

# 正当防卫法律规则司法重构的经验研究

赵 军 \*

---

**内容提要：**回归模型数据及访谈资料显示，“人数对比”“侵害工具”“反击方式”等与防卫相当性、必要性密切关联，有可能有利于认定成立正当防卫的情节，在司法适用中并无显著作用；“能回避而未回避”“提前准备防卫工具”等与正当防卫成立要件无必然联系的情节，对成立正当防卫具有显著阻却作用；“谁先动手”这种事关反击行为合法性的关键情节，对认定结果只有极为有限的影响；真正对认定结果有重大影响的因素，是“损害后果”“被害方谅解”。正当防卫司法裁判规则与立法精神的错位，是一种以限制成立正当防卫为目标的规则重构。警务驱动、控强辩弱的“政法协作型办案机制”为这种重构提供了动因与操作空间，“政法共同体”成员的防卫观、犯罪观为其提供了底层逻辑。

**关键词：**正当防卫 法律规则的司法重构 经验研究

---

## 一、问题由来及研究回顾

为鼓励行使正当防卫权，1997年修订刑法时大幅放宽了正当防卫的成立要件，这甚至一度引发学者对正当防卫权滥用的担忧。<sup>〔1〕</sup>然而，之后二十余年，判决成立正当防卫的案件极为稀少，正当防卫制度在相当程度上沦为“僵尸条款”。<sup>〔2〕</sup>为解决这一问题，晚近的研究主要集中在以下两方面：

一是针对正当防卫成立要件的具体内容、认定标准及认定方法的研究。这类研究试图通过对法律规范的合理解释纠正正当防卫司法适用的偏差，<sup>〔3〕</sup>但问题是实务偏差很难完全

---

\* 北京师范大学刑事法律科学研究院教授。

北京京师律师事务所李娜娜律师参与了本研究的资料整理及数据录入工作，特此致谢。

〔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57页。

〔2〕 参见陈兴良：《正当防卫如何才能避免沦为僵尸条款》，《法学家》2017年第5期。

〔3〕 例如陈兴良：《互殴与正当防卫的界限》，《法学》2015年第6期；黎宏：《论正当防卫的主观条件》，《法商研究》2007年第2期。

归咎于刑法理论的建构失误。以防卫限度为例，在实践中急剧压缩正当防卫成立空间的，并非居于通说地位、对防卫限度把握更严（相对于必需说）、以基本相适应说为基础的折衷说。由司法实务自行建构的、更为严苛的唯结果论，才是过于严苛把握正当防卫认定的裁判逻辑。<sup>〔4〕</sup>显然，正当防卫的司法适用偏差另有缘由。

二是关于正当防卫的基础理论或以基础理论为切入点的研究。这些研究多以域外理论为参照，深化了我们对正当防卫的本质、正当化根据等重要问题的理解，有利于引导正当防卫的司法观念向“防卫人本位”转变。<sup>〔5〕</sup>不过，对正当防卫的本质及正当化根据的不同理解，与人们对具体案件的判断结果并不存在绝对的对应关系。结果无价值论以及立足于法益权衡的优越利益原理，被支持行为无价值论、二元论的学者指为是唯结果论的理论依据，<sup>〔6〕</sup>但坚持结果无价值论及优越利益原理的学者对唯结果论同样持反对立场。<sup>〔7〕</sup>这表明，正当防卫制度的僵尸条款化与相关基础理论的选择、建构并非桴鼓相应，司法实务在处理正当防卫问题时很可能遵循了不同于（域外）刑法学理论的观念脉络。

鉴于此，部分学者开始将研究转向对正当防卫制度僵尸条款化的本土原因的探讨：“维稳优先”的司法观念以及“中国社会的独特生死观和实用理性”所造就的“结果导向思维”；<sup>〔8〕</sup>司法裁判重“纠纷解决”轻“合法性评价”的功能定位；<sup>〔9〕</sup>非正式社会治理机制弱化、被害人的刑事诉讼当事人化、不合理的办案考核规则所带来的裁判压力，<sup>〔10〕</sup>等等。然而，这些原因是否是正当防卫制度僵尸条款化的罪魁祸首，透过这些方面发力能否为司法纠偏破局，这些关键疑问因尚未经过严格的经验检验而难有定论。

至此，亟待求解的问题是：（1）正当防卫案件司法处理的整体状况究竟如何，相对突出的问题究竟是什么；（2）对正当防卫案件的司法认定有显著影响的情节、因素究竟有哪些；（3）司法现状与法律规定之间存在怎样的反差，这些反差是由哪些因素导致的。只有弄清这些问题，我们才可能找到司法纠偏的破局之路。

## 二、方法检讨及研究设计

已有的研究主要采用了三种传统方法：一是案例分析，二是域外学说、理论的引介或比较研究，三是理论梳理与逻辑辨析。从社会科学方法论的角度看，这些研究无法达成检验理论，为某种干预方案提供整体性、规律性经验支撑的目标，于是引入定量研究方法成

〔4〕 折衷说以主张防卫强度必须与不法侵害强度相适应的基本相适应说为基础，同时接受必需说所主张的防卫强度以制止不法侵害的实际需要为限的观点，将防卫限度确定为足以制止不法侵害、同时未对不法侵害人造成不应有的损害。实务中的唯结果论则是指，除非出现刑法第20条第3款规定的严重危及人身安全的暴力犯罪，只要防卫行为导致对方重伤或死亡，就否定成立正当防卫。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1325页以下。

〔5〕 同上。

〔6〕 二元论主张正当防卫的正当化根据在于个人权利和法确证利益的叠加。参见劳东燕：《结果无价值逻辑的实务透视：以防卫过当为视角的展开》，《政治与法律》2015年第1期，第22页以下。

〔7〕 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8页以下。

〔8〕 参见陈璇：《正当防卫、维稳优先与结果导向》，《法律科学》2018年第3期。

〔9〕 参见劳东燕：《正当防卫的异化与刑法系统的功能》，《法学家》2018年第5期。

〔10〕 参见周光权：《正当防卫的司法异化与纠偏思路》，《法学评论》2017年第5期。

为必然选择。不过,近年几项相关的定量研究存在两方面的缺憾。

一是抽样有明显失误,难以准确反映正当防卫案件的全貌。有研究选取的抽样框,既包括各地司法机关日常上传至中国裁判文书网的案件(自然形成),也包括“两高”公布的“典型案例”(筛选形成),<sup>[11]</sup>由此形成的样本必因“典型案例”的混入而产生系统偏差。还有研究只选取抽样框中的防卫过当案件作为样本,未能包括判决成立正当防卫以及从根本上否定防卫前提的案件。<sup>[12]</sup>这种研究至多只能呈现防卫过当的司法认定状况,而无法通过分析筛查出对现实司法认定(认定为正当防卫、防卫过当或一般犯罪)发挥实质作用的情节或因素。

二是数据分析不深入,不能完全满足定量研究的通常要求。较为突出的问题有:(1)纳入分析的变量未能覆盖某些虽非法定要件却可能对司法判断发生实际影响的因素。譬如,作为案件前因的相关纠纷的是非对错、防卫工具的来源、案发后防卫人是否报警、被害人(家属)是否谅解,等等。<sup>[13]</sup>遗漏这些因素,就难以全面把握司法现状,难以准确理解司法逻辑以及促成现实司法偏差的具体机制。(2)过度依赖描述性单变量分析及双变量相关分析,未通过多元回归等分析手段显现多重因素对司法结果的影响,无法排除虚假相关。<sup>[14]</sup>譬如,尽管法院在描述完防卫行为造成不法侵害人伤亡的事实后便直接指出成立防卫过当的情况高达83.24%,<sup>[15]</sup>但这并不足以确认唯结果论的成立。该数据也可能是文书撰写不规范、说理不充分、未将事实上对裁判发生影响的其他情节写入判决理由所致。

本研究在抽样和数据分析上作了如下改进:(1)选取上传至中国裁判文书网的所有以正当防卫为抗辩事由的刑事案件(包括成立正当防卫、防卫过当、一般犯罪的案例,下称“正当防卫案件”)为抽样框,在一定程度上避免了因案例覆盖不完整或“典型案例”的混入所导致的系统偏差。(2)正当防卫案件情节复杂、裁判文书的标准化程度低、涉及较多价值判断,只能通过对概率样本的专业人工阅读实现数据化并展开后续分析。<sup>[16]</sup>截至2017年9月,抽样框中正当防卫案件共计13154例,本研究采等距离法抽取其中1976例个案形成研究样本。<sup>[17]</sup>(3)将若干正当防卫法定要件以外的重要变量纳入回归模型,以期全面、客观呈现司法逻辑及其与法律规则的差异。

