

生命冲突、紧急避险与责任阻却

陈璇*

内容提要：生命冲突中的杀人行为要么违法，要么因成立紧急避险而被正当化，不可能处于“法外空间”之中。根据宪法中的人权保障、法律面前人人平等以及人格尊严不受侵犯等条款，公民的生命在价值上不得以质量或者数量为标准进行比较。但是，生命冲突中双方生命的值得保护性却可能存在差异。以紧急权体系为分析框架，当冲突一方属于紧急状态的引起者时，其生命的值得保护性会降低，这就为防御性紧急避险中杀人行为的正当化提供了可能；而以攻击性紧急避险为表现形式的杀人行为，则只可能成立责任阻却事由。

关键词：生命冲突 紧急权 防御性紧急避险 攻击性紧急避险 期待可能性

一、问题的提出

在危难关头牺牲他人生命以保全另一生命，不是仅出现在思想实验中的假设事例，而早已成为司法实践需要面对的真实场景。

案例 1：2002 年 5 月 3 日下午 5 时 40 分左右，张某与王某到某公园游玩。由于已近下班时间，公园丽水湖的管理人员均已提前离岗，两人遂私自解开一游船入湖游玩。该船年久失修，至湖心时溢水下沉，两人同时落水。王某抓住了船上唯一的救生圈，张某向其游去，也抓住救生圈。由于救生圈太小，无法承受二人的重量，两人不断下沉。此时，张某将王某一把拽开，独自趴在救生圈上向岸边游去，得以生还。王某则溺水身亡。⁽¹⁾

案例 2：李某某（女，21 岁）骑自行车路遇张某（男，22 岁）企图抢车。李某某表示愿意让张某将车推走，但提出将车上的打气筒留下，以便还给别人，张某同意。李某某在卸打气筒时，趁张某不备，用打气筒朝其后脑猛击，将其击晕在地。李某某骑上车进入某村，见天色已晚，遂留宿在一老太太家中。老太太恐客人害怕，便让女儿陪李某某睡在西

* 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”（15CFX036）的阶段性成果。感谢刘明祥、张翔两位教授对本文提出的修改意见。

(1) 参见唐明《该行为是否构成犯罪》，《人民法院报》2004 年 6 月 24 日第 3 版。

房。不料，李某某借宿的恰是张某之家，主人正是张某的母亲和妹妹。张某苏醒后回到家中，从母亲口中得知李某某留宿之事，大为惊慌，遂问明李某某睡觉的方位，取出铡刀，进入西房，摸准睡在炕外侧的人头，照脖颈部猛砍一刀。可是，由于李某某先前始终未能入睡，张某母子的对话她听得一清二楚，故在张某进屋之前，赶紧把自己和已经熟睡的张某之妹调换了位置。因此，张某杀死的实际上是自己的妹妹。⁽²⁾

此外，近年来出现了多起受胁迫而杀人的案件，无不引起了媒体和公众的热议，人们对于应否追究行为人的刑事责任也是歧见重重、莫衷一是。

案例3：2007年3月20日晚，袁某、周某以嫖宿为名，在昆明某地驾车将卖淫女何某、李某和方某从发廊骗至呈贡县吴家营乡的农田旁。袁某和周某谋划让卖淫女自相残杀，以便掌握杀人证据后能更好地控制她们。于是，二人拿出三张牌对三名女子说，他们是一黑道组织的人，现在要她们中的两人加入，但多出的那个人必须死。两张9、一张K，谁抽到K谁死。方某恰巧抽到了K。袁、周以杀死何某、李某相威胁，逼迫二人用匕首杀害方某。先由周某握住两人的手刺杀方某，再由两人分别刺杀方某，直至其死亡。为了保留杀人证据，袁某在一旁用手机拍下了杀人的全过程。2008年3月5日，云南省昆明市检察院对何某、李某作出相对不起诉的决定。⁽³⁾

案例4：2015年11月10日，刘某、岳某、陈某、冯某四人将某集团董事长章某某绑架至一居民屋内，向其索要1亿元。四人为确保拿到赎金，用刀枪胁迫章某某以绳索勒颈的方式将一名按摩店女员工吉某杀害，并将杀人过程录像，之后将章某某释放回家令其准备赎金。章某某于11月11日凌晨4时到公安局报案，公安部门将刘某等四人抓获。⁽⁴⁾

随着世界范围内反恐形势日益严峻，像“9·11”事件那样由恐怖分子劫持载有乘客的大型交通工具撞击有大量平民聚集的公共建筑物的情形，已成为各国政府需要随时加以防范的现实危险。因此，完全可能发生以下情况：

案例5：恐怖分子劫持载有百余名乘客的飞机，试图撞击一幢有千余人在内的大楼。国家或者公民个人在来不及疏散楼内人员的情况下，在飞机即将撞上大楼的前一刻将飞机击落，导致机上人员全部死亡。

为应对这种可能出现的紧急事态，已有国家进行了立法上的尝试。例如，德国曾于2005年颁布航空安全法。该法第14条第3款、第4款分别规定：“对航空器直接使用武力的行为只有在满足了以下条件时才能得到允许，即根据事实情况，能够认定航空器已被用作攻击人之生命的工具，并且直接使用武力是避免这一正在发生之危险的唯一手段”；“只有联邦国防部长或者联邦政府内合法代理行使其职权的阁员，才能下令实施本条第3款所规定的措施”。⁽⁵⁾上述条款引起了德国宪法和刑法学界的热烈讨论。在我国，尽管这一情形

(2) 关于本案的介绍和讨论，参见高格《正当防卫与紧急避险》，福建人民出版社1985年版，第119页以下；高铭喧主编《刑法学原理》第2卷，中国人民大学出版社1993年版，第247页；陈兴良、曲新久《案例刑法教程》，中国政法大学出版社1994年版，第351页以下；刘明祥《紧急避险研究》，中国政法大学出版社1998年版，第78页；董德华《刑法中的期待可能性论》，法律出版社2015年版，第187页以下。

(3) 参见储皖中《故意杀人未被检方起诉引争议》，《法制日报》2008年4月14日第5版。

(4) 参见张杰《富豪被胁迫杀人是否有罪》，《河南法制报》2015年11月20日第11版。

(5) 2006年，德国联邦宪法法院判决航空安全法的这一规定因违宪而无效。关于判决理由，参见张翔主编《德国宪法案例选释》第1辑，法律出版社2012年版，第242页以下。

目前尚未正式进入立法和司法的视野,但随着2015年反恐怖主义法的颁布,以及该法对遏制打击恐怖犯罪和尊重保障人权并重原则的确立,如何应对暴力恐怖袭击引起的生命冲突事态,必将成为我国刑法学界需要高度关注的课题。

对生命冲突案件的分析与裁判,能够在一定程度上考验一国刑法的出罪事由及其理论的完备性,也能够鲜明地折射出一国刑法和刑法学的基本立场。对于这个重大的基础性问题,我国刑法学界一直有所关注,有的探讨也达到了相当的深度。⁽⁶⁾但迄今为止的研究,就是整体来说可能还存在以下不足:第一,零碎分散,就事论事。目前,多数著述尚停留于以个案为研究对象,鲜有对生命冲突案件进行全面系统的类型划分,也缺少对不同案件的处理思路进行教义学上的体系性总结与提炼。第二,视域偏窄,思路单一。在讨论生命冲突问题时,习惯于将目光局限在攻击性紧急避险的框架内,忽视了对宪法学、紧急权体系、刑罚目的等多领域研究工具和资源的综合运用。有鉴于此,本文将首先回答若干前提性问题,接着结合中外典型案例,对涉及生命冲突的两大案件类型,即“危险共同体的内部牺牲”和“生命危险的单纯转嫁”,分别进行分析。

二、三个前提性问题的厘清

在探讨具体的案件类型之前,需要预先回答以下三个问题:1.对于生命对生命的避险来说,其可能的出罪根据是单一的还是多层次的。2.针对相关避险行为的判断结论,是否只有合法与违法这两个选项。3.以生命为牺牲对象的避险行为有无正当化的余地。

(一) 不成立犯罪≠成立紧急避险

从我国不少学者对生命冲突案件的分析中,时常能看到这样的推理逻辑:由紧急状态下的特殊事实情况所决定,将行为人致他人死亡的行为当作犯罪来处罚是不适宜的,故应当将该行为认定为紧急避险。⁽⁷⁾这种论证思路忽视了出罪事由的层次性和多元性,有意无意地将“不成立犯罪”与“成立紧急避险”完全等同了起来。

犯罪的成立要件有二:一是行为以符合法定构成要件的方式对法益造成了不应有的侵害;二是行为人能够并且需要为法益侵害负责。因此,排除犯罪成立的理由也必然是多样的。某一行为不为罪,既可能是因为该行为与构成要件不合,也可能是因为该行为造成的法益损害例外地得到了法秩序的认可,亦可能是因为行为人无法或者无需承担刑事责任。可以确定的是,紧急避险不是构成要件排除事由。那么,能否以行为人欠缺有责性为由认定其成立紧急避险?这就涉及一个问题:刑法第21条规定的紧急避险究竟是单纯的违法阻却事由,还是同时兼具阻却违法和阻却责任这两项功能?根据利益衡量这一违法阻却事由的基础性原理,只有当行为保护的利益高于其损害的利益时,它才能被正当化。因此,假如刑法第21条像德国刑法第34条、日本刑法第37条那样,明确规定紧急避险的成立以行

(6) 例如刘为波《紧急避险限度条件的追问》,载陈兴良主编《刑事法判解》第1卷,法律出版社1999年版;黎宏《紧急避险法律性质研究》,《清华法学》2007年第1期;谢雄伟《论紧急避险中生命的衡量》,《求索》2007年第8期;柏浪涛《三阶层犯罪论体系下受胁迫行为的体系性分析》,《政治与法律》2011年第2期。

(7) 参见前引〔2〕,高格书,第121页;王政勋《正当行为论》,法律出版社2000年版,第269页;上引黎宏文,第47页。

为造成的损害小于或者不超过其所欲避免的损害为前提,那么该条规定的紧急避险自然没有争议地属于正当化事由。笔者认为,尽管刑法第21条并未对避险限度的内容作明确界定,但仍应将该条所规定者确定为违法阻却事由。

第一,在刑法典草拟的过程中,包括1950年的《刑法大纲草案》、1954年的《刑法指导原则草案(初稿)》以及1957年的《刑法草案(初稿)》(第22次稿)在内的历次稿本,关于紧急避险的条文都明确规定了行为造成之损害应轻于所避免之损害。只是从1963年的《刑法草案(修正稿)》(第33次稿)开始,才形成了与现行刑法基本相同的表述。⁽⁸⁾至少到目前为止,没有任何资料能够证明,这种条文措辞上的调整意味着立法者对紧急避险的定性发生了根本变化。相反,有关回顾和总结刑法典制定过程的权威文献指出,现行刑法中的“紧急避险和正当防卫一样是公民的一项合法权利,正确行使这项权利,对社会也是有益无害的”;紧急避险的“必要限度通常是指引起的损害比所避免的损害较轻的情况,因为只有在这种情况下,才能说紧急避险行为客观上对社会是有益的”。⁽⁹⁾

