

正当防卫中的退避义务

江 溯^{*}

内容提要：刑法理论和实践在特定场合承认防卫人负有退避义务，但对该义务的类型、根据和适用均欠缺充分说明和论证。正当防卫中的退避义务，可以细分为侵害回避义务、侵害接受义务和狭义退避义务。侵害回避义务和侵害接受义务是对防卫权的否定，狭义退避义务则是对防卫权的限制。若不法侵害发生时具备获得公力救助的机会，寻求公力救助不会给被侵害者造成额外的行动负担且不会降低防卫效果的，鉴于国家暴力垄断原则对私人暴力的封锁，被侵害者就负有侵害回避义务。若不法侵害显著轻微，或者系由被侵害者违反自我维护义务而招致的，防卫权的事实前提或者归属前提没有得到满足，被侵害者就负有侵害接受义务。狭义退避义务的根据既不来自防卫的根据，亦不在于权利滥用，而是源于团结原则。在不完全答责者的不法侵害和部分涉及重大人身法益的防卫中，有作为团结义务的狭义退避义务的存在空间。

关键词：正当防卫 防卫权 退避义务 团结义务

一、问题的提出

根据主流见解，正当防卫的成立既不受法益均衡要求（狭义比例原则）的制约，也不要求防卫人在反击之前优先尝试退避。^{〔1〕}尤其是后者即退避义务（Ausweichpflicht）的阙如，赋予被侵害者以积极行动反击侵害的特权，这在充分维护行动自由的同时，保障了社会及其善良公民免受暴力的宰制，可以说最淋漓尽致地展现了防卫权的锐利性。^{〔2〕}然而，如此锐利的防卫权是否符合民众的普遍诉求？在承认防卫权之锐利性的德国，的确有学者以实证的方法令人信服地指出：民众的法意识实际上并不认可完全不受限制的防卫权，相反，多数人希望防卫权能够被谨慎地行使。^{〔3〕}因此，刑法理论有必要反思：是否以及在哪些场合，法或许需要暂

* 北京大学法学院研究员。

〔1〕 参见陈璇：《紧急权：体系建构、竞合适用与层级划分》，《中外法学》2021年第1期，第8页。

〔2〕 参见〔德〕克劳斯·罗克辛：《正当防卫与法确证》，王德政译，《西北师大学报（社会科学版）》2018年第2期，第132页。

〔3〕 Vgl. Amelung/Kilian, Zur Akzeptanz des deutschen Notwehrrechts in der Bevölkerung - Erste Ergebnisse der Dresdner Notwehrrhebung, in: FS-Schreiber, 2003, S. 3 ff.; Kilian, Die Dresdner Notwehrstudie, 2011, S. 69 ff.

时向不法让步。或者说，锐利的防卫权是否会在某些时刻失却锋芒，以至于退避义务（以及法益均衡要求）例外地回归到正当防卫制度之中。当然，即使对这一问题得出肯定的答案，也必须给出充分的理由并划定清晰的范围。

我国传统理论没有单独讨论限制防卫权的问题，但承认有必要对诸如无责任能力者实施的不法侵害作特殊对待。^{〔4〕}来自德国的体系化尝试则主张，防卫人原则上没有退避义务，但在行使防卫权可能造成不当后果的特定场合，仍需借助社会伦理限制的范畴对防卫权进行控制。^{〔5〕}在国内有关正当防卫的指导性案例和典型案例中，可以见到退避义务的身影。

案例一（范某秀故意伤害案）：长期患有精神疾病的被害人范某雨系被告人范某秀的同胞兄弟。为保护女儿免受范某雨的不法侵害，范某秀在原本有机会退避的情况下径直采取了反击行为，最终造成范某雨死亡。在本案中，法院认定范某秀的反击构成防卫过当。^{〔6〕}

案例二（于某故意伤害案）：被告人于某在民警已经到场的情况下，对出言挑衅并围逼自己的被害人实施反击，造成重伤和死亡后果。法院在裁判理由中指出，虽然于某当时与民警并未身处同一物理空间，但“可以透过接待室玻璃清晰看见停在院内的警车警灯闪烁，应当知道民警尚未离开”，由此认定其面临的不法侵害并不紧迫，相应的反击行为构成防卫过当。^{〔7〕}

案例三（朱某故意伤害案）：被告人朱某与被害人韦某早前就因琐事存在矛盾，韦某甚至在社区内张贴布告寻找朱某下落。案发当日，朱某在明知韦某于麻将馆打牌的情况下仍步入麻将馆，旋即遭到韦某的殴打。在激烈的冲突中，朱某用随身携带的匕首刺伤韦某，最终导致韦某抢救无效死亡。对此，实务部门有观点认为，朱某既然已经明确预见到不法侵害的发生，就应当优先寻求公力救助或自行回避侵害，因此朱某的反击行为不成立正当防卫。^{〔8〕}

案例四（刘某胜故意伤害案）：被告人刘某胜与黄某甲系男女朋友关系。案发当日，两人因情感问题发生争吵，过程中刘某胜打了黄某甲两耳光。黄某甲随后至其兄长黄某乙处，让其出面调处问题，黄某乙随即带领李某某等人来到刘某胜住处并与其发生争执。其间黄某乙和李某某各打了刘某胜一耳光，刘某胜拿出菜刀追砍并造成二人轻伤。法院认为，本案系因家庭琐事引发，且刘某胜具有重大过错；黄某乙、李某某打刘某胜耳光的行为，显属发生在一般争吵中的轻微暴力，有别于以给他人身体造成伤害为目的的攻击性不法侵害行为，据此认定刘某胜的行为不构成正当防卫。^{〔9〕}

以上案例分别涉及无责任能力人的侵害（案例一）、存在寻求公力救助机会时的侵害（案例二、案例三）以及被侵害者重大过错引发的轻微侵害（案例四）。从相关裁判理由不难看出法院认定正当防卫时的谨慎态度，在这些案例中法院均肯定了退避义务的存在。在总结学理和实践做法的基础上，2020年“两高一部”《关于依法适用正当防卫制度的指导意见》（以下简称“适用正当防卫指导意见”）进一步细化了退避义务规则。对于无（限制）责任能力者的侵

〔4〕 参见高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社2022年版，第130页。

〔5〕 Vgl. Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 5. Aufl., 2020, § 15 Rn. 55 ff.; Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 13. Aufl., 2021, § 18 Rn. 54 ff. 国内的类似观点，参见欧阳本祺：《论法确证原则的合理性及其功能》，《环球法律评论》2019年第4期，第93页以下。

〔6〕 参见《刑事审判参考》（总第45集），法律出版社2006年版，第13页。

〔7〕 参见山东省高级人民法院（2017）鲁刑终151号刑事附带民事判决书。

〔8〕 参见张宝、毛康林：《预见不法侵害并积极准备防卫工具能否阻却正当防卫》，《中国检察官》2014年第11期，第11页。

〔9〕 参见广东省佛山市禅城区人民法院（2017）粤0604刑初94号刑事判决书。

害、显著轻微的伤害和被侵害者重大过错引发的侵害三类情形，明确肯定了防卫人的退避义务。

但是，问题并未因此得到解决。首先，退避义务的概念仍然含混不清。通常理解的退避义务，指的是被侵害者在不法侵害发生时义务优先尝试退避，唯有缺少退避可能性时，方可实施防御性乃至攻击性的防卫（此即所谓“防卫权三阶段原则”）。〔10〕案例一中提到的，就是这种意义上的退避义务。可是，文献和实践所谈论的退避义务中，其实有相当一部分与此存在差异。比如，在部分场合，被侵害者之所以会因为对退避义务的违反而不成立正当防卫，不是因为存在逃跑的可能，而是由于其有机会寻求公力救助而不予寻求（如案例二）；有的退避义务并不存在于“不法侵害发生时”，而是产生于不法侵害发生之前（如案例三）；有的退避义务与其说是限制了防卫权，毋宁说彻底否定了防卫权（如案例四）。这反映出，退避义务实际上有不同类型，有必要细致甄别并加以区分对待。其次，限制防卫权的做法面临激烈反对，〔11〕退避义务必须具备有说服力的实质根据。“适用正当防卫指导意见”在有关规定中采用了“滥用防卫权”的表述，但如后文所述，将退避义务根据诉诸禁止权利滥用，会诱发种种难题。总之，退避义务的实质根据，需要在区分不同义务类型的前提下得到充分论证。最后，为了确保仅具例外性质的退避义务不至于反噬防卫权的锐利性，在将退避义务落实到具体司法适用层面时，还要厘清各类退避义务的适用场景及适用规则。以这些问题为出发点，下文首先识别退避义务的不同类型，然后讨论各类退避义务根据和适用。

二、退避义务的类型

退避义务原本是独属于攻击性紧急避险的问题。这是指，只有当没有其他方法可以避免危险，或者说避险行为已然成为唯一可以免遭危险的方法时，才允许转嫁危险。〔12〕类似地，在防御性紧急避险中，针对妨害人（Störer）的避险行为也只是对自身利益的维护，而无关法领域的防卫或“法秩序的确证”，因此一般也认为存在退避义务。〔13〕主流观点认为，避险人违反退避义务，在能够安全退避的情况下选择转嫁危险或排除妨害的，不仅无法成立正当化的紧急避险，也没有成立避险过当从而减免刑罚的余地。〔14〕因此，在紧急避险中，退避义务属于不可或缺的前置要件，任何正当化的避险行为都以欠缺退避可能性为前提。

而在正当防卫中，为了贯彻“法无需向不法让步”的信条，即使是那些承认退避义务的学者，也往往只是克制地主张退避义务仅存在于某些例外情形。这种边缘定位，无可避免地导致对防卫人退避义务的讨论大多浮于表面，几乎没有注意到退避义务的不同类型及其违反后果层面的差异。结合前文案例，可以发现我国司法实践和理论至少塑造了三类正当防卫语境中的退避义务。

首先，在诸如无责任能力者实施不法侵害的情形中，实际上刑法并未完全否定被侵害者的

〔10〕 Vgl. Kindhäuser/Zimmermann, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 2020, § 16 Rn. 55.

