

一、紧急避险的概念和种类

（一）紧急避险的概念

紧急避险是指为了使国家、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，不得已而采取的在必要限度内损害他人合法权益的行为。

外国刑法一般称“紧急避险”为“紧急避难”，旧中国刑法和台湾地区现行“刑法”亦如此。我国第一部刑法在起草过程中，也曾使用过“紧急避难”的称谓，但后来“在刑法第三十三稿修改定稿时，许多同志反映，‘紧急避难’一词沿自旧法，不通俗，不明确。因为谈‘危难’通常是指灾难，而实际上紧急避险的危险来源不一定是灾难。因此，‘危难’不如‘危险’确切。同时，‘紧急避难’也容易与‘政治避难’相混淆，故第三十三稿将其改为‘紧急避险’，以后各稿均沿袭这种提法

至今。”〔1〕我国 1997 年修订的刑法仍援用了“紧急避险”的称谓。

现代各国刑法对紧急避险几乎都有明文规定，我国刑法也不例外。之所以如此，是因为紧急避险与非紧急避险、紧急避险与避险过当之间，直接涉及罪与非罪的界限问题，而要划清两者之间的界限，必须先确定什么是紧急避险。加上紧急避险行为单纯从客观外表上看，与某些犯罪的客观方面相似。如洪水泛滥之际，为免下游重要地区受灾，在上游分洪。分洪行为与决水罪的客观行为相似。为了保证司法机关不把这类紧急避险行为当作犯罪处理，刑法有必要特别提示实行紧急避险行为的人“不负刑事责任”。另外，由于紧急避险是通过损害此种合法权益来保护另一种合法权益，为了防止紧急避险被滥用而造成不应有的损害，刑法有必要明文规定紧急避险的成立条件，并对避险超过必要限度造成不应有的损害的人，追究其刑事责任。再说，假想避险、避险不适时等案件中也有许多是犯罪行为，它们与紧急避险有密切联系，要正确处理这类案件，也必须先明确紧急避险的含义与成立条件。刑法如不对紧急避险作具体规定，司法机关将无所适从。

〔1〕 郭守权等：《正当防卫与紧急避险》，群众出版社，1987 年版，第 120 页。

（二）紧急避险的种类

在我国，刑法没有明文规定紧急避险的种类，现有的刑法学论著也尚未对紧急避险作过分类。但在外国，有的刑法（如德国刑法）对紧急避险的种类有明文规定，学者们也采用不同的标准从不同的角度对紧急避险加以分类。为了拓宽我们的视野，笔者对几种主要的分类作简要介绍。

1. 以紧急避险是阻却违法性还是阻却责任为标准，分为阻却违法的紧急避险与阻却责任的紧急避险。这是在紧急避险的本质问题上采取“二分说”（即认为在紧急避险中，有一部分阻却违法性，另一部分阻却责任）的学者所作的分类。一般认为，前者是指为保全大的法益而侵害小的法益的紧急避险；后者是指保全的法益与侵害的法益价值相等或价值难以衡量的紧急避险。^{〔1〕}现行德国刑法就是采用这种“二分法”。该法第 34 条规定：“为避免自己或他人生命、身体、自由、名誉、财产、或其他法益现所遭遇无他法可以避免之危难，所为行为，非属违法，但须衡量有关之对立法益及其危害程度之轻重，所保全之法益应显然较重于牺牲之

〔1〕（日）内藤谦：《刑法讲义总论（中）》，有斐阁，1986 年日文版，第 415 页。

法益，且以其行为系避难之适当方法为限，始适用本规定。”该法第 35 条规定：“为避免自己或近亲或其他有亲密关系者生命、身体、或自由现所遭遇无他法可以避免之危难，所为违法行为，不构成责任。行为人依其情况，如自行招致危难，或具有特别法律关系等，可期待其经历危难者，本项规定不适用之”。显然，第 34 条规定的是阻却违法的紧急避难，第 35 条规定的是阻却责任的紧急避难。

2. 以紧急避难是否超越于法律的明文规定为标准，分为法定的紧急避难与超法规的紧急避难。这是日本学者所作的一种分类。前者是指行为完全符合法律规定的紧急避难的情形；后者是指当不完全符合刑法所规定的要件时，可援用实质性原理，使避难行为不具有可罚性的情形。例如，日本刑法第 37 条所规定的四种法益（生命、身体、自由、财产）之外的个人法益（如名誉、贞操等）还有国家和社会的法益遇到危难时，所实行的紧急避难，由于刑法无明文规定，因而被认为是超法规的紧急避难。^{〔1〕}

