

正当防卫中法益衡量问题的客观归责之解

熊琦

内容提要:关于正当防卫中的法益衡量存在三种立场:(一)正当防卫在任何情况下都不进行法益衡量;(二)正当防卫应进行全面法益衡量;(三)正当防卫“原则上”不进行法益衡量,但在法益严重失衡时应进行“离谱”控制。第三种立场在结果妥当性上有优势,既成为德国通说,也为我国有力学说所认可。但在正当防卫理论资源内,个人视角只能有效证立第一种立场,且蕴含着“敌人”视角的危险倾向;超个人视角在立场选择上实与之殊途同归,且说服力稍逊。德国刑法通过“话题转向”在刑法释义学体系外实现了对第三种立场的维护,但该方案不适用于我国的立法现状。在指出单层归责路径的逻辑问题后,本文摒弃了将归责原则视为正当防卫理论的附庸的做法,立足于双层归责路径的考察以及对防卫归责关系的类型化分析,将第三种立场的证立建立在客观归责与正当防卫两种独立理论工具的相互补充上,从而实现“原则”与“例外”在刑法释义学体系内的共存,并给出了法益严重失衡的“防卫行为”的具体解决方案。

关键词:正当防卫 法益 客观归责 法确证 法益衡量

熊琦,武汉大学法学院副教授。

一 有关正当防卫中法益衡量问题的三种立场

按大陆法系传统观点,正当防卫本无需进行法益衡量。如德国刑法对防卫限度唯一的要求是“必要”。在其他手段不奏效的情况下,屋主用猎枪射击花园中的偷樱桃者,挽救的是微小财产,牺牲的却是生命,德国刑法原则上认可这种防卫手段的必要性,并认为其展现了正当防卫的“锋利性”(Schneidigkeit),^[1]从而体现了正当防卫一概否定法益衡量的立场。本文称为第一种立场。

与此相反,我国司法实践常过于机械、狭隘地适用正当防卫的条件,甚至有使相关法

[1] K. Kühl, *Strafrecht AT*, München 2017, Rn. 7/4.

条沦为“僵尸条款”的危险。^[2] 在这种背景下,为保全微小法益而牺牲重大法益的防卫更难被认可。因此,在正当防卫中“对法益种类、大小进行权衡、比较”的做法,被认为全面、客观地评判了防卫限度,具指导意义。^[3] 这体现了全面肯定正当防卫中法益衡量的立场,本文称为第二种立场。我国的“基本相适应说”要求防卫行为的性质、手段、强度和后果与侵害行为大体相当,^[4]立场与之接近。但刑法第20条中“必要限度”的表述难以支持此说,因为基本相适应是必要之外的标准。借用比例原则可清楚地说明这一点:必要性是其第三级判断,而狭义合比例性则是第四级判断。“基本相适应”与狭义合比例的判断没有本质区别,比“必要性”的要求更苛刻。^[5]

然而,即便在德国,第一种立场的“原教旨”锋利性也与法感情明显冲突,难以得到社会认可。因此,在法益严重失衡、防卫挑拨、攻击者无责任、攻击者与防卫者存在亲密关系这四种情况下,防卫权被大幅限缩乃至否定,学界将其称为“社会伦理”限制。^[6] 这样,一概否定法益衡量的立场就被动摇了。所以现代德国通说实际采用的是出发点偏向第一种立场,结论上兼顾第二种立场的折中说,以前者为原则,以后者为例外,本文称为第三种立场。

第一种立场坚守“必要”二字为起点,其推衍结果允许防卫者杀死盗窃几粒樱桃者,这个结果虽具有逻辑一致性,但同时也是“离谱”的,^[7]有学者认为对防卫权的过分宽纵可能使其异化为“私人复仇的帮凶”。^[8] 考虑到我国刑法第20条的规定(在字面上)比德国更宽松:只要不是“明显”超过必要限度“且造成重大损害”的行为,就在刑法允许限度内,^[9]这样一来,在法益严重失衡时,如果一行为能满足德国刑法的防卫限度,必将满足我国刑法中的限度,在逻辑上只能推论我国刑法也持第一种立场。这既与司法实践大相径庭,理论界也多不认可。

法律作为一种价值相关的文化体系,难以完全依赖逻辑推衍而不顾价值的阻碍或实现。^[10] 换言之,不能沉迷于第一种立场在逻辑一致性方面的优点,而不顾其在结论妥当性与社会认同感方面的缺陷。德国哲学家黑格尔曾告诫人们,“实现正义哪怕天塌下来”是一句空谈(leeres Wort),^[11]这并不是说逻辑推衍的正确性不重要,而是社会现实同样重要。这一点无论对德国还是我国皆然。第二种立场似乎更能为实务部门所接受,但这与

[2] 参见陈兴良:《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》,《法学家》2017年第5期,第98页。

[3] 参见高铭喧:《于欢案审理对正当防卫条款适用的指导意义》,《人民法院报》2017年6月24日第2版。

[4] 参见马克昌主编:《犯罪通论》(第三版),武汉大学出版社1999年版,第756页。

[5] 熊琦:《〈人民警察法〉(修订草案稿)视野下警察职务防卫行为的本质与规范选择》,《西南政法大学学报》2019年第2期,第122-123页。

[6] K. Kühl, Rn. 7/157 ff.

[7] 参见林钰雄著:《新刑法总则》,中国人民大学出版社2009年版,第192页。

[8] 田宏杰著:《刑法中的正当化行为》,中国检察出版社2004年版,第243页。

[9] 参见李晓明著:《刑法学总论》,北京大学出版社2016年版,第287页。

[10] 参见徐江顺著:《当代实证主义与非实证主义之争中的拉德布鲁赫》,清华大学出版社2017年版,第42-43页。

[11] G. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Frankfurt 1989, S. 240.

我国司法实践对防卫限度的过分苛求是合拍的。众所周知,这种苛求体现了对正当防卫条款的不当理解。^[12] 相比而言,第三种立场更具综合优势。

我国目前较有力的“必要说”主张防卫限度以制止不法侵害、保护法益所必需的行为为限,但只有全面分析案件,包括考察法益衡量,才能得出是否必需的结论,换言之,对必要的判断,需要全面分析案件,法益衡量也是其中一环。^[13] 这样,法益衡量问题与“必要”的内涵就发生了关联。

一方面,本土的必要说原则上对防卫限度只考察必要性,等于将防卫尺度的出发点复归到刑法第20条字面上比德日刑法更宽松的规定,^[14] 在逻辑起点上与第一种立场更兼容。另一方面,该说主张将法益严重失衡的情况纳入必要性的考察中,在结论上又的确站在第三种立场一边。问题是,在德国第三种立场是通过“社会伦理限制”实现的,而这与“必要性”并没有什么联系。^[15] 那么,如要在我国贯彻相对合理的第三种立场,就必须回答:对德国采纳该立场的理论与实践经验,我国是否具备借鉴的条件? 如不具备,适于本土的第三种立场在理论路径上应如何实现?

