

# 防卫过当认定标准之辨正

翟伟坤

(厦门大学法学院 361005)

**【摘要】**基本相适应说实际上剥夺了防卫人的防卫权,使刑法在司法中变成了恶法。必需说的最大缺陷是没有提出判断何为必需的具体标准。折中说折中了基本相适应说和必需说的缺陷。本文主张情境自然理性说,主张对行为人防卫手段选择的要求必须符合紧迫情境中防卫人减弱了的自然理性能力。

**【关键词】**防卫过当;基本相适应说;情境自然理性说

## 一、关于防卫过当认定标准的3种观点

(一)基本相适应说。即将防卫与侵害在手段、法益方面进行比较,基本相适应就是正当防卫,相差过于悬殊,就是防卫过当。

(二)必需说。即防卫的强度应止于有效制止不法侵害所必需,只要是必需,即便防卫造成的损害明显大于不法侵害的危险程度,也是正当,如果明显超过这个必需的程度,就是过当。

(三)折中说。即原则上防卫以必需为限,但又不能与不法侵害相差过于悬殊。

目前,折中说是学界的通说。但在司法实务中实际上是基本相适应说占主导地位。

## 二、关于基本相适应说

下面对基本相适应说作一利弊分析。

理由:

1、可操作性强,容易认定,因而确定性高,不容易发生争议。

2、符合人们对称性的习惯心理。此说使得防卫和侵害具有相似性、同态性,体现了朴素的等价报应的思想,使不法侵害人只承受与他的侵害相当的报应,并且这相当的报应以相当的侵害为根据,超额的报应没有这种根据。因而此说具有一定的可接受性。

3、有利于保障不法侵害人的利益,并且通过这种对不法侵害人的利益也予以保障的特殊方式彰显了法律独特的价值评价和独特的法律理性。

4、使防卫人在实施防卫时保持谨慎克制的态度,使防卫与侵害、防卫人利益与侵害者利益、私力救济与法律秩序之间保持协调性,有利于防止非理性行为的膨胀。

弊端:

1、基本相适应说违背人的心理规律。防卫人在防卫时情势紧迫,处于情绪化的状态,根本来不及思虑,只能以一个情绪人的标准来衡量。但基本相适应说却要求防卫人成为一个精于计算的理性人,要求防卫人完成三项考虑:一、准确估量不法侵害的危险度,二、提出各种可能的防卫方案,三、对各种方案的手段、强度分别估量,并与侵害进行对照,选出相适应的防卫方案。这是对防卫人的苛求,是防卫人根本做不到的。

2、基本相适应说通常会将防卫人置于这样一种境地:防卫人在当时情境下根本想不到和找不到一种基本相适应的手段,行为面临两难的选择:如果使自己得到最充分的安全防卫,就要因为过当被追究刑事责任,如果想不被追究刑责,就要放弃有效的防卫,使自己处于危险之中。如果防卫人选择了后者,那么刑法变成

了不法侵害者的帮凶,为不法侵害得逞保驾护航。如果防卫人选择了前者,那么刑罚变成了对正义的惩罚,刑法就是恶法。基本相适应说使得正义屈从于非正义。

也许我们通过事后的研究讨论能够找到一种基本相适应的手段,但在当时的情境下,行为人根本找不到这样的手段,对防卫人提出基本相适应的要求,就是剥夺了防卫人的防卫能力和权利。

3、基本相适应说使得防卫人无法反客为主、变主动为被动,使得不法侵害人自始至终都控制着整个搏斗过程,就是说从不法侵害者实施侵害时起,他就同时连防卫者的防卫方式给限制住了,于是不法侵害者从刑法获得了肆无忌惮的权利,而防卫者却是带着脚镣跳舞。

4、通过以上分析可以看出,基本相适应说违背了97刑法对79刑法进行修改的立法原意。97刑法将79刑法中“超过必要限度,造成不应有的危害”修改为“明显超过必要限度,造成重大损害”,就是针对司法实践中几乎一防卫就过当的状况,其用意就是希望对正当防卫的认定能宽松一些,能认定为正当防卫的就不认定为防卫过当,从而排除防卫的后顾之忧,鼓励公民见义勇为,震慑犯罪。然而基本相适应说却使得防卫人在防卫时顾虑重重,要三思而后行,大大削弱了防卫积极性和防卫能力,常常使得犯罪还有理,防卫却有罪的局面出现,这严重背离了刑法设立正当防卫制度的立法意图和法律精神。

