

从“误想防卫过剩”到“假想防卫过当”： 一种比较法概念的本土化解读

李立丰

【摘要】日本刑事司法中用来解决所谓“误想防卫过剩者”犯意认定及刑罚适用问题的“两分法”，彰显在刑事立法不完备的前提下，三阶层犯罪论体系的内在局限性。反观中国，因为刑事立法中规定了具备实质含义的故意以及较为宽泛的无限防卫权，使得类似问题即便在传统犯罪论体系当中亦可得到较好解决，但同时，这又引发了中国刑法语境下具备特殊含义的“假想防卫过当”问题。对此，应当在考虑到各国刑法文本差异性的前提下，放弃照搬概念的传统做法，转而从方法论的价值维度，实现从国际视野到本国问题的话语转换，体现比较法视野下刑法基本概念范畴研究的本土意识与自觉嬗变。

【关键词】误想防卫过剩；假想防卫过当；犯罪论体系；二分法

【作者简介】李立丰，吉林大学理论法学研究中心、法学院教授，法学博士。

【原文出处】《清华法学》（京），2018.3.95～117

【基金项目】本文为国家社科基金青年项目“我国死刑案件审理过程中民意的拟制与导入机制研究”（13CFX060），2016年“吉林大学哲学社会科学青年学术骨干支持计划”（2016FRGG05），吉林大学犯罪治理研究中心专项研究课题“人民陪审员制度改革研究——以青少年死刑案件的审理为例”及国家司法文明协同创新中心研究成果。

长期以来，我国刑法学界针对正当防卫在犯罪论体系中的归属，^①以及其所彰显的犯罪构成理论之“优劣”，^②聚讼纷纭。不容否认，在大陆法系刑法理论中，以正当防卫为典型代表的“正当化事由”，和“免责事由”一道，被视为“理解犯罪概念与构造的关键”。^③但另一方面，与正当防卫密切相关的“误想防卫过剩”^④及其衍生问题，在三阶层犯罪构成理论语境下，却面临司法适用的合理性质疑。^⑤相反，同样的问题，因为中国刑事立法对故意作出的实质性规定以及较为宽泛的无限防卫权，即使依据传统的四要件理论，也可以在司法实践中得到较好解决，但这又引发中国刑法语境下具备独特含义的“假想防卫过当”的司法认定问题。笔者认为，在具体刑事立法文本、刑事司法传统以及刑事政策存在显著差异的

前提下，直接介绍、引用概念的传统研究范式不应提倡。就像日本刑法中的被称之为“误想防卫过剩”的概念所对应的问题，其实在中国并不能用“假想防卫过当”简单替换一样，在适用日本解决此问题的“两分法”时，也应当特别注意到两国立法乃至犯罪论体系方面存在的明显差别。从“误想防卫过剩”到“假想防卫过当”，作为一种从国际视野到本国问题的话语转换，应当体现比较法视野下刑法基本概念范畴研究的本土意识与自觉嬗变，而非不考虑各国刑法规定差异性的贸然借用与简单照搬。

一、问题的提出：日本刑事司法中“误想防卫过剩”的认定困境

（一）“误想防卫过剩”的情景预设

身为空手道高手的英国人X，某日晚八点在日

本千叶县某暗巷,目睹A男强行推搡B女,遂走近看个究竟。见状后,B女大喊英文“Help!”(救命),X于是认定A男意图对B女不轨,欲施救时,A男忽然转身,并将双手伸向X:

[情况一]:X使用空手道中的回旋踢技法,一脚踢中A男的头部,A男摔倒,头部着地,导致颅内出血死亡。事后查明,A男与B女为朋友关系,A男当时正在阻止醉酒的B女闹事。

[情况二]:X使用空手道中的回旋踢技法踢中A男头部,A男摔倒,因(脑组织异常脆弱而破裂/头部插入地上碎玻璃酒瓶)死亡。事后证明,A男与B女为朋友关系,A男当时正在阻止醉酒的B女闹事。

[情况三]:X使用空手道中的回旋踢技法没有踢中A男,但踢到A男身边的B女,导致B女摔倒,头部着地,导致颅内出血死亡。事后证明,A男与B女为朋友关系,A男当时正在阻止醉酒的B女闹事。

[情况四]:X使用空手道中的回旋踢技法没有踢中A男,但踢到A男身边的B女,导致B女摔倒,头部着地,导致颅内出血死亡。事后证明,A男当时正在试图强奸B女。

[情况五]:X使用空手道中的回旋踢技法踢中A男的头部,A男摔倒,X继续踢打A男下腹部,A男不久因头部/腹部出血死亡。事后证明,A男与B女为朋友关系,A男当时正在阻止醉酒的B女闹事。

上述[情况一]的原型,即所谓“英国骑士精神事件”,^⑥一直被日本刑法通说^⑦以及我国学者^⑧视为“误想防卫过剩”的典型裁判例。一审裁判所认定,被告人基于误想,实施了具有相当性的“防卫”行为,但被告人是英国人,因此误想本身并无过失,故无罪。^⑨但二审裁判所认为,被告人使用空手道中的“必杀技”——回旋踢技法——踢打被害人头部,应对致死或重伤的结果有认识。被告人在有其他选择的情况下,仍然使用这种不具有相当性的“防卫”手段,属于“误想防卫过剩”,构成伤害致死罪,^⑩但“准用”《日本刑法》第36条第2项^⑪减轻刑罚。二审判决得到了日本最高裁判所的支持。^⑫[情况二]至[情况五]则是笔者以[情况一]为基础,同时参考日本相关裁判例拟制出来的“模拟样态”,内容涉及误想防卫过剩与对象错误、与因果关系的中断、介入,以及质与量的防卫

过剩等复杂“边缘样态”,这些边缘样态与[情况一]这一“标准样态”一道,为本文预设了讨论空间。当然,限于篇幅,上述情况并不包括共同防卫等^⑬更为复杂的情况。

(二)“误想防卫过剩”的司法分析路径

“英国骑士精神事件”与“父亲救儿心切伤人事件”^⑭一道,被视为日本进入到“最高裁时代”^⑮之后,极具标志性的刑事裁判例。其重要意义在于,对于误认存在急迫不正的侵害且实施了过剩防卫的被告人,认定成立“故意犯”,同时“准用”《日本刑法》第36条第2项。自此,这种认定模式俨然成为日本刑事司法的主流。^⑯在此之前,日本的刑法实践与理论一般认为,误想防卫成立过失犯,过剩防卫成立故意犯。但是,“英国骑士精神事件”等裁判例的出现,使得上述稳定的司法与理论现状出现动摇,理论界就是否承认误想过剩防卫的独立性,以及如何解决这一概念与既有刑法理论体系的冲突,展开激辩。^⑰

首先,对于认定误想过剩防卫人的故意责任,日本刑法中存在“绝对说”与“二分法说”。

“绝对说”,即指所谓“严格责任说”,本质上,将误想防卫解读为一种违法性错误,^⑱认为误想防卫应当是故意犯,因此误想防卫过剩也应该是故意犯。这种看法显然与三阶层犯罪论体系中区分构成要件事实与违法性评价的思维直接相关,以目的行为论为背景,认为故意的对象,仅仅是该当构成要件的事实。^⑲[情况1]中,X故意用必杀技踢了A头部一脚,目的就是伤害A,因此应当承认X具有伤害的故意。X认识到自己的做法会对人造成伤害,就应该赋予其判断这样做是否合法的机会,需要行为人直接面对法律规范。“严格责任说”在肯定X具有伤害故意的同时,考虑到这种误想无法避免,认为其缺乏违法性认识的可能性,故阻却责任。“严格责任说”的意义在于,从行为无价值的角度来看,对于误想防卫而言,只能选择紧急避险,显然有不当保护误想防卫人的意涵。因此,如果不可避免会出现误想,在承认其违法的基础上讨论责任判断,应是正确的选择。^⑳但是,这就会导致将对正当防卫要件本身出现误解的违法性错误,与“误想防卫过剩”这种以违法阻却事由为前提的事实错误作相同司法处断的不合理

局面。

“两分法说”,并没有像“绝对说”那样简单适用逻辑推理,而是从误想防卫人的主观认识出发,认为尽管不存在急迫不正的侵害,但防卫人误认其存在,因此实施了防卫行为,当其对防卫的过剩性不存在认识时,可作为误想防卫处理,但当其对于过剩性存在认识时,作为过剩防卫处理。这是因为,如果将误想防卫理解为过失犯,第一个误认就将支配全体,并不涉及第二个错误的评价问题。^④但是,如果在防卫人对过剩事实有认识的情况下仍然认定其成立过失犯,自然存在相当程度的疑问。

虽然相较于绝对说,“两分法”说更具说理性,也成为“英国骑士精神事件”司法认定的实然理论根据,但其最大的问题在于并不承认“误想防卫过剩”概念本身具有独立性。“两分法”,意味着必须在过剩防卫(有认识)抑或误想防卫(无认识)之间做出非此即彼的选择。但是,因为误想防卫过剩是误想防卫与防卫过剩的竞合,做二选一的解决不太合适。这种担心并非毫无道理,从逻辑上来讲,无法单纯依据误想防卫或过剩防卫,对误想防卫过剩进行充分说明。^⑤其次,对于“准用”《日本刑法》第36条第2项减轻或免除处罚的正当化解读,存在“违法减少说”、“责任减少说”以及“违法、责任减少说”。

“二分法”不仅引发了“误想防卫过剩”概念本身是否有必要存在的质疑,还导致其与《日本刑法》第36条第2项之间出现紧张关系。在前面的注释中不难发现,《日本刑法》第36条第2项的适用,需要以存在急迫不正的侵害为前提,正因如此,“英国骑士精神事件”的司法认定才对误想防卫过剩,使用了“准用”《日本刑法》第36条第2项的表述。

对此,“违法性减少说”认为,防卫过剩虽然导致了过剩结果,但其以不正侵害存在为前提,因此仍然属于正对不正,可以减少违法性。日本刑法对于防卫过剩的减刑是一种任意减免,如果行为人并没有经过冷静思考,实施了过剩的防卫,没有必要将其排除在防卫过剩的范围之外。^⑥典型的误想防卫过剩,客观上不存在急迫不正的侵害,从规范违反说的角度来看,如果在一般人不可能避免误想的情况下实施了误想防卫,根据事前判断,并没有违反行为规

范,因此否定了行为无价值,在认定故意责任之前就已经阻却了违法性。^⑦强调“违法性减少说”的意义在于,可以贯彻“规范违反说”,保证正当防卫这种合法行为在社会上不至于被“噤若寒蝉”。但用“违法性减少说”解释对“误想防卫过剩”,起码部分误想防卫过剩减轻或免除处罚,将面临很大困难。^⑧一方面,有些学者认为,对防卫过剩有认识的误想防卫者,一律不得“准用”《日本刑法》第36条第2项,太过绝对,缺乏合理性。^⑨反之,如果“准用”防卫过剩的刑罚减免,是否意味着其也获得了“准防卫过剩”的法律地位?面对“误想防卫过剩”,可否进行正当防卫?存在法益侵害结果的情况下,以不具有行为无价值为理由阻却违法,只考虑了行为人的主观方面。根据这种观点,一部分误想防卫属于正当防卫,这就意味着被防卫者即使可以客观合理地认为这种所谓的防卫行为违法,仍然无法对其进行防卫。如果将其扩展至公务员的执法活动,势必产生所谓“威权主义”的行为无价值论。^⑩

