

正当防卫中的“紧迫性”判断

——激活我国正当防卫制度适用的教义学思考

潘 星 丞*

摘要：“紧迫性”判断是激活我国正当防卫制度适用的关键，体现的是政策需求与刑法教义的分歧与张力。就“紧迫性”的判断对象而言，应澄清误识，由侵害人本位转向防卫人本位，由此可获得正确的讨论基础，并发现防卫限缩的合理成份与两难命题，进而借鉴域外经验来重构我国的解题方案。就“紧迫性”的判断方法而言，现有的各种解题方案都是基于政策考量、通过论点式思维设计出来的，均已遭遇失败；应基于教义分析、通过体系思维进行理论重构，从防卫制度的正当性依据出发，推导出“紧迫性”的判断规则，使之由形式判断转向实质判断，由静态判断转向动态判断。教义学分析蕴含政策考量，以此为基础构建的“紧迫性”判断规则方能在具体个案中实现情与法的统一。

关键词：正当防卫 防卫限缩 紧迫性 刑法教义学 体系思维

我国的正当防卫制度在司法实践中长期处于休眠状态并沦为“僵尸条款”，与正当防卫“紧迫性”的认定过于严格相关，“于欢案”^①正是这样的典型。不少学者也对此提出了纠偏方案。2018年6月20日，最高人民法院将“于欢案”列为第93号指导案例，希望能“有效激活正当防卫制度的适用”，^②但这一做法能否成功仍有待实践的检验。笔者在本文中首先通过对“于欢案”及该案前后的裁判经验进行实证考察，发现该纠偏方案难以成功；其次，通过厘清“紧迫性”的判断对象，揭示防卫限缩的合理成份及其在“紧迫性”判断上面临的两难处境，进而发现其是各国面临的共同难题，从而将域外的经验纳入我国的解题方案中进行思考；最后，在全面考察现有解题方案的基础上进行理论重构，由政策考量转向教义学分析，由论点思维转向体系思维，以期激活我国正当防卫制度的适用。

一、问题的提出：“紧迫性”判断面临的两难命题

2016年发生的“于欢案”虽已尘埃落定，但对如何以此为契机有效激活正当防卫制度的适用仍存在争议。问题的关键在于正当防卫制度适用的前提条件——“紧迫性”——的认定。“于欢案”一审判决否定正当防卫、二审判决肯定正当防卫之理由皆在于此。“紧迫性”即不法侵害正在进行，^③该要件在司法实践中往往难以认定，由此导致正当防卫制度适用的限缩。“于欢案”（一审）只是众多防卫限缩的案例之一，其代表性在于：案发时，“现时侵害”轻微（仅有指向人身自由的拦阻行为），虽然根据案发前的“过去侵害”（围堵6小时、打脸、辱母等）可以推知严重的“未来侵害”（指向生命健康权）即将发生，但是一审判决不得不认定：对“过去侵害”的防卫时机已过；“现时侵害”轻微，不具有防卫的紧迫性；“未来侵害”虽有可能严重但尚

* 华南师范大学法学院副教授

基金项目：国家社会科学基金项目（16FFX013）

① 参见山东省聊城市中级人民法院2016鲁15刑初33号刑事附带民事判决书。

② 参见沈德咏：《我们应当如何适用正当防卫制度》，<https://www.chinacourt.org/article/detail/2017/06/id/2902378.shtml>，2017-12-26。

③ 参见陈子平：《刑法总论》，中国人民大学出版社2009年版，第190~191页。

未发生,亦不存在防卫的紧迫性。^①从刑法教义学的角度看,此种司法逻辑具有一定的合理性。也正因如此,在司法实践中因无法认定“紧迫性”而造成防卫限缩的判例屡见不鲜。可以说,“于欢案”并未制造新的问题,只是提示我们解决原有难题的重要性。

有学者认为,防卫限缩现象的产生是源于两大司法误区:(1)“将不法侵害限定为严重侵害”;^②(2)“只有在暴力侵害发生的一刹那才能实行防卫”,^③并据此提出了纠偏方案,而“于欢案”的二审恰好为这些纠偏方案提供了演练场所。纠偏方案的提出者又分别坚持两种学说:(1)“轻微侵害防卫说”,即不法侵害虽轻微但可对其进行防卫。例如,在二审时公诉人指出,一审判决只关注生命健康权,忽视对人身自由、人格尊严等合法权益的保护,是对正当防卫保护对象的错误理解,公民对于非法拘禁也可以进行正正防卫。(2)“持续侵害防卫说”,即不法侵害不限于防卫发生的瞬间,还包括持续性的侵害行为。^④在“于欢案”中存在多种不法侵害行为(包括2016年4月1日的非法侵入住宅、4月14日案发当天的辱母行为,以及辱母后20分钟的阻拦行为),“具有持续性且不断升级”“必须整体把握”的特点。^⑤基于上述两种学说,二审判决肯定了正当防卫的紧迫性。^⑥上述两种学说也被最高人民法院纳入93号指导案例的裁判要点。裁判要点1表明:“对正在进行的非法限制他人人身自由的行为……可以进行正当防卫”,而这正是持“轻微侵害防卫说”者的主张;裁判要点2指出:“对非法限制他人人身自由并伴有侮辱、轻微殴打的行为,不应当认定为刑法第20条第3款规定的‘严重危及人身安全的暴力犯罪’”。这显然是将警察到现场前的殴打、侮辱行为均作为侵害行为(只不过不将其认定为“严重危及人身安全的暴力犯罪”),而这也正是持“持续侵害防卫说”者的主张。

然而上述纠偏学说在刑法教义学上难以自洽:(1)若坚持“轻微侵害防卫说”,允许对轻微侵害行为(如辱骂)进行防卫,则杀死侵害者也只是防卫过当,必须减免处罚,刑期只能在10年以下,而这与法实践、法感情均不相符。例如,盗窃后的拒绝返还行为也是一种轻微侵害行为,若允许防卫(不是对盗窃的防卫,而是对拒不返还行为的防卫),则显然令人难以接受。(2)“持续侵害防卫说”实际上是将“过去侵害”并入“现时侵害”,以增加“现时侵害”的严重性。这种做法虽可避免“轻微侵害防卫说”的尴尬,但将多个不法侵害行为合并为一个“持续侵害行为”,不但颠覆了对行为单复数的判断,而且还容易将事后报复认定为防卫行为。例如,二审判决虽肯定于欢捅刺行为的防卫性质,但不得不承认该行为与辱母侵害行为已间隔20分钟,行为人的行为带有报复的性质。

上述纠偏方案在实践中也未获得成功。(1)就“于欢案”本身而言,该案二审判决虽“力争使‘纸面上的’法律规定,通过‘有温度的’裁判被人民群众所认可”,^⑦但却被怀疑是舆论的胜利。例如,有学者指出,若非媒体引发舆情,“于欢案”也会像其他案件一样无声无息地消失于汪洋。^⑧因为“于欢案”二审判决虽被最高人民法院列为指导案例,但却与长期的裁判经验相矛盾;笔者从《中国裁判文书网》收集到与“于欢案”类似的案例^⑨共17起,其中有14起案件的判决否定防卫的紧迫性(不少案件的不法侵害紧迫性都远超“于欢案”的不法侵害),^⑩仅有3起案件的判决肯定存在紧迫性、成立防卫过当,但在这3起案件中行为

