

对无责任能力者进行正当防卫

兼论刑法的紧急权体系

赵雪爽*

摘要 对无责任能力者的侵害的反击究竟构成正当防卫还是紧急避险,不是一般违法性论对立的结果,而是取决于正当防卫的合法性根据理论。法益衡量论和二元论都着眼于利益衡量,既无法对正当防卫相比于紧急避险的“尖锐性”做出解释,也无法妥当处理无责任能力者的侵害问题。正当防卫的根据在于权利和强制权能之间的双重否定式关联,因此“不法侵害”必须表达出对他人权利的蔑视。无责任能力者的侵害无法表达这种蔑视,所以不能对其正当防卫,而只能进行防御性紧急避险。应当构建以责任分配为根据的紧急权体系,承认防御性紧急避险概念,才能实现对公民的全面保护。

关键词 利益衡量 权利概念 责任分配 防御性紧急避险

一、问题与视角

面对无责任能力者的侵害时,被侵害者的防卫权受到一定的限制,这一点在我国实务界和学术界都已达成共识。有争议的是,对无责任能力者的侵害进行反击的行为性质是正当防卫,还是紧急避险。换言之,刑法第20条规定的引起正当防卫的“不法侵害”究竟该如何解释,在学界仍然莫衷一是。理论上的分歧导致司法实践中相互冲突的说理,有以下范尚秀案为证。

被告人范尚秀与被害人范尚雨系同胞兄弟,范尚雨患精神病近10年,因不能辨认和控制自己的行为,常无故殴打他人。2003年9月5日上午8时许,范尚雨先追打侄女范莹辉,后又

* 德国弗莱堡大学(Albert-Ludwigs-Universität Freiburg)刑法、刑事诉讼法及法理学研究所研究助理。

持木棒、砖头在公路上追撵范尚秀。范尚秀在跑不动后转身抓住范尚雨的头发将其按倒在地，在范尚雨欲起身时，又夺下木棒击打其头部致其倒地。约一小时后，范尚秀见范尚雨未回家，便回到现场用板车将其拉回，上午 11 时许，范尚雨死亡。法院认为，范尚秀为了使自己的人身权利免受正在进行的不法侵害，而持械伤害他人身体，造成他人死亡的后果，属明显超过必要限度造成他人损害，其行为已构成故意伤害罪，判处范尚秀有期徒刑三年，缓刑三年。^{〔1〕}

本案裁判理由认为，对精神病人可以正当防卫，但如果存在退避可能性，被侵害者不得对精神病人采取可能损害其法益的攻击性防卫措施。^{〔2〕}此外，本案判决将被害人的死亡结果和被告人所面临的法益侵害危险进行比较，进而认定构成防卫过当。^{〔3〕}由此看来，本判决虽然承认对无责任能力的侵害者可以进行正当防卫，但实际上却又以紧急避险的标准要求被告人。因为，只有紧急避险的场合，才要考虑退避义务，以及法益的合比例性。

之所以出现这种以紧急避险的标准来认定正当防卫的成立条件的局面，很大程度上是因为我国目前刑法理论对紧急权体系缺乏研究。在处理无责任能力者的侵害问题时，必须注意到正当防卫和紧急避险作为刑法紧急权体系组成部分之间的连动性。正当防卫并非刑法中唯一的私力救济制度，而是和紧急避险制度一样，都属于刑法所承认的、公民在紧急状态下可以合法侵害他人的权利的制度。在理想的状态下，正当防卫和紧急避险制度相互协调合理分工，使公民在法益处于危险状态时（只要这个危险状态不是因为他人的合法行为引起的，亦即可以由他人不合法的行为或者法所不评价的情形所引起的），总是有可以行使的紧急权。当符合正当防卫条件时，紧急权人可以不用考虑合比例性，采取防卫所必要的手段；不符合正当防卫条件时，紧急权人可以退而求其次行使紧急避险的权利。因此，正当防卫理论中的矛盾会影响紧急避险制度的适用，紧急避险制度的研究也会影响正当防卫理论。正当防卫是强势的紧急权，其在适用上，无需退避、无需考虑合比例性，因此并非在任何法益冲突情形中都可以适用。主流观点认为可以对无责任能力者制造的法益冲突进行正当防卫，是因为我们往往直接把“不法侵害”理解为法益侵害（危险），但这会给司法实务和刑法理论带来问题。实务层面，现实地存在着一方面承认正当防卫权利，另一方面却又适用紧急避险标准的矛盾；理论层面，这种立场可能无法证成“锐利的”正当防卫权利，进而阻碍我们构建一个合理分工的紧急权体系。

为了解决上述矛盾，本文尝试从紧急权体系的视角探究“对无责任能力者的正当防卫”这一问题背后的法理，首先确定正当防卫的前提条件取决于正当防卫的合法性根据，再对关于正当防卫合法性根据的主流观点进行探讨，提出正当防卫作为现代国家中公民的一项权利，如果要究其来源，就要回到权利概念本身。在此基础上，本文将构建以公民自由为根据、以责任分配为维度的紧急权体系，并论证防御性紧急避险概念的必要性，从而妥善解决对无责任能力者的侵害的反击问题。

〔1〕 参见最高人民法院刑事审判第一庭、第二庭编：《刑事审判参考》（第 45 集），法律出版社 2006 年版，第 10—11 页。

〔2〕 同上注，第 13 页。

〔3〕 见前注〔1〕，第 14 页。

二、一般违法性论的对立

能否对无责任能力者的侵害进行正当防卫,学理上主要存在肯定说和否定说两种对立观点,前者往往立足于客观违法性论,后者则立足于主观违法性论。他们的共同点在于,把“不法侵害”的定义和一般违法性论关联起来,这种路径虽然被广泛接受,^[4]却尚待反思。

(一)立足于客观违法性论的肯定说

肯定说认为,根据客观违法性论,对于不具有责任能力人的侵害,应当允许进行正当防卫。正当防卫并非对不法侵害行为的制裁,而是针对不法侵害所采取的法益保护手段,故不能像制裁犯罪那样,要求正当防卫所针对的不法侵害同时具备有责性。^[5]除了一般违法性论,持肯定说的学者们还从正当防卫制度本身意义的角度,论证对无责任能力者进行正当防卫的合理性:设立正当防卫的宗旨,就是让公民在来不及请求国家机关制止不法侵害的紧急状况下可以对侵害者进行反击,以保护自己或者他人的法益。将来自无责任能力者的侵害纳入正当防卫的适用领域,出发点在于对被侵害者利益的全面保护。^[6]

在一般违法性论之外,通过将正当防卫法律制度的目的纳入考虑范围来解释“不法侵害”,这一思考进路十分值得肯定。毋庸置疑,保护被侵害者是正当防卫的目的。但必须考虑的是,允许对无责任能力者实施正当防卫能否真正实现这个目的。如何处理无责任能力者的侵害并不是一个孤立的问题,而是和正当防卫制度以及刑法紧急权体系密切相关的。我国司法实务中对正当防卫的认定十分严格,这一点有目共睹,^[7]所以目前我国刑法学界致力于通过充分论证防卫权利的正当性,扭转实务中认定正当防卫畏首畏尾的现状,^[8]亦即为正当防卫权利的“锐利性”提供充分的根据。被侵害者的防卫权对应的是侵害者忍受防卫行为及其结果的义务,侵害者不仅是造成法益冲突的原因,还是防卫权的对象,所以从侵害者视角出发的观察对于研究正当防卫法律制度而言是必要的。肯定说片面考虑被侵害者的法益状态,局限于用单

[4] 参见陈兴良:《正当防卫论》,中国人民大学出版社2006年版,第59页;类似的观点也见于德国学说。例如,罗克辛认为,引起正当防卫情状的攻击的违法性要符合一般犯罪理论的违法性概念,否则就是刑法违法性概念的“分裂”(Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl., 2006, § 13, Rdn. 14; Roxin, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, FS—Jescheck, 1985, S. 458); Bitzilekis, Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts, 1984, S. 113.