3. 以紧急避难所保护的法益为标准，分为保护国家法益的紧急避难、保护社会法益的紧急避难和保护个人法益的紧急避难。其中，以国家法益为保护对象的，是保护国家法益的紧急避难，又称为

〔1〕（日）木村龟二主编，顾肖荣等译：《刑法学词典》，上海版译出版公司，1991年版，第 212~213 页。

“国家紧急避难”；〔1〕以社会法益为保护对象的，是保护社会法益的紧急避难，也有学者称之为“社会的紧急避难”；以个人法益为保护对象的，是个人紧急避难，又可以称之为“个人紧急避难”。〔2〕

4. 以紧急避难是采用“逆击行为”还是采用“顺击行为”为标准，分为逆击性紧急避难与顺击性紧急避难。前者是指要避免某种危难，惟有采用排除危难的方法，在这种情况下，可针对危难所在作逆势的反击。例如，遭猛犬袭击，而将猛犬击毙。后者是指不以排除危难作为避难手段，而是在面临危难时，顺势向其他方面攻击，以达避难之目的如突遇飞车而闪避，结果撞伤行人。〔3〕

5 以紧急避难所避免的危难是自己面临的危难还是他人面临的危难为标准，分为避免自己危难的紧急避难与避免他人危难的紧急避难。前者又被称之为“紧急状态”后者则被视为“紧急救助”。〔4〕

以上第一、第二种分类，不能为我国所用。因为，我国的犯罪构成理论与西方的犯罪成立理论有

〔1〕（日）西原春夫等编：《判例刑法研究》（2）有斐阁，1985年日文版，第149页。

〔2〕（日）大塚仁等编：《刑法解释大全》（第2卷），青林书院，1989年日文版，第458页

〔3〕郑健才：《刑法总论》，三民书局，1985年版，第178页。

〔4〕刘清波：《刑法概论》，台湾开明书店，1970年版，第103页。

所不同。在西方大陆法系国家，一般认为，犯罪的成立要具备构成要件符合性、违法性和有责性三个要素。不为犯罪的行为，有的可能是因为不符合构成要件；也有的是符合了构成要件但不具有违法性；还有的甚至是符合构成要件并具有违法性而不具备有责性的条件。那么，就紧急避险而言，不成立犯罪就可能有两种情形：一是阻却了违法性；二是存在违法性但阻却了责任。然而，按照我国主客观相统一的犯罪构成理论，行为具备构成要件或具有刑事违法性而不成立犯罪的情形，是不可能存在的。因此，“阻却违法的紧急避险”与“阻却责任的紧急避险”这种分类，也就不可能有存在的余地。另外，由于我们实行罪刑法定主义，加上我国刑法对紧急避险所保护权益的范围采取概括规定方式（没有像日本刑法那样作具体列举），所包括的内容十分广泛，有必要在法律规定的范围之外当紧急避险处理的案件不可能发生，所以，不会出现所谓“超法规的紧急避险”的问题。除了上述第一、第二种分类之外，后三种分类则是我们可以借鉴的。

二、紧急避险的性质

紧急避险不是犯罪行为，不受刑事处罚，这在各国刑法中早就有明文规定。但是，不认为是犯罪、不给予刑事处罚的理论根据何在？关于这一问题，由于学者们对紧急避险的性质认识不一，回答也各不相同。

（一）大陆法系国家学者关于 紧急避险之性质的学说

以德国和日本为代表的大陆法系国家的刑法学者，对紧急避难之性质，大致提出了以下几种学说：

1. 阻却违法说

此说又称为阻却违法一元说，认为紧急避难之所以不为犯罪、不受刑事处罚，是阻却了违法性的

缘故。这是日本现在的通说。^{〔1〕}至于紧急避险为什么阻却违法性，学者们的解释又有所不同。

（1）放任说

认为当紧急避险处于正当对正当关系时，一般不能说是合法行为，而应该视为被法律所放任的行为阻却违法性。其中，有的学者（如德国的宾丁、日本的久礼田益喜）认为，所有紧急避险行为都是放任行为；另有学者（如德国的贝林格、日本的宫本英修）认为，为保护大的法益而损害小的法益的场合是合法行为，损害的法益与保全的法益相等时是放任行为。在前一种场合，受损害的对方有忍受义务；在后一种场合，受损害的对方不负有忍受义务，对紧急避险行为可以实行紧急避险或正当防卫。^{〔2〕}

