

非危险共同体生命权冲突与紧急避险 问题探讨

雷婷婷

(湖南大学, 湖南省、长沙市, 410082)

摘要: 在生命权冲突的情况下, 生命能否成为紧急避险的对象争论由来已久。在非危险共同体的情况下, 由于生命价值的至上性、无关第三人无义务容忍风险转嫁行为以及排除功利主义适用, 笔者认为不能将生命作为紧急避险的对象。对于紧急状态下牺牲他人生命自救或牺牲少数人保全多数人生命的行为, 刑法应持否定评价, 必须处以刑罚, 但应当减轻。

关键词: 紧急避险 生命权冲突 非危险共同体 风险转嫁

中图分类号: D9 **文献标识码:** A

一、非危险共同体生命权冲突与紧急避险之概述

在中世纪的教会法中已有“紧急时无法律”的格言, 其基本含义是, 在紧急状态下, 可以实施法律在通常情况下所禁止的行为, 以避免紧急状态所带来的危险, 紧急避险、正当防卫、自救行为都可追溯至此。^[1]从一般意义上讲, 紧急避险是指在合法权益遭受正在发生的危险时, 不得已采取的损害较小合法权益以避免较大合法权益遭受损害的行为。根据我国《刑法》第21条的规定, 为了使国家、公共利益、本人或他人的人身、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。紧急避险作为法定的正当化事由之一, 本质上是因为紧急情况迫使行为人在损害较小合法权益与保护较大合法权益之间选择后者。紧急避险行为虽然造成了某种法益的损害, 但联系到具体事态来观察, 从行为的整体来考虑, 该行为没有侵害法益。关于紧急避险的性质, 在刑法理论上存在争议, 本文的讨论将紧急避险作为违法阻却事由处理。^[2]

在高速运转的现代工业社会, 人类活动的范围不断扩展, 不可避免会发生权利的交叉与冲突, 这就意味着人们必须在无法共存的权利之间做出选择。生命权, 作为个人存在和发展的基础, 在某些极端的情况下也会出现无法共存的情况, 这就是生命权的冲突。这种冲突无法通过损害自身或他人的其他权益得以消除, 必须通过牺牲自己或者剥夺他人生命才能解决冲突。自古希腊哲学家卡纳安德斯提出著名的“卡纳安德斯之板”命题后, 人性、道德伦理和法律之间的矛盾, 紧急状态下生命权冲突避险问题便由此而生。生命权是人类的至上利益, 无论是牺牲者还是保存者都同等珍贵, 但是, 在紧急状态下不管是最公正的法律还是最原始的道德都无法兼顾两方的利益, 法律和道德在生命权的平等性和冲突性面前陷入两难之中。历代法学家们对此争论不休, 至今尚无定论。此类生命权冲突的案件也时有发生, 情形各异, 基于各国社会政策和法律文化的不同, 司法判决更是不一。在现代工业社会, 存在着许多高风险行业和冒险行为, 如远洋海运和洞穴探险, 生命权冲突的极端情况时有发生, 对于牺牲他人生命自救的行为或牺牲少数人生命保全多数人的行为, 刑法都应当做出评价, 以引导个体行为并指导司法实践。因此对于生命权冲突和紧急避险问题的探讨, 既有其理论意义, 又有实践意义。

目前学理上对生命权紧急避险行为的研究, 德国刑法学界无疑是较为深入和成熟的。德

国学者对生命权紧急避险行为的研究,主要是区分危险共同体和非危险共同体两类情形进行分析论证。危险共同体的生命权紧急避险行为是指在生命权冲突的情况下,避险人为了保全自己或多数人的生命而剥夺同样处于危险中的其他个体的生命。即“一个紧急情况使当事人陷入共同的生命危险场合之中,只有借由杀死一部分遭遇危险的人,全体不可避免的死亡才能够被防止。”^[3]非危险共同体的生命权紧急避险行为是指避险人为了保全自己或者多数人的生命,牺牲并未遭受生命危险的无辜者生命的行为,即避险的对象是无关的第三人的生命。

危险共同体的生命权紧急避险行为是最为极端和最为突出的生命权冲突,属于要么牺牲一个人或少数人要么全部的人都得丧生的两难命题。德国学者罗克辛曾感叹:“自然人的生命具有不可权衡性这个原理,是否能够在所谓的危险共同体案件中坚持到底,这是一个最有争议的问题。”^[4]危险共同体的生命权紧急避险行为所涉法理之深厚,实难驾驭,且对于这种情况笔者也陷入深深的纠缠之中,由肯定到否定,由否定到肯定,如此之往复,难以说服自己。因此本文选择以相对简单的非危险共同体的生命权紧急避险行为作为对象展开探讨,也期望借此为以后深入探讨危险共同体的生命权紧急避险行为打下基础。

