

家庭暴力下受虐妇女杀夫行为的出罪路径研究

李子滢

华东政法大学国际法学院, 上海

收稿日期: 2024年2月19日; 录用日期: 2024年2月28日; 发布日期: 2024年4月9日

摘要

通过数据统计发现, 在我国, 虽然刑法及相关司法解释肯定受虐妇女在一定条件下可以进行正当防卫, 但司法实践中适用正当防卫出罪的受虐妇女杀夫案件十分鲜见, 这种立场值得反思。根据紧急权体系中反击型紧急权的法哲学原理, 正当防卫和防御性紧急避险都可以针对危险源实施反击, 但二者归责程度的不同使得它们可以作为受虐妇女杀夫案在违法性阶层的两条不同的出罪路径, 针对不同案情适用恰当的出罪依据。同时, 在责任阶层, 应当以期待可能性宣告部分突破正当防卫或防御性紧急避险适用边界的受虐妇女的杀夫行为无罪。

关键词

受虐妇女杀夫, 紧急权体系, 正当防卫, 防御性紧急避险, 期待可能性

Study of the Decriminalization in “Battered Woman Kill Her Husband” in the Context of Domestic Violence

Ziying Li

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

Received: Feb. 19th, 2024; accepted: Feb. 28th, 2024; published: Apr. 9th, 2024

Abstract

Through statistics, it has been found that, in China, although the Criminal Law and related judicial interpretations affirm that battered women can engage in self-defense under certain conditions, cases of battered women killing their husbands in which self-defense has been applied to the offence are rare in judicial practice, a position that is worthy of reflection. According to the legal philosophy principle of counter-emergency right in the emergency right system, both self-defense

文章引用: 李子滢. 家庭暴力下受虐妇女杀夫行为的出罪路径研究[J]. 法学, 2024, 12(4): 2058-2064.

DOI: 10.12677/ojls.2024.124293

and defensive emergency avoidance can be used to counter-emergency against the source of danger, but the difference in the degree of attribution of responsibility between the two makes it possible for them to be used as two different paths of offence in the unlawfulness class in the case of battered women killing their husbands, so that the appropriate basis of offence is applied to different cases. At the same time, at the level of responsibility, the husband-killing behaviour of a battered woman who partially breaks the boundaries of the application of self-defense or defensive emergency should be acquitted by the expectation of probability.

Keywords

Battered Woman Killing Husband, Emergency Power System, Self-Defense, Defensive Necessity, Expectation Possibility

Copyright © 2024 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. 问题的提出

新冠疫情期间的居家命令和行动限制增加妇女接触暴力伴侣的机会，暴力事件的发生率呈现上升趋势。有的受虐妇女选择忍气吞声，也有人选择反抗，甚至将施暴者杀死以逃离暴力环境。根据实务中受虐妇女杀夫时机的不同，可以分为两种情况：第一种是受虐妇女当场实施反击行为；第二种是受虐妇女非当场的情况下实施反击行为。笔者以“家庭暴力”“防卫”“刑事案件”等关键词为索引，在威科先行法律信息库中筛选了2018年后受虐妇女反杀丈夫的15起案件的法院裁判文书进行案件统计和分析。¹研究发现：在上述统计的判决书中，被告人处于第一种情况下的案件共计10起，处于第二种情况下的案件共计5起，但只有4起案件的被告人被认定为具有防卫因素。通过对这15起案件的分析整理，可以看出这类案件的裁判逻辑。

对于第一种情况，审判机关受2015年颁布的《关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见》影响，主要判断被告人行为是否构成正当防卫。实践中，受虐妇女的杀夫行为通常被认定具有防卫性质，但实施杀夫行为时所面对的单次暴力行为，并非都能达到以杀人进行防卫的程度。因此，某些反击行为虽具备起因条件和防卫时间条件，却超出了正当防卫的限度，被认定为防卫过当。这类案件的判决书中有类似的表述：“……造成被害人重伤、死亡的重大损害后果，其防卫行为明显超过必要限度，应当负刑事责任，但可以减轻处罚或免除处罚。”