[5] 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2016年版,第199页;陈兴良,同上注,第80页;周光权:《刑法总论》,中国人民大学出版社2016年版,第201页;韩忠谟:《刑法原理》,中国政法大学出版社2002年版,第109页;何秉松主编:《刑法教科书》(第6版),中国法制出版社2000年版,第399—400页。

[6] 参见黎宏:《刑法学总论》,法律出版社2016年版,第129页。

[7] 参见张明楷:“故意伤害罪司法现状的刑法学分析”,《清华法学》2013年第1期,第16—20页;陈璇:“侵害人视角下的正当防卫论”,《法学研究》2015年第3期,第120—121页;劳东燕:“防卫过当的认定和结果无价值论的不足”,《中外法学》2015年第5期,第1325页。

[8] 参见陈兴良:“正当防卫如何才能避免沦为僵尸条款”,《法学家》2017年第5期,第89—104页;陈璇:“正当防卫中风险分担原则之提倡”,《法学评论》2009年第1期,第102—110页。

纯的结果不法来解释引起正当防卫的“不法侵害”。然而,一旦将被防卫人的容忍义务考虑进来,很有可能就会要求作为正当防卫对象的侵害者具有归责能力,那么允许对无责任能力者进行正当防卫反而会阻碍我们论证正当防卫的“锐利性”。下文将对这个命题具体加以论证。

考虑到我国刑法学研究发展的历史与现状,不难想见,本文提出的这种假设会遭到拒绝,因为其在一定程度上和四要件理论的结论类似。根据传统的四要件理论,不法行为和犯罪行为为没有区别,引起正当防卫的“不法侵害”要求行为人具有责任能力,因此对无责任能力者不能正当防卫。^{〔9〕}随着我国学界对四要件理论的批判和对古典犯罪构造的继受,客观不法和主观罪责的严格区分在我国刑法学界获得了有力的主张,一旦要求侵害者具有责任能力,学者们往往会产生这样的联想:我国刑法学研究近二十年来的巨大进步,亦即对古典犯罪构成理论的继受,被全盘否定了。正如张明楷所言,在严格区分不法和有责的解释论下,将不法侵害解释为必须有责的侵害,是非常勉强的。^{〔10〕}

如果真正认识到引起正当防卫的侵害行为和犯罪概念之间的显著区别,这种担忧并非不可消解。没有争议的是,并非只是针对“犯罪行为”才允许正当防卫,即使对不符合刑法规定的犯罪构成要件的一般违法行为,也有进行正当防卫的余地。^{〔11〕}在这个意义上,不法侵害的“不法”就不再等同于“符合构成要件且违法”意义上的“不法”,^{〔12〕}正当防卫的条件已然偏离了刑法的一般犯罪论。正当防卫是要预防尚未发生但即将发生的侵害,刑罚是针对已经发生的犯罪行为。不法和有责的区分在一般犯罪论中具有重要意义,用以排除违法却没有罪责的行为的刑事可罚性;而公民个人的紧急权不是针对犯罪行为的,一般犯罪论在紧急权领域没有必然约束力。因此,没有论据支持,必须将引发正当防卫的“不法侵害”对应到犯罪论的不法阶层。所以,即使要求侵害者具有责任能力,并不意味着否定了犯罪论中不法和有责的区分,更不意味着为四要件理论背书。

(二)立足于主观违法性论的否定说

否定说认为,在侵害者是可辨别的无责任能力者时,不能行使正当防卫权利,只能在不得已时采取避险措施。这种观点的依据是,主观违法性论认为,无责任能力者根本没有能力认识法规范的意义,也没有能力在意义沟通的层面上否定法规范的效力,他们的攻击行为要么是病态的反应,要么是年幼无知的表现,不能受到法律的否定评价,不属于不法侵害,因此不可能适用正当防卫,而只能紧急避险。^{〔13〕}

不法侵害的“不法”即违反法规范,一般违法性论对立的背后,是对刑法规范的不同理解。

〔9〕 参见张明楷:“也论刑法教义学的立场”,《中外法学》2014年第2期,第372页。

〔10〕 参见张明楷:“正当防卫的原理及其运用”,《环球法律评论》2018年第2期,第64页。

〔11〕 参见(日)前田雅英:《刑法总论讲义》,曾文科译,北京大学出版社2017年版,第232页;黎宏,见前注〔6〕,第128页;高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2014年版,第131页。

〔12〕 参见张明楷,见前注〔5〕,第198页。

〔13〕 参见刘明祥:“关于正当防卫与紧急避险相区分的几个特殊问题”,《法学评论》1998年第1期,第53页;冯军:“刑法教义学的立场和方法”,《中外法学》2014年第1期,第187页;郭守权等:《正当防卫与紧急避险》,群众出版社1987年版,第195页;王政勋:《正当行为论》,法律出版社2000年版,第127页。

主观违法性论将刑法理解为命令规范,^[14]因此“不法”是用法规范共同体成员会认真对待的方式宣称法规范的无效力,所以,只有能够理解规范内容的人的行为才具有违法性。^[15]然而,“不法侵害”是个规范性概念,规范性概念总是适用者的一种评价行为,^[16]对违法性的理解也因适用者不同而异。正当防卫的规定不是对侵害者的命令规范,法规范通过正当防卫的“不法侵害”要件并不旨在向侵害者发出“不得侵害他人!”的命令,因此,没有理由要求侵害者必须是合格的命令接收者。侵害者是否能够认识到法规范对自己的命令,并不影响被侵害者行使紧急权以保护自己。回到主观违法性论创始人德国学者默克尔(*Adolf Merkel*)的论述,我们会发现,主观违法性论对引起正当防卫的“不法侵害”的定义并没有必然的约束力。默克尔区分对法的侵害和对法的客体的侵害,认为只有对法的侵害才是不法,因为这种侵害才表现出对法的否定。所以只有被法律承认有交流能力的人才能显著地违反法律的准则和禁令。与此相对,默克尔认为,正当防卫是基于对法的客体的侵害,^[17]并且明确表示,对无归责能力者的侵害,也可以正当防卫。^[18]

否定说完全不考虑正当防卫本身的法理,仅仅基于主观违法性论而得出的结论,不足以让人信服。否定说忽视了一般犯罪论和紧急权体系的区别:前者旨在认定犯罪,对应的是国家的刑罚,后者意在制止侵害,对应的是私人在紧急状态下的权利。紧急权体系着眼于紧急事态,而非认定造成紧急状态的原因是否构成犯罪。如果认为刑罚是对法之为法的否定之再否定,那么行为人表现出交流意义上对法的否定,是科处刑罚的必要条件。然而,刑罚的公式并不适用于紧急权体系,因此也不应当要求侵害者表现出对法的否定。就此处而言,主观的违法性学说于正当防卫的论证并无决定性意义。

(三)回归正当防卫的法理本身

犯罪构造学说和紧急权体系具有不同的目的设定,是两个不同的问题,因此,基于一般违法理论的约束力来解释引起正当防卫的“不法侵害”并没有充分的根据。退一步来说,即使考虑到概念的整合和用语的惯性,鉴于一般违法性论的争议性,我们也难以从中推导出能够被普遍接受的结论。更有意义的路径是,直接诉诸正当防卫的法理。

冯军指出,无责任能力者没有以法共同体成员会认真对待的方式宣称规范无效力,因此不允许对他们进行正当防卫。^[19]这种推论能够成立的前提是,正当防卫制度旨在保护法规范的效力。但是,对不法侵害进行正当防卫,不是对不法侵害的法律制裁,只是对不法侵害的制止。^[20]正当防卫制度和紧急避险制度构成了刑法紧急权体系,紧急权具有预防的性质,区别

[14] 参见张明楷,见前注[5],第198页。

[15] 参见冯军,见前注[13],第187页。

[16] (德)伯恩·魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2003版,第86页。

[17] Merkel, Von dem Verhältnisse des Strafbaren Unrechts zum Zivilunrechte, in: ders., Kriminalistische Abhandlungen, Bd. 1, 1867, S. S. 42f., 50 ff.

[18] Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1889, S. 163.

[19] 参见冯军,见前注[13],第187页。

[20] 张明楷,见前注[9],第373页。

于刑罚,预防性的措施并没有对措施对象者加以非难,就整个紧急权体系而言,没有任何根据显示,引起紧急权的行为,必须在意义沟通的层面上否定法规范的效力。原则上,将紧急措施的对象者确定为危险的来源,这既是允许采取预防性措施的必要条件,也是充分条件。^[21]因此,可以肯定的是,面对来自无责任能力者的侵害,被侵害者当然可以行使刑法规定的紧急权。但是,正当防卫是紧急权体系中最强势的权利,不要求被保护的利益和所侵害的利益符合比例性原则,不要求实施者承担退避义务,而仅仅受到必要性的限制。所以,对无责任能力者的侵害是否适用正当防卫权利,关系到紧急权体系内部的分工,需要回到紧急权体系中,回到正当防卫的法理中去寻找答案。

法律条文只有处于与它有关的所有条文的整体中才能显示出其真正的含义,^[22]在与紧急避险的对照中,才能正确把握正当防卫规定的意义。正当防卫要求侵害者为整个事件负责,承担解决冲突所必要的全部代价,^[23]它与紧急避险的根本区别就在于,行使权利的原因是“现实的不法侵害”,而非“正在发生的危险”;侵害者的法益受到损害,从法律上看来,不是偶然的结果,而是其不法行为的必然结果。^[24]因此,对“不法侵害”的解释就必须使正当防卫的“锐利性”名正言顺,^[25]这种关联性是解释正当防卫前提的关键。按照这种思路,对无责任能力者能否正当防卫这一问题的回答,不是一般违法性论立场对立的结果,而是基于正当防卫权利本身的法理对“不法侵害”这一要件进行解释的结果。如果正当防卫的根据在于法益保护,那么只要有法益侵害就应当被认定为“不法侵害”;如果正当防卫的本质是回应对自己权利的蔑视,那么只有表达出蔑视态度的行为才能引发正当防卫,而无责任能力者无法表达对他人权利的蔑视,因此不能成为防卫权的适格对象。当然,考虑到防卫权只是紧急权体系的一部分,这并不意味着人们在面对无责任能力者的攻击时要完全放弃自己的法益,而只是意味着,要在紧急权体系的其他部分的范围内处理无责任能力者的攻击问题。

三、紧急权的合法性根据与无责任能力者的侵害

“紧急时无法律”这句格言的基本含义是,在紧急状态下,公民可以实施法律在通常情况下法律所禁止的某种行为,以避免紧急状态所带来的危险。正当防卫、紧急避险、自救行为、义务

[21] Pawlik, „Der wichtigste dogmatische Fortschritt der letzten Menschenalter?“, FS—Otto, 2007, S. 148.