〔11〕 Vgl. Hruschka, Die Notwehr im Zusammenhang von Kants Rechtslehre, ZStW 115 (2003), S. 221; Spindel, in: LK-StGB, 11. Aufl., 2003, § 32 Rn. 310.

〔12〕 参见黎宏：《刑法学总论》，法律出版社2016年版，第146页。

〔13〕 Vgl. Neumann, in: NK-StGB, 6. Aufl., 2023, § 34 Rn. 58.

〔14〕 参见前引〔4〕，高铭喧等主编书，第138页；张明楷：《刑法学》，法律出版社2021年版，第291页。

防卫权，而只是对其行使施加了限制。具言之，被侵害者被要求将退避作为优先选项，唯有欠缺安全退避的可能性时，才被允许进行反击。对于这种优先退避的要求，本文称为狭义退避义务。可以形式地对狭义退避义务作如下定义：第一，狭义退避义务存在于防卫情状之中。只有不法侵害正在进行时，才会出现狭义退避义务的问题。这意味着，在防卫情状产生之前就要求采取措施回避未来可能的侵害的要求，不属于狭义退避义务。第二，狭义退避义务的适用前提是欠缺公力救助机会。案例一中，被侵害者在需要采取措施应对侵害的时点，由于情势紧迫无法通过呼叫警察等方式向公力机关求助，可供其选择的选项仅包括退避和反击。假设此时警察恰好身处现场，被侵害者却不顾向警察求助的机会而径直反击，虽然结论上说同样不成立正当防卫，但原因并不在于违反了狭义退避义务，因为依据这里的定义，公力救助机会的存在排除了狭义退避义务的适用。第三，正如案例一中判决显示的那样，违反狭义退避义务的后果是反击行为构成防卫过当，这和紧急避险中违反退避义务的后果存在差异。在紧急避险中，退避可能性的有无直接关系到避险情状存否的认定，或者说，避险情状在定义上就暗含了“无退避可能性”的要素。但在正当防卫中，防卫情状的存否并不取决于退避可能性。狭义退避义务充其量只是对既已存在的防卫权的限制，违反狭义退避义务本质上是对防卫必要限度的超越。

其次，以案例二、案例三为典型，有时不认可反击行为的正当性，关键不在于行为人没有退避，而在于其无视了原本存在的公力救助机会。这种在有条件及时获得公力救助的场合不实施反击的义务，可以称作侵害回避义务。^[15]也就是说，是否存在公力救助机会，构成了狭义退避义务和侵害回避义务的界分标准。理论上，侵害回避义务可能涉及两类场景：一是在防卫情状出现之前，行为人明确预见到不法侵害会发生，并且有机会提前向公力机关求助以回避侵害（所谓“预期侵害”案件）。对于预期到侵害的行为人，过去曾有一律科以侵害回避义务的主张，理由是既已预期到的侵害不具有紧迫性。这种主张旋即遭到反对，被指责为“让一般市民屈服于不法”。^[16]后来的观点原则上否定了预期侵害案件中的侵害回避义务，但在例外的场合，如行为人出于“利用此机会积极地对方施加加害行为的意思”（积极的加害意思）而实施反击时，依然会否定侵害的紧迫性，这实质上有限度地承认了事前的侵害回避义务。^[17]二是在防卫情状出现之后，公力机关或其代表（如警察）身处现场，行为人有机会向其求助以回避侵害。传统理论对这类场景着墨较少，在司法实践中，其通常也被归入侵害紧迫性的判断事项。正因如此，违反侵害回避义务的后果区别于违反狭义退避义务的后果：否定不法侵害的紧迫性意味着否定了防卫情状的存在，因而反击行为完全欠缺正当化基础，自然没有成立防卫过当的余地。

最后，在一部分情形中，即使不存在公力救助机会，被侵害者的防卫权也会被否定或剥夺。结果是，被侵害者需要承担退避乃至（在无法退避的场合）接受侵害的义务。^[18]这种意义上的退避义务，可以称作侵害接受义务。侵害接受义务主要出现在那些不法侵害强度较低的场合，例如案例四中单纯的扇耳光。文献中常举的例子还包括在夜间放声唱歌、粗暴插队、盗窃价值微薄的财物（如一瓶汽水、几颗樱桃），这些行为虽然的确构成法律意义上的妨害

[15] 参见 [日] 佐伯仁志：《日本正当防卫论之新开展》，黄士轩译，《月旦法学杂志》第 177 期（2010 年），第 171 页以下。

[16] 参见 [日] 山口厚：《刑法总论》，付立庆译，中国人民大学出版社 2018 年版，第 123 页。

[17] 参见 [日] 西田典之：《日本刑法总论》，王昭武、刘明祥译，法律出版社 2013 年版，第 141 页。

[18] 参见 [德] 乌韦·穆尔曼：《德国刑法基础课》，周子实译，北京大学出版社 2023 年版，第 403 页。

(Belästigung), 但如果无限制地允许用不可控的私人暴力加以应对, 似乎显得不甚妥当。除此之外, 在故意挑拨 (Absichtsprovokation) 的问题上, 主流观点也认为挑拨者负有侵害接受义务。^[19]由此可见, 侵害接受义务一方面显著地区别于狭义退避义务, 因为在这里并不存在所谓的“防卫权三阶段原则”, 无论是否存在退避的可能性, 被侵害者的反击都不被允许; 另一方面也有别于侵害回避义务, 因为负有侵害回避义务的被侵害者至少还有寻求公力救助的选项。就此而言, 侵害接受义务是三类退避义务中对被侵害者最严苛的义务类型。正因如此, 多数学者希望尽可能限缩侵害接受义务的范围, 避免将被侵害者置于一种“毫无出路的绝望境地”。^[20]

在要求被侵害者退避侵害而不采取反击的意义上, 以上三类义务被冠以“退避义务”之名的确可以理解。但前提是, 必须清楚地认识到, 狭义退避义务是在肯定防卫权的基础上对权利的行使加以限制, 侵害回避义务和侵害接受义务则 (基于不同的理由) 完全否定了防卫权。不同类型的退避义务具有不同的实质根据、适用场景、判断标准和违反后果, 无视这些差异, 一概要求被侵害者退避侵害进而对反击行为的性质作出不当评价, 恰恰是防卫权收缩不彰的重要成因之一。

三、侵害回避义务

(一) 义务根据

侵害回避义务的概念多见于日语刑法文献关于预期侵害问题的讨论中, 部分学者意图以此表示其与狭义退避义务的区隔。但事实上, 区分二者的观点在日本称不上有力, 反而有不少学者认为, 两类义务都涉及“滞留现场的利益”的要保护性, 因此在本质上是一回事。“滞留现场的利益”是一种一般性的、制度性的利益, 之所以承认这种利益并因此在通常情况下否定狭义退避义务, 无非是为了防止公民的行动自由因不法侵害者的出现而萎缩。既然如此, 就没有道理区别对待侵害回避义务和狭义退避义务, 因为在预期侵害的场合, 同样有防止行动自由萎缩的需要, 亦即也存在着“滞留现场的利益”。两类义务都是对公民行动自由的限制, 没有本质上的差别。^[21]

区分侵害回避义务和狭义退避义务的观点则反驳称, “滞留现场的利益”只存在于现实的利益冲突状况中, 在预期侵害的场合, 既然不法侵害尚未成为现实, 不存在“正对不正”这样的利益冲突构造, 自然无所谓“是否要保护滞留现场的利益”的问题。例如, 桥爪隆就主张严格区分两类义务, 认为侵害回避义务实际上是正当防卫和紧急避险共通的外在限制, 是考虑到“社会整体利益最大化”这一优越利益保护原理的“终极目的”而施加的义务。^[22]

等同说和区分说展现了理解侵害回避义务的不同视角, 但均不准确。等同说看到了两类义务与限制公民行动自由的关联, 但仅仅以此为由将二者相等同, 有将问题过度简化之嫌。其

[19] 参见陈兴良:《正当防卫论》, 中国人民大学出版社2023年版, 第247页; 许恒达:《正当防卫与挑唆前行为》, 《月旦刑事法评论》2016年第2期, 第107页。

[20] 参见 [德] 耶赛克、魏根特:《德国刑法教科书》, 徐久生译, 中国法制出版社2017年版, 第466页。

[21] 参见 [日] 坂下陽輔:《防衛行為の相当性及び退避義務・侵害回避義務に関する考察 (一)》, 《法学》82卷 (2018年) 3号, 第221页。

[22] 参见 [日] 橋爪隆:《相当性の判断と行為時における退避可能性》, 《刑法雑誌》50卷 (2011年) 2号, 第279页。

实，关键的问题在于两类义务据以限制行动自由的具体理由是否相同。区分说将侵害回避义务定位为紧急权的外在限制不无道理，但将其实质根据诉诸优越利益保护原则则欠缺足够的说服力。由于防卫行为必然带来利益减损，单纯逃离现场显然是防卫情境中最能实现社会整体利益最大化的方式。这就产生了如下问题：为什么作为“终极目的”的社会整体利益最大化只在特定的例外场合（如预期侵害）具有拘束力，而在通常的情形中无需考虑？既然理论和实践在防卫人原则上无需退避的结论上早已形成共识，如何能说社会整体利益最大化是所谓的“终极目的”？此外，等同说和区分说仅着眼于预期侵害，即事前的侵害回避义务，忽视了防卫情状产生之后的侵害回避义务。

