

紧急避险:对无责任能力人的侵害予以 反击之行为的重新界定

——从主观违法性论在我国之提倡说起

陈 璇

(武汉大学 法学院,湖北 武汉 430072)

[作者简介] 陈 璇(1982-),男,湖南临澧人,武汉大学法学院博士生,主要从事刑事法学研究。

[摘 要] 对无责任能力人之侵害予以反击的行为应当属于紧急避险,因为:在我国的犯罪论体系之下,只有采取主观违法性论才能保持理论的严谨和一贯;紧急避险的对象并非仅限于第三人的合法权益;将反击无责任能力人之侵害的行为定性为紧急避险在理论上更为圆满;行为人在无法知道对方是无责任能力人时所实施的反击属于意外事件型的假想防卫;作为正当防卫对象所必须具备的责任能力并非刑事责任能力,而是民事侵权责任能力。

[关键词] 正当防卫;紧急避险;客观违法性论;主观违法性论

[中图分类号] DF21 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2007)02-0278-05

一、主观违法性论在我国之提倡

(一)对客观违法性论与主观违法性论之争的述评

在大陆法系刑法理论的发展史上,客观违法性论最早发源于 1821 年 Hegel 所创立的“无犯意的不法”概念。1867 年,德国学者 Merkel 在其发表的论文《可罚不法与民事不法间之关系》中则首先提出了主观违法性的观点,他认为“不法”的内容包括两个要素:其一是侵害包含于法客观化之共同意思或侵害表现于法之共同利益;其二是归责可能性之要件。法是命令和禁止的总体,它总是指向具有可归责能力的人来予以下达,离开了接受命令之人的理解能力与主观意思,就无法正确理解法的性质,也就不能说明违法的概念,因此无责任能力人的行为与狂风暴雨等自然现象一样,和违法的认定丝毫无关。同年,另一位德国学者耶林在《罗马私法中的责任要素》中确立了客观违法性的概念,于是主观违法性论和客观违法性论之间的争论日趋激烈。其后, Nagler、Löffler、M. E. Mayer 等人对客观违法性作了系统的整理和改进,尤其是在 E. Mezger 提出将“评价规范”和“决定规范”相分离,而且评价规范应当先于决定规范的观点之后,客观违法性论更加日臻完善、形成体系,最终成为占据支配地位的通行学说。Mezger 认为,法在命令某人做某事之前,首先必须让他知道做何种事情是被法律维系的共同生活秩序所肯定和期待的,只有对某事给予积极的评价之后,才能命令人们作为或者不作为。这就是说,评价规范总是决定规范的理论前提。所以,一定的状态是否违法,取决于它是否违反法所确定之客观的共同生活秩序,即是否与评价规范相抵触,而决定规范则属于责任的范畴,不应在违法性领域予以判断^[1](第 71-72 页)。

笔者认为,客观违法性论将法规范分为评价规范和决定规范,认为行为具备违法性仅表明行为和客观评价规范相抵触,单就这一论点本身而言,实际上并不足以使客观违法性论占据通说的地位。因为正如日本学者日冲宪一郎和福田平等人所指出的那样,将法分割成两种规范的观点未必恰当^[1](第23-25页),而将法理解为仅仅是针对能够理解规范并按照规范作出意思决定的人所下达之命令的看法,在理论上也完全能够说得通。“违法性之理论,无论自将‘法’认为命令规范之主观的违法性说之见地,或自将‘法’认为评价规范或客观的生活秩序之客观的违法性说之立场,……皆可予以树立。”^[2](第256页)决定两者之取舍的最根本因素,或曰支撑客观违法性论最强大的柱石与最稳固的基础者,实际上是德、日等大陆法系国家所通行的犯罪论体系,“客观的违法性论与构成要件符合性、违法性、有责性的体系桴鼓相应,为了将违法性与有责性相区别,违法性必须是客观的”^[3](第163页)。学者们深信将行为的客观面与主观面相对独立地分开,按照阶段之先后顺次从一般到具体予以判断的犯罪认定方式,既符合人类认识事物的一般规律,也有利于防止审判者个人主观价值判断的恣意介入。于是,这样一种集便捷高效与公正合理于一身的完美统一体,便为绝大多数人奉为圭臬。尽管现在也有学者对通行的犯罪论体系提出过异议甚至是重构,但从客观到主观、从一般到具体的认定犯罪的基本思路与模式,仍然可以说是一统天下、岿然不动。

