

以客观归责理论限定不作为犯的先行行为

孙运梁*

摘要 有必要将客观归责理论适用于不作为犯领域,在先行行为的限定上发展出一套教义学规则体系与判断标准。首先,以客观归责理论限定先行行为的一般规则是:第一,先行行为制造了一个法不允许的危险,在其启动了面向法益损害的因果流程时,行为人为避免损害发生须切断该因果流程;第二,先行行为与法益损害结果间须具有规范保护目的关联性,即其产生的危险正好在构成要件该当结果中实现;第三,先行行为创设的危险处于被害人或第三人答责范围时,排除保证人地位的成立。其次,以该理论限定先行行为的具体运用是:合法驾驶行为、餐馆正常售酒行为、生产销售产品、正当防卫不产生先行行为保证人地位;紧急避险、故意犯罪行为可以产生先行行为保证人地位。

关键词 不作为犯 先行行为 客观归责 规范保护目的 自我答责

引言

如果行为人的某一行为引起了发生法益侵害结果的危险,那么法律就会赋予该人防止结果发生的义务。质言之,行为人制造了一个风险,该风险的后续发展就使行为人处于保证人地位上,即一种基于先行行为(Ingerenz, Vorhandlung, vorangegangenes Tun)的保证人地

* 北京航空航天大学法学院副教授。本文系司法部国家法治与法学理论研究项目“刑法中‘致人死亡’的客观归责研究”(项目编号:13SFB5015)、中央高校基本科研业务费人文社科项目“网络服务提供者的刑事责任研究”(项目编号:YWF-17-SK-G-24)的阶段性研究成果。

位。^{〔1〕}我国已有学者对先行行为的核心特征作出适当的描述,例如不作为犯的先行行为使得某一合法权益面临受到严重损害的危险状态,^{〔2〕}先行行为是一种制造侵害法益危险的行为。^{〔3〕}按照传统观点,先行行为之所以能够引起不作为犯罪的成立,关键在于这种先行行为将某种法益置于危险境地,通常来说,应当赋予行为人义务去排除该危险状态,但行为人未采取措施,导致了法益损害结果发生,这种不履行义务的不作为该当了作为犯的构成要件,从而成立犯罪,也就是行为人未履行排除危险的义务成为判断的关键。^{〔4〕}

19世纪下半叶实证主义哲学在各个科学领域占有主导地位,它认为刑法领域归责的依据存在于可以证明的因果概念之中,从而发展出一种不同于以往的不作为犯理论。以往的观点认为不作为犯中只存在准因果关系,但此时学者们尝试发现不作为的真正因果联系,认为其存在于行为人从事的行为之中,同时行为人没有去避免该行为所引起的某种后果。紧随行为人的这种先前的危险行为,其后的不作为就构成了一种不纯正的不作为犯,这便产生了来源于先行行为的保证人地位。由此,立足于因果一元论的先行行为理论,以及费尔巴哈的法律义务理论在不作为教义学研究中占有了主导地位,二者的支持者展开了旷日持久的论争。德国帝国法院没有偏爱某一方,而是将法律和合同上的义务、先行行为带来的法律义务并列视为不作为等价于作为的根据。但这二种法律义务在逻辑上是相互对立的,前者属于来自于刑法之外的形式上的法律义务,后者是为了解决刑法上某一类不作为案件而提出来的,超出刑法的范畴无存在的余地。^{〔5〕}后来德国联邦法院认为,如果行为人违反义务地创设了某种接近构成要件结果发生的危险状态,他就应具有一种作为义务,^{〔6〕}从而产生先行行为类型的不作为犯。

在我国的不纯正不作为犯理论中,关于作为义务来源的“形式四分说”占有通说地位,即认为不作为的作为义务产生于法律明文规定、法律行为(如合同)、职务或业务上的要求,还有就是先行行为。^{〔7〕}在这些作为义务来源之中,先行行为类型的作为义务比较特殊,也存在很大的争议。由于传统的形式四分说只是从形式上把握先行行为,缺乏认定先行行为的实质标准,在先行行为性质、范围的认识上比较笼统,导致司法实务中对先行行为保证人类型的不纯正不作为犯在认定上有扩大化、恣意化的趋势。我国学界和司法实务界对先行行为的限定不是漠

