

正当防卫中法益侵害急迫性的 存立根据与司法认定

李世阳*

摘要 正当防卫制度是法治国家原则上禁止私力救济的例外,该制度本身应当具备“严进宽出”的刑事政策功能。从基本权国家保护义务论出发,防卫权的发动应同时满足不足禁止与过度禁止这两个原则的要求。在规范论上,法益侵害的急迫性为正当防卫作为强许可提供了排他性理由。法益侵害急迫性与防卫限度是事前判断与事后判断的关系,防卫限度被限制在法益侵害急迫性所可能实现的侵害结果的范围内。在法益侵害急迫性的判断上,我国《刑法》第20条第3款规定的无过当防卫设置了急迫性的最高程度,同时也是发动防卫权的最低底线,除此之外的事由是否足以发动作为排他性许可的防卫权,应以防卫人与侵害人之间的关系为核心,对法益侵害的急迫性进行事前判断。

关键词 严进宽出 基本权国家保护义务 强许可 法益侵害急迫性

一、问题的提出

根据我国《刑法》第20条第1款的规定,正当防卫制度呈现出“防卫前提+防卫行为”的双层结构,从该结构出发,不法侵害是否处于“正在进行”的状态,可以转化为防卫人在怎样的情境下能够针对侵害人发动防卫权这一问题。近现代法治国家在个人与个人之间纠纷的解决方式上原则上禁止私力救济,然而,这是以被侵害人完全来得及寻求公力救济为前提,而“正在进行的不法侵害”正是国家例外允许被侵害人通过私力救济保全自己法益的发动条件。以此为

* 浙江大学光华法学院副教授。本文的写作得到中央高校基本科研业务费的资助。感谢徐万龙博士、刘继焯博士提供的宝贵意见。

前提,将引导出以下两个基本推论:

第一,正当防卫制度的设计应具备“严进宽出”的刑事政策功能。既然正当防卫制度是法治国家原则上禁止私力救济的例外,那么在发动防卫行为的条件设置上当然应当严格限制,但是一旦在当时的情境下允许被侵害人实施防卫行为,就不应立足于法官的视角在事后严格丈量防卫行为所造成的损害后果。^{〔1〕}换言之,正当防卫制度的设置应当具备“严进宽出”的刑事政策功能,并以此作为解释正当防卫制度的指针。

第二,对于不法侵害是否处于“正在进行”状态的判断,应从侵害人、被侵害人(防卫人)、国家这三方主体的互动关系出发进行把握,如果仅仅把“正在进行”纯粹理解为一个侵害人视角下的时间概念,则丧失了做这种联动判断的契机。

从第一个推论出发,对于“正在进行的不法侵害”这一防卫权发动条件应进行限缩性的实质解释,即不法侵害不仅应当具备现存性,而且应对被侵害人的法益侵害达到某种程度的急迫性,国家才能赋予被侵害人防卫权。进而,从第二个推论推出,法益侵害的急迫性程度取决于侵害人、被侵害人、国家这三方主体之间的联动关系。

最近,伴随着“于欢故意伤害案”“昆山反杀案”“涞源反杀案”“丽江反杀案”等案件通过网络传播进入大众视野,在广大国民热烈讨论的同时,刑法学界也掀起了重新检视正当防卫理论的高潮,围绕正当防卫的正当化根据、^{〔2〕}防卫人的事前判断与法官的事后判断、^{〔3〕}防卫过当的判断标准、^{〔4〕}无过当防卫的发动条件等议题,已经出现了一系列重要论著。但目前刑法学界的探讨大多集中在第二阶层的防卫行为及其限度的领域,而对第一阶层的防卫前提,即在怎样的状况下允许发动国家赋予的防卫权的问题,仍侧重在解释学上对正当防卫的正当化根据以及假想防卫的研究,对于防卫权本身的性质及其发动条件这一更具本源意义与司法实践意义的问题的研究,还有待进一步地深入。基于这样的问题意识,本文在尝试将防卫前提条件限缩解释为法益侵害急迫性的必要性的基础上,构建急迫性的司法判断标准。

二、法益侵害急迫性是发动防卫权的充要条件

(一)从宪法上的基本权国家保护义务论出发

如前所述,如果正当防卫制度具备“严进宽出”的刑事政策功能,那么对“不法侵害正在进

〔1〕 参见梁根林:“防卫过当不法判断的立场、逻辑与标准”,《法学》2019年第2期,第20页。

〔2〕 参见王钢:“正当防卫的正当性依据及其限度”,《中外法学》2018年第6期,第1589页。

〔3〕 参见周光权:“正当防卫的司法异化与纠偏思路”,《法学评论》2017年第5期,第1页。

〔4〕 参见姜涛:“正当防卫限度判断的适用难题与改进方案”,《中国法学》2019年第2期,第27-47页;周详:“防卫必要限度:学说之争与逻辑辨正”,《中外法学》2018年第6期,第1570-1588页;邹兵建:“正当防卫中‘明显超过必要限度’的法教义学研究”,《法学》2018年第11期,第139-153页;吴允锋:“正当防卫限度的判断规则”,《政治与法律》2018年第6期,第82-93页;劳东燕:“防卫过当的认定与结果无价值论的不足”,《中外法学》2015年第5期,第1324-1348页。

行”这一防卫的前提条件做实质性、规范性的限定已不可避免,亦即,不法侵害不仅要具备现存性,而且还要具备法益侵害的急迫性。但这种解释首先就会面临来自罪刑法定原则的质疑,例如,有学者指出,我国《刑法》第20条只要求不法侵害“正在进行”,并未添加其他限定词,据此,在不法侵害开始之后,只要尚未结束,防卫人均可进行防卫。^{〔5〕}也有学者认为,虽然急迫性要件不违反罪刑法定原则,但它要么奉行“维稳优于维权”的观念而与正当防卫的权利本位属性相左,要么无力真正实现公力救济与正当防卫之间的平衡,故缺乏存在的合理性与必要性。^{〔6〕}对此,由于应当将包括正当防卫在内的违法阻却事由的成立与否放置于整体法秩序而不仅仅是刑法当中去考察,因此正当防卫制度的解释并不受限于罪刑法定原则。在这个意义上,则可以说正当防卫的存立根基与解释基准应求诸于比刑法效力等级更高的宪法,而上述后一种观点正是立足于宪法视角的质疑,值得认真对待。

近代法治国家的宪法被认为是保障国民的生命、身体、自由、名誉、人格尊严等基本权利的大宪章。然而,德国法学家卡尔·施米特(Carl Schmitt)认为,国民法治国的基本权利只是一些可视为先于国家或凌驾于国家之上的权利,国家并非依照其法律来授予这些权利,而是将这些权利当作先于国家而存在的东西予以承认和保护,国家只能在一个原则上可测度的范围内按规定程序侵犯这些权利,因此,按其实质来看,这些基本权利并不是法益(Rechtsgut),而是权利——确切地说,防御权——产生出来的自由领域。^{〔7〕}据此,宪法对于基本权利的确认,一方面意味着国家不得任意剥夺或干涉国民的基本权利,除非有明确的经立法机关通过正当程序制定的法律根据;另一方面也意味着国家垄断了暴力机器,私人之间的权利纷争原则上应寻求公力救济途径。由此可见,基本权利首先具有保障个体自由不受国家权力侵犯的防御权(Abwehrrecht)功能,即公民行使基本权利不需要任何正当化理由,而国家限制公民的基本权利在宪法上则必须具有正当性。^{〔8〕}然而,由于国民在个人能力上存在差异,仅仅凭借国家的消极不作为态度,国民的基本权利并不能得以充分实现,因此从基本权利的防御权功能出发还派生出了包括制度保障、给付义务、分享权功能在内的社会权功能。

尽管如此,这一基本权利的保障体系仍然以限制国家权力的任意发动为核心内容,即对国家课以尊重国民基本权利的义务,但侵犯国民基本权利的主体显然不仅仅来源于代表国家权力的公主体,更可能来源于包括自然人与法人在内的私主体。在该情形中,国家有义务挺身而出采取积极措施保护被受害人的基本权利。由此可见,基本权利在其作为针对国家的干预禁止这一功能之外还具有赋予国家保护义务的功能,即国家有义务针对其他公民的侵害行为而保护基本权利所表达的价值和法益,无论从历史还是从功能的角度上看,保护公民免受他人侵

