Doi:10. 11835/j. issn. 1008-5831. fx. 2025. 01. 002

欢迎按以下格式引用:丁文焯. 论作为防卫前提的"预期侵害"——从受虐妇女杀夫案切入[J]. 重庆大学学报(社会科学版), 2025(5):247-259. Doi:10. 11835/j. issn. 1008-5831. fx. 2025. 01. 002.

Citation Format:DING Wenzhuo. On expected infringement that meets the premise of defense: Starting with the cases of battered women killing their husbands[J]. Journal of Chongqing University (Social Science Edition), 2025(5):247-259. Doi:10. 11835/j. issn. 1008-5831. fx. 2025. 01. 002.

论作为防卫前提的"预期侵害"
——从受虐妇女杀夫案切入

丁文焯

(清华大学 法学院,北京 100084)

摘要:针对"预期侵害"所实施的反击行为应当如何评价,一直存在正当防卫与紧急避险之间的路径分歧,该观点争鸣直观体现于"受虐妇女杀夫"的类案中。避险说将"正在发生的危险"厘定为紧迫程度较低的"现实危险",并通过缓和"不得已"与限度条件的判断,在部分场景中肯定防御性紧急避险的成立。然而,如果行为时没有他行为可能性,则行为人所直面的危险已经达到现实紧迫程度,"现实危险"标准实际是在实质判断危险程度的基础上,额外增加了时间跨度的形式要求。该限制解释的目的,是防止极具强势性的正当防卫制度被滥用,将避险前提与防卫前提做出区分,进而限缩正当防卫的成立范围,并在缩减的区间内,以防御性紧急避险作为替补性理论予以弥补出罪的空间。然而,在《中华人民共和国刑法》第20条第2款明文要求防卫限度的前提下,我国正当防卫制度并不具有避险说作为理论前提的极端强势性,结合我国司法实务仅将紧急避险适用于损害无辜第三人利益场合的现状,在"预期侵害"场合适用正当防卫进路更具合理性。从理论上看,"预期侵害"的本质是侵害人创设了侵害结果发生的现实危险,且直到反击行为发生时,该危险仍未被切断。相似的法理可以参照原因自由行为,正当防卫中的预期侵害→不法侵害行为→最终的侵害结果,分别对应原因自由行为中的原因行为→无责任能力状态→结果行为,由前至后危险从最初被创设到最终现实化的过程,最初的举止已经内涵了最终侵害结果发生的高度可能性。因此,在最初的举止满足侵害行为的可预测性、侵害预告的明确性、缺乏公权力救济可能性这三个要素的前提下,侵害结果发生的危险应被视为已经达到了现实紧迫程度,满足正当防卫的前提条件,此时所实施的反击理应被评价为防卫行为。在个案判断中,应当坚持客观的事后判断标准,即使行为人产生事实认识错误,在上述三个要素未能满足的情形下,误认为存在"预期侵害"并实施反击,其行为构成假想防卫,在误认能够被避免的场合追究其过失犯的责任,无法被避免的场合则作为意外事件处理,更能实现对冲突双方法益的平等保护。

基金项目:国家社会科学基金项目"中国自主刑法知识体系建构研究"(24BFX113)

作者简介:丁文焯,清华大学法学博士,北京理工大学博士后,Email:bykrypton@sina.com。

关键词:正当防卫;防御性紧急避险;受虐妇女杀夫案;预期侵害;假想防卫

中图分类号:D924.1 **文献标志码**:A **文章编号**:1008-5831(2025)05-0247-13

一、问题的提出

近年来,我国司法机关致力于缓和《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第20条第1款中正当防卫的适用条件。其中,司法解释与指导案例对不法侵害的开始时点进行实质化的柔软处理,将判断标准由"侵害行为是否着手"转换至"危险是否现实紧迫",当存在短时间内立刻发生的即时性危险时,可以肯定不法侵害已经开始①。然而,在距离侵害行为的实施尚有一定时空间隔,但通过种种迹象,能够预测到即将面临不法侵害的"预期侵害"[1],②场合,能否肯定"现实紧迫危险"的存在,依然存在疑问。

对此,理论界的讨论主要集中于非对峙型的"受虐妇女杀夫案"。在该类案件中,妇女通常处于弱势地位,遭受家暴时无法当场进行有效反击,因此选择在丈夫熟睡或醉酒后将其杀害。然而,尽管行为人预测到醉酒或熟睡状态的被害人醒后会实施家暴,但案发时不存在被害人具有侵害性的客观身体举止,将此时行为人的杀夫行为评价为针对不法侵害的防卫行为存在困难。如在引发热烈关注的"蒋某银案"③中,尽管辩护人提出,被告人的女儿存在被强奸的现实可能性,被告人的行为属于正当防卫,但一审法院并未采纳该辩护理由,最终认定刘某犯故意杀人罪。

我国与家庭暴力犯罪相关的司法解释中,肯定了该场合中的反击行为具有防卫因素,但仅将此作为酌定从宽处罚情节予以考量④,并未在量刑前的定罪阶段充分考虑出罪的可能。对此,有见解基于期待可能性理论,认为尽管反击行为违法,但此时无法对其进行非难,应当免除行为人的责任[2-3]。然而,期待可能性作为超法规的出罪事由,没有法条依据,判断标准也较为模糊,因此理应优先考虑法定出罪事由的适用可能性。同时,如果肯定杀夫行为的违法性,意味着施暴人如果在行为时醒来,可以通过杀人方式实施正当防卫,这与保护受虐妇女的初衷背道而驰。因此,如果肯定行为具有正当性,只是超过了制止尚未发生的家暴所必要的限度,则基于自招侵害或自招危险的法理,施暴人在进行反击前必须先行退避,更有利于实现刑法在冲突法益主体保护上的平衡。基于此,我国理论界为杀夫行为的合法化提出了正当防卫与紧急避险两条进路,但二者在成立条件上均存在值得商榷之处。下文将结合避险说与防卫说的主要内容,借由受虐妇女杀夫这一类案,尝试对"预期危险"中危险的性质作出合理评价。

---

① 2020年《关于依法适用正当防卫制度的指导意见》(以下简称《指导意见》)第6条规定:"准确把握正当防卫的时间条件。正当防卫必须是针对正在进行的不法侵害。对于不法侵害已经形成现实、紧迫危险的,应当认定为不法侵害已经开始。"同时参见最高人民检察院检例第47号。

