

我国正当防卫时间条件的认定

王 颖

澳门科技大学, 澳门

收稿日期: 2022年10月13日; 录用日期: 2022年12月5日; 发布日期: 2022年12月12日

摘 要

正当防卫作为刑法中阻却违法性事由之一, 在刑法的犯罪成立理论构造中具有十分重要的地位, 备受学者们的关注。然而, 我国对于正当防卫时间条件的认定却少有学者进行研究, 但其又在司法实践层面常常被使用。因此, 为解决正当防卫时间条件的认定所存在的难题, 本文试图通过案例出发, 揭示出其中的理论问题, 从而引发对于正当防卫时间条件的认定这一核心问题的思考, 对我国相关概念与学说进行深入剖析, 努力探究我国认定背后的困境与原因, 并针对存在的困境及原因提出相应的建议, 达到准确把握正当防卫时间条件的认定标准的目标。

关键词

正当防卫, 时间条件

Identification of the Time Condition of Justifiable Defense in China

Ying Wang

Macau University of Science and Technology, Macau

Received: Oct. 13th, 2022; accepted: Dec. 5th, 2022; published: Dec. 12th, 2022

Abstract

As one of the reasons of preventing illegal acts in criminal law, justifiable defense has a very important position in the theoretical structure of criminal law, and has attracted the attention of scholars. However, few scholars have studied the identification of the time condition of justifiable defense in China, it is often used in judicial practice. Therefore, in order to solve the problems existing in the identification of the time conditions of justifiable defense, this paper attempts to reveal the theoretical problems through cases, thus triggering thinking on the core issue of the identification of the time conditions of justifiable defense, deeply analyzing the relevant concepts and

theories in China, trying to explore the difficulties and reasons behind the identification in China, and putting forward corresponding suggestions for the existing difficulties and reasons, to achieve the goal of accurately grasping the identification standard of justifiable defense time conditions.

Keywords

Justifiable Defense, Time Condition

Copyright © 2022 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

正当防卫制度在近现代刑法的发展过程中始终占有举足轻重的地位,无论是大陆法系国家还是英美法系国家的刑法学者都对该制度的理解和适用产生了激烈的争论与探讨。虽然正当防卫条款经过了多次立法上的修改,但在司法实践当中,对于正当防卫的认定却并没有因法条的修改而运用自如,尤其是正当防卫时间条件的认定,不论是在我国还是其他国家,理论界都没有确定一个统一的标准,更不用说司法实务上适用存在的困境。

我国的正当防卫制度主要以大陆法系国家(地区)的理论进行参考借鉴,其中,当属德国和日本这两个国家,例如,日本学者西田典之的《日本刑法总论》、山口厚的《刑法总论》,德国弗兰茨·冯·李斯特的《德国刑法教科书》、克劳斯·罗克辛的《德国刑法学总论》等等,可以看出德日两国的刑法学者对于正当防卫时间条件研究较为深入透彻。

因此,本文将努力探究我国正当防卫时间条件的认定,以期对其进行准确地理解与把握。

2. 问题的提出:案例引发的理论思考

“于海明正当防卫案”¹与“山东于欢辱母案”²这两个案件一经爆出,便引起了法学界、法律界乃至社会民众的广泛关注与激烈讨论,两案的最终结果不免令人唏嘘,同是为了维护自身的合法权益所作出的反击行为,却产生了差别巨大的结果。

在“于海明正当防卫案”中,最主要的争议莫过于:于海明追砍刘某的行为是否属于正当防卫?一种观点认为,在刘某受伤之后跑向车内时,其对于海明的侵害行为便已经结束,于海明客观上已经制止了刘某的不法侵害。而后追砍刘某的行为是出于泄愤,而非出于防卫的目的,因而认为具有杀人的故意,应当以故意杀人罪论处;另外一种观点则认为,对于不法侵害终止的判断,应当以法益是否受到现实紧迫的不法侵害作为标准。刘某跑向车内后,拿出更厉害的武器或者工具来攻击于海明的可能性非常大,于海明所面临的不法侵害并未完全消除,其人身仍然面临现实紧迫的危险,因此后面追砍的行为属于正当防卫[1],防卫适时。最终,公安机关认定于海明的行为属于正当防卫,不负刑事责任,依法撤销案件。

