

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

屈学武

内容提要 本文从多起受虐妇女杀人命案量刑畸重的基本立场出发,首先研讨了引发此类受虐妇女杀人命案的社会经济文化原因及其相关近因,^[1]指出:根据罪责刑相适应原则,此类受虐妇女杀人并不一般性地等同于死罪,更不当判处其死刑。在此基础上,作者比较分析了多种有关受虐妇女犯罪的法律出路构想,并提出了自己的主张。认为:立法上可以考虑在刑法总则中增设特定的、因其行为欠缺期待可能性或期待可能性较小而启动的“阻却责任事由”或“减轻责任事由”。据此,尔后人民法院就可以根据有关主客观情况,在证据确凿而充分的情况下,确认某些因“走投无路、确因自救或拯救家人而被迫杀人”的行为乃属欠缺“遵从法律的期待可能性”或“期待可能性较小”的行为,从而,依法可以免除或者减轻此类受虐妇女杀人的刑事责任。

关键词 受虐妇女 人身危险性 期待可能性 阻却刑事责任

屈学武,中国社会科学院法学研究所研究员。

一 引论:问题的由来

建国以来,中国女性的社会政治经济地位已普遍而大幅度的提高,但持续而严重的家庭暴力依然相对普遍,这种境况在经济相对落后和偏远的农村地区更甚。实践中,在求生不得、欲死不能的情况下,一些受虐妇女在走投无路、忍无可忍的情况下,往往为避免自己或其家人免遭更为持久而惨烈的危害选择了极端的“自救”方式——伺机杀死那长期戕害她的家中施暴狂。这样一来,按照中国老百姓的世俗眼光看,这些身带命案的、原本为受害人的妇女也就犯下“死罪”了。实践中,现行刑事司法体制的确会迅即运转,对犯罪人绳之以刑法。

然而,在就一桩桩、一件件诸如此类的“死罪”案件进行法律实证剖析后,我们发现其间不仅饱含人间酸苦,还蕴涵着诸多尚待法律学人深刻反思的法律价值取向及其法律评价问题。请看以下判例:

据报道 2003 年 8 月 11 日,湖南 39 岁的农妇廖某被当地中级法院一审判处死刑。案情大致如下:被告人廖某,1985 年与刘×新结婚,婚后,随着儿子的出世、生活负担的加重,刘×新不得不到附近煤矿打工。其间,他由起初的好酒逐渐发展为嗜酒如命,成天喝得酩酊大醉不说,稍稍醉酒就想方设法

[1] 这里需先行声明的是,在实践中,有关家庭暴力引起被逼杀人案件,并不必然地仅仅发生在受虐女性一方,也有不堪忍受纠缠不休的妻子、前妻、情妇、女友的身心虐待被逼伤害或杀死对方者。这里之所以仅仅将研究视角设定在受虐“妇女”一方,是因为此类案例更加典型,但本文谈及的诸多宜于针对被害人“犯罪”适用的观点及其相关分析,原则上可适用一切遭受虐待的广义的“家庭成员”因不堪忍受虐待,被迫犯罪者。当然,这里之虐待,主要指身体方面的虐待。

地折磨、抽打妻子甚或儿子,还时常对被告进行惨无人道的性虐待。在前后近 20 年的共同生活中,被告经常被其夫抽打得遍体鳞伤,甚而打得吐血、右脚断裂……等等。

2001 年 4 月的一天,廖某出外洗衣时,遇上同村的中年男子刘某。刘某之妻早年离家出走,与女儿相依为命。这天,刘某不失时机地向被告表白了自己对其受虐惨状的深切同情与关怀。孤苦无助的被告禁不住刘某的关爱,遂向刘某倾诉了自己的悲苦之情,一来二去,两人终于由正常的邻里关系发展成了不正常的“婚外情”。2001 年 8 月,消息传到了刘×新耳中,抓住了被告把柄的刘×新自此以后更以疯狂的毒打来发泄其暴虐与报复心理。

被告在遭受恶夫多次毒打之后,终于丧失了理智,2003 年 1 月 26 日,被告在给刘×新做饭时有意识地在其食用的荷包蛋中掺入了“毒鼠强”。刘×新食用后很快气绝身亡,被告人随即被捕,并于同年 8 月被一审法院判处死刑。国内媒介因而概称本案为“家庭暴力逼长沙女走上不归路”。〔2〕

综观本案可见,本案量刑大大重于同类案件判决。通常情况下,对受虐妇女所犯命案,考虑到死者本人有其重大过失甚而虐待、伤害罪过,被告人方面也欠缺严格意义的主观恶性与人身危险性,因而实践中,我国司法机关大多会着意留她一条生路:一般不会对此类被告判处死刑。例如:

据 2003 年 1 月 6 日《华商报》报道,山西一农妇因长期遭受虐待,一怒之下棒杀丈夫,被判无期;又如,据《辽沈晚报》报道,丹东一受虐妇女被逼杀夫后自首,经 16 位人大代表呼吁后被从轻判处有期徒刑 6 年。还有,内蒙古某长期遭受恶夫毒打的受虐妇女,某天,在丈夫深夜携情妇归家,并当她的面与情妇相奸并以毒打和菜刀相向的手法威胁她深夜离家让位的情况下,丧失心智的她待二人睡熟之后一举用其夫用以威胁她的菜刀同时夺去了该二人性命。该案第一审也对被告判处了死刑、立即执行,但二审改判为死缓。〔3〕由此案可见,在受尽虐待、情绪激惹的情况下,一人同时夺去两条性命的被告人,也在事实上获得了生还机会。然而,本案呢?同是受虐妇女、同是被逼杀人,本案被告因何会被一审法院判处死刑呢?

显然,对此设问,作为既非本案的承办法官,也非亲历本案的检察官、律师等人的笔者,是不可能就此做出既权威而又可靠的司法判解的。但是,从学理角度对其加以分析、以促进司法的人性张扬以及公正、效益的刑罚价值观的同行并驱,也是必要的。〔4〕

二 本论:对本案的法律实证分析

细究本案,我们感到,一审法院所以对本案被告判处死刑,很可能是基于下述司法考量:一是除杀人行为外,本案被告人廖某自己另有过错,即她与刘某的“婚外情”;二是廖某之杀人,由给定案情看,不太像当天受尽虐待后为尽快摆脱当时困境即行实施的激情杀人案,〔5〕而是先有预谋地投毒杀人,因而司法上很可能据此将本案定性为“谋杀案”而非事中因情绪激惹引发的猝发杀人。这样一来,本案法官就很有可能在凡“谋杀”者“主观恶性即大”的传统观念支配下,将本案被告视作主观恶性大、人身危险性重者,据此,本案被告被认定为没有可恕情节,从而对其判处了极刑。

对上述假定性逻辑推理,我们并不以为然——漫道我们并不赞同终极意义的生命刑罚的设置,即便撇开有关废除死刑的基本理论不谈,单从中国现有的刑事立法规定看,我们也认为,本案被告人所犯之

〔2〕 参见搜狐新闻:“家庭暴力逼长沙女走上不归路”。载 <http://news.sohu.com/94/25/news212072594.shtml>

〔3〕 参见“杀夫被判死刑——因为绝望,所以杀人”,载 www.chinanews.com.cn

〔4〕 分析本案之前,笔者想先声明如下:严格意义上讲,关于本案有关情况,惟有承办本案的法官、检察官、律师等才有发言权。笔者虽也兼有律师身份,却不是本案的辩护律师,更非承办本案的司法工作人员,而是以学术研究为主。有鉴于此,关于本案的分析,仅建立在下述假定性前提下,即“假定”有关本案的媒体报道真实可靠,则本案判决确实值得商榷。而如此操作的目的,除了出于对每一个体生命权利的尊重外,还在于作者希图据此引起司法上关于此类判决的一般性关注和看重。

