



紧急避险之成立条件比较研究

盛茵

紧急避险作为一项重要的法律制度，在当今世界各国刑事法律上普遍有所规定。在我国，相对于正当防卫而言，刑法理论对紧急避险的研究在深度上、广度上都还不够。因此，立足于我国刑法中的紧急避险制度，参考、借鉴外国刑法中的理论和立法例，对完善我国立法及丰富理论研究具有很大的现实意义。本文仅就紧急避险之成立条件进行比较研究。

一、外国刑法理论中紧急避险成立之条件

（一）德国

德国刑法理论中将紧急避险区分为合法化紧急避险和阻却责任的紧急避险。紧急避险是建立在保护具有更高价值的利益这一原则上的，利益衡量是合法化的决定性依据，紧急避险应具备下列条件：

1. 出现紧急避险状况。是指对于生命、身体、自由、名誉、财产以及其他利益处于现实的危险中，只有有用构成要件该当行为才能回避的状态或情势，因此，任何一种法益都能够承认紧急避险，其中也包含公共法益（例如，粮食供给、交通安全、国家存亡利益等）。但是关于公共法益，相当性条款的适用受到更加严格的限制。任何法益均可因紧急避险的介入而做出牺牲，惟有相关人的生命属于例外，因为人的生命价值是不存在差别的，在数人的生命共同面临危险，以及以牺牲一人来挽救多人，无不同样如此。

2. 对于被威胁利益面临的危险，不能采用其他方法加以回避。该情形意味着，相互对立的财产利益必须以牺牲他方的利益才能挽救。为了挽救该法益而可能干涉不同法益的，紧急避险行为人必须从各种可能的方法中，选择对他人的侵害相对较小的方式。若被牺牲的法益和被救助的法益之间存在着特殊的冲突关系，也就不存在此等选择。

3. 对立利益的整体衡量结果，应当表明被保护利益明显大于因紧急避险行为而遭到侵害的利益。这里所说的“显著”特征意味着，在具体案件中被保护的法益较大是确切无疑的。在这样的利益衡量中，相关财产的价值以及已经发生或者可能发生的物质和精神的损害，是进行评价时需要考虑的重要因素，但并非唯一的或者是决定要素，被保护法益所受到危险的迫切程度以及危险的大小、相关法益的功能意义、避免危险的紧急避险行为的适当程度、将会发生的损害的不可替代性、行为人对被害人是否具有保护人义务，还有紧急避险人所追求的最终目的等等，均应进行综合的衡量。

4. 根据行为，即使被保护的法益价值明显大于被牺牲的法益价值，其行为也并非一定被合法化。因为紧急避险行为并不仅仅为了保护法益，而且紧急避险行为还必须是“适当的”，也就是说，通过侵害相冲突的利益来克服紧急避险状况，在具体情况下应当是合适的，是值得肯定的，为了正义价值而应当被允许的。

（二）日本 日本刑法学者野村稔认为紧急避险成立需要以下要件：

1. 客观要件：（1）正在发生的危险的存在，作为采取避险行为的行为状况，必须存在“正在发生的危险。”所谓“正在发生的危险”，指侵害法益的危险已经很急迫或者是正在发生，与正当防卫的“急

迫”是同样的意思。虽然将危险规定为“正在发生的对于自己或者他人的生命、身体、自由以及财产的危险”，但是对此不能理解为对于其他法益的避险行为的否定（限制列举）。对于与被列举的法益同等的法益，例如，对于性的自由（贞操）、名誉等也应当允许（例示的列举）。（2）补充性的原则，避险行为必须是属于“不得已而采取的行为”。这意味着为了避免正在发生的危险，除了该避险行为以外没有其他方法。考虑到紧急避险是向与危险无关的第三者转嫁危险，因而应当比正当防卫的场合更严格。另一方面，从出于紧急状态下的避险行为来考虑，绝对的要求该避险行为为唯一的方法也并不妥当。（3）法益均衡的原则。避险行为必须是属于“其行为所产生的损害不超过所回避的损害程度”，被允许的避险行为仅仅可以及于同等的法益。问题是，对于法益的均衡性予以现实的评价时，不同的法益之间很难判断其优劣，因而只能根据基于宪法的法秩序的原理的以自律的人格的发展为最高价值的具体的社会观念予以判断。