② "预期侵害"或"侵害预期"一词多见于日本刑法理论,特指明知侵害即将发生但不退避或主动做好准备的场合,经由肯定行为人内心存在积极的加害意思进而否定作为前提条件的"急迫性"。但该结论遭到较大理论批判,认为这是在前提条件的客观判断中加入了行为人主观心理的考量。此处"预期侵害"仅指预测到即将面临不法侵害的客观场景,不涉及行为人主观上的积极加害意思或正当防卫成立条件中防卫意思的相关探讨。

③ 被告人刘某与被害人系再婚关系,被害人烂酒嗜赌且家暴成性,曾对刘某亲生女儿、自己的继女实施性侵。某日晚,被害人再次试图强奸继女,刘某拼命阻止后遭到被害人殴打,被害人宣称次日早上要把继女拉到家门口的公路旁强奸。次日凌晨4时许,刘某持铁锤朝俯卧床的被害人头部等处击打,致其当场死亡。澎湃网:《马上评|锤杀性侵女儿的丈夫,法律该如何评价这位母亲》(https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_18808428,最后访问时间:2025年1月12日)。

④ 最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部发布的《关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见》第20条规定:"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。"

二、避险说及其检讨

近年来，有学者借鉴德国刑法中的相关理论，依据行为所损害的法益主体的不同，将紧急避险区分为攻击性紧急避险与防御性紧急避险两种类型，前者损害的是无辜第三人的正当利益，而后者则是直接通过攻击危险源的方式来消除危险[4]。由此，以肯定不法侵害人是避险行为的适格对象为前提，在“预期侵害”的场合中，潜在侵害人作为即将引起侵害结果的危险源，对其所实施的反击行为可以通过防御性紧急避险路径予以正当化。具体而言，阻却事由的判断分为性质与限度两个阶层，符合所有性质要求的属于防卫或避险行为，在此基础之上，满足限度要求的行为成立正当防卫或紧急避险，反之则构成防卫或避险过当，享受刑罚必要性减免的优惠。以此界分为前提，避险说认为防卫与避险在两个阶层的判断上均存在区别，其中紧急避险的适用应当“宽进严出”，正当防卫则应“严进宽出”，因而在危险紧迫程度相对较低的“预期危险”场合，仅仅满足避险性质中前提条件的要求，可以对于危险源实施防御性紧急避险。然而，这种成立条件尤其是前提条件上的特征差异，是否确证存在于我国两种法定违法阻却事由的判断之中，并非不言自明。进言之，避险说将“正在进行的危险”与“正在进行的不法侵害”予以区分的出发点，是否符合我国法条规定与司法实务的做法，存在疑问。

（一）避险说内容概观

综合来看，避险说从紧急避险的前提条件、不得已条件与限度条件这三个方面，论证受虐妇女杀夫行为成立紧急避险的合理性。

首先，以“现实危险”作为紧急避险中前提条件的判断标准，认为在受虐妇女杀夫案中，行为人的法益已经面临客观现实的危险。《刑法》第21条第1款规定，紧急避险的成立要求存在“正在发生的危险”。有关“正在发生的危险”的具体内涵，避险说论者将其解释为较为缓和的“现实危险”，即客观存在的引起法益损害结果的高度盖然性，但仍未达到“正在进行的不法侵害”所要求的“现实紧迫危险”的程度[5]。也有论者将防御性紧急避险与攻击性紧急避险中的危险进行进一步界分，认为攻击型紧急避险是将危险转嫁给无辜第三人，因此危险在紧迫程度上应当被限制；但防御性紧急避险是将危险转移给引起危险的侵害者，此时对于危险的紧迫程度予以缓和解释则确有必要[6]。概言之，在受虐妇女杀夫案中，由于现实的虐待行为尚未实施，不能肯定不法侵害已经开始；但此时行为人的法益已经处于即将遭遇侵害的境况之中，可以认为防御性紧急避险所要求的危险状态已经出现。

其次，受虐妇女杀夫案中，尽可能对“不得已”条件的判断予以缓和。所谓“不得已”，也被称为补充性条件，是指此时不存在其他侵害性更为轻微的保护手段，即在能够消除危险、保护法益的范围内，所实施的避险行为所造成的损害结果最小[7]。我国《刑法》第21条第1款明文规定，紧急避险必须是“不得已而实施的”，其他违法阻却事由的成立却并未要求“不得已”条件的满足。对此，避险说采取了较为缓和的“不得已”判断标准，认为尝试寻求公力救济、社会救助与先行退避，但没有成效的情况下，受虐妇女已经处于一种“穷途末路”状态，其能够摆脱家庭暴力威胁的途径只剩下采取最为极端的方式，即杀死作为危险源的施暴者本人，除此之外并不存在侵害性较低的手段，因此可以认为此时实施紧急避险满足“不得已”的要求[5]。

最后，防御性紧急避险中限度条件的判断可以相对缓和处理，但依旧要受到利益衡量的限制。依照我国多数说，紧急避险之所以阻却违法，是因为行为保护了更为优越的法益，因此避险限度要

求所保全的利益大于所损害的利益[8]。同时,生命法益应当受到绝对保护的最高法益,不得对其价值进行质与量的衡量,即使杀一救多的行为拯救了数量更多的生命法益,也不能通过紧急避险管道予以正当化[9-11]。然而,如在“蒋某银”案中,杀夫行为消除的是女儿的性自主决定权所面临的威胁,所损害的则是施暴人的生命法益,行为所造成的损害与上述要求之间显然存在矛盾。对此,该说论者认为,由于此时行为所指向的为创设了危险的危险源,其法益比之无辜第三人法益的保护性有所降低,因此在防御性紧急避险的场合,一定程度上可以放宽避险限度的要求。因而在满足时间条件和“不得已”条件的前提下,同时其反击行为并未损害危险源生命法益的场合,即使所损害的法益等于或适度大于其所保全的法益,依然可以肯定紧急避险的成立[12]。也有论者在肯定防御性紧急避险中缓和限度条件的基础上,认为如果行为人所面临的是生命、重大人身法益即将遭受损害的危险,可以通过损害危险源生命的方式进行正当化的紧急避险[6]。