〔5〕 英美法系国家有激情防卫(The Defence of Provocation)规定,据此,行为人在激惹情绪下所实施的杀人行为,可以部分地免除刑事责任。我国虽无“激情防卫”规定,但因被害人或其他相关人的过错行为致行为人意识相对狭窄,情绪激惹而致犯罪者,司法上一般可作酌定从轻情节处理。

罪不至判死,当地一审法院对本案被告的死刑判决量刑畸重。基本理由如下:

第一,就罪责刑相适应原则看,本案被告人罪不至死。中国现行刑法典第 5 条规定:“刑罚的轻重,应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。”此即罪责刑相适应原则,又称罪刑均衡原则。其基本含义为:在刑事立法、司法过程中,应根据行为的社会危害性及其行为人的“人身危险性”的大小来综合设定和裁量刑罚的轻重。

这里,“社会危害性”是相对于犯罪“行为”而言;“人身危险性”则是相对于实施了犯罪的“行为人”而言。由此可见,罪刑均衡原则,既不是单纯的“罪与果”的均衡,也非单纯的“罪与行为人”的均衡,而是根据二者的辩证统一来衡量行为人刑事责任的大小,从而确定刑罚的轻重。一句话,刑罚应与犯罪行为的应受谴责性相均衡,而行为的应受谴责性是主客观的统一。

就本案看,本案行为人所实施的投毒杀人行为,其社会危害性固然相对严重;然而本案纵然确属经过行为人“深思熟虑”的谋杀性犯罪,它也并不必然地代表行为人本人兼具强烈的、针对社会一般人的“人身危险性”。

这是因为,本案案情已经交代得非常清楚:本案之最终受害人刘×新本身实属有其严重的、犯罪学意义的罪责之人。^{〔6〕}某种意义上看,正是他长期以来对其配偶的虐待与伤害,才导致了他们夫妻感情从名存实亡到完全破裂,以致受尽虐待的妻子对他由身心叛离到最终的“你死我活”。因而从某种意义上看,他之被害,实属咎由自取。

当然,我们这样说,并非承认廖某的做法“合法”,更非认可其“不忠”。我们想要表达的仅仅是:形式上看,廖某的“不忠”行为确属违背我国婚姻家庭法的不法行为,然而,问题的实质在于:在此“不忠”背后,我们有必要深究肇致其“不忠”的深层次原因,那就是:廖某要怎样做才能有效保护自己的基本人权?

有人可能说,她可以选择“离婚”,或可选择出走。是的——她或者真的可以选择这样一条可能更宜于她的路。然而,实践中已有太多的家庭暴力案例表明:一些被害妇女尚未来得及离婚,已经被打得死去活来甚而丢了命;^{〔7〕}更有甚者,许多已经离婚的妇女,仍然难以摆脱遭受前夫暴虐的恶魔,^{〔8〕}因而本案被告如若能够安全离婚,她因何不去走这一光明之途?因而,这当中,刘×新的暴力威胁必定是其离婚不成的主要缘由。

其次,我们还应注意到,刘×新对被告的虐待行为不是发生在他发现其妻有外遇之后,而是发生在被告与刘某交好的近 20 年之前。基于此,有关因果联系也就非常清楚了:不是廖某与他人的婚外情导致了被害人对其妻的虐待,恰恰相反,正是被害人对廖某的长期暴虐,引发了廖某与他人由相逢、相知到相好。有鉴于此,仅仅根据廖某有外遇这一事实,既不可能推论出廖某主观上还会无端地去危害社会一般人的“人身危险性”的结论,也不可能得出其该当遭受“极刑”的刑罚上的最为严厉的应受谴责性来。

再次,我们还想强调的是:本案被害人刘×新的先在恶行,不可能也不应当因其妻的后行外遇受到充抵。就是说,廖某后行的不忠行为,并不能消蚀掉其所以杀夫的根本动因——是为了令自己挣脱长期遭受暴虐的苦海。据此,从犯罪学意义看,导致行为人杀人的根本动因还在于刘×新的长期暴虐行为,而非廖某的外遇。^{〔9〕}这一点,才是司法上应当确认被告人主观恶性与人身危险性不大的关键;同时,它也从犯罪的本质当是反社会性的角度的角度,在事实上克减了本案被告人在刑罚上的应受谴责性。何况,本案之“婚外情”固然有其形式上的不道德与不合法性,但是,任随它多么的不道德、不合法,其“不忠”行为终究不可能匹敌、吞蚀掉一个人的生存权、生命权。

对此分析,还有人可能质疑:难道廖某就可以因其遭受暴虐而剥夺其丈夫的生存权吗?因何她不该遭受同样的刑罚谴责呢?回答是:就本案的紧迫性而言,廖某的行为也许并非惟一的自救手段,因而她

〔6〕 所以称其为犯罪学意义的罪错,是因为刑法意义的犯罪确认权在国家审判机关,而在行为人已经去世的情况下,鉴于事实上的犯罪主体已经不复存在,司法上不可能对其提起刑事追究,因而这里只能从犯罪学意义确认其有罪错。

〔7〕 参:“硕士丈夫何以手刃博士妻”,载 <http://www.dzwww.com/shehui/shehuitegao/200206070416.htm>

〔8〕 见“铁链囚禁母女俩 哈尔滨惊现‘人间地狱’”,载 <http://news.sdinfo.net/72347865107660800/20020603/1036961.shtml>

〔9〕 值得注意的是,就本案给定案情来看,本案乃被告人单独作案,不存在廖某与刘某共同谋杀亲夫的共同作案情节。

的确构成故意杀人罪。但是,正如意大利犯罪学家菲利所说,尚可保存和适用死刑的理由也许仅在于“通过消除反社会和不适应社会的个人的方式来进行人为的自然淘汰的法则”。^[10]而本案被告人并非“反社会”或“不适应社会”之人。何况,对于这样一个原本善良,因社会经济环境、法治环境的欠缺而令其走投无路的“杀人犯”而言,社会本来就不应当以再杀死她的做法来告诉她及其世人“杀人不对”。

综上所述,在出于挣脱暴虐命运的前提下,仅因其与他人有“婚外情”这一事实就判处该一受尽虐待的被告人以极刑的宣判,确属有违罪刑均衡原则的不公之刑。

第二,就有关公约规定精神看,本案被告也罪不当死。众所周知,1998年10月5日,我国政府已经签署了《公民权利与政治权利国际公约》(以下简称《公约》),随着时日的推逝,国家权力机关对该公约的批准工作也日益提上议事日程。而就《公约》蕴涵的人权实质看,该公约主要是对西方18世纪启蒙学家提出的第一代传统人权的规范与升华,要旨在于保障公民的基本权利不至遭受“国家”的侵犯或侵分,确保每一公民享有充分的基本人权,包括参与“管理”国家的政治权利。

然而,所有这些权利的行使,都有赖于人的生命载体的平安无虞。因而《公约》将人的生命权利设定为在任何紧急状态下,哪怕国家面临生死存亡关头都不得克减的权利。惟其如此,《公约》第6条第1、2款才明文规定:“人人有固有的生命权。这个权利应受法律保护。不得任意剥夺任何人的生命”;“在未废除死刑的国家,判处死刑只能是作为对最严重的罪行的惩罚”。

然而,如何界定《公约》划设的“最严重的罪行”的范围呢?须知,这是涉及生命权利是否受到各国“法律保护”的重大原则问题。对此,负责监督实施《公约》的人权事务委员会认为:“对‘最严重的罪行’的含义必须严格限定”,它意味着“死刑应当是一种十分特殊的措施”。^[11]此外,在研究有关缔约国提供的国家报告过程中,人权事务委员会在其报告评论中也特别指出:“最严重的犯罪意味着‘在任何情况下,都不能对财产犯罪、经济犯罪、政治犯罪以及其他不涉及使用暴力的犯罪规定死刑”。

