

摘要

在我国司法实践当中，对于大多数的“对物防卫”的情形都会作出有罪化的处理，然后法院根据酌定的量刑情节再对此给予一定的从宽处理。以非法狩猎罪为例，在“对物防卫”情形当中发生此罪，与普通的非法狩猎罪相比，此类案件的起因具有特殊性，危险引起一方对于结果的发生具有很大的可归责性，防卫人的特殊预防必要性也比一般的犯罪人要低得多，因此，在“对物防卫”情形当中存在可以对其作出无罪评价的余地。但是在我国司法实践中，“对物防卫”情形的案件因其不能满足正当防卫成立条件，所以无法通过正当防卫制度得以正当化，同时，“对物防卫”情形的案件是直接针对不法侵害方实施反击行为，而我国传统紧急避险所针对的对象为无辜的第三人，因此也不能通过我国传统的紧急避险对其进行无罪化的处理。

在刑法学界对于针对来自于物的危险直接实施的反击行为，存在两种对其解释的路径：一方面认为，应该将来自于物的侵害延续到背后的行为人的身上，物的侵害行为属于人的不法行为的延续，因此，直接对物实施反击就是对人的反击，肯定“对物防卫”情形成立正当防卫。另一方面认为，违法性的本质是违反规范的意思，违反规范的行为是受人支配的行为，而物的侵害是不受人支配而发生的，所以来自于物的侵害不具有违反规范的意思，因此否定了“对物防卫”情形成立正当防卫。本文将立足在否定成立正当防卫的情况下，认为其成立防御性紧急避险。防御性紧急避险虽然是一项域外的紧急权制度，但是它与正当防卫和传统紧急避险二者之间具有高度的相似性，可以对二者都不能规制的“对物防卫”情形行为进行规制。究其正当化根据，防御性紧急避险制度可以从避险行为人视角下的法益保护原则、危险引起方具有风险管辖责任、承受义务以及其法益值得保护性降低等方面对“对物防卫”情形找到正当化的根据，同时在第三人视角下，直接对危险源本身进行反击具有“法确证利益”的属性也可以为“对物防卫”情形找到正当化的依据，最终使“对物防卫”情形得以正当化，使行为人的法益得到全面保护。

虽然防御性紧急避险来自域外，但是通过对我国刑法第二十一条有关紧急避险的规定进行解释分析，可以清楚认识到，防御性紧急避险在我国完全存在适用的可能性。就目前我国司法实践来看，“对物防卫”情形适用防御性紧急避险可以作为行为人的量刑情形，甚至可以作为行为人的出罪事由，从而可以行为人的法益可以得到更加全面的保护。

关键词：对物防卫；防御性紧急避险；正当防卫

Abstract

In China's judicial practice, for most of the "defense of things" situation will be made guilty treatment, and then the court will give a certain leniency according to the discretionary sentencing circumstances. In illegal hunting crime, for example, in the crime of "defense" situation, compared with ordinary illegal hunting crime, the cause of this case has the particularity, dangerous cause a party for the occurrence of the result has great liability, the defense of special prevention necessity is much lower than the general criminal, therefore, in the case of "defense" can make innocent evaluation. But in the judicial practice in our country, "defense" case of the case because of it cannot meet the conditions of justifiable defense, so cannot through the justifiable defense system, at the same time, "defense" case is directly against illegal infringement party counter behavior, and the traditional emergency hedge object for innocent third person, therefore cannot through the traditional emergency hedge to the management of innocent.

In the criminal law circle, there are two ways to explain the counterattack behavior directly implemented against the danger from objects: On the one hand, it is believed that the infringement from the object should be extended to the actor behind the object, and the infringement behavior is the continuation of the illegal behavior of the person. Therefore, the direct counterattack against the object is the counterattack against the person, and the situation of "defense against the object" should establish justifiable defense. On the other hand, it is believed that the essence of illegality is the meaning of violating the norms, and the behavior violating the norms is the behavior controlled by people, and the infringement of the objects is not controlled by people, so the infringement from the objects does not mean to violate the norms, so it denies the situation of "defense against things" establishes justifiable defense. This paper will be based on the denial of the establishment of justifiable defense, that the establishment of defensive emergency hedge. Although defensive emergency avoidance is an emergency system outside the region, it has a high similarity with justifiable defense and traditional emergency avoidance, which can regulate the situation of "object defense" which can not be regulated by both. Investigate its legitimacy, defensive emergency hedging system can be from the perspective of hedge behavior of legal protection principle, risk cause risk jurisdiction responsibility, bear the obligation, and its benefit is worth protection to reduce the "defense"

situation according to find justified, at the same time under the perspective of the third person, directly against the hazard source itself has "confirmed interests" properties can also be justified for "defense" situation find the basis, finally make "defense" justified, make the behavior of comprehensive protection.

Although the defensive emergency avoidance comes from outside the region, through the interpretation and analysis of the provisions on emergency avoidance of Article 21 of the Criminal Law, it can be clearly realized that the defensive emergency avoidance is fully applicable in China. From the perspective of the current judicial practice in China, the defensive emergency avoidance in the case of "material defense" can be used as the sentencing situation of the actor, or even as the cause of the actor, so that the legal interests of the actor can be more comprehensively protected.

Key Words: Physical Defense; Defensive Emergency Avoidance; Justifiable Defense

目 录

引言.....	1
一、“对物防卫”存在的问题.....	5
(一) “对物防卫”问题的缘起.....	5
(二) “对物防卫”的概念.....	5
(三) “对物防卫”的争议.....	6
二、“对物防卫”适用传统路径的困境.....	10
(一) 不能适用正当防卫.....	10
(二) 不能适用传统紧急避险.....	11
三、“对物防卫”适用新路径的探讨.....	12
(一) 防御性紧急避险的起源.....	12
(二) 与正当防卫、攻击性紧急避险的区别.....	13
(三) “对物防卫”适用防御性紧急避险的思考.....	14
四、“对物防卫”适用防御性紧急避险的正当性.....	16
(一) 避险行为人视角.....	16
(二) 危险引起者视角.....	17
(三) 第三人视角.....	22
五、防御性紧急避险的具体适用.....	24
(一) 防御性紧急避险在我国适用的可能性.....	24
(二) 防御性紧急避险在“对物防卫”问题上的具体适用.....	27
结语.....	32
参考文献.....	33
作者简介.....	35
致谢.....	36

