

责任刑在防卫过当案件量刑中的制约功能

王钰泽

澳门科技大学法学院，澳门

收稿日期：2023年10月9日；录用日期：2023年11月27日；发布日期：2023年12月5日

摘 要

责任刑在防卫过当案件量刑中的刑罚制约需求较一般案件更为激烈。基于防卫过当自身刑罚限制能力、犯罪常态、类推减轻处罚制度，防卫过当案件责任刑幅度的厘定应于法定刑范围内“疵底”选择。

关键词

防卫过当，责任刑，量刑，正当防卫

The Restrictive Function of Punishment Aimed at Culpability in Sentencing of Cases of Excessive Defense

Yuze Wang

Law School, Macau University of Science and Technology, Macau

Received: Oct. 9th, 2023; accepted: Nov. 27th, 2023; published: Dec. 5th, 2023

Abstract

The demand for punishment restriction aimed at culpability in sentencing cases of excessive defense is more intense than that in general cases. Based on the limited capacity of punishment in excessive defense cases, the criminal norm, and the analogous system of mitigating penalties, the determination of the extent of punishment for excessive defense cases should fall within the statutory range of penalties while taking into consideration the “bottom of imperfection” principle.

Keywords

Excessive Defense, Culpability in Sentencing, Sentencing, Self-Defense



1. 问题的提出：防卫过当案件的量刑突破责任刑“天花板”？

2016年4月14日，山东省冠县发生一起造成一死三伤的刑事案件。系防卫人于某在遭到多名讨债人员非法拘禁，并伴有亵渎人伦之侮辱、殴打的情况下，持刀反击导致。该案因其在犯罪论部分能否成立正当防卫而受到广泛关注与讨论，并于2018年6月20日成为最高人民法院第93号指导性案例。实际上，除既有焦点外，在刑罚论部分同样存有值得研讨的内容。亦即，在已定讞之第二审判决认定于某反击行为属防卫过当，构成故意伤害罪的前提下，论知于某有期徒刑五年之宣告刑的合理性存有学理上进一步讨论空间。由于本文在区分责任刑和预防刑的量刑理论之责任刑视角下分析，故而这里的问题便成为：法院科以防卫过当者之刑罚是否超出责任刑之“天花板”（幅度）？或者，责任刑情节在量刑过程中是否能够起到应有功能？

以上疑惑的根源在于：一方面，防卫过当者在量刑过程中可以免除刑罚，也可以减轻刑罚。中国《刑法》第20条第2款规定防卫过当“应当减轻或者免除处罚”，这一制度在现代刑法学中拥有普世性意涵。另一方面，在量刑理论中，量刑情节分为责任刑情节和预防刑情节。“是在通过行为责任推导出大致幅度内加入预防效果的考虑来量刑”[1]，这里的“大致幅度”便是指责任刑的幅度。出于责任主义考虑，责任刑比预防刑更加优越，宣告刑只得停留于责任刑之幅度内[2]。责任刑就是报应刑[3]。换句话说，这里的责任刑属于行为人犯罪过程中情节，预防刑属于犯罪预备前和犯罪完成后的犯罪人个别性情节[4]。此二方面便是防卫过当者所受刑罚与案件责任刑之间可能产生的讨论空间。以下，本文将在此空间内尝试对前段所提问题作出回应。

2. 既有防卫过当案件量刑方案所涉责任刑部分之质疑

无论如上文将责任刑理解为一个幅度(幅的理论)，亦或认识为是一个确实的点(点的理论)，能够得到肯认的是：责任刑主要功能在于依靠犯罪人行为之不法和罪责来制约法定刑本身可能具有的宽泛范围[4][5]。从最终量刑结果来看，“幅的理论会在其幅度内缩小到一点，点的理论会在点的近似值上确定最终的点，二者间只是用语不同，没有实质区别”[6]。但是，在防卫过当案件量刑实践中，对待责任刑情节的态度与方式便与此存在冲突。

