

正当防卫的正当性依据及其限度

王 钢*

摘 要 正当防卫的正当性依据在于自利理性人的普遍同意。个人保护原则和法秩序维护原则存在相同的目的与理论基础,构成协调统一的整体。根据整体性二元论,对于防卫限度的认定,应当贯彻“权利无需向不法让步”之原则,采纳必需说的立场。即便不法侵害并未严重危及他人人身安全,以造成不法侵害人死伤的必要措施进行防卫的,也有构成正当防卫的余地。但在防卫行为所损害的法益不成比例地远超所保护的法益、面对明显无责任能力的不法侵害人、防卫挑拨以及被侵害人与侵害人之间存在紧密的家庭关系等情形中,应当对防卫权予以限制。这种限制只是表面上与“权利无需向不法让步”之原则相冲突,实际上却是正当防卫之正当性依据的必然要求。

关键词 正当防卫 整体性二元论 必需说 社会团结

导 言

正当防卫历来是刑法学的重点问题之一。虽然历经了多年的理论探讨与司法实践,但是在我国的刑法学界与司法实务中仍然存在着诸多与正当防卫相关的重要问题的不同见解。其中一个特别重要的分歧即在于,应当如何界定防卫行为的必要限度。而我国司法实务中对防卫限度的把握历来较为严格,尤其是当不法侵害不足以致使被侵害人死伤时,一旦防卫行为造成了不法侵害人伤亡,就几乎不可能被认定为正当防卫。譬如,在以下几起案件中,法院均认定防卫人构成防卫过当。

案例 1:王某、林某、陈某、陆某、姜某、史某等传销人员以相亲为名欺骗王志亮来到传销窝点后,将其紧紧围住,威逼其加入传销组织,禁止其离开传销窝点,并逼迫其交出随身财物和通

* 清华大学法学院副教授。本文为国家社科基金重大项目“我国刑法修正的理论模型与制度实践研究”(项目批准号:16ZDA060)的阶段性成果。

讯工具。王志亮趁交出财物之机,掏出随身携带的弹簧折叠刀挥向围绕在其身边的王某等人,并与阻止自己离开的众人发生打斗,导致王某大出血死亡,陆某、陈某、林某等人重伤。〔1〕

案例2:赵某甲与张某甲、张某乙、任某、刘某等人到孙守红的水果摊前寻事找茬,要求孙守红每月交纳2000元保护费,否则阻止其经营。孙守红拒绝,赵某甲等人遂对孙守红实施殴打。孙守红想用电话报警,被刘某挂断制止,孙守红逃进屋内,赵某甲等人依然追入屋内殴打。孙守红退无可退,随手拿起一把裁缝剪刀转身向尾随而来的赵某甲连刺数刀,造成赵某甲大出血身亡。〔2〕

案例3:张家生伙同张某、秦某于半夜将蒋小权的摩托车盗走。蒋小权发现张家生骑着自己的摩托车与骑着另一辆摩托车的张某、秦某在道路上逃窜,遂与其子蒋勇叫出租车追击,并超车行至前方道路下车。蒋勇持刀在前,蒋小权持扁担在后,欲拦下路过的张家生等人。当张家生驾摩托车驶近时,蒋勇喝令其停车,张家生不听,继续前行。站在后面的蒋小权为逼迫张家生停车,挥动扁担朝张家生横扫一击,扁担击中张家生后断为两截。虽然张家生驾车驶离,但仍因扁担击打导致的颅脑损伤而身亡。〔3〕

案例4:凌晨时分,梁某与贾某某醉酒后进入陈良友的副食品店滋事,梁某拿起店里的几个鸡蛋便与贾某某走到店外。陈良友明知两人处于醉酒状态,但为拿回鸡蛋,追出店门与两人发生争吵和推搡。其间,陈良友持水果刀朝梁某和贾某某身上乱捅,致梁某当场死亡、贾某某受伤。〔4〕

类似案件,不胜枚举。我国刑法学界虽然普遍认为,司法实务当前对防卫行为必要限度的把握过于严格,必须适度地扩张防卫权限。〔5〕但是,对于究竟应当以何种标准来进行界定,学者们却众说纷纭,其主要可以分为基本相适应说、必需说与折中说三种见解。〔6〕对此,我国通说主张基本相适应说以及在此基础上发展而来的折中说,认为在认定防卫行为是否超过必要限度时,必须权衡防卫行为所保护的法益性质与其所造成的损害后果,且所保护法益与所损害利益之间的差距不能过大。〔7〕与此相对,另一部分学者则主张必需说,认为防卫行为是否超过必要限度的决定性标准是,防卫行为本身是否属于制止不法侵害所必需的措施。若从行为时的角度来看,防卫行为确属制止不法侵害的必要手段,那么不论其对不法侵害人的权益造成了何种程度的损害,都并未超过必要限度。〔8〕

在本文看来,我国司法实务与刑法学界关于防卫限度的不同见解,其实都源自于对正当防

〔1〕 参见福建省莆田市中级人民法院(2016)闽03刑终260号裁定书。

〔2〕 参见浙江省绍兴市越城区人民法院(2009)绍越刑初字第753号判决书。

〔3〕 参见广西壮族自治区灌阳县人民法院(2006)灌刑初字第83号判决书。当然,在本案中,行为人所防卫的不法侵害是否仍然“正在进行”,不无疑问。本文此处仅关注防卫限度的问题。

〔4〕 参见贵州省凯里市人民法院(2015)凯刑初字第66号判决书。

〔5〕 参见陈兴良:“正当防卫如何才能避免沦为僵尸条款——以于欢故意伤害案一审判决为例的刑法教义学分析”,《法学家》2017年第5期,第98页。

〔6〕 参见赵秉志主编:《刑法总论》(第3版),中国人民大学出版社2016年版,第290页。

〔7〕 参见黎宏:《刑法学总论》(第2版),法律出版社2016年版,第140页。

〔8〕 参见劳东燕:“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1341页。

卫之正当性根据的分歧。例如,持基本相适应说和折中说的学者大体上都认为,正当防卫是因维护了更为重要的利益而成为合法行为,故防卫行为所造成的损害结果自然就应当是认定正当防卫的重要因素。相反,持必需说的论者则往往摒弃了这种功利主义的利益权衡,而在认定正当防卫时更为侧重防卫行为本身的必要性。由此可见,只有明确了正当防卫的正当性依据,才可能真正解决防卫限度的相关问题。我国刑法学界对正当防卫的著述颇丰,但深入探讨正当防卫之正当性依据的文献却较为少见。纵观我国与德日学者的相关论述,在正当防卫的哲学依据上,主要有功利主义与自然权利说等见解。在具体的论据上,也大致存在着个人主义和二元论两种诠释路径。下文笔者将首先对学界现有的关于正当防卫之正当性依据的见解进行评析,然后提出正当防卫的整体性二元论,最后再于此基础之上确定正当防卫的限度。

一、功利主义与自然权利说的不足

(一)功利主义防卫论

1. 学说主旨

我国刑法学界对正当防卫的传统见解,极大地受到功利主义思想的影响。其认为,虽然防卫行为对不法侵害人的法益造成了损害,形式上符合刑法分则有关犯罪的构成要件,但实质上却排除了危害社会的不法侵害,维护了更为重要的利益,故因欠缺社会危害性属于法定的正当行为。^{〔9〕}而我国传统刑法理论中界定防卫限度的主流学说,不论是基本相适应说还是折中说,都带有明显的功利主义哲学色彩。近年来学者们关于正当防卫的论述中,也同样以优越利益之考量为主流。其明确指出,正当防卫的正当化根据依然是法益衡量说;^{〔10〕}在正与不正的冲突中,由于不法侵害人属于自陷风险,其利益值得保护的明显降低,^{〔11〕}因此,当防卫行为对不法侵害人造成的损害与不法侵害可能造成的损害等同,或者前者只是在一定范围内高于后者时,仍然应当肯定正当防卫的成立。^{〔12〕}

2. 功利主义立场之批判

本文认为,以功利主义的优越利益原则作为正当防卫的正当性依据并不妥当。功利主义哲学强调社会利益与公共利益,认为对任何个体的利益损害都可以通过对其他个体的利益满足予以补偿。^{〔13〕}这必然导致对社会成员个人利益的抽象化,消解不同个体间的权利界限,难以与现代法秩序保障公民个人基本权利、尊重公民自主决定权的主旨相协调,^{〔14〕}甚至容易导致为了多数人的利益而侵害少数人的合法权益。^{〔15〕}不仅如此,若以功利主义哲学诠释正当防卫的正当

〔9〕 参见王政勋:《正当行为论》,法律出版社2000年版,第50、78页。

〔10〕 参见黎宏:“论正当防卫的主观条件”,《法商研究》2007年第2期,第70页。

〔11〕 参见陈璇:“侵害人视角下的正当防卫论”,《法学研究》2015年第3期,第125—126页。

〔12〕 参见张明楷:“行为功利主义违法观”,《中国法学》2011年第5期,第124、127页。

〔13〕 Vgl. Klient, Rawls' Kritik am Utilitarismus, in: Höffe (Hrsg.), John Rawls: Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1998, S. 100.

〔14〕 参见王钢:“紧急避险中无辜第三人的容忍义务及其限度”,《中外法学》2011年第3期,第615页。

〔15〕 参见王钢:“对生命的紧急避险新论”,《政治与法律》2016年第10期,第98页。

性依据,就必须在防卫行为所保护的利益和其所侵害的利益之间进行权衡,从而确认防卫行为是否保全了更为优越的利益。然而,在正当防卫的场合,这种利益权衡却存在诸多问题。

首先,在正当防卫案件中,这种利益权衡的标准极不明确。刑法学界毫无争议地认为,纵然防卫行为对不法侵害人造成的法益损害大于不法侵害所威胁的法益,其也完全可能构成正当防卫。为了说明此时防卫行为所保护的利益仍然更为优越,功利主义论者们往往认为,在正当防卫的场合,不法侵害人的利益值得保护程度有所降低,或者认为,防卫人在防卫不法侵害时也同时保全了法秩序。然而,将侵害人自陷风险、自我答责或者法秩序维护等因素引入利益权衡的过程,却会造成正当防卫中利益权衡标准的缺失。因为,这些因素都具有浓厚的规范判断属性,而其价值却无法在利益衡量中予以具体化。试问,法秩序究竟价值几何?不法侵害人自陷风险或者自我答责的情节,又具体在何种程度上降低了其法益保护的必要性呢?这显然是无法回答的问题。

