

# 論防衛過當性質之雙重性

## ——以防衛過當之正當性為視角

趙國強\*

**摘要** 長期以來，由於國內學者將防衛限度作為成立正當防衛的必備條件，故防衛過當非屬正當防衛已成為一種理論通說。本文旨在從防衛行為的正當性和合法性入手，針對此通說提出不同看法。本文認為，正當防衛的成立僅與防衛行為的正當性發生關係，防衛行為只要符合防衛起因、防衛時間、防衛意圖和防衛對象四個方面的條件，就能夠成立正當防衛。至於防衛行為是否超過必要限度，則與防衛行為的合法性發生關係，屬正當防衛的合法性條件，而非成立條件。在防衛行為超過必要限度構成防衛過當的情況下，因其防衛行為具備了正當性，故仍然成立正當防衛。因此，防衛過當的性質具有雙重性，即既具有正當性，也具有刑事違法性，兩種屬性同時並存，不存在轉化的問題。承認防衛過當的正當性，對於正確認定正當防衛以及落實與完善防衛過當的處罰制度，都有著一定的現實意義。

**關鍵詞** 正當防衛 防衛行為 合法性 刑事違法性 防衛過當

防衛過當須負刑事責任，此乃刑法理論之通說，亦為刑法所明文規定，故防衛過當具有刑事違法性，這是無庸置疑的。但是，防衛過當在性質上除了刑事違法性之外，是不是同時還具有正當性，這不僅在理論上值得探討，而且在一定程度上也會影響到對正當防衛的認定及對防衛過當的處罰。基於此，本文就防衛過當在性質上是否同時還具有正當性，提出個人見解，以求教於學界同仁。

\* 澳門大學法學院客席教授，澳門科技大學法學院兼職教授、博士生導師。

## 一、問題的提出

國內刑法理論通說認為，根據《中華人民共和國刑法》第20條第2款規定，所謂防衛過當，就是指在正當防衛過程中，“防衛明顯超過必要限度造成重大損害應當負刑事責任的行為”，<sup>[1]</sup>這是防衛過當刑事違法性的法律依據所在。然而，接下去的問題就是：既然防衛過當是發生在正當防衛過程之中，那麼，防衛過當與正當防衛又是一種什麼樣的關係呢？或者更直白地說，即便防衛過當了，其過當的防衛行為還能不能成立正當防衛？關於這一點，從國內刑法理論通說來判斷，結論幾乎是一致的，即一旦防衛過當了，其防衛行為就不再成立正當防衛，也就是說，防衛過當非屬正當防衛。

為什麼國內刑法理論通說會得出防衛過當了就不能再成立正當防衛的結論呢？依筆者看來，究其原因，根源就在於學者們在論證正當防衛的成立條件時，均將防衛限度視為成立正當防衛的一個必要條件。比如，根據國內刑法理論通說，要成立正當防衛，必須同時具備五個條件：其一為防衛起因（或稱為前提）條件，即成立正當防衛的前提必須是存在不法侵害；其二為防衛時間條件，即不法侵害必須是正處於已經開始且尚未結束的進行階段；其三為防衛意圖條件，即防衛人主觀上必須是為了使國家、公共利益、本人或者他人的人身、財產和其他權利免受不法侵害；其四為防衛對象條件，即防衛行為的實施必須是針對不法侵害者本人；其五是防衛限度條件，即防衛行為不能明顯超過必要限度而對不法侵害人造成重大損害。<sup>[2]</sup>這五個條件必須同時具備，缺少其中任何一個條件，都不能成立正當防衛。毫無疑問，“成立”一詞即意味著構成，既然防衛過當不符合成立正當防衛的限度條件，那麼，防衛過當自然就不能構成正當防衛。可見，基於“五條件說”理論，將防衛過當排除在正當防衛之外，這在邏輯上似乎是無可質疑的。無怪乎筆者在給研究生授課時，曾向一個來自中國內地的研究生提問：防衛過當是不是正當防衛？該學生幾乎脫口而出：不是，因為防衛過當不符合成立正當防衛的限度條件。

由上可知，因為國內刑法理論通說將防衛限度明確列為成立正當防衛的必要條件，所以，超過防衛限度的防衛過當就不可能再構成正當防衛，而是成為一種純粹的具有刑事違法性的行為。如此一來，防衛過當與正當防衛就成了兩個互不相容、截然對立的概念：防衛過當是一種具有刑事違法性的犯罪行為，而正當防衛是一種具有合法性的非罪行為，兩者豈能混為一談。比如，有學者認為，“防衛過當在客觀上造成社會危害，在主觀上行為人有犯罪的罪過，因而

[1] 參見高銘暄、馬克昌主編：《刑法學》（第九版），北京大學出版社、高等教育出版社，2019年，第131頁。

[2] 參見何秉松主編：《刑法教科書》（第二次修訂版），中國法制出版社，1995年，第249-255頁；參見馬克昌主編：《犯罪通論》（第3版），武漢大學出版社，1999年，第716-749頁；參見陳興良著《本體刑法學》，商務印書館，2001年，第436-453頁；參見劉憲權主編：《刑法學》（第五版），上海人民出版社，2020年，第175-179頁；參見高銘暄、馬克昌主編：《刑法學》（第九版），北京大學出版社、高等教育出版社，2019年，第126-131頁。