不过,裁判文书毕竟是一种文本,基于文本的内容分析不可能超出文本本身。除开裁判文书说理不充分、论证程式化等痼疾,<sup>[18]</sup>能白纸黑字写进裁判文书的裁判理由与法官内

[11] 参见彭雅丽、邬丹:《正当防卫制度的司法症结和解决对策研究》,载陈兴良主编:《刑事法评论》第37卷,北京大学出版社2016年版,第132页。

[12] 参见尹子文:《防卫过当的实务认定与反思》,《现代法学》2018年第1期,第178页。

[13] 参见前引[11],彭雅丽等文。

[14] 不作回归分析就不能切断其他自变量(情节)对因变量(裁判结果)的干扰,无法显现各因素对裁判结果的“净关系”,虚假相关即由此而来。

[15] 参见前引[12],尹子文文,第180页。

[16] 目前基于大数据对全样本展开的研究,还只限于案情简单、文本标准化程度较高的样本,如醉酒驾驶型危险驾驶案件的量刑问题。参见白建军:《基于法官集体经验的量刑预测研究》,《法学研究》2016年第6期。

[17] 在本研究完成之后,笔者采用同样方法下载了新近上传至中国裁判文书网的200件正当防卫案件(2019年1月25日下载)组成对照样本,对前后两个样本的判决结果(以月为单位的刑期,无罪或免罚计为0月,缓刑计为刑期的一半,无期徒刑计为360月,死缓计为480个月)进行了T检验,结果不能排除虚无假设,表明正当防卫案件的司法裁判在本研究样本形成之后并无显著变化。

[18] 以本研究样本为例,裁判文书无说理过程、只有抽象结论的有413份,占21%。

心不可言说的实质理由之间，存在着许多难以消除的至关重要的差异，因此，仅立足于裁判文书的研究，无论是整体型的定量研究，还是个案型的案例分析，都存在陷入“隔靴搔痒”或“望文生义”研究陷阱的风险。<sup>[19]</sup> 鉴于此，本研究于2017年3月至2018年12月与30多名警察（含基层派出所、刑警大队及公安机关法制部门的警察）、20多位从事批捕和公诉业务的检察官、20多位刑事法官做了深入访谈。这些质性资料，有些帮助研究者形成了定量研究的工作假设，有些加深了研究者对相关数据的理解，还有些为研究者揭示了裁判文书以外的关键信息。需要特别指出的是，这些访谈毫无例外都以朋友聊天或案情探讨的方式展开（含部分网络在线讨论），这样做能有效排除传统问答式访谈对受访者“主体性自我呈现”的干扰，而这对于了解他们在处理相关案件时的实际境况及真实心态至关重要。<sup>[20]</sup>

### 三、数据分析与基本发现

#### （一）司法适用概况：无罪率不高与“实质免罚率”不低

样本显示，正当防卫案件中判决成立正当防卫的只占0.8%，加上以“情节显著轻微”等理由判决无罪的，实际无罪率为1.3%。<sup>[21]</sup> 如果加上2.7%的定罪免刑案件、24.3%的适用缓刑案件，正当防卫案件的非实刑判决率达28.3%，相对于（绝大多数）非过失、暴力性、非职务犯罪的普通刑事犯罪，这是一个不低的比例。该组数据印证了部分法官在访谈中的说法：正当防卫案件作无罪判决较为困难，法官迫于公诉方、被害方等方面的压力，原则上会作有罪判决；在控辩激烈、合议庭内部分歧较大、法官心证倾向于成立正当防卫的案件中，定罪免刑、缓刑等“实质免罚”方式，成为多数法官灵活处理相关案件的现实选项。可见，正当防卫制度僵尸条款化的问题的确存在，但不宜作绝对化解读。

#### （二）定罪理由：法律规则悬置与司法重构

在判决成立犯罪的正当防卫案件中，裁判文书载明的裁判理由及其分布，能在一定程度上反映正当防卫制度的司法现状（表1）。<sup>[22]</sup>

第一，互殴、伤害故意或防卫意图的认定，是正当防卫案件中最具普遍性的争点。从主观面入手否定成立正当防卫，这在所有认定成立犯罪的正当防卫案件中占到六成。其中以互殴为由肯定冲突双方具有相互侵害故意进而否定防卫意图的情况最为普遍，其次是直接从被告人的暴力行为出发认定被告人有伤害故意（以此否定防卫意图）。一般而言，互殴与正当防卫是互斥关系，具有（实质）伤害（犯罪）故意的行为不能成立正当防卫。<sup>[23]</sup> 不过，现实中正当防卫的典型表现正是不法侵害人攻击与防卫人反击的组合，“故意”给侵害

[19] 参见赵军：《义行江湖：警察、兄弟、小姐之间的学术游走》，载黄盈盈等：《我在现场：性社会学田野调查笔记》，山西人民出版社2017年版，第141页。

[20] 参见黄盈盈、潘绥铭：《论方法：定性调查中“共述”、“共景”、“共情”的递进》，《江淮论坛》2011年第1期，第112页。

[21] 有研究统计出我国正当防卫的出罪判决率为6%，但该研究的样本量过小（100例），且存在根据研究需要筛选个案入选样本的问题。参见储陈城：《正当防卫回归公众认同的路径》，《政治与法律》2015年第9期，第27页。

[22] 同一案件核心的定罪理由可能不止一项，故各项理由的百分比之和大于100%。表1仅列出占比超过0.5%的定罪理由。

[23] 参见高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社2017年版，第131页。

人造成某种伤害恰恰是防卫人制止不法侵害的常规方式。从这个角度看,以互殴或被告人有伤害故意为由否定成立正当防卫,在逻辑外观上容易说得通,故此二者成为正当防卫案件中最常见的定罪理由具有相当的必然性。

表1 正当防卫案件的定罪理由

类型	具体理由	件数	百分比	
肯定犯罪故意, 否定防卫意图	互殴、双方均有侵害对方的故意	595	30.6%	60.5%
	通过被告人的暴力行为认定其有伤害故意	549	28.3%	
	被告人提前准备工具说明其有伤害故意	32	1.6%	
回避正当防卫的法定要件	以正面论证犯罪的构成要件符合性来代替对违法阻却事由的分析	435	22.4%	
无(重大)(人身)法益侵害	被害人没有实施侵害行为	191	9.8%	15.4%
	不法侵害对(被告人)重大人身法益没有威胁或威胁不大(程度“不紧迫”)	108	5.6%	
防卫不适时或防卫必要性消失	侵害行为已停止	142	7.3%	11.9%
	侵害人的侵害工具被夺, 侵害人已倒地、受伤	68	3.5%	
	虽有不法侵害但重大法益侵害尚未开始或尚未实现(时机“不紧迫”)	22	1.1%	
超过必要限度	出手过重(非基于防卫)	156	8.0%	
其他	能回避而未回避	25	1.3%	1.8%
	防卫对象错误	9	0.5%	

第二,正当防卫条款在相当部分正当防卫案件中遭到悬置。在判决有罪的正当防卫案件中,高达22.4%的裁判仅围绕(故意伤害罪)犯罪构成要件展开论述,未对正当防卫抗辩作正面回应。阻却违法性的正当防卫,原本就是外观上符合犯罪构成要件的行为,仅积极肯定相关行为的构成要件符合性,而回避有可能阻却行为违法性的正当化事由,这明显与正当防卫制度的立法精神相悖。访谈资料显示,法官一般会在正当防卫抗辩较难反驳的情况下采取类似的裁判文书写作方式,而这些案件往往是有可能成立正当防卫的争议案件。在正当防卫条款遭到悬置的背后,隐含着某种与正当防卫立法精神相悖的司法逻辑。

