

# 论正当防卫限度的司法认定

● 王 旺



**[摘要]** 正当防卫是《刑法》赋予公民的一项权利。随着一些热点案例的出现,正当防卫成了一个焦点话题。但一些案例的处理结果仍存在争议,其中,防卫限度的认定在《刑法》学界中最具争议。关于防卫限度的认定思路及评价标准,至今都没有统一。全国各级人民法院对于防卫限度的认定标准又各有不同,要想正当防卫制度“全面激活”,统一防卫限度的认定标准是必要的。本文讨论的核心内容是防卫限度的司法认定。本文根据我国《刑法》的相关规定,对正当防卫以及防卫限度的概念进行了阐释。同时,通过分析中国裁判文书网中有关防卫限度的部分案件,对近年来在司法实践中关于防卫限度认定经常出现的一些问题进行了总结,并针对这些问题提出了解决措施。

**[关键词]** 正当防卫;防卫限度;认定标准

随着一些热点案件的出现,人们对于正当防卫这项制度的关注也越来越多。“于欢案”得到社会的广泛关注,“于海明案”更是被视为“全面激活”正当防卫制度的钥匙。近年来,越来越多的不捕不诉案件以正当防卫为依据,但对于防卫限度的认定标准,司法人员之间存在着一些观念上的差异。在有关正当防卫的问题中,防卫限度的认定一直处于重要地位。至今,对防卫限度的认定都没有统一的认定标准。笔者通过分析近年来中国裁判文书网中有关防卫限度的部分判决书发现,在实务中,防卫限度的认定环节仍存在一些问题。

## Q 防卫限度

我国《刑法》第20条第1款对正当防卫的概念进行了明确的规定。判断防卫行为能否成立正当防卫,要看采取行为的时候不法侵害行为是否已经发生,不法侵害行为是否正在进行,行为是否针对的是不法侵害者本人,采取行为时行为人主观目的是否为保护合法权益免受不法侵害,防卫行为是否超过了必要限度,防卫行为是否对不法侵害人造成了重大损害。我国《刑法》第20条第2款对防卫限度的概念进行了规定,防卫行为必须符合限度条件,才有可能成立正当防卫。我国《刑法》第20条第3款又规定了无限度的特殊防卫权。当出现此款规定情形时,在对防卫行为进行认定时,没有限度条件的限制。此款属于提示性规定。

## Q 司法实践中防卫限度认定存在的问题

(一)对防卫限度的理解有偏差

对防卫限度的理解,第一要把握“明显超过”与“超过”的差别;第二要把握“重大损害”的含义;第三要把握“必要限度”的内涵;第四要理清“明显超过必要限度”与“造成重大损害”之间的关系。

关于第一个问题,97《刑法》在“超过”前加了一个“明显”,立法者希望这样能够激活正当防卫制度。但在实际工作中,认定为正当防卫的案件很少,同时也没能准确区分“明显超过”和“超过”的差异。

关于第二个问题,笔者在中国裁判文书网中以“刑事案件”“判决书”“防卫过当”“二审”为关键词,共检索出了590份结果。在此基础上,在关键词中加入“轻伤”,共检索出297份结果,占据了前项结果的50%以上。由此可见,在司法实践中,虽然防卫行为仅导致不法侵害人轻伤,但仍被认定为“造成重大损害”。

关于第三个问题,在实务中,司法人员主要是将不法侵害人所侵犯的法益与其受到的损害进行对比,对防卫限度进行认定。又或是简单地将不法侵害行为与防卫行为在手段、强度等方面进行对比。

关于第四个问题,实务中常把“明显超过必要限度”和“造成重大损害”看作一个整体,以防卫结果来评价防卫行为,导致了“唯结果论”的出现。笔者以“正当防卫”“刑事案件”“重伤”“判决书”“二审”为关键词在中国裁判文书网中共检索到478份判决书。笔者按照判决作出的时间顺序抽取了30份,发现其中判决结果为“故意伤害罪”和“过失致人重伤罪”的案件数量为28份,而判决结果为

“正当防卫”的案件数量仅为2份。在这28份判决书的论证中，审判者认定防卫行为明显超过必要限度的理由均是防卫行为造成了严重后果。由此可见，在司法实践中，往往以防卫行为造成的后果为主要判断依据对防卫限度进行认定。在造成不法侵害人重伤或死亡的案件中往往会被认定为防卫过当，从而使“唯结果论”盛行，一些本应是正当防卫的行为被认定为防卫过当。

