

澳門民法上生命衝突的超法規緊急避險

吳奇琦*

摘要 根據舊日見解，緊急避險不得阻卻生命權侵害行為不法性。然而，此說未能正確認識兩類緊急避險所犧牲法益實不相同：“攻擊型緊急避險”犧牲的是局外人的利益；“防禦型緊急避險”犧牲的則是危險由來者的利益。前者理念在於社會團結與社會效益，無法證成不法性阻卻；後者理念在於自我防衛權，應與正當防衛一樣可阻卻不法性。故在後一情形，應採新近見解承認“超法規緊急避險”阻卻不法性，其合比例性要件應寬於“攻擊型緊急避險”、嚴於正當防衛。否則，將在利益衡量上有錯誤分配，導致出現“不同情形相同處理”的不公正結果，使“防禦型緊急避險”的行為人受過分箝制，不利其法益保衛。

關鍵詞 超法規緊急避險 攻擊型緊急避險 防禦型緊急避險 生命權 澳門民法

一、問題所在

澳門民法典規定，生命權不受法定限制（第 70 條第 2 款^[1]）。然而，對此款規定的解釋，應當斟酌體系因素，一併考量其他制度。因此，有學說（例如 Paulo Mota Pinto, 1999 年）正確地認為，第 70 條第 2 款無礙“不法性阻卻事由”的適用。^[2]實際上，理論界素來承認正當防衛（第 329 條）可阻卻生命權侵害行為的不法性（例如 Capelo de Sousa, 1995 年）^[3]。惟有疑問的是：緊急避險（第 331 條）可否同樣阻卻不法性？

根據傳統觀點，鑑於實定法的緊急避險“合比例性”（*proporcionalidade*）要件“保全之利益

* 吳奇琦，澳門大學法學院澳門法學系助理教授、人文社科高等研究院禮任年輕駐院學人，法學博士。

本文係澳門大學科研資助成果。項目名稱：Research and Publication Project on Jurisprudence / Macau Positive law / Legal History；批准文號：SRG2021-00021-FLL。本文作者擔任主研究員。

[1] 澳門民法典第70條（生命權）第2款：“生命權不得放棄或轉讓，亦不得受法定或意定之限制。”

[2] Paulo Mota Pinto, Os Direitos de Personalidade no Código Civil de Macau, in Boletim da Faculdade de Direito de Macau, n.º 8, 1999 (p.89-125), p.108: “生命法益甚至在明確的法定條件下也不得被剝奪（然而，這顯然不影響人類生命侵犯的不法性在相關條件下適用那些一般性阻卻事由）。”（“aquele bem jurídico [=bem jurídico ‘vida humana’] não pode ser suprimido nem sequer em condições jurídicas precisas, fixadas na lei (sem prejuízo, obviamente, da aplicação das causas gerais de exclusão de ilicitude às ofensa à vida humana, nas respectivas condições).”）譯文為本文作者所譯。

[3] Rabindranath V. A. Capelo de Sousa, O Direito Geral de Personalidade, Coimbra Editora, 1995, p. 209 e p. 210, nota 413.

明顯大於犧牲之利益”（第331條第1款b項），即使在最極端的情形，亦即為保全某人生命而犧牲他人生命，也不可能以緊急避險阻卻不法性。然而，在立法論的層面上（*de iure constituendo*），此種規定是否合理？若不合理，在實定法的層面上（*de iure constituto*），可否認定存在法律漏洞，進而經由填補予以修正？（第9條，無論是第1至2款容許的類推適用，抑或第3款容許的規範創制）

實際上，已有新近見解（Duarte Rodrigues Nunes, 2017年^[4]）主張，儘管法無明文，但仍應認定緊急避險有可能阻卻不法性。此即所謂“超法規正當化事由”（*causa de justificação supralegal*）或者說“超法規不法性阻卻事由”。無論是就理論或實務而言，此說皆意義重大，亟待檢視。然而，迄今尚無專書或專文引介評論此說，本文冀能補白。為此，下文將先概述緊急避險的概念，為後文的討論提供必要基礎，然後分別檢視舊日見解與新近見解，最後則是提出本文見解，檢討二者^[5]。

二、緊急避險概述

緊急避險，是指為排除正在發生的危險，而在不能求諸正常強制方法^[6]（即求助於公共當局，例如等待消防員或救援隊到場協助）時，以法律容許的限度，合比例地犧牲相對人的利益。若構成緊急避險，則侵害他人權利的行為，其不法性會被阻卻（第331條第1款：“為法律所容許”）。

就危險的來源而言，危險可以是源於任何原因：它既可源於自然事件，也可源於人的舉止，^[7]包括作為或不作為。然而，若是受害人的舉止，則僅限於“非由意思支配的舉止”（*conduta não voluntária*），諸如夢遊或被催眠狀態下的舉止。^[8]否則，若是由受害人意思支配的舉止，則已屬於

[4] Duarte Alberto Rodrigues Nunes, O Estado de Necessidade em Direito Civil, in *Julgar*, março de 2017, p.1-103.

