

论法确证原则的合理性及其功能

欧阳本祺

内容提要:正当防卫的正当化根据在于个人保护原则和法确证原则,因此二元论具有合理性。离开了法确证原则,优越利益说无法说明正当防卫的正当性。把法确证原则降为法益衡量的一个要素,存在很多不足,也无法说明正当防卫的正当性。在二元论中,个人保护原则是基本原则,影响正当防卫成立条件的认定,具有扩张正当防卫权的功能。法确证原则是补充性原则,与正当防卫的成立条件无关,具有限缩正当防卫权的功能。亦即,正当防卫的起因条件、对象条件、时间条件、限度条件都由个人保护原则决定,法确证原则的功能仅仅在于对正当防卫进行社会伦理限制。

关键词:正当防卫 优越利益说 个人保护原则 法确证原则

欧阳本祺,东南大学法学院教授。

关于正当防卫的正当化根据,传统观点是从个人保护原则和法确证原则两个方面来解释的。个人保护原则的含义是,防卫行为因为保护了个人利益,所以具有正当性。法确证原则的含义是,防卫行为因为确证了法秩序,所以具有正当性。对个人保护原则的含义,学界一般不存在分歧。对法确证原则的含义,学界主要存在两个不同的理解方向。第一个方向从维护法秩序规范有效性或者经验有效性的角度来理解法确证原则。第二个方向从发挥一般预防性或者特殊预防性的角度来理解法确证原则。^[1]从第一个方向来看,德国的主流观点认为,法确证原则所确证的是法秩序的“经验有效性”(即法秩序的实效),而不是法秩序的“规范有效性”(即法规范的法律效力)^[2]从第二个方向来看,德国的主流观点认为,法确证原则侧重的是法秩序的一般预防性,而不是其特殊预防性。^[3]这两个理解方向虽然表述有所不同,但本质上并无区别。实际上,法秩序的“经验有效

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

[2] 参见王钢:《法秩序维护说之思辨》,《比较法研究》2018年第6期,第102页。

[3] 参见张明楷:《正当防卫的原理及其运用——对二元论的批评性考察》,《环球法律评论》2018年第2期,第58页。

性”与“一般预防性”互为表里关系。换言之,法秩序的“经验有效性”主要体现为其具有“一般预防性”。同时,法秩序具有“一般预防性”也就意味着法秩序的“经验有效性”。

这种二元论是德国的通说,在我国也得到部分学者的支持。^[4]但是,近年来学界对二元论,尤其是对二元论中的法确证原则进行了猛烈的批评,认为“法确证原理在不同层面都存在难以克服的缺陷”。^[5]法确证原则“根本无任何实质作用,甚至还有矛盾而无法自圆其说之处”。^[6]这些批评有失偏颇。实际上,离开了法确证原则,任何理论都难以说明正当防卫的正当化根据。当然,二元论内部个人保护原则与法确证原则之间的关系确实较为混乱,因此有必要厘清两个原则之间的关系,正确把握法确证原则对正当防卫的功能。

一 完全排斥法确证原则无法说明正当防卫的正当性

优越利益说认为,正当防卫的正当化根据与法确证原则无关,应该从不法侵害人与防卫人之间法益衡量的角度解释正当防卫的正当性。其核心观点是,不法侵害人的法益在防卫的必要限度内被否定或者降低,相对而言,防卫人的法益就具有了优越性。这是学界有力的观点。^[7]那么,为什么不法侵害人的法益会被否定或降低呢?在优越利益说下面主要有两种不同的解释。其中,质的优位性说认为,这是因为防卫人处于本质的优越地位,即防卫人具有“质的优位性”。^[8]法益悬置说认为,这是因为“法律为侵害人法益所设置的保护屏障已经在一定范围内被撤除了”。^[9]换言之,不法侵害人的法益被悬置于法秩序之外的自然状态中,不再受保护。而且,不法侵害行为的程度越强烈,不法侵害人悬置的法益就越多,“悬置法益范围自应与不法侵害强度符合‘正比关系’”。^[10]但是,离开了法确证原则这一基础,优越利益说无论是以质的优位性说为基础,还是以法益悬置说为基础,^[11]都值得商榷。

(一)形式上陷入封闭的循环论证

优越利益说的结论是,防卫人的利益优越于不法侵害人的利益,因此正当防卫是正当的。那么为什么防卫人的利益具有优越性呢?上述质的优位性说认为,这是因为防卫人

[4] 参见欧阳本祺:《正当防卫认定标准的困境与出路》,《法商研究》2013 年的第 5 期,第 124 页以下;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 1324 页以下;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 1603 页以下。

[5] 张明楷:《正当防卫的原理及其运用——对二元论的批评性考察》,《环球法律评论》2018 年第 2 期,第 51 页。

[6] 许恒达:《从个人保护原则重构正当防卫》,《台大法学论丛》2016 年第 1 期(第 45 卷),第 342 页。

[7] 参见张明楷著:《刑法学》,法律出版社 2016 年版,第 198 页;黎宏著:《刑法学总论》,法律出版社 2016 年版,第 128 页;[日]山口厚著:《刑法总论》,付立庆译,中国人民大学出版社 2018 年版,第 116 页。

[8] [日]山口厚著:《刑法总论》,付立庆译,中国人民大学出版社 2018 年版,第 117 页;张明楷:《正当防卫的原理及其运用——对二元论的批评性考察》,《环球法律评论》2018 年第 2 期,第 74 页。

[9] 陈璇:《被害人视角下的正当防卫论》,《法学研究》2015 年第 3 期,第 121 页。

[10] 许恒达:《从个人保护原则重构正当防卫》,《台大法学论丛》2016 年第 1 期(第 45 卷),第 359 页。

[11] “法益衡量”“法益降低”“法益阙如”“法益悬置”“优越的利益”属于同一方向上的概念。其中,“优越的利益”是结论,“法益衡量”是方法,“法益降低”“法益阙如”和“法益悬置”都是法益衡量方法的具体运用。

本质的优越地位。那么,为什么防卫人处于本质的优越地位呢?在完全排斥了法确证原则后,这种观点只能求助于防卫人具有优越的利益这一理由。于是,防卫人的优越利益与防卫人的优越地位之间形成了封闭的循环论证。正是认识到了优越利益与优越地位之间循环论证的弊端,后述的法确证利益说才采用“防卫人利益+法确证利益”优越于不法侵害人的利益这样一种逻辑。但是,如后所述,本文也不赞同把法确证原则降低为法益衡量要素之一的法确证利益。