〔1〕 Vgl. BGHSt 38,356(358); BGH NStZ 1998, 83(84).文中使用保证人地位、保证人义务和保证人地位类型,所表达的意思通常是相同的。

〔2〕 参见陈兴良:《本体刑法学》,中国人民大学出版社2011年版,第209页。

〔3〕 参见张明楷:《刑法学》(第五版),法律出版社2016年版,第154页。

〔4〕 参见黎宏:“排他支配设定:不真正不作为犯论的困境与出路”,《中外法学》2014年第6期,第1585页。

〔5〕 参见(德)许乃曼:“所谓不纯正不作为犯或者以不作为实施之犯罪”,王莹译,载陈泽宪主编:《刑事法前沿》(第六卷),中国人民公安大学出版社2012年版,第159页。

〔6〕 Vgl. BGHSt 34,82(84); 37,106(115);44,196.

〔7〕 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2011年版,第67—69页;陈兴良:《规范刑法学》(上),中国人民大学出版社2008年版,第122—123页;黎宏:《刑法学》,法律出版社2012年版,第83页;周光权:《刑法总论》,中国人民大学出版社2016年版,第109—110页;曲新久:《刑法学》,中国政法大学出版社2012年版,第94—95页。

视,就是误解,为了正确把握先行行为引起的不作为犯,我们有必要首先明确先行行为本身的性质,然后探讨限定先行行为的可行路径。

一、先行行为的性质及其限定

先行实施的行为带来的保证人义务,是以禁止侵害他人的法律原理为基础的,任何人都合理控制自己行为,不去损害他人的一般义务,先行危险行为人必须控制自己创设的危险,排除后续结果的发生。^{〔8〕}不管是作为形式的作为义务,作为实质的作为义务,还是作为机能说中的作为义务,先行行为都伴生着制止结果发生的保证人义务,但是此种义务类型的成立前提条件以及存在范围都有待精确界定。除了先行行为有产生义务的能力这一点理论上广泛赞同,大量的细节问题还存在较大争议,学者们一直未能找到说明先行行为保证人义务的简单且令人信服的理由。^{〔9〕}

在先行行为的研究上,德国学界关注其是否违反义务,早期常使用违法一语,后来为了将一些违反秩序法的违反义务行为也包括进来,就开始使用违反义务一语。将先行行为限定为违反义务行为的观点在德国学会上可以称为多数说,实务见解也基本将先行行为限于违反义务的行为。^{〔10〕}在20世纪80年代以前,多是专著主张无需将先行行为限制为违反义务行为,后来陆续出版的一些教科书也赞同不限制的看法。^{〔11〕}伴随这种不限制的学说,就会出现一种现象,即先行行为保证人类型与其他保证人类型之间的区隔越来越松弛。一旦放松了对先行行为的限制,其适用范围自然会扩大,从而出现与其他保证人类型交错、重叠的局面。例如,阿茨特(Arzt)认为购买恶犬的行为是危险的前行为,它会使人处于保证人地位;^{〔12〕}迈瓦尔德(Maiwald)认为在建筑工地安放机器设备的行为亦为危险前行为,会产生保证人地位;^{〔13〕}在雅科布斯(Jakobs)看来,购买房屋、建桥修路、垄断市场、收养流浪动物等,都是行为人组织管辖领域内的危险前行为。^{〔14〕}

这些不主张对先行行为予以限制的学说,称为因果关系说。该说认为,不应将先行行为局

〔8〕 也有不同意这种观点的,参见 *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. II, *Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, 2003, § 32, Rdn.143ff.

〔9〕 Vgl. *Kühl*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., 2002, § 18, Rdn.91.

〔10〕 Vgl. BGHSt 34, 82; 37, 106; 43, 381 (397); *Roxin* (Fn.8), § 32, Rdn. 160ff; *Stree/Bosch*, in: *Schönke/Schröder*, 28. Aufl., 2010, vor § 13, Rdn 34ff.我国很多学者也主张先行行为必须具有违反义务性。参见陈兴良、周光权:《刑法学的现代展开》,中国人民大学出版社2006年版,第122页;周光权,见前注〔7〕,第117页;王莹:“先行行为作为义务之理论谱系规整及其界定”,《中外法学》2013年第2期,第325—346页;姚诗:“先前行为保证人地位的理论根据”,《清华法学》2014年第5期,第175页。

〔11〕 Vgl. *Jescheck/Weigend*, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., 1996, § 59 IV, S. 625f.

