

主编/于志刚

2004

《刑法问题与争鸣》
编委会

刑法问题
与争鸣



第一辑

2004年

中国方正出版社

2004 年

总第 9 期

刑法问题 与 争鸣

主编 于志刚

中
国
方
正
出
版
社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法问题与争鸣·总第9辑/于志刚主编. —北京: 中国方正出版社, 2003

ISBN 7-80107-579-X

I. 刑… II. 于… III. 刑法-研究-中国 IV. D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2002) 第 105272 号

刑法问题与争鸣

(总第9辑)

于志刚 主编

责任编辑: 许 杰

责任校对: 张 蓉

责任印制: 郑 新

出版发行: 中国方正出版社

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

发行部: (010) 66124758 门市部: (010) 63094573

编辑部: (010) 63099854 出版部: (010) 66510958

网址: www.FZPress.com

责编 E-mail: xujie@fzpress.com

经 销: 新华书店

印 刷: 北京京安印刷厂

开 本: 787×960 毫米 1/16

印 张: 28.75

字 数: 380 千字

版 次: 2004 年 1 月第 1 版 2004 年 1 月北京第 1 次印刷

(版权所有 侵权必究)

ISBN 7-80107-579-X

定价: 35.50 元

(本书如有印装质量问题, 请与本社出版部联系退换)

卷首语

中国素有“重刑轻民”、“以刑为主”的法文化传统,因此自古以来刑法理论丰富深厚。建国后,新中国刑法体系逐步健全、完善,刑法理论研究随之蓬勃发展。特别是20世纪80年代以来,刑法学界“百花齐放,百家争鸣”,学界同仁携手共进,学术层次不断攀升,理论研究硕果累累,呈现一派繁荣景象:不仅研究视野日益拓展,而且引起争鸣的焦点、热点问题此起彼伏,从未间断。

时至今日,经过学界同仁数十年的共同努力,中国的刑法学研究繁荣兴旺、成就斐然:刑法学体系逐步健全和完善,学术积淀日益广博深厚,刑法理论研究层次不断提高,刑法观念转换日渐显著,研究视野继续拓展,研究方向和研究方法趋向科学,学术交流与国际合作方兴未艾,学科建设和研究资源配置日趋合理,学术梯队的建立与后备人才的培养步入正轨。

理论研究层次的提高和研究触角的深入,也带来了一些值得关注的问题:一方面,纯学理性的研究,可能基于现实意义不大而难以公开发表,尤其是涉及细节问题的大容量成篇幅的研究成果,更是如此;另一方面,在刑法学界名家辈出的情况下,“马太效应”更为明显,诸多刊物争相邀请和刊载已经进入良性循环的师长辈的文章墨宝,而作为“末学后进”的青年学者,只能悄悄地生存在学术的夹缝里,即使偶有思想火花,也只能束之高阁,或者变通形式,与名家合名而求得问世。

本由青年学人组创的《刑法问题与争鸣》步入转型期,愿意以解决上述问题为己任:不仅能够并且希望接受和刊载具有学术“加深”或者“创新”价值的大容量大篇幅文章,而且希望能够成为青年学人体现自己思维、刊登自己最新学术成果的首选刊物。

学术研究讲求厚积而薄发,愿有志于刑法学研究的青年同仁摒弃急躁情绪和急功近利思想,脚踏实地、一步一个脚印地为刑法学理论研究做出应有的贡献;同时,刑法理论的积淀与整体层次的提高,不是短时间能做到的,往往也不是一代人的事情,客观上更依赖于学术的延续。愿有志于刑法学研究的青年学人能够以“淡泊宁静”之心,长于思辨,填补诸多尚属空白的研究领域,做好属于年轻一代人应有的工作。

《刑法问题与争鸣》编辑部

目录

一、刑法基础理论研究 (1)

紧急避险若干问题研究 黄明儒(2)

对正当防卫价值取向的再

思考 包 雯 胡利敏(59)

论我国刑法中的没收 杨彩霞(75)

论“两少一宽”刑事政策及刑法对

少数民族的特殊保护 吴大华(128)

刑法第12条的司法解释适用与

问题研究 孟庆华(140)

罪刑关系在责任理论中的重构 ... 王昭振(150)

二、刑法各论热点问题研究 (163)

我国典型包庇犯罪研究 刘 杰(164)

抢劫罪若干问题散论 周振晓(206)

侵占罪若干疑难问题研究 郑丽萍(215)

关于奸淫幼女罪司法解释“明知”的

理解与适用 吴金鹏(233)

