

# 防卫过当的阶层式判断规则

高 巍\*

**内容提要:** 在防卫过当的认定中,一元论和二分说都存在不合理之处,应当构建阶层式的防卫过当判断规则。具体而言,可区分为递进的两个阶层分别进行判断。第一阶层为防卫过当的质的判断,即对防卫行为必要限度的判断。对必要限度的判断采取必要说,具体从有效性、最小强度手段两个方面展开。第二阶层为防卫过当的量的判断,即对刑事可罚性的判断。在区分不罚的防卫过当和可罚的防卫过当的基础上,对超过必要限度的防卫行为进行可罚性判断。只有在具有刑事可罚性时,才作为可罚的防卫过当进行刑事处罚。同时,在可罚性的判断方法上,应当把可罚性判断确定为整体性判断:一方面,“明显”与“重大损害”统一于可罚性之中;另一方面,提示“明显”和“重大损害”的事实性要素,可相互补充、相互辅助。

**关键词:** 正当防卫 防卫过当 必要限度 刑事可罚性

## 一、问题的提出

刑法第20条第2款规定:“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。”本款从肯定方面规定了防卫过当的成立条件,第20条第3款则从否定方面提示了不属于防卫过当的特殊防卫要件。〔1〕关于防卫过当的成立条件,我国学界主要存在一元论与二分说之争。一元论以“重大损害”的综合判断作为防卫过当的判断规则,不具体区分防卫行为和损害结果,并把利益衡量作为重大损害判断的基本工具。〔2〕二分说则认为,“明显超过必要限度”和“造成重大损害”是两个独立要素,前者为行为过当,后者为结果过当,应当分别进行判断,二者同时符合才能成立防卫过当。〔3〕在二分说中,有

\* 云南大学法学院教授。

〔1〕 刑法第20条第3款规定:“对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪,采取防卫行为,造成不法侵害人伤亡的,不属于防卫过当,不负刑事责任。”本款旨在强调,并非所有造成重大损害的防卫行为,都可能构成防卫过当;在特定犯罪类型和行为方式的场合,即使造成了不法侵害人伤亡等重大损害,也不属于防卫过当。

〔2〕 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2021年版,第279页以下。

〔3〕 如2020年最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合发布的《关于依法适用正当防卫制度的指导意见》(以下称“适用正当防卫指导意见”),在防卫过当的判断要件上,就采纳了区分行为过当和结果过当的二分说,即要求同时具备行为过当和结果过当才可成立防卫过当。

学者认为行为过当与结果过当是递进关系,在判断上应当先判断行为过当,再进行结果过当的判断,只有行为明显超过必要限度的判断成立时,才能进行重大损害的结果过当判断。〔4〕

一元论以利益衡量和结果不法取消了行为不法的独立性,把权利论意义上的“正对不正”消弭于利益衡量的功利论路径之中,并且面临防卫性质、防卫手段、防卫强度、防卫时机、防卫情境等判断素材不可通约为利益的论证困境。二分说中虽有学者构建了行为过当与结果过当的递进结构,并把“明显”的判断和“重大损害”的判断分别定位于行为过当和结果过当两个层次,却忽视了行为过当的重点不在于“明显”的判断,而在于防卫必要性的判断。防卫行为过当与否,关键在于防卫手段是否必要,这是“正对不正”的质的判断,是对个体权利空间边界的确认。“明显”等量的权衡,则只是刑事可罚性判断中的部分要素。因此,应当构建与一元论、二分说不同的防卫过当判断规则,把防卫行为的必要性作为防卫过当判断的第一阶层;把超过必要限度的防卫行为的“明显”超过程度和“重大损害”整合为相互关联的综合范畴,作为防卫过当判断的第二阶层,并对“明显”程度与“重大损害”程度进行整体判断。

易言之,在第一阶层对防卫过当进行质的判断时,不考虑量的要素。如果防卫行为在必要限度之内,即使存在“重大损害”或手段异常等情形,也应否定成立防卫过当的可能性。只有不具备必要性的防卫行为,才可谓缺失了正当防卫的质,从而进入不法空间,此时再进行第二阶层的量的判断。相比于民事不法,立法者对刑事不法设置了更高的可罚性标准,即罪量的标准。当行为与结果在整体上符合罪量标准时,才可以成立刑事不法意义上的防卫过当,即可罚的防卫过当。因此,与一元论相比,本文将防卫行为的必要性判断作为独立阶层,坚持防卫行为锐利性的权利依据,而不考虑任何量的要素,强调“正对不正”的质的判断不受利益衡量的约束,具有独立性和优先性。与二分说相比,本文在量的判断规则上,不对防卫手段“明显”超过防卫必要性的程度与作为结果的“重大损害”进行二分,而是对行为方式与危害结果两个方面的量的要素进行综合,用可罚性标准统一“明显”与“重大损害”。如此,既不同于一元论以“重大损害”为中心的理论路径,也不同于二分说区分判断“明显”和“重大损害”的理论路径,从而缓解了分析式要素思维在防卫过当的判断上左右为难的困境。

## 二、对一元论和二分说的检讨

### (一) 对一元论之质疑

一元论以利益衡量为基本方法,把“重大损害”作为判断的出发点,强调在具有重大损害结果时,就意味着防卫行为明显超过了必要限度。或者说,防卫行为明显超过必要限度与重大损害互为表里、互相依存,并最终统一于对重大损害的综合判断中,甚至重大损害可以成为判断防卫行为必要性与“明显超过”的重要素材。〔5〕一元论的上述推论值得商榷。

第一,一元论的综合判断实际上是以“重大损害”为中心的综合判断。易言之,一元论并非综合防卫手段、侵害方式、损害结果等多种要素来判断防卫限度,而是综合上述要素来判断“重大损害”。很明显,一元论的上述论证,把防卫限度替换为“重大损害”,把可能影响

〔4〕 参见陈璇:《正当防卫:理念、学说与制度适用》,中国检察出版社2020年版,第146页以下。

〔5〕 参见张明楷:《防卫过当:判断标准与过当类型》,《法学》2019年第1期,第13页以下。

防卫限度判断的防卫方式等要素作为判断“重大损害”的提示性要素。这种论证路径缺乏依据。因为，不管是一元论，还是二分说，其判断对象都是防卫限度，而非防卫限度中的某个构成要素。防卫限度作为“重大损害”的上位范畴，不可能被“重大损害”所替代。防卫限度既包括必要限度，也包括可罚限度。必要限度的判断与“重大损害”并无关联，只有可罚限度的判断与“重大损害”有关。

