

## 防卫权向生命权让步

### ——不得实施极端防卫之理据

魏 超

**内容提要:**作为正当防卫的指导原则,“权利无须向不法让步”在任何情况下均应当被遵守。不得防卫说剥夺了防卫人面对不法侵害时的防卫权,社会伦理限制说存在将道德与法律混为一谈的风险,自我答责并非正当防卫的正当化依据,故上述观点均难以成为不得实施极端防卫行为的理由。防卫权是国家合法垄断暴力背景下,赋予公民在紧急状态下侵犯他人以保护自身法益的法定权利,理应符合宪法的基本要求。根据保护义务与比例原则在“防卫人—国家—侵害人”三角关系中结合产生的“禁止过度原则”,侵害人在仅侵犯轻微法益时,宪法仍对其生命权具有保护义务,此时防卫人不得实施极端防卫行为的原因并非权利向不法让步,而是防卫权向生命权让步。

**关键词:**正当防卫 极端防卫 保护义务 比例原则 禁止过度原则

魏超,苏州大学王健法学院讲师。

#### 一 不得极端防卫与“权利无须向不法让步”之矛盾

随着于欢案、昆山龙哥案、丽江反杀案等社会热点案件的出现,理论界与实务界均明显提升了对正当防卫的关注程度。2020年8月28日,最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合发布了《关于依法适用正当防卫制度的指导意见》(下称“《意见》”),对正当防卫的成立要件进行了详尽的规定,足见国家对其之重视。不可否认,《意见》的出台对于明确正当防卫制度的适用具有积极的作用,但同样地,其中也存在些许模糊之处。例如,对于受到显著轻微的伤害能否成立正当防卫的问题,《意见》第1条便开宗明义地指出:“正当防卫是法律赋予公民的权利。要准确理解和把握正当防卫的法律规定和立法精神,对于符合正当防卫成立条件的,坚决依法认定。要切实防止‘谁能闹谁有理’‘谁死伤

谁有理’的错误做法,坚决捍卫‘法不能向不法让步’<sup>[1]</sup>的法治精神。”第10条指出:“对于显著轻微的不法侵害,行为人在可以辨识的情况下,直接使用足以致人重伤或者死亡的方式进行制止的,不应认定为防卫行为。”诚然,在绝大多数面临显著轻微不法侵害的情况下,防卫人都具有选择防卫手段的余地,故其在能够适用更轻微手段却直接使用明显超过必要限度手段并造成重大损害之时,理应成立防卫过当。问题在于,在特殊情况下,防卫人除了极端手段外,无法保护自身轻微法益时,其防卫行为能否成立正当防卫?

[案例1]:B潜入A的农场偷摘了两个苹果,A发现后大声示警,并扬言B不放下苹果就将开枪射击,B发现A坐在轮椅上,故不予理睬,A在别无他法的情况下,开枪将B射杀。<sup>[2]</sup>

本案的案情并不复杂,但A的行为能否成立正当防卫却着实值得研究。依照《意见》第10条的规定,A在可以辨识的情况下为了保护自身显著轻微之法益而将B射杀,难以成立正当防卫。这样的观点也得到了我国学界的赞成。由于我国社会一直存在“人命关天”“死者为大”之观念,加之此时法益相差悬殊,故无论对防卫限度采取“折中说”抑或“基本相适应”说的学者都认为:为保护轻微法益而侵害重大的法益,即便非此不可,也应当认定超过必要限度。<sup>[3]</sup>甚至有支持必需说的学者也持此种观点。<sup>[4]</sup>然而,此时A是在缺乏其他保护自身法益手段的情况下,不得已才实施了杀人行为,若认为其不成立正当防卫,无异于迫使其忍气吞声,目送B离开,但是这样的做法等同于要求其“向不法让步”,不但有违正当防卫的立法目的,更直接违反了“法不能向不法让步”的法治精神,如若适用,《意见》也会陷入前后矛盾的困境。作为一个极为“尖锐”的权利,正当防卫不仅涉及到防卫人的个人权利,同时也涉及到侵害人的人身安全,更会引起民众广泛的关注,可谓牵一发而动全身,故认真甄别极端情况下防卫行为的法律性质、合理解释其成立犯罪的原因会直接关系到民众对法律能否保障自身合法权益的信赖,因而显得尤为重要。有感于此,本文拟先对学界既有的入罪理由进行辩驳,而后提出一种新的解释思路:根据“禁止过度”原则,在仅侵犯轻微法益的情况下,法律并不会剥夺侵害人的全部权利,此时不得实施防卫行为并不意味着“权利向不法让步”,而是“防卫权向生命权让步”。

## 二 既有极端防卫违法说之梳理与质疑

与我国学界的“一团和气”不同,在极为重视个人权利的域外,对于“极端防卫”是否合法已展开了旷日持久的争论,主要集中于此时防卫人是否具有防卫权,以及其在拥有防

[1] 虽然《意见》及大部分学者均将此条翻译为“法不能向不法让步”,但如后所述,本条翻译为“权利无须向不法让步”更为合适。参见王钢著:《正当防卫的正当化依据与防卫限度》,我国台湾地区元照出版公司2019年版,第88页;赵雪爽:《对无责任能力者进行正当防卫》,《中外法学》2018年第6期,第1621页。

[2] Obstdiebstahl-Fall, RGSt 55, 82.

[3] 参见周光权著:《刑法总论》(第三版),中国人民大学出版社2016年版,第209页;黎宏著:《刑法学总论》(第二版),法律出版社2016年版,第140页。

[4] 参见张明楷著:《刑法学(上)》(第五版),法律出版社2016年版,第211页。

卫权且满足必要性的情况下为何仍然不成立正当防卫等方面。

### (一)“正当防卫说”有违法治国基本原则

早期的启蒙思想家一般认为,无故侵犯他人合法权利之人将处于不受法律保护的状态。如费希特便指出:无论是谁……只要破坏公民契约,他作为公民和作为人就会因此失去他的全部法权,并且完全不受法律保护。换言之,只要行为人破坏公民契约,其就会成为“在法律之外的解除契约者”,<sup>[5]</sup>从而完全失去法律保护,形成法益阙如之状况,任何人都可以对其进行伤害,而且这种伤害行为可以毫无限制。<sup>[6]</sup>受此影响,早期的德国刑法典往往承认极端防卫的合法性。1851 年《普鲁士刑法典》第 41 条规定:当防卫人是基于恐慌、害怕或是震惊而超出防御限度,同样考虑成立正当防卫。彼时的学者认为,即便仅为了“轻微且可以弥补的财产损失”在必要时也可以采取“最为激烈的手段”。<sup>[7]</sup>当时的帝国法院甚至在此基础上采取了更为激进的立场,认为在别无选择的情况下,被告人用猎枪向两个从他树上偷水果的小偷射击以阻止其逃跑的做法属于——而非条文中的“考虑成立”——正当防卫,因为在彼时的刑法典第 53 条与民法典第 227 条中,均否认了正当防卫中保护的法益与损害的法益必须符合比例原则。<sup>[8]</sup>此种观点至今也有部分学者赞成,如米奇(Wolfgang Mitsch)教授认为:在正当防卫中,侵害人完全可以通过放弃侵害行为,以避免防卫行为给自身造成的法益侵害。但他却并没有这么做,既然如此,防卫人就没有必要考虑对其会造成什么样的损害。<sup>[9]</sup>松宫孝明教授也认为,在侵害人拼死实施盗窃时,即便是基于盗窃犯人的生命价值显著大于财产的所有权这一理由,防卫人也没有容忍盗窃的义务。<sup>[10]</sup>

