

论持续侵害与正当防卫的关系

●周光权*

【内容摘要】在司法实务中,必须充分重视持续侵害行为的特殊性,防止错误限定正当防卫的成立范围。针对持续侵害的反击行为造成死伤后果的,在司法判断逻辑上应当优先考虑能否适用《刑法》第 20 条第 3 款的规定。只有在其适用存在障碍时,才根据《刑法》第 20 条第 2 款检验防卫行为是否明显超过必要限度。对持续侵害状态下的防卫相当性判断应建构一系列规则,无论持续侵害外观上是否平和,防卫人即便造成对方死伤的,也应当肯定反击行为的防卫性质;在持续侵害发生时,防卫人使用类似“挥刀乱捅”的防卫手段的,也可能成立正当防卫;当防卫人展示防卫工具时,对持续侵害人主动迎上前的,要评价为系其主动升高不法侵害危险,防卫人后续造成的后果应归属于侵害一方;在持续侵害过程中,如果能够认定危险处于累积升高的状态,即便防卫人突然实施防卫强度较高的手段造成不法侵害者死伤的,也不能一概否定正当防卫的成立。

【关键词】持续侵害 防卫必要性 防卫限度 特殊防卫

一、问题的提出

在目前的司法实务中,能够进入刑事评价范围的案件,都是防卫行为造成相当后果的情形。司法人员通常优先从防卫结果出发思考问题,不当地限定正当防卫的成立范围。因此,深入研究正当防卫的司法判断逻辑,促使实务能根据案件的具体情况,敢于依法准确宣告正当防卫的成立,具有重大现实意义。

本文从近年来实践中较为突出的持续侵害情形下的防卫问题切入,试图深化关于正当防卫的相关研究。这里所讨论的持续侵害,是一个广义的概念,主要是指非法拘禁、绑架等继续犯以及非法侵入住宅、组织传销活动等侵害状态得以持续的不法形态;此外,还包括攻击在相当长时间内得以持续的围殴等侵害形态。这里的持续侵害,就是持续危险,即“构成危险的状态具有较长的持续时间”的情形。^[1]在上述持续侵害中,不法行为的成立和既遂往往都相对较早,但犯罪行为在较长时期内并未结束,在犯罪人彻底放弃犯罪行为之前,违法状态也一直持续,犯罪并未终了,在此过程中,防卫人理应都可以防卫。但是,会产生以下有争议的问题:(1)针对持续侵害的防卫问题,在司法判断逻辑上,应当优先考虑适用《刑法》第 20 条第 2 款还是第 3 款的规定?(2)对那些外观上似乎较为平和的非法

* 作者单位:清华大学法学院。本文的写作得到国家社科基金重大项目《我国刑法修正的理论模型与制度实践研究》(项目批准号:16ZDA060)的资助。

[1] [德]约翰内斯·韦塞尔斯:《德国刑法总论》,李昌珂译,法律出版社 2008 年版,第 171 页。

拘禁等持续侵害,如果防卫人造成对方死伤的,是否就不能肯定行为的防卫性质?(3)在持续侵害过程中,如果危险处于“累积升高”状态,防卫人突然实施防卫强度较高的行为,造成不法侵害者死伤时,是否就不能再成立正当防卫?(4)相当长时间内的围殴等不法侵害形态发生时,防卫人使用类似“挥刀乱捅”的防卫手段时,是否一概没有成立正当防卫的余地?(5)在持续侵害过程中,当防卫人展示或亮出防卫工具时,加害方未停止侵害反而“往上扑”的,防卫人后续造成的后果究竟归属于哪一方,防卫行为是否还有正当化的余地?

对此,笔者的基本观点是:在不法侵害持续发生的场合,即便反击结果造成对方死伤的,也应该承认行为的防卫性质,并且要特别考虑“累积升高”的不法侵害对防卫相当性的特殊影响,不能轻言防卫行为“明显超过必要限度”,尤其要考虑防卫人对未来的担忧,即“侵害者有可能改采更严重的法益侵害手段”。^[2]基于此,在许多持续侵害案件中,都不能轻易得出防卫过当的结论。对于少数持续侵害,可以考虑将该侵害行为视为行凶或其他与绑架、强奸具有类似危险性的严重危害人身安全的暴力行为,从而肯定反击者的特殊防卫权。在《刑法》第 20 条第 3 款的适用被否定的情况下,需要进一步考察防卫行为是否明显超出必要限度造成重大损害,防止人为限定持续侵害下防卫行为的正当性。