二 “个人视角”的立场选择

本土“必要说”认为必要限度与法益衡量(至少在法益明显失衡时)有关,正好与德国通说相反。两者的分歧可以回溯到对“必要”条件关系的理解上。仅当行为 x 满足条件 t (前件 p)为假,后件 q 必为假时, t 才是 x 的必要条件。^[16] 但对 q 取不同理解, t 的意义也会随之变化。

(一)“个人视角”下第一种立场的逻辑证明

将后件 q 理解为有效保护防卫人的法益,当然符合刑法一般原理。法益保护是正当防卫的自然法根源之一,紧急情况下国家无法保护公民的法益时,个人实现这种保护理所当然。^[17] 此即正当防卫的“个人视角”。

如果防卫手段 m 足以保护法益,侵害性高于 m 的行为只不过“同样”足以保护法益,因此,在法益保护意义上是冗余的。所以,满足必要性的防卫行为,只能是同等防卫效果中对侵害人影响最低的手段。设 m 是有效保护法益最低强度值,而能满足法益均衡的防卫强度 t 比 m 低。如果将“必要限度”设在 t 上,虽防卫行为 x 强度达到 t 仍是 q 的必要条件,但是,已不足以保护法益,与前提相违背,由此得出矛盾。根据归谬法,第一种立场得以确立。

[12] 参见陈兴良著:《正当防卫论》(第三版),中国人民大学出版社2017年版,第342页。

[13] 参见张明楷著:《刑法学》(第五版),法律出版社2016年版,第211页;黎宏著:《刑法学》,法律出版社2012年版,第141页。

[14] 参见陈兴良著:《正当防卫论》(第三版),中国人民大学出版社2017年版,第339页。

[15] G. Jakobs, *Strafrecht AT*, Berlin 1993, Rn. 12/46.

[16] 参见金岳霖主编:《形式逻辑》,人民出版社1979年版,第109页。

[17] W. Hassemer, *FS-Bockelmann*, München 1979, S. 239.

(二)“敌人视角”的危险倾向

个人视角越能简明地支持第一种立场,就越难兼容第三种立场。在这种语境下,一面宣称防卫限度只考察必要性,一面又主张必要性与法益衡量相关,在逻辑上的确不妥。假如舍弃第三种立场,必要说的逻辑本是自足的,大可直接允许为保护几粒樱桃而杀死窃贼。为何一定要对这种“离谱”结果进行纠正?

实际上,允许为了樱桃杀死窃贼,等于将窃贼视为“因果链条的推动因素”,而不是与法共同体的一部分,因为这无异于宣称侵害者被置于法律保护外(rechtlos),^[18]实为对其判处日耳曼法中的放逐(vogelfrei)之罚。这相当于在正当防卫中启用了“敌人”概念。因为此时侵害人只被视为危险的“载体”,其人格遭到矮化。^[19]

在防卫中开启对敌模式,抹杀侵害者作为“人”的法律地位,显然缺乏正当性。^[20]是否会出现法益严重失衡的局面,对侵害人而言并非可预期或掌控。换言之,谁在什么情况下会成为法秩序眼中的“敌人”,存在很大偶然性。例如,失主只有枪击花园中的摘樱桃者才能有效阻止盗窃,这一局面的形成离不开偶然因素(如失主身有残疾无法下楼,其身旁恰好有一杆枪等等)的推动,不能认为这种结果完全是盗窃者的自由选择。窃贼固然随时可以放弃行窃而摆脱被视为“敌人”的风险,^[21]但并不能反过来认为他继续行窃就是自愿承担“敌人”角色。此时他很可能并不知道,也无从得知自己会不会成为法秩序眼中的“敌人”。

因此,第一种立场在逻辑自洽方面的优势潜藏着“敌人”视角的危险。个人视角越能有效证立第一种立场,就距离这种危险越近。

(三)“个人视角”对侵害者法益的关照及其缺陷

“个人视角”试图摆脱“敌人”视角的方法,是证明它也能通过某种抽象的方式建构对侵害者法益的关照,从而使防卫者与侵害者在人格上被平等对待。

这种关照建立在对法益的非(纯)实体的理解上:对于刑法而言,法益侵害不是单纯实在物的减少或灭失,而是指在这种实在物的社会联系中,其效能(Wirkung)的受害。^[22]因此,刑法对生命的灭失(如病死)并非一概干预,但如果这种灭失是由破坏规范运行(Normgeltung)的方式导致的(如杀人),才引起刑法介入。^[23]在这种理解中,法秩序承认侵害者也具有值得保护的生命权,在人格上与防卫者平等,并不意味着特定事实状态(如侵害者被杀死)就会取消这种承认,因为法律保障法益的方法是通过规范禁止某种行为,而不是直接阻止某个事实结果。正如黑格尔所言,杀人者被杀,是实现了其自身定下的法则,^[24]防卫者不得已杀死(盗窃樱桃的)侵害人,并不是对其人格尊严的蔑视。^[25]在这个

[18] G. Hegel, S. 241.

[19] G. Jakobs, *HRRS* 2004, S. 89; H. Lesch, *Notwehrrecht und Beratungsschutz*, Paderborn 2000, S. 37.

[20] Vgl. M. Pawlik, *ZStW* 114 (2002), S. 267.

[21] 参见黄荣坚著:《基础刑法学(上)》,中国人民大学出版社2009年版,第156页。

[22] H. Welzel, *ZStW* 58 (1939), S. 515 f.

[23] Vgl. G. Jakobs, Rn. 1/5 f.

[24] I. Primoratz, *Banquos Geist*, Leipzig 1986, S. 61.

[25] R. Kipke, E. Gündüz, *Jura* 2017, S. 15.

意义上,侵害者面临的严苛防卫后果,已是法秩序对其法益关照的结果。^[26]

这种理解也是反驳正当防卫“唯结果论”的有力武器。不法侵害者的法益是否应受保护与该法益的实存状态有根本区别,法秩序对侵害人法益的关照应建立在对其行为所体现出的法益功能关系的审视上,而非体现在单纯的事实状态上。正由于忽视了这一点,某些司法实务者才会将双方负伤的事实状态一律视为互殴。^[27]

然而,即便以上分析能使“个人视角”与“敌人视角”进行有效切割,这种切割也只能用来支持第一种立场。换言之,法秩序对侵害者法益的这种“关照”仅停留在规范意义上,脱离现实。即便侵害人在哲学层面对其法益(包括生命)的舍弃给出了抽象的允诺,但在现实中具体的侵害者恐怕并不会真的这样对待自己的生命,这种允诺并没有真实的心理与社会基础,反而体现了规范视角的天真与武断。^[28]更何况,如前所述,不能真正认为这种舍弃是侵害者的自由选择。

所以,利用“个人视角”固然能在逻辑上有效支持第一种立场,但并不足以消解其在结果上的不妥当性。

三 “超个人视角”的立场选择

如果将后件q理解为对社会利益的综合保护,就启用了“超个人视角”。这同样能找到理论根据。德国学者认为,防卫者需履行起码的社会团结义务,此即德国《刑法》323c条(见危不救罪)的非保证人救助义务。^[29]在我国,“团结义务”的表述虽具有超前性,但其本质无非是避免将侵害人视为法律上的“敌人”。这正是刑法作为犯罪者(在正当防卫场合也包括不法侵害人)权利保障书的要义。如此则为“必要说”与第三种立场的兼容带来了契机:此时“必要”是就保护社会整体利益(因此也包含侵害者法益)^[30]而言的必要。

(一)“超个人视角”的功利主义理解

既然法秩序也需考虑不法侵害人的利益,如果认同功利主义尤其是结果主义(consequentialism),那么为挽救极小法益而牺牲重大法益的行为,恰恰不够正义,因为它未使社会效用最大化。^[31]这种理解不但对第二种立场较为友好,对通常被视为站在法益衡量否定论一边的法确证原则也构成了挑战。所谓法确证,指正当防卫体现对整个法秩序的维护,防卫者替国家站在正义一方抗击非正义。^[32]显然该原则着眼于社会利益的保护。如

[26] 基于相似理由,德国有学者主张被害人承诺(同意)阻却构成要件该当性而非违法性,因为此时并不存在刑法意义上的法益侵害。Vgl. T. Rönau, *Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht* (Tübingen: Mohr Siebeck Verlag, 2001), S. 92.

