

正在热映中的春节档电影《第二十条》是国内首部聚焦“正当防卫”议题的法治题材影片。近日,本报记者邀请法学专家、检察官就观众发出的疑问进行解答——

正当防卫如何适用

《第二十条》>>>>的法理解读

□本报记者 单鸽 刘亭亭

“法律是让人犯罪的成本更高,而不是让好人出手的代价更大!”正在热映中的春节档电影《第二十条》是国内首部聚焦“正当防卫”议题的法治题材影片,以艺术性的角度向观众再次释放国家支持正当防卫、鼓励见义勇为的信号。

正当防卫在现实适用中有着怎样的要求?

它与“故意伤害”的界限在哪里?为何刑法第二十条曾成为“沉睡”的条款?

……

近日,本报记者特别邀请最高人民法院检察院第一检察厅副厅长周惠永、陕西省检察院检委会专职委员谭鹏、江苏省苏州市检察院副检察长王勇、清华大学法学院教授、博士生导师张建伟就观众发出的疑问进行解答。

问题一:司法实践中,认定构成正当防卫的关键是什么?

谭鹏:司法实践中认定构成正当防卫的关键在于准确把握正当防卫的起因条件、时间条件、对象条件及意图条件。起因条件是指正当防卫的前提是存在不法侵害;时间条件要求正当防卫必须是针对正在进行的不法侵害;对象条件是指正当防卫必须针对不法侵害人进行;意图条件是指正当防卫必须是为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受不法侵害。当然,对于故意以语言、行为等挑动对方侵害自己再予以反击的防卫挑拨,这种情形则不应认定为防卫行为。

周惠永:不法侵害既包括侵犯生命、健康权利的行为,也包括侵犯人身自由、公私财产等权利的行为;既包括犯罪行为,也包括违法行为。不应将不法侵害不当限缩为暴力侵害或者犯罪行为。对于非法限制他人人身自由、非法侵入他人住宅等不法侵害,可以实行防卫。不法侵害既包括针对本人的不法侵害,也包括危害国家、公共利益或者针对他人的不法侵害。

王勇:一些办案人员习惯于在事后的角度、局外人的角色冷静观察,这样就很难捕捉到当事人潜藏于内心的行为动机、主观目的等。更重要的是,这样丧失洞察案件中人性的最佳视角。办案人员应转变理念,用“如我在

诉”的思路,把自己代入现场,代入不同当事人角色,得出初步结论后,再用复杂、精细的技术规则验证自己的结论。对任何一个案件必须综合起因、过程及行为人一贯表现等综合判断。有的办案人员,对出现伤害结果的案件,只关注审查暴力升级时的这个“时间点”,就容易得出一个互殴或者伤害的结论。但查清犯罪嫌疑人为什么会打人,起因是什么?起因谁对谁错?在此过程中,谁激化了矛盾?如果看整个事件发展的“时间线”,双方整体是非对错的“关系面”,可能结论就有所不同。

张建伟:正当防卫属于免责事由,认定构成正当防卫的关键,是案件涉及的正当防卫要件事实的准确认定。事实得到确立,法律适用问题可以迎刃而解。这些要件事实包括三项:一是目的事实,正当防卫的目的是保护国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利;二是对象事实,正当防卫针对的是正在进行的不法侵害,侵害行为具有违法性,并且是正在进行的;三是结果事实,正当防卫行为对不法侵害人造成一定的损害。要认定是否属于正当防卫,除了要确定上述事实成立之外,还要衡量防卫行为是否超过必要限度,正当防卫明显超过必要限度造成重大损害的,属于防卫过当,仍然需要承担一定的刑事责任。在司法实践中,正确适用正当防卫制度,特别是正确划分正当防卫与防卫过当以及一般犯罪的界限,是一个难题。在依法准确认定行为是否具有防卫意图时,不能简单地以防卫行为造成的后果重于不法侵害造成的后果,就排除当事人具有防卫意图。应当从矛盾发生并激化的原因、打斗的先后顺序、使用工具情况、采取措施的强度等方面综合判断当事人是否具有防卫意图。应以防卫人的视角,根据不法侵害的性质、强度和危险性,防卫人所处的具体环境等因素,进行符合常情、常理的判断。

问题二:对于法条中所要求的“正在进行”,应如何理解?

