

On the Misunderstanding and Correction of Justifiable Defense Judicial Confirmation

—Starting from the Cases of “Yu Huan” and “Yu Haiming”

Jiahong Huang

East China University of Political Science and Law, Shanghai
Email: 137851682@qq.com

Received: May 14th, 2020; accepted: May 29th, 2020; published: Jun. 5th, 2020

Abstract

Justifiable defense has always been a system that has received much attention. It was created to enable citizens to provide relief and protect their legitimate rights and interests in situations where the state's public power cannot provide timely assistance. On the one hand, the basis of justifiable defense is that this is a kind of inherent right of self-defense. Its establishment requires no other external basis, but a natural power of a person. On the other hand, when national protection fails to be realized in time, legitimate defense is a warning of a legal order that is violated by law. For many years, the justifiable defense system has been in a state of uproar in practice, until Shandong's “humiliation mother case” and Kunming's “Yu Haiming case” brought the discussion of the justifiable defense system to a new level. The system we called the “zombie clause” began to slowly recover.

Keywords

Legitimate Defense, Excessive Defense, Defense Limits, Benefit Measurement

浅论正当防卫司法认定的误区与纠错

——从“于欢案”与“于海明”案入手

黄佳虹

华东政法大学, 上海
Email: 137851682@qq.com

收稿日期: 2020年5月14日; 录用日期: 2020年5月29日; 发布日期: 2020年6月5日

摘要

正当防卫一直是一项备受关注的制度，它的产生是为了在国家公力不能及时救助的情形下，公民能够自行进行救济，维护自己的合法权益。正当防卫的根据一方面在于，这是一种人与生俱来的自卫权，其成立无需其他外在的根据，而是一种人的自然权力。另一方面，当国家保护未能及时实现时，正当防卫是对不法侵害的一种法秩序的警告。多年来，正当防卫制度在实践中一直是冷门状态，直到山东的“辱母案”和昆明“于海明案”使正当防卫制度的探讨又上了一个新台阶，在实践中，这条被学者们称为“僵尸条款”的制度开始慢慢复苏。

关键词

正当防卫，防卫过当，防卫限度，利益衡量

Copyright © 2020 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. 正当防卫制度之意义

正当防卫是我国一项重要的法律制度，赋予公民私力救济的权利，鼓励公民在国家公权力救济不及时时，能够在国家、公共利益、本人或他人的人身、财产受到正在进行的不法侵害时，积极地与正在进行的不法侵害作斗争，从而保障社会公共利益与公民的合法权利免受正在进行的不法侵害。但是，大多数公民并未正确认识正当防卫，认为正当防卫就是以暴制暴，往往通过自己的主观判断与感性认识对正当防卫下定义，并未正确行使法律赋予给自己的这项权利，从而行使不当，造成社会危害，转化为犯罪。如，“于欢案”，很多网友都认为是正当防卫，但从专业角度综合细节并非如此；再如“于海明案”，到底是正当防卫还是防卫过当，网友们争执不下。因此，必须对正当防卫及其限度做出严格的界定，鼓励公民更好地利用其防卫权的同时，避免正当防卫的滥用，从而减少防卫过当，甚至无效防卫的事件。虽然刑法第20条规定了无限防卫，对正当防卫成立的范围作了积极的扩张，但是整体看来并没有作出明确的界限，这就造成了正当防卫在理论上的争论和实践中的困惑。

在司法实践中，对于正当防卫案件该如何进行认定，由于正当防卫制度还不够完善，法条本身的界定不明晰，给审判人员留下了自由臆想的空间，加之法官们各自的立场与价值观的不同，对正当防卫构成要件的具体认定会有一定程度的差异，如何认定正当防卫构成要件中的防卫时间和防卫意图？在我国《刑法》中就没有一个明确的规定。我国刑法的通说观点主张防卫时间和防卫意图都是正当防卫的构成要件，如果不能正确对这些要件进行认定，那么就很容易造成司法认定错误，使得一些正当防卫行为得不到肯定，更有甚者，会把一些正当防卫行为当作故意犯罪处理。因此造成的审判结果也会有巨大的不同，会导致司法实践中对于正当防卫案件的判决千奇百怪，甚至会有好多的误判、错判，对于公民的身心造成伤害，一定程度上影响司法的公信力与威信力。因此，明晰正当防卫的构成要件，以便科学地指导刑事司法活动，解决正当防卫案件中的司法困境，更好地推进司法实践。

