



首页 → 学术文章 → 法律伦理

龙健平：生命权应该作为紧急避险的客体

## 生命权应该作为紧急避险的客体

龙健平

内容提要：法治文明的建设，总是在挑战——应战这一既定模式中成长。生命权能否作紧急避险的客体，自著名的“卡那安得斯之板案”以来，各国学者都各自持不同的观点。笔者认为生命权作为紧急避险的客体，是思想进化与意识形态发展的必然结果。一种理论体系的精髓往往是不可能完全在这个体系内被证明的，况且，法律不是一个自给自足的学科，没有哪条单独的进路能够永久性的捕捉法律的复杂性。我们应该以一种实用主义的态度，吸取各个学科的知识，来完善法律、超越法律。所以，笔者试图从法学、经济学、伦理学等多个角度来浅析生命权作为紧急避险客体的必要性和合理性。

关键词：生命权 紧急避险经济人假设 社会利益最大化

### 一、紧急避险的渊源及其实质

紧急避险的概念来源于“紧急时无法律”这一古老的刑法格言，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某种行为，以免紧急状态所带来的危险。早在1552年，英国波拉德中士在与高等法院财政庭的法官辩论中就指出：当法条的违反是依紧急避险或强制等为了避免更大的不利，违反法律条文的字面意思可以被证明是正当的。300年以后，斯蒂芬认为法律是如此模糊以至于法官可以据此制定认为有利的规则：在一些案例中违反法律的有益之处可能很大，并因此应当允许辩护理由的存在——但这些案件不能被预先设定。[1]

关于紧急避险的实质，各种不同国家的学者持不同的观点。自然法学派认为紧急避险是自然法赋予的权利，是一个理性人将自己神圣的私权通过社会共同契约的方式让渡出一部分后，对个人生命、自由权利的捍卫，人定法不能剥夺，只能放任。自由意志论者认为面对突如其来的危险，行为人往往丧失意志自由，其行为与无责任能力人行为性质相同。我国通说认为其本质是当两个法益相冲突，又只能保全其中之一的紧急状态下，法律允许了保全较大的权益而牺牲较小的权益。

笔者认为紧急避险是为了促进社会的利益最大化而设置的，当两个法益相冲突的时候，保护一个较大或同等的法益而牺牲另一个法益。

### 二、人的生命权能否作为紧急避险的客体

#### （一） 中外学者的各种观点

能否牺牲一个人的生命来保护他人的生命，不同国家的学者提出了各自不同的观点，概括起来，大概有三种学说：肯定说，否定说和限制使用说。

肯定说的主要支持者有法国学者卡斯东·斯特法尼、日本学者平野龙一、德国学者康德、美国学者理查德·波斯纳，他们认为：生命在法律面前的价值是平等的，用牺牲等价的生命来保全自己的生命，是

违法阻却的事由，此行为不具有违法性；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始本性的一种复苏，是法律不能够归制的；有利于社会最大化利益的实现。德国学者汉斯·海因里希·托马斯·魏根特、日本学者木村龟二和阿部纯二，以及中国通说等持相对的观点，他们认为：任何法益均可因紧急避险的介入而做出牺牲，唯有人的生命属于例外，因为，人的生命价值是不存在差别的。在多数人的生命共同面临危险，以及以牺牲一人来挽救多人，无不同样如此。[2]生命是人格的基本要素，作为一种最重要的权利，其本质是不可能用任何尺度进行互相比较的，而且，在任何意义上都不允许将人格作为实现自己目的的手段，这是法的本质立场；拿一个人的生命去换取另外一个人的生命也是不道德的，难为民众所接受。我国学者张明楷，杨兴培认为：牺牲一个人的生命来保护另外一个人的生命的做法是值得商榷的，假若牺牲一个人的生命保护了更多人的生命，则应该排除犯罪的成立。

## (二) 本文笔者的观点

笔者认为生命权应当作为紧急避险的客体，即能够牺牲一个人的生命而去保护他人生命。

### 1、这是对我国现行刑法的遵守

整个社会利益的最大化是紧急避险这一制度设立的目的。我国为典型的成文法国家，法律的确性要求行为的不法性必须作为被写作禁止的警告，象黑棋一样在刑法领域的上空飘扬：我国刑法并没有将生命权排除出紧急避险客体的范畴；法律没有明文规定所保护的法益一定要大于牺牲的法益才能成立紧急避险。而司法实践中将生命权罐装在和紧急避险客体相悖的另一错误莎器之中，在一定程度上违反了罪法定原则。笔者认为：法律家的天职则是理性的运用法律解决实际问题，从而去体现法作为一种社会工具应有的价值——实现社会利益的最大化。在成文法国家，法官便是利用证据和法律生产判决书的机器。而当法官遇到法律空白的时候，也不应该沉溺于通常，被平庸的权力和观念牵引着鼻子，而应该坚信这么一条理念：为追求一条更高的原则而放弃另一规则，力求创新的去处理案件。

