

◆ 名案法理研究

于欢故意伤害案的罪与罚/赵秉志 彭新林

◆ 疑难案件探讨

非法吸收公众存款罪行为要素及共犯的认定

——高某、朱某、李某等非法吸收公众存款案/左坚卫 高若辰

◆ 冤错案件花絮

21年和一个21岁的生命

——聂树斌案全纪实/高国辉

◆ 域外名案评析

瑞士联邦刑事法院判决书

——刑事申诉庭2010年12月1日第RR.2010.205-206号/黄凤

◆ 司法解释研究

《最高人民法院、最高人民检察院关于犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件适用违法所得没收程序若干问题的规定》的理解与适用/裴显鼎 王晓东 刘晓虎

北京师范大学刑事法律科学研究院◇主办

刑事法判解研究

第36辑

赵秉志◆主编

第36辑

需强(CIP)目编属存并图

形式前章北：案主志案... 第36辑... 2017.11

中- 卷第... 图... 2017.11

刑事法判解研究

北京师范大学刑事法律科学研究院 主办

赵秉志 主编

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事法判解研究. 第36辑 / 赵秉志主编; 北京师范大学
刑事法律科学研究院主办. —北京: 人民法院出版社, 2017. 12
ISBN 978-7-5109-1991-6

I. ①刑… II. ①赵… ②北… III. ①刑法-判例-研究-中
国 IV. ①D924.05

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第318270号

刑事法判解研究

第36辑

北京师范大学刑事法律科学研究院 主办

赵秉志 主编

责任编辑 丁丽娜 执行编辑 张 奎

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷27号 邮编 100745

电 话 (010)67550608(责任编辑) 67550558(发行部查询)
65223677(读者服务部)

客服QQ 2092078039

网 址 <http://www.courtbook.com.cn>

E-mail courtpress@sohu.com

印 刷 保定市中华美凯印刷有限公司

经 销 新华书店

开 本 787×1092毫米 1/16

字 数 323千字

印 张 18.5

版 次 2017年12月第1版 2017年12月第1次印刷

书 号 ISBN 978-7-5109-1991-6

定 价 38.00元

《刑事法判解研究》

学术顾问

高铭暄 陈光中 储槐植 樊崇义 张 军 南 英
孙 谦 李少平 胡云腾 陈国庆 裴显鼎

编辑委员会

主 任 赵秉志

副 主 任 颜茂昆 万 春

委 员 (以姓氏拼音为序)

戴长林 宫 鸣 卢建平 宋英辉

叶小颖 鲜铁可 周 峰

主 编 赵秉志

副 主 编 左坚卫 彭新林(执行) 刁小清

编 辑 郑祖星 孙道萃 卓一丹 詹奇玮

王 磊

特邀编辑 （以姓氏拼音为序）

- 陈 超 广东省揭阳市中级人民法院院长
龚培华 上海市金山区人民检察院检察长
黄祥青 上海市高级人民法院副院长
孟燕菲 最高人民检察院法律政策研究室处长
万云峰 广州市中级人民法院刑一庭庭长
翁跃强 浙江省人民检察院控申处处长
吴光侠 最高人民法院审管办廉政监察员
詹复亮 最高人民检察院反贪总局业务指导处处长
张温龙 福建省石狮市人民检察院检察长
周加海 最高人民法院研究室副主任
邹开红 北京市人民检察院办公室主任

