

# 论刑事正当防卫和民事正当 防卫的同一关系

徐万龙\*

## 目次

- |                |            |
|----------------|------------|
| 一、引言           | 四、实定法障碍的消除 |
| 二、刑民正当防卫区分论的否定 | 五、结论       |
| 三、刑民正当防卫同一论的证立 |            |

**摘要** 刑事正当防卫和民事正当防卫之关系,是正当防卫教义学中的重要问题。关于此,有区分论和同一论两种见解。区分论难以成立,“立法修订情况不同”“刑法和民法的属性差异”“刑民正当防卫的任务有别”皆非区分刑事正当防卫和民事正当防卫的理由。与此不同,同一论既和法秩序统一原则和正当防卫法理基础相适契,又具有明晰正当防卫图像、便利正当防卫行使的刑事政策效果,是刑民正当防卫关系的妥当解。《刑法》第 20 条和《民法典》第 181 条关于防卫限度的不同规定并非反对同一论的理由:“明显超过必要限度造成重大损害的”和“超过必要的限度,造成不应有的损害的”所确立的防卫限度是相同的,皆为“超过必要限度”,两条款的不同点,即“明显”和“重大”,则是由刑事责任和民事责任的差别所致。总之,刑事正当防卫和民事正当防卫是同一关系,两者的法理基础和构成要件皆相同。

**关键词** 刑事正当防卫 民事正当防卫 防卫过当 法秩序统一原则 法理基础

## 一、引 言

近些年来,正当防卫“爆发出巨大的学术能量”,<sup>〔1〕</sup>成为我国刑法学界最炙手可热的话题。宏大如正当防卫的法理基础,精微如正当防卫的具体适用要件,都引起了广泛关注。热度如此之高,有其现实背景:在相当长的一段时间里,我国司法实践根据正当防卫出罪的案件较为少见,在“于欢故意伤害案”“于海明正当防卫案”等全国瞩目案件的推动下,激活正当防卫条款、重塑正当防卫

\* 浙江大学光华法学院助理教授、交叉法研究中心研究员、法学博士。本文系 2023 年度国家社会科学基金后期资助项目“正当防卫的法理基础研究”(项目编号:23FFXB061)的阶段性成果。

〔1〕 陈兴良:《正当防卫教义学的评析与展开》,载《中国刑事法杂志》2021 年第 2 期,第 3 页。

理念成为刑法学界的共识。相类似地,在刑事司法实务中,正当防卫也颇受关注。国家司法机关颁布了一系列指导性案例和典型案例,并出台了司法解释《关于依法适用正当防卫制度的指导意见》,对正当防卫中的重要问题进行了说明。可以说,经过学界和实务界的共同努力,正当防卫已是我国刑法学中教义学化程度最高的领域了。

与刑事领域中的繁盛样貌不同,民事领域中的正当防卫略显凋敝。我国民法学界对正当防卫的著述不多,已有的研究在深度和广度上与刑法学界的研究相比也有一定差距,就连一些最为基本的问题,如正当防卫由几个要件组成,<sup>[2]</sup>都未形成共识。在民事司法实践中,情形也是相似的。在民事权威案例和民事司法解释中都难觅正当防卫的踪影。由此可见,我国民事正当防卫制度有待进一步研究。

关于推进民事正当防卫制度的研究,一个可行的思路是,破除部门法之间的藩篱,将刑事正当防卫的既有理论研究成果和司法实务经验导入民事领域,作为民事正当防卫制度研究的“养料”。然而,这一思路可行与否,取决于一个前提性问题,即刑事正当防卫和民事正当防卫的关系。若两者是同一的,民法便可全盘吸收刑法学中既有的研究成果;两高颁布的司法解释、指导性案例和典型案例,也可一并适用于民事领域。<sup>[3]</sup>若两者是不同的,民法学者则需另起炉灶,独立建构民事正当防卫的理论体系。由此可知,刑民正当防卫之关系,对民事正当防卫的研究而言,具有指南针般的定向作用。

此外,刑民正当防卫之关系,对刑事正当防卫的研究同样深具意义。具体来说,若两者是同一关系,正当防卫教义学的规范基础便不仅是《刑法》第20条,还应将《民法典》第181条囊括在内。如此一来,正当防卫教义学的法理基础和具体要件,便应同时与《刑法》第20条和《民法典》第181条这两个不甚相同的规定相适配。然而,我国刑法学界关于正当防卫的既有研究基本只植根于《刑法》第20条。如果刑民正当防卫是同一的,便应从《民法典》第181条出发重新检视既有研究。

总之,刑民正当防卫关系之研究,对于民事正当防卫制度而言,具有滋养和促进之作用;对于刑事正当防卫制度而言,则具有反思和纠偏之功能。虽然这一问题如此重要,但相关研究并不多,属正当防卫教义学中的冷门领域。并且既有的研究几乎都只着眼于刑民正当防卫的防卫限度是否相同,而未整体性地考察刑民正当防卫制度之间的关系,有“只见树木不见森林”的问题。<sup>[4]</sup>

在我国司法实践中,关于刑民正当防卫之间的关系,也未有一致见解。主张刑民正当防卫同一论和区分论的判决,都可见到。典型案例如下:

**[陈某某与王某某生命权、健康权、身体权纠纷案]<sup>[5]</sup>**

因王某某曾邀请陈某某女友跳舞,2015年8月15日15时,王某某在本市和平歌舞厅跳舞时,与陈某某再次相遇,陈某某与刘某某、温某遂共同对王某某进行殴打,打斗过程中,王某某用随身携带的水果刀随意挥砍、捅刺,致陈某某、刘某某、温某等人受伤。陈某某受伤后,于当日被送到淮

[2] 在民法学界,三要件说、四要件说、五要件说都有学者主张。例如有学者认为正当防卫包含“须为现时的不法侵害”“须为防卫自己或他人权利或公共利益”“须不超过必要限度”三要件。参见梁慧星:《民法总论》(第5版),法律出版社2017年版,第286—287页。也有学者认为,正当防卫的三个要件为“不法侵害行为”“侵害的现时性”“不逾越必要限度”。参见朱庆育:《民法总论》(第2版),北京大学出版社2016年版,第569页。还有观点认为正当防卫由“对象条件”“目的条件”“时间条件”“限度条件”四要件组成。参见张新宝:《〈中华人民共和国民法典·总则〉释义》,中国人民大学出版社2020年版,第388页。也有观点认为正当防卫由“必须有侵害事实”“侵害须为不法”“须以合法防卫为目的”“防卫须对加害人本人实行”“防卫不能超过必要的限度”五要件组成。参见王利明、杨立新、王轶、程啸:《民法学》(第5版),法律出版社2017年版,第902页。

[3] 参见涂龙科:《正当防卫刑事违法性判断有跨法域效力》,载《检察日报》2021年5月15日,第3版。

[4] 近来,陈兴良教授对刑民正当防卫之关系进行了整体性的考察。参见陈兴良:《正当防卫:以刑民比较为视角的规范诠释》,载《交大法学》2022年第5期。

[5] 参见淮安市清河区人民法院民事判决书,(2016)苏0802民初3141号。

安市中医院住院治疗,经诊断为头胸部刀刺伤,住院10日。

淮安市清河区人民法院曾对该案做出刑事判决,认定王某某犯故意伤害罪罪名成立,且其属防卫过当,判处有期徒刑一年八个月。<sup>〔6〕</sup>之后,淮安市清河区人民法院就该案进行民事审判时,指出“本院(2016)苏0802刑初124号刑事判决认为,王某某犯故意伤害罪罪名成立,且其属防卫过当等,故判决王某某犯故意伤害罪,判处有期徒刑一年八个月……本院认为,行为人因过错侵害他人民事权益,应当承担侵权责任。因正当防卫造成损害的,不承担责任。正当防卫超过必要的限度,造成不应有的损害的,正当防卫人应当承担适当的责任。王某某用刀刺伤陈某某,应当承担侵权责任;其用刀刺伤陈某某的行为经生效刑事判决认定属防卫过当,为此,其应承担与己防卫过当行为相当的责任”。由上述内容可知,淮安市清河区人民法院在判断王某某的行为是否构成民法上的防卫过当时,直接引用了刑事判决的结论。这是不区分刑民正当防卫的同一论。

