

论逆防卫的正当化根据及构成要件

徐文转^{1,2}, 张 弋³

(1. 重庆大学 法学院, 重庆 400044; 2. 重庆市高级人民法院, 重庆 401147; 3. 重庆邮电大学 法学院, 重庆 400065)

摘要:人权的普适性、正当防卫制度设立的目的及司法实践的客观需要决定了逆防卫存在的正当性。作为特殊情形下的正当防卫,逆防卫在前提条件、主体条件、限制条件等构成要件上有别于一般情形下的正当防卫;逆防卫在司法实践中的认定与把握也对司法人员提出了更高的要求。

关键词:逆防卫;正当防卫;防卫过当

中图分类号:DF639

文献标志码:A

文章编号:1008-5831(2013)04-0127-06

一、逆防卫理论的提出

“任何作为人类社会成员的个体,即使是为了基于自己生存和发展这样最基本的需要而对相应攻击所作的本能性反应,在社会中也必须受到其他社会成员容忍或认可程度的制约”^[1]。在正当防卫制度中,这种制约的最直接体现就是刑法第20条第2款规定的防卫过当。但是对于不法侵害人来说,作为防卫过当的受害人,法律对防卫过当者的处罚所体现的也只是一种事后无奈的、被动的、迟到的救济。特别是面对可能致自己重伤或死亡的过当的正当性防卫行为,原不法侵害人难道就只能坐视灭顶之灾的降临而无权反抗吗?如果有反抗的权利,那么它又是一种什么性质的权利呢?

为了解决不法侵害人面对原正当防卫人的明显过当的防卫行为时的防卫权问题,学者们提出了逆防卫理论。在正当防卫的理论研究中,关于逆防卫的研究可以说是少之又少。综观为数不多的现有研究成果,赞成逆防卫的稍占优势。其中关于逆防卫的概念可以归纳为两种:一种认为逆防卫是指犯罪人(即不法侵害人)为免受来自于防卫人正在进行的不当防卫的侵害,在必要限度内所实施的防卫行为^[2]。另一种观点认为,所谓逆防卫,是指原不法侵害人为免受防卫人正在进行的不当防卫的侵害,不得已而采取的必要的防卫行为^[3]。

根据现代汉语词典解释,逆的含义首先是指“向着相反的方向”^①,即相对于正向而言。逆防卫也就是相对于正面的防卫而言的防卫。但“防卫”一词仅在与“侵害”或“侵犯”等情形相关时使用,在更多情况下表现不出褒性评价的倾向,更不能与免责的正当防卫划等号。逆防卫,顾名思义是指相对于原防卫行为而言的反向防卫。至于这种防卫是正当的还是不正当的,则难以一眼看出。而

收稿日期:2012-12-18

基金项目:国家社科基金项目“黑社会性质组织犯罪的新生成及法律对策研究——基于西南地区的实证”(09BFX066)

作者简介:徐文转(1974-),男,河南永城人,重庆大学法学院2010级刑法专业博士研究生,重庆市高级人民法院法官,主要从事刑法基础理论与实践研究。

①参见《现代汉语词典》第924页,商务印书出版社,2002年5月修订第3版。

逆防卫理论的提出主要是解决在正当防卫过当的情形下,特别是在正当防卫行为显著超过必要限度,将要给原不法侵害人造成不可挽回的特别重大损害时,原不法侵害人在走投无路的情况下是否具有正当防卫的权利的问题。因而,我们说,逆防卫的提倡者们所说的逆防卫,实质应是指与原防卫人实施的正当防卫相逆向的正当防卫,即原不法侵害人针对原正当防卫人的过当的正当性防卫行为所实施的正当性防卫行为。因而,逆防卫实质上就是特殊情形下的正当防卫^②。即有的论者所说的“逆防卫本质上就是正当防卫”^[2]。

