



刑事政策视域下正当防卫评判视角研究

黄文菊 时伟涛

中南财经政法大学刑事司法学院，武汉

摘要 | 正当防卫的评判视角影响乃至决定着正当防卫的评判结果。评判视角又受着刑事政策或宏观或微观的指引。在过去的四十多年里，我国正当防卫长期盛行“唯结果论”的传统评判视角，这种评判视角正是“维稳与严打”刑事政策下的产物。传统评判视角以防卫损害结果为主要或唯一评判标准，导致几十年来我国正当防卫存在“成立难”的问题，极大地打击了人民群众维护自身权益的信心和勇气，也背离了正当防卫的立法初衷。为了更好地实现正当防卫的立法目的和保障人权，正当防卫评判视角应由传统视角转向防卫人视角，以适应刑事政策调整的方向、实现正当防卫的立法目的和实现刑法使用标准的统一。

关键词 | 刑事政策；正当防卫；评判视角；传统视角；防卫人视角

Copyright © 2022 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



一、评判视角之于正当防卫的意义

评判视角，通俗地讲就是看待问题的角度。“恰当而清晰的视角虽然不能必然地引申出合乎逻辑的理论，但它能为理论的展开提供正确的方向和前提。对同一个问题的研究往往是多视角考察，但切忌选错视角或将不同视角混淆，错误或模糊的视角在理论研究开始之前就埋下了失败的伏笔。”^[1]评判视角之于正当防卫司法认定的意义，很大程度上影响乃至决定着司法结论。同样或类似的案例，因为不同的评判视角，有时会导致天壤之别的判决结果。“于欢案”一审和二审的司法结论便是最好的例证。

案情简介：2016年，被告人于欢及其母亲，在其母苏某开设的公司即源大公司内，遭遇赵某带领

下的郭某2、郭某1、苗某、张某3等几人组成的“暴力讨债团队”到源大公司暴力讨债。讨债团队前后共计到来11名讨债人，将于欢母子围困于接待室内长达6个小时。他们收缴了于欢母子二人的手机，并从言语和行动上侮辱打骂于欢母子二人。后公司员工报警，警察来到接待室交代几句就走了，这时于欢欲离开接待室，其他9人围上来推搡他，在此过程中，于欢持桌上的水果刀刺死一人，刺伤二人。

此案件经山东省聊城市中级人民法院一审，判决被告人于欢犯故意伤害罪，判处无期徒刑，剥夺政治权利终身。后经山东省高级人民法院二审，撤

[1] 夏勇. 我国犯罪构成理论研究视角疏议[J]. 法商研究, 2003(2).

销原判刑事部分，以故意伤害罪改判于欢有期徒刑五年。

同一个案例，不同的法院出现了不同的司法结论。究其原因，便在于不同法院在进行司法认定时所持的评判视角不同。山东省聊城市中级人民法院一审认为：非法拘禁不能认为是“不法侵害”，因此尽管于欢母子被非法拘禁长达6个小时以上，但法院仍然认为于欢母子没有面临危及生命安全的危险，所以于欢的行为不成立为正当防卫而为故意伤害。山东省高级人民法院二审认为：于欢母子被长时间限制人身自由，其情绪已处于崩溃状态，同时，对方人多势众，对于欢母子在心理造成巨大压力。最关键的是，从于欢防卫所持武器及其防卫方式来看，于欢的行为都具有防卫意图，只是防卫超过了必要限度，因此认定为防卫过当，以故意伤害罪判处有期徒刑五年。从一审和二审法院的判决依据可以看出：一审法院是以事后查明的防卫损害结果为唯一判决标准，未考虑防卫人当时面临的种种主客观情况，因此认定防卫行为不成立。而二审法院却综合考虑了当时的各种情况，包括双方人员数量对比、拘禁时间的长短、行为人的心理变化等，于是司法结论也出现很大的不同。

综合“于欢案”一、二审的不同判决结论以及司法实践中的诸多案例，可以梳理总结出评判视角对于正当防卫的司法认定，会在以下方面产生影响：不法侵害是否存在；不法侵害的强度如何；双方人员多寡的对比；双方身体力量的对比；案件发生的时间地点因素；双方所采用的武器及手段；行为人的心理因素等等。不同评判视角正是通过对以上因素的不同认定，从而影响和决定着最终的司法结论。