但是，有学者从客观的违法性论的立场批判说，行为在刑法上既不合法也非违法的情形是不存在的。既然避险行为因被法律所放任而失去其违法性，那就应该认为是合法的。笔者以为，这种批判有一定的道理。

（2）合一说

此说基本上是从放任说出发，认为紧急避险既

〔1〕（日）大塚仁等编：《刑法解释大全》（第2卷），青林书院，1989年日文版，第454页。

〔2〕（日）阿部纯二：《紧急避险》，载日本刑法学会编：《刑法讲座》（第二卷）有斐阁，1963年日文版，第153页。

是阻却违法事由，也是阻却责任事由。其主要倡导者是日本的牧野英一此说受到的批判是，它混淆了违法与责任的界限；再说，阻却责任是以行为违法为基础的，如果说行为阻却了违法性，那就意味着是合法的，当然也就无阻却责任的余地了。

（3）优越利益说或法益权衡说

此说认为，当两个价值不同的法益处于对立地位时，牺牲小的法益而保护大的法益是与法秩序的要求相一致的。紧急避难正是法益与法益之间发生冲突时的行为，所以，为保护大的法益而牺牲小的法益是合法的。认为紧急避难是违法阻却事由的学者（德国的麦兹格、日本的小野清一郎、团藤重光、植田重正等），大多以此作为理论根据。如小野清一郎说：“我认为日本刑法第 37 条规定的紧急避难是以违法阻却为理由。其前提条件在于：只要对自己或他人生命财产具有现实的危险就足够了。从紧急避难必须权衡法益的规定来推论，它不仅阻却行为者道义上的责任，还阻却行为的违法性。”〔1〕

一般来说，如果避难行为确实是牺牲小的法益而保护了大的法益，适用此说不会有大的问题。但是，在现实生活中，有时往往很难比较两种法益的大小；另外，在德国和日本，损害的法益与保全的

〔1〕（日）木村龟二主编，顾肖荣等译：《刑法学词典》，上海翻译出版公司，1991年版，第205~206页。

法益价值相同时，也不妨碍紧急避难的成立。在这样的场合，由于两种法益价值相同（或无法确定法益价值大小），因而无优越利益可言，这是此说的一大弊病。

2. 阻却责任说

此说又称为阻却责任一元说，认为紧急避难是阻却责任的事由。这又可以分为以下两种学说：

（1）无责任能力说（或自由意思丧失说）

认为紧急避难由于是行为人失掉控制自己行为的意思即缺乏责任能力时的行为，所以成为阻却责任的事由。这是流行于法国的一种学说。^{〔1〕}此说的主要缺陷在于：如果行为人处于丧失自由意思的无责任能力状态，那么，他又怎么可能有意思地实行避险呢？

（2）无期待可能性说

认为紧急避难侵害的是第三者的正当法益，所以是违法的，只是由于不可能期待行为人实施合法行为（无期待可能性）而阻却其责任。具体地说，行为人在紧急状态下，为了保护自己的利益，在无其他方法可选择的情况下，将危难转嫁给第三者，可以说这是一种基于自我保存的本能的行动。在这样的场合，对作为法规范对象的普通人而言，要求其作出自我牺牲而不转嫁危难于他人，这是不可能

〔1〕 甘雨沛、何鹏：《外国刑法学》（上册），北京大学出版社，1984年版，第322页。

的，因而应该认为无期待可能性。也就是说，尽管转嫁行为是违法的，但是从法规范的观点来看无期待可能性，所以阻却责任不构成犯罪。此说由德国的迈耶（M. E. Mayer）所首创，日本的泷川幸辰、植松正、平场安治等学者也予以支持。^{〔1〕}

无期待可能性说受到了如下几方面的责难：第一，按照日本刑法第 37 条的规定，为了保护他人的法益也允许实行紧急避难，如果说紧急避难行为是由于无期待可能性而阻却责任，那就应该仅限于避免自己之危难的情形，因为在避免他人之危难的场合，不能认为是基于本能的行动，不存在有无期待可能性的问题。因此，按无期待可能性说，不能从理论上说明日本刑法第 37 条的规定。第二，根据日本刑法第 37 条之规定，避难行为“所生之损害不超过欲避免之损害之程度时”才“不罚”，这意味着判断紧急避难是否成立，必须要对两种法益加以比较。但是，按无期待可能性说，因为是以行为人在紧急状态下有无期待可能性作为犯罪成立与否的标准，即便是侵害的法益比所要避免的法益之价值大，只要无期待可能性，犯罪也就不成立。这样的结论同日本刑法第 37 条要求权衡法益的原则显然是相矛盾的。第三，按无期待可能性说，由于紧急避难行为是违法的，也就是说，为避免危难而

