

浅析特殊防卫

潘晶莹

(湖南大学, 湖南省、长沙市, 410082)

摘要：1997 年刑法典第 20 条第 3 款确立了特殊防卫权，目的就是更加有效的打击严重暴力犯罪，保护人民群众的生命财产安全。虽然特殊防卫是一个老生常谈的话题，但对其进行进一步分析仍有必要。本文从特殊防卫单独立法规定之重要性出发，驳斥取消特殊防卫之单独规定，将其融入防卫限度之规定的观点，同时对“行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重威胁人身安全的暴力犯罪”进行理解，并对特殊防卫主体进行剖析，探讨是否部分主体存在防卫限度问题，是否需要重构举证责任问题。

关键词：特殊防卫；防卫限度；举证责任

中图分类号：D9

文献标识码：A

一、特殊防卫单独立法规定之必要性

并不否认，特殊防卫本身隐藏着一定的弊端和隐患，特殊防卫在某些场合，即面对行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重威胁人身安全的暴力犯罪，其防卫权是无限的，这就意味着普通公民在一定程度上可以伤害他人的身体，剥夺他人的生命，以至于有些学者认为，首先，特殊防卫的确立，极易导致防卫人防卫权的滥用，在不必要采用极端手段置侵害人于死地的情况，一时冲动或受某种利益所驱使，不惜一切代价来伤害甚至是杀害对方。其次，特殊防卫的滥用极有可能导致私刑权的滥用，造成社会的剧烈动荡，进而导致法治理念的彻底沦丧。所以这些学者主张应当取消特殊防卫的单独规定，将其融入防卫限度的规定之中^[1]。笔者对上述观点不敢苟同，不难看出，上述观点过于片面，不能说某种事物存在一定弊端就否认其重要性。笔者看来，特殊防卫“有效及时保护防卫人、他们，社会公共利益”之利，远远大于“防卫人滥用防卫权”之弊，毕竟，前者发生概率远远大于后者。特殊防卫权作为正当防卫权的一种特殊形式，是一种私力救济方式，是对国家刑罚权的补充，弥补了公力救济的滞后性。正如邱兴隆教授所言，良法在恶人手中变恶，恶法在良人手中变良，即使是恶法，通过合理解释使其具体化，明确化，也能发挥其重要作用，更何况，笔者并不认为特殊防卫是恶法，当公民面对刑法第 20 条第 3 款的暴力犯罪时，公权力往往不能及时救济，倘若没有及时反应和任何准备，难免会遭受难以估量的损失，恐怕此时受害人无法清晰的把握防卫限度，这在一定程度上不利于防卫权的顺利实施，使受害人不敢防卫或不敢有效地进行防卫。因此，刑法这一立法的单独列举规定是非常必要的。

二、对防卫条款中的法律术语的理解

刑法第 20 条第 3 款规定“对正在进行的行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重威胁人身安全的暴力犯罪，采取防卫行为，造成不法侵害人伤亡的，不属防卫过当，不负刑事责任。”这就是特殊防卫，也叫特殊正当防卫、无过当防卫。

对于“行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪”所涉及的范围的界定，是对特殊防卫进行研究的必经之路。我国学界对特殊防卫进行研究的专著或论文中，阐述了不同的观点。之所以对“行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪”的范围的理解出现差异，是不同学者研究的重心，价值取向以及立法的模糊所决定的。但笔者认为最主要的原因是立法上存在模糊。所以，精确把握立法精神，对现行立法中规定的“行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪”做科学的分析和理解是十分有必要的。

