



论正当防卫必要限度

——结合《刑法》第二十条第三款的分析

王 晓, 凌瑞翔

(浙江理工大学法政学院, 杭州 310018)

摘 要:《刑法》第二十条第三款在条款性质上通常被认定为特别条款或注意条款,由此导致司法实践中产生三种认知偏差:防卫行为致人伤亡不负刑事责任之情形仅限于《刑法》第二十条第三款所列举的侵害行为;针对《刑法》第二十条第三款列举以外的侵害行为进行防卫致人伤亡均需承担刑事责任;防卫人行使防卫权时针对防卫结果的主观态度不影响防卫过当的成立。为突破上述认知偏差以确定必要限度,结合相关案例分析,认为不能将《刑法》第二十条第三款单纯认定为特别条款,该款防卫权在行使过程中仍需符合必要限度即结果因素、行为因素和时间因素的要求,并以结果因素为核心,综合考量行为因素和时间因素。

关键词: 正当防卫;条款性质;结果因素;行为因素;时间因素

中图分类号: D914

文献标志码: A

文章编号: 1673-3851(2020)06-0328-09

Necessary limits of justifiable defense: Analysis based on Clause 3 of Article 20 of the *Criminal Law*

WANG Xiao, LING Ruixiang

(School of Law and Politics, Zhejiang Sci-Tech University, Hangzhou 310018, China)

Abstract: Clause 3 of Article 20 of the *Criminal Law* is commonly recognized as special provision or attention provision, which leads to 3 types of cognitive biases in judicial practice. Firstly, the circumstance where criminal liability is not held for casualties caused by excessive defense is only confined to actions listed in Clause 3 of Article 20 of the *Criminal Law*. Secondly, criminal liability should be held for all casualties caused by excessive defense against actions not included in Clause 3 of Article 20. Thirdly, the establishment of excessive defense would not be impacted by the defender's subjective attitude towards the consequences of the defensive actions. Thus, to break the cognitive biases listed above and ascertain the necessary limits, and based on analysis of related cases, it is considered that Clause 3 Article 20 should not be simply recognized as special provision, and the enforcement of the rights as specified in this clause still should conform to the necessary limits (namely the factors of outcome, behavior and time), and factors of behavior and time should be taken into comprehensive consideration with the factor of outcome as the core.

Key words: justifiable defense; nature of clause; outcome factor; behavioral factor; time factor

正当防卫天然地具有保护合法权益、维护人性良善的功能。为减少防卫人的后顾之忧,积极行使防卫权保护人身安全和财产权益,1997年《刑法》修订时增设第二十条第三款即无过当防卫^①。现今刑

法学界对于该款的性质认定通常有特殊条款^[1]或提示性条款^{[2]8}两种观点:前者认为其只需要考虑防卫

① 本文所称“无过当防卫”系指《刑法》第二十条第三款规定的防卫权,其在性质认定上系注意条款。

收稿日期:2020-02-24 网络出版日期:2020-05-27

作者简介:王 晓(1967—),男,浙江杭州人,教授,硕士,主要从事法理学、刑法学方面的研究。

必要性而对利益均衡原理不予考虑^[3]，系防卫过当条款的例外规定，将原本防卫过当的事项拟制为正当防卫，普遍认为不存在必要限度问题^[4]；后者认为该款仅仅起到提请注意的作用，而不是对防卫对象的一般性规定^{[2]8}。不同的性质认定将会导致正当防卫条款之间的关系不同：倘若将第三款认定为特殊条款则其与第一款系并列关系，需要区分两者的差别；倘若将第三款认定为注意条款，则仅对第一款起到提示作用，包含于第一款之中而非独立存在，因此不需要区分两者必要限度的差异。目前刑法学界认为该款为特殊条款者居多，亦因此导致该款在实际适用上限缩并产生一定的认知偏差，亟待解决。

具体而言，将该款的性质认定为特殊条款首先会导致实务中产生三种认知偏差：认为只要侵害行为属于该款列举范围内的严重危及人身安全的暴力犯罪即可以防卫致人伤亡^①；针对该款列举范围之外的侵害行为防卫致人伤亡的，难以认定为正当防卫，均需承担刑事责任；由于该款并未对防卫人造成防卫结果的主观方面予以说明，导致主观方面究竟为故意还是过失均不影响防卫过当的认定。因此，将该款性质认定为特殊条款并不妥当。

本文首先将会对影响正当防卫的必要限度的因素进行筛选，在此基础上具体分析各个要素之间的适用关系，通过条文分析、分类阐述并结合相关案例分析得出各个要素之间的整体适用关系。明晰《刑法》第二十条第三款的性质以及正当防卫必要限度有助于鼓舞防卫人积极与不法侵害作斗争，维护合法权益，甚至学者 Johnson^[5]认为正当防卫可以上升为“宪法性权利”；同时，它有助于加强法秩序建设，提高司法权威，最终达到有效惩治罪犯、预防犯罪以及保护人民的目的。完善正当防卫必要限度以及适用范围的研究，能够为司法实务提供良性指引，实现该款保护合法权益的立法目的^[6]。

一、问题的提出

《刑法》第二十条第三款的设定旨在积极鼓励防卫人保护合法权益，减少其后顾之忧。但是由于该款在条款性质上存在着提示性条款和特殊条款的争议，且同行的理解以后者居多，因此导致司法实践中普遍认为，防卫人实行防卫行为致人死亡不负刑事责任的情形仅限于该款列举的数种暴力性人身犯罪，除此之外的情形致人伤亡的均需承担刑事责任。值得注意的是，提示性条款和特殊条

