

论假想防卫过当的罪过及量刑

刘国香

澳门科技大学, 澳门

收稿日期: 2022年12月19日; 录用日期: 2023年1月14日; 发布日期: 2023年1月29日

摘要

相较于近年来得到重视的正当防卫制度, 假想防卫过当并没有得到相应的关注。相反地, 其立法上的空白与司法实践上的纷繁不一至今都是难以解决难题。这不仅有损司法权威, 还极大地挫伤了公民对于防卫行为正当性的期待。故本文立足与假想防卫过当的核心与疑难点, 着重分析假想防卫过当的罪过形式, 即假想防卫过当是属于故意犯罪还是过失犯罪, 又或者是意外事件。基于其与防卫过当罪过形式的差异, 明确假想防卫过当的法定量刑困境, 并尝试开辟一个新的思路。

关键词

假想防卫, 防卫过当, 故意, 过失

On the Sin of Imaginary Excessive Defense and the Punishment

Guoxiang Liu

Macau University of Science and Technology, Macau

Received: Dec. 19th, 2022; accepted: Jan. 14th, 2023; published: Jan. 29th, 2023

Abstract

Compared with the system of justifiable defense which has been paid more attention in recent years, the hypothetical excessive defense has not received the corresponding attention. On the contrary, its legislative blank and judicial practice in the complexity are difficult to solve the problem. This not only damages the judicial authority, but also greatly dampens citizens' expectation of the legitimacy of defense. Therefore, based on the core and difficult points of hypothetical excessive defense, this paper focuses on the analysis of the form of the crime of hypothetical excessive defense, that is, whether the hypothetical excessive defense belongs to intentional crime or negligent crime, or is an accident. Based on its difference with the form of the crime of excessive

defense, this paper makes clear the legal sentencing dilemma of the hypothetical excessive defense, and opens up a new idea for the attempt.

Keywords

Imaginary Defense, Excessive Defense, Intentionally, Negligence

Copyright © 2023 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

现如今中国刑法体系正在不断发展与完善，与之而来的我们曾经所忽略的一些刑法问题越来越得到我们的正视。相较于近年来因相关司法案件而受到热议的正当防卫问题，假想防卫的相关一直都未曾真正地走入大众的视野。自 1979 年我国正式确立正当防卫制度以来，随着一系列案件的涌现，如：“山东于某辱母杀人案”、“昆山反杀案”，该制度一直以来都得到了较为有效的规制与完善。然而相较于正当防卫与正当防卫过当的修正与完善，处于立法空白状态的假想防卫与假想防卫过当一直都没有一个较为行之有效的标准。由于立法空白与假想防卫与假想防卫过当的理论混乱，司法实践中我国各个地域对于假想防卫，尤其是假想防卫过当的处理结果完全不同。这就直接导致了司法机关的公信力下降，又因为假想防卫过当所具有的防卫属性和过当属性，就注定了其复杂程度。故本文希望厘清正当防卫的概念、性质、罪过形式及其定罪量刑的标准，完善相关理论，能够为司法实践提供相应的思路。

2. 假想防卫过当的概述

首先假想防卫过当的概念是由假想防卫的概念延伸而来，并且具有过当性。因此如果需要对假想防卫过当有着清晰的定义与界定，假想防卫与防卫过当这两个概念当就是绕不开的门槛。

2.1. 假想防卫的概念

当今学术界对于假想防卫的定义仍然存在着争议，有着广义与狭义之分，其二者之间的区别即是否于防卫行为后果出现错误的认知。所以在笔者看来假想防卫的概念并无广义和狭义之分，只是存在着不同的类型，也就是目前比较流行的“二分说”理论。故笔者认为，假想防卫的概念是，防卫人错误的认为有正在进行的不法侵害，并依据该错误的认知采取了一定的防卫行为，进而产生了相应的损害后果。那么假想防卫也可以分为两个类型：1) 防卫人对正在进行的不法侵害事实与防卫行为所产生的相应后果均产生了错误认识。2) 防卫人只对是否存在正在进行的不法侵害存在错误认识。

2.2. 防卫过当的概念

相较于假想防卫的立法空白，防卫过当在我国刑法中有着明确的规定：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。并且无论是实践中的司法解释还是理论界的各种相关学说均对：“必要限度”、“重大损害”、“明显超过”等关键的定性标准有着专门的界定。

2.3. 假想防卫过当的概念

与上述的假想防卫与防卫过当的概念不同，假想防卫过当在我国刑法理论界可以说一直都处于争论

不休得状态。例如，黎宏教授就认为：“所谓假想防卫过当，是指不存在正在进行的不法侵害，但行为人误以为(假想)存在，并对该假想侵害实施明显超过必要限度的反击，造成重大损害的行为[1]。”而陈兴良教授则认为：“即紧迫的不法侵害事实上并不存在，但行为人错误地认为其真实存在，但即使如行为人假想的那样，不法侵害是客观存在的，行为人给不法侵害者造成的重大损害结果也是不适当的，同时防卫行为也明显超过了必要限度[2]。相较于黎宏教授的观点，陈兴良教授在定义中就对假想防卫过当的两种类型都进行了界定。