是一種犯罪行為；而正當防衛行為是一種合法、正當、對社會不僅無害而且有益的行為”。<sup>[3]</sup> 正因為如此，“司法實踐中所遇到的防衛案件，絕大部分也是要求確定其是正當防衛還是防衛過當”。<sup>[4]</sup> 還有學者認為，“防衛過當不屬於正當防衛範圍，它與正當防衛不是一般與特殊的關係，而是對立統一的關係，即為合法行為與犯罪行為的對立，二者統一于防衛行為之中”。<sup>[5]</sup> 可見，這些學者在理論上將防衛過當和正當防衛機械地對立起來，故可稱之為“機械對立說”。然而，值得一提的是，有些學者雖然也是從對立的角度來考察防衛過當和正當防衛的關係，但這些學者卻力圖從事物的轉化來解釋兩者的對立。比如，有學者認為，“防衛過當與正當防衛是兩個既有本質區別又有密切聯繫的概念。首先，防衛過當是在主觀罪過支配下實施的具有客觀危害性的行為，從總體上說它是一種非法侵害行為，這是它區別於正當防衛的本質特徵，也是刑法規定防衛過當應當負刑事責任的根據。其次，防衛過當與正當防衛一樣，都具有行為的防衛性，這是它們密切聯繫之所在。……只是因為防衛明顯超過必要限度造成了重大損害，才使防衛由正當變為過當，合法變為非法。簡言之，防衛過當是符合防衛意圖、防衛起因、防衛對象、防衛時間條件，但不符合防衛限度條件的行為。防衛過當是以正當性為前提的失當行為”。<sup>[6]</sup> 也有學者認為，防衛過當之所以具有刑事違法性，乃是因為“防衛行為的強度和力度明顯超過了不法侵害的強度和力度，對不法侵害人造成了重大損害，從而使合法的防衛行為變成了不法侵害行為，也使正當性的防衛行為轉化為非正當性的侵害行為”。<sup>[7]</sup> 此種觀點強調的是正當性轉化成為刑事違法性，故可稱之為“轉化對立說”。但不管是“機械對立說”的觀點還是“轉化對立說”的觀點，兩者最後還是“殊途同歸”，即在防衛過當非屬正當防衛這一點上，達成了一致。

關於正當防衛的成立條件，筆者也查閱了部分大陸法系國家的刑法著作，其間並沒有發現類似於國內刑法理論通說所持的關於正當防衛成立的“五條件說”。在談到防衛過當問題時，大部分學者還是從防衛行為的合法性的角度來論述正當防衛不能超出必要限度。比如，有德國學者認為，“只有在防衛行為是為防止侵害所必要的情況下，防衛行為才能夠被合法化。因此，作為防衛行為應當是適當的”。<sup>[8]</sup> 換句話說，防衛行為要具有合法性，在限度方面首先必須是適當的，而防衛手段則必須是最輕的。<sup>[9]</sup> 也有日本學者認為，根據《日本刑法典》第36條規定，正當防衛是一種“不得已所實施的行為”，而所謂不得已實施，表明“防衛行為只能是

[3] 趙秉志主編：《刑法新教程》（第四版），中國人民大學出版社，2012年，第139頁。

[4] 馬克昌主編：《犯罪通論》（第3版），武漢大學出版社，1999年，第749-750頁。

[5] 參見楊彩霞：《正當防衛制度的規範分析》，《國家檢察官學院學報》，2000年第4期，第20頁。

[6] 高銘暄、馬克昌主編：《刑法學》（第九版），北京大學出版社、高等教育出版社，2019年，第131-132頁。

[7] 王作富主編：《刑法學》（第六版），中國人民大學出版社，2019年，第98頁。

[8] [德]漢斯·海因裡希·耶賽克、托馬斯·魏根著《德國刑法教科書（總論）》，徐久生譯，中國法制出版社，2001年，第411頁。

[9] 參見[德]克勞斯·羅克辛著《德國刑法學總論（第1卷）》，王世洲譯，法律出版社，2005年，第438頁。

排除侵害所必要的限度內的行為”。<sup>[10]</sup>由此可見，大陸法系刑法學者在論證正當防衛的必要限度時，主要是將其作為合法化的條件，說明正當防衛要不負刑事責任，必須具有合法性，一定不能超出必要限度，至於超出了必要限度的防衛過當還是不是正當防衛，學者們並沒有作出正面回答。

## 二、厘清防衛行為的正當性與合法性

筆者認為，國內刑法理論通說關於成立正當防衛的“五條件說”是值得商榷的，因為從防衛行為的性質來看，“五條件說”中的防衛限度條件不應視為正當防衛能否成立的條件，而應視為正當防衛是否合法的條件，這就涉及到防衛行為的正當性與合法性問題。

