

## 正当防卫的原理及其运用

### ——对二元论的批判性考察

张明楷

**内容提要:**关于正当防卫的正当化根据,德国采取了个人保全原理与法确证原理相结合的二元论。其中,个人保全原理显然与我国刑法第20条的规定不相符。但我们也不能为了引入这一原理,而对刑法第20条作出扭曲的解释或者要求修改法条。法确证原理在不同层面都存在难以克服的缺陷,不能成为正当防卫的原理。违法阻却事由的成立,是对受法所保护的对应利益进行权衡的结果。在违法阻却事由的状态中,所遵从的标准就是受到较高评价的利益优于受到较低评价的利益(二元论也是变相的利益衡量)。与不法侵害相比,正当防卫具有本质的优越性;优越的利益保护就是正当防卫的原理。正当防卫的特点,决定了必须将不法侵害者造成的损害、危险以及在受到防卫过程中为对抗防卫所实施的新的不法侵害造成的损害、危险与正当防卫造成的损害进行比较,全面比较时必须充分考虑防卫人所处的本质的优越地位。要求或者以为正当防卫中的利益衡量就是将正当防卫造成的损害与不法侵害者造成的损害相比较,是一种常识性错误。

**关键词:**正当防卫 个人保全 法确证 优越的利益保护

张明楷,清华大学法学院教授。

“从国际比较的视野来看,德国的正当防卫权显得十分宽泛和‘凌厉’。”<sup>[1]</sup>其中的重要表现是,被侵害人不仅没有退避义务,而且只要防卫行为是需要的,即使是为了保护轻微法益也可以造成重大损害。例如,“住宅所有人,可以用刀刺死夜晚侵入住宅的带有酒气的男子。”<sup>[2]</sup>再如,“向一名逃跑的小偷开枪,如果是保护财产的唯一方法时,也是‘必

[1] [德]约翰内斯·卡斯帕:《德国正当防卫权的“法维护”原则》,陈璇译,《人民检察》2016年第10期,第30页。

[2] C. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., C. H. Beck, 2006, S. 676.

要的’。”<sup>[3]</sup>在课堂设例中,一名行动不便的老人,在没有其他办法的情况下,为了击落爬在树上偷苹果的少年而开枪射击,也是必要的。<sup>[4]</sup>这样的做法是否可取是另一个问题,本文所要讨论的是,如此宽泛和凌厉地承认正当防卫的根据何在?这便是正当防卫的正当化根据,也可谓正当防卫的原理。

如所周知,关于正当防卫的正当化根据,德国的通说与判例采取了个人保全原理与法确证原理相结合的二元论。二元论在日本、韩国刑法学界不乏赞成者,<sup>[5]</sup>在我国也得到部分学者的认同。<sup>[6]</sup>然而,二元论是否存在缺陷,能否原封不动地为我国刑法理论与司法实践所借鉴,是值得进一步研究的问题。本文首先就个人保全原理进行简要讨论,然后重点讨论法确证原理的相关问题。由于笔者对正当防卫采取优越的利益保护原理,<sup>[7]</sup>所以,本文在必要时会对二元论与优越的利益保护原理进行比较,说明正当防卫的原理及其运用。

## 一 个人保全原理

个人保全原理,是指法律允许个人采取各种必要的防卫性保护措施,或者说,受到不法侵害行为攻击的个人可以采取必要手段保全自己。这一原理可以用社会契约论来说明。例如,根据霍布斯观点,市民对国家的义务持续到国家能够基于其权力保护市民的场合(时期);在国家不能保护市民的利益时,市民能够通过行使天赋自卫权进行自我保护,任何契约都不可能使市民放弃这个天赋自卫权利。<sup>[8]</sup>

个人保全原理显然具有一定的合理性,由此得出的被受害人没有逃避义务的结论,大体上也可以接受。但是,这个原理本身并非没有疑问。一方面,虽然各国刑法都认可为了第三人的利益实施的正当防卫,但个人保全原理不能说明这一点。另一方面,既然在国家不能保护市民的利益时,任何契约都不可能使市民放弃自卫权利,那么,也不得以防卫过当为由使市民放弃自卫权利,于是,市民可以无限制地对不法侵害人加以防卫,因而不可能存在防卫过当现象。但是,这样的结论显然不符合各国刑法关于防卫过当的规定。可

[3] C. Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Aufl., C. H. Beck, 2006, S. 679.

[4] C. Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Aufl., C. H. Beck, 2006, S. 679. 罗克辛教授认为,此时没有超过必要限度,只是缺乏必要性。施密特霍伊泽尔教授则主张,如果一个成年的小偷盗窃了水果,虽然受到了警告却不从苹果树上下来,那么防卫者可以将其击毙(参见[德]约翰内斯·卡斯帕:《德国正当防卫权的“法维护”原则》,陈璇译,《人民检察》2016年第10期,第31页)。

[5] 参见[日]大谷实著:《刑法讲义总论》,成文堂2012年新版第4版,第273-274页;[日]曾根威彦著:《刑法总论》,弘文堂2008年第4版,第99-100页;[日]山中敬一著:《刑法总论》,成文堂2015年第3版,第481页;[日]高桥则夫著:《刑法总论》,成文堂2010年版,第256页;[韩]金日秀、徐辅鹤著:《韩国刑法总论》,郑军男译,武汉大学出版社2008年版,第278页。

[6] 参见欧阳本祺:《正当防卫认定标准的困境与出路》,《法商研究》2013年第5期,第124页以下。

[7] 根据结果无价值论的观点,违法性阻却的实质原理是法益性的阙如与法益衡量。前者是指行为虽然符合构成要件,但不存在值得保护的法益(如被害人承诺);后者是指行为虽然符合构成要件,但保护了同等或者更为优越的法益(同等利益·优越的利益保护原理)(参见[日]山口厚著:《刑法总论》,有斐阁2016年第3版,第110页)。即使正当防卫造成的损害大于不法侵害造成的损害(为保护微小法益而造成重大损害的除外),也能肯定正当防卫保护了更为优越的法益。

[8] 参见[英]霍布斯著:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,商务印书馆2016年版,第172页。

以肯定的是,只要刑法上存在防卫过当的概念,就表明正当防卫受利益衡量的制约,受比例原则的限制,只不过是进行衡量和如何确定“比例”的问题。<sup>[9]</sup>而且,既然根据个人保全原理可以使得防卫行为不受比例原则的限制,那么,在此原理之外另外附加法确证原理,恐怕有些多余。

个人保全原理更不可能原封不动地照搬到中国来。因为根据个人保全原理,“在个人法的侧面,显示出只允许为了保护个人的利益进行正当防卫,而不允许为了维护公共秩序或者法秩序自身进行正当防卫的立场。”<sup>[10]</sup>但是,我国刑法明文规定可以为了保护国家利益、公共利益(以下简称公法益)进行正当防卫。这显然不是个人保全原理可以说明的。

或许有人认为,在我国也不得为了保护公法益进行正当防卫,所以,对我国刑法第20条关于正当防卫的规定应当进行目的性限缩,或者认为我国关于正当防卫的规定是错误的。然而,为了使德国的刑法理论在中国发扬光大,对中国的刑法规定进行扭曲的解释或者要求修改中国刑法的做法,或许并不明智。其一,从解释论上来说,在现行立法之下,我们不可能说,如果有人为了保护公法益进行正当防卫,其防卫行为就是违法的。否则,就明显侵害了防卫人的自由。同样,也不可能说,为了保护公法益的防卫行为,虽然是违法的,只是由于行为人缺乏责任(违法性认识的可能性)而不可罚。其二,从立法论上来说,允许为了公法益进行防卫,也没有不当之处。虽然公法益是由国家机关来保护的,但国家机关的保护与救济能力有限;在国家机关不能保护的情况下,由公民通过正当防卫进行保护,不会出现混乱现象。在许多人只是习惯于看热闹或者绕道而过而不愿见义勇为的情况下,<sup>[11]</sup>规定一般公民可以为了公法益进行正当防卫,具有积极的现实意义。况且,刑法所保护的公法益都可以还原为个人利益,公法益与个人利益在许多情况下难以区分。即使德国刑法未规定对公法益的防卫,但事实上只要涉及个人利益,就可以进行正当防卫。例如,为了防止国家财产被盗窃或者被毁坏,允许任何人实施防卫。再如,允许任何目击者对露阴行为进行正当防卫,因为公然猥亵行为侵犯了个人的性的羞耻心。<sup>[12]</sup>不仅如此,根据德国的通说,当现实的国家利益受到直接威胁,而主管机关在特定场合又无法保护这一国家利益时,为了保护作为主权象征的国家法益,也可以进行正当防卫。<sup>[13]</sup>这说明,德国刑法理论实际上将“个人”保全扩大到对公法益的保全。既然如此,不如直接肯定为了保护公法益所进行的正当防卫。所以,没有必要修改我国刑法关于正当防卫保护

[9] 在不同的场合,“利益衡量”可能有不同的具体含义。同样,当人们说正当防卫不受比例原则限制时,基本上是指不受行政法意义上的比例原则的限制,即防卫行为造成的损害可以大于不法侵害造成的损害。但是,“比例”并非等同。1:1,2:2是一种比例,1:3,2:6也是一种比例。当本文说防卫行为受比例原则的约束时,不是说防卫行为造成的损害只能与不法侵害造成的损害相等,只是说不能为了保护微小利益而造成重大损害。因此,所谓防卫行为不受比例原则的约束与防卫行为受比例原则的约束,在不同语境下的含义并不一定相反,就具体案件得出的结论也可能相同。恳请读者注意本文中不同场合的比例原则的不同含义。

[10] H. Jescheck/T. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Duncker & Humblot, 1996, S. 337.

[11] 事实上,在我国法院认定为正当防卫与防卫过当的案件中,没有任何一起是为了保护国家利益、公共利益而实施的防卫行为。

[12] H. Jescheck/T. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Duncker & Humblot, 1996, S. 340.

[13] 参见[德]乌尔斯·金德霍伊泽尔著:《刑法总论教科书》,蔡桂生译,北京大学出版社2015年版,第162页。

对象的规定。在我国,一些为了保护公益所实施的行为,如果不用正当防卫来解释,就会得出构成违法乃至犯罪的结论,但这种结论不可能被国民接受。例如,依法被关押的罪犯翻墙越狱时,路过的行人使用工具将其推回监狱内,导致罪犯摔伤的,不可能认定为故意伤害罪。但在行为符合伤害罪构成要件的前提下,需要通过正当防卫这一违法阻却事由来否认犯罪的成立。再如,监管人员私放罪犯时,他人也可以针对监管人员进行正当防卫。

由此可见,如果要将个人保全原理的核心内容运用于我国,就只能将其修正为法益保全原理,<sup>[14]</sup>其中的法益既包括个人法益,也包括公益。但是,正当防卫行为毕竟是个人的行为,而且是一种保护合法利益的权利行为,所以,正当防卫不必以“不得已”为要件,即不需要像紧急避险那样遵守补充性原则。

## 二 法确证原理的基本问题

“法确证的原理(Rechtserhaltungsprinzip),一般理解为,‘法秩序即使受到了侵害,也不能退缩,而是要以严肃地显示其存在的方式维护法秩序’。”<sup>[15]</sup>简言之,法确证就是指“法秩序的防卫”、“捍卫法秩序”、“宣示法秩序的存在”。这是因为,不法侵害行为不仅侵害了个人法益,而且侵害了法的理念,侵害了基本的法秩序,于是,防卫行为不仅防卫了个人法益,而且防卫了法秩序。正因为如此,正当防卫不需要利益衡量,防卫人也没有退避义务。又由于法秩序终究是为了保护个人利益,所以,每个人都可以通过防卫行为来对抗不法侵害,为了保护他人的利益也可以进行正当防卫。<sup>[16]</sup>