(一) 对非法律用语“行凶”的理解

学术界对特殊防卫的研究，主要集中在对“行凶”这一非法律术语的讨论，几乎所有

的学者都认为该词语的含义是十分模糊的,以至于很难把精确握其具体所指。行凶在学术界有四种认识,(1)伤害行为说,即“行凶”仅指故意伤害行为。依据《现代汉语词典》的解释,行凶指打人和杀人。但刑法第20条第3款的规定将行凶与杀人并列使用,因此两者的含义明显是相排斥的,这种观点认为将“行凶”理解为伤害行为更合乎情理。(2)杀伤说,有学者指出刑法意义上的“行凶”是对他人实施的严重危及他人生命健康权益的行为,也即杀伤他人的行为。该说也可以理解为或者死亡或者伤害的行为,该说认为,加害人在实施犯罪行为时没有确定的犯意。(3)暴力犯罪说,该说主张“行凶”是与法条所列举的“杀人、抢劫、强奸、绑架”性质相同的严重暴力犯罪。(4)凶器使用说,这是说“行凶”仅限于使用凶器实施的暴力行为。笔者认为,上述观点,不能妄自评论谁对谁错,都有其合理性。但第一种观点,存在范围过窄的缺陷。第二种观点,认为行凶包括杀伤行为,那么与后面的“杀人”行为又有重叠关系。第三中观点也存在一定的缺陷,此种行为可以被“其他严重危及人身安全的暴力犯罪”所包含。第四中观点也太过局限,不携带凶器进行暴力犯罪也十分普遍。张明楷教授认为,“行凶”包含了杀人与伤害界限不明,但有很大可能造成他人严重伤害的重伤或死亡的行为。另一方面,“行凶”也是对暴力犯罪的列举,即对以行凶方式实施的杀人、抢劫、强奸、绑架等暴力犯罪。笔者赞同张明楷教授的观点,“行凶”只是一种犯罪行为,并不一定最终要指向一个具体罪名,这时候,“行凶”就体现了一种兜底作用^[2]。

(二)对“杀人、抢劫、强奸、绑架”的理解

这四种犯罪从表面上看十分清晰明了,但仍然存在疑问。法律规定的四种犯罪时刑法分则规定的四种具体罪名?还是包括所有的采取上述手段进行的犯罪?结合特殊防卫的目的,可以分析得出,“杀人、抢劫、强奸、绑架”既是指四种具体罪名,也是指的四种犯罪手段。也就是说刑法分则明文规定的故意杀人罪,抢劫罪,强奸罪,绑架罪当然可以进行特殊防卫,但以这四种方法实施的其他犯罪也可以进行特殊防卫。如在拐卖儿童的过程中实施了绑架行为,对该行为应认定为可以实施特殊防卫。实践中,涉及杀人,抢劫,强奸,绑架犯罪采取的手段也是多样的,但我们必须把握特殊防卫的前提条件所要求的必须是严重危及人身安全的“暴力犯罪”。学者们认为,这四种犯罪中的强奸罪应该更进一步看待。对于暴力强奸行为可以行使特殊防卫权,学者们意见一致。但是使用其他方式的强制手段或者胁迫手段以及其他非暴力手段实施强奸行为时,受害人能否行使特殊防卫权则意见不一。其中部分学者认为,很多情况下,侵害人只是用暴力手段强行与被害人发生性关系,而这种暴力并不会致伤致死,若此时不允许被害人进行特殊防卫,是对女性的一种不公^[3]。笔者赞同这一观点,笔者认为只要此时的暴力行为严重危及到了妇女的性自由,就应该认定为可以进行特殊防卫。

(三)对“其他严重危及人身安全的暴力犯罪”的理解

其他严重危及人身安全的暴力犯罪中的“其他”一词可以看出立法者对进行特殊防卫的犯罪行为及手段设置了一个兜底条框,虽然这样的规定会使立法更加完善,但这也有弊端,这给司法实践中的具体适用带来了一定的麻烦。如何确定什么是其他严重的暴力犯罪,不能只看刑法分则规定的犯罪构成中是否包括了暴力手段,而应注重行为人在实施犯罪时是否采取了暴力手段,如刑法第263条规定的抢劫罪,是指以非法占有为目的,以暴力、胁迫或者其他方法,强取公私财物的行为。虽然该罪的犯罪构成中包含了暴力手段的因素,但是不能认为对以任何方式实施的抢劫行为都可以使用特殊防卫。张明楷教授认为并非对于行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架等暴力犯罪都适用特殊防卫的规定,只有当这种暴力犯罪严重危及人身安全时,才适用特殊正当防卫的规定,对于并不严重危及人身安全的暴力犯罪,即使属于抢劫、强奸、绑架也不能适用特殊防卫的规定。例如,不能认为,用麻醉方法抢劫的行为可以进行特殊防卫^[4]。他还认为,这里的“人身安全”应仅限于生命与重大身体安全^[5]。笔者赞同这种观点,人身安全,从广义角度来看,包括公民的生命安全,身体健康,行动自由不受限制,住宅不受他人侵犯,人格尊严不受损害等等。但住宅,行动自由,人格尊严与生命,身体的保护相比较,显然有一种孰轻孰重的区分。所以即便侵害人使用了暴力手段侵犯了这

