

论量的防卫过当

曾文科

【摘要】我国有引入量的防卫过当的必要性与可能性。量的防卫过当中为了说明过当的防卫行为具有违法性减少的属性,必须将反击行为与追击行为一体化评价。一体化评价的标准在于同时满足“防卫意思的连续性”与“动摇的精神状态的持续”这两个条件,其他客观状况可作为判断这两个条件是否满足的辅助资料。量的防卫过当不同于假想防卫(过当),但完全可能在一个案件中同时出现。应当将量的防卫过当理解为明显超过时间上的必要限度造成重大损害的情形。时间上超过限度但没有造成重大损害的,应当类推适用或准用正当防卫的规定,否定犯罪的成立。时间上超过限度且造成重大损害的,应当具体考虑造成重大损害的原因是反击行为还是追击行为。单独来看成立正当防卫的反击行为所造成的损害结果,不能作为一体化评价后的防卫过当结果来对待。

【关键词】量的防卫过当;一体化评价;假想防卫(过当);正当防卫

【作者简介】曾文科,中国政法大学副教授,法学博士。

【原文出处】《华东政法大学学报》(沪),2022.4.122~136

【基金项目】本文系教育部霍英东教育基金会高等院校青年教师基金资助项目“新时代非刑罚性犯罪制裁措施改革的理念、路径与方案”(项目号171078)的阶段性研究成果,并受中国政法大学青年创新团队项目资助。

一、问题的提出

近年来正当防卫相关热点案件的出现,引发了学界与实务界对正当防卫制度的再思考,并取得了丰硕成果。^①总体上看,学界主要批判实务中认定正当防卫时的“唯结果论”倾向,试图扩大正当防卫的适用,从而将研究重心置于正当防卫的正当化根据与防卫限度这两方面。^②的确,通过合理界定正当防卫,排除行为的违法性进而否定犯罪的成立,无疑能够扭转实务中正当防卫认定过严的局面,保障国民的正当防卫权。但同时需注意到,在我国,不仅存在正当防卫认定过严的问题,而且存在防卫过当认定过少的问题。正如姜涛教授所指出的,司法实践中“扩大防卫过当或故意犯罪的存在范围,不当压缩正当防卫或防卫过当的成立范围,产生了把正当防卫认定为防卫过当和否定防卫过当直接认定故意犯罪的双重偏误”。^③例如,在于欢故意伤害案中,二审判

决认定防卫过当,但在一审判决中,不仅没有认定正当防卫,也没有认定防卫过当。^④

虽然防卫过当时仍有成立犯罪的余地,但根据《刑法》第20条第2款,“应当减轻或者免除处罚”,行为人在量刑上会得到优待。尤其是免除处罚时,根据《刑事诉讼法》第177条第2款,“对于犯罪情节轻微,依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的,人民检察院可以作出不起起诉决定”。行为人受到不起起诉决定后,根据《刑事诉讼法》第12条,在法律上的后果是,“未经人民法院依法判决,对任何人都不得确定有罪”,即法律上的无罪。可见,在当前的司法状况下,对于保障防卫人的权利而言,除了扩大正当防卫的适用,扩大防卫过当的适用也是重要的途径。当然,这里所说的扩大防卫过当的适用显然不是以不当缩小正当防卫的范围为代价,而是相较于既不是正当防卫也不是防卫过当的单纯犯罪而言,

探讨扩大防卫过当的适用。

目前,扩大防卫过当的适用可以考虑两条路径:其一,在防卫状况或防卫前提上下功夫,广泛地认定涉案行为具备防卫的性质;^⑤其二,扩大防卫过当的类型。第一条路径对扩大防卫过当和正当防卫的适用都有影响,目前大量有关正当防卫的研究也的确正沿着这条路径前行,并得到了实务认可。例如,在于海明正当防卫案中,^⑥检察院最终认定了正当防卫。但需注意到,本案中被害人刘某的死亡结果是其与于海明争夺砍刀时造成的,此时可以说“于海明抢到砍刀后,刘某立刻上前争夺,侵害行为没有停止”,不法侵害仍然在继续,即通过上述第一条路径即可解决问题。可是,本案中还存在着“刘某受伤后跑向轿车,于海明继续追砍2刀均未砍中,其中1刀砍中轿车”这一情节。倘若刘某在与于海明争夺砍刀时未受伤,而是径自跑向轿车,于海明继续追砍的两刀造成死亡结果时,于海明还能认定为正当防卫或者防卫过当吗?可见,无论多么缓和地认定作为防卫前提的“不法侵害正在进行”这一要件,都不可能也不应当使该要件形同虚设。在社会生活中存在着一连串的多个防卫行为横跨不法侵害结束时点前后,由不法侵害结束时点之后的行为造成侵害结果的现象,此时还有无认定防卫过当的余地呢?目前理论上见解莫衷一是,这也超出了目前实务中正当防卫相关指导性案例的射程。

虽然理论上对正当防卫制度进行了较为深入系统的反思,司法实务也松动了正当防卫的认定标准,但第一条路径自有其“缓和”的边界,触及边界时只能得出不成立正当防卫的结论。可是,不成立正当防卫并不意味着必然按照单纯犯罪处理。应否以及能否在不法侵害结束后造成侵害时仍留有防卫过当的余地,这是第一条路径解决不了的问题,必须将视线转到第二条路径上来。本文试图通过考察、借鉴日本刑法理论中提出的“量的防卫过当”扩充防卫过当的类型,在具体分析量的防卫过当构造的基础上,探讨我国承认此类防卫过当的可能性,并通过实际案件说明如何运用量的防卫过当。

二、量的防卫过当与质的防卫过当

关于量的防卫过当,早年曾展开过一定讨论,^⑦但总体而言,我国目前研究尚处于摸索阶段。^⑧但在日本,量的防卫过当与质的防卫过当已经成为大多数学者与实务界普遍认同的两类防卫过当。《日本刑法》第36条第1款规定正当防卫,“对于急迫不正的侵害,为了防卫自己或者他人的权利,不得已而做出行为,不负刑事责任”;同条第2款规定防卫过当,“超过防卫程度的行为,依情节可减轻或者免除其刑罚”。比起我国和日本,虽然德国刑法上成立防卫过当的限制条件更多,^⑨学说中否定量的防卫过当的见解仍占支配地位,判例中也不承认量的防卫过当,但学说中的肯定见解却十分有力,^⑩判例则通过对不法侵害“现在性”基准进行扩张解释,实际上是将许多相当于日本刑法中量的过当(extensiver Notwehr exzess)的案件转化为了质的过当(intensive Notwehr exzess)来处理。^⑪

质的防卫过当是指急迫不正的侵害仍在继续的过程中,防卫行为本身超过了必要且相当程度的情形。例如,被告人明明可以一拳将被害人打倒,终止其侵害,却选择了一刀使其毙命的方式,这属于质的防卫过当。与此相对,对于何谓量的防卫过当则存在分歧。第一种见解认为,量的防卫过当是指防卫人在侵害的继续过程中实施反击行为,侵害终了后仍然继续实施追击行为,反击行为与追击行为能够被一体化评价为一个防卫行为(情形1)。^⑫第二种见解则认为,量的防卫过当是指当初的反击行为虽然是在相当性允许的范围(即正当防卫的限度)内,但由于继续实施同样的反击行为,反击行为最终在量上超出了“不得已”范围的情形。^⑬根据第二种见解,除上述情形1外,被告人在对方继续实施侵害行为的过程中做出的多个反击行为叠加在一起,超过必要且相当的程度时(情形2),也属于量的防卫过当。而根据第一种见解,情形2中由于侵害尚未终了,应属于质的防卫过当。^⑭