法益悬置说认为,因为不法侵害人的法益被悬置于法秩序之外,所以防卫人的利益具有优越性。那么,为什么不法侵害人的法益要被悬置呢?有论者认为,“不法侵害人的法益之所以在相当大的程度上被逐出了法律的庇护所,是因为它值得保护的程度较之遭受侵害的法益,出现了大幅下降”。^[12]这也是一种典型的循环论证,因为法益降低所以被悬置,因为法益被悬置所以降低。实际上,离开了法确证原则这一更高层次的理由,优越的利益说难以摆脱循环论证的怪圈。正如曾根威彦教授所述,“无论是‘法益性的阙如’还是‘保护必要性的阙如’,都只是给出了结论,难逃循环论证之嫌”。^[13]这种形式上的循环论证没有产生任何知识增量,解决不了正当防卫的正当化根据问题。“只说‘防卫的必要限度内,法益受保护的必要性被否定’是无法回答应该在什么情况下承认正当防卫这个问题的”。^[14]

(二) 论理上混淆了事实判断与规范判断的关系

优越的利益说排斥法确证原则,就必然会割裂事实判断与规范判断之间的纽带,从而不得不以事实判断取代规范判断,或者直接从事实判断“飞跃”到规范判断。这就混淆了事实判断与规范判断的关系。

持法益悬置说的学者认为,不法侵害行为“形式上”是违反了国家的行为规范,“实质上”是侵害了人们在缔结社会契约之前就已经存在的人际协和关系。违反国家行为规范是刑罚的基础,侵害人际协和关系才是正当防卫的根据。^[15]但是,这种观点有本末倒置之嫌。在现代社会,人与人之间的协和关系只有得到国家的承认,上升为国家的行为规范,才会产生法律上的权利和义务。在法律产生之前的自然状态中,确实也存在人际协和关系。但这种法前状态的人际协和关系,只是一种事实关系,不是一种法律关系。侵害这种事实上的人际关系的的行为,会招致反抗与复仇。这种反抗与复仇不是法律上的正当防卫,无需考虑其正当与否。质言之,从不法侵害的事实判断无法推断出反抗行为正当与否的规范判断。正确的说法是,不法侵害“形式上”侵害了人际协和关系,“实质上”违反了国家规范,而不是相反。正是因为法益悬置说混淆了事实判断与规范判断的关系,才会得出很“奇特”的结论。法益悬置说认为,不法侵害行为使得不法侵害人的法益悬置于法秩序之外的“自然状态”。而且,不法侵害的程度越激烈,悬置的法益就越多。但是,不法侵害一旦结束,侵害人的法益又自动回到法秩序之中。这种说法也太过魔幻了!侵害人的

[12] 陈璇:《被害人视角下的正当防卫论》,《法学研究》2015年第3期,第125页。

[13] [日]曾根威彦著:《刑法原论》,成文堂2016年版,第186页。

[14] [日]佐伯仁志著:《刑法总论的思之道·乐之道》,于佳佳译,中国政法大学出版社2017年版,第103页。

[15] 参见许恒达:《从个人保护原则重构正当防卫》,《台大法学论丛》2016年第1期(第45卷),第355页。

法益竟然可以自动在“自然状态”与“法秩序状态”之间往返穿越。而启动和停止穿越的“按钮”是不法侵害的事实判断。这种主张无助于人们对正当防卫的把握。可见,离开了法确证原则,终究难以合理解释正当防卫的正当性。

论者认为,不法侵害人的法益之所以大幅下降或者被逐出法律的庇护所,原因在于“侵害人在本可避免的情况下自陷险境……实际上,一直到防卫人采取防卫措施实施反击之前,危险是否发生都处在侵害人的掌控之中;正是他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”。^[16]但是,单纯的“自陷险境”只是一种事实判断,从该事实判断中并不能推出侵害人的法益降低这一规范判断。

一是不法侵害人“自陷险境”不适用被害人自我答责原理。从形式上来看,不法侵害人基于自己的意志而自陷险境,并招致了防卫人的反击,最终不法侵害人自己变成了“被害人”。但是,这种情况不能适用被害人自我答责原理。适用被害人自我答责原理的前提条件是“被害人支配和控制着结果的发生”。^[17]而在正当防卫的场合,虽然是被害人(即正当防卫意义上的不法侵害人)自陷险境,并招致对自己的损害,但支配和控制结果发生的不是被害人而是防卫人。在被害人自陷险境与损害结果发生之间,介入了具有决定性意义的防卫行为。这一点该论者已经认识到,也承认正当防卫不同于被害人自我答责。^[18]

二是不法侵害人“自陷险境”无法通过危险接受理论反证防卫行为的正当化。一般认为,危险接受包括两种情况,即“自己危险化的参与”以及“基于合意的他者危险化”。两者的区分标准在于是自己侵害还是他者侵害。在被害人自己支配损害结果的发生时,被告人的行为属于“自己危险化的参与”,被告人的行为不可能成立犯罪。在被告人支配了损害结果的发生时,则其行为属于“基于合意的他者危险化”,原则上不能排除犯罪的成立。^[19]如前所述,不法侵害人自陷险境,并不意味着不法侵害人自己支配了损害结果的发生,因此,被告人(防卫人)的行为不属于“自己危险化的参与”,无法被正当化。退一步来说,即使被告人(防卫人)属于“基于合意的他者危险化”,也不能得出其行为正当化的结论。

二 法确证原则降为法确证利益无法说明正当防卫的正当性

法确证利益说与二维统一论都把法确证原则降为法益衡量的一个要素。但是,把法确证原则降为法确证利益,存在很多不足,无法解释正当防卫的正当性。

(一)法确证利益说无法解释正当防卫的正当化

日本学者往往把法确证原则理解为法确证利益,并把法确证利益作为法益衡量的一个要素,从而把该要素与防卫人利益要素相加,得出相加以后的利益优越于不法侵害人的

[16] 陈璇:《被害人视角下的正当防卫论》,《法学研究》2015年第3期,第125页。

[17] 参见冯军:《刑法中的自我答责》,《中国法学》2006年第3期,第93页。

[18] 参见陈璇:《被害人视角下的正当防卫论》,《法学研究》2015年第3期,第128页。

[19] 参见张明楷:《刑法学中危险接受的法理》,《法学研究》2012年第5期,第171页以下。

利益,防卫行为因此具有正当性的结论。这种观点被称为法确证利益说,其采用的也是法益衡量说与优越利益说的逻辑。法确证利益说“立足于利益衡量说,认为正当防卫不仅仅具有紧急状态下维护自己或他人法益的个人保全利益,还具有法确证的利益。法确证利益加上个人保全的利益,这样优越利益原理得以维持”。^[20]“通过将个别法益与法确证的利益加在一起,无论个别法益本身的大小,防卫方的利益都要优越于侵害方的利益”。^[21]“这样,正当防卫的违法阻却根据,就可以通过在个别的法益保全的利益上再加上法确证的利益这一衡量要素,在‘优越的利益原理’中寻找”。^[22]