2.1. 不重视责任刑对防卫过当者量刑的制约功能

不刻意追求责任刑与预防刑在量刑过程中的分离，不强调责任刑情节在量刑过程中的绝对主导作用，是既有防卫过当案件量刑方案出现的关键问题。换句话说，也就是对防卫过当者量刑考量时，并非忽视或者不重视责任刑情节，而是不重视责任刑情节对量刑的限制作用。这导致的直接结果就是一种不稳定性，责任刑情节在量刑过程中总是会受到某些不确定因素的干扰，而非去制约其他因素。具体而言，以下内容对该问题的形成具有重要影响：

一方面，立法说明和规范性文件重视防卫过当案件量刑过程中的部分责任刑情节，但并不强调整体责任刑情节对量刑限制作用。立法者认为中国《刑法》第20条第2款防卫过当“减轻或者免除处罚”根据及差异在于“防卫过当的行为虽然具有一定的社会危害性，但动机是出于正当防卫，主观恶性较小，社会危害也小于其他故意犯罪。社会危害程度不同，处罚也应当有所区别。”[7]这里存在防卫过当者动机罪恶程度、社会危害程度等包含责任刑情节的表述，但未强调整体责任刑情节的量刑限制作用。

2017年3月9日最高人民法院颁布的《关于常见犯罪的量刑指导意见》在不区分责任刑和预防刑前提下,“只区分了一般量刑情节和修正量刑情节”[8]。例如该指导意见第2条“量刑的基本方法”中视防卫过当为修正量刑情节中的一种,需要“先适用该量刑情节对基准刑进行调节,在此基础上,再适用其他量刑情节进行调节”。但是,这里的一般和修正量刑情节的区分同责任刑和预防刑的区分并非同一层面事物,前者关键在于谁先优先考虑,而后者关键在于谁决定量刑范围。优先考量的内容并不一定就拥有决定量刑范围的地位。2020年8月28日最高人民法院、最高人民检察院、公安部颁布的《关于依法适用正当防卫制度的指导意见》第14条中列举了部分影响防卫过当量刑的责任刑情节,例如防卫过当者在事发当时的“恐慌、紧张等心理”、不法侵害“严重贬损他人人格尊严、严重违反伦理道德”。但并未将这些内容归纳为责任刑情节或类似表述,也没有强调这些内容的决定性作用,仅要求“综合考虑”、“充分考虑”。2015年3月2日最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部颁布的《关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见》第20条强调在可能的涉及家庭暴力的防卫过当案件量刑时,充分考虑防卫过当者因遭受家庭暴力影响才实施防卫行为这一动机因素。但亦未说明这一责任刑情节对量刑范围有多大制约能力。

另一方面,中国刑法学通说重视防卫过当者量刑中责任刑情节,但并不强调责任刑对量刑的限制作用。中国刑法学通说肯认“刑罚的本质是对犯罪的报应”[9],由于在责任主义语境下报应同责任的等价性,这实际上就是要求权衡责任刑情节。及至量刑领域,量刑原则中的“以犯罪事实为根据”、量刑情节中的“罪中情节”[10],具体到防卫过当者量刑部分所要求斟酌的“过当程度”、“罪过形式”、“权益的性质”[11],都是责任刑情节的各种下位表达。但以上内容没有朝向责任刑意义的类型化概括,也没说明这些情节拥有何种独立的作用。

2.2. 减轻处罚制度影响责任刑对防卫过当者量刑的制约功能

中国《刑法》第63条第1款后半段就减轻处罚制度要求:“本法规定有数个量刑幅度的,应当在法定量刑幅度的下一个量刑幅度内判处刑罚”。基于此,在防卫过当量刑实践中,责任刑可能难以维系限制刑期功能。比如说,中国《刑法》第234条故意伤害罪拥有三档法定刑,如果防卫过当者因此致人死亡,则由于出现死亡结果而被归类于最高档法定刑。此时若不被免除刑罚,那么实践中的量刑方案便是依减轻处罚制度,在中档法定刑“三年以上十年以下有期徒刑”中考量责任刑幅度。此时相较于防卫过当免除处罚,二者在最低档“三年以下有期徒刑、拘役或者管制”法定刑部分留下空档,无法适用量刑,即便责任刑幅度可以涵摄到该区域也无济于事。

