

# 防卫限度判断标准的司法检视与理论反思

——基于 750 个刑事样本的实证考察

汪雪城

**摘要** 经实证考察，司法实践在判断防卫限度时标准不一，主要采用以“明显超过必要限度”“造成重大损害”为基准的二元构成条件和以“明显超过必要限度”为基准的一元构成条件。在界定重大损害时，仅将人身损害作为评价指标，并且普遍以“相当于一人重伤”作为认定起点。在评价必要限度时，倾向于关注个别要素，欠缺综合考量和情境判断，更强调防卫者将损害结果控制在最低程度。针对司法实践中的认知偏差，应当确立以并列说为基础的二元构成条件，同时把防卫限度分解为行为限度和结果限度，防卫过当必须是行为和结果双重过当。在评价结果限度时，财产损失应纳入考量范畴，轻伤在一定条件下也能成立重大损害。行为限度的评价基准当采用必需说，并且要坚持综合考量原则，以“防卫人所属的一般人”进行事前判断。

**关键词** 防卫限度 明显超过必要限度 重大损害 必需说 量化分析

DOI:10.16094/j.cnki.1005-0221.2019.06.012

作者汪雪城，中国人民大学法学院博士研究生。

## 一、问题提出与研究进路

### （一）问题提出

法谚有云“正者毋庸向不正者低头”。<sup>①</sup>面对不法侵害，防卫者可以果断出手，或拯救他人于危难之中，或保全自身之合法权益，纵有回避可能，亦不必委曲求全。这种见义勇为、奋起反击的行为，即是各个国家和地区所认可的正当防卫。正当防卫是一种权利，是人类自有法秩序以来即被允诺的权利。<sup>②</sup>故而有学者提出，“正当防卫不是法律创造的权利，而是自然的权利”（基科罗）、“正当防卫没有历史，也不可能没有”（盖普）。<sup>③</sup>至于其正当化根据，主要源自于个人保全思想与法的确证思想。<sup>④</sup>当然，不法侵害者的行为虽非正义，但并不意味着其所有法律权利的消失，而只是在防卫人自我保全和维持法秩序的必要限度内利益性阙如，此即为本文欲讨论的防卫限度

\* 本文系司法部国家法治与法学理论研究项目“正当防卫司法认定偏差研究”（16SFB2019）的阶段性研究成果。感谢刘明祥教授、陈家林教授、付立庆教授、陈金林副教授和匿名外审专家提供的宝贵建议。当然，文责自负。

① 林钰雄《新刑法总则》，中国人民大学出版社2009年版，第185页。

② 参见林东茂《刑法综览》，一品文化出版社2015年版，第107页。

③ [日]泷川幸辰《犯罪论序说》，王泰译，法律出版社2005年版，第59页。

④ 参见陈子平《刑法总论》，元照出版公司2015年版，第246页。

问题。

对于防卫限度，我国《刑法》第20条第2款规定“正当防卫明显超过必要限度造成重大损害的，应当负刑事责任。”亦即，我国防卫限度的判断标准为是否“明显超过必要限度造成重大损害”。如何理解这一标准，学者之间莫衷一是。刑法在运作中存在和发展，其本性是动态的和实践的。<sup>⑤</sup> 研究防卫限度，应当深入司法实践，发掘其在实然层面上的运行样态。对此，本文拟以审判实务作为考察对象，重点讨论以下问题：其一，法院如何认识“明显超过必要限度”<sup>⑥</sup>与“造成重大损害”的关系？其二，在认定是否成立“重大损害”时，法院采用哪种判断标准？其三，在裁判是否“明显超过必要限度”时，法院具有何种认知倾向？呈现出什么特点？其四，在实证检视基础之上，如何根据刑法教义学原理作出理论反思？通过解决这些问题，以期对避免正当防卫沦为“僵尸条款”<sup>⑦</sup>有所裨益。

## （二）研究进路

为考察防卫限度在司法实践中的判断标准，笔者拟以刑事判决书为样本，借助实证分析方法进行量化研究。对此，以“中国裁判文书网”作为数据库，经过检索，共获取有效样本750个，其中正当防卫样本18个，防卫过当样本732个，此为本文研究的样本总量。<sup>⑧</sup> 在判决书中，法院对防卫限度的认知情况主要体现在“说理部分”，根据研究问题又可将其拆解为“是否明显超过必要限度”与“是否造成重大损害”两个板块，统计结果为“是/否/未认定”，统计依据则是法院在判决结论中的具体表达。对于“是否造成重大损害”，不需要特别设置变量，只需在统计定性结果的基础之上，记录判决书中载明的实际损害情况。对于“是否明显超过必要限度”，除了统计定性结果，尚需深入挖掘法院判决时的关注要点。为实现这一目的，笔者根据判决理由和日常经验，对可能影响必要限度判断的要素进行设置，共得到40个变量。具体思路如下：

第一，根据考量侧面的对立，可将防卫情境划分为侵害者情况、防卫者情况和防卫环境三个部分。第二，侵害者情况、防卫者情况均可分解为主体情况和客观表现，防卫环境则可直接细分为时间、地点、工具获取难易、周围人群分布4个变量。第三，侵害者主体情况可分解为侵害能力、侵害人数和侵害心态3个变量，其中侵害能力还可进一步分解为性别、年龄、体格和技能4个变量；对于侵害者客观表现，则可以分解为侵害起因、侵害工具、侵害方式、打击部位、作用力量、侵害程度、侵害形势、侵害缓急、侵害法益、侵害结果、可能结果等11个变量。第四，防卫者情况依照前述思路，主体情况可分解为防卫能力、防卫人数和防卫心态3个变量，其中防卫能力亦可细分为性别、年龄、体格和技能4个变量；客观表现则可以分解为诱发责任、防卫准备、防卫警告、防卫工具、防卫方式、打击部位、作用力量、损害程度、防卫形势、损害法益、防卫结果、可能结果、替代方案等13个变量。对于这40个变量，其统计标准均为判决理由中“是否载明××情况”，统计结果为“是/否”。

<sup>⑤</sup> 参见储槐植“再说刑事一体化”，《法学》2004年第3期，第80页。

<sup>⑥</sup> 在1997年刑法对防卫限度作出重大修改之后，防卫人只有“明显超过必要限度”时，才可能成立防卫过当，所以应以此作为研究对象。在正文中，为使表达更为简洁流畅，有时写作“必要限度”，但二者指向相同，希望读者注意辨别。

<sup>⑦</sup> 参见陈兴良“正当防卫如何才能避免沦为僵尸条款”，《法学家》2017年第5期，第89页。

<sup>⑧</sup> 检索方法如下：以“防卫”作为关键词，案件类型为“刑事案件”，案由为“刑事案由”，文书类型为“判决书”，法律依据为“第二十条”，裁判时间限定为“1997年10月1日至2017年10月1日”，经“全文”检索，命中2051项（检索日期：2017年10月12日）。经全文阅读，有效判决书共计745份。其中，只包括正当防卫的判决书有13份，只包括防卫过当的判决书有727份，同时包括正当防卫和防卫过当的判决书有5份。因此，正当防卫样本18个，防卫过当样本732个，样本总量共计750个。

## 二、防卫限度的构成条件与判断思路

### （一）司法实践对必要限度、重大损害关系的认知现状

如何认识“明显超过必要限度”与“造成重大损害”的关系，决定了不同的思考进路和认定结果。若只将其中之一作为判断标准，则属于防卫限度的一元构成条件；反之，若将两者并重，缺一不可，则属于防卫限度的二元构成条件。现对司法实践中的认知情况进行量化分析。

#### 1. 防卫过当案件中必要限度、重大损害的界定关系

在 750 个样本中，防卫过当案件有 732 个，这些均是对防卫限度的否定。经过统计“是否明显超过必要限度”“是否造成重大损害”的定性结果，得到表 1。

表 1 防卫过当案件中“必要限度”“重大损害”的定性结果统计表

		是否造成重大损害			总计
		是	否	未认定	
是否明显超过必要限度	是	357	2	310	669
	否	0	0	0	0
	未认定	1	0	62	63
总计		358	2	372	732

横向上看，在 732 例防卫过当案件中，明显超过必要限度的有 669 例，占比高达 91.39%，未对是否明显超过必要限度作出定性的有 63 例，占比 8.61%，尚未出现否定明显超过必要限度的样本。由此可见，法院在认定防卫限度时非常重视“必要限度”的评价地位，明显超过必要限度与防卫过当具有显著的相关性。亦即，“是否明显超过必要限度”是判断防卫限度的重要条件。

纵向上看，造成重大损害的案件有 358 例，占防卫过当样本的 48.91%，否定造成重大损害的案件仅有 2 例。相较而言，未对损害结果作出定性的案件却有 372 例，占比 50.82%。由此可知，法院在认定防卫限度时不太重视“是否造成重大损害”，二者的相关性并不显著，尤其是较之于“是否明显超过必要限度”在防卫限度判断中的重要地位，损害结果是否重大在多数判决中并未予以考量。

将“是否明显超过必要限度”“是否造成重大损害”交互来看，同时对二者作出定性的样本有 359 例，占防卫过当案件的 49.04%，不足半数。只对一个条件作出定性的样本有 311 例，占比 42.49%，对二者均未作出定性的样本有 62 例，占比 8.47%。这组数据直观地反映出，司法实践在选择防卫限度的构成条件时存在重大分歧，尚未产生具有绝对统治地位的标准。进一步分析，明显超过必要限度且造成重大损害的样本有 357 例，数量最多，这种通过必要限度、损害结果来否定防卫限度的做法，是对防卫限度二元构成条件的认可。明显超过必要限度且未造成重大损害以及明显超过必要限度且未对损害结果作出定性的样本分别有 2 例、310 例，共计 312 例，这两种情形均属于通过否定必要限度来否定防卫限度的做法，应归入以“明显超过必要限度”为基准的一元构成条件。造成重大损害且未对必要限度作出定性的样本有 1 例，数量极少，属于以“造成重大损害”为基准的一元构成条件。同时未对必要限度、损害结果作出定性的样本有 62 例，无从探知法院的认知倾向。

