

紧急避险权益对等肯定论

马荣春¹,周建达²

(1. 南京师范大学 法学院,江苏 南京 210046;2. 西南政法大学 法学院,重庆 400031)

摘 要 我国刑法学界普遍主张紧急避险所保全的权益必须大于其所损及的权益,否则为保全生命而牺牲生命的恶性事件将有增无减。于是,在紧急避险限度条件问题上便形成了占主导地位的权益对等否定论。透视权益对等否定论的价值论和方法论,则我们将走向权益对等肯定论,即紧急避险可以是保全的权益与损害的权益两者相等。

关键词 紧急避险 权益对等 整体主义 君子文化 生命

中图分类号 D924.13

文献标识码 A

文章编号 1671-4970(2011)04-0067-04

一个人为了保全自己的生命是否可以牺牲他人的生命,这里便引发出紧急避险的限度问题。

一、“权益对等否定论”的问题场域与立论理据

1. “权益对等否定论”的问题场域

我国刑法学界对紧急避险的限度条件形成了 3 种学说:^①“轻于说”。该说主张,“紧急避险造成的损害必须小于所避免的损害。”^{①[141]}此说系我国刑法理论的通说;^②“不超过加必要说”。该说认为,“紧急避险的必要限度,是指在所造成的损害不超过所避免的损害的前提下,足以排除危险所必需的限度”^{②[271]};^③“轻于加相等说”。该说认为,“紧急避险的必要限度在一般情况下应当是所保全的权益大于所牺牲的权益,但在个别情况下,两权益相等也应认为是紧急避险。”^{③[356]}此说在我国是少数人的观点而在国外刑法理论中则较为通行。以上 3 种学说的分歧在于成立紧急避险即正当避险是否可以是以损害的权益等于保护的权益。而“权益对等否定论”正是形成于紧急避险的限度条件问题的一个具体的观点或论说,并且为我国刑法学界和司法界所普遍认同。

2. “权益对等否定论”的立论理据

有人说:“我国刑法规定的紧急避险是以社会主义的集体主义精神为指导思想,要求一个人在面临危险时,在不得已的情况下,牺牲局部的、较小的利益以保护整体的、较大的利益,亦即使国家、公共利益、本人或他人的合法权益免受损害或减少损

害。”^{④[801]}因此,紧急避险“是有益于社会统治秩序的行为,不仅不应承担刑事责任,而且应当受到鼓励与支持。”^{④[139]}可见,在“权益对等否定论”那里,“社会主义的集体主义精神”和“对社会是有益的”便构成其立论的一个价值理据。其次,“权益对等否定论”认为,如若承认紧急避险所保全的权益可以等于避险所损及的权益,则将出现以牺牲生命来保全生命的避险事件,但生命“是不可能用任何尺度进行比较的,尤其是不能将人的生命作为实现自己目的的手段。”^{⑤[271]}可见,“人是目的”这一命题构成了“权益对等否定论”的又一价值理据。于是,上述两项价值理据便“出笼”了“权益对等否定论”。

二、“权益对等否定论”的价值论透视

1. 整体主义的霸道

整体主义的中心思想是社会虽然是由个人构成,但社会对于个人具有优先地位^{[5]200}。在价值论上,整体主义强调的是社会整体的特殊地位,亦即社会优先于个人;而在方法论上,整体主义则坚持从社会整体去解析个体^{[5]205}。尽管关注人的社会性价值,但整体主义却始终掩盖不了自身的霸道,即过分地追逐人的社会性价值,从而容易导致极权主义。我们认为,“权益对等否定论”在紧急避险的限度问题上就表现出整体主义的霸道性。在“权益对等否定论”看来,“赋予公民以紧急避险权,不仅旨在鼓励公民在必要的情况下通过损害较小合法权益的手段来保全较大的合法权益,以尽可能减少自然灾害、不法侵害等带给社会的损害,更在于培养广大公民顾