### 〔俞某某案〕<sup>〔7〕</sup>

某日上午,被告人俞某某在某财贸学校学生宿舍因琐事与同校学生杨某发生口角。当日下午六时许,俞某某遭到杨某约来的同学罗某等多人的殴打。而且因为气不过,杨、罗等人回宿舍后又再次持西瓜刀、钢筋返回殴打俞某某。当罗某用钢筋抽打俞某某时,俞某某使用随身携带的匕首刺中罗某和持西瓜刀朝其冲来的杨某。后来,又将该校卫队前来劝架的马某刺伤。杨某因被刺伤势过重,经送医院抢救无效死亡。罗某、马某所受伤均为轻伤。一审认为,俞某某的行为成立故意伤害罪,判处有期徒刑八年,同时俞某某需赔偿杨某经济损失2000元。二审法院判定,俞某某致杨某死亡、罗某轻伤的行为属于正当防卫,不负刑事责任,但并未改动一审刑事附带民事部分,俞某某仍需赔偿杨某2000元。

在该案的二审中,法院认可了被告人的行为系属刑法中的正当防卫,因此排除刑事责任;但认定被告人仍应承担民事责任,否定民事正当防卫之成立。由此出现了同一行为成立刑事正当防卫而不成立民事正当防卫的情况,所体现的是分立刑民正当防卫的区分论。

鉴于刑事正当防卫和民事正当防卫之关系在理论中不清、在实践中不明,本文将对此展开进一步的研究。

## 二、刑民正当防卫区分论的否定

与其他国家不同,<sup>〔8〕</sup>我国刑事正当防卫和民事正当防卫之规定有较大的差异:(1)《刑法》第

〔6〕 参见淮安市清河区人民法院刑事判决书,(2016)苏0802刑初124号。

〔7〕 参见云南省昆明市中级人民法院刑事判决书,(1997)昆刑终字第230号。

〔8〕 将刑事正当防卫和民事正当防卫做同一理解是世界各国的普遍做法。参见杨秀朝:《民法上正当防卫限度条件的立法与适用——兼论侵权责任法相关条款》,载《求索》2010年第9期,第167页。笔者在此简要介绍德国法中刑民正当防卫之规定。《德国民法典》第227条关于正当防卫的规定和《德国刑法典》第32条几乎完全相同。前者为:(1) Eine durch Notwehr gebotene Handlung ist nicht widerrechtlich;(2) Notwehr ist diejenige Verteidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden。翻译成中文是:(1) 为实施正当防卫所需要的行为不违法;(2) 正当防卫是指,为了制止针对自己或者他人的现时违法侵害所必要的防卫。而《德国刑法典》第32条的规定为:(1) Wer eine Tat begeht, die durch Notwehr geboten ist, handelt nicht rechtswidrig,(2) Notwehr ist die Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden。相对应的中文为:(1) 实施了为正当防卫所需要的行为并不违法;(2) 正当防卫是指,为了制止针对自己或者他人的现时违法侵害所必要的防卫。从条文内容上看,《德国民法典》第227条与《德国刑法典》第32条之间的差别仅在于,前者第1款中的“违(转下页)

20条详细规定了正当防卫之定义,而相应的规定在《民法典》第181条中却付之阙如;<sup>[9]</sup>(2)刑法和民法中正当防卫条款的法效果是不同的,分别是“不负刑事责任”和“不负民事责任”;(3)刑法和民法中有关防卫限度的规定有所差别,分别为“明显超过必要限度造成重大损害的”和“超过必要的限度,造成不应有的损害的”;(4)《刑法》第20条第3款规定了特殊防卫权,而民法中无此规定。

由于实定法规定的显著差别,我国不少学者倾向于认为,刑民正当防卫乃相互独立之制度。根据这些论者的见解,刑民正当防卫呈现出复杂的交叉关系。例如,就防卫限度来看,刑事正当防卫之范围要比民事正当防卫广;就不得已要件来看,<sup>[10]</sup>刑事正当防卫之范围又要比民事正当防卫窄。文献中区分对待刑事正当防卫和民事正当防卫的主要理由可归结为以下三点。

#### (一)立法修订情况不同

我国1979年《刑法》中的正当防卫规定和《民法通则》第128条的规定是相似的。除了刑法规定而民法未规定正当防卫的定义外,其他内容基本相同,尤其是防卫限度,刑事正当防卫的规定为“超过必要限度造成不应有的危害的”,而民事正当防卫的规定为“超过必要的限度,造成不应有的损害的”。之后,为了改变我国司法实务对正当防卫限制过严的现状,<sup>[11]</sup>1997年《刑法》对正当防卫条款进行了大幅度修改,防卫限度之规定由原来的“超过必要限度造成不应有的危害的”变成了“明显超过必要限度造成重大损害的”,且在《刑法》第20条第3款增设“特殊防卫权”。然而,民法中的正当防卫规定并未随之改变,《民法通则》第128条依旧保持原样,2009年通过的《侵权责任法》和2017年通过的《民法总则》仍沿袭了《民法通则》的规定。支持刑民正当防卫区分论的学者都会或多或少地言及刑民正当防卫条款的立法修订情况不同,并以此作为自身立场的依据。例如,有论者指出:“在现行刑法将防卫过当的结果由原来的‘损害’明确更改为‘重大损害’的情况下,恐怕很难认为新旧刑法关于防卫过当的规定具有完全一致的实体性内涵。”<sup>[12]</sup>也有论者指出:“立法者不仅具有专业的法律知识,还具有丰富的立法经验和高超的立法技艺,对法律的立、改、废等重大事宜均会作出高瞻远瞩、统领全局的考虑安排,不可能对正当防卫在民、刑法的协调上犯如此低级的错误。唯一的合理解释是,民、刑法上的正当防卫的规定本应不同,所以民法不必随着刑法的修改而修改。”<sup>[13]</sup>

本文认为,立法修订情况不同,并非区分对待刑民正当防卫的充分理由。第一,如此理解会造成正当防卫和紧急避险的撕裂。此观点的逻辑是,因刑事正当防卫条款有修订而民事正当防卫条款无修订,刑民正当防卫条款的内容从相似走向了不同,故刑民正当防卫制度是分立而非同一的。根据

(接上页)法”用的是“widerrechtlich”一词,而后者则用“rechtswidrig”;第1款中的“行为”一词,民法用的是“Handlung”,而刑法用的是“Tat”。两条文高度雷同的原因是,立法者在设立民法正当防卫制度时便有意识地继承了刑法关于正当防卫的规定,旨在让正当防卫的适用范围在两个部门法中完全一致。Vgl. Hellmann, Die Anwendbarkeit der zivilrechtlichen Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, 1987, S. 115.