些权利,也不能认定为威胁到了被害人的人身安全。此外,若将人身安全作广义理解,会扩大特殊防卫的范围,并不有利于从整体上保护公民的利益。

三、特殊防卫主体及防卫限度问题

一般来说,防卫主体包括两类,一类是直接受到不法侵害的受害人,一类是未直接受到侵害的第三人,特殊防卫主体没有特别说明的话应认为没有限制。既可以是直接受到侵害的受害人,也可以是见义勇为,拔刀相助的第三人。但也有学者从质疑的角度,认为刑法将特殊防卫的主体界定为公民有失偏颇,从刑法公正的角度考虑,应将特殊防卫主体严格界定在“自我防卫”内^[6]。但现代刑法中正当防卫发展的一个重要的特征,就是防卫主体的范围不断扩大,从最初的仅限于自我防卫,后来逐步发展扩大为与受害人有密切关系的人,最后允许第三人为保护他人和社会公共利益进行防卫。笔者认为既然允许第三人为保护他人的一般利益进行防卫,那么在他人遇到严重暴力侵害,生命和健康受到严重威胁的情况下,更应该支持和鼓励第三人的救助行为,所以将其限定为只能有受害人进行特殊防卫是不恰当的。

笔者在此讨论防卫限度,并不是要否认特殊防卫是无限防卫,笔者将特殊防卫主体与防卫限度一同讨论是想表达不是所有的特殊防卫主体都应该有无限防卫权。如上所述,防卫主体包括受害人本人也包括第三人,当受害人本人遭遇严重危及人身安全的暴力行为时,要求防卫人把握防卫限度是不可能的。当受害人处于一种极度危险的状态,致人重伤,死亡不是防卫过当无可厚非,但笔者认为,为直接受到侵害的第三人为保护他人,社会公共利益进行防卫,在他人遭遇到行凶,杀人,抢劫,强奸,绑架时所面临的危机感和紧迫性并不等同于受害人本人。笔者认为第三人在很多情况下都会有独立思考的时间和把握防卫限度的能力,此时,第三人进行特殊防卫就应该有一个必要的限度,如果第三人完全有能力不致侵害人伤亡就可以制止侵害人,就不得杀害或重伤侵害人。当然这笔者的这种观点会带来另一个问题,就是如果要求第三人为了他人和社会公共利益进行特殊防卫时要求具有一定的防卫限度,否则会需要承担一定后果,这时第三人恐怕不会选择见义勇为来保护他人的利益,这是一般人都会具有的利益考量。这样一来支持和鼓励第三人进行救助的目的就无法达到。笔者认为实践中可以这样操作明确规定第三人进行特殊防卫是应该具有防卫限度,致行为人重伤死亡是防卫过当,第三人应当说明致人重伤死亡是在迫不得已的情况下实施的。但不负刑事责任。这样通过界定第三人进行特殊防卫致人重伤死亡是防卫过当对第三人起到了导向和警示的作用,并且赋予了第三人进一步的说明义务,既可以使第三人慎重行使特殊防卫权,又可以支持与鼓励第三人在他人、社会公共利益受到紧迫威胁时挺身而出。