卷首语

于欢故意伤害案曾引发社会广泛关注。作为一个司法案件的处理，该案已经尘埃落定，但其价值和意义早已超出了司法个案本身的功能局限，引发了我们对法律与道义、人情、民意之间相互冲突情况下刑事法官应当如何抉择的思考，引发了对如何激活和适用我国刑法中正当防卫制度的高度关注，不失为是一场生动的全民共享的法治“公开课”。自此而论，研究于欢故意伤害案的相关法理问题，就不仅具有重要的现实意义，更富有深远的法治价值。本辑【名案法理研究】栏目中，刊登了5篇主要探讨于欢故意伤害案法理问题的文章，主要内容如下：（1）赵秉志与彭新林撰写的《于欢故意伤害案的罪与罚》一文，认为于欢案应定性为防卫过当下的故意伤害致死的犯罪，对于欢可予以较大幅度的减轻处罚。二审法院以故意伤害罪改判于欢有期徒刑5年，定罪正确，量刑适当，符合罪责刑相适应原则。（2）刘仁文撰写的《于欢故意伤害案的学理评析》一文，认为于欢的行为具有正当防卫的性质，属于防卫过当，应当减轻处罚，并认为应当进一步激活我国正当防卫制度的运用，将防卫过当写入刑法分则的具体罪名条款。（3）阴建峰与刘雪丹整理的《正当防卫与防卫过当之界分——于欢故意伤害案研讨会综述》一文，对北京师范大学刑事法律科学研究院主办的“于欢故意伤害案专题研讨会”上相关专家学者的观点进行了综述，既展示了学术界围绕于欢故意伤害案定性引发的观点交锋，同时也反映出北京师范大学刑事法律科学研究院对热点案件以及重大现实刑事法治问题的关注。（4）袁彬撰写的《激情防卫的类型及其处罚——于欢故意伤害案的法理分析》一文，认为激情防卫是解决于欢故意伤害案法律与情理冲突的合理制度选择和理论解释方法，于欢的行为属于激情防卫过当，二审判决对于欢行为的定罪和量

刑是正确的。(5) 周振杰撰写的《侵害预期与正当防卫——基于典型案例的比较论述》一文,从和中国一样都具有大陆法系传统的日本、德国、韩国以及我国澳门特别行政区的典型案例出发,探讨了预期侵害对正当防卫成立的影响,以为于欢故意伤害案等典型案例的审判提供域外借鉴和参考。

在本辑的【疑难案件探讨】栏目中,刊登了10篇疑难刑事案例研讨文章。这10篇文章分别对以下10个问题进行了探讨:(1) 非法吸收公众存款犯罪行为要素及共犯如何认定?(2) 未经许可经营保安服务业的行为是否构成非法经营罪?(3) 三角诈骗行为如何定性?(4) 恶意赚取积分兑换商品行为如何定性?(5) 如何确定追诉时效期限的停止时间点?(6) 运送他人偷越国(边)境罪既遂标准如何认定?(7) 向下属索要公款如何定性?(8) 特定关系人共同受贿故意和行为如何认定?(9) 国家控股、参股公司、企业是否属于私分国有资产罪中的“国有公司、企业”? (10) 刑事案件申诉中证据审查要注意哪些问题? 这些文章针对性强,问题意识突出,分析准确到位,值得一读。

在本辑的【热点案件聚焦】栏目中,刊登了彭新林与张靓撰写的《刑事诉讼中涉案财物处置的法定化——“黑老大”袁诚家申请国家赔偿案》一文,以备受社会关注的袁诚家申请国家赔偿案为视角,对刑事诉讼中涉案财产的依法处置以及民营企业产权的保护问题进行了深入探讨,提出了公安机关对涉案财产采取查封、扣押、冻结等强制措施要遵循法治原则、处置涉案人员犯罪所得时不得牵连其家庭成员的合法财产等推进刑事诉讼中涉案财物处置法定化的七个观点,颇具启发意义和参考价值。

冤错案件严重侵犯公民合法权益,严重损害司法公正,严重影响法律尊严。聂树斌案案情重大、疑难、复杂,属于社会关注度高、影响巨大的冤错案件,该案从2005年被媒体首次报道至2016年最高人民法院以证据不足改判聂树斌无罪,始终没有淡出公众的视野。聂树斌案改判无罪具有重大意义,堪称我国刑事司法历史中一个里程碑式的案件。本辑【冤错案件花絮】栏目中,刊登了中央电视台高国辉撰写的《21 年和一个 21 岁的生命——聂树斌案全纪实》与人民法院报社李敏、荆龙撰写的《让正义不再迟到——聂树斌再审案纪实》,通过这两篇文章,我们可以从社会的视角去更加全面、深入地了解聂树斌案的来龙去脉以及许多法律无法关注到的社会与人情

