

# 可归责性与避险限度的规范性认定

刘颖恺

**【摘要】**刑法紧急避险的体系定位不可一概而论,划分阻却违法和阻却责任的二分说有其合理依据,正当化紧急避险的根据在于结合个人本位与社会本位的多元论。纯粹的法益衡量有其固有缺陷,提示了有限导入归责思想的空间。紧急避险中归责探讨的实质是危险分配与承担的规范判断,将影响避险要件和限度的认定。避险过当的认定要求依次考虑危险转移的必要性、相当性和狭义法益衡量。避险人引发“对他危险化”“自己危险化”情形下的避险条件和限度有所不同。生命冲突紧急避险的正当化需要通过规范考量实现。强制程度的动态变化将影响强制避险中的归责认定。假想避险中紧迫现实危险要件的认定有其特殊性,认识错误的形成来源和程度将影响归责结论。

**【关键词】**紧急避险;可归责性;危险分配;必要性;相当性

**【作者简介】**刘颖恺,北京大学法学院博士研究生。

**【原文出处】**《甘肃政法大学学报》(兰州),2024.1.70~87

我国《刑法》第21条规定了紧急避险制度。司法实务中,虽然紧急避险常常作为一种辩护理由被提出,但却较少被采信。理论上亦存在部分疑难问题众说纷纭,例如以牺牲他人生命为代价的避险行为能否正当化?个人与复数人的生命能否比较衡量?如何厘定可允许的避险方式和避险限度?自从源于德国的客观归责理论引入我国刑法学以来,“归责”所代表的规范判断思维方式不再局限于因果关系论,而是拓展至行为论、违法性论与共犯论的探讨之中。而在区分不法和罪责的阶层体系中,现代客观归责理论仍然是不法阶层内部的探讨,这提示了同为不法阶层的正当化事由问题中,亦存在归责理论的适用空间。本文将围绕紧急避险中的归责问题展开讨论,试图为正当化紧急避险的认定提供判断思路。

## 一、紧急避险的类型划分、法律效果与正当化根据

刑法正当化事由的正当化根据探讨某一行为为何正当,而正当化条件则探讨行为在满足何种

条件下正当,两者处于抽象和具体的两个不同维度。作为具体避险情形下归责问题的探讨前提,仍有必要首先明确紧急避险的类型、法律效果与正当化根据。

### (一)紧急避险对象的类型化

我国学者通常将紧急避险和正当防卫统称为“正当行为”,认为其不具有刑事违法性。在避险对象上则限定为“第三者的合法权益”。<sup>①</sup>随着探讨的深化,攻击型与防御型紧急避险的对象类型化划分逐步进入学者们的视野。前者中避险行为的对象是无关第三人,具备类似侵害行为的性质;而后者指向包含危险创设者在内的危险源,具有类似防卫行为的性质。防御型紧急避险与正当防卫在构造上的相似性,使其适用条件与正当防卫产生了关联,并在一定程度上扩展了紧急权的适用空间。例如,针对无刑事责任能力人能否进行防卫,一直是理论和实务上争议较大的问题。[案例1]“范尚秀故意伤害案”中,被告人使用暴力制止患有精神病的同胞兄弟的侵害行为,后被害人

死亡。法院认定被告人不成立紧急避险但可能成立正当防卫。<sup>②</sup>但理论上观点认为,即使不能认定为正当防卫,仍可将对无责任能力人之侵害的反击认定为防御性紧急避险,只要所造成的损害小于或等于所避免的损害便合法。<sup>③</sup>又如,正当防卫的实施要求存在“现实不法侵害”,而避险行为要求“紧迫现实危险”。[案例2]德国“DV反击杀人事件”中,常年在家中处于暴君地位的A,稍有契机便会对妻子X和女儿B施加暴力,某日A对X施加了激烈的暴行后,警告称“起床后让你体会死的感觉”,随后就寝。X认为A起床后真的会对自身施加致死的暴行,便将熟睡中的A刺杀。<sup>④</sup>类似案例在我国并不罕见。<sup>⑤</sup>对于X而言,此时并不存在作为防卫前提的现实不法侵害。但有观点指出,家庭暴力的受害人在别无他法时,为防卫自身或者其他家庭成员权利将施暴者杀伤的行为,即使不能认定为正当防卫,亦有通过防御型紧急避险正当化的可能。<sup>⑥</sup>可见,划分攻击型和防御型紧急避险,为区分两者的理论根据、成立条件或法律后果提供了可能。

### (二)紧急避险效果的多元化

关于紧急避险的法律后果,向来存在违法阻却说、责任阻却说与二分说的争议,这与各国的立法例紧密相关。日本《刑法》规定紧急避险“不处罚”,但是未明确阻却违法还是阻却责任,学说上存在违法阻却或责任阻却一元论、二元论、可罚的违法性阻却论等争议。<sup>⑦</sup>德国《刑法》则明文区分“合法化的紧急避险”与“减免责任的紧急避险”。我国《刑法》采取了与日本相似的规定,并未明确界定紧急避险为“正当化事由”还是“免责事由”,只是一概认为“不负刑事责任”。传统观点认为紧急避险“有益于社会”<sup>⑧</sup>“不具有社会危害性而具有合法性”<sup>⑨</sup>。然而,可罚的避险过当与不可罚的紧急避险之间往往并非泾渭分明,而是呈现动态变化。一律认为紧急避险“合法”而避险过当“不合法”,将使得两者处于非黑即白的紧张关系之中。

出于刑事责任认定精细化和人权保障的考虑,仍然存在细化避险行为不同法律效果的解释空间。仍有必要明确某一避险行为是阻却了违法性,还是违法但不具有罪责。这种区分不仅会影响参与他人避险行为是否成立共犯的认定,还涉及对避险前提存在认识错误情况下的法律评价。<sup>⑩</sup>例如,甲看见乙被追杀,便指示其破窗躲入路边房屋,甲是否应该为教唆乙实施非法侵入住宅行为承担刑事责任?若采取主流的限制从属性说,这便取决于乙的行为是否成立阻却违法的紧急避险。又如甲误认为自己被追杀,破窗躲入路边房屋,甲原则上符合非法侵入住宅罪的构成要件,但是其关于避险前提的认识错误,究竟阻却违法性,还是阻却责任?这便与紧急避险究竟属于违法阻却事由还是责任阻却事由息息相关。

### (三)紧急避险根据的多样化

如前所述,避险行为在法律效果上存在多元化的划分可能,但即使是在能够正当化的避险行为中,关于其正当化根据亦存在争议。结果无价值论者通常从法益衡量角度来说明紧急避险的正当化根据,认为避险行为损害了更小的法益而保护了更大或至少同等的法益。但是,纯粹的法益衡量存在以下问题:第一,诸如生命权、健康权、人格尊严或隐私权、住宅安宁或财产权等异质法益之间法益大小通常难以衡量;第二,即使承认同种法益之间可以衡量,但在具体情况下的衡量也存在困难,如同样是财产法益,可替代的种类物的价值或许可以采取相对客观的衡量标准,但独一无二的特定物,对于不同主体的主观价值则存在不同;第三,权利归属的不同,是否会导致同质量法益在价值评价上存在不同?如分别归属于个人和归属于国家的同质量法益,有无高低贵贱之分?

纯粹的法益衡量之所以面临困境,是因为社会功利主义抹消了各法益主体的特殊性,认为不同主体的法益价值对于社会整体而言并无差异。但是,这在法感情上难以接受:紧急避险涉及“正

对正”的冲突,避险行为本不具备防卫行为的原生权利属性,避险人不具有天然的优先性。尤其是涉及生命冲突的紧急避险,多数观点认为其无论如何均具有违法性,只能根据期待可能性原理排除罪责;有观点进一步认为攻击型紧急避险均构成不法,仅防御型紧急避险有合法化的空间。<sup>①</sup>为了弥补法益衡量的不足之处,有学者指出,应当结合法益衡量与社会相当性的判断。“考量的不仅是法益高低,也应考虑社会伦理的整体评价,例如威胁法益的远近、严重性、避难方法的影响大小与范围等。”<sup>②</sup>“利益衡量应对法益位阶关系、法益损害程度等内容全面权衡;社会相当性尤其要考虑被转嫁危险第三人的人格尊严等内容。”<sup>③</sup>“应考虑社会善良风俗与道德伦理、法益的规范或社会意义、第三者的自律权、社会共同体责任、法益的重大属性以及社会公共利益。”<sup>④</sup>可见,纯粹的法益衡量难以证立紧急避险的正当性,但若在法益衡量外考虑其他因素,使其成为综合性的“利益衡量”,则会与社会相当性等学说失去界限。

