

# 正当防卫适用的司法激活

● 鲍鑫磊 宋美霞 王文兵 贾颖琪



**[摘要]**本文主要从正当防卫的司法现状考察、正当防卫司法实质认定路径、正当防卫与司法内在运行逻辑，以及正当防卫案件的社会影响属性考察四个部分，并结合两高一部颁布的指导性案例对正当防卫适用进行进一步的理论与实务的强化。从正当防卫的理论开始，以正当防卫的实务作为终点进行理论与实践相结合，以促进正当防卫适用能够更好地符合“法不能向不法让步”的立法精神。同时，本文也着重从正当防卫案件的社会影响属性出发，并以问卷的形式对大众情感进行考察分析，促使正当防卫适用能够贴合大众朴素的情感价值，使得人民收获普遍的正义。

**[关键词]** 正当防卫；司法激活；实质认定

## Q 正当防卫的司法现状考察

### (一) 正当防卫的认知偏差

#### 1. 对正当防卫的时间认定

正当防卫的时间要件一直对于“正在进行的”这一条件有着较大的分歧。在刑法第二十条中明确规定，不法侵害需要“正在进行的”这一条件限制，但在司法实践中，对于时间这一维度产生了一个误区，即只有在暴力侵害发生的一刹那才能实行防卫。有学者据此提出两种学说：(1)“轻微侵害防卫说”，即不法侵害虽轻微但可对其进行防卫。(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。在“于欢案”的二审判决中，基于上述的两种学说，司法判决突出了于欢防卫的紧迫性，并且这两种学说也被写进第93号指导案例的裁判要点。由此可见，司法实践中对于正当防卫的时间要件的认定往往是争议的焦点。笔者认为，要想恰当的认定不法侵害的时间维度，要以长远视角来审视，如若只将不法侵害缩小为一个时间点，这不仅是对公民防卫权范围的缩小，也是对“法不能向不法让步”的践踏。

#### 2. 对防卫意图的主观揣测

关于正当防卫的主观要件方面，部分司法人员在判断防卫人的防卫意图时，往往基于主观猜测和推测，而非依据客观证据和合理推断。这可能导致真正具有防卫意图的行为被错误认定为报复或故意伤害。此类主观推断更多出现于对行为性质的认定方面，行为定性为防卫或是互殴、报复等。“被告人与被害人在扭打过程中均有伤害对方的故意，故被告人的行为不属于正当防卫”，这样只看重单一过程的

主观是片面的。而往往这些行为的定性影响着当事人是否真正具有防卫意图。

### (二) 正当防卫的司法惯性

在1979年的刑法中正当防卫制度就有了明确规定，但是自1979刑法实施以来，正当防卫的制度却少被司法机关所适用，并且在很多案件当中，正当防卫都有着较大的争议。正当防卫制度是立法和司法之间脱节最厉害的一个制度。这种理论与实务的鸿沟在1997年刑法中增添了“明显超过必要限度”和无过当防卫后有了一定的改善，司法机关逐渐开始小心适用正当防卫。但是大多数的司法工作者持唯结果论，认为只要出现了死伤，结果便不能认定为正当防卫。此外，司法机关一如既往地苛求防卫手段，要求防卫手段需与侵害手段相当，否则就难以认定为正当防卫。必要限度指的是与不法侵害相当的防卫手段产生的结果，那么是否对所有不法侵害都能进行正当防卫？由于法律条文具有天然的模糊性，对于“明显”二字的把握也具有较大的可挖掘空间。“丁某平死亡的结果系多因一果，有丁某平严重醉酒、自行头部撞墙等多重因素的作用。通过案件事实与现场情况了解，唐某华、杨某祥的防卫行为没有明显超过必要限度，属于正当防卫”。例如，此判决书，并未进行限度的充分说理，选择一笔带过。