问题,有助于我们更好地总结聂树斌无罪案的沉痛教训,完善刑事冤错案件预防与纠错制度。

在本辑【域外名案评析】栏目中,刊登了黄风翻译并点评的《瑞士联邦刑事法院判决书——刑事申诉庭 2010 年 12 月 1 日第 RR. 2010. 205 - 206 号》。该文从域外的视角分析了没收程序中作出的没收裁决是否可以通过国际刑事合作得到其他国家的承认与执行问题,提出在境外追逃、追赃案件中应当重视我国法律专家的作用,努力通过向被请求国主管机关提供专家意见引导其加深对我国相关法制的理解。

在本辑【司法解释研究】栏目中,刊登了两篇研究相关司法解释问题的专题文章。一是裴显鼎、王晓东、刘晓虎的《〈最高人民法院、最高人民检察院关于犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件适用违法所得没收程序若干问题的规定〉的理解与适用》一文,对“违法所得没收程序”这一重要司法解释的制定背景、现实意义、核心要义和主要内容等作了权威的解读和分析,对予司法机关准确适用“违法所得没收程序”,具有重要的指导意义。二是刘晓虎的《追逃追赃案件中被告人国籍的认定和诉讼程序的适用》一文,对我国公民实施犯罪后外逃加入外国国籍是否属于司法解释规定的“外国人犯罪”等重要问题进行了深入探讨,提出了可行性的对策建言。

在本辑【指导案例汇编】栏目中,刊登了毛建文拒不执行判决、裁定案(最高人民法院指导案例第 71 号)、北京阳光一佰生物技术开发有限公司、习文有等生产、销售有毒、有害食品案(最高人民法院指导案例第 70 号)、徐加富强制医疗案(最高人民法院指导案例第 63 号)、王新明合同诈骗案(最高人民法院指导案例第 62 号)、马乐利用未公开信息交易案(最高人民法院指导案例第 61 号)、卜新光申请刑事违法追缴赔偿案(最高人民法院指导案例第 44 号)、朱红蔚申请无罪逮捕赔偿案(最高人民法院指导案例第 42 号)等 7 篇由最高人民法院发布的指导性案例。

在本辑【优秀判决选登】栏目中,刊登了两个备受社会关注的重大复杂案件的刑事裁判文书,一是于欢故意伤害案刑事附带民事判决书,二是聂树斌故意杀人、强奸案再刑事判决书。这两份裁判文书说理透彻、逻辑严密、结论正确,语言极富个性,充分体现了法治精神,值得我们慢慢品味。

目录

CONTENTS

【名案法理研究】

- 于欢故意伤害案的罪与罚 赵秉志 彭新林(1)
- 于欢故意伤害案的学理评析 刘仁文(12)
- 正当防卫与防卫过当之界分
- 于欢故意伤害案研讨会综述 阴建峰 刘雪丹(17)
- 激情防卫的类型及其处罚
- 于欢故意伤害案的法理分析 袁 彬(27)
- 侵害预期与正当防卫
- 基于典型案例的比较论述 周振杰(37)

【疑难案件探讨】

- 非法吸收公众存款罪行为要素及共犯的认定
- 高某、朱某、李某等非法吸收公众存款案
- 左坚卫 高若辰(48)
- 未经许可经营保安服务业的行为是否构成非法经营罪
- 周某非法经营宣告无罪案 刘晓虎(61)
- 三角诈骗行为如何定性
- 段连排三角诈骗案 刘少博(67)
- 恶意赚取积分兑换商品行为的定性研究
- 江某盗窃案 王锦畅(80)

如何确定追诉时效期限的停止时间点

——叶某某合同诈骗、票据诈骗罪不起诉复核案

..... 鲁雪松 于连池(94)

运送他人偷越国(边)境罪既遂标准的认定

——赵某运送他人偷越国(边)境案 郭 晶(102)

向下属索要公款如何定性

——李某贪污案 魏 琨(114)

特定关系人共同受贿故意和行为的认定

——郭某某受贿案 于连池 张润平(122)

国家控股、参股公司、企业是否属于私分国有资产罪中的

“国有公司、企业”

——工行 SM 支行、被告人童某等私分国有资产

变更罪名案 刘晓虎 许建华(129)

刑事案件申诉中证据审查相关问题探讨

——谭新善无罪案 符尔加(137)