[22] (法)亨利·莱维·布律尔:《法律社会学》,许均译,上海人民出版社1987年版,第70页。

[23] Vgl. Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., § 12, Rdn. 16; Müssig, Antizipierte Notwehr, ZStW 115 (2003), 231.

[24] Pawlik, Der rechtfertigende Defensivnotstand, Jura 2002, 26.

[25] Jakobs (Fn. 23), § 12 Rdn. 16; Hoyer, Das Rechtsinstitut der Notwehr, JuS 1988, 89 f.; Kindhäuser, Zur Genese der Formel „das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen“, FS—Frisch, 2013, S. 509; Engländer, Grund und Grenzen der Nothilfe, 2008, S. 261.

冲突都是公民在紧急状态下可实施的权利行为。^[26] 尽管“紧急时无法律”这种观念在我国被普遍接受,但目前学界对紧急权合法性根据的探讨还不充分,大致有以下三种观点:一是将紧急权的合法性归结于人保护自己的本能,但是,人具有趋利避害保护自己的本能这种实然状态,并不能为法律规定的某种权利提供充分的根据,因为它既不能解释为了他人利益不受损害而进行防卫的合法性,也无法说明为什么防卫人不能像在原始社会那样“完全用拳头说话”,而是受到防卫必要性的制约。二是认为紧急状态使通常情况下不合法的行为变为合法。^[27] 然而,只有行使权利的行为才是合法的,单纯的紧急状态虽然会使人做出不得已的行为,但不得已的行为并不必然是行使合法权利的行为。三是笼统地认为正当防卫和紧急避险都是基于优越利益原则产生的,^[28] 然而,优越利益原则与正当防卫制度相悖,因为防卫权的关键就在于无需利益衡量;优越利益原则于紧急避险制度而言是不足的,因为它还无法说明将无辜第三人的利益纳入整体利益衡量的正当性。这三种观点的共同点在于,都没有认识到紧急权是国家公民个人的权利。因而,必须从权利的合法性根据角度进行论证。下文就紧急权体系最重要的组成部分——正当防卫制度的合法性根据展开讨论。

(一) 现有学说评析

目前关于正当防卫制度的合法性根据,主要有以下两种思路:一是站在侵害者的角度,认为因为侵害者实施了不法行为,其法益受保护程度降低;二是从防卫人的角度出发,认为防卫人除了保护被威胁的法益,还保护了其他利益。这两种思路目的都是使利益衡量的天平向防卫人倾斜,以说明正当防卫与违法行为的区别,并对正当防卫相比于紧急避险所独有的特点作出解释。但这两种论证方法都存在局限。

1. 法益衡量理论

这种观点认为,法益保护和侵害人法益值得保护性的下降是构成正当防卫本质的两大核心要素。^[29] 不法侵害者的法益虽然没有被完全否定,但在“正”和“不正”的冲突中只能通过损害不法侵害者的利益来解决冲突,故不法侵害者利益的保护价值在防卫的必要限度内被否认,于是,应受保护的法益优越于不法侵害者的法益。^[30] 这种观点面临以下质疑。

其一,侵害者法益受保护性降低的根据为何? 法益是一种客观的存在,仅从法益价值比较的角度,还无法说明为什么可以对侵害者的法益进行缩小评价。^[31] 有学者指出,从本质上看,不法侵害者所要获得的利益是不正当的,而正当防卫所要保护的利益是正当的。与不正当的利益相比,正当利益当然具有本质的优越性。^[32] 这种论述实际上不再纯粹以对立利益的

[26] 张明楷:《刑法格言的展开》,北京大学出版社2013年版,第284页。

[27] 成月华,“论紧急时无法律”,《湖北广播电视大学学报》2005年5月,第106页。

[28] 参见张明楷,见前注[5],第194—195页。

[29] 参见陈璇,见前注[7],第121—122页;许恒达:“从个人保护原则重构正当防卫”,《台大法学论丛》第45卷第1期(2016年),第344页。

[30] 参见张明楷,见前注[5],第198页;黎宏,见前注[6],第128页。

[31] 劳东燕:“法益衡量原理的教义学检讨”,《中外法学》2016年第2期,第362页。

[32] 张明楷,见前注[10],第74页。

比较为根据,而是引入了“正无须向不正让步”的原理。但是,“正”与“不正”的对立状态能否说明侵害者法益受保护性下降?

提出“正无须向不正让步”的是黑格尔学派的刑法学者贝尔纳(Albert Friedrich Berner)。需要注意的是,黑格尔学派的刑法学者所说的“不正”或者“不法”,不是指目前刑法教义学犯罪构成意义上的违法性,而是需要扬弃的自由表现形式。黑格尔的思辨哲学探讨的问题是“什么具有现实性”,人的实践生活有其固有的法则,符合这个法则才具有现实性。权利概念因为体现了自由和理性而具有完全意义上的现实性,不法虽然也是自由的表现形式,但与客观的法权体系冲突,因此被认为是自由的不充分展现。不法的不充分性必须被展现出来,亦即对不法进行扬弃,以达到完全意义上的现实性,亦即权利。^[33]换言之,不法是对权利的否定,对不法的否定就是对权利的双重否定,亦即又肯定了权利。贝尔纳在黑格尔法哲学的基础上认为,不法是虚无的,权利则具有实质,因此不法完全不可能和权利势均力敌,这是正当防卫的根据。^[34]如果继受黑格尔的法哲学思想,那么无需关注侵害者的法益受保护状态即可证成强势的防卫权;如果不以黑格尔学派对不法的理解为基础,即使认为正当防卫是“正”与“不正”的对立,在法益衡量理论的框架内,这也仅仅指出了双方法益的对立状态,并不能证明侵害者法益值得保护程度的下降的根据。因为在贝尔纳看来,之所以行使正当防卫权不必考虑合比例性,恰恰是因为正当防卫情形不是双方的利益相对,而是被保护的权利的实质和不法的虚无相对,因此没什么可衡量的。^[35]将“不法”理解为独立于主观罪责的客观违法性,并以此为根据支持对无责任能力者的防卫权利,不具有说服力。

其二,法秩序是否放弃了对侵害者的法益保护?法益衡量理论认为,因为侵害者引起了法益冲突事态,在本可以避免的情况下把自己从一个相对安全的状态带入了利益冲突的境地,因此,不法侵害者的利益在相当大的程度上被逐出法律的庇护所。^[36]首先,这种观点虽然是为了在法益衡量的框架内论证侵害者法益受保护程度的降低,但其实在很大程度上突破了利益衡量理论。因为利益衡量理论将侵害者视为造成法益危险的原因,而这种论证思路实际上将侵害者视为可以为自己的决定负责的人格者。这种论证思路在以利益衡量为根据的正当化理论中掺杂了异质的原理。通过侵害者自陷风险来论证其法益值得保护程度的降低,是从人格化的根据得出非人格化的结论,论据中侵害者是可以自由决定的主体,结论中侵害者又成为单纯的法益承担者,这本身就是矛盾的。再者,侵害者基于其自由决定可归责地引起冲突,并不能因此就认为法律不再为其提供庇护。因为丧失法律的庇护意味着完全取消了法秩序所保障的权利关系,侵害者退回到自然状态。^[37]然而,法秩序之外不可能存在强制的权利,只存在实施强制的事实,防卫权作为能够合法实施强制的权利,不可能存在于法秩序之外。在正当防

[33] 参见(德)黑格尔:《法哲学原理》,邓安庆译,人民出版社2016年版,第161—163页,第176页。

[34] Berner, Die Nothwehrtheorie, Archiv des Criminalrechts, Neue Folge, 1848, 558.

[35] Kindhäuser (Fn. 25), S. 500.

[36] 黎宏:“论正当防卫的主观条件”,《法商研究》2007年第2期,第70页;陈璇,见前注〔7〕,第125页。

[37] Grävell, Die Theorie der Injurien, der Schmähchriften, und der Nothwehr, Neues Archiv des Criminalrechts III, 1820, 280 f.

