

侵害人视角下的正当防卫论

陈璇^{*}

内容提要：为扭转我国正当防卫审判实践中长期存在的唯结果论倾向，有必要从侵害人的视角出发，对正当防卫的教义学研究重新加以审视。正当防卫的本质除了法益保护，还在于侵害人因违反不得侵害他人法益的义务，主动使自己陷入法益冲突的险境，从而使自身法益的值得保护性下降。侵害人法益值得保护性的下降程度影响着防卫权边界的划定，从而与防卫限度的判断密切相关。如果站在实施防卫行为时，综合考量侵害行为给有效防卫造成的困难、侵害人给防卫人的安全带来的危险程度，能够认定防卫行为是为有效、安全地制止不法侵害所需的最低限度反击手段，则侵害人法益的值得保护性归于消灭，除非被损害的法益与被保护的法益在价值上存在极端悬殊的差别。

关键词：正当防卫 法益的值得保护性 防卫限度 自招防卫

一、问题与视角

如果综合案件的疑难程度和公众的关注度，那么涉及正当防卫的案件无疑会名列前茅。2005年的黄中权案、张德军案、2009年的邓玉娇案等，无不引起了媒体的广泛聚焦，也掀起了民众与法律界的激辩。无论是理论界还是实务界都承认，自1979年刑法颁布以来，我国的审判实践在正当防卫的认定上盛行唯结果论的倾向。其具体表现是：只要出现了不法侵害人死亡的结果，法官便倾向于一律认定防卫人成立犯罪。尽管1997年刑法试图通过修改防卫限度条款，特别是引入特殊防卫权条款，对此加以纠正；尽管学者时常呼吁不应

* 中国人民大学法学院副教授。

本文系中国人民大学刑事法律科学研究中心科研项目“刑法中的不法与归责”（项目编号：26212801）的阶段性成果。2014年12月笔者在第29期“当代刑法思潮论坛”作了同主题报告，本文是在此基础上修改而成。感谢陈兴良教授、梁根林教授、曲新久教授、李卫红教授、车浩副教授、江溯副教授以及王钢博士在论坛上提出的富有启发性的意见。

防卫行为施加过于严苛的限制，〔1〕但司法机关的上述倾向依然较为普遍。〔2〕

这种局面恐怕和看待正当防卫的视角有密切关联。长期以来，刑法学界和司法人员习惯于将目光集中在防卫行为及其结果，习惯于将不法侵害所损害的法益与防卫行为所损害的法益进行简单的对比，却忽视了双方法益在值得保护的程度上存在差别。在一般观念中，由于正当防卫是公民在无法获得公权力救济的情况下，以私力解决法益冲突的行为，故侵害人自身的法律责任与他在正当防卫中所处的地位是截然分开的。换言之，尽管侵害人实施了违法行为，但对他施加何种制裁、剥夺何种权利，却是国家进行责任判定的问题；在经法定程序予以处罚前，侵害人和其他公民一样依然正常地享受法律的保护。〔3〕但是，这种观念值得反思。侵害人固然是实施了违法行为的人，但也是防卫行为所针对的“受害人”。〔4〕原则上说，作为遭到他人行为损害的一方，侵害人的法益必然处在法律的严格保护之下。但是，对于任何一种正当化事由而言，既然法律宣告防卫人对侵害人的法益造成某种损害是合法的，那么这就意味着，法律为侵害人法益所设置的保护屏障已经在一定范围内被撤除了。即，“正当化事由不仅排除了国家刑罚权的发动，还剥夺了被害人的权利，使其无权要求行为人不实施符合构成要件的行为。一切正当化事由的效果都在于缩减对被害人的保护。”〔5〕无论是否承认被害人教义学在刑法理论中具有独立地位或者普遍的指导意义，〔6〕都不容否定的是，被害人的“‘需受保护性’，……能够对实质的违法性产生影响；所以，如果我们在进行解释时牵涉了那些对于刑法的保护范围具有决定性意义的事实情况，那就必须始终将这种需受保护性也纳入考虑的范围。”〔7〕因此，在对正当化事由展开研究时，我们有必要将目光更多地集中在侵害人一方，考察他丧失法律保护的正当根据究竟何在，进而确定法律取消对其法益的保护的合理边界在哪里。

有鉴于此，本文的目的在于全面分析和揭示侵害人因素对于深化、拓展正当防卫教义学研究所具有的指导作用。具体思路如下：首先，笔者探寻正当防卫之所以具有正当性的实质根据，指出法益保护和侵害人法益值得保护性的下降是构成正当防卫本质的两大核心

〔1〕 参见杨忠民：《对正当防卫限度若干问题的新思考》，《法学研究》1999年第3期，第50页以下；赵秉志、肖中华：《防卫的必要限度》，《检察日报》2001年10月23日第3版；金泽刚：《正当防卫不是完美防卫》，《法制日报》2013年1月16日第10版。

〔2〕 参见高铭暄主编：《刑法专论》，高等教育出版社2006年版，第429页；陈兴良：《正当防卫论》，中国人民大学出版社2006年版，第139页；伍金平：《正当防卫司法适用的困境探析》，《河北法学》2012年第5期，第191页；杨毅伟：《自我防卫与相互斗殴的刑事司法判定研究》，《西南政法大学学报》2012年第6期，第108页。

〔3〕 参见《“的哥”撞死劫匪是义举还是犯罪》，《人民公安报·交通安全周刊》2005年4月2日第1版。

〔4〕 这里需要说明的是，本文的“受害人”是从价值中立的意义上来说的，即只要是法益受到了损害的人均可归入其中；这也是为了与真正意义上的被害人在表述上相区别。同时，除本文涉及引述的场合，均以“受害”、“受害人”表述正当行为对象的法益遭受损害的面相。若受害人的法益值得保护，则他属于违法乃至犯罪行为被害人。至于“被害人自我答责”、“被害人承诺”等概念中的“被害人”，虽然他们也并非真正意义上的被害人，但因学界在术语表述上已约定俗成，故本文予以沿用。

〔5〕 Mitsch, Rechtfertigung und Opferverhalten, 2004, S. 30.

〔6〕 Vgl. Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele, StGB, 28. Aufl., 2010, vor § 13ff. Rn. 70b; Freund, in: MK-StGB, 2. Aufl., 2011, vor § 13ff. Rn. 426. 近年来，被害人教义学在我国刑法学界也有兴起之势，例如申柳华：《德国刑法被害人信条学研究》，中国人民大学出版社2011年版；车浩：《自我决定权与刑法家长主义》，《中国法学》2012年第1期，第89页以下。

〔7〕 Roxin, Strafrecht AT, 4. Aufl., 2006, § 14 Rn. 22.

要素。而我国的正当防卫论研究大多停留在对正当防卫各具体成立要件的讨论，而缺少对正当防卫的本质这一基础问题的深入追问，〔8〕自然也鲜有以正当防卫的本质为主轴对具体要件展开体系化解释。〔9〕在将侵害人法益值得保护性的下降定位为正当防卫的本质要素之一的基础上，笔者从以侵害人为导向的正当防卫论出发，以我国司法实践中出现的疑难案件为素材，分析不法侵害人的行为对处理防卫限度问题的具体影响。

二、侵害人视角下正当防卫本质论的重构

正当防卫的本质所要回答的问题是：作为一种对他人法益造成损害的行为，正当防卫合法化的实质根据和思想基础究竟何在？对此，需要注意如下问题：第一，正当防卫的本质是教义学范畴内的课题，故对它的探讨需要以现行刑法的规定为立足点。第二，正当防卫的本质不仅要能说明正当防卫与违法行为的区别，还应当能对正当防卫相比于紧急避险等其他紧急权所具有的特点作出解释。

（一）问题聚焦

首先可以确定的是，法益保护是正当防卫的本质所固有的内容。现代法治国家无不承认，公民的合法权益非有法定理由不受他人侵犯。因此，一旦某人在缺乏合法根据的情况下，对他人法益造成了侵害的危险，面临威胁的一方没有义务对此予以忍受，他有权采取为维护法益安全所必要的一切反击措施。〔10〕但是，单纯以该思想为基础构建起来的紧急权呈现出两个特点：〔11〕其一，只要某人对他人的法益构成了危险，公民对危险来源者就享有防御权；其二，划定紧急权正当性界限的唯一标准是必要性原则，即只要反击行为是为排除危险所必不可少的手段，则不论该行为损害的法益与它保护的法益之间的对比关系如何，均不影响行为的合法性。然而，这样的权利既不是刑法第20条所规定的正当防卫，因为后者要求危险的来源仅限于人的不法侵害，也不是刑法第21条所包含的防御性紧急避险，因为后者包括了“不得已”和法益衡量的限制性条件。〔12〕由此可见，单纯的法益保护思想虽

〔8〕关于正当防卫本质问题的开拓性专题研究，参见王政勋：《论正当防卫的本质》，《法律科学》2000年第6期，第92页以下。

〔9〕近年来，已有部分学者开始有意识地尝试从正当防卫的基本思想出发，对诸如不法侵害的认定、挑拨防卫的处理等具体问题，给出合乎刑事政策要求的解答。参见黎宏：《论正当防卫的主观条件》，《法商研究》2007年第2期，第63页以下；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119页以下；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121页以下。

〔10〕Vgl. Frister, Die Notwehr im System der Notrechte, GA 1988, S. 292.

