

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

储陈城

【摘要】长久以来,防卫过当判断的“唯结果论”饱受批判。但是,无论是“双重标准论”还是“一体说”都存在固有的不足,尤其是保留结果判断要素,在社会关注热度消散之后,有倒退到“唯结果论”的风险。只有将防卫过当的认定彻底从结果判断中解脱出来,构建“行为限度单独标准”才是解封正当防卫逐步沦为僵尸条款的关键所在。而在“行为限度单独标准”的具体把握上,可以通过实体法上的比例原则,设置一般正当防卫中必要限度的实质标准;通过程序法上“存疑有利于被告人原则”,解析侵害的事实类型,激活特殊正当防卫条款的解释空间。通过实体法和程序法的双重保障,能够最合理地、持久地维持住正当防卫作为公民法益守护人的角色。

【关键词】防卫过当;行为限度;比例原则;存疑有利于被告人原则

【作者简介】储陈城(1986-),男,安徽宣城人,法学博士,安徽大学法学院副教授(安徽 合肥 230601)。

【原文出处】《法律科学》(西北政法大学学报)(西安),2020.4.125~138

引言

正当防卫之所以会沦为僵尸条款,主要原因之一在于防卫限度判断的失范。^[1]因实务界偏爱“唯结果论”,导致一旦出现侵害人死亡乃至重伤的结果,认定正当防卫的成立就极为谨慎。然而,“唯结果论”的武断性早已招致极大批判,使得“双重标准论”及其衍生形式的“一体说”成为学术界主推的防卫限度的判断依据。然而,只要有防卫结果判断要素的存在,就会使得防卫限度再次陷入“唯结果论”判断的陷阱。本文正是在批判这些标准的基础上,提出防卫过当判断的行为限度单独标准,并从实体法和程序法两个维度构建具体的判断规则。

一、实务现状:形式与实质的“唯结果论”

一直以来,关于某一行为是否构成正当防卫而得以阻却违法性,乃至于一行为是否构成防卫过当进而追究行为人刑事责任,是我国刑法学理论界和实务界所共同困扰的问题。在我国以往的司法实践中,对于正当防卫的认定往往采取较为限缩的态度,而过度地扩张了防卫过当的范围。如图1所示,

从数据来看,在2009年到2018年10年中,在涉及正当防卫的案件数量大幅增长的情况下,无罪判决人数总体却始终保持着较低的水平。尤其是2013-2014年和2014-2015年更是出现了相反的变化趋势。而涉及防卫过当的案件则和涉及正当防卫的案件保持同步增长并占有较高的比例。这不禁让人怀疑防卫过当的范围被不当地扩大,从而导致大量涉及正当防卫的案件被认定为防卫过当,因而对无罪判决的总量并没有产生应有的影响^①。

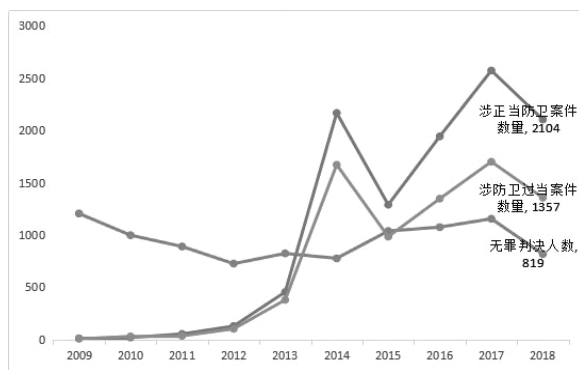


图1 2009-2018年正当防卫案件总体趋势图

从个案角度来看,尤其在某些防卫行为导致被害人即不法侵害人死亡的重大案件中,如“于欢案”“赵宇案”等等,司法机关往往会因为造成了严重的后果,就认定防卫人构成防卫过当,进而成立故意伤害罪或过失致人死亡罪。如此的“司法机关执法活动远离了刑法规范评价的技术要求,也远离了人民群众的常情常理和常识”,会产生巨大社会负面效应,^[2]甚至有损刑法的伦理道德基础。^[3]刑法学界普遍认为,这是由于司法机关在防卫过当的认定过程中采取了“唯结果论”的标准^②。所谓“唯结果论”,是指司法者在裁判正当防卫案件时,将防卫行为对不法侵害人造成的损害结果特别是重伤、死亡结果,作为认定防卫行为过当的主要甚至唯一标准。^[4]有学者通过大量裁判文书的梳理印证了这一现象,“在大多数案件中,司法机关都是根据防卫人最后造成了值得处罚的损害后果来认定其构成防卫过当”。^[5]

虽然“唯结果论”的防卫过当认定标准,不当地限缩了正当防卫的成立范围已经成为理论界的共识,但对于“唯结果论”的内涵和其在司法实践中的具体表现形式,仍然有进一步探讨的必要。只有明确了这点,才有利于真正在司法实践中排除“唯结果论”的适用,进而更好地厘清防卫过当的认定标准。

应当注意的是,虽然很大一部分的裁判文书表面上存在着重大损害结果——防卫过当这种“唯结果论”对应关系。但进一步深入研究就会发现,其在内部的认定标准和逻辑路径上实际分为形式的“唯结果论”和实质的“唯结果论”两种形态。形式的“唯结果论”是指将“重大损害”的结果作为认定防卫过当的唯一标准,在条文解释上,将“明显超过必要限度”认定为“造成重大损害”的修饰成分,其共同指向的是防卫行为所造成的结果。如林某某过失致人重伤案一审判决书指出:“被告人林某某持锐器物制止正在进行的不法侵害,其行为具有防卫的性质,但其防卫行为造成他人重伤的结果,明显超过必要限度造成重大损害,其行为构成过失致人重伤罪,依法应负刑事责任。”^③又如余华祥故意伤害一审判决书指出:“……被告人余华祥为制止后果的发生,对尹某采取强制手段抢夺刀具,系防卫行为,但该防卫行为造成重伤害的后果明显超过了必要限度,系防卫过当,应当承担刑事责任。”^④

而实质的“唯结果论”是指,虽然对防卫过当的认定在表面上采取行为过限与结果过限的双重标准,在条文解释上将“明显超过必要限度”与“造成重大损害”理解为互相独立的成分,前者指向行为而后者指向结果;但在对“行为明显超过必要限度”的认定上,将重大损害结果作为认定防卫行为明显超过必要限度的唯一标准和根据。在逻辑上表现为,因为“结果造成重大损害”所以“防卫行为明显超过必要限度”进而“成立防卫过当”。在裁判文书上往往表述为:“造成了被害人重伤(死亡)的结果,防卫行为明显超过必要限度,构成防卫过当。”如杨武利故意伤害案二审刑事附带民事裁定书指出:“本院认为,上诉人杨武利在石某某、杨某甲、胡某甲对其围殴的情况下,持刀捅刺对方进行防卫,造成二人死亡,一人重伤,该防卫行为明显超过必要限度造成重大损害,其行为已构成故意伤害罪。”^⑤又如付文国故意伤害一审判决书指出:“被告人付文国的防卫行为造成被害人死亡的重大损害,防卫明显超过必要限度,应认定其行为属防卫过当。”^⑥

综上,可以看出,所谓的“唯结果论”在司法实践中实际上存在着两种不同的表现形式,而其根源在于对防卫过当的标准和防卫行为明显超过必要限度标准存在错误的理解。

首先要明确是,防卫过当的标准和防卫行为明显超过必要限度的标准,在当下并非一个层次上的概念。防卫过当的标准问题,或称正当防卫的必要限度问题,实际上指向的是防卫过当整体的构成要件,内涵是防卫过当究竟是以结果过当为单独标准还是以行为过当和结果过当为共同标准或者采取其他标准。而防卫行为明显超过必要限度的标准则是防卫过当整体标准下的子标准,是指如果将行为过当作为防卫过当的标准之一,那么所谓行为过当的“行为明显超过必要限度”应当如何确定的问题。

在明确了防卫过当的标准和防卫行为明显超过必要限度的标准属于两个概念的问题后,可以发现形式的“唯结果论”和实质的“唯结果论”,恰恰是针对这两个不同层面的问题产生错误理解而导致的后果:即正是由于不能正确地把握防卫过当整体标准,产生了形式的“唯结果论”;正是由于不能明确行为明显超过必要限度的标准,产生了实质的“唯结果

论”。因此,要想纠偏司法实践中防卫过当适用的失范,必须要分别从防卫过当的标准和防卫行为明显超过必要限度的标准两个方面进行分析,进而分别对形式的“唯结果论”和实质的“唯结果论”进行批判,才能准确把握防卫过当的标准,防止对正当防卫范围不当地限缩。