卫制度中,实施不法侵害的人,仍然是为法秩序所承认的人格者,这意味着侵害者尽管要忍受防卫行为带来的不合比例的侵害,但也仅仅要忍受必要限度内的防卫行为所带来的侵害,亦即受到防卫“必要性”的保护。如果法律不再为侵害者提供庇护,就意味着被侵害者可以动用一切手段制止侵害。因此防卫行为在必要限度内这个要求,只能在侵害者的人格性中得到解释。^[38] 反观优越法益说,即使指出法秩序只是在防卫的必要限度内放弃保护侵害者的法益,还是无法说明为什么侵害者法益受保护程度恰好降低到被侵害者防卫所必要的限度上。合理的解释是,在必要限度内,防卫措施以及给侵害者造成的损害结果之所以被法秩序所允许,不是因为法秩序放弃了对侵害者法益的保护,而是因为法律尊重侵害者为一个理性的人格者,因此要求他为自己的决定负责。

如果无法证明侵害者法益受保护性降低,那么正当防卫就和紧急避险一样,都是将对立法益的抽象价值进行排序,这会给防卫“必要性”的具体判断带来两方面负面影响。第一,在什么是“必要性”问题上,会将着眼点从防卫行为本身转移到防卫行为造成的结果上。第二,如果站在事后结果的角度进行利益衡量,即使采取防卫措施时防卫人面临着生命危险,这种没有现实化的巨大危险也容易被忽视。本文开头的范尚秀案中,被害人站起后可能对被告人施加新的暴力侵害,但判决并没有考虑到这一点,进而将被告人敲击被害人头部的行为认定为“明显超过必要限度”。

就本文最关心的问题而言,法益衡量理论的支持者也认为对无责任能力者的防卫必须受到限制。但是,着眼于法益的抽象价值排序,无法确定什么是引起正当防卫的“不法侵害”,因为如此一来,只要产生法益冲突,都存在正当防卫的空间,“不法侵害”甚至不需要是因为人的行为引起的,自然界的雷电、咬人的疯狗应该都可以成为正当防卫的对象。也正是因此,法益衡量理论虽然肯定了对无责任能力者的防卫权,但侵害者的责任能力并不会影响双方法益重要性的顺序,所以也无法说明,为何在此类场合被侵害者的防卫权要受到限制。

法益衡量说从结果无价值和客观违法性论的角度出发,对防卫对象放宽要求,却事与愿违,没有给法益提供更周全的保护,反之,可以说恰恰是因为肯定了对无责任能力者的侵害可以引发正当防卫,反而使正当防卫的“锐利性”无法得到论证。而较之于正当防卫的情形,紧急避险对相关法益的比例性关系必然要求更高,因此,正当防卫对相关法益的合比例性要求,又进一步造成了紧急避险权利更为紧缩的状态,只有被保护的法益较之于被损害的法益十分优越时,才能构成阻却违法的紧急避险。这使我们往往忽视了,紧急避险也是紧急权的重要组成部分。基于结果无价值的法益衡量说,正当防卫在该宽松的地方紧缩(防卫限度),在该紧缩的地方宽松(可以进行防卫的情形),这导致整个紧急权体系陷入整体收紧的恶性循环。

2. 二元的正当防卫根据

为了扭转司法实务对正当防卫成立标准把握过严的倾向,我国的一部分学者开始提倡法

[38] Jakobs, Kommentar: Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen, 1995, S. 147; ders., Rechtszwang und Personalität, 2008, S. 15.

确证利益说,认为正当防卫不仅保护了被侵害者,还确证了法秩序的效力,^[39]这样一来,防卫人代表的利益势必高于侵害人的利益,因此,只有法确证原则才能解释为何防卫权如此强势。^[40]但这种观点同样不妥。

首先,法确证观点的支持者往往认为“法无须向不法让步”指涉的是法确证内容并以此作为法确证原则的根据。^[41]但是,贝尔纳在提出这句法律格言时强调“每个权利都能无条件地抵御每个不法”,我在面对攻击时从来不必逃跑,“原因很简单,因为我处于拥有权利的位置”。^[42]“正当防卫是关于被侵害的权利(Recht)通过对抗造成侵害的不法以自我维持”,^[43]这里的“权利”(Recht)指的是具体的、被侵害的权利,而不是抽象的法秩序整体。^[44]因此,以这句法律格言作为法确证原则的历史根据并不具有说服力。

其次,被确证的法秩序本身,就是保护公民个人的法益不受侵犯的秩序。法秩序不可能因为某个行为直接被确证,反而毋宁说是通过具体客体的完整性,以彰显法秩序的持续效力。从法确证利益和个人法益的关系看来,法秩序不可能独立于个人利益而作为独立的保护对象而存在,将个人法益和法确证利益相加实际上是重复计算。^[45]退一步讲,即使认为存在相对独立于每则法规具体保护的利益的确证整体法规的利益,那么这种利益也必然和具体的法益处于不同的逻辑层次。如果认为正当防卫规范属于被确证的法秩序的一部分,那么就像一个人试图抓着自己的头发离开地面一样,法确证原则的论证就会陷入无限循环的自我相关;^[46]反之,如果将正当防卫的规定从整体法秩序中抽离出来,使其处于更高的逻辑层次,虽然打破了自我相关性,但所谓的法确证利益就和天平另一端的侵害者法益处于不同的逻辑层次,正如香蕉和苹果无法比较,不在同一个逻辑层面的法确证利益也无法和被防卫人的法益相比较,也就无法得出孰轻孰重的结论。^[47]因此,二元论单纯依据数学运算,认为 $1+1$ (防卫者个人利益+法确证利益)必然大于 1 (侵害者的个人利益)的论证逻辑,并不能成立。

鉴于论证法确证利益的困难,在有些学者那里,法确证原则被典型地表述为“防卫人通过

[39] 参见劳东燕,见前注[7],第1331—1339页;王钢:“出于营救目的的酷刑与正当防卫”,《清华法学》2010年第2期,第36页;欧阳本祺:“正当防卫认定标准的困境与出路”,《法商研究》2013年第5期,第123—126页。

[40] Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2012, § 7, Rdn. 13; Perron, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl., 2014, § 32, Rdn. 1a.

[41] 劳东燕,见前注[31],第362页。

[42] Berner (Fn. 34), 554, 578.

[43] Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 18. Aufl., 1898, S. 107.

[44] 赞同这个观点的有:Pawlik, Die Notwehr nach Kant und Hegel, ZStW 114 (2002), 292 f.; Lesch, Notwehrrecht und Beratungsschutz, 2000, S. 23 f.; Kindhäuser (Fn. 25), S. 496.

[45] 张明楷,见前注[10],第72页;许恒达,见前注[29],第344页。

[46] Vgl. Fechner, Grenzen polizeilicher Notwehr, 1991, S. 162; Kioupis, Notwehr und Einwilligung, 1991, S. 35; Seelmann, Grenzen privater Nothilfe, ZStW 89 (1997), 45.

[47] Vgl. Renzikowski, Notstand und Notwehr, 1994, S. 82

正当防卫代表国家法律机构执行了法律的任务,由此法秩序得以确证”,^[48]这使防卫权利和刑罚权的关系陷入窘境。黎宏指出:公民个人代法院行使法律确证任务存在以下问题:第一,为什么允许代理?第二,如此一来,正当防卫就是代为行刑。^[49]的确,将正当防卫权利理解为代行国家刑罚权,与刑罚的基本公式之间存在冲突。在甲以重伤的意图攻击乙,却被乙的防卫行为造成了重伤的结果时,根据法确证原则,乙的防卫行为即确证了法秩序的有效性,代国家行使了刑罚权。如果对甲再进行刑事追诉,就意味着甲的不法行为被否定了两次。这样看来,国家公权力的审判与处罚,似乎是多此一举了。然而,谁都不可能赞同这样的结论,侵害者不可能因为遭受了正当防卫带来的损害而免于来自公权力的裁判。此外,国家在施加刑罚时,是由专业的法律人员根据相应的法律进行裁判,必须恪守罪刑相适应原则,而公民在紧急状态下进行防卫,恰恰不受比例性原则的制约。只有国家的形式化的程序,才能保证刑法规范,而一个犯罪行为与恶害之间随意的先后次序,并不能保证刑法规范。^[50]具体到本文讨论的正当防卫前提,如果正当防卫是代行国家刑罚权,国家不要求未成年人和精神病人负担刑事责任,对他们的正当防卫更无从谈起,而二元论的支持者又认为法确证原则不会阻碍对无能力者行使防卫权,这显然存在矛盾。因此,不能在代行国家任务的意义上理解正当防卫,这无法说明正当防卫的“锐利性”,也会在无能力者的侵害问题上得出自相矛盾的结论。

随着刑事政策学对刑法教义学的渗透,二元论支持者又提出了以预防为导向的正当防卫根据:正当防卫服务于增强未来的规范服从,也就是法秩序经验上的效力。立法者使正当防卫权利具有双重意义,保护原则服务于特殊预防,法确证原则服务于一般预防。防卫行为不仅能够保护个人法益,同时还告知其他潜在的攻击者,不可能没有风险地侵害他人。^[51]基于下述论据,本文认为预防导向的二元论也不具有说服力。

第一,认为正当防卫的根据在于预防必要性会陷入循环论证。其论证逻辑是:侵害者所面临的损害很可能远远大于其制造的危险和追求的利益,因此,正当防卫适合用来震慑潜在的侵害者和增强民众的法信赖,所以一般预防是正当防卫的合法性根据;反过来,因为一般预防是正当防卫的合法性根据,所以得出防卫者可以不考虑合比例性的结论。如此一来,正当防卫的效果和根据互为因果。考虑到我国的司法实务见解多数还无法克服正当防卫相关法益要符合比例性原则这种认识,循环论证的问题会更典型地暴露出来。按照预防导向的推论逻辑,我国的防卫权能无法产生震慑效果,所以预防必要性不是防卫权的根据;又因为不能以预防的必要性作为根据,就更不可能论证出防卫权的“锐利性”。

第二,以预防为导向的法确证原则并不能回避正当防卫与刑罚关系的困境,尤其体现在无能力者的侵害问题上。虽然罗克辛(*Claus Roxin*)明确否认正当防卫与刑罚的关系,认为正当防卫的预防目的区别于刑罚的预防目的,正当防卫阻止法益侵害,这对社会的安宁状态有

[48] Koch, Prinzipientheorie der Notwehrenschränkungen, ZStW 104 (1992), 791.

[49] 黎宏,见前注[6],第127页。

[50] Lesch (Fn. 44), S. 31; Jakobs (Fn. 23), § 12, Rdn. 8.

