

Doi:10.20063/j.cnki.CN37-1452/C.2022.06.013

论偶然防卫的法律性质

黄瑛琦¹, 龚怀军²

(1. 淮阴师范学院 法律政治与公共管理学院, 江苏 淮安 223001; 2. 江苏省涟水县人民检察院, 江苏 涟水 223400)

摘要:偶然防卫是行为人在没有防卫意思的情况下,实施了侵害他人的行为,偶然碰巧地防卫了自己或第三人法益的情形。对于偶然防卫之法律性质,中外学界从行为无价值与结果无价值的论争中,形成了有罪说、正当行为说、具体分析说等代表性观点。然而,对偶然防卫还应结合犯罪判断的逻辑过程和错误论角度予以分析。虽然犯罪的判断存在阶层或者先后的逻辑顺序,但不能因此否定犯罪认定是一个整体性的活动,从最终结果看,偶然防卫的侵害结果被防卫效果抵消而导致不存在结果无价值,应否定行为的犯罪性;从错误论的角度看,偶然防卫属于正当化事由前提事实错误,其原则上阻却故意,但因为其被防卫效果抵消的侵害行为完全不具有结果无价值,应当作无罪处理。

关键词:偶然防卫;行为无价值;结果无价值;无罪论

中图分类号:D924.1 **文献标志码:**A **文章编号:**1673-8039(2022)06-0084-07

偶然防卫属于正当防卫制度中的一个重要问题,对此德日刑法理论界展开了热烈的讨论。在我国讨论的论文数量较少,以“偶然防卫”为关键词检索中国知网,结果只有十篇左右论文,其他多是在正当防卫、行为无价值与结果无价值的论争中附带讨论,并以此来检验不法理论。出现这一现象,可能与该类案件的发生概率相关,“真实的偶然防卫案件可谓千年难遇,讨论偶然防卫并不具有明显的现实意义”^[1]。笔者在中国裁判文书网的搜索,也验证了这一结论。虽然我国实践中暂无相关案例,但作为一项重要的刑法制度,对其全面系统的研究,不仅可以深化理解正当防卫的相关知识,也可以为将来的实务做好充分的理论准备。

一、偶然防卫概念之厘清

我国主流的观点认为:“偶然防卫是指故意对他人实施犯罪行为时,巧遇他人正在进行不法侵害,其行为客观上制止了他人的不法侵害的情况。”^[2]³¹⁷ 该观点表明,偶然防卫人实施的达到防

卫效果的行为属于“犯罪行为”,且行为当时只能秉持故意的心理态度。这一定义获得了多数学者的认同。近些年,学界对偶然防卫的定义出现了不同的声音。有论者认为将偶然防卫人的侵害行为限定为犯罪行为过于狭隘,用“不法侵害行为”更为妥当。“所谓偶然防卫,是指行为人不知道他人正在实行不法侵害行为,其对此不法侵害人所实施的欠缺防卫意思的不法侵害行为,在客观上恰好制止了此人的不法侵害的情形。”^[3]将偶然防卫作为一种不法侵害行为进行考量,并将偶然防卫人的主观心态笼统地界定为“欠缺防卫意思”,必然会扩大偶然防卫的成立范围,这符合刑法理论及司法实践。但其缺陷在于,用“不法侵害行为”限定偶然防卫的行为属性,无法涵盖同样达到偶然防卫客观效果的无罪过事件或者正当行为。针对偶然防卫人主观方面只能是故意的主流观点。有学者指出:“如果将过失的偶然防卫排除在偶然防卫之外,这是不全面的,实际上大大缩小了偶然防卫的范围,同时也不利于实践中此类问题的解决。”^[3]将主观方面拓展至过失,却未

收稿日期:2022-05-20

基金项目:教育部人文社会科学研究项目“国家亲权理念下未成年人刑事司法的实证研究”(20YJC820019);江苏省高校哲学社会科学研究重大项目“违法性认识错误的理论与实务研究”(2020SJDZDA092)

