

责任阻却性紧急避险的厘清与适用

——以受虐妇女杀夫案为视角

隗 佳

【摘 要】目前我国司法实践在处理受虐妇女杀夫案时直接进入量刑阶段,忽视了适用出罪事由实现无罪的可能性。在此类案件中,虽然因不存在“正在进行”的不法侵害而不能适用正当防卫,但针对危险引发者的防卫行为则可以运用其他紧急权资源。受虐妇女因无法忍受家庭暴力而杀害丈夫的行为,构成防御性紧急避险。然而紧急避险的正当化根据,不应采取功利主义的法益权衡说,而应采取社会团结义务说。即仅在理性人自愿负担的社会团结义务的限度以内才能成立违法阻却事由,因侵害生命的避险行为超出了社会团结义务的限度而无法得以正当化,但可能成立以无期待可能性为基础的责任阻却性紧急避险,这与我国《刑法》第21条的规定并不矛盾。

【关键词】责任阻却性紧急避险;防御性紧急避险;正当防卫;期待可能性;家庭暴力

【作者简介】隗佳,法学博士,南开大学法学院讲师。

【原文出处】《法学家》(京),2020.1.130~145

【基金项目】本文系中央高校基本科研业务费专项资金项目“责任阻却事由的体系化建构”(63192139)的阶段性成果。

一、问题的提出

自《反家庭暴力法》颁行以来,家暴问题受到越来越多的关注,但家庭暴力案件依然频发,最为严重的当属发生在家庭成员之间的故意杀人案件,其中受虐妇女杀夫案因其独特性而引发广泛讨论。受虐妇女杀夫案属于家暴案件的特殊情况,通常表现为丈夫经常侮辱虐待妻子或其他家庭成员,当受虐者不能再忍受暴力侵害时趁其不备杀死施虐者。^①长久以来,司法实践对此类案件中杀夫妇女刑事责任的认定极富争议,以下文两个案件为例:

案例1:涂小梅故意杀人案^②

被告人涂小梅与被害人涂某系夫妻关系。涂某经常对妻子涂小梅及其女儿实施家暴。某日,涂某与涂小梅发生争执,涂某不断辱骂涂小梅及其女儿,甚至砸坏房门。次日凌晨,涂小梅乘涂某熟睡,使用

铁锤击打其头部,之后将铁锤放于涂某手上,制造他自杀的假象,并叫来村民将涂某送往医院救治,之后涂某经抢救无效死亡。

南昌市中级人民法院认为,涂小梅故意非法剥夺他人生命,致一人死亡,判处无期徒刑,剥夺政治权利终身。

案例2:姚荣香故意杀人案^③

被告人姚荣香和被害人方某丙系夫妻关系。方某丙多次对妻子实施家暴,并与第三者有染。案发前一天,方某丙提出离婚,并表示以后不抚养子女,姚荣香遂产生杀害方某丙的想法。次日凌晨,姚荣香待丈夫熟睡后,持铁棍猛击其头部,又持菜刀割其脖子,致其当场死亡。案发后姚荣香向公安机关投案,并在法庭对杀人行为供认不讳,但她表示因为长期遭受丈夫的家庭暴力,忍无可忍才实施杀人行为。

温州市中级人民法院认为,被告人因遭受家庭暴力,故意杀人致人死亡,应以故意杀人罪追究其刑事责任。但根据2015年最高法、最高检、公安部、司法部出台的《关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见》(下文简称《意见》)第20条的规定,因不堪忍受长期家暴而故意杀害施暴人,犯罪情节不是特别恶劣,手段不是特别残忍的,可以认定为故意杀人“情节较轻”。最终法院以故意杀人罪判处姚荣香有期徒刑5年。

可以看出,该《意见》出台前后,法官对受虐妇女杀夫案的处理态度发生重大转变。在《意见》施行后,法官处理此类案件时将行为人遭受家庭暴力作为重要的量刑因素予以考虑,“对于长期遭受家庭暴力后,在激愤、恐惧状态下为了防止再次遭受家庭暴力,或者为了摆脱家庭暴力而故意杀害、伤害施暴人,被告人的行为具有防卫因素,施暴人在案件起因上具有明显过错或者直接责任的,可以酌情从宽处罚”,即通过适用量刑中的酌定从宽情节对行为人从轻处罚。该规定重视受虐妇女的弱势地位,具有进步性,但笔者认为,处理此类案件仅局限于量刑情节的考察并不妥当,并且司法机关在否定正当化事由之适用后又承认行为具有防卫因素也显得矛盾。司法机关将有利于行为人的因素不加区分地置于量刑阶段,模糊了刑法对行为的定性评价,同时会架空犯罪构成中对违法性与责任的判断,剥夺出罪事由在此类案件中的讨论空间。有鉴于此,本文试图通过法教义学的讨论,从出罪事由中寻找此类案件更为恰当的解决途径,即通过讨论违法性阻却事由在受虐妇女杀夫案中适用之局限,寻求新的解决路径,并进一步厘清在我国刑法体系中紧急避险的定位与适用。

二、传统解决思路之不足:违法性阶层出罪之否定

与国内求诸量刑因素不同,德国早期的司法判决倾向于承认违法阻却事由在受虐妇女杀夫案中的适用。^④现在国内学者也有赞同此观点者,希望通过放宽正当防卫的适用条件或引入防御性紧急避险以

排除其违法性。但随着国家对私人领域介入的加强,这一观点发生了显著变化。根据德国联邦最高法院近期的判决,^⑤在此类案件中,正当防卫和阻却违法的紧急避险都被排除在外。

(一)正当防卫之否定

正当防卫必须针对正在进行的不法侵害。具体而言,正当防卫行为人只能在不法侵害从开始到结束的时间段内针对侵害人实施防卫行为。^⑥而在受虐妇女杀夫案中,由于男女生理差距导致女性在遭受虐待的当时无法进行反抗,所以妻子只能利用丈夫熟睡时对危险的无法预知与无法防御而实施杀人行为,以避免之后继续遭受家暴。在此类案件中否定正当防卫之适用正是由于不存在正在发生的不法侵害。换言之,受虐妇女杀夫通常是前一次虐待已经结束,后一次虐待尚未开始,不法侵害和防卫行为不具有同时性,按照传统的正当防卫理论,不符合“不法侵害正在进行”的要求。

关于不法侵害的开始时间,通说认为,一般以不法侵害人已经着手实行不法侵害认定为不法侵害正在进行,但在不法侵害的现实威胁已十分明显、紧迫,此时不实行正当防卫就可能丧失防卫时机时,也应认为不法侵害已经开始。^⑦而“不法侵害的结束时间”是指法益不再处于紧迫、现实的侵害或威胁之中,或者不法侵害行为已经不可能继续侵害或威胁法益。^⑧可以看出,对不法侵害是否正在进行的判断,主要是以实现法益保护的有效性为标准的。为了更好地实现对法益的有效保护,有学者提出,不法侵害不仅包括单一的一次性侵害,还应包括连续性、经常性的重复侵害。^⑨针对后者,不能将单个侵害行为孤立起来判断是否正在进行,而应将其视为一个完整的过程,每一个侵害行为被视为整体侵害行为的子行为。在这种情况下,前一个不法侵害行为虽然看起来已经结束,但就行为整体而言并未结束,因为法益所遭受的危险并未排除,受侵害人可以针对整个行为选择在任何时候进行反击,那么反击的时间当然包括上一个子行为完结,而后一个子行为尚未发动之前。^⑩具体就受虐妇女杀夫案而言,传统正

当防卫理论所要求的防卫适时,对发生于私密领域的家暴行为,尤其是经常性的虐待行为而言,难以发生效用。^⑪此时如果将连续数年不断发生的家庭暴力视为一个整体,一次子行为的“结束”并非真正的结束,而是意味着下一次子行为的开始,那么不法侵害的整体仍属于“正在进行”,受虐妇女如果有合理的理由相信,除了以暴力反击的方式无法用其他方式保护自己或他人免遭死亡或严重伤害,就可以进行防卫。^⑫即家暴行为可视为重复侵害行为,从而适用正当防卫排除其违法性。