于某案第二审判决书中便展现了这一倾向。在认定于某构成防卫过当,成立故意伤害罪的情况下,“减轻处罚依法应当在三至十年有期徒刑的法定刑幅度内量刑”[12],论知五年有期徒刑。即便法院注意到案件中众多责任刑情节,例如高强度侮辱、多人持续侵害、复合侵害,但由于故意伤害罪最低档法定刑不能成为一种选择方案,是故责任刑在此对量刑的制约作用便被打折扣。这一思路在于某案成为最高人民法院第93号指导性案例的说明中也得到肯认,即便在在裁判要点中要求额外重视责任刑情节:“严重贬损他人人格尊严或者亵渎人伦”[13]。该处理方式具有一定普遍性,比如说另一起正当防卫典型案例:

案例一(杨某某故意伤害案):2016年2月28日中午,彭某某遛狗经过杨某平住处时,杨某平摸其饲养的狼狗,彭某某因此而与住处相邻的杨某平、杨某某兄弟二人产生过节。随后,彭某某伙同三人持械抵达杨某平家对其指责,又去杨某某家殴打杨某某面部。杨某某随持刀反击,双方发生持械混战,之后杨某平也持刀加入其中。混战时间为65秒,结果造成彭某某死亡,杨某某及彭某某叫来的另外两人轻微伤[14]。

案例一第二审法院认定杨某某持刀反击是导致出现死亡后果的主要原因,成立防卫过当的故意伤害

罪,“对其减轻处罚,应当在三年以上十年以下有期徒刑法定幅度内裁量刑罚”,论知杨某某四年有期徒刑。案例一作为2020年8月28日最高人民法院、最高人民检察院、公安部颁布的《关于依法适用正当防卫制度的指导意见》配套案例,在典型意义部分具有对杨某某量刑思路同样的表述:“对其减轻处罚,应当在三年以上十年以下有期徒刑的幅度内裁量刑罚”[15]。故意伤害罪最低档法定刑依旧无法被考虑。可见,在防卫过当案件的量刑实践中,减轻处罚制度占用了责任刑应有的限制刑期的功能。

这一思路在学理上能够得到认可。例如,学者在评析于某案量刑部分时指出“于欢行为对应的基本量刑幅度是‘十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑’,对其适用减轻处罚后,其对应的法定刑幅度是‘三年以上十年以下有期徒刑’。”[16]这一处理方式同以上实践做法相一致。

有学者认识到此处存在的矛盾:类似情况下,《刑法》第232条故意杀人罪(防卫过当)的量刑很可能要比《刑法》第234条故意伤害罪(防卫过当)的量刑轻得多,为了能够让防卫人得到防卫过当减轻处罚的更多优惠,此时反而认定为故意杀人罪更合适[17]。实际上,如此论述的原因在于:故意杀人罪在构成要件法定刑部分使用了规范性构成要件要素“情节较轻”来区别两档刑期,而故意伤害罪的构成要件法定刑部分使用了诸如“致人重伤”、“致人死亡”的描述性构成要件要素来区别三档刑期。二者之间的差异体现在,描述性构成要件要素“有真伪(假)之别”[18],是在“表明‘实在的事实’”[19]。而规范性构成要件要素“可能只在总是需要评价,以将一个规范性概念适用到一个具体案件中时,才能发现”[20],并且往往需要过往经验的帮助[21]。

比如说,在于某案和案例一中,防卫过当者都造成侵害人死亡结果。若此时成立故意杀人罪,则需要根据是否“情节较轻”在两档法定刑间择其一。由于“情节较轻”的规范性构成要件要素属性,给予了责任刑幅度更大的选择空间,可以完全按照案件责任刑情节来在两档法定刑中自由选择。假设依责任刑情节认为“情节较轻”,在低档法定刑内量刑,就可以实现刑期时间点全面覆盖。至于具体责任刑的幅度,就完全交给责任刑情节本身来判断即可(防卫过当减免处罚制度已汇入责任刑情节中考虑)。

