

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

陈兴良

摘要 正当防卫是公民行使防卫权的行为，刑法对此加以保护。我国刑法第20条第1款明文规定正当防卫不负刑事责任。在司法实践中，如何正确划分正当防卫与防卫过当以及一般犯罪之间的界限，是一个较为复杂的问题。于欢故意伤害案一审判决未能认定正当防卫，甚至防卫过当也未予认定，而是按照一般的故意伤害罪判处无期徒刑。该案经媒体披露以后，引起社会公众的广泛关注，同时也引发了刑法学界对于正当防卫制度的反思与检讨。以于欢故意伤害案的一审判决为例，从案件事实和法律适用等方面对正当防卫进行刑法教义学分析，并对司法实践中存在的对于正当防卫的认识误区进行反思，具有重要意义。在于欢故意伤害案的二审判决中，认定本案具有防卫情节，同时认为于欢的正当防卫超过了正当防卫的必要限度。二审判决虽然比一审判决在防卫情节的认定上有所进步，但仍然未能正确区分正当防卫与防卫过当的界限。

关键词 正当防卫 防卫过当 无过当防卫

作者陈兴良，法学博士，北京大学法学院兴发岩梅讲席教授。

正当防卫制度在我国刑法中占据着十分重要的地位，它被立法机关赋予了鼓励公民与犯罪作斗争的功能。在1997年刑法修订过程中，除了在刑法第20条第1款规定了正当防卫的概念以外，第2款规定只有明显超过正当防卫必要限度，造成重大损害的，才构成防卫过当；第3款则规定了无过当防卫，即对严重危及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，不属于防卫过当，不负刑事责任。可以说，立法机关对正当防卫与防卫过当作了十分有利于防卫人的规范设置。那么，在司法实践中，正当防卫与防卫过当的实际认定情况如何呢？这是一个值得研究的问题。本文对当前具有轰动性效应的于欢故意伤害案进行分析，由此考察正当防卫制度在我国司法实践中的实际运作状态。

一、一审法院判决^①

被告人于欢，男，1994年8月23日出生于山东省冠县，汉族，高中文化，冠县工业园区源大

^① 参见山东省聊城市中级人民法院（2016）鲁15刑初33号刑事附带民事判决书。

工贸有限公司职工。2016年4月15日因涉嫌犯故意伤害罪被刑事拘留,同年4月29日被逮捕。现羁押于山东省冠县看守所。

山东省聊城市中级人民法院经审理查明:2014年7月,山东源大工贸有限公司(位于冠县工业园区)负责人苏银霞向赵荣荣借款100万元,双方口头约定月息10%。2016年4月14日16时许,赵荣荣以欠款未还清为由纠集郭彦刚、程学贺、严建军十余人先后到山东源大工贸有限公司催要欠款,同日20时左右杜志浩驾车来到该公司,并在该公司办公楼大门外抱厦台上与其他人一起烧烤饮酒,约21时50分,杜志浩等多人来到苏银霞和苏银霞之子于欢所在的办公楼一楼接待室内催要欠款,并对二人有侮辱言行。22时10分许,冠县公安局经济开发区派出所民警接警后到达接待室,询问情况后到院内进一步了解情况,被告人于欢欲离开接待室被阻止,与杜志浩、郭彦刚、程学贺、严建军等人发生冲突,被告人于欢持尖刀将杜志浩、程学贺、严建军、郭彦刚捅伤,出警民警闻讯后返回接待室。令于欢交出尖刀,将其控制,杜志浩、严建军、郭彦刚、程学贺被送往医院抢救。杜志浩因失血性休克于次日2时许死亡,严建军、郭彦刚伤情构成重伤二级,程学贺伤情构成轻伤二级。

关于被告人于欢的辩护人提出于欢有正当防卫情节,系防卫过当,要求减轻处罚的意见,法院经审理认为,被告人于欢持尖刀捅刺多名被害人腹背部,虽然当时其人身自由权利受到限制,也遭到对方辱骂和侮辱,但对方均未有人使用工具,在派出所已经出警的情况下,被告人于欢和其母亲的生命健康权利被侵犯的现实危险性较小,不存在防卫的紧迫性,所以于欢持尖刀捅刺被害人不存在正当防卫意义的不法侵害前提,辩护人认为于欢系防卫过当以此要求减轻处罚的意见本院不予采纳;关于附带民事诉讼原告人、被害人各诉讼代理人提出被告人于欢构成故意杀人罪并要求判处死刑立即执行的代理意见,审理认为,被害人于欢被围困后,在接待室较小范围内持尖刀对四被害人腹、背各捅刺一刀,并没有表现出对某一被害人连续捅刺致其死亡的行为,也没有对离其较远的对方其他人捅刺,从被告人于欢当时所处环境以及对被害人捅刺的部位、刀数,结合于欢案发当日下午起,一直受到被害人方要账纠缠,当公安人员到达现场后急于离开接待室的心态综合分析,于欢具有伤害对方的故意,公诉机关认定被告人于欢故意伤害罪符合主客观相统一的定罪要求,不能因出现了被害人死亡结果而客观归罪,定性为故意杀人。尽管有证人证明听到被告人于欢说“弄死你”之类话,即使如此,也属在冲突过程中的斗狠之语,不能以此断定行为人的主观故意内容,各代理人的该代理意见本院不予采纳。

法院认为,被告人于欢面对众多讨债人的长时间纠缠,不能正确处理冲突,持尖刀捅刺多人,致一名被害人死亡、二名被害人重伤、一名被害人轻伤,其行为构成故意伤害罪,公诉机关指控被告人于欢犯故意伤害罪成立。被告人于欢所犯故意伤害罪后果严重,应当承担与其犯罪危害后果相当的法律后果,鉴于本案系在被害人一方纠集多人,采取影响企业正常经营秩序、限制他人人身自由、侮辱谩骂他人的不当方式讨债引发,被害人具有过错,且被告人于欢归案后能如实供述自己的罪行,可从轻处罚。综上,依照《中华人民共和国刑法》第二百三十四条第二款、第六十一条、第六十七条第三款、第五十七条第一款、第三十六条第一款以及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑法〉的解释》第一百五十五条第一款、第二款和《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第十七条、第十九条、第二十条、第二十一条、第二十七条之规定,判决如下: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。

二、案件事实

根据判决书认定的本案事实，以下三部分内容对于被告人于欢行为的定性具有重要价值：

（一）讨债

本案起因是讨债，这是判决书认定的事实。判决书表述为“催要欠款”。根据常识，欠债还钱乃是天经地义的。因此，从本案的起因上来说，似乎讨要债务的一方处于道德上的优势，而被追偿债务的一方则处于不利的地位。因为，这起事件完全可以归结为：要债人被欠债人杀死。在这种情况下，被告人是难以获得同情的。其实，本案起因于讨债，这只是一种表象，还要进一步追问：讨要的是什么债务？根据判决书认定的债务利息可以断定，死者一方讨要的是高利贷。因此，在本案的案件事实背后暴露了在我国某些地方盛行高利贷这样一种畸形的金融现象。

案发当天，赵荣荣以债权人身份纠集 10 人向苏银霞讨债，随后离开现场。在现场讨债的 10 人都不是债权人，而是赵荣荣找来专门讨债的人员。因此，这 10 人本身并没有讨债的主体资格，这是一种非法讨债行为。但判决书中，对于讨要高利贷这一事实被有意遗漏了，从而使于欢后来的持刀伤害行为认定为正当防卫带来了障碍。可以想见，如果本案被法院认定为正当防卫，那么非法讨要高利贷这一事实一定是会得到强调的。这种根据判决结论而选择性地叙述案件事实的做法，在司法实践中并不鲜见。