实际上,如果采取社会本位立场,将会认为社会连带义务可以在一定程度上证成避险行为的正当化根据。域外有学者将“团结原则”作为攻击型紧急避险的正当化根据。<sup>⑤</sup>我国台湾学者也指出,功利主义观点将个人视为国家或社会利益的载体,不合法秩序的个人自主原则,亦导致紧急避险和其他阻却不法事由的适用关系模糊。从个人自主原则出发,攻击型紧急避险的法理基础在于被避险人的社会连带义务,而防御型紧急避险的法理基础则结合妨害人的责任以及避险人的社会连带义务。<sup>⑥</sup>然而,社会团结义务并非无边无际,其限度同样会影响避险限度的判断:被避险人应当在有限的社会连带义务内忍受避险行为,超出这一义务限度的避险行为则无法正当化。<sup>⑦</sup>无论是纯粹的利益衡量,还是极端的社会团结义务,都在一定程度上抹消了各法益主体的区别,从而漠视当事人的自主决定权,均无法单独作为紧急

避险的正当化根据,这一点在生命冲突型紧急避险中体现得尤为明显。

## 二、生命冲突紧急避险的特殊性与归责原理的导入

### (一)生命冲突紧急避险的特殊性

生命冲突是紧急避险的极端情形,成为检验紧急避险理论正当性的试金石。几位船员被困海岛山洞濒临饿死,其中一名船员提出采取抽签方式选取一名牺牲者杀害并作为食物,却在抽签前反悔,结果他自己不幸被选中,那么其余船员是否应当为杀死并吃掉被害人而负责?扳道工发现有五人被绑在铁轨上动弹不得,他可以选择改变列车前进方向,但会导致另一条铁轨上的一人被撞死,那么其是否应当为改变列车的行驶方向而撞死更少的被害人负责?现实中也不乏类似的情形。例如,在研发自动驾驶技术时,制造商能否预先设置“在交通事故发生时,如果车内人员和过往行人的人身安全面临冲突,则优先保护车内人员而牺牲过往行人”的计算机程序?有观点认为,有必要引入被允许的危險法理,如果自动汽车的程序设计行为满足被允许的危險的要素,就可能在构成要件阶段排除归责。<sup>⑧</sup>但也不乏反对性观点,认为此时为了保护乘客性命而实施的攻击型紧急避险完全符合故意杀人罪的构成要件,既否定其创设了容许性的风险,又认为其不满足紧急避险或义务冲突的要件,难以阻却违法性。<sup>⑨</sup>上述关于“容许性风险”的考量,正是规范判断思维方式的体现。

为了说明生命冲突紧急避险的正当性,有学者区分攻击型和防御型紧急避险的规范构造展开讨论。认为生命冲突中双方生命的值得保护性存在差异,当冲突一方属于紧急状态的引起者时,其生命的值得保护性会降低,这就为防御型紧急避险中杀人行为的正当化提供了可能。<sup>⑩</sup>而攻击型紧急避险中,被避险人的值得保护性并未减损,仅当其法益价值明显低于受威胁法益时,才能基于

社会团结要求其忍受避险;防御型紧急避险中,被避险人的值得保护性下降,但由于其未实施违法行为,故其法益下降幅度又低于不法侵害人。因此,防御型紧急避险中的利益衡量标准,介于攻击性紧急避险与正当防卫之间。<sup>⑨</sup>可见,就算不将生命权纳入法益衡量之中,具体情形下生命的值得保护性仍然存在差异。换言之,从规范视角而言,仍有必要明确哪一方主体的权利保护更为优先。这种差异化保护的观念,正源于可归责性视角下的不同法律评价。

### (二)归责原理的导入:紧急避险中的危险分配与承担

在因果关系论中,客观归责一般是从危险创设者角度来分析结果的发生是否应当落入其责任范围内;而紧急避险中涉及的关键问题是,避险人、被避险人是应该承担风险还是有权转移这一风险:这取决于行为人有无自己管辖风险的义务,以及有无转移风险的权利,此时的归责并非“危险创设与实现”的同义反复,而是意味着对于违背风险容忍、管辖义务的否定性评价。当行为人无避险权时,风险应当由其自身管辖,此时实施避险行为,则所造成的损害将归责于避险人;当行为人具有一定程度的避险权时,将意味着被避险人有义务承担限度内的风险,当被避险人违反该风险管辖义务时,所造成的损害将归责于被避险人。因此,紧急避险本质上是一种风险的管辖和转移关系。

然而,在个人保全视角之下,任何人无权创设可能危及他人法益的危险。因为趋利避害是人的本性,在风险已经转移的情况下,如果承认避险人仍然有权任意将风险移转给他人,将会造成风险的连锁,从而使得整个社会处于风险转移的循环中,人人自危提防他人,这将极大地强化社会注意义务并提高社会成本。换言之,无论是风险的初次移转还是风险的二次移转,都有限制的必要。

风险管辖和转移的合法性,有必要要求之于社会连带义务,其在个人保全的基础上拟制出“避险

权”与“容忍、管辖义务”的法律关系。权利与义务是相对的,大多数的社会共同体成员出于理性自利的考虑,为了使自己享有“当日后某一法益面临危险的紧急情况时,在合理限度内实施牺牲他人法益来保全自身法益的避险行为”的权利,因此在事前自愿地接受他人以同样目的实施牺牲他人法益来保全自己法益的避险行为,从而达成了一项风险的转移、继受与管辖协议。当避险行为所牺牲与所保全的法益均属财产权时,可以通过事后性的补偿来填平被避险人遭受的损失;但在法益冲突涉及生命权或其他人格权利时,避险行为造成的损失便难以与财产性利益相挂钩。因此,理性的社会共同体成员所愿意接受的风险是有限的,尤其是在牺牲生命和人格尊严的极端情况之下。这也决定了风险的分担与承受义务有其限度,超出这一限度则可能构成义务违反。此外,即使绝大多数社会共同体成员认可上述风险分配方案,仍然有少数社会共同体成员不愿接受这一协议。或许有少数成员认为自身权益至上,即使是他人的生命或人格尊严也不能与其抗衡。这意味着,在采取少数服从多数原则的同时,仍然需要顾及少数人的权益,不能漠视被害人的自我决定权。

社会连带义务本质上是法秩序塑造过程中所考虑的利益权衡关系,属于一种前实定法阶段的抽象利益衡量。然而,在肯定避险人和被避险人之间存在社会连带义务的情况下,还要明确社会连带义务的具体程度,这便需要借助法益衡量说在确认各类法益之抽象价值位阶上的作用。但法益衡量说在生命冲突上的不合理性,又意味着需要借助归责判断确定各主体保护必要性的差异。只有采取多元化的正当化依据,才能妥善证成具体情形下避险行为的正当性。

### (三)归责探讨的实质:风险移转的可容许性判断

通常认为,紧急避险在客观要件上包含作为避险起因的紧迫现实危险、具备保全法益可能性

的避险行为、没有其他方法避免危险的不得已性以及保全法益和牺牲法益的法益衡量；在主观要件上要求具备避险的认识和目的。上述标准也为我国司法实务所采用，诸如[案例3]“王仁兴破坏交通设施案”中，法院认定紧急避险的成立需要具备四个条件：①必须是为了保护合法利益免受危险；②必须是实际存在的正在发生的危险；③必须是在迫不得已的情况下；④避险所造成的损害必须小于所避免的损害。<sup>②</sup>风险移转的可容许性考虑与必要性、相当性、补充性等要件的考量，究其本质而言，均属于不法阶层的规范判断，这使得这些要件之间产生了实质竞合。

与正当防卫不同的是，紧急避险涉及合法利益的冲突，从整体性的视角来看，只要避险行为所保护的法益及其损害的法益在质量上相同，两者并无优先性的区分。但是，基于自我答责原理，各方主体的规范保护地位仍然有所不同：在自招危险的紧急避险中，被避险人的利益保护优于避险人的利益保护；而针对危险创设者的防御型紧急避险中，避险人的利益保护则优于被避险人的利益保护。因为在原本安定的秩序下，自行创设利益冲突者有必要消除这一冲突，在消除冲突的同时维持秩序稳定的最合理手段便是由危险创设者自行承受那一危险，否则将增加无辜他人以及整个社会应对风险的成本。

在避险限度上，紧急避险和避险过当的区别在于避险行为是否“超过必要限度造成不应有的损害”。传统观点认为只要牺牲法益小于保护法益便没有超过必要限度，甚至认为其属于“有益于社会的行为”，应该受到国家法律的保护、鼓励和支持。<sup>③</sup>法益衡量说则通过所牺牲法益与所保护法益的事后性衡量来判断是否“超过必要限度造成不应有的损害”。然而，不少结果无价值论者在法益衡量之后才讨论避险行为的补充性要件。<sup>④</sup>这种首先聚焦于结果的观点值得商榷。固然，法益衡量对于避险限度判断而言是必要的，但将“必

