

## 重构正当防卫的法理基础

徐万龙

**内容提要:**正当防卫作为私人暴力,与国家暴力垄断原则之间具有内在的紧张关系。根据国家暴力垄断原则,公民无实施私人暴力的原初权利,所有形式的私人暴力都会遭到国家暴力垄断原则的封锁。但在正当防卫情形中,此种封锁会在一定范围内为宪法中的国家保护义务所解除,行为人实施不法侵害时,国家因不在场而无法凭借自身的力量来制止不法侵害、保护法益,此时宪法中的国家保护义务要求立法者必须设置容许规范,授予公民实施私人暴力之权,以避免公民的生命、身体、财产等法益处于完全无保护的状态。由此可知,正当防卫的法理基础便在于国家暴力垄断原则和国家保护义务的互动与调和。据此可处理正当防卫的解释边界、正当防卫的防卫限度、为他人防卫和为公防卫的诠释等疑难问题。

**关键词:**正当防卫 私人暴力 国家暴力垄断原则 国家保护义务

徐万龙,浙江大学光华法学院讲师。

### 一 问题的提出:正当防卫作为私人暴力

在正当防卫教义学中,正当防卫的法理基础可谓是整个正当防卫制度的“阿基米德支点”:一方面,正当防卫的法理基础事关正当防卫制度的正当性依据,其旨在说明一个公民为何有权干涉其他公民的财产、人身甚至生命这些至关重要的基本利益;另一方面,类似于法益的构成要件解释机能,正当防卫的法理基础也可指引正当防卫适用要件的理解和诠释。既有的观点可大致归结为三类,即“个人主义进路”“超个人主义进路”和“二元论”。前两种观点分别将“保护权利”和“维护法秩序”作为正当防卫的法理基础,而二元论则主张“保护权利”和“维护法秩序”两相结合方是正确答案。<sup>[1]</sup> 这三种观点虽异,

[1] 三种观点的代表性文献,分别参见陈璇:《侵害人视角下的正当防卫论》,《法学研究》2015年第3期;苏惠渔著:《刑法学》(第六版),中国政法大学出版社2016年版,第105页;劳东燕:《防卫过当的认定与结果无价值的不足》,《中外法学》2015年第5期。

但有一个共同点,它们都将防卫行为所起到的“正面效果”作为正当防卫制度的法理基础,侧重的是“目的正当性”的维度。这些观点虽具有一定的合理性,但仍有疑问。

在正当防卫的文献中被普遍承认的是,正当防卫是私人暴力,<sup>[2]</sup>相应地,正当防卫权则是暴力权(Gewaltrecht)。<sup>[3]</sup>与物权、债权等非暴力权不同,在现代国家语境中私人暴力和暴力权有其特殊之处,根据国家暴力垄断原则,身体暴力为国家所垄断,私人并无实施暴力的原初权利。是故,以私人暴力为内容的正当防卫权,便面临着非暴力权所没有的正当性诘问,在国家全面垄断暴力的情况下,作为私人暴力的正当防卫,缘何得以存在?也就是说,正当防卫作为私人暴力的属性会催生出“手段正当性”的问题,无论正当防卫制度有多高的存在价值,其自身的正当性都面临着国家暴力垄断原则所带来的质疑。而前述个人主义进路、超个人主义进路、二元论等侧重于目的正当性的观点是难以消解上述质疑的,即便承认正当防卫具有保护权利和维护法秩序的功效,但这是目的层面的证明;根据国家暴力垄断原则,实现上述目的的手段即以私人暴力为内容的正当防卫行为自身的正当性存疑,这是手段正当性的问题,而目的正当难以直接反过来证明实现目的的手段也是正当的。毕竟“某人做某件事有好处,并不意味着某人有权做这件事”。

其实,我国不少学者已经注意到了正当防卫的私人暴力属性及其与国家暴力垄断原则之间的紧张关系,但未进行深度研究,而是停留于正当防卫是国家暴力垄断之例外的简单表态,<sup>[4]</sup>未充分阐述国家暴力垄断原则的内涵,也未说明正当防卫为何以及如何成为国家暴力垄断原则的例外。有鉴于此,本文尝试从正当防卫的私人暴力属性切入,以国家暴力垄断原则为起点来重构正当防卫的法理基础,并就正当防卫制度中的具体适用问题进行探讨。

## 二 国家暴力垄断原则及其对私人暴力的封锁效应

欲以国家暴力垄断原则为起点来重构正当防卫的法理基础,需先对国家暴力垄断原则的基本内涵及其正当性予以说明。

### (一) 国家暴力垄断原则的基本内涵及其正当性

“国家暴力垄断”(staatliches Gewaltmonopol)原本是社会学中的描述性概念,后逐步发展为法学中的规范原则。<sup>[5]</sup>其基本内涵为:原则上只有国家有权实施合法的身体暴力,非国家的暴力行使仅在例外情况下并根据国家的暴力许可方可进行。<sup>[6]</sup>由此可知,

[2] 参见陈兴良:《正当防卫的司法偏差及其纠正》,《政治与法律》2019年第8期,第49页;Burr, Notwehr und staatliches Gewaltmonopol, JR 1996, 230, 230 ff.

[3] Vgl. Klingbeil, Die Not- und Selbsthilferechte, 2017, S. 1 f.

[4] 参见陈兴良:《正当防卫的司法偏差及其纠正》,《政治与法律》2019年第8期;刘士心:《英美刑法正当防卫中的“躲避原则”及其启示》,《中国刑事法杂志》2017年第5期;王钢:《法外空间及其范围——侧重刑法的考察》,《中外法学》2015年第6期。

[5] Vgl. Isensee, Das staatliche Gewaltmonopol als Grundlage und Grenze der Grundrechte, in: FS-Sendler, 1991, S. 55.

[6] Vgl. Merten, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, 1975, S. 56; Faller, Gewaltmonopol des Staates und Selbstschutzrecht des Bürgers, in: FS-Geiger, 1989, S. 3; Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 25.

国家暴力垄断首先是一种数量上的相对垄断,国家暴力垄断原则虽未完全排除合法私人暴力的存在空间,但它只能是例外,合法的身体暴力必须集中在国家机关手中。更为重要的是,国家暴力垄断是一种规范上的绝对垄断,国家保留着私人暴力容许与否的决定权,也就是说,私人暴力的合法性条件及范围的确定权由国家所垄断。

国家暴力垄断原则的正当性主要来源于两方面。其一,国家暴力垄断是现代国家的必要条件与本质特征。<sup>[7]</sup> 在历史上,国家暴力垄断是专制君主政体的产物,但未随着君主政体的消亡而退出历史舞台,而是被继承下来,成了所有国家类型的共同前提。<sup>[8]</sup> 这是由国家暴力垄断的作用所决定的。国家暴力垄断构建了法律实施和贯彻的基础。因为垄断了合法的暴力,国家可以“单方面”地施行法律。即使相关公民的意见与法律规定相左,国家也可通过身体强制的方式来保障义务的履行,<sup>[9]</sup> 法律因此具有了“不可抗拒性”。此外,国家暴力垄断是内在和平(*innere Frieden*)的条件。国家暴力垄断意味着私人间暴力的禁止,公民不可通过暴力来实现自己的权利,也不可斗与拳头来解决利益冲突。<sup>[10]</sup> 如此一来,“所有人反对所有人”的战争状态不复存在,弱肉强食的丛林法则也不再适用,国家成了和平的统一体(*Friedenseinheit*)。只有在内在和平秩序中,作为现代国家首要目标与正当性来源的“公民的安全”才有可能实现。<sup>[11]</sup> 因此,国家暴力垄断是保障和平共同生活的必要工具。

