

防御性紧急避险制度研究

赵 栩 谢雄伟

[摘 要] 对无责任能力人的侵袭予以反击行为应属于防御性紧急避险。防御性紧急避险是针对危险源本身所实施的避险。该种避险制度的产生符合我国刑法主客观相统一的违法观。防御性紧急避险的避险限度应采取“轻于或等于说”,即只要避险行为所损害的利益轻于或等于所避免的合法权益价值,就属合法的紧急避险。

[关键词] 正当防卫;攻击性紧急避险;防御性紧急避险;避险限度

[中图分类号] DF6 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2009)06-0788-05

一、防御性紧急避险的含义、产生背景及其意义

(一)防御性紧急避险的含义

在大多数紧急避险情形中,避险人一般通过牺牲无辜第三者的合法权益来保全另一较大的合法权益。此种紧急避险即系将自己或他人的危难,转嫁给无辜第三者的攻击性的紧急避险。防御性紧急避险,是指为避免正在发生的危险,避险人侵害他人的利益,但危险是来自该被侵害的人,即针对危险源本身进行避险的情形。

关于防御性紧急避险的类型,德国刑法学者 Roxin 将其分为以下四种类型:(1)现在之侵害不是由刑法上之行为所引起,例如突发性痉挛、开车时突然间失去意识,或由于车祸无可避免冲上人行道,而撞到行人等其他无法控制之行为。(2)侵害不是由违法行为所引起,例如驾驶者已尽注意义务,遵守交通规则,仍撞到突然冲出来之行人。(3)母亲生产时,医生为避免母亲之生命危险或重大健康伤害之必要,牺牲其子女。(4)所谓预防性之正当防卫,即行为人因事后之防卫极困难或不可能,事先以预防性措施,防备他人已准备之攻击^[1](第 100 页)。上述四种类型,因侵害行为并非刑法上的行为,或并非刑法上所谓人的违法攻击行为,或欠缺违法性、现在性,并不具备正当防卫的要件,故只能通过紧急避险来解决。

(二)防御性紧急避险产生的理论背景

防御性紧急避险概念的产生与“人的不法”概念的提出密不可分。关于违法性的本质,德日刑法理论上一直存在“结果不法”与“人的不法”的对立。刑法传统理论坚守“违法性是客观的,责任是主观的”这一立场,认为违法是对法益的侵害或威胁,即主张“结果不法”,也就是结果无价值。结果无价值论只考虑基于行为人行为的法益的侵害结果,即,不顾虑行为人行为的意义,只以已经发生的结果这种法益侵害的事实为基础来考虑违法性^[2](第 138 页)。因此,根据“结果不法”,“不法”概念只是指侵害法益的结果。那么,根据“结果不法”的宗旨,即使不是出于故意或过失的侵害法益行为仍属于不法攻击行为,甚至于动物的袭击也可以看作是不法攻击。因此,对于无责任能力人实施的攻击行为或动物的侵袭都可以通过正当防卫来加以解决,因为正当防卫是针对不法攻击所采取的防卫行为。

随着刑法学理论的发展,产生了“人的不法”这一概念。“人的不法”概念由德国刑法学者 Welzel 认

为:不法并非尽是在内容上与行为人相分离的结果的引起(法益侵害),行为只有作为一定行为人的作品才是违法的。所谓违法性,总是与一定的行为人相关的行为的否认。不法是与行为人相关的“人的”行为不法^[3](第309-310页)。根据“人的不法”这一概念,“不法”的构成除了要求造成他人法益侵害的事实或者危险外,行为人在主观上还必须具备故意或过失。如果行为人主观上不存在故意或过失,但实施了有造成他人法益侵害的可能性的行为,则不应属于不法行为。因而,对此类侵害法益的行为所采取的防卫行为,也就无法通过正当防卫来加以规范,而只能考虑紧急避险适用的可能性。但传统刑法理论上的紧急避险只是攻击性紧急避险,即通过避险行为将危险转嫁给无辜的第三人。然而,针对不是出于故意或过失实施的侵害法益行为所实施的防卫却是直接针对危险源本身进行的,不是转嫁给无辜的第三人。因此,德国刑法学者首先提出了防御性紧急避险的概念,以区别传统意义上的攻击性紧急避险。后来紧急避险的此种分类方法逐渐得多德国以及我国台湾地区的刑法学者所接受。

