

# 论家庭暴力中正当防卫行为的司法认定

张 航

上海海事大学法学院, 上海

收稿日期: 2024年4月7日; 录用日期: 2024年4月16日; 发布日期: 2024年5月17日

## 摘 要

家庭暴力危害家庭和谐与社会稳定。在家庭暴力中适用正当防卫, 是刑法保护法益、保障人权立法精神的应然之义。但在司法实践中, 家庭暴力所具有的不同于一般社会故意犯罪的特殊性, 使得正当防卫在司法认定上存在一定的困难, 从而造成受虐妇女儿童二次伤害。因此, 需要尽快结合具体实践, 解决目前家庭暴力中正当防卫的司法认定障碍。具体而言应当适当放缓正当防卫时间条件、合理放宽正当防卫限度条件以及积极完善家庭暴力证据的获取, 同时在司法实践中借鉴“受虐妇女综合征”理论进行正当防卫行为认定, 为家庭暴力正当防卫的适用提供更详尽的法律支撑与保障。

## 关键词

家庭暴力, 正当防卫, 司法认定, 优化路径

## On the Judicial Determination of Justifiable Self-Defense in Domestic Violence

Hang Zhang

School of Law, Shanghai Maritime University, Shanghai

Received: Apr. 7<sup>th</sup>, 2024; accepted: Apr. 16<sup>th</sup>, 2024; published: May 17<sup>th</sup>, 2024

## Abstract

Domestic violence jeopardizes family harmony and social stability. The application of self-defense in domestic violence is a natural part of the spirit of criminal law legislation to protect legal interests and safeguard human rights. However, in judicial practice, domestic violence is different from the general social intentional crimes of the specificity, so that there are certain difficulties in judicial determination of self-defense, resulting in secondary injuries to abused women and children. Therefore, it is necessary to combine the specific practice as soon as possible, to solve the current obstacles to the judicial determination of self-defense in domestic violence. Specifically, it should

appropriately slow down the time conditions of self-defense, reasonably relax the limits of self-defense conditions and actively improve the acquisition of evidence of domestic violence, at the same time in judicial practice, drawing on the theory of “battered women’s syndrome” for self-defense, to provide more detailed legal support and guarantee for the application of self-defense of domestic violence.

## Keywords

Domestic Violence, Justifiable Defense, Judicial Determination, Optimize the Path

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. 引言

随着反家庭暴力法实施以来，虽然家庭暴力案件比例降低，但其存在即为不合理。家庭的组成是结两姓之好，每个家庭成员应当尽心经营。而家庭暴力会导致双方感情破裂，家庭破碎，不利于家庭和谐和社会稳定。家庭暴力具有特殊性，由于家庭的内部环境，使得家庭暴力案件相关的过程、证据都具有复杂性和难获取性，导致受虐妇女很难获得有效的救济。此外，由于传统正当防卫构成理论在家庭暴力中存在适用困难，导致司法认定出现障碍，使得受虐妇女遭受再次伤害。因此应当积极分析家庭暴力中正当防卫司法认定存在的问题并提出优化路径建议，完善家庭暴力案件中正当防卫的司法认定规则。

## 2. 家庭暴力正当防卫行为司法认定现状

### 2.1. 家庭暴力行为司法认定

家庭暴力是指家庭中某位成员对其他成员施以的暴力伤害和残害行为。而家庭纠纷则是指家庭成员在日常家事活动中发生的债务感情纠纷以及争吵打架等，但并不具有如同家庭暴力一样的危害性，被害人也不构成重大过错。但在司法实践中，法院审判人员常常会出现家庭琐事纠纷与家庭暴力的认定障碍，将偶发性的殴打行为归结于系家庭纠纷，不属于家庭暴力。如在黄某故意伤害案<sup>1</sup>中，经法院查明，案发前胡某数次因家庭琐事殴打黄某，且在案发时存在掐脖殴打等暴力行为，但法院认为该暴力行为程度上未达到身体或精神上的伤害、折磨，殴打行为和时间也不具有持续性和反复性，故认定该行为仅为夫妻之间因家庭纠纷引发的一般性殴打，不属于家庭暴力。又如朱某故意杀人一案<sup>2</sup>中，侯某长期无辜殴打继子熊某甲和朱某，而法院认为侯某的行为具有一定的过错，但尚不构成重大过错。由此可见，在对于家庭暴力的司法认定存在一定的认定障碍，法院通常会将偶发性的暴力殴打行为认定为家庭纠纷，这就导致一些受害人在诉诸公权力而得到不应有的救济后，只能采取自力救济。