[5] 至於澳門刑法上的緊急避險，則不在本文討論範圍，請參見以下著作，其闡述甚詳，足堪參照：趙國強：《澳門刑法概說（犯罪通論）》，澳門基金會、社會科學文獻出版社2021年版，第247頁以下；徐京輝：《澳門刑法總論》，澳門基金會、社會科學文獻出版社2017年版，第443頁以下；Manuel Leal-Henriques, *Anotação e Comentário ao Código Penal de Macau, Vol. I, Centro de Formação Jurídica e Judiciária*, 2013, art.º33; Manuel Leal-Henriques著，盧映霞、陳曉疇譯：《澳門刑法定注釋及評述》，第一冊，澳門法律及司法培訓中心2015年版，第33條。總的來說，澳門刑法學界尚遵從傳統見解，未有主張應視乎緊急避險是防禦型抑或攻擊型而決定是否承認其阻卻不法性，也無提及此種理論。在葡萄牙刑法學界，持此傳統見解者如Figueiredo Dias, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I: Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime, 2.ª Edição*, Coimbra, 2007, p.461 et seq.; 其中文版參見[葡]喬治·德·菲格雷多·迪亞士：《刑法總論（第一卷）基礎問題及犯罪一般理論》，關冠雄譯，社會科學文獻出版社2021年版，第299頁以下。但在刑法學上，傳統見解也已越來越遭受質疑。例如，專研緊急避險的Taipa de Carvalho, 便認為即使是在刑法上，防禦型與攻擊型緊急避險，因利益衡量截然不同，實應區別對待，參見Américo Taipa de Carvalho, *A Legítima Defesa*, Coimbra, 1995, p.289 et seq.; apud Duarte Alberto Rodrigues Nunes, O Estado de Necessidade em Direito Civil, in *Julgar*, março de 2017 (p.1-103), p.25, nota 79.

[6] 有別於自助行為（第328條第1款）與正當防衛（第329條第1款），法條並無明文規定這項前提（昔日1966年民法典第339條、現行1999年民法典第331條皆然），但學說認為這樣方見合理，參見Maria da Graça Trigo, *Comentários ao art.339.º, § 4, II*, in Luís Carvalho Fernandes e José Brandão Proença (Coord.), *Comentário ao Código Civil: Parte Geral*, Universidade Católica Editora, 2014.

[7] 危險甚至可以源於緊急避險人自己的舉止。若其有過錯，則在賠償問題上有特別規定：即使其行為不法性被阻卻，但仍可例外地成立非合同責任。此即“合法行為責任”的一種。若僅因其過錯引起危險，則其應全額賠償受害人（第331條第2款第一部分）；若非僅因其過錯引起危險，則由法院依衡平原則定出賠償（第331條第2款第二部分）。

[8] Maria da Graça Trigo, *Comentários ao art. 339.º, § 4, II*, in Luís Carvalho Fernandes e José Brandão Proença (Coord.), *Comentário ao Código Civil: Parte Geral*, Universidade Católica Editora, 2014; Duarte Alberto Rodrigues Nunes, O Estado de Necessidade em Direito Civil, in *Julgar*, março de 2017 (p.1-103), p. 33.

正當防衛制度規範的領域，而非適用緊急避險制度。^[9] 源於自然事件的危險，例如落雷起火引發危險；源於人的舉止的危險，例如人為縱火引發危險^[10]。

就危險所危及的人而言，危險可以是危及任何人：它既可以是緊急避險人自己正面臨的危險，也可以是第三人正面臨的危險，此乃出於共同體互助理念，^[11] 如同正當防衛第三人的情形那樣。排除自身危險，例如：被困火場的甲（緊急避險人）為免自己死亡而打破乙（相對人）房屋門窗，讓自己得以逃生；排除第三人危險，例如：火場外的甲（緊急避險人）為免被困火場的丙（第三人）死亡而打破乙（相對人）房屋門窗，讓丙得以逃生。

就避險行為所犧牲的人而言，或者說，這名受害人既可以是“危險由來者”即造成危險狀態的人，也可以是其他人。在前一情形，被犧牲者是“局內人”，例如緊急避險人將事主的起火物品毀滅；在後一情形，被犧牲者則是“局外人”，例如緊急避險人為逃出火場而將非事主房屋的門窗打破。此即“防禦型緊急避險”與“攻擊型緊急避險”之分。這種區分對本文論題而言是關鍵性的。為更好地進行闡釋，容後於下文進一步結合本文論題詳細展開。^[12]

三、舊日見解：緊急避險非生命權法定限制

根據舊日見解，民法上生命權所受的唯一法定限制是正當防衛，至於緊急避險並不能阻卻生命權侵害的不法性（例如 Capelo de Sousa, 1995 年^[13]）。歸根究柢，這種見解的理據在於實定法的規定：

就舊法而言，以往 1966 年民法典的緊急避險制度（第 339 條），只規定了緊急避險可以犧牲財產利益（對物進行毀滅或毀損^[14]）（第 339 條第 1 款^[15]），而無規定緊急避險可以犧牲人身利益，因而更無規定可以犧牲生命。^[16] 就新法而言，現行 1999 年民法典的緊急避險制度，雖已不將

[9] Maria da Graça Trigo, Comentários ao art. 337.º, §4, II, in Luís Carvalho Fernandes e José Brandão Proença (Coord.), Comentário ao Código Civil: Parte Geral, Universidade Católica Editora, 2014; Maria da Graça Trigo, Comentários ao art.339.º, § 4, II, in Luís Carvalho Fernandes e José Brandão Proença (Coord.),Comentário ao Código Civil: Parte Geral, Universidade Católica Editora, 2014; Duarte Alberto Rodrigues Nunes, O Estado de Necessidade em Direito Civil, in Julgar,março de 2017 (p. 1-103), p.55.

[10] Luís A. Carvalho Fernandes, Teoria Geral do Direito Civil-II (Fontes, Conteúdo e Garantia da Relação Jurídica), 5.ª edição, Universidade Católica Editora, 2010, p.728.

[11] Maria da Graça Trigo, Comentários ao art. 339.º, § 4, II,in Luís Carvalho Fernandes e José Brandão Proença (Coord.), Comentário ao Código Civil: Parte Geral, Universidade Católica Editora, 2014.