例如,[案例1]在严某甲故意伤害案中,^⑮被告人严某甲之妹严某乙与被害人马某某离婚后搬至被告

人严某甲家中居住。严某乙和被害人马某某在电话中发生争吵,之后,被害人马某某携砍刀前往被告人严某乙家找严某乙时被严某甲拦住,双方发生厮打,厮打中被害人马某某持砍刀将被告人严某甲头部砍伤,被告人严某甲反抗中一拳将被害人马某某打倒后致其从楼梯上滚下,严某甲即返回房间拿出菜刀将马某某砍伤。法院认为,被告人严某甲在受到被害人正在进行的不法侵害时,将被害人打倒滚下楼梯后,又从房内拿菜刀追至楼梯下致被害人轻伤,其行为明显超过必要限度,属于防卫过当,但依法应当减轻或者免除处罚。最终认定被告人严某甲犯故意伤害罪,但免于刑事处罚。

本案最终认定为防卫过当,但属于哪种类型的防卫过当,则根据上述两种见解会得出不同结论。根据第二种见解,本案中存在“将被害人打倒滚下楼梯”与“拿菜刀追至楼梯下致被害人轻伤”等多个防卫行为,所以属于质的防卫过当。而根据第一种见解,则需要具体判断,当被害人马某某滚下楼梯后客观上是否还有继续侵害的可能,如有,则不法侵害尚未结束,本案应属于质的防卫过当;若无,则后续拿菜刀追砍的行为属于不法侵害结束后的追击行为,本案应定性为量的防卫过当。

可见,第一种见解关注的是防卫行为是否发生在不法侵害结束之后,以此区分两类防卫过当;而第二种见解看重的是自然意义上防卫行为的数量。第一种见解关心的是,把单独看来属于正当防卫从而合法的反击行为纳入防卫过当这一违法行为中是否妥当;而第二种见解则着眼于,把不法侵害结束后的追击行为这一单独看来属于纯粹犯罪的行为纳入减免刑罚的防卫过当的对象之中是否妥当。^⑥本文讨论量的防卫过当的目的在于,突破一直以来作为正当防卫成立要件之一的防卫时间的限制,肯定防卫过当的成立。根据以往的观点,防卫过当只是不满足正当防卫的限度条件,倘若不满足正当防卫的其他条件,则既不成立正当防卫,也不成立防卫过当。^⑦例如,不满足防卫时间条件的,称为防卫不适时,包括事前防卫与事后防卫,均不能依据《刑法》第

20条第2款减免处罚。因此,笔者采用第一种见解,将上述情形2归入质的防卫过当。本文所讨论的量的防卫过当,专指上述情形1。^⑧

三、量的防卫过当中的一体化评价

量的防卫过当中包含着不法侵害正在进行时的反击行为,与不法侵害结束后的追击行为两部分。当这两部分行为能够一体化评价为一个防卫过当行为时,才属于量的防卫过当。为何必须把这两部分一体化评价为一个防卫行为(一体化评价的必要性问题)?在什么条件下这两部分可以被一体化评价(一体化评价的标准问题)?为了回答这两个关键问题,必须深入讨论量的防卫过当的构造。

(一)一体化评价的必要性

肯定量的防卫过当,正是为了将防卫人在不法侵害结束后实施了追击行为的情形也纳入防卫过当的范围中,使防卫人享受量刑时减免处罚的优待,^⑨“缓解了防卫时间认定上的精确性与防卫人现实中难于把握的紧张关系”。^⑩因此,量的防卫过当必须具备依《刑法》第20条第2款减免处罚的实质根据。

关于防卫过当减免处罚的根据,大体存在以下四种见解。①责任减少说认为,防卫人在实施防卫行为时,由于遭受了正在进行的不法侵害,所以容易产生精神上的动摇,期待可能性减少,从而难免做出过当行为。^⑪②违法减少说则认为,防卫过当与正当防卫一样也是面对正在进行的不法侵害,通过防卫行为保护了正当的利益,所以与通常的犯罪行为相比,违法性减少了。^⑫③违法且责任减少说(重叠并用说)认为,作为刑罚减免的必要前提,要求行为的违法性减少;此外,在实际判断应否减免,尤其是能否免除刑罚时,必须依据情节,综合考虑违法减少与责任减少两个方面。^⑬④违法或责任减少说(择一并用说)则认为,无论是违法减少还是责任减少,只要其减少的程度能够达到减免刑罚的程度即可。^⑭其中,③违法且责任减少说是我国大多数学者采用的观点,^⑮笔者对此表示赞同。这主要是考虑到,与日本防卫过当的效果是依据情节“可以”减免刑罚不同,我国防卫过当的效果是“必须”类型化地减免处

罚。所以,即便上述①②④说能够为“可以减免”提供根据,但仅从违法减少或责任减少的角度尚难以作为“必须减免”奠定充分基础,不得不同时考虑违法减少与责任减少。

站在①说或④说的立场,可以通过诉诸行为人心理的动摇来说明量的防卫过当时减免处罚的理由,甚至不要求不法侵害结束前存在反击行为,对不法侵害结束后才实施追击行为的,也存在成立量的防卫过当的余地。^⑩而采用②说或③说则需要说明,侵害已经终了后的追击行为在什么意义上可以说违法减少了。否定量的防卫过当的学者认为,追击行为自身并不能说明违法减少的理由,比起防卫过当,量的防卫过当更接近假想防卫,所以防卫过当条款的适用范围本应限于质的防卫过当。^⑪而肯定量的防卫过当的见解,就不得不对追击行为与反击行为进行一体化评价,凸显追击行为在性质上与单纯犯罪行为的不同,说明量的防卫过当中违法减少的性质。详言之,由于反击行为与追击行为被一体化评价为一个防卫行为,就这一个行为而言,尽管存在超过限度的问题,但其在不法侵害正在发生的过程中也的确保护了正当利益,具备防卫行为的性质。如此一来,不存在不法侵害结束前的反击行为,仅存在不法侵害结束后的追击行为时,即便认为追击行为时责任减少,也因为欠缺违法减少而不应构成量的防卫过当。^⑫此时仅能将曾面对不法侵害而产生的心理动摇作为酌情从宽处理的量刑情节予以考虑。

综上,一体化评价主要是为了说明量的防卫过当作为减免处罚根据的违法减少而出现的。^⑬

(二)一体化评价的标准

1. 观点评析

如何判断反击行为与追击行为能否一体化评价为一个防卫过当行为呢?孙国祥教授认为应当同时考虑主客观两方面,“客观上,防卫人对不法侵害者实施了数个反击行为,数个反击行为具有连续性”;“主观上,防卫人的数个行为具有防卫意思的连续性”。^⑭李世阳副教授也指出,“是否能够将前后两个

防卫行为视为一体的防卫行为,取决于以下两个要素:(1)前后两个行为的事实是否均处于同一事态所形成的急迫状态,两个行为之间是否有时间与空间上的紧密关联性。(2)前后两个行为是否在同一防卫意识支配下实施。”^⑮日本学者也有相似观点,认为应当从多个行为间的客观关联性 & 主观关联性两个方面来考察。在客观关联性方面,需要考虑法益的同一性,时间场所上的接近性,行为样态的同一性等;而在主观关联性方面,则主要考察意思的连续性。^⑯

这种同时考虑主客观方面的因素从而进行一体化评价的判断方法,乍看上去与日本最高裁判所的观点契合。日本最高裁判所提出的一体化评价的考量因素可提炼为三点:①客观上急迫不法侵害继续存在,②被告人的多个行为具有时间、场所上的连续性,③主观上被告人具有连续的防卫意思。^⑰①与②是客观方面的考量因素,③是主观方面的考量因素。但是,因素①有违最高裁判所承认量的防卫过当属于防卫过当的基本立场。^⑱该因素只不过意味着比起量的防卫过当,多个反击行为构成的质的防卫过当更容易被一体化评价为一个防卫过当而已,并不是评价行为一体化时的决定性因素。此外,因素②也不能成为一体化评价的关键,该因素不过是用以担保出于连续防卫意思的行为自身具有防卫的性质,且被告人动摇的精神状态仍在继续而已,该标准本身并不具有重大的独立意义。^⑲可以说,因素①与因素②都可以看做是用以(更加容易)判断因素③是否存在的辅助性资料,因素③才是决定能否进行一体化评价的关键。^⑳因此,日本最高裁判所判例的立场可以归结为:当被告人针对急迫不正的侵害开始实施符合正当防卫条件的反击行为后,即便继续实施的反击行为(质的防卫过当)或追击行为(量的防卫过当)在强度上或时间上超过了必要且相当的程度,只要被告人是基于连续的防卫意思实施的,那么仍然能够将其实施的多个防卫行为一体化评价为一个防卫过当行为。

