

# 偶然防卫“无罪说”的不足与 防卫优势地位的认定

宋 颐 阳

(清华大学 法学院, 北京 100017)

**摘 要:**结果无价值论与行为无价值论两相对立的背后是行为功利主义与规则功利主义的对立。在处理偶然防卫相关问题时,由于具体行为获得效仿的可能性低,无需为保障社会整体利益而在个案法益保护上做出让步。结果无价值论的无罪说在逻辑自洽性与体系合理性上最为令人满意,但在处理双重偶然防卫问题时仍难以做到根据充分、结论妥当。在英美法系当中,选择客观判断路径的学者与结果无价值论者的基本结论一致,但主张以防卫行为客观上是否保护了无辜第三人的利益为标准,对偶然防卫进行类型化分析。在自我防卫型的偶然防卫场景之中,由于行为人未能构建防卫优势地位,其法益不应在冲突环境中获得额外保护,因此不成立正当防卫。回归对个人具体法益“正对不正”关系构造之辨析所得到的合逻辑之结果,对于我国当前主流观点偶然防卫无罪说亦是有益补充。

**关键词:**偶然防卫;防卫意识;行为无价值论;结果无价值论;英美法系

**中图分类号:**D914 **文献标识码:**A **文章编号:**1673-9841(2020)03-0046-10

## 一、引 言

在一个只属于法学家的童话世界里,法律规则都有着稳定且易于寻找边际的确实内容,对定律合乎法则的推导为行为规范提供了正当性根据,人们的动静与对他人动静的反应均是在对行为规范进行分析后做出的理性选择。然而在现实中,人们的所知所见往往是“逆理想”的,当法律条文被投射到特殊场景中时,就必定难以保持其所具有的普遍性与真理性。而如何平衡特殊与一般之间的对立统一关系,在刑法学领域就表现为结果无价值论者与行为无价值论者之间有关主观要素体系地位的争论。在诸多形而下的问题背后,是双方在功利主义维度立场选择上的不同。

结果无价值论者主张刑法的目的在于保护法益,而违法的实质体现为对法益的侵害及其危险。行为无价值论者通常认为施用刑事处罚的原因在于行为违反了伦理规范。以实现“最大幸福”为目标,结果无价值论者认为个案利益的最大化等于功利,而行为无价值论者则相信社会整体利益的最大化才能够圆满解释“功利”这一概念的存在意义<sup>[1]</sup>。近代以来,无论英美还是大陆法系,法律体系的构建均受到了功利主义的深刻影响,刑法教义学体系也总是沿着结果无价值论与行为无价值论各自的路径而不断延伸,这一点在解决偶然防卫问题上也无例外。

行为无价值论者与结果无价值论者关于偶然防卫问题的主要分歧有以下三点:(1)正当防卫的成立是否以防卫意识为必需;(2)偶然防卫是否具有法益侵害的危险;(3)阻却违法的实质性根据是什么?基于对上述问题所给出答案的不同,大陆法系当前关于偶然防卫问题的处理意见又可以大

收稿日期:2020-01-20

作者简介:宋颐阳,清华大学法学院,博士研究生。

致分为以下三种：(1)行为无价值论者认为成立正当防卫要求防卫意识，而偶然防卫缺失防卫意识，因此成立犯罪既遂<sup>[2]</sup>；(2)二元论者认为尽管正当防卫的成立需要防卫意识，但由于偶然防卫造成了正当的结果，因此不存在结果无价值，尽管不成立正当防卫，但应准用犯罪未遂对侵害人追究刑事责任<sup>[3]</sup>；(3)结果无价值论者认为，正当防卫的成立不要求防卫意识，偶然防卫即是正当防卫，其从根本上阻却违法<sup>[4]</sup>。

由于偶然防卫案件发生的偶然性大，行为获得效仿的可能性低，因此以个案中法益保护最大化为目标的行为功利主义更加被青睐。也因此，结果无价值论的无罪说目前在我国乃是通说<sup>[5]</sup>。但结果无价值论的无罪说却并非没有疑问。在双重偶然防卫的场景中，由于难以确定防卫人与侵害人，则何者居于防卫优势地位，并可因此获得法律的额外保护就难以得到有效判断。若以个人具体法益“正对不正”结构关系作为正当防卫成立的必要前提，则当至少保护了同等法益的条件不复存在，行为自然就不应被判定具有违法阻却性，偶然防卫也就不成立正当防卫。这样的逻辑路径一方面可以有效解决偶然防卫是否具有违法阻却性的问题，同时也并未撼动结果无价值论者对于个人具体法益“正对不正”结构关系的坚守，因此值得提倡。

英美法系犯罪构成理论通过原则与例外的二分法实现刑事正义的动态平衡。其在实务中遭遇的种种例外可被视为合法辩护理由受到法庭采纳，而不需经过过度的切割、锻造，强行使之与主流学说观点相契合。日本刑法学者西原春夫曾指出：“国家没有刑罚而科以刑罚，照样可行。”<sup>[6]</sup>西原的言下之意是，刑法不是为了处罚人而制定的，而是为了限制国家处罚人而制定的。而形式意义上对个别与例外的强调，在实质上为出罪认定提供了更大的可能性。尽管在有关偶然防卫性质的争论中，英美法系持客观路径说的学者原则上同大陆法系结果无价值论者在违法性阻却的判断结果上较为一致，但前者却并不排斥在类型化场景中以行为人是否具有防卫意识作为防卫优势地位的判定因素之一。这种允许对个案进行例外化判断的理论体系实质上更能体现行为功利主义在解决偶然防卫问题时的有效性。