[12] 參見本文第四章。

[13] Rabindranath V.A.Capelo de Sousa, O Direito Geral de Personalidade,Coimbra Editora, 1995, p.209 e p.210, nota 413.

[14] 學說認為，既然容許毀滅或毀損 (destruição ou danificação de coisas)，則更有理由 (a fortiori) 容許使用 (uso)、押收 (apropriação) 或持有 (detenção)，參見Maria da Graça Trigo, Comentários ao art. 339.º, § 4, II, in Luís Carvalho Fernandes e José Brandão Proença (Coord.), Comentário ao Código Civil: Parte Geral,Universidade Católica Editora, 2014.

[15] 1966年民法典，第339條（緊急避險）第1款：“毀滅或毀損他人之物的行為，若是旨在排除行為人或第三人明顯較大損害發生的現時危險，則屬合法。”（“É lícita a acção daquele que destruir ou danificar coisa alheia com o fim de remover o perigo actual de um dano manifestamente superior, quer do agente, quer de terceiro.”）譯文為本文作者所譯。

[16] 儘管1966年民法典這樣規定，但學界一直有見解主張擴張民法上緊急避險的適用，使其甚至可以犧牲人身利益 (bens pessoais)，例如Luís A. Carvalho Fernandes, Teoria Geral do Direito Civil-II (Fontes, Conteúdo e Garantia da Relação Jurídica), 5.ª edição, Universidade Católica Editora, 2010, p.728; Duarte Alberto Rodrigues Nunes, O Estado de Necessidade em Direito Civil, in Julgar, março de 2017, p.1-103.

利益限定為財產利益，而是包括人身利益（第 331 條第 1 款 b 項和 c 項的行文只是“利益”），但在“合比例性”要件上，法條要求“保全之利益明顯大於犧牲之利益”（第 331 條第 1 款 b 項），因此，即使是為了保全生命而犧牲生命，也不能構成民法典第 331 條的緊急避險，因為生命與生命屬同級利益。而且，基於相同理由，在刑事上也不能構成刑法典第 33 條的緊急避險從而阻卻不法性（因為第 33 條 b 項同樣要求“保全之利益明顯大於犧牲之利益”），而充其量只能由於“無期待（*expectativa*）可能性”（不能要求當事人不這樣做；*inexigibilidade de outra conduta*）而構成刑法典第 34 條的緊急避險從而阻卻罪過，因為緊急避險人不能被期待犧牲自己生命來成全他人活下去。

總言之，根據舊日見解，在犧牲生命的情形，緊急避險充其量只是刑事上的罪過阻卻事由（*causa de exclusão da culpa*），亦即“罪過阻卻型緊急避險”（*estado de necessidade desculpante*），而不可能是民事上或刑事上的不法性阻卻事由或稱正當化事由，亦即“不法性阻卻型緊急避險”或稱“正當化緊急避險”（*estado de necessidade justificante*）。“罪過阻卻型緊急避險”的經典例子，是古希臘學者 Καρνεάδης（*Carnéades*）所虛構的以下個案：在一場海難中，水手甲、乙二人為了求生，游向一塊只能承載一人的漂浮木板，後到的乙將先到的甲推開，致甲死亡。此即所謂“卡爾尼底斯之板”（*Tábua de Carnéades*）案型。此例有各式現代版本，例如：遇海難者為了自救，而搶去別人的救生圈，致後者死亡。^[17]

四、新近見解：“超法規緊急避險”的採納

（一）“攻擊型緊急避險”與“防禦型緊急避險”之分

舊日見解，乃是以實定法的規定為依據。根據實定法，緊急避險的確不可能阻卻生命權侵害的不法性。然而，有新近見解（例如專研民法上緊急避險的 Duarte Rodrigues Nunes 法官，2017 年^[18]）認為，這種立法有一概而論之虞，未能正確認識緊急避險有不同形態。依此新近見解，假如在任何情形下，皆一律適用法定的“合比例性”要求，將導致極不合理的結果。因此，在某些情形下，必須在實定法以外承認另一種“合比例性”要求截然不同的緊急避險，以阻卻不法性，此即所謂“超法規的正當化事由”（*causa de justificação suprallegal*）。應當澄清的是，這並不是無視實定法規定，相反正是根據民法典的法律漏洞填補機制（第 9 條）進行補漏。

根據這種新近見解，緊急避險必須被區分成“攻擊型緊急避險”（*estado de necessidade agressivo*）與“防禦型緊急避險”（*estado de necessidade defensivo*）兩種，分開討論。此即所謂緊急避險的“區分說”（*teoria diferenciada*）。之所以要區分，是因為這兩種形態的緊急避險，各自的理念依據大不相同，這使問題的利益衡量也截然迥異，進而決定性地影響緊急避險可否阻卻生命權侵害行為的不法性。否則，若根據舊日見解而對這兩種緊急避險進行劃一規範，將在利益衡量上有錯誤分配，導致出現“不同情形相同處理”的不公正結果，使“防禦型緊急避險”的行為人受過分箝制，不利其法益保衛。

“攻擊型緊急避險”與“防禦型緊急避險”之分，^[19]標準在於受害人（緊急避險行為的相對

[17] Rabindranath V. A. Capelo de Sousa, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, 1995, p.209, nota 412.

[18] Duarte Alberto Rodrigues Nunes, *O Estado de Necessidade em Direito Civil*, in *Julgar*, março de 2017, p.1-103.

