

防卫必要限度：学说之争与逻辑辨正

周 详*

摘 要 部分学者在防卫的必要限度问题上,出现虽在理论上持某种学说立场,但实际个案判断中却采用相异学说立场的矛盾现象。“基本相适应说”立场对应着“法益衡量”形式判断标准,“必需说”立场对应着“必需性”实质判断标准,“折中说”对应着“法益衡量”与“必需性”的双重判断标准。根据数理逻辑的计算结果,在成立防卫过当的比例上,“折中说”的双重标准最大,“法益衡量”标准比前者略低一点,“必需性”标准则最小。数据关系清晰地表明,“折中说”双重标准并没有按照一般预期产生所谓的“折中”效果,而这也是我国刑法学界在三者逻辑关系问题上存在的最大认识误区。中国学者在逻辑上混淆了“原则与例外说”和“折中说”,从形式逻辑关系来看,“折中说”可归之为“基本相适应说”立场,“原则与例外说”可归之为“必需说”立场。四种学说之争的本质,是“基本相适应说”与“必需说”两种对立的基本立场之争。

关键词 正当防卫 必要限度 法益衡量 必需性 折中说

引 言

正当防卫诸多问题中,理论争议最大的是,防卫的必要限度条件,其是正当防卫问题的命门。关于防卫必要限度的学说,大体上可以分为三种,“基本相适应说”“必需说”与“折中说”。而在司法个案中采取不同的学说立场,判断结论可能会截然相反。比如湖北巴东邓玉娇案、山东聊城于欢案、江苏昆山反杀案等,有学者认为是防卫过当,也有学者认为是正当防卫。但是,对这种差异结论背后的防卫必要限度立场与判断标准问题,学者们却很少给出明确的解释说

* 中南财经政法大学刑事司法学院教授。本文受教育部“新世纪优秀人才支持计划”(NCET-12-0987)和中南财经政法大学“新时代背景下刑事案例演习教学改革”项目的资助。

明。^{〔1〕} 仿佛刑法学界对防卫限度的立场与标准问题早已达成共识,无需多此一举地将“公认”的立场与判断标准摆出来,逐一地接受逻辑分析与实践效果的对比检验。而且即使彼此之间存在判断结论的不同,似乎也主要是因为每个人所认可的具体案件事实不同。

但据笔者观察,学者们对热点争议案件无法达成共识结论的症结,通常不是事实的认定差异问题,而是学者实际采用的防卫限度学说立场与判断标准的差异问题。正如亚里士多德所言,“并非事实的本身,而是对事实的解释,使人们产生分歧”。^{〔2〕} 因此,在学界对三种学说(标准)之间逻辑关系存在认识不清,相互混淆的情况下,应当对各种学说(标准)之间的逻辑关系进行精确化与条理化,坚持形式逻辑的一致性,避免逻辑上的自相矛盾,而这也是科学思维的总原则。^{〔3〕}

本文要做的逻辑关系清理工作,主要集中在两个层面。第一,在实践层面上,考察学者个体的理论立场宣示与其实践判断标准之间的逻辑一致性问题。采用的基本方法是,根据学者对某一具体热点案件的表态,挖出其观点背后关于“防卫必要限度”实际所持的判断标准,并将此实践判断标准与该学者通常宣称的理论标准进行简单对照,看二者在逻辑上是否存在自相矛盾的问题。第二,在刑法教义学的理论层面上,探究几种学说立场(标准)之间的逻辑关系究竟如何? 采用的基本方法是,通过个案来判断结果差异的累计数量关系,彰显并厘清防卫限度不同理论学说、立场、标准之间的学理逻辑关系。

一、学者的理论宣示与实践判断的矛盾

在学者积极参与讨论的司法个案中,于欢案最为典型,持防卫过当与正当防卫两种对立观点的学者,数量大体持平。因此下文主要以于欢案为例,来考察学者的实践判断标准与理论立场宣示之间可能存在的矛盾问题。

(一)于欢案件中公认事实的确定

学者对于一个具体案件的评论,应当建立在公认的共同事实基础之上。在于欢案中,根据一审判决书,至少可以确定在于欢拿刀捅人之前,其母子二人的法益已经遭受或者正在遭受逼债人以下几点不法侵害:①公司经营秩序,因为在公司里摆烧烤摊与喝酒吃烧烤、多人结伙闯入公司办公场所等属于扰乱公司经营秩序的寻衅滋事行为;②人身自由权,因为存在典型的非法拘禁行为;③人格名誉权,因为存在对被告人之母的当众侮辱言行;④健康权,因为有过对被告人的殴打行为。^{〔4〕}

〔1〕 参见“二十位著名学者评辱母杀人案:杀人者到底该当何罪?”,载《法学学术前沿公众号》2017年3月29日。

〔2〕 (美)查尔斯·赫梅尔:《自伽利略之后:圣经与科学之纠葛》,闻人杰等译,宁夏人民出版社2008年版,第3页。

〔3〕 “如果是逻辑上的矛盾,那辩证法就会变得没有任何意义,辩证范围内的任何论证便无法展开”。参见(德)汉斯·波塞尔:《科学:什么是科学》,李文潮译,上海三联书店2002年版,第202页。

〔4〕 邱兴隆:“刺死辱母者案的情理、伦理与法理”,载《法学学术前沿公众号》2017年4月5日。

对于这四方面的不法侵害事实,即使如一审法院那样,认为“因为无论被害方(之前)对被告人之母所采取的是什么样的言行侮辱,也无论对被告人所施加的殴打有何严重,其均已终止于警察到达现场之后,作为防卫前提的不法侵害因已告完结而不复存在”,从而排除了第③④项不法侵害的紧迫性。^{〔5〕}但是在第①②项,尤其是第②项中非法拘禁这个不法侵害行为的持续性紧迫状态,并没有因警察的到来与(暂时)离开现场而解除。所以,刑法学者在此最低事实确认的前提下,也一致认为于欢拿刀捅人的行为,具备了正当防卫条件,即不法侵害的客观存在与不法侵害正在进行。

理论上,不法侵害的客观存在是正当防卫的起因条件,不法侵害正在进行是正当防卫的时间条件。于欢拿刀捅人的行为,是对杜某等人的紧迫不法侵害行为的制止行为,具有防卫性。一审法院最大的失误,就是没有看到或者回避了非法拘禁这一不法侵害的持续性存在,所以二审法院纠正了这一认识失误,认定于欢的行为具有制止不法侵害的防卫性,但明显超过必要限度,属于防卫过当,构成故意伤害罪,判处5年有期徒刑。

(二)防卫过当观点背后的“法益衡量”标准

由于一审法院从根本上否认了于欢案属于防卫性案例,所以多数主张防卫过当的刑法学者主要将笔墨集中在说明“不法侵害正在发生”(具有防卫紧迫性)这一问题上。但对于欢拿刀捅人导致一死三伤的严重损害结果是不是防卫过当的核心问题,仅一笔带过,没有说明是防卫过当而不是正当防卫的理由。即,基本上仅在对一死三伤严重结果的事实复述之后,就直接给出“于欢的防卫行为明显超过了必要限度,防卫过当”的结论。

学者赵秉志的表述是最具代表性的评论模式,“……但是,于欢的防卫行为导致了对方死亡一人、重伤两人、轻伤一人这样的严重后果,应该说,尽管有防卫的前提,但于欢的行为还是明显超过了必要限度,造成了重大损害,符合《刑法》第20条第2款防卫过当的规定,因而应当以防卫过当构成的故意伤害罪定性,依法应当负刑事责任,但是应当减轻或者免除处罚”。^{〔6〕}而其他防卫过当支持论者的表述,也与此大同小异。

由于这些主张于欢的行为成立防卫过当的刑法学者们,大多没有明确表示其结论背后的判断标准与立场,所以笔者只能从他们的结论与有限的词语表达中进行推理或归纳,得出其在本案中对防卫必要限度的实际立场与标准,持的是“基本相适应说”立场上的“法益衡量”标准。

