



## 正当防卫的认定应考虑“天理人情”

林宗汶

中南财经政法大学刑事司法学院

727136591@qq.com

**摘要:** 正当防卫是“正与不正”的交锋，有着一定的条件要求，时常出现法与道德的冲突。如果最终是道德意义上的“正”遭到重罚，其结论势必有损民众的法感情。因此，在防卫行为的刑事定性和刑事定量上，应考虑一定的天理人情，不宜对防卫人有多于严格的要求。在防卫时间上，要站在防卫人的立场上考虑危险的紧迫性、持续性；在防卫限度上，既要考虑客观的危险程度，也要考虑防卫人当时情景下的预见能力和控制能力。

**关键词:** 法与道德，法感情，防卫时间，防卫限度

### 一、问题的提出

由于法律与道德的评价标准的不同，合法不合理、合理不合法的情形总是难以避免。以刑罚法为中心的王朝时代强调“法不容情”，现代社会要求“法治与德治相结合”。法律的局限性决定了治理国家、管理人民不能仅仅只谈法律，很多时候还要考虑情感和道德。在现代刑事法中，虽然一直主张的是不能混淆法律与道德的界限，但在司法实践中，判决结论从来就不能完全脱离道德的因素。尤其是刑法领域，行为的定性和定量往往牵涉到了公民的财产、自由，甚至是生命，其结论一旦严重背离公众的道德判断，很有可能引起公众对司法的质疑、对法律的信任，兹事体大，不可不慎重。在有关正当防卫的案件中，涉及的是“正与不正”的交锋，法与道德的冲突时有发生。鲁智深见义勇为打死镇关西，在百姓眼里，这是“好汉”的英雄壮举，在法律看来，这是“罪犯”在故意杀人。面对类似情形，在刑事判断中如何做到既不损害法治精神，又能适当回应民众的情感期待，就成为一个值得研究的问题。

---

【作者简介】林宗汶，中南财经政法大学，刑事司法学院，硕士研究生(在读)

研究方向：刑法学

邮箱：[727136591@qq.com](mailto:727136591@qq.com)

© Shuangqing Academic Publishing House Limited All rights reserved.

Article history: Available online January 6, 2023

To cite this paper: 林宗汶 (2023). 正当防卫的认定应考虑“天理人情”. 雙清學術預印本, 第3卷, 第1期, 1-5.

Doi: <https://doi.org/10.55375/preprints.2023.3.1>

## 二、正当防卫的成立条件

正当防卫是一种私立救济的方式，其实质是以损害不法侵害者的利益为代价来保护合法权益，从一定程度上看具有法益侵害性，是一种合法化的暴力。放眼世界，大多数国家均认可了公民在面临不法侵害时，具有采取防卫行为保护自己的权利。但是，为了防止这种防卫权的滥用，对社会秩序造成更大的损害，各国刑法对正当防卫均规定了一定的限制条件。根据我国刑法的规定，成立正当防卫必须具备起因条件、时间条件、对象条件、主观条件和限度条件。近年来，不少引起社会热议的案件，争议点主要集中在正当防卫的时间条件和限度条件上，例如于海明案中防卫是否适时，于欢案中防卫是否过当等等。下面，笔者将对这两个条件进行分析，并讨论其中可能存在的法与情的冲突。

### 1.1，时间条件：不法侵害正在发生

所谓不法侵害正在发生，是指侵害行为已经还是，并且尚未结束。要确定正当防卫的时间条件，就要明确三个问题：第一、不法侵害何时开始，第二、不法侵害结束何时结束，第三，从什么视角判断不法侵害的开始与结束。