[19] *Ibid.*, p.24 et seq. 少數見解例如 Pessoa Jorge 認為，“防禦型緊急避險”可被納入自助行為。參見 Fernando Pessoa Jorge, *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Almedina, 1999, p.259. 然而，這種見解實不足採，

人)的身分。為更便於理解,宜從“防禦型緊急避險”談起:“防禦型緊急避險”是指,緊急避險行為所犧牲的是“危險由來者”(causador do perigo)的法益,故緊急避險行為彷彿是針對此人進行的一種“防禦”;“攻擊型緊急避險”則是指,緊急避險行為所犧牲的並非造成危險者的法益,而是一名局外人的法益,故緊急避險彷彿是針對此人發起的一種“攻擊”。^[20]下文將分就這兩種形態的緊急避險,討論二者阻卻生命權侵害不法性的可能。

(二)“攻擊型緊急避險”:不阻卻生命權侵害的不法性

理論上之所以承認“攻擊型緊急避險”,有雙重依據(um fundamento dual),即“社會團結理念”(ideia de solidariedade social)與“社會效益理念”(ideia de utilitarismo social)。^[21]簡言之,前者要求共同體成員互助合作,後者旨在最小化不幸。因此,統合言之,承認“攻擊型緊急避險”,是旨在讓緊急避險行為相對人的利益以“社會團結”之名而被犧牲(sacrificado em nome da solidariedade social),從而達致最佳“社會效益”,亦即把法益保護最大化(maximização da protecção de interesses ou bens jurídicos),^[22]更具體言之,是保全互相衝突法益中顯較重要者。

因此,“攻擊型緊急避險”所造成的犧牲,必須符合上述理念,或者說,必須是根據上述理念可被證成的。所以,在生命衝突的情況,無論是“本義危險共同體”還是“擇一危險共同體”的案型,為了保全自己生命或第三人生命而進行“攻擊型緊急避險”犧牲相對人生命,皆不能被認為合法^[23]:

- “本義危險共同體”(“comunidade de perigo em sentido próprio”)案型:若干人皆有生命危險,行為人要麼選擇甚麼都不做,但全部人都會死亡,要麼選擇造成一(些)人死亡來拯救另一(些)人。^[24]

例如“洞穴探險者案”(the case of the speluncean explorers; o caso dos exploradores de cavernas):因山難而被困山洞的一群探險者,要麼全員餓死、要麼有人被犧牲吃掉。

- “擇一危險共同體”(“comunidade de perigo alternativa”)案型:有別於本義的“危險共同體”那種全體都有危險的情形,所謂“擇一危險共同體”是指,若行為人作為,若干人的其中一個(或若干群人的其中一群)才會置身危險,若行為人不作為,則不會有危險。^[25]換言之,將甲的危險轉嫁於乙,使甲脫身,故若甲有危險乙則無危險,

因為“防禦型緊急避險”是旨在移除由受害人以並非不法的方式引起的現時危險(remoção de um perigo atual causado, de forma não ilícita, pelo lesado),但自助行為則是旨在實現或確保權利,或者說阻止權利在實際上變得無用,因此,歸根究底,“防禦型緊急避險”是關乎行為人的“防禦舉動”(atuação defensiva),但自助行為則是關乎行為人的“攻擊舉動”(atuação agressiva),因為它不是旨在抵禦危險或攻擊(esconjurar um perigo ou uma agressão)。參見Duarte Alberto Rodrigues Nunes, O Estado de Necessidade em Direito Civil, in Julgar, março de 2017 (p.1-103), p.27, nota 84.

[20] Duarte Rodrigues Nunes將“攻擊型緊急避險”的受害人專門為“無辜者”(inocente)。參見Duarte Alberto Rodrigues Nunes, O Estado de Necessidade em Direito Civil, in Julgar, março de 2017(p.1-103), p.9 e p.24, nota 80.然而,本文認為這很容易引起誤解,因為“防禦型緊急避險”的受害人(例如失足連累同伴的登山者)雖然引起了危險,但在某種意義上顯然也是“無辜”的。

[21] 緊急避險教義上的這種效益主義(一譯“功利主義”),是指“消極型效益主義”(utilitarismo negativo),亦即旨在盡可能制止大量的不幸,因此這與古典的亦即“積極型效益主義”(utilitarismo clássico ou positivo)不同,後者是旨在盡可能容許大量的幸福。參見Duarte Alberto Rodrigues Nunes, O Estado de Necessidade em Direito Civil, in Julgar, março de 2017 (p.1-103), p.50, nota 164.

[22] Duarte Alberto Rodrigues Nunes, O Estado de Necessidade em Direito Civil, in Julgar, março de 2017 (p.1-103), p.4, nota 8.

[23] 是否構成“罪過阻卻型緊急避險”(刑法典第34條),則是截然不同的另一個問題,無關本文主旨。

[24] Duarte Alberto Rodrigues Nunes, O Estado de Necessidade em Direito Civil, in Julgar, março de 2017 (p.1-103), p.49-50.

[25] Ibid., p.49, nota 163.

反之亦然，二者擇一。

將危險轉嫁於另一人的情形，例如“卡爾尼底斯之板”：遇海難者為了自救，搶去另一人的單人救生圈，致其死亡；為了救人，而搶去另一人的單人救生圈，使後者死亡，這種類似情形亦然。將危險轉嫁於另一群人的情形，例如“扳道工案”（Weichenstellerfall; o caso do guarda do caminho-de-ferro/agulheiro）^[26]：一名扳道工（負責使路軌轉向的工人），察覺到一列貨運列車正駛近車站，將與一列滿載乘客的火車相撞，而他一旦將貨運列車轉向另一條線路，將導致正在該處工作的數名工人死亡。無論是將危險轉嫁於另一人或另一群人，若行為人不作為（不搶救生圈、不使列車轉向），並非全體都會死亡（因為被搶者不會死亡、另一條線路上工人不會死亡），故非“本義危險共同體”。