鉴于人权事务委员会的“一般性意见”对于《公约》条文释义的无可置疑的权威性,可见:“最严重的罪行”不得包括任何“不涉及使用暴力”的“非暴力”性质的犯罪。基于此,下述攸关生死的基本人权问题即便提上立法与司法议程,即如何解读这里的“不涉及使用暴力的”非暴力犯罪的范围。命案犯罪是否一概属于暴力犯罪,进而均可设置和判处死刑?对此,我们的回答是否定的。这是因为:如上所述,本案虽然确系杀人命案,却非“暴力犯罪”。尽管实践中,“故意杀人罪”往往被视作“暴力犯罪”的同义语,然则仔细思量起来,“杀人即暴力犯罪”这一判断未必正确。倒是“杀人不一定是暴力犯罪”这一判断更加周延。撇开阻却违法的正当防卫、正常行刑等因素不谈,就如本案这样的以“投毒”的方式来杀人者,就不好说是“暴力”犯罪。^[12]而人权事务委员会关于“最严重的罪行”的重大临界点就在于行为是否属于“暴力”犯罪:是则有可能划属于现阶段尚可判处死刑的“最严重的罪行”;不是,则根本不属于此类最为严重的罪行。基于此,就本案看,本案行为人所实施的投毒杀人行为既然不是暴力犯罪,则哪怕它确属“命案”,也不该是《公约》意义上的“最严重的罪行”。据此,本案被告所犯罪行,不在可判处死刑的罪种之列。

谈及至此,有人可能质疑:目前我国仅是签署了,尚未批准该《公约》,国际社会因而无权诟病甚而制裁中国的“非暴力型”死罪设置。基本理由是:尚未批准的公约对该签署国而言是没有国际法上的拘束力的。据此,我们的回答是:中国既然已经签署了该《公约》,按照国际惯例就应当“自律”,否则你就别签署。也就是说,一国既然已经签署了某一公约,就应当自觉遵循公约有关义务性规定,否则,毋宁撤回该一签署——既然该签署毫无意义。

[10] 参见 意 菲利《犯罪社会学》,中国人民公安大学出版社1990年版。

[11] See CCPR General Comment 6/16, Para. 7.

[12] 当然,对投毒杀人行为究否属于暴力犯罪,刑法学界也有少量不同声音。有学者认为,投毒杀人就该属于暴力犯罪。因为认定行为是否属于暴力犯罪的标尺不当视其行为,而当视其结果。对此意见,我们不敢苟同。根本原因在于:刑法上的“暴力”本意在于“力学”意义上的物理强制力,它是一种行为表现而非结果表现,因而它不该相对于静态的“结果”而言,而应相对于动态的有一定作用力因素的“行为”而言。

综上所述,我们有理由相信,假如本案案情真如媒体报道所言的话,终审法院定能重新审视本案并予被告一个生存与赎罪的机会。因为,我们有充分的理由相信:对于诸如此类受虐人而言,还其生命,社会只会更加温暖而不是愈加危险;而对国家而言,惟有从尊重每一个体(哪怕是带罪之身)的生命权利做起,政府与人民方才具有更加双向交融的亲性和。

三 推论:本案引发的法理思考

在逐一剖释本案有关法理问题并与其他同类判例相比较之后,我们认为,对有关受虐妇女命案问题,尚有必要从众多个案中抽象出若干一般性法理思考,以期裨益于来日的中国刑事立法与司法。

(一)对受虐妇女犯罪缘由的社会经济分析

目前的报章杂志上,充斥着不少关于受虐妇女犯罪缘由的简单而错位的分析。例如“愚昧的农妇”、“不知道拿起法律武器来保护自己”、“错误的以暴制暴”……等等。^[13]按照诸如此类的缘由推理,似乎只要受虐妇女“聪明”一些,懂得“拿起法律武器”,就可以轻松摆脱受虐的命运,并且不至犯罪?

对诸如此类的定位分析,我们的看法是:事实绝非那么简单。须知,我国传统的住屋文化、家居文化、户籍管理文化、社区环境文化、妇女的物质经济基础、文化知识水平、现行行政管理及法律运作体制直至男女之间在性格能上的巨大差异等性状,都决定了解决此类问题确有其错综复杂性、长期性与艰巨性。按常人推理,人们会很奇怪:受虐妇女在遭受家庭暴力时,可以径直去村委会、居委会、妇联投诉;抑或,她们也可以直接到公安机关去报案求解;甚或,她们还可直接去人民法院提起离婚诉讼、甚而提起虐待罪自诉,等等。她们既有如此之多的求助途径,何谓没有救助机构呢?

回答是:对于诸如此类的复杂而深重的家庭暴力,通过上述机构或者确实能解决一些主观恶习不太深的人对其配偶的偶尔虐待。但就一般意义看,这不能解决根本问题。实践中,不少妇女声称自己曾数十次地去过村委会、居委会甚至公安机关求解,结果都是越投诉打得越厉害,越投诉日子越难过;甚而达到前脚刚离开有关机构,后脚又挨打的地步,而有关人员不可能常随其后或常住其家。至于离婚,对那些暴虐成性的人而言,不但起不了任何作用,反而可能使受虐妇女遭致更大的、危及其全家性命的暴力或暴力威胁。

当然我们也承认,实践中也有少量经法院判决解除了婚姻存续关系后,受虐妇女确实获得了解脱。但这种现象对为数不少的暴虐“成癖”的人而言,是不解决问题的。在他们的眼中,前妻依然是自己之“妻”,因而仍然是自己施暴的靶子,特别是他十分清楚她家人的地址、去向及其他根底,这等于那该死的“前婚”还给了他一把能够随心所欲地镇慑、掌控被虐待人的钥匙。^[14]因而,就有关资料显示的实际情况看,离婚后,不少妇女仍然时时生活在前夫的恶魔惊吓之中。

当然,从法律规定上看,此类受虐妇女还可使出其最后一招“法律利器”:那就是提起虐待罪诉讼。但是,众所周知,虐待罪在中国刑法中是亲告罪,一般而言,须当事人自己到人民法院提起诉讼并承担举证责任。实践中,当事人自己举证非常困难不说,就算她真能提出有力证据,一桩案子由“立案”到“结案”,也须等待数月之久。这期间,自诉人往往已被折磨得死去活来、甚而遭致毁容、丢命乃至焚毁其全家的致命暴力威胁。^[15]这样一来,自诉人往往不得不违心地撤诉。况且,提起自诉,恶夫真的被判刑遭囚后,一些经济上不能自立的妇女又会立马面临生计无着的困境;另一方面,即便她经济上能够自立,鉴

[13] 例如据 2002 年 10 月 23 日《时代商报》报道:“一位农村妇女十几年来默默忍受丈夫的非人虐待,浑身留有 9 处刀疤,16 岁的女儿离家出走杳无踪影……同许多悲剧的演变一样,愚昧的农妇没有拿起法律武器,而是夺下丈夫手中的斧头向其头上抡去”。又见 2002 年 8 月 22 日《辽沈晚报》称:“海城市一妇女吕玉珍长期遭受丈夫虐待,竟然不知拿起法律武器保护自己,而是在忍无可忍的情况下将丈夫杀死在家中,自己也付出了惨重代价……”。

[14] 中国多数妇女的物质经济基础及其国内的居住文化传统(特别是农村地区),决定了这些受虐妇女及其家庭难以通过另购住房、举家搬迁的方式来摆脱其恶夫或前夫的纠缠不休,这也是中国妇女们走投无路的缘由之一。

[15] 除非自诉案的被告人被指控之罪行相当严重,有关司法机关因而已经将其先行拘捕在押。

于虐待罪的法定刑上限也就几年,因而基于惧怕虐待罪犯刑满释放后会疯狂报复的心理,受虐人也往往不敢起诉。

试想,刑事法治本是我国法律确保公民人权的最后保障,对于家庭暴力而言,它正好体现在我国刑法的虐待罪设置上,倘若作为“最后手段”的刑事法治都不能有效解决此类问题,受虐妇女们还有什么确保其安全挣脱困境的通道可寻呢?