引言

随着中国刑事审判参考第 295 号案例的纳入，众多学者对“对物防卫”情形能否适用防御性紧急避险的讨论越来越激烈。被告人王仁兴为了使渔船以及本人摆脱危险的困境，将属于国家所有的航标船的钢缆绳子解开，致使脱离钢缆绳的“红花碛 2 号”航标船漂流至下游两公里的绵滩回水沱。后公诉机关以破坏交通设施罪向人民法院提起公诉，最后王仁兴被判处破坏交通设施罪，判处有期徒刑三年。¹

关于上述王仁兴的行为，有的学者认为破坏交通设施罪属于危险犯，这种危险犯属于行为人实施了某种破坏交通设施的犯罪行为而使交通设施处于一种危险状态，被告人王仁兴确实实施了这一行为，但是被告人王仁兴，他解开钢缆绳的行为属于紧急避险行为，而避险行为不能说是犯罪行为，因此当然的属于无罪。然而另有学者认为，王仁兴解开钢缆绳的行为属于紧急避险行为，但其在自己的危险解除后，在明知航标船漂流会造成其他过往的船舶造成危险，有义务及时防止危险的发生，即及时向有关部门报告的义务，最后造成或可能造成危险的发生，王仁兴应当对此承担刑事责任。那对于王仁兴的行为到底应当如何评价，引起热议。同样的，对于我国近几年频发的“野猪案”，行为人为保护自己的庄稼，杀害侵害庄稼的野猪，从而获刑。对于以上案件的处理，一直是给予行为人刑事处罚，因此，对于直接针对来自于物的危险进行反击的行为到底该如何处理的讨论也是如火如荼。今天，本文将立足于来自于物的危险，从防御性紧急避险的角度来讨论，究其正当化，从而使防御性紧急避险在我国司法实践中出现的“对物防卫”情形中得到具体适用。

一、选题的背景与意义

目前，在各国的司法实践当中，存在着直接针对来源于物的危险源进行反击的案例，各国对于此种情形的处理千差万别，有些认为对于此应成立正当防卫，有些认为不应该成立正当防卫而成立紧急避险，再者有人认为对于此没有讨论的必要性。随之，本人在搜索引擎上以“野猪”“庄稼”为关键词进行搜索，搜索到众多“为了保护自家庄稼不被野猪侵害，而将野猪杀害，最后获刑”的案例。同时，在 2022 年 4 月，发布的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理破坏野生动物资源刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）再一次明确指出：违反狩猎法规，在禁猎区、禁猎期或者使用禁用的工具、方法进行狩猎，

¹ 参见中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一庭、第二庭编：《刑事审判参考》，法律出版社 2004 年版，第 85 页。

破坏野生动物资源的要以非法狩猎罪定罪处罚。虽然在《解释》中明确指出了成立非法狩猎罪的构成要件,但在讨论其是否成立犯罪的阶段还应当考虑是否存在正当化事由,而法院在进行处理时,将本应该是在讨论是否成立犯罪前要进行考虑的因素,放在了在成立犯罪后的量刑阶段来进行考虑。对于此,显现出,我国司法实践中对于直接来自于物的危险进行反击的情形,即“对物防卫”情形的司法实践,存在巨大的空白,因此,本人对于“对物防卫”情形将从刑法教义学的角度为行为人的行为找到正当的处理依据。

可以说“对物防卫”情形讨论是“正”对“不正”的一种情况,对于此种情况地讨论也可以参照正当防卫的相关规定,但是只能说“对物防卫”情形类似于正当防卫并不属于正当防卫规制的范围。在我国,正当防卫面对危险进行反击时,并没有过多的限制,如果对正当防卫进行过多限制的话,首先违反了我国相关法律规定,其次对其进行过多限制也并没有相关的法律依据。因此对于“对物防卫”的讨论,可以使我们清楚的认识到,对于针对直接来自于物的危险,我们也可以在面对危险时直接进行反击。同时,对“对物防卫”情形的讨论,可以使我们对于在我国频发的“野猪案”以及相关直接针对于来自于物的危险进行反击的行为有一个准确的定性,从而更好的贯彻主客观相统一原则,使行为人的权益得到更为全面的保护。

二、研究综述

在以日本为代表的国家当中,认为“对物防卫”的情形就如同“对物防卫”名字本身一样就带有倾向性,因此,认为直接针对来源于物的危险进行反击的行为应该成立正当防卫。其中承认成立正当防卫的代表人物大塚仁教授认为,对于“对物防卫”情形,不存在成立紧急避险的可能性,因为紧急避险的成立存在非常严格的限制条件,如果认为“对物防卫”情形成立紧急避险,那就会出现一种情形,对于被害人的权益无法得到充分的保护,换言之,对于来自于物的危险源,应该说是一种来自于物背后人的侵害。这也就从不法侵害的本质对“对物防卫”成立正当防卫作出了最好的解释。此外,不法侵害包括一切不法的行为包括符合构成要件中行为所要求的具有刑事违法性的行为,还包括在客观上对法益有所侵害的行为,即不管这个侵害行为是否具有故意或者过失的有责性,也不管这个侵害行为是作为的还是不作为的,甚至也不管这个行为是否能构成属于是犯罪的犯罪行为,只要该行为在一般意义上具有法益侵害性就可以归纳为这里的不法侵害行为,加之将来自于物的侵害归因于背后人的行为,因此在不法侵害的角度上肯定了“对物防卫”成立正当防卫。

但是在同样是大陆法系的德国,认为“对物防卫”不应该与正当防卫混淆。针对由“人”引起的危险实施的反击行为可以通过正当防卫来阻却违法;但是对

于由“物”所引起的危险直接实施反击行为则可以通过刑法第 218 条以及第 34 条规定的阻却违法的紧急避险来进行规制，从而否定了“对物防卫”成立正当防卫。正当防卫是与人的不法侵害离不开的，而对人的不法侵害的理解，威尔泽提出：在内容上与行为人个人相分离的结果所引起的法益侵害并不能完整地说明不法，只有作为某个特定行为人的行为，才具有违法性；行为人有目的地为自己的行为设定了什么样的目标，他是以什么样的态度实施的行为，在这个过程中他应该承担什么样的责任，所有这些都将在法益侵害之外，对行为的是合法产生决定性的影响。²换言之，不能简单地将来自于物的危险归因于背后人的侵害，因此不能成立正当防卫。但是对于“对物防卫”情形可以根据刑法 218 条以及第 34 条的规定，对“对物防卫”情形适用防御性紧急避险，使行为人的行为得以正当化。