二、逆防卫存在的正当化根据

逆防卫理论自提出之日起就一直争议不休。赞成论者与反对论者虽然所持观点截然相反,但论证的思路却基本相同。赞成论者认为,逆防卫对保障犯罪人人权、完善现有正当防卫制度不足有着重要的意义,逆防卫有存在的必要性,实践中也具有可操作性。反对论者则认为,逆防卫制度与中国刑法设立正当防卫制度的价值取向相背离,不利于对被害人权利的保护,操作上也具不可行性。笔者以为,无论是基于人权保障的考量,还是着眼于正当防卫制度的价值取向,或是应对司法实践的客观需要,我们都应该肯定逆防卫的存在。

(一)逆防卫存在的人权价值

逆防卫凸显了人权保护的普遍性,符合国内外人权保护运动日益高涨的现实。

从1948年联合国的《世界人权宣言》到1953年生效的《欧洲人权及基本自由保护公约》,再到1976年生效的《公民权利与政治权利公约》,特别是每年都有新的国家不断加入这些关乎公民人权的公约的现实,表明了世界各国对人权保护的日益重视及人权保护运动的蓬勃发展。当然,人权运动的这种发展也不可避免地渗透到了法律领域。特别是当国际性的人权公约中明确谈及到法律对于人权的保障时,各国特别是加入国的法律也都相应地在国内立法中予以了高度重视和充分体现。当然,人权的普适性特征决定了人权是指每个人都拥有的权利。具体到刑法而言,就是不仅要关注受害人的人权,而且要日益加强和重视对犯罪人人权的保护。如罪刑法定原则、罪刑相适应原则等刑法基本原则在各国刑法中的确立和对死刑适用的从严限制等。

就中国的正当防卫权而言,任何公民在来不及请求法律保护其合法权益免受正在发生的不法侵害时,均享有行使正当防卫的权利。这种权利,不因民族、性别、信仰、身份等不同而区别对待,这也是宪法第33条规定的“中华人民共和国公民在法律面前一律平等”和刑法第4条规定的“对任何人犯罪,在适

用法律上一律平等。不允许任何人有超越法律的特权”的应有之义。人权的普适性说明任何人都有自己的人权,正当防卫中的原不法侵害人当然也不应例外,对其合法的人权任何人都不能以任何借口予以侵犯或剥夺。当然,对于任何侵犯或剥夺其合法的人权的非法行为,我们找不出任何理由限制或剥夺其在法律不能及时予以保护的情况下的主动防卫权。法律不但要保护守法公民的自由不受侵犯和限制,同时也要保护违法犯罪人的自由不受过分地剥夺和限制。如果不允许对防卫过当行为进行防卫,在某种程度上就意味着“对犯罪人可以免受个人自由的过分剥夺”的否定^[4]。正如“刑法是犯罪人的大宪章”所宣称的那样,刑事法律既然一样要保护犯罪人的合法权利不受非法侵犯,那么,对于还没被法律认定为犯罪的原不法侵害人的合法权利当然也应受到刑法的庇护。试想,面对原防卫人的明显超出防卫必要的严重暴力性侵害行为,原不法侵害人在无路可逃的情况下,难道只能束手待毙,静待法律对防卫过当人或故意犯罪者的迟来的处罚吗?这样的法律对原不法侵害人来说显然已不具有真正的公平和正义。

(二)逆防卫存在的制度价值

逆防卫权的存在符合正当防卫制度设立的根本目的。

“在某些制度中,当对基本权利和义务的分配没有在个人之间做出任意的区分时,当规范使各种对社会生活利益的冲突之间有一恰当的平衡时,这些制度就是正义的”^[5]。刑法设立正当防卫制度是着眼于保障国家、公共利益和公民个人的合法权益免受不法侵害,逆防卫权的目的是保护原不法侵害人的合法权益不受原防卫人过当防卫的侵害。就保护公民个人的合法权益不受非法侵害这点看,承认逆防卫权并不违背正当防卫制度设立的初衷,因为两者都必定要考虑正当防卫者与不法侵害人之间的利益的平衡。而且,结合中国在正当防卫制度中设立防卫过当的规定看,正当防卫制度的设立虽重在保护原受害人的合法权益,但同时也没有完全置原不法侵害人的合法权益于不顾^③。“当保全的法益与侵害法益之间存在着显著的不平衡的场合,正当防卫的成立受到限制”^[6]。逆防卫的存在既有利于对原不法侵害人合法权益的保护,在某种意义上也及时挽救了原正当防卫人。因为对于明显超过必要限度的正当性防卫,逆防卫在将对原不法侵害人的损害防患于未然或降到最小程度的同时,也使原正当防卫人避免了因造成原不法侵害人重大损害后果的出现而承担刑法的责难。至于有学者所提出的反对理由——“防卫过当是由正当防卫转化而来的,其本身

