

治安处罚认定正当防卫的难题与破解

蒋红珍

与刑法领域相比，正当防卫制度作为重要的公民权利保障手段，在行政法领域一直处于隐性适用或间接适用的状态，未能被有效激活制度效能。尤其在治安管理处罚领域，由于受到普遍存在的“还手即互殴”“打斗均有错”等思维影响，缺乏从体系性视角的制度架构，因此长期存在着制度性和执行性上的实践困境，难以实现个案正义。

今年5月，最高检发布十大行政检察典型案例，以“张某诉山东省某县公安局行政拘留、罚款检察监督案”（下文简称“张案”）为例，确立起互殴类治安案件中正当防卫机制适用的典范案例，具有积极意义：一方面它衔接了《宪法》《人民检察院组织法》和《行政诉讼法》，为检察监督职能提供了在复杂场景中实现穿透式监督的有力注脚；另一方面，也为新修改、即将生效的《治安管理处罚法》第19条的法律适用，提供了从事实认定、证据规则到实体判断的鲜活样本。

直面困境： 从制度规范到实践方式

新修订的《治安管理处罚法》第19条虽然并没有直接使用正当防卫的概念，但被普遍认为是正当防卫在治安管理处罚领域的正式确立。对于因长期规范缺席、从而在法律适用层面存在认知和实践困境的当下，这一条款的制定，不仅有助于推动治安领域正当防卫机制的规范化，也能够映射到整体行政违法责任的“阻却事由”体系建构。

根据责任主义观，入罚和入刑并存着“责任阻却机制”和“违法阻却机制”的通约性。前者如无行为责任能力人和精神病人发作期间的不法行为，后者如正当防卫和紧急避险。以正当防卫为例，我国《刑法》自1979年便确立起正当防卫条款；民法领域也早于《民法典》出台，便在《侵权责任法》中规定“因正当防卫造成损害的，不承担责任”。但在行政法领域，尤其是作为行政违法责任追究之重镇的《行政处罚法》，却未对正当防卫设置明确条款，这既导致正当防卫机制在整体行政处罚领域的认知缺弱，也导致在诸多涉及行刑衔接的案件中造成规范逻辑断裂，甚至引发整体法秩序的混淆。

治安管理处罚正处于这种因规范逻辑断裂而产生法律适用认知困境的中心地带。我国行政处罚的类型化，带有突破单纯“惩戒目的”指向的制度构架，从而包括了部分具有“预防目的”指向的处罚类型；同时，它又有别于德日传统中的“行政罚”架构，刑法中的自然犯和行政犯都可能仅仅因为构成要件在程度上的轻微性，而被降格在行政处罚体系中。治安管理处罚正处于这种从行政责任到刑事责任的梯度过渡和行刑衔接的交锋面，这就放大正当防卫机制的实体性判断难题和在行刑衔接体系中的割裂性，引发实践适用困境。

从执法人员视角看，受到具体场景、情势变化和心态情绪的动态影响，行为人究竟是“主动出击”还是“被迫

- 对于因长期规范缺席、从而在法律适用层面存在认知和实践困境的当下，《治安管理处罚法》第19条的制定，不仅有助于推动治安领域正当防卫机制的规范化，也能够映射到整体行政违法责任的“阻却事由”体系建构。
- 治安管理处罚正处于从行政责任到刑事责任的梯度过渡和行刑衔接的交锋面，这就放大正当防卫机制的实体性判断难题和在行刑衔接体系中的割裂性，引发实践适用困境。
- 从执法人员视角而言，要区分具体情景中的行为性质，不仅需要落实到大量证据采证的细节，还要深入到正当防卫复杂的利益衡量，这些都构成认知的挑战，而认知受限也导致执法惯性。
- 对于正当防卫的认定极其依赖和仰仗个案事实的判断，需要在具体而微的细节认定中去把握事实与规范涵摄之间的“目光往返流转”关系，这就对证据机制和检察机关的调查义务提出要求。

还击”，究竟是“单方施暴”还是“双方互殴”，究竟是“压倒性的施害人与受害人关系”还是“势均力敌、角色互换的打斗关系”，在个案中的认定极其困难。并且，由于具体案件可能存在情势演变，正当防卫的“合法对不法”与互殴行为的“不法对不法”，还可能演化为从“合法变不法”（比如从防卫到过激），抑或是从“不法到合法”（比如从挑衅到自救）。要区分具体情景中的行为性质，不仅需要落实到大量证据采证的细节，还要深入到正当防卫复杂的利益衡量，这些都对执法人员构成认知的挑战。

