

# 家庭暴力中正当防卫的认定研究

王明雪

宁波大学马克思主义学院, 浙江 宁波

收稿日期: 2024年3月18日; 录用日期: 2024年3月28日; 发布日期: 2024年5月8日

## 摘要

家庭暴力不仅是一种家庭行为, 更是一种常见的社会现象, 它对受害者造成了极大的伤害, 同时也在破坏着社会的和谐。在社会机制不健全的前提下, 很多受害者选择了“以暴制暴”。然而, 由于家庭暴力发生地点的隐蔽以及认定条件的特殊性, 该行为的认定一直游走在正当防卫和故意犯罪之间, 难以获取真正的出罪路径, 寻找出解决该问题的突破口, 对该家庭暴力中正当防卫的认定条件进行进一步的完善, 既能保证司法案件的顺利审理, 又能更好地保护受害者的权利。

## 关键词

家庭暴力, 正当防卫, 以暴制暴

# Study on the Determination of Self-Defense in Domestic Violence

Mingxue Wang

School of Marxism, Ningbo University, Ningbo Zhejiang

Received: Mar. 18<sup>th</sup>, 2024; accepted: Mar. 28<sup>th</sup>, 2024; published: May 8<sup>th</sup>, 2024

## Abstract

Domestic violence is not only a kind of family behavior but also a common social phenomenon, which has caused great harm to the victims, and at the same time, it is also destroying the social harmony. Under the premise of unsound social mechanism, many victims choose to “fight violence with violence”. However, due to the hidden place of occurrence and the specificity of the determination of the conditions, resulting in the determination of the behavior between self-defense and intentional crimes, it is difficult to obtain the real path of crime, to find a break through to solve the problem, the domestic violence in the determination of the conditions of self-defense to fur-

ther improve, not only to ensure that the smooth trial of the judicial case, but also better protect the rights of the victims.

## Keywords

Domestic Violence, Self-Defense, Violence against Violence

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. 家庭暴力的概念解读

早在 2015 年 12 月 27 日，第十二届全国人民代表大会第十八次会议就审议通过了《中华人民共和国反家庭暴力法》，并在 2016 年 3 月 1 日起正式实施我国颁布的首部反家暴法。并在第一章第二条明确指出：家庭暴力，是指家庭成员之间以殴打、捆绑、残害、限制人身自由以及经常性谩骂、恐吓等方式实施的身体、精神等侵害行为。这一法律条款为家庭暴力行为的解读提供了法理基础。也为我们从学理角度解读家庭暴力的概念提供了依据，有利于阐明家庭暴力的危害性、明晰家庭暴力的现状、分析受害者以暴制暴的原因。

首先，从家庭暴力的概念界定范围来看，家庭暴力主要指的是发生在家庭内部的暴力行为。一般而言情况下受害者和施暴者之间存在一定的血亲、姻亲、收养或者扶养关系。同时在《反家庭暴力法》的附则中也明确指出“家庭成员以外共同生活的人之间实施的暴力行为，参照本法规定执行”，即其他的具有实证性的亲密关系也应该被纳入家庭暴力的范围之内。

其次，从家庭暴力的内容来看，《反家庭暴力法》将家庭暴力大体上被分为两大类即身体暴力和精神暴力。并且对于身体暴力做出了明确的规定性即“家庭成员之间以殴打、捆绑、残害、限制人身自由”，我们可以将身体暴力分为直接加害和间接限制两种情形。精神暴力则是指“经常性谩骂、恐吓”。同时法条最后的等字给了家庭暴力更加开放性的认定范围。除法条之中明确规定的不法行为之外，其他对受害者的人身或者精神造成侵害的行为在具体的情境之中也可以被认定为家庭暴力行为。

最后，从家庭暴力的结果来看，不能以单一的结果导向为认定的标准，家庭暴力既有长期性，同时也有即时性的。长期性的家庭暴力和虐待相近，一般而言施暴者会对受害者实施长期的殴打或是谩骂，这类行为具有持续性。即时性的家庭暴力具有突发性的特点，发生在特定的场域之中。单一的结果论无法阐明家庭暴力的状况，对于家庭暴力的结果应当结合具体的情景进行考虑。

## 2. 家庭暴力中正当防卫的认定困境

正当防卫作为应对家庭暴力行为的重要出罪路径在我国司法体系之中占据着非常重要的地位，正当在一定程度上“能够有效地遏制违法犯罪行为的发生”[1]，但是家庭暴力主体的特殊性、发生场域的隐蔽性以及举证的困难性使得其适用性成为一个难以合理安放的问题。同时，传统情况下正当防卫的认定相对保守，使得正当防卫制度难以真正保障公民的权利。在我国刑法学界的传统正当防卫理论当中，正当防卫的成立需要满足五个条件：起因条件、时间条件、主观条件、对象条件、限度条件[2]。家庭暴力正当防卫的认定困境主要是家庭暴力中正当防卫的起因条件范围过于狭隘；家庭暴力中正当防卫的时间条件限制过于严苛；家庭暴力中正当防卫的限度条件要求过于严格。

