

正当防卫：以刑民比较为 视角的规范诠释

陈兴良*

目次

- 一、刑民正当防卫的法律性质比较
- 二、刑民正当防卫的防卫要件比较

- 三、刑民正当防卫的限度要件比较

摘要 刑法和民法之间存在前置法与后置法之间的关系,在某些法律制度之间则还具有一定的衔接关系,正当防卫制度就是其中典型的例子。不仅在刑法中存在正当防卫,而且在民法中也存在正当防卫。这两种正当防卫制度无论是在构成条件上还是在法律后果上都存在一定的区分,同时又具有衔接关系。刑法中的正当防卫是对正在进行的不法侵害所做的反击,具有保障防卫人的人身和财产权利的性质。由于刑法中的正当防卫是一种不负刑事责任的违法阻却事由,因而在犯罪论体系中对它予以讨论。民法中的正当防卫是对民事不法行为所进行的反击,具有保护防卫人的民事权利的性质,是一种免除民事责任的事由。刑法中的正当防卫和民法中的正当防卫的上述性质区分决定了两者在成立条件上的差异,对此应当严格加以把握。

关键词 刑法中的正当防卫 民法中的正当防卫 比较研究

刑法与民法是任何一个国家法律体系中两个不可或缺的基本法,而且刑法与民法之间存在前置法与后置法之间的密切关系:民法是前置法,刑法则是后置法。在通常情况下,前置法与后置法的关系决定了行为规范与制裁规范的关系。也就是说,民法作为前置法具有行为规范的性质,刑法作为后置法则具有制裁规范的性质。例如,民法的物权篇确定了公民的财产权,而刑法则对严重侵害公民财产权的盗窃、诈骗等行为规定了刑事制裁。在这个意义上说,刑法是民法的制裁法或者保障法。就此而言,民法的规范内容与刑法的规范内容在性质上是存在明显区分的。然而,正当防卫却是刑法与民法同时具有的制度。那么,刑法中的正当防卫与民法中的正当防卫在构成要件以及法律后果上具有何种区分,这是一个值得研究的问题。本文采用比较方法,对刑法中的

* 北京大学博雅讲席教授、法学博士。

正当防卫和民法中的正当防卫进行规范诠释,以便我们加深对刑法中的正当防卫与民法中的正当防卫的认识。

一、刑民正当防卫的法律性质比较

正当防卫具有悠久的历史,正如德国学者李斯特所说,正当防卫具有一个既丰富而又重要的发展史。^{〔1〕}随着刑法从习惯法到成文法的演变,正当防卫也从习俗演进为正式制度,在刑法中占有一席之地。可以说,在现代刑法中都有关于正当防卫的明文规定。我国刑法亦不例外。至于民法中的正当防卫则晚于刑法中的正当防卫,并在一定程度上是仿照刑法中的正当防卫而设立的,因而两者具有共同性。当然,刑法与民法的性质不同,由此而决定了刑法中的正当防卫与民法中的正当防卫在性质上的差异。

根据我国《刑法》第20条第1款的规定,正当防卫是指为了使国家、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不负刑事责任的制度。第2款规定了防卫过当,是指正当防卫明显超过必要限度造成重大损害,应当负刑事责任的制度。第3款还规定了特殊防卫,是指对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪,采取防卫行为,造成不法侵害人伤亡的不负刑事责任的制度。我国刑法对正当防卫的规定,为司法机关正确适用正当防卫提供了明确的规范根据,因而具有重要意义。

正当防卫制度不仅是刑法制度,同时也是一种民法制度。根据我国《民法典》第181条规定:“因正当防卫造成损害的,不承担民事责任。正当防卫超过必要的限度,造成不应有的损害的,正当防卫人应当承担适当的民事责任。”《民法典》对正当防卫采取了空白规定的立法方式,也就是对正当防卫的概念与条件没有明文规定,而只是规定了正当防卫的法律后果,即不负民事责任。同时,《民法典》还对民法中防卫过当及其法律后果做了具体规定。虽然《民法典》第181条没有规定正当防卫的具体内容,我们还是可以参考刑法关于正当防卫的规定,将民法中的正当防卫界定为为了使公共利益、本人或者他人的财产、人身权利免受正在进行的不法侵害,而对不法侵害采取的防卫行为。

刑法中的正当防卫是不负刑事责任的根据。那么,这里的不负刑事责任的确切含义是什么呢?这里涉及对刑事责任的理解。在我国刑法中刑事责任的概念是与犯罪的概念紧密相连的,当然,刑事责任是否等同于犯罪,这是存在争议的。我国刑法总则第二章第一节的标题是“犯罪和刑事责任”,就此而言,犯罪似乎是与刑事责任相提并论的两个并置的概念,不能等同。我国刑法对刑事责任有以下两种含义截然相反的表述:应当负刑事责任与不负刑事责任。就其含义而言,应当负刑事责任是指构成犯罪,而不负刑事责任,则是指不构成犯罪。因此,从逻辑上说,刑事责任与犯罪是不可分立的,它并不是独立于犯罪,而是犯罪的必然后果。在这个意义上,不负刑事责任就是不以犯罪论处。我国《刑法》第20条第1款规定正当防卫不负刑事责任,就是指正当防卫不能归属于犯罪。因此,正当防卫是一种出罪事由。在刑法教义学中,对于正当防卫的根据曾经存在权利行为说与放任行为说。在这两种观点中,权利行为说对正当防卫做出了较为积极的评价,认为正当防卫是公民防卫权的行使,当然也就不负刑事责任。放任行为说则对正当防卫做出了较为消极的评价,认为正当防卫不被法律所允许,亦不为法律所禁止,对正当防卫法律采取的是一种放