## Q 正当防卫司法实质认定的路径

正当防卫具有高效、便利、快捷及低成本等优势。但在我国，涉及正当防卫的案件中被认定为无罪的仅占0.5%，凸显了司法机关对成立正当防卫的严格要求，深究其

背后原因，主要是理论界与实务界对于正当防卫中不法侵害认定存在误解。

### (一) 不法侵害之界定

侵害一词，在汉语词汇中解释为侵入而损害，在法律上侵及他人的权利而出现损害的结果。但在理论上，学术界对侵害的界定存在着分歧。说法一认为，侵害是指客观上造成一定的物质后果的一项活动。说法二认为，侵害是指对国家、利益及其他个人利益造成损害，具有紧迫性等特征的一种行为。笔者比较认同说法二，如果对社会公众利益和他人的合法权益产生损害，或者该行为具有对他人或社会产生实际危害的现实紧迫性，则属于不法侵害。若不具有紧迫性特征，那么不法侵害和不法行为的界线也将变得模糊。

### (二) 准确把握界定因素

经过查阅判例，发现多数法院仅根据防卫行为造成了伤亡后果，便判定其明显超过必要限度造成重大损害，构成防卫过当。这种做法与正当防卫的立法精神相违背，在一定程度上导致了立法目的的落空。为改变此情形，司法机关除应以行为足以制止不法侵害的需要为标准外，还应准确把握必要限度的界定因素，判断是否明显超过必要限度。《关于依法适用正当防卫制度的指导意见》中，对判断防卫限度需要考虑的因素作了比较全面的列举。

### (三) 指导案例的意义剖析

关于正当防卫，最高人民法院、最高人民检察院共发布了6起指导性案例，对正当防卫突破适用困境、实现合理适用具有普遍指导意义。因此，在司法实践中办理类似案件时，应灵活参照，并突破正当防卫的适用困境，从而激活正当防卫司法适用。如指导案例93号：于欢故意伤害案判决书中的四个裁判要点，在厘清正当防卫适用法律的标准具有重大指导意义，包括正当防卫的起因条件、特殊防卫的成立条件、防卫过当的判定及相应刑罚的裁量标准等方面。在实践价值上，指导性案例对实现刑事司法标准的统一化、提高刑事裁判文书地说理性，以及补足成文规范的现实内涵有着一定的优势。

## Q 正当防卫与司法运行的内在逻辑

正当防卫制度的司法运行机制改革措施是一个综合性的系统工程，旨在优化正当防卫的司法适用，确保公民的正当防卫权利得到有效保障。正是“昆山龙哥反杀案”以及“于某辱母杀人案”对社会产生了反响，使得正当防卫制度才能逐渐摆脱“僵尸条款”的现状。由此可知，各级法官对于审理的案件负责，对于司法内在运行有很大意义，不仅能够强化司法责任制落实，加强监督，还能进行全面性改革。

(1) 司法机关内部关系。只有公、检、法三方合力，才能使司法机关公正司法，但其不仅需要免除受来自外部舆论的侵袭，还需要抵制内部的干扰。在实践中，有部分导致司法不公的原因，有一部分是司法机关内部办案机构、办案人员的权责不清，以及某些司法机关畸形的“绩效考核”体系。

(2) 任务：推动司法体制改革。对正当防卫司法解释的细化进一步细化法律条款，在刑法中增加或细化关于正当防卫的条款，明确防卫行为的限度、防卫人的主观状态等关键要素，减少司法实践中的模糊地带。对于错案责任的第一承担人也十分重要。在司法机关中，检察院掌握起诉权，对于刑事案件来说，检察机关就是维护人民合法权利的第一机关。因此，检察院需担当起自己的职责，承担起作为刑事错案的第一负责人。此外，同样重要的是，要让法院在审理正当防卫案件时负起责任。为什么如今的正当防卫案件会导致不敢判的困境，有一部分原因就和司法系统内部畸形的绩效考核有关系，不能因为求稳而对犯罪嫌疑人的合法权益弃之不理。

## Q 正当防卫案件的社会影响属性考察

案件的社会属性是案件涉及的社会问题、社会影响和社会价值。正当防卫是法律赋予公民在公权力难以及时介入情形下的私人救济权，体现了人的社会属性。它不仅受到人的理性限制，也要接受法律的制约。如今，正当防卫案件不断增加，根据图1统计，明确表明其增加原因中占比最高的是原来很多正当防卫属性的案件被当成了普通犯罪，现在观念发生转换。