全大局、互助友爱的意识。^{[1]139}。显然,“权益对等否定论”极力主张公民在遇险时“舍小我顾大我,舍小家顾大家”以践行“奉献”乃至“牺牲”精神,但却轻视人的个体性价值。实际上,理性的整体主义是注重人的个体性与社会性的有机统合的。马克思、恩格斯指出:“人是一个特殊的个体,并且正是他的特殊性使他成为一个个体,成为一个现实的、单个的社会存在物,同样地,他也是总体,观点的总体、被思考和被感知的社会的主体的自为存在,正如他在现实中既作为社会存在的直观和现实享受而存在,又作为人的生命表现的总体而存在一样。”^[6]但是,社会整体性应以起码的公民个体性为前提,否则其将演变成为一种专权或专制,正如有人说:“社会主义作为对极端个人主义与无政府主义的否定,强调社会整体性,具有一定的科学性。但要防止对个人利益的完全否定,从整体主义蜕变为极权主义。”^{[5]209}那么,在紧急避险的限度条件上,整体主义应通过认可保全的权益与损害的权益两者相等以体现出有所收敛。

2. 对‘人是目的’的片面解读

德国著名哲学家康德指出:“一切理性存在者都必须服从这样的规则:每个人都不应该把自己和别人仅仅看作工具,而应该永远同时看做是目的自身。”^[7]“人是目的”是贯穿康德法哲学的一根主线,而此主线构成了“权益对等否定论”的哲学凭借。在“生命对生命”冲突场合,避险人以保全自身生命为目的而将生命危险转嫁给无辜第三者,这便没有将人视为目的而仅仅作为了达致自身目的的手段。我们认为,“权益对等否定论”对“人是目的”存在片面解读,其体现有两个方面:一是没有对康德论断中的“只”“同时”和“仅仅”这些用语给予必要的注意而难免陷入断章取义;二是没有对康德所倡扬的人权思想或人道原则给予全方位的把握。在我们看来,对康德所言论的“人是目的”的论断的解读不能仅仅局限在人道原则的否定一面,还必须拓展到人道原则的肯定一面。所谓人道原则否定的一面,是指“不能把自己和别人仅仅看作工具”^{[8]108}而所谓人道原则肯定的一面,则指“把一个人尊为自主者,就是把他作为具有自我的内在价值的人来对待。”^{[8]103}显然,“权益对等否定论”只注意到在“生命对生命”的冲突场合,避险人牺牲无辜第三者的生命是将无辜第三者作为工具,而全然没有注意到避险人的所作所为体现了“自我的内在价值”。如果连避险人的一切价值所赖以凭的载体即生命都灭失了,又何谈“把他作为具有自我的内在价值人对待”呢?不难看出,“权益对等否定论”在人道原则问题上坚持的是一种“片面”标准,即忽视避险人的“自我的内在价

值”而仅仅关注避险行为所侵损的无辜第三者的“自我的内在价值”。于是,“权益对等否定论”不得不面对我们的质问:在“生命对生命”的冲突场合要求遇险人为着一种“社会主义的集体主义精神”而舍弃自己的生命,难道不也是将人作为达致一种“冠冕堂皇”的目的的手段吗?

实际上,在“生命对生命”的冲突场合,与其说人道原则是确认人的“自我的内在价值”,毋宁说是给予身陷绝境之人以宽容、怜悯和体恤,而这种宽容、怜悯和体恤是人的“自我的内在价值”的另一种确认。在此,远在唐代的一份判决值得我们品味和深省:“奉判:郭泰李膺,同船共济。但遭风浪,遂被覆舟。共得一桡,且浮且竞。膺为力弱,泰为力强,推膺取桡,遂蒙至岸。膺失桡势,因而致殒。其妻阿宋,喧讼公庭,云其亡夫,乃由郭泰。泰其推膺,取桡是实,郭泰李膺,同为利涉。扬帆鼓鞞,庶免倾危。岂谓巨浪惊天,奔涛浴日。遂及遇斯舟覆,共被漂沦。同得一桡,俱望济己。且浮且竞,皆为性命之忧;一强一弱,俄致死生之隔。阿宋夫妻义重,伉俪情深。哀彼沉魂,随逝水而长往。痛兹沦魄,仰同穴而无期。遂及喧讼公庭,心仇郭泰。披寻状迹,清浊自分。狱贵平反,无容滥罚。且膺死元由落水,落水本为覆舟。覆舟自是天灾,溺死岂伊人咎。各有竞桡之意,俱无相让之心。推膺苟在取桡,被溺不因推死。俱缘自命,咸是不轻。辄欲科辜,恐伤猛浪。无无反坐,泰亦无辜。并各下知,勿令喧扰。”^[9]这是发生在通常被认为是不讲人权的中国封建时代将为保全生命而牺牲生命的事件作为无罪处理的实践。其中,“皆为性命之忧”是对“人是目的”和人的“自我的内在价值”的今义古说。