而在我国刑法学界，大多数学者认为，对于来自于物的危险直接进行反击的行为，虽然损害了物归属人的利益或者损害了国家保护珍贵野生动物的利益，但由于此种行为是在不得已的情形行使的，在没有超过必要限度的条件下，只能认定为紧急避险，但是行为人由于自己的避险行为而产生的义务，如若能履行而未履行可能或造成损害的，应当构成不作为的犯罪。

上述关于“对物防卫”的处理，由于各国在刑法理论认定犯罪构成的方式以及在相关的体系结构上存在着巨大的不同，从而造成了处理“对物防卫”问题上的差异，因此本文将立足于我国“对物防卫”情形的司法实践，为“对物防卫”情形中行为人的行为找到一个正当化的根据。

三、研究方法

1. 实证分析法

实证分析是着眼于当前社会或者学科现实，通过事例和经验等从理论上推理说明。根据我国司法实践的现实，找出关于对物防卫的案例，从而进行分析。

2. 比较分析法

比较分析是一种基本的法学研究方法，一般有三步：1. 找出同类现象或事物；2. 按比较的目的对同类现象或事物进行分析；3. 根据得出的结论进行论述，给出自己的观点。目前，各国关于对物防卫的性质认定各不相同，且在我国刑法理论中关于对物防卫的问题各个学者之间也存在较多的争议，因此，必须要运用比较分析法分析各个争议点的异同，从而得出可以适用于我国司法实践的结论。

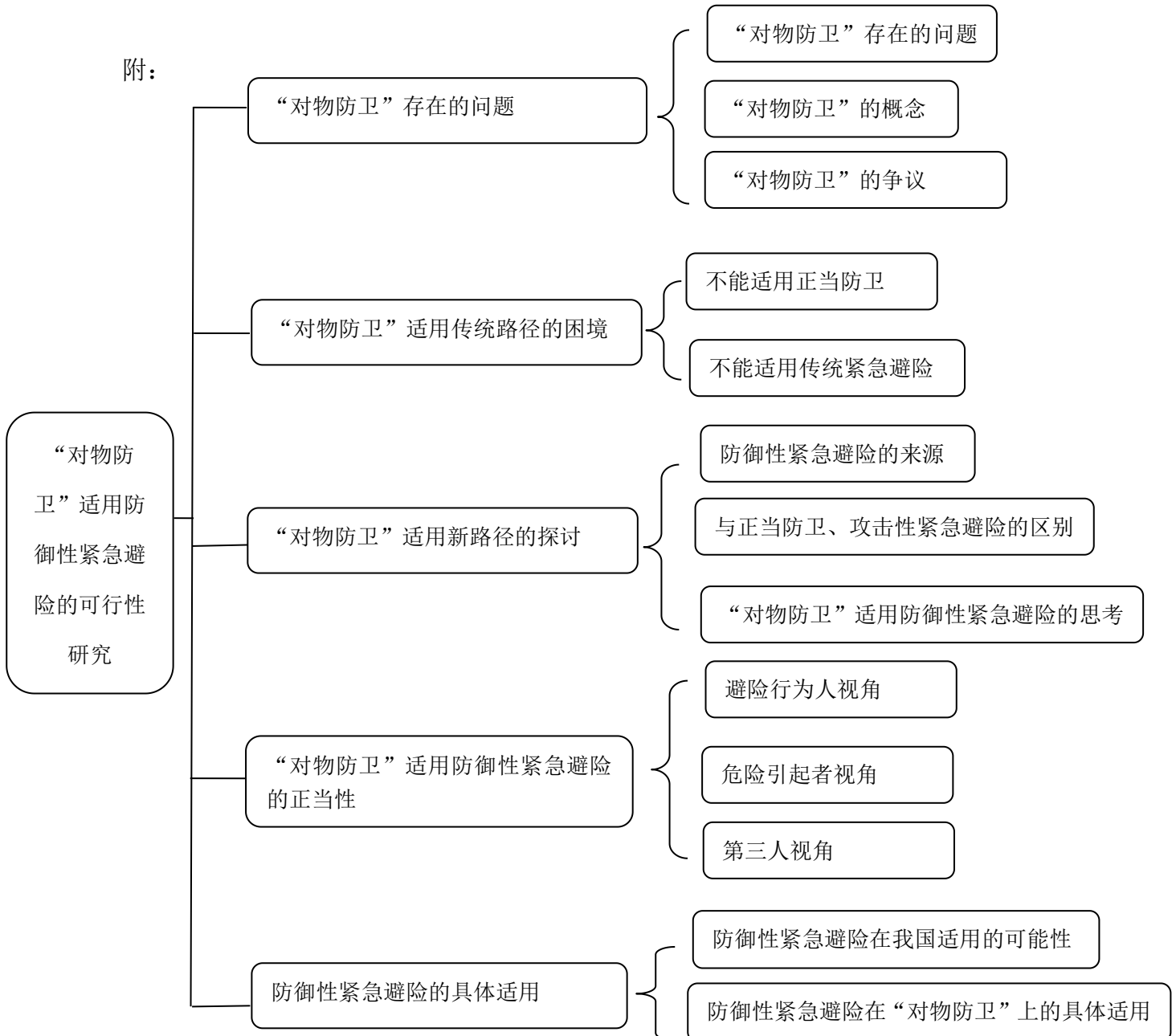
² [德] 汉斯·韦尔策尔：《目的行为论导论》，陈璇译，中国人民大学出版社 2015 年版，第 39 页。

3. 案例分析法

案例分析法是对案例进行全面、系统、深入的分析。本文将以案例为基础从而讨论本文主要的讨论对象，同时通过案例中多元主体的视角进行分析，从而对司法实践案例中出现的对物防卫情形，使之适用防御性紧急避险而正当化。

四、论文框架

本文共分为七部分：第一部分为引言，第二部分为“对物防卫”存在的问题，第三部分是“对物防卫”适用传统路径的困境，第四部分是“对物防卫”适用新路径的探讨，第五部分是“对物防卫”适用防御性紧急避险的正当性，第六部分是防御性紧急避险的具体适用，最后一部分为结语。



