

# 防卫挑拨的违法性根据与判断标准

——以功利主义与罗尔斯的对立为视角

蔡 桑

**【摘 要】**防卫挑拨问题的核心是怎样的挑拨行为能阻却正当防卫,即防卫挑拨的判断标准问题。传统理论对这一问题的回答围绕防卫挑拨的违法性根据展开,但除了具体论证问题外,在论证方法上就防卫挑拨的违法性根据与判断标准未能形成有效的推导关系。对防卫挑拨的理解应回到正当防卫的正当化依据,结合“自利理性人普遍同意”理论,并关注到当代功利主义者对罗尔斯的回应与反批判,判断标准的最优解是在两种理论范式下都能被证成。除了以故意过失区分的防卫挑拨判断标准外,在挑拨人具有特别认知的场合,防卫权也应被限制。其违法性根据在“法益衡量”原理下是防卫情状可归责于挑拨行为,在“自利理性人普遍同意”理论下是具有特别认知的挑拨行为超出了社会团结义务的限度。

**【关 键 词】**防卫挑拨;违法性根据;判断标准;法益衡量;自利理性人普遍同意

**【作者简介】**蔡桑,清华大学法学院博士研究生。

**【原文出处】**《甘肃政法大学学报》(兰州),2021.2.85~100

**案例 1:(尝梨赖账案)**黄某在农贸市场卖梨时,朱某到其摊位尝完梨后不买欲离开,黄某上前向其索要吃梨款,双方发生争执,朱某和同行另外两人与黄某缠打。过程中,黄某两次被打倒在地,后朱某将黄某打倒在沈某卖农具的摊位上。黄某随手拿起一把草钩欲继续打斗,被摊主夺下,黄某又从该摊位上拿起一把镰刀用力横扫,将朱某砍伤,后朱某经抢救无效死亡。法院认定黄某犯故意伤害罪。<sup>①</sup>法院认定本案的行为结构是:黄某向朱某讨要债务,朱某不法侵害黄某,黄某进行防卫。

**案例 2:(德国的仇人相见案)**“红鸡酒馆”的两名老主顾 A 和 B 不知什么缘故结了仇。一天, B 告诉 A,他不想在酒馆里看见 A,否则后果自负。然而 A 下决心不当胆小鬼。A 尽管对若动起手来 B 明显的身体优势有所顾虑,还是在第二天晚上来到酒馆同往常一样点了一瓶啤酒。当同在酒馆的 B 看到 A 时, B 马上冲向 A 并尝试着将其拽出酒馆。结果 A 同

B 纠缠在一起,并用拳猛击 B 脸部, B 随即倒在地上。当 B 吃力站起来, A 拿起桌子上的大啤酒杯击打 B 的头部。<sup>②</sup>本案的行为结构是: A 踏入酒馆“激怒” B, B 不法侵害 A, A 进行防卫。

**案例 3:(我国的仇人相见案)**朱某与韦某因打麻将发生口角,被围观群众劝开,韦某扬言要杀死朱某,并在社区内张贴广告,寻找朱某下落,声称“凡提供朱某下落者,奖励现金两千元”。朱某得知后,曾数日不敢出门,因惧于韦某,后朱某外出时总是随身携带一把匕首。某日,朱某在明知韦某在麻将馆打牌的情况下,鉴于爱打麻将的嗜好,还是坚持到了麻将馆,看到朱某的韦某称“总算找到你了”,遂上前殴打朱某,二人发生冲突,但随即被人拉开。期间,韦某突然手持一柄长剑砍向朱某头部,由于朱某躲闪,实际只砍伤朱某左肩,随后韦某又向朱某连砍三剑,朱某边躲避边用左前臂抵挡。见无法砍到朱某,韦某又从左侧腰间拔出一把改制的发令手枪,并叫到

“小兔崽子,我崩了你”,看见韦某手中的手枪,朱某感到危机,于是从自己右侧腰间拔出随身携带的匕首,向韦某左侧胸部猛刺一刀后逃跑,韦某经抢救无效死亡。<sup>③</sup>法院认定的本案的行为结构是:朱某踏入麻将馆“激怒”韦某,韦某不法侵害朱某,朱某进行防卫。

如上述案例所示,防卫挑拨一般是指这样的情况:甲挑拨乙,乙受到挑拨攻击甲,甲防卫乙,其中乙的攻击行为不是正当防卫,甲的防卫行为单独看是正当防卫。那么,甲的挑拨行为对其之后的防卫行为认定为正当防卫是否影响,如何影响,反言之,该场合下防卫人的退避义务是否存在,范围如何,这就涉及防卫挑拨的违法性和判断标准问题。这一问题在我国学界还未深入展开研究,但其意义重大:在理论上,有利于深入对相关问题的理解;在实践上,由于涉正当防卫案件大多有挑衅行为,故有利于明确并非只要有挑拨行为或对形成防卫情状负有责任就完全丧失防卫权,以扩张实践中正当防卫的适用。此外,最高人民法院、最高人民检察院、公安部2020年8月28日发布《关于依法适用正当防卫制度的指导意见》,在实践中正当防卫的认定必然放宽的背景下,可以预见涉防卫挑拨的案件将越来越多,解决该问题也具有相当的紧迫性。

## 一、防卫挑拨的讨论语境与实践特征

### (一)防卫挑拨的讨论语境

刑法教义学力求形成清晰的判断标准,这依赖两个基点:法律概念与法律效果。“没有概念作为抽象观念,根本没有思维操作及科学可言”。<sup>④</sup>法律效果也是建构教义学体系的必备一环。概念与效果相互关联,最终形成如“假想防卫→过失犯罪或意外事件”的规范判断结构。因此,讨论防卫挑拨首先需要厘清当前研究中使用混乱的相关法律概念与法律效果。

法律概念上,当前研究中防卫挑拨有区分下位类型和不区分下位类型两种定义模式。区分下位类型的防卫挑拨从挑拨行为的法律或伦理性质与挑拨行为的主观心态(蓄意、故意、过失)各一方面或两方

面结合来划定防卫挑拨的不同类型。如将防卫挑拨分为蓄意与非蓄意挑拨。<sup>⑤</sup>而不区分下位类型的防卫挑拨则使用统一的防卫挑拨概念,只采用蓄意或故意挑拨类型的防卫挑拨。如故意挑拨类型:“为侵害对方故意引起对方对自己的侵害,然后以正当防卫为借口,给对方造成侵害”。<sup>⑥</sup>我国传统刑法理论采用的是后一种蓄意挑拨类型,“行为人出于侵害目的,故意引诱、挑衅促使对方不法侵害,尔后借口防卫加害对方”。<sup>⑦</sup>

法律效果上,当前研究中存在防卫挑拨完全阻却正当防卫和限制阻却正当防卫两种法律效果。完全阻却正当防卫的法律效果是只要认定为防卫挑拨即完全阻却正当防卫。这一结构下,防卫权的范围与防卫挑拨的成立要件一体两面,明确防卫挑拨的成立条件即同时确定了防卫权的范围。而限制阻却正当防卫的法律效果下,认定为防卫挑拨尚不一定阻却正当防卫,需要进一步确定法律效果。即防卫挑拨的概念认定与效果确定分属两个层次,概念认定层次范围较宽,通过效果层次限缩范围。

上述不同的定义模式与不同的法律效果相结合,统一的防卫挑拨概念与完全阻却正当防卫效果相连接,类型区分的防卫挑拨概念与限制阻却正当防卫效果相连接,结合后最终在防卫权的范围上大致一致。二者在蓄意挑拨类型的防卫挑拨完全阻却正当防卫处达成一致:中国、德国、日本的通说均认为,蓄意实施防卫挑拨无权进行正当防卫。这也体现在类似结构的自招侵害的紧急避险中,“即便避险行为人自招危险、对危险的发生负全部责任,但只要其并非故意进行避险挑拨,就不能认为其权益不再受保护或原则上相较于第三人利益更加不值得保护,而完全否定构成紧急避险。”<sup>⑧</sup>统一概念—完全阻却、类型概念—限制阻却这两种展开实质并不对立,本质是同一问题,即怎样的挑拨行为能阻却正当防卫。本文将这一问题归结为防卫挑拨的判断标准问题,能阻却正当防卫的挑拨行为成立防卫挑拨,不能阻却正当防卫的挑拨行为不是规范意义上的防卫挑拨。