在本文看来，关键问题毋宁是实施合法暴力的权利应如何在国家和私人之间进行分配。如果暴力由国家绝对垄断，那么在国家无法及时驰援的场合，公民一旦欠缺逃跑的机会，就不得不忍受侵害；如果过分推崇私人暴力的合法性，又有可能使社会陷入“所有人对所有人”的战争状态。因此，现代国家往往在坚持国家暴力垄断原则的同时，于特定场合承认该原则的例外。^[23] 具言之，国家享有实施暴力强制的优先权，私人暴力的合法性只在国家许可的范围内才被例外地承认。而国家之所以会在个别场合放弃暴力垄断，是因为自己当下无法履行保护公民的义务，正当防卫、紧急避险作为私人暴力的合法性即来源于此。^[24] 所谓的侵害回避义务，无非根源于公力救助机会的存在，此时完全可以由国家出面帮助公民脱离冲突，而不必借助相对不可控的私人暴力。因此，侵害回避义务的实质根据，在于国家暴力垄断原则对作为私人暴力的防卫行为的封锁。

以此为基础，那种认为侵害回避义务和狭义退避义务是一回事的观点，显然忽略了狭义退避义务只存在于国家无法为面临不法侵害的公民提供保护的“紧迫情状”之中，没有意识到狭义退避义务和国家暴力垄断原则并无瓜葛。如后所述，刑法理论实际上是基于防卫根据、权利滥用、团结原则等其他理由，在正当防卫制度内部为狭义退避义务提供依据。正如桥爪隆所言，侵害回避义务是适用于所有紧急权的共性问题，关乎一般紧急权的外在边界；狭义退避义务是需要视紧急权的不同进行个别判断的问题，涉及具体紧急权的内在界限。^[25] 在“限制公民行动自由”的本质上将两类义务等同起来并不可取，因为所有的防卫要件都可以在某种意义上看成是国家对公民行动自由的限制，但这绝不意味着所有的防卫要件都立足于相同的原理。

（二）具体适用

存在侵害回避义务意味着国家依旧垄断暴力，私人暴力不具有正当性，公民应当尽其所能寻求国家的保护。问题在于，具体在何种场合可以肯定侵害回避义务。根据前文的论述，问题的答案首先取决于国家是否有能力履行保护公民的义务。毫无疑问，如果国家或其代表不在场且无法及时赶赴现场，或者没有能力制止不法侵害，就表明其无法履行保护公民的义务，此时当然应当赋予私人暴力以合法性，否定侵害回避义务的存在。但反过来却不能想当然地认为，只要国家有能力保护公民，就可以一律科以侵害回避义务。一方面，如果欠缺现实的不法侵害，公民就根本不需要国家的保护。例如在预期侵害的案件中，仅仅“预期”的侵害尚未成

[23] 参见陈兴良：《正当防卫的司法偏差及其纠正》，《政治与法律》2019年第8期，第49页。

[24] 参见徐万龙：《重构正当防卫的法理基础》，《环球法律评论》2024年第1期，第142页。

[25] 参见〔日〕桥爪隆：《正当防卫論の基礎》，有斐阁2007年版，第89页以下。

为现实，虽然国家的确有能力提前介入以化解冲突，但能否以此为由科予公民寻求公力救助以回避侵害的义务，并非不言自明。另一方面，即使不法侵害现实发生且国家客观上有能力保护公民，也有可能出现公民寻求公力救助的难度和风险过大，以至于无法期待其求助的情况。例如在案例二中，于某毕竟没有和警察共处一室，且受到身边多人围逼，因此有必要考虑能否期待其克服种种障碍向警察寻求帮助。这两方面分别涉及事前存在的公力救助机会和事中存在的公力救助机会，值得进一步研究。

1. 事前的公力救助机会

事前的公力救助机会表现为预期侵害的问题。如前所述，日本刑法理论通常将预期侵害理解为可能影响侵害紧迫性判断的问题，并且形成了“预期侵害原则上不取消紧迫性，但在具备积极加害意思时取消紧迫性”的通说结论。我国主流观点亦认为，预期侵害不影响紧迫性判断，但若行为人具备互殴的故意，则可否定正当防卫的成立。^[26] 归结起来，只要能够排除防卫人的积极加害意思或互殴故意，对不法侵害的预期就不会对正当防卫的紧迫性产生影响，防卫人没有侵害回避义务。本文原则上赞成这一结论，同时认为有必要作两点补充说明。

第一，预期侵害案件的要点并不是侵害的紧迫性。学界对紧迫性要件的分歧，主要体现在对紧迫性和现时性（适时性）的关系的理解。有观点认为，紧迫性就是现时性，“紧迫”的含义和“不法侵害正在进行”完全相同；也有观点认为，紧迫性是独立于现时性的额外要件，内容是“缺少寻求公力救助的机会”。^[27] 在论及预期侵害问题时，通说关于预期侵害不影响紧迫性的说理乃立足于前一种对紧迫性的理解。的确，在预期侵害案件中，无论如何都必须承认存在着“正在进行的不法侵害”，但这并没有切中问题的要害。毋宁说，预期侵害在现时性方面本就没有任何特殊性，其之所以引起理论的关注，归根结底是因为防卫人在事前有机会寻求公力救助。因此，只有基于后一种对紧迫性的理解，才能还原预期侵害问题的本质。但即便如此，仍然不宜将预期侵害视作紧迫性的问题，因为后一种理解中的紧迫性根本名不副实，其指涉的其实是作为私人暴力的正当防卫相对于公力救助的辅助性（Subsidiarität）。^[28]

第二，在澄清了预期侵害本质上系辅助性的问题之后，还要论证为什么事前存在的公力救助机会无法产生侵害回避义务。从维稳思维出发，要求公民在预见到侵害后承担侵害回避义务，似乎是最稳妥的选择。但在法教义学上，作为根据的国家暴力垄断原则其实无法推导出这样的要求。因为，国家暴力垄断原则系以国家接管保护公民的义务为前提，在此基础上，事前探查危险并提前采取防范措施的义务应归属于国家而非公民个人。换句话说，在这一原则中，不存在公民“一旦预期到侵害就主动寻求国家帮助”的义务基础。提前寻求国家帮助对于被侵害者而言也许是举手之劳，但从“有机会回避侵害”的实然事实中，不能理所当然地推导出“应当回避侵害”的应然义务。

2. 事中的公力救助机会

与事前的公力救助机会无法产生侵害回避义务不同，在不法侵害实际发生之后，若国家在场从而有可能通过公力制止不法侵害的，即存在事中的公力救助机会，就有可能承认被侵害者的侵害回避义务。仍有疑义的是，这种事中的公力救助机会是否总能产生侵害回避义务。假如

[26] 参见前引 [19]，陈兴良书，第170页。

[27] 关于紧迫性要件的具体讨论和批判，参见陈璇：《正当防卫、维稳优先与结果导向》，《法律科学》2018年第3期，第76页以下。

[28] Vgl. Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 2017, § 7 Rn. 119.

不法侵害发生时，警察正好身处现场，毫无疑问应当承认被侵害者的侵害回避义务。然而，现实中更普遍的是所谓“广义在场”情形，即警察并非身处现场，而是需要通知后才能及时到场。对于这类情形，主流观点认为，只要被侵害者可以“毫不费力地”召唤警察到场，就应当肯定侵害回避义务。^[29]少数观点则主张“公民没有主动寻求警察帮助的义务”，进而否定了侵害回避义务。^[30]

正如前文指出的那样，国家对暴力的垄断和对保护义务的接管是不可分离的，公民没有主动寻求国家帮助的义务，因此在警察“广义在场”的情形中，少数观点确有逻辑上的可取之处。但是，现实里国家及其代表不可能时时身处现场，如果“广义在场”的情形也被视为无法保护公民从而必须放弃国家对暴力的垄断，国家暴力垄断原则的适用空间将被极大压缩，通过私人暴力解决冲突反倒会成为常态，这恐怕不是人们所乐见的。因为确立国家暴力垄断原则，初衷就是希望国家理性且适度地化解公民之间的矛盾。因此，在本文看来，为了最大限度地贯彻和实现国家暴力垄断原则，有必要承认公民有最基本的配合国家的义务。若通过简单的呼喊即可得到及时救助，则仍应承认侵害回避义务的存在。就此而言，主流观点更具实践意义。

对于这里的“毫不费力”标准，有必要作两方面的理解：其一，寻求公力救助不会给被侵害者造成额外的行动负担；其二，寻求公力救助不会降低防卫的效果。否则，被侵害者不承担侵害回避义务，而有径直实施反击的权利。在案例二中，于某在实施防卫行为之前，原本希望随民警离开接待室，却遭到不法侵害者的阻拦和强迫。在这种情况下，虽然警察“广义在场”，却不能认为于某可以“毫不费力”地得到公力救助。更准确地说，于某若执意离开接待室并寻求救助，反而会给自身利益带来更大风险。因此，应当认为此时存在的公力救助机会不足以产生侵害回避义务，于某的反击行为具有正当性。

四、侵害接受义务

（一）义务根据

侵害接受义务是一种乍看起来有悖法感情的义务类型。一般而言，在公民无法及时获得公力救助的紧急情况下，为了维护自身或他人利益而实施的私人暴力会突破国家暴力垄断原则而获得合法性。然而，侵害接受义务却要求公民，就算当下正面临侵害威胁，就算没有机会获得国家的帮助，也不得向侵害者实施反击。本文认为，这种严苛义务根据只能是相关防卫情状不满足防卫权的产生前提，而这种前提包括两个方面。

1. 欠缺防卫权的事实前提

存在不法侵害是防卫权的事实前提。通说认为，不法侵害既包括犯罪行为，也包括一般的违法行为，只要是“为法律所不允许”的侵害，就都成立正当防卫中的不法侵害。^[31]但是，如果所有的违法行为不论不法程度的高低，都一律满足防卫权的事实前提，进而使造成严重法益损害的反击行为合法化，就容易使一些日常冲突升级为私人暴力的战场，反而有损法秩序的

[29] Vgl. Perron/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl., 2019, § 32 Rn. 41.