“基本相适应说”认为防卫的必要限度,是指防卫行为必须与不法侵害行为相适应。而所谓相适应,不是要求两者完全相等,而是指防卫行为所造成的损害从轻重、大小等方面来衡量大体相适应。“基本相适应说”立场所持的判断标准,即是“法益衡量”标准,认为当防卫行为造成的法益损害结果小于、等于,或者至多稍稍大于不法侵害行为造成的法益损害时,就属于基本相适应,成立正当防卫。反之,如果防卫行为造成的法益损害结果明显大于不法侵害行为造

〔5〕 关于③④项法益的侵害,因警察的到场而停止的观点,笔者并不赞同。这涉及在防卫性案件中,持续性非法拘禁过程中的暴力侵害紧迫性的认定争议问题。

〔6〕 赵秉志:“于欢防卫过当应显著减轻处罚”,<http://china.caixin.com/2017-03-26/101070535.html>,最后访问日期:2017年3月26日。

成的法益损害,就属基本不相适应,成立防卫过当。

相对而言,在所有的防卫限度标准中,“基本相适应说”立场所持的“法益衡量”标准,是最简单最直观的标准。比如在于欢案中,如果采用基本相适应说立场所持的法益衡量标准,顺理成章地推导出防卫过当的逻辑结论,是不存在争议的。因为从法益性质、轻重、大小的衡量比较角度来看,于欢防卫行为导致的一死三伤严重损害结果,与高利贷讨债人实际上对于欢母子所造成的法益损害结果相比,显然属于“明显超过必要限度造成了重大损害”,成立防卫过当。而这也是主张防卫过当结论的学者们,不愿多花笔墨去分析“为什么是防卫过当”的缘故,因为按照“基本相适应说”立场所持的“法益衡量”标准,本案过当还是不过当的结论很直观,无需再加说明解释。

(三)部分学者的理论立场与实践判断的不一致

科学思维讲究逻辑一致性原则,“不寻常的主张需要不寻常的证据支持”。〔7〕因而,要主张于欢的行为属于正当防卫,这种看似异常的结论,一定要说出其他不寻常的根据、证据或更多理由来予以支撑。准确来说即是,必须采用不同于法益衡量的其他判断标准,才可能得出不同的结论。在刑法理论上一般认为,与“基本相适应说”的立场或判断标准不同的是,“必需说”与“折中说”。

“必需说”认为,防卫行为是否超过必要限度,须从防卫的实际需要出发,进行全面衡量,并以有效制止不法侵害的客观实际需要作为防卫的必要限度。所以,为了达到制止不法侵害这一目的,所使用的防卫强度,就不应该被不法侵害的强度所限制。只要防卫在客观上有需要,防卫强度可以小于,可以相当于,还可以远远大于侵害强度。

“折中说”,也称之为相当说、恰当说,认为所谓防卫的必要限度,是指防卫行为及其造成的损害是制止不法侵害所必要的(必需说——笔者注),且防卫行为的性质、手段、强度及造成的损害与不法侵害行为的性质、手段、强度及可能造成的损害基本相适应(基本相适应说——笔者注)。〔8〕

对这三种正当防卫必要限度的学说、立场与判断标准,到底哪个最具有科学合理性,本文暂且不论。此处笔者只想将三种学说、立场、标准摆出来,然后去检验学者宣称的学说、立场、标准与实践的判断标准是否一致。这种理论与实践的简单对比检验工作,彰显的效果可能是惊人的,比如在于欢案的讨论中,主张构成防卫过当的多数刑法学者,其实践判断标准与书面上持有的理论立场或标准,往往自相矛盾。最突出的表现即是理论层面原则上赞同“必需说”立场之“必需性”标准,反对“基本相适应说”立场之“法益衡量”标准,但在实际个案判断中,却又通常回避了对“必需性”的分析与判断,习惯上采用的依然还是“法益衡量”标准。

比如赵秉志在不涉及具体案例时所持的理论立场与学说,并不是其在于欢个案评论中所采用的“基本相适应说”之“法益衡量”判断标准。如果笔者没有理解错误,赵秉志平常所持的理论学说立场是“必需说原则基础上的社会相当性例外说”(下文简称“原则与例外说”),认为“所谓必

〔7〕 (美)弗瑞德·希伦:《来自太空的挑战》,钱锺译,团结出版社2012年版,第17页。

〔8〕 赵秉志、刘志伟:“正当防卫理论若干争议问题研究”,《法律科学》2001年第2期,第70页。

要限度,防卫行为当然要以刚好制止住不法侵害、并有效地保护合法权益为标准。这应当是一个原则(必需说为原则——笔者注)。但是,也有例外,即为了保护轻微的合法权益而采用防卫行为造成了不法侵害人权益的重大损害,尽管是刚好制止不法侵害行为所必需的,也不能就具有了社会相当性,或者说是为社会大众所容许、理解(社会相当性为例外——笔者注)。”〔9〕

能否认为赵秉志从于欢案开始突然改变了学术立场,否定了之前的“原则与例外说”,从此采用了“基本相适应说”呢?显然不能做这样的假定。笔者宁可假定赵秉志在于欢案的讨论中,因为评论或采访的文体、篇幅等因素的限制,而将主要精力、目标、预期贡献均放在了提示于欢案“不是普通的故意伤害案,而是具有防卫性质的刑事案件”上;至于是正当防卫还是防卫过当这一争议问题,其可能没有做特别精细的逻辑思考,而仅从“一死三伤的严重损害结果”这一显见法益不均衡的事实,暂时给出了最直观的判断结论——防卫过当。事实上在二审判决出来之后,赵秉志对于欢构成防卫过当的判决结论,也略有补充和说明,其一方面明确肯定自己理论上仍然坚持“原则与例外说”的立场,但另一方面对案件的具体分析中,又实际上回避了于欢在当时情景下拿刀防卫的行为是不是“制止不法侵害所必需”的分析。他所强调的还是讨债人非致命性手段与于欢拿刀刺的致命性手段之间的对比,实际上仍是法益大小的衡量对比。〔10〕

如果赵秉志真按照“原则与例外说”的理论立场和标准去考察于欢案中的防卫限度问题,就应首先仔细分析于欢当时的各种特殊处境,其拿刀捅人的防卫手段及导致的严重损害结果是不是“刚好制止不法侵害行为所必需的”,以及是不是“具有社会相当性的例外”。而且即使他做出这样的必需性要素的深入考量,笔者也认为其很可能仍会得出于欢的防卫行为“不过当”的定性结论。换言之,笔者认为赵秉志在于欢案的分析评论中,并没有真正按照“原则与例外说”进行,而是抛开了必需性原则的分析,采用了与之对立的基本相适应说的判断标准。

其实这种理论立场宣示与个案中实践判断标准的逻辑不一致问题,从认识论的角度来看,可能是刑法教义学原理运用于司法实践过程中常见的背离现象。几乎没有学者敢自信地宣称,在任何时空任何案例的讨论中,会始终如一地保持着理论立场与实践判断之间的逻辑一致性。或许每一个人都要经常向自己反思一个简单的逻辑一致性问题:“我在理论上持什么学说立场,在于欢等具体个案中实际采用的又是什么学说立场。”

在本性上,人类是一种“易犯错的动物”,〔11〕这反而是人性高于动物本能的一种认知优势。在笔者看来,无论是学派之争、立场之争还是具体的观点之争,学者自我宣称的理论立场与实践判断标准的逻辑不一致性问题,不是学界中罕见的异常现象,相反乃是带有普遍性的认知现象,也是学派之争、立场之争不断进行下去的动力。在多数情况下,对于逻辑不一致处或自相矛盾处,作者本人不太容易发现,往往需要论辩的对方挑刺,帮忙指出、清理、理顺和修正。而通过这种他者的反思或挑刺活动,或许可以让文本的创作者与解释者“再次把握它自身作为

〔9〕 同上注,第71页。

〔10〕 赵秉志:“于欢案防卫过当法理问题简析”,载《人民法院报》2017年6月24日,第2版。

〔11〕 解释学家利科(里克尔)写有一本专著《易有过错的人类》,专门从人的存在论与认识论上讨论此问题。参见(法)保罗·里克尔:《恶的象征》,公车译,上海人民出版社2003年版,译者前言,第2页。

