

紧急权:体系建构、竞合适用 与层级划分

陈璇*

摘要 建构起逻辑清晰、阶层有致的紧急权体系,是全面提升紧急权研究水平的必由之路。首先,在权利空间分配的视角下,自损型紧急权和反击型紧急权得以建立;其次,在归责原理的指导下,应对反击型紧急权作进一步的层次划分;最后,通过引入社会团结原则,建立起转嫁型紧急权。自损、反击和转嫁这三类紧急权之间是彼此独立、相互排斥的关系,在检验思路应遵循“自损型最先、反击型其次、转嫁型最后”的顺序。反击型紧急权内部的各项权利之间可能因为前提条件存在重叠而出现类似于法条竞合的关系。紧急权限度具有层级结构,从反击型到转嫁型,狭义比例原则的制约作用总体上显示出由弱到强的渐变趋势。

关键词 紧急权 竞合 正当防卫 防御性紧急避险 推定的被害人承诺

一、导言

紧急权,是指公民在缺乏公力救助途径的急迫情状下,以损害他人的某一法益为代价来保护另一法益的权利。紧急权的行使必然意味着对公民权利的侵犯;故在一个以建成现代法治国家为目标的国度里,面对复杂多样的各类紧急状态,如何合理、精确地划定紧急权的边界,便成为法学研究领域中具有重大现实意义的课题。

但是,对于中国学者而言,紧急权的概念以及紧急权的体系却是相对陌生的范畴。尽管法

* 中国人民大学刑事法律科学研究中心研究员。本文系国家社科基金青年项目“刑法中紧急权的体系与解释研究”(项目编号:15CFX036)的阶段性成果。

学界关于正当防卫、紧急避险等具体紧急权的研究成果可谓汗牛充栋,但在总体上明显呈现出碎片化、分散化的景象。直到近年来,刑法学界才渐次出现了有意识地将正当防卫、紧急避险的具体问题置于紧急权体系的分析框架中进行分析的尝试。^{〔1〕}无论是在中国还是在德国、日本,正当化事由都是刑法总论研究中体系化程度较弱的—个领域,正当化事由的体系化似乎是令学者们望而却步的—个话题。罗克辛(Roxin)曾对此发表过—番语调悲观的论断:“迄今为止,还没有人成功地在正当化事由中实现了富有成效的体系化。这种体系化的尝试也不可能最终获得成功。因为,能够在某—行为已经符合了构成要件的情况下用于排除该行为实质不法的那些要点是如此的多种多样,发端于法秩序全体领域的正当化事由的数量如此庞大,有待满足的各种需求又是如此的变动不居,以致于统一而且在内容上具有说服力的原则,始终只能适用于有限的范围之内。”^{〔2〕}然而,“作为体系性的科学,刑法学为稳定和公正的司法奠定了基础;因为,只有对法律内在联系的洞察,才能使法律的适用摆脱偶然和恣意。”^{〔3〕}—方面,对于法定正当化事由来说,体系性的思考方法有助于提升解释论证的深度与广度,从而为合理解决实务问题发掘更为有力的论据;另—方面,体系思考“不仅能够为整体概览和实际操作提供便利,而且还能产出关于那些只有借助体系才能厘清的既有关系的新知识,从而成为法律获得进一步发展的基础。”^{〔4〕}相较于德国、日本等国而言,我国法定正当化事由的数量较为有限,而且某些法定正当化事由的法律规定也存在大面积留白(例如《刑事诉讼法》第84条规定的公民扭送权)。在此情况下,为了满足司法实践的需求,刑法理论就必须展开超法规正当化事由以及不成文正当化要素的续造工作。唯有体系化的正当化事由理论才能为此提供可靠的思想资源的径路指导。

有鉴于此,笔者将力图从理论上阐明紧急权合法性根据的基础思想,从本质上揭示联结各个紧急权的内在关系,从而建构起逻辑—贯、内联外通、阶序有致的紧急权体系。

二、框架搭建:权利空间、危险归责与社会团结

紧急权是典型的赋权事由。赋权事由区别于其他出罪事由的本质特点在于,既然赋权事由的成立意味着行为人拿到了侵入他人法益空间的许可证;那么相应地,受损者就有义务对行为人行使该权利的举动及其招致的损害加以忍受,他既无权向对方展开反击,也不得将损害转

〔1〕 参见陈璇:“生命冲突、紧急避险与责任阻却”,《法学研究》2016年第5期,第130—152页;王俊:“反抗家庭暴力中的紧急权认定”,《清华法学》2018年第3期,第118—137页;赵雪爽:“对无责任能力者进行正当防卫——兼论刑法的紧急权体系”,《中外法学》2018年第6期,第1641—1635页;田宏杰、肖鹏:“紧急权的理论基础与体系建构”,《华南师范大学学报(社会科学版)》2019年第2期,第125—141页。

〔2〕 Claus Roxin, Strafrecht AT, Band I, 4. Aufl., 2006, § 14 Rn. 38.

〔3〕 Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 1.

〔4〕 Helmut Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 5. Aufl., 1993, S. 295.

嫁给第三人。因此,紧急行为受害者何以在相应范围内负有忍受自己法益受损的义务,就成为建构紧急权体系的“元问题”。由此也可以看出,紧急权并非仅涉及刑事责任有无的问题,而是直接关乎公民之间的权利义务关系。因此,紧急权理论的视域不能止于刑法,而应当扩及以宪法为基石的整个法秩序。

(一)第一期:权利空间的分配

在一个社会当中,权利分配格局是确定各成员法律地位的关键要素,也是法秩序调处社会成员之间关系的首要依据。只有在对公民权利空间的边界加以确认之后,法律才能进一步发挥其救济、制裁机能。^{〔5〕}法治社会存续的前提之一,就是承认其成员是自我决定的人格体,各公民均平等地享有不受他人恣意侵犯的自治领域和权利空间。这一点已为我国《宪法》第33条第2款和第51条所确立。由此可以推导出用于勾画紧急权体系初步轮廓的三个命题:

1.自损型紧急权,直接来源于公民的自我决定权

某个侵害他人法益的行为,如果与被害人的意志完全吻合,那就说明被害人已自愿放弃了该法益,不再要求国家为其提供保护,故法律原则上就应当尊重他个人的决定,从而承认该侵害行为的合法性。基于对个人自我决定权的尊重,在紧急情形下能否在同一主体的法益内部进行风险转嫁,即能否通过损害一个公民的某一法益去保全他自己的另一法益,这取决于该法益主体本人的意愿,任何人不能挟社会多数人的价值取向以代替他自己作出抉择。这便是紧急状态下被害人承诺、推定被害人承诺的合法性根据。在此,由于损害和保护的都是同一主体内部的两种法益,故可以称之为自损型紧急权。

2.极端强势的反击型紧急权,是公民消极自由和主观权利的固有内容

既然一切公民均平等地拥有不可被侵犯的权利空间,那么一旦某人给他人行使自由造成了障碍,则“与这种障碍相对立的强制,作为对一个自由障碍的阻碍,就与根据普遍法则的自由相一致,亦即是正当的,所以,按照矛盾律,与法权相联结的同时有一种强制损害法权者的权限。……法权和强制的权限是同一个意思。”^{〔6〕}人与人之间的平等关系,是以公民能够通过强力将来犯者驱逐出自己所辖之权利空间,从而宣示他人对自己不享有优越地位和支配特权为前提的。权利若无相应的防御权作为后盾,则形同虚设;自由若无反击权作为保障,则不过是一纸空文。因此,一旦公民的权力空间得以划定,一旦平等自由原则得以确立,则以危险来源者为损害对象的反击型紧急权便如影随形、不证自明。

此时的反击型紧急权不分级别,一律具有极端凌厉性。首先,反击型紧急权完全以满足防御和保护的需要为导向。既然公民在各自划定的权利领地上均平等地享有自决权,那么一切

〔5〕 Vgl. Rainer Zaczyk, Das Unrecht der versuchten Tat, 1989, S. 127; Joachim Renzikowski, Normentheorie und Strafrechtsdogmatik, Juristische Grundlagenforschung 2005, S. 123.

〔6〕 (德)康德:《道德形而上学》(注释本),张荣、李秋零译注,中国人民大学出版社2013年版,第29—30页。

未经权利主体或者法秩序特别授权的侵入行为,均应一律被排除和制止。“作为一项基本的正义原则,平等原则要求,若某个公民的权利空间给第三人造成了干扰,那么即便该公民对此无责,他对于第三人为排除该干扰而实施的反击也负有忍受的义务。”〔7〕不论是故意犯罪、意外事件还是精神病人的袭击,它们在对公民的自由构成了威胁这一点上并无差别,在公民权利需要得到即时保护这一点上亦无二致。于是,在判断反击型紧急权是否成立时,无需分辩相关的侵害究竟是否属于某种违反了法规范的行为、是否源自一个值得谴责的举动。其次,反击型紧急权不受补充性原则和法益衡量原则的约束。既然反击型紧急权的功能不仅在于保障具体、单个法益的安全,更在于维护公民平等的法律地位,那么一方面,面临威胁的公民不负有逃避、忍让的义务,不能要求行为人只有在不得已,即在通过逃跑等其他方式无法避开侵害时才能出手反击;另一方面,只要反击行为是当时为有效、即时地排除侵害所必不可少,那么不论反击行为为损害的法益在价值上是大于、等于还是小于其保护的法益,均在所不问。

3. 转嫁型紧急权暂无立足之地

自治既意味着自我决定,也意味着自负其责。根据“法益所遭遇的意外损失应由该法益的所有者自行承担”(casum sentit dominus)的古老原则,权利之专有与责任之专属乃一体两面。公民在其权利空间内能够不受干扰地按照自己的意愿安排、处分,是以他必须独自承受权利空间可能产生的各种意外风险为代价的。〔8〕于是,当某一公民的法益陷入险境时,他无权将自己面临的危险转嫁给与危险的引起无关的第三人,第三人也不负有牺牲自己的利益去保护他人法益安全的义务。〔9〕以古典自由主义法律观为基础,康德认为,公民在法律上只承担不侵犯他人法权地位的消极义务,却不负有促进他人福祉的积极义务。〔10〕用康氏自己的话来说,“法权概念并不意味着任性与他人愿望(因此也与纯然的需要)的关系……而仅仅意味着与他人的任性的关系。”〔11〕遭遇急迫危险的人,其自由也必然受到妨碍,但这种妨碍完全来自于发生在其自身权利空间内部的某种偶然事件,而不是源于他人的非法强制行为。因此,“不可能存在任何紧急状况使得不正当的事情成为合法的。”〔12〕通过向第三人转嫁风险以求自保的紧急避险行为受到绝对的禁止,〔13〕它无法如正当防卫那样成为一项合法的权利。因此,在紧急权的“一期建设”中,不存在以第三人为损害对象的转嫁型紧急权的容身之所。

〔7〕 Volker Haas, Kausalität und Rechtsverletzung, 2002, S. 85.