受虐妇女的防卫权应得到保障,但笔者认为,如果受虐妇女趁丈夫熟睡将其杀死,以正当防卫为由判决无罪,在现有的法律框架之内仍有不妥之处:

首先,施暴人基于概括的犯意,连续实施家暴行为,将其视为一个整体予以处断,这种重复侵害行为实质上指向的是罪数理论中的连续犯或徐行犯。此时,行为的个数仍是多次,同一处断的只是罪的个数。其中,连续犯是为了更为合理地追究刑事责任而将行为人的数个独立的犯罪行为作为一罪论处;而徐行犯则是因为单个行为本身并未达到犯罪成立所需的法益侵害的严重程度,唯有将多个行为结合起来,才能认定一个犯罪实行行为。^⑬可以看出,这种犯罪单一化是建立于承认行为独立性的基础之上的,而非支持重复侵害行为的学者所提倡的将多次行为整合为一个行为整体。

其次,是否成立正当防卫的判断,其立足点与司法定罪所追求的便捷经济并不相同。大陆刑法理论通常将正当防卫的正当化根据定位于个人保护原则与法确证原则,认为正当防卫首先是个人权利,即法律允许个人采取必要的保护措施保全自己,此外,防卫人对不法侵害的防卫是对“法”的恢复与维护,强化国民规范意识以抑制不法。^⑭据此,防卫人对不法侵害没有退避义务,而是被鼓励与不法相抗争。可以看出,正当防卫是一种对抗性、攻击性极强的权利。那么,在适用正当防卫时不仅需要关注防卫人的个人权利,也不能忽视被防卫人的个人权利,这就要求正当防卫的适用必须被界定在合理范围之内。

在此类案件中,前一次侵害行为已经结束,而后一次尚未发生,此时冲突情景并不存在,启动正当防卫的紧迫性也未出现。如果将所有的家庭暴力行为视为一个整体,受虐妇女在任何时刻都可以启动防卫权剥夺对方的生命,则难以保障施虐丈夫的个人权利。

最后,对受虐妇女的保护无须通过不适当当地扩大正当防卫的适用范围来达成。有学者认为,女性因其生理特点无法在不法侵害正在进行之时进行反抗以达到有效防卫的效果,甚至她的反抗可能招致更多的暴力侵害,所以应在特殊情况下对“紧迫性”作扩张解释,修正传统的正当防卫制度以保护受虐妇女的合法权益。^⑮然而笔者认为,刑法明确规定了不法侵害的现时性;随意扩大其实际含义有类推解释之嫌。此外,在受虐妇女杀夫案中否定正当防卫的适用,并不意味着剥夺了受虐妇女在紧急状态下有效及时地保护自身法益的所有途径。相比于不法侵害,将这种数年间连续发生的家庭暴力视为“持续性危险”更为合适,在此类案件中与其不当扩张正当防卫的适用范围,不如将目光放到其他紧急权的选择之上。

(二)违法阻却性紧急避险之否定

在否定了正当防卫的适用之后,有学者提出通过防御性紧急避险排除受虐妇女杀夫行为的违法性,^⑯而针对紧急避险的审查通常分为以下三个方面,以下分别加以阐释。

1.正在发生的现实危险

成立紧急避险要求存在正在发生的现实危险,即针对某些受法律保护的利益存在立即或近期会转变为真正损害的危险。^⑰这一般包括两种情况,一种是即刻性危险(Augenblicksgefahr),也被称为现时危险的典型形式,另一种则是持续性危险(Dauergefahr)。

判断危险是否存在的决定性标准并非损害是否立即发生,而是即刻采取防御行为的必要性。^⑱所以对持续性危险的承认是基于这样的事实:虽然危险实现的确切时间点仍不清楚,但行为人可以确定,在危险状态存续的时间内损害一定会发生。^⑲只有立

即采取防御行为才能避免危险升级,否则会导致防御效果减弱而使法益遭受无法控制的损害。

在受虐妇女杀夫案中,因缺少正在进行的不法侵害而无法认定行为成立正当防卫,但丈夫长期对妻子或其他家庭成员实施家庭暴力,根据现实情况能够推断出,丈夫将来还会再次实施家庭暴力。这就意味着在此类案件中法益客观上处于迫在眉睫的危险状态中。虽然此时现实的侵害行为尚未开始,但只有立即采取防御行为,才能有效避免之后对法益造成损害,否则将丧失保护法益的最佳时机。德国通过一系列案件,如“平底锅案(Spannerfall)”^⑤和“赫辛格案(Hechingerfall)”^⑥的判决,确定了危险的现时性为持续性所涵盖,即在受虐妇女杀夫案中存在紧急避险所要求的正在发生的现实危险。

2. 避险行为的别无选择性

紧急避险作为正当化事由以防御手段的适当性以及与其他手段相比最为轻微为前提。正当防卫中对防卫行为必要限度的判断是依据不法侵害的强度,而在紧急避险中,对避险行为的适当性判断是基于避免对法益造成损害的危险之需要。^⑦此处并不要求避险行为是抵御危险的“唯一手段”,但如果能以更为温和的手段达到避免危险的同等结果,则该避险手段是不被允许的。如果多种替代手段均能达到避免危险之效果,则应根据受损害法益的重要性、法益所面临的损害程度以及对受保护法益造成损害的可能性^⑧进行综合判断,从而选择最温和的一种避险手段。所以在受虐妇女杀夫案中需要判断的是,与杀害施虐丈夫相比,是否存在其他更温和的手段,也能达到阻止家庭暴力继续发生的同等效果?司法实践中的个案情况千差万别,但在极端的受虐妇女杀夫案中行为人能求助的途径通常有以下几种,需要分别予以考察。

首先,受虐妇女是否能够通过解除婚姻关系逃离家庭暴力?有人认为,婚姻是家庭的基础,受虐妇女在离婚之后不再需要与丈夫同住,自然能终结家庭暴力。但事实上离婚诉讼并不能有效地保护受虐妇女免遭暴力侵害。^⑨2017年6月四川女子董芳因遭

受家暴提出离婚诉讼,经3次庭审,法官以“给男方机会,给双方冷静期”为由判决不予离婚,致使被害人继续遭受家暴侵害,直至2018年11月不堪忍受的董芳提起离婚上诉而引发广泛关注。^⑩此外,顺利离婚之后的妇女也经常出现受到前夫骚扰的情况,如果双方育有孩子更会因为孩子的存在而无法彻底地断绝与施虐人的接触,家庭暴力甚至可能在离婚后升级,导致妇女面临生命或身体的严重危险。^⑪而且家庭暴力的受害者大多在经济、社会和情感上依赖于施暴者,这导致很多情况下受害人不得不维持与施虐者共同生活并忍受家庭暴力。

其次,社会援助是否能为家暴受害人提供保护?家庭暴力的受害者大多是妇女、儿童或老人,他们在生理与心理方面通常处于弱势地位,很难依靠自身的力量反抗家暴侵害,^⑫所以各国积极建立社会救助组织为其提供帮助。在中国主要由1949年成立的中华全国妇女联合会积极参与制定打击暴力侵害妇女行为的相关立法,并向妇女提供直接援助。^⑬而德国设有近400个庇护所,为遭受家庭暴力的妇女和儿童提供临时住所。^⑭庇护所鼓励家庭暴力的受害者寻求工作或住房,并通过重新获得失去的自尊和开始新的生活来治疗心理创伤。^⑮但遗憾的是,社会救助组织能采取的手段只有说服教育,有时甚至会劝受害人为家庭稳定忍耐下去,无法发挥社会团体抵抗家庭暴力的积极作用。^⑯此外,庇护所只能为受害者提供临时帮助,实践中经常发生施虐人与受害人再次接触而导致暴力关系重演的情况。

再次,非刑事法律措施能否有效制止家庭暴力?中国于2015年12月27日通过《反家庭暴力法》,引入“人身安全保护令”作为防治家庭暴力的民事强制措施。此外,该法还特别规定了主管机构和人员对预防家庭暴力负有责任。^⑰而德国于2002年1月1日开始实施《反暴力保护法》,虽然该法并非专门针对家庭暴力,却涵盖诸如在地方法院下令采取行动或下达居住禁令之前,德国警察可以禁止施暴人与受害人接触;如果行为人违反了接触或居住禁令,^⑱警方可以依据警察法对其采取强制措施等防治家庭