[9] 全国人大常委会法工委民法室注解《民法典》第181条时提道:“本条虽然没有对正当防卫的内容作出规定,但应与我国刑法的规定一致,正当防卫应是为了保护本人或者他人的人身、财产权利而实施的行为。”黄薇主编:《中华人民共和国民法典总则编解读》,中国法制出版社2020年版,第591页。

[10] 有民法学者主张“不得已要件”是民事正当防卫的要件之一。参见王利明主编:《中国民法典释评·总则编》,中国人民大学出版社2020年版,第463页。对此,陈兴良教授认为,刑民正当防卫都是“正对不正”的关系,故民事正当防卫也无需以不得已为成立要件。见前注[4],陈兴良文,第9页。

[11] 参见王爱立主编:《中华人民共和国刑法:条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2021年版,第51页。

[12] 陈璇:《防卫过当中的罪量要素——兼论“防卫过当民刑二元化”立法模式的法理依据》,载《政法论坛》2020年第5期,第15页。

[13] 王洪芳:《正当防卫在民、刑法上的构成条件比较》,载《乐山师范学院学报》2003年第5期,第100页。

这一逻辑,从1979年《刑法》到1997年《刑法》,紧急避险之规定未有变动,而始终和民法的规定相同,故刑民紧急避险制度应当同一。如此不免启人疑窦,紧急避险和正当防卫是关联颇为紧密的紧急权(Notrechte),<sup>[14]</sup>且同为违法阻却事由,其中一者为刑民同一,另一者为刑民分立,颇为突兀。

第二,立法者并非如有些论者所言是“高瞻远瞩、统领全局”的,相反也只是“有限理性”的存在,面对繁多的法条和繁重的立法任务,疏失也在所难免。正因如此,法律的适用需要靠法官来补充和完善由预测和表达能力有限的立法者所制定的抽象的、时常是片段式的、有时代局限性的法律。<sup>[15]</sup>所以,立法者修改了刑事正当防卫条款,而保持民事正当防卫条款不变,不一定是刻意的安排。而且,立法者并未明确表达过,民法中的正当防卫应当和刑法中的正当防卫相区别;立法者在1997年《刑法》中修改正当防卫制度之目的在于松绑正当防卫权,而刑民正当防卫制度的同一,也不必然妨碍这一目标的实现。

第三,即便立法者在修法时内心所存之念,确为区别对待刑民正当防卫,但此心意也未必一定能够实现。一般认为,正当防卫并非真正的刑法素材,而是根植于以宪法为首的整体法秩序,是整体法秩序的产物。<sup>[16]</sup>既然如此,在相关的民法规定、宪法规定都未有变动的情况下,单纯修改刑法中的相关规定,恐不足以重塑正当防卫制度。

## (二) 刑法和民法的属性差异

另一证立刑民正当防卫区分论的重要理由是民法和刑法的属性差异,即民法是私法,而刑法是公法。<sup>[17]</sup>例如,有论者提出,刑法体系中的正当防卫的价值在于影响犯罪构成、实现较大范围内的社会治理;而民法体系中的正当防卫的功效与价值则在于维护私法平等结构、保障与制约权利。基于刑民体系对于正当防卫的价值和功效定位上的不同,民法中的正当防卫制度应当与刑法保持相当的距离。<sup>[18]</sup>相类似地,也有德国学者认为,刑法和民法的目的不同,刑法的目的在于制裁违反禁止与命令的人,而民法的目的则在于私人间利益的平衡,故而刑法关于正当防卫的理解不能一概地转用到民法之中。<sup>[19]</sup>

以刑法和民法的属性差异来证立刑民正当防卫制度的分立,也缺乏说服力。确实,公法属性的刑法和私法属性的民法有所不同。整体而言,前者关注制裁,而后者注重调整平等主体之间的关系。但要注意的是,并非刑法之中的所有规定都是禁止性的、制裁性的规定,《刑法》第20条正当防卫条款恰恰是例外:正当防卫权并不是惩罚权(Bestrafungsrecht),而是制止侵害保护法益的权利,<sup>[20]</sup>相应地,正当防卫条款也不是禁止性条款,而是容许性条款。刑法中的正当防卫条款并未沾染上刑法的制裁属性。是故,并不能以刑法是制裁法而民法非制裁法,来主张刑民正当防卫制度的不同。至于有论者所提到的“刑法中的正当防卫的价值定位在于影响犯罪构成、实现较大

[14] 关于紧急权的内涵,参见徐万龙:《紧急权体系中的正当防卫及其否定》,载《当代法学》2022年第6期。

[15] Vgl. Kirchhof, Richtliche Rechtsfindung, gebunden an Gesetz und Recht, NJW 1986, S. 276.

[16] 从宪法维度来观察正当防卫制度的见解,参见李世阳:《正当防卫中法益侵害紧急迫性的存立根据与司法认定》,载《中外法学》2021年第1期。

[17] 由于刑法的特殊性,在划分部门法时,通常将其从公法中抽离出来,与民法和公法并列,但由于刑法所调整的主要也是国家和个人的关系,故依旧属于广义的公法。Vgl. Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, 5. Aufl., 2020, § 1 Rn. 5.

[18] 参见陈鹏:《正当防卫私法结构探究》,载《广西社会科学》2019年第9期。陈兴良教授也提道:“刑法与民法的性质不同,由此而决定了刑法中的正当防卫与民法中的正当防卫在性质上的差异。”见前注[4],陈兴良文,第6页。

[19] Vgl. Braun, Subjektive Rechtfertigungselemente im Zivilrecht?, NJW 1998, S. 942.

[20] Vgl. Puppe, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2019, § 12 Rn. 2.

范围内的社会治理,而民法中的正当防卫则在于维护私法平等结构、保障与制约权利”也无甚道理。因为刑事正当防卫和民事正当防卫的目的都在于,授权公民于国家不在场时,动用私人暴力抗击不法侵害进而保护自己或他人的权利。

### (三) 刑民正当防卫的任务有别

在德国学界,通说观点主张刑民正当防卫制度是同一的,<sup>[21]</sup>但仍有观点认为,两者相互独立。阐述最为深入全面的当属德国刑法学者霍耶(Hoyer)。他认为,刑事正当防卫和民事正当防卫的任务或者说管辖的事项是不同的:可激发民事正当防卫的不法侵害为符合民事构成要件的不法侵害,回应此种不法侵害的至多为符合民事构成要件的防卫行为,而不可跃升至刑事领域;可激发刑事正当防卫的不法侵害系指符合刑法构成要件的不法侵害,防卫人可以符合刑事构成要件的防卫行为予以回击;刑民正当防卫的法律效果也不同,前者排除刑事违法,而后者排除民事违法。<sup>[22]</sup>

对于这一主张,霍耶以分层的国家暴力垄断作为论据:国家为公民的民事冲突提供制度解决机制,为公民的民事权益提供民事法律保护制度,相对应地,作为代价,公民应当放弃实施符合民事构成要件的民事违法行为;同样地,国家为公民的刑事冲突提供解决机制,即保护公民的利益免受刑事不法侵害这严重的侵害,相对应地,作为代价,公民必须放弃实施符合刑事构成要件的私人暴力。在上述内容的基础上可进一步推导出来的是,若在面对民事违法行为时,民事司法保护失灵,公民便重获实施符合民事构成要件的正当防卫行为的权利。<sup>[23]</sup>相类似地,若国家在发生刑事不法侵害时未能给公民提供及时保护,公民便重获实施符合刑事构成要件行为以相对抗的权利。<sup>[24]</sup>显然,在这样的理论架构中,刑民正当防卫制度是各管一摊、相互独立的:民事正当防卫是允许公民实施符合民事构成要件行为以对抗民事违法行为的制度,用以弥补国家民事保护制度的不足;而刑事正当防卫是允许公民实施符合刑事构成要件行为以对抗刑事违法行为的制度,用以弥补国家刑事保护制度的不足。<sup>[25]</sup>

应当说,上述见解颇具启发性。然细究起来,仍有值得商榷之处。第一,霍耶根据国家暴力垄断原则所得出的结论其实和国家暴力垄断原则有冲突。根据霍耶的构想,如果侵害人实施了刑事违法行为,公民便必然重获通过符合刑事构成要件行为予以还击的正当防卫权,即便这不为制止不法侵害所必要,典型如甲对乙实施故意伤害行为,乙因学过武功,原本可用仅导致甲皮外伤的方式来制止不法侵害,但根据霍耶的见解,乙仍有权实施故意伤害行为来对抗。这意味着超出制止不法侵害所必需的、不为有效制止侵害所必要的多余私人暴力也被容许了。这和倾向于严控私人暴力的国家暴力垄断原则相违背。

第二,霍耶的见解还存在自相矛盾之处。在霍耶看来,国家提供化解民事纠纷制度以阻止民事侵害,公民要相应放弃实施民事不法行为的自由;国家提供化解刑事纠纷制度以阻止刑事侵害,相对应地,公民要放弃实施刑事不法侵害或者说符合刑法构成要件的刑事违法行为的自由。然而,在实定法中,国家制止民事或者刑事不法侵害,化解民事或刑事不法冲突,并非如此泾渭分明。

[21] Vgl. Denhardt, BeckOK BGB, 68. Ed., 2023, § 227 Rn. 1.