〔11〕Vgl. Pawlik, Der rechtfertigende Defensivnotstand im System der Notrechte, GA 2003, S. 13ff.

〔12〕紧急避险的受害人既包括与危险来源无关的第三人，也包括虽引起了危险但并未实施不法侵害的人。针对前者的紧急避险是攻击性紧急避险（Agressivnotstand），针对后者的则是防御性紧急避险（Defensivnotstand）（参见刘明祥：《紧急避险研究》，中国政法大学出版社1998年版，第56页；张明楷：《刑法学》，法律出版社2011年版，第209页）。就攻击性紧急避险而言，从最原始的法益保护思想出发，我们会认为：既然公民个人的法益不受他人侵犯，那么任何人都无权以挽救某人的法益为名擅自牺牲另一公民的法益。因此，纯粹个人主义的法益保护思想与攻击性紧急避险无法兼容，其合法性主要来自社会连带（社会团结）思想（参见前引〔10〕，Frister文，第292页）。也就是说，相比于攻击性紧急避险，正当防卫与防御性紧急避险的相似度更高（Vgl. Neumann, in: NK-StGB, 3. Aufl., 2010, § 34 Rn. 86）。故本文为探寻正当防卫的本质而选取的比较对象，主要是防御性紧急避险。

然能揭示紧急权的共同根源，却无法说明正当防卫、紧急避险等各自的特点。

对比刑法第20条和第21条的规定，我们不难发现，与防御性紧急避险相比，在保护法益的力度上，正当防卫明显更为强势。首先，无需“不得已”要件。即便存在逃避、报警等其他同样有效的法益保护措施，也不妨碍防卫人直面侵害出手反击。但防御性紧急避险却要求避险人在行使避险权之前，需穷尽其他保护手段。其次，放宽限度条件。尽管刑法第20条第2款、第21条第2款在分别规定防卫限度和避险限度时，都采用了“必要限度”一词，但至少从理念上来说，人们已经达成共识：在判断防卫行为是否超过限度时，无需像紧急避险那样进行严格的法益衡量。^[13]对于上述区别，有两种解释思路可供选择：一是从防卫人的角度出发，说明除了使直接受不法侵害威胁的法益得以保全外，防卫人还额外保护了其他利益。二是从侵害人的角度出发，论证不法侵害人所代表的利益“贬值”了，从而导致其值得保护的程度相比于防御性紧急避险的受害人更低。

（二）防卫人利益升高的视角之反思

有观点认为，由于正当防卫是通过制止他人不法侵害的方式保护了法益，故除了使生命、财产等具体法益转危为安之外，还捍卫了国家法秩序的不可侵犯性，进而对违法犯罪产生了一般预防的效果。这样，正当防卫相比于紧急避险所具有的强势特征就可以得到说明：首先，防卫人面对的是违法行为，为了守卫法秩序的尊严，根据“法没有必要向不法让步”的原则，法律应当为公民预留更为宽裕的行动空间，使其能采取相比于紧急避险更为果断和主动的反击。其次，既然防卫人不仅保护了具体法益，还为维护法秩序不受侵犯做出了贡献，则他所代表的利益势必在原则上高于不法侵害人的利益，故实施正当防卫无需进行严格的法益衡量。换言之，“由于立法者认为行为人保卫法免受不法侵犯这一点所体现的价值极高，故他心中的天平便向防卫行为一方发生了倾斜。”^[14]

上述思想可被概括为法秩序维护说，是德国刑法学界和判例的主流观点。^[15]我国刑法学界通说实际上也采取了与该说基本相同的立场。例如：“社会主义刑法中的正当防卫，其本质必定是制止不法侵害，保护合法权益，维护社会主义法制这三项任务的有机统一。”^[16]近来，更有学者明确支持将法秩序维护原则与个人法益保护原则并列作为正当防卫的两大基石。^[17]然而，法秩序维护说存在重大疑问。

第一，很难说法秩序的维护具有绝对超越公民个人法益保护的独立价值。既然法秩序维护说主张，一旦具体法益得以保全后所体现的价值与法秩序获得维护后所产生的价值叠加在一起，其总和将远远高于不法侵害人一方所代表的利益，那么其理论前提必然是：除了保护具体法益不受侵害之外，法秩序的维护另有极为优越的价值和意义。而论证这一前提的进路主要有两条：一是以绝对国家观为出发点，二是以刑罚的一般预防机能为根据。

[13] 参见马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社1999年版，第811页；高铭喧：《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》，北京大学出版社2012年版，第25页以下。

[14] Roxin, Die „sozialen Einschränkungen“ des Notwehrrechts, ZStW 93 (1981), S. 71.

[15] Vgl. Spendel, in: LK-StGB, 11. Aufl., § 32 Rn. 13; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aufl., 1996, S. 337; 前引〔7〕, Roxin书, 第15节边码1以下; Schönke/Schröder/Perron, StGB, 28. Aufl., 2010, § 32. Rn. 1a; Kühl, Strafrecht AT, 7. Aufl., 2012, § 7 Rn. 7ff; BGHSt. 24, 356 (359); BGHSt. 48, 207 (212).

[16] 前引〔13〕, 马克昌主编书, 第712页。

[17] 参见前引〔9〕, 欧阳本祺文, 第124页以下。

首先,毫无疑问,“当我们把国家理解成某种超世俗秩序的代表,或将其理解成自身目的时,就可以认为,对国家所制定的法加以保卫的行为,具有一种独立于社会和个人利益以外的特殊价值。”〔18〕但是,这样的国家学说在当今已无法获得认同。因为,只要认为国家具有超脱公民自由与利益的先在意义,只要主张国家是个人的最高义务和目的,就始终存在以维护所谓国家利益之名恣意牺牲和限制公民个人权利的危险。在现代法治国家以及以建成法治社会为目标的国度里,国家及其法秩序的存在本身不可能是目的,而只能是追求实现社会成员利益最大化的手段。另外,如果说国家对个人享有最高权利,就意味着防止国家法秩序受到侵犯是公民不可推卸的义务和责任,〔19〕但这明显与各国刑法均将正当防卫规定为由公民自行选择行使与否的权利这一事实不符。

其次,在绝对国家观之外,学者还从一般预防思想对法秩序维护说进行了论证。众所周知,刑法的目的在于保护法益,但其并不像民法那样直接使已遭到破坏的法益恢复原状,而是通过对犯罪人处以刑罚的方式,间接确保法益在未来不再遭受侵犯。〔20〕与此类似,当公民针对不法侵害人实施反击时,他实际上是代替国家公权力机关宣示,凡是胆敢以违法方式侵害他人者,必将为此付出代价,从而发挥了威慑其他潜在违法行为人、确证法规范效力的一般预防机能。〔21〕于是,一般预防机能所体现的利益,就成了使防卫人一方对侵害人享有绝对优势地位的关键砝码。然而,一般预防的功能不在于保卫抽象的法秩序,而在于维护具体法规范的效力;同时,具体法规范总是以保护某种特定的法益为其目的。故法律上的一般预防必须严格以行为人所针对的法益之价值和法益所受侵害的程度为基础和框架;遭受侵害的法益之价值越低,与之相对应的一般预防价值也就越低。〔22〕可见,在个案中,一般预防所体现的利益时刻取决和受制于得到保护的具体法益之价值;故一般预防的实现,无法保证防卫行为必然能取得相对于侵害人一方的压倒性优势。

第二,如果说正当防卫的本质是公民代替公权力机关完成了一般预防的任务,那无异于把正当防卫看成了施加刑罚的行为,甚至将防卫人推上了刑罚判处者和执行者的位置。〔23〕但是,一方面,按照刑法第20条第1款的规定,正当防卫所针对的不法侵害并不限于犯罪行为,那么认定正当防卫的本质可以和刑罚的目的相对接的说法就难以成立。另一方面,正当防卫是否具有预防违法犯罪的本质,这和正当防卫能否附带地起到一些预防违法犯罪的效果,是两码事。这就好比国家惩处犯罪或许有利于强化礼义廉耻的观念,但绝不能因此就认为提高全社会的道德水平是刑罚存在的正当根据;另外,法院判处侵权人赔偿被害

〔18〕 前引〔10〕,Frister文,第295页。

〔19〕 正是基于这种观念,德国19世纪的刑法学者克斯特林明确提出,通过正当防卫来阻止不法的出现,是公民负有的一项“神圣义务”。Vgl. Köstlin, Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, 1845, S. 726.

〔20〕 Vgl. Freund, Strafrecht AT, 2. Aufl., 2009, § 1 Rn. 6ff.