因此，在当今这个积极倡导见义勇为的时代中，无论从社会生活还是司法实践的层面，明晰正当防卫的构成要件，明确正当防卫的界限，都是很有必要的。

2. 案件事实与分析

2.1. 案件事实

1) “于欢案”的简介

2016年4月13日,吴学占带领一群手下于欢母亲苏银霞所抵押的房子内讨债,在此过程中,进行了一系列侮辱,殴打,拘禁等行为,在苏银霞多次拨打110等求助行为,警察说了“要债可以,不许打架”就离开办公室的情形下,于欢与其母亲仍被限制了自由,由于于欢进行了抵抗最后造成一死三伤的结果。这个案件一审法院认定于欢不存在防卫行为,是故意伤害,判决于欢无期徒刑,剥夺政治权力终生。双方不服上诉,二审法院认定欢为防卫过当,以故意伤害罪判处有期徒刑5年。一审与二审的判决相差甚远,它们的差异就在于欢的行为是否属于正当防卫,笔者是支持二审法院裁判的。

2) “于海明案”的简介

2018年8月27日,由酒驾的刘海龙驾驶的宝马车与于海明正常驾驶的电动车发生轻微交通事故,随后二人发生争执,刘海龙从宝马后备箱中取出砍刀,在砍击过程中刘海龙手中的砍刀不慎掉落,被于海明抢到,于海明用砍刀进行了反击,对刘海龙进行多次砍击,在刘海龙受伤回宝马车旁时,于海明又砍了两刀,最后刘海龙因重伤不治身亡。“于海明案”最终昆山市公安局认定于海明构成正当防卫,因此做出撤销案件的决定,并解除了于海明的刑事强制措施。

这两个案件都受到公民们广泛关注与热议,同样都是在防卫中考虑,同样造成了一死的结果,为什么最终的结果却大相径庭?这两个案件的差异何在?

2.2. 案件分析

根据《刑法》第二十条第一款规定了正当防卫的概念;第二款规定了防卫过当,但是过于简单;第三款规定了特殊防卫。正当防卫的构成要件满足以下几个要件:1)时间条上要求不法侵害正在进行且正当防卫的时间为侵害即将开始至侵害结束。2)对象上防卫的对象必须是正在实施不法侵害的人。3)主观条件防卫人具有防卫意识和防卫意志。4)限度上防卫程度的适当性。5)起因条件是现实存在的非法侵害。

1) “于欢案”分析

一审判决中,法院认为,被告人于欢面对众多讨债人的长时间纠缠,不能正确处理冲突,持尖刀捅刺多人,致一名被害人死亡、二名被害人重伤、一名被害人轻伤,其行为构成故意伤害罪,公诉机关指控被告人于欢犯故意伤害罪成立。被告人于欢所犯故意伤害罪后果严重,应当承担与其犯罪危害后果相当的法律 responsibility,鉴于本案系被害人一方纠集多人,采取影响企业正常经营秩序、限制他人人身自由、侮辱谩骂他人的不当方式讨债引发,被害人具有过错,且被告人于欢归案后能如实供述自己的罪行,从轻处罚^[1]。

而二审法院对此进行了改判,因为其处理“于欢案”依据的是《刑法》第二十条第二款:“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。”最终判决为防卫过当,有期徒刑五年。案件最终判决出来后依然引起轩然大波,众多网友始终认为于欢属于正当防卫,应当被无罪释放,这其实是基于情理与道德的考虑。作为一名理性的法律人,笔者认为社会大众的诉求固然不容忽视,但是法律的权威性与审慎性要放在重要位置。回顾整个案件,吴学占等人在讨债过程中确实实施了非法拘禁、侮辱和拍打面颊、揪抓头发等行为,其所实施的系列行为的侵害对象是于欢母子的人身自由(轻微侵害)、人格尊严,于欢母子的生命健康等重大权利并没有受到侵害(或者威胁),而且警察还未离开但有不作为的表现,此时法律允许于欢对这种系列侵害进行适当的防卫行