主体被消散和被遗忘的那些过程之间的统一化原则”。〔12〕

关于防卫限度问题上的理论立场与实践判断标准之间的矛盾问题，笔者不妨另举一例，也挑一下我国刑法学另外一位学者陈兴良著作中的一根小刺。在《教义刑法学》这本专著中，如果笔者没有误解，陈兴良称其在防卫限度上持的是“必需说”基本立场，当然更准确地讲，其持的也是“必需说”范畴内的“原则与例外说”。〔13〕“这里的正当防卫的必要限度是指有效地制止正在进行的不法侵害所必需的限度……这种相当性不等于对等性，而是指为制止不法侵害所必需的。”〔14〕

然而，笔者注意到陈兴良在接下来所举的邓玉娇案的具体分析判断中，却没有按照这个理论上预定的“必需说”立场或标准来进行，而是不自觉的滑向了“基本相适应说”立场所持的“法益衡量”标准。陈兴良在陈述了邓玉娇案的基本案情之后，是这样分析的：

“如果邓贵大、黄德智的不法侵害行为是强奸，那么邓玉娇的防卫行为就不是过当，属于《刑法》第20条第3款规定的无过当之防卫。如果邓贵大、黄德智的不法侵害如同判决书所认定的那样，在要求邓玉娇提供异性服务不被答应的情况下，对邓玉娇进行无理纠缠、拉扯推搡、言语侮辱等，则邓玉娇的行为不具有相当性，应当认为已经超过了正当防卫的必要限度”。〔15〕

显然，陈兴良在邓玉娇案的具体分析中，并没有对“制止不法侵害所必需的”这个“必需性”要素进行分析，而是着重在邓玉娇防卫行为导致的死亡结果与邓贵大不法侵害的行为类型（轻微法益的无理纠缠、侮辱还是重法益的强奸）之间进行比较与衡量，而这种比较衡量，实际上就是法益不同种类与大小之间的比较衡量。侵犯重法益或轻法益的不法侵害行为类型的分析判断，与制止不法侵害“所必需”还是“非必需”的判断，在具体案件中可能会有一定的关联性影响，但毕竟二者的判断不是一回事。例如，在特定情况下，即使遭遇重法益的不法侵害，也有可能只需要轻微的防卫行为即可以有效制止不法侵害。同样，在另外的特定情况下，遭遇轻法益的不法侵害，也有可能必需造成重大法益损害时才能起到制止不法侵害的效果。

〔12〕 高宣扬：《利科的反思诠释学》，同济大学出版社2004年版，第7页。

〔13〕 值得注意的是，陈兴良主张的“必需说”，并不绝对排斥对结果相当性因素的某种程度的对比考量。在逻辑上，最极端的“必需说”立场，意味着在防卫必要限度的判断上，在任何情况下都绝对不考虑双方行为与结果（法益）的任何程度上的社会相当性。但法学界还没有人明确主张此“极端的必需说”立场。主张“必需说”基本立场的学者，实际上总是会在强调必需性判断的基本原则之下，允许存在个别性的例外案例，即将那种防卫与侵害行为与结果（法益）之间对比过于悬殊，明显超出了社会相当性的个别性例子，哪怕防卫手段上必需如此方可制止不法侵害，也视为不具有防卫的必需性。故，在这个特定语境下，陈兴良所持的“必需说”基本立场，不是指绝对不考虑手段与结果的相当性因素的“极端的必需说”，而是特指“（必需性）原则与（社会相当性）例外”这种缓和意义上的“必需说”。这里的逻辑问题是，既然“（必需性）原则与（社会相当性）例外”这种缓和意义上的“必需说”，也“要同时考虑必要性与相当性这两个因素”，那么其不就是学界早已经存在的“折中说”吗？我认为不能这么看。在逻辑上二者的确特别容易混同，所以本文第三、四部分将详细处理“（极端的）必需性说”“基本相适应说”“折中说”，以及“（必需性）原则与（社会相当性）例外说”这四者之间的真实逻辑关系。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96页。

〔14〕 陈兴良：《教义刑法学》，中国人民大学出版社2010年版，第361—362页。

〔15〕 同上注，第363页。

假如我们用极端的“必需说”立场去分析邓玉娇的防卫行为限度,那么必要限度就与邓贵大的不法侵害是强奸行为还是一般的侮辱行为类型无关,而只与邓玉娇在当时特殊情况下,需要什么样的制止手段有关。换言之,哪怕认定邓贵大只实施了对较轻法益的无理纠缠、拉扯推搡、言语侮辱行为,但根据当时的各种主客观综合环境判断,也可能会得出邓玉娇只能通过拿刀刺才能制止此种不法侵害,故其反击行为属于防卫限度中“所必需的”。当然,陈兴良在理论上持的是“(必需性)原则与(社会相当性)例外”缓和意义上的“必需说”,认为即使原则上防卫行为具有了制止的必要性,也仍然需要进行社会相当性的例外考察,即考虑防卫的制止行为与不法侵害行为之间的法益对比,是否明显过于悬殊,超出了人们在容忍程度上的社会相当性。对此,笔者认为邓贵大等人的不法侵害,并不属于法益侵害手段或结果过于轻微的例外情况,所以按照缓和意义上的“必需说”立场与判断标准,也应该得出“构成正当防卫,不应负刑事责任”的逻辑结论。

因此,笔者认为陈兴良在邓玉娇案的分析中,也出现了理论立场(标准)之宣称与个案的实践判断立场(标准)不一致的矛盾,其在邓玉娇个案中实际采用的判断标准是“基本相适应说”立场所持的“法益衡量”标准,而不是他在理论上宣称的“必需说”立场所持的“必需性”标准。

相反,陈兴良在于欢案的案件分析中所采用的实践判断标准,则将“必需说”的理论立场贯彻到底,保持了逻辑上的一致性。首先,其肯定了“本案中死者等人的行为是为索债服务的,没有致于欢死伤的行为与意思。”因此,于欢的防卫行为不符合《刑法》第20条第3款特别防卫的规定。然后,陈兴良还是认为于欢的防卫行为“没有明显超过必要限度”,可以适用《刑法》第20条第1款的规定。其判断理由在笔者看来,其实就是根基于“必需说”立场的“必需性”分析,即,“因为当时死者一方有近十人,足以控制局面,于欢处于劣势。经过六个小时的辱骂折磨,于欢精神处于崩溃边缘。尤其是民警到场以后未能有效制止不法侵害即行离去,使于欢感到公力救济无望,而且死者等人步步紧逼。在于欢要摆脱拘禁,死者等人殴打阻挡的情况下,于欢就地取材用桌子上的水果刀对死者等人乱捅,并且事先有警告,死者等人仍然一拥而上。在这种情况下,是为解除不法侵害(所必需——笔者加),不是故意犯罪。”^[16]因此从某种意义上来说,只要学界与司法实务界真正将这种“必需说”贯彻到底,正当防卫条款就不会在我国司法实践中变成“束之高阁的僵尸条款”。^[17]

当然,这里还存在另外一种逻辑的假定可能性,即“法益衡量”标准其实与“必需性”标准之间没有任何差异。但是,如果将“必需说”所持的“必需性”判断标准等同于“基本相适应说”所持的“法益衡量”标准,那么“基本相适应说”与“必需说”在理论立场与标准上的争论,就只是词语之争了,完全失去了价值与意义,出现“名词不同,实质一样”的悖象。

“意义产生于符号差异”,^[18]“差异原则是符号得以产生的结构逻辑”,^[19]这是现代语言学的基本命题。同理,是差异而不是共性,决定了判断立场与标准的意义。因此,防卫必要限

[16] 陈兴良:“于欢构成正当防卫,不应负刑事责任”,<http://mt.sohu.com/20170329/n485354534.shtm>,最后访问日期:2017年3月29日。