二、非危险共同体生命权冲突与紧急避险的学说争论

(一) 单个生命与单个生命的冲突

牺牲一个无辜者的生命以保全自己或他人生命的典型案例是在我国真实发生的“李某案”,其基本案情如下:

被告人李某,某日骑车下乡工作,路遇抢劫。李某假意顺从歹徒,趁其蹲下检查车时抡起打气筒将歹徒击晕,伺机逃跑。由于地处荒郊野外,天黑恐惧,李某就投宿沿途的一户农家,户主老妇闻其遭遇后深表同情,就安排李某与其女同睡。歹徒清醒后回家,听其母描述,得知李某竟投宿至自己家中。为了防止李某报案,歹徒遂起杀意,并与其母商谈此事,其母告诉歹徒李某睡于床榻外侧。恰逢母子二人的谈话被未入睡的李某听到,于是将已熟睡的歹徒的妹妹调换至床榻外侧,自己则在内侧装睡。果真,歹徒半夜摸黑进入房间,对准床榻外侧即砍,李某则趁歹徒转移尸体时逃脱报案,得以幸存。

对于类似的单个的生命权发生冲突的情况下,采取剥夺无辜者生命以保全自己或他人生命的行为是否成立紧急避险,存在着截然对立的观点。

1. 肯定说

《日本刑法典》第37条第一项规定:“为了避免对自己或者他人的生命、身体、自由或者财产的现实危难,而不得已实施的行为,如果所造成的损害不超过其所欲避免的损害限度时,不处罚;超过这种限度的行为,可以根据情节减轻或者免除处罚。”因此,日本刑法学界,大多数学者对于紧急避险的限度采取法益均衡说,即紧急避险行为所造成的损害只要不超过所要避免的损害即可。单个生命权之间在法益上相等,符合紧急避险的限度要件,因此成立紧急避险,阻却违法。法国刑法学家卡斯东·斯特法尼曾论述到:“在发生冲突的利益之间两者价值相等时,从社会的角度来看,迫不得已的违法行为可以在所不问,因为社会并无任何利益去袒护这一生命,而轻视另一生命。有时人们也这样认为,‘迫不得已的违法行为’是一种‘超法规’的行为,刑法既不得强迫人做出牺牲,也不将英雄主义强加于人。”^[5]霍布斯也从曾说:“如果一个人是由于眼前丧生的恐惧而被迫做出违法的事情,他便可以完全获得宽宥,因为任何法律都不能约束一个人放弃自我保全。”^[6]可见,这种在紧急情况下牺牲他人生命保全自己生命的行为是人的原是本性的复苏,是法律不可规制更不可到达的生存欲望。

2. 否定说

《德国刑法典》第34条规定“为使自己和他人的生命、身体、自由、名誉、财产或者其他法益免受正在发生的危险，不得已而采取的紧急避险行为不违法。但要考虑所要造成危害的法益及危害程度，所要保全的法益应明显大于所要造成危害的法益，而该行为实属不得已才为之的，方可适用本条的规定。”德国立法在法益权衡时采取的是“明显大于说”，对于此类行为不成立紧急避险。德国学者罗克辛认为：“在这种类型的案件中，当一种干涉没有进行时，一种由别人来承担的共有性危险，不是缩减了损失，而是转嫁到无关人的身上了。把危险转嫁到其他人身上，在任何时候都有各种各样的可能性，如果容忍了对转嫁行为排除责任，那么，就一定会以令人难以忍受的方式动摇公众对法安全的感情。”^[7]我国学者陈兴良教授认为：“生命权是最高的权利，通常不允许为了保护一个人的健康而牺牲另一个人的生命，更不容许牺牲别人的生命来保全自己的生命。”^[8]

(二) 少数生命与多数生命的冲突

哈佛大学的经典教学案例“扳道工案”就属于这种类型。基本案情是在一条铁路上有两个分岔，一条是废弃的旧铁轨，已不再使用，上面有一个小孩在玩；另一条是新造的铁轨，处于运营状态，上面有七个小孩在玩。这时，飞速驶来一列火车，向那七个小孩冲去。此时，扳道工正好在岔道口，便扳动了道岔，使火车开到了旧铁轨上，以一个小孩的牺牲换来了七个小孩的生命。与之类似的还有韦尔策尔设计的铁路养路工案件。一位铁路养路工看见一列没有司机的货车，正在滑向一列满载乘客的火车，为了避免许多人的死亡，他在最后关头把这列货车引到旁边的道岔上去，但这列货车还是轧死了一些正在这条道岔上工作的工人。