【热点案件聚焦】

刑事诉讼中涉案财物处置的法定化

——“黑老大”袁诚家申请国家赔偿案 彭新林 张 靓(142)

【冤错案件花絮】

21 年和一个 21 岁的生命

——聂树斌案全纪实 高国辉(149)

让正义不再迟到

——聂树斌再审查纪实 李 敏 荆 龙(171)

【域外名案评析】

瑞士联邦刑事法院判决书

——刑事申诉庭 2010 年 12 月 1 日

第 RR. 2010. 205 - 206 号 黄 风(176)

【司法解释研究】

《最高人民法院、最高人民检察院关于犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件适用违法所得没收程序若干问题的规定》的理解与适用	裴显鼎 王晓东 刘晓虎(188)
追逃追赃案件中被告人国籍的认定和诉讼程序的适用——我国公民实施犯罪后外逃加入外国国籍是否适用涉外刑事诉讼程序	刘晓虎(215)

【指导案例汇编】

毛建文拒不执行判决、裁定案(最高人民法院指导案例第 71 号)	(220)
北京阳光一佰生物技术开发有限公司、习文有等生产、销售有毒、有害食品案(最高人民法院指导案例第 70 号)	(223)
徐加富强制医疗案(最高人民法院指导案例第 63 号)	(227)
王新明合同诈骗案(最高人民法院指导案例第 62 号)	(229)
马乐利用未公开信息交易案(最高人民法院指导案例第 61 号)	(232)
卜新光申请刑事违法追缴赔偿案(最高人民法院指导案例第 44 号)	(238)
朱红蔚申请无罪逮捕赔偿案(最高人民法院指导案例第 42 号)	(242)

【优秀判决选登】

聂树斌故意杀人、强奸案再审刑事判决书	最高人民法院(245)
于欢故意伤害案二审刑事附带民事判决书	山东省高级人民法院(261)

于欢故意伤害案的罪与罚^{*}

赵秉志^{**} 彭新林^{***}

一、前言

日前，山东省高级人民法院对备受社会关注的于欢故意伤害案二审公开审理并作出终审判决，认定于欢的行为系防卫过当，构成故意伤害罪，予以减轻处罚，判处有期徒刑5年。作为一个司法案件的处理，于欢故意伤害案已经尘埃落定，但其价值和意义早已超出了司法个案本身的功能局限，引发了我们对法律与道义、人情、民意之间相互冲突情况下刑事法官应当如何抉择的思考，引发了对如何激活和适用我国刑法中正当防卫制度的高度关注，同时在一定程度上也具有反思司法的法哲学价值。自此而论，在于欢故意伤害案落下帷幕之际，研究于欢故意伤害案的相关法理问题，就不仅具有重要的现实意义，更富有深远的法治价值。

* 本文系最高人民法院特别委托课题“国内正当防卫典型案例研究”的阶段性研究成果。

** 北京师范大学刑事法律科学研究院院长、教授，中国刑法学研究会会长。

*** 北京师范大学刑事法律科学研究院中国刑法研究所副所长、副教授，中国刑法学研究会副秘书长。

二、于欢的行为是否具有防卫的前提和性质

首先，于欢是否具有防卫的前提？本案一审判决认为当时不存在防卫的紧迫性，因而于欢持刀捅刺被害人不存在正当防卫意义上的不法侵害前提，即否定于欢的行为具有防卫的前提。^① 一审判决的这一定性受到普遍质疑。二审判决则认为，于欢是在其人身安全面临现实威胁的情况下才持刀捅刺，且其捅刺的对象都是在其警告后仍向前围逼的人，可以认定其行为是为了制止不法侵害。^②