〔21〕 我国刑法学通说对此的经典表述是:正当防卫不仅“可以及时有效地保障合法权益免受不法侵害”,而且还“有利于威慑违法犯罪分子,制止和预防犯罪”(参见前引〔2〕,高铭喧主编书,第415页)。关于德国刑法理论这方面的代表性论述, Vgl. Gallas, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, FS-Bockelmann, 1979, S. 168; 前引〔14〕, Roxin文,第73页以下。

〔22〕 Vgl. Schünemann, Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht, in: Schünemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 188ff.

〔23〕 Vgl. Hassemer, Die provozierte Provokation oder über die Zukunft des Notwehrrechts, FS-Bockelmann, 1979, S. 240; Renzikowski, Notstand und Notwehr, 1994, S. 79.

人的损失也许能发挥遏制潜在的侵权行为的功效，但不能就此宣称侵权损害赔偿责任的意義在于预防违法。因此，使“违法者没有好下场”这一信念更加深入人心，这至多只是正当防卫带来的附随效应而已，其完全不可与正当防卫的本质同日而语。

第三，法秩序维护说隐含着将防卫对象的范围扩大到无辜第三人的危险。如果说法秩序所代表的利益能够使防卫人一方获得相对于侵害人的压倒性优势，那可以进一步认为，法秩序的维护也具有优越于第三人利益的价值。于是，当针对不法侵害人的正当防卫同时给无辜第三人的法益造成了损害时，我们就可以说，既然防卫行为实现了维护法秩序的崇高价值，即便它在实施的过程中伤及无辜，也在所不惜，故正当防卫所具有的正当化效果能够自然而然地扩展至第三人所遭受的法益损害之上。^[24]但是，这不仅与刑法第20条第1款明确将防卫对象限定为不法侵害人的规定不符，而且会引出一个十分危险的结论：只要公共利益需要，即可无条件地牺牲一切个人利益。^[25]

（三）侵害人利益降低的视角之提倡

通过以上分析我们发现，沿着防卫人视角进行的论证不可避免地进入了死胡同，那么接下来唯一的选择就是转换视角，从不法侵害人方面去探寻正当防卫的本质。即，侵害人一方究竟具有何种特殊因素，以致其法益在如此大的程度上失去了法律的保护。对此，笔者认为，不法侵害人的法益之所以在相当大的程度上被逐出了法律的庇护所，是因为它值得保护的度较之遭受侵害的法益，出现了大幅下降。其原因主要来自以下两个方面：

1. 侵害人在本可避免的情况下自陷险境

尽管直接给侵害人的法益造成具体危险的是防卫人，侵害人自己对于制造危险的整个过程并无现实的支配，但侵害人毕竟是整个事端的挑起者。实际上，一直到防卫人采取防卫措施实施反击之前，危险是否发生都处在侵害人的掌控之中；正是他把自己从一个相对安全的状态带入了利益冲突的危险境地。^[26]若侵害人此时想保护自己的法益免受反击行为的损害，不必额外采取防御措施，只需悬崖勒马、放弃侵害即可。不错，除非经由被害人以承诺的方式自愿放弃，否则不管被害人自己是否采取了充分的防护措施，他的法益一律处于法律的保护之下。^[27]但是，如果因为受害人疏于对自己法益的保护，而导致自己的法益与他人的法益发生冲突，则就这两者相比而言，前者值得保护的度会低于后者，为解决该法益冲突所需要付出的代价也应更多地由受害人自己承担。这一点也可以为自招紧急避险的原理所印证。例如，A因失恋痛苦万分，纵身跃入湖中以求自沉，但在投入水中的一刻，猛然念及家中尚有年迈高堂割舍不下，遂在别无选择的情况下决定实施避险以自救。尽管A的生命不因危险是他自己引起的而失去法律的保护，故他依然享有紧急避险权，但

[24] 参见前引[23]，Renzikowski书，第107页；前引[5]，Mitsch书，第336页以下。

[25] 正因为如此，在德国刑法学界，许多支持法秩序维护说的学者也不得不承认，仅凭法益保护和法秩序维护这两个原则，确实不足以说明正当防卫的对象为何仅限于不法侵害人。因此有人建议，应当另从受害人的角度出发，为正当防卫的本质增添所谓答责原则。即，由于不法侵害人应当为他人法益所面临的危险状态承担责任，故只有针对他本人所实施的防卫行为才能代表较为优越的利益（Vgl. Rudolphi, Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, GS-Armin Kaufmann, 1989, S. 394f.; Kühl, Notwehr und Nothilfe, JuS 1993, S. 182f）。这似乎可以被看作是德国正当防卫理论从防卫人视角向侵害人视角靠近的一个征兆。

[26] 参见前引[10]，Frister文，第302页；Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1991, 11/9；前引[20]，Freund书，第3节边码92；Puppe, Strafrecht AT, 2. Aufl., 2011, § 12 Rn. 1.

[27] 参见前引[6]，Freund书，刑法典第13条及以下条文的导论，边码427。

自行引起危险的事实会导致其法益值得保护的程度与正常情况相比有所下降,进而使法益衡量的天平不可避免地朝避险对象一方倾斜。^[28]因此,“正当防卫权宽泛而严厉,这是与侵害人本可通过不实施侵害或者放弃侵害而实现自我保护,他却利用了这一可能性相联系的。”^[29]

不过,仅从自陷险境这一点还不足以说明正当防卫的本质特征。因为:其一,如果仅仅因为某人自行选择实施了有可能给自身法益招致危险的行为,就认为对方有权对其实施正当防卫,那么当防卫人本来轻而易举就能避开不法侵害,却依然选择奋起反抗时,我们也可以说,他是有意自找麻烦、自陷危险,于是会推导出如下荒唐的结论:不法侵害人对防卫人也享有正当防卫权。其二,在动物自发侵袭他人的场合,尽管管理者对此并无过错,我们却可以认为,既然管理者当初能够预见自己豢养的动物可能会不受控制地袭击他人,从而招致对方反击,那么他同样是在本可避免的情况下给自己的财产法益招来了风险,而这与正当防卫的情形并无不同。但是,针对动物采取的防御措施只能成立紧急避险,而与正当防卫无缘。^[30]因此,正当防卫本质的另一关键要素在于侵害人一方所具有的特殊事实,即刑法第20条第1款规定的“不法侵害”。

2. 侵害人违反了不得侵犯他人法益的义务

我国宪法第33条第2款、第4款分别规定:“中华人民共和国公民在法律面前一律平等”;“任何公民享有宪法和法律规定的权利,同时必须履行宪法和法律规定的义务。”据此,每一个公民都平等地享有要求他人尊重其法益的权利,同时也平等地负有尊重他人法益的义务。在正常情况下,这种权利与义务的对等性是由国家来保障实现的。例如,当某人伤害了他人或者毁损了他人的财物时,国家公权力机关会出面制止这一行为,并在事后对行为人作出判决赔偿、予以行政处罚甚至判处刑罚的决定,从而证明行为人并不享有高于其他公民之上、可恣意践踏他人法益的特权。但是,在公权力机关无法及时介入的紧急状态下,权利受到他人侵犯的公民在保卫自身法益的同时,当然也可以自行证明他所具有的平等地位,可以通过防卫表明不存在一方违反了义务还有权要求对方继续履行义务的道理。^[31]总而言之,“如果某人对自己所负有的不去侵犯他人权利领域的义务不加遵守,那么他不能要求对方遵守不去损害该侵犯者领域的义务。”^[32]在防御性紧急避险中,由于受害人并未违反不得侵害他人法益的义务,故虽然在该法益冲突中,受害人一方的值得保护性有所下降,但避险人对受害人承担的义务毕竟尚未解除,所以他为保护自身法益而实施的避险行为就必须受到法益衡量等条件的严格约束。但在正当防卫中,受害人不是单纯地使自己的法益处于险境,他的自陷险境还是通过侵犯他人法益的方式实现的。既然受害人为侵害他人法益而单方违背了自己对他人承担的义务,那么与此相对应,在为保护该法益所必要的范围内,防卫人对受害人负有的不得侵害的义务原则上也归于消灭。

总之,采取法益保护和侵害人法益的值得保护性下降相结合的原理,可以完整地说明正

[28] 参见前引[12],张明楷书,第208页;黎宏:《刑法学》,法律出版社2012年版,第149页。

[29] Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, 11. Aufl., 2003, § 17 Rn. 1.

[30] 参见前引[13],马克昌主编书,第740页;前引[2],高铭喧主编书,第426页。

[31] Vgl. Hruschka, Extrasystematische Rechtfertigungsgründe, FS-Dreher, 1977, S. 199.