[27] 参见周光权:《正当防卫的司法异化与纠偏思路》,《法学评论》2017年第5期,第5页。

[28] Cf. S. Kadish, “Respect for Life and Regard for Rights in the Criminal Law”, 64 *California Law Review* (1976), p. 883.

[29] Vgl. A. Grünwald, *ZStW* 122 (2010), S. 63 f.

[30] Cf. A. Ashworth, “Self-Defence and the Right to Life”, 34 *Cambridge Law Journal* (1975), p. 287 ff.

[31] Cf. P. Foot, “Utilitarianism and the Virtues”, 94 *Mind* (1985), p. 196 ff.

[32] T. Rönau, *JuS* 2012, S. 405.

果功利主义者的计算是正确的,那么法益严重失衡的防卫行为将因为偏离了社会利益的最大化而丧失正义性,法确证也就无从谈起了。

1. 引入法确证利益后功利“计算”的疑问

在功利计算中引入“法确证利益”这一变量,似可简单明了地证明,计算结果并不会使法益衡量变得重要起来,从而维持对第二种立场的排斥:防卫行为对法秩序的保护本身就构成“巨大”社会利益,即便防卫行为挽救的是极小法益,两者相加再与侵害人的重大法益相减后,永远会得出正数。^[33] 不过,这种算法并非没有问题。

第一,能否将所谓法确证利益与被挽救的利益简单相加并代入算式,本身值得质疑。虽然防卫行为恢复了法秩序,帮助了潜在的受害人,为社会带来利益,但此利益与侵害人被防卫行为所牺牲的法益是不同质的:前者是间接的、第二性的;^[34] 后者是直接的、第一性的。防卫行为对于潜在受害人的利益是附随于防卫者自救的过程产生的,在这个意义上,法确证利益必须以个人法益的保全为中介(Medium),^[35] 这意味着法确证利益与个人法益不在同一维度,^[36] 前者可视为“二阶”法益,后者是“一阶”法益,将不同维度的量直接相加是否妥当,值得研究。^[37]

第二,即便允许将法确证利益代入算式,其得数也并不是真正计算出来的。因为法确证利益已被确定为“巨大”,那么另一方利益就被预设为较小值,只有这样才能保证减法的得数恒为正。这不免有循环论证之嫌。

第三,这种“计算”的得数既然恒为正值,也就意味着“离谱控制”不再可能。依此论,樱桃的价值再微小,加上法确证利益之后减去窃贼的生命也是正数,这只能为第一种立场背书。将法确证利益引入算式,虽有助于证伪第二种立场,但是,却无助于解释第三种立场。

2. 优越利益说的两难

优越利益说主张直接在侵害者与防卫者之间进行利益衡量,确认后者利益在本质上优于前者。^[38] 然而,一方面,如果这种衡量将预设的法确证利益考虑进去,如前所述,那它就不是真正的比较而是循环论证。有观点认为侵害者利益受缩小评价而防卫者利益受更高评价,因而存在真实的利益比较,且比较的结果是妥当的。^[39] 然而,降低侵害者而抬高防卫者的利益评价,只是将预设的结论改头换面为前提,这无非将“巨大法确证利益”换一种说法。^[40]

[33] 参见松宫孝明. 刑法総論講義. 4 版. 東京:成文堂. 2012. 134。

[34] H. Hirsch, *Strafrechtliche Probleme*, Berlin 1999, S. 297.

[35] H. Jescheck, T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin 1996, S. 33.

[36] J. Renzikowski, *Notstand und Notwehr*, Berlin 1994, S. 82.

[37] 混同不同维度的事物是导致逻辑悖论的一个原因,参见陈嘉映著:《简明语言哲学》,中国人民大学出版社 2013 年版,第 31 页。

[38] 参见张明楷:《正当防卫的原理及其运用》,《环球法律评论》2018 年第 2 期,第 71 页。

[39] 参见黎宏著:《刑法学》,法律出版社 2012 年版,第 127 页;张明楷著:《刑法学》(第五版),法律出版社 2016 年版,第 198 页。

[40] 参见劳东燕:《防卫过当的认定与结果无价值论的不足》,《中外法学》2015 年第 5 期,第 1338 页。

另一方面,如果这种衡量不预设优越价值而进行真正意义上的比较,那么它势必导致法益均衡与必要性判断的“全面”挂钩,从而使法益衡量的适用范围从“离谱控制”扩展到所有正当防卫场合。这实际上是在支持第二种立场,并从根本上架空必要性的概念,使基本相适应说卷土重来。

因此,优越利益说面临逻辑上的两难:它要么只是结果先行的伪论证;要么就会回到主张全面法益均衡的“基本相适应说”。前者支持的是第一种立场,后者支持的是第二种立场,两者均不能有效支持第三种立场。

此外,将正当防卫的根据设在利益比较上,会使其“坍缩”为类似(防御性)紧急避险的概念。^[41]这会抹杀正当防卫的“正对不正”之本质,并缩小防卫权。基于利益衡量,逃跑可以是必要的避险行为,但无论如何也不是必要的防卫行为。所以,利益比较只对紧急避险具有同质性,对正当防卫则具有异质性。^[42]

(二)“超个人视角”的非功利主义理解

超个人视角的另一种理解是放弃功利计算,将焦点置于权利正当性上。功利计算的前提是个体偏好可以加总成社会整体效用,但如果被牺牲的是个人权利,加总就欠缺合法性,因为在伦理上个人权利优先于加总结果。^[43]侵犯权利的行为既不正当,也不可能给社会带来真正福利,对这种行为的反击也就不依赖于利益计算而天然正当。

在这个意义上,认为因微财杀人构成“权利滥用”的观点似有倒果为因之嫌,只有先认定“存在某些特殊情况例外地要求受侵害人‘节制’”,^[44]才能认为不“节制”就是“滥用”,但这种观点显然并未解释节制的理由。更何况权利滥用需以违法的方式进行,^[45]而正当防卫本来就是用来评价违法性的,倘若先已确定某个行为违法,又何需再求助于正当防卫理论?

1. “个人视角”对法确证原则的融贯

虽然法确证利益常被视为功利计算的一个变量,但法确证原则却与非功利主义的理解更加契合,因为其强调的是防卫行为在本质上的正当性。^[46]黑格尔认为,对法秩序来说,侵害行为在本质上的存在只是一种假象,必须通过处刑或防卫予以否定,其在权利意义上的质料(Substanz)恒为零。^[47]即便受侵害的财产再微小,也体现着权利,哪怕在侵害人的重大法益面前,维护权利的一方也不必退却。只需要将此处的权利扩展至整个法秩序,就得到了通说中的法确证原则:它采用超个人视角,又站在法益衡量否定说一边。

[41] Vgl. G. Freund, *Strafrecht AT*, Berlin 2009, Rn. 3/92.

[42] J. Joerden, *JuS* 1992, S. 25.

[43] E. Weinrib, *Utilitarianism, Economics and Legal Theory*, 30 *University of Toronto Law Journal* (1980), p. 318.