对于这类少数生命权对多数生命权的冲突，同样存在着肯定说与否定说之争。

1. 肯定说

英国学者边沁指出，功利原理按照看来势必增大或减小利益有关者之幸福的倾向，亦即促进或妨碍这种幸福的倾向，来赞成或非难任何一项行动。人的本性是避苦求乐，谋求个人利益，个人利益的总和构成社会利益，功利主义是道德和法律的基本准则。从功利主义的角度来看，能够使社会福利最大化的行为就是正确的行为，牺牲少数人的生命来保全多数人的生命无疑能够实现最大多数人的最大幸福，从社会整体而言以较小的社会成本保全了更大的社会收益和整体福祉，这种类型的生命权紧急避险行为当然应该合法化。日本学者前田雅英认为：“为了拯救多数生命，在没有其他选择的场合，采取牺牲少数生命的做法，即便在伦理上值得谴责，但也不能说具有必须处罚的违法性。”^[9]我国学者张明楷教授也赞成肯定说，“尽管不能将他人的生命作为实现自己目的的手段，但是，如果不允许牺牲一个人的生命保护更多人的生命，则意味着宁愿导致多数人死亡，也不能牺牲一个人的生命，这难以为社会一般观念所接受。”^[10]

2. 否定说

否定说的主要理由在于考虑到生命的特殊价值，不能以生命作为紧急避险的对象，以及多数人的生命与少数人的生命在抽象价值上没有差别，不允许根据生命的数量进行权衡。德国学者指出：“任何法益均可因紧急避险的介入而做出牺牲。惟有相关人的生命属于与例外，因为，人的生命价值是不存在差别的。在数人的生命共同面临危险，以及以牺牲一人来挽救多人，无不如此。”^[11]基于生命的目的性和平等性，即使生命权的数量存在不同，也不能动摇生命权的平等性，更不能被随意当作一种手段。德国学者罗克辛的观点“不允许根据在冲突中存在的自然人生命的数量进行权衡，这种牺牲小部分无辜的人来拯救许多人的做法，在法律上是站不住脚的”^[12]在德国成为通说。这是担心生命权紧急避险行为会滥用为转

嫁自身风险的风险，动摇公众的法安全感。

（三）学说评析

以上观点，笔者基本赞同否定说。

原因之一在于，在法律看来，每个生命都是极其崇高和无限珍贵的，每个生命都具有平等的价值，没有哪一个生命可以超越其他生命。人的生命，只要其本身存在，则与其将来存在的时间以及存在的数目无关，受到法律的绝对保护。最重要的，也就是最高级别的权利是生命权，因为它是所有其他权利的前提。人的生命是一次性的、不可逆的、无可补偿的、无价的。人对其生命只有自己才有决定和支配的权利，人既有权拒绝自我牺牲，也有权在必要时对自己的生命施予自救，但生命的维护不应以牺牲他人性命为代价，生命不能成为紧急避险的对象。^[13]

原因之二在于，在非危险共同体中，面对生命权的冲突，无辜的第三人没有义务容忍风险转嫁行为，无论这种行为是来自另一独立的个体还是在数量上有优势的群体。在紧急避险的制度设计中，公众对特定情况下的风险转嫁行为有一定的容忍义务是基于这样的前提：在被损害的权益可以修复或补偿的前提下，面对突如其来的危难，一般人愿意牺牲自己较小的权益来保存他人较大的权益，因为他在相同的情境下也有权这样做，每个人都承担平等的社会风险，每个人都从这种行为中获利，这是公平的。那么，在生命权冲突的情况下，个人是否也要容忍这种风险转嫁行为呢？对此，笔者持否定的态度。生命于每个人只有一次，必须受到绝对的保护，任何人无权要求他人以生命为代价承担容忍风险转嫁的义务。如果允许这种风险转嫁行为，则意味着每个人都要不公正地承受他人转嫁给自己的风险，而这种风险将直接剥夺自己的生命。正如诺齐克所说：“以这种方式使用一个人就没有充分地尊重和考虑这样一个事实：他是一个独立的个体，他的一切就是他所拥有的唯一的生命。他没有从他的牺牲中得到一种超额的利益，并且没有人有权把牺牲强加给他。国家或政府更不能要求他在这方面忠诚，就像其他人不能这样要求一样，而必须小心谨慎地在公民中间保持中立。”^[14]如果法律允许在生命权冲突的情况下牺牲他人以自救，每个人的生命都处于为了解救他人生命而被牺牲的危险中，法律对生命权的保护将大打折扣，这将不可避免地动摇公众对法安全的感情。