作者简介:黄瑛琦(1980—),女,安徽泾县人,法学博士,淮阴师范学院法律政治与公共管理学院讲师;龚怀军(1969—),男,江苏淮安人,江苏省涟水县人民检察院检察长。

明确无罪过的情形应否包含在偶然防卫之内,从实践来看,是不全面的。

对偶然防卫人的行为属性及主观方面不进行限制的观点也为部分学者所认同,如我国台湾地区陈子平就认为:“偶然防卫,是指某人在侵害他人法益之际,事实上该人亦正打算攻击自己或第三人之法益,却由该某人之侵害行为偶然碰巧地成为防卫自己或第三人法益之结果而言。”^{[4]179}换言之,防卫行为客观上达到防卫效果,主观上欠缺防卫意识,就构成偶然防卫。基于欠缺防卫意识的不同情形,可以将偶然防卫分为故意的偶然防卫、过失的偶然防卫与意外的(无罪过事件)偶然防卫。上述学者对偶然防卫的界定,不仅符合刑法理论,在逻辑上较为周延,而且符合客观事实,是值得称道的。虽然偶然防卫一般在讨论正当防卫时提及,但除了达到正当防卫的客观效果这一点外,二者鲜有重合的地方,因此,偶然防卫并不属于正当防卫的范畴。作为一个达到“防卫目的”的独立侵害行为,防卫行为人的主观心态既可能是故意,也可能是过失,甚至有可能是无罪过的;从行为的法律属性上看,既可能是“不法”的,也可能是合法的。

综上,笔者认为,偶然防卫是指行为人在没有防卫意思的情况下,实施了侵害他人的行为,偶然碰巧地防卫了自己或第三人法益的情形。因此偶然防卫具备三个特征。第一,偶然防卫人实施了侵害行为。即防卫人所实施的行为必须对他人的身、财产或者其他权利构成了现实的危害或者危险。这里的侵害限定为客观侵害的事实状态,既包括不法侵害,还包括无责任能力者实施的侵害行为或者具有排除犯罪性事由的侵害行为。第二,侵害行为达到了阻止他人不法侵害行为的效果,并保护了防卫人自己或者第三人的合法权利。正因为存在客观的有利于防卫人本人、他人或者国家、社会的实际效果,才使得偶然防卫应否纳入处罚范围备受争议。第三,防卫人主观上没有防卫的目的,对于其实施的侵害行为主观方面则无特定的限制,既可以是故意,也可以是过失,甚至可能是无罪过的情形等。

二、偶然防卫法律性质之论争

虽然偶然防卫人的侵害行为可能基于故意、过失抑或无罪过,但学界都是围绕基于侵害故意实施的偶然防卫行为的法律性质展开讨论,因为

这种类型的行为性质一旦确定,其他类型偶然防卫的法律性质也就迎刃而解了。

从研究文献看,行为无价值论者多主张偶然防卫构成犯罪,而结果无价值论者则多主张对偶然防卫按无罪或者犯罪未遂予以处理。当然,二者与偶然防卫是否成立犯罪并无必然的对应关系。本文即对学界代表性的有罪说、正当行为说、具体分析说的观点进行梳理,并进行相应的评析。

(一)有罪说

偶然防卫应当构成犯罪,这是我国学界的主导观点。马克昌曾指出,偶然防卫“由于其欠缺防卫的认识,也就谈不上防卫目的了,因而不具备正当防卫的主观条件,所以其行为不构成正当防卫,而是故意犯罪”^{[5]749}。但究竟对其按既遂还是未遂来处理,上述观点并未予以明确。