我们认为，二审法院的认定是正确的，于欢实施捅刺行为时讨债方的不法侵害确实客观存在并正在进行，具备正当防卫意义上的防卫前提。从刑法的相关规定看，正当防卫得以行使的前提条件，就是必须有“正在进行的不法侵害”。不法侵害行为既包括犯罪行为，也包括一般的违法行为。所谓“正在进行的不法侵害”，概括来说，就是这种不法侵害应具有不法性、侵害性、紧迫性和现实性等四个特点。具体到于欢案，应当认定，杜志浩等人实施的违法讨债、严重侮辱、非法拘禁、轻微殴打等不法侵害，显然是法律禁止并予以制裁的违法犯罪行为，具有不法性；而且对方的不法行为也严重损害于欢及其母亲人身自由、人格尊严、人身安全等合法权益，故也具有明显的侵害性。此外，杜志浩等人实施的多种不法侵害行为，具有现实的危险性、复合性、严重性，且持续存在。于欢为了制止这些不法侵害，对杜志浩等人实施反击行为可以减轻或者消除该不法侵害的威胁，是针对杜志浩等人持续进行的严重不法侵害行为的反制，完全具备正当防卫意义上的防卫前提。

其次，在于欢面对正在进行的不法侵害而具有防卫前提的情况下，于欢的反击行为是否具备防卫的性质？关于于欢的行为是否具有防卫的性质，也是二审开庭审理中辩论各方争议的核心问题，对此存在较大分歧。于欢及其辩护人发表的辩护意见认为，于欢实施的行为属于正当防卫，检察机关指控于欢的行为构成故意伤害罪的证据不足；被害人及其诉讼代理人的意见认为，于欢的行为不构成正当防卫或防卫过当，属于故意犯罪。二审判决最后采纳了于欢及其辩护人、出庭检察员所提于欢的行为具有防卫性质的意见，认为原审判决未认定于欢行为的防卫性质属于适用法律错误。

① 参见山东省聊城市中级人民法院（2016）鲁15刑初33号刑事附带民事判决书。

② 参见山东省高级人民法院（2017）鲁刑终151号刑事附带民事判决书。

结合本案一、二审查明的事实并从法理上分析,我们认为,于欢的捅刺行为是为了保护其本人及其母亲的合法权益而实施的,具有防卫的性质。尽管公民享有正当防卫权,但并不意味着公民可以任意实施防卫行为。只有合法的防卫行为,才属于正当防卫,行为人才依法不负刑事责任。依照我国正当防卫制度的法律和法理,防卫意图、防卫对象和防卫时间的认定是判定行为人的行为是否具有防卫性质的关键。

就防卫意图来说,防卫意图是防卫认识因素与意志因素的统一。在实践中,应根据实际情况,遵循主客观相统一原则进行分析和判断。简言之:(1)防卫认识是防卫意图的首要因素,是形成防卫目的的认识前提,具体是指行为人对不法侵害的存在、不法侵害正在进行、不法侵害人、不法侵害的紧迫性、防卫的可行性及其可能的损害结果等有相应的认识。在于欢案中,于欢对正在进行的针对其母子的不法侵害有明确认识,即于欢认识到了自己及其母亲的人身自由、人格尊严正受到严重不法侵害,其母子的人身安全也正受到严重威胁。(2)防卫目的是防卫意图的核心。所谓防卫目的,是指通过采取防卫措施制止不法侵害,以保护合法利益的意图和主观愿望。在于欢案中,于欢持刀捅刺杜志浩等人的行为,是希望以防卫手段制止不法侵害,是为了保护其母子的合法权益,即于欢主观上是出于保护自己及其母亲的人身自由、人格尊严、人身安全等合法权益免受不法侵害的心理态度,具有防卫的目的。概言之,无论是从防卫认识因素看还是从防卫目的因素看,于欢都是具有防卫意图的。

从防卫时间看,于欢的行为是针对正在进行的不法侵害实施的。正当防卫是对正在进行的不法侵害的制止,因此防卫应当适时,不能是事前防卫或者事后防卫,这是正当防卫的时间条件。在于欢案中,杜志浩等人对于欢母子实施的不法侵害行为,没有因为民警出警得到控制和停止,相反进一步升级,当于欢母子急于随民警离开接待室时,杜志浩等人又阻止于欢离开并对于欢实施了勒脖子、按肩膀、推搡等强制行为,杜志浩等人显然已经着手并正处在实施不法侵害的过程之中且尚未结束,因此于欢的行为不属于事前防卫也不属于事后防卫。事实上,于欢持刀捅刺杜志浩等人时,不法侵害的现实危险性不仅客观存在,而且有不断累积升高的现实性,不法侵害的危险状态始终延续,不存在不法侵害的危险已被消除的情形,具备实施防卫的时间条件。这与事后报复性质的反击行为是有本质区别的。

