

# 国家与个人理性博弈中的正当防卫理论依据新考

石聚航 (江西警察学院, 江西 南昌 330103)

**摘要:** 正当防卫的立论依据亦即正当防卫的正当性根基。我国通说认为, 防卫的权利性乃正当防卫的法理依据。但遗憾的是, 通说并没有继续挖掘正当防卫背后隐喻的国家与个人之间的复杂关系, 从而掣肘着对正当防卫的法理探索。因此, 以社会秩序需求为出发点, 以国家与个人的理性博弈为视角, 考证正当防卫的立论依据, 显得尤为必要。

**关键词:** 正当防卫 ; 国家与个人理性博弈 ; 社会秩序需求

New Investigation on the Self-defense Base Theory According to the State and the Individual Rational Game  
SHI Ju-hang

(Jiangxi Police College, Nanchang 330103, Jiangxi Province, P.R.China)

**Abstract:** Self-defense argument basis is the legitimacy foundation. It is said in our country that the right of defense is the legal basis of the justifiable defense. But unfortunately, excavation of justifiable defense behind metaphors between the state and the individual complex relationships has not been noticed, thus affect jurisprudential exploration of legitimate defense. Therefore, starting with the social order needs, taking the state and the individual rational game as the angel of view, it is necessary to research the justifiable defense bases.

**Key Words:** self-defense; rational game between the state and the individual; the social order needs

[中图分类号: D914.1

文献标识码: A

文章编号: 1671-5195 (2012) 06-0046-04]

## 一、正当防卫的立论依据述评

在国内外刑法学理论中, 关于正当防卫的理论依据历来存有争论, 主要有自然法说、紧急状态说、权利行为说、法之确证说、社会相当性说、法益衡量说等。<sup>[1]427</sup>自然法说以启蒙思想家的社会契约说为基础, 认为正当防卫是人类的自卫本能使然。因此, 正当防卫是出于人的自然本能的冲动。紧急状态说认为正当防卫是由于行为人的权利处于紧急状态, 权利被迫在眉睫, 官方也只能对行为

人的行为采取听之任之的态度。因此, 正当防卫是一种放任的行为。权利行为说主张正当防卫是法律赋予的一种权利。侵害行为是不法的, 正当防卫反击不法侵害是正对不正的关系。法之确证说以黑格尔的国家主义原理为基础, 运用“否定之否定”原理, 认为不法侵害是对国家法律的否定, 正当防卫乃是对不法侵害的否定。由此, 正当防卫行为在确证法秩序的过程中得到了正当性根据。社会相当性说认为, 正当防卫是某一社会的伦理规范所允许的

收稿日期: 2012-08-15

基金项目: 国家社会科学基金项目“刑法社会化研究”(11BFX109)阶段性成果, 并受江西省高校人文社科重点研究基地——江西警察学院公共安全研究中心资助。

作者简介: 石聚航(1980-), 男, 河北邯郸人, 江西警察学院法律系助教, 法学硕士。

行为。法益衡量说认为如果侵害行为是为了救济更高价值的法益就是正当的。

自然法学说,虽然带有很大的启蒙意义,并且在今天自然法学派的一些学说已经渗透到法律之中,但自然法学说最大的缺陷在于其先验性,是一种形式理性,而非实践理性。这是由于自然法学说的自身特性所决定的,从自然法学派的诞生历程看,自然法学是为了迎合社会革命需求而产生的一种理论,因此,其学说在整体上具有革命性与浪漫主义色彩,其理论基石是为人类所憧憬和向往的价值范畴。在这种应然的理论体系中,尽管一些价值已经为人们所接受并在某些领域付诸实践,但以其作为建构具体制度的逻辑根基仍然是值得推敲的。具体到正当防卫来说,正当防卫固然在一定程度上反映了人的自然本能。但这并非意味着正当防卫仅仅是人们对于不法侵害所采取的单纯自然意义上的事实行为,否则正当防卫无异于原始社会的同态复仇,而同态复仇并没有所谓的程度限制。可见,自然法学说忽略了正当防卫的社会意义,因而未能够揭示出正当防卫的理论依据。

