

故意伤害案件特殊正当防卫抗辩出罪路径评析

——以黄某被控故意伤害案展开

张理恒¹ 石凌云²

(1. 成都市人民检察院 四川成都 610041; 2. 成都市温江区人民法院 四川成都 611130)

摘要:刑法领域的正当防卫可分为一般正当防卫和特殊正当防卫,这两种防卫形式在刑事司法的适用上具有层次性和位阶性特征。在被告人提出正当防卫抗辩的故意伤害案件中,司法人员应当分三个步骤判断被告人的行为是否属于正当防卫:第一个步骤,以刑法20条第1款为根据判断被害人的行为是否属于针对被告人实施的正在进行的不法侵害;第二个步骤,继续以刑法第20条第1款为根据判断被告人的行为是否属于一般正当防卫,特别是是否符合防卫限度条件;第三个步骤,以刑法第20条第3款为根据判断被告人的行为是否属于特殊正当防卫,特别是被害人的不法侵害是否属于严重不法侵害。只要以上三步中有一个步骤能够作出肯定回答,被告人的行为均属于正当防卫,否则只能按照犯罪处理。

关键词:一般正当防卫;特殊正当防卫;出罪;“三步骤”判断

中图分类号:D914 **文献标志码:**A **文章编号:**2095-1124(2016)02-0063-03

一、案件展开:黄某涉嫌故意伤害案^①

被告人黄某和付某系同事关系,两人因工作上意见不合吵了一架。黄某女朋友也是黄、付二人的同事,为了搞好关系遂向黄某建议道:“明天反正是周末,干脆明天下午请付某到我们家,你(黄某)要态度好点,主动给别人道歉。”征得黄某同意后,黄某女朋友遂通过电话邀约付某于第二天下午4点半左右到黄家做客。第二天下午付某如约到黄家,还一同带上蔡某、被害人董某,但黄某并不认识蔡、董二人。黄某和其女朋友看到付、蔡、董三人一路气势汹汹,心理有些害怕,不敢给他人开门。付某等三人合力撞开黄家大门,一进来就满屋追着黄某打。黄某没处躲藏,被逼进厨房后索性拿起一把菜刀比划起来,董某脸上被划两刀(后经法医鉴定为重伤)。黄某利用董某被砍后的一个间歇迅速逃出家,但付、蔡、董三人仍继续追打黄某。警方介入后,黄某和付、蔡、董三人均被抓获。当地检察院经审理后认为黄某应构成故意伤害(致人重伤)罪,同时成立防卫过当,并向当地法院起诉。一审法院支持检方公诉

意见,认定黄某构成故意伤害罪,但同时成立防卫过当,遂判处黄某拘役3个月,附带民事赔偿5000元。黄某不服上诉后,二审法院维持原判。

二、案件析理:两种出罪思路

“黄某被控故意伤害案”的背景是:本案发生于1997年现行刑法实施后不久,由于当时刑法刚设立第20条第3款规定特殊正当防卫制度,当时各方面对特殊正当防卫的理解和把握还不成熟,对于该案在二审中是否需要认定为正当防卫而宣告无罪,曾在司法机关内部引起过较大争论,但论证过程中始终存在正当防卫无罪说和防卫过当有罪说两种观点,最终没有形成定论。但在案件已经发生过十年之后的2008年,《刑法纵横谈(总则部分)》一书的四位编者(都是我国刑事司法实务界和理论界的权威专家)均无争议地认为本案中黄某的行为如果发生在现在应属正当防卫。^[1]

本文将从刑法规范学角度确定出被告人黄某对抗付某等三人侵害并致其中一人重伤的行为属于正当防卫(不构成犯罪)的两种论证思路:

收稿日期:2015-11-11

基金项目:本成果系2015年度最高人民检察院检察理论研究课题“刑事检察领域正当防卫疑难问题研究”(GJ2015D19)的研究成果;2014年度四川省人民检察院检察理论研究课题(CJ2014C04)的最终结项成果。

作者简介:张理恒(1983—),男,法学博士,中国人民大学法学博士后,四川省成都市人民检察院检察官,四川大学刑事政策研究中心研究员,西南政法大学毒品犯罪与对策研究中心研究员,四川省法学会刑法学研究会理事,主要研究方向为刑法学、经济刑法学和刑事政策。