第二,即便从客观解释的立场审视刑法第21条,也难以认为其包含了责任阻却事由。首先,尽管刑法第21条未明确包含有关法益衡量的字眼,但其第2款规定紧急避险不能“超过必要限度造成不应有的损害”。这种对行为限度的强调实际上已表明,该条文至少是倾向于根据行为本身造成的法益损害是否值得法秩序予以肯定这一点,来确定能否排除避险行为的犯罪性。其次,从反面来说,倘若本条的紧急避险包含责任阻却事由,那么避险行为是否成立犯罪就不完全取决于法益损害是否超过了必要限度,而是也取决于行为人是否具有值得宽恕和原谅的特殊情状;既然如此,客观的损益界限要求就显得多余。因此,凡将紧急避险视作责任阻却事由的立法例均不会出现“必要限度”一类的用语,例如1871年德意志帝国刑法第54条、现行德国刑法第35条等。

第三,我国民事法律没有对紧急避险进行具体定义,要把握民法通则第129条和侵权责任法第31条中“紧急避险”的含义,必须求助于刑法第21条的规定。这就说明民刑两大部门法中的紧急避险概念是桴鼓相应的;我们在界定紧急避险的性质时,不能不考虑两者的衔接关系。民法通则第129条和侵权责任法第31条规定,避险行为人在没有过错的情况下,无须承担任何侵权损害赔偿赔偿责任(在危险是由自然原因引起,避险人又无过错的情况下,行为人承担的只是基于受益人身份的公平责任⁽¹⁰⁾)。由此可见,紧急避险连民事违法性都没有,它是完全而彻底的违法阻却事由。在这种情况下,如果认为刑法第21条包含了责任阻却事由,则势必破坏民法和刑法中紧急避险概念的统一性。

综上所述,我国刑法规定的紧急避险只是违法阻却事由。所以,一方面,生命冲突案件中牺牲他人生命的行为不宜受到处罚,这不是将之归入紧急避险的充分理由;另一方面,即便行为不成立紧急避险,也只是说明该行为具有违法性,但不意味着必然成立犯罪。这是因为,当行为人具有值得谅解的特殊情节,从而导致刑罚处罚失去必要性时,完全可以在责任层面根据某种超法规的责任阻却事由实现出罪。

(8) 参见高铭暄、赵秉志编《中国刑法规范与立法资料精选》,法律出版社2013年版,第267页,第287页,第302页,第322页。

(9) 高铭暄《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》,北京大学出版社2012年版,第25页。

(10) 参见张新宝《侵权责任构成要件研究》,法律出版社2007年版,第65页。

（二）“法外空间”概念难以适用

“法外空间”指的是法秩序有意置身事外、不予规制的领域，该领域中的举动并无违法与合法之分。⁽¹¹⁾德国学者将这一概念引入刑法学，试图借以解决紧急避险、堕胎、自杀等棘手难题。⁽¹²⁾阿图尔·考夫曼以法外空间说为依据明确提出：对于生命冲突案件来说，法秩序难以找到合理的裁决标准，故只好撤回规范的要求、放弃规范的评价，从而使相关行为既不受禁止，也未获得容许。⁽¹³⁾

然而，笔者认为，法外空间理论不能成为生命冲突案件的解决路径。

首先，对于生命受到侵害的案件，不存在承认“法外空间”的余地。在一个尊重公民基本权利的国度里，公民的自由并非国家法律的恩赐，而是与生俱来的。⁽¹⁴⁾在一个认可多种规范共生的多元社会中，只有当遇到攸关重大利益的事宜，并且其他规范均无能为力时，法律方能介入其中。⁽¹⁵⁾国家不应也无需事无巨细地对人们的一举一动都详加过问，法律不应也无需将其触角延伸至社会生活的每一角落。对于那些不与他人利益发生关联的纯粹私人活动，或者对于那些只需借助其他社会规范就能予以良好规制的举动，法秩序没有加以干涉的兴趣和必要。在这种情况下，法律选择不予置评，恰恰既是尊重公民生活自由，也是节约国家管制成本。但问题在于，生命冲突所涉及的绝非无关紧要的琐事，而是人的生命这一最高位阶法益遭受侵害的重大事件。如果法律在这类案件中撤回了规范的命令、放弃了规范的评价，就意味着被害人的生命不再处于法律的保护之下。然而，如果国家一方面声称对生命实行比任何其他法益都更为严格的保护，另一方面，在生命间发生冲突的案件中，却仅仅因为被害人偶然身陷某种特殊的紧急状态就选择袖手旁观，这岂非自相矛盾？

其次，对于构成要件所涵摄的行为，难以形成“评价真空”。在紧急状态下牺牲他人生命的行为，无疑符合刑法第232条故意杀人罪的构成要件。只要某种行为落入构成要件的范畴，就必然受到刑法明确的否定性评价。这种评价一经形成，就表明立法者已经给它贴上了违法性的标签。要想在个别的特殊情形中取消这种评价，就只能借助能够对禁止性规范产生对抗效力的容许性规范。⁽¹⁶⁾可见，对于游离在构成要件以外的行为，刑法或许还有采取中立态度的空间；可对于已经跨入构成要件门槛的行为，刑法不可能抽身事外。

最后，法外空间说在正当防卫的问题上无法得出合理结论。对牺牲他人生命之行为的定性，直接决定了针对该行为能否实施正当防卫。对此，支持法外空间说的学者存在不同看法：1.有的认为，针对合法行为固然不能进行正当防卫，但由于牺牲他人生命的行为并未得到容许，故避险行为的对象不负有忍受义务，其有权采取正当防卫予以反击。⁽¹⁷⁾这一

(11) Vgl. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1975, S. 355f.

(12) Vgl. Stübinger, „Not macht erfinderisch“ -Zur Unterscheidungsvielfalt in der Notstandsdogmatik, ZStW 123 (2011), S. 432ff. 近年来，我国也有学者将法外空间理论运用于刑法。参见周光权《教唆、帮助自杀行为的定性——“法外空间说”的展开》，《中外法学》2014年第5期；王钢《法外空间及其范围——侧重刑法的考察》，《中外法学》2015年第6期。

(13) Vgl. Arthur Kaufmann, Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung, FS-Maurach, 1972, S. 336.

(14) Vgl. Roxin, Strafrecht AT, Bd. I, 4. Aufl., 2006, § 14 Rn. 27.

(15) Vgl. Rehlinger, Rechtssoziologie, 6. Aufl., 2007, Rn. 100.

(16) Vgl. Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, 1965, S. 19; Hirsch, Strafrecht und rechtsfreier Raum, FS-Bockelmann, 1979, S. 99f.

(17) Vgl. Binding, Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, 1885, S. 766; Nagler, in: LK-StGB, 6. Aufl., 1944, § 54 Anm. III 2c, 3.

观点有自相矛盾之嫌。因为，该说在论证时有意无意地只是单方面强调行为未获容许这一属性，却绝口不提处于法外空间的行为恰恰还具有不受禁止的性质。既然法外空间说认为牺牲他人生命的行为在不合法的同时也不违法，那怎么能将之归入不法侵害？2. 阿图尔·考夫曼注意到了前一学说的弊端，遂提出：由于牺牲他人生命的避险行为既不合法也不违法，故与之对抗的行为不成立正当防卫，而是同样处在法外空间之中，没有合法与违法之分。⁽¹⁸⁾ 根据这一观点，以前文案例 1 为例，假设当张某为夺取救生圈而拖拽王某时，王某以暴力相反抗，则该反击行为以及后续的相互搏斗均处在“无法无天”、弱肉强食的原始状态之中。于是，冲突的最终决断权就完全归属于在体能、力量上占据优势的那个人。然而，在如生命这样重大的法益之间发生冲突的场合，正是需要法秩序予以公正裁决之时，法律却竟然听任丛林法则大行其道，这在法治国家中是不可接受的。

（三）牺牲生命的避险行为有正当化之可能

1. 生命的不可衡量性之证成

从宪法的立场出发，应当坚持不同公民的生命在价值上不可比较的原则。

首先，生命权是公民基本权利和国家宪制的存在前提，它在我国宪法的价值体系中处于基础与核心地位。尽管宪法并未对生命权作明确规定，但这不妨碍生命权实际上享有的至高无上的宪法地位。⁽¹⁹⁾ 其一，宪法第 33 条第 3 款的人权条款使宪法中的基本权利具有了开放性，作为人权之基础的生命权自然处在宪法的保护之下。⁽²⁰⁾ 其二，人类要获得有尊严的存在和发展，其前提是生命的价值获得国家的承认。既然宪法第 37 条、第 38 条明确将人格尊严列为保护对象，那它也必须对作为其基础的生命给予保障。由于人格尊严的要义在于禁止将人格贬低为物化的工具，⁽²¹⁾ 故不允许将生命作为实现其他目的的手段。

其次，生命之间不存在质量上的差别。宪法第 33 条第 2 款规定“中华人民共和国公民在法律面前一律平等。”据此，不论公民之间在年龄、性别、智力、社会地位、受教育程度以及健康状况方面有多大差异，生命一律等价；不能因为不同人的生活质量、对社会发展的贡献和意义有别，就对他们的生命进行任何价值上的高低排序。

最后，生命的价值也不能用数量来作比较。张明楷提出：“如果不允许以牺牲一个人的生命保护更多人的生命，则意味着宁愿导致更多人死亡，也不能牺牲一个人的生命，这难以为社会一般观念所接受，也不一定符合紧急避险的社会功利性质。由此看来，至少对保护多数人生命而不得已牺牲一个人生命的行为应排除犯罪的成立。”⁽²²⁾ 这一观点有待商榷。

其一，财产法益能够以数量来衡量，根本原因在于它并非专属一人，而是可以在不同主体之间交易和流转。然而，作为人格尊严之基础的生命却始终专属于某一特定的个人，它无法在不同的公民之间交换、流通。一个人只能拥有自己的生命，其他人的生命数量再多，也不可能移转于他所有。正是由于不存在同时享有多个生命的法益主体，生命的价值

(18) 参见前引〔13〕，Kaufmann 文，第 342 页。

(19) 参见韩大元《宪法学为何关注生命权问题》，《法制资讯》2012 年第 11 期，第 60 页。

(20) 参见上官丕亮《论宪法上的生命权》，《当代法学》2007 年第 1 期，第 61 页；张翔《基本权利的体系思维》，《清华法学》2012 年第 4 期，第 33 页。