款均没有将防卫人的主观态度考虑在内，因此存在不足之处。

上述理解属于司法实践中的认知偏差，应当予以纠正：该款列举情形内的防卫行为致人伤亡本身处于正当防卫的范畴之内，因此并不存在所谓法律拟制问题；同时，防卫行为致人伤亡不需承担刑事责任的情形不局限于暴力性人身犯罪，面对侵害行为时，防卫人主观上为间接故意或是过失时，实行防卫致人伤亡亦可能属于正当防卫，不负刑事责任，即防卫人主观态度应作为正当防卫的考虑因素之一。

导致认知偏差的原因在于对该条三款之间的适用关系不明确，本文认为第三款系注意条款，其本身便涵盖于第一款之中，申言之，无过当防卫本身便属于正当防卫，因此其认定以及必要限度的界定应当是以正当防卫的认定和界定为标准，只要理清正当防卫必要限度的影响因素及整体适用状况即可确定无过当防卫的适用。同时，将该款认定为注意条款可以避免上述认知偏差导致的适用范围限缩的情况。现实中“严重危及人身安全的暴力性犯罪”毕竟是少数，大多数仍然是普通人身犯罪，因此从鼓励防卫人积极行使防卫权的角度出发，应认定一般正当防卫包含了防卫致人伤亡的情形。《刑法》之所以增设该款系，是因为实务中出现了“一刀切”地将防卫致人伤亡的情形认定为防卫过当的偏差。为更好地实现正当防卫价值以及保护合法权益，《刑法》以明文规定的形式提醒司法实务人员第三款的情形本身便属于正当防卫。正是因为如此，在认定该款为注意条款的前提下，对其的必要限度分析实质上为一般正当防卫必要限度的分析，无需讨论两者必要限度之间的区别，只要明晰正当防卫必要限度，即可确定无过当防卫的必要限度。对于司法实务而言，迫切需要的是相对准确的衡量标准，倘若认定为特殊条款则必须论述第三款与第一款之间必要限度的区别，具有极大的不确定性；但是将该款认定为注意条款则可在极大程度上避免上述争议，只需要确定正当防卫的必要限度即可明晰防卫行为与防卫过当的区别，且不会导致正当防卫适用范围的限缩。为了详细论述，本文将通过典型案例的形式串联理论与实务，整理的典型案例见表1。

① 由于该款仅仅是通过列举方式确定相关的侵害行为，导致司法实践中认定致人伤亡不负刑事责任的情形仅限于该款列举范围之内。

表1 正当防卫的典型案例

序号	案号/案件名	结果	行为			时间	主观	判决
			防卫手段	防卫工具	人数对比 (侵害人:防卫人)			
1	(2016)琼02刑终28号/陈天杰故意伤害案 ^①	一死三伤	使用小刀	折叠式小刀	5:1	被围殴时	间接故意	无罪
2	(2017)鄂0115刑初126号/曾亮故意伤害案 ^②	一人重伤	使用匕首	匕首	10:1	被围殴时	间接故意	有期徒刑一年四个月
3	(2016)豫0192刑初18号/陈某某故意伤害案 ^③	一人死亡	使用木棍	木棍	1:1	厮打时	过失	有期徒刑十年
4	(2017)湘13刑终195号/游世辉故意伤害案 ^④	一人重伤	使用菜刀	菜刀	3:1	被殴打时	间接故意	有期徒刑一年十个月
5	最高检检例第47号/于海明正当防卫案 ^⑤	一人死亡	使用砍刀	砍刀	1:1	被追杀时	过失	撤销案件

注:上述案例来源于无讼案例网:<https://www.itslaw.com/>。

从上述典型案例可以窥见,司法实践中对于致人伤亡的情形,首先查看侵害行为是否属于《刑法》第二十条第三款的列举范围内,倘若不是,便排除适用该款而大多数情况下适用第二款。因此,防卫致人伤亡的防卫行为大多数情况下被认定为防卫过当,以故意伤害罪定罪,一定程度上导致“入罪”倾向明显。为此,需要对正当防卫的各影响因素进行分析,同时明确各影响因素在正当防卫判断过程中的整体适用情况,形成一个正当防卫与防卫过当之间判断标准的体系。

二、防卫必要限度影响因素分析

(一)防卫结果因素

防卫行为在施行过程中是否过当,首先应当考虑防卫结果是否过当。只有“明显超过必要限度造成重大损害”的情况下才构成防卫过当,因此,构成防卫过当需符合“明显超过必要限度”和“造成重大损害”两个因素。针对后者之理解,李晓明等^[7]认为“‘没有造成重大损害’是指正当防卫对不法侵害人的损害与不法侵害所要造成的损害相比,不是重大的损害”。因此,当防卫行为造成一定的损害后果,首先应当先行判断结果是否过当。倘若防卫行为在结果上不存在过当问题,自然也不会存在防卫过当。

此处所说将结果因素置于第一位,一方面是由于防卫结果是否过当系判断防卫过当的必备条件之一;另一方面是在客观判断上结果因素相对明显和直观。因此,首先应从防卫结果角度判断某行为是否过当。需要说明的是,本文仅仅是将防卫结果放置于首位进行判断而非将之作为判断之唯一标准,因此不能认为本文赞成“唯结果论”^⑥。

判断防卫结果因素是否过当除了应当考虑结果在客观上是否超出必要限度外,还应当将防卫人之造成结果的主观态度考虑在内。由于防卫行为具有适度性条件,而不是一种报复性的惩罚手段^[8],因此对于防卫人造成防卫结果的主观态度应当予以判断。

(二)防卫行为因素

防卫行为系防卫人面对侵害行为时,为制止不法侵害所进行的物理性行为。正是由于行为本身具有客观性,在维护被侵害者权利的同时,亦可能成为故意侵害他人权益的手段。因此必须对该因素进行