讨论偶然防卫固然具有重要的理论价值，但司法实践中偶然防卫案件在我国十分罕见<sup>①</sup>。究其原因，除偶然防卫案件的偶然性外，我国司法机关对偶然防卫也倾向于回避，这与学术界对偶然防卫的激烈辩论形成了鲜明的反差<sup>[7]</sup>。我国学术界缺乏偶然防卫的实例研究是造成实务界对此问题无所适从的重要根源之一。因此，借鉴以判例法为传统的英美法系对正当化行为的充分展开，对于合理定性偶然防卫具有重要意义。

## 二、英美刑法中偶然防卫的性质论争

### (一)偶然防卫概说

#### 1. 偶然防卫的概念

偶然防卫是指行为人客观上针对正在进行的不法侵害实施了防卫行为，但行为人主观上不具备防卫意识的情形<sup>[8]</sup>。学理上，偶然防卫又可以被区分为自我防卫型与紧急救助型两种：自我防卫型的偶然防卫可表现为【情景 1】：A 躲在草丛中准备射杀 B，B 在不知道该种情况的前提下先开枪将 A 打死；紧急救助型的偶然防卫通常表现为【情景 2】：C 躲在草丛中准备射杀 D，E 在不知情的前提下先开枪将 C 打死。

#### 2. 偶然防卫的成立条件

就偶然防卫这个问题，我国大多数学者能够达成共识的是：偶然防卫在客观上起到了正当防卫的效果<sup>[9]</sup>。也因此，在讨论偶然防卫的客观条件时，不应当认为其与正当防卫存在差别。所以，在

<sup>①</sup> 笔者以“偶然防卫”为关键词对“北大法宝”数据库进行检索，经筛选共发现 4 份判决书概括性地提及“偶然防卫”，其中仅 1 份判决书实质上与偶然防卫相关，原文参见：<https://www.pkulaw.com/case/adv>。

判断偶然防卫是否成立的程序当中,应首先同判断正当防卫是否成立一样,对具体情形进行细致检验。构成偶然防卫,在客观上应具体考虑以下四个方面:

第一,是现实的不法侵害,正当防卫的起因条件是不法侵害的存在,这也是偶然防卫的基础性特征。本文采取客观的违法性论,因此防卫人也只需证明侵害事实的存在,而不必就责任问题加以探讨。正是出于这个原因,对于未达到刑事责任年龄的未成年人与无刑事责任能力的精神病人,都存在对其实施偶然防卫行为的可能性。

第二,是防卫需求的紧迫性,如果在客观上并不存在正在进行的不法侵害,则偶然防卫不可能成立。正在进行指不法侵害已经发生并且还未结束。

第三,针对紧迫的不法侵害的反击行为,应当具有相当性。正当防卫行为应当在必要限度内进行,明显超过一定限度并造成重大损害就是不适当的<sup>[10]</sup>。偶然防卫作为正当防卫的一种特殊情况,若想在客观上达到正当防卫的效果,就不应当将超过防卫限度的可能性加入讨论范围之内。

第四,偶然防卫人的行为须在客观上阻止了正在发生的不法侵害,这是对偶然防卫的本质性要求。偶然防卫与正当防卫具有亲缘性,均要求行为人在客观上排除了侵害,保护了法益。偶然防卫人所实施的行为应当制止他人的不法侵害,而且客观上保护了本人或者他人的合法权益,实现了正当防卫的实际效果。

## (二)偶然防卫无罪说与客观路径的选择

### 1. 借鉴英美刑法经验的合理性

英美法系双层次犯罪构成体系为刑法中的正当化行为的纳入提供了极其广阔的空间。中国学者在过往的犯罪构成体系思考过程之中似乎对大陆法系阶层式的犯罪构成体系更加青睐。大陆法系注重理论建构与逻辑推理,符合逻辑法则的理论放之四海而皆准,前人取得的大部分成果都能被后人较为简单地效仿。但英美刑法则在相当长时间里以非法典化的形式存在,其发展蕴含在数以万计的司法判决意见中,并由此形成了一套文化特点强、地域特色突出,强调经验与传统的刑法体系。时至今日,中国大陆学者在试图解决本土刑法问题时也习惯了将更多的注意力放在德日已有的解决方案之上,而英美刑法理论却屡遭冷遇。

在将大陆法系与英美法系犯罪构成体系进行比较之后,不难发现二者在实质上并不存在太大差别。在英美双层犯罪构成体系当中,第一个层次包括犯罪行为(Actus Reus)与犯罪意图(Mens Rea),这与大陆法系阶层式的犯罪构成体系中的第一阶层即构成要件该当性基本一样。英美法系中的第二个层次是一般抗辩事由(General Defenses),其基本内容可以与德日刑法理论中的第二阶层违法性以及第三阶层有责性对应理解。在一般抗辩事由的内涵当中,“正当理由”(Justification)相当于德日刑法中的违法阻却事由,而“可宽恕事由”(Excuses)则与责任阻却事由相当。英美法系与大陆法系不约而同地将合法的辩护事由作为消极的构成要件纳入了犯罪构成体系之中。

诚然,如陈兴良教授所指出的:“英美法系这种犯罪构成体系的形成,与其实行判例法有着极大的关系,而合法辩护事由就主要来自于对判例的总结与概括。由于这种双层次的犯罪构成具有这种法系特征背景,成文法国家总是难以效仿。”<sup>[11]</sup>但在处理犯罪构成以及正当化行为的问题时,英美刑法的经验可以与中国大陆阶层式犯罪构成体系相互融合与补充<sup>①</sup>。

### 2. 偶然防卫无罪说的理论基础

正当防卫或其他阻却违法事由的成立,是否以行为人主观上对该事由具有认识为必要条件?

