

自招危险的紧急避险适用研究

谢 雄 伟

(广东商学院 法学院, 广东 广州 510320)

[作者简介] 谢雄伟(1976-), 男, 湖南新邵人, 广东商学院法学院讲师, 法学博士, 主要从事刑法学研究。

[摘 要] 自招危险是指由避险行为人基于故意或者过失而招致的危险。对于自招危险的紧急避险适用问题, 中外刑法理论上有着各种不同的见解。该问题应根据自招危险的不同类型具体加以解决。对于有犯罪目的的自招危险, 应否定紧急避险的适用; 对于无犯罪目的的自招危险, 则应根据自招危险产生的具体原因来认定是否适用紧急避险。

[关键词] 自招危险; 紧急避险; 相当性

[中图分类号] DF21 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2007)02-0283-04

我国刑法第21条第1款规定:“为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在发生的危险, 不得已采取的紧急避险行为, 造成损害的, 不负刑事责任。”其中, “正在发生的危险”是成立紧急避险的必要条件之一。但是, 该款规定并没有对危险的来源进行任何限制性规定。那么, 对于行为人自己招致的危险能否适用紧急避险这一排除犯罪性事由呢? 对此, 各国刑法理论上有着不同认识, 各国刑事立法上也有着不同规定。能否适用紧急避险直接关系到行为人刑事责任的有无。因此, 加强对自招危险的紧急避险适用这一问题的研究, 不仅具有较强的理论意义, 也对司法实践具有现实意义。

一、国内相关刑法理论学说及其评析

对于自招危险的紧急避险适用问题, 我国刑法理论上也有几种代表性主张:

1. 有的学者认为, 在自招危险的场合, 如果行为人是无意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, 如果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的, 不能成立紧急避险^[1] (第786页)。

2. 也有的学者倾向于“相当说”, 主张根据具体情况判断是否允许紧急避险: 意图利用紧急事态招致危险的, 理当不允许紧急避险; 对由于其他原因而自招的危险(包括故意与过失), 通过对法益的比较、自己招致的情节、危险的程度等进行综合评价, 需要进行紧急避险的, 应允许紧急避险^[2] (第272页)。

3. 还有的主张肯定说, 其理由是: 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。如前述案件,虽然对行为人冲出火海撞伤他人的紧急避险行为不以故意伤害罪追究刑事责任,但对其点火自杀的行为本身,通常要根据具体案情定罪量刑。如果点火自焚的行为危害了公共安全引起或足以引起火灾后果的发生,那就应当按放火罪定罪量刑;如果点火自焚行为不足以危害公共安全,仅仅是避险行为造成了他人重伤的后果,在其主观上有过失的情况下,应按过失重伤罪定罪量刑^[3](第 30-32 页)。

第一种观点实质上是前述国外刑法理论中的“二分说”。因此,该种观点与“二分说”具有相同的不足,在此不再赘述。第二种观点主张采用国外刑法理论上的“相当说”,虽然具有对具体事例能够灵活处理的优点,但其具有的抽象性,从而导致具体认定过于主观的缺陷是不言自明的。尤其在我国目前整个司法环境不够理想的情形下,该种观点极容易导致司法的随意性,从而滋生司法腐败。第三种观点也是借鉴了前述的“原因违法行为理论”,正如该学者在文中阐述自己观点之后,紧接着说到:“日本著名刑法学家”平野龙一大体上也持这种主张。他认为,应该按‘原因中的违法行为’的法理来处理这类问题,即紧急避险行为虽然不违法也不负刑事责任,但作为引起危险发生原因的故意、过失行为是违法的,行为人对这种原因行为以及其所引起的结果应该负刑事责任。”^[3](第 32 页)因此,该种观点也不得不与前述的“原因违法行为理论”面对相同的批评。

二

对于自招危险的紧急避险问题想要通过一个统一的原则来处理似乎是比较困难的,因为自招危险构造本身具有多样性。因此,笔者并不奢望用一个单一的方法来处理构造不一的所有自招危险情形,拟在分析自招危险的不同类型基础上,具体类型具体解决。具体而言,关于自招危险的类型,大致可以分为以下三种情形:

(一)有犯罪目的的自招危险

所谓有犯罪目的的自招危险,是指行为人以实现某种犯罪目的为意图,而故意引起某种危险,然后假借紧急避险之名而对他人合法权益实施侵害,从而实现其犯罪目的。例如,甲见自己的仇人乙即将路过自己门前,于是故意放火烧屋,等到乙刚好经过门前时,甲用力冲出门外,从而将乙撞成重伤。对于这种自招危险,中外刑法理论上一般都否定其紧急避险的适用,而应按相应故意犯罪承担刑事责任。因为在此情形中,“避险行为”只是行为人实现犯罪的工具,行为人主观上也毫无避险意思可言。需注意的是,如果行为人是利用已形成的紧迫的危险状态,实施犯罪行为,则不属于这里的自招危险情形。例如,甲在从事化学试验中,不慎发生火灾,其准备逃离火海时,刚好发现仇人站在门外,于是顺势利用此机会冲出去将仇人撞伤。此情形只不过是利用另一行为引起的危险实施犯罪,其引起危险的行为和实施犯罪的行为之间,并没有犯罪意思的贯穿。因此,其与这里的自招危险不是同一情形,对其直接根据行为人主观上避险意思要件的欠缺而否定紧急避险的成立。

(二)无犯罪目的的自招危险

所谓无犯罪目的的自招危险,是指行为人并没有利用避险行为以实现其犯罪的目的,但因为故意或过失而引起危险的情形。也就是说,引起危险的行为与避免危险的行为之间虽然有关联,但二者之间并没有犯罪意思的贯穿。对于此种自招危险,又可以具体地分为以下几种情形加以讨论:

1. 由于不违法行为而招致的危险。在实践中,自招危险并不完全来自于非法行为,有的只是单纯来自社会生活上的义务违反行为,也有的来自法律上不干涉的行为。前者如:行为人没有经过精心计划就去冒险登山,结果在山上迷路了,为了保护自己的生命,将山中猎人所有的小屋破坏,并进入房屋拿走了食物。后者如:行为人自己割腕自杀,但后来又顿生悔悟,情急之下将别人的车开走赶赴医院救助。在这种自招危险情形中,由于行为人的自招行为并不是非法行为,即没有受到法律上的否定评价,那么,也就没有理由否定该种自招危险中紧急避险的适用,即不仅不能据此自招危险行为而认为行为人所保护

的合法权益价值的减少,也不能认为该自招危险行为导致行为人忍受危险义务的提高。

2. 由于违法行为而招致的危险。对于由于违法行为而招致的危险能否适用紧急避险的问题,既不能单纯地根据故意与过失类型加以分别适用,也不能单纯根据避险行为保护法益的主体不同而区别对待。笔者认为,应结合行为人的主观方面以及其自招行为与法益侵害结果之间的因果关系等问题来具体认定。具体而言,行为人基于故意或者过失自招危险时,如果其主观上预见到危险的发生或有预见的可能性,客观上该法益侵害的结果也可归责于行为人时,则应否定紧急避险的成立,行为人应承担相应的刑事责任。例如,日本1924年有一关于否定过失自招的危险允许紧急避险的案例。法院基于以下理由作了否定的判决:“刑法37条规定的紧急避难,这种行为之所以不被追究刑事责任的,这是立足于公平正义的观念,为保护自己的利益,不得已侵害了他人正当的利益。对于其危难是行为者因其有责任的行为自己招致时,如果按照社会的通常观念不能承认其为不得已而进行的避难行为,这种情况不适用于紧急避难。”我国司法实践中也有类似判决。在西安市碑林区苗现房交通肇事罪一案中,公诉机关以苗现房涉嫌交通肇事罪对其依法提起公诉;辩护人认为:苗为避免二客运中巴车相撞、造成重大人员伤亡和财产损失,才不得已向左打方向,后虽与出租车相撞,造成了一定的损害后果。却保护了两车乘客的人身安全,因此苗现房的行为应为紧急避险,不构成犯罪。碑林区法院经审理认为,紧急避险具有排除社会危害性的性质。苗现房当时车速为67.6公里,已超过最高限速,且苗在超速行驶的情况下与余某的车辆并行,其行为不仅使自己的车辆处于危险之中,也给正常行驶的车辆带来危险。因此苗现房的违规行为使其本身具有社会危害性,在此情况下发生事故,紧急避险所应具备的前提条件不存在,仍构成交通肇事罪。因此,该院以交通肇事罪判处苗现房有期徒刑二年,缓刑三年。

三

笔者较为赞同上述法院的判决。也就是说,在此种情形中的自招危险中,应否定紧急避险的成立,主要理由如下:

第一,此种情形中应将从招致危险的原因行为到最终的法益侵害结果发生这一系列经过作为一个整体来看待,因为后面的“避险行为”确实是以自招为前提的,把两者割裂开来分析是不合理的。这正如原因自由行为理论一样,如果只看醉酒人在醉酒后实施的行为,很难得出醉酒人具有刑事责任能力的结论。