〔5〕 参见劳东燕:“正当防卫的异化与刑法系统的功能”,《法学家》2018年第5期,第79页。

〔6〕 参见陈曦:“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”,《法律科学》2018年第3期,第78页。

〔7〕 (德)卡尔·施米特:《宪法学说》,刘锋译,上海人民出版社2016年版,第221页。

〔8〕 参见陈征:“基本权利的国家保护义务功能”,《法学研究》2008年第1期,第51页。

害(如谋杀、盗窃、强奸和敲诈勒索等)是国家和法的首要任务,因此,作为国家和法制的根本基础的宪法也必然含有此种维度。^{〔9〕}也就是说,国家基本权保护义务具有宪法上的根据,这种根据来源于基本权利从单纯作为主观权利的防御功能向作为客观价值秩序功能的延伸,即在构建整体法秩序中,基本权利都应被作为客观价值决定(Objektive Wertentscheidungen)予以尊重。^{〔10〕}这一观点在1958年的吕特案中得以强化,德国联邦宪法法院认为,基本权除了防御功能之外还蕴含着客观法功能或客观价值秩序,即“旨在通过强化基本权的作用效果,完成一种客观价值秩序的建构,这种价值系统,就是将个人人格的自由发展和尊严作为社会集体的核心,并使其适用于所有法律领域。”^{〔11〕}

这样的话,从基本权作为主观权利的侧面便派生出了防御国家任意侵犯国民的生命、身体、自由、名誉、财产等与生俱来的权利;而从其作为客观价值秩序的侧面则派生出了命令国家围绕基本权的尊重与保护来建构整体法秩序,并在国民的基本权遭受侵犯时提供有效的救济途径。如果说防御权功能侧重于对实体权利的塑造与定型,那么客观价值秩序功能则强调对实体权利的保护提供工具性权利。防卫权显然属于保障实体权利的工具性权利,在这个意义上,可以说防卫权的宪法根据在于基本权国家保护义务。日本学者高桥则夫对这一理论做出了以下详细阐述:

保护义务论是指,将人权的制约状况理解为侵害人、被侵害人、国家的三造关系,国家负有保护被侵害人之人权的义务,为了履行该义务而规制侵害人的行为。那么,为什么将这种保护义务赋予国家,理由就在于国家承担着保护国民安全的任务。即,国家垄断了暴力机器,其结果,国民的安全就必须由国家来提供保护,这样的话,当国民的生命、身体、财产等法益被侵害或者有被侵害的危险时,就必须恢复并预防这些侵害。作为侵害的原因,不仅限于发生自然灾害等情形,同时也包括犯罪的情形。当因犯罪而使国民成为被害人时,国家就应当救济被害人所蒙受的被害,并对加害人所实施的加害采取某种措施。也就是说,应当保护被害人的人权并限制加害人的人权。如果将这里的被害人置换为防卫人,将加害人置换为攻击人的话,在国家无法保护防卫人的紧急状况中,防卫人就具有对国家要求抵抗侵害自己基本权利的请求权。^{〔12〕}

由此可见,通过国家保护义务的引入,一方面为防卫权奠定了可靠的宪法根据,另一方面使正当防卫在构造上呈现出“受害人(防卫人)——国家(保护人)——侵害人”这一稳定的三角关系。具体而言,在保护义务中,一方是私人侵害的受害人,另一方则是国家以外的私人侵害

〔9〕 参见(德)克劳斯—威尔海姆·卡纳里斯:“基本权利与私法”,曾韬、曹昱晨译,《比较法研究》2015年第1期,第185页。

〔10〕 参见赵宏:“作为客观价值的基本权利及其问题”,《政法论坛》2011年第2期,第59—70页。

〔11〕 参见王进文:“基本权国家保护义务的疏释与展开——理论溯源、规范实践与本土化建构”,《中国法律评论》2019年第4期,第108页。

〔12〕 参见(日)高桥则夫:“正当防衛の規範論的構造—最高裁平成29年第二小法廷決定をめぐって”,载(日)高桥则夫、山口厚等主编:《日高義博先生古稀祝賀論文集》(上卷),成文堂2018年版,第204页。

人,国家从基本权之敌转变为基本权的保护人,从而对基本权主体之间互相冲突的利益进行调和;在保护受害人免受侵害人侵害的同时,国家采取的保护措施可能与侵害人或无关的第三人的防御权产生冲突,于是,后者又可以反过来依据其基本权的防御功能抵抗来自国家的干预。^{〔13〕}这种三角关系的理解根源于宪法意义上的平等权,具体而言,即便某人实施了不法侵害,侵害人也不会因此丧失公民资格,更不会进入所谓的自然状态。这就意味着,侵害人与防卫人同样平等地受到宪法和法律的保护。^{〔14〕}于是,在保护义务论中,当通过制约侵害人的基本权才能达成保护目的时,就应当在意识到法的三面构造的基础上确定保护法律的审查基准,即,在被侵害人与国家的关系上应遵循不足禁止原则(Untermassverbot),在侵害人与国家的关系上应确立过度禁止原则(Uebermassverbot)。^{〔15〕}据此,通过这两个审查标准的确立,基本权就从考虑保护义务与防御权的双方视角出发而获得定位。

详言之,从不足禁止原则出发,国家在履行基本权保护义务时,在宪法上有不得逾越的最低要求,即立法者必须在规范和事实两方面采取充分的措施,并在考虑冲突法益的情况下使其措施能够达到提供适当且有效保护的目的是。^{〔16〕}在审查立法者是否违反不足禁止原则时,应从以下三种审查密度入手:第一,明白性规制(Evidenzkontrolle),即,立法者没有采取任何安全措施,或者所采取的安全措施对于实现保护目的而言明显是不妥当或不充分的,致使具有高度重要性的法益暴露于危险状态中。第二,内容严格性规制(Intensivierte inhaltliche Kontrolle),即,立法者对于相互冲突的法益的规范性评价的余地,应无限收缩于通过解释而从基本权引导出的以宪法为核心的整体法秩序。第三,代表可能性规制(Vertretbarkeitskontrolle),即法律制定过程的妥当性,具体而言,立法者是否真的从自己的视角出发而认为采取措施是达成保护目的的最佳手段,立法者是否正确且充分掌握了在法律制定当时实际存在的诸前提的知识。^{〔17〕}

与此相对,由于保护义务论的核心是要求国家立足于保护基本权的中立地位来处理侵害人与加害人之间的关系,因此保护义务论并不支持其中一方在基本权上的地位强化。换言之,在国家与侵害人的关系上所表现出的对于侵害人基本权的制约,只是以法的正义名义实现宪法上的正当化,而为了防止滥用国家保护义务论导致出现变异的家长主义,还应引入过度禁止原则,亦即广义上的比例原则来作为划定保护被侵害人之措施的上线。该原则要求对于侵害人之基本权的限制应具备必要性与合理性,具体而言,立法者应采用稳健且有效的手段来防止为保护被侵害人而对他人自由产生的过剩负担,当对被侵害人关联法益的保护措施对于自由

〔13〕 参见王进文,见前注〔11〕,第112页。

〔14〕 参见徐成:“防卫限度判断中的利益衡量”,《法学研究》2019年第3期,第154页。

〔15〕 参见(日)山崎荣一:“基本权保护义务及其概念的扩张”,《六甲台論集》第43卷第3号,第217页。

〔16〕 参见王进文,见前注〔11〕,第116页。

〔17〕 参见(日)小山刚:“基本権保障における過小保護禁止の原則”,《法学研究》1995年第12号,第534页。

的介入已经不能在整体法秩序中被正当化时,就是达到了保护被侵害人的上线。^[18]

如前所述,既然防卫权是保护被宪法确认的国民的生命、身体、自由、名誉、财产等基本权的工具性权利,那么其本身也应是受宪法所承认的基本权。从基本权保护义务论出发,对于立法者所设置的发动防卫权的条件应接受不足禁止原则与过度禁止原则的双重审查。详言之,作为防卫权发动条件的“正在进行的不法侵害”应符合不足禁止原则的以下三方面要求。

首先,从明白性规制出发,当被侵害人被宪法所确认的重要法益遭受侵犯时,侵害人已经率先打破了双方之间本来所处的法益平衡状态,即使国家垄断了以暴力机器为后盾的公力救济,在当时的情况下也应赋予被侵害人采取积极防卫措施的权能以保护自己的基本权。因此,正当防卫作为一项法定的违法阻却事由,符合明白性规制的要求。