“责任减少说”认为,《日本刑法》第36条2项规定,对于超越防卫需要的行为,需要根据“情节”,认定是否减免刑罚,而这种情节,既应该包括违法情节,也应该包括责任情节。和违法减少说不同,“责任减少说”认为,防卫过剩行为不属于正当防卫,而是违法行为,但是防卫者因为兴奋、惊愕、恐惧或狼狽等心态实施过剩防卫的,期待可能性减少,因此责任减少。^⑪误想防卫过剩也是在误想防卫者具有上述心态的情况下实施的,因此可以作为防卫过剩的一种加以把握,“准用”《日本刑法》第36条第2项就是自然而然的结果。^⑫但“责任减少说”也存在无法自圆其说的矛盾。一方面,如果防卫者对于误想防卫的误想存在过失,应当作为过失犯处理,并不存在刑的减免余地,但是在“误想防卫过剩”的场合,却适用《日本刑法》第36条第2项,减免刑罚,缺乏量刑的均衡,不妥当。^⑬另外,如果防卫人认识到急迫不正侵害,并因此处于这种心理的压迫状态之下,对其肯定过剩防卫,就会与误认为存在现实的急迫不正侵害的情况缺乏可区分性。质言之,并没有反映出二者在理论构成上的不同。^⑭

违法、责任减少说试图缓和上述两种观点的冲

突,在其看来,准用《日本刑法》第36条第2项的根据在于,误想防卫也是为了保护自己或他人,故可减少违法。同时,《日本刑法》第36条第2项中规定了根据情节减免刑罚的可能性,其中包括责任的减少。这意味着,在双重误想防卫的场合,准用《日本刑法》第36条第2项减免刑罚并无争议。^⑧如果误想防卫人对于过剩有认识,则可在一定程度上减轻责任。该说也是“英国骑士精神事件”判决对于误想防卫人准用本条减刑的实质性根据。

(三)“两分法”在误想防卫过剩边际样态中的适用困境

相较于典型的正当防卫、误想防卫与防卫过剩,“误想防卫过剩”在所谓主观方面,即防卫人对于侵害性质以及防卫相当性的主观认识乃至罪责方面,都呈现明显的“不确定性”。这一点,也导致了“误想防卫过剩”基本样态与衍生样态的极度含混。

应该说,最典型的“误想防卫过剩”,应该是被日本学者划入广义“误想防卫过剩”的所谓“双重误想防卫”。在这种情况下,防卫人不仅对是否存在急迫不正侵害出现了认识错误,还对防卫的相当性出现了误认。^⑨之所以这样强调,是因为必须区分所谓“误想防卫过剩”与“误想过剩防卫”。

对于正当防卫,如果从错误的角度来看,分为三类。除了上面提到的典型的“误想防卫过剩”之外,还存在典型的误想防卫,即防卫人仅仅因为误认存在急迫不正的危险而实施了具有相当性的防卫。^⑩第三类误想防卫,就是所谓“误想过剩防卫”,又被称之为“过剩防卫的误想”,是指虽然存在客观的急迫不正危险,且防卫行为客观上超越了相当的程度,但是防卫人误认为没有超过而实施防卫的情况。也就是说行为人主观认为属于正当范围,但是客观上产生了防卫过剩效果的情况。^⑪一般来说,日本学者认为,此类防卫人,对于侵害和防卫行为的事实前提没有错误认识,只是对于防卫行为的相当性存在错误认识,因此属于违法性错误,可以通过责任论加以解决。“误想过剩防卫”属于过失类型的过剩防卫,^⑫而这种认定显然也与日本司法实践中对误想防卫过剩的处理结果不同。

前面提到的[情况四],存在强奸这一不正侵害,

因此无法将其归入本文所着力研究的“误想防卫过剩”范围之中。空手道高手使用回旋踢击打头部^⑬(遑论导致了他人死亡)这种具有高度危险性的格斗技,如果没有发生打击错误,应当属于过剩防卫,但在发生了打击错误时,是否属于“误想过剩防卫”却成为一个不能被简单回答的问题,毕竟这里的误想,除了针对防卫行为的相当性这种从1到99的程度问题之外,是否还包括防卫对象的正确性这种从0到1的性质问题?日本司法实践将防卫中发生的对象错误,视为“误想防卫”,按照上面提到的相关学说,只存在是否属于过失责任的问题。^⑭当然,对于将导致第三人死亡的“防卫”行为视为“误想防卫”处理的做法,学界存在极大争议,除了部分支持“误想防卫”的观点之外,^⑮还分别出现了应当认定为“正当防卫”、“紧急避险”、“过剩防卫”以及作为犯罪处理等不同看法。^⑯

这种分歧看法是有理由的。简单来说,可以通过对比[情况四]、[情况三]与[情况一]来加以说明。[情况一]在司法实践中以“误想防卫过剩”为由,被认定成立故意犯罪,但准用《日本刑法》第36条第2项减刑或免刑。实质上,这样做一方面坚持了大陆刑法理论中严格的逻辑推理与精密的犯罪论体系,另一方面又通过司法适用的方式牺牲至关重要的合法性原则,从而中和因为上述坚持所带来的不合理司法适用效果。[情况四]在司法实践中以“误想防卫”为由,被认定为成立过失犯罪或无罪。[情况三]与上述两种情况存在类似之处,又存在本质区别。首先,[情况三]和[情况一]除了对象错误之外,行为人在主观认识、客观行为乃至结果方面都没有任何区别。如果将对象错误理解为防卫行为相当性的一部分,那么[情况三]就属于之前提到的最典型的“双重误想防卫”,应该认定成立故意犯,但这显然与情理相悖。况且[情况三]和[情况四]除是否存在不正侵害这一客观前提之外,其他方面完全相同。因为后来证明的不正侵害存在与否,完全相同的两个被告人一个可能被判无罪,一个被判有罪,显然与个人责任等基本刑事原则矛盾。其次,因为[情况三]存在对象错误,就认定其并不属于相当性的错误认识,不是典型的误想防卫过剩。如果将其视为不典型的“误想防

卫过剩”,同样无法回答上述疑问。即使不将其视为误想防卫过剩,至少也属于误想防卫,这样其与[情况四]的区别又变得不明。毕竟二者存在前提的根本不同,司法实践中将二者都作为误想防卫处理,显然无法令人信服。

如上所述,像[情况一]那样对误想防卫过剩采取的“二分法”分析模式,会在解决类似于[情况二]之类的非典型误想防卫过剩案件时,遇到明显矛盾的逻辑困境。这是因为,在伤害致死罪这种结果加重犯中,日本的司法实践长期以来都认为,基本犯罪与加重结果之间具有条件关系即可,并不需要行为人对于加重结果有所认识。根据日本最高裁的判例,“在伤害致死罪中,被视为致死原因的暴行,并不一定是导致死亡的唯一或直接原因,即使在被害人身体存在的严重疾病与暴行共同作用导致受害人死亡的情况,仍然可以肯定暴行与死亡结果之间的因果关系。”^④这意味着在[情况二]中,即使对于X而言,A男的脑部病变并不可知,但按照上述结果加重犯的推理模式,X的暴行与A的死亡之间存在条件关系,因此无需考察其对于A的死亡结果是否存在过失等心态,即可认定成立作为结果加重犯的伤害致死罪。但在A不存在疾病,或不存在地上凸起有碎玻璃等介入情况,对于完全相同的X的行为,就需要适用二分法,考察其对于过剩部分的认识情况。当然,在[情况一]与[情况二]中,因为X作为空手道高手,对于他人头部使用了危险招数,因此无论适用传统的结果加重犯理论,还是针对所谓“误想防卫过剩”专门提出的“二分法”,结果实质相同。但是,如果X是不会功夫的普通人,在上述两种情况下,结果认定可能会出现显著差别。而对于这种差别,二分法显然无法做出具有逻辑一致性的解答。

另外,“二分法”的前提在于防卫过剩的可辨识性。在[情况一]至[情况四]中,X只实施了一个行为,之所以认定其行为具有过剩性,是因为客观而言,空手道高手使用回旋踢击打受害人头部的行为,和用枪防卫赤手空拳者一样,具有所谓“质”的过剩。质的过剩,是指防卫行为本身具有必要程度以上侵害性的情况。^⑤而这也被认为是防卫过剩的标准样态。如果从这种观点来看,在上述四种情况下,X的

防卫,可以说自始过剩。但是在[情况五]中,X实施了使用回旋踢击打A男头部之后,就行对于A男的腹部进行了踢打,这意味着出现了复数的防卫行为。对于复数防卫行为,学界虽然存在“一体化评价”的观点,^⑥但其显然在司法实践中,没有得到日本最高裁的接受。对于防卫者实施一个暴行之后,在时空条件存在连续性的情况下实施了第二个暴行,而其实施第二个行为的目的不是为了防卫,而是为了攻击,则将两个暴行作为一体化评价,认定其构成过剩防卫不具有相当性。^⑦如果是基于同一防卫意思,即使第一暴行已经将防卫人置于无法反抗的处境,之后实施第二暴行的,仍然可以作为一个行为加以评价。^⑧但在[情况五]中,且不论死亡结果究竟由第一暴行,还是第二暴行造成,因为X实施的第一暴行具有自始的过剩性,无论其踢打A腹部的行为是否出于防卫目的,其防卫行为都属于“误想过剩防卫”。更为根本的问题更在于,两分法采取的是认识说,即要求误想防卫人认识到其误想防卫行为的过剩性,但是在复数防卫行为,即所谓“量的过剩防卫”语境下,判断标准则强调意志性,也就是说,是否具有防卫目的。更何况,很多情况下,防卫目的与攻击目的往往并存。^⑨

二、原因的辨明:二分法与既有话语背景的契合与背离

本来,是否成立故意犯,与是否适用《日本刑法》第36条2项刑罚减免,属于“不同纬度的问题”,^⑩但在处理所谓“误想防卫过剩”问题时,日本刑事司法实践却通过所谓“二分法”,将定罪与量刑作为一个问题加以处理。针对这一理论争端与实践困境,在某种程度上,需要从日本刑法犯罪论体系的合理解读与批判中,寻找答案。

(一)三阶层犯罪论体系^⑪中故意的暧昧定位

如上所述,日本刑法通说及裁判例都将典型的误想防卫作为事实认识错误加以理解。但是,这就会导致一个问题,也就是说,其所阻却的是构成要件的故意,还是责任故意?^⑫如所周知,德日刑法犯罪论体系的核心特质,在于阶段性区分违法与有责。德国学者罗克辛认为,“违法性与责任的区分,是过去百年间刑法学中的最重要见解”。^⑬诚如日本学者松