① 2014年3月12日晚,周某等四人辱骂陈天杰并调戏其妻孙某,双方发生争执。随后,周某等四人殴打陈天杰,其中两人手持钢管,周某手持铁铲殴打陈天杰头部。在此过程中陈天杰处于半蹲状态,一只手持住孙某,一只手持小刀乱捅,致使一人死亡、一人轻伤、二人轻微伤。

② 2016年6月26日晚,田某等十余人寻衅滋事围攻被告人曾亮,曾亮在此过程中用手搂住田某脖子并用匕首抵住脖子以警示其他人,要求离开,随后放开田某搂住另一人重复上述操作。双方继续对峙过程中,田某手持砍刀砍伤曾亮头部、肘部,曾亮遂持匕首刺伤田某致其重伤。

③ 2015年9月15日下午,被告人陈某某与被害人陈某甲因土地赔偿款发放问题发生争执,二人发生厮打,被害人陈某甲手持木棍欲殴打被告人陈某某,被告人陈某某夺过木棍(并未进行殴打),随即双方被群众拉开,被害人陈某甲因冠心病急性发作死亡。

④ 2003年12月31日早上,被害人李铁祥因与被告人游世辉发生纠纷,伙同李某甲、李某乙到游工作的保安室,双方发生争吵,李铁祥等担任殴打游世辉并将其推入保安室内继续殴打。游世辉拿起屋内菜刀警示,由于屋内光线昏暗,李某甲等未看到菜刀,将游世辉按倒在床上继续殴打,游世辉举刀将李铁祥砍致重伤。

⑤ 本案详情参见最高检第十二批指导性案例检例47号“于海明正当防卫案”: http://www.spp.gov.cn/spp/jczdal/201812/t20181219_402920.shtml。

⑥ 有学者归纳现今“唯结果论”主要从三个方面进行认定即判断时间、判断对象和判断标准,具体对应为事后判断、事后查明的证据事实和裁判者的认识三方面内容。参见:张宝.防卫限度司法认定的困境与出路[J].法学杂志,2016(10):95-101。

规制。防卫行为因素主要由三部分构成,即手段、工具和人数,具体分析如下:

1. 防卫手段

防卫手段系防卫人面对侵害时进行防卫的首要措施。由于防卫手段存在多样性,因此在面对不法侵害时,防卫人可以根据侵害行为的缓急程度采取缓和的防卫手段,亦可以采取激烈的防卫手段^[9],甚至于防卫人可以选择躲避,等待第三方因素介入导致侵害人丧失侵害能力。在防卫行为与不法侵害之间是否应相适应的理解上,学界目前主要存在三种主张,即基本相适应说、客观需要说以及基本适应和客观需要统一说^[10]。但是无论何种主张,在判断防卫限度时均会将防卫的手段考虑在内,究其原因便是防卫手段是防卫行为之起点,因此必须将之置于必要限度考量因素中。

2. 防卫工具

从广义角度来讲,防卫工具之使用亦为防卫手段之一种,但是由于防卫工具本身具有的辅助性、侵害性和特殊性,本文将之从防卫手段中抽离而单独分析。当侵害行为发生时,防卫人随即进行防卫,在双方争斗过程中,防卫人会极大程度上运用工具以提高自身的防侵害能力或者防卫能力。当防卫工具作为一个特殊因素介入防卫行为之时,其本身的侵害性以及辅助性可能导致双方力量产生变化甚至对比悬殊,侵害人对防卫人所造成的危害性亦会发生相应的变化,最终会影响防卫行为是否超过必要限度,尤其当双方所持防卫工具产生不对等时影响更甚。

3. 人数对比

侵害方和防卫方人数之差异亦是影响必要限度的重要因素之一。倘若侵害方人数众多而防卫方人数较少,此种情况下对防卫方所造成的精神压迫以及人身限制便非常明显。同时,在侵害方人数众多的情况下,即便其仅仅进行普通殴打,由于人数因素的影响极有可能会对防卫人造成重大伤害。在被殴打过程中,判别防卫人进行防卫致人死亡是否属于正当防卫等问题,应当着重考虑双方人数之对比。但是值得注意的是,人数对比仅仅是作为判断必要限度的辅助因素之一,具体还应结合双方所持工具、所习格斗技巧和自身体格进行综合判断。

(三) 时间因素

本文所称的时间因素,不仅包含正当防卫构成要件中的“正在进行”的时间要件,还包括在侵害行为突发性情况下,防卫人进行防卫的时间把握问题。后者具体而言,即防卫人面对突发性侵害行为随即

进行防卫,而该防卫行为系持续性和连贯性的,时间较短,此过程中侵害人可能已丧失侵害能力,防卫人是否应对之判断分析即为时间因素。之所以将此因素作为必要限度影响因素之一,是因为侵害行为和防卫行为发生的时间较短,该时间段内是否要求防卫人注意侵害人的侵害能力的变化,将会直接影响对防卫过当与否的判断。

三、正当防卫必要限度分析

诚如上文所分析,《刑法》第二十条第三款性质认定上系注意条款,因此该款所列侵害行为范围内的防卫行为系有条件和必要限度的。必要限度包含结果、行为和时间三个因素,唯有在把握这三个因素的基础上确定该款的正当防卫限度,才能避免公民正当防卫时侵犯其他合法权益^[11],进而确定必要限度之外延。