(21) 参见刘志刚《人格尊严的宪法意义》，《中国法学》2007 年第 1 期，第 38 页。

(22) 张明楷《行为功利主义违法观》，《中国法学》2011 年第 5 期，第 125 页。

才不具有累计的可能。⁽²³⁾

其二，宪法第33条第2款的规定不仅保证了不同个人之间的平等性，而且确保了少数人的基本权利能够得到与多数人同等程度的保护。在法治国家中，“多数人的意志也要受到更高的理性和法治制度的制约。如果把人民主权理解为多数人不受限制的权力，那也是危险的。因为这有可能为经常出现的以多数人的意志来压制少数人的正当权利的恶劣行径作辩护。”⁽²⁴⁾可见，尽管根据民主制度的多数决原则，多数人在决策公共事务的过程中享有更高的决断力，但多数人的尊严与人格并不高于少数人。少数人包括生命在内的基本权利，绝不因为其数量上的势孤力单而可以沦为多数人的牺牲品。

其三，功利主义思想不宜成为紧急避险的正当化根据。因为，功利主义对行为效果的评判、对损益收支的计算，最终落脚于是否实现了最大多数人的最大幸福，或曰“对整个社会是否实现了利益最大化”。张明楷在论述行为功利主义违法观时，就曾明确指出：“如果从个人主义的观点出发，就不应当将自己面临的危难转嫁于他人；但从社会整体的立场出发，在不得不丧失两个合法利益中的某一利益时，不管是谁的利益，保存价值更高的利益才是理想的，正是基于对整体社会利益的考虑，紧急避险在刑法上才是允许的。因此，说紧急避险对社会有益是完全成立的。”⁽²⁵⁾显而易见，这一思想意味着社会整体可以凌驾于公民个人之上，只要为了实现社会整体利益的最大化，个人权益可以成为被利用和牺牲的对象。因此，“用功利主义思想去论证违法阻却事由的根据，这种做法最终是与人的尊严相抵触的。”⁽²⁶⁾所以，越来越多的学者主张应从保障个人自由的立场出发，借助社会团结思想，去探寻攻击性紧急避险的合法性根据。

其四，社会一般观念的认同不能成为倡导以数量关系来衡量生命价值的理由。一方面，在法治国家中，某个公民依照宪法和法律所享有的基本权利，不会仅因一时一地的民意而横遭剥夺。另一方面，假使在某项民意测验中，90%以上的受访者都赞同“不得已时可以通过牺牲1人的生命来换取100人的生命”，但需要注意的是，支持者大多是在默认自己属于置身事外之第三者的前提下表态的。既然那个被牺牲的人与自己无关，多数受访者就会自然而然地从社会整体的视角出发认为，死1个人总比死100个人强。可是，一旦让受访者换位思考，假定其本人就是那个即将被牺牲的对象，恐怕调查结论会发生变化。可见，民意具有易变性和可操纵性，按照所谓的社会一般观念去裁决，难以保证公平正义的实现。

综上所述，“人的生命是一种‘绝对的最高价值’，一种‘不可比较的人格价值’。该价值使得人享有与所有其他法益，尤其是物质性法益相比独一无二的地位。我们不得将生命贬低为一种可以进行收支结算的数值，从而使之变成单纯为实现其他目的而服务的手段。”⁽²⁷⁾尤其是对于人权条款入宪不过十余载、对人格尊严的保护尚待强化和完善的我国来说，容许牺牲个体生命去换取社会、集体甚至单纯经济利益观念仍有不小的影响，故确立生命法益不可衡量的原则，具有特别重要的现实意义。

(23) Vgl. Neumann, in: NK-StGB, 4. Aufl., 2013, § 34 Rn. 74.

(24) 顾肃《自由主义的基本理念》，译林出版社2013年版，第161页。

(25) 前引〔22〕，张明楷文，第121页。

(26) Jäger, Die Abwägbarkeit menschlichen Lebens im Spannungsfeld von Strafrechtsdogmatik und Rechtsphilosophie, ZStW 115 (2003), S. 785.

(27) 前引〔16〕，Lenckner书，第30页。

2. 对生命的值得保护性之差异的揭示

以上关于生命等价的论断，是纯粹就生命的抽象价值而言的。但是，侵害某一法益的行为能否正当化，不仅取决于该法益在法律中的抽象价值与位阶，还取决于它在具体案件中值得保护的程度。⁽²⁸⁾ 尽管所有人的生命在法律上没有高低贵贱之分，但由个案的特殊情况所决定，不同主体生命的值得保护性却可能存在差异。至于在何种情形下会产生此种差别，从而导致杀人行为能够被合法化，对这一问题的回答还需要借助紧急权体系的建构。

紧急权（Notrecht）是公民在紧急状态下为保护法益而损害他人法益的权利。损害他人法益的行为能够得到法秩序的认可，主要是基于以下两个基本思想：

第一，自由平等原则。宪法第33条规定“中华人民共和国公民在法律面前一律平等”；第51条规定“中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候，不得损害……其他公民的合法的自由和权利”。据此，任何人未经他人同意，都无权损害其法益；任何人对于他人无正当理由损害自己法益的行为，都没有忍受的义务。

第二，社会团结原则。为了防止对自由平等的强调演变为极端的个人主义，社会团结思想提出：社会共同体成员之间应当在一定程度上互相照应；任何人在必要时都应适当地为他人牺牲自身利益，部分地放弃自己的自由。⁽²⁹⁾ 社会团结原则的正当性可从以下两方面得到论证：其一，宪法第1条第2款规定“社会主义制度是中华人民共和国的根本制度”。社会主义原则的确立，意味着我国的法秩序在维护公民个人自由的同时，必然也强调公民之间应当互相扶助、国家应当为弱者提供照顾。⁽³⁰⁾ 其二，对个人自由的限制只能来自于公民自身基于理性的同意，因此，只能从公民的同意中去寻找社会团结的义务依据。⁽³¹⁾ 对此，有多种可能的论证路径：（1）交换正义的要求。该说认为：任何人都无法保证自己永远不会陷入紧急的危险状态，任何人都都期望自己在此情形下能得到他人的照顾与帮助。但是，假如绝对的自私自利成为普遍化的法则，每个人都只想得到别人的帮扶，却拒绝援助他人，那么所有人最终都不可能达到自利的目的，故自私自利作为普遍法则本身就是自相矛盾的。⁽³²⁾ 于是，人们在追求利己目的的过程中，也必须尽到一些利他的义务。而公民只有先承担向他人伸出援手的义务，方可使自己在未来遇到困境时获得他人的救助。⁽³³⁾（2）“无知之幕”背后的选择。按照罗尔斯的正义论，在对社会正义原则进行选择时，应当让参与选择的各方站在无知之幕的背后。⁽³⁴⁾ 处于原初状态中的人们具有理性，但对供他们选择的各种正义原则的特殊事实，以及自己将会具有何种目的、倾向、个性等等都一无所

(28) Vgl. Lenckner, Der Grundsatz der Güterabwägung als Grundlage der Rechtfertigung, GA 1985, S. 299.

(29) 参见王钢《紧急避险中无辜第三人的容忍义务及其限度——兼论紧急避险的正当化根据》，《中外法学》2011年第3期，第618页。Vgl. Renzikowski, Notstand und Notwehr, 1994, S. 188, 320f; Neumann, Die rechts-ethische Begründung des „rechtfertigenden Notstands“ auf der Basis von Utilitarismus, Solidaritätsprinzip und Loyalitätsprinzip, in: Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, 2013, S. 164ff.

(30) 参见张翔《财产权的社会义务》，《中国社会科学》2012年第9期，第110页。

(31) Vgl. Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, 2002, S. 11, 60; Kühl, Strafrecht AT, 7. Aufl., 2012, § 8 Rn. 9; 前引(23)评注，第34节，边码9。

(32) 参见[德]康德《道德形而上学》，张荣、李秋零译注，中国人民大学出版社2013年版，第230页。

(33) Vgl. Meißner, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), 1990, S. 191.

(34) 参见[美]罗尔斯《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社2009年版，第91页以下。

知,故他们势必倾向于选择使自己及后代人的生活起点不致因社会或自然的偶然因素而遭受致命挫折的正义原则。⁽³⁵⁾借用这一思想,当所有参与制定法律的人均立于无知之幕后,谁也无法预先知晓,他在将来可能发生的紧急状态中究竟会处于需要帮助者还是提供帮助者的地位。于是,至少为了保护那些直接关乎个人生存的基本法益,人们愿意认可要求社会成员相互给予协助的团结义务。⁽³⁶⁾(3)主体间相互承认的结果。人只有在结成社会的过程中才能真正获得自由;单个个体也只有在为生存所必要的社会网络中相互尊重、彼此承认,才能最终保全其自身的完整性。据此,对于维护主体间相互承认的生活方式来说,要求社会成员承担一定的社会团结义务就是必不可少的。⁽³⁷⁾

正是在以上两大原则的基础上,紧急权的体系得以建构。首先,当某人以违反义务的方式侵入他人的自由空间时,基于自由平等原则,受侵犯者不负有忍受、逃避的义务,他有权在为有效制止侵害、保护法益所必要的限度内,对侵犯者的法益造成损害。由于这种紧急权几乎纯粹以个人自由为基础,故在行使的过程中所受的制约条件最少。⁽³⁸⁾这就是正当防卫权。其次,当某人虽然对他人的自由空间造成了威胁,但并未实施违反义务的行为时,一方面,由于这种威胁缺乏合法依据,故遭受危险的人没有义务全盘容忍,他有权对危险来源者采取反击;另一方面,由于危险来源者毕竟要么未现实地违反义务,要么不具备实施合法行为的能力,这些值得体谅的事由使他仍在一定范围内保留了要求对方给予照应的权利,故行为人的反击应比正当防卫更加克制。⁽³⁹⁾此即防御性紧急避险权。最后,当公民的某一法益遭遇险境时,基于社会团结原则,其他公民有义务做出一定的牺牲以协助他转危为安。但由于社会团结毕竟只是在坚持自由平等原则的前提下出现的例外,故建立在上述思想基础上的攻击性紧急避险必然会受到最为严格的规制。

由此可见,随着紧急权损害的对象与危险源之间的关系不同,其法益的值得保护性大小会发生变化,故对于不同的紧急权,在进行利益衡量时所能容许的法益对比关系自然也存在重大差别。在正当防卫中,由于被损害者自己就是以违反义务的方式引起法益冲突之人,故其法益的值得保护性与他所侵害的法益相比,会大幅下降。在攻击性紧急避险中,由于被损害者是与危险引起无关的第三人,故其法益的值得保护性本身并无减损,只有当其法益的价值明显低于受威胁的法益时,才能基于社会团结原则认为避险行为保护了较大的利益,从而要求被损害者承担忍受义务。由于生命不可能在价值上明显低于其他法益,故其绝对不能成为攻击性紧急避险的对象。在防御性紧急避险中,有两个反向的因素共同影响着利益衡量的判断。一方面,避险对象是危险的产生方,故其法益的值得保护性必然会有所下降;但另一方面,由于避险对象并未实施违法行为,故其法益的值得保护性的下降幅度不可能等同于正当防卫中不法侵害人的情形。由此决定,防御性紧急避险中的利益衡量标准,较攻击性紧急避险要宽松,但又严于正当防卫。⁽⁴⁰⁾所以,只要保护和损害的法

(35) 参见廖申白《〈正义论〉对古典自由主义的修正》,《中国社会科学》2003年第5期,第129页,第136页。

(36) Vgl. Merkel, Zaungäste?, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, 1995, S. 184.