虽然评判视角之于正当防卫的意义如此重大，学界和立法对此亦引起了一定的重视，但司法实务界仍然在坚持着传统评判视角，“唯结果论”的评判标准未得到根本地纠正。因此，要想纠正我国司法实务中正当防卫成立难的问题，转换评判视角势在必行，应由传统视角转向防卫人视角。

二、传统评判视角的弊端

从前文可知，我国正当防卫一直存在成立难的问题，其主要原因之一在于评判视角不合理。我们

把过去的这种评判视角称之为“传统评判视角”。评判视角大约由评判立场、评判标准、评判时间等几个维度因素组成。传统评判视角的几个维度因素主要是：“圣人立场”“结果标准”和“事后判断”。下文将一一分析传统视角各维度的特征。

（一）“圣人立场”

“圣人立场”主要指裁判者站在圣人的角度，要求防卫人实行完美防卫。主要表现为：其一，在对行为的认定上作割裂的、断章取义式的判断，不把行为作为一个整体进行判断；其二，在防卫时间上，把防卫时间看成一个时间点而不是时间段，把防卫行为看成是孤立的行为而不是整体和连续的行为，要求防卫人始终是理性而冷静的，反击的时间点要非常的精准，既不能在不法侵害威胁已迫在眉睫时“先发制人”，也不能在行为已经结束但后果还未确定的情况下通过正当防卫去挽回损失；其三，在防卫意识上，要求防卫人的“防卫思想”不带一点杂质，要是非常“纯洁”的防卫，不能丝毫带有“打击报复”的成分，从而完全否定行为人在互殴、自招损害与防卫挑拨等情况下对于不法侵害人进行正当防卫的可能性；其四，在防卫限度上，要求防卫损害结果与侵害结果基本要保持一致，要求防卫人实行“精准防卫”。

（二）“结果标准”

在“结果标准”下，正当防卫是否过当完全以侵害结果和防卫损害结果的简单对比为标准，“谁死谁有理”“谁闹谁有理”“谁结果最惨最有理”，只要防卫行为造成的结果比侵害行为造成的结果严重，就是防卫过当。一旦出现“重伤或死亡”的防卫损害结果，行为人常常构成故意犯罪，尤其以故意伤害罪居多。很多情形下，行为人一下子就从“被害人”变成了“加害人”，不仅无法维护自己的正当权益，还得被定罪量刑。在这种情况下，就等于把防卫人逼入了绝境，要么忍气吞声，甘受欺负，要么承担法律责任。

（三）“事后判断”

“事后判断”是指法官在对正当防卫案件进行评判时，只以审判时最后查明的事实为依据，而不考虑行为人当时面临的一切主客观环境。对防卫人

的要求及其严苛。以事后查明的一切事实为根据，而不考虑行为发生时的时间、地点、人员多寡、体力强弱、心理状况等，只考虑行为造成的最终结果，以结果的对比来论证当时的行为是否构成正当防卫。

总体来说，传统视角就是以“结果”为导向，采取从“结果—行为”的思考进路，防卫限度的标准是对结果的简单对比，不考虑行为本身，亦不考虑行为人的心理状态，以“圣人的标准”要求防卫人实行精准打击、完美防卫。在传统评判视角下，我国正当防卫案件一直鲜有成立的空间。据有关学者统计，以正当防卫为辩护的成功率仅为0.3%。^[1]这种现象不仅强烈地牵动着公众和媒体的神经，也成了法学界口诛笔伐的对象。^[2]正当防卫出现了“司法异化”现象，^[3]也成了名副其实的“僵尸条款”。^[4]这不仅打击了人民群众维护自己权益的信心和勇气，也背离了正当防卫的立法初衷和目的。

那么，到底是什么因素形成了传统评判视角呢？乃是因为刑事政策的深层影响。

广义的刑事政策是指由国家主导的，国家和社会抗制犯罪的整体反应体系，是由要素、目标和措施等组成的有机整体。^[5]刑事政策旨在研究如何治理犯罪，刑法的立法、司法及执法均受到刑事政策的指引和影响。作为最古老又常新的“正当防卫制度”，其立法与司法的演变无不与各个时期的刑事政策息息相关，其在司法认定中的评判视角，也无不是对当时刑事政策的反映。