## (二)防卫挑拨的实践特征

我国司法实践中认定防卫挑拨的案件数量较少,以“防卫挑拨”“挑拨防卫”作为关键词在中国裁判文书网上检索,得到关于防卫挑拨的案例20余件。通过分析这些案例,发现司法实践认定防卫挑拨有两个主要特征:一致的认定理由和确定的适用效果。

首先是一致的认定理由:阻却防卫目的。司法实践中认定防卫挑拨的理由具有一致性,即阻却防卫目的,如存在报复目的、加害意图等。有的裁判文书中明确表达为:“被告人出于报复目的采用挑拨防卫方式故意伤害他人身体,不成立正当防卫。”<sup>⑩</sup>“李某前持铁叉以言语挑拨激怒被害人,借口防卫对被害人实施故意伤害,无防卫意图,属防卫挑拨,不是正当防卫。”<sup>⑪</sup>司法实践受我国传统刑法理论影响,普遍认为防卫目的是正当防卫的成立条件之一,防卫挑拨因无防卫目的而阻却正当防卫。

其次是确定的适用效果:完全阻却正当防卫。司法实践中认定为防卫挑拨后,适用的法律效果具有确定性,即一旦认定为防卫挑拨就完全阻却正当防卫。裁判文书中的经典表述是“行为属于防卫挑拨,不是正当防卫”。如“毛某以言语激怒被害人,使被害人欲实施不法侵害,导致双方在互殴中毛某持砖头致伤被害人,其行为属挑拨防卫,不是正当防卫。”<sup>⑫</sup>

此外,在防卫挑拨案件中,境内外判例的共同倾向是挑拨方与被挑拨方的认定完全依据结果论。如案例1、2、3中,尝梨赖账的朱某、以武力威胁对方不能进入特定场所的A、韦某,似乎更符合“挑拨”“自招侵害”的内涵。但在防卫挑拨中,挑拨方与被挑拨方的确定并不是正面认定,而是根据侵害结果中朱某、A、韦某是被害人而认定其为被挑拨方,再反推挑拨方与挑拨行为。由此就会得出案例1中黄某讨要债务的合法行为、案例2和3中B和朱某进入特定场所的合法行为成立防卫挑拨中挑拨行为的结论。

相较我国司法实践中的上述两项特征,防卫挑拨的境外判例显得比较混乱。我国台湾地区的判例

一直完全否认挑拨行为对成立正当防卫的影响,直至2007年一个判例中,二审以阻却防卫意思阻却正当防卫,但终审依然完全否认挑拨行为影响成立正当防卫。<sup>⑬</sup>英美法的一些判例中也体现了这一立场。<sup>⑭</sup>日本最高裁判所则在2008年的一个判例中“首次正面否定成立正当防卫”。<sup>⑮</sup>近年来下级裁判所判例中阻却正当防卫则有各式各样的理由。如挑拨人“预见+积极的加害意思”阻却紧迫性、否定紧迫性和为了防卫的行为性、否定攻击方的行为是不正等。<sup>⑯</sup>

司法实践中上述境内外判例大相径庭的可能原因是:一方面,域内判例深受我国传统刑法理论影响,对防卫挑拨的关注不足,理论上坚持“防卫挑拨无防卫目的,进而完全阻止正当防卫”的粗放结构。在实践中防卫挑拨认定理由一致、适用效果确定的背景下,关于防卫挑拨有很多具体问题被掩盖。如过失挑拨是否阻却正当防卫、蓄意挑拨(故意挑拨+侵害目的)中,决定性的是故意挑拨还是侵害目的等。传统刑法理论忽视防卫挑拨,因此在正当防卫案件中较常见的挑衅行为被认定为防卫挑拨的数量却极少。另一方面,更深层次的原因无疑是防卫挑拨对防卫权/退避义务如何影响的规范结构在教义学体系中至今仍未得到有效澄清。

## 二、防卫挑拨的学理见解及其不足

防卫挑拨既然能阻却正当防卫,其必定违法。那么具有违法性的理由何在,这就是防卫挑拨的违法性根据问题。满足何种条件的防卫挑拨能够阻却正当防卫,这是判断标准问题。判断标准问题必然与违法性根据相关联,逻辑上应能从阻却正当防卫的防卫挑拨的违法性根据中推导出其判断标准。

(一)防卫挑拨的违法性根据的传统论证路径及其不足

防卫挑拨的违法性根据在论证在学说上主要有正当防卫内外两大着力方向。一是回归正当防卫成立条件,欲将其消解于正当防卫某个或某几个成立条件的不符合上。二是上升到原理层面,从正当防卫的正当性依据中切入。以下分别论述这两大方向论证路径的具体展开与其不足之处。

## 1. 阻却正当防卫成立条件的诸路径

(1) 阻却紧迫性要件。结果无价值论主张防卫挑拨阻却紧迫性要件,将“自招侵害”置于“紧迫性”之下,着眼于挑拨行为与预见之间的关联,逻辑链是:挑拨行为=预见侵害→无紧迫性→有退避义务。上述日本2008年判例在这一路径的解读中,法院提出的综合判断的具体标准:挑拨人的预见、前后行为的因果关系、时空上的连续性、挑拨人的挑拨程度等均被视为影响预见的因素。日本的司法实践长久以来根据“预见侵害+积极的加害意思”阻却紧迫性要件来裁判自招侵害案件。<sup>⑥</sup>但是这一标准中“积极的加害意思”面临心情刑法的批评,“客观上完全相同的防卫行为,根据积极加害意思心情要素的有无,有时违法被阻却,有时不被阻却”。<sup>⑦</sup>紧迫性终究是客观要件,只有积极的加害意思被表现于外,“采迎击姿态之客观面向后,始不具急迫性”。<sup>⑧</sup>这一标准实际被改造为“预见侵害+积极的加害意思+表现于外的行动”的判断结构。

阻却紧迫性路径的问题是:首先,预见到侵害未必没有客观紧迫性。预见至多表示心理准备,但主观上的心理准备不可能阻却客观攻击的紧迫性。否则多数正当防卫案件中防卫人都有面对攻击的心理准备,一概阻却正当防卫无疑会压缩防卫权。实践中的多数观点也认为即使预见到不法侵害,也不应当由防卫人负担回避义务。<sup>⑨</sup>其次,正当防卫案件中防卫人积极的加害意思很难被否定。“预见到侵害并面对侵害的话,很难否定‘积极的加害意思’”。<sup>⑩</sup>即使加入“表现于外的行动”客观标准,即事先做好迎击准备、设置防卫措施等也无法否定不法侵害来临时的客观紧迫性。

(2) 阻却防卫意思要件。我国传统刑法理论和行为无价值论提倡防卫挑拨阻却防卫意思。<sup>⑪</sup>防卫挑拨中“并没有防卫意思,而是攻击意思”。<sup>⑫</sup>逻辑链是:有攻击意思→无防卫意思→阻却正当防卫。但是,首先有攻击意思未必没有防卫意思。多数情况下攻击意思与防卫意思可以并存。少数情况下,日本的判例中防卫意思被否定的场合只限于攻击意思

将防卫意思完全排除,防卫意思被归零的情况。<sup>⑬</sup>其次,无防卫意思未必能阻却正当防卫。现在的主流观点是解构防卫意思,防卫意思只要有防卫认识即可,剥离为了防卫的防卫目的。“防卫意思必须认知到防卫情状,以及其施行攻击用以反击不法侵害即足,不需具备明确的防卫目的”<sup>⑭</sup>。防卫过程中即使出于愤怒、恐慌等其他心理因素也应肯定具有防卫意思。现在,即使持防卫意思必要说的学者也朝着防卫目的稀薄化的方向解释防卫意思,“意识到急迫不正的侵害,出于回避的单纯心理状态已足”。<sup>⑮</sup>

