



正当防卫的不法侵害： 从行为危险到人身危险

高艳东

摘要：近几年中国发生的正当防卫案件，已经改变了不法侵害的内涵。通说用具体行为界定不法侵害，没有注意到防卫人首先面对的是危险的人，大大限制了公民的防卫权。扩大防卫权的财物挽回说、一体化防卫行为说等观点，均没有突破行为说的限制，很难解释我国正当防卫兼具个人自卫权和秩序维护权的双重属性。判断不法侵害应当以已然行为为基础，兼顾未然行为即人身危险性。将人身危险性引入不法侵害，可以合理拉长防卫时间，适度提高防卫限度。如果将人身危险性限制为初犯可能性与再犯可能性，既可以扩大防卫权限，又可以防止人身危险性的滥用，更不会引发秩序失控。

关键词：正当防卫；人身危险性；事后防卫；再犯可能性；秩序维护权

DOI：10.13734/j.cnki.1000-5315.2022.02.008

收稿日期：2021-08-06

基金项目：本文系国家社科基金重大项目“网络时代的社会治理与刑法体系的理论创新”(20&·ZD199)、中国法学会法治研究基地浙江大学公法研究中心“法治理论的地方实践”(21&·FXH19)的研究成果。

作者简介：高艳东，男，山东烟台人，法学博士，浙江大学光华法学院副教授，E-mail: yandonggao@126.com。

2020年9月，最高人民法院、最高人民检察院、公安部印发的《关于依法适用正当防卫制度的指导意见》(以下简称《意见》)梳理了近年来正当防卫的关键问题，同时带来了一些体系性困惑。具体而言，一是实质上肯定了对财产犯罪可以实施事后防卫，但回避了对其他犯罪能否实施事后防卫。《意见》指出：“在财产犯罪中，不法侵害人虽已取得财物，但通过追赶、阻击等措施能够追回财物的，可以视为不法侵害仍在进行。”但在实践中更需要解决的是侵犯人身权等犯罪的事后防卫问题，如对进入幼儿园杀害孩子的凶手，在离开过程中，家长可否对其行使防卫权(而非扭送权)?同样，《意见》第五条指出：“对于正在进行的拉拽方向盘、殴打司机等妨害安全驾驶、危害公共安全的违法犯罪行为，可以实行防卫。”在实践中更需要解决的是：在乘客拉拽方向盘后，他人可否对其防卫(殴打之)?二是将不法侵害从“正在进行”扩张至“可能发生”。《意见》指出：“不法侵害人仍有继续实施侵害的现实可能性的，应当认定为不法侵害仍在进行。”这需要在客观行为之外，提出新的学说解释不法侵害的“现实可能性”。三是将不法侵害结束的标准，从“行为结束”扩张至“失去侵害能力”。《意见》指出：“对于不法侵害人确已失去侵害能力或者确已放弃侵害的，应当认定为不法侵害已经结束。”“失去侵害能力”这一主体要素成为不法侵害结束的标准之一，在很多时候，侵害行为结束了但凶手并未“失去侵害能力”，何种情形属于不法侵害尚未结束而被害人可以进行防卫，这需要重新解释“不法侵害”。总之，该《意见》很多表述突破了大陆法系正当防卫权的传统理论，需要引入新学说解释“不法侵害”。

正当防卫通说将不法侵害主要视为一种客观行为，而未考虑人身危险性，这大大限缩了不法侵害的评价内容，缩短了防卫时间。通过人身危险性调节客观侵害的性质符合社会常识，在经验意义上，同样的客观行为会因为“人身危险性”差异而性质不同。如同样的举刀行为，校园霸凌者可能只是虚张声势，而连环杀手则会一刀封喉。在刑法学上，人身危险性影响定罪量刑也无争议，如实施同样的罪行但累犯要被从重处罚，就

是因为其再犯可能性高。既然如此,在评价正当防卫的不法侵害时,就不能只考虑客观行为而要兼顾人身危险性。当然,我们要防止脱离行为而直接评价人品。虽然在很多人眼里人身危险性是一个模糊概念,但刑法学已经赋予了其明确含义,即初犯可能性与再犯可能性,本文主要是引入再犯可能性延长防卫时间,将部分事后防卫(如反杀、反打)解释为正当防卫。再犯可能性有固定含义,在定罪量刑时,再犯可能性是指罪犯再次犯罪的可能性,而在判断不法侵害时,就是侵害人再次侵害的可能性。“再次侵害可能性”并非主观判断,一来它需要以客观上实施了侵害行为为前提,如果行为人没有实施不法侵害,就不存在判断“再次侵害可能性”的依据;二来“再次侵害可能性”有心理学依据,按照“重复动作惯性”原理,打人一拳者就可能再打第二拳,砍一刀者就可能再砍第二刀。换言之,实施了不法侵害的人,在现场或犯罪条件(如仍持有凶器)未消除时,仍然可能实施与之前不法侵害类似的行为。总之,以“已经实施侵害行为”为前提,以“再次实施同等侵害行为”为上限,可以使再犯可能性建立在客观基础之上。同时,以侵害人“(在现场)被制服或丧失侵害能力”和“(离开现场)脱离了犯罪条件”等作为再犯可能性的终止标准,既可以适度延长防卫时间,使正当防卫成为保护无辜者的制度;也可以把事后报复评价为事后防卫,以防止滥用再犯可能性。

一 中国案例的世界贡献:“不法侵害”的内容升级

(一)正当防卫案中“人身危险”

近些年来,我国发生了多起里程碑式的正当防卫案。但是,被学界忽视的一个重大问题是,很多案件被认定为正当防卫或量刑较轻,其实质原因在于侵害人严重的人身危险性。例如,在于欢案件中,侵害人杜志浩是黑社会组织成员,曾因开车撞死女学生被网上追逃;在昆山反杀案中,侵害人刘海龙有5次坐牢的犯罪前科;在涞源反杀案中,侵害人王磊案发前多次反复持凶器威胁、骚扰防卫人及其家人,当地派出所“鉴于王磊思想极不稳定,易采取极端行为”曾出警抓捕王磊但未果;在巨鹿董民刚正当防卫案中,“检察机关对侵害人刁某某的社会调查表明,其有犯罪前科,平时就惹是生非,……盛气凌人、凶残无比,村民视其为村霸”^①。显然,在人物画像上,这些侵害人都属于坊间所言的狠角色与恶霸。对这些案件的最终处理,明显受到了这些侵害人“人身危险性”的影响,司法机关在认定正当防卫时,没有局限于教义学分析、只判断案发时的不法侵害行为,也实质性考虑了侵害人的前科或案前表现。司法机关超越案发时的不法侵害行为,同时考虑人身危险性,实现了“不法侵害=具体侵害行为+人身危险性”的逻辑,是用中国案例完善正当防卫理论的重大进步。在这一背景下,刑法学界应当进行理论创新,用中国学说引领全球正当防卫理论的变化。为方便理解,下文先以读者熟悉的昆山反杀案为例展开^②。

(二)不法侵害的升级:从“行为的危险”到“人身危险”

昆山案在无意中突破了传统正当防卫的限制。

1.“夺刀反杀”可以构成正当防卫

按照通说的行为主义理论,于海明捡刀反刺时,龙哥手中无刀,不存在“正在进行的不法侵害”,于海明缺乏正当防卫的前提。公安机关认定于海明正当防卫成立的原因,只能是龙哥有再次反夺刀砍人的可能性。但是,这种再砍人的可能性,与再犯可能性一样,不是行为意义上的“不法侵害”,而是“人身危险性”。这肯定了对“人身危险性”可以正当防卫,极大地扩张了不法侵害的内涵。