要限度”“不应有的损害”等同于“量”的狭义合比例性，抹消了避险人和被避险人利益“质”的差异性，在两者的利益保护上绝对平等化，漠视了被避险人的自由意志与权利保护。虽然其以“培养公民顾全大局、互助友爱的观念”为目标，但是却忽视了趋利避害的人之本性，是过分苛求、强人所难的体现，所以其目的与手段是矛盾的。法益衡量论者亦承认，即使避险行为造成的损害小于所避免的损害也可能超过了必要限度，而不得已损害同等法益的也不一定超过了必要限度。<sup>⑤</sup>这说明，“不得已”“必要限度”“不应有的损害”与狭义法益衡量并不等同，正当化紧急避险的成立并非纯粹事后判断，而是事前判断与事后判断的结合，且必要性、相当性的要件应当先于狭义法益衡量加以认定。避险行为必须受到比例性的目的限制，法益衡量、避险方法、避险时间等均应在比例原则范围内。<sup>⑥</sup>

### 三、紧急避险成立要件中可归责性原理的适用

#### (一) 避险过当结果的归责

与防卫过当要求“明显超过必要限度造成重大损害”不同，避险过当的成立要求“超过必要限度造成不应有的损害”。“不应有的损害”意味着，即使损害在客观上未达到严重程度，但在规范上获得否定性的评价时，仍有构成避险过当的可能。避险过当的成立，不等于行为造成的损害与可能保全法益之间的狭义法益衡量，还意味着避险行为创设、移转并实现了法所不容许的风险：即使避险行为过当，但若行为所创设或移转的风险未现实化，即不存在结果过当，亦不构成避险过当。

#### 1. 风险移转的必要性

无论是正当防卫还是紧急避险的成立，均需要在风险创设或移转时进行必要性的考察。防卫行为“必要性”的考察是对自我保全权利的事实性限制，必要手段的实施不以防卫人妥协退让为前提，只要防卫行为是在客观上适宜于制止侵害的

手段中最为轻微的手段即可。<sup>②</sup>但与正当防卫中以“适格性”“最小手段性”来解读“必要性”不同,紧急避险中的“必要性”则意味着“不得已性”“补充性”“最后手段性”,要求没有其他合理方法可以排除危险。一方面,这是由于避险行为损害的第三人权益也具有正当性,理应对其进行最大限度的保护;另一方面,为了防止其他社会共同体成员滥用避险制度规避自身风险,有必要对避险行为的行使设立门槛,这一点在社会连带义务设立之时便得以确认,并成为被避险人承受他人所转移风险的前提。

那么“不得已性”“补充性”“最后手段性”的认定,究竟应该采取何种标准?“行为人标准说”认为,除“危险发生的场合、环境、紧急程度等客观因素”外还要考虑“避险人自身的生理条件和主观认识”。<sup>③</sup>“一般人标准说”则认为,“如果事后从形式上看,要求绝对无其他避险方法,那么几乎就没有成立紧急避险的余地。因此补充性的判断基准应当是以一般人为标准的事前判断。”<sup>④</sup>类似观点认为,应当以行为时的紧急状况为前提,来判断基于他行为的法益保全可能性。<sup>⑤</sup>本文认为,囿于行为人认知能力的有限性,“必要性”的判断并非意味着绝对没有其他方法,或许在事实上存在其他化解冲突的方法,但在避险人已经穷尽其认识范围内所有可能回避冲突的手段时,仍然应当肯定“必要性”的成立:亦即,客观上没有避免危险的其他合理方法,或者虽然有其他方法,但行为人在当时却难以认识。<sup>⑥</sup>如果避险人对于回避冲突手段的认识能力低于一般人,也即原本存在其他回避冲突的方法,但行为人误以为没有其他手段时,可以肯定“必要性”;反之,如果避险人对于回避冲突手段的认识能力高于一般人,认识到他人不能认识的回避冲突的方法,而仍然采取了避险行为的,则应当否定“必要性”。这并不意味着“尽了更多注意义务反而承担更重的处罚”,而是与特别认知在归责中的地位具有同样原理:在紧急情况下,规

范并不强人所难要求行为人做其难以做到的事情;但是在行为人具备特别认知的场合,其遵守规范的能力和可能性都提高了,此时对其提出更高的要求无可厚非。

## 2. 风险移转的相当性

学理上认为,除“必要性”外,正当防卫的成立还要求防卫行为具备“需要性”或“相当性”。<sup>⑦</sup>“相当性”在防卫行为的危险创设与实现中意味着“行为相当”与“结果相当”:前者意味着防卫行为与侵害行为在手段上大体相当,后者意味着防卫结果具备“相对的法益均衡”与“规范上的重要性”。正当防卫中存在不法侵害与防卫行为在手段和法益侵害可能性上的“对比关系”,此为防卫行为“相当性”的判断提供了一个相对稳定的标准。然而,在紧急避险中,这种“对比关系”并不存在:避险行为在原则上并不对危险的来源进行限定,除防御型紧急避险外,避险人与风险源之间不一定存在互动与对立关系。

既然在规范构造上不同于正当防卫,那么应该如何界定避险行为的“相当性”?有观点指出,“相当性”意味着“避免危险所适当的手段”以及“最小限度性”。<sup>⑧</sup>但是这实际上与正当防卫中“必要性”的考察相同。也有观点认为,紧急避险中“相当性”是对避险目的与避险手段之间关系的要求,类似于公法上的比例原则,避险行为必须是排除危险的相当手段,纵使避险法益明显高于牺牲法益,也可能因为缺乏相当性而不构成阻却违法的紧急避险。<sup>⑨</sup>本文认为,将相当性的考察与狭义的法益衡量区分开来,具有合理性。对于被避险人而言,无论避险行为是“创设”了新的风险与还是“移转”了原有的风险,在性质上并不存在显著的差异,都意味着自身法益的侵害可能。被避险人是否应当承受避险行为的风险,取决于这一风险是否被允许。正当防卫中,防卫行为具有天然的正当性,因此防卫过当聚焦于结果方面的考察,关注的是超越限度之“明显”与损害的“重大”。但

是避险行为是社会连带义务“妥协”形成的产物,避险权属于一种拟制的权利,是否得以正当化首先取决于避险行为是否逾越了这一连带义务的范围,在避险过当中应当着重关注行为方面也即危险移转或创设的“不被允许性”。亦即,应当更加注重避险行为中的行为无价值。<sup>⑤</sup>在危险实现的情况下,事后进行的狭义法益衡量只对损害的“不被允许性”判断具有参考价值,重点仍是危险实现前进行的危险创设、移转的判断。在考察避险行为所保护利益以及所侵害利益之间的平衡关系时,法益的位阶和大小只是一种参考标准。“只能依赖学说与实务在实例当中的沟通,逐渐在不同的情境中形成相对客观的尺度”<sup>⑥</sup>，“应就各个具体事件,依整体法秩序之精神,做合理之判断”<sup>⑦</sup>。

## (二) 自招危险行为的避险与归责

### 1. 自招危险与避险限度

与正当防卫将防卫起因限定为人的不法侵害不同的是,紧急避险在起因上对于危险的来源并无过多限定,包括自己招致、他人创设、非人为的自然原因形成的危险。当避险对象是危险创设者本身时,与正当防卫在构造上相似:对于避险对象而言,这一危险属于自己招致的危险,因此需要考察被避险人自身的可归责性。但是,此时危险创设者并非不法侵害人,其所创设危险的程度低于不法侵害,危险创设者对于危险可归责性也较不法侵害人更低。因此防御型紧急避险的成立条件较攻击型紧急避险更为宽松,但较正当防卫更为严格。

传统观点从主观方面出发,分别考察行为人是故意、过失还是偶然招致危险的,有无借助避险行为损害他人合法权益的目的,并结合损害法益与保护法益的衡量,来判断自己招致危险的避险能否正当化。从主观方面进行的考察确实可以将“挑拨避险”与其他目的驱动下的避险行为区分开来,但是,自己招致危险之避险能否正当化,则不限于主观方面的考察,需要判断这一危险能否以及在何种程度上归责于避险人。即使是由于自己

原因引起的危险,也不能苛求自招危险者一定要违背其生存本能忍受这一危险,仍然存在正当化的可能。行为人故意、过失或是偶然招致危险时实施避险行为具有不同的法律后果,归根结底是因为其对结果发生的认识以及控制程度之间存在差异。自招危险者对于那一危险的认识、预见程度越具体,对于结果发生的贡献度越大,便越具备可归责性。自我答责情节的认定,将导致自招危险者的利益保护性下降,并对避险行为“必要性”“适当性”要件的认定形成限制:一方面,由于自招危险者对危险的大小和性质具有更为清楚的认识,系高于一般人水平的特别认知,对其而言采取避险行为未必是解决冲突的唯一合理手段,因此在避险行为“必要性”的认定上更为严格;另一方面,自招危险者自身的利益保护性下降,在避险行为所保护法益与所威胁法益之平衡关系的相对法益衡量,也即“适当性”的判断中,应更倾向于无辜被避险人的法益保护。

