

论对精神病人侵害行为反击的定性

孔艺璇

华东政法大学, 刑事法学院, 上海

收稿日期: 2023年3月22日; 录用日期: 2023年5月11日; 发布日期: 2023年5月18日

摘要

精神病人侵害行为反击行为的定性, 主要存在认定为正当防卫和紧急避险的争议。正当防卫权在紧急权体系中具有强势性, 以正当防卫评价对精神病人侵害行为的反击将会对正当防卫权不当限制, 且精神病人不能表达对法秩序的挑衅, 不能将精神病人的侵害行为认定为不法侵害。精神病人的侵害行为属于紧急避险前提中的危险状态, 明知是精神病人实施侵害时, 可以对其行使防御性紧急避险, 判断对精神病人实施的避险行为是否过当, 应当衡量在具体情况下保护法益的价值和精神病人受损法益的价值是否失衡。不明知是精神病人而进行反击的行为应尽可能认定为意外事件型的假想防卫, 以排除刑事责任。

关键词

不法侵害, 正当防卫, 防御性紧急避险, 假想防卫

On the Characterization of Counterattacks on Mentally Ill People's Aggression

Yixuan Kong

School of Criminal Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Mar. 22nd, 2023; accepted: May 11th, 2023; published: May 18th, 2023

Abstract

The characterization of the counterattack on the aggression of the mentally ill mainly has the controversy of identifying as self-defense and emergency avoidance. The right of self-defense is strong in the emergency right system, and the evaluation of the counterattack on the aggression of the mentally ill with self-defense will unduly restrict the right of self-defense. The mentally ill cannot express the provocation to the legal order, so that the aggression of the mentally ill cannot be recognized as wrongful aggression. The infringement of the mentally ill belongs to the state of danger in the premise of emergency hedge, and the defensive emergency hedge can be exercised against a

mentally ill person when the defender knows that the other party is mentally ill. The value of protecting the legal interests and the value of the legal interests damaged by the mentally ill person should be measured on a case-by-case basis to determine whether the hedge is excessive or not. The act of fighting back without knowing that the other party is mentally ill should be recognized as a hypothetical defense of the accident type as far as possible, in order to exclude criminal responsibility.

Keywords

Unlawful Infringement, Justifiable Defense, Defensive Emergency Avoidance, Hypothetical Defense

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 对精神病人侵害进行反击的定性争议

精神病人缺乏对自己行为的认识能力和控制能力，受法律特别保护，在刑法上通过对其刑事责任能力的否定，进而否定其侵害行为构成犯罪。根据《刑法》的规定，正当防卫是针对不法侵害进行的防卫行为，精神病人所实施的侵害行为能否成为正当防卫的对象存在争议，因此对精神病人侵害行为进行反击如何定性也有不同的观点，主要有认定为正当防卫和紧急避险两大阵营。

在正当防卫观点的支持者中，有学者指出紧急避险只能针对危险来源之外的第三人，对无责任能力人的攻击行为可以进行反击的行为应当认定为正当防卫[1]。有学者对于这种观点提出质疑，一方面反击行为不能认定为紧急避险的观点不能过早下结论，紧急避险的对象是否包括危险来源本身存在争议，并非只能以正当防卫理论肯定反击的正当性；另一方面通常认为无责任能力人不具备对自己行为认识和控制能力，尤其是精神病人在发病时的攻击行为，不具备刑法危害行为意志性的要求，以具有尖锐性的正当防卫认定对他人不受自我意识控制的侵害行为的反击的正当性存疑。有学者从客观违法性的角度出发，认为无责任能力人的重大侵害行为在客观上造成了法益侵害的危险，即具备违法性，不需要考虑主观能力即可将该类行为认定为不法侵害，这种观点的改进在于，将可以正当防卫的无责任能力人行为限定在重大侵害行为的范围[2]。但是这种将可反击的行为限制在重大侵害行为范围的规定，在正当防卫的理论中难以找到依据，且重大侵害行为界定尚需明确。即使是明确了重大侵害行为的范围，防卫人面对精神病人实施侵害行为时需要为行为侵害程度进行判断，这在实际防卫情况下难以实现，且对同一行为人侵害的防卫行为因实施侵害的程度不同产生认定差异，认定结果难以为公众接受，且这种区分对精神病人也是不正义，其对自身行为是否达到重大侵害行为没有意志控制能力。