1. 第一种思路:被告人黄某的反抗行为符合特殊正当防卫的成立条件。

这一结论包括以下几个方面的内容:第一,付某、蔡某和董某三人强闯民宅施暴在行为类型上本身就具有严重侵犯房屋主人(被告人黄某)人身安全的高度危险性。住宅主人在必要时对擅闯民宅者(特别是夜闯民宅者)采用杀、伤等方式实施防卫无须承担刑事责任,不仅是现代各国刑法的通例,就是在我国古代的法律条文中都有明确规定。例如唐律规定:“诸夜无故入人家,笞四十。主人登时杀者,勿论。若知非侵犯而杀伤者,减斗杀伤二等。其已就拘执而杀伤者,各以斗杀伤论,至死者加役流。”^[2]明律规定:“凡夜无故入人家,杖八十。主家登时杀死者,勿论。其已就拘执而擅杀伤者,减斗杀伤罪二等。至死者,杖一百,徒三年。”^[3]我国南方少数民族地区的习惯法中也有类似条文,如傣族习惯法规定:“犯死罪的人,得用银抵死罪”,但是夜里闯进人家屋子被户主杀死,无罪。^[4]在 1997 年现行刑法修订过程中,最高立法机关曾公布的修订草案曾在第 20 条第 3 款之后规定了第 20 条第 4 款,即住宅主人对私闯民宅者实施的正当防卫可按照特殊正当防卫处理(不构成犯罪),但是在草案征求意见过程中,有人提出社会上邻里纠纷升级后打架吵上门的情况并不少见,如果允许公民可以随意对非法闯入者实施不计后果的特殊正当防卫则可能造成正当防卫制度的滥用,所以在最后通过的现行刑法正式文本中取消了上述规定。但本案中付某等三人闯进黄家施暴的行为已经明显突破了邻里纠纷的正常范围。将被告人黄某的行为认定为特殊正当防卫并宣告无罪,不仅符合近年来历次刑事修正案中不断强化保护住宅安全的做法,也应当是未来刑法修正和完善的一个趋势。第二,付某等三人的施暴行为确属可能造成黄某重伤、死亡的严重暴力,符合刑法第 20 条第 3 款的“行凶”。应当按照行为时标准设身处地对付某等三人的暴行程度做出准确评估:付某等三人强行闯入黄宅后,直接竞相追打毫无准备的被告人,虽然付某等人在殴打过程中没有使用凶器,但考虑到双方在攻与守之间的不平衡性十分显著,而且黄家本来就空间有限,家里也安放了许多家具和设备,假设黄某如不果断采取自卫,很可能被逼入墙角、厕所等处遭三人合围暴打,造成黄某重伤、死亡的概率非常高。所以,在付某等人的行为已经构成“行凶”的情形下,被告人黄某实施反击将不法侵害人中的其中一人(董某)打成重伤符合刑法第

20 条第 3 款规定的特殊正当防卫,不应当承担刑事责任。

2. 第二种思路:被告人黄某的反抗行为也符合一般正当防卫的成立条件。

如果暂时撇开刑法第 20 条第 3 款的规定,直接根据刑法第 20 条第 1 款的规定,退一步将付、蔡、董三人的行为认定为一般不法侵害,也应当认为被告人黄某的反击行为符合一般正当防卫的成立条件,应宣告为无罪。其中涉及的核心问题乃是一般正当防卫的防卫限度问题。我们认为,本案被告人黄某的行为符合一般正当防卫的防卫限度条件:其一,在防卫样态上,黄某在防卫过程中使用菜刀是属于在正当防卫必要限度之内的行为(即没有明显超过必要限度)。黄某孤身一人与三名悍匪在小屋内周璇,倘若不使用防身利器只是赤手空拳是难以有效抗拒不法侵害;其二,在防卫结局上,黄某使用菜刀将不法侵害人之一的董某砍成重伤属于正当防卫的合法结果。事实上,董某受重伤后付某一方没有停止不法侵害,仍然对被告人黄某穷追猛打,董某受伤后也跟着打,直到警方的介入才最终平息了付、蔡、董三人的暴行。这可理解为,从防卫必要性上进行评估,董某在砍伤黄某之外,再砍伤或砍死一名侵害者直至最终制止住不法侵害,均系为制止不法侵害而制造的合法结果,都不属于刑法第 20 条第 2 款规定的“明显超过必要限度造成重大损害”的防卫过当问题。

三、“三步骤”判断规则适用前提

上文涉及到一般正当防卫和特殊正当防卫,就“一般”和“特殊”的关系而言,二者之间必然存在竞合关系。相对于一般正当防卫,特殊正当防卫的特殊性主要体现在不法侵害人正在实施“行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架”等严重危及人身安全的严重暴力犯罪,这一“严重暴力犯罪”不仅要符合成立一般正当防卫所需要的违法或犯罪行为的违法性本质属性,在此之外还必须对防卫人或第三人的人身权益造成了更为强烈而紧迫的法益侵害性(或危险)。正是有鉴于此,刑法放开了防卫人在实施特殊正当防卫时的程度性要求。在防卫人面临“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”时,如果按照一般正当防卫的防卫限度条件来考量,防卫人制止不法侵害的行为如果没有“明显超过必要限度造成重大损害”,其防卫行为便可能存在一般正当防卫和特殊正当防卫的适用范围内存在竞合关系。如前所述,黄某的反击行为既符合