二、持续侵害与特殊防卫权

我国刑法理论上对于《刑法》第 20 条第 2 款(防卫过当)和第 3 款(特殊防卫)之间是何关系一直存在争议。有的学者认为,第 3 款仅属于注意规定,是对第 2 款的补充;^[3]有的学者则主张,第 3 款是法律拟制,是第 2 款的例外。^[4]本文的初步观点是:由于《刑法》第 20 条第 2 款对于防卫限度的规定,同时违反防卫行为相当性(没有“明显超过必要限度”)和利益均衡性(并未“造成重大损害”)的,才属于防卫过当;而《刑法》第 20 条第 3 款基本上只重视防卫必要性,对利益均衡原理并不特别考虑(例如,为保护性自由可以杀死强奸犯;杀死仅有扣押人质意思但并无“撕票”故意的侵害者的,侵害利益和保护法益之间也存在不同,难以精确比较),但立法者认为,此时虽然不能进行利益衡量,也可以认为防卫行为并未“明显超过必要限度”,因此,是否造成了被防卫人的重大损害,并不在考虑之列,这样的立法基本等于放弃了利益衡量,优先考虑了防卫行为的相当性。由于《刑法》第 20 条第 3 款主张防卫行为只要具有防卫相当性,即可成立正当防卫,其限制条件和第 2 款相比要少一个,因此,可以认为《刑法》第 20 条第 3 款属于法律拟制(特别规定),而非注意规定。

如果将《刑法》第 20 条第 3 款解释为法律拟制规定,其就有优先适用的可能性。那么,针对持续侵害的防卫,在司法判断逻辑上首先应当考虑的就是:如果持续侵害的不法性、危险性“累积升高”后,防卫人按照《刑法》第 20 条第 3 款的规定行使特殊防卫权的,应当优先地、特别地考虑直接根据该规定得出正当防卫的结论,尽早让被告人摆脱司法追诉。只有在适用该规定有障碍的前提下,才进一步根据《刑法》第 20 条第 2 款检验防卫行为是否属于“明显超过必要限度造成重大损害”。

持续侵害的防卫人是否有成立特殊防卫的余地,需要考虑以下情形。

1. 持续侵害的危险是否能被评价为“行凶”? 在许多持续侵害案件中,不法侵害由多人共同实施的多个违法犯罪行为结合而成,且持续时间长。如果综合地、整体地判断这一连串行为,可以认为在

[2] 王皇玉:《窃盗被害人之赃物追回权与正当防卫》,《月旦法学杂志》2004 年第 4 期。

[3] 参见王政勋:《正当行为论》,法律出版社 2000 年版,第 204 页。

[4] 参见陈兴良:《正当防卫论》,中国人民大学出版社 2006 年版,第 259 页。

防卫人实施“绝地反击”的那一刻,其面临的持续累积起来的不法侵害,从量的角度看总量已经很大;从质的角度看足以评价为不法侵害人在“行凶”。在防卫人遭受的不法侵害的“质”和“量”都符合《刑法》第20条第3款规定的特殊防卫权所设定的不法侵害程度,其防卫行为的必要性明显得到肯定时,进行防卫就不存在过当的问题。也就是说,对于持续时间长且穿插多种特殊侵害情节的案件,可以认为是强度较大的不法侵害,其逼迫防卫人只能如此行事,从而成为判断防卫行为正当化的重要指标。

对于行凶,实务上不能仅做狭义理解,其应包括正在行凶以及就当时的情境而言,持续侵害继续发展后发生概率特别高的行凶。特别需要注意的是:(1)行凶是一个相对的、动态的概念,而无绝对标准。一个针对壮年男性的暴力行为要成立行凶,暴力程度一定要比较高;但针对妇女和儿童的暴力行为,暴力程度即便大幅度降低也可能成立行凶。(2)对行凶的判断必须考虑具体情境。特别需要注意的是:多人持续对被害人实施多种不法侵害进行折磨,尤其在介入的公权力行使者及其他救助者迅速离开,被害人处于任人宰割且精神彻底崩溃的状态时,即便不法侵害人对其实施强度有限的行为(例如,按压其肩膀、卡脖子、用凳子去撞击防卫人等),对于其为离开被拘禁、控制的场所而言,也完全可以认定为不法侵害累积起来之后对防卫人的“行凶”。相反,在其他案件中,如果侵害时间短、不存在对防卫人的反复折磨、双方不存在力量悬殊、被侵害人对逃离险境能有期待时,即便不法侵害人对防卫人实施按压肩膀、卡脖子,或者用凳子去撞击的行为,都难以认定为行凶。(3)行凶通常要使用凶器,但不能绝对化。拘禁者因恼羞成怒对债务人“一剑封喉”地卡脖子的,可以成立行凶;此外,在侵害人使用凶器时,其未必要求一定是刀或者枪,只要该种器械能够被作为凶器使用,成为“使用上的凶器”即可。在持续侵害中,如果侵害人“就地取材”使用拘禁场所内存放的凳子去撞击防卫人的,该凳子就是当然的凶器。^[5](4)在持续侵害的场合,侵害人对于局面向恶性发展大多并不有意控制,只要持续时间达到一定长度,一般性质的不法侵害也极有可能升高到行凶的程度,从而符合特殊防卫的条件;防卫人要摆脱不法侵害,逃离被长时期控制的现场,实施强度较高的防卫行为(例如,用随手取得的刀具或其他器械乱舞)可能是唯一有效的方法,此时,如果不法侵害人还“向前扑”或“迎上去”,试图重新建立对被害人的压制状态,势必会加重现场气氛的紧张程度,等于是侵害人用自己的行为进一步提升了先前所制造的风险,基于客观归责中自我负责的法理,由此造成的防卫后果应当由主动上前“自取灭亡”的侵害人负责。“由于受害人的自我答责已经切断了将引发结果的举止客观地归属于他人的链条,因此,他人到底是故意地还是过失地做这些事情,都是根本不重要的。”^[6](5)行凶与《刑法》第20条第3款规定的其他严重危害人身安全的暴力行为大致相当即可。例如,穷凶极恶的甲要置仇人乙于死地,赤手空拳地连续对甲的致命部位进行打击,既可以认定甲的行为是杀害,也可以认定其是行凶。