[32] 前引[23],Renzikowski书,第321页。

当防卫的本质。第一，不论是自陷险境还是违反不得侵犯他人法益的义务，都只是针对不法侵害人本人来说的，故所谓值得保护性的大幅下降以及防卫人不得侵害他人法益义务的解除也都仅涉及侵害人，而与其他任何第三人无关。因此，正当防卫的对象只能严格限定为不法侵害人。第二，正是由于在正当防卫所涉及的法益冲突中，不法侵害人已无权要求他人履行原本对自己负有的义务，已丧失了期待他人尽量避免对其法益造成损害的资格，故防卫人面临不法侵害时，自然没有义务优先选择逃跑等避免给侵害人造成损害的自救措施。因此，刑法没有为正当防卫设置“不得已”要件。第三，既然不法侵害人法益的值得保护程度已严重降低，那么总体而言，防卫行为所保护的法益就具有高于侵害人法益的价值。这就是实施防卫行为不必严格恪守法益衡量原则的原因所在。

三、侵害人视角下正当防卫解释论的展开

在正当防卫本质论上向侵害人视角的转向，必然对正当防卫的诸多解释论问题产生重大影响。例如，侵害人法益的值得保护性是否下降是决定正当防卫权存在与否的关键。在此起决定作用的有两点：第一，受害人是否具有避免引起法益冲突的能力；第二，受害人是否违背了不得侵害他人法益的义务。若受害人因不可归责于自身的原因而在心理和身体上欠缺防止自己陷入法益冲突的能力，或受害人未违反侵害他人法益的义务，则其法益值得保护性的亏损程度就不能与正当防卫相匹配，而至多只能与防御性紧急避险相匹配。从这一原理出发，我国传统上所持有的挑拨防卫者无防卫权的观点值得反思。因为，挑拨防卫是否影响防卫权的存在，取决于挑拨行为是否会使侵害人避免法益冲突的能力归于消失。^[33] 尽管挑拨者有挑衅行为在先，但这并不是侵害人实施不法侵害的正当理由；是否采取违法方式引起法益的激烈冲突，其决定权始终牢牢掌握在侵害人而非挑拨者手上。^[34] 既然侵害人避免引起法益冲突的能力没有任何亏损，那么与一般的正当防卫情形一样，挑拨防卫中侵害人法益的值得保护性也出现了大幅下降，故挑拨者防卫权的存在并不受影响。

限于篇幅，笔者打算着重探讨在侵害人法益的值得保护性已经下降（即已经存在正当防卫权）的前提下，这种下降的具体幅度是如何确定的。因为这是用于划定正当防卫权行使边界的实质标准，它突出地影响着对正当防卫“必要限度”的理解，而防卫限度恰恰是我国正当防卫审判实践中最易引起争议，也最亟待解决的问题。

首先需要明确的是，对侵害人自我答责的判断优先于对防卫限度的判断。因为刑法第20条第2款在规定防卫过当时强调，重大损害结果必须是防卫行为“造成”的。这就表明，当案件中出现了不法侵害人重伤、死亡等结果时，在讨论防卫限度之前，首先必须确定该损害结果究竟能否归责于防卫行为。若结果完全属于应由侵害人自我负责的范围，则无论侵害人遭受的损害有多严重，也因为该损害并非防卫行为所“造成”，而不可能成立防卫过当。^[35]

[33] 参见前引〔5〕，Mitsch书，第405页。

[34] 参见前引〔23〕，Hassemer文，第244页。

[35] 在三阶层犯罪论体系的语境下，这一点是不言自明的。因为正当防卫是违法性阶层的判断问题，在进入这一阶层的判断之前，必须首先确定行为符合构成要件。所以，结果可归责于防卫行为，这本来就是正当防卫的判断得以展开的前提。

最能体现这一点的是预先设置防卫装置的问题。我国有学者认为,在防卫人为预防将来可能发生的不法侵害而事先设置自动枪、电网等装置的情形中,只要该防卫装置确实是在不法侵害出现时才自动产生反击效果,而且由此给侵害人造成的损害又处在防卫限度之内的,就应认定成立正当防卫。^[36]但实际上,预先设置防卫装置的某些情形可以不通过正当防卫,而直接借助被害人自我答责的原理就能得到处理。例如,防卫人为了防盗给住宅安装了防卫装置后,又在院落外以醒目的方式张贴了“屋内安有智能型脉冲电子围栏,一触即发,擅自入内者后果自负”之类的警示标志,那么,当盗贼对此置若罔闻,结果在试图入室的过程中被电流击伤时,就应当认为,侵害人是在对防卫装置可能造成的后果有充分认识的情况下,主动将自己的法益带入了危险境地。^[37]对此,直接运用被害人自我答责的原理,即可排除防卫人的刑事责任。

如果确定损害结果可归责于防卫行为,则需要进一步展开对防卫限度的判断。以下,笔者将首先确定判断的基本原则,接着对具体需要考量的要素加以类型化,最后对几个争议案件展开讨论。

(一) 基本原则的确立

我国刑法学通说在防卫限度的认定标准上,采取的是对基本相适应说和必需说加以综合的折中说,即“必要限度的掌握和确定,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,同时考察所防卫的利益的性质和可能遭受的损害的程度,同不法侵害人造成损害的性质、程度大体相适应。”^[38]尽管通说已经意识到,单纯对所保护的法益和所损害的法益进行比较的认定方法,会对防卫限度作出不当限制,但按照折中说的见解,即使确定防卫行为是制止不法侵害所必需的,若防卫与侵害之间不能保持基本的相适应,则防卫行为依然是超过必要限度的。由此可见,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。^[39]正因为如此,当通说自认为能够为防卫限度的判断提供万全之策时,将该标准付诸实践的司法机关对防卫限度的掌握,却仍然显得过于严苛。^[40]在笔者看来,折中说之所以始终无法跳出以法益抽象价值的简单对比来认定防卫限度的思路,以致在事实上给防卫限度提出了近乎防御性紧急避险的严格限制,其根源在于轻视了如下一点:在正当防卫中,双方法益的值得保护程度本来就不在同一水平线上,双方所应承担的风险大小也绝非“半斤八两”。在防御性紧急避险中,尽管避险行为的受害人是产生危险的来源,但制造这一危险的要么是人所不能控制和避免的举动,要么是并未违反对他人所负之义务的行为,故受害人法益的值得保护性只是略有下降,避险人也只有在损益大致相适应的范围内,才有权要求受害人容忍

[36] 参见前引〔13〕,马克昌主编书,第736页;徐久生、曹震南:《预先设置防卫装置行为的刑法审视》,《海南大学学报(人文社会科学版)》2013年第5期,第77页。

[37] Vgl. Schlüchter, Antizipierte Notwehr, FS-Lenckner, 1998, S. 321ff; Heinrich, Die Verwendung von Selbstschutzanlagen im Lichte des Strafrechts, ZIS 3/2010, S. 193ff.

[38] 前引〔2〕,高铭暄主编书,第427页。相同的见解,参见前引〔13〕,马克昌主编书,第757页以下;前引〔2〕,陈兴良书,第121页。关于我国法院判例对折中说的采纳,参见“赵泉华被控故意伤害案”,载中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办:《中国刑事审判指导案例》第3卷,法律出版社2009年版,第300页以下。

[39] 对折中说的详细批判,参见陈璇:《正当防卫中风险分担原则之提倡》,《法学评论》2009年第1期,第108页。

[40] 参见前引〔2〕,高铭暄主编书,第427页。

自己的法益受到损害。但按照前文关于正当防卫本质的分析，侵害人既自陷险境又违反了义务，故其法益的值得保护性势必会发生相较防御性紧急避险的受害人更为严重的降低，而防卫的限度也必然会突破基本相适应说的束缚。

防卫限度的认定，实质上是关于不法侵害人法益的值得保护性在多大范围内不复存在的判断。对此，应遵循以下两个基本原则：

第一，在有效、安全地制止不法侵害的范围内，侵害人法益的值得保护性原则上归于消灭。由于不法侵害人以违反义务的方式使自己的法益与他人的法益发生了冲突，故他在法律上负有排除这一冲突的义务。^[41] 假如侵害人履行该义务，并在终止法益冲突的过程中付出了相应的成本，则该损失自然只能由他自行承担。若侵害人拒不履行该义务，而由其他公民制止了不法侵害，就可以认为其他公民是代替侵害人完成了本应由他自己履行的义务。一方面，侵害人由此可能会享受到一定的好处。例如，若防卫人成功地阻止了实害结果的发生，则侵害人的犯罪行为仅为未遂，其所承担的刑事责任就有降低的可能，甚至在未造成任何损害的情况下，还能免于负担民事损害赔偿责任。^[42] 另一方面，侵害人从中受益的同时也理应承受防卫行为为平息这一冲突而可能给自己带来的种种风险。故凡是在为制止不法侵害所必要的范围内出现的法益损害风险，不论它在性质和程度上是小于、大于还是等于不法侵害，原则上均应由侵害人自己承担。既然防卫人是在替侵害人履行停止侵害、排除法益冲突的义务，那么法律在此首先要实现的是对被侵害的法益之保全，即，优先要保护的应当是防卫人而非不法侵害人，不能以牺牲防卫的有效性和防卫人的安全为代价来降低侵害人所可能遭受的损害。所以，尽管从法益保护原则出发，防卫人采用的只能是为保护法益所需之最低限度反击手段，但要求防卫人选取较为缓和的防卫手段的先决条件是，这样做不会损害防卫的有效性，不会导致防卫人的人身、财产安全陷入更加危险的境地。换言之，“我们不能要求防卫人拿他自己的健康或其他重要的价值做赌注，去选择一种对侵害者威胁较小，但其效果存在疑问的防卫手段。”^[43]

于是，防卫限度的宽严主要不取决于侵害行为所针对的法益种类，而是取决于侵害行为为他人有效、安全防卫所造成的阻力和困难的大小。不可否认，在许多案件中，受侵害威胁的法益之重要性，确实与有效、安全防卫的难度成正比。但也完全可能出现相反的情况：即便是针对较低位阶法益（如财产法益）的不法侵害，也会使防卫人在保护法益的过程中遭遇重重障碍与险境，从而迫使其不得不采用高强度甚至是危及对方生命的防卫手段。既然侵害行为实施的样态、时间和地点都是由侵害人自主选择的，那么，防卫人为确保防卫的有效和自身安全而给侵害人带来的损害，即便明显超出侵害行为可能造成的损害，原则上也应由侵害人忍受。因此，司法实践中盛行的“绝对禁止为了保护财产法益而致使侵害人死亡”的观念应当被纠正。

第二，对侵害人法益值得保护性下降程度的认定，应当贯彻“情境性”的判断原则。^[44]

[41] Vgl. Günther, Defensivnotstand und Tötungsrecht, FS-Amelung, 2009, S. 149.