(一) 防卫结果要件分析

对于《刑法》第二十条第三款防卫权在行使过程中是否过当,首先应该在防卫结果上进行判断,倘若防卫结果本身便无过当,则不存在防卫过当的问题。本文在防卫限度的认定上坚持基本相适应说与必需说的统一结合说^①,因此侵害人所受损失和防卫人所维护利益之间并不要求存在等量关系。无过当防卫在结果要件上的必要限度是在防卫行为系制止侵害所必需的前提下产生的,因此即便结果中产生了侵害人死亡或者重伤的结果,只要其行为系制止侵害所必需的,也仍然在必要限度内。同时,在防卫人防卫过程中,其对防卫结果的主观态度应作为防卫行为是否超过必要限度的判断标准之一。

此处所说的结果要件需要特别论述的便是对造成结果的限制条件,主要针对以下情况:

1. 制止手段远超必要限度分析

第一种类型,在双方体格、格斗技巧相近的情况下,防卫人一方持有工具向不持有工具的侵害方实行防卫行为致其重伤,即侵害方的侵害行为轻微,而防卫方所持工具危害性极大。诚然,防卫人为维护自身合法权益自然可以行使正当防卫,但是其在可以不使用工具或者使用危害性较轻的工具便能制止侵害的情况下,仍选择危害性极大的工具实施防卫行为,最终导致侵害人重伤或者死亡,应认定为结果上超出必要限度。

^① 认为考察正当防卫行为是否超过必要限度,关键是要看是否有效制止不法侵害行为所必需,必要限度也就是必需限度。参见:陈兴良,规范刑法学[M],4版,北京:中国人民大学出版社,2017:147。

第二种类型,在双方均持有工具且体格、格斗技巧相近的情况下,防卫人持有的工具的危害性超过侵害人所持工具的危害性,防卫过程中致侵害人重伤或者死亡的。典型情况便是侵害人持刀抢劫,防卫人为保护自身权益持枪射杀侵害人。此种情况便是典型的双方工具不对等所引发的防卫结果和手段均超出必要限度。

2. 防卫人对结果的主观方面分析

防卫人在防卫过程中,其对防卫所造成的结果持有故意和过失两种主观态度,但是不能仅仅以此为切入点进行分析。应当先行判断防卫人自身是否已经脱离危险,或者侵害行为是否已经结束,在此基础上再判断主观态度为故意还是过失。

(1) 防卫人脱离危险或侵害行为已经结束

倘若防卫人在防卫过程中,明知自己已经脱离危险状态或者侵害人已经丧失侵害能力^①,防卫人仍然进行防卫致使侵害人重伤或者死亡的,即为事后防卫行为,应当以故意犯罪论处。同理,在前述状态下,防卫人由于疏忽大意或者过于自信,其进行防卫行为致使被侵害人死亡的应当认定为过失犯罪。

但是并不能认为在此种情况下造成侵害人伤亡均需承担刑事责任,例外情形为防卫人为制止侵害人逃离现场,因此采取必要合理的措施致使侵害人伤亡。在上述过程中,防卫人对于造成侵害人伤亡的主观态度为过失^②,其不应负刑事责任。侵害行为结束并不代表防卫人丧失维护权益的权利。

(2) 防卫人身处危险或侵害行为正在进行

防卫人尚身处被侵害的危险中或者侵害行为正在进行的过程中,此种情况下防卫人对于防卫结果的主观态度应从直接故意、间接故意、过失或意外事件三方面进行分析。

首先是直接故意,倘若防卫过程中防卫人对于防卫行为致侵害人伤亡的结果持直接故意,则应分两种情况分析。第一种情况,防卫人仅仅是借助防卫的形式实施故意伤害的目的,因此其本质上并非是出于保护合法权益的需要,与正当防卫理念相悖,应以故意犯罪论处;第二种情况,侵害行为发生具有紧迫性,防卫人一旦迟延履行防卫权,便可能给人身权益造成重大损害,基于防卫目的而故意致使侵害人伤亡的,应认定为符合正当防卫的要求,在如此短暂的时间内,出于保护人身权益的本能,不对防卫人直接故意过于苛责。

其次是间接故意,此种情况中防卫人对于侵害人伤亡的结果持放任态度,典型情况为防卫人身处

侵害行为中,同时在人数、工具等均占劣势或者相当的情况下,实行防卫行为致使侵害人伤亡,应认定为正当防卫。表1的典型示例2和示例4中,防卫人均处于多人围殴中,其为了摆脱侵害困境使用手中工具进行乱刺,尽管其明白工具可能会导致侵害人伤亡的结果,但是在当时情况下系维护合法权益所必需的手段,从“法不必向不法让步”的基本理念出发,不应追究其刑事责任。

最后主观方面为过失的情况应认定符合正当防卫的要求。表1的典型示例3中,双方在争执中,防卫人夺过侵害人手中的木棒,双方被拉开后侵害人冠心病突发死亡,尽管客观上系防卫人的行为导致该结果发生,但是其主观上对于侵害人的死亡系过失,甚至可以将其实质理解为系意外事件,不应作为防卫人负刑事责任的依据。

(3) 防卫人对于自身处境尚未可知

所谓防卫人对于自身处境尚未可知,即防卫人对于自身是否已经脱离危险或侵害人是否丧失侵害能力并不确定。表1的典型示例5中,防卫人于海龙在被害人逃往车辆过程中对其进行反杀,该行为最终被认定为正当防卫。之所以如此判断,是因为防卫人无法确认自己是否已脱离危险。从保护弱者的基本理念以及维护法秩序的观念出发,应当允许防卫人实行防卫行为。一旦侵害行为尚未结束,则第二轮侵害极有可能导致防卫人合法权益处于严重威胁之中。

