

对特别防卫的立法释义与司法认定 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E5_AF_B9_E7_89_B9_E5_88_AB_E9_c122_484175.htm 是正当防卫，还是特别防卫?对特别防卫的立法释义与司法认定 我国《刑法》第20条第1款规定了正当防卫的概念；第2款规定了防卫过当；第3款规定了特别防卫权。这种形式的正当防卫有“无限防卫”、“无过当防卫”“特别（殊）防卫”等称谓，这几种称谓的出发点及角度不同，都有其合理的依据，且基本含义也是一致的。无限防卫指这种防卫没有限度的要求，也就没有过当的形式，这也是这种防卫的特别之处。比较而言，笔者认为，“特别（殊）防卫”更能合理的表现出这种防卫的无限度要求的特点以及与第1、2款规定的正当防卫（可称为一般正当防卫）之间的特别与一般的逻辑关系。“无限防卫”容易使人误解为没有限制条件的防卫，而我国刑法对这种防卫的适用条件是有严格的限制的；无过当防卫不能正确的表现出《刑法》第20条的内在逻辑关系。因此，称我国刑法第20条第3款的规定为特别防卫更为合理。

一、特别防卫的立法释义 在1979年刑法颁布实行十几年以来，司法实践中审理涉及正当防卫案件的情况很不理想，尤其是一些致不法侵害人重伤、死亡的案件，法院往往不敢大胆宣告防卫人无罪而是以防卫过当定案并从轻处理以求“双保险”，这就形成了所谓的“唯后果论”，结果是严重挫伤了公民同违法犯罪作斗争的积极性。再加上当时社会治安状况恶化，车匪路霸猖獗，严重危及公民人身安全的暴力犯罪严重，立法上出台特别防卫的规定也就在情理之中。如上文所述，特别防卫立法

的针对性很明显，很大程度上是为了放开司法机关的手脚，这是用立法的方式解决司法的问题，造成司法实践中“唯后果论”的主要原因固然是司法人员的素质问题，但在司法人员素质不可能在短期内明显提高的情况下，立法上的这种尝试对于进一步明确立法意图以指导司法实践还是很有积极意义的，这也可以说是我国刑法立法功利主义的体现。根据特别防卫的规定，司法机关对“行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪”的案件中防卫行为是否具有正当性的认定，只需认定案件的范围是否符合特别防卫的成立条件而无须考虑防卫手段的强度和防卫后果的必要限度，认定正当防卫的途径简便是特别防卫的特征所在。由于在司法实践中对特别防卫的认定一般是事后认定，往往是已经发生了严重的后果的案件，司法机关只需从条件出发，条件符合的属正当防卫，不符合的则要考虑防卫是否是否明显超过必要限度才能认定其是否具有正当性。从证明责任上看，司法机关证明案件的范围比证明必要限度容易，而且，在法院审理中，防卫人一般是作为被告人，特别防卫往往作为辩护的理由，对防卫人而言，证明特别防卫比证明一般正当防卫的证明难度也要小，所以特别防卫的认定途径比一般正当防卫简便。从这一特征看，特别防卫的立法价值取向是很明显的，法律矫正并强化公力救济对被侵害人的保护，又鼓励被侵害人积极行使私力救济保护自己的权益，同时又弱化了对侵害人权益的保护。这一倾向意味着“守法公民人身权利价值量的扩大”，“同是公民，同是对他人生命或健康的损害，无过当防卫时，法律对其所保护的守法者的人身权益做出了本质高于不法侵害者人身权益的正面评价。”尽管