在“山东于欢辱母案”中,一审法院认为,虽然对方限制了于欢母子的人身自由,并对二人进行了侮辱,但是双方在此期间均没有使用武器或工具,此外,在派出所已经出警的情况下,于欢母子的生命健康权利被侵犯的现实危险的可能性较小,不存在防卫的紧迫性,因而于欢拿刀捅人的行为不属于正当

¹ 中华人民共和国最高人民检察院第十二批指导性案例(检例第47号)。

² 山东省聊城市中级人民法院刑事附带民事判决书(2016)鲁15刑初33号。

防卫，正当防卫意义的不法侵害前提不成立，于欢不能正确处理冲突，造成一人死亡，多人受伤，故认定其行为构成故意伤害罪，判处无期徒刑。但二审法院则认为³，于欢的行为符合正当防卫的要件，但超出了防卫的必要限度，构成防卫过当，认定其构成故意伤害罪，判处有期徒刑五年。案发时催债队伍对于欢母子实施了限制人身自由的非法拘禁行为，并有侮辱和对于欢间有推搡等肢体行为。后在民警抵达现场后，于欢母子想随民警离开，遭到了催债队伍的阻挠，并对于欢实施推拉、围堵等行为，在于欢持刀警告时仍出言挑衅并逼近，此时，可以看出不法侵害客观存在并正在进行。于欢是为保障人身安全面临现实紧迫危险的情况下才拿刀捅刺，且捅刺的对象都是不法侵害的实施者，因而可以认定其行为是为了制止不法侵害，满足防卫的前提。虽然二审法院认可催债队伍的辱母行为严重违法、亵渎人伦，应当受到惩罚和谴责，但认为于欢在实施防卫行为时造成一人死亡、二人重伤、一人轻伤的防卫结果，防卫明显过当^[2]。

通过了解两案的具体案情，不难看出它们都涉及到正当防卫时间条件的认定问题。相差甚远的判决结果侧面反映出了我国司法机关对正当防卫时间条件的理解存在偏差，因此，深入探究正当防卫时间条件的认定刻不容缓。

3. 问题的厘清：对正当防卫时间条件概念的规范性界定

根据我国《刑法》第20条第1款⁴的规定，可以知晓，正当防卫的时间条件要求“不法侵害正在进行”，具体是指不法侵害已经开始且尚未结束。不法侵害正在进行时，才会导致法益处在紧迫的危险中，从而让防卫行为成为保护法益的必要手段^[3]。

所谓“不法侵害”，既包括犯罪行为，也包括其他一般违法行为^[3]，但又不是泛指一切违法犯罪行为⁵。而对于“正在进行”的把握，最高人民法院公布的《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于依法适用正当防卫制度的指导意见》则明确表明：“正当防卫必须是针对正在进行的不法侵害。对于不法侵害已经形成现实、紧迫危险的，应当认定为不法侵害已经开始；对于不法侵害虽然暂时中断或者被暂时制止，但不法侵害人仍有继续实施侵害的现实可能性的，应当认定为不法侵害仍在进行；在财产犯罪中，不法侵害人虽已取得财物，但通过追赶、阻击等措施能够追回财物的，可以视为不法侵害仍在进行；对于不法侵害人确已失去侵害能力或者确已放弃侵害的，应当认定为不法侵害已经结束。对于不法侵害是否已经开始或者结束，应当立足防卫人在防卫时所处情境，按照社会公众的一般认知，依法作出合乎情理的判断，不能苛求防卫人。对于防卫人因为恐慌、紧张等心理，对不法侵害是否已经开始或者结束产生错误认识的，应当根据主客观相统一原则，依法作出妥善处理。”⁶可以认为，这对于正当防卫的时间条件是一项实质性的标准，将“不法侵害已经开始”、“不法侵害正在进行”以及“不法侵害已经结束”的标准进行概括。

4. 问题的核心：正当防卫时间条件的认定

根据前述热点案例的分析，不难看出目前我国司法实践中对于正当防卫时间条件的认定标准并不明确，实务与理论仍存在脱节的情况。回归到正当防卫的时间条件本身来看，在理论层面，我国刑法学界在“开始时间”和“结束时间”都存在诸多学说。

³ 山东省高级人民法院刑事附带民事判决书(2017)鲁刑终151号。

⁴ 《中华人民共和国刑法》第20条第1款：“为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害，而采取的制止不法侵害的行为，对不法侵害人造成损害的，属于正当防卫，不负刑事责任。”

⁵ 《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于依法适用正当防卫制度的指导意见》指出：“不应将不法侵害不当限缩为暴力侵害或犯罪行为。对于非法限制他人人身自由、非法侵入他人住宅等不法侵害，可以实行防卫。”