① 参见山东省聊城市中级人民法院2016鲁15刑初33号刑事附带民事判决书。

② 周光权:《论持续侵害与正当防卫的关系》,《法学》2017年第4期。

③ 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》,《法学家》2017年第5期。

④ 参见周光权:《论持续侵害与正当防卫的关系》,《法学》2017年第4期。

⑤ 参见最高人民检察院:《最高检公诉厅负责人就于欢故意伤害案有关问题答记者问》,http://www.spp.gov.cn/zd gz/201705/t20170529_191751.shtml,2017-12-01。

⑥ 参见山东省高级人民法院2017鲁刑终151号刑事附带民事判决书。

⑦ 山东省高级人民法院:《山东高院负责人就于欢故意伤害案答记者问》,http://www.chinacourt.org/article/detail/2017/06/id/2901713.shtml,2017-12-01。

⑧ 参见陈兴良:《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》,《法学家》2017年第5期。

⑨ 案件收集时间为2018年7月13日,收集条件为全文关键词含“人身自由”“正当防卫”,案由为“刑事案由”,总样本数为101例,其中,除“于欢案”外,另有17起因追索债务而“非法限制人身自由”并导致武力反抗的刑事案件。

⑩ 例如,“侯建文故意杀人案”。参见安徽省黄山市中级人民法院2015黄中法刑初字第14号刑事判决书。

人除限制人身自由外,均伴有其他的侵害行为,如殴打、^①强行带走被告人。^②也就是说,在同类案件中尚无疑因“非法限制人身自由”而肯定存在防卫紧迫性的案例,“于欢案”一审与二审明显是“同案不同判”。(2)就“于欢案”之后的裁判看,司法机关显然没有受到“于欢案”的“指导”,而是继续沿袭防卫限缩的做法:一方面,轻微侵害的防卫紧迫性仍然被否定。例如,在“许海成故意伤害案”^③中,人民法院认定,被害人针对被告人的阻止和推搡行为不具有防卫的紧迫性,因此,被告人用啤酒瓶致被害人轻伤的行为不属于防卫过当。又如,在“张卫兵故意伤害案”^④中,人民法院认定被害人用拳头殴打被告人的行为并不具有造成严重后果的紧迫性,因而被告人持棍致被害人轻伤的行为不构成防卫过当。另一方面,“持续侵害防卫说”仅在“于欢案”中昙花一现,并未在其他案件的审判中获得普遍运用。例如,在“王万英故意杀人案”^⑤中,邱某长期对其妻子王万英实施殴打、辱骂等严重家庭暴力行为,导致被告人多次受伤。2017年1月31日,邱某在饮酒后再次殴打、辱骂并使用剪刀捅刺被告人。次日凌晨4时许,被告人因无法忍受邱某的长期虐待,遂趁邱某熟睡之际,用木棍反复击打其头部,致其当场死亡。对于辩护人提出的防卫过当的辩护意见,人民法院也因为无法肯定防卫之紧迫性而不予采纳。

可见,上述纠偏方案未获成功,但其对防卫限缩的批判应引起注意。尤其是在“紧迫性”的判断上,二者得出的结论为何截然相反?找出其中的原因是进一步研究的基础,而这与对“紧迫性”判断对象的理解相关。

二、讨论的基础:“紧迫性”判断对象之厘清

仔细观察不难发现,防卫限缩与纠偏学说对“紧迫性”的理解差异源于其判断对象的不同。防卫限缩侧重于“未来侵害”,因而倾向否定“紧迫性”;纠偏学说侧重于“现时侵害”,更易肯定“紧迫性”。为了获得正确的讨论基础,首先应当厘清“紧迫性”的判断对象,而这恰恰是常被误解的问题,对此应从以下3个方面加以澄清。

第一,判断时点:“现时侵害”与“未来侵害”。从形式上看,“现时侵害”与“未来侵害”的区别在于判断时点。在对抗性防卫的场合,这种差异并不明显;在非对抗性防卫的场合,“未来侵害”并不立即发生,就容易产生分歧。以“未来侵害”为对象者会因为“现实危险性较小”而否定“紧迫性”,如“于欢案”一审判决者否定的是对未来的生命健康权侵害的紧迫性;以“现时侵害”为对象者(如“于欢案”二审判决者)往往肯定紧迫性,但在“现时侵害”轻微时,却不得不认可对轻微侵害的防卫,或将“现时侵害”扩大为持续侵害。这些都是违反刑法教义学的。从表面上看,刑法规定的“正在进行的不法侵害”是指“现时侵害”,但这种形式解释并不符合防卫者的意图。以“于欢案”为例,引起民愤的并非“现时”的拦阻行为,而是辱母行为,该行为虽是“过去侵害”,但也是极有可能再次发生的“未来侵害”,被告之所以反抗,不是因为“现时侵害”(拦阻),而是因为担心这一极有可能发生的“未来侵害”,若回避这一事实,则于情不符。因此,对于判断对象的选择而言,有必要追问判断时点差异背后的实质原因,而这与判断基准和判断本位相关。

第二,判断基准:“侵害行为”与“侵害结果”。从实质上看,“现时侵害”与“未来侵害”的区别不在于时间,而在于判断基准:“现时侵害”指正在发生的侵害者的侵害行为,其基准是“侵害行为”,因而是判断侵害者行为的紧迫性;“未来侵害”指对于防卫者的法益侵害,其基准是对于防卫者的“侵害结果”。基于防卫制度设立之目的,“紧迫性”判断只能是针对未来的侵害结果而言的,防卫一定是在侵害结果发生之前实施的;否则就是事后报复。这个结论既适用于防卫行为与未来侵害结果间隔较长的“非对抗性防卫/预期防卫”,如“于欢案”,也适用于防卫行为与未来侵害结果间隔极短的“对抗性防卫/即期防卫”。例如,在后一

① 例如,“徐和文故意伤害案”。参见湖北省襄阳市中级人民法院2018鄂06刑终75号刑事裁定书。

② 例如,“任某故意伤害案”。参见浙江省德清县人民法院2012湖德刑初字第92号刑事判决书。

③ 参见广东省珠海市香洲区人民法院2017粤0402刑初1379号刑事判决书。

④ 参见广东省汕头市潮阳区人民法院2017粤0513刑初820号刑事判决书。

⑤ 参见山东省滕州市人民法院2017鲁0481刑初307号刑事判决书。

种情形下,侵害人用刀刺向被告人,侵害行为针对的是生命权,但侵害生命权的结果在防卫之时并没有发生,只是即将发生而已;否则,防卫者的生命权被侵害,也就不可能再进行防卫了。若被刺一刀就进行防卫,则防卫的对象不是这第一刀,而是有可能发生的第二刀(若侵害者只打算砍一刀,则砍完一刀就不可能再防卫了);若在这一刀已插入身体1厘米时进行防卫,则防卫的只能是该刀子有可能进一步深入身体达到2厘米或更深。在持续侵害(如非法拘禁)中之所以允许防卫,不是因为已实施长时间的拘禁,而是因为从已长时间拘禁的过去事实可以推断拘禁仍将继续。