二、形式“唯结果论”的退场与“双重标准论”的困局

(一)形式的“唯结果论”向“双重标准论”的转变

如前所述,防卫过当中的两个主要问题就是防卫过当标准的问题和防卫行为过当(即防卫行为明显超过必要限度)标准的问题。而在这两个问题之中,首先要解决的就是防卫过当的整体标准问题,只有在批判形式“唯结果论”的立场上,明确防卫过当的整体标准,才有必要并且可能进一步讨论防卫行为过当的标准。

实际上,无论是在司法实践中还是理论上,对于更为表层的形式的“唯结果论”已经存在不少批判的观点。从形式的“唯结果论”转向行为与结果共同为标准的“双重标准论”(也称“二分论”),已经成为目前刑法学界的主流观点和司法实践中的通常做法。提倡“双重标准论”的学者认为,“明显超过必要限度”与“造成重大损害”是两个独立的条件,只有同时满足这两个条件,才会构成防卫过当。^[6]“正当防卫的限度要件包括行为限度要件与结果限度要件,只有二者兼具,才可能成立防卫过当。”^[7]换言之,在行为没有明显超过必要的限度,但是造成了重大损害结果以及防卫行为虽然明显超过必要的限度,但是没有造成重大损害结果的,都应当认定为正当防卫而非防卫过当。^[8]

“双重标准论”将“结果”与“行为”共同作为防卫过当的要件,二者缺一不可,一定程度上宽缓了正当防卫的适用范围,随着如“于欢案”“于海明反杀案”“赵宇见义勇为案”等系列焦点案件的出现,在趋向扩张正当防卫适用的背景下,“双重标准论”具有较强的说服力。这也体现在相应的司法实践当中,比如在最高人民检察院发布的检察指导案例第45号“陈某正当防卫案”中,陈某在遭受多人围殴的过程中,使用随身携带的水果刀乱挥乱刺后逃脱,造成3人重伤,对此检方指出:“陈某的防卫措施没有明显

超过必要限度,不属于防卫过当。陈某的防卫行为致实施不法侵害的3人重伤,客观上造成了重大损害,但防卫措施并没有明显超过必要限度。”“综合来看,陈某的防卫行为虽有致多人重伤的客观后果,但防卫措施没有明显超过必要限度,依法不属于防卫过当。”^[9]据此做出不起诉的决定。

(二)“双重标准论”的理论不足与适用困境

虽然“双重标准论”扩大了正当防卫的成立范围,在一定程度上弥补了形式的“唯结果论”之不足,具有一定的合理性;但深入分析就会发现,“双重标准论”具有其固有的缺陷,这种理论上的缺憾一方面使得“双重标准论”在某些情况下无法给出合理的解释,另一方面,在司法实践中难以准确地适用,进而陷入实质的“唯结果论”的循环,具体表现如下:

1. 不当地扩张出罪:“双重标准论”缺乏正当化理据

“双重标准论”无法提供行为人故意实施明显超过必要限度的行为,但因其他原因未能造成实际重大损害行为的正当化依据。譬如,在防卫人甲遭到盗窃,为了保护轻微的财产法益,而选择向正在进行盗窃的不法侵害人乙开枪射击,但由于甲本身射术不精而未能射中的情形。这种情况下,一般没有疑问的是,甲在具有采取其他较为温和的防卫行为的可能下,采取举枪射击这一损害不法侵害人生命法益的行为显然属于明显超过必要限度的防卫行为。根据“双重标准论”,甲的行为虽然明显超过了必要限度,但由于客观上并未造成不法侵害人重伤、死亡的重大损害结果,不能以防卫过当论处。^[9]

然而,正如部分学者所批判的那样,在行为过当的情况下,仍然说其符合正当防卫的要件,不无疑问。^[10]想要将行为过当而结果不过当的防卫行为排除出防卫过当的范畴进而成立正当防卫,必须要能够从正当防卫的正当化依据中寻找理论根基。

虽然支持“双重标准论”的学者认为,正当防卫的法理依据呈现出一种开放多元的形态,包含了多种可能性。^[6]但就目前来说,“双重标准论”所采取的正当防卫的正当化依据,无外乎是由个人保全原理和法确证利益原理相结合而成的二元论或由个人保全原理单独构成^⑧。

然而,个人保全原理和法确证原理是否真的能

够为行为过当而结果不过当的行为提供正当化依据,这点是值得怀疑的。在法确证原理上,其所要面临的质疑主要有两点:第一,法确证原理究竟能否作为正当防卫独立的正当化依据之一;第二,即使法确证原理能够作为独立的正当化依据,其是否必然能够推导出上述的结论。首先,对于前者,有学者指出,法确证的利益完全依附于防卫人的个人法益,只是保护个人利益间接产生的附随效果,而不能作为正当防卫的根据。^[11]同时,法确证利益也可以通过司法机关事后的法秩序维护行为得到实现,因此无法解释正当防卫行为不需要“补充性”要件。^[12]事实上,即使是国家机关为了维护法秩序而进行的司法活动,其最终目的指向的也必然是维护社会中每一个公民的具体法益。换言之,只有当某种公益与个人法益具有同质性,能够分解成或者还原成个人法益,才是值得刑法保护的法益。^[13]在这个角度上,法确证利益本身无法独立作为正当防卫的依据。其次,对于后者,即使将法确证利益作为正当防卫的正当化依据之一,法确证利益也无法当然地将行为明显超过必要限度的防卫行为认定为正当防卫。即使是作为行使国家公权力的司法机关,在依据刑法通过刑事诉讼维护法秩序的过程中,也应当遵守基本的罪责刑相一致原则和法定程序原则。换言之,侵害人所遭受到的不利后果应当与其实施的不法侵害行为相称,司法机关应当在合理限度内进行维护法秩序的行为。在这种情况下,同样基于法确证原理,却认可防卫人实施的明显超过必要限度的防卫行为,这显然是自相矛盾的。

而在个人保全原理上,其也面临着同样的问题。一方面,在正当化依据上,个人保全原理实则来源于天赋权利与社会契约的观点。“每个人都有权保护自己的生命、自由和财产不受他人的侵害。”^[14]^[96]其作为受害人对侵害人实施正当防卫的正当化依据具有一定的合理性。但深入思考会发现,个人保全原理强调的是对自我法益的私力救济,在我国明确规定了可以为他人利益和公共利益进行防卫的背景下,个人保全原理恐怕难以作为他人对侵害人实施防卫行为的正当化依据。另一方面,个人保全原理也无法将行为明显超过必要限度的防卫行为正当化。如果认为只要基于保卫自身权益的自然权利就

得以实施超越必要限度的防卫行为,那么不必说行为明显超过必要限度而未能造成重大损害的防卫行为,就连实际上造成重大损害的防卫行为也应当是正当防卫。换言之,防卫人“有权自卫,甚至动用战争状态的法则,即杀死侵略者”。^[14]^[66]然而即使是“双重标准论”的支持者,也同样认为满足行为结果双重过当的显然应当属于防卫过当,反而与个人保全原理自相矛盾。其原因正如卢梭的名言:“人生而自由,但无往不在枷锁之中。”为了完成自然状态向社会状态的飞跃,虽然任何契约都不能使公民放弃自卫的权利,但为了避免自然状态下每个人对每个人战争的恐怖情形,^[15]^[95]公民缔结之契约虽然不能完全剥夺私力防卫的天赋权利,但必然要在限度上对其进行限制以交由国家行使。起源于自我防卫,作为私力救济最后手段的复仇,也恰恰经历了从任意复仇到国家统一行使刑罚权的演变,这正是法律进化的体现。^[16]此外,在同样为了保全个人利益的紧急避险中,比例原则或者法益衡量原则反而是其核心内容,即便是为了保全自我生命,也不得通过紧急避险来牺牲他人生命。因此以个人保全原理来论述超比例原则的合理性,进而将行为明显超过必要限度的防卫行为正当化,恐怕是难以实现的。即使是支持二元论的学者也指出,当代的个人保全原理实际上不同于纯粹个人主义原则,前者只有在紧急情况下才能够行使,且其行使同样受到比例原则的制约。^[17]