暴力的规定。但是,虽然两国均有关于家庭暴力的相关法规,却未建立完整的反家暴法执行机制,缺乏具体可行的保障措施以确保法规的有效施行,特别是我国《反家庭暴力法》规定的主管机构和人员的责任,即使责任人不履行监管职责也不会承担严重的不利后果,难以为家庭暴力的受害人提供实质保护。

最后,能否通过刑事诉讼终止家暴侵害?严重的家暴案件可以通过刑事诉讼追究施暴人的刑事责任,然而传统观念的影响使家庭暴力被视为家庭内部事件,在这一私密领域警察和其他国家机构的介入空间非常狭窄。司法实践中家暴受害者报警,警察通常会采取劝架的方式以避免当场发生严重的刑事案件,这种被动的介入模式并不符合防止家庭暴力的现实需要。这也导致许多家庭暴力案件被一味容忍,直到造成不可逆转的严重后果。^⑧此外,由于家庭暴力的特殊性与隐蔽性,警察难以在家庭暴力案件中进行调查取证,导致受害者在因家庭暴力而提起的刑事诉讼中处于不利地位。

在大多数受虐妇女杀夫案中,由于施虐人所实施的社会隔离和控制,受虐妇女几乎没有机会接触警方。即使施虐人因国家机关的干涉而受到惩罚,他仍然有可能继续操纵受虐妇女的生活,此时社会援助与国家机关的介入很难达到制止家庭暴力的实际效用,以致受虐妇女陷入绝望境地。在其他更温和的手段无法制止家庭暴力之时,杀死施虐丈夫这一极端行为可以视为别无选择的避险行为。

3. 利益衡量

根据传统的刑法理论,当危险的现时性与避险行为的别无选择性均存在时,紧急避险在此类案件中是否能作为正当化事由排除其违法性还需要进一步审查牺牲利益是否小于保护利益。

有学者认为,针对危险的引发者实施避险行为属于防御性紧急避险,与针对无辜第三人的攻击性紧急避险相比,被避险人的法益值得保护性因其对危险的引发而降低;并提出应将防御性紧急避险中的利益衡量标准界定于攻击性紧急避险与正当防卫之间,即在防御性紧急避险中,如果保护利益与损害

利益在价值上基本相当,就可视为避险行为维护了较高的利益。^⑨具体而言,在受虐妇女杀夫案中受虐妇女的避险行为针对危险的引发者——施虐丈夫,当然属于防御性紧急避险,此时施虐丈夫的生命法益的值得保护性降低,参考我国刑法关于特殊防卫的规定,在涉及严重危及人身安全的暴力犯罪时,如果避险人侵害了危险引发者的生命法益,也应视为法益损害无过当,从而承认受虐妇女杀夫案可通过防御性紧急避险排除杀夫行为的违法性。

此观点看似在正当防卫与紧急避险之间寻找到一种平衡路径,但笔者认为,其依然存在值得商榷之处。

根据传统刑法理论,避险行为所引起的损害小于所避免的损害,一般就能认为紧急避险没有超过“必要限度”,可以承认避险行为阻却违法,^⑩这种法益衡量是功利主义在紧急避险中最为典型的表现。而对法益进行衡量时,既要考虑由利益的种类序列所决定的利益的抽象比较,又要考虑具体情况下“处于对立冲突中的利益”的值得保护性。^⑪换言之,一方面,通过避险行为所保护的利益与受损害的利益相比应当处于更高的级别;另一方面,在具体情况中“救助利益”应当比“牺牲利益”更具有值得保护性。这也是支持通过防御性紧急避险在受虐妇女杀夫案中阻却杀夫行为违法性的学者的立论基础:因之前的家暴行为,施虐丈夫明显具有过错,其法益的值得保护性降低。

通常情况下高位阶的法益本身就比较低位阶的法益更具有值得保护性。只有在位阶基本相同的情况下,才有必要在具体案件中针对谁的利益更值得保护进行判断。即在损害同等价值的法益时,如果被避险人本身具有过错,可以视为其法益的值得保护性降低。但在受虐妇女杀夫案中,受虐妇女趁其不备杀死丈夫,牺牲了丈夫的生命法益,保护的可能是受虐妇女本人或其他家庭成员的身体法益、自由法益等。我国刑法并未对法益位阶做出明确规定,但参考大陆法系的原则,一般认为生命法益高于身体法益,身体法益高于财产法益,公益高于私法

益。^③可能有人认为,身体法益、自由法益与生命法益同等重要,甚至有人宁愿牺牲生命也要换取自由。但在刑罚体系中,死刑远重于自由刑,人们会因死刑的严酷性而探讨取消死刑,却无人探讨取消自由刑。这也能从侧面验证,生命法益所受到的重视程度远高于其他法益。而且生命作为其他法益的载体与存在前提,在法益位阶中理应处于顶端位置。所以在大部分受虐妇女杀夫案中,无法承认存在同等价值的法益比较。而德国联邦最高法院否定适用紧急避险正是基于这一事实,即在此类案件中所保护的利益并未明显超过受损害的利益。^④

但是,如果有充足的证据显示,受虐妇女的生命遭受威胁,例如施虐丈夫声称过会儿就要杀死她,此时选择侵害施虐丈夫的生命来保护自己受到威胁的生命,能否视为正当则存在争议。笔者认为,紧急避险的正当性基础决定了侵害生命的行为无法通过紧急避险阻却其违法性。至于刑法学界将紧急避险的正当性基础建立于功利主义或社会团结义务上的争议,需要从这两个方面具体予以分析。

(1) 基于功利主义的判断。

传统刑法理论将法益衡量视为合法化的决定性根据,其中蕴含的逻辑推论自然是:无论针对不同位阶的法益衡量,还是针对相同位阶不同数量的法益衡量,只要保护利益的价值高于牺牲利益的价值,即可成立合法化事由。如在典型的紧急避险案例中,牺牲少数人的生命以救助其他多数人,如果根据纯粹的功利主义可以认为成立紧急避险。然而,现在的刑法通说认为,只有极少数情况下出于避险的目的损害身体法益或自由法益等高位阶的人身权利才能被允许;侵害他人的生命法益原则上都是不可接受的,即任何法益均可因紧急避险的介入而做出牺牲,唯有人的生命是人生存的基础,是人格的根本要素,原则上应成为目的,决不能成为手段。^⑤

通说一方面想借助功利主义在利益衡量中展现便利性,另一方面又基于人的生命具有根本价值、终极属性等理由限制对功利主义的适用,逻辑上陷入无法自圆其说的困境。从生命权的本质无法用任何

尺度进行衡量,法律的正义性不允许随意对他人的生命进行评判的角度阐释功利主义适用之例外,亦显示出通说对功利主义作为紧急避险的正当性基础的犹疑态度。

事实上,纯粹的功利主义因不利于生命、身体、自由、人格尊严等非金钱利益的保护而日益受到批判。最为人熟知的例子,富人在下雨天为了保护自己昂贵的西装而抢夺穷人的雨伞,被雨水打湿的穷人的衣服价值远低于受到保护的富人的西装,此时却不能认定富人的行为符合紧急避险而排除违法性,因为显失公平。此时公平原则介入了纯粹的功利性判断。

据此,德国衍生出一种赔偿对价的学说。该说认为,可以通过事后的民事救济,即赔偿被避险人的利益损失,来换取在危险状况中被避险人对自身利益受损的忍耐。^⑥这其实是立足于民法对紧急避险的规定。德国《民法典》第228条规定:“为使自己或者他人避免急迫危险而损坏或者损毁引起此急迫危险的他人之物的人,如果其损坏或者损毁行为系防止危险所必要,而且造成的损害又未超越危险程度时,其行为不为违法。如果行为人对危险的发生负有过失,则应负损害赔偿义务。”我国《民法总则》第182条也规定:“因紧急避险造成损害的,由引起险情发生的人承担民事责任。危险由自然原因引起的,紧急避险人不承担民事责任,可以给予适当补偿。紧急避险采取措施不当或者超过必要的限度,造成不应有的损害的,紧急避险人应当承担适当的民事责任。”换言之,民法基于公平原则,借助事后的经济赔偿,“换取”危险境况中被避险人的忍耐义务。有学者认为,与法益衡量说相比,此思路的优点在于,能够从被避险人的角度说明其为何要忍耐避险行为。^⑦