[30] 参见徐万龙：《论正当防卫的辅助性：理论基础与规则适用》，《苏州大学学报（法学版）》2024年第1期，第94页。

[31] 参见周光权：《刑法总论》，中国人民大学出版社2016年版，第199页；前引[12]，黎宏书，第128页。

稳定。因此，除了形式地判断相关行为与法秩序的要求是否冲突，还有必要实质地考察该行为可能造成的损害的量。诸如夜间大声唱歌等行为，或许具有整体法秩序意义上的违法性，也的确会造成一定的利益损害，却未必总是需要以防卫行为来严肃对待。总而言之，对于那些游离于社会可接受范围的边界，只会导致微不足道的利益损害的违法行为，应当认为不满足防卫权的事实前提。^[32]德国刑法理论认为，被侵害者遭遇此类侵害时，有权采取所谓“对不许可行为（胡闹行为）的防卫（Unfugabwehr）”。这种“防卫”不是刑法意义上的正当防卫。通过泼水的方式阻止夜间唱歌的醉汉继续扰民，并未实现任何的刑法构成要件，自然没有讨论作为正当化事由的正当防卫的必要。其中的“不许可行为”，也并非刑法意义上的不法侵害。据此，“显著轻微的侵害”概念是为了提示关注侵害的不法程度，避免将所有的违法行为都视为足以引发防卫权的不法侵害。面对此种侵害时，被侵害者的防卫权不是被限制，而是被否定。当然，毫无疑问的是，被侵害者完全可以在事后通过民事手段对侵害造成的损害进行救济。

2. 欠缺防卫权的归属前提

防卫权不仅有事实层面的前提（存在不法侵害），也有归属层面的前提。换言之，并非只要在实施反击时存在不法侵害，就可以将防卫权赋予反击者。此处还隐含着—个不可或缺的归属前提，即该不法侵害必须不是反击者有责地招致的结果。

这一归属前提源自这样的思想：谁以可归属的方式自我招致了对己有利的事实，谁就不能再以这种事实为借口逃避处罚。^[33]比如，在原因自由行为中，责任能力的阙如是对行为人“有利的事实”，这一事实原本足以阻却行为人的罪责。然而，鉴于责任能力的阙如是行为人事前自我招致的结果，刑法仍然认定其具有罪责。根据这一思想，如果可以认为反击者系有责地自我招致了不法侵害，即使存在防卫权的事实前提，也应当排除防卫权的归属，最终结果自然是肯定反击行为的正当性。

（二）具体适用

作为否定防卫权的表现，侵害接受义务的产生要么是由于欠缺防卫权的事实前提，要么是由于欠缺防卫权的归属前提。为此，在具体适用层面至少要回答两个问题：第一，是否存在一个固定的标准，可以据此判断不法侵害的强度是否低至“显著轻微”的程度，从而不满足防卫权的事实前提。第二，被侵害者以何种方式自我招致不法侵害，才会被排除防卫权的归属。此外，“适用正当防卫指导意见”第10条规定了“显著轻微的不法侵害”和“行为人重大过错引发的不法侵害”，看似体现了侵害接受义务的思想，但细致考察具体表述可以发现，该条规定与侵害接受义务的关联颇为可疑。

1. 防卫权事实前提的确定

不法侵害是否“显著轻微”，必须结合具体侵害的类型、强度、时间、地点以及被侵害者的个人情况进行综合考察。^[34]即使是针对财产的不法侵害，也无法单纯依数额一概而论。值得关注的是，在这一问题上，域外学者曾试图在其他法律条文中寻找依据，希望明确一个具体的数额标准，可惜从未形成过共识。例如，有学者结合法确证的思想，通过援引德国刑事诉讼

[32] 参见前引〔10〕，Kindhäuser/Zimmermann书，第16节边码43。

[33] Vgl. Neumann, Obliegenheiten und strafrechtliche Zurechnung, JRE 27 (2019), S. 470.

[34] 在必要的时候，还要进一步回溯案件的整体经过，考察不法侵害者本身的人身危险性。参见苏凯、厉雷、邹利伟：《正当防卫案件审判监督实践——以蔡某某故意伤害再审抗诉案为例》，《中国检察官》2022年第20期，第10页。

法第 153 条有关轻微案件不追诉的规定，将标准定在 50 欧元；^[35] 有学者根据德国刑事追诉措施赔偿法第 7 条有关赔偿请求范围的规定，将标准定在更低的 25 欧元；^[36] 还有学者将标准定在 100 欧元到 200 欧元，^[37] 乃至高达 500 欧元。^[38] 这些混乱的标准足以表明，就算是看似容易确定的财产损失，恐怕也只有个案中才能看得出“显著轻微”的界限。毕竟，对于连年歉收的果园主而言，几颗樱桃的损失也可能并不轻微；在水源匮乏的沙漠中，对他人饮用水的盗窃也可能被认为是较为严重的非法侵害。

“适用正当防卫指导意见”第 10 条第二句规定：“对于显著轻微的不法侵害，行为人在可以辨识的情况下，直接使用足以致人重伤或者死亡的方式进行制止的，不应认定为防卫行为。”根据前文论述，“显著轻微的侵害”通常指涉的是那些不满足防卫权事实前提的情形，面对“显著轻微的侵害”的被侵害者不具有刑法意义上的防卫权（承担侵害接受义务）。然而，从该规定的表述看，如果被侵害者“直接使用”强度较低的方式（如足以致人轻伤的方式）进行制止，或者在寻求公力救助和退避无果的情况下才进行制止的（并非“直接使用”），则仍应肯定行为的正当性。因此，“适用正当防卫指导意见”中提到的“显著轻微的不法侵害”其实是足以满足防卫权事实前提的不法侵害，被侵害者面对这种不法侵害时仍然享有防卫权。^[39] 总之，该意见此处规定的不是否定防卫权的侵害接受义务，而是限制防卫权的狭义退避义务。

2. 防卫权归属前提的确定

进一步的问题是，究竟何种挑拨行为才具有排除防卫权的效力。部分支持权利滥用理论的学者认为，否定防卫权的理由是滥用防卫权。^[40] 然而，后文将证明权利滥用理论根本上就不适用于作为防御权的防卫权。认为只要故意招致不法侵害即可否定防卫权的我国主流观点，也存在巨大的理论空白。首先，这里的“故意”是单指对挑拨行为本身的知与欲，还是也包括对自己挑起侵害之后进行反击的知与欲？其次，所谓的“故意”究竟是蓄意、直接故意还是也可以涵盖间接故意？最后，也是最重要的，是否只需要考察挑拨者的主观要素就可以排除防卫权，抑或还需要在客观上满足特定条件？

现有文献在这些问题上存在观点分歧。最激进（同时也最有利于被侵害者）的观点甚至认为，即使是故意以违法行为招致不法侵害，也不应当对挑拨者的防卫权进行任何限制。^[41] 本文认为，解答这些问题还是要回到挑拨行为阻却防卫权的基本原理。挑拨行为之所以有可能阻却防卫权，是因为不允许个人通过自招“对己有利的事实”来逃避处罚。这些事实既包括

[35] Vgl. Roxin, Die „sozialethischen Einschränkungen“ des Notwehrrechts, ZStW 93 (1981), S. 95; Kindhäuser, in: NK-StGB, 6. Aufl., 2023, § 32 Rn. 110. 德国刑事诉讼法第 153 条（轻微案件不追诉）第 1 款规定：程序标的为轻罪时，如果犯罪人罪责轻微，且不存在追诉的公共利益，经负责开启审判程序的法院同意，检察院可以不追诉；对于不高于最低法定刑且犯罪行为造成的后果轻微的轻罪，无须法院同意。

[36] Vgl. Greco, Notwehr und Proportionalität, GA 2018, S. 681. 德国刑事追诉措施赔偿法第 7 条第 1 款规定：赔偿的对象是刑事追诉措施造成的财产损失，在根据法院判决剥夺自由的场合，也包括非财产损失。同条第 2 款规定：只有在经过证实的损失超过 25 欧元时，才应赔偿财产损失。

[37] 参见前引 [5]，Roxin/Greco 书，第 18 节边码 59。

[38] Vgl. Krey/Esser, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2016, § 14 Rn. 548.

