

对无责任能力人侵害反击的定性研究

吕欣晏

华东政法大学刑事法学院, 上海

收稿日期: 2023年6月5日; 录用日期: 2023年7月13日; 发布日期: 2023年7月24日

摘要

对无责任能力人侵害的反击行为, 我国审判实践往往直接将其认定为正当防卫, 或是对行为人设定退避义务和限度要求将其反击认定为防卫过当。对无责任能力人侵害反击的行为应当排除构成正当防卫的可能, 行为人明知侵害人无责任能力的而进行反击的构成避险行为, 行为人不知而主观上有防卫意图进行反击的构成假想防卫。持紧急避险和假想防卫之立场评价对无责任能力人侵害的反击, 一方面更加符合刑法的违法性理论和防卫权的正当化原理, 另一方面紧急避险制度更加能够解决退避义务和限度要求的问题, 更好地达到同时保护被侵害人和弱势群体的效果。

关键词

无责任能力人, 正当防卫, 紧急避险, 假想防卫

Qualitative Research on the Counterattack against the Infringement by Irresponsibility People

Xinyan Lyu

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

Received: Jun. 5th, 2023; accepted: Jul. 13th, 2023; published: Jul. 24th, 2023

Abstract

The trial practice of our country often directly identifies the counter behavior against the infringement of irresponsibility people Justifiable defense, or setting the obligation and limit of retreat on the actor to require the counterattack as excessive defense. The counter behavior against the infringement of irresponsibility people shall be excluded the possibility of constituting justifiable defense. The actor knows that the infringer has no capacity for responsibility, the coun-

rattack constitutes the necessity defense, the actor does not know but has the subjective defense intention to counterattack structure, his behavior constitutes an imaginary defense. To evaluate the counterattack against the infringement of irresponsible persons from the standpoint of necessity defense and imaginary defense, on the one hand, it is more consistent with the criminal law theory of the illegality and the right of defense principle of legitimation. On the other hand, the system of emergency risk aversion is better able to solve the problem of withdrawal obligations and limit requirements, and better achieve the effect of protecting the victim and the weak.

Keywords

Irresponsibility People, Justifiable Defense, Necessity Defense, Imaginary 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. 引言

《中华人民共和国刑法》规定，公民为了保护国家、公共利益、他人或自身的财产、人身权利免受不法侵害可以采取防卫手段，面对正在发生的危险可以采取避险手段。但对于对无责任能力人侵害的反击行为性质如何，我国理论领域尚没有明确定论。根据无责任能力人的刑事责任能力外观不同，其实施侵害有两种情况，一是行为人明知或者通过孩童及精神病人的外在状态应当知道侵害人是无责任能力人，实施反击的，二是行为人不知道侵害人是无责任能力人的。由于行为人反击时的主观认识不同，应当对这两种情况下的反击行为进行分别评价。争议焦点主要围绕前者的反击行为构成正当防卫还是紧急避险，后者的反击行为构成正当防卫还是假想防卫展开。在司法实践中，对无责任能力人反击的典型案有范尚秀故意伤害案、何国良正当防卫案与周诗祥故意伤害案[1]。在前两起案件中，审判机关做出了相似的结论，认为无责任能力人的侵害属于不法侵害，被侵害人得进行正当防卫。在周诗祥故意伤害案中，审判机关认为为了保护弱势群体，在明知侵害人是无责任能力人且可以采取其他躲避手段的情况下，不得对其进行正当防卫。可见，此类案件在司法实践中也缺乏统一的裁判方针。对此行为的定性，学术界呈现出“否定说”、“肯定说”和“限制正当防卫说”三种观点。本文认同否定说之观点，通过现有学说的学习及对典型案例的分析，首先排除对无责任能力人侵害反击构成正当防卫，其次否定限制正当防卫观点的合理性，最后论证行为人明知侵害人无责任能力的应当认为是避险行为，行为人不知而主观上有防卫意图的应当认为是假想防卫。