(三)防御性紧急避险在我国刑法上的意义

在我国刑法上倡导防御性紧急避险这一概念,具有较为重要的理论与实践意义:

第一,有利于对无责任能力人的侵袭予以反击行为的正确定性,从而彻底贯彻我国主客观相统一的刑法原则。由于无责任能力人的侵袭行为不属于我国刑法上的“不法侵害”,因此,无论是“肯定说”还是“折中说”的立场,都是违反了我国犯罪论体系中的违法性本质观。只有对此情形以防御性紧急避险论处,才符合我国主客观相统一的违法观。

第二,有利于加害者和避险人双方合法利益的平衡保护。在面临无责任能力人的客观侵害时,并不意味着被侵害人只能一味地退让、容忍而不能予以反击,只要具备紧急避险的其他条件,被侵害人可以通过反击行为来保护自己的合法权益。另外,毕竟无责任能力人的这种侵袭不能被评价为不法行为,因此,对其实施的反击行为不能像正当防卫一样受限制较少,而是必须严格满足紧急避险的“不得已”以及“避险限度”等要件。甚至有部分持正当防卫说的学者也认为:“基于人道主义的考虑,在这种情况下,对防卫的必要性似乎应当更严格地限制,虽然不要求只能在不得已的情况才进行防卫,但应尽量限制在必要的场合”^[4](第260页)。诚然,正当防卫属于“正”对“不正”,法律对该权利的行使并没有规定太严格的限制,因此,该观点主张对正当防卫加以限制也是缺乏相应法律依据的。而防御性紧急避险的概念刚好通过紧急避险的“不得已”以及“避险限度”要件为对此类反击行为的限制提供了法理依据。

二、德国刑法学者的相关学说及其评析

防御性紧急避险与攻击性紧急避险的分类最早是来自德国民法典的规定。德国民法典第228条对防御性紧急避险作了规定:行为人若对危险之发生可归责者,应负损害赔偿之义务。德国民法典第904条对攻击性紧急避险作了规定,即:行为人为防止现时危险,所采取对于物之必要干涉,若其所面临之即将发生之损害明显大于对所有人所造成之损害,则物之所有人不得禁止行为人对于物之侵犯,但所有人可请求补偿其损害。然而,德国刑法典第34条关于阻却违法性的紧急避险之规定,则没有对二者的限度条件进行区分,只是原则性规定了紧急避险所维护的利益应重大优越于所侵害的利益。因此,在刑法上对于防御性紧急避险应如何处理,就产生了理论上的不同认识。归纳起来,德国刑法理论上主要有三种不同处理意见^[1](第90-97页)。

(一)将其视为新的超法规阻却违法事由,类推适用民法第228条规定

德国刑法第34条规定紧急避险的限度是所维护之利益须“重大优越于”所侵害之利益,此项限度刚好与民法第904条标准相同,故部分学者主张刑法第34条应仅适用于攻击性紧急避险,至于“由人引起之防御性紧急避险”,则应发展新的超法规阻却违法之紧急避险,类推适用民法第228条的规定。

在防御性紧急避险之情形,引起危险者之利益相较于避险者之利益应负退让义务,故纵使避险者所保全之利益“并未重大优越于”所侵害之利益,也可成立紧急避险。然而,就文义解释而言,从德国刑法第34条规定上无法得出上述结论,因为其所规定的衡量标准是“重大优越”的利益。因此,刑法第34条

的限度标准应仅适用于攻击性紧急避险,不适用于防御性紧急避险。防御性紧急避险应认为是新的、独立的超法规阻却违法事由,而类推适用民法第 228 条规定。据此,即使避险者所维护之利益“并未重大优越于”或甚至“未优越于”所侵害之利益,只要二者之利益关系非显失比例,紧急避险行为应属合法。

