

分类号: D914

学 号: 20192102023

单位代码: 10759

石河子大学

硕士学位论文



防卫行为造成第三人损害的刑事责任认定研究

学 位 申 请 人	杨 杰
指 导 教 师	曹 缅 副 教 授
申 请 学 位 类 别	专 业 硕 士
专 业 名 称	法 律 (非 法 学)
研 究 领 域	刑 法 学
所 在 学 院	法 学 院

中国·新疆·石河子

2022年6月

分类号：D914

学 号：20192102023

单位代码：10759

石河子大学

硕 士 学 位 论 文



防卫行为造成第三人损害的刑事责任认定研究

学 位 申 请 人	杨杰
指 导 教 师	曹 緬 副教授
申 请 学 位 类 别	专业硕士
专 业 名 称	法律（非法学）
研 究 领 域	刑法学
所 在 学 院	法学院

中国·新疆·石河子

2022年6月

**Research on criminal Liability Determination of damage to third
Party caused by Defense behavior**

A Dissertation Submitted to

Shihezi University

In Fulfillment of the Requirements

for the Degree of

Master of Law

By

Yang Jie

(Criminal law)

Dissertation Supervisor: Prof. Cao Mian

June, 2022

石河子大学学位论文独创性声明及使用授权声明

学位论文独创性声明

本人所呈交的学位论文是在我导师的指导下进行的研究工作及取得的研究成果。据我所知，除文中已经注明引用的内容外，本论文不包含其他个人已经发表或撰写过的研究成果。对本文的研究做出重要贡献的个人和集体，均已在文中作了明确的说明并表示谢意。

研究生签名: 杨杰

时间: 2022 年 5 月 31 日

使用授权声明

本人完全了解石河子大学有关保留、使用学位论文的规定，学校有权保留学位论文并向国家主管部门或指定机构送交论文的电子版和纸质版。有权将学位论文在学校图书馆保存并允许被查阅。有权自行或许可他人将学位论文编入有关数据库提供检索服务。有权将学位论文的标题和摘要汇编出版。保密的学位论文在解密后适用本规定。

研究生签名: 杨杰

时间: 2022 年 5 月 31 日

导师签名: 曹玉

时间: 2022 年 6 月 1 日

摘要

近年来发生的正当防卫案件使得防卫行为的相关问题重新回到人们的视野中，两高最新出台的关于正当防卫的司法解释对正当防卫的认定作了进一步的完善，同时也为司法实践提供了更加全面、细致的指导。然而，在某些具体的防卫案例中，存在着一种较为复杂的情况，即行为打破了防卫的界限，使得无辜的第三人因防卫人自身或加害人等因素的影响，被动地陷入了防卫关系中，从而打破了防卫与加害之间的相对性，因此存在着一些特殊性。但问题在于，当针对不法侵害人的防卫行为侵犯到无辜第三人法益并造成损害时，应当如何评价，学界一直众说纷纭，但大体上可分为两类：一类是将其视为正当化事由，肯定行为的合法性，其中包括“正当防卫论”和“紧急避险论”。另一类则是主张该行为具有违法性，根据对法益造成的侵害依其罪过形式追究刑事责任，包括“假想防卫论”、“假想避险论”和“错误论”等主张。从当下司法实践的现状来看，在处理防卫偏差造成第三人损害的案件时，虽然认定行为人成立过失犯罪是一种普遍的做法，但多数裁判对于理论的分析只言片语，缺乏说服力，导致人们只能看到司法判案的思维结果，而无法看到司法判案的思维过程。此外，将此类案件归结为过失犯罪，是否符合责任原则，也有必要进行深入的研究。本文通过采用分析研究法、比较研究法、案例研究法等法学研究方法对防卫行为造成第三人损害的刑法评价问题提出一己之见，通过评介相关学说，深化理论研究，并分别从“四要件”和“阶层论”两种不同的犯罪构成体系中分析和研究“错误论”，破除打击错误在防卫行为中的适用障碍，为防卫行为造成第三人损害的特殊情形探寻合理的推导路径。虽然防卫行为侵犯第三人法益在正当防卫理论中属于一个“小问题”，但由于涉及防卫行为是否正当、责任的评价和无辜第三人法益保护等问题，因而并非无关紧要。本文的推导路径及结论以期能深化正当防卫理论研究，并可以对司法实践有所裨益。

关键词：防卫行为；行为偏差；第三人损害；打击错误；责任

Abstract

In recent years, justifiable defense cases have brought the relevant issues of defense behavior back to people's vision. The latest judicial interpretation of justifiable defense issued by the two high courts has further improved the identification of justifiable defense, and also provided more comprehensive and detailed guidance for judicial practice. However, in some cases, implementation of the defense behavior has a more difficult situation, namely the defense behavior through the relationship between attack and defence, make the innocent third party for defense behavior deviation or offender reason into a defense of closed relationships, which broke through the relativity of justifiable defense relations, therefore has a certain particularity. But the problem is, when a defensive act against unlawful infringer infringement and cause damage to the innocent third party law benefit, should be how to evaluate, the academic circles has been debated, but in general can be divided into two kinds: one kind is as a justification for the legality of certain behavior, including the "theory of justifiable defense" and "theory of emergency actions". The other is that the act is illegality, according to the infringement of legal interests caused by the form of criminal liability, including "hypothetical defense theory", "hypothetical hedge theory" and "error theory" and so on. Looking from the present situation of the present judicial practice, in dealing with defense deviation of third party damage cases, although that person set up criminal negligence is a common practice, but most of the referee for the analysis of the theory, lack of persuasive, leads people to see only the judicial judgment of thinking as a result, and can't see the thinking process of judicial judgment. In addition, it is worth further discussing whether the general identification of such cases as negligent crimes conforms to the principle of liability doctrine. In this paper, by using analysis method, comparative study, case method law research methods, such as damage caused to a third person for defense behavior evaluation question put forward own views of criminal law, based on the related theory of statement, deepening the theoretical research, and respectively from the "four elements" and "class" in the crime constitution system of two different analysis and study on the "wrong", In order to find a reasonable path for the special case of the third party's damage caused by the defense behavior, we should break down the obstacle of the application of strike error in the defense behavior. Although the act of defense infringes upon the legal interests of the third party is a "small problem" in the theory of justifiable defense, it is not insignificant because it involves such issues as whether the act of defense is justifiable, the evaluation of liability and the protection of the legal interests of the innocent third party. The derivation path and conclusion of this paper are expected to deepen the research of self-defense theory and be beneficial to judicial practice.

Key words: defense behavior; behavior deviation; third party damage; strike wrong; responsibility

目录

摘要	I
Abstract	III
绪论	1
防卫行为造成第三人损害的三种情形	3
1.1 第三人的范围	3
1.2 加害人利用第三人的物或人身进行加害	3
1.3 防卫人利用第三人的物或人身进行防卫	4
1.4 防卫行为发生偏差造成第三人损害	4
防卫行为造成第三人损害符合正当化行为	6
2.1 正当化行为的概念以及与犯罪构成体系的关系	6
2.2 紧急避险论	6
2.2.1 紧急避险的概念与构成要件	6
2.2.2 紧急避险的正当化依据	7
2.2.3 紧急避险视角下的第三人损害及评析	8
2.3 正当防卫论	11
2.3.1 正当防卫的概念与构成要件	11
2.3.2 正当防卫的正当化依据	12
2.3.3 正当防卫视角下的第三人损害及评析	12
防卫行为发生偏差造成第三人损害作为危害行为	17
3.1 危害行为的概念与特征	17
3.2 假想防卫论	17
3.2.1 假想防卫的概念与特征	17
3.2.2 假想防卫视角下的防卫偏差造成第三人损害	18
3.2.3 假想防卫论之否定	18
3.3 假想避险论	19
3.3.1 假想避险的概念与特征	19
3.3.2 假想避险视角下的防卫偏差造成第三人损害	19
3.3.3 假想避险论之否定	20
3.4 打击错误论	20
3.4.1 打击错误的概念与特征	20
3.4.2 犯罪构成体系与打击错误的关系	21

3.4.3 打击错误在四要件犯罪构成体系下的适用缺陷	21
3.4.4 打击错误在阶层犯罪构成体系下的适用可行性	22
3.4.5 打击错误的内部学说	23
防卫行为发生偏差造成第三人损害的责任认定	26
4.1 责任的必要性与责任区分方式	26
4.2 构成疏忽大意的过失	26
4.3 构成意外事件	27
4.4 缺乏适法期待可能性	28
结语	30
参考文献	31
致谢	33
作者简介	34

绪论

防卫行为对第三人造成损害是指防卫行为突破了防卫与加害之间的相对性，使得无辜的第三人因防卫人自身或加害人等因素的影响，被动地陷入了防卫关系中，从而造成了法益受损的结果。理论上一般将其称之为“防卫行为涉及第三人”。至于防卫行为损害第三人法益的范围，可以分为以下三类：1.由于防卫行为的偏差，意外地指向了在场的无辜第三人，造成其法益损害的后果（包括财产损害和人身损害）；2.不法侵害人利用第三人的身体或财产实施加害，行为人进而针对加害行为予以反击造成第三人法益受到损害的情形；3.防卫人在实施防卫行为时，由于客观因素或自身因素而缺乏防卫条件进而选择利用第三人权益，包括人身或财产进行防卫从而导致第三人法益受损的情形。在理论上，关于防卫行为造成第三人损害的处理方法有两种，一是将其作为正当事由，并确认其合法性。另一种则是根据行为对法益造成的现实损害依其主观责任追究刑事责任，认为应当构成相应的过失犯罪。前者将防卫行为涉及第三人法益时视为正当化事由，其中包括正当防卫论和紧急避险论，认为防卫行为突破了防卫关系时，对关系以外的其他法益造成侵害的只要具备了法律规定的相应必要条件则不具有违法性，因而不受法律的谴责。而后者则针对防卫行为的偏差造成第三人损害时主张防卫人的行为具有违法性，包括假想防卫论、假想避险论以及错误论，其中错误论是以打击错误为出发点，又将打击错误分为法定符合说与具体符合说分别加以讨论。法定符合说认为加害人与第三人都属于一般意义上的人，防卫人对加害人实施的故意反击行为发生于第三人时亦应当成立故意，因对第三人的损害不被法律所允许，所以成立故意犯罪。具体符合说则认为加害人与第三人不同属于一般意义的人，而是两个具体的人，因此防卫人对于加害人实施的故意反击行为只能针对于加害人，当结果作用于其他具体的第三人时则不能概括性的认定为故意。法定符合说与具体符合说之争其实质也是形式法学与实质法学之争。在实务中，对于防卫行为发生偏差而造成第三人损害的，一般也是作为过失犯罪处理。但是，对于犯罪的构成原理以及推导逻辑却模糊不清，说理性不强。此外，错误论中的打击错误概念是否存在适用障碍，因为打击错误这一概念是指在行为人实施侵害行为时，出于自身原因导致的结果发生目标与原目标不一致，所以其原本的适用场合是实施侵害行为时或者说实施故意犯罪时。而防卫行为发生偏差造成第三人损害时，其实施行为的出发点或目的是为了保护法益的正当行为而非故意的犯罪行为，那么对于打击错误这一概念如何适用于保护法益的正当行为则亟需予以解释，而目前相关的判例以及文章对于此问题却没有提及。

本文大致分为四个部分：第一部分是防卫行为侵害第三人法益的情况予以分类说明，并收集相关案例，说明此类型案件并非偶然事件，具有一定的研究价值。

第二部分为各个学说视角下防卫行为侵害第三人法益的行为性质认定，并根据各学说的内部逻辑和学者主张的部分观点来予以分析和评价。

第三部分是本文从“四要件”和“二阶层”两个不同的犯罪构成体系下，对打击错误在正当行为中的适用进行推导，并对“四要件”构成体系在处理这一问题上存在的缺陷进行了分析，从而得出“二阶层”体系在适用上的优越性，进而以打击错误中具体符合说对行为的危害性加说明，并排除了故意犯罪的可能性。