梳理上述内容可知,避险说通过对各成立条件的标准厘定,将防御性紧急避险构建为兼具攻击性紧急避险与正当防卫特征的违法阻却事由。其中,前提条件采用了攻击性紧急避险中的“现实危险”标准,相较于正当防卫的“现实紧迫危险”更为缓和;“不得已”的判断更为依赖行为人的主观心理状态,因而相比攻击性紧急避险中的客观判断标准,与英美刑法中认定正当防卫成立的合理相信原则具有相似性,即如果防卫人不仅真诚地相信不法侵害具有紧迫性,而且这种相信有合理的依据,则其行为不构成犯罪[13];限度条件则被缓和理解为类似我国传统理论中的防卫限度要求,即可以损害更大的利益,但强调所造成的损害结果必须在一定范围内。然而,上述成立条件的厘定是否符合我国法条要求与司法实务的需要,仍需进一步商榷。

(二)避险说在我国语境中的问题

如上所述,避险说通过对紧急避险中的前提、“不得已”与限度条件的再阐释,构建出防御性紧急避险的判断框架,为受虐妇女杀夫案等“预期侵害”场合中的行为提供正当化管道。然而,在我国语境下,各成立条件的解释是否合理,存在疑问。

首先,结合“不得已”条件的要求,紧急避险时所面临的危险已经达到了现实紧迫的程度。如前所述,紧急避险的成立要求行为满足“不得已”的要求。有关“不得已”的内涵,存在“唯一手段性”与“最小损害性”的争议,前者要求损害他人法益是保全利益的唯一手段[14-15],后者则在唯一手段的基础上,要求在所有损害他人法益的避险方法中,必须选择造成损害结果最小的方法[16-18]。概言之,“不得已”要求此时不存在他行为可能性,即无法通过退避、求助等其他方式消除危险,只能迫不得已对他人利益造成损害。因此,如果行为时已经断绝了通过其他手段保全利益的可能,则行为人所面临的危险不可谓不紧迫[19]140,将作为前提条件的“正在发生的危险”予以缓和化处理已经失去了意义。而避险说认为在所涵射的时间跨度上,“正在发生的危险”宽于“正在进行的不法侵害”,但仅将该差异作为结论予以列明,并未对其原因以及二者之间的区分标准予以释清。追溯至适用防御性紧急避险理论的德国实务,从相关判例来看,防御性紧急避险中要求行为所作用的“现实危险”需要满足以下要求:(1)相较于防卫中的不法侵害,紧急避险中的危险时间跨度更大。(2)危险随时或极短时间内可转化为现实的不法侵害的场合,或如果不当机立断采取措施就无法回避危险的场合,即使离损害真正发生存在一定的时间差,也可视为危险具现时性⑤。与之相对,防卫态势中要求行为时存在“现实侵害”(即现实紧迫危险),其内涵并不等同于现实的不法侵害行为,即使侵害行为尚

⑤ BGHSt5, 371;BGHSt48, 255.

未发生，只要侵害人当前的状态可以马上实施侵害行为，那么这种状态就存在侵害他人法益的危险，若任由其先于防卫行为发生，将会造成法益侵害结果，则此时存在可以防卫的“现实侵害”[20]。可见，“现实侵害”的要求与“现实危险”的要求（2）基本相同，即“现实危险”与“现实侵害”都是侵害结果即将发生的危险状态，二者并非本质迥异；而要求（1）则是“现实侵害”仅仅是在对危险进行实质判断的基础上，额外增加了时间跨度上的限制。如在上述“蒋某银案”中，被害人宣称醒来后就会对继女实施强奸，且依据其曾经多次实施过猥亵与强奸未遂，可以肯定此时存在其马上醒来并立刻实施侵害行为的高度盖然性，应当说危险已经达到了现实紧迫的程度。而避险说之所以此时要强调时间上的跨度，认为危险尚未达到现实紧迫的程度，是为了限缩防卫前提的边界，通过否定对距离现实侵害行为较远的危险状态的防卫，减少正当防卫被滥用的风险[21]。但我国正当防卫制度是否限缩适用的必要性，存在疑问，后文将在限度条件中予以详述。

其次，结合我国实务现状，在该类案件中要求行为满足“不得已”条件，是对反击行为正当化的进一步不当桎梏。从公开的检查文书来看，目前我国司法实务中对紧急避险的适用尤为审慎，相关不起诉决定书基本只涉及以下三种类型的案件：交通肇事罪、危险驾驶罪以及对象为集体财产的毁坏财物罪。其中，后两类案件中遭受损害的是超个人法益，即公共法益与国家财产法益，并不涉及公民个人法益的牺牲。而在交通肇事罪类案中，驾驶员在高速运行的交通活动中，在无法有效制动的距离内，除了转向一侧撞向他人之外别无选择，只有在这种极端情形下，检察机关才倾向于否定他行为可能性，进而肯定“不得已”的满足。

除此之外，损害个人生命、重大身体法益的案件，同时受限于被害人及遗属情感的现实情况，司法机关原则上均会否定行为是不得已实施的。更有甚者，在原本无需考量“不得已”条件的正当防卫场合，只要行为造成了人员伤亡，司法机关会额外要求行为时不存在退避可能性。有实证研究表明，我国目前影响正当防卫案件裁判结果的因素中，排在前三位的分别为“损害后果”“是否谅解”与“退让可能”[22]。其中，存在“退让可能性”作为具有积极加害意思的判断资料，在斗殴案件中被司法实务用以否定行为人主观上的防卫意思[23]。换言之，司法实务出于“以和为贵”“能忍则忍”等观念，自行构建了防卫人在先的退避义务[22]。因此，在实务对于“不得已”的条件的判断过度严格的前提下，在受虐妇女杀夫案的场合适用紧急避险，反而会加剧行为正当化的困难。

最后，避险说对限度条件进行的再厘清，使得防御性紧急避险理论作为一种我国语境下的替补性理论，失去了发挥其独特作用的空间。如前所述，避险说将避险前提划定为区别于“现实侵害”的“现实危险”，实际上是在对危险进行实质判断的基础上，额外增加了形式的时间跨度标准，目的是防止正当防卫制度的滥用。而之所以对正当防卫的适用范围持审慎态度，是基于正当防卫的极端强势性，即防卫权作为“权利人在紧急状态下确立的‘个人独立支配的领域’，该领域内发挥决定性作用的是权利人个人的自由意志，而国家此时需要履行其在宪法上所负有的保护个人自由与尊严的义务，原则上不得对防卫权的行使施以狭义的比例原则的制约”[24]。由此可见，避险说以紧急避险为基本进行理论承继与构建，是着眼于紧急避险中利益衡量的必要性，即紧急避险并未体现出类似正当防卫的极端强势性，因此可以实现对冲利益双方保护的平衡，进而通过对前提条件与“不得已”条件的再度厘定，来实现紧急避险适用范围的扩张。这实际是在限缩正当防卫适用范围的基础上，将防御性紧急避险作为替补性理论，对限缩后的正当防卫与攻击性紧急避险无法涵射之处予以添补。其他国家刑法并不重视利益衡量在正当防卫的认定。如德国《刑法》第32条规定：“为使自己或他人免受正在发生的不法侵害而实施的必要的防卫行为，是正当防卫。”可以看出，在防卫限度