（二）拘禁

如果是正当债务，完全可以通过司法途径救济。而本案涉及的高利贷是不受司法保护的，因此只能采取强硬方法进行讨要，这种讨债行为只要失控，就会演变为一场暴力。这无论是对于要债人还是对于欠债人，都潜藏着重大的人身安全危险。根据判决书的描述，讨债是从当日下午 4 点开始的，直到晚上 10 点发生血案，持续了将近 6 个小时。这段时间，以晚上 8 点死者杜志浩的到场为界，可以分为前后两个阶段。在杜志浩到来之前，讨债人将于欢母子扣押在办公室。讨债人李忠证言说：“要账的时候我们没有对苏银霞、于欢母子进行殴打，就让她们在屋子里待着了。她们往哪里去，我们就安排人跟着。没打他们，但是骂他们两句，说话糟蹋他们了。”因此，这个阶段讨债的暴力特征还不明显，主要是进行辱骂。在杜志浩到来以后，讨债的暴力就开始升级。除了将于欢母子拘禁在接待室以外，在此期间，讨债人，尤其是杜志浩对于欢母子实施了侮辱和殴打等行为。其中，辩护方证人刘付昌证实“我发现在苏总和于欢坐的沙发前面有一个人面对他们两个，把裤子脱到臀部下面”。控告方证人张书森证实：“要账的过程中，看见杜志浩把自己的裤子和内裤脱到大腿根，把自己的阴茎露出来对着欠账的女的，把欠账男孩的鞋脱下来，并在欠账母子面前晃了一会，对着欠账女子说的话很难听，还搥过欠账男孩一巴掌。”由此可见，辩护方证人和控告方证人都证实，杜志浩对于欢母子进行了言行侮辱，而且侮辱程度是相当恶劣的。当着于欢母子的面拉下裤子露出下体，这就是媒体渲染的“辱母”情节。因此，本案也被称为“辱母杀人案。”其实，在案件发生过程中虽然确实存在下流的侮辱情节，但这只是导致后来血案的一个导火索，当时并没有直接导致于欢动武。辱母情节对于本案在媒体上以惊人的速度传播具有重大作用，但它不是、也不应该是我们分析本案被告人于欢是否构成正当防卫的重点。

（三）出警

在将近 6 个小时的拘禁过程中，虽然如前所述，讨债人对于欢母子进行了辱骂和殴打，但于欢

并没有强烈反抗,其母苏银霞更没有反抗,这对母子始终是采取一致隐忍的态度。除了欠债这一前提事实存在以外,双方的力量对比也是一个十分现实的问题。于欢母子根本不是讨债人的对手,如果反抗肯定会招致更为严重的迫害,这是没有疑问的。在杜志浩露下体进行侮辱的情况下,苏银霞这方的人打110报警。根据判决书的认定,民警朱秀明、徐宗印出警来到现场,先是寻找报警人,当得知纠纷双方是讨债以后,就说:“你们要账行,但是不能动手打人。”说着就往外走,并没有隔离双方讯问情况。在此,涉及一个关键情节,即民警往外走是离开不再过问还是要进一步了解情况,这涉及民警的责任,同时涉及对于欢防卫行为的性质认定,具有重要意义。监控录像显示:“22时13分一辆警车到达,民警下车后进入办公楼;22时17分许部分人员送民警出来办公楼,有人回去。22时21分许,民警快速返回办公楼。”也就是说,民警出入接待室的时间是4分钟,即22时13分至22时17分。那么,22时17分至22时21分这段时间,民警到底是在离开状态还是了解情况,通过录像应该可以查清真相。判决认定民警从接待室出来是到院内进一步了解情况,这一认定是否根据录像得出,不得而知。^②

(四) 捅刀

在民警往外走的时候,于欢也要往外走,利用民警在场之机,摆脱讨债人的拘禁。但于欢的举动遭到了讨债人的阻止。此时,距离血案发生只有一步之遥。那么,此刻,在现场到底发生了什么事情呢?判决书认定:“被告人于欢欲离开接待室被阻止,与杜志浩、郭彦刚、程学贺、严建军等人发生冲突。”那么,只是冲突这么简单吗?从判决书列举的证言来看,讨债方只是陈述不让于欢出去,而于欢和苏银霞都说对方打了于欢。双方证言内容不一致。但根据在室外的证人刘付昌的证言:“我跑到办公楼里面,看见接待室里面那伙要账的人,围着于欢,有人拿着椅子朝于欢杵,于欢一直往后往南退”。在此,证人证实当时讨债人不仅阻止于欢,而且存在对于欢的暴力。从整个事态发展来看,在于欢捅刀的时候,于欢处于被殴打状态。在这种情况下,于欢顺手从办公桌上拿起一把水果刀,并且持刀对讨债人进行了事先警告。根据讨债人李忠的证言:“我听见于欢大声喊起来了:‘你们谁也别过来!过来,我弄死恁!’我扭头一看,于欢手里拿着一把刀子在接待室东南角那里站着大声咋呼着。”其他讨债人也有类似陈述。请注意,证人在此使用了“大声”一词来形容于欢的警告,由此可见于欢警告的声音之大,尽管现场嘈杂,在场的讨债人应该都能听到于欢的警告声。然而没有人相信于欢会捅刀子,讨债人仍然向于欢冲过去,试图制服于欢。悲剧就发生在这一刹那。根据讨债人么传行的陈述:“女老板的儿子不知道从哪里拿的刀子说:‘别过来,都别过来,过来攥死恁’。杜三往前凑过去,我看见那个小子拿着刀子朝杜三正面攥了一下,郭彦刚从西边朝那个小子跟前一凑,想往西跑的时候,那个小子跳着往前伸了一下手,郭彦刚用手捂住后背了,随即就出血了,程学贺和严建军应该都是朝那个小子跟前走的时候被捅伤的”。这是对于欢在警告无效以后捅刀子情况最为详细的描述,该证言表明,死者与伤者都是在听到于欢的警告以后继续“往前凑”才被刀子捅到的。这里轻描淡写的“往前凑”三个字,其实含义是极为丰富的。其实,只要感同身受,我们都能理解这三个字所描述的实际状态。这里值得一提的是郭彦刚,他是被捅在背上。根据郭彦刚的陈述:“我看见于欢拿出一把刀子捅了一人一刀。我一看他拿着刀子杀人呢,我扭身往北跑,于欢一下子抓住我后领子了,捅了我后背一刀,于欢嘴里当时还说‘弄死你’”。据此,这一刀是从背后捅的。对此,讨债人张书森也证实,郭彦刚刚想跑被于欢用刀子捅了后背一刀。这一刀捅在背后,因此,在场的人都看到了捅在背后这一情节。于欢自己供述:“我

^② 根据通报,出警的民警已经被立案审查。

就从桌子上拿刀子朝着他们指了指，说别过来。结果，他们过来还是继续打我，我就拿刀子冲围着我的人肚子上攘了一刀，一共攘了几个人记不清了，不是两个就是三个。”因此，在当时十分慌乱的情况下，于欢对上前冲过来的讨债人一顿乱捅，捅到谁算谁，捅到哪里算哪里，处于一种失控状态，而不是刻意捅某一个人或者某一个身体部位。根据讨债人程学贺陈述：“我返回接待室之后，屋里乱哄哄的，有个人拿着一个黑东西朝我肚上攘了一下，我一看是那个女老板的儿子攘的。我立刻捂住我的伤口了，郭彦刚当时也往外走，他一只手捂着后背。”根据这一描述，程学贺是在郭彦刚之后被捅的，换言之，郭彦刚并不是最后一个被捅的人。由此可以得出结论，于欢并不是在郭彦刚逃跑的时候追赶上来有意识地从背后捅刀子，而是在扭打当中刺中后背。更大的可能是，于欢乱捅的时候，郭彦刚见状慌忙转身逃窜，正好刺中后背，这仍然属于防卫行为。

遗憾的是，对于以上这么丰富的打斗细节都被判决书遗漏了。判决书认定的伤害事实是：“被告人于欢欲离开接待室被阻止，与杜志浩、郭彦刚、程学贺、严建军等人发生冲突，被告人于欢持尖刀将杜志浩、程学贺、严建军、郭彦刚捅伤。”在此，以下细节被忽略了：第一，杜志浩等人对于欢的殴打的细节未见描述。第二，于欢使用的是接待室的水果刀，被判决书描述为尖刀，随手从办公桌上取得的细节未见描述。第三，于欢捅刀子之前的警告，以及杜志浩等人在听到警告以后仍然冲向于欢的细节也未见描述。这些细节对于案件定性具有十分重要的意义。而这些细节在证言中都有，只不过没有归纳到判决书的事实认定当中，因此也就没有作为案件性质认定的事实根据。这里存在一个判决认定的案件事实与证言与供述呈现的案件事实之间的一致性问题：前者应当是从后者提炼与归纳出来的。但在司法实践中，判决认定的案件事实会发生与判决书列举的证言与供述所反映的案件事实不一致的情形，有时甚至判决认定了与证言与供述相反的案件事实，并且对此未予说明。在本案中，判决认定的案件事实省略了某些对被告人于欢认定为防卫的有利细节，这是值得注意的。