新中国成立至今，在70多年的时间里，我国刑事政策大致经历了三个阶段。第一个阶段是新中国刚成立时，当时国内的矛盾还是“阶级矛盾”，刑法是对付“敌人”的最重要武器，保护新生的国家政权和“镇压反革命”是刑法的重要任务之一。此时的犯罪人被视为敌对势力、被统治阶级受到统治阶级的镇压。因此，此时的刑事政策为“镇压与宽大相结合”。^[6]第二阶段是从我国“三大改造”完成之后，此时的国内矛盾从“敌我矛盾”转化为“人民内部矛盾”，与此相适应，刑事政策也由“镇压与宽大相结合”变为“惩办与宽大相结合”。但这一时期“宽大”的特质并没有体现出来，占据优势地位的仍然是“惩办”。第三阶段是改革开放后，各种矛盾丛生，这一阶段的刑事政策是“严打”，即通过重刑重典来达到快速控制犯罪的目的。我国1979年刑法颁布前后，国家的刑事政策正是以“惩办”与“严打”相结合的政策，其主要任务是控制犯罪和维护社会稳定，比较忽视人民群众实质的公平正义及个人正当权益。虽然1997年刑法对正当防卫制度进行了进一步地修订，但正当防卫的成立条件依然严苛，致使正当防卫条款实际处于“休眠”状态，成了“僵尸条款”。^[4]

正是在“惩办”与“严打”的刑事政策下，正当防卫在司法认定中形成了以结果为主要标准的“传统视角”，传统视角最典型的特征便是以结果为主要乃至唯一的评判标准，忽略行为本身和行为人的心理状况，导致防卫人陷入“要么挨打，要么

[1] 据有关学者统计，在最高人民法院裁判文书网中以“正当防卫”为辩护策略的刑事判决书数量多达12346份，但法院最终认定成立正当防卫的仅有16例，以正当防卫为辩护的成功率仅为0.3%。尹子文. 防卫过当的实务认定与反思：基于722份刑事判决的分析[J]. 现代法学, 2018(1); 高铭暄. 正当防卫与防卫过当的界限[J]. 华南师范大学学报, 2020(1).

[2] 陈璇. 正当防卫、维稳优先与结果导向：“于欢故意伤害案”为契机展开的法理思考[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2018(3).

[3] 劳东燕. 正当防卫的异化与刑法系统的功能[J]. 法学家, 2018(5); 周光权. 正当防卫的司法异化与纠偏思路[J]. 法学评论(双月刊), 2017(5).

[4] 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(5).

[5] 卢建平. 刑事政策学[M]. 北京：中国人民公安大学出版社, 2013: 16.

[6] 卢建平, 司冰岩. 从统治到善治：我国刑事政策理念之70年变迁[C]// 刑法学术年会文集(2019年度). 北京：中国人民公安大学出版社, 2019: 301.

犯法”的绝境。

三、防卫人视角确立的必要性及实践路径

基于传统视角的弊端，正当防卫司法认定评判视角的转换势在必行。根据我国司法实践具体情况和借鉴域外国家经验，正当防卫司法认定中应确立防卫人视角。

（一）防卫人视角的内涵

所谓“防卫人视角”，简单地说，就是站在防卫人的立场去判定正当防卫是否成立。防卫人视角的三个维度因素为：防卫人立场、行为标准、事前判断。防卫人立场指评判时以防卫人的角度为评判视角，法官代入“防卫人”的角色，去评判当时的一切主客观情况；行为标准指正当防卫是否成立，不以防卫损害结果为限度标准，而是以行为本身“是否为制止不法侵害所必需”为标准；事前判断指司法裁判时应以行为发生时为考察时间节点，而不是审判时为考察时间点。总体来说，防卫人视角下的正当防卫认定思路就是：站在防卫人的立场去看待防卫行为发生时的一切情况，即法官“代入”防卫人的角色，以事发时的一切情况为判断事实对象，以行为是否为制止不法侵害所必需为判断标准，充分考虑防卫人当时因恐惧、紧张等产生的心理压力，采取从“行为—结果”的进路对整个案件进行评判，从而得出最终的司法结论。