第三,“超法规的正当化阻却事由”的司法建构在正当防卫案件中较为常见。实施正当防卫不排除防卫准备,但仅因提前准备工具即被判定具有犯罪故意的案件占1.6%;法条对作为防卫前提的不法侵害并无程度或种类的限制,但以不法侵害对重大人身法益的威胁(在程度上)“不紧迫”(仅徒手攻击、仅侵害财产或人身自由)为由否定防卫前提的案件占5.6%;正当防卫的时间条件是不法侵害正在进行,但在3.5%的定罪案件中,仅因侵害工具被夺、侵害人倒地(攻击动作瞬时性停顿)或受伤(攻击能力下降),即被判定为防卫不适时或防卫必要性丧失;只要不法侵害正在进行即可防卫,但在1.1%的定罪案件中,法官在“不法侵害正在进行”之外添加“被害人着手实施或已然实现针对重大法益的侵害”这一额外要求,并据此认定被告人不具备正当防卫(时机上的)“紧迫性”要件;刑法未为防卫人设定退让义务,但以被告人“能回避而未回避”为由否定成立正当防卫的案件占定罪案件的1.3%。从罪刑法定原则之人权保障、禁止处罚不当罚的行为这一实质侧面出发,

在法定要件之外增设限制成立正当防卫的额外条件，有法外入罪之嫌。以司法实务极少承认超法规的违法阻却事由为背景，高达 13.1% 的定罪案件承认“超法规的正当化阻却事由”，反映了限缩认定正当防卫的司法立场与鼓励正当防卫的立法精神之间存在巨大反差。

### （三）有效情节：司法裁判规则的构成要素

裁判理由能够折射出部分案件实质错判的可能性，但裁判理由不合法还不完全等同于裁判的实体结果违法。反过来说，那些裁判理由没有明显瑕疵的案件，譬如以被害人没有不法侵害行为（占 9.8%）、侵害行为已停止（占 7.3%）或被告人出手过重（占 8.0%）等理由否定成立正当防卫的案件，也可能因事实认定错误而导致裁判结果错误。只有将正当防卫案件的常见情节纳入回归模型，从中筛查出对现实裁判结果发生实质影响的情节，才能准确定位司法适用与立法精神的实际重合点与差异点。

表 2 正当防卫案件裁判结果有效预测变量数据〔24〕

	B	标准误差	瓦尔德	自由度	显著性	Exp (B)
起因过错	.261	.111	5.544	1	.019	1.299
谁先动手	.244	.119	4.231	1	.040	1.277
退让可能	.753	.229	10.810	1	.001	2.123
工具来源	.397	.086	21.123	1	.000	1.487
损害后果	1.086	.118	84.577	1	.000	2.962
被告报警	-.338	.172	3.839	1	.050	.713
是否谅解	-2.252	.180	156.365	1	.000	.105
常量	-1.542	.367	17.670	1	.000	.214

将“是否实质入刑”作为因变量，〔25〕将“起因过错”等 23 个与裁判结果可能相关的情节作为自变量，置入对数回归模型，根据自变量在模型中显著性的高低，依次删除不显著的自变量，最终得到包含 7 个有效自变量的正当防卫案件裁判结果预测模型（表 2）。该模型的卡方检验为 302.161，概率水平为 0.000，有很强的统计学意义；两种 R 方分别为 0.252 和 0.361，7 个自变量合在一起解释了正当防卫案件裁判结果 25.2% - 36.1% 的方差，共有 78.9% 的案件被正确划分归类。这表明，这些变量对正当防卫案件的实际裁判结果有相当的解释力，是司法裁判规则的重要构成要素。

#### 1. 关于事件初始起因的伦理评价对裁判结果有一定影响

“起因过错”的概率水平（显著性）为 0.019，Exp (B) 值为 1.299。这一数据提示：

〔24〕 表 2 中，B 为回归系数，但发生比即 Exp (B) 值在对数回归模型中更易于理解，它等于某一事件发生的概率除以未发生的概率，其公式为  $Odds = p / (1-p)$ 。瓦尔德等于 B 除以标准误差（估计值的平均误差）所得数值的平方，用以考察 B 值是否为 0，以检验自变量对因变量是否有影响。

〔25〕 如前所述，鉴于无罪判决在我国所面临的特殊困境，法官在实际裁判中会以定罪免刑、缓刑等“实质免罚”的方式，灵活处理本当无罪但宣告无罪难度太大的正当防卫案件。在这类案件中，法官对防卫行为的正当性是认可的，最终作出有罪判决是其他因素影响的结果。要准确了解司法系统实际把握的裁判规则，必须将这类案件一并纳入分析。基于这样的考虑，“是否实质入刑”变量的变量值被定义为：0 = 未实质入刑（成立正当防卫 + 以“情节显著轻微”等理由判决无罪 + 定罪免刑 + 适用缓刑）；1 = 实质入刑（判处实刑）。显然，这样的变量处理并不完全出于正当防卫形式上成立与否的法律判断，而这必然会在数据分析和评估上带来一定风险，对此只能根据各自变量（情节）的不同性质及特点，通过更谨慎的数据解读尽可能地化解该风险。

依社会一般伦理衡量,在引发冲突的纠纷、事件中,从“被害人错”到“双方错”再到“被告人错”,被告人在事件初始起因上的过错程度每上升一个等级,其被实质入刑的发生比将升高至1.299倍。这里的“起因过错”是类似欠债不还、未尽赡养义务、占用对方土地、与对方配偶存在不正当男女关系等与正当防卫法定要件无必然关联,但在一般伦理评价上具有可谴责性的过错。该数据所支持的研究假设是:在正当防卫的法定要件之外,尤其是在不法侵害这一防卫前提条件之外,司法机关在处理案件时通常会全盘考虑相关事件整体上的来龙去脉与是非对错。

有研究认为,司法机关对正当防卫的认定存在“道德洁癖”：“当不法理论偏重于将行为的反伦理性视为违法性的本质要素,进而以社会道德违反性为根据扩张不法成立的范围时,人们自然也会倾向于以行为人在道德方面存在瑕疵为由限缩正当防卫成立的范围”。<sup>[26]</sup>显然,该推论能够获得本数据的部分支持。不过,本数据也意味着:在被害人过错程度较高的情况下,司法机关的“道德洁癖”也可能导致对不法侵害的扩张性认定,从而提升被告人被实质免罚甚至成立正当防卫的可能性。更值得注意的是,从模型中移除“起因过错”使两种R方分别下降了2个和2.7个百分点,这说明该自变量对因变量有一定解释力,但相对其他更重要的变量(如“损害后果”“是否谅解”),其解释力较为有限。质言之,司法机关的“道德洁癖”的确是限缩认定正当防卫的可能原因之一,但并非决定性因素。

另外,司法实务中出现过以存在亲属关系为由否定成立正当防卫的案例。对此,学界不乏批评意见。<sup>[27]</sup>不过,在本模型拟合过程中,“双方关系”变量因不显著被删除。这提示:发生冲突和纠纷的双方是亲属(夫妻)、熟人(朋友、同事、邻居)或陌生人,对裁判结果无显著影响。对比“起因过错”可知,司法机关在处理案件时会对防卫人在相关事件中的行为作整体的伦理评价,但总体而言不会仅因双方有亲属关系就压缩正当防卫的成立空间。

与此相似,被告人与被害人之间存在纠纷,也被认为是实务中认定成立正当防卫的重大障碍。<sup>[28]</sup>在模型拟合过程中,“有否纠纷”及“纠纷类型”变量均因不显著被删除。这提示:在切断“起因过错”变量作用的情况下,被告人与被害人在冲突前是否存在纠纷、存在何种纠纷,对正当防卫案件的裁判结果均无显著影响。亦即在整体层面,双方存在纠纷不是法官否定成立正当防卫的真正缘由,真正推动法官作出否定判断的理由,可能是防卫人在事件起因上的伦理可责性或其他原因。

## 2. “谁先动手”及其对应的防卫前提条件并非司法裁判的关键

“谁先动手”的概率水平为0.040,Exp(B)值为1.277。这一数据提示:在冲突事件中,从“被害人先动手”到“未查明”再到“被告人先动手”,被告人率先发起暴力攻击的可能性(确定性)每上升一个等级,其被实质入刑的发生比将升高至1.277倍。将该数据反过来理解就意味着:越是被害人率先发起暴力攻击,随后反击的被告人被实质免罚或被判决成立正当防卫的可能性就越高。