特别防卫在立法后有学者不断对此提出许多中肯的批评意见，但国家在特定的历史阶段有其特定的目标，在刑法典面对现实的权利冲突时，必然会以时代的价值标准权衡并做出选择或放弃，在现实的世界里无法苛求理想中的完美。因为犯罪毕竟是一种应受谴责和否定的行为，严重危及人身安全的暴力犯罪更是如此，况且被侵害人往往处于一种弱者地位，其人权更应得到保护，从刑法的公正和人道的角度讲，刑法在两者发生冲突时突出保护被侵害人的人权有不容否定的意义。在严重危及人身安全的暴力犯罪中分清正当防卫与防卫过当的界限已很困难，被害人在遭受紧迫的暴力犯罪进行防卫时，法律更是难以苛求其保持清醒的头脑，正确估计行为的后果，把防卫行为控制在必要限度之内。当然笔者亦不否认特别防卫在适用中有扩大化的可能，也存在着被滥用的危险性，在实践中需要严格把握特别防卫的认定条件，这就引出下一个问题。

二、特别防卫的司法认定

（一）第3款的内在逻辑关系分析

根据《刑法》第20条第3款的规定，对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪，可进行特别防卫。但对该款的理解却存在分歧，一种观点认为，“行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架”与“其他严重危及人身安全的暴力犯罪”是并列关系，意思是行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架暴力犯罪和其他严重危及人身安全的暴力犯罪；另一种观点则认为两者是例示与概括的关系，后者限制修饰前者，意思是行凶、杀人、抢劫强奸、绑架严重危及人身安全的暴力犯罪和其他严重危及人身安全的暴力犯罪。笔者赞同第二种观点，因为并不是所有的行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架行为都能够进行正当防卫，只有那些

罪行程度极其严重，犯罪手段对受害人的人身安全形成了高度的危险性和紧迫性的行为，才能够进行正当防卫，特别防卫尤其如此，否则会无限地扩大特别防卫的适用范围，这不符和立法原意。“严重危及人身安全的暴力犯罪”则能够体现这种犯罪的紧迫性，用它来限制前者列举的几类行为的暴力程度才是合理的。但如果仅限于这几类行为又未免过窄，其他罪行程度与其相当的严重危及人身安全的暴力犯罪行为同样可以进行特别防卫。所以前者只是后者几个具体化的例示以说明后者，同时又受后者的限制，这类行为的总体特征是以暴力手段实施并严重危及到人身安全。（二）第3款用语涵义的分析

1、对“行凶”的理解。笔者认为立法者在此选择“行凶”一词是有其合理性的，理由是，第一、由于“行凶”的暴力程度受到“严重危及人身安全的暴力犯罪”限制，其外延仅指用严重危及人身安全的暴力犯罪的手段实施的行凶，所以不会因“行凶”的含义模糊、外延广泛导致特别防卫的滥用。第二、在暴力犯罪中，特别是在一些突发性的暴力犯罪中，犯罪人的行为在客观上具有很大的随机性，在主观上具有很大的不确定性，甚至对犯罪人而言自己都无法断定犯罪的后果和性质，对处于非常紧张状态下的受害人更是不能苛求。“行凶”的模糊性恰可以描述这种情况，也有利于受害人积极的行使防卫权。第三、用行凶这一贴近公众生活的词语作为“严重危及人身安全的暴力犯罪”的示例便于公民理解和运用法律。第四、司法实践中，对特别防卫的认定一般是事后认定，往往是已经发生了严重的后果，在侵害人已经死亡的情况下，认定事前行为的性质存在着很大的困难，用“行凶”则可以解决这一难题，提高了法律的灵

活性和可操作性。第五，“行凶”一词符合正当防卫的前提条件“不法侵害”所包含的内容，非法律用语恰好说明防卫的紧迫性与必须性。

2、对“杀人、抢劫、强奸、绑架”的理解。“杀人、抢劫、强奸、绑架”究竟是指犯罪手段还是指具体的罪名？笔者认为，“杀人、抢劫、强奸、绑架”仅指以严重危及人身安全的暴力手段实施的犯罪行为而不指罪名。因为，第一、罪名是在刑法立法之后的司法解释中规定的，立法时刑法中并没有罪名，刑法典所规制的只有行为，刑法中的这几个用语不可能指罪名。第二、如果理解为罪名，与作为行为的“行凶”并列，逻辑上是不合理的。事实上，大多数学者都意识到这一点，但大都把矛头指向了“行凶”，认为“行凶”不是罪名与下文的罪名并列不合逻辑。第三、如上文所述，如果理解为罪名，不利于准确把握特别防卫的适用范围。只有那些以暴力手段实施，对人身安全具有高度危险性和紧迫性的犯罪行为才能进行特别防卫。所以，与“行凶”一样，这几个用语也是作为严重危及人身安全的暴力犯罪的示例，在外延上受后者的限制，无论这些行为触犯的是哪些具体罪名都可以进行特别防卫，只要是严重危及到人身安全的暴力犯罪即可。