原芳博教授所言,如果不是违法性与责任之间的区别,全部无罪判决能够传递给大众的信息只能是“这些行为是法律所允许的行为”。正是因为违法性与责任的区分,可以在不承认行为正当性的前提下,将行为人解放出来。而且,对于不具有违法性的行为,不得进行正当防卫,但是对于缺乏可责性的行为,可以进行正当防卫。

但三阶层犯罪论体系的缺陷,与其优势同样明显。其中,故意的合理定位,^①以及与其直接相关的认识错误合理认定,^②可被视为三阶层犯罪论体系所遭遇的最大挑战。^③严格意义上,日本刑法和德国刑法一样,并未明确界定何谓“故意”,在司法实践与理论解说中,就故意在犯罪论体系中的地位,也多有争辩。^④说到底,三阶层犯罪论体系中故意地位的暧昧性,表现为故意突破责任位阶之后“去向成谜”,以及故意进入构成要件之后的“支离破碎”。

首先,从历史维度来看,故意在三阶层犯罪论体系中的定位,随着刑法理论的发展,呈现持续的不稳定状态。最初,基于“违法是客观的,责任是主观的”这一传统立场,故意被视为责任要素。随着对主观违法性要素的认识,继而又引出主观性构成要件要素是被类型化了的主观违法性要素,最终得出故意亦属于主观违法性要素和主观构成要件要素的结论。^⑤类似承认故意在犯罪论体系中具有“二重性”地位的观点,部分成为误想防卫过剩“二分法”解读模式的逻辑前提。这种认定模式的问题在于,一方面构成要件中的故意将丧失犯罪个别化的机能,导致在构成要件阶段与责任阶段罪名不同的问题。另一方面,如果在误想防卫者对于超越防卫程度有认识的情况下,仍然认为其成立过失犯,那么对于超越防卫程度有认识的普通过剩防卫者认定故意犯,显然不均衡。和其他错误不同,正当化事由的错误兼具构成要件和违法性错误的特征,“位于构成要件的错误以及违法性的错误的中间位置。”^⑥窠臼于三阶层的既定语境下故意体系位置的不确定,日本刑法学界对于正当化事由的错误究竟属于事实的错误还是违法性错误,自古以来就存在极大的对立。^⑦就误想防卫来说,德国通说观点认为,误想防卫者对于遭遇袭击存在认识错误,如果对此有过失,就应作为过

失犯加以理解,而不该当故意犯的刑罚。但是如果这样的话,所谓误想防卫的行为,也应该当某种构成要件才是。对此,如果将故意作为犯罪构成要件的构成要件的话,那么故意的内容只要是对于构成要件的实现的认识、预见就已足够,而对于违法性阻却事由的误想对此并无影响。这就是之前提到的所谓严格责任说。但是,如此一来,对于误想仅仅存在过失的防卫者来说,虽然其罪责仅仅是过失犯,但却需要作为故意犯加以处罚。因此,目前德国的通说认为,在这种情况下,故意并非故意不法,因此仅承认过失犯的法效果。也就是将该当故意犯构成要件的行为,实质上作为过失犯处理。导致这种复杂矛盾产生的理由即在于固执地坚持故意是犯罪的构成要素,轻视对于违法性是有认识的场合或者共犯的从属性的关系。不仅如此,在刑事诉讼法中,故意是犯罪的构成要素,在实体法中,却通过对于违法性阻却事由的认识加以否定。^⑧

其次,从现实维度来看,已然进入构成要件的故意,概念始终保持不明确的“支离破碎”状态。德国刑法理论通说认为,犯罪除了客观构成要件之外,还包括故意、过失等主观构成要件。^⑨但在三阶层犯罪论体系中,如果将故意作为构成要件要素,在逻辑上可能会导致在符合构成要件之后又予以否定的矛盾,^⑩从而与分离违法与有责的初衷相悖。^⑪具体来说,作为构成要件要素的故意,是检方必须要证明的定罪事实,其问题在于,如果认定误想防卫的场合不存在故意,那么这一观点虽然以行为的构成要件该当性为前提,但却回溯性地由否定了行为的构成要件该当性本身,从而引发矛盾。因此,后来才出现了修正观点认为,作为构成要件要素的故意,单纯指构成要件的实现意思,与根据违法性阻却事由阻却的故意,分置于不同体系当中。前者被称之为“构成要件的故意”,后者被称之为“责任故意”。但修正观点也存在问题,在这种情况下的构成要件故意,缺乏区分故意犯与过失犯的机能,即犯罪个别化机能。因为在误想防卫语境下,如果过失导致误想的,应对其认定过失伤害罪。也就是说,虽然具有构成要件的故意,但只成立过失犯。^⑫为了摆脱构成要件故意缺乏区分故意犯罪与过失犯罪功能的弊端,势必将违

法性要素纳入故意的本质概念之中。如果将违法要素视为故意的本质,那么违法阻却事由也应该包括在故意的认识对象当中,换句话说,必须将违法阻却事由上升到构成要件阶段,作为所谓“消极的构成要件要素”。^③随着对主观违法性要素的认识,继而又引出主观性构成要件要素是被类型化了的主观违法性要素的东西,最终得出故意亦属于主观违法性要素和主观构成要件要素的结论。这个结论的得出很大程度上取决于构成要件符合性、违法性、有责性三要件之间的特殊关系。然而,构成要件、违法性和有责性三个领域中的故意的具体内涵和理解侧重点存在差异。^④在这个意义上,对于违法性阻却事由存在误想的场合中,应当属于构成要件的事实错误,即使责任说来看,也应该否定犯罪的故意。^⑤这种观点虽然可以为标准的误想防卫提供司法认定根据,但却无法有效解释边缘样态的“误想防卫”,因此才需要在诸如误想防卫过剩等问题的司法认定上采取两分法。

说到底,导致如此混杂局面出现的根本原因,在于故意存在与否实际上是一种经验判断,而非法律判断。正如“德国联邦最高法院”(BGH)所认为,如果行为人明知会发生导致被害人死亡的结果,仍然实施危险行为,就认定其具有杀人故意,否则必须得出相反的结论。但是,对于其内容或根据,并无太多说明,因此,其还不能算作是一种成熟的理论。也就是说,故意成立与否,根本无法用语言对其理论构成加以说明,而仅仅是一种经验判断。^⑥换句话说,“真正决定正当防卫成立与否的也不是‘急迫’这种规范性标准,而是某种超规范的东西。”^⑦

(二)防卫过剩的类型划分悖论

一般认为,《日本刑法》第36条第2款中所谓防卫过剩,有“质的过剩”与“量的过剩”两种类型。其中,质的过剩,是指针对紧迫的非法侵害的防卫行为超出相当性限度的情形,通说对于过剩性的有无,采取客观标准判断,换句话说,如果侵害人赤手空拳,防卫人用枪防卫的,就属质的过剩。^⑧而量的过剩是指,因为最初实施正当防卫行为,导致之前的侵害行为终了,但之后仍然继续攻击的情况。一般将侵害终了作为量的防卫过剩的成立要件。^⑨防卫过程中

偶尔出现的过剩一般不会被单独评价,如果出现持续过剩,则大多数情况下转化为“量的”过剩,但如果急迫不正侵害有继续,则仍然可以被称之为质的过剩。^⑩行为人,针对实施急迫不正侵害实施防卫,即所谓第一行为,之后虽然侵害人被击倒,仍然继续实施后续行为,即所谓第二行为的,构成正当防卫还是防卫过剩。一直以来,存在整体判断及区分判断两种观点。对此,日本司法实务坚持认为,无论是侵害持续过程中实施数个暴力的情形,还是侵害结束之后暴力行为仍然持续的情形,都应当贯彻对于防卫行为的整体评价原则,而不得根据具体案情分别评价为两个行为,若出现某种不均衡,只要作为量刑情节予以考虑即可。例如,有的裁判官明确指出,防卫行为的整体性原本属于刑法上的行为个数的评价问题,属于构成要件阶段或者构成要件之前的评价问题。他认为,在探讨犯罪的成立与否之际,首先,有必要确定“一个行为”的内容,这一点先行于对构成要件该当性以及违法阻却事由的探讨;其次,在认定存在这种“一个行为”的场合,对“一个行为”的整体进行构成要件该当性与违法阻却事由的判断,就是理所当然。因此,对于由第一行为造成了重大结果的情形,割裂已经确定的“一个行为”,“将其分开评价是不合逻辑的,当然应贯彻整体性评价”。^⑪更有对此表示支持的学者认为,针对急迫不正的侵害,基于实质的一个意思决定,在同一机会中同种的法益侵害行为,应当理解为一个连续的对抗行为。即使对于所谓防卫过剩来说,因为其实质上只具有一次意思决定,因此责任减少,因为对于同一法益的侵害违法性减少,尽管形式上该当复数的构成要件,但应当作为一个行为处理。^⑫

整体评价原则的问题在于,实施了第一防卫行为导致侵害行为终了的,继续实施的第二行为已经不是针对急迫不正的侵害实施的防卫行为,从逻辑上来讲不再是防卫行为,无法阻却违法。如果侵害行为的终了对于防卫的成立十分重要,那么将量的过剩视为过剩防卫的一种,是否存在逻辑上的问题?^⑬毕竟从量的防卫过剩这一概念本身来看,其突出特征即在于前半部分为正当防卫,而后半部分为违法行为,在这个意义上,坚持整体判断是否与误想

防卫过剩中采取两分法的做法相矛盾?如果侵害人已经丧失意识,客观上已经无法继续侵害,在此时点之后防卫人的侵害行为,就应被视为完全建立在攻击的意思基础上,并不具有防卫的意思。换句话说,以是否具有所谓防卫意思为界限,第一暴行与第二暴行之间出现了所谓“断绝”。^③

总之,将防卫过剩区分为质的过剩与量的过剩两类,坚持在量的过剩防卫中适用整体评价的方法,本身存在将违法性判断与构成要件判断混同等逻辑悖论,同时也在形式上与误想防卫过剩的司法认定中所采取的二分法存在冲突。