⁶ 《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于依法适用正当防卫制度的指导意见关于依法适用正当防卫制度的指导意见》法发〔2020〕31号。

4.1. 正当防卫开始时间的认定

对于正当防卫开始时间的认定,我国学界存在“进入侵害现场说”、“着手说”、“直接面临危险说”、“综合说”等不同的理论学说,一般以“着手”为标准判断,特殊情况以“直接面临”为判断标准[4]。姜伟教授的“直接面临危险说”认为,正当防卫开始时间如何认定应当从两个方面进行判断:第一,不法侵害行为已经着手,合法权益正在面临不法侵害;第二,不法侵害行为迫在眉睫,即将侵害到合法权益[5]。周国钧、刘根菊学者则坚持“着手说”,认为不法侵害的开始以行为人着手实行侵害行为为标准[6]。田宏杰教授认为开始时间以“进入侵害现场说”为标准,指行为人尚未着手,但已经进入侵害行为发生的现场,就被认定为不法侵害已经开始[7]。马克昌教授的“综合说”指不法侵害的开始时间是以侵害人着手实行刑法分则规定的行为为标志,但在某些情形下,不法行为虽尚未着手但对合法权益已产生严重威胁,若不进行防卫将会产生重大损失,此时便可进行正当防卫[8]。

个人认为,在“进入侵害现场说”中,难以界定“现场”与“进入现场”。现场的确定以发生现实侵害为标准的,但是在不法侵害发生之前,防卫人是难以预估的,且对于现场的范围界定以及侵害人是否进入现场也需要具体情况具体分析。此外,不法侵害人进入现场并不代表着不法侵害已经开始,侵害人没有离开现场也并不等于不法侵害还处于正在进行的状态。而在“着手说”、“直接面临危险说”与“综合说”这三种学说之间其实没有明显的区别,三者都离不开对于“着手”的认定,显然具有一定的不合理性。一方面,不论是在理论界还是实务界,对于“着手”的认定,始终还是一个棘手的问题,要想对其含义进行规定性界定,需要借助于语言学上的帮助,但也因此导致为追求完美解释而造成适得其反的结果,最终难以界定;另一方面,我国刑法规定的不法侵害行为除了故意犯罪行为外,还包含过失的不法侵害和一般违法行为,但后面两个并不能适用“着手”理论[9],因而足以体现三种学说无明显差别的弊端,也暴露出具体适用时对防卫人要求过于严格的缺陷,我们应当以社会一般人的视角看待问题,而非以事后立场严格要求防卫人。

4.2. 正当防卫结束时间的认定

而对于正当防卫结束时间的认定则有“危害结果形成说”、“危险排除说”、“危险制止说”、“无统一标准说”、“法益侵害威胁解除说”等不同的主张。高格教授主张“危害结果形成说”,即以不法侵害行为的危害结果已经形成的时间作为不法侵害结束的时间[10]。陈兴良教授的“危险排除说”,主张以不法侵害的危险状态排除为标准确定不法侵害的结束时间[11]。周国钧、刘根菊学者的“危险制止说”,认为不法侵害被制止时,就是不法侵害终止之时[6]田宏杰教授的“无统一标准说”,认为判断不法侵害的结束时间没有一个明确统一的标准,应当结合具体情境进行分析[7]。张明楷教授的“法益侵害威胁解除说”,认为不法侵害已经结束,指法益不再处于现实、紧迫的侵害或威胁之中,或者说不法侵害已经不可能(继续)侵害或者威胁法益[3]。

对于上述这几个学说,个人较为认同张明楷教授的观点,而前四个学说,个人认为存在些许缺陷,例如在侵害行为结束但侵害仍处于持续状态之时,就难以对防卫人及时实施反击来保护自身合法权益的行为予以定性,因而不能合理有效地认定不法侵害的结束时间。

张明楷教授的“法益侵害威胁解除说”这一观点,虽与陈兴良教授的“危险排除说”存在一定的相似性,但个人认为前者的观点更加具有先进性,其客观理性地站在社会一般人的角度思考问题,立足于防卫时防卫人所处的情境,考虑到了当侵害行为已经结束但仍处于持续状态的情况,认为需要在法益处于完全没有受到现实、紧迫的危险时,才能认定为正当防卫的结束,也即是在此之前,防卫人为解除不法侵害所做出的反击行为属于正当防卫的范围。