（二）防卫人视角确立的必要性

1. 刑事政策调整的方向要求

在旧的刑事政策指引下，正当防卫是人民群众同犯罪做斗争的工具，是公民应尽的义务。因此形成了以“国家本位”和“义务本位”为前提的传统评判视角。在进入20世纪以后，随着社会保障需要的出现，国家又承担了保障公民福利的责任。维护基本的治安与秩序始终被视为国家所应独立承担的责任与职能，任何形式的推诿或放弃都背离了国家存在的目的。^[1]20世纪90年代以来，“国家治理”理念在西方又逐步兴起。随着我国社会的进步、国家理念的变更、人权观念的发展，还正当防卫以“权利属性”，已成为时代发展的需求。在当下，随着我国民众素质的提高、

互联网的发展和信息社会的到来，权利观念日益深入人心，公民的权利意识逐渐苏醒，民众开始关注国家的政治生活，尤其是手机和网络的普及，为公民参与国家治理发表自己的意见提供了渠道。放眼全球，“国家治理”理念正在成为全世界的共识，权利意识正逐渐深入人心。我国社会亦已具备从“权力意识”到“权利意识”转变的公民基础。“控制犯罪、保障人权”已成为世界及我国刑事政策的发展方向。与此相适应，我国的刑事政策也在一步步发生着变化。到2010年左右，我国正式确立了“宽严相济”的刑事政策。^[2]宽严相济的刑事政策要求：“切实做到该宽则宽，当严则严，宽严相济，罚当其罪，确保裁判法律效果和社会效果的高度统一。在审判时必须充分考虑案件的处理是否有利于赢得广大人民群众的支持和社会稳定，是否有利于瓦解犯罪，化解矛盾，是否有利于罪犯的教育改造和回归社会，是否有利于减少社会对抗，促进社会和谐，争取更好的社会效果”，实现案件裁判的法律效果与社会效果的统一。^[3]党的十八大以来，随着习近平总书记系列重要讲话精神和社会主义核心价值观逐渐深入人心，2015年，中共中央办公厅、国务院办公厅印发了《关于进一步把社会主义核心价值观融入法治建设的指导意见》。《意见》要求把社会主义核心价值观与法治建设结合起来，要深入贯彻治国理政新理念、新思想、新战略，要求办案结果要符合实体公正，是实现法律效果和社会效果的统一。2020年，我国“两高一部”通过了关于正当防卫的司法解释，对防卫人利益给予了充分考虑，试图纠正一直在实践中盛行的“唯结果论”和正当防卫“司法异化”的现象，以保卫防卫人的正当利益。

由此可见，在目前刑事政策的指引和未来刑事政策的发展方向要求下，我国正当防卫制度必须充

[1] 劳东燕. 正当防卫制度的背后[J]. 清华法学, 2016(1).

[2] 卢建平, 司冰岩. 从统治到善治: 我国刑事政策理念之70年变迁[C]// 刑法学术年会文集(2019年度). 北京: 中国人民公安大学出版社, 2019: 305.

[3] 同上注第308页。

分保障防卫人的利益,实现个案的公平正义,这就必须转换正当防卫的评判视角,摒弃传统评判视角,树立防卫人视角。

2. 正当防卫自身的目的要求

无论是正当防卫行为在人类社会的诞生,还是正当防卫制度被法律所确定下来,正当防卫都有一个与生俱来的特征:那就是权利属性。它天然是为了权利而生。“权利”是正当防卫的本质属性和天然需求。正当防卫的立法与司法,本应与正当防卫的本质、世界人权发展方向、国家理念、宪法的规定、刑法的规定要求相吻合,现今的中国,对于正当防卫制度的规定,在立法上已与世界其他国家的规定渐趋一致,但由于在司法实践中推行“唯结果论”的做法,导致了正当防卫的“司法异化”,防卫人的权利往往得不到保护,其权利属性几乎荡然无存。只有确立“防卫人视角”,才有可能从根本上扭转“唯结果论”的司法判断标准,才能最终形成人民的“权利本位”意识,才有可能最终实现正当防卫的立法目的与立法精神。

