

正当防卫中法确证原则之批判

徐万龙

内容提要:源于德国的法确证原则,在我国学界和实务界声望日隆。然而,在概念层面,基于法秩序实际效力之维护、法秩序规范效力之维护和一般预防来诠释法确证原则的见解却都难以自圆其说。“法秩序是至高利益”也是一个错误的命题。在逻辑层面,法确证原则存在循环论证、自相矛盾、逻辑断裂的问题。在理论根基层面,法确证原则所依据的优越利益原则和代表说也不具说服力。“优越利益原则”仅是一个无法自给自足的形式原则。“代表说”的问题则是,在防卫情形中并不具备“私人代表国家履行国家任务”所必要的条件,作为国家之代表的防卫人也没有理由不受比例原则的限制。综上,法确证原则不应当作为我国正当防卫制度的法理基础。

关键词:正当防卫 法确证原则 优越利益原则 利益衡量

徐万龙,浙江大学光华法学院讲师。

一 问题的提出

在德国刑法学界,不论是超个人主义的正当防卫构想还是作为通说的二元论,都把法确证或者法秩序维护^[1]视作正当防卫的法理基础。其理论要旨是,藉由正当防卫制止不法侵害,防卫人替不在场的国家机关维护了法秩序的效力。法秩序的效力具有至高的、无限的或者说不可估量的价值,^[2]正当防卫权因此而呈现出锐利性:法秩序效力具有至高价值,故而在正当防卫中利益衡量之结果是确定的,即优越利益必在防卫人一方,即便防卫人所保护的法益和侵害人所损失的法益之间不成比例。^[3]

近些年来,法确证原则在我国刑法学界颇受瞩目,不少学者对其展开了深入研究。虽

[1] “法秩序的确证”与“法秩序的维护”可被视为同义词。Felber, Die Rechtswidrigkeit des Angriffs in den Notwehrbestimmungen, 1979, S. 95; Koch, Prinzipientheorie der Notwehreinschränkungen, ZStW 1992, S. 790.

[2] Vgl. Schmidhäuser, Die Begründung der Notwehr, GA 1991, S. 121; Rückert, Effektive Selbstverteidigung und Notwehrrecht, 2017, S. 21; LK-Rönnau/Hohn, § 32, Rn. 66.

[3] Rückert, Effektive Selbstverteidigung und Notwehrrecht, 2017, S. 21.

然遭到一些批判,^[4]但从总体上看,法确证原则已经成为我国正当防卫法理基础的强势学说。^[5]在我国司法实践中,已有体现法确证原则的判决出现,典型的比如“黎某某故意伤害案”。^[6]该案中,被告人黎某某、黎某五和黎某一、黎某明因征地分配方案产生冲突。互相推搡、谩骂后,黎某某跑入厨房拿起菜刀示威,黎某一、黎某明冲入厨房与其对峙。在此过程中,黎某一打烂了两个铁锅,并拿锅盖顶黎某五,黎某某见状一刀砍向被害人黎某一面部,致使黎某一受伤。一审法院在判决书中提到,在防卫行为必要性的判断上,不能采取太过严格的态度,毕竟正当防卫隐含的法理为“正者不需要向不正者低头”。

更值得注意的是,新近出台的《关于依法适用正当防卫制度的指导意见》(下称“《指导意见》”)中也可寻见法确证原则的影子。该《指导意见》第 1 条便开宗明义地指出,要坚决捍卫“法不能向不法让步”的法治精神。而“正者不需要向不正者低头”以及“法不能向不法让步”正是德国法确证原则的标志性口号“法无需向不法让步”的类似表达。

作为一个域外理论,法确证原则能如此迅速地在我国学界和实务界获得影响力,主要有以下两方面原因。其一,法确证原则可为正当防卫权的松绑提供理论支持。正如《指导意见》起草小组在《〈关于依法适用正当防卫制度的指导意见〉的理解与适用》中所言,虽然 1997 年刑法对正当防卫制度做了大幅度修改,但一段时间以来,司法机关在处理正当防卫案件时,仍“存在把握过严甚至严重失当的问题”,“正当防卫制度的适用仍趋保守,特殊防卫的规定一定程度上处于休眠状态”。^[7]实际上,自“于欢案”和“昆山龙哥案”始,给正当防卫权松绑是学界和实务界共同的努力方向。而法确证原则正可为此提供理论支持,正如上文所言,德国正当防卫权的锐利性是由法确证原则所塑造的。其二,法确证原则与我国关于正当防卫本质的传统观点是相近的。传统观点认为,正当防卫除了是自我防卫权之外,还是与违法犯罪行为作斗争的工具,具有巩固社会主义法制^[8]或者维护社会主义法制^[9]的作用,同时还可“威慑潜在的不稳定分子”,“从而收到预防犯罪、减少犯罪的效果”,^[10]可帮助公民“分清是非,培养与不法行为势不两立的正义感”。^[11]这些表述可与法确证原则的各式理解相对应,即维护/巩固社会主义法制与维护法秩序相对应,“威慑潜在的不稳定分子”和“培养与不法行为势不两立的正义感”则可与消极的一般预防和积极

[4] 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;陈璇:《侵害人视角下的正当防卫论》,《法学研究》2015 年第 3 期。

[5] 明确支持法确证原则的论述,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;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;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;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。

[6] 参见广东省清远市清新区人民法院刑事判决书(2017)粤 1803 刑初 294 号。

[7] 《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 27 页。

[8] 参见姜伟主编:《正当防卫》,法律出版社 1988 年版,第 27 页。彭卫东著:《正当防卫论》,武汉大学出版社 2001 年版,第 11 页。

[9] 马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社 1999 年版,第 712 页;苏惠渔著:《刑法学》,中国政法大学出版社 2016 年版,第 105 页。

[10] 姜伟主编:《正当防卫》,法律出版社 1988 年版,第 28 页;刘宪权主编:《刑法学》,上海人民出版社 2016 年版,第 105 页。

[11] 姜伟主编:《正当防卫》,法律出版社 1988 年版,第 28 页。

的一般预防相对应。这么来看,我国传统观点和法确证原则似乎只有用语上的差别。^[12]既如此,借鉴德国的法确证原则就并非是另起炉灶地以他国之观点取代我国的传统观点,而是结合域外观点对本土既有理论的发展与深化。这会在很大程度上减少理论移植的阻力。