### 2、是国家存在的宗旨

国家存在的目的是为了保障其公民的各种权利，民众保障自己的权利的方式应该分为两种：一种是正常情况下有法律的时候，将自己的部分权利让度出来，共同缔约，形成国家的公权力，并且制定法律用来惩罚犯罪；另一种方式就是紧急情况下的时候，即无法状态下，民众必须依靠自身的力量来维护自身的利益。不管是前一种以法律形式保障的方式，还是后面的一种自救行为，都是为了保护自身利益的保障。国家只有认可这两种情况下的保障方式，才能体现其存在的目的。

每一个理性人都是符合朝着利益成本或收益之天平倾向的，当他们的权利受到危害，而法律不能涉及的时候，他们都会采取一定的行为来挽救——或文明或野蛮。

最符合人们一般伦理道德价值判断标准且最为公平与正义的解决方式是：抽签来决定存亡，即处于危险中的人愿意为了生存这一预期收益而付出被抽到而牺牲这一预期成本，在此种情况下，国家的权力应该下放给每一个民众，让他们能够有对自己生命的处分权，即受害人和加害人能够以抽签或协议的形式契约，来处理自己的生命，才能体现国家存在的价值。

假若他们是以野蛮的形式牺牲他人的生命来保护自己的生命呢？笔者认为，法律的基本功能之一便是对人们行为的一种向导和归制，但这中自救的行为是人的原始本性的复舒，因而无法用人定法归制，所以应该得到法律的肯定。德国法学家、哲学家黑格尔认为：生命，作为各种目的的总和，具有与抽象法相对抗的权利。一人遭到生命危险而不许其自谋保护之道，那就等于把他至于法之外，他的生命既被剥夺，他的全部自由也就被否定了。当然有许许多多细节与保全生命有关，我们如果展望未来，那就非关涉到这些细节不可。但是唯一必要的是现在要活，至于未来的事不是绝对，而是听诸偶然的。所以只有直接现在的需要，才可能替不法行为辩护的理由，因为克制而不为这种不法行为这件事本身是一种不法，而且是最严重的不法，因为他全部否定了自由的定在。[3]

### 3、道德不能成为阻碍生命权作为紧急避险客体的理由

人是一种主观性很强的动物，其本质是利己的，尽管不排除利他的可能——可能的存在以一定程度的满足为前提。法律无法从道德中寻找出路，而是应该以归制人的恶性为出发点而不能将法律构建在对高尚道德情操的信赖利益之上。刑法即不能强迫人们做出牺牲，也不将英雄主义强加于人。通说认为，生命权作为一种基本的人格权，是相等的，牺牲他人生命而保护另他人生命的行为是不道德的观点是站不住脚的。首先，紧急避险，本来就是损害他人的合法权益来保护另一权益，本身就是不道德的；再者，道德是一个个体差异性很大的主观评价：不同的时代，不同的文化背景，同一时代下不同的人有着不同的道德观，而法律必须具有客观标准才具有可操作性。假若以虚无的“人道主义防线”在泯灭人的本性的前提下指引或限制立法，只能说这种规则只是打着法律旗号的道德化哭泣罢了。

#### 4、具有现实可行性且是正义与公平的体现

著名法学家库勒曾提出一条真正法律制度的前提的八项原则，其中有一项便是：法律不应要求不可能实现的问题。[4]后来发展为德国的刑法理论之一的期待可能性，即法律只能要求人们在条件允许的前提下守法，做一个合法的公民，当不具备守法的条件时的行为，不应该受到法律的制裁。德国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，法律的惩罚的威吓不可能比此时此刻完全丧失生命的危险具有更大的力量。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——不能超过那种灾害的恐怖。[5]笔者认为：紧急情况下公平与正义在这一刻也许需要重新地理解和定义。假若用牺牲的代价来追寻应然层面的某些正义，把危险中的人们至于二难境地：静静的等待死亡的到来，或是自相残杀，存活者等待法律的严惩。实质的公平将被形式的公平所抹煞。