〔1〕（日）植松正等：《现代刑法论争 1》，劲草书房，1983 年日文版，第 146 页。

损害第三者之法益的行为是一种不正当的侵害，对之实行正当防卫就成为可能；又由于正当防卫不要求权衡法益，这就会使避难者造成更大损失的可能，达不到保护紧急避难者的目的第四，按无期待可能性说，教唆他人实施紧急避难行为者，由于是教唆他人实行违法行为，依照限制从属性说这种通说的主张，教唆者就应该作为共犯来处罚。这种结论当然是不妥当的。

但是，持此说的论者反驳说：第一，为保护他人法益的紧急避难同样存在无期待可能性的情形，如自己的子女遇到危难时实行的紧急避难同自己本人遇到危难时实行的紧急避难，就并无多大差别，应该同等对待。第二，站在阻却责任说的立场，从立法政策的角度而言，也认为应该在法律上规定法益权衡的原则。第三，允许对转嫁危难于他人的避难者实行正当防卫是合理的，因为第三者的正当法益同样要保护。如果不允许实行正当防卫，那就意味着第三者面临避难者对自己的正当法益造成侵害的行为，在无其他方法可以避免损害的情况下，就只能忍受，即听任避难者对自己的法益造成侵害。这显然是不公平的，第四，按阻却责任说，对教唆他人实行紧急避难者，不会得出要作为共犯来处罚的结论。因为教唆犯的成立必须要有教唆的故意，即要有教唆他人犯罪的意思，由于紧急避难不是犯罪行为，教唆紧急避难当然不存在教唆犯罪的意

思，从而也就不存在按共犯处罚的余地。^{〔1〕}

笔者以为，上述第一点责难和第一点反驳均有片面性。第一点反驳所列举的为避免自己的子女遇到的危难与避免自己本人遇到的危难，确实很难说有什么差异，认为后一种场合实行的紧急避难无期待可能性、前一种场合不存在这样的问题，这显然是没有道理的。但是，应该看到，日本刑法对保护他人法益的紧急避难不像德国刑法那样，将“他人”限定在“近亲或其他有密切关系者”的范围内，那么，如果是为保护与本人无密切关系的“他人”的法益而实行的紧急避险，就很难说是因为无期待可能性而不成立犯罪。第三点责难和第三点反驳都有一定的道理，但均无充分的说服力。在笔者看来，将紧急避难视为违法行为，允许对之实行正当防卫，这与法律规定紧急避难的目的不符；反过来，如果把紧急避难视为合法行为，不允许他人为保护自己的正当法益而予以抵抗，也有失公正。不过，对这种抵抗紧急避难的行为，不能视为正当防卫。至于第二点责难和第四点反驳，笔者认为是有道理的；相反，第二点反驳和第四点责难并无说服力。

3. 二分说

持二分说的论者认为，无论是把紧急避难一律

〔1〕（日）植松正等：《现代刑法论争 I》，劲草书房，1983 年日文版，第 146～149 页。

当作阻却违法性的事由，还是一概视为阻却责任的情形，都有失片面性。实际上，在某些场合，紧急避难是阻却违法性事由；而在另一些场合，则是责任阻却事由。二分说在日本虽然不是通说（日本现在的通说是阻却违法说），但却是一种有力的学说。在德国，过去的通说是阻却违法说，但在战后二分说逐渐发展成为有力的学说，以至被 1975 年新刑法总则所采纳，该法第 34 条对阻却违法事由的紧急避难、第 35 条对阻却责任事由的紧急避难作了明文规定。^{〔1〕}二分说又可以分为以阻却违法为基础的二分说和以阻却责任为基础的二分说。

（1）以阻却违法为基础的二分说

这种二分说认为，紧急避难在原则上是阻却违法性的事由，但在某些特殊场合，可能成为阻却责任的事由。至于何种场合例外，持此说的论者意见不一。

有的学者认为，如果两种法益价值相等（法益的大小难以比较时视为法益价值相等），就例外地成为阻却责任事由。日本学者佐伯千仞、平场安治、内藤谦等持此种主张。例如，佐伯千仞、平场安治指出：“为了大法益而牺牲小法益来保全自己的避难行为是合法的；在双方法益价值相等时虽然是违法的，然而，因很难期待行为人有其他行为，