另外,值得注意的是,综观大陆法系刑法学说史,我们实际上不难发现,“试图将构成要件与违法性与有责性分清关系的努力一开始就不太成功,而且发展的方向刚好相反。”^[4](第23页)传统格言“违法是客观的,责任是主观的”所表明违法性与有责性之间泾渭分明的界限实际上早已呈现日益模糊的趋势。犯罪论体系之鼻祖Beling的本意是要使构成要件符合性、违法性、有责性相互独立、各司其职,客观的要素由构成要件和违法性负责判断,而主观要素则为有责性所独占,可谓归属明确、分工井然。但此后理论的发展却事与愿违,Hegler、Mezger等人对主观构成要件要素的发现,动摇了认为构成要件是纯客观概念的观点;Mayer对规范的构成要件要素的发现,则使得坚持构成要件系统记述和价值中立之概念的说法成为梦呓。一般认为,构成要件具有违法推断的机能,“构成要件的要素,也是违法性的要素。”^[5](第141页)所以,现在主观的违法性要素逐渐为大多数学者所采纳,只是在主观违法性要素范围的宽窄问题上存在分歧。尽管学者们一直在试图标明犯罪成立三阶段之间的界碑,从而维系现行犯罪论的体系,但刑法理论的深化却使得各阶段内部的要素令人懊恼而又无法阻挡地相互渗透和交融,并不时地跃入他人的传统领地之中。虽然学者们竭力想说明即使存在主观的违法性要素,但主观要素在违法和有责两个阶段中的功能和内涵是不同的,坚持客观违法性论与赞成主观的违法性要素之间也并不矛盾。然而,“将故意、过失视为是跨越构成要件及罪责的行为主观要素,而赋予其‘双重地位’,……此种见解却使得行为的主观要素在定位上更加游移与混淆,更使得行为主观要素的整体性横遭分割。”^[6](第35-36页)所以,“违法是客观的,责任是主观的”这一权威标语的没落依旧无法掩盖。正因为如此,马克昌先生在《比较刑法原理》一书中写道:“如果说过去‘违法性是客观的’,‘责任是主观的’这种观念居于支配地位时,还能认可客观的违法性论的成立;那么,现在承认构成要件包括主观的要素的情况下,客观的违法性论就不宜予以肯定。比较起来,似不如主观的违法性论为可取。”^[7](第312页)

(二)我国犯罪论体系下的当然结论——主观违法性论

当违法性概念进入中国刑法理论视野中时,展现出来的是和德、日主流学说截然不同的一番景象。

在我国,刑事违法性并非犯罪构成的一个要件,而是在论述犯罪概念时所说的犯罪的基本特征之一。它与犯罪的本质特征——严重的社会危害性互为表里,“行为的严重社会危害性是刑事违法性的前提,刑事违法性是行为的严重社会危害性在刑事法律上的表现。”^[8](第26页)所以,由犯罪概念是犯罪构成的抽象和基础这一论断所决定,就其在整个犯罪论体系中所处的地位来看,我国的刑事违法性远远高于犯罪构成的任何一个要件。“行为的刑事违法性,指行为违反刑法规范,也可以说是,行为符合刑法规定的犯罪构成”^[8](第26页),所以它是由犯罪客体、客观方面、主体、主观方面四大要件综合反映和体现的一个上位概念。

由此可见,是采取客观违法性论还是主观违法性论,就其本身而言并无合理与否之说,最根本的是它能否使自己所在的犯罪论体系完整、和谐、一致,而且即使是在德、日刑法理论中,正处于传统犯罪论体系内部发生变化之背景下的客观违法性论看来也并非无懈可击。

