

防卫限度判断中的利益衡量

徐 成*

内容提要：在防卫限度判断的学说中，利益衡量是基本相适应说的核心内涵。既有研究从正当防卫的法理根据出发，对基本相适应说进行了全方位批判，并试图排除利益衡量在防卫限度判断中的应用。排斥利益衡量的做法，不仅难以体现正当防卫制度的法理基础，还会造成论者的主张自相矛盾，因而不具备合理性。正当防卫的法理根据与防卫限度判断是两个不同层面的问题，应当区别对待。根据宪法关于公民权利的规定，可以推知在防卫限度的判断中利益衡量具有必要性。因此，应当从“防卫行为是否属于能够制止不法侵害的最低手段”以及“法益关系是否失衡”两个方面，判断防卫行为是否过当。对于利益均衡性的判断，应当以法益位阶为核心进行综合分析。构成防卫过当的行为人，要么成立过失犯，减轻或者免除处罚；要么不成立犯罪，不承担刑事责任。

关键词：正当防卫 防卫限度 利益衡量 法益位阶

一、问题的提出：利益衡量的虚化

作为司法实践中最容易引发争议的传统难题之一，正当防卫的限度条件及其判断标准，一直受到学界的关注。总体来看，有关防卫限度判断标准的学说主要有两种：基本相适应说和必需说。根据基本相适应说，判断防卫行为是否超过必要限度，应当比较防卫行为与不法侵害在手段、方式、后果等方面的强度。而根据必需说，只要防卫行为对于制止不法侵害是必要的，即便造成严重损害结果，也不构成防卫过当。

不难发现，判断防卫限度时是否需要利益衡量，是两种学说的主要分歧。目前，以基本相适应说为背景的折中说取得了通说地位。该说主张：成立正当防卫，一方面，防卫行为对于制止不法侵害应属必要；另一方面，防卫行为与不法侵害之间的差距不能过于悬殊。^{〔1〕}由于不法侵害与防卫行为之间的利益衡量仍然发挥着主导作用，折中说可谓是对

* 北京大学法学院博士研究生。

〔1〕 参见高铭喧、马克昌主编《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社2018年版，第135页；陈兴良：《规范刑法学》，中国政法大学出版社2003年版，第118页。

基本相适应说的继承和延续。因而，认为基本相适应说仍然是刑法理论和司法实践中的主流见解，恐怕并不为过。⁽²⁾由此可见，基本相适应说与必需说的分歧，依然是防卫限度判断的核心问题。

近年来，学界对防卫限度的研究再度升温，作为通说的基本相适应说受到挑战。不少批评者认为，只要防卫手段属于能够制止不法侵害的最低手段，就没有明显超过必要限度，不成立防卫过当，从而不存在进行利益衡量的余地；⁽³⁾还有观点甚至直接将利益衡量与必要性等量齐观。⁽⁴⁾

在基本相适应说遭到批判，利益衡量逐渐虚化的背景下，本文关注的问题是，如何看待利益衡量在防卫限度判断中的理论定位与规范功能。对于上述问题，本文将通过以下三个方面展开探讨：（1）基于正当防卫的法理根据，能否直接推导出“判断防卫限度不需要进行利益衡量”这一结论。（2）在防卫行为具备制止不法侵害的必要性时，是否还应对侵害人与防卫人的利益状况进行权衡。（3）若利益衡量确有必要，怎样把握防卫限度的判断标准与法律后果。

二、正当防卫的法理根据与利益衡量

在不少论者看来，正当防卫的法理根据与正当防卫的成立条件之间，存在着严格的对应关系；从正当防卫的法理根据出发，能直接推导出“判断防卫限度不需要进行利益衡量”这一结论。⁽⁵⁾但在本文看来，防卫限度判断能否容纳利益衡量，与正当防卫的法理根据，是两个不同层面的问题。无论正当防卫的法理根据是什么，都无法直接决定利益衡量的命运。

（一）法确证原理与利益衡量

德国刑法学者认为，正当防卫的法理根据源自个人层面的“保护原则”和超个人层面的“法确证原则”。⁽⁶⁾防卫行为之所以能够阻却违法，是因为防卫人在维护自身法益免受不法侵害的同时，捍卫或确证了整体法秩序。⁽⁷⁾个人法益与整体法秩序的总和，必然大于侵害人因防卫行为而遭受的损害，因此，即便不像紧急避险那样对个案中的利益状况进行具体判断，⁽⁸⁾正当防卫也能和优越利益原则相协调。⁽⁹⁾

(2) 参见陈璇《正当防卫与比例原则——刑法条文合宪性解释的尝试》，《环球法律评论》2016年第6期，第37页。

(3) 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102页；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13页；周光权《判断防卫必要性的四项原则》，《中国检察官》2018年第9期（下），第43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1341页；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1603页；赵雪爽《对无责任能力者进行正当防卫》，《中外法学》2018年第6期，第1627页。

(4) 参见陈璇《被害人视角下的正当防卫论》，《法学研究》2015年第3期，第130页以下。

(5) 参见前引〔3〕，劳东燕文，第1331页以下；前引〔2〕，陈璇文，第42页以下；许恒达《从个人保护原则重构正当防卫》，台湾《台大法学论丛》第45卷（2016年）第1期，第371页以下。

(6) Roxin, Strafrecht AT, Bd. I. 4., Aufl., 2006, C. H. Beck, § 15 Rdn. 1; Kindhäuser, in: NK-StGB, 5. Aufl., 2017, § 32 Rdn. 10; Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl., 2019, C. H. Beck, § 32 Rdn. 1; Hruschka, Notwehrrecht im Zusammenhang von Kants Rechtslehre, ZStW 115 (2003), S. 203; Pawlik, Die Notwehr nach Kant und Hegel, ZStW 114 (2002), S. 259.

(7) Vgl. Kindhäuser, in: NK-StGB, § 32 Rdn. 10; Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, § 32 Rdn. 1.

(8) Kindhäuser, in: NK-StGB, § 32 Rdn. 3 f.

(9) 参见前引〔5〕，许恒达文，第321页。

受德国刑法理论影响,我国学者对法确证原理亦多有赞同。有学者认为,以法确证原理为基础,不仅能够推导出正当防卫的成立条件,也能进一步证明判断防卫限度不应进行利益衡量。⁽¹⁰⁾然而,姑且不论法确证原理本身是否合理,即便根据法确证原理,也无法直接否认利益衡量在防卫限度判断中的应用。

一方面,有待澄清的是,为什么整体法秩序与个人法益的总和,必然大于侵害人的利益损失。按照论者的逻辑,两者能够相加,且两者加总的结果能够与侵害人的利益损失进行对比,则必须承认一个前提:整体法秩序与个人法益只存在量的区别,而不存在质的区别。因为性质不同的事物不能相互加减,只有同质的范畴才有叠加比较的可能。但是,如果认为整体法秩序与个人法益只有量差而无质别,那么整体法秩序与防卫人个人法益的总和,就不一定总能超过侵害人的利益损失。例如,防卫人为了保护财产,致使侵害人身受重伤。此时无法说明,为什么财产利益与整体法秩序的加总,必然大于重伤害所对应的利益损失。事实上,除非将各种利益彻底同质化并且量化,否则很难想当然地断言何种利益状况更为优越。而一旦将所有利益类型的权重换算为数量,判断优越利益的过程就离不开利益衡量。

另一方面,即便认为整体法秩序拥有任何具体利益都无可比拟的优越性和排他性,也不当然意味着利益衡量在防卫限度判断中毫无用武之地。原因在于,无论防卫措施的强度如何,都会对侵害人造成损害,而只要法规允许防卫人反击,就意味着侵害人遭受损害是法秩序认可的。也就是说,允许防卫人给侵害人造成损害,就意味着法秩序对侵害人的利益状况作出了否定评价。而对侵害人的利益状况作出否定评价,必定同时证成法秩序自身的效力。进一步而言,法秩序对侵害人利益状况的否定评价,与防卫措施造成的结果没有什么关系。例如,允许防卫行为致侵害人重伤,体现了法秩序对不法侵害的否定;允许防卫人致侵害人轻伤,同样体现了法秩序对不法侵害的否定。即无论侵害人受到何种损害,都不会影响法秩序对不法侵害的否定态度。由此可见,是否允许采取防卫措施,与防卫措施造成何种损害,实际上是两个层面的问题。既然损害结果的严重程度与法确证无关,那么即便在防卫限度判断中引入对损害结果的利益权衡,也不会影响法秩序对自身效力的维持。

