

武汉大学

刑法博士

博士文丛

武汉大学

刑法博士

博士文丛

武汉大学

刑法博士

博士文丛

武汉大学

武汉大学刑法博士文丛 (11)

紧急避险基本问题研究

JINJIBIXIAN JIBENWENTIYANJIU

◎谢雄伟·著



中国人民公安大学出版社

武汉大学刑法博士文丛(11)

紧急避险基本问题研究

谢雄伟 著

中国人民公安大学出版社

·北京·

图书在版编目 (CIP) 数据

紧急避险基本问题研究/谢雄伟著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2008.5

(武汉大学刑法博士文丛; 11)

ISBN 978 - 7 - 81139 - 093 - 3

I. 紧… II. 谢… III. ①紧急避难—研究②紧急避难—刑法—立法—研究—中国 IV. X4 D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 054957 号

紧急避险基本问题研究

JINJIBIXIAN JIBENWENTI YANJIU

谢雄伟 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京兴华昌盛印刷有限公司

版 次: 2008 年 5 月第 1 版

印 次: 2008 年 5 月第 1 次

印 张: 9.375

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 248 千字

印 数: 0001 ~ 2000 册

ISBN 978 - 7 - 81139 - 093 - 3/D · 083

定 价: 26.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 侵权必究

E - mail: cpep@public.bta.net.cn

www.phcpps.com.cn

www.porclub.com.cn

武大刑法博士文丛

编 委 会

顾问：马克昌

主任：莫洪宪

委员：莫洪宪 林亚刚 康均心 许发民

刘艳红 皮 勇 陈家林

总 序

依法治国、建设社会主义法治国家已成为我国的基本治国方略，而刑事法治是社会主义法治的重要组成部分。因此，以刑事法治为研究内容的刑法科学也一直受到国家和社会的重视。改革开放以后，我国的刑法学研究取得了长足的进步，研究领域日益扩展，研究层次不断提高，呈现出空前繁荣兴旺的景象。这一大好局面的取得，离不开几代刑法学人的奋斗，其中也包括刑法学博士研究生们的努力。他们风华正茂、思想活跃、勤于探索、刻苦钻研，所撰写的博士论文一般说来选题合理，资料翔实，思路开阔，论证充分，精品迭出，为刑法理论的完善与发展作出了贡献。

武汉大学刑法学科从 1987 年开始招收博士生。在将近 20 年的时间里，为社会输送了一批又一批高质量的人才，同时也使博士点本身得以不断发展壮大。武汉大学刑法学的博士生们关注刑法基础理论的研究，重视学位论文的撰写，他们的论文大多具有真知灼见，理论水平较高。一部分论文出版之后，在社会上得到颇好的评价。进入新的世纪，由于博士生招生规模的扩大，每年毕业的博士生数量大增，优秀博士论文的数量也相应增多，以往每年出版两本毕业论文的规模已经跟不上形势的发展变化。如果优秀的博士论文因各种原因不能付梓，研究成果无法与读者见面，既不利于理论成果的社会共享，也不利于年轻学者的脱颖而出。有鉴于此，我们与中国人民公安大学出版社洽商，设立“武大刑法博士文丛”，出版社慨然允诺，给予支持。这样每年出版一批优秀的刑法学博士论

紧急避险基本问题研究

文，形成规模效益，可以凝聚成一股学术力量，为刑法学界增添较有分量的学术成果。

“武大刑法博士文丛”由武汉大学法学院刑事法研究中心的教授组成编委会，负责编辑出版事宜，以每年答辩的刑法学博士论文为选题范围，审慎选择其中优秀的博士论文逐年编辑出版。“武大刑法博士文丛”的质量，取决于入选论文的水平。它的社会评价的高低，是检验武大刑法学博士点教学研究水平的试金石。希望我们的博士研究生能够潜心治学、求真务实、重视创新、锐意进取，写出高质量的博士论文，使这套文丛不断有优秀著作问世。