第二，一元论的利益衡量方法不适合作为防卫限度的一般判断标准。一元论以利益衡量作为综合判断“重大损害”的基本方法，也就是说，即使防卫行为具有必要性，也要再进行利益衡量的判断，才能确定是否成立正当防卫。<sup>〔6〕</sup>但是，利益衡量并不适合成为防卫限度的一般判断标准。因为，防卫限度在根本上是规范性、目的性限度，而非事实性、经验性限度。必要限度的确立，首先在于对个体权利空间的捍卫，而不在于经验性、事实性的特定利益保护。正如学者指出的：正当防卫“首要的不是被侵害者所面临的法益损失，而是可归责于侵害者人格的、对他和被侵害者之间的权利关系的干扰，这为被侵害者采取正当防卫措施的权能提供了依据。通过允许正当防卫造成侵害，被侵害者能够保卫其法定的自由不受侵害者逾越法律的任意所攻击。”<sup>〔7〕</sup>正基于此，防卫人才享有较之紧急避险人更大的防卫空间，因为正当防卫不是通过利益衡量来实现对优越利益的保护，而是维护和恢复属于防卫人的自由或权利空间，这种自由或权利空间是先验的和规范的，无法从优越利益中予以实现和证成。

持一元论的学者也意识到经验层面的优越利益无法证成防卫手段的锐利性，但为了维持利益衡量方法对防卫限度的解释力，就对利益概念进行规范化改造，如赋予利益精神性、制度性内容，并赋予部分利益规范上和价值上的优越性。如有学者就指出：“在进行利益衡量时，必须时刻铭记被侵害人的利益具有质的优越性。”<sup>〔8〕</sup>在经验的利益层面，被侵害人和侵害人的利益至多有量的区别，而不可能有质的区别。在利益量相等时，赋予被侵害人的利益以优越性，只可能是基于“法/正/权利不应当向不法/不正/无权利让步”的规范视角。在这个意义上，对利益进行规范化改造，就意味着利益衡量只是规范性标准导向的一种评价方法，而不具有与规范评价相平行的独立地位。因此，防卫限度的规范性建构，只可能通过规范化的方法进行，而无法从经验的利益衡量方法中获得独立的支撑和依据。申言之，在防卫限度的判断中，利益衡量只能发挥辅助与补充作用，而不能成为普遍的、一般的判断标准。

## （二）对二分说之商榷

从语法和思维习惯看，二分说似乎更接近立法文本的形式结构。如有论者指出，把“明显超过必要限度”和“造成重大损害”分为两个部分，分别作独立理解，更符合语法结构和思维习惯。<sup>〔9〕</sup>同时，与一元论相比，二分说更有利于限制防卫过当的成立范围。因为，根据二分说，不仅行为限度和结果限度需要独立判断，而且二者需同时过限才可能成立防卫过当。这意味着，即使造成重大损害，只要防卫方式未明显超过必要限度，就不具备行为限度要件，不能成立防卫过当。同样，防卫方式明显超过必要限度时，只要未造成重大损害，就不符合结

〔6〕 参见徐成：《防卫限度判断中的利益衡量》，《法学研究》2019年第3期，第153页以下。

〔7〕 [德]米夏埃尔·帕夫利克：《康德和黑格尔的正当防卫理论》，赵雪爽译，载江溯主编：《刑事法评论（第41辑）：刑事法治新视野》，北京大学出版社2018年版，第135页。

〔8〕 前引〔5〕，张明楷文，第14页。

〔9〕 参见汪雪城：《防卫限度判断标准的司法检视与理论反思——基于750个刑事样本的实证考察》，《法学家》2019年第6期，第161页。

果限度要件,从而不成立防卫过当。<sup>[10]</sup>虽然二分说在理论构造上能够最大程度地限制防卫过当的成立范围,但其在逻辑上并不具有自洽性,并且未必符合刑法体系要求,甚至会造成更为复杂的理论和实践难题。

### 1. 二分说对“必要限度”的错误定位

二分说在构造防卫过当的要件结构时,根据刑法第20条第2款的文字表述形式,将“明显超过必要限度”和“造成重大损害”予以二分,区分为行为限度和结果限度,用行为限度涵盖“必要限度”这个质的要素和“明显超过”这个量的要素,从而取消了“必要限度”作为质的要素的独立地位。例如,防卫人致不法侵害人轻伤,按照“适用正当防卫指导意见”的规定,“重大损害”不包括轻伤,此时就可以否定防卫行为造成“重大损害”,从而否定成立防卫过当并认定成立正当防卫。但问题在于,基于结果限度否定成立防卫过当,从中无法直接推导出该防卫行为就是正当防卫。例如,不法侵害人盗窃防卫人一个价值轻微的西瓜,防卫人挥刀把侵害人砍成轻伤。如果防卫人有更小强度的手段可以选择,如扔土块、用棍子击打等,就不能说该防卫行为具有必要性,自然不能成立正当防卫,因其至少可以成立民法上的防卫过当。<sup>[11]</sup>因此,二分说对“必要限度”独立地位的取消,无法证成正当防卫与防卫过当的体系关联,更无法有效区分不罚的防卫过当和可罚的防卫过当。

有持二分说的学者认识到,行为限度和结果限度不应当是平行关系,而应当是递进关系,并且行为限度判断应当优先于结果限度判断,刑法上的防卫过当具有独立的罪量要求。<sup>[12]</sup>应当说,这种认识较诸通常的二分说,更具妥当性。但是,该观点仍然把防卫方式的必要性判断与“明显超过”的可罚性要素相叠加,赋予其相对于“重大损害”可罚性要素的优先性,从而无法清楚说明不同可罚性要素之间如何存在优先性的体系理由。因为,必要限度的判断是出于权利行使的规范目的,而可罚性的判断是出于处罚需要,二者可以区分为不同层次的判断,且前者具有优先地位。但“明显”和“重大损害”都属于可罚性要素,均源于目的性的处罚需要,与权利行使的正当化依据无关,二者之间的优先性安排很难得到充分说明。

### 2. 二分说忽视了防卫限度的整体性

二分说忽略了行为限度和结果限度统一于防卫限度的目的论构造,以二分模式分别判断防卫方式的危险程度和结果的实害大小。但是,防卫限度作为正当防卫的限度要件,只是规范目的指导下的相对性基准,其最终统一于防卫限度所承载的规范目的。易言之,防卫限度由两个层次构成:第一个层次为正当防卫的成立划定边界,其以保障权利行使为规范目的;第二个层次为防卫过当的可罚范围划定边界,其以处罚必要性为规范目的。二分说无视防卫限度的目的论构造,把制止不法侵害的必要性与处罚的必要性的两个不同的规范目的交叠在一起,搁置了防卫限度的整体性语境和目的性结构,从物本逻辑出发,原子式地区分防卫手段、损害结果、侵害手段等事实性要素,把规范目的所导向的规范下行变为物本逻辑所导向的事实上行,这明显

[10] 参见劳东燕:《防卫过当的认定与结果无价值论的不足》,《中外法学》2015年第5期,第1339页以下。

[11] “适用正当防卫指导意见”指出,“重大损害”不包括不法侵害人轻伤及以下的损害,而只限于重伤或死亡的情形。该规定把具有相对性的“重大损害”明确为重伤、死亡,尽管具有统一裁判和认定标准的优点,却消解了“重大损害”的开放性和相对性,可能有违“同等情形同等处理”的原则。例如,为了保护价值轻微财产,造成不法侵害人重大财产损害或轻伤等结果时,特别是在该防卫手段并不是多种可选择的有效手段中强度最小的手段的场合,如果无视防卫方式与危险结果的可罚性并不低于其他可罚情形的事实,直接根据上述意见否定具有成立可罚的防卫过当的可能性,则明显违背“同等情形同等处理”的原则。