三、性质判断

对于本案的定性，于欢辩解系被控制在接待室遭到对方殴打后所为，且对方有侮辱言行。辩护人提出被告人于欢系防卫过当，被害人对本案的发生具有严重过错。但检察机关只认可被害人一方对本案的发生具有过错，可以从轻处罚，并且提出了判处无期徒刑以上刑罚的量刑建议。

那么，在本案中，被告人于欢捅刀子的行为是否构成正当防卫呢？对于这个问题，我们可以根据一审判决认定的案件事实和判决提供的证言所补充的事实，从以下四个方面进行评判：

（一）本案是否存在不法侵害？

正当防卫是对不法侵害的反击行为，因此，不法侵害是正当防卫的起因。如果没有不法侵害，当然也就不存在对不法侵害的正当防卫。对于本案被告人于欢的行为是否构成正当防卫或者防卫过当的判断，首先就需要考察在本案中是否存在不法侵害。

本案起因于讨债，这是没有问题的。如果是单纯的讨债，即使是讨要非法债务，当然不能被视为不法侵害，也不存在正当防卫问题。关键是讨债人在讨债过程中采取的手段是否属于不法侵害，如果属于不法侵害，则完全可以进行正当防卫。法院判决认为：“虽然当时其人身自由权利受到限制，也遭到对方辱骂和侮辱，但对方均未有人使用工具，在派出所已经出警的情况下，被告人于欢和其母亲的生命健康权利被侵犯的现实危险性较小，不存在防卫的紧迫性，所以于欢持尖刀捅刺被

害人不存在正当防卫意义的不法侵害前提。”这一裁判结论否定了在本案中存在不法侵害，因而否定了于欢行为存在防卫性质。判决肯定在讨债过程中存在侮辱言行和限制人身自由的现象，但又认为人身受到侵害的现实危险性较小，不存在防卫的紧迫性。

如前所述，在讨债过程中，讨债人对于欢母子进行了极其下流的辱骂。更为出格的是，死者杜志浩脱下裤子，在近处将下体对着于欢母子。该行为明显属于侮辱行为，性质极为恶劣。当然，在杜志浩实施上述侮辱言行的时候，于欢并没有当场进行防卫。因此，侮辱言行并不是本案的防卫起因，只是为此后的防卫提供了心理动因。在本案中最为明显的不法侵害还是非法拘禁行为。值得注意的是，法院判决并没有将讨债人的扣押行为认定为非法拘禁，而是界定为限制人身自由权利的行为。这里存在对我国刑法中的非法拘禁罪的理解问题。根据我国刑法第238条的规定，非法拘禁罪是指非法拘禁他人或者以其他方法非法剥夺他人人身自由的行为。因此，非法拘禁罪的本质特征是非法剥夺他人人身自由，至于采取何种方法并无限制。显然，非法剥夺人身自由与非法限制人身自由在性质上是不同的。我国刑法第241条第3款规定，在收买被拐卖的妇女、儿童的情况下，限制其人身自由就可以构成非法拘禁罪。这是一个特别规定，在通常情况下，只有剥夺人身自由才构成非法拘禁罪，限制人身自由则不能构成非法拘禁罪。问题在于，本案讨债人的行为是构成对于欢母子人身自由的限制还是剥夺？本案的讨债从案发当天下午4点开始一直延续到晚上10点，并且，从证言描述来看，是将于欢母子扣押在一个特定场所，不让外出，吃饭也有人跟着。尤其是晚上8点杜志浩来到现场以后，将于欢母子拘禁在接待室长达两个小时。在此期间，杜志浩等对于欢母子进行辱骂和殴打。我国刑法第238条第3款专门规定了索债型非法拘禁罪，指出：“为索要债务非法扣押、拘禁他人的，依照前两款规定处罚。”对照本案讨债人的行为，难道不正是对债务人实施了扣押和拘禁行为吗？^③根据最高人民法院2006年7月26日《关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定》，非法剥夺他人人身自由，实施殴打、侮辱行为的，构成非法拘禁罪。因此，本案讨债人的行为已经构成非法拘禁罪，这是一种十分明显的不法侵害。

缺乏紧迫性是本案判决否定防卫性质的一个主要理由。那么，什么是这里的紧迫性呢？我认为，作为防卫起因的紧迫性是指正在面对不法侵害，需要通过防卫以消除不法侵害。在这个意义上说，防卫的紧迫性也就是防卫的必要性，即不防卫无以排除侵犯。在本案中，面对的不法侵害主要是非法拘禁。那么，对非法拘禁行为是否可以实行正当防卫呢？对此，在刑法理论上都认为对非法拘禁罪是可以实行正当防卫的。例如，我曾经对非法拘禁罪的正当防卫问题做过以下论述：“非法拘禁罪所侵害的犯罪客体是公民的人身自由，而被害人实行正当防卫的目的也是为了解除拘禁，保护本人的人身自由。”^④在司法实践中，对非法拘禁罪实行正当防卫的案例较为罕见。但某些司法人员在分析一起非法拘禁引发的故意伤害案^⑤时发表了否定对非法拘禁可以实行正当防卫的观点，指出：“非法拘禁的危害行为现实存在，不具紧迫性。非法拘禁的行为后果已经产生，该不法侵害行为的状态仍然存在着，但不具有即时性、迫切性，因为被害人只是在刚开始对被告人实施了轻微的踢打行为，后来也只是对其进行言语的威胁，而后一直没对其进行其他的伤害。此外，该不法侵害

③ 关于索债型非法拘禁罪的具体论述，参见陈山：《非法拘禁罪研究》，中国社会科学出版社2009年版，第84页以下。

④ 陈兴良：《正当防卫论》（第2版），中国人民大学出版社2006年版，第209-210页。

⑤ 该案的案情是：张某因赌博曾多次向黄某、龚某等人借款。2008年9月18日凌晨，张某因为无力归还欠款，被龚某、施某、陆某、黄某等人挟持至上海某假日旅店。当晚，黄某、龚某等三人留在该房间看管张某。21时许，张某为摆脱看管，持随身携带的不锈钢折叠刀，刺戳黄某右胸部、右臂各一刀，右腿部一刀；刺戳龚某胸部、左臂等处数刀，造成两人死亡、一人轻伤。对于本案的处理存在以下两种不同的观点：第一种观点认为，被告人张某实施的伤害行为构成故意伤害罪，应追究其刑事责任。第二种观点认为，被告人张某实施的伤害行为是为了制止不法侵害，其所实施的行为属于防卫过当。

的行为尚未达到一定的强度，不具有较强的威胁性。被害人在主观上只是为了恐吓被告人，最终的目的就是拿到被告人所欠的款项。因此，被害人在主观上不具有伤害或者杀人的故意。可以说，尽管现实的不法侵害尚未结束，但被告人的人身权益并没有处在现实、紧迫的威胁中，在该过程中进行正当防卫是不合适的。”^⑥ 这种观点认为非法拘禁行为不具有即时性和迫切性，因此不能对其进行防卫。我认为，这是对正当防卫性质的错误理解所致，对此将在下文进行专门探讨。事实上，只要存在客观现实的不法侵害，为了避免这种侵害，公民都可以对不法侵害人实行防卫，而没有忍受不法侵害的义务。除非侵害结果已经发生，不能通过防卫予以排除。非法拘禁具有对人身自由的侵害性，这是没有问题的。而且，非法拘禁罪属于继续犯，对他人进行扣押以后，他人的人身自由被剥夺的整个期间都属于犯罪行为进行的时间，被害人完全可以通过防卫解除非法拘禁的状态。至于是否过当，这是另外一个需要考察的问题。在本案中，非法拘禁持续时间长达六个多小时，在此期间不法侵害人不间断地对于欢母子进行辱骂、殴打和精神折磨，使于欢处于极度的心理紧张状态。在民警来到现场以后，于欢要求出去。这里的出去，应当理解为解除非法拘禁状态。但讨债人仍然对此加以阻止，并且使用暴力殴打。在这种情况下，于欢使用从办公桌上拾起的水果刀捅刺杜志浩等讨债人，不能否定存在侵害的紧迫性。因此，在非法拘禁案件中，为解除对自己的非法拘禁，对拘禁人采取适当的暴力措施，应当认为具有防卫的性质。从整个案件看，于欢确实是针对不法侵害采取了防卫措施，存在防卫起因。