由上可知,法确证原则在我国的崛起实乃情理之中。然而,将德国的法确证原则搬到我国,也并非全无疑虑。第一,在德国,法确证原则虽是通说,但明确反对的学者也不在少数,^[13]几乎已达可与通说的支持者分庭抗礼的地步。可以说,法确证原则在德国刑法学界已逐步式微。第二,既然德国的法确证原则和我国的传统观点差别不大,那么问题是,传统观点未能改变我国正当防卫制度在过去一段时间以来适用上过于保守的问题,将“维护社会主义法制”的传统观点置换成较为洋气的“维护法秩序”的法确证原则又真的能带来实质改变吗?第三,法确证原则是一剂“猛药”,若严格遵照该原则,我国的正当防卫权将会变得如德国一般具有锐利性,即,若必要,防卫人可为了保护财产而杀死侵害人。^[14]然而,如此锐利的正当防卫权合理吗?对此,一个重要的反对意见认为,锐利的正当防卫权严重漠视了侵害人的基本权益,使其近乎沦为完全不受法律保护之人,因而在宪法上是有疑问的。^[15]这一意见值得我们重视。为了向一般人宣示法秩序依旧正常运转或财产权不容侵犯,而要一个偷了价值几百块财物的小偷付出生命之代价来偿还,无论从何种角度看,都未认真对待侵害人的基本权。

以上三点表明,笔者对法确证原则抱持怀疑前见。但仅凭怀疑和前见尚不能断定理论的正误。本文接下来将详细证明,法确证原则在概念层面、逻辑层面以及理论根基层面,都存在诸多错漏,故不应当作为我国正当防卫制度的法理基础。

二 法确证原则之内涵

批判之前,需先了解法确证原则的内涵。在文献中,对法确证原则有三种不同的理

-
- [12] 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123页;王钢:《法秩序维护说之思辨》,《比较法研究》2018年第6期,第101页。
- [13] Puppe, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., § 12, Rn. 1; Renzikowski, *Notstand und Notwehr*, 1994, S. 94 ff; Koriath, *Einige Gedanken zur Notwehr*, FS-Müller-Dietz, 2001, S. 368 ff; Engländer, *Grund und Grenzen der Nothilfe*, 2008, S. 22 ff; Greco, *Notwehr und Proportionalität*, GA 2018, S. 667 ff.
- [14] 根据德国通说观点,为制止单纯侵害财产法益的不法侵害,在必要的范围内,公民可采取致死性的防卫行为。之所以在“财产 vs. 生命”如此失衡的情形中,防卫行为依旧被认为没有过限,根源正在于法确证利益的高价值性。(Vgl. Roxin/Greco, *Strafrecht AT Band I*, § 15, Rn. 47; Karspar, „Rechtsbewährung“ als Grundprinzip der Notwehr? RW 2013, S. 41; Bernsmann, *überlegungen zur tödlichen Notwehr bei nicht lebensbedrohenden Angriffen*, ZStW 1992, S. 291.) 但若所损害的财产价值非常轻微,即在 50 欧以下(折合人民币约 400),根据所谓的“正当防卫的社会伦理限制”,致死性的防卫行为不再被允许。也就是说,“微财杀人”被禁止,但在财产价值并不非常轻微时,致死性的防卫行为可被容许。(参见 Vgl. van Rienen, *Die soziaethischen Einschränkungen des Notwehrrechts*, 2009, S. 212; 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1610页。)关于这一问题,《指导意见》第10条指出,对于“显著轻微的不法侵害”,致死性的制止行为,不应认定为防卫行为。据此,“微财杀人”在我国也被禁止。但是,为了保护价值不轻微的财产而实施致死性的制止行为,是否属于防卫行为,抑或是是否属于“明显超出必要限度”而构成防卫过当,《指导意见》并未言明。
- [15] Vgl. Lagodny, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, S. 265; Bernsmann, *überlegungen zur tödlichen Notwehr bei nicht lebensbedrohenden Angriffen*, ZStW 1992, S. 310.

解,分别是法秩序实际效力之维护说、法秩序规范效力之维护说以及一般预防说。

(一)法秩序实际效力之维护说

法秩序实际效力之维护说由德国学者施密德霍伊泽(Schmidhäuser)所创立。他主张,正当化事由的本质在于法益冲突,^[16]正当防卫情形所涉及的是“法秩序的实际效力”和侵害人法益的冲突,而“法秩序的实际效力”是共同体中的最高法益,原则上优先于侵害者一方包括生命权在内的任何法益,故优越利益必在防卫人一方,正当防卫因此不受比例原则限制。^[17]

在以上论述中,“法秩序的实际效力”一词较难理解,需进一步予以阐述。一方面,“法秩序的实际效力”中的“法秩序”具体是指社会法秩序。施密德霍伊泽认为,法秩序有两种不同类型:由国家所制定之法规范组成的实定法秩序,适用对象为国家机关;而由社会道德和民众对实定法秩序的想象构成的,在社会中实际有效、存在于民众意识之中的叫社会法秩序,适用对象为普通民众。^[18]根据施密德霍伊泽的观点,在正当防卫中,不法行为所侵害的、防卫行为所维护的正是后者。另一方面,“法秩序的实际效力”中的“实际效力”指的是规范的实效性,即某一规范在实际上被认可、遵守和适用的情况。^[19]据此,在防卫情形中,“法秩序的实际效力”被侵害的内涵是,不法行为会动摇民众的这一认识,即法秩序在现实生活中被普遍遵守;而正当防卫的作用则在于,通过制止不法侵害来巩固民众对社会法秩序的实际认可与信赖。

值得注意的是,在施密德霍伊泽看来,单纯侵害法益的行为,尚不会损害“法秩序的实际效力”,而必须额外地具有“公然性”。仅当不法侵害具有公然性时,民众方得以知晓规范未被遵守的事实,进而对法秩序的实际作用产生怀疑。相反,如果不法侵害是隐蔽的,植根于大众意识之中的法秩序之实际效力便不会遭到损害。^[20]

(二)法秩序规范效力之维护说

与施密德霍伊泽不同,德国学者贝奇利基斯(Betzilekis)则基于所谓的“规范的法秩序概念”来建构法确证原则:法秩序是直接用来引导公民行为,旨在维持既定法益现状的社会价值秩序,^[21]而正当防卫的正当性基础正在于法秩序规范效力之维持。

在贝奇利基斯看来,法益和法秩序是统一的:法秩序是法益秩序,而法益则是法秩序的组成部分。基于此,他强调,与其将法益保护和法秩序保护对立起来,毋宁说两者是统一的,因为侵害具体法益,便也干扰了作为法益秩序的法秩序;而保护法秩序,便也同时保护了具体法益。虽认识到法秩序和法益之间的紧密关系,但贝奇利基斯在阐述正当防卫的法理基础时,却未将法益保护纳入其中,而是主张:“正当防卫是个体维护法秩序的工

[16] Schmidhäuser, über die Wertstruktur der Notwehr, FS-Honig, 1970, S. 193.