在上述任何一種情境，生命權侵害行為，其不法性都不應被阻卻。這是因為，“攻擊型緊急避險”的雙重理據即“社會團結理念”與“社會效益理念”無法支持這樣的正當化：其一，“社會團結理念”要求合作，但假如承認這樣的生命權侵害行為合法，則便會有人有權選擇誰死誰活（“direito de escolher quem morreria e quem sobreviveria”），這種結果反而有悖於“社會團結理念”；^[27]即使是協定以隨機方式例如擲骰子來選擇，看似“聽天由命”，但這種協定本身便也已不失為一種人為選擇。其二，“社會效益理念”旨在最小化不幸，但雙方生命同處最高法益層階，二者價值相同，無任一者顯較重要，故無法通過“社會效益理念”的落實方式即“比較得失”機制的檢驗。

因此，在“攻擊型緊急避險”的情形，維持適用實定法“不法性阻卻型緊急避險”的“合比例性”要件，即“保全之利益明顯大於犧牲之利益”（第331條第1款b項），可以得出合理結果：所保全的生命，其利益價值並不大於（因而更不會明顯大於）所犧牲的生命，故不能阻卻不法性。應當強調的是，在這裡雙方人數亦無關重要，因為生命之間除不得進行“質的權衡”外，也不得進行“量的權衡”（例如拯救1000人的生命，代價是造成1人死亡^[28]）。正因行為屬於不法侵犯，故被選擇犧牲生命的人，可進行正當防衛予以反抗（第329條第1款）。^[29]

（三）“防禦型緊急避險”：可阻卻生命權侵害的不法性

1. “防禦型緊急避險”作為真正防衛

有別於“攻擊型緊急避險”的理念依據在於“社會團結”與“社會效益”，“防禦型緊急避險”的理念依據則是在於，緊急避險人對“危險由來者”舉止的自我防衛權（direito de autodefesa

[26] Ibid., p.49, nota 163.尚參見Georgios Mangakis, Pflichtenkollision als Grenzsituation des Strafrechts, in ZStW (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft) 84, 1972, S. 470; apud Duarte Alberto Rodrigues Nunes, O Estado de Necessidade em Direito Civil, in Julgar, março de 2017 (p. 1 – 103), p.49, nota 163.此乃“扳道工案”較為人知的版本，其由德國法學家Hans Welzel於1951年提出，參見Hans Welzel, Zum Notstandsproblem, in ZStW (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft) 63, 1951, 1, S.47-56.但其實早在1930年，德國法學家Karl Engisch已有相似的思考：扳道工若甚麼都不做，則會有許多人喪生，若使列車轉向，會死的人則少得多，參見Karl Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, Liebermann, Berlin, 1930, S.288.類似的還有後來哲學上的“有軌電車問題”（Trolley-Problem），其由英國哲學家Philippa Foot於1967年才提出，案情大同小異：一輛有軌電車失控，將撞死五人，但若切換軌道，則會撞死另一條路軌上的五人，參見Philippa Foot, The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect, Oxford Review, 1967 (5), p.5-15.後來各種變體層出不窮。

[27] Duarte Alberto Rodrigues Nunes, O Estado de Necessidade em Direito Civil, in Julgar, março de 2017 (p.1-103), p.50.

[28] Rabindranath V. A. Capelo de Sousa, O Direito Geral de Personalidade, Coimbra Editora, 1995, p.205; Duarte Alberto Rodrigues Nunes, O Estado de Necessidade em Direito Civil, in Julgar, março de 2017 (p.1-103), p.49, nota 160.

[29] Duarte Alberto Rodrigues Nunes, O Estado de Necessidade em Direito Civil, in Julgar, março de 2017 (p.1-103), p.50.

face à conduta do causador do perigo)。^[30] 是否這裡所謂“危險由來者”，判斷標準在於：危險是否來自其法律領域（esfera jurídica de onde provém o perigo）。^[31] 由於“危險源”（fonte do perigo）既可以是人，也可以是物（例如易燃物品或動物），故舉例言之，若牛隻是“危險源”，則其所有權人或用益權人等即“危險由來者”。

如前所述，“攻擊型緊急避險”所犧牲的是局外人的利益，但“防禦型緊急避險”所犧牲的則是“危險由來者”的利益。正因為危險來自此人，故其負有“危險排除義務”（dever de afastar o perigo），而由於他無履行此項義務，故應當容許利益受威脅者或第三人干涉“危險由來者”的法律領域，以排除他有義務排除的、來自他的危險。因此，“防禦型緊急避險”並不是建基於“社會團結”與“社會效益”向“危險由來者”所施加的容忍義務（dever de tolerância decorrente da ideia de solidariedade ou de utilitarismo），而根本是針對其危險舉止的真正意義上的防衛（verdadeira defesa contra a conduta perigosa por ele adotada）。實際上，若犧牲利益等同甚至大於保全利益，也不可能根據“社會團結”與“社會效益”的理念來施加容忍義務。^[32]

2. “防禦型緊急避險”的“合比例性”要件

(1) 緒說

正因為“防禦型緊急避險”的理念依據在於“自我防禦權”，故“防禦型緊急避險”和正當防衛的相似度，更甚於“防禦型緊急避險”和“攻擊型緊急避險”的相似度。^[33] 這是由於，因正當防衛或“防禦型緊急避險”而受害的人，都是危險的因由（不法侵犯同樣會造成危險^[34]），而非局外人。正是鑑於理念上“防禦型緊急避險”偏離於“攻擊型緊急避險”、趨近於正當防衛，所以“防禦型緊急避險”的“合比例性”要件也應相應地有兩方面體現。換言之，其一方面應當寬鬆於“攻擊型緊急避險”，另一方面應當嚴格於正當防衛。茲分述之：