〔1〕 参见[德]李斯特:《德国刑法教科书》(修订译本),徐久生译,法律出版社2006年版,第218页。

任的态度。在放任行为说的观点中,将正当防卫视为是一种免除刑事责任的事由。目前在刑法教义学中,对正当防卫采取权利行为说,并且在法确证的立场上肯定正当防卫的积极意义,这就是所谓法确证说的观点。例如德国学者罗克辛教授指出,法确证(亦译为权利证明)原则意味着:若遭到受禁止的侵犯,每个人都有权利进行抵抗,以免受到伤害。即便他可以采取逃避的方式免受攻击,仍然可以使用正当防卫的手段。在这种情况下,权利证明原则(即权利不需向不法退让)就高于自我保护原则。^{〔2〕}以上观点都从不同角度对正当防卫的根据做了阐述,对于我们正确理解正当防卫的性质具有重要参考价值。

在刑法教义学中,正当防卫在犯罪论中的体系性地位,因采用四要件与三阶层不同的犯罪论体系而各有不同。在四要件的犯罪论体系中,正当防卫被排除在四要件之外,它被认为是一种排除社会危害性的行为。这一对正当防卫的体系定位是以社会危害性是犯罪的本质特征为逻辑前提的,四要件同时具备表明某种行为具有社会危害性,但在正当防卫的情况下,社会危害性被排除。因此,正当防卫是形式上符合犯罪构成但实质上不具备社会危害性的行为。由此可见,四要件的犯罪论体系对正当防卫的性质采取了形式与实质的二元分析方法。该分析方法所得出的结论虽然合乎逻辑,然而却带来一个体系性的漏洞,这就是使得四要件的犯罪构成形式化,因而违背犯罪构成是刑事责任的唯一根据的命题,造成四要件的犯罪论体系的一个重大缺陷。不同于四要件的犯罪论体系,三阶层的犯罪论体系将正当防卫纳入三阶层之中,将其定性为违法阻却事由。根据三阶层的犯罪论体系,犯罪成立必须具备三个条件并且在这三个条件之间存在位阶关系:第一是构成要件,第二是违法性,第三是有责性。正当防卫行为,例如正当防卫杀人,符合构成要件,因而具备第一个要件。然而,正当防卫是刑法赋权的行为,不具有违法性,因而从犯罪中予以排除。因此,正当防卫属于违法阻却事由。违法阻却事由的行为的违法性被否定,因而是适法行为,但它又不同于一般意义上的适法行为:一般意义上的适法行为从形式到内容都符合法律,正当防卫则具有形式上的违法性,但却不具有实质上的违法性。因此,所谓阻却违法是指阻却实质违法性。三阶层的犯罪论体系对正当防卫采取的是一般与另外的分析方法:在行为符合构成要件的情况下,通常都具有违法性,因为构成要件本来就是违法性的征表。但在某些另外的情况下,行为虽然符合构成要件却因存在特殊事由而不具有违法性。正当防卫就属于此种另外的情形,它的违法性被排除。因此,正当防卫在三阶层的犯罪论体系中的定位决定了其出罪事由的性质。

民法中的正当防卫是不承担民事责任的事由,对此我国《民法典》第181条做了具体规定。民法中的正当防卫是以造成他人损害为前提的,在通常情况下,某一行为造成他人损害的,应当对损害结果承担民事责任。但如果这在损害结果是正当防卫所造成的,则不承担民事责任。对于民法中的正当防卫的性质,在法教义学中存在两种不同的表述:第一种表述将民法中的正当防卫称为违法阻却事由。例如王泽鉴教授指出:“(民法中的)正当防卫,性质上属适法行为,可阻却违法,不负赔偿责任。”^{〔3〕}第二种表述将民法中的正当防卫称为免责事由。^{〔4〕}从我国《民法典》的规定来看,正当防卫被规定在民事责任一章。虽然《民法典》第181条规定正当防卫不承担民事责任,将这里的不承担理解为免除民事责任并无不妥。但在刑法中,正当防卫就不能理解为免除刑事责任

〔2〕 参见[德]克劳斯·罗克辛:《刑事政策与刑法体系》(第2版),中国人民大学出版社2011年版,第34页。

〔3〕 王泽鉴:《民法概要》,中国政法大学出版社2003年版,第154页。

〔4〕 参见孙国祥:《民法免责事由与刑法出罪事由的互动关系研究》,载《现代法学》2020年第4期。

的事由。这主要是因为刑法中,不负刑事责任和免除刑事责任的含义是有所不同的:不负刑事责任是指不构成犯罪,而免除刑事责任则是指在构成犯罪的前提下,不再追究刑事责任。这样一种理解是建立在不法与责任的区分之基础之上的,在三阶层的犯罪论体系中,构成要件和违法性属于不法要件,有责性则是责任要件。因此,违法阻却事由与免责事由之间存在根本的区分:违法阻却事由是指在符合构成要件的基础上,因缺乏违法性而不构成犯罪,免责事由则是指在符合构成要件且具有违法性的基础上,因缺乏有责性而不构成犯罪。例如正当防卫属于违法阻却事由,而缺乏期待可能性就是免责事由,两者的性质完全不同,不能混淆。而在民法教义学中,正当防卫虽然也设定了成立条件,但并不存在一般的民事违法行为的构成要件,因而对不法与责任没有严格区分。

