

● 刑 法

“防卫过当”与“无过当防卫”的构成^{*}

谭 德 凡

(湖南建材高等专科学校, 湖南 衡阳 421008)

[作者简介] 谭德凡(1964-), 男, 湖南益阳人, 湖南建材高等专科学校讲师, 主要从事刑法学教学与研究。

[摘 要] “防卫过当”和“无过当防卫”是正当防卫理论的重要组成部分, 新刑法增加的“无过当防卫”内容, 有利于鼓励人们进行正当防卫。防卫过当和无过当防卫是一对对立的观念, 无过当防卫实质上是对防卫过当范围的限制, 正确认识防卫过当和无过当防卫在主体、对象及主观方面的不同, 从而正确区分, 对于正确适用正当防卫有着重要意义。

[关键词] 防卫过当; 无过当防卫; 构成

[中图分类号] DF6 [文献标识码] A [文章编号] 1008-2999(2001) 03-0293-04

正当防卫是我国刑法中规定的排除社会危害性的行为之一, 在刑法理论中占有非常重要的地位。1997年刑法修订, 对正当防卫进行了重大修改, 修改的内容主要有两方面, 一是对防卫过当进行了更明确的界定, 二是增设了无过当防卫。“防卫过当”和“无过当防卫”是两个对立的观念, 刑法增设无过当防卫, 实际上是缩小防卫过当的范围, 而扩大正当防卫的范围。这一修改对正当防卫制度产生的影响是很大的, 因此, 正确认识防卫过当和无过当防卫的构成要件, 从而对二者进行明确的认定, 在理论和实践上都有重大意义。

—

修订后的刑法第二十条第二款规定: “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, 但是应当减轻或者免除处罚。”这就是我国现行刑法中对防卫过当的规定。它与我国 1979年刑法第十七条第二款中规定的“正当防卫超过必要限度造成不应有的危害的, 应当负刑事责任; 但是应当酌情减轻或者免除处罚”的规定相比, 增加了“明显”超过限度和造成“重大”损害的程度性规定, 将“酌情减免”改为“应当减免”。应该说, 我国 1979年刑法对防卫过当的论述在立法上是无懈可击的。因为“必要限度”这一规定, 已经将区分正当防卫与防卫过当界限之使命授予了司法机关; 另外, “酌情减免”的规定, 也与我国刑罚的量刑原则相符合。但是, 从理论和实践上看, 这一规定存在着“内涵的抽象性、界限的模糊性和司法的随意性弊端”。实践中司法机关对它的掌握总的说来是过严, 其结果是, 本来应当作为正当防卫来处理的案件, 作为防卫过当处理, 追究了刑事责任, 混淆了罪与非罪的界限; 本来应当作为防卫过当处理的案件, 作为一般犯罪对待, 未得到酌情减轻或者免除处罚, 混淆了轻罪与重罪的界限。这极大地挫伤了人民群众同违法犯罪行为作斗争的积极性。而与此形成鲜明对比的是, 社会治安混乱, 违法犯

* 收稿日期: 2000-11-26

罪猖獗。因此,对防卫过当进行更明确的界定,很有必要。

防卫过当在新刑法条文中规定为“防卫行为明显超过必要限度,造成重大损害,应负刑事责任的行为”。这一行为从最终结果上看是一种特殊的犯罪行为,既然是犯罪行为,那么,防卫过当也必须具备犯罪构成的一系列要件。

从防卫过当的主体看,必须是达到刑事责任年龄、具有刑事责任能力的防卫人。不是防卫人或者是防卫人但未达到刑事责任年龄或者不具有刑事责任能力的,都不能构成防卫过当。防卫过当的主体是具有防卫人与犯罪人的双重身份的特殊主体,缺一不可成立为防卫过当。在这里应明确的是,防卫人并不完全等同于受侵害人,因为在正当防卫的规定中,规定了“为保护他人的人身、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”,也属于正当防卫,因此,防卫过当的主体也可以是这类“见义勇为”的人。

从防卫过当的主观方面来看,防卫过当一般是出于过失,既包括疏忽大意的过失,也包括过于自信的过失,但主要是前者。疏忽大意的过失,是指防卫人在实行正当防卫的过程中,应当预见自己的防卫行为可能明显超过必要限度会造成不应有的重大损害,却因疏忽大意没有预见,以致发生了重大损害。由于正当防卫是排除社会危害性的行为,并且是对正在进行侵害的不法行为所作出的即时反应,因此,在判断其是否应当预见自己的行为可能明显超过必要限度并造成重大损害时,应当根据案情进行全面认真的分析后慎重把握。过于自信的过失,在这里是指防卫人对于自己的防卫行为可能明显超过必要限度造成重大损害已有预见,轻信能够避免但结果却没有避免以致造成了重大损害。轻信能够避免必须要具有一定的条件,这种情况一般发生于防卫人与不法侵害者力量对比悬殊的少数场合中。关于防卫过当是否会出于主观故意,观点颇多。有人认为,防卫过当可以出于间接故意,但不能出于直接故意;有人认为,防卫过当既可以出于间接故意,也可以出于直接故意。本人认为,防卫过当在主观方面不能出于故意,既不能出于直接故意,也不能出于间接故意。因为防卫过当的前提是正当防卫,对于“重大损害”的后果在主观上必须是持排斥的态度。如果在防卫过程中明知自己的行为会明显超过必要限度并因此造成重大损害,而希望或者放任这种结果发生,这已经失去了正当的前提,不属于正当防卫,而是故意犯罪。对这种故意犯罪,不能按防卫过当来处理,只能作为有可以酌情予以从轻处罚的情节来考虑。