(37) Vgl. Kühl, Freiheit und Solidarität bei den Notrechten, FS-Hirsch, 1999, S. 272ff.

(38) 参见上引Kühl文,第260页以下。

(39) Vgl. Pawlik, Der rechtfertigende Defensivnotstand im System der Notrechte, GA 2003, S. 16f.

(40) 参见前引〔28〕, Lenckner文,第306页以下。

益在价值上基本相当，即可认为避险行为维护了较大的利益。⁽⁴¹⁾ 这就意味着，在行为人不得已导致了危险来源者死亡的情况下，如果该行为所保护之法益的价值与生命法益相比并不存在明显的失衡，该行为就有可能以防御性紧急避险之名获得合法化。

(四) 小结

综合以上分析，可以初步得出以下结论：第一，刑法第 21 条规定的紧急避险仅属于违法阻却事由。生命冲突中杀人行为的出罪根据，既有可能在于行为成立紧急避险，也有可能在于行为成立超法规的责任阻却事由。第二，生命冲突中的杀人行为不可能处于法外空间之中，其性质在合法与违法之间必居其一。第三，在防御性紧急避险中，为保全生命而致他人死亡的避险行为存在被正当化的空间。

三、危险共同体的内部牺牲

危险共同体的内部牺牲指的是，二人以上同处一个危险境地之中，只有牺牲其中一部分人的生命才可能保全其他人的生命，也才能避免共同体内所有成员同归于尽。根据被牺牲者与危险来源之间的不同关系，危险共同体可以划分为两种类型：1. 差别型危险共同体。在这种情形中，被牺牲者与危险共同体的其他成员一样，属于危险所威胁的对象，但又与危险源有着一定联系。其典型就是前文案例 5。由于飞机与建筑物即将相撞，故飞机上的无辜乘客与建筑物内的人员都面临同一死亡危险；但由于恐怖分子的劫持行为，乘客又与危险来源，即高速撞向大楼的飞机，不可分割地捆绑在了一起。2. 平等型危险共同体。在这种情形中，危险共同体的所有成员均处在危险源之外，都只是危险所威胁的对象。就该类型而言，除前文案例 1 之外，实践中出现的著名案件还有：

案例 6：1941 年，在纳粹统治下的德国，精神病科医生 P 和 St 接到纳粹政府下达的命令，要求他们遴选出医院中合乎条件的精神病人实施安乐死。两人意识到，一旦他们完全拒绝服从这项指令，政府必定会让绝对忠诚于命令的其他医生代为实施，届时大量患者都将性命难保。因此，P 和 St 只好选择执行命令，但通过隐瞒事实将不少本来符合条件的患者从名单中删除，从而最大限度地减少了被执行安乐死的人数。⁽⁴²⁾

(一) 正当化事由之考察

1. 正当防卫：侵害者的范围不宜过度扩张

我国有学者主张，当不法侵害者利用第三人的身体作为工具攻击他人时，由于第三人已成为不法侵害的组成部分，故防卫人为制止袭击而导致第三人死伤的反击行为可以成立正当防卫。⁽⁴³⁾ 照此推理，由于在飞机被劫持的情况下，乘客已和飞机连为一体成为恐怖分子撞击地面建筑物的工具，故击落行为所引起的乘客死亡结果，亦可藉正当防卫之名得以合法化。笔者对此不敢苟同。

第一，刑法第 20 条第 1 款明确规定，只有“对不法侵害人造成损害的”行为，才可能

(41) Vgl. Günther, in: SK-StGB, 7. Aufl., 2000, § 34 Rn. 40.

(42) Vgl. OGHSt 1, 321; BGH, NJW 1953, S. 513.

(43) 参见前引〔7〕，王政勋书，第 155 页；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；李齐广：《涉及第三者的防卫行为探析》，《政治与法律》2011 年第 5 期，第 117 页。

成立正当防卫。既然第三人本身并未实施任何不法侵害行为，而只是被受害人用作了发动袭击的工具，那么，反击行为给他造成死伤结果无论如何不属于对不法侵害人造成损害。

第二，支持上述见解的一个重要理由在于，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就可以看成是针对利用者的防卫。⁽⁴⁴⁾可是，间接正犯理论所解决的是结果应当归责于谁的问题，它与正当防卫中谁是遭受损害者的问题无关。由于利用者本人并未直接实施构成要件行为，故欲将法益侵害结果以正犯之名归责于他，就需要将被利用者的举动评价为利用者行为的一部分。⁽⁴⁵⁾可见，间接正犯的原理只是说明，从规范上看，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。然而，无论是从事实上还是从规范上来说，被害者就是法益受到现实损害的人，不存在被利用者遭受的损害可以因为他是被别人操纵的工具而转移给幕后指使者的道理。

第三，论者主张将针对被利用之第三人的反击也定性为正当防卫，或许是基于应当为遭受不法侵害之人提供充分保护的考虑。即，侵害者自己直接实施侵害或者利用第三人间接实施侵害，这只是在实现侵害目的的具体策略上存在差异，遭受侵害之人的法益则应受到同等程度的保护。既然针对侵害者本人的反击无疑属于正当防卫，那么指向被利用者的反击也理应成立正当防卫。否则，这就意味着侵害者只需劫持第三人为袭击工具或者“挡箭牌”，就能轻而易举地排除他人的正当防卫权，为顺利达到侵害目的扫清障碍。但是，其一，在确定正当防卫的成立要件时，固然需要考虑受侵害行为威胁一方的利益，同时也必须顾及因反击行为而受损一方的利益。在众多紧急权中，正当防卫无疑最具强势风格。一旦某人成为正当防卫的对象，就意味着他需要忍受远比其他紧急权对象更为严重的损害，故其对象范围必须受到严格限制，非现实实施违法行为者不得被强行置于防卫对象的境地。⁽⁴⁶⁾其二，反恐怖主义法虽于第2条第2款声明“国家不向任何恐怖活动组织和人员作出妥协”，但也在第6条第1款中规定“反恐怖主义工作应当依法进行，尊重和保障人权”。这就说明，国家在面对恐怖袭击时，不能只考虑如何有效制止袭击行为，还必须注意最大限度地保护无辜公民的安全，这当然也包括被劫持者在内。其三，对被劫持作为侵害工具的第三人不能实施正当防卫，并不意味着处于袭击威胁之下的公民要么坐以待毙，要么被判有罪，因为，针对被利用者的反击行为尚有成立紧急避险或者责任阻却事由的可能。

第四，这一见解实际上也存在自相矛盾之处。持该观点的学者虽然声称针对被利用之第三人的反击成立正当防卫，却同时提出“鉴于这种情况毕竟涉及到第三者的人身权利，基于人道主义的考虑，在解释防卫行为的必要性、相当性时应作更严格的限制。……如果有躲避或避开第三者直接反击不法侵害人的可能性，而且实施起来也不是特别困难的话，还是应当优先考虑躲避或直接反击侵害人等方法。”⁽⁴⁷⁾可是，这些限制性条件均非正当防卫所固有；一旦受到这些条件的束缚，所谓的正当防卫权就丧失了其本应具有的强势风格，

(44) 参见上引陈家林文，第18页。

(45) Vgl. Kindhäuser, Strafrecht AT, 7. Aufl., 2015, § 39 Rn. 5.

(46) Vgl. Rönna/Hohn, in: LK-StGB, 12. Aufl., 2006, § 32 Rn. 161; Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., 2014, § 32 Rn. 31.

(47) 前引〔43〕，陈家林文，第18页。

这种有名无实的防卫权实质上已与紧急避险权并无二致。

2. 防御性紧急避险：危险来源的认定需慎重

根据前文的论述，在紧急避险的框架内，只有防御性紧急避险才可能使生命冲突中的杀人行为得到正当化。不可否认，前文案例 5 中的乘客“在空间上已被不可分离地卷入到了危险源之中”。⁽⁴⁸⁾ 既然不能将乘客看作不法侵害者，那能否将他们视为单纯的危险来源，进而认为击落飞机导致乘客死亡的行为成立防御性紧急避险？答案是否定的。

的确，防御性紧急避险的成立，并不要求避险对象是正在实施违法行为之人。针对并未实施违法行为，甚至没有实施刑法意义上之行为的人，也可以进行反击，而且损害强度可以高于攻击性紧急避险，其实质根据在于避险对象对产生危险的法益享有排他性的独占。从宪法第 13 条和物权法第 2 条第 3 款的规定可以推知，公民在其自由空间中可以根据本人的意愿使用、处分自己的法益，并且有权禁止和排除任何他人的干预。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，只能信赖权利人在行使自由的同时不会对他人的法益造成妨害，那么，根据自由与责任对等的原则，法律有理由给权利人施加较重的义务，要求他在行使自由时必须满足其他公民的合理期待，承担起保证避免给他人带来危险的责任。⁽⁴⁹⁾ 这一点已经为宪法第 51 条、民法通则第 126 条、第 127 条以及侵权责任法第 9 至 11 章的规定所确认。一旦权利人独占的自由空间给他人的法益造成了危险，就会在法律上产生以下两方面的效果：其一，权利人作为保证人负有及时排除该危险的义务，若他拒不履行该义务，则可能成立不真正不作为犯；其二，若权利人未能及时排除危险，则遭受威胁的公民或者第三人有权自行打破权利人对该空间的独占，在为消除危险所必要的限度内损害其法益，权利人对此负有忍受义务。权利人是否实施了违法行为、是否在事实上具有及时排除危险的能力，都只能影响能否对他追究法律责任、施加法律制裁，却丝毫不能影响遭受威胁者对其享有的反击权。⁽⁵⁰⁾

有一种学说认为，只要某人在事实上处于危险源之中，该状态本身就足以使面临危险的公民对之享有防御性紧急避险权。理由在于：其一，这是双方权利义务关系所要求的。一方面，凡是遭遇险境的公民，只要他自己对该危险的产生没有责任，就有权通过反击捍卫自身利益；另一方面，当危险来自于某人时，即便他只是偶然地陷入危险源之中，但这种不幸也只能由他自己承受，而不能转由无辜第三人分担，故其他公民不承担与他共赴黄泉的义务。⁽⁵¹⁾ 其二，此乃有效实施正当防卫权所必需。当甲被迫与乙所实施的不法侵害连为一体时，其他公民对乙无疑享有正当防卫权。可如果认为在防卫的过程中不得已致甲死亡的行为不成立防御性紧急避险，则意味着针对乙的正当防卫权也将受到极大的限制，这是不合理的。⁽⁵²⁾ 然而，上述学说有失偏颇，因为它只注重对遭遇危险一方的保护，却置避险对象的利益于

(48) Hirsch, Defensiver Notstand gegenüber ohnehin Verlorenen, FS-Küper, 2007, S. 154.