〔1〕（日）植松正等：《现代刑法论争 I》，劲草书房，1983 年日文版，第 145 页。

所以，可以将它解释为是不受责任非难的行为（无责任的行为）。〔1〕

也有学者认为，只有生命与生命、身体与身体相对的紧急避难才是阻却责任事由，其他法益可以衡量的场合均为阻却违法事由德国的威尔泽尔（Welzel）、日本的木村龟二等学者持此种主张。如木村龟二指出：“关于生命、身体的紧急避难被解释为责任阻却说，理由不是因为它是与法益价值相等的对等状态……生命或者身体是人格的根本要素，其本质是用任何尺度也不能互相比较的，同时，人格的尊重和保护是法律秩序的基本要求……因此，即使在紧急状态下侵犯作为社会生活基本支柱的人格，从法的观点来看也应认为不能允许，所以关于生命、身体的紧急避难是违法的。但是……从一般人的观点来看，当不能期望产生采取合法行为的决心时，应理解为由于缺少期待可能性而阻却责任”。〔2〕

以上前一种观点比较符合大陆法系国家的刑法理论，并且有德国现行刑法第 34 条和第 35 条之规定为依据。后一种观点强调人的生命和身体的重要性和特殊性，有其合理因素，但也有明显之不足。

〔1〕（日）木村龟二主编，顾肖荣等译：《刑法学词典》，上海翻译出版公司，1991年版，第 207 页。

〔2〕（日）木村龟二主编，顾肖荣等译：《刑法学词典》，上海翻译出版公司，1991年版，第 207 页。

因为生命与生命、身体与身体并非完全不能比较。生命虽然在质上不能作比较（人的生命没有高低贵贱之分，都具有同样的价值），但在量上是可以比较的（一人的生命与数人的生命应该是有差别的），牺牲一人的生命保全数人的生命的所谓“量的紧急避难”（quantitativer Notstand）〔1〕是允许的。身体对身体的场合，不仅对两者作比较是可能的，而且十分必要。因为轻伤同重伤有较大差别，为避免自己或他人的身体受重伤而对第三者身体造成轻伤的紧急避难，是符合前述优越利益原则的，同样应该认为是阻却违法性的情形。此外，按以上后一种观点，生命和身体之外的自由、财产等法益相对立的场合，即使是法益价值相同，也仍然认为阻却违法性，这同前述优越利益说存在同样的缺陷。

（2）以阻却责任为基础的二分说

这种二分说认为，紧急避难在原则上是阻却责任的事由，但是，在相冲突的两种法益之间有显著差别时，例外地成为超法规的阻却违法事由。德国学者梭尔（Sauer）持此种主张，并称之为结合说；日本学者森下忠也是此说的支持者。〔2〕

此种二分说的特色是，对刑法规定的紧急避难

〔1〕（日）阿部纯二：《紧急避难》，载日本刑法学会编：《刑法讲座》（第二卷），有斐阁，1963年日文版，第159页。

〔2〕（日）阿部纯二：《紧急避难》，载日本刑法学会编：《刑法讲座》（第二卷），有斐阁，1963年日文版，第151页。

要件中的“出于不得已”的理解与通说和判例不同，认为它不是像通说和判例所解释的那样指没有其他方法避免危难，而是指没有实施合法行为的期待可能性。根据这种理解，得出紧急避难是阻却责任事由的结论。同时，又认为，为保护显著重大的法益而损害小的法益，并且是在无其他方法可选择的场合，应该视为“超法规的”阻却违法事由。如果将这种紧急避难作为阻却责任事由，允许对方实行正当防卫，那就会导致“明显的、社会伦理难以忍受的非正义”。〔1〕

此说除了存在与前述阻却责任说类似的弊病外，还存在难以区分阻却责任的紧急避难与阻却违法的紧急避难的问题。因为持此说的论者并未指出避难所要保全的法益与损害的法益之间的差异达到何种程度时，才视为有“显著差别”，实践中必定很难掌握。另外，日本刑法关于紧急避难与正当防卫的要件中都有“出于不得已”的规定，而持此说的论者却对二者作不同理解，把前者视为阻却责任的根据，而将后者作为阻却违法性的要件，这显然也难以自圆其说。

4. 阻却可罚的违法性说

此说认为，违法性的概念应该统一，不能说民法上违法的行为，在刑法上是合法的。由于紧急避

〔1〕（日）内藤谦：《刑法讲义总论（中）》，有斐阁，1986年日文版，第417~418页。