其次,功利主义防卫论以及与之相伴的利益权衡标准的模糊性,是造成我国司法实务对防卫权限进行严格限制的重要原因。正是基于功利主义的优越利益原则来理解正当防卫的正当化依据,司法人员在处理正当防卫的案件时,才总是在防卫行为所损害的利益和所保护的利益之间进行权衡比较。由于身体和生命法益无疑属于极为重要的利益,一旦防卫行为造成不法侵害人伤亡,司法人员就很难再认定防卫行为所保护的利益更为优越。^{〔16〕}在前述案例1、案例2和案例3中,法院也均以防卫人所面对的只是尚未直接危及人身的不法侵害,但其防卫行为却造成了不法侵害人死伤为由,认定防卫人所保护的权益和所造成的损害后果明显不对称,从而判定其构成防卫过当。^{〔17〕}这些判决无不表明,正是利益权衡的思想禁锢了法院对于防卫限度的认定。虽然我国的功利主义防卫论者们近年来也不断强调,需要在对防卫行为的利益权衡中考虑不法侵害人自陷风险、自我答责,以及防卫行为维护了法秩序等情节,并据此倡导,在正当防卫的案件中,应当将利益衡量的天平向防卫人倾斜。但是,既然这些规范性要素在个案中的价值无法精确界定,那么这种通过利益权衡扩张防卫权限的倡导对于司法人员裁判案件的指导意义就极为有限,也难以从根本上扭转司法实务严格限制防卫权的现状。

最后,依据我国《刑法》第20条第3款之规定,当不法侵害严重危及他人人身安全时,即便防卫人以杀死不法侵害人的必要手段制止其侵害行为,也属于正当防卫。然而,立足于功利主义的利益权衡,却无法说明这一结论。因为,恰如在对生命的紧急避险中所体现出来的那样,刑法学界通说认为,生命权是最高权利,其本质不能用任何尺度进行比较,故而生命法益无法权衡。^{〔18〕}既然通说赋予了生命法益如此重要的特殊地位,甚至将生命评价为不可被权衡的最高的、无穷的价值,那么,在防卫人为保护自身生命身体法益而杀死不法侵害人的场合,就

〔16〕 根据新近的统计,我国司法实务中仅根据防卫行为造成死伤后果便判决防卫过当的案件,占到所有防卫过当案件的80%以上。参见尹子文:“防卫过当的实务认定与反思”,《现代法学》2018年第1期,第179—180页。

〔17〕 参见福建省莆田市中级人民法院(2016)闽03刑终260号裁定书;浙江省绍兴市越城区人民法院(2009)绍越刑初字第753号判决书;广西壮族自治区灌阳县人民法院(2006)灌刑初字第83号判决书。

〔18〕 参见周光权:《刑法总论》(第3版),中国人民大学出版社2016年,第218页。

无法以优越利益原则来说明防卫行为的正当性。

综上所述,难以从功利主义的角度来理解正当防卫的正当性依据。正如德国学者毛拉赫(Maurach)正确指出的那样:“试图通过优越利益原则解释所有违法阻却事由的尝试是片面的……符合构成要件的行为总是并且也只是在损害较小利益维护较大利益时才能得以合法化的假设无法在实定法中获得印证,正当防卫……就明显是对这种假设的反例。”〔19〕

(二)自然权利与社会契约论

1. 学说主旨

不同于功利主义哲学,自然权利说与社会契约论主张,“自然赋予了每个人在所有东西和事务上的权利”,〔20〕“人生来就享有全部自由……每个人都有权保护自己的生命、自由和财产不受他人的侵害。”〔21〕正当防卫权则正是每个人天然享有的自然权利之体现。虽然自然状态下的人们会在理性驱使下让渡自己的自然权利、组建国家,但其却不可能放弃自我保护的权利。〔22〕因此,当国家不能及时保护公民的个人权益免受不法侵害时,被侵害者便与侵害人重归自然状态或战争状态,前者“有权自卫,甚至动用战争状态的法则,即杀死侵略者”;〔23〕而法秩序则无权再要求被侵害人依法行事,任何对防卫行为的法律限制都是不正当的。〔24〕

2. 自然权利说的缺陷

本文认为,单纯从自然权利与社会契约的角度寻求正当防卫的正当性依据,明显存在不足。一方面,这种思想可能导致正当防卫的权限过于宽泛。首先,若片面强调个人自我保全的自然权利,那么,任何能够保全个人生命的手段就都应属于合法行为,如此便无法将正当防卫限定为对不法侵害人进行的反击。例如,遭遇海难落水的甲、乙两位旅客同时抓住一块漂浮的木板,因木板只能承载一人的重量,甲为保全性命不得已将乙推入水中致其溺亡的,虽然依社会契约论的见解,此时甲、乙二人处于自然状态之中,但刑法学理却普遍否定甲构成正当防卫。〔25〕其次,若认为在不法侵害发生时,侵害人和被侵害人便重归自然状态,而在自然状态中,任何人都可以采用一切可能的方式进行自我保护,那么就不应当再承认对防卫行为的限制。然而,刑法学界却几无争议地认为,正当防卫的成立以防卫行为没有超过必要限度为前提,自然权利说对此难以给出合理解释。

另一方面,该说又可能造成正当防卫的权限过于狭隘。首先,并非任何不法侵害都会危及被侵害人的生存。原则上,只有那些严重危及被侵害人生命身体法益的不法侵害,才可能对被侵害人的存续基础构成威胁。若强调被侵害人的自我保全,恐怕就只能认为只有针对这些不法侵害的反击才能构成正当防卫,这明显会不当限缩正当防卫的成立范围,不利于对被侵害人权益的保

〔19〕 Vgl. Maurach, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1954, S. 267.

〔20〕 参见(英)霍布斯:《论公民》,应星、冯克利译,贵州人民出版社2003年版,第8页。

〔21〕 参见(英)洛克:《政府论》,刘晓根编译,北京出版社2007年版,第96页。

〔22〕 参见(英)霍布斯:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,商务印书馆1985年版,第100页。

〔23〕 参见洛克,见前注〔21〕,第66页。

〔24〕 Vgl. Erb, Notwehr als Menschenrecht, NStZ 2005, S. 595.

〔25〕 参见王钢:“法外空间及其范围”,《中外法学》2015年第6期,第1564页。

护。其次,立足于社会契约的思想,即使承认不法侵害行为导致不法侵害人与被害人回归了自然状态,但是其他第三人却并无自我保全之需求。如此便难以解释,为何允许第三人为保护被害人的利益实行正当防卫。最后,社会契约的思想还有可能导致将“正当防卫中的不法侵害”不当地限制为有责的侵害行为。事实上,霍布斯曾明确主张:“国家的命令,仅仅对于能了解的人来说,才是法律。对于天生的白痴、儿童或疯人来说,就像对于禽兽一样,法律是不存在的。也无法给他们安上有义或不义之名,因为他们根本没有能力订立任何信约或理解其后果”。〔26〕但是,若严格坚持这种立场,恐怕就只有在不法侵害人具有责任能力的场合,才能将其侵害行为评价为正当防卫意义上的“不法侵害”。而这显然与刑法学界的通说相悖。〔27〕

二、个人主义与二元论的缺陷

(一)个人主义的论证

在对正当防卫之正当性依据的具体论证上,刑法学界主要存在着个人主义和二元论两种诠释路径。〔28〕个人主义的诠释路径尝试纯粹依据个人因素来解释正当防卫的合法性。其根据论述重点的不同,又可以区分为被害人视角、侵害人视角和双边模式三类见解。在本文看来,这些见解均存在缺陷,以下逐一予以简析。

1. 被害人视角

部分论者纯粹从被害人的角度论述正当防卫的合法性。该说认为,不法侵害不仅威胁到了被害人具体的个人法益,而且还损害了被害人的一般行为自由、〔29〕一般人格权〔30〕及其人性尊严。〔31〕此外,由于防卫人一般未受过防卫训练,又经常是猝不及防地遭遇不法侵害,其在应对不法侵害时往往会陷于困境。因此,法律必须赋予防卫人宽泛的防卫权限,不得要求防卫人在所保护和所损害法益之间进行严格的价值权衡,否则就将极大地限制防卫行为,无异于要求防卫人自我牺牲。〔32〕本文认为,据此论证正当防卫的正当性,有所不足。

一方面,强调不法侵害对于被害人一般行为自由、一般人格权乃至人性尊严的侵犯,并

〔26〕 霍布斯,见前注〔22〕,第210页。

〔27〕 我国与德日的通说均认为,认定正当防卫中的不法侵害不要求侵害人具有责任能力。参见刘艳红主编:《刑法学(上)》(第2版),北京大学出版社2016年,第196页;(日)山口厚:“正当防卫论”,王昭武译,《法学》2015年第11期,第82页;Vgl. BGHSt 3, 217 f.

〔28〕 德国也有极少数学者单纯从法秩序维护的超个人主义角度诠释正当防卫的正当性,譬如:Schmidhäuser, Die Begründung der Notwehr, GA 1991, S. 115 ff.。但该说今日已经几乎不再有人主张,故本文也暂不讨论。

〔29〕 Vgl. Wagner, Individualistische oder überindividualistische Notwehrbegründung, 1984, S. 31 ff.

〔30〕 Vgl. Kroß, Notwehr gegen Schweigegelderpressung, 2004, S. 56 ff.

〔31〕 Vgl. Frisch, Zur Problematik und zur Notwendigkeit einer Neufundierung der Notwehrdogmatik, FS-Yamanaka, 2017, S. 61 ff.

〔32〕 Vgl. Kratzsch, Der „Angriff“ – ein Schlüsselbegriff des Notwehrrechts, StV 1987, S. 228.

不能论证正当防卫的合法性。首先,一般行为自由在宪法基本权利体系中居于次要的补充性地位,原则上,只有当侵害行为没有损害其他基本权利时,才能考虑其对一般行为自由的侵犯。^[33]然而,在正当防卫的场合,不法侵害一般都会威胁到被侵害人的人身或财产权利,故其对于被侵害人一般行为自由的干涉就不应再被考虑。因此,一般行为自由其实无法起到奠定防卫权的作用。其次,一般人格权固然是重要的基本权利,但却并非不容损抑的绝对权利。在与其他基本权利发生冲突时,一般人格权经常并不居于优势地位。^[34]在保护范围与程度上,宪法对于生命权的保障明显高于一般人格权,因此,当防卫行为造成不法侵害人死亡时,就难以凭借对被侵害人一般人格权的保护来论证防卫行为的合法性。最后,虽然我国《宪法》第38条规定,公民的人格尊严不受侵犯,但是,我国学界历来都将此处的人格尊严理解为公民不受侮辱、诽谤和诬告陷害的人格权,^[35]其内涵与体系地位无法与德国《基本法》第1条意义上的人性尊严相提并论。因此,在我国法律体系中,对人性尊严的保护也难以决定正当防卫的合法性。不仅如此,许多纯粹有损他人财产权益的不法侵害(譬如盗窃等)并不至于危及被侵害人的人性尊严,若以对人性尊严的保护来论证正当防卫的正当性,恐怕就只能将防卫财产法益的行为排除在正当防卫的范围之外,其显然是有失妥当的。

另一方面,强调防卫人在正当防卫中的不利地位,其实也难以论证正当防卫的合法性。首先,据此无法解释,为何正当防卫能赋予防卫人远超紧急避险的权限。在紧急避险的场合,避险行为人同样是猝不及防地遭遇危险,同样不曾接受过如何有效制止危险的专业训练,同样在慌乱之中难以判断危险的范围和程度,难以严格恪守必要限度实施避险行为。然而,法秩序却仍然对避险行为的限度进行了极为严格的限制,要求其必须是别无他法之下的无奈之举,且要受到利益权衡的严格约束。此即表明,防卫人所处的不利境地,并非是使正当防卫得以合法化的主要理由。其次,若仅考虑防卫人所处的不利地位,也难以解释为何第三人为保护被侵害人利益而实施防卫行为的,亦构成正当防卫。第三人自身并不面临不法侵害,其在实行防卫行为时所承受的心理压力明显低于被侵害人。但是,相较于被侵害人本人实行防卫的情形,刑法却并未对第三人的防卫实施行为设置更为严格的成立条件。最后,若以防卫人所处的不利地位论证其防卫行为的合法性,就没有理由认为,只能针对不法侵害人进行防卫。因为,即便防卫人通过损害无辜第三人的权益规避不法侵害,其在整个事件中所处的不利地位也并不会有所不同。^[36]

2. 侵害人视角

从侵害人视角论证正当防卫的见解认为,在正当防卫的场合,是不法侵害人引起了与被侵害人之间的权益冲突,其虽可以通过放弃或中止实施不法侵害而轻易避免防卫行为对自身造成损害,但却执意侵犯他人法益,故应将防卫行为及其结果归责于不法侵害人,从而肯定防卫

[33] Vgl. Lang, in: Beck'scher Online-Kommentar GG, 33. Edition, Stand: 01.06.2017, Art. 2, Rdn. 9.