[44] 参见林钰雄著:《新刑法总则》,中国人民大学出版社 2009 年版,第 193 页。

[45] 参见王艳玲:《关于民法中确立禁止权利滥用原则的思考》,《河北法学》2006 年第 7 期,第 55 页。

[46] 参见松宫孝明. *刑法総論講義*. 4 版. 東京:成文堂. 2012. 135.

[47] U. Kindhäuser, *NK-StGB*, Baden-Baden 2017, § 32 Rn. 12.

如果这样理解,则法确证原则对第一种立场的支持很大程度建立在对“个人”权利的尊重上,仍将其视为“超个人视角”的理论工具,恐已名不副实。将法确证的理论渊源视为社会取向而非个人取向,实为一种误读,^[48]只有从个人权利的尊重中才能导出法确证的社会意义。法确证原则不但提供不了个人视角以外的新内涵,反而隐含着回归个人视角的倾向,并使超个人视角融贯于个人视角之中成为可能。无论是个人视角还是(名义上持)超个人视角的观点,都不支持第二种立场。

2. 传统观点中法确证原则的解释力

传统观点从法确证原则推导出第一种立场的理由,在于法确证赋予了防卫者一种代国家行使的(相比个人权利保护而言)额外的反击权限,既然是“额外”的,就不必受个人权利保障需要的约束,^[49]比起个人视角更无需考虑法益均衡。但这种论证的解释力存有疑问。

其一,如前所述,既然个人权利保护所必需的防卫限度并不要求法益均衡,又何需另找“额外”的理由?建立在社会利益之上的“额外”防卫权限的内涵到底多大程度上能带来实质区别,值得怀疑。

其二,既然法确证利益通过个人权利的“中介”而来,那么只能认为前者与后者范围一致。超出后者范围额外获取更宽的反击权限,等于否认了中介关系,而这将使法确证利益成为无根之木。

其三,如将法确证的主要意义置于代替国家恢复法秩序之上,虽然维持了社会视角,但必然带来比例原则对防卫的限制。这显然与法确证原则否认法益衡量的初衷南辕北辙。一旦这种代行权力的关系成立,那么比例原则的限制势必要扩展到普通公民之上。

有学者认为,防卫行为即然被国家立法所允许,就意味着国家已参与其中,所以公民防卫在本质上仍是国家行为,理当遵循比例原则。^[50]然而,立法者对正当防卫的许可固然是一种依赖于规范的“强允许”,但国家对强允许规范的制定并不能说明其在公民行使相关权利的时候也参与其中;相反,强允许也为公民创设自由,而自由恰恰意味着法律和国家不去干预。^[51]为了减少灰色地带,现代国家倾向于在私领域也制定大量允许性规范,但这显然不能解读为权力扩张、权利收缩,否则任何被强允许的个人行为都会归责于国家,^[52]民事制度也就随之瓦解。另外,普通防卫者在面对侵害时往往没有公权力行使者的各种优越条件,^[53]当比例原则被转嫁到普通防卫者身上时,还存在公平性问题。

因此,除了可与个人视角通约的那部分论据之外,法确证原则的解释力所剩无几。

[48] U. Kindhäuser, *FS-Frisch*, Berlin 2013, S. 500.

[49] K. Kühl, *JuS* 1993, S. 181.

[50] Vgl. J. Schwabe, *NJW* 1974, S. 671 ff.

[51] 参见雷磊:《权利的地位:一个逻辑-规范的分析》,《浙江社会科学》2016年第10期,第50-57页。

[52] Vgl. A. Engländer, *Grund und Grenze der Nothilfe*, Tübingen 2008, S. 180 f.

[53] 参见陈璇:《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56页。

真正为其奠定基调的是其个人面向而非社会面向。然而,一旦打通个人与超个人视角的藩篱,法确证原则就与个人法益保护原则成为“一体两面”,其所能支持的就只剩第一种立场了。

四 个人视角的优越性与法益衡量问题的“归责转向”

虽然解释第三种立场同时是个人与超个人视角的短板,但并不意味着两种理论的说服力没有强弱之分。只有对其进行合理取舍,才能进行下一步分析。

(一)“奥卡姆剃刀”原则对视角的校验

英国哲学家奥卡姆(Ockham)提出,如较少假定足以说明问题,则不需做更多假定。^[54] 据此,如果个人视角的解释力与超个人视角相同,由于前者相对简洁,后者的说服力在很大程度上需要借助前者的“中介”实现,那么就应用“奥卡姆剃刀”剔除后者,维持体系简约。

1. 针对个人视角的诘难的反驳

事实上,个人视角足以解释正当防卫的法理。对其进行的诘难,在诸多方面难以成立。

首先,常有观点认为个人视角必然导致防卫者有逃避义务:当逃跑能带来对法益更好的保护时,个人视角就应该选择逃避。^[55] 但这种诘难混淆了“可以”与“必须”。正当防卫并不强迫防卫者选用结果最佳的方式。是否使用逃跑这种看似结果更佳的方式保护法益,完全是防卫者的自由。防卫者甘冒风险放手一搏,仍应视为实践了对其法益处分的自由,即使在结果上不尽人意,也不能认为该行为脱离了法益保护目的。更何况逃避并非防卫行为,本就无需纳入正当防卫范畴考察。

其次,为第三人进行的防卫原本是超个人视角(尤其是法确证原则)的弱点:维护社会正义无需被侵害者的同意,这样就相当于强迫被侵害者接受他人的防卫,^[56] 而个人视角显然不会产生这种问题。但有观点认为,当被侵害者表明不反抗的态度时,就给出了被害人承诺,这使得侵害丧失违法性,防卫也就失去前提。^[57] 如果这种观点是正确的,个人视角在说服力方面的一大优势也就遭到削弱。但被侵害者不愿接受他人见义勇为,绝不等于其对侵害行为给出有效承诺。^[58] 在这种情况下,以维护正义为诉求的社会视角的确难以兼顾对被侵害人选择退缩的尊重,有效的解释只能是个人视角对法益保护的必然推论——对被侵害者的选择自由的保护。

[54] 参见[美]高奇著:《科学方法实践》,王义豹译,清华大学出版社2005年版,第216页。

[55] K. Kühl, *FS-Triffterer*, Wien 1996, S. 150.

[56] H. Günther, *SK-StGB*, München 1999, § 32 Rn. 12.

[57] U. Murmann, *Grundkurs Strafrecht*, München 2015, Rn. 25/69.

[58] D. Sternberg-Lieben, *JuS* 1999, S. 448.

