

论 假 想 防 卫

刘 明 祥

本文对假想防卫的主要特征、范围进行了论述,并对司法实践中如何处理假想防卫的案件,尤其是对如何处理特殊案件问题进行了探讨。

一

假想防卫,是指行为人把实际并非不法侵害的行为误认为是不法侵害,因而错误地实行“防卫”,造成他人无辜损害的情形。假想防卫有以下主要特征:

第一、实际上并不存在不法侵害行为。这既是假想防卫成立的重要条件,也是假想防卫不同于其它防卫错误和正当防卫的关键所在。因为所谓假想防卫,顾名思义,是假设的想象的防卫,而不是真正的防卫。之所以如此,是因为不法侵害并不存在,毋需进行防卫,如果不法侵害客观存在,并且正在进行之中,那也就具备了正当防卫的前提条件,任何公民都有权实行必要的防卫行为,当然不存在假想防卫的问题。除了正当防卫之外,还有防卫时间错误、防卫对象错误以及防卫限度错误,这些都是在不法侵害确实存在的条件下和在实行正当防卫的过程中所出现的主客观不一致的错误现象,与假想防卫成立的前提条件不同。

第二、行为人主观上具有防卫意图。这种防卫意图来源于行为人主观上的错误认识,如果他明知无不法侵害存在,也就不会产生防卫意图,假想防卫也就不会发生。防卫意图不仅是决定正当防卫是否成立的主观要件,而且也是假想防卫成立的必备条件。如果行为人一方面假想不法侵害已经到来,另一方面却不是出于防卫意图进行反击,而是意图加害对方,以致严重危害结果发生,对此不能视为假想防卫,而应该作为一种故意犯罪看待。另外,在双方互殴的过程中,时常发生误伤劝架者或其他无辜第三者的情形,表面上似乎是假想防卫。但实际上由于双方都有加害对方的意图,而不是基于防卫意图进行反击,所以,不能承认其中某一方是防卫行为,当然,也就不能把误伤他人的行为视为假想防卫,而只能作为对象错误或打击错误看待。

值得一提的是,我国有些学者认为,在假想防卫的情况下,可以否定行为人主观上具有

防卫意图，这也是假想防卫在主观上不同于正当防卫的重要之处。笔者认为，这种观点值得商榷。因为所谓防卫意图，是指行为人认为不法侵害正在进行，为了保护合法权益，而决意进行反击以制止这种不法侵害的心理态度。如果不具有防卫意图，那就意味着行为人不是为了保护合法权益、制止不法侵害而进行反击，当然也就谈不上是假想防卫，而是一种直接故意犯罪。实际上，假想防卫与正当防卫都必须具有防卫意图，这一点是共同的。所不同的是防卫意图产生的根据不同。正当防卫的防卫意图是行为人根据其对正在进行不法侵害的正确认识所产生的，而假想防卫意图则是行为人根据其误想的不法侵害所产生的，这也正是假想防卫者在主观上可能存在犯罪过失的原因所在。

第三、行为人的“防卫”行为对无辜者造成了损害。正是由于行为误认他人的行为是不法侵害行为，才使其作出错误的“反击”，从而导致不应有的危害结果的发生。这是假想防卫具有社会危害性，行为人一般应当负刑事责任的关键所在。如果行为人虽然误认为不法侵害存在，并实施了相应的“防卫”行为，但并未对他人合法权益造成实际损害，则假想防卫不能成立，刑事责任也无从谈起。