[17] 参见陈兴良,见前注[13],第98页。

[18] 陈本益、向天渊、唐健君:《西方现代文论与哲学》,重庆大学出版社1999年版,第216页。

[19] 刘恪:《词语诗学》,河南大学出版社2008年版,第304页。

度的不同立场与判断标准的学说之争的实质意义,就在于采取不同的立场或标准去判断案例,而判断结果则在一定范围内必定存在差异。因此,不同学说立场与判断标准相互之间逻辑关系如何之问题的答案,就取决于这些立场与标准在什么边界,什么范围,以及多大程度上存在差异。而恰好在“学说立场与判断标准的关系”这个核心问题上,以往刑法学界在说法表达上是模糊的,在逻辑上也是混乱的。学者之所以在个案中采用的实践判断标准与宣称的理论立场之间频频出现自相矛盾现象,与防卫必要限度学说、立场、标准之间的逻辑关系模糊不清,有着直接关系。

二、防卫必要限度:诸学说、标准之间的逻辑关系

在刑法教义学或刑法解释学的发展历史中,关于正当防卫必要限度的学说或立场,向来主要有“基本相适应说”“必需说”“折中说”三种。笔者认为,正当防卫必要限度三种学说立场之间的逻辑关系,最终需要通过立场所对应的不同判断标准之间的效果差异性,具体彰显出来。

(一)理论立场与判断标准之间的对应关系

关于防卫限度三种理论立场与三种判断标准之间的对应关系,笔者将其归纳为:“基本相适应说”立场对应着“法益衡量”形式判断标准;“必需说”立场对应着“必需性”实质判断标准;综合“基本相适应说”与“必需说”两种立场的“折中说”立场,对应的是同时采取“法益衡量”形式判断与“必需性”实质判断的双重判断标准。

1.“基本相适应说”立场之形式判断标准

笔者之所以将“基本相适应说”立场的“法益衡量”标准视为一种“形式判断”标准,是因为在任何一个防卫案件中,法益大小之间的比较衡量标准,相对于其他立场的判断标准,最简单明了,分歧也最小。^{〔20〕}

首先,在一个案件中,防卫行为所造成的结果是既定而清楚的,无需费什么功夫去确定或者判断。防卫行为导致的重大损害是死亡还是重伤结果,一眼就可以明了。

〔20〕“形式”与“实质”具有多重对比性关系与含义。本文此处所言“形式判断”与“实质判断”,讨论的不是构成要件与违法性两大范畴之间的对比,而是对防卫必要限度条件这一问题进行判断时,根据判断标准的考量因素是否单一与明确而做出的区分。此时的“形式判断”,意味着判断标准只涉及单一且明确的因素,比如法益衡量标准就是法益这个单一因素之间大小的比较。“实质判断”则意味着必须综合权衡考量每一个具体案件中的各种复杂变量因素,具体问题具体分析才能得出相对合理的判断结论。按此标准,防卫的“必需性”判断就是实质判断,它无法根据某一单一因素抽象出明确的判断标准。比如于欢案中 11:1 的人数之比,当然是判断本案防卫必要性的重要因素,但不是唯一因素。我们尤其不能因此而抽象出“只要不法侵害者的人数大于防卫者的人数,任何防卫都不过当”的形式判断标准,相反必须综合其他变量予以考量。举个反例,我们假定其他条件不变,只把于欢换成乔立夫那样的搏击高手,足以赤手空拳打败 11 个收账者的情况下,那么动刀防卫刺死人就是非必需的。当年抓捕犯罪嫌疑人乔立夫(退役了的全国顶尖散打冠军),最开始挑选的八个精壮武警想不开枪而活捉他,却不料反被乔立夫的强力拒捕而打伤几人。在对方虽是一人但却是搏击高手的这个特殊情况下,此时人数比占绝对优势的警方为了制服他,哪怕使用了致命武器打死对方,也没有超出执法行为(类似于正当防卫)的必要限度。

其次,不法侵害法益种类与大小的确定和判断,可能略微麻烦些或模糊些,也可能有一定的主观性,^[21]但基本上还是一个不法侵害行为的构成要件符合性的形式判断过程。

“基本相适应说”立场的“法益衡量”判断标准之适用,其核心是案件中不法侵害的事实与行为类型的确认问题,比如邓玉娇案中被刺死者邓贵大的不法侵害,到底是强奸行为(重法益侵害行为)还是一般的侮辱、推搡行为(轻法益侵害行为)造成的。于欢案中高利贷讨债人杜某等人对于欢母子二人的一系列行为中,到底存在强制猥亵妇女还是一般性的侮辱妇女行为,到底是故意伤害罪的行为还是一般的殴打行为,到底是非法拘禁行为还是讨债的合理自救行为等等。一般情况下,确定了不法侵害的行为类型,也就基本上确定了不法侵害行为所指向的法益种类及其法益的大体轻重程度。^[22]

不法侵害的行为类型之间、侵害法益种类之间的轻重级别,大体上也是既定与清楚的,比如盗窃的行为类型不同于故意杀人,一般的侮辱不同于强制猥亵,非法侵入住宅不同于抢劫……法益种类之间的轻重形式排序通常为,生命权高于身体健康权,身体健康权高于人身自由权,人身自由权高于名誉或财产权。且这个法益轻重的阶梯判断过程,在案件发生之前,就事先完成了。换言之,法益衡量活动,事先就有一个基本公认的法益种类、轻重、大小的序列或形式标准可对照参考。正如有学者指出:“共同的看法是,法益的比较应当尽可能采取客观标准。具体而言,对于同一法益,应以其量的大小为标准;而对于不同的法益,则应以保护这些法益的犯罪的法定刑的轻重为标准。”^[23]

最后,将不法侵害行为造成的法益侵害(包括实害与危险)与防卫行为所造成的法益损害的种类与轻重大小一一对比,就可以很容易地判断出是否“超过必要限度”或“明显超过必要限度”。

正如劳东燕归纳的刑法中法益衡量标准的简易特点是,“它既简便可操作,又整齐划一,无需考虑个案的特殊情形,有助于确保法秩序的统一性……在绝大多数的场合,刑法中的利益衡量犹如小学生都会做的算术。只要对冲突的两个法益的大小进行掂量,在一方法益高于另一方法益的场合,就应当说存在比该侵害法益更值得保护的利益,行为的法益侵害性被消除。西田甚至给出了更为简洁的公式:在保全法益(A)与侵害法益(B)之间存在 $B-A > 0$ 的关系时,从社会功利主义的角度,就可将该行为整体予以正当化。”^[24]

[21] 理论上不法侵害所涉及的法益侵害形态,不仅指不法侵害行为实际上已经造成的某种损害结果,也包含不法侵害行为对法益损害结果的危险。对实际上没有发生的法益损害之危险的判断,只能是一种大体上的推算或者估计。我国司法实践中,在防卫限度问题上通常采取的是现实的后果主义态度。即法益侵害结果一定是现实的,而不能是推算或估计的法益危险状态。

[22] 即使侵犯同种法益的客观不法,也仍然在形式上可以继续进行行为类型上或者法益程度上更细微程度的划分,比如侵犯身体健康权的故意伤害行为,一般划分为重伤行为、轻伤行为、轻微伤害行为。盗窃可以根据行为样态划分一般盗窃与入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃等行为类型。根据盗窃指向的财物种类也可以分为对珍贵文物、枪支等特殊物品的盗窃与对一般财物的盗窃。根据财物价值大小,可以分为重大财产的盗窃,财物数额较大的盗窃,以及轻微财物的盗窃。

[23] 赵秉志主编:《外国刑法原理》,中国人民大学出版社2000年版,第132页。

[24] 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358—359页。

2.“必需说”立场之实质判断标准

笔者将“必需说”的判断活动归之为“实质判断”，原因是我们无法像“基本相适应说”立场的法益衡量活动那样，事先就有一个基本的法益种类、轻重、大小的序列或形式标准可对照参考。“必需说”立场中的“必需性”要素的判断，要求我们必须进入到每一个案件的细节中去，根据具体的复杂情景进行判断。只有设身处地，感同身受，才能判断出防卫人的防卫手段与结果是不是“制止不法侵害所必需的”。

与“基本相适应说”立场的法益衡量形式判断标准完全不同，必需说即使面对同法益同种类的不法侵害，使用相同的防卫手段导致相同的法益损害结果，也可能会因具体案件中某个特殊情节的存在，而影响同一种防卫手段或者结果的“必需性”判断。