### 2. “对他危险化”状态与“自己危险化”状态

按照自招危险所威胁对象的不同,自招危险的避险可以划分为自招的针对他人法益之危险的避险和自招的针对自己法益之危险的避险,此外还存在同时威胁到自招危险者以及其他法益主体的情形。

第一,在自招的、针对他人法益之危险的避险中,由于自招危险者是冲突的引起者,理应具备消除冲突、避免危险实现的义务。而被害人仅在被允许的危险的范围之内负有忍受这一风险的义务。一旦这一危险超出了被允许的界限,便属于不法侵害,将引发被害人之防卫权的行使。避免原有危险实现的手段包括消除化解危险、单纯降低原有危险或制造另一更小的危险来代替原有风险,但如果只是将这一风险转移给另一法益主体,实际上并没有在整体上化解冲突,因为此时自招危险者同样需要避免该危险实现在新的法益主体之上。对于结果发生没有回避义务的人,采取避

免更大法益损害的单纯降低危险的行为或者以另一更小的危险替代原有的危险时,将否定危险创设;但对于自招危险者而言,无论这一危险在哪一法益主体上现实化,均属于结果回避义务的违反。除非风险完全消失、缩减至被允许的界限内或实现于被允许的结果之中,前一行为依然具有可归责性。

第二,在自招的、针对自己法益的危险情形下,自招危险者本人对于危险负有一定的忍受义务,这一忍受义务的限度将影响避险行为“必要性”和“适当性”的判断,这是由自我答责原理以及先行行为所赋予的危险消除义务决定的。自招危险情况下,除非这一风险属于法秩序容忍的被允许的风险,消除冲突的最佳手段便是将其控制在可控范围内以防患于未然。也即通过自行“消化”这一风险可能带来的法益侵害,从而使其对法秩序的负面影响降到最小限度。

但是,自招危险者的忍受义务也有其限度,并非因为其先前的风险创设便永久失去了法秩序的保护。因为风险的程度和性质是不断变化的,其在客观事实支配或者主观认知上均可能超出行为人的能力范围。<sup>①</sup>当自招危险者已经无法在客观上控制危险的性质与程度时,应当允许避险行为的实施,此时的危险正朝向与难以控制的自然风险性质相同的方向发展,造成损害已经不可避免,应当允许采取尽可能降低损害的冲突解决方式。<sup>②</sup>当自招的危险同时威胁到了其他法益主体时,为了防止秩序违反的进一步扩大,应当允许避险行为的实施。同理,在自招危险原本便同时以行为人和其他主体为威胁对象时,应当允许避险行为的实施。但是,转移风险并没有在实质上解决冲突,行为人应当时刻关注化解风险的其他可能性,这便对“必要性”的判断产生了影响。尤其是当风险已经趋于消灭时或者重新回到行为人忍受义务的范围时,行为人则应当尽力消灭这一危险或自行承担这一风险。<sup>③</sup>自招危险者无法时刻

获得对于风险性质与程度的全面认知,在风险发展至与自招危险者原本的设想产生了较大的差异时,应当允许避险行为的实施。例如,[案例4]“王某放火、故意毁坏财物案”中,王某以放火的方式招致了对于刘某财产的危险,但不料火势却朝向王某自身与第三人财产损害的方向发展,王某为避免自己财产受到更大损失,用他人的工程车将自己的房屋推倒,导致该工程车损毁。<sup>④</sup>本案中王某构成放火罪既遂,但不宜将其放火行为造成的结果和毁损他人工程车的结果混为一谈;其毁坏他人工程车的行为该当故意毁坏财物罪的构成要件,但可能通过紧急避险正当化。<sup>⑤</sup>当自招危险原本只是针对财产或健康法益的较低程度的威胁,但发展为针对生命等重大法益的威胁时,也应当允许避险行为的实施。

### (三)生命冲突紧急避险的归责

#### 1. 生命冲突与法益衡量

生命冲突紧急避险能否正当化,是紧急避险中争议最大的问题。我国学者通常认为,不允许为保护健康而牺牲生命,或牺牲他人以保全自己。<sup>⑥</sup>也有观点从“必要限度”的角度进行考察,认为这并非绝对性的准则,而应该进行具体的分析,如为了保护个人生命而致使近百人重伤的情况下,便不符合必要限度的要求。<sup>⑦</sup>生命权作为一种法益,究竟能否纳入法益衡量的判断中?如果生命权能够纳入法益衡量之中,那么生命法益与其他法益的位阶关系如何,不同生命之间的关系又如何?若贯彻法益衡量说,在前一问题得出肯定回答的同时,在后一问题的解答上则会出现漏洞。即使是结果无价值论者也会认为,需要综合进行法益的“静态衡量”与“动态衡量”,“绝对地按照客观利益衡量,可能会出现弱肉强食的极不公平的结果”。<sup>⑧</sup>或者虽然承认生命等价,但“也要区分不同情形进行综合判断”。<sup>⑨</sup>

本文认为,生命是享有、行使其他个人法益的前提,保护生命则是对于人权、人的尊严的最首要

保护。“人的尊严在一个高度多元的社会里可以在事实上作为一种‘规范性立足点’”。<sup>⑤</sup>因此,不同生命之间不能进行法益衡量,少数生命与多数生命之间也不能进行法益衡量,在“法律评价上欠缺质量差异的同阶法益之间”<sup>⑥</sup>进行“法益衡量”,本身就是自相矛盾的。为了保护生命法益而牺牲财产法益的避险行为之所以能够正当化,不是因为法益衡量的判断中得出了“生命权优先于其他法益”的结论,而是在进入法益衡量判断之前便做出了“以保护生命法益为优先”的价值判断。

## 2. 生命冲突与规范考量

固然,生命权是最高的价值所在。但是现实中,不同生命之间面临冲突时,仍然需要解决生命的抉择这一问题。侵害生命行为的被允许性,应当通过规范归责判断来加以认定。

第一,从紧急避险的正当化依据出发,需要考虑社会连带义务的内容。针对生命权的避险行为不在社会连带义务所要求的容忍范围内,因为理性自利的社会共同体成员不会愿意将生命纳入事先订立的保险范围之中,不会允许他人以牺牲自己生命为代价来避免他人权益受到损害,否则失去生命将意味着无法再保全此外任何个人法益。“每个人能掌握的生命只有当下且一次,避险者陷于生命的危难系其命运,但不能也不应对于第三者生命制造新的、独立的危难,亦即积极嫁祸于无辜的第三者的生命。”<sup>⑦</sup>因此,针对生命权的危险是可允许的避险行为的界限,同时也是被避险人忍受义务的底线。超越这一被允许危险的界限,构成不法侵害,因此在受到生命威胁时,任何被避险人可以行使防卫权。

第二,需要考虑法益主体的自我决定权。自由的行使既包含无故不受侵害威胁的消极自由,又包含在自由意志下自行处分法益以及自愿冒险的积极自由。即使立足于家长主义视角,需要对生命法益实行普遍保护,仍然不能否认相对的自我决定权的存在。被避险人是否自愿接受避险行

为,将会影响被允许危险的判断。虽然社会连带义务的设立体现了法益主体“抽象的自我决定权”,但是在具体情况下法益主体仍然享有“具体的自我决定权”。只是,即使在特定情况下可以自行放弃一定的具体自由,但是不能放弃持续性的、永久性的自由。因此,即使在特定情况下可以允许针对自己生命法益之侵害的危险化,也不能允许这一法益侵害之危险的现实化。然而,在自我决定权与客观的价值评价产生冲突时,应当如何解决?如[案例5]患者具有某种宗教信仰,该宗教教义规定不得输入他人血液。在输血是唯一治疗手段的场合,医生的输血行为是否构成正当化紧急避险?域外有判例认为医生构成伤害罪。<sup>⑧</sup>但本文认为,如果放弃输血治疗会导致患者生命危险现实化从而丧失“永久的自我决定权”时,牺牲“具体的自我决定权”的行为,仍然具有正当化的可能。

第三,不排除在极端情况下牺牲生命拯救另一生命的避险行为仍然可能正当化。此时,可以认为避险行为在规范评价上“创设了被允许的危险”或“并未实现不被允许的危险”来排除避险行为的不法。在防御型紧急避险中,以危险源本人的生命作为避险对象实施的避险行为,也存在正当化的可能。例如,[案例6]必须采取“穿颅术”杀死处于生产过程中的胎儿来拯救母亲生命的场合,由于此时不存在不法侵害,不能实施正当防卫。<sup>⑨</sup>但是,将危险反馈给危险源(胎儿)的避险行为,则可以视为创设了被允许危险的医疗行为。当然,关于刑法中“人”的起点尚有争议,如果认为胎儿没有“生命”,不能视作“人”,则亦不可能作为“被避险人”;但是,其仍然可以作为“危险源”或“避险对象”,即避险行为作用的适格客体。

第四,在特定情况下不同生命的保护必要性和保护程度仍然存在差异,需要考虑引发生命冲突之主体的可归责性。[案例7]德国《航空安全法》曾经授权国防部门在恐怖分子劫持客机实施恐怖袭击时,为了保护其他潜在的无辜被害人而击落