### （一）防衛行為的正當性

顧名思義，正當防衛的顯著特徵，無疑就是防衛行為的正當性，從這一意義上說，防衛行為的正當性可以說是正當防衛的本質屬性。這一本質屬性反映了社會價值的正義性，體現了法治秩序的必然性。當一個人面對緊迫的不法侵害時，允許其為保護自身或他人的權利，對不法侵害進行反擊，這不僅符合社會正義的必然要求，也符合法治社會的必然要求。因此，嚴格地說，就人權的角度而言，正當防衛在刑法中不單單是作為一種制度存在，更重要的還是體現了一種權利，一種法治社會賦予公民的基本權利。刑法之所以要對其作出明確規定，其道理就在於此。為此，很多學者往往也將正當防衛稱之為正當防衛權或緊急防衛權。

筆者認為，正當防衛作為一種基本權利，判斷防衛行為是否具有正當性，應當側重于考察防衛行為的發生過程，也就是看行為人在當時的情況下，對不法侵害有沒有實施反擊的權利。有，就表明防衛行為具有正當性，其防衛性質就屬於正當防衛；沒有，就表明防衛行為不具有正當性，其防衛性質就不屬於正當防衛。正是基於對防衛行為發生過程的考察，學者們從理論上對其進行歸納，繼而形成將防衛起因、防衛時間、防衛意圖和防衛對象視為判斷防衛行為是否具有正當性的標準，並使其成為成立正當防衛的必要條件。為此，我們完全可以這樣認為，只要一種防衛行為符合了防衛起因、防衛時間、防衛意圖和防衛對象四個方面的條件，那麼，這種防衛行為在性質上就一定具有正當性，既然具有正當性，符合正當防衛的本質屬性，那就是正當防衛。

### （二）防衛行為的合法性

既然符合了防衛起因、防衛時間、防衛意圖和防衛對象四個方面條件的防衛行為必然具有正當性，可以成立正當防衛，為什麼“五條件說”還要加上一個防衛的限度條件，並以此作為正當防衛能否成立的必要條件呢？筆者認為，這主要是因為忽視了防衛行為的合法性所使然。

如上所述，正當防衛之所以具有正當性，其正當性的根源乃是來自于公民基本權利的正當

[10] [日]大谷實著《刑法講義總論》（新版第2版），黎宏譯，中國人民大學出版社，2008年，第259頁。

性，法律對此種基本權利作出規定，就如同法律規定公民享有言論自由等各種基本權利一樣，表明公民行使這些權利具有正當性，任何人不能隨意剝奪。但眾所周知，權利不是絕對的，任何權利的行使都會受到一定的限制，在行使權利的過程中如果超出一定的限制，就完全可能危害社會，並為法治社會所不容。於是，為了有法可依，立法者往往會從立法上對權利的行使作出適當的限制，行使權利而違反了法律所規定的限制，其行為就具有了違法性，行為人就要承擔相應的法律責任。因此，行使權利而違反了法律所規定的限制，這並不涉及權利本身是否具有正當性的問題，而屬於權利在行使過程中是否合法的問題，故屬於合法性的範疇。正當防衛權的行使正是如此。當一個人面對正在進行的不法侵害，為保護本人或他人的合法權利，針對不法侵害者進行反擊，這是在行使法律賦予的基本權利，表明其防衛行為具有正當性，符合正當防衛的本質屬性，因而構成正當防衛。但是，如果法律對正當防衛權的行使作出了一定的限制，那麼，一旦防衛行為超出了法律所規定的限制，那就表明防衛行為因違反了法律所規定的限制而具有了違法性，並要承擔相應的法律責任，這就屬於防衛行為的合法性問題。

### （三）正當防衛的成立條件與合法性條件

綜上所述，筆者認為，關於正當防衛的條件，應當從防衛行為的正當性和防衛行為的合法性兩個層面分別進行考察，將正當防衛的條件分為正當防衛的成立條件和正當防衛的合法性條件，不宜將兩者合起來，統稱為正當防衛的成立條件。

從防衛行為的正當性考察，正當防衛能否成立的條件應當受制于防衛行為是否具有正當性的條件。如前所述，判斷防衛行為是否具有正當性，就是看防衛行為是否符合防衛起因、防衛時間、防衛意圖和防衛對象四個方面的條件；基於此，這四個方面的條件既然是判斷防衛行為是否具有正當性的條件，當然也可以作為判斷正當防衛能否成立的條件。只要其中有一個條件不符合，就表明防衛行為欠缺正當性而不能成立正當防衛。比如，“假想防衛”因不符合防衛的起因條件，故不成立正當防衛；“防衛不適時”因不符合防衛的時間條件，故不成立正當防衛；“防衛挑撥”因不符合防衛的意圖條件，故不成立正當防衛。總而言之，判斷一種防衛行為是否能夠成立正當防衛，只要符合防衛起因、防衛時間、防衛意圖和防衛對象四個方面的條件就足以。

從防衛行為的合法性考察，正當防衛的合法性條件則應當受制於法律所規定的防衛行為的必要限度，即看防衛行為是否明顯超過必要限度造成重大損害。當一種防衛行為具備了上述四個方面的成立條件時，僅表明防衛行為具有正當性，能夠成立正當防衛，但防衛行為是否合法，是否需要負刑事責任，還應當就法律所規定的必要限度作出分析。如果防衛行為沒有超出法律所規定的必要限度，表明防衛行為不僅具有正當性，而且具有合法性，故由此構成的正當防衛因具有合法性而不負刑事責任；如果防衛行為超出了法律所規定的必要限度，則表明防衛行為僅具有正當性而不具有合法性，故由此構成的正當防衛因不具有合法性而要負刑事責任。簡言之，判斷防衛行為是否超過法律所規定的必要限度，與正當防衛能否成立無關，而是與正當防衛是否合法有關，故屬於正當防衛的合法性條件。