(二) 个人权利保护与利益衡量

个人权利保护原理构成了阐释正当防卫法理根据的另一重要进路。按照这种构想,遭受不法侵害时的反击行为之所以正当,是因为其能够保护被侵害人(防卫人)的权利。虽然在个人权利保护原理内部,不同学者各有侧重,但将正当防卫的法理根据建立在防卫人的个体权利之上,却是基本共识。⁽¹¹⁾于是,值得关注的问题是:若将个人权利保护理解为正当防卫的法理根据,那么在防卫限度的判断中,利益衡量是否有存在的余地。

在此前的讨论中,将正当防卫的法理根据定位于个人权利保护的观点,对防卫限度判断中的利益衡量基本持否定态度,其具体理由有两种:权利叠加说和权利内容说。

1. 权利叠加说

该说认为,不法侵害不但侵害了物质层面的具体对象,同时干扰了公民个体行动和自

⁽¹⁰⁾ 参见前引〔3〕,劳东燕文,第1331页以下。

⁽¹¹⁾ 对个人保护思想具体内容的介绍,参见前引〔3〕,王钢文,第1594页以下。

我展开的自由。⁽¹²⁾ 按照这样的理解,反击行为不仅能维持防卫人对于特定对象的现实支配力,也捍卫了其作为法主体的行动自由。以上两个方面叠加,使得防卫人所具有的利益状况高于侵害人。既然防卫人拥有利益优势已成定局,防卫限度判断中的利益衡量就变得毫无必要。⁽¹³⁾ 然而,不难发现,该说强调的“个体展开的自由”不过是“权利”的另一种说法,因为所谓“权利”恰恰是主体自由的普遍化和制度化。⁽¹⁴⁾ 实际上,这一学说的核心在于,物理层面的支配力是防卫人拥有的一种利益,自由或权利是防卫人享有的另一种利益,正是支配力和权利的叠加,让防卫限度判断中的利益衡量失去了用武之地。不过在本文看来,权利叠加说排斥利益衡量的主张,难以令人信服。原因在于,同前述法确证原理类似,权利叠加说依然未能澄清,为什么两种利益叠加必定高于侵害人的利益损失。这样一来,若要判断防卫是否过当,就仍然需要对双方的利益状况进行具体权衡。

2. 权利内容说

权利叠加说之所以无力排除防卫限度判断中的利益衡量,是因为其将权利理解为防卫人利益的一种具体类型;一旦权利和各种具体利益具有同样的性质,就难以在不考虑利益衡量的情况下,说明防卫人是否拥有利益优势。或许是为了克服上述缺陷,权利内容说认为,防卫措施之所以具有正当性,是因为通过暴力手段排除不法侵害是权利概念本身固有的内容。⁽¹⁵⁾ 按照这种观点,判断防卫限度不需要进行利益衡量,并不是因为权利和防卫人各种利益的叠加更具优势,而是因为权利本身就应当得到绝对保护。⁽¹⁶⁾ 由于权利的绝对性,对权利的维护不仅同损害结果的轻重无关,而且与具体的利益状况无关。⁽¹⁷⁾ 只要能够保护权利,哪怕防卫人不能实现优越利益,反击行为也能获得正当性。如此一来,“正当防卫也就完全不依赖于攻击行为所涉及的具体利益”。⁽¹⁸⁾ 简单来说,权利的价值高于任何物质层面的利益形态,不需要经过任何利益权衡,维护权利的防卫措施就能获得当然的正当性。既然个人权利的维护同利益状况没有关系,判断防卫限度时就不需要进行利益衡量。

按照权利内容说的设想,权利本身就蕴含着捍卫自身的功能。正是这种独立于具体利益的功能,让利益衡量在防卫限度的判断中无法发挥作用。由此,需要澄清的关键问题便

(12) Kühl, Strafrecht AT, 6. Aufl., 2008, Vahlen, § 7 Rdn. 17; Wagner, Individualistische oder überindividualistische Notwehrbegründung, 1984, Dunker & Humblot, S. 31; Neumann, Individuelle und überindividuelle Begründung des Notwehrrechts, in: Lüderssen (Hrsg.), Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip, 1990, Lang, S. 225.

(13) 参见上引 Wagner 书,第 31 页。

(14) 按照康德对权利概念的经典定义,所谓权利就是不同主体之任意根据普遍法则的共存状态。参见康德《道德形而上学》,张荣、李秋零译,中国人民大学出版社 2013 年版,第 28 页。

(15) Vgl. Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts, 1801, § 36; Lesch, Notwehrrecht und Beratungsschutz, 2000, Schönigh, S. 35; Lesch, Die Notwehr, in: FS-Dahs, 2005, Schmidt, S. 88; Engländer, Grund und Grenzen der Nothilfe, 2008, Mohr Siebeck, S. 88; Stratenwerth, Prinzipien der Rechtfertigung, ZStW 68 (1956), S. 63; Koriath, Einige Gedanken zur Notwehr, in FS-Müller-Dietz, 2001, C. H. Beck, S. 373; Kuhlén, Einschränkungen der Verteidigungsbefugnis bei der Nothilfe, GA 2008, S. 286 f; Frister, Die Notwehr im System der Notrechte, GA 1988, S. 300. 我国学界的类似见解,参见陈兴良《正当防卫论》,中国人民大学出版社 2017 年版,第 25 页;前引〔2〕,陈璇文,第 37 页以下;前引〔3〕,王钢文,第 1603 页以下;前引〔3〕,赵雪爽文,第 1627 页以下。

(16) 参见上引 Stratenwerth 文,第 63 页。

(17) 参见前引〔14〕,康德书,第 28 页;前引〔6〕,Pawlik 文,第 275 页。

(18) 前引〔15〕,Engländer 书,第 90 页。

在于：权利究竟蕴含何种功能，这些功能是否足以成为拒斥利益衡量的理由。对于权利的内涵，总有论者热衷引用康德关于法权状态的阐述，强调每个主体之自由按照普遍法则的共存状态。⁽¹⁹⁾ 还有学者试图根据上述定义，将康德的权利概念细化为“权利承担者、权利针对者以及权利客体”三个具体要素。⁽²⁰⁾ 按照这种设想，权利的主要内容正是主体任意支配特定客体并排除他人干扰的能力。但是，对于权利的惯常界定忽视了一个至关重要的问题，即权利的范围和限度。康德的阐述仅仅表明，自由要通过普遍法则共存。至于普遍法则是什么，却无法仅凭权利的定义本身就得到澄清。如此一来，我们尽管知道每个主体都拥有一个不受侵犯的自由领域，却无法根据权利本身来说明这一领域的具体边界止于何处。总而言之，权利本身不能说明权利的内容，权利概念本身也无力澄清权利的边界。

举例而言，一般认为，公民拥有身体权，可以据此自由支配自己的身体，但身体权本身不能说明身体权的边界应如何划定。或许有人认为，自然形成的身体构成了身体权的边界，只要维护了自然身体的正常生理机能，身体权就得到了维护。可问题是，“身体权的内容是对自然身体机能的维护”是无法从身体权概念本身推导出的。从实质上看，除了主观层面的自由意志，无论是自然身体还是身体之外的其他存在物，都必定受制于因果法则。⁽²¹⁾ 不管该物是否属于身体的组成部分，主体都只能根据因果律对其施加影响。既然同属因果法则支配的物质世界，为何要将特定领域定义为“身体”，而将其他空间界定为“非身体”？进一步的疑问是：为何要将支配身体的自由限定于“自然身体”，而不能将身体权的界限设定在“自然身体”之内或之外？对于这些疑问，身体权概念本身无法给出令人满意的回答。这也就意味着，抽象的身体权的范围完全可以不与自然身体重合，自然身体之内或之外的空间都可以被归入身体权的范畴。

身体权的例证说明，权利本身是抽象的，而抽象的权利本身无法说明自身存在的范围和限度。实际上，只要将权利界定为某种绝对不受干涉的个体自由，这种抽象性就无法避免。然而，不确定身体权的边界，就无法说清，防卫措施推进到何种地步才算真正维护了身体权的完整性。因此，只要防卫人与不法侵害形成了某种对抗，就可以构成对抽象权利的维护。也就是说，无论防卫措施造成了何种程度的损害结果，防卫行为维护个人权利的法理基础都能得到满足。这样一来，即便在防卫限度的判断中引入关于损害结果的利益衡量，也不会和作为正当防卫法理根据的权利内容说发生冲突。因此，根据权利内容说来排斥利益衡量，恐怕难以成立。

（三）问题症结：正当防卫的法理根据与防卫限度是不同层面的问题

通过上文的分析不难看出，无论是法确证原理，还是个人权利保护原理，都试图通过正当防卫的法理根据来排斥防卫限度判断中的利益衡量。由此带来一个疑问：仅凭正当防卫的法理根据，就能排除防卫限度判断中利益衡量的应用？若要回答这一疑问，就必须对

(19) 参见前引〔14〕，康德书，第28页。赞同康德这一界定的观点，参见前引〔15〕，陈兴良书，第25页；前引〔3〕，赵雪爽文，第1627页。

(20) Vgl. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 2. Aufl., 1994, Suhrkamp, S. 171; Koller, *Theorie des Rechts*, 1992, Böhlau, S. 96 f.