为了彰显两种判断标准之间的差异，我们不妨设置一个极端点的教学案例。即，有一个苹果园园主，年龄 80 岁，体力微弱、腿脚不便、坐着轮椅。此老人看见有一个陌生的年轻力壮小伙，爬上苹果园里的一个大树准备偷吃苹果。老人就从屋里拿起一把猎枪，要求年轻人下来，停止偷吃苹果。但年轻人不理睬老人，反而戏弄老人，“我就是要咬你的一个苹果，你有本事上来咬我一口”。老年人鸣枪警告，但年轻人并没有被吓住，根本没当回事，继续嘲笑：“你有本事就打死我，苹果我是咬定了”。老年人于是朝此年轻人开了一枪，正好打中年轻人身体，受重伤的年轻人从高树上摔下来，摔死了。

此案，若按照“基本相适应说”立场的“法益衡量”的形式判断标准，老年人为了保护一个苹果不被盗窃而开枪击伤（乃至杀死）年轻人，年轻人所侵犯的法益之轻微与老年人防卫行为所造成的法益损害之严重，显然二者严重失衡，很容易得出“明显超过必要限度、造成重大损害”的结论，属于防卫过当。

但按照“必需说”的“必需性”判断标准，考虑的基本因素并不是两种法益种类（财产权和健康权、生命权）与法益大小的衡量比较，而是各种特定条件下防卫人的防卫行为是否“为制止不法侵害所必需”的问题。此老人在当时的情景下，因为年纪与身体的特殊状态、因素决定了他的开枪行为，就是保卫一个苹果不受非法侵犯所必需的手段。如果严格按照极端的“必需说”的实质判断标准，本案的防卫行为虽然造成了死亡的严重损害结果，但老人别无他法可以制止年轻人偷吃苹果，因此老年人在当时的情景下，要制止此显著轻微的不法侵害行为，开枪的手段是必需的。所以即使最后导致了青年人死亡的严重结果，但因在手段上具备了必需性要素，也就没有超出必要限度。^{〔25〕}除非尚需要额外考虑其他因素而被例外的排除，否则本案按照“必需说”立场，就属于正当防卫。^{〔26〕}

如果将此案件中时间、空间、人物关系、力量对比等复杂要素中的某一特定要素条件予以

〔25〕 德国的罗克辛认为，此时没有超过必要限度，只是缺乏必要性。施密特霍伊泽尔也持相同观点，认为“如果一个成年的小偷盗窃了水果，虽然受到了警告却不从苹果树上下来，那么防卫者可以将其击毙”。参见（德）约翰内斯卡斯帕：“德国正当防卫权的‘法维护’原则”，陈璇译，《人民检察》2016 年第 10 期，第 31 页。

〔26〕 这是后文要处理的“必需性为原则，社会相当性为例外”的另一种观点。

改变,也许“必需性”的判断结果就会发生改变。比如将苹果园主的这位老人替换为一个四肢发达的青壮年,其他条件不变,那么青壮年朝树上的人开枪致人死亡的防卫行为,是不是制止不法侵害所“必需的”,就值得怀疑了。因为他完全可以从容地先采取其他相对比较缓和的防卫手段,比如扔石头砸,或者爬上树去制止此人(尽管这对防卫人本人也存在一定风险)也足以制止不法侵害。

由此可见,一个案件中,是不是制止不法侵害所必需的,主要是一个以各种特殊条件、因素为转移的防卫手段“必需性”的实质判断。这个防卫手段“必需性”的实质判断结果,的确受到案件各种复杂具体的情境因素影响。借用赵秉志的话来说,防卫限度中必需性的实质判断,“不可能脱离案件的具体情况,要根据具体案件中双方行为的性质、手段、强度、人员多少与强弱、现场所处的客观环境与形势进行全面分析”。〔27〕

3.“折中说”立场之双重标准

“基本相适应说”与“必需说”两种立场的“折中说”,在我国一般也可称之为“恰当说”。这种观点认为,“必要限度”的确定,应当以防卫行为是否能制止住正在进行的不法侵害为标准,同时考虑所防卫的利益的性质和可能遭受损害的程度,要同不法侵害人造成损害的性质、程度大体相适应。〔28〕换言之,按照“折中说”的这个陈述,“折中说”的最根本特征,就是同时适用“必需性”标准与“法益衡量”双重标准。

以前,受到辩证法政治哲学思维的影响,我国刑法理论通说反对“形而上学”的非此即彼形式逻辑思维,反对“片面的深刻”〔29〕之说,主张“既要……,也要……”之“折中说”“辩证法”。好像任何事物、理论、立场、标准,只要一“折中”,一“全面”,一“统一”,一“辩证”,一“综合”,此说就当属全世界最“科学”最“恰当”的学说。仿佛“折中说”天生就是“恰当之说”。辩证法、折中说的这种话语公式,成为万金油,四处套用。

尽管李海东早就批判这种辩证法其实就是“似是而非的诡辩”,违反了规范科学的方法论,〔30〕但至今,这种以辩证法为根据的“折中说”在刑法学界仍然很流行,如有学者认为,“其中适当说(折中说——笔者注)是刑法理论中的通说……对‘必要限度’含义的理解,新刑法颁布之前刑法理论中的‘适当说’是科学的。”〔31〕

〔27〕 赵秉志等,见前注〔8〕,第71页。

〔28〕 马克昌、杨春洗、吕继贵主编:《刑法学全书》,上海科技文献出版社1993年版,第118页;马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社1999年版,第757—758页。

〔29〕 陈兴良:《刑法的启蒙》,法律出版社2007年版,第322页。

〔30〕 李海东说,与“社会危害性说”异曲同工的是刑法理论研究中在方法论上对于规范科学的基本背离。其中最典型的是可以以不变应万变的“辩证统一说”。辩证统一说与所谓“主客观一致”“原则性与灵活性的结合”诸如此类的“原则”,在基本思维的形式逻辑上是典型的是似是而非的诡辩。参见李海东:《刑法原理入门(犯罪论基础)》,法律出版社1998年版,序言。

〔31〕 王政勋、贾宇:“论正当防卫限度条件及防卫过当的主观罪过形式”,《法律科学》1999年第2期,第78—80页。

但是,以这种似是而非、模棱两可、不可证伪的辩证法哲学作为科学体系的基础,是相当糟糕且危险的。我国有学者指出,“黑格尔辩证法的神学性质首先表现为它是永远也不会有错的绝对正确性,它可以有力地反驳一切对自己不利的批评,它的命题和理论永远也不会被证伪,就像人们既无法证明上帝存在,也无法证明上帝不存在一样。因此,其科学内容为零,它是形而上学,是伪科学。与本体论证明一样,辩证法正反合题,肆意歪曲、消解正题与反题、主词与宾词之间的界限,并将反题、宾词作为正题、主词的内在否定性环节而包括于其自身,这样实际上就取消了反题、宾词自身的独立性,因而也就消解了正题与反题、主词与宾词的非此即彼的界限,这就是黑格尔辩证法矛盾学说可怕的亦此亦彼的魔力所在。”〔32〕“古希腊时的诡辩主义者曾经热衷于采用这一方法来证明任何一个命题皆可成立,与其相应的反命题同样也可以成立……亚里士多德发展了逻辑,并且证明了所谓辩证矛盾并非逻辑矛盾,而是纯粹的骗术……辩证法只是一个空洞的形式,事后可以把任何东西放进去辩证一番,因而没有任何科学价值”。〔33〕可见,以黑格尔为代表的辩证法思想的性质,与不可证伪性(永远正确)的神学一脉相承,与可证伪性的科学相背离。波普尔就指出,辩证法由于其“模糊而灵活”,足以解释任何情况,“不管事情怎样发展都合乎辩证法的图式;辩证法家永远不必担心未来经验的反驳”。〔34〕

将这种辩证法的神学思维运用在规范法学里,同样是糟糕的。两百多年前的刑法学之父贝卡利亚在《论犯罪与刑罚》中就明确反对这种辩证法思维,“应当用几何学的精确度来解释这些(刑法)问题。因为这种精确度足以制胜迷人的诡辩、诱人的雄辩和怯懦的怀疑”。〔35〕当代刑法教义学(信条学)一直在朝这个方向努力,“刑法的本身的性质,要求刑法学应当是最精确的法律科学……显然,最精确的刑法只能来自最精确的刑法学,因为刑法学是研究和构造刑法领域的思维方式的,刑法的条文乃至刑法典不过是这种思维方式的结晶,甚至司法判决也是自觉不自觉地运用这种或那种思维方式所得出的结论。很难想象,一个不严谨、不精确的思维方式能够产生和支持一部严谨、精确的刑法(学)”。〔36〕