（二）本案的不法侵害是否正在进行？

不法侵害正在进行是正当防卫的时间要件，只有对正在进行的不法侵害才能实行正当防卫。在针对非法拘禁行为进行防卫的情况下，因为非法拘禁罪具有继续犯的性质。因此，在非法拘禁持续的时间内，都应当认为不法侵害正在进行，可以实行正当防卫。从本案的案情来看，从下午4点到晚上10点都处于非法拘禁行为持续的时间。问题在于：经过报警以后，民警来到拘禁现场，此时是否消除了非法拘禁？法院判决在裁判理由中也强调在派出所已经出警的情况下，被告人于欢和其母亲的生命健康权利被侵犯的现实危险性较小，不存在防卫的紧迫性。这里涉及对民警出警效果的判断，值得深入分析。其实，民警到场以后并没有意识到讨债人在对于欢母子进行非法拘禁，因此并没有制止讨债人的不法侵害，而只是说：“讨债可以，但是不能打人”，说完就要离开。民警出警，应当视为是公权力的介入。于欢母子在受到讨债人的非法拘禁的情况下，通过报警获得公权力的救济，这是法律赋予的权利。可惜的是，出警的两位民警并没有及时解救于欢母子，这就使得于欢绝望，也成为压垮骆驼的最后一根稻草。假设没有民警到场，这场讨债活动也许还会持续下去，如何收场当然不得而知。反倒是民警来而又去，刺激了于欢。在于欢也要走出拘禁场所而又遭受杜志浩等人暴力制止的情况下，正好发现办公桌上有一把水果刀。事态由此直转急下，血案瞬间酿成。纵观全案，在本案中不法侵害处于长时间的持续之中，于欢持刀捅刺之时，不仅是针对非法拘禁行为，而且针对暴力阻止行为，存在防卫时间。

（三）本案适用刑法第20条第2款还是第3款的规定？

这主要涉及对刑法第20条关于正当防卫3款规定的理解。我国刑法第20条第1款对正当防卫的概念做了规定，第2款对防卫过当做了规定，第3款对无过当防卫做了规定。因此，这三款分别涉及正当防卫、防卫过当和无过当防卫这三种情形。关于这三款规定之间的逻辑关系，我认为，第2款以第1款为前提，而第3款则是第2款的例外。即，在一般情况下，正当防卫超过必要限度构

^⑥ 黄伯青：“是否具备紧迫性是构成正当防卫的关键”，载《人民法院报》2009年11月11日。

成防卫过当，而防卫过当应当追究刑事责任。但在符合第3款规定情况下，就不存在过当问题。这里应当注意，根据第3款，只有当不法侵害严重危害人身安全，且具有暴力犯罪性质时才能适用。如果这样认定，本案就要考虑是否存在暴力犯罪以及暴力犯罪是否达到了严重危害人身安全的程度。根据我的理解，刑法第20条第3款规定的严重危害人身安全的暴力犯罪，除了强奸和绑架以外，其他情形应当要达到致人死亡或者致人重伤的严重程度。从本案情况看，可能还没有达到这一程度。因为对方是来讨债的，其目的是为债权人实现债权。在讨债过程中虽然存在拘禁、殴打和辱骂等不法侵害行为，但这是为了对债务人施加精神压力，以便达到还债的效果。从这个意义上说，本案中的讨债人并没有想要致欢母子人身伤亡的目的和行为。因此，本案于欢的行为不具备刑法第20条第3款无过当防卫的适用条件。

（四）本案若适用刑法第20条第2款，那么是否超过必要限度？

在承认本案构成正当防卫情况下，于欢捅死一人、捅伤三人的防卫行为是否超过正当防卫的必要限度构成防卫过当，这是一个在主张本案存在防卫前提的情况下，仍然存在争论的核心问题。应当指出，我国刑法第20条第2款规定，防卫过当是指明显超过必要限度。也就是说，即使超过必要限度，也不一定就构成防卫过当，而是还要考察是否明显超过必要限度。

关于正当防卫必要限度如何认定，这是一个在刑法理论上存在争议的问题。这里可以用来参照的是日本刑法关于正当防卫的规定与防卫过当的判断标准。日本刑法第36条第1款规定，正当防卫必须是“不得已实施的行为”，日本学者认为这属于相当性要件。至于相当性的判断方法，日本学者认为可以分为行为相当性与结果相当性。行为相当性是指防卫行为与侵害行为之间具有相当性，只要行为具有相当性，即使防卫行为所造成的结果偶尔大于被侵害的法益，也认为不属于防卫过当。而结果相当性是指在考察是否超过必要限度的时候，不仅要看行为是否相当，而且还要结合结果进行整体的判断。日本学者西田典之教授认为应当采取行为相当性的观点，但结果相当性在一定情况下也具有参考意义。^⑦我国刑法中的正当防卫没有“迫不得已”的要件，因此，从刑法条文规定来看，我国刑法对正当防卫的限度在立法规定上要比日本刑法更为宽松。以往我国刑法理论中主张相适应说，该说类似于日本刑法理论中的结果相当性的观点。因为在考察是否相适应的时候，更为偏重结果。我认为，对我国刑法中的必要限度的认定，要同时考虑必要性与相当性这两个因素。

本案属于对非法拘禁罪的正当防卫，我曾经对非法拘禁罪的正当防卫必要限度的考察做过以下论述：“在确定对非法拘禁罪的正当防卫的必要限度时，首先要考察对不法侵害人造成的人身损害是否为解除拘禁所必需。例如，被害人从拘禁场所破门逃出，不法侵害人加以阻止，被害人为了脱身可以对不法侵害人实行正当防卫。但其防卫强度，只能限制在未解除拘禁所必需的限度之内，否则就是超过了正当防卫的必要限度。当然，不法侵害人在拘禁过程中可能具有殴打、侮辱情节，或者被害人逃跑时可能受到不法侵害人的暴力阻止。被害人对此实行正当防卫，其必要限度还应以这种殴打、侮辱和暴力的强度、缓急为转移。”^⑧这段话并非针对具体案件，因此也许有些无的放矢。现在，于欢故意伤害案为我们判断对非法拘禁罪实行防卫的必要限度考察提供了一个绝佳的案例。

^⑦ 参见〔日〕西田典之：《刑法总论》（第2版），王昭武、刘明祥译，法律出版社2013年版，第147-148页。

^⑧ 同注④，第210页。

在本案中考察于欢的防卫行为是否过当的时候，以下因素需要考虑：一是人数对比，对方人高马大有 11 人，能够控制局面，于欢母子 2 人，处在弱势局面。二是存在严重侮辱行为。虽然侮辱行为在前，但明显会引发被告人的激愤情绪，对后来于欢采取的反击措施在心理上有刺激作用。三是侵害的时间长达六个小时，不是一般的拘禁，而是在持续的殴打和侮辱中被长时间拘禁。四是警察出警之后不能有效解除不法侵害，致使于欢感到绝望。私力救济是在不能得到公力救济的特殊情况下，为维护自己的人身财产安全而采取的措施。在本案中以民警出警为代表的公力救济虽然到场，但未能有效制止不法侵害。此时，于欢才寻求私力救济。五是于欢母子要出门时，对方暴力阻止，存在殴打行为，从而刺激了于欢。六是作案工具不是刻意准备的，而是随手从桌上拿的，说明具有随机性。如果当时没有这把水果刀，于欢就不会实施捅刀子的防卫行为。所以，就地取材拿刀防卫具有一定合理性。七是将多人捅伤是在对方围上来阻拦于欢出去并在遭受讨债人殴打情况下的应激反应，具有一定的消极被动性。基于以上因素，不能简单地以死伤结果论，认为捅死捅伤人了就是过当。我认为，于欢的防卫行为没有明显超过正当防卫必要限度，不构成防卫过当，即使根据刑法第 20 条第 2 款的规定，也不能认为是防卫过当。因为对方采取了长时间地侮辱和殴打等非常过分的侵害，于欢是在公权力介入不能及时解除不法侵害的情况下实施的防卫行为，不应认为是超出正当防卫必要性。在考虑正当防卫必要性时，不仅仅应当从客观上的暴力程度、力量对比来考察，还要考察被告人受到长时间折磨产生的压力和激怒，这些主观因素是免责的事由，我国虽然没有明确规定，但在考察是否超过必要限度、是否需要承担刑事责任时，还是应当考虑这些主客观因素，综合分析。