其次,从内容严格性规制出发,其实是以法官的视角审查防卫权发动条件的合宪性,这其中包括了将相互冲突的法益纳入以宪法为顶点的法秩序一元违法判断以及以刑法名义确认正当防卫之法效果的必要性判断。由于正当防卫呈现出“正对不正”的基本构造,因此在因防卫行为的实施而产生的法益冲突状态中,被侵害人的法益获得优先保护的地位,这种优先性既体现在尊重被侵害人对是否存在防卫前提条件的个人判断,也体现在“适用于紧急避险的辅助原则与最小损害原则”并不能原封不动地适用于正当防卫上。此外,不仅在民法上,而且在刑法上也承认正当防卫的违法阻却效果,这一方面是作为一种激励机制,鼓励被侵害人在紧急状态下果断地做出保护自身法益的决定,另一方面则是为了赋予被侵害人根据自身条件采取更为广泛的防卫措施的权能。这在被侵害人只能对加害人的人身等法益采取造成重大危险或损害方能保全自我法益的时候,表现得尤其明显。

最后,从代表可能性规制出发,其所考察的是立法者在立法当时是否为了使条文的规范保护目的形成可被国民信赖的预测,而设身处地评估加害人与被害人之间关系,并在此基础上使用经得起宪法上“不足禁止原则”所检验的概念术语。然而,这种检验不可能在立法当时进行,而只能在法律实施之后的司法实践中进行。具体而言,正当防卫被认为是国家垄断(Gewaltmonopol)武力行使的例外,那么,当出现怎样的状况才能对正当防卫的武力行使这一问题予以认可,就与国家与个人之间关系的应有状态的理解紧密相连。^[19]伴随着立法之后的社会背景与人文环境的变迁,防卫权与国家公权力之间必然会出现此消彼长的张力关系。所以在这个意义上,是否满足代表可能性规制的判断,就消解于内容严格性规制的判断之中。

由此可见,对防卫权发动条件是否符合不足禁止原则之要求的审查,最后可落脚在对内容严格性规制的判断之中。然而,保护底线的确定本身又不仅仅受制于一个因素,而要在综合考察防卫前提事由的基础上进行确定,例如侵害人与被害人之间的矛盾升级过程、人际关系状

[18] 参见 Karl-E. Hain, Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermass- und Untermissverbot?, DVBL 1993, S. 982 ff.

[19] 参见(日)桥爪隆:“日本正当防卫制度若干问题分析”,江溯、李世阳译,《武陵学刊》2011年第4期,第95页。

况、实力对比差距,以及被侵害法益的重要程度等。在考量这些因素时,保护的天平显然是向被害人倾斜的,甚至有观点据此认为,侵犯者在实施攻击时就丧失了正常的权利,因为是他发起冲突的错误行为才使法律优先考虑被害人的自由并使之正当化的。^[20]然而,诚如英国刑法学者阿什沃斯指出:

法益阙如说的观点本身并不令人反感,但它需要谨慎加以限制,以免让被攻击的人站稳脚跟后采取任何必要的武力保护其所有权和通行自由,不管对他们的威胁多么微不足道,实施攻击的无辜主体不应自由地使用任何必要的武力来维持其受到威胁的权利。这是因为,如果刑法致力于保护确保每个人的生命得到保护,并且尽可能少地使用武力,它不能接受一种报复手段,即允许造成没有必要的或至少不成比例的损害。^[21]

从上述基本权国家保护义务的三极构造出发,正当防卫是以刑法之名允许被害人通过限制侵害人基本权的方式,来维护自己即将或正在被侵犯的基本权,而这种限制程度本身则应当接受宪法上平等而中立的基本权国家保护义务的审查。也就是说,在划定对被害人的保护底线之际应同时考虑保护上线,以防止赋予被害人防卫权反过来又对侵害人的基本权造成过度限制或侵害的问题。据此,防卫权应当在不足禁止与过度禁止原则所确定的幅度范围内予以发动。我国《宪法》第51条规定:“中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候,不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。”这一规定则为过度禁止原则提供了宪法根据。

因此,对于防卫前提条件的“正在进行的不法侵害”的解释,应同时符合不足禁止原则与过度禁止原则的要求,如果说不法侵害的现存性为不足禁止原则提供根据的话,那么不法侵害的程度则为过度禁止原则提供了支撑。所以,当现实的不法侵害存在的时候,防卫权便能成立,但也只有当不法侵害达到某种严重程度,亦即具备法益侵害的急迫性的时候,被害人才能发动防卫权。由于这种防卫权的发动是在平衡侵害人、被害人、国家这三方关系的基础之上形成的,因此可以将其评价成“是在以宪法为顶点的整体法秩序中所容许的行为”,据此,这种被容许的防卫行为及其所造成的防卫结果也应被正当化。^[22]以下,笔者尝试从规范论的角度对这一观点做进一步地论证。

[20] 例如,结果无价值论者一般从法益阙如说或法益衡量说出发论证正当防卫的正当化根据。参见(日)平野龙一:《刑法総論 II》,有斐閣1975年版,第228页;张明楷:《刑法学》(第5版),法律出版社2016年版,第198页。

[21] 参见(英)杰瑞米·侯德:《阿什沃斯刑法原理》(第8版),时延安、史蔚译,中国法制出版社2019年版,第147页。

[22] 当具备法益侵害急迫性时则发动被害人的防卫权,但被害人实施的防卫行为是否能被全部正当化,则是一种事后判断。根据事前判断与事后判断的对应原则,事后判断不得超越事前判断所设定的框架。因此,防卫限度也就意味着只能在侵害人所制造的法益侵害的急迫性及其可能产生的实害结果的限度范围内被正当化。在这个意义上,法益侵害的急迫性与防卫限度就呈现出客观归属的关系。参见熊琪:“正当防卫中法益衡量问题的客观归责之解”,《环球法律评论》2019年第3期,第98—103页。

(二) 法益侵害紧迫性是发动“作为强许可的正当防卫”的排他性理由

从规范论的角度而言,刑法分则条文设置的每一个构成要件背后都隐藏着一条行为规范,一个具备构成要件该当性的行为就意味着对该行为规范的违反。然而,法规范体系不可能仅仅由被违反的一条行为规范所构成,还应将违反某一行为规范的行为放置于整体法规范体系中做进一步的价值判断;当构成要件行为例外地维护了整体法秩序时,这种行为就是在社会及国家所容许的限度范围内的,因此反过来也就能证明其并不违反构成要件背后的行为规范。在这个意义上,可以说完整的行为规范是由禁止规范、命令规范与容许规范组成。据此,包括正当防卫、紧急避险在内的所有法定或超法规的违法阻却事由在规范论体系内都属于容许规范。然而,容许规范在强度与效力上也存在差异。如前所述,适用于紧急避险的辅助原则及法益均衡原则并不能原封不动地适用于正当防卫,这表明正当防卫被容许的强度要高于紧急避险。因此,作为防卫权发动条件的“不法侵害正在进行”就承担着为这种许可程度的差异提供说明理由的功能。

1. 作为二阶理由的容许规范

分析法学派的缔造者奥斯丁提出了“法律是主权者的命令”这一命题。^{〔23〕} 这种观点对于具有义务性质的法律现象具有强大的塑造力,但法律未必只是下达给他人的命令,也有可能是约束立法者自身的规范或对于接受者的授权性规范。^{〔24〕} 在批判奥斯丁上述核心观点的基础上,哈特构建了自己的规范论体系,即:“如果我们要周延地处理法体系的复杂性,就需要去区分两种相关但不同种类的规则,第一种类型的规则科以义务;第二种类型的规则授予权力,包括公共的或私人的。第一种类型的规则规范的对象是人们具体的行为或变动;第二种类型的规则的运作方式不只是导致了具体行为或变动的规则,也产生了责任或义务的创设或改变的规定。”^{〔25〕} 由此可见,哈特建构了阶层式的规范递进体系,具体而言,由于初级规则具有不确定性、静态性、无效率性等三个缺陷,因此必须引入次级规则对初级规则进行修正,这样才可能使初级规则的体制转变为法律体系。次级规则由承认规则、变更规则、裁判规则组成,分别用来弥补初级规则的上述三个缺陷。哈特的规范体系准确诠释了构成要件该当性与违法阻却事由之间的关系,即符合构成要件的行为违反了初级规则,但违法阻却事由的存在则发动了次级规则,并反过来对静态的初级规则进行塑造,最后从终极意义上确定初级规则是否被违反。因此,违法阻却事由属于次级规则项下的变更规则。