二

关于假想防卫的范围，在刑法理论上说法不一。这种混乱状况，始于假想防卫的概念有广义和狭义之分。以上我们是从狭义阐述假想防卫的概念和特征的，我国一些权威的刑法论著也是从狭义上使用这一概念的^①，但也有部分学者从广义上解释假想防卫。按照他们的解释，除了上述狭义的典型假想防卫外，还有不法侵害尚未到来或者已经过去，但行为人误认为正在进行，因而实行“防卫”的“防卫时间错误”，以及对正在进行的不法侵害进行防卫时，由于弄错了对象，而对第三者造成了无辜损害的“防卫对象错误”，也属于假想防卫^②。在前苏联刑法理论上，也有一种持广义假想防卫说，把假想防卫等同于防卫错误概念的倾向。例如，刑法学家特卡钦科认为，假想防卫可以分为四种：1. 防卫人把不违法却不正常的行为错误地认为是有社会危害性的不法侵害，因而对其实行的假想防卫；2. 对于事实上已经停止不法侵害的人实行的假想防卫；3. 针对被防卫人误认为侵害者的人实行的假想防卫，虽然这个人事实并没有参与防卫臆想中的侵害；4. 防卫人对受害人造成明显超过与实际的不法侵害相适应的损害所允许的限度的假想防卫^③。这实际上是把假想防卫、防卫时间错误、防卫对象错误和防卫限度错误四种防卫错误都囊括到了假想防卫的范围中。另外，在德日刑法理论上，关于假想防卫的概念也有广义和狭义之分，假想防卫的范围也有所不同。广义的假想防卫，则除狭义的假想防卫之外，还包括两种情形：1. 误想防卫过当，即本来没有急迫不正的侵害却误信有这种侵害，对于这种误信的事实采用了不相当的防卫行为；2. 防卫限度错误，即虽有急迫不正的侵害，但是对于准备实施的相当的防卫行为发生错误，而实施了不相当的（超过防卫限度的）行为。

我们认为，把防卫时间错误、防卫对象错误、防卫限度错误包括在假想防卫的范围之中，从而把假想防卫与防卫错误混为一谈是不科学的。因为假想防卫的本质是假想不法侵害存在而实行所谓的防卫行为，但防卫时间错误、防卫对象错误和防卫限度错误，都是以不法侵害客观存在（而不是误认为存在）为条件的，并且都在实行正当防卫的过程中出现的事实错误。

这与错误防卫有重要差别。如果把这些防卫错误包括在假想防卫中,就会不适当地扩大假想防卫的范围,从而出现名不符实、概念混乱的弊病。

三

在司法实践中,假想防卫的案件时有发生,对这类案件如何处理,是实践中所要面临的一个棘手问题,也是理论上研究假想防卫所要重点解决的难题。

在西方刑法理论中,关于如何处理假想防卫总的来说有两种情况:1.如果行为人对不法侵害的认识错误是可以避免的,一般应负刑事责任。2.如果行为人对不法侵害的认识错误是不可避免的,则不负刑事责任。但具体理由又有所不同。

在我国刑法理论中,对假想防卫的处理有四种主张:1.假想防卫在构成的情况下,应按故意犯罪处理^①;2.假想防卫是不具有罪过的行为,不应负刑事责任;^②3.假想防卫既可能构成故意罪,也可能构成过失罪,还可能不负刑事责任^③;4.假想防卫,不可能构成故意犯罪,但可能构成过失犯罪,也可能属意外事件不负刑事责任^④。笔者赞成第四种,理由是:

第一,假想防卫不可能构成故意犯罪。我国刑法第11条规定:“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,因而构成犯罪的,是故意犯罪。”从这一规定可以看出,故意犯罪是以行为人明知自己的行为具有危害社会的结果为前提条件的,而明知自己的行为是危害社会的结果,又是以行为人明知自己的行为具有危害社会的性质为重要内容的。如果不知道自己的行为是危害社会的行为,当然也就不可能明知此种行为会发生危害社会的结果,从而也就不可能构成故意犯罪。就假想防卫而言,行为人对他人实施的“防卫”行为虽然是故意行为,但这种故意是建立在对客观事实认识错误的基础之上的,他自以为自己的行为是对不法侵害的反击,是一种对社会有益的正当防卫行为,显然不具备犯罪故意的认识内容。因此,不能把假想防卫的故意等同于犯罪故意。