[22] Vgl. Hoyer, Strafrechtliche Notwehr nur gegen strafrechtswidrige Angriffe?, FS Kindhäuser, 2019, S. 213 ff.

[23] Vgl. Hoyer (Fn. 22), S. 215 ff.

[24] Vgl. Hoyer (Fn. 22), S. 216 ff.

[25] 在我国也存在与霍耶教授见解相似的观点。王政勋教授认为,相较于民事侵权,犯罪行为的社会危害性更大,刑法上的正当防卫只能消除行为的犯罪性,而不能完全消除行为的社会危害性。参见王政勋:《正当行为论》,法律出版社2000年版,第198—199页。

面对民事不法侵害,国家可以通过导致侵害人轻伤的方式来保护被害人的民事权利,只要合乎比例原则;同样地,面对具有刑事违法性的不法侵害时,比例原则中的必要性要件要求,若简单的民事侵权方式便足以制止不法侵害,国家不得动用符合刑法构成要件的方式来化解冲突。既然国家在某些情况下都可以通过符合刑事构成要件的行为来对抗民事不法,通过符合民事构成要件的行为来对抗刑事不法,为何在作为国家保护不足之补充的正当防卫制度中,却要求防卫人严守“用符合民事构成要件的行为对抗侵害人的民事不法”“用符合刑事构成要件的行为来对抗侵害人的刑事不法”的标准呢?

### 三、刑民正当防卫同一论的证立

由以上论述可知,主张刑事正当防卫和民事正当防卫相分立的理由是站不住脚的。接下来,本文将从正面证立刑事正当防卫和民事正当防卫应当具有同一关系。

#### (一) 符合法秩序统一原则

刑事正当防卫应当和民事正当防卫具有同一关系的重要依据之一在于“法秩序统一原则”。法秩序统一原则的核心为“违法性判断一致性要求”(Einheit des Rechtswidrigkeitsurteils),所指的是,不同部门法对同一行为违法与否的判断应当一致,否则便会出现“同一行为既合法又违法”,此乃无法为法秩序统一原则所容忍的“规范矛盾”。<sup>[26]</sup> 具体而言,违法性判断一致性要求主张,某一部门法容许某一行为,其他部门法便不可禁止该行为;相反,某一部门法禁止某一行为,其他部门法便不可容许该行为。由此可知,违法性的判断具有跨法领域的效果和拘束力:违法性判断是“普遍和完全的”,要么“全有”要么“全无”,而不可能部分有、部分无。<sup>[27]</sup> 只有所有的部门法统一地划定合法和违法的界限,才能避免此部门法认为某行为积极可欲,而彼部门法认为该行为消极不可欲的指令错乱。

由法秩序统一原则可推导出包括正当防卫在内的正当化事由的普遍性和统一性,<sup>[28]</sup>而区分对待刑事正当防卫和民事正当防卫,与法秩序统一原则以及违法性判断一致性要求有冲突。若刑事正当防卫和民事正当防卫非同—关系,便会发生交叉:有可能出现的是,某一行为符合民法上的正当防卫却不符合刑法上的正当防卫,以致同一行为在民法上是合法的,而在刑法上却是违法的;或者某一行为符合刑法上的正当防卫,却不符合民法上的正当防卫要件,以致同一行为在刑法上合法,在民法上却违法。试举一例以说明。不少学者认为,刑法的防卫限度要比民法的防卫限度更宽,这可能导致,某一防卫行为在刑法上是合法的,在民法上却违法。这种既合法又违法的评价分裂会使得“民无所措手足”。典型如,面对这一既合法又违法的行为,公民是否有权针对它实施正当防卫呢?

与本文观点不同,许多主张区分对待刑事正当防卫和民事正当防卫的学者对法秩序统一原则及违法性判断一致性要求持怀疑态度。例如,有的学者指出,法秩序统一原则不适用于我国;不同于德日“立法定性+司法定量”的立法模式,我国采取的是“立法定性+立法定量”以及“违法—犯罪”二分的立法模式,行为需达到一定的量才成立犯罪,否则便只构成一般的违法行为,在此模式下“判断某一行为的违法性或者合法性,绝不是严格一元、非此即彼的,在刑法上不构成犯罪的行

[26] Baldus, Die Einheit der Rechtsordnung, 1995, S. 187.

[27] Vgl. Rönnau, in: Leipziger Kommentar, 12. Aufl., 2006, vor § 32 Rn. 23.

[28] 参见陈兴良:《民法对刑法的影响与刑法对民法的回应》,载《法商研究》2021年第2期,第31页。

为完全有可能被其他法律追究其他责任”。<sup>[29]</sup>然而,“立法定性+立法定量”并非否定法秩序统一原则的理由。一般而言,罪量大都属构成要件要素,<sup>[30]</sup>行为不充足罪量要素的,受到的至多是民法或行政法上的处罚,而不会受到刑事处罚,然而需要指出的是,这一行为在刑法上也是违法的,而非合法,“不能因为盗窃一支铅笔的行为在刑法上不罚,就认为该行为在刑法上合法”。<sup>[31]</sup>

另一反对法秩序统一原则及违法性判断一致性要求的理由在于,不同部门法的功能和目的是不同的,故应当有各自的违法性判断标准。<sup>[32]</sup>这也是不正确的。公法、民法等部门法和刑法在功能、目的等方面的差别,应体现在构成要件阶层,而非违法性阶层。通过不同部门法对构成要件和法律后果的差别设置,不同部门法之间得以清楚界分。以损害财物行为为例说明。损害财物行为在民法、行政法和刑法上的法律后果不相同,民法中是损害赔偿的后果,刑法中则是刑罚,而在行政法上则是行政处罚。损害财物行为在不同部门法中的构成要件也是不同的。在刑法上,损害行为客观上要导致价值较高的财物毁损,主观上是故意,而在民事侵权法的构成要件中则无此规定。由此可知晓,构成要件和法律后果的不同,导致了不同部门法的分野,进而确保不同功能、目的的实现。而违法性的任务则恰恰相反,所负责的是将不同的部门法联结在一起。

与本文倾向于“严格的违法一元论”立场不同,我国部分学者所支持的是“缓和的违法一元论”和“违法相对论”。所谓“缓和的违法一元论”主张,存在整体法秩序意义上的“一般违法性”,但刑事违法性的成立,还需要“一般违法性”达到值得刑事处罚的程度。而违法相对论则主张,违法性判断不应该是一致的或者说是一元的,而应当是多元、独立的,违法性是每个部门法所固有的违法性,没有必要承认所谓的整体法秩序意义上的“一般违法性”。根据违法相对论,值得刑罚处罚的违法性才在刑法中具有违法性,否则便是合法的。<sup>[33]</sup>然而,本文认为,“缓和的违法一元论”和“违法相对论”的根本问题在于,从体系安排来看,在违法性阶层考量值得处罚性,并不妥当。<sup>[34]</sup>行为值得处罚性的考量会出现在立法和司法两个层面。在立法层面,值得处罚性的考量主要在构成要件阶层。立法者在设置刑法构成要件时,会从众多的违法行为之中筛选出具有严重社会危害性的行为,其不法程度和刑罚之间的关系需通过比例原则的检验。亦即,构成要件是原则上可罚的行为类型。而在司法层面,值得处罚性的考量应当在答责性阶层。<sup>[35]</sup>在答责性阶层所要审查的是,处罚该行为是否契合刑罚之目的即一般预防。<sup>[36]</sup>此处的合目的审查体现的也是比例原则的思想。在这两个阶层中纳入值得处罚性的考量便足以确保,通过体系检验的行为具有刑事可罚性。

[29] 高铭暄、王红:《刑民交叉视角中的防卫过当》,载《贵州大学学报(社会科学版)》2020年第3期,第69页。

[30] 关于罪量要素的体系定位,参见王莹:《情节犯之情节的犯罪论体系性定位》,载《法学研究》2012年第3期。

[31] 见前注[12],陈璇文,第17页。在此,需要注意辨析的是,“违法—犯罪”中的“违法”和阶层论犯罪体系语境中“违法”的区别。前者的意思是某一行为违反诸如行政法规等其他法律应承担法律后果,但并不符合刑法构成要件;而阶层论中的“违法”则是植根于整体法秩序的概念,所指的是某一行为在整体法秩序看来都应当受到否定性评价。前者与可罚性相关联,而后者与可罚性相脱钩。

[32] 参见简爱:《从“分野”到“融合”:刑事违法判断的相对独立性》,载《中外法学》2019年第2期,第437页。

[33] 关于“缓和的违法一元论”和“违法相对论”的详细介绍,参见王昭武:《法秩序统一性视野下违法判断的相对性》,载《中外法学》2015年第1期,第173—176页。

[34] 更为详细的论证,参见徐万龙:《论警察的正当防卫:职务行为说之提倡》,载《南大法学》2022年第6期。

[35] Vgl. Roxin, Notstandähnliche Lage-Ein Strafrechtsausschlussgrund?, FS Oehler, 1985, S. 195.