可见,关于法确证原则在正当防卫中的意义,日本学者有着不同于德国学者的理解。德国刑法理论与实践普遍认为,法确证原则与法益衡量无关。“法保护原则,是一个证明了放弃比例性合理的原则”,^[23]“在紧急防卫的情形下,基本不需要受攻击的利益和保卫的利益二者之间符合比例原则”。^[24]而日本学者则把法确证原则降为法确证利益,并把法确证利益与个人保护利益做数学上的加法,用这种量上相加的优势来说明正当防卫的合理性。但是,法确证利益与个人法益处于不同的逻辑层次,两者无法直接比较衡量。法确证利益既无法与天平另一端的不法侵害者的法益进行比较,也无法与天平同一端的防卫人的法益相比较。因此,认为 $1+1$ (防卫者个人利益+法确证利益)必然大于 1 (侵害者个人利益)的论证逻辑,并不能成立。^[25]

法确证利益说之所以会陷入法益衡量的逻辑困境,根本原因在于,其将立体的多层利益作了扁平化理解。因此,有必要理解利益的分层理论,并在此基础上厘清个人保护原则与法确证原则之间的关系。按照利益法学的观点,人们在社会生活中形成了各种各样复杂多变的利益,这些利益不是并列前行的,而是相互冲突的。利益冲突是法律产生的基础,每一条法律规范都以某种相互对立的利益为基础。^[26]需要注意的是,“利益”不等于“法益”。“利益”包含了具体情形中相互对立的所有价值,它并非仅由具体的“法益”来反映,也由普遍的“法原则”来反映。纵向上看,利益包括三类,即当事人利益、制度利益与法治国的根本利益。这三类利益并非处于同一层面,而是存在后者制约前者的关系。因此,这三类利益不能做简单的加减处理,而应予以立体看待。^[27]

就正当防卫制度来说,正当防卫是利益冲突的产物,并旨在解决利益冲突。这里的利益冲突,不仅表现为防卫人与不法侵害人之间的利益冲突,也表现为私权与公权之间的利益冲突。因此,正当防卫制度“探讨的是相对抗的个体利益或社会整体利益与个体需求

[20] [日]山中敬一著:《刑法总论(第2版)》,成文堂2008年版,第451页。类似的表述参见[日]大谷实著:《刑法讲义总论》,黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第254页;[日]曾根威彦著:《刑法原论》,有斐阁2016年版,第182页。

[21] [日]松原芳博著:《刑法总论重要问题》,王昭武译,中国政法大学出版社2014年版,第117页。

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

[23] [德]罗克辛著:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第441页。

[24] [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167页。

[25] 参见许恒达:《从个人保护原则重构正当防卫》,《台大法学论丛》2016年第1期(第45卷),第344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1623页。

[26] 参见吴从周著:《概念法学、利益法学与价值法学》,中国法制出版社2011年版,第248页。

[27] 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,第367-368页。

之间产生冲突时,应该如何进行社会纠纷的处理”。“如果我们分析一下立法者到底都用什么方法来解决社会冲突的问题,那么会发现,这些方法只是数量有限的实质性的一些秩序原则……自我保护原则和权利证明原则乃是相关法律规制的根据”。^[28] 其中,个人保护原则旨在解决当事人利益冲突问题,即防卫人为了保护个人利益可以通过损害不法侵害人的利益来进行反击。法确证原则的作用不在解决当事人之间的利益冲突问题,而在于解决当事人利益与制度性利益或法治根本利益之间的冲突问题。同时,解决当事人利益冲突的方法应该受制于制度性利益或法治根本利益的需要。例如,各国刑法在规正当防卫不负刑事责任的同时,也为正当防卫设定了必要性的限制,其目的就是为了协调当事人利益、制度性利益、法治根本利益之间的冲突。再如,我国学界普遍认为只有当不法侵害具有暴力性、攻击性、破坏性时,才允许正当防卫。而对重婚行为、民事违约行为等不法侵害则不允许正当防卫。^[29] 这实际上也是以制度性利益、法治根本利益来限制防卫人利益的过度膨胀,防止私权利对公权力的过度侵害。

总的来说,二元论内部个人保护原则与法确证原则虽然都是立法者所使用的秩序原则,但两者所解决的利益冲突不在同一个层面。个人保护原则涉及的是当事人利益,法确证原则维护的是制度利益或者法治根本利益。由于这两个原则体现的利益不在同一层面,不能简单地相加。同时,正如当事人利益与制度性利益、法治根本利益不在同一层面一样,个人保护原则与法确证原则也不在同一层面。个人保护原则是正当防卫的基本原则,决定了正当防卫的必要性,其功能在于对正当防卫进行扩张。法确证原则是正当防卫的补充原则,是对个人保护原则的补充,决定了正当防卫的相当性(需要性),其功能在于对正当防卫进行限制。

(二) 二维统一论无法解释正当防卫的正当化

梁根林教授认为,主流观点往往只从一个维度来寻找正当防卫的正当化根据,即主流观点要么从防卫人维度,要么从不侵害人维度来解释正当防卫的正当性。而这种单一维度的视角不能全面解释正当化的根据,因此有必要同时从防卫人与不法侵害人两个维度来探讨问题的解决方法。从防卫人维度来看,正当化的根据在于防卫行为既保护了个人法益又确证了法秩序;从不侵害人维度来看,正当化的根据在于不法侵害人法益保护性的丧失。因此,二维统一论认为,正当防卫的正当化根据在于法益保护、法秩序确证以及不法侵害人法益保护性的丧失这三者的统一。^[30] 但是,这种二维统一论很值得商榷。

其一,二维统一论继承并放大了前述法确证利益说和优越利益说两方面的缺陷。一方面,法秩序确证体现的是超个人利益,而防卫人法益和不法侵害人法益则属于个人利益。在一条标准中如何将两种不同性质的利益“统一”起来,是一个问题。这继承了前述法确证利益说的弊端。另一方面,二维统一论仍然没有回答,为什么不法侵害人在实施不法侵害行为时,其法益的保护性就应降低或者被悬置? 这继承了前述优越利益说的不足。

[28] [德]罗克辛著:《刑事政策与刑法体系》,蔡桂生译,中国人民大学出版社2011年版,第21、33页。

[29] 参见马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社2001年版,第719页;陈兴良著:《正当防卫论》,中国人民大学出版社2006年版,第74页;张明楷著:《刑法学》,法律出版社2016年版,第198页。

[30] 参见梁根林:《防卫过当不法判断的立场、标准与逻辑》,《法学》2019年第2期,第6页以下。

另外,二维统一论还引发了新的问题。前述法确证利益说立足于防卫人维度,把法确证利益与个人利益作“加法”。优越利益说立足于不法侵害人维度,对个人利益作“减法”。那么,如何在一条标准中同时把加法与减法这两种完全相反的计算“二维统一”起来,是一个需要回答的新问题。