这里应当指出，对于我国刑法第 20 条第 2 款与第 3 款之间的逻辑关系，我国学者虽然认为第 3 款是第 2 款的例外，但同时第 2 款又对第 3 款进行反对解释，由此得出结论：“并非对正在进行行凶、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，采取防卫行为，造成不法侵害人伤亡的，属于防卫过当，应负刑事责任”。^⑨ 据此，只要防卫行为造成不法侵害人伤亡的，就构成第 2 款的防卫过当。在本案中，于欢的防卫造成了不法侵害人的伤亡，其又不属于第 3 款的无过当防卫，因此只能构成第 2 款的防卫过当。其理由在于：“在普通防卫的情况下，防卫人所遭遇的只是不危及人身安全的普通不法侵害，却可以采取危及不法侵害者的人身安全的防卫手段，且可以在造成他人死伤的情况下不负刑事责任，这显然有失法益的平衡。”^⑩ 根据这种观点，对于普通正当防卫而言，只要造成不法侵害人的伤亡结果就是防卫过当。对此，我完全不能认同。显然，这种观点不适当地限缩了正当防卫的范围，从而扩大了防卫过当的范围。事实上，在司法实践中也不是按照这种理解认定正当防卫与防卫过当的。例如前述王洪军故意伤害案，法院判决并没有把王洪军的防卫行为认定为第 20 条第 3 款规定的无过当防卫，而是普通防卫。虽然造成了不法侵害人死亡的后果，法院判决仍然认定为正当防卫而不是防卫过当。上述观点之所以偏颇，主要是因为论者错误地运用了反对解释的方法。在刑法解释学中，所谓反对解释是指对正面规定的法律条文从反面推断该法律条文的反面意思。反对解释是建立在逻辑学的反对关系的基础之上的，这里的反对关系是指 A 与非 A 的关系。而我国刑法第 20 条第 2 款与第 3 款之间并不是 A 与非 A 的关系，因此，不能通过对第 3 款的反对解释以限制第 2 款的内容。

⑨ 邢馨宇：“于欢构成正当防卫的法解释学质疑——与陈兴良、周光权、徐昕教授商榷”，<http://www.suilengae.com/show/bvvebmhd.html>，2017 年 9 月 6 日访问。

⑩ 同注⑨。

四、反思与检讨

于欢故意伤害案是作为控方的检察机关以故意伤害罪起诉的，而没有认定防卫情节。这里涉及检察机关在正当防卫或者防卫过当认定中的作用问题。检察机关是公诉机关，对于公安机关移送的刑事案件，具有审查的职责。在审查起诉环节，如果认为犯罪嫌疑人的行为属于正当防卫，可以决定不起诉；如果认为犯罪嫌疑人属于防卫过当，可以决定不起诉也可以决定起诉。但实践中，大量应当认定正当防卫或者防卫过当的案件，检察机关并没有做出正确认定，而是以普通犯罪起诉到法院。于欢故意伤害案就是十分典型的例子。检察机关的职责虽然是指控犯罪，推进刑事司法程序，但检察机关在刑事诉讼过程中，同样具有保障犯罪嫌疑人的合法权利的职责。而对公安机关移送的案件在审查起诉过程中，根据事实和法律正确认定是否具有正当防卫或者防卫过当的性质，就是检察机关的重要职责。然而，检察机关在审查起诉的时候，更多考虑的是打击犯罪，而将保护人民的使命弃之一边，这是十分令人遗憾的。之所以出现这种现象，我认为，主要还是因为检察机关未能正确地履行自己的职责。

当案件起诉到法院以后，法院如何正确认定正当防卫或者防卫过当，这对于审判机关来说，也是一个考验。在于欢故意伤害案中，一审法院没有正确认定正当防卫和防卫过当，而是简单地以检察机关建议的无期徒刑对被告人于欢判刑。在全国具有重大影响力的媒体《南方周末》在 2017 年 3 月 23 日刊载了《刺死辱母者》一文，对于欢故意伤害案进行了较为真实的报道，由此引发全国民众的关注，同时也引起最高人民检察院和最高人民法院的关注。可以说，于欢故意伤害案是迄今为止关注度最高的一起正当防卫案件。如果没有媒体报道，于欢故意伤害案也会像其他案件一样悄无声息地消失在案件的汪洋大海之中。要知道，全国每年审理的案件在 130 万件左右。

从于欢故意伤害案中，可以发现我国司法人员对正当防卫的各种错误观念。如果不对这些错误观念进行反思和检讨，我国正当防卫制度将仍然会束之高阁，正当防卫的规定也就会沦为僵尸条款。

（一）误区之一：只能对暴力行为防卫，对非暴力侵害不能防卫

防卫行为必然表现为暴力，这是法律赋予公民的权利，因此是一种合法的暴力。基于这种认知，一般把防卫客体限于暴力，只有对暴力侵害才能进行正当防卫。由此，正当防卫就具有以暴制暴的性质。在这种情况下，对非暴力侵害就不能进行防卫。我认为，这种理解是偏颇的。对严重危及人身安全的暴力侵害，我国刑法第 20 条第 3 款专门规定了无过当防卫。第 2 款规定的防卫过当，其防卫客体包括两种情形：第一种是没有达到严重程度的暴力犯罪。因为没有达到严重程度，因此虽然是暴力犯罪，但不能适用第 3 款进行无过当防卫，而属于第 2 款的防卫客体。如果正当防卫超过必要限度，则构成防卫过当。第二种是非暴力犯罪，例如非法拘禁、非法侵入住宅、入室盗窃以及其他侵害人身权利或者财产权利的不法侵害。在日本刑法理论中，对于防卫客体的不法侵害在理解上是极为宽泛的。例如，日本学者大塚仁教授指出：“所谓侵害，就是对他人的权利造成实害或者危险，不问是故意行为还是过失行为，是基于作为还是不作为。而且，也不要求是相对于犯罪的行为。”^① 大塚仁教授还具体论述了对侵入住宅不退出的人采取措施拉到屋外，属于对基于不作为的

^① [日] 大塚仁：《刑法概说（总论）》（第 3 版），冯军译，中国人民大学出版社 2003 年版，第 375 页。

侵害的正当防卫。

在我国司法实践中，也存在对非法侵入住宅行为的防卫。例如，赵泉华故意伤害案就是对非法侵入他人住宅罪实行防卫的案例。上海市闸北区人民法院经公开审理查明：被告人与被害人王企儿及周钢因故在上海市某舞厅发生纠纷。事后王自感吃亏，于2000年1月4日19时许，与周钢共同到赵泉华家门口，踢门而入，被在家的被告人赵泉华用凶器打伤。经法医鉴定，王企儿头面部多处挫裂伤，属轻伤。

上海市闸北区人民法院一审认为：被告人赵泉华故意伤害他人身体，致人轻伤，其行为构成故意伤害罪，依法应予惩处，鉴于赵泉华案发后的行为可视为投案自首，依法可以从轻处罚。依照《中华人民共和国刑法》第234第1款、第67条第1款和第72条的规定，判决被告人赵泉华犯故意伤害罪，判处拘役三个月，缓刑三个月。

一审宣判后，被告人赵泉华不服，提出上诉，认为其行为属正当防卫。上海市第二中级人民法院经公开审理查明：被告人赵泉华与王企儿、周钢原本不相识，双方在舞厅因琐事发生过争执。事后，王企儿、周钢等人多次至赵泉华家，采用踢门等方法，找赵泉华寻衅，均因赵泉华避让而未果。2000年1月4日晚7时许，王企儿、周钢再次至赵泉华家，敲门欲进赵家，赵未予开门。王、周即强行踢开赵家上锁的房门（致门锁锁舌弯曲）闯入赵家，赵为制止不法侵害持械朝王、周挥击，致王企儿头、面部挫裂伤，经法医鉴定属轻伤；致周钢头皮裂伤、左前臂软组织挫裂伤，经法医鉴定属轻微伤。事发当时由在场的赵的同事打“110”报警电话，公安人员到现场将双方带至警署。上海市第二中级人民法院认为：王企儿、周钢为泄私愤曾多次上门寻衅，此次又强行踢开赵家房门闯入赵家实施不法侵害。赵泉华为使本人的人身和财产权利免受正在进行的不法侵害而采取的制止不法侵害的行为，虽造成不法侵害人轻伤，但赵的行为未明显超过必要限度造成重大损害，符合我国刑法关于正当防卫构成要件的规定，是正当防卫，依法不应承担刑事责任。原判未对王企儿、周钢的不法侵害行为作出正确认定，仅根据赵泉华对王企儿造成的伤害后果，认定赵泉华的行为构成犯罪并追究刑事责任不当，应予纠正。赵泉华的上诉理由应予采纳。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第189条第2项、《中华人民共和国刑法》第20条第1款的规定，判决：（1）撤销上海市闸北区人民法院（2000）闸刑初字第628号刑事判决；（2）上诉人（原审被告）赵泉华无罪。