上,德国《刑法》仅对防卫手段予以“必要性”的限制,无需对防卫所保护的利益与所损害的利益作出衡量[21]。与之相对,我国《刑法》第20条第2款规定:“明显超过必要限度造成重大损害的成立防卫过当,应当负刑事责任。”尽管目前在“明显超过必要限度”与“造成重大损害”的关系上,我国理论界存在二分说[25-26]与一体说[27-28]之间的分歧,但该分歧仅体现在对防卫所保护的利益与所损害的利益作出衡量时,衡量内容为行为时所可能损害的利益,还是最终的客观损害结果。可见,对于我国防卫限度的判断中利益衡量的必要性,两种学说均持肯定态度。因此,防御性紧急避险在对攻击性紧急避险的限度条件予以缓和后,其对利益衡量的宽缓化考量已经与我国语境下的防卫限度趋同,在我国并无任何法律对防御性紧急避险制度予以明文规定的背景下,该理论已经失去了其独特作用的空间。同时,在对该说限制适用正当防卫的出发点予以商榷后,以此为基础的对于紧急避险与正当防卫前提条件的区隔也相应消解,“正在发生的危险”与“正在进行的不法侵害”的内涵得以趋同,均意味着此时的危险已经达到了不实施反击则难以保全正当利益的现实紧迫程度。结合正当防卫的成立在补充性条件与限度条件的相对宽缓,在以受虐妇女杀夫案为代表的“预期侵害”场合,如果能够通过一系列因素肯定现实紧迫危险的存在,则适用正当防卫对反击行为予以合法化更为合理。

三、防卫说的选择与证成

如前所述,在该类案件中适用正当防卫路径,面临着前提条件的解释困境,即此时丈夫仍在沉睡,现实的暴力侵害尚不存在,应当如何将行为人此时直面的危险解释为“正在进行的不法侵害”。最初的防卫说论者基于家庭这一社会生活单位的特殊属性,将辱骂、冷暴力等行为视为不法侵害的持续,结合周期性的家暴行为,共同建构为不法侵害尚未结束的“持续侵害”状态,认可满足紧急避险的前提条件[29-31]。然而,该解释路径使得受虐妇女在首次遭受家暴后的任何时点均可以正当防卫,严重损害侵害人日常生活的安定感,因而受到批判[32]。因此,当前的防卫说放弃了对多次家暴行为的整体评价,转为探讨反击行为时是否存在单次的侵害结果发生的可能性,论证中心也从行为时“不法侵害尚未结束”转向“不法侵害已经开始”,认为只要当前防卫人的法益遭受威胁,就可以实施正当防卫。

(一)既有观点述评

为论证“预期侵害”场景满足正当防卫的前提条件,防卫说主要从判断视角与正当防卫的制度目的两个方面进行展开:(1)在判断视角上,应当完成从“侵害人本位”向“防卫人本位”的转换。具体而言,如果以“侵害行为着手”作为不法侵害是否开始的判断锚点,那么就是基于“侵害人本位”的评价模式,把侵害者的行为当作被刑法评价的犯罪行为进行该当性判断。然而,防卫人关注的重点不应当是此时侵害者的行为是处于未遂还是预备状态,而应是自己的法益是否即将遭受侵害、自己何时实施防卫才能防止侵害的发生。因此,在判断此时是否存在可以防卫的危险状态时,应当以防卫人所面临的侵害结果发生的危险为判断对象,考量何时防卫才更有利于保护防卫人的利益不受侵害。侵害结果即将发生的危险是否现实紧迫,不能从形式上将其理解为描述侵害行为实施进程的时间概念,而应理解为一个规范概念,因而“现实紧迫危险”不仅存在于侵害行为在极短时间内即将实施的“即期侵害”,在间隔时间较长的“预期侵害”场合也同样存在[33]。(2)基于正当防卫的制度目的,应当肯定此时存在“正在进行的不法侵害”。基于保护法益的刑法目的,正当防卫制度的目的就是在公权力无法保护的场合,例外地允许通过自力救济保护被侵害方的利益,而通常处于弱势地

位下的被侵害方，常常只有提前防卫才有可能实现对自身利益的保护。否则，在侵害行为已经着手之后再实施防卫，意味着严重的侵害与凌厉的反击之下的更惨烈的搏斗。同时，结合《指导意见》与最高检指导案例对正当防卫的放宽适用，可以看出当前刑法理念主张的是刑法防线的前移，也就是致力于将侵害控制在萌芽状态，而不是在严重结果发生后报复性地适用刑罚。据此，对一些严重暴力犯罪，防卫时间应当提前，在事态尚不严重时允许采取较轻的防卫措施防止事态进一步恶化。因此，在不法侵害着手前，如果预备行为或犯意表示已经有实施严重暴力犯罪的可能性，则可以视为“不法侵害已经开始”[34]。

在基于制度目的阐述防卫路径的合理性后，有关符合防卫前提条件的“预期侵害”的具体判断，防卫说学者提出两种不同的判断思路，并为了防止正当防卫在适用范围上过宽，各自从判断标准或是判断要素方面予以一定的限制。动态衡量说基于防卫人本位，提出的三个具体判断要素：(1)不法侵害的可能性。(2)不法侵害的严重性。(3)国家保护的有效性。最终，以(1)×(2)/(3)这一公式来总结三个要素在“紧迫性”判断上的相互制约、动态平衡关系。在要素(2)的具体判断中，该说实际上是将存在权利滥用作为一种消极要素，只要不存在权利滥用，就肯定不法侵害的严重性；同时，如果不法侵害即将在短时间内发生，那么实际上(3)公权力救济可能性已经被评价完毕，即要素(3)内含于要素(2)的判断之中，也因此在具体判断的三个步骤实际并未涉及要素(3)的考量[34]。综上，具体到“预期侵害”的场合，该说实际上最终的判断标准为：a. 是否存在权利滥用；b. 侵害行为即将发生的可能性。人身危险性说认为，《指导意见》肯定对现实紧迫危险的防卫，意味着肯定了我国正当防卫权的二元性：反击性防卫权+预防性防卫权。要肯定预防性防卫权，实现防卫时间的提前，需要扩张不法侵害的内涵，令“不法侵害=行为危险+人的危险=已然侵害+未然侵害”。侵害行为之外的其他侵害人举止，只要体现出了人身危险性，都可能影响“不法侵害已经开始”的判断。人身危险性主要表现为特殊身份(如黑社会成员)与前科，案发前的骚扰、侵犯虽然不属于法律上的前科，但属于“事实上的前科”[34]。