对于第二种情况，司法裁判通常认为被告人实施反击行为时不存在“正在进行的不法侵害”，因此不认定为正当防卫，而是认定为构成故意犯罪。此外，无论是当场性反杀还是非当场性反杀，被告人具有防卫因素的主观心理一般只能在量刑层面发挥作用。笔者认为，司法实务仅从正当防卫的单一视角对行为人是否出罪予以检视，并未考虑存在其他阻却事由的裁判逻辑过于狭隘，并且排除正当防卫适用的论证思路也存在问题，这导致几乎所有的受虐妇女杀夫都难以认定为无罪，通观15个判例，最轻也是被判处有期徒刑三年、缓刑五年。

与此形成鲜明对比的是，理论界对受虐妇女杀夫行为的实质违法性认定仍然存在争议，此种行为仍存在着出罪的空间，尤其是紧急权体系理论的提出使得不少学者发现行为存在构成正当防卫、防御性紧急避险的可能。因此，本文基于犯罪三阶层论，寻找受虐妇女杀夫的出罪路径。因为受虐妇女的杀人行

¹ 参见威科先行法律信息库，<https://law.wkinfo.com.cn/> (访问时间为2023年1月24日)。

为符合故意杀人罪的构成要件，所以进入第二个阶层，从违法性层面考虑被告人是否可以例外地主张行为的正当性。笔者为此追溯到紧急权体系，基于法哲学原理，提出正当防卫和防御性紧急避险两类违法阻却事由的适用边界，类型化探究受虐妇女杀夫案中行为人的出罪路径。若不具备违法阻却事由，就需要进入第三个阶层有责性层面，既对是否具有主观罪过进行分析，也对责任阻却事由进行分析，主要分析在反杀行为当时的具体情形下，能否期待受虐妇女实施符合刑法规范的行为。

2. 两个前提性问题的厘清

2.1. 紧急权体系中反击型紧急权的法哲学内涵及类型化比较

本文讨论的是受虐妇女对施暴者实施反击行为的出罪思路，由于攻击性紧急避险的避险对象为无辜第三人，故此处仅讨论针对危险源的正当防卫和防御性紧急避险。

2.1.1. 紧急权体系中反击型紧急权的法哲学内涵——自由平等原则

以罗尔斯的“无知之幕”理论为基础，无知之幕后拥有决策权的人们都是绝对平等、彻底自由、完全自利的理性人，但每一个具有决策权的个体都不知道，自己走出这个幕布后，将在群体内扮演什么样的角色。故他们在商定社会规则时，为了确保自己特定的生活目标和方式不会低人一等，无知之幕后的人们都会同意要平等地保障每个人的基本自由。

平等是自由的前提和实现的保障，而自由既包括个人的行为活动自由，又涉及对他人自由的尊重。因此，行为人自我答责是其自由意志之体现，一个没有侵犯他人自由领域和权利空间的行为也不是不法行为。只是法律默认自陷风险的理性行为人认识到危险并主动承担与之相关的损害，放弃了法律对其完整权利的保护，其法益值得保护的程度降低。

另一方面，若行为人率先违反了不得侵犯他人自由领域和权利空间的义务，则破坏了公民之间的信赖关系，一方面，侵犯人自身的法益值得保护性降低；另一方面，受侵犯的公民也无须继续遵守自由平等原则所要求的“不得侵犯他人权利”义务，有权进行防卫反击来保全自己的法益，这正是防卫权的内在精神。

2.1.2. 两类反击型紧急权的适用顺序

防御性紧急避险的时间要件和正当防卫的时间要件在逻辑上是真包含关系，可以理解为正当防卫其实是“专门针对危险来自正在进行的不法侵害这一情形所设定的、具有优先性的特别规范”[1]。二者的适用顺序如下：

第一，根据特别法优于普通法的原则，只要确定存在正在进行的不法侵害，就排除了防御性紧急避险的适用，只考虑正当防卫是否成立。如果超出了正当防卫的限度，由于防御性紧急避险的限度要求比正当防卫更严格，所以不可能满足防御性紧急避险，防卫行为必然具有违法性。只能进入第三层，寻找责任阻却事由。