对于前述观点学者对紧急避险认定的否定，有学者提出对精神病人的反击行为不仅可以认定为紧急避险，而且更适合适用紧急避险的理论进行处理，基于无责任能力人行为的认识能力、控制能力不足和社会团结理论的考量，防卫者在面对无责任能力人侵害时的防卫权应当是受到一定限制的，正当防卫和其他防卫权相比具有“尖锐性”的特点，如果认为该种反击行为是正当防卫，防卫人防卫权的实际限制缺乏理论支撑[3]。还有学者认为应坚持主观违法性论，无责任能力人虽然在客观上具有侵害性，但其主观上不具有可谴责性，并且紧急避险对象不仅限于第三人合法权益，对精神病人之侵害予以反击的行为可以认定为紧急避险[4]。由此可见，关于对精神病人侵害行为反击定性的争议双方各有依据，本文将对于该反击行为的定性问题展开分析，并结合正当防卫和紧急避险的理论分析如何具体认定更为合理、社会效果更佳。

2. 对精神病人侵害的反击认定为正当防卫的误区

正当防卫是在紧急状况下实施的形式上符合刑法规定行为的权利,由“紧急时无法律”的观念产生,因此在德国正当防卫又被成为紧急防卫,这种权利和紧急避险都属于紧急权的范畴,不同紧急权的行使有不同的理论支撑,因此如果要判断对精神病人侵害行为的反击究竟属于哪一种紧急权的行使,还是应当回归到紧急权体系理论研究中去。

2.1. 对正当防卫权的不当限制

目前关于正当防卫的合法性根据主要有法益衡量说和二元说。其中法益衡量说存在将“不法侵害”局限于法益损害的问题,并且基于“衡量”之意,这种学说实际上是一种价值衡量[5]。二元说中是以个人保护原则为优先,法确证原则为补充的理论,其中个人保护原则是对正当防卫权的扩张,为正当防卫等防卫权的产生提供了理论基础,而法确证原则是通过强调法秩序对正当防卫权进行限制,从一般预防的目的论证正当防卫的正当性,另外作为补充原则,法确证原则是对个人保护原则的强调,不能理解为国家事务的代理[6]。不论是采取以上哪种观点,均可以得出正当防卫人与侵害人之间不平等的地位,即正当防卫权具有一定强势性,法律对正当防卫行为持鼓励态度。

除了正当防卫,法律在保证公民在紧急状态下有效及时地捍卫自身法益方面,还规定了紧急避险、自救行为等,各种不同制度应当相互衔接,形成逻辑严密的规范体系。正当防卫在整个紧急权体系中最强势的权利,具体体现在行使正当防卫不要求“不得不”的限制条件,并在防卫限度上的要求相对宽松两方面。持正当防卫观点的学者也认为,基于刑法全面保护的原则,法益应当尽可能多的受到保护,在用其他手段回避无责任能力人的不法侵害不存在特别负担的情况下,不宜进行正当防卫[7]。《最高人民法院最高人民检察院公安部关于依法适用正当防卫制度的指导意见》(以下简称《意见》)第七条的规定也支持了这种应当尽可能回避的做法,并要求在没有其他办法或严重危及到人身安全时,才可以进行反击,这种防卫行为如果认定为正当防卫,对其的限制将影响正当防卫的强势性和整个紧急权体系的逻辑。还有学者提出要回到权利概念本身探究正当防卫的来源,指出正当防卫的权利本就是公民个人的权利,不以法益或法秩序等其他因素为依据,该观点结合权利义务的同一体性从侵害者角度,分析了侵害人具备表达忍受同意能力的必要性,进而否定了无责任能力人是正当防卫的对象[3]。这种权利说的观点从保护侵害者人格的角度出发,分析权利概念为正当防卫提供理论依据的合理性,其提出的目的之一是为了证明对精神病人侵害的反击不应当构成正当防卫,进而维护正当防卫的“锐利性”。

