

法律硕士辅导之紧急避险相关问题辨析法律硕士 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/644/2021_2022__E6_B3_95_E5_BE_8B_E7_A1_95_E5_c80_644122.htm

基本案情 一农村女干部李某经常下乡办事,一天夜晚,她骑着自行车到了一山谷,突然有一男子抢劫她,并抢她的自行车,而在她的单车上有一打气筒,这个女干部就跟那抢匪商量让他把打气筒留下.于是,其男子弯下腰去检查时,这位女干部趁机用打气筒打晕了抢匪.女干部慌忙之下骑着自行车跑到一农户家,家里只有一老太婆和她的女儿.女干部详细叙述了她的遭遇.并留在了她家里住一晚上.半夜其男子回到家中,看见刚自己劫持的那自行车,感到奇怪,并问其母亲.男子的母亲把事情的经过告诉了她儿子.说女干部明天将去报案.男子害怕,想杀人灭口.男子从母亲那得到了女干部跟他妹妹睡同一房子,于是问清了她们是怎么睡的.此时,女干部听到了男子和他母亲的对话,得知自己将有生命危险.情急之下,女干部想了一方法,将自己与那同睡的女孩调换了一下位置.结果男子把自己的妹妹砍死了.第二天,女干部报警了.

理论评价 1、紧急避险的正当化根据 (1) 我国有学者认为,紧急避险虽然造成了较小的利益损害,但是从整体上说,它是有益于社会传统秩序的行为,因此不仅不应承担刑事责任,而且应受到鼓励和支持。(2) 西方学者主张:一、刑罚阻却事由说,认为紧急避险行为完全具备构成要件符合性、违法性与有责性,但刑法考虑到人情的弱点,不处罚这种行为,因而它是一种处罚的阻却事由;二、责任阻却事由说,认为从侵害法益这一点来看,紧急避险行为是违法行为,但是在这种情况下,由于没有其他方法可以避免危险,

即不能期待行为人采取其他方法避免危险，因而排除了行为人的责任；三、违法阻却事由说，认为在两种法益发生冲突，没有其他方法可以避免的情况下，通过权衡法益而损害较小法益，这就阻却了实质的违法性。

2、构成要件：（1）要有现实的危险存在，危险包括自然的，也包括认为的危害行为；（2）必须是出于不得已，对于不得已情形应从综合角度分析；（3）主观上具有正当的避险意图，包括避险认识和目的。（有学者不以为这是紧急避险的必要要件，这源于对犯罪的本质是法益侵害说还是规范违反说之争，若主张是法益侵害说的，就认为不需要避险意图。而在正当化事由中的体现就是偶然防卫是否为正当防卫）（4）不得超过必要限度，一般认为保全的利益不得大于或等于其所损害的利益。

3、紧急避险中合法利益大小的衡量 目前我国比较一致的认识有：（1）人身权大于财产权；（2）人身权中生命权为最高权力；（3）财产权利的大小可以用财产的价值大小衡量。（价值衡量而非价格衡量）

4、笔者评判：（1）针对紧急避险的正当化根据：以上的学说都有不合理之处。我国学者提出的依据，比较抽象，不具有可操作性。（具体的理由跟正当防卫同，参见拙文《中外刑法理论正当防卫比较研究》<http://www.yadian.cc/blog/40422/>）；刑罚阻却事由说，考虑人情的弱点，但若为他人利益而实施避险的就不能是为人情弱点了。另外，在犯罪构成理论之外寻找刑罚阻却事由本身是有问题的。西方刑法理论中犯罪构成之外有“客观处罚条件”作为处以刑罚的条件。但是该要件在犯罪体系中的地位如何，颇受争议。割裂了犯罪构成与刑罚的联系，为不少学者所反对。而紧急避险作为客观处罚条件的内容也是大多数

人不能接受的；责任阻却事由说，也遇到了为他人利益而避险行为情形难题。这种情形下，是可以期待避险人不予避险的；违法阻却事由说，所认为的利益衡量本身即是一大难题。另外实质违法性与形式违法性亦有很大争议。笔者的观点是，否认刑罚阻却事由说，部分承认责任阻却事由说和违法阻却事由说。认为：（1）在保护的合法利益大于损害利益时，即为违法阻却事由，但此处的违法不仅是实质的违法，也是形式的违法。只有法律形式上确定的利益大小才能以有标准的形式固定，而法律所确定的利益又必须是在实质上为合理的。（2）两利益在实质上均等时，应考虑避险人的期待。但此处期待应与期待可能性理论区分开来。期待可能性理论是考虑到人情的弱点，即法不强人所难，因而在紧急避险中只适合于为本人利益而避险情形。因此，此处的期待范围应该比期待可能性理论之期待要广，即法不仅不强人所难，法还鼓励人提升道德。也因此，在牺牲个别人的生命而挽救多数人生命时，从总体上时对社会有利的。这种情形构成紧急避险，并非有人主张的集体主义观念。在西方主张个人主义观念的前提下，也同样有过认定此情形为紧急避险的判例。真正的原因在于法的目的和性质，法本身即是维护社会秩序的规范。（2）针对构成要件：一、不得已的要件印证了刑罚阻却事由说的不合理性，而责任阻却事由说的有一定合理性。二、关于紧急避险的限度，德日刑法是允许两个利益相等的，即在避险人损害的合法权益小于其保全的合法权益时，其避险行为构成阻却违法性的紧急避险；在行为人损害的合法权益等于其保全的合法权益时，避险行为属于免责的紧急避险，即认为其行为符合构成要件且违法，但是由于不具

有期待其实施其他行为的可能性，因而免除其责任。（3）

针对合法利益大小衡量：笔者不太赞同我国目前的衡量标准。

一、生命权不一定大于自由权，为自由而舍弃生命的比比皆是。

二、用价值衡量财产不一定比用价格衡量合理。即便是用价值来衡量财产，但是在认定为避险过当后，追究刑事责任时，仍不得不以价格作为标准定罪量刑。

5、结合李某案例分析：

（1）李某实施的避险行为符合紧急避险的前三个要件，问题是李某是否可以牺牲他人生命，而保全自己的生命。根据笔者的分析，认为不可能期待李某放弃自己的生命，而任由侵害人摆布。这样既不符合人性的本能，也不人道。

（2）若认为李某的避险行为过当，那么认定李某的行为为故意杀人罪是否合理？笔者是认为不合理，也不合法的。首先，李某并未实施任何杀人的实行行为。即便是认为李某的行为为不作为，也不为符合故意杀人的构成要件的行为，不具有与杀人的作为有等价性。因为李某的行为没有刑法上意义。其次，若认为李某的行为构成故意杀人罪，那么李某行为与行为人什么关系呢？李某的行为是间接正犯，还是共同正犯？笔者以为这都是不合理的。李某行为不能支配杀人的行为人，因而谈不上是间接正犯。而李某与行为人没有共谋，也不可能有共同意思联络，说是共同正犯也是没有道理的。

（3）我国刑法第21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，但是应当减轻或者免除处罚。刑法并没有明确规定必要限度是什么限度，只是认为造成不应有的损害即为超过了必

要的限度的。这也佐证了，李某的行为造成的利益损害不是不应有的损害，而是合符人性的，人之常情的损害。总之，笔者是认为李某的行为构成紧急避险，并没有超过必要限度的。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com