2. 对无责任能力人侵害反击不构成正当防卫

(一) 正当防卫与紧急避险的界限

正当防卫和紧急避险都属于刑法所承认的、公民在紧急状态下可以合法侵害他人的权利的私力救济手段，这两种制度各有其适用的领域和空间，协调分工。在面临紧迫的不法侵害时，行为人可以采取正当防卫手段。没有正在发生的紧迫不法侵害而面临其他危险时，行为人可以行使紧急避险的权利[2]。正当防卫和紧急避险的区别主要在于危险的来源不同、防卫行为侵害的利益归属不同及防卫的限度不同。在危险来源上，正当防卫防卫的是他人的不法侵害，紧急避险防卫的是正在发生的危险；在行为方式上，直接制止不法侵害本身的属于正当防卫，采用损害第三者合法权益的方法挽救较大合法权益免受侵害的属于紧急避险；在行为限度上，紧急避险的紧迫性要求远高于正当防卫，且紧急避险不能超过必要限度

造成不应有的损害，正当防卫则不能明显超过必要限度造成重大损害。

相比于正当防卫，紧急避险有更严格的限制性要件：紧急避险的行为人负有退避义务，避险行为必须符合合比例性原则[3]。基于正当防卫和紧急避险的清晰界限，用正当防卫来评价无责任能力侵害中被侵害人的反击存在不合理之处。

(二) 肯定说之否定

相比于紧急避险，正当防卫不需要考虑行为的合比例性和行为人的退避义务，欠缺“不得已”条件和“必要限度”条件的约束，在严峻情势下还有适用特殊防卫的可能。由于行为方式强势，可能造成的损益后果严重，因此正当防卫制度的适用应当更加谦抑。正当防卫制度的原理，在理论界主要有以下几种观点。一是法秩序维护说，认为正当防卫行为之所以合法，是因为它一方面保护了具体的法益，另一方面保障了国家法秩序不受侵犯；这两点使行为人一方的利益远远高于不法侵害人。二是侵害人法益值得保护性下降说，认为公民的合法权益在法律的严格保护之下，但侵害人因违反不得侵害他人法益的义务，主动使自己陷入法益冲突的险境，从而使自身法益的值得保护性下降，因此侵害人必须承担容忍被侵害人采取措施减损其法益的义务。总而言之，正当防卫制度法益保护和侵害人自身法益值得保护性减损是正当防卫制度的合法性来源[4]。在具体案件中，不法侵害者因其不法侵害使自己处于被防卫的地位，其利益在正当防卫所必要的限度内就脱离了刑法的保护。可见，正当防卫是被侵害人保护其自身法益，将侵害人置于法益减损地位而无可避免的一柄利刃。假设一个丈夫醉酒后对其妻子拳打脚踢，酒醉状态不能成为其免于刑事责任的理由，其侵害他人的行为已然使自己的法益值得保护性下降，妻子的反击是合理合法的正当防卫。

但当我们回到无责任能力人侵害的视角，无责任能力人无意识支配的行为不是破坏法律规范的行为，并不使其法益的优越性和受保护性下降。如果认为正当防卫可以不受限制地适用于无责任能力人的侵害，那么一个处于发病状态的精神病人攻击他人时，他人也有权利如同反击一个有意识的袭击者一样对他进行反击，甚至在情况紧迫的情况下还有特殊防卫的权利，而不必受退避义务和合比例性原则的约束。对一个精神病人或孩童拥有对一个暴徒同样的防卫权利，这种观点就是默认了无责任能力人的法益值得保护性因其无法自我控制的病理行为而受到减损，其生命安全在正当防卫的情境中脱离了刑法的保护[5]。让精神障碍或未成年的无责任能力人与有辨认和控制自己行为的责任能力人同台竞技，未免违背了法律的公平正义原则和正当防卫制度之初衷，这样的结论也不符合人的一般观念，因此不能对无责任能力人的侵害适用正当防卫。

(三) 限制性正当防卫之否定

在周诗祥故意伤害案中，法院认为“保护弱势群体是刑法应有之义，应当明确，对明知是无刑事责任能力的人并有条件以逃跑等其他方法避免侵害的，不得实施正当防卫。”审判庭虽然承认对明知是无责任能力人的反击能够构成正当防卫，实际上又以紧急避险的标准要求这种情境下的正当防卫，如果未尽应尽的躲避义务则不能成立正当防卫。这种观点是受限制性正当防卫之立场影响。限制性正当防卫的支持者认为，可以对无责任能力人进行限制性正当防卫，明知或应知对方是无责任能力人的必须尽退避义务，在无可退避的情况下进行有限度的正当防卫；不知对方是无责任能力人的允许进行正当防卫。