[42] 根据“无损害无救济”的原则，侵权损害赔偿责任人均以损害事实的发生为前提。参见王利明：《侵权责任法研究》上卷，中国人民大学出版社2011年版，第287页。

[43] Warda, Die Eignung der Verteidigung als Rechtfertigungselement bei der Notwehr, Jura 1990, S. 397.

[44] 我国正当防卫论中较早关于“‘情境’判断”思想的研究，参见周光权：《正当防卫成立条件的“情境”判断》，《法学》2006年第12期，第102页以下。

判断时间点的选定，其实是在防卫人和侵害人之间进行风险的分担。^[45]因为在防卫行为已经造成损害结果的情况下，若站在事后的时点回看防卫行为，则必然会舍弃在实施防卫行为的当时，可能会给防卫人的认识和行动能力带来制约的各种因素，从而以“事后诸葛亮”的姿态对防卫行为作出较为严苛的评判，由此风险就更多地由防卫人一方承担。反之，若站在事前的时点来评价防卫行为，则更容易给予防卫人“设身处地”、“将心比心”式的体谅，由此对防卫限度的把握会较为宽松，风险也将更多地转移到侵害人一方。既然法益冲突状态是不法侵害人以违反义务的方式引起的，既然他掌握着选择不法侵害实施方式和环境的主动性，那么在法益冲突解决过程中出现的风险，理应更多地由侵害人来承担。因此，防卫限度的判断必须置身于实施防卫行为时的境地之中。

综上所述，在判断防卫限度时，我们需要考虑的是：作为一名与防卫人具有相同能力、条件的公民，在当时的情形下，有没有比现实案件中的防卫行为更为理想的其他防卫方案。如果防卫人完全可以选择强度更小的反击措施，而且这样做既能达到同样的防卫效果，又不至于使自己的安全受到威胁，那他的防卫行为就超过了必要限度；反之，若防卫人在现实的防卫行为的基础上已退无可退，而一旦减弱防卫强度，要么无法保证能及时有效阻止不法侵害，要么会增加防卫人所面临的危险，则该防卫行为造成的损害就属于侵害人必须承担的风险。

（二）考量因素的展开

1. 侵害行为给有效防卫造成的困难程度

侵害人给有效防卫造成的困难和阻力越大，防卫人为排除障碍、制止不法侵害而采用的防卫手段的激烈和危险程度也必然随之攀升，由此侵害人法益值得保护的程度也就越小。这里需要考察的因素包括：

（1）侵害行为的强度。防卫的难度无疑会随着不法侵害暴力程度的上升而增加，这具体又可能取决于以下事实：其一，侵害人使用的工具。例如，同样是实施暴力伤害，手持棍棒比仅仅拳脚相加更难对付；同样是面对抢劫行为，制服持枪抢劫犯远比战胜拿着小刀行劫的人要困难。其二，侵害人的寡众。在有的案件中，侵害人虽然并未持械，却能够通过人数上的优势使受攻击的一方难以有效反抗。

案例1：被告人袁某与曹某甲之母张某丙在同一购物中心分店工作，两人因工作问题产生纠纷。2011年8月20日13时许，张某丙伙同其丈夫曹某乙、其子曹某甲，曹某甲又纠集张某丁、种某等人，前去教训袁某。在购物中心分店店内，张某丙先打袁某两耳光，曹某甲与张某丁等人又围殴袁某至店内吧台附近。袁某从裤袋内掏出随身携带的雕刻刀，将张某丁、种某刺伤。后来，袁某进入厨房拿了一把菜刀出来，几人才放弃殴打离去。经鉴定，张某丁所受损伤构成人体重伤，属7级伤残，钟某受轻伤。一审法院认定袁某的行为属于防卫过当，构成故意伤害罪，判处其有期徒刑2年；二审法院维持原判定罪部分，但改判袁某有期徒刑2年，缓刑2年。^[46]

对于类似案件，法官往往认为，当侵害人对防卫人实施拳打脚踢时，一旦防卫人使用锐器造成对方伤害，由于两种手段并不均衡，故可以认定防卫超过了限度。^[47]本案的主审

[45] 参见前引[39]，陈璇文，第103页以下。

[46] 参见山东省枣庄市中级人民法院（2013）枣刑三终字第2号刑事判决书。

[47] 参见纪鹏辉：《本案是否构成正当防卫》，《人民法院报》2009年11月25日第6版。

法院提出：“被告人袁某在附带民事诉讼原告人张某丁等人对其共同进行人身伤害、受到拳打脚踢的情况下，明知用刀刺在他人人身要害部位可能发生人体损伤的严重后果，但为了摆脱附带民事诉讼原告人张某丁等人的不法侵害，而放任这种危害结果的发生，使防卫行为超过了必要限度。”^[48]但是，这种观点存在疑问：其一，判决只字不提防卫人享有制止不法侵害的权利，而一味强调防卫人负有避免造成侵害人损伤的义务。实际上，正是因为造成了侵害人的损伤，才需要判断能否通过正当防卫来排除行为的违法性。^[49]故不能仅以防卫人在放任的心理支配下引起了侵害人的身体损伤为由，就断言防卫行为已经过限。其二，侵害人一方尽管并未使用刀枪棍棒等器械，却集结了多达5人之众共同对袁某实施围殴，这导致袁某身处寡不敌众的劣势。袁某当时可选择的防卫手段无非两种：一是徒手反抗；二是使用随身携带或现场可得的器具予以还击。若赤手空拳与对方搏击，自然能降低致人死伤的机率，但成功制止对方围殴的胜算也所剩无几。由此可见，袁某使用杀伤力较高的刀具展开反击，完全是为了克服攻防力量对比悬殊给有效防卫带来的阻力；既然力量对比失衡的局面是张某丁等侵害人一手造成的，那么他们的法益在此范围内不再值得法律保护。其三，当袁某将张某丁和种某刺伤后，其余侵害人仍继续追打袁某，直至袁某进入厨房取出菜刀后方才罢休。该事实进一步佐证，袁某的刀刺行为完全处在有效制止不法侵害的最低限度内。

(2) 侵害行为的环境。侵害人选择的时间、地点也会影响防卫的有效性。若侵害人将侵害时间选在夜间，则防卫人会因光线昏暗、视线不佳而无法准确掌握反击的方式、力度和部位，故此时实现有效防卫的难度就高于白天。若侵害人将侵害地点选在对防卫人来说十分陌生的偏僻之所或空间极为封闭狭小的地方，则防卫人很难从容选取反击工具和周旋策略，故此时制止侵害的难度将大于在防卫人较为熟悉或回旋余地较大的地点。

(3) 侵害对象的防卫能力。侵害人所选择的对象的防卫能力越低，一方面他达到侵害目的的把握越大，但另一方面，对方由于无从选择较为缓和的防卫方法，故为了有效保护法益就更可能被迫求助于杀伤力难以控制的激烈手段。而侵害对象防卫能力的高低主要取决于以下两个因素：首先，侵害对象的体力和打斗技能，这自然又受制于其年龄、性别、经历等情况。例如，同样都是遇到入室盗窃的梁上君子，对于武艺高强的退伍军官来说，完全可以略施拳脚就将侵害人擒获或赶跑；但瘫痪在床的老翁所能选择的有效防卫手段，就可能只有把床头的刀子掷向侵害人。其次，侵害对象事先准备的充分程度，这一点在自招防卫的情形中有集中体现。如前所述，在包括挑拨防卫在内的自招防卫的场合，侵害人法益的值得保护性依然有大幅下降，故自招防卫人仍享有防卫权。但是，侵害人毕竟是在受到自招防卫人挑衅后才实施侵害，自招防卫人也往往有条件为可能来临的袭击做事先准备，甚至有充裕的时间对防卫工具、手段等进行周密安排，故他在保证防卫有效性的前提下尽量降低防卫措施危险性的能力，就明显比在猝不及防遭遇侵害的情形下要强。因此，当侵害人选择这种人作为侵害对象时，其法益值得保护性的下降幅度就相对较小，我们有理由要求防卫人采取较为克制的防卫手段。例如，^[50] A 与 B 因打麻将发生口角，A 对 B 多

