

偶然防卫的定性研究

陈宣烨

(澳门大学, 澳门特别行政区, 999078; yeye1916@163.com)

摘 要: 偶然防卫在刑法学术界有着重大的意义。因为关于其定性的问题引申出了刑法的核心问题, 例如犯罪的实质问题、防卫意识必要性问题以及行为无价值论与结果无价值论的争议等, 学者们对这些问题争议不断。偶然防卫行为人不存在防卫意识, 实施不法侵害行为, 但在客观上由于偶然的情况产生了防卫的效果。因此, 应立足于二元行为无价值论的观点, 采用防卫意识必要说, 通过主客观相统一的方法对偶然防卫这种“坏心办好事”行为的定性问题进行分析, 认为偶然防卫行为构成犯罪未遂。

关键词: 偶然防卫; 正当防卫; 防卫意识; 法益侵害; 犯罪

引言

迄今, 关于偶然防卫的定性问题在学术界仍在深入探讨中, 未能形成一个统一的观点和结论。在司法层面也还未能对偶然防卫行为的处理作出法定的解释。针对偶然防卫定性问题, 学术界总体上分为行为无价值论和结果无价值论两派, 分别注重对行为和结果进行分析判断。关于偶然防卫如何定性的问题, 涉及到很多刑法的核心问题。例如, 正当防卫的防卫意识是否必要? 判断违法行为应注重形式还是实质? 主观? 还是客观? 以及什么是犯罪的本质? 等等。

在本文中, 笔者通过对比分析偶然防卫定性的相关问题, 在现有的理论基础上, 结合社会实际情况, 通过逻辑推理以及对比分析等方法, 秉持罪刑相适应原则、主客观相统一原则以及具体问题具体分析原则, 试图对偶然防卫公平公正合理地定性, 提出笔者浅薄的观点和看法, 期望能对刑法中偶然防卫的定性问题的解决以及我国法治事业的进步有所裨益。

1 偶然防卫的概念

1.1 定义

随着社会经济的发展, 时代的进步, 人民生活水平的提高, 法学理论在深入研究之中不断地进步, 我国的刑法理论也在不断完善和发展之中。虽然偶然防卫在人们的日常现实生活中出现的概率较低, 但其在刑法学术理论研究领域中, 却具有较高的研究意义和价值。张明楷教授曾说, 对偶然防卫的处理结论, 是判断一位学者是行为无价值论者还是结果无价值论者的试金。在刑法理论界[1], 对于偶然防卫的概念主要有以下几种观点: 第一种, 偶然防卫是指拥有故意或者过失的主观要素侵害他人法益的行为, 恰好符合了正当防卫的客观要件[2]; 第二种, 偶然防卫是指行为人主观上故意对他人实施犯罪行为, 而正巧遇对方正在进行可以称为正当防卫起因的不法侵害, 其行为客观上制止了他人的不法侵害的情况[3]; 第三种, 偶然防卫是指行为人故意侵害他人合法权益的行为, 与正当防卫的客观条件相结合的情况[4]; 第四种, 偶然防卫是指行为人出于一定的犯罪故意实施的行为, 在客观上发生了防卫效果的情形[5]。

偶然防卫的行为人在主观上为故意或者过失, 在客观上实施侵害行为, 却在现实结果中偶然地碰巧起到了保护法益的防卫效果, 即有着正当防卫的外在表现。简言之, 也就是所谓的坏心办好事。因此, 对于偶然防卫而言, 在主观上, 行为人的主观心理并没有防卫意识, 而可以是故意心理也可以是过失心理。在客观上,

偶然防卫行为具有违法阻却性，即该行为在偶然的情况下无意中阻止了另一不法侵害行为发生严重的侵害结果，起到了保护作用，该行为有防卫的效果。

综上所述，偶然防卫行为存在主观行为违法，但其产生的客观结果合法。

1.2 类型

依据偶然防卫行为在客观上针对的具体防护对象差异，可大致划分为保护他人权益与保护自身权益两类情形。

偶然防卫行为保护他人的权益。例如，甲欲杀死继父乙，当甲手持斧头走进乙的卧室时，背对门口的乙从抽屉里拿出手枪，欲杀死自己的妻子丙，并已勾上扳机，甲没有发现这一点，跑上前去，一斧头砍在乙的头上，救了丙的性命，乙被砍致死，而手枪也射出子弹，打在墙上[6]。【案例1】甲乙两人均同时向他人实施了侵害行为，但是甲在自己不知情的情况下其侵害行为偶然地阻止了乙对丙的侵害行为，保护了被侵害人丙的合法权益。