紧急状态学说,吸收了紧急时无法律的格言精神,即在紧急状态下,可以实施法律在通常情况下所禁止的某种行为,以避免紧急状态所带来的危险。<sup>[2]</sup>紧急状态说洞察到法律在特定情况时的局限性,已经触及到正当防卫背后的社会基础,但遗憾的是,以紧急状态为正当防卫寻求法理依据,一方面无法将正当防卫与紧急避险相区别,另一方面也无助于挖掘正当防卫法律关系中各种角色之间的博弈,难以察觉正当防卫的正当性来源。同时,与自然法学说一样,紧急状态说还忽略了正当防卫的防卫限度,没有从量上来把握正当防卫的实质。

社会相当性理论,认为正当防卫是在社会伦理秩序的范围内,为维护某种法秩序服务的行为,因而作为社会的相当行为被正当化。<sup>[3]</sup>该学说着眼于法律规范所依存的社会伦理,照顾了公众常识对法律规范的心理感知与承受。因此,以社会相当性理论来解释正当防卫具有很强的包容力。但笼统地将正当防卫解释为社会伦理所允许的行为,不仅混淆了刑法与社会伦理之间的界限,也使得正当防卫的标准模糊不定,致使正当防卫实践面临种种困境。

权利行为说认为正当防卫是法律赋予防卫者的权利,即从法律规范分类角度看,正当防卫是授

权性法律规范。可以说,权利行为说是站在“应然”和“实然”相结合的角度提出来的。在应然上,权利行为说和自然法学说有相通之处,即二者均认为防卫是人所固有的一种本能。在实然上,权利行为说又立足于规范的视角,将防卫锁定在法律规定的范围之内,从而使正当防卫与同态复仇得以区别。但权利行为说是否能够作为正当防卫的立论依据,其实也是值得斟酌的。因为紧急避险同样是法律赋予避险人救济优越利益的一种权利。此外,正当业务行为也是一种权利。可见,权利行为说也不能将正当防卫与紧急避险、正当业务行为相区别,其理论仍有不足之处。

与前面几种学说相比,法益侵害说在关照正当防卫的定性问题的同时,注意到了正当防卫的定量问题。即不仅认识到正当防卫是“正对不正”,也认识到了不法侵害者的利益和防卫者的利益比较。在法益衡量说的内部,又存在两种学说,一种是用“保护法益的缺如”原理来说明,即不正当的攻击者的利益在必要的限度内,其法益性受到被害法益的防卫的否定;一种是用“个人的保全”的利益和“法的确证”的利益结合所产生的“优越的利益”的“优越的利益的原理”来说明的。<sup>[3]</sup>表面上看,法益侵害说的确较前述几种学说完美许多,但仔细推敲不难发现,法益侵害说的理论着眼点是不法侵害人与防卫人之间的利益冲突,虽然也在一定程度上体现了国家立法的价值选择,但并未察觉国家与防卫人之间的利益博弈,因此,其所揭示的正当防卫依据仍然是不够完善的。

我国刑法理论通说,主要从主客观相统一的角度来论述正当防卫的正当性根据。“正当防卫行为是以保护公共利益、本人或他人的合法权益为目的而对不法侵害实施反击的行为,这种行为不仅没有社会危害性,而且是对国家和社会有益的行为,是有利于统治阶级的统治关系和统治秩序的。”<sup>[1]429</sup>可见,在我国,正当防卫获得正当性根据主要在于主观防卫意图的正当性和客观防卫行为的有益性。此外,在防卫限度的界定上,我国刑法理论通说还借鉴了法益侵害说的理论。

与此同时,通说还坚持正当防卫的权利属性,认为正当防卫是国家立法机关赋予公民的一项重要权利。而且,这种权利是通过给正在实施不法侵害的行为人造成某种损害来实现的。<sup>[4]</sup>由此可观,通

说实际上是在综合了权利行为说和法益衡量说的基础上提出来的。因此,仍然难以摆脱其在立论上的缺陷。即未能通过展示正当防卫的内部法律关系,寻找到正当防卫的社会基础。

从发生学的角度看,任何法律制度的诞生,都是社会需求的产物。尽管法律在一定程度上反映了社会各阶层的利益诉求,“但社会不是以法律为基础的。那是法学家们的幻想。相反地,法律应该以社会为基础。法律应该是社会共同的、由一定的物质生产方式所产生的利益和需要的表现,而不是单个的个人恣意横行。”<sup>[6]</sup>作为刑法中重要的法律制度,正当防卫也并非是国家立法的单向选择,其同样具有坚实的社会基础,这种社会基础可以通过国家与个人之间的理性博弈得以彰显。犯罪在时空上的不确定性,注定了国家制罪权在时空上的局限性。因此,基于秩序保护的考虑,国家将部分防卫权委与个人,通过允许刑事领域内的私力救济来补充国家制罪权的功能不足。从而形成了国家理性与个人理性之间的互助。但与此同时也将控制犯罪的危险转嫁于个人,从而形成国家理性与个人理性的冲突紧张。正是在此意义上,可以说,正当防卫是国家理性与个人理性的冲突与互助的统一。