(21) 参见周漾沂：《从实质法概念重新定义法益：以法主体性论述为基础》，台湾《台大法学论丛》第41卷（2012年）第3期，第1029页。

正当防卫的法理根据与防卫限度的关系，作出明确而系统的界定。

实际上，不管是否赞同利益衡量，既有的讨论都热衷从正当防卫的法理根据来推导防卫限度的判断标准。按照这样的研究进路，似乎只要说清了正当防卫何以正当，防卫限度的判断即可尘埃落定。从方法论上看，这种进路的实质是将正当防卫的法理根据与正当防卫的成立条件看作不可分割的整体。出于后续讨论的方便，本文将这一研究进路称作“整体解决方案”。

显而易见，整体解决方案的优势在于，最大限度地增强正当防卫理论的体系化与包容性。如果这种构想能够成立，那么只要指导思想得到明确，包括防卫限度在内的全部细节问题，就都能得到一以贯之的系统解决。不过，在本文看来，整体解决方案并非毫无问题。正当防卫的成立条件不仅数量多，在内容上更是差异明显，试图借助正当防卫的法理根据统一界定所有成立条件，难免有忽视单个条件之特殊性的危险。

而无论是否支持在判断防卫限度时进行利益衡量，支持整体解决方案的学者都试图将防卫限度条件锚定在正当防卫的法理根据之上。然而，正当防卫的法理根据与防卫限度恰恰无法在同一问题层面共存。原因在于，正当防卫的法理根据解决的是定性问题，防卫限度则试图回答定量问题。前者关注的是，在国家公权力已然存在的情况下，遭受不法侵害时的自力反击为何具有正当性；后者关心的则是，这种反击的强度应当被控制在何种限度内。显然，作为行为自身的某种性质，正当性要么存在要么不存在，只有有无之分而无多少之别。与此不同，作为行为强度的度量标准，防卫限度则有量的差别。按照整体解决方案的思路，防卫限度判断应分为两步：（1）确定防卫行为的正当化根据；（2）按照正当化根据的相关结论，界定防卫限度的具体内容。然而，在完成第一步的判断之后，只能得到一个全有或全无的定性标准，故只要满足这一定性标准，防卫行为作为一个抽象的整体，不管有可能造成怎样的损害结果，都可以被视为正当。这样一来，无论在第二步中如何确定防卫限度标准，都能与第一步确定的法理根据相容。这就意味着，正当防卫的法理基础，无法在逻辑上对防卫限度的判断产生制约。

简单来说，正当防卫的法理根据能够解决的问题，仅限于“防卫人能不能发动反击”，而无法决定“反击的强度或范围应当如何”。如此看来，试图通过正当防卫的法理根据直接推导防卫限度条件的整体解决方案，从一开始就陷入了误区。整体解决方案的失败表明，正当防卫的法理根据与正当防卫的限度条件，其实不是同一个层面的问题。尽管正当防卫法理根据的理论意义不容忽视，但其无力直接说明防卫限度的具体内容。

综上所述，至少从逻辑上看，如何界定正当防卫的法理基础，与怎样判断防卫限度，并不是同一层面的问题。前者解决防卫正当与否的定性问题，后者则关注防卫强度的定量问题。因此，对于在防卫限度的判断中应否引入利益衡量，无法仅凭正当防卫的法理基础就得到回答。要界定防卫限度，就需要在法理根据之外，建构相应的判断规则与标准。

三、利益衡量原理的规范证成

此前的讨论虽然表明，利益衡量并不必然与正当防卫的法理根据问题无法相容，但利

益衡量能否一般性地应用于防卫限度判断,却仍未得到论证。因而接下来的问题是,判断防卫限度时进行利益衡量的正当性何在。

在展开具体论证之前,有必要澄清一个前提性问题:在正当防卫的场合,宪法和法律是否放弃了对侵害人的保护。尽管有观点从社会契约论出发,认为侵害人违反了社会契约,重新退回到“自然状态”,从而不再受到法秩序的保护。^[22]但基于实定法规范,这样的理解恐怕并无存在的空间。刑法第20条第2款对防卫过当作了如下规定:“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,但是应当减轻或者免除处罚。”这一规定表明,即便某人真的实施了不法侵害,防卫行为也应有所限制。如果侵害人一旦发动不法侵害,就如同退回“自然状态”一般,完全不受法律保护,任何人都无权以任何方式对侵害人进行任意强度的反击,就根本没有必要设定不得“明显超过必要限度”的防卫限度要求。刑法对防卫强度作出某种限制,恰恰说明在立法者看来,即便是实施了不法侵害的公民,也依然处于法秩序的保护之中。在这一前提下,需要进一步回答的是:这种法律保护和防卫限度判断中的利益衡量存在何种关联。

(一) 平等权与正当防卫中的利益冲突

根据本文的见解,宪法对公民基本权利的规定,是联结利益衡量与防卫限度判断的规范通路。前文的讨论已经表明,即便某人实施了不法侵害,侵害人也不会因此丧失公民资格,更不会进入所谓自然状态。这就意味着,侵害人同样受到宪法和法律的 protection。刑法对防卫限度的规定本身,正是法秩序保护侵害人权利的表现。而宪法和法律为侵害人提供了何种保护,直接决定了防卫限度的内容和边界。因此,若要准确界定宪法和法律对侵害人权利的保护,就有必要考察法秩序保护侵害人权利的方式,及其在正当防卫情形中的体现。

根据宪法第33条第2款,“中华人民共和国公民在法律面前一律平等。”平等享有各项基本权利,当然是“一律平等”的应有之义。由此推论,只要身为公民,就应当毫无例外地享有基本权利。如前所述,就算实施了不法侵害,侵害人也依然具有公民资格。这样一来,本款规定的平等权,就同样适用于侵害人。也就是说,侵害人同样享有生命、身体、财产以及人格尊严等基本权利。根据上文的分析,权利概念本身无法决定权利的具体内容和界限。因此,哪些客体在权利边界之内、何种对象在权利边界之外,只能由宪法和法律所构成的实定法秩序来予以明确。简言之,实定法如何规定,权利的边界就存在于何处。例如,刑法第234条第2款规定:故意伤害他人身体,“致人重伤的,处三年以上十年以下有期徒刑;致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾的,处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑”。由此可见,生理机能遭受损害的程度直接决定了伤害行为的不法内涵。因此,根据实定法秩序,自然身体及其生理机能就构成了身体权的外在边界。

通过在实定法中明确权利边界,利益衡量在防卫限度的判断中就变得更加必要。因为在实定法的背景下,防卫人的权利边界得到了明确,侵害人的权利边界同样得到了明确。^[23]

[22] Vgl. Klose, Notrecht des Staates aus staatlicher Rechtsnot, ZStW 89 (1977), S. 86 ff.; Erb, Notwehr als Menschenrecht – zugleich eine Kritik der Entscheidung des LG Frankfurt am Main im „Fall Daschner“, NSiZ 2005, S. 594 ff.

[23] Hoyer, Das Rechtsinstitut der Notwehr, JuS 1988, S. 92.