[17] Vgl. Schmidhäuser, über die Wertstruktur der Notwehr, FS-Honig, 1970, S. 194.

[18] Vgl. Schmidhäuser, Illusionen in der Normentheorie und das Adressatenproblem im Strafrecht, JZ 1989, S. 423 ff.

[19] Hoerster, Was ist Recht? 2. Aufl., 2012, S. 48.

[20] 对这一“公然性”要件的质疑,参见 Hirsch, Die Notwehrvoraussetzung der Rechtswidrigkeit des Angriffs, FS-Dreher, 1977, S. 221.

[21] Bitzilekis, Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts, 1984, S. 55.

具”，正当防卫服务于“法秩序的维持和确证”。^[22]

显然，相较于施密德霍伊泽，贝奇利基斯更重视法益，但切不可将他的见解归入到个人主义或者二元论的阵营中。其一，贝奇利基斯所言的法益并不限于个人法益，而是指为法秩序所保护的所有法益。其二，法益在贝奇利基斯之见解中只具有过渡性的作用：法益被损害，表征着法秩序被干扰；而消除针对法益的危险，终极的目的也在于确证或维持法秩序。易言之，正当防卫的真正目的只在于维护法秩序，而法益保护只是法秩序维护所伴随的结果。

（三）一般预防说

在上述两种学说之外，另一较有影响力的观点则是从“一般预防”的角度来理解法确证原则的。例如，罗克辛教授认为，法确证原则内涵之理解应结合一般预防思想。一方面，正当防卫通过制止不法侵害向潜在的侵害者宣示，实施不法侵害并非没有风险，相反可能会遭遇到激烈的抵抗，从而威吓潜在的侵害者使其不敢触法；另一方面，正当防卫权之行使，也可增强一般民众对法的忠诚和信赖，让他们知道，即便国家不在场，法亦会贯彻。^[23] 相类似地，德国学者费尔伯（Felber）也认为，通过正当防卫使侵害人之法益受损，便是树立一个“榜样”，让其他潜在的侵害人知晓这一“榜样”的“下场”之后不敢再实施不法行为。^[24] 我国学界也有持相似见解者。例如，梁根林教授提到，正当防卫“可发挥震慑犯罪的一般预防效果，并且有助于维护法规范的效力，确证法规范的存在，强化国民对法的信赖和忠诚”。^[25]

三 概念层面的质疑

正如费尔巴哈所言，概念是理论的支柱，概念精确与否直接关乎理论成败。^[26] 而法确证原则在概念层面是颇为恣意和混乱的。其一，对法确证原则的三种概念理解即法秩序实际效力之维护说、法秩序规范效力之维护说和一般预防说都有难以自圆其说之处。其二，为法确证原则的各式理解所共有的基础命题即“法秩序是至高利益”，在概念上也难以成立。

（一）法确证原则三种理解的疑问

法秩序实际效力之维护说中的核心概念“社会法秩序”存在明显问题。所谓的“社会法秩序”由民众对法的想象组成。然而，法和对法的主观想象不可混淆。只有实际的法可导出法律上的禁令、命令和容许，^[27] 而民众对法的主观想象至多会在责任层面有所影

[22] Vgl. Bitzilekis, Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts, 1984, S. 58 f.

[23] Vgl. Roxin, Die „sozialethische Einschränkung“ des Notwehrrechts, ZStW 1981, S. 73 f.

[24] Vgl. Feber, Die Rechtswidrigkeit des Angriffs in den Notwehrbestimmungen, 1979, S. 99.

[25] 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7页。

[26] Vgl. Hilgendorf, System- und Begriffsbildung im Strafrecht, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts Band 2, 27, Rn. 37.

[27] Vgl. Engländer, Grund und Grenzen der Nothilfe, 2008, S. 14.

响。此外,法秩序实际效力维护说对“实定法秩序”概念的理解也不甚妥当。该说认为,“实定法秩序”只适用于国家机关,但根据规范论的普遍共识,实定法规范可拆分成行为规范和制裁规范,其中行为规范部分具有引导公民行止之作用,是直接适用于普通公民的。

法秩序规范效力之维护说则未准确把握“法的规范效力”这一概念。法规范是否有规范效力,从形式上讲,要看是否经由合法的程序产生;从规范逻辑上讲,则要看是否与高位阶规范保持一致。^[28] 据此,只要某一规范经合法程序产生,且与高位阶规范不冲突,便具有规范效力。而现实世界中的不法侵害,根本不可能对法秩序或法规范的规范效力产生影响,相对应地,法的规范效力也无需正当防卫来维护。举例以言,现实世界中的盗窃行为并不会对经由正当程序产生的刑法第 264 条的规范效力产生影响;即便盗窃案件频发,公民也应根据此条款来行止,司法机关也依旧应根据该条款来判案。

基于一般预防建构法确证原则的概念内核,也是不成功的。第一,法确证原则与锐利的正当防卫理解相连,故认为法确证原则的内涵是一般预防的见解,便是认为,在一定情形中,为了实现一般预防之效果,将仅盗窃财物的侵害人杀死这一明显有违比例原则的方式,也是被许可的。然而问题在于,在刑罚领域,一般预防的实现需受到罪责原则和比例原则的双重限制,为何同样旨在实现一般预防的正当防卫,却无需受此等限制呢? 第二,众所周知,一般预防必要性和程度会受到不法行为之外的事实影响,诸如同类犯罪的犯罪率高低、行为的社会影响等。故而,在个案中,“有不法侵害但无预防必要性”或者“有严重的非法侵害却只有较低的预防必要性”的情况是可能的。如果将正当防卫与一般预防挂钩,那么被害人的正当防卫权,也会因外在事实因素而变得大小不定。这会使得处在紧迫情境中的被害人无所适从。第三,如果行为人无视刑罚之威胁而实施犯罪行为,就意味着,刑罚的一般预防威慑力未对行为人产生作用。既如此,同样只具有一般预防作用的正当防卫也难以威吓行为人。^[29] 换言之,如果认为正当防卫和刑罚都有一般预防的作用,那么正当防卫便是多余的:不惧怕刑罚的潜在行为人,也不会畏惧正当防卫的规制;害怕刑罚的潜在行为人,即便没有正当防卫,也不会实施不法行为。第四,从实证的角度看,一般预防说难以证成正当防卫权的锐利性。实证研究表明,会显著影响一般预防效果的是刑罚处罚的可能性,而非刑罚的轻重。^[30] 将这一研究结果转用到正当防卫领域,可得出的对应结论是:对于威吓一般人不实施不法侵害而言,重要的是,行为人遭到防卫行为抵抗的可能性,而非正当防卫的锐利程度。据此,若正当防卫真具备一般预防的效果,便无需如法确证原则所主张的那般锐利。

(二)“法秩序是至高利益”命题不成立

“法秩序是至高利益”这一命题存在于各种法确证原则之见解中,但它是有待商榷的。先姑且不论将分配利益的法秩序自身评价为利益是否恰当,^[31] 法秩序不可能是至高的利益。

[28] Vgl. Koriath, Einige Gedanken zur Notwehr, FS-Müller-Dietz, 2001, S. 372.