从沿革来说,正当防卫中的防卫人不负有退避义务,而且没有必要考虑利益衡量的观点与做法,在德国的刑法史上并不具有悠久性与普遍性。当下这种凌厉的正当防卫权之所以在德国流行,一个重要的原因是 19 世纪初受康德学派的影响。康德强调个人的自由与权利受到绝对的保护,于是他认为紧急避险并不阻却违法(只是可以阻却责任),但认可严厉的正当防卫。<sup>[17]</sup> 19 世纪中叶,在黑格尔学派的进一步影响之下,形成了“正”本身不受“不正”侵害的这种超个人法的契机,这便是法确证原理的原点。在黑格尔看来,国家本身是绝对的理性的存在,犯罪是对绝对存在的法的否定,是一种绝对无效的不法;与此相对,刑罚是对否定的否定即法的恢复。<sup>[18]</sup> 虽然黑格尔本人对正当防卫没有具体的表述,但后来的黑格尔学派在黑格尔刑罚观的延长线上展开了正当防卫论。典型的德国刑法学家贝尔纳(Berner)于 1848 年提出的被广泛援引的表述:“正不得向不正让步”,“如果正需要向不正屈服的话,那就是一种不法。”根据他的观点,在正当防卫中,为了任

[14] 井田良教授使用了“法益保全”的概念(参见[日]井田良著:《讲义刑法学·总论》,有斐阁 2008 年版,第 271 页)。

[15] [日]桥爪隆著:《正当防卫论の基础》,有斐阁 2007 年版,第 37 页。

[16] 如后所述,德国刑法理论认为,法确证原理还可以为正当防卫的社会伦理限制提供根据。

[17] 参见[德]康德著:《法的形而上学原理》,沈叔平译,商务印书馆 1991 年版,第 40 页以下。

[18] 参见[德]黑格尔著:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆 1961 年版,第 101 页。

何权利都可以对不法侵害进行无限制的防卫。再如,纳维塔(Levita)也说,既然法是一种不得放弃的存在,不法本身就是一种完全无效的存在,因而必须通过正当防卫与不法相对抗,使其无效性得以明确;正当防卫就是确证不法的无效性的一种制度。这显然与黑格尔的刑罚论是相同的。<sup>[19]</sup>

从内容上说,“正不得向不正让步”命题本身的内容不确定,因而不可能为正当防卫的凌厉性提供实质的根据。首先,如果从超个人的角度来理解“正不得向不正让步”,法确证的利益就是一种公法益。如果说法确证的利益加上被侵害者的利益优越于侵害者的利益时,就必须说明法确证的利益究竟是什么程度的利益。<sup>[20]</sup> 针对法确证的原理,人们要追问的是,法秩序本身究竟在多大范围或者程度内可以成为正当防卫的保护法益?之所以要追问,是因为确切的关联点并不明晰:所谓法确证或者捍卫法秩序,是否意味着捍卫了法秩序的全体规范?<sup>[21]</sup> 如果回答“是”,那么,这种法秩序就包含了德国刑法第32条关于正当防卫的规定,于是,两种利益就是在重复计算。如果回答“否”,那么,为什么正当防卫确证了正当防卫以外的法秩序,而不确证正当防卫本身?此外,如果说捍卫法秩序是指捍卫个人法益不受侵害的法秩序,也只不过是个人保全原理的另一种表述。其次,如果从被侵害者的主观权利的角度来理解“正不得向不正让步”,<sup>[22]</sup> 就意味着被侵害者的权利绝对优越于不法侵害者的权利。<sup>[23]</sup> 既然如此,只需要将不法侵害者的利益与被侵害者的权利进行比较,就不仅足以说明被侵害者没有退避义务,而且足以说明正当防卫造成的损害可以绝对大于不法侵害者造成的损害,因而没有必要将法确证作为正当防卫的原理。

法确证原理的内容过于空泛,人们可以赋予它各种含义,因而成为可以从自己的主观评价导出任何结论的万能原理。如后所述,无论是正当防卫原则上无须考虑比例原则,还是在相关法益极端失衡的情况下对正当防卫进行限制,人们都是以法确证原理为根据的。换言之,法确证原理,一方面使得人们有权针对不法侵害实施特别激烈和完全不成比例的反击行为,另一方面又要求防卫人保持一定程度的克制。<sup>[24]</sup> 于是,为扩张正当防卫权(不要求利益衡量)和缩小正当防卫权(社会伦理限制)提供根据的,都是法确证原理。之所以如此,就是因为法确证原理的内容过于空泛,可以由解释者任意填充、任意设定。<sup>[25]</sup>

法确证原理与个人保全原理的关系也不明确。例如,二者是作为同等的原理而相互补充,还是由法确证原理补充个人保全原理?二者是两种异质的原理共同发挥作用,还是具有共同的基础?<sup>[26]</sup> 这些都极不明确。更为重要的是,德国刑法第32条规定,只有为了

[19] 参见[日]桥爪隆著:《正当防卫论的基础》,有斐阁2007年版,第35-36页。

[20] 参见[日]桥爪隆著:《正当防卫论的基础》,有斐阁2007年版,第11页。

[21] 参见[德]约翰内斯·卡斯帕:《德国正当防卫权的“法维护”原则》,陈璇译,《人民检察》2016年第10期,第32页。

[22] 例如,盗窃犯不仅侵害了被害人的财产,而且侵害了被害人主观权利状态,侵害了被害人的人格。

[23] Vgl. U. Neumann, individuelle und überindividuelle Begründung des Notwehrrechts, in: *Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip*, Peter Lang, 1990, S. 225.

[24] 参见[德]约翰内斯·卡斯帕:《德国正当防卫权的“法维护”原则》,陈璇译,《人民检察》2016年第10期,第32页。

[25] 基于同样的原因,肯定会有学者认为本文对法确证原理的理解是错误的。

[26] 参见[日]饭岛畅著:《自由の普通の保障と哲学的刑法理论》,成文堂2016年版,第154页。

保护个人法益时才允许实施正当防卫。既然如此,为什么对法秩序的维护,只允许通过反击这种对个人法益的侵害来实现,而不能通过反击针对公法益的侵害来实现?<sup>[27]</sup>为什么只有私人的法益受到侵害时,才有必要防卫法秩序?公法益受到侵害时,却没有必要防卫法秩序?为什么维护公共法益的法秩序就不需要确证呢?为什么只能为了保护个人利益而不得为了保护法秩序进行正当防卫,<sup>[28]</sup>却又说正当防卫捍卫了法秩序?这些同样都是不明确的。

其实,所谓法确证的利益,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。例如,公安机关、司法机关的针对不法侵害行使公权力的行为,都具有维护法秩序的机能,而且其确实性比正当防卫要高得多。但是,公安、司法机关的首要目的还是保护个人的权利与自由。保护法秩序的效果,只是所有国家机关活动共通的侧面,将它拿出来作为正当防卫的独自的存在意义,并不具有必然性。况且,即使将保护法秩序作为正当防卫的基本原理,也不可能合理地说明正当防卫中被侵害者没有退避义务。因为事后逮捕了不法侵害者,通过刑事诉讼仍能充分维护法秩序。<sup>[29]</sup>此外,如果说在防卫人的利益与不法侵害者的利益都不受损的情况下就能解决利益冲突是最理想的状态,那么,即使法确证的利益使防卫人的利益增大,仅此也不能充分说明防卫人没有退避义务。<sup>[30]</sup>

与上一点相联系,作为防卫对象的不法侵害,虽然不以具备有责性为前提,但现实中的不法侵害通常都是犯罪行为。公安、司法机关事后追究不法侵害者法律责任的活动,都是在确证法秩序。既然如此,为什么还要在此之前确证法秩序?反过来说,按照法确证的原理,既然正当防卫行为已经确证了法秩序,为什么事后还要再次由司法机关确认法秩序?倘若只是为了说明正当防卫所造成的损害可以大于不法侵害者造成的损害,则只是循环论证而已。

### 三 法确证原理的具体问题

在德国,对法确证存在不同理解,故有必要联系法确证的具体内容展开进一步的讨论。

赫希(Hirsch)教授认为,防卫法秩序的妥当性(或者效力),在正当防卫中是一种决定性的原理;法秩序的优越性,可以从其规范妥当性的保护必要性的角度找到根据。根据赫希教授的观点,正当防卫所针对的违法侵害,必须是行为不法(Verhaltensunrecht),正当防卫通过抑止行为不法,保护、确证法秩序的规范妥当性。<sup>[31]</sup>

然而,人们不会认为,由于实施了不法侵害,法秩序就丧失了规范的妥当性;规范更不

[27] 参见[德]约翰内斯·卡斯帕:《德国正当防卫权的“法维护”原则》,陈璇译,《人民检察》2016年第10期,第30-31页。

[28] H. Jescheck/T. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Duncker & Humblot, 1996, S. 337.

[29] 参见[日]桥爪隆著:《正当防卫论の基础》,有斐阁2007年版,第44页。

[30] [日]山口厚著:《问题探究 刑法总论》,有斐阁1998年版,第51页。

[31] Vgl. H. J. Hirsch, Die Notwehrvoraussetzung der Rechtswidrigkeit des Angriffs, Festschrift für Eduard Dreher, Walter de Gruyter, 1977, S. 219ff.

可能由于不法侵害而被废除。换言之,规范的妥当性或者效力,只能从规范内部及其与其他规范的关系来判断;不可能说某个规范被违反得越多它就越缺乏妥当性。“即使偷窃者万一能逃脱,因而法官也就无法惩罚他并适用法律规则,但这一规则仍保留其效力。”<sup>[32]</sup>换言之,不会因为不法侵害者没有受到防卫或者惩罚,相应的规范就丧失了妥当性或者效力。既然法秩序的规范的妥当性与现实中的不法侵害没有直接关系,那么,认为防卫行为捍卫法秩序的妥当性,就只是一个过于一般化的表述。另一方面,确证法规范的妥当性,是以法规范具有超越的权威为前提的;确证法规范的妥当性,只不过是“秩序报应”的另一种表述。<sup>[33]</sup>

施米德霍伊泽尔(Schmidhäuser)教授将法秩序的妥当性分为规范的妥当性与经验的妥当性两个层面来理解。首先,不法侵害通常侵害了规范的妥当性。但是,只有当法秩序的有效性现实地受到威胁时,才能承认对法秩序的经验的妥当性造成了侵害,才能发动正当防卫。因此,为正当防卫不要求利益衡量奠定基础的不法侵害,并非单纯的不法行为,而必须是更重大的攻击,即必须是对法秩序经验的妥当性的攻击。法秩序属于共同社会基本秩序的成员,只有通过精神上共有属于共同生活的基本秩序的各种价值,才可以使法秩序得以存续。公然无视法秩序的保护,侵害他人的法益,就表明了对法的基本秩序的精神上共有的反抗,就是对法秩序的经验的妥当性的攻击。于是,对法秩序的经验的妥当性的攻击,受到以下两方面的限制:一方面,如果原本就不是法秩序共同体的成员,便不可能攻击其内部共有的经验的妥当性。因此,儿童、精神病人等人,因为没有精神地参与价值的秩序,不能表明对法秩序的重大轻视,不能认定为对法秩序的不法攻击,对这种攻击不能进行正当防卫。另一方面,如果不是明显地无视法秩序,就不能认为经验的妥当性受到了攻击。于是,基于强制、错误的攻击,就不是对规范妥当性的攻击。此外,违法行为中,一般人乃至警察默认的行为,周围的人看不到那种偷偷侵入住宅的盗窃犯人,不是对法秩序的经验的妥当性的明显攻击,也不能以正当防卫相对抗。但是,一旦不法行为被评价为对法秩序的经验的妥当性的侵害,在考虑与之对抗的防卫行为的正当化时,就与保全法益的价值完全无关。因此,在众目睽睽之下,无视警告窃取水果的人,由于攻击了法秩序经验的妥当性,如果没有其他办法,即使杀害了他,也是正当防卫。<sup>[34]</sup>

显然,施米德霍伊泽尔教授所说的对法秩序的重大轻视这一概念是极不明确的。将儿童、精神病人等人排除在法秩序共同体成员之外的观点,也难以被人接受。即使就他所列的几类情形而言,也不无商榷的余地。例如,如后所述,如果一概主张对未成年人、醉酒者、精神障碍者的不法侵害不能实施正当防卫,就会给防卫人造成重大负担。对秘密窃取财物的盗窃犯不能进行正当防卫的观点,也不符合现实。此外,法秩序的规范的妥当性与经验的妥当性的区分结局是,考虑不法侵害者的攻击状况的客观面与主观面,因而只是限

[32] [奥]凯尔森著:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第32页。

[33] [日]松原芳博著:《刑法总论》,日本评论社2017年第2版,第7-8页。

[34] Vgl. E. Schmidhäuser, Über die Wertstruktur der Notwehr, Festschrift für Richard M. Honig, Otto Schwartz & Co Göttingen, 1970, S. 193ff.