2. 倒退到结果判断:双层检验机制的失灵

“双重标准论”在实践中难以具有可操作性,反而容易导向实质的“唯结果论”的陷阱。“双重标准论”为了避免行为与结果之间的循环论证,要求对行为是否超过必要限度进行独立判断,而不能通过结果过当来定义行为过当。^[18]双层检验机制提出要赋予行为过当优先于结果过当的判断地位,亦即先行单独判断防卫行为是否适当;如果认定防卫行为明显超过必要限度,再去判断是否存在重大损害结果。换言之,是否造成重大损害只有在满足行为明显超过必要限度的时候,才能成为防卫过当的认定要件之一。^[18]

表面上来看,这种双层检验机制似乎能够防止“双重标准论”落入实质的“唯结果论”立场,但在司

法实践中是否具有可操作性是存在疑问的。换言之,只要在正当防卫中有结果判断要素存在,纯粹的不考虑重大损害结果而独立的进行行为是否明显超过必要限度的判断是不切实际的。一方面,无论“双重标准论”将结果造成重大损害置于怎样的判断地位,只要其仍然作为防卫过当的成立条件之一,损害结果就必然会渗透到行为是否超过必要限度判断的过程之中。原因在于,双层检验机制虽然要求先进行行为过当的判断,再根据行为过当进行结果过当的判断,进而判断是否属于防卫过当。但反过来说,以认定某一案件不属于防卫过当为目标的话,先进行行为判断和先进行结果判断二者是具有同等效力的。因为在双重标准论下,只要行为与结果二者其一不过当,就当然的不成立防卫过当,在这种情况下,法官必然会选择相较于行为限度更加直观和清楚的结果限度进行先行判断。这是因为是否存在重大损害往往属于案件的客观事实,而行为是否明显超过必要限度则涉及限度标准的判断。如果存在重大损害的结果,法官在进行行为判断的过程中就必然会或多或少地受到结果因素的影响,甚至产生“既然都出现了重伤(死亡)的结果,行为怎么可能还是不过当的呢”的心证,进而可能陷入表面的“双重标准论”,实质的“唯结果论”的陷阱中。

因此,要求先行进行行为判断的双层检验机制是不具有现实可行性的。即使是在前述最高人民检察院指导案例第45号中,检察院也是先指出“陈某的防卫行为虽有致多人重伤的客观后果”,随后再论述到:“但防卫措施没有明显超过必要限度,依法不属于防卫过当。”虽然在本案中致多人重伤的客观后果没有导致直接认定防卫措施明显超过必要限度,但是不能通过合理明确地认定机制将结果因素排除出行为过当的判断过程中,而只是一味地要求独立进行行为判断,期望在不同个案中的司法人员完全不受先见因素的影响,恐怕是难以实现的。在某种程度上,也正是出于对结果因素可能影响到行为是否超过必要限度的判断过程,才提出了所谓双层检验机制。^[18]

综上,只要将结果过当作为防卫过当的认定标准之一,法官就不可能先进行行为是否过当的判断,这是由在认定防卫不过当时,结果不过当和行为不

过当效果的同一性,以及结果的判断总是比行为判断更为容易决定的。而只要先进行结果的判断,结果因素就必然会渗透到行为是否过当的判断过程中去,这也正是“双重标准论”总是要求先判断行为是否过当的原因。

三、“一体说”的提出与不足

基于上述“双重标准论”所存在的诸多不足,我国有学者提出“一体说”的观点。“一体说”认为,只有在造成重大损害的情况下,才存在明显超过必要限度的问题。“行为明显超过必要限度”和造成“重大损害”在外延上完全一致,不存在所谓的“行为过当而结果不过当”或“结果过当而行为不过当”的情况。^{[19][2]}正当防卫行为之所以过当,就是因为出现了不应有的重大损害。防卫过当的行为和其造成的重大损害结果是统一的,防卫过当行为是造成重大损害的原因,而结果是确定防卫过当的根据。^{[20][10]}因此,“一体说”要求在认定防卫过当的过程中,要整体地考虑行为和结果,进行综合判断。然而“一体说”也存在着诸多的缺陷与不足。

首先,“一体说”在事实上认为,不存在所谓的“行为过当而结果不过当”和“结果过当而行为不过当的情形”。但在司法实践中,以上两种情形却是广泛存在的。如在彭从政故意伤害罪一案中,被告人为了制止唐某1对其汽车车窗与玻璃的击打行为,遂持刀砍了唐某1头部一下,致唐某1受伤倒地,后鉴定为轻伤。本案中被告人为了保护自身的财产法益,选择使用持刀击砍被告人头部的防卫措施,其防卫手段已经明显超过了必要限度,但最终只导致了受害人轻伤的后果^⑨。这属于典型的“行为过当而结果不过当”的案例。而前述的最高人民检察院指导案例第45号则是典型的“结果过当而行为不过当”的案例。这两种情形客观存在的原因在于:前者是由于“明显超过必要限度”的防卫行为所包含的风险并不是每一次都能实现。后者是由于防卫行为有时并不能如防卫人所预想的一般实现。^[6]也有学者指出:虽然就防卫过当的认定标准而言,当然不存在行为过当而结果不过当或者相反的现象,但是,就防卫过当的认定过程而言,是完全可能存在行为过当而结果不过当或者相反的现象的。实质上也是承认了在实践中存在行为过当但结果不过当或者相反的情

形。^[21]因此,“一体说”忽视了在司法实践中现实存在的事实基础,仅因为偶然的因素使得风险未能实现便否认行为明显超过了必要限度或结果造成重大损害,其理论根基是值得商榷的。

其次,虽然“一体说”认为,试图将防卫过当的判断简单化、格式化是没有意义的,但是其本身实际上并未能提出合理的、具有可操作性的防卫过当的判断标准。因此为了尽可能地明确认定标准,其提出三种判断类型:“(一)不法侵害是严重危及人身安全的暴力犯罪,法定最高刑为10年有期徒刑的,造成不法侵害人死亡的防卫行为没有过当。(二)不法侵害属于其他普通犯罪行为,即使法定刑为3年以下有期徒刑,防卫行为造成不法侵害人重伤的,一般也不属于防卫过当。(三)防卫行为对违反治安管理处罚法的不法侵害人造成轻伤的,不可能属于防卫过当。”^[10]虽然其指出这只是大体上的结论,但这种仅以不法侵害强度与造成死亡、重伤、轻伤结果相比较作为认定标准的判断方法仍然可能将防卫过当认定的司法实践导向实质的“唯结果论”之歧途。换言之,倘若按照上述的判断标准,就会给人这样的暗示和导向:“不法侵害的法定最高刑在10年以下有期徒刑,防卫行为造成不法侵害人死亡的就很有可能被认定为防卫过当。”同时,仅仅依靠最高法定刑的刑期幅度来确定不法侵害的危险程度,在法定最高刑与最低刑之间幅度跨越较大的背景下,也难以合理全面地评价不法侵害行为。如故意伤害致人重伤的,处3年以上10年以下有期徒刑,而虐待致使被害人重伤死亡的,却仅处2年以上7年以下有期徒刑,但二者表现在行为上的不法侵害紧迫程度和危险程度却很难说何者更高。因此,一方面苛求司法机关在防卫过当的认定中综合考量不法侵害的全部因素,另一方面又提出以是否造成死亡、重伤、轻伤的结果作为衡量防卫过当的重要标准,在“唯结果论”盛行的当下,“一体说”对合理的限缩防卫过当的成立范围可能会产生不利的影响。

最后,由于具体标准难以明确,需要司法机关在个案中把握防卫过当的限度,更可能使得刑事政策不当地渗透到刑法体系中去,如支持“一体说”的学者认为:“司法机关对正当防卫的限度掌握得过于严格,适当放宽防卫限度既是必要的,也是可行的。如

果将来一般人敢正当防卫,而且防卫大多造成重大损害,再紧缩防卫限度也不迟。”^[10]然而以刑事政策为导向,动辄变更防卫过当的限度标准的做法,也有破坏法的安定性和国民对刑法的预测可能性的可能。^[22]

四、“行为限度单独标准说”的提倡

如前所述,既然“双重标准论”和“一体说”都具有其固有的缺陷,那么究竟应当如何确定防卫过当的标准呢?基于对“双重标准论”和“一体说”的检讨与反思,为了防止“唯结果论”的死灰复燃,应当构建以“行为限度单独标准”作为判断防卫过当的唯一标尺。具体来说,包括重大损害结果及危险在内的结果要素,都被排除出防卫过当的判断因素之外。作为前述理论中防卫过当判断的结果要素,即防卫行为导致的重大损害结果或者危险,只能在构成要件该当性阶层进行判断。因防卫行为导致的重大损害结果,往往会符合故意或过失侵害个人身体或者生命法益犯罪的(既遂犯)基本构成要件;而因防卫行为导致的重大危险,则可该当于故意侵害个人身体或生命法益的(未遂犯)修正的构成要件。如果防卫没有引发重大损害结果或危险,那么在构成要件该当性阶段就要排除防卫人入罪的可能性。如果存在重大损害结果或者危险,则进入违法性阶层进行判断,在违法性阶层,只以“行为限度单独标准”来判断防卫人是构成正当防卫还是防卫过当。如果通过“行为限度单独标准”的检验,防卫人构成正当防卫,则自然阻却违法;如果结论是防卫过当,则根据结果要素是重大损害结果还是危险,并结合作为责任要素的故意和过失,来具体认定防卫人的罪责,具体判断路径如下图。