[36] Vgl. Roxin (Fn. 35), S. 195.



而违法性阶层只需发挥界定合法与非法之作用,以划定公民行止之应然范围即可。

结合以上所言,法秩序应当是统一的,违法性判断应当是严格一元的。在民法、行政法中被容许的,在刑法中也是合法的;相反,在民法和行政法中违法的,在刑法上也不可能合法。显然,只有刑民正当防卫同一论才能和法秩序统一原则及违法性判断一致性要求相契合。

## (二) 刑民正当防卫的法理基础相一致

除了法秩序统一原则外,刑事正当防卫和民事正当防卫具有同一关系的另一重要理由在于,两者的法理基础是相同的。若刑民正当防卫的法理基础相同,根据“法理基础”决定“适用要件”的原理,<sup>[37]</sup>刑民正当防卫的适用条件也应相同,由此刑民正当防卫制度便是完全同一的。接下来,本文将尝试说明,在我国具有影响力的正当防卫法理基础之学说,都可一并适用于刑事正当防卫和民事正当防卫。

关于正当防卫的法理基础,主观权利说在我国具有一定的影响力。主观权利说认为,面对侵入他人法权领域的不法侵害,公民有权采取必要的措施将损害和风险驱逐出自己的权利领域,之所以如此,是因为正当防卫作为与权利相联结的强制力,可反弹会损害法权关系的不法行为,为恢复他人权利领域所必需,因而与法权原则相容,所以是正当合法的。由上述论述可知,根据主观权利说,正当防卫这一强制权能与主观权利——即具体的权利种类,例如生命、身体、财产权等——密不可分。可以说,正当防卫权是从主观权利推衍出来的,为主观权利所内含的强制权。<sup>[38]</sup>它不是独立的权利,而是由主观权利所延伸出来的二阶权利,属主观权利的附带产物,它的作用也只在确保主观权利的实现。<sup>[39]</sup>显然,主观权利说也可用来解释民事领域的正当防卫权。因为,在民事正当防卫中,不法侵害人也实施了侵入他人权利领域的民事侵权行为,也损害了他人主观权利。既如此,由此被侵犯的主观权利也可派生出正当防卫权。

“侵害人值得保护性下降说”在我国也受到许多学者的支持。根据该说,实施不法侵害的人可以预想到,若他实施不法侵害,将会遭遇到被害人或者第三人的抵抗,而侵害人在明知这一点的状况下,却依旧实施不法侵害,把自己从一个相对安全的状态带入到了危险境地。如此自陷风险会使得侵害人法益的值得保护性下降。<sup>[40]</sup>这一正当防卫的法理基础在民事正当防卫之中也适用。因为和刑事领域并无不同的是,侵害人实施民事不法侵害时,也会预料到被害人或第三人不会“坐以待毙”而也有可能实施反抗行为,同样是把自己从相对安全的境地带到比较危险的境地。由此可知,侵害人值得保护性下降说可一并适用于民事正当防卫和刑事正当防卫。

法确证原则在我国也具有相当的重要性。法确证原则的要旨为,防卫人替不在场的国家机关维护了整体法秩序,由于整体法秩序具有至高价值,故而优越利益定在防卫人一方。<sup>[41]</sup>在法确证原则看来,不法侵害会给整体法秩序造成扰动,而正当防卫则通过抗击不法侵害,向一般人宣告了,实施不法行为并非没有代价,故而维护了法秩序。这一逻辑在民事正当防卫中也是适用的。民事不法行为例如侵权行为会损害公民的权利,同样会对相应的规范禁令产生搅动和干扰,所生之涟漪荡漾到整体法秩序,让社会大众对法规范的实际效力产生疑问。而民事正当防卫行为可以

[37] 参见周漾沂:《正当防卫之法理基础与成立界限:以法权原则为论述起点》,载《台大法学论丛》第48卷第3期(2019年),第1226页。

[38] 这一说法,参见Kluszczewski, Ein zweischneidiges Recht, FS Wolff, 1988, S. 244.

[39] Vgl. Greco, Notwehr und Proportionalität, GA 2018, S. 675ff.

[40] 参见陈璇:《侵害人视角下的正当防卫论》,载《法学研究》2015年第3期。

[41] 关于法确证原则的详细内涵,参见徐万龙:《正当防卫中法确证原则之批判》,载《环球法律评论》2021年第1期。

通过制止不法侵害,稳定被民事不法行为搅动的法规范。由此可知,法确证原则也可适用于民事正当防卫。

上述在学界具有较大影响力的关于正当防卫法理基础的学说,可一体适用于刑事正当防卫和民事正当防卫,有其内在必然性。民事正当防卫和刑事正当防卫,都属私人暴力,因此皆会与国家暴力垄断原则相关联。而正当防卫的法理基础所要回答的根本问题便在于,在国家全面垄断私人暴力的情况下,公民为何有权实施正当防卫这一私人暴力权。而同属于私人暴力的刑事正当防卫和民事正当防卫,对此问题的回答自然是相同的。<sup>〔42〕</sup>

### (三) 刑事政策的益处

刑民正当防卫同一论在刑事政策上也有切实之益处:同一论可确保正当防卫之图像不撕裂,从而更清晰、更明确地告知公民在危急时刻应如何行止。这是很有必要的。因为不同于普通权利,正当防卫是所谓的紧急权,乃公民在紧急危难状态下所行使之权,与此相关的刑法规范,应尽可能明确。针对此,可能会遭致的质疑是,上述观点“不过是坐在图书馆里的主观想象而已”,<sup>〔43〕</sup>因为正当防卫是防卫人在紧急状态下,出于自我保存的本能目的,而对不法侵害人实施的反抗或者反击,此时,防卫人通常会具有非常强大的非理性、非逻辑性、冲动性,甚至可能是无道德性和反社会性的心理能量。因此,“在现实的防卫案件当中,几乎没有遭受不法侵害的防卫人在如此紧急的状态下可以进行理性的思考和逻辑的判断”。<sup>〔44〕</sup>据此,批评者认为,防卫人在实行防卫当下是本能性的、冲动性的,根本不会理会刑民正当防卫是分离的抑或同一的,故上述刑民正当防卫同一论在刑事政策上的优势也无从谈起。本文不以为然。若防卫人在防卫时来不及思索的要件便无意义,如此岂不意味着正当防卫规定所设置的诸多要件,如防卫时间、对象、限度等同样在防卫时也来不及思索的要件,全部成为多余?这与正当防卫的行为规范属性是相悖的:正当防卫条款旨在告诉公民,合法侵入他人权利领域的界限在于何处。由此可推知,正当防卫条款不允许公民在实施正当防卫时全然依本能行动,而是将其设想为一个能够辨别和遵守规范的理性人,要求他在实施正当防卫时秉持仔细、谨慎的态度,遵守正当防卫规范中的每一个要件。在这样的规范设定下,作为理性谨慎的防卫人,在实施防卫行为时是会思索刑民正当防卫到底是何关系的,而答案最为简单明了的同一论,显然具有减少防卫人思考负担,便利防卫行为之实施的效果。