(三)裁判员制度引入对于既有认定范式的冲击

2009年5月21日,日本裁判员制度正式施行。作为日本司法改革的三大主攻方向之一,可以将政治民主加以贯彻,通过践行司法民主抗制司法“独裁”、提升案件质量、增强公众的司法认同、提升司法的公信力与正当性。总之,允许国民参与刑事司法,在刑事判决当中体现国民的常识性认识,已经成为日本立法、司法与理论界的前提性共识。^④日本裁判员制度,并不适用于所有刑事案件的审理。换句话说,并不适用于所有层级裁判所,亦不适用于所有类型的刑事案件。裁判员制度作为地方裁判所推行的一种刑事裁判制度,并不适用于刑事裁判的控诉审、上告审以及民事事件等。进一步而言,裁判员制度仅仅适用于该当死刑、无期惩役或禁锢的犯罪,以及《裁判所法》第26条第2项第2号所列故意犯罪导致被害者死亡相关的犯罪。具体来说,使用裁判员制度的罪名包括“杀人罪”、“抢劫致死伤罪”、“伤害致死罪”、“(准)强制猥亵致死伤罪”、“(准)强奸致死伤罪”、“危险驾驶致死伤罪”、“现住建筑物放火罪”、“诱拐罪”(以勒索赎金为目的)、“监护责任者遗弃致死罪”以及违反“觉醒剂取缔法”的特定行为。^⑤据不完全统计,裁判员制度适用三年来,审结最多的是抢劫致死伤罪,涉及这一罪名的裁判员裁判案件,占有所有裁判员裁判案件的24.4%。其次分别为杀人罪,占百分之20.9%;现住建筑物等放火罪,占9.5%;违反觉醒剂取缔法的相关犯罪,占8.4%;伤害致死罪,占8.2%;(准)强奸致死伤罪,占7.1%;(准)强制猥亵致死伤罪,占5.8%。^⑥由此不难看出,虽然裁判员制

度适用范围相对有限,但的确与误想防卫过剩的对应罪名,如伤害致死罪存在重合,换句话说,存在对于误想防卫过剩适用裁判员制度加以认定的空间与研讨的必要性。

概括而言,适用裁判员制度对于误想防卫过剩问题加以认定造成的冲击后果,主要体现在如下几个方面:

首先,既有的犯罪构成体系与刑法解读范式都建立在仅适用于经过高度训练且远离社会生活的职业裁判官这一特殊群体的基础上。正因如此,无论是递进式的犯罪构成体系,还是诸如社会相当性等刑法理论,都是在“社会一般人”缺位时为职业法官提供的一种“简便算法”。例如,社会相当性最初是指行为的社会属性,具有否定以因果关系为基础的构成要件该当性的作用。这就意味着从社会伦理的角度来看,不能严格区分事实与评价。一旦承认构成要件该当性,就应该否定社会相当性,承认违法性阻却,就意味着肯定社会的相当性。^⑦也正因如此,对于三阶层等犯罪论体系的认知才出现了某种本末倒置的现象,松原芳博教授曾精辟地指出,犯罪构成要件不是刑法的终点,而是起点的原因。换句话说,犯罪论的体系化,并不单纯为了让裁判官整理自己的思路,更是为了新的解释论或体系论的发展奠定基础,和单纯提高刑法的可操作性相比,犯罪构成要件更是为立法者准备的。^⑧随着裁判员制度的导入,起码在部分意义上,刑事司法中“社会一般人”不再缺位,而是在可能的限度内,应与裁判官达成对于事实认定的共通理解与相关法律的正确理解。质言之,在裁判员参加的程序中,确保裁判员作为主体进行实质性参与,需要从这一程序设置对于单纯由裁判官审理案件的角度,在立法与司法层面做出有针对性的调整。^⑨

其次,随着裁判员裁判制度的导入,如何对于作为裁判员的普通人说明故意等难解概念,就成为一个问题。刑法学说中对于犯罪的界定,特别是构成要件论、违法论、责任论的概念构成不仅十分艰深晦涩,而且观点众多,普通人很难理解。司法实务中,对于构成要件中的客观性要素和主观性要素,记述性要素和规范性等要素^⑩如何理解,将实质决定司法

认定的具体结果。进一步而言,从使得与法律概念相关的判断对象简洁化、明确化的观点出发,对于裁判员,仅仅说明犯罪的成立条件显然不够,还需要裁判员对于裁判员解释构成要素的具体含义加以解释。^⑧但日本国的刑法以犯罪类型包括的内容十分广泛、法定刑幅度极大为特征。仅仅从条文来看,根本无法明确刑法的射程,虽然可以通过判例等方式进行解释,但这往往会导致很多无理解释,甚至是类推解释。裁判员在对于裁判官进行的法律解释存在疑问时,虽然应该向裁判官寻求合理的解释,但如果裁判官的解释本身就存在违反宪法的类推嫌疑,是否还要必须对其加以遵守?^⑨另外,对于作为误想防卫过剩这一问题讨论核心的故意犯罪成否问题,根据相关指导意见,只要行为人实施的行为高度可能致人死亡,就可以推定行为人的杀人故意。换句话说,行为的危险性高低与杀人故意是否存在,就建立起了紧密关系。^⑩但仅仅根据客观行为的危险性,就直接认定杀人故意的有无,显然存在故意的抽象化或所谓故意的客观化的问题,^⑪换句话说,这种对于裁判员的法律指导意见,依然无视其作为社会一般人在相当性认定方面的独特作用。就误想防卫来说,区分事实错误与违法性错误就变得十分重要,特别是针对误想防卫过剩,如何区分误想防卫与正当防卫就变得十分重要。值得一提的是,2018年3月,日本早稻田大学松泽伸、高桥则夫以及东京大学桥爪隆等知名学者合著的《裁判员裁判与刑法》^⑫一书出版,标志着日本刑法主流学者也开始关注裁判员制度与刑法本体论的互动关系问题,亦从某种程度上证明了笔者上述论断的正确性。

三、话语的转换:刑法体系语境下的概念嬗变

在已有的国内学术资源中,很难找到与前文提到的“英国骑士精神事件”完全相同的案例,但饶有趣味的是,我国学者曾提出过一个被其称之为假想防卫过当的案件,姑且可以将其称为“加油站见义勇为事件”。^⑬之所以选择这一事件作为比较研究范本,不仅因为本案与“英国骑士精神事件”在案情要点、处理结果上极为类似,更因为关注这一问题的国内学者往往将“加油站见义勇为事件”作为假想防卫过当的典型案件,并适用日本刑法中解决“误想防卫过

剩”问题的二分法,作为论证“加油站见义勇为事件”司法认定结果正当性的理论根据。有鉴于误想防卫过剩概念与日本刑法规定、日本犯罪论体系之间的密接关系,以及二分法在解决误想防卫过剩及其边缘样态时暴露的问题,我们不禁要问,从中国刑法规定及相关理论语境下,是否存在“误想防卫过剩”这一概念所指代的特定问题样态?是否存在直接适用二分法对于此类“问题束”加以理论解说的可能性与可行性?对于类似于“加油站见义勇为事件”的司法认定结果,又应该基于何种立场加以论证或批判呢?

(一)比较解读前提的合理确定

因为中日刑法规定、刑法理论乃至刑事司法体制的不同,在不预设前提的情况下,就将诸如“误想防卫过剩”这一概念以及解决这一问题的二分法作为一个“中国问题”的“中国答案”,显然有待商榷。事实上,如果不解决大陆刑法中的概念范畴与中国体系的语境对接问题,无疑将对于疑难事案的定性难有助益,或更添纷争。^⑭这一观点的正确性在于强调了比较刑法研究需要在确定前提语境的情况下进行研究这一十分重要、但又经常被忽略的基本原则。

首先,误想防卫概念及其对应的二分法是解决日本刑法与犯罪论体系固有齟齬的司法“急就章”。

在承认日本犯罪论体系结构精妙、逻辑贯通等技术优良,以及“除罪化”的司法导向之外,必须同时意识到为了追求上述目标其所付出的代价,具体来说,以三阶层为代表的犯罪论体系,必须同时兼具犯罪的性质论与犯罪的认定论两大功能,前者属于包括行为规范的违法有责的评价,后者则是制裁规范的当罚性、犯罪类型性的评价。^⑮这种设计固然初衷甚好,但却无法在犯罪性质的合理解说与犯罪认定的司法适用方面达成完美的统一。过于勉强地“模拟”诉讼法中区分“构成”与“阻却”的证明责任的方法,使得日本犯罪论体系在共犯问题、“犯罪的意思”的定位问题乃至本文着力研讨的“误想防卫”等问题上出现“处罚的间隙”。^⑯具体来说,这种让犯罪论体系身兼二职的做法,在逻辑上只能具有单向逐级限缩性及不可逆性。一方面,以行为之质与构成要件故意为核心的第一层次犯罪圈,必须较为宽泛,从而导致其较为缺乏区分特质。日本学者也承认,该国

刑法中作为犯罪类型的构成要件范围极其广泛,与之相对应的法定刑幅度也很大,仅仅从法律条文来看,其外延射程绝非一见即明,往往需要结合裁判例才能对其加以确定。^⑧另一方面,对故意概念不做限定,使故意脱离法律羁绊,呈现多元化。^⑨例如,根据日本刑法,如果行为人基于暴行的故意实施暴行,结果致人伤害的,显然不符合《日本刑法》第208条暴行罪的构成要件,又因为没有伤害的故意,不该当《刑法》第204条规定的伤害罪构成要件,因此,如果行为人对于伤害的结果没有过失,就只能依据《日本刑法》第208条加重处罚,而这种处罚是否适当,甚至说是否该当本罪,都成为司法者必需回答的一个问题。^⑩正因如此,在“英国骑士精神事件”这类行为人基于误想实施了不具有相当性的防卫行为的问题阈上,用实体法“绑架”程序法,用刑法解释“架空”司法认定,让作为法律精英的职业法官模拟社会一般人的犯罪论建构思路所累积的矛盾产生了“总爆发”,而“误想防卫过剩”则正是对此问题司法妥协经验的理论整理与概括。

其次,我国刑法中因为存在故意的实质性规定及无限防卫权的规定,使得“误想防卫过剩”概念丧失了继续存在的立法基础与司法需要。

相较于日本刑法理论中故意的多元化^⑪与形式化,^⑫一般认为,我国刑法中的犯罪故意具有实质性。换句话说,即使对于我国《刑法》第14条规定的是故意犯罪还是犯罪故意存在争议,但较无争议的是,我国刑法中的故意是一种包括认识因素与意志因素的所谓“一元化的故意”,通过将不法意识加入故意,从而将事实判断和价值判断合为一体,属于“实质故意概念”。^⑬虽然国内学界目前较为有力的观点试图借由三阶层等大陆刑法理论解读我国刑法规范,但必须明确的一点是,刑法对故意概念的一元化设置与阶层犯罪论体系之间存在冲突,有学者就提出,我国台湾地区刑法包括认识因素与意志因素的故意,对于秉持德、日阶层犯罪论体系的台湾地区构成要件理论造成极大冲击,导致学理与规范出现了不协调。^⑭事实上,因为我国《刑法》第13条的但书规定,已然前提制约了我国刑事立法与三阶层犯罪论体系的可兼容性。传统苏联刑法将犯罪构成要件