### 2.2. 家庭暴力案件正当防卫司法认定

目前，我国法院在针对家庭暴力案件适用正当防卫时，对于是否认定行为人属于正当防卫、是否存在防卫过当等问题，存在认定不一致的情形。通过在中国裁判文书网以“家庭暴力”、“正当防卫”为关键词进行检索，发现共 255 篇文书结果，以刑事案件为基进一步分析发现，刑事案件中，多数法院认

<sup>1</sup>安徽省高级人民法院(2018)皖刑终 307 号刑事判决书。

<sup>2</sup>重庆市高级人民法院(2020)渝刑终 130 号刑事判决书。

定女性在家庭暴力伤害中进行的反击行为为故意伤害或防卫过当，少数法院将其认定为正当防卫。具体案例分析如下。

案例一：在熊某故意伤害案<sup>3</sup>中，熊某长期遭受刘某家庭暴力，事发时双方存在肢体冲突，刘某将熊某头部打伤，熊某持粪铲还击，刘某将其粪铲夺走，继而殴打熊某腰部；后熊某持锄头打伤刘某头部，刘某起身追赶，在追赶过程中摔倒死亡。一审法院认定本案为故意伤害，二审法院虽考虑到正当防卫因素，但仍认定熊某属于防卫过当，以故意伤害罪论处。

案例二：在邱某故意伤害案<sup>4</sup>中，张某于凌晨进去邱某与儿子家，先后对邱某与儿子进行殴打，邱某在遭受殴打时并未进行反击，在儿子遭受张某殴打时，因担心儿子术后身体恢复，持水果刀刺伤张某，致张某重伤二级。一审法院认为，邱某行为符合正当防卫的起因、时间、主观、对象等条件，认定邱某的正当防卫行为未超过必要限度，不负刑事责任。

在上述两起案件中，被告人均遭受被害人家庭暴力，且存在长期殴打、辱骂情形，遂产生反击行为，而案例一中二审法院认定熊某为防卫过当，案例二中法院认定邱某为正当防卫未超过必要限度。可见法院在家庭暴力类案件中，适用正当防卫时对于“必要限度”的理解存在不一致。案例一中熊某已然被刘某击打头部，对自己生命安全产生了现实的紧迫危险，在熊某反击时，刘某将其反击工具抢走并继续殴打，熊某在此种条件下击打刘某头部，显然无法认定为超过必要限度。但二审法院以亲属之间应该互相谅解等理由认定熊某为故意伤害，并未充分考虑家庭暴力的特殊性以及女性受害者个人处境。家庭暴力具有一定的隐蔽性，多数家庭暴力发生在家庭中，具备高发性与高伤害性，长久的家庭暴力也对女性身心造成不利影响。而综合客观社会现实来看，家庭暴力男女双方力量悬殊，导致女性受害人居多，在长期遭受家庭暴力过程中，难免出现反击行为。若不能合理认定家庭暴力受害者反击行为的正当防卫特性，无疑对于受害者来说是雪上加霜。因此，针对家庭暴力案件中正当防卫认定问题，应当与普通正当防卫相区分，充分考虑被殴打的弱势一方长期的处境，以及争斗发生时的客观情形，对家庭暴力中正当防卫行为进行合理认定。

### 3. 家庭暴力正当防卫行为司法认定存在的问题

#### 3.1. 对防卫时间条件认定过于严格

正当防卫制止的是正在进行的不法侵害。如果不法侵害尚未开始，就不存在法益被侵害的事实，而如果不法侵害已经结束，防卫的现实紧迫性也就不存在了。按照传统正当防卫构成要件解释，在上述两种情况下都没有进行防卫的意义，进行防卫不会受到法律的保护与支持。但是，家庭暴力具有长期、反复、持续等特殊特性。实践中，受虐妇女常常在施暴行为进行中不能也不敢反抗，而只能在在施暴行为结束后施暴者处于熟睡或者不注意的情况下进行反抗。而法院在审理时严格按照正当防卫的时间条件进行裁判，认定不存在正在进行的家庭暴力行为，往往会判定受虐妇女的行为属于防卫过当，以故意伤害或者故意杀人论处。