此外,除上述传统观点外,理论界还有了新的研究,产生了“法益侵害确定说”、“危害持续说”和“对抗状态持续说”等新兴学说。虽然对传统学说带来了一定程度上的冲击,但也存在一些弊端,并不能完善地认定不法侵害结束时间[9]。

5. 正当防卫时间条件认定存在的困境及其成因分析

5.1. 正当防卫时间条件认定存在的困境

从开始时间来看,会存在开始时间易与事前防卫相混淆的情况。

我国司法实践中常以不法侵害行为的“着手”作为认定防卫开始时间的依据,但这种判断方式忽略了防卫人的主体因素以及不法侵害行为在发展过程中的行为样态,从而致使一些可置于正当防卫视域之下进行出罪的行为被不当的认定为事前防卫。由于不法侵害具有可预见性,在可能面对不法侵害的情形之下,防卫人依据客观情状以及主观认知,可能会选择采取主动反击的方式进行防卫来制止不法侵害的发生,这就很容易导致正当防卫开始时间的认定与事前防卫相混淆。对此,有一部分学者认为这一行为在坚持防卫必要性积极层面的作用的基础之上,将正当防卫的时间适度前移,可以在最大限度内保障被侵害者的合法权益;而另一部分学者则站在防卫人具有退避义务的立场上,认为这种预防性防卫与紧急防卫权是不同的,在未来侵害的情境下,不法侵害与防卫人都是不明确的,即使防卫人预见到不法侵害将要发生,也能够采取回避、离开现场等消极的方式避免不法侵害的发生,因而无需在这种情境下提前采取防卫行为。我国的司法实务在对此类问题进行裁判时往往持消极否认的态度。

从结束时间来看,会存在结束时间难与事后防卫相区分的情况。

根据传统刑法理论的观点,被侵害者不能在遭受非法侵害或不法侵害行为结束后,再针对该不法侵害人采取反击措施的,否则就会被认定为事后防卫。然而,在实践当中,在面对不法侵害行为已经结束但侵害仍处于持续状态的情境之下,防卫者难免会认为自己仍面临着难以预估的侵害,例如在于海明正当防卫案中,刘某逃离回轿车内,可以视为停止了侵害行为,但站在于海明的角度,难以确定刘某是否会从车内拿出更为厉害的工具来对质,因而其认为自己仍处于着现实、紧迫的危险中,不法侵害没有解除。这种单纯以被告人倒地时间为时间节点将整个行为过程割裂为两个阶段处理方式显然是不合理的,因为行为人倒地并不意味着不法侵害的结束[12]。

5.2. 正当防卫时间条件认定存在困境的成因分析

5.2.1. 忽略防卫人的实际处境

对正当防卫案件的评价体系进行选择的过程中,面对事前评价和事后评价两种体系,实践中往往会选择后者,司法机关在调查案件时,总是习惯站在事后的角度来分析不法侵害进行时的情况,自然而然地会把防卫人当作足够理性的人,以“上帝的视角”得出结论,而很少站在当事人的角度换位思考[13]。显然,这种观念是与正当防卫的立法精神相违背的,司法机关应当站在社会一般人的视角进行分析,并且结合具体的案件情境,切勿以上帝视角分析案件,否则,将会对案件的结果产生很大程度上的影响,也难以被社会一般人所接受。

5.2.2. 防卫时间认定过于僵化

我国司法实践中在判定防卫行为是否符合时间要件时,总是会着眼于开始时间和结束时间两个时间点的判断,而因此忽略不法侵害有时是一个持续的状态或者有时开始和结束只间隔短短的几秒钟。这两种不同的状态在认定过程中都应该特别注意,不能一概而论[14]。否则,长期如此,则会导致防卫时间认定进一步僵化,成为实践中可套用的模板而存在,这势必会给正当防卫时间条件的认定造成恶性循环的效果。

6. 对正当防卫时间条件认定困境提出几点建议

6.1. 可以适度提前正当防卫的开始时间

虽然我国目前对于正当防卫时间条件的含义指的是,不法侵害已经开始且尚未结束,但个人认为不能简单地将这一含义机械地解读为“未开始”、“已经开始且尚未结束”、“已结束”三个阶段,这样会出现割裂正当防卫时间条件的局面,不利于司法实践的适用。在个案中常常会有防卫人基于当时所处的情境认为自己已正在遭受不法侵害,例如于欢案便能体现,于欢认为在催收队伍对其母子进入侮辱、推搡等行为时,便正在面临现实、紧迫的危险,面对这种侵害时,如果于欢推迟采取防卫行为会产生意想不到的危害后果。因而,司法机关应当站在防卫人即社会一般人的角度结合具体的情境思考问题,考虑适度提前正当防卫的开始时间。