2.“持刀追杀”可以构成正当防卫

在龙哥逃跑时,于海明追砍2刀,但没有砍中。按照大陆法系的通说,龙哥逃跑时不存在“不法侵害”,此时于海明追砍要害部位(头颈部)就是事后防卫,即使没有砍中,仍有讨论构成故意杀人未遂的余地。然而,公安机关认为于海明的追砍行为没有违法性(无起诉必要),认为追砍行为属于正当行为,其原因只能是龙哥具有再次攻击的可能性(如到车里拿其他凶器)。“找到凶器再次攻击可能性”是“人身危险性”,而非正在进

①肖俊林《不让正义迟到不向不法让步》,《检察日报》2019年6月18日,第1版。

②2018年8月27日21时,刘海龙(为便于读者区分,本文称为“龙哥”)酒后驾驶宝马车在昆山市某路口压实线进入非机动车道,与骑车的于海明发生争执。龙哥击打于海明数次后,回身从车中取出一把双刃刀连续击打于海明,在刀脱手落地时被于海明抢回,于海明随后在7秒内捅刺、砍击龙哥5刀,形成致命伤。在龙哥逃向宝马车时,于海明仍然追砍2刀,但没有砍中,龙哥经抢救无效死亡。2018年9月1日,昆山市公安局认定于海明属于正当防卫,不负刑事责任,撤销案件。

行的“不法侵害”。概言之，昆山案中公安机关对“不法侵害”的理解，已经脱离了客观层面的具体行为，而转向了“人身危险性”，以中国案例创新了正当防卫的内容。

本文认为，昆山案的里程碑意义，是推动了“不法侵害”的内涵升级——“不法行为+人身危险性”。这一立场在涞源反杀案、巨鹿反杀案、丽江唐雪案中被进一步肯定。案例厚度决定理论高度，得益于多样化的案件资源，中国学者有义务创新理论，为正当防卫制度贡献中国学说。

二 评价不法侵害的学说均不合理地限制了防卫权

（一）“不法侵害=具体行为”理论限制了刑罚权，也禁锢了防卫权

1. 通说立场：无行为则无不法侵害

把“不法侵害”解释为具体行为，是现代刑法的结论。现代刑法是以行为为根基建立的，刑法只能评价行为。同样，德日三阶层犯罪论也是以行为为核心建立的，西方刑法中“不法侵害”的内容均以行为为核心——主要是“作为”。虽然现代刑法在判断不法行为时考虑主观违法内容，但主流学说在解释“不法侵害”时，多采用自然行为论的立场。例如，德国金德霍伊泽尔教授认为，紧急防卫的前提是“攻击”，应该是“人为的举止，这里人为的举止应该是行为，不然的话，我们就不能将之评价为‘违法’攻击了”^①。罗克辛教授也认为，紧急防卫中的“攻击”是“通过自然人的举止行为对一种法益的威胁”^②。在英美刑法中，作为防卫对象的不法行为也必须是积极的身体性侵犯（笔者译）^③。总之，在西方刑法理论中，“不法侵害=具体行为”是公理性结论。行为主义刑法维护了罪刑法定，防止了定罪时原情、原心定罪。这一理论虽然有效地防止了刑罚权滥用，却极大地压缩了防卫权的空间。定罪理论都是谨慎地限缩评价范围，人的因素即人身危险性只有在量刑阶段才能适度考虑，这导致“不法侵害”的范围被不当限缩。

2. “不法侵害=具体行为”学说的评价时间过短、评价范围过窄

“不法侵害=具体行为”学说是用事后法官的理性要求防卫人，会把一些合理的防卫行为误判为提前或事后防卫。以“乐清滴滴顺风车司机杀人案”为例，法院查明：当车行至山路时，被告人钟元采取持刀威胁、胶带捆绑的方式，对赵某某实施了抢劫、强奸，后为灭口残忍地将赵某某杀害，并将其抛到路边悬崖斜坡上。2019年2月1日，温州市中级人民法院以故意杀人罪、强奸罪、抢劫罪，判决被告人死刑^④。本案中，司机依次实施了三种犯罪——抢劫、强奸、杀人，如果把不法侵害理解为具体行为，在钟某抢劫（采用转账方式）之后继续开车途中，女乘客将其勒死就是事后防卫。由于司机采用转账方式抢劫，钱在司机女友账上而非司机手中，缺乏财物挽回的可能性，抢劫已经结束而强奸还没有开始。对抢劫罪而言，女乘客是事后防卫；对强奸罪而言，女乘客是提前防卫。同理，在司机强奸完毕之后，继续开车送女乘客去目的地的途中，如果女乘客拿出水果刀将司机刺死，对于已经完成的强奸罪而言，这是事后防卫；对于尚未开始的杀人而言，这是提前防卫。无论如何，女乘客都是故意杀人罪。按照通说，只有在钟某（即将）开始使用具体暴力时，女乘客才可以正当防卫。但是，一旦司机开始使用暴力进行强奸、抢劫或杀人，女乘客都是任人宰割的羔羊，无任何防卫能力。如此，正当防卫是要求被害人忍受侵犯的义务，而非赋予被害人自我保护的权利。

很多学者意识到了“不法侵害=具体行为”学说的缺陷，提出了“排除危险”、“一体化的防卫”等修正说，延长不法侵害的结束时间，进而扩大正当防卫权。但是，这些修正说仍然以行为说为基础判断不法侵害，很难有理论体系上的突破。

（二）“危险排除说”立足于行为而缩小了危险的范围

有学者以“危险排除说”来扩张不法侵害的范围，认为“就不法侵害的结束时间而言，不能认为侵害人的侵害举动完成，就不能再实行防卫，而是要看是否存在再次侵害的可能性，只要侵害的危险没有排除，就可以

① 乌尔斯·金德霍伊泽尔《刑法总论教科书》，蔡桂生译，北京大学出版社2015年版，第160页。

② 克劳斯·罗克辛《德国刑法学总论（第1卷）：犯罪原理的基础构造》，王世洲译，法律出版社2005年版，第426页。

③ Paul H. Robinson, Shima Baradaran Baughman, Michael T. Cahill, *Criminal Law: Case Studies and Controversies*, 4th. ed. (Wolters Kluwer, 2017), 624.

④ 李铁柱、戴幼卿《杀人滴滴顺风车司机获死刑》，环球网，2019年2月3日发布，2020年8月26日访问，<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1624410854062649667&wfr=spider&for=pc>。

实行防卫”^①。应当承认,相比行为完毕说、离开现场说和事实继续说等理论,“不法侵害止于危险排除”的观点大大扩张了不法侵害的范围。虽然该学说事实上考虑了人身危险性——“再次侵害的可能性”,但是,其整体上仍然恪守客观主义、行为主义,没有体系性地提出“人身危险性”标准,仍然会缩小危险的范围,进而限制防卫权。

例如,按照“排除危险说”学者的观点,放火犯纵火后逃跑,火势在蔓延,但即使追上去把放火犯打死也不能减少火灾的损失,因此应视为不法侵害已经终止^②。这一观点不当地限制了防卫权。纵火犯在A处放火后逃跑,行为主义立场的“排除危险说”只考虑A处的火焰;而“人身危险性”还要考虑正在逃离的纵火犯,有可能在B处放火或实施其他等值危害行为(如爆炸或破坏交通工具)。所以,正从火场逃离的纵火犯,仍然存在人身危险性意义上的不法侵害,路人将逃跑的纵火犯打伤,属于对“危险之人”的正当防卫。类似案件还包括,蒙面示威者捡起砖头将行驶中的公交车玻璃砸碎,在示威者逃离时,司机下车将其踹倒在地致其轻伤。按照通说或“排除危险说”,公交车玻璃已经砸碎,示威者在离开过程中,客观危险已经排除,司机属于事后防卫。本文认为,不法侵害还应当考虑人身危险性,蒙面示威者随时可能捡起砖头打砸其他车辆或实施等值危害行为(如破坏公共设施),司机打伤正在离开的蒙面示威者,属于对正在进行的不法侵害的正当防卫。