定了正当防卫的对象即不法侵害,并没有从理论上明确区分规范的妥当性与经验的妥当性。<sup>[35]</sup>

德国的多数学者将法确证的实体进行刑事政策的理解,即法确证的利益,是指对将来的不法侵害的预防、抑止的法利益。例如,罗克辛(Roxin)教授指出:“立法者通过正当防卫推进特殊预防与一般预防的观点,可以认为是一种更为精密的推论。通过被攻击者的防卫,就阻止了攻击者本人实现违法行为。在此意义上,个人保全原理有利于特殊预防。法确证原理意味着,对其他的潜在犯罪者而言,由于存在防卫行为的对抗,显示出谁也不能冒险实施违法的攻击,这便为一般预防服务。由于被攻击者及其救助的及时到场,在有些场合,使攻击者考虑到,自己可能受到比他惹起的危险与他所要得到的利益更大的被害,通过这样的威吓效果可以抑止攻击,而且可以适当地实现国民对法的信赖的安定化。”<sup>[36]</sup>“罗克辛教授将一般预防的利益作为正当防卫的根据,其观点清晰明了,在德国占据通说地位。在日本,这种观点也是有力的学说。”<sup>[37]</sup>

制止不法侵害本身就是正当防卫的特点,将个人保全原理解释为特殊预防,虽可谓理所当然,但只是一种单纯的话语转换。罗克辛教授的理论特色主要在于将法确证原理置于刑事政策的一般预防效果这一点上。然而,就此而言,也并非没有疑问。

首先,关于正当防卫的威吓效果。如所周知,从刑罚论上来说,威吓效果是消极的一般预防的内容。虽然一般人在通常情况下,会受到刑罚威吓的影响,但对职业犯、冲动的机会犯而言则并非如此。“没人知道,对于那些并非为获得货币或其他可见收益,只因冲动、狂怒或精神疾病或缺陷引发的犯罪,这些惩罚又有多少震慑效果。没人清楚死刑到底有多少震慑增量,以及就此而言终身监禁有多少震慑增量。”<sup>[38]</sup>在杀人犯、风俗犯等场合,刑罚的威慑力也极为有限。而且,许多人犯罪并非基于合理的计算,而是(至少多数是)在期待不被发觉的侥幸心理下实施犯罪。对这些犯罪人来说,威慑的效果也不明显。<sup>[39]</sup>既然国家机关通过各种方式行使刑罚权,其威吓效果也极为有限,那么,承认正当防卫的威吓效果就更有疑问。事实上,难以认为,不法侵害者是因为刑罚威吓不奏效才实施犯罪的,因而不能认为,对不法侵害者实施正当防卫的威吓就是有效的。不法侵害者事后受到刑罚处罚的概率,远远高于受到正当防卫对抗的概率。况且,不法侵害者一般是为了实现不法目的而精心选择被害人,被害人事前却没有任何准备,因而不法侵害者受到正当防卫对抗的可能性就更低。此外,即使承认刑罚具有消极的一般预防的效果,但其效果并不是依赖刑罚的轻重,而是依赖刑罚的及时性与确实性。<sup>[40]</sup>既然如此,在被害人与第三者是否实施正当防卫并不确实的状况下,正当防卫就更难产生消极的一般预防效果。所以,用

[35] 参见[日]桥爪隆著:《正当防卫论的基础》,有斐阁2007年版,第42页以下。

[36] C. Roxin, Die „sozialethischen Einschränkungen“ des Notwehrrechts—Versuch einer Bilanz—, ZStW Bd 93, 1981, S. 73f.

[37] [日]桥爪隆著:《正当防卫论的基础》,有斐阁2007年版,第48页。

[38] [美]理查德·波斯纳著:《波斯纳法官司法反思录》,苏力译,北京大学出版社2014年版,第75页。

[39] 参见[德]C. Roxin著:《刑法における責任と予防》,宫泽浩一监译,成文堂1984年版,第15-16页;G. Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Walter de Gruyter, 1991, S. 21。

[40] 参见[意]贝卡里亚著:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1993年版,第56页以下。



消极的一般预防来说明正当防卫的根据,并不能令人满意。<sup>[41]</sup>

还需要指出的是,就刑罚的消极的一般预防而言,罗克辛教授原本是持反对态度的。亦即,在罗克辛教授看来,通过威吓进行一般预防,意味着不是因为犯罪受处罚,而是为了他人不犯罪才受处罚,犯罪人成为预防他人犯罪的工具,因而侵犯了人的尊严。<sup>[42]</sup>但是,如果承认通过不需要利益衡量的正当防卫对潜在的不法侵害者产生威吓效果,就意味着将不法侵害者当作预防他人实施不法侵害的工具,也侵害了其尊严,当然也不可取。

其次,关于正当防卫的积极一般预防的效果。如果将一般预防作为正当防卫的根据,防卫的必要性就由一般预防的必要性来决定。亦即,一般预防的必要性越大,防卫权限就越大,防卫过当的可能性就越小。于是,对盗窃行为的防卫权限就大于对杀人行为的防卫权限。这显然是无法被人接受的。而且,通过国家刑罚权的行使来强化规范意识的主张,是以科处刑罚的程序适正,进而使国民的信赖得以满足为前提的。但是,防卫人通常是缺乏冷静判断的一般人,也是事件的当事者;防卫人的行为在杀伤不法侵害者的当时是否属于正当防卫,不是行为当时确定的,而是事后经由刑事诉讼程序确定的。因此,寄予正当防卫对国民的规范意识的强化,期待正当防卫实现国民对法的信赖的安定化,只不过是一种虚构。<sup>[43]</sup>

阿梅隆(Amelung)教授与社会学家基里安(Kilian)共同调查了3463名德国市民,结果是,多数市民不仅不知道正当防卫不需要遵守比例原则,反而要求对防卫行为所保全的利益与被侵害的利益之间进行衡量,甚至主张对防卫行为科处退避义务。例如,就针对非法侵入住宅的防卫而言,在没有其他办法的情况下造成致命伤的案件,只有45%的人认为是正当防卫。就行为人(被告人)在自家门前针对四位年轻人进行的不法侵害进行正当防卫,开枪打伤一人的案件,<sup>[44]</sup>只有8%的人认为是正当防卫。在追问如果防卫人进入家中就可以避免伤害情况下能否进行正当防卫时,只有1%的人认为可以进行正当防卫。<sup>[45]</sup>不难看出,所谓不考虑比例原则的正当防卫具有积极的一般预防的效果,完全只是刑法学者的想象而已。质言之,德国刑法理论与判例认可的部分正当防卫,并不能实现国民对法的信赖的安定化。

再次,刑罚的特殊预防与一般预防都受比例原则的限制,为什么正当防卫不受比例原则的限制?这是法确证说难以回答的问题。诚然,罗克辛教授并不将正当防卫当作类似刑罚的东西来理解,也没有承认被害人(防卫人)具有刑罚权限,他说的一般预防只是一种类比而已。概言之,不能在防卫人代理行使国家暴力的意义上理解法确证原理。<sup>[46]</sup>然而,既然二者类似,既然承认刑罚与正当防卫都是预防犯罪的手段,就不能认为只有刑罚需要遵守比例原则,而其他预防犯罪的手段就不需要遵守比例原则。

[41] 参见[日]桥爪隆著:《正当防卫论的基础》,有斐阁2007年版,第49页以下。

[42] [德]C. Roxin著:《刑法における责任と预防》,宫泽浩一监译,成文堂1984年版,第16页。

[43] 参见[日]桥爪隆著:《正当防卫论的基础》,有斐阁2007年版,第51页以下。

[44] NSiZ 1986, 357.

[45] K. Amelung/ I. Kilian, Zur Akzeptanz des deutschen Notwehrrechts in der Bevölkerung-Erste Ergebnisse der Dresdner Notwehrrhebung, Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber, C. F. Müller, 2003, S. 3ff.

[46] C. Roxin, Notwehr und Rechtsbewahrung, Festschrift für Kristian Kühl, C. H. Beck, 2014, S. 392ff.

最后,将法确证原理理解为一般预防论,还面临如下具体问题:

其一,一般预防论不能说明正当防卫的时间。如所周知,拘留、逮捕、行刑,都是犯罪终了才开始进行的,而且普遍认为这种事后的司法活动具有一般预防效果。既然如此,在不法侵害结束后,对不法侵害者实施攻击,也能使不法侵害者意识到实施不法侵害就有受到攻击的风险,因而也可以承认一般预防的效果。“据媒体报道,11月20日,广西灵山两男子因偷车被群众抓住后,要求赤裸上身跪路边,受鞭打和冷水浇头。新闻后的评论显示,支持打小偷的网民比例很高。”<sup>[47]</sup>由此看来,即使是事后对不法侵害者的攻击,也具有消极的一般预防(对不法侵害者的威慑)与积极的一般预防(使国民产生满意效果)的效果。果真如此,则在不法侵害终了之后,也可以进行正当防卫。但事实上并非如此。或许对方会说,这种场合不符合个人保全原理,因而即使符合法确证原理也不能进行防卫。然而,在财产犯罪等可以事后挽回损失的场合,确实符合个人保全原理。或是,即使在这样的场合,也不可能事后进行正当防卫,这不是个人保全原理与一般预防效果可以说明的。<sup>[48]</sup>另一方面,预备行为也是犯罪行为,对个人法益也具有抽象的危险,对预备行为同样需要一般预防,于是,对预备行为也可以进行正当防卫。但事实上,对绝大部分预备行为本身是不可能进行防卫的。

其二,一般预防论不能说明正当防卫的范围。抑止犯罪、保护国民对法的信赖首先是国家机关的任务,警察等国家机关工作人员在履行职务时必须遵守比例原则,武器的使用受到严格限制。与之相比,个人的正当防卫所允许的范围要宽得多。但是,如果将警察行为与正当防卫行为都置于一般预防目的的制度下的位置,就不可能合理说明二者的差异。罗克辛教授说,由于警察是受过专门训练的,而且大多直接面对紧急事态,所以没有必要使用武器的情形较多。<sup>[49]</sup>然而,公民个人也可能受到严格训练,也可能容易面对紧急状况,对他们的正当防卫是否也要严格限制呢?显然不能。<sup>[50]</sup>同样,我们也不可能将公民个人的防卫区分为受过专门训练的公民的防卫与没有受过专门训练的公民的防卫,再分别确定各自的防卫的范围。

其三,一般预防论不能说明防卫限度。如前所述,任何国家刑法都有防卫过当的概念,既然有防卫过当,就意味着防卫具有必要限度。但是,一般预防论通过强调不遵守比例原则对不法侵害者进行威吓,事实上与防卫过当的概念相悖。

## 四 法确证原理与防卫的必要性

不管如何理解正当防卫,防卫行为都有必要的限度(德国刑法与刑法理论使用的是必要性的概念)。德国刑法理论的通说认为,“在适当的、多种可供选择的防卫手段中,最温和而且不与自身损害的直接危险相联系的防卫行为,才是必要的……最温和的防卫手

[47] 老铺:《必须摒弃以恶制恶观念》,《检察日报》2017年11月24日第1版。

[48] 参见[日]桥爪隆著:《正当防卫论の基础》,有斐阁2007年版,第53-54页。

[49] C. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., C. H. Beck, 2006, S. 711.