需要注意的是,适度提前正当防卫的开始时间并不能适用于所有的防卫行为,也就是说,只有具有防卫必要性的情境下所实施的“提前”防卫才能够被合理化、正当化,因而,为避免与事前防卫、假想防卫发生混淆,需要对防卫时间前移的幅度进行综合考量[12]。

6.2. 正当防卫结束时间的认定可适用“法益侵害威胁解除说”

如前述所言,个人认为,如若简单将正当防卫的时间条件机械地解读成三个阶段,形成割裂时间条件的局面,那么,在于海明正当防卫案中,刘某逃离回轿车内,则可以视为停止了侵害行为,认为不法侵害已经结束,这显然是缺乏合理性的。当自己站在于海明的角度去设想时,在当时所处的情境下,始终难以确定刘某是否会从车内拿出更具杀伤力的武器来对质,故能够认为自己仍处于着现实、紧迫的危险中,不法侵害尚未结束。

因此,个人认为,张明楷教授的“法益侵害威胁解除说”更能适用于我国当下的社会环境。该学说能更为全面地考虑到“侵害行为已经结束但仍处于持续状态”的情况,认为需要在法益处于完全没有受到现实、紧迫的危险时,方能认定为正当防卫的结束,不法侵害的可能性彻底消除更能够最大程度地保护防卫人的权益。此外,该学说也与我国正当防卫的立法精神以及刑法的基本原则相符,能够尽量避免结束时间与事后防卫难以分辨的情况发生,故正当防卫结束时间的认定可以考虑适用该学说,对于司法实践中个案的适用与认定能够起到一定的指引作用。

7. 结语

综上所述,我国目前对正当防卫时间条件认定并没有一个非常明确的标准,不论是对于正当防卫的开始时间,还是针对正当防卫的结束时间,理论学界都存在诸多的学说。此外,忽视防卫人的实际处境,防卫时间认定过于僵化等众多因素,都让正当防卫时间条件的认定更为艰难。

因此,我国还需要加强对此做进一步的研究,可以参考借鉴域外的正当防卫理论,从中吸取有利于完善我国正当防卫时间条件的观点,同时还应当要结合本国的国情等实际情况进行学习运用,不断努力完善我国的正当防卫制度,解决正当防卫制度现在所面临的难题,才有助于推动我国立法、司法方面的进步,促进我国法律制度的进一步完善。

参考文献

- [1] 张冉. 论正当防卫的时间条件[D]: [硕士学位论文]. 上海: 华东政法大学, 2019.
- [2] 李婧. 于欢案中正当防卫的司法认定研究[D]: [硕士学位论文]. 长沙: 湖南大学, 2018.
- [3] 张明楷. 刑法学[M]. 第6版. 北京: 法律出版社, 2021: 258-264.
- [4] 赵秉志, 主编. 刑法争议问题研究(上卷)[M]. 郑州: 河南人民出版社, 1996: 525.

- [5] 姜伟. 正当防卫[M]. 北京: 法律出版社, 1988: 70.
- [6] 周国钧, 刘根菊. 正当防卫的理论与实践[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1988: 53-62.
- [7] 田宏杰. 刑法中的正当化行为[M]. 北京: 中国检察出版社, 2004: 229-231.
- [8] 马克昌. 论正当防卫和防卫过当[J]. 当代法学, 1987(4): 13-14.
- [9] 葛格. “不法侵害正在进行”的认定[J]. 厦门广播电视大学学报, 2020(1): 28.
- [10] 高格. 正当防卫与紧急避险[M]. 福州: 福建人民出版社, 1985: 29.
- [11] 陈兴良. 正当防卫论[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2017: 96.
- [12] 郝蕾. 正当防卫时间要件的认定[D]: [硕士学位论文]. 沈阳: 沈阳师范大学, 2021.
- [13] 王建平, 林慙. 浅谈正当防卫的实践认定——兼评最高检第 12 批指导性案例[C]. 《上海法学研究》集刊(2019 年第 14 卷 总第 14 卷)——杨浦检察院论文集. 2019: 132-135.
- [14] 李珂. 正当防卫时间要件研究[D]: [硕士学位论文]. 扬州: 扬州大学, 2021.