最后需要提出的是，多年来中国人民公安大学出版社给予了武大刑法学科大力支持，“武大刑法博士文丛”的顺利出版正是这种支持的又一具体体现。借此机会，我本人并代表编委会谨向中国人民公安大学出版社表示由衷的感谢！

马克昌

2006年夏于珞珈山

引 言

紧急避险，在有些国家也称为紧急避难，^① 是世界各国刑事立法中普遍承认的阻却犯罪成立的事由之一。紧急避险制度来源于中世纪教会法中“紧急时无法律（*Necessitas non habet legem; Necessitas caret lege.*）”这一法律格言的基本理念，其基本含义是，在紧急状态下，可以实施法律在通常情况下所禁止的某种行为，以避免紧急状态下所带来的危险。^② 可见，紧急避险的产生和正当防卫一样已具有漫长的历史。遗憾的是，和正当防卫相比，在我国刑法理论研究中，对紧急避险理论研究显得有点单薄，正如有学者所言：“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。”^③ 甚至有学者认为：“紧急避险制度犹如一座亟

① 大陆法系刑法中一般称“紧急避险”为“紧急避难”，旧中国刑法和我国台湾地区现行刑法也是如此。我国 1979 年刑法在起草过程中，在二十二稿称为“紧急避难”。许多同志反映，“紧急避难”一词沿自旧法，不通俗、不明确，因为该“危难”通常是指灾难，而实际上紧急避险的危害来源不见得都是灾难。因此，“危难”不如“危险”确切。同时，“紧急避难”也易与“政治避难”混淆，不足以表明它是对正在发生的危险所采取的一种紧急措施。故三十三稿改为“紧急避险”，以后各稿均照此未变。参见高铭暄著：《中华人民共和国刑法的孕育和诞生》，法律出版社 1982 年版，第 44～45 页。笔者认为，两者之间含义基本相同，只是各自语言使用习惯不同导致表达方式略有不同。因此，本书原则上统一采用“紧急避险”一词，但在引文中仍尊重原作者的使用习惯。

② 张明楷著：《刑法格言的展开》，法律出版社 2003 年版，第 231 页。

③ 参见王政勋著：《正当行为论》，法律出版社 2000 年版，第 211 页。

待修葺的中世纪城堡。”^①其意即指，从理论、司法实践的角度，避险行为好比一座远离人群、弃而不用的城堡，显得落寞沉寂、无人问津。紧急避险理论研究的滞后直接影响到相关刑事立法与司法活动。因此，我们有必要加强对紧急避险的研究，这对于刑法理论繁荣和司法实践具有重要意义。

首先，研究紧急避险对完善我国刑法理论具有重要意义。第一，加强紧急避险研究有利于刑法中正当化行为理论的发展。作为刑法明文规定的正当化行为之一，紧急避险这一法律制度在中外刑事立法以及刑法理论上均占有重要地位。因此，正当化行为理论研究的发展，不仅需要对正当防卫的深入研究，也需要重视对其他正当行为理论的研究，紧急避险理所当然应包括之内。同时，紧急避险与正当防卫、义务冲突等其他正当化事由也有容易混淆的一面，加强对紧急避险的研究，有利于其他正当行为理论的发展。第二，紧急避险作为正当化行为的一种，与刑法中其他理论研究息息相关。例如，紧急避险的根据就与刑法哲学，乃至法理学的关系非同一般。再如，紧急避险与胁从犯的正确区分直接关系到被胁迫行为的罪与非罪。因此，紧急避险问题的研究，不仅对发展和完善紧急避险制度本身，而且对整个刑法理论都有重大的价值。

其次，研究紧急避险对刑事司法实践有重要指导意义。我国刑事立法之所以将紧急避险和正当防卫明确规定为不负刑事责任的事由，就在于紧急避险同正当防卫一样也广泛存在于社会生活中，具有多发性的特点，从而需要动用刑法加以规范。在实践中，紧急避险的认定也是颇为棘手的。例如，避险过当的认定、自招危险能否适用紧急避险以及被胁迫时是否具有紧急避险权限等诸多问题。这些问题直接关系到行为人行为性质的合法与否，直接关系到行为人的刑事责任的有无。因此，紧急避险理论的研究不仅可以指导公民正