张建伟:刑法第二十条所限定的正当防卫针对的对象是“正在进行的不法侵害”,所谓“正在进行”就是侵害行为已经着手实施、尚未结束,侵害行为处于时间起点到终点的过程。

周惠永:对于不法侵害已经形成现实、紧迫危险的,应当认定为不法侵害已经开始;对于不法侵害虽然暂时中断或者被暂时制止,但不法侵害人仍有继续实施侵害的现实可能性的,应当认定



张建伟
清华大学法学院教授、博士生导师

周惠永
最高人民法院第一检察厅副厅长

谭鹏
陕西省人民检察院检委会专职委员

王勇
江苏省苏州市人民检察院副检察长

为不法侵害仍在进行;在财产犯罪中,不法侵害人虽已取得财物,但通过追赶、阻击等措施能够追回财物的,可以视为不法侵害仍在进行;对于不法侵害人确已失去侵害能力或者确已放弃侵害的,应当认定为不法侵害已经结束。

张建伟:侵害与正当防卫行为发生当时,事实演变处于混乱、难以全面精确预测状态,对于不法侵害是否已经开始或者结束,以及防卫是否超过必要限度,办案人员事后进行判断,要立足防卫人在防卫时所处境境,按照社会公众的一般认知,依法作出合乎情理的判断,不能对防卫人有所苛求。在办公室进行冷静分析,与案发当时急迫情况下进行分析判断是不同的,办案人员必须将判断置于当时的情境中才行。

问题三:刑法第二十条对正当防卫有着明确规定,法律支持正当防卫,鼓励见义勇为,同不法行为作斗争。那么,为何该条款会成为“沉睡条款”?

谭鹏:自我国1979年刑法对正当防卫制度作出明确规定以来,相关案件的办理是可以依照刑法规定正确、妥当处理的。实践中,对于正当防卫制度的适用,既要避免把握过严,也要保证不失当。尤其是在案件发生死亡的情况下,成因、证据复杂,“人死为大”“死了人就占理”的观念和舆论环境常常会对办案人员产生影响和压力,

同时刑法规定较为原则、抽象,在“两高一部”《关于依法适用正当防卫制度的指导意见》(下称《指导意见》)未颁布实施之前,法学理论与实务界对正当防卫认定中的不法侵害、存在进行、防卫与互殴等情形的判定存在许多争论,加之一些案件的情况错综复杂,证据取证受限等,导致对正当防卫的精准把握难度较大。

王勇:伴随着人民群众对于民主、法治、公平、正义、安全的需求越来越高,办案人员办理案件的能动司法理念、能力以及担当更高了。除了一些客观存在的困难,我认为还有一个不可忽视的原因,就是现在取证能力增强了,如果没有更多客观的视频证据出现,没有更完善的客观证据的取证方式,正当防卫的适用可能还面临很多现实困难。

问题四:影片里的故事情节是围绕着一个问题展开的,那就是“正当防卫”与“故意伤害”的界限在哪里。随着这个界限的明晰,影片艺术化地呈现了正当防卫的法律条款从“沉睡”到激活的过程。这背后体现了检察机关怎样的办案理念变化?办案人员该如何让“法不能向不法让步”的理念更好地深入人心,贯彻到司法实践中,避免见义勇为的人流血又流泪?