但是,此种观点在现代法治国家已不再适用。一方面,从法条上看,并不存在既往刑法典中任何情况均能够成立正当防卫的规定。现行《德国刑法典》第 33 条明确规定:行为人出于迷茫、恐惧或者惊吓而逾越正当防卫之边界者,不受处罚。我国《刑法》第 20 条第 2 款也规定: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。另一方面,前述论者的观点也显然难以成立。米奇教授认为,“攻击者能够停止他的攻击”仅仅意味着正当防卫的时间要件应当取决于攻击者,并不意味着其应当承担任何防卫后果。松宫孝明教授指出此时被害人没有容忍不法侵害的义务,但此时防卫人并非容忍其不法侵害,而是因为其不具有损害侵害人生命权的权利。值得注意的是,学界对于防卫人不成立正当防卫得出了近乎同一结论,但对于此时是否存在防卫权,以及在拥有防卫权的情况下为何不成立正当防卫却仍然存有争议,故我们仍然需要探究其背后的法理依据。

[5] 参见[德]费希特著:《自然法权基础》,谢地坤、程志民译,商务印书馆 2004 年版,第 260-261 页。

[6] 关于费希特的正当防卫思想,参见邓卓行:《重拾一种被遗忘的刑法思想——费希特〈自然法权基础〉研读》,《政法论坛》2021 年第 3 期,第 169-170 页。

[7] Vgl. Goldammer, Die Materialien zum StGB für die Preuß. Staaten, Teil I, 1851, S. 366 ff., 420 f.

[8] Vgl. RGSt 16, 72; RGSt 55, 82.

[9] Vgl. Wolfgang Mitsch, Nothilfe gegen provozierte Angriffe, GA 1986, S. 545 f.; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2016, § 15 Rn. 53.

[10] 参见[日]松宫孝明著:《刑法总论讲义》(第 5 版补订版),成文堂 2018 年版,第 145 页。

## (二)“不得防卫说”无故剥夺防卫权

有学者认为,在法益差距巨大的情况下,防卫人非但不成立正当防卫,甚至也难以成立防卫过当。如有日本学者指出:在要保护轻微的法益,就必须实施显失均衡的法益侵害行为的场合,不允许以正当防卫来对抗该不法侵害……而应该以该行为原本就不属于防卫行为为由否定正当防卫成立,自然也就不属于防卫过当。<sup>[11]</sup>海因里希(Bernd Heinrich)教授指出:由于存在如此巨大的差异,即使采取措施是保护法益的唯一可能手段,防卫也是不可接受的。因此,在这些情况下,防卫权不是受到限制,而是被完全排除。<sup>[12]</sup>类似地,《意见》的起草者也指出:所谓“防卫”行为与加害行为有明显、重大悬殊,无法认定行为人具有防卫意图。为防止小偷偷走一个苹果而对其开枪射击,即使当时没有其他制止办法,也不能认定行为人具有防卫意图,不成立正当防卫或者防卫过当。<sup>[13]</sup>本文不赞成这种观点,理由如下。

首先,根据《意见》第5条,不法侵害包括违法行为。既然显著轻微的不法侵害亦属于违法行为,防卫人的反击行为当然具有防卫属性,否则《意见》前后便有自相矛盾之嫌疑。前述日本学者也均认为,正当防卫中的不法侵害无须符合构成要件该当性,而是具有违法性即可,<sup>[14]</sup>侵害他人轻微法益显然是一种违反法律规范之行为,但论者却又认为防卫人不具有防卫权,可见其观点也难以自圆其说。海因里希教授虽然认为,当攻击与法律制度相抵触,并且被攻击者不需要忍受,其就属于不法侵害,<sup>[15]</sup>似乎避免了日本学者的自相矛盾,但如后所述,此种基于社会连带理论产生的容忍要求不但在德国遭受了质疑,在我国法律体系中也并不存在。其次,若认为此时不存在防卫行为,等于否定了防卫人在极端防卫情形中的防卫权,将造成防卫人能够满足必要性时拥有防卫权,无法满足必要性时又没有防卫权之景象。如前述案例1中正好有一路人C经过,并使用暴力将B赶走,C的行为显然能够成立正当防卫。因此防卫权的有无不是取决于法律的规定或存在不法侵害的客观事实,而是取决于防卫人是否存在合适的手段,进而使得防卫权处于一种“时有时无”“因人而异”的状态,让民众在面对不法侵害时无所适从。而且,明显超过必要限度与轻微超过必要限度之防卫手段均逾越了防卫行为的必要性,二者之间只具有量的区别,而没有质的差异。故若在手段明显超过必要限度时便否认防卫人的防卫权,则理论上也应当在其仅轻微逾越必要限度时否认防卫权的存在,但这显然与既有防卫过当之规定不相吻合。是以,防卫权的有无和防卫手段与不法侵害之间的“差级”并无关联,只要存在不法侵害,便应当肯定防卫人的防卫权,此类情形中防卫人的反击行为仍具有防卫属性,只是难以成立正当防卫。再次,《意见》既然已经指出“行为人是在可以辨识的情况下……

[11] 参见[日]山口厚著:《刑法总论》(第3版),付立庆译,中国人民大学出版社2018年版,第137-138页;[日]高桥则夫著:《刑法总论》,李世阳译,中国政法大学出版社2020年版,第263页。

[12] Vgl. Bernd Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2019, Rn. 364.

[13] 参见指导意见起草小组:《〈关于依法适用正当防卫制度的指导意见〉的理解与适用》,《人民司法》2020年第28期,第30-31页。

[14] 参见[日]高桥则夫著:《刑法总论》,李世阳译,中国政法大学出版社2020年版,第245页;[日]山口厚著:《刑法总论》(第3版),付立庆译,中国人民大学出版社2018年版,第120页。

[15] Vgl. Bernd Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2019, Rn. 350.

进行制止”，则已经意味着其对于存在侵害的事实具有认识，既然如此，就无法否认其防卫意图的存在，起草者的理由明显存在自相矛盾之处。最后，无论论者对正当防卫的正当化依据采取法益衡量说还是个人法益 + 法确证利益的二元论，都难以否认此时防卫人的射击行为保护了作为正当防卫正当化依据之根本的个人法益，既然如此，就没有理由剥夺防卫人的防卫权。<sup>[16]</sup>

### （三）社会伦理限制将道德与法律混同

根据目前的德国通说，在射击是唯一可以保护自身法益的情况下，该行为符合必要性标准，但不符合应当性标准。其立法机关在相关资料中指出：“在一些违法性不能被否认的情况下，也需要从社会道德的角度对正当防卫权予以限制……例如某种攻击是如此之轻微，以至于它是能够被期待容忍的。”由于此类限制是基于基本的社会道德认知，所以也被德国学界称为“社会伦理限制”。<sup>[17]</sup> 本文也难以赞成此种观点，理由如下。