第三,判断本位:“侵害人本位”与“防卫人本位”。从根源上看,对判断对象理解不同是因为判断本位不同。以“现时侵害”为对象者是以侵害者为本位,把侵害者的行为当作被刑法评价的犯罪行为一样进行该当性判断,并以侵害行为“着手”作为紧迫性的参照。对此德国存在3种不同的学说:^①持“未遂说”者把紧迫性与侵害行为未遂的“着手”同等看待;持“预备说”者认为,当侵害行为已进行预备,若不防卫则以后不可能再进行防卫或很难防卫时,就具有紧迫性;持“折中说”者从未遂与预备的中间来寻找“紧迫性”的时点。上述3种学说现均已受到批判:“未遂说”往往失之过迟,“预备说”容易失之过早,“折中说”则未提供明确标准。以“未来侵害”为对象者是以防卫者为本位,认为设立正当防卫制度的目的在于使防卫者能在紧急情况下保护自己的法益,而不是授权防卫者去制止他人的不法行为,防卫者关注的重点应是自己的法益是否即将遭受侵害,而非侵害者的行为是未遂还是预备。侵害者近距离挥刀砍来具备紧迫性(“未遂说”),从远处持刀冲过来也具备紧迫性(“折中说”),为杀人而伸手去拔刀也具备紧迫性(“预备说”),即使侵害者的行为不属于刑法规定的任何构成要件因而不存在所谓未遂与预备,但只要它即将侵害法益,就可能具备防卫的紧迫性。“紧迫性”判断旨在评价防卫者的行为(能否阻却违法),而不是评价侵害者的行为(是未遂还是预备),因而判断本位就应基于防卫者,而非侵害者,因而刑法所要求的“正在进行”就不能从形式上理解为描述侵害行为实施进程的时间概念,而应理解为一个规范概念,该概念表明防卫行为具有阻却违法之基础。

综上所述,“紧迫性”的判断对象不是侵害者实施的现时的侵害行为,而是防卫者防卫的未来的侵害结果。若在判断对象上发生错位,关注“侵害者的不法侵害行为正在进行”,则完全有可能抛弃“紧迫性”原则。因为侵害行为不是在具备“紧迫性”的瞬间才突然变为不法的,在“紧迫”之前已属不法;防止侵害的正当性也不必然以侵害行为已变得紧迫为条件,尤其是在警察需要使用武力时可以先发制人,不必等到紧迫条件成就才开始使用武力。^②

厘清“紧迫性”判断对象可以发现:防卫限缩的实践做法是以“未来侵害”为对象的,在判断基础上符合刑法教义学,但在判断结论上却无法满足刑事政策需求,从而陷入两难。这也从一个侧面反映了刑事政策与刑法教义之间存在差异,如何消除差异,实现情与法的统一,是激活我国正当防卫制度适用的关键。在“紧迫性”判断中,若思考之起点(判断对象)正确,但思考之终点(判断结论)却不理想,则我们应当审查起点与终点之间的思考路径(判断方法)是否正确,而不应随意变更作为讨论基础的判断对象。对“紧迫性”判断对象存在误解的纠偏学说一开始就偏离了正确的轨道,不是为了解决问题而是为了回避问题,这一现象的存在表明我国对“紧迫性”的研究还未真正开始。防卫限缩既然具有正确的讨论基础,那么其关于“紧迫性”判断的两难处境就必然具有普遍性;通过考察发现,防卫限缩其实并非我国独有的现象,与之相关的关于“紧迫性”的判断是各国刑法学面临的共同难题,尤其是在非对抗性的防卫/预期防卫中(如“于欢案”),并且,在现代反恐背景下,采取先发制人的行动应对未来侵害已成为普遍需求,而这使得“紧迫性”判断已成为多国研究的热点,研究的目的是放松对“紧迫性”的认定,使得防卫条件更容易成就,从而改变防卫限缩的现状。^③

① Vgl. C. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., C. H. Beck, 2006, S. 665f.

② See Whitley R. P. Kaufman, Self-defense, Imminence, and the Battered Woman, 10 New Criminal Law Review, 353(2007).

③ See Fletcher, Domination in the Theory of Justification and Excuse, 57 University of Pittsburgh Law Review, 567(1996).

三、基于政策考量的“紧迫性”判断：既有解题方案及其面临的教义学困境

厘清“紧迫性”的判断对象是讨论之基础，找到合适的判断方法则是解题方案之核心。在政策需求与刑法教义的两难选择中，迫于追求个案正义的民意压力，现有理论往往基于政策需求来设计“紧迫性”的判断方法，在“情与法”的对立中更侧重于“情”。

这种努力集中体现在被虐妇女杀夫案件中，代表性的案件是美国的“诺曼案”^①。被告人连续20年受到丈夫虐待，不仅被殴打，而且还被强迫做妓女赚钱，学狗叫，只吃猫狗残食，睡水泥地。每当她逃跑，总被丈夫找回，虐待更甚。案发前一日，丈夫对其进行变本加厉的虐待（用烟烫胸部、令其睡地上、威胁要杀死她）后午休，被告人用枪射死了正在午睡的丈夫。在庭审中，被告人提出自卫抗辩，但法庭并未采纳其意见，因为其丈夫正在睡觉，其并未处于一个“紧迫的”威胁之中。被告人被判误杀罪，处6年监禁。^②“诺曼案”把“于欢案”式的“紧迫性”判断难题进一步放大，具有分析样本的意义。其实，此类案件在我国亦多有发生，除前述“王万英案”外，还有“曹瑰案”^③“甄春芳案”^④“陆忠丽案”^⑤，等等，这些案件的判决均否定防卫的“紧迫性”，但人们普遍希望通过肯定“紧迫性”来赋予被告人最基本的自卫能力，并基于这一政策需求设计了多种解题方案。

这些解题方案在“紧迫性”的判断对象上是正确的，这一点不同于前述纠偏方案；但与纠偏方案一样，这些方案下的“紧迫性”判断规则都是基于政策需求而“设计”或“创造”出来的，所采取的是问题思维或称论点式思维，以解决问题作为思维起点，其进路是“由果至因”，在具体问题上先肯定某个符合政策需求的结果，再寻找论据，也就是先有答案再找理由。论据不是从某种体系关联中导出，也无需进行缜密的逻辑推演，而是先一次性地把可以想像到的全部理由提出来，然后通过对比赞成或反对理由的讨论达成一致决定，讨论标准是“健康人的理解”或“公道”，而不受刑法教义的限制，^⑥因而常常面临法理困境。笔者拟在下面对几种具有代表性的解题方案做些评析。

（一）回避“紧迫性”的判断要求

1. 通过立法途径回避“紧迫性”判断问题。有学者提出，法律承认正当防卫概念的目的，是想让防卫者保护法益，因此，在正当防卫中所谓的“现在侵害”不是时间概念，不是说侵害正在发生，而是指侵害即将发生，已经到达防卫者最后的有效的防卫时间点，如果超过此时间点，那么防卫者无法达到防卫的目的。由于“现在”二字容易让人形成僵硬的直觉，不适合法益保护的需求，因此应将其删除。^⑦持该观点者已初步意识到“紧迫性”的判断对象应是“未来侵害”，而非“现时侵害”，但其只是提出了修法建议，而没有回答“紧迫性”如何认定的问题，也没有说明删除“现在”二字后“紧迫性”要件在立法上应如何体现。

2. 通过司法途径回避“紧迫性”判断问题。在英、美等国的刑法学理论中，防卫应同时具备“紧迫性”和“必要性”两个要件。有学者认为，诉诸武力的“必要性”才是自卫的本质，而“紧迫性”没有独立意义，当二者发生冲突时，“必要性”应当被优先考虑，^⑧当“必要性”具备时，不能以“紧迫性”来否定自卫武力的使用。^⑨其理由是：社会并不要求行为人所应避免的侵害必须是“紧迫的”，“紧迫的”侵害也不一定要大于

① See State v. Norman, 89 N. C. App. 384—389, 366 S. E. 2d 586—589. (N. C. Ct. App. 1988).