再次,有观点认为个人视角有违国家暴力垄断原则。^[59] 但正当防卫恰好是国家不能动用暴力保护公民的情况,此时公民是被迫回归“自然状态”的。^[60] 而且正当防卫本就是强允许型规范,个人视角主张的正是以个人法益保护为依归的国家授权,并不主张无政府的个人暴力,这与暴力垄断原则毫无矛盾。

最后,我国刑法明文允许为了国家、公共利益而防卫,似乎构成个人视角最大的障碍。^[61] 然而,两者的矛盾并非不可调和。其一,将国家、公共、个人利益并列的规定,宣示意义可能大于实际意义,体现的是“集体高于个人利益”、“国家利益高于一切”的价值观,^[62]但具体个案中这种宣示常不能得到贯彻。^[63] 其二,人们在适用该规定时实际采用的思维方式与个人视角没有矛盾。法确证原则所体现的社会价值是从个人法益保护中抽象出的社会利益,^[64]而刑法此处的规定指的是直接去防卫某个相对具体的公法益,两者存在抽象性的差别。如路人将翻墙越狱的罪犯推回狱内,或暴力阻止监管人员私放罪犯,都是为公法益进行防卫。^[65] 但在这两例中,所谓社会利益就是指(具体的)监狱管理利益,无需上升为整体的国家司法秩序也能得到解释。因此,此处的公法益,完全可以理解为“第三人”的利益,此二例中第三人即为某监狱,相关防卫行为的“必要性”也以有效制止越狱或私放罪犯为限。这种思维路径与个人视角并无实质区别。个人视角的本质是一种以防卫方的法益为出发点的思维方式。一般情况下所谓防卫方的法益当然是其本人的法益,“个人”视角是以得名。但事实上,防卫方的法益完全可以包含第三人的法益,在我国,法律允许其为超个人法益。这样看来,“个人”视角的名称似不完全贴切,但即使面对我国的规定,其思维方式仍是成立的。其三,在德国,公法益防卫必须体现为个人利益的防卫,超出这一范围的所谓“国家防卫”基本不受认可。但有观点认为,“当现实的国家利益受到直接威胁,而主管机关又无法保护这一国家利益时”也可以进行正当防卫才是德国的通说,^[66]意在说明,即便在德国个人视角也未必能解释全部情况。但这可能是基于翻译造成的误解。此句应译为“生死攸关的”而不是“现实的”国家利益受到直接威胁,^[67]所以这种防卫实际上仍可转化为个人利益的防卫,因为国家难以存续时会造成整个社会动荡,个人利益会直接受害。

2. 二元论的必要性

二元论者主张,个人法益保护原则必须与(社会视角的)法确证原则结合起来,前者

[59] B. Koch, ZStW 122 (2010), S. 816.

[60] J. Hruschka, ZStW 115 (2003), S. 219.

[61] 参见张明楷:《正当防卫的原理及其运用》,《环球法律评论》2018年第2期,第53页。

[62] 参见蔡宏伟:《正当防卫理论中的国家和个人》,《法制与社会发展》2017年第6期,第166页;田宏杰:《中国内地与香港特区刑法中正当防卫概念之比较研究》,《法商研究》2001年第5期,第106页。

[63] 参见张宝:《类型思维下侵害公共法益行为的可防卫性研究》,《河南科技大学学报(社科版)》2016年第6期,第100页。

[64] M. Pawlik, ZStW 114 (2002), S. 259.

[65] 参见张明楷:《正当防卫的原理及其运用》,《环球法律评论》2018年第2期,第54页。

[66] 参见张明楷:《正当防卫的原理及其运用》,《环球法律评论》2018年第2期,第53页。

[67] U. Kindhäuser, *Strafrecht AT*, Baden-Baden 2015, Rn. 16/16. 蔡桂生译本将 *extenzielle* 译为“现实的”,值得商榷(参见[德]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)。

离开后者无法单独有效解释法益衡量的放弃。^[68] 这种说法经不起推敲。如前所述,法确证原则并非必然倾向于防卫权扩张,而个人视角在形式逻辑上完全可以独立有效地解释法益衡量的不必要。实际上,抽离权利关系的社会利益是不存在的概念,没有个人权利也就无法形成法共同体,而没有法共同体,所谓社会利益根本是不可想象的。^[69] 正由于个人权利遭侵害被否定,导致法本身遭侵害被否定,“保护主张个人的权利也就是保护和主张法”。^[70] 所以,二元论中的社会之元并不能标榜其独立意义,反而只是个人视角的强化版,二元结合也因此丧失了必要性。

(二)德国刑法中的“话题转移”

经“奥卡姆剃刀”筛选留下的是“个人视角”。如前所述,这种视角只能支撑第一种立场,虽然在逻辑上与“必要性”的概念没有任何矛盾之处,但它也存在鼓励民众以社会整体利益与价值为代价不择手段保护私利的风险。这就是德国刑法通说一边宣称法益衡量原则上不必要,一边为社会伦理的介入留有余地的原因。但第三种立场只是在结果论上形成了共识,从理论体系的完整性来看,不得不说是个矛盾:否定法益衡量的一般原则,偏偏在法益相差最悬殊的场合失效了。

社会伦理限制并非正当防卫的体系内生原则。德国刑法规定,只有为正当防卫所要求的行为才能排除违法性,“要求”(geboten)一词构成了伦理限制的文义基础,换言之,在社会伦理方面显得“离谱”的情形中,原教旨的锋利防卫行为就不再是被“要求”的行为。但这显然是基于刑事政策的外部限制,在正当防卫理论的刑法解释学层面找不到这种限制的位置,^[71]法益衡量对正当防卫始终还是“异质体”。

所以,第三种立场的德国式解释方案是一种二分法:在正当防卫的一般判断上,认为法益衡量是不必要的;而当法益的失衡无法容忍时,则认为刑事政策的需要可以修正该判断。虽然从刑法解释学角度来看,这种妥协无异于将二元论中结果先行的循环论证挪至刑事政策学层面,仍是反体系性的甚至是自相矛盾的,^[72]但法益衡量问题的“话题转移”毕竟在合乎文义的条件下宣告完成。

然而,我国刑法并无类似规定,因此,不存在基于文义的刑事政策上的修正可能,话题转移的可能性也被排除。虽然本土“必要说”将防卫限度做了与德国类似的解释,但如前所述,德国式“话题转移”的文义基础是“要求”一词,这并不在防卫限度问题的框架之内。因此,若在刑法解释学层面得到的是法益衡量否定论(第一种立场),司法实践就必须遵循这种结论,否则相当于进行了不利类推解释。或者认为,突破正当防卫这种授权规范的文义范围并不违反罪刑法定原则。但是,决定行为可罚性的绝非仅是构成

[68] T. Lenckner, GA 1985, S. 300.

[69] J. Renzikowski, S. 97.

[70] 参见[德]耶林著:《为权利而斗争》,胡宝海译,中国法制出版社2004年版,第57-58页。

[71] Vgl. A. Sinn, FS-Beulke, Heidelberg 2015, S. 279.

[72] W. Kargl, ZStW 110 (1998), S. 67.

要件,排除犯罪事由也起到相同的作用。^[73] 所以,限于我国立法条件,应在刑法解释学内部解决这一问题。

(三)法益衡量问题的“归责转向”

德国式的“话题转移”无异于承认了正当防卫的内生理论资源对法益严重失衡问题并无公认的良策,但刑法解释学的内部资源还未用尽:归责的思路尚未被充分利用。正当防卫中的归责思想由来已久,古印度《摩奴法典》中就有“愤怒神反被愤怒神杀”的条文,即行刺者的被杀不能归责于防卫者,而应归责于他自己(的“愤怒神”)。^[74] 在德国刑法理论中,归责原则常用来说明侵害行为以及相应的后果位于侵害者自己责任区域,被视为正当防卫理论依据的补充。客观归责理论虽然源出德国,但其作为一种对犯罪构成客观方面中行为与结果关联的考察方式,并不体现国别特征,完全可能在我国刑法中得到借鉴。^[75] 而且我国学者也充分注意到了正当防卫中的归责问题。^[76]

然而,如果归责原则只是笼统地为防卫后果由侵害人承担提供一个平行解释,那就只是换一种说法强调(必要限度内的)防卫行为引起的任何结果都归责于侵害者,这既非事实,对第三种立场来说又无任何意义。

