

防卫过当概念探微 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E9_98_B2_E5_8D_AB_E8_BF_87_E5_c122_483200.htm

【内容摘要】刑法学界对防卫过当的定义有失科学，这源于学者对刑法第20条第2款的规定的错误解读。文章作者重新审视该条的立法意蕴，对该条文作了全新的诠释，针对正当防卫的防卫限度条件、防卫过当的范围与主观方面、防卫过当与假想防卫的竞合等问题发表了独特的见解，并在此基础上对防卫过当的概念加以重新界定。

【关键词】防卫过当 防卫限度条件 假想防卫 意外事件

一、问题的提出 我国刑法学界对防卫过当的认识分歧主要集中在其罪过形式上，关于防卫过当的定义，尚不见与通说相左的观点，一般将其界定为：“防卫明显超过必要限度，造成重大损害，应当负刑事责任的犯罪行为”。其他的定义，有的虽然没有诸如“应当负刑事责任”、“犯罪行为”等字眼，但也都认为防卫过当是犯罪行为。这一定义显然深受我国刑法第20条第2款这一立法规定的影响。该款规定如下：“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，但是应当减轻或免除处罚。”笔者窃以为，此论者误解了刑法第20条第2款的立法意旨，这导致了刑法学界对防卫过当认识的四大误区：1、正当防卫的防卫限度条件是：不得明显超过必要限度造成重大损害。2、任何防卫过当行为均构成犯罪；3、由于犯罪要求行为人主观上有罪过，于是可以引申出第三个认识错误：防卫过当是有罪过（或过错）的行为；4、防卫过当以正当防卫为前提。对此四个问题，本文将逐一加以探讨。有必要进一步说明的是，“防卫过当

以正当防卫为前提”这一说法并非源自笔者，而是借用他人的成论，这一说法的逻辑错误是比较明显的。其意在说明：防卫过当的成立，必须符合正当防卫的前四个成立条件，只是不符合防卫限度条件而已。既然防卫过当不符合正当防卫的防卫限度条件，当然就不是正当防卫了，也就无从谈及以正当防卫为前提了。但是，这句话所传递的信息还是比较明晰的，这就是：防卫过当只存在于前述这一种情形中，而不可能存在于假想防卫、挑拨防卫和偶然防卫等情况下。鉴于学术界对防卫过当所存在于其中的此种防卫情形尚未给出一个合适的权威名称，笔者权且称之为“真防卫”，以别之于正当防卫。也就是说，真防卫是符合正当防卫前四个条件，但却不一定满足防卫限度条件的防卫行为。真防卫可以区分为正当防卫与防卫过当两种情形，区分标准是：是否符合防卫限度条件。另外，真防卫是在确实存在不法侵害的情况下发动的，应该发动的防卫；假想防卫则是在本无不法侵害的情况下实施的，不应实施的防卫行为。在此意义上，我们可以说，真防卫是与假想防卫相对应的概念。

二、问题的展开

（一）正当防卫的防卫限度条件是什么

正当防卫的防卫限度条件似乎与防卫过当无关，但由于对防卫限度条件的突破就意味着防卫过当的成就，正当防卫的上限就是防卫过当的下限。因此，如果从另一个角度看待正当防卫的限度条件，就可以理解作防卫过当的成立条件之一。由是观之，对此问题的研究就是极其必要的。刑法第20条第2款虽然不是从正面直接规定正当防卫的防卫限度条件，但如果将该款理解为对防卫过当的定义，那么，法文中所规定的“明显超过必要限度造成重大损害”就是防卫过当的成立条件之一，防卫不得