[39] 就此而言，“适用正当防卫指导意见”的表述的确容易引起误解。但无论如何，都不能将这一规定与否定防卫权的“显著轻微的侵害”相混淆。

[40] 参见林山田：《刑法通论》，北京大学出版社 2012 年版，第 210 页。

[41] 参见陈璇：《克服正当防卫判断中的“道德洁癖”》，《清华法学》2016 年第 2 期，第 63 页。

责任阶层的无责任能力（对应于原因自由行为）、无违法性认识（对应于可避免的禁止错误）、无期待可能性（对应于自招危险的免责性紧急避险），也包括不法阶层的不法侵害。更实质地看，这是因为自招者违反了自我维护的义务。比如，原因自由行为中的行为人违反了自我维护的义务，没有妥善维持好自己的责任能力，因此不被允许援用“无责任能力”的事实开脱罪责。在正当防卫中，虽然国家暴力垄断原则将保护公民的义务原则上托付给了国家，并不意味着公民不再负有自我维护的义务。相反，公民仍需关切自己的行为举止，尽力避免主动陷入法益冲突之中。如果明明知晓相关行为有损自身法益的安全却仍然为之，在的确招致法益侵害后，就不得再援用“存在不法侵害”的事实为反击行为进行正当性辩护。据此，是否阻却防卫权，应当考察挑拨者是否违反了自我维护的义务。

以此为出发点，本文初步认为，阻却防卫权的挑拨至少要满足如下条件：第一，挑拨者应明确认识到自己的挑拨行为会打破自身法益的安全状态，进而明确预见被挑拨者有可能实施不法侵害。^{〔42〕}这是因为，根据“逾越能力则无义务”的归责原则，如果挑拨者没有意识到相关行为有损法益的安全，就表明此时其根本没有实现自我维护的现实能力，在规范上不能认为其违反了自我维护的义务。需要说明的是，理论上经常认为，在阻却正当防卫的防卫挑拨中，挑拨者在挑拨之时应具有“积极加害对方的意思”^{〔43〕}或“以正当防卫为借口，给对方造成损害的故意”。^{〔44〕}但实际上，要证明挑拨者在事前具备这种挑起侵害后反击的意图，不仅在实践中几无可能，在逻辑上也欠缺必要。即使挑拨者在实施挑拨行为时欠缺这种意图，例如挑拨者最初可能设想的是“如果对方实施了不法侵害，我就寻求警察的帮助”，嗣后鉴于具体情况才产生了反击的意思，也仍然是在有能力遵守自我维护义务的情况下违反了自我维护的义务。

第二，挑拨者客观上实施了根据社会一般观点足以挑起不法侵害的挑拨行为。挑拨行为需要在客观上具备何种属性，理论上存在不小的争论。德国的多数观点要求挑拨行为须具备违法性（为法所反对），^{〔45〕}少数观点则认为挑拨行为只需违反社会伦理价值（为伦理所反对）即可。^{〔46〕}但实际上，挑拨行为是否违法或者是否违反社会伦理价值，与挑拨行为是否阻却防卫权之间，并不存在直接的对应关系。挑拨行为的本质是违反自我维护义务，意味着挑拨者主动将自身法益置于危险之中。因此，进行判断时，应当考察相关行为是否是在一般人看来通常会挑起侵害从而打破挑拨者法益安全状态的行为。

第三，挑拨行为与不法侵害之间应当具有较为紧密的时空关联。假设挑拨行为虽然违反了自我维护义务，但事实上出于各种原因没有在当下招致不法侵害，则挑拨行为所具有的“阻止挑拨者援用对己有利的事实”的效力即归于消灭。在这种情况下，即使先前的被挑拨者在之后的确实实施了不法侵害，也不应基于自我维护义务的违反而阻却挑拨者的防卫权。

只要未满足以上条件，挑拨者要么根本没有违反自我维护的义务，要么自我维护义务的违反没有造成进一步的后果，两种情形下均应肯定挑拨者完整的防卫权。

“适用正当防卫指导意见”第10条第三句规定：“不法侵害系因行为人的重大过错引发，

〔42〕原则上，蓄意、直接故意、间接故意都可以满足这一条件。

〔43〕参见徐梦萍、王剑波：《论防卫挑拨的类型及其处理原则》，《辽宁大学学报（哲学社会科学版）》2013年第5期，第123页。

〔44〕参见前引〔14〕，张明楷书，第267页。

〔45〕参见前引〔5〕，Roxin/Greco书，第15节边码65；Freund/Rostalski, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2019, § 3 Rn. 122。

〔46〕参见前引〔18〕，穆尔曼书，第407页。

行为人在可以使用其他手段避免侵害的情况下，仍故意使用足以致人重伤或者死亡的方式还击的，不应认定为防卫行为。”不难看出，该规定也未否定被侵害者的防卫权，而只是对防卫权的行使作了限制。因此，和同条第二句的规定保持一致，本句规定指向的同样不是侵害接受义务，而是狭义退避义务。这也反映出，仅仅因为“重大过错”招致不法侵害而没有满足上述条件的，尚不足以否定防卫权。

五、狭义退避义务

（一）义务根据

概括而言，主要存在三种论证狭义退避义务根据的进路：第一，从防卫权的法理根据出发，认为狭义退避义务根据来自防卫的根据本身；第二，从防卫权的权利性质出发，认为狭义退避义务根据在于禁止权利滥用；第三，从防卫权的外部视角出发，认为狭义退避义务根据源自团结原则。

1. 防卫根据进路及其疑问

将防卫权的限制根据诉诸防卫根据的观点，得到多数学者的拥护。在其看来，防卫根据既塑造了防卫权的锐利性，也为锐利的防卫权设立了界碑，不仅可以在一般情形中推导出狭义退避义务的不存在，也可以在例外情形中推导出狭义退避义务的存在。^[47]这或许是考虑到，由于各国刑法大多没有将限制防卫权的情形实定化，一旦出现可以限制防卫权的外部理由，就容易大开限制防卫权的方便之门，最终导致防卫权整体收缩。对于“激活正当防卫教义学”^[48]的理论任务而言，以上顾虑确有重要的警示意义。然而，分析各种防卫根据理论可以发现，防卫根据根本无法为狭义退避义务提供证明。

（1）防卫根据的二元论

主张防卫根据在于“个人保护”和“法确证”的二元论，往往会将狭义退避义务和个人保护原则联系起来。在二元论看来，超个人层面的法确证原则首先具有扩张防卫权的功能——由于防卫行为帮助不在场的国家维护和确证了法秩序的效力，防卫权原则上具有其他紧急权无可比拟的锐利性。反过来，当个案中确证法秩序效力的需求减弱时，防卫权也会相应失去其锐利性。就此而言，法确证原则也具备限缩防卫权的功能。^[49]循此逻辑，狭义退避义务就只能源自个人保护原则。因为，如果狭义退避义务只出现在无需确证法秩序效力的场合——此时防卫行为单纯服务于个人利益的保护——就只能得出如下结论：若反击只是为了自我保护，反击者就需要优先履行狭义退避义务。

上述论证难以令人信服。一方面，法确证原则本身面临诸多质疑，其中最普遍也最有力的批判是，法秩序被确证所带来的利益（法确证利益）恐怕不能作为一种可以和具体个人利益相叠加、比较的价值加入到优越利益的后果计算之中。^[50]因此，法确证原则在扩张防卫权方面的功能从一开始就值得怀疑。另一方面，更加令人不解的是，狭义退避义务何以会源自个人

[47] 参见前引[35]，Roxin文，第70页；Rönnau/Hohn, in: LK-StGB, 13. Aufl., 2020, § 32 Rn. 228。

[48] 参见陈兴良：《正当防卫教义学的评析与展开》，《中国刑事法杂志》2021年第2期，第9页。

[49] 参见[德]约翰内斯·卡斯帕：《德国正当防卫权的“法维护”原则》，陈璇译，《人民检察》2016年第10期，第31页。

[50] 参见徐万龙：《正当防卫中法确证原则之批判》，《环球法律评论》2021年第1期，第156页。

保护原则。个人保护原则的基础思想是个体的自我保全，这被认为是任何公民都享有的一项原始权利（Urrecht）。〔51〕退避侵害也许是实现自我保全的方式之一，却没有理由成为行使原始权利的前置性义务。

（2）防卫根据的一元论

一元论舍弃了超个人的因素，仅着眼于冲突双方个人的利益或权利状态。在其内部，主要有立足于优越利益保护原理的一元论和立足于主观权利之强制权能的一元论。但是，这两类一元论依然无法在防卫根据中找到狭义退避义务的根据。

立足于优越利益保护原理的一元论认为，防卫行为的正当性在于其维护了更为优越的利益，而且优越利益并不体现在法确证利益的加入，而是表现为侵害者利益之要保护性的下降和丧失。〔52〕其中包含两个基础论点：第一，防卫权不再是通常理解中的自然权利，而是满足特定条件时由国家授予的后设权利，正当防卫仅仅是一项实定法上的制度。〔53〕第二，国家是否授予防卫权，取决于其功利计算的结果，防卫行为所保护的利益明显优越于所侵害的个人利益时，就满足了授权条件。

防卫权的锐利性包括“防卫人无需退避”和“防卫行为无需满足法益均衡”两个方面，受到限制的防卫权相应表现为“防卫人需要退避”和“防卫行为需要满足法益均衡”。上述一元论显然能够周延地解释后者，却难以成功说明退避的问题。优越利益保护原理认为，只要对某种利益的损害是保护另一种利益所必需的手段，并且所保护的利益优于或至少等于所损害的利益时，就阻却行为的违法性。〔54〕所以，按照优越利益保护原理的标准，被侵害者只要视具体情况控制好自已的防卫行为所造成的损害，避免其在量上超过防卫行为所保护的利益，便足以确保正当防卫的成立。既然所谓一般情形和例外情形的区别仅在于冲突双方利益格局的差异，那么在一般情形中不存在的狭义退避义务，也不会出现在例外情形中。实际上，持此立场的学者往往不承认狭义退避义务的概念。比如，对于主流观点承认的那些例外情形，张明楷无一例外都否定了狭义退避义务的存在，而是主张“任何人没有义务放弃正当权利”，〔55〕要求人们只需关注侵害行为和防卫行为各自可能造成的损害大小是否合乎优越利益保护的标准即可。