一、“对物防卫”存在的问题

（一）“对物防卫”问题的缘起

“对物防卫”的问题最早起源于德国，早在 1933 年德国就制定了关于动物方面的立法，例如：在当时德国的刑法中就存在：动物虐待罪。随之，德国纳粹就颁布了现代世界上的第一部动物保护法—《帝国动物保护法》。其中在《帝国动物保护法》中就规定，通常情况下，我们一般所说的生物和生物学上所指的生物都应该被视作为动物。因此，认为动物对于人类来讲有驯养和野生、高价值和低价值、有益和有害的观念，统统被破除了，甚至在当时的《民法》《基本法》当中都先后确立了“动物非物”的理论。就这样，关于动物的立法，在德国的发展史上一直延续到了现代社会，现在德国甚至将保护动物作为国家发展的目标。随着法治的发展，德国民法典 228 条的修订以及德国新刑法 34 条中的相关规定的出台，对于德国来说，就与动物非物理论产生了一定的对立，因此就有了将行为人针对来自于动物的侵害进行反击的行为，认定为正当防卫，由此在德国率先出现了“对物防卫”一词。之后，韩国、日本等都开始了对物防卫问题的研究，至今都还是一个存在巨大争议的问题。

（二）“对物防卫”的概念

在讨论“对物防卫”³成立之前，我们必须要先搞清楚，“对物防卫”是什么，“对物防卫”要讨论的范围都包括什么？基于此我们才能进一步讨论怎样的情况才能构成“对物防卫”？根据目前我的刑法理论研究，关于对物防卫的讨论范围主要有以下几点：一、对于所有的物实施的侵害展开广泛、不加区别的讨论。⁴即，对于防卫人使用的棍子或者其他的物实施的侵害，也要讨论能否针对物进行防卫行为。二、对于行为人故意或者过失地使用物侵害防卫人的情形进行讨论。⁵三、单纯针对动物自发地的侵害防卫人的情形进行加以讨论。这种情况下，从物的归属角度出发，归属者当然的不存在故意，一般也不存在过失。因此，对对物防卫的侵害分出不同的情形更加显得尤其特别的重要。

鉴于此，本人认为，基本所有的动物的侵害都能涵盖所有物的侵害的情形，因此还十分有必要对关于动物的侵害的情形进行区分：（1）对于来自野生动物的侵袭，此动物并非法律保护的珍惜野生动物（类似于是无主物），如若对此类动物发生的侵袭实施反击行为，由于此类野生动物即不属于个人所有也不属于国家

³ 本文所称的“对物防卫”并不是赞同此种情形是成立正当防卫的，而仅仅指“对物防卫”的这种情形。

⁴ 陈兴良：《本体刑法学》，中国人民大学出版社 2017 年版，第 258 页。

⁵ [日]大谷实：《刑法讲义总论》，黎宏译，中国人民大学出版社 2008 年版，第 257 页。

所有，因此反击致伤或致死，既不会发生正当防卫也不会发生紧急避险，是完全没必要进行讨论的，这是毋庸置疑的；（2）受人支配的动物对他人进行侵袭，在这种情况下动物的侵袭是由人的意志所支配而进行的侵害行为，这种情况就好比一个人拿着一把手枪去杀另一个人一样，因此这种情况当然的成立正当防卫；（3）危险来自于动物自发的侵袭，但这个动物是国家法律规定要对它进行保护的动物或者是属于国家或个人的财产，为了保护自己或他人的合法利益而杀害了这个野生动物，将其杀害就破坏了我国关于保护野生动物资源的管理制度或者侵害了他人的私有财产，防卫人对该动物进行反击，行为人的行为就触犯了一定的法律，在这种情况下，我们还要对防卫行为人是否会构成毁坏该财物或者其他犯罪的行为进行讨论。通常我们在理论上称这种情况为“狭义的对物防卫”⁶。例如：案例 1：狗（属于个人的私有贵重财产）咬某人 A，A 在防御中把狗打死；再如，案例 2：两只狗打架，甲为了防止自己的狗被咬死，将对方乙的狗打死；或者案例 3：张三为了保护自己的农作物不受破坏，而将国家三有保护动物野猪捕获（或杀害）。上述三类案件存在以下四个共同的特点：第一，危险本身是来自动物单纯的危险；第二，如果不对危险源本身进行反击，其将对本人的法益存在继续破坏的盖然性；第三，危险源本身属于国家法律规定的要保护的野生动物资源或者是属于国家个人的私有财产；第四，行为人直接针对物进行反击的行为该当了毁坏财物罪或非法狩猎罪等破坏他人法益类罪的构成要件，因此以上都属于对物防卫的情况。

（三）“对物防卫”的争议

关于对物防卫的问题，学者们并没有把对它的争论放到正当防卫章节中来进行讨论，即便是有的著作是先对紧急避险进行讨论的，那也没有对“对物防卫”的问题的争议进行讨论。⁷在“对物防卫”的情形中，避险行为人针对危险源本身直接进行的反击行为，避险行为人的行为已经该当了故意毁坏财物罪或者非法狩猎罪等破坏他人法益类罪的构成要件。有人提出，在对于直接针对来自于物的危险源本身进行反击时，行为人对危险源本身，尤其是来自于野生动物的危险源本身，不具有违法性认识，因此可以免于刑事处罚，想想这样的说法恐怕很难存在合理的解释。同时，还有人认为，直接针对来自于物的危险源进行反击，行为人就得起忍受或者退让，这样对行为人来说恐怕也太不公平了。因此，在“对物防卫”情形中，行为人难道就只能忍着或者一味的退让再或者对他进行反击从而获刑吗？这显然是很难让人接受的。因此，对于行为人的这一反击行为是否能够作为正当防卫或者紧急避险从而阻却不法呢？十分值得进一步讨论，对于此问题，