三、比较刑法 (245)

间接正犯比较研究

——兼论我国间接正犯的刑事

立法与司法 钱叶六(246)

不纯正不作为犯的因果关系理论

比较研究 许成磊(271)

《刑法问题与争鸣》

编委会

胡 驰
于志刚
许发民
翟中东
魏 东
刘志远
周洪波

目录

2004年 第一期

总第9期

侵犯著作权罪犯罪目的比较研究

——基于法定营利目的存废争议的比较 胡 驰(306)

中美洗钱罪构成特征比较研究 严 然(321)

四、外国刑法和国际刑法 (333)

海外行刑社会化实践的考察及评析 袁登明(334)

论美国刑法中对犯罪未遂的认定 吴大伟(376)

日本刑事司法制度的改革 曾朝晖(385)

国际刑法中的侵略及侵略罪 杜启新(402)

五、工具栏:单行刑法与刑法修正案(中英文对照) ... (419)

关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定 (420)

中华人民共和国刑法修正案 (426)

中华人民共和国刑法修正案(二) (434)

中华人民共和国刑法修正案(三) (436)

中华人民共和国刑法修正案(四) (442)

稿约

中国方正出版社注释规范

一、刑法基础理论研究

编者按：

涉及刑法理论的研究，虽然近年来总论方面的专题性著作较多，但是着重于热点问题研究的较多，因而也形成了个别所谓“重大”理论问题的重复性研究与相近似的循环论证，而对于一些传统的基本性刑法制度，却关注较少。这一点，无论是在犯罪论的研究之中，还是在刑罚论的研究之中，都存在相近似之处。或许是因为这些问题在刑法学总体体系结构中的意义不够大，因而无人关注。但是，我们认为，能够推动刑法学进展的理论研究，不仅应当是对重大理论问题的接续式研究，而且应当包括对传统性问题的深入挖掘，包括对小问题所进入的小处见大的研究，包括对一般问题的推陈出新式的与时俱进的研究。

1

紧急避险若干问题研究

黄明儒*

2

我国刑法明文规定紧急避险的目的同规定正当防卫的目的——一样，是通过给予行为人一种自力救济的权利，而保护正在遭受某种损害或者正在受到某种损害危险的国家、公共利益、本人或者他人的某种合法权益。但与正当防卫是针对不法侵害行为而根本没有社会危害性不同的是，紧急避险则是以牺牲较小合法权益为代价的，其合法性在理论上受到了一定挑战^①。因此，紧急避险作为一项法律制度，是随着人类文明的发展和社会的进化而逐渐产生、演变和发展起来的。这一制度在当今世界已成为各国刑事立法上一项重要并且完整的排除犯罪性行为制度。刑法之所以规定紧急避险制度，主要是考虑到在某种紧急状态下，两种合法利益不能同时并存，法律要同时保护这两种利益已然不可能，要求公民忍受危难也不具备现实性。而各社会成员彼此间参与社会共同生活应当承担一定的连带义务，生活在社会中的每个成员都有一定的以牺牲自己少许利益来拯救陷于危难中的其他社会成员的义务。因此，如果为了保全自己或第三人利益，所不得不采取的侵害、牺牲他人利益的紧急避险措施，法律当然不会对这种侵害行为进行刑事责任追究。紧急避险制度的确立，体现了国家利益、公共利

* 作者单位：中南大学法学院。

① 如我国著名青年刑法学家刘明祥就认为，紧急避险虽然不具有刑事违法性，但也并非均为合法行为。“如果说紧急避险都是合法行为，哪有实施了合法行为还要承担民事赔偿责任的道理？”（参见刘明祥：《论紧急避险的性质》，载《法学研究》1997年第4期。）

益与公民合法权益的一致性,对于保护合法权益,促进社会成员间的相互关爱,培养公民的全局观念,建设社会主义法治文明,鼓励和支持人民在同违法犯罪活动和自然灾害作斗争的过程中善于运用法律所赋予的紧急避险措施,保护国家、公共利益、公民的最大利益使社会可能遭到的损失减少到最低限度,都具有十分重要的意义。