#### 2. 正当防卫案件中必要限度、重大损害的界定关系

在 750 个样本中，正当防卫案件有 18 个，这些是对防卫限度的肯定。虽然其数量偏少，代表性不如防卫过当样本显著，但作为“中国裁判文书网”发布的全部样本，对防卫限度的研究仍然具有重要

的参考价值。经过统计“是否明显超过必要限度”“是否造成重大损害”的定性结果，得到表2。

表2 正当防卫案件中“必要限度”“重大损害”的定性结果统计表

		是否造成重大损害			总计
		是	否	未认定	
是否明显超过 必要限度	是	0	1	0	1
	否	0	5	7	12
	未认定	0	0	5	5
总计		0	6	12	18

横向上看，明显超过必要限度的样本有1例，未明显超过必要限度的样本有12例，占比分别为5.56%、66.67%，二者共计13例，占比72.22%；未对必要限度作出定性的样本有5例，占比27.78%。由此可知，审判机关非常重视防卫行为“是否明显超过必要限度”，并且未明显超过必要限度与正当防卫具有较为显著的相关性，这一结论与防卫过当案件中的分析结果基本相同。

纵向上看，未造成重大损害的样本有6例，对损害结果未作定性的样本有12例，占比分别为33.33%、66.67%，不存在造成重大损害的样本。这组数据说明，“是否造成重大损害”在法院认定防卫限度时考量比重偏低，二者的相关性并不明显，反向印证了防卫过当案件中的分析结论。

将“是否明显超过必要限度”“是否造成重大损害”交互分析，未明显超过必要限度且未对损害结果作出定性的样本有7例，占比38.89%，这种通过肯定必要限度来肯定防卫限度的做法，既可能属于防卫限度的二元构成条件，也可能属于以“明显超过必要限度”为基准的一元构成条件。未明显超过必要限度且未造成重大损害的样本有5例，明显超过必要限度且未造成重大损害的样本有1例，二者共计6例，占比33.33%，这两类样本均对必要限度和损害结果作出定性，应属于防卫限度的二元构成条件。同时未对必要限度、损害结果作出定性的样本有5例，难以得出有效推论。由此可见，司法实践在判断防卫限度时主要采用两种标准，即以“明显超过必要限度”“造成重大损害”为基准的二元构成条件和以“明显超过必要限度”为基准的一元构成条件，并且前者的比重高于后者，这与防卫过当案件的分析结果基本一致。

### 3. 分析结论

由表1、表2的数据分析可知，司法实践在理解防卫限度的构成条件时基本存在两个问题：

第一，司法实践对防卫限度、必要限度、重大损害的关系在认识上存有重大分歧，防卫限度的构成条件尚未达成统一标准。这意味着，同一案件在不同地区、不同时期可能得到截然相反的定性结果，在正当防卫与犯罪行为之间来回游移，既不利于保障公民的合法权益，也不利于确立司法机关的公正形象。

第二，在判断防卫限度时，审判机关更为重视防卫者是否明显超过必要限度，但对损害结果是否重大考量不足。司法实践对防卫限度的构成条件尚未形成统一标准，不过存在两种具有代表性的做法，即以“明显超过必要限度”“造成重大损害”为基准的二元构成条件和以“明显超过必要限度”为基准的一元构成条件。无论前者还是后者，均将“明显超过必要限度”作为核心要件，但后者显然未将“造成重大损害”考虑在内。<sup>⑨</sup>这种做法，将“正”对“不正”的防卫过当行为，与通常“不正”的犯罪行为在入罪时未作区分，不利于贯彻正当防卫的立法旨趣。

<sup>⑨</sup> 在750个样本中，将“是否造成重大损害”作为防卫限度考量要素的样本只有366个，但对损害是否重大未作定性的384个样本中，却有233个将“损害结果”作为防卫限度的评价指标。因此，涉及“损害结果”的样本共计599个，占样本总量的79.87%，说明司法实践在判断防卫限度时确有“重结果论”的倾向，并且在“是否造成损害结果”与“损害结果是否重大”之间更为重视前者。

## （二）二元条件的理论选择与双重过当的判断逻辑

为纠正司法实践中防卫限度判断标准不统一、“重大损害”考量不足的问题，笔者认为应当确立以并列说为基础的二元构成条件，同时将防卫限度分解为行为限度和结果限度，防卫过当则必须双重超过行为限度和结果限度。兹详述之。

### 1. 确立以并列说为基础的二元构成条件

刑法理论上，对于“明显超过必要限度”“造成重大损害”的关系，有并列说、包容说、同一说三种观点。并列说认为，“明显超过必要限度”与“造成重大损害”是并列的，只有二者同时具备，才能认为超过了正当防卫的限度条件。<sup>⑩</sup> 这种观点强调两个条件的独立性，彼此区分，互不隶属。包容说认为，“明显超过必要限度”与“造成重大损害”之间具有从属关系，二者并非相互独立。对此，既有学者将防卫损害视为必要限度特定的、唯一的限定、制约对象，<sup>⑪</sup> 也有学者认为“造成重大损害”是“明显超过”的事实佐证，关键之处是“明显超过”而不是“造成重大损害”。<sup>⑫</sup> 同一说认为，“明显超过必要限度”与“造成重大损害”是正当防卫限度条件的一体两面，后者是前者的具体表现，前者是后者的判断标准，<sup>⑬</sup> 不存在“行为过当而结果不过当”或“结果过当而行为不过当”的情形。<sup>⑭</sup> 在这三种观点中，本文持并列说，认为应当以其为基础确立防卫限度的二元构成条件，理由如下。

首先，将“明显超过必要限度造成重大损害”分解为“明显超过必要限度”“造成重大损害”两个条件，具有天然的逻辑优势。基于语义逻辑分析，“明显超过必要限度”和“造成重大损害”分别具有完整的语句结构，前者可表示为“状语+谓语+定语+宾语”，后者可表示为“谓语+定语+宾语”，二者形式上为单句，内容上却是复句，语法上称为“紧缩复句”，<sup>⑮</sup> 因而将二者拆开作并列理解，更符合我国的语法基础。基于思维逻辑分析，“必要限度”和“重大损害”属于不同的指代范畴，彼此之间可以相互分离，将二者并列为两个独立条件符合一般人的思考习惯，逻辑上显得更为通畅。而且，以此确立各自的判断标准，相对于彼此纠缠的包容说、同一说，简单易懂，便于操作，也有利于引入后述的必需说、绝对标准等具体的下位规则，在理论体系上更为自洽。

其次，从案件发生的实际情况来看，“明显超过必要限度”“造成重大损害”可以相互分离。比如在“毛某某故意伤害案”中，甘某某手持铁锁与甘员力殴打毛某某，毛某某用拳推打甘员力，致其倒地，构成重伤。<sup>⑯</sup> 在本案中，毛某某面对二人的持械殴打行为，只是采用拳推方式致侵害人倒地，其防卫行为并未“明显超过必要限度”；但就其造成的重伤结果，却很难排除在“重大损害”之外。这种情况，属于典型的“结果过当而行为不过当”。<sup>⑰</sup> 与此相反，在“鲁某、苏某某故意伤害案”中，二被告人受到王磊、黄某某攻击后即还击，将王磊踢倒在地后还继续踢打，致其轻伤。<sup>⑱</sup>

<sup>⑩</sup> 参见王政勋《正当行为论》，法律出版社2000年版，第187页。

<sup>⑪</sup> 参见杨忠民“对正当防卫限度若干问题的新思考”，《法学研究》1999年第3期，第52页。

<sup>⑫</sup> 参见侯国云、白岫云《新刑法疑难问题解析与适用》，中国检察出版社1998年版，第127页。

<sup>⑬</sup> 参见周加海、左坚卫“正当防卫新型疑难问题探讨”，《山东公安专科学校学报》2001年第4期，第26页。

<sup>⑭</sup> 参见马克昌主编《犯罪通论》，武汉大学出版社1999年版，第754页。

<sup>⑮</sup> 参见吕冀平《汉语语法基础》，商务印书馆2003年版，第394页。

<sup>⑯</sup> 参见上海市宝山区人民法院（2014）宝刑初字第1163号刑事判决书。

<sup>⑰</sup> 防卫过当虽是一种“行为”，其本身又可以分为“行为”侧面和结果侧面，这两处“行为”的指代对象自不相同。其实，将后者表述为“手段”更为恰当，只是理论上对行为过当（即手段过当）、结果过当的用法已基本形成共识，故本文予以保留。

<sup>⑱</sup> 在本案中，审理法院将二被告人的行为认定为防卫过当。详见云南省楚雄彝族自治州中级人民法院（2015）楚中刑终字第144号刑事附带民事判决书。但是，理论通说会认为这种情况成立假想防卫，而越来越多的学者则将其认定为量的过当。根据后者观点或者审理法院的定性结果，二被告人的行为即属于“明显超过必要限度”。若认为此案例不妥，则可以设想以下情境：甲赤手空拳殴打乙、丙，乙、丙持铁棍用力还击，致甲背部、腿部等多处轻伤。此时即为“行为过当而结果不过当”。

在本案中，防卫者将侵害人打倒在地、控制侵害行为后又持续击打，其行为属于“明显超过必要限度”；至于轻伤结果，多数学者将其排除在“重大损害”之外。这种情况，属于典型的“行为过当而结果不过当”。因此，并列说更符合社会实践的真实情况，包容说、同一说则与此有所出入。