我国也有学者将量的防卫过当中的行为整体性评价置于责任阶层,指出“并不是说防卫行为与追击

行为之间紧密的时空关联就不需要考虑……只不过,时空上的紧密关联对于责任层面行为整体性的认定来说,仅具有辅助意义”,从而认为“如果在防卫行为与追击行为中保持着防卫意思或影响期待可能性的紧张状态的持续,则可以将其一体性评价,整体适用《刑法》第20条第2款的规定。”^⑥对于论者指出的,防卫行为与追击行为的时空关联性对于一体化评价仅具有辅助意义这一点,笔者表示赞同。但论者将一体化评价置于责任阶层,并将“防卫意思的连续性”与“影响期待可能性的紧张状态的持续”(或者说“动摇的精神状态的持续”)作为一体化评价时的选择性要素,对此不无疑问。

2. 本文观点

第一,一体化评价首先应在行为论阶段进行。如前所述,量的防卫过当中一体化评价的目的在于说明违法性减少,倘若将防卫意思理解为有关行为非难可能性的要素,则难以达成该目的。上述论者指出,“如果在不法侵害结束后,行为人没有意识到不法侵害已经结束,而是认为不法侵害仍在持续,遂出于防卫的意思继续实施追击行为,那么此时可以肯定行为人在实施防卫行为和追击行为的过程中保持着防卫意思的连续性。”^⑦可见,论者将防卫意思理解为了防卫意识(认识),是在否定犯罪故意的意义上理解防卫意思的,所以将其定位为有关行为非难可能性的要素。同样地,还有学者明确指出,在判断防卫行为一体化时防卫意思“与故意一样,由认识要素与意志要素组成,认识要素指的是对于正当防卫前提条件的基础事实即‘正在进行的不法侵害’的认识,意志要素是指通过防卫行为的实施所欲实现的目标,即防卫目的。”^⑧但笔者认为,判断是否存在一体化的防卫行为时,连续的防卫意思不是对防卫行为与结果的持续性认识乃至意图,而是一种行为的意思决定或动机,^⑨并不涉及对具体事实的认识与容认。^⑩连续的防卫意思作为一体化评价标准的意义在于,在行为论阶段即将反击行为与追击行为合在一起评价为具有防卫性质的一个行为。在此意义上理解防卫意思,则完全可能在追击行为时因陷入紧

张状态而欠缺防卫认识的场合,仍然认定防卫意思的连续性。

第二,“防卫意思的连续性”与“动摇的精神状态的持续”是评价防卫行为一体化时必须同时具备的要素。存在连续的防卫意思不过说明了反击行为与追击行为合在一起来看降低了违法性,具有防卫行为的属性,却并没有说明责任减少的根据。在这个意义上可以说,①能否适用规定防卫过当的《刑法》第20条第2款(防卫过当的成立根据),与②具体案件中是否应该减免处罚(防卫过当的减免处罚根据),是两个不同的问题。^⑪在量的防卫过当中,“防卫意思的连续性”是与①相关的问题,而在实际判断②时,需要考虑行为人在追击行为时动摇的精神状态是否仍然持续,是否存在责任减少。虽然具有防卫意思的连续性,但动摇的精神状态不再持续时,难以认定包括追击行为在内后的责任减少,不应当让行为人享受防卫过当减免处罚的优待。此时,后续的追击行为不能与先前的反击行为一体化评价为一个防卫行为,而应认定为典型的事后加害行为。另外,鉴于我国《刑法》第20条第2款并没有像《德国刑法》第33条那样限定防卫过当的动机,所以动摇的精神状态不仅包括“惊恐、害怕及慌乱等虚弱的动机,还包括愤怒等强烈的情绪冲动”。^⑫

第三,一旦具备了“防卫意思的连续性”(与违法减少相关)与“动摇的精神状态的持续”(与责任减少相关)这两个要素,那么反击行为与追击行为即可一体化评价为一个量的防卫过当行为。反击行为与追击行为防卫行为的样态或方式的同一性、侵害攻击人法益的同一性、时间场所上的接近性等,不过是客观上判断上述两个决定性要素是否存在的辅助资料而已。^⑬例如,当反击行为与追击行为样态一致时,容易认定为是在同一个连续的防卫意思之下做出的;当前后行为时间上间隔短暂时,容易认定行为人的动摇的精神状态尚在持续仍未消除。但是并不能反过来说,反击行为与追击行为样态不一致,或者前后行为时间超过某个固定值时,就一定不是一体化的量的防卫过当。类似地,还有学者从防卫状况是

否发生变化的基准出发,认为防卫人或侵害人一方的事态发生重大变化时,否定一体化评价;而防卫行为的状况没有发生变化,第2行为可被评价为第1行为的延伸时,则将全体评价为一个防卫行为。^⑤这种防卫状况的变化,也不过是判断动摇的精神状态是否持续的素材罢了。

根据上述标准,[案例2]在汤翠连故意杀人案中,^⑥应当有认定为量的防卫过当的余地。被告人汤翠连与被害人杨玉合系夫妻。杨玉合经常酒后无故打骂汤翠连。杨玉合醉酒后吵骂着进家,把几块木板放到同院居住的杨某洪、杨某春父子家的墙脚处。为此,杨某春和杨玉合发生争执、拉扯。汤翠连见状上前劝阻,杨玉合即用手中的木棍追打汤翠连。汤翠连随手拿起一块柴击打杨玉合头部,致杨玉合倒地。杨某洪劝阻汤翠连不要再打杨玉合。汤翠连因惧怕杨玉合站起来后殴打自己,仍继续击打杨玉合头部数下,致杨玉合因钝器打击头部颅脑损伤死亡。法院没有将本案认定为防卫过当,未根据《刑法》第20条第2款减免处罚;而是认为汤翠连将杨玉合打倒在地后,不顾邻居劝阻,继续击打杨玉合头部致其死亡,后果严重,应依法惩处;最终以故意杀人罪判处汤翠连有期徒刑10年。本案中,面对被害人杨玉合的追打,被告人汤翠连拿柴块击打其头部的行为属于正当的反击行为;在被害人杨玉合倒地后,继续用柴块击打杨玉合头部的行为,属于不法侵害结束后的追击行为。前后两个行为的行为样态一致,间隔时间短,应评价为具有连续的防卫意思。且法院也认定汤翠连是“因惧怕杨玉合站起来后殴打自己”而采继续实施追击行为。该事实一方面能够佐证汤翠连具有连续的防卫意思,另一方面则证明其动摇的精神状态仍在持续。所以,笔者认为本案认定为量的防卫过当更为合适。

综上所述,量的防卫过当中为了说明过当的防卫行为具有违法性减少的属性,必须将反击行为与追击行为一体化评价。这种一体化评价的标准在于同时满足“防卫意思的连续性”与“动摇的精神状态

的持续”这两个条件。其他客观状况可作为判断这两个条件是否满足的辅助资料。

四、量的防卫过当与假想防卫(过当)