[29] Renzikowski, Notstand und Notwehr, 1994, S. 90.

[30] Vgl. Kaspar, „Rechtswahrung“ als Grundprinzip der Notwehr? RW 2013, S. 53 f.

[31] Renzikowski, Notstand und Notwehr, 1994, S. 82.

其一,不仅正当防卫被视为有维护法秩序之功效,警察的危险防御也有维护法秩序的作用。^[32]然而,警察危险防御要受到比例原则之限制。如此便会产生一个疑问,“为什么防卫人有权无限制地维护法秩序,而专业制止不法侵害维护法秩序的国家机关却要受到比例原则的限制”。^[33]亦即,为何独独在正当防卫情形中,法秩序维护具有如此的重要性,以至于成为共同体中高于生命权的绝对利益,而在其他情形中,法秩序及其维护又显得没那么重要呢。

其二,法确证原则中的法秩序到底是指“法秩序整体”还是指“为不法侵害所具体违反的法规范”,^[34]在现有的文献中还存在争议。笔者认为,前一种理解不甚恰当。一方面,若将正当防卫的法理基础视作法秩序整体之维护,^[35]有循环论证的问题:正当防卫的法理基础是维护整体法秩序,而正当防卫制度本身又是整体法秩序中的一部分,这是在用包含部分的整体(包含正当防卫在内的整体法秩序)来解释那个部分,属循环论证。^[36]另一方面,一行为会侵犯到法秩序整体也是“不可思议的”,因为一般而言,一行为只会侵犯一个或数个法规范,会侵犯到法秩序整体的恐怕只有类似革命这样的行为。^[37]因此,“法秩序维护”中的“法秩序”只可理解为被具体侵犯的法规范。在此种理解之下,法确证是至高利益的主张是难以成立的。因为某一法规范的价值总是与其所保护之法益的价值有关。故而在诸如单纯为了保护财产而杀人这种所保护和所损害的法益较为悬殊的案件中,便很难绝对地断言,优越利益必在防卫人一方。举例来说,在为了夺回被偷走的财产而开枪射死盗贼的例子中,便需要在“财产利益+刑法第264条法规范维护之利益”和“盗贼的生命权”之间作利益衡量,最终的结果恐怕会是前者小于后者,因为相较于生命,财产属于较低阶的法益,旨在保护财产法益的盗窃罪的法规范价值自然也不高。因此,不论所保护的法益价值高低而径直说法规范具有至高价值,是不恰当的。

其三,一般而言,生命权被视为是至高的基本权利,是包括人的尊严在内的一切基本权利的生物学基础。鉴于此,公权力在维护法秩序时,须给予生命权绝对尊重。而法秩序利益说到底只是一种集体利益,^[38]在现代法治国家中,焉能说,某一集体利益等价于或者高于生命权?或者说在利益权衡中,制度利益才是核心?^[39]

其四,可否将负责保护、分配利益的法秩序自身也称作利益,颇值得怀疑。如果认为,法秩序是一种利益,便会导致层层叠套的现象出现。任何利益,都需要配备相应的制度予以保护。既然法秩序是一种利益,那便也应存在保护法秩序这一利益的制度。既然制度

[32] Frisch, Zur Problematik und zur Notwendigkeit einer Neufundierung der Notwehrdogmatik, FS-Yamanaka, 2017, S. 53.

[33] Schroeder, Die Notwehr als Indikator politischer Grundanschauungen, FS-Maurach, 1972, S. 138.

[34] 前种理解,参见 Koch, Prinzipientheorie der Notwehreinschränkung, ZStW 1992, S. 788; Klingbeil, Die Not- und Selbsthilferechte, 2017, S. 65。后一种理解,参见 Van Rienen, Die sozioethischen Einschränkungen des Notwehrrechts, 2009, S. 142。

[35] Vgl. Lenckner, Der Grundsatz der Güterabwägung als Grundlage der Rechtfertigung, GA 1985, S. 300.

[36] Van Rienen, Die sozioethischen Einschränkungen des Notwehrrechts, 2009, S. 141.

[37] Koriath, Einige Gedanken zur Notwehr, FS-Müller-Dietz, 2001, S. 372.

[38] 在警察法中,法秩序之维护通常被归入到公共秩序和安全的名目下。参见 Steinhilber, Polizei- und Ordnungsrecht in Brandenburg, 2010, S. 49 f。

[39] 参见劳东燕:《法益衡量原理的教义学检讨》,《中外法学》2016年第2期。

可以是一种利益,那么保护法秩序的制度便是一种新的利益。同样地,也应当为“保护法秩序的制度”这一利益配备相应的保护制度。而保护“保护法秩序制度”的制度又会成为一种新的利益。如此重复,无穷无尽。^[40] 本文认为,无论是整体法秩序抑或某一具体法规范都只是分配和保护法益的手段,其自身并无独立固有之价值,也无单独保护之必要,有固有价值、值得专门保护的只是整体法秩序和某一法规范背后的法益。^[41] 若将旨在分配和保护法益的法秩序及法规范视作利益,一方面是将评价标准(即法规范,因为法规范是判断利益是否值得保护和保护性高低的标准)和评价对象(即利益)相混淆;另一方面,如此将法秩序之价值和由其具体保护的法益相加,有重复计算之嫌。^[42]

四 逻辑层面的批判

除概念层面的问题之外,法确证原则在逻辑层面也存在诸多疑问,诸如循环论证、自相矛盾、逻辑关系断裂等,需详加辨析。

(一) 循环论证问题

细观法确证原则主张者的论证,不难发现其中有循环论证问题。法确证原则的主张者通常先将正当防卫的锐利性(不适用合比例性要件、不具有退避义务)和正当防卫的社会伦理限制作为论证法确证原则之合理性证据,而在“证成”法确证原则之后,又从法确证原则之中推导出正当防卫应具有锐利性以及正当防卫权应受社会伦理之限制。^[43] 比如,罗克辛教授在《正当防卫权的社会伦理限制》一文的前半部分提到,如果仅凭个人保护原则来解释正当防卫权,将会使正当防卫权过于僵硬,而无法妥当处理诸如挑唆防卫、明显有失均衡以及亲密关系之间的防卫等正当防卫社会伦理限制问题,法确证原则则可对这些问题给出较为妥当的解释。^[44] 而在文章的后半部分,罗克辛教授又以法确证原则为基础对这些问题进行解释和论证。这是明显的循环论证:先以待证明的事项为论据得出某一结论,再以此结论为基础重新推导出该待证明事项。