再次，从立法变迁的角度出发，将“明显超过必要限度”“造成重大损害”作并列考量符合立法初衷。在1979年刑法中，防卫限度条件为“超过必要限度造成不应有的危害”，这种立法标准过于原则，不易掌握。后来修改时，在“必要限度”之前增加“显然”，后修改为“明显”；将“不应有的危害”修改为“不应有的重大损害”，之后又取消了“不应有”一词。<sup>①</sup>由此可知：一方面，“造成重大损害”是立法重点增加的内容，其内涵与“不应有的危害”具有本质区别。如果说“危害”是否属于“不应有”还可以勉强依据“是否超过必要限度”进行评价，那么“损害”是否“重大”则明显具有独立判断的内容。另一方面，1997年刑法中的“必要限度”一词是从1979年刑法中借用而来，其含义仍然和1979年刑法中一样，<sup>②</sup>只是在其前面增加“明显”二字，以进一步放宽对行为限度的要求。因此，“必要限度”的判断地位并未发生改变，将其虚化或者纳入“重大损害”之中均不合适。综上所述，包容说、同一说尚未完全脱离1979年刑法的影响，而并列说恰恰是根据1997年刑法作出的全新解读，其结论更具妥当性。

最后，基于制度目的分析，将“明显超过必要限度”“造成重大损害”独立为两个条件具有本质基础。一般而言，正当防卫包括行为侧面和结果侧面。相对于通常意义上“不正”的犯罪行为，正当防卫具有“正”对“不正”的“正义”属性，即便防卫过当，其不法性亦有所降低。因此，刑法在对其设置边界时，除了对行为限度给予特别考量，还应在防卫结果上作出优待评价，具体表现为：（1）相对于一般犯罪，其入罪门槛应当更高；（2）在达到入罪条件后，其刑事责任应当得到从宽评价。第二点对应防卫过当减轻或者免除处罚，第一点则对应“重大损害”。基于此，将“明显超过必要限度”作为行为限度的认定标准，将“造成重大损害”作为结果限度的成立条件，从而赋予防卫者在立法上的双重优待。<sup>③</sup>这既符合一般人的正义观念，也不会过度限制侵害人的合法权益。并列说，恰恰符合如此制度安排，这也是摈弃包容说和同一说最为有力的根据。

## 2. 防卫限度应同时包括行为限度和结果限度

正如上文所言，正当防卫包括两个不同的侧面。其中，行为侧面对应行为限度，边界为“明显超过必要限度”；结果侧面对应结果限度，边界为“造成重大损害”。

关于“造成重大损害”与结果限度。首先，“重大损害”毫无疑问属于一种实害结果，将其与正当防卫的“结果”限度相对应，在解释上不存在任何障碍。其次，根据本文采用的并列说，“重大损害”应独立判断，与防卫人是否明显超过必要限度不存在任何关联。亦即，无论“重大损害”采取何种认定标准，均须以“结果”作为评判对象。因此，“重大损害”对应的只能是“结果”限度，与行为限度毫不相关。最后，由表1、表2可知，司法实践中对是否“造成重大损害”作出定性的样本有366例，下文通过对这些样本的实证考察，发现审判法院判断损害是否重大的依据只是防卫行为造成的人身损害结果，并不包括防卫行为本身。因此，将“造成重大损害”对应结果限度，契合司法实践的一贯做法，并且这种契合值得提倡。

<sup>①</sup> 参见高铭喧《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》，北京大学出版社2012年版，第197页。

<sup>②</sup> 参见王政勋、贾宇“论正当防卫限度条件及防卫过当的主观罪过形式”，《法律科学》1999年第2期，第80页。

<sup>③</sup> 关于行为限度与结果限度的提法，主要源于郭泽强教授和劳东燕教授。详见郭泽强、胡陆生“再论正当防卫的限度条件”，《法学》2002年第10期，第29页；劳东燕“防卫过当的认定与结果无价值论的不足”，《中外法学》2015年第5期，第1340页。

关于“明显超过必要限度”与行为限度。根据并列说，在认定必要限度时不能考虑损害是否重大，但并不必然排除损害结果。因此，不少持并列说的学者将损害结果作为必要限度的判断要素，司法实践中亦多是如此。笔者认为，在评价必要限度时应将损害结果排除在外，其判断对象只能是“行为”：其一，损害结果作为“重大损害”的评判对象，如果同时纳入必要限度的考量范围，意味着一个结果被同时评价两次，使得“结果”在防卫限度判断中占比过高，容易导致“重结果论”甚至“唯结果论”。其二，损害结果既然已经对应于“重大损害”，那么仅将防卫行为对应于“必要限度”，显得逻辑分明，便于操作，并且能够真正实现行为限度与结果限度的分离。其三，将“明显超过必要限度”对应行为限度，意味着只要行为适当，无论发生何种损害结果，均不得否定行为限度。这种观点，与必需说具有理论体系上的契合性，有利于将其作为必要限度的判断基准予以引入，更符合设立正当防卫的制度目的。

### 3. 防卫过当应双重超过行为限度和结果限度

“明显超过必要限度”是对行为限度的否定，“造成重大损害”是对结果限度的否定，根据刑法第20条第2款规定，只有同时超过行为限度和结果限度时，才能构成防卫过当。有学者将这种判断方法称为“独立双重过当论”<sup>②</sup>，笔者深以为然。从逻辑上讲，既然“防卫过当 = 否定行为限度 + 否定结果限度”，那么“否定防卫过当 = 肯定行为限度 / 肯定结果限度”。<sup>③</sup>亦即，只要防卫者“行为未明显超过必要限度”或者“结果未造成重大损害”满足其一，即可成立正当防卫。

在具体判断时，行为限度和结果限度孰重孰轻、谁先谁后，理论上存在不同观点。有学者指出，只有防卫行为“明显超过必要限度”之后，才有必要进一步检验损害是否重大，进而确定防卫是否过当<sup>④</sup>，即行为过当的认定是判断结果过当的前提和基础。<sup>⑤</sup>持相反观点的学者则坚持首先判断是否造成重大损害，其次才看是否明显超过必要限度。<sup>⑥</sup>笔者认为，行为限度和结果限度作为防卫限度的构成条件，二者在考量地位上无所谓高低，评价时间上无所谓先后，在实际判断时应同等对待。这是因为，行为限度和结果限度分别对应正当防卫的不同侧面，由于其不法性降低，立法者在行为和结果上给予防卫人双重宽容，但为了防止权利滥用，又分别为其划定正当边界。对此，无论行为限度还是结果限度，均是防卫限度不可分割的部分。至于评价时间上的先后，仅仅存在于思考层面，审判法官终须对二者作出论证说明，所以区别时间先后并无真正意义。当然，在实际操作时，重大损害应采绝对标准，属于事前确定的界限，简单比较即可。但对于必要限度，需要以防卫人所属的一般人的立场进行情境判断，操作颇为复杂，先判断结果限度似乎更有利于节约司法成本。不过，一个具有公信力的判决，除了正确的定性结果，充分裁判说理亦不可或缺。否则，判决因缺乏逻辑性和说理性而失去其权威性，最终只能通过话语权的强制性来解决，从而成为所谓的“单纯的暴力”。<sup>⑦</sup>因此，即使未造成重大损害，依然需要对行为限度作出阐明，思考顺序的先后并不能简化判决说理的程度。

<sup>②</sup> 储陈城 “正当防卫回归公众认同的路径”，《政治与法律》2015年第9期，第35页。

<sup>③</sup> 有学者认为，不构成防卫过当，并不当然成立正当防卫；既然限度条件包括两个要件，即行为不过当与结果不过当，那么当任何一个要件不具备时，就不是正当防卫。详见张明楷 “防卫过当：判断标准与过当类型”，《法学》2019年第1期，第10页。这种观点显然是不准确的。首先，防卫过当与正当防卫属于对立关系，不构成防卫过当即为正当防卫，反之亦然，不存在游离于二者之外的第三种结果。其次，根据立法规定及其背后理念，防卫限度的两个条件是基于否定角度予以确立的，即“行为过当且结果过当”才构成防卫过当，而非“行为不过当与结果不过当”方成立正当防卫，二者的逻辑、结论截然相反，不能混淆。

<sup>④</sup> 参见周光权 “正当防卫的司法异化与纠偏思路”，《法学评论》2017年第5期，第8页。

<sup>⑤</sup> 参见陈璇 “正当防卫、维稳优先与结果导向”，《法律科学》2018年第3期，第83页。

<sup>⑥</sup> 参见李金明 “防卫限度论”，《国家检察官学院学报》2003年第3期，第13页。

<sup>⑦</sup> 参见孙万怀 “公开固然重要，说理更显公正”，《现代法学》2014年第2期，第50页。

### 三、结果限度的裁判现状与认定标准

#### (一) 结果限度裁判现状的实证考察

##### 1. 赋权量化方法

正当防卫的结果限度为“造成重大损害”，其研究核心在于何种“损害”谓之“重大”？为此，笔者以相关判决书入手，对“重大损害”在司法裁判中的具体样态作实证考察。在750个样本中，对“是否造成重大损害”作出定性的样本有366个，包括8个否定重大损害案件、358个肯定重大损害案件，这些即为本部分的分析对象。经初步统计，其内容全部为\*\*人身损害\*\*，未含有财产损失等其他结果。这些人身损害，依其等级可分为\*\*轻微伤、轻伤（包括轻伤一级、轻伤二级）、重伤（包括重伤一级、重伤二级）、死亡\*\*四个级别，各级别涉及人数由1人到3人不等，不少案件还跨越多个级别。因此，统计结果类型繁多，否定重大损害的有3类，肯定重大损害的有33类，难以直接进行数据分析，需要作出量化处理。