2. 主观的要件——避险的意思。作为采取避险行为的行为状况，必须存在对于“正在发生的危险”的认识，因为只有当存在这种对于紧急状态的认识的场合，刑法规范才作为容许规范显示出来。因而当不存在这种对于紧急状态的认识，而侵害了第三者的利益时，如果客观上实际存在这种紧急状态，因而被认可为相当的避险行为的场合（偶然避险），则与偶然防卫的场合相同，可能理解为准用未遂的规定。

（三）法国

法学理论与法院判例都承认紧急避险具有证明行为合法性的效力，但应当具备相当严格的条件：

条件之一：“取决于危险”。要成立紧急避险，行为人必须是“面对威胁到本人、他人或某项财产的现行或紧迫的危险”。“危险的现实性”是指，危险已经发生，是行为人面对的肯定的危险，但是，法律并不要求这种危险必须是严重的危险，当然，在某些特定情况下（例如，为医疗而进行堕胎），法律仍要求行为人所面临的是“严重的危险”。无论如何，危险的现实紧迫性问题是一个事实问题，应当由法官自主做出认定。此外，危险还应当是威胁到“人（行为人或其他人）”或“财产”的危险。

条件之二：行为人的过错问题。《新刑法典》第122—7条并未明确提及行为人应当“没有过错”，而且对这一问题，理论上有不同的意见。然而，行为人没有过错，看来是成立紧急避险的必要条件，因为，如果行为人本人自陷于危险，我们就很难说他面对“现实的紧迫危险”。况且，在紧迫情形下犯罪不受惩罚的基本依据也要求行为人在其并无过错的情况下，因情势所迫而不得不实行违法行为。

条件之三：取决于所完成的行为。面对紧迫的现实危险所完成的行为，必须是保护人身或财产所必要的行为。对这种必要性无疑应当作严格的认定，因为，法院判例认为，所实行的行为应当是为了制止面临的危险所能采取的别无选择的唯一手段。

此外，法律还要求，紧急避险所使用的手段与面临的危险的严重程度应当相适应。有人认为，应当始终要求因紧急避险牺牲的财产在价值上低于受到保护的财产的价值；在两项利益的价值相等的情况下，不应当承认是因紧急避险所完成的行为是合法性的行为。

（四）意大利

意大利刑法学者杜里奥·帕多瓦尼认为，紧急避险的构成包括“引起必要的状态”和“必要的行动”两个方面。

所谓“引起必要的状态”是指一种严重损害个人的现实危险，同时这种危险必须具有非本人有意造成且不可用其他方法避免的性质。这里的“个人的危险”不仅指损害人的生命或健康的危险，还包括对宪法第二条规定的“任何不可侵犯的人权”的侵害。这些权利既包括刑法保护的利益（如自由、名誉、隐私、贞操），也包括由其他法律所保护的利益（如姓名、肖像），根据一种最高法院所肯定的观点，还应该包括那些与人格尊严有内在联系的手段（如住宿的需要）。

“严重损害”可以有两个判断标准：一个是危险的性质（当处于危险中的利益具有头等重要性时，如生命，对这种利益的任何侵害都可以说是严重的损害），二是危险的程度（如果危险中的利益可以有量化的程度差别：如相对健康而言，整条大腿伤残与一个脚趾受伤显然意义不一样）。

危险必须是“现实的”，必须具备“非自愿性”和“不可避免性”两个否定性特征。“非自愿性”意味着危险不是由行为人引起的，他对危险的形成既无故意，也无过失。“不可避免性”是指行为人没有其他可以排除危险的合法手段可选择。这一特征的有无，应根据特定主体在特定环境中的具体情况来确定。

“必要的行为”包括三个构成因素：“被迫”，“必要”和“相适应”。被迫不仅指行为人故意引起或有意接受的危险应被排除在外面而且还意味着一个更严格的限制：即从行为人的角度看，利益的冲突必须具有涉及其个人利益的性质。如果是行为人本人面临危险，同时又具备紧急避险的其他条件，被迫自然就是不言自明的事实。但如果是救助性的紧急避险（即为了拯救他人的紧急避险），被迫就有明确的限制拯救范围的意义。这种限制表现为，只有在危险包含的利益冲突关系行为人本人时，他才可以采取紧急避险行为。