^②逆防卫赞成论者的初衷也是肯定在不当防卫(包括防卫过当)的情形下逆防卫人的正当防卫权,否定其实施的一定限度内的逆向正当防卫行为的不法性与可罚性,以最大限度地保护逆防卫人的合法权益。

^③中国刑法第20条第2款的规定,就是告诉人们在行使正当防卫权的同时,一定要在合理的限度内实施,否则要承担不利的后果。而且,即便是同条第3款,现在刑法学界的主流观点也认为不是不受限制的所谓“无限防卫权”,同样要以有效制止不法侵害为必要限度,同样要受第2款的制约。

仍带有防卫行为的某些本质特征……因此,对于原不法侵害人来说,防卫过当行为仍不失为防卫行为,且这一行为是由其自身的不法侵害所引起”^[7],未免有些牵强。首先,防卫过当不是由正当防卫转化而来,而是与正当防卫截然不同的一种犯罪行为,哪还有防卫行为(此处应理解为正当防卫)的本质特征?其次,对于自身引起的不法侵害,特别是其所招来的侵害显著超过原侵害时,难道就一概不能进行正当防卫了吗?对此,在理论界,国内外都有学者予以了充分肯定。如清华大学法学院周光权教授虽不赞成逆防卫的提法,但也认为在“实践中,的确存在不法侵害人的侵害行为不具有暴力性,或暴力性程度较低,防卫人却实施强度极高的防卫行为(如杀害、伤害等),此时为确实保证被害人(原不法侵害人)的人身权利,应当允许其防卫,符合特殊防卫条件的,仍然可以确认行为的正当性”^[8]。德国著名刑法学家冯·李斯特认为“可以针对合法攻击过当变成不法攻击,也即可以针对防卫过当的行为实施正当防卫”^[9]。意大利刑法学者认为,“即便非法侵害是由被侵犯者引起的,也不排除其违法性”^[10]。日本著名刑法学者大冢仁认为,“对于自招的侵害、危难能否进行正当防卫、紧急避难,应区别对待。在由于行为人的过失而招来了侵害和危难时,就存在允许其进行正当防卫、紧急避难的余地。而在故意地招来的侵害、危难产生了远远超过其当初预期程度的严重侵害、危难时,也可以同样考虑”^[11]。

在立法领域,也有国家的刑法典对逆防卫及其实施条件进行了明确规定。如美国刑法在对侵害人的自卫权做出严格限定的同时,明确肯定了侵害人的自卫权,即在两种情况下允许原不法侵害人自卫:(1)防卫显然过当时。如果侵犯者的暴力显系非致命性的,而防卫者使用了致命性暴力,超过限度便成为“非法的”,在这种情况下侵害人有权进行自卫。(2)侵犯者有效地停止了攻击,并通知了被侵害者。在这样的情况下,如果被侵害者仍然使用暴力实行“防卫”,侵犯者有权自卫^[12]。

(三)逆防卫存在的实践价值

逆防卫的存在迎合了司法实践的客观需要。

理论的价值在于正确指导实践,服务于实践。而实践也在不断地促进理论研究的发展和深化。就正当防卫制度而言,这种关系更为明显。近年出现的一些特殊的防卫案例,也向现有的正当防卫制度提出了新的挑战。

案例一:甲因盗窃乙的财物而被乙及其同行者抓获,乙及其同行者不顾甲的求饶而对甲进行殴打,乙为泄气对其同行者说“给我往死里打,打死了我负责”。甲为活命,遂奋起反抗,终致乙重伤。