我认为，限制性正当防卫割裂了正当防卫的标准，同时司法实践人员和我国刑法理论界忽视了紧急避险也是刑法私力救济体系中的重要部分。首先，正当防卫强势的防卫效果来源就来自于无严格退避义务和无严格的限度限制，保障了行为人足以在面对不法侵害时达到自卫和防卫的效果。一旦将上述限制性条件纳入对无责任能力人正当防卫的概念之中，正当防卫就失去了其固有的防卫效果和防卫特征，事实上变得和紧急避险无异。其次，限制性正当防卫与特殊防卫制度相矛盾。根据《刑法》规定，对正在进行的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。精神病人的侵害往往表现为具有人身威胁性的暴力犯罪，同时刑法条文没有将无责任能力人排除在特殊防卫的对象之外，行为人采取防卫行为造成精神病人伤亡的符合特殊防卫的构成要件。而法院裁判中又对精神病人暴力侵害的防卫作出了严格的限度要求，在法律适用上与条文规定相冲突，也违背了特殊防卫制度的设立目的。如果认为法官在判决中将特殊防卫的对象进行了限缩，认为无责任能力人不能成为特殊防卫的对象，未免又有“法官造法”、扩张司法人员法解释权之嫌疑，有损法律条文的稳定性。笔者并不反对法官认为应当对无责任能力人的反击作严格限度要求的观点。在不得已的情况下，被侵害人当然没有容忍无责任能力人侵害的义务，也有保护自己的权利。然而，无责任能力人与常人相比缺乏认识和控制行为的能力，尽管侵害人对他人的自由空间造成了威胁，但并没有实质的违反规范的行为，不应该对他受法律保护的权利全盘否定。因此，对无责任能力人的侵害展开的反击就要比正当防卫更加克制，应当在一定范围内给予无责任能力侵害人体谅，通过让被侵害人承担一部分让步的义务，有限度地约束被侵害人的反击行为，来实现社会秩序的稳定和法利益的平衡[6]。但这样的法律效果并不一定要通过割裂正当防卫的标准、限缩特殊防卫的适用范围来实现。紧急避险同样能实现对针对无责任能力人的反击行为的约束。

认为在被侵害人不知无责任能力人的情况下能够进行正当防卫，这种观点更是违背防卫权的正当化原理。法益的值得保护性是客观存在的，不因被侵害人主观上的认识错误而减损，无责任能力人的合法法益不因其在状态而脱离刑法的保护。又者，被侵害人在不知无责任能力人的情况下，其正当防卫行为必然更加无所顾忌，无责任能力人的生命安全将面临更大的威胁。如果认为被侵害人明知无责任能力人反击过当的应当承担一定刑事责任，那么举轻以明重，危害性更大的不知无责任能力人的反击更应当被认为是正当防卫。

3. 对无责任能力人侵害反击性质认定的关键问题

判断对无责任能力人侵害的反击不应当认定为正当防卫而应当构成紧急避险，也应当从正当防卫和紧急避险的行为特征入手。司法裁判认为对于无法辨认和控制自己行为的精神病人可以实施正当防卫主要从危险来源和反击侵害的利益归属这两方面出发，认为精神病人的侵害行为属于不法侵害，且直接对侵害人实施的反击不属于避险，所以反击行为构成正当防卫。因此辨析反击行为性质的关键问题在于：1) 如何认定侵害的性质，无责任能力人的侵害是否属于正当防卫范畴的不法侵害。2) 针对侵害人本身的反击行为是否可以构成避险。

