. 刑法学(总论)[M]. 北京:高等教育出版社, 2019:199.

[9] 张明楷. 防卫过当:判断标准与过当类型[J]. 法学, 2019(1):6.

[10] 张明楷. 刑法分则的解释原理[M]. 北京:中国人民大学出版社, 2011:642 - 644.

[11] 陈璇. 正当防卫、维稳优先与结果导向——以“于欢故意伤害案”为契机展开的法理思考[J]. 法律科学, 2018(3):87.

[12] 张明楷. 正当防卫的原理及其运用——对二元论的批判性考察[J]. 环球法律评论, 2018(2):51.

[13] 周光权. 论持续侵害与正当防卫的关系[J]. 法学, 2017(4):3 - 11.

[14] 姜涛. 行为不法与责任阻却:“于欢案”的刑法教义学解答[J]. 法律科学, 2019(1):93.

[15] 张明楷. 期待可能性理论的梳理[J]. 法学研究, 2009(1):60.

[16] 拉德布鲁赫. 法律智慧警句集[M]. 舒国滢,译. 北京:中国法制出版社, 2002:101.

[17] 石家慧. 德国刑法中的正当防卫制度[J]. 中国应用法学, 2018(6):194.

(责任编辑:王 薇)

(上接第 87 页)

[2] 刘能. 地方立法中宣示性条款的价值[J]. 人民政坛, 2011(1):24.

[3] 刘风景. 立法目的条款之法理基础及表述技术[J]. 法商研究, 2013(3):51 - 52.

[4] 魏德士. 法理学[M]. 丁晓春,吴越,译. 北京:法律出版社, 2005.

[5] 刘星. 法律是什么[M]. 北京:中国政法大学出版社, 1998:72.

[6] 弗里德里希·冯·哈耶克. 政治思想中的语言混乱[M]//弗里德里希·冯·哈耶克. 哈耶克文选. 冯克利,译. 开封:河南大学出版社, 2015:468.

[7] 韩佑. 法律文本中立法目的条款设置论析[D]. 济南:山东大学, 2014:6 - 7.

[8] 哈特南 H L A. 法律的概念[M]. 许家馨,李冠宜,译. 北京:法律出版社, 2006:122.

[9] 梁慧星. 裁判的方法[M]. 北京:法律出版社, 2012:164.

[10] 孙广宁. 目的解释方法在指导性案例中的适用方式[J]. 政治与法律, 2014(8):146.

[11] 刘莘,金成波. 立法成本收益分析在中国:理念更新与制

度确立[J]. 江苏社会科学, 2016(3):149.

[12] 薛军. 中国民法典编纂:观念、愿景与思路[J]. 中国法学, 2015(4):65.

[13] 比扬卡. 关于欧洲民法典编纂的短论[J]. 薛军,译. 中外法学, 2004(6):650.

[14] 茨威格特 K,克茨 H. 比较法总论[M]. 潘汉典,米健,高鸿钧,等译. 北京:法律出版社, 2004:221.

[15] 薛军. 蒂堡对萨维尼的论战及其历史遗产——围绕《德国民法典》编纂而展开的学术论战述评[M]//清华法学(第 3 辑). 北京:清华大学出版社, 2003:131.

[16] 杨立新. 民法总则规定民事责任的必要性及内容调整[J]. 法学论坛, 2017(1):12.

[17] 帕特里克·德富林. 道德的法律强制[M]. 马腾,译. 北京:中国法制出版社, 2016:33 - 34.

[18] 卡尔·恩吉施. 法律思维导论[M]. 郑永流,译. 北京:法律出版社, 2004:27 - 28.

[19] 李永军. 民法典总则的立法技术及由此决定的内容思考[J]. 比较法研究, 2015(3):2.

(责任编辑:王 薇)