(一)不成立假想防卫(过当)但成立量的防卫过当的情形

有学者质疑称,量的防卫过当可以转化为假想防卫(过当)来处理,^⑦没有必要承认量的防卫过当。这种质疑的出发点是将是量的防卫过当中的“防卫意思”理解为防卫认识,即行为人误以为不法侵害仍在继续。但如前所述,笔者认为量的防卫过当中的“防卫意思”应在行为论层面理解为行为的意思决定或动机,不涉及对具体事实的认识与容认,无论行为人是否具有防卫认识,都有可能认定防卫意思的连续性。例如,行为人实施反击行为后,因担心对方再度攻击等情绪上的不安或激动,在完全没有对防卫状况产生认识的情况下,甚至在认识到侵害行为已经结束的情况下,短时间内实施了追击行为的,不符合假想防卫(过当)的构造,但有成立量的防卫过当的余地。^⑧承认量的防卫过当的意义,正在于将有利于被告人的减免处罚扩展到这种场合,不至于将追击行为认定为单纯的犯罪行为,导致对行为人而言过于严厉的结论。^⑨毋宁说唯有行为人充分认识到侵害已終了,专门出于攻击的意思进行追击(即报复行为)时,才应否认量的防卫过当的成立。^⑩而认定“专门出于攻击意思”的标准,正在于防卫意思缺乏连续性或动摇的精神状态不再持续。

例如,[案例3]在李奕明故意伤害案中,^⑪2007年9月10日,被害人李盛金与李可炎、李新养找到正在捞沙的“柳州捞沙288号”捞沙船的船主,以捞沙会造成其村沿江土地塌方要求赔偿损失为由索要钱财,被拒绝后,当场扬言第二天再来。9月11日中午12时许,李盛金纠集李文进、李文水、李文金、李文见、李方健、李可炎、邓昆河共8人,再次坐船到“柳州捞沙288号”捞沙船,被告人李奕明与庞天进、庞天志持械反抗,李盛金一方当即从装沙船上捡起木棍、竹棍等器械,双方发生冲突。在冲突过程中,李奕明将李盛金推落入捞沙船中间的水槽里,李盛金落水后游

向捞沙船船尾的捞沙链斗,李奕明手持一条50厘米长的四方形实心铁棍在甲板上追打李盛金,当李盛金游到距离捞沙链斗约1.5米处时,李奕明持铁棍打中李盛金的头部,致李盛金颅脑损伤后溺水窒息死亡。

一审法院认为,本案是被害人李盛金纠集他人到“柳州捞沙288号”捞沙船进行敲诈勒索他人钱财不成后,继而双方发生冲突并对打起来。在打斗过程中,被告人李奕明将李盛金推落捞沙船中间的水槽后,在甲板上持铁棍追打水里的李盛金,后打中李盛金的头顶部致李盛金溺水死亡,双方均有伤害对方的故意,李奕明的行为不符合正当防卫的构成要件。认定被告人李奕明犯故意伤害罪,判处有期徒刑10年,剥夺政治权利1年。与此相对,二审法院则认为,被害人李盛金以他人捞沙会造成其村沿江土地崩塌为理由,纠集多人到他人捞沙船索要钱财,否则不准许他人捞沙,其行为属敲诈勒索。上诉人李奕明面对李盛金等人的不法侵害实施反抗,其行为属防卫行为。但李奕明在防卫过程中,持械击打已落入水中的被害人李盛金的头部,造成被害人颅脑损伤溺水死亡的严重后果,超过了必要的限度,属防卫过当。最终认定上诉人李奕明犯故意伤害罪,判处有期徒刑7年。

本案中,被告人李奕明将被害人李盛金推落入捞沙船中间的水槽里时,可以说李盛金的不法侵害已经结束。一审法院不承认量的防卫过当,所以按照单纯的犯罪来追究李奕明故意伤害致死的刑事责任,判处了对被告人而言过于严厉的刑罚。二审法院最终通过认定李奕明属于防卫过当减轻了李奕明的刑罚,实际上是在本案中承认了量的防卫过当。如法院认定的罪名所示,李奕明持铁棍追打李盛金的行为被评价为故意伤害行为,说明实施该追击行为时并非对防卫状况发生了误解,即不是假想防卫,否则应认定为过失致人死亡罪。所以,本案属于在未对防卫状况产生认识的情况下短时间内实施追击行为,虽不成立假想防卫,但仍成立量的防卫过当的情形。

(二)既成立假想防卫(过当)又成立量的防卫过当的情形

另一方面,即便在实施追击行为时,行为人的确误认为不法侵害仍在继续,符合假想防卫(过当)的构造,也并不能完全排除成立量的防卫过当的可能。⁵⁵假想防卫(过当)解决的是犯罪的主观心态或者说责任形式问题,而量的防卫过当是为了解决应否减免处罚的问题,两者的关注点不一样。同一案件完全可能既有假想防卫(过当)的一面,又有量的防卫过当的一面,二者未必矛盾。认定假想防卫(过当)时,只着眼于追击行为本身,没有将其与之前的反击行为进行一体化评价。一旦追击行为能够与之前的反击行为一体化评价为一个防卫行为时,那么由于实施该行为的始点存在急迫不法侵害,所以不能说该一体化的行为是“假想”的防卫行为。换言之,当追击行为与反击行为能被一体化评价时,对于该一体化的行为应作为量的防卫过当减免处罚,但在确定过当行为的主观心态时,应考虑实施追击行为是否属于“假想”;而当追击行为与反击行为不能被一体化评价时,即不能认定为量的防卫过当时,才应只考虑追击行为是否属于假想防卫(过当)的问题。

例如,[案例4]在陈福朋等故意伤害案中,⁵⁶金合仓看到金某某正在棚架下与被害人周某某等人打牌,金合仓持砍刀冲上前朝金某某后颈部砍了一刀,金某某被砍后立即起身逃跑。金合仓和陈福朋各持一把砍刀在后追砍,金某某躲到周某某身后并操起一长板凳挥舞抵挡。周某某在劝拦过程中被砍中腰背部受伤。在此过程中,陈志千进棚,操起一长板凳冲进来伺机帮助金合仓。金某某持长板凳冲顶金合仓,双方倒在地面上互相扭打。陈福朋在旁持砍刀砍向金某某。与此同时,当晚守夜的周某甲、程和、钱某甲先后过来各拿起一长板凳上前拦阻。金某某起身手持长板凳打金合仓,金合仓随后起身持刀退向雨棚外。金某某等人则持长板凳追出。金合仓退至距雨棚出口十余米的绿化人行道时,因体力不支被砸打后受伤倒地。金某某随即持长板凳继续砸金合仓头面部数下。事后,金合仓经抢救无效死

亡。经法医鉴定,金合仓系头面部遭受钝器作用致严重颅脑损伤而死亡。

法院认为,金合仓、陈福朋等人持砍刀冲入雨棚内对金某某颈部等要害部位进行砍击,且在追砍过程中砍伤周某某腹部致轻伤,为行凶人员。金某某拿起现场的板凳还击,属防卫无疑。同时,金某某被金合仓持刀砍伤后,双方持械对峙、缠打,退出雨棚后金某某对金合仓进行砸打,前后持续时间仅数分钟,期间金合仓一直持刀。金某某作为无故受砍杀一方且已经严重负伤,此时判断金合仓具备继续实施不法侵害的可能性并进行防卫,具有主观上的紧迫性和客观上的必要性。然而,现场监控,证人陈某丁、钱某某等多名证人的证言均反映经过对峙、缠打,金合仓退出雨棚时已力竭,而此时金某某身旁已有他人相助,陈福朋等共同行凶人员又已被当晚守丧的钱某甲等人击退,无论从人员数量方面还是个人身体状况来看,金合仓的暴力侵害已遭压制,不足以再严重危及金某某人身安全。金某某在金合仓受伤倒地后连续砸打其头面部致其死亡,超过了必要的限度。因此,金某某的防卫超过必要限度造成重大损害,属防卫过当。最终认定金某某犯故意伤害罪,判处有期徒刑2年10个月。