#### (二)以事后理性的立场评价防卫行为

如果不考虑防卫人在面临不法侵害时的具体情况，只以事后查明的客观事实去评价防卫行为，则防卫行为大概率会被认定为防卫过当。实务中常以事后查明的客观事实为标准，采用上帝视角把整个行为分割，认为只要不法侵害人倒地或者转身逃跑，不法侵害人就不可能对防卫人造成危害，从而将防卫人该时间点之后的行为认定为明显超过必要限度。

#### (三)忽略了持续性不法侵害的特殊性

在认定防卫行为是否超过必要限度时，应将不法侵害行为看作一个整体。特别是当防卫人遭遇持续性不法侵害时，应客观综合评估来确定防卫行为是否超过必要限度。这是因为与短暂结束的不法侵害相比，持续性不法侵害对防卫人的心理和生理压力不断增加，并且不法侵害的危险也在不断积累。张明楷教授指出，在司法实践中，由于没有考虑实际情况，对防卫手段要求过分严格，导致了大量的正当防卫被认定为防卫过当。正如日本学者山口厚所说：“不要将个别行为分别判断，而应将每个部分行为作为一个整体去考量”。

#### (四)防卫限度认定标准不统一

近年来，我国在不断完善有关防卫限度认定标准的法律，但最新的规定中仍没有给出一个具体明确的防卫限度认定标准。防卫限度认定标准不统一给司法裁判带来了不确定性，从而影响案件判决的公正性与权威性。最新司法解释中以防卫行为与不法侵害行为在性质、强度等方面是否相当为依据，判断防卫行为是否超过必要限度。此规定涉及的主观因素较多，不同的法官对其的把握标准也不一样，因此出现了一些具有争议性的案例。

### 完善正当防卫限度司法认定的措施

#### (一)准确把握防卫限度的内涵

目前，理论界和实务界对防卫限度的认定有很多观点，但这些观点的可操作性都不强。同时，占据主导地位地位的“折中说”也逐渐显露出一些问题。为了帮助司法人员准确理解和适用相关的防卫限度条文，笔者对“明显超过”“重大损害”“必要限度”的内涵进行了详细的解释。

##### 1. “明显超过”的涵义

当防卫人所采取的防卫手段明显超出了普通人所能接受的限度时，就会被认定为“明显超过”。笔者认为，防卫行为明显超过必要限度需要满足以下几个条件：第一，防卫人保护的法益价值极其微小，但防卫行为却对不法侵害人造成了重大损害；第二，防卫行为的手段、性质等相较于不法侵害行为而言过于激烈；第三，防卫人在有能力选择更加缓和的防卫手段时仍然选择了更加激烈的防卫手段。《刑法》修订增加了“明显”二字，是为了放宽认定防卫限度的标准，从而激活正当防卫制度。

##### 2. “重大损害”的涵义

张明楷教授提出的观点是，对于防卫行为所造成的“重大损害”来说，必须同时满足“相对”和“绝对”意义两个条件。从“相对”的角度来说，防卫行为造成的后果应远远超过不法侵害可能或已经造成的损害。从绝对的角度来说，“造成重大损害”指的是防卫行为导致不法侵害人受重伤或死亡的结果。

##### 3. “必要限度”的涵义

关于“必要限度”的涵义，学者们众说纷纭，主要有“基本相适应说”“必需说”“折中说”。

“基本相适应说”认为，防卫行为从手段、性质、强度及其造成的损害在轻重、大小等方面与不法侵害大致相当。若防卫行为明显超过不法侵害，则超过了防卫限度。“必需说认为”，只要防卫行为是必要的，能够制止不法侵害，防卫人就能采用，即使防卫行为造成的后果超过了不法侵害导致的损害，也没有超过必要限度。“折中说”认为，防卫行为在满足制止不法侵害所必需的情况下，还要在强度、性质等方面与不法侵害大致相当。

笔者认为，实务中应当采取“必需说”的观点。“必要”是指在防卫人遇到不法侵害时的客观条件下，站在防卫人的角度看，除防卫人所采取的防卫手段能阻止不法侵害外别无他法。实务中对防卫限度的认定陷入“唯结果论”的沼泽，其主要原因是没有理清“明显超过必要限度”与“造成重大损害”之间的关系。对于“明显超过必要限度”和“造成重大损害”的关系，学界有“一体说”与“二分说”两种观点。