第四部分为责任部分，以行为人的防卫手段作为界定标准，区分行为人是否认识到防卫行为造成第三人损害的认识可能性和注意义务，以此区分过失犯罪或意外事件，并结合我国刑事法律的背景和现状加以分析，探寻期待可能性理论在此类案件中是否具有生存空间。

防卫行为造成第三人损害的三种情形

1.1 第三人的范围

由于防卫行为将第三人牵扯进了封闭的防卫关系中，那么为对此行为的性质进行认定就需要对第三人的范围加以确定。本文认为，应当以正当防卫的对象要件为基础，对无辜第三人的范围进行界定。正当防卫要求防卫必须以不法侵害人为目标，而不法侵害人则主要是指参与到实施不法侵害行为的人员，其对被侵犯者的人身、财产造成直接威胁或影响。因而，对不法侵害人的范围不能作狭窄的认识。从共同犯罪的角度来看，应当认为侵害人不仅仅是指侵害行为的实行犯，还有在场的教唆犯、帮助犯。例如，2009年，与黄某某有过节的牟某与宁某和黄某某等人在一家酒吧相遇，于是黄某某等人找机会对牟某痛打了一顿，牟某受伤后逃跑。牟某的朋友将受伤的牟某接走后，黄某某和宁某等人又发现他们。牟某的朋友拦住黄某某等人，防止牟某再次受到加害，但却被黄某某打伤头部，牟某见状便与对方打斗起来，慌乱中，牟某用随身携带的匕首在宁某腹部刺了一刀，宁某当场死亡。法院认为，本案中，宁某积极参与了双方的冲突，虽然没有直接伤害牟某及其朋友，但是宁某的行为并没有构成对第三人的损害。这也说明，在共同侵害行为中，防卫的对象不仅限于直接侵害人，而且还可以针对其他共同犯罪人。因此，无辜第三人的范围应是在侵害行为发生到结束的所有阶段都未主动参与的无关人员，甚至是与防卫人处于同样境地的其他受害人。

1.2 加害人利用第三人的物或人身进行加害

加害人利用第三人财物或人身作为加害手段实施加害行为，通常是由于情绪或突发性事件导致临时产生犯意，但身边又缺乏实施犯罪的条件或作案工具，因此选择利用他人法益实施犯罪行为，从而导致受害人为了保护自身利益只能对他人的法益进行反击。例如，1.马某某与曹某在朋友李某某家喝酒时产生了争执，马某某随手拿起李某某家摆放的价值十万元的花瓶扔向曹某，曹某拿起身后的座椅格挡，结果导致花瓶被打碎。2.刘某和徐某某素有恩怨，一日刘某私自牵朋友饲养的烈性犬外出散步时，与徐某偶遇，刘某故意挑逗烈性犬攻击徐某某，徐某某情急之下拿起地上的砖块将狗砸死。3.神某与杨某外出时发生争吵，杨某突然起了杀心，随即将一名路人推向神某，意图将神某撞击至马路中央被疾驶的汽车撞死，但神某眼疾手快，一把将路人推至一旁，造成路人手臂骨折。

1.3 防卫人利用第三人的物或人身进行防卫

防卫人利用第三人财物或人身进行防卫,通常是指防卫人在面对突如其来的侵害行为时,为了保全或者减少自身利益的损失从而选择利用他人财物或人身进行反击,造成他人法益受到损害的行为。从行为模式上来看,防卫人利用他人的法来益保护自身法益的行为实属于紧急避险,但从避险意思必要说的角度来看,防卫人误将他人财物当做自己的财物进行反击的行为缺乏避险意思只具有防卫意思,因此是否还能认定为紧急避险有待商榷。例如,1.某日甲乙两辆装载了相同货物的货车在行驶中发生碰撞致甲货车侧翻货物散落,乙货车也造成了部分少量货物散落,此时附近路过的村民发现后哄抢散落的货物,甲货车司机为了阻止村民哄抢进而保护自己的财物,慌乱中捡起了乙车散落的货物予以反击试图制止村民的行为。2.甲在商场购物时偶遇仇人乙,乙发现甲后立即掏出随身携带的匕首意图伤害甲,甲为了保护自己免受伤害,无奈之下拿起身边柜台上摆放的玉器对乙进行反击,导致玉器被毁损。

1.4 防卫行为发生偏差造成第三人损害

防卫行为发生偏差造成无辜第三人损害是指防卫人在受到侵害时,出于保护自身法益的目的而采取的针对加害人的反击行为,但由于自身原因或第三人原因导致防卫行为指向错误,从而造成了不应有的第三者损害的结果。防卫行为发生偏差造成无辜第三人损害的案例如下:

1.2021年2月20日1时40分许,在广东省廉江市同济南路某酒吧门口处,吴某德、罗某明等人与杨某哲、钟某亨等人因车辆剐蹭引发冲突。期间,罗某明被杨某哲、钟某亨等人围殴,吴某德意图驾车冲撞对方解救朋友罗某明时,因光线昏暗未看清罗某明倒地位置,致使罗某明被碾压并卷入车底拖行。后罗某明经送医院抢救无效死亡。3月23日,公安机关以涉嫌故意伤害罪提请检察机关批准逮捕犯罪嫌疑人吴某德。^①

2.2013年2月10日凌晨2点,秦某甲与同村的李某,张某,刘某等人在秦某乙家里喝酒,中途刘某与秦某甲起了争执,李某、张某等人阻止了二人争吵。秦某甲、李某在返回家中的路上被任某,刘某,张某追赶到李某家,任某、刘某对秦某甲、李某动手殴打,秦某甲拿起墙角的酸刺棍进行防卫时,不小心将在一旁劝阻的张某打致重伤。后秦某甲因过失致人死亡罪,被法院判处有期徒刑6个月。^②

3.1993年2月8日,工人刘某和黄某在工作中因为一次铲沙发生争执,被一位工友

^① 环球网:多人因车辆剐蹭引发打斗致1人死亡.2021.02.20

^② 甘肃省岷县人民法院(2014)岷刑初字第162号刑事判决书。

劝阻。刘某于2月15日下午召集工厂内的多名员工到车间寻找黄某，将其暴打一顿。后黄某逃入厂内办公室躲避，刘某等人又穷追不舍，最后被车间主管拦住。黄某回到车间继续干活时，刘某等人又对其进行殴打，黄某则始终躲闪退让。当他退到工具箱旁边时，从工具箱里捡起一块铝合金铸件，扔向刘某，刘某脑袋一歪，正好打中了劝架的王某。后经法院审理，黄某因过失致人死亡罪被判入狱10个月。

4.在日本发生了一起团伙斗殴事件，被告人哥哥已经失去了行动能力的情况下，对方团伙依然继续加害，被告人为了救自己的哥哥，驾车向对方团伙驶去，在倒车过程中，撞到了加害人的右手（但没有造成伤害），还撞倒了他的哥哥，导致其哥哥被碾压致死。（日本法院对这一案件的两次审理结果均不相同，下文详述）

5.在刘某君故意伤害案中，被告人刘某君与被害人刘某在吃完宵夜后，偶遇张某等人从饭店二楼下来，张某与刘某君和刘某因过去的琐事起了争执，并发生了打斗。刘某君为了保护自己 and 刘某不被殴打，使用随身携带的匕首进行自卫，但刘某君在用匕首刺向张某等人时，却因为未看清防卫对象而刺向了刘某，至其当成死亡。贵州省高院认为，刘某君为了维护刘某和自己的合法权益，用匕首刺向张某等人，是对不法侵害的还击，是正当防卫。刘某君、刘某二人都是受害人，刘某君对刘某进行了刺杀，导致其死亡，明显不是有意为之，属于误伤。刘某君用匕首防卫，致使加害人之外的人死亡，虽有过失，但不是其主观故意，也没有超出其防卫意图。^③

^③ 贵州省高级人民法院（2017）黔刑终520号刑事判决书。

防卫行为造成第三人损害符合正当化行为

2.1 正当化行为的概念以及与犯罪构成体系的关系

正当化行为是指行为在客观上与刑法中某一罪名的构成要件相吻合，但由于某种特定的理由而否认其违法性，即该行为虽满足了构成要件，但并不要求行为人承担任何刑事责任，因而将是行为排除于犯罪之外的特殊情形。

对于造成第三人损害的防卫行为，无论学界主张“紧急避险论”或“正当防卫论”，均无一例外地将其视为正当化行为。然而无论是在其他国家还是在我国，对于正当化行为在刑事立法中的地位，学界都给予了广泛的重视。但是，由于各国法律传统和社会基础的差异，不同国家、不同法系之间对正当化行为在刑法中的定位也有不同的理解。在大陆法系阶层式的犯罪构成体系中，正当性行为以违法阻却事由的形式，被置于犯罪构成的第一层次要件即违法性之中，违法性是评价性要件，在一般情况下，该当构成要件的行为就被推定为具有违法性，而当该构成要件被推翻为非违法性事由时，即称为违法性阻却事由。^[1]这种阶层式的犯罪构成体系和起源于苏联的四要件犯罪构成体系有很大的不同，四要件作为耦合式犯罪构成体系，四大要件共同组成了犯罪构成的积极条件，并没有为正当化行为留下任何“栖身之地”，这样一来，正当化事由即正当防卫、紧急避险就只能作为游离于犯罪构成体系之外的消极条件，成为了犯罪构成体系之外的独立元素。在英美法系的“犯罪本体要件-责任充分要件”这一双重犯罪构成体系中，刑事上的正当性行为是以“正当理由”和“可得宽恕”相结合而构成的法定辩护事由，并将其置于犯罪构成的第二个要件中，也就是责任充分要件。在英美法系和大陆法系，刑法中的刑事责任制度都是以危害行为作为核心，而非犯罪的正当行为则是一种例外。

2.2 紧急避险论

2.2.1 紧急避险的概念与构成要件

根据我国刑法第 21 条，紧急避险是指为了保护国家、公共利益、个人或他人的正当利益免遭正在发生的危险，不得已对第三人的正当利益造成损害的行为。紧急避险在我国刑法中作为法定的合法行为，其成立必须符合下列条件：

第一，须有现实的危险存在，但紧急避险所面临的危险与正当防卫有所不同，正当防卫中要求的危险只能是来源于人的行为，而紧急避险中危险的主要来源不仅是人的危害行为，自然灾害、动物侵害、人的生理疾病等灾害都可作为危险源；

第二，必须是在危险正在发生的情况下才能采取紧急避险，而在危险发生之前或之

后，均不可以采取紧急避险措施，否则属于避险不适时。

第三，紧急避险的本质特点是为了保护更大的合法利益，而把风险转移到其他更小的利益上，所以，作为紧急避险的对象，只能是其他人的合法权益。

第四，紧急避险的行为是以牺牲一个利益来保全另一个利益的损害行为，所以只能在万不得已的情况下才可实施避险行为。

第五，紧急避险造成的损害必须小于要保护的利益，如果避险行为造成的损失超过或等于被保护利益，则该行为属于不当行为，因此，避险人应对其所造成的损失承担相应的法律责任。

第六，行为人必须有正当的避险意思，避险意思指的是避险主体实施避险行为时的主观状态，其中包括避险目的和避险认识。避险目的是为了国家、公众利益、本人或他人的合法权益免遭危害，即实施避险行为的动机。避险认识则是指行为人主观上对自己所采取的行为是紧急避险有明确的认识，且意识到其行为会对他人的正当利益造成损害。

然而，也有学者认为，紧急避险的主观要件中不包含避险意思，没有避险意思的避险行为是一种“过失的紧急避险”，其仍然是紧急避险的一种。支持者认为缺乏避险意思的避险行为在外观上符合了紧急避险的所有形式要件，而“过失的紧急避险”行为只是不具备紧急避险中的“故意”，按照当然解释，“故意”的行为可以被合法化，那么“过失”的行为更应得到承认。另有部分学者认为，避险意思作为紧急避险的主观构成要件，但应从广义上理解，不必将避险认识纳入其中，只要行为人具备保护法益免受危险的避险目的即可认为具有避险意思。