其二,国家暴力垄断原则可得到宪法维度的支撑。虽然宪法文本没有明文规定国家暴力垄断原则,<sup>[12]</sup> 但多数观点还是将其视为宪法原则。<sup>[13]</sup> 一方面,国家暴力垄断是宪法的前提。<sup>[14]</sup> 之所以如此说,是因为宪法的制定以作为和平统一体与权力统一体的现代国家为前提。<sup>[15]</sup> 在制宪的过程中,作为制宪主体的全体国民需要对待决事项进行商谈,而若无和平秩序商谈便无法进行;并且,最终的商谈结果也需要由一个权力统一体来保障落实。而如前所述,正是国家暴力垄断塑造了作为和平统一体与权力统一体的现代国家,是故国家暴力垄断是宪法的前提。<sup>[16]</sup> 另一方面,国家暴力垄断是基本权利存在的前提条件。若无国家暴力垄断,社会的和平秩序与公共安全便无从谈起,所存在的只可能是由丛林法则支配着的自然状态(*status naturalis*)。在自然状态中,基本权利无法存在,所存在

[7] 参见[德] 马克斯·韦伯著:《学术与政治》,冯克利译,生活·读书·新知三联书店 2013 年版,第 55 页;Merten, *Rechtsstaat und Gewaltmonopol*, 1975, S. 31.

[8] Vgl. Isensee, *Die Friedenspflicht der Bürger und das Gewaltmonopol des Staats*, in: FS-Eichenberger, 1982, S. 31.

[9] Vgl. Faller, *Gewaltmonopol des Staats und Selbstschutzrecht des Bürgers*, in: FS-Geiger, 1989, S. 15.

[10] Vgl. Merten, *Rechtsstaat und Gewaltmonopol*, 1975, S. 56.

[11] Vgl. Bracher, *Gefahrenabwehr durch Private*, 1987, S. 110 ff.

[12] 有学者将各国宪法都未就国家暴力垄断原则予以规定的现象称为“民主的盲点”(blinder Fleck der Demokratie)。Vgl. Nitschke, *Polizei und Staatliches Gewaltmonopol in der Internationalisierung*, in: Peter Leßmann-Faust (Hrsg.), *Polizei und politische Bildung*, 2008, S. 212.

[13] Vgl. Schulte, *Gefahrenabwehr durch private Sicherheitskräfte im Lichte des staatlichen Gewaltmonopol*, DVBl 1995, 130, 131 f; Kneih, *Privater Befehl und Zwang*, 2004, S. 58 ff; Scholz, *Rechtsfrieden im Rechtsstaat*, NJW 1983, 705, 705 ff.

[14] Vgl. Kneih, *Privater Befehl und Zwang*, 2004, S. 59.

[15] Vgl. Isensee, *Das staatliche Gewaltmonopol als Grundlage und Grenze der Grundrechte*, in: FS-Sendler, 1991, S. 46.

[16] 反对观点参见 Fisahn, *Legitimation des Gewaltmonopol*, KritiV 2011, 3, 15.

的自由只是杀人的自由、抢劫的自由等,唯当私人放弃使用身体暴力或以身体暴力相威胁,并且仅国家可以利用这一措施来保障和平与贯彻法律时,基本权利(的存在)方才成为可能。<sup>[17]</sup>

## (二) 国家暴力垄断原则对私人暴力的封锁效应

国家暴力垄断原则会衍生出一项基本义务,即公民的和平义务(die Friedenspflicht des Bürgers)。公民的和平义务要求公民和平地行使权利,身体暴力既不是被允许的权利行使方式,也不可能是权利的内容。和平义务也要求公民不可通过身体暴力的方式来解决利益冲突,而必须在法的框架内通过国家提供的程序来定分止争。<sup>[18]</sup> 此即所谓的“自力救济的禁止”与“法律保护的垄断”。如此的效果是,利益的分配与权利的保护不再取决于个体力量、技巧、熟练度这些偶然因素,弱者得以免受强者的压制。这对于共同体秩序的维持而言是不可或缺的。因为,若每个人都根据自己的判断来实现权利与行使暴力,那么混乱和战争是必然的结局。<sup>[19]</sup> 从和平义务的效果可推知,私人暴力会被国家暴力垄断原则所封锁。这一封锁效应也同样适用于正当防卫,在不法侵害存在之时,公民的和平义务也会禁止私人暴力的实施,即便这一私人暴力具有制止不法侵害和保护法益的效果。

由国家暴力垄断原则对私人暴力的封锁效应可知,我国学界关于正当防卫法理基础的部分见解存在以下问题。

第一,正当防卫自身并非独立的基本权利。有学者认为,“正当防卫是被国家所承认的抵御他人侵犯自己基本权的工具性权利,因此防卫权本身也是被宪法承认的基本权。”<sup>[20]</sup> 本文对此不予赞同。一来,此观点会推导出一个令人讶异的结论:在一些特定情形下,防卫人可通过正当防卫杀死侵害人,如此一来,无异于是在说,杀人也是一种基本权利。<sup>[21]</sup> 二来,所有基本权利都必须和平地行使,不存在以私人暴力为内容的基本权利。根据前述说明,国家暴力垄断是基本权利的前提,唯有国家集中了暴力,和平的秩序才会出现,真正的基本权利方才可能存在。因此,基本权利天然是和平的,不存在以暴力为内容的基本权利,也不存在可通过暴力方式来行使的基本权利。

第二,正当防卫不是主观权利的二阶权利。关于正当防卫的法理基础,主观权利说具有相当的影响力。此说以康德的法权理论为根基,核心要旨在于,契合定言命令行使自由的人,遭到他人的阻碍时,可通过强制行为排除他人的阻碍;由于这一排除自由之阻碍的强制行为可与自由根据一个普遍的法则而共存,因此是合法的。根据此说,正当防卫是与主观权利相联结的强制权能,其自身不是独立的权利,而是由主观权利所延伸出来的第二层次的权利。<sup>[22]</sup> 这一见解有待商榷。前文已述,在无国家的自然状态中不存在主观权利,“请求、自由和权限形式的主观权利只有在法律化的状态或者说国家状态中才会存

[17] Vgl. Isensee, Der Verfassungsstaat als friedensgarant, Die Erneuerung des Verfassungsstaates, in: FS-Kirchhof, 2003, S. 28.

[18] Vgl. Pelz, Notwehr- und Notstandsrechte und der Vorrang obrigkeitlicher Hilfe, NStZ 1995, 305, 305.

[19] Vgl. Kröger, Die vernachlässigte Friedenspflicht des Bürgers, JuS 1984, 172, 174.

[20] 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242页。

[21] 参见李建良:《正当防卫、比例原则与特别牺牲》,我国台湾地区《月旦法学杂志》2019年第8期,第40页。

[22] Vgl. Greco, Notwehr und Proportionalität, GA 2018, 665, 675 ff.