3. 刑法标准统一的适用要求

如前文所述,在立法条件不变的前提下,相同或类似案件的司法结论却有了变化。其中,于欢案的一、二审结论就是典型实例。一审法院以“故意伤害罪”判处于欢“无期徒刑”,二审法院却以“防卫过当”判处“有期徒刑五年”,可以说,同一个案子,司法结论却有天壤之别。这种“类案不类判”的情况,正说明了正当防卫案件没有统一的裁判标准,或者说,在司法实践中未能执行统一的裁判标准。“于欢案”以及后来发生的“昆山反杀案”引发的争议与关注表明,我国正当防卫案件的司法裁判存在严重的个案正义困境与疑虑。

在“传统视角”下,没有科学合理的评判视角,其评判路径是“结果—行为”,从“结果的是否严重性”去反推“行为的是否正当性”,中间没有任何可供参考的客观标准,法官的素养、法官对法条与法理的理解、刑事政策的倾向、大众或媒体的舆

论,都能影响最终的结果。对正当防卫案件的司法适用标准不统一,不仅让个案失去公平,也让民众对法治失去信心。在防卫人视角下,通过“情境化”的评判模式,站在防卫人防卫当时的立场,遵循“行为—结果”的逻辑进路,对防卫行为是否过当进行具体判断与实质判断。^[1]从而最终形成稳定而统一的正当防卫评判标准。

(三) 防卫人视角在司法实务中的实践路径

在实践中,为了让防卫人视角能够稳定地发挥其作用,在具体进行司法评判时,可借鉴周光权教授设置的“情境”判断模式:假设有一个处于与防卫人情状相同的、有通常理解能力、冷静且理智的第三人,将其放到事件发生当时的境地,按照防卫人所处的实际地位进行客观地观察,如果具有社会一般理解能力的第三人也会认为存在不法侵害,也会认为不法侵害正在进行,也会产生防卫意思,也会针对不法侵害者本人进行防卫,并且也会选择和特定的防卫人相同的反应行为,就可以说实际存在的防卫人的举动是合理的,正当防卫的成立条件是全部具备的。^[2]2020年,我国《最高人民法院最高人民检察院公安部关于依法适用正当防卫制度的指导意见》也明确指出:要立足防卫人防卫时的具体情境,综合考虑案件发生的整体经过,结合一般人在类似情境下的可能反应,依法准确把握防卫的时间、限度等条件。要充分考虑防卫人面临不法侵害时的紧迫状态和紧张心理,防止在事后以正常情况下冷静理性、客观精确的标准去评判防卫人。

一句话,从防卫人的视角出发,依照情境化实践路径,在价值判断、政策考量、不法侵害的判断、防卫限度的把握、特殊防卫权的认定、防卫过当的处断等方面,规范正当防卫制度的司法适用,准确把握司法解释精神,以实现保障人权、控制犯罪的目的。

(责任编辑:李琼)

[1] 梁根林. 防卫过当不法判断的立场、标准与逻辑[J]. 法学, 2019(2).

[2] 周光权. 正当防卫成立条件的“情境”判断[J]. 法学, 2006(12).

Research on the Perspective of Justifiable Defense Evaluation from the Perspective of Criminal Policy

Huang Wenju Shi Weitao

School of Criminal Justice, Zhongnan University of Economics and Law, Wuhan

Abstract: The judgment angle of justifiable defense affects and even determines the judgment result of justifiable defense. The perspective of judgment is guided by criminal policy. In the past 40 years, the traditional judgment perspective of “only result theory” has been prevailing in China’s legitimate defense for a long time. This judgment perspective is formed under the influence of the criminal policy of “maintaining stability and cracking down hard”. The traditional judgment perspective takes the result of defense damage as the main or only judgment standard, which has led to the problem of “difficult to establish” in China’s legitimate defense for decades. In order to better realize the legislative purpose of justifiable defense and protect human rights, the perspective of justifiable defense evaluation should be changed from the traditional perspective to the perspective of defender, so as to adapt to the direction of criminal policy adjustment, realize the legislative purpose of justifiable defense and realize the unification of criminal law standards.

Key words: Criminal policy; Justifiable defense; Judgment perspective; Traditional perspective; Defender Perspective