然而,德国《民法典》第228条与我国《民法总则》第182条均涉及物权,而非高位阶的人身权利。生命权与身体健康权很难通过事后的经济赔偿支付对价,以达到该说所主张的公平。通过事后的经济赔偿,“购买”危险境况中被避险人对自身人身健康或

生命权遭受损害的忍耐,难以让人信服。同时,既然是民事的购买关系,那么被避险人当然可以在面临危险时拒绝“支付”忍耐义务,这种不稳定的民事关系如何能为紧急避险这一法定的违法阻却事由提供正当化依据呢?因此,起源于民事条款的赔偿对价说无法为紧急避险的正当化提供充分论证。

(2) 基于社会团结义务的判断。

与功利主义通过利益衡量寻求合法化依据不同,社会团结义务说从人的社会属性出发,认为个人作为社会成员在参与社会共同生活时,基于人类社会不可或缺的互助要求需要承担社会连带义务。^④该学说建立于罗尔斯的“无知之幕”与自利理性人的假设:^⑤个人有权保护自身的合法利益不受他人损害,但在紧急的危险境况中之所以要为了他人的安危而忍受避险行为所带来的损害,是因为自己也有可能在社会生活的其他场合遭遇危险。析言之,理性人认识到每个人在社会中都有遇到危险的可能性,基于自利的本性,理性人当然会希望在遭遇危险时能够通过损害他人的利益保全自身,这就需要提前同意牺牲自己的部分利益,换得将来自己遭遇危险时损害他人利益以寻求救助的机会,即对他人避险行为的忍耐义务^⑥是对被避险人未来安全机会有保障。

然而,理性人又是自私的。一方面,理性人希望通过损害他人的利益保护自己的利益;另一方面,理性人在危险发生时也可能处于无辜第三人的位置,此时并不希望自己的重大利益受到避险行为人的侵犯。换言之,被避险人之所以忍耐他人避险行为对自身利益的损害,是为了换取未来自我保全的机会,以避免自己在将来遭受危险时无处避险。忍耐避险人的侵害也符合被避险人自身的利益,他是为了维护自身利益才自愿负担社会团结义务。那么,面对基于自身利益最大化才愿意接受的社会团结义务,理性人必然会要求限制他人避险行为的攻击权限以避免自身重大利益遭受威胁,即无法期待理性人自愿承担无限的社会连带义务。特定限度内的紧急避险成为理性人认同的普遍规则,^⑦只有在理性人能够

接受的限度以内,紧急避险才能阻却违法。

就生命法益而言,作为其他法益的基础,生命一旦丧失便不可恢复,理性人就再无可能在将来面临危险时保全自身的其他重大利益,所以理性人决然不会自愿容忍危及自身生命的避险行为。^⑧即侵犯他人生命法益的避险行为不符合理性人的自利追求,违背其牺牲较小利益以换取日后遭受危险时保全自己的重大法益的初衷,超出了理性人自愿负担的社会团结义务的限制,所以无法基于理性人的普遍同意而合法化。

综上,无论基于功利主义,还是基于社会团结义务,都无法为侵害生命法益的避险行为寻找到合法化依据。功利主义在面对生命、尊严、自由等非金钱利益时无法将其理论逻辑贯彻到底,诠释范围受限,通过引入公平原则而提出的修正的功利主义,也无法为紧急避险提供坚实的理论根据。与功利主义相比,社会团结义务借助“无知之幕”的假设,将被避险人对避险行为的忍耐建立于理性人的自利判断,更好地解决了面对生命无法进行利益衡量的困境,理论逻辑得以贯彻始终,所以将紧急避险的合法化依据立足于社会团结义务更为恰当。根据社会团结义务说,受虐妇女的杀夫行为无法通过紧急避险阻却违法的原因在于,侵犯他人生命法益的避险行为超出了理性人自愿负担的社会团结义务的限制,无法基于理性人的普遍同意成为合法行为,所以即使有证据显示受虐妇女的生命遭受威胁,也无法排除其杀人行为的违法性。

此外,从紧急避险的正当化效应来看,违法阻却性紧急避险要求被避险人在面对避险行为带来的损害时负有忍耐义务,而不能对该避险行为采取措施进行抵抗。如果被避险人违反忍耐义务,针对避险人的避险行为进行暴力抵抗,损害避险人的利益,则属于违反刑法的禁止规范,应受到刑法的否定评价。换言之,如果承认受虐妇女的杀夫行为属于阻却违法的紧急避险行为,那么熟睡的丈夫突然从梦中惊醒,发现行为人正在实施杀害行为,出于紧急避险所要求其负担的忍耐义务,他不得对行为人的杀

害行为进行抵抗,因为此时杀害行为不属于不法侵害。如果丈夫采取措施进行反抗,就算只造成行为人轻伤的结果,也会违反刑法的禁止性规定,构成故意伤害罪。在面对杀害行为时,仍要求被避险人承担忍耐义务而不得抵抗,所得出的这一推论违背“生命权具有优先性”的规则,难以为公众所接受。

有学者认为,施暴丈夫存在过错,其生命的值得保护性,也就是生命的价值应该降低;^⑩但这种说法导致的直接后果将是公民可以随意判断他人生命的价值,法律的存在功能将被弱化。此外,在这种情况下不排除杀人行为的违法性,并不会剥夺受虐妇女的所有生路,还可以通过罪责阶层的判断,寻求解决此类案件更为恰当的路径。

三、解决路径之分析:罪责阶层出罪的可能性

目前刑法学界对紧急避险的定性存在争议,主要包括违法阻却事由说、责任阻却事由说以及阻却违法与阻却责任的二分说。违法阻却事由说的理论基础依然是利益衡量说,认为在两方利益发生冲突、没有其他方法可以避免时,牺牲较小利益以保全较大的利益,能够维持社会的整体利益,客观上不具有社会危害性,从而阻却其违法性。而阻却责任说则认为,紧急避险行为客观上侵害了他人的正当法益,具有社会危害性,但由于没有其他选择能避免该危险,此时不能期待行为人为合法行为,“法律不能强人所难”,即因不具有期待可能性而阻却责任。^⑪

这两种观点均具有片面性。阻却违法说在牺牲利益和保护利益价值相同时会陷入无所适从的窘境,对于生命这种无法进行衡量的法益也只能通过承认例外情况加以解决。而阻却责任说,面对的指责主要在于行为人在紧急状态下为保护第三人的利益而为避险行为时,难以通过缺乏期待可能性予以说明。同时,从法律效应来看,如果承认紧急避险只能阻却责任,那么所有紧急避险行为均属于不法侵害,被避险人可以对避险者实施正当防卫,难以实现保护更高利益的避险效果。^⑫由于以上问题的存在,德国刑法采取了阻却违法与阻却责任的二分说,将紧急避险分为不同情况加以考察。如前文所述,紧

急避险的理论基础应建立于社会团结义务,即被避险人因社会团结义务而需忍耐他人的避险行为,根据“忍耐义务”是否超过社会团结义务的限度进一步区分该避险行为能否阻却违法或阻却责任。所以紧急避险原则上是违法阻却事由,但不得已以牺牲生命保护生命、以伤害身体保护身体时,属于责任阻却事由。^⑬

(一)责任阻却性紧急避险的理论根据

超过社会团结义务的限度之后,避险行为无法阻却违法而成为不法侵害,但在重大法益面临紧迫的威胁时,行为人无法通过其他手段消除危险,此时不能期待行为人不实施该违法行为而实施其他适法行为。^⑭值得注意的是,在承认紧急避险阻却责任时,德国刑法的立场与我国传统刑法理论所理解的行为人丧失意志自由而欠缺期待可能性的判断并不完全相同。我国传统刑法理论通常将无期待可能性视为超法规的责任阻却事由,并从行为人丧失意志自由的角度来论证其出罪依据,^⑮认为无期待可能性这一概念的出发点是,行为人在实施行为时承受了巨大的精神压力,完全丧失了选择合法行为的自由,故不能期待他还能依法行为。但事实上,意志自由说的解释逻辑并不周延。