此外,刑民正当防卫同一论也是务实的观点,因为刑民正当防卫区分论在实践中也会蜕变为同一论。若刑民正当防卫是相互区分的,那么刑事正当防卫的范围可能宽于民事正当防卫,或者出现交叉。如此意味着,若公民的防卫行为符合刑事正当防卫规定,虽无刑罚的后果,但依旧有可能要承担民事赔偿责任,而赔偿的数额可能比较高昂。这具有抑制刑事正当防卫权行使之效果,民事赔偿责任的可能性会迫使防卫人努力使自己的防卫行为也符合民事正当防卫规定,以免承担民事赔偿责任。相类似地,根据区分论,符合民事正当防卫规定的防卫行为,也可能引发刑事责任。举例以说明。譬如,有支持区分论的学者主张,与刑事正当防卫不同,民事正当防卫不以主观的防卫意思为前提。<sup>〔45〕</sup>据此,公民若在无防卫意识的情况下行使民事正当防卫权,便有可能遭受刑事处罚。如此一来,在刑事责任的强大威慑下,防卫人也不敢以无防卫意思的心态来实施民事

〔42〕 从国家暴力垄断的角度切入思考正当防卫制度的见解,参见徐万龙:《重构正当防卫的法理基础》,载《环球法律评论》2024 年第 1 期。

〔43〕 见前注〔29〕,高铭暄、王红文,第 69 页。

〔44〕 同上注。

〔45〕 Vgl. Braun (Fn. 19), S. 942.

正当防卫。总结来说,只要刑民正当防卫是分离的,便意味着,符合刑事正当防卫的,不一定符合民事正当防卫;符合民事正当防卫的,也不一定符合刑事正当防卫。面对此种境况,为避免承担负面的后果,公民会采取保守策略,尽量使自己的防卫行为同时兼顾刑民正当防卫的要件。如此一来,刑民正当防卫区分论也就最终变成了同一论。

由上可知,刑民正当防卫同一论既契合于法秩序统一原则,又和刑民正当防卫法理基础相适配,同时还具有刑事政策上的切实好处,是刑民正当防卫关系的妥当解。

#### 四、实定法障碍的消除

根据同一论的观点,刑事正当防卫和民事正当防卫是同一的,两者的法理基础和适用要件都相同。然而,同一论乍一看似乎和我国实定法之规定存在明显龃龉,因为我国刑民正当防卫条款在防卫限度的规定上是不同的:前者为“明显超过必要限度造成重大损害的”,后者为“超过必要的限度,造成不应有的损害的”。如果连作为正当防卫中最为重要的防卫限度要件都有差别,那么刑事正当防卫和民事正当防卫就不可能是同一关系。是故,同一论和实定法规定的冲突问题必须加以处理。本文接下来将证明,“明显超过必要限度造成重大损害的”和“超过必要的限度,造成不应有的损害的”所确立的防卫限度是相同的,不同的部分即“明显”和“重大”则是由刑事责任和民事责任的差别所致。<sup>[46]</sup>

##### (一)“明显超过必要限度”和“超过必要的限度”

“明显超过必要限度造成重大损害的”和“超过必要的限度,造成不应有的损害的”可相应地分解为“明显超过必要限度+造成重大损害”和“超过必要的限度+造成不应有的损害”两部分。笔者将通过对比“明显超过必要限度”和“超过必要的限度”,以及“造成重大损害”和“造成不应有的损害”两部分,来说明刑事正当防卫的限度和民事正当防卫的限度之异同。

首先就“明显超过必要限度”和“超过必要的限度”进行对比。两者的差别在于刑法规定中多了“明显”二字,故关键在于厘清“明显”的内涵。然而,在过去关于正当防卫教义学的研究中,关于“明显”一词的理解,“要么避而不谈,要么一笔带过、语焉不详”,<sup>[47]</sup>至多“仅略作说文解字甚至同义反复式的释义”。<sup>[48]</sup>近来,情况有所改变,部分学者对“明显”二字进行了较为深入的研究,其中一些见解颇具启发性。

##### 1. “更高一级说”之批判

有学者主张,“明显”是指防卫行为超过“必要限度”达到了一定量的幅度。例如,邹兵建教授提到,“明显”是指“防卫行为给不法侵害人造成的危险比最低强度的有效防卫行为给不法侵害人造成的危险至少高出一个档次”。<sup>[49]</sup>“具体而言,如果标准危险为足以致人轻伤的危险,那么实际危险就需要达到足以致人重伤的程度;如果标准危险为足以致人重伤的危险,那么实际危险就需

[46] 除了防卫限度,其他要件例如主观的正当化要素、不得已要件、不法侵害的性质(是否必须为违法行为)在刑民正当防卫制度中是否相同,也存在一定程度的争议。本文在此仅就防卫限度进行说明,而不言及其他,一是因为防卫限度的不同明确体现在我国实定法中,而其他争议点在我国实定法中未有表现;二是因为刑民防卫限度是否相同这一问题在我国受到最多的关注。

[47] 邹兵建:《正当防卫中“明显超过必要限度”的法教义学研究》,载《法学》2018年第11期,第149页。

[48] 见前注[12],陈璇文,第20页。

[49] 见前注[47],邹兵建文,第139页。

要达到足以致人死亡的程度。”<sup>[50]</sup>此见解将“实际的防卫行为”和“有效且最温和的防卫行为”相比较,当前者所造成的法益损害危险相较于后者超出“一个档次以上”时,便属“明显超过必要限度”。相类似地,陈璇教授认为,“明显”是指,“防卫手段比简单地超过必要限度更进一步地高出一个以上的级别”。<sup>[51]</sup>和前一种观点不同,后一种观点并未将“实际防卫行为”和“符合必要限度的防卫行为”相比,而是将“实际防卫行为”和“简单超出必要限度的防卫行为”相比,仅当前者高出后者“一个以上的等级”,才是明显超过必要限度。由于两种观点都要求某种意义上的“更高一级”,故本文以“更高一级说”加以指称。

“更高一级说”对“明显”一词的解释具有启发意义,却值得商榷。第一,根据“更高一级说”,超过必要限度一定幅度方能成立防卫过当。据此便会出现“未超出必要限度的防卫行为”“明显超出必要限度的防卫行为”“超出但没有明显超出必要限度的防卫行为”三种情形。显然,第一种情形成立正当防卫,第三种情形可能成立防卫过当,然而中间的“超出但未明显超出必要限度的防卫行为”应如何评价,则存在疑问。若如相关论者所言,将之与“未超出必要限度的防卫行为”一道评价为正当防卫而非防卫过当,恐怕不妥。因为,如所周知,违法性不存在量的问题,是全有或全无的,要么合法要么违法,不存在中间地带。相对应地,作为违法阻却事由的正当防卫也应如此泾渭分明:在必要限度之内是合法的正当防卫,超出必要限度的便是违法的防卫过当,而断无将超出必要限度但未达“明显”程度的防卫行为也评价为合法之可能。否则,所谓“必要限度”一词将被架空,毕竟若超出了必要限度的行为,依旧可能被评价为正当,如此一来,这一限度还能叫作是“必要”的限度或者说不可或缺的限度吗?<sup>[52]</sup>正如有学者所言,“防卫行为只要超过了必要限度,就属于全体法秩序意义上的违法举动。既然正当防卫是一项权利,那么一旦其行使行为逾越了该权利应有的边界,不论其违反的程度有多高,也不论它是否引起了损害结果,都必然遭到法秩序的对立和禁止。在这一点上,各个部门法的判断不应有任何分歧”。<sup>[53]</sup>

第二,“更高一级说”自身也不自洽。“更高一级说”主张某种意义上的“更高一级”才是“明显”超过必要限度。然而,问题在于,为什么是“更高一级”,而不是“更高两级”或“更高多级”?再如,邹兵建教授在说明更高一级标准时举例提到,若有效且最温和的防卫措施会导致轻伤,而防卫人却采取了会致人重伤的防卫行为时,便达到了更高一级。据此,若有效且最温和的防卫行为仅会致人轻伤,而防卫人却采取了致人重伤的防卫行为时,便属明显超过必要限度。然而问题在于,在人身犯罪中,可罚性起点是轻伤二级,较之更高一级的损害为何不是轻伤一级,而直接跃升至重伤呢?