综上，既有的防卫说结合正当防卫的制度目的，论证“防卫人”本位的合理性，进而从更好地保护防卫人的利益出发，阐述对“预期侵害”实施防卫的正当性，并提出了具体的判断标准。然而，仅仅止步于目的解释来肯定正当防卫在该场合中的适用，难免略显单薄。除此之外，应当正面回应上述对防卫说的诘问，即“预期侵害”场合所存在的危险呈现何种样态，其和正当防卫前提条件的“现实紧迫危险”标准之间呈现何种关系，为何在现实侵害行为尚未开始前，就已经能够肯定现实紧迫危险的存在。

(二)“预期侵害”的再阐释

1. 侵害人创设了侵害结果发生的危险

基于法益衡量说，正当防卫之所以合法，是因为保护了保护性更高的防卫人的法益，避免了防卫人法益遭受侵害的最终结果。以该法益侵害结果为终点，其前端为现实的不法侵害行为，再向前回溯，则为预测到侵害行为即将发生时的危险状态，即“预期侵害”。也就是说，“预期侵害”是内含了侵害结果发生高度可能性的一种危险，其由侵害人所创设，且处于侵害人的支配之下，如果不予制止，任由该危险向前发展，最终会引起防卫人法益遭受侵害的结果。该危险内涵了对未来现实侵害结果的预测，即使危险最终被防卫行为所切断，并未真正转化为侵害结果，其在创出时就已经具备了结果发生的重大原因力，具有转化为最终侵害结果的高度可能性。

相似的法理可以参考原因自由行为。依照构成要件模式，原因行为之所以在引起了结果行为

(与最终的犯罪结果)这一点上具有意义,是因为其通过引起无责任能力状态,引起了结果行为,最终导致了犯罪结果的发生[19]255-256。以醉酒后杀人为例,行为人不胜酒力却故意饮酒的举止,已经控制了之后不法构成要件的实现,因此侵害发生时的行为人虽然已经欠缺责任能力,但是先前使自己陷于无责任能力的原因阶段,是有责任能力且有行为的。先前的行为即原因行为,是不法行为,也是具备故意过失责任能力的行为,因此当然构成犯罪[35]160-161。正当防卫中的预期侵害→不法侵害行为→最终的侵害结果,分别对应原因自由行为中的原因行为→无责任能力状态→结果行为(最终的犯罪结果),由前至后是危险从最初被创设到最终现实化的过程,最初的举止已经内含了最终侵害结果发生的高度可能性。

不过,“预期侵害”创设的危险被反击行为切断,最终并未转化为侵害结果,此时将“预期侵害”评价为不法侵害已经开始,类似原因自由行为中故意饮酒(实施原因行为)后睡去的场合,将饮酒行为评价为构成要件该当行为,同样可能遭受规制范围过宽的质疑。然而,《指导意见》中已经指出,不法侵害开始的判断标准不能机械地对标刑法上的着手,因为着手既遂侧重的是侵害人可罚性的行为阶段问题,而侵害行为正在进行侧重的是防卫人的利益保护问题。也就是说,我国正当防卫强调的是对于要保护性较高的一方的防卫人法益的保护,而不是正当防卫具有防卫人代行国家刑罚权的性质,正当防卫具有公民在紧急情况下对法确证的利益进行保护的一面。因此,无需侵害人的行为达到了应受刑罚处罚的程度,只要其内含了不法侵害结果发生的危险,就存在防卫的必要。也就是说,尽管法理相似,但原因自由行为理论的问题核心在于原因行为与结果行为何者为实行行为,着手时间点与既遂时间点应当如何定位;正当防卫前提条件的判断核心则在于以解决法益冲突为前提,如何适当侧重对防卫人一方法益的保护,与侵害人的行为是否着手,以及是否应当受到刑罚处罚并无干系。因此将“预期侵害”评价为不法侵害已经开始,不会遭受原因自由行为中构成要件模式相同的质疑。

2. 直至反击行为时该危险仍未被切断

由于防卫人最终实施了反击行为,危险最终并未现实化为不法侵害结果,但这并不意味着只要存在引起侵害结果的高度可能性的侵害人举止,就不再需要其他因素的考量,直接肯定对其实施的反击行为成立正当防卫。允许对侵害人实施防卫,是因为侵害人创设了引起结果发生之高度可能性的危险,侵害人作为危险源本身,防卫人对其实施限度范围内的反击可以切断该危险向前继续发展,避免最终侵害结果的发生。也就是说,对侵害人实施防卫的前提是引起结果发生的危险仍在向前流动,且不存在有效方式将其完全切断。如前所述,在“预期侵害”的场合,距离不法侵害行为的发生尚有一定时空间隔,如果侵害行为前危险已经被其他因素完全切断,或者存在将其完全切断的高度可能性,则不再存在或可以消除侵害结果发生的危险,此时对侵害人实施的攻击不能成立正当防卫。如前所述,“预期侵害”作为一种危险状态,由侵害人创设,且其为侵害人所支配,那么在侵害人失去对危险状态的支配之时,危险就存在被切断的可能。

通常认为,公权力已经介入或公权力有充分的时间能够介入的,同时公权力能够有效制止不法侵害发生的场合,应当认为该危险已经被切断,或具有被切断的高度可能性。问题在于,在公权力之外,是否可以要求防卫人自己切断该危险。具体而言,在防卫人能够通过实施一定举措,令危险具有被完全切断的高度可能性的场合,实施该举措之后的防卫人是否不能正当防卫,或者是否应当要求其先实施切断危险的举措,尝试后仍然难以切断危险的,才能够实施反击。对此,主要存在两种情形:(1)防卫人做好了充分准备能够压制侵害人的;(2)防卫人有充足的时间在侵害发生前实现