首先，依照“社会道德”逻辑，在法益相差显著悬殊的情况下，其是因为违背了“社会道德的限制”而难以阻却违法，相应地，在法益相差并不悬殊之时，其行为也是因为满足“社会道德”而成立正当防卫。则此时防卫人是否成立正当防卫，完全取决于其是否符合社会道德而非法条规定，但此种因防卫人的行为不符合社会道德的认知而剥夺其法律权利的做法，是一种典型的“隐蔽的法律道德主义”，应当特别予以警惕。<sup>[18]</sup> 其次，社会伦理限制说难以说明此时为何能够期待防卫人容忍不法侵害。在现代法治国家当中，要想说明对个体自由所施加的限制具有合法性，只能根据公民基于自身理性所表达的同意。<sup>[19]</sup> 在面临不法侵害时剥夺公民的正当防卫权也是对其自由的一种限制，因此也应当以能够得到理性人的普遍同意为前提。但是，此种义务似乎难以得到理性人之认可。因为此时是侵害人基于自由意志主动创设出了不法侵害，参与制定规则的理性公民必然会考虑到，倘若保护的法益价值差距极大就负有容忍义务，便意味着侵犯轻微法益之人享有一定的“特权”，这样一来极有可能造成部分居心叵测者有意实施此类犯罪。<sup>[20]</sup> 例如，侵害人明知农场主行动不便，除射击外没有任何方式可以保护自己的果实，便三番四次地潜入盗窃，若理性人考虑到这一背景情况，势必不会同意在此情况下容忍不法侵害。因为此时的正当防卫非但不会成为其自身法益的保护伞，反而成为其保护自身合法权益之枷锁，这显然是理性人所无法容忍的。最后，这种观点在我国也没有适用空间，具体将在本文第三部分进行分析。

### （四）自我答责说有违教义学基本原理

有支持被害人教义学的学者认为，正当防卫的正当化依据在于被害人自我答责，即当一个人明知侵害他人的行为会遭遇反击而仍然实施不法侵害时，就是自愿把法益带入风险之中，因而属于“被害人危险接受”，基于对自我决定权的尊重和自我答责的原理，刑法

[16] 认为此时具有防卫权的观点，参见冯军：《防卫过当：性质、成立要件与考察方法》，《法学》2019 年第 1 期，第 26 页。

[17] Vgl. BT-Drucks. V/4095, S. 14; Helmut Frister, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2020, § 16 Rn. 27.

[18] 参见陈尔彦：《德国刑法总论的当代图景与变迁——以罗克辛〈刑法总论教科书〉第五版修订为线索的展开》，《苏州大学学报（法学版）》2020 年第 4 期，第 114 - 115 页。

[19] Vgl. Brigitte Kelker, Der Nötigungsnotstand, 1993, S. 117, 162.

[20] 参见陈璇著：《正当防卫：理念、学说与制度适用》，中国检察出版社 2020 年版，第 136 页。

不应当再进行保护。但是,在明显不堪忍受且不合乎比例的极端情况下,防卫强度已经大大超出了侵害人可能预估到的其侵害行为所创设的风险。<sup>[21]</sup>

在本文看来,此种建立于被害人教义学基础上的理论也存在如下疑问:首先,被害人危险接受并不等于被害人承诺,其内心对于结果仍然持抵触态度,故认识到了会遭受反击仅能够代表侵害人愿意接受反击所带来的侵害自身法益之风险,并不能够直接推导出造成法益实害的合法性。诚然,侵害人造成了法益冲突的局面,把自己从一个相对安全的状态带入了利益冲突的危险境地。因此侵害人由始至终都应当对自己所遭受的法益损害负责。<sup>[22]</sup>但是,这并不代表我们能够通过被害人自我答责将此法益侵害合法化。被害人自陷风险之所以能成为一种排除结果归责的事由,是因为其在完全认识到自身行为可能会给自己法益造成损害的情况下,依然实施了该危险行为,使得法益的安危实际上完全处于其自身的掌控之中,故由该危险行为所引起的结果就必须由被害人自行承担。<sup>[23]</sup>是以,唯有当危险的产生处于被害人现实支配和控制之下时,才能够把该危险所造成的损害结果归入自我负责的范围。<sup>[24]</sup>然而,正当防卫中的侵害人却并不符合上述条件。一方面,给侵害人法益造成实际损害结果的并不是其自身所实施的不法侵害行为,而是防卫人的反击行为,尽管侵害人因先行的侵害行为自陷风险,但风险实现的路径却不由他自己控制,而是取决于法律上给予防卫人怎样以及多大范围的防卫权限,且防卫人同样控制着事态的发展,<sup>[25]</sup>故侵害人对自己所受到的法益损害欠缺直接支配;另一方面,侵害人实施的不法侵害行为也并未剥夺防卫人自身的行动选择能力,故二者间既不存在“实施强制行为,支配因果发展进程”的关系,也不存在“对危险行为具有优越的知识,支配因果发展进程”<sup>[26]</sup>之情形,其对于侵害行为引起损害结果的事实过程也不具有间接支配。<sup>[27]</sup>因此从结果归责的角度分析,正当防卫中的侵害人对事态发展所具有的支配力,远未达到能使损害结果专属于自己答责范围所需要的程度,其法益损害结果也并不应当由其“自我答责”。

其次,根据论者“风险创设者对风险实现的强度有所预估”的论述,其显然是将能否自我答责与侵害人预估的可能遭受的反抗强度相关联。但问题在于,侵害人对于自己实施轻微不法时应当忍受的法益损害,并不会做出一致的预估,这便会导致防卫人是否成立犯罪完全取决于侵害人主观的认知与判断,而非客观的法益侵害程度与防卫人的防卫手段。但这样的结果显然难以让人接受,因为侵害人的内心预估并不应该影响行为人所

[21] 参见车浩:《体系化与功能主义:当代阶层犯罪理论的两个实践优势》,《清华法学》2017年第5期,第63-64页; Joachim Kretschmer, Die Rechtfertigungsgründe als Topos der objektiven Zurechnung, NSiZ 2012, S. 183。

[22] Vgl. Puppe, Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 4. Aufl. 2019, § 12 Rn. 1; Greco, Notwehr und Proportionalität, GA 2018, S. 679 ff.

[23] 参见冯军:《刑法中的自我答责》,《中国法学》2006年第3期,第101页; Frisch, Selbstgefährdung im Strafrecht, NSiZ 1992, S. 6。

[24] Vgl. Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 50. Aufl. 2020, Rn. 275.

[25] 参见喻浩东:《论免除罪责的防卫过当——从最高法93号指导性案例的反思切入》,《法学》2020年第7期,第147页。

[26] 张明楷:《刑法学中危险接受的法理》,《法学研究》2012年第5期,第189页。

[27] 参见陈璇著:《正当防卫:理念、学说与制度适用》,中国检察出版社2020年版,第52页。

行为的评价意义,如果侵害人的内心想法能够左右刑法的最终判断,则规范效力就将处于一种极不稳定的状态。<sup>[28]</sup>此外,根据三阶层理论,自我答责原则属于构成要件排除事由,即行为人的行为创设的风险并未实现具体的结果,而通说无争议地认为,正当防卫属于违法阻却事由,若将自我答责作为正当防卫依据,也与通说不符。