## 2.1. 家庭暴力中正当防卫的起因条件范围过于狭隘

在传统的正当防卫认定理论之中，正当防卫的起因条件主要指的是“不法侵害的实际发生和客观存在”[3]这一理论将不法侵害的存在作为正当防卫发生的构成的前提。然而在类似的家庭暴力案件之中很难成功认定。由于男性和女性的体力差别，在家庭暴力发生时，女性通常难以进行反击，只有在当一次不法侵害结束，下一次不法侵害尚未发生之时，才有捍卫自己的权利，保护人身安全的可能性。

在正当防卫认定理论中，正当防卫的起因条件范围过于狭隘，要求不法侵害在防卫进行时实际发生和客观存在。若一次的侵害行为已经结束，那么正当防卫的起因条件便不复存在，不能再被认定为正当防卫。这种认定方式没有考虑到家庭暴力发生的特殊性，家庭暴力具有长期性，是一个不断循环的过程，一次侵害行为的结束并不意味着整个暴力过程的结束，具体而言，裁判者可以将施暴者对受害妇女所实施的全部家庭暴力行为看成一个整体[4]，施暴者的家庭暴力行为一直处于持续状态，因此受害妇女所实施的反抗行为所针对的对象，是施暴者持续实施的家庭暴力行为，而不是受害者的“假想防卫”的情形。仅仅凭借长期侵害行为中的一次中止就认定整个不法侵害的过程中止，不免有失公允。正当防卫制度的初衷是维护受害者权益，然而在这样的条件限制之下难以真正达到其预设的目标。“对于遭受家暴摧残的妇女，其需要的是更多的救济保证和人道主义关怀，应该得到司法正义的公正对待，而不是过多的事后问责，刑事惩罚，需要恪守宽严相济的原则，从而达到良好的社会效应和法律效果。”[5]无视家庭暴力发生的特殊性，将其和普通的侵害案件混为一谈，既不利于保护受害者的权益，也不利于维护社会的公平正义。

## 2.2. 家庭暴力中正当防卫的时间条件限制过于严苛

家庭暴力中正当防卫案件难以得到认定的另一困境在于防卫的时间条件限制过于严苛，刑法对我国传统正当防卫理论的时间要件要求是“不法侵害正在发生”<sup>1</sup>而在现实生活中很多家庭暴力的正当防卫行为出现不适时的状况。

在以往的司法实践之中受害者的反击行为不是在家庭暴力实施过程中进行，而是在家庭暴力未实施之前进行或是在家庭暴力结束之后进行在一般情况下都被认定为故意犯罪。犯罪者在犯罪过程中途放弃或者中止侵害行为，刑法将其认定为犯罪中止或犯罪未遂进而给予其出罪的路径，而面对长期性或是即时性的受害者，却只能在犯罪行为实施的过程之中进行防卫，这在一定程度上与正当防卫制度保障受害者权益的初心相悖。正如上文所言男性和女性之间的体力存在着天然的差别，同时大多情况下男性在心理上以及经济收入上都占据着优势地位，在暴力行为进行的过程之中，受害者无法立即对侵害行为作出反抗。即使被害人做出反抗行为，很难对侵害行为进行制止。

同时，在一般情况下，施暴者的暴力行为是一个长期性的过程，一次没有得到制止的暴力行为终止往往预示着下次暴力行为的开始。从某种程度来说，侵害行为中止这一时间段是受害者进行反击的最佳时间段。一旦施暴者施行新一轮的暴力行为，受害者就很难进行防卫，受害者的权益也难以得到保障。

如上，家庭暴力中正当防卫的时间条件过于严苛，给受害者造成大量困扰和威胁。应该重新审视时间条件的限制，为受害者提供更大的保护，以确保他们的人身安全和尊严得到有效保护。同时，也需要加强对家庭暴力的预防和教育，以改变社会观念，消除家庭暴力的根源。

## 2.3. 家庭暴力中正当防卫的限度条件要求过于严格

97年刑法针对于传统正当防卫理论中的限度要件提出了新的要求即“防卫行为造成的结果不能明显

<sup>1</sup>《中华人民共和国刑法》第20条第1款规定：“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正在进行的不法侵害，而采取的制止不法侵害的行为，对不法侵害人造成损害的，属于正当防卫，不负刑事责任。”