综上所述,实践中,正是鉴于上述种种社会经济的、房居环境的、法律制度的、男女体能差异的多种不利条件,导致了許多受虐妇女们反抗不能、求助不得、离婚无果、投诉无效、走投无路。他们的心底之声常常是:该投诉的地方都诉了、该起诉的部门也去了,都没用!国家有什么样的法律武器能拯救我们吗?难道真的要等到我们本人或全家人都被打死以后,法律才能启动起来管束、惩治这些人吗?

请再看如下案例:

一农妇某甲因长期遭受其夫某乙的暴虐而离家出走,某乙在遍寻其妻无果的情况下,悍然闯入隔壁邻家内室,以武力威胁邻家男主人某丙去替自己找回其妻某甲,否则他就以丙之妻为自家妻并且不许丙回家。某丙被迫离家寻甲,某乙随即强占了丙之妻某丁。丙历经千辛万苦找到了某甲,为了说动甲回家,丙不惜以其男儿之身朝甲下跪,恳请其回家以拯救他及其妻子某丁。甲出于恻隐之心勉强回到自家。乙在妻子回家的当晚即劈头盖脸地朝其妻一顿暴打,然后威逼遍体鳞伤的妻子当着孩子面朝他自己跪下,还不许低头,得一动不动地盯着他。折磨甲到半夜之后,乙代甲写下了一份遗书并丢下一句话:“我已经替你写好遗书了,明天再要你的命”。尔后,乙在仍然跪着的妻子面前倒床睡去。甲在走投无路的情况下悄悄出去找到自己的妹妹、妹夫及其隔壁邻里某丙、某丁求助。五人一合计,既然不是你死就是我活,不如结果了他自救。结果五人一起乘乙熟睡之机勒死了某乙。尔后,以某甲为首的五人均被定罪判刑。

分析本案可见,设若该五人当晚没有作案,而是静待事态自然发展,到第二天某乙真有可能重残甚而打死某甲(既然遗书都代甲写好了),抑或,第二天甲也可以设法手持其夫头天代她写好的“遗书”去公安机关报案,要求公安机关惩处该恶夫。然而本案中,某乙仅有故意杀人之“犯意”并无杀人行为,而我国刑法从不惩处单纯的“犯意表示”;与此同时,我国刑法上也没有诸如“致命暴力恫吓罪”等等犯罪规定,公安机关因而爱莫能助。^[16]至于村委会、乡妇联、县妇联,对本案之受虐人等而言,更是救得了她一时,救不了一世。

由此可见,在切实有效地调控此类社会问题、从根本上救助此类受虐妇女的问题上,我国有关行政、司法、社会调控及救助机制都有较大漏洞与弊端。想必,这也是我国不少受虐妇女无法拿起法律武器求助、不得不以“犯罪”这一极端手段来“自救”的缘由之一。

此外,从经济实证主义视角看,一般而言,受虐妇女在家中的经济地位都较低,这也是她们难以自立、进而难以自救的经济缘由之一。实践中,这种不自立往往将她们更进一步地推向苦难的深渊。^[17]惟其如此,我国有资料显示,国内某省80%以上的妇女是在忍受恶性暴力多年、走投无路、精神极度崩溃的情况下愤而制造“杀夫案”的。^[18]

综上所述,简单地将这些受虐妇女走向犯罪归咎于“愚昧”、“没有拿起法律武器”来保护自己、“只会以暴制暴”——未免失诸分析问题的肤浅。须知,现实生活中,这些妇女的意志是相对不自由的。而本来意义的刑事犯罪,其犯罪主体本应具有相对自由的意志。因而确切地说,这些妇女之所以被逼犯罪,很大程度上看,正是当今妇女所处的经济状况、居住环境状况乃至社会有关调控、救助体系不健全等社会“存在”因素使然。质言之,一定程度看,是社会没有对她们尽到最大限度的司法救助、社区救助、社会救助、经济救助之责。惟其如此,作为一名法学工作者,每每读到此类报道,我的心底足音常是:我国的司法体制怎么

[16] 当然,就本案而言,某丁等本可以到检察机关去提起强奸罪、侵犯公民住宅罪指控。但在事过境迁的情况下,强奸罪也是很难搜集到有关证据的。

[17] 有数据表明,全世界女性占总人口的50%,但她们所占有的财富却不足1%,获得的收入也只占世界总收入的10%。在中国,虽然女性的收入普遍低于丈夫,总体上的男女收入反差却小得多。但在经济相对后进的地区,此类差异仍然非常巨大。

[18] 参见:《关注家庭暴力系列-2:受虐妇女综合症》,载2003年8月21日《燕赵都市报》。

啦?我们真的没有什么能够有效遏制此类虐待犯罪,同时拯救这些受虐妇女的社会机制吗?她们何以一个个都不得不以“犯罪”的方式来“自救”?我们需要什么样的司法体制、社会行政管理体制、民间救助机制才能卓有成效地拯救她们,同时也未雨绸缪地拯救那些因虐待家庭成员而走向自我毁灭的施暴人?

当然,鉴于家庭暴力问题关涉到社会政治、经济、文化、宗教信仰等等复杂而多维度的问题,因而它绝不是简单地仅靠一张“有效的司法体制”药方即可根治的。^[19]虽如此,作为法学工作者的我们,仍有必要适时关注和提出更多有关立法、司法与执法的建言与问题来,以期渐进性地克服与解决有关法律体制上的缺失与弊端。

(二)对受虐妇女所犯命案与“死罪”的等式分析

“死罪”这一提法,从严格意义看,并不是法律概念,也非通行于刑法学者之间的法学概念,而是中国民间出自“杀人偿命”这一原始报应刑观针对所有“命案”的统称。虽如此,从相对宽泛而不那么确定的理论意义看,学界对死罪的理论解说大致可界定为“死罪即该当判处死刑之罪”,而命案,在一般人的视界里,犯命案即等于犯了“死罪”。

由此可见,“死罪”乃攸关人之生死的大事,而生命权利与死刑的关系,归根结底是人的权利与国家权力的关系。本来,就一般意义看,我们主张生命权利本位。这是因为,从生命的起源看,人的生命本属大自然的“天造地设”,而非任何国家或政府的恩赐,生命权利因而绝非“法定”而是大自然的赋予;是人类与生俱来的、固有的、不可剥夺的目的性权利。生命权利进而本质不同于公民享有的房产权、著作权、继承权等,后者至少从形式上看,乃公民根据国家法律的规定依法享有的“法定”权利。^[20]基于此,当法定权利人违反其相应义务时,国家可依照法定程序撤销或剥夺其法定权利。生命权利则不然,生命权利之本位,是指生命权利是人的一切权利之本,是人享有其他权利的基本而必备的载体。据此,如果说人的权利有本末之分的话,生命权利就是其中的本中之本、是大本。有鉴于此,从“人道性”优位这一终极视角看,生命权利的本位性、本原性,决定了它“可以”并“有权”抗制国家刑罚权。^[21]

基于上述基本理由,从根本意义上看,我们并不赞同国家刑罚权可以及于人权的终极载体——生命,所以从存在论意义讲,“死罪”这一提法——最终将因随死刑的全面废弃而丧失其存在意义。然而显而易见的是,就中国当前现状看,鉴于“杀人偿命”的传统报应观在中国相当根深蒂固,也鉴于中国物质经济发展相对落后等多方面现状,当今的中国确难一步到位地将“死罪”归诸于历史。