该客机,但德国宪法法院以该规定与《德国基本法》中有关保护人之尊严的规定相抵触为由,宣告该条款违宪。<sup>④</sup>有学者认为,为了避免国家这一现实的伦理共同体遭受严重的危机,公民有义务作出牺牲,这种牺牲反而在更高层次上承认了其主体性。<sup>⑤</sup>类似观点认为,如果被击落飞机上的乘客有机会表达他们的意愿,他们会选择被击落而不是作为威胁其他公民的导弹的一部分,因为这意味着维护了自身不被恐怖分子作为工具利用的尊严。<sup>⑥</sup>然而,机组人员与乘客不具有丝毫的可归责性:即使是与不法侵害人在事实上处于同一空间,在价值评价上成为一个“危险共同体”,亦不能成为对于无辜机组人员和乘客进行规范归责的依据。自始至终只有不法侵害人处于法秩序的对立面,机上其他乘客以及作为目标的大楼中的潜在被害人则同处于法秩序的保护之中。又如[案例8]“女青年瞒天过海案”中,女青年得知行为人将要杀害自己,偷偷与行为人的妹妹交换了睡觉的位置,导致行为人在黑暗中误杀其妹。<sup>⑦</sup>本案中,女青年与行为人妹妹都是无辜的,其规范保护地位相同。女青年的行为无法构成正当化紧急避险,而构成利用他人认识错误的故意杀人罪间接正犯,但并不排除其通过期待可能性出罪的可能。

相反,[案例9]“刘某故意伤害案”中,刘某为了阻止中巴司机开车撞向一群小学生,驾车拦截中巴,导致车上两名无辜乘客重伤。<sup>⑧</sup>针对两名无辜乘客,刘某构成紧急避险;但倘若刘某的行为导致司机伤亡,则其(针对司机)构成正当防卫。这是因为,引发冲突的司机和车上无辜乘客,其规范保护地位存在不同。又如,[案例10]德国“营救酷刑案”中,被绑架人面临生死攸关的境地,刑警为了打听被绑架人的下落并拯救被绑架人的生命,而对绑架人实施刑讯。<sup>⑨</sup>本文认为,由于被避险人对于生命冲突的形成存在可归责性,即使采取暴力手段来获取被绑架人的下落,也可谓是拯救被绑架人生命的唯一手段,符合“必要性”要件。问题转化

为避险行为的“相当性”,也即在何种合理限度内可以承认刑讯行为所侵害或威胁法益与所保护生命法益的平衡。反对观点认为,以绑架人的先行行为所产生的“作为义务”扩张他人的自由(即刑讯)已经属于一种例外,且“刑讯”这种典型的肉体痛苦和伤害已经超越了被允许的界限。<sup>⑩</sup>换言之,此时已经不具有“必要性”。但是,如果不采取典型暴力,而采取一定程度上可能违反程序公正的方式,尽管由此获得的口供在诉讼法上无法作为证据使用,但该行为在实体法上仍然可能符合正当化紧急避险的条件。

第五,在不同法秩序下,个人法益和公共法益的保护程度与权重不同。但应当认为,为了保护生命权而一定程度上牺牲公共法益的行为仍然存在正当化的可能,这一点也为我国司法实践所承认。如[案例11]“陈祖勇危险驾驶案”中,法院认为“行为人醉酒驾驶机动车,将面临生命危险且医疗救护资源无法及时到达的亲属,深夜从偏僻乡村送至医院,客观上保护的生命权法益重于危险驾驶罪所保护的一般公共安全,符合刑法中紧急避险的构成要件,应当认定为紧急避险”。<sup>⑪</sup>但与之类似的[案例12]“姜飞危险驾驶案”中,法院则认为“避险人作为乡镇干部,经常在村里开展工作,熟悉乡村工作,在遇到此类情况下,应通过正当途径如拨打120、110,也可以向村干部、驻村干部、警务站等积极寻求救助,其并未穷尽所有手段实施适法行为”,进而否定了“不得已”的要件。<sup>⑫</sup>可见,为了保护个人法益而在一定程度上牺牲公共法益是可能的,但仍然需要考虑具体情况下的避险要件是否满足。

#### (四)受强制紧急避险的归责

##### 1. 强制性与避险行为的允许性

受强制的紧急避险意味着,避险人在自身或者与其关系密切的人面临财产、健康、生命的胁迫下实施了转移危险的行为。即使胁迫人与被胁迫人在客观上共同分担了不法事实,与损害结果的

发生之间具备条件关系,能否认为被胁迫人对于损害结果具备完全的可归责性则不可一概而论。正如“紧急避险理论的构建需要同时考虑到不处罚避险行为人和保护被转嫁危险的第三人的利益”<sup>⑤</sup>。受强制的紧急避险的问题在于,哪一位被害人应当获得法共同体的支持。<sup>⑥</sup>因此,需要同时对胁迫人、被胁迫人(避险人)与被害人(被避险人)的归责关系进行考察。

需要加以澄清的是,胁从犯、被迫行为与紧急避险是相关但并不等同的概念。诸如[案例13]“薛某、王某放火案”,实务中有观点认为,紧急避险和胁从犯的界限在于是否超过了避险限度(即造成损害程度是否小于其所保护的利益)<sup>⑦</sup>,理论上也有类似的观点。<sup>⑧</sup>但是,与其说这是胁从犯和紧急避险的区别,不如说是紧急避险和避险过当的区别。也有观点认为,紧急避险与胁从犯的区别在于行为人是否丧失了意志自由。<sup>⑨</sup>或认为,胁从犯仍然有一定意志自由,紧急避险则完全丧失了意志自由,从而决定了前者的可罚性与后者的不可罚性。<sup>⑩</sup>但本文认为,除非被胁迫人完全沦为胁迫人的工具,两者仍然具有一定程度的意志自由。在心理受强制时,仍然可以在牺牲自己的利益或对受法律保护的利益造成损害之间进行选择。<sup>⑪</sup>我国《刑法》将胁从犯规定为减免处罚的量刑情节,意味着胁从犯其实符合犯罪构成要件,只是属于一种量刑减免事由;而“被迫行为”则指在他人胁迫下实施的根据一定条件可以正当化的行为。<sup>⑫</sup>因此,受胁迫实施“被迫行为”的可罚性不可一概而论,并非一律构成胁从犯,仍然存在通过正当化紧急避险阻却违法的可能性。

本质上,胁迫行为创设了一种不允许的风险,这种风险既可能通过被胁迫人的避险行为转移给第三人,也可能现实化在被胁迫人身上,还可能通过被胁迫人的反击而反馈给不法侵害人。但是,即使风险移转,作为风险源的胁迫人仍然负有结果回避义务,并未因此丧失可归责性。这表现为,

当风险达到不法侵害的程度时,被害人既可以对被胁迫人进行防卫,也可以对其背后的胁迫人进行防卫。受胁迫实施行为的结果,仍有可能归责于胁迫人的行为而非被胁迫人的行为。本文认为,相比屈服于不法,奋起反抗需要勇气,但是屈服于不法的同时则会使自己陷入法的对立面,转移风险既无助于解决冲突,也无法修复破损的秩序,因此在规范评价上为“负值”或至少“价值为零”,是否愿意背负这一否定性评价是被胁迫人在进行选择时必须考虑的。在两种情况下行为人均有一定程度的意志自由,因为被胁迫人仍然可以选择自行承担风险甚至对抗风险,而非转移风险。

由于强制避险行为若得以正当化,将意味着被害人不能对此实施防卫。“极端限定说”据此认为,被胁迫人沦为了他人的犯罪工具,其行为不能被正当化;<sup>⑬</sup>如果第三人只能对胁迫人而非被胁迫人进行防卫,可能会动摇法秩序的效力。<sup>⑭</sup>可见,“极端限定说”是以被胁迫人完全无意志自由并成为胁迫人的工具为前提的。“相对限定说”则认为,只有在被胁迫人实施了较为轻微的行为时才得以成立紧急避险,反之实施了严重行为时只可能通过期待可能性排除罪责。“非限定说”则认为,只有在不符合避险行为补充性要件时,也即存在其他方法时,才能认为被胁迫人分担了不法事实。<sup>⑮</sup>在本文看来,在进行狭义法益衡量之前仍需考虑被胁迫人对于不法事实的分担程度,实际上就是对于被胁迫人可归责性的考察,判断能否将胁迫下实施的行为之结果归责于被胁迫人。对于“不得已”要件的考察,将影响避险行为移转、创设风险被允许性的认定。视胁迫的内容不同,避险行为所转移危险的性质及程度存在差异。

## 2. 强制程度的动态变化与归责效果的差异化

第一,当被胁迫人的避险行为创设了被允许的危险时,被避险人必须在社会连带义务范围内予以容忍或退避,反之当该风险超越了社会连带义务的范围时,则可以予以反击。然而,就算认为