[50] 参见[日]桥爪隆著:《正当防卫论の基础》,有斐阁2007年版,第54-55页。

段,是指可以用拳头或者脚对攻击者进行防卫的人,不得使用刀或者枪进行防卫;能够使用殴打工具或者武器进行威胁,或者通过警告性射击威胁攻击者的人,不得开枪射击。”<sup>[51]</sup>

首先要指出的是,最轻微的手段原则,既不可能源于个人保全原理,也不可能源于法确证的原理。因为前者强调的是自我保护,不可能要求防卫人采取最轻微的手段。法确证的原理本身,也不必然引申出最轻微的手段原则。

其次,表面上看,上述关于必要限度的表述严格限制了正当防卫的必要限度,但事实上并非如此。所谓防卫行为必须采用最温和手段,是以防卫人不面临危险为前提的。亦即,最温和手段的前提是防卫人需要在没有风险的情况下采取措施。如果防卫人面临危险,就可以采取其他针对不法侵害者更为严厉但却对自己没有危险的手段。于是,所谓最温和手段这种一般性的要求,在现实的正当防卫案件中基本没有意义或者意义太小。这是因为,防卫行为应当采取什么手段是一种事前判断,而防卫人在对不法侵害者进行防卫时,不法侵害者会作出什么反应,是防卫人无法预料的。不法侵害者一般是有预谋、有准备的,而防卫人则相反。换言之,防卫手段通常是由现场的客观环境决定的,防卫人往往只能在现场获得最顺手的工具,一般不能要求防卫人在现场选择最缓和的工具。显然,为了确保防卫人的安全,防卫人通常不可能采用最温和手段。所以,要求防卫人采取最温和手段根本不现实。<sup>[52]</sup> 于是,真正有意义的内容在后面:“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。因此,如果不能确定不会受伤,就没有必要和攻击者互相殴打;如果警告性射击无效,可能成为攻击的受害者时,就不需要采用警告性射击。”<sup>[53]</sup> 换言之,在防卫手段的效果存在疑问的场合,防卫人就没有必要使用危险性较小的防卫手段。

况且,如果防卫人采取的是对自己没有风险的最温和手段,几乎就不需要进行所谓防卫了,或者说最温和手段根本不需要评价为正当防卫。因为最温和手段不可能是符合构成要件的行为,甚至不可能是民法上侵权行为,当然不属于刑法上的违法阻却事由。例如,倘若防卫人是合法持枪者,面对不法侵害时,朝天开枪警告的行为并非正当防卫行为。即使在有强制罪或者胁迫罪的国家,以胁迫方法强迫不法侵害人不再实施不法侵害,也不符合强制罪与胁迫罪的构成要件。

再次,如果防卫人在没有危险的情况下,却没有采取最温和手段,而是采取了足以致命的手段(如开枪射击),但没有造成严重损害的,应当如何处理?这在德国会认定为防卫过当,成立故意杀人未遂或者故意伤害未遂。如果不符合德国刑法第33条的规定,依然要受刑罚处罚。但是,我国《刑法》第20条第2款规定:“正当防卫明显超过必要限度造成重大损害的,应当负刑事责任,但是应当减轻或者免除处罚。”即使认为本规定中的

[51] C. Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Aufl., C. H. Beck, 2006, S. 674ff. 另参见[德]冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦著:《刑法总论 I——犯罪论》,杨萌译,法律出版社2006年版,第167页。

[52] 在防卫人事先已经预见到不法侵害的情况下,则可能要求防卫人选择适当的防卫手段。

[53] C. Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Aufl., C. H. Beck, 2006, S. 674ff. 德国联邦法院的判例也指出:“防卫人必须在多个可能采用的方法中选择对攻击者造成最小侵害的方法。但是,在这种场合,防卫人不必忍受自己所有物的损害和自己身体的伤害。他有权使用那种确实可以期待消除危险的、客观上有效的防卫手段。”(BGH[GA 1956, 49])

“超过必要限度”与“造成重大损害”具有不同的含义,但在当下动辄认定防卫过当的司法背景下,独立地得出防卫行为“超过了必要限度”的结论,恐怕有百害而无一利。换言之,倘若认为正当防卫必须手段相当且没有造成重大损失(防卫限度包括两个条件),那么,手段不相当但没有造成重大损失时(只符合一个条件),即使认为因为没有重大损失不成立防卫过当,司法机关也会认为防卫行为不符合正当防卫的全部条件(因为手段不相当),因而不成立正当防卫。例如,如果使用拳头就足以自卫时,防卫人使用了枪支,但如果开枪射击没有导致不法侵害人伤害或者只是导致轻伤害时,或者哪怕造成了重伤,但所保护的法益重大时,也成立防卫过当吗?或者虽然不成立防卫过当但成立其他犯罪吗?如果防卫人试图故意造成过当结果但没有造成过当结果时,是否成立故意杀人的未遂犯或者故意伤害未遂(防卫过当的未遂)呢?在我国答案显然是否定的。所以,要求手段相当甚至要求采取最温和手段的观点与做法,与我国刑法的规定并不协调。

最后,防卫的必要性真的可以完全不考虑比例原则吗?换言之,不考虑比例原则的防卫的必要性确实妥当吗?罗克辛教授指出:“防卫的必要性,并不受所引起的损害与所防卫的损害之间的比例性的约束。因此,只有通过刺杀攻击者,才能避免激烈的殴打时,就是在进行必要的防卫。尽管杀害所引起的法益侵害明显大于殴打所引起的法益侵害,但也要通过正当防卫而予以正当化。例如,向一名逃跑的小偷开枪,如果是保护财产的唯一方法时,也是‘必要的’。否则,‘如果说正当防卫必须针对侵害人对身体与生命的攻击,那么,通常对盗窃犯一般就排除了正当防卫。但是,进行这样的法益的比例性的考虑的话,在法与不法的斗争中应当受到保护方面,终究就不能被正当化了(RGSt 55, 85)。’因此,法确证原理正当地放弃比例性原则。1975 年的新总则也没有引入比例性原则。”<sup>[54]</sup>还有学者指出:“刑法典第 32 条第 2 款只是设定了必要性一个限制,所以,即使是对于没有什么价值的财物的防卫,只要是必要的,也允许剥夺攻击者的生命。”<sup>[55]</sup>

但是,这样的防卫限度明显不当,于是,只好用必要性来限制。正因为如此,德国刑法理论都是在必要性之后讨论防卫的需要性。可是,按照德国刑法第 32 条的规定,必要性原本是实施正当防卫的前提条件,只有在符合前提条件之后,才能讨论必要性。但德国的刑法理论刚好相反,先讨论必要性,再讨论需要性。

## 五 法确证原理与防卫的需要性

《德国刑法》第 32 条第 1 款规定:“出于正当防卫的需要所实施的行为,不是违法行为。”<sup>[56]</sup>《德国刑法》第 32 条第 2 款规定:“为避免自己或者第三人遭受现时的不法侵

[54] C. Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Aufl., C. H. Beck, 2006, S. 679.

[55] V. Krey, *Zur Einschränkung des Notwehrrechts bei der Verteidigung von Sachgütern*, JZ. 1979, S. 709.

[56] 其中的需要或者要求(Geboten)也被我国学者译为必要性(参见[德]冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦著:《刑法总论 I——犯罪论》,杨萌译,法律出版社 2006 年版,第 168 页)。为了避免混淆,本文以下一般将其表述为需要性。

害,<sup>[57]</sup>而实施必要的防卫行为,是正当防卫。”其中的“必要”类似于我国刑法理论所称的正当防卫的必要限度。那么,第1款的需要性与第2款的必要性是什么关系呢?

耶赛克与魏根特教授认为:“从法律史的角度来说,‘需要性’与‘必要性’被解释为同义的。”<sup>[58]</sup>罗克辛教授则认为,需要性与必要性不是同一的,其教科书第15章第7节讨论正当防卫的必要性,第8节讨论正当防卫的需要性。罗克辛教授还就具体事例明确指出:“在完全轻微的攻击的场合,尽管现在当然要求某种程度的比例性。但是,这样的‘社会伦理的限制’不是第32条第2款的‘必要性’的问题,而是与第32条第1款的‘需要性’有关。例如,在身体不便的老人只有将盗窃苹果的少年从树上击落下来才能进行防卫的著名课堂设例中,在没有其他手段时,为了防卫而射击,实际上是必要的。可是,这样使用正当防卫是权利的滥用,因而是‘不需要的’。但是,比例性本身对必要性自身不产生影响。”<sup>[59]</sup>因此,“并不是所有的必要的正当防卫,在第32条第1款意义上都是‘需要的’,即都是被允许的。”<sup>[60]</sup>显然,即使符合必要性的要求,也不一定符合需要性的要求。

然而,社会伦理限制“仅仅是一种空洞的形式。是否基于一个共同原则作出了限制,还值得怀疑。”<sup>[61]</sup>换言之,社会伦理限制与个人保全原理、法确证原理并不吻合。以法确证原理为正当防卫的社会伦理限制提供根据,不能不让人感觉矛盾:一方面,只要是必要的,对于轻微的不法侵害,也不必考虑比例原则。另一方面,在轻微的攻击的场合,需要考虑比例原则,但这不是必要性决定的,而是需要性决定的。当然,人们会说,需要性只是解决正当防卫的前提,必要性是在符合前提条件下的问题。可是,在德国,不管是超过了需要性要件,还是超过了必要性要件,都会成立防卫过当。既然如此,区分需要性与必要性的意义何在?况且,不论是必要性还是需要性,其背后的根据都是法确证的原理。这再次说明法确证原理是一把万能钥匙,在任何场合都可以使用。

其实,社会伦理的限制并不只是所谓防卫的需要性的限制,事实上也包括了必要性的限制。而且,即使其中一些限制是合理的,也难以用法确证原理来说明,相反完全可以用优越的利益保护原理来解释。

### (一)对没有责任的攻击的正当防卫的限制

按照法确证原理,在不法侵害者没有责任,不能对之予以刑罚处罚的场合,虽然也不丧失法确证的必要性,但与通常的不法侵害相比,法确证(一般预防)的利益大幅度减弱,因此,对之进行的正当防卫受到限制。在不法侵害者责任减弱的场合,如醉酒者以及陷入可以回避的违法性错误的场合,正当防卫也应当受到同样的限制。<sup>[62]</sup>

然而,如果对无责任的不法侵害者进行正当防卫所产生的一般预防效果,是针对一般人而不是针对不法侵害者的,那么,侵害者有无责任能力,就并不重要。这是因为,既然对

[57] 按原文翻译为“违法攻击”更为合适,但为了符合中文的表述习惯,在此仍翻译为“不法侵害”。

[58] H. Jescheck/T. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Duncker & Humblot, 1996, S. 345.

[59] C. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., C. H. Beck, 2006, S. 679.

[60] C. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., C. H. Beck, 2006, S. 683.

[61] [德]冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦著:《刑法总论 I——犯罪论》,杨萌译,法律出版社2006年版,第168页。

[62] C. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., C. H. Beck, 2006, S. 687ff.