民法中的正当防卫能否界定为违法阻却事由,在很大程度上取决于违法性是否为民事责任的要件。《德国民法典》明确地将违法性作为民事责任的要件,正如我国学者指出,德国民法系以违法性为核心概念,建构了《德国民法典》第823、826条所规定的“三个小的概括条款”侵权行为法架构,其特色在于以违法性对权利及利益做区别性的保护。^{〔5〕}因而在德国民法的语境下,将民法中的正当防卫确定为违法阻却事由,是没有问题的。我国学者王利明以我国《侵权行为法》为例,对民事责任是否以违法性为要件的问题做了分析,认为在我国民法中作为民事责任要件的违法性,并不具有特定的、与过错的概念相区别的内涵,因此,违法性不宜作为独立的责任构成要件。民事过错不是单纯指主观状态上的过错,而同时意味着行为人的行为违反了法律和道德标准,并造成对他人的损害,过错体现了法律和道德对行为人行为的否定评价。违法行为是严重的过错行为,但过错又不限于违法行为,还包括了大量的违反道德规范和社会规范的不正当行为。因此,过错的概念要比违法行为的概念在内涵和外延上更为宽泛。应当采用违反注意义务作为统一的标准来判断过错,从而正确地认定责任。^{〔6〕}在这种情况下,民法中的正当防卫就不能称为违法阻却事由,免除民事责任的事由的性质定位就具有一定的基础。由此可见,刑法与民法中的正当防卫只有置于各自的法律语境中才能正确掌握其性质,对此应当予以格外关注。尤其需要指出的是,刑法中的正当防卫还应当将其纳入犯罪论体系进行理解,明确其与犯罪成立的各个要件之间的关联性。

二、刑民正当防卫的防卫要件比较

正当防卫的成立条件是由防卫要件与限度要件所组成的,这两种要件的性质有所不同,应当分别进行讨论。

根据我国《刑法》第20条的规定,正当防卫的防卫条件是指防卫起因、防卫客体、防卫时间和防卫目的。(1) 防卫起因。防卫起因是指不法侵害,这里的不法侵害通常是指在外观上已经达到犯罪程度的侵害行为。这种侵害行为具有两种表现方式:第一种是实害,也就是说已经造成一定的实际侵害结果。例如不法侵害人对他人进行侵害,在已经造成伤害的情况下,进行实施侵害行为。在这种情况下,侵害结果已经发生,因而作为正当防卫的不法侵害的认定是较为容易的。第二种是危险,也就是说虽然尚未造成实际侵害结果,但不法侵害人使用凶器或者其他犯罪工具,并且已经着手实施侵害,侵害结果的发生迫在眉睫。在这种情况下,也应当认为已经具备了防卫起

〔5〕 参见王泽鉴:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版,第216页。

〔6〕 参见王利明:《我国〈侵权责任法〉采纳了违法性要件吗?》,载《中外法学》2012年第1期。

因。正当防卫的正当性来自制止不法侵害,从这个意义上说,只有在不法侵害尚未发生的情况下,这种制止才是有效的。如果不法侵害已经发生,则就不存在制止的可能性。因此,即使是在第一种实害结果已经发生的情况下,也只有在不侵害行为没有结束,不法侵害人还要继续实施侵害行为的情况下,正当防卫才是适当的。因此,在这种情况下,正当防卫仍然具有制止不法侵害的性质。

(2) 防卫客体。防卫客体是指不法侵害人。正当防卫是针对不法侵害实施的,因此其客体只能是不法侵害人,只有通过反击,造成不法侵害人一定的人身损害,才能达到制止不法侵害的目的。

(3) 防卫时间。防卫时间是指不法侵害正在进行。根据我国刑法的规定,不仅应当针对不法侵害实施正当防卫,而且不法侵害还必须正在进行。这里的正在进行就是已经开始尚未结束。在通常情况下,不法侵害都存在一定的时间延续性,即使是即成犯,也不是一经着手即告完成,更不用说在遭到反击的情况下,犯罪都会存在一定的实施期间。至于非法拘禁罪等继续犯,则其侵害行为本身就具有持续性,存在较为明显的开始时间与结束时间。只要是在不法侵害行为的持续期间,都可以对不法侵害实施正当防卫。

(4) 防卫意思。我国刑法对正当防卫目的做了明文规定,这是我国正当防卫立法的一个特色。其他国家刑法关于正当防卫都没有规定防卫目的,因而对于正当防卫的成立是否需要防卫意思存在必要说与不要说之间的争议。由于我国刑法对防卫目的已有规定,因此防卫意思当然是正当防卫成立的必要条件。我国刑法将防卫目的规定为使国家、公共利益、本人或者他人的人身或者财产免受正在进行的不法侵害。据此,可以将我国刑法中的正当防卫分为三种情形:第一种是公共防卫,即为保护国家、公共利益而实施的正当防卫。第二种是自我防卫,即为保护本人的人身或者财产的正当防卫。第三种是救助防卫,即为保护他人的人身或者财产的正当防卫。防卫意思赋予正当防卫主观上的正当性,因而对于区分正当防卫与斗殴等特殊形式的违法犯罪行为的界限具有重要意义。