被胁迫人转移了不被允许的危险,仍然存在正当化紧急避险的其他依据:即“结果的发生处于第三人的责任范围之内”。虽然胁迫人与被胁迫人构成不法层面的共犯,但是胁迫人始终负有结果回避义务。胁迫人才是危险源,防止结果发生的义务始终处于其责任范围之内。但被胁迫人对于自己所移转的风险未必总是具有结果回避义务,这是因为其对于结果的引起在自由意志上存在欠缺。意志自由是行为人自己决定是否实施某种行为的可能性,其核心是行为人的选择可能性。<sup>⑥</sup>自由意志的行使是归责的前提,胁迫行为的实施使得被胁迫人自由意志行使受到限制,从而实施他行为的可能性降低,可归责性下降。伴随着胁迫程度的变化,胁迫人与被胁迫人的可归责性此消彼长,但在两者对于不法结果的贡献对比中,胁迫人对于结果的贡献度总是高于被胁迫人,难以认为双方对于结果发生具有同等作用,因为结果的发生不仅属于胁迫人自由意志的表现,还属于其压制他人自由意志的产物。

第二,在胁迫过程中,胁迫行为的强度和形式是不断变化的,其所创设的风险程度也是动态发展的。并非幕后者对于实行人的所有压力都能满足成立间接正犯的要件,是否成立间接正犯的判断应当与经验事实也即心理压力的强度相联系,但是强制的程度无法进行准确衡量,只能规范性划定。<sup>⑦</sup>这意味着,被胁迫人的意志自由大小并非一成不变,而是具有扩大的可能性。<sup>⑧</sup>只有在胁迫人对于被胁迫人行为的支配程度达到排他性时,胁迫人才能构成间接正犯。<sup>⑨</sup>当胁迫行为对于被胁迫人而言只发挥了教唆、帮助甚至无任何促进作用时,则是被胁迫人支配了结果的发生,此时被胁迫人需要承担正犯的归责。例如[案例14]“李祥英传授犯罪方法案”中,行为人以生命为威胁强迫他人实施抢夺行为,但被胁迫人乘胁迫人不注意逃脱控制。<sup>⑩</sup>倘若被胁迫人在逃脱过程中或逃脱控制之后又实施了不法行为,则无法援引

紧急避险制度正当化。<sup>⑪</sup>当被胁迫人对于被胁迫行为的实施从“被动转为主动”时,应当肯定对该行为的归责。例如[案例15]“马超、社会全抢劫、非法拘禁案”中,作为传销下线成员的被告人提出紧急避险的辩护理由,但二审法院指出,“上诉人章一民、韦国当虽系被迫进入窝点加入传销组织,但在传销组织的洗脑过程中,思想转化,由被动变为主动,由受害者转变为加害者,原审认定其系从犯并无不当。”<sup>⑫</sup>这意味着,传销组织的上级成员胁迫下级成员实施诈骗、抢劫、非法拘禁行为或发展新下线的场合,即使胁迫行为一直存在,但其在物理上、心理上的强制程度有所不同,被胁迫人的意志自由并非一直处于极低水平。当下线成员已经获得了相对的人身自由,而上线成员只是利用了下线成员的“把柄”对其具有一定心理上的强制力时,被迫行为的行使仍然是被胁迫人自由意志的表达,在这种情况下,其实行的危险行为或不法侵害便难以援引紧急避险而获得正当化。

第三,即使是受强制的紧急避险,亦不允许在生命冲突中选择侵害他人生命权。侵害生命行为及其所创设的风险具备法所不允许的性质,构成不法侵害,被害人可以对此行使防卫权。具体而言,以被胁迫人或第三人生命为要挟,要求被胁迫人实施侵害生命权以外的行为,通过衡量胁迫行为的危险性、被胁迫人的自由意志程度,在规范视角上认定避险行为符合“必要性”“补充性”,属于被允许的危险时,可以肯定正当化;但若是以被胁迫人或第三人生命为要挟,要求被胁迫人实施侵害他人生命权的行为,则避险行为无法正当化,被害人有权对此实施正当防卫。这是因为,在不屈从于胁迫而采取针对胁迫人的“正对不正的反击行为”和屈服于胁迫而针对无辜第三人的“不正对正的侵害行为”中,被胁迫人选择了后者,从而自行站在了法秩序的对立面。正如学者指出,在行为人面临自身胁迫而被迫侵害他人生命时,刑法应当基于保护无辜生命的政策目的对行为人提出

更高的期待要求,要求行为人忍受比实施其他犯罪更高层次的心理压力。<sup>②</sup>[案例16]“谭荣财、罗进东案”中,法院认为,“蒙某某在二人生命受到紧迫威胁的情况下,在没有其他方法避险的情况下不得已侵犯了瞿某某的性权利,属于为了避免较大合法权益的损害而侵犯他人较小合法权益的行为,系紧急避险行为,不构成犯罪。”<sup>③</sup>但是,如果本案中胁迫人以杀害蒙某某为要挟,强制其杀死瞿某某,则其行为不能获得正当化,因为蒙某某仍然存在反抗胁迫人的可能性。与之类似,[案例17]日本“奥姆真理教杀人事件”中,教祖A命令教徒C杀害被害人B,否则杀害C,C实施了杀人行为。判例认为,本案中存在冲突的C的人身自由和B的生命权并不均衡,因此C构成避险过当。<sup>④</sup>类似观点认为,C构成避险过当的原因在于其行为符合相当性、补充性要求,但不符合法益均衡。<sup>⑤</sup>但是本文认为,由于B、C两人的生命原本便不能纳入法益衡量之中,而C仍然存在反抗A的可能性,因此其行为无法获得正当化。又如,[案例18]“夏伟业案”中,夏伟业在被胁迫情况下,强奸并杀害了被害人王某。关于本案存在有罪说与无罪说的分歧,而无罪说又存在不同的理由(不可抗力说、紧急避险说与期待可能性说)。<sup>⑥</sup>但根据本文观点,本案中至少行为人的杀人行为无法通过紧急避险而正当化。<sup>⑦</sup>

#### (五)假想避险中的认识错误与归责

广义的假想防卫包含了所有“防卫前提的客观实际与主观认知不符”的情形。与正当防卫类似,在紧急避险认识错误的问题中,除了对危险有无的误认,还包含了对于危险性质与程度的误认。具体而言包含如下几种情况:误认为危险存在,其实不存在;误认为危险持续存在,其实危险已经结束;误认为危险紧迫,其实不紧迫;误认为避险行为存在必要性,其实仍然有其他手段;误认为避险行为所侵害法益与保护法益具有均衡性,其实并不均衡。上述情况中的风险转移行为在规

范上是否被允许,需要明确。

我国《刑法》规定紧急避险是为了使法益免受“正在发生的危险”。通常认为,避险行为的实施以存在对合法权益造成威胁的现实危险且其尚未结束为起因要件。传统学说认为,当危险处于尚未发生的潜在状态或尚未迫近的非紧急状态,以及危险已经结束时,构成避险不适时,不符合避险的时间要件。<sup>⑧</sup>聚焦于主观归责的考察认为,在不存在上述情形时应当按照事实认识错误的规则处理:首先,行为人主观上是避险而非侵害的意思,阻却故意成立;其次,以预见可能性为核心考察过失的有无,“如果说行为人应当能够注意到其避险行为可能危及无辜而没有注意的话”构成过失,“如果说行为人根本不可能注意到其行为可能危及其他无辜的话,则属于意外事件”。<sup>⑨</sup>德国学者也认为,在行为人对避险的事实前提条件(例如危险的种类或强度、存在更为缓和的手段、陷入危险者与亲属的同一性)存在认识错误的场合,将考察错误的避免可能性之有无。<sup>⑩</sup>实际上,当行为人缺乏获得正确认识可能性的情况下,对于行为人而言结果的发生只是一种偶然,即使避险行为与结果发生之间具备条件关系,仍然难以认定两者之间的规范关联。

#### 1.“紧迫现实危险”认定的特殊性

首先,作为避险起因之“紧迫现实危险”的判断标准存在明确的必要。传统观点强调危险必须客观现实存在而非假想、推测。<sup>⑪</sup>若贯彻这一立场,则会对作为避险起因的“紧迫现实危险”采取“第三人的事后判断说”,即以第三人在事后对于行为当时所存在的情形进行判断。<sup>⑫</sup>从事后判断来看,行为时客观上不符合避险起因要件,便不存在成立正当化紧急避险的空间。与此相对,“行为人的事前判断说”则认为“要根据当时的具体情况进行综合判断”;<sup>⑬</sup>或者认为,对于“认识可能性”的考察则将从行为发生当时的主、客观情况进行判断。<sup>⑭</sup>这提示了将主观因素纳入“紧迫现实危