其二,二维统一论有自相矛盾之嫌。二维统一论一方面主张同时从防卫人和不法侵害人两个维度论证正当防卫的正当性,另一方面又极力反对法益衡量和优越利益原理,^[31]这就有自我矛盾的嫌疑。具体来说,优越利益是法益衡量的结果,即通过对防卫人与不法侵害人双方的利益进行衡量,得出防卫人的利益优越于不法侵害人的利益这一结论,从而证明防卫行为造成不法侵害人损害结果是正当的。优越利益体现在两个方向:从防卫人维度来看就是,法确证利益 + 个人保护利益 > 不法侵害人利益。从不法侵害人维度看就是,不法侵害人法益减低 < 防卫人利益。可见,无论是防卫人维度还是不法侵害人维度,采用的都是法益衡量和优越利益的逻辑。二维统一论者同时继承了防卫人维度和不法侵害人维度的方法,事实上采用的也就是法益衡量和优越利益的逻辑。但是让人难以理解的是,该论者又明确反对法益衡量和优越利益的逻辑。这难免有自相矛盾之嫌。

三 法确证原则的功能

如前所述,完全排斥法确证原则无法解释正当防卫的正当性,把法确证原则降低为法确证利益也无法解释正当防卫的正当性。一些学者之所以极力反对法确证原则,关键在于没有厘清个人保护原则与法确证原则的关系,没有理解法确证原则的功能。如前所述,在个人保护原则与法确证原则之间,个人保护原则是基本原则,法确证原则是补充原则。正如耶赛克和魏根特所说,个人保护原则“是占优势地位的,正如它与刑法典中的自由主义的传统相适应一样……维护法秩序的公共利益,只能够通过保护个人权利这一媒介加以实现”。^[32] 罗克辛也明确指出,“针对正当防卫的根据,承认保护原则的优先性”,“以法确证原则补充保护性原则”。^[33] 在弄清了个人保护原则与法确证原则的关系之后,就能够正确把握法确证原则的功能,并澄清很多误解。

(一) 正当防卫成立的根据是个人保护原则

正当防卫的成立条件包括前提条件和限度条件两大类,前提条件包括起因条件、对象条件、时间条件,限度条件是指防卫的必要限度。^[34] 前提条件是关于正当防卫所处情形的条件,限度条件是关于防卫行为本身的条件。^[35] 法确证原则的反对者认为,法确证原则对于正当防卫的前提条件与限度条件的认定都毫无意义,因此法确证原则不是正当防卫的正当化根据。法确证原则的支持者则认为,可以从法确证原则导出正当防卫的成立

[31] 参见梁根林:《防卫过当不法判断的立场、标准与逻辑》,《法学》2019年第2期,第8页。

[32] [德]耶赛克、魏根特著:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第402-403页。

[33] [德]罗克辛:《正当防卫与法确证》,王德政译,《西北师大学报(社会科学版)》2018年第2期,第131、132页。

[34] 参见陈兴良著:《正当防卫论》,中国人民大学出版社2006年版,第41页。

[35] 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159页以下。

条件,因此法确证原则是正当防卫的正当化根据。^[36] 本文认为,两种观点都存在许多需要澄清的误解。法确证原则是否正当防卫成立条件的根据,与法确证原则是否正当防卫的正当化根据,是两个不同的问题。否定前者并不就能否定后者,同样,肯定后者也并不就能肯定前者。本文认为,正当防卫的成立条件确实与法确证原则无关,但仅此并不足以否定法确证原则是正当防卫的正当化根据。

1. 正当防卫的前提条件与法确证原则无关

法确证原则的反对者认为,正当防卫的起因条件、对象条件、时间条件都与法确证无关。与此相反,部分法确证原则的支持者则认为上述条件都与法确证有关联。这两种立场都值得商榷。

第一,正当防卫的起因条件与法确证原则无关。法确证原则的反对者认为,正当防卫的起因条件与法确证无关。因为德日刑法都明文规定正当防卫是为了避免“自己或他人”免受正在进行的不法侵害。因此,对于侵害公共秩序的行为,只要个人的权利没有同时受到侵害,公民个人就不能使用正当防卫加以抵制。^[37] 即使在我国《刑法》明文规定正当防卫可以保护“国家、公共利益”的情况下,学界也普遍认为,在不涉及个人权利时,公民个人不能为了单纯保护国家、公共利益而使用正当防卫。^[38] 因此,“既然反击的合法性系于个人利益,其发动要件也与法秩序受到威胁无关,正当防卫保护法秩序的论点实有检讨必要”。^[39] 与此相反,法确证原则的支持者则认为,在德日立法模式下,或许可以认为正当防卫不能维护超个人的法秩序。但在我国立法模式下,不能对“国家、公共利益”进行限制解释,否则就限缩了正当防卫的成立条件,扩张了防卫人的处罚范围,违反了罪刑法定原则。因此,正当防卫的起因条件与法确证原则息息相关。^[40]

本文认为,即使是在我国,也不允许单纯为了维护“国家、公共利益”而实行防卫行为,对“国家、公共利益”进行限制解释并不违反罪刑法定原则。罪刑法定原则涉及的主要是对刑法分则构成要件的解释,而不适用于对正当防卫条款的解释。“正当化事由和构成要件这两者在刑事政策上的目标是不同的,这使得它们在方法论上也有着完全不同的操作步骤……人们在正当化事由方面要做的工作,就不再是向概念性的、固定化的各种描述进行涵摄了”。^[41] 之所以不允许单纯为了维护“国家、公共利益”进行防卫,是为了防止私权利对公权力的干涉。但是,赞同正当防卫的起因条件与法确证原则无关,并不意味着本文反对法确证原则本身。不能把这两个不同层面的问题关联起来。正当防卫的起因条件只能从个人保护原则中寻找根据,原本就不应该与法确证原则联系起来。从个人保护原则出发,正当防卫只能是为了防卫自己或者他人,而不能单纯防卫国家、公共利益。正当防卫的成立需要同时考虑个人保护原则与法确证原则,是就正当防卫的整体而言的,

[36] 参见王钢:《法秩序维护说之思辨》,《比较法研究》2018年第6期,第105页以下。

[37] 参见[德]罗克辛著:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第424页。

[38] 参见周光权著:《刑法总论》,中国人民大学出版社2016年版,第202页;黎宏著:《刑法学总论》,法律出版社2016年版,第130页;张明楷著:《刑法学》,法律出版社2016年版,第200页。

[39] 许恒达:《从个人保护原则重构正当防卫》,《台大法学论丛》2016年第1期(第45卷),第342页。

[40] 参见王钢:《法秩序维护说之思辨》,《比较法研究》2018年第6期,第105页。

[41] [德]罗克辛著:《刑事政策与刑法体系》,蔡桂生译,中国人民大学出版社2011年版,第38页。

并不意味着正当防卫的每个成立条件都要同时考虑这两个原则。

第二,正当防卫的对象条件与法确证原则无关。这里主要涉及对动物和无责任能力人能否实行正当防卫的问题。有的学者认为,对动物进行法确证毫无意义,因此对动物不能进行正当防卫,只能进行紧急避险。^[42]但是,否认对物防卫明显不合理。“人咬就能成立正当防卫,狗咬就只能成立紧急避险,这明显不均衡”^[43]“法律不可能认为,在动物侵害人的生命、身体时,人只能忍受”^[44]更为重要的是,把法确证原则与对物防卫否定说捆绑在一起的后果是,人们在批判对物防卫否定说的同时,也在质疑法确证原则的合理性。也有学者从法确证原则出发论证对无责任能力人不能进行正当防卫,“因为他们根本无能力认识法规范的意义,也无能力在意义沟通的层面上否定法规范的效力”^[45]但是如后所述,即使是在德国,二元论者也并不否认对无责任能力人可以实行正当防卫,只是对这种正当防卫应该有所限制。