[51] Roxin, Die „sozialethischen Einschränkungen“ des Notwehrrechts, ZStW 93 (1981), 73f.

益,就是正当防卫的一般预防作用,不能在代理实施国家暴力的意义上理解法确证原则。但在无责任能力侵害者的问题上,罗克辛则认为,因为立法者放弃了使用刑罚进行预防,和防卫侵害相关联的预防利益(亦即法确证利益)当然也随之减少。^[52]一方面,认为正当防卫的预防不同于刑罚的预防,另一方面,又认为立法者放弃刑罚所以防卫人的防卫权也随之受到限制。这种论证前后矛盾。张明楷中肯地指出,如果对无责任的侵害者进行正当防卫所产生的一般预防效果是针对一般人的,那么,侵害者有无责任能力并不重要。之所以认为,对无责任的侵害进行防卫时一般预防的利益大幅度减少,是因为无责任的侵害者不具有和一般公民同样的规范意识。但是,如果是这样的话,面对无责任的不法侵害,不仅要限制正当防卫权,而且原本就不成立正当防卫。^[53]

法确证原则不仅本身不能令人信服,还会将正当防卫前提条件的解释导向外在于紧急权体系的考量。如果认为正当防卫的根据是二元的,那么逻辑一贯地推论,引起正当防卫的“不法侵害”,应当既侵害了个人法益,也损害了法秩序的效力。在损害个人法益层面,侵害者是否具有责任能力于法益损害结果而言没有区别,应当允许对无责任能力者行使全面的正当防卫权利,这个结论和法益衡量理论没有什么不同。但在确证法秩序的层面,二元论内部则产生了巨大的分歧,因为对于具体什么情况下会产生确证法秩序的必要性,法确证原则的支持者们也莫衷一是。有观点认为,侵害者客观上实施了有悖于法秩序的行为,就会产生需要确证的法效力,^[54]也有观点认为,侵害者必须有故意,至少是过失,^[55]还有观点更进一步认为,只有对法秩序有责的违反,才会损害法秩序的效力。^[56]分歧的原因在于,法秩序不仅有评价性功能,还有确定性功能,以及保障期待的功能。回答什么样的侵害会影响“法秩序的效力”时,把侧重点放在法秩序的不同功能,就会有完全不同的答案。所以,从确证法秩序效力的角度无法定义引起正当防卫的“不法侵害”。

3. 现有学说的根本缺陷

法益衡量理论和二元论之所以存在各种不足,根本原因在于,二者都将“不法侵害”局限于法益损害,而忽视了引起正当防卫的“不法侵害”实质上是对被侵害者人格的侵犯。详述如下:

第一,法益概念本身具有片面性,较之于一般犯罪论,这种片面性尤其阻碍了紧急权体系的构建。

正当防卫的情形表现为双方利益的冲突,因为“人为了作为理念而存在,必须给它的自由

[52] Roxin, Notwehr und Rechtsbewahrung, FS—Kühl, 2014, S. 392, 396, 402.

[53] 张明楷,见前注[10],第64页;Vgl. Beling, Grundzüge des Strafrechts, 11. Aufl., 1930, S. 16.

[54] Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2011, § 9, Rdn. 73; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 85f.; Geilen, Notwehr und Notwehrexzeß, Jura 1981, 256.

[55] Roxin (Fn. 51), 84; Felber, Die Rechtswidrigkeit des Angriffs in den Notwehrbestimmungen, 1979, S. 135ff.; Schumann, Zum Notwehrrecht und seinen Schranken, JuS 1979, 560; Perron (Fn. 40), § 32, Rdn. 3.

[56] Schmidhäuser, Über die Wertstruktur der Notwehr, FS—Honig, 1970, S. 191ff.; R. Haas, Notwehr und Nothilfe, 1978, S. 234f.

以外部的领域”，^{〔57〕}个人利益正是人格在外部世界的投射，丧失了个人利益，人格就会无可凭借，也就无法实现个人自由。当别人侵害我的财产权时，本质上是侵害了我投射在财产中的自由意志，^{〔58〕}亦即我的人格。以盗窃罪为例，窃贼不仅转移了占有，关键还在于违背了我的意志。在一个互相尊重彼此人格的体系内，对他人人格的蔑视往往表现为侵害他人的法益，因此，法益概念在刑法教义学中具有不可替代的积极意义。但是，刑法不能仅从主体和利益的关系角度探讨法益，无论是对个人财产的保护，还是对人身自由抑或是各种自主决定权的保护，法益主体和法益客体之间的关系都必须得到其他人格者的承认。例如，甲对某物拥有所有权，不仅仅表明甲和该物之间的关系，更重要的是，甲之外的其他所有人都不能对该物进行任意的支配，亦即，他人对甲和该物之间关系的承认。这种承认发生在甲的人格和他人的人格之间，而不在于甲和该物之间。在只有甲一个人的孤岛上，无论甲如何支配该物，都无法认为甲对该物有所有权，因为缺少其他人格者的承认。得到其他人格者承认的权利地位，可以展现出两个权利主体以及特定的权利载体之间的三方关系，因为权利可以确定，无论哪个权利主体都可以基于自己的意志排除他人支配这个载体；^{〔59〕}而法益概念只限于载体和权利主体的双方关系。^{〔60〕}

在一般犯罪论的问题上，仅看到被害人的法益损害，而没有认识到行为人对被害人人格的否定，不会产生很大困扰。甲盗窃了乙的财物，虽然实质上是否定了乙的财产权，但表现为破坏了乙对财物占有和支配，甲对乙的财产权的否定完全展现在了乙的法益被侵害的事实之上，认识到乙的财产法益被侵害就可以认定甲的犯罪行为。侵害者在自然意义上引起了法益侵害结果，侵害者在规范意义上对法益侵害结果负责，这两个层次是重合的。然而，一旦涉及正当防卫制度，法益概念的局限性就会暴露出来。例如，乙为了保护自己的财物对甲进行防卫并造成了甲的伤害结果，乙虽然在自然意义上实施了侵害行为并损害了甲的身体健康法益，但在规范层面上，正当防卫制度要求我们把必要限度内的侵害行为及其结果划入甲的责任范围，进而排除乙的责任。换言之，正当防卫制度下自然层面的因果性和规范层面的归责这两个层次产生了巨大偏差。这就要求将侵害者甲理解为可归责的人格者，而非仅仅是防卫人乙的法益受到威胁的原因。

第二，法益概念的片面性还体现在紧急权体系内部，它无法解释为什么正当防卫比紧急避险更为强势。

刑法第20条规定的“不法侵害”不是自然主义的描述，而是规范的评价，将“不法侵害”仅仅定义为法益侵害或危险，就会像因果行为论那样陷入因果性和自然主义的范畴，^{〔61〕}无法区别于引起紧急避险的“正在发生的危险”。行使紧急权的前提都是法益冲突状态，而解决冲突

〔57〕 黑格尔，见前注〔33〕，第92页。

〔58〕 Hegel, Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818—1831, Bd. 3, hrsg. v. Ilting, 1974, S. 296 f.

〔59〕 Vgl. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, 1. Bd., 1840, S. 332f.

〔60〕 V. Haas, Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen, 2008, S. 60.

〔61〕 Vgl. Jakobs (Fn. 23), § 12, Rdn. 16; Lesch (Fn. 44), S. 37.

是有成本的,从正当防卫到防御性紧急避险,再到攻击性紧急避险,本质上都是关于如何分配解决冲突的成本的法律制度。刑法的归责不限于确定行为人和规范之间的个别关系,而且是要回答法益损害结果落入谁的责任范围。正当防卫的本质是一种归责模型,根据这个归责模型,侵害者对冲突具有优先的、专属的责任,防卫人则被免除责任。^{〔62〕}只有认识到法益侵害的本质是对人格的侵犯,将侵害者和被侵害者视为人格者,而非单纯的法益侵害者和法益承担者,才能将责任分配的前提条件纳入考量,以得出确定的法益状态值得保护的范畴。

在无责任能力者的侵害问题上,侵害者的责任能力虽然不影响抽象的法益价值排序,但可以作为责任分配的条件影响法益值得保护的度和范围。虽然无责任能力者和有责任能力者造成的法益侵害是相同的,但基于他们在归责能力上的区别,他们对法益冲突的责任程度会有高低之分。构建以紧急权人和紧急权对象之间责任分配为根据的紧急权体系,才可以论证强势的防卫权,也可以说明为什么对无责任能力者行使的紧急权要受到限制。

(二)自说:权利说

法益衡量理论和二元论,既不能论证防卫权的“锐利性”,又不能在正当防卫权利框架内妥善解决无责任者的侵害问题。这两种理论将对立法益进行衡量以追求整体利益最大化的方法忽略了对公民个体权利的关注,而正当防卫本来就不以“优越利益原则”或者说“利益衡量原则”为根据。正当防卫作为现代国家中公民的一种权利,如果要探究其来源,就要回到权利概念本身。

1.权利概念的展开

关于权利的正当性,康德有着最经典的论述。在康德看来,权利是一个人的任性能够在其下按照一个普遍的自由法则与另一方的任性保持一致的那些条件的总和。正所谓己所不欲勿施于人,当一个人根据自己的意愿采取某种行动的时候,要想到,如果别人也都采取该行动,自己能不能接受。用康德的话来说,“任何一个行动,如果它,或者按照其准则每一个人的任性的自由,都能够与任何人符合普遍法则的自由共存,就是正当的。”^{〔63〕}反之,根据权利的普遍法则,如果某人在行使自己的自由时阻碍了他人的自由,其行为就是不法的;而对这个人实施的强制是对自由的阻碍的阻碍,根据双重否定原则,就是正当的。因此,根据矛盾律,主观权利与强制权能相结合。^{〔64〕}从权利和强制权能的关联中,能够恰好得出为保障法定的自由而实施的强制的合法性。^{〔65〕}

基于以下两点,权利概念能够为强势的防卫权提供坚实的理论基础。

第一,防卫人原则上不必考虑相关法益之间的比例关系,这一点可以在权利概念中找到根据。正当防卫的情形下,首要的不是被侵害者所面临的法益损失,而是可归责于侵害者这个人

〔62〕 Müssig (Fn. 23), 231f.