将防卫权视作主观权利之强制权能的一元论，无论是认为二者间具有概念关联（没有防卫权就不存在主观权利），〔56〕还是主张仅具有功能关联（防卫权是为了保障主观权利的实现），〔57〕在判断主观权利何时遭受侵害的问题上，都采取了最严格的标准——唯有表达出对他人权利领域的“蔑视”，才称得上正当防卫意义上的不法侵害。这就意味着，唯有“不法且有责的侵害”才值得以防卫权加以应对。对于那些虽然对他人的权利领域造成干涉却没有表

〔51〕 参见前引〔28〕，Kühl书，第7节边码8。

〔52〕 参见张明楷：《正当防卫的原理及其运用——对二元论的批判性考察》，《环球法律评论》2018年第2期，第74页；陈璇：《侵害人视角下的正当防卫论》，《法学研究》2015年第3期，第125页；付立庆：《刑法总论》，法律出版社2020年版，第154页。

〔53〕 参见〔日〕松宫孝明：《刑法总论讲义》，钱叶六译，中国人民大学出版社2013年版，第102页。

〔54〕 参见前引〔14〕，张明楷书，第252页。这里的“必需的手段”不会将退避考虑在内，而是与防卫限度的“必需说”作相同理解，否则优越利益保护原理会得出防卫人一律都有（狭义）退避义务的不当结论。

〔55〕 参见前引〔52〕，张明楷文，第74页。

〔56〕 参见前引〔1〕，陈璇文，第7页；赵雪爽：《对无责任能力者进行正当防卫——兼论刑法的紧急权体系》，《中外法学》2018年第6期，第1627页。

〔57〕 参见〔德〕阿明·英格兰德：《现代社会中的法与刑法》，邓卓行译，北京大学出版社2023年版，第232页。

达成“蔑视”的行为，只能适用更为缓和的防御性紧急避险。这表明，这种一元论不是先肯定防卫权而后进行限制，而是从根本上将引发防卫权的情形限定在一个较小的范围，并通过扩大防御性紧急避险的适用，确保权利领域受到干涉的人拥有适当的救济途径。这样一来，自然也就不存在正当防卫中的（狭义）退避义务，有的只是防御性紧急避险中的（狭义）退避义务。

2. 权利滥用进路及其疑问

德国早期的判例援引期待可能性思想，认为如果退避侵害不会损及被侵害者的名誉或其他利益，就可以期待被侵害者实施退避，此时的防卫就不被允许。^[58]问题在于，期待可能性作为责任阶层的考察内容，为何能够进入违法性阶层成为衡量不法的要素，相关判例并未给出解释。从实质看，期待可能性只是对“被侵害者必须放弃自身利益”这一结论的修饰，无法给出具体的标准，立足于期待可能性的论证最终都会以循环论证收尾。^[59]有鉴于此，后期的判例基本抛弃了这一论证进路，转而借鉴民法领域的权利滥用理论，主张在特定场合，如果本可以退避不发生正面冲突而实施防卫，防卫行为就会构成对防卫权的滥用。^[60]

德国民法典第 226 条规定：“某项权利的行使若专以加损害于他人为目的，则不允许行使该项权利。”我国民法典第 132 条亦规定：“民事主体不得滥用民事权利损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益”。不得不承认，权利滥用理论在限制防卫权的问题上具备直觉上的吸引力。尤其是在防卫挑拨的情形中，原本致力于维护利益的防卫权，反倒成为损害他人的手段，称之为“滥用防卫权”不无道理。正因如此，借助权利滥用理论限制防卫权的做法在学界仍拥趸甚众，“适用正当防卫指导意见”就明确采纳了这种理论。但在本文看来，该理论既不可能起到限制防卫权的作用，也无法为狭义退避义务提供根据。

首先，权利滥用理论的实质根据是抽象的民法原则，这些原则在转借到刑法的过程中会遇到很大的障碍。权利滥用的概念是形式性的，本身没有指明权利行使行为究竟是基于何种理由而被认定为滥用。德国民法学认为，判断某项权利行使行为是否构成权利滥用，应以是否违反诚实信用或善良风俗为标准，禁止权利滥用原则事实上被诚实信用原则（德国民法典第 242 条）和悖俗禁止原则（德国民法典第 826 条）所吸收。我国民法典的规定尽管在表述上和域外立法例有所出入，但同样没有明确权利滥用的实质不法。我国学者大多认为，禁止权利滥用和诚信原则、公序良俗原则具有亲缘性，应当将权利滥用的实质不法求诸诚实信用或公序良俗的违反，这和德国民法学的见解几乎一致。^[61]问题是，民法中的诚信原则是一项“好人原则”，^[62]而刑法只是通过设定各种行为规范告诫人们不要成为违反社会底线的“坏人”，从不苛求其诚实善良。公序良俗原则对社会伦理的重视，也和刑法对社会伦理的本能拒斥形成鲜明反差。早有刑法学者指出，公序良俗原则和刑法的罪刑法定原则有着天然的不协调，其至多为出罪提供依据，而无法成为入罪的原则。^[63]

其次，防卫权不同于一般的主观权利，其在概念上就缺乏被滥用的可能。权利之所以为权

[58] Vgl. RGSt 66, 245; BGHSt 5, 248.

[59] Vgl. Rönna/Hohn, in: LK-StGB, 13. Aufl., 2020, § 32 Rn. 227.

[60] Vgl. BGHSt 24, 359; NJW 1962, 309.

[61] 参见茅少伟：《〈民法典〉第 132 条（禁止权利滥用）评注》，《中国应用法学》2023 年第 1 期，第 205 页。

[62] 参见杨代雄：《民法总论》，北京大学出版社 2022 年版，第 48 页。

[63] 参见刘艳红：《公私法一体化视野下公序良俗原则的刑法适用》，《现代法学》2020 年第 4 期，第 151 页。

利，是该权利的内容有可能被合法地加以实现。如果一项“权利”面临的命运是要么被弃置不用，要么构成违法的滥用，仍称之为“权利”就难免荒谬。^[64]毋宁说，在这种情况下，根本就不存在一项法所认可的权利，而一项不存在的“权利”，从始至终都不可能被滥用。在防卫挑拨以及显失均衡的防卫等理论上认为防卫权被滥用的场合，可以发现被侵害者面临的正是“要么不行使防卫权，要么滥用防卫权”的窘境，此时正确的观点应是直截了当地否定防卫权的存在。

本质上看，在一般的主观权利那里之所以存在权利滥用的可能，是因为学者们采取了这样的观点：立法者在考虑是否授予某人权利时，并不顾及其行使权利期间的具体情况。行权期间的具体情况只对权利行使的合法性有所影响，而不会波及权利本身。^[65]举例而言，某人饲养大量信鸽的行为严重影响到周边环境并给邻居的身体健康造成危害，司法实践认定其构成权利滥用。^[66]权利滥用概念的支持者认为，个人享有的饲养信鸽的权利本身不会因为这种滥用而被否定。法律授予个人饲养信鸽的权利时，并不会考虑实际行权期间的具体情况，即不考虑因饲养过多信鸽而造成的不良影响。然而不同的是，刑法在决定是否授予个人防卫权时，不可能不考虑实际行使防卫权期间的各种具体情况。作为一种主观权利遭受侵害时才产生的防御权，防卫权恰恰是依赖于具体情况而存在的。唯有存在“适格”的情况，刑法才会授予防卫权。^[67]以防卫挑拨为例，刑法并不是先不顾具体情况地授予防卫权，然后依据挑拨事实认定滥用防卫权，而是从一开始就基于挑拨的事实而拒绝授予防卫权。因此，防卫权只有“有无”的问题，而没有“滥用”的可能。

最后，权利滥用的构成要件，也在很大程度上排除了借助权利滥用理论限制防卫权的可能性。根据德国民法典的规定，构成权利滥用，不仅要求存在一个“值得谴责的目的”，还要求“行使权利的唯一目的就是加损害于他人”。如果在刑法中也遵循这种严格的目的要求，构成权利滥用的情形就几乎不会存在。即使是故意挑起不法侵害的挑拨者，在实施防卫行为时也总是还具有（或至少无法排除）维护自身利益的意思。只要存在这种积极的防卫意思，就算将权利滥用的主观标准放宽至过失，也仍然无法将防卫行为认定为权利滥用。在显失均衡的防卫中，防卫人甚至没有任何不法目的而只有防卫的意思，根本不符合权利滥用的主观要件。

3. 本文立场：作为团结义务的狭义退避义务

在德国的紧急权体系中，团结原则具有支柱性地位，其与自主原则（及附属的平等原则）一道构成了紧急权的法理基础。简言之，自主原则意味着公民有权在法秩序划分给自己的权利领域内自由地追求利益，并对其间产生的风险自我负责；平等原则要求法秩序对每个公民的权利领域一视同仁，公民彼此间应尊重对方的权利领域；团结原则有限度地突破了自主原则，要求公民在特定情况下牺牲部分自由以扶助他人。据此，不履行不侵犯他人权利领域的义务的公民，基于自主原则就无权要求他人尊重自己的权利领域，由此形成了正当防卫的权限；如果某个公民在追求利益的过程中没有管辖好自己权利领域的风险，对他人权利领域造成了妨害，自主原则和团结原则就共同形塑了防御性紧急避险的权限；即使风险不可归责于任何公民对权利

[64] Vgl. Renzikowski, Notstand und Notwehr, 1994, S. 305.

[65] 参见朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社2016年版，第526页。

[66] 参见浙江省宁波市中级人民法院（2007）浙甬民一终字第152号民事判决书。

[67] Vgl. Neumann, Zurechnung und „Vorverschulden“, 1985, S. 160; Kindhäuser, Gefährdung als Straftat, 1989, S. 118; Krause, Zur Problematik der Notwehr, in: FS-Bruns, 1978, S. 79.