我国支持法确证原则的学者也有类似的问题。例如,劳东燕教授在《防卫过当的认定与结果无价值的不足》一文中明确表态支持法确证原则作为我国正当防卫制度的法理基础之一。所给出的理由是,法确证原则可合乎逻辑地解释以下诸问题:为什么不能对单纯的公法益进行正当防卫?为什么防卫人一般没有退避义务?为什么不要求所保护法益与所损害法益之间保持均衡或基本的相当?为什么不法侵害人系由无责任能力人或责任能力减轻者所实施的场合,防卫人有退避义务?为什么家庭成员的防卫权受限等。^[45] 然

[40] Renzikowski, Notstand und Notwehr, 1994, S. 82.

[41] Neumann, Individuelle und überindividuelle Begründung des Notwehrrechts, in: Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip, 1990, S. 222.

[42] 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72页。

[43] Karspar, „Rechtserhaltung“ als Grundprinzip der Notwehr? RW 2013, S. 48; Kasiske, Begründung der Notwehr und Nothilfe, Jura 2004, S. 833; Hoyer, Das Rechtsinstitt der Notwehr, JuS 1988, S. 91.

[44] Roxin, Die sozialethischen Einschränkungen des Notwehrrechts, ZStW 1981, S. 76.

[45] 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1334-1337页。

而,有疑问的是,这些结论并非颠扑不破的真理,自身之合理性——尤其在中国法的语境下——尚有待证明,焉能作为论据来证明法确证原则的合理性,然后再以法确证原则为基础来批判我国司法实践和传统观点对正当防卫权的限制过窄。

这一循环论证在德国刑法语境下或许尚可谅解,毕竟正当防卫的锐利性和社会伦理限制早已在德国学界和实务界获得了压倒性的胜利,立法机关也通过立法对此两点表达了明确的支持态度。可以说,正当防卫的锐利性和社会伦理限制在德国已是立法、司法、理论的三方共识。但要注意的是,在中国,正当防卫是否应具有锐利性,正当防卫是否应受社会伦理的限制,既是待证的问题,更是远未达成共识的问题,焉能先假想这些问题已有确定之结论,再以此结论为前提,倒推出正当防卫的法理呢?这种以德国关于正当防卫要件之共识为本国之共识,再以此共识为基础推导本国正当防卫法理的做法,所得出的结论就是:我国正当防卫的法理基础和德国并无二致。然而,如此论证是没有说服力的。

(二) 自相矛盾的情形

无论是在超个人主义一元论还是二元论中,法确证原则都兼具扩张防卫权和限缩防卫权的双重作用:法确证原则既是正当防卫权不受合比例性要件和躲避义务拘束的原因,也是正当防卫之社会伦理限制的基础。具体而言,在正当防卫中,躲避义务之所以不存在,是因为躲避和逃跑并不是维护法,而是向不法投降;比例原则之所以不适用,是因为法确证这一普遍利益具有绝对价值,故而优越利益必定在防卫人一方。^[46]此外,法确证原则也有限制正当防卫权之功用。在诸如显失均衡、侵害人无责任能力、挑唆防卫等情形中,正当防卫权之所以受限,是因为“相较于一般情形,法确证的利益明显减少了”。^[47]类似地,《指导意见》第7条、第8条、第10条,也分别对显失均衡、侵害人无责任能力、挑唆防卫情形中被害人的防卫权进行了限制或否定。

一些学者指出,同时肯定法确证原则的扩张和限制作用,是矛盾的。^[48]本文认同这一批评。有论者认为,法确证利益是高于生命权的至高利益或者说价值不可估量的无限利益。^[49]正是因为法确证利益具有如此之高的价值,所以保证了在利益权衡中,优越利益始终在防卫人一方,正当防卫因此具有锐利性。然而,如果把正当防卫的社会伦理限制也回溯至法确证原则,便意味着,在某些情形下,法确证利益并非绝对的、不可估量的至高利益,亦有可能在价值上小于生命权。由此可知,法确证原则如同面团一般可任由其主张者拿捏:在证立正当防卫的锐利性时,便认为法确证利益具有绝对价值;但在正当防卫的社会伦理限制中,却又主张法确证利益不具有绝对价值。^[50]很显然,同时主张法确证利益具有绝对性和不具有绝对性的确是自相矛盾的。

[46] Vgl. Kroß, Notwehr gegen Schweigegelderpressung, 2004, S. 22. Koriath, Einige Gedanken zur Notwehr, FS-Müller-Dietz, 2001, S. 369.

[47] Roxin, Strafrecht AT Band I, 4. Aufl., 2006, § 15, Rn. 83.

[48] Koriath, Einige Gedanken zur Notwehr, FS-Müller-Dietz, 2001, S. 369.

[49] Vgl. Schmidhäuser, Die Begründung der Notwehr, GA 1991, S. 121; Rückert, Effektive Selbstverteidigung und Notwehrrecht, 2017, S. 21; LK-Rönnau/Hohn, § 32, Rn. 66.

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

(三) 论证逻辑的断裂

值得注意的是,主张继受德国“法确证原则”的学者,在防卫限度的问题上却得出了与德国相异的结论。德国学者根据法确证原则推导出的防卫限度是“同等有效中最小损害之手段”,只有当某一行为超过必要限度也就是并非最小损害之手段才是防卫过当。而我国支持法确证原则的学者在防卫限度的问题上给出的答案却是“双重过限”:防卫行为即便不符合“同等有效中最小损害之手段”的要求,仍可能在防卫限度之内;而只有当这一不符合必要性的防卫行为同时还造成了可以被评价为重大损害的防卫结果时,正当防卫才是过限的。^[51]如此一来,相同的法理基础却导出了不同的防卫限度,这是不可思议的。因为类似“可罚性基础决定可罚性要件”,^[52]正当防卫的要件也应严格依照正当防卫的法理基础来解释。按此,作为正当防卫最为核心的要件之一即防卫限度的理解自然不应脱离正当防卫的法理基础,相反,应由正当防卫的法理基础所决定。如此一来,一方面借鉴德国的正当防卫法理基础,但另一方面在防卫限度要件的解释上却得出不同的结论,这中间存在着论证逻辑的断裂。