(2) 應當寬鬆於“攻擊型緊急避險”

“防禦型緊急避險”的“合比例性”要件，應當寬鬆於“攻擊型緊急避險”的“合比例性”要件。這是因為，鑑於兩種緊急避險的依據差異，兩者的利益衡量（ponderação dos interesses）不應相同：“攻擊型緊急避險”犧牲的是局外人的利益，而“防禦型緊急避險”犧牲的則是無排除危險的“危險由來者”的利益。在“防禦型緊急避險”的情形，正因為當事人是“危險由來者”而非局外人，其應移除危險但並無移除，故其值得受保護的程度會因而降低，相對地更應承受危險移除行為的影響。所以，應向“防禦型緊急避險”行為人給予相對較大的行為空間，即相應地加重利益被犧牲者的容忍義務。也就是說，鑑於受害人自己身為“危險由來者”，利益衡量標準應當有一定程度的倒置（se inverta o critério de ponderação），即使受害人甚至無過失亦然。^[35]

因此，假如“防禦型緊急避險”適用“攻擊型緊急避險”所適用的“合比例性”要件（第 331

[30] Ibid., p.9.

[31] Ibid., p.53.

[32] Ibid., p.9.

[33] Ibid., p.9, nota 21, p. 54.尚參見：Pawlik, Der rechtfertigende Defensivnotstand, in JURA, 2002, S. 27; Taipa de Carvalho, A Legítima Defesa, p. 286 et seq.; Lackner/Kühl, StGB, 24. Aufl., S. 210; Pinto de Albuquerque, Comentário ao Código Penal, p.159; Neumann, § 34, in Nomos Kommentar, I, 2.Aufl., S.1225; Hruschka, Extrasystematische Rechtfertigungsgründe, in Festschrift für Dreher, S.203; Michael Köhler, Strafrecht, Allgemeiner Teil, S.237; apud Duarte Alberto Rodrigues Nunes, O Estado de Necessidade em Direito Civil, in Julgar, março de 2017 (p.1-103), p.9, nota 21.

[34] Duarte Alberto Rodrigues Nunes, O Estado de Necessidade em Direito Civil, in Julgar, março de 2017 (p.1-103), p.9, nota 21, p.54.

[35] Ibid., p.59.

條第1款b項：“保全之利益明顯大於犧牲之利益”），便會過分箝制“防禦型緊急避險”行為人的行為。更甚者，假如這樣限制合法行事的可能，那麼，哪怕保全利益是等同於犧牲利益、甚至是非明顯地大於犧牲利益，行為的不法性便也都不能被阻卻，因而令“危險由來者”有可能以正當防衛進行反擊，這種結果對“防禦型緊急避險”而言是令人費解的。^[36]

總言之，實定法的“合比例性”要件，雖然適合“攻擊型緊急避險”，但並不適合“防禦型緊急避險”。因此，應當將第331條的緊急避險，限縮解釋成“攻擊型緊急避險”。應當澄清的是，之所以認為“防禦型緊急避險”不應適用“攻擊型緊急避險”的要件，並不是為了合理化報復或者說“算帳”（“ajuste de contas” ou pena de talião），而是旨在容許行為人受危險所威脅的利益，得到更湊效的保護。^[37]

(3) 應當嚴格於正當防衛

“防禦型緊急避險”的“合比例性”要件，不應適用實定法所定者，已如上述。那麼，其“合比例性”要件應當是怎樣的？有見解（Duarte Rodrigues Nunes）認為，應當類推適用正當防衛的“合比例性”要件，亦即“所引致之損失並非明顯超越該侵犯可引致之損失”（第329條第1款），易言之，犧牲利益必須不明顯大於保全利益。^[38]為方便指稱，本文姑且稱此說為“類推適用正當防衛要件說”。

然而，本文對 Duarte Rodrigues Nunes 的見解有所保留，理由如下：因正當防衛或“防禦型緊急避險”而受害的人，都是危險的因由（如前所述，不法侵犯同樣會造成危險），故兩者固然皆屬防衛，故僅就這一點而言，“防禦型緊急避險”的確與正當防衛相同。^[39]但是，“防禦型緊急避險”在本質上依然有別於正當防衛，因為緊急避險人所面對的始終不是真正的不法侵犯。即使是 Duarte Rodrigues Nunes 自己也承認，在“防禦型緊急避險”的情形，緊急避險人所予以反擊的，並不真的是不法侵犯，而只是“彷彿”不法侵犯（“我們所面對的彷彿是真正的不法侵犯”；^[40]“防禦型緊急避險，是要移除由受害人以並非不法的方式引起的現時危險”；^[41]“必須將‘危險’區別於‘不法侵害’，因為兩個制度的區分標準正在於此”^[42]）。既然只是類似，而非完全等同，則假如將“合比例性”要件等同於正當防衛，恐有矯枉過正之虞。

相較於正當防衛的情形，“防禦型緊急避險”行為人應相對克制。這是因為，儘管某人是“危險由來者”，但其應受譴責的程度，並不應與他身為“不法侵犯者”的情形同日而語。試想“登山者案”（o caso dos alpinistas）的情境：一群登山者互相以繩索連結，其中一人失足滑向懸崖，使全員有生命危險。失足者固然是“危險源”，但實難以認為這與其進行不法侵犯的情形（例如他用刀刺向同伴）應有完全相同的處理，因為在某種意義上失足者顯然也可謂是無辜者。

因此，“防禦型緊急避險”的“合比例性”要件，只是應當趨近正當防衛，而非等同於正當防衛。換言之，其應較正當防衛的嚴格。所以，本文認為，“防禦型緊急避險”的“合比例性”要件，是“犧牲利益必須‘不大於’保全利益”，而不是如同正當防衛所要求的“犧牲利益必須‘不

[36] Ibid., p.25, nota 80.