但若此时成立故意伤害罪,由于“致人重伤”、“致人死亡”的描述性构成要件要素属性清晰明确,故于某案和案例一中由于已经“致人死亡”,只得选择最高档法定刑。至于具体责任刑的幅度,此时便不能完全交给责任刑情节本身来判断(防卫过当减免处罚制度可能无法汇入责任刑情节中考虑),因为中国《刑法》第63条第1款减轻处罚制度不允许跨两档法定刑幅度,故意伤害罪的最低档法定刑便不能被考虑。

当然,就此也可以形式化理解为这是由于故意杀人罪法定刑幅度档位少于故意伤害罪法定刑幅度档位所致。但是,无论何种理解,就描述性构成要件要素和规范性构成要件要素而言,“具有决定性意义的是语言的一般用法”[22]。所以即便学者意识到问题之所在,也只能建议多认定故意杀人罪,少认定故意伤害罪,“避免因认定为故意伤害(致死)罪所带来的量刑幅度选择上的过窄所带来的诸多不便”[23]。但这似乎只是一种逃避的做法,认定再少也无法实现防卫过当案件不认定故意伤害罪,减轻处罚制度干扰责任刑制约刑期功能的问题依旧难以解决。

3. 责任刑在防卫过当案件量刑中的制约功能之证立

如前所述,责任刑情节在防卫过当者的量刑活动中并非不被重视,问题的关键是发挥不出应有的独立的限制功能。若能试法证成为何要发挥如此功能、减缓对功能性考量滥用意义上的担忧以及调和某种制度上的冲突,是本章尝试完成的工作。

3.1. 犯罪常态: 防卫过当者的责任刑情节导致“疵底”量刑

在个案的刑罚裁量过程中,很难仅仅依靠本案案情来判断责任刑幅度,而需考量此类案件的犯罪常

态, 这是一种比较考察思路。也就是说, 在对同类性质案件犯罪常态相比较的基础上, 才能提供确定责任刑范围的参照标准、必要依据。进一步来看, 作为该领域发生频率最高的通常事件, 犯罪常态案件总是会靠近法定刑中线以下来确定责任刑幅度[24]。就此, 本文认为, 基于犯罪常态因素考量, 防卫过当案件中的责任刑情节要比一般案件中责任刑情节对量刑的限制作用更大。这意味着此时责任刑幅度应当更接近法定刑幅度的下限, 或者说, 责任刑幅度应该在法定刑幅度中“疵底”。

例如, 当防卫过当者成立中国《刑法》第 232 条故意杀人罪时, 若“情节较轻”又无法免除处罚, 则依据中国《刑法》第 63 条第 1 款减轻处罚制度“在法定量刑幅度的下一个量刑幅度内判处刑罚”, 即适用“三年以下有期徒刑、拘役或者管制”的法定刑。这时由于防卫过当者责任刑情节对法定刑幅度的“疵底”功能, 则至多也只能在“一年以下有期徒刑、拘役或者管制”范围内选择责任刑幅度。同样以故意杀人罪为例, 假设防卫过当案件存在非“情节较轻”的一般故意杀人情况, 则经减轻处罚后在“三年以上十年以下有期徒刑”范围内考量责任刑幅度。由于防卫过当案件责任刑的“疵底”属性, 则此时一般至多也只能在“三年以上四年以下有期徒刑”范围内确定责任刑幅度。这里的“疵底”实际就是要求责任刑对刑期的限制功能在防卫过当案件中更加强烈。如果说量刑的一般情况下, 责任刑幅度对刑期的限制能力是“一档”, 那么在防卫过当案件中责任刑对刑期的限制能力就是“二档”, 如此才得以出现“疵底”法定刑。