在防卫过程的主观态度分析中,尚有一种特殊情况便是针对无责任能力人的防卫。防卫人明知侵害人为无责任能力人,在后者攻击时实施防卫行为致其重伤或者死亡。尽管上述情形防卫权存在与否尚有诸多争议,但是本文在比较各家之言后,略陈管见。

现今对于该问题的争议,分为“客观违法论的肯定说”和“主观违法论的否定说”^[12]。前者观点认为,防卫对象不以有责为必要。没有达到法定责任年龄的人和精神病人的侵害行为具有不法性质,客观上具有社会危害性^[13]¹³⁰。同时张明楷^[14]指出“正当防卫并非对不法侵害行为的制裁,而是针对不法侵害所采取的法益保护手段,故不能要求正当防卫所针对的不法侵害同时具备有责性”,因此他们可以

① 此处的明知系基于侵害人的客观外在便可直观地了解其已经丧失了继续侵害的能力或者防卫人已经脱离了被侵害的危险,具体而言如侵害人身体受伤丧失侵害能力、离开现场、主动放弃侵害等。

② 例如侵害人入户盗窃财物,既遂后准备逃离房屋,防卫人发现后为维护自身财产权益于屋内大喊,侵害人慌乱中自己从窗口跳导出导致身亡。

成为正当防卫的对象^①。后者的观点认为，面对无责任能力人的攻击，应当进行紧急避险而不能进行正当防卫，主要理由便是实行攻击的无责任能力人其在主观上并没有故意，冯军^[15]认为此种情况下，“实行紧急避险既可以保护自己的利益，又对没有损害法规范的人的利益，进行了较小的损害，是更值得选择的行为方式”。

本文相对认可“客观违法论的肯定说”，即面对无责任能力人的攻击时，防卫人可以正当防卫。不容置喙，无责任能力人的攻击行为必然会给防卫人造成一定危害。因此，对于防卫人而言，其并没有义务忍受自己的权利受到侵害，在其不知道对方为无责任能力人时，也没有进行回避的义务。但是，倘若防卫人明知侵害者为无责任能力的人，进而实行防卫行为造成其伤亡的，便属于结果上超出必要限度。

综上所述，分析结果是否超过必要限度，应从制止手段是否远超必要限度和防卫人对防卫结果的主观方面结合分析。

（二）防卫行为要件分析

1. 工具因素分析

目前司法实务中存在以防卫人提前准备工具为由，认定防卫人有互殴故意的观点^②。然而此种判断过于机械化、惯性化，不足以认定防卫人主观上存有互殴故意。陈兴良^[16]认为“不能简单地把面对不法侵害的防卫意图错误推定为斗殴的故意”，即在侵害尚未发生之时“即便报告司法机关，司法机关也无能为力”，而“不法侵害正在进行时，即便报告司法机关也无济于事”^[17]，因此不能要求公民在侵害未发生或者正在进行时，必须报告公权力机关。

申言之，正当防卫不应当排除防卫人因提前预见危害而准备工具的权利，因为其“原则上不强求防卫人面对不法侵害躲避退让或者被动防卫，也不苛求防卫人只能以最小化的法益损害制止不法侵害”^[18]。因此，提前准备工具并不能证明防卫人有与侵害人互殴的故意，而是证明防卫人运用武器自卫的防卫意图。

同时在分析工具因素时，应当设置的前提是双方人数、体格以及格斗技巧等均应相近，此种情况下单独分析双方是否持有工具以及工具危害性强弱的对比情况。

（1）双方所持工具危害性相当情况分析

当双方所持工具危害性相当时，防卫人实行防卫行为致使侵害人死亡的，应认定为《刑法》第二十条第三款之防卫行为，不负刑事责任。客观上，侵害行为和防卫行为均可能致对方重伤或者死亡，防卫

人彼时并没有时间思考防卫行为是否过当，促使其行动的仅仅是保护自身生命健康不受侵害的本能。

就侵权人而言，首先，其主动实行不法侵害，应认定主观上存有不法侵害的故意；其次，其率先打破了法律要求任何人不得侵害他人生命的秩序，由此自然无法享受法律对其权利的完全保护^[19]；最后，侵害人之侵害行为实际上也是将自身陷于重伤或死亡之危险的过程。

就防卫人而言，首先，其并无义务忍受他人侵害；其次，其并没有主动伤害侵害人的故意；最后其手持武器防卫的行为系维护生命健康所必需。侵害行为发生过程中，倘若防卫人不进行防卫，便面临重伤或者死亡的后果。从“法不必向不法让步”的原理出发，防卫人有权进行防卫。同时，在随时可能被对方侵害生命的情况下，其认识能力和控制能力会因侵害行为对防卫人心理造成的恐慌、激愤的影响而减弱^[20]，所以不应当苛求防卫人准确把握住制止侵害行为所必需的防卫行为。

由于防卫人防卫造成了一定的结果，对于防卫结果所持的主观态度究竟为间接故意或者过失并不影响第二十条第三款防卫权的成立，原因在于侵害行为和防卫行为时间发生较为短促，倘若要求防卫人主观方面恪守防卫的要求则过于严苛，不利于防卫人权利之保护。

（2）双方人数相同且所持工具危害性不相当情况分析

首先，侵害人的工具危害性明显强于防卫人的工具危害性，即工具危害性明显不对等。在此种情况下，防卫人为维护自身的生命安全，除了逃离现场外便是夺取侵害人的武器，或许采取其他方法使侵害人难以实行侵害行为。