然而命案与死罪,特别是受虐妇女所犯命案与犯死罪的关系,却是值得认真研析与探究的。一般而言,我们主张全面摒弃“受虐妇女所犯命案=死罪”的提法。换言之,即便从已然意义看,中国现行刑法并未完全排除受虐妇女所犯命案会被判处死刑,但从应然角度讲,我们主张现行中国刑事立法与司法亦当全面禁止对受虐妇女被逼杀人行为设置或判处死刑。

本文所以提出上述主张,基本理由倒不是因为上文提及的“社会可能没有尽到更多的遏制与救助之责”,因而可以恕免其罪。因为按照菲利等刑事社会学派所主张的“社会防卫论”阐释的基本刑事责任观,即便社会真的未能恪尽健全有关遏制与救助体系之责,国家为了社会安全之计,依然可以对那些已然“不适应社会或反社会的人”,施以刑罚或保安处分。这种刑事责任观,如今看来虽然太过“社会本位”,但在国内外刑事法理与刑事实务界,仍占有相当大的理论市场,因而难以全面诟病。虽然从根本上讲,我们主张刑法应当由过去的“国家本位”、“社会本位”走向将来的“人民本位”。具体到每一个“个案”之

[19] 事实上,在尚存国家、阶级的社会中,它也不可能“根治”,这就如同任何犯罪不可能在国家状态下悉数根绝一样。基于此,为今之计,我们能做的,仅是最大限度地遏止它并为受虐待人设定出相对完备的救助机制来。

[20] 值得说明的是,伦理主义的权利倡导论者主张任何权利均属“天赋资格”而非“权利授予”,因而没有任何权利是法定的。法律只是对这些自然权利做出记载并加以保障而已。从自然法意义看,此类说法当然也有一定道理。参见[美] 玻文睿(Randall P. Peerenboom)《论权利与利益及中国权利之旨趣》,张明杰译,夏勇主编《公法》第1卷,法律出版社1999年版,第108-109页。

[21] 详细阐述参见屈学武:“中国死刑文化的多元性与一体化探究”,原载“中国法学网”:<http://www.iolaw.org.cn/shownews.asp?id=204>

中,应当从“一切为了人”、“为了一切人”的人本主义立场出发,在不损害国家与社会根本利益的前提下,尽最大努力确保每一个体的法益。

然而,即便这样,出于社会防卫目的,国家总难免将刑法的天平倾向于社会整体,以实现刑罚的一般预防。就此意义看,对受虐妇女不宜设置和判处死刑的主要缘由,看来主要不在于社会防卫论可取与否,而在死刑配置上的不公正与不合理。申言之,纵然从存在论意义看,当今中国尚难以全面废弃所有犯罪特别是暴力犯罪的死刑存在,但从配置意义看,对受虐妇女杀人案设置死刑,既不符合刑法的罪刑等价、罪刑均衡原则,也不契合刑罚价值论上的人道性、公正性与效益性要求。

刑法意义的罪刑均衡原本脱胎于远古时代的同态复仇,继后逐渐由康德主倡的外在态势的同一走向了黑格尔主张的刑罚与犯罪的内在价值的同一,即刑罚与犯罪内在性质的同一,此即罪刑等价。罪刑均衡更是主张行为应与其行为的可予刑罚谴责性相适应。而“杀人抵命”的刑罚观,可以说仅仅看重罪与刑的外在态势的同一而非二者之间的内在性质的同一。因为犯罪的性质,从其恶性程度上讲,绝非仅仅着眼于行为后果,还在于行为人的主观恶性和人身危险性的大小,即行为应受刑罚谴责度的大小。于此,对于一个受尽虐待、忍无可忍方才出手的家庭成员来说,实事求是地说,她(他)们的主观恶性、人身危险性应当比之于此前虐待过她(他)们的施暴人要小得多;另一方面,此类施暴人比之于受虐杀人者而言,倒是前者具有更加深重的“不适应社会性”和“反社会性”。这是因为,从人的自然禀性和天生本能看,任何身处绝境的人在生命安危遭受严重威胁之际,都会千方百计地设法自救的。虽然在对方尚未实施不法侵害之际“伺机动手”并剥夺对方生命的做法,本质上为刑法规范所不容。但是,其行为的可责性势必因之大大降低,这是毫无疑问的。大约正是诸如此类的“自救”行为,在本质上仍属社会动物与自然动物统一体的“人性本色”表现,这才使得保全这样一个个刑法意义的“杀人犯”的生命的呼声如此之高,无论是邻里民调的支持还是身为“议员”的人民代表们的同情。

然而,鉴于这一“人性本色”归根结底违背了我国刑事法规范,因而其行为仍是有其犯罪“价格”的。但从罪刑等价意义看,由于此类遭受严重暴虐的受害妇女本身并无多大人身危险性,既而,该受害人等为犯罪所付出的“价格”也就相应地偏低;与之成正比的“刑罚”的价格也当相对降低,这才符合罪刑等价原则的基本蕴涵。因而,对此类犯罪妇女确实不宜设置和判处死刑。

另一方面,从刑罚价值论角度看,中国刑法学界对其内在构造早已达成基本共识:认为刑罚的价值主要体现在刑罚的人道性、公正性与效益性三方面。^[22]从人道性角度看,我们认为,死刑之不“人道性”主要反映在“死刑”作为一种表现为“权力”的极端形式的“惩罚手段”本不当出现于人类社会。现实社会中,它或可见诸于自然界少量有其群居社会的哺乳类动物王国之中。而这一针对严重违背统治规则之“同类”的“处死”行为,从应然意义讲,本来应是仅仅止于低等动物社会之中的“动物之道”,而非人类社会对付自己同类的“人道”。^[23]一句话,以“杀人的方式告诉自己的同类不该杀人”的做法绝非人道。这一点,对于本来尝尽人间酸苦,其基本人权几乎丧失殆尽的受虐妇女而言,更是如此。^[24]

[22] 参见邱兴隆《刑罚理性评论》,中国政法大学出版社1999年版,第140-143页;胡云腾《存与废——死刑基本理论研究》,中国检察出版社2000年版。

[23] 当然,对何谓人道性,学者们也有不同看法,有学者认为正义的即人道的,反映在死刑问题上,对杀人犯判处死刑正是对实然的被害人和广大潜在被害人的“人道”;另有学者认为,人道性应当相对于受刑人而言,对受刑人判处死刑并行刑的过程,就是将活生生的人变成一具尸体的过程,因而是不人道的。我们认为,将人道性与正义性混为一谈的说法不可取。主张人道性应是(人之为人的)人类社会“相对于”动物社会而言,因而人之“道”应是本质不同于一般动物之“道”的理性而文明的、关爱自己同类的高等智慧动物之道。

[24] 关于刑罚的人道性问题,刑事古典学派的代表人物、刑法之父贝卡利亚早在1764年就在其名著《论犯罪与刑罚》中作了系统阐释。他首先从社会契约论的角度论证了国家权力的有限性及人民生命权利的神圣不可侵犯性,主倡刑罚人道化,认为某人“纵使无恶不作”,只要他/她对社会不构成现实性的威胁,国家就无权剥夺他的生命。这一论证在当时的欧洲引起了强烈的反响,并自此引发了全世界持续200多年的死刑存废之争。3年后,当时的俄罗斯女皇凯瑟琳二世受其思想感召,在俄罗斯刑法中废除了死刑。1786年意大利西部的突斯坎尼大公爵、1787年奥地利的约瑟夫二世也相继废除了死刑。这几桩废除死刑的立法例所持续的时间虽然都不长,却为人类历史留下了最早废除死刑的开创式立法例。而今,欧盟所有国家都废除了死刑,全世界已有一百多个国家全面废除了死刑制度或停止行刑。由此可见,死刑的不人道性已为世界多数国家认同。