尽管正当防卫的成立涉及从防卫前提到防卫限度等多个维度的认定与判断,但“谁率先发起攻击”无疑是最为关键的情节之一。除非存在双方事先约定相互打斗等特殊情节,

[26] 陈璇:《克服正当防卫判断中的“道德洁癖”》,《清华法学》2016年第2期,第73页。

[27] 参见张明楷:《正当防卫的原理及其运用》,《环球法律评论》2018年第2期,第68页。

[28] 参见前引[9],劳东燕文,第79页。

暴力行为（原则上）的非法性意味着先动手的一方往往属于不法侵害人。<sup>[29]</sup>对不法侵害进行反击，只要未明显超过必要限度造成重大损害，成立正当防卫就是理所当然。<sup>[30]</sup>因此，“谁先动手”在正当防卫的司法认定中理当具有极高的权重。然而，从模型中移除“谁先动手”，模型的两种R方仅分别下降了0.3个和0.4个百分点，这说明该自变量对因变量只有极微弱的解释力。也就是说，“谁先动手”在现实中并非法官断案的重点。对比“损害后果”“是否谅解”变量的相应数值可知，法官更关心的不是防卫前提是否成立、防卫行为是否合法这些应然上最关键的要素，而是防卫行为是否造成了重大伤亡后果、被害人及其家属是否与防卫人达成谅解，这些本该居于相对次要地位的因素。

当然，为了维护裁判逻辑与法律规定形式上的契合，法官通常会采用一些解释技巧对裁判理由进行修饰，以冲淡“率先使用暴力”这一关键情节及其对应的防卫前提条件对于正当防卫的应然价值。譬如，对作为防卫前提的“不法侵害”进行限制性解释，认为只有针对程度激烈、危险性较大的不法侵害才能实施正当防卫；再譬如，以被告人有退让可能性为由，否定防卫必要性或防卫人的防卫意图，等等。

### 3. “退避性”要件是司法裁判规则的内容之一

“退让可能”的概率水平为0.001，Exp(B)值为2.123。这一数据提示：被告人在事发当时如果有通过退让避免冲突的可能性，其被实质入刑的发生比将升高至2.123倍。统计中，有无退让可能的判断依据是裁判文书所载证据及其对应的事实，判断方法是基于具体案发情境的客观判断，而与法官是否在裁判理由中论及退让可能性或“退让义务”无关。前文“定罪理由”部分的对应数据<sup>[31]</sup>反映的是，裁判文书如何论证裁判结果，法官通过裁判文书认可或建构了怎样的（拿得上台面的）话语。本模型有关“退让可能”的数据所揭示的是，被告人能回避而未回避这一事实对裁判结果有无实际影响。两方面的数据支持了这样的研究假设：防卫人的“退让义务”不仅在观念层面得到司法机关的认可，在案件的处理中更是发挥了实实在在的作用。

立于“正义不必屈从于非正义”的法秩序原则，大陆法系的正当防卫理论普遍采取“不躲避原则”。<sup>[32]</sup>我国主流理论也认为，即使在公民有条件躲避非法侵害或求助于司法机关的情况下，公民仍有权实施正当防卫。<sup>[33]</sup>但数据显示，司法机关的立场与此大相径庭，其自行建构了所谓防卫人的“退让义务”，而这一义务的适用并无太多限制。<sup>[34]</sup>比如，正当防卫案件最常见的定罪理由——互殴（往往是非致命性暴力），在许多情形下即是“原本可以躲避却实施防卫”的情形。<sup>[35]</sup>不过，从模型中移除“退让可能”，仅使两种R方分别下降了1.1个和1.0个百分点，这说明该自变量对因变量有一定解释力，但解释力相对有限。由此可得出这样的结论：“以和为贵”“能忍则忍”等观念，以及司法实务自行建构的

[29] 为了制止某些非暴力犯罪（如盗窃罪）而率先使用暴力的除外，但类似情形在样本中仅占1%左右。

[30] 参见前引〔7〕，张明楷文，第16页。

[31] 样本中以被告人“能回避而未回避”为核心理由否定成立正当防卫的案件共计25件，占定罪案件的1.3%。

[32] 参见〔日〕山口厚：《正当防卫论》，王昭武译，《法学》2015年第11期，第82页。

[33] 参见前引〔23〕，高铭喧等主编书，第142页。

[34] 事实上，为正当防卫额外添加“退避性”要件甚至得到最高人民法院相关业务庭的支持。参见前引〔9〕，劳东燕文，第82页。

[35] 参见前引〔10〕，周光权文，第5页。

严苛的“退避性”要件，的确对司法裁判产生了一定影响，但还不是具有主导性、决定性的司法裁判规则。

#### 4. 提前准备防卫工具或随身携带杀伤性工具对成立正当防卫有一定阻却作用

“工具来源”的概率水平为 0.000，Exp(B) 值为 1.487。这一数据提示：被告人在冲突中若使用了工具，从“就地取材”到“未查明”再到“事前带入现场”，被告人提前准备或随身携带工具的可能性（确定性）每上升一个等级，其被实质入刑的发生比将升高至 1.487 倍。前述“定罪理由”部分的对应数据<sup>[36]</sup>涉及的是法官的裁判理由，以及法官对相关事实的法律性质，尤其是对行为人主观心态（动机、目的）的判定。此处的“工具来源”只是对被告人所用工具来源的客观描述，不涉及对被告人主观心态的认定。即便是被告人事前带入案发现场的工具，也可能仅缘于被告人的日常习惯、个人爱好或其他与本次冲突无关的因素，为防卫自身或伤害对方而提前准备工具只是可能的情形之一。因此，“工具来源”数据能够支持以下两方面的研究假设：一方面，将提前准备工具视为肯定伤害故意、否定防卫意图的“超法规的正当化阻却事由”，不仅是一种观念形态的司法话语，也是在司法实务中实际发挥作用的裁判规则；另一方面，即便不是为了应对冲突而特意准备工具或者随身携带具有杀伤力的工具，同样会提升实质入刑的可能性。

面对可能发生的不法侵害提前做好防卫准备，并不被禁止，<sup>[37]</sup>但司法实务为何会整体走向相反的方向？访谈所揭示的司法逻辑是：既然有时间准备工具，就有机会回避冲突，选择报警或求助他人；在这种情况下准备工具，就是主动迎击，就是互殴，从而可以否定成立正当防卫。对于未预见到不法侵害，只是在冲突中拿出随身、随车携带的杀伤性工具，尤其是拿出管制刀具进行防卫的情形，办案人员的内心疑问是：守法公民怎么会在日常生活中携带杀伤性工具？时刻做好准备，一言不合即拔刀相向，不正是逞强斗狠的典型表现？这种在裁判文书中不可言说的逻辑，很可能成为实际推动法官否定成立正当防卫的主导心理机制。

#### 5. “损害后果”对裁判结果的实际影响力远超其他法定情节

“损害后果”的概率水平为 0.000，Exp(B) 值为 2.962。这一数据提示：被告人在冲突中给对方造成损害，从“轻伤以下”<sup>[38]</sup>到“轻伤”再到“重伤”最后到“死亡”，后果的严重程度每上升一个等级，其被实质入刑的发生比将升高至 2.962 倍。这在模型中是一个很高的数值，对裁判结果的作用程度极强。从模型中移除“损害后果”，两种 R 方分别下降 8.0 个和 11.4 个百分点，这表明“损害后果”能够解释裁判结果 8.0% - 11.4% 的方差，远远超过模型中除“是否谅解”以外其他变量的解释力。这组数据支持的研究假设是：在正当防卫法定要件情节中，<sup>[39]</sup>“损害结果”对裁判结果具有最强的作用力。

按照刑法规定及理论通说，与损害后果相关的防卫限度只是正当防卫的成立要件之一。从理论上讲，这些要件及其情节在是否成立正当防卫的判断上，应具有大致相当的权重，

[36] 样本中以“被告人提前准备工具说明其有伤害故意”为核心理由否定成立正当防卫的案件共计 32 件，占 1.6%。

[37] 最高人民法院相关业务庭在相关案件的解说中明确指出，行为人为预防不法侵害而携带防范性工具的，并不否定后续行为的防卫性质。参见前引 [9]，劳东燕文，第 80 页。