有责任能力的人的正当防卫,能对一般人产生一般预防的效果(如威吓),那么,对无责任的不法侵害者的正当防卫,也能产生一般预防的效果。<sup>[63]</sup>

上述观点之所以认为,对无责任的不法侵害进行防卫,一般预防的利益大幅度减少或者缺乏一般预防的效果,是因为无责任的不法侵害人不具有和一般市民同样的规范意识,即使以正当防卫进行对抗,也不能针对一般市民防卫法规范的妥当。但是,如果是这样的话,面对无责任的不法侵害,不仅要限制正当防卫权,而且原本就不成立正当防卫。实际上,主张限制正当防卫权的罗克辛教授,也将正当防卫权缩减到紧急避险的正当化的范围之内,对无责任的不法侵害否定正当防卫却肯定紧急避险。但是,在严格区分不法与责任的解释论下,将不法侵害解释为必须有责的侵害,是非常勉强的。当然,对于醉酒者与儿童的侵害,存在许多对应的极轻微的防卫手段,或者原本就可以躲过身子就足够的情形。但是,这不是从责任能力的观点进行类型的判断的结果,而是从具体的事实关系出发,对应否实施正当防卫进行的判断。<sup>[64]</sup> 诚然,当幼儿举棒攻击时,一般从幼儿手中夺下木棒或者按住幼儿即可。在这种情况下,不允许实施给幼儿造成重大伤害的防卫行为。但是,这里考虑的仍然是具体的防卫行为有无必要,而有无必要取决于侵害行为的危险性、紧迫性,而不是侵害者的责任能力。所以,不应当将不法侵害者的责任能力的有无作为一种独立的类型来判断。德国学者在主张针对无责任能力人的防卫必须进行限制时,只是一般性、抽象性的案例,这显然是有疑问的。例如,说对少年进行防卫时,正当防卫权受到限制。乍一看,就会觉得这种主张具有说服力。这是因为,人们会无意识地以为,受到攻击的是成年人,与少年的体格差异大。可是,假若 13 岁的中学生使用凶器对 14 岁同年级的学生进行攻击,或者在少年攻击比自己更年幼的少年时,如果限制后者的正当防卫权,就显然不当。<sup>[65]</sup>

其实,认为对无责任的不法侵害者不得进行正当防卫的观点,也自相矛盾。法确证说一方面认为,“维护法秩序的公共利益,虽然在正当防卫中发挥着作用,但正当防卫对侵害者不具有刑罚的性质,所以,正当防卫并不限于针对有责的侵害。”另一方面又说:“对于儿童、未成年人、酩酊者、精神病患者、陷于错误的人、过失行为人或者紧急避险者(第 35 条),没有必要确证法秩序。因为法秩序的效力并没有因为这些人的侵害而受到威胁,即使受到了威胁也是非本质性的威胁。”<sup>[66]</sup> 换言之,一方面在正当防卫的前提条件中肯定对无责任的不法侵害可以进行正当防卫,另一方面在防卫的需要性中否认对无责任的不法侵害可以进行正当防卫,而且二者的根据都是法确证的原则。或者说,法秩序的确证并不要求正当防卫攻击的是有责任的侵害,但是对于没有责任的不法侵害,又没有必要确证法秩序。这再次说明,万能的法确证原理可以让人们得出自相矛盾的结论。

事实上,对于无责任的不法侵害完全可以实施正当防卫,只是首先得根据具体情况判

[63] 参见[日]佐伯仁志著:《刑法总论の考え方・楽しみ方》,有斐阁 2013 年版,第 119-120 页。

[64] 参见[日]桥爪隆著:《正当防卫论の基础》,有斐阁 2007 年版,第 55-56 页。

[65] 参见[日]佐伯仁志著:《刑法总论の考え方・楽しみ方》,有斐阁 2013 年版,第 118-119 页。

[66] H. Jescheck/T. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Duncker & Humblot, 1996, S. 337, 345.

断是否需要进行防卫,在需要进行防卫的情况下,再考虑是否需要控制防卫限度。这一点,持二元论的德国学者其实也是承认的。例如,施特拉腾韦特、库伦教授指出:“如果无刑事责任能力人(儿童、精神病患者)和发生认识错误的人实施了侵害行为,对正当防卫的行使有限制……这种情况下,要求尽可能地爱护这些‘侵害者’。显然,只有迫不得已时,才允许辅助性地采取损害法益的防卫行为。而且,这种防卫行为给无刑事责任能力人或者错误认识人造成的损失,不能明显大于面临的危险。”<sup>[67]</sup>金德霍伊泽尔教授也指出:“当出现儿童、明显发生认识错误的人或者明显无罪责的其他行为人的攻击性举止时……受攻击者必须躲避或者仅仅采取‘防御防卫’,只是在无可奈何的时候,才可以采取缓和的‘攻击防卫’。”<sup>[68]</sup>显然,这并不是因为攻击者的责任要素影响了正当防卫的界限,而是攻击行为的危险性影响了正当防卫的界限。<sup>[69]</sup>

罗克辛教授认为,在责任重大减轻的场合,如过失犯与可避免的违法性认识错误的案件中,“与通说一样,必须遵守在无责任的攻击时妥当的正当防卫的界限。因为刑罚处罚的本质的减轻就已经证明了法确证利益的减少,因而需要加以考虑。”<sup>[70]</sup>金德霍伊泽尔教授持相同观点:“因为在这种情况下,明显存在限制权利的利益。”<sup>[71]</sup>井田良教授也指出:“对于在车站上进站台的途中不慎绊倒他人的人,和对故意施加暴行的人,不应当考虑采用相同的殴打行为。”<sup>[72]</sup>然而,如前所述,这不是责任减少与否的问题,而是行为危险性的问题。例如,过失犯在结果发生之前,如果只要提醒行为人注意就足够了,根本不需要进行正当防卫;如果经提醒后行为人依然实施该行为,则行为的危险性增大,当然应当允许实施正当防卫;如果结果已经发生,则不法侵害已经结束,不符合正当防卫的时间条件。可避免的违法性认识错误的案件也是如此。再如,不慎绊倒他人的人,不可能再绊倒他人,其侵害行为已经结束,不可能再进行正当防卫。在行为人实施过失行为或者可避免的违法性认识错误的行为时,只要采取轻微的手段,就可以避免不法侵害。显然,在上述场合,要么因为不法侵害已经结束或者不法侵害不具有紧迫性、攻击性等而不需要进行正当防卫,要么是可以进行正当防卫但防卫限度必须控制在一定范围内。这与所谓的法确证没有关联性。

## (二) 防卫挑拨时的正当防卫的限制

根据法确证说,在由被攻击者自己的违法挑拨行为所招致的攻击的场合,正当防卫被限制或者否定。首先,被攻击者有意图地挑拨攻击时,正当防卫被否定。对有意图的挑拨者没有保护的必要性,而且违法的挑拨者不能确证法秩序。其次,非意图的(未必的故意或者过失)但有责地挑拨的场合,正当防卫虽然不完全被否认,但法确证的利益减少,正当防卫的正当化范围受到限制。在这种场合,由于呈现出像朋友吵架的情形,一般市民也

[67] [德]冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦著:《刑法总论 I——犯罪论》,杨萌译,法律出版社 2006 年版,第 169 页。

[68] [德]乌尔斯·金德霍伊泽尔著:《刑法总论教科书》,蔡桂生译,北京大学出版社 2015 年版,第 173-174 页。

[69] 参见[日]佐伯仁志著:《刑法总论の考え方・乐しみ方》,有斐阁 2013 年版,第 119 页。

[70] C. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., C. H. Beck, 2006, S. 687.

[71] [德]乌尔斯·金德霍伊泽尔著:《刑法总论教科书》,蔡桂生译,北京大学出版社 2015 年版,第 174 页。

[72] [日]井田良:《正当防卫论》,《现代刑事法》第 11 号(2000 年),第 85 页。

不认为与自己有关,其结局是一般预防的必要性不大。<sup>[73]</sup> 例如,“一个人侮辱另一人,旨在激怒其对自己实施暴力性攻击,从而能够在对其防卫中将其击毙。”德国的主流观点认为,在此不仅要以滥用权利为由否认正当防卫,而且要以刑罚惩罚甲。亦即,对于以加害的意图通过违法的行为挑拨他人攻击的人,不能援引正当防卫的规定。因为这个人对自己故意以自己的违法攻击引起的自己的危险化,刑法没有保护的必要。“而且,这个人作为违法的挑拨者,只是为了加害的目的而在作准备时,并不是在确证法。”<sup>[74]</sup> 但是,这样的说明不无疑问。

首先,法确证的原理并不能说明防卫挑拨不成立正当防卫。这是因为,通过正当防卫权所认可的价值,就是避免紧迫的不法侵害所要侵害的法益。为了在与法确证的利益的关系上否定这样的利益,就必须是挑拨行为对法秩序的反价值性比紧迫的不法侵害更严重。但是,挑拨行为毕竟只是引起侵害的行为,对法秩序的反价值性不及紧迫的不法侵害。再者,由于被侵害者受到挑拨所实施的侵害行为也是处罚对象,而且并不是因为受到挑拨就是强制实施不法侵害行为,所以,与挑拨行为相比,真正扰乱法秩序的是被挑拨的侵害行为。反之,如果挑拨行为造成了对方不得不实施侵害行为的状态,那么,挑拨行为本身就不只是招致侵害的行为,而是紧迫的不法侵害行为,对之当然可以成立正当防卫,而实施所谓挑拨行为的人对于对方的正当防卫当然不能再实施正当防卫。况且,法确证的利益是超个人的利益,认为这种超个人的利益因为实施挑拨行为这种个人的属性而丧失,与法确证的原理这种超个人的利益的性质是相矛盾的。<sup>[75]</sup>

其次,按照法确证说的观点,法确证的成否,是只有考察了包括挑拨行为在内的所有事实之后才能决定的。亦即,法确证的利益是超越了通过反击所保全的该个人法益的社会利益的一个表现,具体而言,在对挑拨行为的反击行为被视为挑拨者实现犯罪的一个过程的场合,由于允许这种行为是与法秩序相矛盾的,所以法确证被否定。<sup>[76]</sup> 然而,这种说明缺乏说服力。人们要追问的是,为什么挑拨行为是实现犯罪的一个过程时,被挑拨者的不法侵害就可以被忽视,就不需要进行法确证? 倘若挑拨者对被挑拨者的不法侵害不得进行正当防卫,那么,第三者是否可以进行正当防卫? 由于第三者并没有卷入实现犯罪的过程,所以,如果回答“不可以”进行正当防卫,显然与上述理由相冲突。如果回答“可以”进行正当防卫,则没有理由禁止挑拨者进行正当防卫,因为第三者的防卫也是为了保护挑拨者的利益。

再次,防卫挑拨存在各种各样的情形。倘若实施轻微的挑拨行为,对方却实施重大杀伤行为的,显然不能否认挑拨者具有正当防卫权。在上例中,倘若一个人只是对另一个人实施语言侮辱,在通常情况下只是预想到对方实施一般暴力行为,而对方却对前者实施杀害行为的,也不能否认挑拨者的正当防卫权。但如下所述,基于利益衡量的原理,在防卫的需要性与防卫限度方面会受到限制。

[73] C. Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Aufl., C. H. Beck, 2006, S. 687ff.

[74] C. Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Aufl., C. H. Beck, 2006, S. 678.