[34] Vgl. Murswiek, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 4. Aufl., 2007, Art. 2, Rdn. 101.

[35] 参见郑贤君:“宪法‘人格尊严’条款的规范地位之辨”,《中国法学》2012年第2期,第79页。

[36] Vgl. Ludwig, „Gegenwärtiger Angriff“, „drohende“ und „gegenwärtige Gefahr“ im Notwehr- und Notstandsrecht, 1990, S. 74.

行为的正当性。^[37]近年来,我国诸多持功利主义防卫论的学者也基于侵害人的责任而主张其法益受保护程度明显降低,故防卫行为即便对不法侵害人造成了较大的法益损失,也应构成正当防卫。^[38]这种立足于侵害人责任的论证貌似理所当然,其实却隐含着诸多缺陷。

首先,这种强调侵害人责任的论述方式很容易导致将正当防卫中的不法侵害限制为不法且有责的侵害。^[39]因为,只有当侵害人具有相应的辨认控制能力,能够理解自己行为的法律与社会意义,并且有能力依照这种理解支配自身行为时,才能认定其在可以掌控整体局势时执意引起冲突,需对防卫行为及结果自负其责。^[40]基于同样的理由,部分持该说的论者甚至还要求不法侵害人必须是故意或者是出于过于自信的过失实施侵害行为。^[41]然而,如此限缩不法侵害的范围,却明显不利于保护公民的正当权益,也违反刑法规定的文义(“不法”侵害)从而扩张了对防卫人的处罚范围,有违罪刑法定原则,殊不可取。^[42]

其次,将防卫行为及其结果归责于不法侵害人,认为不法侵害人需对之自负其责,违反了客观归责的基本原理。刑法中认定被害人自我答责,要求被害人主观上必须是自主决定地承担相应危险,并且客观上通过自己的行为造成了自身法益损害。^[43]然而,在正当防卫的场合,不法侵害人却在主客观两个方面都难以符合自我答责的要件。在主观方面,至少当不法侵害人过失地实施侵害行为时,无法认定其能够正确认识到防卫行为及防卫结果的范围和程度。在客观方面,不法侵害人也并非通过自身行为造成了自己法益的损失,而是防卫人的防卫行为损害了不法侵害人的利益。除此之外,以不法侵害人需对防卫行为及结果自负其责为由论证正当防卫的合法性,在逻辑上也存在瑕疵。因为,只有在承认防卫行为具有正当性的前提下,才能认为不法侵害人在实施侵害行为时必须承受防卫行为对其法益所造成的风险,从而肯定应当由不法侵害人对防卫行为及其结果负责。那么,此时如果再以不法侵害人需对防卫行为及其结果自负其责为由肯定防卫行为的正当性,就属于循环论证。

再次,单纯从侵害人自身责任的角度,也不能有力地论证,为何正当防卫的权限远超其他违法阻却事由。譬如,我国《刑事诉讼法》第82条规定了公民的扭送权。在扭送的场合,被扭送人对于扭送行为的发生显然负有不可推卸的责任,其本可以选择履行法律义务,通过放弃逃跑、将自己置于司法机关控制之下等方式避免扭送人侵犯自己的人身权利。然而,尽管如此,法秩序却仍然对扭送权进行了严格的限制;若扭送行为造成了被扭送人重伤甚至死亡,便难以依据扭送权的规定合法化。^[44]再如,即便避险行为人自招危险、对危险的发生负担全部责任,但只要其并

[37] Vgl. Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl., 2003, § 17, Rdn. 1.

[38] 参见张明楷:《刑法学》(第5版),法律出版社2016年版,第198页;黎宏,见前注[10],第70页;陈璇,见前注[11],第125—127页。

[39] Vgl. Kindhäuser, in: Nomos Kommentar StGB, 5. Aufl., 2017, § 32, Rdn. 18 ff.

[40] Vgl. Frister, Die Notwehr im System der Notrechte, GA 1998, S. 305.

[41] Vgl. Freund, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 2009, § 3, Rdn. 98.

[42] Vgl. Erb, Die Schutzfunktion von Art. 103 Abs. 2 GG bei Rechtfertigungsgründen, ZStW 108 (1996), S. 279.

[43] Vgl. Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2005, § 5, Rdn. 48 ff.

[44] 德国通说亦持相似立场。Vgl. BGHSt 45, 378 (381); BGH MDR 1979, 985 (986).

非故意进行避险挑拨,就不能认为其权益不再受到保护或者原则上相较于无辜第三人的利益更加不值得保护,从而完全否定构成紧急避险的可能性。^[45]与此相应,也就难以以侵害人需对不法侵害负责为由,来论证被侵害人的权益应当优先于侵害人的利益受到保护。

最后,从不法侵害人可以放弃实施不法侵害的角度来论证正当防卫的合理性,就没有理由将防卫行为限制于不法侵害正在进行的时刻。因为,在策划、准备实施不法侵害的环节中,不法侵害人其实就已经可以选择放弃继续预备实施不法侵害,从而更早地避免防卫行为和防卫结果。既然如此,为何不能允许防卫人在不法侵害人策划不法侵害时就对之进行正当防卫呢?^[46]此外,我国和德国的通说均认为,故意实施防卫挑拨的,无权进行正当防卫。^[47]然而,即便在故意防卫挑拨的场合,被挑拨者其实也仍然能够支配自己的行为,其同样是在能够选择不受挑拨、通过放弃(继续)实施不法侵害避免挑拨者反击的情况下,选择了实施不法侵害。因此,如果从不法侵害人可以放弃不法侵害的角度出发,就没有理由认为在故意防卫挑拨的场合,挑拨者不得对不法侵害人实行防卫。

3. 双边模式

双边模式尝试从被侵害人与侵害人之间的相互关系角度寻求正当防卫的正当性依据。该说认为,在社会共同体中,人们相互负有义务也享有权利,故不同主体之间存在着相互平等的关系。而不法侵害人却妄图使自己凌驾于被侵害人之上,将后者贬低为自己的从属,其侵害行为否定了其与被侵害人之间的平等关系,被侵害人便在恢复这种平等关系的必要限度内,享有对不法侵害予以回击的权利。^[48]这种论证方式也难以令人满意。

首先,该说同样会将正当防卫中的不法侵害限制为故意且有责的侵害行为。依该说之见,正当防卫旨在制止不法侵害人损害其与被侵害人之间的平等关系,而唯有在规范意义上能够被归责于不法侵害人的侵害行为,也即不法侵害人能够有意控制的侵害举动,才能构成对人际间平等关系的否定。对于欠缺责任能力或者过失威胁到他人利益的侵害人而言,由于其欠缺控制自身行为的现实可能性,原则上不能认定其行为有损与被害人间的平等关系,也就不能将之评价为不法侵害。^[49]可是如前所述,如此地限缩不法侵害的范围,其实并不妥当。

其次,在社会生活中,人们虽然相互负有义务,但是这种义务的内容却完全可以有所差别。譬如,甲向乙购买商品,甲负有向乙支付货款的义务,乙负有向甲交付商品的义务,虽然两人相互负有义务,但是义务的内容却并不相同。那么,从其中能否推导出人际间的平等关系,也就不无疑问。此外,基于这种相互义务也难以说明正当防卫的权限。譬如,当丙不法侵犯丁的财产时,虽然可以认定丙违反了尊重丁之财产权益的义务,但若严格强调主体间相互义务的平等性,那么,此时便也只能认为丁同样无需再履行尊重丙之财产权益的义务,可以通过损害丙的财产进行正当防卫。相反,若丁以限制丙人身自由或者对之造成轻伤的措施实行防卫,则不能

[45] 参见马克昌主编:《犯罪通论》(第3版),武汉大学出版社1999年版,第786页。

[46] Vgl. Perron, in: Schönke/Schröder Kommentar StGB, 29. Aufl., 2014, § 32, Rdn. 1a.

[47] 参见游伟:“防卫权、正当性及其限度”,《政治与法律》1999年第1期,第15页。

[48] Vgl. Hruschka, Extrasystematische Rechtfertigungsgründe, FS—Dreher, 1977, S. 198 ff.

[49] Vgl. Renzikowski, Notstand und Notwehr, 1994, S. 224 ff., S. 275 ff.

构成正当防卫,因为丙违反了尊重丁之财产权益的义务,其并不使得丁不再负有义务尊重丙的人身权益。由此,若严格恪守主体间的平等关系,则会不当限制正当防卫的适用。

最后,双边模式的论证也难以与正当防卫的成立条件相契合。一方面,不法侵害人与被害人之间的平等关系遭受破坏之后,被害人任何时候对侵害人的反击都应属于恢复平等关系的措施,如此便难以将正当防卫限制为制止正在进行的不法侵害之行为。例如,丈夫长期在家中妻子进行虐待欺凌,若妻子无奈之下趁丈夫熟睡之机将之刺伤,恐怕便也应构成正当防卫。但这并不符合刑法对于防卫时间的规定。另一方面,不法侵害人并未侵犯第三人的权益,其与第三人之间的平等关系也未受到干扰,由此,双边模式则难以说明,为何第三人可以为了被害人的利益而实行正当防卫。

(二)二元论的立场

1. 学说主旨

前文论述表明,单纯从个人主义视角难以论证正当防卫的合法性。因此,二元论的诠释路径尝试将个人主义与超个人主义视角结合起来,用以解释正当防卫的正当化根据及防卫权限的范围。其认为,防卫人通过实施防卫行为不仅保护了公民个人的法益,也在国家不能及时采取行动的情势中担当了对抗不法的任务,因而同时维护和确证了法秩序的有效性。据此,正当防卫的本质应由两个基本要素共同决定:个人保护原则和法秩序维护原则(又称为“法保护原则”或者“法确证原则”等)。这种二元论诠释路径是当今德国学界^[50]与司法判例^[51]的通说。近年来,我国欧阳本祺、^[52]劳东燕、^[53]王剑波^[54]等论者也开始主张二元论的见解。

2. 法秩序维护之辨

二元论诠释路径在个人权益保护之外,还强调法秩序维护这一超个人主义因素。虽然我国的传统见解普遍承认,正当防卫可以鼓励和支持公民与不法侵害作斗争,“维护社会主义法制”,^[55]其是一种“法制宣传和法制教育”,对意欲违法犯罪的行为人也是一种警告,“能够有效地遏制违法犯罪行为的发生”,^[56]从而实质地肯定了正当防卫具有预防不法侵害、维护法秩序的功能。^[57]但是,近年来却也有部分论者认为,从法秩序维护的角度诠释正当防卫的正当性依据有失妥当。^[58]法秩序维护说意味着绝对的国家观,会导致将正当防卫等视为刑罚,

[50] Vgl. Otto, Grundkurs Strafrecht - Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl., 2004, § 8, Rdn. 17.