周惠永:影片中“韩明”执司法理念转变的背后,实际是在习近平法治思

想的指引下,近年来最高检主导指导的昆山反杀案、福建赵宇案、涿源反杀案、杭州盛春平案等社会影响较大的正当防卫案件的依法正确处理,在实践中不断激活刑法关于正当防卫条款(第二十条)的准确适用。新时代人民群众对民主、法治、公平、正义有了更高水平的期待和需要,执法人员应当不断转变执法司法理念,顺应人民群众新需求,提高执法司法水平。在对正当防卫案件的处理上,要坚持法理情有机统一,维护公平正义。要立足防卫人防卫时的具体情境,综合考虑案件发生的整体经过,结合一般人在类似情境下的可能反应,依法准确把握防卫的时间、限度等条件,要充分考虑到防卫人面临不法侵害时的紧迫状态和紧张心理,防止在事后以正常情况下的冷静性、客观精确的标准去评判防卫人。同时,要注重查明因后果,分清是非曲直,确保案件处理于法有据、于理应当、于情相容,符合人民群众的公平正义观念,实现法律效果与社会效果的有机统一。

谭鹏:在某种程度上,“韩明”是检察机关办案理念转变的一个缩影。在办理张贵生案件时,影片中的检察官韩明更注重对法条的套用,对既往判例的参考,但套用和参考都比较机械和僵化,没有兼顾法与情、与理的关系,追求的是自己不出错、随大流。在办理王永强案件时,因张贵生意外死亡、郝秀萍绝望跳楼、自己儿子制止校园欺凌却成为违法者等一系列亲历的鲜活事实,让韩明这样一位自诩经验丰富的检察官开始真正地对立法本意、法律的价值展开追索和思考,不再拘泥于抽象的法条,而开始关注鲜活的涉案人,不再受限于既往的判决,而开始反思追问什么才是“正确的事”,不再只追求办案不出错,而是敢当敢为地从老百姓对正义最朴素的期待出发,去拷问自己人民需要什么样的检察官,办理的案件传递给老百姓的、孩子的、社会的将是什么样的价值观。在整个过程中,韩明完成了一次检察官办案理念、办案能力的升级进阶。实践中,“两高一部”制发的《指导意见》对一些焦点难点问题作出回应的同时,还配套发布了正当防卫的典型案例。一方面,通过对正当防卫制度作出细致、明确的定义以解决过去司法实践中因正当防卫制度法律条文抽象、概括、未细化明确导致司法机关办案中不好把握的问题,确保司法人员能够精准适用、真正激活正当防卫制度;另一方面,也让人民群众真切感受到司法机关、司法人员在高效办

好每一案件中倾听人民呼声、聚焦实务热点、积极转变司法理念,在实体上、程序上和效果上都要确保公平公正的态度和决心。检察机关也更加注重对案件的释法说理,贴近群众及时发声,比如通过影视作品的方式把“法不能向不法让步”的声音掷地有声地喊出来,同时也通过普法活动厘清正当防卫与故意伤害等的界限,让老百姓有信心、有底气、有方法依法捍卫自己的合法权利。

王勇:法律是最基本的道德,但是司法结论会影响社会的公序良俗,甚至可能重新塑造社会的价值导向。用司法办案引领社会公正,体现核心价值观,是办案更大的价值。最高检党组强调,善于统筹法理情的有机统一,防止就案办案、机械办案。司法实践中,人情和天理都是正当防卫认定中的要件事实及量刑需考虑的因素,要用公序良俗和道德准则梳理、把握案件中存在的利益冲突,包括行为人的利益、被害人的利益、法治秩序和社会对治安的预期,同时对各个利益的权重进行赋值,然后作出最终判断,才能落实法理情融合的办案效果,才能高质量办好每一个案件,才能真正、切实让人民群众感受到公平正义。

张建伟:电影《第二十条》折射了检察机关对于正当防卫性质认定上正在摆脱过去较为机械的司法习惯做法的束缚,从国法、天理、人情三方面结合和政治效果、法律效果、社会效果综合评判来处理案件,突出“法不能向不法让步”的时代强音。