^① 参见刘为波：《紧急避险限度条件的追问》，载陈兴良主编：《刑事法判解》（第1卷），法律出版社1999年版，第341页。

确行使紧急避险这一权利，以更好地保护自己或他人的合法权益，也可以正确地指导刑事司法实践，正确地区分紧急避险与犯罪行为，从而实现罪与非罪的科学划分。

最后，研究紧急避险有利于我国刑事立法的完善。与正当防卫相比，我国刑法理论上对紧急避险的研究显得过于冷清，这在一定程度上使得相应的刑事立法缺乏足够的科学理论指导。相对而言，国外刑法理论上对于紧急避险研究较为深入，相应的刑事立法也更为周详、合理。这无疑也为我们提供了较好的比较、借鉴的基础。事实上，就我国关于紧急避险的刑事立法而言仍存在诸多问题。例如，关于紧急避险的限度标准、避险的相当性要件等问题在我国刑法中都缺乏相应的规定。因此，加强对紧急避险的研究，适当借鉴国外相关理论研究成果和相关刑事立法经验，对我国刑事立法的完善具有重要作用。

基于此，本书在比较、借鉴国内外刑法理论上有关紧急避险制度研究成果的基础上，坚持刑法理论与司法实践相结合的方法，对紧急避险这一问题作一较为全面、系统的专题研究，以期使我国紧急避险的理论研究更为深入，并对相关的刑事司法指导和刑事立法的完善有所裨益。

目 录

引 言	(1)
第一章 紧急避险概述	(1)
第一节 紧急避险的立法概况	(1)
一、大陆法系主要国家的紧急避险立法概况	(1)
二、英美法系主要国家的紧急避险立法概况	(10)
三、我国紧急避险的立法概况	(13)
第二节 紧急避险的概念和类型	(17)
一、紧急避险的概念	(17)
二、紧急避险的类型	(21)
第二章 紧急避险的根据	(27)
第一节 紧急避险根据的理论概说	(27)
一、大陆法系紧急避险根据的学说	(27)
二、英美法系紧急避险根据的学说	(38)
三、我国紧急避险根据的学说	(40)
第二节 紧急避险根据的重新界定	(46)
一、紧急避险的形式根据	(46)
二、紧急避险的实质根据	(47)
第三章 紧急避险的前提要件	(56)
第一节 紧急避险保护的法益	(56)
一、保护法益的范围	(56)
二、保护的法益与法益主体的意思	(59)
第二节 危险的性质	(61)
一、危险的现在性与迫切性	(62)

紧急避险基本问题研究

二、“正在发生的危险”的判断	(64)
第三节 危险的来源	(66)
一、自招危险的紧急避险问题	(67)
二、“被胁迫”能否成为危险的来源	(80)
第四章 紧急避险的客观要件	(97)
第一节 “不得已”的含义及其判断	(97)
一、“不得已”的含义	(97)
二、“不得已”的判断	(100)
第二节 避险行为侵害的对象与避险行为的方式	(103)
一、避险行为侵害的对象	(103)
二、避险行为的方式	(105)
第三节 避险行为的相当性	(107)
一、避险行为的相当性理论概述	(107)
二、避险行为的相当性之具体讨论	(112)
三、避险行为相当性欠缺的处理	(119)
第五章 紧急避险的主观要件	(121)
第一节 避险意思的必要性及其界定	(121)
一、避险意思的必要性	(121)
二、避险意思的界定	(125)
第二节 过失紧急避险的新认识	(132)
一、过失紧急避险的界定	(132)
二、过失紧急避险的理论纷争	(134)
三、我国过失紧急避险的新认识	(139)
第六章 紧急避险的限度要件	(143)
第一节 限度要件之理论争鸣	(143)
一、国外刑法理论上之争鸣	(143)
二、国内刑法理论上之争鸣	(148)
第二节 限度要件的判断	(152)
一、限度要件的判断标准	(153)