防卫人维护自身权利的反击措施，必然对侵害人的权利造成损害，因而在防卫行为的场合，侵害人与防卫人的权利必然发生冲突。在通常情况下，只要没有突破实定法设定的界限，公民的基本权利都应得到绝对尊重和全面保护。然而，在防卫行为的场合，对任何一方权利的绝对尊重，都将以牺牲另一方的权利为代价。一方面，若法秩序为侵害人的权利提供最周延的保护，侵害行为的承受者就只能逆来顺受。但这样一来，受侵害者的权利便荡然无存。另一方面，若法秩序将防卫人的权利保护贯彻到底，就意味着无论遭遇何种不法侵害，防卫人都能直接动用最致命的防卫手段维护自身权利。然而，同样的道理，充分保障防卫人的权利，势必让侵害人包括生命权在内的权利无法得到保障。由此，防卫行为的出现，让法秩序陷入了某种难以化解的两难困境：既要普遍保护公民权利，又不能将这种保护推向极端。

在本文看来，利益衡量原理的应用是化解上述困局，兼顾侵害人和防卫人权利的关键。之所以在防卫限度判断中能够应用利益衡量原理，主要是因为二者关注的问题具有同质性。一方面，利益衡量是对双方拥有或可能达到的利益状况进行比较。如前所述，只有在不考虑利益状况的性质差异时，才能进行利益衡量。换言之，被衡量的利益必须具有同质性。另一方面，根据前文对整体解决方案的批判，防卫限度与正当防卫的法理根据是两个层面的问题，前者关注定量而不涉及定性。这就意味着，在判断防卫限度之际，不会继续关注双方拥有或可能达到的利益状况的性质差异，而只考虑防卫措施引起的损害结果的定量区别。换言之，在确定防卫行为具备正当防卫的法理根据之后，防卫行为的正当性就得到确认；而在判断防卫限度之际，则无需重复考察这种已被确认的正当性。两相对照不难发现，以定量考察为中心的利益衡量，恰好可以用来解决防卫限度判断所关注的定量问题。同时，将利益衡量引入防卫限度判断，法秩序在防卫行为场合所面临的困境也可迎刃而解。从内容上看，利益衡量意图达成的目标，是通过比较各种具体情形令双方的利益状况在总体上达到平衡。也就是说，一方的权利得到实现，另一方的权利也能得到某种程度的保障。在防卫行为的场合，这就意味着法秩序在维护防卫人权利的同时，不会对侵害人的权利造成过于严重的挤压。

或许有人会质疑：正当防卫是“正对不正”，在防卫限度判断中引入利益衡量，是否会模糊合法与不法的差异？⁽²⁴⁾在本文看来，这种担忧并不恰当。因为在完成关于正当防卫法理根据的判断之后，防卫措施的正当性已经在整体上得到肯定，而无论怎样理解防卫限度，都不会否认这一正当性。也就是说，用利益衡量原理来界定防卫限度，并不会混淆合法与不法的区分。

还有学者提出，只要承认利益衡量，就等于认可防卫人是在代替国家机关行使惩罚权。⁽²⁵⁾在本文看来，这种理解值得商榷。判断侵害人是否承担刑事责任是一项司法裁判活动，因此，判断防卫限度时应当进行利益衡量，是对司法裁判者提出的要求。换言之，在涉及防卫行为的案件中，司法机关必须遵照宪法和法律的要求，运用利益衡量原理，为侵害人和防卫人的权利提供平等保护。按照这样的逻辑，利益衡量原理针对的只是作出裁判

(24) 类似的质疑参见前引〔3〕，赵雪爽文，第1629页。

(25) 参见前引〔2〕，陈璇文，第40页以下。

的司法机关，而不涉及防卫人。

综上所述，侵害人与防卫人具有平等的法律地位，宪法和法律必须为二者提供平等保护。实现这种平等保护的方式，就是对双方的利益状况进行综合考量，以实现利益状况的总体均衡。

（二）“侵害人法益值得保护性下降”与利益衡量

如前所述，侵害人与防卫人的平等法律地位，构成了适用利益衡量原理的前提条件。在此，或许会有观点对双方具有平等法律地位这一前提提出质疑。例如，主张“侵害人法益值得保护性下降”的学者认为，在正当防卫的情形中，侵害人与防卫人的权利不值得同等保护。所谓“侵害人法益值得保护性下降”，指的是侵害人的法益被逐出法律的庇护所，在一定程度上不再受到保护。^{〔26〕}这是因为：（1）侵害人在本可避免的情况下自陷险境；（2）侵害人违反了不得侵犯他人法益的义务，于是“不能要求对方遵守不去损害该侵犯者领域的义务”。^{〔27〕}按照论者的设想，主动实施不法侵害会使侵害人与防卫人的法律地位不再平等。既然双方的利益状况不在同一层面，就不会出现平等主体之间的利益冲突，也就没有必要为了解决利益冲突而引入利益衡量。然而，这一观点难以成立。

一方面，对于剥夺或限制公民的基本权利，宪法和法律设置了严格的程序。例如，宪法第37条第2款规定“任何公民，非经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定，并由公安机关执行，不受逮捕。”同条第3款规定“禁止非法拘禁和以其他方法非法剥夺或者限制公民的人身自由，禁止非法搜查公民的身体。”由此可见，非经法定程序不能对公民享有的身体权、人身自由等进行限制或剥夺。尽管宪法未对其他基本权利的限制程序作出明文规定，但不难推知，除非依照法定程序，生命权与财产权也不应受到限制或剥夺。此外，刑事诉讼法对刑事诉讼强制措施严格规定也表明，公权力机关只有严格遵照法定程序，才能对公民的基本权利施加限制。在这样的背景下，如果仅仅因为实施了不法侵害，侵害人的权利就不再受到保护，则必然背离宪法和法律对待基本权利的基本精神。为避免出现上述状况，恐怕只能认为侵害人权利的值得保护性不会出现任何下降。如此一来，侵害人与防卫人依然享有平等的法律地位。

另一方面，或许有观点认为，就算在实定法中找不到“侵害人法益值得保护性下降”的依据，但不妨碍在理论上推导出类似结论，进而否定利益衡量在防卫限度判断中的应用。然而，在本文看来，即便侵害人权利的值得保护性确实出现了下降，也无法否定利益衡量在防卫限度判断中的应用。原因在于，就算侵害人值得法律保护的利益状况有所减损，法秩序对侵害人的保护也不可能彻底取消。这就意味着，即使值得法律保护的利益状况有所减损，侵害人拥有的剩余利益依然受到法秩序的保护。而这部分仍然受到法秩序保护的利益，就有可能与防卫人的利益需求发生冲突。既然防卫人的利益受到法律保护，侵害人的剩余利益也受到法律保护，那么，为了平等保护相互冲突的利益状况，就需要运用利益衡量原理，对侵害人与防卫人的利益状况进行综合考量。

总而言之，无论侵害人法益的值得保护性是否下降，防卫限度判断中的利益衡量都不

〔26〕 参见前引〔4〕，陈璇文，第131页。

〔27〕 同上文，第126页。类似的观点参见前引〔15〕，Frister文，第300页以下。

能被排除。如果侵害人法益的值得保护性不下降，平等主体之间的利益冲突就需要借助利益衡量来加以协调。如果侵害人法益的值得保护性确有下降，侵害人的剩余利益和防卫人利益之间的冲突，同样需要借助利益衡量来予以协调。

四、防卫限度判断与防卫过当的法律效果

(一) 利益衡量的方法：以法益位阶为核心的二阶综合判断

1. 阶层性利益衡量理论的优势与不足

在既往研究中，无论在正当防卫的法理根据上采何种立场，利益衡量的僵化与刻板，总是成为论者批判的对象，也构成了学者拒斥利益衡量的重要理由。例如，有学者明确提出，一旦在防卫限度判断中进行利益衡量，为保护低阶法益而损害高阶法益的行为就永远不可能获得正当性。⁽²⁸⁾ 按照这类观点，所谓利益衡量不过是简单的法益比大小，法益类型的位阶直接决定了利益衡量的结果。

不过，上述理解恐怕存在一些误会。实际上，利益衡量并非简单的法益比较，而是对包括法益类型在内的多种利益要素进行全面把握和综合考量。⁽²⁹⁾ 在这个意义上，法益位阶仅仅是利益衡量的因素之一，而非利益衡量的全部。⁽³⁰⁾ 然而，综合判断具体利益状况，固然避免了法益比较的僵化，却也可能产生判断上的恣意。为了制约利益衡量的主观随意性，有学者提出：“对当事人利益的衡量应以相应的制度利益为参照物或坐标系，而对制度利益的解读与评价则需以法治国的基础利益为参照物或坐标系。”⁽³¹⁾ 只有与制度利益相吻合的当事人利益，才能获得法律的认可。由于这种利益衡量方案以不同利益类型的层级结构与制约关系为起点，故不妨称其为“阶层性利益衡量理论”。