一、我国紧急避险制度的立法沿革

我国最初的刑法草案使用“紧急避难”这一称谓,且没有将紧急避险单独规定为一个条文,如《1950年刑法大纲草案》就是将紧急避险就是规定在“不成为犯罪”这一条文(第8条)中:“下列行为,不成为犯罪:……二、因避免国家政权、国家财产或自己、他人的生命、健康、自由、财产当前危险的紧急行为,而依当时情况,不能用其他方法避免,又未超过必要限度,且其所造成之损害,较危难所发生之损害为轻者;……”并在另一条(第10条)规定了避难过当的处罚:“因防卫行为过当或避难行为过当而成为犯罪者,从轻处罚。”之后的刑法草案也有这样规定的,如《1954年刑法指导原则草案(初稿)》在第5条第2款规定:“在紧急情况下,为了避免公共利益或者个人的人身和权利的损害,因为没有其他方法,不得已而采取的损害较轻的紧急避难行为,不认为犯罪。但是避难行为超过必要限度,应当认为犯罪,根据具体情况可以减轻或者免于处罚。”只是对避险的目的相应地作了一些调整,并使语言更为简洁。从1956年的刑法草案开始对紧急避险设立独立条文而予以规定,如《1956年刑法草案》(第13次稿)便在第20条规定了紧急避险:“为了避免公共利益、本人或者他人的人身和权利遭受损害,不得已而采取的紧急避难行为,如果引起的损害比所避免的损害较轻的时候,不负刑事责任。紧急避难超过必要限度,应当负刑事责任;但是可以减轻或者免除处罚。关于避免本人紧急危难的规定,不适用在职务上、业务上负有特定义务的人。”其后几稿基本没有做出什么大的改动,只是在表述上有些改变,如在“不得已”前加“再没有其他方法”,最后一款前加“第一款中关于”等。但立法者考虑到刑法所保护的人身也是一种权利,将人身和权利并列的规定并不科学,并且后一种权利到底是一种什么样的权利也是不明确的,因而需要将避险目的的范围规定得

更为科学。同时因为“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，而实际上紧急避难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。”^① 因此在其后的《1962年刑法草案（初稿）（第27次稿）》第17条中将“紧急避难”改称为“紧急避险”，并将避险的目的范围科学化，并在语词的使用上进一步简明扼要。^② 以后各稿都基本沿袭了这一规定。

1979年刑法第18条即是在此基础上的修改：“为了使公共利益、本人或者他人的人身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，不负刑事责任。紧急避险超过必要限度造成不应有的危害的，应当负刑事责任；但是应当酌情减轻或者免除处罚。第一款中关于避免本人危险的规定，不适用于职务上、业务上负有特定责任的人。”只是作了一点小的改动，如将“不应有的损害”改为“不应有的危害”，“但是可以减轻或者免除处罚”改为“但是应当酌情减轻或者免除处罚”，“特定义务”改为“特定责任”。

由于多数学者提出既然是紧急避险，就不存在避险过当的问题，1979年刑法第18条第2款的规定存有不妥，因而在启动修订刑法工作后，立法者就在《1988年刑法修改稿》采纳了这一修改意见，但却同时取消了第3款的规定。^③ 其后几稿基本同上，只是都恢复了第3款的规定，并将“危害”改为“损害”，但却没有说明任何理由地

① 参见郭守权等：《正当防卫与紧急避险》，群众出版社1987年版，第120页。但学者认为在刑法立法草案中将紧急避难改称为紧急避险是从刑法草案第33稿开始的，这一提法不妥，笔者通过对我国所有刑法草案进行搜索，发现这一称谓的改变是从刑法草案第27稿开始的。

② 《中华人民共和国刑法草案（初稿）》（第27次稿）（全国人民代表大会常务委员会办公厅1962年12月修改稿）第17条的规定如下：“为了使公共利益、本人或者他人的人身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动，不负刑事责任。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；但是可以减轻或者免除处罚。第一款中关于避免本人危险的规定，不适用职务上、业务上负有特定义务的人。”（参见高铭喧、赵秉志主编：《新中国刑法立法文献资料总览》（上），中国人民公安大学出版社1998年版，第285页。）

③ 《1988年刑法修改稿》第18条的规定如下：“为了使公共利益、本人或者他人的人身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，不负刑事责任。避险行为超过必要限度造成不应有的危害的，应当负刑事责任，但是应当酌情减轻或者免除处罚。”（没有第3款）

再一次将“避险行为”改回为“紧急避险”。如《刑法 1996 年修订草案》(《征求意见稿》)第 19 条规定:“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。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,但是应当酌情减轻或者免除处罚。第一款中关于避免本人危险的规定,不适用职务上、业务上负有特定责任的人。”