在家庭暴力情况下，基于家庭身份的特殊性，受虐妇女遭受的家庭暴力不仅危害其身体健康，更重要的是造成其心灵精神上的创伤。长期反复的施暴行为导致受暴人的心理弱势，而又要求其施暴行为进行时勇于反抗，这本身就是不合情理的。刑法的功能在于保护法益和保障人权，正当防卫制度的设计初衷也在于使每个人都可以通过防卫行为来对抗不法侵害行为，保护自己的合法权益。受虐妇女在长期身体精神双重折磨下无奈采取“以暴制暴”行为，却限于正当防卫的严格认定要求被判处沉重刑罚，无疑是对她的再次伤害。

<sup>3</sup>安徽省高级人民法院(2018)皖刑终 160 号刑事判决书。

<sup>4</sup>湖北省武汉市新洲区人民法院(2019)鄂 0117 刑初 637 号刑事判决书。

### 3.2. 防卫限度条件认定过于严苛

根据我国法律规定，正当防卫必须具有一定的限度，同时基于均衡性和比例原则的考虑，造成的后果应当与不法行为具有相当性。在家庭暴力案件中，施暴行为具有连续性，每一次的施暴行为可能不足以造成严重伤害，并不危及生命。而实践中受虐妇女进行反抗导致的一般都是致施暴者重伤或者死亡的后果。法院基于防卫限度要求来看，认定其行为超过必要限度，属于防卫过当。但从受虐妇女的角度来看，在遭受长期反复的家庭暴力后，身心受到极大伤害，当面临再次的施暴行为时无法保持理性考虑所采取的防卫行为的合理限度。此外，由于男女双方力量悬殊，受虐女性在进行反抗时没有足够的力量去制止施暴行为，以同样的侵害方式去进行反抗，并不能有效地打断不法侵害。甚至有可能会因此激怒施暴者，从而导致遭受到更激烈的施暴行为。因此在实践中，受虐妇女出于长期受虐后的非理性心理以及希图有效制止施暴行为进行反抗，而导致施暴者重伤或者死亡的结果。如果以严苛的正当防卫限度条件对受虐妇女反抗行为进行认定，而忽视家庭暴力的特殊因素，这显然是不公平合理的。

### 3.3. 证据获取存在困难

对于正当防卫的认定，需要充分考虑正当防卫的起因条件、时间条件、防卫意图以及防卫限度条件等。这些都需要相应的物证、人证、电子数据来加以佐证。但事实上，家庭暴力具有隐蔽性，其发生在家庭内部，属于私密空间。同时由于相关法律知识的匮乏，监控等电子设备也并没有广泛普及等原因，受虐妇女并没有收集和保存证据的意识和手段，导致实践中家庭暴力的证据很难获取，一般情况下只有犯罪嫌疑人供述辩解。而根据《刑事诉讼法》的规定，不能轻信口供。<sup>5</sup>以此作为证据并不具有很强的证明力，而且如果只有被告人供述，将不能形成完整的证据链条，从而可能会导致真实案情无法查明。此外，即使有家庭成员作为证人，但其可能会基于其与犯罪嫌疑人之间的特殊关系，在提供证人证言时基于主观意识而做出不利于受虐妇女儿童供述，从而导致施暴者不能得到应有的惩罚。由此可见，司法实践中对于家庭暴力的证据获取十分困难，导致进一步的司法认定出现障碍。

## 4. 家庭暴力正当防卫司法认定的优化路径

### 4.1. 适当放缓正当防卫时间条件

正当防卫要求不法侵害现实存在且正在进行。但与一般故意犯罪不同的是，实践中受虐妇女并不是只经历一次家庭暴力，而是经历了长期持续多次的暴力伤害。后忍无可忍而采取“以暴制暴”的制止不法伤害的行为。此外，受害妇女普遍会出于保护家庭中未成年人或者双方力量对比悬殊的考虑，并不会立即在家庭暴力实施过程中进行反抗，而是在暴力结束后采取行动进行反抗。如果按照传统的不正防卫的起因构成要件，这种对于家庭暴力的反抗并不能成立正当防卫。然而，女性在力量上毕竟处于弱势地位，对于在家庭暴力中实施正当防卫的时间要求过于严格，要求其只能在不法侵害实施且紧迫时才能进行正当防卫，不仅不能有效遏制家庭施暴行为，也不利于维护女性的合法权益。

因此，对于家庭暴力这种具有特殊性的不法侵害行为，司法裁判者可以灵活适用正当防卫的构成要件，将家庭暴力正当防卫的时间条件进行放解释。正如高铭暄、马克昌教授所言，在不法侵害尚未开始，但行为人合法权益已然面临直接紧迫的现实危险，不防卫就会失去防卫机会的情况下，在此时实施的防卫行为就应该是适时的[1]。具体可以将家庭暴力中施暴者的不法侵害行为看成一个整体，其中一个子行为的结束并不代表整个侵害行为的结束[2]。据此，基于家庭暴力的连续性，当受虐妇女在第一