## 2. “多数服从少数说规则”之疑问

关于“明显”的内涵,张明楷教授认为,“‘明显’,是指清楚地显现出防卫过当,或者很容易让人看出来抑或感觉到是防卫过当”。具体要根据“多数服从少数规则”来判断。例如,审委会9人,6人主张防卫过当,但3人认为成立正当防卫,此时过当是不明显的。<sup>[54]</sup>本文认为,此说缺乏说服力。因为,根据此规则,“明显超过必要限度”的判断权将完全交由法官或者审委会来认定,其中存

[50] 见前注[47],邹兵建文,第150页。

[51] 见前注[12],陈璇文,第23页。

[52] 关于必要限度的内涵,参见徐万龙:《“重伤以下无过当规则”的反思与纠偏》,载《浙江大学学报(人文社会科学版)》2022年第3期,第172页。

[53] 见前注[12],陈璇文,第16页。

[54] 参见张明楷:《防卫过当:判断标准与过当类型》,载《法学》2019年第1期,第15页。

在较大的权力滥用和恣意判断的风险。这一标准也和刑法教义学的旨趣不符。刑法教义学的任务是通过解释和体系化法律素材,以指导司法者适用法律。然而将“明显超出必要限度”中的“明显”,理解为具体负责案件审判法官的“多数服从少数”,无异于放弃了教义学指引法律适用和控制法官权力的使命。<sup>[55]</sup> 总之,“明显”二字的教义学解释,应当要给出清晰明确的客观标准,而不可全然将之诉诸法官的主观判断,否则不利于案件裁判和与法官自身的情绪和武断保持距离。

### 3. “明显”的应然意涵:超过必要限度须达到“排除合理怀疑”的程度

依本文之见,《刑法》第20条第2款中的“明显”所指的是,防卫行为超过必要限度之判断必须达到“排除合理怀疑”的程度,否则存疑的不利益由侵害人来承担,也就是说,若防卫行为仅是有可能超出必要限度,而未达“排除合理怀疑”的程度,便应当认定为“未超出必要限度”,防卫行为不过限。<sup>[56]</sup> 其中,所谓“排除合理怀疑”是指,“对于事实的认定,已没有符合常理的、有根据的怀疑,实际上达到确信的程​​度”。<sup>[57]</sup> “合理怀疑是基于理性和常理的怀疑。这种怀疑会使一个理性的人在作出决定时犹豫不决。排除合理怀疑标准必须是具有这样的确信,即一个理性的人基于确信在处理他自己最重要的事务时不会犹豫不决。”<sup>[58]</sup> 换言之,当理性人或者社会一般人会对待决事实产生确信,便达到了排除合理怀疑的程度。据此,理性人或社会一般人确信防卫行为超出必要限度的,才是“明显”超过必要限度。

如此理解“明显”,此要件便和防卫限度相脱钩了,但可得到实定法规定的支持。我国《刑法》第20条第2款的全句为“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”,由此句可知,《刑法》第20条第2款所规定的其实并非单纯的“防卫过当”,而是“应当负刑事责任的防卫过当”,相应地,“明显超过必要限度造成重大损害”这一要件所要导出的结论也并非只是“某一行为构成防卫过当”,而应当是“某一行为构成应当负刑事责任的防卫过当”。而本文对“明显”的解释,将使得“明显”和“应当负刑事责任”相对应,故有坚实的实定法基础:由于此处所强调的是,超出防卫限度的行为应当负刑事责任,那么“超出必要限度”作为行为人成立犯罪应当负刑事责任之要件,根据刑事诉讼法的一般原理,对其证明应达到“排除合理怀疑”的程度。总之,“明显”并非防卫限度的组成部分,而是和“应当负刑事责任”之规定有关。

本文的见解或将会面临“画蛇添足”的批判:“‘排除合理怀疑’本来是一切犯罪的共同证明标准……要求只有当一般人基于经过证据证明的事实没有争议地确信防卫超过了必要限度、造成了不应有的损害,这本来就是可以从刑事诉讼法关于证明和定罪标准的一般性规定中推导出来的当然结论,再由刑事实体法专门加以规定实属画蛇添足。”<sup>[59]</sup> 笔者不以为然。第一,“明显”等于“排除合理怀疑”可明确,“防卫行为是否过限”的举证责任在于控方,若不能排除合理怀疑地证明其防卫行为超过必要限度,便在限度之内,而非如某些论者所言,防卫行为是否合乎限度要由辩方自行证明。<sup>[60]</sup> 第二,既然明显是指“排除合理怀疑”,即社会一般人或理性人都会产生确信,由此可推

[55] 德国学者许内曼(Schünemann)教授指出,刑法教义学是所谓的第四权(die vierte Gewalt),可以对司法权形成监督。参见[德]许内曼:《法治国中的刑法,刑法教义学所不可或缺的理性水平和号称是进步的退步性宣传》,刘畅译,载时延安主编:《比较刑法研究》第二辑,中国人民大学出版社2022年版,第29页。

[56] 类似观点,参见周光权:《正当防卫的司法异化与纠偏思路》,载《法学评论》2017年第5期,第15页。

[57] 卞建林、张璐:《“排除合理怀疑”之理解与适用》,载《国家检察官学院学报》2015年第1期,第95页。

[58] 赖早兴:《美国刑事诉讼中的“排除合理怀疑”》,载《法律科学》2008年第5期,第164页。

[59] 见前注[12],陈璇文,第14页。

[60] 关于这一问题,在我国存在“控方举证说”和“辩方举证说”两种对立见解。参见马光远、王志远:《正当防卫证明的困境与出路——“谁主张谁举证”的刑事法纠偏》,载《法治社会》2019年第6期,第79页。

知的是,我国防卫限度的判断基准应当是一般人的视角,而非专业人士或行为人的视角。由此两者可知,将“明显”解释为“排除合理怀疑”可引申出重要的教义学结论,并非画蛇添足。

在此,有必要进一步辨析的是,本文“排除合理怀疑”见解和前述“多数服从少数规则”的区别。两者的不同点在于:“排除合理怀疑”要看“理性人或者社会一般人”是否有确信,标准所预想的判断主体为抽象的“理性人”,据此,法官在裁判时,心中所想的应是,抽象的理性人或者社会一般人会如何思考,而非自己的看法;相反,根据“多数服从少数规则”,是由法官自己判断防卫行为是否超出了必要限度,而不用理会抽象的理性人或者社会一般人如何看待此事件。两相比较可知,本文的见解是客观标准,而“多数服从少数”是主观标准。

根据本文对“明显”的理解,“明显超过必要限度”中的“超过必要限度”部分是真正的防卫限度要件,而“明显”则是和防卫限度全然无关的程序性规定。刑事正当防卫之所以有“明显”要件,是因为刑事责任的证立要达到较高的“排除合理怀疑”的程度;相反,民事正当防卫则不需要此要件,因为民事证明程度的标准原本便是最低的,无专门强调的必要。<sup>[61]</sup>如此一来,刑事正当防卫条款中的“明显超过必要限度”和正当防卫有关的只是“超过必要限度”,和民事正当防卫中的“超过必要的限度”是全然一致的。

总之,刑事正当防卫条款有“明显”,而民事正当防卫条款无“明显”,是由于刑事责任和民事责任之差别所决定;单纯从正当防卫的视角观之,刑法中的“明显超过必要限度”和民法中的“超过必要的限度”其实是相同的。