案例二是发生在湖北某地法院的一个真实判例:甲外出回家,发现乙正从自己家中往外偷取财物,甲捡起一把杀猪刀躲在家门口,当乙拿着财物出来时,甲持刀向乙连续猛砍,乙情急之下,随手拿起一根木棒将甲打昏(致甲重伤)后逃逸。

像以上这两个案例中的情况,对于不法侵害人不具有暴力性或暴力程度很低的侵害行为,而防卫人却实施了强度极高的极不相称的防卫行为(如可能致不法侵害人重伤或死亡)时,应不应该赋予原不法侵害人实施正当防卫的权利?承认与否,对于案例一中的甲与案例二中的乙来说,其处境会有天壤之别:如果否认他们的逆防卫权,则两人都可能会被以故意伤害罪送进监狱(司法实践中的做法也大多如此,事实上,案例二中的乙打昏甲的行为就被法院认定为构成故意伤害罪);如果肯定他们有逆防卫的权利,则两人均不需对致原防卫人重伤的行为负担刑事责任。正如有的学者所言,司法实践中,在大量的正当防卫案件中,涉嫌防卫过当给犯罪人造成不应有的重大损害比比皆是,而其中相当一部分倘若不是因为犯罪人慑于日后的加重处罚而放弃自卫权,防卫过当造成不应有的重大损害(往往是事后无法弥补的损失)本是可以避免的。问题的关键恐怕在于立法、司法上是否应承认犯罪人的自卫权(即逆防卫权)^[13]。

至于反对论者所说的逆防卫制度在操作上存在极大的困难,故不应主张的理由,也难以成立。笔者以为,理论在实践中是否容易操作与理论本身是否正确本来就是两回事。正如正当防卫制度虽然在司法实践中一直没被很好地运用,但我们从未怀疑过正当防卫制度的正确性及其对公民权利保护的重要性一样,逆防卫在实践中的运用肯定会遇到这样那样的问题,但它又确实是司法实践的客观需要。而且,逆防卫本质上就是正当防卫,因而,只要严格按照逆防卫的构成要件对之进行认定即可,而绝非不具有操作性。

反对论者的另外一个担心是:逆防卫是否存在过当?对于逆防卫过当是否可以防卫?是否会导致不法侵害——防卫过当——逆防卫过当——逆逆防卫……的恶性循环?对于反对论者的这些担心,笔者认为多余。根据刑法理论,逆防卫当然也有过当的可能,而且对于逆防卫过当,仍可以对之实施正当防卫。但是,我们对此并不担心会导致私权的过度滥用及不法侵害的无限延续。因为实践与理论的差距是客观存在的,案件的发生不同于我们坐在书桌前想象的那样,绝大多数的正当防卫案件往往结束在第一次的防卫中。真正发生逆防卫的案件在正当防卫案件中可以说是少之又少,而逆防卫过当的案件我们更是闻所未闻。

三、逆防卫的构成要件

虽然我们说逆防卫本质上是正当防卫,但它毕竟是特殊情形下的正当防卫。因而逆防卫在前提条件、主观要件等构成要件上均有着不同于一般正当防卫的特殊要求。

(一)逆防卫的前提条件:必须存在暴力性的正当性防卫过当行为

首先,逆防卫是针对原正当防卫人实施的过当

的正当性防卫行为^④。而截至目前的逆防卫论者们均认为,逆防卫首先应是针对防卫人的不当防卫行为,这种不当防卫主要包括防卫过当和防卫不适时行为。笔者认为,将逆防卫的对象限定为不当防卫行为不妥。因为,中国刑法理论通说认为,不适时防卫就是行为人在不法侵害尚未开始或者已经结束,对侵害人实行的“防卫”行为,即所谓的“事前防卫”或“事后防卫”。但不管是事前防卫还是事后防卫,不适时防卫都因不符合正当防卫的时限条件而不属于正当防卫^⑤。正如笔者在第一部分所论述的,逆防卫是针对原防卫人所实施的过当的正当性防卫行为而进行的正当防卫。鉴于不适时防卫明显不是正当防卫,因而对之进行的正当防卫就很难说是逆防卫。因为没有前一个正当防卫行为,后面的正当防卫行为就缺少了逆的对象,也就无“逆”可谈,而只能属于一般的正当防卫。而且,对于显属犯罪的不适时防卫行为,任何人都可以直接对之进行正当防卫,无将其纳入逆防卫的对象的必要性。