[12] 参见前引〔4〕,陈璇书,第146页以下。

不符合防卫限度的规范目的构造，也有悖于防卫手段、损害结果、侵害手段等要素的建构性质和规范特征。

### 3. 二分说难以说明未遂的防卫过当

未遂的防卫过当，是指防卫手段超过了必要限度，但未造成特定构成要件结果的防卫行为。例如，防卫人为保护价值轻微的财物，在有多种更小强度防卫手段可以选择之时，仍然选择开枪射击意图杀死不法侵害人，即使未杀死不法侵害人，只是造成轻伤，该防卫行为在构成要件符合性阶段仍可认定为故意杀人未遂。<sup>〔13〕</sup>上述行为具备故意杀人未遂的构成要件，在违法性判断层面，该行为超过了防卫的必要限度，不再属于正当防卫。二分说认为，虽然该行为不具备防卫的必要性，应当以犯罪未遂论处，但基于刑法第20条第2款的规定，该行为并未造成重大损害，故该未遂的防卫过当不具有可罚性。<sup>〔14〕</sup>

二分说的上述论证存在体系上的矛盾。“不能不追问的是，将不是正当防卫的行为视为正当防卫的根据是什么？这是二分说难以回答的问题”。<sup>〔15〕</sup>未遂的防卫过当，是符合构成要件的未遂行为。二分说基于防卫手段必要性的缺失而否定成立正当防卫，同时又基于重大损害的缺失而否定成立防卫过当。但是，不具备防卫必要性的防卫手段属于不法行为，当防卫手段背离防卫必要性的程度很高时，再加上轻伤等损害结果，其刑事可罚性仍有可能被证成。如果基于缺乏重大损害而一概排除刑事可罚性，则有违刑事政策上的处罚需要。特别是防卫手段背离防卫必要性的程度很高且造成多人轻伤时，坚持“重大损害”的独立评价，漠视手段背离必要性的程度与损害程度在可罚性标准意义上的关联性和统一性，则未必符合立法者对可罚性标准的规范预设。

## 三、阶层式判断规则之构建

### （一）基本构造

防卫过当的基本结构，应当根据法律文本的规范目的和内在关联进行确定，而不应拘泥于日常语言习惯和表达方式。刑法第20条第1款规定了正当防卫的一般成立要件，第2款规定了防卫过当的限度条件，是第1款的补充规定。因此，适用第2款的前提是防卫行为已经符合第1款的规定，第2款不具有独立适用的空间。申言之，对第2款“明显超过必要限度造成重大损害”的理解，应当确立正当防卫的边界限度和防卫过当的可罚限度这两种限度，前者为必要限度的判断，后者为防卫过当可罚性的判断，二者构成了统摄性的防卫限度。

具体而言，防卫过当的判断可区分为递进的两个阶层：第一阶层是必要限度的质的判断，第二阶层是可罚限度的量的判断；第一阶层是第二阶层的前提。所有符合刑法第20条第1款规定的防卫行为，都要进行第一阶层的必要限度判断。如果防卫行为在必要限度内，则成立正当防卫。如果防卫行为超过必要限度，则成立一般的防卫过当。根据刑法第20条第2款的规定，一般的防卫过当要具备刑事可罚性，还要进行第二阶层的整体性的可罚性判断。所谓整体性判断，即把“明显超过”和“造成重大损害”作为成立可罚的防卫过当的整体性可罚要素，

〔13〕 参见储陈城：《防卫过当判断中“行为限度单独标准”的证成——基于刑法与刑事诉讼法的交叉论证》，《法律科学》2020年第4期，第130页。

〔14〕 参见前引〔4〕，陈璇书，第166页。

〔15〕 前引〔5〕，张明楷文，第10页。

二者的判断都在第一阶层的判断之后进行。

阶层式的防卫过当判断结构，不是基于不同的事实性要素所进行的阶层区分，而是基于不同的规范目的对事实性要素的不同阶层的评价。因此，防卫过当的两个判断阶层是判断标准和判断方法的不同，而非判断材料和判断对象的不同。在第一阶层，根据保障权利行使的规范目的对防卫必要性进行判断，这属于质的判断；在第二阶层，根据处罚必要性的规范目的，对超过必要限度的一般防卫过当进行可罚程度判断，这属于量的判断。保障权利行使的规范目的和处罚必要性的规范目的，分别具有独立的评价标准。申言之，第一阶层的判断是违法性有无的判断，其规范目的是保障权利行使。第二阶层的可罚性判断，其规范目的不再是保障权利行使，而是实现作为处罚必要性内核的刑罚目的。刑罚目的与报应和预防有关，在不同时期和不同情境，立法者对报应和预防的侧重有所不同。如德国学者所指出的，“正当化事由中有一种特殊范畴即‘刑事不法排除事由’，具有专门的刑法功能：它们将由构成要件所描述的可罚的、可层升的不法降低至需罚性的门槛以下。通过刑事不法排除事由，可以在不法层面排除行为的可罚性，而无须同时一并排除行为的一般违法性”。<sup>[16]</sup>易言之，对于一般的防卫过当，尽管可能不具有发动刑罚的必要性，但其仍具有违法性，要受到民法或行政法的规制。<sup>[17]</sup>因此，防卫过当的第二阶层判断正是对“刑事不法排除事由”的判断，其判断标准需根据处罚必要性所关联的刑事政策目的进行确定。

我国有持二分说的学者将“明显超过必要限度”和“重大损害”构建为双层递进结构，前者是行为过当的判断，后者是结果过当的判断，前者优先于后者。<sup>[18]</sup>在形式上，这与本文主张的防卫过当的阶层式判断规则有相似之处，但二者仍有明显不同。第一，双层递进结构的行为过当和结果过当要件中都存在量的判断，而阶层式判断规则的第一阶层中不存在量的判断。第二，在双层递进结构中，防卫行为超过必要限度的程度与损害结果的重大性之间不存在互补性关联，而阶层式判断规则中防卫行为超过必要限度的程度与损害结果的重大性两个量的要素之间则具有互补性。

## （二）合理性论证

首先，阶层式判断规则符合我国防卫过当立法的规范目的。防卫限度的判断标准，在根本上是刑法规范目的现实化和理性化的产物。从1979年刑法到1997年刑法，立法者将“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”，表达出限缩防卫过当成立范围的目的，趋向于拓展个体自由与权利，即在保障自由与权利的范围内，忽略利益衡量和比例原则的适用空间。同时，在防卫行为超过必要限度时，也可以通过层升性的可罚程度限制处罚范围，鼓励个体积极制止不法侵害，实现最大程度威慑不法侵害的目的。正如最高人