明显超过必要限度造成重大损害就是正当防卫的防卫限度条件。实际上，我国刑法学界的认识亦是如此。但若作此理解，则在面对下述两个问题时，将陷入进退维谷的境地：1、超过必要限度造成不应有的损害，但未明显超过必要限度，也未造成重大损害的防卫行为在法律上作何评价如依上述理解，这类防卫行为并不符合刑法第20条第2款的规定，自然不属防卫过当；相反，由于它尚未超出正当防卫的防卫限度条件，应成立正当防卫行为才对。然而，认为这类行为也构成正当防卫，无疑是与司法实践相冲突的。譬如，中学生甲（已满16周岁）从同学乙（16周岁）手中抢夺得5元钱，乙在回抢的时候，失手将甲的左眼眼眶打裂，好在未伤及眼珠（属刑法上的轻伤），甲为此支付医疗费千余元。乙为了5元钱，在防卫中过失致甲轻伤，由于过失致人轻伤不构成犯罪，依上述理论，则属正当防卫。但在司法实践中，乙应当负担甲的医疗费用及其他费用的大部分。这实际上是乙在对其防卫行为负民事赔偿责任。既然乙是在正当防卫，而正当防卫是合法有效的行为，是公民的一项权利，那么，乙为何要对自己的合法的、行使权利的行为承担法律责任呢？这是此论者所无法回答的问题。同样的问题也存在于对物的防卫中。如果防卫人为了维护自己较小的财产利益，在防卫过程中，过失地损害了不法侵害人的较大甚至巨大的财产利益。这种情形不构成犯罪，因为我国刑法并未规定过失损害财产的犯罪。但在司法实践中，防卫人也应负相应的赔偿责任。2、刑法规定与民法、行政法等其他法律部门之间的协调问题前一问题所讨论的“超过必要限度造成不应有的损害，但未明显超过必要限度，也未造成重大损害的防卫行为”应属一般违法行

为，或者说是一般违法的防卫过当行为。如果说这一持议在刑法上缺少法律依据的话，那么，可以肯定地说，它得到了民法与行政法的鼎力支持。我国民法与行政法在赋予人们正当防卫权利的同时，为了规范权利的行使，也都规定了防卫过当及其法律责任。其中，《民法通则》在第128条对此作出了规定：“因正当防卫造成损害的，不承担民事责任，正当防卫 超过必要限度，造成不应有的损害的，应当承担民事责任。”对比刑法与民法的规定，可以看出，二者对防卫过当的规定既有诸多共同点，亦不乏相异之处。其间，最明显的区别，莫过于正当防卫的限度条件了。民法设定的正当防卫的限度条件是：正当防卫不得超过必要限度造成不应有的损害。而刑法的划定是：不得明显超过必要限度造成重大损害。两厢比较，可以发现，民法上的正当防卫的范围比刑法上的要小，某些民法上的防卫过当行为在刑法上被纳入了正当防卫的范畴。这部分民法上的防卫过当行为就是前文所论及的“超过必要限度造成不应有的损害，但未明显超过必要限度，也未造成重大损害的防卫行为”。这就出现了同一行为被不同的法律部门作不同甚至是截然相反的法律评价的混乱现象：民事违法行为被刑法合法化了。而这种混乱的立法应是被禁绝的。这种情况其实已为某些刑法学者认识到。例如，有学者谈到：“其中最重要的区别，乃是对正当防卫的限度条件的要求不同，换言之，民法上的一部分防卫过当行为在刑法上属于正当防卫，而不属于防卫过当”。但令人遗憾的是，该论者却浅尝辄止，并认为这种区别“反映了民法与刑法调整社会关系的方法不同，反映了民事侵权行为与犯罪行为质的不同。这种区别的存在具有其合理性”。

诚然，民事侵权行为不能被评价为犯罪，刑法不能加以调整，但刑法也断不至于肯定其为合法行为。其实，上述两个问题的产生，并非源自立法本身，而应归因于学界对法文的错误解读。对法文的理解，不能脱离上下文；孤立地理解某一条文，则不可能求得其真义。若然仅从第20条第2款本身观之，将其理解为对防卫过当的定义，也未尝不可。但若我们将过于专注与集中的目光从眼前这株“树木”刑法第20条第2款上移开，而放眼于我国法律体系这片“树林”时，则会获得全新的认识。从刑法典来看，第20条是对排除社会危害性的正当防卫的规定，该条第2、3款虽然都涉及防卫过当，但这些都是为了明确正当防卫的成立范围，从立法上将正当防卫与防卫过当区分开来。该条不是，也无意对什么是防卫过当作出回答。因为防卫过当从来就不只是刑法这一部法律所要解决的问题，民法与行政法也要涉足其间，而刑法则只关注于，也应只关注于犯罪问题。因此，刑法对防卫过当的规定，仅限于构成犯罪的防卫过当这一种情形，而远非防卫过当的全部。将其视为刑法对防卫过当的定义，则殊为不当。防卫过当不限于构成犯罪这一种情形，还应当包括一般违法的防卫过当，乃至无过失的防卫过当（即意外事件）。无论是刑法抑或民法、行政法上的规定，防卫过当的范围应该是统一的，概念的范围与各法律部门对该概念项下的事物不同的调整范围，是不相及的两个问题，不应被搅和在一起。既然该款只是对构成犯罪的防卫过当的规定，防卫过当中还包括危害程度更轻的一般违法的情形，那么，法文中的“明显超过必要限度造成重大损害”就不是防卫过当的成立条件。质言之，“不得明显超过必要限度造成重大损害”也不是