3、对“严重危及人身安全”的理解。首先，“严重”表示的是“危及”的程度，但是由于法律所赖以表达的载体语言在涵盖丰富的社会生活上的局限性与定性语言在表达程度上的模糊性，立法机关也只能赋予司法机关界定“严重”的自由裁量权。那种要求立法语言高度精确化的呼声，无非是在思维的深处怀有一种对司法机关的不信任感。认定“严重”的标准是一个司法问题，在没有能力将这种程度的认定确定为量化指标之前，司法机关可

以根据犯罪行为所发生的时间、地点，犯罪分子使用的犯罪工具，犯罪所触犯的罪名，乃至犯罪的法定刑等量化因素综合考虑。其次，“危及”指的是一种危害的可能性，即犯罪使被侵害人的人身安全处于一种高度危险的状态，具有很高的向现实损害转化的可能性、紧迫性，而无需以现实损害的发生作为要件，在外延上应包括以暴力相威胁，但是以暴力相威胁只能是现实的暴力手段，而不能包括以侵害人的恐吓等精神上的威胁等。认定“危及”的状态还应考虑到防卫人的主观方面，如犯罪分子持仿真手枪进行抢劫的行为，虽然客观上并不具备高度危险性，但因为防卫人处于高度紧张的心理状态，此时无法苛求防卫人辨清真伪，对犯罪分子是可以进行特别防卫的。再次，“人身安全”包括的内容有公民的生命权、健康权、女性公民性的不可侵犯的权利，这应是没有异议的。但是否可以包括人身自由权、名誉权、隐私权、住宅权等权利呢？如非法拘禁罪，受害人可否进行特别防卫？笔者认为，如果侵害人使用“暴力犯罪”的手段并具备了危害的紧迫性，其侵犯的已不再仅仅是受害人的人身自由权，必然会侵犯到生命权与健康权。（这里涉及到“暴力犯罪”的定义，下文具体论述。）由于暴力犯罪对犯罪手段的限制，犯罪分子侵犯人身权利的犯罪如以暴力手段侵犯隐私权、住宅权等一定会同时侵犯受侵害人的生命权与健康权，以暴力犯罪的手段不可能单独侵犯人身自由权、名誉权、隐私权、住宅权等。最后，有学者认为，法律关于“人身安全”的规定排除了对侵犯财产权利的暴力犯罪适用特别防卫的可能，依照笔者对“暴力犯罪”的理解，侵犯人身安全是暴力犯罪的应有之义，单独以暴力手段针对财产权利的犯罪是

不能称为“暴力犯罪”的，“暴力犯罪”与“人身安全”在内容上是重合的。4、对“暴力犯罪”的理解。暴力犯罪又称针对人身的犯罪，是指非法使用暴力或以暴力相威胁，侵犯他人人身权利或财产权利的极端攻击性行为。既然暴力犯罪是针对人身的犯罪，侵犯生命权和健康权是暴力犯罪的题中之意。暴力的度是有限制的，暴力没有上限，其下限至少是严重危及人的健康的行为，还包括对妇女性的强制侵犯。这里的“犯罪”应作刑法意义的理解，只有对刑法上构成犯罪的行为，才可以认定特别防卫，对其他违法行为只能通过一般正当防卫认定。即使是主体不符合刑法规定，但暴力程度却很高的行为，如不满十四周岁或不负刑事责任的精神病人的侵害行为，也不能通过特别防卫的途径认定正当防卫。

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