

小议防卫过当与正当防卫的关系

孙丽 厦门大学法学院

中图分类号：D914

文献标识：A

文章编号：1006-7833(2010) 02-314-02

摘要 正当防卫制度是各国刑法中的一项重要制度，它对于维护社会秩序，减轻和避免不法行为对合法权益的损害，提高公民同不法行为作斗争的积极性等起到了重要作用。正当防卫制度中，又涉及到防卫过当的问题，对此各国刑法的表述不同。日本刑法第 36 条第 2 款规定，防卫过当是“超过防卫限度的行为”。近年来，我国刑法也对正当防卫制度进行了修改，使其更加完善和严谨，但是对于其中的一些规定，尤其涉及正当防卫与防卫过当的规定，我仍有些疑问。这也是学界看法不一，争论不已的一个问题。本文在此对二者的关系作如下思考。

关键词 正当防卫 防卫过当

一、我国立法上对正当防卫和防卫过当关系的规定

我国《刑法》第 20 条规定：为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害，而采取的制止不法侵害的行为，对不法侵害人造成损害的，属于正当防卫，不负刑事责任。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，但是应当减轻或者免除处罚。

本法条概括规定了正当防卫和防卫过当行为，虽然没有明确指出正当防卫与防卫过当的关系，但是我们可以从规定中得出以下结论：

该条第一款规定“采取的制止不法侵害的行为，对不法侵害人造成损害的，属于正当防卫”。按该款的规定，正当防卫中防卫行为人采取的制止不法侵害的行为，并不限于是为制止不法侵害行为所必需的，也就是说，该行为可以是在制止不法侵害的必要限度之内的，也可以是超过制止不法侵害的必要限度的。另外，这里提的对不法侵害人造成的损害，也没有规定是什么程度的损害，那这种损害既可以包括正当防卫中的必要损害，也可以包括防卫过当中的造成重大损害的情况。从以上两点可以推知，立法上是把防卫过当包含在正当防卫之中的，认为防卫过当是正当防卫的一种。

二、学界关于正当防卫和防卫过当的关系的争议

现实中，理论和实务界对防卫过当与正当防卫的关系问题也争论不休。大体上有以下两种观点：

1. 防卫过当等于正当防卫

该观点认为，防卫就是指正当防卫，只要是防卫行为，

都是正当的，因此，为了制止不法侵害所采取的一切行为，不管其手段如何，不管其给不法侵害人造成了何种程度的损害，都是合法的，正当的。这样一来，防卫行为就没有正当与过当之分。该观点无限扩大了防卫人的防卫权，完全否定了刑法关于防卫过当的规定，否定了防卫过当的犯罪性，不认为防卫过当是一种犯罪行为，这显然不利于刑法保护人权的精神，也不利于整个社会的稳定，纯属荒谬之谈。

2. 防卫过当行为是由正当防卫行为转化而来

该观点认为“防卫过当行为是由正当防卫行为转化而来的^①”，“防卫过当是防卫行为的量变而引起的质变^②”，防卫过当之所以区别于正当防卫而应受到法律的惩罚，仅仅是因为其在客观上给不法侵害人造成了严重后果，而与行为主观上的罪过性以及手段上的不适当性均无关。这种观点否认了防卫过当行为的独立特征，也不符合刑法中正当防卫制度的精神。

三、笔者的观点

1. 防卫过当行为的性质

防卫过当是一种犯罪行为，它首先与一般的犯罪行为存在差别。二者的差别在于，防卫过当行为的前提条件是具有不法侵害存在，而且不法侵害行为正在进行，如果缺少了这个条件给他人造成损害，该种行为就不是防卫过当，而是一般的犯罪行为了。其次它与正当防卫行为也存在本质的区别，这种区别表现在防卫过当的两个显著特征之上：

(1) 防卫过当行为的防卫性。防卫人在进行防卫的时候，不论是正当的防卫还是过当的防卫，其主观目的都是为了同不法侵害行为作斗争，从而维护合法权益，也就是说，无论防卫是否正当，防卫人都是具有防卫认识和防卫意志的。防卫过当行为之所以区别于正当防卫行为，其中一点就在于其防卫的强度超过了制止不法侵害行为的必要限度。

(2) 防卫过当行为的犯罪性。我国刑法第 20 条明文规定，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，这说明防卫过当行为具有犯罪性。这种犯罪性除了客观的严重后果之外，还体现在其主观方面。事实上，防卫过当行为不仅是在客观上给不法侵害人造成了重大损害，其在主观上也存在故意或过失的罪过。故意的情况表现为，行为人明知自己的防卫行为已经超过了必要限度，可能给不法侵害人造成重大损害，仍积极追求或放任这种结果的发生。

过失的情况表现为,行为人应当预料到自己的防卫行为可能给不法侵害人造成重大损害,因为疏忽大意没有预见,或虽预见但轻信能避免这种损害结果的主观心理状态。有学者认为,防卫过当的主观罪过不可能是直接故意,因为一个人的头脑中不可能同时存在防卫的认识和犯罪的认识,而马克昌先生认为防卫过当的主观形式既包括直接故意,又包括间接故意^③。但大多学者认为,防卫过当行为在主观上至少是存在过失的^④。而在正当防卫的过程中,我认为行为人不存在主观罪过,在防卫行为没有超过必要限度的情况下,行为人所采取的一切行为和手段均是为了和不法侵害作斗争,虽然也给不法侵害人造成了一定的损害,但它是正当的,是法律所鼓励和支持的,行为人并非因为疏忽大意或过于自信才给不法侵害人造成损害,更不可能积极追求或放任危害结果的发生,只是由于情况紧急,而又不能及时获得国家机器的保护时,采取了相应的手段来维护合法的权益,也就是说,在正当防卫中,防卫人没有伤害的故意或过失。因此正当防卫的行为人在主观上不存在罪过。这是区别于防卫过当的很重要的一点。所以,防卫过当行为本身就具有独立的犯罪性格,它不依附于正当防卫行为,不是由正当防卫行为转化而来的。