② See Whitley R. P. Kaufman, Self-defense, Imminence, and the Battered Woman, 10 New Criminal Law Review, 342, 347 (2007).

③ 参见浙江省高级人民法院2015浙刑一终字第133号刑事裁定书。

④ 参见甘肃省高级人民法院2016甘刑终64号刑事裁定书。

⑤ 参见广东省高级人民法院2015粤高法刑四终字第188号刑事裁定书。

⑥ Vgl. C. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., C. H. Beck, 2006, S. 219f.

⑦ 参见黄荣坚：《论正当防卫》，《台大法学论丛》1995年第2期。

⑧ See Richard A. Rosen, On Self-defense, Imminence, and Women Who Kill Their Batterers, 71 North Carolina Law Review, 371 (1993); Shana Wallace, Beyond Imminence: Evolving International Law and Battered Women's Right to Self-defense, 71 The University of Chicago Law Review, 1749, 1761 (2004).

⑨ See Jeffrey Murdoch, Is Imminence Really Necessity? Reconciling Traditional Self-defense Doctrine with the Battered Woman Syndrome, 20 Northern Illinois University Law Review, 191, 212 (2000).

“不紧迫的”侵害。“诺曼案”虽不具备“紧迫性”(因为被告人的丈夫正在睡觉),但却具备“必要性”(除了乘丈夫熟睡时杀死他之外,很难想像被告人有其他任何办法防止丈夫杀死或严重伤害自己)。^①然而,这种方案受到批判:存在“紧迫性”与“必要性”不一致的情形,一是“紧迫而不必要”,如被害法益很小或防卫人应退却的情形;二是“不紧迫但必要”,此时个人应求助国家保护,而不允许诉诸武力。因此,“紧迫性”的作用在于严格区分了两种武力使用的条件:就个人而言,其武力使用应同时具备“紧迫性”与“必要性”;就国家而言,仅以“必要性”为已足。^②如果一项威胁尚不“紧迫”就先进行自卫,那么将使自卫丧失道德上的必要性;“紧迫性”可以确保武力是防卫性的,从而在道德上是必要的。^③

(二)降低“紧迫性”的判断标准

该方案是主张降低“紧迫性”的判断标准,使之更容易成立。因为对“紧迫性”的判断是防卫人的主观判断,该判断是否合理,不能仅从客观方面考虑,而应综合考虑防卫人的生活经历、个人能力、当时所处的环境等因素。简言之,“紧迫性”的判断标准不是一般人的标准,而是行为人的标准。“诺曼案”中的行为人处于“被虐妇女综合症”状态,^④该症状有两个典型特征:(1)被丈夫反复虐待的妇女会产生“习得无助感”,相信自己无法控制这种局面,于是变得消极、屈服。因为她们一旦试图求助于他人或逃跑,就会遭受更严重的暴力,减少被虐待的最有效、快速的办法是更加顺从。这较好地解释了受虐妇女为何不离开或不采取其他手段对抗施虐者。(2)受虐者对施虐者的行为更为敏感,比一般人更有理由确信施虐者的威胁是真实的,并且即将对自己实施。这种确信是基于“创伤后压力应激障碍”,是一种精神病。质言之,确立“被虐妇女综合症”的作用在于,为被告人合理相信“紧迫性”的存在提供新的临床证据。这种观点曾获得美国司法部门的支持。^⑤

但实际上,确立“被虐妇女综合症”的作用在于降低“紧迫性”的判断标准,使之由“理性的一般人”转变为“具体的行为人(精神病人)”,因而仅仅是一种免责事由,而非正当化事由,也不表明受虐妇女杀夫是正确的,只是因其理智与意志受损才予以免责。但这改变了“紧迫性”的体系地位,使之由违法问题转变为罪责问题。违法判断针对的是行为,其判断标准为“一般人标准”或“理性人标准”,而责任判断针对的是行为人,其判断标准为“具体人标准”或“行为人标准”。显然,“被虐妇女综合症”指向的是行为人的精神状态,并非行为本身,它解释的是为什么我们因同样的行为谴责他人,而不谴责被虐妇女。它所传递的信息是被告人已陷入疯狂因而值得同情,而不是被告人的行为是正当的。由于正当防卫是违法阻却事由而非责任阻却事由,依据“被虐妇女综合症”得出的“紧迫性”结论与违法阻却事由并不相符,并且还在一定程度上包含对被告人的贬损评价,不符合人们的法感情,因此确立“被虐妇女综合症”方案在刑法教义学与政策考量上均难以自洽,该方案也已被弃用。

(三)转移“紧迫性”的判断难题

这种方案的提出者坚持“紧迫性”判断是客观判断,而不是主观判断,并认为“紧迫性”判断过于宽松会导致武力被滥用;“诺曼案”不具备“紧迫性”,不是防卫行为;然而,被告人的行为虽不正当但可免责。^⑥这种方案其实是转移了“紧迫性”的判断难题,即不是在违法性阶层通过肯定“紧迫性”来使被告人行为正当化,而是在罪责阶层通过“免责”来使被告人免受处罚。

^① See Richard A. Rosen, On Self-defense, Imminence, and Women Who Kill Their Batterers, 71 North Carolina Law Review, 375-376 (1993).

^② See Whitley R. P. Kaufman, Self-defense, Imminence, and the Battered Woman, 10 New Criminal Law Review, 351-352 (2007).

^③ See Kimberly Kessler Ferzan, Defending Imminence: From Battered Women to Iraq, 46 Arizona Law Review, 213, 258-259 (2004).

^④ See Lenore E. Walker, Battered Woman Syndrome And Self-defense, 6 Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy, 321 (1992).

^⑤ See State v. Leidholm, 334 N. W. 2d 811 (N. D. 1983).

^⑥ See Joshua Dressier, Battered Women and Sleeping Abusers: Some Reflections, 3 Ohio State Journal of Criminal Law, 462-470 (2006).