退避的。对于第一种情形，日本相关判例最初强调武器对等原则，如果被告人面对即将到来的不法侵害行为做好了充分准备，则否认不法侵害的“紧迫性”[19]122。依照武器对等原则，如果被侵害人面对即将发生的不法侵害行为，并未进行退避，且同时准备了足以制伏侵害人，或者制止不法侵害结果发生的武器，侵害人就失去了对侵害结果发生的危险的支配，此时危险被切断，反击行为不成立正当防卫。然而，这种限定实际上与认为第二种情形不能正当防卫的见解相似，同样是科以防卫人在先的退避义务的表现。面对即将到来的侵害，防卫人要么选择准备足以压制对方的武器，要么不选择武器或选择强度较低的武器，前者由于违反武器对等原则而不成立正当防卫，后者则会直面自身法益遭受侵害的危险，最终防卫人为了保护自身法益，只能在预判到侵害即将到来的场合进行事先退避，而不能实施防卫。如前所述，在我国正当防卫的成立需要考虑利益衡量的前提下，为了放宽对正当防卫的适用，没有必要苛求防卫人承担在先的退避义务，因此不必在“正在进行的不法侵害”这一成立条件上考量武器对等原则，防卫人使用高强度的武器最终致使侵害人死亡的，应当考虑是否不符合限度条件而成立防卫过当。同时，我国《刑法》第20条也并未将“不得已”作为正当防卫的成立条件，即并不要求防卫人使用损害性最低的手段进行防卫，不得苛求防卫人放弃可能造成较大损害结果的高强度武器，转而选择可能无法保护自身利益的较低强度的武器或先行退避。综上，无论防卫人事先做出了何种程度上的准备，并不会切断侵害人对于危险的支配，以防卫人本位判断危险是否被切断，更重要的是公权力救济可能性，对此下文将予以详述。

（三）“预期侵害”的具体判断

在具体的判断要素上，动态衡量说虽然将需要考量的三种要素予以列明，并设计出可操作的衡量公式，但在实际的判断过程中，三种要素之间却存在不同程度的重叠，并未实际发挥其应有的作用；而人身危险性说所述之“人身危险性”，实际上仅仅具有结论性质，侵害人本身是否具有危险性，还是需要从具体场景中的客观要素予以推论。由此，下文将在阐述“预期侵害”场合所可能考虑到的所有因素的基础上，作出“预期侵害”场合所需的要素选择。

1. 判断要素

在列明各成立要素之前，需要首先讨论各要素的体系问题。具体而言，各要素究竟是分属于起因条件与时间条件的判断，存在判断上的位阶关系，还是均应作为防卫的前提条件的要素进行一体化判断。通常来看，起因条件判断的是“不法侵害”，是指可以对之防卫的侵害自身的特征，如对物是否能够防卫，是事实的、抽象的判断；时间条件判断的是“正在发生”，指向案发时该种特征的不法侵害是否已经开始，如以肯定对物防卫为前提，判断此时其攻击是否已经达到了现实紧迫的程度，是规范的、具体的判断。二者似乎在性质上呈现难以统合的区别，在判断上存在先后顺序。然而，正如判断能否对物防卫时，除了物本身是区别于人的事实判断外，需要该物是否为他人所利用之物的规范判断，仅仅在事实层面对物进行界定，而不涉及个案中具体的物的规范判断，难以直接界定此时是否存在可以防卫的前提。

具体到“预期侵害”的场合，有关不法侵害开始前的何种危险属于“现实紧迫危险”，实际上已经同时内含了两层判断：第一，“可以对危险状态防卫”（起因条件）；第二，“危险到达何种程度能够被视为不法侵害已经开始”（时间条件）。二者的区分更多的是为了理论上论述与体系构建的便利，将二者统合为防卫前提的判断，梳理并归纳其中内容相近的要素，能够更好地精简正当防卫的成立条件，发挥其指引作用。以下，结合上述“预期侵害”的本质，将满足防卫前提条件的“预期侵害”中的判断要素予以列明。

(1)侵害行为的可预测性。如上所述,“预期侵害”是由侵害人创设的引起侵害结果发生的危险。也就是说,根据侵害人当前的举止,可以预测到其大概率即将实施现实的侵害行为,且该侵害行为能够现实化为最终的侵害结果。这就要求该侵害行为自身具有可预测性,即根据曾经发生过的所有冲突事实,预测到曾经的不法侵害行为短时间可能再次发生。这要求曾经由侵害人引发的法益冲突并非偶发的、一次性的,而是具有循环性、再生性的。这并不当然地要求曾经的法益冲突的双方必须为案发时的被害人与被告人,如上述案例中,被害人曾多次家暴、性侵继女,因此被告人根据被害人曾经的所作所为,同样能够预测到此次自己和女儿将会遭受与以往相似的侵害。

存在问题的是,此处的侵害行为的性质。如前所述,在肯定对“预期侵害”可以防卫的基础上,为了平衡对冲突双方法益的保护,需要对能够防卫的“预期侵害”的成立范围进行限制,人身危险选择限制“预期侵害”的类型,即对提前防卫的不法侵害中的“不法”予以限定,认为只有在“预期侵害”属于《刑法》第20条第3款所列明的几种行为时,才能提前实施防卫。而有关“正在进行的不法侵害”中“不法”的内涵,我国多数学者认为指的是一切违法行为,不必限定为犯罪行为,更无需限定为可能造成严重法益侵害结果的犯罪行为[36-37]。在行为人对潜在侵害人提前防卫的场合,人身危险性说对“不法”的内涵予以限缩,原因是提前防卫存在权利滥用的风险,从而导致对侵害人法益保护的缺失,其前提与否定论相同,是强调正当防卫的权利属性,认为防卫权的行使无需受到利益衡量的限制,因此其发动应当受到限制。如前所述,对利益衡量的否定并不当然地体现在我国《刑法》法条与正当防卫的适用之中,无需以此为前提来限缩“不法”内涵。综合来看,侵害行为本身具有可预测性即可,且其本身为一般违法行为即可。

(2)侵害预告的明确性。要素(1)是以曾经发生的冲突事实为判断资料,判断的是侵害行为存在再次发生的可能性。除此之外,还需要根据此次案发时的具体场景,判断具有再次发生可能性的侵害行为在此时即将再次发生。这就要求案发时,侵害人已经发出了明确的侵害预告,预示着其在短时间内会再次实施侵害行为。以“蒋某银案”为例,其在案发前一晚,明确向行为人表示“明早到村头强奸你女儿”,应当视为其发出了明确的侵害预告,其性侵行为存在再次发生的高度可能性。