偶然防卫行为维护自身权益。例如，甲乙两人都要杀死对方，甲将一把匕首藏在袖口，躲在乙身后，在不经意间向乙的颈部捅去。而乙手里也拿着一把手枪，此时正转身扣动扳机射杀甲，但由于甲向乙刺了那一刀，导致乙身体偏向，子弹从甲身旁飞过未击中甲。而乙由于甲朝其颈部动脉捅了一刀，导致乙失血过多而死。【案例2】甲、乙均同时实施了不法侵害行为，但甲的行为却在客观上在无意间保护了甲自己的人身安全，起到了防卫作用。

1.3 成立条件

首先，构成偶然防卫行为的首要条件，即必须存在实际发生的不法侵害情形。也就是说偶然防卫行为人在实施侵害行为时，该行为针对的对象在同一时间正实施另一侵害行为。

对于实施侵害，主观上可以是故意也可以是过失，客观上可以是作为也可以是不作为。该行为人实施的侵害行为是一个违法行为，但该行为在现实结果中制止了另一不法侵害行为发生侵害结果，保护了法益。因此，若是现实中不存在不法侵害，偶然防卫行为根本无从谈起。

其次，行为人主观上无防卫意识。即偶然防卫的行为人在实施侵害行为时主观上应当不知道另一侵害行为的存在。换言之，该行为人在主观上仅有侵害他人权益的目的而不存在防卫意识和保护法益的主观目的。因此，该行为产生的防卫结果并不具有目的性，而是具有偶然性。若偶然防卫行为人在行使该行为时知道另一侵害行为的存在，则其行使该行为就有可能出于防卫的目的，也就可能考虑成立正当防卫。

此外，行为人的加害行为要在客观上制止了不法侵害。成立偶然防卫的关键是该行为应具有“防卫效果”。偶然防卫行为人实施的是一个不法侵害行为，但该行为却偶然地制止了另一不法侵害行为发生危害。因此，最终在客观上，偶然防卫行为起到了保护作用，维护了自身或第三方的合法权益。若该行为并未产生防卫效果，则该行为就无关防卫行为。

最后，在时间上要同步。即偶然防卫行为与另一侵害行为的发生需具有同时性。例如，甲、乙二人共同用木棒对丙实施伤害行为，甲欲用木棒打被害人时，因为行为误差，将同伙乙打成重伤，被害人乘机逃走。

【案例3】则甲的行为就是偶然防卫。在本案中，甲的侵害行为与乙的侵害行为发生在同一时间。因此，若甲的侵害行为早于乙的侵害行为发生，则由于甲实施侵害行为时乙的侵害行为还未实施，仅存在甲的侵害行为，故甲的侵害行为便完全符合主客观相统一的犯罪构成，毋庸置疑成立犯罪，根本无需讨论分析该行为是否成立犯罪的问题。若甲的侵害行为晚于乙的侵害行为发生，由于乙的侵害行为已经发生，所以甲的行为便极有可能是存在防卫意识，有保护的目，就可能考虑成立正当防卫。

2 偶然防卫与相关概念的区分

2.1 偶然防卫与假想防卫的区别

行为人将现实中并不存在的不法侵害行为错认为存在，从而实施该行为人自以为的所谓防卫行为，就是假想防卫行为。假想防卫与偶然防卫主要有两点不同，第一点是否真实存在不法侵害，第二点是行为人主观上是否有防卫意识。

假想防卫是指行为人出于保护法益不受侵害的善意目的，对自以为存在而事实上并不存在的侵害行为实施行为人自以为的所谓防卫行为。由此可知，假想防卫人存在防卫意识，但其所实施的行为并没有起到防卫效果。假想防卫行为也就是平常所讲的“好心办坏事”。而偶然防卫的行为人则是出于侵害法益的恶意目的，对行为人并不知道存在但却现实存在的不法侵害人实施符合行为人目的的侵害行为，但却在客观结果中起到了防卫的作用。因此，偶然防卫人并不存在防卫意识，但其行为却在碰巧间起到了防卫效果。偶然防卫行为就是平常所讲的“坏心办好事”。