48

二、正当防卫理论依据新表述——国家理性与个人理性的博弈

### (一) 国家理性与个人理性的冲突

现代政治学理论一般认为,国家对于秩序的维持负有不可推卸的责任。无论是从古典自由主义政治经济学将国家的角色定位于“守夜人”,还是近代凯恩斯主义极力强调的国家对社会的干预,不同的理论学说关于国家职能的底线具有一致性,即维护社会安全始终是国家的一项政治职责。在法治领域内也是如此,由于犯罪是具有严重社会危害性的行为,因此,国家制定了刑律以反击犯罪,这就是刑法的规制机能。与此同时,刑法在规制犯罪中,也兼具维持、发展社会秩序的维持社会秩序机能。所谓维持社会秩序机能,是指使构成社会的元素(个人和团体)之间的相互关系处于安定状态,以利于社会发展的机能。<sup>[6]</sup>可见,从刑法的机能中也可以得出控制犯罪乃是现代国家重要职责之一。但这并不意味着以权力为核心组织起来的政治实体,在任何时候都可以有效地遏制犯罪。权力运作自身所需求的时空要求决定了在特定的条件下,社会的

某些领域会出现“权力真空”或“权力失控”状况。笔者认为,正当防卫正是在公权力运作遭遇时空障碍时,国家分配一部分权力于个人,以此来弥补公权力的瑕疵。但在放权的同时,国家也将制罪的危险转嫁于个人。换言之,允许个人防卫犯罪,固然可以弥补国家权力的局限性,但也对个人的安全带来了威胁,而这恰恰是和当代法治国家的义务相抵触的,是国家失职的表现。另外,值得分析的是国家在放权时的矛盾心理。正当防卫虽然弥补了国家公权力在紧急情况下预防犯罪不力的弊病,但如果不适时地加以规范,却极易演变成个人之间的私人复仇,因此在现代国家中都对防卫条件加以限制。而这种限制却正好反映了国家对于个人行使防卫权的忧虑和担心,易言之,国家其实并不放心这种私力救济,其原因除了担心因防卫过度而造成秩序紊乱外,还顾忌到这种刑事法领域内的私力救济可能会危及其刑罚的垄断地位。作为刑事法领域内的私力救济,正当防卫制度也具有私力救济的一些特性。而私力救济的逻辑前提实际上是出于对公力救济的失望,即公力救济在纠纷解决中引起了信任危机。“当人们开始相信有组织的社会不愿意或无能力对刑事犯罪适用其‘该当’的刑罚时,便播下了无政府状态——私力救济、治安维持员的正义与私刑——的种子。”<sup>[7]339</sup>因此,可以说,国家在规定正当防卫的立法过程中,其立法心理是矛盾的。对于个人来说,行使防卫行为固然可以维护自身的合法权益,但对于具体案件中的防卫限度把握并不明晰,对防卫行为的控制技术也不娴熟。为了公共利益或个人利益而实施防卫行为,只是由于技术因素的生疏而构成犯罪,此种情况极易引发防卫人对国家和法律的愤懑和怨怼。此乃国家理性与个人理性的冲突。

### (二) 国家理性与个人理性的互助

正当防卫制度弥补国家权力的局限性,有效控制犯罪,显示了国家的理性。即国家在无法有效控制犯罪的时候,将一部分权力下放或还回给个人,通过鼓励个人行为来维护社会的秩序。并且,与紧急避险不同,正当防卫的行使并不需要在迫不得已时才可行,换言之,在制服犯罪问题上,国家采取的态度是激励性的,体现了国家控制犯罪的急切心理。在个人同犯罪斗争之间双方势力及胜负难定的情况下,国家放任个人从事这种危险性极大而