(三)“财物挽回说”是个案性思路,缺乏体系性思考

“财物挽回说”是德日刑法为了克服“不法侵害=具体行为”学说的缺陷,扩张解释不法侵害的时间范围。如德国帝国法院认为,如果财产所有人在小偷逃跑时,打伤了他的腿,重新得到了这些财物,就属于正当防卫^③。中国也发生过类似案件,如2009年广东顺德女司机开车撞死抢劫完成后骑摩托车逃跑的劫匪。我国通说也认为,劫财后在现场可以挽回损失的,不法侵害仍然在进行,被害人可以正当防卫^④。但是,“不法侵害止于财物挽回”的修正说,表面上拉长了防卫时间,实质是把正当防卫缩小为个人自卫权,没有注意到中国的正当防卫还包括秩序维护权,更无法解释无财物挽回时的防卫权。

1.“财物挽回说”是民法思维,只考量个人利益而没有考虑公共利益

犯罪行为同时侵犯了个人利益和社会秩序,这是犯罪行为与民事侵权行为的重大区别。与西方不同,中国刑法允许为了国家、社会公共利益进行正当防卫,即“中国的正当防卫权=个人自卫权+秩序维护权”。在蒙面示威者随意殴打路人、破坏公共设施的案件中,西方刑法的正当防卫权多立足于个人防卫权,市民没有秩序维护权,只能坐待警察的执法权;而中国刑法允许正义市民行使秩序维护权,对蒙面示威者进行正当防卫。立足于个人自卫权的“财物挽回说”,没有注意到中国正当防卫权的双重属性。显然,即便劫匪返还财物,也可能存在对社会安全的威胁。例如,夜间蒙面劫匪持刀抢劫得手后被群众追赶,因担心被打遂将钱包扔给被害人,但被害人拿到钱包后仍然扔出砖头将劫匪砸成轻伤。按照财物挽回说,劫匪返回财物后不法侵害已经结束,失主构成故意伤害罪。但是,夜间蒙面劫匪带刀逃跑,即使返回了财物,仍然存在人身危险性,威胁着公共安全和社会秩序,失主将其打伤是行使正当防卫中的秩序维护权。

2.“财物挽回说”只能适用于极少数财产犯罪

“财物挽回说”缺乏体系性思考,难以解决正当防卫的教义学困境。

第一,“财产挽回说”限制了侵犯人身权利罪的防卫时间。按照“财物(法益)挽回说”,对逃跑的劫匪可以正当防卫,但对逃跑中的杀人犯、强奸犯,不存在可挽回的法益,就不能正当防卫,这违反常理。

第二,会否认毁坏型抢劫罪等的防卫必要性。按照“财物挽回说”,毁坏型抢劫罪等重罪不存在财物挽回可能性,对这种后果更严重(财物已经损坏)的犯罪,反而不允许事后防卫,这明显不妥。我国《刑法》第二百八十九条规定,对“聚众‘打砸抢’,……毁坏或者抢走公私财物”的首要分子,依照抢劫罪定罪处罚。例如,黑社会老大甲聚众打砸抢,召集斧头帮无故砸烂了一个店铺后离开,店主追出来捡起一把斧头朝甲后背扔去致

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》,《法学家》2017年第5期,第89页。

② 陈兴良《正当防卫论》(第三版),中国人民大学出版社2017年版,第106页。

③ 克劳斯·罗克辛《德国刑法总论(第1卷):犯罪原理的基础构造》,第434页。

④ 张明楷《刑法学》(第五版),法律出版社2016年版,第202页。

其轻伤。按照财物挽回说,毁坏的财物已经无法挽回了,店主属于故意伤害罪。但是,甲等人离开时手持斧头,具有人身危险性(再犯可能性),对其他商店的财产和公共安全都构成了威胁,存在人身危险性层面上的不法侵害,店主可以行使正当防卫中的秩序维护权。

第三,在移动支付时代,取财型犯罪也存在财物无法挽回的情形。例如,劫匪深夜爬窗进入4楼住户房间,用刀捅伤被害人逼其将40万转给境外赌场,转账成功后劫匪爬窗离开,房主拿椅子砸向窗外已经爬到3楼的劫匪,致其摔成重伤。按照财物挽回说,转账成功后,被害人就无法再挽回损失了,房主故意伤害罪成立。但是,尚在爬楼的劫匪可能再次闯入任何一个房间继续实施类似罪行,人身危险性意义上的不法侵害正在进行,房主可以行使正当防卫中的秩序维护权。

第四,“财物挽回说”会否定对未遂犯的防卫必要性。例如,劫匪以为银行员工手中的黑色塑料袋内有贵重物品而抢走,实际抢到的是垃圾袋,劫匪系认识错误属于抢夺未遂,银行员工不存在财物挽回的余地,只有扭送的权利。如果银行员工不以扭送为目的直接开电瓶车追上劫匪将其撞成骨折,按照财物挽回说,银行员工构成故意伤害罪。而按照本文观点,劫匪虽然抢夺未遂,但存在继续抢夺其他人的人身危险性,人身危险性意义上的不法侵害正在进行,银行员工可以行使正当防卫中的秩序维护权。

(四)“一体化防卫行为说”无法解释第三人参与防卫

为了扩张正当防卫的范围,有学者提出,不法侵害已经结束后的防卫行为,如果与结束前的防卫行为具有一体化,不属于防卫不适时,且没有超过必要限度,则正当防卫成立^①。“一体化防卫行为说”(以下简称“一体化说”),仍然站在个人自卫权的立场上理解正当防卫,没有注意到秩序维护权也是我国正当防卫的内容,缩小了正当防卫的范围。

1.“一体化说”无法解释第三人参与防卫的合法性

如果被害人一直在持续防卫,如昆山案中于海明一直不间断地追砍龙哥,可以用一体化说解释对逃跑者的正当防卫性。但我国《刑法》允许“为了他人的人身、财产”利益进行正当防卫。例如,在持刀劫匪逃跑过程中,如果第三人捡起砖头将其砸成重伤,由于第三人并未参与之前的防卫过程,不存在防卫行为的连续性,无法用“一体化说”对其免责。这显然不合理,因为正当防卫并不区分防卫人的身份,换言之,被害人、第三人攻击逃跑的罪犯,应当具有同样的正当性。

2.“一体化说”立足于被害人的自卫权,无法解释警察的公共防卫权

在我国,警察执法时致人伤害,也是因正当防卫而正当化。我国《人民警察使用警械和武器条例》(以下简称《武器条例》)第九条规定:“人民警察判明有下列暴力犯罪行为的紧急情形之一,经警告无效的,可以使用武器:……(十三)实施放火、决水、爆炸、凶杀、抢劫或者其他严重暴力犯罪行为后拒捕、逃跑的”。例如,在恐怖袭击(爆炸)发生一个月后的春运期间,警方在加油站附近发现了爆炸犯,在罪犯逃跑时,警方鸣枪警告无效后将其击毙。《武器条例》允许警察使用武器,但使用武器致人死亡的法律责任,该条例并没有规定,只能依据刑法中的正当防卫说明警察行为的正当性。恐怖袭击之后一个月,行为意义上的“不法侵害”早已结束;而爆炸犯出现在加油站附近时未携带凶器,不存在行为意义上的不法侵害,“危险排除说”、“一体化说”都失去了存在的基础。警察的击毙行为属于正当防卫,只能是因为爆炸犯的人身危险性——有再次爆炸或实施等值危害行为的危险性,这是保护国家、公共利益的秩序维护权,而不是基于自卫权的一体化防卫行为。需要指出的是,职务行为不是警察击毙逃犯的正当化理由,因为职务行为并非我国《刑法》规定的免责事由。虽然在理论上,出罪理由可以放宽,但笼统以职务行为免责至少缺乏《刑法》规定的支持。退一步讲,即便按照职务行为对警察免责,也必须按照正当防卫的理论判断是否过限、适时。