[51] Vgl. BGHSt 48, 207 (212).

[52] 参见欧阳本祺:“正当防卫认定标准的困境与出路”,《法商研究》2013年第5期,第124页。

[53] 参见劳东燕,见前注[8],第1331—1339页。

[54] 参见王剑波:《正当防卫正当化的根据及其展开》,对外经济贸易大学出版社2010年版,第97页。

[55] 参见苏惠渔主编:《刑法学》(第6版),中国政法大学出版社2016年版,第105页。

[56] 参见刘宪权主编:《刑法学》(第4版),上海人民出版社2016年版,第175页。

[57] 参见王政勋:“论正当防卫的本质”,《法律科学》2000年第6期,第96页。

[58] 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56—71页。张明楷并非完全否定正当防卫维护法秩序的功能,而是主张应将法秩序维护的因素纳入决定防卫限度的整体利益权衡中进行综合考察。

还隐含着将防卫对象扩张至无辜第三人的危险。^{〔59〕}对此,本文持不同见解,认为在我国的法秩序中,应当承认正当防卫具备维护法秩序有效性的功能。

首先,法秩序维护说并不意味着必然采取绝对的国家观。现代意义上的法秩序维护说已不再主张正当防卫旨在维护抽象的国家利益,而是认为正当防卫通过对不法侵害的反击,不仅迫使不法侵害人遵从法秩序,而且吓阻了潜在不法侵害人,强化国民对于法秩序有效性的信赖,^{〔60〕}从而维护了法秩序的经验有效性和社会共同生活的和平基础。^{〔61〕}其更多地是在强调正当防卫预防不法侵害、捍卫法秩序的功能,^{〔62〕}与集权主义的绝对国家观并无关联。

诚然,有论者认为,正当防卫的预防功能只不过是毫无根据的臆测。^{〔63〕}德国学者的调查显示,绝大部分德国公民其实并不知道《德国刑法》中的正当防卫制度赋予了防卫人极大的防卫权限,^{〔64〕}既然如此,也就不能认为正当防卫制度能够有效地吓阻潜在不法侵害或者鼓励被侵害人奋起反击。^{〔65〕}此外,刑罚作为国家对公民权利最为严厉的干涉,其威吓效果本就尚存疑问,相比之下,便不应认定正当防卫能够达到消极预防的目标。^{〔66〕}但是在本文看来,这些否定见解其实并不成立。

一方面,法律规范预防功能的实现其实并不以规范接受者能够准确地理解相应法律制度为前提。譬如,虽然绝大部分国民无法精准把握盗窃、诈骗、贪污等常见罪名的构成要件与法定刑,但其却同样会基于对刑罚的恐惧放弃实施相应行为。这就已经体现出了刑法的消极预防功能。又如,鲜有普通国民能够详细了解刑法中有关中止犯的规定,但是,人们却都大体知道,如果自愿放弃实施犯罪行为,便可能得到从宽处理。《刑法》第24条第2款的规定与这种观念相契合,于是具备了鼓励行为人放弃犯罪的引导功能。同理,普通国民原本也不可能明确知道正当防卫的前提条件、限度范围与法律后果。但是,人们可以凭借朴素的正义观了解到,当自己面对不法侵害时,应当可以采取相应措施进行反击。而正当防卫制度即是法律对这种朴素正义观的确认,其本身也可以增强国民对法秩序的认同感,鼓励国民实行防卫。相反,若刑法禁止正当防卫,则势必导致不法侵害更为猖獗,致使合法权益无从获得保障,这显然是国民无法接受的结果。两相比较之下,正当防卫制度的预防效果可谓不言自明。

另一方面,通过与刑罚的对比也无法否定正当防卫的预防功能。实际上,正当防卫的消极预防效果完全可能更甚于刑罚。基于其国家制裁的本质,刑罚的实施以司法机关查明案件事实为前提,其范围和程度也具有较强的可预见性,这就为行为人规避刑罚制裁提供了条件。在

〔59〕 参见陈璇,见前注〔11〕,第124页。

〔60〕 Vgl. Bertel, Notwehr gegen verschuldete Angriffe, ZStW 84 (1972), S. 10.

〔61〕 Vgl. Kasiske, Begründung und Grenzen der Nothilfe, Jura 2004, S. 835.

〔62〕 Vgl. Krey, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 2. Aufl., 2004, § 12, Rdn. 424.

〔63〕 Vgl. Kargl, Die intersubjektive Begründung und Begrenzung der Notwehr, ZStW 110 (1998), S. 54 f.

〔64〕 Vgl. Amelung/Kilian, Zur Akzeptanz des deutschen Notwehrrechts in der Bevölkerung, FS—Schreiber, 2003, S. 5 ff.

〔65〕 Vgl. Seeberg, Aufgedrängte Nothilfe, Notwehr und Notwehrexzess, 2005, S. 48.

〔66〕 Vgl. Kroß (Fn. 30), S. 25. 亦可参见张明楷,见前注〔58〕,第58页。

正当防卫的场合,防卫人直接对不法侵害人进行反击,就不存在因无法查清案件事实而使不法侵害人免受恶害的可能。特别是,在侵害行为严重危及被侵害人的生命、身体法益时,被侵害人对不法侵害人进行防卫反击的概率远高于不法侵害人事后遭受刑罚的概率。由于防卫的方式与强度主要取决于防卫人,不法侵害人也难以预估防卫行为对自身权益造成的损害,更无从通过法律程序降低防卫行为造成的损害程度。例如,行为人实施普通强奸行为的,依据《刑法》第236条第1款之规定,可以预见自己最多只会被判处有期徒刑。但若其在强奸时遭遇他人的正当防卫,就完全可能受到人身伤害,而且,司法机关事后也还是会追究其强奸未遂的刑事责任。由此可见,正当防卫其实可以对不法侵害人造成相比刑罚更为严重的损害。正因如此,德国1962年立法草案才明确承认:“正当防卫权能够有效地普遍吓阻不法行为的实施。”〔67〕

其次,不能认为强调正当防卫的预防功能就难免将正当防卫视为对不法侵害人的刑罚。虽然刑罚具有预防功能,但这并不意味着,任何具有预防功能的法律制度都是刑罚。譬如,民法中的不法原因给付制度旨在增加不法给付者的交易风险,〔68〕以达到吓阻不法给付行为的预防效果,〔69〕但却没有学者会认为其属于刑罚。同理,肯定正当防卫能够通过预防不法侵害维护法秩序的有效性,也并非视其为刑罚。虽然同样是维护法秩序,正当防卫与刑罚发挥预防功能的方式却存在巨大差异。正当防卫旨在事前制止不法侵害人对法秩序的侵犯,属于风险预防措施;而不是像刑罚一样,在犯罪行为已经动摇了法秩序的有效性之后,才事后介入其中恢复公众对于法秩序的信赖。在此意义上,“防卫权……具有不同于刑罚权的特性”。〔70〕正是基于正当防卫的这种特性,在不法侵害结束之后才采取的措施,即便其具有维护法秩序有效性的效果,也不能构成正当防卫。

再次,法秩序维护说本身并不会将防卫对象的范围扩大到无辜第三人。唯有从功利主义的优越利益原则出发,才可能基于维护法秩序的重大价值,得出可以将防卫对象扩展至无辜第三人的结论。这也恰是我国相关论者的论述逻辑。〔71〕然而,只要摒弃功利主义的立场,法秩序维护说就绝然不会认为针对无辜第三人的措施也可以构成正当防卫。因为,针对无辜第三人的行为从语义上就不可能再被认定为“防卫”行为,其并非对不法侵害的反击,不可能维护法秩序的有效性。论者此处对法秩序维护说的批评与其说是体现了法秩序维护说的不足,还不如说是揭示了功利主义立场的本质缺陷。

最后,鉴于我国刑事立法的特点,也不应否定正当防卫维护法秩序的功能。德国学者之所以经常质疑法秩序维护说,是因为《德国刑法》第32条第2款将正当防卫意义上的不法侵害限制为了对个人权益的侵犯。若立足于法秩序维护说理解正当防卫的正当性依据,由于对侵犯超个人法益的行为所进行的反击也同样具有维护法秩序的效果,难以将其排除在正当防卫的

〔67〕 Vgl. BT-Drucks. IV/650, S. 157.

〔68〕 参见王钢:“不法原因给付与侵占罪”,《中外法学》2016年第4期,第931—932页。

〔69〕 Vgl. Schwab, in: Münchener Kommentar BGB, Band 5, 6. Aufl., 2013, § 817, Rdn. 9.