这种平行解释的思路不但将归责原则视为正当防卫理论的附庸,而且可追溯到中世纪的“陷入不法事项”(versari in re illicita)原则:与初始行为有任何联系的“结果”,无论这种联系是直接的还是间接的,对规范意义上的归属评价有无影响,都将被归责给初始行为者。^[77] 代入到正当防卫场景,侵害行为就是不法事项(re illicita),而任何防卫结果(包括侵害者被杀)都被笼统视为侵害者自己造成的。虽然在规范保护范围较宽(因此禁止的行为类型较广)的场合,该原则并非一概不合理,^[78] 但(法益严重失衡的)正当防卫并不属此类情况。显然,一刀切式的归责判断与中世纪的法律原则遥相呼应,两者都潜藏“敌人”思维倾向。

有学者在确认“侵害人自我答责优先于防卫限度判断”的基础上,从防卫限度的角度对归责结果进行限制,并提出“在有效、安全制止不法侵害范围内,侵害人法益原则上归于消灭”、“侵害人法益值得保护性下降的程度应贯彻情景性判断原则”的具体标准。^[79] 然而,一方面,这两项标准之间存在一定冲突,按前者,侵害人法益既然已归于消灭,那么后者所谓依情景判断侵害人法益保护性下降程度在逻辑上也就不必要了;另一方面,如果防卫限度指有效、安全制止不法侵害,那么这恰好意味着原教旨的锋利防卫行为受到允许,换言之,在这种防卫限度内,侵害人法益保护性并不是“原则上”而是“彻底”归于消灭。在法益严重失衡场合,该标准对归责的限制无法体现。因此,该论者也认为法益严重

[73] H. Satzger, *Jura* 2016, S. 156.

[74] 参见蒋忠新著:《摩奴法论》,中国社会科学出版社2007年版,第170页。

[75] 参见陈兴良著:《刑法的知识转型》(学术史),中国人民大学出版社2012年版,第333-334页。

[76] 参见周光权:《正当防卫的司法异化与纠偏思路》,《法学评论》2017年第5期,第15-16页。

[77] 参见马克昌主编:《近代西方刑法学说史》,中国人民公安大学出版社2016年版,第42页。

[78] Vgl. H. Bindokat, *JZ* 1977, S. 551.

[79] 参见陈璇:《侵害人视角下的正当防卫论》,《法学研究》2015年第3期,第127-130页。

失衡的场合构成“例外”，而法益衡量否认说仍是“原则”。^[80] 这种“原则 - 例外”的二分法就是上文提及的德国式“话题转移”，限于立法条件，在我国难以适用。

相反，如果将归责思路理解为不仅是一个支持预设答案的工具，也不是前述任何一种正当防卫理论的附庸，那么就必須重新考虑防卫后果在侵害者与防卫者之间分配的问题。而且这种考察的基点是将防卫行为、侵害行为视为未经正当防卫范式评价的，因此暂不涉及违法性判断，相互平等的行为。然而，独立于正当防卫范式的归责思路必然带来与违法性判断的关系问题：如果归责于侵害人，那么防卫人的行为似乎既可用归责原则也可用正当防卫范式出罪，两者是否存在竞合？如果归责于防卫人，那么防卫行为在正当防卫范式中应该如何看待？

五 用归责理论解决正当防卫中法益衡量问题的具体路径

适用客观归责理论能否得出具有新意的结论，以解决正当防卫中法益严重失衡问题，关键在于如何选取正确的归责路径以及合理安排归责判断与正当防卫判断的关系。

（一）单层归责路径的问题

如果只考虑防卫行为与防卫结果之间的单层归责联系，需要考察两个问题：（一）防卫行为是否制造了法所不允许的风险；（二）这一风险是否作为防卫结果实现于构成要件结果中。

认为防卫结果一概不归责于防卫行为的观点，对这两个问题的回答都是否定的。^[81] 这种思路试图将防卫行为的出罪提前到构成要件层面，但存在以下疑问。

一方面，该理论否定问题（一）的理由是防卫行为一概不制造风险。但防卫行为在构成要件意义上当然可能制造法益风险，此风险在违法性层面被允许是另一层面的事，^[82] 否则此处所讨论的就不再是（构成要件）结果的归责，而成了“不法的归责”。^[83]

另一方面，该理论否定问题（二）的理由是侵害行为构成自陷风险（自我答责）。但这种推论忽视了一方行为构成自陷风险并不必然意味着结果不归责于另一方。有学者认为当自陷风险的一方独立地或在共同正犯意义上左右了行为结果时，排除另一方归责。^[84] 对前一种情况本文无异议，但就后一种情况来说，自陷风险方与另一方对结果既然都有正犯意义的贡献，直接认为另一方归责中断，这种“厚此薄彼”的理由何在？此即单层归责路径最大的问题。

所以，仅仅确认对方的行为需要自我答责并不意味着此方的行为一定没有实现风险。^[85] 换言之，除开例外情况（下文详述），防卫行为是防卫者意志支配下的自由行为，在

[80] 参见陈璇：《侵害人视角下的正当防卫论》，《法学研究》2015年第3期，第134页。

[81] J. Kretschmer, *NSiZ* 2012, S. 177 f.

[82] J. Eisele, *SS-Kommentar*, München 2014, vor § 13 ff. Rn. 92 a.

[83] H. Otto, *Jura* 1992, S. 91.

[84] U. Kindhäuser, Rn. 11/25.

[85] I. Puppe, *Strafrecht AT*, Baden-Baden 2002, Rn. 6/5.

尚不知对方(侵害者)的自我答责是否具有排他性的情况下,不宜笼统排除防卫行为的归责。

对于法益明显失衡的情形,这种理论选择了第三种立场,理由是防卫行为缺乏法确证利益导致侵害者不再自陷风险,责任区域转至防卫者一方。但这种杂糅客观归责与(社会视角下的)法确证原则的思路难以自圆其说:即便此时的防卫行为真的缺乏法确证利益,又怎会影响对方行为自陷风险?该说针对问题(二)的否定回答的理由恰是对方行为自陷风险,而不是此方行为是否缺少法确证利益。可见该说维护第三种立场的努力并不成功。

一方面,只考虑防卫结果与防卫行为间归责联系的思路容易导致客观归责与违法性判断的竞合,既难以兼容通说,又实属多余。另一方面,这种思路在本质只是在为防卫行为的正当化多找一个(来自侵害者方面的)理由,仍将归责原则视为正当防卫理论的附庸。既然正当防卫内生理理论资源难以妥当解释第三种立场,它也同样做不到。

(二) 双层归责路径与正当防卫范式的互补

如果在防卫行为之外,也将不法侵害行为与防卫结果的归责路径纳入考察范围,就可以避免纯粹将归责原则视为正当防卫范式的辅助。“防卫结果归属于侵害人即自动意味着防卫结果不归属于防卫者”的思路,^[86]也可在这种路径下得到纠正。如此,两种理论工具独立评价的结果才能相互补充。

1. 防卫结果与防卫行为、侵害行为间的三种归责关系

总的来说,正当防卫中的归责关系呈现三种类型,其中法益严重失衡现象还有“真正”与“不真正”之分。

类型一:就“正常”情形而言,一方面可确认防卫结果归责于侵害行为,因为这是侵害者自赴风险的正常结果,完全可将其视为侵害者自己的“作品”。但另一方面,防卫结果归责于侵害行为并不排斥其归责于防卫行为,因此两个归责关系可以平行成立。其中防卫行为将在违法性层面被正当化,没有必要急于在构成要件层面否认其归责。