(49) 参见前引〔29〕, Renzikowski 书, 第 179 页; Pawlik, Der rechtfertigende Defensivnotstand, Jura 2002, S. 30.

(50) Vgl. Köhler, Die objektive Zurechnung der Gefahr als Voraussetzung der Eingriffsbefugnis im Defensivnotstand, FS-Schröder, 2006, S. 262ff.

(51) Vgl. Schünemann, Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung, in: Neumann/Hassemmer/Schroth (Hrsg.), Verantwortetes Recht, Die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns, 2005, S. 152f.; Gropp, Der Radartechnik-Fall-ein durch Menschen ausgelöster Defensivnotstand? Ein Nachruf auf § 14 III Luftsicherheitsgesetz, GA 2006, S. 287f.

(52) Vgl. Rogall, Ist der Abschuss gekappter Flugzeuge widerrechtlich?, NSiZ 2008, S. 4.

不顾。首先，“正当化事由不仅排除了国家刑罚权的发动，还剥夺了被害人的权利，使其无权要求行为人不实施符合构成要件的行为。一切正当化事由的效果都在于缩减对被害人的保护。”⁽⁵³⁾ 因此，我们在为某一紧急权划定适格对象的范围时，必须结合该紧急权的侵害强度，谨慎地对损害对象和保护对象双方的利益加以平衡。防御性紧急避险的强势水平仅次于正当防卫，避险行为损害的法益甚至可以在价值上略高于所保护的法益。因此，当某人与危险源的关系尚未在规范上达到足够紧密的程度时，法律没有理由让他承受比攻击性紧急避险对象更重的忍受义务。其次，当紧急行为将同时损害不法侵害者和无辜第三人时，该行为整体上可被允许的损害限度只能取决于成立条件较为严格而非相对宽松的紧急权。于是，只能使正当防卫权的行使顾及紧急避险的谨慎性而受到限制，而不能让紧急避险权迁就正当防卫的强势性而得到扩张。

由此可见，仅仅是某人与危险源在同一时空范围内连成一体，仅仅是某人的存在状态与他遭遇危险之间有事实上的条件关系，仅仅是不伤及某人就无法阻止危险等情况，均不足以使其他公民有权对之实施如防御性紧急避险那样高强度的反击行为。能成为防御性紧急避险的对象，还需要进一步满足以下两个要件：1. 权利人的独占性，即产生危险的法益空间处在该法益的权利人的排他性支配之下。这是其他公民对权利人产生信赖的根源，也是权利人对他人的防御性紧急避险负有容忍义务的关键所在。2. 法益空间的危险性，即避险行为所针对的法益，必须对危险的产生或者升高发挥了积极推动作用。为了综合说明上述两个要件，现举出“登山者案”为例。A与B结伴攀登高峰，B因冰雪塌陷而跌落峭壁，联结A与B的一根绳索使B悬于半空中；A无力将B拽起，而且再这样下去A也会被拖下深渊；于是，A为保住自身性命，只好拿出刀割断绳索，致使B坠亡。在本案中，一方面，虽然B因意外而无法控制自己的身躯，但B的身体无疑属于他本人的独占领域；另一方面，由B的身体重量引起的下坠趋势，使A也面临死亡的险境。这样一来，B的存在就成了对A的性命造成威胁的危险源，故A的行为成立防御性紧急避险。⁽⁵⁴⁾

然而，前文案例5并不符合防御性紧急避险的这两个成立要件。首先，对于机组成员而言，由于他们接受过专门培训，在正确操作飞机、确保乘客安全等方面具备远高于常人的专业技能，故其他公民有理由信赖其能够保障飞机顺利安全地航行、避免因事故给乘客和地面人员造成损害。所以，因第三人的强迫而丧失了对飞机实际控制的机组人员，可以被看作危险来源。然而，与机组人员不同，普通乘客只是为了旅行才暂时停留在机舱中，他们既没有能力也没有意愿对飞机内的空间和设备实现独占性的支配。其次，正是飞机的飞行状态引起了与地面建筑物撞击的危险，而机组人员对飞机的航行发挥着决定性的作用，甚至恐怖分子也必须通过控制飞行员才能完成袭击，故在飞机成为危险来源的过程中，机组人员的存在是不可或缺的因素。然而，机舱内是否有乘客、究竟有多少乘客，这对于飞机撞击大楼的速度、强度和方式等都毫无积极的影响。⁽⁵⁵⁾ 甚至，为了监视、排除乘客可能实施的反抗，劫机者还不得不额外分出相当的人力和精力。可见，众多乘客的存在有时反而

(53) Mitsch, Rechtfertigung und Opferverhalten, 2004, S. 30.

(54) Vgl. Roxin, Die notstandsähnliche Lage—ein Strafunrechtsausschließungsgrund?, FS-Oehler, 1985, S. 194; Hirsch, in: LK-StGB, 11. Aufl., 1993, § 34 Rn. 74; 前引〔49〕, Pawlik文, 第31页。

(55) Vgl. Pawlik, § 14 Ab. 3 des Luftsicherheitsgesetzes—ein Tabubruch?, JZ 2004, S. 1049.

会成为发动袭击的累赘，并对飞机变为危险来源起到消极的阻碍作用。所以，乘客无论如何都不应被视为危险来源的组成部分，他们在恐怖袭击中所处的地位与地面建筑物内的人员完全相同，⁽⁵⁶⁾ 击落飞机导致乘客死亡的结果无法以防御性紧急避险之名获得正当化。

3. 攻击性紧急避险 “生还希望” 标准之否定

在排除了成立防御性紧急避险的可能性的情况下，无论差别型危险共同体还是平等型危险共同体，内部牺牲行为都只有一种可以考虑的正当化途径，即攻击性紧急避险。

危险共同体内不同成员生还几率上的差异，不能成为证立避险行为合法性的依据。有一种观点认为：尽管危险共同体内各人的生命在值得保护性上完全相等，但由于杀人行为的违法性体现在断绝了他人继续生存的机会，故只有当营救一部分人的生命是以剥夺另一部分人的生存机会为代价时，该牺牲行为才应受到禁止。如果根据案件的情况可以认定，一方最终难逃一死，另一方尚有生还的希望，那么，由于必死无疑的那部分人本来就已经失去了任何存活的可能，对于他们而言，无所谓剥夺生存机会的问题，故稍稍提前其死亡时间的杀害行为并不违法。⁽⁵⁷⁾ 张明楷就指出：当被牺牲者已经特定化，而且必然牺牲时，略微提前牺牲该特定人以保护多人生命的行为，可以成立违法阻却事由。⁽⁵⁸⁾ 学者据此针对前文案例 5 提出：虽然乘客与地面人员的生命在值得保护的程度上没有差别，但二者的挽救可能性却大相径庭。对于乘客来说，无论是否将飞机击落，他们终难逃脱罹难的厄运。但对于地面人员而言，如果能及时将飞机击落，他们完全能够幸免于难。既然如此，为了避免袭击所指向的全部生命皆毁于一旦，国家应当允许采取避险措施以营救那些尚有生存希望的人。⁽⁵⁹⁾ 笔者难以赞同这一观点。

第一，对于危险共同体案件来说，坚守禁止杀人的规范并不违背该规范的保护目的。作为故意杀人罪构成要件的基础，“不得杀人”这一命令的宗旨无疑在于保护生命法益不受损害。在一些学者看来，当危险共同体成员的生命无法全部得到保护时，若允许杀死其中已无生存希望者，则至少还能保住另一部分生命；可如果继续贯彻“不得杀人”的规范，却反而将导致全部成员丧生。可见，不加变通地坚持杀人禁令，最终带来的后果恰恰与该规范所追求的目标南辕北辙。⁽⁶⁰⁾ 但是，细加推敲，这种说法实际上难以成立。因为，当我们在考虑某人是否有生还希望时，其实是在预测他能否彻底度过劫难、化险为夷，例如能否躲过屠杀、能否避开飞机的撞击等。然而，不可忽视的是，即便是危险共同体中无望逃离鬼门关的人，在避险行为不发生的情况下，原本也确定地享有一定的存活时间。刑法在捍卫生命时，只关心某人的生命长度是否被他人不当地缩短了，而不应考虑命运可能对该人寿命长短所做的安排。也就是说，“法对每个人的生命都加以保护，它所保护的生命是一种现有的实存、是一种‘此处和当下的’生物性存在，而生命的不同前景则并非法所应当

(56) Vgl. Roxin, Der Abschuss gekappter Flugzeuge zur Rettung von Menschenleben, ZIS 2011, S. 559; 前引〔12〕, Stübinger 文, 第 411 页。

(57) Vgl. Otto, Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil, 3. Aufl., 1978, S. 79ff.

(58) 参见张明楷《刑法学》上, 法律出版社 2016 年版, 第 221 页。

(59) 参见前引〔6〕, 黎宏文, 第 49 页。Vgl. Sinn, Tötung Unschuldiger auf Grund § 14 III Luftsicherheitsgesetz-rechtmäßig?, NStZ 2004, S. 592f; 前引〔23〕评注, 第 34 节, 边码 77e。

(60) Vgl. v. Weber, Das Notstandsproblem und seine Lösung in den deutschen Strafgesetzentwürfen, 1925, S. 30; Mangakis, Die Pflichtenkollision als Grenzsituation des Strafrechts, ZStW 84 (1972), S. 475.