二、限度要件的判断方法	(168)
第七章 紧急避险的主体限制要件	(187)
第一节 特定责任人的概念与类型	(187)
一、特定责任人的概念	(187)
二、特定责任人的类型	(191)
第二节 特定责任人为自己利益的紧急避险问题	(193)
一、刑法理论上的争端	(193)
二、特定责任人为自己利益的紧急避险权限问题	(198)
第八章 假想避险与避险过当	(204)
第一节 假想避险	(204)
一、假想避险的概念与类型	(204)
二、假想避险的处理	(207)
第二节 避险过当	(222)
一、避险过当的含义与特征	(222)
二、避险过当的构成要件	(227)
三、避险过当的定罪与处罚	(234)
第九章 紧急避险与其他排除犯罪性事由	(241)
第一节 紧急避险与正当防卫	(241)
一、紧急避险与正当防卫的关系	(241)
二、紧急避险与正当防卫相区别的特殊问题	(247)
第二节 紧急避险与义务冲突	(257)
一、义务冲突的概念及其类型	(257)
二、义务冲突的成立要件	(259)
三、义务冲突中“义务”的范围	(260)
四、紧急避险与义务冲突的关系	(264)
五、义务冲突在犯罪论体系中的定位	(268)
六、义务冲突的解决方法	(271)
主要参考文献	(274)
后记	(283)

第一章

紧急避险概述

第一节 紧急避险的立法概况

作为“紧急时无法律”这一法律格言的典型适例，紧急避险几乎和正当防卫一样具有漫长的历史，古今中外的刑事立法和司法实践中都有关于紧急避险的相应规定和司法判例。因此，立足于我国刑事立法中的紧急避险制度，参考、比较各国刑法中有关紧急避险的刑事立法，对于我们研究、完善紧急避险制度具有重要意义。

一、大陆法系主要国家的紧急避险立法概况

在大陆法系国家，紧急避险的思想及其立法发展演变大致可以分为以下几个时期：

（一）大陆法系古代以及中世纪的紧急避险思想

紧急避险的概念早为古希腊哲学家所承认。早在西元前2世纪希腊哲学家卡尔奈德提出了著名的“卡尔奈德之板事例”，其认为：在大海中船舶遇难的场合，若为保全自己的生命，夺取他人手中仅能负荷一人的木板，将他人推落海中溺毙，也属于正当行为。该事例为后世学者所引用，而成为紧急避险的典型事例。然而，当时另一学者基卡洛认为：“倘若就自己或共和国而言，他方是有更重要价值的生命时，则应谦让木板给他人，如果二者具有同等的价

值时，应利用竞技的方式以决定，也即放任于事实。”^① 该种见解也成为日后刑法理论上关于紧急避险性质所提出的法益权衡原则与放任行为学说的先河。

罗马法也承认紧急避险，但并无一般的原则性规定。早期的罗马人并没有区分正当防卫和紧急避险的概念。例如，卡尔奈利亚法（Cornelia）中明确规定：“于生命危险之际，杀害攻击者或第三人时，不受追诉。”^② 另外，罗马法对于某些事例，如火灾、海难等场合，也允许为保全自己而毁损他人的财产，但此种情形必须满足一个前提要件，即只有毁损他人的财产才能防止其本人生命或财产的危险时，其行为才不属于违法。同时，罗马法对于有忍受危难的特别义务者，如士兵、奴隶等，则否定其可以实施紧急避险，比如关于奴隶，即规定“能救助自己的主人时，不得先救助自己”。^③