第二，若不满足正当防卫的时间要件和起因要件，反击行为仍然可能因成立防御性紧急避险而不具有违法性。这一点可谓是司法实务的疏漏之一，审判机关一旦认定反击行为不具备正当防卫的构成要件，又加之反击行为人的主观心理，一般就直接判断行为人构成犯罪。这种做法导致公民在危急关头为维护自身权益，实施反击行为的无罪化空间过于狭隘，于法感情上难以接受。

2.2. 正当防卫中主观要件的不必要性

正当防卫的成立条件有两种主要的学说，即“四要件说”和“五要件说”[2]，二者的争议焦点在于正当防卫是否需要防卫意思这一主观的正当化要素。实质上，这反映了行为无价值论和结果无价值论两

种立场对违法性实质理解的不同。防卫意思必要说基于行为无价值论，要求防卫行为不仅在客观上产生防卫的效果，制止不法侵害的进行，而且行为人不得具有违反社会规范的意思。而防卫意思不必要说则主张结果无价值论，认为正当防卫的成立不需要防卫意思的存在，防卫意思是责任阶层中的要素，不应放在违法阶层中予以考虑。笔者支持防卫意思不必要说，原因有二：首先，防卫认识必要说与防卫意思必要说存在矛盾。防卫认识必要说以行为无价值论为基础，行为无价值论认为，判断某行为是否违法主要看两点：一是客观上是否违反了法律规范的表述，二是行为人主观上是否具有恶意或过失。主观罪过是认识因素与意志因素的统一，是否具有主观罪过需要对这两个因素都进行评价。然而，防卫认识必要说只要求防卫人具有防卫认识，对意志因素不予考虑，与行为无价值论相矛盾。

其次，防卫意思不必要说与犯罪构成三阶层理论相吻合。成立犯罪需要主客观要件齐全，而否定犯罪只需否定一个要件[3]。正当防卫作为违法阻却事由，不应将主客观要件的齐全作为入罪标准。根据三阶层理论，判断一个行为是否构成犯罪要按照构成要件符合性、违法性、责任性的顺序进行。在判断是否适用正当防卫时，首先要判断是否满足正当防卫的客观要件，如果不具备正当防卫所需的客观正当化要素，就可以直接认定不能构成正当防卫这一违法阻却事由；如果满足正当防卫的客观成立条件，无论是否具备防卫意思，从整体和最终的角度来看，反击行为都是没有侵害法益的，这可以否定犯罪的成立。因此，有无防卫意思对发挥正当防卫阻却违法的功能没有影响，防卫意思属于主观责任阶层的考虑因素。

3. 受虐妇女杀夫案中两种违法阻却事由的适用

3.1. 正当防卫的适用与限制

如前所述，根据实务中受虐妇女杀夫时机的不同，可以分为当场性和非当场性两种情况。但是，由于非当场性受虐妇女杀夫不符合正当防卫所要求的“不法侵害正在进行”，不适用正当防卫阻却违法，而需另觅出罪路径。下面仅讨论当场性受虐妇女杀夫适用正当防卫出罪之边界。

第一，时间条件。根据《刑法》第 20 条规定，适用正当防卫要求不法侵害“正在进行”。受虐妇女“当场”使用暴力反击可以细分为两种情况：一是妇女当场对已经“着手”的不法侵害使用暴力，所谓“已经着手的不法侵害”指的是遵循主客观相统一原则，施暴者(丈夫)已经开始实施刑法分则规范里具体犯罪构成要件中的犯罪行为或者可适用《治安管理处罚条例》的轻微暴力行为；二是受虐妇女在前次家庭暴力停止后，后次家庭暴力发生前进行反击，且要求前后两次家暴与受虐妇女实施反杀行为具有时间上的密切联系，也即时间上是连续的、不间断的。笔者之所以将这种情况认定为不法侵害“正在进行”，是因为考虑到“当场”不等于“现场”，“当场”是一个时间概念，而“现场”是一个空间概念，只要妇女使用暴力和前后两次家暴之间在时间上相隔不是很久，无论空间上是否是同一现场，都可以认定为不法侵害正在进行。这一点在《刑法》第 269 条所规定的转化型抢劫罪中得到认同。例如，丈夫对妻子拳打脚踢，后转身出门，意图寻找棍棒继续殴打，妻子于丈夫出门寻找棍棒时反击杀人应当至少认定为成立正当防卫的时间要件。