难题虽被转移,但并未消灭。如前所述,“免责”对于受虐妇女带有贬损评价,为避免这一点,该方案的提出者不得不对免责理论进行“创新”:行为人因其行为而受谴责的前提是,其有实质的能力和机会去自由选择违背法律。因此,当行为人实施违法行为时,如果缺乏实质的能力或公平的机会去认识其行为的事实情况及其社会危害性,或缺乏能力或机会使其行为顺从法规,那么就不应受到责备。由于“缺乏能力”对被虐妇女而言存在贬损,表明其在犯罪时陷入一种病态,因此这种做法并不可取;而“缺乏机会”的免责抗辩则是一个可接受的选项,它并没有传递贬损信息,且合乎人们的道德直觉。因为它表明,由于外部因素导致行为人缺乏公平的机会使其行为合乎法规,错不在于行为人,而在于外部环境。这种抗辩是制定法上的“胁迫”抗辩,可以传递正确的道德信息:我们并不希望被告人杀死熟睡的丈夫,但由于被告人面临着特殊的外部因素,因此我们仍宽恕被告人。不过,该论者也承认,典型的“胁迫”是指胁迫者要求被胁迫者去伤害第三人的情形,将“胁迫”用于“诺曼案”,确实扩大了“胁迫”的内涵。

综上所述,基于政策考量的解题方案的实质是:如果刑法教义与政策需求不符就对其进行修改或回避,那么,“我们对于这个问题的决定,可能会有和自己先前已作出的其他决定相互冲突的危险”。^①虽然实现了个案正义,但是“没有实现法律适用的一个重要诉求:平等意义之下的正义”。^②例如,回避“紧迫性”的判断实际上是有意忽视立法规定;而改变“紧迫性”的判断标准违反正当防卫作为违法阻却事由的本质;将“紧迫性”的判断难题予以转移,不但没有解决问题,反而造成罪责理论的混乱。由此看来,缺乏体系考虑的论点思维由于片面追求社会效果而难以顾及刑法教义,因此并不可取。

四、基于教义学分析的“紧迫性”判断:理论重构及其政策蕴含

由于基于政策考量的各种解题方案均已遭遇失败,因此转向教义学分析并进行理论重构就成为唯一选项。教义学分析崇尚体系思维,“刑法学必须自成体系,因为,只有将体系中的知识系统化,才能保证有一个站住脚的统一学说,否则,法律的适用只能停留在半瓶醋的水平上”。^③体系思维的进路是“由因至果”,即从“紧迫性”的教义基础出发,推导出具体的判断规则,再适用于更具体的实践个案。

与论点思维不同,体系思维的解题方案不是根据政策需求“设计”或“创造”出来的,而是从刑法教义“推导”出来的,这种由抽象到具体的体系推演可保证个案处理的一致性。但是,个案处理结果是否符合政策需求,并不是进行体系推演应考虑的因素,这就难免令人担忧体系思维是否只注重僵硬的刑法教义而难以兼顾个案正义。其实,这种担心是毫无必要的。因为刑法学的教义体系是以违法、有责为核心建构的,已将各种政策考量因素纳入既定的体系架构之中,如比例原则、法益衡量、期待可能性均属政策考量,已依次被纳入体系化的构成要件、违法与罪责阶层中。可以说,由教义体系推演出的结论,也必然是合乎政策需求的。^④当个案显失公正时,我们不应随意修改刑法教义,而应重新检视该教义是否经由体系思维被贯彻于个案判决中。当然,教义学分析能否实现情与法的统一,不能只进行抽象的论述,还应结合具体问题加以检验,因此,笔者在对“紧迫性”的判断规则进行理论重构的同时又指明其蕴含的政策考量。理论重构将从质与量两个维度展开,质的维度侧重于确定“紧迫性”判断所需的要素及其内涵,量的维度则是进一步考虑这些要素的大小及相互之间的关系;另外,具体的判断规则还应考虑本国防卫制度立法模式的影响。

(一)质的维度:判断要素的确定及其内涵

从质的维度看,认定“紧迫性”需要哪些要素呢?这应从正当防卫的教义基础中寻找。在该教义基础中,重要的不是形式上的立法规定,而是为立法提供依据的实质理由。

正当防卫早期的教义基础是“正对不正、无需让步”。该学说对我国影响颇深,前述纠偏学说中的“轻微侵害防卫说”也是以此为基础的。但是,随着防卫制度的发展,“正对不正、无需让步”已受到限制,如各

① I. Puppe, Kleine Schule des Juristischen Denkens, 3. Aufl., Vandenhoeck & Ruprecht, 2014, S. 272.

② Vgl. I. Puppe, Kleine Schule des Juristischen Denkens, 3. Aufl., Vandenhoeck & Ruprecht, 2014, S. 272.

③ Vgl. F. v. Liszt/E. Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 26. Aufl. Gruyter, 1932, S. 2.

④ 参见潘星丞:《比较视域中的犯罪论体系:由差异至普适》,法律出版社2016年版,第392~397页。

国司法机关对轻微侵害进行的防卫多持否定态度。这体现了社会对于个人滥用武力的担心。^① 目前的主流观点是,现代正当防卫的教义基础(正当性依据)包括两项内容:个人保护与法保护。个人保护也称自我保护,侧重于在对不法侵害进行有效防卫,以保护法益。就此而言,防卫行为不应受任何限制(此即“正对不正、无需让步”)。法保护亦称法确证或法秩序维护,它要求即使国家机关不在场时,也应按照国家的法定秩序来对抗法益侵害。^② 这就对个人保护进行了一定的限制,而强调“紧迫性”正是这种限制的产物。

在“紧迫性”的限制下,个人保护须满足如下条件:(1)之所以要保护,是因为法益侵害即将发生,产生了保护之必要;(2)之所以要个人自我保护,是因为国家无法提供有效保护,现代国家垄断了武力使用权,法益保护也成了国家的任务,只有在国家无法提供有效保护时,武力使用权才回归个人;^③(3)之所以允许个人使用武力来保护,是因为该法益侵害较严重,值得动用武力来保护,在法保护必要性降低(如小孩的攻击)或极其微弱(如法益侵害轻微)的情形下,武力保护的意义不大,即使国家无法保护,也要求个人先行避让或容忍。“紧迫性”还对个人保护设定了3个限制条件:(1)不法侵害的可能性较大,(2)国家保护的有效性较低,(3)不法侵害严重。这3个条件表明:法益侵害即将发生而国家无法进行有效的保护,且法益侵害严重时,法秩序不要求个人容忍。这3个条件揭示了“紧迫性”判断的3个要素:不法侵害的可能性(P)、不法侵害的严重性(S)、国家保护的有效性(E)。这3个要素分别对应“紧迫性”判断对象的3个侧面:不法侵害的可能性是对“未来侵害”的估计,不法侵害的严重性是对“侵害结果”的评价,国家保护是否有效是站在“防卫者”的立场上进行判断的。

“紧迫性”虽然是从正当防卫的教义基础中推导出来的,但是从政策考量的角度看也具有合理性:“紧迫性”的功能在于对国家与个人之间的武力使用进行合理分配,如果个人在不具“紧迫性”时对将来可能的侵害者进行先发制人的打击,那么就超出了其权限。只有当侵害具有“紧迫性”,没有时间请求国家保护,个人才被允许未经事先授权而使用武力。^④ 由此可见,教义分析与政策考量可以得出一致结论,教义分析并不排斥政策考量;相反,它可以将“紧迫性”的政策考量更为精细地划分为3个要素。