日耳曼的法兰克时代，对相当于紧急避险的若干具体情形，视为刑罚阻却事由。例如，对于有伤人危险的动物加以杀害，或者毁损阻碍交通的他人财产，均被视为不受处罚。在中世纪的德国法律中，旅行者紧急情况下的盗窃行为被正当化。例如，依据 Visigothorum 法的规定，因饥饿且无住所的旅行者，为免去自己的饥饿及马匹的疲劳，纵然偷窃他人的食物或饲料也无妨，且不必对该窃盗行为负责。同样地，为御寒或整备食物，而偷取他人的木材或燃料时，也不必负责。另如，依据 Sachsenspiegel 法第 2 卷第 68 条规定，当旅行者所骑的马匹十分疲倦时，旅行者将马匹置于仅一步距离即可取得穀物之处，并无任何不当，但该旅行者不得将穀物带离。^④ 另外，德国法律中也有关于紧急盗窃的事例。例如，1532 年的卡罗利那（Carolina）法典第 166 条规定：“……由于自己、妻或

① [日] 森下忠著：《紧急避难的研究》，有斐阁 1960 年版，第 7 页。

② [日] 森下忠著：《紧急避难的研究》，有斐阁 1960 年版，第 9 页。

③ [日] 森下忠著：《紧急避难的研究》，有斐阁 1960 年版，第 15 页。

④ 转引自我国台湾地区余振华著：《刑法违法性理论》，台湾元照出版有限公司 2001 年版，第 202 ~ 203 页。

子女陷入真正的紧急饥饿，以致窃盗他人的食物，……该犯人将受不可罚的判决时，检察官对其也无追诉的责任。”^① 该规定就是承认紧急窃盗的情形。

中世纪的教会法确立了“紧急时无法律”的一般原则，为紧急避险的本质设定了理论基础，其思想来源于基督的仁爱思想。当时，教会法中也有紧急避险的明文规定，其第 2205 条第 2 项与第 3 项规定：“……由于极大的恐怖、紧急、确实重大的灾害，通常可以完全阻却犯罪”，“其行为内心所不允许，而无视于信仰或教会的权威，以及害及灵魂的场合，前项所说的恐怖……等理由，不得阻却犯罪，但可以减轻犯罪的责任”。^②

（二）大陆法系近代的紧急避险立法概况

近代大陆刑法的一大主流即为法国刑法。法国于 1810 年 2 月所制定的刑法典，在 19 世纪初期被视为刑事立法的典范。然而，该刑法典对于紧急避险没有明文规定。直到 1898 年 3 月 4 日一地方轻罪法院作出关于紧急窃盗的判决，紧急避险才开始成为刑法理论上讨论的问题。该案的事实是，某寡妇由于生活贫困，与其两岁的婴儿都连续 36 个小时以上没有吃任何食物，因此该寡妇为其婴儿窃取了面包。法院判决道：“悲惨与饥饿，可能减低一般人的自由意思，而降低某种程度的善恶观念。纵使于通常场合中应予归咎的行为，而犯者是由于为获得最紧要的食物时，其恶意的性格即大部不存在。自本案被告的所行，并未表现出自由与故意的恶意心情……从而判决无罪。”该判决是适用其刑法第 64 条关于强制状态的规定，认为“于良好组织的社会中，特殊家庭的母亲竟然不得不出以犯罪，才能获得面包。此种事实的存在，诚属遗憾。法官

① [日] 森下忠著：《紧急避难的研究》，有斐阁 1960 年版，第 43 页。

② [日] 森下忠著：《紧急避难的研究》，有斐阁 1960 年版，第 27 页。

应就法律严格的规定，为人道的解释，也必须这样解释”。^① 1898年3月，政府向国会提出刑法第64条的修正案，建议其下增列一款：“为自己的生存，或在法律上、事实上自己应负担其生活者的生存，而为不能避免的必要行为者，不为罪。唯因其行为所发生的损害，行为人所隶属的市镇应负赔偿责任。”但当时该建议并未被国会所采纳。刑事法制委员会则通过决议：“行为人极端贫困时，以不法手段获取其最必要的物品者，法院应以贫穷为其不负刑事责任的理由。”^② 只是此项决议并未赋予法律上的效力。