我国《民法典》对民法中的正当防卫的防卫条件并无明确规定,通常都采用刑法中的正当防卫条件。例如我国民法学者将以下条件确定为民法中正当防卫的条件:(1) 为了公共利益、本人或者他人的人身或者财产权利免受不法侵害。(2) 不法侵害。(3) 不法侵害正在进行。(4) 遭受不法侵害来不及请求有关国家机关救助。(5) 对不法侵害者本人实施。^{〔7〕} 在以上五个条件中,除了第四个不得已性条件,其他条件都与刑法中的正当防卫相同。在我国刑法中,对正当防卫并未规定不得已性条件,而只是对紧急避险规定了这一条件,因而认为这是正当防卫与紧急避险相区分的要点之一。但我国《民法典》对正当防卫与紧急避险都未规定概念和特征,因而仅仅从《民法典》条文并不能确定为何民法中的正当防卫需要具备不得已性条件,这只是一种法律解释的结果。笔者认为,无论是刑法中的正当防卫还是民法中的正当防卫都是“正与不正之关系”,可以说正当防卫是一个积极的防卫权,基于“法不应向不法让步”的理念,民法中的正当防卫没有必要以不得已作为成立条件。

在防卫条件上,刑法中的正当防卫与民法中的正当防卫的主要区分还是在于防卫效果。刑法中的正当防卫是对不法侵害的防卫,这里的不法侵害通常是指犯罪行为。当然,犯罪是对已然事实的评价,例如防卫人已经因遭受不法侵害而受伤,为制止进一步的不法侵害而实施的防卫,这就是典型的对犯罪行为的正当防卫。但在某些情况下,不法侵害人已经着手实施足以构成犯罪的行为,但尚未造成严重侵害结果。在这种情况下,防卫人为保护本人的人身权利不受侵害而实施的防卫,笔者认为仍然应当看作是对犯罪行为的防卫。当然,在某些情况下,犯罪与违法的界限难以划清,而且在遭受突如其来的不法侵害的情况下,也并不要求防卫人明确判断属于犯罪行为

〔7〕 参见王利明主编:《中国民法典释评·总则编》,中国人民大学出版社2020年版,第463页。

以后才能实施刑法中的正当防卫。因此,在刑法教义学中通常认为对侵害人身或者财产权利的违法犯罪行为都可以进行正当防卫。民法中的正当防卫的起因是指造成损害的侵害行为,对于一般的侵权或者其他民事违法行为当然可以进行正当防卫。那么,对犯罪行为能否进行正当防卫呢?我国民法学者指出,民法中的防卫起因是指对某种权利或利益的侵害为法律所明文禁止,既包括犯罪行为,也包括其他违法的侵害行为。^{〔8〕}由此可见,民法中的正当防卫起因包括犯罪行为。按照朴素观念,刑法中的正当防卫针对犯罪行为,民法中的正当防卫针对没有达到犯罪程度的违法行为,这似乎是顺理成章的结论。但事实并非如此。对犯罪行为进行正当防卫但防卫结果并没有造成不法侵害人轻伤以上,财产损失也没有达到故意毁坏财物的入刑标准。在这种情况下,因为其防卫结果不涉及刑事责任,因而不能构成刑法中的正当防卫。但在侵害人以人身损害或者财产损失为由提起民事诉讼的情况下,防卫人就可以采用民法中的正当防卫作为抗辩事由。因此,从防卫条件考察,刑法中的正当防卫与民法中的正当防卫之间的区分并不在于防卫起因,而在于防卫结果是否达到犯罪程度。

在司法实践中,从防卫条件上如何区分刑法中的正当防卫与民法中的正当防卫本身就是一个较为复杂的问题。某些在民事诉讼中以正当防卫结案的案件,其实是刑法中的正当防卫而非民法中的正当防卫。例如石某某、李某某健康权纠纷案:^{〔9〕}石某某、李某某系同村前后邻居,原告石某某居前,被告李某某居后。2017年5月29日20时左右,原告因对到被告家为母猪配种的案外人高某某的三轮车的气味不满,持刀进入被告家中,在被告家院内猪栏门口用刀将高某某下腹部划伤,后持刀又追逐被告,原告被李某某用铁钩将手中的尖刀打掉后,又持竹竿与被告互殴,被被告打伤头部。原告到蒙阴县人民医院住院治疗9天,花医药费11688.9元,伤情经鉴定为轻伤二级。后原告以寻衅滋事罪,被蒙阴县人民法院判处有期徒刑1年2个月。同时查明,蒙阴县公安局以被告涉嫌故意伤害罪侦查终结后,向蒙阴县人民检察院移送起诉,蒙阴县人民检察院两次退回蒙阴县公安局补充侦查后,决定对李某某不起诉。原告向一审法院诉求被告赔偿医疗费等经济损失13683.9元。一审法院认为,被告系正当防卫,在此次纠纷中并无过错。原告应当对自己的伤情承担责任,驳回原告石某某的诉讼请求。后原告上诉,二审维持原判。在本案中,李某某的正当防卫是在民事诉讼中判决的,因而在形式上可以归之于民法中的正当防卫。但本案被告李某某的行为造成原告石某某轻伤,这一防卫效果涉及的是刑事责任,因而只有刑法中的正当防卫才能得出李某某不负刑事责任的判决结果。换言之,本案实质上是刑法中的正当防卫,但却以民法中的正当防卫的形式出现。之所以造成这种现象,在于检察机关对李某某做出不起诉决定的时候,应当明确认定李某某的行为属于正当防卫,即将正当防卫作为不起诉的根据。在这种情况下,李某某在不负刑事责任的同时,当然也就不负相应的民事责任,因而不再可能提起健康权纠纷的民事案件,法院也就不会将刑法中的正当防卫转而成为民法中的正当防卫,在民事判决中予以认定。