就这一见解的证成, 首要支撑在于中国《刑法》第 20 条第 2 款中“重大损害”导致防卫过当案件只有常态化犯罪一种形态。由于防卫人只有造成侵害人死亡或重伤才属于“重大损害”, 才能够成立防卫过当, 故而防卫过当案件的责任刑情节复杂程度便被淡化了。亦即, 凡是进入防卫过当案件量刑视野的责任刑情节类型不外乎造成生命法益实害、造成身体完整性法益的重伤害, 或者二者同时存在。就此的详尽解读是: 第一, “重大损害”既是防卫过当成立的必要条件, 也是防卫过当案件的犯罪常态。这是“重大损害”狭窄的语义范围决定。所以一个必然是犯罪常态的责任刑情节就应当具有更强的量刑限制能力。因为就常态犯罪而言, “应当在法定刑的中间刑偏下的位置乃至接近最低刑的位置确定量刑起点(幅度)” [25]。第二, 防卫过当者造成“重大损害”的人数不是拔高责任刑幅度的情节, 只要行为具有防卫属性, 人数多少都属于犯罪常态。也可以认为, 防卫过当案件的犯罪常态同造成几人“重大损害”无关, 这是由行为性质决定的。防卫行为造成“重大损害”并不是去犯罪, 而是要去结束不法侵害, 犯罪常态考量的关键在于中国《刑法》第 20 条第 2 款中“明显超过必要限度”的责任刑情节, 而非一个展现结果的形式化概念。有些防卫过当案件造成一人死亡, 有些造成一死一重伤, 有些造成两人死亡……, 但由行为具有防卫性质, 数量在此并无价值。有些案件不造成多个侵害人死伤就结束不了不法侵害, 或者在事发那刻防卫人无暇精准控制, 如果仅因为人数就拔高防卫过当者责任刑幅度, 这相对于造成一人死伤的防卫过当者而言很是不公平。况且, 如果认为其中某个死伤结果与防卫行为间存疑, 实践作法也倾向直接否定造成该结果行为的防卫属性, 这样该结果也不在出现在防卫过当的责任刑部分考量。

至于证成见解的次要支撑, 需从防卫过当量刑的二重性特征和处罚常态两方面研讨。在防卫过当案件的犯罪常态中, 以下内容能够得到肯认: 就防卫过当量刑的二重性特征方面而言, 防卫过当自身就是减免责任刑情节的根据。在此基础上, 还要根据本案防卫过当过程中的具体责任刑情节再对法定刑进行限制。这是对量刑活动的二重制约步骤, 犯罪行为成立防卫过当即完成第一次制约, 防卫过当的具体责任刑情节完成第二次制约。相较于一般犯罪的犯罪常态及量刑思路, 责任刑幅度制约量刑的机会增加一次, 自然应当展现出“疵底”功能。就处罚常态方面而言, 若想在个案中得出一个适当的责任刑幅度, 实践中对犯罪常态的处罚思路不能被忽视[26]。由于上文中中国《刑法》第 63 条第 1 款减轻处罚制度在实践中可能导致责任刑限制法定刑的功能被干扰, 要求“疵底”是罪责相适应原则的基本要求。比如防卫过当者成立中国《刑法》第 234 条故意伤害(致死)罪且无法被免除处罚时, 由于造成死亡结果, 实践广

泛做法是放弃在“三年以下有期徒刑、拘役或者管制”考量责任刑。也就是说，此时的处罚常态是“三年以上十年以下有期徒刑”，若在不要责任刑幅度进行法定刑“疵底”控制，相比类似情况的故意杀人罪量刑，就违背罪刑相适应原则。

3.2. 法律续造：有利防卫过当者的类推

上文阐明中国《刑法》第63条第1款后半段：“本法规定有数个量刑幅度的，应当在法定量刑幅度的下一个量刑幅度内判处刑罚”，导致减轻处罚制度应用于防卫过当案件时，可能出现重刑主义、罪刑不相适应等责任刑量刑的限制功能不易调和之矛盾。由于法条原文使用具有强制适用效力的“应当”，所以在法律解释范畴内部，考虑到“应当”文义的确定性、在《刑法》整体应用中的体系性，对此一筹莫展。