二、对无责任能力人的侵害进行反击之行为的重新界定——紧急避险

如果说客观违法性论因德、日等国的犯罪论体系而有肯定之理由的话,那么在我国现行的犯罪构成理论框架下,就应当毫无疑问地坚持主观违法性论(或者说是主客观相统一的违法性论)。既然我们已经承认我国的刑法学理论受德、日影响最甚,而实际上应归属于大陆法系的范畴,那么在研究中就应该注重逻辑的严谨性和概念的一致性。虽然德、日刑法理论承认,正当防卫中“不法侵害”的“不法”和犯罪成立条件之一的“违法性”并非同一概念,但关于正当防卫“不法侵害”问题的讨论却始终是以对违法性这一犯罪论基本概念进行分析而展开的,或者说也可以说,主观违法性论与客观违法性论的分歧和争议在实践中最明显、最集中的体现就在于正当防卫“不法侵害”的问题之中。

我国有学者提出:“在现行犯罪论体系之下,作为权宜之计,可以将没有达到法定年龄、不具有辨认控制能力的人的侵害行为视为不法侵害,原则上应当允许对其侵害行为进行正当防卫;即对于成立犯罪的违法行为所要求的‘不法’与作为正当防卫对象的‘不法’做出不同理解。”^[9](第 260 页)笔者认为,这种观点多少给人以削足适履之感,同为对违法的理解,成立犯罪的“不法”和正当防卫不法侵害中的“不法”,至多只是在程度,即在量上存在差异,如果在质上对两者予以区别对待,我认为不能不说是有损于犯罪论体系的完整性与连贯性的。既然客观违法性论之树在中国刑法理论园地中找不到它生长的土壤,那么硬是从异域截取正当防卫中客观不法这根枝条并引入我国的做法似乎就不足为训了。

违法性是主观要素与客观要素相统一的概念,那么无责任能力人损害法益的行为就不能成为正当防卫的起因。这样的结论是否意味着法律剥夺了公民在紧急情况下捍卫自己或他人合法权益呢?笔者的回答是否定的,但是对无责任能力人之侵害予以反击的行为,其正当化的根据不是正当防卫,而是紧急避险。理由如下:

第一,从主观违法性论的立场出发,无责任能力人的行为是因不能由刑法规范予以无价值判断的异常精神状态所导致的。在刑法规范的视野当中,行为人的举动就是一种完全由非意志控制力量所引起的状态,这与动物的侵害,与狂风暴雨、山泥倾泻等自然力所导致的损害在本质上没有任何区别。既然通说认为在有主动物自发侵害法益的场合,公民为保护合法权益而将其杀伤的行为应定性为紧急避险而不是正当防卫^[10](第 121 页),那么把对无责任能力人的侵害进行反击的行为认定为紧急避险也就没有什么不妥之处。

第二,学界长期以来认为,紧急避险的对象只能是无关之第三人的合法权益,对于这个认识上的误区笔者认为有必要予以澄清。例如,有学者认为,如果说对无责任能力人之侵害予以反击的行为是紧急避险,那在理论上是难以解释的,“因为紧急避险是以对公共利益和第三者的个人利益造成一定损害的方法以实现其保护公共利益和其他合法权益的目的。因此,紧急避险和正当防卫的最重要区别之一就是对象不同:紧急避险是对第三者实行的,而正当防卫的对象只能是不法侵害的行为人。”^[10](第 106-107 页)

第三,将反击无责任能力人之侵害的行为定性为紧急避险而不是正当防卫,这在理论上显得更为圆满。现在大多数学者根据折衷的观点,认为虽然能够对无责任能力人实行正当防卫,但应当有所限制,一是必须出于不得已,“若不法侵害系属得以回避时,防卫者就必须先选择回避”^[11](第 149 页),行为人“应当尽可能地躲避而不是损害他们”^[10](第 109 页);二是在对无责任能力人实行正当防卫的时候,在防卫限度上应该有所控制。