类型二:防卫结果只能归责于侵害行为而不能归责于防卫行为。这种情况下侵害行为要么极严重,要么具有某种特殊性,使防卫行为受强制(aufgezwungen),^[87]这样便可认定侵害行为独立左右了事态进程,从而使防卫者陷入非自己责任区域。在类型二中,防卫行为既不可归责,也没有违法性。类型二有两个亚型:

二(a)亚型:当不法侵害是行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架等严重危及人身安全的暴力犯罪时,防卫行为无疑是符合人类天性的求生自保,体现的是人的本能,换言之,客观上不能预期在这种情况下防卫者不进行激烈反抗,其就处于侵害行为的“强制”中,归责因此中断。此即我国刑法第20条第三款中的特殊防卫。正因为在这种情形中,即便侵害者被杀死也独立归责于其自身,所以在解释学上对侵害行为的人身危害性有很高要求。^[88]因

[86] 参见周光权:《正当防卫的司法异化与纠偏思路》,《法学评论》2017年第5期,第16页。

[87] J. Kretschmer, *NSz* 2012, S. 178.

[88] 参见林亚刚著:《刑法学教义(总论)》(第二版),北京大学出版社2017年版,第284页。

此,特殊防卫不仅是防卫限度的注意规定,^[89]也是客观归责的注意规定。鉴于人身安全明显较重要,二(a)亚型一般不涉及法益严重失衡问题。

二(b)亚型:虽人身安全并未受严重危害(因此不是特殊防卫),但防卫结果仍处在不法侵害的强制范围内,不受防卫者选择、控制,因此也不能归责于防卫行为。这种情况往往由于侵害者对防卫者(或近亲属)的人格尊严采用极度卑劣之手段进行蔑视(“于欢案”为卑劣的程度提供了鲜明的例证)导致后者出于义愤而激烈防卫。在我国,这种情况常因法益悬殊而被认定为防卫过当。在此背景下,要求法官“别出心裁,结合法理和情理、历史与现实、文化与法律”认定正当防卫,可能性几乎不存在,^[90]这反过来印证了“归责转向”(即将问题焦点从违法性延展至构成要件)的必要。

极度蔑视人格的行为之所以能使防卫行为归责中断,主要因为此种侵害直接否认防卫者的人格,试图消解其主体性,使之从“人”矮化为可随意摆布之“物”,^[91]这与侵权乃至一般的人身伤害都有本质区别。有学者认为所有的正当防卫本质上都是人格保卫战,^[92]未免言过其实,但至少在极端的侮辱案例中,防卫行为的确展现了人格保卫战的特质,此时防卫行为无论激烈到何种程度,都可视为侵害行为“独立”引起的后果。^[93]

或认为,即使在这种场合,作为神智清醒的成年人,防卫者不能因遭到侮辱就被视为处于非自由状态。然而,归责意义上的自由并不限于生理-心理标准,规范意义上的不自由同样可能阻却归责。当被害人自赴风险的动机是理所应当时(如甘冒生命危险救援火场中的子女),其并不处于完全自由状态,此时结果(死在火场)仍应归责于原行为(放火)。^[94]同理,基于极端侮辱行为,防卫者也会陷入非真正自由状态。当然,这种极端行为的合理界分,需留待司法实践逐步确定,但有一点可以肯定:根据基本国情、^[95]社会情理和一般文化准则,^[96]如果普遍认为某个行为从根本上抹杀了他人的社会存在性,导致对方除了反抗之外别无选择,则应在归责意义上独占其结果。

此即二(a)与二(b)两个亚型的内在同构性:前者的侵害行为近乎于在“肉体”上消灭防卫者,后者则在“社会”意义上消灭之。后者表面上是法益严重失衡的情形,从社会角度看却并非如此,可称为“不真正法益严重失衡”。

类型三:“防卫结果”仅归责于“防卫行为”,而不归责于侵害行为。此即“真正法益严

[89] 参见张明楷:《正当防卫的原理及其运用》,《环球法律评论》2018年第2期,第74页。

[90] 参见梁治平:《辱母难题:中国社会转型时期的情—法关系》,《中国法律评论》2017年第4期,第79页。

[91] C. Ryan, “Self-Defense, Pacifism and the Possibility of Killing”, 93 *Ethics* (1983), p. 522 ff.

[92] Vgl. U. Neumann, in K. Lüderssen (Hrsg.), *Modernes Strafrecht und Ultima-Ratio-Prinzip*, Frankfurt 1990, S. 225.

[93] Vgl. D. Kleczewski, *FS-Wolff*, Berlin 1998, S. 233. 需注意的是,于欢案中“辱母”与“捅刀”间隔时间较长,且中途发生警察出警、众人围攻等情节,此时“捅刀”能否视为受侮辱行为所决定的“人格保卫”已有疑问(参见陈兴良著:《正当防卫论》(第三版),中国人民大学出版社2017年版,第330页以下)。此处分析的是此类极端侮辱行为的性质,而非评判该案本身。

[94] BGHSt 39, 223 = NJW 1994, 205.

[95] 我国现阶段社会文明程度决定了言语侮辱甚至一般暴力侮辱都很难达到这种极端性。但类似于欢案中“辱母”行为的极端性,在中华文化中当无疑义。在古代,即便“离经叛道”者也认为与大不韪的弑父相比,弑母更不可饶恕(参见[唐]房玄龄等:《晋书》(阮籍传),中华书局1974年版,第1360页)。

[96] 参见梁治平:《辱母难题:中国社会转型时期的情—法关系》,《中国法律评论》2017年第4期,第68-71页。

重失衡”——法益对比关系出现“离谱”的情形。此时“防卫结果”不受侵害行为(如对微财的侵害)所决定,其结果由“防卫行为”独立导致,侵害行为只是条件关系上的原因,但不是归责源头。换言之,基于理性一般人的生活经验,^[97]不可能预期盗窃几粒樱桃所招致的风险的自然发展流程会终结于窃贼被杀,也就意味着此结果不处于社会一般人在当时具体情形下的预期范围内,不具有构成要件意义的典型性,因此不可将防卫结果视为侵害者的“作品”。在这个意义上,法感情对法益衡量问题的意义才真正得以体现,因为法感情的判断透过一般生活经验这一概念影响了归责结果。

需要注意的是,一般生活经验指的是公众的认知,^[98]而非司法适用者的经验,不受实务部门对正当防卫苛责积习的局限,因此不能将类型三中基于一般社会经验得到的防卫结果不归责于侵害者的结论,滑坡论证为在类型一、二中也不归责于侵害者。