其次,过当的正当性防卫行为必须具有严重的暴力性。正是因为其具有严重的暴力性,如不及时予以制止,将会对原不法侵害人的人身或财产造成难以挽回的重大损害,才使得逆防卫权的存在具有了正当性。如果原正当防卫人所实施的正当性防卫虽明显超出必要限度,但防卫行为本身不具有严重的暴力性,不可能给原不法侵害人造成特别严重的、不可挽回的损害,原不法侵害人就不能以逆防卫的名义实施防卫行为。

再次,在认定逆防卫时,对原正当防卫行为超出正当防卫必要限度的程度必须严加把握。笔者认为,由于逆防卫人是原不法侵害的惹起者,因而,法律对其针对原过当的正当性防卫行为的正当防卫权的行使如不严加限制,就会妨害原正当防卫人正当防卫权的行使,从而使原受害人的合法权益受到更大的伤害。所以,笔者认为,在逆卫中,对于原正当防卫行为超出必要限度的程度应以略高于防卫过当所要求的“明显超过”为宜。

最后,明显过当的正当性防卫行为必须是由逆防卫人自身引起的,否则,其所实施的正当性防卫行为可能构成一般的正当防卫,而不是逆防卫;与此同时,为限制逆防卫权的滥用,应将逆防卫人的原不法侵害行为限定为不具有严重暴力性的不法侵害。因为,对于本来就特别严重的暴力性不法侵害,特别是完全符合中国刑法第20条第3款规定的特殊防卫权条件的不法侵害(符合该规定的原不法侵害应是可能造成原正当防卫人重伤或死亡的严重后果的暴力性不法侵害),法律本来就赋予了原正当防卫人可

以致原不法侵害人重伤或死亡的防卫权利,原正当防卫不存在过当的可能,原不法侵害人也当然不具有实施逆防卫的权利。法律更不会允许原不法侵害人以逆防卫的名义继续实施不法侵害行为^⑥。

此外,一般情况下,逆防卫只能是针对危及逆防卫人自身人身健康或生命安全的过当的正当性防卫行为,而且应是可能造成人身重大损害(重伤或死亡)的过当的正当性防卫行为。但是,也不排除个别情况下的财产损害,如原正当防卫人所实施的过当的正当性防卫行为可能造成无法估价的、不可复制的特别重大的财产损失时,也应允许逆防卫人行使逆防卫权。

(二) 逆防卫的时间条件

必须是在正在进行的过当的暴力性正当性防卫行为。这与正当防卫制度的时间要件相似,其初衷都是为了在来不及诉诸公权力保护的急迫状态下,赋予被害人(即逆防卫人)实施私力救济的权利。对于没有过当的正当防卫行为或已经造成严重损害结果的防卫过当行为,原不法侵害人都无权进行逆防卫。

(三) 逆防卫的限制条件

必须是在不得已的情况下才能实施逆防卫。这是逆防卫与一般情况下的正当防卫的重要区别。由于逆防卫人是原不法侵害的启动者,因而,一般情况下,逆防卫人对于原正当防卫人的防卫在思想上应是有所预见和准备的,再加上其犯错在先,所以面对明显过当的正当性防卫行为的侵害时,逆防卫人首先应本着退却的义务尽量避免,只能在确无退让可能时才可实施逆防卫,而不能像普通防卫人那样可以放弃躲闪机会主动出击。从另一角度来说,要求逆防卫人首先履行尽量躲避的义务,也是为了避免个别逆防卫人恶意利用逆防卫权,给原正当防卫人造成更大的伤害。同时也体现了刑法公平、公正的原则。

