

论紧急避险的性质

刘明祥*

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。笔者拟在比较中外各种理论学说的基础上,谈一点不成熟的看法。

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,对紧急避险之性质,大致提出了以下几种学说:

(一)阻却违法说

此说又称为阻却违法一元说,认为紧急避险之所以不为犯罪、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,受损害的一方有忍受义务;在后一种场合,受损害的一方不负有忍受义务,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

* 武汉大学法学教授。

[1] 参见大仁等编:《刑法解释大全》第二卷,青林书院1989年日文版,第454页。

[2] 参见阿部纯二:《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153页。

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。紧急避险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。认为紧急避险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。”^[3]

一般来说,如果避险行为确实是牺牲小的法益而保护了大的法益,适用此说不会有什么问题。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法益价值相同时,也不妨碍紧急避险的成立,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。

(二) 阻却责任说

此说又称为阻却责任一元说,认为紧急避险是阻却责任的事由。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,所以成为阻却责任的事由。这是流行于法国的一种学说。^[4]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,他又怎么可能有意识地实行避险呢?

2. 无期待可能性说。认为紧急避险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。具体点说,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,但是因为从法规范的观点而言无期待可能性,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。^[5]

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险,如果说紧急避险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险的情形,因为在避免他人之危险的场合,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,避险行为“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险是否成立,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

[3] 参见木村龟二主编、顾肖荣等译:《刑法学词典》,上海翻译出版公司 1991 年版,第 205 页以下。

[4] 参见甘雨沛、何鹏:《外国刑法学》上册,北京大学出版社 1984 年版,第 322 页。

[5] 参见植松正等:《现代刑法论争 1》,劲草书房 1983 年日文版,第 146 页。

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,由于紧急避险行为是违法的,也就是说,为避免危险而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,这就有使避险者造成更大损失的可能,达不到保护紧急避险者的目的。第四,按无期待可能性说,教唆他人实施紧急避险行为者,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险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险同自己本人遇到危难时实行的紧急避险,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,允许对转嫁危险于他人的避险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险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险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险者,不会得出要当共犯来处罚的结论。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,由于紧急避险不是犯罪行为,教唆紧急避险当然不存在教唆犯罪的故意,从而也就不存在按共犯处罚的余地。^[6]

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危险与避免自己本人遇到的危险,确实很难说有什么差异,认为后一种场合实行的紧急避险无期待可能性、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险不象德国刑法那样,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紧密关系的“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,将紧急避险视为违法行为,允许对之实行正当防卫,这与法律规定紧急避险的目的不符。反过来,如果把紧急避险视为合法行为,不允许他人为了保护自己的正当法益而予以抵抗,也有失公允。不过,对这种抵抗紧急避险的行为,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。

(三)二分说

持二分说的论者认为,无论是把紧急避险一律当作阻却违法性的事由,还是一概视为阻却责任的事由,都有失片面性。实际上,在某些场合,紧急避险是阻却违法性事由;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险、第35条对阻却责任事由的紧急避险作了明文规定。^[7]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,紧急避险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

[6] 参见前引[6],植松正等书,第146页以下。

[7] 参见前引[6],植松正等书,第145页。

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,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)”。^[8]

也有学者认为,只有生命与生命、身体与身体相对的紧急避险才是阻却责任事由,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、身体的紧急避险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”。^[9]

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。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)是允许的。^[10] 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险,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,紧急避险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。^[11]

此种二分说的特色是,对刑法规定的紧急避险要件中的“出于不得已”的理解与通说和判例不同,认为它不是象通说和判例所解释的那样,指没有其他方法避免危险,而是指没有实施合法行为的期待可能性。根据这种理解,得出紧急避险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。如果将这种紧急避险作为阻却责任事由,允许对方实行正当防卫,那就会

[8] 参见木村龟二主编:《刑法学词典》,顾肖荣等译,上海翻译出版公司 1991 年版,第 207 页。

[9] 参见前引 [8],木村龟二主编书,第 207 页。

[10] 参见阿部纯二:《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。

[11] 参见前引 [10],阿部纯二书,第 151 页。

导致“明显的、社会伦理难以忍受的非正义”。^[2]

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险与阻却违法的紧急避险的问题。因为持此说的论者并未指出避险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险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。