原因之说三在于，在生命权冲突的情况下，应当排除功利主义的适用。德国刑法理论的通说认为，生命之间没有权衡，自然人的生命在质上没有差别，也不允许对生命法益数量化。在德国的司法实践中，也存在着这样的观点：为了至少挽救一部分被收容者，医生因列举杀人名单而参与机构杀人的，行为也不构成超法规的紧急避险。我国也有学者认为：“在生命价值之间没有可比性，不能说多数人的生命高于或贵于少数人的生命。这就决定了即便是为了营救更多的人，也不得主动故意地杀死少数无辜的人及危险共同体中的个别人。这一原则虽看似奇特，却真正体现了对人的生命的绝对的无条件的最高尊重。”^[15]

边沁认为不论个人、政治或者道德的原则都是大众福利，人类所要追求的是集体幸福的最大化。在行为功利主义下，价值的标尺是看事物或行为的实际效果能否达到社会利益的最大化。即便是道德也只是作为获得功利的手段和工具，功利主义者偏重于利益的算和对价值的诉求，明确主张从人类行为产生的效用和效果上去探寻道德准则。自然人在功利主义者看来只是其进行利益算计的对象，个体成为集体追求效用最大化的工具，在根本上否定了生命的独立价值，笔者对此决不能苟同。康德说：“不论是谁，在任何时候都不应该把自己和他人仅仅当作工具，而应该永远看作自身就是目的。”^[16]世上的一切都可以作为工具，只有“人”才是目的本身，以每个人为代表的人类是最神圣的，任何时候都不可以将人只作为

工具，而应该总是把人作为最后目的。个体的生命具有唯一性，一旦丧失，就是不可逆转的消灭，因此，坚决不可将生命作为工具或手段，亵渎生命的目的性，个人不应成为集体幸福的牺牲品。

三、非危险共同体生命权冲突案件的刑罚问题

对于生命权冲突与紧急避险的问题，学者们的讨论大致可以分为两个角度，一是生命能否成为紧急避险的客体或对象，另一是紧急避险的限度。只有从紧急避险的限度条件进行论述才存在避险过当的问题，才能适用我国《刑法》第21条第2款的规定。由于生命的不可衡量性和排除功利主义的适用，笔者更倾向于将生命权冲突与紧急避险问题归结在生命能否成为紧急避险的客体或对象上。因此，笔者认为非危险共同体生命权冲突案件不能适用我国《刑法》关于避险过当的规定。

在非危险共同中，法律应当对于紧急状态下牺牲他人保全自己或牺牲少数人保全多数人的行为持否定评价，对于这种剥夺他人生命的行为，应当以故意杀人罪定罪。但是否应当将这种行为与一般的杀人行为等同，处以严厉的刑罚呢？著名哲学家康德指出：“法律不可能对这样的一个人处以残酷的刑罚：当生命处于极端危险中而牺牲他人生命以拯救自身。因为，一个尚未确定的威胁——例如法庭判决无期徒刑——甚至是死刑——不能超过那种灾难的恐怖。”^[17]笔者认为对于这种转嫁生命危险的行为必须处以刑罚，但应当从轻或减轻。

德国学者罗克辛指出，在非危险共同体生命权冲突的案件中，由于行为人将生命危险转嫁给无辜者，不考虑一种超法规的排除责任，并且，保留一种——肯定应当从轻的——刑事可罚性的存在。在这里，虽然也应当看到行为人所具有的一种对法益友好的趋势，从而使得根据特殊预防的需要不会要求一种刑事惩罚。但是，出于一般预防的要求，法律仍应设置一种惩罚。因为把危险转嫁到其他人身上，在任何时候都有各种各样的可能性，如果容忍了转嫁行为排除责任，那么就一定会以一种令人难以忍受的方式动摇公众对法安全的感情。因为“无辜的人和没有参与危险情况的人都必须可以相信，法律是通过刑罚性威胁，在任何情况下保护他们的生命和健康免受暴力的侵害。要是进行这种以无关人为代价来改变命运的努力，我们的法和平就会被扰乱。这种做法因此必须使用刑罚来加以禁止”。^[18]