(3) 阻却相当性要件。防卫挑拨阻却相当性的观点分为两种,一种认为相比典型的正当防卫,防卫挑拨中挑拨者的“法益要保护性受到较低评价,侵害者和防卫者的关系比正当防卫更接近紧急避险,应课以防卫行为相当性范围内的退避义务”。<sup>⑯</sup>另一种认为“挑拨者被允许的反击行为的范围应在相当关系中讨论,即把挑拨者挑拨行为的对象、速度、强度、范围等和被挑拨者侵害行为的对象、速度、强度范围等作为比较对照,确定挑拨者的反击行为的对象、速度、强度、范围、难易、他手段可能性等,划归到必要性、相当性的检讨”。<sup>⑰</sup>但是,前者问题是将正当防卫讨论域中正对不正的问题转化为了紧急避险正对正的问题。<sup>⑱</sup>况且,即使将防卫挑拨归结为紧急避险,退避义务的范围问题依然没有得到解决。后者将挑拨行为与防卫行为作为整体考虑防卫限度,但“防卫挑拨中,单独看防卫行为本身是相当的,又如何证明其欠缺相当性”。<sup>⑲</sup>上述综合判断标准也只是提出了解决方向而欠缺实际操作的有效指引。

(4) 阻却不法侵害要件。近来有学者认为防卫挑拨引起的攻击行为不是不法侵害。“防卫者因事前意图惹起不法侵害,在后阶段负有退避义务,防卫权不再如同一般防卫者。”<sup>⑳</sup>但承认挑拨行为抵消攻击行为的问题是,这样似乎所有的挑拨行为都阻却正当防卫。这一路径可以归结于正当防卫正当化依据中的法益衡量原理,但是,功利主义的正当防卫观可能也无法彻底解决问题。首先,即使挑拨人的被保护性降低,其法益仍然存在,并不意味着可以直接侵害

挑拨人。其次,这种个人法益程度高低对比的论证路径可能存在内在矛盾。因为不借助法益衡量原理所反对的超个人的法秩序因素无法解释不法侵害人的被保护性降低。因为不法侵害人是不法的侵害人,而这即是从违反法秩序的角度阐述的。再次,法益性质上,正当防卫时可能无法进行法益衡量。因为正当防卫是正对不正,法益性质不同,不存在衡量的前提。最后,具体的法益衡量程度也根本无法准确计算。<sup>③</sup>

## 2. 正当防卫成立条件外的诸路径

(1)法理型理论。将防卫挑拨的违法性根据诉诸法理的理论主要有“权利不得滥用”“阻却社会相当性”与“阻却法确证原理”等。权利不得滥用理论认为正当防卫是一种权利,权利行使皆须符合不得滥用的内在限制。防卫挑拨是“正当防卫权的滥用,导致法确证的客观利益不存在”。<sup>④</sup>但首先,防卫挑拨不一定是权利滥用。虽然不法侵害由挑拨人挑拨引起,但防卫人的侵害对被挑拨人也是不法侵害,反击行为很难一概说是对正当防卫权的滥用。其次,权利滥用在其他问题上的法律效果是完全丧失,为何在防卫挑拨中却是部分丧失。如在委托代理中,代理人滥用权利则代理人的代理权全部归于无效。松宫孝明认为权利滥用说会导出“一概禁止对有意挑拨引起的攻击的防卫,完全否定对挑拨人一方的法益保护”。<sup>⑤</sup>但防卫挑拨的场合中,挑拨人的权利并未全部丧失。此外,阻却社会相当性理论认为防卫行为“即使符合正当防卫要件,但在该种防卫行为欠缺社会相当性时,实质上有违法性”。<sup>⑥</sup>阻却法确证原理认为从确证法秩序角度,“反击手段的法秩序保护效果已减低,此时防卫者必须顾虑并尽可能保全不法侵害者的法益”。<sup>⑦</sup>上述法理型理论的共同特征是回归抽象层面。其共有的问题是,以原理代替法条,以抽象代替具象。权利滥用、社会相当性、法确证原理本身有极大解释空间,过于抽象,很难发展下位规则,与教义学的发展趋势相悖。

(2)原因违法行为理论。山口厚在防卫挑拨中持原因违法行为理论。这一视角下防卫挑拨的结构

是:不当的挑衅行为(原因行为)使防卫行为不违法。与原因自由行为相似,“此前的挑唆行为,是刑法的处罚对象”<sup>⑧</sup>,“之后产生的防卫行为也随之违法”<sup>⑨</sup>。原因违法行为理论的问题是:首先,以上论证以原因行为违法为前提,但挑拨行为完全可能不违法。那么,“为什么原因行为的挑拨行为合法,基于应当合法的防卫行为惹起的结果同时也能奠定既遂的违法性。”<sup>⑩</sup>其次,原因违法行为使着手前置化。为了避免和责任主义的冲突,将着手认定在有责任的原因行为。“以挑拨防卫为手段的侵害行为的实行着手,从挑拨行为开始”<sup>⑪</sup>,但是,这样即使被挑拨人没有任何反应时,也可能被认定为未遂犯。最后,原因违法行为理论难以解释挑拨行为与防卫行为不成比例场合。“对防卫人,仅仅能够肯定对原因行为的刑事责任(例如名誉毁损或侮辱),对防卫行为的结果的责任(杀人或者伤害),就不能做出充分说明”。<sup>⑫</sup>

## (二)防卫挑拨的判断标准的传统论证路径及其不足

当前防卫挑拨的判断标准几乎都着眼于挑拨行为本身,而没有考虑挑拨行为与防卫情状引起之间的关系。当前研究就挑拨行为本身,可大致分为三个方向:从主观面判断、从客观面判断和从主客观面结合判断。

### 1. 从主观面判断的路径

虽然上述防卫挑拨的违法性根据聚讼不已,但大多数研究都肯定蓄意型防卫挑拨阻却正当防卫。对防卫挑拨从主观面判断的方向包括:蓄意、故意、过失。从预见的角度看就是:预见+侵害目的、预见、预见可能性。如前田雅英认为,积极加害型的挑衅行为是“一连的攻击行为”,阻却正当防卫。故意挑衅行为阻却正当防卫。过失挑衅行为原则上不阻却正当防卫。<sup>⑬</sup>参见王钢副教授区分为故意挑拨阻却正当防卫,过失挑拨限制正当防卫。<sup>⑭</sup>德国通说则是分为蓄意挑唆、其他可非难方式所导致的防卫情状和防御挑唆三种类型,其中,蓄意挑唆完全否定正当防卫,两种非蓄意挑唆则给予部分限制。<sup>⑮</sup>但是,从主观面判断的路径可能至少需要回答两个问题。其

一是,“意图通过防卫造成对方伤害的想法纯粹属于一种深藏于行为人内心的动机”<sup>④</sup>,挑拨行为的主观面如何能够成为防卫权范围确定问题的决定性变量。其二是,在主观面的分类中,蓄意挑唆与故意挑唆究竟是都能够阻却正当防卫,还是只有蓄意能够否定正当防卫。如果是前者,说明阻却正当防卫的实质影响因素是故意而非侵害目的。如果是后者,则说明否定正当防卫的实质因素是侵害目的而非故意,这又回到第一个疑问,故意和目的都是主观要素,其如何能影响防卫权的范围。对于这些问题,目前鲜见深入研究。