险”判断中的可能。“客观观察者的事前判断说”或“理性人的事前判断说”则指出,是否存在现实危险的判断应当以避险行为时存在的情况为基准,据此判断预期的事件发展,避险起因的判断应当结合行为当时的理性人认识水平与避险人的特别认知水平。<sup>⑥</sup>

本文认为,风险意味着法益侵害的可能性,在风险消灭(赋值为“0”)或者实现(赋值为“100%”)之前,其发展方向与强度均处于一种不确定的状态。如果立足于事后观察者的视角,那么只可能存在风险消灭(“0”)或风险实现(“100%”)两种结果,也即要么风险完全消失而无任何实害,要么已经造成实害结果而错过避险机会。若采取完全客观的危险判断,将极大地扼杀紧急避险的成立,并与设置社会连带义务所预期实现保险效果的目的不符。因此只要风险超出了被允许的界限,即使没有达到客观上的高盖然性(如“60%~90%”),亦应认可避险前提的存在。理性的事前观察者得出的结论往往依赖于其经验判断,而经验判断在实质上只是盖然性的判断,但在此基础上仍需考虑避险人的特别认知水平,因为在该情况下其对于危险性质、程度以及被允许危险之界限的了解更为精确,使得紧迫现实危险的认定能够符合事后规范判断的结论。

## 2. 认识错误的类型化与归责效果的差异化

认识错误的形成是多种因素共同作用的结果。当误认的形成可以归责于风险源或其他主体时,亦将影响避险行为被允许性的规范评价。当第三人对于误认的形成起到了支配作用,而行为人则在这一错误认识支配下创设危险时,应当认为,防止那一危险实现的义务亦处于第三人的责任范围内。

例如,在防御型紧急避险中,危险源不仅在避险起因上有可归责性,而且对于避险人的误认形成也有可归责性。原因在于,危险创设者对于危险在规范上具有支配地位,避险人对于危险性质

与程度的错误认识产生并受制于对危险情况的有限理解,误认的形成是危险创设者对于风险大小、性质的控制性地位以及避险人对于危险流向的辅助性地位这一不对等的关系所决定的。在此情况下,即使避险人对于危险存在错误认识,将危险反馈回危险源的行为,与危险创设者的自我答责具有同样的效果。又如,在自己招致危险的紧急避险中,由于避险人便是危险源,其具备防止危险实现的义务。无论其如何转移风险,均不会免除这一义务。此时消除危险、自行承受危险、降低危险或者以更小危险替代原有危险才是消除冲突的应然方式,而转移危险对于整体法秩序的维护而言只能说是替代性而非终局性的解决手段。在这种情况下,即使避险人存在认识错误,该错误的形成在客观上不能归责于任何其他主体,由此产生的不利后果须由避险人承担。

考虑到上述对于“紧迫现实危险”判断标准之认定以及第三人对于错误认识的可归责性,在避险起因存在认识错误的情形中,能否允许避险行为的实施不可一概而论。

第一,行为人误认为危险存在,但是危险并不存在,此情形应当按照认识错误的一般规则处理,在存在认识可能性时肯定客观归责,并进一步进行主观归责的判断。这是因为紧急避险应当侧重于无辜被避险人的保护,危险的“有无”是一个根本性的问题,行为人对此必须履行最低限度的注意义务,由此形成的误判需要由避险人自行承担,完全臆想、无中生有的危险不能成为引发他人忍受义务的导火线。在充分履行了客观注意义务,仍然未能获得正确认识时,虽然肯定客观归责,但是可能通过否定主观归责而排除故意犯罪。

第二,危险已经结束但是行为人误认为危险仍然持续的,以及危险确实存在但是实际上并不紧迫。在此情况下危险确实存在或存在过,认识错误的形成也并非空穴来风,而是存在一定客观基础。由于危险的概念较不法侵害更为宽泛,危

险的现在性则在认定上相对于正当防卫的紧迫性更为宽松。其既包含了危险的现实存在,又包含了危险的迫近,而后者则既包含了迫在眼前的危险,又包括了持续性的危险。与之类似,不存在“紧迫不法侵害”的“预防性防卫”,即使不符合正当防卫的起因要件,也有构成防御型紧急避险的余地,这也为诸如遭受长期家庭暴力的被害人在侵害的间隙实施反击行为的正当化提供了可能。此外,在持续性的危险中,危险处于随时都可能转化为实害的状态,或者侵害的发生仍有可能扩大时,亦可以认可避险行为的实施。<sup>⑥</sup>

第三,避险行为在客观上并不必要,但是行为人误认为必要。亦即,客观上还有其他避免冲突的方式,但是行为人还是采取了转移风险的手段。以及避险行为在客观上并不相当,但是行为人误认为相当。上述情况中,客观上采取某一程度的避险手段即可以保持该法益平衡关系,但是行为人错误地采取了不当程度的避险手段。此时,应当立足于理性事前观察者视角下的客观情况,结合行为人的特别认知的有无,考察第三人对于误判形成的可归责性,来认定避险行为在具体情况下是否被允许。例如[案例19]“张某避险过当案”中,张某认为消防队拆除的防火道过于狭窄,火灾仍然可能延烧至自己的厂房,故强行将孙某等人的平房拆除以防止延烧。然而,火势在尚未延烧至孙某等人的平房前就被扑灭。<sup>⑦</sup>应当认为,专业消防人员对于火情的认识远超一般人水平,在其接管了火灾现场并做出了相应处理的情况下,行为人有必要对此合理信赖。此时行为人进一步的避险行为在客观上是不必要的,不能认为该认识错误阻却其对结果的归责。

### 结论

攻击型、防御型紧急避险的对象类型化划分,以及合法化、免责紧急避险的法律效果类型化划分,为精细认定避险行为的刑事责任提供了前提。纯粹的法益衡量无法成为紧急避险的正当化

根据,提示了有限引入社会连带义务的空间,这一点在生命冲突型紧急避险中尤为突出。紧急避险中的归责讨论,本质上是风险分配与管辖的范围划定,应当将判断重心从事后的法益衡量转移至事前的允许性判断之上。避险的必要性判断需要结合一般人标准与避险人特别认知,避险的相当性判断不同于狭义法益衡量,需要实现保护法益和侵害法益的动态平衡关系。自己招致的“对他危险化”和“自己危险化”状态下的归责判断结论有所不同。生命冲突紧急避险中,需要依次进行社会连带义务内容、自己决定权限度、避险行为的被允许性、被避险人保护必要性和保护程度、个人法益和公共法益关系的规范判断。受强制情形下,被强制人仍然存在避险可能,但强制程度与归责结果呈现出动态变化,强制避险亦不允许通过牺牲他人生命来实施。对于危险的有无、持续性、紧迫性,避险手段的必要性和相当性均可能产生认识错误,但其归责结论存在差异。

### 注释:

①参见陈兴良:《教义刑法学》(第3版),中国人民大学出版社2017年版,第391页。

②参见最高人民法院刑事审判第一庭、第二庭编:《刑事审判参考》(第45集),法律出版社2006年版,第10-14页。

③参见赵栩、谢雄伟:《防御性紧急避险制度研究》,载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2009年第6期;赵雪爽:《对无责任能力者进行正当防卫》,载《中外法学》2018年第6期。然而,最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于依法适用正当防卫制度的指导意见》(法发[2020]31号)指出,“成年人对于未成年人正在实施的针对其他未成年人的不法侵害,应当劝阻、制止;劝阻、制止无效的,可以实行防卫”。这意味着,针对未成年人(可能同时为无刑事责任能力人)之侵害的防卫行为,也存在成立正当防卫的可能,而非只能通过紧急避险制度定罪。

④深町晋也『緊急避難の理論とアクチュアリティ』(弘文堂,2018年)186頁参照。

⑤参见最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭编:《刑事审判参考》(第76集),法律出版社2011年版,第30-36页。

⑥参见陈璇:《家庭暴力反抗案件中防御性紧急避险的适用》,载《政治与法律》2015年第9期;陆佳:《责任阻却性紧急避险的厘清与适用》,载《法学家》2020年第1期;反对性的观

点,参见张明楷:《受虐妇女反杀案的出罪事由》,载《法学评论》2022年第2期。

⑦井上宜裕「緊急行為論」(成文堂,2007年)5頁以下参照。

⑧高铭喧主编:《刑法学原理》(第2卷),中国人民大学出版社1993年版,第240页。

⑨王爱立主编:《中华人民共和国刑法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2021年版,第53页。

⑩Vgl. Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 355.

⑪参见周漾沂:《论攻击性紧急避难之定位》,载《台湾大学法学论丛》2012年第1期;方军:《紧急避难的体系再定位研究》,载《现代法学》2018年第2期。

⑫黄惠婷:《紧急避难》,载《台湾法学杂志》2016年第303期。

⑬张宝、侯华生:《论自招危险之紧急避难的判断路径》,载《中国刑事法杂志》2013年第9期。

⑭彭文华:《紧急避难限度的适当性标准》,载《法学》2013年第3期。

⑮Vgl. Günter Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, S.350/Rn. 3; Urs Kindhäuser/Till Zimmermann, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 2020, S. 147f/Rn. 4; Michael Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 215ff.