[75] 参见[日]木崎峻辅:《自招防卫の处理について》,《早稻田大学大学院法研论集》第143号(2012年),第112页。

[76] 参见[日]桥田久:《自招侵害》,《研修》2010年第9号(总第747号),第5页。



最后,对于防卫挑拨行为,按优越的利益保护原理来解决是最合适的。由于挑拨者引起了他人的侵害行为,所以,挑拨者不仅不存在优于不法侵害者的利益,而且自己的利益的要保护性也减少或者被否认。<sup>[77]</sup>换言之,挑拨者面对的侵害,是与对方共同引起的侵害,既然如此,挑拨者不仅不处于优越的地位,而且自己利益的要保护性只能后退。<sup>[78]</sup>第一,在挑拨者旨在引起对方的不法侵害进而以正当防卫为借口作杀害或者伤害对方的情况下,挑拨者的法益要保护性完全丧失,因而不存在正当防卫的权利。第二,在一般性的防卫挑拨中,当对方的侵害行为与自己的挑拨行为相当的情况下,挑拨者并不存在优于对方的利益,因此,缺乏正对不正这种正当防卫的前提。挑拨者只能单纯地防御或者制止(当然也可以逃避)。例如,对方用木棒攻击时,只能夺下对方的木棒。第三,如果挑拨行为相对轻微,而对方的不法侵害严重,即挑拨者的利益虽然减少,但对方的利益更为减少时,则可以允许挑拨者进行适度的防卫,但仍然不同于通常的正当防卫。如果挑拨行为极为轻微,而对方实施杀害等重大侵害,则挑拨者的防卫就几乎与普通的正当防卫相同。从另一角度来说,即使挑拨行为是不法侵害,但如果对方的防卫行为明显过当时,挑拨者当然可以对故意的过当行为进行防卫。第四,如果挑拨行为本身就是正在进行的不法侵害,对方对挑拨者的攻击属于正当防卫,挑拨者当然不能再进行正当防卫。

### (三) 针对轻微攻击的正当防卫的限制

根据法确证说,在不法侵害轻微的场所,法确证的利益比通常的场所减少,但减少的方式没有达到上述两种情形,不能要求被攻击者有退避义务或者向第三者要求救助的义务。但是,不能采取对生命有危险的手段。<sup>[79]</sup>

不可否认,即使有必要对轻微的不法侵害进行防卫,但杀害侵害者的行为不可能作为正当防卫正当化。然而,这正是利益衡量原理得出的结论。例如,“为阻止 X 偷走一瓶柠檬汁, W 朝 X 开了致命的一枪。”金德霍伊泽尔教授明确指出,在本例中,“由于 X 的生命在价值上明显高于像一瓶柠檬汁这种价值轻微的物品,这样, W 就只能采用更为轻缓的防卫或只得采取防御防卫的方式。”<sup>[80]</sup>再如,一个小偷在盗窃了价值 10 芬尼(旧货币单位,相当于人民币 0.5 元)的财物后逃之夭夭,行为人向他开枪射击。罗克辛教授认为,由于受侵害者可能遭受的损害微乎其微,故由法确证所实现的利益明显下降,但没有丧失。因此,正当防卫权原则上还是存在的,只是基于应予照顾的要求,需要对侵害者的生命予以怜惜。<sup>[81]</sup>在本文看来,其中的“法确证所代表的利益明显下降”也只是因为防卫行为所保护的价值微薄。另一方面,按照优越的利益保护原则,对轻微的不法侵害只能实施相对轻微的防卫行为,而不得造成不法侵害者的重伤或者死亡,完全是名正言顺的。倘若从一般预防出发,假若小偷是一个惯犯,法确证所代表的利益可能并不下降,但尽管如此,

[77] 参见[日]井田良著:《讲义刑法学·总论》,有斐阁 2008 年版,第 282 页。

[78] 参见[日]松原芳博著:《刑法总论》,日本评论社 2017 年第 2 版,第 171 页。

[79] C. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., C. H. Beck, 2006, S. 696ff.

[80] [德]乌尔斯·金德霍伊泽尔著:《刑法总论教科书》,蔡桂生译,北京大学出版社 2015 年版,第 172-173 页。

[81] 参见[德]约翰内斯·卡斯帕:《德国正当防卫权的“法维护”原则》,陈璇译,《人民检察》2016 年第 10 期,第 31 页。

也不能采取致人重伤或者死亡的方法进行防卫。

正因为如此,德国学者也不得不承认利益衡量。例如,施特拉腾韦特、库伦教授指出:“即使当受侵害者用自己的财物捍卫自己的权利时,被制止的损害和为了防卫所必需的对法益的损害之间的价值差异,不能超过所有的限度。有规则认为,‘防卫者要保护的法益,与所威胁到的法益之间的适当性,并不重要’,这一规则过去得到了广泛认可,现在却已过时……今天,即使发生真正的侵害,如果抵抗行为所保护的法益,与所针对的法益之间关系明显失当,也不允许进行正当防卫。比如,在一个引用率很高的案例中,小偷仅仅因为偷了一个只装有 10 芬尼的钱包后逃跑,而被杀死,是不允许的。”<sup>[82]</sup>耶赛克、魏根特教授也指出:“在正当防卫的场合,被攻击的法益和防卫行为所侵害的法益之间的价值关系并不重要,因为相关法益的价值关系与自我保全的利益以及法确证之间没有关系。但是,在防卫仅仅涉及非常低的价值价值的场合,在与侵害者的危险化的关系上,自我保全的利益就可能显著减少。在这样的案件中,法确证的利益也必须被否定。因为如果允许为了较小价值的法益进行的防卫或者针对轻微的伤害进行的防卫,给受害人造成显著损害,违反法秩序的旨趣。因此,在受攻击的法益与侵害者的侵害或者危险之间存在难以忍受的不均衡时,是不允许进行正当防卫的。”<sup>[83]</sup>然而,在这种场合,为了否认正当防卫,一方面考虑被侵害者的利益价值,同时指出被侵害者所处的利益状况与通常的正当防卫状况不同就足够了,没有必要反过来援用法确证利益。法确证的利益与被侵害者的利益的程度,完全是同方向的二重考虑,法确证利益因而缺乏独立的意义。<sup>[84]</sup>

#### (四) 亲子间或者夫妻间的正当防卫的限制

按照德国刑法理论的通说,在亲子关系、夫妻之间这种在不真正不作为犯中给保证人的地位奠定基础的关系内部的攻击时,法确证的利益比通常的场合减少。因此,不能直接采取致命性的防卫手段。<sup>[85]</sup>“至少对于正常的夫妻关系而言,大多要求受到威胁的一方包容侵害者,尽可能地避开侵害,在可以选择的几种防卫方式中,应采用最温和的手段,只要没有面临更严重的危险,就应放弃会危及生命的防卫手段,哪怕没有更安全的方式。”<sup>[86]</sup>

为什么在上述内部关系的场合法确证的利益减少?重要理由恐怕是被侵害者在有关侵害的利益保障方面处于保证人的地位。但是,保证人地位是不真正身份犯的成立条件,不能直接为正当防卫的限制提供根据。法确证原理的主张者中,也有人认为亲子间、夫妻间的法确证利益并没有减少,进而对正当防卫的限制展开批判,<sup>[87]</sup>这也说明法确证利益本身的内容就不明确。<sup>[88]</sup>再者,认为亲子间或者夫妻间的法确证利益减少,也并不完全

[82] [德]冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦著:《刑法总论 I——犯罪论》,杨萌译,法律出版社 2006 年版,第 171 页。

[83] H. Jescheck/T. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Duncker & Humblot, 1996, S. 347f.

[84] 参见[日]桥爪隆著:《正当防卫论の基础》,有斐阁 2007 年版,第 56 页。

[85] C. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., C. H. Beck, 2006, S. 701ff.

[86] [德]冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦著:《刑法总论 I——犯罪论》,杨萌译,法律出版社 2006 年版,第 72 页。

[87] Vgl. W. Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Springer, 2005, S. 207.

[88] 参见[日]桥爪隆著:《正当防卫论の基础》,有斐阁 2007 年版,第 56-57 页。

符合事实。例如,亲子间的杀人或者强奸、夫妻间的伤害,也不可能导致法确证的利益减少。退一步说,即使认为在亲子间、夫妻间的正当防卫受到限制,也是因为不法侵害者虽然处于被攻击的地位,其在防卫限度内的利益被否认,但由于防卫人同时具有保护不法侵害者的利益的义务,使得防卫限度不同于通常的情形。这也是基于利益衡量得出的结论,而不是法确证原理得出的结论。

#### (五) 通过胁迫的勒索性攻击时的正当防卫的限制

根据罗克辛教授的观点,如果对胁迫的勒索性攻击不限制正当防卫权,因而允许被勒索人在没有其他方法的场合,秘密地杀害勒索者,就是不合适的,因为在这种场合,个人保全的要求与法确证的要求都降低了。<sup>[89]</sup>显然,这样设定是以防卫人秘密杀害或者严重伤害勒索者为前提的。但另一方面,罗克辛教授又认为,法确证使得防卫人可以杀害或者严重伤害勒索者。这样的逻辑有待商榷。

此外,罗克辛教授认为对无责任能力者的攻击不能无限制地肯定正当防卫权,即使这一结论能够成立,也是因为德国刑法第 19 条和第 20 条对这些人进行一定的保护。但是,胁迫行为明显违反德国刑法第 253 条的规定,被害人对胁迫行为进行反击,正是在保护个人利益的同时,确证了不得对他人实施胁迫行为的法秩序,不应从法确证的利益的角度进行限制。倘若对被胁迫者的正当防卫进行限制,那么,当被胁迫者对胁迫者进行攻击时,胁迫者反而可以进行正当防卫。这恐怕难以令人信服。如果说胁迫者不能进行正当防卫,则意味着对胁迫者的防卫行为也需要进行社会伦理的限制。这样的场合就明显违反了正当防卫的明确性的要求。<sup>[90]</sup>

其实,不管采取什么学说,对勒索者都可以进行正当防卫。而且越是强调法确证的原理,越是对勒索者进行防卫,因为勒索行为是不法的,按照法确证的原理,防卫人没有必要退避。问题只是出在防卫限度上,而不是出在防卫的需要性上。

#### (六) 小结

从前面的讨论可以看出,正当防卫的需要性基本上表现为三个内容;其一,不法侵害不具有紧迫性时,不需要进行正当防卫。就此而言,只需要在正当防卫的前提条件中说明就足够了。<sup>[91]</sup>其二,对某些不法侵害行为必须先退避,在不能退避时只能进行防御性的防卫,在不能进行防御性的防卫时才可以进行攻击性的防卫。亦即,必要时防卫人应当退避。然而,“如果一边说行为人可以正当防卫,另一边却又说行为人必须先回避,很明显的是一个矛盾。”<sup>[92]</sup>其三,对某些不法侵害不得采取致命的手段或者致人重伤的手段进行防卫,但可以采取轻微的手段进行防卫。亦即,法益之间不得明显失衡。

然而,在本文看来,之所以提出需要性的条件(尤其是上述后两个内容),就是因为德国刑法理论在确定必要限度时,完全不考虑利益衡量,认为只要是保护法益的必要手段,

[89] C. Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Aufl., C. H. Beck, 2006, S. 704ff.