〔8〕 Vgl. Robert Haas, Notwehr und Nothilfe, 1978, S. 213; Joachim Renzikowski, Intra- und extra-systematische Rechtfertigungsgründe, FS-Hruschka, 2005, S. 651.

〔9〕 Joachim Hruschka, Rettungspflichten in Notstandssituationen, JuS 1979, S. 388f; Michael Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, 2002, S. 15.

〔10〕 Vgl. Anna Coninx, Das Solidaritätsprinzip im Lebensnotstand, 2012, S. 138ff.

〔11〕 康德,见前注〔6〕,第28页。

〔12〕 康德,见前注〔6〕,第33页。

〔13〕 Vgl. Kristian Kühl, Zur rechtphilosophischen Begründung des rechtfertigenden Notstands, FS-Lenkner, 1998, S. 145f.

《民法典》第 1177 条规定的自助行为,也属于反击型紧急权的一种。自助行为是指权利人为保证自己的请求权能得以实现,在情事紧迫而又不能及时求助于国家机关的情况下,对他人的财产或者自由施加扣押、拘束或者其他措施的行为。^[14]它所针对的情形主要包括两类:^[15]其一,乙逾期未履行基于买卖合同欠甲的货款 10 万元,在乙开始转移财产或者即将逃亡境外的情况下,甲先行将乙的财产予以扣押或者对其人身加以控制。其二,丁盗窃丙价值 10 万元的一件古玩,得手后成功逃脱,丙某日在另一城市偶然发现了随身携带赃物的丁,为防其再次逃窜或者毁灭赃物,遂当即将之拘禁。在前一情形中,甲违反了《民法典》第 628 条关于“买受人应当按照约定的时间支付价款”的规定,侵犯了甲根据双方买卖合同所享有的债权。在后一情形中,尽管丁积极取得对物占有的盗窃行为已告结束,但一方面,根据《民法典》第 235 条,作为古玩所有权人的丙对于无权占有该物的丁享有所有物返还请求权;另一方面,根据《民法典》第 122 条的规定,丁在没有法律根据的情况下取得对丙古玩的占有,丙亦享有请求丁返还该不当得利的债权。因此,丁拒不归还盗窃所得的古玩,这侵害了丙依法享有的返还请求权。由此可见,自助行为所针对的,都是以不作为的方式对他人财产法益实施的不法侵害。^[16]所以,它在本质上应当被归入反击型紧急权。

(二)第二期:侵害风险的归责

当我们立于自由平等的视角去建构紧急权时,满眼关注的只是如何有效地保障公民的权利空间免受外来侵犯;至于侵害者一方的利益,除了要求反击行为不得逾越为及时、彻底地排除侵害所必要的限度以外,则基本上不再另予关照。但是,如果说由于刑罚是对公民自由限制最为严厉的国家制裁手段,故其适用必须慎之又慎,那么法律对于极端强势的反击型紧急权也不能不时刻保持谨慎的态度。于是,紧急权体系的建构,在确保受侵害一方的利益获得周全防护的前提下,应当区分侵害的不同情况对紧急权损害对象的利益给予必要的兼顾。为此,需要在权利空间的分配之外为紧急权理论的完善补充另一个理论视角,即归责。当两方公民的利益发生剧烈冲突时,冲突的最终消解往往需要以牺牲其中一方的法益为代价;这时,法律必须对如何解决冲突所需付出的成本在双方之间进行合理分配的问题作出决断,而分配的标准正是冲突的可归责性及其程度。

在公民甲与公民乙之间的利益冲突事实上是由甲方引起的情况下,从规范评价的角度来看,甲与利益冲突之间的归责关联可以表现为以下两种形态:①辖区专属性归责。即,仅仅因为可能导致乙之利益受损的危险发源于甲的权利空间,故解决双方利益冲突的成本应当主要由甲来承担。如前所述,权利空间的划定,意味着一切公民均拥有一块排斥外来干涉的自由领

[14] 参见王利明、杨立新、王轶、程啸:《民法学》,法律出版社 2017 年版,第 904 页;Vgl. Helmut Grothe, in: MK-BGB, 8. Aufl., 2018, § 229 Rn. 1.

[15] 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社 2016 年版,第 236 页。Vgl. Claus Roxin/Luís Greco, Strafrecht AT, Band I, 5. Aufl., 2020, § 17 Rn. 29.

[16] Vgl. Kristian Kühl, Strafrecht AT, 8. Aufl., 2017, § 9 Rn. 3.

地,他人未经许可不得擅闯其中。由权利空间的这种封闭性和个人专属性所决定,权利主体对该空间的认知和把控能力远远超过其他公民。于是,法秩序有理由期待权利主体应当保证其权利空间不会对他人的安全构成威胁;一旦权利空间对其他公民产生了危险,法秩序也有理由要求权利主体担负起为消除该危险所需付出的代价。^②人格意志性归责。在辖区专属性归责的基础之上,还有可能出现更高层级的归责形态。即,甲不单单是作为危险来源的权利空间的占有者,他还是以其规范违反行为一手制造了利益冲突的人格体。乙所面临的侵害危险,都是甲在本可避免的情况下违反规范的结果,是他作为具有意志自由之人格体所创造的作品。在这种情况下,甲需要为冲突的解决承担比纯粹辖区专属性归责的情形更高的代价。因为:其一,根据“自我答责是自我决定权的反面和代价”^{〔17〕}的思想,若某人是在对风险有确切认知和实际支配的情况下自愿置身于风险之中,则此人的法益在自陷危险的限度内不再值得保护。在利益冲突可归责于甲的人格意志的情形中,一直到乙采取反击措施之前,双方是否发生冲突还处在甲的掌控之中,是他把自己从一个相对安全的状态带入了可能遭遇他人反击的险境之中。其二,规范违反的成立,表明了侵入者对他人平等权利地位的公然蔑视。尽管如前所述,依照自由平等原则,乙对于任何无故进入自己权利空间的来犯者均不负有束手待毙的义务。但是,假如甲是在无法控制的外力支配下失足滑入他人的自由领地,那么甲完全没有颠覆他与乙之间平等关系的企图;作为失去了自主行动能力和意志选择自由的弱者,他理应获得一定的怜恤和关照。于是,在不伤及乙根本利益的前提下,应当适当降低甲为消解冲突所需承担的代价。反之,如果甲是基于自我决定侵入乙的权利空间,那你就明白无误地向外界宣示,自己试图取得优于乙的特权地位。这时,法秩序在对利益冲突的解决成本进行分配时,就没有理由给予甲任何的优待。

紧急权“二期建设”所取得的最重要的理论成果,是确立了“某个利益的所有者对于排除冲突情境所负有的主管责任越重,则该利益就越是退居次要地位”^{〔18〕}的原理,进而根据侵害人对于侵害风险的答责性程度,在反击型紧急权内部实现了进一步的层次划分,使“强答责侵害”对应于锋芒最为凌厉的正当防卫权,令“弱答责侵害”对应于强势程度有所减弱的防御性紧急避险权。这样一来,就使得防御性紧急避险的独立形象清晰地显现了出来,有助于从根本上克服我国正当化事由理论和实践中存在的积弊。我国刑法理论中,广泛存在着对“不法侵害”作纯客观化理解的倾向。通说认为:“对不法侵害中的不法,应当作客观的理解。……只要行为人的行为对法律所保护的权益具有损害的危险,就是违法。”^{〔19〕}可是,先撇开其结论的实质合理性不谈,仅就论证的思维方法而言,

〔17〕 Tatjana Hörnle, Die Obliegenheit, sich selbst zu schützen, und ihre Bedeutung für das Strafrecht, GA 2009, S. 630.

〔18〕 Günther Jakobs, Kommentar: Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen, in: Albin Eser/Haruo Nishihara (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung, 1995, S. 164.

〔19〕 马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社1999年版,第722—723页。

这种大幅扩张正当防卫前提要件的观点就大有可商榷的余地。

第一,在确定公民享有何种紧急权时,应当克服唯法益保护之需要与效率马首是瞻的片面思维。

显而易见,不论是对侵害之“不法”性的扩张解释,还是对侵害“正在进行”的泛化认定,其出发点都是试图授予遭遇危险的一方以正当防卫权,从而使其法益获得更为周全的保护。学者们之所以意图通过引入客观违法性论使“不法侵害”的涵摄范围最大化,一个关键的理由在于:在紧急避险的对象被限定在无辜第三人的情况下,^[20]所有直接针对危险来源的反击行为,除了成立正当防卫之外就不存在任何其他能够得以合法化的途径。^[21]

然而,如前所述,作为赋权事由的紧急权,不仅事关行为人是否承担刑事责任的问题,更是涉及紧急行为受害方在多大程度上失去法律的保护、在多大范围内须承担忍受义务的问题。因此,我们在判断行为人是否享有正当防卫权的时候,不应把正当防卫看成一种单纯的“法益保护工具”,^[22]不能一门心思地只考虑处于侵害威胁之下的法益是否需要通过即时防卫来加以保护、如何才能为行为人果断高效地保护自身权益提供便利,还必须同时权衡正当防卫权的强度究竟是否与侵害者的答责程度以及他应承担的忍受义务相匹配。在确定应当赋予行为人以即时反击权的前提下,一旦我们发现需要结合紧急状态的归责性标准对受害人的忍受义务作区别化处理,那就意味着,有必要在反击型紧急权内部进行进一步的类型划分,将相对弱化的防御权从强势的正当防卫权中分出,以适应不同情形下对行为人与侵害人双方利益加以平衡的需要。可见,否定行为人针对意外事件或者无责任能力人的袭击拥有正当防卫权,绝不意味着他由此被置于洗颈就戮的绝境,^[23]而只是表明他不得动用陵劲淬砺的强势反击权(正当防卫),只能选择力度有所收敛的次级反击权(防御性紧急避险)。

第二,行为人辨认能力的有限性,不是虚化紧急权之客观成立要件内容的理由。

持通说的学者提出,在猝不及防的紧急状态中,遭遇险境的公民往往难以冷静、准确地查明袭击者究竟是否具有罪过、是否具备责任能力,故只能根据遭受侵害之人容易辨认的事实,

[20] 参见高格:《正当防卫与紧急避险》,福建人民出版社1985年版,第104页;高铭暄、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2017年版,第139、142页;陈兴良:《教义刑法学》,中国人民大学出版社2017年版,第391页。判例也采纳了这一观点,参见“范尚秀故意伤害案”,载中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办:《中国刑事审判指导案例(侵犯公民人身权利、民主权利罪)》,法律出版社2009年版,第323页。对此,刘明祥教授较早地提出了不同看法,参见刘明祥:《紧急避险研究》,中国政法大学出版社1998年版,第56—57页。近年来,也有学者明确主张紧急避险的对象不限于无辜第三人,参见冯军:“刑法教义学的立场和方法”,《中外法学》2014年第1期,第187页;陈璇:“家庭暴力反抗案件中防御性紧急避险的适用”,《政治与法律》2015年第9期,第19—20页;赵雪爽,见前注[1],第1632页。

[21] 参见张明楷:《行为无价值论与结果无价值论》,北京大学出版社2012年版,第192页;陈兴良:《正当防卫论》,中国人民大学出版社2017年版,第62、80页。

[22] Günther Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1991, 12/16.