第二，限度条件。目前，学界对于《刑法》第 20 条第 2 款中的“明显超过必要限度造成重大损害”这一防卫限度的规定存在“并列说”和“一体说”[4]两种观点的对立。“并列说”认为这一规定包含了“明显超过必要限度”(行为限度)和“造成重大损害”(结果限度)两个条件，二者缺一不可。且行为限度的判断应当独立于结果限度的判断[5]。如果任何一个条件未满足，就不能构成防卫过当。“一体说”认为防卫行为限度没有独立存在的空间，其必须依附于结果限度，强调“综合判断”。笔者认同并列说，相较于一体说强调的“综合判断”一词，并列说将“必要限度”和“重大损害”视为两个独立条件，不仅更符合一般人的思考习惯，逻辑上显得更为通畅，而且便于操作，有利于引入后述的必需说、绝对标

准等具体的下位规则，在理论体系上更为自洽。

判断行为限度须站在客观主体立场，遵循有效性和利益衡量两个原则。第一，防卫手段要具备有效性，保证防卫人利益得到保护。这是因为从正当防卫的法哲学内涵来看，不法侵害人侵犯了公民的自由领域和权利空间，公民当然可以行使反击权排除危险。第二，法律要求采取“最小限度手段”，即选择给予不法侵害人最小限度的反击。这是正当化事由总体上所遵循的利益衡量原则的体现。第三，分析行为限度应采取客观主义立场，设想一个理性的第三人处于不法侵害发生时的境地，是否会做出相同或类似的选择，是否存在其他强度较低，但有效性相当且不会使防卫人处于更危险境地的防卫措施的可能。而对于结果限度，通说认为指的是不法侵害者受重伤或死亡。此外，由于行为限度是考察防卫限度的起点与核心，故二者在判断上的位阶关系应当是行为限度优先于结果限度。换言之，即使受虐妇女造成施暴者重伤或死亡，也不能就此认定防卫过当，关键在于防卫行为是否符合防卫限度。防卫行为所产生的防卫结果可因行为的正当性而正当。只有同时超过行为限度和结果限度时，才成立防卫过当。

3.2. 防御性紧急避险的适用与限制

如前所述，当场性受虐妇女杀夫案由于确定存在正在进行的不法侵害，根据特别法优于普通法原则，排除适用防御性紧急避险。如果不成立正当防卫，则只能进入责任阶层另寻出罪路径。下面仅讨论非当场性受虐妇女杀夫适用防御性紧急避险出罪之边界。

第一，时间要件。如前所述，防御性紧急避险的时间要件和正当防卫的时间要件在逻辑上是真包含关系，所以，较之于正当防卫，紧急避险时间要件的认定更为缓和。另外，《现代汉语词典》(第五版)对“危险”的定义是“可能造成损害、死亡或失败”，“可能”一词预示着事物发展的种种趋势，是潜在的、未实现的，并非必然确定。综上，详细言之，正在发生的危险强调的是“法益侵害结果的发生虽然具有高度的盖然性，但尚不能完全确定”。

根据受虐妇女实施反击时，被害人行为状态的不同，可以将非当场性受虐妇女杀夫细分为三种不同的具体情况。一是丈夫没有任何为了实施家庭暴力而准备工具、制造条件的行为；二是对妇女法益的侵害处于预备状态；三是对妇女法益的侵害处于预备状态向实行着手状态演变时。可以看出，第三种情况显然具有发生法益侵害结果的高度盖然性，即可认定为具有紧急的危险。以下重点讨论前两种情况。