從立法上考察，各國或各地區關於正當防衛的正當性條件與合法性條件的規定方式有所不

同，大致可分為統一模式和例外模式。

所謂統一模式的立法，就是指將正當防衛的正當性條件和合法性條件放在一起規定，由此表明，只有同時具備正當性條件和合法性條件的防衛行為，才是不負刑事責任的正當防衛。比如，根據《德國刑法典》第32條規定，正當防衛是不違法的，但這種不違法的正當防衛必須是“為使自己或他人免受正在發生的不法侵害而實施的必要的防衛行為”。這種立法就是將正當防衛的成立條件和合法性條件“合二為一”，放在一起規定：防衛行為“為使自己或他人免受正在發生的不法侵害而實施”，體現的是防衛行為的正當性，也就是正當防衛的成立條件；而防衛行為必須是“必要”的，則體現了防衛行為的合法性，也就是正當防衛的合法性條件。因此，根據統一模式的立法，正當防衛要不違法，要不負刑事責任，就不僅要具備成立條件，而且還要具備合法性條件，兩者缺一不可。還比如，根據《葡萄牙刑法典》第32條規定，“為擊退對本人或第三人受法律保護之利益正在進行之不法侵害而作出之行為，如其系擊退該侵害之必要方法者，為正當防衛”。其中，“必要方法”的表述顯然同樣屬於正當防衛不負刑事責任的合法性條件，故此立法也屬於將正當防衛的成立條件和合法性條件合在一起規定的統一模式。類似的立法還包括《意大利刑法典》和《日本刑法典》。

所謂例外模式的立法，就是指將正當防衛的正當性作為一般情況，合法性作為例外情況，兩種情況分開規定。比如，采這一立法模式比較典型的就是《中華人民共和國刑法》。根據《中華人民共和國刑法》第20條第1款規定，“為了使國家、公共利益、本人或者他人的人身、財產和其他權利免受正在進行的不法侵害，而採取的制止不法侵害的行為，對不法侵害人造成損害的，屬於正當防衛，不負刑事責任”。從這一規定中，我們只能發現防衛行為的正當性條件，卻看不到防衛行為的合法性條件，因為“制止不法侵害的行為”並不能視為是防衛行為的限度，即便防衛過當了，其防衛行為同樣屬於制止不法侵害的行為。當然，我們並不能因此而認為《中華人民共和國刑法》第20條沒有對防衛行為的合法性作出限制性規定，因為該條第2款接下去規定，防衛行為超出必要限度造成重大損害的，就應當負刑事責任，這顯然是關於正當防衛合法性條件的規定。唯從第20條第1款和第2款關係來看，這兩款規定體現的是一般與例外的關係，即第1款是一般性條款，表明正當防衛在一般情況下是不負刑事責任的，第2款則是例外性條款，表明正當防衛在例外情況（防衛過當情況）下是要負刑事責任的，這兩款關係等同于刑事立法中的“但述”規定，故可稱之為立法的例外模式。

筆者比較贊同立法的統一模式。事實上，從各國或各地區的刑法典關於正當防衛的立法來看，絕大多數國家或地區採用的都是將正當防衛的正當性條件和合法性條件放在一起規定的統一模式。統一模式的優點就在於這種立法模式清晰地傳遞了這樣一種立法信息：正當防衛只有在沒有超出必要限度的情況下，方不負刑事責任，如果正當防衛一旦超出必要限度，就要負刑事責任。由此不難推斷，正當防衛實際上可以分為兩種情況：一種情況是沒有超出必要限度的正當防衛，這樣的正當防衛因不僅具有正當性，而且具有合法性，所以是不用負刑事責任的；另一種情況是超出必要限度的正當防衛，這樣的正當防衛因僅具有正當性而不具有合法性，所以是要負刑事責任的。

反觀例外模式，其最大的缺陷就是極容易使人誤認為，只要是正當防衛，就不用負刑事責

任。比如，根據《中華人民共和國刑法》第20條第1款規定，只要“屬於正當防衛”，就“不負刑事責任”，這樣立法客觀上就是將正當防衛絕對化了。雖然，第20條第2款作出了例外性的“但述”規定，但此時的關於正當防衛合法性條件的規定，實際上已經脫離了正當防衛的範疇，也就是將防衛過當推到了正當防衛的對立面，使其無法再回到正當防衛之中。因為很直觀地看，根據第20條第1款規定，正當防衛是不負刑事責任的，而根據第20條第2款規定，防衛過當是要負刑事責任的，既然如此，要負刑事責任的防衛過當怎麼可以同不負刑事責任的正當防衛“平起平坐”、“合二為一”呢？於是，為了吻合是正當防衛就不負刑事責任的“一刀切”立法規定，較可行的選擇就是將防衛限度強行拉入正當防衛的成立條件，一旦防衛行為超過必要限度，就將其排除在正當防衛之外。由此筆者認為，國內刑法理論通說之所以將防衛的限度條件加在正當防衛的成立條件之中，這不能不說與《中華人民共和國刑法》第20條第1款關於是正當防衛就不負刑事責任的“一刀切”規定有著密切的關係，這種規定是否合理，值得研究。