有观点从法律解释范畴的主观历史解释角度考察，援引关于《中华人民共和国刑法修正案(八)》第5条修订增加中国《刑法》第63条第1款后半段的立法意图说明，认为此规定不适用于多个减免处罚情形，“该条款是对我国刑法关于单个减轻处罚情节的释义”[27]。但这一思路不易从立法意图中准确探明。立法者在就此的相关论述说明中，仅是“从规范量刑考虑”[28]、“为了统一减轻处罚的量刑标准，准确量刑”[29]，才修订增加中国《刑法》第63条第1款后半段内容。所以从主观历史解释角度看不出立法者仅希望将减轻处罚制度用在单个减免处罚情形中，相较于第63条第1款后半段中“应当”强大的语义及体系脉络，这一观点很难成立。

在“法律解释”内部难以缓解防卫过当案件中减轻处罚制度对责任刑限制功能的压迫，现在只得来到“法律续造”领域寻求办法。“法律续造的前提是存在一个法律漏洞”[30]。这意味着立法者在增加中国《刑法》第63条第1款后半段内容时，没有注意到此时可能存在的窘境，这在上一段关于立法意图的考察中可以得到印证。“有利于被告的类推，在刑法中也是不受限制地允许的”[31]。由于责任刑通过控制自身幅度来限制防卫过当者可能受到的宽泛量刑范围，所以进入法的续造领域，尝试通过类推的方式缓解减轻处罚制度对责任刑压迫的思路可行。

就此的证立是：中国《刑法》第20条第2款规定防卫过当“应当减轻或者免除处罚”，“根据当然解释的原理，既然有免除处罚的可能性……就可以再下降一个量刑幅度”[32]。这里的“再下降”是指可以下降两个量刑幅度，这里的“当然解释”便是属于法律续造中的类推，用举重以明轻的方式缓解可能的较重的刑罚[33]。就前文成立中国《刑法》第234条故意伤害(致死)罪的防卫过当者而言，在“三年以上十年以下有期徒刑”和免除处罚之间空缺的“三年以下有期徒刑、拘役或者管制”量刑幅度便可被能够下降两个量刑幅度的类推解释弥补，责任刑在防卫过当案件中的量刑限制作用便能够不受干扰的实施，以展现“疵底”功能。

实际上，基于“评价上相同的事实构成，应做相同处理”[34]，通过法律续造的类推手法能够缓解矛盾的关键不仅在于中国《刑法》第20条第2款规定防卫过当可以“免除处罚”，也在于处罚上的均衡性考虑，这是罪刑相适应原则的要求。例如前文提及在相似情节中，认定中国《刑法》第232条故意杀人罪反而因不受减轻处罚制度影响，从而比认定中国《刑法》第234条故意伤害(致死)罪有更大法定刑选择空间，更有可能因责任刑的量刑“疵底”功能而受到较轻的刑罚。既然故意杀人罪保护的法益比故意伤害罪保护的法益位阶更高，那么依此在中国《刑法》第63条第1款后半段之上使用法律续造的方式，类推扩大防卫过当者成立故意伤害(致死)罪时的法定刑选择空间，以辅助责任刑“疵底”量刑功能的实现便是可行的。