在。在此之前存在的只是需求和主观利益。”<sup>[23]</sup>唯国家状态中方有真正的主观权利,而国家成立的先决条件是自然状态中的个体放弃一部分行为自由,尤其是动用私人暴力的自由。所以,于国家状态中生长出来的主观权利天然是“和平”的,而从“和平”的主观权利中是难以推导出作为暴力权的正当防卫的。

### 三 国家保护义务对封锁效应的解除

既然国家暴力垄断原则对私人暴力存在封锁效应,那么接下来需要思考的是,作为私人暴力的正当防卫能否以及如何绕过国家暴力垄断原则的封锁。

#### (一) 错误的路径:正当防卫本质系国家行为

一些学者尝试用如下路径来化解正当防卫和国家暴力垄断原则之间的紧张关系,在他们看来,正当防卫表面上是私人暴力,但就其本质而言是国家暴力或者说国家行为,因为正当防卫权源于国家权力的转让,防卫人其实是在代行国家的危险防御权,相应地,防卫人也不是普通的私人,而是扮演着类似警察的角色。<sup>[24]</sup> 本文将此见解称为“国家权力转让说”。若此见解成立,国家暴力垄断原则对私人暴力的封锁效应自然不适用于作为国家行为的正当防卫。然而,“国家权力转让说”存在如下问题:

第一,不具备国家权力转让的条件。一般而言,国家权力转让于私人需具备两个实质条件。其一,在个案中被委托的私人要比国家的公务人员更适合来完成国家任务。<sup>[25]</sup> 通常是指被委托的私人拥有为完成任务所必需的专门知识或特别工具。其二,在将国家权力与任务转让给私人之后,国家仍负有保证责任,即国家必须确保私人顺利地完这一国家任务,在私人完成国家任务的过程中国家负有调整、指导与监督的义务。<sup>[26]</sup> 显然,在正当防卫中,上述两个条件都无法满足,一般而言,绝大多数的防卫人没有抵抗不法侵害的专门知识或特别工具,他们并不比警察更适合制止不法侵害;在紧迫与短暂的防卫情形中,国家也不可能调整、指导与监督防卫行为。虽然相较于其他国家权力转让的场合,防卫情形事态紧迫,且国家不在场,但上述两个条件也不可松动。这是由危险防御权的特殊性所决定的。与其他国家权力不同,危险防御权具有“破坏性”,其行使会影响社会和平秩序,且会较为剧烈地干涉其他公民的人身、财产甚至生命等基本权利,故而也应从严把握危险防御权的转让条件。<sup>[27]</sup> 此外,国家权力转让的程式条件也不满足。通常而言,通过行政委托转让国家权力有两种方式,分别是签订公法契约和法律授权。<sup>[28]</sup> 而在正当防卫情形中,国家及其代表即公务人员并不在场,无法与公民达成合意进而签订授权

[23] Rückert, Effektive Selbstverteidigung und Notwehrrecht, 2017, S. 51.

[24] Vgl. Bitzilekis, Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts, 1984, S. 59; Wagner, Individualistische oder überindividualistische Notwehrbegründung, 1984, S. 27; Kühl, Notwehr und Nothilfe, JuS 1992, 177, 180.

[25] Vgl. Bracher, Gefahrenabwehr durch Private, 1987, S. 83.

[26] Vgl. Gusy, Rechtsgüterschutz als Staatsaufgabe, DÖV 1996, 573, 583.

[27] 也有观点认为,危险防御权并非可以被转让的国家权力。参见李震山著:《行政法导论》,我国台湾地区三民书局1999年版,第102页。

[28] 参见王天华:《行政委托与公权力行使——我国行政委托理论与实践的反思》,《行政法学研究》2008年第4期,第98页。

委托书。<sup>[29]</sup>《刑法》第 20 条也并非适格的委托授权条款,因为此条款的规定过于模糊和笼统而无法通过法律保留原则的检验。<sup>[30]</sup>

第二,无法解释自我防卫权。根据“国家权力转让说”,防卫人担任着类似警察的公务人员的角色,是代表国家制止不法侵害的,那么在被害人自我防卫的情形中,防卫人便身负公务人员和当事人的双重角色。然而,根据“任何人不得做自己案件的法官”的基本程序正义原理,<sup>[31]</sup>公务人员不得处理与自己有关的冲突和纠纷,因为当一人兼负“裁判员”和“运动员”双重角色时,基本的公正性难以得到保证。因此“国家权力转让说”无法解释正当防卫制度中最为基本的自我防卫权。

第三,正当防卫的权利属性相悖。如果正当防卫真的是国家权力转让的结果,那么正当防卫就变成了防卫人的义务而非权利,受托的防卫人有义务去履行危险防御的国家任务、阻止对法秩序的破坏。<sup>[32]</sup>这与正当防卫的权利属性不符。

## (二) 国家保护义务作为解封的基础

由上可知,将正当防卫行为界定为国家行为进而绕过国家暴力垄断原则封锁的进路难以成功。本文认为,正当防卫的本质依旧系私人暴力,应通过宪法中的国家保护义务帮助正当防卫在一定范围内突破此种封锁。

### 1. 宪法中国家保护义务的证立:基于基本权利的客观面向

在传统宪法学中,基本权利被视为用来抵抗国家的主观防御权(Abwehrrecht),其主要作用在于划定公民的自由领域以免国家的干涉。<sup>[33]</sup>若国家有不当干涉基本权利的行为,则此基本权利赋予了公民要求国家停止侵害的权利。相对于作为防御权的基本权利,国家承担的是消极不干涉的义务,而国家保护公民不受侵害的义务则被视为部门法的任务。这一对基本权利的经典理解直到现在依旧被广泛接受。虽然我国尚不存在如德国一般的宪法诉愿制度,但这并不妨碍基本权利是主观防御权的理解为我国宪法学者所认可。我国《宪法》中关于自由权、政治权和社会权的各条规定都明确将国家设定为义务主体,“也就是说我国宪法上所有的基本权利都内在地包含了要求国家不得侵害的意义。”<sup>[34]</sup>而基本权利的防御权功能正是要将国家拒斥于个人领域外,给个体划定一个“无国家”(staatsfrei)的空间,在这一空间中,公民可按照自己的意愿形塑生活。

由上可知,根据基本权利的防御权功能,国家承担的是消极的不干涉义务。然而,若将基本权利仅理解为抵抗国家的防御权,基本权利保障自由的功能尚无法完全实现,毋宁说真正的自由还需要国家采取积极的措施来促进和落实基本权利之规定,否则公民的自由在很多情况下都是空谈。<sup>[35]</sup>基于这一认识,如今为德国学界和实务界所广泛承认的

[29] 注意到这一点者, Vgl. Kaspar, „Rechtserhaltung“ als Grundprinzip der Notwehr?, RW 2013, 40, 58.

[30] 更为详细的论述,参见徐万龙:《论警察的正当防卫:职务行为说之提倡》,《南大法学》2022 年第 6 期。

[31] 对此原则的应用,参见沈岷:《监控者与管理者可否合一:行政法学体系转型的基本问题》,《中国法学》2016 年第 1 期,第 105 页。

[32] Vgl. Kioupis, Notwehr und Einwilligung, 1992, S. 32.

[33] Vgl. Müller, Das staatliche Gewaltmonopol, 2007, S. 113.

[34] 张翔著:《基本权利的规范建构(增订版)》,法律出版社 2017 年版,第 122 页。

[35] Vgl. Markus Möstl, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002, S. 25.