### 三、防衛過當的正當性客觀存在

正確區分防衛行為的正當性和合法性，對於客觀地分析防衛過當的性質是至關重要的。因為從兩者的關係中我們不難發現，防衛行為的正當性，涉及的是正當防衛能否成立的問題，與正當防衛是否要負刑事責任無關；而防衛行為的合法性，涉及的是正當防衛要不要負刑事責任的問題，與正當防衛能否成立無關。據此，從邏輯上判斷，對正當防衛的完整認定，實際上需要分兩步走。第一步是先依據防衛起因、防衛時間、防衛意圖和防衛對象四個方面的條件，去分析正當防衛能否成立，如果防衛行為符合這四個方面的條件，表明正當防衛成立，然後才需要走第二步。第二步就是依據法律所規定的必要限度去分析正當防衛是否具有合法性，如果防衛行為沒有超過必要限度，表明正當防衛既具有正當性，也具有合法性，所以不負刑事責任；如果防衛行為超過了必要限度，則表明此等正當防衛僅具有正當性，但不具有合法性，所以要負刑事責任。這一對正當防衛的完整認定過程非常清楚地表明，第一步分析正當防衛能否成立和第二步分析正當防衛是否合法是密切相關、不可分割的，這種緊密聯繫最顯著的表現就是：第二步對正當防衛是否合法的分析必然是建立在第一步對正當防衛能否成立的分析基礎之上，只有通過第一步的分析確認正當防衛成立後，才有必要走第二步去分析正當防衛是否合法。如果在第一步分析過程中，已經確認防衛行為因不具有正當性而不成立正當防衛，那麼，第二步關於正當防衛是否合法的分析就失去了意義而根本無須再進行。比如，對“假想防衛”、“防衛不適時”、“防衛挑撥”來說，因其根本就不成立正當防衛，所以也不可能再去分析正當防衛是否合法的問題，這些行為與防衛過當是八竿子打不到一起。由此可見，走第二步的前提就是經過第一步的分析，已經能夠確認正當防衛成立，沒有這樣一個前提和基礎，第二步就是“徒有虛名”，沒有實際意義。據此，筆者認為，防衛過當既然是第二步分析的產物，那就表明在第一步分析中，構成防衛過當的防衛行為必然已被認定符合防衛起因、防衛時間、防衛意圖和防衛對象四個方面的條件，因而具有正當性而成立正當防衛。一句話，防衛行為因具有正當性而成立正當防衛，此乃構成防衛過當的前提條件。沒有正當防衛，就沒有防衛過當，有防衛

過當，必有正當防衛，防衛過當理應屬於正當防衛。

其實，關於正當防衛是防衛過當的前提和基礎這一結論，也是得到眾多國內學者認同的。比如，前述國內學者關於“防衛過當是符合防衛意圖、防衛起因、防衛對象、防衛時間條件，但不符合防衛限度條件的行為。防衛過當是以正當性為前提的失當行為”<sup>[11]</sup>的表述，以及關於防衛過當“使合法的防衛行為變成了不法侵害行為，也使正當性的防衛行為轉化為非正當性的侵害行為”<sup>[12]</sup>的表述，莫不非常充分地表明，正當防衛是產生防衛過當的前提和基礎。但為什麼最後這些學者又要將防衛過當和正當防衛對立起來，以致得出防衛過當不是正當防衛的結論呢？據筆者看來，這些學者之所以會得出防衛過當非屬正當防衛的結論，一方面與前述《中華人民共和國刑法》第20條第1款關於是正當防衛就不負刑事責任的“一刀切”規定有關，另一方面也與前述的“轉化對立說”密切相關。因為在這些學者看來，防衛過當雖然具有正當性，但這種正當性最終因防衛行為超過了必要限度而被轉化成了刑事違法性，既然被轉化了，那麼，原來的正當性自然就不復存在，防衛過當也就只剩下了刑事違法性。對此，筆者有不同的看法。

從理論上講，一種行為同時具有正當性和違法性並非不可能，不過是看問題的角度不同罷了。以刑法中的阻卻違法性行為為例。比如，甲在生命有危險的緊急情況下，請求乙用刀剁掉自己右手的食指，然乙因過於緊張，一刀砍下去，沒剁掉食指卻剁掉了中指。如果我們假設乙對砍錯手指的行為主觀上存在過失，那麼，就乙用刀砍甲手指的行為而言，就會同時具有正當性和違法性，問題是你從哪個角度去分析。從被害人同意的角度考察，乙砍甲手指的行為即便是有意為之也具有正當性，但從意外情況考察，乙砍錯手指的行為即便是過失也具有刑事違法性。此情況下，正當性和違法性是並存的，不存在轉化問題，乙基於被害人同意有意實施的砍手指行為的正當性，並不會因例外情況下過失砍錯手指產生的違法性而被轉化，例外情況下產生的違法性也不能替代砍手指行為本身所具有的正當性。正因為如此，對乙不能按故意傷害論處，實為正當性所致。據此，筆者認為，當一種行為在正當行使過程中，因某種因素出現了例外情況以致行為具有了違法性，此情況下，行為原有的正當性和例外情況下產生的違法性是一種並存關係，而非轉化關係。正當防衛權的行使就是如此。當防衛行為符合防衛起因、防衛時間、防衛意圖和防衛對象四個方面的條件時，其防衛行為具有正當性而成立正當防衛；如果防衛行為超過了必要限度，也就是出現了例外情況而使原來具有正當性的防衛行為同時又具有了刑事違法性，此時，正當性和違法性是並存的，並非是正當性轉化成了違法性。換句話說，防衛過當的正當性是客觀存在的，既不會轉化為刑事違法性，也不會被刑事違法性所替代。