赵泉华故意伤害案是一个对非法侵入住宅罪进行防卫而被认定为正当防卫的典型案件。该案一审被认定为防卫过当，二审判决改判为正当防卫。二审判决的裁判理由指出：本案被告人赵泉华与王企儿、周钢原本不相识，双方在舞厅因琐事发生争执。人们在社会生活中相互之间产生矛盾、发生摩擦是经常发生的，但王企儿周钢等人事后多次到赵泉华家采用踢门等方法，找赵泉华寻衅，均因赵泉华避让而未果，说明被告人赵泉华不想再发生争执，也说明了其根本没有非法伤害对方的主观故意。然而，王企儿、周钢却屡屡找赵泉华寻衅。2000年1月4日晚，王企儿、周钢再次至赵泉华家，在踢开赵家房门后强行闯入赵家，致赵家房门锁舌弯曲，家中凌乱，一些物品被损坏。王企儿、周钢不经住宅主人同意，强行破门闯入他人住宅，侵犯了他人的合法权利，性质当然是一种不法侵害行为。我国宪法第三十九条规定、中华人民共和国公民的住宅不受侵犯，禁止非法搜查或者非法侵入公民的住宅。我国刑法第245条规定了非法侵入住宅罪，非法侵入他人住宅的，处三年以下有期徒刑或者拘役。非法侵入他人住宅，表现为未经住宅主人同意，非法强行闯入他人住宅，或者经住宅主人要求其退出仍拒不退出，妨害他人正常生活和居住安全的行为。对非法侵入住宅的行为，住宅主人有权自行采取相应的制止措施，包括依法对非法侵入者实施必要的正当防卫。本案

中,被告人赵泉华针对王企儿、周钢非法侵入其住宅的行为,实施的正是正当防卫的合法权利。^⑫

当然,因为非暴力侵害对人身权利的侵害程度较轻,因此不能采取过于激烈的暴力进行防卫,否则就会构成防卫过当。由此可见,那种认为只有对暴力侵害才能进行正当防卫,对非暴力侵害不能进行防卫的认识是不能成立的。

在大量案件中,暴力侵害与非暴力侵害是夹杂在一起的,于欢故意伤害案也是如此。如果是单纯的非法拘禁行为,可以说是非暴力的侵害,但在扣押被害人时,会采取暴力手段。而且,在非法拘禁过程中,也伴随着辱骂和殴打。就非法拘禁罪而言,在客观上与绑架罪表现无异。只不过,非法拘禁罪是不以勒索财物为目的的绑架罪,反之,绑架罪是以勒索财物为目的的非法拘禁罪。因为,根据我国刑法第238条第3款的规定,以索要债务为目的扣押、拘禁他人,应当以非法拘禁罪论处。可以想见,于欢案如果对方主观目的不是索要债务而是勒索财物,那么,本案认定为正当防卫就不会存在争议。因此,不能认为对非暴力侵害不能进行防卫。至于是否超过必要限度,那是一个防卫程度的判断问题,不应与防卫性质相混淆。

(二) 误区之二: 只有暴力侵害发生的一刹那,才能实行防卫

刑法规定只有对正在进行的不法侵害才能实行正当防卫。如何理解不法侵害的正在进行,这是在认定不法侵害的时候特别容易发生错误理解的问题。最为容易发生的错误理解,就是把不法侵害仅仅视为侵害的一刹那。例如,用刀杀人就是举刀砍下来的时刻;用枪杀人就是扣动扳机的时刻。如果这样理解,则防卫分寸的把握简直就是千钧一发,几乎就没有给防卫留下必要的时间。一般人都不可能如此精准地掌握防卫时间,因此无论防卫迟早,都绳之以法、论之以罪,对防卫人实在没有公正可言。我认为,对不法侵害应当整体进行考察,从开始到结束,并不是只有杀伤的那一刹那才能实行防卫。就不法侵害的起始时间而言,只要发现对方具有侵害的现实可能性,就可以对之实行防卫。例如,对持枪的不法侵害,只要发现对方有举枪射击的迹象就可以实行防卫;对持刀的不法侵害,只要发现对方逼近自己就可以实行防卫。就不法侵害的结束时间而言,不能认为侵害人的侵害举动完成,就不能再实行防卫。而是要看是否存在再次侵害的可能性,只要侵害的危险没有排除,就可以实行防卫。除非侵害结束以后,侵害人已经脱离现场。在这种情况下,再次侵害的危险已经排除,被侵害人的人身安全已经得到保障,就不能再以防卫为名对侵害人进行报复。

就防卫时间而言,于欢故意伤害案的情况较为复杂,法院之所以没有认定具有防卫性质,主要理由之一是在派出所已经出警的情况下,被告人于欢和其母亲的生命健康权利被侵犯的现实危险性较小,不存在防卫的紧迫性。事实上,民警来到事发现场以后,并没有制止非法拘禁行为,因此不能认为因为民警的来到于欢母子的人身安全便获得了保障。更为重要的是,在于欢往外走的时候,讨债人进行了殴打阻止。在这种情况下,除非于欢忍受非法拘禁,否则不使用暴力防卫手段就难以解除非法拘禁状态。可以说,于欢是对正在进行的不法侵害所实行的防卫。而且,从对于欢母子的整个不法侵害过程来看,从下午4点持续到晚上10点,在此过程中的辱骂殴打都对于欢形成强烈的心理刺激,与此后采取激烈的防卫措施具有密切关系。只有把前因后果结合起来进行分析,才能认识到于欢实行防卫的合理性与必要性。

(三) 误区之三: 只要双方打斗就是互殴,就不是防卫

在正当防卫或者防卫过当未被认定的案件中,将正当防卫或者防卫过当与互殴相混淆,是我国

^⑫ 参见“赵泉华被控故意伤害案——正当防卫仅致不法侵害人轻伤的不负刑事责任”,载最高人民法院刑事审判第一庭、第二庭编:《刑事审判参考》第38集,法律出版社2004年版,第103页。

司法实践中较为常见的情形。在对方已经实施侵害的情况下，被侵害人对侵害行为的反击，在客观上呈现出来的就是双方互相打斗，因此具有互殴的外观。如果不能明确地区分防卫与互殴，则正当防卫制度就会拖曳在互殴的泥潭而不能自拔。将防卫与互殴区分就如同去除连泥拔出的莲藕身上的污泥，还其洁白的本色。

防卫与互殴虽然具有相似的外观，但两者存在根本的区分，这就是事先是否具有殴斗的合意。只有事先双方经过约定，具有互相殴斗的合意，此后的相互打斗行为才能认定为互殴，双方都不具有防卫的性质。如果一方首先对另一方进行侵害，则另一方的反击行为不能认定为斗殴而是防卫。确实，在防卫与互殴这两种情形中，都存在双方之间的互相侵害。我在《防卫与互殴的界限》一文中，对于区分防卫与互殴主要提出了两个区分的关键点：（1）基于斗殴意图的反击行为，不能认定为防卫。（2）对不法侵害即时进行的反击行为，不能认定为互殴。^⑬ 因此，只有在事先具有互相殴打的约定，才能认定为互殴。如果没有这种约定，在一方首先对他人进行侵害的情况下，只要是为了制止他人侵害的行为，都应当认定为具有防卫性质。