2.2 偶然防卫与防卫挑拨的区别

防卫挑拨，指行为人出于侵害他人法益的故意，先向对方实施挑衅、挑拨等行为激怒对方，从而诱使对方对自己实施侵害行为，进而行为人可以以“正当防卫”为脱罪理由，在免受刑法处罚的情况达到侵害对方法益的目的。

偶然防卫与防卫挑拨的主要区别是现实中是否真实地存在不法侵害的事实。对于偶然防卫，不法侵害的事实现实中真实存在，只不过行为人并没有意识到该情况。而防卫挑拨中的不法侵害并不是真正意义上的不法侵害，因为该不法侵害是由于挑唆人实施挑衅、挑拨等行为诱发出现的，并不能等同于偶然防卫中的不法侵害。

防卫挑拨的挑拨人对于由其自身挑拨而起的侵害行为实施所谓的防卫行为，该行为符合正当防卫行为的外在表现。但该侵害行为是由防卫挑拨行为人挑拨而起，因此该行为人并不存在防卫的意图，反而存在侵害法益的主观目的。因此，根据防卫意识必要说的观点，由于该行为人缺乏防卫意识，故防卫挑拨行为不成立正当防卫。

3 偶然防卫不成立正当防卫

根据《中华人民共和国刑法》第二十条规定：“为使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行中的不法侵害，而采取的制止不法侵害的行为，对不法侵害人造成损害的，属于正当防卫，不负刑事责任。”虽然各国的法律规定对正当防卫行为被定性为合法行为均没有异议，但对于偶然防卫能否成立正当防卫以及该行为是否是违法行为，在理论界依旧存在颇多争议。该问题的关键在于防卫意识是否必要。

防卫意识必要说以主客观相统一原理为基础，认为偶然防卫行为人主观存在侵害法益的恶意，并不存在防卫的意识和目的，因此并不符合违法阻却事由的主观要求。

防卫意识不必要说以结果无价值论为学说基础，认为判断某行为是否是违法行为无需考虑行为人的主观状态，行为人的主观状态仅是判定法律责任的要素。

我国司法实践普遍认为成立正当防卫需要行为人有防卫意图，在中国裁判文书网上写到“对于偶然防卫，由于没有防卫意图，不属于正当防卫。”因此，我国的通说观点认为由于偶然防卫行为人不存在防卫意识，故偶然防卫行为不属于正当防卫。

3.1 从性质上分析

就正当防卫的性质而言，由于刑罚权的滞后性，导致相当一部分人的正当权利在遭受不法侵害的时候得不到法律及时有效的保护，正当防卫于是应运而生。制定法律的根本目的是为了更为广大人民群众自身的合法权益不受侵害，而偶然防卫的行为人具有侵害法益的主观恶意，若采取防卫意识不必要说，视其为违

法阻却事由的正当防卫行为,会过度地扩大了正当防卫的适用范围,则违背了制定正当防卫相关法律规定的初衷,不利于刑法处罚和打击犯罪。我国刑法对正当防卫进行严谨细致的规定,使之能更好地成为公民维护自身合法权益和打击犯罪的有效法律武器,更好地完善我国法律救济的不足。

偶然防卫作为一个“坏心办好事”的行为,固然不符合维护社会公序良俗的正当防卫的实质要求。完全忽视正当防卫的本质属性,将正能量的正当防卫行为完全等同于出于恶意侵害法益主观目的的偶然防卫行为,必然是不当的结论。

3.2 从法律规定分析

对于正当防卫,我国刑法对其有明确的规定和描述,同时也设立了限制条件,以避免被滥用,为人们判断某一具体行为是否是正当防卫提供了法律依据。在《中华人民共和国刑法》第二十条对正当防卫的描述中规定:“为使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行中的不法侵害”。

由此可以看出,我国法律对成立正当防卫支持了防卫意识必要说,即认为正当防卫行为人主观上必须要有防卫意识。而偶然防卫行为人主观上缺乏防卫意识,仅仅是因为在碰巧的条件下起到了与正当防卫相同的防卫作用,故不成立正当防卫。若将偶然防卫简单地完全视为正当防卫,有违我国的法律规定和立法目的,也不利于预防犯罪和打击犯罪。