是,基本权利规范不仅包含了对抗国家的主观防御权,同时还是一个客观的价值决定,而所有的基本权利又构成一个整体的客观价值秩序(eine objektive Wertordnung)。换言之,每一项基本权利都是凝结在宪法之上的公民价值共识。基本权利作为宪法性的价值,会对国家行为有所影响,一切国家行为都要受此价值的拘束,并以落实、促进、保障此价值的实现为自己的应然目标。更清楚地说,“这一客观价值秩序构成立法机关建构国家各种制度的原则,也构成行政权和司法权在执行和解释法律时的上位指导原则。”<sup>[36]</sup>在此意义上,基本权利是拘束所有公权力的“客观法”。与基本权利的防御权功能不同,基本权利的客观法面向重在督促国家积极作为来帮助基本权利的实现。根据这一价值秩序,国家必须尽一切可能去创造和维持有利于基本权利实现的制度性、组织性的条件,也有义务保护公民免受来自第三方的侵害。<sup>[37]</sup>

近年来,我国宪法学者对基本权利的客观面向展开了深入研究,并强调,基本权利的这一新理解在我国也完全适用。本文对此持赞同态度。一方面,“我国宪法中的基本权利条款非常契合客观价值秩序理论的解释”。<sup>[38]</sup>前文已述,基本权利的客观法的内容是“基本权利实现的制度性保障、组织和程序保障以及保护义务”,我国《宪法》中也有相应的规定。<sup>[39]</sup>可以说,基本权利在我国《宪法》之中原本就不仅仅是个人主观权利,也是直接拘束公权力的客观法。另一方面,正如有的学者所指出的,在我国语境下,也应承认基本权利是宪法价值。因为,“所谓价值,也就是被认为重要的事物。我国宪法规定基本权利,正是因为基本权利具有重要性。从这个角度来看,我国宪法上的基本权利也构成了宪法上的价值,否则就很难解释为什么需要在宪法上花费这些笔墨去规定这些基本权利”。<sup>[40]</sup>既然如此,除了国家自身不得侵犯这些价值之外,国家还需为这些价值的展开和落实付出努力。很清楚的是,在现实生活中,作为客观价值的基本权利之实现除了可能受到国家的干扰之外,还会被私人不法侵害影响。因此,国家有义务保护公民基本权利法益免遭第三人的侵害,这便是宪法中的“国家保护义务”。<sup>[41]</sup>

## 2. 国家保护义务的解封效果

国家保护义务的主体是国家。国家保护义务会全方位地辐射至立法机关、行政机关与司法机关,而三种机关在履行国家保护义务之方式上又各有不同。立法机关在国家保护义务的履行中肩负着最为重要的角色。<sup>[42]</sup>因为,仅当立法机关将国家保护义务具体化为法律条文之后,行政机关和司法机关才有法可依。<sup>[43]</sup>立法机关在“如何”具体化保护义务这一问题上有着广泛的形成空间,可在综合考量基本权利种类、损害规范大小、发生可

[36] 张翔著:《基本权利的规范建构(增订版)》,法律出版社2017年版,第226页。

[37] Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 2. Aufl. 1994, S. 413 ff.

[38] 张翔著:《基本权利的规范建构(增订版)》,法律出版社2017年版,第218页。

[39] 具体参见张翔著:《基本权利的规范建构(增订版)》,法律出版社2017年版,第239-241页。

[40] 谢立斌:《德国法律的宪法化及其对我国的启示》,《浙江社会科学》2010年第1期,第43页。

[41] 参见陈征:《基本权利的国家保护义务功能》,《法学研究》2008年第1期,第51页。

[42] 参见王进文:《基本权国家保护义务的疏释与展开——理论溯源、规范实践与本土化建构》,《中国法律评论》2019年第4期,第115页。

[43] 参见陈征:《基本权利的国家保护义务功能》,《法学研究》2008年第1期,第55页。

能性等因素的基础上决定如何设置相应的保护规范。但是,这种权衡自由并非全无限制,若在某些情形中,只有唯一的方法来保护基本权法益,那么立法机关就必须采取此法。<sup>[44]</sup> 行政机关则通过履行立法机关制定的相关法律来践行保护义务。在司法层面,法院在案件审判时需进行“法律的合宪性解释”,即以国家保护义务为指引来填补法律漏洞、进行法律续造。<sup>[45]</sup>

一般而言,国家主要通过立法机关制定“禁止性规范”来保护公民的基本权法益不受第三人的不法侵害。<sup>[46]</sup> 其中,刑法扮演着至关重要的角色。然而,禁止性规范只能在事前和事后发挥作用,事前划定公民行止的边界,事后通过制裁实现一般预防的效果。相反,在不法侵害正在进行之时,禁止性规范无法发挥保护被害人基本权法益之作用。为了应对此种情况,国家授予公安机关等行政部门以危险防御权,由它们负责制止正在进行的不法侵害。可即便如此,公民的基本权利保护依旧存在漏洞。绝对的安全是无法达致的,国家的危险防御总有缺位之时,国家也无法禁止所有个案中的危险。原因有二:其一,国家既没有能力也没有权力,为了应对可能发生的危险而存在于所有私人的和社会的领域中;其二,由于人性的不可预测性与社会生活的复杂,个人实施违法行为的风险是难以预料的,此即所谓的“人的剩余风险”(das humane Restrisiko)。<sup>[47]</sup> 是故遭受不法侵害的公民总有无法及时得到国家保护的可能。而在国家无法通过危险防御阻止正在进行的不法侵害时,国家保护义务禁止国家让生命、身体完整性、财产等基本权法益处于完全无保护的状态;此时,国家必须设置正当防卫条款等容许规范,授予公民实施私人暴力之权,以此来补充缺席的国家帮助,唯有如此,国家才没有违背国家保护义务。<sup>[48]</sup> 在正当防卫条款的设置上,立法机关几无自由权衡空间,因为在不法侵害已经发生而国家又缺席的情况下,允许公民实施私人暴力几乎是保护公民基本权法益的唯一之法了。

需要注意的是,正当防卫与警察的危险防御以及刑法的禁止性规定虽都是国家为了保护公民的基本权法益所形塑出来的法律制度,但有根本不同。正当防卫权是单纯的救助权,防卫人是以自己的名义而非以国家的名义来实施暴力的。也就是说,正当防卫权并不是公权力,正当防卫行为也不是国家行为,相应地,防卫人既没有扮演着类似警察的角色,也非受委托实施公权之私人。在本文的理解之下,正当防卫并非公权,但也非纯粹的私权,而是介乎两者之间的一种特殊性质的权利。这是由正当防卫的“暴力权”属性所决定的。一方面,作为以私人暴力为内容的正当防卫权,必然与国家有联系,因为根据国家暴力垄断原则,一切合法暴力都只能源于国家。另一方面,国家授予公民正当防卫权,是应国家保护义务之要求,在自身无法制止不法侵害时,允许公民实施暴力来加以抵抗。也就是说,这一权利所涉及的事项是私人性质的。总之,从来源上看,正当防卫权有公的一

[44] Vgl. Klein, Die grundrechtliche Schutzpflicht, DVBl 1994, 489, 495.

[45] Vgl. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1998, S. 951.

[46] Vgl. Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 5. Aufl. 2005, Art. 2 Rn. 209.

[47] Vgl. Isensee, Der Verfassungsstaat als Friedensgarant, in: FS-Kirchhof, 2003, S. 41.

[48] Vgl. Kneihls, Privater Befehl und Zwang, 2004, S. 377.