[48] 前引 [46]，(2013) 枣刑三终字第 2 号刑事判决书。

[49] 参见张明楷：《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 16 页。

[50] 此案来源于张宝、毛康林：《预见不法侵害并积极准备防卫工具能否阻却成立正当防卫》，《中国检察官》2014 年第 11 期，第 11 页。为方便讨论，笔者对案情做了一些更改。

有言语上的刺激，B誓言要教训A一顿。A回家后找邻居借了一杆气枪，严阵以待。当B手持棍棒步步逼近，距离A的住宅尚有百米左右的距离时，由于A事先准备好了可供远距离射击的枪械，故他采取鸣枪警告或者枪击B非要害部位等方式，即可有效制止侵害。因此，若A直接朝B的要害连开数枪致其死亡，即属防卫过当。当然，如果A只是预备了一把匕首，而B持长剑来袭，那么，由于A没有可用以保证其占据优势的武器，故他在搏斗过程中为保护自身安全而用匕首刺向B致其重伤甚至死亡的，则未逾越防卫限度。

案例2：2010年11、12月间，某投资咨询有限公司（以下简称公司）法定代表人徐某因赌博欠下曾某等人提供的巨额赌资。2011年4月2日上午，何某受徐某指派，与张某甲、陈某等人至一咖啡店与曾某派来的杨某等人就如何归还该笔赌债谈判，未果。当日中午，在何某与杨某通话过程中，双方言语不和，发生冲突，后何某主动打电话给之前从未联系过的曾某，双方恶语相向，互有挑衅。何某随即三次打电话给张某甲，要求其带人至公司。张某甲纠集了陈某、张某乙、龙某及李某至公司，并在公司内准备菜刀等工具。待人员就位、工具准备完毕后，何某再次主动拨打曾某的电话，通话中双方言语刺激、相互挑衅，致矛盾升级激化。曾某纠集杨某、龚某、胡某等人，持砍刀赶至公司。何某等人通过监控看到有多人下车持砍刀上楼，便在徐某办公室持菜刀以待。当曾某等人进入办公室后，何某、张某甲、陈某、张某乙及李某上前与之打斗，导致龚某、胡某轻微伤。一审法院以何某等人故意挑起曾某等人向己方进攻，尔后借口正当防卫行加害对方之实，属于典型的挑拨防卫为由，未采纳被告人及其辩护人提出的何某等人的行为系正当防卫的辩护意见，判处何某、张某甲、陈某、张某乙犯聚众斗殴罪；二审法院维持原判。^[51]

法院对本案的判决值得商榷。首先，曾某等人并未因何某的挑衅而丧失决定是否持刀伤害对方的自由和能力，故何某等人仍然享有防卫权。其次，何某等人在电话中挑衅的同时，已经预先在人员配备、工具选取方面做足了应对袭击的准备，对侵害人的情况也有清楚的认识，而且防御行为是在自己熟悉的场所展开，故其有充分的能力把握反击力度。因此，若被告人在有效制止侵害之外给侵害人造成了重伤、死亡的后果，则应认定为防卫过当。但在本案中，由于侵害人仅受轻微伤，故不存在防卫过当。

2. 侵害行为给防卫人安全带来的危险程度

防卫行为不仅要有效保全受侵害行为威胁的法益，还要保障防卫人自身的安全在防卫过程中免受损害。^[52] 防卫人因侵害行为而面临的危险越大，就越有理由使用更加果断和强

[51] 参见江苏省苏州市中级人民法院（2012）苏中刑终字第0091号刑事判决书。

[52] 本文将“侵害行为给有效防卫造成的困难程度”与“侵害行为给防卫人安全带来的危险程度”这两个要素区分开来探讨，主要是基于两点考虑：第一，前者强调的是防卫行为保护法益的目标能否实现，后者强调的是防卫人是否会因为实施防卫而在人身、财产安全方面付出代价。有效实施防卫所遭遇的困难与防卫人安全所面临的危险，时常相互交织、此消彼长，但也有彼此独立的可能。例如，乙在仓库内抢夺了甲的钱包后逃跑，由于仓库里的通道数目繁多且复杂，不熟悉地形的甲要追上乙就十分吃力。在此，乙选择的特定地点虽然给甲即时夺回财物制造了巨大困难，却不会使其人身安全陷入危险。又如，乙手持小刀袭击拳击运动员甲。由于甲在体力上占据绝对优势，故如果纯粹从防卫的有效性来说，他只需赤手空拳与其搏斗就肯定能制服乙。但这样一来，甲为制止不法侵害所需的时间就会拉长，而在此过程中甲就有可能被小刀划伤。因此，乙持刀侵害的行为，不见得给甲的有效防卫造成了多大障碍，却使甲的人身安全在防卫过程中遇到了威胁。第二，我国传统的正当防卫论在确定防卫限度时，基本上忽视了防卫人自身安全的保障与防卫强度的提高之间的关系，故在此有必要对侵害行为给防卫人安全带来的危险这一要素加以特别强调。

有力的防卫措施来保障自身安全，由此侵害人需要忍受的损害也就越大。^[53]对此应当考虑的因素同样包括三项：

(1) 侵害人的工具。一旦侵害人携带了凶器，对于防卫人就意味着“先发制人，后发制于人”；假如防卫人未能迅速抢占优势制服侵害人，则可能面临对方动用凶器的危险。例如，球迷乙对足球运动员甲在赛场上的表现极为不满，在甲被教练换下场之际，乙冲上前用左手掐住甲的脖子，右手拿着啤酒瓶。这时，虽然甲在体力上优于乙，他似乎只需采取较为缓和的方式与其撕扯打斗就足以制服对方，但由于乙手上握有具备较大杀伤力的器具，故甲若不挥拳猛击对方面部，使其当即丧失攻击能力，则很有可能遭到酒瓶的袭击。^[54]

(2) 侵害行为的环境。侵害人为了达到成功侵害他人法益的目的，往往会在时间、地点的选取上追求出其不意、趁其不备的效果，这导致防卫人根本无法准确认识侵害人的多寡、侵害手段和最终意图。在此情况下，假如不对事态作较为严重的估计，假如不不断采取较为猛烈的反击手段，防卫人的安全就没有可靠的保障。

案例3：2008年1月18日凌晨3时许，朱某与其妻正在家中一楼卧室睡觉，二人被家中的响声惊醒。朱某到客厅观察，未发现有人，随后听到厨房内有撬窗的声音，即嘱咐妻子迅速拨打110报警，自己则从卧室电脑桌下取出一把大砍刀至客厅观察。这时，厨房窗户的防盗网已被撬开，男子黎某某正往屋里爬。眼看他马上就要进屋，朱某持刀冲入厨房向黎某某头部连砍数刀，黎某某被其同伙拽出窗外。经鉴定，黎某某硬脑膜破裂、脑组织膨出、脑挫伤，为重伤，属1级伤残。一审法院认定朱某的行为系防卫过当，以故意伤害罪判处其有期徒刑3年；二审法院维持原判中定罪部分，但改判朱某有期徒刑3年，缓刑3年。^[55]

笔者认为，本案被告人朱某的行为成立正当防卫。理由在于：尽管非法侵入住宅罪在刑法中只是一个被配以3年以下有期徒刑或者拘役的轻罪，尽管事后查明侵害人黎某某只是意图入室行窃，似乎没有必要对其采取如此致命的打击，但如前所述，对防卫限度的判断只能站在实施防卫行为的当时进行，而且侵害人法益值得保护性的下降幅度与侵害行为给防卫人安全带来的危险程度成正比。而住宅作为公民个人最为私密的场所，作为公民最有理由期望享有自由和安全的场所，一旦遭遇他人无故侵入，势必使其因感到自己的人身安全正面临无法预测和控制的威胁而产生强烈的恐惧心理。惟其如此，刑法第263条才会将“入户抢劫”规定为与“抢劫致人重伤、死亡”相并列的法定加重情节。本案中，当黎某某等人于半夜时分撬开防盗网准备进入他人住宅时，他们必然能够预见到，一般人在面对这一场景时都会感到自己和家人的安全正处于巨大的危险之中。对方入室究竟是为了盗窃还是为了实施抢劫、杀人等暴力犯罪，是独自一人还是结伙而来，是徒手作案还是握有凶器，这一切对于防卫人而言完全无从准确预估。若朱某上前先予以言语警告，或待侵害人入屋查明其真实来意及装备情况后再行反击，或赤手空拳与之搏斗，或只往其身上砍一刀，都无法保证能即刻使对方停止侵害，而一旦施以防卫却无法即刻制止不法侵害，则难保侵害人不会采用更加严重的侵害方式。因此，当防卫人为了能及时制止不法侵害并确保自身安全不受威胁而采取了一招见效的打击时，由此造成的损害结果只能由选择了这种特殊作案

[53] Vgl. Herzberg, Erlaubnistatbestandsirrtum und Delikttaufbau, JA 1989, S. 247.