这一结果出现的原因,是论者既想抓住德国的刑法学理论,又想照顾到中国正当防卫规定的特殊性。中国刑法和德国刑法关于防卫限度的规定是不同的,从字面上看,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,应当负刑事责任”,的确同时包含了“行为限度”和“结果限度”,而德国《刑法》第 32 条第 2 款却只规定了“行为限度”,即防卫行为是为制止不法侵害所必要的。虽然这一初衷值得赞赏,但这一德国理论和中国实定法的拼接却是不成功的,论者必须进一步说明,从以法确证原则为基础的二元论中,如何在行为限度之外还可推出结果限度?而同样支持法确证原则的德国学者却为何无法做到这一点?一套法理基础,自然不可能推导出两套防卫限度之标准,两方之间必有一方是错误的。

五 理论根基层面的疑问

如本文开篇所言,法确证原则的内涵是,藉由正当防卫制止不法侵害,防卫人替不在场的国家维护了法秩序的效力;由于被维护的法秩序具有至高价值,故而在利益衡量的过程中,优越利益必在防卫人一方。由此可知,法确证原则自身所依据的深层次理论根基有二:一则为优越利益原则,即通过比较侵害人和防卫人双方的利益得失之大小来判定防卫行为的正当性;二则为代表说,即防卫人是作为国家之代表来维护法秩序的。然而,“优

[51] 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;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;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。关于此,《指导意见》第 11 条指出:“根据刑法第二十条第二款的规定,认定防卫过当应当同时具备‘明显超过必要限度’和‘造成重大损害’两个条件,缺一不可。”由此可知,《指导意见》采取的也是“双重过限说”,但它对“明显超过必要限度”的理解不同于我国支持法确证原则的学者。具体而言,《指导意见》并未基于“有效且最温和手段”或者说“必需说”来理解“明显必要限度”,而是要求综合比较“防卫行为的强度和力度与不法侵害的强度和力度”。据此,即便防卫行为并非制止不法侵害“有效且最温和手段”,但若在强度并没有不成比例地高于不法侵害,便未超出行为限度。

[52] 参见周濂沂:《正当防卫之法理基础与成立界限》,我国台湾地区《台大法学论丛》2019 年第 3 期,第 1226 页。

越利益原则”和“代表说”都存在问题。

(一) 优越利益原则及其问题

关于优越利益原则的内涵,根据德国刑法学界通说观点,除了同意和假定同意之外,包括正当防卫在内的所有正当化事由都以优越利益原则为基础。^[53] 根据优越利益原则,诸如正当防卫、紧急避险情形并不是权利冲突,而是实质的利益冲突,^[54] 而利益冲突的解决所应依据的基本准则是:在多个为法所认可的利益发生冲突时,优越的利益应当优先,相应地,损害较小的利益以保全优越利益的行为合法。^[55] 至于如何在众多利益中挑选出“优越利益”,方法是“利益衡量”。故而,“利益衡量”是优越利益原则的核心,是准确把握优越利益原则的关键。^[56]

虽然优越利益原则的支持者颇多,但它实际上只是一个“空心”的原则,并不具有说服力。其一,优越利益原则是一个纯粹形式性的原则。其核心主张是:为了保全优越利益而牺牲较小的利益之行为是合法的。然而,该原则却未进一步论证,为何牺牲较小的利益以保全优越利益的行为是合法的。^[57] 而且,优越利益原则中的“弃小保大”的准则不仅适用于同一主体,还适用于不同法主体之间。如此自然要受到质疑的是,为什么不同主体之间的利益可以相互折抵、需要相互权衡? 或者说,为何为了保护他人更大的利益,我就必须得忍受自己利益受损。优越利益原则同样没有给出答案。正因在上述两个问题上的缄默不语,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。^[58] 其二,从技术层面来看,优越利益原则中的利益衡量之法也欠缺可操作性。譬如,个人利益和社会利益是不同性质的利益,如何将两者放在一起比较高下? 再如,危险的紧迫性、引发利益冲突的责任分担等因素,在利益权衡中又占据着何种权重? 利益衡量的主张者都没有给出明确答案。

(二) “代表说”及其问题

法确证原则的内涵并非简单的“防卫人维护了法秩序”,而是“防卫人代表不在场的国家维护了法秩序”。“代表说”在法确证原则主张者的相关论述中表现得十分明显。例如,屈尔(Kühl)教授将防卫人称作“法秩序的代表”;^[59] 沃达(Warda)教授则认为防卫人是共同体的代表,即“作为共同体的代表抵抗不法以维护法”;^[60] 而京特(Günther)教授和罗克辛教授则称防卫人是“不在场的国家的代表”,即“作为不在场的国家的代表抵抗不法以维护法”。^[61]

[53] Roxin, Strafrecht AT Band I, 4. Aufl., 2006, § 13, Rn. 22.

[54] Wilenmann, Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff, 2014, S. 13.

[55] Engländer, Die Anwendbarkeit von § 34 StGB auf intrapersonale Interessenkollisionen GA 2010, S. 17; Rudolphi, Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 392.

[56] 关于利益衡量和法益衡量的区别,参见劳东燕:《法益衡量原理的教义学检讨》,《中外法学》2016年第2期; Lenckner, Der Grundsatz der Güterabwägung als Grundlage der Rechtfertigung, GA 1985.

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

[58] Neumann, Die rechtsethische Begründung des rechtfertigenden Notstands, in: Solidarität im Strafrecht, 2013, S. 158 f.

[59] Kühl, Notwehr und Notwehrhilfe, JuS 1993, S. 180 f.

[60] Warda, Die Eignung der Verteidigung als Rechtfertigungselement bei der Notwehr, Jura 1990, S. 346.

[61] Günther, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983, S. 305; Roxin, Di Provozierte Notwehrlage, ZStW 1963, S. 567.