[38] 造成轻伤以下损害结果的正当防卫案件，存在以寻衅滋事等罪名定罪的情况。

[39] 被害人（家属）谅解属于正当防卫法定要件之外的情节。

只是因为损害后果既会在防卫限度的定性判断上发挥作用,其具体程度还会在刑罚裁量阶段发挥作用,故损害后果对正当防卫案件的最终裁判结果有更大的解释力应属正常。不过,对比自变量对模型R方的影响程度可见,“谁先动手”这种与防卫前提密切相关的情节对裁判结果的解释力,与“损害后果”的解释力完全不在同一数量级,差距高达28.5倍。非但如此,在模型拟合过程中,“人数对比”“侵害工具”“反击方式”等变量均因不显著而被删除。这提示:不法侵害方与防卫方的人数(力量)对比,不法侵害人是否使用工具以及工具的危险性,被告人的防卫方式是否具有致命性,这些与防卫相当性、必要性密切相关的情节,对裁判结果并无显著影响。“损害后果”的作用程度在模型中远远超过了,甚至完全消解了正当防卫其他法定要件情节的应然作用。这样的数据表现,在相当程度上支持了学界对正当防卫案件的司法处理唯结果论的判断。<sup>[40]</sup>

不过,需要特别注意的是,“损害后果”尽管在正当防卫法定要件情节中一枝独秀,但与“是否谅解”这一罪后情节相比,尚不具备绝对优越的解释力。防卫限度判断上的“唯结果论”,“根源于中国社会独特生死观和实用理性的结果导向思维”,<sup>[41]</sup>这些理论归纳与目前正当防卫司法认定困境的关系,还有进一步分析的必要。

#### 6. 能否取得被害方谅解是司法实务考量的首要因素

“是否谅解”的概率水平为0.000,Exp(B)值为0.105。这一数据提示:被告人如果在诉讼过程中积极赔偿对方损失、取得被害方谅解,其被实质入刑的发生比将降至10.5%,这是一个对因变量作用力极强的数值。更为重要的是,从模型中移除“是否谅解”,模型的两种R方分别下降15.2个和21.8个百分点;被害方是否谅解可解释裁判结果15.2%—21.8%的方差,这相当于整个模型解释力的60%。模型中其他自变量对因变量的解释力与“是否谅解”的解释力之间的最大差距高达54.5倍,即便是对裁判结果具有重大影响力的“损害后果”,其解释力大约也只有“是否谅解”的一半。这说明,被害方是否谅解对因变量有绝对优越的解释力,是司法实务考量的首要因素。

关于被害方态度对正当防卫案件裁判结果的重大影响,代表性的观点主要有两种:一种观点认为,刑事诉讼法将被害人规定为诉讼当事人,不当强化了控方力量,加剧了控辩之间的不平等。<sup>[42]</sup>在此诉讼态势下,被告人若不能通过积极赔偿取得被害方谅解,法官必将面临来自被害方的特殊压力,很难“心态不受任何影响地做出一个正当防卫的判断”。<sup>[43]</sup>另一种观点认为,“我国的司法实务将解决具体个案的纠纷当作自身首要甚至是唯一的任务,并不认为通过个案判决确认规则的效力具有重要意义”。在处理案件纠纷时,往往只考虑最大限度地达成各方满意的实效,纠纷本身的是非曲直、当事人的正当权利很容易遭到忽视。<sup>[44]</sup>于是,在被告人未能取得被害方谅解时,法官通过有罪判决、实质入刑来“息事宁人”,在所难免。

本回归模型中“是否谅解”的数据表现,在相当程度上支持了这两种观点,但也有一

[40] 参见伍金平:《正当防卫司法适用的困境探析》,《河北法学》2012年第5期,第119页。

[41] 参见前引[8],陈璇文,第81页。

[42] 参见龙宗智:《被害人作为公诉案件诉讼当事人制度评析》,《法学》2001年第4期,第31页。

[43] 参见前引[10],周光权文,第6页。

[44] 参见前引[9],劳东燕文,第85页。

些疑问需要澄清。关于前一种观点的疑问是：在刑事和解与恢复性司法的视野中，被害人诉讼地位的提升有可能为被告人最大限度地争取自身诉讼利益提供新的契机，<sup>[45]</sup>但为何在正当防卫案件中，被害人作为诉讼当事人参加诉讼就只是单向地阻碍了被告人被判无罪或被实质免罚？关于后一种观点，有待进一步探讨的问题是：即便法官将纠纷处理、各方满意作为超越合法性判断的第一要务，但只要法官将自身定位于被告人与被害人之间、被告人与公诉机关之间居中裁判的位置，正当防卫案件的裁判也有可能出现一个相对平衡的局面。但本研究数据表明，绝大多数案件都只是单向地做到了“公诉机关满意”（有罪判决率高达98.7%），部分案件做到了“被害人满意”（赔偿谅解率为39.2%），做到“被告人满意”的案件极为罕见（无罪率仅为1.3%，加上定罪免刑的判决也不过4.0%）。这种巨大的结构性反差是如何形成的？法官在这场纠纷解决中，为什么没能保持（形式上的）中立？只有对这些问题展开进一步探讨，才可能解开正当防卫案件无罪判决率低的谜团。

另外，“被告报警”的概率水平为0.050，Exp（B）值为0.713。这一数据提示：被告人在案件发生后如果主动报警，作出某种对执法、司法权威的服从姿态，其被实质入刑的发生比将降至71.3%。如前所述，“人数对比”等一系列与防卫相当性、必要性密切关联的变量并未对裁判结果发生应有作用，“被告报警”这种与正当防卫法定要件无关的情节反倒作用显著，这本身就是对司法适用与立法精神存在巨大反差的实证。

#### 四、结合数据与访谈的讨论

##### （一）不能把当下的“防卫困境”仅归咎于“刑法教义学建构不足”

本研究数据表明，正当防卫的法律规则在实务中并非没有作用，只是实效与立法预期发生了巨大偏离。这使得公民在面对不法侵害时，要么隐忍，要么逃避，要么在确保不（严重）伤害不法侵害人的前提下“点到为止”，再要么就是在奋起反击造成对方损害后通过赔偿求得“从轻发落”。公民由此陷入某种防卫困境，只有极少数幸运儿能够脱困。

1997年修订刑法时大幅降低了成立正当防卫的法律门槛，目前的困境显然不能由立法者承担（主要）责任。于是，有学者将“刑法教义学建构不足”视为防卫困境的重要成因。<sup>[46]</sup>不过，司法裁判的诸多不当与我国的理论通说并不一致。譬如，从域外司法经验及相关理论看，防卫意识与攻击意识完全可能并存，不能因行为人有攻击意识就否认其具有防卫意识。<sup>[47]</sup>但前文数据显示，司法实践中因被告人“故意”使用暴力便认定其有“伤害故意”从而否定成立正当防卫的，占到整个正当防卫案件定罪理由的28.3%。这似乎表明，在防卫意识与攻击意识的关系问题上未能借鉴域外先进理论，是司法机关严苛认定正当防卫主观面的症结所在。然而，这一在司法实务中颇为流行的定罪理由恰与我国理论通说对犯罪故意的实质化理解相悖。依我国通说，犯罪故意不仅是形式上有意为之，还要求行为人对结果的社会危害性有认识。亦即“防卫人虽对结果的发生具有有意性，但由于其误以为

[45] 参见赵军：《刑事被害人诉讼权利与犯罪观之关系研究——以经验性跨学科范式为中心》，《法学评论》2010年第2期，第140页。

[46] 参见前引[9]，劳东燕文，第77页。

[47] 参见前引[7]，张明楷文，第10页。

自己的行为为制止不法侵害所必需，相应的结果为刑法所容许，并不满足犯罪故意指向结果的特定性条件。”<sup>[48]</sup>在这一问题上，让刑法理论为司法偏差“背锅”未必合适。

此外，因防卫人提前准备工具，即判定防卫人具备“犯罪故意”；因不法侵害相对轻微或仅针对财物，对重大人身法益的威胁“不紧迫”，就否定防卫前提的存在；因不法侵害人倒地后攻击动作瞬时性停顿，或因不法侵害人受伤导致攻击力有所下降，即认定防卫不适时或丧失防卫必要性，这些实务中常见的定罪理由，也都与我国既有理论观点相悖。我国关于正当防卫的刑法理论的确存在诸多缺陷，但将正当防卫制度的司法适用异化简单归咎于“刑法教义学建构不足”，这既与客观事实不符，也可能因此忽略司法实务本身存在的问题，从而错过化解困局的最佳路径。