如果说哈特在奥斯丁的基础上提出了法律在规范论上的分析框架,拉兹则在哈特的基础上借助行动理由这一概念进一步建构了规范背后的实质内容。具体而言,拉兹认为,构成要件

〔23〕 参见(英)约翰·奥斯丁:《法理学的范围》(第2版),刘星译,北京大学出版社2013年版,第20—24页。

〔24〕 参见(英)H.L.A.哈特:《法律的概念》(第2版),许家馨、李冠宜译,法律出版社2011年版,第25页。

〔25〕 同上注,第74页。

背后所确立的禁止规范或命令规范背后的实质内容是行为主体实施或不实施某个行为的排他性理由。行动理由之间往往存在强弱之分,并由此产生冲突。关于冲突的解决模式,拉兹的基本构想是区分一阶理由与二阶理由,一阶理由之间的冲突由相互冲突的理由的相对强弱得到解决,据此为人的行动提供方向;与此相对,二阶理由是因为某个理由而行动或者因为某个理由而不行动的任何理由。概言之,二阶理由本身不是行动理由,它是对一阶理由的自我指涉(self-reference),从而改变一阶理由的规范性状态。^[26]

由此可见,二阶理由的引入使得理由冲突解决模式呈现出阶层式的立体结构,为行为人不按照一阶的排他性理由行动提供了一个位阶更高的理由。例如,在命令规范之外还存在许可性规范。然而,在许可规范的内部也有强弱之分。来自一个规范的许可,方为强许可;如果许可不是来自任何既存的规范,而只是从一个不存在禁止该行为实施的规范推论而来,那么它就是一个弱许可。^[27]排他性许可就是一种典型的强许可,具体而言,排他性许可并不仅仅是缺乏相反理由的结果,由于它们允许忽略不做某一行动的决定性理由,因而就不能视为理所当然,它们总是要求一种正当性证明;然而,它们是许可,而不是义务,它们并不强制人们行动,自身也不能决定我们应当怎样做,但由于排他性许可具有抵消理由的力量,因此确实影响到了实践推论的结果。^[28]

由此可见,拉兹将理由作为规范论的基本分析单元。行为意思的做出是理性人慎思的结果,在得出这一结果之前,可能会存在支持与反对实施该行为的理由之间的冲突。这样的话就可以从肯定与否定两个层面区分行动理由,肯定性的一阶理由和善或价值有着必然联系,或者说有价值的事物才能成为行动理由。^[29]这种价值是一种存续和依赖于特定社群之历史与传承的客观价值,并不因行为人人个人的判断或选择而变化。^[30]而当否定性的一阶理由战胜肯定性的一阶理由从而导致行为人行恶的时候,法律应当树立一种权威性的价值评判标准,为国民将来的行为选择提供可靠的、与价值相联系的行动理由。然而,由于价值的判断并不依系于个人,而应放置于个人所依附的社群的具体环境下进行考察。当例外性地存在可以忽视肯定的排他性理由的二阶理由时,在价值体系上并不会构成对排他性的一阶理由的根本挑战,甚至还会从另一个侧面维护该一阶理由,所以其是在社群的价值体系所容许的范围之内的。正当防卫就是这种二阶理由的典型代表。

2. 作为强许可的正当防卫

如前所述,正当防卫不属于作为行动理由的一阶理由,而属于改变或修正一阶理由之规范

[26] 参见金韬:“约瑟夫·拉兹的理由分类学:以规范性为中心”,《哲学分析》2018年第4期,第122页。

[27] 参见参见(英)约瑟夫·拉兹:《实践理性与规范》,朱学平译,中国法制出版社2011年版,第92页。

[28] 同上注,第97页。

[29] Joseph Raz, *The Practice of Value*, Oxford: Clarendon Press, 2005, p.19.

[30] 例如,即使自杀、自残或同意他人杀害、伤害自己,并且被害人自认为是实现自己生命价值的方式,也无法否定生命、身体要保护性的客观价值。在这个意义上,被害人同意一般不能被作为阻却构成要件的事由。关于生命价值的论述,参见(英)约瑟夫·拉兹:《价值、尊重和依系》,蔡蓁译,商务印书馆2016年版,第72页。相反的观点,参照王钢:“被害人承诺的体系地位”,《比较法研究》2019年第4期,第29页。

状态的二阶理由,从语用学的角度而言,既然刑法赋予正当防卫“不负刑事责任”的法律后果,就意味着正当防卫是一种在法规范体系中被许可的行为,亦即,在规范论上是一种许可规范。

关于许可规范的特征,我国有学者做出了以下精辟总结:第一,许可法涉及的是中性行为,它并不是自然法系统中原本必然的部分,而是以某种方式从第一位阶的自然法中推导出来的次级规则;第二,许可法总是对应着某一条禁令,它回答了许可为什么是法的一种效力,因为虽然许可法作为法确实能够产生义务,但并不是直接把义务施加给行动者,而是把义务施加给行动的相关人。^{〔31〕} 第一个特征强调了许可性规范与命令性或禁止性规范的本质区别,即从许可性规范本身并不能推导出义务,并不能以强制的方式确保许可性规范的实践。第二个特征则说明了许可性规范也具有规范性的力量,即这种规范的陈述是影响到其结论的那些实践推论的前提。^{〔32〕}

将正当防卫置于上述许可性规范的两个特征进行考察的话可以推知,是否实施防卫行为取决于防卫人的自由选择,并不是一项强制性义务;此外,在正当防卫的限度内,侵害人具有容忍的义务。然而,如前所述,由于所有的违法性阻却事由都可以归入容许规范的框架下进行探讨,所以上述结论同样可以适用于正当防卫之外的其他违法阻却事由。因此,需要在许可性规范的内部进一步挖掘能够为正当防卫制度的解释提供根据的要素。

如前所述,根据规范性力量的大小,可以将许可区分为强许可与弱许可。本文认为,正当防卫是一种被排他性许可的事由,属于强许可的范畴,与此相对,紧急避险则属于一种弱许可的事由。具体而言,强许可与弱许可之间的区分在于,排他性的强许可能够抵消理由,从而与实践推论的结果相关;而弱许可意味着并不是不存在反对该许可的决定性理由,而是不存在反对它的决定性的道德理由或法律理由,因此弱许可对实践推论毫无贡献。^{〔33〕} 那么,支撑强许可获得完全可以忽视一般性地为行为人的行动提供排他性理由这种规范性力量的依据是什么,就成为必须回答的问题。也就是说,某一许可并不是理所当然地成为强许可,必须在客观上存在足以令全体社群成员认可的正当理由,才能获得排他性许可的规范性力量。据此,正当防卫的正当化根据就成为必须回答的首要问题。此外,这种正当理由一方面不能脱离于许可规范本身的内容;另一方面,强许可所维护的价值比起禁令所保护的价值在价值体系中至少高出一个位阶。因此,归根结底,强许可的发动与其对应的禁令背后所要保护的价值并不冲突。换句话说,具体禁令背后所保护的价值仅具有人法意义上的一般性价值(因此可能存在例外情形),但容许规范所维护的是自然法意义上的普适性价值(因此不存在例外情形)。^{〔34〕}

据此,在正当防卫制度本身的规范表达方式上,必须为这种许可提供对于规范的塑造力产

〔31〕 参见王晨:“康德《道德形而上学》中的许可法”,《北大法律评论》(第16卷·第1辑),北京大学出版社2015年版,第96页。

〔32〕 拉兹,见前注〔27〕,第115页。

〔33〕 拉兹,见前注〔27〕,第97页。

〔34〕 关于自然法的基本主张及其演变,参见(美)博登海默:《博登海默法理学》,潘汉典译,法律出版社2015年版,第87页。

生质的飞越的事由。很显然,这一任务只能通过作为防卫前提条件的“正在进行的不法侵害”来完成。其中,“不法侵害”这一要素奠定了正当防卫呈现出“正对不正”这一构造的基础,从而为正当防卫被作为强许可提供了基本支撑,但这种许可尚不足以达到排他性程度,因此,“不法侵害”的程度必须获得进一步提升,据此应当把修饰不法侵害的“正在进行”解释为程度性概念,而不仅仅是对侵害时间的一种客观性描述。也就是说,不法侵害的存在是发动防卫权的必要非充分条件,两者要互为充要条件的话,必须补强不法侵害的程度。由于刑法的基本功能在于保护从行为规范引导出的面向将来的法益,因此只有与法益保护相关的侵害才能被认定为不法侵害,而对于不法侵害程度的解释也应当与法益保护的本身相关联。