上述论者以法确证原则为根据否定对动物和无责任能力人的正当防卫,实际上是误解了法确证原则的功能。法确证原则只是对个人保护原则的补充,“所有的正当防卫权都首先有助于保护被害人”^[46]在考虑反击行为是否成立正当防卫时,首先要考虑个人保护的需要,在此前提下再考虑是否需要依据法确证原则对正当防卫进行限制。在面对动物攻击时,当然可以实行正当防卫,而且由于动物不属于人类社会的成员,所以也不考虑对其进行特别的限制。同样,在面对无责任能力人的攻击时,从个人保护原则出发,也允许进行正当防卫。不过由于无责任能力人属于人类社会中法规范意识较弱的人,从法确证原则出发应该对正当防卫进行限制。

第三,正当防卫的时间条件与法确证原则无关。所有国家的立法都规定,正当防卫只能面对“正在进行”(急迫)的不法侵害才可能实行。对于这一法定条件,原本不应该有什么异议。但有的学者认为,即使在不法侵害结束后或者不法侵害着手前,对不法侵害者实施反击行为,仍然具有法确证的效果,因此从法确证原则出发应该得出事后防卫与事前防卫也成立正当防卫的结论,但事实上并非如此。^[47]论者试图运用归谬法否定法确证原则的合理性:从法确证原则这一前提出发会得出事后防卫与事前防卫都成立正当防卫的荒谬结论,所以法确证原则这一前提本身是错误的。但是此处归谬法的使用不当。归谬法是通过从一个命题导出荒谬结论而否定该命题的逻辑方法,归谬法所要否定的命题只能是充分条件判断。归谬法的逻辑是:如果A为真,则一定B为真;事实上B非真,所以A非真。归谬法的这一逻辑不适用于法确证原则。二元论虽然把法确证原则作为正当防卫的正当化根据,但法确证原则并非正当化的充分条件,法确证原则只是正当化的一个必要条件。并非只要防卫行为符合法确证原则就成立正当防卫。成立正当防卫除了要符合法

[42] 参见[日]山中敬一著:《刑法总论(第2版)》,成文堂2008年版,第458-459页。

[43] [日]佐伯仁志著:《刑法总论的思之道·乐之道》,于佳佳译,中国政法大学出版社2017年版,第106页。

[44] 张明楷著:《刑法学》,法律出版社2016年版,第201页。

[45] 冯军:《刑法教义学的立场和方法》,《中外法学》2014年第1期,第187页。

[46] [德]罗克辛:《正当防卫与法确证》,王德政译,《西北师大学报(社会科学版)》2018年第2期,第131页。

[47] 参见[日]桥爪隆著:《正当防卫论的基础》,有斐阁2007年版,第53页;张明楷:《正当防卫的原理及其运用——对二元论的批评性考察》,《环球法律评论》2018年第2期,第60页。

确证原则外,还需要符合个人保护原则,并符合刑法条文的规定。即使事后防卫与事前防卫符合法确证原则,但由于其不符合刑法规定,也可能不符合个人保护原则,当然不成立正当防卫。使用归谬法否定法确证原则的合理性,这一做法值得商榷。

2. 正当防卫的必要性 with 法确证原则无关

德国《刑法》第 32 条规定成立正当防卫得具备“必要性”与“需要性”两个要素。“必要性”涉及的是对攻击行为在事实上实施抵抗的可能性;“需要性”涉及的是这种抵抗在规范上是否合适。^[48] 日本《刑法》第 36 条规定,正当防卫是“不得已所实施的行为”。日本学者一般认为,这一表述包含了正当防卫的两个要素,即“必要性”(最小必要限度性)与“相当性”(缓和的均衡性)。^[49] 日本学者所说的“相当性”与德国学者所说的“需要性”,含义基本相同。我国《刑法》第 20 条规定,正当防卫不能明显超过必要限度。对于“必要限度”的理解,我国学界存在必要性说、基本相适应说、折中说的分歧,通说采取的是折中说。^[50]

本文认为,我国正当防卫中的“必要限度”应该解释为防卫的必要性 + 相当性(需要性)。正当防卫的“必要性”包括两层意思。一是“可超比例性”,即防卫行为不受比例原则限制且防卫人一般不具备躲避义务。^[51] 也就是说,防卫行为必须足以制止正在进行的不法侵害,以消除防卫人所面临的危险。^[52] 二是“最小性”,即“如果有几种方式可供选择,则只能选择侵害或者威胁最小的”。^[53] 日本的判例和学说把必要性的这两层意思概括为“最小必要限度性”。^[54] 需要注意的是,正当防卫的这种必要性(最小必要限度性),既不是源于法确证原则,也不是来源于法益衡量原则,而是来源于个人保护原则。

一方面,正当防卫的“可超比例性”不是来源于法确证原则,而是来源于个人保护原则。刑法理论与实务普遍承认正当防卫的可超比例性,主张面对正在进行的不法侵害,防卫人没有躲避义务,且防卫行为造成的损害可以大于不法侵害行为可能造成的损害。至于这种可超比例性的原因何在,学界存在争议。^[55] 常见的论述是,正当防卫的可超比例性来源于法确证原则,即正无需向不正退步。^[56] 但是,这种观点的合理性可能需要反思。一个人在面对激烈的不法侵害时,他之所以不逃避,而是使用攻击性防御,他大脑中首先

[48] 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 169 页。

[49] 参见[日]松原芳博著:《刑法总论重要问题》,王昭武译,中国政法大学出版社 2014 年版,第 129 页以下。

[50] 参见黎宏著:《刑法学总论》,法律出版社 2016 年版,第 140 页;陈兴良著:《正当防卫论》,中国人民大学出版社 2006 年版,第 117 页以下;王政勋著:《正当行为论》,法律出版社 2000 年版,第 182 页以下。

[51] [德]罗克辛著:《正当防卫与法确证》,王德政译,《西北大学学报(社会科学版)》2018 年第 2 期,第 134 页。

[52] 参见[德]罗克辛著:《德国刑法学总论》(第 1 卷),王世洲译,法律出版社 2005 年版,第 438 页;[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 167 页。

[53] [德]冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦著:《刑法总论 I——犯罪论》,杨萌译,法律出版社 2006 年版,第 167 页。

[54] 参见[日]山口厚著:《刑法总论》,付立庆译,中国人民大学出版社 2018 年版,第 134 页;[日]松原芳博著:《刑法总论重要问题》,王昭武译,中国政法大学出版社 2014 年版,第 129 页。