对于“紧迫性”判断3个要素的具体内涵,也应依据教义分析及相应的政策考量来把握。

(1)不法侵害的可能性(P)。由于不法侵害严格来说只能是“未来侵害”,对于现在而言,其只是一种可能性,因此如何判断这种可能性就尤为重要。对此存在3种不同的学说:1)“纯粹客观说”,即根据事后观察者的立场、根据全部客观情事判断侵害之可能性是否存在。例如,有学者认为,紧迫的侵害必须是在真实世界里实际发生的,只有这样,自卫才不是侵略,而是对侵略的合法反应。^⑤ 2)“具体客观说”,即以处于行为人地位的一般人为判断标准,判断素材除了时间间隔外,还要考虑行为人所面临的一切客观情状,过去侵害也是推断未来侵害的客观素材。3)“主观说”,即从行为人的主观认识上来判断“紧迫性”。例如,确立“被虐妇女综合症”正是坚持这种学说的体现,强调被虐妇女的主观理性,只要行为人理性地认为具有“紧迫性”即可,即使在客观上并不“紧迫”也无妨。“纯粹客观说”失之窄泛,要求防卫者是事后的、全知的判断者,这不是保护防卫者而是保护侵略者,这种学说适合于评价侵略者的行为,而不是赋予防卫者防卫权,在判断本位上犯了根本错误;“主观说”实际上是责任判断,失之过宽;只有“具体客观说”才是违法性判断,才是对正当防卫这一违法阻却事由应当秉持的判断标准,它强调“行为人”本位,体现了个人保护的要求;强调行为人应是“客观的”,则体现了法保护的要求。并且,“紧迫”的本意就是侵害的危险,“具体客观说”与危险判断的“具体危险说”是一致的。

“具体客观说”既是教义分析的结果,也蕴含着政策考量。在侵害可能性的判断中,时间间隔是一个重要因素。一般而言,在时间间隔较短的“即期防卫”中,侵害发生的可能性往往达到必然性的程度,而“预期

① Vgl. H. Jescheck/T. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Duncker & Humblot, 1996, S. 336.

② Vgl. C. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., C. H. Beck, 2006, S. 654.

③ 参见[日]大谷实:《刑法总论》,黎宏译,法律出版社2003年版,第210页。

④ See George Fletcher, Self-defense and Relations of Domination, 57 University of Pittsburgh Law Review, 553-570(1996).

⑤ See George Fletcher, Self-defense and Relations of Domination, 57 University of Pittsburgh Law Review, 568-571(1996).

防卫”的侵害可能性判断则存在误差空间,如“诺曼案”中的丈夫极有可能在睡醒后继续实施虐待行为,但也存在不继续实施虐待行为的可能性(尽管这种可能性较小)。有学者据此提出,如果允许杀死一个正在睡眠的人来“防卫”,那么将使得致命性暴力使用的合法化过度扩张,削弱“生命神圣”的理念。^①然而,在这类案件中被虐妇女进行防卫的机会是稍纵即逝的,如果说“不允许预期防卫是因为我们看重生命价值”的话,那么就意味着“我们看重的是可能的侵害者的生命价值”,因此,“可能的被害人”就要承受被错误对待的风险。^②与其让被害人来承担这种风险,不如让侵害者承担这种风险,是一个政策考量的选择。这与教义分析的结论是一致的:“具体客观说”本来就不是纯粹客观的判断,而是一种客观的“事后预测”,这种“预测”是以客观的防卫人(而非客观的一般人)为基准的,自然是有利于客观的防卫人的。

(2)不法侵害的严重性(S)。当不法侵害比较轻微时,情况并不紧迫,被告人应当容忍,而不能进行防卫。从刑法教义看,这是法保护的要求。在被轻微侵害的情形下,法保护的利益是很轻微的,“以至于人们能够很过分地要求对它加以容忍”。^③在德国刑法学理论中,不法侵害的严重性属于正当防卫“要求性”的内容,在英、美等国的刑法学理论中则属于“必要性”原则的内涵。^④该判断也包含对风险分配的政策考量:当防卫造成的损害较大,而所防止的损害轻微时,防卫者与侵害者的风险是不对等的,法秩序有理由要求防卫者忍受较小的损害。该要求是对“正对不正、无需让步”的限制,并且已被现代各国的刑法学界普遍接受。我国刑法学界也接受了这一限制理论,并且司法判决常以“侵害轻微”来否定“紧迫性”。例如,在“何文杰故意伤害案”^⑤中,人民法院认定:(被害人)只是实施了轻微的暴力行为,这种不法侵害不具有紧迫性,不存在实施防卫的必要性。

值得注意的是,最高人民法院93号指导案例裁判要点表明,对于“非法限制人身自由”的行为可以进行正当防卫,但实际上,对于该类情形不能一概而论,在司法实践中仍需考查侵害行为是否严重。笔者从《中国裁判文书网》收集到相关案例共36例,^⑥其中为了逃脱传销窝点而使用武力的有10例,有9例因肯定防卫的紧迫性而成立防卫过当(占90%);其余26例(其中有17例是因追索债务而引起),仅有6例肯定防卫的紧迫性(占23.08%),这6例均同时存在有其他的非法侵害行为(如殴打、强行带走等)。由此可见,对于“非法限制人身自由”的行为,司法机关只有在行为人逃脱传销窝点时才承认防卫之紧迫性。其理由在于:传销窝点“限制人身自由”时间往往较长,具有严重性,而其他情形下(如追索债务)的“限制人身自由”往往较轻微。

(3)国家保护的有效性(E)。基于法保护的要求,个人保护是国家专有保护的例外,即使不法侵害的可能性极大,仍要考察国家保护的有效性。国家保护的有效性(E)可以从两个方面进行理解:一是前提的有效性,即存在国家保护的可能性,只有这种可能性不存在时,才允许个人使用武力自卫。在“即期防卫”的场合,我们不去关心国家保护的可能性,因为时间短促,这种可能性明显不存在,但在“预期防卫”中,就有必要仔细判断国家保护的可能性。从刑法教义看,“个人保护”之所以要受“法保护”的限制,是因为没有人能成为自己的法官,对他人使用武力的决定必须由客观公正的机构作出,因此,国家保留对过去的侵害以及将来的侵害使用武力权力的垄断,唯一的例外是:侵害的“紧迫性”使得依据外力保护成为不可能时,

① See Joshua Dressier, Battered Women and Sleeping Abusers: Some Reflections, 3 Ohio State Journal of Criminal Law, 457, 468 (2006).

② See Shana Wallace, Beyond Imminence: Evolving International Law and Battered Women's Right to Self-defense, 71 the University of Chicago Law Review, 1770-1771 (2004).

③ C. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., C. H. Beck, 2006, S. 683, 696.

④ See Whitley R. P. Kaufman, Self-defense, Imminence, and the Battered Woman, 10 New Criminal Law Review, 351-352 (2007).