笔者并不抽象地反对一切“辩证法”或“折中说”,但是经过严格的逻辑考察,笔者发现将“折中说”搬到防卫必要限度的判断问题上,的确是最糟糕的立场与标准,不仅在逻辑上导致各种模糊而混乱的说法,其适用的社会效果也是最差,而不是很多赞同“折中说”的学者口中说的那样:折中说(标准)“是科学的、恰当的”。

下文将会着重揭示“折中说”的糟糕表现,即其表面上是扩大了正当防卫的成立范围,但实

〔32〕 章忠民:《黑格尔的本性与命运》,上海财经大学出版社2013年版,第79页。

〔33〕 波塞尔,见前注〔3〕,第208—209页。

〔34〕 (英)卡尔·波普尔:《猜想与反驳——科学知识的增长》,傅季重等译,上海译文出版社1986年版,第475页。

〔35〕 (意)贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1993年版,第133页。

〔36〕 (德)罗克辛:《德国刑法学总论·第1卷》,王世洲译,法律出版社2005年版,译者序,第1页。

际操作效果却几乎将正当防卫的成立空间挤压到趋近于零的地步,是所有学说立场中成立正当防卫空间最小的一个。学界公认,目前在我国司法实践中,只要正当防卫的案件中出现死亡结果,被告人肯定会被认定为犯罪而判刑,以至于“在偌大的中国,很少见到正当防卫的判决”,〔37〕而这是不正常的刑事司法状态。考究其缘由,除了司法者害怕判了正当防卫会引起死者家属的上访、闹访这个法外因素之外,显然也与司法者习惯于采用“折中说”理论立场的双重严格标准有直接关系。

(二)三种立场(标准)的判断效果差异分析

如果承认三种立场(标准)是有差异的,那么就应当将三种立场摆出来进行对比,用事实或数量关系,精确地告诉司法判断者,三者的具体差异到底是什么,差异在哪里,以及差异程度有多大。如果只是笼统模糊地说“彼此之间肯定有差异”,却不明确彼此的差异之处之度,则等于什么也没有说。因此为了更加形象地说明此差异问题,下文中笔者将以“挑鸡蛋”的故事〔38〕为类比例证,运用数学的精确性计算方法,揭示三者判断效果之数量关系上的差异,以此来厘清三种防卫限度学说、立场、标准之间的逻辑关系。

“基本相适应说”立场中的“法益衡量”形式判断标准,相当于挑鸡蛋(土鸡蛋约重40—50克,现代肉鸡蛋约重60—70克)中的“大小轻重”形式判断标准。假如审查方按照重量大小标准定下的严格形式标准是,65克以上的是“好蛋”(正当防卫),65克以下的是“坏蛋”(防卫过当)。那么按此“大小轻重”的形式标准,理论上中国几乎五分之四以上的鸡蛋(防卫性案件),会被判定为不合标准的“坏蛋”(防卫过当),剩下不足五分之一为合此标准的“好蛋”(正当防卫)。

“必需说”立场中的“必需性”实质判断标准,则相当于挑鸡蛋中的“可食性”实质判断标准。即根据鸡蛋有没有臭味、鸡蛋壳的颜色是不是异常等各种经验识别方法,具体判断鸡蛋是否为“散黄蛋”“破损蛋”或“臭蛋”。这些“坏蛋”与鸡蛋的“大小轻重”没有直接关系,只与保存与运输鸡蛋的方式、温度、时间等复杂性环境因素、条件有直接关系。正如“必需说”立场所主张,为达到制止不法侵害的目的,防卫所使用的强度,就不应该被不法侵害的强度所限制;只要防卫在客观上有需要,防卫强度就可以大于、小于甚至相当于侵害强度。因此,这种防卫限度“必需性”的判断,不可能脱离案件的具体情况,而要根据具体案件中双方行为的性质、手段、强度、人员多少与强弱、现场所处的客观环境与形势进行全面分析。〔39〕

尽管可能有人批评“必需说”的这种观点,意味着对防卫手段不加任何限制,但实际上“有效

〔37〕 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19页。

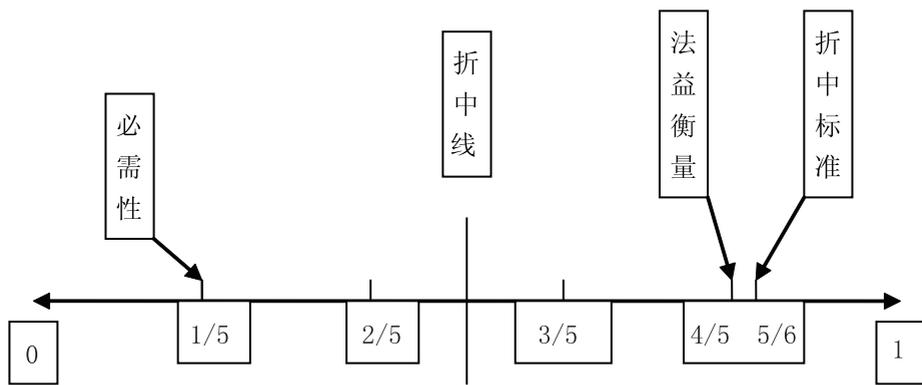
〔38〕 在上世纪50、60年代,中苏两国关系交恶。于是民间流传一些苏方向中方无情逼债,百般刁难中国的故事。其中的故事之一即为,中方还鸡蛋时,苏方的审查人员用一个固定大小的铁丝圈圈过鸡蛋,大了与小了都不行。

〔39〕 赵秉志等,见前注〔8〕,第71页。

地制止不法侵害所必需”就是“必需说”的实质限制标准。^{〔40〕}不管怎么说,根据鸡蛋“可食性”(防卫限度“必需性”)实质标准判断出的“坏蛋”(防卫过当)比例不会太高,且肯定比按“重量大小”(“法益衡量”)标准判断出的“坏蛋”(防卫过当)比例要低得多。我们暂且最大限度地假定审查方按“可食性”(“必需性”)标准判断出的“坏蛋”(防卫过当)所占比例为五分之一,^{〔41〕}那么留下来的合乎“可食性”(“必需性”)标准的“好蛋”(正当防卫)比例,就是五分之四。

因此,“折中说”立场之标准,其实就是同时满足“大小轻重”(“法益衡量”)的形式标准与“可食性”(“必需性”)的实质标准。无论先适用“大小轻重”的形式判断标准,还是先适用“可食性”实质判断标准,都不会影响最终的判断结果,比例关系也都一样,即被认定的“坏蛋”所占比例的计算公式为: $4/5 + 1/5 \times 1/5$,得数约为六分之五。

根据数理计算结果,三种立场与判断标准在认定正当防卫的效果差异上显示出的数理逻辑关系,也就一目了然。以认定的防卫过当(坏蛋)所占比例为例,三种立场(或标准)的数理位置与关系,如下图一:



图一 三种立场(标准)的数量与位置关系

需要特别提醒的是,在三者逻辑关系中,最容易产生认识错误或误会的是“折中说”与其他

〔40〕 赵秉志等,见前注〔8〕,第70页。

〔41〕 这种五分之一或五分之四的数据比例的假定,并非依据实际调查统计得出来的数据。只是为了方便说明三种标准之间的逻辑关系,按照概率大小的大致预估而做出的数据假定。这种数据假定,并没有违背一个公认的基本事实,那就是如果以“必要性”标准判断得出的防卫过当的比例,肯定远远低于司法实践中按照“法益衡量”标准的判断结果。其实我国有关防卫过当、正当防卫的司法判决的统计数据,比笔者假设的这个数量关系更加地夸张。比如有人根据“北大法宝”司法案例库统计,截至2018年8月30日,涉及正当防卫或防卫过当的刑事案件有15987例,数量相当可观。但真正被判为正当防卫的案例,却屈指可数,寥寥无几,预估在千分之一以下。参见“正当防卫制度与司法案例数据分析报告”,载《北大法宝公众号》2018年10月12日。甚至判防卫过当的案例,也只占10%左右,90%左右的绝大部分案例,都是按照不具有防卫性的普通故意伤害或故意杀人罪定性。参见尹子文:“防卫过当的实务认定与反思——基于722份刑事判决的分析”,《现代法学》2018年第1期,第179—180页。