关于不法侵害的开始的时间节点，刑法理论上存在不同的观点：“着手说”认为当不法分子着手实施侵害行为时，才可以认为不法侵害已经开始，此时允许进行正当防卫。“进入现场说”认为当不法分子进入现场时，合法权益的危险就开始存在，此时就可以进行防卫行为。“综合说”认为由于不法侵害的手段、场合、强度的不同，确定不法侵害的开始不可能有一个统一的标准，应当分情况讨论。具体而言，需要结合不法侵害的攻击性、不法侵害的严重程度等进行综合判断。<sup>[1]</sup>除此之外，刑法理论上还存在诸多学说，鉴于篇幅原因，不再一一赘述。笔者看来，首先正当防卫的时间起点不宜过于靠前。在情感上，正当防卫是在惩恶扬善，但在行为表现上正当防卫是一种暴力行为，以对他人造成损害的方式保护合法权益。如若侵害行为未表现出一定的紧迫性，就允许对之进行防卫，一方面有可能造成民众的“误认”，即出于见义勇为的积极性对仅仅看似不法侵害的行为实施防卫；另一方面，也有可能造成防卫权的滥用。其次，正当防卫的时间起点不宜过于靠后，否则难以发挥保护合法权益之效果。因此，笔者认为可以从两个方面确定不法侵害的时间起点：其一，侵害行为对法益的威胁具有一定的紧迫性、直接性；其二，行为人的侵害意图已经能够通过其行为表现出来。例如抢劫罪中，当不法侵害者开始实施控制人质的行为时，在一定程度其犯罪意图能通过客观行为为人所探知，此时不法侵害已经开始，可以进行正当防卫。在盗窃罪中，不法侵害者的行为已经接触、控制财物的直接可能性，并且其盗窃意图能通过客观行为显露出来，此时可认为是盗窃行为的开始，可以对之进行防卫。

关于不法侵害结束的时间节点。理论上一般认为不法侵害一旦结束，正当防卫的起因条件就已经消失，不能实施正当防卫，否则可能会构成犯罪。如果仅仅进行形式的判断，会得出这样的结论：盗窃既遂之后侵害行为结束，被害人无法进行防卫夺回财物；强奸行为实施结束，被害人对侵害者进行反击有可能构成犯罪。显然，这种结论无法让人接受。从正当防卫的立法意图出发，该制度主要为了保证公民面对不法侵害，当公权力无法有效介入时，能

够凭借私力合法地保护自身权益。因此不法侵害何时结束，应当以不法侵害的危险性何时消除为标准。<sup>[2]</sup>在以下几种情况中，客观上已经不存在危险，可以认为不法侵害已经结束：第一，不法侵害人已经被控制或者无法继续实施加害行为；第二，不法侵害人彻底中止侵害行为；第三，侵害行为明显已经结束。第四，行为所保护的法益已经不复存在。在盗窃现场，行为人虽已取得赃物，但在被害人仍可以通过强力夺回财物的场合，应认为侵害行为还在继续，允许被害人进行适当的防卫。在强奸案中，强奸行为结束并不意味着不法侵害行为结束，行为人仍然具有进一步实施加害行为的可能性，被害人乘其不备予以反击的行为，应当认定为正当防卫。2018年发生的“于海明正当防卫案”（检例第47号）中，不法侵害者刘某的砍刀被抢后，其实施了一定的争夺行为，该争夺行为属于侵害的继续行为，应认定为不法侵害仍正在进行，于欢此时实施防卫行为，符合正当防卫的时间条件。如果不法侵害确实已经结束，行为人实施防卫行为，造成不法侵害者伤亡，属于事后防卫。刑法中认为事后防卫结合行为人的主观因素，有成立故意犯罪、过失犯罪的可能性。但在实践中，事后防卫的行为人多出于事后报复的主观意图，这种情况下通常作为故意犯罪论处。<sup>[3]</sup>但是，在大多数事后防卫的案件中可能具备以下几种情况：第一，冲突的发生是由不法侵害人所引起，其行为对冲突的形成有着较大的推动作用。换言之，不法侵害者的行为与行为人的事后反击行为之间存在一定的因果性。第二，被害人对不法侵害行为的引起没有过错；第三，从情理上看，被侵害者出于愤怒、屈辱等心态对不法侵害者予以一定程度的反击，对民众而言是“理所应当”“天经地义”的事。这种情况下，如何定性，有刑法的明文规定，不能也不应轻易受到道德因素的影响；但如何定量，就应当考虑到其中的天理人情，酌情予以从宽处理，这样才能实现司法结论的法律效果和社会效果相统一。