---

<sup>①</sup> 与大陆法系一样,正当防卫也不是天然的正当化事由。在16世纪以前,正当防卫在英国一直没有得到法条化,在判例中以正当防卫为理由阻却违法性的情形也接近于零。究其原因,是因为当时的政府担心正当防卫会导致社会秩序遭到挑战,从而失去稳定性。到了17世纪,正当防卫才正式被英国国会法条化,但成功主张正当防卫的被告人仍会被没收全部个人财产,除非得到女王赦免。1832年,正当防卫才被英国议会作为正当化事由写入法条当中。

在历史上著名的达森案件发生以来,这个问题已困扰了英美刑法学界近两百年时间。在达森一案中,巡警在没有预警的情况下向一名试图逃跑的小偷开枪,导致后者身负重伤。经事后调查发现,被重伤的小偷在此次盗窃行为之前已被当地法庭判处过两次盗窃罪。按照当时的英国法律,犯同一种罪三次且试图潜逃的构成重罪(Felony),而在追及重罪嫌犯时,巡警不予预警直接开枪并致犯罪嫌疑人重伤是正当的职务行为。被告巡警主张,由于当时客观情形满足了对嫌犯违法性进行阻却的条件,因此其应被无罪释放。但审理该案的法官却认为巡警不具备对阻却事由必要的了解,而这种对正当事由的无知导致巡警的行为在法理上不具备被正当化的可能性。

尽管达森原则对英美法系产生了巨大影响,但对于“在对包括正当防卫在内的违法阻却事由进行判断时是否应当考虑行为人主观因素”<sup>①</sup>这一问题进行回答时,英美法系的理论家、法官们仍备感困惑<sup>[12]</sup>。反对达森原则的人认为该原则是荒谬且违反人类一般常识的<sup>[13]</sup>,缓和派认为就算承认达森原则能够被称为一个理论,它也是缺乏理论支持基础的<sup>[14]</sup>。就连为达森原则站脚助威的法学家们也总是含糊其辞,他们认为:“裁量是否应当建立在行为人主观认识之上,并不是逻辑法则可以推导出来的结果,而是政策的决定。”<sup>[15]</sup>如法学家弗莱彻就认为:“对这个问题判断的差异,是由于我们生活在一个每个个体直觉彼此相左的世界,这是无法得到统一的。”<sup>[16]</sup>随着对纯粹主观路径的批评日益激烈,偶然防卫无罪说逐渐成为主流。但持偶然防卫无罪说的学者们却并非基于相同的出发点,以时间为脉络,可发现主流学说经历了以下四个阶段。

第一阶段,有利行为鼓励说。在试图解决“如何对待对社会总体有益的行为出自怀有恶意之人”这一问题时,麦考莱勋爵给出的答案是:“当一个行为难以被评价为对社会有益还是有害时,行为人的动机与目的是应当予以考量的重要因素,这也是法律是否应当对行为人施加惩罚的重要标准之一。然而,当行为人的行为无可置疑地为社会总体带来积极影响时,仍以行为人的主观善恶作为判断是否应当对其进行惩罚的标准,这是可笑的做法。”<sup>[17]</sup>麦考莱勋爵在之后的著作中对此进行了补充,并明确指出:“毋庸赘言,保护了受害人,且制止了侵害者,这是我们希望看到的结果,社会应当鼓励这种行为。”<sup>[18]</sup>而针对这种“对社会有利所以就应当鼓励”的观点,法学家西梅斯特表示了强烈的反对,他指出:“如此做(鼓励偶然防卫行为),只会使得客观上的侵害行为增多,人们只能祈祷在这些侵害行为当中会有少的可怜的一部分转化为偶然防卫行为。在我看来,这与刑法的宗旨是相违背的,也就是对客观上的侵害行为进行消极评价,并尽量限制这类行为数量上的增加。”<sup>[19]</sup>

第二阶段,有害行为惩罚说。在麦考莱勋爵之后,英美法系的法学家试图从另一个角度对偶然防卫无罪说进行支持。在坚持客观路径的基础之上,他们提出:“刑法的意义在于防止有害的结果而不是惩罚邪恶的目的。”<sup>[20]</sup>这种理论主张,倘若刑法扩张其惩处范围,对邪恶目的或仅在理论上存有造成有害结果可能性的行为进行惩处,那么刑法的存在就会是不公平且越权的,最终也将会失去它存在的基础——人们对刑法的信任与忠诚。并且,将对社会客观上无害的行为归入刑法惩处的范围之内,会削弱刑法对客观上有害行为的效用。如果说刑法的目的在于预防侵害,那么偶然防卫的侵害是什么?如果说刑法的目的在于施加报复,那么对于偶然防卫人,应当进行的报复又是什么呢?针对这一问题,美国法学家弗莱彻主张:“应将首先发动侵害的人视为不合法的人和不被正当化的人,而把自己或他人从这一种应遭到否定的攻击性侵害中拯救出来的人,具有使用暴力的充分的理由……但是,这种理由决不能是抽象意义上的理由,而必须是能够赋予防卫人使用暴力权利的事实上的理由,而这样的理由离不开为了正当性的目的。”<sup>[21]</sup>弗莱彻教授认为正当防卫的构成建立在“正对不正”的基础之上,“正当性”是对于原则上应处以刑罚的行为实施的报应与惩罚,其本身并不必要具有法律上的优越性。