(3)缺乏公权力救济可能性。如前所述,确定存在引起侵害结果发生的危险之后,还需要判断该危险是否难以被切断。在判断时,不宜要求防卫人采取寻求公权力保护之外的方式,否则就是在苛以防卫人在先的躲避义务。因此。能够切断危险的只能是防卫人之外的公权力机关,危险是否难以切断就是有关公权力救济可能性的判断。公权力救济可能性,是指由于来不及等待公权力机关的救助,而允许一定范围内通过私力方式保全法益,是正当防卫作为公力救济原则例外的体现。除了公权力救济可能性之外,也有学者认为正当防卫的前提条件还应满足“防卫时点的最后有效性”。该要素是指危险状态已经达到防卫人所能防卫的最后有效时点,如果超过这一时间点,防卫人将无法达到防卫目的,或必须承担一定的风险、付出一定的代价[35]232。该要素源自德国的有效理论,认为即将错过最后或最可靠的防卫时机时,就可以说不法侵害是现实的。从能够防卫的时机的先后来看,不存在公权力救济可能性的时点要提前于防卫的最后有效时点。可见,二者之间的取舍依旧是有关侵害双方利益保护的平衡问题,此时基于防卫人立场应当偏向防卫人一方的利益保护,考量公权力救济可能性。也就是说,依照侵害预告,在预告的侵害行为发生之前的时间段内,如果尚有充足的时间可供公权力介入,如存在充足的时间报警,且报警后确定警察能够在侵害发生前赶至现场、对防卫人实施有效保护之时,则并未报警就直接实施的反击行为,由于存在公权力救济可能性,不满足危险难以被切断的要求。

2. 判断标准

出于缓和正当防卫适用的必要，有关此时是否存在能够防卫的危险，大多学者认为出于防卫人本位的立场考量，应当进行事前判断，以行为时的一般人[6]或防卫人本人[38]作为判断标准。否则，如果以事后的客观标准来判断是否存在危险，对紧急状态下处于慌乱状态的防卫人来说，是要求他必须保持冷静、观察局势、作出全知全能的判断，这无疑是过度苛求。一般而言，防卫人对行为当时的情况往往难以完全认知，很大可能会误认有侵害的存在；甚至哪怕是理性的第三人，站在防卫人视角从事前来看，也难以做出绝对正确的判断、实施合理的行为。因此，如果采取事后判断的视角，只要法院依据事后调查的所有的客观事实，认为事实上并没有造成法益侵害的可能性，就不能确定“正在进行的不法侵害”存在。但防卫人于防卫行为时往往处于慌乱之中，对于侵害是否存在无法判断周延，因此为了不对其过分苛求，应当采取事前判断的立场。

然而，防卫人由于慌乱而发生误认，也就是客观上并不存在“现实紧迫危险”，但防卫人主观上却误认为存在的情况，这种主观认识与现实的不一致，理应是假想防卫所要讨论的问题，与前提条件的判断标准无关。由此，行为人由于恐慌等心理作出错误预测，理应是在否认“正在进行的不法侵害”这一前提条件，肯定其行为不构成正当防卫之后，再根据其主观上的防卫目的，判断是否构成假想防卫。上述学说在前提条件的判断标准上考量行为人主观上的恐慌心理，存在将两个不同的成立条件混淆之嫌。如果从事后客观来看，行为时并不存在可能发生现实不法侵害行为的危险，但行为人由于产生误认而进行了所谓的防卫行为的，应当构成假想防卫，根据行为人主观上是否存在过错，成立过失犯或构成意外事件。

需要讨论的是，可能出现的预测错误的风险，应当由哪一方承担的问题。如前所述，是否存在能够防卫“预期侵害”，是一种可能造成侵害结果的预测。然而在“预期侵害”的场合，现实紧迫的危险最终并未转化为现实的侵害行为，因此一定会存在预测错误的风险。以上述案例为例，被害人曾经实施过家暴、性侵行为，案发当天发出了明确的侵害预告，且案发时由于时间紧急、不存在公权力救济可能性，或者曾经向警察寻求帮助，但侵害依然再次发生的，即不存在公权力救济有效性；然而，假设被害人真的醒来，也不一定真的会如侵害预告所说的那样，实施性侵等侵害行为。如前所述，在正当防卫制度的适用上应当坚持防卫人本位，即便存在预测失误的风险，该风险也应当由侵害人一方予以承担，即使存在预测失误的风险，此时的反击行为也应当成立正当防卫。

结论

“受虐妇女杀夫案”中存在着将现实化为侵害结果的危险，有关此时所实施的反击行为评价，存在紧急避险与正当防卫的分歧。借由近年来逐渐由德国引入我国理论视野的防御性紧急避险概念，以及权利叙事下对于公民基本权利行使不应受限的理念，近年来的有力观点认为此时可以实施防御性紧急避险，其否认正当防卫的理论前提在于认为防卫权在发动后具有极端强势的“锐利性”，为了保护侵害人的利益不受忽视，应当限制防卫权的发动，从而替补性地适用防御性紧急避险。然而，我国法条规定正当防卫的成立必须进行利益衡量，并非无需对保全法益与损害法益的要保护性进行均衡性上的考量。因此，基于紧急避险本身成立条件上的严格性，以及我国司法实务中的适用困难，应当优先选择正当防卫路径。“预期侵害”实际上意味着侵害人已经创设了难以被切断的危险流，此时应当被视为已经存在“现实紧迫危险”，可以在必要限度之内实施正当防卫。

参考文献:

[1] 山口厚. 刑法总论[M]. 付立庆,译. 北京:中国人民大学出版社,2018:116.

[2] 张明楷. 受虐妇女反杀案的出罪事由[J]. 法学评论,2022(2):13-27.

[3] 李拥军,杨德敏. 期待可能性的人性意涵和实践反思[J]. 河北法学,2023(9):77-94.

[4] 乌尔斯·金德霍伊泽尔. 刑法总论教科书[M]. 北京:北京大学出版社,2015:189.

[5] 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[J]. 政治与法律,2015(9):13-26.

[6] 王俊. 反抗家庭暴力中的紧急权认定[J]. 清华法学,2018(3):118-137.

[7] 张明楷. 刑法学[M]. 6版. 北京:法律出版社, 2021:291-293.

[8] 高铭暄,马克昌. 刑法学[M]. 10版. 北京:北京大学出版社,2022:136.