[23] Vgl. Hold von Ferneck, Die Rechtswidrigkeit, Band 2, 1905, S. 123.

即行为的客观危险性来解释正当防卫条款中的“不法”。〔24〕但这一说法是难以成立的。首先,正如犯罪构成要件的内容只取决于合理区分罪与非罪、此罪与彼罪的需要,而不取决于行为人对要件认识的难易程度一样,某一紧急权的要件究竟包含哪些内容,主要是由该紧急权的正当化根据以及它的强势程度所决定的。之所以需要对正当防卫的前提条件作较为严格的限制,是因为考虑到正当防卫作为锋芒最为强劲的一种紧急权,其适用范围必须受到严格限制。〔25〕由于这是对防卫行为人与防卫被害人的利益进行总体权衡后得出的结论,同时也涉及到正当防卫与其他紧急权之间的界限,故其正当性和必要性不受行为人认识可能性的左右。〔26〕其次,把行为人是否具备认知可能性作为决定紧急权要件内容的标准,将最终导致紧急权的法律边界归于消失。例如,除了侵害的违法性之外,正当防卫还受制于其他诸多客观要件。如果说只要行为人在紧急状态下有可能无法认识到某种事实,就不应将之列为正当防卫的要件,那我们是不是可以说,由于行为人有时也难以准确地辨别不法侵害是否“正在进行”以及防卫措施是否处在“必要限度”之内,故正当防卫的成立不应要求不法侵害正在进行,也不应要求防卫不得超出必要限度呢?甚至,是否可以推而广之认为,由于紧急权本来就是发生在急迫的危险时刻,行为人往往难以准确判断各种客观要件所要求的事实是否存在,故干脆应当对紧急权的所有客观要件均作虚化理解呢?最后,当行为人因无法作出正确判断而对侵害是否违法有所误判时,否认他享有正当防卫权,并不意味着其行为只能成立犯罪。因为,一方面,完全有可能根据紧急权竞合的原理认定行为成立防御性紧急避险;另一方面,即便确实无法成立正当化事由,至少也可以借助紧急权前提事实的认识错误、责任阻却事由等原理排除行为人的刑事责任,〔27〕故并不会得出不合理的结论。

第三,体系化的紧急权应当名实相副。

事实上,通说在对防卫限度进行宽泛化解释的同时,并没有也不可能忽视侵害人答责性对于行为人反击权强度可能带来的实质性影响。只不过,它对侵害人弱答责性的考量,不是以防御性紧急避险为依托,而是经由正当防卫权的内部调控这一管道得以完成的。通说提出,尽管公民针对不可抗力、意外事件以及无责任能力人的侵袭皆可行使防卫权,但需要为相应的防卫行为附加种种额外的限制,例如要求行为人在能逃跑的情况下应当优先选择躲避的方式,即便

〔24〕 参见马克昌,见前注〔19〕,第724页;王政勋:《正当行为论》,法律出版社2000年版,第126页;黎宏:《刑法学总论》,法律出版社2016年版,第130页;王钢:《正当防卫的正当化依据与防卫限度——兼论营救酷刑的合法性》,台湾元照出版公司2019年版,第96—97页。Vgl. RGSt 27, 44; Karl Binding, Handbuch des Strafrechts, Band 1, 1885, S. 739.

〔25〕 Vgl. Hans J. Hirsch, Die Notwehrvoraussetzung der Rechtswidrigkeit des Angriffs, FS-Dreher, 1977, S. 214.

〔26〕 Vgl. Hirsch (Fn. [25]), S. 227.

〔27〕 Vgl. Ferneck (Fn. [23]), S. 137; Arthur Baumgarten, Notstand und Notwehr, 1911, S. 104.

因无可遁逃而被迫反击,也应尽量避免造成对方重伤、死亡。^[28]乍一看,既然侵害人弱答责任的因素已经在实质上得到了重视,那么与这种弱答责任相对应的具体紧急权究竟是防御性紧急避险,还是“缩水”了的正当防卫,似乎就只是一个纯粹形式和理论上的归类问题。然而,作为科学的法教义学理论,不能只满足于结论的实质合理,却不问得出结论的推理过程是否环环相扣、逻辑一贯。^[29]对于每一种紧急权来说,特有的正当化根据总是与特定的权利行使风格桴鼓相应。如果像通说那样为正当防卫设置额外的限制性条件,则防卫权本应具有的果敢、凌厉的独特风格势必荡然无存;由于这种风格乃正当防卫权本质的集中反映,所以权利行使锋芒的骤然钝化,绝非只代表单纯的量变,而是意味着权利属性的质变。一旦我们发现,在侵害者欠缺人格意志性答责的情况下,只有使行为人手中的紧急权失去最能展现正当防卫本质的鲜明个性,才能获得令人满意的处理结论;那就恰恰说明,法律此时能够授予行为人的紧急权已不成其为正当防卫,而是性质完全不同的另一种权利了。

(三)第三期:社会团结的引入

1. 团结义务法律化的合法性根据

现代意义上的“团结”源于1789年法国大革命时期的“博爱”(fraternité)理念,从那时起它便与自由、平等一道构成了现代人权最基本的三项原则。^[30]团结强调公民对于社会共同体的其他成员负有一定的扶助和照顾的责任,它的引入必将给个人原有的自由带来某种限制。因此,在将团结确立为紧急权第三期建设工程的基石之前,有必要阐明法律上团结义务的正当性根据。对团结义务合法性的论证,需要依次回答两个基本问题。现分述如下:

①团结义务的设定何以能与公民的意思自治保持一致?在现代法治国家当中,要想说明对个体自由所施加的限制具有合法性,只能根据公民基于自身理性所表达的同意;^[31]利他义务的证成,也不可诉诸超脱人间世俗的信仰,而必须以满足个人的合理利己需要为基本出发点。正是由于天有不测风云、人有旦夕祸福,人们总是难以保证自己不会遇到仅凭一己之力无法抗御的以外风险,所以个人的生存和发展始终离不开其他社会成员的扶助和接济。通过订立契约相互让渡部分利益,进而建立起一种人人自愿接受的互助机制,就成为最大限度保障个人长远利益的唯一选择。可见,团结义务能够最终获得社会成员同意的基础在于:在特定情形下牺牲自己的某些自由、给予他人以一定的援助和关照,最终是为了换取自身利益和安全的最

[28] 参见张明楷,见前注[15],第199页;陈兴良,见前注[21],第83—84页。判例中的相关论述,参见“范尚秀故意伤害案”,见前注[20],第323—324页。Vgl. BGHSt 3, 217; Walter Perron/Jörg Eisele, in: Adolf Schönke/Horst Schröder, StGB, 30. Aufl., 2019, § 32 Rn. 52.

[29] Vgl. Joachim Hruschka, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2. Aufl., 1988, S. 140.

[30] 参见王晖:“法律中的团结观与基本义务”,《清华法学》2015年第3期,第6页。

[31] Vgl. Brigitte Kelker, Der Nötigungsnotstand, 1993, S. 117, 162; Pawlik (Fn. [9]), S. 11, 60.

大化。^[32]

②团结义务何以能够成为一项得到国家强制力保障履行的法律义务?以利益交换为基础达成的合意,仅仅停留在社会成员个人的理性选择这一层面上,由于并非一切理性之举都必然能够和应当由国家强制保障实施,故由此形成的团结义务完全可能只是一种倡导性的要求,只是一种伦理性质的义务。相应地,对于一个置自己长远利益于不顾的短视行径,我们固然可以嗤之以鼻,却不能当然地断定它违反了法规范的要求,故而属于一种值得谴责的不法。^[33]可是,一旦将团结视为建构紧急权体系的基石之一,那就意味着,因紧急权的行使而遭受损失者有义务忍受该损害,若他拒不遵守该义务,对紧急权的行使行为予以反抗,则构成不法。因此,欲证立团结义务的正当性,就不能将目光局限在公民个人之间的关系上,而必须引入国家及其基本任务的视角。^[34]团结义务之所以能够超越道德准则的范围成为一种由法律向国民提出的行动要求,其根据主要在于:我国《宪法》第1条第2款关于“社会主义制度是中华人民共和国的根本制度”的规定表明,消除阻碍公民平等发展的各种因素,是国家的一项基本使命。诚如罗尔斯(Rawls)所指出的那样,一套符合正义观念的社会规则,应当“防止人们在追求政治和经济利益时把自然天赋和社会环境中的偶然因素用作筹码。”^[35]德沃金(Dworkin)也认为,人的运气会导致社会的贫富分化,但运气可分为选择的运气(如因赌博败尽家财)和无情的运气(如不幸罹患残疾),作为人之共同体的社会,对遭遇无情运气的人不应置之不理,而应当给予关心和帮助。^[36]因此,法律制度的设计应当致力于避免来自自然和社会的不可控因素对公民的利益分配以及生存发展带来不利影响。“只有当一个国家要求有能力者承担起某种责任,这种责任的担当使得贫困者至少能够有尊严地活着时,我们才能说这是一个社会国。”^[37]在社会国当中,实现公民之间相互团结的最主要的方式就是赋税。即,公民并不是直接向处于困境和危局中的具体个人施以援手,而是向国家缴纳税款,由后者利用税金设立必要的机构和制度,为公民预防和抵御意外风险提供援助。这样一来,公民就借助国家机构间接地履行了他对于其他社会成员的团结义务,一切遭遇意外风险的个人也享有请求公权力机构扶危济困的权利。不过,在突如其来的危急时刻,由赋税支持建立起来的公共机构往往难以及时现身施

[32] Vgl. Frank Saliger, Kontraktualistische Solidarität: Argumente des gegenseitigen Vorteils, in: Andreas von Hirsch/Ulfrid Neumann/Kurt Seelmann (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, 2013, S. 62.

[33] Vgl. Michael Pawlik, Solidarität als strafrechtliche Legitimationskategorie: das Beispiel des rechtfertigenden Aggressivnotstandes, Jahrbuch für Recht und Ethik Band 22 (2014), S. 149.

[34] Vgl. Wolfgang Frisch, Strafrecht und Solidarität-Zugleich zu Notstand und unterlassener Hilfeleistung, GA 2016, S. 127f.