(一) 无责任能力人的侵害不属于正当防卫范畴的不法侵害

不法指的是具有违法性的行为。罗克辛教授指出，“在‘违法性’和‘不法’这两个刑法的体系性概念之间，存在着这样的区分：违法性表示了符合行为构成的性质，也就是其对刑法禁止和要求的违反，与此同时，人们在不法中，把符合行为构成和违法性的行为理解为这个行为本身，也就是把违法性评价的对象连同其价值称谓一起加以理解。在不法的概念中，因此就同时包含了行为、行为构成符合性和违法性这三个犯罪范畴。”随着德日刑法学知识引入我国，不法的概念也逐渐被学者采用，例如，张明楷教授提出的“不法和责任是犯罪两大支柱”，就是在构成要件 + 违法性的意义上使用不法一词[7]。可见，“不法”的内涵包含了符合构成要件和违法性两方面的内容。从我国“四要件”犯罪构成理论的角度分析，无责任能力人不具有刑事责任能力，因其特殊身份更加不可能存在故意或者过错等主观罪责，因此无责任能力人的行为缺乏构成不法的完备要件。但从德日“三阶层”的犯罪构成理论角度分析，行为人的刑事责任能力、犯罪故意与过失，乃至无责任能力人违法性认识可能性的缺失，都属于有责性阶层讨论的内容。无责任能力人客观上进行了对社会有害的危险行为，违反了我国刑法明确规定的公民不侵害其他公民合法人身、财产以及其他权利的义务，实质上具有不法的特征。同时，秉持客观违法性理

论的立场，违法性的实质是对法益的威胁和侵害，而无刑事责任能力人的行为确实给合法法益造成了受侵害的现实危险。因此笔者也认同，完全否定无责任能力人的侵害是不法侵害的观点有悖于刑法的违法性理论。

但是，无责任能力人的侵害是否是正当防卫范畴内的不法侵害呢？笔者认为值得商榷。一些客观上不法的行为在正当防卫实际认定的场合，仍有可能不构成正当防卫的不法侵害。根据德日及我国台湾地区的可罚的违法性理论，某种行为即使形式上符合构成要件，也不具有违法性阻却事由，但出于谦抑性的考虑，该行为如果不具有可罚的违法性，则不成立犯罪。一般认为，行为不具有值得科处的违法性有两种情况，一是不法行为未必具有刑法上的有责性，而在民事、行政上承担一定的违法责任，正如本文所讨论的无责任能力人侵害他人的情况；二是不法程度轻微，尽管行为属于不法侵害，但没有必要通过刑事手段规制。日本学者藤木英雄认为，判断可罚的违法性，不仅考虑侵害法益的轻微性，还要考虑行为的相当性，即要参照行为本身的目的、手段、行为者的意思状况等诸多情况，从而认定行为态样是否具有社会通常观念所容许的相当性[8]。

无责任能力人的侵害行为，究其本质是出于一种无意识的病态或本能反应。精神障碍无责任能力人丧失了正常认识和控制自己行为的能力，无法认识到法律规范及其行为可能造成的危害性，其本身就不与刑法意义上的一般主体处在同等的天平上。同样的，未达责任年龄的无责任能力人的行为只是一种年幼无知的表现，也不具有违反法规范上的意识和意志，不存在足以支配其客观行为的主观意志。正当防卫是法与不法的对抗，而责任能力人的反击与无责任能力人的侵害本身就不可能处在同等的天平上。另一方面，无责任能力人伤人的行为可以通过其他层面的法律进行规制和救济。因此，无责任能力人的侵害行为虽然属于不法侵害，但因为其特殊性，可以运用可罚的违法性理论作为路径，将其排除于正当防卫范畴的不法侵害之外。

（二）紧急避险的对象可以是危险来源本身

行为人面对无责任能力人侵害造成的危险，为了保护自己的合法权益而进行反击，与面对自然灾害或动物造成的危险采取保护措施一样，是一种为了排除危险不得已而为之的避险手段。

在部分观点中认为紧急避险的构成要件之一是对象要件，即紧急避险的对象应当是与造成危险的主体无关的第三人，对侵害人本身进行直接对抗不能认为是紧急避险[9]。将紧急避险的对象仅限于第三人的说法一方面缺乏法律上的依据，我国《刑法》第21条第1款在规定紧急避险时并未如第20条第1款那样对损害对象做出明确限定。另一方面，这种观点没有正确认识“第三人的合法权益”这个概念，对紧急避险的范围进行了人为限缩。“第三者”的概念是相对于“第二者”的概念而存在的，只有人的不法侵害产生的危险才有相对于行为人的“第二者”存在，在这种情况下，行为人牺牲第三方的较小的合法权益保护较大的利益时才能够引入“第三者”的概念[10]。而紧急避险的危险来源显然不止于此，自然灾害、动物侵袭、生理病态等也属于紧急避险的危险范畴。试想，行为人面对一条无人指使的家犬的袭击采取了反击自卫手段，使家犬被重伤或者被打死。如果认为直接作用于危险来源本身的反击不能构成紧急避险，且家犬无人指使，也无法构成正当防卫，那么在家犬主人的财产利益受损的情况下该如何对行为人的反击行为作刑法评价？孕妇生命安全受到威胁而牺牲胎儿时胎儿尚不具有法律意义上之人格，同样不能认为是将危险转嫁第三人。可见，认为紧急避险的对象仅限于第三人的观点过于狭隘。法律永远不可能考虑到生活中所有可能遇到的情况，在面对危险时民众也不可能首先对其避险的对象是否是“第三人”作法律上的判断，也不可能所有情况下都有可转嫁危险的对象。