1997 年第 21 条关于紧急避险的规定基本采用了这一立法草案的规定,同 1979 年刑法相比,该条规定作了如下修改:(1)在实行紧急避险的目的条件中,增加规定了“国家利益”、“财产权利”的保护内容;(2)补充了损害后果的规定,即“造成损害的”,强调紧急避险所造成的危害结果只是指物质性的;(3)将“造成不应有的危害”的“危害”二字改为“损害”;(4)在从宽处罚的规定中删除了“酌情”二字。

二、紧急避险的概念与性质

我国刑法第 21 条第 1 款的规定对紧急避险的主要特征或者说主要条件都作了明确规定,但我们不能把这作为紧急避险的明确定义。在我国,由于学者们对刑法条文的规定存在不同的理解,因而给紧急避险所下定义也不尽相同。

(一) 紧急避险的定义

具体而言,主要有以下几种:第一种观点认为,所谓紧急避险,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,不得已而采取的损害另一个较小合法利益的行为。^①第二种观点认为,紧急避险,是指为了使国家、公共利益、本

^① 参见马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社 1999 年版,第 777 页;苏惠渔主编:《刑法学》,中国政法大学出版社 1997 年版,第 189 页;等等。有的则表述为“紧急避险是指为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身和其他权利免受正在发生的危险,不得已损害另一个较小合法利益的行为。”(高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(上编),中国法制出版社 1999 年版,第 244 页。)或者认为“紧急避险,是指为了使国家、公共利益、本人或者他人人身、财产和其他权利免受正在发生的危险,不得已给另一个较小合法权益造成损害的行为。”(张明楷:《刑法学》(上),法律出版社 1997 年版,第 235 页。)但这三者之间并不存在任何实质上的差异,因而应当归为一种定义。

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利益的行为。^①第三种观点认为紧急避险是人们在遇到某种危险时，为了防止国家利益、公共利益、本人或者他人的合法权益遭受损害，在没有其他方法能够排除的情况下，不得已而采取的损害另一较小合法利益来保护较大合法利益的行为。^②第四种观点认为，“国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利受到正在发生危险状态的威胁，不得已采取的避险行为，就是紧急避险。”^③第五种观点认为，“紧急避险，是为了使国家、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，在迫不得已的情况下，所采用的损害另一个较小的合法权益而保全较大合法权益的行为。”^④

上述几种观点基本上都是根据刑法第21条的规定对紧急避险做出的比较准确的解释，但各定义之间也存在一定的差异。其差异主要表现在：(1)是否应当将刑法所规定的避险目的中的人身、财产和其他权利概括为合法利益；(2)是否应当将迫不得已进行解释；(3)是否应当将必要限度作为定义项；(4)是否应当强调所保全的利益是较大合法利益或权益；(5)避险的前提条件是存在现实的危险，还是受到正在发生危险状态的威胁。

在笔者看来，对于第一个分歧，应该不成为问题，因为既然刑法将这些不同的合法权利列举出来，就是为了强调对所列举出的权利的保护，如果在定义中将其进行概括，就不能显现立法本意。而且国家利益、公共利益也是合法利益，如果需要概括，当然也可以并应当概括进去，否则就存在概括不彻底的问题。因而第三种定义在这点上不妥。对于第二个分歧，也不应成为问题。定义需要简明科学，“迫不得已”就足以说明紧急避险的前提条件，而无需在定义项中进一步解释为“在没有其他方法能够排除的情况下，不得已”或者别的什么，

① 参见刘明祥：《紧急避险研究》，中国政法大学出版社1998年版，第1页。

② 参见杨春洗、杨敦先主编：《中国刑法论》，北京大学出版社1998年版，第137页。

③ 参见宁汉林、魏克家、吴雪松：《处理罪刑关系常规》，人民法院出版社1998年版，第132页。

④ 参见高铭暄主编：《刑法学》，北京大学出版社1998年版，第142页。

以免显得啰嗦。至于第三个分歧,由于必要限度本身就存在一个界定的问题,而在采用必要限度作为定义项的第二种观点中却并没有用其他条件阐明这点,如果在定义项中采用损害较小的合法利益即可解决必要限度的界定这一问题。对于第四个分歧,如果已经强调了行为所损害的是较小的合法利益,就没有必要再强调所保全的利益是较大合法利益或权益,否则就稍显啰嗦。这样,第三、五两种定义也不妥当。对于第五个分歧,立法规定的紧急避险的前提条件是正在发生的危险,而并未限定在“正在发生危险状态的威胁”,两者之间存在差异,前者包括损害还没有发生与正在发生两种情形;后者只是包含损害还没有发生一种情形,而且后者所指的这种情形甚至包括危险还非现实存在的前提,这样就有可能将不属于紧急避险的假想避险也归入避险范围,而违背了立法宗旨。因而第四种定义也不可取。而且这一定义还存在用避险解释避险而违背了定义不能循环解释的规则。