这里值得注意的是，有学者的认为假想防卫过当是假想防卫与防卫过当的竞合。这种观点在理解与适用上确实有其便利的特点，但是却与最开始刑法中防卫过当的概念相冲突。现行刑法对于防卫过当的定义是：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。这里可以明显的看到，防卫过当这个定义的前提是，防卫人是因为存在着现实正在进行的不法侵害进而实施防卫行为，但假想防卫并不存在这个前提条件。所以笔者认为无论是从定义出发，还是从后续量刑的适用，将假想防卫过当简单地认为是假想防卫与防卫过当的竞合都是不可取的。

3. 假想防卫过当的罪过形式

无论适用任何犯罪构成理论体系，要想成立相关犯罪，不仅仅需要存在危害行为与危害结果的产生。还需要行为人在实施犯罪的时候，要有引起犯罪结果发生的罪过形式，即故意或者过失。如果行为人并没有故意或者过失，则无法构成相应的犯罪。因此无论是在学术界还是司法实践的认定中，都存在着不同的观点与争议。

3.1. 故意说

故意说认为，虽然假想防卫过当不可以机械的割裂开来，但是应当有相应的侧重点。也就是说决定假想防卫过当的罪过形式的重点应当是防卫过当，由于行为人对于防卫过当，即超过必要限度这一点有相应的认识，所以认为假想防卫过当应当是故意犯罪。简而言之，在假想防卫通常被认为是过失犯罪或者是意外事件的情况下，防卫人对自己所实施的防卫行为有相应的认知，使得整个假想防卫过当发生了质的变化，相应的过失犯罪与意外事件便转化为故意犯罪[3]。

日本理论界有同样是主张假想防卫应该属于故意犯罪的相关学说，但是该学说是基于严格责任理论所提出的。传统的故意理论是认为故意应当由三个要素来构成：知、意、不法意识，与过失不同的是，不法意识是故意的必备要素[4]。而严格责任理论并未将不法意识纳入其中，不法意识也并非构成故意的必备要素，不影响故意的构成。基于此，日本理论界有学者主张假想防卫的认识错误是违法性认识错误，并不能排除故意。也就是说在假想防卫过当的场合，防卫人基于并不存在的不法侵害进行防卫，并且造成了过当的后果，防卫人对于自己行为的事实是有着充分的认识(否则便不会实施防卫人所认为的防卫行为)，只是对于该排除违法性事由的前提存在着错误的认识，认为该防卫行为是被允许的而已。日本的福田教授就认为这种对于假想侵害的错误认识属于违法性认识错误，假想防卫过当就无论对于过当事实是否有错误认识，其行为均可成立相应的故意犯罪。

笔者在此并不认同故意说的观点，认为这种观点较为机械与笼统。虽然这种观点突出了假想防卫过当的重点，明确了防卫过当在假想防卫过当罪过认定的核心地位，但其认定思路仍然过于笼统。只考虑到防卫人对自身防卫行为的过当性有认识的情况下，并未考虑当防卫人在复杂的环境中，因为各种主客观因素的影响，仍然有对于其防卫行为过当性没有认识或者认识不足的情况产生。其次，假想防卫过当是否需要相应的违法性认识基础仍然是一个存疑的问题，尤其是在假想防卫的场合，防卫人实施的防卫行为与相应的故意犯罪，从主观层面上来看本身就存在着本质的区别。也就是说违法性认识错误并非

否能排除故意仍然值得商榷。严格责任理论并不以违法性错误认识作为阻却故意的必然要素，但防卫人所认识的或者误认的内容是具有复杂性的，并不单纯的指向法律规范，基于此给予防卫人故意犯罪的处罚，会使得处罚过于宽泛而导致防卫人的合法权益被侵犯。

3.2. 过失说

与故意说所不同的是，过失说认为假想防卫过当应该构成的是过失犯罪甚至是意外事件。该说主张的是假想防卫过当与假想防卫并没有核心的差异，其差异只是在于该防卫行为超过了必要限度造成了不必要的危害。这种观点就认为假想防卫过当只是假想防卫的外延，本质上是假想防卫，所以其应当构成过失犯罪[5]。