[90] 参见[日]友田博之:《恐吓被害者による“反击”と正当防卫の成否》,《大阪市立大学法学杂志》第 55 卷(2008 年)第 1 号,第 116 页以下。

[91] 例如,作为正当防卫对象的不法“侵害”必须是具有紧迫性、攻击性因而有必要进行正当防卫的行为。

[92] 黄荣坚著:《基础刑法学》(上),元照出版有限公司 2006 年第 3 版,第 251 页。

即使法益再轻微,也可以造成伤亡。于是形成了“要么不能进行正当防卫,要么可以致人死亡”的局面。但是,这样的结论又明显不当,尤其是完全不考虑比例原则的防卫行为所针对的是儿童、精神病患者、子女、妻子,或者防卫所针对的是轻微的不法侵害时,又不得不过来对正当防卫本身进行限制。所以,需要性事实上是对必要性的修正,或者说,需要性实际上与必要性不可能完全区分。

例如,罗克辛教授在讨论对轻微攻击的社会伦理限制时指出:“人的生命的高度重要性,不允许为了防卫轻微的攻击而杀害或者严重伤害他人。”<sup>[93]</sup>显然,这并不是说,对轻微的不法侵害不能进行正当防卫,只是防卫行为不能杀害或者严重伤害他人。这里的社会伦理限制显然不是对防卫的需要性的限制,而是对正当防卫的必要性的限制。而这一限制,恰恰是利益衡量的结果。再如,罗克辛教授就保护关系内的攻击的社会伦理限制时指出:“被攻击者的保障人的地位,并没有因为配偶者的不法行为而消解。在采取对生命有危险的防卫措施的场合,防卫权与保护义务的并存,发挥着对正当防卫进行内在限制的作用。因此,在被攻击者确实可以回避攻击的场合,被攻击者不得直接杀害配偶者,也不允许造成重伤。”<sup>[94]</sup>这段话表面上是对防卫的需要性的限制,实际上也是对防卫行为的必要性的限制。亦即,被攻击者在遭受配偶的攻击时,在确实可以回避攻击的场合,只能以造成轻伤的方法进行正当防卫。

再来看耶赛克、魏根特教授基于判例所发表的看法。例一:“只有当丈夫意图杀害妻子时,才允许妻子针对丈夫的侵害采用可能造成致命伤的防卫手段进行防卫(BGH NJW 1969,802)。”<sup>[95]</sup>显然,这并不是说妻子不得对丈夫的侵害进行正当防卫,只是说如果丈夫的不法侵害不是杀害妻子时,妻子不得采取致命的防卫行为。例二:“对于将通往他人土地私人道路误作公共道路予以利用而散步的人,土地的所有者不得使用狗或者枪支来对待(BayObLG MDR 1965,65)。”<sup>[96]</sup>这明显是说,对于过失的侵害行为,不能以造成严重损害的方法进行防卫。例三:“不允许警卫员对拿走价值 10 芬尼的果汁瓶而匆忙逃走的盗窃犯人开枪射击(OLG Stuttgart DRZ 1949,24)。不允许以威胁轧死妨害者的方法,强行取得利用停车场空位的权利(BayObLG NJW 1963,824)。不允许安装导致盗窃犯人死亡的电力装置来保护桃树(OLG Braunschweig MDR 1947,205)。即使是权利人,也不允许为了保护他对鸡的质权而用斧头殴打侵害者的头部(BayObLG NJW,1954,1377)。”<sup>[97]</sup>不言而喻,这些例子都不是说明对轻微的不法侵害不能进行正当防卫,只是不能用造成死亡或者重伤的方法进行正当防卫。

不难看出,至少从正当防卫的总体来看,不考虑利益衡量是不符合事实的。正如金德霍伊泽尔所言:“如果出现了防卫的利益和攻击的利益之间的明显失衡,那么,也不应成立紧急防卫。之所以有这种限制,首先是出于如下考虑:较之于国家保护而言,紧急防卫

[93] C. Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Aufl., C. H. Beck, 2006, S. 697.

[94] C. Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Aufl., C. H. Beck, 2006, S. 701f.

[95] H. Jescheck/T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Duncker & Humblot, 1996, S. 345.

[96] H. Jescheck/T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Duncker & Humblot, 1996, S. 346.

[97] H. Jescheck/T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Duncker & Humblot, 1996, S. 348.

权属于补充性地行使权利。既然属于权利行使,也就要遵守权利行使的基本原则,也就是说,要遵守法律中根本性的合比例性原则……因此,完全没有节制的和让人无法忍受的过分的防卫措施,以及让人根本无法理解的防卫措施,就是绝不能允许的。”<sup>[98]</sup>不能不认为,上述关于防卫需要性的讨论,大多是关于防卫的必要性的修正。防卫的必要性不考虑比例原则,但防卫的需要性必须考虑比例原则,所以,用需要性来修正必要性。如前所述,就防卫的必要性不需要考虑比例原则,与防卫的需要性必须考虑比例原则,德国学者都是以法确证说为根据的。这不能不让人对法确证说产生怀疑。

同样,法确证说为防卫人没有退避义务提供了根据,但法确证说同时也为部分场合的退避义务提供根据。之所以如此,就是因为法确证说的内容空泛,可以为任何结论提供理由。

## 六 二元论与优越的利益保护原理

二元论与优越的利益保护原理的分歧,并不是行为无价值论与结果无价值论的分歧,如后所述,不少结果无价值论者采取二元论。在此想说明的是,二元论与优越的利益保护原理都是从防卫人具有优越的利益出发的,只不过二元论将公益(法确证的利益)归入防卫人,即防卫人在保护个人法益的同时也捍卫了法秩序,而优越的利益保护原理只是在不法侵害者与防卫人之间进行利益衡量,认为即使是从不法侵害者与防卫人之间的利益而言,防卫人的利益绝对(或者本质上)优越于不法侵害者。

如果将法确证理解为一种利益,那么,法确证说的基本内容是,“正当防卫在保全了生命、身体这种个别法益的同时,还有助于实现公示法秩序的现实存在这个意义上的‘法确证’。据此,通过将个别法益与法确证的利益相加,无论个别法益的大小,防卫者一方的利益优越于侵害者一方的利益。”<sup>[99]</sup>可以肯定的是,法确证本身当然是一种利益(德国的刑法理论与判例均使用“法确证的利益”这一概念),而且是一种抽象的超个人的法益。如果法确证没有带来利益,就不需要进行法确证。于是,在二元论看来,防卫行为之所以不受比例原则的制约,就是因为不法侵害既侵害了个人法益也侵害了法秩序,导致法秩序需要确证。或者说,不法侵害行为在侵害个人利益的同时,也造成了法秩序需要确证的损失,即同时侵害了公益。于是,防卫行为不仅保护了被侵害的利益,而且保护了法确证的公益,二者相加当然明显超过防卫所造成的损害。亦即,被侵害者的个人的利益加上法确证的利益,使得正当防卫不受利益衡量的制约,防卫造成的损害可以明显大于不法侵害造成的损害。显然,二分说或者法确证原理,实际上都是在进行利益衡量,都认为防卫人保护了更为优越的利益。

内藤谦教授指出:“正当防卫是如何阻却违法性的呢?第一,正当防卫是在法益冲突的紧急状态下,个人针对违法的侵害实施的保全自己或者他人法益的行为,具有作为个人

[98] 参见[德]乌尔斯·金德霍伊泽尔著:《刑法总论教科书》,蔡桂生译,北京大学出版社2015年版,第172页。

[99] 松原芳博著:《刑法总论》,日本评论社2017年第2版,第143页。

权利的性格。正当防卫中,存在着在紧急状态中保全自己或者他人的法益这种个人主义的自己保全(个人保全)的利益。第二,正当防卫中,存在着针对紧迫违法的侵害,确认了为了保护个人法益的客观生活秩序这种法的现实存在这一客观利益。如同‘法不必向不法让步’这一原则所表现的那样,法确证的客观利益存在于正当防卫中,在这一点上,正当防卫与紧急避险存在原理上的不同。”“这样,正当防卫的违法阻却根据,就可以通过在一个别的法益保全的利益上再加入法确证的利益这一衡量要素,在‘优越的利益的原理’中寻找。”<sup>[100]</sup>

曾根威彦教授也赞成二元论。他指出,正当防卫是正对不正的关系,如同显示“正不得向不正让步”的原则那样,正当防卫行为针对紧迫的不法侵害确证了为了保护个人法益的作为客观的生活秩序的法(权利)的现实存在,这种法确证的利益是正当防卫固有的正当化根据。因此,防卫人没有退避义务,有在现场反击侵害者的权利。正当防卫也只能针对紧迫的不法侵害,在法律上,只要有可能也要保护不法侵害者的法益,但是,在不法侵害者的法益与防卫者的法益之间存在不可两立的关系时,防卫人行使正当防卫权的结果,便是不法侵害者的法益保护后退,法确证的利益不是以剥夺不法侵害者的法益为目的,在这一点上,正当防卫与刑罚具有本质的区别。<sup>[101]</sup>

问题是,为什么要将公法益纳入到防卫人一方的利益进行比较衡量?即使承认法确证的利益是公共利益,但公共利益是为个人利益服务的,或者说只有能够还原为个人利益的公共利益,才是值得刑法保护的。既然如此,在德国、日本刑法学的语境下,确证法秩序或者捍卫法秩序,实际上是确证或者捍卫公民个人的法益不可侵犯的秩序。于是,作为正当防卫对象的不法侵害,不仅侵害了个人法益,而且侵害了个人法益不可侵害的法秩序。与之相对应,正当防卫行为不仅保护了个人法益,而且保护了个人法益不可侵害的法秩序。但是,从公共法益与个人法益的关系来说,这样的加算实际上是一种重复计算。“保护个人法益的客观生活秩序”只不过是个人保全原理的另一种表述。另一方面,为什么要在防卫人一方添加法确证的利益这一公法益,而不是通过直接减少不法侵害者的利益与增加防卫人的利益,来说明防卫行为不受比例原则的限制?

正当防卫是违法阻却事由。按照罗克辛教授的观点,违法性与构成要件符合性应分属两个不同的阶层。“不法的判断不涉及犯罪的种类,而是涉及已发生的一个事件的具体社会危害性,特别是对受法所保护的对应利益进行权衡的结果。当造成‘较低的’损害对于保护‘较高的’利益在具体场合是‘必要的’时,在这种正当化事由的状况中,所遵从的标准就是受到较高评价的利益优于受到较低评价的利益。”<sup>[102]</sup>换言之,“正当化事由不是基于规范的一般性例外,而是为了解决社会冲突状况,要求在具体的案件中进行价值衡量。”<sup>[103]</sup>既然如此,就冲突双方本身的利益进行比较,使得具有优越利益的一方的行为阻却违法性,就更加顺理成章了。在此意义上说,不管是就防卫人的利益增加的说明,还

[100] [日]内藤谦著:《刑法讲义总论》(中),有斐阁 1986 年版,第 329、331 页。

[101] 曾根威彦著:《刑法原论》,成文堂 2016 年版,第 186 - 187 页。

[102] C. Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Aufl., C. H. Beck, 2006, S. 289.

[103] H. Jescheck/T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Duncker & Humblot, 1996, S. 250.