笔者认为,这种观点存在一个致命的缺陷,那就是他们所说的这些限制都是正当防卫制度本身所不具有的。正当防卫是公民面对不法侵害时“正对不正”的违法阻却事由,这一特点决定了法律对正当防

卫行为不能科以过多的限制。正因为如此,我国刑法第20条并没有如第21条紧急避险那样规定“不得已”的条件,刑法理论也没有对其限度作如紧急避险那样严格而明确的限制。如果在承认无责任能力人实施的侵害属于不法侵害而可以对之正当防卫的前提下,又另外对防卫行为加诸种种没有法律依据的限制,这显然就使得正当防卫的成立条件得不到统一。但是,无独有偶,学者们所提出的这些限制性条件恰恰又能在紧急避险制度中找到充分的根据和宽裕的立足空间,即紧急避险本身就有“不得已”和限度条件的规定。既然大多数的学者已经认识到,从人道主义的原则出发,无责任能力人主观上并没有罪过,而且其自身又属于社会的弱势群体,因而公民为捍卫合法权益对其予以反击时应当有所控制,那么将该反击行为定性为紧急避险,把种种必要的限制置于紧急避险制度自身所固有的成立要件(补充性原则和法益均衡原则)之中进行解释,岂不是可以兼顾实践的需要和理论的统一而两全其美吗?

第四,如果行为人在当时根本无法知道对方是无责任能力人而进行了反击,笔者认为这属于意外事件型的假想防卫。根据客观违法性论者的说法,既然不论侵害者是否具有责任能力和故意过失,都不妨碍其行为被认定为不法侵害,那么行为人是否认识到对方是无责任能力人在原则上就不会影响正当防卫的成立,所以对反击行为以正当防卫论是说得通的。但依据主观违法性论的观点,则不存在正当防卫的余地。不过,公民在这种情况下实施的反击行为可以用假想防卫的理论来予以说明。

所谓假想防卫,是指对于根本不存在的的天不法侵害,行为人因为认识错误而认为其存在,并实施了防卫行为,以至造成他人的合法权益受到损害。在无责任能力人侵害法益的场合,不法侵害实际上并不存在,但行为人误以为对方是正在实施不法侵害的有责任能力人,进而采取了自认为是正当防卫的反击行为,这正符合假想防卫的条件。刑法理论的通说又认为,对于假想防卫应当按照事实认识错误的原理来予以解决,如果行为人应当预见到对方可能不是不法侵害,那么他在主观上有过失,应对损害结果负过失犯罪的责任;如果行为人在当时的情况下不可能预见到对方不是不法侵害,那么他在主观上并无罪过,其损害行为属于意外事件,不构成犯罪^[11](第134页)。行为人遭遇无责任能力人侵袭之时,往往是千钧一发、刻不容缓之际,在这样的情况下,行为人不可能、也没有义务认识到对方亦属无辜者,所以因反击行为造成损害结果的,符合刑法第16条所规定的:“不是出于故意或者过失,而是由于……不能预见的原因所引起的,不是犯罪”,不负刑事责任。

所以,采取主观违法性论来解释“不法”,并不会像有的学者所说的那样,是苛求行为人在紧急情况下还要去查明侵害者的责任能力状况,因为如上所述,如果行为人不具有识别对方责任能力状况的可能性而实施了反击行为的,完全可以用意外事件型的假想防卫来排除其刑事责任。