[9] 马克昌. 紧急避险比较研究[J]. 浙江社会科学,2001(4):91-97.

[10] 刘艳红. 调节性刑罚恕免事由:期待可能性理论的功能定位[J]. 中国法学, 2009(4):110-121.

[11] 王钢. 对生命的紧急避险新论:生命数量权衡之否定[J]. 政治与法律,2016(10):95-108.

[12] 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(12):74-84.

[13] 刘士心. 英美刑法正当防卫认定中的"相信原则"及其启示[J]. 人民检察,2020(17):61-65.

[14] 钱叶六. 防卫行为的结果伤及第三人的教义学分析[J]. 法律科学(西北政法大学学报),2019(2):77-85.

[15] 张小宁. 刑法中义务冲突的界定、类型与体系定位[J]. 法学研究,2023(5):189-205.

[16] 刘明祥. 关于正当防卫与紧急避险相区别的几个特殊问题[J]. 法学评论,1998(1):50-56.

[17] 彭文华. 紧急避险限度的适当性标准[J]. 法学,2013(3):96-105.

[18] 隗佳. 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[J]. 法学家,2020(1):130-145.

[19] 西田典之. 日本刑法总论[M]. 2版. 王昭武,刘明祥,译. 北京:法律出版社,2013.

[20] 克劳斯·罗克辛. 德国最高法院判例·刑法总论[M]. 何庆仁,蔡桂生,译. 北京:中国人民大学出版社,2012:37,61-64.

[21] 克劳斯·罗克辛. 德国刑法学总论,犯罪原理的基础构造[M]. 法律出版社,2005:473.

[22] 赵军. 正当防卫法律规则司法重构的经验研究[J]. 法学研究,2019(4):156-173.

[23] 劳东燕. 正当防卫的异化与刑法系统的功能[J]. 法学家,2018(5):76-90, 193-194.

[24] 陈璇. 紧急权:体系建构与基本原理[M]. 北京:北京大学出版社, 2021:90.

[25] 周光权. 正当防卫的司法异化与纠偏思路[J]. 法学评论,2017(5):1-17.

[26] 陈璇. 论防卫过当中手段过限与结果归责的判断[J]. 中国检察官,2024(16):4-7.

[27] 刘崇亮. 正当防卫限度的规范解释与实证考察[J]. 法学杂志,2024(4):125-140.

[28] 马乐. 论正当防卫限度的合比例性解释[J]. 法学杂志,2024(6):121-140.

[29] 季理华. 受虐妇女杀夫案中刑事责任认定的新思考[J]. 政治与法律,2007(4):176-181.

[30] 陈兴良. 家庭暴力的正当防卫[J]. 政法论坛,2022(3):78-88.

[31] 周光权. 论持续侵害与正当防卫的关系[J]. 法学,2017(4):3-11.

[32] 王新. 受虐妇女杀夫案的认定问题[J]. 法学杂志,2015(7):87-94.

[33] 潘星丞. 正当防卫中的"紧迫性"判断:激活我国正当防卫制度适用的教义学思考[J]. 法商研究,2019(2):28-39.

[34] 高艳东. 论不法侵害的开始:反击性防卫权与预防性防卫权二元论[J]. 华东政法大学学报,2022(6):133-145.

[35] 黄荣坚. 基础刑法学-上[M]. 4版. 台北:元照出版有限公司,2012.

[36] 黎宏. 刑法学总论[M]. 2版. 北京:法律出版社,2016:140.

[37] 周光权. 刑法总论[M]. 4版. 北京:中国人民大学出版社,2021:205.

[38] 李世阳. 正当防卫中法益侵害急迫性的存立根据与司法认定[J]. 中外法学,2021(1):223-242.

On the“expected infringement” that meets the premise of defense: Starting with the cases of battered women killing their husbands

DING Wenzhuo

(*Law School*, *Tsinghua University*, *Beijing 100084*, *P. R. China*)

Abstract: How to evaluate the counterattack behavior against “expected harm” has always been a theoretical difference between justifiable defense and emergency avoidance, which is vividly reflected in cases such as “abused women killing their husbands”. The theory of risk avoidance defines the “imminent danger” as a “real danger” with a lower degree of urgency, and affirms the establishment of defensive emergency avoidance in some scenarios by mitigating the judgment of “necessity” and limiting conditions. However, if there is no possibility of other actions at the time of the behavior, the danger faced by the actor has reached a realistic level of urgency. The standard of “realistic danger” is actually based on the substantive judgment of the degree of danger, and an additional formal requirement of time span is added. The purpose of this restrictive interpretation is to prevent the abuse of the highly dominant self-defense system, distinguish between the premise of avoidance and the premise of defense, and limit the scope of the establishment of self-defense. Within the reduced range, defensive emergency avoidance is used as a substitute theory to compensate for the space for criminalization. However, under the premise that Article 20 (2) of China's Criminal Law explicitly requires the limit of defense, the legitimate defense system in China does not have the extreme dominance of the theory of avoidance as a theoretical premise. Combined with the current situation in China's judicial practice where emergency avoidance is only applied to situations that harm the interests of innocent third parties, it is more reasonable to apply the legitimate defense approach in situations of “expected infringement”. In theory, the essence of “expected infringement” is that the infringer creates a real danger of infringement, and this danger is not cut off until the counterattack occurs. Similar legal principles can refer to the process of causal freedom of action, from expected infringement in justifiable defense to illegal infringement and ultimately the result of infringement, corresponding to causal behavior, state of irresponsibility, and resulting behavior in causal freedom of action. From the beginning to the end, danger is created and finally realized, and the initial behavior already implies a high possibility of the final infringement result occurring. Therefore, on the premise that the initial behavior meets the three elements of predictability of the infringement, clarity of the infringement warning, and lack of possibility for public power relief, the danger of the infringement result has reached a realistic urgency level and meets the prerequisite for legitimate defense. At this time, the counterattack implemented should be evaluated as a defensive behavior. In individual case judgment, objective post judgment standards should be adhered to. Even if the defensive actor subjectively has a mistaken understanding and believes in the existence of an “expected danger” that can be defended in situations where the above three elements are not met, it constitutes hypothetical defense. In situations where the mistaken belief cannot be avoided, it should be handled according to the unexpected event, which can also achieve a balance in protecting the interests of both parties in the conflict.

Key words: justifiable defense; defensive emergency avoidance; battered woman kills her husband; expected Infringement, imaginary defense

（责任编辑　刘　琦）