“必要的行为”中的“必要”除了指行为必须与排除危险相当之外，还意味着行为只能选择最小的手段来排除危险。至于紧急避险损害的利益与拯救利益间必须“相适应”的问题，应根据危险状态与避险行为的全部构成因素，来对冲突的利益进行综合性的具体评价。由于在紧急避险中受损害的是无辜的第三者的利益，应采取严格的标准来衡量避险行为是否与损害结果相适应的问题，即被拯救的利益在任何情况下都必须等于或大于被损害的利益。

二 我国刑法理论中紧急避险成立之条件

在我国刑法理论中，对紧急避险成立的条件的认识，有一个逐步深化的过程，这可以从学者们在不同时期的论述中体现出来。

(一)“三要件说”这是刑法理论界传统的观点，认为成立紧急避险，必须符合下列三个条件：1必须是合法的权益受到正在发生的危险的威胁。首先，这种危险存在是真实的，不是想像的或推测的；其次，从时间上看，正在发生的危险必须是迫在眉睫，对法律所保护的权益直接发生了威胁，也只能在这时候才能实行紧急避险，对尚未到来或者已经过去的危险，都不能实行紧急避险。2必须是没有其他方法可以避免危险时，才能允许紧急避险，亦即只有刑法第十八条所规定的“不得已采取的紧急避险行为”，才是合法的。3紧急避险的行为不能超过必要的限度而造成不应有的损害。限度的标准应是：紧急避险行为所引起的损害应小于所避免的损害。

(二)“二类要件说”亦称“五类要件说”，把成立紧急避险的条件分为前提条件和合法性条件两大类，每类又各含几个条件。1紧急避险成立的前提条件是：(1)必须是合法权益受到危险的威胁；(2)必须是正在发生的危险。2实施避险行为的合法性条件是：(1)避险行为必须是为了使其利益避免正在发生的危险而实施；(2)必须是危害不能用其他方法来避免；(3)避险行为不能超过必要的限度造成不应有的损害。

(三)“七要件说”认为紧急避险必须具备以下七种条件才能成立：1紧急避险的起因条件——现实的危险存在。所谓危险，是指公共利益、公民的人身和其他权利所实际面临的危险，即法律所保护的利益可能会立即遭到侵害的一种事实状态。危险必须是客观真实的，而不是想象推测的。公民只有在这样一种状况下才能实施紧急避险行为。2紧急避险的时机条件——危险正在发生。我国刑法规定，只有危险正在发生时，才能实施紧急避险行为。所谓危险正在发生，是指合法权益所面临的危险已经开始出现，危险迫在眉睫，对法律所保护的权益已经直接发生了威胁，从时间范围看，危险正在发生是指从危险的出现到结束以前这个时间过程，只有在这一时间范围内才能实施紧急避险。3紧急避险的主观条件——必须是为了使合法权益免受正在发生的危险。紧急避险的主观条件亦称避险意图是指避险人实施避险行为时对其行为以及行为的后果所具有的心理态度，是排除行为的犯罪性，不承担刑事责任的主观依据。4紧急避险的对象条件——避险行为只能对第三者合法权益实施。5紧急避险的主体限制条件——必须是职务上、业务上不负有特定责任的人。特定责任，又可以称为特定义务，他是指由于法律、命令或其他条例的规定，从事某种公务或业务的人本身所负有的应当面对危险的特定义务。负有这种特定义务的人，自然不能违背自身职责而实施紧急避险。例如，消防队员不能借口避免烧伤而拒绝参加救火行为。因此，法律对具有某种特定义务身份的人做出了限制性规定，不得实行紧急避险。6紧急避险的方法限制条件——必须是在别无他法可以避免危险时，才允许紧急避险。紧急避险——经实施，就有可能给另一个合法权益造成损害，因而法律不得不严格加以限制，要求必须是在“不得已”情况下才允许实施。所谓“不得已”就是指除实施损害第三者合法权益的避险行为外，再没有其他办法可以避免危险。如果在危险发生时尚可以采用其他办法避免或排除危险，也就不存在“不得已”的条件。7紧急避险的限度条件——避险行为不能超过必要的限度造成不应有的损害。紧急避险既要避免危险对重大合法权益的损害，同时也必须把可能给第三者合法权益造成的损害降低到最低限度。必要限度标准是：紧急避险行为所引起的损害应当小于所避免的损害。这是因为紧急避险是两个权益的冲突，应当以牺牲较小的利益来保护较大的利益，才能有益于社会，才符合刑法关于实施紧急避险的立法宗旨。