〔70〕 参见陈兴良:“论无过当之防卫”,《法学》1998年第6期,第33页。

〔71〕 参见陈璇,见前注〔11〕,第125页。

范围之外,便会导致与刑法规定的矛盾。^[72]相反,我国《刑法》第20条第1款明确将“国家、公共利益”列为了正当防卫的保护对象,并没有排除为保护超个人法益而实施正当防卫的可能性。因此,在我国反而需要强调正当防卫维护法秩序的一面,从而为保护国家和公共利益的防卫行为提供正当性依据。事实上,即便反对法秩序维护说的学者也会承认,保护国家、公共利益的正当防卫“显然不是个人保全原理可以说明的”。^[73]如果在正当防卫的正当性依据中完全摒弃维护法秩序的因素,恐怕就只能否定纯粹保护国家和公共利益的防卫措施可以构成正当防卫,从而违反刑法规定限缩正当防卫的成立、扩张可罚性的范围,违背了罪刑法定原则。

3. 二元论的缺陷

综上所述,在我国不能否定法秩序维护说,并进而否定二元论的立场。当然,这并不意味着二元论本身没有缺陷。在本文看来,二元论最大的问题在于,难以理顺个人保护与法秩序维护两大基本原则的内在关联。

首先,绝大多数持二元论的学者都主张,个人保护原则与法秩序维护原则处于并合关系,认定正当防卫要求防卫行为同时满足两个原则。^[74]譬如,罗克辛就明确指出:“每次通过正当防卫阻却违法时,都必须由个人保护原则和法秩序维护原则共同发挥作用。”^[75]与此相应,但凡在具体个案中,防卫人的行为不能起到维护公民个人权益的效果,或者欠缺维护法秩序的功能,就应当否定正当防卫的成立。^[76]同时,由于个人保护原则与法秩序维护原则在观察视角和基本立场上均存在差异,诸多持二元论的学者又都承认,两个原则相互之间存在对立的紧张关系。^[77]然而,一方面肯定两个原则之间存在对立关系,另一方面却又将两个原则统合起来,共同奠定正当防卫的合法性依据,这种理论路径的合理性本身就令人怀疑。在不同的出发点和侧重点之下,个人保护原则和法秩序维护原则与其说能够合力诠释正当防卫的正当性,毋宁说二者之间更多地是产生拮抗作用,相互削弱对方在论证正当防卫合法性时的功效。

其次,二元论虽然认为正当防卫由个人保护和法秩序维护两方面的因素决定,但却经常未将这种理论立场贯彻到具体的案件中。譬如,在被侵害人可以轻易通过退避免受不法侵害时,持二元论的学者也同样认为,被侵害人可以就地进行反击,^[78]从而仅基于法秩序维护原则肯定了正当防卫的成立。^[79]又如,持二元论的学者往往认为,被侵害人在面对无责任能力者的攻击,或者在面临自己过失引起的不法侵害时,由于此时维护法秩序的必要性极低,被侵害人须首先尝试退避不法侵害。只有在无法退避时,才能出于保护被侵害人个人权益的需要,允许

[72] Vgl. Erb, in: Münchener Kommentar StGB, Band 1, 3. Aufl., 2017, § 32, Rdn. 16.

[73] 参见张明楷,见前注[58],第53页。

[74] Vgl. van Rienen, Die „sozialethischen“ Einschränkungen des Notwehrrechts, 2009, S. 140.

[75] Vgl. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 4. Aufl., 2006, § 15, Rdn. 3.

[76] Vgl. Krause, Zur Einschränkung der Notwehrbefugnis, GA 1979, S. 332.

[77] Vgl. Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben, Zur Strafbarkeit der aufgedrängten Nothilfe, JuS 1999, S. 447.

[78] Vgl. Hinz, Die fahrlässig provozierte Notwehrlage unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, JR 1993, S. 356.

[79] Vgl. Engländer, Grund und Grenzen der Nothilfe, 2008, S. 30.

其防卫反击。^{〔80〕}但是,既然已经肯定在这些场合下几乎不存在维护法秩序的必要性,从二元论的立场出发,就应当否定成立正当防卫的可能。此时为何又能仅凭个人保护原则肯定被害人最终还是享有防卫权呢?^{〔81〕}再如,二元论往往否认保护超个人法益的行为可以构成正当防卫。不仅德国通说如是,^{〔82〕}我国部分主张二元论的学者也认为,只能为保护涉及个人法益的公共利益实行防卫。^{〔83〕}此即表明,二元论在确定正当防卫的保护对象时,并未真正考虑到法秩序维护原则的影响。

最后,在二元论的学说体系中,法秩序维护原则的必要性也很成疑问。虽然二元论原则上认为,法秩序维护原则与个人保护原则具有相同的重要地位,但是,绝大部分持二元论的学者们却又都极为强调个人保护原则的重要性;认为对个人权益的保护才是“正当防卫制度的基石”,防卫行为对法秩序的维护必须通过对个人权益的保护得以体现。^{〔84〕}据此,法秩序维护原则就难免沦为对个人保护原则的补充,只有在纯粹依据个人保护原则难以论证防卫行为的正当性时,才辅之以法秩序维护原则,确保防卫行为的正当化。在这个意义上,法秩序维护原则虽然名义上是与个人保护原则“同等重要的第二个正当防卫原则”,^{〔85〕}但其在认定正当防卫时的实际意义却远逊于后者。事实上,在主张二元论的学者中,也确实鲜有论者认为应将法秩序维护原则置于决定性地位。早先的二元论之所以要求在正当防卫中考虑法秩序维护原则,经常是为了确保防卫行为所保护的利益原则上大于所损害的利益,从而将正当防卫与紧急避险区分开来。^{〔86〕}然而,如前所述,功利主义防卫论存在缺陷,德国学界当前的主流见解也已经不再基于优越利益原则理解正当防卫的合法性根据。既然如此,法秩序维护原则在二元论中是否真的具有与个人保护原则相同的重要性,以及其是否仍然具有实质意义,也就成为了问题。

诚然,现今持二元论的学者们往往主张,虽然个人保护原则是正当防卫的根基,但是法秩序维护原则也仍然具有刑事政策和一般预防的意义,其能够根据个案的特殊情形对公民个人权利的保护范围予以调节。法秩序维护原则决定了被侵害人无需退避不法侵害,无需严格遵从利益权衡原则;也决定了被侵害人在面临自己过失引起的不法侵害,或者在面对无责任能力者的攻击或极为轻微的法益侵害时,不得以过于严厉的手段进行反击。^{〔87〕}这些结论固然具有合理性,但问题是,为何法秩序维护原则在确定正当防卫的保护对象等其他许多方面都没有受到重视,却偏偏能在这些方面超越个人保护原则而发挥决定性作用呢?这难免令人怀疑,持二元论的学者们其实不过是先入为主地认定了“理想”的防卫界限,再分别利用个人保护原则

〔80〕 参见劳东燕,见前注〔8〕,第1336—1337页;欧阳本祺,见前注〔52〕,第125页;徐梦萍、王剑波:“论防卫挑拨的类型及其处理原则”,《辽宁大学学报(哲学社会科学版)》2013年第5期,第124页。

〔81〕 Vgl. *Bitzilekis*, Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts, 1984, S. 49 f.

〔82〕 Vgl. BGHSt 5, 245 (247); BGH NJW 1975, 1161 (1162).

〔83〕 参见劳东燕,见前注〔8〕,第1334页。

〔84〕 Vgl. *Jescheck/Weigend*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 337.

〔85〕 Vgl. *Dilcher*, Besteht für die Notwehr nach § 227 BGB das Gebot der Verhältnismäßigkeit oder ein Verschuldenserfordernis? FS—Hübner, 1984, S. 446.

〔86〕 Vgl. *Lenckner*, Gebotensein und Erforderlichkeit der Notwehr, GA 1968, S. 3.

〔87〕 Vgl. *Roxin*, Die „sozialethischen Einschränkungen“ des Notwehrrechts, ZStW 93 (1981), S. 76 f.

和法秩序维护原则在不同情形下得出自己想要的结论而已。

三、整体性二元论的提出

综上所述,学界目前对正当防卫之正当性依据的各种诠释均难以令人满意。在本文看来,正当防卫的正当性依据在于,其是理性人普遍认同、具有可普遍性的行为规则。在此基础上,正当防卫既具有个人保护的效果,也具有维护法秩序有效性的功能。当前学界所主张的二元论将个人保护原则和法秩序维护原则视为存在内在对立紧张关系的两个独立原则,而本文则认为,这两个基本原则其实具有共同的理论基础,构成协调统一的整体。在这个意义上,当今学界所主张的二元论可谓是对立性二元论,本文的立场则可以被称为整体性二元论。

(一)正当防卫的个人保护之维

1. 正当防卫与自由权利的关系

正当防卫的合法性依据首先在于对公民个人权利的保护。与德国和日本刑法相似,我国1905年《刑律草案(稿本)》第50条第1款就已经明确将公民的个人权利列为正当防卫的保护对象。^[88]虽然在随后百余年间,我国刑法多次发生变更,但正当防卫的这种个人保护立场却一直延续至今。在学理上,康德的法权哲学是将正当防卫与个人权利保护相联系的典型代表。众所周知,康德认为法秩序的目的与任务在于界分公民的外在自由领域并保障其自由权利。与此相应,“不法”就是指行为侵犯或者违反了其与被害人之间外在的、基于实践理性而成的自由关系,“任何对符合普遍法则之自由的妨碍,即为不法。”针对侵犯自由的不法行为进行反击,恰是对自由权利的保障,因而属于合法的强制行为。这种反击维护了法律对自由意志的界分,是公民享有的最神圣的权利。^[89]由此可见,在康德的学说体系中,“制止不法的强制行为是正当行为”这一结论与自由权利的定义之间存在紧密的内在联系。其是基于“否定之否定”的思想,从自由权利的定义中引申而来的结论;认为符合普遍法则的自由是权利,对这种自由的妨碍则为不法,制止不法的行为又捍卫了权利,故而具有正当性。^[90]在这个意义上,正当防卫与自由权利如影随形,符合普遍法则的自由权利必然使得捍卫自身的防卫行为合法化。类似地,陈兴良也正确指出,正当防卫权本质上是基于自由权利而产生的派生权,“本人或者其他人的身和其他权利是原权,当这些权利受到正在进行的不法侵害的时候,就派生了正当防卫权。从这个意义上说,正当防卫权也是一种救济权。”^[91]

2. 自由权利的基础与范围

康德与陈兴良关于正当防卫与自由权利之内在关系的洞察无疑是正确的。但与此相伴而来的问题是,应当如何论证和界定公民个人的自由权利。本文认为,自由权利并非客观的先验

[88] 参见赵秉志、陈志军编:《中国近代刑法立法文献汇编》,法律出版社2016年版,第16页。

[89] Vgl. Küper, „Es kann keine Not geben, welche, was unrecht ist, gesetzmäßig machte“ - Immanuel Kants Kritik des Notrechts, FS-Wolff, 1998, S. 293.