综上,笔者认为,防卫过当行为是独立于正当防卫的,其与正当防卫既不是立法上的包容关系,也不是学界所认为的转化关系,更不是等同关系,而应该是并列关系,二者同属于防卫行为,因在防卫程度,主观罪过,所采取的手段,以及犯罪性等方面存在差别而属于防卫行为中的不同种防卫。

2. 对我国《刑法》中关于正当防卫和防卫过当关系规定的质疑及立法建议

笔者认为我国刑法中的关于正当防卫和防卫过当关系的规定存在逻辑上的矛盾,我们可以从正当防卫与防卫过当的构成要件分析它的逻辑矛盾:

按学界通说,正当防卫行为的构成要件包括以下几个方面:(1)起因条件:即必须存在不法侵害行为。(2)时间条件:不法侵害正在进行。(3)对象条件:防卫行为必须是针对不法侵害人本人的。(4)限度条件:防卫行为必须没有超过必要限度,给不法侵害人造成重大损害。(5)目的条件:正当防卫行为是为了保护国家,公共利益,本人或他人的合法权益^⑤。我们逐一来分析:在起因条件上,防卫过当行为和正当防卫行为是一致的,都是由不法侵害行为引起的,这一点没有争议。在时间条件上,二者都是在不法侵害行为正在进行的情况下发生的。在这个问题上,有学者认为防卫过当的时间条件也可以是在不法侵害行为结束以后,我认为不然,若防卫人是在不法侵害行为结束之后才进行了防卫,属于防卫不适时,行为人主观上不具有防卫意图,而是侵害的意图。若这种不适时的防卫又造成了严重的后果,应在刑罚评价时从重处罚的情节,不属于防卫过当中应受处罚的情况。高铭暄教授认为,防卫不适时不仅在客观上对有过错的人所造成的人身或者财产的损害不具有防卫性质,而且行为人在主观上也不具有防卫意图^⑥,所以,事后防卫行为不论从主观还是客观方面来说,

都不符合防卫过当的本质,防卫过当行为的时间条件只能是不法侵害正在进行之时。在对象条件上,正当防卫和防卫过当行为都是针对不法侵害人本身的,这个也不存在争议。在目的要件上,二者也都具有防卫认识和防卫意志,都是为了制止不法侵害。关键在于构成要件的第四点,即限度条件上。我国《刑法》第20条第2款明确规定: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,但是应当减轻或者免除处罚。该规定表明,防卫过当是指防卫行为明显超过了制止不法侵害行为所必须的限度,给不法侵害人造成重大损害的情况,这里,立法的规定就产生了逻辑上的矛盾,既然防卫行为已经明显超过了必要限度,给不法侵害人造成了重大损害,那么,就不符合正当防卫构成要件中的限度条件,就已经不是正当防卫行为了。从另外一个角度来看,陈晓明等教授也认为:既然是防卫过当,就不应再称为“正当防卫”,而应该称为“防卫行为^⑦”。反过来,我们也可以说,既然是正当防卫,就说明防卫是正当的、必要的、适度的,怎么会出现过当呢?所以,笔者认为我国刑法第20条第一二款可以改为:

为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害,而采取的制止不法侵害的行为,对不法侵害人造成损害的,属于防卫行为。

防卫行为没有超过必要限度造成重大损害的,属正当防卫行为,不负刑事责任。

防卫行为明显超过必要限度造成重大损害的,属防卫过当行为,应当负刑事责任,但是应当减轻或者免除处罚。

这样就使正当防卫制度更加严谨,澄清了正当防卫和防卫过当的关系,避免了不必要的混乱,使刑法规定更加清晰明了和易懂。

注释:

- ①高铭暄.新中国刑法研究综述.河南人民出版社.1986:308.
- ②陈兴良.正当防卫论.中国人民大学出版社.1987:55.
- ③马克昌.刑法理论探索.法律出版社.1995.
- ④甘雨露.刑法学专论.北京大学出版社.1984.
- ⑤高铭暄.刑法专论.高等教育出版社.2002:433.
- ⑥高铭暄.刑法专论.高等教育出版社.2002:446.
- ⑦陈晓明.理论刑法学专论.科学出版社.2006:199.

参考文献:

- [1]陈晓明.理论刑法学专论.科学出版社.2006.
- [2]马克昌.刑法理论探索.法律出版社.1995.
- [3]甘雨露.刑法学专论.北京大学出版社.1984.
- [4]高铭暄.新中国刑法研究综述.河南人民出版社.1986.
- [5]陈兴良.正当防卫论.中国人民大学出版社.1987.
- [6]高铭暄.刑法专论.高等教育出版社.2002.
- [7]陈立,陈晓明.刑法总论.厦门大学出版社.2005.
- [8]祝尔军,白彦.防卫过当若干问题探讨.法律适用.1998(6).
- [9]王光石.防卫过当犯罪构成的特殊性.河南公安高等专科学校学报.2205(10).
- [10]彭卫东.正当防卫论.武汉大学出版社.2001.