除了前述理由外,上述观点均存在一个难以解决的问题,即若认为防卫人难以成立正当防卫,就会出现其只得目送侵害人离开而不得实施防卫之“权利向不法让步”的景象,而此种情形显然与正当防卫的基本理念“法不能向不法让步”相悖,如何从解释论的角度消除此种分歧?部分学者认为,在例外的情况下,防卫权必须让位于“不法”。<sup>[29]</sup>但是,作为一项极为重要的法律制度,正当防卫不仅起着保护法益的作用,更担当着民众面对不法侵害时行为指引的重任,其内部不应出现自相矛盾之处。即便认为权利仅在某些特殊情况下需要向不法让步,也会让民众在面临不法侵害时畏首畏尾、无所适从,因为民众无从知晓其所面临的是否为“特殊情况”,这不但会导致正当防卫设立功效大打折扣,致使国民的行动自由萎靡,更可能导致整个正当防卫体系的崩塌。因此,我们必须寻找一条新的解释路径,使得其既符合既有的理论与法律规范,又能够解释此时并未违背“权利无须向不法让步”原理。

### 三 禁止过度原则下“防卫权向生命权让步”的证立

正如罪刑规范背后的实质保护目的是指引构成要件解释的向导一般,所有关于正当防卫的具体解释问题,其最终解决都离不开正当防卫本质论的指引。<sup>[30]</sup>学界也有不少学者认为,不得实施极端防卫行为的原因在于此时其不符合正当防卫正当化依据中的法确证原则,本文同样持此种观点,只是认为我们需要对此原则进行重新解读。

#### (一) 法确证原则的解读:符合法律秩序

德国的通说二元论一直将法确证原则视作正当防卫的法理基础之一,即在正当防卫中,防卫人不但制止了不法侵害,更替不在场的国家维护了法秩序的效力,而后者的利益是无法估量的,故二者相加就能够超过侵害人的利益,正当防卫也因此能够阻却违法。<sup>[31]</sup>而在“微财杀人”之时,因为法秩序在此情况下会要求被攻击者不得行使防卫权,故防卫人已经不具有部分的法确证的利益,<sup>[32]</sup>其实施的防卫行为也就因不满足利益衡量原则而难以阻却违法。

然而,此种二元论已经遭受了严峻的质疑。首先,不难看出,二元论在本质上采取的仍然是一种利益衡量的观点,其核心主张是:为了保全优越利益而牺牲较小的利益是合法的。但是,此种观点却存在诸多问题。首先,我们仍然可以追问,为何牺牲较小的利益以

[28] 参见王骏:《论被害人的自陷风险——以诈骗罪为中心》,《中国法学》2014年第5期,第163页。

[29] Vgl. Kristian Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 7 Rn. 160.

[30] Vgl. Bockelmann, Notwehr gegen verschuldete Angriffe, in: Barth (Hrsg.), FS-Honig, 1970, S. 30; Kühl, Notwehr und Nothilfe, JuS 1993, S. 179.

[31] Vgl. Rönau/Hihn, in: Leipziger Kommentar, 13. Aufl. 2019, § 32 ff Rn. 66.

[32] Vgl. Rudolf Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2020, § 18 Rn. 58.

保全优越利益的行为是合法的。<sup>[33]</sup> 换言之,为何为了保护更大的利益,侵害人就必须得忍受自己利益受损? 如果功利主义能够成为正当防卫的正当化依据,为何其在紧急避险中又备受批判? 但令人遗憾的是,支持该说的学者却并未给出令人信服的理由。正因如此,诺伊曼(Ulfried Neumann)教授明确指出:优越利益原则说到底只是一个无法自给自足的形式性原则。<sup>[34]</sup> 其次,作为此观点之重要依据的“法秩序效力的利益无法估量”这一前提值得商榷,因为无论是绝对的国家主义观点抑或刑罚的一般预防机能,均难以推导出此项结论。<sup>[35]</sup> 最后,二元论的观点恐怕也难以得到支持者自己的认可。法确证原则中的法秩序指的显然是“为不法侵害所具体违反的法规范”,<sup>[36]</sup> 而某一法规范的价值是取决于其所保护的法益价值。但是在许多情况下,即便二者相加也很难认为其利益便能够超过侵害人的利益。因为法规范的价值,其实已经体现在条文的刑期之中,故只要承认在面临最高刑并非死刑的不法侵害时能够杀害侵害人,便很难绝对地断言,此时所保护的利益已经超越了侵害人的利益。<sup>[37]</sup> 因此,枉顾具体保护的法益价值高低,直接认为抽象的法规范具有至高价值,不但让人难以信服,更会出现理论上的自相矛盾。

正因为法确证利益说在扩大正当防卫范围的运用中存在上述无法解决的困境,部分学者反其道而行之,将之运用于缩小正当防卫的适用范围。如罗克辛(Roxin)教授便指出:法确证原则的独立内涵并不在于正当防卫权的扩大,而在于对其进行社会伦理的限制。有多少效力可贯彻到法的实施(即它的“确证”)中,取决于整体法秩序如何去作用于特定的案情。侵害人实施轻微不法侵害的场合,由于法确证需要的降低,防卫时须存在顾忌。<sup>[38]</sup> 我国也有学者认为法确证原则的功能在于对正当防卫进行社会伦理限制,只是对个人保护原则的补充,其功能不在扩张正当防卫权,而在缩小正当防卫权,作用点不在必要性,而在需要性。<sup>[39]</sup> 在极端防卫的情形中,自我保护的利益与侵害人的危害行为相比经历急剧的降低,同时,法确证利益也要被否定,因为法秩序不可能为防卫价值微小的利益或针对微不足道的侵害,而允许以侵害人的实质性损害为代价。<sup>[40]</sup>

本文赞成上述学者的论证思路,但认为其论证过程存在瑕疵。一方面,此类观点其实仍然是建立在“法益衡量”的基础上,即在普通情况下,防卫人利益加法确证利益的总和大于侵害人生命法益;而在侵害法益较为轻微的情况下,防卫人利益加降低的法确证利益的总和小于侵害人生命法益,而如前所述,此种前提显然值得商榷。另一方面,上述观点存在自相矛盾之处。其一,法确证意义的减弱或否定,只能够代表此时法秩序不赞成防卫人实施此类行为,并不能够抹杀防卫行为对于个人保护的意義,因为此时剥夺侵害人性命

[33] Vgl. Renzikowski, Notstand und Notwehr, 1994, S. 200.

[34] Vgl. Neumann, Die rechtsethische Begründung des rechtfertigenden Notstands, in: Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, 2013, S. 158 f.

[35] 参见赵雪爽:《对无责任能力者进行正当防卫》,《中外法学》2018年第6期,第1623-1625页。

[36] Vgl. Rienen, Die sozialethischen Einschränkung des Notwehrrechts, 2009, S. 142.

[37] 参见徐万龙:《正当防卫中法确证原则之批判》,《环球法律评论》2021年第1期,第155页。

[38] Vgl. Roxin, Notwehr und Rechtsbewährung, in: Heger/Kelker/Schramm (Hrsg.), FS-Kühl, 2014, S. 400.