德国《刑法》第35条第1款第1句规定:“为避免自己、亲属或与自己关系密切之人的生命、身体、自由遭遇现时的、无法以其他方法避免的危险者,所为之行为无罪责。”可以看出,责任阻却性紧急避险并不仅限于针对自身重大法益之危险,而是在自身、亲属或与自身关系密切之人的生命、身体、自由遭受威胁时均存在适用之可能。在自身的生命法益受到紧迫威胁时,巨大的精神压力能够达到使人丧失行为判断能力的程度应无争议,但对于不太严重的伤害健康的危险或暂时丧失自由的危险,或该危险针对的是与其关系密切的他人时,则很难让人相信,此时行为人会因为巨大的精神压力而完全丧失意志自由。^⑯因此,建立于无期待可能性的责任阻却性紧急避险需要在意志自由说之外寻找更充分的理论依据。

首先,当行为人完全不具备形成合法行为之动机的能力和自由时,当然可以排除其责任,但在意志自由未完全丧失的情形下,国家也可能不对行为人予以非难。因为责任以不法为前提,不法的程度必然会影响责任的大小。责任阻却性紧急避险与违法阻却性紧急避险都涉及利益冲突,行为人的避险行为以保护重大利益为导向,考虑到相关利益的价值关系,虽然这种利益冲突不能排除不法,但却可以减轻不法的程度,那么建立于不法基础之上的责任必然也随之减少。而且,在重大法益受损的情形下,虽然行为人未完全丧失形成合法行为的动机,但与正常情形相比合法行为动机形成能力会明显减弱,^⑤此时就算不能完全排除行为人的责任,一般也可视为没有达到刑法上的严重程度。

其次,就刑罚目的而言,在认定行为人是否应受刑罚处罚时,还需考虑以预防为目的的处罚必要性,即理性地运用刑罚手段达到重新塑造犯罪人的特殊预防功能与威慑社会公众的一般预防功能。^⑥而能成立责任阻却性紧急避险的危险状态具有罕见性,针对极具特殊性和不可重复性的偶然情况通常没有进行一般预防的必要性;行为人在重大法益面临紧迫的威胁时,不得已采取了违法的避险行为,其对法规范的忠诚并未发生根本性改变,针对避险人无须通过刑罚达到特别预防之目的。换言之,在责任阻却性紧急避险所涉及的危险状态下刑罚一般预防和特殊预防的意义均不具备,此时国家不足以动用刑罚权。

此外,为避免期待可能性理论的滥用,德国《刑法》第35条第1款第2句针对责任阻却性紧急避险进行了补充规定:“如果行为人根据情况,尤其是行为人自招危险,或其处于特别的法律关系中,可以期待行为人容忍危险时,不适用本项规定。”即精神压力是否能够免责,不仅取决于压力的大小是否达到丧失意志自由的程度,还要看具体情况下,能否期待行为人容忍危险。换言之,在行为人的“内在期待性”与公众的“外在期待性”产生冲突时,如果该危险由行为人自身引发,或行为人处于特定的法律关系中,

视为行为人对该危险负有忍耐义务,公众可期待其容忍危险,则不能以“无期待可能性”免除避险人的责任。^⑦

(二)受虐妇女杀夫案中责任阻却性紧急避险的具体适用

具体就受虐妇女杀夫案而言,否定了违法阻却事由之适用后,需要进一步在罪责阶层判断是否存在出罪事由,如果成立责任阻却性紧急避险则杀人者仍可以被宣告无罪。^⑧

与违法阻却性紧急避险相比,德国刑法要求责任阻却性紧急避险只存在于生命法益、身体法益和自由法益遭遇现时的、以其他方式无法避免的危险时,而受虐妇女杀夫案通常会涉及这三类重要法益。值得注意的是,责任阻却性紧急避险并没有规定利益衡量,似乎与违法阻却性紧急避险相比要求更为宽松。^⑨事实上,虽然法条中未明确规定,但为了避免出现以责任阻却性紧急避险为借口导致无罪情况的过度扩张,此时虽不要求保护利益需明显高于牺牲利益,但避险人采取的避险行为必须具有合理性。

避险行为的合理性判断主要分为两个方面:首先,采取更为温和的手段对行为人而言是否过于苛求,即避险人在面对危险时是否能选择其他适当且相对温和的避险手段;^⑩其次,行为人承受危险是否是可期待的。^⑪该条款第1句与第2句的规定之间存在一般与例外的关系,这意味着,如果根据案件具体情况,能够合理期待避险人忍耐危险,则责任阻却性紧急避险不能成立。

与之对应,在受虐妇女杀夫案中,首先需要判断,能否要求受虐妇女采取与杀人相比更轻微但安全效果更低的其他手段。^⑫如前文所述,诸如社会帮助、法律途径、警察介入等措施不能帮助受虐妇女走出困境,甚至会引发家庭暴力的升级,即无法通过其他更为温和的手段摆脱绝望处境,此时杀死施虐者成为真正结束危险的唯一手段,在这种情况下要求受虐妇女采取其他更温和的避险手段则属过分苛求。其次需要判断,根据案件的具体情况能否期待

受虐妇女承受危险,如果存在第35条所列举的行为人自招危险或行为人处于某种应容忍危险的特殊法律关系的情形,则不能阻却其罪责。根据德国学者穆西格(Müssig)的观点,在受虐妇女杀夫案中,危险是由行为人自己引发的:虽然施虐人实施了家庭暴力,但受虐人没有采取有效措施,并且也没有离开施虐人,从而导致了暴力升级。这种与施虐人共同生活的态度被视为受虐人对持续性危险的默许。^⑤显而易见,该观点将家庭暴力归咎于受虐妇女的忍耐,如同在强奸案件中指责被害人衣着暴露自招危险一样,漠视了被害人的权利。如前文所述,离开施虐人并非制止暴力的有效手段,甚至这会危及其他家庭成员的生命安全。据此,受虐妇女忍耐家庭暴力的先行行为导致其担负特殊义务,从而要求行为人不得为避险行为的观点难以成立。另有学者从“特殊法律关系”出发,认为在某些法律关系中成立侵害的门槛应予提高,例如家庭关系中成员间的特殊信任可能导致成员之间互相负有承担危险的义务。^⑥但事实上,德国《刑法》第35条所规定的忍耐危险的义务主要针对承担保护公众的特殊责任者,如士兵、消防员或警察等,很少涉及个人关系中的保护义务。^⑦此外,由于家庭暴力破坏了稳定的家庭关系,所谓的信任关系亦不复存在,在这种情况下对紧急避险的限制可视为额外负担。

综上,根据德国《刑法》第35条第1款之规定,司法实践在处理受虐妇女杀夫案时,存在通过责任阻却性紧急避险以达到无罪的刑事效果之可能。

(三)在受虐妇女杀夫案中适用“受虐妇女综合征”的可能性

值得注意的是,如果根据案件的具体情况不能成立责任阻却性紧急避险,受虐妇女是否必须承担故意杀人的刑事责任呢?