面;从内容上看,正当防卫权又有私的一面。

### (三)“国家暴力垄断原则+国家保护义务”作为正当防卫的法理基础

归结而言,正当防卫的法理基础便在于国家暴力垄断原则和国家保护义务之间的互动和调和,<sup>[49]</sup>由于国家暴力垄断原则的存在,会对作为私人暴力的正当防卫有封锁效果,这一点构成了理解正当防卫制度的起点。由此可得,正当防卫作为私人暴力,其实并不为倾向于否定私人暴力的国家暴力垄断原则所乐见。明白这一点,便可知晓为何各国无不对正当防卫权设定极其严苛的适用条件,且稍加违反便有刑事处罚之虞。正当防卫之所以可在一定条件下绕过国家暴力垄断原则的封锁,原因在于宪法中的国家保护义务要求国家保护公民免受其他公民的不法侵害,在国家自身不在场的情况下,必须设置正当防卫条款,授予公民行使私人暴力之权,以周全地保护公民的法益。

国家暴力垄断原则的“封”和国家保护义务的“解”两者相加,便构成了正当防卫法理基础的全貌。在此需要注意的是,不应只将后一半的“解”即国家保护义务视作正当防卫的法理基础。因为国家暴力垄断原则一方面构成了理解正当防卫制度的起点,另一方面在正当防卫情形中国家暴力垄断原则虽让位于国家保护义务,却未完全退场。国家暴力垄断原则对私人暴力的谨慎态度会一直贯穿于整个正当防卫制度的理解之中。

需要注意辨别的是,本文“国家暴力垄断原则+国家保护义务”的见解与主张“正当防卫是公民自我保护之工具”的“个人权利保护说”<sup>[50]</sup>在结论上虽相似,但仍有两点不同。其一,两者的观察视角不同。本文基于国家暴力垄断原则和国家保护义务所建构的法理基础,将正当防卫置于“国家—侵害人—被害人”的三角关系之中考察,而个人权利保护说则是将正当防卫置于“侵害人—防卫人”的水平关系之中考察,本文的见解多了一重国家的视角。其二,两者对正当防卫的性质界定不同。根据本文的观点,正当防卫是国家为了履行自身保护公民基本权利之义务而授予公民的权利,其并非公民的原初权利。相反,个人权利保护说则倾向于认为正当防卫是和国家没有关联的纯粹个人权利。

## 四 “国家暴力垄断原则+国家保护义务”理论的具体运用

厘清正当防卫的法理基础,重要的作用之一在于明晰正当防卫的适用要件,解决正当防卫的具体疑难问题。正如有的学者指出的,“没有对正当防卫条件的细致研究,正当防卫永远是一个纸面上的概念,既不能发展成为一个有丰富学术内容的教义学领域,也在司法实践中发挥不了实际的甄别作用。”<sup>[51]</sup>的确,只有将正当防卫的法理基础辐射至一个个具体的要件和问题之中,抽象的法理方能落到实处。另一方面,能否逻辑自洽地解释适

[49] 将两项原则的互动和调和作为某一制度之法理基础的做法,在刑法中是比较常见的。譬如,有学者将自我决定权和家父主义之间的互动视作被害人教义学的法理基础,参见车浩:《自我决定权与刑法家长主义》,《中国法学》2012年第1期。

[50] 个人权利保护说的观点梳理,参见许恒达:《从个人保护原则重构正当防卫》,我国台湾地区《台大法学论丛》2016年第1期,第346-351页。

[51] 车浩:《责任理论的中国蜕变——一个学术史视角的考察》,《政法论坛》2018年第3期,第78页。

用要件以妥当有效地解决问题,也可反过来检验本文的见解是否合理。基于此,本文尝试将前文提出的“国家暴力垄断原则+国家保护义务”这一正当防卫的法理基础运用于“正当防卫的解释边界”“正当防卫的防卫限度”“为他人防卫和为公防卫”三个具体问题的处理之中。

### (一)正当防卫的解释边界

在相关问题的讨论中,一些学者主张对正当防卫制度进行扩张类推,以扩大正当防卫的适用范围。例如,有学者主张,在非法拘禁等持续侵害的过程中,如果不法侵害人还穿插着强制侮辱或猥亵的行为时,对于这些强制猥亵、侮辱的行为,可以类推适用关于对强奸行为的无限防卫的规定。<sup>[52]</sup>也有学者认为,可考虑将性侵男性的行为类推适用《刑法》第 20 条第 3 款规定中的“强奸”来加以规制。<sup>[53]</sup>然而,这些见解值得商榷。

本文认为,正当防卫条款虽然不受罪刑法定原则的管辖,但却受“法定原则”(Legalitätsprinzip)的约束,正当防卫权的存在必须以明确的法律规定为基础,正当防卫的前提条件与适用范围也应被严格遵守,<sup>[54]</sup>超出正当防卫条款的可能文义而扩大正当防卫条款适用范围的扩张性类推是不被允许的。之所以如此,是因为根据国家暴力垄断原则,公民并无行使私人暴力的原初权利,合法的私人暴力皆源于国家。国家垄断了私人暴力允许与否的规范决定权,公民行使合法身体暴力的权利必须建立在明确的法律授权之上。由此可知,上述扩张类推正当防卫条款的做法,会使得私人暴力突破国家通过《刑法》第 20 条所划定的合法私人暴力之范围,违背了国家暴力垄断原则。

上述观点可能会遭致两个疑问。第一,一般而言,“法不授权皆禁止”的法定原则适用于公权力主体,在私主体处适用的命题应是“法不禁止皆自由”。<sup>[55]</sup>既然如此,作为私人行为的正当防卫为何要适用法定原则呢?第二,在刑法学中,“出罪无需法定”是普遍的共识,法律未曾规定的“超法规的违法阻却事由”也被承认,为何正当防卫却要受法律条文的严格拘束呢?就第一个疑问而言,私人的暴力会严重干涉他人的权利领域,而这样严重涉他的行为,即便由私人来实施,也是需要法律基础的。<sup>[56]</sup>而且,即使在私法中,法定原则也有适用空间。例如,在民法的绝对权领域中,人格权、物权等绝对权效力强大,对社会大众的利益有较大影响,所以也要适用法定原则。就第二个疑问而言,违法性阶层确实不受罪刑法定原则的限制,不成文的、无实定法规范基础的事由也可成为超法规的违法阻却事由。然而,以私人暴力为内容的超法规的正当化事由,虽为罪刑法定原则所容,却与国家暴力垄断原则相冲突,故应当被否定。例如,一些学者将“防御性紧急避险”视作超法规的违法阻却事由,<sup>[57]</sup>这是不妥当的。由于防御性紧急避险权内含私人暴力的成分,

[52] 参见周光权:《论持续侵害与正当防卫的关系》,《法学》2017 年第 4 期,第 6 页。

[53] 参见张理恒:《如何将使用严重暴力性侵害男性的行为认定为特殊正当防卫的对象——三种思路的辨析》,《刑事法判解》2014 年第 1 期,第 85 页。

[54] Vgl. Kneihls, Privater Befehl und Zwang, 2004, S. 56 f.

[55] 参见易军:《“法不禁止皆自由”的私法精义》,《中国社会科学》2014 年第 4 期,第 121-122 页。

[56] Vgl. Kneihls, Privater Befehl und Zwang, 2004, S. 52 f.

[57] Vgl. Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, 5. Aufl. 2020, § 16 Rn. 74.