其次我国还有学者主张并没有所谓的假想防卫过当，应当一律认为假想防卫过当属于假想防卫从而构成相应的过失犯罪。产生这种观点的原因就是因为对于假想防卫过当的定义界定不清晰，天然的认为防卫过当的前提就是正当防卫。如果没有正当防卫的产生也就并没有防卫过当的产生，而假想防卫与正当防卫有着质的区别，故并不存在假想防卫过当这一概念，假想防卫过当均按照假想防卫以过失犯处理。黎宏老师认为这种观点并不可取，理由如下：1) 上述理论观点的前提存在问题。根据前述，刑法典第 20 条第二款，防卫过当的前提并不是正当防卫。二者之间的定义应当是互斥关系，防卫人一旦构成正当防卫，其防卫行为必然不会过当，也就没有防卫过当的产生。防卫过当的前提应当是存在现实紧急的不法侵害发生，而非正当防，所以说上述观点的理论前提便存在问题。2) 忽视基本事实。将假想防卫过当一律按照假想防卫来处理忽视了防卫过当行为这一基本事实，防卫人对防卫这一事实是否存在故意还没有定论，存在着故意的可能性。所以将整个事实按照前一个假想防卫的事实去认定罪过忽视了基本事实，存在着以偏概全的嫌疑。3) 容易产生法律漏洞。如上述所言，防卫事实的罪过并不一定都是过失，如果防卫人以伤害的故意过当地实施了防卫行为，造成严重的后果。一律按照过失犯罪处罚则会导致滥用法律漏洞的情况产生甚至泛滥。

笔者在此较为支持黎宏教授的观点，但对第一个的论述仍然持保留态度。防卫过当的前提正如黎宏教授所言并非正当防卫，二者之间存在着互斥关系。但根据刑法典第 20 条第二款的论述得出的并非是：“正当防卫是防卫过当的前提”这一观点，而是如笔者在上文假想防卫过当的定义所提及：防卫过当的前提是存在现实进行的不法侵害。而现实进行的不法侵害有恰恰是正当防卫的必要前提之一，那么“如果不存在现实进行的不法侵害，那并无防卫过当”这一观点并非是行不通的，所以笔者认为黎宏教授的此出观点还有待商榷，而过失论的学说虽然能勉强自圆其说，但仍然存在着诸多弊端。

3.3. 二分说

无论是重视假想防卫的故意说还是注重防卫过当的过失说，均表现出其笼统与过于绝对的缺点。其核心就在于并未对假想防卫过当的各种类型进行详细的分析，未能兼顾到假想防卫过当的两个环节。基于此二分说的观点便是为了兼顾假想防卫过当的两个环节，并将二者并重，根据不同的类型来认定假想防卫过当的罪过形式[6]。二分说认为防卫人既对是否存在现实进行的不法侵害有错误认识，又对后续的防卫行为的过当性有错误认识，可以排除故意，按照相应的过失犯罪处理。但如果防卫人只是对是否存在现实进行的不法侵害存在错误认识，而对自己后续防卫行为的过当性没有错误认识，则应当按照故意犯罪处理。

二分说也正是本文所采取的观点，但认定假想防卫过当还有一个亟需梳理的一个问题，假想防卫过当主观罪过中的故意形态有几种。相较于过失形态种均包含疏忽大意的过失和过于自信的过失，假想防卫是否包括直接故意在理论界仍然是一个值得商榷的问题。正如高铭暄教授与马克昌教授的观点：防卫

过当不可能是故意,尤其是直接故意[7]。笔者在这里认为,假想防卫过当故意的罪过形态是不包含直接故意的。直接故意与简介故意的本质区别是在于,行为人对于危害结果的产生是抱着希望发生的态度还是放任其发生的态度。而行为人在进行假想防卫的过程中,其需要有一定的防卫认识与防卫意志,并非是抱以犯罪的心态去实施。这就导致防卫人的防卫意识必然会与防卫人希望发生过当的危害结果心态所冲突,防卫人最多是放任这种过当的危害结果的产生。所以假想防卫过当中的故意心态只包含间接故意,而排除直接故意。

4. 假想防卫过当的量刑

关于现今假想防卫过当的研究,无论是结合我国刑法典的立法规定,还是现如今有关假想防卫过当的司法实践困境,其最终都会回归到最后的量刑环节。防卫人这种出于正义而却“好心办坏事”的尴尬情况,在量刑时能否减免处罚,就是假想防卫过当量刑的核心问题。而目前学术界存在着能够减免处罚与不能减免处罚两种观点。

4.1. 不能适用防卫过当减免处罚的规定

持此观点的学者通常是认为假想防卫过当的防卫人违法性并没有减少,故不能适用防卫过当的减免处罚的规定。首先根据“违法性减少说”的理论,防卫过当能够减免处罚的原因是因为防卫人虽然超过必要限度曹诚不应有的危害,但是其是基于保护某种正当利益不被不法侵害行为侵害,有一定的正当性,故其违法性减少从而减免一定的刑事处罚。但是“违法性减少说”并不适用与假想防卫过当,假想防卫过当并没有现实进行的不法侵害发生,其假想防卫行为因为没有保护正当利益的局面而丧失正当性,其假想防卫行为本质的侵害行为并没有违法性减少的可能性,故不能适用防卫过当的减免处罚规定。