2.2. 精神病人的侵害行为不属于不法侵害

有二元说支持者认为正当防卫权应当有所限制,即面对无责任能力人的攻击可以实行正当防卫,但是应当有所限制,因为无责任能力人毕竟不具有规范意识,对其进行正当防卫以确证法秩序的必要性减弱[5]。在正当防卫合法性根据的二元说中,个人保护原则造就了正当防卫权的不可变通性和可超比例性,法确证概念赋予了正当防卫权的灵活性,强调防卫时应符合社会伦理的限制,无责任能力人所具备的与侵害相关的预防性(即法确证)利益是较小的,所以采取躲避甚至容忍轻微侵害都是合适的[6]。因此按照这种观点,对精神病人侵害的反击即使认定为正当防卫,也可以有“不得不”和尽量控制防卫行为造成损害的限制,但是这种理解依然是存在矛盾的。

一方面,正当防卫的前提应当是不法行为的存在,而根据刑法评价行为的有意性要求,不法行为应当是行为人在意志控制之下作出的行为,如癫痫患者发病时的痉挛行为,梦游时的攻击行为,都不能评价为不法行为。上述观点中认为当攻击者为无责任能力人时,攻击人不具有罪责,对其防卫权应当受到限制[8],实际上是默认了攻击人的行为已经属于不法行为,跳过违法性层面的分析直接从有责性层面对

防卫权的限制进行解释，将所谓无罪责的“客观侵害行为”纳入正当防卫的前提条件，忽视了不法行为的评价对象。产生这种矛盾点的原因在于三阶层犯罪构成在构成要件符合性和有责性都存在涉及主观的考察，其中构成要件行为的意志性是一种对行为的辨认和控制能力，而有责性之中包含责任能力和故意的考察，故意要素是对行为具体危害性的认识和意志，能够与行为意志区分开，但刑事责任能力有无的考察是与行为意志存在重叠，因此应当先在不法行为定性上进行判断，而不是直接跃至责任能力的判断。

另一方面，按照法确证原则对个人保护原则的补充的观点，侵害人的行为是对法秩序的挑衅时才应当成为正当防卫的前提条件，这种挑衅行为不要求必须是承担刑事责任的犯罪行为，甚至可以包括一般违的行为，但是该种行为应当是在行为人意志支配之下作出的。法律应对正常人的行为进行评价，梦游的人和无责任能力人在自身特殊状态下根本无法认识法律规范的意义，也并不具有否定法秩序的行为意志[9]。刑法中的危害行为更应当是在行为人意志控制之下作出的，精神病人的行为并不属于不法行为评价的范围[10]。

3. 明知是精神病人而反击应当认定为紧急避险

紧急避险和正当防卫都是紧急权体系中的概念，但是权利行使的条件和限度存在明显不同，精神病人侵害行为的反击不能构成正当防卫，并不意味着在面对精神病人侵害时不能反击，这种紧急情况下行使的权利可以通过紧急避险的理论得到支持。另外，防卫人主观认识存在不同，存在“明知”和“不明知”的情况，应当根据主客观相统一的原理对其行为进行认定。

3.1. 精神病人实施的侵害属于危险

范尚秀案是典型的明知是精神病人而反击的情况，该案件裁判理由中认为制止不法侵害，以损害第三人合法权益的方法来挽救或者保护较大合法权益免受损害的行为，才符合紧急避险的要求[11]。但是这种对紧急避险对象的理解过于狭窄，且缺乏法律上的依据，如果按照这种理解，紧急避险的适用范围大大缩减，也无法解释动物自发攻击时行为人的反击行为的合法性。如果认为紧急避险的对象仅限于第三人的合法权益，防卫人攻击他人有财产价值的动物造成所有人损失时，侵害的是作为危险源的他人财物，不属于第三人的合法权益，但是此时也无法评价为正当防卫，因为动物的举动解释为刑法中的侵害行为明显是类推解释。