再者，反击并不仅仅限于打击伤害，擒拿、捆绑、监禁等也是属于紧急情况下针对危险来源本身的必要反击手段。试想一个精神病人处于发病状态，其造成的危险还未达到不法侵害的程度，行为人用绳子将其绑住关在屋内防止伤害他人，如果这种相对“温和”的反击手段不能用紧急避险来评价，又不符

合正当防卫的行为要件，那是否会有构成非法拘禁的可能？法律不应该强人所难，对紧急避险对象的限缩只会使行为人在紧急情况下无法正常地保护自身的权益，反而是对紧急避险立法之本意的违背和破坏。面对正在发生的无法避免的危险，行为人采取反击手段避免侵害结果发生，符合紧急避险构成要件的，应当认可行为人的行为是合法的自力救济。对精神障碍无责任能力人的反击也是如此，为了排除侵害人造成的现实危险，行为人在没有采取其他躲避和防卫的现实可能性情况下进行反击的，同样是避险行为的一种形式。

有相当一部分持正当防卫立场的学者认为，将紧急避险根据行为方式的不同细分为攻击型紧急避险和防御型紧急避险，认为将危险转嫁给第三者的避险是攻击型避险，对抗危险来源本身进行反击的避险行为属于防御型紧急避险，后者是与我国一般紧急避险理论相悖，因此在我国刑法体系中反击无责任能力人侵害的只能构成正当防卫。而笔者认为，无论是防御型还是攻击型紧急避险都是我国刑法体系中的应有之义。首先，如上文所述，我国刑法并没有对紧急避险的对象做出限制。其次，我国司法实务也承认了“对物防卫”是紧急避险。在王仁兴破坏交通设施案中，法院判决被告人王仁兴为了保护渔船上的人的人身及渔船的安全，不得已解开航标船钢缆绳致使航标船漂流的行为构成紧急避险，突破了紧急避险的对象必须是危险来源本身的限制^[11]。如果承认无责任能力人对物防卫的情况有其相似之处，都是针对危险来源本身采取避险手段，那么可以认为防御型紧急避险在我国刑法体系内也有其运用空间。

由此可见，紧急避险的对象并不仅限于第三人，也包括直接对危险来源本身反击的避险。被侵害人在面对无责任能力人造成的现实危险时，即使明知对方为无责任能力人，也有权利对其直接反击进行紧急避险。

4. 对无责任能力人侵害反击的性质认定

（一）明知侵害人无责任能力的紧急避险之认定

通过上述论述明确了判断对无责任能力人侵害的反击行为性质的两个关键问题。首先，无责任能力人在无意识和无意志作用下的行为不属于正当防卫范畴内的不法侵害，而应当被认为是由人的危害行为产生的危险。其次，对无责任能力人本身可以进行避险。因此，行为人明知侵害人是无责任能力人，对侵害人的侵害行为造成的现实危险先采取退避措施，在避无可避、生命安全面临现实紧迫危险的情况下着手反击，制止侵害人的侵害进一步发生，且反击行为没有造成不应有的损害，才符合紧急避险的构成要件，反之则构成避险过当。