不得已原则要求逆防卫人面对自己先前的不法侵害行为所惹起的明显过当的正当性防卫行为,必须首先选择逆防卫以外的方法进行躲避,如逃跑、躲藏、报警等,只有在确无他法可以使用,如不马上防卫自身重大利益就要遭受重大损失的情况下,才能行使逆防卫权。否则,如果是在有其他方法可以采用的情况下,却直接对原正当防卫人进行了防卫性攻击,就不宜认定为逆防卫。

(四) 逆防卫的主体条件

现有的逆防卫论者在论述逆防卫的概念或构成要件中,都将逆防卫权的行使主体限定于原不法侵

^④我们只所以说是过当的正当性防卫行为,是因为这种行为只是在防卫的行为程度上明显超出了正当防卫的必要限度,如不对之进行制止,很有可能或极有可能构成防卫过当。但由于还没有造成严重后果,所以我们还不能说它就是防卫过当。

^⑤对于不适时防卫要区别不同情况进行处理:如果行为人明知不法侵害尚未到来或已经终了,仍然进行所谓防卫,应对其所造成的损害负故意犯罪的刑事责任;如果行为人由于认识错误而导致防卫不适时,则应根据案件的实际情况按对事实认识错误的原则处理,既可能属于过失犯罪,也可能是意外事件(参见陈忠林主编:《刑法(总论)》第189页,中国人民大学出版社2012年3月第3版)。

^⑥当然,对于刑法第20条第3款的规定在适用时要具体情况具体分析,不能一概而论。如一普通成年人对一未成年人的拳打脚踢可能是严重的暴力侵害,而对于一散打冠军而言,就只能是一般的侵害。

害人,而不包含可以出现在一般的正当防卫中的第三人。究其缘由,主要是由于逆防卫赞成论者均认为,逆防卫权相对于正当防卫权来说是一种比较特殊的防卫权,只有原不法侵害人才存在角色的转变,其防卫才有着“逆”的可能,若是第三人对原受害人(即新的不法侵害人)进行防卫,则这一“逆”字无从谈起,只能归之于一般的正当防卫^[14]。我们认为这种将第三人一概排除在逆防卫之外的做法不妥。

第一,逆防卫虽然是指相对于原正当防卫人的防卫而言的防卫,但这其中的“逆”不仅仅是防卫主体的逆,而且还包括了不法侵害行为的不同、防卫对象的逆变等诸多内容。原不法侵害人实施的逆防卫的逆的性质不会因为第三人的参与而改变。

第二,将逆防卫权的行使主体仅限于原不法侵害人的做法不利于对原不法侵害人权利的保护,有违逆防卫权提出的初衷。虽然一般情况下,原不法侵害人相对于原防卫人来说,可能在力量对比上要占优势,但也不排除相反的情形,特别是原不法侵害是基于过失的侵害或第三者参与了过当的原正当性防卫行为的情形下,单靠原不法侵害人自身恐难以有效地实施逆防卫,如我们仍然坚持只能由原不法侵害人自己才有资格防卫的话,在某些情况下,原不法侵害人的合法权益有可能在意欲参与逆防卫的第三者的注视下惨遭侵害。这恐怕也不是逆防卫提倡者们所希望看到一幕。所以,笔者认为,在逆防卫中,应当允许第三人参与进来。只是在分析认定时,可以区别对待:对于原不法侵害人来说,其所实施的正当性防卫属于逆防卫;对于原不法侵害人以外的第三人来说,其所实施的正当性防卫则属于一般的正当防卫。

(五) 逆防卫的对象条件

逆防卫所针对的防卫对象应是实施了过当的正当性防卫行为的主体,而不应仅局限于原受害人。因为,刑法第20条第1款规定,对于原不法侵害人(即逆防卫人)所实施的原不法侵害行为,受害人以外的其他人也可以实施正当防卫。因而,在原正当防卫过程中,实施了明显超出防卫必要限度的正当性防卫行为的就不仅仅是原受害人自身,还有可能是第三人,或者是原受害人与第三人共同实施了明显过当的正当性防卫行为。所以,逆防卫所针对的对象有可能是原受害人、第三人或原受害人和第三人。当然,此处需要注意的是,逆防卫所针对的只能是实施了明显超出必要限度的过当的暴力性防卫行为的防卫人,有可能只是原不法侵害人或第三人,也有可能是原不法侵害人和第三人,对于没有实施明显过当的正当性防卫行为的原防卫人则不能进行防卫。