是就不法侵害者的利益减少的说明,抑或同时考虑二者,都是值得肯定的,只是各自应当如何说明的问题。例如,桥爪隆教授认为,防卫人不仅防卫了不法侵害者所侵害的法益,而且保护了被害人滞留在现场的利益。该利益不只是单纯地站在、坐在某个地方的价值,而是更为一般性的制度性的利益,具有与生命、身体同等重要的价值。因此,防卫人的利益比不法侵害者的利益更为优越。<sup>[104]</sup>

上述观点有力地说明了面对不法侵害的人没有退避义务。但是,虽然在某些场合滞留在现场的利益有利于保护生命、身体法益,便难以认为滞留在现场的利益与生命、身体同样重要。一些不法侵害行为(如盗窃)并没有侵害被害人滞留在现场的利益。况且,滞留在现场的利益实际上表述的是正当防卫是一种权利行为。<sup>[105]</sup>

又如,米奇(Mittsch)教授指出,在正当防卫的案件中,不法侵害者完全可以通过放弃侵害行为,回避针对自己的防卫行为所造成的法益侵害。但是,不法侵害者却没有放弃侵害行为,不回避防卫对自己造成的损害,既然如此,防卫者就没有必要考虑对不法侵害者会造成什么样的损害。<sup>[106]</sup>这一观点具有两重含义:一方面,不法侵害者在实施作为的不法侵害时,同时存在不作为;另一方面,由于不法侵害者没有放弃不法侵害,实际上承诺了防卫行为对自己的攻击。虽然前一方面不可能使不法侵害者的利益减少,但至少可以肯定,即使不法侵害者没有承诺正当防卫对其造成的损害,至少是接受了这种危险。既然如此,其值得保护的利益就当然减少。蒙腾布鲁克(Montenbruck)教授则明确指出,不法侵害者故意有责地实施不法侵害时,通常意识到了被侵害人或者第三者可以实施对抗行为。尽管如此,不法侵害者依然使自己的利益接受这样的危险。由于不法侵害者接受了对自己利益的危险,所以,其利益的价值大幅度减少。<sup>[107]</sup>

这一回答具有一定的合理性。但是也存在如下问题:其一,这一回答导致正当防卫的对象仅限于故意有责的不法侵害;对于过失的不法侵害以及无责任的不法侵害,则不能用危险接受的理由来说明不法侵害者接受了危险,因而不能对之进行正当防卫。这显然不合适。其二,即使是故意有责的不法侵害者,在许多场合也不一定意识到了自己的不法侵害会遭到正当防卫,因而不存在危险接受的前提。<sup>[108]</sup>

再如,山本辉之教授认为,正当防卫的正当化根据与紧急避除一样,也是基于优越的利益的原理。亦即,在正当防卫的场合,不法侵害者的法益的要保护性在法律上受到较低的评价,仅此就使得被侵害者的利益受到较高的评价,因此,被侵害者的利益的要保护性在法律上优越于不法侵害者的利益的要保护性。于是,正当防卫不需要像紧急避险那样具有补充性,而且不必进行严格的法益衡量。<sup>[109]</sup>

从正当防卫的构造来看,肯定不法侵害者利益的要保护性减少或者丧失,是完全合理

[104] 参见[日]桥爪隆著:《正当防卫论的基础》,有斐阁2007年版,第71页以下。

[105] 参见[日]西田典之著:《刑法总论》,弘文堂2012年第2版,第156页。

[106] Vgl. W. Mittsch, Nothilfe gegen provozierte Angriffe, GA 1986, S. 545f.

[107] Vgl. A. Montenbruck, Thesen zur Notwehr, C. F. Müller, 1983, S. 34ff.

[108] 参见[日]桥爪隆著:《正当防卫论的基础》,有斐阁2007年版,第65页。

[109] 参见[日]山本辉之:《自招侵害に対する正当防卫》,《上智法学论集》第27卷(1984)第2号,第211页以下。

的。问题是,不法侵害者的利益的要保护性为什么减少?井田良教授,正当防卫的正当化根据在于法益保全的必要性与不法侵害者法益的要保护性的减弱或者否认,同时认为,不法侵害者的法益的要保护性之所以减弱或者否定,虽然有可能根据正义理念予以说明,但实际上是法确证的利益。亦即,通过承认即使是作为私人的正当权利者的反击,可以公示正当权利的不可侵犯性,对于法侵害者可以期待抑止侵害发生的效果,从而有助于法秩序的安定。<sup>[110]</sup>但是,这多少有本末倒置之嫌。因为在这种观点看来,正当防卫之所以可以造成明显大于不法侵害的损害,就是为了使法秩序安定化。然而,法秩序最终是为个人利益而存在的,个人利益不是为了法秩序而存在的。所以,将法确证的利益作为不法侵害者法益的要保护减弱或者丧失的根据,可能并不合适。

如前所述,违法阻却事由的成立,是对受法所保护的对应利益进行权衡的结果。在违法阻却事由的状态中,所遵从的标准就是受到较高评价的利益优于受到较低评价的利益。既然如此,就需要对不法侵害者的利益与防卫人的利益进行比较。从现象上看,不法侵害者以自己的不法侵害行为,使自己处于被防卫的地位。既然处于被防卫的地位,那么,在防卫行为所必要的限度内,不法侵害者的利益就不能受到刑法的保护。如果认为刑法对不法侵害者的利益予以全面保护,就意味着对正当防卫制度的否认。与之相对,保护合法权益是被害人或者防卫人的权利行为,只要肯定正当防卫的权利,就必须在实现权利的范围否认不法侵害者利益的要保护性。从本质上看,不法侵害者所要获得的利益是不正当的,而正当防卫所要保护的利益是正当的。与不正当利益相比,正当利益当然具有本质的优越性。概言之,防卫人针对不法侵害者行使权利的行为,使其处于本质的优越地位。<sup>[111]</sup>所以,防卫人没有退避义务(任何人没有义务放弃正当权利),即使防卫行为造成的损害明显大于不法侵害者造成的损害,也由于防卫人所处的本质的优越地位,而不成立防卫过当。

特别要说明的是,防卫人的本质的优越地位或者其利益的本质的优越性,并不意味着防卫行为没有必要限度,而是在优越利益的限度内才具有正当性。当然,防卫人利益的优越性又是难以量化的,因为许多利益原本就没有计算单位。<sup>[112]</sup>所以,下面只能就优越的利益保护原理提出一般性的适用规则。

第一,不能为了保护微小利益而损害重大法益。换言之,如果防卫行为所造成的损害与不法侵害可能造成的损害悬殊,无论如何也不能认定为正当防卫,如为了保护笼中一鸟、树上果而杀害盗窃犯的,不管具有多大的必要性也不得认定为正当防卫。这是优越的利益保护原理决定的。例如,即使在德国,在为了财物进行正当防卫时,实际上以比例原则进行了限制。虽然限制的理由不同,如需要性、正当防卫权的滥用,刑法第 32 条的基本精神等,但结论都是在法益之间显著不均衡的场合,不允许进行正当防卫。而且,二战

[110] 参见[日]井田良著:《讲义刑法学·总论》,有斐阁 2008 年版,第 272-273 页。

[111] 参见[日]山口厚著:《刑法总论》,有斐阁 2016 年第 3 版,第 118 页。

[112] 刑法第 20 条第 3 款提供了优越性的参考标准。亦即,如果不法侵害所触犯之罪的法定最高刑为 10 年有期徒刑,防卫行为就可以造成不法侵害者死亡。换言之,我们没有必要将刑法第 20 条第 3 款理解为特别规定,而是可以理解为关于防卫限度的注意规定。



后的判例与学说,重新接受了以前抛弃的均衡性的原理,特别是对价值低的财物进行轻微攻击的场合,不允许行使对生命有危险的正当防卫。<sup>[113]</sup>

第二,从被侵害者或者防卫方的角度来说,由于正当防卫是通过制止不法侵害保护法益的,而不是在侵害结果发生之后制止不法侵害,所以,需要将正当防卫造成的实际损害与不法侵害可能造成的损害(危险)进行比较,而不可能仅将不法侵害已经造成的损害与防卫行为造成的损害相比较。因为正当防卫不可能是制止不法侵害已经造成的实害,而是防止不法侵害行为危险的现实化,从而保护法益。正因为如此,《刑法》第20条第3款规定:“对正在进行行凶、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,采取防卫行为,造成不法侵害人伤亡的,不属于防卫过当,不负刑事责任。”显然,只要不法侵害严重“危及”人身安全,防卫行为就可以造成不法侵害者死亡,这正是不法侵害的危险与正当防卫的损害的比较。例如,当甲行凶杀人时,其可能造成的损害(危险)是他人的死亡。在这种情况下,需要将死亡的危险与防卫人造成的损害相比较。而不是说,只有当不法侵害行为造成了他人死亡的实害结果时,防卫人才可能造成不法侵害者死亡。这是显而易见的道理。如果不法侵害人已经造成了他人的死亡,就没有必要再进行正当防卫了。如果不法侵害人还要继续杀人,则当然可以再进行正当防卫,但此时仍然只能将不法侵害人可能造成的损害即危险作为比较对象。要求或者以为利益衡量就是将正当防卫造成的损害与不法侵害者已经造成的损害相比较,是一种常识性错误。

第三,在判断防卫行为是否超过必要限度时,除了考虑不法侵害者的行为可能造成的损害之外,还需要考虑不法侵害者已经造成的损害,以及不法侵害者在被防卫过程中实施的新的侵害与危险。不能仅将防卫行为及其造成的损害与不法侵害人先前的不法侵害进行对比,而应当将防卫行为及其造成的损害与不法侵害者原有的不法侵害、新的暴力侵害、可能继续实施的暴力侵害进行比较。例如,当乙在实施盗窃行为时,甲为了保护财产而进行正当防卫,乙却对甲实施暴力行为的,乙的行为实际上由盗窃上升为抢劫。从乙对甲实施暴力行为开始,甲就是针对抢劫行为进行防卫,而不只是针对盗窃行为进行防卫。

第四,在进行上述比较时,必须时刻铭记防卫人处于本质的优越地位。

通过防卫人本质的优越地位的确认与上述全面比较就会发现,正当防卫所造成的损害并不大于其所避免的损害;人们通常所说的“正当防卫所造成的损害大于所避免的损害”只是一种表面现象,或者只是就结局进行的静态比较,其中忽视了不法侵害造成的危险以及防卫人的优越地位。如果全面考虑不法侵害的各种危险以及防卫人的优越地位,就不会认为正当防卫造成的损害大于所避免的损害。所以,正当防卫的正当化根据依然可以用优越的利益原理来说明。例如,针对一般殴打行为造成对方轻伤的正当防卫,针对数额较大的抢夺造成对方重伤的正当防卫,针对抢劫、强奸、重伤害等造成对方死亡的正当防卫,都保护了更为优越的利益,成立正当防卫。

总之,只要承认正当防卫是违法阻却事由,就需要按照违法阻却事由的一般指导原理来说明正当防卫的正当化根据。我国刑法第20条第2款关于防卫过当的规定,就清楚地

[113] Vgl. V. Krey, Zur Einschränkung des Notwehrrechts bei der Verteidigung von Sachgütern, JZ. 1979, S. 711.

表明了对正当防卫过当与否的判断必须进行利益衡量。虽然在正当防卫的场合,不要求法益的严格优越,但在明显不均衡的场合,仍然需要介入利益衡量的原理对正当防卫进行限制。<sup>[114]</sup>

[本文为国家社会科学基金重大项目“我国刑法修正的理论模型与制度实践研究”(16ZDA060)的研究成果。]

---

---

[ **Abstract** ] The German criminal law adopts a dualism theory, which combines the principle of self-preservation and the principle of law-confirmation, as the legal basis of self-defense. The principle of self-preservation is obviously not compatible with the stipulation of Article 20 of the Chinese Criminal Law, and we cannot bend the interpretation of Article 20 or appeal for its amendment just for the purpose of introducing this principle into China. Because the principle of law-confirmation has defects at different levels that cannot be overcome by China, it cannot be adopted as the legal basis for self-defense in China either. The establishment of justifiable cause is the result of balance between relevant legally protected interests. When justifiable cause is balanced, the following measurement should be applied: the interest esteemed higher prevails over the interest esteemed lower (actually, the dualism theory is the balance of interest in a disguised form). Compared with illegal attack, self-defense has essential superiority and the principle of protecting the superior interest is the legal basis of self-defense. The characteristics of self-defense determine that we must make a comprehensive comparison between the harms or dangers caused by the illegal attacker in carrying out the illegal attack, as well as the further harms or dangers caused by the illegal attacker in the struggle against the defender when faced with self-defense, and the harms and dangers caused by the defender. The essentially superior position of the defender must be given full consideration in this comprehensive comparison. It is a common mistake to make a simple comparison between harms caused by the defender and those caused by the illegal attacker.

---

---

(责任编辑:郑 佳)

---

[114] Vgl. Lenckner, „Gebotensein“ und „Erforderlichkeit“ der Notwehr, GA. 1968, S. 4.