5、基本相适应说的可操作性不是其存在的理由,如果这种逻辑是非正当的或者不是价值最高的,那么这种逻辑就应被抛弃。

6、等值报应的思想不适用于正当防卫。不法侵害者实施侵害时,并没有以防卫人的防卫强度作为侵害的限度,同样的,防卫人实施防卫时也不必以侵害的强度为限。不法侵害人可以只根据侵害意图决定实施侵害,防卫人同样可以只根据防卫需要决定防卫强度。不能让不法成为合法的根据,不能让非正当成为正当的限度。如果防卫的强度溢出了侵害的危险度,如果这溢出是防卫所必需的,那么这溢出的损害后果就不能让防卫人担责,而应由侵害人自负。因为没有侵害就没有防卫,一切的必然后果都只能按照因果报应的规律由作为始发者的不法侵害人负担。

7、不法侵害者的人权需要保障,正当防卫者的人权更需要保障,并且当两者冲突时,不法侵害者的人权就不再是人权,变成了自食其果、咎由自取。

8、基本相适应说所体现的谨慎克制的态度并没有体现一种法律的理性,因为他所造成的结果是正义屈从于非正义,所以这种克制就变成了压抑,只有解除这种压抑,释放人们的防卫热情、勇气和正义感,才能使法律获得价值和信仰的基础

9、基本相适应说在法律界特别是司法界的流行,揭示了法律职业者特别是司法官的一种集体无意识,这是一种冷漠却貌似高明的法律思维定势。那就是通过将法律和情理对立起来,通过法律对情理的伤害和区别,来衬托某种自我陶醉式的“法律价值”。事实上,法与情理对立又无可调和的情况固然有之,但远没有那样

普遍。如果法是良法,它本质上与情理是统一的,并且应尽量减少它们之间的冲突。通过“法不容情”来衬托对法律的严格的追求,从表面上看是对法律的严苛的服从,实际上却从根本上违背了法律,这反映了对法律精神的某种无视和法律思想能力与法律良心上的习惯惰性。

### 三、关于必需说

必需说的最大优点是立足于防卫人的立场,使防卫摆脱了基本相适应说的束缚,实现了防卫的有效性和法律的保障性的统一,而不是使防卫人处于要么就不防卫,防卫就受制裁的荒唐境地。

但必需说的最大缺陷是模糊性、抽象性、不确定性。该说并没有提出判断何为必需的具体标准,这一方面在理论上大大降低了它的吸引力和影响力,另一方面,在司法实务中也就没有提供充足的理论理由,而且容易出现理解的不一致,增加了达成共识的难度。这也是必需说在理论上始终不能成为通说,在实务中始终不能成行的主要原因之一。

笔者在文章的最后部分将坚持必需说的立场,同时努力克服必需说的缺陷,尝试提出确定防卫是否过当的原则性标准。

### 四、关于折中说

折中说之所以能成为理论界的通说,并不是因为其完整性和科学性,而是因为常存于国内学界的一种习惯逻辑。但凡两种对立的学说,一种之道理必是另一种所不足,于是乎折中起来,似乎有完美之像。但问题即出在这折中里,倘若折中能找到一个结合点,排除其对立,则不妨折中,但关于防卫过当的折中却是另一种情况。它首先是折中了必需说和基本相适应说的缺点,同时又没有增加新的优点,而且产生了新的问题。在必需说和基本相适应说一致的场合,即防卫手段既能有效制止不法侵害,又与侵害强度基本相适应或者既非必需又非基本适应的情况,不需要折中,两种学说可任选一种即能准确认定或者共同作出多角度的描述,折中说没有存在的必要。在必需说与基本相适应说不能调和的场合,即必需但不适应,适应却不足必需的情况,则折中说陷入自相矛盾、纯属幻想的逻辑困境,因为折中根本不能实现,导致折中说没有任何的理论意义和实践意义。在评价具体问题时,只能择必需或基本相适应之一说来应用,折中实际被抛至一边。实际上,单从理论上考察,只要不去深究,不去进行逻辑追问,折中说似乎尚能存在,但一旦面对实际问题,折中说便因其逻辑上的致命缺陷,最终滑向基本相适应说。因为必需的标准因为笼统故怎么解释怎么有理,但基本相适应却是客观现象,适应就是适应,不适应就是不适应,无法任意解释。这也表明了折中说只是一种简单的理论拼凑,是一种没有创意又没有意义的虚假的理论。