1. 犯罪既遂说

在德国,主张偶然防卫成立犯罪既遂的学者只占极少数。支持论者立基于“实质不法必须以形式不法为前提条件,因此结果无价值必须与规范相联系”的观点,结合容许规范理论,论证偶然防卫兼具行为无价值与结果无价值。“从规范的角度来看,一般的正当化事由同时具有行为许可和侵入权利这两个方面。前者表明,作为行为无价值之基础的禁止规范被某一允许规范所取消;后者则表明,行为引起构成要件结果这一事实并不违背保护规范。可见,这两者分别与不法中的行为无价值和结果无价值相对立。由于侵入权利和行为许可一样都必须符合包含了主客观要素的容许规范,所以结果无价值的最终被取消也取决于容许性构成要件全部要素的齐备。于是,如果行为欠缺了主观正当化要素,那么不仅行为无价值而且结果无价值也无法被排除。因此,尽管偶然防卫具备了正当防卫的客观要件,但由于它缺少防卫意图,所以对该行为仍应以既遂罪而非未遂罪论处。”^[6]这一观点将行为无价值和结果无价值的判断与容许规范紧密联系在一起,正当防卫因为契合了包含主客观要素的容许规范,则排除行为无价值与结果无价值。反之,偶然防卫由于欠缺防卫意识而违背容许规范,行为无价值无疑存在;客观上发生的构成要件结果虽然达到防卫的效果,但仅凭法益侵害被另一更高的法益所抵消这一点并不足以否定结果无价值,因此结果无价值仍然得到肯定,故以既遂论处。这种判断方法具有一定的合理性,毕竟容许规范通过同时

否定行为无价值和结果无价值,而否定行为的犯罪性。但是不足在于,容许规范和行为无价值、结果无价值并非完全的对应关系,行为无价值和结果无价值的判断亦非同步,而是分别独立进行的,因此存在二者不完全对应的情况。上述观点是存在疑问的。

在日本,主张偶然防卫成立犯罪既遂的学者有大谷实、大塚仁、川端博等。川端博认为,为了说明防卫行为是因为对保全价值秩序有用而被正当化,防卫人必须具有保全意思,“暂且假定在偶然防卫中不存在侵害法益这种结果无价值,虽然基于侵害法益意思而实施行为,该行为被评价为没有实现对法益的侵害,可以说能够认为相当于未遂形态。然而,如果将它认为是未遂犯,那么既遂犯与未遂犯的不同就不是现实的‘有无结果的发生’,而完全存在于‘结果无价值之量’的差别之中。这是大幅度地变更未遂概念,应是不妥当的。未遂犯是犯罪实施过程的问题,其处罚根据必须求之于侵害法益的具体的危险之中。如果是这样的未遂概念为前提,偶然防卫的场合,在哪一点认定侵害法益的‘危险性’未必明确。这也可以说关于解释为‘准’于未遂犯的立场。从而,以偶然犯为未遂犯或者准于未遂犯处罚,都不妥当”^{[7]354-355}。最终的结论就是,偶然防卫既有危害行为,又有犯罪结果,成立犯罪既遂并无不当。该观点具有一定的合理性:首先以未遂犯的成立条件为立足点,认为未遂犯的成立根据即在于其对法益的具体“危险”,而在偶然防卫的场合,如果从侵害结果被客观防卫效果抵消的角度看,应当不存在危险,那么这就不能按照未遂犯处罚。其次,在偶然防卫的场合,侵害行为所造成的构成要件结果是现实的,而通过违法阻却事由所得出的“结果无价值”只是基于最终的防卫效果做出的价值判断,不能用观念上的结果无价值取代现实的侵害结果。但是论者忽略了一个问题,犯罪的判断应当是一个整体性的考察:虽然在符合性阶段可以肯定犯罪结果的发生,但在违法性阶段,该结果实际上通过与防卫效果的抵消而消除了其危害性,这就表明在整个犯罪判断中,偶然防卫是没有危害结果的,处以犯罪既遂并不合适。