⑤ 参见广东省高级人民法院2016粤刑终948号刑事判决书。

⑥ 样本案例的收集时间为2018年7月13日,收集条件为全文关键词含“人身自由”“正当防卫”,案由为“刑事案由”,总样本案例数为101例,除去无关案例,共有37例因“非法限制人身自由”而进行防卫的刑事案件,除去比对样本案例“于欢案”外,共有36例。

才允许个人使用武力。^①从政策考量看,“紧迫性”是为了平衡国家与个人之间武力分配的措施。如果存在国家保护的可能性仍允许个人自卫,那么国家对武力的垄断愿望就会落空。二是结果的有效性,指国家保护不仅是可能的,而且是是可以实现的。在“诺曼案”中,国家保护的可能性并非不存在,但警察措施只能暂时停止侵害,事后被告人受到的虐待会更严重。这表明警察对于被告人不再能够有效地履行国家保护的职能,个人保护的功能就开始发挥。^②

对于国家保护的有效性,我国的正当防卫理论较少涉及,究其原因:一是因为常见的“即期防卫”无需过多关注这一要素,二是因为我国学者多将正当防卫视为对个人权利的保护,对于国家在其中扮演的角色关注较少。但是,考察这一要素仍有必要。因为自力救济必须以公力救济来不及为前提,举轻以明重,刑事的正当防卫自然以国家保护不可能为前提;如果尚有机会请求国家保护,而国家也能进行有效的保护,那么就表明该侵害行为并不紧迫,此时进行防卫就可能是事前防卫。

(二)量的维度:判断要素的大小及其关系

现有的研究成果对于“紧迫性”的判断,只是从质的维度考查判断要素的“有无”,而极少从量的维度考查这些要素的“大小”。然而,关于“紧迫性”判断的3个要素不是独立的,“紧迫性”(I)与不法侵害的可能性(P)、严重性(S)呈正相关关系,与国家保护的有效性(E)呈负相关关系,即 $I=S \times P / E$ 。这一公式表明,3个要素在量上是相互制约的,使得“紧迫性”判断呈现动态平衡的特征,这种动态平衡也同时符合教义分析与政策考量的要求。

(1)若S值较小,则表明侵害轻微,这时往往难以肯定“紧迫性”,从而没有防卫之必要(如多数“非法限制人身自由”的行为)。这已被刑法教义与司法实践所认可。衡量S值的大小既要考虑绝对值,又要考虑相对值,与防卫行为相对比来判断,司法判决常常采用这种方法。例如,在“孙辉雄故意伤害案”^③中,人民法院认定:当时被害人一方仅是用拳脚对孙辉雄进行殴打,被告人孙辉雄在此情况下即拿出随身携带的刀具对3名被害人进行捅刺的行为并不具有正当防卫的紧迫性,故其行为并不符合防卫过当的构成要件。

(2)若S值较大,则表明侵害严重,有必要进一步考察P值与E值的大小。对此可分两种情形进行判断:1)在“即期防卫”中,侵害结果发生的可能性(P)极大,对于侵害严重性(S)的预计大多也是正确的,国家保护的有效性(E)也几乎不存在,从而应肯定“紧迫性”,这是不存在争议的。2)在“预期防卫”中,P值相对降低,对于未来侵害的严重性(S)与国家保护有效性(E)也存在错误估计的风险,这时合乎政策考量的风险分配方案是:与其让防卫者承受风险,不如让侵害者承受风险,因而仍可以肯定“紧迫性”。^④但是,法保护对这种场合的防卫提出了更多的限制:其一是避让原则。由于在侵害发生可能性(P)低于“即期防卫”的场合,法保护的利益相对降低,因此就要求“被侵害者必须躲避,只要这种躲避没有危险并且可能”。^⑤这是为防止正当防卫权被滥用而进行的一种社会伦理性限制,也是为了平衡风险分配而进行的政策安排。将避让原则适用于“诺曼案”,则应考虑被虐者若逃跑极有可能被抓回来,并受到更严重的虐待,因而躲避是危险且不可能的,这样才能肯定“紧迫性”。该原则在我国的司法实践中亦有体现。例如,在“陈文杰等故意伤害案”^⑥中,被害人跳上了陈文杰等人驾驶的汽车后斗,但未持有任何工具,人民法院否认防卫的紧迫性。其理由是:“陈文杰等人完全可以采取停车或关闭车窗等方式予以躲避,但陈文杰却持棒球棒击打被害人头部等要害部位,致被害人重型颅脑损伤死亡。”其二是比例原则。由于“预期防卫”存在对“紧迫性”的判断要素错误估计的风险,因此还应受比例原则的限制。这与紧急避险类似,其正当化根

^① See Whitley R. P. Kaufman, Self-defense, Imminence, and the Battered Woman, 10 New Criminal Law Review, 342-369 (2007).

^② See George Fletcher, Self-defense and Relations of Domination, 57 University of Pittsburgh Law Review, 570 (1996).

^③ 参见广东省中山市中级人民法院 2014 中中法刑一初字第 69 号刑事判决书。

^④ See Shana Wallace, Beyond Imminence: Evolving International Law and Battered Women's Right to Self-defense, 71 The University of Chicago Law Review, 1776 (2004).

^⑤ C. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., C. H. Beck, 2006, S. 666.

^⑥ 参见广东省高级人民法院 2015 粤高法刑一终字第 428 号刑事裁定书。

据在于保护更高价值的利益。应注意的是,这里的比例原则比“即期防卫”的限度要求更严格,更接近于紧急避险的限度要求。^①

S、P、E 3个要素之间的相互制约关系,使得“紧迫性”的判断不再是“要件耦合”式的静态判断,而是“此消彼长”式的动态判断。此外,它使得正当防卫的“紧迫性”要件与其他要件(如防卫限度)也呈现此消彼长的动态关联,从而更能适应复杂多样的司法实践。

(三)防卫制度立法模式对“紧迫性”判断的影响

由于“紧迫性”的判断规则必须由正当防卫的教义基础推导出来,且这些教义基础为现代文明各国所认可,因此,“紧迫性”的判断规则具有实质上的共通性,但其具体表现形式却受到各国立法模式的影响。

在质的判断方面:(1)对于未来侵害的可能性(P),各国刑法均将其视为“紧迫性”要件的内涵。(2)对于侵害结果的严重性(S),德国刑法将之作为正当防卫的“要求性”内容,而英美法系国家的刑法将之作为“必要性”的内涵,^②均是与“紧迫性”并列的。在我国的防卫制度中,该内容并不是一个独立的要件,因而应放在“紧迫性”中作为一个子要件来讨论。(3)对于国家保护的有效性(E),尤其是国家保护的可能性,英美法系国家的刑法往往将其放在“必要性”中讨论,只有在国家保护不可能时才有个人防卫之必要;而大陆法系国家的刑法往往将其作为“紧迫性”要素,因为该要素表明国家来不及制止侵害行为,无法对防卫者提供有效保护,从而允许启动个人保护。我国刑法并未像英美法系国家刑法那样将“必要性”作为独立要件,因而亦应将其作为“紧迫性”的要素来考虑。这3个要素可从1997年《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第20条“正在进行的不法侵害”之规定出发,根据正当防卫的教义基础作实质解释而获得。