## 2. 从客观面判断的路径

正是认识到上述归结于挑拨人的主观面可能无法准确判断防卫挑拨中防卫权的范围,也有不少学者主张从客观面判断的路径。从客观面判断的观点认为,应“以挑拨行为客观事由为基准,将原因的挑拨行为类型化”。<sup>⑤</sup>“即使预见到侵害,被攻击者也没有避免义务,特别负担只应根据违法行为的有无来确定”。<sup>⑥</sup>客观面的分类主要将挑拨行为根据其客观法律性质区分为违法行为、合法行为或以是否违反社会伦理分为合伦理行为、反伦理行为。只有违法或违反社会伦理的挑拨行为能够阻却正当防卫,而合法或合伦理的挑拨行为完全不影响反击行为成立正当防卫。如松原芳博在从客观面解读日本2008年判决时指出,“本决定着眼于客观事实”,“先行事实必须是‘不法’的”,“不要求该先行事实具有有责性”。<sup>⑦</sup>黎宏教授也认为:“挑拨防卫原则上都是不法加害行为”。<sup>⑧</sup>与此相对,德国联邦最高法院曾认为挑衅行为不必违法,“挑衅者的举止在‘社会伦理上有问题’即可”。但正如罗克辛批评的,“什么是违法的,可以清楚确定;社会伦理评价总是模糊和摇摆不定”。<sup>⑨</sup>其实放到实践中,即使违法也较难确定,如违反地铁乘车守则“文明乘车”的行为、违反民法诚实信用原则的行为等可能不比社会伦理有更高的明确性。而且,如果在正当化依据中采法确证原理说,挑拨行为的违法性也并不是影响法确证的关键变量:“无论防卫人是否实施了违法的挑拨行为,法确证的

利益都不会改变”。<sup>⑩</sup>关于究竟为何要区分挑拨行为的违法或违反社会伦理属性,当前研究也未能作出有效的解答。

## 3. 从主客观面结合判断的路径

或许是认识到单纯从主观、客观无法充分说明判断标准的合理性,也有不少学者尝试从两方面结合起来判断的路径。当前,从主客观面结合的判断大致可以分为两类。一类是“意图+违法”的挑拨行为阻却正当防卫。例如,中山研一指出:“实施违法挑拨行为,并意图利用产生的正当防卫状况侵害他人,不成立正当防卫”。<sup>⑪</sup>山中敬一则认为:“限制正当防卫的挑拨应仅限于意图挑拨的场合”,且“为限制正当防卫,应要求挑拨行为违法”。<sup>⑫</sup>故意违法挑拨行为的场合适用三阶段理论,即退避、防御性防卫、攻击性防卫。而另一类认为“过失+违法”的挑拨行为就可以适用三阶段理论,意图挑唆不需要挑拨违法即阻却正当防卫。<sup>⑬</sup>但是,如果作为基础的主客观路径各有疑问,恐怕二者结合的路径不仅要回应主客观路径各自的疑问,可能也要对如此结合的合理性做出独立的解答。

## 三、传统论证路径在方法论上存在的问题

关于防卫挑拨的违法性根据与判断标准,除了上述当前研究中有的已经指出的具体论证上的问题外,还存在方法论层面的问题。上述防卫挑拨的违法性根据与判断标准的传统论证路径本应遵循由防卫挑拨的违法性根据推导出认定标准的逻辑,但上述实际论证中却未能形成推导关系。类似于先行行为不作为犯中,通说的“违法行为+密接危险”标准的得出,事实上,防卫挑拨判断标准的得出也主要是一条经验主义道路。

(一)防卫挑拨的违法性根据不能推导出蓄意的挑拨行为

当前学理上普遍承认蓄意/故意的挑拨行为完全阻却正当防卫。但从违法性根据到这一标准的推导过程可能存在疑问。首先,故意、过失是实行行为的故意、过失,而挑拨行为不一定是实行行为。在刑法中,故意总是与实行行为同在,“故意犯中,如实

行行为时不伴随故意,就不能认定构成要件该当性”。<sup>⑤</sup>但是,挑拨行为并不一定是实行行为。实践中发生的挑拨行为大多只是轻微的干扰、影射、嘲笑或无理的举动等完全无法被认定为不法的轻微行为。因此,讨论挑拨行为的故意、过失并将其作为决定是否阻却正当防卫的关键性变量的理由至今尚未得到有效澄清。

其次,在阻却正当防卫成立条件中最具影响力的阻却紧迫性要件路径下,故意、过失也并不是影响阻却正当防卫的关键要素。这一路径的关键变量是“表现于外的行动”,因为,只有客观的“表现于外的行动”才能阻却同为客观的“紧迫性”要件。而“表现于外的行动”与挑拨行为的“故意或过失”“积极加害意思或其他意思”并无必然的关联。例如,不止蓄意、故意型的挑唆,即使过失挑唆的类型:“可能预见(过失)+防卫意思而非积极加害意思+表现于外的行动”也应当能够阻却正当防卫。

如果通说和实践只是坚持蓄意/故意的挑拨行为能够阻却正当防卫,却不进行细致的论证,如同共谋共同正犯成立标准的“利用说”一样,无疑会使现实适用陷入模糊的境地。<sup>⑥</sup>将法教义学的规范判断让位于经验上的价值判断,正当防卫的判断将被“道德洁癖”化。

(二)防卫挑拨的违法性根据无法推导出违法的挑拨行为

防卫挑拨的违法性根据不能推导出蓄意的挑拨行为,同样,防卫挑拨的违法性根据中也难以推导出挑拨行为必须以违法性为前提。挑拨行为需要违法性和先行行为型不作为犯中要求先行行为的违法性一样,只是在经验上为了限缩挑拨行为成立条件进行的限制。但这一限制的理由同样尚未得到明确。

首先,合法行为也能成立挑拨行为。例如,在案例4(挑拨者宣称正当防卫案)中,“甲乙邻居两家某日发生较深矛盾,第二天下雪堵住两家家门。甲发现后故意将自家门口的雪铲到乙家门口,乙家人前来论理。甲故意刺激乙,说你跑到我家来打人不法侵害,我可以进行正当防卫。乙听后更加气愤,向甲

打了过来,甲拿起事先准备好的工具将乙打成重伤”。<sup>⑦</sup>本案中挑拨人甲陈述的内容:“你跑到我家来打人不法侵害,我可以进行正当防卫。”很难被认定为违法甚至违背社会伦理。

其次,防卫挑拨的成立与挑拨行为的法律性质无关。有学者认为,“只要行为人的某项活动完全在法律的轨道上展开,就意味着法律对此持完全赞同和容许的态度。”<sup>⑧</sup>即合法行为不能成立挑拨行为。但是,这一观点存在疑问,在具体的情境中,正如乌尔斯·金德霍伊泽尔指出:“恰恰相反,在具体的案件中,结果的出现否定了游泳(日常行为——引者注)不具有危险性的说法。”<sup>⑨</sup>因为,没有危险的行为又怎么可能带来危害结果。可见,危险应当具体到案例中判断,而不应当脱离具体案件只作抽象的判断。

综上,防卫挑拨中防卫权的范围问题可能并不主要是一个单纯依赖教义学逻辑可以自然推导得出的命题,而应当回归到正当防卫的正当化依据原理上理解。当前我国学界的研究现状也证实了这一点,当前学界对正当防卫中退避义务的研究也主要集中在正当防卫的正当化依据的延长线上。

#### 四、防卫挑拨违法性根据的新思路:功利主义与自利理性人普遍同意的对立

(一)正当防卫的正当化依据新解:自利理性人的普遍同意

“中西语境中对于正当防卫制度的不同政治定位,直接导致对防卫权性质的不同认识;而对防卫权性质的不同认识,反过来影响对正当防卫制度的规范性诠释。”<sup>⑩</sup>防卫挑拨的违法性根据问题的反面就是正当防卫的正当化依据问题。关于正当防卫的正当化依据,历来有自我保存+法确证原理的二元论与法益衡量/优越利益保护原则之争。自我保存本能说认为紧急状态下的反击是人类的本能。其可以追溯至霍布斯的国家契约说,霍布斯在《利维坦》中论述私力救济时不断提及“自我保存”。该说认为公民让渡权利组成国家,但紧急状态下国家无法保护公民,公民的自然权利回复完满,私力救济是自然法意义上的权利行为。但将其适用于当代刑法,却不能