据此可以得出以下推论,法益侵害的急迫性是发动作为强许可的正当防卫的充要条件。与此相对,作为弱许可的紧急避险仅仅需要证明相反的理由不存在即可成立,因此只需要符合法益衡量原则与辅助性原则,就可以从功利主义的立场出发允许以牺牲较小的利益保全较大的法益。而作为具有排他性强度许可的正当防卫,虽然不允许对防卫行为再实施对抗行为,但却允许避险行为指向的被害人对避险行为人反过来实施避险行为;当法益需保护性的强弱无法通过功利主义直观衡量时,甚至允许其反过来实施防卫行为。由此可见,强许可与弱许可的区分为正当防卫与紧急避险在构造上的差异提供了解释论基础,而法益侵害的急迫性又为强许可的成立提供了支撑。

三、法益侵害急迫性的司法判断标准

如前所述,法益侵害的急迫性承担着发动防卫权的功能。然而,急迫性显然是一个程度性的、规范性的概念,必须在刑法解释学上进一步探究可操作化的判断标准。我国司法实践中有不少判决都认为正当防卫权的发动需要具备法益侵害的急迫性,但由于对急迫性概念的含义及其在正当防卫构造中的体系地位存在严重分歧,在司法实践中难以形成基本的共识。

例如,在“于欢故意伤害案”中,一审法院认为:“被告人于欢持尖刀捅刺多名被害人腹部,虽然当时其人身自由权利受到限制,也遭到对方辱骂和侮辱,但对方均未有人使用工具,在派出所已经出警的情况下,被告人于欢和其母亲的生命健康权利被侵犯的现实危险性较小,不存在防卫的紧迫性,所以于欢持尖刀捅刺被害人不存在正当防卫意义的不法侵害前提。”^[35]由此可见,一审法院认为不法侵害的急迫性是防卫的前提条件,但显然将这里的急迫性等同于法益侵害的严重性。与此相对,二审法院将讨债人所实施的限制于欢及其母亲人身自由并侮辱谩骂的行为认定为满足了防卫的前提条件,即:“实施正当防卫所要求的不法侵害客观存在并正在进行。于欢是在人身安全面临现实威胁的情况下才持刀捅刺,且其捅刺的对象都是在其警告后仍向前围逼的人,可以认定其行为是为了制止不法侵害。”^[36]在此基础上又认为:

[35] 参见山东省聊城市中级人民法院(2016)鲁15刑初33号刑事附带民事判决书。

[36] 参见山东省高级人民法院(2017)鲁刑终151号刑事附带民事判决书。

“评判防卫是否过当,应当从不法侵害的性质、手段、紧迫程度和严重程度,防卫的条件、方式、强度和后果等情节综合判定……于欢面临的不法侵害并不紧迫和严重,而其却持利刃连续捅刺四人,致一人死亡、二人重伤、一人轻伤,且其中一人系被背后捅伤,应当认定于欢的防卫行为明显超过必要限度造成重大损害。”由此可见,二审法院不再将不法侵害的紧迫性作为发动防卫权的前提条件,而是将其作为是否成立防卫过当的判断因素之一,但与此同时,其又与一审法院一样,仍然将紧迫性与法益侵害后果的严重性相等同。

此外,在司法实践中,当认定双方之间属于打架斗殴,或者防卫人以积极的加害意思攻击侵害人从而导致其死伤时,一般也否定正当防卫的成立,其理由一般可以归结为不具备防卫意图。

例如,在“周文友故意杀人案”^[37]中,重庆市高级人民法院认为,周文友在其母亲被被害人殴打后欲报复被害人,持刀与被告人打斗,打斗中不计后果,持刀猛刺被害人胸部等要害部位,致被害人死亡,其行为已构成故意杀人罪。至于被害人李博邀约多人到周文友家,并持刀与周文友对砍,致周文友重伤,则被认定为对周文友减轻处罚的量刑情节。由此可见,周文友具有伤人甚至杀人的故意是否定其行为成立正当防卫的根本原因。值得一提的是,本案入选为刑事指导案例,最高人民法院在裁判理由中认为,周文友在案发前完全有条件回避,其不仅不回避,而且在实害尚未发生时,积极主动参与斗殴,事实上属于一种假想防卫和事先防卫的行为。^[38]据此赋予周文友回避侵害的义务,然而,毋宁说这种义务的发生根据是什么才是关键问题,但裁判理由中对此并未进一步地阐明。

如前所述,正当防卫由防卫的前提条件与防卫行为两大递进式要件组成。防卫意思是成立防卫行为的要素之一,而是否成立防卫行为以及防卫是否过当是在具备发动防卫权的前提条件之后才讨论的第二阶段的问题,如果直接跳过了是否具备发动防卫权的前提条件的讨论而直接进入是否成立防卫行为这一阶段的探讨,就会导致判断上的逻辑错误。也就是说,不能以防卫人不具备防卫意思为由直接否定法益侵害紧迫性的成立,法益侵害紧迫性的判断是一种排除主观意思要素的客观判断。我国刑法学界一方面批判司法实践中对于紧迫性的要求会导致正当防卫权被不当限缩,^[39]另一方面对于正当防卫权的性质及其发动条件又鲜少提供具备可操作性的解释学标准。本文尝试建构法益侵害紧迫性的判断体系与操作化标准。

(一)案件类型的设定

如前所述,从形式上来看,紧迫性当然首先是指时间上的紧迫性,即不法侵害已经处于正

[37] 参见中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办:《中国刑事审判指导案例》(第1卷)(增订第3版),法律出版社2017年版,第58页。

[38] 同上注,第61页。

[39] 例如,陈璇认为,紧迫性要件必要说在我国的盛行是维稳优先思维的产物,其多数的分支观点均经不起宪法上的自由平等原则和正当防卫本质理论的检讨。参见陈璇,见前注[6],第75页。劳东燕也主张禁止额外添加具有独立意义的紧迫性要件,参见劳东燕,见前注[5],第79页。

在进行或者即将发生的刻不容缓状态。^[40]然而,如果限定于这种解释,就会导致只考虑法益侵害产生质变性飞跃的阶段,割裂了在达到质变之前法益侵害不断积累和演变的量变过程。如前所述,防卫权能否被发动,首先取决于防卫人与侵害人之间的关系。当不法侵害状况的发生完全可以归属于侵害人一方时,例如发生于大连苍山路的男子王某当街无故暴打、猥亵女子吴某的事件中,^[41]王某的侵害行为对于吴某而言无疑是一场毫无准备的侵略,这种突如其来的对于人身安全的暴力行为不仅仅赤裸裸地侵犯了吴某本人的身体、自由等重要法益,也践踏了共同体成员的安全底线,因此包括吴某在内的所有国民在这种情况下都可以发动对于王某的正当防卫权,甚至是无限防卫权。然而,在司法实践中,急迫的不法侵害的发生往往是由侵害人与防卫人的因素竞合在一起导致的,甚至是由防卫人积极促成对方实施不法侵害;或者防卫人已经事先预测到来自侵害人的不法侵害,并积极准备武器先下手为强或者在自己住所等待应战;或者在限制他人人身自由的情形中,单纯选取其中一个时间点并无法显示法益侵害的急迫性,但人身自由已经遭受较长时间的侵犯。这些情形才是检验法益侵害是否具备客观急迫性的试金石。以下分类讨论。

(二)判断标准的提炼

1.互殴与急迫性的认定

如前所述,在我国司法实践中,一旦认定双方之间成立互殴,一般就不存在正当防卫的适用空间,主要理由在于互殴是双方之间都专门怀着攻击对方的意思而实施的,不具有防卫意思,双方之间的关系也不符合“正对不正”的基本构造。例如,在“苏良才故意伤害案”中,一审与二审法院均认为,苏良才因琐事与被害人胞兄张阳挺争吵、斗殴,并持刀将被害人刺伤致死,其行为已构成故意伤害罪。^[42]日本司法实务界也一般从“打架两成败”这一格言出发否定了互殴成立正当防卫的可能性,亦即,打架是指争斗者双方反复地实施攻击以及防御的一系列争斗行为,因此,在争斗的某个瞬间中,即使争斗者一方始终在专门地防御,从而呈现出了可以实施正当防卫的景象,但从争斗的整体来看,不能想象其成立正当防卫的余地。^[43]然而,以争斗的双方均具有攻击对方的恶意为由并无法直接否定正当防卫的成立,因为即使在正当防卫的情形中,防卫人在攻击意思支配之下实施防卫行为也是常态;而以互殴不具有“正对不正”的基本构造为由否定正当防卫的成立,则完全是一种将结论作为理由的结论先行的循环论证。