[16] [德]克努特·阿梅隆：《罗克辛刑事政策性刑法体系批判》，张志钢译，《南大法学》2021年第3期，第161页。

[17] 有学者指出，在我国司法实务中，就有在否定成立刑法上防卫过当的同时，认定成立民法上防卫过当的判例。之所以存在民法和刑法的不同评价，就在于部分民法上的防卫过当行为“溢出必要限度的量不足，达不到引发刑罚效果的程度，基于缓和违法一元论的立场，民法禁止且该当构成要件的行为，在刑法上不一定具有可罚性”（参见孙国祥：《民法免责事由与刑法出罪事由的互动关系研究》，《现代法学》2020年第4期，第160页）。上述观点对防卫过当在刑法和民法上作出区分，其逻辑具有合理性。只不过，判例和学者未区分不罚的防卫过当与正当防卫，而是将刑法上不罚的防卫过当笼统归入正当防卫。如此归类尚有商榷的余地。正当防卫在法秩序中具有普遍正当化事由的地位，而不罚的防卫过当只是刑法上的不罚事由，二者区别明显。正当防卫在整体法秩序中具有普遍的合法性，不存在民法、刑法、行政法上的不同评价，但防卫过当在不同部门法中有不同的可罚性评价，因此，对正当防卫和刑法上不罚的防卫过当不能作相同的体系归属。

[18] 参见前引〔4〕，陈璇书，第120页以下。

民检察院有关部门在答记者问时所指出的：“正当防卫不是‘以暴制暴’，而是‘以正对不正’，是法律鼓励和保护的正当合法行为”。〔19〕

其次，阶层式判断规则有利于刑法体系的稳定。具言之，递进式的阶层式判断规则体系，使所有法定的限度要素能够在规则体系中得到准确定位。一方面，把必要限度作为第二阶层整体性要素判断的前提，确保第二阶层的量的要素不进入第一阶层的必要性判断。另一方面，在整体性要素判断的第二阶层，根据不同于第一阶层的规范目的，用关联刑罚目的的相关事实要素充实可罚性的判断标准，限制防卫过当的可罚范围。这就有利于减轻防卫人识别、判断最小强度手段的负担，从而使防卫人在选择防卫手段时不至于缩手缩脚，无所适从。

最后，阶层式判断规则能有效化解未遂的防卫过当的理论困境。未遂的防卫过当属于超过必要限度的防卫行为，在必要限度的第一阶层判断就可以排除其属于正当防卫。因其超过了必要限度，故属于一般违法性层面的防卫过当，只不过还要进行第二阶层的刑事可罚性判断。如果达到了刑事可罚性的程度要求，则成立可罚的防卫过当；如果未达到刑事可罚性的程度要求，也不能视为正当防卫，而是成立刑法上不罚的防卫过当，在其他部门法中予以规制。在第一阶层的质的判断的基础上，第二阶层的量的整体性判断的优势在于，不单独判断各种可罚性要素，而是肯定各要素间的互补性，只要在整体上可能推论出防卫过当达到了可罚程度，就无需设置每个要素单独的可罚性门槛。因此，根据阶层式判断规则的逻辑，未遂的防卫过当既可能成立可罚的防卫过当，也可能成立不罚的防卫过当，但都可以在体系中获得准确定位和正当说明。

#### 四、防卫过当的质的判断规则

防卫人超过必要限度进行防卫，是成立防卫过当的必备要件，也是防卫过当的第一阶层判断。所谓质的判断规则，就是指必要限度（防卫必要性）的判断规则。防卫必要性的判断，在理论预设上存在着权利行使与利益衡量之争，由此展开了不同的判断规则。

##### （一）权利行使抑或利益衡量

权利和利益分别处于自由领域和经验领域，前者是实践理性的规范范畴，后者通常是理论性的事实范畴。一般而言，利益具有可感知性和可测量性，可解释个体的行为动机和社会的制度结构。〔20〕正如美国学者所言：“任何一种人类的行为，任何一种行为动机，都可以通过特定的利益及利益之间的关系而得到解释。”〔21〕但是，利益作为经验性事实具有偶然性和易变性，特别是在进行利益衡量时，往往取决于个体对特定经验事实的感受能力。这意味着，基于经验性的利益是无法获取普遍正当性的，而只能在规范世界中获取普遍正当性。

在规范世界中，个体“应当”如何行为，与经验世界的利益归属和利益衡量无关，而与权利（Recht）的普遍法则有关。具体而言，“法权（Recht）是把每一个人的自由限制在其与

〔19〕 最高人民法院第一检察厅编著：《最高人民法院第十二批指导性案例适用指引：正当防卫》，中国检察出版社2019年版，第2页。

〔20〕 广义的事实既包括自然事实，也包括社会事实。社会事实也属于经验世界，虽然其可感知性和可测量性要小于自然事实，但其仍具有可描述性。

〔21〕 Albion Small, *General Sociology*, University of Chicago Press, 1905, p. 197.

任何一个人的自由相协调的条件之上，只要这种协调按照一个普遍的法则是可能的”。〔22〕权利的普遍法则就在于个体自由的相互协调，而这种协调所依赖的普遍性来源于对利益等事实性因素的悬置。因为，利益等事实性因素往往具有情境性、易变性，无法与权利原则的可普遍化要求相契合。因此，侵犯权利的行为就是违反权利的普遍法则并对个体自由形成阻碍的行为，而对抗这种阻碍的强制则与基于普遍法则的自由相一致。于是，对侵害权利的行为人进行强制，正是个体自由的实现，具有正当性。〔23〕这也正是“法/正/权利不应当向不法/不正/无权利让步”的理论来源。

正当防卫的正当性来源于规范世界，是个体的权利行使行为。不法侵害人原本负有尊重防卫人权利的义务，却实施了对抗权利的不法行为，构成了对权利的否定，也构成了对基于普遍法则的自由的否定，防卫人就可以行使强制，通过对权利侵害行为的否定，使被侵害的权利得以重新彰显和恢复。因此，“一种以优越利益原则为核心的实质违法性原理无法相容于正当防卫制度。理由在于，优越利益原则关注的是在利益最佳化原则下承载利益之事态的存续，而正当防卫则意在维持本人与他人之间的权利义务关系，亦即藉由要求他人以实践行动尊重本人而维持其作为权利对象之事态的存续”。〔24〕所以说，正当防卫的正当化依据并不来源于经验世界的利益衡量，而只存在于规范世界中的权利行使。权利行使与个体自由空间的范围有关，只要属于个体自由的空间，个体就可以实施足以排除不法侵害的防卫行为，其对防卫手段不需要进行利益衡量，而只以以防卫有效性为前提的最小强度手段为限制。此处的最小强度并非利益衡量的结果，而是权利行使的正当性限制。因为，个体实施防卫时必须采取能够排除对自由的妨碍的必要手段，当存在多个有效手段时，只有采取最小强度手段才能说具有维护自由与权利的必要性。

## （二）防卫必要性的判断

面对不法侵害，防卫人所采取的防卫手段应当具有必要性。所谓必要性，可分解为两个层次：其一，该防卫手段足以有效制止不法侵害；其二，该防卫手段在多种可以选择的手段中强度最低。