解释为第三人、国家正当防卫和防卫限度合理性问题等。法确证原理说认为正当防卫同时彰显了法秩序。但其不能解释防卫限度合理性、防卫无责任的不法攻击行为等。<sup>④</sup>

迥异于传统的法益衡量和二元论,王钢副教授沿着康德的“自然之普遍法则公式”,即权利主张必须可普遍化,才能成为有效的权利,在数篇文章中对自利理性人普遍同意理论做出证明。该论证加强了防卫挑拨的“违法性根据”与“判断标准”之间的推导关系,具有重要的方法意义。这一证明至少还具有以下意义:首先,有力推进正当防卫正当化依据的讨论。1970年代后,罗尔斯的《正义论》构成对功利主义哲学最主要的批评,并一举终结了功利主义在自由主义哲学中的支配地位。因此,有必要在政治哲学思潮变迁的背景下重新审视正当防卫的正当化依据。其次,突出范式转换意义,扩展该问题的理论视野。在道德哲学谱系中,功利主义哲学属于结果论的道德理论,即以“善”推出“正当”。自利理性人普遍同意理论则将结果论范式转换为道义论/义务论范式,在更高的道德哲学维度上审视这一问题。其有助于促进反思当初为何选择功利主义作为证成刑法学中“正当”的理论,这些理由在当代是否还能成立等系列问题。当下,自利理性人普遍同意理论在违法性阶层的研究中产生了重要影响,已有学者运用该理论对以往关注甚少的推定同意等问题展开研究。<sup>⑤</sup>

从哲学思潮的演进来看,这种引进应得到高度评价。但在法哲学领域长久以来的观念是:功利主义是古典自由主义哲学最重要的派别,自由主义在经历古代自然法、近代自然法、霍布斯的“自然权利”、休谟的“正义理论”后终于在功利主义处获得落地。“自由主义的这种(普遍主义的)理论需求由于功利主义的兴起而得到满足”。<sup>⑥</sup>及至刑法学,以功利主义为指导思想的违法性阶层成为阶层论完全区别于要件论的本质特征。阻却违法事由的一般原理是优越法益保护或者法益衡量原理,前身是功利主义,所以刑法体现自由主义色彩。上述观念根深蒂固,

因此,接纳新思想的同时,也应进一步了解当代功利主义者对自利理性人普遍同意范式的回应与反批评,才能够更加客观全面地理解这一问题。

## (二)当代功利主义者对罗尔斯的回应与反批评

在进行功利主义与自利理性人普遍同意理论的对比之前,有必要回顾刑法学中已经探讨过的各种版本的功利主义与它们的主要问题。当前,纳入我国刑法学者视野的功利主义主要有三个版本。首先,张明楷教授所持的是客观行为功利主义<sup>⑦</sup>,其采取事后视角,将正当性标准与决策程序(行为规范)割裂。人们可以援引行为功利主义而违反道德规范,无疑其可能成为违法行为的通行证。其次,陈兴良教授赞同的是规则功利主义<sup>⑧</sup>其中的“规则”是道德规则。其面临最主要的批评是,因为规则总是有例外,因此其必然“坍塌”为行为功利主义。最后,马乐博士认为,与刑法中的“正当”相连接的是制度功利主义,其克服了行为功利主义与规则功利主义的软肋:二者必然面临人际比较的难题,即人际间的功利具有不可通约性,如何能判断今天甲的幸福多于乙的幸福。行为功利主义和规则功利主义只是个人道德实践而非公共理性选择。制度功利主义将功利衡量的对象从行为转为制度,即由制度本身因其被普遍遵守而能获得最大社会功利而证成正当,而行为仅因符合制度要求而正当化。<sup>⑨</sup>

总体上,功利主义主张善优先于正当,而以权利为基础的自由主义主张正当优先于善。罗尔斯认为人们的正义观常常会受到自身利益情况的歪曲,因此为了解决可能的分配争议,可以假定人们处在“无知之幕后”,由无知带来无私。在防卫挑拨中防卫权的范围这一分配争议中,人们如果事先并不知道自己是挑拨者还是被挑拨者,那么他们在界定防卫权的范围时就可能做到公正,因为随意偏袒任何一方都有可能损害自己的利益。罗尔斯的正义论以权利/自由为基础,并且为正义原则注入平等的色彩。在其理论架构上,由“无知之幕后”推导出两个正义原则,即自由原则与差别原则。

当代功利主义者对罗尔斯的回应主要有:其一,

对于“自由原则”，功利主义者认为罗尔斯也会得出和功利主义相一致的结论。在罗尔斯的理论中，自由原则相对于其他原则具有“词典式的优先性”(lexical priority)，因此优越于仅仅以功利净余额来判断正当的功利主义。但是，在罗尔斯的“一般正义观”下，自由与其他基本善是一样的，这样自由原则在能够使每一个人获益的情况下，在逻辑上就会倒向功利主义了。例如罗尔斯指责功利主义者在某些情况下会支持农奴制，但David Lyons指出，“一般正义观”允许自由的不平等，而自由的不平等也会容许农奴制。“罗尔斯的原则与功利主义事实上没有区别”。<sup>⑥</sup>

其二，对于“差别原则”，功利主义者认为最大最小值原则缺乏实操性，而后果主义也能够解决弱者公平的问题。现实社会中对弱者的定义不可能像两个人比较得出较强者这样简单，必然是以群体划分的，但是，不可能排除弱势群体中有个体分别，因此在实际操作中也就很难保证最不利者的绝对权重。相比之下，“尽管差别原则对弱者所表达的关注具有一定的直觉吸引力，但后果主义理论下的边际效用递减律结合帕菲特(D. Parfit)的优先主义，同样能够提供这样的关注。后果主义下，过得越差者得到的关注越多，但不要求绝对权重，这显然更符合我们的道德直觉。”<sup>⑦</sup>

其三，对于“无知之幕”的方法论，功利主义者认为正义原则的选择方式不等于正义原则的内容。“‘原则的选择方式’不能受到各种自然和社会偶然性因素的影响(这是具有直观合理性的)，”并不能推导得出，“‘被选择的原则的内容’也不能受到各种自然和社会偶然性因素的影响(这是极有争议的)”<sup>⑧</sup>。例如，假设某法学院将就年末奖金分配请学院所有老师选择分配方案：A方案将完全依据论文发表情况分配奖金；B方案则完全平均分配。无知之幕下，因为选择主体并不清楚自己的禀赋、之前发表的论文情况等具体影响发文的变量，往往可能会倾向于B方案，但B方案明显极有争议。因此，无知之幕只是为义务论与后果主义提供了一个较量平台，但是进入平台后得出怎样的结论则是开放的。

其四，作为公平的正义论指出功利主义进行人际比较可能违背道德直觉的著名论点可能是循环论证。罗尔斯常指出，功利主义会为了多数人的利益而“剥夺”少数人的自由，其追随者们也常提倡“生命至高无上，不能进行衡量”。但正如功利主义者指出的，“在选择正义原则之前，我们是没有合法期望的，从而也就不会有自己的正当利益；是否合法、正当，这是要由我们在无知之幕后所选择的正义原则来确定的”。<sup>⑨</sup>因此这种事先预设了正当利益，而正当利益却又必须由这种预设推导出的正义原则来论证的方式被功利主义者指责为是“窃取论点”式的循环论证。

此外，针对罗尔斯批评的功利主义忽视人际比较，疏漏人与人之间独立性的观点，功利主义者也发展出了几种回应模式。其一是解构人的独立性。帕菲特认为，人是由人际关系中的经验构成的，人与人之间界限在道德上并没有那么重要。即人的独立性在形而上学上不重要，应当被忽略。莫尔根则指出，人从属于更大整体的一部分，人的独立性自始不存在。其二是辩称反道德直觉的结论也是作为公平的正义论等功利主义竞争者的通病。其三是否认功利主义结论带来了反直觉的结论。<sup>⑩</sup>在知识论上，相比政治哲学，刑法学是底端应用层面的知识。从刑法学的视角看上述政治哲学的争论，即使当代功利主义者可以有效回应前述四个问题，但关于人际比较难题，功利主义提出的解决方案都不具有合理性，罗尔斯的正义论对功利主义的此点批判具有合理性。