#### 四、防衛過當具有正當性的立法依據

應當指出，關於防衛過當具有正當性，或者說構成防衛過當的防衛行為必然成立正當防

[11] 高銘喧、馬克昌主編：《刑法學》（第九版），北京大學出版社、高等教育出版社，2019年，第131-132頁。

[12] 王作富主編：《刑法學》（第六版），中國人民大學出版社，2019年，第98頁。

衛，這一點從各國或各地區關於防衛過當的立法上看也是有著充分依據的。

比如，根據《葡萄牙刑法典》第33條第1款規定，防衛過當就是指“在正當防衛時採用之方法過當”的防衛行為，這一規定再清楚不過地表明，防衛過當必然是在正當防衛的實施過程中發生的，離開了正當防衛就不可能有防衛過當。因此，很顯然，構成防衛過當的防衛行為因具有正當性而成立正當防衛，僅僅是因為超過了必要限度違反了合法性條件才同時產生了刑事違法性。類似的立法也包括《德國刑法典》和《瑞士刑法典》。比如，根據《德國刑法典》第32條規定，正當防衛之所以不違法，是因為防衛行為具有正當性和合法性，而第33條又規定，

“防衛人由於慌亂、恐懼、驚嚇而防衛過當的，不負刑事責任”，這裡講的“防衛人”，就是第32條所指的實施正當防衛的防衛人，這一點《瑞士刑法典》第33條第（2）項的規定就更直白，明確表述為“正當防衛人防衛過當的，法官以自由裁量減輕處罰”。可見，從這些規定來看，防衛過當的防衛人必然是實施正當防衛的防衛人，如果連正當防衛都不能成立，何來防衛過當！即便是將正當防衛與不負刑事責任劃等號的《中華人民共和國刑法》，其第20條第2款在規定防衛過當時，同樣明確表述為“正當防衛明顯超過必要限度造成重大損害的，應當負刑事責任”，這一規定不是明明白白地表明防衛過當只能發生在正當防衛過程之中嗎？由此看來，《中華人民共和國刑法》第20條第1款和第2款之間確實存在著一定的矛盾：因為如前所述，第20條第1款在沒有規定正當防衛合法性條件的情況下，絕對地規定“屬於正當防衛，不負刑事責任”，然第2款卻又規定正當防衛超過必要限度，不符合合法性條件的，又要負刑事責任。那麼，作為正當防衛，究竟要不要負刑事責任呢？

值得一提的是，筆者在有的雜誌上看到對《中華人民共和國刑法》第20條關於防衛過當表述的質疑。如有學者認為，“防衛過當不能由正當防衛轉化而來”，為此，“對防衛過當作諸如‘正當防衛超過必要限度……’的表述，是沒有根據的”，“很明顯，防衛既正當又過當，在邏輯上是矛盾的”。<sup>[13]</sup>基於此，有學者建議將《中華人民共和國刑法》第20條第2款中的“正當防衛”修改為“防衛行為”，“以明確正當防衛與防衛過當對立統一的關係”。<sup>[14]</sup>筆者並不認同此觀點。很顯然，這些學者忽視了上述防衛行為的正當性與防衛行為合法性的相互關係，忽視了正當防衛的成立是以防衛行為的正當性為基礎，而正當防衛的必要限度是以防衛行為的合法性為基礎的，兩者不能混為一談。可見，在立法上明確防衛過當必須是在正當防衛過程中才能發生，無正當防衛不可能有防衛過當，這恰恰是尊重事實真相的態度，有助於正確、全面地認識防衛過當的性質，上述各國或各地區的刑法典之所以要將防衛過當建立在正當防衛基礎之上，其道理就在於此。

除此之外，防衛行為具有正當性，正當防衛是構成防衛過當的前提條件，這一點從各國或各地區關於防衛過當的處罰制度上也可以得到佐證。比如，可以說，幾乎所有大陸法系國家或地區的刑法典，對防衛過當都明確規定應當減輕或者免除刑罰。為什麼立法者要對防衛過當明確規定應當減輕或者免除刑罰呢？依筆者看來，最重要的原因無非就是防衛過當本身所具有的