[39] 参见欧阳本祺:《论法确证原则的合理性及其功能》,《环球法律评论》2019年第4期,第93-94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1334、1347页。



的行为,确实保护了防卫人的法益,而法益作为一种客观存在,为何与侵害人的危害行为相比会经历急剧的降低?此外,若真如学者所言,正当防卫的成立根据在于个人保护原则,且此时的防卫行为确实保护了个人法益,则个人保护的意义并未被减弱或者否定,仅仅不具有作为附庸的法确证的利益,为何又不能成立正当防卫?其二,既然正当防卫的成立根据在于个人保护原则,为何法确证的利益减弱或否定,能够反过来影响甚至限制个人保护原则?更为重要的是,无论法确证的利益具有何种功能,都不应将之纳入正当防卫成立与否的判断过程中。因为在判断过程中,我们应当先判断防卫行为是否合法,而后再判断其是否具有法确证的利益,即应当根据既有的条件直接判断其是否符合法律规范,而不能先假设其不符合法律规范,再以此假定的结果来论证自己的观点。而二元论的逻辑却是认为某一防卫行为拥有法确证的利益时则合法,不拥有法确证利益时违法,并以此为依据认定此行为能否成立正当防卫,明显存在倒果为因、循环论证的逻辑谬误。

事实上,从前述学者的论述中不难看出,此类行为之所以不具有“法确证的利益”,原因在于其实施了杀害行为,逾越了正当防卫的界限,为法秩序所不容,故此时其所谓法确证的利益,更多是一种防卫行为是否符合法律秩序的判断,可见在其眼中,正当防卫并非满足了必要性即可以成立,而是需要同时符合法律秩序,其成立根据并不是纯粹来源于自然权利的“个人保护原则”,而是来源于法定权利的“符合法律规范的个人保护原则”。在个人法益遭受侵害的情况下,满足必要性的防卫行为原则上能够成立正当防卫,因而符合法律秩序;但是,在特殊情况下,即便手段满足必要性,也会超出法律允许的范围,故虽然满足了个人保护原则,但因为不符合法律秩序,也难以成立正当防卫。

有学者可能认为本文的观点只是一种文字游戏,在最终结论上并无不同,但是,正如我们在满足实体正义的同时也需要遵守程序正义一般,法教义学理论不能只满足于结论的实质合理,却不问得出结论的推理过程是否环环相扣、逻辑一贯。<sup>[41]</sup> 前述先承认法律赋予防卫人“无限防卫权”,而后又要求此权利应当受到“法确证利益的限制”之观点,虽然最终亦能够得出合理的结论,但却存在逻辑上的谬误,如此做法不但使得法律产生相互抵牾之处,更会让人产生困惑,法律到底意欲何为?与其如此,还不如将之“融为一体”,直接承认并非任何能够有效保卫自身法益的行为均满足“必要性”,而是只有那些既能够有效保护自身法益,又符合法律限度——即具有“法律确证的利益”——的防卫行为才符合必要性,防卫人唯有实施了限度内的防卫行为才能够成立正当防卫。故接下来的问题在于,为何法秩序要求防卫人只能够在一定限度内实施防卫行为?

## (二) 禁止过度原则对侵害人权利的保护

由于国家对暴力的合法垄断,在法治国家中,公民的防卫权不再是先于法而存在的自然权利,而是由法律赋予其的法定权利。故正当防卫作为一项法定权利,天然的就应当符合法律制度之要求,其界限也应该由客观法秩序来确定,而非取决于防卫人的恣意。<sup>[42]</sup>

[41] Vgl. Joachim Hruschka, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2. Aufl. 1988, S. 140.

[42] 参见喻浩东:《论免除罪责的防卫过当——从最高法 93 号指导性案例的反思切入》,《法学》2020 年第 7 期,第 147 - 148 页。

因此,我们应当结合现行法律规范来确定正当防卫的界限。本文认为,此界限能够通过国家对公民的保护义务及比例原则推导而来。所谓国家保护义务,是指国家应提供充足的保护使公民免遭他人侵害。我国《宪法》第33条要求国家在保障人权的同时,同样要尊重人权,因而能够从中解读出国家对于民众负有保护义务。现代法治国家负担有“通过保障内部与外部安宁而对公民加以保护”<sup>[43]</sup>并“积极提供义务,包括以刑罚手段保护其免受不法伤害”<sup>[44]</sup>的义务。此种思想也与我国宪法条文中的“保障”“保护”等字眼相对应,形成了所谓的“保护义务”。<sup>[45]</sup>故在国家无法凭借自身的力量制止不法侵害的情形中,公民的生命、身体完整性、财产等基本权益处于无保护的状态,其必须设置正当防卫类容许性规范,授予公民实施私人暴力的权利,以此补充缺席的国家帮助,唯有如此,国家才没有违反国家保护义务。<sup>[46]</sup>

此外,根据我国《宪法》第33条第2款和第51条的规定,每一个公民都平等地享有要求他人尊重其法益的权利,同时也平等地负有尊重他人法益的义务。相应地,如果某人对自己所负有的不侵犯他人权利领域的义务不加遵守,其当然也不能要求对方遵守不损害自身权利领域的义务,这是公民平等性的必然要求。因此,在难以得到公权力救济的情况下,国家的保护义务会赋予防卫人阻止侵害人对自己造成损害的权利,而根据平等原则,既然侵害人单方违背了自己对他人承担的义务,并由此引起了义务冲突,那么相对应地,在为保护平等地位和法益安全所必要的范围内,防卫人对其所负有的不得侵害的义务原则上也归于消灭。<sup>[47]</sup>值得注意的是,此时的平等并不是指防卫人给侵害人造成的法益损害与所保护的法益价值相同这种“以血还血,以牙还牙”意义上的平等,而是其作为法律平等保护对象之主体意义上的平等。既然是侵害人打破了此种平等,让防卫人陷入了与他不平等的状态,则防卫人为了让自身法益恢复至平等状态所付出的全部代价,都应当由侵害人加以承担。侵害人在让法益恢复至攻击前状态的限度内,自身法益也难以得到法律的保护,对该部分法益造成损害的,也会因为没有侵犯法规范所保护的法益而能够阻却违法。但是,这样对防卫人负有保护义务,进而赋予其防卫权的观点并不代表其在任何情况下均可以合法杀人,因为即便侵害人实施了不法侵害,其也不会因此丧失公民资格,更不会进入费希特所谓的自然状态,侵害人与防卫人此时同样平等地受到宪法和法律的保护,国家对于侵害人也负有保护义务。而且,对于法治国家而言,对公民基本权利的剥夺,均需要接受比例原则的审查,故正当防卫作为一种剥夺侵害人权利的国家保护义务之产物,其在防卫限度这一问题上,也需要满足比例原则之要求。<sup>[48]</sup>

在正当防卫中,此种受比例原则制约的保护义务又可以进一步被细化为禁止不足原则与禁止过度原则。如前所述,正当防卫当是国家以刑法之名允许防卫人通过限制侵害

[43] Vgl. Calliess, Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis, JZ 2006, S. 321.

[44] Vgl. BVerfGE 39, 1 (42).

[45] 参见陈征:《基本权利的国家义务保护功能》,《法学研究》2008年第1期,第56页。

[46] Vgl. Kneihls, Privater Befehl und Zwang, 2004, S. 377; Merten, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, 1975, S. 57.