考虑的因素。……不论生命将来持续的时间有多长，所有的生命在法律看来都是同一的。”⁽⁶¹⁾

第二，生命不因其剩余时间的短暂而失去意义。为了防止杀人行为的正当化过度泛滥，支持前述观点的学者一再强调，只有当对死亡时间的提前微乎其微时，危险共同体的内部牺牲才有合法化的空间。⁽⁶²⁾可是，一方面，无论剩余的生命如何短暂，都不可能被评价为不值一提。论者在提出“微乎其微”这一限定标准时，其不便言明的潜台词是：与较长的生命相比，过短的生命对于人来说不可能有什么实际意义，几乎可以忽略不计。这种看法不能成立。从法律上说，生命的意义就在于它的存续本身，而不取决于它可能为个人、社会带来的功利性价值。撇开这一点不说，有的人一生碌碌无为，有的人一朝成就伟业，生命的长短本来就和它可能创造的价值没有必然联系。即使是短暂的生存时间，对于生命主体而言，也完全可能有着至关重要的意义。⁽⁶³⁾另一方面，这一标准能否真正起到限定作用，也值得怀疑。其一，何为“微乎其微”，是仅限于数秒钟，还是可以扩及数分钟、数小时乃至一天？对此不可能存在客观确定的数值界线。于是，可以被允许的死期提前幅度就势必处于言人人殊的状态。其二，按照这一观点的逻辑，岂不意味着，医生在医疗设备短缺的情况下，撤下气息奄奄之绝症患者身上的治疗仪器，将之转移给有治愈希望者的举动，也可算作合法行为？由此可见，只要认可短暂提前死亡时间的行为能够被合法化，就是以功利主义的计算思维颠覆了宪法所确立的生命一律平等的铁律，就是在禁止杀人的规范上撕开了一道裂缝，而这道裂缝极易蔓延扩大，直至整个规范土崩瓦解。

第三，支持前述观点的另一个理由在于，如果完全禁止危险共同体的内部牺牲，就意味着仅仅为了让脱险无望者多活那么短暂的一刻，就需要让大批本可幸免于难的人白白搭上性命，这是不合理的。⁽⁶⁴⁾不难看出，这实际上已经有意无意地预设了一个前提，即本可幸免于难者的生命比脱险无望者的生命更值得保护，后者不应成为前者的拖累。但是，这种针对生命的价值进行比较的思维本身就值得警惕。否认牺牲行为的合法性，只不过是重申了在法律面前所有人的生命不论其剩余时间长短都应享有同等保护这一基本原则。正是基于这一原则，无论是否有逃脱险境的希望，危险共同体内每一成员的生命都难以获得优于其他成员的地位。这样的结论丝毫没有不公正之处，也没有为任何一方课以过重的义务。

（二）责任阻却事由之分析

1. 避险过当的规定与责任阻却并不相悖

刑法关于避险过当应当减轻或者免除处罚的规定，并未断绝相关避险行为无罪的可能。其一，不能简单地将避险过当等同于逾越了避险限度的行为。按照刑法第21条第2款的规定，避险过当是以行为人“应当负刑事责任”为前提的。可见，只有超过避险限度并且成立犯罪的行为才属于该款所说的避险过当。⁽⁶⁵⁾因此，欲适用刑法第21条第2款的规定，除了要肯定行为客观上超出了必要限度造成了不应有的损害之外，还需要确定该行为不具有包括无期待可能性等在内的出罪事由。所以，刑法关于避险过当的规定并不排斥对责任阻

(61) Küper, Tötungsverbot und Lebensnotstand, JuS 1981, S. 793.

(62) 参见前引(23)评注,第34节,边码77。

(63) Vgl. Wolter, Menschenwürde, Kernbereich privater Lebensgestaltung und Recht auf Leben, FS-Küper, 2007, S. 715; 前引(56), Roxin文,第556页。

(64) Vgl. Erb, Der rechtfertigende Notstand, JuS 2010, S. 111; 前引(23)评注,第34节,边码77。

(65) 参见黎宏《刑法学总论》，法律出版社2016年版，第150页。

却事由的适用。其二，不能认为，即便认定行为成立避险过当，也可以对行为人免除处罚，这与根据责任阻却事由认定行为人无罪相比，在最终的后果上并无实质差别。但是，一方面，免除处罚是以肯定行为成立犯罪为先决条件的，而一旦认定行为构成犯罪，就意味着刑法对行为人发出了最为严厉的谴责。可是，在欠缺期待可能性的情况下，国家恰恰无法对行为人予以非难。因此，无罪与免除处罚在性质上有天壤之别。另一方面，某人只要被判有罪，即便最终免除处罚，也仍然可能按照刑法第37条的规定接受各种非刑罚处罚措施，并且行为人在未来的人生道路上将背负犯罪标签所带来的各种不利影响。所以，基于保护公民人格尊严和自由的考虑，也必须对无罪和定罪免刑这两种处理结论作严格区分。

2. 无期待可能性的根据、要件与适用

无期待可能性作为超法规的责任阻却事由，已在我国刑法理论界获得了广泛认同。⁽⁶⁶⁾但是，我国支持期待可能性理论的学者，大多是从行为人意志自由的角度来论证无期待可能性的出罪依据。即所谓无期待可能性，是指行为人的心理遭受了强大的压力，导致其完全丧失了选择合法行为的自由与可能，故基于法不强人所难的原则，不对行为人予以谴责。⁽⁶⁷⁾但是，这种观点恐怕还有斟酌的余地。第一，该说难以说明无期待可能性为何能够成为独立的犯罪性排除事由。事实上，期待可能性的判断恰恰以行为人具有意志自由为前提。因为，在真正需要借助期待可能性理论来解决的案件中，一方面，行为人并没有受到绝对的身体强制，否则可以直接认定其举动因欠缺有意性而根本不属于刑法意义上的行为；另一方面，单纯的心理压力并不足以使行为人丧失辨认和控制自己行为的精神能力。例如，不论求生的本能如何强烈，也不至于使行为人无法识别杀人行为的违法性，亦不至于使其无力控制自己的肢体，否则可以径直以欠缺责任能力为由出罪。⁽⁶⁸⁾因此，如果仅从精神压力、人性脆弱的角度出发，似乎至多只能将无期待可能性解释为责任减轻事由，而难以将其定位为责任阻却事由。第二，该说无法恰当地解决期待可能性的认识错误问题。本来，如果说无期待可能性的出罪根据在于意志自由的丧失，那么，无论行为人对于能够导致期待可能性缺失的异常情状是否存在误认，也不管该错误是否可以避免，只要行为人在当时情形下同样遭遇了巨大的心理压力，按理说都应当肯定他不具有期待可能性才对。⁽⁶⁹⁾然而，学者却主张，对于行为人误以为出现了异常情状的案件，只有这种错误是不可避免的，才能同样阻却责任。⁽⁷⁰⁾第三，该说也难以解释无期待可能性的出罪为何仅限于避险者为了保护重大人身法益的场合。仅从心理的角度看，能够给行为人造成巨大压力的并不限于生命、健康方面的危险。对于某些爱财如命或者宁死不愿受辱的人而言，遭受经济或者名誉上的损害给他带来的精神压力完全不亚于失去生命。然而，几乎所有支持期待可能性理论的学

(66) 例如李立众、刘代华《期待可能性理论研究》，《中外法学》1999年第1期；舒洪水《期待可能性的哲学基础与本土化思考》，《法律科学》2008年第3期；陈兴良《期待可能性的体系性地位——以罪责构造的变动为线索的考察》，《中国法学》2008年第5期；张明楷《期待可能性理论的梳理》，《法学研究》2009年第1期；刘艳红《调节性刑罚豁免事由：期待可能性理论的功能定位》，《中国法学》2009年第4期；前引〔2〕，董德华书；钱叶六《期待可能性理论的引入及限定性适用》，《法学研究》2015年第6期。

(67) 参见陈兴良《期待可能性问题研究》，《法律科学》2006年第3期，第77页；劳东燕《风险社会中的刑法》，北京大学出版社2015年版，第381页。

(68) Vgl. Roxin, „Schuld“ und „Verantwortlichkeit“ als strafrechtliche Systemkategorien, FS-Henkel, 1974, S. 183.

(69) 参见前引〔14〕，Roxin书，第22节，边码8；Zieschang, in: LK-StGB, 12. Aufl., 2006, § 35 Rn. 4.

(70) 参见前引〔66〕，张明楷文，第76页。

者都强调,单纯以保护财产或名誉为目的的避险行为没有阻却责任的可能。

既然心理压力说不足以完整揭示无期待可能性的出罪理由,就有必要结合责任论的一般原理,重新寻求无期待可能性阻却责任的根据,进而为其适用划定合理的界限。在对不法和责任进行区分的前提下,以下几点或许是不同的责任理论都大致认同的:首先,责任是从法的角度对行为人的谴责。只有当行为人具备形成合法行为之动机的能力和自由时,我们才有理由对他选择形成犯罪动机的决定予以非难。其次,在阶层犯罪论体系中,责任的成立意味着对行为人处以刑罚的要件均已具备,故责任也与刑罚的犯罪预防目的相关。只有当处罚行为能够对人能够对遏制将来同种情况下出现相同的犯罪发挥作用时,才有必要肯定责任的存在。⁽⁷¹⁾最后,由于不法始终是责任的前提,故除了独立的责任要素之外,责任的内容通常也是由不法的内容所决定的,因此不法的程度也必然会间接影响责任的大小。⁽⁷²⁾由此可见,当行为人的意志自由完全消失时,固然可以排除责任,但即便在意志自由仍然存在的情形下,也完全可能因为合法行为动机形成能力的减弱、不法程度的缩小以及预防必要性的降低这三方面的共同作用,而使得国家不应当对行为人予以责任非难。⁽⁷³⁾因此,无期待可能性作为责任阻却事由,其成立要件应根据以上三方面来确定:1.要使合法行为动机形成能力明显减弱,就要求某种危险状态使行为人的心理承受了巨大压力,从而令其形成合法行为动机虽非完全不能,但与正常情形相比难度大增。2.欲令一般预防和特别预防的必要性双双大幅降低,就要求:一方面,危险状态极为异常和罕见;⁽⁷⁴⁾另一方面,行为人违反规范的行为实属在困境中为保护重大法益不得已而为之,其忠诚于法规范的态度没有根本性的改变。3.欲使不法程度有显著缩小,就要求行为是以保护重大利益为导向,从而导致其违法性中的结果无价值和行为无价值均得到相当程度的抵消。概而言之,原则上来说,只有当行为人在异常的紧急情势下,为了保护自己、近亲属或者其他关系密切人的生命、健康等重大利益而不得已损害他人法益时,才能认为其行为欠缺期待可能性。

接下来,我们将视线转向前文各案例。案例1中的行为人是在别无他法的情况下,为避免自身急迫的死亡危险而实施了杀人行为,这完全符合无期待可能性的要件,故其行为可以阻却责任。现在需要讨论的问题是:在案例5和案例6中,行为人营救的既不是自己也非近亲属或者关系密切人的生命,这是否意味着相关的杀人行为只能成立犯罪?笔者的回答是否定的。首先可以确定的是:一则,两案中的行为人完全是出于在绝境中尽最大可能保护生命的目的,这一目的表明他们并未对法规范采取敌视的态度;二则,在各国反恐预警机制日益严密的当今,案例5真实再现的可能性极低,案例6也只是发生在大规模屠杀的背景之下,这在现代社会中毕竟都属于极为例外的非常特例。因此,对于这两个案件来说,通过处罚来实现一般预防和特别预防的必要性,和案例1一样都十分微弱。其次,两案也都符合无期待可能性的另一个核心要件,即行为人形成合法行为动机存在重大困难。通常来说,唯有当自己、近亲属或者其他关系密切人的法益面临损害的威胁时,才足以使行为人产

(71) 参见冯军《刑法中的责任原则——兼与张明楷教授商榷》,《中外法学》2012年第1期,第51页以下。

(72) Vgl. Gallas, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67 (1955), S. 30.

(73) Vgl. Frisch, Gewissenstaten und Strafrecht, FS-Schroeder, 2006, S. 26ff.