(三)防卫挑拨问题在正当化依据讨论中得到的启示

虽然当代功利主义者对罗尔斯从正义方法论到正义原则的内容展开了全方位的批评，而政治哲学层面的争论各种观点也复杂多样，但罗尔斯的理论给予功利主义哲学作为刑法学中“正当”性来源的思想具有启发性的一点是“社会团结义务”的引入。人是社会中的人，在“无知之幕”后，差别原则使人们能够同情、关心弱者。“自利理性人为维护自身利益会自愿负担一定限度的社会团结义务”。<sup>⑪</sup>如果挑拨行

为在此社会团结义务限度之内,则不阻却其后的正当防卫,反之能够阻却正当防卫。

关于社会团结义务,社会连带主义法学的先驱狄骥认为没有先于社会的权利。“当一个指定集团中的公众自觉意识到并达成共识——为了维持该集团中的社会连带关系,赋予一种规则以制裁是正确的,并且对于违反这种规则的行为不加制裁则会使公众在一定时间内对交换公平和赏罚公平有所怀疑时,这种规则就会成为一个社会集团的法律规则”。<sup>②</sup>而法治原则要求“不要去做那些有可能损害社会的相互依赖的事情,而要尽量去做那些保障和加强社会的相互依赖的事情”。<sup>③</sup>人不是孤岛,在人际交往中,每个人都负担一定限度的社会团结义务,不能因自己的不当行为而损害社会团结,否则由此引起的不利后果应由行为人自己承担。具体到防卫挑拨中,不利后果就是正当防卫权的限制。

本文认为,根据自利理性人普遍同意理论中社会团结义务的意涵,以故意、过失区分防卫挑拨判断标准的观点逻辑通畅,具有合理性。<sup>④</sup>而根据挑拨行为的法律或伦理属性区分防卫挑拨是否阻却正当防卫的观点无法得到有效证明,合法挑拨行为引起不法侵害进而反击也能阻却正当防卫。换言之,从自利理性人普遍同意标准也无法推导出阻却正当防卫的挑拨行为必须违法。除了蓄意/故意挑拨类型和侵害行为与虽然挑拨在前但防卫行为与不法侵害显著不成比例的两种阻却正当防卫情形外,本文尝试提出另一种情形:挑拨人存在特别认知的情形。因为目前还无法在法益衡量与自利理性人理论中做出取舍,具体防卫挑拨的判断标准同时符合这两个理论标准才是最优解,而特别认知既可以由功利主义也可以由自利理性人普遍同意理论得出。

## 五、阻却正当防卫的防卫挑拨的一种情形:特别认知

### (一)特别认知的提出

防卫挑拨一概阻却正当防卫的观点从根据到标准都有问题,但是全盘承认正当防卫的观点也未必合适。如果无法从正面根据逻辑推导,那么从经验

上得出具体判断标准,再从反面验证的路径就有可取之处。挑拨人的特别认知阻却正当防卫可以从法益衡量的角度得出,也可以由社会团结义务得到论证。

首先,从法益衡量的角度,可以得出特别认知使挑拨人法益要保护性降低,特别认知下的挑拨行为是引起防卫情状的原因。影响法益要保护性之一的变量就是引起防卫情状的原因。防卫挑拨与典型正当防卫不同:正当防卫下不法侵害是引起防卫情状的原因,而防卫挑拨中的挑拨行为是原因。换言之,在典型正当防卫情形中攻击行为引起防卫行为,在防卫挑拨中则是由“挑拨行为+攻击行为”引起了防卫行为。因此,如果挑拨行为+攻击行为的结构中,挑拨行为相对攻击行为完全具有可归责性,挑拨人就应承担退避义务。典型正当防卫情形中防卫情状的引起归责于攻击行为,而防卫挑拨中则应归责于挑拨行为。“挑拨行为使侵害者丧失抑制自己实施侵害的能力,或使规范无法期待侵害者不去实施侵害,挑拨者才是法益冲突的真正操控手”。<sup>⑤</sup>这种情况下,挑拨人而非侵害人掌握引起防卫情状的决定权,“自我决定权的反面就是自我答责”。<sup>⑥</sup>最终可以归结于权利—义务—责任的法理根据。即攻击行为可归责于挑拨行为。传统路径过于关注挑拨行为本身的主客观属性,而忽略了挑拨行为→攻击行为可归责性导致挑拨人法益要保护性降低的判断。

其次,从社会团结义务的角度,也能得出特别认知的挑拨超出了社会团结义务的限制。“无知之幕”背后,自利理性人会认为故意的防卫挑拨与不成比例的挑拨后防卫之所以阻却正当防卫是因为它们超出了社会团结义务的限制。而过失的防卫挑拨并未超出社会团结义务的限制,这种情形下,每个人都既可能是挑拨人也可能是被挑拨人,因此采取三阶段理论适当限制即可。但是,在挑拨人具有特别认知的场合,例如挑拨人明知对方暴躁易怒、之前有过过节而对方吃过亏时,特别认知具有赋予社会团结义务的效力,挑拨人本应当谨守义务不要引起法益冲突状况。但如果挑拨人不遵守团结义务而在有特别

认知的前提下挑拨对方,此时即使在第三人看起来是日常无危险行为,但具体情境中对被挑拨人来说却是挑拨行为。正如葛雷克指出,“不考虑行为人的认识内容的情况下对一项危险是否存在作出评价,根本不可能”。<sup>⑦</sup>这样主观特别认知下的客观行为才该当构成要件,“行为人的特别认知可以决定行为的不法”。<sup>⑧</sup>此外,特别认知还需要以存在获取特别认知的义务为前提,可以限缩特别认知的成立范围。Jakobs的行为归责理论即在原则上不考虑特别认知,除非能够确认特别认知具有义务来源。“要求拥有特殊认知的行为人使用该认知以避免法益侵害,又不存在行为人获取该认知的义务,这本身自相矛盾”。<sup>⑨</sup>

最后,挑拨人的特别认知限制防卫权的观点在司法实践中也能得到相应判例支持。例如,在案例5(王千高故意杀人案),2015年3月2日11时许,被告人王千高到定安县定城镇秀龙坑村南渡江边打鱼,并随身携带一支火药枪(枪长约170厘米)。中午约12时,王千高的妻子王某香打电话给王千高,说其患有精神分裂症的大儿子王某荣(被害人)要打王某香和二儿子王首杆。王千高听后便携枪赶回家中劝说王某荣,并与王某荣发生争吵,后王千高把王某荣平时使用的摩托车推到自家附近的水利沟处并推倒在水沟边。王某荣见状,从家中拿一把砍刀追向王千高。王千高往前跑,没跑多远便停住转身朝王某荣开了一枪,击中王某荣左侧胸部等部位,致王某荣倒地当场死亡。后王千高离开现场,将枪支、子弹丢弃后返回家中。<sup>⑩</sup>本案中,虽然法院没有认定王千高是防卫挑拨,但也基于被告人的特别认知承认其防卫权应当被限制。“被告人明知被害人患有精神病不能刺激,而将被害人平常所骑的摩托车推倒在水利沟边,致使被害人受到刺激而持刀对其进行追赶,其行为虽不属于防卫挑拨,但有一定过错。”<sup>⑪</sup>