第二,行为人主观上也预见到了或者应当预见到自己所实施的客观构成要件行为会发生的危害结果,而且最终发生的法益侵害结果也可归责于行为人。例如,前述苗现房交通肇事罪一案中,虽然苗现房的行为确系为避免发生重大人员伤亡和财产损失的危险,并客观上也确实是牺牲了较小的利益保护了更大的利益。但从因果关系看,苗现房所避免的危险恰恰是其先前行为引起的,即其无论是选择与中巴车相撞还是选择与出租车相撞,该危害结果都是其交通违章行为所创设的危险的实现,可以归责于行为人。故对其应以交通肇事罪论处。

第三,让行为人承担刑事责任也不会出现体系矛盾的缺陷。在前述案例中,也许有学者会质问:明明行为人是有意实施的避险行为,怎么却是承担过失的刑事责任呢?这实际上是对“自招行为”和“避险行为”割裂开来认识的结果。行为人的主观过错只能是依据其实施客观要件的行为时的主观心理态度来决定的。正如醉酒犯罪一样,行为人醉酒之后即使是在完全无过错的情况下实施了犯罪行为,我们也不能就据此片面地认为这是意外事件,同样还应结合行为人醉酒前的心理态度来分析认定。

第四,让行为人承担刑事责任也不会出现否定其“避险行为”价值的不利后果。如前所述,有些学者担心让行为人对此“避险行为”引起的法益侵害结果承担刑事责任,会导致行为人放弃救援较高合法权益的不利后果。笔者认为,这一担心是多余的。虽然行为人要承担刑事责任,但行为人积极采取将危害结果减小的措施,从而避免了较大危害结果的发生,这直接影响到行为人刑事责任的减轻,并不是对其作出法律上的不利评价。因为危害结果的大小是影响刑事责任程度的重要因素。例如,行为人基于故

意杀人,后来见被害人异常痛苦,遂又生悔悟之心决定中止犯罪,但由于地处偏远来不及送往医院抢救。结果行为人为了保住被害人生命只得对其截肢。对此情形,如果认为行为人成立紧急避险,那么,行为人对于截肢这一损害结果则不需要负刑事责任。显然,这一结论很难让人接受。如果让其承担刑事责任,根据我国刑法关于中止犯的处罚原则,则对其可以减轻处罚。即使不是犯罪中止这一特殊情形,造成死亡与否也是任何犯罪中影响行为人刑事责任大小的重要因素。

第五,从法学的一般理论来看,法律规范的功能在于禁止非法行为,鼓励合法行为。如果对此种自招危险主张紧急避险的适用,则可能导致法律纵容非法行为的恶果。前述有学者认为,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。如通过自焚自杀的案件中,虽然对行为人冲出火海撞伤他人的紧急避险行为不以故意伤害罪追究刑事责任,但对其点火自杀的行为本身,通常要根据具体案情定罪量刑,如果点火自焚的行为危害了公共安全,引起或足以引起火灾后果的发生,那就应当按放火罪定罪量刑,如果点火自焚行为不足以危害公共安全,仅仅是避险行为造成了他人重伤的后果,在其主观上有过失的情况下,应按过失致人重伤罪定罪量刑。笔者认为,该学者的论述是有矛盾的。既然其主张造成他人重伤的行为是紧急避险,那么,这一损害结果就属于不负刑事责任的损害,但其又主张将这一结果作为过失致人重伤罪的危害结果。显然,这是一种相互矛盾的评价。因此,对此种自招危险如果允许紧急避险,就只能承认避险行为造成的结果属于不负刑事责任的损害。可见,这不利于法律规范功能的正确发挥。

[参 考 文 献]

- [1] 马克昌. 犯罪通论[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1999.
- [2] 张明楷. 刑法学[M]. 北京: 法律出版社, 2003.
- [3] 刘明祥. 紧急避险研究[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1998.
- [4] 潘 灯. 西班牙刑法典[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2004.
- [5] [德] 克劳斯·罗克辛, 王世洲. 德国刑法学总论: 第 1 卷[M]. 北京: 法律出版社, 2005.

(责任编辑 车 英)

On the Necessity of Danger Made by Somebody

XIE Xiongwei

(Law School, Guangdong University of Business Studies, Guangzhou 510320, Guangdong, China)

Biography: XIE Xiongwei (1976-), male, Doctor, Lecturer, Law School, Guangdong University of Business Studies, majoring in criminal law.

Abstract: Danger made by somebody namely is that the danger is coursed by his intention or negligence. About it's necessity, there are all kinds of opinions on it in the criminal theory of domestic and foreign. The problem's settlement should be decided by the kinds of danger. Necessity shouldn't be applied to it which proceed from intention of committing a crime. If it doesn't proceed from intention of committing a crime, the applying of necessity is decided by different reason of the danger.

Key words: danger made by somebody; necessity; social propriety