2. 犯罪未遂说

德国刑法学目前主要采用结果无价值和行为无价值的二元论,在偶然防卫法律性质问题上将未遂说作为通行观点。以故意杀人行为中的偶然

防卫为例:“首先,由于行为人主观上有杀人的故意,所以行为无价值的存在没有疑问。其次,从客观效果上来看,该杀人行为最终导致的结果是制止住了不法侵害。由于这一结果是为法律所允许的,所以不具有结果无价值。但这种结果无价值的欠缺只是针对故意杀人的既遂而言的。对于故意杀人的未遂来说,它所要求的结果无价值仅仅是法益遭受侵害的危险。由于从行为时一般人的角度来看,该行为往往具有剥夺无辜之人生命的危险,故杀人未遂的结果无价值依然是存在的,能够成立不法。”^[6]站在二元论的立场,上述偶然防卫的情形因为欠缺防卫意思,防卫行为不具有反击行为的性质,因此行为无价值;而在他人生命权遭受侵害的危险时,对应的结果无价值也是存在的,故只能处之以故意杀人未遂。但问题是,这种危险的判断以行为时一般人的角度为基准,而非以事后符合因果法则的客观判断为标准,才导致所有的偶然防卫均作未遂处理,只有在刑法不处罚未遂的情况下才完全不成立犯罪,这就扩大了处罚范围,也无从讨论不能犯的问题。

我国学者周光权认为:“偶然防卫行为仅停留于主观上与法规范敌对意思的行为不法,没有造成现实结果意义上的结果无价值(结果无价值I)。但是,该行为不能说毫无危险,从刑罚积极的一般预防导向的角度看,可以认为其存在值得评价为违法的危险(结果无价值II)。因此,偶然防卫既具有行为无价值,也具有结果无价值。”^[8]该观点与上述日本学者观点之区别在于,肯定了行为违法的危险,但其目的似乎更倾向于从刑罚积极的一般预防角度考察,这有造成偶然防卫处罚的科学性被抹杀,而沦为一般预防工具的嫌疑。

(二)正当行为说

坚持“防卫意图不要说”的日本学者山口厚主张,不要求防卫意思作为正当防卫的要件。“(1)在防卫的意图、动机这一意义上理解防卫意思的场合,其属于单纯的心情要素,充其量可能不过是责任要素而已。(2)在对正当防卫状况以及其他属于正当防卫事实的认识这一意义上理解的防卫意思,是单纯的作为责任要素的正当防卫的‘故意’。只要是不采纳将一般的故意理解为主观的违法要素的行为无价值论,防卫意思作为违法要素的性格即被否定。因此,就偶然防卫而言也不是不能成立正当防卫。”^{[9]124}在正当防卫的防卫意图被限定为心情要素和责任要素时,其不

再是行为阻却违法性的主观要素,因此,欠缺防卫意识的偶然防卫亦可能成立正当防卫。这一解释对应着日本的刑法理论,因为在日本刑法学上,主观要素(故意、过失)的体系地位本身就存在争议,将所谓的“意图”等进行不同的理解是可以找到相关理论根据的。但其缺陷在于,虽然犯罪的成立需要按照一定的逻辑结构进行判断,但是对于阻却违法性,或者作为排除性犯罪事由的出罪判断,是否和入罪判断遵循同样的逻辑,是值得怀疑的,而且从有利于犯罪人的角度看,也不应当赞成这种观点。

也有论者从防卫意图较难查证的功利角度指出,应当承认偶然防卫成立正当防卫。“即便是正当防卫的客观要件没有问题地被满足的场合,但要确认‘防卫意思’,法院就必须继续审理。但这对当事人和社会来说,都是一种多余的成本(如既述,实务上所使用的‘防卫的意思’具有不同于此的意义)。所以,只要满足了正当防卫的客观要件,就宜承认违法阻却。”^[10]¹¹⁴ 类似的观点还有:“正当防卫行为包含着极其多样的形态,有的是清楚地认识到侵害者施加的急迫不正的侵害并为了防卫权利冷静地作出反击行为,有的是受到没有预料到的突然侵害而几乎反射地进行了防卫,包括地而且明确地定义共同于它们的防卫意思,并非易事。”^[11]³³¹⁻³³² 因此,取消防卫意识,只从客观上认定可以减轻控方的证明责任,有利于司法效率的实现。之于司法效率的角度而言,其积极意义毋庸置疑,但能否单纯为了证明或者理解上的便利,而人为取消行为主观面的设置和认定,是存在疑问的。