为的，但是于欢用水果刀捅，致一人死亡三人受伤，这明显超过了必要限度，不符合特殊防卫的要求。有人认为始终支持“于欢案”的正当防卫说，其理由是在于欢母子被长时间拘禁、母亲受辱且对公力救济失去希望的情况下，于欢的行为是正当防卫，并提出为什么只单纯考虑工具力量的对比，于欢母子面对的是 11 人的围困，人数上的巨大悬殊是否力量对比应该考虑的因素？笔者对于这两个问题的个人观点是人数的悬殊和工具的对比可以作为法官裁量的一个标准，这样能突显出法律的人性化，但并不影响防卫过当的判断，一味强调力量的悬殊来获取正当防卫的判断，只是一种基于情感和公平理念的判断。

2) “于海明案”分析

“于海明案”依据《刑法》第二十条第三款“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，不属于防卫过当，不负刑事责任。”“于海明案”以正当防卫撤销。该案的争议是在刘海龙失手丢刀，被于海明砍了到后进车，于海明又持续砍了几刀，这个行为该如何认定？是否属于事后防卫？笔者认为此行为符合正当防卫中的构成要件的时间性特征的，首先，刘海龙的不法侵害是一个连续的过程。刘海龙从醉酒滋事、殴打他人发展到取刀砍人，不法侵害的程度不断升级，在砍刀落地后，刘海龙和于海明争抢砍刀，可见不法侵害并没有停止。其次，于海明的反击行为是一个连续的行为。于海明先是抢刀捅刺、砍击刘海龙五刀，随后在追赶刘海龙时又砍击两刀(未砍中)，时间、空间上虽有短暂间隔，但于海明的反击仍然是一个连续的行为，而且在这种随时都会危及自己生命的高度紧张情况下，要求于海明冷静判断出刘海龙靠近车辆是没有攻击能力还是会继续从车中拿出攻击性武器，是强人所难的。于海明的一系列行为都是在对自身权益的保护，昆山警方的通报，刘海龙的行为属于刑法意义上的“行凶”。判断“行凶”的核心在于是否严重危及人身安全。考量是否属于“行凶”，不能苛求防卫人在应急反应情况下作出理性判断，更不能以防卫人遭受实际伤害为前提，而要根据现场具体情景及社会一般人的认知水平进行判断。刘海龙先是徒手攻击，继而持刀连续击打，其行为已经严重危及于海明人身安全，其不法侵害应认定为“行凶”[2]。笔者认为警方通报也很好的回答了这个问题，阐明了正当防卫的理由，具有很强的说服力。

3. 正当防卫限度之理论争议

从上述对“于欢案”和“于海明案”的分析来看这两个案件的认定结果不同，于欢被认定为防卫过当，于海龙被认定为特殊防卫；这两个案件的结果又引起了学界对于防卫限度的激烈讨论。

正当防卫限度认定在司法实践中起着非常关键的作用，影响着一个人从有罪到无罪的跨越，并且对维护司法公正和刑法的权威性也有重要意义。实践是以理论作为基础的，如果不能使正当防卫限度得到正确的认定，就很容易在司法实践的认定中出现错误，进而影响到人权保障和司法公正。通过分析司法裁判中对正当防卫限度认定的条件和标准，一方面可以使社会公众参照法官的裁判标准实施有效的防卫；另一方面有助于促进相关法律法规的改善，实现立法与司法的协调。

3.1. 防卫限度的理论学说

目前，学术界关于防卫限度的学说有三种：基本适应说、客观需要说、折衷说。基本适应说：防卫人进行防卫时其在手段、性质、后果、强度等方面应与遭受的侵害行为基本相适应，防卫限度只有在符合基本相适应的情况下才能构成正当防卫。就从“于欢案”来看，原告杜志浩等人在侮辱于欢母亲时没有采用道具、匕首等具有杀伤力的武器，但是在警察离开后，杜志浩等人依然拦截于欢出去，此时要求于欢靠自己赤手空拳的力量与多人搏斗从而摆脱困境的机率微乎其微。因此，基本适应说从法益衡量上

界定必要限度，直观性更强，执行起来比较简单，但是，仅从客观、方面对防卫行为进行考量而忽略了防卫人主观的情绪，会显得比较片面，也不符合刑法所要求主客观相统一的判断标准，同时对于防卫人进行防卫时要对自己形势判断的要求过高，在行为人情緒到达某个“燃点”时是很难对此作出准确判断的。因此，防卫人的主观情绪是界定必要限度难以忽略的要素。例如，德国刑法规定对防卫人处于惶恐或恐惧中实施的超出必要限度的行为不予处罚。