### 1. 防卫手段必须要具有有效性

防卫手段的必要限度，不是防卫手段与侵害行为之间的比例关系，更不是相对于侵害行为物理形式的相似性评估，而是足以制止不法侵害的有效手段。〔25〕因此，即使防卫手段与侵害行为不成比例，或者物理表现形式大相径庭，只要防卫手段能够有效制止不法侵害，就不能认为超过了防卫的必要限度。有效性的具体判断，需要注意以下几个方面。

第一，有效性判断是过程性判断。防卫行为和不法侵害行为都处于动态的发展过程中，因

〔22〕 转引自吴彦：《法、自由与强制力：康德法哲学导论》，商务印书馆2016年版，第182页。

〔23〕 参见〔德〕康德：《道德形而上学》，李秋零译，载李秋零主编：《康德著作全集》第6卷，中国人民大学出版社2013年版，第239页。

〔24〕 周漾沂：《正当防卫之法理基础与成立界限：以法权原则为论述起点》，《台大法学论丛》第48卷（2019年）第3期，第1243页。

〔25〕 如日本最高法院曾于1969年12月4日作出判决，采纳了“武器对等”作为判断防卫手段必要限度的标准。“武器对等”原则认为，如果防卫行为与不法侵害行为所使用的武器是对等的，就可以认为具有相当性，未超过防卫的必要限度。这种思维模式过于重视防卫手段与侵害行为在物理形式上的等同性，却缺乏规范上“正无需向不正让步”的实质内容。因此，日本最高法院在1989年11月13日的判决中，否定了“武器对等”原则的机械适用。参见〔日〕山口厚：《正当防卫论》，王昭武译，《法学》2015年第11期，第85页以下。



此，只能对防卫手段的有效性进行过程性判断。比如，开枪防卫但未击中，从终局的客观结果看，该防卫行为并不具有最终的客观有效性。但是，在防卫人向不法侵害人开枪射击时，该防卫手段具有制止不法侵害的可能性，即使未能击中，也不能否认其具有过程有效性。同时，不法侵害处于不断发展的过程中，不同环节有不同的侵害强度和样态。如有学者所强调的，“侵害者的攻击行动往往不是自始表明干预之最终程度，毋宁是一种进展效果。”〔26〕因此，在不同环节的具体情境中，只要防卫手段具有社会一般观念上压制或削弱不法侵害的可能性，就应当评价其具有有效性。

虽然防卫有效性的判断具有阶段性和过程性，但是，当防卫手段自始不具有足以压制或削弱不法侵害的性质时，就不能肯定其具有有效性。例如“象征性防御”的场合，行为人在面对不法侵害时明知反抗手段无效而采取“无效手段”，就不应当认定为具有防卫有效性。〔27〕德国学者就指出，在面对强悍的盗匪时，一个柔弱的女子并没有实施“吐口水”的象征性防御手段的权利，在没有其他防卫手段时，其只能忍受强盗行为，因为“吐口水”这样的手段明显属于“无效手段”。〔28〕申言之，象征性防御手段更多是表达一种反对态度，而不是现实层面对不法侵害的对抗。如果要把反对态度作为有效防卫手段，则在相当程度上会取消有效性这个防卫必要性的基本判断标准。

第二，有效性判断是事前判断。德国学者认为，判断有效性时，应当以防卫时客观存在的素材作为判断依据。〔29〕如果防卫人认识到的判断资料与行为时客观存在的资料不一致，那么，既不按照理性第三人的规范视角来重建规范意义上的判断资料，也不按照行为人认识到的判断资料进行有效性判断，而是把行为时客观存在的判断资料作为判断依据。这是一种事实性判断，搁置了规范标准和主观认识。但是，上述判断路径并不符合防卫有效性判断的规范属性。因为，有效性是权利行使行为的当然推论，而权利行使是规范世界中排除自由妨碍的形式，不可能从纯粹的经验世界推导出规范意义的权利行使界限。另外，按照上述判断路径，防卫人认识到的素材与客观素材不一致时，就可以否定防卫有效性的存在，至于认识错误，则只可能影响责任阶层的评价。但是，对防卫限度事实性资料的认识错误，究竟如何在责任阶层作出评价，却是一个更加困难的问题，其未必有利于防卫人权利行使的充分实现。

一般认为，防卫手段的有效性判断，应当以实施防卫行为时的素材或情形为基础，根据理性第三人处于防卫人的立场进行判断。〔30〕易言之，即使防卫时客观存在的素材与理性第三人所能认识到的素材不一致，也应当以理性第三人能够认识到的素材作为判断依据。如德国学者所指出的，即使在使用仿真枪实施抢劫的场合，如果理性第三人设身处地也无法确定其为仿真枪，仅能认识到不法侵害人所持的是“真枪”，就应当把真枪的危险性作为判断防卫手段有效

〔26〕 许恒达：《从个人保护原则重构正当防卫》，《台大法学论丛》第45卷（2016年）第1期，第367页。

〔27〕 在德国，也有学者以女子被多名男子强奸时所实施的抓挠行为为例，肯定了该抓挠行为作为防卫手段的有效性。其理由是，通过抓挠行为，受害人向不法侵害人明确表达了反对意愿，这就可能在抵抗过程中增加不法侵害人的心理压力，从而可能影响不法侵害的强度和范围（参见石家慧：《德国刑法中的正当防卫制度》，《中国应用法学》2018年第6期，第183页）。这种观点并不妥当。表达反对意愿以及采用抓挠等明显无效的“防卫手段”，从行为性质、样态等方面，在社会一般人看来，根本不具有压制不法侵害的可能性。

〔28〕 转引自黄荣坚：《论正当防卫》，《台大法学论丛》第24卷（1995年）第2期，第312页。

〔29〕 参见〔德〕克劳斯·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，第440页。

〔30〕 参见〔德〕汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社2017年版，第460页。

性的素材,而不能把事后认知的客观的仿真枪作为判断依据。<sup>[31]</sup>理性第三人所能认识的素材,与行为时客观存在的素材相比,尽管不具有相同的客观性和现实性,但防卫有效性的判断本就是规范性的判断,即基于法秩序对个体管辖领域和风险空间的理性分配,依据理性第三人视角的“应然素材”进行判断,就是在规范领域进行的反事实性判断。<sup>[32]</sup>只有这种反事实性的判断,才能够实现防卫有效性标准的普遍化,也才能实现防卫有效性标准的理性化和判断视角的客观化。正如学者所言:“对防卫手段设置界限,旨在证明正当防卫的规范有效性。只有能够促进规范有效性的防卫手段,才能实现意思自治的各个体之间的共存与合作。”<sup>[33]</sup>不言而喻,要证明规范的有效性,就有赖于规范标准的普遍化,而普遍化需要通过非特定、非语境性的理性第三人形象来实现。