三 比较和评析

考察了以上国家关于成立紧急避险的各种理论学说，可以说从形式上看，有着不同的理论阐述风格，同时由于紧急避险的特殊性质，各国刑法对成立紧急避险都有着严格的要求，从中可以概括出一些实质的共性条件：

(一) 客观的要件，即正在发生的危险，对法益构成紧迫的、现实的威胁，危险既包括自然的也包括人为的，这里存在的争议问题主要有：

1. 对自招危险能否实行紧急避险。对此，德、日等国学者提出了以下几种学说：(1) 是肯定说，认为对自招的危险在具备其他要件的情况下，应当允许实行紧急避险；(2) 是否定说，认为“危难”的概念本身就有偶然事件的含意，由自己的故意、过失行为引起的事态不能说是“危难”，因而不能实行紧急避险；(3) 是折衷说，认为对自己故意招致的危险不能实行紧急避险，但对自己过失招致的危险可以实行紧急避险；(4) 是个别化处理说，认为无论是自己故意还是过失引起的危险，能否实行紧急避险都不可一概而论，应当根据具体情况作不同处理。美国刑法理论认为，因自身的原因（无论是故意行为还是过失行为）引起的危险不能实施紧急避险。在我国刑法理论界存在着与德、日刑法理论界相类似的看法：(1) 是否定说，认为如果损害危险是由行为人的非法行为引起的，行为人无权避险。(2) 是折衷说，认为在自招危险的场合，如果行为人是无意间的行为或过失行为导致危险的发生，一般应当允许实施紧急避险。但是行为人是出于某种非法目的，故意地实施某种行为而引起危险发生，并以此为借口实行“避险”行为以实现其非法目的，不能成立紧急避险。(3) 是肯定说，理由是：导致危险发生的原因对紧急避险的成立并不起决定作用，只要某种危险对合法权益构成现实而又紧迫的威胁，在不得已的条件下，即可实行紧急避险。无论是行为人自己的过失行为还是故意行为引起的危险，只要其无忍受这种危险的义务，均可成为紧急避险的危险来源。如某人想自杀，引火自焚，着火之后痛苦难忍，基于求生之本能，冲出火海，结果撞伤他人。在此例中，大火烧身之祸固然是行为人自己有意引起的，但其生命安全还应该受法律保护，不让其实行紧急避险，听任大火将其烧死，既不人道也为法理所不容。允许行为人对自招的危险实行紧急避险，并不意味着其可以不承担任何刑事责任。相反，对紧急避险前的行为，通常要负刑事责任。

笔者认为，无论是故意还是过失导致的危险都不能实行紧急避险。(1) 因为自己的过错而将危险转嫁他人的做法不符合我国社会的伦理道德，于情理上很难解释。(2) 对紧急避险的评价应包含危险发生的原因，如同“原因自由行为”一样，原因设定的阶段，同样应进入刑法的评价视野。因为设定原因的行为对于避险结果亦具有支配力。例如，某人自焚，自焚后疼痛难忍又想活命，在冲向水池的避险过程中把一人的衣服点着了，并把另一人撞成重伤。被点着衣服的人出于求生的本能，在冲向水池的避险过程中也把一人给撞成重伤。如果不问原因，两人均构成紧急避险行为，但对这两种行为作同一处理是极不合理的。原因就在于未将发生这种危险的原因区分开来，所以设定原因的行为应纳入刑法的评价范围。(3) 肯定说的一个论据就是允许行为人对自招危险实行紧急避险，也可以让其承担刑事责任，如前述案例。这一论断是违反我国刑法规定的，既然是紧急避险，就不可能会承担刑事责任；论者其实是混淆了“紧急避险”和“避险行为”这两个不同的概念，这也反映了论者承认对自招危险不承担刑事责任是不合理的观点，间接证明了对自招危险的行为不适用紧急避险的规定。笔者认为，我国要是能从立法上规定对自招危险情况不适用紧急避险，更能有利于司法操作，避免同一行为出现不同的处理结果，保障司法的公正性。