然而,值得进一步追问的是,作为普通公民的防卫人真的可以代表国家履行维护法秩序这一国家任务吗?已有学者敏锐地注意到了这个问题。他们将法确证原则中的“代表说”理解成“代行国家刑罚权”,并对此进行了批判。其一,“代行国家刑罚权”的见解会在“侵害人是无责任能力人”的情形中陷入困难。刑罚之实施以行为人具有责任能力为前提,那么代行刑罚权的防卫人,自然也不得以正当防卫来对抗无责任能力人的不法侵害,但这与一般见解相悖。其二,侵害人被防卫后还有可能面临刑罚处罚,若把正当防卫理解为刑罚权之代行,便是让一行为受两次刑罚处罚,殊为不当。^[62]

因而,将“代表说”理解为“代行国家刑罚权”是没有道理的。在正当防卫情形中,所涉及的是对不法侵害的即时制止,在国家公权力体系中与此相关的应是“旨在预防和阻止未来的、现时的危险”之警察危险防御权,而非“旨在对已经结束的行为进行究责与处罚”的国家刑罚权。故而,“代表说”的正确理解应是“代行警察的危险防御权”,而非“代行国家刑罚权”。而且,警察的危险防御是有维持法秩序之作用的。^[63]所以,把“代表说”理解为“代行警察的危险防御权”可以实现逻辑自洽:通过代行警察的危险防御权,防卫人维护了法秩序。将“代表说”之理解替换为“代行警察的危险防御权”后,既有的两点批判意见便失去了说服力。第一,在防卫无责任能力人的问题上,与刑罚权不同,警察的危险防御权并不以行为人有责任能力为适用前提,即,警察有权制止无责任能力人的不法侵害;相对应地,代行警察危险防御权的防卫人也可针对无责任能力人实施防卫。第二,双重刑罚的问题也不存在,因为实施不法侵害的行为人在受警察权强制后,再受法院的审判和刑罚处罚,是十分常见的事。

然而,即便将“代表说”理解为“代行警察的危险防御权”,也依旧存在问题。

问题一是不符合代表国家履行任务的条件。在公法中,由私人代表国家履行国家任务与行使国家权力是可能的。典型的一种情况是国家通过行政委托将原本应由其行使的国家权力转移给“私人”,而受托执行职务之私人系以自己的名义,对外独立地行使国家权力,完成一定之国家任务。^[64]此时,私主体成为了行使国家权力之私人。先姑且不论危险防御是否属于“不可转让的国家任务”,^[65]由私人代表国家履行国家任务,在公法上必须具备两个条件。其一,代表国家的私人要比国家的公务人员更适合来完成国家任务。^[66]一般而言,是指私人具备可运用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,国家对于这一被转让的权力与任务仍负有保证责任:国家必须确保私人顺利地完成任务,在私人完成国家任务的过程中国家负

[62] 参见黎宏著:《刑法学》,法律出版社 2012 年版,第 127 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 1624 页。

[63] Markus Möstl, Die staatliche Garantie für die Öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002, S. 147 ff.

[64] 参见李建良:《因执行违规车辆拖吊及保管所生损害之国家赔偿责任》,我国台湾地区《中兴法学》1995 年第 39 期,第 15-17 页。李锦堂:《论行政委托与行政委任之要件与松绑——德国法之比较》,我国台湾地区《法令月刊》2013 年第 12 期,第 11 页。

[65] 一些学者认为国家的危险防御属于不可转让的国家任务。参见 Peilert, Police Private Partnership, DVBL 1999, S. 284;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。

[66] Bracher, Gefahrenabwehr durch Private, Duncker und Humblot 1987, S. 83.

有调整、指导与监督的义务。^[67] 显然,在正当防卫中,上述两个条件都没有满足。一般而言,绝大多数的防卫人并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,国家也根本不可能来调整、指导与监督防卫行为。因此,在正当防卫情形中,私人代表国家履行国家任务所应具备的条件并不存在,防卫人制止不法侵害也不应被理解为在替国家履行任务。

问题二是无法解释比例原则为何不适用于正当防卫。退一步而言,即使在正当防卫情形中,普通公民真的能代表不在场的国家维护法秩序,也无法妥当地解释在正当防卫中为何不适用比例原则。由于国家公权力具有较强的干涉性,因此为了防止权力的滥用,国家公权力普遍受到比例原则的约束。危险防御权也不例外。若防卫人真的是代表不在场的国家制止不法侵害和维护法秩序,那么作为代表者的防卫人不可能拥有超出被代表者即国家的权力,其在维护法秩序时至少应当受到和国家相同的约束。所以,法确证原则中的“代表说”所导出的合乎逻辑的结论应当是,正当防卫权的行使必须遵循比例原则,在防卫限度的判断中也要考虑法益衡量。^[68]

然而,法确证原则的主张者几乎一致地认为,比例原则和法益衡量在正当防卫中没有容身之地。^[69] 对于比例原则为何适用于国家公权力却不适用于正当防卫,在文献中存在着两种颇为流行的解释。第一种解释以“比例原则的功能”为着眼点,认为比例原则的作用在于防止国家公权力的滥用,借此保护公民的自由;而在正当防卫中,涉及的是公民之间的相互冲突,并无适用比例原则之必要。^[70] 第二种解释则以“结果的确定性”为基础,认为由于国家的公权力颇为强大,在受到比例原则限制的情况下,国家也可以有效地保障社会的利益,这一点是颇为确定的;而在正当防卫的情况下,防卫人通常是没有经验与特殊知识的普通人,最后的防卫结果如何是非常不确定的,因此不应该用比例原则对其进行限制。^[71]

这两种解释都无法为“代表说”辩护。第一种解释的问题在于,在“代表说”的语境中,防卫人是国家权力的代行人和实施者,“防卫人一侵害人”的关系实质上是“国家—公民”的关系,而非“公民—公民”的关系,根据该解释,比例原则也应适用于正当防卫。第二种解释也不具有说服力。只要肯定防卫人是代表不在场的国家行动,由此导出的结论必然是,在维护法秩序这件事情上,防卫人不可能拥有比国家更大的权力,也不可能相较于国家受到更少的限制,否则便会打破“代表—被代表”的基本结构。具体来说,即便在国家自己实施和防卫人实施的两种情形中“结果的确定性”有所改变,如果国家自身并不拥有不受比例原则限制的危险防御权,那么作为国家之代表的防卫人便不可能代行不受

[67] Vgl. Gusy, Rechtsgüterschutz als Staatsaufgabe, DÖV1996, S. 583. 参见黄娟:《我国行政委托规范体系之重塑》,《法商研究》2017年第5期,第67页。

[68] Kargl, Die intersubjektive Begründung und Begrenzung der Notwehr, ZStW 1998, S. 46; Fechner, Grenzen polizeilicher Notwehr, Frankfurt am Main Bern New York Paris 1991, S. 161; Wagner, Individualistische oder überindividualistische Notwehrbegründung, Berlin 1984, S. 27.

[69] Vgl. Bitzilekis, Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts, Berlin 1984, S. 64; Koch, Prinzipientheorie der Notwehreinschränkungen, ZStW 1992, S. 814.

[70] Haas, Notwehr und Nothilfe, Frankfurt am Main, Bern, Las Vegas 1978, S. 274; Renzikowski, Notstand und Notwehr, Berlin 1994, S. 315.