3. “君子文化”的偏执

文化是一种社会历史的积淀物,具有多层次性、地域性、规则性、承继性、变迁性等特征,而其中与法律相勾连的是文化的规则性,因为文化可以依靠明确外显的或隐含的形式来引导或约束个人的行为,促使某种既定的行为准则得到特定社会中大多数成员的自觉遵从,从而将社会成员的情感、思想与行动都纳入群体的价值目标和轨道,并借以抵御异文化的渗透,从而控制社会成员对主流价值的反叛行为^[10]。那么,“权益对等否定论”的背后便是我国传统文化中根深蒂固的“君子文化”。所谓“君子文化”,乃是宋明以降,前人发自对支配中国传统文化的3种主流思想——儒、释、道的互补动机而对我国传统文化的一种整合,其体现是集儒、释、道于一身。按照“君子文化”的集大成者明代洪应明在其所著《菜根谭》所述,“君子文化”不仅体现儒家对仁爱为

本、为人诚信、待人宽急、时时忍让、处事中庸的推崇和彰显道家物极必反、自然无为、消极适从的理念,而且融合释家清心寡欲、拔名根、除客气、心役万物而入圣境之追求。简言之,“君子文化”倡导人的十全十美即“君子”形象^[11]。可以说,紧急避险“权益对等否定论”试图否定“紧急避险所保全的权益可以等于避险所损及的权益”而达致所谓的“培养集体主义精神,提高思想境界”,这无疑与我国传统文化所力导的“君子文化”具有“共谋”性。具言之,紧急避险“权益对等否定论”意图使遇险人在危难状态下舍弃儒家与释家所谓的“我”与道家所谓的“本我”而寻觅儒家所谓的“他”、道家所谓的“非我”及释家所谓的“超我”,进而成为“君子”。可是,现实中的人是利己主义与有限利他主义的统一体。那么,“权益对等否定论”所提出或表达的“君子”要求显然背离了对人性的理性认知,而“如果人是天使,就不需要任何政府了。”^[12]当然也不需要任何法律了。

需要进一步指出的是,迎合着整体主义和“人是目的”的“君子文化”所导致的对权益对等的避险行为论以违法乃至犯罪,不免陷入了“法律强制道德的执行”。具言之,当身陷危险的时候,如果遇险者必须通过向无辜第三者转嫁同等的受害才能确保自己免受其害,则对遇险者将有两种道德评价:如果遇险者转嫁了受害,则其不道德或道德低劣;如果遇险者没有转嫁受害而是自受其害,则其道德或道德高尚。那么,当不道德的转嫁同等受害会因“自保”本能而出现在一般人或绝大多数人身上时,则对权益对等的避险行为论以违法乃至犯罪难道不是陷入了“法律强制道德的执行”吗?有人说:“牺牲他人生命保全本人生命,从道德上讲,应当予以否定;但从法律上讲,应当是允许的。”^[13]显然,法律和道德的要求应该保持着一定悬殊。为何法律和道德的要求应该保持着一定的悬殊呢?原因在于“如果说人不是恶魔的话,人也不是天使,它们是处于这两个极端之间的中间者,这一事实使得相互克制的制度既有必要又有可能。”^[13]法律和道德的要求应该保持着一定的悬殊首先包含着刑法和道德的要求应该保持着一定的悬殊,正如法国著名刑法学家卡斯东·斯特法尼指出:“刑法既不强迫人们做出牺牲,也不将英雄主义强加于人。”^[14]在笔者看来,卡斯东·斯特法尼的论断隐含着刑法的制定与施行要考虑期待可能性,正如有学者说:“人为了自己在客观非常情况下,迫不得已走入刑法的禁区,甚至每个人在非常情况下也许都会这样做,从人性的角度看本身是无可厚非的,那么就有必要从期待可能性的角度加以考虑,让这种行为不受到刑法的处罚,从而尊重人性的要求,