[55] 法确证利益说的理由是,个人保护的法益 + 法确证的利益 > 不法侵害人的利益(参见[日]内藤谦著:《刑法讲义总论(中)》,有斐阁 1986 年版,第 331 页)。滞留利益说的理由是,个人保全的法益 + 滞留现场的利益 > 不法侵害人的利益(参见[日]桥爪隆著:《正当防卫论の基础》,有斐阁 2007 年版,第 71 页以下)。

[56] 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 页以下。

想到的绝不是“正无需向不正让步”这种法确证原则,而是如何快速有效地保全自己的利益。罗克辛教授也明确指出,“正当防卫的‘可超比例性’恰好不是来源于法确证的特别要求,而是来源于被适用的法所明显展示出来的个人保护……正当防卫的‘可超比例性’只能由个人保护原则来解释;法确证原则无须这样”。^[57]

另一方面,正当防卫的“最小性”不是来源于法益衡量原则。法益衡量论者认为,在判断防卫行为的最小性时“需要将正当防卫造成的实际损害与不法侵害可能造成的损害(危险)进行比较”。^[58]但是,这种观点值得商榷。“防卫是不是必要的,说的是防卫的行为,而不是防卫的结果”。^[59]“防卫的必要性并不要求所造成的损害与所防卫的损害之间的比例关系。因此,一个人在只能通过刺死攻击者的方法来面对棍棒殴打时,就是在进行必要的防卫”。^[60]可见,在判断防卫行为的必要性时,不需要就防卫人与不法侵害人的法益进行衡量。所谓最小性中的“最小”,不是指只能给不法侵害人造成最小的损害,而是指在多种有效的防卫行为中选择损害最小的防卫行为。而且,判断哪种防卫行为属于损害最小的防卫行为,也不是站在不法侵害人的角度,而是站在防卫人的角度。损害最小的防卫行为,首先必须是足以保全个人法益的行为。

在弄清了正当防卫的必要性的判断依据以后就会明白,为了激活正当防卫条款,防止其沦为僵尸条款,^[61]不能求助于法益衡量原则,因为法益衡量原则可能引向结果归责的误区。^[62]我们也不能求助于法确证原则,因为法确证原则蕴含着维稳优先的风险。^[63]最好的办法是强调个人保护原则的意义。这一点近年来已经为我国司法实践所注意。2015年3月2日最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合颁布的《关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见》就明确采取了“可超比例性”标准:“认定防卫行为是否‘明显超过必要限度’,应当以足以制止并使防卫人免受家庭暴力不法侵害的需要为标准”。2018年12月19日最高人民检察院颁布了有关正当防卫的第十二批指导性案例。其中,“陈某正当防卫案”(检例第45号)指出,陈某在被人殴打,人身权利受到不法侵害的情况下,挥刀反击致3人重伤的防卫行为,仍然属于正当防卫。“于海明正当防卫案”(检例第47号)指出,面对严重危及人身安全的暴力犯罪,防卫行为致使不法侵害人死亡的,仍然属于正当防卫。可见,这些司法解释和指导性案例在认定正当防卫的必要性时,都贯彻了个人保护原则:防卫行为必须足以制止不法侵害,保护个人法益。在没有选择的情况下,防卫行为致人重伤、死亡的,仍然具有必要性。

(二)法确证原则的功能在于对正当防卫进行社会伦理限制

法确证原则的内涵与功能,一直受到反对者的误解和责难。张明楷教授的批评具有代表性。他认为,法确证原则内容空泛,属于“可以从自己的主观评价导出任何结论的万

[57] [德]罗克辛:《正当防卫与法确证》,王德政译,《西北师大学报(社会科学版)》2018年第2期,第134页。

[58] 张明楷:《正当防卫的原理及其运用——对二元论的批评性考察》,《环球法律评论》2018年第2期,第75页。

[59] [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167页。

[60] [德]罗克辛著:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第440页。

[61] 参见陈兴良:《正当防卫如何才能避免沦为僵尸条款》,《法学家》2017年第5期,第89页以下。

[62] 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1324页以下。

[63] 陈璇:《正当防卫、维稳优先与结果导向》,《法律科学》2018年第3期,第75页以下。

能原理……于是,为扩张正当防卫权(不要求利益衡量)和缩小正当防卫权(社会伦理限制)提供根据的,都是法确证原理”。“不论是必要性还是需要性,其背后的根据都是法确证的原理。这再次说明法确证原理是一把万能钥匙,在任何场合都可以使用”。^[64]然而,这种判断未必客观。虽然学界对法确证原则的内涵与功能存在意见分歧,但是以罗克辛和耶赛克、魏根特为代表的部分权威学者明确主张法确证原则只是对个人保护原则的补充,法确证原则的功能不在扩张正当防卫权,而在缩小正当防卫权,法确证原则的作用点不在必要性,而在需要性。

耶赛克和魏根特认为,在个人保护与法确证两个原则之间,个人保护原则“是占优势地位的,正如它与刑法典中的自由主义的传统相适应一样……维护法秩序的公共利益,只能够通过保护个人权利这一媒介加以实现”。正当防卫权的扩张依赖的是个人保护原则。“我们不能期待被害人‘不光彩地逃走’,不仅如此,甚至也不能期待仅仅避免攻击,这只能从对正当防卫的个人权利的理解角度加以说明。与此相对,社会权利……对正当防卫作出必要的限制”。^[65]很明显,在耶赛克和魏根特看来,个人保护原则是基本原则,法确证原则是补充原则。个人保护原则扩张了正当防卫权,法确证原则旨在缩小正当防卫权。法确证原则并非“万能钥匙”。罗克辛教授更是明确指出,法确证原理不是万能原理,“二元论正当防卫概念的支持者根本不认为法确证原则具有这样深远的效果”。罗克辛的结论是,“法确证原则的独立内涵并不在于正当防卫权的扩大,而在于对它进行社会伦理的限制”。“应通过适度削弱法确证利益来增加对正当防卫进行限制的情形”。^[66]

在理解了法确证原则的功能以后,就能够很好地理解限制正当防卫的依据何在。关于限制正当防卫的依据,二元论学者认为,“在那些主要旨在限制正当防卫而列举的案例中,对被害人做轻缓处理的根据明显来源于法秩序”。^[67]法益衡量论者则认为,限制正当防卫“难以用法确证原理来说明,相反完全可以用优越的利益保护原理来解释”。^[68]两种学说的对立主要体现在以下几种情形。

1. 无责任能力人的不法侵害

对幼儿、精神病人等无责任能力人的攻击能否实行正当防卫,学界存在不同观点。法益衡量论者认为,能否实行正当防卫与不法侵害人的责任能力无关,只与不法侵害行为的危险性有关。当幼儿举棒攻击成年人时,由于幼儿攻击行为的危险性低,成年人夺过木棒即可,无需实行攻击性防卫。但当少年攻击比自己更年幼的儿童时,攻击行为具有较大的危险性,后者当然可以实行攻击性防卫。^[69]二元论者认为,既然法律把儿童、