2. 何谓“不得已”？各国刑法莫不以“不得已”作为成立紧急避险的客观条件之一，但在理解上存有分歧，在日本，法院的判例和刑法理论上的通说都认为，所谓“不得已”，意味着避难行为是抢救法益的唯一手段，此外再没有其他救援方法可用。但也有学者认为，“不得已”并不意味着避难手段是唯一的，因为无避免危难的其他方法，并非是绝对地无其他方法。而是指在具体情况下无现实的其他可能的办法，如果事后从形式上看，要求绝对地无其他避难方法，那么，紧急避难很难成立。我国刑法学界也有类似主张。(1) 是“不得已”就意味着紧急避险的手段，必须是最终的，唯一的，才是合法的没有社会危害的。

(2) 是“不得已”指在危险状态下，没有不造成损害其他合法权益的手段时，允许采用损害其它合法权益的手段，来保全面临危险的较大的法益，至于消除危险的手段则不是最终的，唯一的，可能是好几种手段，而行为人所选择的不是消除危险的唯一手段，但只要所造成的损害小于可能发生而已经消除的损害，这个行为就是合法的。(3) 是认为“不得已”具有两层含义：(a) 危险已经迫在眉睫，行为人不当机立断采取措施，合法权益必然会受到损害。(b) 客观上没有其他合理方法可以避免危险，或虽然有其他方法可以避免危险，但行为人本人在当时却认识不到。所谓合理方法，是指正当防卫、消极逃避、寻求司法保护等为法律、道德和公序良俗所认可的方法。认定是否出于“不得已”应考察以下几方面：(1) 危险是否已经迫在眉睫；(2) 迫在眉睫的危险是否马上就会对合法权益造成重大损害；(3) 客观上是否存在着避免损害的其他合理方法，如逃避、请求保护等；(4) 如果危险系由不法侵害行为引起的，根据双方的情况能否对其进行正当防卫；(5) 如果客观上存在着其他合理方法，这些合理方法是否被行为人认识到，或者根据本人认识能力和当时的主客观方面的因素能否被其认识到等等。

笔者基本上赞成第最后一种观点，因为紧急避险是为了保护一种合法权益而牺牲另一种合法权益的“正对正”的关系，是一种迫不得已的利益交换，故在可选择其他合理方法避免危险的情况下，不能选择

紧急避险。但在判断有无其他合理方法时，对行为人要求的标准不能过严，毕竟，当危险发生的时候，避险人只有很短的时间做出判断、反应，特别是处于惊恐之中的时候，判断力往往要大打折扣，不可能象在事后那样从容不迫地计算什么避险方法最适当、最经济，法律不能强人所难。

（二）主观的要件，即主观上具有避险的意思

避险行为是否以行为人主观上具有避险意思为必要，在日本等大陆法系国家，就存在必要说和不必要说之争。必要说认为，避难意思是避难行为所必要的主观内容，只有出于避免危难之意思而实施的行为，才能视为避难行为。不必要说认为，避难意思不是避难行为所必要的主观因素，只要行为在客观上达到了避免危难的效果，就应当视为避难行为。日本理论界的通说是避难意思必要说。

我国刑法理论在论述紧急避险成立条件的初期，忽略了紧急避险的主观要件。随着理论研究的深入，逐渐认识到主观要件的重要性。现在避险意思必要说已成为我国的通说。

对于避险意思的含义，学者们多有歧义。在日本有学者认为，避难意思是指行为人有避免危难的动机或意思；另有学者认为，只要行为人认识到危难状态的存在（即危难的认识），就应该认为有避难意思。我国学者一般认为避险意图应包含两个方面，即避险认识和避险目的。但在避险认识应包括哪些内容上，则是众说纷纭。我国有学者认为，行为人除了认识到某种权益面临正在发生的危险之外，必须认识到不损害他人较小的合法权益，就不能排除危险，同时还要认识到自己的避险行为是正当的合法的。有学者认为，行为人必须认识到正在发生的危险存在、危险的来源、某种重大法益正在受到威胁，认识到不可能有其他方法避免危险的侵害，认识到保护和牺牲的合法权益的性质，对自己避险行为的强度、应使用的手段，将会造成的后果有一个大致的认识。也有学者认为，在现实生活中，紧急避险通常是发生在紧急状态下，行为人为保护自己，在很多场合是本能的，几乎是无意地进行反射行动。由于避险时机只是一瞬间，要求行为人在行为时作仔细的思考，认识那么多的内容是不可能的。因此，只能以行为人对某种权益面临正在发生的危险有认识为限，不能在此之外另提更高的要求。