第一种情况下，通常是由于受虐妇女长期压抑自己的情感，已经到达临界点，在某一时刻突然爆发对施暴者的怨恨与愤怒，选择趁被害人客观不能或主观没有防备时(如熟睡或醉酒)实施反击杀人行为。这种情况中的被害人完全没有以任何作为或者不作为的方式表现出威胁被告人自由领域和权利空间的意思，故不符合防御性紧急避险的时间要件。

第二种情况下，是否满足防御性紧急避险时间要件不能一概而论，要根据危险的不同形态对于危险是否紧急做出判断。危险的形态包括“能见性”和“隐蔽性”[6]两种。能见性危险的情形下，受虐妇女对于为实施家庭暴力准备工具、制造条件而没有下一步动作的施暴者不能进行防御性紧急避险。例如，丈夫将磨好的刀放在桌子上，并放话说等睡醒后就要把妻子杀掉。具体分析例子中的丈夫只实施了为家暴的实行和完成创造便利条件的行为，丈夫熟睡期间属于“平和时期”还不具有紧迫性，只有在被害人要去拿刀时才算是紧急。但是，隐蔽性危险的情形下，可以认定危险具有紧迫性。例如，丈夫选择的家暴手段或者工具具有隐蔽性，如毒药或者化学试剂，妻子却恰好出于某种原因在家暴预备阶段发现了这种隐蔽的危险，这种隐蔽性危险比能见性危险的危险程度高得多，恐慌感会一直围绕着妻子，紧急的危险对于家暴受害者而言是一直存在的，符合防御性紧急避险的时间要件。

第二，补充要件。防御性紧急避险要求避险人只有在不得已的情况下才可以实施防御性紧急避险。关于“不得已”的概念，学界存在着两种观点：“唯一说”和“最小、唯一说”。支持“唯一说”的学

者认为,在面对正在发生或即将必然发生的危险时,采取必要行动来减少损害具有唯一性,即别无他法,必须采取一定的行为来减少或阻止损害[7]。而“最小、唯一说”则认为,除了满足“唯一说”的条件外,还需要符合最小限度要求。笔者赞同“最小、唯一说”,因为紧急避险的立法精神要求避险行为以保全社会整体利益最大化为目的。

判断“不得已”要件有两点要求:首先,从客观方面判断,“不得已”是紧急避险的客观条件,即在紧急避险之外没有其他不损害他人合法权益的避免危险损害的方法。其次,避险手段必须能够保护法益并排除危险。在必须实施紧急避险行为的情况下,如果存在多种避免危险的手段,就必须选择其中造成损害最小的方法。

需要注意的是,补充性条件并不要求绝对没有其他方法,而是根据具体情况在现实中没有其他可能的方法。因此,在评判是否满足防御性紧急避险的补充要件时,需要考虑被告人的受教育程度、法律意识、经济水平、家庭状况以及所处地区的公力救济、社会救济水平等具体情况。同时,“最小限度手段性”要求在必须实施紧急避险行为的情况下,选择造成损害最小的方法,但并不意味着紧急避险行为的手段是唯一的。

第三,限度要件。虽然“唯一说”和“最小、唯一说”对补充要件是否要求最小限度这一问题上存在差异,但都承认避险行为有违最小损害这一限度时成立避险过当。防御性紧急避险的避险限度,较攻击性紧急避险宽松,但又严于正当防卫。这是因为,防御性紧急避险中的危险状态制造者有可宽宥的事由,归责程度弱于正当防卫中的不法侵害人,故比起正当防卫所保护的法益大于、等于或者小于都可以满足正当防卫的限度要求,防御性紧急避险的限度要求为:避险所保护的法益需要大于或等于损害的法益。更进一步说,防御性紧急避险允许受虐妇女为排除生命健康的重大威胁实施反击杀人的避险行为,即使因此造成被避险人死亡,也不构成避险过当。

4. 受虐妇女杀夫案中责任阻却事由的适用

按照三阶层入罪的阶层特性,一旦不存在违法阻却事由,就需要对第三阶层有责性进行考察,由于受虐妇女是完全刑事责任能力人,故在第三阶层寻找出罪路径就只能从期待可能性入手。