本文从避险意思必要性的立场出发，认为避险意思不仅是紧急避险的主观构成要件，而且应当将避险目的与避险认识完整地结合起来，二者缺一不可。首先，我国刑法以主客观相一致为基本原则，紧急避险作为法定的正当化行为也应当以此原则为基础，即无论入罪还是出罪至少都应符合刑法的基本原则。其次，正当防卫与紧急避险同时作为正当化行为，两者在行为外观上具有一定的相似性，在目的上更是具有一致性，都是为了保护他人或自身利益免受危害。然而，避险认识和防卫认识则有很大区别，主要集中于行为人对自身行为性质的认知不同。如果按照上述广义的避险意思加以理解，在只承认避险目的而不承认避险认识的情况下，那么就可以将避险意思包含为防卫意思，也可将防卫意思包含为避险意思，这就大大模糊了正当防卫与紧急避险的界限，淡化了主观认识在支配行为中的作用，更是增加了在实务中对行为性质的界定难度。因此，避险意思不仅是紧急避险必要条件，同时也不应过度缩限其含义。

2.2.2 紧急避险的正当化依据

紧急避险作为侵害第三者合法权益的行为之所以能予以正当化，是因受到功利主

义思想的深刻影响。从功利主义哲学的角度来看，一个社会的整体利益是由全体公民间的利益总和构成的。倘若一条法律规范或行为准则可以使“大多数人得到最大的幸福”，那么它就是“善法”，是正确的规则。这种以社会整体利益为出发点的思想在很大程度上影响了我们关于紧急避难的认识。不管是强调紧急避难对整个社会有利，抑或是由于其缺乏对法律利益的危害，其实质上都属于功利主义立场的态度。譬如，普遍的观点认为，紧急避难是一项有益于整个社会的合法行为，虽然客观上会造成一些损害，但结果则是维护了某些更大的法律权益。^[2]另有部分论者认为，紧急避险是“在紧急危险的情况下，为了维护较大的合法权益而不得已采取的损害较小的合法权益的行为”，从而否定客观危害。无论如何，公民在其正当权益受到威胁时，为了维护更大的利益而伤害较小的权利，明显是一种以社会效果为中心的功利性观点。但是，我们也应当看到，纯粹的功利主义的立场存在着严重的缺陷，它过分强调社会整体利益，抹杀了公民个人权利的特性，正如法学家罗尔斯所批评的那样：“功利主义不会认真对待人与人之间的差异。”^[3]功利主义以社会本位为导向的利益均衡理论把所有社会成员的个人利益抽象化，试图把个人利益看做社会整体利益的一部分，不管哪些个体的权益在这个进程中受损都不重要，重要的是社会整体利益可以被最大化。因此，注重法益衡量的功利主义原则很容易导致不公正的后果。近年来，一些学者发现功利主义的法益衡量有其缺陷，提出在权衡法益时应当兼顾他人的自主性或自律性，力求在一定程度上对社会本位的功利性观点进行一定的修正，把个人的利益保障纳入到紧急避险的利益权衡当中，加速推进功利论与个体权利相结合的目标。

2.2.3 紧急避险视角下的第三人损害及评析

（一）加害人利用第三人的物或人身进行加害

在加害人利用第三人法益实施加害行为的情况下，紧急避险论者认为防卫者实施的防卫行为客观上侵犯了无辜第三者的法益（包括财产权和人身权），而第三人在侵害行为发生时不存在任何的过错，既无故意也无过失，其法益相对于防卫者而言并无优劣高低之分，因此第三人法益应受到与被侵害者法益同等程度的保护，此外，从权利关系上看依然属于“正对正”的关系。其论者还试图通过正当防卫的行为模式进行反向论证，以加强自己的观点，认为正当防卫之所以“正当”，是因为只适用于对侵害人自身的攻击，而对“第三人”的侵害行为则不能被认定为正当自卫。换句话说，正当防卫成立的基础是，受害人的法律利益相对于侵害人的利益来说是最优的，如果侵犯他人的法律利益，则失去了正当防卫的基础依据，因此不能构成正当防卫，只有在符合紧急避险要件的情况下，例外地阻却违法。^[4]

本文认为，紧急避险说的不足之处在于过分强调形式的符合性，始终站在形式法学的角度来看待此种情况从而忽略了其实质内涵。紧急避险论并未真正地考虑到第三人的

法益实际上是处于侵害人的控制和处分之下，甚至可以说，第三人的法益已经丧失了独立性，无论是财产还是人身都已经成为了侵害人实施侵害的工具。同时，如果没有侵害人的利用行为，第三人的法益也不会被牵扯进防卫关系中，更不用说对其造成伤害。所以，第三人法益是构成侵害的组成部分，防卫人的目标依然是侵害人的行为，这种关系结构并未超出“正对不正”的范围。如果根据紧急避险加以判断，则必须具备上述构成要件第四条的补充性原则，即不到万不得已或别无他法的情况下，不得采取避险行为。在防卫人反击不法侵害人同时侵害第三人法益的情况下，成立紧急避险就要求损害第三人法益是唯一的办法，这极有可能会使防卫人为了避免损害第三者法益而只能予以躲避，但这未免对于防卫者的要求过于苛刻。因此，在这种情况下，被害人不必规避或退让，迫使自己置于“危险的防卫尝试的境地”。^[5]而且，如果否定了正当防卫的可能性，而将其视为紧急避险，那么，就会发生一个尴尬的状况：防卫人对侵害人的行为可以随时采取防卫措施，而面对加害人使用第三人法益进行侵害时，只有在必要的时候才可以采取避险措施，这是在变相地怂恿侵害人使用第三人的权利来实施侵害，以降低自己被反击的可能性，这是不能被人们所接受的。

（二）防卫人利用第三人的物或人身进行防卫

面对此类情形，紧急避险论认为其有别于侵害者利用第三人法益的情形，第三者法益在前者中属于侵害行为的构成要素，而在后者中属于避险行为的构成要素，两者有着本质区别。^[6]防卫人迫不得已采用损害他人法益的方式制止不法侵害的行为，符合紧急避险的形式要求和实质要求，契合了“正对正”的法益冲突结构。^[7]因此，应当成立紧急避险。如案例中，乙的攻击既是不法侵害，也是正在发生的危险，甲为保护自身权益而借助商场的利益向乙反击，可以说甲通过对玉器的损害转移了自己的危险，且甲的行为已经满足紧急避险的补充性条件（即除损害商场利益外别无他法）和限度条件，因而完全符合紧急避险的构成要件。但是，如前所述，从避险意思必要说的立场来看，在极其混乱的情况下，防卫人对第三人财物的权属法益发生了错误认识，误以为是自己所有从而实施的防卫的行为，因为缺乏避险意思而不能成立紧急避险。

（三）防卫行为发生偏差造成第三人损害

持紧急避险论者借助正当防卫的对象条件对自身观点加以佐证，认为正当防卫的构成要件中明确规定防卫行为是对紧急的不法侵害人的反击，如果反击行为发生偏差造成了第三人损害的结果，则不再属于对不法侵害的反击，因此不属于正当防卫，相反，符合紧急避险的条件，应当成立紧急避险。日本学者大塚仁教授用实例说明了他的观点：A手持日本武士刀，猛地朝B劈来，B为还击，从脚边捡起一块石头掷出，但没有击中A，反而打中了恰好路过的C，造成C受伤，或同时击中A和C，造成C受伤。B向侵害人A投掷石头的行为，自然构成正当防卫，至于对C的关系，应当认为只要不超过法益均衡性的限制，便可成立紧急避险。^[8]大谷实教授也同样指出，通过反击不法侵害

人保护自身利益的防卫意思中，同时还包含了避险意思，因此主张将对第三人造成的损害视为紧急避险的观点是妥当的。^[9]学者陈家林教授提出了“综合说”，^[10]主张对防卫结果发生于第三人身上的情况进行具体问题具体分析。第一，在紧急必要的时刻，如果为了保护更大的利益免受侵害而使第三人的法益受到较少的损害，应当构成紧急避险。但假如超过了一定的限度时，则是避险过当。如 A 绑架了 B，用 B 做掩护，打算炸掉一家购物中心，而此时商场里还有一些群众，警察 C 为了保护其他群众，被逼无奈，只好开枪杀死了 A，并使 B 受了重伤。第二，在防卫时，因过分紧张而错误地将第三人当作不法侵害人从而采取的防卫行为，则不是紧急避险，而是属于假想防卫。第三，要成立正当防卫与紧急避险，应当具备对象性、时间性以及限度性等相关要件。在不满足上述条件的情况下，不能成立正当防卫或紧急避险。尤其是对第三人的加害，不是出于防卫目的或者避险目的，应当认为成立故意犯罪。陈家林教授主张的综合说本质上属于紧急避险说，两者之间没有本质区别。此外，陈家林教授主张所主张的第二种情况是典型的假想防卫，第三种情况实质上则就是故意犯罪，因此这两种情形都非本文所论述的防卫行为发生偏差造成第三人损害的情况。

紧急避险说主要存在以下问题：第一，成立紧急避险不仅要满足法益均衡性要件即“两害相权取其轻”，而且存在现实的“法益冲突关系”，即行为人当时身处自行忍受危险和侵害或牺牲第三人法益以保全自身的“二择一关系”之中。^[11]换言之，除了牺牲第三人法益以外，没有其他任何办法可以避免危险，而且要求采取这种行为也是摆脱目前困境最好的办法。但是，当防卫行为发生偏差造成无辜第三人损害时，防卫人并没有陷入损害第三人法益和救济自身法益二择一的境地，大多数情况下，都是由于防卫人自身的过失或者无关第三人的偶然出现而造成的。

第二，从行为模式上看，防卫偏差导致第三人损害的情形与紧急避险有很大的不同。虽然两者均为“正对正”结构，但紧急避险本质上是行为人将风险转嫁给被避险人，由被避险人替代行为人承担损害。在防卫偏差造成无辜第三人损害时，与其说是转移风险，不如说是无辜第三人代替不法侵害人承受或者与不法侵害人共同承受了反击造成的损害。对第三者合法权益的损害行为，从根本上不能成为保护被侵害者利益的手段。这也从实质上说明了防卫偏差造成无辜第三人损害并非紧急避险的原因，其无法达到紧急避险具有的可以保护合法权益免受危险的效果，也就是避险效果。此外，当防卫行为发生偏差但同时误中加害人时，并不能称得上是“避险行为”阻止了危险，更正确地说，其实是“防卫行为”阻止了侵害。此外，上文还提到，关于紧急避险的成立必须具备避险的意思，这就要求行为人对无辜第三者利益的损害是为了保护自己的合法权益并清楚地认识到自己正在实施的行为是避险行为。显然，在防卫偏差造成无辜第三人损害的场合下行为人并不具备这两点。

第三，在我国刑法理论界，一般认为，功利主义原则是紧急避险正当化背后的基础。

然而，功利主义原则无法解答第三者容忍义务的依据和对他人生命权的剥夺能否构成紧急避险的问题，而社会连带责任学说则可以更好地解决这一问题。社会连带责任理论认为，由于所有的理性人都认同“在危急时刻，为了维护自己重要的合法权益，可以牺牲第三人较小的利益”这一行为规则，所以紧急避险可以阻却违法。^[12]所以，在制定紧急避险规则时，必须以一个理性人和无辜第三者的观点来看待，即便使无辜第三人承担一定的容忍义务，但绝不能超过一个理性人可以被允许的容忍限度。这就说明在紧急避险时，要求行为人的意愿兼顾到他人的利益，从而才可得到各主体间的认同，避险行为才能与抽象法（形式法）相抗衡，并使之合法化。^[13]在防卫偏差造成无辜第三人损害时，由于行为人未意识到第三人的存在，且对其行为的可能产生的后果也不甚了解，因此也就无法考虑到第三人的权益，那么其行为与紧急避险的合法根据完全不符。从无辜第三人的角度来看，如果防卫行为发生偏差对其造成损害，那么他所受到的损害则不是其应当容忍的风险范围，因为没有哪个理性人，会心甘情愿地接受他人为了维护自己的权益而忽略别人的利益所造成的损害。