关于判断不法侵害时间节点的视角。自79年刑法规定了正当防卫制度以来，实践中正当防卫案件被宣告无罪的极少。<sup>[4]</sup>其主要原因不在于正当防卫成立条件的严苛，一个原因在于司法实践中，办案人员倾向于站在事后理性人的视角看待案件。譬如于海明案中，有观点认为，不法侵害者刘某在被于海明砍伤后向车的方向逃窜，已经没有继续侵害的意图，因此不法侵害已经结束，于海明仍对之进行追砍，属于防卫不适时。显然，该观点是从事后理性人的角度，即在已经知晓案件全貌且完全理性的情况下得出的结论。但是，正当防卫是法律赋予的公民的保护自身的一种权利，在面临不法侵害时，如何能够要求公民去知道案件的全貌，去知晓不法侵害者的心理？如何能够要求公民作出理性的判断？显然，从正当防卫的宗旨出发，应当站在事中行为人的角度判断。从事后理性人的立场看，刘某当时确实是在逃窜，无能力进行不法侵害，不法侵害已经结束；但是从事中于海明的角度看，刘某先前从车上拿出砍刀，受伤后又往车的方向跑，可以合理地认为刘某的侵害行为有持续的可能性，不法侵害尚未结束，因此于海明的追砍行为（虽未击中）也符合正当防卫的时间条件，不属于防卫不适时，最后法院的裁判也采纳了这个观点。又比如，在“韩霖故意伤害案”（最高法指导案例第569号）中，韩霖遭到王某及其同伙的挑衅、殴打，挣脱逃跑后又被王某等人追上，于是持随身携带的匕首朝王挥舞，其中一刀刺中王某致其死亡。抛去防卫限度不谈，仅讨论

其中的防卫时间。任何普通人处于韩霖的情境下，都会认为自己面临的危险还在继续。一审法院认为王某等人先前对韩霖进行殴打的行为属于不法侵害。但是韩霖逃跑后再次被追上时，王某等人并未对韩霖进行殴打，韩霖手持匕首刺中王某属于防卫不适时。显然，一审法院并未站在韩霖的立场上进行判断，导致对韩霖量刑过重，判决结论严重背离的民众的情感判断。后二审法院否定了防卫不适时的意见，对量刑作出了合理调整。

## 1.2，防卫限度：不得明显超过必要限度造成不应有的损害

刑法理论认为，正当防卫只要为制止不法侵害所必须，所损害的法益可以大于所保护的法益。但司法实务中，常常只看结果，一旦出现了严重的防卫后果就认定为防卫过当，尤其是发生不法侵害者死亡的结果时。其中自然涉及到了中国文化中“死者为大”的观念和司法机关的维稳思想。但是这种做法，一方面有损于法治的精神，另一方面也难以被民众的情感所接受。正当防卫制度的设立不是为了抚慰伤者，而是为了保护被侵害者，是为了鼓励见义勇为、惩恶扬善。防卫是否过当应当考虑其中的必要性和相当性。