德国《刑法》第35条第2款规定:“行为人实行犯罪行为时,误以为有依第1款阻却罪责之情况者,仅于其可以避免该错误时,始得罚之,并应依据第49条第1款减轻其刑。”换言之,如果尚不满足责任阻却性紧急避险的成立条件,但行为人出于不可避免的认

识错误而做出该行为时,仍有可能排除其罪责。第35条第2款针对此类认识错误规定了两种情形:错误地认为存在危险情况,然而事实上并不存在;错误地认为采取了不可避免的避险行为,实际上可以通过另一种更温和的手段予以代替。^⑧即法官需要结合案件的具体情况以及行为人的精神状况进一步审查其是否存在认识错误^⑨以及该认识错误是否可以避免。

就受虐妇女杀夫案而言,如果不具备适用责任阻却性紧急避险的条件,法官还需进一步审查,行为人是否处于“受虐妇女综合征”的特殊状态,且该状态是否会不可避免地导致其产生认识错误。“受虐妇女综合征”理论在北美刑事诉讼中广为流行,其核心是“暴力循环”^⑩和“习得无助”^⑪。德国联邦最高法院于2003年3月作出的刑事判决,^⑫使这一理论在德国引起广泛关注。实证研究表明,长期遭受压迫、虐待、侮辱、威胁等身体与精神折磨的妇女会出现精神状态的异常,其认识能力和控制能力大大降低,^⑬难以认识其行为的违法性 or 无法认识除了杀害施虐丈夫之外仍存在其他合法的解决方式。换言之,在“受虐妇女综合征”的影响下,如果受虐妇女的精神状态导致其不可避免地出现认识错误,可以排除其罪责。

如果“受虐妇女综合征”并未使行为人发生认识错误,仍有可能通过影响行为人的刑事责任能力在此类案件的处理中产生作用。德国《刑法》第20条规定:“行为时因疾病引起的精神障碍、深度的意识障碍、智能障碍或其他严重的精神疾病,导致不能辨识其行为不法或依其辨识而为行为者,无罪责。”与该条款列举的四种影响刑事责任能力的情况相对应,“受虐妇女综合征”属于其他严重的精神疾病这一类别,它并不是基于可检测或认定的机体缺陷,而更多地是描述一种精神失常状态。在德国的司法实践中行为人因“受虐妇女综合征”完全丧失刑事责任能力的案件并不多见,大多数涉及的是德国《刑法》第21条所规定的责任能力降低的情况:“行为时因第20条规定之原因,致辨识其行为不法或依其辨识而为行为之能力显著降低者,得依第49条第1项规定减轻

其刑。”^②即“受虐妇女综合征”导致受虐妇女在行为时认识能力与控制能力下降的,行为人需要承担刑事责任,但可减轻处罚。

四、该解决路径在中国的可行性:我国《刑法》第21条的教义学分析

按照我国传统刑法理论,正当防卫与紧急避险的重要区别在于,前者针对不法侵害者,而后者针对无辜第三人。^③据此,在受虐妇女杀夫案中,行为人所杀害的是实施家暴的不法侵害者,而非无辜第三人,故在此类案件中不存在紧急避险的讨论空间。然而该说对紧急避险的界定是不完整的,因为它仅涵盖攻击性紧急避险,忽视了与正当防卫一样直接针对危险引发者,但强势程度却介于正当防卫和攻击性紧急避险之间的避险行为,即防御性紧急避险。我国《刑法》第21条关于紧急避险的规定,并未如第20条关于正当防卫的规定那样针对防御对象作出明确限定,因此认为紧急避险的对象仅限于无辜第三人的说法缺乏法律上的依据,不能排除针对危险引发者可以成立紧急避险的情况。具体而言,在受虐妇女杀夫案中,施暴丈夫长期实施家庭暴力,可视为存在持续性危险,针对施暴丈夫实施避险行为应无问题。

此外,《刑法》第21条仅规定应按照避险行为是否超过必要限度造成损害超限判断行为人是否应负刑事责任。换言之,我国刑法并未对紧急避险予以细分。其原因在于,中国传统犯罪理论基本沿袭行为具有社会危害性从而具有刑事违法性,行为人应当承担刑事责任的苏俄模式,对正当化事由同样遵循行为不具有社会危害性才能排除违法性,进而行为人不承担刑事责任的判断过程。^④然而笔者认为,在中国刑法中对紧急避险予以细分,以阶层犯罪论为切入点,分别从违法性与有责性两个阶层对紧急避险予以判断从而划定刑事责任边界,具有必要性。以受虐妇女杀夫案为例,在不细分紧急权的情况下,虽然借助法官在具体案件中对量刑情节的考察,行为人仍有可能免于刑事处罚,但出罪事由的讨论空间被严重限制,提前阻断了无罪的可能性,而无

罪和定罪免刑这两种处理结果对被告人的意义差异巨大。因为免除处罚是以肯定行为成立犯罪为先决条件的,一旦认定行为构成犯罪,就意味着刑法对行为人发出了最为严厉的谴责,行为人在未来的人生道路上也将背负犯罪标签所带来的各种不利影响。所以,基于保护公民人格尊严和自由的考虑,必须对此严格区分。^⑤

(一)我国《刑法》规定的紧急避险在阶层体系中的定位

针对我国刑法所规定的紧急避险在阶层体系中如何定位这一问题,学界争议颇多。有学者认为,我国刑法仅规定了违法阻却性紧急避险。其理由是:《刑法》第21条第2款对避险过当的规定从反面确证了成立紧急避险需要对牺牲法益与保护法益进行比较以判断是否超过必要限度,而成立阻却责任的紧急避险的实质标准为有无期待可能性,这与我国立法所确定的法益权衡原则相矛盾。^⑥而有的学者认为,我国的紧急避险在体系定位上应属宽恕罪责,因为违法阻却性紧急避险和责任阻却性紧急避险在主观方面均要求行为人具有避险意识,即行为人因紧急情况陷入极度紧张的精神困境,出于巨大的心理压力而实施避险行为,符合宽恕罪责的本质。^⑦还有学者虽然承认我国刑法存在对紧急避险的二分,但在讨论生命是否可成为紧急避险的对象时,根据法益的值得保护性将紧急避险分为防御性紧急避险与攻击性紧急避险;前者可以在违法性阶层实现出罪效果,后者则只能成立超法规的责任阻却事由。^⑧笔者认为,将紧急避险只定位于违法性或有责性阶层的观点具有片面性,我国《刑法》第21条规定的紧急避险符合二分说,即原则上属于违法阻却事由,以成立责任阻却事由为例外,其理由如下。

首先,我国刑法虽然在第21条第1款关于紧急避险的规定中并未直接点明利益衡量的原则,但第2款关于避险过当的立法规定反面确证紧急避险不得超过必要限度,否则构成避险过当。换言之,行为人面对现实危险,不得已而在必要限度以内实施避险行为的,可以阻却违法;但值得注意的是,此处规定

的“必要限度”并非行为的必要性不适格或者牺牲利益与保护利益的优劣比较,而是针对紧急避险的整体性评价,应当立足于紧急避险的合法性根据予以重新判断。

我国《刑法》第21条第2款规定的“必要限度”首先应理解为避险人所为避险行为不能超过被避险人忍耐义务的限度,而非传统刑法理论在利益衡量的视角下所认为的损害利益与保护利益的限度比较。其次,“必要限度”还包括对避险行为的判断,即在避险手段不可避免性这一方面审查避险行为的必要性是否适格或避险行为是否最小损害手段。析言之,紧急避险是否超过必要限度应当从紧急避险的正当化根据——社会团结义务出发,进行整体性评价,即面对现实危险时,行为人在不得已的情况下采取的避险行为不得超过被避险人的忍耐限度,如果避险行为超过被避险人的忍耐限度,或者避险行为必要性不适格,则该避险行为都应认定为不法侵害,被避险人对其可以进行正当防卫。

其次,在紧急避险超过必要限度时,我国刑法视野下仍存在成立责任阻却事由的可能性,即我国刑法关于避险过当时行为人应当负刑事责任之规定,并没有阻断相关避险行为成立无罪之路径。根据《刑法》第21条第2款之规定,紧急避险超过必要限度,并出现不应有的损害结果,此时成立符合构成要件的不法侵害,但行为人是否承担刑事责任,仍然存在进一步讨论的空间。换言之,客观上存在不法事实是进行责任判断的前提,但能否对行为人进行责任非难,还需考察能否期待行为人在具体情况下实施其他适法行为,即是否具有期待可能性。^⑨

(二)我国刑法视野下期待可能性作为责任阻却性紧急避险理论根据的恰当性

期待可能性理论能否在我国刑法体系中找到恰当的存在空间,理论界对此存在争议。有学者认为,目前德国刑法学者很少讨论期待可能性,意味着该理论已不再受到重视。事实上,德国刑法已将无期待可能性的情形明文规定为犯罪阻却事由,如德国《刑法》第33条关于防卫过当以及第35条责任阻