总体上看，阶层性利益衡量理论的主要思想，有以下两个方面：其一，划定利益边界。就是为特定类型的利益赋予更高权重，使其在利益衡量中摆脱具体事实因素的影响，从而始终占据优势地位。这样一来，那些被赋予更高权重的排他性利益，就构成了无法被逾越的价值屏障，从而成为独立于裁判者主观好恶、独立于具体事实情状的超然存在。按照这样的逻辑，论者提到的制度利益，正好发挥着利益边界的作用。无论案件事实如何变化，制度利益的优先地位总能得到保证。其二，构筑利益位阶。严格来说，利益位阶的产生，是确定利益边界的必然结果。随着利益边界的确定，某些利益类型获得了难以撼动的超然性和优越性地位。而一旦认为某些利益先天优越，就有必要承认这些优越利益拥有相较于普通利益的更高位阶，并因此对后者起到严格的制约作用。具体而言，在利益衡量的过程中，必须首先考虑优越利益是否得到保障，只有在优越利益获得保障的前提下，才有可能对当事人拥有的具体利益进行比较。反之，若特定优先利益未能实现，针对具体利益的权衡也就无从谈起。

总而言之，阶层性利益衡量理论的落脚点，便是为特定类型的利益赋予不可动摇的优

(28) 参见前引〔3〕，劳东燕文，第1335页；前引〔2〕，陈璇文，第43页。

(29) Lenckner, Der Grundsatz der Güterabwägung als Grundlage der Rechtfertigung, GA 1985, S. 299 f, 310.

(30) 同上文，第300页。

(31) 劳东燕《法益衡量原理的教义学检讨》，《中外法学》2016年第2期，第368页。

先地位，并以此为标准对具体利益比较的范围和限度进行调控。

不可否认，利益边界与利益位阶的提出，固然极大地限制了利益衡量中可能出现的恣意性，降低了不可控性，但这也使利益权衡有丧失灵活性的可能。比如，一旦将某些利益类型设定为不可逾越的权衡禁区，利益衡量与法益比较之间的差异就变得微乎其微。论者提出，“制度利益代表的是立法机构在一般意义上所作的利益选择，不可与特定案件中具体当事人的现实利益相混合”。此外，作为制度利益的上位概念——“法治国的基础利益”，“在进行利益衡量时，禁止对其核心部分作相对化处理，即不允许为其他任何利益所逾越”。⁽³²⁾但是，某种利益一旦成为不受个案事实影响从而不能被超越的价值，其就会丧失吸纳具体事实因素的能力，利益衡量也必将蜕变为另一种形式的法益比较。抽象的法益比大小所面临的僵化问题，也注定会被阶层性利益衡量理论所全盘继承。

在紧急避险的损益判断中，这一问题体现得尤为突出。例如，有论者认为，在紧急避险的场合，不能基于生命权高于健康权这一理由强制抽血救人，因为人格自治属于制度利益的范畴，不受个体法益权衡的影响。⁽³³⁾然而，除了名称不同，所谓以人格自治为核心的制度利益，与法益概念并不存在实质区别；包括诸如个人自治权在内的制度利益，不过是另一种类型的法益而已。因此，在论者提出的强制抽血救人案例中，用人格自治否定患者生命法益的主张，与此前根据高阶法益简单排除低阶法益的做法，实际上没有什么不同。由此可见，论者对法益权衡原理的重构，不过是用一套全新的话语取代法益比较的既有修辞，用某些新的法益类型替换旧的法益类型。在方法论层面，除了对“哪些因素能够成为法益”这一问题存有分歧，阶层性利益衡量理论与传统的法益比较恐怕并无本质区别。

之所以会出现这一状况，主要是因为法益位阶本身就是制度利益的一种。对制度利益的强调，不可避免地要退回到法益比较的方法论困境之中。从源头看，对特定利益提供保护属于立法活动的重要目标，而公共资源的有限性使得国家不可能对所有利益提供同等强度的保护。因此，立法者必然要对各种利益的重要性加以评估，并通过法律形成某种普遍化的保护方案。在实定法中，立法者对利益价值的一般性构想，就表现为法益类型的位阶关系。由此可见，法益之间的位阶关系，同样是立法者“将各方平衡的利益凝固于具体的法律制度之中”⁽³⁴⁾的体现，因而同样属于一种制度利益。因此，对法益类型的简单比较，非但不像学者批判的那样，属于“对于制度利益和法治国利益的忽视”，反而彰显了制度利益本身的宗旨。这样一来，对制度利益的强调，最终必然重新退回到法益比大小的老路上。对此，除了在制度利益之下不断填充新的法益类型，阶层性利益衡量理论并无法在根本上扭转法益比较的僵化与刻板。

2. 理论改造：以法益位阶为核心的二阶层综合判断模式

有必要指出的是，审视阶层性利益衡量理论的不足，当然不意味着对其方法论价值的彻底否定。一方面，无论是制度利益还是法益位阶，都为利益衡量的实践展开提供了相对清晰的指引。借助法益类型的明确性与稳定性，利益衡量不再神秘莫测，而真正成为可言说、可检验的理性方法。另一方面，由于利益衡量的全面性与综合性，对制度利益或法益

(32) 参见前引〔31〕，劳东燕文，第382页。

(33) 同上。

(34) 同上文，第371页。

位阶的考察，原本就是利益衡量的题中之义。而对利益状况的全面考察，不可能在法益缺席的状态下进行。因此，值得思考的问题是，如何在保证法益位阶之可控性的同时，充分吸纳个案中的具体事实因素，以缓解单纯比较法益位阶的僵化与刻板。

对于防卫限度判断中的利益衡量，本文倡导以法益位阶为核心的二阶层综合判断，其基本步骤如下：（1）按照法益类型对需要比较的多种利益进行价值排序；（2）考察低位阶法益的可替代性是否降低，如果可替代性降低，其价值位阶会有提升。经过以上两个步骤，还需进一步判断：价值位阶得到提升的低阶法益与高阶法益之间是否仍然存在过于悬殊的差距。如果差距过大，则防卫人仍有可能成立防卫过当。对此，需要就以下两个问题作重点说明。

第一，在对利益进行衡量时，应首先根据各个法益的位阶确定优先次序。一般来说，生命法益位阶最高，身体、自由和性自主权次之。这里需要强调的是：

首先，应当依照刑法分则相关罪名的法定刑幅度来判断对立法益是否失衡，而不能仅凭抽象观念笼统认定。这是因为立法者在制定刑法规范时，已经通过法定刑配置对各种法益的重要程度作了判断。司法者不能随意突破这一标准，僭越立法权威，否则利益衡量的可控性无从谈起。举例而言，根据通常观念，财产法益的位阶低于人身法益。从抽象层面看，由此很容易得出“为了制止针对财产的不法侵害，防卫人不得以任何方式伤及侵害人的人身”这样的极端结论。但是，盗窃罪和故意伤害罪的基本法定刑均为3年有期徒刑以下，因此，根据立法者的判断，如果不存在其他有可能造成法益位阶变动的案件事实，防卫人能够使用致人轻伤的手段保护自己的财产。

法定刑幅度不仅与法益本身的重要程度密不可分，更与不法侵害的行为方式息息相关。在权衡法益位阶时，应当以特定行为方式所对应的法定刑幅度为基准。比如，若防卫人使用致人轻伤的手段阻止针对其财产的不法侵害，那么在权衡法益位阶时，就只能采用轻伤结果所对应的法定刑与相关财产犯罪的法定刑进行比较，而不能以重伤结果所对应的法定刑进行比较。

例如，在孙某平故意伤害案中，被告人孙某平得知其母手机被盗，遂对试图逃跑的被害人予以阻拦。在上述过程中，双方发生打斗，被害人身受轻伤。法院认为，被害人实施盗窃并抗拒抓捕，被告人孙某平的行为系正当防卫，不应对该伤害结果负责，被告人不构成故意伤害罪。⁽³⁵⁾

在本案中，正当防卫的起因条件与时间条件均能得到满足，唯一需要考察的问题是，轻伤结果与盗窃行为之间是否存在利益失衡。由于故意伤害罪（轻伤）与盗窃罪的基本法定刑持平，所以在立法者的判断中，盗窃罪侵犯的财产法益与轻伤结果所对应的身体法益，大体上具备同等价值。因此在本案中，致人轻伤的防卫手段并未明显超过必要限度造成重大损害，故成立正当防卫。