第三阶段,纯粹客观路径的无罪说。罗宾森教授认为并无在“正当防卫”之外额外设定“偶然防

① 本文引用的英文著作以及文章中的直接引文,均为笔者秉承与原文保持一致的原则根据英文原稿进行的直译。

卫”这一概念的必要,在客观上满足正当防卫其他构成要件的前提下,对行为人主观上正当性的追求会打开疑问的潘多拉魔盒,无谓地牵扯出一些裁判者难以解决的问题<sup>[22]</sup>。例如,村民甲为了防止山火侵袭村落,怀有恶意地将其早有芥蒂的邻居家点燃,作为防火带。罗宾森教授认为,在这种防卫意识与侵害意识、防卫目的与侵害目的杂糅的情况中,以防卫意识的有无作为是否应当对行为人出罪的理由,实属牵强,也不具备逻辑法则上的优越性。

第四阶段,不可罚的不能犯说。但相较于弗莱彻所主张的偶然防卫成立正当防卫不同,罗宾森教授认为偶然防卫实为不可罚的不能犯。偶然防卫也是行为人自以为实施了侵害行为,但客观上却未能如愿的情形。而在罗宾森教授理论的基础之上,威廉姆斯教授进一步详细讨论了偶然防卫的情况,并指出:“如果要对偶然防卫进行处罚,那么也不是建立在既遂犯的理论之上的,只能认为是未遂犯,因为(偶然防卫)行为并没有产生恶的结果。”<sup>[23]445</sup>

这种论点其实接近于西田典之教授的结果无价值论的未遂说,西田典之教授曾这样评述偶然防卫:“偶然防卫确实缺乏结果无价值,但是也可能认为其存在发生结果的危险。这一点可以与以下问题并行考虑。例如,不知道对方是尸体,以为对方还活着而开枪,事后鉴定表明,当时对方已经死亡。该行为是否成立杀人未遂?显然,对这一问题的处理最终归结于对后述的不能犯采取何种见解,本书虽然采取防卫意识不要说,但认为偶然防卫应当具有未遂的可罚性。”<sup>[24]</sup>

### (三)对英美法系现有学说的问题发掘

针对上文提及的偶然防卫无罪说的理论基础,我们不难发现其谬误之处。首先,有利行为鼓励说缺乏客观性,存在主观归罪之虞。麦考莱勋爵的观点表面上接近一部分大陆法系结果无价值论者的观点,二者皆主张刑法的目的在于保护法益,而违法性的本质在于法益的实质侵害或威胁;但是,从“鼓励对社会有利的行为”这一角度对偶然防卫“无罪说”所进行的捍卫有些过于感性,经不起推敲。单纯从逻辑上进行考察也可以发现,法律本身或对法律的适用,根本无法对偶然防卫这种被麦考莱勋爵评价为“对社会整体存在正价值”的行为,起到他所希望的鼓励作用。偶然防卫行为人的无意识,使得在一切结果尘埃落地之前,偶然防卫与一般犯罪别无二致。行为人在实施行为时若能感受到其行为是被鼓励或抑制的,自己的行为是正义或不正义的,那么他也就不是在进行偶然防卫了。与麦考莱勋爵所持理论处于同一枚硬币另一边的观点或许更加准确,那就是“对偶然防卫例外的容许是对不应当予以处罚的行为的忍耐”。换言之,麦考莱勋爵看似坚持客观主义,实质上是在主观归罪。其主张的判断方法,从表面上看与大陆法系结果无价值论在区分不法和有责界限时的思路很相似,但其在难以判断法益是否受到了实际侵害时以行为人主观状态为依据进行定罪量刑的做法,就完全丧失了客观性,其理论与主观归罪异曲同工。

其次,有害行为惩罚说除了坚持客观不法理论值得肯定以外,其他部分均有不合适的地方。在偶然防卫中,有害的结果并不是没有产生,我们也不能因为保全了一个更大的法益,就对被牺牲的较小的法益“视而不见”。假如为了保全甲、乙两人的生命安全,丙不得不盗窃丁拥有的钻石戒指,在对丙的盗窃行为进行评价时,阻却刑事处罚的是对于甲乙二人生命法益的保护,但对于丁财产法益的侵害是真实发生了的。设置防卫抗辩,旨在将没有危害的行为排除出符合犯罪定义行为的范围。而行为在事实上没有危害与在利益冲突衡量规范上取得无危害的评价结果是两个截然不同的概念。按照德日结果无价值论者的思维路径,在上述案例中,为保全性命而侵害财产权利时,利益衡量较为简单,在逻辑上也难以挑出问题。但是,当侵害者进行伤害行为时,防卫者以等之的利益损害伤害之,孰者为进攻?孰者为防守?最为关键的问题仍未得到解决,即在自己防卫的情形中,孰为正,孰又为不正呢?就弗莱彻教授的观点而言,其前半段论述正确而后半段值得商榷。原则上,防卫意识的存在可以使得防卫人的行为处于“正”的一方,但应当允许例外的存在,即在偶然防卫的情景中,生命法益不会因为偶然防卫人不具有防卫意识而失去其“正”的地位,因此“正对不正”的关系构造依旧稳定存在,应当肯定偶然防卫人在此种状况之下无罪。

再次,纯粹客观路径的无罪说显然混淆了行为人的防卫意识与防卫动机。罗宾森教授对防卫意识不要说的论证是难以说服人的。“有防卫意识也不能成立正当防卫”与“正当防卫的成立不需要防卫意识”之间并不能画上等号,前者的正确并不代表着后者的正确。因为按照本文主张的判断顺序,应先对防卫人有无防卫意识进行判断,有防卫意识且客观上符合正当防卫要求的,便成立正当防卫,而防卫的具体动机不应该成为判断正当防卫的标准。并且,在现实中要求防卫人主观上虔诚地、没有杂质地怀着保护法益之心进行防卫是不现实的。对侵害人的厌恶,乃至有报复之心是再正常不过的情绪。我们对于防卫意识应当只是一个“有”的要求,而绝不是“唯有”的要求。与日本的理论相比较就可以看出,罗宾森教授排斥防卫意识必要说,实质上是对防卫意识必要说的反对<sup>[25]</sup>。