⑯参见薛志仁:《阻却不法之紧急避难》,载《台湾大学法学论丛》2019年第3期。

⑰参见蔡桂生:《避险行为对被避险人的法律效果》,载《法学评论》2017年第4期;王钢:《对生命的紧急避险新论》,载《政治与法律》2016年第10期。

⑱参见储陈城:《自动汽车程序中解决“电车难题”的刑法正当性》,载《环球法律评论》2018年第3期。

⑲参见魏超:《自动驾驶汽车对生命紧急避难的刑事责任》,载《华东政法大学学报》2022年第4期;[德]黎安·沃尔娜:《自动驾驶汽车编程者的刑事责任》,王德政译,载《上海师范大学学报(哲学社会科学版)》2019年第6期。

⑳参见陈璇:《生命冲突、紧急避险与责任阻却》,载《法学研究》2016年第5期。

㉑参见陈璇:《生命冲突、紧急避险与责任阻却》,载《法学研究》2016年第5期。

㉒参见最高人民法院刑事审判第一庭、第二庭编:《刑事审判参考》(第38集),法律出版社2004年版,第82-87页。

㉓参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第9版),北京大学出版社、高等教育出版社2019年版,第133-134页。

㉔前田雅英「刑法総論講義」(第7版)(東京大学出版会,2019年)288頁参照;浅田和茂「刑法総論」(第2版)(成文堂,2019年)259-261頁参照。

㉕参见张明楷:《刑法学》(第5版),法律出版社2016年版,第220页。

㉖参见石聚航:《刑法中避险限度的目的解释》,载《政治与法律》2015年第10期。

㉗Vgl. Dennis Bock, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2018, S. 286ff.; Walter Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2015, S. 200ff.; Georg Freund/Frauke Rostalski, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2019, S. 123ff.

㉘参见黎宏:《刑法学总论》(第2版),法律出版社2016年版,第146页。

㉙陈家林:《外国刑法理论的思潮与流变》,中国人民公安大学出版社2017年版,第330页。

㉚橘本正博「刑法総論」(新世社,2015年)149頁参照。

㉛参见陈兴良主编:《刑法总论精释》(第2版),人民法院出版社2011年版,第288页。

㉜Vgl. Urs Kindhäuser/Till Zimmermann, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 2020, S. 162ff.; Bernd Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2014, Rn. 360.; Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 43. Aufl., 2013, S. 130f.

㉝参见陈家林:《外国刑法理论的思潮与流变》,中国人民公安大学出版社2017年版,第331页。

㉞参见林钰雄:《新刑法总则》(第4版),元照出版有限公司2014年版,第268页。

㉟佐久間修「刑法総論」(成文堂,2009年)237頁参照。

㊱黄荣坚:《基础刑法学》(第4版),元照出版有限公司2012年版,第257页。

㊲陈子平:《刑法总论》(第4版),元照出版有限公司2017年版,第282页。

㊳参见于志刚主编:《案例刑法学·总论》,中国法制出版社2010年版,第252-253页。

㊴参见陈兴良:《教义刑法学》(第3版),中国人民大学出版社2017年版,第392页。

㊵参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第9版),北京大学出版社、高等教育出版社2019年版,第136页。

㊶参见黎宏:《刑法学总论》(第2版),法律出版社2016年版,第147-149页。

㊷参见张明楷:《刑法学》(第5版),法律出版社2016年版,第221页。

㊸[德]埃里克·希尔根多夫:《德国刑法学:从传统到现代》,江湖、黄笑岩等译,北京大学出版社2015年版,第119页。

㊹林钰雄:《新刑法总则》(第4版),元照出版有限公司2014年版,第267页。

㊺黄惠婷:《强制性的紧急避难》,载《月旦法学杂志》2006年第133期。

㊻西田典之(橘爪隆補訂)「刑法総論」(第3版)(弘文堂,2019年)157-158頁参照。

④⑦ Vgl. Claus Roxin/Luis Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Bd. 1, 2020, S. 870/Rn. 73.

④⑧ 参见[德]埃里克·希尔根多夫:《德国刑法学:从传统到现代》,江溯、黄笑岩等译,北京大学出版社2015年版,第127页。

④⑨ 参见孙立红:《生命选择案件中的康德悖论及其解决思路》,载《中外法学》2019年第2期。

⑤⑩ 参见张明楷:《刑法学》(第5版),法律出版社2016年版,第222页。

⑤⑪ 参见陈兴良:《教义刑法学》(第3版),中国人民大学出版社2017年版,第395-396页。

⑤⑫ 参见赵秉志主编:《刑法教学案例》,法律出版社2007年版,第89页。

⑤⑬ 参见周翠:《破案后:德国刑事司法档案》,新星出版社2015年版,第2页以下。

⑤⑭ 小林憲太郎「刑法総論」(新世社,2014年)70頁参照。

⑤⑮ 参见江苏省无锡市江阴市人民法院(2019)苏02刑他51号刑事裁定书。

⑤⑯ 参见新疆维吾尔自治区昌吉回族自治州中级人民法院(2021)新23刑终70号刑事判决书;类似案例,参见宁夏回族自治区银川市中级人民法院(2015)银刑终字第139号刑事判决书。

⑤⑰ 陈家林:《外国刑法理论的思潮与流变》,中国公安大学出版社2017年版,第326页。

⑤⑱ 参见黄惠婷:《紧急避难》,载《台湾法学杂志》2016年第303期。

⑤⑲ 参见张晓敏、赵杰:《是胁从犯罪还是紧急避险》,载《人民法院报》2003年12月11日,第7版。

⑥⑩ 参见李兰英、汪东升主编:《刑法:案例与材料》,法律出版社2016年版,第114页。

⑥⑪ 参见黄京平主编:《刑法案例分析(总则)》(第3版),中国人民大学出版社2018年版,第273-274页。

⑥⑫ 参见陈兴良主编:《刑法总论精释》(第2版),人民法院出版社2011年版,第285页。

⑥⑬ 参见田宏杰:《刑法中的正当化行为》,中国检察出版社2004年版,第292页。

⑥⑭ 参见田宏杰:《刑法中的正当化行为》,中国检察出版社2004年版,第290页。

⑥⑮ Vgl. Walter Perron, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, 30. Aufl., 2019, § 34, Rn. 41b.

⑥⑯ Vgl. Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 43. Aufl., 2013, S. 171/Rn. 443.

⑥⑰ 参见张明楷:《刑法学》(第5版),法律出版社2016年版,第223页。

⑥⑱ 参见陈兴良:《他行为能力问题研究》,载《法学研究》2019年第1期。

⑥⑲ Vgl. Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, S. 23f/Rn. 48.

⑦⑩ 参见广东省广州市白云区人民法院(2010)云刑初字第111号刑事判决书;广东省广州市中级人民法院(2010)穗中法刑一终字第148号刑事裁定书。

⑦⑪ 参见江西省抚州市临川区人民法院(2017)赣1002刑初302号刑事判决书;江西省抚州市中级人民法院(2017)赣10刑终197号刑事判决书。

⑦⑫ 参见刘士心:《英美刑法辩护理由中的“胁迫”及其启示》,载《北方法学》2020年第1期。

⑦⑬ 参见最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭编:《刑事审判参考》(第63集),法律出版社2008年版,第1-9页。

⑦⑭ 浅田和茂「刑法総論」(第2版)(成文堂,2019年)257頁参照。

⑦⑮ 板倉宏「新訂刑法総論」(補訂版)(勁草害房,2001年)219頁参照。

⑦⑯ 参见陈兴良:《他行为能力问题研究》,载《法学研究》2019年第1期。

⑦⑰ 同样否定本案中行为入构成紧急避险的观点,参见刘宪权:《刑法学名师演讲录·分论》,上海人民出版社2014年版,第374-375页。

⑦⑱ 参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》(第9版),北京大学出版社、高等教育出版社2019年版,第135页。

⑦⑲ 参见黎宏:《刑法学总论》(第2版),法律出版社2016年版,第145页。

⑧⑩ Vgl. Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 488.

⑧⑪ 参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》(第9版),北京大学出版社、高等教育出版社2019年版,第135页。

⑧⑫ 参见黄荣坚:《基础刑法学》(第4版),元照出版有限公司2012年版,第253页。

⑧⑬ 参见张明楷:《刑法学》(第5版),法律出版社2016年版,第219页。

⑧⑭ 参见黎宏:《刑法学总论》(第2版),法律出版社2016年版,第145页。

⑧⑮ 参见林钰雄:《新刑法总则》(第4版),元照出版有限公司2014年版,第265页。

⑧⑯ 山中敬一「刑法総論」(第3版)(成文堂,2015年)560頁参照。

⑧⑰ 参见韩玉胜主编:《刑法学原理与案例教程》(第4版),中国人民大学出版社2018年版,第117-118页。