其次，法定刑幅度不一定总能正确反映特定法益类型的重要性。以盗窃罪与盗伐林木罪为例。两罪保护的法益均为物之所有权，但由于刑事政策层面的额外考量，⁽³⁶⁾ 盗窃罪的

(35) 见湖南省益阳市赫山区人民法院（2015）益赫刑一初字第37号刑事判决书。

(36) 参见蔡道通《特别法条优于普通法条的适用》，《法学家》2015年第5期，第29页以下。

法定刑远高于盗伐林木罪。在本文看来,既然在这种情形下,法定刑轻重不再能完全反映法益类型的重要性,那么对法益优先性的确定就应当以罪质为标准,而不能流于法定刑幅度的简单比较。就侵犯财产这一面向而言,盗伐林木罪的实质内涵与盗窃罪并无不同,二者的法定刑差异只是出于特殊的刑事政策考量。因此,针对盗伐林木的不法侵害,防卫人可以采取致人轻伤的防卫手段。

例如,在邱某某故意伤害案中,梁某在并未取得被告人所属之林地砍伐许可手续的情况下,擅自决定将种植于该林地的树木卖给被害人黄某1与黄某2。为阻止梁某、黄某1、黄某2将树木运走,被告人邱某某与之发生争执,并将三人打伤。其中黄某1、黄某2为轻伤。法院认为,被告人邱某某在与他人围绕林地归属产生争议的情况下,应当首先寻求行政主管机关予以解决,其故意伤害他人身体致二人轻伤的行为,构成故意伤害罪。⁽³⁷⁾

对于本案,依照本文的判断标准,尽管盗伐林木罪的法定刑低于盗窃罪,但就侵犯财产法益而言,二者本质上并无差异。因此,防卫人使用致人轻伤的手段制止盗伐林木,并未导致双方的利益状况出现明显失衡,故被告人邱某某造成两人轻伤的行为可以成立正当防卫。

第二,在确定法益位阶之后,进一步考察个案中的其他事实因素,以判断低位阶法益的地位是否升高,抑或高位阶法益的地位是否降低。需要强调的是,具体事实因素的引入并非不受限制,并不是个案中的任何具体情节都能成为影响利益衡量的事实基础。在本文看来,能够进入利益衡量过程的事实因素,必须同法益本身的“位阶性理由”存在关联。立法者将某种法益放置于特定位阶,必定有特定根据,这些根据就是位阶性理由。在利益衡量中考虑的事实因素必须充分表明,这些能够支撑法益位阶秩序的位阶性理由,在当下的具体个案中是否继续适用。

以公共安全法益为例。在刑法分则中立法者对危害公共安全犯罪规定了更重的法定刑,这样做的理由在于,公共安全往往涉及不特定多数人的生命、身体和财产法益,其一旦遭受侵害就有可能以不可控制的方式广泛蔓延,造成更为严重的损害。公共安全的这种特点使其在法益位阶的序列上获得了较高的地位,这种特点就是公共安全法益的位阶性理由。因此,在利益衡量的过程中,就需要根据个案中的具体事实来判断这种位阶性理由是否继续适用。如果仍有适用的余地,则特定法益的原有位阶维持不变;反之,若因为个案事实的存在,这些理由不再具有说服力,原有的法益位阶就应当有所改变。这种变动有两种可能:原本占据高位阶的法益,位阶降低;本来占据低位阶的法益,位阶上升。

本文承认,由于法益类型的多样性与立法状况的复杂性,确定各种法益的位阶性理由并非易事。正如德国学者所说的那样,利益衡量的影响因素太多,以至于无法用一个简单的公式全盘概括。⁽³⁸⁾本文提出的利益衡量的二阶层综合判断模式,也仅仅是一个方法论性质的总体框架。利益位阶的探寻与法益位阶的消长,仍然有赖于个案中的具体考量。

不过,在所有的法益类型中,有一种法益最为特殊,即生命法益。按照通行的观点,生命权至高无上,无论在何种情形下,生命法益都不能被相对化。生命法益的这种特点,

(37) 见广西壮族自治区贵港市港南区人民法院(2017)桂0803刑初87号刑事附带民事判决书。

(38) 参见前引〔12〕,Kühl书,第8节边码97以下。

决定了其在法益秩序中的位阶极少可能因具体事实因素而有所下降。这样一来，若想让那些致命性的防卫手段通过利益衡量的检验，唯一的办法就是让那些受到防卫行为保护的法益的位阶得到提升。由此可见，生命法益的至高性和绝对性，为利益衡量的具体判断免去了诸多麻烦。因为在涉及生命法益的利益衡量中，不必再考虑两种甚至多种对立利益之间复杂的相对运动，而只需考察生命法益之外的其他法益的位阶是否在个案中得到提升。有鉴于此，本文将涉及生命法益的利益衡量为范本，揭示个案事实因素对法益的位阶性理由（法益位阶）的影响。

按照通行的见解，生命法益之所以处于最高位阶，主要是因为生命具有功能上的不可替代性。而其他法益之所以位居生命法益之下，是因为其相对而言具有更高的可替代性。然而，其他法益的可替代性并非一成不变，只要具体情境发生变化，低阶法益的可替代性就有可能发生改变。当低阶法益的可替代性逐渐降低甚至完全消失，其相较于生命法益的较低位阶就会得到相应的提升。

接下来的问题是，在何种情况下，低阶法益的可替代性会降低。导致可替代性降低的情形千差万别，当然无法一一列举，但在本文看来，所有的具体情形都可以归结为一个共同的根源：在具体情形中，其他法益成为生命法益的组成部分，对其他法益的侵害成为侵害生命法益的预备环节。正如前文已述，对生命权的绝对尊重，构成了现代法治国不容突破的铁律。因此，无论在其他法益中附加何种具体利益，低阶法益都不太可能真正获得等价或近似于生命法益的不可替代性。这样一来，仅仅依靠利益叠加，其他法益并不能在真正意义上与生命法益平起平坐。于是，只有在其他法益融入生命法益的场合，基于法益之间的相互制约关系，才能让其他类型的法益拥有等同抑或接近生命法益的不可替代性。按照本文的观点，一旦其他法益成为生命法益的组成部分，或者成为维持生命存续的必要前提，这些法益就会成为内在于生命法益的构成性要素。在这种情形下，即便对这些法益的侵害尚未直接危及生命，却能对生命的维系造成现实威胁。至于对其他法益的侵害能否产生这样的特殊效果，应根据以下三个方面进行判断。

第一，低阶法益的承载物是否蕴含危害生命的高度危险。某些法益虽然不能等同于生命法益，但其承载物却蕴含着危害生命的现实危险。一般来说，除了少数抽象的制度性或观念性法益，多数法益类型都能找到与之对应的物质承载者。这些法益承载物可能蕴含着危及生命的巨大危险，其一旦遭受破坏，其中蕴含的危险就可能转化为现实，对生命法益造成危害。由于某些低阶法益与生命安全高度相关，其通常意义上的可替代性就显著降低，该法益的位阶会因此升高。如若有人侵害上述法益，就可以使用危及生命的方式进行防卫。例如，侵害人试图盗窃爆炸物、核材料或其他有严重危害生命危险的物质。此时，对危险物质管理秩序的破坏，就有可能致使不特定多数人的生命安全遭受损害。因此，对于上述侵害行为，防卫人可以使用致命手段予以制止。

第二，对低阶法益的侵害，是否属于危害生命法益的前提条件或预备环节。以人身自由法益为例。一般而言，人身自由法益相比生命法益，其位阶更低，因此，通常不能采取危及生命的手段制止一般性的、轻微的对人身自由的侵害。但是，在某些情况下，侵害人身自由是侵害更高阶法益甚至生命法益的预备环节，在这种情形下，防卫人就可以采用危及侵害人生命的手段来制止对自身人身自由的侵害。

例如,在邓玉娇故意伤害案中,邓贵大、黄德智要求宾馆服务员邓玉娇为其提供异性洗浴服务,遭到邓玉娇的拒绝。之后邓玉娇两次欲离开房间,均被邓贵大拦住并被其推倒在沙发上。当邓贵大再次扑向邓玉娇时,邓玉娇持刀刺击邓贵大,致其左颈、左小臂、右胸、右肩受伤。因伤势严重,邓贵大经抢救无效死亡。⁽³⁹⁾