2. 持续侵害过程中是否有强奸或与其危害性类似的强制猥亵等行为? 持续侵害过程中,不法侵害人可能还穿插实施具有暴力性质的强奸等行为。针对持续侵害过程中的强奸行为,防卫人可以直

[5] 值得研究的问题是:在实务中,对于防卫的事实,原则上主张防卫的一方不承担举证责任,但需要就其主张提出线索或材料并履行一定程度的说服责任。(参见周光权:《刑法总论》,中国人民大学出版社2016年版,第216页。)因此,如果防卫人或证人提出,在拘禁过程中遭受拘禁人用椅子撞击,但拘禁行为人一方对此予以否认的,针对防卫人方面所提出的线索或材料,公诉机关如果要否定拘禁者一方是在行凶,就需要履行证明责任。如果不能举证反驳防卫人的观点,就应该认为其在持续拘禁过程中遭受了突然升高的类似于行凶的侵害,应当允许其行使特殊防卫权。这是存疑有利于被告原则的题中之义。(同前注[1],约翰内斯·韦塞尔斯书,第185页。)

[6] [德]乌尔斯·金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》,蔡桂生译,北京大学出版社2015年版,第102页。

接按照《刑法》第20条第3款的规定行使特殊防卫权,这在法律上并无障碍。有争议的是对强制猥亵、侮辱等行为,能否类推适用于对强奸行为无限防卫的规定?

本文认为,基于下述理由,这种类推适用是允许的:一方面,如果不法侵害人在拘禁过程中,对被害人实施一系列殴打行为之后,尤其是在己方完全控制被害人的场合,再对防卫人进行强制侮辱或猥亵,对被侵害者内心的伤害一定很大,一般人也不可能容忍这种侵害。此时的强制侮辱或猥亵行为侵害被害人的性羞耻心和性自由权,和强奸没有实质差别。另一方面,对强制猥亵、侮辱行为的防卫类推适用《刑法》第20条第3款关于特殊防卫权的规定,是朝着“出罪”的方向做有利于被告的类推,并不违反罪刑法定原则。因此,在拘禁过程中强制侮辱或猥亵被害人,防卫人将侵害者捅死的,也可以按照《刑法》第20条第3款的规定成立正当防卫。

3. 非法拘禁的侵害危险升高后是否可以与绑架同视?《刑法》第20条第3款对绑架行为可以行使特殊防卫权有明确规定。在实务中存在疑问的是:在非法拘禁的场合,被拘禁人能否主张不法侵害行为与绑架类似,因此可以类推适用《刑法》第20条第3款的规定行使防卫权?

本文认为,行为人在持续的非法拘禁过程中,如果实施危害程度较高的暴力,尤其是拘禁后向第三人提出索取债务要求,明显利用了第三人对被害人的担忧的,虽然被告人的行为最终要以非法拘禁罪定罪处罚,但其行为构造和绑架罪完全类似,且严重危及被拘禁者的人身安全,此时如果被拘禁者的防卫行为导致侵害人死伤的,对防卫者应该可以类推适用《刑法》第20条第3款关于绑架的规定。在“楚某故意伤害案”中,陈某等人为索取债务而将楚某拖拽到汽车中,因楚某反抗,三人对楚某多次进行殴打,陈某还持刀将前来阻止的吕某扎伤。后楚某在与陈某厮打过程中,夺下陈某手中的刀,在二人继续进行的激烈扭打过程中,防卫人将陈某扎成重伤。法院认为,“楚某的行为有防卫性质,但超过必要限度且造成1人重伤”。^[7]法院的这一判决难言妥当。在本案中,不法侵害人实施的行为虽然最终仅构成非法拘禁罪而非绑架罪,但其行为的外在表现和构造与绑架罪并无二致,对防卫人楚某人身权利的危害程度也和绑架罪没有区别,应当根据案件情况赋予被告人特殊防卫权。