3.3 从成立条件分析

对于正当防卫的成立条件,在学术理论界总体上存在“四条件说”、“五条件说”和“六条件说”三种学说。笔者认为用“五条件说”来分析更为全面合理,即正当防卫行为的成立必须符合起因、时间、对象、主观和限度等条件。因此,对于偶然防卫而言,由于偶然防卫行为人在主观上缺乏成立正当防卫的主观条件,即缺乏防卫意识,因此不满足正当防卫的构成要件,不成立正当防卫。

4 偶然防卫属于违法行为

要解决依据什么来判断偶然防卫行为是否是犯罪行为这个问题,首先是要解决成立犯罪的根本问题,即如何处理实质违法和形式违法,以及主观违法和客观违法的关系。

4.1 实质违法与形式违法分析

实质违法,指对于一个行为是否是违法行为关键是看该行为的实质层面是否违法,即出于实现立法保护法益,维护法治秩序的目的。至于形式违法,则是关注该行为是否违背法律对此的相关规定,是否违背法律的强制性规定,即该行为是否是法律所禁止的行为。

著名德国教授李斯特提出违法二元论,该教授认为对于行为违法性判断不仅需要满足形式违法性,还需要满足实质违法性。违法二元论因其具有相当的合理性和可操作性,故在司法实践中被广泛地运用和实施,同时也被众多的学者所推崇。就偶然防卫行为而言,首先,该行为在形式上属于侵害行为,是侵犯他人的合法权益的行为,即是法律所禁止的行为,违背法律的强制性规定,只不过碰巧偶然地阻止了另一不法侵害行为发生严重的后果,但并不会改变该行为是具有违法、犯罪行为。

4.2 客观违法与主观违法分析

结果无价值论主张应从客观层面分析行为是否违法,即客观违法,而对主观层面不加以考虑。该学说理论认为倘若考虑主观上的因素,会导致主观臆测,影响行为判定的公正性,易导致主观随意性。

行为无价值论更强调行为者的主观违法性判断,注重主观态度的考量。此理论进一步分化为一元行为无价值论和二元行为无价值论两种形态。但无论是一元还是二元,均支持行为人的主观因素对判定行为的违法性至关重要。关注该行为人意图达成的结果和内在目的如何,如此做到判断行为违法性时能主客观相统一。

因此,用主客观相统一的方式来考虑行为是否违法更为合理,既能从行为的客观表现来分析行为的是否违法,又能将行为人的主观要素加以参考,使刑法处罚更为严谨公正,更有利于预防犯罪、打击犯罪。

就偶然防卫行为而言，该行为在客观上虽成功地阻止了另一不法侵害行为的发生，但该行为客观上本身就是不法的侵害行为。其次，该行为人的主观目的是为了侵犯他人的合法权益，没有任何防卫意识，反而具有不法目的，此违法的主观目的作为判断行为违法犯罪的参考要素，应加以综合考虑。因此，综合主客观因素，偶然防卫行为违法，为犯罪行为。

5 偶然防卫构成犯罪未遂

偶然防卫问题是刑法解释学争议的焦点问题，因此偶然防卫的定性问题更是引起国内外众多专家学者对其进行深入的研究和不断的争论。

学者们通常基于结果无价值论或行为无价值论的视角，探讨并阐释偶然防卫的定性问题。总体上形成了既遂说、无罪说和未遂说这三种学说。

5.1 对既遂说的批判

主张一元行为无价值论的学者们大多主张偶然防卫行为构成犯罪既遂。日本的大谷实教授在《刑法讲义总论》提到：偶然防卫，属于没有防卫意思的行为，不应看做正当防卫，由于排除违法性的对象是符合构成要件的事实整体，将行为和结果分开评价是不妥当的，因此如果站在必要说立场的话，一般来说，应当成立既遂犯^[7]。一元行为无价值论的学者们认为应根据行为是否违反道德规范来对该行为定罪。对于偶然防卫行为而言，因为行为人具有主观恶意，没有防卫意识，而有侵害法益意图，故该行为显然违反道德规范。因此，支持一元行为无价值论的学者们，主张偶然防卫行为应构成犯罪既遂。

但是，在我国司法实践以及通说的观点中，对犯罪的认定坚持主客观相统一的原则。虽然社会道德规范能规范人们的行为，并在一定程度上能打击犯罪，维护社会秩序和人们的合法权益。但毕竟道德规范并没有法律约束力，不存在强制性，惩戒力度有限，故其能管控的范围即便尽可能地扩大也不易纠枉过正。但刑罚处罚不同，刑事犯罪的处罚情形更为严重，处罚力度极大，必须审慎行使。偶然防卫行为虽违背社会道德规范，但该行为产生的客观结果还是有一定的积极的地方，毕竟其在客观上无意间起到了保护法益免遭侵害的防卫效果。故不能仅因行为违背道德就否定甚至无视其客观层面的积极效果，不能理所当然地仅凭道德规范便决定刑事处罚。