综上所述,笔者认为第一种定义较为规范科学,揭示了紧急避险的本质特征,所以有理由同意第一种定义。所谓紧急避险,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,迫不得已而采用的损害另一个较小的合法利益的行为。

现代各国刑法之所以对紧急避险几乎都有明文规定,是因为紧急避险与避险过当以及其他非紧急避险行为之间的关系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。一方面,紧急避险行为如果单纯从客观事实表征来看,则符合某些犯罪客观方面的构成要件。为了保证这类紧急避险行为不被当作犯罪予以处理,有必要通过刑法规定特别提示哪些行为属于紧急避险行为,而不负刑事责任。另一方面,由于紧急避险是通过一种损害合法利益而保护另一合法利益的行为,为了保证紧急避险不被滥用而造成不应有的损害,刑法有必要明文规定成立紧急避险的主客观条件,并追究因避险超过必要限度造成不应有损害行为的刑事责任。通过刑法规定明确紧急避险的含义与成立条件,对正确处理那些与紧急避险有密切联系的行为(如假想避险、避险不适时等行为),也是十分必需的。

(二) 紧急避险的本质属性

尽管紧急避险作为一种制度在各国刑事立法中都有明文规定,而不作为犯罪处理或者不受刑事处罚。但由于各国的国家性质与法律文

化传统的不同,在对紧急避险的认识上也存在或多或少的差异,因而在认识为什么紧急避险不被认为是犯罪、不给予刑事处罚的理论根据上,也即在紧急避险的性质认识上存在差异。学说上对紧急避险的性质主要存在以下几种主张:

1. 阻却违法说

又称为阻却违法一元说,认为在紧急避难场合,避险行为被正当化,是阻却了违法性的缘故。该说在德国是有力的主张,在日本则为现在的通说。^①我国也有少数学者持该说,认为紧急避险行为有社会危害性,只是法律规定这种不具有违法性,不负刑事责任而已。^②但在说明紧急避险为什么阻却违法性上,学者们的解释又有所不同。

其一,放任行为说。认为紧急避难是处于正当对正当关系,而不能认为是合法行为,只是由于是在法律上被放任的行为而阻却违法性。主张该说的学者一般认为,所有紧急避难行为都是放任行为;也有学者认为,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价值相同时是放任行为。在前一种场合,受损害的对方有忍受义务;在后一种场合,受损害的对方没有忍受的义务,并可以对此行为实行紧急避难或正当防卫。^③然而,所谓放任行为,是基于“法律上自由的领域”,在法益冲突状态中已经产生侵害法益的局面,行为在刑法上既不合法也非违法的情形是不存在的。既然避难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。所以这一见解并不妥当。

其二,违法性被阻却说。又称优越利益说或法益权衡说。此说以作为正当化原理的“优越利益原则”为根据,认为当两个价值不同的法益处于对立地位时,为保护大的法益而牺牲小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,因此,应以补充性与均衡性为条件,认为保护、保全优越的利益的避险行为是合法的,其违法性被阻却。如日本学者小野清一郎说:“我

① 参见[日]大塚仁等编:《刑法解释大全》(第2卷),青林书院1989年版,第454页。

② 转引自马克昌等主编:《刑法学全书》,上海科学技术文献出版社1993年版,第119页。

③ 参见[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年版,第153页。

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 诚然，如果避难行为确实是为保护大的法益而牺牲了小的法益，适用此说不会存在障碍。但在现实生活中，有时往往很难比较两种法益的大小；而且，在德国和日本，紧急避难也包括损害的法益与保全的法益价值相同的情形。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，其违法性如何被阻却则不无疑问。所以该说也存在弊病。