量化的基本思想是利用转换原理去量纲化。所谓去量纲化，就是将单位各异因而不可比的各种事物放在一起，剥离掉事物间不可比的因素，抽离出共有的属性加以比对，使其获得可比性。<sup>⑳</sup>置于本文，就是在轻微伤、轻伤、重伤、死亡之间，通过某种方法使之具有一定的数量关系，从而转换为同一单位的事物，以达到量化分析的效果。对此，笔者采用实证研究中的重要工具——赋权方法，即赋予比较对象不同的系数，以体现各自的分量不同，从而作出换算，使比较对象成为可比数。<sup>㉑</sup>但是如何赋权，以妥当地体现不同损害级别之间的数量关系，则不再简单地是一个数学问题，而是要立足于社会实践，以契合于普通民众的公正观念。此外，既然是研究“重大损害”的司法认知现状，那么在赋权时就应当重点参考司法机关在衡量不同伤害结果时的一贯做法，其中最权威、最显著的表现形式无外乎两高发布的重要司法解释。为此，笔者查阅了2017年10月份以前的、涉及比较不同伤害结果的司法文件，共得到20部司法解释、规定，其中16部现行有效，4部已经废止。<sup>㉒</sup>在分析这20部文件时，主要是对其所载的、直接可比的条款进行分析，确定不同伤害结果之间的比值，并统计其出现次数。经如此操作，得到表3。

表3 司法文件中各伤害结果比值统计表

类型	死亡:重伤			重伤:轻伤		死亡:轻伤		轻伤:轻微伤
比值	3:1	10:3	5:2	10:3	3:1	10:1	9:1	2:1
数量	34	7	1	17	10	14	2	2

根据加权平均值的计算公式:

$$X: Y = [(x_1: y_1) \cdot f_1 + (x_2: y_2) \cdot f_2 + \dots + (x_k: y_k) \cdot f_k] / (f_1 + f_2 + \dots + f_k)$$

⑳ 参见白建军 《量刑均衡实证研究》，法律出版社2004年版，第107页。

㉑ 参见高隆昌 《社会度量学原理》，西南交通大学出版社2000年版，第202页。

㉒ 现行（查阅时间：2017年11月15日）有效的16部司法文件的发文字号为：法释[2000]33号、法释[2001]10号、法释[2004]21号、法释[2007]3号、法释[2007]13号、法释[2007]15号、法释[2011]13号、法释[2012]18号、法释[2013]12号、法释[2013]18号、法释[2013]24号、法释[2014]14号、法释[2015]22号、法释[2016]29号、公通字[2008]36号、公通字[2017]12号。已经失效的4部司法文件的发文字号为：法释[2006]4号、法释[2007]5号、法释[2009]9号、法释[2013]15号。

经过计算，得到表4。

表4 司法文件中各伤害结果比值的加权平均值统计表

类型	死亡:重伤	重伤:轻伤	死亡:轻伤	轻伤:轻微伤
加权平均值	767:252	260:81	79:8	2:1

由此可知，在司法机关的观念中，“死亡：重伤 $\approx 3.0$ ” “重伤：轻伤 $\approx 3.2$ ” “死亡：轻伤 $\approx 9.9$ ” “轻伤：轻微伤 $\approx 2$ ”。前三者存在关联，但“ $3.0 \times 3.2 \neq 9.9$ ”，说明司法机关在衡量伤害结果的关系时思虑不周。对此可以稍作调整，把重伤与轻伤的比值调整为“3.3”，这和原来的结果相差不大。上述伤害结果比值基本符合社会民众的心理预期，与社会实践十分契合，可以作为赋权时的数量关系。现在，我们以“一人”为对象，将“轻伤”的损害值赋值为1，那么轻微伤、重伤和死亡的损害值分别为0.5、3.3、9.9，对“一人”伤害结果的损害值标尺可以表示为图1：



图1 伤害结果的损害值标尺图

基于此，即可在保持评价对象内质的基础之上将抽象损害结果转化为具体数值，以达到统计分析的研究目的。

### 2. 损害结果情况

根据前述赋值量化方法，可将8个否定重大损害、358个肯定重大损害的样本的损害结果转化为可比较的、表示损害轻重的数字，具体结果见图2、图3。

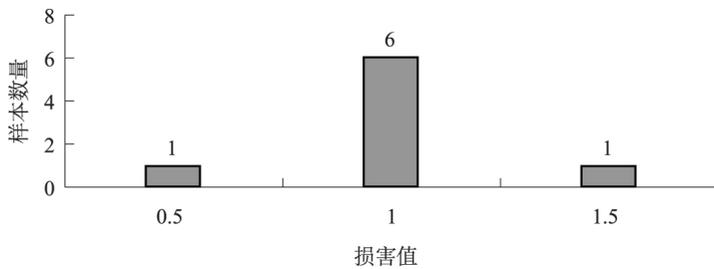


图2 否定重大损害案件的损害值分布图

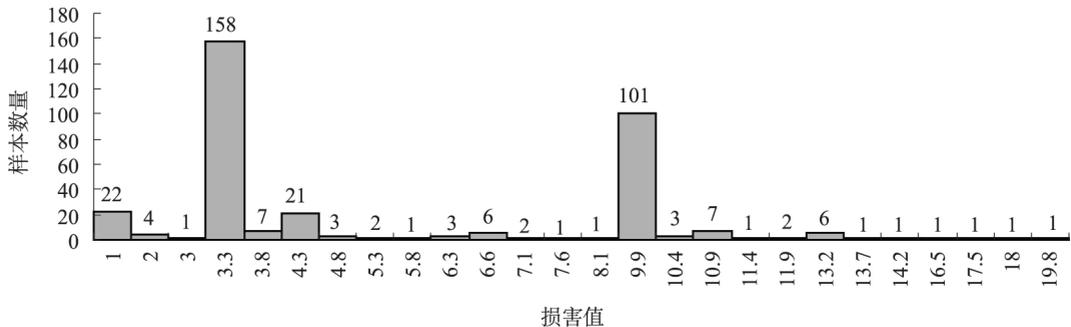


图3 肯定重大损害案件的损害值分布图

在图2中,否定重大损害案件的损害值共有3种,分别为0.5、1、1.5,对应损害结果分别为“一人轻微伤”“一人轻伤”“一人轻伤、一人轻微伤”。损害值1出现6次,为众数,说明否定轻伤成立“重大损害”的样本数量最多。损害值1.5出现一次,说明稍高于一人轻伤的损害结果亦被否定为“重大损害”。整体而言,司法实践倾向于将轻伤乃至稍高于轻伤的损害结果排除在“重大损害”之外。

在图3中,肯定重大损害案件的损害值共有26种,从1到19.8分布区间广泛,对应样本数量少则1个、多则158个,差别甚巨,该图可供分析的信息量非常充足。首先,损害值主要集中于3.3和9.9,分别对应“一人重伤”“一人死亡”,样本数量高达158个、101个,各占肯定重大损害样本总量的44.13%、28.21%;二者合计259例,占比72.35%<sup>①</sup>说明“一人重伤或死亡”仍是司法实践中认定为“重大损害”的常见样态。其次,以3.3和9.9作为分割点,正好将其他数据划分为三个区间。其中,损害值小于3.3的样本有27个,占比7.54%,具体结果从“一人轻伤”到“三人轻伤”共3种类型;损害值大于3.3小于9.9的样本有47个,占比13.13%,具体结果从“一人重伤一人轻微伤”到“二人重伤一人轻伤一人轻微伤”共13种类型;<sup>②</sup>损害值大于9.9的样本有25个,占比6.98%,具体结果从“一人死亡一人轻微伤”到“二人死亡”共15种类型。由此可见,在司法实践中除“一人重伤”“一人死亡”之外,还存在大量其他样态的“重大损害”样本,这与学界将其简单地划分为轻伤、重伤、死亡的认识显不相同。最后,损害值小于3.3的样本有27个,占比7.54%,说明司法实践对轻伤以及稍重于轻伤的伤害结果是否成立“重大损害”存在分歧。因为仅有极少量法院将这类结果认定为“重大损害”,说明司法实践更倾向于将其排除在外,<sup>③</sup>这与图2的分析结论相同。损害值大于或者等于3.3的样本共计331个,占比高达92.46%,加之损害值的众数为3.3,中位数为3.3,平均值为5.90,均落在这一区间,由此可以认为司法实践将“相当于一人重伤”作为“重大损害”的界限。亦即,造成“相当于一人重伤及其以上”的人身损害结果,即为造成“重大损害”。

### 3. 分析结论

经过对图2、图3的数据分析,可对司法实践中“重大损害”的分布样态、评判标准作出基本推断,大致得出以下三点结论:

其一,被认定为“重大损害”的防卫结果,类型多样、情况复杂,非学界的通常分类所能涵括。对此,在讨论“重大损害”的界定标准时,应着重考量司法实践情况,从而将刑法理论根植于现实土壤。

其二,在366个对“是否造成重大损害”作出定性的样本中,无一例将对不法侵害者造成的财产损失纳入损害结果考量之中。这固然与防卫行为多为对人防卫有关,但实务中对财产造成附属性损害亦非鲜见。即使认为防卫过程中财产性损失难以单独构成“重大损害”,但将其与人身损害置于一处,共同判断损害结果是否重大亦属必要。因此,对其最合理的解释只能是:司法机关普遍认

<sup>①</sup> 因“四舍五入”的缘故,72.35%比44.13%、28.21%之和多出0.01%,这是数据统计的正常现象,不影响文章的分析结论。

<sup>②</sup> 处于这个区间的损害值共有10种,但有6个结果类型在损害值上两两相同“一人重伤二人轻微伤”与“一人重伤一人轻伤”、“一人重伤四人轻微伤”与“一人重伤二人轻伤”、“一人重伤二人轻伤二人轻微伤”与“一人重伤三人轻伤”,所以实际上共有13种损害结果类型。在损害值大于9.9的区间同样存在这种情况,在此一并说明。