最后,不可罚的不能犯说逻辑上难以自洽。威廉姆斯教授或西田典之教授的结果无价值未遂理论都难以在逻辑上达成自洽。如果按照二者的逻辑,那么岂不是偶然防卫人的行为在同一个时间点上既被法律视为正当而允许其以杀人的故意向被害人开枪,又被评价为故意杀人未遂?这是一种奇异的思维方式,最终结果是在论证行为应当被正当化处理后,行为人因同一行为还是需要接受处罚。这样前后评价的矛盾还只是问题的冰山一角。美国的罗宾森教授也好,日本的西田典之教授也罢,将侵害人与死人类比实在是令人难以接受。固然,在偶然防卫的语境下,由于不法侵害的存在,侵害人的法益在法律保护上应当受到减损,或曰得到负评价,但这不代表其法益就是零,也不代表法律放弃了对其的保护,视其如尸体。

### 三、偶然防卫无罪说的出路与防卫优势地位的认定

#### (一)偶然防卫无罪说之逻辑困境

无论是大陆法系的结果无价值论与行为无价值论,还是英美法系的主观路径和客观路径,一直在对包括正当防卫在内的正当行为是否需要考察主观要件这个问题纠缠不清。达森原则,或者说对于偶然防卫在原则上不能予以出罪与本文所坚持的结果无价值论相冲突。但同时,英美法系历史上基于纯粹客观路径而做出的成立正当防卫不需要防卫意识从而偶然防卫无罪的说法在逻辑上难以自洽。在坚持结果无价值论的基础之上,仍应恪守防卫意识对于判断“正对不正”关系构造的决定性作用,更不可忽视在紧急救助型的偶然防卫情境下,客观上“正对不正”防卫效果的存在。只有如此,方可在最无损结果无价值论尊严的基础上实现逻辑上自洽。

#### 1. 自我防卫型偶然防卫

在解决偶然防卫问题时,持主观路径与客观路径学者共同的错误前提是:在争论防卫意识不要说之正确性的过程中,将【情景 1】中没有实际使用武力的 A 设定为不正义的一方。换言之,即在争论自我防卫情形中偶然防卫人是否应当因其行为产生的客观结果阻却违法性时,双方都认定偶然防卫的相对方是“不正的”。然而,如果承认防卫意识不要说,即主观上没有防卫意识的行为人可被论证为“正义”,那么将自我防卫情形中未实施行为的乙方认定为“不正”的这个前提在逻辑上是错误的。

让我们将【情景 1】变形为【情景 3】:A 在不知道 B 即将攻击 A 情况下,为了泄愤而攻击了 B,与此同时,B 也在不知道 A 即将攻击自己的情况下,亦出于泄愤之目的而攻击了 A。我们暂且将这种情形称为双重偶然防卫。可以想见的是,支持防卫意识必要说的学者们会认为,既然 A 与 B 都没有防卫意识(更没有防卫目的),那么这二者都不能以正当防卫来为自己的罪行推脱,这样的结论是与一般人朴素的处罚感情一致的。单纯考虑 A 之于 B 的偶然防卫行为,支持防卫意识不要说的学者按照对经典例子的判断会作出 A 是正当防卫从而无罪的结论。那么在防卫意识不要说的前提下,单独审视 B 之于 A 的行为,能否也得到 B 的行为构成正当防卫从而无罪的判断呢?如果 B 的行为构成正当防卫,那么得以论证 A 的行为成立正当防卫的客观前提将发生天翻地覆的变化,A

将再也无法主张自己的行为是正当防卫。可如果 A 的行为可以构成正当防卫从而无罪,那么 B 与 A 一模一样的行为为何不能成立正当防卫呢? 如果此时二者的行为都不构成正当防卫,持防卫意识不要说的学者们又应当做何解释呢?

为了更好地论证防卫意识不要说在逻辑上的漏洞,让我们对防卫意识不要说下的正当防卫理论进行一番更加细致的观察。正当防卫概念下的一个基本刑法原则是:任何防御性行为必须是基于针对行为人施加的不正义、不法的侵害行为而作出的,换言之,不能针对正当防卫进行正当防卫<sup>[28]</sup>。如威廉姆斯教授所言:“一种力量之所以能被评价为保护性的,是因为它是被施加在一个正在使用,或正准备使用不法力量伤害他人的人身上的。”罗宾逊教授对此也表示同意:“被正当化的客观看上去是侵害的行为不能被阻止或打断。”<sup>[26]</sup>因此,在双重偶然防卫情景中,如果 A 的行为被正当化,那么 B 的行为则不具备被正当化的理论基础。