<sup>5</sup>《中华人民共和国刑事诉讼法》第55条：“对一切案件的判处都要重证据，重调查研究，不轻信口供。只有被告人供述，没有其他证据的，不能认定被告人有罪和处以刑罚；没有被告人供述，证据确实、充分的，可以认定被告人有罪和处以刑罚。”



次暴力行为结束而能够遇见下一次的暴力行为之前进行制止不法侵害的行为，也能认定符合正当防卫的构成要件。

#### 4.2. 合理放宽正当防卫限度条件

根据我国刑法的规定，正当防卫不能明显超过必要限度且没有造成重大损害。但根据司法案例，家庭暴力中受虐妇女采取“以暴制暴”行为导致的后果一般都是致施暴者重伤或者死亡。按照传统正当防卫的限度条件规定，这显然构成了防卫过当。但是，这样就忽视了家庭暴力的特殊性、受虐妇女与施暴者力量对比悬殊性以及施暴行为长期持续性的环境因素。因为根据司法解释，对于必要限度的判断，应当从行为时的情境，根据社会一般人的角度判断，不能从事后的、理性人或者上帝视角去判断。要考虑造成进一步损害的紧迫危险性和现实可能性。<sup>6</sup>

因此，对于家庭暴力中正当防卫的必要限度认定，不能只将施暴者的一次家庭暴力行为与受虐妇女的反抗行为相匹配，而是要综合整个长期持续的施暴行为对于受虐妇女造成的伤害来考虑。据此，应当基于受虐妇女角度去进行适当调整，合理放宽正当防卫限度条件。如在进行必要限度认同时，考虑案件特殊性、男女身体差异因素以及受虐妇女所处的现实环境，同时结合受虐妇女遭受家庭暴力的持续时间等来进行具体判断。

#### 4.3. 完善保障家庭暴力中证据的获取

有客观证据才能证明案件事实。而家庭暴力案件的隐秘性导致证据获取困难，进而导致正当防卫司法认定困难，不利于实现惩恶扬善。因此，需要积极完善保障家庭暴力证据的获取。第一，增强全社会法治意识，培养家庭暴力受暴者主动积极收集保存证据的意识。因为家庭具有封闭性，只有受暴者才能收集到真实的第一手证据；其次，遭受家庭暴力的妇女应当在事发后第一时间向公安机关报警，或者求助于妇女保护协会寻求帮助，由其积极采取行动予以帮助、处理，并指导协助受暴妇女进行相关证据的收集与保存；此外，受暴妇女在遭受家庭暴力后也应当立即就医，并保存好医院出具的病历单、伤情鉴定书等材料作为证据。第二，对于家庭暴力证据获取弹性适用证据规则。基于家庭暴力隐蔽性以及遭受暴力女性在力量方面的弱势地位，应当弹性适用刑事证据规则，具体可以适用举证责任转移。受暴妇女不管从身体还是心理上都处于弱势，且在经历长期反复的施暴行为会易产生对于施暴人的畏惧心理，导致其不敢也没有进行举证的能力。因此，可以基于案件具体情况将举证责任转移给施暴人，由其证明自己不存在家庭暴力行为，如果其无法提供足以推翻受暴人指控的证据，则推定其存在施暴行为[3]。第三，引入反家暴专家证人出庭作证制度。家庭暴力案件是涉及多方面因素的综合性社会问题，除了涉及法学专业知识，还包括社会学、心理学、医学等。而法官、律师、检察官等作为法律专业人士，并不具备上述领域的专业知识技能，从而导致对于家庭暴力案件的处理具有一定的局限性[4]。而反家暴专家证人制度通过邀请有家庭暴力议题经验或受过专门教育培训的专家作为证人出庭并协助案件处理，从而有效解决家庭暴力因为隐蔽性缺少目击证人等导致的举证难问题。

#### 4.4. 借鉴“受虐妇女综合征”理论

“受虐妇女综合征”是在美国兴起的一种社会心理学理论学说。根据该理论观点，长期遭受家庭暴力的妇女会出现陷入心理麻痹并且丧失采取措施摆脱或者改善其境况的能力的社会心理及行为状态。具