(四) 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。由于紧急避险一般要承担赔偿损害的民事责任,在民法上是违法的,所以,认为紧急避险阻却违法性是不妥的。实际上,紧急避险仅仅只是阻却可罚的违法性(或刑事违法性),而不阻却一般的违法性。^[3]日本学者大仁指出:“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,存在对避难行为要求赔偿损害的余地。”^[4]曾根威彦认为:“紧急避难在原则上是阻却可罚的违法性的事由(不可罚的违法),例外地成为正当化(合法)的事由。即对来源于人的合法行为的危难实施的避难行为、以及把来源于物的危难转嫁给第三者的行为,是不可罚的违法的避难行为;将不正之侵害转嫁给第三者的行为,以及所谓对物防卫形式的紧急避难行为,是合法的避难行为。”^[5]

在笔者看来,持阻却可罚的违法性说的论者,看到了紧急避险在刑法上和民法上的不同意义,认为紧急避险不具有可罚的违法性(或刑事违法性),但通常具有民事违法性,这是可取的。既然如此,那又怎么能使两种违法性统一起来呢?这是此说的论者无法解答的问题,也是其主要弊病之所在。

二、英美法系国家学者关于紧急避险之性质的学说

在以英国和美国为代表的英美法系国家,紧急避险是一条不负刑事责任的辩护理由。至于为什么如此,学者们提出了以下几种学说:

(一) 必要行为说

此说渊源于罗马法中“必要则无法律”的原则,认为人在自己的法益遇到危难的紧急时刻,既然有作出行为的必要,法律就不应当干涉。这就是紧急避险不负刑事责任的理由所在。例如,英国学者肯尼指出:“培孔大法官认为,如果两个遭到沉船灾难的人,争夺只能浮起一人的木板,其中一人将另一人推开,他将免除任何刑事责任,因为他的行为是拯救自己生命所必要的。”^[6]

[2] 参见内藤谦:《刑法讲义总论(中)》,有斐阁1986年日文版,第417页以下。

[3] 参见前引[6],植松正等书,第150页以下。

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

[5] 参见前引[6],植松正等书,第152页。

[6] 引自高格:《正当防卫与紧急避险》,福建人民出版社1985年版,第83页。

但是,当某种法益遇到危难时,保护此种法益所必要的行为并非都是紧急避险,比如在实际损害的法益比所要保护的法益更重大的场合,就不是紧急避险,也不免除刑事责任。因此,把“必要行为说”作为紧急避险不负刑事责任的一般原理并不妥当。

(二) 减小损害说

此说认为,紧急避险之所以能成为辩护理由,是因为这种行为所造成的损害小于其所避免的损害,并且这种损害不可能由更少损害的方法有效避免。美国学者迈克尔·D. 贝勒斯(Michael D. Bayles)持此说,他指出:“如果人们合理地认为,其行为可有效地避免更大的损害、不存在损害更小的方法,以及其行为的目的是避免更大的损害,则他们不应当负刑事责任。”^[17]

此说认为避险行为所造成的损害比所要避免的损害小,从整体而言是减小了损害,并以此作为紧急避险不负刑事责任的根据。在笔者看来,将这学说适用于那种损害较小法益以保全较大法益的紧急避险是有道理的。但是,如果承认损害法益与保全法益相等的场合也可成立紧急避险,则此说无法适用于这种情形,同样不能说明紧急避险的实质。

(三) 两害择一说

此说认为,人在遇到紧急危难的情况下有“危险选择权”,或者说在“两害择一”的紧急情况下,要么违反刑法分则字面规定而造成较小的损害结果,要么遵守刑法条款而造成更大的损害。从社会政策上看,与其选择后者,不如选择前者,因为这样做有利于社会。这就是紧急避险不负刑事责任的理由。^[18]