2.3 正当防卫论

2.3.1 正当防卫的概念与构成要件

我国刑法第 20 条规定，对正在实施中的违法行为采取防卫行为，致使违法犯罪嫌疑人受到伤害的，无须负任何刑事责任。但如果防卫行为明显超出一定的限度，致使他人受到重大损害的，则应负刑事责任。正当防卫的构成要件包括以下几点：

第一，有不法侵害的发生的起因要件。不法侵害是一种违反刑事法律，具有社会危害性的行为，只有在行为人面临不法侵害时才能采取防卫措施，而对于违反治安管理或其他不符合严重危害性的行为，则不可实施正当防卫，例如语言攻击、踢一脚、吐口水等行为。但是，在司法实践中，目前仍存在着对起因条件的认定过于苛刻这一现象。对于不法侵害行为的认定不能仅从事后第三人的角度来判断，而应结合行为人当时的处境和情况加以判断，防止因起因条件认定过于苛刻导致间接剥夺了受害人的正当防卫权。

第二，不法侵害正在发生的时间要件。行为人实施正当防卫既要求有不法侵害的发生更要求不法侵害正在发生，正在发生简单来说就是不法行为从开始到结束的这一阶段，除此之外，在其他阶段实施的防卫行为都不符合时间要件即防卫不适时。

第三，针对不法侵害人本人的对象要件。防卫对象仅限于实施不法行为的侵害者本人，对于侵害者以外的其他人则不能进行任何防卫。至于侵害者是否满足法定刑事责任年龄，或者是否具备刑事责任能力，只要客观上存在不法行为，均不影响正当防卫的成

立条件。对象要件不仅是正当防卫成立的必备要件之一，同时也是考量防卫偏差造成无辜第三人损害的关键因素，因此下文将会继续运用对象要件进行探讨。

第四，体现实施防卫行为时主观状态的防卫意图。防卫意图包括对违法行为的准确认知，从而产生保护法益免遭不法行为侵害的防卫目的。然后，按照自身的防卫目的，对防卫行为进行合理地控制和调整。

第五，不得明显超出必要限度造成不应有的损害结果的限度要件。该要件规定了对防卫行为的限制，要求正当防卫造成的损害应当控制在合理的程度内。限度条件是区分正当防卫与防卫过当最显著的条件，也是刑事实务中最难断、最令人困扰的因素之一。

2.3.2 正当防卫的正当化依据

正当防卫之所以同紧急避险并称为法定的违法阻却事由，并将其排除在犯罪之外，是因为有赖于它的正当化依据，而我国对于正当防卫的正当化依据研究深受苏联刑法理论和德日刑法理论的影响，因此正当防卫的合法性根据有如下几点：1.我国正当防卫理论基于实质特征与形式特征相统一的犯罪构成理论基础上，单纯从形式上讲，正当防卫满足特定的犯罪构成要件，但其本质上却不存在危害性和违法性，因而不能被视为犯罪。正当防卫是为了制止不法侵害而进行的正当行为，虽然客观上造成了一定的损害结果，但是从本质上来说，正当防卫并不符合犯罪的内在要求。因而，正当防卫不但没有危害社会，而且对维持社会秩序、保障公民权利也是有益的。2.从法益衡量或优越利益的观点来看，如果一个法律益受到了伤害，另一个受到了保护，并且认为受保护的法益是必要的，那么，就必须对保护法益与损害法益进行衡量，当损害法益与保护法益相等或者小于保护法益时，就阻却行为的违法性。^[14]由此可以得出这样的结论：由于加害人实施的加害行为不为法律或社会所承认，其法益相对于防卫人而言则处于较低的地位，因此，防卫人为保护自身的法益不受侵害而在合理限度内对侵害人造成损害属于正当化行为。3.在德国正当防卫理论中“个体权利面向的保护原则和社会权利面向的法确证原则”的理论指导下，认为作为正当防卫的合法依据是保护原则和法确证原则，两者互为补充，构成了正当防卫合法性的二元依据。保护原则的核心理念是：在特定情况下，如果国家机关无法为公民提供强有力的保障，确保公民免遭不法侵害，那么则可以允许公民实施作为人的自我防卫的“原权利”；法确证原则的基本理念是：“合法不必对非法作出任何妥协”，而公民在行使自我防卫权时，也同时在维护法律秩序的意义上确证了法。因此，当国家不能自己确证法时，防卫人便成为了法的捍卫者。^[15]

2.3.3 正当防卫视角下的第三人损害及评析

（一）加害人利用第三人的物或人身进行加害

大多数学者支持防卫人在这种情况下进行反击的行为构成正当防卫，其主要论据认为，第三者法益（人身或财产）在被利用时属于侵害行为的组成部分，^[16]可以视作侵害人的一种侵害手段。因此，防卫人的防卫行为实质上针对的还是侵害人所实施的侵害行为，其结构依然符合正当防卫中“合法对不法”的范围。同时，从因果关系的角度来看，虽然客观上第三者的权利损失是由防卫者的行为所直接导致的，但实质上却是由加害人的行为间接造成的。因为，如果第三人法益没有被加害人所利用，那么第三人法益则不会陷入封闭的防卫关系中，更不会导致受损。^[17]再者，第三人的财物或身体在没有防备的情况下，往往更易受到损害，而加害者却仍然使用它实施激烈的侵害行为，那么可以断定，加害人主观上对第三者的法益损害持故意的心态。在此意义上，加害人不仅侵害了防卫者，同时还借助防卫者的反击侵害了第三人的法益。

反对正当防卫的论者提出了两点意见：第一，防卫行为所侵害的法益（财产权、人身权）归属于第三者，而非不法侵害者自身的法益。应当予以正当化的是防卫者对第三者法益所造成的损害，而对不法侵害者的反击，即便承认了正当防卫，其实质意义并不大，也不能合理地解释第三人法益损害的依据。第二，即便是在受受害人支配的情形下，第三人法益成为了构成侵害的组成部分，那么第三人也不是存在任何过错的，因而不能认定其法益不再受法律保护。

本文认为，尽管上述两方面的质疑有效地揭示了防卫中第三人损害的特殊构造，但应认为两者均不能成立。在第一种观点中，我们可以发现，虽然被利用的法益归属于第三者，但是侵害者的利用行为已将其纳入不法侵害之中，借助第三人的法益与自身的行为构成了完整的加害事实。另外需要注意的是，无论法益归属于任何一方均不会影响客观行为的不法性，把第三人财产作为侵害行为的一种构成要素时，始终注重的是“人”和“人”的关系，并且没有脱离这一范畴，与正当防卫理论保持了一致。针对第二种观点，承认正当防卫并不意味着第三人法益失去了法律保护，只是从法确证原则来说，“合法无需向不法让步”。在不法侵害面前，基于法益衡量或优越利益原则的考虑，防卫人的法益相对于侵害人的法益或被利用的第三人法益而言，仍然处于绝对优位性，只要是出于防卫的需要，对侵害行为使用的第三人财产的保护必须退居其次，此时就不可再专注于考虑财产关系了。^[17]对于防卫行为所致的第三人的财产损失，按照因果关系的归属原则，应当将其直接归咎于使第三人财产遭受损害的加害人。同样，若加害人突然将第三者推向被害人，被害人为躲避危险而将第三者推离，致使其跌倒受伤的，亦可将第三人视为加害人的“侵害工具”，因而应准许被害人进行反击，并要求第三人在合理范围内容忍防卫行为带来的损害，而不得将第三人视为与加害行为无关而强制被害人躲避。至于第三人的人身损害结果，应当认为与财产损失一样，同属于加害人承担。但是，在这种情况下，被利用的第三人人身法益和财产法益应当是区别对待的，因为财产性法益毕竟小于人身性法益，所以防卫人在作出防卫行为时也应尽量避免对第三人的人身造

成的损害大于或等于其自身可能受到的损害。当然，从人道主义角度来说，如果防卫者可以避免第三人受到损害，并且躲避起来并不是十分困难的话，那么还是应该以躲避作为最优的选择。

（二）防卫人利用第三人的物财物进行防卫

正如上文所述，本文坚持避险意思的必要性，对于防卫人利用第三人财物进行防卫的情形，赞同以行为人对财产权属的认识进而是否具备避险意思加以区分的区分说。区分说本质上认为应当根据防卫人对防卫使用物的认识是否属于第三人所有进行区分。^[10]由于正当防卫与紧急避险两者之间在目的上具有一致性，因而可以根据行为人对行为认识的不同，将此种情况加以区分：1.当行为人意识到自己使用的财产属于第三人时，其行为中必定包含了避险认识，因此可以构成紧急避险。2.如果行为人没有意识到自己使用的财产属于第三人，那么就不会存在任何的避险认识，但是这时候，行为人则必然存在防卫认识，因此，仅在符合正当防卫条件的情况下构成正当防卫。

对于区别说，有学者指出，虽然发生危险时情势都比较紧急，但一般人都非常清楚物品是否归自己所有，区别说所提到的行为人对财产所属认知不清的情况似乎没有存在的可能。^[18]本文认为这种观点有失偏颇，在侵害发生之关键时刻，仍有可能存在行为人辨认不出财产权属的情况，例如：1.在违法行为突如其来的情况下，防卫行为也会随着行为人的条件反射而发生，导致行为人来不及识别财物权属。2.行为人因不法侵害导致其精神高度紧张，很有可能无法辨别财产的权属。3.在案件1中，由于货车相撞，导致物品散落时，无法要求行为人具有辨认财产所有权的能力。另外，相对紧急避险而言，正当防卫的成立范围更为宽泛，对必要性和相当性的要求也比较宽松。^[19]这是因为，在对财产所有权归属有清晰认识的情况下，应当慎重处理他人的合法利益，需要满足紧急避险的补充性与法益均衡性原则。而在对财产所有权归属缺乏认识时，可能由于上述原因导致行为人无法做到法益衡量或者实施其它行为，故只能将其定性为正当防卫，对行为进行适当缓和的正当化，或许更为合乎情理。

（三）防卫行为发生偏差造成第三人损害

坚持正当防卫说的相关论者，主要是基于一个防卫行为不能分开进行评价这一出发点，主张防卫行为具有整体性使之阻却违法。强调同一行为不能在侵害人与第三人之间做出不同性质的认定。^[20]正如川端博教授认为，鉴于行为人的反击对象是以侵害人为目标的，所以，倘若可以将其行为视为正当防卫，那么则应该全面地评价行为所产生的后果。^[21]日本学者中野次雄认为，正当防卫是一种权利行为，是维护法秩序所必需的行为，因此只要防卫人充分考虑到避免侵害第三人的权利，即使损害结果发生在第三人身上，也并不违法行为。^[22]周光权教授对此也表示赞同，主张防卫人在对他人进行防卫时，使第三人受到伤害的，应当将其作为正当防卫。^[23]此外，美国判例法还提出了一种“防卫权转移”的概念，其发源于美国刑法中的“故意转移”理论，即当行为者的攻击从预定

的目标转移到了预定目标之外的第三者时，其行为的故意同时也会转移到第三者身上，最后依然被认定为故意犯罪。故意转移理论在处理投毒、枪杀、殴打等案件中的打击错误时，具有良好功效，因此其被借鉴于正当防卫的场合，以解决因防卫偏差导致第三人损害的情形。简而言之，一旦出现防卫偏差造成第三人损害时，只要防卫人的反击行为不是在不顾他人安危的情况下实施，那么对不法侵害人的防卫权就可以转移到第三人身上，防卫人最终仍可成立正当防卫。^[24]李齐广博士就这一问题，还特意撰写了一篇关于支持“正当防卫说”的文章。大体理由如下：第一，将防卫人实施的合法的防卫行为分成两个部分，分别针对侵害人和第三人，这样看待问题是不合适的。第二，防卫人在采取防卫行为时，是处于紧急的状况下且精神高度紧张，需要防卫人准确地判断周边情况，这是一种过分苛刻的要求。因此，只有认为行为人构成正当防卫，才具备合理性。^[25]综上所述，从正当防卫说的立场出发，无论正当化行为产生什么样的结果，只要防卫行为具有正当防卫所要求的相当性，就应当予以合法化。