〔63〕 (德)康德:《道德形而上学》(注释本),张荣、李秋零译注,中国人民大学出版社2013年版,第28页。

〔64〕 同上注,第29—30页。

〔65〕 Kindhäuser (Fn. 25), S. 501.

格的、对他和被侵害者之间的权利关系的干扰。^{〔66〕} 侵害者一旦逾越了自己的权利范围,无论给他人的法益造成了或轻或重的损害,对于形式的权利概念而言都具有相同的意义。因为在正当防卫的情形下,只有权利与不法的对立,而不允许评价双方的重要性程度。

第二,仅从法益保护出发无法说明防卫人为什么无需退避,而根据本文的观点,不法侵害的本质是对他人人格的蔑视,是对普遍权利法则的挑战,即使退避能够维护受到威胁的法益,却不能回应他人对自己权利的蔑视,也没有挫败侵害者对权利法则的挑战。如果某人符合普遍法则地行使自己的自由,就不允许任何人对他实施强制,因此退避和屈服就已经是对自由的限制。所以说,防卫人不仅保卫了自己的权利地位,还保卫了普遍的权利法则,以及普遍意义上的人格间相互承认的权利关系。而退避根本就不是防卫手段,而是单纯的放弃防卫。

2. 权利概念的扬弃:从个人自由出发的紧急权体系

但是,上述权利概念仍然存在一定局限。首先,如果完全不考虑冲突双方利益的重要性程度,那么即使防卫行为所造成的损害与不法侵害可能造成的损害过于悬殊也可能阻却违法。这种观点难以被现在的正当防卫理论接受,但却是康德权利概念的题中之义。康德明确表示,只有道德能够使防卫保持“节制”,而道德本身只是对防卫人的“劝告”,^{〔67〕}无法使其负担义务。不仅如此,权利概念也完全否定针对无辜第三人的紧急避险,用康德的话来说,自身的紧急状态不可能使不法的攻击变得合法。^{〔68〕} 因此,权利概念必须修正。

从本文的立场来看,人只有组成社会才能真正获得自由,个体只有在为生存所必要的网络中相互尊重、彼此承认,才能最终保证自身的完整性。因此,为了维护主体间相互承认的生活方式,必须要求社会成员承担一定的社会团结义务。^{〔69〕} 在国家中,执着于形式的权利概念是远远不够的。黑格尔用“福祉”(Wohl)概念扬弃了形式的权利概念,福祉是主体以其生活方式所追求的目的,每个人都有提升自己福祉的权利。^{〔70〕} 国家不仅承认普遍的权利法则,还关注每个公民的特殊性,福祉是特殊性的真正表达。福祉概念不仅重新划定了权利与不法的界限,还说明坚持抽象权利是片面的。^{〔71〕} 我们尚不能要求一个抽象权利的人格者为了普遍的福祉忍受对自己权利的伤害,但可以要求国家公民在特定情况下做出牺牲。^{〔72〕} 伦理国家意义上的福祉概念不仅可以说明为了保护极其微小的利益而损害侵害者重大利益的情形不具有正当性,还可以解释无辜的被避险者忍受紧急避险的义务。

防卫权来源于公民合法地行使自由的权利,典型的针对无辜第三人的紧急避险则来自于扬弃了形式的个人自由的社会团结思想,它虽然不符合权利和强制权能的双重否定式关联,但仍然是个人自由的表现形式,而非单纯追求整体利益最大化的结果。所以说,刑法紧急权体系

〔66〕 Pawlik (Fn. 44), 271f.

〔67〕 康德,见前注〔63〕,第32页。

〔68〕 康德,见前注〔63〕,第43页。

〔69〕 Kühl, Freiheit und Solidarität bei den Notrechten, FS—Hirsch, 1999, S. 273.

〔70〕 Hegel, Philosophie des Rechts (herausgegeben von Henrich), 1983, S. 100.

〔71〕 黑格尔,见前注〔33〕,第231—232页。

〔72〕 Pawlik (Fn. 43), 291.

的出发点是统一的,那就是个人自由。功利主义的紧急权体系认为,违法的实质是法益侵害,故违法阻却事由的根据只能是对法益侵害的否定。对某种法益的损害是保护另一法益所必需的手段时,对相关法益进行衡量,在整体上的评价结论是,所保护的法益与所损害的法益相等或者优于所损害的法益时,便阻却违法性。^{〔73〕}但是,功利主义追求的只是社会整体利益最大化,完全消解了不同主体之间的权利界限。^{〔74〕}于正当防卫制度而言,利益衡量忽视了正当防卫情状的本质——行使自由的合法权利和不法对立;于紧急避险制度而言,被避险者的权利被忽视,完全沦为整体利益最大化的工具。因为,绝对地按照客观利益衡量,个人的自主决定权完全得不到尊重。^{〔75〕}此外,追求利益最大化并不是刑法规范所追求的目标,虽然公民要实现个人自由必须凭借外在利益,但笼统地为了保护整体的利益而忽视个体的自由,显然是本末倒置了。通说立足于社会整体利益,认为紧急避险的本质是“两害相权取其轻”,^{〔76〕}但没有充分论证为什么无辜第三人的利益仅因为现实中偶然的必要性就被规范地纳入利益衡量的计算。只有以社会团结思想为根据,才能说明被避险者容忍避险行为的义务,进而得出紧急避险要求利益衡量的正当性。

3.与防卫权对应的侵害者的容忍义务

权利和义务总是相对应存在的,一方的权利总有与之相对应的他者的义务。国家通过正当防卫制度不仅赋予了防卫人合法地侵害他人的权利,还使侵害者负有忍受防卫行为的义务。侵害者对防卫行为及其结果的容忍义务和被侵害者的防卫权是一枚硬币的两面,侵害者容忍义务的证明,也是正当防卫制度合法性根据的一部分。

侵害者容忍义务的证明可以从黑格尔的“同意思想”(Einwilligungsgedanken)中获得启发。黑格尔以同意思想为基础论证犯罪人忍受刑罚的义务以及将行为故意没有包括的结果归责于行为人的正当性。“犯人行动中包含的不仅是犯罪的概念,即犯罪自在自为地有理性的方面——在这方面国家应当主张其有效,而不管个人有没有表示同意,——而且是形式上的合理性,单个人的意愿。既然刑罚之中包含着被视为犯人自己的法,所以犯人在受刑罚当中被尊重为有理性的东西。”^{〔77〕}按照这种观点,一个理性的人格者在犯罪时,不仅表达出对国家法秩序的否定,还在客观上包含了对刑罚的同意,因此,国家对犯罪人实施刑罚,正是因为尊重犯罪人为理性的人格者。而精神病人和儿童不被认为是理性的人格者,其行为客观上不包含对刑罚的同意,所以不适用刑罚。在间接故意问题上,为了将行为人不以之为目的、甚至没有预料到的附随结果归责于行为人,黑格尔指出,“对这些结果……我不能推卸责任……,因为他们只是本来就存在于我行为中的东西的发展。”^{〔78〕}如果附随结果中“包含行为的灵魂”,并且因此附

〔73〕 张明楷,见前注〔5〕,第195页。

〔74〕 王钢:“紧急避险中无辜第三人的容忍义务以及限度”,《中外法学》2011年第3期,第615页。

〔75〕 黎宏:“紧急避险法律性质研究”,《清华法学》2007年第1期,第39页。

〔76〕 黎宏,见前注〔6〕,第144页。

〔77〕 黑格尔,见前注〔33〕,第181页。

〔78〕 Hegel, Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818—1831, Bd. 4, hrsg. v. Ilting, 1974, S. 316.