图2 构成要件该当性判断

“行为限度单独标准”要想获得正当性,起码需要经受理论依据和规范基础的双重检验。笔者认为“行为限度单独标准”在理论上有二元行为无价值论予以支撑;在规范层面也有体系解释的空间。

(一)“行为限度单独标准”的理论依据

在理论依据上,“行为限度单独标准说”或许可以从二元行为无价值论中找到自身存在的根基。二元行为无价值论认为,确认行为违法要求行为无价值与结果无价值同时存在,缺一不可。而阻却违法是行为无价值和结果无价值同时不存在。^[23]而作为典型的违法阻却事由的正当防卫当然也适用这一点。换言之,即正当防卫同时要求行为无价值与结果无价值不存在,而防卫过当同时要求行为无价值与结果无价值。有学者认为,所谓行为无价值就是指行为明显超过必要限度;而结果无价值就是造成严重损害,进而得出防卫过当要求同时满足行为过当和结果过当的双重标准论。^[24]基于此,认为即使行为明显超过了必要限度,只要没有产生重大损害结果,仍然不属于防卫过当。

然而,这一观点实际上错误地理解了结果无价值和重大损害结果之间的关系。换言之,结果无价值并不等于实际危害结果的发生,特别是在未遂犯的场合下,虽然实际上未能出现具体的法益侵害结果,但由于行为具有危险性,即使其没有侵害当下具体的法益,但具有指向未来的危险,同样具有结果无价值。^[24]而这种结果无价值恰恰是通过行为本身的不法性质所决定的。换言之,在《刑法》第20条规定“明显超过必要限度造成重大损害的”的规范语境中,“造成重大损害的”并不是需要严谨考量的依据,它只是“明显超过必要限度”的附随效果。它仅在构成要件该当性判断中,作为该阶层的“结果要素”发挥作用。因为,如果将其作为判断防卫过当的考量因素,那么,因防卫行为超过必要限度,而导致重大危险就不能被作为防卫过当行为来处理。因为从“国民看来的具体妥当性”的角度来说,“导致重大危险”的危害程度远低于“造成重大损害”,将其纳入“造成重大损害”的解释范畴就极不合理,可以说是违背罪刑法定原则的类推解释。但是,如前所述,诸如盗窃轻微财物而开枪防卫的案件中,因防卫行为“明显超过必要限度”导致被防卫人身体、生命法益

陷入重大危险之中,不考虑防卫过当的罪责显然又过于偏颇。那么如何协调这种解释上的矛盾,只能说在防卫过当的成立标准中,是否发生了重大损害结果并不具有决定防卫过当是否成立的标准效力;即使没有造成重大损害结果,只要防卫行为明显超过必要限度,产生侵害法益的危险,对于防卫行为本身就可直接评价为行为无价值和结果无价值同时存在,进而成立不法(防卫过当),是否存在防卫结果只决定防卫过当的既遂与未遂的问题。即使防卫行为造成了重大损害的结果,但行为本身没有明显超过必要限度;由于不存在行为无价值,自然不能成立防卫过当。

在这里应当注意到的一点是,防卫行为是否具有造成重大法益侵害的危险这种结果无价值(相对于结果犯的结果无价值1,这种危险化的结果无价值姑且称之为结果无价值2),虽然并不是与防卫行为本身是否具有行为无价值(即是否明显超过必要限度)所完全对应的,但二者之间存在着单向逻辑关系,即如果防卫行为在规范违反的意义上具有行为无价值,且明显超过必要限度,那么必然存在结果无价值2。相反,即使存在结果无价值2,也并不意味着必然存在行为无价值。这是因为,一方面,行为之所以明显超过必要限度,正是由于其体现了严重的法益侵害的危险;另一方面,只要在明显超过必要限度这一法定条件下,即使防卫行为确实存在一定的法益侵害的危险,防卫行为也因为确实地遵守了规范而不具有行为无价值。因此,防卫行为是否明显超过必要限度才是判断是否构成防卫过当的唯一标准。

也有学者从批判所谓二元行为无价值论的立场出发,指出二元论要求未遂犯具有行为无价值而缺乏结果无价值,与其要求成立不法需要行为无价值和结果无价值的同等的观点矛盾。^[25]其与二元论的实质分歧在于是否将法益侵害的危险视为结果无价值之一。但应当注意到的是,在这一点上的分歧并不会对行为限度单独标准说产生实质上的影响。即使是认为结果无价值不包含该法益侵害的危险,但在实际上具有法益侵害危险的情况下,在一元的结果无价值论中,也当然地认可其未遂犯的可罚性。^[26]正如山口厚教授指出的:“意图引起过剩结

果,但因意外引起了正当防卫限度内的结果,也是偶然防卫的一种,对此具有成立未遂犯的余地。”^{[127][125]}换言之,即便将法益侵害的危险排除出结果无价值中,根据结果无价值论的观点,只要防卫行为明显超过必要限度,具有侵害重大法益的危险,就算不存在重大损害的结果,也可以成立犯罪未遂。同时,即使是在将法益侵害的危险排除出结果无价值的基础上,也有支持二元论的学者从侧重于行为无价值的不法判断核心出发,指出:“在没有实现侵害犯的结果价值,存在行为无价值的场合,成立未遂犯;反之,存在侵害犯的结果无价值,但不能确定行为无价值时,欠缺不法,因而不可罚”。^[130]换言之,行为明显超过必要限度(行为无价值)的,至少成立未遂犯而不能成立防卫过当,而行为没有超过明显必要限度的,无论结果是否过当,都成立正当防卫,更是直接为“行为限度单独标准”提供了理论依据。总而言之,无论采取何种解释方法,都应当承认防卫过当的认定以行为过当为唯一标准是具有一定合理性的。

(二)“行为限度单独标准说”的规范基础

除了理论根基之外,在刑法规范上,行为限度单独标准说也同样具有解释的空间。我国《刑法》第20条第2款规定防卫过当是指“正当防卫明显超过必要限度造成重大损害的”。本款采用了“造成重大损害”而非“造成重大损害结果的”的表述,为在规范上合理解释行为限度单独标准说留下了余地。在刑法条文中,所谓“损害”一词,一方面具有作为动词,指向行为的用法,如第221条损害商业信誉、商品声誉罪中的“损害他人的商业信誉、商品声誉,给他人造成重大损失或者有其他严重情节的”,明确了损害作为动词其具有的与损失结果不同的含义;另一方面,其也具有作为名词的用法,在这个层面上,具体又有“损害”和“损害结果”两种不同的表达方式,前者正如防卫过当中的“造成重大损害”,而后者则如《刑法》第383条贪污罪的处罚规定中的“犯第一款罪,在提起公诉前如实供述自己罪行、真诚悔罪、积极退赃,避免、减少损害结果的发生,有第1项规定情形的,可以从轻、减轻或者免除处罚”。又如《刑法》第16条规定:“行为在客观上虽然造成了损害结果,但是不是出于故意或者过失,而是由于不能抗拒或者不能预见的原因所引起的,不是犯罪。”

因此应当认识到的是,在规范表述的层面上,既然刑法体系中明确采取了“损害”和“损害结果”两种不同的表述方式,二者的具体含义理应也是不同的。实际上“损害”应当理解为“损害结果”的上层概念,其既包含了实质的损害结果,也包括抽象的损害危险。换言之,在防卫过当的条文中所谓的“造成重大损害”并非局限于造成不法侵害人重伤、死亡这种“造成重大损害结果”的情形。即使没有造成重伤、死亡的实害结果,在行为明显超过必要限度因而具有高度的法益侵害性的情况下,也可以认定为属于“造成重大损害”。