笔者认为，在自身、亲属或者与自己有紧密关系的人面临生命危险且别无选择的情况下，将风险转嫁给他人的行为，刑法虽然必须给予否定性评价，但出于期待可能性的考虑，应当减轻对行为人的处罚。“他虽然不能被免责，但行为不法以及责任内容与同等严重的犯罪的通常情况相比较，原则上通常显著降低。”^[19]在行为人救助不相关者而牺牲他人生命的情形中，期待可能性的理由虽不能适用，但也应看到这种行为与普通杀人行为之间的区别。行为人在这种情况下并非是出于自身利益的考虑，可以说是在某种程度上受功利主义思想的影响，出于对社会整体福利的考虑而为这种转嫁风险的行为。因此，在这种情况下，考虑到对行为人的有利评价，法秩序虽然不能放弃表示责任非难的刑罚，但是在原则上应当肯定一种刑罚的减轻。

法律对生命的等价保护是建立在法律“可以”和“可能”保护之下才能实现，当法律无力保护一方生命或难以兼顾双方生命时，避险人服从于生命本能的人性选择若最终仍躲不过法律的严酷制裁，紧急情况下，法律难以以生命的名义有效保护处于危险之中的人，而当紧急情况消失后，却又以生命的平等来惩罚避险人，剥夺得之不易的生命，这才是法律的野蛮和不公。^[20]因此，在非危险共同体的情形中，考虑到法律的弱点和预防的需要，对于牺牲无辜者的生命进行避险的行为，必须保留刑罚，但这种刑罚必须应当是减轻的。

参考文献

- [1] 张明楷:《刑法格言的展开》,北京大学出版社2013年版
- [2] 张明楷:《刑法学》,法律出版社2011年版
- [3] [德]威尔弗里德·库珀:《杀人禁止与生命的紧急避险——针对“生命对生命”冲突的问题》,吴俊毅译,载《成大法学》2005年第9期
- [4] [德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社1997年版,第681页
- [5] [法]卡斯东·斯特法尼等:《法国刑法总论精义》,罗结珍译,中国政法大学出版社1998年版,第367页
- [6] 霍布斯:《利维坦》,商务印书局1985年版,第234~235页
- [7] [德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社1997年版,第684页
- [8] 陈兴良:《陈兴良刑法教科书》,中国政法大学出版社2003年版,第122页
- [9] [日]前田雅英:《刑法总论讲义》(第三版),东京大学出版会1999年版,第256~257页。转引自黎宏:《刑法总论问题思考》,中国人民大学出版社2007年版,第36页
- [10] 张明楷:《刑法学》(第三版),法律出版社2007年版,第274页
- [11] [德]汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书总论》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第435页
- [12] [德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社1997年版,第477页
- [13] 施兰花:《生命权紧急避险行为研究》,华东政法大学2013年硕士学位论文
- [14] 转引自彭诚信:《从利益到权利——以正义为中介与内核》,载《法制与社会发展》2004年第5期
- [15] 甘绍平:《以人为本的生命价值理念》,载《中国人民大学学报》2005年第3期第70页
- [16] 康德:《道德形而上学基础》,上海人民出版社1986年版,第86页
- [17] 康德:《法的形而上学原理——权利的科学》,沈叔平译,北京商务印书馆1991年第1版,第49页
- [18] [德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社1997年版,第685页
- [19] [德]汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书总论》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第584页
- [20] 彭文华:《紧急避险限度的适当性标准》,载《法学》2013年第3期

A Discussion on Conflict of Rights to Life in the Non-all-in-danger Community and Urgent Danger Prevention

Lei Tingting

(Hunan University, Changsha / Hunan, 410082)

Abstract: In all ages, the conflict of rights to life in the emergency situation is the focus of controversy among scholars. In the non-all-in-danger community, rights to life can not become the object of urgent danger prevention because the value of life is supreme, the third party has no obligation to tolerate risk shifting behavior and utilitarianism is ruled out. Sacrificing an unrelated person's life to save other life or Sacrificing the lives of the unrelated minority to save the majority's lives should be illegitimate. Different punishments should be given according to different acts and mitigation is based on the specific situation.

Keywords: urgent danger prevention conflict of rights to life non-all-in-danger community risk shifting behavior

作者简介:雷婷婷, 女, 湖南大学法学院, 法学硕士研究生