其三，阻却可罚的违法性说。该说是在违法性被阻却说的基础上提出的，认为在法益价值相同时，避险行为为阻却可罚的违法性，从而放弃了完全的适法化主张，承认一定程度的缓和。^② 对于违法性这一概念，应该在理解上统一其含义，不能说民法上违法的行为，在刑法上是合法的。由于紧急避难一般要承担赔偿责任的民事责任，在民法上是违法的，所以实际上，紧急避难阻却的仅仅只是可罚的违法性，而不阻却一般的违法性。^③ 如日本学者大塚仁指出：“在紧急避难中……其合法性的程度低，按照国家社会的伦理规范，只不过是缺乏可罚的违法性。特别是在为了救助等价值的法益而牺牲其他法益的情形下，严格地说，优越利益的原则并不妥当，只是加上是紧急事态中的行为，才缺乏可罚的违法性。因而，由于紧急避难行为而受到损害的人，存在对避难行为人要求赔偿损害的余地。”^④ 但该说也并没有解决紧急避难在刑法上和民法上意义不同的问题，因为就违法性而言，不论是可罚的违法性，还是一般违法性，都属于违法性问题，而这就无法说明为什么紧急避险可以在民法上是违法行为，而在刑法上却属于阻却可罚的违法性事由。

① 参见 [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。

② 参见 [日] 川端博：《刑法总论讲义》，成文堂 1997 年版，第 352—353 页。

③ 参见 [日] 植松正等：《现代刑法论争 I》，劲草书房 1983 年版，第 150—151 页。

④ 参见 [日] 大塚仁著，冯军译：《犯罪论的基本问题》，中国政法大学出版社 1993 年版，第 142 页。

2. 阻却责任说

又称为阻却责任一元说,认为紧急避难行为侵害的毕竟是第三者的正当法益,所以是违法的,只是限于以不具备期待可能性为理由阻却责任。^① 具体而言,同受法律所保护的利益对立时,不能将危险转嫁给他人,转嫁行为自然应当被评价为违法。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,将自己遭受牺牲的危难转嫁给第三者,可以说这是一种基于自我保存的本能的行动。在这样的场合由于从法规范的观点来看没有期待可能性,所以责任才被阻却。^② “这样一种为了自我保存而发生的暴力侵犯行为,不能视为完全不该受到谴责,他只是免于惩罚而已。”^③ 但该说仅仅解决的是避难自己合法权益的行为法律性质问题,如果是在为了保护他人法益的场合实行紧急避难,则不存在有无期待可能性的问题,而不能认为是基于本能的行动。该说对此就无法从理论上予以说明。再者,成立紧急避险一般均存在一个必要限度的判定问题,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。但如果根据该说,紧急避险的成立是以行为人在紧急状态下有无期待可能性作为判定标准,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,也成立紧急避险。这就与立法上要求权衡法益的原则显然矛盾。另外,如果认为紧急避难行为是违法的,也即是一种不正当的侵害,对之实行正当防卫就成为可能;而正当防卫并不要求权衡法益,这就会使避难者造成更大损失的可能,而显然与立法规定紧急避险的宗旨是相悖的。因而该说也存在不妥。

3. 二分说

该说又称折中说,认为,仅仅把紧急避难全部视为阻却违法性或者阻却责任的事由,均有失片面性。实际上,在某些场合,紧急避难

① 主张该说者也有认为紧急避险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,而成为阻却责任的事由。但这一观点存在“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?”(参见刘明祥:《论紧急避险的性质》,载《法学研究》1997年第4期。)的重大缺陷,因而和者甚寡,这里不再赘言。

② 参见〔日〕植松正等:《现代刑法论争I》,劲草书房1983年版,第146页。

③ 参见〔德〕康德著,沈叔平译:《法的形而上学原理——权利的科学》,商务印书馆1991年版,第47页。

是阻却违法性事由；而在另一些场合，则是责任阻却事由。这样，该说就存在分别以阻却违法为基础和以阻却责任为基础两种主张。

其一，基于阻却违法的二分说。这种二分说认为，紧急避难在原则上是阻却违法性的事由，而在某些特殊场合，则成为阻却责任的事由。但对于何种场合属于例外场合，又有不同意见。有的认为，如果两种法益价值相等或者法益的大小难以比较时，由于行为人对对方主张自己的立场的优越地位没有根据，所以避险行为不能成为阻却违法事由，而例外地成为阻却责任事由。如日本学者佐伯千仞、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，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，只有在生命与生命、身体与身体相对的关系中为了保全一方实施的紧急避难才是阻却责任事由，在其他场合均为阻却违法事由。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但问题在于生命与生命、身体与身体并非完全不能比较。生命虽然在质上都具有同样的价值而不能作比较，但在量上是可以比较的，牺牲一人的生命保全数人的生命也应当被视为紧急避难。而且，在所谓身体对身体的场合，两者之间的比较也是可能并且必要的。如果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，也应当被视为阻却违法性的情形。

其二，基于阻却责任的二分说。认为紧急避难在原则上是违法但

① 参见〔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 参见〔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。