作为刑事责任的唯一基础,从而限制司法者的裁量余地,保证刑法这一制定法具有较强的约束力。^⑮在这个语境下出现的实质性犯罪故意这一立法规定,先验地排除了复数故意的可能。反观日本刑法,恰恰是通过大谷实等倡导的存在违反责任主义的复数故意说^⑯理解误想防卫过剩概念的。除此之外,更为重要的是,我国刑法中规定的所谓“无限防卫权”,在很大程度上“挤占”了日本刑法试图通过“误想防卫过剩”概念所解决的问题阈值范围。虽然我国1979年旧刑法中防卫限度的规定与《日本刑法》第36条第2款规定的立场较为接近,但1997年适用的现行刑法对正当防卫作出了重要的修正。在此情况下,死守原有的理论或一味借鉴日本学说对防卫过当的解读,而不做出相应的调整,未免太过罔顾立法,也缺乏基本的正当性。^⑰诚如该学者所言,如果对中日有关防卫的立法规定做简单的文意比较,不可能揭示与呈现太多丰富的内容。说到底,对防卫限度的规定具体如何理解,还要看其国内主流理论与判例所作的界定。基于罪刑法定的原则,解释论上不能无视立法提示,一味照搬日本刑法理论对正当防卫正当化根据的解读,更不应将我国正当防卫的认定标准解释得与日本一样。^⑱正因如此,中日刑事立法与犯罪论体系的实质性差异,导致“误想防卫过剩”概念所指代的问题阈发生重大变化,不具有简单移植的前提条件,无法照搬适用。

再次,二分法的方法论根据在于行为数量的实用主义刑法认定,而非基于行为无价值或结果无价值前提的逻辑推演结果。

刑事司法说到底应当是一种实用主义的价值判断,而非从某种预设逻辑前提出发的单纯线性逻辑推演。如果说误想防卫过剩概念彰显了三阶层模式的固有缺陷,^⑲解决这一问题的二分法也在误想防卫过剩的基本样态与边缘样态方面遭遇各种障碍。在这个意义上来讲,抛却语境,讨论误想防卫过剩概念固然毫无意义,即便跳跃这一层面,讨论作为解决这一问题司法对策的“二分法”,也不具有比较法的方法论借鉴价值。正因如此,我国有学者在此基础上继续追问,试图从行为无价值或结果无价值的话语进路探讨这一问题。的确,这也是日本学者的传统

思维范式。例如,对于故意所处犯罪论体系的阶层定位,一种有力的观点认为,从行为无价值论的角度看来,故意属于违法要素,而在结果无价值论看来,故意具有不遵从法规范的有意性,是行为具有可谴责性的前提和基础,应是一种责任要素。^⑨我国有学者由此认为,在排除危害性事由的领域,对主观正当化要素的强调也表明,我国实务的观点倾向于行为无价值论。但在防卫过当与假想防卫过当的认定中,一种更接近于结果无价值论立场的思考方式,具有压倒性的影响力;也正是在这种思考方式的支配之下,防卫限度的标准被过于严格地把握,防卫人动辄被认定构成防卫过当,并按故意犯罪来处罚。^⑩应当说,相较于“二分法”的简单关注,这种追问更具理论反思深度,但却忽视了行为无价值与结果无价值与阶层犯罪论体系的严密对接性。事实上,梅兹格率先区分所谓针对违法性的评价规范与针对可责性的决定规范之后,德日学界开始将决定规范作为行为无价值的基础,将评价规范作为结果无价值的基础。^⑪更何况区分行为无价值与结果无价值还存在逻辑上的悖论,换句话说,如果彻底贯彻结果无价值,那么是否还存在未遂这个概念,如果彻底贯彻行为无价值,那么是否意味着既遂也没有意义呢?更何况作为构成要件要素的故意和作为主观违法性要素的故意都是以行为为依托来认识的,不过前者是从形式上对行为进行事实上的评价,后者是从实质上对行为进行法律上无价值的评价。^⑫换言之,“二分法”背后的方法论根据,应当立足于行为个数的计算与评价这一方法论视角,才更具比较法意义。行为是一个还二个,考察的是针对对象的自然动作的社会意义。也就是说,对于行为人的意思以及结果需要以行为的客观面为基础,只有这样才能进行具有社会意义的判断。^⑬实际上,实用主义的刑法解释论并非无视基本理论,而是试图在基本理论与结论之间建立直接联系,因为规避了复杂的理论构成,无论是对此加以修正还是加以批判,都相对容易。^⑭

(二)中国刑法语境下的假想防卫过当的合理解读

虽然因为刑法规定及犯罪论体系存在根本性差异,在我国刑法语境下并不存在所谓“误想防卫过

剩”概念及与之相关的两分法解决路径,但这并不意味着我国不存在所谓“假想防卫过当”所指代的特殊防卫情况,也并不意味着作为两分法合理方法论内核的行为认定标准与方法不具有比较法意义上的可借鉴性。

首先,我国刑法语境下存在应被概括为“假想防卫过当”的特殊防卫情况。

按照一般解说,我国《刑法》第20条第1款和第2款规定了不负刑事责任的正当防卫和已经构成犯罪并且应负刑事责任的防卫过当,但从逻辑上来讲,这并不等于说在二者之间不存在既不属于正当防卫又不属于已经构成犯罪的防卫过当的不当防卫行为。^⑮例如,“加油站见义勇为事件”中的行为人,一方面误认为不法侵害正在进行,另一方面实施了客观上明显超过必要防卫的所谓防卫行为,显然不属于正当防卫,也很难认为其属于防卫过当。毕竟一般认为,防卫过当以不法侵害真实存在为前提,但因为行为人在防卫过程中明知自己的行为会明显超过必要限度并因此造成重大损害,希望或者放任这种结果发生,才被视为故意犯罪而非防卫过当。^⑯进一步而言,问题就变成了假想防卫的司法认定问题,准确来说,是假想防卫是否存在过当的问题。从逻辑上来讲,假想防卫不属于正当防卫,因此也就不应该存在与事实存在不法侵害为前提的防卫过当的重合空间。这也是我国司法实务界往往不承认存在“假想防卫过当”概念的重要原因。^⑰另外,按照我国刑法理论的通说,假想防卫要么成立过失犯罪,要么属于意外事件。因此如果认为防卫过当可以由故意犯罪构成,那么即使承认存在假想防卫过当,也会出现若假想防卫过当是过失则认为过当行为成立过失犯罪,如假想防卫是意外事件则认为过失行为成立故意犯罪的不合理现象。^⑱

事实上,既有研究的问题点在于讨论得过于笼统概括。从逻辑可能性的角度,可以将假想防卫分为质的假想防卫与量的假想防卫两大类。所谓质的假想防卫,是指在根本不存在任何不法侵害的情况下,行为人基于错误认识实施防卫并造成了无辜者的人身伤亡结果。所谓量的假想防卫,实质虽然存在较低层级的不法侵害,但行为人误认为其所实施

的是该当无限防卫的行凶、杀人等特定犯罪进而实施了防卫,造成了不法侵害者的人身伤亡结果。

和传统观点不同,本文认为,对于质的假想防卫,无论假想防卫行为人实施的防卫行为在手段与结果两个维度^⑤上是否明显过当(如果行为人假想的不法侵害真实存在),都可以从错误论的角度,将质的假想防卫视为法律认识错误,不承认其阻却故意。^⑥对此,需要指出的是,质的假想防卫不阻却故意,行为人对于过当危害结果的心态,只能作为责任评价的依据之一加以区别考量。即使在行为人实施了数个假想防卫行为的情况下,无论采取个别评价还是整体评价,^⑦都不会导致与行为人实施一个假想防卫行为实质不同的结论。例如,“加油站见义勇为事件”中,行为人误认为正在发生抢劫,遂用车高速追撞受害人并拖行15米未采取制动,无论将假想防卫人开车追撞以及撞倒行为人未采取制动行为视为一个防卫行为,抑或分开评价,都不影响最终的司法认定。^⑧值得一提的是,如果行为人误认为存在行凶、杀人等特殊不法侵害存在而实施了过当的假想防卫行为,因为刑法中特殊防卫权的规定,其刑事责任应当总体轻缓于误认为存在普通的不法侵害而实施的假想防卫。当然,属于何种假想类型,需要进行事后的合理性判断。

反观量的假想防卫,因为存在不法侵害,只是行为人误将普通的不法侵害当作该当特殊防卫权的行凶、杀人等特殊不法侵害而实施了超过制止普通不法侵害限度的防卫行为,造成了严重危害结果,属于事实认识错误框架下的法律认识错误,是假想防卫与防卫过当的结合体,是我国刑法语境下的“假想防卫过当”。将量的假想防卫整体视为事实认识错误,一方面承认阻却故意,另一方面讨论如何适用防卫过当的责任认定问题。这样一来,可以避免在我国刑法语境下,简单套用三阶层理论,认为假想防卫“既是事实认识错误,也是针对违法性阶层的认识错误”^⑨的矛盾观点,同时可以解释有学者所提出的在假想防卫的问题上,我国司法实务界对故意概念采取的是实质解读,而在防卫过当的问题上却倾向于形式解读,从而在不法评价上出现轻重倒置,缺乏起码的合理性,存在明显逻辑漏洞^⑩的疑问。

其次,我国刑法语境下“假想防卫过当”的应然司法认定标准。

之所以强调“假想防卫过当”概念的独立属性,是因为在不法侵害的确存在的情况下,假想防卫过当和普通假想防卫不同,其所针对的是“不正”的不法侵害。另一方面,假想防卫过当与防卫过当虽然都针对的是“不正”的不法侵害,且都造成了不法侵害人重伤或死亡的结果,但假想防卫过当是对于作为防卫权发动原因的不法侵害程度存在认识错误,属于一种事实认识错误,不同于可以纳入防卫过当范畴考量的针对防卫手段或防卫程度的认识错误。

据此判断,“加油站见义勇为事件”虽不应属于假想防卫过当,但不法侵害性通常存在是一个事实。如果承认存在一定程度的不法侵害,防卫人的行为就不能用假想防卫来解释。^⑪假设该案中被告人追击的不是无辜者,而是因实施盗窃或抢夺而被追击的犯罪嫌疑人,但被告人误认为其实施的是抢劫,因此行使无限防卫权开车撞死该嫌疑人的,就应被视为典型的假想防卫过当事例。

有学者认为,不论行为人对假想防卫的心理态度如何,只要他对防卫过当是出于故意,那么假想防卫过当的罪过形式也是故意。因为假想防卫过当由假想防卫与防卫过当结合而成,所以从理论上可以认为行为人对防卫过当的犯罪故意已经吸收了假想防卫的犯罪过失,应当认为他对最终发生的危害结果整体承担故意犯罪的责任。虽然刑法关于防卫过当应当减免刑罚的规定是以不法侵害确实存在为前提的,不适用于假想防卫过当,但考虑到行为人毕竟具备防卫意识,故可以在量刑上予以适当从轻。^⑫应该说,这种观点没有准确界定假想防卫过当的合理外延与内涵,从而在其罪责的司法认定方面存在一定问题。对于典型的假想防卫过当,如果事后判断被告人对于不法侵害类型的误判具有合理性,且基于这种误判行使了无限防卫权,导致实施了特定类型之外的违法或普通犯罪嫌疑人重伤或死亡的,应从事实认识错误的角度切入,在过失犯的基础上考察假想防卫人的刑事责任问题,而不能简单作为防卫过当加以处理,更不存在直接适用或参照适用防卫过当对其刑责加以必然减免^⑬的法律根据。这是