体现刑法人道主义。”^[15]那么,从期待可能性的角度,在迫不得已的情况下为保全自己的生命而牺牲他人生命是能够或应该成立紧急避险的。

三、“权益对等否定论”的方法论透视

1. 学术阵脚错位

前文已指出,“权益对等否定论”在其价值理据上强调“社会主义的集体主义精神”和“有益于社会的”观念。众所周知,“社会主义的集体主义精神”讲求的是奉献乃至牺牲精神,因而是一种带有浓重“义务本位”色彩的价值观。但是,“权益对等否定论”的学者往往又不无明确地指出:“完善我国紧急避险制度的立法,确保在司法实践中正确认定紧急避险,鼓励和支持人民群众善于运用法律所赋予的合法权利,将具有十分重要的意义。”^[4]776这里,紧急避险又被视为公民的一项“合法权利”,即其所体现的学术阵脚又是“权利本位”。显然,“权益对等否定论”由“权利本位”出发而走向“义务本位”。由于“权利本位”与“义务本位”是两种对立的学术阵脚,故“权益对等否定论”显然是学术阵脚错位。由于学术阵脚本身往往也是方法论问题,故说“权益对等否定论”学术阵脚错位等于说其方法论错位。“权益对等否定论”的学术阵脚错位还“微妙”地体现为如下自相矛盾:在一个场合,该论以社会主义的集体主义精神为凭批判西方学者在“生命对生命”冲突场合下承认紧急避险的“自私自利性”^[4]800-801,而在另一个场合,该论却又以西方大陆法系刑法理论中的期待可能性理论认可在“生命对生命”冲突场合下紧急避险的可成立性^[16]。

2. 对生命权益可衡量的“视盲”

紧急避险“权益对等否定论”与对生命权益可否衡量的认识有关。人类之所以对“生命”这一论题倾注无限的热情,不仅源于对人类自身存在的这一事实本身的关注,更源于对自身存在价值的无限追问。在当代,对“生命”的敬重常以“人权”“人道主义”这类宏大字眼来彰显,正如:“没有对于生命权的法律保障,一切人权的法律保障都将流于空谈或者化为乌有。”^[17]显然,对于生命价值的至高无上性,“权益对等否定论”予以了忠实乃至“死心塌地”的贯彻。但由于认为生命“是不可能用任何尺度进行比较的”,故如果承认“生命对生命”可成立紧急避险,则将得出生命是可以度量的结论。但在我们看来,尽管生命的价值具有至高无上性或无限性,但不必然得出在“生命对生命”冲突场合权益衡量的不可欲求。在“生命对生命”的冲突场合,尽管生命的价值是无限的,但若以一个生命为元单位,则生命可以进行

量的比较,即两个生命多于一个生命。那么,两个生命所代表的权益便多于一个生命所代表的权益。因此,在‘生命对生命’的冲突场合,权益比较是可行的,且不受生命的本质‘是不可能用任何尺度进行比较的’影响。“权益对等否定论”之所以认为在‘生命对生命’的冲突场合权益对等衡量的不可欲求,一是因为其忽视了生命的显而易见的单元性或单位性,二是因为其困惑于生命对生命比较的媒介物的难觅性。实际上,“一条人命”的说法已表明生命具有单元性或单位性,而生命所代表的权益正是生命与生命比较的媒介物或一般等价物。需要强调的是,赋予生命权益可衡量性丝毫不减损生命本身的价值。

四、结 语

在日本学者看来,紧急避险这一制度‘终究是立足于社会功利主义,是为了防止出现不利于社会整体利益的情况’。^[18]但在我们看来,生命对生命的避险所代表的权益对等的避险还不属于“不利于社会整体利益的情况”,因为避险人所保全的权益与无辜第三者受损及的权益之间所达到的是一种权益‘收支’平衡,而社会整体价值呈现不增不减状态。那么,紧急避险的限度条件应该接受权益对等这种情形,因为早在1789年的法国《人权宣言》的第5条就规定“法律仅有权禁止有害于社会的行为”。那么,刑罚应该对权益对等的避险行为缩回自己的“触须”。只有容纳避险所保全的权益可以等于所损害的权益,则对紧急避险的‘必要限度’的解释才堪称合理解释。