[13] 高躍先：《防衛過當的表述：一個值得商榷的修改》，《天府新論》1999年第1期，第68頁。

[14] 參見楊彩霞：《正當防衛制度的規範分析》，《國家檢察官學院學報》，2000年第4期，第24頁。

正當性。更值得一提的是，有不少大陸法系國家或地區的刑法典，不僅對防衛過當的處罰適用減輕或者免除刑罰的制度，而且還特別規定了對防衛過當可有條件地不予處罰的制度。比如，根據《德國刑法典》第33條規定，“防衛人由於慌亂、恐懼、驚嚇而防衛過當的，不負刑事責任”；根據《葡萄牙刑法典》第33條第2項規定，“因不可譴責於行為人的精神紊亂、恐懼或驚嚇而導致過當的，行為人不予處罰”（澳門地區《澳門刑法典》第32條第2款有同樣規定）；根據《瑞士刑法典》第33條第（2）項規定，“正當防衛人由於可原諒的慌亂或驚惶失措而防衛過當的，不處罰”；根據《荷蘭刑法典》第41條第2項規定，“超過防衛的必要限度，該過限行為是侵襲所引發的強烈情緒的直接結果的，不負刑事責任”；根據《韓國刑法典》第21條第（三）項規定，“前項情形下，如其過當行為系在夜間或者其他不安的狀況下，由於恐怖、驚愕、興奮或者慌張而引起的，不予處罰”。筆者認為，這些國家或地區的刑法典之所以對防衛過當作出有條件地不予處罰的規定，這不能不說與其理念上承認防衛過當具有正當性，承認其過當的防衛行為是建立在正當防衛基礎上有著密切的聯繫。

## 五、承認防衛過當正當性的現實意義

筆者認為，從理論上厘清防衛行為的正當性和合法性，承認防衛過當在性質上既具有刑事違法性又具有正當性，把防衛過當納入正當防衛之中，這對於正確、理性地處置涉及正當防衛的案件以及落實、完善防衛過當的處罰制度，有著一定的現實意義。這種現實意義主要表現在：

### （一）有助於劃清非正當防衛行為與防衛過當的界限

由於我們將防衛過當與正當防衛掛上了鉤，這樣做實際上就是將不能夠成立正當防衛的行為即非正當防衛行為完全與防衛過當割裂開來，從而有利於防止出現將非正當防衛行為視為防衛過當的混亂現象。對非正當防衛行為，應當依照刑法規定，該如何處理就如何處理。舉例來說，甲男乘鄰居乙女丈夫不在家的機會進入乙女家，使用暴力意欲對正在給孩子餵奶的乙女實施姦淫。乙女放下孩子拼命反抗，無意中從火炕的洞中掏出一把木灰撒在甲男臉上，致使甲男眼睛被迷而只能坐在炕上揉眼睛，乙女乘機抱起孩子逃到屋外，恰逢其丈夫回到家。乙女丈夫得知情況後，憤怒之下操棍將正在炕上揉眼睛的甲男打成重傷。此案中，由於甲男的強姦侵害行為已經結束，不可能再繼續進行下去，故乙女丈夫將其打成重傷的行為，明顯不符合成立正當防衛的時間條件，屬“防衛不適時”，故不可能成立正當防衛，乙女丈夫雖屬於憤怒情緒下傷人，但與防衛過當一點關係都沒有，若將此非正當防衛行為定性為防衛過當，實屬錯誤，我們不能因為想輕判行為人，就將非正當防衛行為“張冠李戴”，一定要往屬於正當防衛性質的防衛過當上靠。

當然，在司法實踐中，有的案件並不是那麼分明，讓人一看就能區分，但我們只要充分認清非正當防衛行為與防衛過當是互不相容的，就不難得出合理的結論。以江蘇昆山劉海龍持刀行兇一案為例。案情顯示，在雙方發生爭執的情況下，劉海龍突然下車，對於海明進行持續追打，後返回寶馬車取出一把砍刀，又對於海明進行捅刺。于海明乘劉海龍捅刺過程中砍刀脫手

機會搶到砍刀，對劉海龍進行反擊，7秒時間內砍中劉海龍5刀。劉海龍受傷後跑向自己的寶馬車，于海明繼續追砍，連砍2刀，均未砍中劉海龍。劉海龍逃離後倒在寶馬車附近，經送醫院搶救無效死亡，經鑒定，劉海龍死於于海明所砍的前5刀，死因為失血性休克。此案曾引起轟動和爭議，其實爭議的焦點無非就在於判斷劉海龍受傷後跑向寶馬車是否表明不法侵害已經結束。有人認為，既然劉海龍已往回跑，表明不法侵害已結束，于海明就不應當再追砍，再追砍就是防衛過當。這一觀點顯然又是將非正當防衛行為同防衛過當混為一談。因為在這種情況下，如果我們認定劉海龍跑向寶馬車有可能是取兇器再進行攻擊，那就表明劉海龍的不法侵害沒有結束，于海明的追砍行為仍屬正當防衛；但如果我們認定劉海龍跑向寶馬車表明不法侵害已經結束，那于海明再追砍就屬於“防衛不適時”，其追砍的行為不可能構成正當防衛，不構成正當防衛，又何來防衛過當呢。由此可見，充分肯定防衛過當是以成立正當防衛為前提條件的，這對於準確區分非正當防衛行為與防衛過當之間的界限是有現實意義的。