4. 持续侵害能否被评价为《刑法》第20条第3款的“其他严重危及人身安全的暴力犯罪”?持续侵害行为如果严重危及防卫者的人身安全的,可以适用《刑法》第20条第3款的兜底条款,认定不法侵害属于“其他严重危及人身安全的暴力犯罪”,从而宣告反击者无罪。在“吴金艳被控故意伤害案”中,孙某、吕某、金某三人于凌晨3时许,来到某饭店的女工宿舍强行破门而入,试图将与他们有隙的尹某带走。后孙某直接走到尹某床头,吕某站在同宿舍居住的被告人吴某床边,金某站在宿舍门口。孙某进屋后,掀开尹某的被子,欲强行带尹某下山,遭拒绝后,便殴打尹某并撕扯尹某的睡衣,致尹某胸部裸露。吴某见状,下床劝阻。孙某转身殴打吴某,一把扯开吴某的睡衣致其胸部裸露,后又踢打吴某。吴某顺手从床头柜上摸起一把刃长14.5厘米、宽2厘米的水果刀将孙某的左上臂划伤。吕某从桌上拿起一把长11厘米、宽6.5厘米、重550克的铁挂锁欲砸吴某,吴某即持刀刺向吕某,吕某当即倒地,后因急性失血性休克死亡。北京市海淀区人民法院认为:孙某等人在凌晨3时左右闯入女工宿舍后,动手殴打女服务员、撕扯女服务员的衣衫,这种行为足以使宿舍内的三名女服务员因感到孤立无援而产生极大的心理恐慌。在自己和他人的人身安全受到严重侵害的情况下,被告人吴某持顺手摸到的一把水果刀扎向孙某,将孙某的左上臂划伤并逼退孙某。当孙某被吴某持刀逼退后,吕某又举起长11厘米、宽6.5厘米、重550克的铁锁欲砸吴某,这是对吴某的继续加害。“吴某在面临吕某的继

[7] 参见辽宁省开原市人民法院(2014)开刑初字第86号刑事判决书。

续加害威胁时,持刀刺向吕某,其目的显然仍是为避免遭受更为严重的暴力侵害。吴某的防卫行为虽然造成吕某死亡,但仍然在《刑法》第20条第3款法律许可的幅度内,不属于防卫过当,依法不负刑事责任。”法院判决明显认可本文前面的主张:在持续侵害的危险累积升高到足够程度时,就可以承认特殊防卫。为此,在本案判决中,法院进一步指出,被告人吴某于夜深人静之时和孤立无援之地遭受了殴打和欺辱,身心处于极大的屈辱和恐慌中。此时,吕某又举起铁锁向其砸来。面对这种情况,吴某使用手中的刀子进行防卫,没有超过必要的限度。要求吴某慎重选择其他方式制止或避免当时的不法侵害的意见,没有充分考虑侵害发生的时间、地点和具体侵害的情节等客观因素,不具有合理性。法院由此宣告被告人吴某无罪。一审宣判后,北京市海淀区人民检察院提出抗诉。二审审理期间,北京市人民检察院第一分院认为北京市海淀区人民检察院的抗诉不当,决定撤回抗诉。^[8]

对于本案,虽有侵害人死亡的重大损害,但法院并未过于考虑利益衡量,判决认定吴某的行为属于对“其他严重危及人身安全的暴力犯罪”进行防卫,符合正当防卫的条件,同时一并判决吴某不用承担民事赔偿责任。法院的判决结论完全正确。就本案的具体情况而言,认定不法侵害人的行为属于行凶,进而肯定特殊防卫权也是可行的思路。但法院可能考虑到“行凶”概念的规范内涵不明,可能引起更多不必要的争议,因而在判决书中并未使用对于行凶可以实施无过限防卫的规定,转而使用包容性更大的“其他严重危及人身安全的暴力犯罪”来论证判决的合理性。

当然,对类似案件,将防卫行为解释为针对“行凶”还是“其他严重危及人身安全的暴力犯罪”进行防卫并非关键,准确审查持续侵害的脉络是如何一步步发展的,危险累积到了何种程度,以及具体的侵害是否已经危险到必须进行特殊防卫的境地才是要紧之处。