实质上,能否将出于无奈而牺牲他人生命来保全自己生命的避险行为正当化,涉及如何处理刑罚权与公民权的关系问题。而随着社会文明的进步,刑罚权与公民权的关系应逐步呈现出适度的‘此消彼长’。而刑法的谦抑性应该在紧急避险的限度条件问题上作出一个‘勇敢’的表现。肯定紧急避险中的权益对等表面上体现的是刑法的宽容性和谦抑性,实质上体现的是人性包括自我保全的本能性,而“这里的保全并非只局限于保全生命。那些基于人性本能而为的行为不应被要求承担刑事责任”。^[19]²⁹⁸由此我们可以说,违背事物规律性的刑法是不科学的刑法,而违背人性规律性的刑法是不道义或不人性的刑法。“如法律对所有法益侵害都认为是客观的违法,而加以禁止,则全部社会生活都不能不立刻停止,仅留下只许观览的博物馆般的世界”。^[20]这个论断对于我们把握紧急避险所保全的权益与所牺牲的权益是否可以是对等这一问题,则是另有启发。

另外,至少在为保全自己的生命而牺牲他人的生命的紧急避险场合,紧急避险权益对等否定论是不符合刑罚目的的,因为‘如果人在此情况下无一避免地会如此做错,则表明规范在特定情况下是没有实质意义的,因为刑罚处罚显然无法实现其预防目的,刑罚成为不必要,因此刑法只能维护它在形式上的面子(说他错了,但放弃反应)’。^[19]⁶⁵之所以刑罚目的在此场合无法得到实现,是因为紧急避险‘权益对等否定论’在此场合违背了“事物的规律性”。

参考文献:

- [1] 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.
- [2] 张明楷.刑法学[M].北京:法律出版社,2003.
- [3] 陈兴良,曲新久.案例刑法教程:上卷[M].北京:中国政法大学出版社,1994.
- [4] 马克昌.犯罪通论[M].武汉:武汉大学出版社,2005.
- [5] 陈兴良.刑法的价值构造[M].北京:中国人民大学出版社,1998.
- [6] 马克思,恩格斯.马克思恩格斯全集:第42卷[M].中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局,译.北京:人民出版社,1979:123.
- [7] 康德.道德的形而上学原理[M].苗力田,译.上海:上海人民出版社,1986:39-40.
- [8] A·J·M·米尔恩.人的权利与人的多样性:人权哲学[M].夏勇,译.北京:中国大百科全书出版社,1995.
- [9] 汪世荣.中国古代判例研究[M].北京:中国政法大学出版社,1997:72-73.
- [10] 徐行言.中西文化比较[M].北京:北京大学出版社,2004:16-19.
- [11] 俞可平.增量民主与善治[M].北京:社会科学文献出版社,2005:264.
- [12] 汉密尔顿,杰伊,麦迪逊.联邦党人文集[M].程逢如,译.北京:商务印书馆,1980:264.
- [13] 张文显.二十世纪西方法哲学思潮研究[M].北京:法律出版社,2006:83.
- [14] 卡斯东·斯特法尼.法国刑法总论精义[M].罗结珍,译.北京:中国政法大学出版社,1998:367.
- [15] 姜敏.引进期待可能性理论之必要性研究[J].南昌大学学报:人文社会科学版,2010(3):56.
- [16] 马克昌.紧急避险比较研究[C]//马克昌.马克昌文集.武汉:武汉大学出版社,2005:355.
- [17] 卓泽渊.生命权的法律保障[J].人权,2007(1):33.
- [18] 西田典之.日本刑法学总论[M].刘明祥,译.北京:中国人民大学出版社,2007:108.
- [19] 方泉.犯罪论体系的演变[M].北京:中国人民公安大学出版社,2008.
- [20] 文海林.刑法科学主义初论[M].北京:法律出版社,2006:495.