这种理解的产生原因是，将紧急避险必须具备的特征和紧急避险与正当防卫的区别点进行了混同，紧急避险在强调第三人的情况是因为同时存在防卫人与不法侵害人，但在对危险进行紧急避险的场合，只存在行为人不存在不法侵害人，此时便不存在第三人与不法侵害人的区分。紧急避险是针对危险的反击，此处的危险可以是自然原因引起的危险也可以是人的行为引起的危险，与不法侵害的危险不同，紧急避险所针对的危险是指客观存在具有引起法益损害结果高度盖然性的现实。这种行为造成的危险状态通常可以分为两种，一种是危险来源者并未现实地违反义务，但是现实上造成了法益侵害的危险，且危险已经迫在眉睫且不阻止将会失去机会，另一种是危险来源者不具备实施合法行为的能力，在无行为意识支配之下作出了对他人法益威胁的行为[12]。精神病人实施的侵害行为是在无行为意识支配下做出的，可以纳入危险的范畴，此外该行为产生的危险需要和自然危险相区别，将对这种危险的反击认定为紧急避险有利于整个紧急权体系的构建。

3.2. 明知是精神病人而反击构成防御性紧急避险

根据紧急避险是否针对危险来源本身，可以将紧急避险分为防御性紧急避险和攻击性积极避险，其中防御性积极避险是对危险来源实施的紧急避险行为，被避险行为侵害的主体是造成避险人危险状态的

危险来源者；攻击性积极避险是避险人将危险全部或部分转嫁给不相干第三人的紧急避险行为。进行这种区分原因是两种紧急避险权利行使的依据不同，进而导致两种紧急避险权行使的限制条件和限度衡量不同。紧急避险是基于自由平等原则和社会团结原则产生，要求社会中任何人都应当对他人负有一定责任，在必要时甚至应当适当地为他人牺牲自身利益，部分地放弃自己的自由[13]。而与积极性紧急避险不同，防御性紧急避险权还基于权利保护的原理，认为面对危险源时防卫行为具有自我权利保护的表征[14]，即遭受危险的人为保护自身有权利采取反击，因此防御性紧急避险的限制条件比正当防卫高且比积极性紧急避险低。

依照我国《刑法》第21条第1款中“不得已”要件的规定，紧急避险的行使应当穷尽其他不损害他人利益的救济方式，防御性紧急避险虽然针对危险来源者，但是该危险来源者对其行为无意识，应当要求避险人给予适当照应，故在行使的限制条件上，也应当有“不得不”的要求。精神病人在实施侵害行为时不具备行为意识，难以评价为违反法律义务的行为，同时因为其不具备行为意识，难以期待其作出合法的行为。在这种情况下，精神病人的侵害行为在客观上是危险的状态，防卫人明知其为精神病人时，具备对危险的认识和避免危险的意志，在没有其他方式回避损害的情况下，向作为危险来源者的精神病人作出反击行为，可以认定为防御性紧急避险，这样的认定结果与司法实践中要求应当尽可能回避的规定相适应。

3.3. 以利益衡量说判断避险过当

《刑法》第21条第2款规定中规定了紧急避险的限度，认为紧急避险不能“超过必要限度造成不应有的损害”，即法律要求紧急避险应满足事后的损害均衡。我国传统刑法理论认为，应从法益衡量原理判断避险过当与否，紧急避险的意义在于损害较小的合法权益以保护较大的合法权益[15]。日本有学者提出“法益衡量”实际上应当是利益衡量，并非将一般的、抽象的保全法益和侵害法益的价值进行比较，而是根据相应法益的具体保护价值来进行比较，并考虑为保全法益而侵害相关法益的必要性[16]。我国也有学者认为应当进行利益衡量，并综合考虑危险的急迫程度、危险源与避险对象的关系、法益损害的强度、行为人对危险状态的责任等事实[17]。利益的衡量不是静态的加减法大小判断，应当动态地考虑多种因素，在防御性紧急避险的情况下，避险对象是危险的来源者，防御性紧急避险人的法益受保护性更高，在利益衡量中具备优越的地位，对其进行防卫所要求的利益衡量标准应比攻击性紧急避险宽松，又因为危险是状态应与正当防卫中紧迫的不法侵害相区分，防御性紧急避险的标准应当严于正当防卫[12]。防御性紧急避险应当与攻击性紧急避险不同，其保全之利益不要求“重大优越于”所侵害之利益[18]，这就意味着紧急避险行为人的保护法益可以略微小于甚至等于其所侵害的法益，过当与否应当根据利益衡量进行判断。