[71] Jakobs, Strafrecht AT, 12. Abschn, Rn. 41; Seelmann, Grenzen privater Nothilfe, ZStW 1977, S. 36, S. 55.

比例原则限制的危險防禦權。

六 余 论

作为德国刑法理论舶来品的法确证原则在我国学界和实务界都收获了相当程度的支持。但该原则在概念层面、逻辑层面和理论根基层面都存在不可忽视的问题,因而无法成为我国正当防卫制度的法理基础。既然法确证原则不可行,那么与之相连的锐利正当防卫权之理解,其妥当性也要打上问号。有鉴于此,关于我国正当防卫制度的法理基础,还需要寻找新的出路。

本文认为,新出路的起点应在于“正当防卫的私人暴力属性”。在文献中,“正当防卫是一种私人暴力”的命题^[72]被广泛承认,但既有研究并未将这一点融入到正当防卫法理基础的建构中。这是不妥当的。因为不同于物权、债权等普通权利,正当防卫作为暴力权会面临一个特别问题,即它与国家暴力垄断原则之间存在内在的紧张关系。根据国家暴力垄断原则,私人暴力原则上是被禁止的,公民在处理与他人的利益冲突时,也不可通过暴力的方式解决,而必须在法的框架内通过国家提供的程序来定分止争。^[73] 基于此,关于正当防卫的法理基础,正确的设问是:作为私人暴力的正当防卫,在现代国家全面垄断暴力的语境下,是否可能以及在何种限度内得以存在。

这一问题的答案在于国家保护义务。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。^[74] 此义务一方面是国家暴力垄断原则所不可或缺的一个侧面,因为“国家提供保护是国家禁止私人暴力的对价”。^[75] 另一方面,国家保护义务也已在基本权利教义学中被充分证成,被普遍认为是宪法位阶的国家义务。^[76] 一般来说,国家通过自身的相应机制来保护公民,典型如警察的危險防禦權。然而,在现实世界中,国家自身的保护总是存在缺口的。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險而存在于所有私人和社会的领域中;^[77] 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。^[78] 这两点决定了,在现实中,遭受不法侵害的公民无法及时得到国家保护的可能性是存在的。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、财产等基本权利法益处于无保护的状态。

[72] Vgl. Burr, Notwehr und staatliches Gewaltmonopol, JR 1996, S. 230 ff.; Koriath, Einige Gedanken zur Notwehr, FS-Müller-Dietz, 2001, S. 361; Koch, Prinzipientheorie der Notwehrein-schränkungen, ZStW 1992, S. 790; Isensee, Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 25; Erb, Notwehr bei präsen-ter Staatlicher Hilfe, FS-Nehm, 2006, S. 183, Fn. 6; 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;王钢:《法外空间及其范围》,《中外法学》2015 年第 6 期,1568 页。

[73] Pelz, Notwehr-und Notstandsrechte und der Vorrang obrigkeitlicher Hilfe, NSiZ 1995, S. 305.

[74] Vgl. Fabio, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, Tübingen 1994, S. 43.

[75] Fabio, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, Tübingen 1994, S. 43.

[76] Vgl. Markus Möstl, Die staatliche Garantie für die Öffentliche Sicherheit und Ordnung, Tübingen 2002, S. 25; 王进文:《基本权利国家保护义务的疏释与展开》,《中国法律评论》2019 年第 4 期;陈征:《基本权利的国家保护义务功能》,《法学研究》2008 年第 1 期。

[77] Vgl. Hoffmann, Bürgerwehren und ihre Bedeutung im Öffentlichen Raum, 2018, S. 84.

[78] Isensee, Der Verfassungsstaat als Friedensgarant, FS-Kirchhof, S. 41.

国家必须设置正当防卫条款这类容许性规范,授予公民实施私人暴力的权利,以此补充缺席的国家帮助,只有这么做,国家才没有违反国家保护义务。^[79] 易言之,当国家自身无法保护公民的安全时,根据国家保护义务,国家应通过设立正当防卫这类容许性规范保护公民的基本权法益,^[80]这正是正当防卫法理基础之所在。

既然正当防卫是国家保护义务的产物,那么在防卫限度这一问题上,便不应拒绝比例原则的适用。之所以如此,是因为国家履行保护义务的方式是所谓的“通过干涉的保护”,即通过“干涉侵害人的基本权法益”来保护被害人的基本权法益,由于这一干涉性的存在,国家在履行国家保护义务时,必须要尊重侵害人的基本权利,其中最为重要的,便是不得违反比例原则。^[81] 具体地讲,通过正当防卫制度,国家赋予公民免遭暴力侵害的权利,但这也会让侵害人的基本权法益陷入不利地位,从而构成对侵害人基本权的干涉。正如德国学者施瓦贝(Schwabe)所言,国家虽然没有实施正当防卫行为,但却通过容许性规范的方式参与到了正当防卫之中。^[82] 既然正当防卫条款中内含国家对侵害人基本权法益的干涉,便应受比例原则限制。笔者相信,这样的解释可兼顾侵害人和防卫人双方基本权法益的正当防卫构想,相较于法确证原则而言,更为合理。

[**Abstract**] Currently the principle of legal confirmation is gaining popularity in the academic and practical circles in China. However, at the conceptual level, the principle of legal confirmation cannot be explained from the perspectives of “the maintenance of the actual effect of legal order”, “the maintenance of the normative effect of legal order” or “general prevention”. The basic proposition of the principle, namely “the legal order is the supreme interest”, is also invalid. At the logical level, the principle has such problems as circular argument, self-contradiction and logic break. At the level of legal doctrine foundation, the “principle of superior interest” and the “representative doctrine”, on which the principle of legal confirmation is based, are untenable. The principle of superior interest is only a formal principle that cannot be self-sufficient. The problem with the “representative doctrine” is that the necessary conditions for private individuals to perform tasks of the state as its representatives do not exist in the case of defense. In addition, if the defender is really a representative of the state, he shall also be restricted by the principle of proportionality. To sum up, the principle of legal confirmation should not be the legal doctrine foundation of self-defense in China.

(责任编辑:王雪梅)

[79] Kneihls, *Privater Befehl und Zwang*, SpringerWienNewYork2004, S. 377. Merten, *Rechtsstaat und Gewaltmonopol*, Tübingen1975, S. 57.

[80] Vgl. Rienen, *Die sozialethischen Einschränkungen des Notwehrrechts*, S. 112.

[81] 王进文:《基本权国家保护义务的疏释与展开》,《中国法律评论》2019年第4期,第116页。

[82] Schwabe, NJW 1974, S. 671. 参见 Karspar, „Rechtswahrung“ als Grundprinzip der Notwehr? RW 2013, S. 56.