[37] Ibid., p.25, nota 80.

[38] Ibid., p.27.

[39] Ibid., p.9, nota 21, p.54.

[40] Ibid., p.25, nota 80: “estamos ‘paredes meias’ com uma verdadeira agressão ilícita”. 譯文為本文作者所譯。

[41] Ibid., p.27, nota 84: “no estado de necessidade defensivo está em causa a remoção de um perigo atual causado, de forma não ilícita, pelo lesado”. 譯文為本文作者所譯。

[42] Ibid., p. 54: “importa destrinçar ‘perigo’ de ‘agressão ilícita’, sendo que é aqui que radica o critério de distinção entre os dois institutos”. 譯文為本文作者所譯。

明顯大於’保全利益”那樣寬鬆。因此，填補法律漏洞的具體方法，不是類推適用正當防衛的要件（第9條第1至2款），因為“防禦型緊急避險”與正當防衛實不類似（第9條第2款），而是應按法制精神另行創制規範（*criação de uma norma ad hoc*）（第9條第3款）。^[43]所以，本文見解可被稱為“規範創制說”。

（四）小結

綜上所述，在生命和生命發生衝突的情形，“攻擊型緊急避險”適用實定法的“合比例性要件”即“犧牲利益明顯小於保全利益”（第331條第1款b項）故不可能阻卻不法性，但根據法制精神，“防禦型緊急避險”則應適用不同的“合比例性要件”即“犧牲利益不大於保全利益”，故可阻卻不法性，因為生命與生命同階，故所犧牲利益並不大於所保全利益。茲以“登山者案”為例：一群登山者由同一根繩索連接在一起，其中甲失足滑向懸崖，大家無法將他拉起，而如果他繼續懸掛在那裡，便會危及其他登山者，因為繩子將會斷裂，把他們全部都拖下去一併跌死；另一名登山者乙切斷繩索，致甲死亡，從而挽救其他登山者和自己的生命。在此情形，因受害人甲正是“危險由來者”，故乙所實行的是“防禦型緊急避險”。因此，根據前述“合比例性”要件，生命權侵害行為的不法性會被阻卻。^[44]

應當澄清的是，無論就結果或論證而言，這種方案都可以自圓其說：就結果而言，依此方案，行為人其實並無真正“選擇”受害者，因為受害者已是所謂“被命運選中”（“*marcada pelo destino*”）。^[45]因此，並不會如同“攻擊型緊急避險”那樣，一旦承認不法性被阻卻，便會使人“有權選擇誰死誰活”。^[46]就論證而言，此方案也不違反“生命不可權衡”教義，因為所謂“生命不可權衡”（*imponderabilidade da vida*），僅應被理解為生命之間不能比較高低，而不應被理解成禁止考量“合比例性”要件因而排除正當化事由的適用。認定生命與生命同階，因而符合“合比例性”要件，這種做法並不悖於“生命不可權衡”教義。實際上，假如“生命不可權衡”是指排除正當化事由的話，那麼，就連正當防衛便也不能阻卻生命權侵害的不法性了，但正當防衛可正當化生命侵害卻是無庸置疑的。

茲將正當防衛、“攻擊型緊急避險”、“防禦型緊急避險”的“合比例性”要件，按舊日見解、新近見解、本文見解，梳理列表如下，並以背景深淺色調代表要件嚴寬：

[43] 關於類推適用與創制規範，這兩種填補法律漏洞的「體系內手段」（*processos intra-sistemáticos*），參見A.Santos Justo, *Introdução ao Estudo do Direito*, 8.ª ed., Coimbra Editora, 2017, §66.2, p.355 et seq.

[44] Duarte Alberto Rodrigues Nunes, *O Estado de Necessidade em Direito Civil*, in *Julgar*, março de 2017 (p.1-103), p.50, nota 167.尚參見：Eberhard Schmidt, *Zur Tötung von Geisteskranken auf Grund des Hitlerlasses von 1939 und zur Frage des Ärztlichen Widerstandes gegen ein solches Massenverbrechen (Anmerkung zu OGH für die Britische Zone-Urteil vom 5.3.49-StS 19/49)*, in *SJZ*, 1949, cols.564 ff.; apud Duarte Alberto Rodrigues Nunes, *O Estado de Necessidade em Direito Civil*, in *Julgar*, março de 2017(p.1-103), p.50, nota 167.

[45] Duarte Alberto Rodrigues Nunes, *O Estado de Necessidade em Direito Civil*, in *Julgar*, março de 2017 (p.1-103), p.50, nota 167.

[46] 參見上文“（二）‘攻擊型緊急避險’：不阻卻生命權侵害的不法性”。

| 見解 正當化事由 | 舊日見解 | 新近見解 | |
|---|--|--|---|
| | | 類推適用說 | 規範創制說（本文見解） |
| <p>攻擊型 緊急避險</p> <p>針對 局外人</p> | <p>犧牲利益明顯小於保全 利益</p> <p>第 331 條</p> | <p>犧牲利益明顯小於保全 利益</p> <p>第 331 條 限縮解釋： 只適用於攻擊型緊急避險</p> | <p>犧牲利益明顯小於保全 利益</p> <p>第 331 條 限縮解釋： 只適用於攻擊型緊急避險</p> |
| <p>防禦型 緊急避險</p> <p>針對 危險由來者</p> | <p>犧牲利益明顯小於保全 利益</p> <p>第 331 條</p> | <p>法律漏洞，依第 9 條第 1 款 類推適用第 329 條正當防衛</p> <p>犧牲利益不明顯大於保全 利益</p> <p>超法規的正當化事由</p> | <p>法律漏洞，依第 9 條第 3 款 按法制精神創制規範</p> <p>犧牲利益不大於保全利益</p> <p>超法規的正當化事由</p> |
| <p>正當防衛</p> <p>針對 不法侵犯者</p> | <p>犧牲利益不明顯大於保全 利益</p> <p>第 329 條</p> | <p>犧牲利益不明顯大於保全 利益</p> <p>第 329 條</p> | <p>犧牲利益不明顯大於保全 利益</p> <p>第 329 條</p> |