适用期待可能性出罪的前提是缺乏期待可能性作为一种超法规的责任阻却事由。笔者认为期待可能性在我国已经得到适用:首先,罪名与量刑的确定是立法活动的内容,但通过对期待可能性的认定进而否定行为人的责任仍然是司法活动范畴。在此基础上,法官自然享有自由裁量权进行司法裁判活动,直接或间接援引刑法理论便是其中的典型,对于超法规违法阻却事由的引用更是如此。其次,承认超法规的责任阻却事由同样不违背罪刑法定原则。罪刑法定主义旨在避免对被告人不利的类推解释而导致入罪,并不否认出罪而导致的有利于被告人的类推解释[8]。防卫过当与紧急避免均是违法阻却事由,而期待可能性作为较前者的情形更为轻缓,必然可以成为出罪事由。因此,法定责任阻却事由可以类推解释出超法规的责任阻却事由。最后,我国刑法中已经有承认期待可能性作为超法规的责任阻却事由的法律规范。例如,帮助毁灭、伪造证据罪。当事人自己毁灭、伪造证据,不构成本罪;在共同犯罪中,当事人帮助同案犯毁灭、伪造证据,也不构成本罪。这无疑都体现出期待可能性的内涵思想。但是行为人帮助配偶、近亲属(当事人)毁灭、伪造证据的,司法实践中对这种行为通常以犯罪论处,但笔者认为应当按照无期待可能性处理,期待可能性的背后是协调客观法秩序评价与公众朴素法感情间冲突的努力,古代中国刑律就有“亲亲相隐”的规定,将亲属之间容隐犯罪的行为作为一种法定化的缺乏期待可能性的情形,现代社会却迫使行为人在亲情和正义之间作出选择,未免过于强人所难。

²美国临床法医心理学家雷诺尔·沃柯医生将这种特殊的行为模式命名为“受虐妇女综合征”,后在北美成为一个法律概念,在美国司法实践中作为一种出罪事由而存在。

关于缺乏期待可能性的认定标准,学界主要有四种观点。平均人标准说认为期待可能性应该遵循社会一般大众的标准,处于行为人状态下的平均人,能否期待其实施适法行为;行为人标准说主张以行为时的具体状况下的行为人自身的能力为标准;国家标准说认为,期待可能性指的是法秩序对行为人的期待,而不是行为人本人的期待[9];折中说主张站在法益保护的立场,根据行为人当时的身体、心理的条件以及附随情况,通过与具有行为人特性的其他多数人的比较,判断能否期待行为当时的行为人通过发挥其能力而不实施违法行为。笔者支持折中说,该说在“针对行为人的人性弱点给予法的宽恕”和“维护法秩序”这一对矛盾的因素之间寻找到平衡点,尤其是受虐妇女杀夫案中的被告人由于家庭因素,会表现出一种有别于普通反击人的特殊的行为模式²,这在判断是否缺乏期待可能性时是不可忽视的因素。

参考文献

- [1] 陈璇. 紧急权: 体系建构、竞合适用与层级划分[J]. 中外法学, 2021, 33(1): 5-31.
- [2] 刘宪权. 刑法学[M]. 第六版. 上海: 上海人民出版社, 2022: 171-176.
- [3] 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.
- [4] 张明楷. 防卫过当: 判断标准与过当类型[J]. 法学, 2019(1): 3-21.
- [5] 劳东燕. 结果无价值逻辑的实务透视: 以防卫过当为视角的展开[J]. 政治与法律, 2015(1): 13-24.
- [6] 付玉明, 焦亚楠. 家暴中弱势方的紧急权确证: 非对峙性反击致死行为的非犯罪化研究[J]. 西南民族大学学报(人文社会科学版), 2022, 43(12): 74-84.
- [7] 李俊蕙. 刑法中的被迫行为与紧急避险理论之比较[J]. 黑龙江生态工程职业学院学报, 2015, 28(4): 43-44.
- [8] 方鹏. 德日期待可能性理论比较研究——以超法规责任阻却事由为视角[J]. 金陵法律评论, 2008(1): 54-63.
- [9] 张明楷. 期待可能性理论的梳理[J]. 法学研究, 2009, 31(1): 60-77.