本文认为正当防卫说存在以下问题：

第一，在防卫偏差造成第三人损害的情形下，行为指向性与侵害客体有一定的错位性，所以，在认定该行为的指向性的同时，也要考虑损害后果是否正当。正当防卫论仅从行为的正当性出发，将包含防卫行为和第三人的法益损害统称为“正当防卫”，但应认识到，这种认定方式忽略了“真实损害”对“整体”的影响。同时也会造成一个问题，即承认对第三人构成正当防卫也就是认为无过错第三人是非法侵害，显然这种认定是错误的。^[9]

第二、在教义学上，即正当防卫的对象要件上。在正当防卫条款中，对不法侵害人造成损害不负刑事责任的部分，充分体现了正当防卫的指向对象必须是侵害人本人，甚至是被侵害人所利用的第三人法益，而一定不是侵害与被侵害关系之外的第三人。罪刑法定原则是我国刑法的基本原则之一，而作为法律规则的正当防卫必然要受到基本原则的制约，这就要求，无论是入罪或是出罪，都必须严格按照我国现行刑法的规定进行。因此，在防卫偏差造成第三人损害时，无法满足正当防卫的对象要件，不能构成正当防卫。

第三，从正当防卫的角度来说，只要是为了维护合法权益，哪怕是对无辜的人造成伤害都可以接受。这种过分扩张的观点，不仅损害了无辜的第三人，而且极易导致不公平的社会现象，因为，没有犯下罪行的人，就不应该受到防卫人的伤害。正当防卫的产生旨在保障正当的权益的同时抑制犯罪，而违法行为是由不法侵害人实施的，其才是破坏法律整体秩序的始作俑者，因此在任何情形下，对无辜第三人法益的侵害都不能被认为是正当防卫。此外，将防卫偏差视为正当防卫所直接带来的负面结果就是无辜的第三人必须对此种伤害予以容忍，并且不具备正当防卫和紧急避险的权利，因为这是被刑法承认的合法行为，但这样恰恰与公平正义准则背道而驰。虽然此损害在事后可以得到民

事赔偿，但是如果因为会赔偿而忍气吞声，那显然也是不合理的。更重要的是，民事赔偿并不能在刑法上改变行为人的行为性质。

第四，正当防卫之所以被正当化，其中一个原因包括防卫反击行为是针对不法的侵害者而起作用之故，^[26]即实施防卫行为应当具有防卫效果的可能。在防卫偏差造成第三人损害的场所，无法承认对无辜第三人法益所造成的损害具有保护法益免遭侵害的作用或者能够制止侵害行为的效果，因此也就缺乏构成正当防卫的依据。

第五，对某一特定对象的合法行为，也有在其他对象上发生违法结果的可能性。例如，甲心情不好，跑到自家汽车旁，打算用锤子砸坏汽车来发泄心中的怒火，不料用力过猛将锤子扔了出去，结果不偏不倚地砸到了过路的路人，导致路人死亡。在这种情况下，甲用锤子砸自己的车并不违法（自己侵犯自己的权益不违法），但因为他的行为不小心打中了路人，因而也就具有了违法性。当然，是否应对路人承担刑事责任，取决于对甲责任的判断。因此，同一个行为对于不同的客体，在行为性质的认定上，也会有很大的差别。换言之，行为的正当性是与不法侵权者相对应的，而对一个无辜的第三者来说，至多存在着成立紧急避险的可能性，但很难承认符合正当防卫。至于对第三人所造成的损害是否承担刑事责任，则同样取决于行为人的主观责任。

防卫行为发生偏差造成第三人损害作为危害行为

3.1 危害行为的概念与特征

所谓“危害行为”是一种以人的意志或意识为驱使的，违反刑法且具有社会危害性的身体活动。通说认为危害行为具有三个基本特征，包括：有意性、有体性、有害性，并且在四要件犯罪构成体系中体现为犯罪客观要件。有意性是指行为人在实施行为时必须具有独立的意志，在无意志状态下实施的行为不可能构成危害行为，如梦游中损害他人财产等行为。部分学者对有意性存在质疑，认为有意性属于主观构成要件或责任阶层，具体表现在“犯罪故意”和“犯罪过失”中，将有意性置于客观行为中，存在重复评价的嫌疑。事实上并非如此，危害行为的有意性与“犯罪故意”和“犯罪过失”并不冲突，有意性中的“意”表示意识，是指行为人作为独立的行为主体，可以依照自己的意愿支配自己的行为，如吃饭、睡觉、学习等普通的生活行为，都是在意识的支配下完成的，因此有意性不能简单的等同于主观要件或有责性。有体性指危害行为具有的客观性，是通过具体形式外化表现的一种状态，如果行为人只通过想象实施某种行为而具体不实施，那么也就不存在危害行为。有体性不仅能作为判断危害行为是否存在的重要因素，还能通过其了解行为人背后的主观责任。后文将借助外在行为手段区分防卫人实施防卫行为时对待第三人法益的主观责任。有害性则是区分一般行为和危害行为的重要因素，所有的客观行为无一例外的都具备有意性和有体性，但缺乏有害性的行为只能属于一般行为，并不具有刑事违法性和可惩罚性。因此，只有违反了法律秩序、社会秩序或侵犯个人权益的行为才能被称之为危害行为。

3.2 假想防卫论

3.2.1 假想防卫的概念与特征

假想防卫，是指行为人将实际并非不法侵害的行为误以为是不法侵害，或者由于自身主观臆想认为有不法侵害正在发生，从而错误地实施“防卫”，导致他人无辜损害的情形。假想防卫的主要特征是：

第一，从客观上讲，不存在侵害行为。这是成立假想防卫的一个重要前提，也是区别于正当防卫的一个关键要素。假想防卫并非真实的防卫，由于侵害行为本身并不存在，因此无须防卫。倘若不法侵害是客观存在的，也就满足了正当防卫的先决条件，则假想防卫的问题便不复存在。

第二，行为人主观上具备了防卫意图。防卫意图既是正当防卫成立的主观要件，也是假想防卫的重要条件。假如行为人已经产生了错误认识，误认为侵害行为已发生，但同时出于非防卫的目的故意伤害他人，造成严重损害后果的，则只能将其视为故意犯罪而不是假想防卫。另外，在一些聚众斗殴的案件中，可能会发生误伤前来劝架的第三人的情况，虽然看似是假想防卫，但实际上，由于斗殴者之间均存在加害意图，因此不能将误伤他人的斗殴行为视为假想防卫，只能作为对象错误或打击错误来处理。

第三，行为人的“防卫”行为对无辜者法益造成了现实的损害。这是假想防卫之所以作为危害行为，应当承担刑事责任的关键所在。如果行为人错误地认定了存在不法侵害，并采取了相应的“防卫”行为，但没有真正地伤害到他人合法权益时，就不能构成假想防卫，也就没有刑事责任。

3.2.2 假想防卫视角下的防卫偏差造成第三人损害

大阪高等法院以及支持假想防卫论的学者认为，防卫行为发生偏差造成无辜第三人损害时，应当构成假想防卫。上述案例4中所提到的在日本青年团伙斗殴中，被告人为了救出哥哥而驾车向对方团伙驶去，导致其兄长被碾压致死的情形。大阪高等法院在判决书中说到：“倘若将被告人驾车冲撞的行为定义为正当防卫的前提，那么应怎样认定该行为所引起的乙被碾压致死的结果。把对作为被害人的乙的侵害，认定为符合正当防卫的行为是极不妥当的，而且，被告人偶然碾压乙的行为欠缺了客观的紧急性，且一行为也并不是出于避险意思而实施的，因此认定为紧急避险同样是不恰当的。但是，既然被告人主观上认为自己实施的行为是正当防卫，那么被告人驾驶碾压乙的行为必然可以排除故意的罪责，据此，只能认为是符合了假想防卫，并以此追究其过失责任。”^[27]通过对个案的分析，张明楷教授从理论上也支持假想防卫说：B意图杀害仇人A，A为了保命则用铁棍反击B，但是没有打倒B反而因没有握紧铁棍打倒了劝架的C。在本案中，C并未实施任何不法行为，但A的过失行为却导致了C的损害，因此应当将A的行为视作假想防卫，阻却故意责任。^[28]

3.2.3 假想防卫论之否定

本文认为，假想防卫的不足在于：假想防卫在构成上是指本来没有现实的不法行为，但是在行为人假定存在不法行为时，才会对假想的“不法行为人”采取防卫措施。但是，在防卫偏差造成第三人损害的场合，确实存在着客观现实的侵害行为，防卫人对此有着明确的认识，不存在误解的情形。尽管对于不法行为人来说，反击自然具有防卫的属性，但对于无辜第三人的权益损害，更多的是因为防卫的“打击偏差”，或是因为第三人的意外出现而导致的，而非因行为人误以为第三人是不法侵害人而进行防卫所导致。因而，

如果该情况盲目地认定为“假想防卫”，则是对假想防卫理论的错误运用，极易造成混淆。实际上，根据张明楷教授在其著作中对于假想防卫概念的阐述也可以看出，防卫偏差造成第三人损害是不能成立假想防卫的。显然，张明楷教授对这一问题的看法是自相矛盾的。山口厚教授对上述日本大阪高等法院所做的“假想防卫”的判决与结论也主张了自己的看法：“被告人的行为之所以被认定为“假想防卫”，是在行为人意欲实施正当防卫这一目的，从而排除故意罪责这一基础上说的。但是，鉴于行为人没有错误地将第三人视为侵害人，也没有认为对第三人的侵害可以构成正当防卫，那么将其视为“假想防卫”是否恰当，尚有疑问。”^[29]

3.3 假想避险论

3.3.1 假想避险的概念与特征

假想避险是指在不符合紧急避险客观事实的情况下，误以为存在危险而实施避险的行为。其与假想防卫具有一定的相似之处，二者都是误以为存在某种危险并意图保护自身或他人法益而实施的行为。不同之处则在于行为针对的对象不同，假想防卫的对象是误以为实施不法侵害的他人，而假想避险的对象是除自身以外的第三人。假想避险具有以下三个特点：

第一，客观上并不存在需要实施紧急避险的现实危险。这是假想避险成立的必要条件，也是假想避险与紧急避险之间的主要区别。假想避险是假设的、想象的避险，并非真正的避险，这是因为危险本身并不存在，所以不需要进行避险。如果危险是真实存在的，就具备了紧急避险的前提条件，也就不存在假想避险的问题了。

第二，行为人主观上具有避险的意图。如果行为人清楚地认识到没有危险存在，也就不会产生实施避险行为的念头，那么假想避险就不可能发生。上文中提到避险意思是紧急避险是否成立的主观要件，但其同时也是假想防卫成立的必要条件。假如行为人确实误以为危险发生，但并无避险意思，而是意图利用紧急避险侵害他人的合法权益，则应认定为一种故意犯罪。

第三，行为人的“避险”行为对无辜者法益造成了现实的损害。这也是假想避险会被作为危害行为，应当承担刑事责任的关键所在。假想避险作为一种过失犯罪（实害犯），只要未对他人的合法权益造成实际损害，则不能成立假想避险。

3.3.2 假想避险视角下的防卫偏差造成第三人损害

黎宏教授是这一观点的主要支持者。他认为，在防卫偏差造成第三人损害的情况下，应当成立对第三人的假想避险，这是因为，从行为人的角度出发，实际上实施行为的初

衷是为了保护自身法益而对加害人进行还击，应当属于正当防卫行为；但由于防卫行为所致的损害发生在了不是加害人的第三者身上，因此，其行为刚好满足了紧急避险的形式要件。但是，尽管行为人的行为形式上满足了紧急避险的形式条件，但其本质上却没有实施紧急避险的必要条件，也就是说，在这种情况下，对第三者的伤害并不是排除危险的唯一办法。同时，在行为人的反击意图当中，还存在着防止自己的合法利益遭受损害的意思即避险目的。因此，在无辜的第三人承受了防卫行为的不良结果时，需以假想避险来处理，但可以肯定不是故意犯罪。^[30]