<sup>③</sup> 根据社会生活经验,正当防卫属于防卫人与侵害人之间的行为冲突,就其冲突结果(包括侵害结果和防卫结果)而言,造成对方轻伤、重伤、死亡的案件数量会逐步递减。因此,若以轻伤作为“重大损害”的认定起点,那么进入审判程序的造成不法侵害人轻伤、重伤、死亡的案件数量亦应递减。但事实上轻伤结果的案件只有22例,占比仅6.15%,说明司法实践普遍未将轻伤纳入“重大损害”之中。

为财产损失不属于“重大损害”的评判指标。

其三，对于（一人或多人）轻伤结果是否成立“重大损害”，司法实践中存在分歧，但更倾向于持否定态度。整体而言，审判机关普遍将“相当于一人重伤”的防卫结果作为“重大损害”的认定起点，亦即，“重大损害”是指“相当于一人重伤及其以上的人身损害结果”。

## （二）结果限度认定标准的学理反思

司法实践在界定“重大损害”时，基本确立了“相当于一人重伤及其以上的人身损害结果”这一标准，具体明确，易于操作，符合社会公民的价值观念，同时也能够涵盖绝大多数相关案件。但正如图3所示，即使是被认定为“重大损害”的防卫结果，其类型已经如此繁多，更遑论尚未纳入关注视野的其他结果。因此，在司法实践的经验基础之上，笔者认为，界定“重大损害”时，应注意反思以下两点。

### 1. 财产损失应当纳入防卫损害的考量范畴

我国《刑法》第20条第2款规定既未将对物防卫排除在外，也未将“重大损害”限定为人身损害，所以将财产损失纳入防卫损害考量范畴是个无需证成的命题。亦即，只要能达到制止不法侵害的效果，法律并不否定采取损害其财产的方法。<sup>④</sup>而否定财产损失的理由主要有两点：（1）防卫行为只能针对不法侵害者的人身进行，因而重大损害只能是人身损害；<sup>⑤</sup>（2）重大人身损害具有不可逆的特点，财产损失却可由等值财产替代，即使防卫人造成不必要的财产损失，进行民事补偿即可。<sup>⑥</sup>对于第一点，我国《刑法》第20条第2款只规定防卫行为应针对不法侵害人进行，但并未限制在人身或者财产方面，亦即，只要出于防卫意图、具有防卫效果的，均可使用。在现实生活中，也不乏因防卫而毁损侵害人凶器（比如轿车、家犬）的情况。因此，认为防卫行为只能针对不法侵害者人身的观点，既不符合规范判断，也同社会经验相背离。对于第二点，财产损失虽可恢复，但也只是就个人而言，行为人对法秩序的破坏已经产生，就必须承担相应的刑事责任。正是如此，财产犯罪在行为人归还原物或者赔偿损失后仍有给予刑事制裁的正当基础。至于防卫过当，刑法在损害结果方面已经对其提高入罪门槛，却并未赋予其排除财产犯罪的特别事由。因此，认为防卫行为造成的财产损失不宜交由刑事制裁的观点，并不具有合理根据。

防卫损害既然包括财产损失，那么如何确立“重大财产损失”的认定标准呢？对此，我国理论界和实务界均未给予重视。防卫行为造成的财产损失，性质上属于毁坏财物，对应罪名为故意毁坏财物罪，本罪在数额上分为两个等级，即数额较大和数额巨大。无论基于正当防卫的制度目的还是“重大损害”的语义理解，“数额较大”均难以称为“重大财产损失”。因此，将“数额巨大”作为“重大财产损失”的参考标准更为适宜。如何确定故意毁坏财物罪中“数额巨大”的具体金额，刑事立法、司法解释均未作出规定。通过查阅相关财产犯罪，两高曾解释过盗窃罪、诈骗罪、抢夺罪、敲诈勒索罪的犯罪数额，<sup>⑦</sup>结果如下（表5）。

根据表5，司法实践倾向于将单纯财产犯罪中“数额巨大”的起算点限制在“3万-10万”之间。相较于表5中的四个罪名，故意毁坏财物罪的罪量更低，再考虑到刑法对防卫行为的宽和态度，可以在“3万-10万”之间取最高值即10万作为“重大财产损失”起算点，即“重大财产损失”是指造成不法侵害人10万元以上的财产损失结果。当然，这只是本文给出的参考结果，如有其他正当理由可作进一步调整。

<sup>④</sup> 参见注②，第12页。

<sup>⑤</sup> 参见注⑫，第131页。

<sup>⑥</sup> 参见李怀胜《正当行为制度适用》，中国人民公安大学出版社2012年版，第96页。

<sup>⑦</sup> 这4部司法解释的发文字号为：法释[2011]7号、法释[2013]8号、法释[2013]10号、法释[2013]25号。

表5 部分财产犯罪的犯罪数额级别起算点统计表

罪名	数额较大(元)	数额巨大(元)	数额特别巨大(元)
盗窃罪	1000-3000	3万-10万	30万-50万
诈骗罪	3000-10000	3万-10万	50万
抢夺罪	1000-3000	3万-8万	20万-40万
敲诈勒索罪	2000-5000	3万-10万	30万-50万

## 2. 轻伤并非当然排除“重大损害”的成立可能

司法实践普遍将重伤、死亡界定为“重大损害”，对此笔者并不反对，但这并不意味着“重大损害”的认定起点只是重伤，二者并非充分必要条件。有学者认为，在我国刑法分则的一些条文中，“重伤”与其他“重大损失”并列规定，表明“重伤”是法律所规定的“重大”损失（损害）的一种表现。<sup>⑳</sup>然而，这并不能说明“重伤”是“重大”损失（损害）的最低起点。或许在立法者看来，重伤、死亡只是“重大”人身损害的典型表现，却不是最低表现。其实，我国刑法第95条在界定“重伤”时，即认为它是一种“重大伤害”，不过“重大伤害”是否仅限于重伤及其以上，却并未作出说明，这与分则中的上述规定属于同一道理。虽然在确立“重大损害”的标准时，应当体现出法律对防卫行为的宽和精神，凸现损害的“重大”性和“明显”性<sup>㉑</sup>，但是否一律将“轻伤”排除在“重大损害”之外，则是值得探讨的。

一般而言，“一人轻伤”确实很难称之为“重大损害”，否则同立法精神有所背离。但正如图3所示，防卫者可能同时对多人造成多个损害结果，即使单个结果难以谓之重大，但作为一个整体，却又不能否认其损害值已达到甚至超越“一人重伤”的程度。亦即，当轻伤、轻微伤组合在一起，并随着人数的增加，必定由量变到质变，成立“重大损害”。此外，根据我国《人体损伤程度鉴定标准》，伤害等级分为重伤一级、重伤二级、轻伤一级、轻伤二级、轻微伤等五个等级，“附录A”进一步说明，“轻伤一级的上限与重伤二级相衔接”。因此，轻伤（一级）和重伤（二级）有时只是一线之隔，二者并非难以跨越的鸿沟，再考虑到损害人数的影响，将轻伤直接排除在“重大损害”之外是充满疑虑的。

那么，当如何确立“重大人身损害”的认定标准呢？对此，笔者并不否认学界的主流观点，即将“重伤”作为衡量“重大损害”的起算点。只是这里的“重伤”，不应当限于“重伤害”，而是包括相当于“一人重伤害”的人身损害集合。用上文提出的损害值概念，则可以表示为：重大人身损害值起算点 $\approx 3.3$ （=3.3人轻伤）。考虑到轻伤又分为轻伤一级、轻伤二级，此外还有伤残程度鉴定等，这些均可影响人身损害程度的判断，故可以将“重大人身损害值起算点”下调到“3”，即“重大人身损害值 $\geq 3$ ”。基于此，本文给出的“重大人身损害”的参考标准，就是造成不法侵害者相当于三人轻伤及其以上的人身损害结果。

## 四、行为限度的实践考察与本土展开

### （一）司法实践对必要限度的关注要点

在750个样本中，对“明显超过必要限度”作出定性的样本共有682个，包括669个防卫过

<sup>⑳</sup> 参见注①，第54页。

<sup>㉑</sup> 参见注①，第54页。

当、13 个正当防卫样本以及 670 个超过必要限度、12 个未超过必要限度样本，这些正是本部分的分析对象。

### 1. 必要限度判断中关注要点的整体情况

对于行为人是否明显超过必要限度，需要裁判者作情境判断，即结合防卫当时的具体情境进行假定的、客观的判断。为实现情境还原的目的，笔者将防卫情境拆分为侵害者主体情况、侵害者客观表现、防卫者主体情况、防卫者客观表现、防卫环境等五个方面，并以此统计其内部各分要点在 682 个样本中的总载明次数。为消除总要点内部各分要点数量不等的影响，笔者引入“均载明次数”，即各分要点在 682 个样本中载明次数的平均值，此数据可以代表审判实践对各总要点的关注情况。经过统计，得到表 6。

表 6 必要限度判断中关注要点的整体分布情况

关注总要点	总载明次数	分要点数量	均载明次数
侵害者主体情况	121	6	20.2
侵害者客观表现	773	11	70.3
防卫者主体情况	91	6	15.2
防卫者客观表现	1341	13	103.2
防卫环境	24	4	6.0

首先，对各关注总要点分别考察。防卫者客观表现的均载明次数有 103.2 次，居首位，说明法院在判断必要限度时更关注防卫者客观表现，并以此作为最重要的认定依据。侵害者客观表现的均载明次数有 70.3 次，居次位，反映出法院较为看重侵害行为的外部样态，其严重程度势必影响必要限度的判断结果。侵害者、防卫者主体情况的均载明次数分别有 20.2 次、15.2 次，数量偏少，表明法院不太重视双方的主体能力对比。防卫环境居末位，均载明次数只有 6.0 次，说明法院基本无视周边环境对防卫行为的影响。