### 五、本文的观点:情境自然理性说

综上所述,折中说没有存在的可能性和必要性,基本相适应说看似有理,却缺乏根本的正当性,必需说立场正确,但空洞简单,有待升级和发展。下面笔者将沿着必需说的逻辑方向,尝试提出一种较为确切现实的判断标准。

姑且将此标准称为情境自然理性说。

援引法条规定:“明显超过必要限度,造成重大损害。”

笔者认为,“造成重大损害”作为具体描述是对“明显超过必要限度”这一概括标准的一个关键方面的强调和说明,二者是包容关系,所以“明显超过必要限度”是认定防卫过当的唯一标准。

此标准包含两个必不可少的方面:

1、造成重大损害。此重大损害通常是指造成不法侵害人重伤或死亡的结果。无重大损害发生必然不存在防卫过当,造成重大损害也未必就是防卫过当。计算防卫后果与不法侵害的危险性(包括侵害的利益和危险的程度)之间的差额,有利于防卫过当的认定,如果差额小则必然不过当,差额悬殊却未必是防卫过当,要综合各项标准判断。不能允许为了保护无足轻重的利益而损害重大利益,正当防卫要保护的利益必须具有即便造成重大损害,也不得不进行保护的必要性。

2、认定不必要的标准是违背情境自然理性的原则。

A、具有防卫的必要性。即法益的被侵害是防卫人不能忍受的,防卫人不得不防卫。

B、存在造成损害显著为轻的其他防卫手段。

C、此手段能达到同样的防卫目的,同样能使防卫人获得确信的安全。

D、此手段的想见和实施未超出防卫人紧迫情势下减弱了的理性能力,防卫人只需尽到紧迫心理支配下的有限的自然的注意,就能想到和实施此手段。

在不具有防卫必要性的情况下,即权益的受侵害是防卫人完全可以承受的,同时如实施防卫将造成差距悬殊的重大伤害,此时防卫人负有容忍受侵害的义务,其权利的受侵害可通过事后的公力救济补偿。

但防卫的必要性应从物质与精神两个方面衡量,包括物质受害之不能忍受和精神受伤之不能承受。尊严是防卫的重要理由。所谓不能忍受,是指忍受会产生难耐的痛苦,而非指绝对的不能忍受。

这里实际上对防卫人提出了“不得已”的手段选择要求。尽管学者通常将是否不得已而为之作为正当防卫和紧急避险的区别,但实际上这是一个虚假的区别。倘若并非不得已,也就意味着存在造成损害显著为轻同时又是防卫人完全可以想见和实施的防卫手段,此时倘若防卫人执意实施了严重的防卫手段,就必然构成防卫过当。

即便造成了与不法侵害相差悬殊的重大损害,也确实存在显著为轻的其他手段,但只要防卫人的利益是必须要保护的,防卫人采取的手段是自然而然的,对防卫人提出其他手段的要求是当时情境下的苛求,就不是防卫过当。

对防卫人行为选择的要求,不能违背情势自然的原则,不能要求防卫人像正常生活那样周全冷静的考虑,即不能以正常状态下的标准评价应激状态下的行为,不能使防卫人的选择陷入冒险之中:为了避免过当负刑事责任而采取了不完全有效的手段,使自身的利益处于不确定的危险之中。

当防卫人遭受不法侵害时,在紧迫情势下会产生紧迫心理,即陷入恐慌、冲动、盲目,思维变得狭窄和阻滞,又变得夸张和放肆,某一点被放大,其余点被遮蔽,法律应当保障防卫人在这种情境中能够及时轻易放心的选择行为手段,使之释放出最大的防卫能力,确保自身法益的最大安全。

### 【参考文献】

- [1]高铭暄、马克昌:《刑法学》,高等教育出版社2007。
- [2]陈兴良:《正当防卫论》,中国人民大学出版社2006。