刑法上的正当防卫的防卫限度条件。“明显超过必要限度造成重大损害”是区分犯罪的防卫过当与一般违法的防卫过当的标准。于是，新的问题又浮出了水面：刑法上的正当防卫的防卫限度条件是什么呢？其实，刑法并未给出正当防卫的防卫限度条件，这当然是不甚妥当的，但从法的统一性的要求出发（此处所言法的统一性是指不同部门法之间的统一与一致），笔者认为，刑法上的正当防卫的防卫限度条件与民法的规定是一致的，也应是“不得超过必要限度造成不应有的损害”。当然，这一结论是无法从刑法本身所能求证的，而必须自法律体系上把握。如果将刑法第20条第2款理解为是对防卫过当情形之一种犯罪的防卫过当的规定，同时认为正当防卫的防卫限度条件与民法的规定相同的话，则前述两个问题不解自破，冰释于无形。行文至此，笔者不由得又想到新刑法对旧刑法的修改。新刑法第20条第2款是对79年刑法第17条第2款的修正。后者的规定是这样的：“正当防卫超过必要限度造成不应有的危害的，应当负刑事责任；但是应当酌情减轻或者免除处罚”。新刑法将“超过必要限度造成不应有的危害”代之以“明显超过必要限度造成重大损害”。这种修改到底是进步还是倒退？由表面观之，刑法的修改使其与民法的规定相矛盾；而旧刑法与民法似乎更有默契。但若稍作研究，我们则会发觉，真实的情形恰好相反：旧刑法与民法均规定有“防卫超过必要限度造成不应有的危害”，可是民法规定的法律后果是民事责任，而旧刑法认定其为犯罪。这表明，所有的民法上的防卫过当行为，在刑法上均成立犯罪，或者说，一般违法的防卫过当与犯罪的防卫过当在成立范围上是完全重合的，任何一个防卫过当行为都有两

副面孔：在民法上以一般违法的面目示人；在刑庭上以犯罪的凶颜面对法官。对犯罪与违法行为的危害程度在立法上不加区分的做法，不仅违背了法理与一般的正义观念，更有可能为司法擅断洞开邪恶之门：如欲出人之罪，以一般违法了却之；若想入人之罪，则网之以刑罚。相较之下，新刑法的规定则合理得多。当然，美中不足的是，它未能在立法上明确正当防卫的防卫限度条件，但瑕不掩瑜，所得远大于所失。

（二）是否任何防卫过当行为均成立犯罪 通过前文对刑法第20条第2款的分析，我们不但否认了该款设立了正当防卫的防卫限度条件这一传统认识，而且向人们揭示了“防卫过当不限于成立犯罪这一种情形”这一事实真相。因此，可以说，在前文，我们已经解决了防卫过当是否等同于犯罪这一问题。但是，我们不愿就此止步，而是有兴趣，也有必要加以追问：既然防卫过当不限于犯罪，那么，它的存在范围到底是多大？在成立犯罪与一般违法之外，是否还存在第三种甚至第四种情形？诸如不可避免的防卫过当（意外事件）。这一问题实际上与我们即将探讨的第三个主题“防卫过当是否仅限于有罪过（或过错）的行为”密切相关。意外事件是无过错的行为，如能证明防卫过当也可以成立意外事件，实际上也就否定了“防卫过当仅限于有罪过（或过错）的行为”的主张。所以，防卫过当是否包括意外事件的探讨将在下一问题中展开。

（三）防卫过当是否仅限于有罪过（或过错）的行为 通说认为所有的防卫过当均成立犯罪，“无罪过即无犯罪”，故尔，认为防卫过当是有罪过的行为，也就是题中应有之义。但是，由于该结论的理论前提防卫过当均成立犯罪本身的正确性是值得怀疑的，因此，对这一传统理论也就