我国学者黎宏立足于结果无价值的立场,主张“在偶然防卫的场合,尽管行为人在主观的犯罪目的(杀人意图)的支配下实施了杀人行为,但由于从事后来看,该行为不但没有造成剥夺无辜者生命的严重后果,反而起到了法律上所允许的挽救自己或他人生命的正当防卫效果,因此,该行为客观上没有产生侵害或者威胁法益的效果,即不具有社会危害性。既然如此,从犯罪是客观危害与主观罪过统一的角度来看,偶然防卫行为显然达不到成立犯罪的要求,难以构成刑法中所规定的具体犯罪”^[12]。该观点立足于犯罪的本质讨论偶然防卫的性质,但其说理并不是很明确,比如防卫人剥夺非法侵害人的生命是客观存在的事实,而论者却认为“没有剥夺无辜者生命的严重

后果”,这似乎表明侵害人的生命权被剥夺在法律上没有价值,这无论如何都是说不通的。同时,如果认为有侵害行为存在,那么即使没有造成严重的危害结果,为什么不按照犯罪未遂处理?从论者的表述中并不能准确获取相关理由。

(三)具体分析说

具体分析说将偶然防卫分为紧急救助型与自己防卫型,认为前者属于正当防卫的范畴,而后者只能认定为犯罪未遂。其代表人物是日本学者曾根威彦。曾根威彦认为,紧急救助型的偶然防卫符合正当防卫的立法意图,应肯定其正当性。“在正当防卫的场合,和紧急避险不同,攻击者的不当利益和防卫者的正当利益互相冲突,在这种‘不正对正’的关系当中,正如‘法没有必要向不法让步’的原则所显示的一样,在正当防卫当中,对于紧急不法的侵害,确认保护个人法益的客观生活秩序即法的现实存在这种‘法的确认利益’的存在,也是正当防卫的根据之一。”^[13]¹⁰⁸ 但在自己防卫型的偶然防卫场合,偶然防卫人在侵害别人的过程中,防卫人的法益与不法侵害人的法益处于“不正对不正”的关系,不能用法律上的“利益优越理论”来评判其中任何一方,故不符合正当防卫的本质——正对不正,难以成立正当防卫。既然不是正当行为,其违法性仍然存在。由于该防卫行为有造成无辜者生命法益遭受侵害的危险,故违法性应以未遂为限。而现实中构成要件结果的发生,又让其有别于未遂犯的性质,只能用准未遂犯的规定。该论者采用区别对待的方式界定偶然防卫的法律性质,应当说具有一定的理论价值,但存在两个问题。第一,在认定偶然防卫不具备“正对不正”的关系时,只考虑行为无价值,完全无视结果无价值——该行为所造成的客观结果,有主观定罪之嫌疑。第二,区别对待会导致法律上的保护价值有所倾斜,并不公平。“如果说在偶然防卫的主观意思当中,保护自己利益的目的与保护他人利益的目的存在差别,在保护自己利益目的的场合下实施杀人行为违法,而在保护他人利益目的的场合下实施杀人行为合法,就会让人觉得作为判断行为是否违法的标准完全是‘利他还是利己’这种道德上的准则,从而得出保护他人比保护自己更容易被正当化的结论,这显然是对防卫人提出了过高的道德要求。”^[12]

的确,从法益保护的视角看,为什么偶然防卫人的法益和第三人的法益要在法律上进行区别对

待,进行差别性保护的根据何在?从行为恶的角度看,紧急型偶然防卫和自己防卫型偶然防卫的行为人主观恶性并无差别,仅因为针对的侵害对象不一致,就肯定其违法性存在差别,根据何在?而且这一观点也存在其理论基础上的不相协调、判断标准的不明确等弊端。