从防卫过当所侵犯的客体来看,防卫过当所侵犯的是不法侵害人的人身权或财产权,主要是人身权。防卫过当的结果,一般表现为不法侵害人的人身伤亡。可以说,造成不法侵害人的人身伤亡等严重后果是防卫过当的必要条件。如果在防卫过程中对不法侵害者以外的第三人实行了攻击,造成重大损害,因不符合正当防卫的构成条件,自然也就不存在防卫过当的问题。

从防卫过当的客观方面来看,防卫过当在客观上表现为正当防卫明显超过必要限度造成重大损害的行为。刑法没有明确规定正当防卫必要限度的标准,过去刑法学界对“必要限度”一直有下列几种理论:一是基本适用说,即正当防卫的手段与不法侵害行为的手段基本相当;二是客观需要说,即制止不法侵害客观上所需要的行为强度;三是基本适用和客观需要相适用说,即正当防卫的手段既要与不法侵害行为基本相当,又要考虑制止不法侵害行为的客观需要。从立法意义上来说,正当防卫作为刑法所规定的排除社会危害性的行为,客观上是为社会所需要的,如果要求防卫行为与侵害行为在所使用的手段、打击的强度及损害的后果上完全相当,这可能既达不到制止不法侵害的目的,也是紧急情况下的受害人难于做到的,只能是使防卫人在防卫过程中畏手畏脚,因此,对于正当防卫行为的限度不宜提出过分苛刻的要求。新刑法通过增加“明显超过”和“造成重大损害”等规定,拓展了必要限度的范围。怎样理解“明显超过”呢?首先要考虑的是不法侵害的强度,而且在一般情况下,可以说不法侵害的强度决定正当防卫的强度,从而决定必要限度。但是,正当防卫既然是制止不法侵害的行为,必要限度起码应该是足以有效地制止不法侵害,因此,当防卫强度大于侵害强度的情况下,便要看其大于侵害强度的防卫是否为制止正在进行的不法侵害所必需。而是否必需,主要决定于以下因素:一是不法侵害人的侵害能力和防卫人的防卫能力的对比。如果防卫人的防卫能力远不如侵害人的侵害能力,则只能采取断然激烈的防卫

行为,使不法侵害人失去侵害能力。二是防卫环境。如果环境允许采用较缓的防卫手段制止不法侵害,就不应采取激烈的防卫手段,只有在较缓的手段不能有效制止不法侵害时,才允许采取激烈手段。三是不法侵害后果的严重性。对可能造成不可挽回后果的不法侵害,防卫人只能采取最直接、最有效的手段进行防卫。四是不法侵害者众多的情况。在这一前提下,防卫人要保护自己的合法权益,可能只有采取激烈的防卫行为。五是所保护利益的大小。为了保护轻微的权益,一般不能采取重大损害进行防卫;对于没有直接危及人身安全的不法侵害,一般不宜采取重伤甚至杀害手段进行防卫。总之,现行刑法关于正当防卫必要限度的规定,在立法上明确肯定了防卫行为在手段、工具、强度及后果等方面适度“超过”侵害行为的合法性,其非法性以“明显超过”为边界;而评价防卫行为是否“明显超过”必要限度的最终标准只能是防卫行为所造成的损害结果是否为“重大损害”;而“重大损害”的标准,应以现行刑法分则中的相关规定以及有关的司法解释为评判依据,不能有其他标准,更不能主观臆断。

防卫过当从其最终结果来看是一种犯罪行为,故理应受到刑罚的处罚。但防卫过当又是以正当防卫为前提,因此,对于符合以上条件的防卫过当,无论出现多么严重的后果,都应当减轻处罚或者免除处罚。但最后是减轻处罚还是免除处罚,一般应从防卫目的、过当程度、保护权益的性质及大小、社会舆论倾向等方面综合考虑,准确作出选择。