## （二）進一步落實與完善對防衛過當的處罰制度

承認防衛過當具有正當性，承認防衛過當的防衛行為成立正當防衛，也有利於司法實踐中對防衛過當的從寬處理。眾所周知，最近幾年，國內因涉及正當防衛的案件所引起的輿論反響比較強烈，同時也引起了國內司法機關的高度關注。如2020年8月，最高人民法院、最高人民檢察院和公安部聯合發佈了《關於依法適用正當防衛制度的指導意見》，明確指出必須依法準確適用正當防衛制度，維護公民的正當防衛權利，鼓勵見義勇為，弘揚社會正氣，把社會主義核心價值觀融入刑事司法。筆者認為，從防衛行為的正當性和防衛行為的合法性兩個角度考察，要準確適用正當防衛制度，當然首先離不開對防衛行為正當性的判斷和解釋，尤其是對防衛起因要放寬，正因為如此，上述指導意見明確指出，“正當防衛的前提是存在不法侵害。不法侵害既包括侵犯生命、健康權利的行為，也包括侵犯人身自由、公私財產等權利的行為；既包括犯罪行為，也包括違法行為。不應將不法侵害不當限縮為暴力侵害或者犯罪行為”。筆者完全贊同此種觀點。但需要指出的是，為了準確適用正當防衛制度，除了要對防衛行為的正當性作出明確解釋外，也有必要對防衛行為的合法性作出適當解釋，這樣的解釋莫過於承認防衛過當具有正當性，承認防衛過當仍然成立正當防衛。關於這一點，筆者欣喜地發現，在上述指導意見中，正當防衛的具體適用和防衛過當的具體適用是分開的，而正當防衛的具體適用只涵蓋了防衛起因、防衛時間、防衛意圖和防衛對象四個方面的條件，並沒有涉及傳統理論中的“防衛的限度條件”，這是不是表明限度條件已不再是正當防衛的成立條件，筆者不得而知，但起碼是一種顯著的變化。

定罪量刑必須依法，這是無可否認的。但在依法的範圍內，審判法官的理念起著一定的作用。長期以來，按照國內刑法理論通說，既然防衛過當與正當防衛不掛鉤，防衛過當純屬具有刑事違法性的犯罪行為，那麼，對防衛過當就應當依法懲治。在這樣一種理念支配下，儘管法律明確規定對防衛過當應當減輕或者免除處罰，但是否能夠落實到位呢？且不說減輕刑罰，就免除刑罰而言，能夠真正落實的概率又有多少呢？筆者確實沒有對防衛過當的處罰案例做過實證方面的統計，也沒有這方面的條件，但就筆者通過國內新聞媒體看到的防衛過當的處罰案例而言，確實幾乎沒有見到過對防衛過當有免除刑罰的案例，這是不是與理念上不認可防衛過當

具有正當性，不認可防衛過當屬於正當防衛有關呢？值得深思。

理念不僅可以左右司法實踐，同樣也可以左右立法。如前所述，不少大陸法系國家或地區的刑法典，都對防衛過當在規定減輕或者免除刑罰的基礎上，還設立了有條件地不予處罰的制度，即如果防衛人防衛過當是出於慌亂、恐懼、驚嚇等因素的，就可以不予處罰，也就是不構成犯罪。這樣的立法顯然與承認防衛過當的正當性是分不開的。事實上，鑑於正當防衛通常都是發生在突然或緊急的情況下，可想而知，在這些國家或地區，要將防衛過當入罪並非容易，即便入罪，其處罰也一定是較輕的。基於此，筆者認為，通過對防衛過當性質理念上的深化和反思，承認其正當性，把防衛過當視為正當防衛，這不僅在國內司法實踐中有利於充分落實對防衛過當“減輕或者免除刑罰”的立法規定，而且也有利於促進國內立法對防衛過當能否引入有條件地不予處罰的制度進行研究。依筆者之見，引入這樣一種制度，並不會產生放縱犯罪的問題，反而在一定程度上有助於解除正當防衛人的後顧之憂，因而有助於鼓勵公民大膽地同一切違法犯罪行為進行鬥爭，有助於弘揚社會正氣。

---

**Abstract:** For a long time, domestic scholars have considered the limit of self-defense as a requirement to constitute justifiable defense and therefore it is commonly accepted that defense exceeds the necessity is not justifiable defense. The article aims to provide a different view to the majority theory of justifiable defense from the perspective of legitimacy and legality of defensive act. This article argues that the constitution of justifiable defense only has relations with the legitimacy of the defensive act, and as long as the defensive act meets the following four elements, namely the defense cause, defense time, defense intention and defense object, a justifiable defense can be established. As to whether the defensive act exceeds the necessary limit, it only affects the legality of the defensive act and is a condition for culpability rather than the constitution of justifiable defense. Where the defensive act exceeds the necessary limit, justifiable defense is still established because the defensive act is justified. Therefore, the nature of excessive defense has a dual nature, that is, it has both legitimacy and illegality of criminal law. The two attributes coexist at the same time, and there is no problem of transformation. Acknowledging the legitimacy of excessive defense has a certain significance to the application of justifiable defense and the improvement of relevant legislation.

**Key words:** Justifiable Defense; Defensive Act; Legality; Illegality of Criminal Law; Excessive Defense

---

(責任編輯：唐銘澤)