此外,如前所述,明显超过必要限度的防卫行为并不能因为法确证利益而正当化,换言之,明显超过必要限度的行为反而危害了法秩序的稳定。其对法秩序的侵害或对法的稳定产生的混乱,本身也是在对不法侵害人造成重伤或死亡这种具体损害结果之外的抽象损害结果。在德国成为未遂犯处罚根据通说的“印象说”,也正是基于该抽象的损害结果动摇了法的印象,从而肯定未遂犯的可罚性^⑧。因此在这个层面上,即使不存在具体的损害结果,该抽象的损害结果自然也能够被理解为“造成重大损害”。

而在“明显超过必要限度”与“造成重大损害”之间的关系上,应当理解为:“明显超过必要限度”与“造成重大损害”共同指向的是防卫行为,且只有“(行为)明显超过必要限度”具有独立的判断价值;而由于行为一旦超过必要限度,必然会造成重大损害,无论该损害是损害结果还是损害危险,是具体损害结果还是抽象损害结果,因此“(行为)造成重大损害”完全依附于“明显超过必要限度”之下,不具有独立的含义。

五、“行为限度单独标准”的具体规则构建

既然明确了以“行为限度单独标准说”作为防卫过当整体的认定标准的合理性与合法性,那么接下来所要面对的就是在防卫过当的认定过程中,最为核心也是最为关键的问题,即“行为明显超过必要限度”的认定标准的确定问题。对于“行为限度单独标准”的内容的确定,需要回归规范本身。而由于正当防卫中一般正当防卫和特殊正当防卫对防卫限度的要求有所区别,所以在实践中,针对“行为超过必要限度”的判断上,所选取的参照对象就会有所差异。

在一般正当防卫中,需要同时参照侵害人的侵害行为与防卫人的防卫行为,来判定防卫行为是否超过“行为限度”,因此需要对侵害行为和防卫行为进行衡量;而在特殊正当防卫中,显然《刑法》第20条第3款更加重视侵害人的侵害行为,即侵害行为是否符合“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”的判断至关重要。然而,在司法实践中这一事实的判断经常存在模糊地带,因此需要借助程序法规则来加以确定。结合上述特点,笔者认为在刑事实体法上以“比例原则”为基础,在刑事诉讼法领域,采纳“存疑时有利于被告人原则”,可以构建针对“行为限度单独标准”的相对合理且具体的认定标准。

(一)以比例原则建构实体法标准

比例原则是现代法治国家中一项重要的法律原则。通说的“三阶理论”认为,比例原则内容分为三个子原则,即妥当性(合目的性)原则,必要性(最小伤害)原则以及狭义比例(法益相称性)原则。^[28]在现代宪政国家中,其已成为超越行政法之上,渗入到公法的各个领域并演绎成整个法律体系普遍适用的一项宪法性原则。^[29]在我国,已经有不少学者尝试运用比例原则解决其他部门法,尤其是刑法中的相关问题^①。而将比例原则引入防卫过当的刑法教义学解释中,其必然要面对以下两个问题:1.将比例原则引入防卫过当判断的正当性依据何在;2.比例原则在行为明显超过必要限度的认定中如何具体展开。

1. 比例原则引入正当防卫的正当性

首先,比例原则作为宪法性原则具有当然的适用基础。正如前所述,在二战以后,比例原则逐渐作为一项宪法性原则而被世界诸国采纳。^[30]而在我国宪法条文中,并没有明文规定比例原则,因此有学者提出,比例原则不应当作为宪法性原则。^[31]但这一观点是值得商榷的,即便是在率先确立比例原则作为宪法性原则的德国,德国基本法中也并没有明确规定比例原则,而是通过对《德国基本法》第1条和第20条的解读导出比例原则作为宪法性原则的要求。换言之,比例原则是否属于宪法性原则并不取决于宪法的明文规定,而是取决于其是否属于现代法治国的必然要求。我国《刑法》第51条规定:“中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候,不得损害国

家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。”这一规定正体现了比例原则的精神。^[32]而宪法作为国家的根本大法,其中的宪法原则当然地应当被各部门法所遵循。

其次,正当防卫的特殊性为比例原则的适用提供了基础。正当防卫的特殊性在于其实质上是通过损害不法侵害人法益的方式保卫防卫人的法益,而这一行为又得以作为违法阻却事由由国家所认可。一方面,在防卫人——不法侵害人的视角下,任何有损公民基本权利的行为欲获得合法性,就必须具备正当化的根据,也必须严守一定的边界和限度。由于不法侵害人也同样属于公民,那么防卫人因行使合法的防卫权保卫自身利益乃至法秩序,进而侵害其他公民法益的行为,自然也应当受到比例原则的约束。^[33]另一方面,在防卫人——国家——侵害人的层面上,由于任何基本权利的冲突都涉及国家公权力的介入,正当防卫得以作为违法阻却事由而出罪,实际上是国家通过对防卫人行为的正面评价而限制了不法侵害人的权益。因此,其也必然要受到比例原则的制约。

2. 比例原则在行为限度标准中的具体展开

如前所述,比例原则的具体内容包括:(1)妥当性原则;(2)必要性原则;(3)狭义比例原则。在行为是否明显超过必要限度的标准判断中,其也应当按照这一顺序进行展开。在这其中,必要性原则是核心,而妥当性原则不具有独立的判断价值和意义。

妥当性原则,又称合目的性原则,其要求所采取的手段是能够达到所追求的目的,而在正当防卫中是要求行为人所采取的行为能够制止不法侵害。但应当认识到的是,在防卫行为是否明显超过必要限度的判断过程中,妥当性原则不具有独立判断的价值和意义。其原因在于,妥当性原则实际上是对行为的指向方向的限制,这一限制是在行为是否具有防卫性质的判断中进行的。而对于行为是否属于防卫过当是在行为是否具有防卫性质之后进行判断的。换言之,一旦认定行为具有防卫性质,转而进入到行为过当标准的判断过程中,那么无论防卫行为是否超过必要限度,其都能够达到阻止不法侵害行为的目的。相反,如果一个行为根本就不能达到制止不法侵害的目的,在性质判断的阶段就得以直接

排除出防卫行为的范畴,根本无需进行限度判断。如偶然防卫和事后防卫等问题,实际上并不涉及防卫行为的限度问题。^[34]

也有学者指出,所谓手段与目的不妥当,也包括了防卫行为超过了防卫目的即制止不法侵害的情形。但应注意的是,这一情形的判断恰恰是归于必要性原则的判断之中的。因此也有学者指出:“妥当性原则已经包含于必要手段考量中,因此,仅须就必要性原则和狭义比例原则之划分即可。”^[28]

必要性原则或最小伤害原则是指,防卫行为必须是多种可保护法益的行为中对不法侵害人的伤害最小的一种。由于必要性原则直接指向了防卫行为的限度标准,因此其也是防卫过当中比例原则适用的核心。而在必要性原则的具体适用中,不能机械地理解其含义:第一,必要性原则并不意味着无限制的最小伤害;第二,必要性原则并不意味着唯武器对等原则;第三,必要性原则应当受到“明显”性的外部制约。

首先,必要性原则并不意味着无限制的最小伤害,而是指在与不法侵害行为危险性相称的下限基础上,应当采取侵害最小的防卫行为。如果机械地认为必要性原则要求行为人采取无限的最小伤害行为,那么可能会得出这样的结论:虽然不法侵害行为具有一定的危险,但倘若防卫人在不造成不法侵害人伤害的情况下就能够制止不法侵害,那么其他任何造成伤害的防卫行为就不是最小伤害行为,从而违反必要性原则,这一结论显然违反了正当防卫的立法目的,不具有妥当性。“最温和手段的原则,由被攻击者没有必要遭受危险而相对化。”^[35]因此,最小伤害的下限由不法侵害的危险限定。换言之,必要性原则是指至少在与不法侵害危险性相称的基础上,应当采取损害最小的防卫行为。如不法侵害人使用木棒殴打防卫人,即使防卫人徒手就可制止不法侵害,但其同样采取了使用木棒进行反击的行为,不能认定为超过必要性的防卫行为,而采用枪击的行为则由于不是最小伤害行为而违反了必要性。

其次,必要性原则并不意味着唯武器对等原则,在判断防卫行为是否必要时,应当综合武器、人数、环境、紧迫程度等因素,全方位地判断不法侵害的强度。^[36]而在司法实践中,往往简单地根据双方采用