我们的社会期待和鼓励见义勇为行为,立法与司法需要积极回应社会的吁求,不仅如此,立法和司法鼓励什么、抑制什么,也都具有一定的社会风气塑造作用。当犯罪行为正在发生时,社会防卫机制未必能够立即作出反应,需要被不法侵害者进行即时的自我防卫,或者有人见义勇为。如果正当的自我防卫行为和见义勇为行为受到错误的刑事追究,包括将正当防卫错误认定为防卫过当,容易造成最有利于不法侵害者的局面,让社会中受侵害者噤若寒蝉、任人凌辱,让正义之士失去“该出手时就出手”的勇气与豪情,社会就处于“丛林社会”。为此,司法机关应当根据立法原意阐明规范的逻辑,正确适用正当防卫制度,防止冤枉行端履正的自我防卫者与见义勇为者,引导公民正确行使防卫权。



充分发挥检察机关审前把关、过滤作用——

聚焦重点构建以证据为中心的刑事指控体系

观察

□何永福

1月14日召开的全国检察长会议强调,刑事检察要推动构建完善以证据为中心的刑事指控体系。笔者认为,以证据为中心的刑事指控体系的构建应立足我国犯罪结构呈现明显轻罪化的现状及刑事检察的职能,树立刑事一体化思维,构建证据审查体系、事实认定体系、涉案财物处理审查体系,强化检察官审查判断各类证据的能力及运用论证等方式准确认定犯罪与保障人权的能力。

树立刑事一体化思维。根据相关司法解释,检察机关应当运用证据证明的案件事实包括犯罪事实、量刑事实、有关涉案财物处理的事实等,仅从程序角度强调证据的收集及审查判断尚无法全面反映以证据为中心的刑事指控体系的要求。为有效实现检察机关指控犯罪的目的,应树立刑法、刑事诉讼法、证据法一体化适用思维来构建以证据为中心的刑事指控体系。具体而言,刑法对各类犯罪的构成要件等作出规定,进而明确犯罪构成要件事实,为全面收集证据和审查判断证据的证明能力和证明力提供明确指引。刑事诉讼法不仅对侦查机关的各类侦查取证行为作出明确规定,还对由取证行为获得的证据是否具有证据能力作出明确规定。虽然我国没有单行证据法,但刑事诉讼法中相关证据规则及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》中相关规定均对证据审查判断方法作出明确规定。在刑法的指引下正确认定案件涉及罪名的犯罪构成要件,明确需要运用证据证明的犯罪构成要件事

实、量刑事实和涉案财物处理的事实等,进而确保涉案证据均通过符合刑事诉讼法规定的取证方式获取,并对具有证明力的证据综合运用论证、最佳解释推理等方式进行证据分析推理以准确认定案件事实,从而实现精准打击犯罪的目的。

提升检察监督能力和执法司法规范化水平。提高刑事案件侦查取证质量、提升刑事案件办理质效是检察机关和侦查机关共同面对的问题。应发挥侦查监督与协作配合办公室这个平台的作用,建立协作关系,明确侦查机关收集、保全各类证据,检察机关对侦查机关移送的证据进行审查以确定犯罪嫌疑人是否符合逮捕或羁押的条件等。检察机关可以发挥自身在法律和事实证据审查方面的优势,引导侦查人员及时、有效收集、固定证据,并在侦查机关收集并移送相关证据材料后对案件的证据体系进行审查,如发现案件证据体系存在问题的,及时向侦查机关提出补充侦查意见。

构建证据审查体系。目前,在证据审查过程中仍存在证据审查的有序性、清晰性和有效性不足等问题。笔者建议构建以关联性、合法性、真实性为核心的证据准人体系。一是明确关联性的含义及其判断方法。关联性是指证明犯罪事实要件事实、量刑事实和涉案财物处理事实具有可能性。二是明确合法性审查,将非法取得而需要排除或禁用的证据排除在证据体系之外。具体来说,应准确区分非法证据和瑕疵证据,依法排除或禁用以下证据:“非法证据”“欠缺证据基本规范要求而不具备证据能力的证据”“其他根据法律和司法解释规范禁止使用的证据”。三是真实性,主要审查证据是否真实可靠,如人证是否具有可靠性、物证、书证、电子数据是否具有原始性、未篡改性,等等。