3.“一体化说”无法解释突发案件中预防性防卫的合理性

司法实践有很多情形因为人身危险性而需要进行预防性防卫。例如,在“乘客抢方向盘案”中,湖南一公交车内,某中年男人无理要求下车,与司机发生争吵,击打司机几下后坐到司机旁边的座位上,随即后排一名

^①张明楷《刑法学》(第五版),第204页。

年轻人冲上来飞踹中年人数脚^①。按照“一体化说”，在中年男人击打司机时，年轻人没有实施防卫行为，不存在一体化的防卫行为，年轻人的行为是事后报复。然而，该中年男人情绪激动，坐在司机的旁边，在司机没有满足其停车要求时，他随时可能再次攻击司机而引发车祸。换言之，一个刚刚实施攻击的人具有人身危险性，年轻人事后的飞踹行为，制止了人身危险性意义上的不法侵害，属于正当防卫。否则，如果认为只有中年人再次攻击司机时，才允许乘客出手制止，会错失防卫机会，引发类似于重庆公交车司机被抢方向盘后公交车坠江的悲剧。

三 评价不法侵害应兼顾具体行为和人身危险性

(一) 防卫对象：危险的人还是具体的行为

按照通说，正当防卫的对象当然是具体的行为。我们习惯了根据客观行为判断犯罪和不法侵害，但事实上，危害行为只是人身危险性的表现，决定不法侵害的不是外在行为，而是人身危险性。对防卫人而言，危险更多取决于“人”，而非具体行为或工具。换言之，正当防卫的对象是具体的人，而非具体的行为。

1. 法官面对的是静态行为，可以事后只根据行为定罪

现代刑法的核心是行为，判断“不法侵害”的基准也应当是行为。但是，刑法的核心是行为，是从法官事后定罪量刑的角度所下的结论，这一立场不能适用于紧急状态中的防卫人。通说对不法侵害性质的判断，都是以法官事后审查为基础的，按照犯罪构成理论判断不法侵害属于杀人、抢劫还是强奸等。法官是阅卷定性，而防卫人是阅人防卫。法官面对的是案卷中静态的行为，阅读的是文字描述，可以排除凶手的长相、性别、肌肉等人的因素，只分析行为。

2. 防卫人面对的是动态的人，必须考虑人身危险性

防卫人阅读的是凶手当时的状态，必须根据性别、肌肉或眼神，判断危险的大小。法官是在事后从容进行理性判断，而防卫人是在事中进行直觉判断，甚至是预判下一步的潜在威胁。法官可以事后根据口供、结果判定行为性质；相反，多数侵害人不会提前宣告行为目的，防卫人只能通过看人、阅读凶手的身体而判断侵害的性质，“大家每个人、每天都用这种直觉预测来保障自身安危，而非通过逻辑的思考”^②。简单地讲，法官判断的眼里只有行为，而防卫人的眼里只有人。法官是书桌上的资料审查，防卫者是战场上的本能反应。法官是事后的理性判断，防卫人是紧急中的直觉反应，这决定了正当防卫的对象不同于定罪量刑的对象（即行为）。

(二) 规范解释：“不法侵害”包括“人身危险”

西方国家正当防卫的规定一般不提及人的要素，如《日本刑法典》对正当防卫的规定：“为了防卫自己或者他人的权利，对于紧迫的不正当侵害不得已所实施的行为，不处罚”。这一规定把正当防卫的对象限定为“行为”，没有体现出“人”的要素。然而，我国《刑法》条文中正当防卫的对象既包括“人的行为”，也包括“人身危险”。

1. 我国《刑法》正当防卫的对象是含义更广的“不法侵害”，而非“不法行为”或“违法犯罪”

不能仅用行为，尤其是不能用犯罪构成中的行为来理解“不法侵害”。我国《刑法》一般使用“违法犯罪”代指行为，但是，立法者特别使用了“不法侵害”，就不仅仅指行为意义上的违法犯罪了，还可以包括“人身危险性”。例如，《武器条例》规定，对于“实施放火、决水、爆炸、凶杀、抢劫或者其他严重暴力犯罪行为后拒捕、逃跑的”，人民警察可以使用武器。爆炸犯实施犯罪后逃跑的过程中，之前的犯罪已经结束了，逃跑行为本身也不是任何违法犯罪行为。警察使用武器击伤逃跑的爆炸犯而构成正当防卫，原因不在于当时存在行为意义上的违法犯罪，而是人身危险性——再次实施犯罪的可能性，这种“人身危险性”不是“违法犯罪”，但属于“不法侵害”。

2. 我国正当防卫的对象明确规定了人的要素

^①《男子错过站点抢夺方向盘被另一乘客踹飞》，新浪网，2018年11月2日发布，2019年8月25日访问，<http://gd.sina.com.cn/news/2018-11-02/detail-ihnfikve9069853.shtml>。

^②加文·德·贝克尔《恐惧给你的礼物》，陈聆译，中华工商联合出版社2018年版，第50页。

我国《刑法》规定:“采取的制止不法侵害的行为,对不法侵害人造成损害的,属于正当防卫。”这一条文明显强调了,正当防卫的对象包括了人的要素——“不法侵害人”。对“不法侵害人”完全可以作出不同于“不法行为”的理解,把人的不法性、危险性考虑在内。西方刑法有“人的违法论”的理论,在韦尔策尔看来,不法并非尽是在内容上与行为人相分离的结果的引起,行为只有作为一定行为人的作品才是违法的;由于参与人不同,同一行为事项的不法的严重性也可能不同,从而提出了人的违法论^①。“对于法秩序来说,重要的是行为人在什么样的目标下实施了该行为,以什么样的心情实施了该行为,实施该行为的人具有什么样的义务”^②。在我国《刑法》表述中,“人的违法性”很难对标到“违法犯罪”一词,而更容易对应到“不法侵害人”一词。

(三)人身危险性是客观推论,不会形成种族歧视

1.西方刑法担心道德危机而不考虑“人身危险性”

西方国家否认“人身危险性”对判断“不法侵害”的意义,主要是担心种族主义歧视。德国有二战时屠杀犹太人的问题,美国有黑人问题,这导致西方学术界基于政治正确,不敢直接讨论“人身危险性”问题,以防被批评为种族歧视。如美国弗莱切教授认为,“人们应该根据他们的品质和终生的行为来得到赏罚。但这一原则更适合不会出错的神罚,而不是并不完美的法律制度。法律很明智地将其范围限定在某一特定行为是否构成犯罪并应得到惩罚的问题上,或是在自卫情形下,某一特定的攻击行为是否适当地引发防卫权反应的问题上。嫌疑犯的总体品质无论对于惩罚,还是对于衡量在某一具体情形下防卫性暴力是否可以准许使用,都并不重要。”^③弗莱切教授的评论是针对“纽约地铁枪击案”^④,有特定语境。在美国司法中,辩论止于种族主义。如果用“人身危险性”判断“不法侵害”,会得出歧视黑人的结论。因为根据司法统计数据,黑人的犯罪率明显高于白人,黑人会因为人身危险性而被认定为(更重的)不法侵害。但是,在我国探讨“人身危险性”并非学术禁区,只要有客观标准,这一理论就不会形成种族、群体歧视。