“一体说”认为，“明显超过必要限度”与“造成重大损害”互为一体。只要防卫行为造成了重大损害，就一定超过了必要限度。“二分说”认为，“明显超过必要限度”与“造成重大损害”是两个相互独立的条件。同时，该学说还认为，应该对防卫行为是否“明显超过必要限度”进行优先判断。

笔者认为，在司法实践中应当采用“二分说”的观点。“二分说”将“明显超过必要限度”与“造成重大损害”看作两个独立的条件，对案件进行全面分析。此外，“二分

说”优先判断防卫行为是否“明显超过必要限度”的观点符合整个防卫行为的发展过程。

#### (二)以行为时的视角认定防卫限度

“防卫限度的判断视角”是指认定防卫行为是否超过必要限度时所采用的视角。在司法实践中,常以“上帝视角”来看待防卫行为,以事后查明的事实来认定防卫限度。这会对防卫人提出过高的要求,要求防卫人有很强的判断能力,要求防卫人看到在某个时间点后,不法侵害人的危险性降低,应该停止防卫行为,这显然是不符合常理的。司法人员应该设身处地地还原当时的情境,将自己带到这个情境中,把自己想象成防卫人,再对防卫行为进行评价,这才是科学合理的。

#### (三)从整体上把握防卫限度

在司法实践中,应当重视持续性不法侵害下的防卫限度认定。在持续不断的侵害下,防卫人的身体和心理都会遭受严重的摧残,导致其情绪过激,而对不法侵害人造成重大损害的结果。在这一类案件中,不能简单地以造成严重损害的后果而认定防卫行为超过必要限度。笔者认为,应当从整体上考察整个案件,考虑到持续性不法侵害的特殊性,此时对于防卫人的要求不能过于严格。

#### (四)加强对防卫限度认定的指导

##### 1.完善与防卫限度有关的司法解释

语言具有模糊性的特点,即使是像法律这样逻辑严谨周密,也无法摆脱这一局限。法律不能朝令夕改,否则就会使其失去稳定性和权威性。司法的难点在于把抽象的法条运用到具体的案件中去,实现从抽象到具体的转化。法律一经制定,便已滞后,现有的法律不可能把社会中所有的情况都包括其中。因此,完善司法解释能够很好地改善这一情况。现有的法律对于防卫限度的规定仍不太全面。因此,通过完善与防卫限度有关的司法解释,能够帮助司法人员判断防卫行为是否超过必要限度。

##### 2.补充指导性案例

我国不是判例法国家。指导性案例在司法实践中具有重要作用。最高人民法院颁布指导性案例,说明此案件的审判合法、合理,达到了法律效果与社会效果的统一。补充有关防卫限度认定的指导性案例,能够为后续类似案件提

供经验和参考,对统一防卫限度的认定具有积极作用。

## Q 结束语

综上所述,正当防卫制度是一项非常重要的制度,是为了鼓励公民在面临不法侵害时,勇于反抗,制止不法侵害。但是在司法实践中,关于正当防卫的问题很多,其中有关防卫限度的司法认定最为困难、复杂。本文主要是对防卫限度进行研究,采取分析中国裁判文书网中部分案例的方法,对近年来司法实践中关于防卫限度认定中存在的一些问题进行归纳,并提出了一些改善建议。笔者期望,这些建议能够让司法人员准确理解防卫限度的实质内涵,全面考量案件,从而合法、准确地对防卫限度进行认定。

## 参考文献

- [1]冯军.防卫过当:性质、成立要件与考察方法[J].法学,2019(01):22-36.
- [2]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(02):27-47.
- [3]曾文科.论量的防卫过当[J].华东政法大学学报,2022,25(04):122-136.
- [4]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,2015,27(05):1324-1348.
- [5]梁根林.防卫过当不法判断的立场、标准与逻辑[J].法学,2019(02):3-25.
- [6]张明楷.故意伤害罪司法现状的刑法学分析[J].清华法学,2013,7(01):6-27.
- [7]周详.防卫必要限度:学说之争与逻辑辨正[J].中外法学,2018,30(06):1570-1588.
- [8]邹兵建.正当防卫中“明显超过必要限度”的法教义学研究[J].法学,2018(11):139-153.
- [9]陈璇.被害人视角下的正当防卫论[J].法学研究,2015,37(03):120-138.
- [10]陈兴良.正当防卫教义学的评析与展开[J].中国刑事法杂志,2021(02):3-29.

## 作者简介:

王旺(2000—),男,汉族,贵州遵义人,硕士研究生,贵州财经大学法学院,研究方向:民商法。