笔者认为前两种观点要求过高，太强人所难，特别是第二种观点，不要说在紧急避险的一刹那，就是事后请一帮法律顾问帮助分析，也不是三下二下就能认识清楚那些具体内容的。事实上，在日本等国，一些持避险意思必要说的学者，大都认为对避难意思不能解释的过窄，不能要求行为人对危难的事实有明确而具体的行为认识。只要是在紧急状态下为了保护法益而实施的行为，并且又符合紧急避难的其他条件，就应该视为紧急避难。最后一种观点对避险认识的要求过低、定义过宽。例如，一人见其仇人用铁棒打来，连忙用手中抱着的小孩举起抵挡，结果小孩被铁棒打成重伤。行为人认识到了发生危害自身安全的危险，也认识到了自己受击打只会受伤，而小孩受击打很可能被打死，这就不能说是紧急避险下的避险认识。笔者认为，避险认识中包含具体认识和抽象认识应该更合理一些。具体的认识是指行为人已经明确、具体地认识到了某种重大的法益已经受正在发生的危险所威胁。抽象的认识是指在危险发生时，他对保护的合法权益和牺牲的合法权益，对避险行为的强度、手段在大脑中只是一个大概、模糊的认识，即只是抽象、一般的认识，但这种抽象、一般的认识是经过多年社会生活所形成的一些社会经验法则在大脑中快速衡量的模糊结果。虽然我们说紧急避险往往是本能的反应，但是这种本能已被牢牢地打上了社会经验的痕迹，在我们的本能反应中包含了很多社会准则，而不仅仅是一个纯粹的生理反应。例如前述案件中，铁棒打来，本能的反应有二种：一是闪避，二是举起东西抵挡。在无处可闪，手中又抱着小孩的情况下，一般人是不拿小孩抵挡的，即使是由于本能举起了一点也会放下来，宁愿自己挨一下。在船因超载要下沉的时候，人们本能的反应是要扔一些东西下去，但避险人随手扔的肯定是货物，而不是把人扔下去。这就是在长期的社会生活中，各种社会准则对我们潜移默化的结果，它时时刻刻影响着我们的行为。在紧急避险时，那些抽象的认识内容也是以一种本能的形式出现的，但它已经是社会化的本能，本身已经包含了一定的利益得失计算，而决不是没有意义的肌肉运动。“抽象的认识”背后是社会对避险人的期待，期待避险人根据自身情况所能作出的合理判断。但是，对于怎样判断“抽象的认识”确实比较困难，笔者认为只能是采用“个人标准说”，即避险人在当时的情况下，根据他个人多年的社会经验，他下意识地应该认识到并且在这些认识的基础上作出的紧急避险行为，每个人之间的“抽象认识”标准是不一样的。

（三）避险限度的要件，即避险行为不应超过必要限度，造成不应有的损害。

在大陆法系的国家和地区，紧急避险所造成的损害程度在何种范围内才算合理，学者们分歧较大。

1. 必要说。此说认为避险行为以自己或他人之生命、身体、自由、财产面临紧迫的危难之际，不损害他人法益，别无救护途径为必要，至于避难行为所侵害第三人法益的价值是小于、等于、还是大于其所救护之法益的价值，则在所不问。笔者认为，这种学说对避险行为的要求过分宽松，不符合刑法规定紧急避险行为的目的，因此基本上不为世界各国刑法所采用。但有学者依据法国刑法典第122—7条规定“面对威

胁迫本人、他人或某项财产的现行的或紧迫的危险，完成保护人身或财产之必要行为者，不负刑事责任”，认为是采用必要说的立法例。依笔者看来，这显然是一种误读。因为在该条文的最后一句是“但所使用的手段与所受到的威胁的严重性之间不相适应之情况除外”，这句话其实是对前段话的限制。显然我们应把条文作为一个整体来把握，不应分开、孤立地理解每一句话。法国刑法理论界有人认为，应当始终要求因紧急避险牺牲的财产在价值上低于受到保护的财产的价值；在假设相互冲突的两项利益的价值相等的情况下，不应当承认因紧急避险所完成的行为是可以证明具有合法的行为，如为保护自己的生命而杀害一个人的行为；当得到保护的利益的价值低于牺牲的价值时，如为保护某项财产而杀死某人，不能承认为紧急避险。