认知受限也导致执法惯性：首先，由于现实中很少能证明有“完美受害人”存在，单纯对一方苛责容易引发抵触情绪，因此执法人员“不敢认定”正当防卫，转向采取“各打三十大板”的“和稀泥方案”；其次，正像是刑法领域的正当防卫及其过当判断异常复杂，近年来引发不少学界、实务界甚至是媒体和社会舆论的广泛关注一样，真正展开对治安正当防卫的规则适用机制，亦是对专业能力的极致考验，从而形成执法人员“不善认定”正当防卫的现状；再次，内部程序的繁琐也是导致正当防卫在治安管理实践中被认定困难的要素之一。按照《公安机关执行〈中华人民共和国治安管理处罚法〉有关问题的解释（二）》，如果治安管理中认定正当防卫，需要经过较为复杂的审批手续，导致执法人员“不愿认定”正当防卫，以摆脱冗长流程的负累。此外，治安管理领域确立已久的纠纷调解机制，也助长了轻微伤案件的解决更依赖于民间说服式的经验积累，而非缜密严峻的法律论证的逻辑倚仗。

个案论证： 从事实认定到实体判断

“张案”在救济环节历经一审、二审、再审和审判监督的冗长程序，其体现的争议持续性和民事诉讼与行政诉讼的辗转反复，正体现出治安管理处罚领域正当防卫的操作困境和论证难题。尤其是，它极其依赖和仰仗个案事实的判断，需要在具体而微的细节认定中去把握事实与规范涵摄之间的“目光往返流转”关系。

虽然不法侵害也包括违法行为，正当防卫也被认为可以在治安管理领域适用，但就整体而言，法律适用难的困境长期存在，可供参考的个案亦极其有限。可以说，“张案”有力强化了治安正当防卫的法律适用。

首先，违法阻却事由和酌定量罚情节的差异性得到明确。前者涉及入罚，后者涉及量罚，两者的介入机制不同。因此，将正当防卫认定为互殴，在法律适用上模糊了“正”与“不正”的界限。换言之，即使考虑相关情节对罚责做了减免，依然是混淆了违法阻却事由和酌定量罚情节之间的区别。其次，本案丰富了对正当防卫相关要素的建构。比如，关于“隐忍表现”，检察院结合刘某在醉酒失控的情形下挑起事端这一事实前提，将其定性为纠纷的“过错方”和不法行为的“先动手方”，从而间接得出张某无需遵循“靠墙原则”，没有避让和容忍义务。尤其是，当她在遭受暴力侵害且自身力量远不及对方的情况下，出于本能和保护自身安全的需要进行反击，符合一般人的情感认知和行为逻辑。再次，本案明确“一般人理性”，即“立足防卫人防卫时的具体情境，综合考虑案件发生整体经过，尊重一般人在紧急情况下的判断能力和应变能力，按照社会大众一般人的观念，对防卫行为做出合乎情理的判断，防止在事后以正常情况下冷静理性、客观精确的标准去评判防卫人”。这些都是对正当防卫法律适用的展现。

典型意义： 从法律意义到社会意义

检察机关的法律监督，既涉及国家机关权力配置与公民权利保障救济的关系，也涉及国家内部在法院系统、检察系统、行政系统的权力结构，还可能涉及私人之间的权益配置机制。可以说，“张案”作为行政检察监督的典型案例，深度切合人民检察院的职能定位，具体对应到检察院提起抗诉的审判监督程序，是对我国现行法律制度从规范到实践的个案刻画，不仅具有法律意义，也具有社会意义。

新修订的《治安管理处罚法》已经在第19条明确规定“制止不法侵害行为”的责任认定，“张案”具有的典型意义可以进一步借助实体法的规范获得深化完善。

【作者系上海交通大学凯原法学院教授、博士生导师，中国法学会行政法学研究会常务理事。本文为科技部重点研发项目“行政执法全流程监督智能协同关键技术与应用示范”（2024YFC3307300）和国家社科基金重大项目“数字政府的法治建构研究”（24&ZD128）的阶段性成果。】



海上法学院
(理论学术编辑部微信平台)



扫描左侧二维码关注