[35] (美)罗尔斯:《正义论》,何怀宏、何包钢、廖申白译,中国社会科学出版社2009年版,第12页。

[36] 参见(美)德沃金:《至上的美德:平等的理论与实践》,冯克利译,江苏人民出版社2008年版,第70—72页。

[37] Jan C. Joerden, Solidaritätspflichten und Strafrecht, in: Andreas von Hirsch/Ulfrid Neumann/Kurt Seelmann (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, 2013, S. 50.

救,由于遇险公民所享有的获取团结和援助的权利并不会因此而消失,故在例外的情况下,国家唯有允许他为了避免事关自身生存的重大法益受损,直接从第三人处获得救助。但是,由于该第三人本已通过纳税履行了自己应尽的团结义务,故他此时为遇险公民所提供的协助属于超出其应尽义务范围的额外牺牲,可以认为他是代表国家履行了本应由后者承担的救助职责。^[38]因此,一方面,国家应保证该第三人能够于事后获得补偿;另一方面,允许遇险公民损害的第三人利益,必须具有可替代性和可恢复性。

2. 转嫁型紧急权的类型

法秩序要求公民施以团结的对象主要有二:一是其他公民,二是专司保障公民安全之职的国家机关及其代表。以其他公民为受益者的紧急权,是攻击性紧急避险;^[39]以国家刑事追诉机关及其代表为受益者的紧急权,则是公民扭送权。不可否认,扭送犯罪嫌疑人和反击不法侵害者这两种行为,均缘起于他人的某种违法举动,在外观上似乎也都表现为对不法之徒采取的暴力强制措施,二者乍一看颇为近似。正因为如此,有学者习惯于将公民扭送权与正当防卫归为一类正当化事由。^[40]然而,透过紧急权体系的视角,我们可以清楚地看到,公民扭送权所赖以建立的正当化根据完全不同于正当防卫。

从权利的本质来看,扭送权的正当性根据不在于利益冲突的答责性,而在于国家发出的团结要求。如前所述,利益冲突的可归责性是反击型紧急权的核心所在。即,由于侵害者是法益冲突状态的制造者,不论这种“制造”是单纯的因果引起(弱答责性),还是人格意志支配下的创设(强答责性),可能遭遇他人反击的险境都毕竟肇端于侵害者一方,故与遭受侵害者相比,侵害者的值得保护性必定会出现明显下降,为消除相关法益冲突所需付出的代价也应更多地由侵害者本人去承受。^[41]因此,只有当事后证实法益冲突状态的确可归责于被反击者时,反击行为才能得以正当化。然而,扭送权的成立却并不以被扭送者事实上实施了犯罪为前提;只要某人在行为当时具有可排除合理怀疑的犯罪嫌疑,那么即便事后证明他是无辜之人,对其所实施的扭送依然合法。因为:扭送权是从国家刑事追诉权中派生而来的一项辅助性紧急权,它是国家在公力机关难以及时采取法定强制措施之际,为确保刑事追诉不受延误而交由公民施行的一种补充性措施。^[42]一方面,既然根据《刑事诉讼法》第12条的规定,一切公民在刑事诉讼过程中都必须被假定为无罪,而扭送恰恰处在刑事调查程序之中而非之后,那么它所针对的

[38] Vgl. Lena Kühnbach, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, 2007, S. 226.

[39] 近年来,我国刑法学界已有学者主张将团结原则作为攻击性紧急避险的正当化根据。参见王钢:“紧急避险中无辜第三人的容忍义务及其限度”,《中外法学》2011年第3期,第609—625页。

[40] Vgl. Jakobs (Fn. [22]), 11/3; Urs Kindhäuser/Eric Hilgendorf, LPK-StGB, 8. Aufl., 2020, vor § 32 Rn. 7.

[41] Vgl. Hans-Joachim Rudolphi, Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, GS-Armin Kaufmann, 1989, S. 394f; Günther Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 45ff.

[42] 详细的论证,见陈璇:“公民扭送权:本质探寻与规范续造”,《法学评论》2019年第3期,第179—181页。

对象就不可能是已确认有罪的人。另一方面,就刑事强制措施而言,为了保障刑事诉讼秩序的安定性,只要公安司法机关是严格依照法定要件对某一犯罪嫌疑人采取强制措施,则即使嫌疑人事实上并未犯罪,他在行为当时也负有配合和忍受的义务。^[43]既然扭送权是对刑事强制措施予以辅助的紧急权,其目的同样在于确保刑事诉讼活动顺利推进,那就应当要求被错误扭送的公民也在一定范围内承担忍受的义务,否则设立扭送制度的目的势必归于落空。^[44]既然被扭送人在尚未确定为犯罪,甚至在事后经司法程序被确定为无罪的情况下,仍然需要对合理的扭送措施加以容忍,那就说明:扭送是一种为了保障公共利益(即刑事诉讼程序的顺利开展)的实现而要求公民做出一定牺牲(即忍受自己的某些法益受到侵犯)的转嫁型紧急权;只有借助社会团结原则才能说明其正当化根据。

概括来说,团结义务的引入对紧急权体系建构的意义主要有以下两个方面:①该原则具有扩张紧急权的功能。即,它能够成为转嫁型紧急权的建立奠定基础;②该原则又发挥着收缩紧急权的作用。即,它能够成为反击型紧急权内部的层级划分提供来自另一个侧面的依据。如前所述,在权利空间分配原则的基础上,根据利益冲突的可归责性程度,可以在反击型紧急权中进一步划分出极强势的正当防卫与弱强势的防御性紧急避险。现在,团结原则可以帮助我们更为清晰地洞悉这一区分的必要性:当侵害的发生不能完全归责于侵害者时,侵害者要么因受制于某种不可控的因素而有值得同情之处,要么尚未将他人法益现实地推入急迫的险境之中;这时,法秩序有理由要求遇险者或者其他公民对侵害人施与一定的照顾,在不损害自身重大利益的前提下稍作退让、适度牺牲反击的效率,尽量避免对侵害人造成难以挽回的重大损害。这样一来,归责程度的相对弱化就与适当的团结义务一道,完整地说明了防御性紧急避险在凌厉程度上较正当防卫有所减弱的实质性根据。由此也可以看出,团结原则在两种紧急避险中发挥的作用恰好是反向而行的:对于攻击性紧急避险来说,团结义务的承担者是作为避险损害对象的被害人,义务的内容是要求他对避险人转嫁危险的行为加以容忍;相反,就防御性紧急避险而言,团结义务的承担者则是作为避险实施主体的行为人,义务的内容是要求他对自己的反击行为加强约束。^[45]

三、紧急权的适用位阶与竞合

为了厘清各紧急权之间的关系,有必要将紧急权的整体成立要件区分为两大类:前提要件和行为要件。任何一种紧急权的成立,均以先行存在某种客观的事实情状为前提,这便是紧急权的前提要件,它决定着紧急权规范的适用空间。在前提要件得到了满足的基础上,尽管行

[43] 参见杨雄:《刑事强制措施的正当性基础》,中国人民公安大学出版社2009年版,第56页。

[44] Vgl. Michael Köhler, Prozeßrechtsverhältnis und Ermittlungseingriffe, ZStW 107 (1995), S. 19ff.

[45] Vgl. Michael Pawlik, Der rechtfertigende Defensivnotstand im System der Notrechte, GA 2003, S. 12f; Armin Engländer, Grund und Grenzen der Nothilfe, 2008, S. 96.

为人获得了行使紧急权的可能,但其权利行使行为还必须进一步满足法秩序为其设置的若干限制性的条件,方能最终产生合法化的效果,这便是紧急权的行为要件,它管控着紧急权正当化效力的边界。由于前提要件是决定具体案件中应当适用何种类型的紧急权规范的关键,而紧急权的位阶与竞合正是涉及权利的适用范围和优先次序的问题,故本部分的研讨将以紧急权的前提要件为考察对象,至于行为要件则留待本文第四部分集中探讨。

(一)互斥情形下的适用位阶

自损、反击和转嫁这三种类型的紧急权,由于其各自损害对象没有任何重合之处,故它们之间不存在形成交集的可能,而是呈现出彼此独立、相互排斥的关系。如果能够确定紧急行为的损害对象,则应直接针对与之相对应的紧急权类型进行检验,其他类型的紧急权不再考虑。但如果某一紧急行为所损害的法益在归属上存在争议,就应当根据一定的顺序在紧急权体系中展开排查。在紧急权体系中,就正当化要件之复杂程度来说,建立在自我决定权之上的紧急权最低,建立在法权地位平等原则之上者次之,而以社会团结原则为基础者则最高。按照由易到难的思路,在考察某一紧急行为能否获得合法化时,应当遵循“自损型最先、反击型其次、转嫁型最后”的判断顺序。需要特别加以说明的有以下几点:

1.推定的被害人承诺优先于攻击性紧急避险

从表面上来看,推定的被害人承诺与攻击性紧急避险一样,都是在紧急状态下以牺牲某一法益为代价保全另一法益。正因为如此,早期的刑法理论曾一度存在误将其归入紧急避险范畴的现象。^[46]但是,当法益冲突发生在同一主体身上时,基于对公民自我决定权的尊重,如何去解决这一冲突,应当完全交由该主体自己去决定,国家不能越俎代庖,强行根据社会一般人的客观评价标准去决定相互冲突之法益的取舍。故在此情形下,法益主体个人的意志具有优先于社会一般价值观念的地位,推定的被害人承诺也具有排除攻击性紧急避险的效力。于是,当某人拥有的两种法益发生冲突时,首先必须设法征询他本人的意愿;在无法及时获知被害人的意志时,则应当根据他平时的习惯、信仰和言行等因素,合理地推断其可能的意思;只有当这一切均无法进行时,方能假定被害人就是一般理性人,进而基于一般人的价值标准对法益做出衡量。

不过,当国家基于家长主义对自我决定权进行了例外的限制,^[47]也即发生冲突的法益涉及到被害人的生命时,推定被害人承诺与攻击性紧急避险的关系可能会存在争议。这主要涉及以下三种情形:

①危及生命的营救措施。例如,医务人员为了挽救重伤员的生命,不得已冒险对他实施了具有一定生命危险的手术治疗措施。本来,该行为保护的法益和它损害的法益均为患者的生命,故应当考虑适用推定的被害人承诺,但根据通说的意见,生命并不处在被害人能够予以有

[46] Vgl. H. Mayer, Strafrecht AT, 1953, S. 168; Welzel (Fn. [3]), S. 92.