超出必要限度”。换言之，防卫行为的展开必须要是一种必须的行为，并且这种防卫要适应伤害的程度。这一说法更加清晰的划分了故意伤害和正当防卫之间的限度界限，然而在司法实践之中这一法律条款的应用却暴露出了很多问题，难以真正保障受害者的权益。

一方面，家庭暴力发生场域具有一定的特殊性家庭暴力常常发生在私人场所，缺乏实质证据和目击者，导致受害者在法律程序中面临困难。法律对于正当防卫的要求包括必须立即捍卫自己的权益，并且必须自卫行为与袭击行为一致。然而，在家庭暴力中，受害者可能并没有及时报警或立即寻求帮助的条件，因为他们常常处于心理上的恐惧和依赖状态。限度条件过于严格，使得无法提供充分证据来支持受害者的自卫行为合理性，使其处于较不利的地位。

另一方面，家庭暴力具有长期性，受害者收到施暴者长期的侵害，其心理和身体饱受双重折磨，处于崩溃的边缘，受害人往往处于恐惧和无力的状态，无法分辨何时是恶意的攻击和不容忍的辱骂，在家庭暴力再次发生时，受害者难以很好地把控其反抗的力度，同时家庭暴力对受害者的伤害不是单次暴力行为的相加，而是一个长期的持续性的过程，是一个整体过程，在一定程度上是一种一加一大于二的伤害。受害者不能清楚预见下一次的伤害会达到何种地步。在这种前提之下受害者对于暴力行为作出超出限度的防卫是合理的。

最后，这种唯结果论的限度条件给了施暴者更大的优势和机会，增加了受害者再次受到暴力伤害的可能。家庭暴力受害者往往处于不平等的关系中，权力和资源处于劣势地位，施暴者具有更强的控制能力。因此，对于受害者为了保护自己而采取的正当防卫行为，应更容易被法律认可，以平衡双方的利益。

### 3. 家庭暴力中正当防卫的认定完善

正当防卫是公民维护人身权益的重要武器，而传统的正当防卫制度难以适应复杂多变的实际情况，如前所述，根据传统正当防卫理论，在遭遇家庭暴力的过程之中，受害者所采取的反抗行为，存在相应的构成条件即在防卫起因上不存在不法侵害；在防卫时间上达到不法侵害“正在进行”的要求；在防卫限度上“不能超过必要的限度、造成重大损害”。然而在司法实践过程之中，传统的正当防卫制度难以以为受害者出罪，为了使正当防卫制度在司法认定过程中发挥应有的作用，需要对从正当防卫的认定条件着手，为受害者提供更加具有可行性的维权方式以及出罪路径。

#### 3.1. 灵活认定防卫起因

传统的正当防卫理论对于家庭暴力中正当防卫的起因条件认定过于狭隘，对于防卫起因的认定应当综合考虑多种因素，灵活认定正当防卫的起因条件。在实际的认定过程之中，避免一刀切的判定标准，要考虑每个案件的独特性和复杂性，尊重受害者的权利和尊严。

一方面，虽然在频频发生的家暴案件之中，女性都处于弱势地位，社会层面对于女性多了一定程度的宽宥，但是在家庭暴力过程之中实施正当防卫的前提条件是存在已经达到某种程度的侵害，这是不可否认的法理要求。这就是说我们不能轻率地认为所有的暴力行为都可构成正当防卫的起因条件，而必须要达到一定的限度，否则会造成防卫权的滥用。

另一方面，对家庭暴力起因条件的判定，必须考虑家庭暴力的特殊性，将其作为一个长期性的过程来判定，由此确定能否将当下的暴力行为作为正当防卫的诱因，家庭暴力不同于一般的暴力行为，是一个累积性的过程，要结合每个案件的历史情况，将其作为一个历史的发展的情况进行考虑，用动态的眼光看待家庭暴力对受害者产生的伤害。

通过灵活认定防卫起因，可以更好地保障受害者的权益，同时有利于打击家庭暴力行为，再司法实践之中应该平衡法律正义和个人权益之间的关系，促进社会公平正义的实现。在合理、公正的基础上更好地处理家庭暴力问题，保护受害者的权益，促进社会的和谐与稳定。

### 3.2. 合理放宽防卫时间

《关于依法适用正当防卫制度的指导意见》的第六条明确指出，正当防卫必须是针对正在进行的不法侵害。这将正当防卫的时间限制在了遭受不法侵害过程之中，而在司法实践之中受害者的反击行为还可能发生在侵害行为中止的过程之中以及侵害行为发生前和侵害行为发生之后，如此一来受害者就难以真正行使自身的权利，保障自身的权益。因此要合理的放宽正当防卫的时间条件，对正当防卫的时间条件进行扩张性的理解。