第五,作为正当防卫对象所必须具备的责任能力并非刑事责任能力,而是民事侵权责任能力。这是以往持主观违法性论的学者鲜有论及的一个问题。众所周知,正当防卫中的“不法侵害”不能仅限于犯罪行为,而是包括已形成侵害紧迫性的一切违法行为。如果坚持主观违法性论的话,就必须承认,不同种类的违法,其所要求的主观责任能力程度是有所区别的。就我国现行法律的规定来看,刑事违法所要求的完全责任能力者是年满16周岁、精神正常的人(《刑法》第17、18条);在行政违法中则是年满14周岁、精神正常的人(《治安管理处罚法》第12条,《行政处罚法》第25、26条)。而民事违法中的责任能力则比较特殊,传统大陆法系民法理论认为,与民事行为能力的概念不同,“责任能力者因不法行为,能受法律制裁之能力也。责任能力之有无,概以行为时有无识别能力(意思能力)为断,亦须就其个个具体的行为,审查其有无识别能力,以决定其责任。法律上并未如行为能力制度,以年龄等设定其划一之标准,盖不法行为系应受制裁之问题,理宜就具体情形决定,不适于依抽象的标准断之也。”^[12](第84页)也就是说,民事责任能力有两个特点:首先,它的内容是行为人认识到自己的侵权行为被法所禁止的一种识别能力,因此其要求比民事行为能力要低;其次,它采用的是具体个案判断的方法,有时和民事行为能力的法定年龄并不一致。这一观点近年来为我国学者所赞同。既然正当防卫的“不法侵害”包括了刑事、行政以及民事的不法行为,那么其所要求的责任能力就应当以三种违法之中程度最低者(也即三者之重合部分)——民事侵权责任能力为标准。

综上所述,在现在这样一个空间小、高风险、利益冲突频繁的社会,公民在危难之际对自己或他人的合法权益予以保护和捍卫,毫无疑问应当受到法律的肯定,但具体采取何种合法化根据来予以说明,不仅关系到行为人之行为阻却违法的范围,更牵扯到犯罪论架构的维系。否定对无责任能力人之侵害予以反击的行为属于正当防卫,并不意味着苛求公民要承担忍受法益受损的义务,而是因为笔者发现紧急避险制度在这个问题上似乎能够提供一个较为圆满的解释,从而更能体现在这种情况下对行为人和无责任能力之侵害人两者之间的利益平衡,也更能维持我国犯罪论体系的完整与统一。

[参 考 文 献]

- [1] 余振华. 刑法违法性理论[M]. 台北:元照出版公司,2001.
- [2] 洪福增. 刑法理论之基础[M]. 台北:刑事法杂志社,1977.
- [3] 张明楷. 刑法的基本立场[M]. 北京:中国法制出版社,2002.
- [4] 刘艳红. 晚近我国刑法犯罪构成理论研究中的五大误区[J]. 法学,2001(10).
- [5] 张明楷. 外国刑法纲要[M]. 北京:清华大学出版社,1999.
- [6] 柯耀程. 变动中的刑法思想[M]. 北京:中国政法大学出版社,2003.
- [7] 马克昌. 比较刑法原理[M]. 武汉:武汉大学出版社,2002.
- [8] 马克昌. 犯罪通论[M]. 武汉:武汉大学出版社,1999.
- [9] 张明楷. 刑法学[M]. 北京:法律出版社,2003.
- [10] 陈兴良. 正当防卫论[M]. 北京:中国人民大学出版社,1987.
- [11] 高铭喧,马克昌. 刑法学[M]. 北京:北京大学出版社、高等教育出版社,2000.
- [12] 郑玉波. 民法总则[M]. 台北:三民书局,1979.

(责任编辑 车 英)

Necessity: Nature of Counter-attacking the Infringement from a Person without Ability of Responsibility

CHEN Xuan

(Wuhan University Law School, Wuhan 430072, Hubei, China)

Biography: CHEN Xuan (1982-), male, Doctoral candidate, Wuhan University Law School, majoring in criminal law.

Abstract: Counter-attacking the infringement from a person without ability of responsibility should be considered as necessity, because: under the system of crime theory in China, only the theory of subjective legal violation should be adopted the object of necessity should not be confined to the third person; to deem counter-attacking the infringement from a person without ability of responsibility as necessity is more satisfactory in theory; if the actor is unable to know the other side is a person without ability of responsibility, his counter-attacking is accidental imaginary defense; the ability of responsibility which the person must have as the object of justifiable defense should not be criminal but civil.

Key words: justifiable defense; necessity; theory of legal violation