[90] 参见(德)康德:《法的形而上学原理》,沈叔平译,商务印书馆1991年版,第41页。

[91] 参见陈兴良:《正当防卫论》(第3版),中国人民大学出版社2017年版,第25页。

定在,其总是理性主体相互利益协调的结果。在这种利益协调过程中所形成的,所有理性主体都能普遍认同、旨在界分不同主体间权利范围的规范,就是具有正当性的普遍法则。而权利人根据这种普遍法则所享有的利益,就属于其自由权利。

罗尔斯关于原初状态和无知之幕的假设,可以合理地解释理性人之间就自由权利和行为规范达成共识的过程。为了在社会成员间公平地分配社会基本利益,罗尔斯假定所有的协商参与者都处在一种“无知之幕”的背后;他们虽然具备基本的正义观念,但却不知道一切与自己的能力、社会地位和身份相关的具体事实。^{〔92〕}同时,无知之幕下的人们仍然具有健全的理性,其虽然出于自利的动机追求自身权益的最大化,但却不会铤而走险博取自己可能获得的最大利益,而是审慎地力求在最坏的情况下获取最佳的结果。这就是“最大最小值规则”。^{〔93〕}基于这些理论设定,自利的理性人会普遍认同“人人平等享有自由权利”的基本规则,并在此基础上承认正当防卫的合法化,析言之。

首先,无知之幕背后的理性人在协商关于自由权利的分配规则时,虽然会出于自利的本性希望使自己享有最广泛的自由权利,但是其也会认识到,如果所有人都主张自己享有一切权利,就必然会导致彼此间的权利无法相互协调,造成“每一个人对每个人的战争”。^{〔94〕}由于无知之幕的阻隔,每个理性人都无从预测自己在这种战争状态中居于何种地位。基于“最大最小值规则”,为避免满盘皆输的困境,理性人在此时的决策中便不会赞同“人人都享有一切权利”这种风险过高的方案,而是会要求限制对自由权利的主张。然而,在协商对自由权利的限制时,出于自利的本性,任何理性人又都不可能赞同使自身自由权利受到相比他人更多限制的方案。此时,原初状态中的理性人们一方面必须就权利分配方案达成共识,以避免陷入战争状态;另一方面任何人又都无法主张享有相比他人更多的权利,于是便只能接受“人人平等享有自由权利”的基本规则。据此,无知之幕背后的理性人都承诺尊重他人的自由权利,同时换取他人对自己平等自由权利的认可,这种为所有理性人都接受的权利分配规则便具有了可普遍性和正当性。

其次,在商定权利分配规则之后,理性人便会进而要求对之予以维持,以保障自己在现实生活中能切实享有应有的权利。但是,恰如洛克所言,依靠公民自己维护自由权利,存在诸多不足。譬如,如此就缺少一种既定的、稳定的、人所共知的法律作为人们共同的是非标准与裁判纠纷的共同尺度,缺少有权依照既定法律来裁判纠纷的权威且公正的裁判者,也缺少权力来确保判决的执行。^{〔95〕}为克服这些缺陷,原初状态中的理性人原则上会赞同由国家机关来承担维护自由权利的职权,从而认同国家的暴力垄断。^{〔96〕}不过,其也能预见,在现实生活中,国家不可能在任何时候都能够有效制止对自由权利的侵犯。当国家在紧急状态中力有不逮时,理性人当然不会

〔92〕 See J. Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1971, p. 137.

〔93〕 参见何怀宏:《公平的正义》,山东人民出版社2002年版,第148页。

〔94〕 参见霍布斯,见前注〔22〕,第95页。

〔95〕 参见洛克,见前注〔21〕,第113页。

〔96〕 Vgl. Engländer (Fn. 79), S. 160 f.

忍受自己的自由权利受到损害,其必然会要求可以对不法侵害进行反击,通过正当防卫来保护自身权益。正是在这个意义上,正当防卫的规则与公民的自由权利之间存在功能性的内在联系,其所体现的正是自利的理性人捍卫自身利益的必然诉求。与之相应,正当防卫便能在原初状态下获得理性人的普遍认同,成为可普遍化的、旨在维护自由权利的正当行为规则。这种理性人的普遍承认,就构成了正当防卫的正当性根据,使其成为了合法化事由。

(二)正当防卫对法秩序的维护

立足于理性人的普遍同意来理解正当防卫的正当性依据,也同样可以解释正当防卫保护超个人法益、维护法秩序的功能。因为,原初状态中的理性人在就自由权利的分配原则达成一致之后,必然会要求设立法律制度和行为规范来确认和维护权利分配的方案。事实上,理性人所能采取的最有效地维护自身自由权利的方式,也只能是设置并要求所有人都遵循相应的法律制度和规范,从而确保任何人都不得恣意侵入他人的权利领域。在这个意义上,这些法律制度和行为规范正是作为对理性人个人自由权利的前置保护而获得理性人的普遍认同,并因此被纳入正当防卫的保护范围。

刑法中的一元个人法益概念,也可以佐证本文的立场。虽然一般认为,刑法中的法益可以区分为个人法益和超个人法益两大类,但是,在一元的个人法益概念之下,二者并无本质差异。^[97] 因为,在现代法秩序中,刑法的任务在于保护公民人格发展不可或缺的外在条件,也即法益。这些条件当然包括例如生命、身体、财产等个人权益,但是,为保障这些权益的安全,却也同样需要对国家和社会秩序予以维持。诚如罗克辛所言,“法益包括所有对于个人的自由发展与基本权利之实现,以及对于为实现此目标而设立之国家体系的运作所必不可少的现实存在或目的预设”。^[98] 换言之,超个人法益作为保障公民个人法益的条件而为刑法所承认,并因此与个人权益之间存在密不可分的内在联系。相比个人法益而言,超个人法益只是不能被还原成某个或者某些具体公民的个人权益而已。在旨在维护公民权益这一点上,二者并无不同。据此,个人法益与超个人法益并非迥然对立的两极,二者共同承担着保护公民个人权益、促进公民人格自由发展的基本功能。

基于这种考虑,原初状态中的理性人为了确保自己能切实享有应得的自由权利,便也会要求维护国家、公共利益等超个人法益,从而前置性地杜绝对自身权利的危险。譬如,理性人会考虑到,若不能维持有效的国(边)境管控体制,就难以控制人口与物资跨国(边)境流动,可能导致外来人员挤占国内资源、妨害社会安定,或者导致国内资源过度流往境外,从而妨碍自己行使自由权利。因此,其便会要求制止妨害国(边)境管理的违法行为。又如,在无知之幕的背后,理性人也必然会要求维护职务行为的不可收买性,禁止国家工作人员收受贿赂。否则,其在现实生活中就可能因国家工作人员收受了他人贿赂而遭遇不公正的对待,难以充分实现自己的自由权利。再如,为维持良好的生存条件,维护自身的生命和身体健康,理性人也会要求保护环境法益,禁止破坏环境资源的行为。^[99] 由此可见,不论是国(边)境管理秩序,职务行

[97] Vgl. Rönnau, Der strafrechtliche Rechtsgutsbegriff, JuS 2009, S. 211.

[98] Vgl. Roxin (Fn. 75), § 2, Rdn. 7.

[99] Vgl. Rengier, Strafrecht Besonderer Teil, Band II, 14. Aufl., 2013, § 47, Rdn. 9 f.

为的不可收买性,还是自然环境资源,虽然表面看来均是与个人无关的国家和公共利益,但却也仍然因为能够保障个人权利而在原初状态中受到理性人的普遍认同。既然如此,原初状态下的理性人便没有理由否定旨在保护国家和公共利益的正当防卫。此时的防卫行为虽然未必能直接保全理性人的个人权益,但却捍卫了间接维护其自由权利的法律制度和行为规范的经验有效性,最终仍然有利于为理性人的自我发展创设良好的外在制度条件。在国家无法及时介入的紧急情况下,与其放任不法侵害人损害国家和公共利益,允许防卫人对之进行反击显然是更能从根本上保障个人权利的方案。据此,理性人赞同为维护国家和公共利益进行正当防卫,其原因其实与防卫个人权益的场合并无本质差异。

四、防卫限度之确定

从理性人普遍同意的角度理解正当防卫制度的正当性,在认定防卫限度时,就应当采纳必需说的立场,贯彻“权利无需向不法让步”之原则。只是在部分特殊场合中,才应对防卫权限予以一定限制。

(一)权利无需让步之原则

1. 必需说的学理论证

前文的论述表明,正当防卫的正当化依据在于捍卫公民的自由权利。为达此目的,正当防卫不仅对公民的个人法益提供直接的保护,同时还禁止对超个人法益的不法侵害,通过对法秩序有效性的维护消除对公民自由权利的潜在威胁。基于正当防卫与自由权利之间的内在联系,在判断防卫行为的必要限度时,就应以必需说为标准。因为,出于自利的本性,原初状态中的理性人不可能再轻易放弃自己根据共同的权利分配规则所享有的自由权利,其必然会要求对侵入自身权利领域的不法侵害予以一切必要的反击。至于这种反击对不法侵害人造成了何种损失,则非自利理性人关切的重点。这种自由权利的不可侵犯性使得正当防卫的必要限度仅取决于制止不法侵害的客观必要性,而无需顾及对不法侵害人的损害、为利益衡量所限制。恰如德国学者贝尔纳(Berner)所言:“权利无需向不法让步”,“正当防卫意味着,任何权利都可以针对任何不法无条件地进行自我保护”。^[100]

在“权利无需向不法让步”之原则下,对于防卫限度的认定,需注意以下几点:首先,被侵害人在面对不法侵害时不负有容忍或退避的义务,即便退避举措能够更为有效地保全被侵害人的法益,也同样如此。这是权利不可侵犯性的直接体现与当然结果。若法秩序要求权利人避让不法侵害,就至少限制了权利人的行为自由,造成了其自由权利的减损。如此既无法吓阻潜在的不法侵害,也会危及法秩序的经验有效性,间接地威胁到公民的自由权利。考虑到这些因素,原初状态中的理性人为了尽可能保全自身的自由权利,便不会认同被侵害人在面临不法侵

[100] Vgl. Berner, Die Notwehrtheorie, Archiv des Criminalrechts 1848, S. 554. “权利无需向不法让步”的论断见于该文第 562 页。虽然刑法学界一般将贝尔纳的这一论断译为“法无需向不法让步”,将其视为法秩序维护说的名言,但仔细研读贝尔纳的原著就不难发现,其实际上是在权利不容侵犯的意义上做出了这一论断,故较为妥当的译法应当是“权利无需向不法让步”。

害时应当负担退避义务。

其次,权利无需向不法让步,并不意味着防卫人可以采用任何措施对抗不法侵害。尽管不法侵害人威胁到了他人权益,但其却并不因此丧失自身的全部自由权利,故不能全面免除防卫人尊重不法侵害人自由权利的义务。相应地,防卫人只能在制止不法侵害的必要限度内对不法侵害人进行反击。个案中,应当根据案发时的环境与形势,基于不法侵害人与防卫人的力量对比以及防卫人客观上所能选择的防卫手段等客观事实,判断防卫行为是否属于有效制止不法侵害所必需的措施。原则上,若防卫人能以较为轻微的方式有效制止不法侵害,便不得以严重损害不法侵害人利益的手段进行防卫。防卫行为应当是在行为时可供防卫人选择的、相对最缓和的防卫方式。^[101]当然,原初状态中的自利理性人之所以赞同正当防卫的规则,是为了妥善保全自身的自由权利,而非尽量照护不法侵害人的利益。因此,在个案中判断防卫行为是否属于必需的、相对最缓和的防卫措施时,必须以防卫人确实能够确定、有效地制止不法侵害为前提。换言之,防卫人无须冒着防卫失败的风险选择虽然对不法侵害人造成的损害较小,但却可能无法有效制止不法侵害的防卫手段。当较为轻微的防卫方式可能无法实现防卫目的时,防卫人可以采取对不法侵害人造成更大损害的措施确定地制止不法侵害。^[102]正当防卫的正当性依据决定了,对于防卫行为的必需限度,应当从极大有利于防卫人的角度进行宽松的把握。在个案中,除非防卫行为确实显著地超出了制止不法侵害所必需的程度,否则就应当肯定其符合防卫限度的要求。

最后,只要防卫行为确属制止不法侵害所必需的措施,便应当肯定其必要性,不能再基于优越利益原则对之进行限制。防卫行为虽然应当是个案中相对最缓和的手段,但这只是表明,防卫人在拥有多种均能确定地制止不法侵害的防卫手段时,应当从中选取对不法侵害人造成损失“相对”较小的措施,而并不意味着防卫行为只能对不法侵害人造成轻微的损害。特别是,若防卫人在个案中仅能通过某种特定的防卫措施制止不法侵害,那么,即便这种防卫措施对不法侵害人造成了极为严重的损害,也应当肯定其构成正当防卫。

2. 与刑法规定的协调

本文的立场也与我国的刑事立法相契合。我国《刑法》第20条第2款规定:“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。”据此,唯有在防卫行为超出必要限度,并且造成了重大损害时,才能认定防卫过当。个案中,若防卫行为客观上确属制止不法侵害的必要措施,那么,即便其对不法侵害人造成了极为严重的损失,也不能认定其构成防卫过当。这就正如周光权指出的:“只要防卫行为没有‘明显超过必要限度’的,即无需再进行利益衡量,就可以否定防卫过当。”^[103]因此,《刑法》第20条第2款的规定其实体现了必需说的主旨。我国部分论者认为,依必需说的立场,当防卫行为超过必要限度但却没有造成重大损害时,就既不

[101] Vgl. Rönau/Hohn, in: Leipziger Kommentar StGB, Band 2, 12. Aufl., 2006, § 32, Rdn. 166 ff.