再从公正性看,我们知道,刑事实体法意义的公正是相对于实质公正而言。而刑罚的公正,就其本质而言,应是对犯罪的报应与预防的统一。这里,特别值得一提的是,时至今日,在世界上多数国家已经全面废弃死刑制度的今天,中国的死刑制度之所以仍有相当坚实的民意基础,很大程度看,正是源于中国百姓根深蒂固的报应刑观。因而犯罪的刑罚报应、特别是“杀人偿命”的报应方式,就中国百姓视角看,恰恰是“正义”在刑法领域的等身表现。

然而,报应并非刑罚公正的惟一表征,惟有犯罪报应与预防的有机统一,方能从社会的发展与动态角度、包括矫治受刑人的角度,企求刑罚的全面公正。在此问题上,我们较为赞同我国学者陈兴良教授的主张,认为我们“既不能排斥报应追求不公正的功利;也不能否定功利追求无价值的报应”。〔25〕基于此,在刑事立法与司法实践中,惟有适度把握设定和适用刑罚的比例尺度,才能将二者有机地统一起来:使“功利”成为相对公正的功利,使“报应”成为有其价值的报应。而“功利”,在本文中可以简约为杀一儆百的功力大小,报应,在本文中也不仅仅是致令个别被害人近亲属获得抚慰,同时应令整个社会民心、民意获得慰藉和满足。

在受虐杀人案件中,据有关学者的调查分析显示,如今家庭暴力案件在客观上呈现出一种非常奇怪的现象:一方面,受虐人受配偶的长期暴力侵害,生不如死,司法部门却以“家庭纠纷是私事”为由撒手不管,使受害人得不到应有的司法救济;另一方面,受虐人为阻止配偶的暴力侵害、保护家人或自己的人身安全不得已实行自我救助时,一旦造成长期的家庭暴虐者受伤或致死后果时,当初拒绝介入家庭暴力的司法机关却迅即介入,对成为被告的原家庭暴力受害人加以严惩。这就在实质上使受虐人既得不到及时有效的司法保护,又无法采取私力救济,完全处于孤立无援、求生不得、求死不能的两难境地。〔26〕难怪在河北农妇刘×霞杀夫案中,该村 400 余名村民会联名上书人民法院,称该案被害人(原施暴人)罪孽深重、死有余辜,希望法院“宽大处理以慰劳勤劳贤惠的霞霞和邻里乡亲的一片苦情”。〔27〕而此类众多邻里乡亲联名相拥到人民法院去“说情”的景象,在诸如此类的被逼杀人案中,相当普遍。

由此可见,以简单的“判处死刑、立即执行”的方式也许真的可以适度慰藉某些被害人亲属,〔28〕却可能拂逆、违背了大众民意,让民心感到现行法治不像良法而是“惩善纵恶”之法。有鉴于此,对此类受虐人判处死刑的做法,可以说既未实现有价值的报应,也非公正的功利。而一个不公正的功利是不可能真正实现刑罚功利所追求的杀一儆百的“一般预防”效应的。

四 余论:受虐妇女“犯罪”的法律出路构想

据当今已经披露出来的、近几年内受虐妇女杀夫案的判决结果看,情节大致相同的受虐杀夫案例,量刑反差相当大。最重的被判处了死刑,即如本文开篇所举案例,最轻的一例因其具有投案自首情节并经 16 位人大代表和 80 多位邻居呼吁,被判处有期徒刑 6 年。〔29〕

然而,邻里的恳请终究只是针对个案的民声民意;人大代表的呼吁,某种意义看则是非组织性的“权力”对判决的介入。而在刘×霞被逼杀夫案中,其辩护律师曾经以国外相关判决曾经成功采信过的“受

〔25〕 陈兴良《刑法适用总论》,法律出版社 1999 年版,第 56-57 页。

〔26〕 参见陈敏:《关注绝望的抗争:受虐妇女综合症的理论与实践》,《中国妇女报》2000 年 11 月 2 日第 3 版。

〔27〕 参见赵凌:《杀夫“悲凉一幕”》,载《南方周末》2003 年 7 月 3 日。

〔28〕 但此类“慰藉”也未必具有一般意义。请看以下关于刘×霞案件的有关报道:案发后出现的事情,让公检法意想不到。先是张×水的全部家人各自送交材料替刘×霞求情,认为张×水“死有余辜”,刘×霞是在忍无可忍的情况下采取的不得已行为。接着全村 400 名村民写了联名信,请求法院开恩——“张×水罪孽深重,死有余辜。希望宽大处理以慰劳勤劳贤惠的霞霞和邻里乡亲的一片苦情”。3 月 18 日,宁晋县检察院起诉科 3 位干警到刘×霞家调查案情。那天,正值村里庙会。看到停在刘×霞家门口的检察院的车,多数看庙会的人都跑了回来。村民争先恐后地向检察官反映情况。就在起诉科副科长王永敏即将转身离开的时候,院子里的村民瞬间全部跪了下来。“那个场面让人难过。”王永敏回来后对同事说——载《南方周末》2003 年 7 月 3 日。

〔29〕 参见鲁德琪、吴昊:《受虐妇女被逼杀夫 16 位人大代表呼吁从宽处理》一文,载 2002 年 12 月 27 日《辽沈晚报》。

“受虐妇女综合症”来为本案被告人作罪轻辩护，^[30]但一审法院最终拒绝了辩护方关于“受虐妇女综合症”的鉴定申请，仅以“被害人自己有过错”为由，对被告人判处有期徒刑12年。

国外的情形则大不一样，据来自国外的某刑事辩护律师披露，其作为受虐妇女的当事人中，有25%的杀夫妇女获无罪释放，2/3的被告妇女没有坐过一天牢；1990年美国俄亥俄州的州长赦免了20位因杀夫入狱的妇女，包括1名死刑犯；1991年马里兰州州长赦免了8位类似受虐妇女。^[31]据现有统计资料看，迄今为止，美国、加拿大、澳大利亚、英国、新加坡等国已先后于1985年、1990年、1991年、1997年、2000年出现过采信“受虐妇女综合症”证据，对被告人做出无罪或罪轻判决的判例。^[32]

由此可见，关于受虐妇女杀人案的减罪或免罪规定，在西方司法运作中已经有所体现。而在中国，我们以为“民声民意救命”与“权力干预救命”，虽然均有其“个案”量刑上的积极意义，但都不是法治社会应予采纳的具有普世意义的一般性良方，为此，我们以为，立法上有必要为此类受虐妇女的“犯罪行为”探寻一条“依法救命”的法治出路。

为探究这样一条出路，中国刑事法学者们已经结合国内外发生的无数起受虐妇女杀人案件，尝试性地提出过多种法律制度或法理诠释上的、针对有关当事人的无罪或罪轻构想，包括（1）直接援引英美法系的“受虐妇女综合症”理论，以该一肯定性鉴定结论确认行为属于“正当防卫”（2）根据施暴人长期虐待行为人的行为正在继续来确认行为属于“正当防卫”（3）精神病人说（4）因“社会危害性和人身危险性较轻”而确认行为属于“情节较轻”的杀人案件，等等。^[33]