〔12〕 Vgl. *Arzt*, *Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt*, JA (1980), 712(715).

〔13〕 Vgl. *Maiwald*, *Grundlagenprobleme der Unterlassungsdelikte*, JuS (1981), 473(482).

〔14〕 Vgl. *Jakobs*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., 1991, § 29, Rdn.29ff.

限于违反义务行为,如果一个行为根据因果流程造成了发生结果的临近而又相当的危险,则行为人就义务保证结果不发生。任何人实施行为包括合法行为时都有某种责任感,即对违背其愿的行为影响担当责任,据此,设立法律上义务时不能漠视此责任感,也不以行为违反义务为前提。法所容许的风险性行为亦可产生先行行为保证人地位,^[15]否则就与一般的责任感相悖。该说还认为,由先行行为引发的保证人地位,同时也能由保护功能的自愿接管或者对危险源的实际控制而导出,然而后者往往没有违反义务,所以也不应以违反义务限定先行行为。例如,某人购买了一条恶犬,其具有了对危险源的实际控制。先前的购买行为要求行为人承担看护恶犬以免伤及他人的义务,同时其对危险源的实际控制也要求承担该义务。因为实际控制恶犬没有违反义务,所以视为先行行为的购买行为也不会违反义务。^[16]

张明楷教授明确支持因果关系说,并从以下方面批评了义务违反说。首先,先行行为只是作为义务的来源,而不是不作为犯的处罚根据,将先行行为限定为违反义务行为并没有充分的理由。有些合法行为,比如阻却违法的紧急避险,也会带来作为义务。其次,判断义务违反的标准并不清楚,即使是德国理论界也尚未找到确定的答案。再次,正当防卫不违法,所以不引起作为义务,这是义务违反说坚守阵地的有力理由,然而在正当防卫有过当之虞时,也会引起作为义务。^[17]最后,我国法律规定中存在有关适例,即使先行行为未违反义务,也产生了保证人地位。例如道路交通安全法即规定,发生了交通事故之后驾驶人应当救助受伤人员,但是并没有明确以违反交通运输管理法规为前提。^[18]

虽然赞成因果关系说的基本观点,但雅科布斯也意识到因果关系说有使先行行为滥用的危险,为此他主张以特殊风险的概念限定先行行为。他认为,先行行为引起作为义务的前提条件是,创设了和侵害法益结果关联的、逼近的、足够的危险,但是具备这一条件的不限于违法行为。可见违法这一标准并非有效,先行行为的本质要素更可能是特殊风险。如果某一行为包括合法行为比必要的日常行为创设了更高的危险,那么也会生发作为义务。他具体解释说,有些行为对于社会生活来说是不可缺少的,所以法律才准许行为人实施。因为行为人受到法律的特别允许,获得了超过一般人的权利和自由,相应地,也比一般人负有更多的义务。当然,判断特殊风险的具体标准为何,雅氏没有详细说明。但他认为,在皮革喷雾剂案^[19]这种合法生产销售产品引起伤害的案件中,还有紧急避险、正常驾驶等行为,都会产生高于日常生活普通行为的特殊风险,尽管得到法律特别准许,行为人也有义务防止对他人的侵害。^[20]

义务违反说则主张,创设一定程度危险的行为只有是违反义务的或者是违法的,才会产生

[15] Vgl. Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2: Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat, 7. Aufl., 1989, § 46, Rdn. 98ff.

[16] Vgl. Hillenkamp, 32 Probleme aus dem Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 1996, S. 228.

[17] 下文四、(四)将对该处观点予以反驳。

[18] 参见张明楷:“不作为犯中的先前行为”,《法学研究》2011年第6期,第145页。

[19] 下文将详细分析此案。

[20] Vgl. Jakobs, Vorangegangenes Verhalten als Grund eines Unterlassungsdelikts—Das Problem der Ingerenz im Strafrecht, Akademie—Journal 2(2002), 8ff.