此说与上述减小损害说有相似之处,其缺陷也大体相同。另外,此说并不能说明人在遇到危险时为什么有损害他人合法权益的权利。

三、我国学者关于紧急避险之性质的理论主张

紧急避险之所以不是犯罪行为、不负刑事责任,是因为它不具备主客观相统一的犯罪构成,不具有刑事违法性。这在我国早已成为不争之论。至于这种行为有无社会危害性,学者们的意见还不完全一致。多数学者持否定态度,但也有极少数学者认为,紧急避险行为有社会危害性,只是法律规定它不具有违法性,不负刑事责任而已。^[19] 追根溯源,这后一种观点起源于前苏联。前苏联著名刑法学家 A. H. 特拉伊宁曾在《犯罪构成的一般学说》一书中指出:“应当充分考虑到,在正当防卫的条件下,牺牲的是进行侵袭的犯罪人的利益;犯罪人自己是使他遭受损失的罪人。相反,在紧急避难时受害的则是绝对中立的利益,……如果认为紧急避难也和正当防卫一样,使在这种状态下所实施的行为失去社会危害性,则是毫无根据的。从另一方面看来,毫无疑问,紧急避难状态是免除刑事责任的。由此必须得出下面的结论:紧急避难状态所排除的是在这种状态下所实施的行为的违法性。”^[20]

[17] 参见[美]迈克尔·D. 贝勒斯:《法律的原则——一个规范的分析》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第391页。

[18] 参见储槐植:《美国刑法》,北京大学出版社1996年版,第114页。

[19] 参见马克昌等主编:《刑法学全书》,上海科学技术文献出版社1993年版,第119页。

[20] 参见[苏]A. H. 特拉伊宁:《犯罪构成的一般学说》,薛秉忠等译,中国人民大学出版社1958年版,第275页。

笔者认为,持后一种观点的论者看到了紧急避险与正当防卫的差别,这是应予肯定的。紧急避险行为确实是对合法利益造成了损害,对蒙受直接损失的人来说,无疑是有害的。但是,对整个社会而言,由于它是保护更重要的利益所必要的不得已的行为,立法者不认为它有犯罪的社会危害性。再说,犯罪的社会危害性与刑事违法性是统一的,社会危害性是违法性的实质内容,违法性是社会危害性的法律表现形式,有犯罪的社会危害性而无违法性的情形是不存在的。况且,作为犯罪本质特征的社会危害性是主客观相统一的,无罪过的、不构成犯罪的行为当然不能说有犯罪意义上的社会危害性。因此,应该认为紧急避险是无犯罪的社会危害性的行为。

那么,紧急避险是否对社会有益呢?我国多数学者持肯定态度。^[21]但笔者认为,不可一概而论。特别是那种为保护自己的利益而给他人造成严重损害的紧急避险,就很难说是对社会有益的。例如,为保全自己的生命而致他人重残,或者为保全自己100万元的财产而毁掉了他人价值99万元的财物。这种转嫁危难于他人的行为并不符合我国的传统道德观念。即便是从社会整体利益而言,它虽然避免了更大的损失,但也不能不承认对他人合法利益所造成的损害仍然是一种灾害,把造成这种灾害的紧急避险说成是对社会有益的行为,自然是不合情理的;再说,按我国民法通则的规定,在通常情况下,避险者应给受害者以一定的赔偿,如果说紧急避险是一种有益于社会的行为,那又为什么要他承担民事赔偿责任呢?难道做了好事还要在法律上受责难并承担赔偿责任吗?

至于紧急避险是否合法,我国民法和刑法学者大多作肯定回答。^[22]笔者认为,紧急避险虽然不具有刑事违法性,但也并非均为合法行为。正如前述“阻却可罚的违法性说”所说的那样,它在原则上具有民事违法性,因为它损害了他人的合法权益,这也是避险者或受益者通常要承担民事赔偿责任的理由所在。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?

另外,紧急避险是不是权利、义务行为?这也是与紧急避险的性质密切相关的问题。我国大陆有不少学者认为,“紧急避险是法律赋予公民的一项重要权利,同时也是一项重要的义务。有条件能够实施紧急避险的公民,遇到国家、集体和公民的合法权益遭受危险时,都应当实施紧急避险。”^[23]我国台湾也有学者认为,“在紧急危难之际,自救或救护他人,乃权利之行使,与防卫行为并无区别,故不应加以处罚。”但我国台湾的“通说多认为避难行为,与正当防卫之为权利行为,有所不同。……法律对此避难行为,既不加以保护,亦不加以禁止,其行为,既非违法行为,亦非违法行为,系介于违法与适法之间,故有放任行为之称。”^[24]