综上所述,笔者认为刑法中的正当防卫与民法中的正当防卫的根本区分在于防卫效果是否涉及犯罪。如果涉及犯罪就需要通过认定为刑法中的正当防卫而使防卫人对正当防卫造成的损害结果不负刑事责任;反之,如果防卫效果并不涉及犯罪而只涉及民事违法,则应当认定为民法中的正当防卫,作为免除民事责任的根据。

〔8〕 参见王利明主编:《中国民法典释评·总则编》,中国人民大学出版社2020年版,第463页。

〔9〕 参见陈勇主编:《民法典与刑法关联实务对照分析》,法律出版社2021年版,第134页。

三、刑民正当防卫的限度要件比较

无论是刑法中的正当防卫还是民法中的正当防卫在通常情况下都受到一定的限制,这就涉及正当防卫的限度条件。限度条件不同于防卫条件,防卫条件是决定反击行为具有防卫性的条件,因而防卫条件在逻辑上是前置于限度条件的。只有在具备防卫条件的基础上,才能进入限度条件的考察。

我国刑法对正当防卫的限度的规定存在两种情形:第一种是有过当的防卫,第二种是无过当的防卫。我国《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。”刑法在此规定的就是有过当的防卫,亦即一般防卫。《刑法》第20条第3款规定:“对正在进行的行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及严重危及人身安全的暴力犯罪,采取防卫行为,造成不法侵害人伤亡的,不属于防卫过当,不负刑事责任。”刑法在此规定的就是无过当的防卫,亦即特殊防卫。由此可见,对一般犯罪进行防卫,需要具备限度条件。但对严重危及人身安全的暴力犯罪进行防卫,就没有限度的限制。可以说,特殊防卫是我国刑法关于正当防卫制度设立的一个十分鲜明的特点。我国正当防卫的限度条件存在一个立法演变过程。1979年刑法只是规定了一般防卫而并没有规定特殊防卫。但在1997年刑法修订过程中,鉴于正当防卫的司法适用情况,为鼓励公民运用正当防卫保护合法权益,由此而增设特殊防卫的规定。我国学者高铭暄在论及特殊防卫的立法理由时指出:“司法实践中,许多正当防卫的案件都是针对暴力犯罪实行的,然而,由于1979年刑法典对正当防卫限度的规定过于原则和笼统,更没有对暴力犯罪而实施正当防卫之限度的专门规定,导致在很多情况下,遭遇暴力侵害的行为人不仅得不到保护,反而可能被以防卫过当追究刑事责任。对此,刑法学界和法律实务界纷纷要求通过立法的形式,改变这种状况,以强化公民的正当防卫权利。”^[10]在这种背景下,立法机关在一般防卫之外,设立了特殊防卫制度。特殊防卫制度的设立,主要针对严重侵害人身安全的暴力犯罪,具有其特殊意义。当然,在特殊防卫设立之初,在司法实践中特殊防卫适用的案例为数不多。此后,随着正当防卫制度的激活,特殊防卫的案件逐渐增加。其中较为典型的是于海明正当防卫案,也称为“昆山反杀案”。2018年8月27日21时30分许,于海明骑自行车在江苏省昆山市震川路正常行驶,刘某醉酒驾驶小轿车(经检测,血液酒精含量87mg/100ml),向右强行闯入非机动车道,与于海明险些碰擦。刘某的一名同车人员下车与于海明争执,经同行人员劝解返回时,刘某突然下车,上前推搡、踢打于海明。虽经劝解,刘某仍持续追打,并从轿车内取出一把砍刀(系管制刀具),连续用刀面击打于海明颈部、腰部、腿部。刘某在击打过程中将砍刀甩脱,于海明抢到砍刀,刘某上前争夺,在争夺中于海明捅刺刘某的腹部、臀部,砍击其右胸、左肩、左肘。刘某受伤后跑向轿车,于海明继续追砍2刀均未砍中,其中1刀砍中轿车。刘某跑离轿车,于海明返回轿车,将车内刘某的手机取出放入自己口袋。民警到达现场后,于海明将手机和砍刀交给处警民警(于海明称,拿走刘某的手机是为了防止对方打电话召集人员报复)。刘某逃离后,倒在附近绿化带内,后经送医抢救无效,因腹部大静脉等破裂致失血性休克于当日死亡。于海明经人身检查,见左颈部条形挫伤1处、左胸季肋部条形挫伤1处。9月1日,江苏省昆山市公安局根据侦查查明的事实,依据《中华人民共和国刑法》第20条第3款的规定,认定于海明的行为属于正当防卫,不负刑事责任,决定依法撤销于海明故意伤害案。本案作为最高人民检察院第12批指导案例而公布,引起较大反响,对于特殊防卫的正确适用具有参照意义。1997年对正当防卫的刑法修订,除了设立特殊防卫以外,还对一般防卫的限度条件加以放宽。

[10] 高铭暄:《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》,北京大学出版社2012年版,第198页。