## (二)可能质疑的回应

### 1. 特别认知是专属于实行行为的要素

有学者提出:“特别认知属于实行行为的要素,其功能在于为判断实行行为的危险性提供依据”。<sup>⑫</sup>

如果将此观点与本文将特别认知视为挑拨行为的判断标准之一的观点对比来看,很容易得出二者是对立的结论,因为如前述,挑拨行为不一定是实行行为。但实际上二者并不对立。特别认知在客观归责论中,是被用于判断行为的危险性而认定是否引起法所不容许的风险,即“构成要件行为”性。与之对应即是“实行行为”,在我国传统刑法理论中实行行为/危害行为具有有体性、有意性、有害性三种特征,因此上述学者将之归入“有意性”。但是,在防卫挑拨中,单纯挑拨行为需要结合之后的防卫行为才能直接造成被挑拨人法益侵害。换言之,即使具有特别认知的挑拨行为也只是相当于普通案件中单纯侵害行为的引子或一部分。因此,在防卫挑拨的结构下,特别认知并非专属于实行行为的要素。

### 2. 特别认知是故意的组成部分

关于特别认知与故意的关系,目的行为论者认为特别认知是故意的组成部分,将特别认知与故意等同。但“特别认知的存在不一定意味着行为的故意”。<sup>⑬</sup>有特别认知一定有故意,但有故意不一定有特别认知。特别认知同时意味着获取特别认知的义务,如果没有这一前置义务,即使有特别认知也不能认为引起了法所不容许的风险。特别认知型防卫挑拨的逻辑是:前置获取特别认知的义务→特别认知→基于特别认知的不挑拨义务→退避义务。这一结构中,规范只能来源于规范,而非事实,退避义务最终可追溯至前置获取特别认知的义务。归责逻辑的起点即挑拨人是否具有获取特别认知的义务与故意或过失无关。即使行为人过失地挑拨对方,但具有获取特别认知之义务,也应被归责。因此,特别认知与蓄意/故意挑拨类型是平行、并列的防卫挑拨的判断标准。

### 3. 防卫挑拨中挑拨行为与不法侵害共同惹起反击行为

有观点认为:“防卫人与侵害者均对不法侵害及其后反击行为的产生具有原因力”,<sup>⑭</sup>但这只是一部分防卫挑拨,本文讨论的防卫挑拨实则是挑拨行为引起攻击行为,实际上是防卫情状可归责于挑拨人

的场合。对这一问题的回答需要回到挑拨行为本身,挑拨行为本质是一个传递信息给被挑拨人的过程。特别认知的场合,这一过程如何产生被挑拨人的攻击行为,挑拨人对这一过程本身的故意过失并不重要,重要的是传递信息的性质,即是否确定地会让被挑拨人产生攻击行为。与其后攻击行为产生联系的并非挑拨行为的故意过失,也不是挑拨行为的法律性质,而是挑拨人的特别认知。刑法应关注的是行为如何制造法所不容许的风险,而非故意或过失地制造法所不容许的风险。特别认知足以产生“具体的”法所不容许的风险。

### 结论

现实中大多数涉正当防卫案件都有挑衅行为,司法实践中认定防卫挑拨的数量却极少。这揭示了传统刑法理论对防卫挑拨的关注度不够。传统刑法理论关于防卫挑拨的违法性根据与判断标准问题,总体上走的是一条经验主义道路,其徒具通说外形而欠缺内部严谨的说理论证,尤其是从违法性根据到具体判断标准的推导过程有待进一步澄清。结合正当防卫正当化依据理论的最新发展,以当代功利主义者对史罗尔斯正义论的回应为视角,防卫挑拨的判断标准的最优解是在两种理论范式下都能够证成。除了以故意过失区分的防卫挑拨判断标准外,还有一种情况防卫挑拨也应当做出限制,即挑拨人具有特别认知的场合。其违法性根据在法益衡量原理下是攻击行为可归责于挑拨行为,在自利理性人普遍同意理论下是具有特别认知的挑拨行为超出了社会团结义务的限度。当前关于防卫挑拨的类型化研究,基本都遵循德日讨论的路线,但深入其说理之后,这一路线并非完美无缺,本文旨在试图跳出这一路线,寻找新的防卫挑拨类型。当然,特别认知到什么程度,特别认知对防卫权限制到何种程度,这些具体问题还未得到完全解决。

注释:

①刘洋:《互殴中正当防卫的认定》,载《人民司法》2006年

第1期。

②参见[德]埃里克·希尔根多夫:《德国大学刑法案例辅导》,黄笑岩译,北京大学出版社2019年版,第140页。

③参见张宝、毛康林:《预见不法侵害并积极准备防卫工具能否阻却成立正当防卫》,载《中国检察官》2014年第11期。

④吴从周:《概念法学、利益法学与价值法学——探索一部民法方法论的演变史》,台湾元照出版有限公司2007年版,第59页。

⑤参见林钰雄:《新刑法总则》(第7版),台湾元照出版有限公司2019年版,第256页。

⑥参见张明楷:《刑法学》(第五版),法律出版社2016年版,第205页。

⑦高铭瑄、马克昌主编:《刑法学》(第9版),北京大学出版社2019年版,第127页。

⑧马克昌:《犯罪通论》(第3版),武汉大学出版社2010年版,第786页。

⑨广西壮族自治区田阳县人民法院(2017)桂1021刑初14号刑事判决书。

⑩新疆生产建设兵团第三师中级人民法院(2014)兵三刑终字第11号刑事裁定书。

⑪湖北省宜昌市中级人民法院(2018)鄂05刑终16号刑事裁定书。

⑫参见许恒达:《正当防卫与挑唆前行为》,载《月旦刑事法评论》2016年第2期。

⑬参见[英]威廉姆·威尔逊:《刑法理论的核心问题》,谢望原、罗灿、王波译,中国人民大学出版社2015年版,第312页。

⑭大致案情是:本案被告人与甲发生口角,突然殴打甲的面部(第一暴力),然后逃离现场。甲骑自行车追赶被告人,从被告人的背后施加了职业摔跤的双勾拳暴力(第二暴力),被告人予以还击,用随身携带的特殊警棍击打甲的面部与左手,致甲受伤(第三暴力)。问题在于,第三暴力是否成立正当防卫。最高裁判所基于下述理由判定不成立正当防卫:“按照前述案情事实甲的攻击可谓是由被告人的暴力所触发的、紧接着被告人的暴力且在相近地点实施的一系列、整体性的事态,因此,在甲的攻击并没有大幅超出被告人的前述暴力程度等本案事实之下,就应该说,本案中被告人的伤害行为不能谓之是在被告人实施某种反击行为能被正当化这一状况之下的行为”。[日]橘爪隆:《刑法总论之困惑(二)》,王昭武译,载《苏州大学学报(法学版)》2015年第2期。

⑮[日]川濑雅彦「自招侵害につき正当防衛が否定された

事例」慶應法学 20号(2011年)。

①⑥参见[日]西田典之:《日本刑法总论》,王昭武、刘明祥译,法律出版社2013年版,第141页。

①⑦[日]橋爪隆『正当防衛論の基礎』(有斐閣,2007年)277頁。转引自[日]佐伯仁志:《刑法总论的思之道·乐之道》,于佳译,中国政法大学出版社2017年版,第113页。

①⑧[日]川端博:《刑法总论》,余振华译,台湾元照出版公司2008年版,第147页。

①⑨参见钟焯、郝川:《预见不法侵害积极携带工具是否阻却正当防卫》,载《中国检察官》2018年第6期;张宝、毛康林:《预见不法侵害并积极准备防卫工具能否阻却成立正当防卫》,载《中国检察官》2014年第11期。

②⑩[日]山口厚:《刑法总论》,付立庆译,中国人民大学出版社2018年版,第126页。

②⑪2020年8月28日发布的《关于依法适用正当防卫制度的指导意见》第8条规定:“对于故意以语言、行为等挑动对方侵害自己再予以反击的防卫挑拨,不应认定为防卫行为。”但这也是在第8条“准确把握正当防卫的意图条件”下而言的,并未超越传统理论。