其次，基于比较分析的视角。侵害者一方的均载明次数为 52.6 次，防卫者一方的均载明次数为 75.4 次，前者与后者存在较大差距，说明法院在判断必要限度时倾向于考察防卫者一方，更加重视防卫者的实际选择，而相对轻视侵害行为对防卫者造成的客观阻碍。再看另外一对变量，侵害者、防卫者“主体情况”的均载明次数为 17.7 次，“客观表现”的均载明次数为 88.1 次，二者差距悬殊，非常直观地显示出司法实践对侵、防双方客观表现的厚爱以及对主体情况的轻视。但主体能力往往决定行为选择，无视主体情况而苛求行为表现，正是司法实践中普遍存在的问题。

最后，从整体情况上进行分析。为更加准确地判断防卫行为是否超过必要限度，就必须对行为当时的情境作全景式考察。对此，在 682 个样本中各关注总要点均载明次数的理想状态应是 682 次，越接近说明法院的裁判说理越充分。但在表 6 中，排名最高的均载明次数有 103.2 次，相对于 682 次其比例仅为 15.13%，排名最后的均载明次数更是低至 0.88%，这两组数据反映出司法实践在判断必要限度时过于简化，其裁决依据、论证说理明显不足，值得审判机关深刻反思。

### 2. 必要限度判断中关注要点的具体分布

由表 6 可知，司法实践在认定必要限度时更重视侵害者、防卫者的主客观情况，现对其内部各关注要点作进一步分析。去掉防卫环境中的 4 个关注要点，尚有 36 个要点可供考察，在绘制图表时限于文字数量要求，将各关注要点简化为数字编号（见表 7），在此基础之上，得到图 4。

表7 必要限度判断中关注要点的编号表

编号	1	2	3	4	5	6
侵害者情况	性别	年龄	体格	技能	侵害人数	侵害心态
防卫者情况	性别	年龄	体格	技能	防卫人数	防卫心态
编号	7	8	9	10	11	12
侵害者情况	侵害工具	侵害方式	打击部位	作用力量	侵害程度	侵害形势
防卫者情况	防卫工具	防卫方式	打击部位	作用力量	损害程度	防卫形势
编号	13	14	15	16	17	18
侵害者情况	侵害法益	侵害结果	可能结果	侵害起因	侵害缓急	
防卫者情况	损害法益	防卫结果	可能结果			诱发责任
编号	19	20	21			
侵害者情况						
防卫者情况	防卫准备	防卫警告	替代方案			

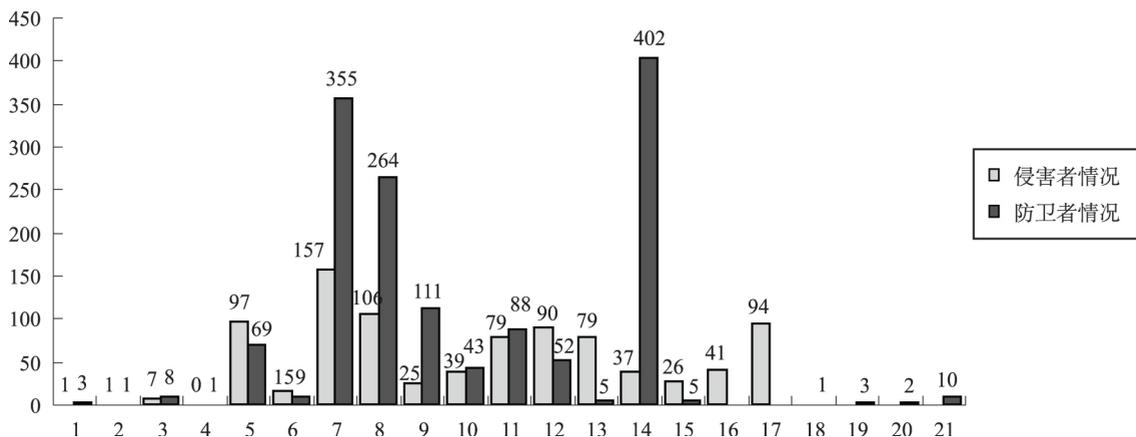


图4 必要限度判断中关注要点对比图

首先，各关注要点的载明数量高低不一，差别甚巨。将防卫结果作为必要限度关注要点的样本有402个，居首位，占定性样本总量的58.94%，说明审判机关对其非常重视，基本可以推出司法实践在判断必要限度时更偏向于“结果”而非“行为”。防卫工具、防卫方式排在第二、第三位，分别有355个、264个样本，远高于其他要点；载明次数在100次以上的关注要点还有侵害工具、防卫打击部位和侵害方式。这五个关注要点均与行为的危险程度相关，说明在防卫结果之外，法院较为看重双方的行为危险。至于其他关注要点，比如双方人数、侵害程度或损害程度、侵害缓急、侵害形势、侵害法益等，在司法实践中亦占有相当数量。还有不少要点基本处于关注空白。

其次，侵害者、防卫者的关注要点分布呈非对应状态。表7所显示的36个关注要点，有15组（即30个）属于对应关系，但它们在图4中的分布却并非处于对应状态。<sup>⑩</sup>在这15组对应关系中，

<sup>⑩</sup> 本文所谓的对应状态，是指侵害者、防卫者之间具有对应关系的关注要点，其样本数量差控制在定性样本总量5%（即34个）以内的一种现象。同时，为防止样本数量过少引起的测量误差，将双方数据均未达到定性样本总量5%的对应组别予以剔除。

有9组满足分析要求。其中,呈对应状态的只有3组,呈非对应状态的却有6组,说明司法实践在判断必要限度时整体上并未采用“基本相适应”的思考进路。在呈非对应状态的6组关系中,有4组属于对防卫者的关注次数显著多于侵害者,另外2组则是对侵害者的关注次数显著多于防卫者,说明司法实践对侵害者、防卫者的关注重点有所不同,并且更倾向于关注防卫者。

最后,有部分特殊要点进入审判视野,值得进一步研究。比如,对于侵害心态和防卫心态,分别有15个、9个样本予以考量,说明少量法院已经将醉酒、精神病、惊慌等主观状态纳入必要限度考量之中。再比如,防卫者对侵害发生有无诱发责任、事前有无防卫准备、是否发出防卫警告,同样受到个别法院重视,而这几个因素,亦是域外的研究重点和难点。此外,将防卫替代方案作为裁判要点的样本有10个,包括可以躲避而未躲避者、可以采用较轻手段或者报警而未采用者,甚至个别判决以必需说作为判断基准,这些均属于必要限度的基础问题,值得重点关注。

### 3. 分析结论

综合以上分析,不难看出司法实践在判断必要限度时存在两大问题:

第一,各个法院在判断防卫行为“是否明显超过必要限度”时采用的标准并不一致,必需说、基本相适应说、相当说均有相应实践,整体上更强调防卫者将损害结果控制在最低程度。对此,亟须确立统一的判断基准,并将正当防卫的立法意旨贯彻其中。

第二,司法实践在评价必要限度时,倾向于关注个别要素,欠缺综合考量和情境判断。这主要具有四个特点:(1)重侵防主体,轻外在环境;(2)重防卫一方,轻侵害情况;(3)重客观表现,轻主体能力;(4)重损害结果,轻行为危险。对此,应当确立综合考量思维,在具体的防卫情境中作出设身处地地换位判断。

#### (二) 判断基准:从“相当说”到“必需说”的应然转向

如何判断防卫行为是否明显超过必要限度,司法实践中做法不一,刑法理论上亦众说纷纭,对此主要有基本相适应说、必需说和相当说,其中相当说为通说。囿于相当说的固有缺陷以及对司法实践产生的负面影响,其通说地位愈加遭受质疑,更多学者开始转向必需说。本文亦采用必需说,以此作为行为限度的判断基准。

##### 1. 对“相当说”的强烈质疑

相当说,实际上是必需说和基本相适应说的折中。采此说的学者认为,这是正当防卫必要限度的原则界限与具体判断标准的有机结合,它既抓住了理解必要限度的本质特征,有利于鼓励公民实行正当防卫,又对防卫人提出了必要约束,有利于保障正当防卫的正确行使。<sup>①</sup>在确定必要限度时,应以防卫行为能否制止不法侵害为标准,同时考察防卫利益的性质和可能遭受损害的程度,同不法侵害人造成损害的性质、程度是否大体相当。<sup>②</sup>其实,相当说存在诸多缺陷,越来越多的学者对其提出强烈质疑。

首先,相当说与基本相适应说并无本质区别。二者之中,基本相适应说才是判断是否超过必要限度的决定性标准,拥有最终的否决权,它不可能消除基本相适应说所固有的缺陷。<sup>③</sup>因此,对基本相适应说无理苛求防卫人、不当分配损害风险、背离正当防卫制度目的等方面的质疑同样适用于相当说。其次,必需说与基本相适应说存在着根本矛盾,这两种学说无法实现统一。<sup>④</sup>必需说的核