的武器对比来认定防卫过当,如吴玉章故意伤害案一审判决书认定:“……其目的在于阻断包某2成一方继续对自己实施加害。但其选择的阻断工具相对于包某2成一方使用的加害工具而言更加具有攻击性,阻断方法也明显超过了必要限度,造成死亡一人的严重后果。”^⑩据此认定防卫人构成防卫过当。应当注意的是,虽然双方采用的武器在很大程度上反映了不法侵害的强度和防卫行为的危险性。但武器并不是决定侵害强度的唯一因素。即使防卫行为所采用的武器较加害工具更具有攻击性,但如果侵害人一方在人数、环境等因素上占据明显优势,也应当认为防卫行为符合必要性原则。^⑪而武器因素则应当是在不具有其他优势情形下据以认定的因素。

最后,必要性原则应当受到“明显”要素的外部制约。根据我国《刑法》第20条第2款规定,只有“明显”超过必要限度造成严重损害的,才成立防卫过当。换言之,即使行为不符合必要性原则,只要其不属于明显超过必要性原则的,都不应当认定为防卫过当。这一明显性的认定应当以一般理性人的视角进行判断,通过应然防卫行为和实然行为可能造成的法益侵害危险进行比较确定,只有在存在跨越性差异的情况下,才能认定为具有明显性。例如,应然防卫行为可能造成的法益侵害危险为重伤,而实际行为的结果为死亡的,不应当认定为明显超过必要限度。

狭义比例原则在防卫过当的标准判断中要求衡量防卫行为所保护的法益和侵害的法益。如果所侵害的法益远高于所保护的法益,则行为不具有正当性。然而由于狭义比例原则强调利益衡量,往往会导向唯结果论的结论,因此有学者认为在正当防卫的适用中,不当考虑狭义比例原则^⑫。然而这样的观点是值得商榷的。首先,行为限度标准判断中的狭义比例原则并非单纯地衡量实际发生的法益侵害结果,而是要衡量防卫行为与不法侵害行为可能造成的法益侵害危险,当行为具有多种法益侵害的可能情况下,应当选择具有相当性的法益侵害危险进行衡量。这一衡量根行为评价的基础,并不会当然地导致唯结果论。其次,比例原则的特点就在于法益均衡的考量,如果放弃狭义比例原则的适用,那么传统的必需说的观点就足以解决问题,而不具有引

入比例原则的必要性。最后,有学者认为,如果考虑狭义比例原则的法益衡量,那么在遵守了必要性原则但违背了狭义比例原则的情况下,就会使得防卫人产生了实际上的回避义务,即防卫人或者放任自己的财产遭受损失,或者实施反击却成立防卫过当,进而接受刑法的制裁;而这恰恰与正当防卫所主张的“法无需向不法让步”相悖,也不能实现正当防卫的“制止不法侵害”的目的。^[21]因此要求排除利益衡量的要素。

然而这样的观点恐怕是值得商榷的,即使认为行为人构成防卫过当,而在不法层面上不能成为违法性阻却事由。但在责任层面上,在前述的行为人为了制止不法侵害而不得以实施唯一的或者已经是最小伤害的防卫行为的情形下,即便法益或法益侵害危险相差悬殊,行为人也是不具有期待可能性的。而期待可能性理论作为超法规的责任阻却事由,同样得以完成行为出罪化的任务,使得防卫人免受刑法的制裁,从而保证其合法权益。通过比例原则之外的期待可能性原则的适用,即将法益损害悬殊的防卫行为评价为不法行为从而防止防卫权的滥用,又在不具有期待可能性的情形下否定行为人的责任进而实现刑法的宽宥;既发挥了刑法的行为规制机能,也从裁判规范上实现了正义,更能实现情、理、法的统一。^[38]因此,基于目的性解释放弃狭义比例原则的适用,恐怕是不具有合理性的。

(二)以“存疑时有利于被告人原则”建构程序法标准

“存疑有利于被告人”这一古老法谚,在现代法制当中是无罪推定法理的具体体现。这一法谚促使刑事诉讼产生了独有的举证责任制度,即负担举证责任的人,原则上是检察官,被告人只就例外的特殊事实承担举证责任。因此,不管是应该构罪的事实,还是法律上阻却犯罪成立的事实的不存在等等,原则上都应该由检察官负责举证。在正当防卫语境下,在判断是否构成防卫过当的司法裁判中,往往对侵害人的侵害行为程度无法做出准确的认定,在举证责任分配上,检察官需要提出确实充分的证明,证实侵害人的侵害行为不可能为“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”。一旦这一事实的认定存在疑问,则“存疑有利于被告

人原则”就会具有独立意义予以登场。这一原则要求在事实并不明确的场合,做有利于被告人解释的判决。对此,需要回答三个问题:第一,“存疑有利于被告人原则”存在的依据是什么?第二,“存疑有利于被告人原则”在防卫过当的判断中是否有先例?第三,“存疑有利于被告人原则”在防卫过当的判断中如何适用?

1.“存疑有利于被告人原则”的适用依据

实际上,在刑事诉讼法的原则当中,“存疑有利于被告人原则”,并非被普遍认为是具有正当性的原则,而且与此同时,在个别的讨论中甚至认为这不是一个原则。^[38]在德国,早已就该原则的妥当性根基进行过广泛的讨论,其根基从诉讼程序的演绎、推论的尝试开始,甚至上升到了宪法规定、人身保护法等实体法规定当中。而且,更大的问题是关于这一原则有效范围的争议。也即,这一原则只是程序法上的原则,还是可以超越程序法,在实体法规定上也可予以适用,一直在争议中^⑨。那么,有必要就“存疑有利于被告人原则”在我国刑事裁判中的适用可能性,进行证成。

关于本原则的根据,要谈及两个阶段:第一个是规范上的根据,即刑事裁判所负有应该遵从该原则义务之根据;第二个则是实质的根据,即该原则存在必要性的理由。

首先,“存疑有利于被告人原则”具有宪法根基。“存疑有利于被告人原则”的根本功能在于在刑事诉讼过程中,保障被告人的基本权利。而刑事诉讼是建构在正当程序的基础上,实现证据收集的合法性,保证事实认定的准确性,进而促使被告人权利保障。因此,归根到底,“存疑有利于被告人原则”作为一种裁判时应遵守的规则,是正当程序的应有之意。换言之,刑事诉讼程序必须是“法律规定的正当程序”,“存疑有利于被告人原则”被认为是这种“正当程序”的重要部分。^{[39][30]}而我国《宪法》中所规定的“国家尊重和保障人权”作为总括性的法治宣誓,是“存疑有利于被告人原则”的根本性支撑。另外,作为正当程序的宪法规范的表征,在我国《宪法》中主要表现为第37条和第39条。虽然这两条规范字面内涵似乎局限为侦查程序,但是宪法的解释具有强大的生命力。作为法治国家基础之

一的正当程序原则,已经通过明示或默示的方式在各国宪法中予以确立^[39]。我国宪法亦可以结合“‘国家尊重和保障人权’的概括性条款,衍生解释出宪法中的正当程序原则”。^[40]

其次,“存疑有利于被告人原则”也具有刑事诉讼法根基。在我国刑事诉讼法中,并没有明确规定在审判中要遵循“存疑有利于被告人原则”的条文。在这一意义下,该原则与其说是直接来源于刑事诉讼法条文,倒不如说是从刑事诉讼法解释中推导出来。能够推导出该原则的基本规范是《刑事诉讼法》第200条第3款:“证据不足,不能认定被告人有罪的,应当作出证据不足、指控的犯罪不能成立的无罪判决。”这是规定检察官有负“犯罪证明”的责任,也即应遵循“存疑有利于被告人的原则”。对于本条所反映的“存疑有利于被告人原则”的理解,应做实质性解读:一方面,作为证明被告人犯罪的整体证据体系,在构建事实上存在疑问的时候,应当做有利于被告人的处理——无罪判决;另一方面,作为证明被告人犯罪的部分证据体系,在构建部分事实上存在多种可能的时候,也应当将该事实做有利于被告人的认定。

最后,从实质根据的角度来看,在当事人主义中,从追诉方(检察官)和被告人方的实质平等化来看,存疑有利于被告人的原则具有必要性。^[41]检察官和被告人是作为对等的刑事诉讼主体进行对抗,裁判所作为第三者的立场来进行裁判,这是现代当事人主义的基本框架。但是,在现实中,以国家为背景的检察官和独立个人的被告人在收集证据的能力上存在很大的差异。因此,为了调整力量上的差别,就将所有的举证责任让检察官来负担。检察官一方和被告人一方,在举证能力上确实存在差异。但是,在采纳法院通过职权来查明事实的职权主义的德国,“存疑有利于被告人原则”也是自古有之。换言之,该原则并不是当事人主义所固有的原则。另外,即便是刑事案件,很多国家也承认通过私人追诉的制度(自诉案件),自诉人在没有警察和检察官的特别帮助下,追诉人与被追诉人就处在实质平等的地位上;但是,即便是私人追诉制度,“存疑有利于被告人原则”也是不能被否定的。因此,在域外司法实践中,比如日本最高裁判所就通过判例确认“存疑有利