第二,假想防卫并非都是不具有罪过的行为,相反,在大多数情况下,行为人主观上存在过失,应以过失犯罪论处。因为假想防卫者对没有实行不法侵害的人造成了损害,有时甚至造成了严重的危害后果,这虽然是由行为人主观上的认识错误所造成的,但在多数情况下,只要行为人稍加注意,就可弄清不法侵害是否确实存在,并避免错误及危害结果的发生,所以,其主观上存在犯罪的过失,一般应以过失犯罪论处。不过,应该注意的是,我国刑法第12条第2款规定:“过失犯罪,法律有规定的才负刑事责任。”按照这一规定,在假想防卫中,由于过失而造成危害结果的,只有刑法分则明文规定处罚此种过失行为时,才能要行为人承担过失犯罪的刑事责任。否则,即使由过失造成了一定的危害结果,也不应负刑事责任。例如,行为人误认不法侵害正在进行而采用毁坏对方财物的方法来制止“不法侵害”,结果给人造成了严重的财产损失。在此之中,即使行为人有严重过失,也不能按过失犯罪追究刑事责任。因为,我国刑法分则并无处罚过失毁坏他人财产的规定。对于此种情形,可以依照民法的有关规定,责令行为人赔偿损失。

第三,在某些情况下,假想防卫者对不法侵害存在的错误认识不可避免,主观上没有罪过,危害结果是由于不能预见的原因所引起的,那就是意外事件,不负刑事责任。但是,在我国刑法学界,也有人认为“这种因意外事件发生而使行为人对事实认识上发生错误所采取

的防卫行为，不属于假想防卫，应视为正当防卫。”^⑥不过，此种观点存在明显弊病。我们认为，如果假想防卫者误认为不法侵害存在是不可避免的，也就是说，危害结果是由于不能预见的原因引起的，那么这种假想防卫就属于意外事件，这是其不负刑事责任的理由所在，而不是因为此种假想防卫应视为正当防卫才不负刑事责任。

总而言之，行为人对其造成的危害社会的结果，有可能负有过失责任，也可能不负刑事责任。至于究竟如何处理，关键要看行为人误认不法侵害存在这种主观上的认识错误是否可以避免，当这种错误不可避免时，就属于意外事件不负刑事责任；当这种错误本来可以避免，只是由于行为人的过失才未避免，以致造成严重危害结果时，在刑法分则有处罚过失犯罪规定的情况下，按过失犯罪处罚。至于如何判断行为人主观上的认识错误能否避免，在刑法理论上也有不同主张，有的认为应以行为人自身的认识水平为准，也有的认为应以社会上一般人的认识水平为准。但我们认为二者应该兼顾，在以行为人自身的认识水平为主的条件下，适当参考社会上一般人的认识水平，同时，还要结合案件的具体情况及时当地的客观条件。此外，还要考虑行为人的精神状态、心理活动及其他一些主客观情况，综合分析判断，以确定行为人能否避免主观上认识错误的发生。

四

司法实践中处理假想防卫案件时，应特别注意处理好以下几类特殊案件：

1. 互为假想防卫的案件。这是指客观上双方的行为都不是不法侵害行为，但在主观上都认为对方的行为是不法侵害，并且都是出于防卫意图而进行“反击”，造成了严重后果。例如，某市一位便衣民警带领联防人员夜间巡逻，见一辆三轮卡车停在路旁，因车上无人，便上前查看。正在查看时，被远处的该车司机发现，误认为有人偷车，立即找了几个手持铁棍将民警打伤，民警开枪将司机打死。这就是一起典型的互为假想防卫的案件。对此，有的提出，“双方虽然都误认为自己面临不法侵害的威胁，但一方先动手，他方后动手，先动手的一方属于假想防卫，后动手的一方则应当以正当防卫论，或视其行为认定是防卫过当。”^⑦笔者认为，不能以动手的先后来确定谁是假想防卫和正当防卫。因为先动手者并不一定就是不法侵害的实行者。实际上，双方都误解了对方行为的性质，以为对方是在实行不法侵害，并都是出于防卫意图进行“反击”，都完全符合假想防卫的特征，应该以假想防卫论处。当然，在处理这类案件时，应该具体问题具体分析，分清过失的大小、责任的主次，在此基础上作出妥善处理。其中，完全可能出现这样一种情况，双方所受的损害都大致相当，但一方属于不能避免错误发生的意外事件，不负刑事责任；而另一方则存在犯罪过失，应以过失犯罪追究刑事责任。