因此在判断对精神病人实施的避险行为是否过当时，应当衡量在具体情况下保护法益的价值和精神病人受损法益的价值是否失衡，至于反击行为致精神病人死亡的情况，应当比较保护法益的价值与生命法益的价值是否合比例。在精神病人侵害非严重危及人身安全的情况下，如果行为人尽可能采取回避措施之后，不得以地导致了精神病人死亡的结果，此时轻微人身安全损害与生命法益相比是不平衡、不合比例的，应定为避险过当；当造成的损害严重危及人身安全时，行为人不得以进行反击，即使造成精神病人死亡的结果，则不应当认定为避险过当，因为重大的人身安全与生命法益是大致平衡的。

4. 不明知是精神病人而反击应当认定为假想防卫

行为人在不明知他人是精神病人时实施防卫行为，主观上是防卫意识而不是避险意识，不构成紧急避险，但是这并不意味着要苛责行为人在防卫时去查清侵害人的责任能力状况，而是可以通过假想防

卫的理论予以处理。这种将不明知精神病人时的反击行为认定为假想防卫的处理，与明知的情况得出相区分的处理结论，更具合理性。

4.1. 不明知是精神病人而反击认定为假想防卫的可行性分析

客观上行为人的行为侵害了精神病人的人身权利和其他权利，具有社会危害性；主观上不明知的防卫人在进行反击时，发生了事实认识的错误，误将精神病人实施的侵害行为推测为不法侵害而进行了反击，以为自己反击行为是对不法侵害人实施正当防卫，产生了制止他人不法侵害行为的防卫意图，因此该行为符合假想防卫的特征。

对于假想防卫，应依据事实认识错误的处理原则来解决其法律责任问题^[19]。行为人应当预见侵害者为精神病人时，其在主观上存在过失，应负过失的责任；但通常情况下不明知的行为人在法律上不负有应当预见侵害者责任能力的义务，应尽可能认定其在当时情况下不能预见侵害者是精神病人的身份，进而不能预见对方行为不是不法侵害，以意外事件型的假想防卫进行处理。

4.2. 不明知是精神病人而反击认定为假想防卫的合理性分析

根据以上分析，明知的行为人的反击可以认定为防御性紧急避险，不明知的行为人的反击可以通过认定为意外事件以排除刑事责任，相比之下明知的行为人需要在尽量采取其他回避手段，“不得不”的情况下才能行使紧急权，并在避险限度上有所要求，不明知的行为人却不需要承担这些义务和责任，这种区别对待具有合理性。

首先，行使权利限制上进行区别具有合理性，明知的人通常是精神病人的家属或周围人员，对其精神病的情况有所认知，可以及时对精神病人的行为做出反应，能够尽量使用其他方法避免或制止侵害；法律不能强人所难，不明知的人难以要求其在没有防卫准备和防卫条件的情况下，针对现实的危险来源者作出回避或制止行为，认定为意外事件即不要求其在“不得不”的情况下才可以行使防卫权。其次，紧急权行使的限度相区别具有合理性，明知的人通常对精神病人有所了解，根据社会团结原则，社会成员间的相互扶助、彼此忍让是社会得以存在的必备条件^[12]，作为与精神病人更紧密关系的社会成员，法律可以要求其实施防卫具有较不明知者高的前提要求。最后，两种认定使得公民人身安全得到更好的保护，具有法律收益，^[20]防御性紧急避险不仅为避险人提供行使紧急权和造成合比例的损害提供合法性依据，还尽可能保障精神病人人身安全，要求明知的行为人必须在“不得不”的情况下行使权利，意外事件的认定保障了不明知的行为人紧急权的行使，最大限度肯定了防卫人的行为，总体上更好地保护了社会公民的人身安全。