于被告人原则”是“刑事裁判中的铁律”^[42]。这一原则对于日本的裁判所无疑是具有拘束力的。

2. 正当防卫中“存疑有利于被告人原则”的适用情形

在刑事诉讼中,举证责任不做分配,除了犯罪构成要件该当性事实、作为处罚条件的事实、作为法律上刑罚加重利用的事实,还有作为违法阻却事由、责任阻却事由、处罚阻却事由、法律上减免理由的事实不存在,都应由检察官来负担举证责任。比如,从被告人方面来看,产生可能成立正当防卫的疑问,如果有足够的证据提出的话,检察官必须提出证据证明不存在。具体而言,在刑法所规定的正当防卫要件满足的情况下,即便存在杀人的行为也是合法的,会做无罪的认定。被告人虽然主张正当防卫,但是否真的有来自相对方的侵害之事实并不明确。在这一场合中,根据“存疑有利于被告人原则”,应做正当防卫的认定,也即通说认为此事应该视为无罪。^[42]

在正当防卫的认定中,适用“存疑有利于被告人原则”,在域内外审判实践中都有先例。

在日本的一起判例中,被告人知道其男友和被害人一起出门上班,认为二人正在交往,故跟踪被害人找到其住址。其后,被告人于某日早晨来到被害人住处,在被害人室内,用刀刀类的凶器对被害人的左胸部、右乳房部、右侧胸部等部位扎刺(以下简称“第一行为”);而后,用浴巾拧住被害人颈部(以下简称“第二行为”),致被害人颈部受压迫窒息死亡^[43]。

关于第一行为是否成立过剩防卫,原判决认为:“只有被害人的左胸部、右乳房部的开放性伤口和被告人右下腿部的刺伤产生的顺序,在证据上存在不明之处,考虑到对被告人有利的情形,被告人在扎刺被害人左胸部以前,被害人有可能扎刺了被告人的右下腿部,在证据上,这种可能性无法完全否定。在这种情况下,被害人空手对被告人,不得不用菜刀进行攻击,检察官无法对此予以合理地否定。因此,被告人在扎刺被害人左胸部等部位的时候,不得不说不存在急迫不正的侵害。”在这一前提下,“被告人扎刺被害人左胸部等的行为,可以说是对急迫不正侵害的防卫行为。被害人的侵害行为,只是扎刺右下腿部,不会导致生命危险,对此被告人朝被害人的胸部数次扎刺,所以被告人的行为在防卫手段上脱离了

相当性,成立过剩防卫。”这一认定,检察官无法证明在第一行为之前,被害人的侵害行为不存在,是使用“存疑有利于被告人原则”的体现。^[43]

我国在司法实践中,也存在适用“存疑有利于被告人原则”的先例,最为典型的是于海明正当防卫一案。在该案中,检察官意见认为“刘某攻击行为凶狠,所持凶器可轻易致人死伤,随着事态发展,接下来会造成什么样的损害后果难以预料,于海明的人身安全处于现实的、急迫的和严重的危险之下。刘某具体抱持杀人的故意还是伤害的故意不确定,这是许多行凶行为的特征,而不是认定的障碍。”(以下简称“第一次防卫行为”)“刘某受伤后又立刻跑向之前藏匿砍刀的汽车,于海明此时作不间断的追击也符合防卫的需要”(以下简称“第二次防卫行为”)^⑧。

通过本起检察院指导性案例,可以发现“存疑有利于被告人原则”能够作为规范的分析工具。在于海明实施第一次防卫行为时,刘某是“用刀面击打于海明颈部、腰部、腿部”,那么其行为到底是伤害、杀害,还是只是恐吓、威慑?这一事实的认定存在疑问,“难以预料”。基于“存疑有利于被告人原则”,检察院对该事实做了有利于于海明的认定,即认定刘某的行为会对于海明的身体、生命权法益产生严重侵害。在于海明实施第二次防卫行为时,刘某是在向之前藏匿砍刀的汽车处跑去。那么,在紧急情况之下,刘某的行为到底是寻找武器实施攻击,还是逃到车内躲避?这一事实的认定也存在疑问,同样基于“存疑有利于被告人原则”,检察院的意见认为于海明的行为“符合防卫的需要”。

3. 正当防卫中“存疑有利于被告人原则”的适用规则

“存疑有利于被告人原则”在防卫行为是否过当的判断中的适用,主要是针对《刑法》第20条第3款所规定的无限防卫权。无限防卫权的解冻对于防止正当防卫陷入僵尸条款具有极为重要的意义。在正当防卫的案件中,之所以会出现防卫过当认定比率居高,多是因为对于侵害人实施的侵害能否被认定为“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”(以下简称“暴力犯罪”)存在争议,在这种情况下,防卫人实施防卫行为导致侵害人死亡就很容易被认定为防卫过当。因为司法机关的

认定逻辑是:不能100%地认定侵害人实施的侵害行为是“暴力犯罪”,所以侵害人实施的行为不是“暴力犯罪”,则防卫人的防卫致侵害人死亡就属于防卫过当。

那么,侵害人实施的侵害行为到底属于何种类型,应是建立在事实判断基础上的规范判断,本质上是事实判断。当无法准确地判断出侵害人实施的侵害是属于“暴力犯罪”还是非“暴力犯罪”时,则属于事实存在疑问,那么此时应当做有利于被告人(即防卫人)的解释,宜认定侵害行为属于“暴力犯罪”,防卫人可以行使无限防卫权。按照司法机关的认定逻辑,采取的是存疑不利于被告人的原则,显然不尽合理。

当然,存疑有利于被告人主要适用于《刑法》第20条第3款,并不意味着对于一般防卫行为就没有适用的余地。正如前文所述,在判断不法侵害和防卫行为的强度时,应当衡量二者的法益侵害危险,在一个行为具有多种法益侵害可能的情况下,应当选择具有相当性的法益侵害危险进行衡量。但在不能明确哪一个法益侵害危险更具有相当性的情况下,应当根据“存疑有利于被告人原则”,对不法侵害选择更重的法益侵害危险,而对防卫行为选择更轻的法益侵害危险,从而将防卫行为纳入限度之内。例如,不法侵害行为既可能造成轻伤,也可能造成重伤,在二者不能确定何者更具有相当性时,应当认定能造成重伤的法益侵害危险;而对防卫行为,应当认定能造成轻伤的法益侵害危险。

最后,为了避免滥用“存疑有利于被告人原则”,防止防卫过当判断标准缺乏正当性,需要明确界定“存疑有利于被告人原则”中“存疑”的程度问题。换言之,对于侵害人的侵害行为属于何种类型,会侵害何种法益,达到什么样的“存疑”程度时,可以做有利于被告人的解释呢?“怀疑本身极不稳定,怀疑之中究竟包含多大的‘疑’通常无法测量分析。”^[44]根据体系解释的方法,在《刑事诉讼法》当中,“疑”的概念还存在于“排除合理怀疑”这一表述之中。因此,“存疑有利于被告人原则”中疑的程度应当与“排除合理怀疑”中疑的程度等同。

结语

在“唯结果论”盛行的司法实践大背景下,要求

给正当防卫制度松绑的呼声愈发高涨。理论界所给出的方案,无论是“双重标准论”还是“一体说”,虽然在指导性案例的烘托下,似乎具有很强的理论指导性效应。但是,由于它们仍然保留了结果判断要素,当社会关注正当防卫的热度退却之后,司法实践还有倒退到“唯结果论”的风险。或许建立“行为限度单独标准”,彻底摒弃结果判断要素,并通过比例原则和“存疑有利于被告人原则”,从实体法和程序法角度,构建“行为超过必要限度”判断的双重保险,才能更好地让正当防卫制度不再成为僵尸条款。

注释:

①图中涉及正当防卫或防卫过当的案件数据来源于以“正当防卫”为关键词和“防卫过当”为关键词在中国裁判文书网上进行检索所得历年数据,无罪判决人数来自《最高人民法院工作报告》。

②参见劳东燕:《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1324-1348页;储陈城:《正当防卫回归公众认同的路径——“混合主观”的肯认和“独立双重过当”的提倡》,《政治与法律》2015年第9期,第27-37页。