就防卫对象来说,于欢是针对不法侵害人进行的反击。由于不法侵害是通过人的身体外部动作进行的,制止不法侵害就是要制止不法侵害人的行为

能力，必须对其人身采取强制性、暴力性的反击手段。正当防卫的对象只能是不法侵害实施人。在于欢案中，于欢持刀捅刺的对象包括杜志浩、程学贺、严建军、郭彦刚四人。这四人均是对于欢母子实施违法讨债、非法拘禁、严重侮辱、轻微殴打等违法犯罪行为的共同不法侵害行为人，符合防卫的对象条件。在杜志浩等人共同实施的不法侵害中，所有不法侵害者是作为一个整体存在的，防卫对象不能局限于实施了最严重侮辱行为等不法侵害的杜志浩一人，其他共同实施不法侵害的行为人包括程学贺、严建军、郭彦刚，都可以作为防卫的具体对象。面对多人形成的整体的不法侵害状态时，要求于欢只能针对实施了最严重不法侵害的某一个人实施防卫，是不符合以防卫行为制止不法侵害的实际需要的。

总而言之，于欢在防卫意图的支配下，在不法侵害正在进行过程中，针对不法侵害人实施反击行为，其行为当然具备防卫的性质。因此，本案二审判决纠正一审否定不法侵害存在、否定于欢的行为具有防卫性质的错误，认定于欢持刀捅刺杜志浩等四人的行为属于制止正在进行的不法侵害，其行为具有防卫性质，是合乎本案事实，合乎法律情理的。

三、于欢的行为是否属于防卫过当

于欢的反击行为是属于正当防卫，还是属于防卫行为前提下的防卫过当？这是本案一审后社会各界和法律学者关注与争论的一个重要问题，也是本案二审中分歧较大的一个问题。概括来说，主要存在系正当防卫、防卫过当、一般故意犯罪等三种主张。如在于欢案二审中，出庭检察员的意见认为，于欢的行为具有防卫的性质，但采取的反制行为明显超出必要限度且造成了伤亡后果，应当认定为防卫过当；受害人及其诉讼代理人认为，于欢的行为是一般的故意伤害犯罪或者故意杀人犯罪行为，不构成正当防卫或防卫过当；于欢提出其行为属于正当防卫或防卫过当，其辩护人提出于欢的防卫行为没有超过必要限度，属于正当防卫。二审判决最后采纳了出庭检察员所提案件属于防卫过当的意见，认定于欢的防卫行为明显超过必要限度造成重大损害，应当负刑事责任。^①

我们认为，二审判决根据查明的案件事实及在案证据，从不法侵害的性质、手段、紧迫程度和严重程度，防卫的条件、方式、强度和后果等情节综合判定于欢的行为属于防卫过当，有充分的法律和法理根据，是站得住脚

^① 参见山东省高级人民法院（2017）鲁刑终151号刑事附带民事判决书。

的。根据刑法典第二十条第二款的规定,防卫过当是指防卫明显超过必要限度造成重大损害的行为。防卫明显超过必要限度并造成了重大损害,才使防卫由适当变成过当,由合法变成非法。因而从总体上说防卫过当也是一种非法侵害行为。防卫过当认定的关键,在于对防卫限度条件的正确把握。

按照我国刑法理论和司法实务中通行的主张,在认定何为“明显超过必要限度”的问题上,原则上应以制止不法侵害所必需为标准,同时要求防卫行为与不法侵害行为在手段、强度等方面,不存在过于悬殊的差异。在具体案件的判断中,行为人在确实具有防卫的必要性的基础上实施防卫行为,如果防卫行为本身的强度与不法侵害强度基本相当,或者甚至小于不法侵害的强度,即使造成重大损害结果,也不能认为是“明显超过必要限度”。如果防卫人采用强度较小的防卫行为就足以制止不法侵害,却采用了明显不必要的强度更大的行为并造成了重大损害的结果,此时则应认定为“明显超过必要限度”。总而言之,在何为“明显超过必要限度”的判断上,主要是基于防卫方式、强度、手段不适当而认定明显超过必要限度,常见的情形包括防卫行为人攻击部位不适当、防卫工具不适当、防卫方人数或体能明显优于侵害方、不存在防卫紧迫性的情形下实施防卫行为等。