(六) 逆防卫的主观要件

逆防卫主观方面的要件与正当防卫一样,都要求防卫人主观上是为了制止正在发生的不法侵害。与一般的正当防卫所不同的是,由于逆防卫自身的特殊性,逆防卫人主观上一般不会出于保护国家或社会的利益。此外,在防卫认识的内容上也不同于

一般的正当防卫,逆防卫人应该清楚地认识到他所针对的是原防卫人实施的明显超出必要限度的严重暴力性防卫行为,如不立即实施逆防卫,其自身合法权益就会不可避免地遭受严重损害。

(七) 逆防卫的限度条件

防卫过当的规定表明了任何行使权利的行为,既便原本是正当性的权利,如果越过一定的界限,也会转变成非法的、不正的行为。逆防卫权的行使同样需要遵守一定的限度。不能因为逆防卫所针对的是过当的防卫行为,它就是当然的、绝对的正当性防卫行为。越过了一定的限度范围,逆防卫行为也会变成非法的过当性行为。那么,逆防卫权行使的限度标准是什么呢?这也是反对论者对逆防卫的诘难之一。笔者以为,逆防卫虽然是一种特殊的防卫,但其本质仍属于正当防卫,因而其理所当然地应受正当防卫限度条件的制约,同样不能突破刑法第20条关于正当防卫限度条件的规定。

四、逆防卫在司法实践中的认定和把握

实践中,司法人员对任何一件在理论上看似毫无争议的正当防卫案件往往都会产生很大的分歧,这既有制度上的障碍,也有思想观念和业务水平的问题。这也导致了大量具有正当防卫性质的案件最终很少能得到正确处理。对于特殊形态的正当防卫——逆防卫来说,对其认定和处理比一般的正当防卫复杂,因而对于司法人员的要求必须相应提高。

第一,在思想上要树立不法侵害人也有保护自身合法权益不受非法侵害的正确观念,消除在发生防卫行为的案件中不法侵害人始终只能是加害人的固有观念。辩证唯物主义的基本观点要求我们要以发展、变化的眼光看待事物。犯罪学的实证研究和正当防卫的司法实践也表明,在防卫行为中,加害人和被害人之间的力量对比、地位和性质都在不断变化,加害人很有可能在双方的较量中由强变弱;反之,被害人或正当防卫人也有可能逐渐占据优势地位,甚至发展成“得理不饶人”,以至于构成防卫过当或故意犯罪,从而由原合法防卫人变成新的不法侵害人。

第二,对于涉及逆防卫的案件,司法人员既要具备扎实的法学理论功底,又要拥有丰富的司法实践经验。在处理逆防卫案件时要严格按照刑法第20条的规定,结合逆防卫自身的特有构成要件,认真分析案情,坚持主客观相统一的基本原则,全面考察整个案件的发生、发展过程,以发展的、全面的眼光审视案件发展的每一个阶段,要结合案件发展的动态过程深入研究逆防卫人与原受害人的心理变化、主观目的和客观行为。切忌先入为主,为表面现象所迷惑。

第三,要正确理解和处理逆防卫案件审理的法律效果与社会效果的关系。1997年刑法出台之时,对正当防卫制度的褒扬赞美之词铺天盖地,公民的正当防卫权似乎一下子有了牢固的保障。但是,十几年的司法实践却给人们泼了一盆冷水:实践中,大量的正当防卫案件要么被直接认定为故意犯罪,要