三、持续侵害与明显超过必要限度

针对持续侵害的防卫如果不能适用《刑法》第20条第3款,还不能轻易得出正当防卫不成立的结论,此时,需要进一步考察《刑法》第20条第2款有无适用余地。

(一)利益衡量对防卫过当的判断仅具有辅助性

《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的,应当负刑事责任,但是应当减轻或者免除处罚。”根据这一规定,成立防卫过当的情形仅仅有一种:从防卫行为看,行为明显超过必要限度;从防卫结果看,行为造成了重大损害。刑法在这里同时肯定了判断防卫过当的相当性和利益均衡性(利益衡量原理)。^[9]

但是,必须承认,我国刑法理论并未厘清防卫相当性、利益均衡性的关系,导致实务上发生很多认识偏差。一直以来,在司法上对于有死伤后果的,一般都认为防卫人要保护的利益小,造成的损害大,防卫超过了限度,基本上都否认正当防卫的成立。但是,这种思维习惯明显存在问题。立法者并没有说在正当防卫的场合也必须像紧急避险那样,计算、衡量保全的利益和损害的利益之间的关系;立法上从来也不认为一旦不法侵害者造成的损害比不法侵害大一些,就可以排除正当防卫的适用。

这一点,就普通不法侵害的防卫是如此,在持续侵害案件中表现得更为充分。因为在持续侵害场合,防卫人虽然没有到或死亡或重伤的境地,但不法侵害随时可能升高。如果只审查最终结果,去算

[8] 参见《北京市海淀区人民检察院诉吴金艳故意伤害案》,《中华人民共和国最高人民法院公报》2004年第11期。

[9] 根据《刑法》第20条第2款的规定,防卫行为不相当、防卫结果严重的,成立防卫过当;而防卫过当行为是犯罪行为。在这里,防卫行为不具有相当性表明了行为反价值;防卫结果造成重大损害,则表明了结果反价值。因此,结合《刑法》第20条第2款可以认为我国刑法规定与行为无价值二元论的立场暗合。参见周光权:《行为无价值论的中国展开》,法律出版社2015年版,第64页。

“经济账”,总是去追问在持续侵害过程中,防卫人只是受了一般攻击,又没有什么重大伤害,为什么非得把侵害人置于死地,实务上就会有意无意地限制正当防卫权的行使。例如,在“肖昌勇过失致人死亡案”中,肖昌勇为逃离传销窝点,在遭受连续拘禁和暴力殴打时,持刀向对方乱捅,造成1人死亡,2人受伤(其中1人重伤)的后果,法院认为“本案后果严重”,不能成立正当防卫。^[10]仅从“后果严重”这一角度思考问题,不考虑防卫人当时的处境和防卫必要性、相当性,判决是否妥当就存在重大疑问。因此,对于持续侵害,在判断正当防卫时应该适度弱化利益均衡性要求,不能仅仅看防卫结果,应主要审查防卫相当性,即防卫行为是否明显超过必要限度。

针对持续侵害行为的防卫,有一种情形需要进行利益衡量:侵害行为发生一段时间之后,虽然不法状态一直持续,但处于相对平稳或平和状态,其紧迫性、危害性有限,或防卫人有寻求公权力保护的可能时,即便允许防卫人进行防卫,也必须控制其防卫所可能造成的后果,利益衡量原理对正当防卫是否成立会有影响,即防卫人造成的后果不能是“重大损害”。在“王启琴故意杀人案”中,被告人王启琴被拐卖后多次试图逃跑,但收买者席某及其家人想尽各种办法限制王启琴的自由,白天寸步不离,晚上锁门锁窗。某晚7时许,王启琴事先将安眠药拌在席某吃的饭菜中。4个多小时后,席某说想吐,要起床。被告人怕事情败露,捡起一块砖头敲席某头部。席某倒地后,又慌又气的王启琴转身从厨房拿出菜刀,割其颈部,致席某大失血死亡。2006年7月,法院经审理认为,王启琴的行为构成故意杀人罪。但“被害人收买王启琴为妻,并控制其自由,存在重大过错且违法”,遂从轻判处王启琴有期徒刑12年。^[11]在本案中,法院只认可根据被害人过错对被告人从轻处罚,没有从性质上承认被告人行为的防卫性质,未对其按照防卫过当减轻处罚,显然存在问题。席某等人长时间非法拘禁行为,这是持续的不法侵害。在此过程中,即便防卫人有明显的杀人故意,杀害手段也是其逃离被拘禁现场的方法之一,因此,正当防卫的前提始终存在,其行为的防卫性质应该得到认可。但由于席某等人收买行为并非非法剥夺其人身自由的行为,已持续一段时间,该不法侵害处于相对平稳或平和状态,其紧迫性、危害性毕竟没有达到逼迫防卫人运用杀害手段的程度,王启琴有寻求公权力保护的可能,因此,其运用杀人方法来防卫人身自由权属于利益不均衡的情形,属于防卫过当。