三、偶然防卫法律性质之界析

目前学界关于偶然防卫法律性质之分析,主要是从行为无价值与结果无价值的论争当中得出的结论。这样的论证过程较为直接,然而笔者认为,偶然防卫法律性质的确定,虽然与行为无价值和结果无价值关系密切,但是还要结合正当防卫的成立条件及其正当化根据和错误论展开分析。

(一)从犯罪判断的逻辑看应否定偶然防卫的犯罪性

正当防卫作为一种正当化事由,在各国的刑事立法中均以合乎逻辑的方式加以明确规定。只是在排除犯罪性的判断顺序上,因为各国犯罪构成理论的差异而呈现不同样态。对偶然防卫不同的判断逻辑,直接影响到其法律性质的认定。

在德日刑法学上,犯罪是符合构成要件的、违法有责的行为。这就意味着在对作为违法阻却事由的正当防卫进行判断之前,是肯定行为符合构成要件的,而在构成要件符合性的判断上,“一般具有重要意义的是,是否存在符合构成要件的行为。作为符合构成要件的行为,……在结果犯中,则需要也包含一定的犯罪性结果的广义的行为”^{[11]133}。这就意味着,在正当防卫的场合,应当首先肯定防卫人的侵害行为是符合构成要件的,即在原则上可以推定其具有违法性和有责性;其次在违法性阶段,因为该侵害行为是维护法律秩序、保护合法权益的有效手段,因而否定了其具有违法性,从而否定了行为的犯罪性。

与之类似,偶然防卫亦可以进行同样的判断,即在构成要件符合性阶段仍然认为其具有法益侵害性,“一方面,不法侵害人的权益并不因为其实实施不法侵害而完全不受法律的保护,否则就意味着任何防卫人都可以杀死不法侵害人;另一方面,由于不法侵害人正在实施不法侵害行为,有必要通过损失其权益的方法来阻止其侵害行为,故其权益又处于可以受侵害的状态。因此,正当防卫也是可以用法益侵害来说明的”^{[14]409}。同理,偶然防卫虽然达到了防卫的效果,但行为人欠缺防

卫意识,而是出于侵害的故意实施了相关行为,并造成了现实的侵害,具有构成要件符合性,原则上构成了犯罪,在这一阶段和一般的故意犯罪既遂的结构是一致的,这也是学界对偶然防卫的定性产生巨大争议的原因之所在。在违法性阶段,考虑到该侵害行为达到客观防卫效果,因而将其当作正当化事由予以对待,而否定其犯罪性。

实际上,考察偶然防卫和正当防卫的结构也可以发现,正当防卫在构成要件符合性的阶段也未考察其防卫的意图,否则可能就存在正当防卫不符合构成要件的结论,而无需在违法性阶段才开始排除其犯罪性,从这个角度看,在进行违法性判断之前,正当防卫和偶然防卫具有相同的构造。二者在违法性的判断阶段出现分野,与正当防卫相比,欠缺防卫意识的偶然防卫,虽然可以通过法益衡量的理论否定其结果无价值,即其侵害行为因为保护合法权利的价值而被肯定其正当性,但其行为无价值却无法抹杀。因此,在这一场合,偶然防卫就只剩下行为无价值,至于仅具行为无价值的行为是否可罚,就与学者对行为无价值的理解和对行为处罚根据的立场密切相关了。

我国传统的刑法理论及实务采用的是耦合式的犯罪构成,具体行为是否构成犯罪,首先进行犯罪客体、客观方面、犯罪主体、主观方面四个要件判断,在肯定四个要件齐备的基础上,再进一步考虑“排除犯罪性事由”,而正当防卫等就是在四个要件判断完成之后才开始进行的。这样的判断顺序更加说明了正当防卫在原则上是属于“犯罪”的,只因存在主客观相统一的正当化事由,才不作为犯罪处理。这就说明,正当防卫中的防卫行为,是符合四个要件、造成了现实法益侵害结果的,只是因为存在“法所允许的有利于社会的结果”才否定了行为的社会危害性,从而否定其构成犯罪。偶然防卫在犯罪构成四个要件判断上,与正当防卫并无差别,只是刑法认为,排除犯罪性事由亦必须是主客观相统一的,虽然具有排除客观危害性的事由,但因其欠缺防卫意识,故应当认为其构成犯罪。而构成犯罪既遂还是未遂,与学者所考察的“结果”的确定时间存在密切关系,如果认为是指客观方面中的“结果”,则多会采取既遂说,若在排除犯罪性事由判断完毕之后再行考察,则会采取未遂说。