4. 责任刑在防卫过当案件量刑中的制约功能之运用

在于某案第二审判决书刑罚裁量部分，提及的具体责任刑情节中，不利于防卫过当者的有：造成一

死两重伤一轻伤的损害后果、事发当时民警仍在场、三名伤者没有实施亵渎人伦的侮辱、一名重伤者伤在后背[35]。实际上，这些内容还是对损害后果的展开叙述。问题是，这是一起防卫过当案件，防卫者在面临不法侵害的紧急时刻，很难做出精确、完美抉择。尤其在以双方损害结果间法益均衡为主导的实践现状下，既然此时正当防卫的基本条件能够得到肯定，便意味着不这样做就很难结束不法侵害。本身放弃对防卫过当者免除处罚就已经足够显现对防卫人造成损害结果的否定。案例一(杨某某故意伤害案)第二审判决书量刑部分的表述便相对简洁，仅说明不利于防卫过当者的具体责任刑情节是：造成一人死亡。未再详细表述造成另外两人轻微伤、侵害人最初未使用武器攻击、长时间的混战等与造成一人死亡的相关内容[14]。从宣告刑来看，于某被判处有期徒刑五年，案例一杨某某被判处有期徒刑四年，似乎责任刑情节上的差异主要来源于前者多造成了两人重伤的结果。但这在另一起正当防卫指导案例中便存在矛盾：

案例二(朱某某故意伤害案)：2016年5月8日晚，齐某1因同朱某某女儿朱某1离婚问题，强行翻越朱某某家大门寻找朱某1。朱某某报警并持械阻拦，齐某1用院墙上的瓦片掷砸朱某某。齐某1翻越进院内后，二人发生撕扯，朱某某持刀刺中齐某1胸部致其死亡。第二审法院认为防卫过当属于影响量刑的内容，朱某某防卫过当，成立中国《刑法》第234条故意伤害(致死)罪，论知有期徒刑七年[36]。

如果依照于某案和案例一量刑思路，由于案例二朱某某仅一刀造成一人死亡，其宣告刑不应高于前二者，但实际情况相反。比较三者判决书，也看不出案例二中防卫过当者朱某某有何种导致量刑增加的责任刑情节。依照本文对责任刑在防卫过当案件量刑中限制功能的证立，即便如实践通行做法，不在防卫过当案件中对减轻处罚制度进行法律续造，这三个案例也应因其责任刑情节导致在法定刑幅度内“疵底”量刑。具体而言，于某案和案例一的责任刑幅度在三年到四年有期徒刑间更为合适，案例二责任刑幅度在三年到三年半有期徒刑间更为合适。

进一步来看，依照本文思路，完全可以在防卫过当案件中对减轻处罚制度进行法律续造，以完整展现责任刑情节的“疵底”功能。即便这三个案例因为造成死亡的损害结果而不宜免除处罚，也应当因其责任刑情节“疵底”法定刑幅度。具体而言，由于防卫过当案件责任刑情节的犯罪常态化，本文三个指导案例的责任刑幅度均在“一年以下有期徒刑、拘役或者管制”间更为合适。

5. 结语

综合本文之研议可以发现，在防卫过当案件中，责任刑对量刑的制约功能更加深刻、强烈。现时实践仅关注部分责任刑情节，不整体归纳责任刑情节，不强调责任刑的制约功能，便可能导致宣告刑既不稳定，又容易突破责任刑幅度的“天花板”。由于防卫过当者必然造成“重大损害”，在实践极为重视法益侵害结果的情况下，免除处罚经常成为一种奢侈。如果能够依据责任刑制约量刑的理论，尝试对防卫过当者“疵底”量刑，那么即便认为防卫过当者不宜免除处罚，也能够做到处罚的稳定性。更加关键的是，可以让防卫过当者受到与其责任刑情节相对的合理刑罚，以贯彻责任主义的要求。

参考文献

- [1] [日]前田雅英. 刑法总论讲义[M]. 曾文科, 译. 北京: 北京大学出版社, 2017: 366.
- [2] 井田良. 量刑理論の体系化のための覚書[J]. 法學研究, 1996, 69(2): 295-297.
- [3] 张明楷. 论影响责任刑的情节[J]. 清华法学, 2015(2): 6.
- [4] 周光权. 量刑的实践及其未来走向[J]. 中外法学, 2020(5): 1158-1160.
- [5] 张明楷. 责任主义与量刑原理: 以点的理论为中心[J]. 法学研究, 2010(5): 138-139.
- [6] 岡上雅美. 責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題点(一)[J]. 早稲田法學, 1993, 68(3-4): 96.
- [7] 全国人大常委会法制工作委员会刑法室. 中华人民共和国刑法条文说明、立法理由及相关规定[M]. 北京: 北京大学出版社, 2009: 30-31.