两种学说的位置关系。

首先,在三种立场(标准)所认定的防卫过当的比例或数量关系中,“折中说”双重标准实际上所产生的效果,并没有按照我们通常对“折中”一词的通常想象,望文生义地产生出“折中”或“中和”的效果。实际上,“折中说”立场(标准)并不处在“必需说”与“基本相适应说”两种立场(或标准)的折中位置,而是处在靠近“基本相适应说”立场(或法益衡量标准)的一端之外。

其次,正是因为很多刑法学者对三种立场(标准)位置上的逻辑关系存在重大误解,所以衍生出很多似是而非的说法。比如很多刑法学者在论述“折中说”(适当说)的“科学性”“恰当性”时,通常会认为“折中说”一方面采用“必需性”标准,有利于鼓励防卫人制止不法侵害这一正当防卫制度目的的实现,体现出对防卫人不能限制过严的优点。另一方面对“法益衡量”标准的采用,又可以防止私刑泛滥,具有利于保护社会稳定的优点。^[42]但是,这种将“一方面……,另一方面……”“既……,又……”似是而非的辩证法用语,套用在防卫限度的标准上,会导致逻辑上的根本错误,即“后一方面”标准所运用的实际社会效果,完全是对“前一方面”标准运用的社会效果上的彻底否定。

综上,前文的逻辑计算结果清楚地表明,“折中说”提供的双重判断标准是最苛刻的,在三种判断标准中,其成立正当防卫的空间最小,成立防卫过当的空间最大。具体而言,按照“折中说”立场与双重标准,所认定的正当防卫(好蛋)比例,至多是六分之一。按照“基本相适应说”立场的“法益衡量”标准,所认定的正当防卫(好蛋)比例比前者略高一点,大约为五分之一。而按照“必需说”立场与“必需性”标准,所认定的正当防卫(好蛋)比例最大,至少是五分之四。

由此,既然“折中说”提供的防卫限度双重判断标准是最苛刻的,是三种判断标准中成立正当防卫空间最小的,那么谈何有利于“鼓励防卫人制止不法侵害的正当防卫目的的实现”,或“在判断一行为是正当防卫还是防卫过当时,对正当防卫行为不宜过于苛刻,对防卫人不宜要求过严”呢?^[43]

三、“原则与例外说”的立场归属

刑法学界关于防卫限度之问题,还提出“以必需性为原则,以社会相当性为例外”的第四种观点。在这个“原则”与“例外”之间的关系论述上,赵秉志讲得比较清楚。^[44]但是学界由于对“折中说”“基本相适应说”“必需说”三者的逻辑关系或位置关系上的误解,也会直接导致对“原则与例外说”之立场归属问题存在判断上的错误。

关于“原则与例外说”应该归入以上三种基本立场的哪一方这个问题,学界主要存在两种看法。一种观点认为,“原则与例外说”就是“折中说”(恰当说)立场。例如黎宏认为,“正当防卫的必要限度,应当以制止不法侵害、保护法益所必需为标准(“必须说”为原则——笔者注),

[42] 马克昌,见前注[28],第757页;王政勋等,见前注[31],第79页。

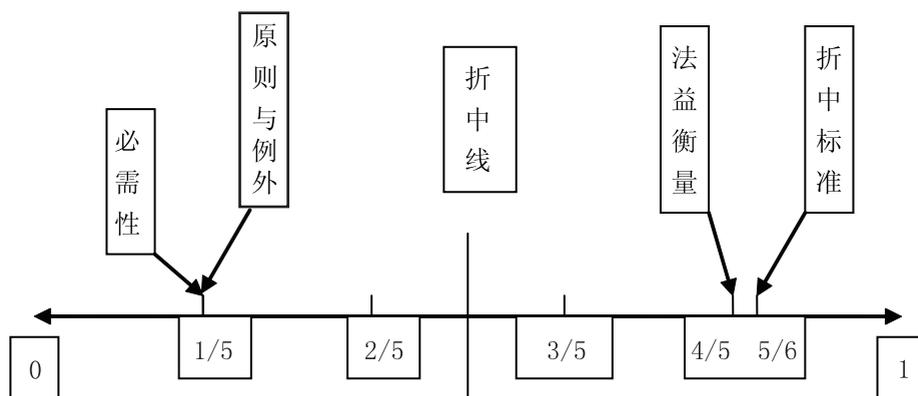
[43] 马克昌,见前注[28],第761页。

[44] 赵秉志等,见前注[8],第71页。

同时要求防卫行为与不法侵害在手段、强度等方面,不存在过于悬殊的差异(例外排除特殊情况——笔者注)”。〔45〕在笔者看来,这个陈述内容应该就是“原则与例外说”,但黎宏却将这种“原则与例外”的观点,等同于“折中说”立场或标准,很多赞同“折中说”的学者,也都与其持相似的观点。笔者认为,这是对“原则与例外说”观点之立场归属上的重大误解。“原则与例外说”与“折中说”其实不是同一回事,二者存在很大差异,因此在逻辑上应当把“原则与例外说”归属于“必需说”的立场范畴。

那么“原则与例外说”与“折中说”二者之间到底存在什么重大差异呢?首先,还是以上文中选鸡蛋的数学比例为例,从判断的整体效果角度来考察二者之间的巨大差异性。即,“原则与例外说”立场,实际上是先采用“必需性”(可食性)的实质判断标准,得出五分之四的防卫案件(鸡蛋)符合必需性要素,原则上属于正当防卫案件(好蛋)。但作为例外,要在五分之四的正当防卫案件(好蛋)中排除一些法益大小轻重之间过于悬殊异常、超出想象的案件。比如在第一次判断出的千万个“好蛋”中,有一两个鸡蛋异常小,小的如鹌鹑蛋(鹌鹑蛋通常在10克左右)一样,或者有一两个鸡蛋异常大,大得如鹅蛋(鹅蛋通常在140克左右,异常鹅蛋达320克)一样。这个时候,判断方即有合理理由怀疑此蛋不是鸡蛋或者怀疑是基因变异之鸡生的鸡蛋,因此将这种过大或过小的异常鸡蛋,例外地排除在“好蛋”的范畴之外。然而,这种例外“异常鸡蛋”的实际比例却相当小,即使假定比例最高也仅为千分之一,对“坏蛋”(防卫过当)的整体比例影响微乎其微,几乎可以忽略不计。由此,“必需说与例外说”的“坏蛋”(防卫过当)判断结果是“五分之一”加上“千分之一”,这与采取双重标准的“折中说”所得“坏蛋”(防卫过当)判断结果——“六分之五”之数量关系,可以说“差异太过于悬殊”,完全是两回事。所以,将“原则与例外说”归入“必需说”基本立场是合适的,归入“折中说”(“恰当说”)立场,是不合适的。

因此,“原则与例外说”在防卫过当判断效果上的比例数量关系,以及该说与其他三种学说所处的位置关系,可以如下图二所示:



图二 四种观点的数量关系与位置关系

〔45〕 黎宏:《刑法学总论》,法律出版社2016年版,第140页。

其次,“必需说原则基础上的社会相当性例外说”中的个案例外排除,并不是采用法益衡量标准的结果,而是采用社会相当性标准进行的判断。关于例外排除所采取的标准,学界有两种观点。一种观点认为,类似于“对盗窃几块豆腐干的人,用木棍防卫打死打残”等构成防卫过当的例外个案,“所论述的问题,实际上主要是法益均衡原则”。〔46〕另外一种观点认为,“以社会相当性理论来指导必要限度的理解应当是一种正确的思路……为了保护轻微的合法权益而采用防卫行为造成了不法侵害人权益的重大损害,尽管是刚好制止不法侵害行为所必需的,也不能就具有了社会相当性,或者说是为社会大众所容许、理解。”〔47〕