从以上事实认定及法院意见中可以看出,本案中被害人金合仓退出雨棚时,客观上已经丧失了继续攻击的能力,暴力侵害已遭压制,但从被告人金某某的主观上看,的确存在误认为金合仓将继续实施不法侵害的合理性。所以,在金合仓倒退出雨棚并因体力不支被砸打受伤倒地后,金某某持长板凳继续砸金合仓头面部数下的行为属于假想防卫。另一方面,正如法院最终所认定的,金某某的该追击行为与之前反击金合仓的行为满足一体化评价的标准,可以成立一个量的防卫过当。可见,假想防卫与量的防卫过当可以并存。由于假想防卫时犯罪故意被阻却,所以本案中金某某虽然成立量的防卫过当应追究刑事责任,但最终认定为过失致人死亡罪更为合适。

综上所述,量的防卫过当不同于假想防卫(过当),但完全可能共存于同一案件之中。

五、量的防卫过当与正当防卫

虽然在理论上构造出量的防卫过当是可行的,但具体到我国,还需要考察量的防卫过当是否符合刑法对防卫过当的定义。根据《刑法》第20条第2款,防卫过当是指“正当防卫明显超过必要限度造成重大损害”的情形。关于何谓“明显超过必要限度”,以往的观点大多是从防卫行为的强度或者说必要性的角度出发进行界定。^⑤但是,“‘必要限度’并没有局限于防卫强度与防卫结果的限度条件,完全可以包括时间限度条件,这在文理解释上没有障碍。”^⑥具体而言,“明显超过必要限度”只是意味着超出了正当防卫的要件,不仅包括明显超过防卫强度上的必要限度(超出了强度要件),而且包括明显超过防卫时间上的必要限度(超出了时间要件)的情形。前者属于质的防卫过当,后者属于量的防卫过当。当防卫行为时间上超过必要限度时,对于超出的追击行为部分,当然也可以说其不具备作为防卫手段的必要性。另外,通过这种比较法的考察也能佐证,将“明显超过必要限度”解释为包括明显超过防卫时间上的必要限度的情形,并没有超出《刑法》第20条第2款的文义范围。例如,在普遍承认量的防卫过当的日本,现行刑法中也没有明确规定质的防卫过当与量的防卫过当这两种类型,反倒是《日本旧刑法》第316条前段与后段分别明文规定了相当于质的防卫过当与量的防卫过当的情形,对于这两种情形,都可依情节比照本刑减轻二等或三等。^⑦但是,从日本现行刑法的编纂过程来看,一般认为是将质的防卫过当与量的防卫过当统一规定在了“超过防卫程度的行为”这一用语中。^⑧如此一来,我国《刑法》第20条第3款规定的就不是完全的“无过当防卫”或“无限防卫”,只是不存在质的防卫过当的“特殊防卫”。在严重危及人身安全的暴力性犯罪结束后继续实施一体化的追击行为的,仍有可能成立量的防卫过当。^⑨

将量的防卫过当理解为时间上明显超过必要限度,对此可能存在以下质疑。

第一,如果不要量的防卫过当满足防卫的时间条件,那么不法侵害开始之前的事前防卫,以及不

法侵害结束之后单纯加害攻击人的事后防卫,是否都可以成立量的防卫过当?答案显然是否定的。成立量的防卫过当除了需要满足时间上明显超过必要限度这一《刑法》第20条第2款明确规定的形式条件外,还需要具备减免处罚的实质根据,即违法与责任的减少。典型的事前加害与事后加害均不满足该实质根据,所以不能认定为量的防卫过当。

第二,如果将不法侵害结束后的追击行为理解为“明显超过必要限度”,但最终该追击行为与之前的反击行为被一体化评价为一个防卫行为却没有被认定为“造成重大损害”时,该如何处理?一直以来,只将“明显超过必要限度”理解为防卫强度超过限度,“明显超过必要限度”与“造成重大损害”究竟是判断防卫过当时的两个要件还是一个要件,对此存在争议。^⑨但无论如何,若将“明显超过必要限度”理解为防卫时间超过限度,那么并不会因时间过限就当然地认为结果上造成了“重大”损害。^⑩因此,在涉及量的防卫过当的案件中的确存在上述疑问。一方面,既然《刑法》第20条第2款明确要求“造成重大损害”才成立防卫过当,那么没有造成重大损害的,不应当成立防卫过当。另一方面,既然造成重大损害时都构成防卫过当并应当减免处罚,那么更不能将没有造成重大损害的量的防卫过当作为单纯的犯罪处理。同时,由于此种情形不符合防卫的时间条件,故不能直接认定为正当防卫。所以,笔者认为,此种情形下只能类推适用或准用正当防卫的规定,不作为犯罪处理。

第三,如果一体化评价后的一个防卫行为最终对不法侵害人造成了重大损害,是否因为追击行为在时间上明显超过必要限度,必然成立防卫过当?^⑪笔者认为,未必如此。由于量的防卫过当中包括了反击行为与追击行为两部分,所以首先需要判断造成重大损害的原因是哪个行为。^⑫

(1)如果造成重大损害的是追击行为,或者由于反击行为与追击行为的效果叠加,在实施追击行为后造成重大损害的,那么由于追击行为在时间上明显超过必要限度,应当成立量的防卫过当。

例如,[案例5]在吴信安故意杀人案中,^⑬被告人吴信安系被害人杨某的姐夫,杨某平时喝酒后常到其兄姐家闹事。2007年11月18日晚11时许,杨某酒后到吴信安家,借口手机遗失在吴家而与吴发生争执,被其姐劝拉回家后,又持刀返回吴信安家院门外,趁吴不备在吴左脸砍了一刀。吴信安夺下刀后,在杨某已跌倒于地的情况下,在杨某头颈后部砍击数刀,致杨某当场死亡。经法医学鉴定,杨某因开放性颅脑损伤而死亡;吴信安脸部刀伤构成重伤。法院认为,被告人吴信安在被害人杨某酒后先持刀伤人的情况下,有进行正当防卫的权利,但其在将刀夺下及杨某摔倒于地的情况下,在杨某头部、颈部连砍多刀,致杨某当场死亡,造成了重大损害,已明显超过了必要限度,属于防卫过当。最终认定被告人吴信安犯故意杀人罪,判处有期徒刑4年。本案中,被害人杨某的致命伤是在其摔倒后由被告人吴信安的追砍行为造成的,属于追击行为单独造成重大损害的情形,应认定为量的防卫过当。

又如,在[案例6]谭某某故意伤害(致人死亡)案中,^⑭被害人陆某龙与被告人谭某某的姐姐谭某群(身怀有孕,已临产)系夫妻关系。2013年1月29日21时许,谭某群、陆某龙夫妻二人在谭某昌(另案处理)家因琐事发生争执。此时,被告人谭某某听到争吵赶来后看到被害人陆某龙手中拿着一根四角木板凳正在打击谭某群,谭某群躺倒在地头部出血。见状后,被告人谭某某立即呼喊其父亲即同案人谭某昌。其间,被害人陆某龙用木板凳将被告人谭某某头部砸伤。同案人谭某昌听到呼救声后立即赶到事发地,看到被害人陆某龙正持木板凳对谭某群头部实施打击,便将被害人陆某龙推倒,随手拿起另一根木板凳朝被害人陆某龙的腰部、头部进行打击。被害人陆某龙倒地后,被告人谭某某及同案人谭某昌又分别用木板凳对被害人头部实施打击,被害人陆某龙被打击后起身自行离开。经法医学尸体检验鉴定,被害人陆某龙系被钝器打击头部致颅脑损伤死亡。法院认为,被告人谭某某在本人及其姐姐被被害人陆某龙实施不法侵害时,义愤之下对被害人实

施打击,系防卫行为,但在同案人谭某昌将被害人陆某龙推倒后,被害人已停止了对谭某群及自己的不法侵害的行为,但被告人谭某某仍与同案人谭某昌持木板凳对被害人实施打击,导致被害人死亡的结果。被告人谭某某的防卫行为明显已超过必要限度,系防卫过当。最终认定被告人谭某某犯故意伤害(致人死亡)罪,但免于刑事处罚。