(74) 参见谢望原、邹兵《论期待可能性之判断》,《法学家》2008年第3期,第36页;前引〔66〕,钱叶六文,第124页以下。

生必须全力以赴、不惜代价展开施救的巨大精神压力。不过，对于某些负有保护他人之义务的特殊主体来说，即便面临死亡者与他非亲非故，但基于职业伦理的要求，仍然会使行为人为人内心产生极其痛苦的挣扎。例如，案例6中的P和St作为专业医务人员，长年以来都以全力救死扶伤、尽量延长患者生命为天职。在实际上至少能救部分患者脱险的情况下，二人如果完全无所作为，坐视全部患者被杀，必将使其内心产生强烈的负罪感。这种良心上的沉重压力，使得行为人在形成合法行为动机时，遇到了极大的阻力。⁽⁷⁵⁾ 同样，由于国家毕竟是公民合法权益的守护者和保证人，故在本可挽救部分人生命的情况下，任由飞机和建筑物内所有人员的生命都消逝在爆炸的烈焰中，这必将使相关国家工作人员的内心产生难以忍受的道德压力。这一压力对其自由地形成合法行为动机，无疑会构成巨大的障碍。

(三) 小结

本部分对危险共同体的内部牺牲所进行的分析得出了以下三点结论：1. 当危险共同体成员中的一部分人与危险源相关联时，只要这部分人既未对产生危险的法益有排他性支配，亦未对危险的出现和升高发挥积极推动作用，不得已将其牺牲的行为就只能因欠缺期待可能性而阻却责任。2. 当危险共同体的所有成员均与危险源无关时，牺牲行为仅存在阻却责任的可能。3. 即便行为人营救的危险共同体成员并非其本人，亦非其近亲属或其他密切关系人，但若根据案情和行为人的特殊身份，能够认定道德压力对他形成合法行为动机同样造成了巨大阻碍，则也存在根据无期待可能性阻却责任的空间。

四、生命危险单纯转嫁

生命危险单纯转嫁是指，行为人在不得已的情况下“祸水东引”，将自己或者他人面临的生命危险，转移到原本处在安全状态的第三人身上。结合上文的分析，可以得出以下两个原则：首先，由于被牺牲者与危险源无关，故导致其死亡的行为不可能成立防御性紧急避险，不存在被正当化的空间。其次，当行为人为了保全自己、近亲属或其他关系密切人的生命时，可以根据期待可能性理论阻却行为人的责任。不过，结合相关案件的不同情况，以下三个问题是需要专门加以分析的。

(一) “挡箭牌”案件中构成要件行为的认定

所谓“挡箭牌”案件，是指甲面临被乙杀死的危险，他在危急之下将第三人丙当作挡箭牌代替自己殒命的情形。前文案例2即为典型。我国早期的不少论著在分析本案时，倾向于从因果关系的角度来寻找排除行为犯罪性的根据。例如，刘明祥主张，不能追究李某某刑事责任的“根本的理由是避险行为与实际结果之间没有直接因果关系，被害人的死亡是由罪犯的杀人行为造成的，杀人行为是决定因素，避险行为只是一个条件”。⁽⁷⁶⁾ 这种观点存在疑问。第一，以行为与结果之间欠缺直接关联为由否定结果归责的说法难以成立。因为，刑法上归责关系的成立，只要求内含于行为的法益侵害危险属于引起结果发生的不可或缺的必要条件，而不要求该行为必须能够独立、直接地导致结果出现。第二，对于故意

(75) Vgl. Rudolphi, in: SK-StGB, 7. Aufl., 2003, vor § 19 Rn. 8; 前引〔73〕, Frisch文, 第28页。

(76) 前引〔2〕, 刘明祥书, 第79页。相似的观点参见前引〔2〕, 高格书, 第121页; 前引〔2〕, 高铭喧主编书, 第248页。

犯来说,缺少因果关系只意味着不能将结果归责于行为,而刑法第23条确立了未遂犯亦可罚的原则,故从因果关系的欠缺并不能直接得出行为不成立犯罪的结论。只有在完全否定行为人实施了构成要件行为的情况下,才能真正排除犯罪的成立。因此,当我们在构成要件层面分析“挡箭牌”案件时,首先需要确定避险行为是否属于故意杀人罪的实行行为。

可以确定的是,由于行为人并未直接杀死被害人,故难以成立故意杀人罪的正犯。不过,这种使被害人陷入被他人杀害之险境的行为,符合间接正犯的要件。第一,被利用者需为结果承担完全的故意犯刑事责任,而这并不意味着利用者对犯罪事实必然欠缺支配。的确,在“挡箭牌”案件中,乙因甲的“掉包”行为而杀错了对象,但这仅仅属于对象错误或者打击错误。按照我国的通说,同一构成要件范围内的对象错误和打击错误均不影响故意的成立,故乙需为死亡结果承担故意杀人罪既遂的刑事责任。然而,乙的犯罪计划毕竟是以甲这一具体的人为对象的,而甲利用他的优势认知操控、更改了事件发展进程,引起了乙的错误,而正是该错误导致乙杀害了他本不愿意杀死的人。就此而言,仍然可以认为甲对引起丙死亡的因果流程实现了支配。⁽⁷⁷⁾第二,若不将甲的行为认定为间接正犯,就无法得出合理的结论。因为,一旦成立间接正犯的可能性被排除,就只能考虑该行为是否成立狭义共犯。可是,首先,由于乙在此之前已经形成了杀人的决意,故甲的行为不可能成立教唆犯;其次,甲的行为不仅没有为乙实现犯罪创造比先前更好的条件,而且使得乙个人的犯罪计划归于落空,故也无法认定他为乙提供了帮助。这样一来,似乎就只能认为甲的行为不符合故意杀人罪的构成要件,这恐怕难以为人所接受。

根据上述来分析案例2。首先,李某某通过引起张某的对象错误,利用他杀害了张妹,已符合故意杀人罪间接正犯的成立要件。其次,李某某的杀人行为无法成立紧急避险,故仍属违法。最后,在当时的情形下,由于张某即将入屋实施砍杀,而李某某于深夜时分寄宿于他人住所之内,既不熟悉地形又慑于对方握有凶器,故无论是夺路而逃还是奋起反抗,都难以有效保全自己的生命。因此,将自己与张妹调换位置,诱使张某误杀他人,就属于千钧一发之际为避免死亡危险而不得已选择的唯一出路,故可以根据期待可能性的欠缺排除李某某的责任。⁽⁷⁸⁾

(二) 受胁迫而杀人的行为与胁从犯

对于我国近年来发生的多起受胁迫而杀人的案件,理论界和实务界都有一种相当有力的见解,认为对行为人不可能按无罪处理,因为根据刑法第28条的规定,被胁迫参加犯罪的人仍需承担刑事责任,只是“应当按照他的犯罪情节减轻处罚或者免除处罚”而已。⁽⁷⁹⁾这一观点大有可以商榷的余地。

第一,既然胁从犯属于犯罪,那么它的成立当然以行为具备犯罪成立的所有要件为先决条件。由于刑法有专门条文集中规定了可普遍适用于所有犯罪的各类排除犯罪性事由,

(77) Vgl. Roxin, in: LK-StGB, 11. Aufl., 1992, § 25 Rn. 105.

(78) 较为详细的分析参见前引〔6〕,刘为波文,第373页以下;前引〔66〕,钱叶六文,第128页。

(79) 参见张晓敏、赵杰《是胁从犯还是紧急避险》,《人民法院报》2003年12月11日第7版;王海天、李希慧、郑旭《办案人员:罪可确定,情有可原》,《检察日报》2008年4月16日第3版;刘洋、孟粉《被胁迫杀人该如何论罪》,《北京日报》2015年11月25日第18版;刘茸《富豪被胁迫杀人是否犯罪?专家:刑法现在无定论》,http://www.legaldaily.com.cn/index_article/content/2015-11/19/content_6362149.htm?node=5955,2016年8月12日访问。

也由于超法规出罪事由的适用并不受禁止，故关于构成要件的规定只对某种犯罪类型的特殊积极要件加以描述即可，而无需对可能出现的出罪事由一一详细规定。在此情况下，司法者当然需要将规定了犯罪的特殊积极要件的法条与关于出罪事由的法条或原理结合起来，最终确定犯罪的成立范围。“被胁迫参加犯罪”只是行为在满足了构成要件的基础上额外具有的特殊情节，不能认为，只要是“被胁迫参加犯罪”，就一定属于胁从犯；一旦成立违法阻却事由或者责任阻却事由，即便是被胁迫参加犯罪者，也完全可能无罪。

第二，立法者的原意不能成为从解释论上限制胁从犯成立范围的障碍。自1949年以来，我国的刑事政策和刑事立法对胁从犯的处理态度前后发生过变化，即从原先的“胁从不问”到后来对胁从者追究刑事责任但从宽处罚。⁽⁸⁰⁾有学者指出，这种变化的内在历史根据在于：一方面，“胁从不问”主要是在新生政权初建未稳之时，因迫切需要分化瓦解敌对势力而提出的斗争策略，具有鲜明的功利色彩。嗣后，随着国家政权日益稳固，这种功利需求不复存在。另一方面，1979年刑法诞生前的三十年，正是道德理想主义盛行的时代。在这一背景下，立法者很自然会倾向于要求公民在他人的胁迫面前坚决反抗，而不能屈从于胁迫者的犯罪命令。⁽⁸¹⁾所以，当年的立法者可能确实是本着“被胁迫参与犯罪者应一律定罪”的想法来订立胁从犯条款的。但是，“刑法被立法者制定出来以后，就成了一种脱离立法者的客观存在，人们应当根据客观存在本身去理解它、解释它，而不是询问立法者当初是何种本意。”⁽⁸²⁾只要在条文可能的语义所包摄的范围之内，解释者完全可以根据变化了的社会现实和演进了的社会观念，对刑法条文作出有别于立法者当初设想的解读。既然中国社会的价值观念已趋向多元，将伦理要求与法律规范相分离的理念已日益成为共识，既然我国刑法学对各类违法阻却事由和责任阻却事由的挖掘愈加深入和充分，那么，运用各种出罪事由对胁从犯的成立范围作限缩化的解释，就既无可指摘又势在必行。

结合阶层式犯罪论的构造，被胁迫行为的出罪事由大致有如下三类：1. 如果他人直接对行为人的身体施加物理上的强制力，使之完全丧失了自由行动的能力，那么，对于被强制者而言，由此导致法益损害结果的过程就根本不属于刑法意义上的行为，故可以根据刑法第16条规定的“不可抗力”阻却犯罪的成立。2. 若行为人在面临胁迫时，为了保全较大的利益，不得已按照胁迫者的指令损害了较小的利益，则该行为可能成立刑法第21条规定的紧急避险。⁽⁸³⁾3. 若行为人受胁迫而实施的行为无法成立正当化事由，但符合无期待可能性的要件，则可以成立超法规的责任阻却事由。

就受胁迫而杀人的行为而言，可能考虑的出罪事由只有上述第三种。据此，我们来分析前文案例3和案例4。就案例3而言，首先，何某、李某若不按袁、周二人的指令杀害方某，则将被立即处死，故两被告人面临极为急迫的生命危险。其次，被告人于夜晚被诱拐