那么,令人们可以区别对待 A 与 B 行为的理论基础何在呢? A 与 B 都对紧迫的危险与来自对方的恶意一无所知,从这个视角来看,若 A 的行为得以被正当化,那么 B 的行为也应当被作正当化处理,双方的行为均是正当的,那么另一方便是在施加作用力对抗一个正当的行为,其行为便又会变为不正当的。如果将前提调整为 A 与 B 的行为都是不正当的,那么 A 与 B 又都是在与不法侵害人“作对”。如果正当防卫不要求防卫意识,那么此时 A 与 B 二者都具备了满足正当防卫的一切客观要素,应当成立正当防卫从而阻却违法性。但针对正当防卫所进行的防卫行为又注定不能构成正当防卫,此时悖论依旧难以得到解除。且不论二者同时构成正当防卫与同时不构成正当防卫的情形,在防卫意识不要说的前提下,悖论就能得到解决吗? 正如上文所述,A 或 B 谁的行为能被判断为成立主观上没有防卫意识的正当防卫而谁的又不能呢? 依照防卫意识不要说所采用的客观路径,正当防卫应当有一个客观标准,也就是说在客观环境一样的情形下,不论行为人主观状态如何,正当防卫都是存在或不存在的。那么,在我们的“双重偶然防卫”情境下,行为完全一致的 A 与 B 就全都可因行为成立正当防卫从而阻却违法性。

综上,坚持一以贯之的防卫意识不要说将会同时得出 A 和 B 都成立正当防卫与 A 和 B 都不成立正当防卫两个答案,并由此直接引发悖论的产生,这明显是逻辑不自洽的,因而不能选择。

或许,一个支持客观路径的学者会强调,在原始的例子【情景 1】当中,A 与 B 的行为时间存在先后顺序,而这对判定是 A 还是 B 的行为构成正当防卫能够起到决定性的作用。让我们将【情景 1】细化为【情景 4】:A 在 T1 时间点准备侵害 B,B 在 T2 时间点准备侵害 A,B 在 T3 时间点侵害了 A。在这样的情境下,悖论是否就会消失呢? 客观路径的防卫意识不要说就能逻辑自洽了吗? 仔细观之,在【情景 4】中,存在两种不同的情况:第一种情况,若 A 作为首先准备实施侵害的行为人,A 开启了整体的侵犯程序,并推动了可能造成不良后果的巨石。因此,B 在 T2 时间点上,按照防卫意识不要说,可能优先构成针对 A 在 T1 时间点上启动的侵害的正当防卫。但是,如果 B 的行为在 T2 时间点上才成立正当防卫,那么根据先前本文对【情景 3】的分析,A 的行为只有在 T2 时间点之前,即 T1 时间点上才是不正当的行为,在 T2 时间点之后,A 的行为也应当获得正当化。如果 B 在 T2 时间点上行为不能被正当化,那么 A 在 T1 点上的行为就可以被正当化,因为在防卫意识不要说的前提下,A 将会面对来自于 B 的不正当行为的侵害。B 或许会辩称他在 T2 时间点上准备行为与在 T3 时间点上实行的行为是正当的,因为尽管 B 不知情,A 在 T2 时间点之前便在筹划对 B 的侵害。但 B 这种论断的前提是 A 在 T1 时间点的行为是无法被正当化的。A 也同样可以将其偶然防卫了 B 在 T3 时间点上不法侵害作为阻却自己行为违法性的理由,而 A 所作论断的前提是 B 在 T3 时间点的行为无法被正当化。可见,“双重偶然防卫”假设下存在的【情景 3】其实在所有偶然防卫当中都存在,悖论不会因为 A 与 B 的行为存在时间差而消失。

第二种情况,是由于 A 的行为在先(T1),其获得正当化也先于 B 的行为(T2),也就是说 B 的行为是针对 A 已获得正当化的行为进行的,其在理论上不可能也成立正当防卫。当然,这种情况

发生的前提是 A 在 T1 时间点的行为已是正当的。A 的行为可能成立正当防卫,在防卫意识不要说的前提下,要求 B 的行为是不正当的,而作出 B 的行为是不正当的论断要求先论证 A 的行为是正当的。悖论再一次出现,由此可见,只要坚持防卫意识不要说,孰是孰非的问题就难以解决,“正对不正”的理想状态也难以达到,遑论评价哪个行为构成正当防卫从而阻却违法性了。

经过对【情景 3】和【情景 4】的检验,我们可以发现以罗宾逊教授为代表的支持客观路径的学者们难以否认,在防卫意识不要说的语境下,无论两个行为人是否同时行动,其二者行为的正当状态一定是一致的,即都是正当防卫或都不是正当防卫。而这样的结论,在逻辑上难以令人信服。

防卫意识不要说对于偶然防卫中 A 和 B 的行为必须存在时间上先后顺序的坚持也会导致难以接受的结果产生。【情景 1】中 A 成功地杀害 B 并保护了自己的生命法益,在一些结果无价值论者看来,应当被保护的 A 的法益得到了保护,因此没有产生结果无价值,A 的行为应得到法律例外的容许。但是,当【情景 3】中的 A 和 B 都重伤倒地,无法给予对方致命一击时,该派学者却会认为没有法益得到了保护,A 和 B 都应当构成故意杀人未遂。我们不禁要问,罪与非罪的分界线何时被定位在“运气”? 违法与否在此刻难道真的只是一个俄罗斯轮盘赌的游戏吗?