2.中国刑法应当承认“人身危险性”影响不法侵害

首先,一些人身因素(如性别、强壮程度、严重暴力犯罪记录),必然影响防卫人的判断。例如,一个当地人都认识的抢劫犯,在假释期间进入仓库盗窃,保安就可以采取比应对盗窃行为更凌厉的防卫措施,因为他的人身危险性更高。德国学者认为,当一个人被一名体重130公斤、在身体上远远比他占优势的男子揪住,以及在脸上和脖子上受到打击时,允许刺出致命性的一刀来解救自己^⑤。在2019年丽江唐雪反杀案中,女性对男性的正当防卫,也必须考虑性别差异这一人身因素。犯罪率高的群体会刺激他人的防卫本能。笔者在美国访学期间,经过一些犯罪率高的街区时,会本能地提高警惕,增强防卫意识。深夜在王府井大街和开普敦尼扬加街区(南非暴力犯罪最严重的地区),同样一个拍女生肩膀的举动,就有不同的意义。这在防卫过当或假想防卫时,判断防卫人是故意、过失还是意外事件,仍有参考价值。法律不应否定人身因素对正当防卫的影响,而应寻找合理标准来限制种族歧视。

其次,合理的理论模型可以防止“人身危险性”形成种族歧视。我国《刑法》第五条规定的罪责刑相适应原则肯定了人身危险性,并没有引发种族歧视的问题。本文按照罪责刑相适应原则的内容,将“人身危险性”限定为初犯可能性、再犯可能性,是根据行为、凶器等客观标准判断人身危险性;种族、肤色、纹身等与客观危害无关的人身因素,不能影响对不法侵害的判断。简言之,只要有合理的判断标准,“人身危险性”仍然是一种客观的判断,并非龙勃罗梭的天生犯罪人理论和面相学。

(四)以人身危险性为基础判断不法侵害

思想归上帝,刑法只管行为。法律承认人身危险性,但如果根据凶兽纹身、长相凶狠等因素判断人身危险性,就会倒退到天生犯罪人的理论,使正当防卫变成了道德审判。这实际是对人身危险性的误解。

①大塚仁《刑法概说(总论)》,冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第308页。

②大谷实《刑法讲义总论》,黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第218页。

③乔治·P·弗莱切《地铁里的枪声——正当防卫还是持枪杀人?》,陈绪纲、范文洁译,北京大学出版社2007年版,第34页。

④1984年圣诞节前夕,在每天平均发生38起刑事案件的纽约地铁中,4名劣迹斑斑的青年黑人向一位身材瘦弱的白人工程师戈茨(Gotez)索要5美元。戈茨连开数枪,4名黑人全部受伤,其中一人终身瘫痪。

⑤克劳斯·罗克辛《德国刑法学总论(第1卷):犯罪原理的基础构造》,第439页。

1.应以《刑法》第五条确立的人身危险性为基础判断不法侵害

在刑法中,人身危险性有明确含义——初犯可能性与再犯可能性,“人身危险性是再犯可能性与初犯可能性的统一”^①。刑法也是以人身危险性为基础建立起来的,如果没有再犯可能性,刑罚就失去了正当性的基础。现代刑罚的两大根据是预防与报应,报应论来源于复仇,以血还血式的报应论是一种单纯的伤害,在文明社会无法使刑罚正当化。预防的主要内容是防止犯罪,这是刑罚正当化的主要根据。简单地讲,报应是发动刑罚的正当根据,而预防是执行刑罚的正当根据。既然文明国家的刑罚必须考虑人身危险性,那么,以人身危险性为基础判断不法侵害,就不违反刑法基本理论。

2.刑罚权与防卫权都是对不法侵害的反应

刑罚权是国家对罪犯的反应,而防卫权是个人对罪犯及侵害人的反应。刑罚制度就是和平版的正当防卫,是缓和的防卫权。因为罪犯有人身危险性,国家动用刑罚将其关押,防止其危害社会。只不过,正当防卫是防止罪犯及侵害人即刻的危险性,需要采取激烈的防卫手段;而刑罚是防止罪犯长期的危险性,可以采取相对缓和的刑罚措施,两者的本质是一样的。既然量刑时要考虑人身危险性,防卫时也应当考虑人身危险性。

限于篇幅,下文主要从再犯危险性角度论证防卫时间的延后性(把部分事后防卫解释为正当防卫)。从初犯可能性角度论证防卫时间的提前性(把部分提前防卫解释为正当防卫),将另文讨论。

四 人身危险性延长了不法侵害的结束时间

在判断不法侵害时,必须考虑再犯可能性即“侵害人再次实施不法侵害的可能性”。“一个人的现状,是预测他将来的最可靠基础”^②。现代心理学无法准确预测再犯可能性,只能推定任何实施过犯罪的人都可能再次实施犯罪,这是一种法律上的推定。这一推定同样适用于正当防卫,任何刚刚实施了不法侵害的人,都可能再次实施类似不法侵害。在不法侵害人丧失反抗能力或被制服之前,法律推定其有再次侵害的可能性,因而属于“人身危险性”意义上的不法侵害。

(一)再犯可能性的开始:已实施不法侵害

1.侵害者可能再次侵害

通说没有看到行为意义上的“不法侵害”结束之后,还存在人身危险性意义上的不法侵害——再犯可能性。大陆法系刑法理论认为:“对已经过去的不法侵害人已经退走)不法侵害行为作出反应,不能构成正当防卫,而是一种复仇(报复);在仅仅是可能存在‘将来的’危害的情况下,也不能构成正当防卫。”^③按照这种“只许凶手返回补刀、不许良民背后捅刀”的逻辑,在凶手强奸、抢劫完毕离开又返回杀人灭口的过程中,被害人只能坐以待毙,不能在凶手离开时正当防卫。这样解释不法侵害,是把正当防卫变成了罪犯多次施恶的通行证。

本文认为,实施过不法侵害的人,可能随时再次实施不法侵害,因而具有人身危险性意义上的不法侵害。心理学家通过对仓鼠的实验,证明了攻击有连续效应,“在一次攻击行为发生后的较短时间内,动物易于产生进一步的攻击行为,也就是说,先前的攻击行为使动物处于一种情绪状态,具有引发后继攻击的启动效应。在这种启动效应尚未失效的时间内,动物杏仁核皮质内侧区的机能活动增强,如果对该区域直接施加刺激,也能诱发相同的攻击行为启动效应”^④。

在司法实践中,我们经常看到侵害行为的连续性。例如,在“女子连续抢方向盘案”中,女乘客连续六次抢方向盘^⑤。如果认为该女子第一次抢方向盘后,不法侵害已经结束了,司机殴打她就是事后报复。然而,在第一次抢方向盘之后,只要犯罪条件没有消除(仍停留在司机附近或有辱骂行为),法律就推定该乘客具有

① 陈兴良《刑法哲学》,中国政法大学出版社1997年版,第139页。

② 加文·德·贝克尔《恐惧给你的礼物》,第216页。

③ 卡斯东·斯特法尼等《法国刑法总论精义》,罗结珍译,中国政法大学出版社1998年版,第357页。

④ 张卫东《生物心理学》,上海社会科学出版社2007年版,第215页。

⑤ 《女子冒用老人卡乘车被识破 竟六次抢拽方向盘》,中新网,2017年7月1日发布,2020年8月26日访问,<http://www.chinanews.com/shipin/2017/07-01/news718716.shtml>。