2. 法益均衡说，即实际产生的损害与将要避免的损害相比较时，要求前者不能超过后者，因此，紧急避险允许前者更小之外，还包括两者相等的情况，即这一要件意味着禁止加上“不成比例的损害”。日本刑法第37条紧急避难以“由避难行为产生的损害不超过将要避免的损害的程度”为要件，即采用法益权衡的原则。在此说中，存在着牺牲他人生命是否能以拯救自己生命这一深刻的问题。日本学者福田平、大（土冢）仁认为，对人的生命，在法律上都认为价值相等，因此，将可以肯定它属于紧急避险。意大利刑法理论也持同样的观点。

3. 轻于说，认为法律对紧急避难状态中的人提出的唯一条件是：紧急避难所造成的损害必须轻于所避免的损害。某人给受法律保护的利益造成的损害符合这一条件时，他的行为就是无罪的，而且是对社会有益的，否则，在客观上就是危害社会的行为，应当负刑事责任。

我国刑法并未就避险的限度标准做出明文规定，学者们的理解也各不一致，大致有以下四种观点：

1. 轻于说。认为避险行为的必要限度，应理解为所造成的损害必须轻于所要避免的损害。如果所引起的损害等于或大于所避免的损害，就有悖于紧急避险的意义和目的，成为对社会有害的行为，也就失去了合法性。这也是刑法理论界与司法实践较为一致的认识。

2. 轻于加必要说，认为紧急避险的必要限度是指在所引起的损害小于所避免的损害的前提下，足以排除危险所必需的限度；紧急避险行为所引起的损害大于或等于所避免的损害的，一定是超过了必要限度，即使紧急避险行为所引起的损害小于所避免的损害，但如果所引起的损害中有一部分不是排除危险所必要的，则仍然是超过了必要限度。

3. 相等说。认为紧急避险的必要限度在一般情况下应是所保全的法益大于所牺牲的法益，但在个别情况下，两种法益相等也应当认为是紧急避险。

4. 综合评判说。认为紧急避险所造成的损害一般应小于所避免的损害，个别情况下可以相等。极个别特殊情况下可以稍大于所避免的损害，但决不能远远大于所避免的损害。

笔者认为，在讨论避险限度时，应确定一个前提，即为什么刑法要规定紧急避险这项法律制度，否则前提不同，结论自然不同。有学者认为，紧急避险成为法律所保护的行为是因为其有益于社会，其价值在于把合法权益所遭受的损害降低在最小限度；在合法权益面临损害危险的时候，在迫不得已的情况下，及时牺牲局部的、较小的利益，以保护整体的、较大的利益，使合法权益免遭损害或减少损害，这是刑法规定紧急避险的意义所在。笔者认为这种论述是很有道理的，这也是紧急避险作为一项法律制度得以确立的基础。因此笔者不赞成有学者认为的对必要限度采取何种标准只是一个法律技术问题。事实上，在条文的背后隐藏的是国家的意识形态、社会的伦理道德等一系列价值观念性的东西，而立法技术仅仅是一个表层的东西。纵观其他国家的刑法理论，“轻于说”事实上得到了许多学者的支持。德国学者耶赛克认为：利益衡量是合法化的决定性依据；对立利益的整体衡量结果，应当表明被保护利益明显大于因紧急避险行为而遭到侵害的利益。法国刑法学界有人认为：应当始终要求因紧急避险牺牲的财产在价值上低于受到保护的财产价值；在假设相互冲突的两项利益价值相等的情况下，不应当承认紧急避险行为的合法性。英美刑法理论通常认为保全的利益应当大于牺牲的利益。但“轻于说”面临的一个难题是如何衡量利益（法益）之间的大小。日本学者通常有以下主张：法益的衡量必须由全部法律秩序及文化的观点来决定（木村）；从全部法律秩序的精神予以合理判断（团藤）；适当考虑一般社会观念及当事人的主观状况来决定（宫本）；应以普通人的见解为基础（牧野）。但是在日本，根据以前判例出现的情况，法益的衡量是比较简单的，未发现困难的案例。