本文拟进一步论述防卫人夺过工具进行反杀的行为是否属于《刑法》第二十条第三款的防卫行为，具体分析如下：

侵害人被夺过武器后客观上已经丧失了继续侵害的能力的情况下，不能再对防卫人构成人身上的威胁^③，此种情况下由于作为防卫之基础的侵害行

① 诚然，该部分学者也考虑到了实行攻击的人并没有责任能力，因此认为如果防卫人在主观上便知道攻击者为无责任能力的人便应当先进行紧急避险。

② 具体而言，即防卫人为自己即将到来的危险准备工具。

③ 此处所称的“客观上已经丧失了继续侵害的能力”系指侵害人在肉眼可辨识的情况下丧失了侵害能力，防卫人可以明确观察以及认定的，不同于下文所说的侵害人侵害能力不明之情况。

为已经消失,因此无法进行防卫。倘若防卫人实行事后防卫给被害人造成损害的,应根据防卫人实行事后防卫时的主观方面定罪量刑。

侵害人被夺过武器后客观上尚有继续侵害之能力,或者是侵害人侵害能力不明之情况,防卫人仍有行使无过当防卫的权利。由于防卫人刚刚经历“生死相搏”,从侵害人手中夺过工具,对于自己是否完全脱离危险尚未可知。对于防卫人而言,要求其判断侵害人接下来是寻找其他工具继续实施侵害、抢回被夺工具实施侵害、纠集他人继续实施侵害还是逃离现场等情况,未免要求过高。因此,本文认为,防卫人在与侵害人纠缠过程中夺过武器,又不清楚侵害人是否继续实行侵害的情况下,为维护自身生命权利实行“反杀”的行为应当认定为《刑法》第二十条第三款之防卫权。

其次,防卫人所持工具的危害性明显强于被害人的工具危害性的情况下,防卫人不能行使《刑法》第二十条第三款之防卫权。其一,防卫人在该种情况下并没有面临生命威胁;其二,防卫人所持的工具危害性远远超过侵害人所持武器,一旦使用手中工具所导致的后果便是侵害人的生命面临严重威胁。为此实行防卫行为致被害人重伤或者死亡的,应以防卫过当论处,具体罪名结合防卫人防卫时的主观态度予以确定。

本文并不否认此种情况能够进行正当防卫,即便侵害行为尚未严重危及生命安全,但是仍是对法益的侵害,应认定为不法侵害。此种情况结合“任何人都没有义务忍受侵害”以及“法不必向不法让步”的基本观念,防卫人可以进行正当防卫,但是不能通过所持工具致被害人重伤或者死亡,而可以通过所持工具进行防御或致被害人轻微伤,达到震慑作用,促使自身脱离危险状态。

(3) 双方人数相同而一方持有工具的情况分析

第一种情况为侵害人持有工具而防卫人无工具,分析思路与侵害人持有工具的危害性强于防卫人持有工具的情况相似。倘若侵害人所持有的工具会对防卫人的生命健康造成重大损害,防卫人可以夺过工具“反杀”,不对防卫人主观态度过于苛责,但是侵害人彼时已经丧失侵害能力或者意图的除外。

第二种情况为防卫人持有工具而侵害人无工具。防卫人只能被动防御,即便再进一步也不能利用所持工具造成侵害人重伤或者死亡的结果。但是如果双方在身体素质上相差甚远,侵害人即便不使

用工具,也可以对防卫人的生命健康造成严重侵害,则应该与上述情况分开论述^①。防卫行为是否过当应当根据双方身体素质、所持工具的强度综合分析,不能仅仅着眼于其中一个因素。

在上述第二种情况下,防卫人处于相对优势的地位,为避免防卫权的滥用,应对其主观方面予以限制。倘若侵害人在侵害过程中失去继续侵害能力,或者防卫人已经脱离危险状态,此种情况下防卫人使用手中工具故意或者过失造成侵害人伤亡的,应当按照相应的人身犯罪追究刑事责任。

需要特别注意的是,防卫人持有工具的合法性不应作为影响防卫权行使的因素。尽管持有工具的行为分为合法持有以及非法持有,但是工具之持有与防卫过程中使用工具系两个不同阶段的行为。正当防卫系为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受侵害,工具持有合法性是为了维护国家和公共秩序,二者保护的法益并不完全相同。因此,针对防卫权的行使而言,在工具方面的判断仅就工具本身而言,而无关乎工具的合法性。即便非法持有工具违反了国家和社会公共秩序,也应当另行追究相关的法律责任,而不应当影响防卫权的行使。申言之,只要符合正当防卫的条件,防卫人可以使用非法持有的工具行使防卫权^②。

2. 人数因素分析

现实中侵害方与被侵害方的人数往往是不对等的,一般来说侵害方人数多于防卫方。此种情况下,人数多的一方在实施行为前便可对另一方起到威慑作用。即便侵害方没有拿工具,也不能为此否定防卫人行使防卫权。本文以表1的典型案例分析4“游世辉故意伤害案”为例,具体分析如下:

其一,“殴打”属于“行凶”范畴。尽管目前学界对于何谓“行凶”尚存不同见解,陈兴良^[21]认为“这里的行凶,是指使用过凶器的暴力行凶”,即行凶必须要使用凶器;而黎宏^{[13]143}认为“‘行凶’仅是指‘打人’,即法律意义上的‘故意伤害’,但不要求一定是用凶器进行伤害”;周光权^[22]认为行凶“一般是指故意伤害,但是也不能排除侵害人以伤害以外的其他行为危及人的生命和健康”。本文赞同后两者的观

^① 举例而言,侵害人身强体壮且经过专业技能训练,而防卫人体质孱弱,此种情况下倘若侵害人主观上想要对防卫人实行不法侵害,对防卫人而言当然可以利用工具行使防卫权。

^② 即便是黑社会互殴,双方均准备管制刀具,在争斗过程中一方放弃斗殴,逃离现场。另一方继续追打,此时逃跑者为维护自身权益使用手持的管制刀具,自然可以行使防卫权,即便该刀具系非法持有。