故必须要有实定法基础,在我国并无类似于《德国民法典》第 228 条<sup>[58]</sup>之规定的情况下,防御性紧急避险在我国能否立足,颇值得思忖。

## (二) 正当防卫的防卫限度

限度要件可谓是正当防卫中最为重要的要件之一。关于防卫限度,重要的争点在于,比例原则是否适用于正当防卫。在德国刑法学界,否定的见解是绝对的通说。<sup>[59]</sup>我国不少学者也持相同的立场。<sup>[60]</sup>然而,根据本文对正当防卫法理基础的理解,正当防卫的防卫限度应受比例原则的拘束。<sup>[61]</sup>

前文已述,正当防卫的法理基础在于,为弥补国家自身能力之不足,基于国家保护义务要求,国家必须设置正当防卫这一容许规范允许公民自行制止不法侵害,如此可防止被害人的基本权利处于完全不受保护的状态之中。根据此理解,正当防卫的防卫限度问题可同义转换为:关于公民自行制止不法侵害,国家应设置如何宽泛的正当防卫条款方符合国家保护义务。“比例原则”即是正确答案。因为国家贯彻国家保护义务的方式是所谓“通过干涉的保护”,国家通过干涉侵害人的基本权利来保护被害人的基本权利。这其中便存在着侵害人的基本权利与防卫人基本权利之间的冲突,<sup>[62]</sup>侵害人的不法行为会侵犯被侵害人一方基本权利所保护的法益,基于国家保护义务的防卫行为也会触及侵害人一方基本权利所保护的法益。在基本权利之间产生冲突时,应如何进行化解,“实际调和”理论得到广泛认可。此法的核心理念是“当宪法所保护的法益发生冲突时,解决办法是让相冲突的法益都获得实现,不得轻率地以所谓的利益衡量或者全然抽象的价值衡量的方式,为实现一方的利益而全然牺牲他方利益为代价。”<sup>[63]</sup>也就是说,“实际调和”理论在解决基本权利冲突时,所采取的并不是一种简单的“两者择其一”的取舍思维,也绝非“被害人的利益绝对优先”,而是试图在整体上实现基本权利最佳化(Grundrechtsoptimierung),实现最佳化的方法便是在化解法益冲突时遵循比例原则。<sup>[64]</sup>由此可知,在进行基本权利之权衡时,须遵循比例原则,内含基本权利冲突结构的正当防卫也应受比例原则的拘束。

比例原则在正当防卫中的适用,也可让侵害人的基本权利得到应有的尊重。本文认为,完全排斥比例原则的观点对侵害人的基本权利有所轻忽。根据此说,为了保护价值不大的财产,防卫人在必要时可直接剥夺侵害人生命,如此结论,不论用何种理论和言辞加

[58] 《德国民法典》第 228 条规定了紧急避险的情况,即为了使自已或他人免于遭受他人的物所引起的急迫危险而毁损或毁坏他人的物的人,如毁损或毁坏对于避开危险是必要的,且损害并非与危险不相当,则不是不法地实施行为。危险系因行为人的过错而引起的,行为人义务赔偿损害。参见陈卫佐译:《德国民法典》(第 4 版),法律出版社 2015 年版,第 78 页。

[59] Vgl. Fischer, in: Fischer StGB, 65. Aufl. 2018, § 32 Rn. 31.

[60] 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 1341 页;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。

[61] 其实,从比较法的视野来看,完全拒绝比例原则在正当防卫中适用的做法,在全世界范围内都是极端例外。法国、瑞士、英国、美国、意大利、西班牙、丹麦和挪威等国的正当防卫条款都明确规定了合比例性要件。Vgl. Bülte, Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im deutschen Notwehrrecht, GA 2011, 145, 147.

[62] Vgl. Bernsmann, Überlegungen zur tödlichen Notwehr bei nicht lebensbedrohenden Angriffen, ZStW 1992, 290, 310.

[63] 卜素:《化解言论自由与名誉权冲突的法律方法》,《法律方法》2018 年第 1 期,第 397 页。

[64] Vgl. Hufen, Staatsrecht II, 4. Aufl. 2014, § 9 Rn. 31.

以诠释,都没有认真对待受害人的基本权利。需要注意的是,侵害人虽实施了不法侵害,但这并不意味着他沦为了法律上完全不受保护之人(friedlos)。<sup>[65]</sup>相反,其依旧是受宪法保护的拥有基本权法益的公民,在划定正当防卫的边界时,应将此考虑在内。

在证立了正当防卫应受比例原则限制后,还需进一步阐述比例原则在正当防卫中的具体适用。

比例原则的第一个要件是适当性要件,其要求防卫行为应有助于阻止或延缓不法侵害。<sup>[66]</sup>之所以作此要求,是因为正当防卫权的目的在于制止不法侵害,如果某一反击行为对于抗击不法侵害毫无助益,便不在防卫行为之列。譬如,对于辱骂行为不能以辱骂回击,因为辱骂行为通常不具有制止争吵的功效。

比例原则的第二个要件是必要性要件,又称最小损害原则,强调“在数个可供实现目的之手段的选择上,应采用对基本权利干预最轻的手段”。<sup>[67]</sup>据此,在正当防卫情形中,若存在数种同样有效的防卫措施,防卫人应选择给侵害人造成最小损害的防卫措施,此即所谓的“最小损害措施”。最小损害措施的判定,需注意以下三点。其一,最小损害措施的判断是事前判断。事前视角主张,某一措施是否为最小损害措施,应由谨慎的第三人在不法侵害正在进行的时点根据既定的和客观可识别的情况来判断,即便事后查明,如此判断出来的并非客观意义上的最小损害措施,既有结论也不可被推翻。<sup>[68]</sup>与之相反,事后视角则主张,某一措施是否为最小损害措施,应根据事后查明的全部客观事实来判断。笔者以为,事前视角更为妥当。若采事后视角,防卫行为是否为最小损害措施,须等到事后查明全部事实方可确定,这样一来,防卫人在行为之时便难以断定自己的行为合法与否,这将导致防卫行为的萎缩和保守倾向。其二,最小损害措施的判断是以有效性为前提的判断。最小损害措施并不意味着防卫人应采取最保守的防卫措施,而是在能确保有效防卫的防卫措施中选择最小损害措施。此处的有效防卫措施是指可“快速、终局地制止不法侵害,且不会使防卫人的法益遭受损害或者至多只遭受轻微损害”的防卫措施。<sup>[69]</sup>防卫人在选择防卫措施时无需冒风险,不必选择效果不确定的防卫措施来“委曲求全”。其三,最小损害措施的判断是综合性的情景判断。诸如侵害行为的强度和危险性,侵害人的人身危险性和主观动机,侵害人和防卫人的身高、体重和性别以及双方阵营的人数多寡等都会影响必要性的判断。<sup>[70]</sup>

比例原则的第三个要件是均衡性要件。均衡性要件要求,防卫行为所保护的利益应大于防卫行为所损害的利益。<sup>[71]</sup>均衡性要件的判定需借助“利益权衡”(Interessenabwägung)之法。通常认为,利益权衡分两步骤:先根据刑法典中保护相关法益之罪名的法定刑高低

[65] Vgl. Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, S. 265.

[66] Vgl. Fischer, in: Fischer StGB, 65. Aufl. 2018, § 32 Rn. 28.

[67] 郑晓剑:《比例原则在民法上的适用及展开》,《中国法学》2016年第2期,第145页。

[68] Vgl. Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 49. Aufl. 2019, § 8 Rn. 515.

[69] Vgl. Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, 5. Aufl. 2020, § 15 Rn. 43.