二

为了更进一步鼓励人们进行正当防卫,修订后的刑法第二十条第三款增设了无过当防卫,即“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性犯罪,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。”从现代各国的刑事立法看,赋予公民完全无限防卫权的国家几乎没有。但是有的国家允许公民对相当一部分犯罪侵害实行无限防卫。我国立法机关在对正当防卫进行修改时,实际上是在两难中选择:一方面试图通过对正当防卫的修改鼓励公民积极利用正当防卫与违法犯罪行为进行斗争;另一方面又惟恐导致公民滥用防卫权,造成社会的混乱。但权衡利弊,在刑法中最后还是采纳了确立有限制的无限防卫权思想,把无限防卫权限制在针对严重危及人身安全的暴力犯罪范围内。这样,对正在进行的严重危及人身安全的暴力犯罪实施防卫,无论造成不法侵害人多大损失,即使造成伤亡,也是正当防卫,不存在过当的情形。对这种有限制的无限防卫权,称为无过当防卫较合适,因为“无过当防卫”与“防卫过当”相对应,既然有防卫过当,就说明我们实施的不是普遍的无限防卫权,它实质上是防卫过当的一种例外,是正当防卫范围的延伸。

无过当防卫,并非绝对地可以无限制地适用,构成无过当防卫仍然需要具备必要的条件。

从无过当防卫的主体来看,应该是受到严重危及人身安全的暴力犯罪侵犯的受害人。与防卫过当的主体相比,它不受刑事责任年龄和刑事责任能力的限制,因为,无过当防卫行为不属于犯罪行为。那么,非受害人是否可以成为无过当防卫的主体呢?这一点法律没有作出说明,从法理来推论,非受害人应不能成为无过当防卫的主体,而只能成为正当防卫或者防卫过当的主体。刑法规定无过当防卫,实际上是国家把惩罚严重暴力犯罪的一部分权利授予给了被害人。如果非受害人对严重危及他人人身安全的暴力性犯罪实施的“见义勇为”行为造成了不法侵害人伤亡,符合正当防卫条件的,属于正当防卫;明显超过必要限度,造成重大损害的,应属于防卫过当,应追究相应的刑事责任。只有这样,才能够不枉不纵,使无过当防卫控制在适度的范围内,不至于被某些人所滥用,真正达到立法者的立法目的。

从无过当防卫的主观方面看,无过当防卫既可以出于过失,也可以出于故意。由于在立法上赋予了公民对严重危及人身安全的暴力犯罪可行使超过防卫限度的惩罚权,使得无过当防卫中出于故意的情况大为增加,并且出于对犯罪现象的痛恨,在这种故意中直接故意所占的比例可能比间接故意所占的比例还要大,而这也正体现了立法者赋予公民惩罚犯罪权利的立法目的。

从无过当防卫适应的范围来看,无过当防卫必须是针对行凶、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。在这里,刑法仅规定了侵害行为的种类,即只有侵害行为的“性质”限定,该行为是行凶、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,而无对侵害行为的“强度”限制,即该性质的行为是否已充分使用暴力并且正在严重威胁人身财产安全等。事实上,行凶是一个含义模糊、范围宽泛的概念,在现实生活中很难界定清楚;杀人,有的是采取投毒,有的是采取不履行义务的不作为手段;抢劫,有的是采取威胁手段,有的则采取灌醉或麻醉方法;强奸,有的是使用威胁手段,有的是利用“优势地位”,有的甚至是“半推半就”;绑架,也可以采取威胁和麻醉等手段。对以上这些性质“严重”的侵害行为,由于部分暴力“强度”并不大,显然不能允许都可以进行“无限”防卫。如果对那些侵害强度较轻的不法侵害实行无限防卫,只能会导致矫枉过正的结果。

因此,无过当防卫所针对的行为必须具有性质的严重性、强度的暴力性、时间的突发性,而对于非暴力性的犯罪、对虽属暴力但仅针对财物的犯罪、对于有时间和条件采取其他防卫手段的侵犯人身安全的暴力犯罪,则不允许实行无限防卫。

综上所述,“防卫过当”和“无过当防卫”这一对在词义上看似矛盾的概念,在司法实践中却关乎着罪与非罪的问题,正确认识它们的构成条件,从而正确适用,对于鼓励人们实施正当防卫,维护社会的稳定与安宁,有着重要的意义。

参 考 文 献

- [1] 游 伟,黄祥青. 关于正当防卫“必要限度”的理解与判定[J]. 法学, 2000, (1).
- [2] 吴明夏,江绍恒,王亲生. 新刑法通释[M]. 北京: 人民出版社, 1998.

(责任编辑 车 英)

Over-Defence & Boundless Defence

TAN De-fan

(Hunan Building Materials Higher College, Hengyang 421008, Hunan, China)

Biography TAN De-fan (1964-), male, Lecturer, Hunan Building Materials Higher College, majoring in criminal law.

Abstract Over-defence and boundless defence are important parts of justifiable defence theory. The new criminal law increases boundless defence, which encourages people to defend properly. Boundless defence essentially confines over-defence, thus, the clear recognition of the constitution of over-defence and boundless defence and the correct distinction between them are very important for people to apply justifiable defence correctly.

Key words over-defence; boundless defence; constitution