对此,笔者赞同第二种观点,认为第一种观点将例外情况的讨论归结为法益均衡原则,并不妥当。所谓法益均衡,其反面当然是法益不均衡。在现实生活中,大小重量之均衡与不均衡的衡量工具是天平或秤,但实际上需要天平或秤的标准去进行均衡的,往往是大小或轻重差异不过于悬殊的情况。比如甲乙两个体型看起来差不多的成年人,争论谁的体重更轻时,就需要用秤去衡量解决,最终二人重量上的差异可能也就是两三斤。但一个正常体型的成年人,绝对不会与一个刚生下的“胖娃娃”争论谁的体重更轻,也更不会为了解决这一问题,而去动用天平或者秤的标准。因为无论婴儿再胖再重,其与成年人的体型差异太大,以至于根据外型悬殊的常识一眼就可以判断孰轻孰重。尽管此处两个人的体重客观上存在着一个巨大量差,但不能认为这是用秤或天平标准进行衡量判断出的结果,而是用年龄与体型的异常差异等显见因素,根据常识常理做出的社会相当性判断结果。

又如,当一只蚂蚁与一头大象摆在人们面前,要其在二者体重数量关系之间填大于、等于、小于号时,这表面上是一个体重衡量的函数问题(法益衡量),实际上却是一个根据体型外形用常识之眼就可以判断的几何问题(社会相当性)。〔48〕假如此时把二者过于悬殊的量差,当作一个体重的数量衡量问题,并动真格用天平的标准去量一量称一称,则反而是多此一举,违反常识与常理。所以,笔者赞同赵秉志的观点,必需性原则的例外情况,不是一个法益衡量原则的问题,而是一个社会相当性原则的问题。

虽然,刑法学界往往批判社会相当性理论的判断标准太抽象、太模糊,对很多问题进行社会相当性的判断,往往主观性、模糊性很大,但这不能否认存在着明显不具有社会相当性的个案情况,其是为大家所公认,毫无争议的。比如,在防卫的必要限度判断问题上,人人都认为,(单纯)为了保护价值极其低微的财物,哪怕当时特定情况决定防卫人在手段上非杀死盗窃者不可(必需说),但当其在防卫限度上明显超出了社会大众的容许与理解的范围时,也不认为是正当防卫(例外),而应该认定为防卫过当。譬如,上文举的老人用枪射杀一个偷吃苹果者的例

〔46〕 马克昌:《比较刑法原理》,武汉大学出版社2002年版,第365页。

〔47〕 赵秉志等,见前注〔8〕,第71页。

〔48〕 借用了《嫌疑人X的献身》电影中那位天才数学家、高智商杀人犯的经典台词:“(这个案子)看上去是几何问题,实际上是函数问题”。该电影故事,就是由一个防卫性杀人案引发的。

子,就属于虽然完全具备了“必需性”要素,但不具有社会相当性的特殊例外情况。但因为在一一般人看来,此种防卫手段即使在当时情况下是制止偷吃苹果行为所必需的,也还是超出了社会大众所容许与理解的防卫的最大限度范围,属于防卫过当。

最后,中国学者往往在逻辑上容易混淆“原则与例外说”和“折中说”(恰当说)。比如有些通说教材这样描述“折中说”(恰当说)的优点,“既抓住了理解必要限度的本质、关键的特征,有利于鼓励公民实施正当防卫,又提出了对防卫的必要约束,有利于保障正当防卫的正确行使”。^[49]但这其实并不是所谓“折中说”观点的优点,而是将赵秉志、刘志伟等所提倡的“必需说与例外说”观点的优点,张冠李戴地错误嫁接到同时采用双重标准的“折中说”中。正如图二所示,在四种观点的位置关系中,“折中说”是偏离折中线最远的,“原则与例外说”反而是最靠近折中线的。

我国也有学者模糊地意识到“折中说”的问题,认为“基本相适应说的标准在折中说中,仍旧牢牢把持着最终的否决权。于是,基本相适应说的弊端在通说中无法得到有效克服”。^[50]在笔者看来,假如基本相适应说的法益衡量标准是根本错误的,那么号称是“必需说”与“基本相适应说”两种立场(标准)有机统一的“折中说”(恰当说),也并不会因为有了正确立场(标准)之一方,而遮蔽了根本错误立场(标准)的那一方。相反,如上文数量关系所揭示的那样,在防卫限度问题上,若同时采用“必需说”立场的必需性实质标准与“基本相适应说”立场的法益衡量形式标准,其计算结果不是我们所想象的正负抵消的平衡效果,而是负负叠加的更差效果。这就好比直接吃一包毒药与把毒药混在包包子里吃两种情况,尽管毒死人的效果是一样,但后一种折中说(混同说)的负面效果更大,因为在毒死人的同时,还额外浪费了一个好包子。

总之,在笔者看来,从形式逻辑上看,正当防卫必要限度的四种学说之争,本质上是“基本相适应说”与“必需说”两种对立的基本立场之争。其中,“折中说”大体上可归之为“基本相适应说”立场,是“基本相适应说”立场的进一步向外延展;“原则与例外说”则可归之为“必需说”立场,是“必需说”立场向内的相对缓和。

厘清了四种学说的基本逻辑关系之后,我们可以看到,正当防卫必要限度的核心问题,即归结为“必需性”实质标准与法益衡量形式标准,到底哪一个标准具有逻辑合理性与良好社会效益的问题。在此问题上,笔者赞同陈兴良、赵秉志等主张的“必需说”范畴内的“原则与例外说”的基本立场与判断标准。^[51]如上文分析所言,如果按照此标准来判断于欢案,那么于欢的行为具备防卫行为的必需性条件,不属于社会相当性的例外情况,所以本案按照学理逻辑,应该定性为正当防卫,而不是防卫过当。如果在司法实践判断或个案的评析中,将防卫的“必

[49] 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2005年版,第143页。

[50] 陈璇:“侵害人视角下的正当防卫论”,《法学研究》2015年第3期,第128页。

[51] 当然在防卫限度问题上,为什么必需性判断标准优于法益衡量标准这一问题,则涉及到违法性的本质,正当防卫制度的目的,正当防卫与紧急避险的违法性类型的区别,以及我国正当防卫制度在司法实践中面临的根本问题等复杂问题,非一言两语所能道清,对此核心问题的理论论证与具体展开,笔者将另文阐述。

需性”这一限度判断的决定性标准模糊过去,不做认真考察,而仅将结果的利益衡量这个辅助性标准作为主要标准,则必然会人为地极大压缩正当防卫的成立空间。^[52] 乃至于使得正当防卫条款成为存而不用、束之高阁的僵尸条款,这是我们刑事司法过程中应该要避免的错误。

Abstract: Some scholars hold certain doctrinal positions in theory, but adopt disparate doctrinal positions in actual case judgment, with regard to the question of the necessary limit of defense. The position of “basic adaptation theory” corresponds to the formal judgment standard of “legal—goods evaluation”, the position of “necessity theory” corresponds to the substantive judgment standard of “necessity”, and the “eclectic theory” corresponds to the double judgment standard of “legal—goods evaluation” and “necessity”. According to the calculation results of mathematical logic, the double standard of “eclectic theory” is the largest, the standard of “legal—goods evaluation” is slightly lower, and the standard of “necessity” is the smallest. The relationship of data clearly shows that the double standard of “eclectic theory” does not produce the so—called “eclectic” effect according as generally expected, which happens to be the biggest misunderstanding in the field of criminal law in China in terms of the logical relationship between the three positions. In addition, Chinese scholars confuse the “principle and exception theory” with the “eclectic theory” in logic. From the perspective of formal logical relationship, the “eclecticism” can be attributed to the “basic adaptation” position, while the “principle and exception” can be attributed to the “necessity” position. The dispute among four kinds of doctrines is essentially the conflict of two kinds of opposing basic positions: the theory of “basic adaptation” and that of “necessity”.

Key Words: Justifiable Defense; Necessary Limit; Legal—Goods Evaluation; Necessity; Eclectic Theory

(学术编辑:车 浩)

(技术编辑:张晓媛)

[52] 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9页。