③参见广东省揭西县人民法院(2017)粤5222刑初字第71号刑事判决书。

④参见安徽省宣城市宣州区人民法院(2018)皖1802刑初字第100号刑事判决书。

⑤参见陕西省高级人民法院(2018)陕刑终第62号刑事裁定书。

⑥参见山东省威海市环翠区人民法院(2017)鲁1002刑初字第379号刑事判决书。

⑦最高检指导案例:陈某正当防卫案(检例第45号)。

⑧参见王钢:《正当防卫的正当性依据及其限度》,《中外法学》2018年第6期,第1598页;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1324-1348页。

⑨参见安徽省安庆市中级人民法院(2018)皖08刑终第11号刑事判决书。

⑩Vgl. Kindhäuser, Strafrecht, AT, 6. Aufl., 2015, §30 Rn 9; R. Rengier, Strafrecht, AT, 6. Aufl., 2014, §33 Rn 4.转引自张梓弦:《不能犯论的日本路径及其借鉴意义》,《比较法研究》2019年第1期,第105页。

⑪例如郑晓剑:《比例原则在民法上的适用及展开》,《中国法学》2016年第2期,第143-165页;占善刚、张博:《比例原

则在民事诉讼中的适用与展开》,《学习与实践》2019年第1期,第76-85页;于改之、吕小红:《比例原则的刑法适用及其展开》,《现代法学》2018年第4期,第136-149页,等等。

⑫贵州省凯里市中级人民法院(2018)黔2601刑初字第50号刑事判决书。

⑬参见于改之、吕小红:《比例原则的刑法适用及其展开》,《现代法学》2018年第4期,第144页;陈璇:《正当防卫与比例原则——刑法条文合宪性解释的尝试》,《环球法律评论》2016年第6期,第36页;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13页。

⑭Vgl. Andreas Michael, Der Grundsatz in dubio pro reo im Straferfahrensrecht, Frankfurter criminalwissenschaftliche Studien 7, 1981, Verlag Peter Lang. S.17ff.参见朝倉京一:《「疑わしきは被告人の利益に」(in dubio pro reo)の原則の実体刑法的機能について》,《専修大学法学研究所紀要》1983年卷,第1页;赵运锋:《存疑有利于被告的反思与深化》,《江苏警官学院学报》2013年第1期,第5页;袁国何:《刑法解释中有利于被告人原则之证否》,《政治与法律》2017年第6期,第122页;冀洋:《“存疑有利于被告人”的刑法解释规则之提倡》,《法制与社会发展》2018年第4期,第125页,等等。

⑮参见蒋冀:《正当程序条款的不同命运——美国宪法和印度制宪会议旧事》,《华东政法大学学报》2016年第3期,第134-149页;刘东亮:《论实体性正当程序》,《法治研究》2017年第2期,第121-140页,等等。

⑯参见最决昭和50.5.20刑集第29卷第5号177页。

⑰日本京都地判平25.5.31LEX/DB文献番号25504333。

⑱参见于海明正当防卫案(检例第47号)。

参考文献:

[1]陈兴良.正当防卫如何才能避免沦为僵尸条款——以于欢故意伤害案一审判决为例的刑法教义学分析[J].法学家,2017,(5):89-104.

[2]杨兴培.刺杀辱母者案的刑法理论分析与技术操作[J].东方法学,2017,(3):37-46.

[3]时延安.刑法的伦理道德基础[J].中国刑事法杂志,2019,(3):28-45.

[4]梁根林.防卫过当不法判断的立场、标准与逻辑[J].法学,2019,(2):3-25.

[5]尹子文.防卫过当的实务认定与反思——基于722份刑事判决的分析[J].现代法学,2018,(1):178-193.

[6]邹兵建.正当防卫中“明显超过必要限度”的法教义学研究[J].法学,2018,(11):139-153.

- [7]劳东燕.正当防卫的异化与刑法系统的功能[J].法学家,2018,(5):76-90.
- [8]储陈城.正当防卫回归公众认同的路径——“混合主观”的肯认和“独立双重过当”的提倡[J].政治与法律,2015,(9):27-37.
- [9]周光权.正当防卫的司法异化与纠偏思路[J].法学评论,2017,(5):1-17.
- [10]张明楷.防卫过当:判断标准与过当类型[J].法学,2019,(1):3-21.
- [11]魏超.法确证利益说之否定与法益悬置说之提倡——正当防卫正当化依据的重新划定[J].比较法研究,2018,(3):187-200.
- [12][日]山口厚.正当防卫论[J].王昭武,译.法学,2015,(11):80-87.
- [13]张明楷.避免将行政违法认定为刑事犯罪:理念、方法与路径[J].中国法学,2017,(4):37-56.
- [14][英]洛克.政府论[M].叶启芳,瞿菊农,译.北京:商务印书馆,2008.
- [15][英]霍布斯.利维坦[M].黎思复,黎廷弼,译.北京:商务印书馆,2019.
- [16][日]穗积陈重.复仇与法律[M].曾玉婷,译.北京:中国法制出版社,2013.
- [17]欧阳本祺.正当防卫认定标准的困境与出路[J].法商研究,2013,(5):119-127.
- [18]陈璇.正当防卫、维稳优先与结果导向——以“于欢故意伤害案”为契机展开的法理思考[J].法律科学,2018,(3):75-90.
- [19]张明楷.刑法学(第4版)[M].北京:法律出版社,2016.
- [20]陈兴良.刑法适用总论(上卷)[M].北京:中国人民大学出版社,2017.
- [21]冯军.防卫过当:性质、成立要件与考察方法[J].法学,2019,(1):22-36.
- [22]劳东燕.功能主义刑法解释论的方法与立场[J].政法论坛,2018,(2):10-27.
- [23]周光权.新行为无价值论的中国展开[J].中国法学,2012,(1):175-191.
- [24]周光权.行为无价值二元论与未遂犯[J].政法论坛,2015,(2):38-51.
- [25]张明楷.论偶然防卫[J].清华法学,2012,(1):17-37.
- [26]梁根林.未遂犯处罚根据论:嬗变、选择与检验[J].法律科学,2015,(2):108-118.
- [27][日]山口厚.刑法总论(第2版)[M].东京:有斐阁,2013.
- [28]余凌云.论行政法上的比例原则[J].法学家,2002,(2):31-38.
- [29]郝银钟,席作立.宪政视角下的比例原则[J].法商研究,2004,(6):69-73.
- [30]范进学.论宪法比例原则[J].比较法研究,2018,(5):106-119.
- [31]许玉镇.试论比例原则在我国法律体系中的定位[J].法制与社会发展,2003,(1):127-132.
- [32]陈璇.正当防卫与比例原则——刑法条文合宪性解释的尝试[J].环球法律评论,2016,(6):36-58.
- [33]张翔.基本权利冲突的规范结构与解决模式[J].法商研究,2006,(4):94-102.
- [34]于改之,吕小红.比例原则的刑法适用及其展开[J].现代法学,2018,(4):136-149.
- [35]张明楷.正当防卫的原理及其运用——对二元论的批判性考察[J].环球法律评论,2018,(2):51-76.
- [36]吴允锋.正当防卫限度的判断规则[J].政治与法律,2018,(6):82-93.
- [37]姜涛.行为不法与责任阻却:“于欢案”的刑法教义学解答[J].法律科学,2019,(1):92-102.
- [38]Wolfgang Frisch, Zum Wesen des Grundsatzes "In dubio pro reo"[M]//Grndfragen der gesamten strafrechtswissenschaft, Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag am 12. September 1973, Claus Roxin, Hans-Jürgen Bruns and Herbert Jäger Walter de gruyter 1974, S.273ff.
- [39][日]田宫裕.刑事訴訟法[M].东京:有斐閣,1996.
- [40]郭殊.我国正当程序原则的规范诠释与体系构造——以宪法上的“禁止非法搜查”为中心[J].浙江学刊,2017,(3):91-100.
- [41][日]井戸田侃.無罪推定の法理——刑事訴訟の現実と課題[M]//沢登佳人.近代刑事法の理念と現実——柏木千秋先生喜寿記念論文集.東京:立花書房,1991.(p329-330)
- [42][日]後藤昭.「疑わしきは被告人の利益に」ということ[J].一橋論叢,1997,(4):573-591.
- [43][日]井上宜裕.過剰防衛の成否と「疑わしきは被告人の利益に」の原則[J].新判例解説 watch:速報判例解説,2015,(16):175-178.
- [44]栗峥.合理怀疑的本土类型与法理建构[J].中国社会科学,2019,(4):49-74.