并且从刑法的基本原则来看,对于假想防卫过当适用防卫过当的减免处罚规定违反了罪责刑相一致原则,容易导致处罚的失衡。假想防卫因为没有过当性而不能适用防卫过当的减免处罚规定,但假想防卫过当的主观恶性较之前者会更加恶劣,如果适用防卫过当的减免处罚规定会产生及其不合理的现象。其次,假想防卫过当存在着故意的可能性,而假想防卫属于过失犯罪,这就会导致在其他条件相同下,相应的故意犯罪的处罚会比过失犯罪处罚更轻的现象产生。

4.2. 能适用防卫过当减免处罚的规定

持此观点的学者并未从违法性减少的方面去论证假想防卫过当处罚的减免可能性,而是尝试从责任减少的角度去论证,“责任减少说”便由此产生。该说认为防卫过当之所以可以减免处罚,是因为防卫人在面对现实紧迫的不法侵害发生时,由于其所处环境的复杂性,以及防卫人面对紧急危险时所产生的各种可以影响防卫人判断认知的负面情绪与心理状态,例如:恐慌、惊惧、亢奋等[8]。这些心理因素与环境的复杂性制约了防卫人的判断,导致了其防卫行为的过当超过必要限度,可以减少防卫人的部分责任。因此这种观点的核心就在于,假想防卫人是否也同时受到上述因素的制约。而在假想防卫的场合中,上述因素依然会影响假想防卫人的主观判断,其责任同样可以减轻。

4.3. 本文观点

其实笔者认为无论是“违法性减少说”还是“责任减少说”都难以得到可以适用防卫过当减免处罚的规定。因为上文已经阐明,刑法典第20条第2款的描述仍然是以存在现实进行的不法侵害为必要前提,无论假想防卫过当是违法性减少又或是有责任减少,其一旦适用刑法典第20条第2款去减免处罚,均有违反罪法定原则的嫌疑。

但是对于假想防卫过当是否能够适用防卫或当的减免处罚条款并不是没有任何现实指导意义的,也

就是说减免处罚条款还是可以有条件的适用于假想防卫过当。例如假想防卫人对不法侵害的事实认识错误没有故意也没有过失,那么假想防卫人对不法侵害的事实认识错误只能归为意外事件,假想防卫人并不需要为此承担任何刑事责任。那么后续对于过当事实无论是故意的认识还是过失的认识,行为人均成立相应的犯罪。由此一来不法侵害的认识错误行为人并不需要负责,而过当事实的认识则可以完全转化为防卫过当,进而适用相应的减免条款。

5. 结论

由于假想防卫过当仍然是与正当防卫过当一样,二者都是参照故意犯罪与过失犯罪去定罪量刑。所以假想防卫过当的争论一直聚焦在其罪过形式以及与法定量刑的冲突上。如果这两个核心问题没有解决,会使得假想防卫过当的故意过失界定模糊;适用防卫过当的法定量刑条款不当,会使得假想防卫人的合法权益被侵犯,对权益损害的一方也极其不公正。故本着重梳理了假想防卫过当的罪过形式,明确了假想防卫过当罪过的认定需要兼顾假想防卫的两个环节,对不同类型的假想防卫过当形态进行分别认定,确定其罪过形态。其次本文认为假想防卫过当并不一定只能寄希望于司法实践中的酌情处理,防卫过当的减免处罚条款是可以有条件地适用于假想防卫过当,在一定程度上缓解了假想防卫过当立法空白的现状。

参考文献

- [1] 黎宏. 论假想防卫过当[J]. 中国法学, 2014(2): 257-274.
- [2] 陈兴良. 教义刑法学[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2014: 380.
- [3] 孙立权, 潘晓军, 邢思利. 假想防卫过当辨析[J]. 现代法学, 1989(3): 23-24.
- [4] 付泽宇. 假想防卫研究[D]: [硕士学位论文]. 重庆: 西南政法大学, 2021.
- [5] 吴亚娥. 对假想防卫的再认识——兼评“假想防卫过当”[J]. 安徽学院学报, 2011, 23(5): 25-27.
- [6] 孙艳. 假想防卫过当研究[D]: [硕士学位论文]. 上海: 华东政法大学, 2018.
- [7] 高铭喧, 马克昌. 刑法学[M]. 北京: 中国法制出版社, 2007: 160-161.
- [8] 黄忠军. 论假想防卫过当[J]. 刑事法评论, 2019, 44(1): 175-204.