随结果恰恰意味着行为的“形态的方式和方法”，那就必须将行为的附随结果归责于行为人。^{〔79〕}

如果用同意思想来证明防卫权的正当性，那么强势的防卫权就是自然而然的事情。因为按照事情的通常发展流程，被侵害者的防卫以及防卫结果都和侵害行为紧密相关，所以防卫行为及其结果都应该归属于侵害者。因此，侵害者必须忍受所有为了防卫他的侵害所必要的损害，即使防卫造成的损害成倍于被保护的利益。同意思的关键在于，不是从侵害者的主观意志出发，而是将侵害者作为理性的人格者客观上同意了被侵害者的防卫行为作为论证根据。侵害者必须是理性的人格者——也就是说，在最广义的意义上是有归责能力的——才能使他为冲突负担完全的责任。^{〔80〕}这样一来，无责任能力者客观上不能表达忍受正当防卫的同意，自然也就不能成为正当防卫的对象。因此，范尚秀案裁判理由一方面认为对精神病人的攻击可以正当防卫，另一方面认为被侵害者负有退避义务的观点并不妥当。

四、紧急权体系与防御性紧急避险

除了古典犯罪构造的深刻影响，我国学者坚持认为对无责任能力者也可以正当防卫还有另外一个重要原因——缺乏对防御性紧急避险的深入研究和广泛认同。紧急避险在我国被限定于给无关的第三人带来侵害的情形，^{〔81〕}也就是说，目前我们不承认德国法上的防御性紧急避险概念。一旦要求“不法侵害”是有责的不法侵害，学者们就会产生这样的担忧：被侵害者必须忍受来自无责任能力者的侵害，否则就构成故意犯罪。^{〔82〕}这是因为，我国目前的刑法理论对紧急权体系缺乏全面的认识。否定对无责任能力者的防卫权，并不意味着人们必须忍受无责任能力者的侵害。因为不仅正当防卫，而且包括紧急避险在内的整个紧急权体系，都旨在保护被侵害者。对无责任能力者侵害的反击问题，可以在正当防卫之外的其他紧急权制度下得到更妥当的安排。因此，下文探讨紧急权体系内部的分工和防御性紧急避险概念。

（一）以责任分配为根据的紧急权体系

要求紧急避险的对象是无关第三人的传统观点其实就已经蕴含着朴素的责任分配思想。紧急避险往往表现为侵害了无辜第三人的利益，因为无辜第三人对冲突的责任程度最低，几乎可以说是没有责任，但据此并不能反推出避险对象必须限定于无辜第三人的结论。因为某些情况下紧急权的对象虽然是造成法益侵害危险的原因，因而不符合传统的紧急避险要求，但又没有达到正当防卫“现实的不法侵害”的程度，要求避险对象是无辜第三人，会产生保护漏洞。形象地比喻，要实现公民的全面保护，就要将紧急权体系织成一张网，而不只是正当防卫和

〔79〕 Vgl. Lesch (Fn. 44), S. 39.

〔80〕 Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 2017, § 16, Rdn. 26; Jakobs, (Fn. 38), S. 145.

〔81〕 参见高铭暄等，见前注〔11〕，第138页；陈兴良，见前注〔4〕，第82页。

〔82〕 参见马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社1999年版，第720页。

紧急避险两个孤立的点。所以必须为所有的紧急权找到一个共同的维度,那就是冲突双方的责任分配。正当防卫和针对无辜第三人的攻击性紧急避险标记出紧急权体系的两个顶点。^{〔83〕}在正当防卫的情况下,紧急权的对象对冲突的责任程度最高;在攻击性紧急避险中,紧急权的对象则对冲突的责任程度最低。^{〔84〕}正当防卫和攻击性紧急避险这两个法律制度还无法全面覆盖整个紧急权体系,在这两者之间有中间地带,包括无责任能力者的侵害在内的情形就是防御性紧急避险的适用范围。

紧急避险与正当防卫的本质区别不在于对象是危险的来源还是无辜的第三人,而在于紧急权的对象在多大程度上对冲突负责,以此确定紧急权的对象忍受紧急权的义务来源。下面以三种情形为例具体说明紧急权体系内部的安排。情形一,有责任能力的甲对乙进行故意伤害;情形二,精神病人甲对乙进行伤害;情形三,乙为了避免倒下的树木砸伤自己撞开站在身边的甲。

在这三种情形中,乙面临的都是身体法益的损害危险,这一点没有区别。视角转向甲这一方,在情形一中,甲不仅侵害了乙的法益,更重要的是,甲作为理性的人格者还表达出对乙人权利的蔑视,彻底否定了乙的人格。因此,乙可以发动最强势的紧急权,亦即防卫权。而甲作为一个理性人格者,无论是根据黑格尔的同意思想,还是从康德的权利概念出发,都要求他为这个冲突担负优先的、完全的责任。所以甲要忍受乙的防卫行为,即使在必要性范围内的防卫行为造成的结果远远大于甲最初要给乙施加的损害。

情形二的乙虽然也面临身体法益的损害,但甲不是一个理性人格者,他既没有彻底否定乙的人格,也无法在规范的意义上表达对他防卫行为的同意,因此不符合发动防卫权的条件。这种情形下,甲虽然并非完全无辜,但其对冲突负有的责任程度远远低于情形一中的甲,因此乙只能进行防御性紧急避险。这意味着,乙只能按照我国刑法第21条的规定,在不得已的情况下采取可能对甲造成侵害的措施,在必要的限度内,不要求采取措施所保护的法益应明显大于所侵害的法益,而仅仅禁止不合比例的损害。所以即使最后造成甲的伤害结果,乙也可以根据防御性紧急避险阻却违法。

情形三的乙虽面临身体法益受损的危险,但甲是完全无辜的,甲对危险的发生完全没有责任。乙推开甲以保护自己的行为,不是基于从权利概念中生发出的强制权能,而只能在法共同体成员的团结义务中找到根据。甲作为法共同体成员的义务显然仅及于非常有限的范围,表现在攻击性紧急避险中,乙所避免的损害,要远远大于给甲带来的侵害结果。

紧急权人和紧急权对象之间的责任分配思想不仅体现在紧急权体系的这三个主要组成制度的差别上,还体现在具体的制度内部。例如挑衅防卫、自招风险的问题。以避险者自招风险为例,在何种情况下允许自招风险者紧急避险,一般会考虑行为人是故意还是过失引起危险,

〔83〕 Pawlik, Der rechtfertigende Defensivnotstand im System der Notrechte, GA 2003, 12.

〔84〕 Pawlik (Fn. 59), 26.

行为人招致危险的手段性质恶劣抑或情节轻微,^[85]这些其实都是判断紧急权人和紧急权对象之间责任分配比例的根据。

(二) 防御性紧急避险

基于权利概念和侵害者的容忍义务,我们论成了正当防卫为最强势的紧急权,在紧急权体系的另一端,是以法共同体的成员之间的最小团结性为根据的攻击性紧急避险。防御性紧急避险的对象并不是因为社会团结性原则而负有忍受避险行为的义务,而是因为其在一定程度上对冲突的产生负有责任。所以,较之于攻击性紧急避险,防御性紧急避险和正当防卫制度的关系更为亲近。^[86] 可以认为,防御性紧急避险不是攻击性紧急避险的特殊形式,而是“小号的正当防卫”。承认防御性紧急避险概念,否认对无责任能力者的正当防卫权利,不是概念上的游戏,而是因为只有这样,才能证成正当防卫的“锐利性”,才能构建完整的紧急权体系,进而最大限度地保护法益。本文认为,无论是在实定法中还是刑法理论中,承认防御性紧急避险概念都不存在障碍。

从实定法的角度来看,认为紧急避险的对象仅限于第三人的观点,其实在我国刑法第21条中找不到相应的根据,给紧急权的行使条件附加法律没有规定的限制,甚至有违反罪刑法定原则之嫌。仔细观察我国刑法关于紧急避险的规定,“没有超过必要限度造成不应有的损害”,恰恰对应德国法上防御性紧急避险的要求。亦即,通过禁止施加不合比例的损害来为防御性紧急避险设置限制,而不同于攻击性紧急避险所要求的“所保护的法益应明显大于所侵害的法益”。我国学者也指出,紧急避险的必要限度,是指在所造成的损害不超过所避免的损害的前提下,足以排除危险所必需的限度。即使在不得已的情况下损害同等重要的法益,也不一定超过了必要限度。^[87] 因此,承认正当防卫和攻击性紧急避险之间存在防御性紧急避险权利,与我国的法律规定并不冲突。

在理论上,承认防御性紧急避险概念也不会影响刑法学已经取得的共识。我国学者普遍赞同,紧急避险是“正对正”,正当防卫是“正对不正”。^[88] 这种区分也来自贝尔纳的论述,其实,贝尔纳还提出了另外一种区分正当防卫和紧急避险的方式——紧急避险是自然的紧急状态,正当防卫是权利的紧急状态。^[89] 这两种区分方式并不矛盾,因为在正和不正的意义上区分的是攻击性紧急避险和正当防卫,而自然的紧急状态和权利的紧急状态区分的是防御性紧

[85] 黎宏:“紧急避险法律性质研究”,《清华法学》2007年第1期,第39页;张明楷,《刑法学》,第208页。

[86] Vgl. Neumann, in: Nomos Kommentar, 4. Aufl., 2013, § 34, Rdn. 86; Köhler, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997, S. 262; Kühl (Fn. 40), § 8, Rdn. 135; Perron, Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht, 1988, S. 93; Frisch, Notstandsregelungen als Ausdruck von Rechtsprinzipien, FS—Puppe, 2011, S. 429; Frister, Die Notwehr im System der Notrechte, GA 1988, 295.

[87] 张明楷,见前注[5],第220页。

[88] 张明楷,见前注[5],第217页;黎宏,见前注[6],第144页。

[89] Vgl. Berner (Fn. 34), 552.