问题关键是：在一方的侵害行为已经完成以后，被侵害人在何种情况下反击行为应该被认定为防卫？因为从防卫这个用语的本来含义而言，具有防止侵害的意思。因此，在不法侵害之前或者之时实行防卫，避免不法侵害的意味更加明显，更容易认定为具有防卫性质。但在侵害完成以后，似乎不存在防卫的前提，因而容易将反击行为认定为报复性殴打，进而认定为互殴。我认为，不能简单地说侵害完成就没有防卫的余地。因为在许多情况下，侵害不是一次性的而具有连续性，第一次侵害结束不等于全部侵害完成。在还不能排除后续侵害到来的情况下，被侵害人完全有权进行防卫。这种防卫与互殴在性质上存在区分：防卫是正与不正之关系，而互殴则是不正与不正之关系。将具有防卫性质的反击行为认定为互殴，这是混淆了正与不正之关系，殊不可取。只有侵害结束以后，侵害人不再具有再次侵害的现实可能性，被侵害人的人身安全已经得到保障的情况下，仍然采取暴力进行报复，才不具有防卫性质。

防卫与互殴的区分，主要在于起因性质的判断。在互殴的情况下，挑起事端的一方属于不法，其应当具有对招致的反击行为的忍受义务。反之，面对他人的无端侵害，被侵害人则没有忍受的义务而有防卫的权利。在目前司法实践中发生的将防卫混淆为互殴的案件中，司法机关对事态的起因往往轻描淡写地描述为“因琐事引起纠纷”或者“因某事产生冲突”，这种判断似乎具有中立性，但完全是不分是非，为此后的错误判断埋下了伏笔。例如在于欢故意伤害案中，判决认定：“被告人于欢面对众多讨债人的长时间纠缠，不能正确处理冲突”。该判词一方面把讨债人对于欢母子的长时间非法拘禁认定为只是互相的“冲突”；另一方面还指责于欢“不能正确处理冲突”。这样的司法判断完全背离了常识，而且也与刑法规定相抵触，由此引发民意的爆发。

（四）误区之四：只要发生死伤结果，就是防卫过当

防卫虽然是正当的，但任何事物都有其界限，正如真理向前迈进一步就是谬误，正义向前迈进一步就是不义。我国刑法第20条第3款规定的无过当防卫，似乎取消了必要限度的限制。但实际上，面对严重的暴力犯罪进行防卫，即使造成侵害人伤亡，也不会超过必要限度。因此，立法者直接将其认定为正当防卫，取代了司法机关对是否超过必要限度的判断权。至于第2款仍然保留了防卫过当的规定，由此需要对于这种普通正当防卫是否超过必要限度进行司法判断。在是否超过正当防卫必要限度的判断中，存在一个最大的认识误区就是：只要发生死伤结果就是防卫过当。如前所

^⑬ 参见陈兴良：“防卫与互殴的界限”，《法学》2015年第6期，第137页。

述,我国学者甚至认为第2款的防卫后果根本就不包括重伤和死亡。换言之,只要防卫行为造成重伤或者死亡就是防卫过当。对于这种在司法实务和刑法理论中存在的做法和说法,我殊不以为然。在日本刑法理论中,存在行为相当性和结果相当性之分,这种只要发生死伤的结果就是防卫过当的观点,类似于结果相当性说。其实,任何防卫行为都可能会造成不法侵害人一定的伤亡结果,问题只是在于:这种伤亡结果是否为制止不法侵害所必要,是否与侵害行为相适应?在此,考虑更多的应该是在行为具有防卫性的基础上,再考察行为强度和结果避免的可能性。只有在当时推定时空环境中可以并且完全能够采取强度较轻的反击行为进行防卫的情况下,防卫人没有控制反击强度而采取了明显超过必要限度的防卫行为,才能认定为防卫过当。反之,如果在当时的情况下,只能采取一定强度的反击措施,即使造成了一定的伤亡结果,也不能认为超过了正当防卫必要限度。因为在这种情况下,死伤的防卫结果具有难以避免性。对防卫过当的判断,不应苛求被告人,而应当设身处地的考虑。尤其是,根据我国刑法规定防卫不需要迫不得已,只有紧急避险才需要迫不得已。对于正当防卫是否超过必要限度的判断,应当是行为时的判断,而不是行为后的判断。在进行这种判断的时候,不仅要考虑防卫行为与侵害行为在客观上是否具有相当性,而且要考虑侵害行为对防卫人心理造成的恐慌、激愤,由此带来认识能力和控制能力的减弱,因而不能十分准确地把握防卫限度。在王洪军和于欢这两个案件中,被告人都是使用刀具进行防卫。王洪军的刀具是随身携带的,于欢的刀具是随手从办公桌上取得的,如果不是使用执刀乱捅的方法进行防卫,可能就不会发生伤亡结果。但在当时只有刀具可以作为防卫工具的情况下,我们还要求王洪军和于欢放弃使用刀具而设法寻找其他防卫工具,这既不合理也不合法。

综上所述,我认为对于正当防卫应当形成如下共识:降低正当防卫包括防卫过当的认定标准,就是提高不法侵害人的违法成本;提高正当防卫包括防卫过当的认定标准,就是增加被侵害人的维权成本。反思应当认定而没有认定正当防卫的司法偏差,主要还是观念问题。打击犯罪虽然是司法机关的不可推卸的职责,司法机关在履行这一职责的时候,首先应当区分罪与非罪,以便准确地打击犯罪,而不能误将防卫认定为犯罪,唯此才能获得司法正义。

结语:针对二审判决的评论

以上是针对于欢案的一审判决所做的法理分析,在完成本文以后,于欢案的二审有了新的进展。2017年5月27日,山东省高级人民法院二审公开开庭审理了于欢案。二审庭审重点围绕上诉人的上诉理由、原审判决认定的事实、证据及各方提交的新证据等进行法庭调查。在法庭辩论阶段,庭审焦点是于欢的行为是否属于正当防卫。检察员认为于欢的行为应认定为防卫过当,于欢及辩护人认为属于正当防卫,被害人的诉讼代理人则认为构成故意杀人罪或故意伤害罪。经过一天的庭审,参加诉讼各方充分发表意见后,法庭宣布择期宣判。2017年6月24日山东省高级人民法院对于欢案作出二审判决:上诉人于欢持刀捅刺杜志浩等四人,属于制止正在进行的不法侵害,其行为具有防卫性质;其防卫行为造成一人死亡、二人重伤、一人轻伤的严重后果,明显超过必要限度造成重大损害,构成故意伤害罪,依法应负刑事责任。鉴于于欢的行为属于防卫过当,于欢归案后能够如实供述主要罪行,且被害方有以恶劣手段侮辱于欢之母的严重过错等情节,对于欢依法应当减轻处罚。由此可见,二审判决认定于欢的行为具有防卫性质,但该防卫行为超过了正当防卫的必要限度,构成防卫过当。二审法院以于欢犯故意伤害罪,判处有期徒刑五年。由此,喧嚣了数月的

于欢案终于落下了帷幕，二审判决给出了最终的结果。

关于于欢的行为是否具有防卫性质，二审判决指出：“经查，案发当时杜志浩等人对于欢、苏银霞实施了限制人身自由的非法拘禁行为，并伴有侮辱和对于欢间有推搡、拍打、卡颈部等肢体行为。当民警到达现场后，于欢和苏银霞欲随民警走出接待室时，杜志浩等人阻止二人离开，并对于欢实施推拉、围堵等行为，在于欢持刀警告时仍出言挑衅并逼近，实施正当防卫所要求的不法侵害客观存在并正在进行。于欢是在人身安全面临现实威胁的情况下才持刀捅刺，且其捅刺的对象都是在其警告后仍向前围逼的人，可以认定其行为是为了制止不法侵害”。在以上认定中，对于于欢受到正在进行的不法侵害做了肯定性的认定。在于欢案中，不法侵害具有持续性和复合性的特征。所谓持续性的侵害是指以非法拘禁为主的不法侵害在长时间处于持续状态，例如在于欢案中，于欢在身体上长时间被限制自由，精神上不间断性地受到紧张压抑。对于这种持续侵害的防卫，应当充分考虑其特殊性。对此，周光权教授指出：“在持续侵害中，不法行为的成立和既遂往往都相对较早，但犯罪行为在较长时期内并未结束，在犯罪人彻底放弃犯罪行为之前，违法状态也一直持续，犯罪并未終了，在此过程中，防卫人理应都可以防卫。”^⑭ 周光权对持续侵害的防卫所做的论述是完全正确的，对于于欢案中是否具有防卫性的认定具有重要参考价值。除了侵害的持续性以外，我认为在于欢案中，侵害还具有复合性。复合性是相对于单一性而言的，大多数防卫都是针对单一的不法侵害，但也存在对复合的不法侵害所实行的防卫。所谓复合性的侵害是指各种不同的侵害行为掺杂或者相续，形成对他人的不同法益的侵害。例如在于欢案中，既有以索债为目的的非法拘禁；又有对于欢母子的言语侮辱和殴打等行为。复合性的不法侵害具有弥散性的特征，对于防卫的认定也会带来一定的影响。