## （二）对相关理论“各取所需”以便“为我所用”是司法实务的重要论证手段

从逻辑上讲，如果刑法理论对正当防卫成立要件“阐释不透彻”，或是裁判者“法理训练不足”，正当防卫的认定作为一项“高难度司法作业”就难以指望结果正确。<sup>[49]</sup>但最近十多年，随着司法人员知识结构的更新，办案人的法律素养有很大提升，从前那种因办案人“无知者无畏”而错判的现象越来越少，具备相当专业能力的业务骨干为维护某种既定立场而对正当防卫成立要件展开某种“为我所用”的目的性解释，倒是越来越常见。

在“正在进行的不法侵害”之外，刑法并未给正当防卫额外添加超出此意义的“紧迫性”要件，<sup>[50]</sup>更未设置所谓“退避性”要件。但前文数据可见，作为“超法规的正当化阻却事由”的“紧迫性”要件得到司法实务认可的情况并不罕见，“退避性”要件对裁判结果也有显著作用。对此，实务工作者并非找不到理论依据。譬如，日本即有知名学者主张：“紧迫的”非法侵害是正当防卫的前提条件，预见到侵害后出于积极加害意思面对侵害的，不能成立正当防卫。<sup>[51]</sup>这种观点在司法人员中有很大影响。访谈中，有司法人员特别向笔者提到了英美正当防卫制度中的“躲避原则”，并以此论证“退避性”要件的合理性。事实上，晚近日本理论及判例已更多倾向于否定“紧迫性”要件与“躲避义务”的关系，<sup>[52]</sup>而英美法中的“躲避原则”也只限于使用致命性暴力进行防卫的情形。<sup>[53]</sup>对于这些相反的观点或事实，他们的论述策略要么是选择性回避，要么就从社会秩序维护、尊重生命价值等法学原理，或者“以和为贵”“避免激化矛盾”等本土资源中寻找观念支撑。

与此相关，多位法官受访者不约而同向笔者提供了这样一种极为直白的说法——对于域外立法参照或国内法学专家的论述，只有在与法官或法院立场相同时才会被拿来用作司法论证的工具，反之就可能被无视。<sup>[54]</sup>在他们看来，这就是所谓“目的解释”。访谈中，多位司法工作者以“目的解释”为某些正当防卫案件的不当定罪理由辩护。这既体现了新一代司法工作者法学知识水平的明显提高，但也体现了他们限缩正当防卫成立范围的“理论

[48] 前引〔6〕，劳东燕文，第21页。

[49] 参见前引〔10〕，周光权文，第7页。

[50] 参见前引〔8〕，陈璇文，第77页。

[51] 参见前引〔32〕，山口厚文，第83页。

[52] 参见〔日〕桥爪隆：《日本正当防卫制度若干问题分析》，江溯、李世阳译，《武陵学刊》2011年第4期，第98页。

[53] 参见刘士心：《英美刑法正当防卫中的“躲避原则”及其启示》，《中国刑事法杂志》2017年第5期，第7页。

[54] 受访者特别提到了几位经常就具体案件出具“法律意见”的法学家们的名字。

自觉”。

(三) 司法适用与立法精神的错位在整体上是一种单向的、有明确目标的规则重构

额外添加“退避性”要件,提前准备防卫工具或随身携带杀伤性工具对成立正当防卫有阻却作用,这无疑是以限缩正当防卫成立范围为目标规则的重构。与之类似,本应首先考量、事关防卫前提的“谁先动手”情节不仅被极大淡化(仅能解释裁判结果0.3% - 0.4%的方差),甚至成为大量被告人被认定为互殴进而定罪的“元凶”<sup>[55]</sup>(约占被定罪的正当防卫案件的30.6%);重大损害后果这种本应在防卫前提等要件之后考虑的情节,被放大为远超其他法定要件情节的考量因素(能够解释裁判结果8.0% - 11.4%的方差),而进入诉讼程序的案件大多已造成重大损害,“重行为结果,轻行为性质”的司法逻辑必然导致单向限缩正当防卫的成立。“人数对比”“侵害工具”“反击方式”等重要情节被忽视,其实质也是为了压缩正当防卫的成立空间。因为在以少对多、对方使用杀伤性工具的情况下,都应允许被告人采取较高强度的防卫手段,而只要防卫手段相当,即便造成严重后果,仍有成立正当防卫的余地。<sup>[56]</sup>

前述模型数据可见,事件初始起因的伦理评价对裁判结果的影响有可能是双向的——既可能因被告人的道德瑕疵致其定罪受罚,也可能因被害人的伦理过错导致被告人被实质免罚。需要注意的是,模型中因变量“实质免罚”包括了定罪免刑和判处缓刑的情况。进一步分析可知,与“被告人错”的案件相比,被害人有过错时被告人的缓刑适用率上升了8.8个百分点,定罪免刑率上升了3.3个百分点,但无罪率仅上升了0.9个百分点。也就是说,被害人在事件起因上的伦理过错,更多体现在被告人缓刑适用率的提升上。在绝大多数法官对正当防卫案件不得不作有罪宣判的前提下,“起因过错”在有利于被告人的方向上,至多只能比照有关被害人过错的刑事政策对被告人从轻发落。与此相似,对于对裁判结果具有绝对优势解释力的“是否谅解”来说,通过赔偿获得被害方谅解,大多也只能得到轻判而非无罪的裁判结果。

综上,正当防卫案件的司法裁判实际上遵循了这样一套逻辑:(1)在事件起因上,防卫人不能有伦理过错;(2)即便预料到被攻击的危险,也不能提前准备防卫工具;(3)在有退让可能时,要选择退让;(4)不能先动手;(5)不能给对方造成重伤以上的损害,最好是连轻伤也不造成;(6)防卫行为结束后即刻报警;(7)事后通过赔偿获取被害方谅解;(8)实质满足正当防卫法定要件但未(完全)遵循前列各项司法裁判规则的,可获得实质免罚等轻判结果。<sup>[57]</sup>

这套裁判规则无论是与现行立法、刑法教义学理论,还是与传统刑法理论进行比较,均相去甚远。关键是,其间的反差从整体实效上看是单向的,司法裁判规则基本上以限制正当防卫的成立为目标,只是在刑罚适用上对实质符合法定要件的防卫人从轻发落(实质免罚)。显然,这是一种基于明确目标对法律规则展开司法重构的裁判逻辑,不是立法缺陷或“刑法教义学建构不足”所能解释的。因此,有必要超越弥补立法缺陷、合理解释

[55] 参见前引[7],张明楷文,第15页。

[56] 参见张宝:《防卫限度司法认定的困境与出路》,《法学杂志》2016年第10期,第99页。

[57] 有研究基于个案归纳出了“我国司法实务所刻画的正当防卫形象”(参见前引[9],劳东燕文,第84页),其中大部分内容能获得本研究定量数据的支持。

法律之类的传统思路，通过揭示法律规则司法重构的具体机制，找到破除防卫困境的有效路径。

（四）警务驱动、控强辩弱的“政法协作型办案机制”为法律规则的司法重构提供了动因与操作空间

事实上，正当防卫的司法限缩与我国无罪判决率低（尤其是公诉案件）的整体背景难以分离。在提高办案质量、强化错案追究的压力下，我国的无罪判决率从1996年刑事诉讼法修改后15%的高位，逐年降至不足千分之一的超低水平，这与大陆法系5%、英美法系20%以上的无罪判决率相去甚远。<sup>〔58〕</sup>从积极的面向看，超低无罪判决率可能是警检两家为避免错案，主动在刑事诉讼前端“彻底过滤无罪案件”的结果；<sup>〔59〕</sup>从相对消极的面向看，通过不计入无罪判决统计的变更起诉、撤销案件等“变通方式”过度消解本该作出的无罪判决，存在侵害当事人合法权利的可能；<sup>〔60〕</sup>在更为消极的面向上，超低无罪判决率隐含着巨大的错案风险——本文有关正当防卫司法裁判规则与立法规定错位的一系列数据就是明证。反过来讲，正当防卫的司法限缩只是我国刑事诉讼整体上无罪判决率低的一个缩影，尽管该问题存在一定的特殊性。