[47] 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126页。

[48] Vgl. Urs Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2020, § 16 Rn. 42; 张翔:《刑法体系的合宪性调控——以“李斯特鸿沟”为视角》,《法学研究》2016年第4期,第57页。

人基本权利的方式来维护自己基本权利的一种法律制度,故其限制程度理应接受宪法上对国家负有的基本权利保护义务的审查。而国家此时履行保护义务的方式是所谓的“通过干涉的保护”,即通过法律手段允许防卫人实施“干涉侵害人基本权法益”的权利来保护其自身的基本权益。故国家虽然没有直接实施正当防卫行为,但却通过容许性规范的方式间接参与到了正当防卫之中。<sup>[49]</sup> 正是因为宪法规定的介入,使得正当防卫在构造上并非纯粹的“防卫人—侵害人”的二元结构,转而呈现出“防卫人—国家—侵害人”的三角关系,在此种关系中,国家并非单纯地扮演一方的保护者,而是同时担任双方的保护者,故一方面,在为了履行保护义务而必须侵犯另一方基本权利时,国家不得容许对其基本权利进行过度侵犯(即禁止过度);另一方面,在保护防卫人的基本权利方面,国家也不能做得太少(即禁止不足)。<sup>[50]</sup> 换言之,在唯有通过制约侵害人的基本权才能达成保护目的时,就应当在三面(而非两面)构造的基础上确定保护法律的审查基准,即在防卫人与国家的关系上应遵循禁止不足原则,在侵害人与国家的关系上应确立禁止过度原则。<sup>[51]</sup> 如果国家对防卫人的保护效果无法达到宪法要求,则违背了禁止不足原则;若国家保护过度从而损害了侵害人的基本权利,则又会违背了禁止过度原则,侵害人在满足条件的情况下可以利用基本权的防御权功能进行防御,而无论违反禁止不足抑或禁止过度原则,均构成违宪。<sup>[52]</sup> 所以,我们在划定对防卫人的保护底线之际应同时考虑保护上限,以防该防卫权反过来又对侵害人的基本权造成过度限制(即对其造成损害)。换言之,防卫权应当在禁止不足与禁止过度原则所确定的幅度内予以发动。<sup>[53]</sup>

具体至极端防卫的情形中,禁止不足原则赋予了防卫人可以直接选择能够立即终局性制止不法侵害手段之权利,而禁止过度原则在保护侵害人基本权利的同时,也赋予了防卫人不得过度损害侵害人法益的义务。诚然,因为个人对法益价值判断的不同,我们很难对某一行为是否过度得出统一结论,但是,当一个行为明显过度的时候,我们便能够达成共识,一般也不会产生争议或者歧义。<sup>[54]</sup> 不言而喻,生命是最为重要的法益,生命权也是每个个体最为宝贵的权利,国家理应对其提供最为周全的保护。联合国《公民权利和政治权利国际公约》第 6 条第 2 款明确规定,在未废除死刑的国家,判处死刑只能是对最严重的罪行的惩罚。而仅侵犯轻微法益的行为非但不是最严重的罪行,在我国法律体系中甚至难以被称为罪行,若认为此时将侵害人杀害的行为仍然没有违反禁止过度之要求,则实在难以想象在正当防卫中还有何种情况会违反此要求。因此,只要承认正当防卫需要遵循禁止过度原则,极端防卫就必然违反了此项原则。故在此类案件中,尽管不法侵害人威胁到了他人权益,但仅仅侵害他人轻微法益的行为却并不会导致其丧失自身的全部权

[49] Vgl. Schwabe, Grenzen des Notwehrrechts, NJW 1974, S. 671; Karspar, „Rechtbewahrung“ als Grundprinzip der Notwehr?, RW 2013, S. 56.

[50] Vgl. Gröpl, Grundgesetz: Studienkommentar, 3. Aufl. 2018, Vorbem. Rn. 37; Peter Unruh, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, 1996, S. 84.

[51] Vgl. Johannes Kaspar, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014, S. 61.

[52] 参见张翔主编:《德国宪法案例选释(第 1 辑):基本权利总论》,法律出版社 2012 年版,第 179-180 页。

[53] 参见李世阳:《正当防卫中法益侵害紧迫性的存立根据与司法认定》,《中外法学》2021 年第 1 期,第 229 页。

[54] 参见张明楷:《防卫过当:判断标准与过当类型》,《法学》2019 年第 1 期,第 15 页。

利,国家对其生命依然负有保护义务,防卫人将侵害人杀害的行为也就因为损害了侵害人仍然受宪法保护的生命权而难以阻却违法。

部分学者认为,由于正当防卫中所侵害的法益会远大于保护的法益,故比例原则并不适用于正当防卫,只能以社会伦理对此类防卫行为进行限制。有学者指出,此处的“社会伦理”并不是前述伦理上或是道德上的评价,而是意指这种限制需要上溯至个人的良知。<sup>[55]</sup> 有学者认为,其中所谓的“社会”也并不是指代社会一般民众的观点,而是指代以“社会契约论”的基本思想为标准来判断是否应当允许较为激烈的防卫手段。<sup>[56]</sup> 据此,虽然侵害人施行了违法行为,但是他也是一个具备主体资格的自然人,是社会的一个成员,在这一点上他与防卫人是没有区别的。只要他还是一个社会的成员,那么这个社会所要求的最低团结连带义务就也会对其产生作用。<sup>[57]</sup> 我国也有部分学者试图以团结义务限制正当防卫的成立范围,论者指出,“对轻微不法侵害的正当防卫进行适当限制,既是作为法秩序基础的最低限度的社会团结义务的当然要求,也是社会一般人出于恻隐之心普遍可能给予的宽恕与反应”。<sup>[58]</sup> “基本团结义务包括为了不给他人造成重大损害而忍受自己利益的微小损失的义务”。<sup>[59]</sup> 本文也不赞成此种观点,理由如下。

首先,正当防卫作为一项法律制度,必须符合宪法的基本规范,认为其无须符合比例原则的观点,显然不符合法治国的基本要求。一方面,所谓“正当防卫不受比例原则限制”,指的是其无须受到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,正当防卫中的比例原则与发端于警察法的比例原则在具体运用中并不相同,前者是公民在得不到国家保护情况下,赋予公民保护自身法益的一种权利,体现的是国家的保护义务,故在解释上应当向防卫人倾斜,以保护公民合法权益为导向;而后者则是为了约束公权力,以求减轻国家对民众的不法侵害,体现的是国家的注意义务,以限制国家权力为重心的,二者的核心思想并不相同。所以,尽管比例原则是一个普遍适用于所有干预权的法律原则,但我们仍然有必要根据各个干预权自身的特性判断出其具体的适用标准。<sup>[60]</sup> 另一方面,“比例原则”并不同于“法益衡量”。前述学者认为正当防卫不符合比例原则,是因为无论在理论上还是司法实践中,都承认为了一定数额的财物而杀害侵害人能够成立正当防卫,但显而易见,即便财产利益加上法确证利益,也不可能高于侵害人的生命权,遂只能退而求其次,认为其无须遵守比例原则。但是此种将二者直接放在天平两端加以比较的做法,显然是对其进行“法益衡量”而非“比例性考量”。比例原则并非严格要求防卫行为造成的损害与不法侵害造成的损害相等,而是认为二者只要不是“不成比例”即可。因此在正当防卫中,即便防卫行为造成的损害远大于侵害人所保护的法益,但只要其造成的损害在比例范围内,也能够因为符合比例原则而成立正当

[55] Vgl. Erb, in: Münchener Kommentar StGB, 3. Aufl. 2017, § 32 Rn. 202.

[56] Vgl. Kühl, „Sozialethische“ Einschränkungen der Notwehr, Jura 1990, S. 244.

[57] Vgl. Kindhäuser, in: Nomos Kommentar StGB, 5. Aufl. 2017, § 32 Rn. 107; Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, § 12 Rn. 46 f.

[58] 梁根林:《防卫过当不法判断的立场、标准与逻辑》,《法学》2019年第2期,第20页。

[59] 冯军:《防卫过当:性质、成立要件与考察方法》,《法学》2019年第1期,第26页。

[60] Vgl. Perron/Eisele, in: Schönke/Schröder StGB, 30. Aufl. 2019, § 32 Rn. 46.