刑法第20条第1款规定的一般正当防卫,也符合第3款规定的特殊正当防卫,当竞合发生时,法条的优先适用便成为问题。

当然,从司法实践中行为的符合性上进行评价,“行凶”、“杀人”、“抢劫”、“强奸”、“绑架”等概念内涵可能存在一定的不确定性,确需斟酌。如对于“行凶”而言,有学者认为“行凶”应当限制为使用凶器、对被害人进行暴力攻击,使被害人的人身安全受到威胁。^[5]也有学者认为,“行凶”并不限于使用凶器,在不法侵害人与防卫人在人数、攻防能力等方面存在较大差异时,也可能存在严重危及人身安全的性质。^[6]在“行凶”和“杀人”的区分上讲,有学者认为法条对“行凶”和“杀人”进行了分别列举,故“行凶”包含“伤害”而不包含“杀人”。^[7]也有学者指出,“行凶”具有或杀或伤的择一故意或兼有故意,“行凶”应包含“杀人”。^[8]正是概念符合性层面上的不确定性,造成适用刑法第20条第1款还是第3款难以抉择。同时,尽管从实质意义上讲,不法侵害人的行为是否具有“严重危及人身安全的暴力犯罪”的性质是区分一般正当防卫和特殊正当防卫的分水岭,但“严重危及人身安全”的含义确实需要进行规范的价值判断,所以在一定程度上抽象出“严重危及人身安全性”的价值本质并在下文所述的“三步骤”判断规则中得以体现,应当是本文承载的主要研究任务。

四、案件引申:出罪思路的层次性——“三步骤”判断规则

正当防卫作为违法阻却事由,在承认构成要件是违法行为类型的前提下,正当防卫被认为是消极的违法事由而予以看待的。根据结果无价值法益衡量说的观点,行为人能否被评价为正当防卫而得以出罪,主要应取决于侵害人是否具有利益阙如、防卫人是否具有利益优越等情节,侵害人自身的法益也应当受到法律保护,这就涉及到一般正当防卫和特别正当防卫在司法适用中的位阶关系问题,即一般正当防卫和特殊正当防卫“谁先谁后”的适用问题。

原则上某种行为疑似具有防卫情节时,司法者判断该行为是否符合正当防卫条件应优先根据刑法第20条第1款的规定判断其是否成立一般正当防卫,只能得出否定结论才能根据刑法第20条第3款的规定判断其否成立特殊正当防卫,所以本案中黄某的行为应以一般正当防卫的规定(刑法第20条第1款)宣告无罪。具体来说,在被告人提出正当防卫抗辩的故意伤害案件中,司法人员应当分三个

步骤判断被告人的行为是否成立正当防卫:第一个步骤是,以刑法20条第1款为根据判断被害人的行为是否属于针对被告人实施的正在进行的不法侵害(如果得出否定回答,则被告人的行为不是正当防卫;如果得出肯定回答,则进行第二个步骤的判断);第二个步骤是,在第一个步骤已经得到肯定回答基础上,继续以刑法第20条第1款为根据判断被告人的行为是否成立一般正当防卫,特别是否符合防卫限度条件(若得出否定回答,则被告人的行为暂时成立防卫过当(刑法第20条第2款),并继续进行第三个步骤的判断;如果得出肯定回答,则被告人的行为最终成立一般正当防卫(刑法第20条第1款));第三个步骤是,在第二个步骤已得出否定回答基础上,以刑法第20条第3款为根据判断被告人的行为是否成立特殊正当防卫,特别是被害人的不法侵害是否属于严重不法侵害,即刑法第20条第3款规定的“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”(若得出肯定回答,则被告人的行为最终成立特殊正当防卫(刑法第20条第3款)。若得出否定回答,则被告人的行为最终成立防卫过当(刑法第20条第2款))。

表1 刑法第20条第1款与第3款在司法适用中的三步骤判断

步骤	法律指引	判断内容	结论
第一步	刑法 20 条第 1 款	被害人是否实施不法侵害?	×—> 无正当防卫问题
			√—> 进行第二步判断
第二步	刑法 20 条第 1 款	被告人的行为是否符合防卫限度条件?	×—> 暂时成立防卫过当(进行第三步判断)
			√—> 最终成立一般正当防卫
第三步	刑法 20 条第 3 款	被害人是否实施“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”?	×—> 最终成立防卫过当
			√—> 最终成立特殊正当防卫

本案是有被告人以正当防卫抗辩的故意伤害案件,故本案完全可以适用以上“三步骤”进行处理。在第一步的判断中,根据刑法20条第1款规定的指引,可以认定本案被害人一方已对被告人黄某实施了正在进行的不法侵害,于是进入下一步判断。在第二步的判断中,仍然根据刑法20条第1款规定的指引,可以认定被告人黄某的行为完全符合一般正

(下转第80页)

[34] Severt D, Wang Y, Chen P, Breitner D. Examining the motivation, perceived performance, and behavioral intentions of convention attendees: evidence from a regional conference[J]. Tourism Management,2007(3):399-408.