2. 假想防卫性质发生转化的案件。假想防卫常会因对方的声明、指责或旁人的解释、制止等因素的介入使假想防卫人弄清事实真相、消除误会。在这种情况下，假想防卫人如果停止了其“防卫”行为，则其行为的假想防卫性质不变。如果他“将错就错”，继续予以“反击”，那么，其行为的性质就由假想防卫转变成为一种故意侵害行为，情节严重的，应以故意犯罪论处。例如，王某在下班途中被刘某等三个犯罪分子打倒在地，抢走了手上戴的一块进口手表。王某从地上爬起后，一过路青年李某跟在三个犯罪分子之后行走，王以为李某是抢

劫犯的同伙,便将其抓住索要手表,双方发生争执扭打起来。此时,一位知情的老人出面劝解,告诉王某认错了人。王某知悉真情后,发现自己的鼻子被李某打破流血,非常恼怒,又猛踢李二脚,结果致李重伤。此案之中,虽然王某开始对李某实施的行为是一种假想防卫,但他在弄清真相之后,应该立即停止“反击”。可是,他为了报复对方,又故意予以加害,致其重伤。这后一行为显然是一种直接故意伤害行为,不可与前面的假想防卫混为一谈,而应该以故意伤害罪定罪量刑。此外,假想防卫人的“防卫”行为给被害人造成了严重的伤害后果后,弄清了事实真相,但是如果仅仅是停止“防卫”行为,还不足以避免更严重的危害结果(死亡)发生。行为人明知自己有义务挽救、并有可能挽救,但故意不予挽救,放任更严重的危害结果(死亡)发生的,这后一行为就是一种不作为的故意犯罪,不能视为是假想防卫所造成的严重后果。

3. 对无责任能力人的侵袭行为的“防卫”案件。对无责任能力的人(如严重精神病人、不满14岁的人)的侵袭行为,是否可以实行正当防卫,我国刑法理论分两种情况:如果明知侵袭者是无责任能力的人,则不能实行正当防卫,但可以实行紧急避险。但如果不知侵袭者是无责任能力的人,出于防卫意图进行了必要的“反击”,是视为正当防卫还是假想防卫,则有不同意见。通说认为应以正当防卫论;也有学者认为是一种假想防卫。我赞成后一种主张,理由是:一、无责任能力人的侵袭行为虽然是一种对社会有害的行为,但并不是不法侵害行为。因为人的不法侵害行为必然是人的有罪过或有过错的行为,只有这种行为才能受法律的否定评价。而无责任能力人的侵袭行为,要么是一种病态反应,要么是一种年幼无知的表现,不能受法律的否定评价,不能成为正当防卫的对象。二、如果针对无责任能力人的侵袭行为实行的“反击”视为正当防卫,那不仅意味着对无责任能力人的侵袭行为在法律上的一种否定评价,而且表明社会对这种“反击”是持一种肯定和褒扬的态度,这显然是不合情理的。三、不知侵袭者是无责任能力的人,出于防卫意图,对其加以“反击”,这实际上是一种假想防卫,是对社会有害的行为。如果行为人应当预见到而没有预见到对方是无责任能力的人,则应以过失犯罪论处;如果行为人不可能预见到对方是无责任能力的人,主观上无犯罪过失,则属于意外事件,不负刑事责任。

注 释:

① 参见马克昌主编《刑法学全书》,上海科学技术文献出版社1993年版,第116页。

②③④ 见王者香:《析假想防卫》,载《法学》1984年,第8期第23—24、23、24页。

⑤ [苏]伏·特卡钦科:《想象的防卫》,载《电大法学》1983年(试刊)第3期,第39页。

⑥⑦ 朱音:《假想防卫刑事责任的探讨》,载《法学》1982年第1期,第25页、25页。

⑧ 陈兴良:《正当防卫论》,中国人民大学出版社1987年版,第192—194页。

⑨ 刘晓红:《意外事件和假想防卫》,载《法学》1985年第2期,第20页。

(责任编辑 车 英)