## 2. 紧急救助型偶然防卫

此外,在偶然防卫是否无罪的问题上不应当一概而论,应当积极区分自我防卫型偶然防卫与紧急救助型偶然防卫。防卫意识的存在之于正当防卫不是必要,而是使得防卫人处于优势地位,从而与被防卫人形成“正与不正”的法益关系。因此,无罪的充要条件是“正与不正”,而不是防卫意识本身。在紧急救助型的偶然防卫中,不存在自我防卫型偶然防卫情境下的逻辑困境。换言之,固然防卫人不具有防卫意识,但其保护了一个无辜的第三人,杀害了一个意欲杀人的侵害人的客观结果,维持了第三人与侵害人之间存在的“正与不正”的关系,因此能够成立正当防卫,应当认定防卫人无罪。

### (二)偶然防卫无罪说之完善路径:坚持对“防卫优势地位”进行个案判定

本文仍坚持结果无价值论,也始终坚信对违法性应当进行客观审查。但通过本文上面的论述,防卫意识似乎成为判断自我防卫是否正当时必须考察的因素,这与结果无价值论者所坚持的客观不法理论存在冲突。当一个法学理论中出现这样的矛盾时,我们又该何去何从? 我们是否应当不计成本地消灭这样的矛盾体,还是应该为了刑法政策上的利处而包容这样的理论瑕疵呢? 弗莱彻教授支持消灭矛盾体,使理论体系自洽,并认为对冲突问题的包容会使得刑法学者们懒惰,并以“例外”为借口放纵任何需要耗费精力解释的问题。然而,与统一性同样都是判断一个理论优劣的因素除了统一性以外,还包括其解决问题的正确性,是否应当牺牲理论的正确性去迁就统一性呢? 在面对理论与例外问题的冲突时,选择无外乎两个:其一是将遇到的问题作为例外与理论平行存在,这会对理论的统一性造成减损,但往往能合适地解决例外问题;其二是为了理论的完整性与不可挑战性而放弃继续使用将我们引向矛盾的实务操作。

具体到偶然防卫问题的解决上来,解决矛盾的潜在方案也有两个:一是牺牲理论的统一性,背弃防卫意识不要说,在坚持结果无价值的基础之上承认防卫意识对客观上“正与不正”关系构造的决定性作用;二是放弃当前得到普遍承认的对于正当防卫的实务中的认定方式,对正当防卫要件本身进行调整,取消客观要件中“正对不正”的要求。本文认为方式二是明显不合适的,因为这会导致针对任何行为都可以进行正当防卫,这将会带领人类进入一个难以想象的可怕场景。将正当防卫宽泛到“在必要时针对所有物理上的力进行的防卫”,这会导致侵害人甚至有权利对正当防卫人进行正当防卫。拉姆塞教授在对德国刑法中的正当防卫条款进行点评时就曾指出:“如果防卫行为无需建立在‘正对不正’的基础之上,那么市民间的战争将打响。”<sup>[26]</sup> 在此基础之上,固然应当坚守结果无价值论以及客观路径的基本立场,但在处理自我防卫情形时,防卫意识不要说是难以接受的。

对于紧迫的不法或者不正的侵害,为了防卫自己或者他人的正当权利不得以实施的行为,不应



受到处罚,其理由在于违法性的阻却<sup>[27]</sup>。但究竟,在正当防卫的语境当中,行为人怎样的特质,与侵害人相比,使其处于优势地位呢?对这个问题所给出的答案将直接决定偶然防卫是否能判定为无罪。历史上曾占据过主流地位的观点有以下三大类:

### 1. 目的说和社会相当性说

目的说的基础是“若侵害法益的行为对于实现社会共同生活目的而言是必要且不可替换的,则不具有违法性”<sup>[23]458</sup>。但其实这种排除违法的原理只是陈述了“正当防卫是正当的”这一观点。这种单纯以行为目的来论证正当防卫无罪的理论过于不明确,理应遭到抛弃。

行为无价值论者为了调整目的说所产生的问题,发明了社会相当性说,并以“行为在历史形成的社会秩序的框架之内,为该种秩序所允许”为排除行为违法性的一般原理<sup>[28]</sup>。这种学说以规范违反说为基础,以法益衡量说“唯结果无价值”为假想敌,以丰富目的说为目标,但其自身仍旧没能提出一个确定正当化实质内容的具体判断标准<sup>[29]</sup>。本文认为,为了保证审判者们在排除违法过程中有据可依,必须以法益侵害说为基础。

### 2. 法益丧失说

该说建立在法益侵害说的基础之上,以正当防卫不需要任何补充性要件为论证目标,以不法侵害人丧失了法益保护性为论证基础。但是,侵害人丧失了法益性,与正当防卫是正当的一样,都只是一个结论,而对此我们仍然需要寻找理由。平野龙一教授认为:“不法侵害人自己制造出了遭受反击的原因,因而就存在对反击的同意或者危险的接受。”<sup>[30]</sup>这样的说法为防卫意识不要说奠定了坚实的基础,也能帮助结果无价值论者顺利取得偶然防卫等于正当防卫的答案。但如上文所述,在双重偶然防卫【情景3】中,这种“不正的对面就是正”的论断明显存在逻辑上的问题,因为它忽视了“不正的对面仍可能是另一个不正”的可能性,因此无法构造出“正对不正”的防卫人优势地位。

### 3. 优越利益说

法益衡量说,也可以称为优越利益说,其理论根基在于认为在某种法益侵害行为保护了另外一种更高的法益的场合,这种侵害法益的行为就是合乎法目的的行为,是合法的行为<sup>[31]</sup>。在优越利益说内部,又分为法确证说与优势地位说,本文认为优势地位说更为可取。首先,法确证说认为,行为人的行为之所以能够被评价为“正当”,是因为其在保护生命、身体健康等个人法益的同时,也实现了公共法秩序这种抽象概念上的“法确证”。根据该学说,“正与不正”结构的达成,是因为防卫一方的利益组成中包含了个别法益与法确证的利益,因此优越于被防卫一方。