[54] Vgl. BayObLG, NSZ 1988, 409.

[55] 参见河南省开封市中级人民法院（2009）汴刑终字第40号刑事判决书。

环境的侵害人自行承担。

事实上,在我国,无论是古代还是当今的立法者,都注意到了非法侵入住宅所具有的特殊危险对防卫限度认定的影响。《汉律》规定:“无故入人室宅庐舍,上人车船,牵引人欲犯法者,其时格杀之,无罪。”^[56]《唐律·盗贼》也规定:“诸夜无故入人家,笞四十。主人登时杀者,勿论。”^[57]在1997年刑法修订的过程中,特殊防卫的对象也曾一度包含非法侵入他人住宅。1996年10月10日的刑法修订草案征求意见稿于第18条第4款规定:“对以暴力方法实施杀人、抢劫、强奸、绑架以及严重危害国家、公共利益的犯罪行为,采取防卫行为,造成不法侵害人伤亡后果的,不负刑事责任。”该条第5款规定:“对以破门撬锁或者使用暴力方法非法侵入他人住宅的,采取防卫行为,适用第四款规定。”只是后来考虑到非法侵入住宅行为的情况毕竟非常复杂,不宜不加区分地赋予行为人特殊防卫权,立法者才最终未将上述第5款纳入刑法。^[58]其实,在个案中,只要运用本文倡导的判断标准,立法者当初的顾虑不难消除。因为,针对非法入室者能否致其死伤,完全取决于防卫人在当时情境下对事态发展和危险状态的掌控程度。若侵害人入室只是为了实施小偷小摸等不会对人身安全构成任何威胁的不法行为,而且防卫人对此有充分认知,那他完全可以使用轻微的暴力反击,就足以保证防卫的有效性和自身安全;在这种情况下,自然不允许防卫人随意致对方于死地。

(3) 侵害对象的防卫能力。防卫人的防卫能力越高,其排除危险因素的途径就越多,因而在保证自身安全的情况下选取较为轻缓的防卫手段的空间也就越大。

3. 所损害的法益和所保护的法益在价值上的悬殊程度

原则上说,只要是在为保证防卫有效性和自身安全的限度之内,即使防卫人只是为了保护财产法益,他也有权造成侵害人重伤、死亡。但是,若防卫行为所保护的是价值极其低廉的财物,则应例外地绝对禁止防卫人采取直接导致侵害人死亡的反击措施。在德国,判例和通说一致认为,尽管法律原则上不禁止公民为保护财产而使用可能危及侵害人生命的防卫手段,但当防卫行为所保护的和所损害的法益在价值上极端悬殊时,即使该防卫行为具备必要性(Erforderlichkeit),也会被认定为因缺少必需性(Gebotenheit)而归于违法;这被称为对正当防卫权的“社会道德限制”。^[59]从本文的立场看,之所以对于所涉财产数额极其微小的不法侵害,绝对不允许使用明显具有致侵害人死亡危险的防卫措施,其根据在于:尽管不法侵害人的整体法益大幅“贬值”,但生命法益的值得保护性无论如何降低,也不可能连一个苹果、两只鸡蛋的价值都不如。可是,这毕竟只是正当防卫的一种极端情况,是为了防止正当防卫权因过度膨胀而背离社会正义情感而作的例外限定。反观我国,司法实践对正当防卫的认定恰恰不是过于宽松,而是过于严格;对不法侵害人也并非保护不力,而是“过分偏爱”。在这种情况下,理论上的当务之急应是着力树立原则,而不是一味强调例外。

[56] 参见蔡枢衡:《中国刑法史》,广西人民出版社1983年版,第177页。

[57] (唐)长孙无忌:《唐律疏议》,中华书局1983年版,第346页。

[58] 参见高铭喧、赵秉志编:《中国刑法立法文献资料精选》,法律出版社2007年版,第533页;前引[13],高铭喧书,第198页以下。

[59] 参见前引[14], Roxin文,第94页以下; Herzog, in: NK-StGB, 3. Aufl., 2010, § 32 Rn. 107 ff.

（三）具体案件的分析

综合以上基本原则和考量因素，本文对以下几个争议案件展开分析。

案例4：2010年除夕夜，被告人张某某正陪着怀孕的妻子武某在家过节。刚吃过年夜饭，忽听有人敲门。武某开门发现是自己的前夫王某，便请求其离开，但王某强行推门而入。王某发现武某怀有身孕，遂指着武某的腹部问：“你什么时候变成这样了？”武某没有回答。王某又问张某某：“你是谁？”张某某答道：“我是她老公。”王某大喊一声，奋力扑倒张某某，将其压在身下，用力掐住张某某的脖子。挣扎中，张某某见王某握着一把尖刀刺向自己，便用手一挡，刀锋刺破了其右手和胳膊。经过搏斗，张某某夺过王某的尖刀，向其连刺三刀，其中两刀刺中王某的胸部，一刀刺中其大腿。随后，张某某感到王某打他的力量越来越小，便挣脱开王某。王某后经抢救无效死亡。一审法院认定张某某构成故意伤害罪，存在防卫过当情节，判处其有期徒刑5年；二审法院以一审判决事实不清、证据不足为由，裁定撤销原判、发回重审；重审法院仍认定张某某的行为属于防卫过当，但改判其有期徒刑3年6个月。^[60]

本案的主审法院认为：当王某压在张某某身上并抽出刀刺向后者时，由于王某实施的是严重危及人身安全的暴力犯罪，故被告人享有特殊防卫权；但在张某某将刀夺下之后，王某手上已没有足以致命的武器，严重危及人身安全的暴力犯罪也已消失，故张某某将王某刺死的行为超过了防卫限度。^[61] 据此，张某某在夺刀后应将刀扔掉，然后徒手与王某搏斗，或者至多只能持刀往王某的非要害部位刺一下。但法院的说法难以成立。首先，在王某突然、持续实施袭击的情况下，张某某选择使用刀具进行防卫具有合理性。这是因为：一方面，王某在张某某抢下尖刀之后依然压在他的身上施暴。这就导致被告人要取得对王某的优势进而制服他，除了使用手上这把尖刀外，别无其他工具可选。另一方面，王某在毫无征兆的情况下突然袭击，也使被告人不能不担心：在刀被夺走之后，王某身上是否还有其他凶器？若将刀丢弃，王某是否会迅速拾起并重新刺向自己？假如张某某将刀弃之不用，一旦上述担忧变为现实，就再无补救措施，其人身安全也将失去最后的防卫可能。其次，张某某刀刺的具体强度也是为保证防卫有效性和自身安全所不可或缺的。这是因为：一方面，侵害人始终将行为人置于其实力强制之下，这给防卫人有效防卫制造了巨大困难；防卫人根本无法从容地选择反击部位、周到地控制打击次数，而只能朝最顺手、奏效最快的部位下手，只能通过反复刺扎尽快排除防卫阻力。另一方面，王某穷凶极恶的侵害手法也使人有理由相信，若只是向他的四肢等非要害部位扎一下就住手，极有可能非但不能及时制止侵害，反而招致对方更凶狠的袭击。最后，即便从形式上理解刑法第20条第3款，也不能认定张某某的行为是防卫过当，因为“严重危及人身安全的暴力犯罪”并不限于使用凶器的行为。^[62] 即使王某不使用刀具，仅凭其掐脖子、持续殴打的行为，也足以认定其实施的是给张某某的生命、身体带来严重安全威胁的暴力侵害，故只要该侵害仍在继续，张某某就享有特殊防卫权。因此，张某某的行为不属于防卫过当。

[60] 参见孙思娅：《醉汉入室行凶男子夺刀杀之》，《京华时报》2012年8月27日第8版。

[61] 同上。

[62] 参见前引[2]，高铭暄主编书，第439页。

案例5:2004年8月14日18时许,胡某与罗某趁一妇女不备抢夺其佩戴的金项链后驾车逃逸。被告人张某某闻讯后立即驾驶轿车搭乘另两名群众追赶。当追至一立交桥上时,车内两名群众责令胡某、罗某二人停车,但胡某为摆脱追赶,驾驶摩托车高速蛇形行驶。于是,为逼停对方,张某某驾驶轿车追上前,与胡某驾驶的摩托车并行。这时,摩托车与右侧立交桥护栏、张某某驾驶的轿车发生碰撞后侧翻,致使罗某从摩托车上摔落桥面,造成2级伤残,胡某摔落桥下死亡。法院判决张某某无罪。^[63]

案例6:2005年7月18日,被告人负某的母亲郭某某戴着金项链骑摩托车上街时,被齐某某和高某某盯上。两人驾驶摩托车尾随郭某某到一医院附近时,趁其不备,将其脖子上的金项链扯断抢走。负某恰好开车路过此地,见状加大油门追赶齐某某、高某某二人。赶上摩托车后,为防止二人逃跑,负某猛打方向盘,将摩托车撞翻,导致齐某某当场死亡,高某某受轻伤。法院认定负某防卫过当,构成故意伤害罪,但对其免于刑事处罚。^[64]