笔者认为,虽然偶然防卫中危害结果的理解存在各种不同,但犯罪及其认定是一个系统的过

程,不能将其中某一点出现的“结果”从整个犯罪过程中单独提取出来,而应进行整体考察。考察的结果就是,偶然防卫中行为人所积极追求的结果并未实现,只能考虑进行犯罪未遂的认定,但考虑到防卫人所侵害的法益是法律鼓励公民积极阻止的,故应当认为,任何人在当时情况下均可进行“侵害”,此自应归类于不能犯的范畴。鉴于该不能犯并无任何的危险,所以应当否定其犯罪性。

(二)从错误论角度看偶然防卫不具有可罚性

在论述偶然防卫之法律性质时,鲜有学者从错误论的角度展开讨论。因此,偶然防卫是否涉及刑法中的错误问题,是存在争议的。有论者明确否定偶然防卫涉及错误问题,认为在偶然防卫的过程中,从萌发犯意——实施侵害——发生危害结果都没有超出偶然防卫人的心理预期,主观认识与客观实际相一致,不存在认识错误。但笔者认为,行为人本欲实施的是一般的侵害行为,最终却达到了防卫的结果,发生了主观认知与客观实际的偏差。与之相对的是,有学者将偶然防卫定性为行为性质消极错误,以显示其与作为行为性质积极错误的假想防卫相对应的地位,并在处理上给以类似的对待。事实上,偶然防卫的防卫人由于主观认识上的错误,将本来对社会有益的行为当作犯罪行为予以实施,这完全符合行为实际性质错误的概念,即防卫人对自己行为的实际性质发生错误认知,因此,将其当作正当化事由前提事实错误并无疑问。

有学者从事实认识错误和法律认识错误的界分标准——行为人是错误地认识了事实,还是对该种事实在法律上的意义作了错误评价出发,论证正当化事由前提事实错误并非独立的错误类型,应归入事实认识错误。这在我国刑法学教材中也得到承认。“就行为性质错误而言,行为人是由于对某种客观事实产生了误解(如不法侵害本不存在,而误认为存在),才导致其对自己所实施的行为的性质产生了错误认识,其实质是行为人错误地认识了事实,而不是对事实在法律上的意义作了错误的评价,因此,行为性质错误是事实错误而不是法律错误。其次,行为性质错误与构成要件的事实错误虽然有所不同,但都是有关事实本身的错误,只不过前者是有关决定行为是否具有危害社会性质的前提事实的错误,而后者是关于犯罪事实的错误。所以,没有必要把行为性

质错误作为独立于事实错误之外的另一种错误。”^{[15]118}应当说这种分析非常客观且说理充分,“虽然违法性认识的可能性是与故意不同的责任要素,却不能据此得出正当化事由的错误是违法性的错误的结论”^{[16]257},正当化事由前提事实错误只是一种事实认识错误,因而阻却犯罪故意。

的确,在偶然防卫的场合,防卫人认为实施的只是单纯的侵害行为,实际上,该侵害行为起到了正当防卫的客观效果,这与误认为自己在进行正当防卫,实则起到现实侵害结果的假想防卫正好构成了相反的两个方面。因此,将偶然防卫纳入正当化事由前提事实错误的范围从逻辑上完全讲得通。正当化事由前提事实错误属于“评价事实”的错误,而非“事实评价”的错误,因此,在不将其单独列为一类独立错误类型的情形下,其归属于事实错误,并用事实错误原理解决其行为性质不存在任何问题。由于偶然防卫人对自己行为性质的认识发生了偏差,结合事实错误的处理原则,原则上应阻却犯罪故意的存在。