[47] 参见车浩:“自我决定权与刑法家长主义”,《中国法学》2012年第1期,第101页。

效承诺的法益范围之内。^[48] 这似乎意味着难以根据推定的被害人承诺阻却行为的违法性。于是,有学者主张,尽管营救行为保护和损害的均是生命,但由于该措施保全生命的可能性高于其致死危险,故可以认为它所保护的利益明显高于损害的利益,能够成立紧急避险。^[49] 但是,攻击性紧急避险是以团结原则为基础的,而团结关系只能存在于不同的个体之间,一个人只能对他人而不可能对其自身的法益负有团结义务,^[50]故紧急避险的思路难以成立。事实上,之所以得到被害人承诺的故意杀人行为依然违法,其背后的实质性根据在于,鉴于生命法益的极端重要性,应当基于适度的家长主义对被害人就该法益所享有的自我决定权作出一定的限制,禁止任何人根据被害人的同意剥夺其生命。然而,就危及生命的营救措施来说,救护行为固然带有一定的生命危险,但它毕竟在主观上以保全生命为目的、在客观上又提高了延长生命的机会。所以,“当某种措施是防止被害人死亡的必要手段,而且若不采取该措施,则被害人的死亡将具有更高的盖然性甚至是确定无疑的时候,尽管该措施包含危险性,但它并不具有消灭生命的倾向,相反,它具有维持生命的倾向。”^[51]由于营救行为的整体倾向与法秩序尽量保护生命法益的宗旨完全吻合,故依然可以肯定推定被害人承诺的成立。^[52]

②(积极的)间接安乐死。例如,当病人患有无法治愈的绝症时,医生为了减缓他因病所遭受的剧烈痛苦,为患者使用了可能具有缩短其生命之副作用的药物。由于间接安乐死只能减轻被害人的痛苦,却无助于挽救其生命,故与“危及生命的营救措施”不同,在此可以完全排除成立推定被害人承诺的可能。接着,按照紧急权的位阶顺序进入转嫁型紧急权的判断。在这里,我们发现,间接安乐死存在成立攻击性紧急避险的空间。因为:

首先,分属不同主体的两方利益之间存在冲突。国家在被害人同意的情况下依然坚持禁止杀人这一戒律的效力,是为了防止轻视生命的不良观念在社会蔓延。因此,可以认为间接安乐死是通过损害杀人禁令所体现的社会公共利益,维护了被害人免于痛苦的利益。^[53]随着间接安乐死所保护之法益与其损害之法益的主体发生分离,团结关系即成为可能。若承认该行为的合法性,则意味着“在临终患者遭受极度痛苦的情形下,法共同体应当主动向患者施以

[48] 参见王作富主编:《刑法分则实务研究》(中),中国方正出版社2013年版,第732页。

[49] Vgl. Frank Zieschang, in: LK-StGB, 12. Aufl., 2006, § 34 Rn. 59; Roxin/Greco (Fn. [15]), § 16 Rn. 102.

[50] Vgl. Ulfrid Neumann, in: NK-StGB, 5. Aufl., 2017, § 34 Rn. 14.

[51] Volker Erb, Das Verhältnis zwischen mutmaßlicher Einwilligung und rechtfertigenden Notstand, FS-Schünemann, 2014, S. 343.

[52] Vgl. Holger Matt/Joachim Renzikowski/Armin Engländer, StGB, 2013, § 34 Rn. 8; Neumann (Fn. [50]), § 34 Rn. 36.

[53] Vgl. Erb (Fn. [51]), S. 345ff.

团结,从而放弃对杀人禁令的维护。”^[54]

其次,可以论证行为维护了较大的利益。第一,间接安乐死并非直接以结束患者的生命为目标,而是在减缓患者痛苦的努力中不可避免地带有加速死亡的副效应。故它触犯杀人禁令的严重程度远远低于积极的直接安乐死。^[55] 第二,只有最终能够还原和落实为个人法益的集体法益,才具有获得法律强制力保护的资格;故法律以超乎寻常的力度去捍卫杀人禁令的效力,归根结底仍然是为了维护作为单个个体的基本生存条件。一旦濒临死亡者面临生不如死的绝境,对他而言,缓解病痛就远比备受折磨地苟延残喘要重要。这时,以国家强制力僵硬地贯彻杀人禁令,无异于剥夺了具体个人安详而有尊严地度过最后时光的权利,这反而有碍于国家实现其所肩负的促进公民有尊严地生活这一基本使命。所以,减轻临终者的巨大痛苦,具有高于抽象保障杀人禁令所反映的价值。

③强行阻止他人自杀。例如,行为人为了及时制止某人自杀,不得已对他实施了轻伤害、拘禁等行为。首先,大多数暴力阻止自杀的行为都可以成立推定的被害人承诺。因为:一方面,在许多情况下,自杀者只是因为生活的困境和压力所迫,一时愤懑抑郁无法释怀而在冲动之下实施自杀,他在稍微冷静之时或者在即将踏上黄泉之路的最后一刻还是希望获救生还的。^[56] 所以,阻止他自杀归根结底是与其真实意志相符的。另一方面,在推定的被害人承诺中,合理的推定行为不会因为其结论与被害人的实际意志相悖而丧失正当性。^[57] 由于生命是最为重要的个人法益,非到极端时刻任何人与生俱来的求生欲望和本能并不会轻易泯灭,故在紧急状态下,与自杀者素不相识的行为人有充分的理由推测将被害人救起是符合其内心本意的。即便事后证明这种推断与被害人的真实意志相左,也丝毫不影响制止行为的合法性。其次,在个别情形下,自杀者确实是经过深思熟虑之后决意驾鹤西去,这一点也为行为人所知悉。由于阻止行为明显与被害人的意志相冲突,故不可能适用推定的被害人承诺。对此,有学者主张该行为可以成立攻击性紧急避险。理由在于:其一,既然国家对得到被害人同意的杀人行为加以禁止,那就说明生命并不处在个人自我决定权的范围之内,故这已不再是同一主体内部的法益冲突了;其二,强行阻止他人自杀,是以牺牲自杀者的身体健康或者自由为代价,避免自杀行为对社会产生消极示范效应,从而保护了公共利益,故也可以认为在这场冲突中,国家

[54] Ulfrid Neumann, Die rechtsethische Begründung des „rechtfertigenden Notstands“ auf der Basis von Utilitarismus, Solidaritätsprinzip und Loyalitätsprinzip, in: Andreas von Hirsch/Ulfrid Neumann/Kurt Seelmann (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, 2013, S. 168.

[55] Vgl. Rolf Dietrich Herzberg, Sterbehilfe als gerechtfertigte Tötung im Notstand?, NJW 1996, S. 3048; Volker Erb, in: MK-StGB, 4. Aufl., 2020, § 34 Rn. 36.

[56] Vgl. Matt/Renzikowski/Engländer (Fn. [52]), § 34 Rn. 35; Neumann (Fn. [50]), § 34 Rn. 89.

[57] Vgl. Claus Roxin, Über die mutmaßliche Einwilligung, FS-Welzel, 1974, S. 453.

要求自杀者履行他对于社会的团结义务,为维护公共利益而放弃对生命的自决权。^[58]但是,从得到被害人同意的杀人行为属于违法这一点,并不能得出结论认为国家完全剥夺了公民对自己生命的处分权。因为,法律只是禁止某个第三人基于被害人的同意将其杀死,却并未禁止公民自行结束自己生命的行为。可见,生命本质上依然是公民可以处分的个人法益。^[59]制止基于被害人同意的杀人行为能够实现公共利益,但阻止被害人自杀的行为却与规范的保护目的并不相符,故也无法代表公共利益。所以,当阻止他人自杀的行为无法成立推定的被害人承诺时,就只能归于违法。

2. 正当防卫和自助行为优先于公民扭送权

关于正当防卫、自助行为与公民扭送权之间的关系,我国司法实践的认识相当混乱。同样是公民在遭遇抢劫、抢夺或者盗窃后即时追击侵害者并在此过程中导致侵害人重伤或死亡的案件,有的判例认为相关行为属于扭送,^[60]有的判例则主张存在成立正当防卫的可能,^[61]还有的判例甚至将自助与扭送混为一谈。^[62]因此,有必要根据“反击型紧急权优先于转嫁型紧急权”的基本原理,结合不同的案件情况对三项权利的适用范围进行一番系统的梳理。

①只要不法侵害正在进行,则正当防卫和自助行为具有优先于扭送权的地位。第一,就针对财产法益的不法侵害来说,即便盗窃、抢夺、抢劫行为已经既遂,但只要能够通过追赶、堵截、控制侵害人当即夺回被盗被抢的财物,就应当肯定正当防卫的前提条件具备,从而为公民行使防卫权留下空间。此时,虽然行为人的追赶、擒拿行为在具有夺回财物之功能的同时,客观上也有助于控制和扭送侵害人,但公民法益的及时保护优位于国家对罪犯的追诉,故应当使正当防卫具有排除扭送权的优先适用地位。

另外,即使确定财产侵害已经完全结束,但只要财产受损者对于侵害人所享有的请求权还处在受侵害的状态之中,则财产受损者还可以启动另一项反击型紧急权——自助行为。例如,被盗者在事发数日后才在某地遇到了盗窃者,这时盗窃的侵害行为已告终结,但被盗者为保障其对于盗窃行为人所享有的所有物返还请求权或者不当得利返还请求权能够得到实现,有权对后者实施自助。又如:2006年7月30日15时左右,被告人孙宗亮驾驶桑塔纳轿车由北向

[58] Vgl. Wilfried Bottke, Das Recht auf Suizid und Suizidverhütung, GA 1982, S. 356; Roxin/Greco (Fn. [15]), § 16 Rn. 102.

[59] Vgl. Neumann (Fn. [50]), § 34 Rn. 35.

[60] 参见“张德军故意伤害案”,四川省成都市中级人民法院(2006)成刑终字第89号刑事附带民事裁定书;“温演森等故意伤害、盗窃案”,广东省惠州市中级人民法院(2015)惠中法刑一终字第151号刑事裁定书。

[61] 参见“唐建生诉王利侵犯人身权纠纷案”,重庆市沙坪坝区人民法院(2011)沙法民初字第02402号民事判决书;“盖景龙与季洪峰等机动车交通事故责任纠纷上诉案”,山东省东营市中级人民法院(2014)东民一终字第24号民事判决书。

[62] 参见“黄中权故意伤害案”,载陈兴良、张军、胡云腾主编:《人民法院刑事指导案例裁判要旨通纂》,北京大学出版社2018年版,第701页。

南行驶至苏州市马涧二区附近,与由南向北行驶的被害人徐兴根驾驶的载人无牌证的三轮摩托车发生碰撞。徐兴根未停车,继续驾车行驶,孙宗亮掉头追赶,在追至二车平行行驶时示意对方停车。徐加速继续行驶,孙驾车在马涧四区附近由东向西超越徐的三轮摩托车后,在其前方停车。徐兴根紧急刹车并打方向盘,致其所驾摩托车侧翻倒地起火,车上乘客胡某当场死亡,徐经送医院抢救无效,于次日死亡。孙宗亮肇事后驾车驶离现场。^[63]在本案中,徐兴根违章驾驶三轮摩托车与孙宗亮合法行驶的轿车发生碰撞,可以认为徐以交通肇事行为给孙的财产造成了不法损害。在轿车因碰撞而受损后,徐的侵害行为即已结束,但徐却由此对孙负有民事损害赔偿的责任。由于徐驾驶的是无牌照的三轮摩托车,此刻若不及时采取行动控制他,其违法逃逸势必大大增加孙随后获得合理赔偿的难度。在此情况下,自助行为的前提条件已经具备,孙宗亮有权自行追赶徐兴根以防止其逃离。