[70] 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13页。

[71] 比例原则均衡性要件的理解。参见于改之、吕小红:《比例原则的刑法适用及其展开》,《现代法学》2018年第4期,第137页。

来锚定不同法益的价值位阶；<sup>[72]</sup>在此基础上再考虑法益冲突中的动态因素，例如法益所遭受危险的紧迫程度、危险转变为实害的可能性以及引起法益冲突的责任等。<sup>[73]</sup>在正当防卫情形中，危险的紧迫程度、危险转变为实害的可能性这两项动态因素不甚重要，因为仅当不法侵害制造了现实紧迫的危险时，方可激发正当防卫权，而现实紧迫的危险已十分逼近法益侵害结果，故而在利益权衡时，可将之大致等同于实害结果。与此不同，需要加以重视的动态因素是“引起法益冲突的责任”。根据“肇事者原则”，谁制造了法益冲突，便需要为冲突的化解付出更多的代价，相应地，对冲突制造者一方的法益便应缩小评价。<sup>[74]</sup>故而在正当防卫侵害人一方的法益价值应缩小评价，由此防卫行为所损害的法益在价值位阶上简单高于防卫行为所保护的法益，并不违反保护利益大于损害利益的均衡性要求；唯当防卫行为所损害的法益在抽象价值位阶上明显或不成比例地高于防卫行为所保护的法益时，方突破了均衡性要件。也就是说，在正当防卫中，只要防卫行为所保护的法益没有不成比例地小于侵害人所损失的法益，皆为均衡性要件所容。<sup>[75]</sup>这一见解和2020年最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于依法适用正当防卫制度的指导意见》对防卫限度的规定具有内在的一致性。该意见指出，判断防卫行为是否“明显超过必要限度”，要比较防卫行为和侵害行为的强度和力度，唯当两者相差悬殊，防卫行为明显过激的，方能认定防卫明显超过必要限度。而决定强度和力度的核心要素，并非是与结果相断绝的行为本身，而是它们可能导致的结果。也就是说，比较的实质便在于，防卫行为所保护的法益在价值位阶上不成比例地低于其所损害的法益。

### （三）为他人防卫和为公防卫的诠释

根据《刑法》第20条，公民可为了保护他人的人身、财产和其他权利而实施正当防卫，此即所谓的为他人防卫。根据本文的理解，正当防卫权的存在，是因国家对被害人的保护不足，故而宪法位阶的国家保护义务会解除国家暴力垄断原则的封锁效应，赋予被害人私人暴力权。由此需要解释的是，自身法益没有陷于危险之境的局外第三人，为何也拥

[72] 文献中颇为流行的“生命、身体、自由、尊严、财产”的抽象价值排序并无实定法基础，不同法益之间的价值位阶也不存在普世的答案，而应从一国保护相关法益的刑罚规范之中去探寻。形象地说，法定刑犹如标价一般，表征着不同法益的价值高低（相同观点参见徐成：《防卫限度判断中的利益衡量》，《法学研究》2019年第3期）。在选择具体罪名来锚定法益的价值位阶时，需注意两点。第一，应选择兜底性的罪名。兜底性的罪名自身是保护相关法益的兜底性条款，条款中所规定的行为方式通常具有一般性，其所含的行为无价值的色彩不甚明显。第二，应选用通常条款而非减轻或者加重条款。减轻或者加重条款的设置通常是因为有特殊的行为样态抑或基础行为侵害了其他种类的法益。基于上述标准，可考虑选择“故意杀人罪”“故意伤害罪”“故意毁坏财物罪”“侮辱罪”“诽谤罪”“非法拘禁罪”来判定常用的“生命、人身、财产、自由、名誉、性自主权”这几项常用法益之间的位阶关系。

[73] Vgl. Schmidt, Grundrechte als verfassungsunmittelbare Strafbefreiungsgründe, 2007, S. 119 f.

[74] Vgl. Schröder, Angriff, Scheingriff und Erforderlichkeit der Abwehr vermeintlich gefährlicher Angriffe, JuS 2000, 235, 240.

[75] “引起法益冲突的责任”这一动态因素对利益权衡的影响，参见陈璇：《紧急权：体系建构与基本原理》，北京大学出版社2021年版，第168页；Stangl, Verhältnismäßige Notwehr, 2013, S. 189；Günther, Defensivnotstand und Tötungsrecht, in: FS-Amelung, 2009, S. 15。就结论而言，正当防卫的均衡性要件和防御性紧急避险的均衡性要件是基本一致的。这是因为，“越是否定法确证原则，正当防卫的限度和防御性紧急避险的限度便越接近”（Peron, in: Schrönke/Schröde Straffesetzbuch, 29. Aufl. 2014, § 32 Rn. 47.）而笔者对法确证原则持完全的否定态度（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）。至于防御性紧急避险这一暴力权在我国实定法语境能否立足，需另撰文讨论。

有为他人防卫这一私人暴力权呢? 答案在于, 被害人将自己的防卫权授予或者说移转给第三人行使, 亦即为他人防卫权并非独立的权利, 而是源于被害人防卫权的转让。<sup>[76]</sup> 这一从被害人到第三人的正当防卫权的移转机制与国家保护义务是相适契的, 因为在现实世界中, 即便是最聪明、最强壮的被害人在面临不法侵害时也有单凭借自己的力量难以抵抗不法侵害之时,<sup>[77]</sup> 故而若想周延地保护被害人的基本权法益, 立法者在制度设计时, 也应当允许第三人对被害人施以援手。这一理解或许会遭到的质疑是, “既然要求让与防卫权利, 就必须有明确的授权意思表示, 但实际上绝大多数见义勇为的第三人在发生当下, 都未真正获得本人授权实施的防卫权。”<sup>[78]</sup> 的确, 在防卫情形中, 第三人通常因事态紧张而来不及征求被害人的意见, 但在绝大多数情况下第三人都可推定被害人想要制止不法侵害以保护自身法益, 被害人对于防卫权的移转存在“推定的同意”。<sup>[79]</sup>

除了为他人防卫, 为公防卫也需要加以说明。与德日刑法的规定不同, 我国《刑法》第 20 条明确将“国家利益”和“公共利益”列入正当防卫的保护范围, 由此形成了“为私防卫”和“为公防卫”并立的格局。这一颇具本土特色的条款应如何理解, 我国学者尚着墨不多, 故需要进一步的言说。

第一, 《刑法》第 20 条中的国家利益和公共利益不宜作过于宽泛的理解, 不应将与个人法益无直接关联的抽象、笼统的社会秩序、法秩序、公共福利等包括其中。<sup>[80]</sup> 这么做会导致“在任何一个真实的或者可能的违反法律的地方都会上演全武行”, 每个公民都可依凭此条款而充当类似警察的角色来维护社会秩序, 这反而会导致社会秩序的混乱。<sup>[81]</sup> 另外, 过于宽泛理解国家利益和公共利益, 会使刑事诉讼法中关于扭送权的规定虚置。《刑事诉讼法》第 84 条规定了公民扭送权, 据此公民可将正在实行犯罪的行为人立即扭送至公安机关、人民检察院或者人民法院处理。如果所有损害社会秩序、公共秩序的不法行为都可触发正当防卫权, 会引发的疑问是, 既然公民可通过正当防卫的方式来逮捕违法犯罪者以维护社会秩序和法秩序, 为何还要设置条件更为严苛的扭送权呢?<sup>[82]</sup>

第二, 公共财产是公共利益的组成部分, 针对公共财产的不法侵害, 公民可实施正当防卫。典型的公共财产如国有企业和集体企业的财产。这些财产虽然具有公共利益的属性, 却为国有企业法人和集体企业法人所占有或所有。而且在宪法上, 企业法人也可作为财产权这一基本权利的主体。<sup>[83]</sup> 根据本文对正当防卫法理基础的理解, 若国家无法及时有效地保护法人的财产权这一基本权法益, 国家保护义务会在一定限度内解除国家暴力垄断原则对私人暴力的封锁, 保护公共财产的正当防卫权在一定范围内得以存在。

第三, 可直接还原为个人法益的公共利益, 在正当防卫权的保护范围之列。某些公共

[76] 既然为他人防卫权源于被害人的自我防卫权, 那么第三人可否以及如何防卫, 要尊重被害人的意志。若被害人明确拒绝第三人帮忙, 第三人便不得实施正当防卫。Vgl. Joecks/Jäger, in: Joecks/Jäger StGB, 12. Aufl. 2018, § 32 Rn. 53.