本案中,被告人谭某某在被害人陆某龙倒地前后均实施了用木板凳击打被害人头部的行为,对于形成致命伤均起到了作用。倒地前的击打行为属于不法侵害尚在继续过程中的反击行为,倒地后的击打行为则属于不法侵害停止后的追击行为。从所使用的击打工具、击打方式、反击行为与追击行为的时间间隔等来看,谭某某具有连续的防卫意思;另一方面,从陆某龙先前的攻击行为,谭某某与试图保护的谭某群的关系等来看,陆某龙倒地后谭某某动摇的精神状态并不能立即结束,仍在持续中。所以,本案属于反击行为与追击行为的效果叠加,在实施追击行为后造成重大损害的情形。由于陆某龙倒地后的击打行为在时间上明确超过了必要限度,所以认定为量的防卫过当是有道理的。

(2)如果造成重大损害的是反击行为,或者反击行为与追击行为均独立造成了重大损害,则需进一步考虑反击行为本身是否明显超过必要限度。具体可分为以下三种情形讨论。

①反击行为造成重大损害,追击行为没有造成重大损害,但反击行为本身没有明显超过必要限度时。此时反击行为本身属于正当防卫,不能将该正当防卫行为所造成的重大损害认定为一体化评价后的防卫行为所造成的过当结果。换言之,涉及多个防卫行为时,根据评价阶段的不同,评价视角会发生从全体性评价到分析性评价的转变,^⑤不能通过一体化评价使本来被正当化的结果复活违法性。^⑥诚如孙国祥教授所指出的,“整体性评价仅限于前后行为防卫性质的判断,将不法侵害结束之后的行为在一定条件下肯定其防卫性质,至于防卫行为造成‘重大损害’结果的归属,只要前后行为是可分的,就应该

将前后行为加以分开,就行为与结果之间的因果关系采取分别评价的立场。”^⑦申言之,在这种情形下,虽然在行为论中将反击行为与追击行为一体化评价为一个行为,但在确定量的防卫过当的过当结果时,应当将反击行为所造成的正当化结果排除出去。此时应认定为属于上述时间上明显超过必要限度,但没有造成重大损害的情形,类推适用或准用正当防卫的规定。

②反击行为造成重大损害,追击行为也造成重大损害,但反击行为本身没有明显超过必要限度时。此时反击行为本身属于虽然造成重大损害但没有明显超过必要限度,对于该行为造成的结果也应当认定为正当防卫的结果。按照①中的理由,该结果不能认定为一体化评价后防卫过当的结果。此时因追击行为在时间上明显超过必要限度造成重大损害,才认定为一个量的防卫过当,行为人只需对追击行为造成的结果负刑事责任,且应根据《刑法》第20条第2款减免处罚。

③反击行为明显超过必要限度造成重大损害时,由于反击行为本身构成防卫过当,所以无论追击行为是否造成重大损害,当反击行为与追击行为一体化评价为一个防卫行为时,既有强度上的过当,也有时间上的过当,当然应一体化评价为一个防卫过当,对反击行为与追击行为造成的损害均需负刑事责任。

例如,[案例7]在罗某甲、罗某乙故意伤害案中,^⑧被告人罗某甲系被告人罗某乙与周某甲之子,被害人尹某系罗某甲姐姐罗甲的前夫。尹某与罗甲离婚后仍保持同居关系,2015年10月3日罗甲表示要与尹某解除同居关系。次日22时许,尹某酒后与罗甲、罗某甲在电话中发生口角,尹某扬言要到罗某甲家中行凶,罗某甲随即电话报警。约十分钟后,尹某持砍刀乘出租车来到罗某甲家后,与周某甲发生口角,随后持砍刀将周某甲面部砍伤。罗某乙见状上前阻止,尹某将罗某乙手指砍伤。罗某甲便持尖刀上前砍尹某头部,尹某与罗某甲持刀互砍。此间,罗某乙见罗某甲摔倒便用镐把将尹某打倒,罗某甲便起身,

其发现尹某欲起身后又用刀砍尹某头部几下,待尹某坐在地上不再有行动之后停止击打。尹某被诊断为多发创伤,头皮裂伤;经法医鉴定,尹某之伤情构成重伤二级。法院认为,尹某在案发前已向罗某甲扬言要到罗家行凶,罗某甲亦在案发前向公安机关报警,证明罗某甲主观上没有与尹某斗殴的故意。尹某持砍刀进入罗某甲家中,并砍伤周某甲,证明不法侵害在先,且不法侵害正在进行。罗某甲、罗某乙为保护自己及家人的人身权利免受正在进行的不法侵害,而进行反抗的行为,具有防卫的正当性。但鉴于尹某被罗某乙打倒制服而丧失侵害能力后,罗某甲又砍尹某,二人的防卫行为超过必要限度,构成防卫过当。最终认定两名被告人犯故意伤害罪,但均免除刑事处罚。

本案中的伤害结果为“多发创伤,头皮裂伤”,该结果包括被害人尹某倒地之前与之后被告人罗某甲持尖刀砍击尹某头部所造成的两部分伤害,即反击行为与追击行为均造成了重大损害。但如法院所指出的,反击行为具有防卫的正当性,尹某倒地前罗某甲持尖刀砍击尹某头部的行为没有明显超过必要限度,因此这一部分的伤害结果应被正当化。只应追究尹某倒地后的砍击行为防卫过当的刑事责任。所以,本案属于上述情形②,行为人只需对追击行为造成的结果负防卫过当的刑事责任。

综上所述,在我国《刑法》第20条第2款的规定下,应当将量的防卫过当理解为明显超过时间上的必要限度造成重大损害的情形。时间上超过限度但没有造成重大损害的,应当类推适用或准用正当防卫的规定,否定犯罪的成立。时间上超过限度且造成重大损害的,应当具体考虑造成重大损害的原因是反击行为还是追击行为。单独来看成立正当防卫的反击行为所造成的损害结果,不能作为一体化评价后的防卫过当结果来对待。

六、结语

在我国承认量的防卫过当不但具有必要性而且具有可能性,使得诸多按照通说观点仅因不满足防卫时间条件而作为单纯犯罪处理的案件中可以适用

《刑法》第20条第2款,不至于对满足了一体化评价标准的行为人科处过于严厉的刑罚。但也必须清楚地意识到,防卫过当时毕竟有成立犯罪的余地,所以比起正当防卫,对行为人而言仍然是一种不利的处理。所以,合理划定防卫限度以正确区分正当防卫与防卫过当依旧是重要课题。尤其是决不能通过运用量的防卫过当,使得行为人对本来被正当化了的的结果负责。此外,即便承认量的防卫过当,也不可否认,在不法侵害仍在继续的过程中实施的反击行为更加容易被认定为“防卫行为”。换言之,质的防卫过当比起量的防卫过当更加容易被认定为防卫过当。所以,合理确定不法侵害是否仍在继续、是否已经终了的判断标准也很重要。限于本文的主题与篇幅,防卫限度以及防卫时间的结束时点的具体认定标准等问题,留待另文详述。

注释:

①如2018年12月18日最高人民检察院第12批指导性案例(检例第45—48号),均为正当防卫相关案例;2020年8月28日最高人民法院、最高人民检察院、公安部印发《关于依法适用正当防卫制度的指导意见》(以下简称《正当防卫意见》),旨在“依法准确适用正当防卫制度,维护公民的正当防卫权利,鼓励见义勇为,弘扬社会正气,把社会主义核心价值观融入刑事司法工作”。

②参见劳东燕:《防卫过当的认定与结果无价值论的不足》,载《中外法学》2015年第5期;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》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2018年第3期等。在此背景下,也有学者提出在纠偏的过程中要谨防矫枉过正,避免混同正当防卫与事后防卫、防卫过当从而导致正当防卫权的滥用。参见王志祥:《论正当防卫制度司法适用的纠偏》,载《法学论坛》2019年第6期,第130页。

③姜涛:《正当防卫限度判断的适用难题与改进方案》,载《中国法学》2019年第2期,第32页。

④参见山东省高级人民法院(2017)鲁刑终151号刑事附带民事判决书,2018年6月20日最高人民法院第18批指导性案例第93号。

⑤参见陈璇:《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》，载《法律科学(西北政法大学学报)》2018年第3期，第76页。该文试图废除正当防卫中的紧迫性要件，扩大反击行为防卫属性的认定。