<sup>①</sup> 参见高铭暄、马克昌主编《刑法学》(第八版),北京大学出版社、高等教育出版社2017年版,第135页。

<sup>②</sup> 参见高铭暄《刑法格言》,法律出版社2004年版,第381页。

<sup>③</sup> 参见注<sup>①</sup>,劳东燕文,第1325-1326页。

<sup>④</sup> 参见注<sup>②</sup>,第11页。

心在于是否为制止不法侵害的最低限度手段，只要是保护合法权益所必需的，防卫行为在性质、强度、后果等方面可以远远超过不法侵害，但基本相适应说却否定任何情况下的悬殊差距，二者在很多情况下彼此冲突、难以协调，所以相当说的内部构成存在着根本矛盾。再次，在相当说的理论框架中，同一客观结果性要素，不仅要在行为限度内予以考察，在结果限度内同样要予以考虑，这种重复评价会导致客观损害结果的影响被不当放大。正是这种对必要限度规范含义的不当认识，成为了防卫限度司法认定困境的规范诱因。<sup>④⑤</sup>最后，相当说使得防卫限度在司法实践中限之过严的形势更为严峻。根据相当说，如果防卫人的行为与不法侵害基本相适应却并非必需，则防卫行为明显超过必要限度；反之，如果防卫行为必需，但与不法侵害并非基本相适应，同样超过必要限度。亦即，相当说实际上几乎将正当防卫的成立空间挤压到趋近于零的地步，是所有学说中成立正当防卫空间最小的一个，<sup>④⑥</sup>其本身正是司法实践虚置正当防卫的理论根源。

## 2. “必需说”的合理选择

必需说作为必要限度的评价基准，重视综合考量、情境判断，既包括指导原则，又讲究实践操作，能够兼顾普遍适用性与现实可行性。同时，为避免权利滥用，在特殊情况下可以限制必需说的适用范围，不会出现反对者所担心的防卫权过度扩张的问题。因此，本文支持必需说，具体选择依据则有以下几点。

第一，基于制度本质。正当防卫之所以正当，是因为个人保护原则和法确证原则。个人保护原则是正当防卫的基石，只允许为保护个人利益而行使正当防卫权；<sup>④⑦</sup>法确证原则对不法侵害者的否定评价，赋予防卫者利益绝对的优先地位，同时该原则又对个人保护作出限制，将权利滥用行为排除在外。基本相适应说、相当说都带有明显的功利主义哲学色彩，<sup>④⑧</sup>严重背离正当防卫的制度本质，既无法对被受害人提供充分保护，又有损于法秩序的权威。相反，必需说完全可以实现保护个人权利、确证法律秩序的制度目的，并且受法确证原则约束也不会导致权利滥用。第二，基于立法目的。1979年刑法受“法条宜粗不宜细”指导思想的影响，以及出于避免正当防卫权利被滥用等原因的考虑，对正当防卫限度的规定过于原则和笼统，以至于实践中对正当防卫掌握过严。<sup>④⑨</sup>为纠正这一问题，1997年刑法在“超过必要限度”前增加“明显”两字，以解除对正当防卫的不当束缚。<sup>⑤⑩</sup>对此，基本相适应说和相当说显然不符合修法背后所蕴含的立法目的，甚至与其相背离，必需说恰恰符合立法初衷，能够大幅度扩容行为人的防卫权。第三，基于刑事政策。降低正当防卫包括防卫过当的认定标准，就是提高不法侵害人的违法成本；提高正当防卫包括防卫过当的认定标准，就是增加被受害人的维权成本。<sup>⑤⑪</sup>在必要限度的问题上，采取基本相适应说或者相当说，等于为不法侵害者提供“护身符”，这无异于变相鼓励实施侵害。<sup>⑤⑫</sup>相反，必需说将防卫行为可能造成

<sup>④⑤</sup> 参见张宝“防卫限度司法认定的困境与出路”，《法学杂志》2016年第10期，第98页。

<sup>④⑥</sup> 参见周详“防卫必要限度：学说之争与逻辑辨正”，《中外法学》2018年第6期，第1581-1584页。

<sup>④⑦</sup> 参见〔德〕汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特《德国刑法教科书（上）》，徐久生译，中国法制出版社2017年版，第450页。

<sup>④⑧</sup> 参见王钢“正当防卫的正当性依据及其限度”，《中外法学》2018年第6期，第1591页。

<sup>④⑨</sup> 参见注⑩，第197页。

<sup>⑤⑩</sup> 有学者认为，“明显超过必要限度”应拆分为“必要限度”和“明显超过”两个条件，并赋予后者独立的判断地位。详见邹兵建“正当防卫中‘明显超过必要限度’的法教义学研究”，《法学》2018年第11期，第149-150页。本文不同意这种观点，“明显超过必要限度”应当看作一个整体：一则1997年刑法增加“明显”二字，才为必需说提供了充分的立法依据；二则以必需说（前述作者使用“最低强度的有效防卫说”）扩张“必要限度”的前提下，再以“明显超过”二次扩张，反而容易导致权利滥用，有过于牺牲不法侵害者利益之嫌。

<sup>⑤⑪</sup> 参见注⑦，第102页。

<sup>⑤⑫</sup> 参见注⑩，劳东燕文，第1341页。

的损害风险更多地转移到风险的制造者——不法侵害人身上，使其在违法犯罪时有更多顾虑，从而减少有害行为的发生几率，实现预防犯罪的刑事目的。第四，基于实践反思。在司法实务中，因基本相适应说而产生的多方位相适应的判断，使得一些司法人员脱离正当防卫的动态环境，对防卫人一味评头品足，求全责备，坐而论“度”。<sup>⑤③</sup>至于相当说，始终无法摆脱基本相适应说的桎梏，而且将其与必需说折中，彼此限制，只会进一步缩减正当防卫的适用空间。对此，惟有采用必需说，在判断必要限度时坚持情境考察，才能切实纠正司法实践中的适用偏差。第五，基于域外借鉴。在大陆法系国家，如德国，判断防卫限度的基本原则是“必要性原则”，<sup>⑤④</sup>同时受到“社会道德性限制”。<sup>⑤⑤</sup>在日本，一般要求防卫行为是有效的，并且是最低限度内的损害行为。<sup>⑤⑥</sup>至于法益显著失衡时，有学者用“缓和的均衡性”否定防卫限度，<sup>⑤⑦</sup>也有学者直接否定防卫行为的成立。<sup>⑤⑧</sup>在英美法系国家，如美国，正当防卫分为不同类型，对于自身防卫和防卫他人，通常从必要性、相称性、合理相信原则三个方面判断。<sup>⑤⑨</sup>防卫财产和执法防卫则作出较严格的限制。在英国，必要限度的判断规则大致为行为人是否真诚地、出于本能地认为防卫行为是必要的。<sup>⑥①</sup>由此可见，将必需说确立为必要限度的判断基准，并在特定条件下对其排除适用，符合保障防卫权利为主、限制为辅的国际潮流。

### （三）综合考量“必需说”情境判断的具体展开

#### 1. “必需说”的基本内容

根据必需说，是否明显超过必要限度的基本标准就是防卫行为是否为有效制止不法侵害的最低限度的手段。因此，如果防卫人可以选择强度更小的反击措施，而且这样做既能达到同样的防卫效果，又不会使自己的安全受到威胁，那他的防卫行为就超过了必要限度；反之，则未超过必要限度。<sup>⑥②</sup>判断时机方面，应坚持事前判断，即结合防卫当时的具体情境，做整体的、假定的判断，而不是进行事后的、“马后炮”式的判断。<sup>⑥③</sup>判断视角方面，通说采用一般人标准，即将社会一般人置于被侵害人的地位，以考察防卫行为是否超过“必需”强度。<sup>⑥④</sup>其实，采用“防卫人所属的一般人标准”更为妥当，即以年龄、性别、体格、技能、力量、经验等决定防卫能力的各项要素均与防卫人相同的一般人形象来进行判断。只有这样，才可以对防卫人的选择是否恰当作出准确评价，既不强人所难，又未放任纵容。

正如持相当说、基本相适应说的学者所忧虑，必需说在某些情况下可能太过偏向于防卫者，而这种偏袒有时在情理上难以自圆，所以笔者认为在以下两种情况下应当排除适用必需说。其一，在

<sup>⑤③</sup> 参见段立文《对我国传统正当防卫观的反思》，《法律科学》1998年第1期，第32页。

<sup>⑤④</sup> 参见【德】克劳斯·罗克辛《德国刑法学总论（第1卷）》，王世洲译，法律出版社2005年版，第438页。

<sup>⑤⑤</sup> 参见注⑤④，第443-444页。也有学者称之为“社会伦理”的限制。详见【德】乌尔斯·金德霍伊泽尔《刑法总论教科书》（第六版），蔡桂生译，北京大学出版社2015年版，第169页；【德】约翰内斯·韦塞尔斯《德国刑法总论》，李昌珂译，法律出版社2008年版，第189页。

<sup>⑤⑥</sup> 参见【日】大谷实《刑法总论》，黎宏译，法律出版社2003年版，第214-215页。

<sup>⑤⑦</sup> 该学者称其为“相当性要件”。参见【日】松原芳博《刑法总论重要问题》，王昭武译，中国政法大学出版社2014年版，第130页。

<sup>⑤⑧</sup> 参见【日】松宫孝明《刑法总论讲义》（第4版补正版），钱叶六译，中国人民大学出版社2013年版，第108页；【日】山口厚《刑法总论》（第3版），付立庆译，中国人民大学出版社2018年版，第137-138页。

<sup>⑤⑨</sup> 参见【美】约书亚·德雷斯勒《美国刑法精解》（第四版），王秀梅等译，北京大学出版社2009年版，第203-204页。相称性是指，个体不能使用远远超过其受到威胁程度的武力来自卫，对此不允许运用致命性武力对抗一个非致命性的袭击。因此，这里的相称性与基本相适应明显不同，其只是对法益显著失衡的限制。