对于防卫人而言,法律允许并提倡行为人为了保护人身、财产和其他合法权益对正在遭受的不法侵害进行必要的防卫,但法律并没有明确规定对侵害者造成怎样的损害才算是重大损害。与1979年刑法典相比,现行刑法典将“不应有的损害”修改为“重大损害”。这一修改更有利于司法人员从客观方面把握和判断重大损害。通常认为,“造成重大损害”意味着防卫行为所造成的损害与不法侵害可能造成的侵害相比明显失衡,一般仅限于造成人身重伤或死亡,不包括造成被害人轻伤或财产方面的损失。

应当强调,防卫措施明显超过必要限度、防卫结果造成重大损害这两个标准必须同时具备,才能认定为防卫过当。事实上,现行的司法实务也是采取此两种条件必须同时具备的观点的。如《刑事审判参考》(第38集)刊载的第297号案例“赵泉华被控故意伤害案”,该案的裁判说理部分就明确指出,防卫措施明显超过必要限度、防卫结果造成重大损害两个标准必须同时具备,才能认定为防卫过当。^①行为人的防卫措施虽然明显超过必要限度但防卫结果客观上并未造成重大损害,或者防卫结果客观上虽造成严重损害

^① 参见最高人民法院刑事审判第一庭、第二庭编:《刑事审判参考》(第38集),法律出版社2004版,第104页。

但防卫措施并未明显超过必要限度的，均不能认定为防卫过当。

具体到于欢故意伤害案中，依据案件事实和相关法律规范来衡量，于欢的行为应当认定为防卫过当。在当时的行为环境下，针对杜志浩等人实施的不法侵害行为，为使其本人及其母亲的人身权利免受正在进行的不法侵害，于欢可以采取制止不法侵害的防卫行为，也具有现实必要性。但杜志浩等人的主观目的是索要债务而不是加害于欢母子，因而他们的不法侵害手段相对克制，且并未使用器械工具，也没有对于欢母子实施严重的致命性攻击或者暴力性伤害等行为，相较于杜志浩等人的侵害手段及程度，于欢使用的是致命性工具即超过15厘米的单刃刀，猛力捅刺杜志浩等人身体的要害部位，造成一死、二重伤、一轻伤的严重后果，其防卫行为与不法侵害行为在手段、强度等方面明显不相适应，且造成了多人伤亡的“重大损害”后果，因而二审判决正确地认定于欢的反击行为“明显超过必要限度”并“造成重大损害”，属于防卫过当。

四、于欢的行为应否适用特殊防卫规定

在于欢案一审后的社会关注中，就有意见认为，于欢案可适用特殊防卫而免责。在于欢案二审中，于欢的辩护人亦提出讨债人员的行为构成抢劫罪，于欢捅刺抢劫者的行为属特殊防卫，在本案中可适用无限防卫（特殊防卫），不构成犯罪；出庭检察员、被害人及其诉讼代理人持反对意见，认为于欢不具备特殊防卫的前提条件，不得适用特殊防卫阻却刑事责任。二审判决认为，本案并不存在适用特殊防卫的前提条件，不存在讨债人员强迫于欢父母借贷的事实，与司法解释有关强迫借贷按抢劫罪论处的规定不符，^①故采纳了出庭检察员、被害人及其诉讼代理人提出的于欢行为不属于特殊防卫的意见。

我们认为，二审判决关于于欢的行为不属于特殊防卫的认定是完全正确的，这主要涉及对刑法中特殊防卫条件的准确适用和把握。刑法典第二十条第三款确立了特殊防卫权的原则，即“对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他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。”可见，特殊防卫的适用前提是防卫人针对严重危及人身安全的暴力犯罪的侵害人而实施防卫行为。实践中，正确适用特殊防卫条款的关键，就在于准确把握“严重危及人身

^① 参见山东省高级人民法院（2017）鲁刑终151号刑事附带民事判决书。