[102] 德国通说亦如此。Vgl. BGH GA 1968, 182 f.; BGH NStZ 1981, 138.

[103] 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10页。

构成防卫过当也不构成正当防卫,故必需说与我国刑法的规定并不协调。^[104] 本文对此持不同见解。与德国刑法不同,我国《刑法》第20条第2款规定,只有当防卫行为“明显”超过必要限度时,才能否定正当防卫的成立。若防卫行为没有造成重大损害,便不宜认为其“明显”超过了必要限度,此时仍应肯定防卫人构成正当防卫。因此,《刑法》第20条第2款只是表明,在我国依据必需说认定防卫行为的必要限度时,应当采取比德国更为宽松的标准,其与必需说之间并无实质冲突。

《刑法》第20条第3款之规定也不构成对必需说的障碍。我国学界经常将该款规定称为“无过当防卫”或者“无限防卫”,认为其是正当防卫的特殊类型。^[105] 许多司法判例也正是基于该款规定认为,只有在制止严重危及人身安全的暴力犯罪时,才允许以造成不法侵害人伤亡的方式进行防卫;为防卫其他不法侵害而造成不法侵害人伤亡的,就构成防卫过当。^[106] 本文难以赞同这种见解。在本文看来,《刑法》第20条第3款并非针对防卫限度的特殊规定,其本质上属于对防卫限度的注意规定。^[107] 立法者深感我国司法实务对于正当防卫的把握过于严苛,故通过该款规定提醒司法人员,为制止严重危及人身安全的暴力犯罪而实行防卫的,即便造成了不法侵害人伤亡,也仍然可能构成正当防卫。相反,将该款规定理解为对正当防卫的特殊规定或者说法律拟制,则是不妥当的。因为实际上,即便在制止严重危及人身安全的暴力犯罪时,防卫行为也仍然存在过当的可能性。譬如,甲发现乙正在实施暴力企图强奸被害人,虽然明知仅需对乙造成轻微伤害即可制止其不法侵害,但却直接将乙杀死。此时甲的行为就明显欠缺必要性,难以认定其构成正当防卫。由此可见,《刑法》第20条第3款的规定其实并未实质性地更改对于防卫行为必要性的判断,将该款规定理解为“无过当防卫”并不准确。既然该款只是对防卫限度的注意规定,其就并不意味着只有在制止严重危及人身安全的暴力犯罪的场合,才允许防卫人以造成不法侵害人伤亡的方式进行防卫。防卫人在别无选择的情况下,以造成不法侵害人伤亡的方式防卫财产、自由等法益的,也有构成正当防卫的余地。这也是防卫限度必需说的必然结论。

我国司法实务也部分地体现出了与本文相同的立场。譬如,2015年3月2日最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见》(法发〔2015〕4号)第19条指出,“应当以足以制止并使防卫人免受家庭暴力不法侵害的需要为标准”,认定对家庭暴力的防卫行为是否明显超过必要限度,从而采纳了必需说的见解。又如,在佛山市中级人民法院于2009年判决的一起案件中,莫宗壮、庞成贵与庞成添合谋于凌晨时分对龙女士进行抢劫。当龙女士驾驶私家车从车库出来时,庞成添与庞成贵上前分别敲碎汽车两边的玻璃,庞成添用手拉扯住龙女士的头发,庞成贵则抢走龙女士放在副驾驶座的装有8万余元现金的

[104] 参见张明楷,见前注〔58〕,第62页。

[105] 参见陈兴良,见前注〔70〕,第33页。

[106] 参见河北省沧州市中级人民法院(2016)冀09刑终166号裁定书;福建省莆田市中级人民法院(2016)闽03刑终260号裁定书;浙江省温州市龙湾区人民法院(2014)温龙开刑初字第141号判决书;浙江省绍兴市越城区人民法院(2009)绍越刑初字第753号判决书。

[107] 与本文相似的见解,参见曲新久:《刑法学》(第4版),中国政法大学出版社2017年版,第128页。

手袋。得手后,莫宗壮即启动摩托车搭载庞成添和庞成贵逃跑。为追回财物,龙女士驾驶汽车紧追不舍,最终将三人所乘摩托车撞倒,致庞成添当场死亡。本案主审法官认定龙女士构成正当防卫。^[108] 该判决结果也与必需说相契合。在案发当时的情况下,龙女士独自一人,对方则是驾乘摩托车快速逃跑的三名男性犯罪行为人,考虑到双方人数、性别的对比以及龙女士客观上所拥有的防卫条件,其驾车撞击庞成添等人是当场挽回财产损失的唯一防卫手段,故应肯定其构成正当防卫。

(二)对正当防卫的目的性限缩

若完全恪守“权利无需向不法让步”之原则,就应当承认对于一切不法侵害均能以客观上所必需之防卫措施予以回击。纵然不法侵害所威胁的权益极其轻微,而防卫行为对不法侵害人造成的损失极为巨大,也同样如此。^[109] 然而,在现代法秩序中,如此僵化地坚持“权利无需向不法让步”,却也会造成诸多难以接受的结果。因此,刑法学理往往又会在特定场合下限制防卫人的防卫权限。譬如,当防卫行为所损害的法益不成比例地远大于所保护法益时,刑法学界普遍否定正当防卫的成立。德国判例认为,质权人为制止侵害人非法取走自己享有质权的一只母鸡,以斧子劈砍后者头部致其重伤的,不构成正当防卫。^[110] 同样,在日本,“为了几块豆腐而剥夺他人生命的行为,无论多么具有必要性,仍然被认为超过限度”。^[111] 又如,我国通说认为,在面对明显无责任能力的未成年人和精神病人所实施的不法侵害时,被侵害人的防卫权也应受到限制。此时其须首先尝试退避不法侵害,唯有在不能退避时,乃得实行防卫。^[112] 德国通说也持相同的立场。^[113] 如何解释这些对于防卫权的限制,就是防卫限度必需说不容回避的难题。本文认为,立足于理性人的普遍同意理解正当防卫的正当性依据,这些对防卫权的限缩便是正当防卫之正当化依据的必然要求。其只是表面上与“权利无需向不法让步”之原则相矛盾,实际上仍然可以与正当防卫保障公民自由权利的根本目的保持协调。

1. 所损害法益显失比例

以防卫行为所损害的法益不成比例地远大于所保护法益的情形为例。前文所述自利理性人就权利分配规则达成共识的过程表明,理性人虽然会要求捍卫自身的自由权利,却不会在任何时候都对自己的自由权利寸步不让。其主张自由权利,最终目的仍然在于确保自己享有充分发展人格与实现生活计划的外在条件,实现自身利益的最大化。当寸步不让地争取自由权利反而不能实现自身利益的最大化时,自利理性人就会选择部分放弃自由权利,换取在更长远的时间和更广阔的领域内更大程度地实现自身利益。正是基于这种深谋远虑,自利理性人才会愿意负担尊重他人权利的义务,以确保自己平等享有相同的自由权利。

基于同样的理由,原初状态下的自利理性人也会普遍认同,当防卫行为所造成的损害不成

[108] 参见陈笑尘、卢放兴:“女车主撞死劫匪之后”,《中国审判》2009年第5期,第46页。

[109] Vgl. Berner (Fn. 100), S. 579.

[110] Vgl. BayObLG NJW 1954, 1377 f.

[111] 参见(日)前田雅英:《刑法总论讲义》(第6版),曾文科译,北京大学出版社2017年版,第242页。

[112] 参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》(第8版),北京大学出版社、高等教育出版社2017年版,第133页。

[113] Vgl. BGHSt 3, 217 f.

比例地远超其所保护的法益时,应当否定正当防卫的成立。尽管原初状态下的理性人彼此冷漠,无意损害他人利益,同时,其还具有强烈的意愿遵循经由平等协商而确立的法律制度和行为规则,因为这些制度和规则原本就体现着其自身的利益。但是,自利的理性人却也要考虑到,无知之幕落下之后,自己在现实生活中难以绝对理性地行事,也有可能成为不法侵害人而承受他人的防卫行为。事实上,在现实生活中,人们即便决意遵循法秩序、恪守内心的规范障碍,也仍然可能因受诱惑或者在其他因素的影响下“以恶小而为之”,侵犯他人的微小权益。况且,在现代社会中,社会成员的利益相互交融、错综复杂,不论如何谨慎小心,过失损害他人较小权益的情形恐也无可避免。在这些情况下,理性人虽能认识到自己的行为确实有损他人权益,但出于自利的本性,其却也不愿仅因自己一时之失而遭受强烈的反击,造成自身重大法益的严重损失。由于无法避免在这些场合下成为不法侵害人的可能性,原初状态中的理性人们就会要求限制正当防卫的成立范围。当然,无知之幕背后的理性人也会想到,此时自己也完全可能处于被侵害人的位置上。但是,即便如此,限制防卫权导致其所付出的代价无非是损失部分轻微的利益而已。一方面可能处于不法侵害人的位置上,因遭受严厉反击而丧失重大的基本权益,另一方面则是处于被侵害人的位置上,损失部分轻微的利益。两相比较,前者显然是理性人更难以忍受的风险。因此,在所损害法益不成比例地远超所保护法益时须限制防卫权限,就会成为原初状态中理性人们的共识,从而成为可普遍化的正当原则。这种对正当防卫的限制在外观上表现为被侵害人为顾及不法侵害人的重大利益而放弃自身的轻微权利,因而也体现出了社会团结的理念。

由此可见,在防卫行为所损害法益不成比例地远超所保护法益时对防卫权予以限制,其实仍然是自利理性人为最大限度地维护自身权益精打细算的结果。也正因如此,这种对于正当防卫的限制仅在极端场合中才能成立,不能将其广泛适用于所损害法益大于所保护法益的情形。“所损害法益不成比例地远超所保护法益”意味着双方法益之间应当存在级别上的显著差异。此时所保护的法益原则上限于能够被轻易恢复的、价值轻微的财产法益,而所损害的法益则一般限于难以恢复的生命、身体等重大人身法益。唯有在此情形下,自利理性人才会为确保自身的重大人身权益万无一失而容忍自己的轻微财产法益遭受损害。若不法侵害威胁到了较大的法益,情形便完全不同。侵害人在故意侵犯他人较大权益时,必须逾越内心高度的规范障碍,而在社会生活中,只要尽到了一般性的注意义务,原则上也便难以对他人较大的法益造成威胁。因此,原初状态中的理性人完全可以相信,自己在现实生活中侵犯他人较大法益的可能性微乎其微,几乎不必担心自己因损害他人较大法益而遭受防卫反击。另一方面,理性人自身的较大法益遭受他人不法侵害的可能性却是现实存在的。出于自利的本性,其绝然不会忽视和容忍对自身较大法益的危险,必然主张可以对危及自身较大法益的不法侵害进行一切必要的反击。因此,当不法侵害危及他人并非价值轻微的财产法益和人身权益时,便不应再对防卫权予以限缩。

当然,对于“价值轻微”的财产法益的范围,难以精确界定。2017年德国居民人均可支配收入约为1.6万欧元,依德国判例,价值低于50欧元的财物,可以被认定为价值轻微。^[14]我

[14] Vgl. OLG Zweibrücken NStZ 2000, 536; OLG Hamm NJW 2003, 3145.