关于于欢的防卫行为是否属于防卫过当，二审判决指出：“评判防卫是否过当，应当从不法侵害的性质、手段、紧迫程度和严重程度，防卫的条件、方式、强迫和后果等情节综合判定。根据本案查明的事实及在案证据，杜志浩一方虽然人数较多，但其实施不法侵害的意图是给苏银霞夫妇施加压力以催讨债务，在催债过程中未携带、使用任何器械；在民警朱秀明等进入接待室前，杜志浩一方对于欢母子实施的是非法拘禁、侮辱和对于欢拍打面颊、揪抓头发等行为，其目的仍是逼迫苏银霞夫妇尽快还款；在民警进入接待室时，双方没有发生激烈对峙和肢体冲突，当民警警告不能打架后，杜志浩一方并无打架的言行；在民警走出接待室寻找报警人期间，于欢和讨债人员均可透过接待室玻璃清晰看见停在院内的警车警灯闪烁，应当知道民警并未离开；在于欢持刀警告不要逼过来时，杜志浩等人虽有出言挑衅并向于欢围逼的行为，但并未实施强烈的攻击行为。即使四人被于欢捅刺后，杜志浩一方也没有人对欢实施暴力还击行为。因此，于欢面临的不法侵害并不紧迫和严重，而其却持利刃连续捅刺四人，致一人死亡、二人重伤、一人轻伤，且其中一人即郭彦刚系被背后捅伤，应当认定于欢的防卫行为明显超过必要限度造成重大损害。”在以上对防卫过当的认定中，二审判决强调了以下因素：第一，不法侵害人在催债过程中未携带、使用任何器械。第二，不法侵害行为表现为非法拘禁、侮辱和对于欢拍打面颊、揪抓头发等行为。第三，在于欢实行防卫时，民警并未离开而且不法侵害人只是对于欢围逼，没有强烈的攻击行为。第四，不法侵害人之一郭彦刚系被背后捅伤。第五，造成了一人死亡、二人重伤、一人轻伤的严重后果。如果对于欢面对的不法侵害孤立或者分散地进行分析，确实会得出防卫过当的结论。而且在当前司法实践中，大量防卫行为被认定为普通犯罪的情况下，二审判决对于欢的行为认定为防卫过当，已经是一种进步。然而，

^⑭ 周光权：“论持续侵害与正当防卫的关系”，《法学》2017年第4期，第3页。

于欢的行为是否超过正当防卫必要限度，我认为还是存在探讨空间。应当承认，于欢案中的不法侵害是具有特殊性的，这就是前述的持续性和复合性。因此，在判断是否超过正当防卫必要限度的时候，也同样应当考虑到不法侵害的特殊性，从整体的视角进行分析。例如，二审判决强调对方没有使用器械而于欢动刀，由此得出武器不对等。但于欢只是母子二人，而对方却有十一人之多，这种人数的严重不对等，在是否过当的判断中却没有受到重视。二审判决强调不法侵害并不严重，只是非法拘禁和侮辱、殴打等，没有造成伤害后果。但死者杜志浩的辱母情节却没有得到强调。当然，辱母情节可以包含在侮辱行为之中。但辱母并不是通常的贬低人格，而是性质十分恶劣的性羞辱，而且是当着于欢对其母进行侮辱。虽然在辱母的当时于欢并未进行防卫，而是在辱母以后二十多分钟才发生捅刀子事件，但不可否认，辱母以及整天的殴打和拘禁、辱骂累积的情绪，对于此后爆发捅刀子事件，起到了重要的作用。因此，对于于欢的防卫是否过当，不能仅根据面对围逼此时此刻的暴力程度作为判断基准；而是要结合前后一天不法侵害人的所做所为进行综合判断，只有这样才不至于得出于欢面临的不法侵害并不紧迫、并不严重的结论。至于一人死亡、二人重伤、一人轻伤的后果，从表面来看是严重的。但于欢对这四个围逼自己的不法侵害人每人都只是刺了一刀，就此而言，还是有节制的。而且，于欢并没有追赶不法侵害人。二审判决中提及的郭彦刚系被背后捅伤，是于欢出手以后郭彦刚见状转身逃跑所致，而不是郭彦刚逃跑以后，于欢从背后刺中。总之，在肯定于欢构成防卫的前提下，其防卫行为很难说是明显过当。防卫过当的认定未能充分考量本案不法侵害的特殊性，不能不说是平衡正与不正双方利益的结果，这是令人遗憾的。

【主要参考文献】

1. [日] 大塚仁：《刑法概说（总论）》（第3版），冯军译，中国人民大学出版社2003年版。
2. 最高人民法院刑事审判第一庭、第二庭编：《刑事审判参考》第38集，法律出版社2004年版。
3. 陈兴良：《正当防卫论》（第2版），中国人民大学出版社2006年版。
4. 陈山：《非法拘禁罪研究》，中国社会科学出版社2009年版。
5. [日] 西田典之：《刑法总论》（第2版），王昭武、刘明祥译，法律出版社2013年版。

（责任编辑：付立庆）

inal charge involved in Code of Tang dynasty, they are specific criminal charge and non-specific criminal charge. The former is such a kind charge that the criminal acts and conviction and sentence are mentioned in law, however, the latter's not. But Code of Tang dynasty still stipulated respectively legal application for the two. Certain description of criminal charges also existed in code of Ming and Qing dynasties, which follows the criminal elements of Tang, but more precise. The criminal charges in Tang is not the definition of criminal behavior, its nature, and the characteristics, which was based on Legislative System and Development Trend of Criminal Law, or this general title would never exist. The meaning and content of "criminal charge" reveals the core Chinese ancient criminal law is the relationship between crime and punishment, and legislation focuses on the core issues of intention to achieve the aims of balance between crime and punishment.

Key Words Code of Tang Dynasty; Criminal Charges; Conviction and Sentence; The Correlation of Crime and Punishment; Balance between Crime and Punishment

Liu Xiaolin, PhD. in Law, Professor of Jilin University Law School.

How to Prevent the Justified Defense from Becoming Zombie Clause Criminal Law Doctrinal:

Analysis on the Judgement of Yu Huan Case of Intentional Injury CHEN Xingliang • 89 •

Justified defense is the action taken by ordinary citizens to defense their rights, which is protected by criminal law. Article 20, para 1 of Criminal Law provides that there should be no criminal liability for justified defense. In judicial practice, it is quite complex to differentiate justified defense, excessive defense and ordinary crime. The judgement of the first instance trial of Yu Huan Case did not accept the justified defense and even rejected the excessive defense, based on which Yu Huan was sentenced to life imprisonment. After being reported by the media, Yu Huan Case attracted the attention from the general public and also triggered the reflection and discussions of criminal law scholars. This article makes doctrinal analysis of justified defense from the perspectives of fact and law and reflects the misunderstanding of Chinese judiciary on the issue of justified defense by referring to the judgement of the first instance trial of Yu Huan Case. The judgement of the second instance trial of Yu Huan Case concluded that the defense of Yu Huan was excessive. Though the judgement of the second instance trial is better than the first judgement in term of the circumstances of justified defense, it still failed to distinguish the justified defense and excessive defense.

Key Words Justified Defense; Excessive Defense; Defense without Limitation

Chen Xingliang, PhD. in Law, Xingfayanmei Chair Professor of Peking University Law School

The Rules about the Link Clauses of Special Regulations of Civil Law in

General Principle of Civil Code

YANG Lixin • 105 •

The rules about the link clauses of special regulations of civil law in General Principle of Civil Code integrate special provisions into the civil law to make them comply with the general civil law and constitute the general clauses and special clauses in the system of civil law. As for its legal function, first of all, it emphasizes the private nature of special regulations of civil law. Secondly, it emphasizes the special status of the civil subject protected by the special regulations of civil law. Furthermore, it emphasizes the private law's protective policy on the special subject of civil law. Finally, it emphasizes linking the clauses to the special tort law to realize the integration of the system of civil law. The purpose of the regulations of link clause in General Principles of Civil Code is to determine the prior effect of the special regulations of civil law.