防卫。<sup>[61]</sup>由此可见,前述论者的观点或是将行政法中的比例原则直接套用于正当防卫之中,或是将比例原则与法益衡量原则混为一谈,因而都不可取。而且,在我国现行刑法的规定中,对于部分并未严重威胁人身安全的犯罪依然留有死刑,说明国家仍然认为以剥夺生命的方式惩罚非暴力犯罪并未违反比例原则,既然如此,公民为了保护自身的财产法益,在防卫过程中杀害侵害人的,当然也没有违反比例原则。<sup>[62]</sup>

将社会伦理道德进一步衍生为“社会连带义务”的观点,固然较前述纯粹的“社会伦理限制”存在一定的进步,即试图通过法律规范而非道德准则论证此时不得正当防卫的依据,但此种观点并不适用于我国法律体系。首先,此种社会连带义务能否被适用于正当防卫之中有待商榷。德国通说认为,社会连带义务是公民为了防止自身遭受意外、落入不幸而自愿承担起对他人的照顾义务。<sup>[63]</sup>但在正当防卫中,侵害人所遭受的险情是其在拥有完全的控制能力下自行引发的防卫行为,根本不属于无法预料的意外风险,其完全能够通过不实施违法行为对风险加以避免。而且在社会连带义务的构想中,理性人扶助、保护的乃是为意外事件所累的不幸者,并非不法侵害人,二者在危险来源与受众上均不相同。一如弗里希(Wolfgang Frisch)教授所言,如果国家对其赋予的正当防卫权作出限定,期待防卫人的个人尊严继续遭受某些损害,那么国家本身就违反了宪法规定的尊重和保护不可侵犯的尊严之义务,在任何情况下,此种期待都不存在更为强大的宪法上的理由。<sup>[64]</sup>

其次,退一步而言,虽然部分学者认为,理性人经过深思熟虑,会同意将社会团结理念运用至正当防卫中,<sup>[65]</sup>但此种理念至少暂时难以为我国民众所接受。虽然德国学界对社会团结理论的概念仍存有争议,但有一点是毫无疑问的,即在欧洲社会中存在较浓烈的社会连带思想,<sup>[66]</sup>但是在我国社会中,人与人之间的连带程度,基本上依据人与人之间远近亲疏的关系而定。因此在我国社会的陌生人之间,恐难以认为存在社会团结义务。更何况在极端防卫的情形中,防卫人面对的并不是素未平生的陌生人,而是乘人之危的不法侵害者,此时社会民众会否“以德报怨”,舍弃自身利益去“挽救”一个意图侵犯自身法益之人,着实值得商榷。

最后,再退一步而言,即便部分民众会认可此种社会契约所要求的团结义务,能否将之上升为强制性的刑法规范,仍然值得商榷。我国《刑法》第 3 条规定:法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处刑。故在决定某一行为是否成立犯罪之时,我们只能以该行为是否与规范相违背为根据,与之无关的事实和因素都必须被排除在外。立法者通过刑事立法将违法阻却事由纳入法典,正是为了在法律上确定违法阻却事由的范围,进

[61] 相同观点,参见张明楷:《正当防卫的原理及其运用——对二元论的批判性考察》,《环球法律评论》2018 年第 2 期,第 53 页。

[62] 关于狭义比例原则与正当防卫的关系,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 47-49 页;王钢:《警察防卫行为性质研究》,《法学家》2019 年第 4 期,第 60-61 页。

[63] Vgl. Armin Engländer, Die Rechtfertigung des rechtfertigenden Aggressivnotstands, GA 2017, S. 247 ff.

[64] Vgl. Wolfgang Frisch, Zur Problematik und zur Notwendigkeit einer Neufundierung der Notwehrdogmatik, in: Joerden/Schmoller (Hrsg.), FS-Yamanaka, 2017, S. 63.

[65] 参见王钢:《正当防卫的正当性依据及其限度》,《中外法学》2018 年第 6 期,第 1609-1610 页。

[66] Vgl. Röttgers, Fraternité und Solidarität in politischer Theorie und Praxis - Begriffsgeschichtliche Beobachtungen, in: H. Busche (Hrsg.), Solidarität. Ein Prinzip des Rechts und der Ethik, 2011, S. 19 ff.

而确定可罚性的范围。<sup>[67]</sup> 故对于被告人而言,其是因为不当的限缩而没有适用各类出罪事由以至于被判处刑罚,抑或因司法机关对条文进行了类推解释而被判处刑罚,其实并无差别。<sup>[68]</sup> 防卫人对于侵害发生所具有的道德上的可非难性,并不能够抵消侵害者在法律上所犯下的过错,也不能使防卫行为在确证规范效力方面所具有的积极意义归于消失。<sup>[69]</sup> 是以,对于某一已经符合违法阻却事由的行为,除非具有条文上的依据,否则不应当直接以不符合伦理道德为由将其排除在外,在我国法律体系中尚无明确要求履行社会连带义务之条款的情况下,仅以存在某种社会观念为由将此类行为入罪的观点,已然有违反罪刑法定原则之嫌疑。<sup>[70]</sup>

综上所述,在正当防卫中,禁止不足原则为防卫人能够实施的防卫行为划定了下限,让其能够有效地保护自身法益,而禁止过度原则为其能够实施的防卫行为划定了上限,二者相结合既可以保障防卫人的正当利益,又可以保证侵害人不会被过度伤害。<sup>[71]</sup>

### (三)“防卫权向生命权让步”之理解与运用

在明晰了不得极端防卫法理依据的基础上,我们便可以解决其与“权利无须向不法让步”理论之间的矛盾。提出该理论的是黑格尔学派的刑法学者贝尔纳(Albert Friedrich Berner)。黑格尔法哲学认为,作为被实现的概念本身的理念才具有完全意义上的现实性,故从存在论的观点来看,不法是一个纯粹的假象,其代表着“虚无性”;与此相对,法则是一种“实在性”,对法秩序的重建是一种双重否定,即在不法的否定性之上施加的第二重否定,以实现法秩序的确证。这正是黑格尔的经典论述:不法是对权利的否定,对不法的否定就是对权利的双重否定,亦即是对权利的肯定。<sup>[72]</sup> 是以,在黑格尔的话语体系中,权利概念因为体现了自由和理性而具有完全意义上的现实性,不法虽然也是自由的表现形式,但与客观的法权体系相冲突,因此被认为是自由的不充分展现。

贝尔纳在此基础上认为,正当防卫依据在于不法是虚无的,而权利则具有实质,因此不法完全不可能和权利对抗。<sup>[73]</sup> 在其看来,正当防卫权无须考虑合比例原则,是因为此情形中并不是双方的利益产生了冲突,而是被保护的权利的实质和不法的虚无相对,因此根本无须进行衡量。<sup>[74]</sup> 详言之,由于任何不法都将产生虚无的状态,而实质必然大于虚无,故只要行为人实施了不法行为,就将处于完全虚无的状态,任何权利都得不到保障,因此在极端情况下,可以为了保护轻微的法益而将侵害人射杀。正是基于此种前提,贝尔纳才认为,权利无须向不法让步,在面对不法侵害时,必须允许正义对非正义宣战。<sup>[75]</sup> 但

[67] Vgl. Burkhard Koch, Prinzipientheorie der Notwehrein-schränkungen, ZStW 104 (1992), S. 818.