在笔者看来,紧急避险并非权利行为。如果肯定紧急避险是权利行为,那就意味着对方有忍受侵害的义务,这当然是不公平的,此其一。其二,我国宪法明确规定,公民在行使自由和权利的时候,不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。这就意味着凡是损害他人合法权益的行为,不可能是权利行为,而紧急避险损害的正是他人的合法权益;

[21] 参见高铭喧主编:《刑法学》,法律出版社1982年版,第169页。

[22] 参见王利明:《侵权行为法归责原则研究》,中国政法大学出版社1992年版,第423页;苏惠渔主编:《刑法学》,中国政法大学出版社1994年版,第187页。

[23] 参见刘志正主编:《刑法教程》,南京大学出版社1987年版,第145页。

[24] 参见张灏:《中国刑法理论及实用》,中国台湾三民书局1980年版,第137页以下。

其三,我国民法通则第 129 条规定:“因紧急避险造成损害的,由引起险情发生的人承担民事责任。如果危险是由自然原因引起的,紧急避险人不承担民事责任或者承担适当的民事责任。”既然在危险是由自然原因引起的情况下,紧急避险人尚有承担民事责任的可能性,那又怎么能说紧急避险是权利行为呢?

说紧急避险是公民应尽的义务,笔者以为,更不妥当。因为,“己所不欲,勿施与人”,这是传统道德的基本观念。“损人利己”,历来为世人所不齿。“舍己为人”,虽是道义之举,但损害一方的利益以救助另一方,则并不值得颂扬。因此,紧急避险不仅不能说是公民应尽的义务,而且根据刑法的规定,凡是在职务上、业务上有责任同危险势态作斗争的人,不得借口紧急避险而放弃自己的职责。“对于一般公民,我们也不提倡在本人的利益面临紧急危难的情况下,牺牲他人或公共的利益来保存自己的利益。”^[25]“如果是关于本人的危难,行为人不实行避难而选择忍受危难的话,不仅不违反法律,而且会在社会道德上受到称赞;如果是关于他人危难,行为人没有义务必须为他人避难,行为人选择不去实施避难,也不发生违反法律的问题。”^[26]

我国一些学者之所以把紧急避险当作义务行为,在笔者看来,很重要的一个原因是混淆了紧急避险与执行职务的界限。许多教科书都把消防队员在救火时为防止火势蔓延而拆掉相邻的住房、舰长在大风浪中为保全船只而将船上货物投入海中,作为紧急避险的实例。^[27]在这样的场合,消防队员和船长确实有实施上述行为的义务,但这种行为并非是紧急避险,而是依法执行职务。^[28]如果他们所实施的行为超出了避免危难的必要限度造成了不应有的危害并构成了犯罪,也不能按避险过当处理定为故意毁坏财物罪,充其量只能按有关职务或业务犯罪(如玩忽职守罪)来处理。

基于以上分析,笔者认为,紧急避险虽然不具有犯罪的社会危害性,但由于它毕竟对合法权益造成了损害,这是一种灾难性的后果,因而不宜说它是一种有益于社会的行为;紧急避险虽不具有刑事违法性,但大多具有民事违法性,所以,也不能笼统说它是合法行为;又由于紧急避险损害的是无辜的第三者的合法利益,为保护自己本人的利益而实行的紧急避险又与传统的道德观念相悖,因此,更不能说它是权利、义务行为。紧急避险与正当防卫在性质上有较大差别,不能把两者混为一谈。刑法之所以规定紧急避险不负刑事责任,主要是因为紧急状态下,两种利益不能同时并存,法律要同时保护这两种利益已力不能及,要求普通公民忍受危难也不现实。如果一方为保全自己或者所亲厚者的利益,而牺牲了另一方的利益,当然不足深责,况且所避免的损害要大于实际造成的损害。

[25] 参见曾宪信等:《犯罪构成论》,武汉大学出版社 1988 年版,第 124 页。

[26] 参见冯军:《刑事责任论》,法律出版社 1996 年版,第 78 页。

[27] 参见梁世伟编著:《刑法学教程》,南京大学出版社 1987 年版,第 143 页。

[28] 参见前引 [22],王利明书,第 415 页。