⑥参见2018年12月18日最高人民检察院第12批指导性案例(检例第47号)。

⑦参见陈兴良：《正当防卫论》(第3版)，中国人民大学2017年版，第160页。

⑧关于该问题的专门性探讨，参见孙国祥：《防卫行为的整体性判断与时间过当概念之倡导》，载《清华法学》2021年第1期；尹子文：《论量的防卫过当与〈刑法〉第20条第2款的扩展适用》，载陈兴良主编：《刑事法评论》(第40卷)，北京大学出版社2017年版等。部分涉及该问题的讨论，参见张明楷：《防卫过当：判断标准与过当类型》，载《法学》2019年第1期；黎宏：《事后防卫处理的日中比较——从“涑源反杀案”切入》，载《法学评论》2019年第4期；冯军：《防卫过当：性质、成立要件与考察方法》，载《法学》2019年第1期；曾文科：《论复数防卫行为中的评价视角问题——以日本判例为素材的分析》，载易延友主编：《中国案例法评论》(第1辑)，法律出版社2015年版；李世阳：《刑法中行为论的新展开》，载《中国法学》2018年第2期；赵金伟：《防卫过当减免处罚根据及适用研究》，载《青海社会科学》2017年第3期等。

⑨《德国刑法》第33条规定，“行为人出于慌乱、恐惧或惊吓而超过正当防卫限度的，不负刑事责任(nicht bestraft)”。需注意的是，虽然德国对于防卫过当的限制条件比我国与日本多，但对行为人的处理结果也更好，即不是可以(日本)或者应当(我国)减轻或者免除处罚，而是直接不构成犯罪。

⑩肯定的量的防卫过当的见解，Vgl. Claus Roxin/Luís Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 5. Aufl., 2020, §22 Rn. 89.另参见[德]乌尔斯·金德霍伊泽尔：《刑法总论教科书》(第6版)，蔡桂生译，北京大学出版社2015年版，第238页。

⑪小野晃正「防衛行為の個数について——『正当防衛に引き続いた過剰防衛行為』をめぐる考察——」阪大法学60卷6号(2011年)89頁参照。

⑫曾根威彦『刑法原論』(成文堂，2016年)209頁；松原芳博『刑法総論』(日本評論社，2版，2017年)174頁；高橋則夫『刑法総論』(成文堂，4版，2018年)302頁；井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣，2版，2018年)等参照。

⑬永井敏雄「量的過剰防衛」龍岡資晃編『現代裁判法大系(第30卷)』(新日本法規出版，1999年)132頁；山口厚「判批」刑事法ジャーナル18号(2009年)80頁注9；原口伸夫「量的過剰防衛について」立石六二古稀(成文堂，2010年)272頁等参照。

⑭理论上可能还存在着类似于事前防卫的所谓过早的“量的防卫过当”的情形(参见[德]乌尔斯·金德霍伊泽尔：《刑法总论教科书》(第6版)，蔡桂生译，北京大学出版社2015年版，第238页)，但几乎没有学者最终将此认定为防卫过当，故本文对这种情形不做讨论。

⑮参见青海省西宁市城东区人民法院(2015)东刑初字第123号刑事判决书。

⑯松原芳博『行為主義と刑法理論』(成文堂，2020年)147頁参照。

⑰参见高铭喧、马克昌主编：《刑法学》(第8版)，北京大学出版社2017年版，第136页。

⑱当然，具体案件中如果反击行为本身已经明显超过必要限度造成重大损害，那么完全有可能出现质的防卫过当与量的防卫过当并存的局面。

⑲当然，如质的防卫过当时有可能因主观上不具有期待可能性而不构成犯罪一样，量的防卫过当时也完全有可能因欠缺责任要件而不构成犯罪。但是，并非所有防卫过当都必然欠缺责任要件，所以扩充防卫过当的类型以增加减免刑罚的适用仍然具有现实意义，甚至可以说认定防卫过当从而减免处罚的价值正体现在尚不能通过欠缺期待可能性而否定行为构成犯罪的场合。因此，关于通过一体化评价承认量的防卫过当的做法，笔者不赞成以责任阶段可以排除犯罪为由否定或低估其价值的观点(参见黎宏：《事后防卫处理的日中比较——从“涑源反杀案”切入》，载《法学评论》2019年第4期，第18-19、23-24页)。

⑳孙国祥：《防卫行为的整体性判断与时间过当概念之倡导》，载《清华法学》2021年第1期，第103页。

㉑参见黎宏：《刑法学总论》(第2版)，法律出版社2016年版，第142页；西田典之『刑法総論』(弘文堂，3版，2019年)189頁等。

㉒参见王政勋：《正当行为论》，法律出版社2000年版，第196-197页；町野朔「誤想防衛・過剰防衛」警察研究50卷9号(1979年)52頁等。

㉓高橋則夫『刑法総論』(成文堂，4版，2018年)302頁；山口厚『刑法総論』(有斐閣，3版，2016年)142頁等参照。

㉔松原芳博『刑法総論』(日本評論社，2版，2017年)174頁；井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣，2版，2018年)319頁等参照。

㉕参见陈兴良：《正当防卫论》(第3版)，中国人民大学2017年版，第118-119页；曲新久主编：《刑法学》(第5版)，中国政法大学出版社2016年版，第133页；付立庆：《刑法总论》，法律出版社2020年版，第172页等。在违法性与有责性减少之外，同时进行刑事政策考虑的观点，参见张明楷：《刑法学》

(第6版),法律出版社2021年版,第282页。

②松原芳博『行為主義と刑法理論』(成文堂,2020年)162頁参照。

③橋田久「外延の過剰防衛」産大法学32巻2-3号(1998年)229-230頁;松宮孝明『刑法総論講義』(成文堂,4版,2009年)145頁等参照。Vgl. Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts(Allgemeiner Teil), 5. Aufl., 1996, S. 493.

④我国有学者一方面采取违法且责任减少说,另一方面却也主张“在不法侵害进行时未能及时实施防卫,不法侵害结束后随即反击的,即使只有一个单数行为,也不排除作时间过当认定”(孙国祥:《防卫行为的整体性判断与时间过当概念之倡导》,载《清华法学》2021年第1期,第104、107页)。但这样的观点存在前后矛盾之嫌。

⑤这种一体化的评价与我国判断正当防卫时的整体判断方法不同,前者是在满足一定条件时把不法侵害结束时点后造成的侵害结果认定为防卫过当的结果,而后者则把过当与不过当的部分合在一起评价得出正当防卫(参见冯军:《防卫过当:性质、成立要件与考察方法》,载《法学》2019年第1期,第36页)。表面上看后者的处理似乎对防卫人更有利,但问题是把不法侵害结束时点后过当部分的违法性直接抹消,未必具有合理的实质根据。

⑥孙国祥:《防卫行为的整体性判断与时间过当概念之倡导》,载《清华法学》2021年第1期,第103-104页。

⑦李世阳:《刑法中行为论的新展开》,载《中国法学》2018年第2期,第160页。

⑧大塚裕史『刑法総論の思考方法』(早稲田経営出版,4版,2012年)346頁;曾根威彦『刑事違法論の展開』(成文堂,2013年)209-210頁等参照。

⑨相关重要判例有最高裁昭和34年2月5日判决(刑集第13巻第1号第1頁),最高裁平成9年6月16日判决(刑集第51巻第5号第435頁),最高裁平成20年6月25日决定(刑集第62巻第6号第1859頁)与最高裁平成21年2月24日决定(刑集第63巻第2号第1頁)。关于这些判决与决定的详细分析,参见曾文科:《论复数防卫行为中的评价视角问题——以日本判例为素材的分析》,载易延友主编:《中国案例法评论(第1辑)》,法律出版社2015年版,第79页。