构建事实认定体系。根据相关司法解释及司法实践,事实认定方法主

要有印证证明、抽样证明、综合认定及推定等。在具体证据审查过程中,要注意不同证明方法的不足并采取相应措施加以完善,并将上述方法综合运用到论证与推理的事实认定体系中。

印证证明,即利用不同证据之间的同一性来证明事实的方法。有观点认为,印证既非证明模式,亦非证明标准,而是一种证据分析方法,也可作为一种证据审查判断方法。印证从证据直接跨越到事实,未通过法律推理、诉讼认识论等裁判机制建立并证立二者之间的联系;还有观点认为,立足证据外延、证明方式和证明标准的规定,印证证明模式均显得过于狭隘。它既不能对事实认定活动形成有效的指导,也无法确保发现真实任务的圆满完成。印证证明应以“融贯论”为直接学理根据,并借助特殊的归纳逻辑和溯因推理来实现。

《人民检察院办理网络犯罪案件规定》第22条规定:“对于数量众多的同类证据材料,在证明是否具有同样的性质、特征或者功能时,因客观条件限制不能全部验证的,可以进行抽样验证。”有学者通过实证分析发现,我国刑事诉讼中抽样证明存在“未严格遵循随机抽样标准”“抽样比例不定”“抽样对象存在一定的混同性”等问题。因此,“需整合构建以学科交叉、法律衔接为基础的抽样证明规范体系”,确保样本证据应具有代表性及数量合理性。

针对刑事案件的证明难问题,相关司法解释提出以综合认定方法认定案件事实。综合认定方法是运用多元化方法、全面审查证据、采用综合性视角、秉持审慎态度来认定案件事实的证明模式。在司法实践中,由于司法解释未能通过逻辑主线将这些事实要素进一步予以串联、整合,在实务中与理论上均难以形成共识,容易导致其适用的异化。笔者认为,应明确综合

认定方法中的逻辑主线,并运用经验法则、情理推断等方式进行论证与推理进而认定事实。以诈骗罪中非法占有为目的的认定为,应构建“以民事救济可能性为主线,采取‘履行能力—履行意愿’的阶层式判断路径”。具体来说,首先,当行为人欠缺履行能力时,直接认定其具有非法占有目的,构成刑事诈骗(阶层一);其次,当行为人具有履行能力时,需要进一步判断履行意愿(阶层二),若欠缺履行意愿,则行为人为具有非法占有目的,构成刑事诈骗,若具有履行意愿,即便因意志以外的原因未能实际履行,也仅构成民事欺诈。

构建涉案财物处理的审查体系。我国目前没有完备的刑事涉案财物没收的审查体系。从域外来看,根据美国《2002年犯罪收益追缴法》相关规定,没收的审查体系分为以下四个阶段:第一阶段是判断犯罪行为人是一般犯罪行为人还是具有以犯罪为生活方式的犯罪行为人;第二阶段是确定犯罪行为人是否从一般犯罪行为中获得收益或基于认定犯罪行为人具有犯罪生活方式而推定其犯罪收益;第三阶段是确定对犯罪行为人可实现没收的数额;第四阶段是作出没收令。我国可借鉴他国的有益经验,结合实际情况构建刑事涉案财物没收的审查体系。具体来说:第一阶段审查犯罪行为人是否实施具有违法性的犯罪行为;第二阶段审查犯罪行为人是否使用或产生犯罪物或违法所得;第三阶段审查何人使用或获得犯罪物或违法所得,是犯罪行为人还是第三人;第四阶段确定犯罪物或违法所得的范围;第五阶段将已发还给第三人合法所有的违法所得排除在没收范围之外;第六阶段运用比例原则审查没收是否适当,主要针对犯罪物的没收进行审查。

(作者单位:广东省珠海市人民检察院)