却性紧急避险的规定,无须进一步讨论;^⑩而在我国期待可能性理论尚未得到应有重视,法律定位亦不明确,需予以厘清。

根据刑法通说,我国采取心理责任论,将故意、过失等同于罪过,而非规范责任论,^⑪表面看来,期待可能性理论与我国刑法无法相容。但事实上,我国《刑法》第16条规定“出于不能抗拒或者不能预见的原因而引起损害结果的,不是犯罪”,其中“不能抗拒”是指行为人虽然认识到自己的行为会发生损害结果,但受主客观条件所限,不能排除或防止结果的发生。换言之,在面对不可抗力时,行为人作出适法行为缺乏期待可能性,该规定含有规范责任论的思想。^⑫此外,我国《刑法》第21条第3款规定“第一款中关于避免本人危险的规定,不适用于职务上、业务上负有特定责任的人。”该条款与德国《刑法》第35条第1款第2句所规定的“如果行为人根据情况,尤其是行为人自招危险,或其处于特别的法律关系中,可以期待行为人容忍危险时,不适用本项规定”具有相似性。根据此规定,当行为人负有职务或业务的特定责任时对危险负有忍耐义务,公众可以期待行为人容忍该危险,而不能以“无期待可能性”免除其责任。换言之,该条款反向确证,我国刑法中关于紧急避险的规定亦能回溯至期待可能性理论:行为人处于重大法益遭受威胁的特殊情境,出于惊慌、恐惧等巨大的心理压力而不能进行充分的理性权衡,此时难以要求其继续遵守有效法规范的诫命或禁令为适法行为,法秩序放弃追究其罪责,因为在冲突情境下行为人的不法行为并不能表征其具有法敌对意志,而且在此情况下对行为人处以刑罚难以实现预防犯罪的目的,应通过责任阻却性紧急避险认定其无罪。

至于有学者提出将紧急避险按照避险行为的攻击对象区分为防御性紧急避险与攻击性紧急避险,笔者对此并无异议;但在面对侵害生命的避险行为时,认为防御性紧急避险可以阻却违法,攻击性紧急避险则求诸责任阻却事由,笔者难以认同,理由主要在于阶层判断的标准无法仅建立于对攻击对象的区分。如前文所述,从紧急避险的合法化根据与合法

化效果出发,侵害生命的防御性紧急避险并不能以法益的值得保护性降低为由,达到牺牲的生命利益低于保护的生命利益之效果,无法实现利益均衡而阻却违法,此时虽成立防御性紧急避险,但避险行为具有违法性。所以,仅以攻击对象为依据不能实现紧急避险在阶层犯罪论中的合理划分,在面对侵害生命的避险行为时,无论成立防御性紧急避险还是攻击性紧急避险,根据社会团结义务说,该避险行为都已超过被避险人的忍耐义务而不能阻却违法,只能在罪责阶层考察是否存在出罪之可能。我国也有学者认识到针对生命的紧急避险可以成立责任阻却事由,但认为只能将之作为超法规的责任阻却事由。^⑤然而如上文所述,我国《刑法》第21条第3款的规定已反向确证,期待可能性内含于我国刑法规范之内,援引该规定中蕴含的责任阻却性紧急避险处理司法实践中出现的针对生命的避险行为具有法理依据。此外,如果仅将其作为超法规的责任阻却事由,在中国当前的司法环境中很难想象潜意识中具有“宁枉勿纵”思想的法官会主动适用无期待可能性阻却行为人的责任,^⑥所以针对生命的避险行为应置于法定的责任阻却事由的视野之下予以判断。

据此,我国刑法规定的紧急避险可区分为违法阻却性紧急避险与责任阻却性紧急避险,德国解决受虐妇女杀夫案的路径对我国具有参考意义。在前文提到的涂小梅案与姚荣香案中,行为人为避免之后的暴力侵害杀死施虐丈夫的行为,不符合针对正在进行的不法侵害实施防卫行为这一要求,不能成立正当防卫;但家庭暴力可视为持续性危险,受虐妇女针对危险引发者——施虐丈夫实施防御行为,可以成立防御性紧急避险。根据社会团结义务说,侵害生命权的避险行为已然超出被避险人对避险行为的忍耐限度,无法阻却杀夫行为的违法性。然而在长期遭受家庭暴力这一极端情景中无法期待行为人选择其他适法行为,可以成立以期待可能性为基础的责任阻却性紧急避险。故笔者认为,这两个案件在我国刑法视野下虽然不能通过正当化事由在违法性层面阻却犯罪,但在责任层面仍存在出罪的可能,

可以通过责任阻却性紧急避险达到无罪的刑事效果。

结语

目前国内对受虐妇女杀夫案的讨论多集中于如何扩大正当防卫的适用条件或借鉴英美法系在刑事诉讼中引入受虐妇女综合征的概念。但笔者认为,具体案件的解决应以刑法理论的体系性研究为支撑,充分发掘我国刑法中蕴含的教义学资源。

首先,厘清我国刑法理论中紧急权的逻辑关联,按照防御对象的不同区分适用范围,当防御对象为不法侵害者时判断是否成立正当防卫,而针对危险引发者则可考虑是否构成紧急避险,避免紧急权的不当适用。^⑦其次,以阶层犯罪论为基础,对出罪事由予以细分,重视违法阻却事由与责任阻却事由的递进关系,促进中国犯罪论体系由封闭的、静态的体系转变为开放的、动态的体系。

我国司法实践在面对生命冲突的案件时对出罪事由的适用显现出犹疑的态度,更倾向于定罪免刑或者从轻处罚的处理方式。然而在充分考虑出罪事由之前,匆忙地给行为人贴上犯罪标签并不妥当。就受虐妇女杀夫案而言,法官应关注责任阶层出罪之可能,进一步考察是否成立以期待可能性为基础的责任阻却性紧急避险、因“受虐妇女综合征”导致不可避免的认识错误或丧失刑事责任能力的情况,如此才能更好地保障受虐妇女的基本人权。

注释:

① Vgl. Schramm, “Grundzüge eines Ehe- und Familienstrafrechts”, Juristische Arbeitsblätter(2013), S. 881-888.

② 参见江西省南昌市中级人民法院(2016)赣01刑初48号刑事判决书。

③ 参见浙江省温州市中级人民法院(2015)浙温刑初字第4号刑事判决书。

④ 德国联邦最高法院对受虐妇女杀夫案的处理态度发生巨大变化。在前期的相关案件中,一般会重点考察适用正当化事由之可能, Vgl. RGSt 66, S.225; BGH, Neue Juristische Wochenschrift(1979), S.2053.

⑤现阶段德国联邦最高法院对受虐妇女杀夫案中正当化事由之适用持否定态度, Vgl. BGH, Neue Juristische Wochenschrift(2003), S.2464.

⑥参见张明楷:《刑法学(上)》(第五版),法律出版社2016年版,第201页。

⑦参见高铭喧、马克昌:《刑法学》(第八版),北京大学出版社、高等教育出版社2017年版,第133页;注⑥,第202页。

⑧参见注⑥,第202页。

⑨参见杨兴培、李翔:“对于重复侵害的行为能否适用正当防卫问题研究”,《中国刑事法杂志》2001年第5期,第18-22页。

⑩参见季理华:“受虐妇女杀夫案中刑事责任认定的新思考”,《政治与法律》2007年第4期,第176-181页。

⑪参见钱泳宏:“‘受虐妇女综合症’理论对我国正当防卫制度的冲击”,《温州大学学报》2008年第9期,第27-31页。

⑫参见注⑩,第176-181页。

⑬参见陈璇:“家庭暴力反抗案件中防御性紧急避险的适用——兼对正当防卫扩张论的否定”,《政治与法律》2015年第9期,第13-26页。

⑭参见张明楷:《外国刑法纲要》(第二版),清华大学出版社2007年版,第155-156页。

⑮参见陈红:“从女性主义的视角重新解释正当防卫”,《浙江学刊》2005年第4期,第216-218页。

⑯参见注⑬,第13-26页。

⑰Vgl. Perron, in: Schönke/Schröder Kommentar, StGB, 28. Aufl., München: C. H. Beck, 2010, §34, Rn. 17.