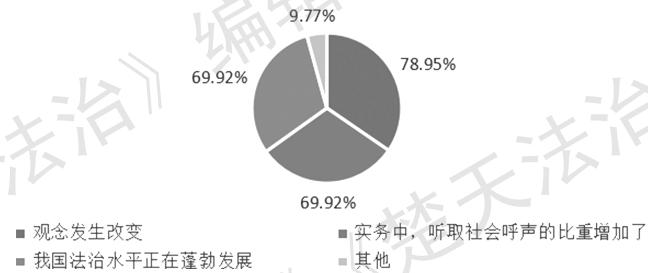


图1 正当防卫案件数量增加的原因

### (一) 社会大众的朴素情感期盼

社会大众的朴素情感期盼代表的是某个群体的深层诉求、情感和道德的力量，从而对社会起到规范和控制的作用。在于欢案中的一审判决认为，限制人身自由不属于不法侵害，因此判处无期徒刑。大部分人认为于欢作为孩子，保护母亲也是符合法理和人情，而一审判决存在忽视人伦温情的缺陷，与社会大众的朴素情感期盼相违背，从而引起了广泛的社会争议。这种社会舆论会促使裁判的事实认定更合乎情理，不仅起到提高司法透明度的作用，也在二审

改判中使司法与舆论在理性的碰撞中良性循环，从而促进裁判量刑结果更加公正。

社会大众的朴素情感期盼往往源于个人安全的保护意识和对公平正义的追求。通过调查发现，社会公众对于正当防卫的了解程度有超过半数的人是基本了解，大部分是不太了解，只有一小部分是非常了解。如图2所示。社会公众对于不法侵害的界定、必要限度的认定，以及防卫过当的量刑等专业方面缺乏了解，从而对正当防卫产生一定的误解，并对正当防卫案件的判断没有达到应有的公平。但伴随着法治建设和公众的法治意识不断提升，以及对正当防卫案件的参与度，关注度增强，使得人们逐渐希望法律所赋予他们一定的防卫权，以便在必要时保护自己的生命安全。

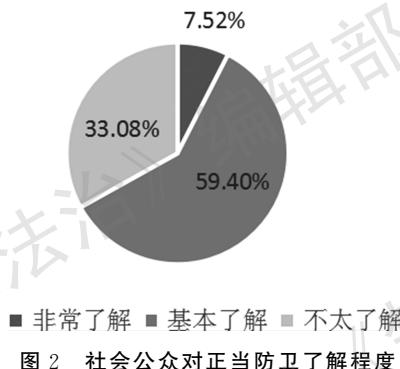


图2 社会公众对正当防卫了解程度

## (二) 司法与社会良性互动

在正当防卫案件中，社会呼声与司法审判相互影响、相互制约。公民追求的应该是司法的胜利，但正义的社会舆论监督对司法公正的实现也是不可或缺的。法院判决反映的是公民观念变化与国家法治意愿的综合结果。其既要考虑法律效果，又要考虑社会效果，同时，还要使判决结果符合人民的公平正义观念，符合人们朴素的道德价值观。“积极地回应民意对司法的公正期待和正义需求，推动实现审判

权与社会舆情之间的良性互动，实现法律效果与社会效果的统一。”

综上，正当防卫的司法激活之路仍旧任重而道远，需要公检法三方共同协调，以“于欢案”以及众多的指导案例、司法解释作为着力点，努力将正当防卫理论与实务之间的鸿沟填平。

## 参考文献

- [1]周光权.论持续侵害与正当防卫的关系[J].法学,2017(04):3-11.
- [2]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[J].法学家,2017(05):89-104,178.
- [3]周加海,吴光侠,喻海松,等.《于欢故意伤害案》的理解与参照——正当防卫、防卫过当的认定[J].人民司法,2021(17):59-61,77.
- [4]江奥立.刑事案例指导制度的理论和实践[D].上海:华东政法大学,2021.
- [5]李云帆.从公共舆论到立法协商:正当防卫的立法修订[D].广州:暨南大学,2021.
- [6]詹长娥.论司法与民意的关系[J].法制与社会,2015(18):24-25.

## 作者简介:

- 鲍鑫磊(2003—),男,汉族,北京人,大学本科,北方工业大学,研究方向:法学。  
宋美霞(2004—),女,汉族,河北定州人,大学本科,北方工业大学,研究方向:法学。  
王文兵(2004—),男,汉族,河南许昌人,大学本科,北方工业大学,研究方向:法学。  
贾颖琪(2005—),女,汉族,北京人,大学本科,北方工业大学,研究方向:法学。