点,即行凶并不要求一定携带凶器,原因如下:首先,何谓“凶器”难以确定,且工具之侵害性很大程度上取决于使用者而非工具本身^①;其次,“行凶”应认定为使用暴力手段侵害他人人身权利的行为。最常见的表现形式为殴打,但是对殴打在人数上并没有具体的认定^②,只要侵害人有故意伤害的故意即可^③。

其二,侵害方人数较多且对防卫方进行殴打,无论是在生理上还是心理上均给防卫人造成了极大的压迫。对于防卫人而言,其在被殴打的过程中难以准确判断侵害人实行殴打时的主观方面是故意伤害的故意、故意杀人的故意还是寻衅滋事的故意,他明确知道的仅仅为自己的人身安全受到了侵害。本文认为,倘若在此种情况下,要让防卫人准确地判断侵害人的行为性质和主观方面,未免不切实际。

其三,在人数和工具均不对等的情况下,应当优先考虑人数不对等的因素,除非双方工具危害性差距远超人数的作用。以本案为例,防卫人游世辉被拖入里屋后虽然手持菜刀,但是面对侵害人李铁祥和李某甲的殴打仍然处于一个相对弱势的状态。防卫人使用工具进行防卫虽然在一定程度上可以缩小两者之间的力量差距,难谓达到“势均力敌”的状态,人数少的一方仍然面临着极大的威胁。诚然,此种顺序仅仅为一般顺序,不能适用于所有案件,倘若防卫方的工具危害性远超侵害方人数的威胁,则应结合具体案情审慎判断^④。

其四,本案中防卫人手持菜刀砍伤侵害人行为并非在故意伤害或者故意杀人的主观因素引导下,其仅仅是出于防卫的主观意图。防卫人被拖入里屋后,拿起屋内的菜刀并没有直接对两位侵害人实行攻击,而仅仅是想要促使自己脱离被殴打的困境。但是面对侵害人的继续侵害,被告人为了维护自己的生命安全而进行防卫最终造成侵害人重伤,应当推定侵害人李铁祥自陷危险。

综上所述,侵害方人数与被侵害方人数不对等的情况下,人数较少的防卫人有权行使防卫权。

(三)时间因素分析

此处所说的时间因素,包含正当防卫构成要件中的“正在进行”以及紧迫性、连续性的防卫过程时间段。所谓“正在进行”的时间起点是犯罪着手之时,而终点系防卫人脱离危险的那一刻,主要是为了在最大限度上保卫防卫人的基本权益。“正在进行”时间起点之所以定为着手而非行为发生之时,是因为行为发生之时过于短暂,倘若执着于此将会使正

当防卫条款丧失意义,不利于保护防卫人的权益。因此即便着手之时尚未直接造成人身损害,如若该损害随即发生,也具有防卫之必要性^[23]。而“正在进行”的终止点定为防卫人脱离危险的那一刻,系考虑到侵害人在实施完一轮侵害行为后极有可能实施第二轮侵害行为,因此仍需赋予防卫人防卫权直至脱离危险状态。

同时,在侵害行为和防卫行为均是突发性和持续性的情况下,如何把握防卫权系一个重点问题。《刑法》第二十条第三款规定的侵害行为往往发生于一瞬间,而防卫人行使防卫权亦在一瞬间。在此过程中,侵害人可能已经丧失了侵害能力,对于防卫人而言,是否有义务在此时间段内把控“防卫”行为呢?本文认为此种情况下不应该对防卫人过于苛责,究其原因即在严重危及人身安全的侵害行为发生时,防卫人在该突发的时间段内其所进行的是出于本能的防卫行为,因此难以准确把握侵害人是否已经丧失侵害能力。对于防卫人而言,当其停止防卫行为时,可能会再次陷入被侵害的危险境地,因此防卫人应当考虑的是如何维护自身权益的防卫行为而非侵害人的侵害能力如何。具体而言,实行无过当防卫,仅仅需要满足防卫意识上认识到侵害人正在进行不法侵害的防卫意识,同时防卫人在认识不法侵害的基础上进行防卫的防卫意志,即可符合无过当防卫的要求。因此,在无过当防卫的过程中,当防卫人意识到自身仍处于危险之中时,在此基础上实行防卫权,其主观状态便不影响无过当防卫的成立。

此处需要特别论述的为非法侵入他人住宅的无过当防卫必要限度问题,本文认为只要防卫人依其自身合理确信^⑤,认为人身安全处于严重威胁之中

① 以筷子、中性笔为例,上述工具一般情况下不具有侵害能力。但是行为人使用上述工具攻击人体薄弱器官例如眼球时,亦可以致人重伤。

② 难以说明多人的殴打和单人的殴打何者的侵害性更大,因为需考虑侵害者的体格以及格斗技巧。

③ 诚然,考虑到伤害程度的不同,殴打与故意伤害并不等同,但是殴打为故意伤害的表现形式之一。侵害人以殴打的形式实施故意伤害的情况下,应当将“殴打”归入“行凶”的范畴。

④ 例如,防卫方手中持有手枪,尽管侵害方人数较多,但是不能说人数上的威胁已经超过了防卫人手中枪支的威胁,因此需要结合具体案例分析。

⑤ 此处的合理确信系基于侵害人所处环境的合理依据,由此使防卫人相信自身正处于迫近的死亡或者严重身体伤害的威胁之中。参见:姜敏.正当防卫制度中的“城堡法”:渊源、发展与启示[J].法学评论,2018(5):47-60。