⑩该立场由最高裁昭和34年2月5日判决(刑集第13巻第1号第1頁)确立。

⑪安田拓人「事後の過剰防衛について」立石六二古稀(成文堂,2010年)257頁参照。

⑫安田拓人「事後の過剰防衛について」立石六二古稀

(成文堂,2010年)296頁;小野晃正「防衛行為の個数について——『正当防衛に引き続いた過剰防衛行為』をめぐる考察——」阪大法学60巻6号(2011年)101頁;深町晋也「判批」ジコリスト1398号(2010年)178頁;佐藤拓磨「量的過剰について」法学研究84巻9号(2011年)194頁;吉川友規「『一連の行為』と過剰防衛」同志社法学66巻2号(2014年)240-241頁等参照。

⑬尹子文:《论量的防卫过当与〈刑法〉第20条第2款的扩展适用》,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第40卷),北京大学出版社2017年版,第507-508页。

⑭尹子文:《论量的防卫过当与〈刑法〉第20条第2款的扩展适用》,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第40卷),北京大学出版社2017年版,507页。

⑮李世阳:《刑法中行为论的新展开》,载《中国法学》2018年第2期,第160页。

⑯山口厚『刑法総論』(有斐閣,3版,2016年)144頁;安田拓人「事後の過剰防衛について」立石六二古稀(成文堂,2010年)258頁等参照。

⑰如此理解防卫意思,也能与结果无价值论中不承认防卫认识、防卫意图是主观正当化要素的观点并行不悖。

⑱橋爪隆「過剰防衛の成否について」法学教室406号(2014年)111頁参照。

⑲尹子文:《论量的防卫过当与〈刑法〉第20条第2款的扩展适用》,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第40卷),北京大学出版社2017年版,第511页。

⑳松原芳博『行為主義と刑法理論』(成文堂,2020年)161頁立足责任减少说,一方面要求追击行为与不法侵害时间场所上的接进性(现场性),另一方面则认为追击行为的样态只是用以评价防御意思的重要间接事实。

㉑吉川友規「『一連の行為』と過剰防衛」同志社法学66巻2号(2014年)261頁参照。

㉒参见2014年2月28日《最高人民法院公布十起涉家庭暴力典型案例》之八,载《最高人民法院公报》2015年第2期。

㉓佐藤拓磨「量的過剰について」法学研究84巻9号(2011年),176、202頁参照。另外,日本判例也承认假想防卫过当可以适用第36条第2款的规定,参见最高裁判所昭和41年7月7日决定(刑集20巻6号554頁)等。我国也有学者在承认量的防卫过当的同时,主张“将假想防卫过当类推适用我国《刑法》第20条第2款规定予以处罚,具有实质的合理性,也有利于实现刑法的公平正义”(赵金伟:《防卫过当减免处罚根据及适用研究》,载《青海社会科学》2017年第3期,第140页)。

㉔认为具有正当防卫前提的故意的事后防卫不成立防卫

过当的观点,参见陈兴良:《正当防卫论》(第3版),中国人民大学2017年版,第160-161页。

④橋爪隆「過剰防衛の成否について」法学教室406号(2014年)113頁参照。

⑤吉川友規「『一連の行為』と過剰防衛」同志社法学66卷2号(2014年)225頁;安田拓人「過剰防衛の判断と侵害終了後の事情」刑法雑誌50卷2号(2011年)298頁参照。

⑥参见广西壮族自治区南宁市中级人民法院(2008)南刑一初字第21号刑事判决书,广西壮族自治区高级人民法院(2008)桂刑二终字第36号刑事判决书。

⑦与此相对,有观点认为,因为事实认定错误而导致的事后防卫(类似于本文讨论的量的防卫过当之一)既不是假想防卫,也不是防卫过当。参见陈兴良:《正当防卫论》(第3版),中国人民大学2017年版,第162-163页。

⑧参见浙江省温州市中级人民法院(2015)浙温刑终字第1881号刑事判决书。

⑨关于我国防卫限度学说的较新梳理与分析,参见周详:《防卫必要限度:学说之争与逻辑辩证》,载《中外法学》2018年第6期。另外,试图统一刑法与民法中防卫限度判断标准的观点,参见于改之:《刑法民域协调视野下防卫限度之确定》,载《东方法学》2020年第2期。

⑩张明楷:《防卫过当:判断标准与过当类型》,载《法学》2019年第1期,第20页。另参见孙国祥:《防卫行为的整体性判断与时间过当概念之倡导》,载《清华法学》2021年第1期,第106页。

⑪日本旧刑法中关于正当防卫及防卫过当的规定不是设置在刑法典总则,而是设置在第三编(对身体财产的重罪轻罪)第一章(对身体的犯罪)第三节(关于杀伤的宽恕及不论罪)中。换言之,并非针对所有的不法侵害都可以成立正当防卫与防卫过当。

⑫成瀬幸典「量的過剰に関する一考察(一)」法学74卷1号(2010年)15頁参照。

⑬参见孙国祥:《防卫行为的整体性判断与时间过当概念之倡导》,载《清华法学》2021年第1期,第115页;参见张明楷:《刑法学》(第6版),法律出版社2021年版,第284页。

⑭采一要件说的观点,参见张明楷:《刑法学》(第6版),法律出版社2021年版,第275页;黎宏:《刑法学总论》(第2版),法律出版社2016年版,第141页等。采两要件说的观点,参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第8版),北京大学出版社2017年版,第134-135页;陈兴良:《规范刑法学(教学版)》,中国人民大学出版社2015年版,第72页;周光权:《刑法总论》(第4

版),中国人民大学出版社2021年版,第214页;付立庆:《刑法总论》,法律出版社2020年版,第170页等。另外,立足于对司法判决的实证分析,在主张防卫行为与结果的一体性基础上,提出“重大损害→明显超过必要限度→过当行为与重大损害之因果关系”这一判断步骤的观点,参见江潮:《防卫限度判断规则的体系化展开》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2022年第1期,第150页。目前实务中倾向于采两要件说,如最高人民检察院第45号指导性案例陈某正当防卫案中指出,“在被人殴打、人身权利受到不法侵害的情况下,防卫行为虽然造成了重大损害的客观后果,但是防卫措施并未明显超过必要限度的,不属于防卫过当,依法不负刑事责任”;《正当防卫意见》中更明确提出,“认定防卫过当应当同时具备‘明显超过必要限度’和‘造成重大损害’两个条件,缺一不可”,“防卫行为虽然明显超过必要限度但没有造成重大损害的,不应认定为防卫过当”。

⑮根据《正当防卫意见》,“造成重大损害”是指造成不法侵害人重伤、死亡。造成轻伤及以下损害的,不属于重大损害。

⑯这一部分的讨论以反击行为与追击行为满足一体化评价标准能够评价为一个防卫行为为前提。如果前后行为为本来就不能评价为一个防卫行为,那么只需要判断反击行为是正当防卫还是防卫过当,追击行为作为单纯的犯罪行为处理即可。

⑰如果能够查明重大损害是反击行为或追击行为中的某一个造成的(而不是叠加造成的),但查明具体是由哪个行为造成时,根据存疑有利于被告的原则,应认定为反击行为造成的。

⑱参见西安市灞桥区人民法院(2008)灞刑初字第114号刑事判决书。

⑲参见贵州省平塘县人民法院(2014)平刑初字第13号刑事附带民事判决书。

⑳仲道祐樹「行為概念の再定位—犯罪論における行為特定の理論—」(成文堂,2013年)234頁参照。

㉑关于一体化评价中违法性复活现象的详细分析,参见曾文科:《论复数防卫行为中的评价视角问题——以日本判例为素材的分析》,载易延友主编:《中国案例法评论(第1辑)》,法律出版社2015年版,第85页。

㉒孙国祥:《防卫行为的整体性判断与时间过当概念之倡导》,载《清华法学》2021年第1期,第112页。

㉓参见辽宁省彰武县人民法院(2016)辽0922刑初27号刑事判决书。