若将偶然防卫行为定为犯罪既遂，将结果产生防卫效果的行为与并未产生防卫效果的单纯侵害行为给予相同的定罪处罚，则会过度扩大刑事处罚，与我国刑法的预防犯罪目的相违背。因此，将道德规范与刑事犯罪等同样处理，即将偶然防卫行为仅根据该行为出于恶意，违反道德规范判处犯罪既遂就明显不合理了。

其次，主张偶然防卫行为成立犯罪既遂的观点未充分考虑客观不法在整个判断不法行为的体系中的地位，仅考虑到事实判断，但忽视了刑法规范的价值判断，因此显然存在不合理之处。

5.2 对无罪说的批判

主张结果无价值论的学者们，大多支持防卫意识不必要说，即认为成立正当防卫不需要有防卫意识，偶然防卫行为是无罪行为。因此，对于某一行为是否构成犯罪以及应如何定罪量刑，这种观点仅关注该行为最终客观结果，不关注行为人主观的目的。由于偶然防卫行为在客观结果中起到了防卫的作用，即便偶然防卫人实施该行为是主观上是侵害法益的目的也并不在其判断该行为是否构成犯罪的考虑范围。偶然防卫行为由此便构成正当防卫，认为该行为无罪。

仔细分析偶然防卫行为的细节，对此有着高度危险性的行为，若将其归于无罪，便容易让犯罪分子产生侥幸心理，以至于之后继续犯罪，不利于维护社会稳定和人民的人身安全，在实际上也会扩大刑事犯罪的范围，与制定法律保护公民人身财产安全和预防打击犯罪的立法目的相违背。

结果无价值论者支持无罪说的观点的根本立足点是认为偶然防卫成立正当防卫。结果无价值论者普遍支持防卫意识不必要说。认为只要该行为最终起到防卫的效果即可，而不考虑主观层面。因此，即便偶然防卫行为主观上不存在防卫意识，也丝毫不影响该行为成立正当防卫。但实际上，若采用防卫意识不必要说会限制了正当防卫价值的体现，使正当防卫不能发挥其本应具有的价值。法律设立正当防卫这一无罪行为的概念就是为了保护广大人民群众的人身财产不受侵害，而防卫意识在其中就起到至关重要的作用。偶然防卫行

为人主观上出于恶意侵害法益的目的，客观上实施了具有人身危害性的客观行为，故该行为毋庸置疑不成立正当防卫，因此不可能是无罪行为。

5.3 支持二元行为无价值论下成立犯罪未遂

结果无价值论者认为对行为的评价仅需从行为造成的结果来分析决定，但是片面的客观结果侵犯了法益并不等同于该行为就是犯罪行为。一元行为无价值论者认为对行为的评价仅从道德规范层面进行分析即可，但是某行为仅违背道德规范也并不等同于该行为就是犯罪行为。美国著名专家博登海默曾指出：基本的道德原则作为社会交际的必要内容，它被赋予了强制的效力，这些道德原则在之后化身为法律规则，并通过法律的规定来保障其强制力的正常发挥[8]。而二元行为无价值论者认为对某行为进行定罪处罚时不能单纯仅仅从单一的方面来分析评价，面对复杂的问题应综合多方面的要素来综合分析考虑。不法应同时具有行为无价值与结果无价值，因此认为只有考虑行为和结果两方面因素，才能做到不遗漏重要因素地全面合理进行刑法评价。与之相对应，正当化事由的成立自然需要行为人主观上的正当，即要构成阻却违法事由同样不能仅仅存在客观上的要素，除了客观的违法阻却要素外，还需要考虑主观上要有产生某种合法事情意识的要素。

因此，认为用二元行为无价值论评价最为恰当。周光权教授指出：行为无价值二元论只不过是在客观的法益侵害之外，同时考虑主观意志内容是否得到实现，综合评价法益侵害的过程[9]。用二元行为无价值论来评价行为的违法性时，能将主客观因素相结合，兼顾考虑了行为和结果，也就是将一元行为无价值论强调的道德规范要素和结果无价值论强调的客观结果要素综合起来考虑。二元行为无价值论综合考虑主客观要素，符合了社会公平正义的要求，维护了国家的刑罚权，保留了刑法内在的谦抑性特征。