再犯可能性,就存在人身危险性意义上的不法侵害,其他乘客对该女子的拉拽或殴打,就属于正当防卫。坚持行为说的学者或许会认为,一时中断、断续的侵害行为,基于同一犯意而在整体上可以视为一个侵害行为,但这是法官视角的事后判断,且犯意是否存在全凭行为人口供。当女子第一次抢方向盘结束后被殴打致轻伤,没有第二次抢方向盘,被捕后也否认了有再抢的犯意,这就无法用“整体犯罪行为说”认定乘客属于正当防卫。按照本文立场,女子第一次抢方向盘后未离开,就有再犯的人身危险性,对人身危险性意义上的不法侵害,乘客可以正当防卫。德国学者提出了“有效说”来解释对连续侵害行为的防卫时间问题,认为即将错过最后的防卫机会时,可以认为侵害行为正在进行。如醉酒的父亲殴打第一个孩子后对第二个孩子还没有动手,但如果第二个孩子不在父亲转身时用平底锅打父亲的头,再慢一秒就很可能被父亲殴打了。有效说认为,父亲几近确定的侵害是正在进行的不法侵害^①。有效说结论合理但欠缺体系的严密性,实际上,用父亲的再犯可能性可以更好地解释第二个孩子的正当防卫问题。

2.我国其他法律肯定了正当防卫应考虑再犯可能性

2015年两高与公安部、司法部联合印发的《关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见》第二十条规定:“对于长期遭受家庭暴力后,在激愤、恐惧状态下为了防止再次遭受家庭暴力,或者为了摆脱家庭暴力而故意杀害、伤害施暴人,被告人的行为具有防卫因素,施暴人在案件起因上具有明显过错或者直接责任的,可以酌情从宽处罚。”这一文件肯定了“为了防止再次遭受家庭暴力,或者为了摆脱家庭暴力”可以进行预防性防卫,即肯定了正当防卫要考虑侵害人的再犯可能性。

例如,在2020年“重庆刘某凌晨锤杀性侵与家暴丈夫案”中,某日凌晨3时,刘某的再婚丈夫蒋某银欲性侵其女儿龙某某,刘某制止后遭蒋某银殴打。4时许,刘某持铁锤多次击打躺着的蒋某银致其死亡。案发前,蒋某银多次对刘某和家人家暴,并因故意伤害罪被判处有期徒刑一年,且多次企图强奸龙某某^②。如果把不法侵害理解为具体殴打行为,丈夫已经睡着了,妻子杀夫的行为不具有防卫性。但是,如果引入人身危险性,刚刚发生的殴打、性侵行为证明丈夫有再犯可能性。换言之,丈夫随时可能醒来继续殴打妻子、性侵继女,人身危险性意义上的不法侵害仍然在进行中。正当防卫不要求紧急避险的“不得已性”,即使妻子可以报警或逃走但仍然可以正当防卫。美国弗莱切教授也指出:“考虑到她以前被殴打,妻子很有理由担心暴力再度发生。杀死熟睡的丈夫因此作为可能的合法防卫反应,而不是替过去所受伤害复仇的非法行为。”^③只不过,弗莱切教授没有提出根据人身危险性判断不法侵害的理论。

需要说明的是,受虐妇女杀死熟睡的家暴丈夫具有防卫性质,但还要进一步判断防卫限度。如果丈夫之前的不法侵害属于扇耳光等一般殴打行为(未用过菜刀、铁锤等危险工具),则丈夫的再犯可能性也只能限于同等的殴打行为,达不到无限防卫的条件,妻子将丈夫杀死就是防卫过当。但是,在“重庆刘某凌晨锤杀性侵与家暴丈夫”案中,丈夫在短暂时间前有企图性侵继女的暴力行为,且未放弃犯意[声称“一定要将她睡到”,“(次日)早晨要在门前公路上强奸龙某某给路人看”]^④,犯罪条件与场景均未消除,人身危险性意义上的严重不法侵害仍然在继续,妻子可以使用特殊防卫权。

(二)再犯可能性的结束:丧失侵害能力、脱离犯罪条件

根据再犯可能性判断不法侵害,延长了防卫时间,但其也有终止时间。具体而言:一是在现场,被制服或丧失侵害能力;二是离开现场,脱离了犯罪条件;三是极端恐怖主义者,已经归案。

首先,在犯罪现场,在侵害人被制服或者丧失侵害能力时,人身危险性意义上的不法侵害就结束了。将“被制服或者丧失侵害能力”作为不法侵害结束的时间,有制度依据。1983年9月14日,两高与公安部、国家安全部、司法部发布的《人民警察执行职务中实行正当防卫的具体规定》中明确了人身危险性的消除是正

^①黄荣坚《基础刑法学》(上),中国人民大学2006年版,第151页。

^②谢寅宗《女子凌晨锤杀丈夫受审,是否构成正当防卫成庭审焦点》,澎湃新闻,2020年12月25日发布,2021年2月1日访问,https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_10534063。

^③乔治·P·弗莱切《地铁里的枪声——正当防卫不还是持枪杀人?》,第27页。

^④谢寅宗《女子凌晨锤杀丈夫受审,是否构成正当防卫成庭审焦点》,澎湃新闻,2020年12月25日发布,2021年2月1日访问,https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_10534063。

当防卫的终点:“三、遇有下列情形之一时,应当停止防卫行为:……(三)不法侵害人已经被制服,或者已经丧失侵害能力。”换言之,长期以来,我国执法机关就是根据人身危险性,而非只根据具体行为来判断不法侵害。2020年《意见》将“丧失侵害能力”作为不法侵害结束的标准之一,再次肯定了不法侵害的内容包括再犯可能性。

在犯罪现场,侵害人仅仅停止具体不法侵害,但未被制服或丧失侵害能力,并没有结束人身危险性意义上的不法侵害。在昆山案中,有学者认为,“如果在遭遇防卫后,侵害人没有逃离现场,那么,侵害人是否丧失侵害能力,是否存在再度反攻的可能性,是防卫人能否持续防卫的重要因素”^①。采用“丧失侵害能力”的标准来判断防卫时间,已经脱离了“不法侵害=具体行为”的传统立场,实质也是根据人身危险性独立判断不法侵害。遗憾的是,该学者没有把这一理论教义学化。实践也证明,侵害结束时凶手在现场,对被害人(或其他人)仍然是严重的威胁。例如,近年来各地频发校园杀童事件,如2018年10月26日刘某在重庆巴南幼儿园砍伤14名孩子等案件。在类似案件中,凶手停止砍杀并不意味着不法侵害已经结束。假如凶手砍杀后准备骑摩托车离开,保安捡起菜刀将其砍成重伤,属于正当防卫。凶手杀人后在校园或门口停留,具有再犯可能性,仍然存在人身危险性意义上的不法侵害。即便凶手扔了刀,仍然可能用砖头、拳头或者用摩托车撞击等方式伤害孩子。其道理,犹如一个刚刚咬了羊的狼,仍然在羊群中就存在再次不法侵害的可能性。

其次,罪犯离开现场,但现场再现且具备同样的犯罪条件,仍然存在人身危险性意义上的不法侵害。按照通说“不法侵害=具体行为”的理论,在不法侵害结束、侵害人离开现场后,防卫人再攻击侵害人就属于事后报复。这是把正当防卫看成单纯的个人自卫权,忘记了我国的正当防卫还包括秩序维护权。例如,在夏天的地铁座位上,戴口罩的B男趁女童父亲打瞌睡之际,用手抠摸女童下体,抠摸完后跑到另一车厢玩手机。半小时后父亲醒来,女童给父亲讲了经过并得到其他乘客的印证,父亲到另一车厢找到了仍戴着口罩的B男,将其殴打致牙齿脱落(轻伤)。按照通说,女童被猥亵后已经过了半个小时,罪犯也已经到了另一个车厢,父亲殴打的目的不是扭送,也不存在一体化的防卫行为,属于事后报复而故意伤害罪成立。本文认为,虽然B男在行为意义上的不法侵害已经结束,父亲无法行使个人自卫权,但是,B男仍然戴着口罩掩盖身份,处在可能猥亵地铁中其他女性的犯罪条件中,对社会秩序存在威胁,具有再犯可能性,存在人身危险性意义上的不法侵害。因而,父亲殴打B男的行为属于行使正当防卫中的秩序维护权。