1979年刑法规定的正当防卫限度条件是超过必要限度,造成不应有损害的,构成防卫过当。但1997年刑法将正当防卫限度条件修改为明显超过必要限度,造成重大损害的,构成防卫过当。在此,增加“明显”超过和以“重大”取代“不应有”损害,都表明立法机关对防卫条件放宽的立法意图。

民法中的正当防卫最早是规定在《民法通则》第128条和《侵权责任法》第30条,上述规定都对正当防卫的限度条件做了规定,其内容与1979年刑法对正当防卫的防卫限度的规定相同。例如《民法通则》第128条规定:“因正当防卫造成损害的,不承担民事责任。正当防卫超过必要限度,造成不应有的损害的,应当承担适当的民事责任。”在民法理论中一般认为,正当防卫是有益于社会的私力救济行为,但也受一定限度的制约,即正当防卫应以足以制止不法侵害为限。^[11]因此,民法中的正当防卫如同刑法中的正当防卫具有防卫限度的限制。《民法典》第181条关于正当防卫的规定,在表述上与《侵权责任法》的规定如出一辙。由此可见,我国民法中的正当防卫的防卫条件规定和1979年刑法关于正当防卫规定的防卫限度完全相同,但不同于1997年刑法。如前所述,1997年刑法对防卫限度条件加以放宽,尤其是增设特殊防卫,因而我国刑法中的正当防卫限度条件与民法中的正当防卫的限度条件之间存在较大的差异。对此,如何在法教义学的层面加以协调,就成为一个存在争议的问题。这种争议通常归纳为刑民防卫过当的一元论与二元论,我国刑法学界对此展开了讨论,这对于正确理解刑法中的正当防卫与民法中的正当防卫的关系,具有较大的现实意义与学术价值。

就刑民防卫过当的一元论与二元论起始于刑法与民法对正当防卫限度条件的不同规定,基于这种不同的立法规定,我国学者认为刑法中的防卫过当与民法中的防卫过当的标准差异,引发刑民防卫限度的二元对立,指出:民法和刑法上的防卫过当有各自的规范要求和评判标准。具体而言,如果没有明显超过必要限度并造成严重后果的,不属于刑法上的防卫过当,不构成犯罪;但是,只要超过必要限度,即使造成的后果并非严重,也可能构成民法上的防卫过当,对之应当按侵权行为追究民事责任。换言之,构成民法上的防卫过当,其门槛要比刑法中的防卫过当低得多,因而,其成立范围比刑法上的要更广泛。尽管凡是在刑法上构成防卫过当的,必然在民法上构成防卫过当;然而,在民法上属于防卫过当的,在刑法上可能恰恰属于正当防卫。因此,不仅要从理论高度充分认识我国“刑民二元化”的防卫过当立法模式,而且在实务上要注意正当防卫在民法和刑法中的区别运用。^[12]这种观点指出,由于刑法中正当防卫的防卫限度标准是“明显超过”,因而较为宽松;而民法中正当防卫的防卫限度标准是“一般超过”,因而较为严格。在这种情况下,就会出现刑民防卫条件的冲突,即某一防卫行为根据刑法规定没有过当但根据民法规定却可能过当,这就是所谓刑民防卫过当的二元论及其存在的问题。

为对抗二元论,我国学者提出了刑法防卫过当的一元论。一元论认为,基于正当防卫的急迫性和“正”对“不正”的突出特点,基于法秩序的统一性原理,民刑法中的防卫过当应当坚持一元论,即无论在民法还是刑法上,只有当一般人无可争议地(即“明显地”)认为,该防卫行为超过了制止不法侵害所必要的限度,并因此造成了重大损害的场合,才构成防卫过当。^[13]显然,一元论的观点是以刑法对于防卫限度的规定要求民法中的正当防卫,认为两者的防卫过当标准应当统一。由于刑法对防卫限度条件规定为明显超过,因而民法中的防卫限度标准也应当是明显超过,由此使得刑民防卫限度的标准相统一,从而避免刑民在正当防卫认定标准上的对立与冲突。一元论的实

[11] 参见王利明主编:《中国民法典释评·总则编》,中国人民大学出版社2020年版,第463页。

[12] 参见王洪芳:《正当防卫在民、刑法上的构成条件比较》,载《乐山师范学院学报》2003年第9期。

[13] 参见陈航:《“民刑法防卫过当二元论”质疑》,载《法学家》2016年第3期。

质根据是法秩序统一原理,涉及违法性论。刑法中的正当防卫本来就是在违法性阶层讨论的,被认为是违法阻却事由,因而正当防卫是建立在一定的违法性理论基础之上的。违法性是刑法教义学中的一个重要概念,这里的违法性不是指违反某个特定的法,而是指各个法域统一的违法性,由此形成法秩序统一的原理。法秩序统一的基本含义是指,在民法中合法的行为,在刑法中不能认定为犯罪。正如德国学者罗克辛指出:“当在任何一个法律领域中得到许可的一种行为举止,仍然要受到刑事处罚时,那将会是一种令人难以忍受的价值矛盾,并且也将违背刑法作为社会政策的最后手段的这种辅助性。”^[14]基于法秩序统一原理引申出违法性的一元论,当然,违法性的一元论又可以进一步分为严格的违法性的一元论和缓和的违法性的一元论。目前较为通行的是缓和的违法一元论,缓和的违法一元论认为,法律为国民提供行为规范,对于同一法律事实,各个法域之间不应出现解释上的矛盾或冲突,因而应在整体法秩序视野下统一解释违法性,坚持违法判断的统一性;不过,由于违法性的表现形式存在各种类别与轻重阶段,各法域所要求的违法性程度各不相同,刑法上的违法性必须具有值得科处刑罚的“质”与“量”,具有可罚的违法性,因而也承认违法判断的相对性。^[15]笔者赞同这种缓和的违法一元论的观点。违法不是绝对的而是相对的,不同法域的违法具有各自的特点,这是必须兼顾的。当然,基于统一的法秩序原理,应当坚持的底线是:在民法中合法的行为,不能在刑法法域中违法,在这个意义上,违法性在各个不同法域应当坚持一元论的立场。就刑民的正当防卫而言,其具有不同的功能。