值得注意的是,法院关于案例5的判决并没有分析正当防卫成立与否的问题,而是指出:“死者胡远辉和自诉人罗军为摆脱现场群众的追赶,驾驶摩托车以危险状态高速行驶,是造成摩托车侧翻的直接原因,这一原因系死者胡远辉和自诉人罗军自我选择的结果。被告人张德军为了阻止犯罪嫌疑人逃逸而采取的高速追赶行为,与本案损害结果的发生没有因果关系”。^[65]法官似乎有意无意地以被害人自我答责的思想为基础,得出了胡某、罗某二人的死伤结果不可归责于张某某行为的结论。判决所反映出来的对于防卫行为与损害结果之间归责关系的关注,改变了以往一遇到防卫行为产生严重结果的情况,就一概将之归为防卫限度问题的惯常思维,这是值得赞赏的。但其具体分析还值得推敲:首先,刑法上的归责关系并不以行为与结果之间具有直接的因果关系为必要,故仅以张某某的行为不是引起胡某、罗某二人死伤的直接原因为由而否定归责,是无法令人信服的。其次,认为侵害人自我选择了危险状态的说法也难以成立。胡某、罗某危险驾驶的行为是在受到张某某追赶的情况下迫不得已实施的逃避措施。由于张某某高速驾驶机动车追击,特别是近距离并行行驶试图逼停对方的行为,本身就包含了使对方在巨大的精神压力下,因失去平衡而跌倒或者与其他车辆发生碰撞的高度危险,故在欠缺被害人自我答责的情况下,侵害人高速驾驶这一介入因素并不能阻断追逐行为与死伤结果之间的归责关系。最后,我国学者在论及因果关系的判断时几乎没有争议地认为,在行为人以加害目的追赶被害人的场合,即使被害人因自己跳入高速公路而被车撞死,只要这种逃避具有通常性,也应认为追赶行为与死亡结果之间具有刑法上的因果关系。^[66]因此,本案中的防卫人最终是否承担刑事责任,就取决于其行为能否成立正当防卫,或者更确切地说,是否符合正当防卫的限度条件。

笔者拟将案例5和案例6放在一起讨论。对于这两类案件,首先需要明确两点:第一,尽管不法侵害人已经取得了对他人财物的占有,相应的财产犯罪已经既遂,但这并不意味着行为人的行为属于事后防卫。因为,即便侵害已经既遂,只要公民还能通过追击即时挽

[63] 参见中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办:《刑事审判参考》总第51集,法律出版社2006年版,第1页以下。

[64] 参见胡爱精:《驾车撞死抢夺者该否定罪》,《检察日报》2006年5月22日第1版。

[65] 前引[63],中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办,第3页。

[66] 参见前引[13],马克昌主编书,第226页;前引[12],张明楷书,第185页以下。

回损失，就应认为不法侵害尚未结束。^{〔67〕}第二，防卫是否过当与侵害人先前实施的是抢劫罪还是单纯的财产罪没有必然联系。即便侵害人先前实施了抢劫罪，但只要他在逃跑过程中没有重新针对他人人身使用暴力，则在防卫行为实施时并不存在“严重危及人身安全的暴力犯罪”，^{〔68〕}故仍需对防卫限度进行具体判断。同时，纵然侵害人先前实施的是单纯的财产罪，只要防卫行为符合有效性、安全性和最低性等要求，就不存在过当的可能。当不法侵害人取得财物后驾车逃离时，普通公民要想自行夺回财物，可设想的方案大致有：其一，一直紧跟其后，直到侵害人驾驶的 vehicle 耗尽燃油、无力再逃；其二，采取近距离威吓的方式使侵害人产生心理压力，从而迫使其停车；其三，撞击对方驾驶的 vehicle，使其丧失行进能力。第一种选择固然能大大降低侵害人伤亡的可能，但随之而来的却是防卫效果的骤然减弱和防卫人所面临的危险大幅升高。这是因为：首先，选择行进方向与路线的主动权本就掌握在侵害人手上，故持久的消极追赶只会有利于侵害人伺机逃离。其次，持续高速在道路上行驶，也会明显增加防卫人遭遇意外的风险。再次，即使长时间追逐后真能使侵害人陷入走投无路的境地，防卫人也很可能需要与侵害人经历一番搏斗之后才能夺回财物，这样一来防卫的成功率和安全性就缺乏保障。由此可见，正是侵害人采取的这种逃避方式，使防卫人可选择的有效且安全的防卫方式极其有限，故当防卫人被迫采用较为猛烈的手段时，其中包含的风险就应由侵害人自行承担。因此，像案例5中张某某那样选择第二种方案，即驾车与对方平行行驶，就属于为达到防卫效果的必要之举。另外，在高速追赶的同时另行实施逼停或其他威吓行为，这对于普通驾驶者的技术和心理来说毕竟是不小的挑战，防卫人实施该行为时也需要面临相当的风险。在此情况下，应当允许防卫人选择更为有效和对自身更为安全的第三种方案，即直接撞击侵害人的 vehicle。

四、基本结论

在正当防卫的审判实践中，常常会出现一种现象：只要侵害人死亡或者伤残，防卫人就立刻沦为理亏和违法的一方，甚至需要为此身陷囹圄。同时，又总是有诸如“侵害人的权利也要受到保护”、“生命法益总是高于财产法益”和“防卫也要有个度”之类貌似无可辩驳的抽象说辞，为这种做法辩护。然而，当侵害人通过违反义务的方式不仅将他人的法益推向危险境地，而且也使自身的法益陷入危险的时候，法律怎么可能对他还给予与其他公民一样周到的保护，我们又怎能将侵害人与防卫人的法益放在完全平等的天平托盘上进行比较？这种不重视法律保护程度之动态变化的解释，恰恰是制造不公正判决的根源。因此，要想根除正当防卫领域内司法实践和理论研究的上述痼疾，必须进行方法论上的转向，即从侵害人法益值得保护性的视角出发，重新审视和建构正当防卫论。由此，本文的基本结论可概括为以下两点：

〔67〕 这一观点已经成为理论界和实务界普遍接受的主流意见（参见刘家琛主编：《新刑法条文释义》上，人民法院出版社2001年版，第88页；前引〔2〕，高铭喧主编书，第422页；前引〔2〕，陈兴良书，第102页；前引〔12〕，张明楷书，第195页）。然而，有些法院的判决对此还存在认识上的误区（参见“黄中权故意伤害案”，载陈兴良、张军、胡云腾主编：《人民法院刑事指导案例裁判要旨通纂》上卷，北京大学出版社2013年版，第423页）。

〔68〕 参见张理恒：《驾车追赶抢劫者致死系防卫过当》，《检察日报》2013年2月27日第3版。

第一，正当防卫的合法化根据除了法益保护之外，还在于侵害人法益值得保护性的下降。正当防卫权之所以是紧急权中最强势的一种，关键不在于防卫人维护了法秩序，而在于侵害人通过违反不得侵害他人法益的义务，使自己陷入法益冲突的险境，从而导致其法益值得保护的程度大幅“贬值”。

第二，侵害人法益值得保护性下降的具体程度是确定防卫限度的关键。不法侵害人给有效防卫造成的困难越大、给防卫人自身安全造成的危险系数越高，防卫人为排除这种障碍和危险所需采取的反击措施就越激烈，侵害人法益值得保护性的下降幅度就越大，与之相应，防卫的限度就越宽松。因此，除非所损害的法益与所保护的法益在价值上极端悬殊，在确保防卫有效性和防卫人自身安全的范围内，侵害人法益的值得保护性均归于消灭。对此，需要站在实施防卫行为的当时，结合不法侵害人选择的侵害强度、手段、环境和对象等因素作综合认定。

Abstract: In order to reverse the long-existing tendency of consequentialism in Chinese juridical practice relating to self-defense, it is necessary to re-examine the dogmatic theory of self-defense from the perspective of the victim. On the one hand, the nature of self-defense lies not only in the protection of legal interests, but also in the fact that, through the breach of the duty of not violating others' legal interest, the victim of the defense actively puts himself into the danger of legal interests conflicts, resulting in the double decline of the defensibility of his interest. On the other hand, the decrease of the degree of the victim's defensibility has an impact on the delineation of the boundary of self-defense and, therefore, is closely related to the limitation on defense. The more trouble the infringer causes to the effective defense and the higher danger coefficient resulting from his/her harm to the defender's personal security, the defender has to take more drastic measures in order to remove obstacles and avoid threat and, as a result, the defensibility of the victim declines more sharply and, accordingly, the limitation on defense becomes less strict. Therefore, as long as we could determine, by comprehensively considering the degree of danger to the self-defender and the difficulty in his or her effective self-defense caused by the infringing conduct, that the act of defense is the necessary minimum countermeasure to effectively and safely stop the illegal infringement, then the defensibility of the infringer doesn't exit any more, except in cases in which there is great disparity between the harm and protect interest.

Key Words: self-defense, defensibility of legal interest, limit of defense, provoked defense