五、結論

舊日見解（Capelo de Sousa, 1995 年^[47]）未能正確認識“攻擊型緊急避險”與“防禦型緊急避險”的根本分別，無視“防禦型緊急避險”行為的相對人正是“危險由來者”故其值得受保護的程度較低，僵化適用實定法，將兩類緊急避險劃一處理，向“防禦型緊急避險”行為人加諸過分限制，此種見解必須被摒棄。^[48]

[47] Rabindranath V. A. Capelo de Sousa, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, 1995, p. 209 e p. 210, nota 413. Capelo de Sousa 甚至沒有提及“攻擊型緊急避險”和“防禦型緊急避險”之分。後來此書的2011年版本僅為重印（reimpressão），並無更新，未能反映學界最新動向。值得一提的是，Antunes Varela 雖有提及“攻擊型緊急避險”和“防禦型緊急避險”之分，但當年學界未能發現法律漏洞，故其並無提及“超法規的正當化事由”。而且於2005年辭世後，其著作再無更新，未能反映學界最新動向。參見João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.^a Edição, Coimbra, 2000, § 158, p. 558 et seq.; 其中文版參見[葡]若昂·德·馬圖斯·安圖內斯·瓦雷拉：《債法總論》（第一卷），唐曉晴譯，社會科學文獻出版社2020年版，第368頁以下。

[48] 值得順帶一提的是，在刑法上，也有類似的新舊學說爭論。傳統見解例如Figueiredo Dias認為，“攻擊型緊急避險”和“防禦型緊急避險”都一律適用刑法典的不法性阻卻型緊急避險（葡萄牙刑法典第34條、澳門刑法典第33條）的要件，參見Figueiredo Dias, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I: Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, 2.^a Edição, Coimbra, 2007, p. 461 et seq.; 其中文版參見Figueiredo Dias（菲格雷多·迪亞士）著：《刑法總論（第一卷）基礎問題及犯罪一般理論》，關冠雄譯，社會科學文獻出版社2021年版，第299頁以下。然而，專研緊急避險的Taipa de Carvalho，則認為兩者利益衡量截然不同，故“防禦型緊急避險”構成超法規正當化事由，不應由刑法典的不法性阻卻型緊急避險制度所規範。參見Américo Taipa de Carvalho, *A Legítima Defesa*, Coimbra, 1995, p. 289 et seq.; apud Duarte Alberto Rodrigues Nunes, *O Estado de Necessidade em Direito Civil*, in *Julgar*, março de 2017 (p. 1-103), p. 25, nota 79.

有新近見解 (Duarte Rodrigues Nunes, 2017 年^[49]) 雖正確注意到兩類緊急避險的根本分別, 發現法律漏洞, 但將正當防衛要件類推適用於“防禦型緊急避險”, 乃矯枉過正, 對“防禦型緊急避險”行為人的要求過分寬鬆, 因而對相對人 (利益被犧牲者) 而言難謂公平。此種見解, 乃無視正當防衛與緊急避險的根本分別: 正當防衛是針對不法侵犯者, 但“防禦型緊急避險”只是針對純粹的危險由來者。因此, 此說仍未臻完善。

本文則是在此說的基礎上, 作進一步修正, 依第 9 條第 3 款按法制精神另行創制規範, 填補法律漏洞, 而非類推適用正當防衛要件。要言之, “防禦型緊急避險”的“合比例性”要件, 一方面鑑於防衛的需要, 應寬於“攻擊型緊急避險”, 另一方面為區別於受不法侵犯, 又應嚴於正當防衛, 亦即介乎兩者之間。因此, 取兩者的折衷, “防禦型緊急避險”的“合比例性”要件應當是: 犧牲利益必須“不大於”保全利益。

Abstract: According to previous views, necessity (estado de necessidade) is not a cause of justification (causa de justificação) for violation against right to life. However, this theory fails to observe the difference between two types of necessity in terms of the interests sacrificed: aggressive necessity (estado de necessidade agressivo) sacrifices the interests of "outsiders", while defensive necessity (estado de necessidade defensivo) sacrifices the interests of the person who caused the danger. The former lies in the ideas of social unity and social utility, which cannot justify the exclusion of illegality, while the latter lies in the right of self-defense, which should be able to exclude illegality in the same way as legitimate defense. Therefore, in the latter case, "supralegal justificative necessity" ("estado de necessidade justificante supralegal"), which is adopted by the latest doctrine, should be recognized. Its proportionality requirements should be wider than the ones of aggressive necessity but stricter than the ones of legitimate defense. Otherwise, there will be an incorrect weight of interests, leading to the unfair result of "same treatment in different situations", which will overly restrict the counteraction in "defensive necessity" and will be detrimental to the protection of legal interests.

Key words: Supralegal Necessity; Aggressive Necessity; Defensive Necessity; Right to Life; Macau Civil Law

(責任編輯: 咎晨東)

[49] Duarte Alberto Rodrigues Nunes, O Estado de Necessidade em Direito Civil, in *Julgar*, março de 2017 (p. 1-103), p. 27.