⁶ 陈兴良：《正当防卫论》，中国人民大学出版社 2006 年版，第 92-95 页。

⁷ [日]西田典之：《日本刑法总论》，刘明祥、王韶武译，中国人民大学出版社 2007 年版，第 120 页。

因为其行为性质较难认定，所以在学界以及实践当中并没有统一的看法。

1. 对物防卫肯定论

对物防卫肯定论认为，针对来自于动物自发的危险直接进行的反击行为，是可以正当防卫来评价的。支持肯定论的学者认为，对于来自于人的侵害，防卫人没有容忍的义务，那对于来自于物的侵害，防卫人就更没有容忍的必要性了。因此，当我们面对来自于人的侵害和面对来自于物的侵害时，相对于而言，对于来自于物的侵害实施的反击行为更容易成立违法阻却事由。对物防卫肯定论者认为，紧急避险存在十分严格的限制条件，如果对物成立紧急避险的话，那就会存在对被害人保护不够充分的情况，同时从不法侵害的本质上来看，在法益侵害上可以较好地就对物防卫进行解释，即肯定对物防卫说的理论根基在于法益衡量说之上，肯定了对物防卫，也就是肯定了法益衡量说在紧急权体系中的根本效力。⁸首先，客观违法论是根源于结果无价值论者所建立的法益衡量说，同时由优越利益原理与法益阙如原理加以支撑，在正当防卫与紧急避险的违法阻却中，对所保护的法益与所损害的法益进行衡量，只要保护的法益优于或等同于所损害的法益就成立违法阻却事由。⁹因此在“对物防卫”的情形当中，只要出现了保护的法益大于或者等于所损害的法益时，就可以根据正当防卫进行规制。同时，肯定“对物防卫”成立正当防卫者认为，正当防卫当中所称的“不法侵害”行为包括一切不法的行为，不仅仅单指符合构成要件中行为所要求的具有刑事违法性的行为，范围要比这个大的多，只要在客观上对法益有所侵害的行为，即不管这个侵害行为是否具有故意或者过失的有责性，也不管这个侵害行为是作为的还是不作为的，甚至也不管这个行为是否能构成属于是犯罪的犯罪行为，只要该行为在一般意义上具有法益侵害性就可以归纳为这里的不法侵害行为。换句话说，哪怕这个行为是意外的不可抗力的，只要在客观上对他人的法益有所侵害，直接针对此进行反击，就可以成立正当防卫。

其次，肯定论者也认为：违法性的本质应当在于具有违反规范的意思，而对于来自于物发出的侵袭等，其并没有违反规范的意思，对此不能对他进行违法性的评价。当遭遇到野生动物侵袭时，即便将此野生动物杀死了，由于此野生动物属于无主物，并不是我们刑法当中要讨论的问题。¹⁰但是当这个动物属于国家法律规定的要保护的野生动物资源或者是属于国家个人的私有财产时，在这种情况下，应当将物的危险行为归因于人的管理故意或者过失造成的，可是当面对来自于物的危险，侵害到我们的法益时，我们根本无法做到去逐一的进行判断：这种情况的发生，到底是因为管理者的故意还是因为过失所造成的。在这种解释下，

⁸ [日]大塚仁：《刑法概说（总论）》，冯军译，中国人民大学出版社2003年版，第325页。

⁹ 李淼：《防御性紧急避险之提倡》，载《法大研究生》2017年第2期，第158页。

¹⁰ [日]西田典之：《日本刑法总论》，刘明洋、王昭武译，中国人民大学出版社2007年版，第120页。

如若属于法律规定所保护的动物，这仍然是正当防卫能否阻却违反相关法律规定的行为的违法性问题。在结果无价值论者看来，根据刑法规范的“评价机能”，这种状态也可评价为“违法状态”，当然的允许这种的“对物防卫”。¹¹换句话说，对于来自于物的侵袭，都是因为管理者的故意或者过失所引起的，应当将来自于物的侵害延伸到背后行为人身上，将此行为作为行为人不法行为的延续，因此，对此危险进行反击就是对人的不法侵害的反击，当然的肯定了对物防卫成立正当防卫的结果。但值得进行思考的是，将动物自发的单纯侵袭视为刑法第 20 条中的不法侵害是否合理？动物单纯的侵袭作为一种非意志控制力量引起的行为状态，对其进行刑法上的规范评价是否妥当呢？

2. 对物防卫否定论

既然违法性的本质是具有违反规范的意思，因此主观违法论认为，对物防卫的行为不能被评价为不法侵害行为，对于正在发生的不法侵害行为必须是受人支配发生的行为，也只有受人支配的行为才能得到法律的规制，这里的野生动物等的行为并没有违反的意思。¹²换言之，不能说在客观上造成了对法益有所侵害的行为，就属于不法侵害行为，对于来自动物的侵袭，我们不能将动物的自发行为延续到人的身上来，因此就不能说动物的自发侵害是不法侵害行为，也就更不能使用相关的法律规范来对此进行规制，因此，否定了物防卫情形成立正当防卫，认为在这种情况下应该成立紧急避险。在日本的司法实践中存在一个这样的早期案例，由此肯定了“对物防卫”情形成立紧急避险：被告人牵着自己养的猎犬（600 日元）经过 A 的家门，但是 A 养的看门犬（约 150 日元）突然咬过来，被告人为了保护自己的猎犬便打死了 A 的看门犬。对此，大审院认定构成紧急避险，从中可以看出，判例并未认可对物防卫成立正当防卫，而是以紧急避险定性的。¹³

其次，有一部分持主观违法论的人认为，确实是因为管理者的故意或者过失让动物对他人产生了危险，因此将动物实施的行为延续到人的身上是合理的，对此种危险进行反击就是对人进行反击，就应当成立正当防卫。但是，这部分学者又反过来说，身临其境，当他人的狗来袭击自己的狗时，如果不将他人的狗打死，那自己的狗就会面临被他人的狗咬死的可能性，这种情况下，自己根本就不会对其管理者是不是存在故意或者过失进行逐一的判断，所以将物的行为延续到背后人的身上来的这一说法就不攻自破了。