四、特殊防卫举证责任的问题

根据我国刑事诉讼法的一般原理,由控方承担举证责任,犯罪嫌疑人、被告人一般不承担举证责任,即没有提出证据证明自己无罪的义务,公安、检查机关通过对案件的侦查,用其所收集到的证据来证明犯罪嫌疑人或被告人有罪。公安司法机关只有取得足以证明犯罪嫌疑人有罪的证据,才能将犯罪嫌疑人逮捕、起诉和审判。犯罪嫌疑人、被告人可以提出证明自己无罪、罪轻的证据,但是这是法律赋予他们的辩护权利而不是举证责任。某些学者认为,特殊防卫制度的设立的立法初衷是鼓励公民勇敢的和犯罪做斗争,但是,它也造成了一种危险,即它可能使不法之徒易于歪曲利用特殊防卫制度以达到其侵犯他人人身权利的目的。他们认为在涉及特殊防卫权的案件中,为了防止有些人预谋利用特殊防卫权进行犯罪行为而规避刑法的制裁,刑事法律应当规定此时的举证责任的分担应该以传统的“谁主张,谁举证”的原则来进行^[7]。也就是由嫌疑人,被告人承担举证责任。这种观点可以理解为,当被告人以行使特殊防卫权来对抗控方指控的故意杀人或故意伤害时,被告就应该举证证明自己在对对方进行伤害是,对方正在对自己实施严重危及人身安全的暴力行为。如果被告人不能提供关于相关事实的证据,而公安机关提供的证据也不能证明被告人是在行使特殊防卫权时,这时的不利后果应当由被告人自己承担,也就是说被告人的辩护理由不能成立,对其应当追究故意杀人或者故意伤害的刑事责任。相反,有些学者认为举证责任在公诉机关,犯罪嫌疑人

或被告人不需要自证其罪，除非法律有另外规定^[8]。笔者认为上述第一种观点有待商榷。被告人，犯罪嫌疑人在进行特殊防卫时，往往处于一种十分恐惧的状态，甚至在某些情况下，进行特殊防卫是一种本能反应，让其承担举证责任无疑加重其负担，所以笔者认为，在特殊防卫案件中，应遵循刑事诉讼举证的一般原理，由控方进行举证，犯罪嫌疑人，被告人只需指出控方证据的瑕疵，并提出自己在实施特殊防卫，并对特殊防卫的正当性予以适当说明即可^[9]。

参考文献

- [1]李键鸣. 论中国刑法中的特殊防卫权[J]. 天津政法报, 2012 (4)
- [2]熊嘉辉. 对特殊防卫权构成要件的探析[J]. 武汉公安干部学院院报, 2014 (3)
- [3]杜珂. 论特殊防卫权的立法完善[J]. 经济与法, 2012 (10)
- [4][5]张明楷. 刑法学[M]. 法律出版社, 2007 年版
- [6]韩轶. 特殊防卫主体之审视[J]. 法商研究, 2001 (1)
- [7]张明楷, 黎宏, 周光权. 刑法新问题探讨[M]. 清华大学出版社. 2003 年版
- [8]陈光中. 中华人民共和国刑事证据法专家拟制稿[M]. 中国法制出版社, 2004
- [9]秦红嫒, 谢凯. 特殊防卫相关问题研究[J]. 浙江万里学报, 2013 (9)

Special defense analyses

Pan Jingying

(Hunan University, Changsha / Hunan, 410082)

Abstract: criminal code in 1997 established the special defense right, the purpose of it is to effectively combat serious violent crime, protect the safety of life and property of the people. Although the special defense is a old topic, but the further analysis is necessary. In this paper, starting from the importance of the special defense of independent legislation, reject the point of view to cancel the special defense of independent regulations then blend in the regulation of the defense limit, and at the same time analyzes the subjects of special defense, "physical assault, murder, robbery, rape, kidnapping and other serious threat to the personal safety of violent crime", discusses defense problems limit in some circumstance, whether need to reconstruct the burden of proof.

Keywords: The Special defense; The defense limit; The burden of proof

作者简介 (可选):湖南大学法学院硕士研究生