可见，相比于正当防卫，紧急避险给行为人增设了必要退避和不能造成超过必要限度损害两方面的义务。回归案例本身，范尚秀案中被告范尚秀与患有精神病的被害人是兄弟，被害人某日持木棒砖头追打范尚秀及其女儿，范尚秀无力奔逃躲避后转身揪住被害人的头发将其按倒在地，被害人欲起身时又夺过木棒击打被害人头部，随即离开，之后被害人死亡。法院裁判认为对无责任能力人侵害可以正当防卫，范尚秀的行为明显超出必要限度构成防卫过当。以紧急避险之立场，被害人的追打行为已经造成了现实紧迫的危险，假设范尚秀为了防止危险发生，首先奔逃躲避，在避无可避的情况下转头拽住被害人的头发将其按倒在地，已经达到了制服侵害人的效果，行为停止，则符合紧急避险的构成要件。但范尚秀又用木棒击打被害人头部造成被害人死亡，行为超出了必要限度，因此用避险过当对其行为进行评价，构成故意伤害致人死亡。

有些反对紧急避险立场的观点认为给行为人设立退避义务和更严格限度要求，会使行为人面对侵害和危险时难以自保，同时增加行为人行为过当的可能。诚然，行为人的反击行为“越界”，构成避险过当的可能性要高于构成正当防卫，换言之，构成避险过当的门槛更低。但认为对无责任能力人的反击仅能构成紧急避险而不构成正当防卫的优势在于，能够通过司法裁判和法律突出无责任能力人群体，提高

行为人面对无责任能力人的避险意识。目前我国刑法和相关条文中没有明确对无责任能力人侵害的反击定性，但司法裁判对群众的意识和行为具有重要的导向作用。认为行为人可以正当防卫，即使在个案中能减少被告人的罪责，也不利于培养群众对精神病人等无责任能力人的避险意识和保护意识，群众在遇到类似情况时会更倾向于防卫而增加滥用防卫的风险，无益于实现刑罚的一般预防功能。在典型案例中适用紧急避险，有利于对社会群众的教育和引导，从根源上有效降低行为人因反击过当构罪的几率，减少无责任能力人侵害人受害的风险。事实上，即使持正当防卫之立场，在多数案件中行为人的防卫行为依然构成了防卫过当，并不会因司法人员倾向于认定为正当防卫而免于承担刑事责任。

同时，紧急避险并不会使被侵害人难以自保。有人提出，精神病人的侵害往往体现为具有生命威胁性的暴力行为，比如持凶器追砍伤人，在这样情况下如果被侵害人只能一味躲避，自认倒霉吗？首先，对紧急避险的理解不能望文生义，避险手段是多种多样的，躲避和反击都属于避险的应有之义。行为人是否尽到躲避义务，司法人员处理此类案件应当结合具体情况作全面审查和判断。假设一个精神病人持刀穷追不舍，行为人在无可退避的情况下对精神病人奋起反击，将其制服，或是一个强壮的精神病人追杀一个体弱的人，行为人将其击晕，绑起来阻止其继续伤人，综合考量行为人和精神病人的武力差距、当时情况的危险紧迫、武器杀伤力等要素，将行为人评价为紧急避险更妥当的应当认为是紧急避险。更何况，无责任能力人侵害也包括未达法定年龄的未成年人侵害。十岁孩童追杀一个成年人，成年人完全有能力躲避，却用正当防卫之理由将其反杀，这远远违背正当防卫设立的初衷和社会的期望。

再者，紧急避险的前提是存在“正在发生的危险”，只要侵害行为已经对被侵害人产生危险就可以紧急避险，而不要求对被侵害人造成现实、紧迫、直接的不法侵害。如果承认可以对无责任能力人进行紧急避险，那么继续以精神病人已经发病的情况为例，根据精神病人一贯发病表现可以预见他会对周围人的人身安全产生暴力威胁的，可以提前采取措施进行紧急避险，而不是等到暴力行为发生再和精神病人直接对抗，使双方都处于更加危险的境地。由此可见，保护合法权益是紧急避险制度一贯的宗旨，紧急避险的适用能够为被侵害人留有足以自保的空间。