因为一方面,目前我国刑事司法实践一般倾向于对凡是不属于《刑法》第20条第3款规定的“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”,只要出现不法侵害人重伤或死亡的结果就认定为防卫过当。^⑩如果照搬这种做法,无法解释行为人对于不法侵害类型的合理认识错误应否及如何对其犯意产生影响这一核心问题。此种情况下,行为人不仅没有认识到其行为会发生危害社会的后果,而且认为自己的行为是合法正当的,因此,即使防卫人具有追求假想防卫对象的伤亡结果的心理故意,^⑪也很难认定其作为防卫过当成立故意犯罪。毕竟,认为防卫过当一般构成故意犯罪,而假想防卫至多成立过失犯罪的实务立场,无法解释为什么在假想防卫与防卫过当问题上分别适用故意的实质解读与形式解读,也无法解释防卫过当与假想防卫的责任轻重倒置。^⑫另一方面,日本刑法对于误想防卫过剩采取“二分法”,认定故意责任的同时准用防卫过剩的刑罚减免,是一种不得已的折中办法,即希望通过刑罚见面抵消故意责任的过度否定评价。这一做法虽然在最终结果上可以接受,却引发了极大争议。反观我国刑法语境下的假想防卫过当,因为从事实认识错误的角度确认否定假想防卫人的故意责任,不仅符合“单纯的信念并不能成立正当化的辩护”^⑬这一理念,还通过过失责任的认定,前提降低其可责性空间,规避掉必须“准用”防卫过当刑罚减免的合法性悖论。即便假想防卫者在不法侵害的类型以及制止不法侵害的手段强度及导致的后果方面都发生了合理的认识错误,也不会改变上述认定的基本结论。

最后,我国刑法中“假想防卫过当”彰显的刑事司法示范价值。

的确,就像围绕误想防卫过剩概念的讨论暴露日本刑事立法与三阶层犯罪论体系的诸多弊端那样,我国刑法围绕假想防卫过当以及与之相关的假想防卫与防卫过当的复杂界分,也在很大程度上说明我国刑法典未就“不法”做出解释以及四要件犯罪论体系中缺乏独立的违法性判断内容所造成的弊端。^⑭由此可见,因为立法所具有的先天局限性及人类思维的局限性,根本就不存在一种能够对所有刑

法问题加以合理处理,同时毫无逻辑矛盾或漏洞的解说谱系。在这个意义上,有些学者提出的采用超越刑法条文含义的政策性标准来认定正当防卫^⑮的观点值得肯定。其实,所谓政策性解读,是指职业法官对于社会一般观念的一种代位模拟与判断,主要用来回答“在适用一个‘理性’标准时我们应当求助于谁的理性”^⑯这一问题。这种模拟与判断,是在现行刑事司法体系中缺乏行之有效的民意拟制与导入机制这一刑事司法背景下,^⑰刑事实体法解释方法的一种自我变异与适应。虽然在终局上由裁判官判断,但不可忽视的是,裁判官应当将证人、鉴定人等的判断作为资料,代表一般市民对之进行“确认”,绝不是通过裁判官自己的恣意判断来“创设”它。^⑱因为我国目前尚未建构起行之有效的民意拟制与导入机制,因此能否在既存的解释框架内,建构起针对特定案件类型的经验认定法则与标准,从而尽可能兼顾理论的逻辑贯通性与实效的可接受性,兼顾职业法官的经验判断与社会大众的一般认识与道德预期,就成了一个必须回答的问题。之所以提出假想防卫过当作为一种具有独立属性的概念,目的也在于通过对此问题的相关司法处遇与实然对策的梳理、分析,在不改变或不实质改变既有立法及理论话语的情况下,放弃从特定逻辑起点出发的认证模式,转而求助对于既有经验法则的理性总结。或许只有如此,法官综合具体案件的全部情况,立足于社会的通常观念进行合理判定^⑲的司法认定模式才能获得正当性基础。

正如日本学者松宫孝明教授所言,对于包括犯罪构成在内的中国刑法学问题,要由中国学者从本国的刑事司法实务中面对的具体问题出发,做出自主判断。^⑳日本刑法语境下的误想防卫过剩,在我国刑法语境下已经丧失了存在的基础,但围绕这一概念进行的理论反思与司法争鸣,为我国刑法语境下“假想防卫过当”概念存否、成立范围与解决范式的研讨,提供了以问题解决为导向的实用主义方法论参考。

本文在写作过程中得到国家留学基金委资助,同时得到日本中央大学高桥直哉教授、国学院大学关哲夫教授、早稻田大学山口厚教授(已改任日本最

高裁判事)、松泽伸教授及松原芳博教授给予的悉心指导。感谢《清华法学》匿名评审专家给出的中肯批评。特此鸣谢,文责自负。

注释:

①有学者主张,在传统四要件犯罪构成理论体系中,成立犯罪,除了应具备积极条件——犯罪构成外,还应具备消极条件,符合犯罪构成的行为不是正当行为。参见王政勋:《正当行为论》,法律出版社2000年版,第40页。亦有学者认为,正当防卫属于独立于犯罪构成这一“犯罪基础要件”的“犯罪充足要件”。参见田宏杰:《刑法中的正当化行为》,中国检察出版社2004年版,第177~178页。

②有学者主张,正当防卫等正当化事由作为一个违法性判断的问题,纳入犯罪论体系中,应直接采纳大陆法系中构成要件该当性、违法性、有责性的递进式结构,摒弃苏俄及我国刑法学中犯罪客体——犯罪客观方面——犯罪主体——犯罪主观方面的耦合式结构。参见陈兴良:“违法性理论:一个反思性检讨”,《中国法学》2007年第3期,第168页。类似的观点亦参见张明楷:“犯罪构成理论的课题”,《环球法律评论》2003年秋季号,第262页以下;周光权:“犯罪构成四要件说的缺陷:实务考察”,《现代法学》2009年第6期,第76页以下。

③[德]艾尔宾·埃泽尔、高桥则夫、仲道祐树译:“正当化与免责——作为马克斯·普朗克研究项目的《刑法的一般构造比较》一书的出发点”,《比较法学》42卷3号(2009年),第143页。

④日本刑法通说认为,误想防卫过剩,是指虽然不存在客观的急迫不正侵害,但是基于误信实施了超越抗制侵害必要程度的防卫行为。进一步,又可将其分为对于过剩性有认识,以及对于过剩性无认识的误想防卫过剩。后者就属于所谓“双重误想防卫过剩”。参见[日]野村稔:《刑法总则》(修订版),成文堂1998年版,第237页。

⑤针对误想防卫过剩是否该当故意犯,以及是否可以适用或者比照适用《日本刑法》第36条第2款的减刑规定,在日本刑法理论与实务界,存在极大争议。类似的情况,也出现在德国刑法当中。参见[日]铃木彰雄:“针对误想防卫:以德国理论状况为视角”,《比较法杂志》46卷3号(2012年),第1页以下。的确,德国刑法学者金德霍伊泽尔也承认,二阶层犯罪构造体系与三阶层犯罪构造体系仅仅在一个点上存在差别,亦即发生正当化构成要件之前提条件事实性的认识错误的情况下,是否可以排除故意?如果可以排除故意,那么就能得出二分的构造,如果无法排除故意,就得出三分的构造。参见[德]乌尔斯·金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》,蔡桂生译,北京大学出版社2015年版,第52页。同时,这一观点多少也印证了本文从三阶层犯罪构造体系展开论说的逻辑前提成立。

⑥“判断有误的见义勇为事件”,日本最高裁昭和62年3

月26日决定(刑集41卷2号182页)。

⑦参见[日]大谷实:《新版刑法讲义总论》(第4版),成文堂2012年版,第289页;[日]西田典之:《刑法总论》(第2版),弘文堂2010年新版,第178页;[日]山口厚:《刑法总论》(第2版),有斐阁2009年版,第134页。

⑧参见黎宏:“论假想防卫过当”,《中国法学》2014年第2期,第269页。

⑨参见[日]千叶地方裁判所昭和59年2月7日判决(昭和57年(ワ)第713号)。

⑩《日本刑法》第205条规定:“伤害身体,致人死亡者,处三年以上有期徒刑。”《刑法》(明治40年4月24日法律第45号)。

⑪《日本刑法》第36条规定:“针对急迫不正的侵害,为了防卫自己或他人的权利,不得不实施的行为,不处罚。超越防卫程度的行为,根据情节,减刑或免刑。”《日本刑法》(明治40年4月24日法律第45号)。

⑫参见[日]最高裁判所第一小法廷昭和62年3月26日决定(最高裁判所刑事判例集42卷2号214页)。

⑬例如,如果旁观者Y明知A男当时正在阻止醉酒的B女闹事,但出于个人恩怨,故意告知不知情的X说A男正在试图伤害B女,或者Y看到不知情的A男试图“见义勇为”时,为其提供杀伤性武器等复杂情况。

⑭被告人在家中听到长子在屋外呼救,于是拿着猎枪出门,看到背对着自己的长子(但据称没有看到其手里拿着的链锁),以及拿着菜刀和长子对峙的受害人。被告人并不知道,之前他的长子在受害人没有实施任何侵害行为的情况下,用链锁殴打受害人,并在受害人拿刀之后,没有放弃的意思,依然与其对峙。在这种情况下,被告人开枪,打伤了受害人。最高裁支持了原判的看法,认为被告人的行为属于针对急迫不正侵害的误想防卫,同时超越了其程度,因此准用《刑法》第36条第2项。参见最高裁昭和41年7月7日决定(刑集12卷1001页)。但有学者认为,在本判决中,最高裁并没有使用“误想防卫过剩”一词来指代这种状况。参见[日]内藤谦:“误想过剩防卫的一种情况——承认构成杀人未遂罪的事例”,《警察研究》45卷5号(1974年),第103页。

⑮1947年(昭和22年)5月3日,根据新颁布的日本国宪法及《裁判所法》(昭和22年法律第59号),日本废除了司法省与大审院,将司法省的司法行政权与大审院的裁判权交由新成立的最高裁判所,日本也因此进入到“最高裁时代”。

⑯如所谓“爱知大学事件”。参见[日]名古屋高裁昭和45年8月25日判决(刑月2卷8号789页)。类似的裁判例还包括[日]大阪高裁昭和62年10月28日判决(判タ662号243页)等。

⑰参见[日]渡边誉:“误想防卫过剩”,《南九州大学研究报告人文社会科学编》39号(2009年),第43页。

⑱参见[日]伊东研祐:《刑法讲义总论》,日本评论社2010年版,第256页以下。

①⑨参见[日]福田平:《全订刑法总论》,有斐阁2011年版,第211页以下。

②⑩参见[日]佐久间修:《新演习讲义》,法学书院1988年版,第208页。

③⑪参见[日]石原明:“针对杀人未遂罪承认成立误想过剩防卫的事例”,《法学论丛》81卷1号(1967年),第97页以下。

④⑫误想防卫过剩、误想防卫和过剩防卫的逻辑关系,可见下表:

	客观面	主观面	罪责
正当防卫	急迫不正、相当	急迫不正、相当	无罪·违法性阻却
过剩防卫	急迫不正、不相当	急迫不正、不相当	有罪·刑的减免
误想防卫	非急迫不正、相当	急迫不正、相当	无罪·故意阻却
误想防卫 过剩	非急迫不正、不相当	急迫不正、(不)相当	有罪/无罪

转引自前注④,[日]野村稔书,第239页。

⑤⑬参见前注①⑦,[日]渡边誉文,第43页。

⑥⑭见[日]川端博:《刑法讲义总论》,成文堂2006年版,第384页以下。

⑦⑮参见[日]山口厚:《刑法总论》(第2版),有斐阁2010年版,第134页。

⑧⑯参见前注①⑧,[日]伊东研祐书,第200页。

⑨⑰参见前注②⑩,[日]佐久间修书,第207页。

⑩⑱参见前注①⑦,[日]渡边誉文,第43页。

⑪⑲参见中山研一:《刑法总论》,成文堂1986年版,第285页。

⑫⑳参见前注①⑨,福田平书,第161页。

⑬㉑参见前注②⑤,[日]山口厚书,第133页。

⑭㉒参见[日]前田雅英:《刑法总论讲义》,东京大学出版社2006年版,第447页。

⑮㉓参见前注②⑩,[日]佐久间修书,第208页。

⑯㉔前科累累的被害人逼近被害人的住宅并大喊大叫,在被告人出来询问情况时,被害人突然将右手伸入到自己的口袋,被告人误认为被害人要取凶器,于是用木刀打伤了被害人。参见[日]广岛高判昭和35年6月9日(高刑集13卷5号399页)。

㉕之前曾有持刀骚扰记录的邻居,在半夜酒醉之后,强行闯入防卫人家中,当时正在睡觉的防卫人为了保护自己的家人安全,扼住侵入者脖子将其压在身下,同时让邻居报警,在等待警察到来的过程中,防卫人并未松手,导致侵入者窒息死亡。对此,裁判所认为,防卫人对于急迫不正的危险,错误地实施了误认为符合程度要求的行为,因此作为误想防卫的一种阻却故意,属于过失责任的问题,综合考虑情节,认定其不成立犯罪。参见[日]盛冈地一关支判昭和36年3月15日(下级裁判所刑事裁判例集3卷3·4号252页)。值得一提的是,裁判

所对于本案的分析,完全适用的是误想过剩防卫,并未适用日本刑法中的所谓“无限防卫权”,其规定如下:

第1条在下列法定场合,为了排除针对自己或他人的生命、身体及贞操的现在的危险,杀伤犯人的行为,属于《刑法》第36条第1项规定的防卫行为。一、防止盗犯或夺或盗脏时;二、防止携带凶器并且逾越毁损门户墙壁,或开锁进入有人住居或有人看守的邸宅、建造物或船舶时;三、要求侵入有人居住或有人看守的邸宅、建造物或船舶的人退却而其不退却,故加以排斥时。在前项各种情况下,因为对自己或他人的生命、身体及贞操的现在的危险,即使行为人出于恐怖、惊愕、兴奋或狼狈,当场杀伤犯人的,亦不处罚。参见“盗犯等防止及处分相关法律”(昭和5年5月22日法律第9号)。类似的裁判例还可以参见[日]大阪地方裁判所平成23年7月22日第6刑事部判决(判例TIMES1359号251页)。

⑰㉖参见[日]野村稔:《刑法演习教材》,成文堂2004年版,第51页。

⑱㉗根据空手道的一般规则,因为飞腿等回旋踢技法杀伤力极大,故不得用其击打对手头部及腰部以下部位。

㉘被告人与自己的哥哥等四人,与包括A在内的十多名男女发生口角,遭到A等使用木刀的攻击,被告人逃入停在附近停车场的家用轿车内时,发现在车辆后方,自己的哥哥和受害人正在争夺木刀,情急之下为了保护哥哥,决意开车去撞对方,随即发动汽车,朝向A的方向,以时速约十五到二十公里的速度倒车,虽然撞到了A,但同时还撞到了自己的哥哥,导致其肝脏挫伤,送病后因出血性休克死亡。裁判所认为,检方提供的证据,无法证明被告人成立故意犯。同时,因为被告人当时受到了强烈刺激,产生了心理的动摇,很难认定存在认定被告人过失责任的基础,即注意义务。因此,认定被告人无罪。参见[日]大阪高等裁判所平成14年9月4日第三刑事部判决(判例TIMES1114号293页)。

㉙对于相关学说的系统梳理,可参见[日]百合草浩治:“就防卫行为对于第三者的法益侵害(一):违法性判断框架内的解释论考察”,《名古屋大学法政论集》194号(2002年),第138页以下,及后续系列论文,不一一标注。

㉚参见[日]齐藤彰子:“防卫行为造成第三方死亡情况的处理;大阪高判平成十四年九月四日(判例タイムズ—四号二九三页)”,《金沢法学》47卷1号(2004年),第342页以下。

㉛参见[日]最高裁判所第一小法廷昭和46年6月17日判决(刑集25卷4号567页)。

㉜参见前注②⑤,[日]山口厚书,第134页。

㉝参见[日]仲道祐树:“过剩防卫中的行为把握”,《早稻田社会科学总论研究》第12卷第2号(2011年),第2页。

㉞参见[日]最高裁平成20年6月25日第一小法庭决定(最高裁判所刑事判例集62卷6号1859页)。

㉟参见[日]最高裁平成21年2月24日第一小法庭判决(最

高裁判所刑事判例集63卷2号1页)。

④例如,为了正当防卫,被告人对着受害人的脸猛击一拳,导致该人摔倒在地,在这种状态下,被害人仍然对着被告人伸出双手比划并骂。东京高裁认为,应当承认被告人有理由认为急迫不正的侵害继续,加上对因为酒精中毒而粗暴的被害人感到反感,因此也有攻击的意思。但不能否认其有防卫的意思。参见[日]东京高裁1980年11月12日判决(判例时报1023号134页)。

④前注②,[日]前田雅英书,第351页。

④在德国和日本,“多数人采取三阶层体系(构成要件符合性、违法性、有责性),但也有不少学者采取四阶层体系(行为、构成要件符合性、违法性、有责性)或者两阶层体系(不法与责任)。”参见张明楷:《犯罪构成体系与构成要件要素》,北京大学出版社2010年版,第24页。

④参见前注④,[日]野村稔书,第308页。

⑤转引自[日]松原芳博:《刑法总论》,日本评论社2013年版,第231页。

⑤德日犯罪论体系的争论,大都涉及故意的体系位置,故意的体系位置构成了检测犯罪论体系是否妥当的一个非常重要的标准。参见杨春然:“论故意在三阶层犯罪论体系中的位置”,《中外法学》2011年第4期,第729页。

⑤例如,德国刑法学在故意概念问题上发展出意志要素无无论、意志要素必要论和间接故意与有认识过失合一论三种基本主张的对立,以及十余种标记鲜明的理论学说。参见陈磊:“类型学的犯罪故意概念之提倡——对德国刑法学故意学说争议的反思”,《法律科学》2014年第5期,第190页以下。与之相对应,德国刑法学中针对误想防卫过剩的责任类型,也存在不同的看法。较为主要的分歧在于一种观点认为原则上成立故意责任,另外一种观点认为误想防卫过剩最多只能承认过失责任的想法。参见前注④,[日]渡边誉文,第43页。

⑤三阶层犯罪论体系需要面对的难题还包括共犯问题、未遂问题等。具体参见[日]松宫孝明:“犯罪体系论再考”,《立命馆法学》6号(2007年),第321页;[日]松宫孝明:“讨论犯罪体系的意义”,《立命馆法学》1号(2011年),第378页。

④参见[日]川端博:《刑法总论25讲(论点法学)》,青林书院1990年版,第45页以下。

⑤参见张亚平、郑永川:“故意在大陆法系犯罪构成论体系中的地位”,《天津法学》2014年第1期,第30页。

⑤[日]曾根威彦:“正当化事由的错误”,《早稻田法学》58卷2号(1983年),第87页。

⑤参见[日]佐久间修:“いわゆる正当化事由に関する错误——とくに误想防卫を中心として”,《名古屋大学法政论集》89号(1981年),第76页以下。日本刑法理论中一种较为有力的观点认为,误想防卫阻却故意的根据在于其属于事实认识错误。除此之外,还存在消极的构成要件要素理论为前提,

以及所谓独自的错误说和准正当防卫说等不同见解。相关梳理亦参见前注④,[日]佐久间修书,第208页。

⑤参见前注⑤,[日]松宫孝明文,第321页。

⑤参见前注②,张明楷文,第263页。

⑥参见[日]松宫孝明:《刑法总论讲义》,钱叶六译,中国人民大学出版社2013年版,第42页。

⑥三阶层犯罪论体系改变了犯罪实质成立的一元基准,转而由违法性以及责任这样的二元的基准来划定犯罪的成否,并与主观的违法等划清了界限。参见付立庆:“我国犯罪成立理论之重构:基本依托和意义所在”,《法学评论》2008年第6期,第24页。