上述分析说明,在持续侵害场合,真正成为问题的都是有严重损害的情形,此时,司法评价的逻辑应当是从防卫行为的必要性出发,而不是仅仅评价结果。换言之,持续的不法侵害如果危险性很高,利益衡量就无关紧要或者说其意义就退居其次。

(二)持续侵害与防卫相当性:一般判断规则

首先,只要是继续犯或可以与其同视的持续侵害存在,就应该认定不法侵害正在进行,防卫的紧迫性、必要性自始至终都存在。在这方面,司法上历来有一些误区。在“邢冉故意伤害案”中,邢某为逃离传销窝点,对看管的人实施伤害行为,造成1人重伤,2人轻伤的后果。法院认为三名受害人虽然之前对邢某“实施了非法剥夺其人身自由的不法侵害,但其紧迫性还不足以达到进行正当防卫的程度,故其辩护人关于邢冉系防卫过当的辩护意见,本院不予采纳”。^[12]法院的判决理由明显不当,因为只要持续侵害没有结束,防卫的紧迫性、必要性就自始存在;对方看管的人多,采取的防范措施严密,邢某要逃离该传销窝点只能如此防卫,别无他途。因此,对不法行为的防卫不仅有紧迫性,而且防

[10] 参见陕西省高级人民法院(2010)陕刑一终字第158号刑事裁定书。

[11] 参见《被卖做人妻挣脱魔掌 杀了丈夫后潜逃七年》, <http://news.sohu.com/20060720/n244359382.shtml>, 2017年4月5日访问。

[12] 参见天津市静海区人民法院(2016)津118刑初105号刑事判决书。

卫行为并不属于“明显超过必要限度”的情形,可以成立正当防卫。

其次,持续侵害的防卫必要性判断通常与防卫结果无关,而应就防卫行为本身进行评价。换言之,防卫结果只与“正当防卫的限度条件”有关,而与“防卫行为的限度”无关。乙、丙、丁等人为索取债务非法拘禁甲,并将其按倒在桌子上暴力殴打。防卫人背过手无意中摸到一把水果刀返身乱舞,刺中侵害人致其中1人死亡的,不应以甲的行为造成死亡后果作为基准来判断反击行为的必要性。防卫行为在具体的案件中虽有可能制造进一步的损害风险,但只要不采取该行为,不法侵害就不能停止时,就不影响防卫行为的必要性。如果结果难以避免,造成的结果不能归属于行为时,更不应否定反击行为的必要性,防卫人也不成立过失犯。因此,在防卫结果很严重,尤其是结果偶然超过持续侵害所试图侵害的法益,但反击手段具有相当性、必要性的,应当肯定反击行为的正当性。

再次,在持续侵害的场合,防卫相当性不是要求防卫行为必须与侵害行为“基本相适应”。在看似平稳的持续侵害中,某一时间点内不法侵害突然升高的可能性极大,防卫紧迫性存在,防卫人往往没有充足的时间去准确认识不法侵害的方式、程度、强度和可能造成的损害结果的大小,也没有余暇去准确地选择防卫行为的手段、程度、强度、将要造成的损害大小等,特别是在较为弱小的被害人本人面临他人长时期的不法侵害的情况下实施防卫行为时更是如此。要求防卫行为与不法侵害行为基本相适应,实际上在很大程度上剥夺了防卫权,这无异于对不法侵害行为的鼓励。^[13]因此,按照《刑法》第20条第2款的规定,防卫行为只要没有“明显”超过必要限度的,都不属于防卫过当。

最后,在持续侵害场合,防卫相当性判断通常意味着要否认“武器对等原则”。侵害人徒手进攻,防卫人用刀反击的,防卫行为违反了“武器对等原则”,似乎不具有相当性,实务中也通常严格按照这种立场来认定防卫过当;有的判决甚至明确以持续侵害过程中实施拘禁行为一方均未使用工具,被拘禁者缺乏防卫紧迫性就从根本上否认其反击行为的防卫性质。^[14]但是,这些做法都与明显超过必要限度才能成立防卫过当的规定不符。侵害人试图徒手压制对方,防卫人用管制刀具或枪支威胁侵害人的,该防卫行为即便使用了器械,也具有相当性;此外,在遭受侵害时,即使侵害人没有携带凶器,但防卫人对其他防卫方式的有效性有所怀疑,认为有必要采取更为激烈的防卫方式时,使用工具(包括枪支、管制刀具)的,也不能被认为是明显超过了必要限度,防卫行为依然具有防卫相当性。正当防卫的要义是只要防卫人是正义的,就不必向侵害方屈服,武器是否对等并不是防卫相当性判断的关键。^[15]