在本案中,仅就法益类型来看,邓贵大以拉扯、推拽等方式阻拦邓玉娇离开房间,仅对邓玉娇的人身自由法益构成直接侵害。为制止这一侵害,邓玉娇持刀将邓贵大刺死,剥夺了邓贵大的生命法益。从法益类型看,生命法益的位阶高于人身自由法益,但是,通过对法益可替代性的判断就能发现,邓贵大限制邓玉娇的人身自由并不是其欲达成的唯一目标。根据已经查明的事实可知,邓贵大阻拦邓玉娇是为了对其实施强暴,对其人身自由法益的侵害,不过是侵犯其性自主权的预备。此时,低位阶的人身自由法益已经同更高位阶的性自主权法益绑定在一起,从而占据了更高的法益位阶。根据刑法第20条第3款的规定,针对强奸行为,防卫人可以使用致命手段加以防卫。由此可见,在立法者看来,性自主权这一法益与生命法益之间的差距并非过于悬殊。综合以上判断可知,邓玉娇使用致命手段致邓贵大死亡的结果,与试图保护的法益相较,并未明显失衡,因而其行为不成立防卫过当。

第三,低阶法益的承载物是否具有现实的可替换性。严格来说,低阶法益在任何情形下都可以是生命存续的条件和手段,因而所有法益侵害,无论具体强度或方式如何,都多多少少会对生命的存续造成或直接或间接的影响。也就是说,在终极意义上,任何法益都能被评价为生命法益的组成部分,制止任何形式的非法侵害都能以牺牲侵害人的生命为代价。但这样一来,利益衡量在防卫限度判断中的应用,事实上就会被完全取消。

为了避免出现这一情况,有必要在其他法益与生命法益之关联性的判断之后,进一步审查相应低阶法益的承载物是否具有现实的可替换性。具体而言,若某种低阶法益的承载物一旦遭受侵害便无可替换,抑或难以在短时间内得到替补,对这些法益的侵害就会严重威胁生命安全。因而在这种场合,低阶法益的可替代性降低,其位阶会随之提升。反之,若很容易就能找到功能相当的替代物,对这些法益的侵害就不会对生命法益造成直接威胁,相关法益的可替代性及位阶也不会受影响。

举例而言,在日常生活中,普通的水壶恐怕不是什么对生命而言不可或缺的重要物品,但对于沙漠中的旅行者来说,装有饮用水的水壶是维系生命的关键工具。因此,在特定情况下,水壶一旦丢失或者受损,并且饮用水无法得到补给,生命法益就会受到严重威胁。所以,即便是完全相同的财产法益承载物,也需要根据不同情境作区别对待。对于通常的盗窃或者损坏水壶的行为,不能使用危及生命的手段进行防卫,但在沙漠旅行者那里,针对相同性质的非法侵害,就可以采取高强度的防卫行为。

综上所述,按照以法益位阶为核心的二阶层利益衡量模式,应当首先比较相互冲突的利益各自对应的法益位阶,然后结合案件中的具体事实因素,判断法益位阶是否发生变化。对于法益位阶变化的考察,必须结合与法益的位阶性理由相关的具体事实因素来进行。这一二阶层的利益衡量方案,能在尊重立法者价值判断的基础上充分兼顾个案结论的妥当性,能在总体上均衡保障利益衡量的可控性与灵活性。

(39) 见湖北省巴东县人民法院(2009)巴刑初字第82号刑事判决书。

(二) 防卫限度的判断步骤与防卫过当的法律后果

1. “必要性”与利益衡量的双重判断

本文认为，判断防卫行为是否过当，首先需要考察防卫行为是否属于能够制止不法侵害的最轻缓的应对措施。如果相关行为根本不具备制止不法侵害的必要性，或其并非在行为当时能够采取的最轻缓的防卫手段，就可直接认定行为人构成防卫过当，而无需进行后续考察。但与近年来多数学者的见解不同，本文认为，即便防卫行为满足了必要性这一条件，也不能直接认定不成立防卫过当，而应当对防卫人与侵害人的利益状况进行权衡。在利益衡量阶段需要考察的问题是，防卫人保护的利益同其损害的利益相较，二者的差距是否过于悬殊。若保护的利益明显小于被损害的利益，则防卫行为仍属过当。

2. 无需对“必要性”设定例外

针对本文倡导的防卫限度双重判断模式，反对利益衡量的学者或许会提出不同意见。例如，有观点认为，判断防卫行为是否过当，原则上只需考察防卫措施是否属于制止不法侵害的最低手段；只有在个别“轻微不法侵害”的场合，具有必要性的防卫措施与不法侵害“极端不成比例”之际，才能例外地认为防卫行为明显超过必要限度，从而成立防卫过当。⁽⁴⁰⁾ 按照这种主张，“必要性”是防卫限度判断的原则性标准，而“必要性+利益衡量”是防卫限度判断的例外性规则。在本文看来，采取“原则—例外”模式来判断防卫限度，并不妥当。

首先，判断标准的多样性无法同实定法规范的单一性相协调。不难发现，如果“原则—例外”模式能够成立，防卫限度条件的具体内涵必然要随着不法侵害强度的变化而改变。若不法侵害较为严重，则“必要性”就是防卫限度条件的全部内容；而当不法侵害“极为轻微”之际，防卫限度条件的内容就变成了“必要性”与利益衡量的组合。这样一来，势必存在多种防卫限度判断标准，但问题是刑法对防卫限度条件的规定是单一的。不管怎样解读刑法第20条第2款的规定，防卫限度的判断标准都只有一个：“明显超过必要限度造成重大损害”。也就是说，无论不法侵害呈现为何种样态，司法裁判者都只能一视同仁，按照相同的标准来判断防卫是否过当。至少从表述上看，刑法第20条第2款的规定中并不存在对此种侵害适用甲标准、对彼种侵害适用乙标准的解释空间。因此，实质上综合了两种判断标准的“原则—例外”模式，无法同刑法关于防卫限度判断的单一标准相协调。

其次，只有通过利益衡量，才能确定何种侵害属于极端不成比例的轻微不法侵害。这是因为，只有将不法侵害可能造成的利益损害，同防卫行为可能导致的利益损害进行比较，才能真正确定对于防卫限度的判断，究竟是采用“原则”标准，还是遵照“例外”规则。也就是说，只有进行利益衡量，才能决定是否需要进行利益衡量；只有首先进行利益衡量，才有可能排斥利益衡量。换言之，只有首先按照所谓“例外”规则对利益状况进行具体衡量，只有在利益状况并未极端失衡的情形下，才能采用“原则”标准来界定防卫限度。这样一

(40) 参见前引〔4〕，陈璇文，第134页；前引〔3〕，王钢文，第1609页。德国学界的类似主张，参见 Seelmann, Grenzen privater Nothilfe, ZStW 89 (1977), S. 38 f.; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aufl., 1996, Dunker & Humblot, § 32 IIIb; Kargl, Die intersubjektive Begründung und Begrenzung der Notwehr, ZStW 110 (1998), S. 57; Koch, Prinzipientheorie der Notwehrrückgriffe, ZStW 104 (1992), S. 785 f.; 前引〔6〕，Roxin书，第15节边码56以下；〔德〕约翰内斯·卡斯帕《德国正当防卫权的“法维护”原则》，陈璇译，《人民检察》2016年第10期，第31页。

来,被论者视作“例外”的利益衡量,就在事实上成为了应当普遍适用的“原则”。“原则—例外”的判断模式,注定难以维持。

由此可见,防卫限度判断中的利益衡量不可能被完全剔除,以拒斥利益衡量为背景的“原则—例外”模式本身已经将利益衡量思想包含在内。“原则—例外”模式之所以会面临如此窘境,正是因为其在否定利益衡量的同时,又不得不依赖利益衡量;明明需要利益衡量来保证结论的合理性,却不承认利益衡量思想在防卫限度判断中的地位。

在本文看来,与其为“必要性”设定例外并由此陷入自相矛盾的窘境,不如将利益衡量明确视作防卫限度判断的一般性标准。按照本文提出的考察进路,无论防卫措施与不法侵害是否极端不成比例,都需要在完成必要性判断之后进行利益衡量。若不法侵害确实异常轻微,被保护的利益与被损害的利益明显不均衡,那么即便防卫措施满足了必要性条件,防卫人也有可能成立防卫过当。这样一来,不但结论的合理性能够得到保证,“原则—例外”模式的内在矛盾也得以避免。