国同年的居民人均可支配收入约为 2.6 万元人民币,若参照德国的比例认定“价值轻微”之财物,可将“价值轻微”的上限设定为 100 元人民币左右。据此,当所保护的财产价值低于 100 元时,防卫人不得以造成不法侵害人伤亡的方式实行防卫。在防卫价值超出此限的财产法益和人身权益时,则应当贯彻必需说的立场,以制止不法侵害的客观必要性来判断防卫行为是否超出了必要限度。

2. 其他限缩防卫权限的情形

上文的分析表明,虽然理性人原则上愿意遵循原初状态中经平等协商达成的法律制度与行为规范,但在部分场合下,其却也无法绝然排除自己成为不法侵害人的可能。为避免此时遭受他人严厉反击、损失自身重大基本利益,理性人才会要求限制正当防卫的权限。实际上,除了上述所损害法益显失比例的情形之外,理性人在其他场合中也可能存在类似的忧虑,从而同样要求在这些场合中对防卫权予以限缩。

首先,在面对明显欠缺责任能力的精神病人和未成年人实施的不法侵害时,理性人会同意限制防卫权限。虽然自利的理性人为维护自身自由权利,也必然要求能够对无责任能力的不法侵害人进行反击,因此,不能将正当防卫中的不法侵害限定为违法且有责的侵害行为。但是,由于无知之幕的阻隔,原初状态中的理性人并不知道自身的社会地位和个人情况,其必须考虑到,在无知之幕落下之后,自己可能刚好患有精神疾病或者是未成年人。由于辨认控制能力上的缺陷,自己也可能难以有效控制自身行为,对他人合法权益造成威胁。为防止此时受到他人严厉的防卫反击,致使自身重大基本利益遭受无法恢复的严重损失,自利的理性人便会在无知之幕背后主张,在面对明显欠缺责任能力的不法侵害人时,被侵害人不得立即以对无责任能力人造成严重损失的方式防卫自身权益。此时被侵害人须首先尝试通过逃跑等方式免受侵害,只有当其无法退避,且无责任能力人的侵害行为又威胁到了其并非价值轻微的法益时,才允许被侵害人对无责任能力的不法侵害人进行反击。

其次,在防卫挑拨的场合,理性人也会认同对防卫权的限制。对于故意进行防卫挑拨的,固然应当否定其防卫权。在过失防卫挑拨的场合,即挑拨者并非企图假借防卫之名损害他人法益,却因自己不恰当的举动引起了他人对自己的不法侵害时,就不宜完全否定挑拨者的防卫权,但应对之予以限制。原因在于,一方面,无知之幕背后的理性人知道,不论自己在日常生活中如何谨小慎微,也难以杜绝因有失妥当的举止意外引起他人对自己进行不法侵害的可能性。此时,站在过失挑拨者的位置上,自利的理性人当然会希望能够通过正当防卫保障自己重要的基本权益不受损害,故而不会全面否定过失挑拨者的防卫权。但是,另一方面,理性人也必需考虑到,任何人在现实生活中总是会受到各种情绪的影响,即便自己具有遵守法律的意愿,也完全可能因受他人刺激或挑拨,一时激愤之下侵犯他人合法权益。由于难以排除自己成为不法侵害人的可能性,自利的理性人便又会要求对挑拨者的防卫权进行限制,以确保自身权利不至于遭受严厉防卫行为的严重损害。权衡两方面的因素,理性人便会普遍要求过失挑拨者同样应当首先尝试退避不法侵害,唯有在不法侵害威胁到了其重大权益,且又无退避可能时,过失挑拨者才能以严重损害侵害人权益的必要防卫措施制止侵害行为。

最后,当被侵害人和不法侵害人属于紧密家庭生活共同体的成员时,也应当限缩防卫权

限。德国通说认为,此时被侵害人仍然对侵害人负有照护义务,故应基于这种保证义务对被侵害人的防卫权限予以限制。^{〔115〕}“对于自己有义务保护的對象,保证人不能像面对其他侵害人一样进行反击。……正当防卫权与保证义务的结合导致保证人有义务缓和地实施防卫行为。”^{〔116〕}因此,被侵害人应当尝试退避,若无法退避也无法以较为缓和的手段制止不法侵害,则其应当放弃反击、忍受不法侵害。^{〔117〕}当然,若不法侵害危及被侵害人的重大人身法益,则被侵害人可以采取必要的防卫措施进行反击。即便其防卫行为造成了不法侵害人死亡,也构成正当防卫。^{〔118〕}

本文赞同该结论。立足于正当防卫的正当性根据,也应当得出相同的结果。与之前几种限制防卫权限的情形相似,在无知之幕后,理性人同样难以杜绝自己在紧密的家庭生活共同体中成为不法侵害人的可能性。即便家庭成员彼此抱有深厚的情感,其相互之间也仍然难免发生争执和摩擦。在家庭生活中,人们又更容易选择宣泄情绪,因琐碎小事对其他成员进行责难甚至肢体攻击。考虑到自己在现实生活中也可能对家庭成员施以轻微的不法侵害,为避免此时遭受严厉反击损失自身的重大利益,自利理性人便会要求在这种场合下限制防卫权限。即便自己在冲突中处于被侵害人的位置,理性人也完全可以接受这种对防卫权的限制。因为,一方面,此时不法侵害危及的只是其较为轻微的权益,不至于对其人格发展和生活计划造成实质阻碍。另一方面,作为家庭生活共同体,理性人若实施严厉反击造成对方伤残,最终还是要由自己来负担照护义务,得不偿失。考虑到这些因素,在紧密家庭成员之间部分地限制防卫权限,就不难成为理性人普遍接受的正当规则。基于理性人自利的本性,这种限制也同样只能在极为有限的范围内成立。当其他家庭成员的不法侵害威胁其重大利益时,自利理性人便不可能再愿意忍受这种不法侵害,从而也就失去了限制其防卫权的基础。

五、结 论

综合全文所述,应当从理性人普遍同意的角度理解正当防卫的正当性依据。原初状态中的理性人在协商关于权利分配的规则时,都会希望设置正当防卫制度来维护自己应当享有的自由权利。正是这种理性人的普遍同意才使正当防卫成为了具有可普遍性的、维护自由权利的正当规则。正当防卫的首要目的在于保护公民个人权益,但是,国家和公共利益等超个人法益作为公民自由权利的前置保障机制,同样属于正当防卫的保护对象。据此,正当防卫中的个人保护和法秩序维护两大基本原则均体现了保障公民自由权利的需求,具有共同的根本目的与相同的理论基础,构成协调统一的整体。根据这种整体性二元论,正当防卫的正当化依据与对公民自由权利的保护密切相关。因此,对于防卫限度的认定,应当贯彻“权利无需向不法让步”之原则,采纳必需说的立场,仅以制止不法侵害的客观必要性判断防卫行为是否超出了必要限度,不能再以功利

〔115〕 Vgl. BGH NJW 1969, 802; BGH NJW 1975, 62.

〔116〕 Vgl. Marxen, Die „sozialethischen“ Grenzen der Notwehr, 1979, S. 43.

〔117〕 Vgl. Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2012, § 7, Rdn. 204.

〔118〕 Vgl. Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2012, § 18, Rdn. 69.

主义的优越利益原则对防卫权进行限制。即便不法侵害并未严重危及他人人身安全,以造成不法侵害人死伤的必要措施进行防卫的,也可能构成正当防卫。但是,在防卫行为所损害的法益不成比例地远超所保护的法益、面对明显无责任能力的不法侵害人、防卫挑拨以及被侵害人与侵害人之间存在紧密家庭关系等情形中,应当对防卫权限予以限制。此时被侵害人负有退避义务,在无法退避时,也不得以严重损害不法侵害人利益的方式制止其轻微的不法侵害。这些对正当防卫的限制,仍然是理性人追求自身利益最大化的表现,其只是表面上与“权利无需向不法让步”之原则相冲突,实际上却是正当防卫之正当依据的必然要求。

基于本文的立场,在开篇提及的案例 1、案例 2 和案例 3 中,均应否定防卫人构成防卫过当。虽然在这些案件中,防卫人所面临的不法侵害都不足以严重危及他人人身安全,但考虑到双方人数对比、制止不法侵害的可能性等因素,相应的防卫行为却都属于案发时能够有效制止不法侵害的相对最轻微的手段。而且,这些案件中的不法侵害也均危及防卫人较大的财产法益和人身自由,不属于应当对防卫权予以限缩的情形。相反,在案例 4 中,陈良友面对是明显醉酒的梁某和贾某某对自己价值极其轻微的财产之侵害,其不得以造成对方伤亡的严厉手段进行防卫,故应认定成立防卫过当。

Abstract: The justification for Self-defense lies in the universal agreement of the self-interested and reasonable persons. Uniform purpose and theoretical basis exist in the principles of Safeguarding individual rights and Legal order maintenance, which constitute a coordinating and unified whole. According to Integral dualism, with regard to the determination of defense limit, we should implement the principle of Rights do not have to be compromised with the illegality, and adopt the position of Necessary limit theory. Even though under the circumstance that unlawful infringements have not yet seriously jeopardized the personal security of others, people who are attacked carry out necessary measures in a way that causes unlawful offenders injured or wounded, there is also some space for the establishment of Self-defense. But defensive rights should be limited in the following situations, for example, the impaired legal interest by defensive acts disproportionately far exceed the protected legal interest; when facing unlawful offenders with obviously incompetent responsibility; provocation of defense; victims and infringers have closed family relationships, etc. Such a limit just apparently conflicts with the principle of Right do not have to be compromised with the illegality, but it is in fact inevitable requirement of the justifiable grounds for Self-defense.

Key Words: Self-Defense; Integral Dualism; Necessary Limit Theory; Solidarity

(学术编辑:车 浩)
(技术编辑:张晓媛)