领域的管辖，出于挽救至关重要的利益的考虑，团结原则也可以单独建构起攻击性紧急避险的权限。〔68〕

近年，不少国内学者也逐渐意识到归整各类紧急权的法教义学意义，并尝试借鉴上述原则建构紧急权体系。〔69〕最终形成的紧急权体系在核心部分与上述德国模式大同小异，这突出地表现在排除正当防卫中团结原则的适用，从而将防卫权塑造成“绝对锐利”的权利。但问题在于，德国部分学者倾向于将正当防卫仅仅建立在自主原则的基础之上，这很大程度上是因为德国民法典第 228 条明确规定了防御性紧急避险，既然“法秩序所有相关的积极评价都应当作为正当化事由加以考虑”，〔70〕在建构体系时就必然不能遗漏这项紧急权。在我国实定法的语境中，在欠缺规范基础的情况下不加反思地全盘引入防御性紧急避险，并因此将团结原则逐出正当防卫，不得不说是可疑的。在本文看来，预设防御性紧急避险的存在没有逻辑上的必然性，限缩正当防卫从而扩张紧急避险，也不是唯一可能的体系方案。相反，正当防卫制度完全可以接纳团结原则，并将其作为狭义退避义务的根据，在例外场合发挥限制防卫权的功能。

文献中不乏将狭义退避义务的根据诉诸团结原则的尝试。〔71〕团结概念最初指的是社会成员对于社会集体的共同责任，后来逐渐演变成一种“社会正义的要求”，例如要求对穷困人群施予救济。〔72〕这种要求在社会政治层面容易引起广泛共鸣，因为扶助弱者是每一个社会国都追求的目标之一。但在刑法中，团结原则直到晚近才受到关注。以德国为例，为人熟知的不救助罪（德国刑法第 323c 条）制定于 1935 年，现行关于正当化的攻击性紧急避险的规定（德国刑法第 34 条）直至 1975 年才生效，并且后者在很长一段时间里都不是基于团结原则而得到解释。在我国，团结原则也是最近十年才伴随着紧急避险的讨论而进入学界的视野。〔73〕由于刑法“原则上只关注对他人法领域和自由领域之严重干涉”，〔74〕团结原则在刑法尤其是正当防卫制度中难免显得另类，在将其作为狭义退避义务的根据时，有必要解决两个先决疑问。

其一，作为团结原则的具象化，公民的团结义务如何能够从单纯的“社会正义的要求”上升为法律义务乃至刑法义务。对此存在激烈争辩，曾经的主流研究范式是从特定哲学思想中寻找团结义务的法律拘束力。〔75〕但是，学者的误读以及哲学思想与社会现实的不一致，使得这种研究范式无法得出具有足够说服力的结论。例如，陈璇在引用康德关于利他团结义务的论述时，〔76〕就无视了康德区分德性义务和法权义务的语境，没有意识到“对于后者来说，一种外在的强制是道德上可能的，但前者仅仅依据自由的自我强制”，〔77〕从而削弱了论证的说服力。同时，也不能认为，既然康德主张团结义务只是德性义务（善行义务），就不再将团结义

〔68〕 参见前引〔64〕，Renzikowski 书，第 320 页以下。

〔69〕 参见前引〔1〕，陈璇文，第 5 页以下；前引〔56〕，赵雪爽文，第 1614 页以下；田宏杰、肖鹏：《紧急权的理论基础与体系建构》，《华南师范大学学报（社会科学版）》2019 年第 2 期，第 125 页以下。

〔70〕 [德] 乌尔斯·金德霍伊泽尔：《违法性的基础》，陈璇译，载梁根林、[德] 埃里克·希尔根多夫主编：《违法性论：共识与分歧——中德刑法学者的对话（三）》，北京大学出版社 2020 年版，第 61 页。

〔71〕 Vgl. Lesch, Die Notwehr, in: FS-Dahs, 2005, S. 103; Kindhäuser, in: NK-StGB, 6. Aufl., 2023, § 32 Rn. 107; Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, § 12 Rn. 46.

〔72〕 Vgl. Renzikowski, Solidarität in Notsituationen - Ein historischer Überblick von Thomas v. Aquin bis Hegel, in: Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, 2013, S. 14.

〔73〕 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 100 页以下。

〔74〕 参见前引〔28〕，Kühl 书，第 7 节边码 159。

〔75〕 参见徐万龙：《紧急避险中团结原则的法哲学证立及其反思》，《浙江社会科学》2024 年第 5 期，第 36 页以下。

〔76〕 参见陈璇：《正当防卫与比例原则——刑法条文合宪性解释的尝试》，《环球法律评论》2016 年第 6 期，第 50 页。

〔77〕 参见 [德] 康德：《道德形而上学》，张荣、李秋零译注，中国人民大学出版社 2013 年版，第 168 页。

务法律化。这是因为，康德的法权理论并不能反映当下的社会现实。可以外在强制的法权义务只能是“不做什么的义务”，即要求每个人不得侵犯他人的权利，这一论断是建立在每个公民都能脱离社会并自给自足的假设之上的。但现实是，现代社会中的公民无法做到真正的自给自足，而总是身处与其他社会成员以及整体社会制度的联系之中，需要借助社会来实现自我发展。在这种社会背景下，需要通过外在立法予以强制的，理应不限于“不做什么的义务”，还应当包括为了维护社会共存的体制而“做什么的义务”。〔78〕

实际上，哲学思想对于团结义务的论证只能起到装饰性作用，而无法为其提供坚实的基础。目前的主流观点认为，团结义务的根本应当远离纯粹的哲学思想，而是要超越刑法本身而追溯至宪法。〔79〕具体来说，承认作为法律义务的团结义务，意味着国家强制一个公民为另一个（需要帮助的）公民实施特定事项。这种强制的正当性在绝对尊崇自由的国度或许存在疑问，但在一个社会国（Sozialstaat）中是完全能够得到肯认的。〔80〕根据社会国原则，人的尊严具有至高无上的地位，为了兑现维护每个公民最低限度人格尊严的承诺，国家不仅要在理念上重视对社会弱势群体的扶助，更要通过实际行动实现社会衡平的任务。这种行动不限于建立税收和社会保障等制度，还包括在公民遭受严重的生存威胁而国家无法及时提供救助时，科予在场的、可以提供救助的公民一定的行动义务或容忍义务。可以说，团结义务是社会国原则的必然要求。类似地，我国宪法第1条开宗明义规定了社会主义原则。在维护人格尊严、扶助弱势群体的内核方面，社会主义原则与社会国原则具有高度一致性，因此团结原则在我国同样具有宪法性地位。

其二，对于体现团结义务的狭义退避义务在紧急权体系中的位置，本文的主张是：在紧急权体系中，正当防卫和防御性紧急避险本身就具有共同基础，即所谓答责原则（Prinzip der Verantwortung）或者促因原则（Prinzip der Veranlassung），侵害者或妨害人之所以必须忍受他人的反击，是因为其行为干涉了他人的权利领域，其有义务容忍他人恢复自身权利领域的行为。〔81〕这意味着，既可以把正当防卫看成是“大号的防御性紧急避险”，也可以把防御性紧急避险看成是“小号的正当防卫”。讨论团结义务究竟放在体系中的什么位置，在实践上似乎欠缺实益。

另一方面，拒绝在正当防卫制度中考虑团结义务，甚至认为正当防卫制度无法兼容团结义务，有时是出于一种误解。这种误解的根源在于，受到域外理论的影响，首先在思维中预设了一个复杂乃至肥大的紧急避险制度，其中包括了正当化的攻击性紧急避险、正当化的防御性紧急避险以及免责的紧急避险等多项被称作紧急避险的紧急权。在这种思维之下，见到包含了团结义务的正当防卫，自然会怀疑其僭越了紧急避险（主要是防御性紧急避险）的规制领域。但现实是，在我国刑法和民法的规定中根本找不到防御性紧急避险的直接表述。在建构本国的紧急权体系时，这种实定法层面的差异值得严肃对待。从这个角度看，在正当防卫制度中考虑团结原则，进而承认防卫人的狭义退避义务，反而更加契合我国的实定法。任何法律规则的背后都有其主导原则，正当防卫制度的主导原则毫无疑问是自我保全。在此基础上，形成了防卫

〔78〕 Vgl. Wohlers, Einschränkungen des Notwehrrechts innerhalb sozialer Näheverhältnisse, JZ 1999, S. 440.

〔79〕 Vgl. Joerden, Solidaritätspflichten und Strafrecht, in: Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, 2013, S. 49 f.