[64] 张明楷:《正当防卫的原理及其运用——对二元论的批评性考察》,《环球法律评论》2018年第2期,第55、63页。

[65] [德]耶赛克、魏根特著:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第402-403页。

[66] [德]罗克辛:《正当防卫与法确证》,王德政译,《西北大学学报(社会科学版)》2018年第2期,第131、137页。

[67] [德]罗克辛:《正当防卫与法确证》,王德政译,《西北大学学报(社会科学版)》2018年第2期,第131、135页。

[68] 张明楷:《正当防卫的原理及其运用——对二元论的批评性考察》,《环球法律评论》2018年第2期,第63页。

[69] 参见[日]佐伯仁志著:《刑法总论的思之道·乐之道》,于佳佳译,中国政法大学出版社2017年版,第100页以下;张明楷:《正当防卫的原理及其运用——对二元论的批评性考察》,《环球法律评论》2018年第2期,第63页以下。

精神病人规定为无责任能力人,那就意味着“法秩序并不需要在他们那里‘确证’自己的效力”。^[70]换言之,“法秩序的效力并没有因侵害而受到影响,或只是受到不严重的影响”。^[71]因此,面对无责任能力人的攻击,应该对正当防卫进行限制。^[72]

本文认为,二元论比法益衡量论更具有合理性。按照法益衡量论,当无责任能力人(如个子高大的少年或身强力壮的神经病人)的攻击具有危险性时,被攻击人就可以直接实施攻击性防卫,即使其能够通过躲避或者求助而化险为夷。但是这并不合理,对无责任能力人实施攻击性防卫,既缺乏一般预防效果,也不具备特殊预防效果。二元论并不否认对无责任能力人可以实行正当防卫,只是认为对正当防卫应当有所限制。在二元论中,个人保护原则是基本原则,法确证原则是补充原则,而且两者之间的功能是相反的。根据个人保护原则,当少年攻击比自己更年幼的儿童时,后者当然可以实施攻击性防卫。但是,无责任能力人毕竟不具有规范意识,对其进行正当防卫以确证法秩序的必要性减弱,因此对无责任能力人的防卫应当有所限制。具体来说,被攻击人通过躲避或者求助可以保护个人法益时,应当首先进行躲避或者求助。在无法躲避或求助时,应该实行抵御性防卫。在抵御性防卫无效时,才可以最终实行攻击性防卫。^[73]可见,只要理清了二元论内部个人保护原则和法确证原则的关系,就会发现二元论的解释确实比单一的法益衡量论更加合理。

2. 轻微的不法侵害

对于轻微的不法侵害,学界普遍认为应当对防卫行为进行限制。为了制止正在进行的小偷小摸,即使杀死不法侵害人是唯一的办法,也不能成立正当防卫。对于这种轻微的不法侵害,正当防卫的界限在于不能造成不法侵害人的生命危险。^[74]学界的分歧在于限制正当防卫的原因何在。法益衡量论者认为,“不能为了保护微小利益而损害重大法益……如为了保护笼中一鸟,树上一果而杀害盗窃犯的。不管具有多大的必要性也不得认定为正当防卫。这是优越的利益保护原理决定的”。^[75]二元论者则认为,之所以对轻微的不法侵害要严格限制正当防卫,是因为这种情况与通常的案件相比,法确证的意义很轻微。^[76]

初看起来,法益衡量说的道理简单明了:一只鸟的生命与一个人的生命相比,的确微不足道,因此不允许为了保护前者而牺牲后者。但是,需要进一步追问的是,法益衡量作为一种价值判断,其依据是什么呢?站在防卫人的角度来说,他之所以不惜杀死不法侵害人,是因为他认为其心爱的小鸟比可恶的侵害人更重要。但是,不法侵害人的家属是无法接受这一法益衡量判断的。因此,法益衡量需要以法秩序作为依据,离开了法秩序难以判

[70] [德]罗克辛著:《刑事政策与刑法体系》,蔡桂生译,中国人民大学出版社2011年版,第36页。

[71] [德]耶赛克、魏根特著:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第415页。

[72] 参见欧阳本祺:《正当防卫认定标准的困境与出路》,《法商研究》2013年第5期,第125页;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1336页。

[73] 参见[德]罗克辛著:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第444页以下。

[74] 参见[德]罗克辛著:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第450页。

[75] 张明楷:《正当防卫的原理及其运用——对二元论的批评性考察》,《环球法律评论》2018年第2期,第74页。

[76] 参见[德]罗克辛著:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第450页。

断孰轻孰重。例如,在刑法没有规定非法猎捕、杀害珍贵、濒危野生动物罪之前,比较野生动物和人之间孰轻孰重是没有意义的,动物攻击人抑或人杀死动物都属于法秩序之外的自然现象。但是刑法规定此罪以后,杀害一只珍贵濒危的野生鸟可能会导致 10 年以上牢狱之灾。

按照本文前述的利益分层理论,防卫人的财产法益、不法侵害人的生命和身体法益都属于下位的当事人利益,而这种当事人利益的判断或比较,需要受制于制度利益与法治国的根本利益,法确证原则正属于制度利益或法治国的根本利益。因此,在轻微的不法侵害场合,也应该重点从法确证原则来理解正当防卫。具体来说,“在这种情况下,应当否定法确证利益,因为法秩序不允许对较少价值的法益或者对轻微的伤害行为,以造成侵害人巨大损害为代价进行防卫”。^[77] 既然法确证的意义减弱或者被否定,那么受其限制,个人保护的意义也应该减弱或者否定。如此就能够合理说明,为什么对轻微的不法侵害应该限制正当防卫。

3. 特殊关系人的不法侵害

二元论认为,当不法侵害人与防卫人之间具有亲子、夫妻等特殊关系时,法确证的必要性减弱,因此正当防卫应该有所限制。防卫人应该包容不法侵害者,尽可能地避开侵害,在可以选择的几种防卫方式中,应选择最温和的手段。只要没有面临更严重的攻击,防卫人就应放弃会危及生命的防卫手段,哪怕没有更安全的方式。^[78] 而按照法益衡量论,防卫行为的实施及其限度,只取决于保护的法益与损害的法益之间的大小衡量,无需考虑防卫人与不法侵害人之间的人际关系。^[79] 但是,实施防卫行为完全不需考虑防卫人与不法侵害人之间关系的观点,也并不合理。近期我国发生的两起防卫他人非法侵入住宅的案件(见下文),可以从侧面反映司法实践事实上也考虑了防卫人与侵害人之间的特殊关系。