便可以实行无过当防卫即参考“城堡法”^①,西方学者称之为“射杀窃贼”(shoot the burglar)规定^[24]。首先,行为人非法入侵他人住宅本身便是不法行为,同时该行为本身便伴有侵犯人身权和财产权的可能性,因此即便事后查明行为人并无犯罪意图也不能将防卫人的行为认定为“假想防卫”^[25]。其次,防卫人自身的人身和财产安全不容侵犯,对于防卫人而言,彼时难以真正了解侵入人的主观态度究竟如何。最后,为避免无过当防卫权的滥用即须以自身合理确信为限制条件,排除防卫人对仅仅损害财产权而不威胁人身权的行为行使无过当防卫^②。正当防卫是自然权利^[26],也是防卫人保护自身权利的许可^[27],优先于制定法。

综上所述,正当防卫的必要限度必须考量结果因素、行为因素和时间因素,其中对结果因素应作为核心因素进行分析。

四、结 语

作为维护公民人身财产权的正当防卫制度既阻断了违法性,保护了防卫者的人身安全和财产安全,同时也为社会大众积极同犯罪作斗争提供了制度上的保障,达到震慑犯罪、维护社会秩序的作用。《刑法》第二十条第三款系注意条款,其防卫限度须符合结果、行为和时间等三因素的要求。具体而言,运用各个因素综合判断是否超过必要限度的内在逻辑如下:首先,判断防卫结果是否过当,主要可以从制止手段是否远超必要限度结合防卫人对结果的主观态度入手,倘若防卫结果不过当则不存在防卫过当;其次,防卫行为需符合时间因素,即防卫行为需符合“正在进行”的时间段,特殊情况系处于突发性、持续性的侵害行为的时间段内,防卫行为无需苛责防卫人的主观态度;最后,防卫行为需要在必要限度内,具体而言行为因素包括手段、工具和人数三方面内容。由于工具系由行为人使用,因此首先考虑双方的身体素质、格斗技巧为基础的手段因素,亦即手段因素对防卫必要限度的影响优先于工具因素的影响,具体而言在防卫行为要素内:手段因素优于人数,人数优于工具。深入把握各个因素之间适用的内在关系,是判断防卫行为是否超过必要限度的重要基础。唯有合理把握三因素,才能在最大限度上保护防卫人权益的同时,避免正当防卫的滥用。

① 其核心内容为防卫者面对非法侵入住宅的行为人,可以使用致命暴力或武力予以防卫而无需证明侵入住宅的行为人的主观意图。

② 财产权在价值保护上应位于人身权的下阶,倘若侵害人侵入住宅后偷走财物已经准备逃离,而防卫人此时持刀刺其后背则明显超过无过当防卫必要限度。

参考文献:

- [1] 黎宏.论防卫过当的罪过形式[J].法学,2019(2):26-41.
- [2] 张明楷.防卫过当:判断标准与过当类型[J].法学,2019(1):3-21.
- [3] 周光权.论持续侵害与正当防卫的关系[J].法学,2017(4):3-11.
- [4] 李晓明.正当防卫“僵尸条款”的“苏醒”:“于海明案”的法理分析[J].苏州大学学报(法学版),2019,6(2):114-124.
- [5] Johnson N. Self-defense? [J]. Journal of Law, Economics and Policy, 2006, 2(2): 187-211.
- [6] 杨兴培.刺杀辱母者案的刑法理论分析与技术操作[J].东方法学,2017(3):37-46.
- [7] 李晓明,李洪欣,陈珊珊.中国刑法基本原理[M].4版.北京:法律出版社,2013:387.
- [8] 刘宪权,杨兴培.刑法学专论[M].北京:北京大学出版社,2007:201.
- [9] 林亚刚.刑法教义学:总论[M].北京:北京大学出版社,2014:293.
- [10] 高铭暄.刑法肄言[M].北京:法律出版社,2004:380-381.
- [11] 张明楷.刑法原理[M].北京:商务印书馆,2011:181.
- [12] 赵雪爽.对无责任能力者进行正当防卫兼论刑法的紧急权体系[J].中外法学,2018,30(6):1614-1635.
- [13] 黎宏.刑法学总论[M].2版.北京:法律出版社,2016.
- [14] 张明楷.刑法学[M].4版.北京:法律出版社,2015:192.
- [15] 冯军.防卫过当:性质、成立要件与考察方法[J].法学,2019(3):22-36.
- [16] 陈兴良.互殴与防卫的界限[J].法学,2015(6):129-137.
- [17] 张明楷.故意伤害罪司法现状的刑法学分析[J].清华法学,2013,7(1):6-27.
- [18] 梁根林.防卫过当不法判断的立场、标准与逻辑[J].法学,2019(2):3-25.
- [19] Frederic G. Self-defense or murder [J]. Idaho Law Review, 1966, 3(1):142-153..
- [20] 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[J].法学,2017(5):89-104.
- [21] 陈兴良.规范刑法学:上册[M].4版.北京:中国人民大学出版社,2017:150.
- [22] 周光权.刑法总论[M].3版.北京:中国人民大学出版社,2016:211.
- [23] Fritz A. Self-defense without imminence[J]. American Criminal Law Review, 2019, 56(1): 1527-1552.
- [24] Kimberly B. Juveniles and self-defense[J]. Journal of Juvenile Law, 2005, 25(1):121-125.
- [25] 阮齐林.不退让和城堡规则在正当防卫制度中的运用[N].中国检察官,2018-09-20(18).
- [26] Sangero B. Heller's self-defense[J]. New Criminal Law Review, 2010, 13(3): 449-484.
- [27] Michael M. Steinhoff and self-defense[J]. San Diego Law Review, 2018, 55(1):315-338.

(责任编辑:陈丽琼)