3.3.3 假想避险论之否定

本文认为黎宏教授对上述问题的分析过程与结论之间存在矛盾。从黎教授的观点可以得出：首先，防卫偏差造成第三人损害的，满足了紧急避险的形式条件，即行为将危险转移到了加害人以外的无关第三者身上；其次，在防卫人的反击意图中，实际上还含有防止法益免遭损害的避险意思。按照黎宏教授的逻辑思维，我们应该得出行为人的行为符合“紧急避险”的结论，而不是“假想避险”。另外，对于假想避险论的否定，也可以参照前述对假想防卫论的分析。具体而言，假想避险同样要求客观上不存在可能危害到法益的现实危险，但由于行为人的错误认识和错误行为，导致了在第三人身上发生了不应有的损害。然而现实是，在防卫偏差造成第三人损害时，确实存在着正在进行的侵害行为，并且行为人对不法侵害是否存在也有清晰的认知，因此行为人损害第三人的行为也就不能构成假想避险。

3.4 打击错误论

3.4.1 打击错误的概念与特征

打击错误，又称方法错误^④，是指行为人对于目标对象并未产生错误认识，但是由于自身原因造成了方法上的错误，致使侵害行为所导致的结果发生在行为人目标对象以外的其他对象之上的情形。^[31]打击错误具有以下三个基本特点：

第一，行为人对其意图侵害的目标着手实施了侵害，也就是说，应当有实际的侵害行为，因为具体的侵害行为是发生打击错误的先决条件；第二，实际侵害的对象与行为人原定的目标对象不一致。这一特点包括以下三层含义：1.必须已经发生现实的损害结果。如果损害结果并未发生，则实际上就不存在第三人受到损害，属于对原定目标的故意犯罪未遂。2.行为人在主观上有意图侵害的具体对象。如果没有具体的加害对象，那

^④ 在德、日等国的刑法著作中，称打击错误为方法错误。

就意味着损害结果发生在任何人身上都不会违背其意愿，比如放火、决水、投放危险物质等危害公共安全的犯罪行为，此情形下也就不存在打击错误这一问题。3.现实侵害的目标与行为人意图加害的目标之间存在着排他性关系，是A与-A的关系，即实际侵害的对象一定不是其行为原本指向的特定对象。如果行为人在主观上有具体的加害目标，但其客观行为实际指向的目标并非具体的，那么也不会出现打击错误的问题，例如甲意图采用放火的方式杀害乙，但因放火的行为指向对象并不特定，因此不会发生打击错误的情况；第三，行为人在主观上不希望第三人的法益受到损害，且没有放任自己的行为。但也有学者认为，即使行为人放任其行为危害到第三者法益，依然属于打击错误。^[32]本文看来，如果一个人已经预见到了自己的行为可能会给他人带来危害，而又放任这种结果的发生，那么他就属于典型的间接故意，完全不存在打击错误的问题。

3.4.2 犯罪构成体系与打击错误的关系

我国现行的犯罪构成体系分为两大类。前者是我国移植源于苏联刑法体系且时至今日仍在适用的“四要件”犯罪构成理论。四要件理论把犯罪的构成划分为四个部分，即：客体、客观、主体、主观四个方面，且采用平面化的方法判断犯罪行为。李洁教授在其文章中总结了四要件犯罪构成体系的主要特征：把不同的构成部分区分为不同的构成要件；各要件之间相互关联；要件之间需要综合评价，不存在先后顺序。^[33]后者是源于德国刑法体系的“阶层论”犯罪构成体系。所谓阶层，是一种不可变更的顺序关系，它呈现出了一种必要性的逻辑结构：如果前者不存在，那么后者也就不可能存在。^[34]阶层理论将犯罪划分为违法性与有责性两个层次，它能够确保违法判断先行，责任判断次之，有利于刑法客观主义的实现。

打击错误的基本特征表明，其成立的前提是行为人持故意心态针对某一目标实施危害行为，本质上是发生在故意犯罪的场合。但是，在防卫偏差造成第三人损害时，行为人原本意欲实施的是正当的防卫行为而非侵害行为，且主观上并无犯罪意图，这就导致通常意义上的打击错误概念在防卫偏差造成第三人损害的场合不能必然适用，存在适用障碍这一问题。因此下文将以“四要件”与“阶层论”这两种不同的犯罪构成体系作为突破口，通过对犯罪构成逻辑的分析，为“打击错误”找到“栖身之所”，使之能够适用于防卫偏差造成第三人损害的场合。

3.4.3 打击错误在四要件犯罪构成体系下的适用缺陷

就像李洁教授所说，四要件体系中的每一个要件都是互相依赖的，形成了一个必须对其进行全面评价的犯罪构成体系。但是，这种平面的要素理论蕴含着先主观判断，后

客观判断的危险。^[35]有的学者甚至提出了主观要件应当优先于客观要件的观点，这反而使犯罪客观要件的重要性大大降低。^[36]因此，在运用四要件分析案例时，会出现这样一种情况：不满足主观要件或主体要件的行为人实施的行为不能称作犯罪行为。例如，未满12周岁或者患有严重精神疾病的行为人所实施的侵害行为，由于不符合犯罪主体要件而被认定为无罪，因而可以不再单独评价其客观行为。显然，在四要件犯罪构成体系下，如果上述主体实施正当防卫造成了无辜第三人的损害（10岁的孩童遇到意欲拐卖儿童的人贩，捡起石头驱赶，意外击中见义勇为的好心人），那么则不能或不再需要分析客观行为，因为行为既然因主体要件导致不被认为是犯罪，那么也就不必再分析行为的打击错误。同样，当防卫偏差造成第三人损害时，很难说行为人对于第三人造成的损害具有故意的主观责任，甚至在某些特殊情形下，行为人也不具备疏忽大意的过失，从而只能成立意外事件。此时行为人不被认为是犯罪的主要原因则是因缺乏犯罪主观要件，那么此时也就同样没有继续讨论打击错误的必要性。

其次，在四要件体系下讨论犯罪成立与打击错误之间的关系，会存在逻辑混乱的问题。防卫偏差造成第三人损害是行为人出于防卫的故意实施的防卫行为，由于其疏忽大意的过失使第三人受到了损害，进而认定成立相应的过失犯罪，这是目前在司法实践中被普遍认可的。打击错误的本质是行为上的客观事实，并不以行为人的意志为转移，只有通过先行确定打击错误这一事实，才得以证明行为人存有过失。犯罪行为的认定需要在客观事实的基础上进行推导，即“客观事实→责任→结论”。但是，从四要件的结构来看，犯罪认定存在着先确定行为人的主观责任为过失，其后才讨论客观方面表现为防卫行为的偏差即打击错误的可能性，即“责任→客观事实→结论”，这显然出现了逻辑顺序的颠倒。

3.4.4 打击错误在阶层犯罪构成体系下的适用可行性

阶层体系包含“不法”和“责任”两个层面，主张构成要件具有违法推定的功能。换言之，只要具备自由意志支配下的行为、因果关系、损害结果三个构成要件，且不存在允许性规定（违法阻却事由），即满足了“不法”的层面，必然具有违法性。“责任”阶层考虑的是行为人在实施“不法”行为时的主观状态和责任能力，这与四要件中的主观要件、主体要件相对应，包括故意、过失、刑事责任年龄以及刑事责任能力。因此，阶层体系与四要件体系最大的区别在于，在考量行为的违法性时，不会同时将责任纳入考量范围，从而保证了对行为评价的客观性。防卫偏差造成第三人损害的场合下，行为人的行为满足了违法性的构成要件：1.自由意志支配下的防卫行为发生偏差，指向于第三人。2.防卫偏差行为与第三人损害之间存在因果关系。3.第三人已经发生客观现实的损害。因此，防卫行为因打击错误而使原本的正当化行为具备了违法性。此时，我们可以看到，在阶层体系下，原本合法的防卫行为因打击错误转变为违法行为，不会像在四

要件中因为责任因素的提前介入而导致先主观后客观的情况出现。防卫偏差造成第三人损害的情形在阶层体系下，充分体现了打击错误的客观意义，实现了“客观事实→责任→结论”的犯罪推导过程。

3.4.5 打击错误的内部学说

在打击错误的问题处理上，存在着法定符合和具体符合两种不同学说。法定符合说是基于等价理论^⑤所提出的，主张构成要件具有抽象性的特性，只要行为人在主观上所认识到的客体和结果实际发生的客体同属于一个构成要件之内，则两者就能保持抽象的一致，不管结果是否为行为人所积极追求，便都可以概括性的认定为故意。例如，在甲向乙开枪时，因未瞄准乙而击中了乙身旁的乙妻，导致乙妻死亡的情形，依照法定符合说，乙与乙妻是属于同一构成要件内的人，因为行为人是意欲加害“抽象的人”（包括乙、乙妻甚至以外的任何人），而客观上也有乙妻这个“人”因行为人的加害而死亡，所以，应当认为甲误杀乙妻的行为成立故意杀人罪既遂。

具体符合说则主张构成要件的特性是具体的，认为行为人主观上对事实的认识不仅要与现实结果发生的对象同属于一个构成要件之内，而且必须要具体的符合，才能承认故意的成立。在打击错误的场合，行为人意图侵害某一特定对象却对非目标以外的无辜第三人造成了侵害，其主观上所认识到的对象与损害实际发生的对象明显不具有一致性。因此，对损害实际发生的对象可以排除成立故意罪责的可能性，对于主观上存在过失的，则应当构成相应的过失犯罪。上面提到的故意杀人罪规范的实质就是“禁止杀人”，这里的“人”不是抽象的人，而应是具体的人。换言之，刑法禁止甲杀害乙和乙妻，而乙才是其认识到的具体对象。因此，把乙和乙妻概括为“抽象意义上的人”这一程度是不合适的。^[10]按照具体符合说，案例中的甲只有杀死乙的主观认识，而实际上发生的却是丙的死亡结果，因此，甲对丙的死亡不能构成故意杀人罪。

（一）法定符合说之否定

运用法定符合说对防卫偏差造成第三人损害进行分析：防卫人在自由意志的支配下，采取相应的行为进行防卫反击，以保护自己的合法权益，但其行为造成了封闭的防卫关系之外的无辜第三人的损害，因为其反击的行为是故意而为之，那么对于无辜第三人造成的损害也应当视为故意。在日本，有部分学者支持这种情形下的法定符合说，主张将针对侵害人的故意转移到第三人身上，从而认定构成对第三人的故意犯罪既遂。^[37]日本司法实践中也有采用法定符合说的判决实例，如上文中提到的，日本大阪高等法院认为符合假想防卫的案例，案件的第一审判决^⑥认为，被告人为了营救乙，实施了驾驶汽车

^⑤ 如果行为人内心意图的结果与实际发生的侵害结果在构成要件的评价上没有区别，那么错误便具有相当性。

^⑥ 大阪地方裁判所堺支部平成 13 年 7 月 19 日判决。

向甲冲撞以求赶跑甲等人的暴行，却将自己的亲哥哥乙也撞倒在本案车辆下，导致乙被碾压致死，但该“暴行”的结果不是其所希望的结果。因此，被告人要成立对乙的故意伤害致死罪。^[27]很明显，这一判决采取的是法定符合说的观点。然而，原审判决并没有如大坂高级法院那样详尽地说明判决的原因，而是简单地认定被告人具有对甲实施暴力的意图，再依照法定符合说的观点，认定被告人构成故意伤害致死罪。通常来说，如果对甲实施了暴力行为，但由于没有预见到的原因导致了乙死亡的情况下，赞同法定符合的观点并不能认为是不妥当的，因为甲和乙的法律性质对于侵害人来说都是“人”，所以甲与乙的法益在构成要件的评价上是相等的，所以，对甲的侵害意图也同样适用于“人”的乙。但是，在本案中，乙是被告人的哥哥，是想要共同摆脱对方侵害的伙伴，承认乙和作为侵害人的对方团伙成员在法益上是平等的“人”，这是很难被大众所接受的。所以，在本案中，原审判决认为被告人属于故意犯罪是缺乏依据的。