有了重新审视的必要。防卫过当也可以是一般违法行为，这虽然已被证明，但一般违法行为的成立，原则上也要求行为人主观上有过错，在民法上虽也规定有无过错原则或严格责任原则，但这毕竟是例外，故不足以成为否定防卫过当对主观过错的要求之证据。但是，如果防卫人由于无法预见的原因造成过当性结果时，则构成意外事件（这一点已经为学界所普遍接受），此时行为人主观上显然无任何过错。这种构成意外事件的防卫行为是否属防卫过当行为呢？因此，防卫过当是否以行为人主观上有过错为必要这一问题，可以转化为另一问题：对过当性结果无过错的意外事件是否属于防卫过当？对此问题的回答，学界是断然的拒绝。学者们的理由仍然是：防卫过当行为都是犯罪，犯罪不可能不要求罪过，此种情形下，行为人无罪过，则不成立防卫过当。言下之意，这种情形只能认定为意外事件，而不能同时成立防卫过当。由于该论证所依据的理论前提（防卫过当行为都是犯罪）已被推翻，此论自不足信。笔者认为，此种情形的意外事件属防卫过当，现分两步论述之：首先，将防卫过当限定为有过错的行为，既不能从现存刑法理论中得出，也无法律依据。依通说，防卫过当的成立，要求具备正当防卫的前四个成立条件：（1）不法侵害存在；（2）有防卫意图；（3）不法侵害正在进行；（4）防卫行为针对不法侵害人。防卫过当与正当防卫的唯一区别是是否超过防卫限度。由此所得出的结论似乎应是：防卫过当的成立，只要具备正当防卫的前四个成立条件和第五个条件超过防卫限度就足够。在此五个条件之外，再无其他要求。这就是说，防卫人主观上有否罪过在所不问。有主观罪过，固然成立防卫过当；即便主观上无罪

过，对防卫过当的成立亦无妨碍。但通说学者却不约而同在前述五个条件之外附加了主观罪过这一条件。唯一可能的解释就是：使防卫过当这一概念与“防卫过当都是犯罪”的理论相一致。至于通说在法律上找不到根据，则是无须再行证明的，因为我国刑法并未对防卫过当行为人的主观方面加以规定。正因为如此，笔者关于意外事件可以成立防卫过当的主张，也无法从法律上寻得直接的根据，虽然有学者与笔者的观点一致。该学者有论：“并不是所有的防卫过当中都有罪过存在。如果防卫过当所造成的不应有的损害，是由于不能抗拒或不能预见的原因引起的，防卫人主观上便没有罪过，不能构成犯罪，也就不负刑事责任……两者（指防卫过当与意外事件，引者注）并非水火不能相容”。因此，论证必须继续。其次，从刑法上的意外事件的存在形态上看，不应当将意外事件排除在防卫过当之外。意外事件在其存在形态上并不是有特定外观特征的某一行为类型，而是在外观上与各种犯罪类型相同或相似，并且一般存在于犯罪活动之中。能够将其从犯罪中区分开来的，仅在于主观方面。因此我们可以说，意外事件存在于各种犯罪活动之中，它既存在于一般的故意犯罪与过失犯罪之中，也存在于假想防卫、避险过当等特殊的犯罪样态中。防卫过当无疑也是特殊的犯罪样态，没有任何理由能够说明，意外事件不可以存在于防卫过当这种犯罪样态之中。非常耐人寻味的是，我国通说在否定防卫过当可以包含意外事件的同时，却对与防卫过当颇相类似的假想防卫制度包括了意外事件的情形加以肯定。通说认为，对假想防卫的处理包括：（1）过失犯罪；（2）意外事件。笔者尚未曾见到有谁将假想防卫与犯罪等同，

而否认意外事件可以存在于假想防卫之中。防卫过当的成立，也应该是这样的：行为人在真防卫的过程中，如果防卫超过了防卫限度条件即构成防卫过当。但对防卫过当的处理，则有三种可能：（1）虽然防卫过当，且行为人主观上有过错，但尚未达到犯罪的严重程度，依一般违法行为处理；（2）防卫虽过当，但行为人对过当结果无过失，则属意外事件；（3）防卫过当达到犯罪程度，且行为人主观上有罪过，则成立犯罪。（四）防卫过当是否只存在于真防卫过程中 通说主张，防卫过当是符合正当防卫前四个成立条件，只是不满足防卫限度条件的行为。这种观点就将防卫过当与正当防卫紧紧联系在一起。这使人们获得这样一种认识：防卫过当只存在于真防卫行为中。果真如此吗？假想防卫中有否可能存在防卫过当呢？防卫过当和正当防卫相似之处甚多。与此相似的是，假想防卫也与正当防卫有诸多相类之处。一般认为，它与正当防卫的主要区别在于：假想防卫不符合正当防卫的前提条件（或曰先决条件）存在不法侵害。至于时机条件、对象条件和防卫意图条件，除了少数学者否认假想防卫人具有防卫意图 之外，一般均予以肯定，但对假想防卫是否符合防卫限度条件，则不曾有人论及。从现实情况来看，假想防卫的致害结果，既可能在防卫限度之内，也可能超出。也就是说，防卫过当在假想防卫中是现实存在着的。但如果要在法律上或刑法理论上肯定它，还有两个问题必须解决：1、防卫是否超过防卫限度的判断，是以不法侵害可能导致的损害为基准作出的。在假想防卫中既然不存在不法侵害，如何判断假想防卫结果超出了防卫限度？2、如果假想防卫过当的定罪量刑与单纯的假想防卫无任何区别，那么，假想防卫