## (二)“造成重大损害”和“造成不应有的损害”

接下来,本文就“造成重大损害”和“造成不应有的损害”部分予以比较。两者的差别在于前者有“重大”,而后者无,故重要的是“重大”或者说“重大损害”如何理解。关于“重大损害”的内涵,学界普遍认为,“造成重大损害”是指“造成重伤、死亡结果”。<sup>[62]</sup>司法实务也采相同见解,《关于依法适用正当防卫制度的指导意见》第13条明确指出:“造成重大损害”是指造成不法侵害人重伤、死亡。造成轻伤及以下损害的,不属于重大损害。如此便确立了“重伤以下无过当规则”:只要防卫行为没有造成重伤、死亡结果的,便必是正当防卫,而不可能是防卫过当。与此不同,民法中“不应有的损害”并不限于重伤、死亡结果,而是指超出必要限度的防卫行为所导致的结果,自由、财产、尊严等非人身损害都包含在内。遵照上述理解,便会导出刑民防卫过当二元论:例如,防卫行为超出必要限度给自由、财产等造成“不应有的损害”的,不成立刑事防卫过当;但同样的情形,却已构成民事防卫过当。

然而,本文认为,将“造成重大损害”理解为“造成重伤、死亡结果”并不恰当,因为这种理解建立在“语义基础”和“价值基础”两根支柱上:语义基础为“重大损害=重大人身损害”,价值基础为“人身、生命法益优位”。然而,这两大基础都难以成立。

“重大损害=重大人身损害”这一语义基础无法成立。纵观刑法典中的相似规定,典型如紧急避险、不可抗力和犯罪中止,“损害”一词都同时包含财产、自由等非人身、生命法益的损害在内,因此“重大损害”应包含“重大的财产、自由等损害”。此外,在“挪用特定款物罪”的条文规定中也出

[61] 关于民事证明标准,参见霍海红:《提高民事诉讼证明标准的理论反思》,载《中国法学》2016年第2期,第259页。

[62] 参见劳东燕:《防卫过当的认定与结果无价值论的不足》,载《中外法学》2015年第5期,第1340页;梁根林:《防卫过当不法判断的立场、标准与逻辑》,载《法学》2019年第2期,第13页;胡东飞:《论防卫行为的“明显超过必要限度”》,载赵秉志主编:《刑法论丛》第58卷,法律出版社2019年版,第191—192页。

现了“重大损害”一词。相关司法解释指出,直接经济损失在5万元以上的,属重大损害。<sup>[63]</sup> 这更直接证明了重大损害并不非得是重伤、死亡结果,重大的自由、尊严、财产损害等也可以是重大损害。

“人身、生命法益优位”这一价值基础也存在疑问。根据“重伤以下无过当规则”,仅当防卫行为给侵害人的身体和生命造成重伤、死亡结果时,方有可能构成防卫过当,进而触发刑罚;相反,若只是给财产、自由、尊严等其他法益造成损害,便无论如何都不存在防卫过当的问题。两相对照可知,若遵照“重伤以下无过当规则”,在正当防卫情形中,身体、生命法益将受到格外的关照,可享受国家刑罚之保护,而其他种类的法益则无此待遇。由此可推出,“重伤以下无过当规则”所暗含着的价值判断,是“身体、生命法益优先于其他法益”。然而,如此价值判断难以成立。一来,“身体、生命法益优位”的价值判断难以在罪名的刑罚设置中找到依据。因为,单纯损害其他法益的行为,例如损害自由、财产、尊严、性自主权之行为所遭受的刑罚处罚也可能比损害身体、生命的犯罪行为来得重,如此一来,我们便很难说身体、生命法益一定优位于其他法益。二来,“身体、生命法益优位”也难以得到宪法的支持。从宪法的视角来看,财产、自由、尊严、人身、生命都在人之基本权利的范畴,都是根基性的基本权法益,无明显的重要性差别。<sup>[64]</sup> 故而,并没有要特别保护人身、生命,而轻忽其他法益的道理。

基于以上问题,应当对刑法中的“重大损害”进行重新解释。笔者认为,所谓的“损害”并不只是“人身损害”,而应包括财产、自由、人身等所有法益在内。所谓“重大”则应当从规范的角度来看,是指相应法益损害达到了值得动用刑罚处罚的程度;会扰动刑法规范,便属于“重大”的。两者结合在一起可知,当防卫行为造成了为刑法所禁止的损害结果时,便是“造成重大损害”。<sup>[65]</sup> 如前所述,《刑法》第20条第2款所规定的并非是单纯的防卫过当,而是“应当负刑事责任的防卫过当”。如此一来,和“明显”一样,“造成重大损害”中的“重大”所对应的也是“应当负刑事责任”部分。

综上所述,“明显超过必要限度造成重大损害”中不同于“超过必要的限度,造成不应有的损害的”的“明显”和“重大”,是因刑事责任的认定更严格之故而生,它们并非防卫限度的组成部分。所以,“超过必要的限度,造成不应有的损害的”和“明显超过必要限度造成重大损害”中所确立的防卫限度标准其实是相同的,皆为“超过必要限度”。所以,《刑法》第20条第2款和《民法典》第181条的规定不同,不是刑民正当防卫同一论的实定法障碍。

## 五、结 论

通过以上研究可知,刑事正当防卫和民事正当防卫应当是同一关系,两者的法理基础和适用要件皆相同。因此,刑事正当防卫的理论研究成果和司法实务经验都可挪移到民事正当防卫制度中。《刑法》第20条和《民法典》第181条在防卫限度上的不同规定也非上述结论的反证。“超过必

<sup>[63]</sup> 根据2010年5月7日最高检、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》第86条第(二)项的规定,挪用用于救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物,涉嫌“造成国家和人民群众直接经济损失数额在5万元以上的”,应予立案追诉。

<sup>[64]</sup> Vgl. Schneider, Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten, 1979, S. 221.

<sup>[65]</sup> 更为详细的论证,见前注[50],徐万龙文。

要的限度,造成不应有的损害的”和“明显超过必要限度造成重大损害”的不同表述,是由刑事责任和民事责任的不同所致,两者所内含的防卫限度是相同的:“明显”是指防卫行为“超出必要限度”达到了“排除合理怀疑”的程度,而“重大”则是指防卫行为所造成的是为刑法所禁止的损害,这两项不同于民事正当防卫的规定只和“应当负刑事责任”有关,而和防卫限度无关。也就是说,单纯从正当防卫的视角观之,“超过必要的限度,造成不应有的损害”和“明显超过必要限度造成重大损害”完全相同。明确刑事正当防卫和民事正当防卫的同一关系,对于正当防卫教义学而言,还具有的普遍性意义在于如下标准的确立:对正当防卫制度的理解,应同时与《刑法》第20条和《民法典》第181条相契合,只有导向刑民正当防卫一体化的解释,才是正确的。

---

**Abstract** The relationship between criminal justifiable defense and civil justifiable defense is an important issue in the dogmatics of justifiable defense. In this regard, there are two opinions: the distinction theory and the identity theory. The distinction theory is difficult to establish because “different legislative amendments”, “different attributes of criminal law and civil law”, and “different tasks of criminal and civil legitimate defense” are not grounds for separating criminal justifiable defense and civil justifiable defense. In contrast, the identity theory is not only compatible with the principle of the unity of the legal order and the legal basis of justifiable defense, but also has the effect of clarifying the image of justifiable defense and facilitating the exercise of justifiable defense rights, which is the correct understanding of the justifiable defense relationship between criminal and civil society. The difference between Article 20 of the “Criminal Law” and Article 181 of the General Principles of the Civil Code regarding the limits of defense is not a reason against the identity theory: the limits of defense established by “obviously exceeds the limits of necessity to cause significant damage” and “exceeds the limits of necessity to cause undue damage” are the same, both being “exceeds the limits of necessity”, and the difference between the two provisions, i.e. “obviously” and “significant”, is due to the difference between criminal liability and civil liability. In short, criminal justifiable defense and civil justifiable defense are the identity relation, both of which have the same legal basis and constitutive elements.

**Keywords** Criminal Justifiable Defense, Civil Justifiable Defense, Excessive Defense, The Principle of Unity of Legal Order, Jurisprudential Basis

---

(责任编辑:樊传明)