客观需要说：防卫人采取的防卫行为只要是制止不法侵害行为所需要的，就可以认为防卫行为并没有超过必要的防卫限度[3]。从该学说下看，于欢是合情合理的制止了不法侵害，属于正当防卫，这显然是过度偏向于被侵害人，不利于保护侵害人的合法权利，不能体现刑法的谦抑性，因此，该学说主要以正当防卫的目的为出发点，抓住了防卫行为的本质，过度关注防卫人却忽略了却防卫人，没有考虑到防卫行为所保护的法益与不法侵害可能损害的法益之间的差距，此界对于防卫人过于包容。

折衷说：该学说吸收了基本适应说和必要说的合理之处，为目前的通说。防卫行为是否超出了必要限度关键要看防卫行为及其所造成的损害结果是否是制止正在进行的不法侵害行为所需的，以及防卫人采取的防卫行为在手段、性质、后果、强度及造成的损害结果等方面是否与侵害行为基本相适应[4]。“于海明案”警方就从整个事件展开，分析影响防卫的各种可能因素，于海明面对刘海龙从车里拿刀砍杀自己被自己夺过刀后又进入车中，刘海龙是否在拿凶器？此时于海明内心的恐惧与其下意识的自救反应都是被考虑进去的，因此昆明警方能又好又快的做出结果。

综上各种学说，笔者认为在认定正当防卫限度这个问题上既要考虑案件发生的客观因素，也要立足于防卫人与侵害人的主观因素，这两个因素是同时考虑的。一定要立足于司法实践的实际情况，避免出现使防卫人的防卫权利出现无限扩大的现象，这样在司法实践中就会对侵害人的权利造成巨大损害，也不能规定过于狭窄，这样等于捆绑住了防卫人的手脚，使其不敢反抗，害怕自己的行为会防卫过当，而自己会因此受到刑事处罚，得不偿失，这样也不利于该制度的立法目的。

3.2. 结合案例分析各理论之优益

其实，面对不法侵害，防卫人所处的防卫情景不可能是没有恐惧、愤怒的理性，防卫手段不是武术比赛上“刀对刀、枪对枪”的一一对应，防卫强度也不是“半斤八量”的比例关系，难以做到有礼有节[5]。就防卫过当而言，它必定是一个主客观判断的综合体，从客观上说，防卫过当系保护的法益与损害的法益之间的比例严重失调，这是利益衡量法则的基本要求。从主观上看，造成防卫过当的原因是多方面的，这种原因判断不能为客观判断所吸收，大致可以归为两类：一类属于法律不强人所难的原因，如慌乱、恐惧、惊吓等，此时让防卫人理性地严格按照刑法规定的防卫限度实施防卫并不现实，因而属于责任阻却事由；一类属于具有期待可能性的原因，即能够期待防卫人以更小的伤害制止不法侵害，但行为人的防卫行为却给不法侵害者造成更大的伤害，并不具有责任阻却事由。回归到两个案件中，“于海明”案就属于第一种情况，主观上来说，于海明在面对要被剥夺生命权益的情况下，那种面对死亡的恐惧与求生欲所激发出来的本能反抗是无法让被侵害人进行理性的判断的，从心理学的角度讲，一般这种时候人的内心更多的是被自我保护所占据，报复心理很少来得及反应出来，在主观上很显然是满足正当防卫的主观要件的；客观上，于海明被威胁、侵害的是自己的生命权益，其防卫行为损害的也是生命权益，这两者之间比例并为失调，因此于海明属于正当防卫，且明确符合《刑法》第二十条第三款的规定，被认定为特殊防卫。“于欢案”主观上更符合第二种具有期待可能性的原因，于欢在进行防卫时，现场有警方在周围，因此，实施侵害行为的人几乎为零的概率实施大的侵害，甚至说即使警方不作为，实施侵害行为的人亦不会做出使于欢母子产生恐惧，惊慌的行为，对于非法拘禁而被限制的人生自由，也没有达到一个特别恶劣的程度。

当然各个理论由于讨论得过于虚化, 从而使得规范性标准的不确定化, 会导致针对不同的案件结论从不同的视角进行分析都似乎能做到逻辑自洽。因此, 笔者认为, 对于防卫限度的确认需要从更本位的角度进行思考, 即从防卫正当化的根据上进行思考。