最后，我国《民法典》第一百八十二条第二款明文规定：由自然原因引起的危险，紧急避险人不承担民事责任，但可以给予适当补偿。¹⁴虽然这一项规定并

¹¹ [日]西田典之：《日本刑法总论》，刘明详、王昭武译，中国人民大学出版社 2007 年版，第 120 页。

¹² 参见李森：《防御性紧急避险之提倡》，载《法大研究生》2017 年第 2 期，第 158 页。

¹³ [日]西田典之：《日本刑法总论》，刘明详、王昭武译，中国人民大学出版社 2007 年版，第 121 页。

¹⁴ 《中华人民共和国民法典》第 182 条。

没有直接说由动物自发引起的危险情况该怎么样，但是“危险由自然原因”引起的，也就是无故意或者过失的行为都可以评价为“自然原因”，就比如，野生保护动物自发的袭击，我们只能评价为自然原因。这种的理解看起来会更合理一些。我国民法中规定此种情况下，紧急避险人是不承担民事责任的，也就是说此种行为在民法中属于一种合法的行为，而我们刑法将民法上的一种合法行为定性成刑法中的一种违法犯罪行为，这看起来也太不合理了。因此，简单地将“对物防卫”情形中行为人直接针对物进行反击的行为定性为刑事犯罪行为，对行为人来说是否太不公平？

“对物防卫”的案件在见诸媒体时，总是能够引起人们的关注。行为人在无助的境遇下，一方面为了保护自己的财产，另一方面由于物的损害就应该自认倒霉。这往往使公众的内心对行为人的遭遇感到同情，因此心中公平的天平也会向着行为人倾斜。但是对于“对物防卫”的案例，我国法院一贯的做法就是肯定行为人构成犯罪，然后到量刑阶段再对行为人的行为进行考量。由此引发争议。对于本应该在认定行为人是否构成犯罪前需要考虑的因素放到了量刑阶段，这样做对行为人来说就没有出罪的空间了。同样地，既然肯定行为人成立紧急避险，紧急避险行为本就是一个合法行为，对一个合法行为再进行刑事处罚是否更加不合理。因此对于“对物防卫”情形存在的问题，值得我们进一步探讨。

二、“对物防卫”适用传统路径的困境

就“对物防卫”的情形应该如何适用的问题，理论上此情形可以适用正当防卫，因此，可以将来自于物的行为归属于物背后的人的行为，违法性的本质是具有违反规范的意思，来自于背后人的行为当然具有违反规范的意思，应当适用正当防卫；但同时有学者否定成立正当防卫，认为违法性的本质是具有违反规范的意思，违反规范的意思是由人的意志所控制的行为，在“对物防卫”情形中，很显然来自于物的行为并不是由人的意志所控制的行为，同时更不能将此行为延续到背后的人的身上，试想在对危险进行反击时，并不会想危险背后的人人是出于故意还是过失的，若这样对行为进行违反规范的讨论，那对行为人的要求就太高了。如此一来，就出现了“对物防卫”到底是适用正当防卫还是适用传统紧急避险还是适用其他制度的争议。

（一）不能适用正当防卫

2020年8月28日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合印发了《关于依法适用正当防卫制度的指导意见》，该《意见》聚焦防卫手段的松与紧。但这并不意味着在任何情况下，都可以成立正当防卫，成立正当防卫必须要满足正当防卫的各项条件。一、时间条件：正当防卫的发生一般都是危急时刻，行为人不仅没有充分思考的时间和反应时间，而且还会因为当时情况下的紧迫情势导致自己精神慌乱、情绪紧张，进而使行为人的辨识力与决断力减弱。在对物防卫的情形中，危险发生的时间也是紧迫的，和正当防卫发生的时间是一样的。二、危险条件：正当防卫的成立要求正当防卫所针对的必须是不法侵害。关于刑法20条中的“不法侵害”，结果无价值论者认为，故意或过失只是责任要素，而不是违法要素，因此，即使是没有故意或者过失的合法权益侵害行为也是不法侵害，基于此受侵害者或者第三者当然可以对他进行正当防卫。¹⁵但需要厘清的是，“不法侵害”的不法是指违反法律、为法律所不允许的行为，与刑法理论上符合构成要件且违法意义上的不法不是同一概念。¹⁶这里主要讨论的是由动物自发的发生的一种单纯的侵害，不受意志所支配的，且并不会出现故意或者过失的主观因素，这里的物并不会当然的成为违法的主体，因此，动物自发的侵害也不会当然的成为“不法侵害”。三、对象条件：正当防卫所针对的必须是不法侵害人。对物防卫情形中是避险行为人直接针对危险源本身作出的反击。四、限度条件：正当防卫对限度也是有要求，因此要使某一行为成立正当防卫还需要满足限度条件，即

¹⁵ 张明楷：《刑法学》（第六版），法律出版社2021年版，第252页。

¹⁶ 江耀炜：《正当防卫之不法侵害的司法认定：客观条件的主观标准》，载《刑法论丛》2018年第1期，第176页。

不能超过一定的限度。除此之外，对动物自发的侵袭进行刑法上的规范评价也是不妥当的。动物实施的侵袭行为是非人为控制支配力量所造成的状态，与自然界发生的灾害等自然原因的事件在本质上并没有差别，我们并不能对由自然原因引起灾害导致的侵袭进行规范上的评价。因此，在这里对动物自发的发生的侵袭，也很难运用刑法的规范去给予无价值的判断。¹⁷因此对物防卫是不能适用正当防卫的。

（二）不能适用传统紧急避险

前面已经否定了物防卫成立正当防卫，那在否定物防卫成立正当防卫后，应当存在成立紧急避险的可能性，但是我国紧急避险的通说认为紧急避险所针对的避险对象要求是第三者的身体健康或者财物。¹⁸这样一来，针对由物所引起的危险直接进行反击的行为就会出现巨大的空白，“对物防卫”的情形就会出现既不符合正当防卫的条件也不符合紧急避险的条件，避险行为人直接针对危险源进行防卫的行为也就不能适用传统的紧急避险，由此对于直接进行反击的行为就会出现无法进行合理评价的情况。既然不会构成正当防卫也不会构成传统的紧急避险，那对于行为人的处理只能认定为犯罪行为，可是就这样简单地将针对来自于物的危险直接进行反击的行为人进行违法评价，或者在肯定犯罪的同时对行为人的行为进行量刑，对行为人来说是公平的吗？这个问题是亟需解决的。