5. 结语

对精神病人侵害行为的反击进行定性研究，不仅能够明确防卫行为的认定标准，而且为紧急权体系的构建提供建议，明确了正当防卫与紧急避险之间的界限和具体认定情况。本文通过运用紧急避险理论认定对精神病人侵害的反击行为，使得在面对精神病人侵害时应先采取回避措施和防卫行为受到限制的制度规定得到了理论支撑，不仅避免了制度适用的恣意妄为，也防止强行运用正当防卫认定该防卫行为影响正当防卫权的强势性。另外，将不明知是精神病人而反击的行为认定为意外事件型的假想防卫，极大程度上保证了公民的行为自由，坚持了主客观相统一的认定标准，彰显了法律不强人所难，使得行为认定更具体、合理，逻辑论证更严密。

参考文献

- [1] 黎宏. 论正当防卫与紧急避险的界限[J]. 人民检察, 2006(11): 37-40.
- [2] 张理恒. 不法侵害“正在进行”之焦点评介——以刑法中正当防卫的时机条件为限定[J]. 西南交通大学学报(社会

- 科学版), 2009, 10(6): 133-137.
- [3] 赵雪爽. 对无责任能力者进行正当防卫兼论刑法的紧急权体系[J]. 中外法学, 2018, 30(6): 1614-1635.
 - [4] 陈璇. 紧急避险: 对无责任能力人的侵害予以反击之行为的重新界定——从主观违法性论在我国之提倡说起[J]. 武汉大学学报(哲学社会科学版), 2007, 60(2): 278-282.
 - [5] 欧阳本祺. 论法确证原则的合理性及其功能[J]. 环球法律评论, 2019, 41(4): 83-98.
 - [6] 克劳斯·罗克辛, 王德政. 正当防卫与法确证[J]. 西北师大学报(社会科学版), 2018, 55(2): 131-138.
 - [7] 张明楷. 刑法学[M]. 北京: 法律出版社, 2016.
 - [8] [德]金德霍·伊泽尔. 刑法总论教科书[M]. 蔡桂生, 译. 北京: 北京大学出版社, 2015.
 - [9] 冯军. 刑法教义学的立场和方法[J]. 中外法学, 2014, 26(1): 172-197.
 - [10] 刘宪权. 刑法学名师讲演录[M]. 上海: 上海人民出版社, 2021.
 - [11] 最高人民法院刑事审判第一庭, 第二庭编. 刑事审判参考(第45集)[M]. 北京: 法律出版社, 2006.
 - [12] 陈璇. 家庭暴力反抗案件中防御性紧急避险的适用——兼对正当防卫扩张论的否定[J]. 政治与法律, 2015(9): 13-26.
 - [13] 王钢. 紧急避险中无辜第三人的容忍义务及其限度兼论紧急避险的正当化根据[J]. 中外法学, 2011, 23(3): 609-625.
 - [14] 李淼. 防御性紧急避险之提倡[J]. 法大研究生, 2017(2): 154-176.
 - [15] 高铭喧, 马克昌. 刑法学[M]. 北京: 北京大学出版社, 2019.
 - [16] [日]山口厚. 刑法总论[M]. 付立庆, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2018.
 - [17] 黎宏. 刑法学[M]. 北京: 法律出版社, 2012.
 - [18] 赵栩, 谢雄伟. 防御性紧急避险制度研究[J]. 武汉大学学报(哲学社会科学版), 2009, 62(6): 788-792.
 - [19] 刘宪权, 主编. 刑法学(上)[M]. 上海: 上海人民出版社, 2016.
 - [20] 钱弘道. 经济分析法学[M]. 北京: 法律出版社, 2005.