第二,针对人身法益的侵害既遂后,尽管受损法益往往不具有即时恢复的可能,故基本上可以排除成立正当防卫的空间,^[64]但由于这种侵害同样会产生损害赔偿请求权,侵害者的逃避会对遭受侵害者向其行使损害赔偿请求权造成严重妨害,故后者也有权实施自助行为。

②只有在已经不存在任何正在进行的不法侵害的情况下,才需要考虑公民扭送权。这主要表现为以下两种情形:其一,财产法益的侵害者在逃离现场时并未取得对任何他人财物的占有。此时,追击行为不具有保护财产法益的机能,而是单纯旨在将侵害人绳之以法的一种手段,故只能以公民扭送权为标准去衡量其合法与否。其二,追击行为已经成功地将被盗或者被抢的财物夺回。此时,继续追赶和控制侵害人的行为,已无法为正当防卫或者自助行为所覆盖,只可能以扭送权的名义得以合法化。^[65]

(二)重叠情形下的竞合处理

反击型紧急权所辖的三项具体权利,在前提条件的外延上呈现出层层包容的关系:防御性紧急避险最为宽泛,正当防卫次之,自助行为则最为狭窄。因为,正在发生的危险能够包含正在进行的不法侵害,而非法妨碍对方请求权的实现又属于正在进行之不法侵害的一种类型。于是,这三项权利之间就可能发生类似于法条竞合的关系。

1.正当防卫与自助行为

自助行为,是法秩序将非法妨碍请求权实现的行为从不法侵害的全体中分离出来、并为反击措施配置了特殊行为要件后形成的一种独立紧急权。虽然同属反击型紧急权,但和正当防卫不同,自助行为不具有直接、完整地保护法益的功能,因为它并不允许行为人强行实现请求权,而只容许行为人为请求权日后的顺利行使排除障碍、创造条件,^[66]至于请求权的最终实

[63] 参见“孙宗亮交通肇事案”,江苏省苏州市虎丘区人民法院(2008)虎刑初字第0365号刑事判决书。

[64] 参见陈兴良,见前注[21],第105页。

[65] 参见“张长玉故意伤害案”,江苏省泰州市中级人民法院(2007)泰刑一终字第117号刑事判决书。

[66] 参见张新宝:《侵权责任构成要件研究》,法律出版社2007年版,第70页。

现,则依然有赖于公权力机构的介入。《民法典》第1177条也明确规定,受害人采取合理的自助措施后,“应当立即请求国家机关处理”。这样一来,与正当防卫相比,自助行为的正当化范围就从自行实现法益保护的全过程缩小至为通过公力救济保护法益作准备的阶段。从这个意义上来说,不妨将自助行为称为“短缩的正当防卫权”。自助行为从正当防卫中的分离,有其深层次的根据:首先,合同法的基本价值是通过确认私法自治原则鼓励交易,故在有效保证债权能够得到实现的同时,其天平还需要更加倾向于对既有交易关系和平稳交易秩序的维护。自力救济固然有利于具体当事人民事权益的保障,却难免会对民事交易的平和状态产生一定的冲击,故法秩序就有必要在允许公民自力救济的同时,收敛其锋芒、缩减其介入他人法益的深度和广度。其次,即使公民的财物因盗窃、抢夺、抢劫等非法行为而发生了占有的转移,但只要已经脱离了可于现场当即挽回损失的时机,那么一方面考虑到普通公民在精准识别侵害人和犯罪赃物的能力总体上相对有限,另一方面也为了避免出现财产被往复争夺、频繁易手的乱局,国家有必要强化公力救济机制对于解决财产归属纠纷的独断地位,暂且默认财物的当前占有状态,待法定程序审查确认后对之加以变更。故在此情形下,自力救济的合法性亦只能止于为法定程序的展开创造便利的自助行为之上。

既然自助行为是法秩序专为妨碍请求权的实现这一不法侵害所特设的一种“短缩的正当防卫权”,那么当其前提条件与针对所有不法侵害的正当防卫权发生重合时,就应当根据法条竞合中特别法优于普通法的原则,承认自助行为具有排除正当防卫权适用的优先效力。^[67]

2. 正当防卫与防御性紧急避险

由于防御性紧急避险的对象能够涵盖所有引起了法益损害危险的人,而正当防卫则只包括其中一部分,即正在实施不法侵害的人,故“对于由人所引起的危险而言”,正当防卫其实“是专门针对危险来自于正在进行的不法侵害这一情形所设定的、具有优先性的特别规范”。^[68]可以认为,防御性紧急避险是反击型紧急权的普通法条,而正当防卫则是其特别法条。^[69]二者的适用关系如下:

①只要确定存在正在进行的不法侵害,则排除防御性紧急避险的适用,仅考虑正当防卫。^[70]因为,在此情形下,一旦反击行为满足正当防卫的行为要件,即足以阻却行为的违法性,没有进一步检验紧急避险的必要;反之,若反击措施不符合正当防卫的行为要件,则由于防御性紧急避险的行为要件比正当防卫更为严格,故该行为也不可能满足防御性紧急避险的要求,行为必然违法。

②若正在进行的不法侵害这一要件未获满足,则行为仍有可能根据防御性紧急避险得以

[67] 参见陈璇:“正当防卫中的公力救济优先原则”,《法学》2017年第4期,第26页。

[68] Kühl (Fn. [16]), § 8 Rn. 57.

[69] Vgl. Sven-Markus Thiel, Die Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, 2000, S. 97ff.

[70] Vgl. Helmut Gropengießer, Das Konkurrenzverhältnis von Notwehr (§ 32 StGB) und rechtfertigendem Notstand (§ 34 StGB), Jura 2000, S. 266.

合法化。我国传统的正当化事由理论历来认为,一旦认定正当防卫的前提要件不具备,则行为就彻底丧失了正当化的可能;于是,在通说看来,不法侵害这一要件所包含的限制性要素越多,行为人正确认知正当防卫前提事实的难度也就越大;所以,为了保证公民在紧急关头能够有效维护自身法益,也为了降低防卫行为入罪的几率,有必要尽量简化防卫前提要件所包含的要素。可是,通说忽视了在正当防卫和防御性紧急避险的竞合关系中所隐藏的正当化空间。举一例来说明:

司机甲在正常驾驶轿车的过程中,突然癫痫病发作,导致车辆失控撞向路边有多人聚集的摊档。在此千钧一发之际,乙误以为甲是亡命之徒,遂迅速驾驶卡车冲上前将轿车撞翻,导致甲重伤。

假定我们认为,作为正当防卫前提要件的不法侵害,除了需要具有客观的法益侵害危险之外,还必须具备故意或者过失,那么本案的分析思路如下:①首先可以确定的是,由于甲当时处在不可抗力的压制之下,故其失去意志支配的举动不属于不法侵害,乙致其重伤的行为无从成立正当防卫。②对于罪刑规范的法条竞合来说,“适用特别法条优于普通法条的原则,是以行为同时符合特别法条与普通法条规定的犯罪构成要件为前提的。”^[71]若某一行为虽不符合特别法条所规定之罪的构成要件,却符合了普通法条所规定之罪的全部构成要件,则没有理由以“特别法条优于普通法条”为由排斥普通法条的适用。^[72]同理,正当防卫优于防御性紧急避险,也是以两种紧急权的前提要件已同时获得满足为先决条件的。若案件中的具体事态不符合正当防卫的前提要件,却符合了防御性紧急避险的前提要件,则完全可以展开对防御性紧急避险之行为要件的判断。就本案来说,甲所辖的权利空间在客观上引起了针对路人人身安全的严重危险,故防御性紧急避险的前提条件已经具备。接下来需要考察防御性紧急避险的行为要件。首先,由于在当时,轿车突然近距离冲向人群密集的狭小空间,无论是寻求公权力救助还是组织路人疏散均无济于事,故果断将引发危险的车辆撞开,就是当时条件下唯一能够及时有效避免发生多人死伤惨剧的措施。于是,紧急避险所要求的“不得已”要件已得到满足。其次,乙的这一行为以导致甲重伤的代价,保全了不特定多数人的生命健康,其损害的法益小于保护的法益,符合防御性紧急避险的限度要件。最后,从主观上来看,尽管乙误将甲认作“不法侵害人”,但他对甲是危险来源者这一事实却有着正确的认知。乙的这一认识错误相当于罪刑规范领域中所谓的“抽象的事实认识错误”。就抽象事实认识错误而言,可以在所涉两罪相重合的范围内认定行为人具有故意;同理,此处也可以在两种紧急权前提要件相重合的范围内,即“甲是危险来源者”这一点上肯定乙具有避险意识。综上可以得出结论,乙导致甲重伤的行为成立防御性紧急避险。③假设乙的行为不满足防御性紧急避险的行为要件(例如避险行为并非出于不得已,或者超出了合法限度),那么在正当化的所有可能性均已断绝的情况下,就

[71] 张明楷:《刑法分则的解释原理》,中国人民大学出版社2011年版,第730页。

[72] Vgl. Rissing-van Saan, in: LK-StGB, 12. Aufl., 2006, vor § 52 Rn. 120.