么以防卫过当为由被认定为故意犯罪。非常明显属于正当防卫的案件,也很少被直接认定为正当防卫;即便是被认定为正当防卫的案件,大多在一审或二审时也是先被认定为故意犯罪或防卫过当,然后历经波折在二审或再审阶段才被纠正过来。在这种现象的背后,当然存在很多原因。但其中最主要也是被用得最多的理由就是为了案件处理的社会效果只能这样判,否则,被害人或其家属不愿意,可能会不断上访、申诉,影响法院形象和社会稳定。试想,一般的正当防卫尚且是如此境遇,对于特殊情形的正当防卫——逆防卫来说,更是不可想象。改变这种不正常现象的根本出路在于,司法人员一定要转变思想,正确认识和处理案件办理的法律效果与社会效果的关系:案件办理的法律效果和社会效果本质上应该是统一而非对立的。社会效果不好的案件,其在法律适用上肯定存在不正确或不合理之处;反过来,法律适用合理的案件其社会效果一定是好的。当然,司法人员一定要正确地理解社会效果,不能将少数人的意见当成是社会大多数人的意见,更不能将少数人的不满意当成社会效果不好。

五、结论

中国学者们在研究或讨论某一法律制度时,总是习惯于在分析该制度的不足或缺陷之后,提出制度建设上的各种建议。难道我们的各项法律制度就如此千疮百孔,漏洞百出,亟需修补吗?笔者对此持怀疑的态度。正如张明楷教授所言:学者的责任不是随意批判法律、修改法律,而是应当对法律进行合理的解释,将不理想的法律条文解释成为理想的法律规定^[15]。

因而,笔者不赞成在中国刑法第20条中增加逆防卫的相关规定。因为逆防卫是一种特殊情形下的正当防卫,本质上仍是正当防卫。只要我们认清了

这一点,根据刑法第20条关于正当防卫的规定,结合逆防卫自身的特殊要求,将符合条件的逆防卫解释成逆向的正当防卫,就完全可以处理好逆防卫案件的法律适用问题。

参考文献:

- [1] 陈忠林. 刑法散得集(Ⅱ)[M]. 重庆:重庆大学出版社, 2012:64.
- [2] 张远煌,徐彬. 论逆防卫——关于正当防卫制度的刑法学及犯罪学思考[J]. 中国刑事法杂志,2001(6):16-22.
- [3] 刘刚. 论逆防卫的成立条件及其正确把握[J]. 广西社会科学,2004(12):103-106.
- [4] 包雯,胡利敏. 正当防卫价值取向的再思考[J]. 刑法问题与争鸣,2004(1):71.
- [5] 约翰·罗尔斯著. 正义论[M]. 中国社会科学出版社, 1988:5.
- [6] 野村稔. 刑法总论[M]. 全理其,何力,译. 北京:法律出版社,2001:229.
- [7] 马克昌. 犯罪通论[M]. 湖北:武汉大学出版社,2010:724.
- [8] 周光权. 特殊防卫权研究[C]//刑事法评论(第13卷). 北京:中国政法大学出版社,2003:597.
- [9] 弗兰茨·冯·李斯特. 德国刑法教科书[M]. 北京:法律出版社,2000:221.
- [10] 意大利刑法典(引论)[M]. 黄风,译. 北京:中国政法大学出版社,1998:18.
- [11] 大冢仁. 犯罪论的基本问题[M]. 冯军,译. 北京:中国政法大学出版社,1993:146-147.
- [12] 储槐植. 美国刑法[M]. 北京:北京大学出版社,1996:120.
- [13] 张明楷. 刑法格言的展开[M]. 北京:法律出版社,1999:3.

On Proper Grounds and Major Component Parts of Inverse Defense

XU WenZhuang^{1,2}, ZHANG Yi³

(1. School of Law, Chongqing University, Chongqing 400044, P. R. China;

2. The Higher People's Court of Chongqing, Chongqing 401147, P. R. China;

3. School of Law, Chongqing University of Posts and Telecommunications, Chongqing 400065, P. R. China)

Abstract: It is the universality principle of human rights, the purpose of the establishment of the self-defense system, and the objective needs of juridical practice that determines the legitimacy of the existence of the inverse defense. As a special case of self-defense, the conditions of the inverse defense, such as the premise condition, subjective condition, limitation of constitution, and so on, are different from those of the justifiable defense; Juridicus are asked more restrictive to identify and deal with the inverse defense in juridical practice.

Key words: inverse defense; justifiable defense; excessive defense.

(责任编辑 胡志平)