<sup>6</sup>参见最高人民法院、最高人民检察院、公安部印发《关于依法适用正当防卫制度的指导意见》的通知：“防卫是否‘明显超过必要限度’，应当综合不法侵害的性质、手段、强度、危害程度和防卫的时机、手段、强度、损害后果等情节，考虑双方力量对比，立足防卫人防卫时所处境境，结合社会公众的一般认知作出判断。在判断不法侵害的危害程度时，不仅要考虑已经造成的损害，还要考虑造成进一步损害的紧迫危险性和现实可能性。不应当苛求防卫人必须采取与不法侵害基本相当的反击方式和强度。通过综合考量，对于防卫行为与不法侵害相差悬殊、明显过激的，应当认定防卫明显超过必要限度。”

体体现为一方面受虐妇女在每经历一次周期性的暴力行为后,就会更加孤立、无助和危险;另一方面,受虐妇女在长期持续的家庭暴力心理和身体折磨下,会逐渐放弃寻求救济或者进行反抗,直到其最终无法忍受[5]。在司法实践对于家庭暴力的正当防卫认定时借鉴“受虐妇女综合征”理论来进行解释,其可行性在于:第一,符合正当防卫的起因条件。家庭暴力中施暴人对受虐妇女的长期持续的殴打暴力行为,严重侵害受虐妇女的个人法益,具有客观性、现实性,属于不法侵害行为。第二,符合正当防卫时间条件。受虐妇女基于长期遭受家庭暴力,在心理和生理上都长期处于高压状态,同时因为长期相处对施暴者脾性较为熟悉。在此情形下,其对于施暴者即将做出的施暴行为的现实可能性和发生时间具有相当的敏感性和强烈的直觉性[6]。因此,基于受虐妇女的视角,家庭暴力行为具有持续性,其一直处于不法侵害状态中,也即其进行反抗时不法侵害正在进行。第三,符合正当防卫意识条件。受虐妇女在进行反抗时真实意识到其是为了保护自身或其他家庭成员的合法利益而进行的防卫不法侵害。第四,符合正当防卫对象条件。受虐妇女的防卫手段针对的是施暴人即不法侵害人本人。第五,符合正当防卫限度条件。综合行为时的情境、受虐妇女的心理特征以及男女体力差距等情况来看,受虐妇女反抗时所采取的防卫行为具有法律意义上的必要性。同时,受虐妇女要能够确保足以制止不法侵害行为,只能借助其它工具进行反击,造成的损害后果与其所遭受的长期伤害应当认定为是相当的。因此,衡量限度条件的必要性和相当性,受虐妇女反击行为并未超过必要限度。

## 5. 结语

家庭暴力并没有随着社会进步而消失,其存在不仅违背了男女平等的基本国策,也阻碍了和谐社会的进步。正当防卫是刑事法律的一项重要客观违法阻却事由,允许行为人通过防卫行为来对抗不法侵害,保护自身合法权益,促进社会公平正义。受虐女性长期遭受家庭暴力,承受着身体和心理的双重伤害,为了摆脱暴力行为,在诉诸公权力得不到救济后,无奈采取自力救济,通过“以暴制暴”重伤杀害施暴者。其并不具有等同于一般犯罪行为的严重人身危险性和社会危害性,而在司法判决时却依据严格的犯罪构成对其处以刑罚,这显然有失公允。因此,基于家庭暴力案件的特殊性,对于家暴行为的正当防卫的司法认定也应当区别于传统的正当防卫,结合具体案件综合考虑,适当放宽关于正当防卫时间条件和限度条件的解释,同时完善健全家庭暴力的证据获取,以促进女性权益保障,推动公平正义社会法治建设。

## 参考文献

- [1] 高铭喧, 马克昌. 刑法学[M]. 第8版. 北京: 北京大学出版社, 2017.
- [2] 姜保忠, 巫晓阳. 论拐卖妇女罪中正当防卫行为的司法认定[J]. 武汉公安干部学院学报, 2023, 37(2): 33-36.
- [3] 陈洪磊, 陈明静. 《反家庭暴力法》司法适用效果实证观察——基于3,961份裁判文书的整理分析[J]. 人权研究, 2022(2): 105-124.
- [4] 魏颖. 家庭暴力“以暴制暴”行为认定[J]. 法制博览, 2022(4): 32-35.
- [5] 张明楷. 受虐妇女反杀案的出罪事由[J]. 法学评论, 2022, 40(2): 13-27.
- [6] 章粟黎. 司法逻辑视角下受虐妇女杀夫案的出罪进路[J]. 湖南警察学院学报, 2023, 35(3): 89-98.