第三,有效性判断是综合性判断。防卫有效性判断的核心是,以理性第三人视角所构建的素材或资料为判断基础,综合防卫人可选择的手段与不法侵害的危险形态,确定足以制止或削弱不法侵害的防卫手段。首先,判断素材是来源于理性第三人视角的“应然素材”,必须在此范围内进行判断。例如,不法侵害人在瞄准时突发心脏病,其已无法准确射击,但在理性第三人看来,其瞄准行为仍具有射击行为的高度危险性,该高度危险的瞄准行为就是“应然素材”。其次,判断方法是综合判断。只要防卫人的防卫手段在理性人看来足以压制或削弱不法侵害,即使在个案中未发生压制或削弱不法侵害的现实结果,也不能否定其有效性。易言之,防卫手段不需要事实上有效,而只需要在方式上具有足以压制或削弱不法侵害的可能性,这种可能性是综合判断的结论,要综合考虑不法侵害的危险形态和可选择的防卫手段等多种因素。

## 2. 最小强度手段

正当防卫是为了恢复被侵害的个人自由空间而行使防卫权的行为。在足以制止不法侵害的多种手段同时存在时,最小强度手段就是防卫必要限度的边界。因为,防卫手段的正当性依据仅在于制止不法侵害的强制权行使,如果存在最小强度手段足以制止不法侵害,就没有理由采用更大强度的手段。如有学者所指出:“既然正当防卫意在使用强制力回复被压缩的权利领域,那么此一强制力即须专门用以回复权利领域,不能短少以致不足以回复权利领域,也不能过多以致超过回复权利领域所必须。”<sup>[34]</sup>易言之,足以恢复自由的强制权行使,无法为超越最小强度的有效防卫手段提供正当化根据。因为,超越最小强度的手段,就意味着超越恢复自由所必要的权利边界。

具体而言,最小强度手段的判定,要考虑以下几个方面:首先,最小强度手段以多个有效手段同时存在为前提,如果只有一个有效手段,就不存在最小强度手段的限制。其次,最小强度手段不受利益衡量的限制。即使为了保护较小的法益而造成不法侵害人严重的损害结果,只

[31] 参见 [德] 约翰内斯·韦塞尔斯:《德国刑法总论》,李昌珂译,法律出版社2008年版,第186页。

[32] 关于理性第三人的标准人形象是否应当考虑防卫人的具体能力,还存在争议。我国有学者提出,应当在区分“力素”和“心素”的基础上,在“力素”层面把防卫人的具体能力作为设定标准人的基础,在“心素”层面则维持理性第三人的标准(参见前引[4],陈璇书,第220页以下)。在美国,也有判例认为,对理性第三人形象的确定,可根据防卫人的具体情况进行主观的、个别的确定——“法律不可能把贪生怕死的胆小鬼和穷凶极恶的暴徒作为理性人同等对待”(State v. Wheelock, 609 A.2d 972, 976 (1992))。很明显,在个案中考虑防卫人的具体能力和具体情况越多,越可能符合个案中的正义直觉。但问题在于,具体情形的范围往往边界模糊,而且,具体情形的相似性或等同性判断会随着情形的多样性和情境化而变得更加困难。这就使得判断标准的一般性和普遍性难以维持,从而动摇规范性标准的可预期性,这不利于个体准确判断法规上的行为边界。

[33] William Wilson, *Central Issues in Criminal Theory*, Hart Publishing, 2002, p. 312.

[34] 前引[24],周漾沂文,第1261页。

要该防卫手段具备有效性，且没有其他更小强度的有效手段可以选择，就不能否认该手段为最小强度手段，从而未超过必要限度。<sup>〔35〕</sup>最后，必须在防卫人无风险或低风险的状态下确定最小强度手段。尽管同时存在多个可以选择的有效防卫手段，且防卫手段之间存在强度差别，但如果采取最小或者较小强度手段可能会使防卫人处于新的或更大的风险之中，就不能把该种手段视为防卫人应当采取的最小强度手段。如德国联邦最高法院所指出的：“防卫人必须从许多可能的防卫方法中，挑选出使攻击者遭受最轻微损害的那一种。但是在这里，他不需要使自己忍受财产上的损失和身体上的伤害。”<sup>〔36〕</sup>

## 五、防卫过当的量的判断规则

当防卫行为超过必要限度时，就具有了违法性，不能成立正当防卫，而成立一般的防卫过当。只有通过第二阶层可罚性的量的判断，才能成立可罚的防卫过当，这是1997年刑法增加“明显”和“重大损害”两种量的要素的当然推论。因为，较小程度地超过必要限度，且未造成重大损害的情形，虽然不具有保障权利行使的正当化依据，不能认定为阻却违法性的正当化事由，但可以基于刑事政策目的不予刑事处罚。<sup>〔37〕</sup>具体而言，可罚性由“明显”和“重大损害”两种量的要素组成，是对“超过必要限度”的防卫行为的补充。申言之，“明显”和“重大损害”所关联的诸多事实性要素，本就内在于防卫行为的诸要素之中，只不过，需要从规范的角度，对防卫行为的相关事实性要素再作评价，审查其是否达到可罚程度。为提高明确性，立法者将可罚程度的规范性标准规定为“明显”与“重大损害”的整体结构。因此，“明显”和“重大损害”是可罚的防卫过当中可罚性要件的具体化，二者统一于可罚性的整体判断之中，故不应对可罚性的具体化标准作任意割裂和僵化判断。

### （一）可罚性判断的整体性

类似于“情节严重”“情节恶劣”等要素，“当行为符合了客观构成要件中的基本要素后，并不意味着行为的违法性达到了值得科处刑罚的程度，在此基础上，还需要对行为进行可罚程度的整体评价”。<sup>〔38〕</sup>因此，我国刑法并不处罚所有超过必要限度的防卫过当，而只处罚达到可罚程度的防卫过当。对于尚未达到可罚程度的防卫过当——不可罚的防卫过当，则由民法或行政法等其他部门法予以规制。

可罚性判断具有整体性、开放性，很难用明确的描述性概念予以呈现。于是，立法者就运用整体思维方式，把可罚的防卫过当的可罚性规定为非描述性的整体范畴，并以“明显”“重大损害”作为关联的判断素材，从而实现行为方式与损害结果在可罚性判断中的整合。构成可罚性判断素材的这些事实和情形虽然分别表现为各种要素，但这些要素“不是排他性的非此即彼的，而是通过或多或少、亦此亦彼来把握现实的生活事实的”。<sup>〔39〕</sup>即是说，无论是防

〔35〕 参见前引〔31〕，韦塞尔斯书，第187页。

〔36〕 前引〔29〕，罗克辛书，第438页。

〔37〕 如我国有学者就指出：“在罪刑法定原则限度内的刑事政策填补，具有目的性的限缩功能，并不会扩张犯罪的范围，反而会限制犯罪的范围。”参见陈兴良：《刑法教义学与刑事政策的关系：从李斯特鸿沟到罗克辛贯通——中国语境下的展开》，《中外法学》2013年第5期，第1001页。