②⑫郑逸哲:《刑法初探》(增修五版),自版发行2011年版,第96页。

②⑬[日]安廣文夫『最判解刑事篇』(1985年)144頁。转引自[日]川瀬雅彦「自招侵害につき正当防衛が否定された事例」慶應法学 20号(2011年)。

②⑭许恒达:《正当防卫与挑唆前行为》,载《月旦刑事法评论》2016年第2期。

②⑮[日]大塚仁『刑法概説(第三版増補版)』(有斐閣,2005年)372頁。

②⑯[日]今井猛嘉=小林宪太郎=島田聡一郎=橋爪隆『刑法総論』(有斐閣,2009年)234頁。第6章由橋爪隆执笔。

②⑰[日]关哲夫『講義刑法総論』(成文堂,2015年)217頁。

②⑱当然,防御性紧急避险存在与正当防卫竞合的可能。

②⑲[日]浅田和茂『刑法総論(補正版)』(成文堂,2007年)235頁。

③⑩许恒达:《正当防卫与挑唆前行为》,载《月旦刑事法评论》2016年第2期。

③⑪参见王钢:《正当防卫的正当化依据及其限度》,载《中外法学》2018年第6期。

③⑫[日]曾根威彦『刑法総論(第四版)』(弘文堂,2008年)102-103頁。

③⑬[日]松宫孝明:《刑法总论讲义》(第4版),钱叶六译,中

国人民出版社2013年版,第106页。

③⑭[日]大谷实:《刑法讲义总论》(新版第2版),黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第265页。

③⑮许恒达:《正当防卫与挑唆前行为》,载《月旦刑事法评论》2016年第2期。

③⑯陈家林:《外国刑法的思潮与流变》,中国人民公安大学出版社2017年版,第307页。

③⑰黎宏:《刑法总论问题思考》,中国人民大学出版社2007年版,第313页。

③⑱[日]曾根威彦『刑法総論(第四版)』(弘文堂,2008年)103頁。

③⑲黎宏:《刑法总论问题思考》,中国人民大学出版社2007年版,第313页。

④⑩[日]松宫孝明:《刑法总论讲义》(第4版),钱叶六译,中国人民大学出版社2013年版,第106页。

④⑪参见[日]前田雅英:《刑法总论讲义》,曾文科译,北京大学出版社2017年版,第230页。

④⑫参见王钢:《正当防卫的正当性依据及其限度》,载《中外法学》2018年第6期。

④⑬参见陈俊榕:《论“挑唆防卫”》,载《中正大学法学集刊》第39卷(2013年)。

④⑭陈璇:《克服正当防卫判断中的“道德洁癖”》,载《清华法学》2016年第2期。

④⑮黎宏:《刑法总论问题思考》,中国人民大学出版社2007年版,第316页。

④⑯[日]生田胜义『行為原理と刑事違法論』(信山社,2002年)251頁。

④⑰[日]松原芳博:《刑法总论重要问题》,王昭武译,中国政法大学出版社2014年版,第134页。

④⑱黎宏:《刑法总论问题思考》,中国人民大学出版社2007年版,第316页。

④⑲[德]克劳斯·罗克辛:《德国最高法院判例刑法总论》,何庆仁、蔡桂生译,中国人民大学出版社2012年版,第43页。

⑤⑩[日]佐伯仁志:《刑法总论的思之道·乐之道》,于佳译,中国政法大学出版社2017年版,第100页。

⑤⑪[日]中山研一『口述刑法総論』(成文堂,2002年)140頁。

⑤⑫[日]山中敬一『刑法総論 I』(成文堂,1999年)457頁。

⑤⑬参见许恒达:《正当防卫与挑唆前行为》,载《月旦刑事法评论》2016年第2期。

⑤⑭[日]前田雅英:《刑法总论讲义》,曾文科译,北京大学出版社2017年版,第67页。

⑤参见刘艳红:《共谋共同正犯论》,载《中国法学》2012年第6期。

⑥刘艳红主编:《刑法学》(第二版),北京大学出版社2016年版,第198页。

⑦陈璇:《克服正当防卫判断中的“道德洁癖”》,载《清华法学》2016年第2期。

⑧[德]乌尔斯·金德霍伊泽尔:《客观归责:功能与局限》,陈璇译,载陈泽宪主编:《刑事法前沿》(第七卷),中国人民公安大学出版社2013年版,第115页。

⑨劳东燕:《正当防卫制度的背后》,载《清华法学》第7辑(2006年)。

⑩参见张明楷:《正当防卫的原理及其应用——对二元论的批判性考察》,载《环球法律评论》2018年第2期。

⑪参见魏超:《论推定同意的正当化依据及范围——以“无知之幕”为切入点》,载《清华法学》2019年第2期。

⑫李强:《自由主义》,东方出版社2017年版,第92页。

⑬参见张明楷:《行为功利主义违法观》,载《中国法学》2011年第5期。

⑭参见陈兴良:《形式解释论与实质解释论:事实与理念之展开》,载《法制与社会发展》2011年第2期。

⑮参见马乐:《刑法学中的“正当”与违法性理论》,法律出版社2017年版,第74页。

⑯David Lyons, Rawls versus utilitarianism, in Chandran Kukathas (edited), John Rawls, Volume I, London and New York: Routledge, 2003, p. 280. 转引自姚大志:《论功利主义者对罗尔斯的批评》,载《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)》2019年第6期。

⑰葛四友:《罗尔斯的公平正义观真的反对后果主义吗?》,载《哲学研究》2012年第7期。

⑱葛四友:《罗尔斯的公平正义观真的反对后果主义吗?》,载《哲学研究》2012年第7期。

⑲葛四友:《罗尔斯的公平正义观真的反对后果主义吗?》,载《哲学研究》2012年第7期。

⑳参见[英]蒂姆·莫尔根:《理解功利主义》,谭志福译、唐冉校,山东人民出版社2012年版,第132-135页。

㉑王钢:《对生命的紧急避险新论——生命数量权衡之否

定》,载《政治与法律》2016年第10期。

㉒[法]狄骥:《宪法论》(第一卷:法律规则和国家问题),钱克新译,商务印书馆1962年版,第94页。

㉓[法]狄骥:《法律与国家》,冷静译,中国法制出版社2010年版,第214页。

㉔但这一结论似乎在行为无价值论下才有意义。因为行为无价值论强调行为通过违反行为规范侵害法益,这样违反行为规范的故意与过失行为在不法上才有程度差异,无心遵守行为规范的故意不法重于有心而无力遵守行为规范的过失不法。但是结果无价值论认为行为直接侵犯法益,不强调行为规范的作用。所以,故意行为与过失行为在客观侵害法益上的不法程度是相同的,因此没有主观不法概念和不法程度的差异。

㉕陈璇:《克服正当防卫判断中的“道德洁癖”》,载《清华法学》2016年第2期。

㉖Renzikowski, Notstand und Notwehr, 1994, S. 179. 转引自陈璇:《克服正当防卫判断中的“道德洁癖”》,载《清华法学》2016年第2期。

㉗[德]路易斯·葛雷克:《客观归责领域的主观面:论特殊认知“问题”》,陈晰译,载赵秉志主编:《当代德国刑事法研究》(第3卷),法律出版社2019年版,第9页。

㉘许玉秀:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,第478页。

㉙[德]路易斯·葛雷克:《客观归责领域的主观面:论特殊认知“问题”》,陈晰译,载赵秉志主编:《当代德国刑事法研究》(第3卷),法律出版社2019年版,第16页。

㉚海南省第一中级人民法院(2015)海南一中刑一初字第37号刑事判决书。

㉛海南省第一中级人民法院(2015)海南一中刑一初字第37号刑事判决书。

㉜欧阳本祺:《论特别认知的刑法意义》,载《法律科学》2016年第6期。

㉝喻浩东:《反思不法归责中的“特别认知”——以德国相关学理为参照》,载《苏州大学学报(法学版)》2018年第3期。

㉞黎宏:《刑法总论问题思考》,中国人民大学出版社2007年版,第316页。