急避险和正当防卫。^{〔90〕} 贝尔纳所指的“不正”，亦即“不法”有双重意义，一来和“正”，亦即权利相对，二来区别于自然意义的紧急状态。所以贝尔纳也认为，引起正当防卫的不法侵害必须在权利层面上产生了重要的影响，单纯作用于现实世界的危险只会引发紧急避险情状。^{〔91〕} 回到本文开头的范尚秀一案，认为被告人只能进行紧急避险并不意味着被害人的侵害行为在法律上被评价为“正”，而只是意味着，被害人作为无责任能力者，其侵害行为没有在权利的层面产生重大意义，仅仅造成了自然意义上的紧急状态。

正当防卫要求存在现实的不法侵害，当正在发生的并非正当防卫所要求的“不法侵害”，或者不法侵害没有达到正当防卫所要求的“现实性”，但紧急权的对象又没有达到攻击性紧急避险那么“无辜”的程度时，就应当适用防御性紧急避险权利。下文将以此为根据，对本文重点探讨的对无责任能力者的反击问题，以及另外两种典型情形进行探讨。

1. 对无责任能力者的反击

按照康德的公式，如果我们可以将某个行为归属于某个主体，那么这个主体就是人格者。^{〔92〕} 在康德看来，自由是指理性的自我决定 (Selbstbestimmung)。自我决定不是说人可以根据自己的喜好，不受任何外在干扰，想做什么就做什么，而是说个体和普遍法则的统一。人格者具有理性，他能够审视自己的行为能否经受住普遍法则的检验，以实现和其他人格者和谐共处的目的，理性使他能够合理安排自己的行为。^{〔93〕} 基于每个人格者都具有的合乎理性的自我决定能力，人格者之间形成了一个交互的、能够进行强制的自由的保障体系，而防卫权就处于这个体系中；因此，加入这个体系就要求主体具有理性。无责任能力者虽然有损害他人法益的能力，但他们没有合乎理性的自我决定的能力，所以其行为自始不能落入康德构建的这个交互的、能够进行强制的自由的保障体系中。^{〔94〕} 正当防卫的本质是回应他人对自己权利的蔑视，只有能够按照自由的法则行动的人才能表达对他人权利的尊重或者蔑视，无责任能力者则无法表达对他人权利的蔑视，因而也就不能被正当防卫。将无责任能力者的侵害排除出正当防卫权适用对象的范围，是论证正当防卫“锐利性”的必然要求。

在范尚秀案中，对范尚雨这样一个可辨认的无责任能力者，范尚秀不能行使正当防卫权，因为范尚雨的行为不是“出于自由的法则、自由的意志的选择”，^{〔95〕} 不能表达对他人人格的蔑视。但范尚雨又并非完全无辜，而是在较低程度上对冲突有责任，因此，范尚秀可以进行防御性紧急避险。防御性紧急避险只是禁止施加不合比例的损害，而不要求所保护的法益必然大于所侵害的法益，范尚秀通过损害被害人的生命法益，保护了自己的身体健康以及生命法益，不能认定为不合比例，应当肯定其反击行为的正当性。因此，承认防御性紧急避险概念，并不

〔90〕 Kindhäuser (Fn. 25), S. 507.

〔91〕 Vgl. Berner (Fn. 34), 552.

〔92〕 参见康德，见前注〔63〕，第 21 页。

〔93〕 参见康德，见前注〔63〕，第 35 页。

〔94〕 Pawlik (Fn. 44), 274ff.

〔95〕 Kant, Vorlesungen über Moralphilosophie, in: Akademie der Wissenschaften der DDR/Akademie der Wissenschaften zu Göttingen (Hrsg.), Kant's gesammelte Schriften, Bd. 27. 1., 1974, S. 562, 288.

会使公民在面对无责任能力者的侵害时处于不利的境地。

2. “对物防卫”

德国法语境下典型的防御性紧急避险是指德国民法第 228 条。^[96] 而我国刑法理论否定“对物防卫”是防御性紧急避险权利的一个重要原因在于,学者们无法接受,为什么对人的侵害行为可以进行“锐利的”正当防卫,而针对动物的侵害只能进行更缓和的紧急避险。国民在面对人的侵害和面对动物的侵害时,对于动物的反击应当更容易成立违法阻却事由。^[97] 这种观点的基础是将人理解为法益承担者,将动物理解为法益客体,因为动物不是法益承担者,所以应当允许采取更大胆的措施,而人作为法益承担者,理应受到高于动物的保护。但是,如前文所述,法益概念并不足以论证防卫权的锐利性。侵害者必须作为理性的人格者对被侵害者的权利表达蔑视,正是因此,较之于没有人格性的动物,人必须被更严格地对待。也就是说,较之于来自能够自我负责的人格者的攻击,对来自名贵动物的攻击的防御要求更加严格。人格性既保护人格者,又给人格者带来负担,^[98]前者表现为防卫行为必须受到必要性的限制,后者表现为防卫行为仅仅受到必要性的限制。正当防卫的“锐利性”恰恰就是因为侵害者是人格者,而法秩序对人格者比对非人格者提出更高的要求。因此,在个别情况下,对动物比对人更“仁慈”并非不能接受,正如刑罚也不适用于动物,而仅仅适用于有归责能力的人格者。就这一点而言,较之于人,动物受到“优待”甚至是刑法一贯的立场。

事实上,我国司法实务中也承认了“对物防卫”是紧急避险。在“王仁兴破坏交通设施案”^[99]中,被告人王仁兴的渔船螺旋桨被航标船的缆绳缠住,渔船因此失去动力并存在倾覆危险。王仁兴为了保护渔船上的人的人身及渔船的安全,不得已解开航标船钢缆绳致使航标船漂流。法院判决突破了“紧急避险的对象不能是引发危险的原因”这种限制,认为王仁兴的行为构成紧急避险。

3. 预防性防卫

正当防卫要求不法侵害正在进行,如果侵害者还处于犯罪预备阶段,按照我国主流观点,被侵害者不能实行正当防卫。陈兴良指出,当甲得知乙正在磨刀准备杀害自己时,甲不能以正当防卫为由杀死乙。此时的甲只能及时向有关部门检举、揭发,注意戒备以至于准备防卫工具加以防范,但不能先发制人。^[100] 据此,如果甲乙两人处于深山老林里的小木屋中,甲偶然得知乙准备在后天砍死自己,但此时大雪封山甲无法及时寻求公权力的救助,也无法躲避,并且就身体条件而言,甲和乙相比处于劣势,一旦乙举刀砍向甲,甲没有任何防卫成功的胜算。如

[96] 德国民法第 228 条规定,为使自己或他人免于遭受他人的物所引起的急迫危险而损毁或破坏他人的物之人,如果损毁或破坏对于避开危险是必要的,且损害并非与危险不相当,则不是不法地实施行为。危险系因行为人的过错而引起的,行为人义务赔偿损害。

[97] 张明楷,见前注[2],第 201 页。

[98] Jakobs (Fn. 38), S. 15f.

[99] 参见中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一庭、第二庭编:《刑事审判参考》(第 38 集),法律出版社 2004 年版,第 85 页。

[100] 参见陈兴良,见前注[4],第 97 页。

果不承认甲在乙犯罪预备阶段的紧急权,会使甲陷入极其不利的境地。反之,如果肯定防御性紧急避险,虽然此时乙对于法益冲突的责任还没有达到正当防卫所要求的程度,但乙正在谋划的不法侵害就已经使乙对冲突具有较低程度的责任,因此甲可以采取防御性紧急避险措施以防卫可预见的不法侵害。例如,甲可以将乙锁在一个房间里以制止乙实施侵害行为,甲的行为虽然限制了乙的人身自由,但因为甲是在不得已的情况下侵害乙的人身自由,并且甲所保护的生命健康法益和乙的自由法益并没有不相当,其行为得以正当化;如果不承认防御性紧急避险权利,甲就构成了非法拘禁罪,这令人无法接受。

五、结 语

我国关于正当防卫根据的讨论并不充分,在一个法治国中,仅仅基于人自我保护的本能来解释正当防卫,会使刑法中正当防卫的规定面临沦为“僵尸条款”的危险。作为私人合法实施暴力的权能,防卫权的正当性在于权利概念本身,引起正当防卫的“不法侵害”需要表现出对他人的权利的否定。必须将侵害者视为人格者,而非单纯的法益侵害原因,才能论证正当防卫的“锐利性”。逻辑一贯地推论,应当否定对无责任能力者可以正当防卫。这并不会导致被侵害者必须忍受对自己法益的损害,前提是承认防御性紧急避险概念,构建以责任分配为根据的紧急权体系。在这一前提下,按照传统理论会产生保护漏洞的情形,例如预防性防卫,在紧急权体系中都能得到合理的安排。

Abstract: Whether the defense against criminal incapability constitutes self-defense or necessity does not base on the theory of general illegality, however, it is depended on the foundation for the justification of self-defense. The weigh of legal goods doctrine and law confirmative interest doctrine put the emphasis on the weigh of goods, as a result, neither of the theory can explain the “sharpness” of self-defense compared to necessity, nor handle the case properly, in which victim is attacked by criminal incapability. The justification of self-defense lies in the double negation relationship between rights and legitimacy of coercion. Therefore, an “unlawful infringement” always contains contempt of others’ rights, which is not an element in the offense of the criminal inability. Thus, the defense against criminal incapability should not be defined as self-defense; rather, it is out of defensive necessity. It should be noted that to fully protect our citizens, a right system for emergency situation based on the distribution of responsibility must be constructed, and the concept of defensive necessity should be acknowledged.

Key Words: Weigh of Goods; Concept of Right; Distribution of Responsibility; Defensive Necessity

(学术编辑:车 浩)
(技术编辑:高颖文)