但在我国，由于涉及到国家、公共利益，问题就更加复杂一些。其中最突出的是生命和国家、公共利益的衡量。笔者认为，在人权意识日益张扬的今天，在一般情况下，生命应是第一位的。但鉴于我国的传统价值观的影响，在某些特殊情况下，可以有例外（应象前述的德日刑法那样，对为了公共利益的紧急避险做出苛刻的限制）。

另一个深刻的问题是生命对生命的情况，即两者只能保其一时能否实行紧急避险。有学者认为这符合

一般人的道德，不能用极高的道德标准作为决定是否适用刑罚的尺度。我国刑法理论的通说是决不允许牺牲他人的生命来保全自己的生命。这当然是“轻于说”的必然结论，笔者也赞同这种观点。这种行为虽然是出于人的求生本能，但是挽救自己却以他人的生命为代价的行为能说是社会允许的道德底线、符合一般人的道德标准吗？不但在中国，在其他国家的理论和司法实践中也有同样的看法。德国学者耶赛克认为：任何法益均可因紧急避险的介入而做出牺牲，唯有相关人的生命属于例外，因为，人的生命价值是不存在差别的。在数人的生命共同面临危险，以及以牺牲一人来挽救多人，无不同样如此。法国学者认为：在假设相互冲突的两项利益的价值相等的情况下，不应当承认因紧急避险所完成的行为是可以证明具有合法性的行为，如为保护自己的生命而杀害一个邻人的行为。在美国刑法中，理论上的原则是：生命等价，即人的生命不因人的种族、年龄、健康、地位不同而有差异。这又区分两种情况：为救一人而牺牲另一人是不符合紧急避险合法辩护构成条件的；如果不牺牲一人，则必然造成两人丧生的情况下允许有紧急避险的合法辩护，但必须不存在主观上的任意选择性。《模范刑法典》的评论中说，为拯救两个或更多的人而杀死一个人可以实行紧急避险的合法辩护。但在19世纪的判例采取严格的态度，在英国和美国的两个著名的救生艇案件中，法院都拒绝了紧急避险的免责辩护。综上所述，西方国家的刑法理论与司法实践并不都同日本、意大利刑法一样允许为挽救自己的生命而牺牲他人的生命。笔者甚至认为，日本、意大利的做法也是西方国家中的少数。认为资产阶级学者是允许牺牲他人而保全自己生命的看法有一点以偏盖全之嫌。

综合判断说的一个重要理由就是在某些特殊情况下对避险过当的避险人以犯罪论处，对避险人于情于理都说不过去。在我国台湾刑法理论界和司法实践中也存在着类似的想法，认为避难者出于情势迫切，则所损害之法益与保全之法益轻重稍有出入，其行为苟出于人情之常，亦非不可阻却违法。我国台湾地区司法院对此解释为：……在紧急避难所救护之法益，其价值亦不必相等或轻于因救护损害之法益。笔者认为上述观点欠妥，首先法与理、情难免会有冲突的时候，两者不可能完全一致；其次，我国刑法规定对避险过当的刑事责任可以减轻或免除处罚，而这种符合社会伦理道德的避险行为案件完全可以免除刑罚；再次，连持这种观点的学者都认为这种情况是“个别的”、“极个别的”，故没有必要为这种个别情况而放弃一个大的原则。

对于“轻于加必要说”中的“必要”，意大利刑法学界也有类似的观点，认为“必要的行为”中的“必要”除了指行为必须与排除危险相当之外，还意味着行为只能选择损害最小的手段来排除危险。笔者认为必要的标准最终还须由避险人在当时的情况下自己判断，是不能用“事后标准”、“客观标准”来代替的。如我国学者举例说，一个有50户住户的村庄，村头房屋起火，根据风力、火势等实际情况，只需拆除3户的房屋就足以断绝火源，则拆掉4户房屋就是超过了必要限度。假如几个救火的人一贯谨小慎微，他们觉得非要拆掉5户房屋否则不足以保住其他房屋，是不是要追究他们避险过当的责任呢？显然不合情理。故这个“必要”是不必要的，否则对避险人过于苛刻。

（作者系江西省委组织部干部，法学博士，中国社会科学院法学博士后研究人员）

更新日期：2006-6-11

阅读次数：1596

上篇文章：中美累犯制度比较研究

下篇文章：犯罪成立体系之比较分析

 打印 |  关闭

 TOP