犯罪未遂中的危险判断标准决定了偶然防卫能否成立未遂，现实上，即使没有造成利益侵害，但存在危险性的行为，也需要赋予其不法性[10]。对未遂说的旨趣是在构成要件的结果已经发生的情况下，在整体法秩序层面对偶然防卫客观上产生的合法化情势予以规范性评价，从而排除其结果不法[11]。周光权教授认为：行为对法益的危险也是结果不法的表现形式，犯罪未遂也同时要求行为无价值和结果无价值[12]。而且，二元行为无价值论对于行为和结果的考虑的先后和程度是有所偏重的。以二元行为无价值论的观点为基础进行分析，首先主要关注行为性质，其次兼顾关注结果。偶然防卫行为具有行为无价值，即不法侵害行为，但缺乏结果无价值，即不法致人死伤等。故虽体现行为无价值，但因结果无价值性缺失，恰符合未遂犯的构成。

首先，通过上文已对防卫意识必要性问题进行分析，行为人的要成立正当防卫的防卫意识的必要性，而偶然防卫因缺乏防卫意识，故不成立正当防卫。自然也就不能构成违法阻却事由。而应成立犯罪。其次，从另一方面来讲，刑事处罚不仅仅为了惩戒犯罪，更是为了预防犯罪，对社会起到警示的作用。若对此行为不加以惩处，便会令犯罪分子总是抱着侥幸的心理继续实施犯罪行为来危害社会，侵犯他人法益。

二元论，即指评价既关注行为又关注结果，充分体现罪刑相适应原则。因偶然防卫行为产生的结果存在积极作用，故不能将其盲目地等同于产生恶劣结果的相同行为定罪处罚。该行为的违法性，即因为该行为在客观现实中存在极大客观危险性所以将其定性为犯罪。而产生客观积极、不被法律所反对的防卫结果决定量刑为未遂。所以，对偶然防卫行为以犯罪未遂论处，方能很好地做到罪刑相适应，既维护了社会秩序、社会公允和人民的法益，也更为合情合理，并能产生很好的社会警示作用。

再依据我国现行刑法相关的法律规定进行分析。首先，分析偶然防卫行为的定罪问题。对于偶然防卫行为进行定罪时，同样也必须秉持我国刑法第三条规定的罪刑法定原则。虽然目前我国刑法对偶然防卫行为还没有明文规定，但偶然防卫行为与普通的一般犯罪行为有着相同的犯罪构成要件，故理所当然适用刑法分则相应的具体罪名。其次，分析偶然防卫的量刑问题。根据《中华人民共和国刑法》第六十一条规定：“对于犯罪分子决定刑罚的时候，应当根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度，依照本法的有关规定判处。”由此可知，由于偶然防卫行为最终保护了法益，产生了有防卫效果的积极客观结果，应在量刑时应加以考虑。综上所述，与主观上同样有着侵害的故意，进而实施了侵害行为，但却仅造成侵害结果成立犯罪既遂的行为应进行区别考虑，最终产生利好结果，对社会的危害程度更轻的偶然防卫行为在量刑上理应更轻，故成立犯罪未遂更合理合法。

为了更清晰明了地论证上述观点，结合上文中提到的【案例1】，再从事前的一般人认知基准和行为本身两个方面入手，对偶然防卫行为再次进行具体分析。

首先，立足于事前一般人的基准。在偶然防卫的情境中，只要是从行为实施时来看，无论是从一般人角度还是行为人角度，都可认为该行为具有侵犯法益的危险，应构成犯罪未遂。对于偶然防卫行为是否应构成犯罪的问题，在司法实践中处于两难境地，这最终便需要法官作出合情合理合法的判断和选择。根据二元行为无价值论的观点更为合理，主张评价既关注行为又关注结果，即首先主要关注行为性质，其次兼顾关注结果。虽然从事后看，行为人甲偶然防卫所针对的对象乙是正在进行不法侵害，故法律对此时乙因此产生死亡的结果是许可的。但是，不法的情形是指刑法所要禁止以及预防的行为方式，故在客观现实中存在极大客观危险性的行为，依旧应被认定为违法行为。根据法律对犯罪的相关规定可知，若行为人未受外界意外因素介入干扰，未遂犯罪本可实现该犯罪既遂全部构成要件。从旁观者角度分析考虑，甲存在杀害的故意从而实施杀害行为，性质极其恶劣，一般都认为被害人具有严重生命危险。故由于本案中甲用斧头砍杀他人行为虽产生防卫的客观结果，最终在总体上并没有导致实害结果发生，但从理性角度分析均能承认该行为的危险性，所以由于甲砍杀行为的高度危险性，所以是构成犯罪未遂，并根据《中华人民共和国刑法》第二百三十二条对故意杀人罪的相关规定，甲应构成故意杀人罪未遂。