3. 类推适用过失犯处罚根据以遏制防卫过当入罪化倾向

不可否认,将利益衡量引入防卫限度判断,正当防卫的成立必将面临更多的障碍。在许多场合,不法侵害事发突然,防卫人根本来不及作仔细判断便因一时冲动选择了高强度的防卫手段,引发了不成比例的重大损害。若采取本文的观点,防卫行为即便具有制止不法侵害的必要性,但只要未能实现损益均衡,一般都应成立防卫过当。

为了避免刑事政策层面的不利后果,有必要引入过失犯的处罚根据,抵消将利益衡量引入防卫限度判断之后的入罪化倾向。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,但是应当减轻或者免除处罚。”本文认为,对于采取了必要且最轻缓的防卫手段,却因无暇选择适当防卫措施而造成严重后果的防卫人,原则上都应认为其不构成犯罪;只有在防卫人认识到有可能造成不合比例的重大损害,却仍旧采取高强度防卫手段的情况下,才能认定其成立过失犯罪,适用刑法第20条第2款关于减轻或者免除处罚的规定。这样做的根据在于:

其一,刑法上的“故意”与一般生活语境中的“故意”并非等同含义。⁽⁴¹⁾根据刑法第14条第1款的规定,犯罪故意指的是明知自己的行为会发生危害社会的结果,并且希望或者放任这种结果发生的主观心态。因此,犯罪故意的成立不仅需要具备行为意志和心理层面的结果指向,⁽⁴²⁾更需要对损害结果的社会危害性存在认知。针对防卫过当免除处罚适用率极低的问题,有学者提出,在大多数防卫过当的场合,防卫人的责任形式都是过失,只有防卫人明知自己的行为“明显超过必要限度”,仍然希望或容忍最后的结果发生的,才构成故意犯罪。⁽⁴³⁾在本文看来,放宽免除处罚适用条件的初衷固然值得肯定,但对“明显超过必要限度”的具体情形不加区分则有失偏颇。

在本文看来,若行为人认识到防卫行为“明显超过必要限度”,其心理状态仍然有可能

(41) 参见张明楷《刑法学》上,法律出版社2016年版,第213页;劳东燕《结果无价值逻辑的实务透视:以防卫过当为视角展开》,《政治与法律》2015年第1期,第20页。

(42) 参见上引劳东燕文,第21页。

(43) 参见尹子文《防卫过当的实务认定与反思——基于722份刑事判决的分析》,《现代法学》2018年第1期,第187页。

被进一步区分为以下三种情形：（1）行为人明确认识到反击行为并非制止不法侵害的适当手段，并对此抱有希望或放任的心态。（2）行为人认识到反击行为具备制止不法侵害的必要性，但明知防卫措施并非制止不法侵害的最轻缓手段。（3）对防卫行为的必要性与防卫手段的最低性，均有明确认识。在第一种情形中，行为人能够认识到反击行为是在侵害无辜法益，而非对不法侵害的压制，因而应根据刑法第 14 条第 1 款的规定，认定其具有犯罪故意。但在后两种情形中，防卫人知道自己的行为具有制止不法侵害的性质，因而不具有刑法第 14 条第 1 款规定的对于社会危害性的明知。因此，在这种情况下，行为人只能成立过失犯罪。也就是说，只要防卫人对防卫手段的必要性有明确认识，防卫人就不可能同时明知制止不法侵害的行为具有社会危害性，即针对防卫行为必要性的认识与社会危害性的认知无法并存。因此，只要行为人认识到防卫行为具有制止不法侵害的必要性，哪怕造成了极为严重的损害，也只可能成立过失犯罪。一般而言，对于相同的损害后果，过失犯被科处的刑罚明显低于故意犯。因此，若认为防卫过当的行为人构成过失犯，则应对其减轻处罚。刑法第 20 条第 2 款提到的“应当减轻处罚”针对的就是这种情形。此外，根据刑法第 37 条的规定，对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的，可以免于刑事处罚。因而在防卫过当的情形中，已经构成过失犯的行为人若具备较轻的犯罪情节，可以根据本条规定免于刑事处罚。这样的法律后果，对应的正是刑法第 20 条第 2 款“或者免除处罚”这一规范表述。

其二，过失犯罪的成立，应当具有结果预见或者结果避免的可能性。⁽⁴⁴⁾ 在现实中，不法侵害往往极具紧迫性，行为人常常来不及进行损益权衡，就在应激心理的支配下采取了高强度的防卫措施，造成了不合比例的严重后果。应当认为，在上述场合行为人不具备结果避免可能性，连过失犯罪都不能成立，造成严重后果的行为人无需承担刑事责任。

这里可能存在的疑问是，利用过失犯的处断原则来避免刑事政策层面的不利后果，这一构想能否与犯罪论体系相容。一般来说，是否具有结果避免可能性，是在构成要件阶段进行判断的问题。如果在防卫限度的判断中引入过失犯的法理，势必要在违法性阶段重复考察构成要件，从而出现类似假想防卫场合中“回旋飞镖”那样的情况。

为了避免出现上述情况，保证犯罪论体系的自洽，本文主张仿照“构成要件故意转用论”的基本主张，⁽⁴⁵⁾ 建立双层次的过失构造，在罪责层面类推适用过失犯的处罚根据。具体而言，在构成要件阶段，主要考察行为人是否具有事实意义上的结果预见或者结果避免的可能性；而在责任层面，则需要判断规范层面的结果预见或者结果避免的可能性是否具备，行为人是否有能力对防卫行为造成的结果进行权衡。若二者同时满足，则应根据刑法第 15 条第 1 款的规定，认定防卫人构成过失犯罪，并同时适用第 20 条第 2 款后段，对防卫人减轻处罚，或者在犯罪行为轻微的情况下免除处罚。若防卫人在欠缺结果避免可能性的前提下，造成了不成比例的重大损害，则应根据刑法第 15 条第 1 款的规定，认定防卫人不成立过失犯罪，不承担刑事责任。

(44) 参见陈兴良《教义刑法学》，中国人民大学出版社 2014 年版，第 516 页以下。

(45) Vgl. Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, § 32 Rdn. 65; Puppe, in: NK-StGB, § 16 Rdn. 122 ff. 我国学者对“回旋飞镖”现象及其解决方法的详细梳理，参见蔡桂生《论故意在犯罪论体系中的双层定位——兼论消极的构成要件要素》，《环球法律评论》2013 年第 6 期。

结 论

依照本文的主张,防卫限度的判断不仅需要考察防卫行为的必要性,还要在此基础上对防卫结果的均衡性进行实质判断,即进行利益衡量。至于利益衡量的方法,本文倡导以法益类型的位阶性为中心,兼顾个案具体事实因素对特定法益位阶性理由的影响,对防卫人与侵害人的利益状况进行综合考察。相较于既有讨论,本文并未选择从正当防卫的法理根据出发,直接推导防卫限度条件,而是基于宪法和法律对公民权利的规定,寻找利益衡量与防卫限度判断的规范关联。这一论证进路不仅能在逻辑层面避免既有讨论所面临的诸多困境,也有助于构建契合我国本土规范的防卫限度判断标准。

Abstract: Whether the measurement of interests should be taken into account in the determination of the limit of defense has always been a controversial issue. It is not reasonable to deny the measurement of interests on ground of “legal confirmation” and “individual right protection”. The jurisprudential basis of legality of defense and the judgment of its limit are issues at two different levels and should be treated differently. According to the constitutional provisions on the citizen’s right to equality, the measurement of interests in the determination of the limit of defense is necessary. Whether the defensive behavior is excessive or not should be investigated according to the two criteria of “whether the defensive measures are the minimum method to stop the unlawful attack” and “whether the interests are unbalanced”. In order to determine whether interests are balanced, not only the status of legal interests, which is the core factor, but also the corresponding reasons for the status of specific legal interests should be taken into account. Apart from that, there is no need to set any exception to the rule of judgment on the limit of defensive behavior. Since the actor in the case of excessive defense has a subjective intention against unlawful act, what he has done should not be regarded as deliberate offence as defined in Article 14 of Chinese Criminal Law. Therefore, under specific circumstances, the punishment standard for negligent crime as well as the exemption clause in Article 20 Paragraph 2 of Chinese Criminal Law can be applied by analogy to those whose acts have constituted excessive defensive.

Key Words: justifiable defense, limit of defense, measurement of interests, status of legal interests