〔38〕 张明楷：《犯罪构成体系与构成要件要素》，北京大学出版社2010年版，第239页。

〔39〕 参见〔德〕阿图尔·考夫曼：《法律获取的程序——一种理性分析》，雷磊译，中国政法大学出版社2015年版，第167页。

卫行为超过必要限度的“明显”程度，还是损害结果的“重大”程度，二者间并非平行关系，而是统一于立法者所预设的可罚性意义脉络之中。具体而言，这种整体性评价表现为：“一个可区分等级的概念要素在个案中越是高程度地被实现，其他可分级之要素所必须被实现的程度便可随之降低，或者就越不需要实现其他的选言式要素。”〔40〕即是说，如果表征“明显”的要素非常显著，即使“重大损害”要素的程度较低，也可以在整体上肯定防卫过当的可罚性。同样，如果表征“明显”的要素不是特别显著，但表征“重大损害”的要素非常突出，也可以认定为具有防卫过当的可罚性。比如，在采取低强度防卫手段即可保护价值较小财物的情况下，防卫人却采取了开枪射击等极高强度手段，虽然不法侵害人躲避及时未出现重大伤亡结果，但也造成了不法侵害人轻伤。在此情形中，尽管轻伤的损害结果并不特别“重大”，但防卫人在多个可选择的有效手段中选择了远超最小强度手段的极高强度手段，大大超过了防卫的必要限度，可以说其防卫手段背离最小强度手段的程度非常“明显”，因此在整体上就可以将此情形评价为可罚的防卫过当。再比如，在以手轻推即足以制止不法侵害的情况下，防卫人用棍棒击打不法侵害人，致使不法侵害人因躲避击打而摔倒死亡。在此情形中，防卫手段强度超过必要限度的程度并不“明显”，但损害后果“重大”，因此在整体上仍有成立可罚的防卫过当的可能。

根据二分说的逻辑，上述两种情形都不成立可罚的防卫过当；根据一元论，第二种情形构成可罚的防卫过当，第一种情形则不成立可罚的防卫过当。就对上述情形的不同认定看，阶层式判断规则所认定的可罚的防卫过当的范围更大。但是，在第一阶层的必要限度判断中，阶层式判断规则就已经确认了具有必要性但不符合利益衡量原理的防卫行为也可以成立正当防卫，对于这类防卫行为无需再作可罚程度的判断，其更不可能成立可罚的防卫过当。反之，无论一元论还是二分说，均缺乏对必要限度的前置性独立判断，因此，二者可能会把最小强度的有效防卫行为评价为可罚的防卫过当。特别是在只存在一种有效防卫手段的情形中，当该手段强度很大且造成了严重损害时，一元论和二分说都有可能将其评价为可罚的防卫过当。因此，在整体上，阶层式判断规则所划定的可罚的防卫过当的范围，未必一定大于一元论和二分说。

## （二）“明显”和“重大损害”的具体化

### 1. 提示“明显”程度的事实性要素

在刑法第20条第2款的规定中，“明显”与“超过必要限度”密切关联，“必要限度”作为正当防卫与防卫过当的限度边界，不仅是可罚的防卫过当的判断前提，也是判断“明显”程度的基础要件。一方面，提示“明显”程度的事实性要素，要以“必要限度”的必要性为基础。而必要性的判断与利益衡量无关，这意味着，提示“明显”程度的事实性要素也与客观损害的利益衡量无关。另一方面，在必要性的两个判断要件中，防卫有效性可以涵盖足以制止不法侵害的任意防卫手段，因此，“明显”只能关联“最小强度手段”这个层级性、程度性要件，其参照物就是最小强度手段的强度，其比较范围是同时存在的多种可以选择的有效防卫手段。也就是说，“明显”是相对于最小强度手段的强度而言的。如果同时存在多种可以选择的有效防卫手段，且手段的强度各异，那些与最小强度手段相比提示了强度差距的事实性要素，就是提示“明显”程度的事实性要素。这些要素主要包括两方面：

〔40〕 [德] 英格博格·普珀：《法学思维小学堂》，蔡圣伟译，北京大学出版社2011年版，第25页。

其一，防卫工具。在多种工具都可以有效制止不法侵害时，基于不同工具的物理性质、日常使用方式、具体情境中的使用范围，根据社会一般观念，在具体情境中针对不法侵害人的权益可以表现出不同的危险程度。例如，在不法侵害人盗窃电动车，防卫人使用砖块、木棍、刀具等多种工具均可有效制止盗窃行为的情况下，防卫人向不法侵害人抛掷砖块，就属于最小强度手段。因此，使用其他工具是否在强度上“明显”超过抛掷砖块的强度，就需要把其他工具与抛掷转块的情境性危险进行对照：相对于抛掷砖块，其他工具对不法侵害人所产生的危险，与砖块对不法侵害人所产生的危险相比，是否存在危险程度的不同，以及危险程度的层级差距有多大。

总之，当可以选择的不同工具均为有效防卫手段时，就应当先确定最小强度手段，然后根据强度进行由低到高的层级排序。对不同工具的层级排序，只是在假定具体情境、使用方式、使用场景等其他影响强度的要素相同时的排序，而不是一成不变的序列。“许多真正的模糊表达所共有的问题是，它们的适用性不可能沿着一条直线划定位置”。〔41〕防卫工具强度的层级序列，也具有这种模糊性。因为，防卫工具的危险程度，除了与工具的物理性质有关，还与使用者、使用方式、被防卫人的特殊因素有关。但是，情境性不意味着判断的恣意性，通过对模糊性的克服，建构较为清晰、普遍的规则，如层级性的工具序列，作为强度判断的具体化标准，可在一定程度上控制判断的恣意性。

其二，防卫方式。防卫人面对不法侵害时，既可选择不同的防卫工具，也可选择利用工具的不同方式，还可利用身体或环境因素，对不法侵害人实施防卫。因此，不同的防卫方式也表现出不同的危险程度。比如，将不法侵害人推入湍急的河流中，就是利用身体和环境要素而实施的防卫方式，其在危险程度上并不低于用砖块或刀具攻击不法侵害人的非致命部位。同样，即便使用相同的工具，工具的具体利用方式也表现出不同的危险程度。使用枪托敲打或使用刀背击打，与使用枪支射击或使用刀具捅刺相比，前者的危险程度通常低于后者。另外，针对不法侵害人不同身体部位的攻击，在工具相同、方式相同、力度相同时，也可能表征不同的危险程度。总之，在判断防卫方式的强度时，应当比较可采取的多种有效防卫方式，以最小危险程度的有效方式为判断基准，对防卫方式的危险程度作出层级性排列。

除了防卫工具和防卫方式，防卫时机、防卫优势条件等也是提示“明显”程度的事实性要素。但需要注意的是，不应当把与不法侵害强度相关的事实性要素视为提示“明显”程度的要素。因为，“明显”是就防卫手段超过必要限度的程度而言的，其仅在同时存在的多个可以选择的有效防卫手段之间作强度比较，而不考虑与不法侵害相关的事实性要素。易言之，即使不法侵害的强度很大，也不能直接推导出防卫强度可以相应提高的结论。防卫手段的强度，只与制止不法侵害的有效性相关，除非不法侵害强度的提升增加了防卫难度，使得防卫手段必须在强度上予以提高才足以制止不法侵害。防卫手段与不法侵害的这种强度关联只是间接和偶然的关联，不具有直接性和普遍性。