此外，再从行为本身进行分析。马克昌教授认为侵害包括实害与危险[13]。因为，未产生法律规定的实际损害后果，并不等同于该行为缺乏高度危险性即没有侵害。偶然防卫行为是对他人具有极大危险性的侵害行为。本案中的偶然防卫人甲基于杀害乙的犯罪目的着手实施砍杀乙的行为，这种行为模式必然是被法律所禁止的。“如果这样的行为模式不被禁止与处罚，谁也不敢保证，相同的行为模式在下次也不会造成伤亡。基于如此的道理，刑法并不是只有处罚既遂犯罪，而是也处罚未遂犯罪。”[14]犯罪既遂行为的客观结果，是需要产生违反法律规范的最终结果，即产生法律所反对、禁止的客观结果。而本案中的偶然防卫行为人甲实施的砍杀乙的行为最终是起到防卫作用，只要甲的行为在防卫的范畴之内，便不能认为该结果为法律所禁止产生的结果。因此，由于法律所禁止的结果没有产生，便无法成立犯罪既遂。偶然防卫的行为人具有行为无价值，但没有造成规范所反对的实害(死亡)结果，缺乏故意杀人罪既遂的结果无价值，因此，不具有故意杀人罪的不法；但其有故意杀人未遂的结果无价值，从行为时一般人的角度来看，认定行为具有剥夺无辜者生命的危险，因此，应当成立故意杀人罪未遂[14]。当然，将偶然防卫认定为未遂，更是回应了积极的一般预防要求。对于在一般的正常情况下都会发生实害结果的行为，仅在极为特殊的情况下没有产生实害结果，也应当成立犯罪未遂。否则，便容易让犯罪分子产生侥幸心理，以至于更多效仿者会抱有这种侥幸的心理继续实施犯罪行为。

总而言之，对偶然防卫进行定性时，应采用防卫意识必要说和二元行为无价值论的观点。首先，防卫意识必要说在司法实践中得到了广泛的运用，得到了法律的认可，并且该学说本身也具有合理性，有利于打击犯罪和维护社会公平正义。基于防卫意识必要说，偶然防卫因欠缺该意识，不构成正当防卫。此外，通过犯罪的本质来进行分析，认为偶然行为是犯罪行为。最后，用通过分析比较得出的最为合理、全面的二元行为无价值论的观点为基础，以主客观相结合的方式，深入分析偶然防卫行为外在表现和内在本质。分析得出偶然防卫行为因主观上不存在防卫意识，行为上符合犯罪行为，客观上偶然地起到防卫作用，由此对偶然防卫行为进行合理定性，偶然防卫行为应成立犯罪未遂。

以此理论观点为依据，对文中提到的其余两个案例，即对【案例2】和【案例3】中的偶然防卫行为作具体的认定。在【案例2】中，甲乙两人都想要杀死对方，甲用匕首捅乙，乙用枪射杀甲，但在甲不知情的情况下，甲的行为碰巧使乙的枪射偏，保护了自身。甲出于杀人故意，没有防卫意识并着手实施了杀人行为，应构成故意杀人罪。但偶然防卫者甲用匕首捅的是一个正准备用枪杀自己的犯罪分子乙，故甲捅死乙从而产生保护丙的客观结果，并不是法律所禁止的结果，即甲用匕首捅人的行为在客观上没有导致法律反对的后果。但这必然是存在公认的极大危险性，故该行为理应成立故意杀人罪未遂。相同的道理，在【案例3】中，甲乙二人共同用木棒对丙实施伤害行为，甲欲用木棒打被害人时，因为行为误差，将同伙乙打成重伤，被害人乘机逃走。甲具有伤害的故意，进而实施故意伤害行为。按照被害人自我答责的理论，即根据倘若被害人有责任，行为人则不成立犯罪的理论观点，可以认为本案中的甲不需要对同伙乙的死亡负责。但是，由于甲基于伤害的故意着手实施了伤害行为，对甲实施的伤害行为从事前角度进行判断，很明显存在危险性。此外，对于除了乙之外的其他人例如丙等，同样存在潜在的客观危险性。即甲的行为可以认定属于偶然防卫，但不能认定其无罪。当然，毕竟在本案的情境之下，甲打伤侵害者乙从而产生保护被害人的客观结果并不是法律所