本文主张从结果无价值的立场出发，并不承认构成要件性故意的存在，故意的成立应在要求行为人知晓构成要件的客观事实基础之上，在具备有实现全部客观行为的决意。在打击错误中，行为人对目标对象的主观认知并没有发生错误，行为也明显地指向了意欲攻击的对象，但因为自己技术的原因，造成了实际损害结果发生在第三人身上。因而，就第三人的客观损害来说，行为人不但在主观上缺乏基本的认知，而且完全没有主动追求或放任的心态。法定符合论仅仅侧重于对故意的法律评价作用，而忽略了故意的事实基础。即便支持了存在构成要件性的故意，但由于不法侵害人的利益被律法所否定，导致第三者法益在构成要件的评价上也是高于不法侵害人的，因此，无论是否承认构成要件性故意，法定符合说的适用都是站不住脚的。这种对法益侵害结果不具有预见可能性而要求行为人承担故意责任的做法实在是不为大众所接受。

（二）具体符合说之提倡

本文主张具体符合说。必须承认的是，构成要件本身确实具有抽象性的特点，因为法律规范的表述不可能事无巨细，这是以文字所表述的法律所必然存在的局限性。但将法律规范适用于具体的案件中时，把特定的案件情况和构成要件本身相结合后，构成要件就不再是抽象的，而是具体的。^[38]具体符合有利于坚持以构成要件要素作为标准评价的原则，关注实际侵害对象的特殊性对意志因素发挥的影响，从而可以科学地判定故意是否成立。例如，拐卖妇女、儿童罪中的“拐卖”当然包括拐卖所有的妇女和儿童，但在处理具体的拐卖案件时，作为构成要件的“拐卖妇女儿童”不能抽象化为“拐卖了所有的妇女儿童”，而只能解释为“拐卖了具体的妇女儿童”。现实生活中发生的拐卖案件也是拐卖小王、小李等具体的妇女儿童，不存在“拐卖了抽象的妇女儿童”这样的案件。与此相应，作为刑法上的责任，就必须是对特定法益“有意”或者“无意”的侵害。至于特定法益以外的对象，行为人仅面对着是否存在侵犯他人的意思判断标准，而应注意而不注意的心理状态则是构成过失的先决条件。^[39]在行为人对具体的加害人对象实施

反击，却因自身行为失误对非加害人的具体对象意外造成损害结果时，行为人只对意欲反击的对象存在故意，无辜的第三人所遭受的法益侵害后果与行为人的主观认识不存在对应关系，因此行为人故意的罪责是绝不可能成立的，至多只能认定为过失犯罪(同时存在构成意外事件的可能)，并与对侵害人的正当防卫构成想象竞合。此外，从行为人存在“意识到了不法的侵害并想避免”^[8]的防卫意思出发，也可以肯定其故意的对象只有不法侵害人，同样能否认对第三人责任故意的存在。面对防卫偏差造成第三人损害的案例，具体符合说能够做到以对象的特殊性为出发点，关注行为人内心意欲的具体内容，同时又能对行为人目标客体与实害客体进行甄别、加以区分，不仅在本质上契合了宽严相济刑事政策的基本精神，又有利于实现刑罚处罚的实质公正，从而保障公民的基本权利。

防卫行为发生偏差造成第三人损害的责任认定

4.1 责任的必要性与责任区分方式

阶层犯罪构成体系中不仅包含违法性，而且包含了能够对法益侵害的行为人进行非难的有责性。犯罪行为是违法且有责的行为，因此有责性就成为了区分犯罪行为与违法行为的重要标志。所谓“没有责任就没有刑罚”，如果刑法因为一个人仅仅在行动上做了某件事情就要他受到刑法的处罚，这就等于完全剥夺了人的理性生活和自主决定的权利，这种否定已经严重侵犯了人类的尊严。^[40]因此，只有当行为人具备主观责任时，其行为才可能构成犯罪。

在防卫行为发生偏差造成第三人损害的场合下，行为人的防卫行为造成了不应有的损害结果且不存在违法阻却事由，因而可以肯定其行为的违法性，但亦非因此即确定行为人具备有责性（责任）而得以成立犯罪。还须视情况判断其是否具有过失或是否具有适法的期待可能性，以决定其是否可以成立犯罪。^[41]值得一提的是，无论是故意还是过失，都是一种无形的主观因素，其无法像客观因素一样可以轻易被人们所察觉。因此，通过对行为手段的判断，有助于认识行为人实施行为时的主观状态，以便于区分故意或过失，甚至是意外事件。所谓手段是为达到目的，实现目的的主体所用的工具，操作方式、方法、技巧和知识等的总和。手段作为一种外在的客观因素，深刻反映了行为人的主观态度。在此基础上，本文提出在处理防卫行为发生偏差造成第三人损害的具体案件时，应当着重关注行为人采取的防卫方式，通过对防卫人行使的防卫手段加以判断，从而认定其对第三人造成损害的主观责任。

上文已根据具体符合说的相关内容，将防卫偏差造成第三人损害的主观责任进行了限制，排除了成立故意的可能。因此，下文对责任的认定，将限制在过失、意外事件或适法期待可能性的范围内。

4.2 构成疏忽大意的过失

我国刑法典第 15 条对过失犯罪作了相应的规定，其中包含了疏忽大意的过失和过于自信的过失，而在防卫偏差造成第三人损害的场合下，一般是由于防卫人一时的疏忽或第三人的意外出现而导致，所以过于自信的过失是基本不会存在的，因而后文中只讨论因疏忽大意导致的过失犯罪。

刑法理论通说认为，疏忽大意过失是行为人理应对自身行为会导致危害结果发生的可能性有所预见，但由于自己的疏忽大意而导致没有预见，最终发生了实际的危害结果

的心理状态。疏忽大意过失具有以下几方面的特征：一是理应预见，行为人在作出行为的时候，应当具备预见的能力和预见的义务；二是实际上没有预见，行为人确实没有对自己可能引发危害结果有所预见；三是疏忽大意，疏忽大意是行为人没有预见的原因，同时也是过失心理特征的重要因素。可见，疏忽大意过失的认识因素主要体现为缺乏认识，只要行为人保持小心谨慎且认真履行义务，就可以预见到危害后果，避免实施过失行为，也就不会导致危害结果的发生。

手段作为体现主观责任的一个重要因素，本文通过对上述具体案例中防卫人的防卫手段进行区分，确认应当成立疏忽大意过失的情形。例如，案例1中，吴某德驾车冲向施暴人群将朋友罗某明撞至卷入车底导致其死亡，以及案例4中被告人为了救出哥哥而驾车向对方团伙驶去，撞到了加害人的同时，还撞倒了乙，导致乙被碾压致死。这类型案件在防卫手段上存在一个共同点，即都是采用了可能会造成范围性伤害的手段，这种类型的手段具有打击指向性不够具体且范围较为广的特征，且极有可能造成两个以上的损害后果。在实施防卫行为时，虽然侵害性紧迫，但无论是基于事发时行为人的视角还是事后的第三人视角，采用驾车冲撞等此类手段进行防卫时，都应当对环境范围内的第三人造成损害的可能性具有预见的能力和义务。由于行为人也处于高度紧张的状态下且针对不法侵害人的注意力高度集中，最终因疏忽大意导致行为人在应当预见的情况下没有预见对第三人可能造成损害的后果，因此可以认为，采用这种手段进行防卫时，行为人主观上具备疏忽大意的过失。在满足“违法性”和“有责性”的同时，自然也就构成相应的过失犯罪。

4.3 构成意外事件

我国刑法第16条对意外事件（包括不可抗力）作了相应的规定。所谓意外事件，是指行为虽然引发了客观的损害结果，但是，是由于某些无法预见的原因所造成的，因此行为人不承担故意或过失的罪责。由于意外事件是由不能预知的原因所造成的，因此，认定行为人不能预见的原因为何，就成为了断定某一事件是不是属于意外事件关键所在。

行为人在主观能动性上的缺失导致行为人无法根据自身周边环境的变化去主动预知危害结果是否会发生。^[42]而意外事件恰恰属于行为人主观能动性缺失的具体表现，自然也就无法对其责任进行非难。至于不可预见的情形，大致可以划分为以下几种：1.突发的自然灾害，例如地震、海啸、泥石流或特大洪水引发的汽车失控造成他人损害；2.受损害方具有过错的行为，如某人试图翻过他人家的围墙实施盗窃，意外掉落受伤的情形；3.身体内一些潜在的疾病，比如有严重的脑血管病，和别人吵架时由于兴奋而引起的血管破裂，造成了死亡；4.日常生活中的偶发事件，如到别人家做客时，误把别人房间的无水钠当做饮料带回家饮用，导致的伤亡结果发生。^[43]不可预见的几种情形分类虽然不

能涵盖所有意外事件的情况,但是可以大致确定意外事件的认定范围。上文中已经提到,在防卫偏差造成第三人损害的场合下,如果行为人采取驾车冲撞等打击范围较为广泛的手段进行防卫,造成损害的应当认为是疏忽大意的过失。但是在行为人实施防卫行为时,如果所采取的是指向性具体且不会同时发生两个以上损害后果的手段时,意外造成第三人损害的,应当认定为意外事件。如上述案例2和3所述,黄某从工具箱里捡起一块铝合金铸件,扔向刘某,刘某脑袋一歪,正好打中了劝架的马某,致其死亡以及秦某甲持酸刺棒进行防卫时将一旁劝架的张某眼睛误伤,或者是防卫人拿起石块进行防卫,不料正好砸中开门出来看热闹的人。这类案件中,无论是黄某拿起模具向侵害人刘某予以反击,还是秦某甲持酸刺棒进行防卫,又或者行为人拿起石头对侵害人进行反击,运用的防卫手段都具有一个共同点,那就是手段具有明确的指向性,不会同时造成两个以上的损害后果,这说明行为人对范围内其他人的法益已经尽到了注意义务。这种情况下,第三人的损害大多都是因第三人自己的意外出现而导致。而第三人的意外出现应当认为属于上述不可预见原因中的第四种即偶发事件,对于此类小概率事件,无论是基于防卫行为人在受到侵害时的紧张状态下,还是事后的第三人视角,都应被认为是超出了可预见范围的意外事件,因而行为人不承担刑事责任。

4.4 缺乏适法期待可能性

期待可能性理论源于于1897年的德国“癖马案”,这与当时盛行的心理责任论有着密切的联系。心理责任论是19世纪末至20世纪初德国刑法中的责任通说,它建立在道义责任论的基础之上,主张只要有责任能力、故意或过失这样的心理事实,即具有道义上的责任。^[44]很明显,心理责任论主张将责任视为一种心理关系,将其归结为一种精神问题,同样也是一种主观问题,因而从犯罪中排除了一些客观上引发社会危害的结果,但行为人在主观上既没有过失又没有故意的情形,从而使刑事责任合理化,不可否认,这确实具有进步意义。

期待可能性理论在日本乃至我国台湾地区都有很大的影响力。国内理论界也有许多学者试图通过期待可能性理论来完善我国的刑事理论,以解决我国传统刑事法律理论所不能解决的问题。陈兴良教授在其文章开篇即指出:“期待可能性是我国刑法理论的重要内容之一,它对于正确处理行为人的刑事责任具有重大意义”。^[45]从陈兴良教授对期待可能性理论在我国的重要性评价可以看出,将期待可能性融入我国刑法理论似乎已经成为一种必然的发展趋势。有部分学者认为,期待可能性并非是与故意或过失相并列的要素,而是包含于责任故意或责任过失之中的要素。^[44]

有学者主张,在防卫行为发生偏差造成第三人损害的场合下,防卫人由于侵害行为的紧迫性而处于高度紧张的状态,一般情形下无法尽到充分的注意义务,当防卫人被迫

采取防卫措施意外造成第三人损害时，则可以说其不具备期待可能性，从而阻却防卫人的责任。^[46]此外，在面对危及生命安全的不法侵害之时，倘若只有迫不得已采取防卫才能保全生命，那么则属于对生命权的紧急避险，同样可以将缺乏适法行为的期待可能性作为超法规的责任阻却事由。^[46]