如前所述,法益侵害的急迫性是发动作为强许可的正当防卫权的排他性理由,对于互殴而言,双方之间的人身安全法益从表面上来看都陷入了被对方侵害的急迫状态,但由于急迫性的判断是一种客观判断,不以互殴双方任何一方的主观意志为转。因此,急迫性的判断应当是一

[40] 参见郭自力:《英美刑法》,北京大学出版社2018年版,第215页。

[41] 参见大连公安:《抓获!大连公案“警情通报”!》,载搜狐网,http://www.sohu.com/a/322981033_100211417,最后访问日期:2019年9月29日。

[42] 参见中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办,见前注[37],第40页。

[43] 参见最高裁判所1948年7月7日判决,最高裁判所刑事判例集第2卷第8号,第793页。

种立足于社会一般人视角的事前判断。这样的话,就必须考察互殴双方所造成的这种表面上的法益侵害的急迫性是否在社会共同体的容许范围之内。据此,判断的资料显然不是争斗过程中显示出来的法益侵害急迫性,而是矛盾逐渐升级最终爆发争斗的整个过程。以下分两种情况探讨。

第一种情况是,当矛盾升级并最终走向争斗完全是由其中一方推进时,对于另一方而言,就存在法益侵害的急迫性并被赋予正当防卫权。

例如,在“张建国故意伤害案”〔44〕中,纠纷的起点来源于张建国对徐永和说的“待会儿你把我们那桌的账也结了”这句话,由于双方之间曾是邻居关系,这句话本身并未表明张建国的任何恶意,徐永和任何值得法律所保护的利益也并没有因为这句话而遭受任何减损。然而,徐永和却在这种情况下质问张建国并率先动手掐住张建国的脖子,从这一刻起,双方之间陷入互殴状态。但从整个引发争斗的过程来看,纠纷的升级和爆发完全由徐永和单方推进。因此,在徐永和动手掐张建国脖子的那一刻,对于张建国而言,已经存在法益侵害的急迫性,并开启了防卫权。至于此后徐永和手持碎酒瓶向张建国面部扎去的行为,则更是对张建国的生命法益直接造成急迫威胁,据此开启了无限防卫权。

第二种情况是,当由双方共同推进矛盾的升级,在其中任何一方率先动手之前的任何时刻,如果可以请求国家公权力介入却不请求,则原则上否定正当防卫的成立。

这是因为,互殴行为直接挑战了原则上禁止私力救济的规则。然而,在斗殴过程中,当其中一方以实际行动向对方表示认输或表示结束争斗状态或已经无力反抗,对方仍然持续攻击时,应当把这种攻击行为与之前的互殴行为做分断处理而非一体化处理。亦即这种攻击行为重新造就了具有急迫性的法益侵害状态,从而为对方防卫权的发动奠定了基础。

例如,2008年8月31日晚,被告人李勤及骆练、霍汨华、何豪、袁栋(均已判刑)等人,乘车达到大众北路华昌宾馆前时,看见彭攀、余雄十几个年青伢子。于是,被告人李勤等人停车,霍汨华和何豪拿短刀先下车,彭攀等人见状,也从草地拿起刀上前欲与之对打,车内被告人李勤及袁栋、骆练、仇雄等人则拿关公大砍刀下车追砍彭攀等人。彭攀等人见被告人袁栋及仇雄等人拿大刀怕吃亏转身就跑,仇雄用关公大砍刀朝彭攀砍去,刀砍在地上,将刀砍断,仇雄用刀棍将彭攀打倒在地上,霍汨华、何豪、袁栋及仇雄上前围住彭攀一顿乱砍,将其手、背、脚砍伤。经法医鉴定,彭攀属重伤。〔45〕

本案属于典型的聚众斗殴情形,这种打斗行为已经超越了对于个体人身安全法益的侵犯,扰乱了社会共同体赖以生存的公共秩序和安全底线。然而,即便如此,也并不意味着所有参与斗殴的人员就被排除在社会共同体的范围之外,当参与斗殴的其中一方已经超越了斗殴的犯意,在杀意或致对方重伤的行为意思支配下实施了该当于杀人或故意伤害行为的时候,整个犯罪的构成要件就会发生转化,即根据《刑法》第292条第2款的规定,由聚众斗殴罪转化为故意

〔44〕 参见中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办,见前注〔37〕,第42页。

〔45〕 参见湖南省汨罗市人民法院(2010)汨刑初字第83号刑事判决书。

杀人罪或故意伤害罪。在这种情况下,对于对方而言,法益侵害的急迫性也发生了升级与转化,此时保护自己的生命与身体安全就突破了斗殴行为被社会共同体所不容许的藩篱,成为社会共同体所认可的排他性许可理由。因此,这种情况下对于被侵害一方而言就例外性存在发动防卫权的余地。据此,在本案中,被害人彭攀在被仇雄等人围住乱砍时,获得了奋起反击的排他性许可理由,即防卫权。

2. 预测到侵害发生与急迫性的认定

在考察招致斗殴状态发生的整个过程中的因素时,其中一方已经预测到即将遭受对方的侵害却仍然不退避,反而利用这段时间积极准备工具用于防身,或者主动寻找对方迎战,或者在自己的住所等候对方等情形并不在少数。在这些情形中,共同的问题都是预测到侵害的发生这一点是否能够阻却法益侵害的急迫性,从而否定防卫权的发动。以下分别讨论。

(1) 积极准备防身工具并在侵害发生时使用该工具致对方伤亡。为了方便讨论,本文根据是否准确预见到具体的侵害人,将该情形进一步区分为针对不特定侵害人的防卫装置与针对特定侵害人的防卫准备。由于防卫装置并不涉及到侵害人与防卫人之间的正面冲突,因此问题可以转化为设置防卫装置这一行为本身是否属于具有刑法意义的行为,进而符合怎样的构成要件。据此,本文将讨论的重点放在防卫准备上。

例如,在“胡咏平故意伤害案”^[46]中,被告人胡咏平与被害人张成兵发生口角后,有确实的证据表明张成兵即将报复自己,在具体的报复内容未知的情况下,为了防身而将磨成锐器的两根钢条藏在身上。据此,这一行为本身并未侵犯社会公共安全以及管理秩序,处于被整体社会秩序所容许的范围之内。因此问题的关键在于,防卫工具准备人在遇到现实的不法侵害时,是否能动用该防卫工具进行防卫。

本文认为,这一问题取决于防卫工具准备人对于现实化的不法侵害局面的优越性控制程度。具体而言,①当防卫人已经事先预见到侵害即将发生并积极准备工具时,根据其所准备的工具的杀伤力大小,防卫人已经准备好了来自对方的最极端侵害状况的应对方式,当这种极端侵害来临时,防卫人当然能使用该防卫工具奋起反抗。反之,②当设想中的极端侵害尚未来临时,如果防卫人使用事先准备的防卫工具并导致对方人身伤亡,可以借助“构成要件的提前实现”这一法理进行类比解释。即,行为人本来预想通过第二个实行行为来实现构成要件结果,却由第一个预备行为便实现了,因此在解释学上也可以将其视为以预备的故意实现了既遂的构成要件结果这一认识错误问题。如果借用构成要件的提前实现这一理论框架,那么,对于第②种情形而言,就是以应对法益侵害急迫性较高的防卫手段去应对法益侵害急迫性较低的事态。发生错误的根源在于,防卫人对于侵害人实施的侵害行为的危险程度的错误评估,因此,当这种错误具有回避可能性时,就无法为防卫人实施的极端防卫行为提供排他性的许可理由。据此,防卫人所实施的防卫行为仅仅在实际存在的法益侵害的急迫性的限度内被正当化,超出的部分应当由防卫人承担相应的刑事责任。