<sup>⑥①</sup> 参见【英】J. C. 史密斯、B. 霍根《英国刑法》，马清升等译，法律出版社2000年版，第289页。

<sup>⑥②</sup> 参见陈璇《侵害人视角下的正当防卫论》，《法学研究》2015年第3期，第130页。

<sup>⑥③</sup> 参见周光权《正当防卫成立条件的“情境”判断》，《法学》2006年第12期，第103页。

<sup>⑥④</sup> 参见注⑥③，劳东燕文，第1340页。

保护利益与损害利益显著失衡的场合，防卫行为实际上有违法确证原则，因为法秩序不允许对较小价值的法益，以造成侵害人巨大损失为代价进行防卫。<sup>④</sup>对此，在保护轻量利益的情况下，无论如何不得采用致命性防卫手段。其二，面对无责任、限制责任者的攻击，不再适用必需说，而是逐次考虑下列手段：（1）回避、逃跑；（2）防御性防卫措施；（3）尽量控制强度的攻击性防卫措施。之所以对防卫手段作出限制，主要是因为这些侵害行为虽然违法，但并非明确轻视受害人权利<sup>⑤</sup>，并且法秩序也无需通过对侵犯者的果断回击来确证自己。<sup>⑥</sup>

## 2. “必需说”的情境展开

在实际判断防卫行为是否“必需”时，应当坚持综合考量原则。<sup>⑦</sup>正如上文所言，防卫情境由诸多要素组成，是防卫彼时、彼地所有影响手段选择的要素总和。因此，在判断行为限度时不能仅根据个别要素，而要在尽可能全面查明案件事实的基础之上，构建防卫的全方位图景，并将防卫能力与防卫者相同的社会一般人置于其中作综合考量。惟有如此，才能真正做到设身处地，避免过分苛责防卫人，以纠正司法实践中偏向于个别指标的错误做法。当然，防卫情境的各个要素所属层次、考量比重并不相同，在实际判断中当有所区分，具体思路如下。

首先，以“防卫—侵害”形势为切入。防卫者与侵害者的对抗是个动态过程，其结果无非是防卫成功或者防卫失败。前者整体表现为防卫形势占优，最终制止不法侵害；后者则整体表现为侵害形势占优，最终压制防卫行为。考察行为限度时亦要围绕这两点：如果侵害形势优于防卫形势，那么对防卫行为的限制就偏低，二者差距越大，限制越小；反之，如果防卫形势优于侵害形势，则对防卫行为的限制就偏高，二者差距越大，限制越高。“防卫—侵害”形势是不断变化的，防卫行为的限度也会随之变化，裁判者应善于将案件划分为不同阶段，并针对不同形势作具体分析。

其次，以“防卫—侵害”行为的危险程度为中心。行为限度，其实就是限制防卫行为对受害人可能造成的损害程度，即危险程度，而防卫人所必需的行为强度，往往又取决于损害行为的危险程度。因此，“防卫—损害”行为的危险程度才是必需说的考察核心。具体操作时，可以综合考虑五个方面：（1）防卫、侵害工具，包括是否使用工具以及使用何种工具；（2）防卫、侵害方式，比如拧、挠、刺、捅等等；（3）防卫、侵害打击部位，主要是比较不同部位的功能作用、脆弱程度、恢复难易；（4）防卫、侵害作用力量，包括力量的大小、强弱；（5）损害、侵害程度，意指行为次数、破坏深浅等等。

最后，以“防卫—侵害”能力、环境等因素为辅助。防卫者、侵害者的体格、技能、性别、年龄、参与人数，决定了双方的“防卫—侵害”能力，可对整体形势和危险程度产生较大影响。案件发生的时间、地点，能够干扰视野范围、动作幅度等，工具获取难易会限制防卫工具的选择，周围人群的有无、多少、远近，可对不法侵害产生不同的抑制作用。醉酒、吸毒等行为，可以影响“防卫—侵害”能力，攻击心态（如愤怒、报复）能够影响行为的危险程度，有无防卫准备则会影响防卫形势。至于“防卫—侵害”结果，可以用来表征行为的危险程度。这些，应当作为辅助性要素予以考量。

<sup>④</sup> 参见注④，第468页。

<sup>⑤</sup> 参见[德]冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦《刑法总论I——犯罪论》（第5版），杨萌译，法律出版社2006年版，第169页。

<sup>⑥</sup> 参见注⑤，约翰内斯·韦塞尔斯书，第344页。

<sup>⑦</sup> 就考察方法而言，有学者提出应区分综合考量和整体考量，并认为前者更具科学性。详见冯军“防卫过当：性质、成立要件与考察方法”，《法学》2019年第1期，第35-36页。根据笔者的阅读范围，学界尚未对综合考量、整体考量的内涵形成统一认识，二者往往是混用的。不过为了尽量避免前文所提出的争议，在此也使用“综合考量”一词。

## 结 语

正当防卫作为纸面上的权利，在通过司法实践落地时几乎被虚置。有学者将其归咎于维稳优先的治理观念以及中国人的生死观和实用理性思维<sup>⑥⑧</sup>，也有学者认为将司法功能定位为纠纷解决而非法与不法的评价才是其司法异化的制度根源<sup>⑥⑨</sup>，这些论断，无疑拓展了正当防卫研究的广度和深度。然而，对“明显超过必要限度造成重大损害”的理解偏差，无疑仍属于正当防卫束之高阁的重要原因，对此进行刑法教义学反思具有相当价值。当前，随着“于欢案”“于海明案”等要案、名案的舆论宣传、发酵，事情似乎迎来转机。2018年6月，最高人民法院发布指导案例“于欢故意伤害案”，对防卫限度的认定作出裁判指引。同年12月，最高人民检察院又发布四个涉正当防卫的指导性案例，进一步阐释防卫限度、特殊防卫的判断要点。这五个案例，对防卫限度的司法认定具有重要的纠偏价值，但也存在一些缺憾。例如，未明确将“明显超过必要限度”对应于行为限度，也未直接确立必需说的判断基准，字里行间反而笼罩在相当说的阴影之下。法律不能让正义者寒心。正当防卫的制度设计与法律适用应当向正的一方即防卫人倾斜，而非向不正的一方即不法侵害人倾斜。<sup>⑦⑩</sup>在未来的刑事司法过程中，无论案件关注度如何，司法人员均应坚定立场，意识到正当防卫属于法规范加以鼓励的行为，防卫者和侵害者绝非处于等轴天平的两端，对此必须在保证防卫者绝对优先地位的前提下考虑权利滥用的防范问题。

### 【主要参考文献】

1. 杨忠民 “对正当防卫限度若干问题的新思考”，《法学研究》1999年第3期。
2. 马克昌主编 《犯罪通论》，武汉大学出版社1999年版。
3. [德]克劳斯·罗克辛 《德国刑法学总论（第1卷）》，王世洲译，法律出版社2005年版。
4. 高铭暄 《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》，北京大学出版社2012年版。
5. 劳东燕 “防卫过当的认定与结果无价值论的不足”，《中外法学》2015年第5期。
6. [德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特 《德国刑法教科书（上）》，徐久生译，中国法制出版社2017年版。

（责任编辑：付立庆）

<sup>⑥⑧</sup> 参见注⑤，第81-82页。

<sup>⑥⑨</sup> 参见劳东燕 “正当防卫的异化与刑法系统的功能”，《法学家》2018年第5期，第89页。

<sup>⑦⑩</sup> 参见梁根林 “防卫过当不法判断的立场、标准与逻辑”，《法学》2019年第2期，第6页。

*Judicial Review and Theoretical Reflection on Criterion of Defense Limit*

—An Empirical Analysis Based on 750 Samples

WANG Xuecheng • 157 •

After empirical investigation, there are different standards for evaluating defense limit in judicial practice, which mainly adopts the two constitutions based on “obviously exceed the necessary limit” and “cause significant damage” and the one constitution based on “obviously exceed the necessary limit”. When defining significant damage, only personal injury is used as an evaluation index, and “equivalent to one person seriously injured” is generally regarded as the starting point. When evaluating necessary limit, it tends to focus on individual elements and emphasizes that the defender should keep the damage result to a minimum, lacking overall consideration and situational judgment. In order to correct the cognitive deviation in judicial practice, it should adopt the two constitutions based on “coordinate theory”. According to that, defense limit can be decomposed into behavior limit and result limit, and excessive defense must negate both of them at the same time. When evaluating the result limit, property loss should be taken into consideration, and “slight injury” maybe establish significant damage under certain conditions. In judging the behavior limit, it should adopt “necessary theory” and adhere the principle of overall consideration, with the standpoint of “the general person to whom the defender belongs” for a prejudgment.

**Key Words** Defense Limit; Necessary Limit; Significant Damage; Necessary Theory; Quantitative Analysis

Wang Xuecheng, Doctoral Student in Criminal Law of Renmin University of China Law School.

*Commentary on Article 402 of Contract Law (Unnamed Principal Agency)*

HU Donghai • 176 •

In the positive law of our country, according to the effect standard, the agency is divided into direct agency and indirect agency, and the former can produce the attribution effect. According to the nominal standard, direct agency can be divided into named principal agency and unnamed principal agency, and the former acts in the name of principal and the latter acts in the name of agent. According to the rule of unnamed principal agency stipulated by article 402 of Contract Law, if the agent concludes a contract in his own name with a third party, and the elements of agency power and agency publicity are satisfied, the attribution effect may also occur. The judge should identify strictly unnamed principal agency's requirements. The agent shall conclude a contract with a third party within the scope of power granted by the principal, and the third party must be aware of the specific principal at the time of conclusion of the contract. If the contract is not binding the principal according to the will of parties, the commission relationship, and the situations of transaction etc., it may exclude the establishment of unnamed principal agency. The direct binding effect of unnamed principal agency refers to the attribution effect of agency. The distribution of burden of proof about this article applies the rule that the claimant bear the burden of proof.

**Key Words** Unnamed Principal Agency; Attribution Effect of Agency; Publicity Principle; In Agent's Name; Third Person Knows

Hu Donghai, Ph. D. in Law, Associate Professor of Law School of Zhongnan University of Economics and Law.