(三)事后防卫权的相对合理性:再犯可能性延长了防卫时间

1.罪犯倒地、逃跑时没有丧失侵害能力,仍然存在不法侵害

按照通说“不法侵害=具体行为”的逻辑,一旦侵害人倒地后或逃跑时,具体的不法侵害行为就已经结束,此时防卫人攻击倒地或逃跑的侵害人,就属于事后报复。虽然偶尔有法院基于常理认定了正当防卫,但都存在“结论正确、逻辑错误”的问题。本文的观点很容易解释部分事后防卫的合理性,侵害人倒地或逃跑时,如果没有被制服或丧失反抗能力,仍然具有再犯可能性,人身危险性意义上的不法侵害仍在进行。从通说“防卫止于不法行为停止”到本文“防卫止于侵害能力丧失”的转变,防卫时间大大延长。

首先,罪犯逃跑时存在再犯可能性。例如,在2009年“顺德女司机撞死劫匪案”中,女司机被两名劫匪用铁质钻头抢走8万多元现金和票据的手袋,劫匪得手后立即朝第三名驾驶摩托车接应的歹徒跑去,女司机启动汽车追赶撞上劫匪致其一死两伤。法院终审认定龙女士是正当防卫,原因是歹徒抢劫后准备离开,但仍在被害人的视野范围内,因此抢劫行为仍然被视为在进行过程中^②。显然,劫匪的不法侵害已经结束,女司机防卫的对象是“逃跑行为”而不是“抢劫行为”,法官认为“抢劫行为仍然视为在进行过程中”的观点与事实不符;而财物返回说等观点也有实质缺陷。本文认为,女司机撞击歹徒,一方面是行使个人自卫权,防止歹徒再次返回抢劫自己或实施等值不法侵害;另一方面是行使秩序维护权,防止歹徒在逃跑过程中再次抢劫他人或实施等值不法侵害。

①车浩《昆山启示录:当防卫不是拳击比赛而是抗击侵略》,《刑事法判解》2019年第1期,第211页。

②《女子撞死劫匪被判正当防卫 捉贼更添底气》,中国新闻网,2009年3月26日发布,2020年8月23日访问,<http://www.chinanews.com.cn/sh/news/2009/03-26/1619975.shtml>。

其次，罪犯倒地时没有丧失侵害能力，仍然可能存在不法侵害。例如，在“2018年涑源王新元夫妇反杀案”中，王磊携带水果刀深夜翻墙进入王晓的家中并刺伤王晓及其父（王新元）母（赵印芝）；在王磊受伤倒地不动后，赵印芝用菜刀劈砍王磊头颈部致其死亡。如果认为“不法侵害=具体行为”，王磊受伤倒地后没有实施具体的侵害行为，赵印芝劈砍倒地的王磊就是事后防卫，构成故意杀人罪。但是，如果从人身危险性的角度考虑不法侵害，倒地并不意味着其再犯可能性的消除，王磊之前的连续侵权行为表现出了高度的人身危险性，在夜晚的环境中，赵印芝等有合理理由相信王磊没有丧失反抗能力，其再次起身实施严重不法侵害的可能性极高。因而，王磊仍然存在人身危险性意义上的严重不法侵害，赵印芝攻击倒地的王磊就属于正当防卫。

2.反杀、反打也可构成正当防卫

按照“不法侵害=具体行为”的逻辑，防卫人夺刀反刺、夺棍反打等行为很难被认定为正当防卫。因为刀、棍等凶器是不法侵害的中心，一旦刀、棍落入防卫人手中，不法侵害就失去了载体而停止了下來——至少降级为一般冲突，反杀、反打的必要性就不存在了。类似夺刀反杀案，在以前判例中都未被认定为正当防卫。如在“2005年大同市杨辉反杀案”中，2005年8月23日，因曾被防卫人杨辉举报诈骗手机并被判刑6个月，雷涛进入防卫人的摩托车修理铺内，持刀威胁防卫人拿一万元了事并刺伤其左手手腕。两人对峙和扭打后，防卫人趁雷涛放下刀并不注意之际，夺刀将雷涛刺伤致死，法院以故意杀人罪判处防卫人杨辉无期徒刑^①。2019年8月12日，杨辉向山西大同市中院提出再审申诉，要求认定正当防卫。

近几年，我国司法机关开始将某些反杀、反打案认定为正当防卫。除了“昆山夺刀反杀案”被认定为正当防卫之外，在“2017年中山市潘某夺棍反打案”中，黄某于凌晨1时在酒吧门口因与女友发生矛盾，辱骂、持胶凳砸劝阻者。随后，黄某拿出伸缩棍威胁用餐人员，在公安人员到场后逃离。凌晨2时许，黄某返回现场，用酒瓶和伸缩棍殴打就餐人员焦某、潘某头部，导致二人轻微伤。被害人潘某将伸缩棍夺下后打击黄某头部致其轻伤。2018年4月17日，中山市第一市区检察院经审查认为潘某、焦某的行为属正当防卫^②。按照“不法侵害=具体行为”的传统观点，很难解释夺棍反打的防卫性，因为防卫人潘某夺棍后，黄某的具体不法侵害行为已经停止（至少大大降级）。但是，根据本文观点，黄某之前有连续侵害行为，两次使用伸缩棍无故威胁或殴打他人，再犯可能性很高。伸缩棍被夺后，黄某随时有再次攻击可能性（如另拿凳子、砖头），人身危险性意义上的不法侵害仍在进行，潘某的反打行为属于正当防卫。

3.再犯可能性延长了防卫时间，但防卫限度需另行判断

以“被制服或丧失侵害能力”来判断人身危险性，只是拉长了防卫时间，至于防卫限度，要另行判断。“被制服或丧失侵害能力”的核心是失去再犯可能性，绝非简单地允许防卫人置侵害人于死地。对于不同类型的非法侵害有不同的防卫限度要求。一方面，对于严重的非法侵害（如无限防卫权涉及的情形）而言，“被制服或丧失侵害能力”主要指侵害人身体机能、攻击能力的丧失，为了使侵害人丧失再犯可能性而导致其重伤、死亡的结果，可以构成正当防卫。但是，再犯可能性毕竟不是现实侵害，应适当限制对再犯可能性的防卫限度，这需要结合具体场景判断。另一方面，对于一般性的非法侵害而言，“被制服或丧失侵害能力”更多指心理上的压制，让罪犯在现场失去了再犯的勇气。如小偷在公交车上扒窃后被发现，乘客打其几拳致其流鼻血（轻伤以下），就已经足以预防、威慑其再犯可能性，使其在现场失去再犯可能性。反之，如果乘客持刀将小偷捅成重伤，就超出了防止其再犯的必要限度，属于防卫过当。

（四）对极端危险者的“场景防卫”：极度再犯可能性=不法侵害

2020年《意见》指出：“对于非法侵害是否已经开始或者结束，应当立足防卫人在防卫时所处的情境。”明确强调正当防卫的“情境”，在教义学上也就开创出了“场景防卫”学说。本文认为，对极端的人身危险性可以直接进行“场景防卫”，而无需考虑是否有正在进行的客观非法侵害。正当防卫中的再犯可能性，主要是在犯罪现场、现场延伸（如逃跑中）或现场再现，如果完全与犯罪现场无关，凶手的再犯可能性就属于量刑考虑的