[77] Vgl. Engländer, Grund und Grenzen der Nothilfe, 2008, S. 90 f.

[78] 许恒达:《从个人保护原则重构正当防卫》, 我国台湾地区《台大法学论丛》2016 年第 1 期, 第 349 页。

[79] Vgl. Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, 5. Aufl. 2020, § 15 Rn. 120.

[80] 相似见解参见劳东燕:《防卫过当的认定与结果无价值的不足》, 《中外法学》2015 年第 5 期, 第 1334 页。

[81] Vgl. Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, 5. Aufl. 2020, § 15 Rn. 36.

[82] Vgl. Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, 5. Aufl. 2020, § 15 Rn. 36.

[83] 参见张翔:《基本权利的体系思维》, 《清华法学》2012 年第 4 期, 第 31 页。

利益是不特定多数人的个人法益之集合,其可直接还原为个人法益,典型如国民的生命健康、公共安全等。本文认为,侵害此种与公民的个人法益有直接关联的公共利益可触发正当防卫权。因为这些法益虽然指向的主体是不特定多数人,但法益损害最终会波及某一或者某些具体公民身上,进而侵犯他们的基本权法益,保护此种公共利益的正当防卫权可以嵌入到本文所提倡的“国家暴力垄断+国家保护义务”的逻辑脉络之中。

第四,《刑法》第20条中的“国家利益”应指危及国家生存的“国家至关重要利益”。为了保护国家利益而进行的正当防卫是所谓的“对国家的紧急救助”(Staatsnothilfe)。在德国刑法学界,通说认为,唯当行为人的行为侵犯了“最重要的国家利益”,进而威胁到了国家作为最高权所有者的属性,典型如泄露国家极为重要的机密,公民方才有权进行正当防卫。<sup>[84]</sup>例如,击毙间谍以阻止严重危害国家安全的活动可通过正当防卫排除违法性。<sup>[85]</sup>本文赞同这一见解。如同前文所言,唯有在因国家垄断身体暴力而形成的和平秩序中,基本权利方才有可能存在,即国家是基本权利存在的前提。是故若某一不法侵害行为侵犯了“国家重要利益”以至于危及国家的存在,<sup>[86]</sup>意味着,共同体中每个成员的基本权利都陷于危险之中,此时旨在保护基本法益的国家保护义务会解除国家对私人暴力的封锁,公民可实施正当防卫以对抗不法侵害。

## 五、结论

正当防卫作为私人暴力,会遭到国家暴力垄断原则的封锁,因为国家暴力垄断原则所衍生出来的公民和平义务禁止私人暴力的行使,出现法益冲突时,公民需通过法律所规定的程度和途径来和平地加以解决。如此一来,以私人暴力为内容的正当防卫便面临着手段正当性的疑问,而这一疑问无法直接借助目的正当性即保护权利、维护法秩序等实质效果得到解决。本文认为,手段正当性的证立端赖宪法中的国家保护义务:在法治国家中,当不法侵害正在进行,而国家又不在场的情况下,宪法中的国家保护义务要求立法者设立类似正当防卫条款的容许规范,授予公民实施私人暴力之权,以免公民的生命、财产、自由等基本权法益处于完全无保护的状态,如此国家暴力垄断原则对私人暴力的封锁效应便得以消解。由此可得,正当防卫制度的法理基础在于“国家暴力垄断原则的封禁效果”和“国家保护义务的解封效果”两个面向的结合。在这两个面向中,作为正当防卫制度思考起点的国家暴力垄断原则的重要性应当予以重视。国家暴力垄断原则的存在提醒我们,对包括正当防卫在内的任何形式的私人暴力都应当保持审慎态度,要避免在正当防卫制度的重塑过程中从一个极端走向另一个极端。

[本文为作者主持的2023年度国家社会科学基金后期资助项目“正当防卫的法理基础研究”(23FFXB061)的研究成果。]

[84] Vgl. Erb, in: MüKoStGB, 4. Aufl. 2020, § 32 Rn. 101.

[85] Vgl. RGSSt 63, 215, 220.

[86] 需要注意的是,当不法侵害行为仅侵害了较为轻微的国家利益而不影响国家的存续时,例如侵犯国家的“尊严”或“荣誉”时,不会触发正当防卫权。Vgl. Rönnau/Hohn, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 12. Aufl. 2006, § 32 Rn. 81.

## Reconstructing the Jurisprudential Basis of Self-Defense

[Abstract] The jurisprudential basis of self-defense is an important issue in the dogmatics of self-defense. The “individualistic approach”, the “hyper-individualistic approach” and the “dualistic approach” that exist in the literature attempt to justify self-defense in terms of the positive effects of the act of self-defense, but ignore the nature of self-defense as private violence and the principle that “the end doesn’t justify the means”. In the context of modern states, self-defense as private violence has an inherent tense relationship with the principle of the state’s monopoly on violence, according to which citizens have no original right to use private violence, and all forms of private violence are blocked by the state’s monopoly on violence. However, in the case of self-defense, the blockade is lifted to a certain extent by the constitutional duty of state protection, namely, if the state is unable to stop unlawful force and protect the legal interests by its own power because it is not present when the aggressor commits a wrongful act, then the constitutional duty of state protection requires the legislator to establish a permissive norm to grant citizens the right to use private violence, so as to prevent citizens’ rights to life, right to person, property rights, and other fundamental rights and interests from being in a completely unprotected state. It can be seen that the jurisprudential basis of self-defense lies in the interaction and reconciliation between the principle of the state’s monopoly on violence and the duty of state protection. According to this view, the following specific issues can be explained. Regarding the limits of the interpretation of self-defense, the “principle of legality” should be observed, and the practice of extending the application of the provisions of self-defense by analogy is not tolerated by the principle of the state’s monopoly on violence. The limits of self-defense have always been a controversial issue. The approach of “the principle of the state’s monopoly on violence + the state’s duty to protect” suggests that the right of self-defense should be fully bound by the principle of proportionality because self-defense is a product of the state’s duty to protect, which implies the state’s interference in the fundamental rights of the aggressor. This approach can also properly interpret “the defense for others” and “the defense for the public”. The right of defense for others is not an independent right but is derived from the victim’s right to self-defense. This transfer mechanism is consistent with the value orientation of the duty of state protection, namely to provide adequate protection of the legal interests of fundamental rights. As far as the right of defense for the public is concerned, “national interests” and “public interests” in Article 20 of China’s Criminal Law do not include abstract social order and public order that are not directly related to individual legal interests. Public interests should refer to public property and public interests that can be directly reduced to individual legal interests, while national interests refer to “vital interests of the state” that have an impact on the survival of the nation.

---

---

(责任编辑:贾元)