过当这一概念就只具理论意义，而无任何实践价值。若果如此，这一概念就没有多大存在的必要。因此要想肯定假想防卫过当，就必须发掘其在定罪量刑上的独特价值。其实，关于防卫是否过当的判断，与不法侵害是否存在并无关涉。即使是在不法侵害存在的场合，不法侵害行为因为被防卫行为所克服，不法侵害结果并没有现实地发生。这种损害结果及其大小只存在于人们的观念之中，是人们依不法侵害行为所作的预测与判断。简言之，防卫限度的判断基准不是不法侵害的实害结果，而是不法侵害的可能致害结果。在假想防卫中，不法侵害在现实中虽不存在，但却存在于防卫人的观念或假想中。这种假想的不法侵害的可能致害结果及其大小，人们也是能够进行预测与判断的。因而，对假想防卫是否超过防卫限度，是有判断基准的，并且能够据此判断假想防卫是否过当。另外，由于这里所言不法侵害是主客观统一的不法侵害，仅有客观损害结果的合法行为（如警察缉拿犯罪嫌疑人）不属不法侵害。但它却可以被假想防卫人误认作不法侵害。在此种情形下，虽然没有主客观统一的不法侵害存在，但纯客观意义上的损害却是不缺乏的。概言之，假想防卫是否过当是能够判明的。至于假想防卫过当在司法实践中的独立于假想防卫之外的价值，在定罪与量刑方面均有体现。在定罪上，由于假想防卫中存在事实错误而阻却犯罪故意，故假想防卫只成立过失犯罪。而在假想防卫过当的场合，如防卫人对过当结果的发生是故意的，则成立故意犯罪，而不可以按假想防卫（过失犯罪）处理。在量刑方面，假想防卫成立犯罪的，直接适用分则条文规定的法定刑。而在假想防卫过当的犯罪中，行为人或者既对过当结果有故意或过失，

又对不法侵害的误认有过失，则因存在双重罪过 而应酌情从重处罚；或者对过当结果有故意或过失，但对不法侵害的误认无过失，则应当酌情减轻或免除处罚。三、防卫过当概念之我见 综合前文论述，我们可以收获如下结论：1、刑法第20条第2款不是对防卫过当的定义，只是对其中构成犯罪的行为作了规定；2、正当防卫的防卫限度条件是“不得超过必要限度造成不应有的损害”，而不是“不得明显超过必要限度造成重大损害”，后者是防卫过当成立犯罪的条件之一；3、防卫过当既可以构成犯罪，也可以是一般违法行为，还可以成立意外事件，防卫过当不限于犯罪，其主观上可以欠缺过错；4、防卫过当既存在于真防卫过程中，也可以与假想防卫相竞合（即言可以存在于假想防卫中），成立假想防卫过当。上述这些结论将是重新界定防卫过当概念的立论基础，新的防卫过当的定义应囊括上述内容，反映上述认识成果。但是，由于假想防卫过当不是防卫过当的常态，它是假想防卫与防卫过当相竞合的结果，它身上既有防卫过当的某些属性，同时也蕴涵有假想防卫的诸多特点，非防卫过当这一个概念所能涵括。故防卫过当的定义将不涉及假想防卫中的防卫过当。此外，防卫过当的定义还应具有鉴别功能，即区分类似行为之功效。例如，从有无防卫意图这一点上，就可以将防卫过当与偶然防卫、挑拨防卫等情形相区分。因此，定义这类功能，也是应予考量的。基于上述认识，笔者对防卫过当作出了如下界定：防卫过当是指行为人出于防卫意图，在防卫的过程中，因故意、过失或无法预见的原因，对不法侵害人的防卫超过必要限度，造成不应有的损害的情形。

江学 | 武汉大学法学院 100Test 下载频道开通，各类考试题目

直接下载。详细请访问 www.100test.com