(二)主张适用刑法第 34 条规定并类推适用民法第 228 条规定之衡量标准

有学者认为因“人引起之危险”并非刑法第 32 条正当防卫所规定之人为违法攻击,因此,对此危险所为之防卫行为,并非正当防卫行为。此种所谓“类似正当防卫情形”应适用紧急避险之规定使其合法,以避免法律漏洞。此外,于被侵害者自身引起此法益冲突之情形,在利益衡量时,不应适用攻击性紧急避险之衡量标准,而应适用不同衡量标准,以示区别。由民法第 228 条规定显示出避险者于防御情形无须忍受危害,而允许避险者于不致显失比例之情形下,为维护自身利益而避免危害。

刑法第 34 条和民法第 228 条规定的基础事实相同(避免危难而维护利益),立法者于民法第 228 条对于避险者因物引起之危害所为的防御行为之衡量标准,应也适用于人引起危险的防御性紧急避险。由于危难引起者破坏了法秩序之和平,避险者之行为不仅保全被危害之利益,同时也维护法律所保障其支配领域完整性之权利。此项观点对于利益之衡量应具有重大影响。民法第 228 条所规定之衡量标准,也应适用于刑法第 34 条,因此,若防御性避险行为所造成之损害与所维护之利益“非显失比例”,应可阻却违法。刑法第 34 条应认为是紧急避险的一般规定,所谓“重大优越”是须补充的概念,如何认定其内涵,应视其他特别规定,民法第 228 条则是将其利益衡量具体化的特别规定。

(三)主张刑法第 34 条完全可适用于防御性紧急避险

也有学者认为,刑法第 34 条完全可适用于防御性紧急避险,其理由如下:

1. 主张防御性紧急避险者所维护之利益经常未“重大优越于”,甚至于“小于”所造成的损害,因此刑法第 34 条不适用于防御性紧急避险,应类推民法第 228 条规定的见解,是受限于法益衡量学说,误解刑法第 34 条的利益衡量。利益衡量不同于法益衡量,立法者于刑法修正草案二读时,已明确拒绝法益衡量,代之以利益衡量。利益衡量应考虑具体案例的全部情况。法益位阶之价值只是利益衡量时应考虑的观点之一。冲突法益的位阶价值关系不能决定利益衡量的结果。行为人所维护的法益价值虽“未重大优越于”所造成的法益损害,但是其所维护的整体利益也有可能“重大优越于”所造成的损害。立法者于立法理由中已承认此可能性,并谓“依绝对法益位阶而价值较高之法益,相对于依绝对法益位阶而价值较低之法益,若后者之法益主体所保护之利益,在个案特别情形下,重大优越于前者之法益主体所保护之利益时,前者也须退让”,因此,刑法第 34 条规定适用于防御性紧急避险。

2. “人”引起的危险所造成的防御性紧急避险之利益衡量观点应与“物”所引起之危险所造成的防御性紧急避险之利益衡量观点不同。刑法第 34 条的利益衡量,是衡量哪一个利益值得保护。而判断冲突法益何者值得保护时,除了法益抽象价值外,也应考虑其他与冲突法益有关的全部重要观点。民法第 228 条规定的衡量,无须斟酌具体案例的全部因素,仅需考虑唯一的重要观点,即危险是来自被侵害者自己。由此可见,足见民法的规定太僵化,仅适用于由“物”所引起之危险造成的防御性紧急避险。“人”引起之危险所造成的防御性紧急避险,未该当正当防卫之构成要件时,应慎重处理,因多数情形该被侵害者对于所引起的危险并无可归责性,不应与物所引起的危险情形同等处理。此外,依民法第 228 条的文义,只要避险者所造成的利益损害与其所维护之利益“非显失比例”,行为即属合法。因此,所造成之损害可能大于所维护之利益。若毫无限制将民法第 228 条的衡量标准,直接适用于“人引起之危险所造成的防御性紧急避险”,而被侵害者对危险的发生无可归责性时,依民法规定之衡量标准,其仍需忍受避险者的行为至“非显失比例的界限”的程度。因防御性紧急避险毕竟不同于正当防卫,故此结果无法令人接受。因此,民法第 228 条的衡量标准,不应适用于“人引起之危险所造成的防御性紧急避险”。