^①山西省大同市中级人民法院刑事附带民事判决书（2009）同刑初字第6号。

^②韦磊、洪淡玉、李剑飞《“嫌疑人”成立正当防卫“被害人”被诉获刑》，《检察日报》2019年6月29日，第2版。

因素,而不是正当防卫的对象。但是,对于连续犯罪的极端危险者,如连环杀手、性侵惯犯、恐怖分子等,只要在归案之前出现犯罪情境或条件,都可以认定其存在人身危险性意义上的不法侵害,可以对其进行“场景防卫”。我国法律也肯定人身危险性可以独立于犯罪行为而存在,我国《反恐法》规定,对于服刑完毕的恐怖主义者,要进行社会危险性评估并采取相应的安置教育措施。服刑完毕,意味着犯罪行为与刑事责任均已结束,但罪犯的人身危险性可能依然存在。

首先,极端危险者的人身危险性会因为犯罪情境而被诱发成侵害行为。如有学者指出,“20 世纪的社会心理学揭示了一个重要问题:一个人做出某种行为的原因,并不是由于他是一个什么样的人,更多地是由于他处在一个什么样的情境”^①。简单地讲,极端危险者处在特定场景就是不法侵害。例如,恐怖分子连续三次在公共场所实施恐怖袭击(爆炸)后潜逃,三个月后又背着背包出现在商场内。由于该恐怖分子通过之前的连续恐怖袭击,已经表现出了与社会的决裂及场景化的再犯可能性。即使不能肯定他携带了危险物品,但其出现在商场就是一种不法侵害,就像患了狂犬病的狗出现在幼儿园一样,在它咬人前就可以采取防卫措施。因此,某顾客发现恐怖分子时将其踹倒在地致其轻伤,虽然顾客事后离开不属于扭送,但属于正当防卫。

其次,对于严重惯犯也可以实行“场景防卫”。例如,王某因三次猥亵女童而被通缉,某日晚上商场关门时,王某和一名小女孩在等电梯,在两人要进入电梯(无其他人)时,保安认出了王某,在电梯门将要关上的一瞬间,保安将王某强行拉出电梯致其摔伤骨折(轻伤)。在进入电梯时,王某没有实施任何不法侵害,事后也不承认有猥亵意图。但是,王某多次在封闭空间内猥亵女童,在女童、电梯、无人等犯罪情景再次出现时,法律推定李某有再犯可能性,存在人身危险性意义上的不法侵害,保安的行为属于正当防卫。

需要指出的是,对于极端危险者的“场景防卫”及其限度要从严判断,一旦宽松化就会伤及无辜。限于篇幅,另文讨论。

(五)再犯可能性消失后他人再攻击就属于事后防卫

虽然再犯可能性延长了防卫时间,但其仍有终结之时。当加害人再次侵害的现实可能性已经消失时,他人再攻击就属于事后防卫。具体包括如下三个方面的情形。一是加害人在现场被制服或丧失侵害能力时,他人再攻击就属于事后防卫。对此应采用“社会一般人”的判断标准,只要现场状况表明罪犯已经没有了再次侵害的可能性,如加害人已经被捆绑或者受重伤,就表明其“被制服或丧失侵害能力”,他人再攻击就是事后防卫。此外,罪犯打电话自首等待警察到来、跪地求饶等举动,都表达出接受法律制裁的意愿,已经没有了现场再犯可能性,此时他人再攻击罪犯,也属于事后防卫。二是加害人离开现场,脱离了犯罪条件后,他人再行攻击就属于事后防卫。实践中有时会出现异地防卫的情形,所谓“仇人见面分外眼红”。在被害人(亲属)在不同时空遇到加害人时,如果加害人已经远离了犯罪现场,也不是犯罪现场的延伸,且已经脱离了犯罪条件,如未持有凶器等作案工具,此时,被害人只能进行扭送,再行攻击就属于事后防卫。三是极端危险者归案后,他人再攻击就属于事后防卫。无论再极端的危险者,一旦归案或被抓捕后,法律就推定其再犯危险性中断,只能对其行使和平性的刑罚权,而不能行使应急性的防卫权,此时他人攻击之就属于事后防卫。

五 结语:扩大防卫权有利于减少冲突,但也要防止走向极端

人身危险性是一个危险的概念,但是,不考虑人身危险性的正当防卫更危险。

一方面,人身危险性理论有利于构建安全社会。读者可能会反问:扩大防卫权,是否会激化矛盾,导致社会处于火药桶状态?笔者认为,从个案看,增大防卫权可能会增加伤亡率;从宏观看,这有利于构建和平、文明的社会环境。笔者在美国访学期间,就注意到一个差异:在中国,多数家庭都有防盗门,一楼窗户基本有防盗网,但入户盗窃案时有发生;美国中产者住的别墅很少有防盗门、防盗网,但入户盗窃很少发生。其中的一个原因是,美国房主可以对非法侵入住宅者实施凌厉的防卫权,这极大地遏制了潜在的入户盗窃者。同理,这几年,我国经常发生刁蛮行为(如高铁扒门、打砸机场柜台、无绳遛狗、逃避疫情隔离),如果允许警察或被害人对这些刁蛮行为行使防卫权,是否可以大幅度降低其发生率?从长远看,强化防卫权有利于形成“打人就是打自己”的反制效应,可以减少犯罪和不文明行为,提高社会的安全度。

① 斯坦利·米尔格拉姆《对权威的服从——一次逼近人性真相的心理学实验》,赵萍萍、王利群译,新华出版社 2013 年版,第 232 页。

另一方面,不能脱离犯罪现场和犯罪条件的客观基础谈人身危险性,人身危险性应当坚持“侵害人在犯罪条件未消失时可能再实施类似侵害”的客观判断。人身危险性理论只是教义学原则而非司法指南,要谨防走向另一个极端。人身危险性理论站在防卫人的立场上扩张了防卫权——冒险者将成为被冒险者、砍人者也斩断了法律对自己的保护,但这有可能忽视了侵害人的利益。正因为人身危险性是一个危险的概念,本文从再犯可能性的角度,即原则上仅限于在犯罪现场且犯罪条件未消失时,才可推断侵害人有人身危险性,应避免脱离犯罪现场和犯罪条件谈再犯可能性以防止主观判断,对极端危险者的“场景防卫”更要严格限定客观条件。而且,“不法侵害=具体行为+人身危险性”只是学术观点,学术表达可以适度激进,以让法律人多个思考角度,但司法需要谨慎,如何客观地判断人身危险性并适用于个案,还需要细化讨论。

同时,人身危险性不是万能概念,它主要是拉长了防卫时间,适当提高了防卫限度;对于假想防卫、防卫意识等其他问题,仍然要按照通说进行判断。

Wrongful Infringement in Self-Defense: From Behavioral Danger to Personal Danger

Gao Yandong

(Guanghua Law School, Zhejiang University, Hangzhou, Zhejiang 310008, China)

Abstract: Legitimate defense cases in China in recent years have changed the connotation of unlawful infringement. It is generally believed that unlawful infringement is defined by specific acts, which fails to notice that the defenders are the first to face dangerous people, which greatly limits the right of citizens to defend. The viewpoints of property recovery theory and integrated defense behavior theory that expand the right of defense have not broken through the limitations of the behavior theory, and thus can hardly explain legitimate defense's dual attributes of the right to self-defense and the right to maintain order in China. Judgment of unlawful infringement should be based on the existing behavior, taking into account the personal danger of the unforeseen behavior. Introducing personal danger into unlawful infringement can reasonably lengthen the defense time and moderately expand the defense limit. If the personal danger is limited to the possibility of both the first and the second offense, it can not only expand the defense authority, but also prevent the abuse of personal danger, with no possibility of causing the order out of control.

Key words: justifiable defense; personal danger; post-event defense; possibility of recidivism; right to maintain order

[责任编辑:苏雪梅]