(三)持续侵害与防卫必要性:具体判断

1. 应当立足于事前对持续侵害的危险性进行判断。既然正当防卫是在公权力来不及救济或并未给予救济的紧急场合赋予公民自卫权,那么,防卫行为是否在限度之内的认定就应该立足于防卫行为实施的“当时”,对危险性进行“事前”判断,而不是在整个不法侵害和防卫行为都结束以后去进行“事后”判断。站在“事后诸葛亮”的立场把防卫人想象成可以预估一切、有足够忍耐力、足够理智的人,这不符合设置正当防卫制度的逻辑。尤其是在持续侵害的场合,用事后发生的后果作为唯一标准来衡量防卫过当与否,更是错误理解了正当防卫的立法精神。

2. 对持续侵害的危害性应当进行整体评价。防卫行为是为了排除对方作为整体而存在的不法侵

[13] 参见陈兴良主编:《刑法总论精释》上,人民法院出版社2016年版,第269页。

[14] 参见山东省聊城市中级人民法院(2016)鲁15刑初字第33号刑事附带民事判决书。

[15] 参见[日]西田典之、山口厚、佐伯仁志编:《注释刑法》第1卷,有斐阁2010年版,第452页。

害而连续实施的反击行为,此时,防卫行为是作为“合为一体”的整体而存在的,对其是否过当应该采取整体评价。^[16]即对于持续进行的不法侵害,各个侵害行为之间紧密衔接,交互发挥作用,对防卫人形成精神和物理上的压力,在评价上就不应当把侵害人在各个时间点实施的不同行为进行分割式评价,而应以开始时点为起点,在侵害行为彻底终了之前承认侵害行为的持续性,因而对于反击该侵害的行为,也作为一个整体来进行评价。实施了数个侵害行为,但对于这些侵害行为的整体能够肯定侵害的持续性的,就应该包括地评价数个侵害行为,对整体侵害认定具有持续性。

需要指出的是:实务上往往缺乏对持续侵害进行整体评价的观念,转而对某些并不重要的枝节问题来限定防卫权。例如,有的判决认为,防卫人身上没有伤痕但却造成对方死伤的,应当否定正当防卫。这种主张没有从整体上考虑不法侵害的危险程度。持续侵害整体上是非法侵害,正当防卫成立与否并不需要考虑防卫人身上是否有伤痕。比如,在索取债务的非法拘禁过程中,有的侵害人看见索债困难,就拿刀在防卫人面前乱舞威胁其生命安全,防卫人没有退路,没有其他选择,与不法侵害人之间就是“你死我活”的关系,此外绝无“活路”时,司法上应该对其把不法侵害人的刀夺过来,在继续争斗中把不法侵害人捅死的行为认定为正当防卫。在这种情况下,防卫人身上可能真的没有任何伤痕,但这丝毫不妨碍其成立正当防卫。

3. 由于持续侵害是非法状态在相当长时期内得到维持的侵害形态,对其危害性尤其要进行“累积升高”评价。在非法侵害是由多人的多个违法犯罪行为结合在一起且被持续实施时,应该综合地、整体地判断这一连串行为最终累积起来并“层升”的危害总量,进而确定在实施防卫行为的那一瞬间,防卫人遭受的非法侵害的“质”和“量”,进而确定其可以适用何种强度的防卫,最终准确判断其防卫是否过当。此时,不得不同时考虑当时持续侵害的行为性质、是单数还是复数的侵害、防卫人所处的场所、双方人数及力量对比、侵害的持续时间、防卫人是否有逃生可能、防卫行为实施的瞬间其是否陷入绝望、“绝地反击”行为实施前最为密接的非法侵害行为是否存在及其强度,然后进行整体判断。

申言之,对持续侵害的非法性进行“累积升高”评价,必须对案件中的以下特殊情节详加剖析:(1)持续侵害发生的地点是否特殊。对于非法侵害人将防卫人控制在被害人家里,或者原本由被害人控制的其他场所的案件,应该对非法侵害的危险评价为“极高”,从而赋予防卫人更大的防卫余地。《唐律》中有“诸夜无故入人家……主人登时杀者,勿论”的规定;^[17]在国外,非法私自入侵他人住宅,主人可以开枪回击而不过当。这从侧面印证了持续侵害发生的场所如果比较特殊,对防卫是否过当的影响可能是根本性的。在原本能够由被害人控制的场所,非法侵害人非法侵入并持续控制被害人达数个小时之久的,当然是犯罪行为,更是非常严重的非法侵害行为,侵害危险的“起点”就很高,其中如果再夹杂对被侵害者的暴力殴打等行为,危险就属于在更高水平上累积、“层升”。针对这些行为进行防卫,司法上判断防卫过当的标准自然就不能和一般的非法侵害一样。(2)非法侵害持续时间长短。非法侵害一方如果连续拘禁、围攻防卫人达数小时之久,就应该肯定持续时间很长的非法拘禁对被害人的心理压力很大,在认定防卫人最后一刻实施的防卫行为时,就不能不考虑非法拘禁时间长,侵害危险累积,防卫人心理濒临崩溃这一特殊情节。(3)非法侵害一方的人数。非法侵害人一方如果多达数人或数十人,其长时期在狭小空间聚集,对防卫人的心理压力和侵害程度都与双方人数对等、侵害行为发生在空旷场所的情形完全不同,此时对防卫人的行为限制就应该适度放宽。(4)在有的持续性