综上所述,归根结底还是应当通过具体的个人利益来说明具体防卫情形当中为何防卫方处于优势地位,而不是诉诸于“法规范的妥当性”这一过于泛化的概念。但在进行法益衡量的过程中,优势地位的成立是否只和与法益相关的抽象价值关联,而不应考虑除此之外的一切因素呢?答案是否定的。这主要是因为,不是在所有的场合都能对法益进行比较,或者说,在没有度量衡的情况下,对法益的大小就很难进行估量,也因此难以进行“加减乘除”并得到一个“正或不正”的结果。固然,对法益的价值进行衡量仍应当被作为排除行为违法性的中心要素,但不能仅仅根据法益的一般价值顺序来武断地决定行为是否正当,除了法益衡量之外,在特殊场合应考虑特殊因素。

## 四、结 论

在我国,尽管正当防卫被视为公民的一项权利,但从总体上看,与英美法系相比,有关正当防卫成立范围的理解还是相对较窄。在近代法治国家当中,私人行使武力在原则上应当予以禁止,私力救济的实施也应当被限缩在狭小的天地之中。但是,既然正当防卫是基于人的自卫天性而被赋予的权利,在“正对不正”的情形下,应当尽其所能地在理论上为其拓展生存空间。

传统的观点认为,正当防卫除了在客观上要求行为人必须对正在进行的不法侵害而实施的防卫行为不能超过必要限度以外,还要求行为人在主观上必须具有防卫的意图和动机。但这样的限

定,显然会使得“无心插柳柳成荫”的紧急救助型偶然防卫被排除在正当防卫之外,这与刑法规定正当防卫的目的存在不可忽视的偏差。笔者认为,在坚持结果无价值的立场之上,要更加重视正当化事由中“优势地位”的构建,以“正对不正”的法益关系判定正当防卫成立与否,防卫人应否出罪,这是比单纯讨论“防卫意识是否必要”更加具有建设性的方案。此外,通过对英美法系判例法的研究与分析,为我国在司法实践中偶然防卫的应用场景与判断标准提供了指引。

#### 参考文献:

- [1] 张明楷. 论偶然防卫[J]. 清华法学,2012(1):17-37.
- [2] 施特拉腾韦特,库伦. 刑法总论[M]. 杨萌,译. 北京:法律出版社,2006:196.
- [3] 井田良. 講義刑法学・総論[M]. 東京:有斐閣,2008: 258.
- [4] 内藤谦. 刑法講義総論・中[M]. 東京:有斐閣,1986:344.
- [5] 张明楷. 刑法学[M]. 北京:法律出版社,2016:206.
- [6] 西原春夫. 刑法的根基与哲学[M]. 顾肖蓉,等译. 北京:中国法制出版社,2017:33.
- [7] 张博. 偶然防卫的合理性分析[J]. 法制与经济,2019(7):121-122.
- [8] 黎宏. 论正当防卫的主观条件[J]. 法商研究,2007(2):63-75.
- [9] 周光权. 刑法总论[M]. 北京:中国人民大学出版社,2016:319.
- [10] 田宏杰. 刑法中的正当行为与犯罪构成关系的理性思考[J]. 政法论坛,2003(6):54-64.
- [11] 宗建文. 刑法立法思想及其运用[G]// 陈兴良,主编. 刑事法评论. 北京:中国政法大学出版社,1998: 124.
- [12] HOGAN B. The Dadson principle[J]. CRIM. L. REV., 1989 (10): 679-686.
- [13] WILLIAMS G. Offences and defenses[J]. Legal Studies, 1982 (3): 233-256.
- [14] MOORE M. Act and crime: the philosophy of action and its implications for criminal law[J]. PENN. L. REV., 1994 (5): 1749-1840.
- [15] SMITH J. Justification and excuse in the criminal law[J]. CRIME. L. REV., 1989 (4):763-764.
- [16] FLETCHER G. The nature and function of criminal theory[J]. CALI. L. REV., 2000 (3): 678-703.
- [17] MACAULAY B. The works of Lord Macaulay: volume 7[M]. New York: Appleton, 1866: 552.
- [18] KEITH H. Punitive damages and the economic theory of penalties[J]. GEO. L. J., 1998 (2): 591-671.
- [19] SIMESTER AP. Mistake in defence[J]. Oxford Journal of Legal Study, 1992 (2): 295-310.
- [20] ROBINSON P, DARLEY J. Testing competing theories of justification: deed v. reason[J]. N.C. L. REV., 1998 (4): 1095-1195.
- [21] FLETCHER G. The right deed for the wrong reason: areply to Mr. Robinson[J]. UCLA L REV., 1975 (2): 293-320.
- [22] ROBINSON P. Criminal law: case studies & controversies[M]. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2012: 325.
- [23] WILLIAMS G. Textbook of criminal law[M]. London: Stevens & Sons, 1978: 457.
- [24] 西田典之. 刑法總論[M]. 東京:弘文堂,2010:171.
- [25] 松原芳博. 刑法总论重要问题[M]. 王昭武,译. 北京:中国政法大学出版社,2014:123.
- [26] CLARK R. Crime in America: observations on its nature, causes, prevention and control[M]. New York: Pocket Books, 1927: 116.
- [27] LEE C. The act-belief distinction in self-defense doctrine: anew dual requirement theory of justification[J]. Buffalo CRIM. L. REV., 1988 (2): 191-249
- [28] FLETCHER G. Paradoxes in legal thought[J]. COLUM L. REV., 1985 (6): 1263-1292.
- [29] ESER A. Justification and excuse[J]. The American Journal of Comparative Law, 1976 (4): 621-637.
- [30] 平野龍一. 刑法總論[M]. 東京:有斐閣,1972:228.
- [31] 曾根威彦. 刑法学基础[M]. 黎宏,译. 北京:法律出版社. 2005:96.

责任编辑 高阿蕊

网 址: <http://xbjbjb.swu.edu.cn>