成功率又不确定的行为,究其原因,恐怕只能用偏爱秩序的立法心理来解释了。这种做法虽然是贸然的,但对于国家来说,却是符合其整体利益的。并且国家非常精致地规定了防卫的目的既可以是维护个人利益,也可以是维护国家利益和集体利益。这又一次体现了国家在制度设计中的立法价值取向,防卫行为在国家的思考中获得了正当性。此外,正当防卫赋予了个人行为的国家意思,有助于个人对刑法规范的认同和遵守,显示了国家的理性。在正当防卫的评价机制中,评价的主体是国家制定的法律,犹如法确证说所言,正当防卫之所以不受到处罚,是因为要恢复被不法行为破损的法秩序。而刑法作为国家整体的意思表示,有效地引导了个人的行为,并渗透到个人的意识形态中。

正当防卫也体现了个人理性,主要集中在个人权益受到不法侵害的场合。在国家救济出现真空的地带,纠纷的解决方式还原为纯粹的私人暴力行为,尽管防卫的限度仍然受到法律的控制。私人暴力产生的根源在于人们对于利益客体的权属关系反应比较强烈,在利益受损时,会本能地表现出追逐修复受害的权属关系。并且在外在形态上会选择以暴制暴的形式。这种情况下的防卫显然具有私人性质,和正当防卫的历史演变不无关联的。正当防卫发源于私人报仇,具有原始复仇的意义,其本来功能是用来处理个人的纠纷争端,只是国家垄断刑罚权之后,个人之间的这种纠纷解决方式受到了某些程度的限制,但正当防卫制度仍然赋予了个人针对不法侵害的自由行动选择。突出体现在与紧急避险不同,正当防卫并不要求在防卫时间上的迫不得已。面对不法侵害而萌发的自我保护本能,是人们自觉地运用了经济等价原理于社会生活之中,而这种常识性的等价原理其实正是人们对于正义和公平的追求。可以说,这种等价的思想是正当防卫的心理基础。至此,正当防卫在个人理性中的正当性得以确立。值得称道的是,正当防卫制度确立了刑事法律领域内的私人救济制度,并且与国家公力救济一道,成为刑事法律纠纷的基本解决方式。笔者认为,其所引发的思考是富有启迪意义的。它表明了在现代法治社会中,纠纷解决机制是多元的。要实现了对犯罪的有效控制以及对社会的有效管理,单纯仰仗国家资源是力不从心的。富有效率的管理模式也应当是多元的,即国家有必要寻找组织之外的社

会资源以及个人资源,并且有效融合其优势,各取所长,在尊重私人自治的同时,也增强了政治组织体的权威。这种理念在我国刑事司法实践中已被印证并受到普遍关注。刑事和解制度、恢复性司法的倡导都是此理念的具体运用和实践。而实际上,确立这种私人自治模式并不妨碍法治的有效推行。“私人自治域司法最终解决并行不悖,共同构成现代法治的两面。没有对私人自治的尊重,排除私人人在法律执行中的作用,决不等于真正的或有效的法治。”<sup>[7]389</sup>在刑事法领域内,从理论研讨到司法实务都已经越来越重视被告人和被害人的关系问题,其实就是考量了私人在纠纷中的地位,是私力救济理念对刑事法的影响。

### 三、余论

通过分析正当防卫制度所隐含的国家理性与个人理性的博弈,引申出刑事法律纠纷解决机制的多元化结论。这种结论所引发的启示和思考应当引起注意。首先,承认了刑罚权的行使要受到各种因素的制约,并明确了国家刑罚权的局限性,这有助于克服刑法万能的盲目认识,实现刑法的理性;其次,在一定意义上确立了私人自治在刑法中的地位,将私人的意思表示与行动选择纳入刑事立法的范畴,进一步明晰了刑事法律纠纷解决机制的多元性;最后,通过考究国家与个人在刑事法领域的关系,指出了个人资源在法治建设中的必要性和重要性,在更广泛的意义上引申出刑事法律社会合作的思想,对于节约刑事司法资源、优化社会管理、提升刑事政策的决策和执行水平具有深远的意义。

### 参考文献:

- [1]高铭暄.刑法专论(上册)[M].北京:高等教育出版社,2002.
- [2]张明楷.刑法格言的展开[M].北京:法律出版社,2003:231.
- [3]张明楷.外国刑法纲要[M].北京:清华大学出版社,1999:156.
- [4]马克昌.犯罪通论[M].武汉:武汉大学出版社,1999:709.
- [5]黎国智.马克思主义法学论著选读[M].北京:中国政法大学出版社,1993:38.
- [6]大谷实.刑法总论[M].黎宏,译.北京:法律出版社,2003:3.
- [7]徐昕.论私力救济[M].北京:中国政法大学出版社,2005.

责任编辑:王 燕