作为近代大陆刑法的另一主要代表——德国刑法，其关于紧急避险的刑事立法主要可以分为两个发展时期：

1. 德意志帝国刑法典制定前的各地方方法^③

1813年制定的 Bayern 刑法第121条中，对于现在无法回避的生命危难所形成的胁迫有明确的处置规定，但对于非因胁迫所生的紧急状态，则在同法第93条第3款中，仅以窃盗行为为例，规定为刑罚减轻事由加以处理。而在1861年的刑法第67条，修正 Bayern 刑法的立法，规定为：“行为时，行为人因自己或第六十一条所揭亲族遭受暴力或胁迫、或因紧急状态，而无意思决定自由时，不成立可罚行为。”当时的普鲁士开始在其刑事立法草案中将紧急避险以明文作一般性规定。但该草案在立法审议中，因缜密的考察与争论，最后仅通过遭受胁迫紧急状态的规定，而未将紧急避险作一般规定。例如，1851年的普鲁士刑法第40条仅规定：“行为人为行为当时，若有精神错乱或精神薄弱时，或有遭受暴力或胁迫而无自由意思决定时，不成立重罪或轻罪。”另外，值得注意的是，

① [日] 森下忠著：《紧急避难的比较法的考察》，有信堂出版社1962年版，第4页。

② 转引自我国台湾地区蔡墩铭著：《唐律与近世刑事立法之比较研究》，作者个人发行1968年版，第144页。

③ 参见[日] 森下忠：《强制状态与紧急避难》，收录于冈山大学创立十周年纪念法经论文集《法学与法史的诸问题》，1959年10月。

1882 年 Bayern 王国刑法草案第 85 条, 其规定: “除正当防卫外, 为避免自己或他人生命的现在危难, 犯不被允许的行为时, 不科以刑罚。侵害者以上述理由为借口而实行侵害行为, 当故意惹起紧急状态时, 或超越适法的界限时, 应予科以刑罚。”在此草案提出后, 引起其他地方法的仿效之风, 均以类似条文规定紧急避险行为。

2. 1871 年德意志帝国刑法典

德意志帝国建立后, 于 1871 年制定了德意志帝国刑法典, 其中有关紧急避难的规定有二: 一是第 52 条 (强制状态), 其规定: “行为人因无法抵抗的暴力、或者因自己或亲属的生命或身体遭受以其他方法无法避免的现在危难, 在被强制状态下所为的行为, 不罚。”“尊亲属及卑亲属的血亲或姻亲、养父母、养子女、配偶、兄弟姊妹及其配偶、有婚约者, 视为本法的亲属。”二是第 54 条规定 (紧急避难), 其规定: “除正当防卫的情形外, 行为人对于以其他方法无法排除且非由于自己有责所引起的紧急状态, 为避免自己或亲属的生命或身体的现在危难所为的行为, 不罚。”^① 此立法中强制状态与紧急避难的差异主要是两个方面: (1) 就危难发生原因而言, 在强制状态中, 是无法抗拒的暴力或胁迫, 而在紧急避难中, 则为除此以外的方法。(2) 危难的无责性仅存在于紧急避难。从该立法可见, 当时立法者对于紧急避难的性质是采阻却责任的理由。但 1927 年帝国法院的一则判决开始以超违法阻却事由而肯定紧急避难。该案事实经过是: 某 A 少女与外出旅行者发生关系而怀孕, 该少女当时因神经障碍而接受神经科医生 S 的治疗, 但当妇产科医生 W 检查结果确定怀孕事实后, 该少女即陷入情绪激烈不稳定状态, 萌生自杀的念头。而 S 在确认该少女因怀孕所产生的反射性忧郁症而有自杀的现在重大危险后, 建议 W 为避免少

① 转引自我国台湾地区余振华著: 《刑法违法性理论》, 台湾元照出版有限公司 2001 年版, 第 214 页。