[68] Vgl. Rönnau, in: Leipziger Kommentar StGB, 13. Aufl. 2019, Vor §§ 32 ff. Rn. 63.

[69] 参见陈璇:《克服正当防卫判断中的“道德洁癖”》,《清华法学》2016年第2期,第66页。

[70] 同样观点,参见刘艳红:《形式入罪实质出罪:无罪判决样本的刑事出罪机制研究》,《政治与法律》2020年第8期,第130-131页。

[71] 参见李世阳:《正当防卫中法益侵害紧迫性的存立根据与司法认定》,《中外法学》2021年第1期,第229页。

[72] 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100-101、115页。

[73] Vgl. Berner, Die Nothwehrtheorie, Archiv des Criminalrechts, Neue Folge, 1848, S. 558.

[74] Vgl. Kindhäuser, Zur Genese der Formel „das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen“, in: Freund/Murmann/Bloy/Perron (Hrsg.), FS-Frisch, 2013, S. 500.

[75] Vgl. Berner, Albert Friedrich, Lehrbuch des deutschen strafrechtes, 1898, § 58 S. 107.

是,这样的理解并不符合现下的法治理念。正当防卫作为一种国家赋予民众的权利,必须符合禁止过度的要求,故无论采取何种学说作为正当防卫的正当化依据,在仅实施轻微不法侵害的情况下,侵害人都不会处于完全虚无的状态,至少其生命法益依然为法律所保护,防卫人也就不得对其生命实施加害行为。因此,防卫人在别无他法的情况下放任侵害人离开的原因,并不是如前述学者所言的出于“社会伦理限制”或“社会连带思想”而“容忍”其对自身的不法侵害,而是在履行禁止过度原则所规定的“不得侵害他人生命”之要求,其是向侵害人仍受法律保护的生命法益退让,是“防卫权向生命权让步”。

有学者可能会认为,当不法侵害程度较低时,防卫人能够采取的保护手段势将被极度限缩,采此见解似乎对其法益保护有所不足。本文不赞成此种观点。一方面,极端防卫的情形只可能发生在侵害轻微财产法益的情形中。因为若侵害人实施的是侵害人身法益的犯罪,且防卫人别无他法之时——如防卫人瘫痪在床,只有手枪可以防身,身强体壮的侵害人向其缓缓走来,一旦让其近身,必定处于任人宰割之状态——其实已经意味着防卫人几乎完全处于侵害人的实力控制之下,而“我并无理由认为,那个想要夺取我的自由的人,在把我置于他的掌握之下以后,不会夺去我的其他一切东西”,<sup>[76]</sup>故从行为时判断,此时防卫人面临的已经并非轻微的不法侵害,其在没有其他手段可以抵挡之时,完全能够以致命手段进行防卫,故为了保护轻微法益而杀害侵害人的情形只会发生在侵害财产法益的情形之中,即所谓的“微财杀人”。另一方面,在仅遭受财产损害的情况下,防卫人的法益完全能够通过事后救济得以恢复,故要求其向侵害人的生命权让步,并不会造成对其法益保护之不足。根据本文的观点,应当首先由侵害人对其提供赔偿,若侵害人难以找寻或无力补偿,则应当由国家对其提供补偿。哈斯(Volker Haas)教授在论述攻击性紧急避险的民事救济时指出:如果被避险人方面的忍受事实上是一种为了代表公众而做出的特别牺牲,那么作为其民事归责,就必须让这种赔偿请求针对国家。<sup>[77]</sup>此种思想也可以适用于正当防卫之中。在民众的轻微法益遭受侵害时,其能够实施任何手段进行还击以保证自身法益不受任何侵犯,财产也因此得以保全;在现代社会中,禁止过度要求却限制了防卫人的反击行为,以至于其财产法益遭受了损害,但与此同时,国家却通过此种限制从中受益,作为制度的受益者,国家理应为遭受损害的防卫人提供一定的补偿。

#### 四 结语:正当防卫应符合宪法基本原则

罗克辛教授指出:刑法上的正当化事由来源于法秩序的全体领域。<sup>[78]</sup>是以,对于正当防卫的解释与运用也理应与整体法秩序相一致,尤其是应当符合宪法的各项规定。比例原则作为保障公民基本权利的帝王条款,对一切为实现合法目的而侵犯他人权利的行为都发挥着指导和制约功能。正当防卫权作为国家合法垄断暴力背景下,无暇提供保护

[76] [英]洛克著:《政府论(下篇)》,瞿菊农、叶启芳译,商务印书馆1996年版,第13页。

[77] Vgl. Volker Haas, Kausalität und Rechtsverletzung, 2002, S. 262.

[78] Vgl. Roxin & Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 14 Rn. 32. 同样观点,参见刘艳红:《论法定犯的不成文构成要件要素》,《中外法学》2019年第5期,第1169页。

措施时赋予公民侵犯他人法益以保护自身利益的法定权利,也应受到该原则的制约。认为正当防卫无须符合比例原则的观点,将比例原则一视同仁地运用于所有法律条文中,忽略了不同条款的立法目的,因而并不可取。

本文以比例原则为基础,结合国家对于公民基本权利的保护义务,从法理上重新论证了不得极端防卫的原因,其并不在于社会伦理的限制或社会团结义务,而在于此时的杀人行为违反了宪法保护原则与比例原则在“防卫人—国家—侵害人”的三角关系中衍生而来的“过度禁止原则”。此种解释思路也可以化解“不得极端防卫”与“权利无需向不法让步”之间的难题,即此时防卫人放任侵害人离开的行为并不代表着权利向不法让步,而是意味着防卫权向生命权让步。故在开篇的案例1中,A为了保护自身轻微法益,在别无他法的情况下将B杀害之行为,一方面因为维护了自身的法益而具有防卫性质,一方面又因为损害了侵害人仍然受到法律保护的生命权而难以阻却违法,虽成立故意杀人罪,却能够同时适用防卫过当的规定减免处罚,这一结论既认可了防卫人面对不法侵害时拥有的防卫权,也认可了侵害人仍然受宪法保护的生命权,不仅更加符合教义学关于正当防卫的理论,也能够在逻辑及司法实践层面避免既有观点以及《意见》第1条与第10条所面临的诸多困境,更有助于构建契合我国本土规范的防卫限度判断标准。

[本文为作者主持的2020年度中国博士后科学基金“刑法违法阻却事由对民法免责事由的影响与渗透研究”(2020M681694)的研究成果。]

---

---

[Abstract] As the guiding principle of justifiable defense, “rights do not need to make concessions to illegality” should be observed under any circumstances. The “no defense theory” deprives the defenders of their right to defend when they face unlawful infringements. And the theory of social ethics restriction has the risk of conflating morality with law. Self-accountability is not the justification basis for justifiable defense. Therefore, none of the above viewpoints can be a reason of extreme defense. Against the background of the state’s legal monopoly of violence, the right to defense, as a legal right that enables citizens to infringe upon the rights of others in a state of emergency for the protection of their own legal interests, should conform to the basic requirements of the Constitution. According to the principle of prohibition of excessiveness, resulting from the combination of the obligation of protection and the principle of proportionality in the “defender-state-offender” triangle relationship, when an offender infringes upon only minor legal interests, the constitution still has the obligation to protect his right to life. The defender is not allowed to carry out extreme defensive act against the offender not because a right must give way to illegality, but because the right of defense must give way to the right to life.

---

---

(责任编辑:贾元)