综上所述,偶然防卫行为主观上欠缺犯罪故意,而从其客观效果看,防卫人所实施的侵害行为并不具有现实、紧迫的危险或者危害,故防卫人的行为不具有犯罪性,不构成犯罪。这与行为人主观上具备犯罪故意,客观上已经着手实行行为,对法益造成现实紧迫的侵害危险而成立的犯罪未遂完全不同。客观行为是否具有侵害法益的紧迫危险,应以行为时存在的所有客观事实为基础,结合客观的因果法则予以判断。而偶然防卫人所实施的侵害行为不仅不存在违法,相反还是国家大力鼓励的侵害行为,对法益没有任何侵害的危险,自然并不具备任何的结果无价值,作为不可罚的不能犯对待,既符合刑法理论,也与民众的法感情相契合。

前文全面讨论了基于侵害故意达到客观防卫效果的偶然防卫的法律性质问题。按照笔者观点,基于侵害故意实施的行为如果都可以作为不可罚的不能犯对待,那么对基于过失实施的偶然防卫行为更无处罚之必要。至于无罪过的偶然防卫和基于正当化事由的偶然防卫,因为其行为本身就不存在构成要件符合性,自不会作为犯罪处理,亦无必要单独加以考察。

参考文献:

- [1] 张明楷. 论偶然防卫[J]. 清华法学, 2012(1).
- [2] 高铭暄, 马克昌. 中国刑法解释(上卷)[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2005.
- [3] 张芳英. 偶然防卫新论[J]. 社会科学家, 2006(1).
- [4] 陈子平. 刑法总论[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2009.
- [5] 马克昌. 犯罪通论[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2001.
- [6] 陈璇. 德国刑法学中的结果无价值与行为无价值二元论及其启示[J]. 法学评论, 2011(5).
- [7] 马克昌. 比较刑法原理(外国刑法学总论)[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2003.
- [8] 周光权. 行为无价值二元论与未遂犯[J]. 政法论坛, 2015(3).
- [9] 山口厚. 刑法总论[M]. 付立庆, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2012.
- [10] 松宫孝明. 刑法总论讲义[M]. 钱叶六, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2013.
- [11] 大塚仁. 刑法概说(总论)[M]. 冯军, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2003.
- [12] 黎宏. 论正当防卫的主观条件[J]. 法商研究, 2007(2).
- [13] 曾根威彦. 刑法学基础[M]. 黎宏, 译. 北京: 法律出版社, 2005.
- [14] 张明楷. 法益初论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000.
- [15] 刘明祥. 刑法中错误论[M]. 北京: 中国检察出版社, 2004.
- [16] 张明楷. 刑法学[M]. 北京: 法律出版社, 2011.

On the Legal Nature of Occasional Defense

HUANG Yingqi¹, GONG Huaijun²

(1. School of Law, Politics, and Public Management, Huaiyin Normal University, Huaiyin 223001, China;

2. Lianshui People's Procuratorate, Lianshui 223400, China)

Abstract: Occasional defense is the situation in which the doer enforces the act of infringing upon others in the absence of defensive meaning, and he/she happens to defend his/her or the third party's legal interest. As for the legal nature of occasional defense, Chinese and foreign scholars have formed a representative view of guilt, justifiable behavior, and specific analysis in the debate between the act without value and the consequence without value. However, occasional defense should be analyzed in combination with the logic process and error theory of criminal judgment. Criminal judgment has logical order of class or priority, but we can't deny that criminal confirmation is an overall activity. Seen from the final result, the infringing result of occasional defense is offset by the defensive effect, which leads to inexistence of consequence without value. So the criminality of act should be denied. From the point of view of the error theory, occasional defense belongs to factual errors of justifiable reason premise. In principle it hinders the intention, but it should be innocent because the infringing act that is offset by defensive effect has no consequence without value.

Key words: occasional defense; act without value; consequence without value; view of innocence

(责任编辑 陇 右)