- [8] 文姬. 量刑情节的界定和区分[J]. 中南大学学报(社会科学版), 2020(4): 72.
- [9] 马克昌. 刑罚通论[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1999: 39.
- [10] 高铭喧, 马克昌. 刑法学[M]. 第八版. 北京: 北京大学出版社, 高等教育出版社, 2017: 252, 256.
- [11] 高铭喧. 刑法专论(上编) [M]. 北京: 高等教育出版社, 2002: 450.
- [12] 山东省高级人民法院(2017)鲁刑终 151 号刑事附带民事判决书[Z].
- [13] 指导案例 93 号: 于欢故意伤害案[Z/OL]. 最高人民法院网. <http://www.court.gov.cn/shenpan-xiangqing-104262.html>, 2018-06-27.
- [14] 湖北省武汉市中级人民法院(2018)鄂 01 刑终 698 号刑事判决书[Z].
- [15] 涉正当防卫典型案例[Z/OL]. 最高人民法院网. <http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-251621.html>, 2020-09-03.
- [16] 袁彬. 激情防卫的类型及其处罚: 于欢故意伤害案的法理分析[J]. 法律适用, 2017(14): 16.
- [17] 黎宏. 论防卫过当的罪过形式[J]. 法学, 2019(2): 40.
- [18] [德]英格博格·普珀. 法学思维小学堂[M]. 蔡圣伟, 译. 北京: 北京大学出版社, 2011: 10.
- [19] [奥]恩斯特·A.克萊默. 法律方法论[M]. 周万里, 译. 北京: 法律出版社, 2019: 28.
- [20] [德]卡尔·恩吉施. 法律思维导论[M]. 郑永流, 译. 北京: 法律出版社, 2014: 136.
- [21] Bydliniski, V.F. (1982) Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2., ergänzte Aulf. S. 438-440.
- [22] Möllers, T.M.J. (2019) Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., § 4 Rn. 62a.
- [23] 黎宏. 论防卫过当的罪过形式[J]. 法学, 2019(2): 40.
- [24] 林美月子. 量刑事情と評価方向: “刑を重くする事情の不存在”に関するドイツの議論[J]. 神奈川法學, 1992, 27(2-3): 156.
- [25] 张明楷. 犯罪常态与量刑起点[J]. 法学评论, 2015(2): 10.
- [26] 野村健太郎. 量刑における「基点」概念の意義[J]. 愛知學院大學論叢法學研究, 2017, 58(1-2): 251-252.
- [27] 范冬明, 魏海. 刑法第六十三条减轻处罚的正确适用[J]. 人民司法(案例), 2020(26): 35.
- [28] 郎胜. 《刑法修正案(八)》解读[J]. 国家检察官学院学报, 2011(2): 158.
- [29] 黄太云. 《刑法修正案(八)》解读(一) [J]. 人民检察, 2011(6): 20.
- [30] [德]罗尔夫·旺克. 法律解释[M]. 蒋毅, 季红明, 译. 北京: 北京大学出版社, 2020: 140.
- [31] [德]克劳斯·罗克辛. 德国刑法学总论(第一卷) [M]. 王世洲, 译. 北京: 法律出版社, 2005: 91.
- [32] 张明楷. 刑法学(第五版) [M]. 北京: 法律出版社, 2016: 582.
- [33] 张明楷. 刑法学中的当然解释[J]. 现代法学, 2012(4): 12.
- [34] [德]卡尔·拉伦茨. 法学方法论[M]. 黄家镇, 译. 北京: 商务印书馆, 2020: 490.
- [35] 山东省高级人民法院(2017)鲁刑终 151 号刑事附带民事判决书[Z].
- [36] 河北省高级人民法院(2017)冀刑终 135 号刑事判决书[Z].