需要考察是否存在免责事由或者刑罚减免事由:其一,假想防卫。若乙对于甲并未实施不法侵害的事实毫无预见可能,则其行为成立意外事件;反之,则构成过失致人重伤罪。其二,避险过当。在认定乙的防御性避险行为在客观上超过必要限度的情况下,需结合《刑法》第21条第2款的规定,判断丙究竟是因为欠缺罪过或者期待可能性而无罪,还是需要承担刑事责任但应予减轻或者免除处罚。

由此可见,在行为人对不法侵害的事实发生误判的情况下,有足够多的出罪渠道避免使行为人背负过于沉重的负担。一则,即便由于不法侵害的要件未得到满足而导致反击措施无法成立正当防卫,该行为也完全可能落入到以抵御一切危险为宗旨的防御性紧急避险所开辟的兜底式正当化空间之内;二则,纵使正当化的所有尝试均无果而终,在行为人对误判的发生不具有避免可能性的情况下,仍可以根据正当化事由之事实认识错误(即容许性构成要件错误)的原理实现出罪。

(三)“想象竞合”中的行为定性

反击型紧急权与转嫁型紧急权原本处在互不交织的关系之中,故二者无法发生法条竞合。但两类紧急权有可能基于特殊的案件事实同时现身于一个紧急行为之上,从而呈现出类似于罪刑规范中想象竞合的状态。其中,最为典型的是正当防卫与攻击性紧急避险之间的“想象竞合”,即同一紧急行为既给不法侵害人造成了损害,又不可避免地伤及无辜第三人的法益。根据诱发两权竞合的不同事实类型,具体又可以划分为以下两种情形:一是因防卫对象与第三人相捆绑而发生的竞合。即,由于不法侵害人与无辜第三人连成了一个难以分割的整体,故行为人在对侵害人展开反击时也伤及了第三人。例如,A在闹市中劫持B为人质,他左手控制住B将其抵挡在前,右手则开枪向人群射击,C为了及时制止暴行,只得举枪向A还击,但由于A和B的身躯紧密相靠,故C射出的枪弹在击毙了A的同时也将B打成重伤。二是因防卫工具与第三人相捆绑而发生的竞合。即,由于行为人所使用的防卫工具涉及到无辜第三人的法益,故行为人在利用该工具向侵害者展开反击的过程中也给第三人造成了损害。例如,X故意驾驶机动车撞击正进行嘉年华狂欢的人群,出租车司机Z恰好搭载乘客Y驶经此地;在来不及让Y下车安全转移的情况下,Z驾驶出租车将X的车辆撞翻,致使X和Y均身负重伤。对于罪刑规范领域中的想象竞合,适用的是从一重罪处断的原则。那么,在不同紧急权发生“想象竞合”的情况下,最终决定紧急行为整体合法性的,究竟是限度标准较为宽松的正当防卫,还是行为要件较为严格的攻击性紧急避险呢?结合上述两个案例来说,需要回答的问题就是:在判断C和Z的反击行为是否合法时,是只需检验他们对不法侵害人(即A和X)造成的损害是否符合防卫限度的要求就够了,还是必须同时考察其行为给第三人(即B和Y)造成的法益损害是否符合紧急避险的行为要件呢?笔者认为:当一个紧急行为同时损害了不法侵害人和无辜第三人的利益时,应当遵循“从严原则”,即类似于“木桶原理”所说的一个木桶的总蓄水量取决于它最短的那根木板,该紧急行为整体可被允许的损害限度必须受制于条件较为严格的紧急权;故只能使正当防卫权的行使因顾及攻击性紧急避险的谨慎性而受到限制,不能让攻击性紧急

避险权迁就于正当防卫权的强势性而得以扩张。理由如下:

首先,“有利于被告人”的原则不能适用于紧急权“想象竞合”的处理。王政勋教授曾指出:“防卫行为本身导致第三者合法权益损害的,是防卫行为与避险行为的竞合。由于法律对正当防卫的条件放得较宽而对紧急避险的条件要求得更严,按照有利于行为人的原则,仍应以正当防卫论处。”〔73〕可是,暂且不说“存疑有利于被告”的原则仅适用于事实有疑问的情形、而不能适用于法律解释有争议的场合,〔74〕这一见解可能还忽视了关键的一点,即:作为赋权事由,紧急权在决定行为人是否承担刑事责任的同时,也直接影响着相关公民的权利义务关系。所谓“有利被告人”,是指国家在刑事追诉过程中因为事实真相存疑而对行为人不予定罪或者仅论以较轻的犯罪。该原则仅仅是对行为人的刑事责任作出了有利于他的推定,却丝毫不会对行为人和被害人之间的权利分配格局产生影响。然而,在紧急权出现了想象竞合的场合,究竟是以强势的正当防卫还是以内敛的攻击性紧急避险去界定被告人行为的合法限度,这不仅仅涉及行为人是否承担刑事责任的问题,更是关乎行为人的侵入权利以及与此相对应的被害人忍受义务的边界问题。所以,在处理紧急权“想象竞合”的问题时,我们不能只顾着关心行为人的利益,而必须将受害者一方的利益也作为关键性的因素置于考量的天平之上。

其次,如前所述,紧急行为受害者应当在多大范围内承担忍受义务,这取决于利益冲突的产生是否以及在多大程度上可归责于他。欲令受害人忍受极端凌厉的正当防卫权,前提是能够认定他以自己的不法举动对他人的法益造成了侵害。可是,无论是在防卫对象与第三人相捆绑,还是防卫工具与第三人相捆绑的情形中,第三人自始至终都是被迫卷入到利益冲突当中,没有实施过任何能够被评价为不法的行为。〔75〕在此情况下,第三人法益的值得保护性与防卫行为试图保护的法益并无高下之分。所以,没有理由将第三人在法律上所享有的保护地位降格至和不法侵害人相同的水平,也没有理由仅仅为了使防卫行为得以顺利实施就随意牺牲第三人的利益。

最后,间接正犯的法理,不能成为要求被利用者承担与利用者相同程度忍受义务的理由。针对侵害人与第三人连成一体、而且侵害人利用第三人人身为工具发起袭击的情形,陈家林教授主张反击行为应整体以正当防卫定性。其理由在于:利用第三人身体损害他人法益的行为属于间接正犯,既然被利用者的举动可以被视为间接正犯行为的组成部分,那么针对被利用者的反击也就可以看成是针对利用者的防卫。〔76〕可是,间接正犯的原理只是说明,从规范上来看,被利用者的举动相当于利用者自己的行为,被利用者引起的结果相当于利用者自己引起的结果。〔77〕然而,从这一点出发我们却根本无法推导出被利用者因反击而遭受损害,就等于是

〔73〕 王政勋,见前注〔24〕,第157页。

〔74〕 Vgl. Yvonne Ott, in: KK-StPO, 8. Aufl., 2019, § 261 Rn. 71.

〔75〕 参见钱叶六:“防卫行为的结果伤及第三人的教义学分析”,《法律科学》2019年第2期,第79页。

〔76〕 参见陈家林:“防卫行为与第三者法益侵害”,《甘肃政法学院学报》2008年第2期,第18页。

〔77〕 Vgl. Jakobs (Fn. [41]), S. 75; Urs Kindhäuser, Strafrecht AT, 8. Aufl., 2017, § 39 Rn. 7ff.

利用者遭受了损害的结论。因为,无论是从事实还是从规范上来说,被害者就是法益受到现实损害的人,不存在被利用者所遭受的损害,可以因为他是别人操纵的工具而转移给幕后指使者的道理。

四、紧急权合法限度的层级化

紧急权的行为要件,尤其是限度要件的判断,历来是正当化事由司法实践中最富争议的问题。从方法论上来说,对紧急权限度的探讨应当重视以下两个基本的思维:一是体系协调的思维。对单个紧急权限度条件的界定不能“一叶障目,不见泰山”,而需要在整体把握它与其他紧急权之间的区别以及衔接关系的基础上来进行。二是追根溯源的思维。由于任何一种紧急权的行使限度,均与其专有的正当化根据须臾不可分离,所以无论是对成文限度要件的解释,还是对空白限度要件的填补,都必须追溯至紧急权的本质。我国传统的正当化事由理论恰恰在这两方面均有所缺失,导致通说长期以来习惯于千篇一律地套用单一、粗放的法益衡量公式,却未能精确地为具体紧急权配置与其正当化根据以及体系地位相适应的限度判断标准。

(一)比例原则框架下紧急权限度的界定

首先可以确定的是,由于自损型紧急权完全建立在公民自我决定权的基础之上,故这类权利的程度仅仅取决于被害人本人的意愿或推定的意愿。因此,需要在此着力探讨的,是反击型以及转嫁型紧急权的限度。笔者将以比例原则为基本框架,^[78]对紧急权的限度条件进行较为系统的梳理。由于所有的反击型和转嫁型紧急权,无一不以维护法益的安全为使命,这一目标必然正当,故在此没有必要进行目的正当性的检验。

1.适当性原则

某一行为要成立紧急权,首先必须适于实现法益保护的目的是。旨在为公权力介入纠纷创造条件以及以辅助实现国家刑事追诉利益为目标的紧急权,其行使力度在适当性阶段就已经受到了严格的管控。就自助行为来说,如前所述,作为“短缩的正当防卫权”,该行为并不能直接实现请求权,而只能为相关纠纷的解决排除障碍、创造条件。既然法秩序已经预设,在自助完成之后最终仍需经由诉讼等法定程序才能实现请求权,那它就不可能允许自助措施危及义务人的生命。同理,扭送的目的在于将犯罪嫌疑人移交司法机关,从而为刑事追诉程序的顺利进行创造有利条件;同时,刑事诉讼的展开又是以犯罪嫌疑人存活为前提的,故杀害犯罪嫌疑人的行为不可能与扭送权的目的相吻合。^[79]

[78] Vgl. Bernd Grzeszick, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, GG, 86. EL Januar 2019, Art. 20 VII, Rn. 110ff.

[79] Vgl. Markus Wagner, Das allgemeine Festnahmerecht gem. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO als Rechtfertigungsgrund, ZJS 2011, S. 473.

2. 必要性原则

公民在行使紧急权时,若有多种措施能够同等有效地保护法益,则应当从中选择给对方法益造成损害最轻的那一种。关于必要性的内容已争议不大,目前最值得探讨的是必要性的判断标准问题。必要性的判断在本质上涉及的是行为人与受害者之间的风险分担问题,故究竟应当选择事前还是事后标准,就取决于利益冲突的可归责性。

①强归责。关于正当防卫必要性的判断,应当采取防卫人个人化的事前判断标准。即,应当将一名配备了防卫人认识能力的理性标准人置于行为当时的情境之中,以他所认识到的侵害事实作为判断防卫限度的基础。这一判断标准,无疑将误判的风险更多地分配给了侵害者一方,这是由侵害者对于利益冲突的强答责性所决定的。不法侵害的成立,意味着利益冲突是由被防卫者以违反法义务的方式引起的。故侵害人本身就负有停止侵害、消除冲突的法律义务。若他本人拒不履行该义务,而是由其他公民以防卫的方式出面制止了不法侵害,则可以认为是防卫者代侵害人履行了后者所负有的义务。由侵害人与防卫人双方的信息不对称所决定,后者在试图平息利益冲突的过程中,不免会因为对侵害事实缺乏了解,故为了在局势不明朗的急迫情形下确保自身安全,而不得不制造出与侵害人自己履行义务的情形相比更为高昂的排险成本。因此,由防卫人合理误判所产生的这种额外成本,就不能由防卫人,而必须悉数由侵害人自己去承受。

②弱归责。防御性紧急避险行为必要性的判断,应当适用与正当防卫相同的标准。尽管防御性紧急避险的受害人对于危险的生成往往缺乏实际的避免能力,但不可否认的是,诱发利益冲突的危险毕竟是从其独占的权利空间中产生。既然在这一领域中,权利人享有排他性的高度自由,其他公民未经许可无权介入其中,只能信赖该空间在权利人的监管下不会对他人的法益造成妨害和威胁;^[80]那么,一旦该空间给他人的法益安全造成了威胁,权利人作为保证人就负有及时排除该危险的义务。和正当防卫一样,在防御性紧急避险的场合,最终也是由第三人代替权利人履行了后者所负有的排险义务。由权利人对危险源的排他支配所决定,他对于危险源情况的了解远远优越于处在空间护墙之外的第三人。所以,因为对危险状况认识不准确而产生的误判风险,以及由此带来的较高排险成本,就不应由避险人、而只能由权利人来承担。

③不可归责。在攻击性紧急避险中,利益冲突的产生完全不可归责于避险行为受损者,他本不负有积极排险的法定义务,之所以让他在一定范围内分担利益冲突的消解成本,仅仅是基于团结原则的要求。故攻击性紧急避险行为是否具有必要性,应当以事后查明的行为当时客观存在的全部事实为基础,^[81]站在事前的时点,以一名对他人法益抱有足够谨慎态度的守法公民为标准人来进行判断。

[80] Vgl. Michael Pawlik, Der rechtfertigende Defensivnotstand, Jura 2002, S. 30.