全方位寻访 □全链条保护 □全维度传承
“三位一体”推动文物和文化遗产保护

视角

□刘惠生

近年来,陕西省安康市检察机关寻访、保护、传承“三位一体”发力,依法一体履职、综合履职、能动履职,推动文物和文化遗产保护,取得良好政治效果、社会效果和法律效果。

全方位寻访,让文物和文化遗产“活起来”。安康地处秦巴腹地,汉水之滨,有着丰富的秦巴汉水历史文物和文化遗产;安康也是鄂豫陕革命根据地、川陕革命根据地的重要组成部分,有着光荣的革命斗争史和丰富的红色文化资源。安康检察机关主动与党史研究室、退役军人事务局、文物文化保护等部门联系对接,围绕重大事件、重大活动、重大人物,对全市革命、建设、改革时期的革命文物开展全面排查寻访。2022年5月,宁陕县检察院在寻访中发现宁陕县柴家关红二十五军司令部旧址年久失修,文物本体存在安全隐患和灭失风险。安康市检察院得知此情况后,及时成立专案组,由检察长担任专案组组长。经多次研判、反复商讨后,向宁陕县人民政府发出检察建议,并召开听证会公开听证、公开宣告送达。2023年,检察机关又督促宁陕县人民政府拨付58万元用于旧址内的陈列布展。现在,红二十五军司令部旧址已经成为当地的红色教育基地对外开放。

全链条保护,让文物和文化遗产“动起来”。文物和文化遗产保护需要推动方方面面进行“全链条”保护。安康检察机关积极主动履职,与相关部门一体化调查取证,双向移送线索,及时跟进监督,充分发挥“四大检察”职能作用,依法惩治打击涉文物犯罪,依法监督涉文物保护生效裁判、审判、执行活动,依法开展涉文物和文化遗产公益诉讼,督促行政机关严格依法履职。全市检察机关部署开展了历史遗迹专项监督,针对历史遗迹年久失修、淤

损损毁等问题,通过公开听证、公开宣告送达、提起公益诉讼等方式,推动汉阴县明城墙(文峰塔)、石泉县高王宫等10处历史遗迹得到有效保护。开展为期一年的“捍卫英烈荣光”公益诉讼检察监督专项活动,确立抢救性保护和预防性保护、本体保护与周边保护、保护传承与融合发展的工作任务和方向,推动宁陕县红军攻打老城遗址等20余处革命旧址焕然一新。平利县八仙镇廖乾五烈士故居是检察机关依法能动履职的一个典型案例。中国共产党早期优秀党员、人民军队创建初期的高级政治工作干部廖乾五故居,位于陕西省安康市平利县,2021年1月被公布为陕西省第一批不可移动革命文物。2021年9月,平利县检察院得知故居院墙坍塌、木质大梁腐朽,存在毁损灭失风险。市、县两级检察院立即启动公益诉讼办案程序,历时两年、四次回访、多次协调、跟踪督促,协调解决了产权纠纷问题和修缮资金问题,推动平利县政府完成了故居一期保护和修缮工作,并如期启动了二期保护工程。一个案例胜过一打文件,一处保护影响一个地区。

全维度传承,让文物和文化遗产“变起来”。文物和文化遗产保护是一项系统工程,也是一项历史工程,寻访是基础,保护是关键,传承是目的。安康检察机关通过开展“寻保传”活动,与安康市文化和旅游局共同打造革命先驱廖乾五、开国将军何振亚故居以及陕南抗日第一军、红军镇、红二十五军司令部旧址等一批红色教育基地,总结提炼形成了安康汉阴沈士远、沈尹默、沈兼士“三沈”精神等一批红色故事和励志事迹,让文物和文化遗产保护的存量,上升转化为崇德向上幸福安康的变量。安康检察机关也培育了“红润安康·检察安康”“山水汉滨金彩检察”“十美石泉 五彩检察”等一批有影响的党建文化和检察工作品牌,让检察履职的动能提升转化为服务保护的势能。同时,还着力营造缅怀先辈、崇尚先烈、争当先进的浓厚氛围,让红色基因和精神血脉生生不息、代代传承。

(作者为陕西省安康市人民检察院党组书记、检察长)