[46] 参见中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办,见前注[37],第44页。

(2)主动赴战与急迫性的认定。当防卫人预感即将遭受侵害人的攻击,非但不回避,反而积极准备工具并主动找对方迎战时,是否存在发动防卫权的余地,值得考察。例如,在“李明故意伤害案”〔47〕中,如何评价被告人李明在预感将会遭受王宗伟的攻击之后又返回住处取了一把尖刀并返回迪厅的这一举动,将直接影响到是否可以实施正当防卫的判断。如前所述,为防止来自特定侵害人的侵害而准备防卫工具的行为应被刑法所允许,然而携带该防卫工具主动到特定侵害人所在场所的行为,在刑法上的评价则取决于行为人到达场所后进一步实施的行为。具体而言,如果行为人主动挑衅对方,激化并升级矛盾之后迫使对方主动攻击自己,并利用这种被攻击的状态使用事先准备的防卫工具致对方死伤的行为,就属于刑法上的挑拨防卫。在这种情形中,来自于对方的法益侵害的急迫性是由行为人本身招致的,因此在法律上便不允许行为人再以存在法益侵害的急迫性为由发动防卫权。〔48〕而如果行为人到达现场后并未实施任何可能导致矛盾激化的行为,只是在遭受对方攻击的情况下使用事先准备的工具致对方死伤的行为,则成立正当防卫。对于这一情形,在上文中已经详细探讨,此不赘述。

(3)在自己的住所等待对方进犯与急迫性的认定。防卫人事先已经预见到自己即将遭受特定侵害人的攻击,退回自己住宅后准备防卫工具等候对方进犯,当对方奔赴防卫人住宅后引发矛盾升级时,防卫人在打斗中使用防卫工具致对方伤亡的行为,这种情形在司法实践中也经常出现并容易引发社会关注。在刑法解释学上应如何应对这种情形,值得专门讨论。

例如,在“涞源反杀案”〔49〕中,从王磊为逼迫王某某与其恋爱而到王某某的学校以及住宅对王某某及其家人进行骚扰和威胁这一刻起,已经打破了王某某及其家人的私生活安宁,该行为完全符合《刑法》第293条第1款第2项“恐吓他人,情节恶劣”这一寻衅滋事罪的构成要件。王磊在受到公安人员多次训诫之后仍然未停止对王某某及其家人的威胁,反而持西瓜刀及甩棍等凶器直接侵入王某某的住宅。从其翻墙进入王某某住宅院中的那一刻起,王某某及其家人的人身安全防护以及私生活平稳就被彻底毁灭,作为饮食起居之生活场所与心灵港湾之精神寄托的家园也遭到侵略。

本文认为,在这种情形下应启动英美刑法中所确立的“城堡法规则”。具体而言,普通法系针对住宅的正当防卫贯彻的是“城堡主义原则”,其宗旨是:一个人的家便是他的城堡,他可以用一切手段,甚至是致命的手段,保卫自己的家及其居住者免受攻击。〔50〕换言之,王磊携凶器侵入王某某住宅所造成的法益侵害的急迫程度足以发动防卫人的无限防卫权,直到侵害人对于防卫人住宅范围内的威胁完全解除。

值得一提的是,我国有学者将王新元夫妇在王磊倒地后继续击打王磊的行为视为事后防

〔47〕 参见中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办,见前注〔37〕,第63页。

〔48〕 关于挑拨防卫,另一种解决思路是借用原因上的自由行为理论框架,将其视为原因上的违法行为。参见山中敬一:《正当防卫的界限》,成文堂1985年版,第140页。然而,这种观点只是从形式上回答问题,或者说是为了导出不成立正当防卫这一结论的结论先行的循环论证。

〔49〕 参见河北省保定市涞源县人民检察院涞检公诉刑不诉(2019)2号不起诉决定书。

〔50〕 参见姜敏:“正当防卫制度中的‘城堡法’:渊源、发展与启示”,《法学评论》2018年第5期,第48页。

卫,因为正在进行的不法侵害已经结束。^[51] 本文认为,能否继续实施防卫行为,取决于作为发动条件的法益侵害的急迫性是否继续存在。如前所述,对于这一点的判断应坚持事前判断立场,但本案的特殊之处在于王磊携带凶器翻墙入侵王新元的住宅,如果适用上述的“城堡主义原则”,那么应当朝着最大限度符合防卫人的利益这一方向进行解释。因此,在事前判断中将偏向于主观化的个别判断,即以防卫人的立场为基本立足点,以防卫行为发生前的防卫状况因素以及防卫行为实施过程中的因素为判断资料,综合这些因素,当存在合理的理由怀疑法益侵害的急迫性仍然未解除时,即可继续实施防卫行为。据此,本文认为,王新元夫妇的继续击打行为仍然在防卫权的射程范围之内。

3. 继续犯中急迫性的认定

对于继续犯而言,由于在法益侵害持续期间犯罪的实行行为也处于持续进行的状态。因此,例如在非法拘禁的情形中,从被害人的人身自由受限到恢复这一期间内的任何时间点,都可以说非法拘禁行为处于持续进行的状态,但是否据此反过来能赋予被害人发动防卫权的权能,则值得深入考察。在最近的司法实务中,出现不少为逃离传销窝点而刺伤甚至刺死阻止人员的案例,为该问题的讨论提供良好素材。以下分类讨论。

(1)发现人身自由受限后就立即要求离开,遭到拒绝后奋起反击致人死伤。例如,在“鲁少卿故意伤害案”^[52]中,赵某等人带鲁少卿至李庄村传销窝点附近胡同,鲁少卿感觉被骗,不再前行。赵某遂进入传销窝点告知,李某等人预谋控制鲁少卿后强行带入。此后,李某等人到胡同内,以借打火机为名接近鲁少卿,乘鲁少卿不备,实施抓胳膊、捂嘴等行为对鲁少卿进行控制,鲁少卿挣脱中掏出并打开水果刀。后鲁少卿被摁倒在地,李某被水果刀刺中胸部,鲁少卿乘机逃离。李某因被刺破心脏造成急性大失血死亡。本案中,尽管廊坊市中级人民法院是以证据不足为由判决被告人鲁少卿无罪,但仍然肯定了鲁少卿掏出水果刀捅刺行为的防卫性质。无独有偶,在“盛春平故意伤害案”^[53]中,浙江省杭州市人民检察院认为,盛春平案发时身处封闭的空间,人身自由和安全正在遭受众多不法传销人员侵害。为逃离现场,免受正在进行的严重人身侵害,其被迫使用随身携带的水果刀挥刺传销人员的行为,符合正当防卫的规定,据此做出了不起诉的决定。

在这两个案例中,从鲁少卿、盛春平发现自己身处传销窝点并提出离开请求而遭拒绝的这时刻开始,身体活动自由已经受到限制,在形式上完全符合了“不法侵害正在进行”的要件,与此同时也被赋予寻求为了解除人身自由限制而必要的公力救济或私力救济的权能,例如打电话报警或寻求外界帮助,或者逃跑。而当侵害人反过来限制被害人所采取的恢复人身自由的措施时,例如将手机抢过来摔坏或者强行抓住被害人,则意味着被害人遭受的法益侵害程度

[51] 参见黎宏:“事后防卫处理的日中比较——从‘涞源反杀案’切入”,《法学评论》2019年第4期,第13页。

[52] 参见河北省廊坊市中级人民法院(2016)冀10刑初69号刑事附带民事判决书。

[53] 参见浙江省杭州市人民检察院杭检刑不诉(2019)1号不起诉决定书。

进一步升级,由单纯的人身自由受限上升到人身安全、财产安全、性自由等重要法益的急迫威胁。此时,这种法益侵害的急迫性程度是否足以评价为《刑法》第20条第3款规定的“行凶”,从而开启无限防卫权,值得进一步考察。关于这一点,北京市海淀区人民法院曾对“吴金艳故意伤害案”^[54]做出无罪判决,其理由就是将侵害人的侵害行为解释为“行凶”,从而赋予被侵害人无限防卫权。具体而言:“由于吴金艳是对严重危及人身安全的暴力行为实施防卫,故虽然造成李光辉死亡,也在《刑法》第二十条第三款法律许可的幅度内,不属于防卫过当,依法不负刑事责任。被告人吴金艳于夜深人静之时和孤立无援之地遭受了殴打和欺辱,身心处于极大的屈辱和恐慌中。此时,李光辉又举起铁锁向其砸来。面对这种情况,吴金艳使用手中的刀子进行防卫,没有超过必要的限度。要求吴金艳慎重选择其他方式制止或避免当时的不法侵害的意见,没有充分考虑侵害发生的时间、地点和具体侵害的情节等客观因素,不予采纳。”据此,该判决理由确立了以下两条规则:第一,“行凶”虽然缺乏构成要件的定型性,但在解释时应坚持比例原则,其法益侵害的急迫程度应达到像杀人、抢劫、强奸等行为对于人身安全的威胁程度。第二,对于能否发动防卫权的判断应坚持从平行的社会一般人的视角出发,立足于行为当时的事前判断,而非从法官的视角出发,立足于裁判当时的事后判断。