(80) 参见陈兴良《历史的误读与逻辑的误导——评关于共同犯罪的修订》，载陈兴良主编《刑事法评论》第2卷，中国政法大学出版社1998年版，第279页以下。

(81) 参见刘之雄《胁从犯立法之反思》，《湖北警官学院学报》2002年第2期，第14页。

(82) 张明楷《刑法分则的解释原理》上，中国人民大学出版社2011年版，第31页。

(83) 例如，我国有判决明确认为，行为人在受到他人杀害威胁的情况下，为保全自身性命而被迫强奸被害人的行为，属于紧急避险，不成立犯罪。参见谭荣财、罗进东强奸、抢劫、盗窃案，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》第3册，法律出版社2009年版，第429页。

扣押在一陌生地点，袁、周二入又事先周密准备，且手握凶器，故被告人当时难以通过逃跑、反抗等方法及时有效地避免生命危险。可见，其杀人行为是为了保全自身性命而不得已实施的，故两被告人可因欠缺期待可能性而被排除刑事责任。就案例4而言，由于目前媒体披露的案件细节较为有限，笔者只能假设不同情形分别讨论。第一，若刘某等人用刀枪指着章某某，以当场杀死他相要挟，则可以认为章某某是在没有其他求生门路的情况下，为避免迫在眉睫的死亡危险而杀害吉某，他可因不具有期待可能性而无罪。第二，假如刘某等人只是以若不服从杀人命令就另行择日处决章某某相威胁，那么，由于危险的急迫程度毕竟明显低于前一情形，故章某某并未完全丧失期待可能性，而只是明显降低。在此情况下，似应认定章某某成立故意杀人罪，但属于避险过当和胁从犯，应予减轻或者免除处罚。

（三）非密切关系人实施的避险与责任阻却

最后需要探讨的问题是：如果行为人与遭遇生命危险者并无近亲属等密切关系，那么，他将生命危险转嫁给第三人的行为能否成立责任阻却事由？

案例7：1999年10月6日17时20分左右，被告人彭某驾驶一农用车从萍乡返回银河，途经320国道芦溪县公路收费站路段，突遇一女青年X从右向左横穿公路，彭某为避免碰撞X，即向左打方向，驶入左车道，与相对行驶的萍乡市人民政府决策咨询委员会的捷达小轿车相撞，致使小轿车驾驶员刘某某受伤，刘某某经抢救无效死亡，车内乘车人员林某某受伤，其伤情经萍乡市公安局和萍乡市中级人民法院法医技术鉴定为重伤乙级、残废10级。法院认定彭某的行为属于避险过当，以交通肇事罪判处其有期徒刑2年。⁽⁸⁴⁾

在本案中，彭某事发时属正常驾车行驶，故X所受生命危险完全是她自行引起的。在无法及时刹车的情况下，若彭某将X撞死，则该行为因属于意外事件而不成立犯罪。然而，彭某为了保全与其无密切关系的X的生命，在预见到进入左车道将会与相向而行的其他车辆发生碰撞的情况下，将死亡危险转移给了刘某某和林某某。笔者认为，这类案件中的行为人的责任难以被排除。

首先，就危险共同体的内部牺牲而言，无论是被营救者还是被牺牲者，原本都面临同一危险状态。如果不实施避险，共同体内的所有成员都将死亡；如果实施避险，则可以挽救其中部分人的生命。在一般人看来，此种情形下的避险行为只是在已然遭遇死亡危险的一群人当中，将不幸的波及范围减至最低，故理应获得更多的理解。然而，在生命危险的单纯转嫁中，若不采取避险行为，注定死亡的只有被营救者，被牺牲者并不包含在内。在案例7中，本来按照命运的安排，将在意外事故中不幸丧生的只有X，而不包括刘某某。正是彭某的行为彻底改变了刘某某的人生轨道，使其与X的位置骤然互换，就此踏上了死亡之路。可见，当第三人强行将被牺牲者从本来安全的状态放入死神的手中，从而将被营救者替换带离险境时，他仿佛就是以命运主宰者的身份操纵着他人的生死。⁽⁸⁵⁾ 该行为既是法秩序无法允许的，也是法律与公众难以完全谅解的。

其次，无期待可能性阻却责任的根据不仅在于行为人所承受的心理压力，更在于特殊预防和一般预防的必要性。从上文可以看出，多人处于同一危险共同体内的情形可谓百年

(84) 参见江西省芦溪县人民法院刑事附带民事判决书，(2000)芦刑初字第10号。

(85) Vgl. Jakobs, Kommentar: Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen, in: Eser/Nishihara (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung, 1995, S. 176f; 前引〔12〕, Stübinger文, 第446页。

难遇，只有在意外灾害、暴力恐怖袭击以及大规模屠杀等极端事态下才有可能发生。因此，不追究相关行为人的刑事责任，并不会动摇人们对规范普遍效力的信任，也不会令人担心其他公民会竞相仿效实施同种行为从而危及社会安全。可是，生老病死乃世间人之常情，人有旦夕祸福如月有阴晴圆缺，某个人的生命遭遇危险，这本是我们社会中几乎每时每刻都在上演的事情。一旦责任阻却的对象从被营救者本人以及与之有近亲属等密切关系的人，扩展到任意第三者，那么被认定为无罪的杀人行为将比比皆是。⁽⁸⁶⁾如此一来，每个公民随时随地都可能成为用于消除他人死亡危险的牺牲品，任何人都难保自己哪一天不会在保全他人性命的名义下横遭夺命。例如，因意外而遭遇交通事故，这本是现代社会中需要由个体自行承担的风险，倘若任何公民都可以将这种风险在不同的交通参与者之间进行转移，那么公共交通领域必将笼罩在人人自危的恐惧之中。又如，假如医生为了营救多名病人的生命，杀害另一病人并取走其器官用于移植的行为不成立犯罪，那么任何一名进入医院就诊的患者都将惶惶不可终日。由此可见，一旦主张无关第三人转嫁生命危险的行为也可以阻却责任，就势必导致公民安全感和社会信赖感的崩塌，这无疑会给规范秩序的效力造成无法容忍的沉重打击。

最后，有的学者提出，当行为人为了保全自己、近亲属或者与自己有密切关系之人的生命而采取避险行为时，是基于自利的动机；既然出于自利动机的避险行为都能阻却责任，那么，当行为人出于保全无关第三人生命的利他动机实施避险时，就没有理由否定成立责任阻却事由的可能。⁽⁸⁷⁾但是，无期待可能性能够阻却责任的根据主要不在于行为动机的道德性，而在于意志自由、不法以及特别预防和一般预防之必要性这三者同时大幅降低。正因为如此，无期待可能性的成立原则上要求行为人是基于自保动机，至少是为了保护与自己有近亲属等密切关系之人的重大法益。在为保护无密切关系之人的场合，唯有当三者的综合下降幅度在实质上与前述情形相当时，才能阻却责任。可见，基于利他动机实施的损害行为，反而比利己动机支配下的损害行为，更难以成立超法规的责任阻却事由。

五、结论与启示

首先，在处理生命冲突案件时，应当将生命的抽象价值与生命具体的值得保护性区别开来。宪法中有关人权保障、法律面前人人平等以及人格尊严不受侵犯的规定与原理，决定了公民的生命在价值上不具有可衡量性。但是，当冲突的一方属于冲突状态的引起者时，法律保护的天平必须向另一方倾斜。于是，前者生命的值得保护性相比于后者而言，就不可避免地会在一定程度上出现下降，这就为特定杀人行为的合法化创造了空间。

其次，“投鼠忌器”是法治社会反击暴力恐怖活动时必然要面对的困境。对生命不可衡量原则的坚守，难免导致国家对恐怖袭击的防御受到诸多掣肘，许多果断的反击措施也难以获得正当化。这看似是法治国家面对暴力犯罪软弱无能的表现，但从长远来看却是法治国家最终战胜恐怖主义的力量源泉之所在。因为，恐怖主义和极端势力所欲毁灭的不是某

(86) 参见前引〔14〕，Roxin书，第22节，边码163以下。

(87) Vgl. Hörnle, Töten, um viele Leben zu retten, FS-Herzberg, 2008, S. 572.

个人，而是自由、民主、法治这些人类现代文明所取得的成果。所以，真正能彻底根除恐怖袭击的，不是武力，而是以公民自由和权利为核心的法治社会的不断稳固和发展。^{〔88〕}

最后，不能因为刑法没有明文规定责任阻却事由，不能因为刑法规定了避险过当、胁从犯应当负刑事责任，就认为牺牲他人生命的避险行为必然成立犯罪。我国司法实务界在面对生命冲突案件时，对于运用无期待可能性等超法规责任阻却事由出罪尚有顾虑，而往往会选择定罪免刑或者定罪轻判的处理方式。但是，一方面，对超法规责任阻却事由的适用并不违背罪刑法定原则，故刑法对无期待可能性未作规定不能成为拒绝对其加以适用的理由。另一方面，假如意志自由的减弱、紧急状态的罕见以及不法程度的下降使得刑法难以向处在生死边缘的行为人发出严厉的谴责，就没有任何理由仅仅为了维护一方稳定或者平息部分民众的情绪，而给行为人贴上犯罪的标签。

Abstract: When dealing with cases of life conflict, the most important issue is to clarify three basic premises. First of all, the act of killing in life conflict is either illegal or justified as necessity, thus cannot avoid legal regulation. Secondly, according to the constitutional principles of human rights protection, equality before law, and inviolability of personal dignity, the value of citizens' lives cannot be compared according to qualitative or quantitative standards. Thirdly, in a life conflict, the worthiness of protection between the two sides of conflict could differ. In the framework of necessity right, the worthiness of protection of the life interests of person who causes the emergency will decline, thus creating the possibility to justify the act of killing in defensive necessity. However, there is no room for impediment of responsibility for the act of killing in aggressive necessity. Generally speaking, cases of one person killing another in emergent situation can be divided into two types. When some members of a group facing a common danger are related to the source of danger, so far as they do not have any exclusive domination over the legal interests that lead to the danger or play a positive promotional role in the appearance or rise of the danger, the sacrifice of their lives could be taken as impediment of responsibility only on the basis of lack of Zumutbarkeit. When dealing with cases of shifting of life danger, several issues should be noticed. Firstly, in the cases of using others as human shield, the defendant could be convicted of the crime of intentional killing through indirect perpetration. Secondly, not all those who commit killing under duress should be simply treated as coerced accomplice. There are still possibilities of impediment of illegality or responsibility. And thirdly, an act of necessity taken by a third person who has no close relationship with the rescued person cannot impede responsibility.

Key Words: life conflict, right of necessity, defensive necessity, aggressive necessity, Zumutbarkeit

〔88〕 参见周展等编著《文明冲突、恐怖主义与宗教关系》，东方出版社2009年版，第148页。