[35] Whitfield J, Webber D J. Which exhibition attributes create repeat visitation? [J]. International Journal of Hospitality Management,2011(4): 439-446.

[36] Gottlieb U R, Brown M R,Drennan J. The influence of service quality and trade show effectiveness on post-show purchase intention[J]. European Journal of Marketing,2011(8): 1642-1659.

[37] Kozak N, Kayar C H. Visitors' objectives for trade exhibition attendance: A case study on the East Mediterranean International Tourism and Travel Exhibition (EMITT) [J]. Event Management, 2009(12):133-141.

[38] Risminati R, Palupi S. The raise of loyalty for participating in annual exhibition (A case study in INACRAFT annual exhibition) [J]. Jurnal Ilmiah Pariwisata,2013(1):55-82.

[39] Farahani B M. Factors influencing loyalty in tourism fairs exhibitors: A case of MATTA Fair exhibitors (Kuala Lumpur), Proceedings of 2nd National Symposium on Tourism Research[M]. Universiti Sains Malaysia, Penang, Malaysia 18 July 2009. Theories and Applications 2009:111-123.

[40] Berne C, García-Uceda M E, Múgica J M. Managing trade-show services as determinants of exhibitors'loyalty[J]. International Journal of Marketing Principles and Practices,2012(1):20-34.

[41] Kang J, Schrier T. The decision-making process of tradeshow exhibitors: The effects of social value, company size, and prior experience on satisfaction and behavioral intentions[J]. Journal of Convention & Event Tourism,2011(12):65-85.

[42] Jin X, Weber K, Bauer T. Relationship quality between exhibitors and organizers: A perspective from Mainland China's exhibition industry[J]. International Journal of Hospitality Management,2012(4):1222-1234.

[43] 张凌云. 近年来国际旅游学术期刊和论文选题的特征分析[J]. 旅游科学,2008(3):63-72.

[责任编辑 杨 瑜]



(上接第 65 页)

当防卫的全部成立条件,所以黄某的行为最终成立一般正当防卫。至此,本案的判断即已结束,不可能再推进到第三步(再来判断其行为是否符合特殊正当防卫)。

在此笔者对本案案情做一个大胆的改编:假设黄某如果要有效制止付某、蔡某和董某三人联合的不法侵害,充其量将其中一人砍死即可,可黄某过于惊恐,将其中二人砍死,那么,如何对黄某在防卫限度之外额外又砍死一人的行为做出适当的刑法评价呢?应将这一案件按照以上“三步骤”判断处理。在第一步的判断中,同样根据刑法 20 条第 1 款的规定,认定付、蔡、某三人对被告人黄某实施了正在进行的不法侵害。在第二步的判断中,仍然根据刑法 20 条第 1 款的规定,应认定被告人黄某的行为符合一般正当防卫的大部分成立条件,但不符合防卫限度条件,故被告人的行为暂时成立防卫过当,这样就有必要推进到更下一步判断。在第三步的判断中,根据刑法第 20 条第 3 款的规定,可以确认被害人实

施的不法侵害属于这里的“行凶”,因此被告人黄某的行为最终成立特殊正当防卫,不负刑事责任。

注释:

① 本案件取自张军、姜伟、郎胜、陈兴良:《刑法纵横谈(总则部分)》,北京:北京大学出版社 2008 年版,第 188—189 页。

参考文献:

[1] 张军,姜伟,郎胜,陈兴良. 刑法纵横谈(总则部分)[M]. 北京:北京大学出版社,2008:188—189.

[2] 刘俊文点校. 唐律疏议[M]. 北京:中华书局,1983(18):436.

[3] 怀效锋,李鸣点校. 大明律[M]. 北京:法律出版社,1999(18):146.

[4] 傣族社会历史调查(西双版纳之三)[M]. 昆明:云南民族出版社,1983:125.

[5] 陈兴良. 论无过当防卫[J]. 法学, 1998(6):75.

[6] 赵秉志. 刑法学总论[M]. 北京:群众出版社,2000:145.

[7] 高洪宾. 论无限防卫[M]. 北京:中国方正出版社, 2000:164.

[8] 赵秉志,刘志伟. 正当防卫理论若干争议问题研究[J]. 西安:法律科学. 西北政法学院学报,2001(2):26.

[责任编辑 谭金蓉]