正当防卫案件往往是突发的，并且已造成重伤、死亡等严重后果，警方必须即刻展开处置善后工作。由于缺乏经济犯罪案件办案流程中那种相对充分的讨论、推敲或补查机会，也不存在被指摘“插手经济纠纷”之类的顾虑，警方往往会在定性尚不明朗的情况下，将造成严重损害的一方予以羁押，以避免出现被害方（以警方“不严惩凶手”为由）申诉、上访、缠访等一系列棘手问题。而一旦采取刑事强制措施，就往往要用一份有罪判决为警方侦查、检方起诉的合法性背书。这里的关键问题是：对于“瑕疵案件”，公安机关是如何推动检察院批捕的，检察院又是如何推动法院作出有罪判决的。

在政法委书记兼任公安机关一把手的时期，<sup>〔61〕</sup>政法委就大案、疑难案件组织公检法“三长会”进行协调，成为常规的工作推进方式，警务驱动的“政法协作型办案机制”在大案、疑难案件的办理中逐步成型。2009年，“两高”《关于人民检察院检察长列席人民法院审判委员会会议的实施意见》将“可能判处被告人无罪的公诉案件”纳入“检察长列席”的范畴，法院判决成立正当防卫的难度可想而知。

在新一轮司法改革的推动下，政法委书记兼任公安机关一把手的体制于2015年终结，但警检、检法之间紧密的“政法共同体关系”使得“政法协作型办案机制”得以延续。除开腐败等异常因素，警检关系、检法关系相对于检察官与律师（当事人）、法官与律师（当事人）的关系要紧密得多、也重要得多。对于公安机关执意移送检察院审查起诉、检察院执意提起公诉的案件，检察院如果不起诉、法院如果作出无罪判决，除了“得罪”政法共同体成员，还会面临被害方上访、申诉甚至被指控“司法腐败”的巨大压力。于是，支持政法共同体成员、忽略辩方意见，便成为检察官、法官的理性选择。

〔58〕 参见李扬：《论影响我国无罪判决的关键性因素》，《政法论坛》2013年第4期，第48页。

〔59〕 参见夏伟：《基于Logistic回归的无罪判决生成路径的实证分析》，《中国刑事法杂志》2018年第5期，第127页。

〔60〕 参见高通：《论无罪判决及其消解程序》，《法制与社会发展》2013年第4期，第78页。

〔61〕 2003年中共中央《关于进一步加强和改进公安工作的决定》（中发〔2003〕13号）提出各级公安局长“进班子”，地市公安局长由同级市委常委、政法委书记兼任逐渐成为常态。

上述结论得到了本研究数据的支持。“律师辩护”变量在回归模型拟合过程中因不显著而被删除,这表明:至少在正当防卫案件中,警务驱动、控强辩弱的“政法协作型办案机制”举足轻重,成为司法上限缩正当防卫成立范围的重要推手,也成为正当防卫法律规则司法重构的机制保障。

#### (五)“政法共同体”的防卫观、犯罪观是法律规则司法重构的底层逻辑

在警务驱动、控强辩弱的“政法协作型办案机制”下,对正当防卫权的不当限缩具有一定的必然性,但访谈发现,在“内部协调”的压力下被动作出有罪判决的正当防卫案件是少数,多数有罪判决体现的仍是执法者、司法者对正当防卫成立要件的理解。也就是说,整个政法共同体对正当防卫尺度的理解与把握具有相当的一致性,在现实司法规则背后,存在着某种为政法共同体成员普遍遵循的底层逻辑。这些底层逻辑包括:在文明、法治社会,避免损害、通过法律途径和平解决纠纷应成为处理矛盾冲突的首选;不法侵害人违反的是国家的法律,由代表国家的执法、司法机关予以制裁是最恰当的方式;与不法侵害一样,使冲突升级、损害后果扩大的“以暴制暴”,同样破坏了“法治秩序”,也是对执法、司法权威的否定与挑战,必须予以限制而不是鼓励。

这种底层逻辑对不法侵害及相应反击行为的理解,其实质是将维护“法治秩序”,尤其是政法机关的权威,放在超越个人权利的首要位置。与之相应,在正当防卫正当化根据和限度的把握上,其遵循的思考路径既不是具有优先性的个人权利保护与作为补充的法确证利益的叠加,<sup>[62]</sup>也不是立足于法益权衡的(防卫人的)优越利益,<sup>[63]</sup>更不是因不法侵害人违反不得侵犯他人之义务而导致其法益在必要限度内遭到悬置或缩小评价,<sup>[64]</sup>而是如下带有相当“政法职业色彩”的观念:正当防卫应是防卫人在执法、司法机关力有不逮的最后关头,为阻止不能容忍的严重不法侵害或者难以挽回的严重人身损害,为维护由政法机关所主导的“法治秩序”,而不得不采取的、例外的、最低限度的暴力行动。正因为如此,前文数据才会呈现出一套与立法精神相去甚远、急剧压缩正当防卫成立空间的司法裁判规则。

司法实务对正当防卫的限缩不可能只是为了鼓励不法侵害,它只是在保护个人权利与维护“法治秩序”及政法机关权威之间,将后者放在了更重要的位置。这一观念与我国传统的犯罪本质观存在一定关联。在传统理论中,犯罪的本质被理解为对“统治关系”或“社会秩序”的危害,<sup>[65]</sup>犯罪的本质特征被描述为“严重的社会危害性”,犯罪客体被界定为“社会关系”。<sup>[66]</sup>尽管权利侵害说、法益侵害说等带有强烈个人本位、权利本位色彩的理论,在晚近的理论研究中逐渐占据学术空间,但传统的犯罪本质观在相当程度上已内化为政法共同体成员的集体无意识。一旦将犯罪(主要、首先)视为对社会(国家)而非个人的侵害,就比较容易在正当防卫成立要件的把握上忽略个人权利保护的需要,转而将相对

[62] 参见[德]克劳斯·罗克辛:《正当防卫与法确证》,王德政译,《西北师大学报(社会科学版)》2018年第2期,第131页。

[63] 参见前引[27],张明楷文,第74页。

[64] 参见魏超:《法确证利益说之否定与法益悬置说之提倡》,《比较法研究》2018年第3期,第187页。

[65] 参见赵廷光、莫洪宪:《犯罪的本质、起源与产生》,载王牧主编:《犯罪学论丛》第1卷,中国检察出版社2003年版,第123页。

[66] 参见马克昌:《犯罪通论》,武汉大学出版社1999年版,第113页。

抽象的“法治秩序”放在更重要的位置。

然而，从同样的理论立场出发，渊源于前苏联、得到我国传统刑法理论大力倡导的防卫观，其核心要义恰恰是鼓励人民群众为维护国家、公共利益及法律秩序，勇敢、积极地“与犯罪做斗争”，并因此为正当防卫设置了相对宽松的限度条件。<sup>[67]</sup>同样是居于国家、社会本位的犯罪本质观，是如何在当代政法共同体成员的观念中与正当防卫的司法限缩立场结合起来的？受访者的回答主要集中于两点：一是随着警务技术的发展和政法机关社会控制力的增强，依靠国家专业力量控制犯罪理应成为犯罪治理的主要手段；二是成立正当防卫的法律门槛的降低会使私人暴力增多，削弱执法、司法权威，这是对法治的损害。

访谈还发现，政法共同体成员司法限缩型防卫观的形成，与该群体的知识结构、工作性质、社会角色、资源占有、生活经验等因素也有关联。相较于普通民众，该群体整体上更有能力和条件采取说理解法、协商博弈、托人说和、组织解决、报警举报、控告诉讼等非暴力方式处理日常冲突。在他们的整体观念中，私人暴力是不必要的、应予否定和有害的，暴力强制原则上应由代表国家的政法机关垄断，这有利于维护执法、司法权威，有利于实现由政法机关主导的“法治秩序”。事实上，这种被政法共同体成员广泛接受，并为正当防卫法律规则的司法重构提供观念支撑的底层逻辑，并不完全是国家、社会本位的。更准确地讲，这是一种政法共同体成员所持有的，带有相当“政法职业色彩”和“政法共同体本位”倾向的犯罪观和防卫观，其与国家法律的立场、国民权利的立场谈不上对立，但确有较大差异。这一点很容易被法学研究和制度安排所忽略。