那么,根据刑法与民法对正当防卫限度条件的不同规定,是否会出现某一防卫行为根据刑法规定没有过当但根据民法规定却可能过当这种互相之间冲突的现象呢?例如,甲对犯罪行为进行正当防卫造成不法侵害人轻伤以上结果。在这种情况下,甲的行为属于刑法中的正当防卫,应当根据明显超过防卫限度的标准判断是否构成防卫过当。经过判断认为没有明显超过必要限度,则不负刑事责任。经过判断明显超过必要限度,则构成刑法中的防卫过当。那么,在这种情况下,甲的行为是否可能构成民法中的正当防卫呢?答案是否定的。因为甲的防卫行为已经造成不法侵害人轻伤以上结果,如果不符合刑法中的正当防卫成立条件,就应当承担刑事责任。在具有防卫前提的情况下,因明显超过必要限度构成防卫过当,则虽然应当承担刑事责任,但应当减轻或者免除处罚。此种防卫行为因为造成轻伤以上结果,已经触犯刑法,涉及刑事责任,因而也就不可能构成民法中的正当防卫。反之,甲对违法行为进行正当防卫造成不法侵害人轻伤以下结果。在这种情况下,甲的行为属于民法中的正当防卫,应当根据超过必要限度的标准判断是否构成防卫过当。经过判断认为没有超过必要限度,则不承担民事责任。经过判断超过必要限度,则构成民法中的防卫过当。在这种情况下,因为根本就不涉及刑事责任,因而也就不存在某一防卫行为根据刑法规定没有过当但根据民法规定却可能过当的现象。由此可见,刑民对防卫限度的不同判断标准,只是对各自的正当防卫与防卫过当的界限起到区分功能,而不会因为刑民防卫限度条件的不同规定而导致刑民正当防卫制度的互相冲突。

在司法实践中,如何根据防卫限度区分刑法中的正当防卫和民法中的正当防卫也是需要认真研究的问题。在某些案件中,由于造成较为严重的结果,因而导致对刑民正当防卫限制的混淆,对此应当加以格外关注。例如潘某正当防卫案:^[16]“2020年5月27日22时许,潘某与王某某(外号

[14] [德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论(第一卷)》,王世洲译,法律出版社2005年版,第397页。

[15] 参见王昭武:《法秩序统一性视野下违法判断的相对性》,载《中外法学》2015年第1期。

[16] 参见《女子推倒性骚扰的醉酒男致其死亡,检方:不起诉!法院:正当防卫(附判决书)》,载微信公众号“刑事法律实务”,2022年1月29日。

‘小帅’)酒后从象州县罗秀镇家出来后,沿355国道一起走往罗秀镇回家。途中,王某某在醉酒情况下多次强行对潘某实施搂抱、亲吻,期间潘某均予以反抗并用手推开王某某。当二人行至罗秀镇附近公路时,王某某再次对潘某某强行搂抱,被潘某用手推开。王某某被推开后直接仰倒跌在地上,昏迷不醒……王某某于2020年6月9日死亡。2020年7月8日,南宁市中一司法鉴定所出具鉴定意见:被鉴定人王某某符合跌倒头枕部着地导致严重颅脑损伤死亡。2020年8月10日,象州县公安局以潘某涉嫌过失致人死亡罪向象州县人民检察院移送审查起诉。2020年9月16日,象州县人民检察院作出象检公刑不诉(2020)40号不起诉决定书,以潘某在遭到王某某多次猥亵侵犯的情况下,出于本能反抗将王某某推开导致其跌倒死亡的后果,但该后果是由于当时潘某不能预见的原因所引起的,根据《刑法》第十六条的规定,潘某的行为不是犯罪,根据《刑事诉讼法》第十六条第(六)款之规定,决定对潘某不起诉。王某某家属不服,向来宾市人民检察院申诉。2021年6月17日,来宾市人民检察院以象州县人民检察院已撤销象检公刑不诉(2020)40号不起诉决定,决定终止办理。2021年7月30日,象州县人民检察院作出象检公刑不诉(2021)Z9号不起诉决定书,决定对潘某作不起诉处理。”