¹⁷ 参见李淼：《防御性紧急避险之提倡》，载《法大研究生》2017年第2期，第158-159页。

¹⁸ 参见周光权：《刑法总论》，中国人民大学出版社2016年版，第216-217页。

三、“对物防卫”适用新路径的探讨

在“对物防卫”的情形中，不论是在学术界还是司法实践中，都是将应当在讨论是否构成犯罪前需要考量的因素放在了承认构成犯罪后量刑阶段才进行考虑，而且是在否定了不能适用正当防卫制度和传统紧急避险制度后，在我国司法中没有制度可以为“对物防卫”的行为人提供一个合理的出罪事由，就如前面所提到的，难道就必须要对行为人进行刑事处罚吗？站在主观违法论的角度，在否定“对物防卫”当然不适用正当防卫的情况下考虑，此种情形只能考虑适用紧急避险制度，同时其又与我国传统的紧急避险存在不同，而在域外“对物防卫”的情形中还存在一个合理出罪的制度——防御性紧急避险。作为一项域外的制度，在我国发生的“对物防卫”情形中能否适用此制度，是十分值得探讨的。

（一）防御性紧急避险的起源

防御性紧急避险的概念最早出自于《德国民法典》第 228 条对于紧急避险条款的规定，将在此条款中将紧急避险概念划分为攻击性紧急避险和防御性紧急避险。但是在德国早期的刑法学界所进行的紧急避险的研究，往往只包括了攻击性紧急避险的概念，而没有关于防御性紧急避险的研究，但是由于一直存在着由物所引起的防卫性紧急性的紧急状态，因此，到了晚近的时候通过出现的一些具体案例从而认可并日益重视这种情况。¹⁹也就是当面对危险是单纯的来自于物所造成的话，应当如何处理呢？为了解决具体案例所出现的新的理论难题，防御性紧急避险这一概念开始被各路学者从《德国民法典》第 228 条中引用到刑法理论当中，并对此进行进一步地解释研究。德国著名学者金德霍伊泽尔教授为此单独定义：为了防止对某个利益的危险，从而对造成这种危险的利益实施侵犯，成立防御性紧急避险。²⁰在这里必须要说明的一点是，为什么在本文使用的是防御性紧急避险而不是防卫性紧急避险。根据一般人对用语的理解，会将防卫性紧急避险与正当防卫发生混淆，正当防卫中防卫指的是为了自身利益可以不针对不法来源，而用防御性紧急避险，其中更为突出的是其反击是针对不法来源，即是一种“针尖对麦芒”式的反击，因此基于训诂学的考虑，本文以防御性紧急避险为更佳选择。对于危险是来自于物所引起的情况，典型的例子就是：乙用木棍打死了甲的很名贵的纯种狗的行为。前面提到在德国的法律体系中，一般语言所称的和生物学上所指的生物都应该被视作为动物，因此要使反击物的行为被认为是正当化的，不管是德国的理论还是司法实践都是通过超法规的防御型紧急避险来进行处理

¹⁹ [德]克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论》（第 1 卷），王世洲译，法律出版社 2005 年版，第 488-489 页。

²⁰ [德]金德霍伊泽尔：《刑法总论教科书》（第六版），蔡桂生译，北京大学出版社 2015 年版，第 189 页。

的。今天，新刑法典的 218 条已经对此有详细的规范，并且刑法典第 34 条中也规定了阻却违法的紧急避险，使得由来自于物造成的危险所进行的防卫，基本上都有能被解释为防御型紧急避险进而正当化的余地。

（二）与正当防卫、攻击性紧急避险的区别

与正当防卫相比，防御性紧急避险是为了防止危险源对自己的法益造成侵害，而不是为了防止某个不法侵害。²¹通说认为紧急避险是“正对正”的关系，而正当防卫则是“正对不正”的关系，按照这种理解，紧急避险和正当防卫看上去并不存在重叠适用的可能性，但“正对正”的关系是仅仅适用于所谓的传统的紧急避险的，即攻击性紧急避险。但除了传统的攻击性紧急，还存在着一种与正当防卫具有高度相似性的制度，也就是可以直接针对危险源实施反击行为的防御性紧急避险，此种制度也是一种“正对不正”的模式，但与正当防卫相比，防御性紧急避险的手段受到了更为严格的限制，防御性紧急避险成立的前提条件是要比正当防卫宽松的。在正当防卫的条款中明确规定了不法侵害仅仅限于是针对于正在进行的不法侵害行为，而防御性紧急避险中的危险还包括预测性的危险，除了现在存在的危险，还有一种随时可以转化成危险的存在，可能会在一段时间才会发生的危害。因此，防御性紧急避险的对象应当包括所有引起法益损害危险的客体，而对于正当防卫的对象仅仅只有正在实施不法侵害的人。从特别规范优于一般规范的角度来看，对于由人所引起的危险而言，防御性紧急避险属于一般规范，而正当防卫属于特别规范。同时，正当防卫的不法侵害仅仅限于针对人的行为进行合法或者不法的评价，因此，对于由人所引起的且只存在正在进行的不法侵害，则可以完全排除防御性紧急避险的适用，但如果不是正在进行的不法侵害而是一种可能会转化的危险或者并非是由人所引起的不法侵害，则可能通过适用防御性紧急避险而得以正当化。²²另一方面，正当防卫的“不法侵害”仅仅限于对人的行为进行合法或者不法的评价，而“对物防卫”情形中，其所明确的是由物所引起的危险，物在客观上造成或者可能造成危险了，它在主观上并不具有故意或者过失的有责性，也不能对来自于物的危险进行规范性的评价，从而由物所引起的危险不能被评价为刑法第 20 条中的不法侵害，所以“对物防卫”情形完全可以由防御性紧急避险进行规制。

与攻击性紧急避险相比，防御性紧急避险中避险行为人实施的反击行为是针对引起对自己有危险的行为，换言之，针对的是危险源本身，而不是针对无辜的第三人的合法利益。攻击性紧急避险是出现在一种不可避险的相互对抗的利益冲突中，即行为人为了防止更高价值的利益去损害巨大的损失，不得已的损害他

²¹ 李焕集：《类型化视角下防御性紧急避险的正当化根据——兼论“生命冲突案”证成情形的适用根据》，载齐延平主编：《人权研究》第 24 卷，社会科学文献出版社 2021 年版，第 229 页。