上述各种理论构想或解说，看来各有其利弊。例如，就上述第一说看，首先，在犯罪论体系上，英美法系国家多采用“双层控辩平衡式犯罪论体系”。在此犯罪论体系中，控方提出指控犯罪成立的积极要件，以确认被告构成犯罪，辩护方提出否定犯罪成立的消极要件，如精神病、未成年、正当防卫等，以此抗制检控官的指控。此外，英美法系还是判例法国家，在具体案件中，大法官们有权根据有关宪法精神及其刑事习惯法，突破某一制定法的字面规定，直接根据自己的自由心证确认某行为有罪或无罪，包括某行为是否属于正当防卫等。而大法官的这一突破性判决及其评论，又有可能成为继后低级或同级法官裁断案件的“先例”规则。由此看来，英美法系之定罪与量刑，依据上、程序上都与我国有很大不同。因而采纳上述第一说，确有许多立法与司法操作层面上的理论难题和技术困难。而且，采用受虐妇女综合症的做法，还有下述三大弊端：

一是假如国家立法上正式将此况定性为正当防卫，就无异于国家正式昭告社会：即便行为时“不法侵害”并未发生，受虐妇女也“有权”预先自救杀人。这样，传统的关于正当防卫之不法侵害须“正在进行时”的理论将受到很大挑战，司法操控上也容易因为不法侵害时间“标准”的过于软弹和模糊而失诸随意和滥行。二是受虐妇女综合症认定，不具有司法适用上的普遍性。因为，这对于那些不曾患有此症的受虐妇女来说，它将毫无意义；三是对被鉴定人既后的生活可能不利，因为自此以后，她们有可能被社会视作“非正常人”，从而招致社会歧视。

上述第二种理论，也有失诸牵强之处。这是因为，从刑法理论上讲，虐待罪不是“犯罪行为与不法状态没有时间间隔地始终同时继续着”的继续犯，而是虐待行为断断续续、时犯时停的接续犯。据此，在虐待人“暂停”虐待行为期间，谈不上不法侵害“正在进行时”。行为人因而无权在此“暂停”虐待期“正当防卫”。

[30] 受虐妇女综合症(Battered Woman Syndrome)原是一个社会心理学名词，最早由研究家庭暴力的先驱、美国临床法医心理学家雷诺尔·沃柯(Lenore Walker)博士提出。20世纪70年代末80年代初，此一概念逐渐在北美演化成法律概念。在法律上，受虐妇女综合症是指长期遭受丈夫或男友暴力虐待的妇女所表现出来的、针对施暴人的特殊行为模式。该行为模式系由施暴周期与后天的习得无助两大阶段的循环往复刺激形成。参见李华：“受虐妇女综合症——对传统意义正当防卫的挑战”，载：<http://lw123.vip.sina.com/wangye1/AJ/1.htm>

[31] 参见陈敏：“关注绝望的抗争——受虐妇女综合症的理论与实践”《中国妇女报》2000年11月2日第3版。

[32] 参见<http://www.nanfangdaily.com.cn/zm/20030703/xw/shxw/200307030905.asp>

[33] 参见张进德：“刘×露杀夫‘受虐妇女综合症’——新理论告负争议再起”，载2003年7月17日《南方周末》。

上述第三说即精神病人说,比之于第一说不仅更不具有普遍性,也不具有可行性。除非绝大多数受虐妇女杀人均属精神错乱,而这绝非事实。

第四种主张在现行刑法构架下确有一定可行性,惟其如此,上文在对有关判例作罪轻辩解时也援用了因其“社会危害性和人身危险性较轻”而致刑法上的应受谴责性程度较低,因而不当判处死刑的理论解说。然而,鉴于此一解读法,目前尚囿于学者的学理解释,这就决定了它难为法官采用。特别是,在深受“杀人偿命”及其重刑主义传统刑法观影响的中国法官层面,更是难以采信这一罪轻辩解。例如:

上文所列举的刘×霞案,纵然有被害人亲属及其众乡亲的说情、纵然被害人在被毒杀前已经在不劳而获、终日毒打其妻的境况下,进一步地使出斧头来加害其妻、纵然家中只剩下 3 个年幼的孤儿……等等,当地中级法院仍然没有将本案认定为刑法第 232 条的“情节较轻”的杀人罪,而是——仍按一般故意杀人罪对本案被告人判处有期徒刑 12 年。可见,上述仅限于刑法学理解释层面的出路构想,会因其权威性过小而缩小其司法适用空间。

基于上述种种利弊得失的总体考量,我们认为,就中国所承袭的以大陆法系刑法理论体系为基准的正当防卫观看,欲图将受虐妇女因走投无路、出于自救而杀人的行为设定成“正当防卫”的构想,恐怕很难自圆其说其“防卫”行为的适时性、不过当性,也难以被纳入现行刑法所规制的其他任何“排除犯罪事由”之中。有鉴于此,结合当前中国刑法学界关于重塑中国犯罪论体系的主张,我们设想,可考虑在刑法总则的排除犯罪事由之外,增设特定的、因为适法期待不能或适法期待可能性较小而启动的“阻却责任事由”或“减轻责任事由”。也就是说,将期待可能性设定成“法定”的而非“超法规”的阻却责任事由或减轻责任事由。这样,人民法院就可以根据有关主客观情况,在证据确凿而充分的情况下,确认某些因“走投无路、确因自救或拯救家人而被迫杀人”的行为以及其他诸如此类的欠缺期待可能性的“犯罪”行为,属于“没有守法期待可能性”或“期待可能性较小”的行为。因为这种情况下的“犯罪”行为,乃属人之自我保护的本能表现,因而司法上可从人之常情出发,确认该类行为不具备刑法上的非难性或仅具备较小的刑罚可谴责性,进而阻却或减轻其(刑事)责任。^[34]

这样设定的合理性、可行性在于:一方面,法律并不认为此类行为“合法”。这是因为,正如有学者撰文所言:“法律终究是法律。人有善恶之分,可人的生命绝无善恶优劣之分,法律平等地保护每个人的生命”。^[35]因而即便是杀死长期虐待自己、且行将进一步恶害自己的人,也属“非法”行为。另一方面,一部善法理当是张扬人性、弘扬人本之法,理当是不强人所难之法。而期待可能性理论的核心正在于“法不强人所难”,乃是“想对在强大的国家规范面前喘息不已的国民脆弱的人性倾注刑法的同情之泪”的刑法理论。^[36]

期待可能性理论最初源于大陆法系主倡的“规范责任论”。该一理论在既往的责任能力、故意与过失之外,又提出了狭义的责任论即可责性要素——(适法)期待可能性。根据该一理论,刑法分则所确立的针对故意与过失的违法非难乃是面向社会全体法共同体成员的一般而抽象的非难,责任非难,才是面向行为者本人的个别而具体的非难。据此,行为具有构成要件符合性、违法性,还不具备当然的可责性。行为惟有相对于社会一般公众而言具有适法行为的“期待可能性”——而行为人偏不适法——反而选择

[34] 将“期待可能性”较小的事项设定成“减轻刑事责任”事由的想法,源于笔者与北大梁根林教授研讨此一问题的结果,谨此注明并深忱致谢。实践中,确有一些受虐者杀人仅属“守法期待可能性”较小而非全无期待可能性,因而应当区别对待。全无期待可能性者,如被刑法总则设定成阻却责任,则行为人不负刑事责任;期待可能性较小者,如被刑法总则设定成减轻刑事责任事由,则行为入应当承担刑事责任,但是应当减轻处罚。

[35] 见张进德:《刘×霞杀夫与‘受虐妇女综合症’——新理论告负争议再起》,载 2003 年 7 月 17 日《南方周末》。

[36] [日]大塚仁《刑法论集》(1),有斐阁昭和 53 年,日文版,第 240 页。

了违法时,才具有法规范的可难性。^[37]然而,从性质上看,鉴于期待可能性只是建立在规范责任论基础上的刑法理论,而非规范本身,因而就一般意义看,尽管大陆法系已有若干适用期待可能性的判例,适法期待不能却仍属法外的、由法官酌情裁量的超法规阻却责任事由。对此,本文还有下述几项待释点:

第一,从心理层面看,期待可能性的典型特征是:在意识因素上,行为人已经认识到自己的行为会发生特定的危害后果;但从意志因素上看,当时境遇下,行为人(乃至社会上一般人)又不可能做出遵从法律规定的意志抉择来。例如上文所举某甲杀死其夫某乙的案例即如此:行为人已经清楚地知道杀人行为违法,但出于自救/他救(通常是救助其亲友)或其他保护目的,她/他(乃至社会上一般人)在当时境遇下,很难做出遵从法律规定的意志抉择来。据此,法律可因其行为欠缺刑法上的应受谴责性而免除其刑事责任。有鉴于此,我们不那么赞同我国有学者提出的关于中国刑法第16条的不可抗拒的“意外事件”规定,实际就是中国刑法“肯定了期待可能性理论”的主张。^[38]这是因为,行为既然乃因“不可抗力”引起,就完全不发生行为人的意志操控与抉择问题,因而它不属于严格意义的适法期待不能。

第二,对期待可能性的责任判断标准,我们赞同通行的“平均标准说”。即以社会一般人在当时情况下能否遵从法秩序为准。当然,在统筹考量平均标准的过程中,还应适度考虑行为人自身所处社会背景状况,进而综合人之常情及其行为人自身处境来衡量行为人能否做出不去“犯罪”的意志抉择来。

第三,关于期待可能性在责任论中的体系位置,国内外刑法学界有多种学术意见,最具代表性的有:(1)认为期待可能性是与责任能力、故意或过失并列的第三种独立的责任要素;(2)认为期待可能性不是独立的责任要素,而是寓含在故意或过失之中的罪过构成要素之一,亦即对于期待可能性应当从行为人有主观故意或过失的角度去理解;(3)认为责任能力、故意与过失是责任的原则性要素,缺乏期待可能性是责任的例外性要素,亦即将“期待不可能”理解为阻却责任事由。对此,我们比较赞同上述第三种主张。

第四,根据上述第三种观点,如果说刑法上的“罪过”是面向社会一般人的、“对世”的规定,那么借一句民法术语说,期待可能性就是面向个案的、因人而异的“对人”规定。这是因为,如上所述,“期待可能性”所引起的具体可责性,乃是刑法所规定的“面向行为者本人的个别而具体的非难”。这样,这一规定就既可用作法官审理此类案件的判决依据,又为其提供了较大的自由裁量空间。

第五,我们之所以主张将缺乏期待可能性由西方传统的超法规阻却责任事由,设定成法定的阻却责任事由,是根据中国司法层面普遍潜存的基本司法观而言。显然,中国国内无论是官方还是民间人士所持的“以社会为本”的刑法观,导致“宁枉不纵”的思想长期潜存于国内司法界多数人的潜意识之中并居于支配地位,因而在中国,如若不将此类情节设定为法定的可予免责或减责情节,仅依酌定情节量刑,则对实践中发生的确属“适法期待不能”的案件,几乎不可能通过法官在“无法可依”的情况下做出阻却责任的刑事判决来。此外,对应予减轻刑事责任的案件,也因欠缺法定的从轻或减轻情节而难以得到贯彻。因而对期待可能性的“超法规”的理论期盼,立意固然良好,在我国却属欠缺刑事法文化传统和操作根基的不可行之举。基于此,在立法体例上,我们主张:一方面,在我国现行刑法典总则中对欠缺“期待可能性”或“适法可能性较小”者做出阻却或减轻责任的一般性规定;另一方面,在继后可望启动的《中华

[37] 可作为“期待可能性”脚注的最早且最典型的判例乃1879年3月23日德意志帝国法院第四刑事部所作的“癖马案”判决。情况大致如下:被告人本是受雇某一固定雇主的马车夫。多年来他一直驾驭着一辆双辕的马车,其中一匹名为莱伦芳格的辕马有以马尾绕住缰绳并用力压低行走的恶癖。1896年7月19日,雇主又命令该马车夫驾驭其马车出行。马车夫要求更换辕马,遭到雇主的拒绝。马车夫不得不赶着该马车出行。结果途中该辕马又一次癖性发作并狂躁起来,马车夫完全失去了对该马车的控制。结果,惊马撞倒了在路旁行走的铁匠,致其脚部骨折。德帝国检察官以“过失伤害罪”对马车夫提起了公诉,但原审法院宣告被告无罪。检察官又以原审判决不当为由,向德帝国法院提起上诉,帝国法院驳回了上诉。基本理由是:马车夫虽然“认识”到该马有以尾绕缰的癖性并可能惊马伤人的后果,但他已经提出了更换辕马的要求,是雇主不但不许其换马,反以解雇相威胁。这种情况下,以人之常情看,法律很难期待被告人做出对抗雇主命令、拒绝驾驭马车以致丢掉自己的“饭碗”的“适法”举动来。此即后人所谓的“适法期待不能”。

[38] 参见张明楷《刑法学》,法律出版社1997年版,第216页。

人民共和国家庭暴力防治法》中,^[39]也宜针对此一规定做出照应性立法。当然,鉴于刑法总则中仅仅宜于对期待可能性做出一般性规定,因而此一规范的适用面也应当是面向一般的、刑法分则所有故意罪案的。就是说,总则中关于期待可能性的规定不可能仅仅适用于本文所研讨的受虐杀人类案件,而是适用于任何因人之常情而不可能做出守法意志抉择的任一案件。惟其如此,该一规定才能保持其生命张力,并且不至于在维系法治尊严的同时,失却其以人为本的基本特性。例如,2003 年 11 月发生的司机李×兵因受路霸恶气,怒而撞死拦车人并获死罪、致上千人“说情”请求免其一死的案件,从学理上看,也可谓适法期待可能性较小的案件,^[40]至少从我们接触到的案件资料看是如此。

最后,我们想要特别强调的是,从理论上讲,在刑法总则中引入期待可能性的有关规定,牵涉到的绝非简单的阻却责任问题,而是整个中国刑法有关犯罪论体系由封闭的、静态的体系迈向开放的、既可“入罪”又可“出罪”的动态的犯罪论体系的过程。鉴于这一问题本身关涉国内刑法学界建树多年的刑法学基础理论,因而本文囿于主题与篇幅的限制,不可能在此深入研讨该一宏大理论问题,只是希冀以此新的立法构想为契机,在关注家庭暴力引发的命案、死刑设置与期待可能性的关系的同时,能为重构中国刑法学界传统的犯罪论体系抛砖引玉。

[Abstract] Based on the fact that, in many cases, unreasonably severe punishments have been imposed on women victims of domestic violence who have killed their abusive husbands, the author analyzes the social, economic, cultural and other relevant factors that have led to such killings and points out that, according to the principle of proportionality, such acts should not be considered as capital crime and no death penalty should be imposed on such women. The author further analyzes various existing legal approaches to the crimes committed by women victims of domestic violence and puts forward her own suggestion, namely to include in the General Provisions of the Criminal Law clauses on “ grounds for elimination of liability ” or “ grounds for reducing liability ” which can be applied where there is no or little probability of anticipation.

[39] 我们可喜地注意到,中国法学会名下一批专家们经过数年的艰苦努力,已于 2003 年以民间组织名义拟具了一部相当全面的、囊括政府的、社会的、经济的、法治方方面措施与设施的《中华人民共和国家庭暴力防治法(草案)(建议稿)》。但是,由于中国刑法学界对有关受虐妇女“犯罪”问题的研讨并不深入,因而该草案中有关此类受虐家庭成员“犯罪”责任的减免事由拟定尚待进一步推敲与研讨。

[40] 见新华网 <http://news.xinhuanet.com/auto/2004-04/15/content-1431626.htm>, 网文题为《司机受路霸恶气“撞”人 千人上书请求刀下留人》。