以上是本案的刑事案件处理过程。本案造成王某某死亡,因而涉及刑事问题。公安机关以潘某涉嫌过失致人死亡罪向检察机关移送起诉。但检察机关经过审查,认为潘某造成王某某死亡的行为属于《刑法》第16条规定的意外事件,做出了不起诉决定。在这种情况下,王某某亲属以生命权纠纷的案由向法院提起民事诉讼。经过审理,法院判决认为:王某某对被告潘某实施了搂抱、亲吻的行为。《妇女权益保障法》第40条规定,禁止对妇女实施性骚扰。《民法典》第1010条规定,违背他人意愿,以言语、文字、图像、肢体行为等方式对他人实施性骚扰的,构成性骚扰行为。本案中,王某某违背潘某的意愿,对潘某实施搂抱、亲吻的行为,构成对潘某的性骚扰。潘某推开王某某的行为构成正当防卫。所谓正当防卫,是指行为人为了保护社会公共利益、自身或者他人的合法权益免受正在进行的紧迫侵害,针对这一非法侵害采取必要措施,即在必要限度内采取防卫措施。构成正当防卫必须满足以下条件:(1)必须有侵害的事实;(2)不法侵害正在进行且具有现实紧迫性;(3)须以合法防卫为目的;(4)防卫须对加害人本人实行;(5)防卫不能超过必要限度。本案中,王某某违背潘某的意愿,对潘某实施搂抱、亲吻等不法侵害,不法加害正在进行且具有现实紧迫性,潘某出于本能推开王某某以保护自己的身体权不受侵害,符合正当防卫的条件,其行为构成民法中的正当防卫。潘某出于保护自己身体的本能推开王某某,没有伤害王某某的故意,该行为未超过必要的限度,且王某某跌倒后及时求助他人进行救助,与其管理和控制能力相适应,故潘某某的行为没有构成防卫过当。最终法院判决驳回原告的诉讼请求。^[17]

笔者认为,潘某正当防卫案能否认定为民法中的正当防卫,这是值得研究的。在本案中,王某某对潘某进行了性骚扰,这只是一般违法,如果潘某采取程度较轻的防卫行为,造成王某某一定的人身损害但并未达到犯罪程度。在这种情况下,潘某的防卫行为属于民法中的正当防卫,不对王某某的人身损害承担民事责任,这是正确的。但在本案中,潘某的行为造成了王某某死亡结果,这就涉及刑事责任问题。由于王某某的死亡是由意外事件造成的,因而检察机关直接对潘某做出了不起诉决定,但并没有对潘某对王某某的行为是否属于正当防卫的性质进行判断。当然,也可能认为死者王某某对潘某只是实施了性骚扰行为,并没有达到犯罪程度,因而不能认定为刑法中的正当防卫。笔者认为,刑法中的正当防卫的客体并不限于犯罪行为,只要对

[17] 广西壮族自治区象州县人民法院民事判决书,(2021)桂1322民初1397号。

正在进行的违法犯罪行为都可以实施正当防卫。因此,在本案中潘某对王某某的性骚扰行为实施的行为性质属于正当防卫,由于已经造成王某某的死亡,这已经涉及刑事责任,因而不可能是民法中的正当防卫。本案在审理过程中,首先应当认定潘某致死王某某的行为具有防卫条件,但明显超过正当防卫的限度属于刑法中的防卫过当,依法构成过失致人死亡罪。也就是说,在通常情况下,潘某构成过失致人死亡罪,并具有防卫过当的法定减轻处罚或者免除处罚的情节。但因为潘某致死王某某的行为属于意外事件,因而在构成防卫过当的情况下,因为意外事件而不构成犯罪。

对于在构成刑法中的防卫过当的情况下,过当结果行为人是否承担民事责任,这是一个值得研究的问题。我国《民法典》第 181 条第 2 款规定,对于民法中的防卫过当,正当防卫人应当承担适当的民事责任。以此推论,对于刑法中的防卫过当,同样应当承担适当的民事责任。当然,本案潘某某的行为属于意外事件,在行为人主观上既无故意又无过失的情况下,是否承担民事责任,这是一个过错责任需要解决的问题。根据《民法典》第 1165 条的规定,我国的侵权责任采用的是过错责任,即行为人因过错侵害他人民事权益的,应当承担侵权责任。但《民法典》第 1166 条又规定了无过错责任,对法律规定的情形才采用无过错责任。根据我国侵权责任法和相关法律的规定,无过错责任原则只能适用于五种侵权行为(准侵权行为)和两种特殊责任原则。^[18]而人身侵权行为并不包含在上述采用无过错责任的范围之内,因而在正当防卫过程中因意外事件,亦即在无过错的情况下造成他人人身损害的,不应承担民事责任。

Abstract Criminal law and civil law have the relationship between pre-law and post-law, and there is a certain connection between some legal systems, the system of justifiable defense is a typical example. Justifiable defense exists not only in criminal law, but also in civil law. These two kinds of self-defense systems are different in terms of constitution and legal consequences. At the same time, they are connected. The justifiable defense in criminal law is the counterattack to the ongoing illegal infringement, and has the nature of protecting the personal and property rights of the defender. Due to the justifiable defense in criminal law is a kind of non-criminal responsibility, so it is discussed in the criminal theory system. The justifiable defense in civil law is the counterattack to the civil illegal act, which has the nature of protecting the civil rights of the defender and is a cause of exemption from civil liability. The distinction between the justifiable defense in criminal law and the just defense in civil law determines the differences in the conditions of their establishment, which should be strictly grasped.

Keywords Justifiable Defense in Criminal Law, Justifiable Defense in Civil Law, Comparative Study

(责任编辑:陈可倩)

[18] 参见张新宝:《中国民法典释评·侵权责任编》,中国人民大学出版社 2020 年版,第 20 页。