在“于欢故意伤害案”（最高法指导案例第 93 号）中，赵某、杜某等十余人为索取债款，将于欢母子围困于接待室内，期间存在严重的侮辱言行。民警接到报警到达现场后，未进行有效的调解便离开现场。随后于欢欲离开接待室，却被杜某等人阻止，在冲突中于欢持刀将杜某等四人捅伤，其中杜某于次日抢救无效死亡，其余人皆伤。此案一出，学术界展开了激烈的讨论，究竟是防卫过当还是正当防卫？有学者认为，在考虑正当防卫必要性时，需要考察被告人受到长时间折磨所产生的紧张和愤怒，不能仅仅考察客观上的侵害程度，在当时的情境下，于欢的行为并未超出必要性的范围。<sup>[5]</sup>有学者看来，于欢的行为最终造成一人死亡，多人受伤，结果与其受到的不法侵害不相适应，属于防卫过当。<sup>[6]</sup>两种意见，对于欢的处理截然不同。如果认为于欢成立正当防卫，则无需承担刑事责任，如果认为于欢属于防卫过当，则可能承担故意犯罪的罪责。从情理角度看，于欢身为人子，在母亲受辱的情况下对不法者进行反抗，符合天理人情，尤其是在我国文化背景下，更是一种在道德上为人称道的行为。从法律角度，于欢一方与杜某一方在人数数量上、双方力量上存在较大的差异，且当时公权力已介入，仍不能有效地化解纠纷。在当时情景下于欢持刀反抗，并未超出必要性的范围。在相当性上，在正当防卫中不能仅仅只进行功利性的衡量，即认为只能对侵犯生命法益的行为进行防卫才能造成对方死伤的结果。是否具有相当性应当综合不法侵害的性质、紧迫程度、严重程度、侵害行为对防卫人心理造成的恐慌等因素综合判断。本案中，要求于欢采取合适的手段，把握防卫限度，无疑是对其的过分苛求。但一审法院认为于欢构成故意杀人罪，判处无期徒刑，这种判决显然不妥，无论在法律上还是情理上都不能令人信服。因此，该判决一出，短时间内引爆舆论、民意沸腾。法律应当超越民意的偏见，但也应当倾听民众的心声。法律在一定程度是以道德为基础，一旦法律结论如果严重和民众情感相背离，一方面其中的正确性有待质疑，另一方面也有损于民众对法律的信任。二审法院经过审理认为于欢的行为构成防卫过当，改判为五年有期徒刑。其结论虽仍然有待商榷，但相比于过去司法实践中的“唯结果论”，将防卫行为认定为普通犯罪的情形下，有了一定的进步。从于欢案中可以

看出，民众多从道德角度出发考虑判决结论的合理性；司法人员主要从法律的角度分析其中的合法性。判决结论虽已后者为主，但两者做不到绝对的泾渭分明，后者在考虑结论的合法性时也要带有合理性的考量。

### 三、结语

正当防卫是一种合法化的暴力。一方面，我们需要这种制度来制止不法侵害、保护合法权益；另一方面，出于社会秩序的考量，又必须防止防卫权的滥用。尽管正当防卫是一种维持社会稳定秩序的必要手段，而非惩罚不法侵害的行为。<sup>[7]</sup>但当面临不法侵害时，有时为了保护合法权益又不得不给他人造成损害，其中界限有时难以把握。此时，应当站在防卫者的角度，以一个一般人的立场去考量行为的适当性和相当性，不能对防卫者过分苛求，不能要求其必须理性地判断防卫的时间、防卫的限度。唯有如此，在善恶交锋时，方能更好的保护善。

### 参考文献：

- [1] 李前进. 论正当防卫的时间条件[D]. 西南政法大学, 2010.
- [2] 陈兴良. 正当防卫: 指导性案例以及研析[J]. 东方法学, 2012(02):3-13.
- [3] 吴何奇. 论事后防卫否定评价的合理性——基于对司法实践的分析[J]. 中国刑警学院学报, 2018(04):54-59.
- [4] 陈帅. 正当防卫司法适用的困境与出路[D]. 华东政法大学, 2015.
- [5] 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.
- [6] 于欢行为属于防卫过当应当予以减轻处罚[N]. 刘宪权. 人民法院报. 2017-06-25 (002).
- [7] [美]乔治. P. 弗莱切. 地铁里的枪声——正当防卫还是持枪杀人[M]. 陈绪纲, 范文洁译, 北京:北京大学出版社, 2007:24.