在媒体所谓的“涑源反杀案”中,不法侵害人(死者)王磊因为追求防卫人王某元、赵某芝之女王某某被拒后,于 2018 年 7 月 11 日晚 23 时许,携带水果刀、甩棍翻墙进入防卫人王某元、赵某芝及其女儿王某某共同居住的院子。防卫人王某元、赵某芝随即报警,并拿起铁锹、菜刀与非法侵入其院子的王磊进行打斗,最终致王磊死亡。涑源县人民检察院认定防卫人的行为构成正当防卫,决定不起诉。^[80] 与此案很相类似的是最高人民检察院第十二批指导性案例中的朱凤山故意伤害(防卫过当)案(检例第 46 号)。此案中,被告人朱凤山的女儿朱某与不法侵害人(死者)齐某系夫妻。2016 年 1 月朱某提起离婚诉讼并与齐某分居,朱某带女儿与朱凤山夫妇同住。齐某不同意离婚,并于 2016 年 5 月 8 日 23 时许翻墙进入被告人朱凤山夫妇居住的院子。朱凤山随即报警,并持刀与不法侵害人

[77] [德]耶赛克、魏根特著:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社 2001 年版,第 418 页。

[78] 参见[德]冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦著:《刑法总论 I——犯罪论》,杨萌译,法律出版社 2006 年版,第 172 页;[德]罗克辛著:《德国刑法学总论》(第 1 卷),王世洲译,法律出版社 2005 年版,第 453 页以下。

[79] 参见[日]佐伯仁志著:《刑法总论的思之道·乐之道》,于佳佳译,中国政法大学出版社 2017 年版,第 101 页;张明楷:《正当防卫的原理及其运用——对二元论的批评性考察》,《环球法律评论》2018 年第 2 期,第 68 页。

[80] 参见河北省涑源县人民检察院涑检公诉刑不诉〔2019〕2 号不起诉决定书。

打斗,最终刺中齐某胸部致其死亡。法院认为被告人朱凤山的行为属于防卫过当,应负刑事责任。

比较“涑源反杀案”与“朱凤山故意伤害案”,可以发现两案中的不法侵害行为具有很大的相似性:都是不法侵害人深夜 23 时许翻墙进入防卫人的院子,并与防卫人进行打斗,结果都是防卫行为导致不法侵害人死亡。但是两案的定性却存在很大区别,前者构成正当防卫,不负刑事责任;后者属于防卫过当,应负刑事责任。那么,这种区别的原因何在呢?法益衡量论者可能会说,因为“涑源反杀案”不法侵害人王磊携带水果刀、甩棍翻墙进入防卫人的院子,其法益侵害的危险性大,因而防卫行为可以致人死亡。而“朱凤山故意伤害”中不法侵害人齐某只是徒手翻墙进入防卫人的院子,其法益侵害的危险性小,因而防卫行为不能致人死亡。但是,本文不同意这种解释。根据前述防卫必要性的分析,本文认为,对于深夜非法侵入自己住宅的不法侵害人,防卫人可以采取一切必要的防卫措施,包括致不法侵害人死亡的行为。因为,非法侵入住宅的行为不仅侵害了住宅安宁,还侵害了住宅内的人身和财产安全。质言之,“防卫住宅与防卫一般财产具有极大区别……房子占有人或房屋内合法的房客使用致命武力保卫住宅是正当的”。^[81] 在美国,大量判决都基于“城堡法”,把击毙非法入侵住宅者的行为认定为正当防卫。这样的案例可谓“举不胜举”。^[82] 在德国,房屋的所有人用刀刺死晚上闯入自己住宅的醉酒男子,也被认定为正当防卫。^[83]

所以,上述“涑源反杀案”与“朱凤山故意伤害案”中,房屋的所有人刺死深夜非法侵入者的行为,原则上符合个人保护原则,不论非法侵入者是否携带凶器。但是,本文也同意“朱凤山故意伤害案”认定为防卫过当,而不是正当防卫。理由不是非法入侵者没有携带凶器。真正的理由在于,不法侵害人齐某与防卫人朱凤山具有特殊的关系,齐某与防卫人的女儿在法律上仍然是夫妻,齐某婚后也一度生活在该院子内,其女现在仍然住在此处。齐某类似于德国判例中的“同一生活圈子里没有本质敌对意思的人”,这种特殊的人际关系决定了法确证的价值有所下降,防卫行为应该有所限制,不能使用致命的攻击性防卫。^[84]

四 结 论

优越利益说完全排斥法确证原则,导致其在形式逻辑上陷入封闭的循环论证,在实质论理上混淆了事实判断与规范判断的关系,因而不能成为正当防卫的正当化根据。法确证利益说把法确证原则降低为法益衡量的一个要素,并按照“法确证利益 + 个人保护利益 > 不法侵害人利益”的方法说明防卫行为的正当化。法确证利益说的错误在于,把立

[81] 陆凌:《美国刑法中的防卫抗辩》,《河南财经政法大学学报》2017年第3期,第148页。

[82] 姜敏:《正当防卫制度中的“城堡法”:渊源、发展与启示》,《法学评论》2018年第5期,第55页。

[83] 参见[德]罗克辛著:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第444页。

[84] 参见[德]罗克辛著:《德国最高法院判例·刑法总论》,何庆仁、蔡桂生译,中国人民大学出版社2012年版,第48页以下。

体的多层利益作了扁平化理解。法确证利益属于超个人的制度性利益或法治国根本利益,其与当事人利益不在同一层面上,无法相加。优越利益说与法确证利益说都采用了法益衡量理论。但是,正当防卫的正当性不是法益衡量理论计算出来的,而是由个人保护原则和法确证原则推导出来的。在二元论内部,个人保护原则是基本原则,法确证原则是补充原则。个人保护原则决定了正当防卫的必要性,其功能在于扩张正当防卫。法确证原则决定了正当防卫的相当性(需要性),其功能在于限制正当防卫。成立正当防卫的起因条件、对象条件、时间条件、限度条件不是由法确证原则决定的,而是由个人保护原则决定的。法确证原则的功能仅仅在于对正当防卫进行限制,由此可以合理解释,为什么面对无责任能力人的不法侵害、轻微的不法侵害、特殊关系人的不法侵害时,正当防卫应该有所限制。

[本文为作者主持的 2016 年度国家社会科学基金一般项目“互联网法治化治理问题研究”(16BFX031)的研究成果。]

[**Abstract**] The principle of safeguarding individual rights and the principle of law confirmation are the two bases of justification for self-defense, so the dualism is rational. Without the principle of law-confirmation, the principle of protecting the superior interest will be unable to explain the justification for self-defense. Downgrading the principle of law-confirmation to an element in the balance of legal interests will lead to many problems and also be unable explain the justification for self-defense. In the dualist theory, safeguarding individual rights is the basic principle that affects the establishment of conditions of self-defense and has the function of expanding the right to self-defense. The principle of law-confirmation is a supplementary principle that has nothing to do with the condition of the establishment of self-defense and its only function is to limit the self-defense. Namely, the principle of safeguarding individual rights determines the conditions of the causes, the object, the time and the limit of self-defense, whereas the principle of law-confirmation only imposes social ethical limitations on self-defense.

(责任编辑:王雪梅)