⑱Vgl. Kindhäuser, in: Nomos Kommentar, StGB, 4. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 2010, §34, Rn. 21.

⑲参见注⑰,边码17。

⑳德国联邦最高法院在该案判决中明确指出,此种情况构成谋杀,且杀人行为不符合正当防卫的“不法侵害正在发生”之要求, Vgl. BGH, Neue Juristische Wochenschrift(1979), S.2053.

㉑Vgl. BGHSt 48, S. 258.

㉒参见注⑱,边码29。

㉓参见注⑰,边码20。

㉔Vgl. Schneider, Körperliche Gewaltanwendung in der Familie: Notwendigkeit, Probleme und Möglichkeiten eines strafrechtlichen und strafverfahrensrechtlichen Schutzes, Berlin: Duncker and Humblot, 1987, S.136.

㉕参见王心禾:“家暴引发离婚诉讼宜慎用冷静期”,载

《检察日报》2018年11月26日。

㉖Vgl. Barz/Helfferich, Häusliche Gewalt beenden: Verhaltensänderung von Tätern als Ansatzpunkt, Stuttgart: Burger Druck Waldkirch, 2006, S.9-11, 19-22.

㉗Vgl. Schünemann, “Der strafrechtliche Schutz von Privatgeheimnissen”, Zeitschrift für die gesamte 90(1978), S.40-41.

㉘参见管依萌:“反家暴法实施两周年,家暴不再是家务事”,载《法治周末》2018年3月7日。

㉙德国福利联合会(SoVD)所作统计,参见 SoVD-Positionspapier “Frauen wehren sich gegen Gewalt”, 载 <https://www.sovd.ed>, 2018年11月13日访问。

㉚Vgl. Großmaß, Bedarfsorientierte Beratung und Krisenintervention: ein Vortrag Fachforum Frauenhaus, Berlin, 2015, S.57.

㉛Vgl. Klein, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, Neue Juristische Wochenschrift, 1989, S.1633.

㉜参见《反家庭暴力法》第35、36条。

㉝德国联邦与各州就“家庭暴力”问题成立的工作小组针对这一问题做了统计研究,参见 Bund-Länder-Arbeitsgruppe “Häusliche Gewalt”, Rahmenbedingungen für polizeiliche/gerichtliche Schutzmaßnahmen bei häuslicher Gewalt, Berlin, 2002.

㉞参见北京大学法学院妇女法律研究与服务中心编:《家庭暴力与法律援助——问题、思考、对策》,中国社会科学出版社2003年版,第48页。

㉟参见注⑬,第13-26页。

㊱参见注⑥,第220页。

㊲参见注⑰,边码23。

㊳参见何鹏:“紧急避险的经典案例和法律难题”,《法学家》2015年第4期,第116-128页。

㊴参见注⑰,第258页。

㊵参见马克昌:“紧急避险比较研究”,《浙江社会科学》2001年第4期,第91-97页。

㊶参见[德]米夏埃尔·帕夫利克:“《德国航空安全法》第14条第3款——对禁忌的突破”,隗佳译,载[德]米夏埃尔·帕夫利克:《目的与体系——古典哲学基础上的德国刑法学新思考》,法律出版社2018年版,第246页。

㊷参见蔡桂生:“避险行为对被避险人的法律效果——以紧急避险的正当化根据为中心”,《法学评论》2017年第4期,第104-114页。

㊸Vgl. Seelmann, “Ideengeschichte des Solidaritätsbegriffs im Strafrecht”, in: Hirsch/Neumann/Seelmann(Hrsg.), Solidar-

itätspflichten im Strafrecht, Baden-Baden: Nomos, 2013, S.35-49.

④虽然罗尔斯的《正义论》主要解决的是社会资源的分配问题,但其对正义原则的讨论可以为刑法中紧急避险的正当化根据提供新的思路, See Rawls, A theory of Justice, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1971, p.137.

⑤Vgl. Küper, “Von Kant zu Hegel—Das Legitimationsproblem des rechtfertigenden Notstandes und die freiheitsphilosophischen Notrechtslehren”, Juristen Zeitung(2005), S.105-115.

⑥参见王钢:“美国刑事立法与司法中的紧急避险——对功利主义模式的反思”,《清华法学》2016年第2期,第186-208页。

⑦参见王钢:“对生命的紧急避险新论——生命数量权衡之否定”,《政治与法律》2016年第10期,第95-108页。

⑧参见注⑬,第13-26页。

⑨参见黎宏:“紧急避险法律性质研究”,《清华法学》2007年第1期,第37-54页。

⑩参见注③,第116-128页。

⑪参见注⑥,第217页。

⑫参见马克昌:“德、日刑法理论中的期待可能性”,《武汉大学学报(社会科学版)》2002年第1期,第5-11页。

⑬参见陈兴良:“期待可能性问题研究”,《法律科学》2006年第3期,第72-81页。

⑭参见[德]冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦:《刑法总论I——犯罪论》,杨萌译,法律出版社2004年版,第237-245页。

⑮参见陈璇:“生命冲突、紧急避险与责任阻却”,《法学研究》2016年第5期,第130-152页。

⑯Vgl. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band. 1, 4. Aufl. München: C. H. Beck, 2006, S.858-860.

⑰参见注③,第116-128页。

⑱参见注②,第258页。

⑲Vgl. Rönau, “Grundwissen—Strafrecht: Entschuldigender Notstand(§35 StGB)”, Juristische Schulung(2016), S.786.

⑳参见注⑬,边码5。

㉑Vgl. Schramm, Ehe und Familie im Strafrecht: Eine strafrechtsdogmatische Untersuchung, Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, S.155.

㉒参见注①,第156页。

㉓Vgl. Müssig, in: Münchener Kommentar, StGB, Band. 1, 2. Aufl., München: C. H. Beck, 2012, §35, Rn. 51.

㉔参见注①,边码23。

㉕Vg. Zieschang, in: Leipziger Kommentar, StGB, Band. 2,

12. Aufl., Berlin: DeGruyter Recht, 2006, §35, Rn. 53.

㉖参见注①,边码4-45。

㉗参见注②,第258页。

㉘See Walker, The Battered Woman Syndrome, New York: Springer, 2009, p.95.

㉙参见注③,第116页。

㉚Vgl. BGHStR 483/02.

㉛参见注①,第166页。

㉜参见注①,第162页。

㉝参见注⑦,第139页。

㉞参见注⑦,第127-129页;[苏联]孟沙金主编:《苏联刑法总论》(下),彭仲文译,大东书局1950年版,第400页。

㉟参见注⑬,第13-26页。

㊱参见刘明祥:“论紧急避险的性质”,《法学研究》1997年第4期,第93-100页。

㊲参见方军:“紧急避险的体系再定位研究”,《现代法学》2018年第2期,第132-146页。

㊳参见注⑤,第130-152页。

㊴参见注⑥,第326-327页。

㊵参见张明楷:“期待可能性理论的梳理”,《法学研究》2009年第1期,第60-77页。

㊶参见注⑦,第104-105页。

㊷参见注⑩,第60-77页。

㊸参见注⑥,第222页。

㊹参见屈学武:“死罪、死刑与期待可能性——基于受虐女性杀人命案的法理分析”,《环球法律评论》2015年第1期,第58-70页。

㊺参见注⑬,第13-26页。

参考文献:

[1]何鹏:“紧急避险的经典案例和法律难题”,《法学家》2015年第4期。

[2]陈璇:“家庭暴力反抗案件中防御性紧急避险的适用——兼对正当防卫扩张论的否定”,《政治与法律》2015年第9期。

[3]Perron, in: Schönke/Schröder Kommentar, StGB, 28.Aufl., München: C. H. Beck, 2010.

[4]Kindhäuser, in: Nomoskommentar, StGB, 4.Aufl., Baden-Baden: Nomos, 2010.

[5]Schramm, Ehe und Familie im Strafrecht: Eine strafrechtsdogmatische Untersuchung, Jübingen: Mohr Siebeck, 2011.