禁止的结果,即甲用木棒打伤乙的行为在客观结果上并没有导致法律反对的后果,但行为却存在巨大危险性。由此可以判断,本案例中的偶然防卫行为人甲应该成立故意伤害罪未遂。

6 结语

6.1 结论

根据本文的观点,认为对偶然防卫进行定性时,应采用防卫意识必要说和二元行为无价值论的观点。首先,防卫意识必要说在司法实践中得到了广泛的运用,得到了法律的认可,并且该学说本身也具有合理性,有利于打击犯罪和维护社会公平正义。以防卫意识必要说的观点为基础,认为偶然防卫因缺乏防卫意识而不成立正当防卫。其次,因行为人对其行为的性质以及相关法律规定有清晰明确的认识,故偶然防卫行为不属于认识错误。此外,通过犯罪的本质来进行分析,认为偶然行为是犯罪行为。最后,通过分析比较得出的最为合理、全面的二元行为无价值论的观点为基础,以主客观相结合的方式,深入分析偶然防卫行为外在表现和内在本质。分析得出偶然防卫行为因主观上不存在防卫意识,行为上符合犯罪行为,客观上偶然地起到防卫作用,由此对偶然防卫行为进行合理定性,最终支持偶然防卫行为应成立犯罪未遂的观点。

6.2 展望未来

综上所述,对偶然防卫行为的定性的研究在法律学术界有着较为重要的意义。由于法律普遍存在滞后性,现实社会中在一定程度上给人们维护权益和打击犯罪带来了较大的困难。防卫行为对保护公民的生命财产安全有着重大的意义,因此对不仅仅是正当防卫、偶然防卫,还包括各种防卫行为的相关法律规定的完善急需提上日程,由此才能更好地与违法犯罪行为作斗争,维护社会稳定,建设社会主义法治社会。现如今,偶然防卫行为在我国法律上还没有明确的规定,因此,司法工作人员在面对该类案件时,应秉持罪刑相适应原则、主客观相统一原则以及具体问题具体分析原则,运用现有的法律规定,努力维护社会公平正义,保护人们的合法权益,推动我国法治事业的进步和法律体系的完善。

参考文献

- [1] 张明楷. 论偶然防卫[J]. 清华法学, 2012(6): 17-37.
- [2] 张明楷. 刑法学[M]. 北京: 法律出版社, 2003: 222.
- [3] 大谷实. 刑法讲义总论[M]. 东京: 成文堂出版社, 2009: 290.
- [4] 侯国云. 中国刑法学[M]. 北京: 中国检察出版社, 2003: 178.
- [5] 陈兴良. 本体刑法学[M]. 北京: 商务印书馆, 2001: 438.
- [6] 张明楷. 刑法学[M]. 北京: 法律出版社, 1999: 179.
- [7] 大谷实. 刑法讲义各论[M]. 黎宏, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2008: 263.
- [8] 张军. 犯罪行为评价的立场选择——为行为无价值理论辩护[J]. 中国刑事法杂志, 2006(6): 10-16.
- [9] 周光权. 行为无价值与结果无价值的关系[J]. 政治与法律, 2015(1): 2-12.
- [10] 周光权. 行为无价值论的中国展开[M]. 北京: 法律出版社, 2013: 253.
- [11] 邹兵建. 偶然防卫论[J]. 刑事法评论, 2013, 32(1): 129-170.
- [12] 周光权. 行为无价值二元论与未遂犯[J]. 政法论坛, 2015, 33(2): 38-51.
- [13] 马克昌. 外国刑法学总论(大陆法系)[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2009: 178.
- [14] 西田典之. 日本刑法总论[M]. 刘明祥, 王昭武, 译. 北京: 法律出版社, 2013: 144.