3. 主张防御性紧急避险为新的超法规阻却违法事由而类推适用民法第 228 条规定,由于类推适用并非完全模仿民法规定,而是衡量时应斟酌紧急避险中前述的具体情况,如此,民法第 228 条与刑法第 34 条的衡量标准,即无不同,则类推民法的规定应属多余。

笔者认为,从德国刑事立法渊源来看,第二种观点是比较合理的,理由如下:

1. 根据德国关于紧急避险的刑事立法史,可以看出阻却违法性紧急避险的立法是以共同适用为原则。起初,德国刑法中并没有对紧急避险作任何规定。但从20世纪初期以来紧急避险情形便受到人们的强烈关注,首先是就为拯救母亲而有必要终止妊娠的问题展开探讨的。为了承认该问题的合法化,法学理论上发展了“利益衡量理论”和“目的理论”。帝国法院也开始在不同的判决中指出,针对财物的紧急避险或义务性紧急避险能够体现合法化的一般原则,并依据利益衡量和义务衡量原则,承认超法规的紧急避险为合法化事由。同时,1927年判例以来关于紧急避险的判决,毫无疑问地涉及到各种各样的法律领域和生活领域。为了赋予判例安全的基础,最终导致刑法对合法化紧急避险作出了具体规定,即现行刑法典第34条^[5](第432-435页)。据此立法史可知,刑法第34条关于紧急避险的立法原意就是针对当时以超法规阻却违法事由处理的各种紧急避险情形作一般性规定。因此,刑法第34条应是阻却违法性紧急避险的一般规定,而不是仅适用于攻击性紧急避险。故第一种观点不可取。

2. 第三种观点也有不足之处。其主张刑法第34条完全可以适用于防御性紧急避险,认为根据全部包括原则,可将防御性情形(或危险的来源)列入利益衡量之中,因而原本“等价”的冲突利益,或所维护的利益“稍小于”所侵害利益的情形,都可被解释为符合刑法第34条规定的重大优越利益之要件。但此结论单从刑法第34条的文义解释而言是很难得出的,因此该观点的解释方法是值得怀疑的。

因此,德国通说承认刑法第34条是紧急避险的一般性规定,其他阻却违法事由是将其利益具体化的特别规定。防御性紧急避险中,被侵害者自身引起危险,因此其门槛应较攻击性紧急避险低,也即于防御性紧急避险,刑法第34条所谓重大优越利益的内涵,必须经由民法第228条规定的“非显失比例”加以具体化^[1](第98页)。至于攻击性紧急避险,因刑法第34条规定和民法第904条规定的内涵相同,因此,无须再考虑民法第904条的规定。

三、我国刑法中防御性紧急避险的限度标准之确立

我国刑法第21条第2款规定:“紧急避险超过必要限度造成不应有的损害的,应当负刑事责任,但是应当减轻或者免除处罚。”我国民法第129条规定:“因紧急避险造成损害的,由引起险情发生的人承担民事责任。如果危险是由自然原因引起的,紧急避险人不承担民事责任或者承担适当的民事责任。因紧急避险采取措施不当或者超过必要的限度,造成不应有的损害的,紧急避险人应当承担适当的民事责任。”由此可见,无论是我国的民法还是刑法都没有区分攻击性紧急避险与防御性紧急避险,而且都是较笼统地用“必要的限度”这一词语揭示避险的限度条件。但何谓“必要的限度”,我国刑法既没有像德国刑法第34条那样规定为维护“重大优越”的利益,也没有像日本刑法第37条那样规定为“所造成的损害不超过其所欲避免的损害”,只能留给刑法理论上解释。根据我国刑法理论的通说,即轻于说,必要限度是指避险行为所造成的损害必须轻于所避免的损害^[6](第141页)。但这一限度标准是否对攻击性紧急避险与防御性紧急避险都共同适用呢?对此,我国刑法理论上没有人进行深入研究。笔者认为,“轻于说”这一限度标准只能适用于攻击性紧急避险,而对防御性紧急避险的限度条件,应适当借鉴德国刑法理论上的相关研究成果,设置与攻击性紧急避险不同的限度标准,主要理由如下:

在现代民主法治国家中,保障公民个人利益是法秩序的主要任务。在此法秩序中,每个人都有一个人相对独立的自由空间,从而使其得以自由充分发展。但该自由的保障应以他人对此自由空间的尊重为条件;同理,其他人也有此自由空间,并且也必须得到尊重。这主要是根据公平分配自由领域原则构建的,即社会成员之间具有相同的权利义务。

因此,根据“公平分配原则”和“自律原则”,当由行为人自己领域产生危险,并威胁到他人领域时,其本来就应负有积极排除该危险的义务,如果是自己不加以排除而由他人排除时,则并没有侵犯到该行为人自己的权利,即未违反尊重他人自由领域的义务。故在防御性紧急避险中,当存在于自己领域中的物形成了一个对于他人有危险的危险源时,必须有容忍他人进行自助行为的义务。也就是说,在此情形下

所为的任何防卫行为,只要是排除危险所必要,都是允许的。

然而,防御性紧急避险中引发的危险源毕竟不属于正当防卫中的不法攻击,因此,除了强调个人自由领域的“公平分配原则”和“自律原则”之外,也应考虑紧急避险的根据即社会连带性义务。换言之,在防御性紧急避险中,基于社会连带性义务的要求,防卫行为的合法性必须考虑当事人因此一避险行为可能维护的合法权益价值,以及因此避险行为可能受到损害的合法权益价值。在一定情况下,基于现代社会中公民之间的社会连带互助义务,避险人必须放弃防卫行为,容忍危险进入自己领域。

那么,应该如何科学设定防御性紧急避险的限度标准呢?该问题可以通过参考攻击性紧急避险的限度标准来加以解决。因为攻击性紧急避险中也存在危险由一个人领域进入到另一个人领域,只是危险进入领域的方式与防御性紧急避险不同,但二者引起的利益状态都相同,即与危险无任何关系的人面对即将由他人领域进入自己领域的危险时,在多大限度上需要承担容忍的义务。如前所述,关于攻击性紧急避险的限度标准,刑法理论通说是主张“轻于说”,即只有在避险行为造成的损害轻于所要避免的损害时,被避险人才基于社会连带性义务负有容忍侵害的义务。基于同理,在防御性紧急避险中,避险人也只有在危险所侵害的利益小于自己的避险行为所侵害的利益时,才负有容忍危险侵害的义务。因此,在防御性紧急避险中,避险人实施避险行为造成的损害轻于或等于所要避免的损害时,均属于合法的紧急避险,即未超过“必要限度”这一避险要件。

综上所述,我国刑法理论通说的“轻于说”作为攻击性紧急避险的限度标准是符合紧急避险的根据的,但防御性紧急避险的限度标准则应采取“轻于或等于说”的立场。也就是说,在防御性紧急避险中,只要避险行为所损害的利益轻于或等于所避免的合法权益价值,即属合法的紧急避险。

[参 考 文 献]

- [1] 彭美英:《阻却违法之防御性紧急避难——以德国法为重心》,载《玄奘法律学报》2005年第6期。
- [2] 张明楷:《外国刑法纲要》,北京:清华大学出版社1999年版。
- [3] 大塚仁:《刑法概说》(总论),冯军译,北京:中国人民大学出版社2003年版。
- [4] 张明楷:《刑法学》第2版,北京:法律出版社2003年版。
- [5] [德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》,徐久生译,北京:中国法制出版社2001年版。
- [6] 高铭暄、马克昌:《刑法学》,北京:北京大学出版社、高等教育出版社2000年版。

(责任编辑 车 英)

Study On the Defensive Necessity

Zhao Xu¹, Xie Xiongwei²

(1. Guangzhou Huadu District People's Procuratorate, Guangzhou 510800, Guangdong, China;

2. Law School, Guangdong University of Business, Guangzhou, 510320, Guangdong, China)

Abstract: Counter-attacking the infringement from a person without ability of responsibility should be considered as defensive necessity. The defensive necessity is to counter-attack the danger source. This kind of necessity accords with the theory of legal violation in China, namely the unification of subjectivity and objectivity. As to the necessity limit, the defensive necessity should take the theory of less or equal damage. Only the damage made by necessity is less or equal the rights and interests value avoided by necessity, the defensive necessity is legal.

Key words: justifiable defense; aggressive necessity; defensive necessity; necessity limit