[81] Vgl. Hans-Ludwig Günther, in: SK-StGB, 7. Aufl., 2000, § 34 Rn. 32; Erb (Fn. [55]), § 34 Rn. 105.

3. 狭义比例性原则

狭义比例原则对紧急权的制约强度,是与团结原则在紧急权正当化根据中占据的地位成正比的。团结原则在证立某个紧急权的合法性时所发挥的作用越大,该紧急权的行使强度就越严格地处在狭义比例原则的控制之下。因此,从总体上来说,从反击型紧急权到转嫁型紧急权,狭义比例原则的制约作用显示出由弱到强的渐变趋势。

①反击型紧急权。在正当防卫中,防卫限度原则上不受狭义比例原则的制约。首先,正当防卫与公民的法权地位乃一体两面,二者一损俱损。^{〔82〕} 国家除了需要消极地避免自己去侵犯公民的权利之外,还有责任积极地确保公民维护自身平等地位的途径畅通无阻、行之有效。^{〔83〕} 可是,一旦在正当防卫中引入狭义比例原则,就意味着公民在双方法益价值出现明显差距时必须对不法侵害加以退让和容忍,这无疑将打破该公民与不法侵害者之间的平等法律关系,使前者的人格地位屈居于后者之下。^{〔84〕} 其次,不法侵害者难以成为社会团结的对象。如前所述,团结归根结底是理性的利己主义者为了共同应对偶然的危险,出于实现自身利益最大化的长远之计而自愿作出的选择。在正当防卫中,尽管侵害人面临着遭受反击的危险,但这种险境完全是他在事先具备控制、避免能力的情况下自行引起的,根本不属于无法预测的意外风险。^{〔85〕} 因此,不法侵害人没有理由要求其他守法的公民与自己共同分担这一风险。

对于防御性紧急避险来说,避险限度受到狭义比例原则的弱制约,该原则的功能在于防止损益双方的法益显著失衡。一方面,既然引起利益冲突的危险来自于避险对象所独占的权力空间,那么与受到该危险威胁的法益相比,避险对象的值得保护性必然有所下降。但另一方面,由于避险对象者并未现实地实施违法行为,甚至因为意外原因而完全失去了对自己侵犯他人权利的行为加以预见和控制的能力,故由此产生的利益冲突对于危险制造者来说也同样属于意外风险。因此,其法益值得保护性的降低幅度不可能等同于正当防卫中的不法侵害人;基于社会团结原则,遭受危险者在不损害自身重大利益的前提下,应当在反击过程中给予对方一定的照顾和忍让。^{〔86〕} 由此决定,防御性紧急避险在以保证行为有效性为主的同时,其限度判断标准又严于正当防卫。在此,狭义比例原则发挥着一种个别纠偏和辅助调整的作用:“防御性紧急避险行为人所代表的利益原则上占据显著的优势,除非他给避险行为被害人所造成之损害的严重程度不合比例地高。”^{〔87〕}

〔82〕 Vgl. Luis Greco, Notwehr und Proportionalität, GA 2018, S.676.

〔83〕 Vgl. Wolfgang Frisch, Zur Problematik und zur Notwendigkeit einer Neufundierung der Notwehr-dogmatik, FS-Yamanaka, 2017, S. 63.

〔84〕 Joachim Hruschka, Die Notwehr im Zusammenhang von Kants Rechtslehre, ZStW 115 (2003), S. 222.

〔85〕 Vgl. Wolfgang Mitsch, Nothilfe gegen provozierte Angriffe, GA 1986, S. 545.

〔86〕 Vgl. Neumann (Fn. [50]), § 34 Rn. 86.

〔87〕 Hans-Ludwig Günther, Defensivnotstand und Tötungsrecht, FS-Amelung, 2009, S. 151.

②转嫁型紧急权。在攻击性紧急避险中,避险限度受到狭义比例原则的强制约,该原则的功能在于保证行为保护的法益明显高于损害的法益。由于被损害者是与法益冲突的引起无关的第三人,故其法益的值得保护性本身并无减损,侵害该人法益的紧急行为要得到正当化,唯一的根据在于社会团结原则。所以,狭义比例原则对攻击性紧急避险的限度要件提出了较为苛刻的要求:唯有当获得营救的利益在价值上明显高于受损害的利益时,避险行为才能正当化。对于公民扭送权来说,考虑到在现行犯的场所下,被扭送者毕竟是有较为明显犯罪嫌疑的人,与完全无辜的第三人略有不同,故扭送权的法益均衡标准应略宽于攻击性紧急避险,即只要扭送所实现的利益大体上高于被扭送者受损的利益,即可认为该行为符合了狭义比例原则。

(二)紧急权限度层级化的实践指导意义

在防卫限度的问题上,我国刑法学通说一直深受“基本相适应”思维的影响。然而,上文以紧急权体系为基础对于狭义比例原则作用强度的变化规律所作的分析却清楚地表明,真正需要受到“基本相适应”标准约束的,不是正当防卫,而是在一定程度上反映社会团结需要的防御性紧急避险。这么看来,通说是在缺少对紧急权进行体系化分析的情况下,把原本属于防御性紧急避险的限度判断标准,错安在了正当防卫身上。

从其本质和体系地位来看,正当防卫本应是一种适用面较窄但行使起来雷厉风行的紧急权。可是,结合本文第二部分的分析却不难发现,我国传统的正当防卫理论恰恰反其道而行之,使正当防卫表现出“宽进严出”的状况。即,通说一方面对正当防卫的前提条件认定得异常宽松,导致针对几乎一切来自于人的法益侵害均存在行使防卫权的空间;但另一方面又对正当防卫限度条件把握得极端严苛,导致近乎所有出现损益失衡的防卫行为皆无从合法化。一旦我们将其置于紧急权体系的整体视野之下,就能看到,这种在正当防卫两类要件之间出现的宽严倒置现象,严重地扭曲了正当防卫应有的法律形象。究其根源,就在于通说长期以来未能实现反击型紧急权内部的层级化,以致于一方面将一大批与正当防卫本质不符、本应接受防御性紧急避险检验的反击行为强行归入正当防卫的范畴,使得正当防卫的行使要件为了应对由此产生的“排异反应”不得不发生各种变形和异化;另一方面,又给正当防卫权的行使套上了本来用于约束防御性紧急避险的法益均衡要件,由此为正当防卫司法实践中的唯结果论倾向提供了理论助推。如果确立了防御性紧急避险在紧急权体系中的独立地位,那就必须将只能配以较弱强度行使要件的反击型紧急权从正当防卫中分流出去,这样一来就能有效疏解正当防卫目前承受的压力。于是,通过收紧防卫权的前提条件、同时又放宽防卫权的限度条件,有助于恢复正当防卫“严进宽出”的本来面貌,使之真正成为锋芒凌厉但又适用谨慎的反击型紧急权。

五、结 语

重视法教义学的体系化机能和推进法律续造的作用,这对于法定紧急权的解释和适用至关重要,也为不成文紧急权要素的规范填补所不可或缺,还能为紧急权的超法规类推适用和立

法完善提供必要的理论支持和准备。本文对紧急权的体系化方法与适用原理进行了总体勾勒,得出以下主要结论:

1. 确定紧急权的正当化根据,是展开紧急权体系化工程的前提

权利空间分配原理是紧急权大厦的最初缔造者,由此建立起自损型和反击型紧急权;在此基础上,侵害风险归责的视角实现了反击型紧急权内部的层次划分,把对应于强答责侵害的正当防卫和对应于弱答责侵害的防御性紧急避险区隔开来;最后,团结义务的引入,则进一步使转嫁型紧急权获得了立足的空间。

2. 关于紧急权之间的适用位阶和竞合关系,可以提炼出以下基本规律

①三大类型的紧急权之间相互排斥;在检验某一紧急行为的正当性时,应优先考虑自损型紧急权,其次考虑反击型紧急权,最后考虑转嫁型紧急权;②在同一类型紧急权的内部,具体权利在前提要件的内容上可能有所重合,从而发生类似于法条竞合的关系;当某一事实状态同时符合多个紧急权的前提要件时,应适用特别法由于普通法的原则。③当同一紧急行为因损害了多个对象而涉及不同类型的紧急权时,相应权利之间出现类似于想象竞合的关系,该行为整体的合法性限度受制于行为要件最为严格的紧急权。

3. 紧急权的行使限度存在着严格的层级划分

从反击型到转嫁型紧急权,法益均衡原则(狭义比例原则)对紧急权限度的制约力总体呈现出逐级递增的趋势。

表 1 紧急权的种类、正当化根据与合法限度

类 型	具体种类		正当化根据	合法限度			
				目的正当性原则	适当性原则	必要性原则	狭义比例原则
自损型紧急权	被害人承诺,推定的被害人承诺		自我决定权	/			
反击型紧急权	强答责	正当防卫,自助行为(短缩的正当防卫)	法权地位平等	√	√	√	极弱
	弱答责	防御性紧急避险	法权地位平等 + 社会团结	√	√	√	弱

转嫁型紧急权	攻击性紧急避险	社会团结	√	√	√	强
	公民扭送权					

Abstract: The construction of a system of emergency rights with clear logic and structure is the indispensable way to comprehensively improve the research of emergency rights. Firstly, from the perspective of spatial distribution of rights, the self-destructive emergency right and the counter-attack emergency right can be established. Secondly, under the guidance of the principle of imputation, the counter-attack emergency right should be further divided. Finally, by introducing the principle of social solidarity, the transfer-type emergency right is established. The three types of emergency rights are independent and mutually exclusive, and the test should comply with the order of "self-destructive type first, counter-attack type second and the transfer-type the last". There may be a kind of relationship, which seems like the overlap of articles of law, between the various rights within the counter-attack emergency right, because of the overlaying of the preconditions. The emergency rights have a hierarchical structure. From the counter-attack emergency right to the transfer-type emergency right, the restrictive effect of the narrow proportional principle generally shows a gradual trend from weak to strong.

Key Words: Emergency Rights; Competitive Use; Self-defence; Defensive Necessity; Presumed Victim Promises

(责任编辑:车 浩)