[16] 参见[日]西田典之:《日本刑法总论》,王昭武、刘明祥译,法律出版社2013年版,第152页。

[17] 刘俊文点校:《唐律疏议》(卷十八·贼盗),中华书局1983年版,第436页。

侵害过程中,有被害人家属或者公权力介入,但均未有效制止不法侵害的,防卫人陷入绝境后实施的防卫行为,在判断其是否具有正当性时,标准也应该适度宽松。如果第三人(尤其是执法人员)到场后仅仅说了几句不痛不痒的话后又离开,被侵害者无法脱离险境的,其期待会彻底落空。这对其是毁灭性、致命性的打击,会令其陷入彻底绝望的境况中。有公权力介入时,当然不需要个人进行正当防卫。但是,在公权力介入又迅速离场的情况下,只能靠防卫人自力救济。防卫人在其认为公权力对其不予救助且其判断具有合理根据,自己又被连续拘禁并遭暴力侵害的情况下,其选择反应比较强烈的防卫行为也就在情理之中。上述这些特殊情节如果综合起来看可以得出如下结论:持续侵害无论在质还是量上,都有聚少成多的效果,量变最终引起质变,使得不法侵害形成质的突破,只需要“一根稻草”就能压倒防卫人。在这种情况下,防卫人进行防卫即便造成死伤后果,也不属于防卫行为“明显超过必要限度”的情形,应当成立正当防卫。在此,司法上应该认同这样的观念:对于过度脆弱的人,正当防卫制度对其提供必要的、特殊的保护,是刑法义不容辞的责任。

对持续侵害的危险进行“累积升高”评价,与动态的不法侵害判断具有相同意蕴:甲一开始只是盗窃财物,在乙前来抓捕时,甲反抗的,其不法侵害转变为抢劫,乙当然可以进行无限防卫;在持续的非法拘禁过程中,侵害及其程度发生“突变”,拘禁过程中侵害人杀害债务人的,后者当然可以进行特殊防卫;在持续侵害的危险累积升高到相当程度时,即便反击者不能行使特殊防卫权,通常也应认定其防卫行为不属于明显超过必要限度的情形。

这说明,在持续侵害场合防卫行为相当性、妥当性的判断上,防卫人最后动手、动刀的这一节也很重要,但它是怎么来的,如何发展到这一步的,不能和其之前面临的持续侵害割裂开来。如果只看防卫人动刀子或实施绝地反击这一段,可能很容易认为当时对方并没有要置防卫人于死地的行为,防卫人连捅多人或多刀,行为好像很恶劣,结果也好像很严重。但如果同时考察之前的一系列情节,并且考虑防卫人以及站在其立场的理性第三人(公众)对持续侵害的累积危险的感受,结论可能就需要改变。在这个意义上,可以说“持续侵害”是一个类型概念,其由两个可以层层升级的要素组成:一方面是事实上累积的侵害危险;另一方面是社会公众(包括防卫人)对这种危险的感受。“对于类型概念而言,只要它的可层升性要素中有任何一个较强烈的显现,其他的可层升性要素便可以较弱地显现。”^[18]就持续侵害概念而言,客观的累积危险越大,社会上的感受也不影响正当防卫的成立;社会对持续侵害的危险感受越是强烈地显现,事实上的累积危险就可以相对薄弱,在判断防卫相当性时所占的分量就可以小一些。这恰恰是持续侵害和其他瞬间发生、短暂存续的不法侵害的不同之处。

行文至此,基本的结论是:在持续侵害的场合,因为不法侵害的危险具有特殊性,防卫人按照《刑法》第20条第3款做无罪辩解的可能性高度存在;退一步讲,即便防卫人求助于特殊防卫的规定无望,但在根据前述判断规则能够肯定持续侵害场合的防卫行为并未明显超过必要限度时,无论防卫后果是否属于重大损害,司法上也可以依照《刑法》第20条第1款、第2款的规定,认定反击行为符合正当防卫的条件,从而宣告防卫人无罪。

(责任编辑:于改之)

[18] [德] 英格博格·普珀:《法学思维小课堂》,蔡圣伟译,北京大学出版社2011年版,第40页。