3.3. 防卫正当化根据与防卫限度

正当防卫是合法对不法, 那么其合法的依据是什么? 德国通说的二元论主张正当防卫的正当化依据是个人保全原理与法的确证。但我国刑法学者张明楷教授认为, 个人保全原理显然与我国刑法第 20 条的规定不相符, 而法确证原理在不同层面都存在难以克服的缺陷, 不能成为正当防卫的原理[6]。违法阻却事由的成立, 是对受法所保护的对应利益进行权衡的结果[7]。在违法阻却事由的状态中, 所遵从的标准就是受到较高评价的利益优于受到较低评价的利益(二元论也是变相的利益衡量)。与不法侵害相比, 正当防卫具有本质的优越性; 优越的利益保护就是正当防卫的原理。正当防卫的特点, 决定了必须将不法侵害者造成的损害、危险以及在受到防卫过程中为对抗防卫所实施的新的不法侵害造成的损害、危险与正当防卫造成的损害进行比较, 全面比较时必须充分考虑防卫人所处的本质的优越地位。要求或者以为正当防卫中的利益衡量就是将正当防卫造成的损害与不法侵害者造成的损害相比较, 是一种常识性错误。

对此, 也有学者提出不同的观点, 如我国学者陈璇教授从比例原则的角度, 认为比例原则作为法治国捍卫公民基本权利的一项宪法性原则, 对于确定正当防卫权的限度具有指导作用。正当防卫必须符合适当性和必要性原则, 但狭义比例原则对它的制约却极弱[8]。防卫限度的判断应在原则上放弃法益均衡的考量, 这是基于合宪性解释所得出的合理结论。理由在于: 正当防卫不是公民代行国家权力的行为, 故不存在全盘适用行政法上狭义比例原则的必然性。其次, 狭义比例原则与正当防卫保障公民消极自由的性质不符。再次, 法益均衡的必要性来自于社会团结原则, 但正当防卫在总体上与该原则无法兼容。最后, 警察防卫权的限度之所以在实际上严于普通公民的防卫权, 不是因为它受到了狭义比例原则的限制, 而是因为必要性条件本身会随着防卫主体防卫能力的升高而提出更高的要求[9]。

笔者认为, 比例原则是宪法性原则, 因此, 必须承认其对正当防卫限度的确认具有指导作用。但在具体案件中, 由于比例原则只是一种粗略的表达出不可“因小失大”的观念, 在确定防卫限度的场合下, 通过何种比例对比? 在不同的情况下, 可否通过不同的比例对比? 这些都是单单依靠比例原则无法体现的。对此, 只有与客观事实结合得更为紧密的利益衡量在实践中更具有操作性。因此, 对于防卫限度的确认应当紧紧以利益衡量为根基。

4. 结论

正当防卫这项制度不能仅仅停留于理论研究, 要具体地运用到司法实务中, 司法工作者在处理案件时要坚持从整体判断, 全面考虑主客观因素与比例原则相结合, 只有这样才能有更多“于海明案”, 才能使正当防卫这种制度真正地苏醒过来。

参考文献

- [1] 陈兴良. 正当防卫如何才能避免沦为僵尸条款——以于欢故意伤害案一审判决为例的刑法教义学分析[J]. 法学家, 2017(5): 94-109+183.
- [2] 姜新平, 姜保忠. 论正当防卫的界限 ——昆山“于海明案”与聊城“于欢案”的比较[J]. 河南警察学院学报, 2019(4): 108-114.
- [3] 姜涛. 正当防卫限度判断的适用难题与改进方案[J]. 中国法学, 2019(2): 27-47.
- [4] 陈雨佳, 任凝湘, 曾鸿艺, 黄怡文. 司法实践中对防卫限度的认定及其运用研究[J]. 法制博览, 2019(8): 109-110.

- [5] 曹梅. 情与法的冲突与调适——“于欢案”引起的思考[J]. 法制与社会, 2019(9): 44-45.
- [6] 张明楷. 正当防卫的原理及其运用——对二元论的批判性考察[J]. 环球法律评论, 2018(2): 51-76.
- [7] 劳东燕. 防卫过当的认定与结果无价值论的不足[J]. 中外法学, 2015(5): 206-230.
- [8] 陈璇. 正当防卫与比例原则——刑法条文合宪性解释的尝试[J]. 环球法律评论, 2016(6): 36-58.
- [9] 于改之, 吕小红. 比例原则的刑法适用及其展开[J]. 现代法学, 2018(4): 136-149.