在量的判断方面,由于各国立法的紧急权体系不同,因此对“紧迫性”的程度要求也不同。例如,对于“预期防卫”,从防卫对象看,是对不法侵害的反击,即“正对不正”,因而具有正当防卫的属性;从防卫手段看,必须遵循避让原则和比例原则,从而具有紧急避险的属性。双重属性使其可纳入不同的制度体系,英美法系国家的刑法学将其视为防卫权,^③而德国刑法学则将其作为紧急避险的一种特殊情形。这是因为在德国刑法中对紧急防卫的“紧迫性”要求比对紧急避险的“紧迫性”要求更加严格,防卫中的侵害必须是“立即发生”的,而避险中的侵害则可以是“不远的将来”发生的,^④“预期防卫”不具备防卫的“紧迫性”,但具备避险的“紧迫性”,^⑤这种紧急避险不是针对第三人的攻击性避险,而是针对引起危险者本人的防御性避险。有学者主张我国应引入防御性避险制度来解决“预期防卫”的难题。^⑥但是,防御性避险并不能为我国的紧迫避险所包含。因为在我国紧急避险与正当防卫的区别不在于“紧迫性”程度的不同,而在于前者是“正对正”,后者是“正对不正”,“预期防卫”具有“正对不正”的特征,在我国只能也应当在正当防卫的范畴内讨论。这在我国刑法学理论中亦有体现,如传统理论的持有者认为:“当不法侵害尚未实施,但不法侵害者的行为已经对合法权益形成现实的紧迫性危害,即不法侵害转入实施阶段后防卫者即刻丧失有效防卫可能性的条件下,应当认为防卫行为符合正当防卫的时间条件”。^⑦

五、结论

对于正当防卫“紧迫性”的判断,笔者所强调的教义学分析与传统研究相比在研究结论、思维模式及适用效果3个方面均有显著变化:

① Vgl. H. Jescheck/T. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Duncker & Humblot, 1996, S. 337, 361.

② See Whitley R. P. Kaufman, Self-defense, Imminence, and the Battered Woman, 10 New Criminal Law Review, 351-352 (2007).

③ See Jane Campbell Moriarty, Imminence, and Anticipatory Self-defense, 30 New York University Review of Law & Social Change, 1-25 (2005).

④ See Markus D. Dubber & Tatjana Hörnle, Criminal law: A Comparative Approach, Oxford University Press, 2014, p. 444.

⑤ Vgl. C. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., C. H. Beck, 2006, S. 763.

⑥ 参见陈璇:《家庭暴力反抗案件中防御性紧急避险的适用》,《政治与法律》2015年第9期。

⑦ 高铭暄、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2017年版,第134页。

首先,在研究结论上,教义学分析带来的变化体现在“质”与“量”两个维度上。(1)质的维度:由形式判断转向实质判断。我国传统的正当防卫理论是对刑法条文所做的形式解释,所使用的解释方法是将1997年《刑法》第20条进行拆分,拆分后的每个词语就是一个防卫条件,如“正在进行”是时间条件,“不法侵害”是起因条件,等等;而基于教义分析得出的防卫条件则具有实质解释的属性,与刑法条文的词语不存在一一对应关系。实质解释与形式解释的标准不一,一个实质要件可能与几个形式要件相关,如“紧迫性”是实质要件,其判断要素既涉及形式的时间条件(正在进行),又涉及起因条件(存在现实的不法侵害)、限度条件等;反之,一个形式要件也可能与几个实质要件相关,如形式的时间条件就与不法侵害的可能性、国家保护的有效性等相关。两种解释得出的防卫条件整体在涵摄范围上必然是相同的,但实质判断将形式判断下的要素重新排列组合,使之更能体现正当防卫的本质。当然,在实质判断下,防卫条件除了“紧迫性”外,还包括其他内容,如形式上的限度条件也可以转化为实质上的防卫必要性而获得更丰富的内容。^①(2)量的维度:由静态判断转向动态判断。与原有的研究成果相比,实质判断不但要考虑各要素的“有无”,而且还要考虑各要素的“大小”及其相互关系,从而使得防卫条件的判断不再是“要件藕合”式的静态判断,而是“此消彼长”式的动态判断。

其次,在思维模式上,由论点思维转向体系思维。在传统的刑法学理论中,“紧迫性”判断的3个要素已有体现。例如,在轻微侵害、假想防卫、事前防卫的情形下,“紧迫性”均被否定,但这3个要素只是以零散的论点思维的形式存在,而体系思维能将这些零碎的思考纳入一个体系,并保证其正确适用。以“于欢案”为例,代表司法经验的一审判决正是零碎适用“紧迫性”3个要素的典型。其否定“紧迫性”的理由是:(1)“虽然当时其人身自由权利受到限制,也遭到对方辱骂和侮辱,但对方均未有人使用工具”,表明不法侵害轻微(S低);(2)“派出所已经出警”,表明具有国家保护的可能性(E高);(3)“被告人于欢和其母亲的生命健康权利被侵犯的现实危险性较小”,表明侵害发生的可能性较小(P低)。判断要素正确,结论却错误,原因在于:一审法院得出P低的结论时,判断对象是对生命健康权的“未来侵害”,但S低的结论则是针对人身自由的“现时侵害”,判决对象并没有一以贯之;另外,其作出E高的结论则是因为脱离了防卫人本位的立场,采用了“纯粹客观说”的判断标准,而非“处于防卫人地位的一般人”标准,不符合违法性判断的要求。如按体系思维进行判决,得出的结论应是:(1)S高:防卫者担心被侵害的法益不是人身自由权,而是生命健康权;(2)E低:据判决书记载,从2016年4月1日被强行索债至4月14日案发时,被告人已经历4次报警、警察4次到场均未能做有效处理,期间还多次拨打市长热线求助未果,处于被告人情境的一般人完全有理由认为其无法从国家获得有效保护;(3)P高:由于S高、E低,因此处于被告人情境的一般人完全有理由认为,对生命健康权的未来侵害有较大的可能性。基于以上理由,就应当肯定“紧迫性”,只不过这种“预期防卫”应受比例原则的限制,造成严重伤亡结果的应属防卫过当。由此看来,二审判决是正确的,但其说理却不符合刑法教义,因而被认为只是“舆论的胜利”。

最后,在适用效果上,由情法两难到情法统一。在“紧迫性”的判断上,司法机关在判断对象上符合刑法教义,但在判断方法上却受传统的形式判断的局限,导致防卫限缩,难以满足政策需求,这已成为各国面临的共同难题。对于此难题,传统研究虽顾及政策需求但始终面临情法两难的问题:(1)我国的纠偏方案为满足政策需求而改变“紧迫性”的判断对象,一开始就偏离了正确的讨论基础,难以被司法机关所接受;(2)域外的解题方案虽在判断对象上是正确的,并将研究重点转向“紧迫性”的判断方法,但其所提出的判断规则均是从政策需求的目的预设中倒推出来的,忽视刑法教义,最终亦未能获得成功。只有基于刑法教义分析对“紧迫性”的判断规则进行理论重构,才能消解这一两难命题,改变正当防卫条款沦为“僵尸条款”的现状,实现情与法的统一。

责任编辑 田国宝

^① 参见周光权:《正当防卫的司法异化与纠偏思路》,《法学评论》2017年第5期。