或认为,类型三将结果归责于“防卫者”,会将本不存在的“忍受义务”加诸其上,因为即便是廉价物,失主也不用坐视其被盗。换言之,在损害侵害者生命而保全防卫者法益、顾及侵害者生命同时保全防卫者法益、顾及侵害者生命而放弃防卫者法益这三项选肢中,因选肢2实际已不可能,而忍受义务的不存在又排除第3选肢,似乎只剩下选肢1。但从“没有忍受义务”并不总能推出“排斥第3选肢”。从“防卫者”(即试图保全微小法益者)的角度看来没有义务考虑的事(侵害人生命的保全),并不意味着以其他身份(一般的法共同体成员)也无需考虑。这就如同,以尽到交通义务的方式故意撞伤他人,仍不能免责,因为交通法规只是案情所涉规范中的一个渊源,而此案还需考虑一般公民之间的注意义务,^[99]这与前文提到的避免“敌人视角”的逻辑是相同的。在这个意义上,第3选肢并不能解读为正当防卫规范对“防卫者”强加忍受义务,而体现了“防卫者”作为普通人须尽到对他人生命的基本尊重义务。反过来,在类型一或二中,由于防卫结果可归责于侵害者本人,所以即便侵害者被杀也不能被解读为防卫者未尽到这种尊重义务。在这种情况下,对第3选肢的选择并不意味着“防卫者”作为法共同体成员的身份“基于利益衡量”优于其作为物权主体的身份,关于利益衡量的局限性,前文已有论述;此番推论的主要用意在于说明,至少通过前一种身份足以解释“防卫者”的行为在构成要件意义上已能独立形成与结果的关联。

2. 防卫行为对侵害行为的应答与“死循环”的解套

既然类型三的“防卫行为”并不中断归责,按照阶层顺序,接下来考虑该行为的违法性问题本应顺理成章。^[100]但正因为正当防卫的内生理论资源对法益衡量问题力有不逮,才需求助于“归责转向”,假如这个问题仍回归正当防卫范式,岂非进入死循环?

然而,“防卫结果”与侵害行为没有归责关系,反由“防卫行为”单独造成,就说明这种“防卫”在客观意义上不能被认定为“为了防卫侵害行为”而采取的措施。这样一来,刑法第

[97] 参见林山田著:《刑法通论》,台大法学院图书部2005年版,第313页。

[98] 参见赵天水:《双层判断模式下介入因果关系困境的化解》,《西部法学评论》2019年第2期,第7页。

[99] Vgl. G. Freund, JuS 2000, S. 758 f.

[100] 参见陈璇:《侵害人视角下的正当防卫论》,《法学研究》2015年第3期,第127页。

20 条第一款“为了使……免受正在进行的不法侵害,而采取的制止不法侵害的行为”的要求并未被满足,因为“为了使……”表达的并非纯主观意愿,也包括客观上的目的关联性。^[101]此与客观归责理论中的“客观有目的性”(objektive Zweckhaftigkeit)概念^[102]是相通的。正当防卫固然是对法益的保护,但却并非由任何一种保护行为均可充任,防卫行为必须是针对侵害行为的“应答”(Antwort)。^[103]

当然,即便在类型三中,侵害行为(盗窃几粒樱桃)仍是存在的,杀死窃贼可否理解为一种过度应答?过度应答毕竟也是应答。但是,只有能够在客观(而非主观)意义上呈现这种目的关联性的行为,才是“针对不法侵害”的应答,这正是类型三所缺失的:将偷盗几粒樱桃的窃贼杀死,并非在客观目的意义上“为了”对抗这种盗窃而采取的防卫行为。这就是类型三中“防卫行为”需要打引号的原因。或认为,既然类型三的“防卫行为”是必要的(这是类型三的前提),那就是有效的,既然是有效的,当然“能使……免受不法侵害”。但刑法第 20 条的规定是“为了使……”,这与“能使”绝不可混为一谈。前者是后者的前置性判断,客观意义上针对侵害行为的应答若不存在,该行为即使“有效”也不能说明问题。既然类型三中杀死樱桃窃贼等行为不满足刑法第 20 条第一款,它至少不会以主客观相一致的方式进入正当防卫的考察范畴,更不会被正当防卫范式排除违法性,“死循环”得以解套。

3. 法益严重失衡的“防卫行为”的处理原则

在类型三中,既符合“必要性”同时又客观满足应答关联的防卫手段,实际并不存在。由于这个判断是借助客观归责理论完成的,不涉及“防卫者”的主观方面,其防卫意思不受影响。这就意味着“防卫者”主观上仍认为存在适格防卫手段,这在逻辑上就和(基于防卫手段认识错误的)假想防卫情形相一致了。例如,防卫者误以某种防卫措施为必要,而实际上并非如此,当这一错误为事前可见(erkennbar)时,根据通说应认定该行为构成假想防卫。^[104]类型三中的“防卫者”犯了逻辑上相同的错误,其“防卫行为”亦可视为一种特殊的假想防卫,根据目前较有力的“法律后果限制责任说”,可通过排除责任故意(而非构成要件故意)阻却故意犯罪的成立。^[105]当然,什么情况属于类型三,需要严格基于事前客观标准判断,如果法益严重失衡对防卫者而言并非事前显见,就不能按照类型三来处理。在这个意义上,司法实践对正当防卫过分苛求的态度仍是值得警惕的。

通过这种思路,第三种立场真正得到了维护:一方面,“正当防卫一般不进行法益衡量”的原则,没有(也无需)受到挑战,因为“真正法益严重不均衡”的情形主要不是通过正当防卫范式解决的。对于其他情形,按照该原则去处理,不会产生矛盾。另一方面,该原则带来的“敌人化”侵害者的隐忧,被阻截在正当防卫范式之前,在构成要件层面得以解

[101] T. Rönau, *JuS* 2009, S. 595.

[102] Vgl. F. Schaffstein, *FS-Honig*, Göttingen 1970, S. 170.

[103] H. Alwart, *JuS* 1996, S. 957.

[104] K. Kühl, *Rn.* 7/108.

[105] J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, *Strafrecht AT*, Heidelberg 2016, *Rn.* 704 f.

决。这样一来,既可以直接承认第一种立场与正当防卫理论上的契合,从而旗帜鲜明地在正当防卫理论框架内否定第二种立场,又可以规避第一种立场在结果妥当性与法感情方面的缺陷。只有这种思路才能充分彰显第三种立场“折中”二字的真谛:这种折中不是在第一、二种立场之间和稀泥,而是在正当防卫理论框架内充分认可前者理据性的前提下,引进客观归责的思考路径,并在技术手段上保证这种理论工具与正当防卫范式相互补充,从而实现原则与例外在学理意义(而非刑事政策意义)上的共存。

[本文为作者主持的2015年度国家社会科学基金后期资助项目“功能视域下的法益概念及其自由本质研究”(15FFX026)的研究成果。]

[Abstract] There are three standpoints on the measurement of legal interest in justifiable defense: (1) legal interest measurement should not be carried out in justifiable defense under any circumstances; (2) legal interest measurement should be carried out in a comprehensive manner in justifiable defense; (3) measurement of legal interests should not be allowed in justifiable defense “in principle”, but should be allowed when legal interests are seriously unbalanced. The third position has the advantage in the appropriateness of results and has been generally accepted both in Germany and in China. However, in the framework of the theory of justifiable defense, the individual perspective can only effectively prove the first position, and contains the dangerous tendency of the “enemy” perspective; the supra-individual perspective, on the other hand, ends in the same direction and is even less persuasive. German criminal law has realized the interpretation of the third position outside the system of criminal law dogmatics and within the scope of literal interpretation through the “topic turn”, but this scheme is not applicable to Chinese law. After pointing out the logic problem of the single-level imputation path, this paper abandons the principle of imputation as a vassal of justifiable defense theory, and through the examination of the two-layer imputation path and the analysis of the defense imputation relationship, bases the third standpoint on the complementarity of objective imputation and justifiable defense, thereby realizing the coexistence of “principle” and “exception” in the criminal law dogmatics system, and finding a concrete solution to the problem of serious imbalance of legal interests.

(责任编辑:郑佳)