#### （六）司法裁判规则的形成取决于多元主体间复杂的互动与互构

前述数据清楚地表明，现实生活中发挥实际作用的正当防卫司法裁判规则是司法重构的产物，1997年由立法者写入刑法的“法律条文之法”并未成为具有实际效力的“生活实体之法”。限缩正当防卫的司法与鼓励正当防卫的立法，通过司法者主体性、创造性、建构性的阐释活动而南辕北辙了。

不过，司法实务对法律的阐释不是绝对任意的，它必须兼顾法条本身的表述。有受访法官表示：法官在具体案件中的确可以将“行凶”的认定标准拔高到使用致命性武器、危及生命的程度，却无法对特殊防卫条款本身视而不见。更重要的是，司法者对法律的阐释不是在真空或密室中展开的，或多或少会受到其他社会主体及社会情势的影响。尤其在引发广泛关注的热点案件中，法学家、普通民众在公共空间的意见表达往往会对案件结果产生某种影响。来自公检法机关的受访者认为，如果没有强大的舆论压力，最初以故意杀人罪立案的邓玉娇案不可能以定罪免刑的方式结案，一审被判处无期徒刑的于欢也不可能在二审被改判为5年有期徒刑，案发当天即被警方刑事拘留的于海明更不可能被迅速释放并最终做撤案处理。他们承认，这些热点案件的“反转”会在很大程度上影响他们日后对正当防卫案件的判断。

一般说来，法律的功能在于规制、指引人的行为。<sup>[68]</sup>普通民众通过法官的裁判来理解法律，进而形成相应的规范意识。但在这里，作为法律规制、指引对象的民众，通过媒体，

[67] 参见蔡宏伟：《正当防卫理论中的国家和个人》，《法制与社会发展》2017年第6期，第166页。

[68] 参见张文显主编：《法理学》，高等教育出版社、北京大学出版社2011年版，第47页。

尤其是通过非传统媒体的意见表达,成为“确保司法公正的积极参与者”。<sup>[69]</sup>在这个多元主体互动、互构的复杂过程中,由司法重构的限缩型正当防卫裁判规则,在舆论压力下开始向鼓励正当防卫的立法精神靠拢。原本被法律“客体化”的民众,以一种主体性的姿态参与了对“生活实体之法”的改造与重塑,并由此促成“法律条文之法”的司法贯彻。

不过,舆情之于司法也有两面性,在正当防卫问题上亦如此。一方面,能够形成舆论焦点的正当防卫案件毕竟是少数,舆论推动司法贯彻立法精神的作用有其局限性;另一方面,由非专业意见汇聚而成的舆论,其对案件性质的判断具有强烈的感性色彩乃至情绪色彩以及伦理评价特性,与法治逻辑不完全契合。网友同情邓玉娇,很大程度是因为死者身为公职人员却强迫良家女子提供性服务,这种“欺男霸女的无良官员”在网友看来“死不足惜”;人们为于欢鸣不平,是因为死者裸露下体羞辱于母的行为,在传统人伦观念中达到了“是可忍,孰不可忍”的地步;于海明之所以能迅速获得大量网友的声援,与死者“黑社会风格”的纹身、劣迹斑斑的前科以及未经证实的“黑道背景”不无关系,这很容易让人将其判定为“咎由自取的坏蛋”。显然,正当防卫案件引发舆情的前提,往往是案件走向或司法判断与普通人的伦理观念发生了尖锐冲突与对立。在这些热点案件中,网友“围观”、舆论介入固然推动了正当防卫的司法裁判规则向立法精神靠拢,但过度感性化(乃至情绪化)、伦理化的舆论,同样可能在其他案件中支持对正当防卫作法外限缩。

无论怎样,新媒体时代的司法不可能将媒体、舆论拒之门外,媒体、舆论对司法的影响只会越来越深,<sup>[70]</sup>“关门办案”“密室司法”的时代已然结束。申言之,法律正义只能通过立法者、司法者及其他主体在执法司法、公共讨论等多维场域的复杂互动与互构中得到实现。由防卫困境这一样本入手,我们可以得到这样的启示:无论是法学研究还是法治实践,只有将关注点由立法、司法进一步扩展至包括立法、司法、社会生活在内的“多元主体互动、互构的去中心化视角”,才可能促成法律正义在社会现实生活中的实现。

## 结 语

由前文的论述不难看出,破局防卫困境,必须超越刑法理论建构以及制定司法解释、发布指导案例等狭隘思路,必须将视角扩展至更广阔的社会空间。譬如,如果说警务驱动、控强辩弱的“政法协作型办案机制”为正当防卫的司法限缩提供了操作空间,那么,推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革,促成传统办案机制向公检法机关职责边界清晰、相互制约、控辩平衡、审判独立的现代刑事诉讼转型,就是一个极为重要的努力方向。又譬如,如果说因为特殊的工作性质、知识结构、社会角色和生活经验,政法共同体成员极有可能形成与立法者、普通民众相异的犯罪观、防卫观,并由此阻碍鼓励行使正当防卫权的立法精神的贯彻,那么,在避免舆论审判、确保审判公正的限度内,就应进一步推进“阳光司法”,释放民众监督、参与司法活动的热情与能量,让司法人员倾听不同的声音,在不同观念的博弈、碰撞中修正、更新、重构自身的司法理念。

[69] See Marcy Wheele, *How Non-institutionalized Media Change the Relationship Between the Public and Media Coverage of Trials*, 71 *Law & Contemporary Problems* 135 (2008).

[70] 参见高一飞:《互联网时代的媒体与司法关系》,《中外法学》2016年第2期,第492页。

这些看似与正当防卫的制度设计没有直接关系的面向，恰恰是破局防卫困境的关键。顺着这样的思路，还可以发掘出一系列值得探讨，但还不为该领域研究者重视的具象性、本土性问题。譬如，由本研究样本数据可见，刑法学者耗费大量精力研究的理论问题，如假想防卫、假想防卫过当、防卫对象错误等，根本就不是正当防卫案件司法争议的重点。一些颇受学界垂青的域外理论，如保证人地位与亲属间防卫的关系，与司法实务限缩正当防卫的观念脉络并无关联，相应的借鉴意义恐怕极为有限。毋庸置疑，法学理论的发展当然可以也应当有其自身的逻辑，理论价值本身就是价值；在法学理论发展的过程中，向域外学习先进理论也确实是为极为高效的进步途径。但另一方面，对于以实现法律正义为终极目标的法学研究来说，将法律放在具象的、全景的本土情境中考察，才是最重要、最具实效、也最能推动法治进步的研究方法与学术路径。

---

**Abstract:** According to the regression model and “thick conversation” data, circumstances that are closely related to the proportionality and necessity of defense, such as “comparison of numbers”, “invasive tools”, and “counterattack measures”, have no significant impact on the establishment of self-defense in judicial operation, whereas circumstances that have no necessary connection with legal requirements of self-defense, such as “not escaping from a violation when the situation permits” or “preparing defense tools in advance”, have marked negative impact on the establishment of self-defense. Besides, key circumstances that decide whether a counter-attack is illegal or not, such as “which person strikes the first blow”, have very limited influence on judicial results. In fact, the most significant factors having a tremendous impact on judicial results are “consequences of damage” and “the victim’s forgiveness”. The dislocation between judicial rules and legislative spirits of self-defense leads to the reconstruction of legal rules that aims at limiting the establishment of self-defense. The police-driven and prosecution-dominated “traditional political-legal collaborative case-handling mechanism” provides the motivation and operational space, and the outlooks on defense and crime of “members of political and legal community” provide underlying logic, for such reconstruction. As a “substantive law of life”, self-defense rules depend on complex and diverse interactions and mutual constructions among legislators, the judiciary and a variety of other social subjects. To solve the dilemma of self-defense rules, China should not only construct the doctrinarism of criminal law, but also adopt such seemingly circuitous approaches as the “decentralized view on the interaction and mutual construction among diverse subjects”, advancing the reform of the trial-centered litigation system and realizing judicial transparency, so as to effectively implement the legislative spirit in real life.

**Key Words:** self-defense, judicial reconstruction of legal rules, empirical research

---