一方面，不同于其他正当防卫的案件，家庭暴力不是一次性的事件，而是一个反复循环的过程。受害者在长期的家暴环境之中，在不法侵害发生之前，已经能够提前预料到家暴行为的发生，未避免下次家暴的发生，受害者采取一定措施进行反击，这是符合常理的，同时我们也可以从法理的角度对其时间限制进行一定的放宽，将正当防卫的时间条件放宽到持续的不法侵害发生前后。

另一方面，不法侵害发生之后，并不意味着受害者完全排除了伤害，在一定程度上只是暂时性的结束。同时家庭暴力往往发生在私密空间，受害者可能难以及时获得外界的帮助和证据。在这种情况下，对正当防卫的认定时间要求过于严苛，可能导致受害者错失自卫的机会，加剧了受害者的被动性。法律应当更加关注实际情况，从受害者的角度进行考虑，允许受害者在受到攻击时能够有足够的时间和空间进行正当防卫。

传统的正当防卫理论没有考虑到家庭暴力案件的特殊性，以传统的时间要件对家庭暴力中的受害者进行要求，对处于弱势一方的受害者造成了实质上的不公平。合理放宽防卫时间既是法理的要求也是司法实践的要求。

### 3.3. 弹性使用防卫限度

家庭暴力中弹性使用防卫的限度条件是一个非常重要的议题。在处理家庭暴力案件时，受害者可能会面临极端的情况，需要在保护自身安全和尊严的同时，遵守法律规定的防卫限度条件。弹性使用防卫的概念强调在特定情境下，对防卫行为的限度条件可以根据具体情况做出灵活的认定，以平衡法律原则和人道主义的考量，如 19 世纪德国著名的刑法学者贝尔纳提出的“法不能向不法让步” [6]。

首先，弹性使用防卫的限度条件需要考虑到攻击的性质和程度。在家庭暴力案件中，受害者可能长期遭受虐待和压迫，导致情绪和心理状态长期处于极度紧张和焦虑之中。因此，在评估防卫行为是否符合限度条件时，需要考虑攻击的严重性和威胁程度，以及受害者的心理状态和反应是否符合正常情况。

其次，弹性使用防卫的限度条件还应考虑到防卫行为的必要性和适当性。在家庭暴力情境下，受害者可能面临生命安全受到威胁的情况，需要及时采取防卫行为来保护自己或他人。因此，在评估防卫行为的限度条件时，需要综合考虑行为的必要性和适当性，以及是否存在其他更合适的解决方法。

最后，弹性使用防卫的限度条件还应当遵守法律规定和道德伦理准则。在处理家庭暴力案件时，司法机关和相关机构应该根据法律法规和司法解释的规定，对防卫行为进行合法性和合理性的审查。同时，还需要考虑到人道主义的原则，尊重受害者的权利和尊严，确保在保护自身安全的同时，不会造成不必要的伤害和损失。

总之，弹性使用防卫的限度条件是一个复杂而严峻的问题，需要综合考虑多方面因素，平衡法律原则和人道主义的考量，以实现家庭暴力案件的合理处理和公正裁决。只有在法律的框架内，尊重人权和法治精神的基础上，才能有效应对家庭暴力问题，保护受害者的权益，促进社会的和谐与稳定。

## 4. 结语

在家庭暴力中，正当防卫的认定条件是一个复杂而又敏感的问题。家庭暴力是一种严重的社会问题，

对受害者造成的身心伤害不可忽视。正当防卫作为一种自卫行为，应当在维护受害者合法权益的同时，尽可能减少伤害的发生。通过对家庭暴力中正当防卫认定条件的深入研究和探讨，我们可以更好地保护受害者的权益，促进家庭关系的和谐发展，实现社会的长期稳定和进步。希望本论文的研究能够为相关法律政策的完善和实践提供一定的借鉴和参考。

## 参考文献

- [1] 陈兴良. 家庭暴力的正当防卫[J]. 政法论坛, 2022(3): 78-88.
- [2] 王作富. 刑法[M]. 第6版. 北京: 中国人民大学出版社, 2016.
- [3] 高铭暄, 马克昌. 刑法学[M]. 第10版. 北京: 北京大学出版社, 2022: 128.
- [4] 冈特·施特拉腾韦特, 洛塔尔·库伦. 刑法总论 1 [M]. 杨萌, 译. 北京: 法律出版社, 2006.
- [5] 王菁. 我国家庭暴力的防卫权问题研究[D]: [硕士学位论文]. 重庆: 西南政法大学, 2018: 37.
- [6] 崔薇. 家庭暴力中正当防卫认定问题研究[D]. 北京: 中央民族大学, 2020: 23-24.