²² 参见陈璇：《紧急权：体系建构、竞合适用与层级划分》，载《中外法学》2021 年第 1 期，第 22 页。

人合法的较低的利益的行为。与此同时，攻击性紧急避险产生的结果，一般在社会中会产生积极的影响，因此在此种情况下，即使由于行为人的行为造成他人的合法的利益受到损害了，而行为人的行为还是一种合法的行为。当然这种情况成立的前提条件是必须存在不可避的相互对抗的利益冲突。换句话说，行为人在实施避险行为时必须是不不得已而为之，所针对的对象必须是第三人合法的利益，除此之外，实施的避险行为所侵犯的利益必须小于所要保护的利益，否则就很难阻却违法了；而防御性紧急避险就不同了，它是建立在紧急避险的基础之上的，行为人为了消除他人给自己带来的紧迫的危险，在必要的时候可以直接针对要造成危险的危险源实施的反击行为。这种情况下，行为人为了避险而实施的反击行为并没有像紧急避险那样将危险转移到无辜第三人的利益之上，而是直接对造成危险的危险源本身实施的避险行为，而且根据通说以及危险来自于危险源这一特定情形，因此防御性紧急避险对于法益关系的要求也有着较为明显的影响，特殊情况下，可以在一定程度上突破紧急避险关于限度的条件，即只要所造成的损失并不与要防止的危险比例失衡，就足以成立防御性紧急避险。

（三）“对物防卫”适用防御性紧急避险路径的思考

我国刑法通说认为，紧急避险只能是针对无辜第三人实施的行为，而在“对物防卫”的情形中，危险源就是所要避险的对象，因此如果按照通说来理解，那么“对物防卫”情形就没有适用紧急避险的余地。防御性紧急避险制度起源于域外，近年来，我国有不少学者都在热烈讨论应用防御性紧急避险来为对物防卫情形进行出罪的处理。比如：陈璇教授认为，由于物就是危险的引起者，因此对于物的法益值得保护性必然会有所下降，所以为了保护自己的重大法益而对物造成的危险，在不存在明显失衡的情况下，同时又符合其他要件，避险行为人的反击行为可依据防御性紧急避险得以合法化的可能。²³

本人认为，适用防御性紧急避险解决对物防卫情形当中存在的问题，可以为当前的困境提供一种可行并且新颖的思路，他作为域外的一种制度，尽管在我国刑法中并没有明文规定，但其在我国具有很大的适用空间。一方面，从解释学的角度上看，我国《刑法》21条并没有对其损害的对象作出明确的限定，同时又基于当前我国并没有明确的规定可以对来自于物的危险进行规制，因此针对来自于物的危险直接作出的防御行为当然的属于紧急避险的情形，这样防御性紧急避险完全可以内嵌于紧急避险的条文之中，为我国紧急权体系填补漏洞，与正当防卫、传统紧急避险共同构成了我国刑法中的紧急权体系。对于防御性紧急避险的成立，他兼具了正当防卫与传统紧急避险的双重理论依据，他的成立条件并没有

²³ 参见陈璇：《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》，载《政治与法律》2015年第9期，第13-26页。

传统紧急避险制度那么严格，也没有我们所想象的像正当防卫那么宽松。当所保护的利益小于所受到损害的利益时，也是成立防御性紧急避险的；对于发生了破坏生命法益的行为，就要用正当防卫进行规制了，其并没能因此成立防御性紧急避险而使行为得以合法化。可以说，防御性紧急避险的成立的限度条件是介于传统紧急避险和正当防卫之间的。另一方面，尽管他们在成立条件存在共性，但他们的性质是不同的，正当防卫是建立在自我权利保护原则与法确证原则之上，换言之，正当防卫制度允许公民在面对迫在眉睫、刻不容缓的危险的不法侵害时实施自我保护的行为，与此同时通过防卫行为维护社会秩序，这表明了侵犯法秩序是担负着极大的风险的行为；²⁴紧急避险制度是建立在利益衡量理论的基础上，但在利益衡量的基础上要通过目的理论对他进行限制，必须是为了正确的目标使用正确的手段实施的行为，这样做才符合社会道德的整体评价。²⁵而对于防御性紧急避险来说，其是兼备二者双重的理论根据，即自我权利保护与利益衡量原则，然后才在这个基础上确立了他的成立条件。除此之外，我国《民法典》第一百八十二条规定：危险由自然原因引起的，紧急避险人不承担民事责任。²⁶也就是说，在危险是由自然原因引起的且在避险行为人并没有过错的情况下，避险行为人一般是不承担民事责任的。即使在某个具体的案件中，认为需要避险行为人来承担“适当的民事责任”，那行为人承担的也只是基于受益人身份的公平责任。²⁷在我国侵权责任法处更是明确的表明，紧急避险人最多也只是需要给予他人适当的补偿，从而更加明确的指出了，避险行为人就只是基于公平责任而承担民事责任这一结论。²⁸除此之外，“对物防卫”的情形成立防御性紧急避险后，防卫人通过防御行为使自己的合法权益得到了保护，但此时危险源由于防卫人的行为由此陷入了危险的境地，避险行为人不应该对此负责。危险源方受到损害不应该由避险行为人一方来承担损害的责任。虽然在危险源一方由于防卫人的行为正处于危险的境地，但是防卫人的行为已被确认为避险行为，此行为是合法行为，而非犯罪的行为，所以危险源一方陷入危险境地是由于合法行为导致的，而不是由于犯罪行为或者说是由不作为的行为引起的。站在法益保护的角度来讲，避险行为人是不会承担刑事责任的。

综上所述，就对物防卫情形而言，在我国目前的犯罪论体系中，要想为避险行为人直接进行反击的行为找到一个合理的出罪事由基本是不可能的。但考虑提倡运用防御性紧急避险，可以很好的使行为人的合法权益得到维护，从而使行为人的法益得到全面的保护。

²⁴ [德]罗克辛：《德国刑法学总论》（第1卷），王世洲译，法律出版社2005年版，第424-425页。

²⁵ [德]罗克辛：《德国刑法学总论》（第1卷），王世洲译，法律出版社2005年版，第468-469页。

²⁶ 《中华人民共和国民法典》第182条。

²⁷ 陈璇：《生命冲突、紧急避险与责任阻却》，载《法学研究》2016年第5期，第133页。

²⁸ 参见张新宝、宋志红：《论侵权责任法中的补偿》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2010年第3期，第37页。

以上内容仅为本文档的试下载部分，为可阅读页数的一半内容。如要下载或阅读全文，请访问：<https://d.book118.com/316003225004010052>