⑥参见[日]团藤重光:《刑法纲要总论》(第3版),创文社1990年版,第429页。

⑥[日]井田良:《讲义刑法学·总论》,有斐阁2008年版,第350页。

⑥参见前注⑤,张亚平、郑永川文,第30页。

⑥参见前注⑤,[日]松宫孝明文,第337页。

⑥参见[德]鲁斯·莱恩格·冯·萨恩:“未必的杀人故意与联邦普通法院的《心理抑制的障碍论》”,大庭沙织译,《早法》88卷2号(2013年),第331页。

⑥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123页。

⑥参见[日]大审院昭和7年12月8日判决(刑集11卷180页)。

⑥参见[日]松尾昭一:“防卫行为中量的过剩的反思”,《小林充先生=佐藤文哉先生古稀祝贺(上)》(2006年),第126页。

⑥参见[日]伊藤司:“刑法总论备忘录(1)——过剩防卫的质与量”,《成蹊法学》76号(2012年),第82页。

⑥[日]桥爪隆:《刑法总论之困惑(二)》,王昭武译,《苏州大学学报(法学版)》2015年第2期,第129页。

⑥参见前注④,[日]山口厚书,第134页。

⑥参见[日]桥田久:“外延的过剩防卫”,《产大法学》32卷2=3号(1998年),第227页。

⑥[日]桥田久:“量的过剩防卫——以最高裁平成20年6月25日第一小法廷决定为素材”,《刑事法杂志》16号(2009年),第28页。

⑥参见李立丰:“政治民主与司法‘独裁’悖论的制度破解:以日本裁判员制度为视角”,《比较法研究》2015年第3期,第158页。

⑥参见“裁判员参加刑事裁判的相关法律”(平成16年5月28日法律第63号),第2条。

⑥参见李立丰:《政治民主与刑罚适用:以日本裁判员制度为研究视角》,中国政法大学出版社2015年版,第3章相关部分。

⑥参见[日]安达光治:“与社会的相当性意义相关的考察——以威尔泽尔为中心”,《立命馆法学》5·6号(2009年),第

1444 页以下。

⑦⑧参见前注⑤,[日]松宫孝明文,第321页。

⑨参见[日]林弘正:“裁判员裁判制度内在诸问题——以广岛高裁松江支部平成26年3月20日判决为素材”,《岛大法学》56卷3号(2013年),第5页。

⑩参见李洁:“三大法系犯罪构成论体系性特征比较研究”,《刑事法评论》1998年第2期,第425页。

⑪参见[日]司法研修所编:《平成19年度司法研究(第61辑第1号)难解的法律概念与裁判员裁判》,法曹会2009年版,第3~9页。

⑫参见[日]浅田和茂:“裁判员裁判与刑法——《难解的法律概念与裁判员裁判》读后”,《立命馆法学》5·6号(2009年),第1425页。

⑬参见[日]半田靖史:“裁判员裁判的判决书中读到的《杀意》概念”,《法律时报》83卷1号(2011年),第92页。

⑭参见[日]松宫孝明:“《裁判员裁判与未必的故意》的问题与看法”,《法律时报》83卷1号(2011年),第81页。

⑮参见[日]松泽伸、高桥则夫、桥爪隆、稗田雅洋、松原英世:《裁判员裁判与刑法》,成文堂2018年版。

⑯2011年9月19日,被告人蔡某驾驶小客车到加油站准备加油,见身穿加油站工作服的唐某正追赶手拿挎包的被害人管某,蔡某误认为被害人管某是抢劫犯罪嫌疑人,遂驾驶小客车对被害人管某实施碰撞并拖行大约13米而未采取紧急制动措施,导致被害人管某受伤,后经送医院抢救无效死亡。警方以涉嫌过失致人死亡罪将他刑拘。2013年12月19日,广州市中级法院做出判决,认定当事车主蔡某构成故意伤害罪,判处有期徒刑3年,缓刑4年。判决理由是:蔡某出于见义勇为的动机欲拦截被害人,但是,被拦截的被害人既未持械,也没有严重危及他人人身安全的行为,蔡某使用车辆作为工具驱车拦截有失妥当;在被害人欲逃离时,蔡某变向、加速追赶,以致最大车速达到35.9km/h,远远快于普通民众通常奔跑的速度,其作为一个有多年驾驶经验的人员,应当明知其行为会发生致人受伤的后果;被害人被撞倒以后,蔡某未采取紧急制动措施,以致被害人被车辆碾压、拖行,有放任被害人受伤的故意;因此,构成故意伤害罪。蔡某犯罪以后自动投案,如实供述自己的罪行,是自首,依法可以从轻或者减轻处罚。考虑到本案确因蔡某误认为被害人是违法犯罪人员而不当使用车辆拦截的起因,其主观恶性相对较小,法院决定对其减轻处罚。引自前注⑧,黎宏文,第258~259页。

⑰参见冯亚东:“违法性认识与刑法认同”,《中国法学》2006年第3期,第112页。

⑱参见[日]铃木茂嗣:“犯罪论的存在目的究竟为何:法科大学院·裁判员时代的刑法学”,《近畿大学法科大学院论集》1号(2005年),第112页。

⑲[日]松宫孝明:“犯罪体系论再考”,张小宁译,《中外法

学》2008年第4期,第568页。

⑳参见前注⑧,[日]浅田和茂文,第1426页。

㉑参见彭文华:“德、日犯罪构成论体系与我国刑法规范的内在冲突”,《法学》2010年第5期,第27页。

㉒参见[日]平泽修:“当罚性与构成要件的充足”,《中央学院大学法学论丛》23卷2号(2010年),第111页。

㉓在德、日三阶层犯罪论体系中,故意呈现多元化。不同的故意,在不同的犯罪成立要件中,具有不同的性质和功能。参见前注②,彭文华文,第23页。

㉔日本刑法通说一般认为,构成要件是社会不相当行为的类型化,而构成要件就属于原则的违法类型。作为构成要件的故意的对象,是具有违法性征表机能的作为构成要件的客观事实,只表明原则上行为人可能具有违法性。违法的认识属于责任要素。参见[日]庭山英雄:“与误想防卫相关的考察”,《一桥研究》11号(1964年),第67页。

㉕蔡桂生:“论故意在犯罪论体系中的双层定位——兼论消极的构成要件要素”,《环球法律评论》2013年第6期,第71页。

㉖参见前注②,彭文华文,第23页。

㉗参见前注⑤,[日]松宫孝明文,第378页以下。

㉘参见[日]大谷实:“构成要件的符合说について”,《同志社法学》36卷4号(1984年),第1页以下。

㉙参见劳东燕:“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1338~1339页。

㉚参见劳东燕:“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24页。

㉛从伦理学的角度看,应当赋予错误攻击行为的受害人以正当防卫权,毕竟攻击人是风险的制造者。不过,如果结合《德国刑法典》第212条第2款、第11条第1款第5项、第32条第2款的规定,抛开所谓的犯罪论体系,从表面上看,该受害人似乎是可以实施正当防卫的。然而,这些法条经过三阶层模式整理,受害人却失去了防卫的权利。即这不是立法问题,而是由于犯罪论体系对思维素材进行组合造成的。就这一点上看,三阶层模式是有缺陷的,且目前还没有找到适当的解决途径。前注⑤,杨春然文,第739页。

㉜参见前注⑤,[日]松宫孝明文,第378页以下。

㉝参见前注⑩,劳东燕文,第13页。

㉞参见[日]三上正隆:“圣地亚哥·米尔·普伊格—规范、评价以及要件无价值——构成要件与规范的关系”,《早法》85卷2号(2010年),第283页。

㉟参见前注⑤,张亚平、郑永川文,第30页。

㊱参见[日]高桥则夫:“《构成要件过早实现》的考察——以所谓氯仿杀人事件为中心”,《早法》80卷4号(2005年),第7页以下。

㊲参见[日]松泽伸:“机能的刑法解释方法论再论”,《早

法》82卷3(2007年),第165页。

⑩参见杜发全、王耀忠:“‘正当’与‘不当’辨析——从防卫意图与防卫效果的角度透视防卫行为”,《宁夏社会科学》2004年第6期,第26页。

⑪参见谭德凡:“‘防卫过当’与‘无过当防卫’的构成”,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2001年第3期,第294页。

⑫例如,有基层法院直接在判决书中明确:“经查,我国法律上并不存在假想防卫过当的说法。”参见绍兴市柯桥区人民

法院刑事附带民事判决书(2014)绍柯刑初字第201号。

⑬参见陈璇:“论防卫过当与犯罪故意的兼容——兼从比较法的视角重构正当防卫的主观要件”,《法学》2011年第1期,第126页。

⑭参见林亚刚、龙洋:“正当防卫限度条件的理解与执行”,《西北大学学报(哲学社会科学版)》1999年第4期,第67页。

⑮质的假想防卫,可以从逻辑上分为如下几类:

	假想类型	防卫行为个数	防卫行为的描述	
质的假想防卫	行为人误认为存在普通的不法侵害	一个	行为人对于(过当的)危害结果持希望或放任态度	
			行为人对于(过当的)危害结果持过失态度	
			行为人对于(过当的)危害结果无故意或过失	
		数个	行为人实施的数个防卫行为最终导致了过当的危害结果,行为人对于(过当的)危害结果,持	希望或放任态度
				过失态度
				无故意或过失
	行为人误认为存在行凶、杀人等特殊的不法侵害	一个	行为人对于(过当的)危害结果持希望或放任态度	
			行为人对于(过当的)危害结果持过失态度	
			行为人对于(过当的)危害结果无故意或过失	
		数个	行为人实施的数个防卫行为最终导致了过当的危害结果,行为人对于(过当的)危害结果,持	希望或放任态度
				过失态度
				无故意或过失

⑯参见[日]桥爪隆:“刑法总论之困惑(二)”,王昭武译,《苏州大学学报法学版》2015年第2期,第130页。

⑰行为人尽管想通过实施两个连续的行为,导致特定的危害结果,但出乎意料的是,第一个行为实施完毕就导致了预期的结果发生。问题就变成了,这里的第一个行为,是否属于实行行为,同时,针对第一个行为导致的结果,能否认定行为人具有既遂的故意。日本的判例及通说认为,如果将第一个行为与第二个行为视为一个行为加以整体把握,那么行为人实施第一个行为,就满足了实行行为的条件,如果该实行行为与危害结果之间具有刑法意义上的因果关系,就应该承认构成故意既遂犯。参见[日]金泽真理:“构成要件的阶段的充足与故意的归属(一)”,《山形大学法政论丛》40号(2007年),第8页。

⑱前注⑯,蔡桂生文,第81页。

⑲参见前注⑯,劳东燕文,第1326~1327页。

⑳参见周光权:“正当防卫成立条件的‘情境’判断”,《法学》2006年第12期,第102页。

㉑参见前注⑱,陈璇文,第126页。

㉒相较于日本刑法,我国刑法中的防卫权一方面在防卫限度上要求较为宽松,在没有造成重伤或死亡的情况下,根本不存在成立防卫过当的余地。另外,对防卫过当的处罚,我国刑法坚持应当减免的立场。参见前注⑯,劳东燕文,第23页。

㉓参见伍金平:“正当防卫司法适用的困境探析——从一

宗致不法侵害人倒地‘猝死’案的定性之争切入”,《河北法学》2012年第5期,第191页。

㉔最高人民法院相关业务庭在裁判要旨中明确指出:“不能把刑法理论上讲的故意与心理学理论上所讲的故意等同、混淆起来。”最高人民法院刑事审判第一庭、第二庭编:《刑事审判参考》(第20辑),法律出版社2001年版,第12页。

㉕参见前注⑯,劳东燕文,第1326~1327页。

㉖[西班牙]弗郎西斯科·姆诺兹·孔德:“正当化与免责之间的界限——以假想的自我防卫为例”,郭世杰译,《河北法学》2011年第8期,第17页。

㉗参见前注⑮,杨春然文,第740页。

㉘参见前注⑮,欧阳本祺文,第123页以下。

㉙Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, LexisNexis (4th ed., 2006), p. 253.

㉚相关论述可参见李立丰:“民意的司法拟制:论我国刑事审判中人民陪审员制度的改革与完善”,《当代法学》2013年第5期,第117页以下。

㉛参见张明楷:“规范的构成要件要素”,《法学研究》2007年第6期,第80页。

㉜参见赵秉志、刘志伟:“正当防卫理论若干争议问题研究”,《法律科学》2001年第2期,第72页。

㉝参见前注⑮,[日]松宫孝明文,第398页。