（二）不知侵害人无责任能力的假想防卫之认定

在行为人不知侵害人是精神病人进行反击的情境中，一个人由于主观认识上的错误，误以为实际上并不存在的不法侵害存在，对臆想中的不法侵害实行了正当防卫，造成他人的无辜损害的，这是刑法理论上的假想防卫。对于假想防卫按照对事实认识错误的一般原则解决其刑事责任问题：1) 假想防卫不可能构成故意犯罪；2) 在假想防卫的情况下，如果行为人主观上存在过失，应以过失犯罪论处；3) 在假想防卫的情况下，如果行为人主观上没有罪过，其危害结果是由于不能预见的原因引起的，是意外事件，行为人不负刑事责任^[12]。行为人误将无责任能力人错误认识为责任能力人，误以为有不法侵害的存在而对侵害人展开了防卫行为，事实上不存在防卫事由的，构成假想防卫。由于行为人主观上的防卫意图排除了行为人伤害的故意，根据行为人的主观方面是否存在过失判断是否构成过失犯罪。行为人主观上不存在过失的，按意外事件处理定性。在该类案件中，显构成意外事件的可以不急于让刑法介入评价，通过民法或其他法律手段来处理解决。刑法的适用需要一些情性。

5. 结语

无论从刑法违法性原理还是法益衡量的角度来看，将对无责任能力人的反击行为认定为成立紧急避险更为合理，而对于行为人不知侵害人是精神病人的，则认为是假想防卫更具有合理性。

正当防卫与紧急避险的立法目的，都是在产生冲突时赋予公民在紧急情况下能够对抗侵害，及时有效地捍卫自身法益。但两者区别在于，与正当防卫的“法”对抗“不法”相比，紧急避险更像是以“法”对抗“法”。从刑法违法性理论的立场来看，无责任能力人没有识别和控制自身行为的能力，也不可能

有意识的侵害刑法所保护的法益，不能将其行为评价为正当防卫范畴内可以被对抗的“不法”。无责任能力人自身的法益不因其行为而降低，其依然受到法律规范的保护，对其的对抗和反击必须受到严格退避义务和限度要求的约束，应当且只能对其进行紧急避险。从保护弱势群体的立场来看，不能对无责任能力人进行正当防卫也符合刑法谦抑性和人道主义的要求。

笔者秉持本文观点，并不意味着认为无责任能力人的侵害不需要付出道德和权利层面上的代价，而只是认为无责任能力人的不法侵害形成了一种刑法层面的自然危险状态。面对正在发生的危险采取手段，被侵害人尽管不能正当防卫，但用紧急避险的方式同样能够保护公共和个人的合法权益，也解决了在司法实务中出现“限制性正当防卫”的尴尬裁判的问题。同时，紧急避险是一种相对于正当防卫来说受较大制约的自力救济手段，面对无责任能力人的侵害，被侵害人既不是一味地忍让，也不是无条件地以反击和对抗作为防卫手段，而是有权利在尽其应尽的退避义务后，在不超过必要限度的条件下予以反击，并不会使被侵害人处于不利，更加符合社会对于保护弱势群体的期待和呼吁。无责任能力人和有责任能力人都是受刑法平等保护的一分子，法律的目的就是在两者发生冲突时找到解决冲突的平衡点和最佳方案。

参考文献

- [1] 最高人民法院刑事审判第一庭、第二庭. 刑事审判参考(总第45集)[M]. 北京: 法律出版社, 2006: 10-11.
- [2] 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.
- [3] 马克昌. 紧急避险比较研究[J]. 浙江社会科学, 2001(4): 92-98.
- [4] 陈璇. 侵害人视角下的正当防卫论[J]. 法学研究, 2015, 37(3): 120-138.
- [5] 方悦灵. 对无责任能力人的正当防卫研究[D]: [硕士学位论文]. 南昌: 南昌大学, 2019.
- [6] 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.
- [7] 陈兴良. 违法性的中国语境[J]. 清华法学, 2015, 9(4): 5-21.
- [8] 于改之. 可罚的违法性理论及其在中国的适用[J]. 刑法论丛, 2007, 12(2): 19-50.
- [9] 高铭喧, 马克昌, 编著. 刑法学[M]. 北京: 北京大学出版社, 高等教育出版社, 2010: 149.
- [10] 刘宪权. 中国刑法学讲演录[M]. 上海: 上海人民出版社, 2016: 303-304.
- [11] 最高人民法院刑事审判第一庭、第二庭. 刑事审判参考(总第38集)[M]. 北京: 法律出版社, 2004: 85.
- [12] 周光权. 正当防卫成立条件的“情境”判断[J]. 法学, 2006(12): 99-104.