〔80〕 德国基本法第20条规定，德意志联邦共和国是民主的、社会的联邦国家；第28条规定，各州的宪法秩序应当符合基本法规定的共和、民主和社会法治国原则。

〔81〕 参见前引〔71〕，Jakobs书，第11节边码3。

的一般规则——防卫人无需退避。但在例外情形中，若严格贯彻防卫的一般规则，会与团结原则发生冲突，这就要求理论对这些情形中自我保全原则与团结原则的分量进行权衡。防卫的特别规则，即防卫人需要优先尝试退避，就是权衡之后的产物。因此，完全可以采纳这样的观点：在正当防卫的实定法制度中，存在着作为主导原则的自我保全原则和作为辅助原则的团结原则，鉴于“正对不正”的一般构造，主导原则通常不会与辅助原则发生矛盾，但在需要考虑辅助原则的例外场合，就应当适用权衡两项原则之后固定下来的防卫的特别规则。^{〔82〕}

（二）具体适用

团结义务有作为和不作为两种表现形式。作为的团结义务要求行为人采取积极行动为他人提供帮助，典型如德国刑法第 323c 条规定的救助他人的义务。不作为的团结义务要求行为人不为特定事项以帮助他人脱离困境，典型如攻击性紧急避险中被避险人的容忍义务。狭义退避义务要求被侵害者优先尝试退避而非径直反击，本质上是以不作为的方式对侵害者的利益予以关照，属于不作为的团结义务。这种不作为的义务更接近所谓“最低限度的团结”，在正当性方面受到的诘问相对较少。

尽管如此，将狭义退避义务理解为团结义务，仍然面临进一步的疑难。有学者指出，“团结”不是一个精确的法律概念，无法从中推导出明确的法律后果。^{〔83〕}这种批评值得认真考虑。被侵害者在哪些场合需要对侵入自身权利领域的侵害者负有团结义务，这在很大程度上受到特定法域内社会主流价值观念的影响乃至支配。结合法教义学理论和司法实践，应当认为我国至少在两类场合承认团结义务（狭义退避义务）的存在。

1. 对不完全答责者的团结义务

在刑法领域，特别是正当防卫中，团结义务首先体现在对那些没有能力充分管辖自身权利领域风险的公民的适当关照。换言之，团结义务的根据，首先建立在答责的思想基础之上。如果不法侵害者对于冲突状况负有完全的责任，在原本可以避免的情况下有意操控不法侵害的实现流程，就表明其对被侵害者的权利领域欠缺尊重，试图打破双方权利领域的平等状态，此时被侵害者当然不负有任何的团结义务。在这种情况下（这也是立法者所预想的典型防卫情状），团结原则没有用武之地，发挥作用的只是主导性的自我保全原则，防卫权具有锐利性。反之，倘若侵害者不是在完全答责的情况下引起了冲突状况，要求被侵害者承担团结义务就具有充分根据。^{〔84〕}

这种团结义务在“适用正当防卫指导意见”中得到了明确认可。^{〔85〕}但是，该意见将不完全答责的情形限定在无责任能力人或者限制责任能力人的侵害，范围上过于狭窄。答责和自由是一体两面的关系，不自由地惹起不法侵害的人，在对其进行反击前，反击者原则上都应承担团结义务。主观上欠缺行为意识（即对相关事实情状的认识）的侵害者，客观上欠缺替代行动选择（即所谓事实的结果回避可能性）的侵害者，既然都存在自由的缺失，基于相同的原

〔82〕 关于正当防卫制度中的原则权衡问题，参见 Koch, *Prinzipientheorie der Notwehrenschränkungen*, ZStW 104 (1992), S. 785 ff.

〔83〕 参见前引〔28〕，Kühl 书，第 7 节边码 159。

〔84〕 参见前引〔45〕，Freund/Rostalski 书，第 3 节边码 96 以下。

〔85〕 “适用正当防卫指导意见”第 7 条规定：明知侵害人是不刑事责任能力人或者限制刑事责任能力人的，应当尽量使用其他方式避免或者制止侵害；没有其他方式可以避免、制止不法侵害，或者不法侵害严重危及人身安全的，可以进行反击。

理，都应受到关照。〔86〕

2. 避免重大人身法益损害的团结义务

包括生命在内的重大人身法益，是个人实现自由发展最不可或缺的条件，尤其是生命法益一旦丧失，就会“彻底且不可逆地消除了其他利益的存在基础”。〔87〕因此，公民在规划自身行动时，有必要对可能损及他人重大人身法益的行动给予特别关注，尽可能将其作为“最后手段”。以此为出发点，就获得了团结义务的第二种根据，即公民对彼此重大人身法益的相互关照。换言之，如果为了制止相对轻微的不法侵害而需要的反击行为有可能给侵害者的重大人身法益造成威胁时，被侵害者就需要基于团结原则优先尝试退避。

这种重大的人身法益，首先包括生命，其次是那些一旦丧失就会造成重伤的身体法益，即我国刑法第95条提及的情形。将这些法益纳入属于团结义务对象的重大人身法益，有规范上的依据。例如，对于我国刑法第20条第2款中的“重大损害”，司法实践通常将其限定为重伤以上的人身损害，而排除了轻伤以下的人身损害和单纯的财产损害。〔88〕虽然这种“重大损害”是就防卫过当而言的，但从中完全可以解读出刑法对重大人身法益的特别保护态度。以这些法益作为团结义务的对象，在价值判断上是连贯一致的。

在具体适用此类团结义务时，尤其要强调义务的对等性。团结义务不是绝对的、无条件的，在公民自身的重大人身法益正面临侵害者威胁的情况下，若还要求其对该侵害者的重大人身法益负有团结义务，显然是一种不正义。也就是说，要求公民关照他人重大人身法益的前提，是该公民自身的重大人身法益没有受到他人的威胁。否则，公民就不必受团结义务的约束，而有权以高强度的（即可能对重大人身法益造成威胁的）反击行为进行防卫。“适用正当防卫指导意见”第10条第二句关于“显著轻微的不法侵害”的规定，正体现了这一点。如前所述，这里的“显著轻微的不法侵害”应当是指虽然满足防卫权的事实前提但强度相对较低的不法侵害，具体来说即针对财产的伤害和只能造成轻伤以下结果的侵害。需要注意的是，不能对这一规定简单贴上“显失均衡”的标签，该规定并未对“显失均衡的防卫行为是否正当”的问题作任何表态。为了对抗“显著轻微的不法侵害”而损害重大人身法益，固然可以称为显失均衡，但此时限制防卫权的理由并不在于所谓显失均衡，而在于前述社会成员对彼此重大人身法益的关照。正因如此，诸如为保护价值10元的物品而反击造成100万元财产损失的情形，由于不涉及重大人身法益，不得类推适用本句规定对防卫权进行限制。

团结义务的对等性也存在例外。前已述及，事前的挑拨行为若满足特定条件，也有可能阻却防卫权，被侵害者（挑拨者）因而需要承担侵害回避义务。引发争议的是，“适用正当防卫指导意见”第10条第三句虽然也涉及事前挑拨的问题（被侵害者重大过错引发侵害），却没有完全否定被侵害者的防卫权，这表明其承认了一种新的挑拨行为后果。本文认为，这种新的挑拨行为后果就是对团结义务的对等性创设例外。具言之，虽然通常而言只要侵害者一方没有遵守团结义务，侵害了他人的重大人身法益，被侵害者基于团结义务的对等性就无需再顾及侵害者的重大人身法益，有权直接实施高强度的反击行为，但是，如果不法侵害系由被侵害者一

〔86〕 在过失不法侵害的场合限制防卫权的依据正在于此。

〔87〕 参见赵雪爽：《论防卫人的救助义务——自由分配视角下的正当防卫与先前行为》，《法学研究》2023年第2期，第107页。

〔88〕 参见江溯：《防卫限度判断规则的体系化展开》，《法律科学》2022年第1期，第151页。“适用正当防卫指导意见”第13条确认了这种认定规则。

方具有重大过错地自我招致，被侵害者就应当为这种过错负责，依然需要承担团结义务（狭义退避义务）。

最后有必要讨论所谓基于制度性照料关系的团结义务。有学者认为，父母和子女之间、配偶之间存在“制度性的结合”（institutionelle Verbundenheit），因而具有特别的团结义务。当不法侵害发生于这种关系之内时，被侵害者会基于这种特别的团结义务而承担狭义退避义务。^[89]“适用正当防卫指导意见”对此没有作出规定。不得不说，即使承认这种团结义务，在实践中也只有极其有限的意义。以家庭暴力案件为例，如果施暴的丈夫对侵害完全答责，那他实际上已经通过现实行动表明自己不受所谓制度性照料关系的约束，双方的结合关系因其不法侵害而荡然无存。此时科予妻子狭义退避义务，显然既不是为了更好地维护妻子的利益，也不是出于夫妻间相互扶持的考虑，因为丈夫已经破坏了这种相互扶持关系，基于义务的对等性，没有理由再要求妻子负有扶持义务，而只能是立足于“尽可能地维护婚姻家庭制度的稳定”这样的目的。这种目的，在本文看来欠缺正当性。如果施暴的丈夫并不对侵害完全答责，就可以基于针对不完全答责者的团结义务科予妻子狭义退避义务。承认基于制度性照料关系的团结义务，至多只能在这种场合对妻子的防卫权作更进一步的限制，如要求其比常人更加审慎地考察有无退避的可能性。

Abstract: The defender's duty to retreat is recognized on specific occasions in the theory and practice of criminal law. However, the explanation and argumentation of the type, basis, and application of this duty are insufficient. The duty to retreat in justifiable defense can be divided into the duty to avoid infringement, the duty to accept infringement, and the duty to retreat in a narrow sense. The duty to avoid infringement and the duty to accept infringement are the negation of the right of defense, while the duty to retreat in the narrow sense is a restriction on the right of defense. If there is an opportunity for a victim to obtain public assistance at the time of the occurrence of the unlawful infringement and seeking public assistance will not cause additional behavioral burden and thus reduce the effectiveness of defense, the victim has the duty to avoid the infringement given the blockade of private violence by the principle of state monopoly on violence. If an unlawful infringement is obviously minor or is caused by the victim's breach of the duty of self-preservation, the factual or attributive prerequisites of the right of defense are not met and the aggrieved party has a duty to accept the infringement. The narrow duty to retreat is based neither on defense nor on abuse of rights but on the principle of solidarity. In the case of unlawful infringement by a person who is not fully accountable and the defense of some of the major personal legal interests, there is room for the existence of the duty to retreat in the narrow sense as a solidarity duty.

Key Words: justifiable defense, right to self-defense, duty to retreat, duty of solidarity

[89] 参见前引 [87]，赵雪爽文，第 107 页。