(2)为摆脱人身自由遭受的长期限制而致人死伤。在司法实践中,出现不少这样的案例,即:被害人被非法拘禁一段时间后,为了逃离致看管人员死伤;或者妻子为摆脱丈夫的长期家暴而将熟睡的丈夫杀死。法院经常以不具备法益侵害的急迫性为由否定防卫权的发动或者认定为防卫过当。

例如,被告人邢冉于2015年9月21日被骗入一传销窝点,2015年9月30日6时许,被告人邢冉持水果刀将张某、何某、贾某捅伤后,同其他被骗人员逃离传销组织。天津市静海区人民法院认为,虽然张某、何某、贾某等人对被告人邢冉实施了非法剥夺其人身自由的不法侵害,但其紧迫性还不足以达到进行正当防卫的程度。^[55]

又例如,在“刘双故意杀人案”^[56]中,长沙市中级人民法院认为,被告人刘双因长期遭其夫打骂而心存怨恨,采用电线勒颈的方法,非法剥夺其夫生命的行为,已构成故意杀人罪。但刘双案发后能向公安机关投案自首,具有法定从轻、减轻处罚情节。刘双系因遭受家庭暴力而犯罪,被害人张某某在本案起因上有重大过错,故可对刘双酌情从轻处罚。被告人刘双犯故意杀人罪,判处有期徒刑十二年,剥夺政治权利二年。湖南省高级人民法院虽然以量刑不当为由大幅度减轻刑罚,但仍然认可一审法院的定罪结论及其理由。

在邢冉案中,法院在判断发动防卫权的基础事由时,显然仅裁剪出了被害人在实施捅刺行为当时的情境,并简单地比较人身自由与生命法益的价值差异,从而容易得出否定防卫权的发动或者认定为防卫过当的结论。而在刘双案中,法院则将不存在防卫前提事由作为当然的预

[54] 参见吴金艳故意伤害案,《最高人民法院公报》2004年第11期。

[55] 参见天津市静海区人民法院(2016)津118刑初105号刑事判决书。

[56] 参见湖南省长沙市中级人民法院(2006)长中刑一初字第0135号刑事判决书。

设,一开始就将正当防卫的排除于讨论范围之外。这种观点明显忽视了这一点:在继续犯中,被害人的人身自由或身体法益的受损程度随着时间的推移而持续增加,而非一直处于水平线上。这是因为,伴随着时间的推移,被害人因身体活动自由受限而产生的精神压力剧增,断绝了与外界的联系而丧失了交往的机会,沦为侵害人奴役的客体,被宪法所承认的人格尊严利益也遭受严峻挑战,据此补强了实施防卫行为当时所客观存在的法益侵害急迫性。然而,这种急迫性是否足以启动《刑法》第20条第3款所规定的无限防卫权,则需要进一步判断。上文已有阐述,此不赘述。

(三)小结:急迫性判断的层次

综上所述,法益侵害的急迫性是发动作为强许可的正当防卫权的排他性理由,但急迫性本身是一个富含弹性的程度性概念。本文认为,我国《刑法》第20条第1款、第2款、第3款之间的逻辑关系为急迫性的规范判断提供了法条依据。具体而言,第20条第1款规定了正当防卫的基本构造,即由防卫前提条件与防卫行为这两个递进式要件组成;第2款是对第1款所规定的防卫行为这一要件的补充性规定;第3款则是对第1款所规定的防卫前提条件的补充性规定。这样理解的话,整个正当防卫解释论大厦的构建就应当以第20条第1款为基石。而在第20条第1款中,作为正当防卫前提条件的法益侵害的急迫性的解释又是一个先决问题,对于该问题,第20条第3款所规定的可发动无限防卫的事由则设置了法益侵害急迫性的最高程度,同时也是发动防卫权的最低底线。除此之外的事由是否能够成为发动防卫权的排他性许可理由,应从平行的社会一般的视角出发,设身处地站在被侵害人的立场上,以侵害人和被侵害双方的互动关系以及周围环境中指向法益侵害的因素作为素材,进行事前判断。

四、基本结论

正当防卫作为一种法定的违法阻却事由,虽然存在形式上的法条根据,但正当防卫被正当化的根据依然是一种超越于刑法规范之外的判断。在私力救济原则上被禁止的法治国家中,正当防卫成为一种例外的许可制度,即在急迫的法益侵害这一紧急状况下,当无法期待防卫人求助公共机关施行法律上的保护时,例外性地允许私人为了排除侵害而实施对抗行为。^[57]因此在正当防卫解释论体系的建构中,法益侵害的急迫性是正当防卫制度的前提条件,也是发动防卫权的先决条件。而法益侵害急迫性所可能现实化的结果,都应在防卫限度的范围之内。本文尝试从宪法上的基本权国家保护义务论以及规范论两个维度证立这一点,并以此作为解释论基石,探讨法益侵害急迫性的司法判断标准。本文的基本结论可以概括为以下四点:

第一,既然正当防卫制度是法治国家原则上禁止私力救济的例外,该制度本身应当具备并发挥“严进宽出”的刑事政策功能。据此,对于作为正当防卫前提条件的“正在进行的不法侵

[57] 参见(日)前田雅英:“正当防衛の急迫性判断と主観的違法性要素”,载(日)高桥则夫、山口厚等主编:《日高义博先生古稀祝贺论文集》(上卷),成文堂2018年版,第227页。

害”应进行实质性的限缩解释,即不仅要具备法益侵害的现存性,而且还要具备法益侵害的紧迫性。

第二,正当防卫是被国家所承认的抵御他人侵犯自己基本权的工具性权利,因此防卫权本身也是被宪法承认的基本权,从基本权国家保护义务论出发,防卫权的发动应同时满足不足禁止与过度禁止这两个原则的要求,不法侵害的现存性为不足禁止原则提供支撑,而法益侵害的紧迫性则为过度禁止原则提供了支撑。

第三,从规范论的视角出发,正当防卫是一种强许可规范,防卫前提条件承担着为该许可规范提供排他性许可理由的功能,因此不能将“正在进行的不法侵害”形式解释为时间条件,而应将其实质解释为“法益侵害的紧迫性”。

第四,在法益侵害紧迫性的判断上,我国《刑法》第 20 条第 3 款对无过当防卫情形的规定为紧迫性的认定设置了最高上线,同时也是发动防卫权的最低底线。除此之外的事由是否足以发动作为排他性许可的防卫权,应以防卫人与受害人之间的互动关系及周围环境因素为素材,对法益侵害的紧迫性进行事前判断。

Abstract: Since justified defense system is an exception to the prohibition of private enforcement in the principles held by a country under the rule of law, the system itself should perform the criminal policy function of “strict entry and lenient exit”. Starting from the theory of the state’s protection obligation of fundamental rights, the exercises of defense right should meet the requirements of the two principles of insufficient prohibition and excessive prohibition. From the perspective of normative theory, the urgency of the infringement of legal interests provides self-defense with the exclusive reason. The urgency of the infringement of legal interests and limit of defense are the relation between prejudgment and the judgment after the event. The limit of defense is within the scope of the possible results of the urgency of the infringement of legal interests. Regarding the judgment of the urgency of infringement of legal interests, the third paragraph of Article 20 of China’s Criminal Law sets the highest degree of the urgency of the excessive defense and the lowest baseline for exercising the right of defense. It should be based on the relationship between defender and infringer and the prejudgment of the urgency of the infringement of legal interests whether other factors are sufficient to exercise the right of defense as an exclusive reason.

Key Words: Strict Entry and Lenient Exit; National Obligation of Protecting the Fundamental Rights; Permission on Intensity; Urgency of the Infringement of Legal Interests

(责任编辑:车 浩)