期待可能性理论虽然在推动刑事责任合理化的进程中具有一定的进步意义，但是我们也应当看到，许多学者其实明显高估了期待可能性理论的意义，且在对其的适用上出现了泛化的势态。这一理论逐渐异化成为一种内涵和外延极为模糊，却又能标榜刑法谦抑性的工具。期待可能性理论之所以起源于德国，其原因在于德国刑罚与犯罪成立是相辅相成的，刑罚是犯罪必然产生的法律后果，无需刑罚处罚的行为就不能成立犯罪。^[47]在德国，对于一些因缺乏预防必要性可以不负刑事责任的行为，在中国并不会影响犯罪的成立，这是因为我国刑事责任种类并非只有刑罚，如我国刑法中的相关规定，法院可以作出免于处罚的判决结果。如此看来，类似于德国以没有预防必要性为基础的责任阻却事由，在中国现行的法律体系框架内是完全缺乏实定法基础的。如果贸然承认一个边界模糊的期待可能性理论作为超法规的阻却责任事由，会造成与罪刑法定原则相冲突的现实问题，甚至会严重破坏刑法规范的安定性。而且，在我国的司法裁判案例中，并未发生过法庭借助期待可能性理论来判决被告人无罪的情况，这绝不是一种巧合，是因为在我国的法官还不能做到大胆地使用正当防卫、紧急避险或意外事件来排除被告人的刑事责任，更无法期待他们运用超法规的期待可能性理论来排除被告人的责任。最后，期待可能性的规范概念没有明确的定义，如果将不可期待性视为超越法定的豁免事由，则无论从哪个方面来看，刑法的预防效果都会因其存在而被削弱，进而影响到法律的公平适用，因为“不可期待”的标准在当下并不适用。总之，在我国现有的立法体制下，期待可能性理论应当是一种“无根之木”。因此，本文不赞成在防卫偏差造成第三人损害的情况下认定行为人缺乏适法期待可能性从而阻却其责任。

结语

当防卫行为突破了防卫与加害之间的相对性，使得无辜的第三人因防卫人自身或加害人等因素的影响，被动地陷入了防卫关系中，从而造成了法益受损的结果时，本文坚持针对不同的情形做到具体问题具体分析。首先，在第三人利益被加害人利用时，主张第三者法益在被加害人利用时属于侵害行为的组成部分，将其视为加害人实施加害行为的一种手段。因此防卫人实施的防卫行为虽然客观上侵害了第三人法益，但针对的依然是不法侵害人本人，进而可以认定行为人构成正当防卫。其次，在防卫人利用第三人利益时，主张以避险意思必要性作为区分的区分说。防卫人迫不得已采用损害他人法益的方式制止不法侵害的行为，符合紧急避险的形式要求和实质要求，契合了“正对正”的法益冲突结构，在充分认识到所利用的法益为第三人所有时即存在避险意思，应认定成立紧急避险。但在现场状况混乱的情形下，防卫人对所利用法益没有清楚的认识，甚至误以为自己所有时，因缺乏避险意思而不能成立紧急避险，视情况而定可认定正当防卫。最后，防卫行为发生偏差导致第三人损害时，主张行为因缺乏正当防卫与紧急避险的形式要件和实质要件，进而否认其符合违法阻却事由。对于假象防卫与假想避险的主张，因行为人不存在假想危险的特征而予以否认。面对此种情况，只有“错误论”中的打击错误可以妥善解决相关问题，但由于打击错误脱胎于故意犯罪中，因而在防卫行为中的适用还存在一定的障碍。本文从四要件和阶层论两个不同犯罪构成体系出发，分别论证了打击错误的适用可行性，最终以阶层论为打击错误寻求了适用路径，并结合打击错误中具体符合说排除了行为人成立故意的可能性。在文章最后部分，通过防卫人的防卫手段区分行为人的主观责任究竟是疏忽大意的过失还是意外事件并主张否认适法期待可能性作为超法规的免责事由。

参考文献

- [1] [日]川端博. 刑法总论讲义(第二版)[M]. 东京: 成文堂, 2006: 277.
- [2] 马克昌. 犯罪通论[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1999: 781.
- [3] [美]约翰·罗尔斯. 正义论(修订版)[M]. 何怀宏译. 北京: 中国社会科学院出版社, 2009: 22.
- [4] [日]山口厚. 从新判例看刑法(第2版)[M]. 付立庆, 刘隽译. 北京: 中国人民大学出版社, 2009: 46.
- [5] [德]汉斯·海因里希·耶塞克, 托马斯·魏根特. 德国刑法教科书[M]. 徐久生译. 北京: 中国法制出版社, 2001: 412.
- [6] 黎宏. 刑法总论问题思考[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2007: 377.
- [7] [德]冈特·施特拉腾韦特, 洛塔尔·库伦. 刑法总论1-犯罪论[M]. 杨萌译. 北京: 法律出版社, 2006: 166.
- [8] [日]大塚仁. 刑法总论(概说)(第三版)[M]. 冯军译. 北京: 中国人民大学出版社, 2003: 329-330.
- [9] [日]大谷实. 刑法讲义总论[M]. 黎宏译. 北京: 中国人民大学出版社, 2008: 258.
- [10] 陈家林. 防卫行为与第三者法益侵害[J]. 甘肃政法学院学报, 2008, (2): 14-19.
- [11] [日]松原芳博. 刑法总论重要问题[M]. 王昭武译. 北京: 中国政法大学出版社, 2014: 196.
- [12] 王钢. 美国刑事立法与司法中的紧急避险[J]. 清华法学, 2016, (2): 208.
- [13] 王钢. 紧急避险中无辜第三人的容忍义务及其限度兼论紧急避险的正当化依据[J]. 中外法学, 2011, (3): 622.
- [14] 张明楷. 刑法学(第五版)[M]. 北京: 法律出版社, 2016: 180.
- [15] 劳东燕. 防卫过当的认定与结果无价值论的不足[J]. 中外法学, 2015, (5): 1331-1339.
- [16] 陈子平. 刑法总论[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2009: 183.
- [17] 张明楷. 刑法学(第五版)[M]. 北京: 法律出版社, 2016: 200.
- [18] 郭泽强. 正当防卫制度研究的新视界[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2010: 128.
- [19] [日]大塚仁. 刑法总论(概说)(第三版)[M]. 冯军译. 北京: 中国人民大学出版社, 2003: 384.
- [20] [日]西田典之. 日本刑法总论[M]. 刘明祥, 王昭武译. 北京: 中国人民大学出版社, 2007: 127.
- [21] [日]川端博. 刑法总论讲义(第二版)[M]. 东京: 成文堂, 2006: 349.
- [22] [日]中野次雄. 刑法总论概要[M]. 东京: 成文堂, 1992: 193.
- [23] 周光权. 刑法总论[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2016: 108.

- [24] See Joshua Dressler. *Understanding Criminal Law*[M]. Matthew Bender & Company, Inc. 2009: 250.
- [25] 李齐广. 涉及第三者的防卫行为探析[J]. 政治与法律, 2011, (5): 113—125.
- [26] [日]曾根威彦. 刑法总论[M], 东京: 成文堂, 2008: 109.
- [27] [日]山口厚. 从新判例看刑法(第2版)[M]. 付立庆, 刘隽译. 北京: 中国人民大学出版社, 2009: 50.
- [28] 张明楷. 刑法学[M]. 北京: 法律出版社, 2016: 211.
- [29] [日]山口厚. 从新判例看刑法(第2版)[M]. 付立庆, 刘隽译. 北京: 中国人民大学出版社, 2009: 50.
- [30] 黎宏. 刑法学总论[M]. 北京: 法律出版社, 2016: 139.
- [31] 谢望原, 张宝. 论打击错误及其理论选择[J]. 现代法学, 2015, (05): 96.
- [32] 杨春洗等. 刑法总论[M]. 北京: 北京大学出版社, 1981: 167.
- [33] 李洁. 三大法系犯罪构成论体系性特征比较研究[J]. 刑事法评论, 1998.
- [34] 陈兴良. 刑法阶层理论: 三阶层与四要件的对比性考察[J]. 清华法学, 2017, (5): 8.
- [35] 陈兴良. 教义刑法学[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2010: 129—135.
- [36] 赵秉志. 论犯罪构成要件的逻辑顺序[J]. 政法论坛. 2003, (06): 19.
- [37] 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, 37(02): 77-85.
- [38] [日]佐伯仁志. 刑法总论的思之道·乐之道[M]. 于佳佳译. 北京: 中国政法大学出版社, 2017: 216.
- [39] 黎宏. 刑法学总论[M]. 北京: 法律出版社, 2016: 206.
- [40] 黄荣坚. 不法意识与犯罪结构[J]. 台大法学论丛(第21卷), 1991, (1): 2. 转引自李瑞肖. 论防卫对象错误[D]. 重庆: 西南政法大学, 2018: 24.
- [41] 陈子平. 正当防卫、误想防卫与紧急避难[J]. 月旦法学教室, 2011, (104): 101.
- [42] 韩啸. 意外事件与过失之界分一析穆志祥被控过失致人死亡案[J]. 中国刑事法杂志, 2010, (12): 109.
- [43] 陈兴良. 判例刑法学(上卷)[M], 转引自赵廷光. 中国刑法原理(总论卷)[M], 武汉大学出版社, 1992: 361.
- [44] 陈兴良. 期待可能性问题研究[J]. 法律科学(西北政法学院学报), 2006, (03): 72.
- [45] 喻贵英. 论期待可能性之理论定位及其在我国的实现路径[J]. 法学杂志, 2012, (09): 59.
- [46] 陈兴良. 教义刑法学[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2010: 374.
- [47] 王钰. 适法行为期待可能性理论的中国命运[J]. 政治与法律, 2019, (12): 116.

致谢

此时此刻，回顾两年半来充实、忙碌而又快乐的学习时光，感慨颇多。这一段难忘的学习历程对于我的成长和磨砺是深刻而丰富的。这种成长和磨砺，来自老师的不倦教诲，来自同学的激情争论，来自家人的鼎力支持，同样来自自己求学的那份充实与快乐。在毕业论文完成之际，我要衷心感谢所有给予我帮助和关心的人。

首先，衷心感谢我的导师曹缅老师。曹老师在繁忙的教学、工作之余，对我的硕士论文选题、框架结构、资料搜集、行文表述、乃至格式修改都倾注了大量的心血。从曹老师身上，我深切领略到传道授业解惑这一教师职责的深刻含义。没有他的精心指导和辛勤付出就没有这篇论文的产生。在三年的硕士研究生学习生活中，您对学生专业的点拨和生活无微不至的关怀，学生都将铭记于心。您严谨的治学态度、勤奋的工作作风、务实的工作方法以及开明的处事风格都是学生今后奋斗的目标。在此向曹缅老师表示最诚挚的敬意和感谢！

其次，感谢同窗的各位同学，你们为我在学习和生活中提供了大量的无私帮助，这份同窗之情将是最值得留恋的回忆。

最后，我要感谢我的父母，谢谢你们多年来默默的支持、谢谢你们理解、信任、期盼，这是我一直前行的动力。我想，这篇论文的完成，让我放下了心理的沉重担子，不由得各种感慨。我知道人生道路上我又前进了一段行程。再次感谢我的父母、老师、同学、朋友，关心我、帮助我的人，祝福你们生活幸福、万事如意！

作者简介

杨杰，男性，生于1993年7月，籍贯山东省。2017年毕业于山东科技大学产品设计专业，获艺术学学士学位。同年参加工作，在青岛山科设计有限公司任职，主要从事产品设计绘图以及模型制作。2019年9月起在石河子大学法学院法律（非法学）专业学习。

在学期间发表的文章

1. 杨杰. 危险人格研究[J]. 大国策, 2021, (09): 37.

导师评阅表

石河子大学硕士学位论文

石河子大学硕士研究生学位论文
导师评阅表

研究生姓名	杨杰	学制	3年
专业	法律(非法学)	研究方向	刑法学

学术评语:

该论文选题具有较好的理论和现实意义,相关研究有利于完善我国刑法相关规定,文獻资料把握较充实,结构层次清晰,具有逻辑性,体现了较强的实践能力,提出分析解决问题的能力,论文观点明确,论述较为充分,格式规范。

指导教师签字:

2022年6月1日