## 2. 提示“重大损害”的事实性要素

一般而言，“重大损害”可通过一些事实性要素的提示而予以具体化。当然，这种具体化的过程并非本体论的还原过程，而是在规范目的指导下的事实形塑过程。

〔41〕 [英] 蒂莫西·A.O. 恩迪科特：《法律中的模糊性》，程朝阳译，北京大学出版社2010年版，第186页。

首先,“重大损害”不应限于重伤或者死亡。〔42〕对于不法侵害人而言,其利益不限于人身利益,更不限于人身利益中的生命和重大身体健康利益。防卫行为对不法侵害人利益的损害是否“重大”,不取决于生命、健康、自由等人身利益和财产利益脱离情境的抽象价值,而只取决于具体个案中的价值权衡。诚如学者所言:“在有量化可能性之法益(如财产及健康)中,不只应考虑到侵害之质,亦应兼顾侵害之法益的量(尤其涉及等价法益时)。”〔43〕只有在具体的个案语境中,才能进行上述不同人身和财产利益的权重比较。因此,脱离不法侵害人利益的多样性,脱离不同利益比较的语境性,把“重大损害”限定为重伤、死亡并不妥当。比如,不法侵害人污言秽语侮辱防卫人,防卫人持刀将不法侵害人刺成轻伤,如果该手段并非最小强度手段,就超过了防卫行为的必要限度。轻伤的损害结果,再加上防卫手段“明显”过当,就仍有成立可罚的防卫过当的可能。

其次,提示“重大损害”的事实性要素主要包括:(1)受损人数。不法侵害人为多人时,如果防卫手段导致不法侵害人多人受损,当每个个体的损害程度较为固定时,可根据受损人数的多寡进行层级性排序。比如,导致3名不法侵害人死亡,与导致1名不法侵害人死亡相比,肯定造成了更大的损害。(2)人身损害程度。如果不法侵害人仅有一人,可根据不同人身利益种类,分别进行层级性排序。如健康法益可区分为重伤、轻伤、轻微伤,甚至可在重伤、轻伤、轻微伤中进一步分级;人身自由法益则可根据限制、剥夺人身自由的时间长短作层级性区分。(3)财产损害程度。可根据财物的客观价值进行财产损害的层级性排序,如数额较大、数额巨大、数额特别巨大等。值得注意的是,上述三类事实性要素在个案中可能同时存在,但又很难为三类事实性要素找到可通约的基础事实,这就需要结合有关可罚程度的一般性推论,进行整体性的综合判断,以兼顾“重大损害”判断标准的明确性和开放性。

### 3. “明显”“重大损害”关联事实性要素的嵌套结构

“明显”和“重大损害”是归属于可罚性范畴的次级范畴。二者所关联的事实性要素,可提示“明显”和“重大损害”的判断依据,并最终推导出防卫过当的可罚性。由此,就形成了两个层次的嵌套结构。首先,提示“明显”程度的事实性要素和提示“重大损害”的事实性要素,统一于可罚性范畴之中,二者相互补充。正如德国学者对“故意”概念的描述那样,故意“乃由多种不同的、具有一种层级性特征形态强度之特征所共同组成;藉此,强度较低的一个特征形态可说是能够被另一个较强的特征形态所补偿”。〔44〕如果提示“明显”程度的事实性要素非常显著,即使提示“重大损害”的事实性要素较不突出,也可以综合认定防卫过当具有可罚性。反之亦然。其次,提示“明显”程度的诸事实性要素之间,提示“重大损害”的诸事实性要素之间,也是相互补充的关系。以提示“明显”程度的诸事实性要素为例,危险程度较低的防卫工具,可以被针对不法侵害人致命部位的高度危险防卫方式所补充,从而提升超过必要限度的“明显”程度。同样,在提示“重大损害”的诸事实性要素中,即使每个不法侵害人的人身损害程度都较低,但在不法侵害人人数较多时,也有构成“重大损害”的可能。

〔42〕“适用正当防卫指导意见”指出:“‘造成重大损害’是指造成不法侵害人重伤、死亡。造成轻伤及以下损害的,不属于重大损害。”该意见未能说明把“重大损害”限定为重伤、死亡的正当理由,缺乏方法论上的合理性。

〔43〕高金桂:《利益衡量与刑法之犯罪判断》,中国台湾元照出版公司2003年版,第121页。

〔44〕〔德〕许乃曼:《从语言学到类型学的故意概念》,林立译,载许玉秀、陈志辉合编:《不移不惑献身法与正义——许乃曼教授刑事法论文选辑》,中国台湾春风煦日学术基金2006年版,第469页。

## 结 论

基于权利行使的规范目的，必要限度为正当防卫和防卫过当划定了明确的边界。符合刑法第 20 条第 1 款规定的防卫行为，只要不超过必要限度，就属于作为正当化事由的正当防卫，其在各部门法中都具有合法性。当防卫行为超过必要限度时，就成立一般的防卫过当，而不再属于正当化事由，不再具有所有部门法上的合法性。但是，对于防卫过当，基于刑事政策上的处罚需要，刑法设置了防卫过当的刑事可罚性门槛，以区分不罚的防卫过当和可罚的防卫过当，仅对达到刑事可罚程度的防卫过当进行刑法规制。对于不罚的防卫过当，虽然刑法上不予处罚，但其仍然可能具有民法等其他部门法上的不法，从而不属于正当化事由。因此，防卫过当两个阶层的判断，就是不法和可罚性的不同阶层判断。在第一阶层，不法的判断服务于保障个体自由与权利，而不作利益衡量的考虑；在第二阶层，可罚性的判断服务于刑事政策上的处罚需要，必须作整体的综合性判断。

---

**Abstract:** In the determination of excessive defense, both the unitary theory and the dichotomous theory exhibit certain unreasonableness, necessitating the establishment of a hierarchical rule for judging excessive defense. Specifically, it can be divided into two strata for the judgment. The first stratum involves the assessment of the “quality” of excessive defense, which pertains to the necessary limits of the defensive acts undertaken. The necessity theory is employed to determine whether the defensive acts are necessary, taking into consideration factors such as effectiveness and the minimum intensity. The second stratum involves the evaluation of the “quantity” of excessive defense, which concerns criminal punishability. On the basis of distinguishing between non-punishable excessive defense and punishable excessive defense, a judgment is made on the punishability of the act of defense that exceeds the necessary limit. Criminal punishment can be imposed only when criminal punishability exists. Meanwhile, in terms of methodology, the determination of punishability should be established as a holistic judgment. On the one hand, “obviousness” and “significant harm” are unified in the notion of criminal punishability. On the other hand, factual elements indicating “obviousness” and “significant harm” can complement and support each other.

**Key Words:** justifiable defense, excessive defense, necessary limits, criminal punishability

---