#### 5、是人的经济人特性的一种体现。

一条法律规则合理与否往往只能以社会效果作为试金石，社会效果改变和影响法律规则。人的经济人特性是经济学工具最基本假设，是人的最大的社会共性，具有相当的现实基础。霍·奈逊认为：我们不知道他要什么，但我们知道，无论他要什么，他会不顾一切以最大化的方式得到。[6]经济人假设具有相同程度的理性或拥有同样的利益结构且其利益构成权重相同的前提和情形，他对众多的经济人的行为进行社会整体评价和推测，为立法技术的一个重要参考标准，具有预测、评价和指导功能。从法经济学的角度来看，法律的基本功能是改变刺激。一条法律被民众自然遵守在于：一法律行为的正收益和作为法律责任的可能负收益之和要为正，并且达到最大化。行为人作出法律行为的行为，便是对利益的一种博弈行为，生命权尽管无法用金钱衡量，但是作为权利的一种便会以利益的方式体现的，生命权作为一种基本的权利，便表现为最大的利益，假设为其为 $pM$ ，被处以刑罚的程度为 $P$ ，概率为 $q$  ( $0 \leq q \leq 1$ ) 显然， $pM \geq pq$ 。那么理性公民便会做出这一行为。

#### 6、有利于社会整体利益的增加

著名法学家边沁认为：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。[7]从整个社会利益来看，牺牲一个人的生命而保护他人生命只是整个社会为其利益而为的机会成本的一种选择模式。假若牺牲了一个即将消逝的生命而保护了另一个或是多个生命，或是牺牲了一个生命而保护了多个生命，无疑有利于社会财富的增加，即使牺牲了一个人的生命而保护了另一个人的生命，也并不与法律的宗旨相悖。法国刑法学家卡斯东·斯特法尼曾论述道：“在发生冲突的利益之间两者价值相等时（例如两个人的生命），从社会的角度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，刑法即不强迫人们作出牺牲，也不将英雄主义强加于人。”[8]再者，司法资源的稀缺性不容对审判这一体现人的本性的行为而付出太多成本。法律不是政治，但是说到底，他又是政治的一种表征模式。加害人对受害者的赔偿有利于家庭和社会的稳定，假若对加害人加以刑罚的话，根据我国的法律规定，受害者的家庭是不能向加害人请求精神损害赔偿金的。假若行为人没有作出这一行为，也就是法律意外的起到了他应有的归制作用，那么，这意味着所有面临危险的人都成了遇难者，数个家庭的破碎和艰辛生活，必定会引起其家属对政府的不满，对这一博弈的结果，自然，每个人不言而喻。

### 三、生命权作为紧急避险的客体应受到限制

波斯纳认为：在满足社会整体效益增加的经济价值之前提下，适度的避险行为应当视为达到这一目的最佳手段和最合理的方式。一旦超出这一限度，即使在社会总体效益增加的前提下，法经济学依然对于此类避险行为予以否定的评价。[9]由于人是生命的宝贵性和不可回复性，况且紧急避险作为私力救济的一种，是对现有社会秩序的一种破坏，而且存在着被滥用的可能性，所以用一个人的生命来保护他人生命的行为应该受到严格的限制。

首先，法益必须具有对等性，即所保护的利益必须是人的生命权，由于人的生命权是人最高、最基本的权利，所以，不能以牺牲人的生命去换取财产或是健康权的保护，否则，不符合紧急避险这一制度的设立宗旨。

其次，除符合紧急避险构成要件外，还应符合这么一条规则：即法律责任应由能以最低成本消除事故而没有这样做的行为人，即此种行为的采取应以预防危险的发生而采取了相应的措施为前提，如果行为人在此之前能够预见危险的发生而没有预见，或者是预见了却没有采取必要的措施预防危险的发生，那么，他将丧失此种权利。

再次，应该和其他紧急避险情况一样，受益者必将为此支付与其经济能力相适应的代价于受害者的家属。

[1][英]J.C史密斯.B.霍根：《英国刑法》 法律出版社 2000年版

[2][日]木村龟二：《刑法总论》 有斐阁 1978年增补版

[3][德]黑格尔：《法哲学原理》 范杨、张企泰译 商务印书馆 1961年版

[4]沈宗灵：《现代西方法理学》 北京大学出版社 1992年版

[5]康德：《法的形而上学原理：一切权利的科学》 北京 商务印书馆

[6][英]霍奈逊：《现代制度主义经济学宣告》 北京大学出版社 1993年版

[7]沈宗灵：《现代西方法理学》 北京大学出版社 1992年版

[8][法]卡斯东.斯特法尼等著 罗结珍译 《法国刑法总论精义》 中国政法大学出版社

[9]张文显主编：《法理学》 高等教育出版社 北京大学出版社

[http://www.law-lib.com/lw/lw\\_view.asp?no=6509&page=2](http://www.law-lib.com/lw/lw_view.asp?no=6509&page=2)

中国社会科学院应用伦理研究中心

北京建国门内大街5号 邮政编码：100732 电话与传真：0086-10-85195511

电子信箱：cassethics@yahoo.com.cn