先行行为类型的保证人地位。该说反驳了因果关系说的观点。首先,不同的人会有不同程度的责任感,而且一般人的责任感只存在于日常生活中,用其解释刑法领域的教义学问题并不适当。其次,按照因果关系说的界定,先行行为的范围就会失之过宽,而且不存在那种同时产生于先行行为和其他情形的保证人地位。例如,虽然购买恶犬之后存在对危险源的控制地位,但这是危险的接管产生了保证人地位,并非购买行为作为先行行为产生保证人地位。^[21]

我国学者姚诗博士认为,在先行行为性质的限定上,义务违反说更有优势,并认为先行行为原则上是违法行为。第一,如果一个行为得到法律的认可,却又要求行为人履行由该行为所产生并伴随刑罚后果的作为义务,则是有违法律逻辑的,相反地,义务违反说更加合理。第二,虽然义务违反的内容有待进一步确定,但其已对先行行为做出了类型化的限缩,更接近先行行为的本质。^[22] 虽然义务违反说有细化适用标准的问题,但是因果关系说也有必要提出限定先行行为的具体标准。第三,除了紧急避险这种例外情况,大多数合法行为均不引起作为义务。^[23] 另外,我国法律法规里规定了一些宣示性义务,并没有针对违反该义务的行为规定相应的罚则,如消防法规定公民遇见火警有报告的义务,但即使不报告,也不会构成不作为犯罪。类似地,我国道路交通安全法中规定车辆驾驶人应在发生交通事故后立即抢救伤者,但并没有规定合法驾驶人不如此作为的罚则,^[24]可见这对合法驾驶人来说仅是一种宣示性义务,合法的驾驶行为不会产生先行行为保证人地位。

由上可见,是否要求先行行为必须违反义务,学界观点甚为分歧。长期以来没有澄清的是,先行行为违反义务是否为成立先行行为保证人义务的关键因素,还是应当从其他角度进行考察。学者们提出了很多分析的视角,比较重要的有,行为人是否超越了一般的行为空间侵犯了他人权益;^[25]客观上进行了作为犯罪的行为;^[26]与日常行为相比具有重大危险的先行行为创设了危险。^[27]通过这些看法能够得出一个基本结论,即若能成立先行行为类型的保证人义务,则先行行为必然产生了不能由更高级利益为之辩护的危险,否则危险就是被允许的,也产生不了保证人义务。

倘若先行行为制造了侵犯法益的危险,则先行行为人应当保证这种危险不发生构成要件

[21] Vgl. *Hillenkamp* (Fn.16), S. 230.

[22] 关于类型对于揭示事物本质的意义,参见(德)亚图·考夫曼:《类推与“事物本质”——兼论类型理论》,吴从周译,学林文化事业有限公司1999年版,中文版序言。

[23] 参见姚诗:“先前行为与实行过限下知情共犯人的刑事责任”,《法学研究》2013年第5期,第134页。

[24] 我国《道路交通安全法》第70条第1款规定:在道路上发生交通事故,车辆驾驶人应当立即停车,保护现场;造成人身伤亡的,车辆驾驶人应当立即抢救受伤人员,并迅速报告执勤的交通警察或者公安机关交通管理部门。因抢救受伤人员变动现场的,应当标明位置。乘车人、过往车辆驾驶人、过往行人应当予以协助。

[25] Vgl. *Otto/Brammsen*, Die Grundlagen der strafrechtlichen Haftung des Garanten wegen Unterlassens, Jura (1985), 649.

[26] Vgl. *Dencker*, Die Vorschrift für Fälle der Ingerenz als obligatorische Milderung, Fs — Stree/Wessels, 1993, S.170ff.

[27] Vgl. *Kuhlen*, Strafhaftung bei unterlassenem Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte, NStZ (1990), 568ff.

该当的结果,但这里有必要摒除先行行为的因果论思维,单纯危险的原因并不简单地导致制止结果的义务。有效限定先行行为的性质,确保先行行为保证人地位处于合理范围,理论上作了上述的不懈探索,但依然为有待解决的难题。德国司法判例与学界在该问题上坚持义务违反标准。该说经过众多判例的充实调整,逐渐形成了限定先行行为的三个条件:第一,要求先行行为属于违反义务行为,若为适法行为就不会产生基于先行行为的作为义务。第二,要求先行行为不但造成了构成要件结果发生的危险,而且与其之间存在紧密的关联,以避免对先在行为的无限回溯。^[28]任何人以其作为或不作为对他人法益形成紧迫危险的,须承担采取积极措施以防止结果的义务。^[29]第三,要求先行行为与侵害结果之间具有义务违反关联,亦即保护被侵害法益的规范目的正是先行行为所违反的规范所包含的。^[30]

虽然义务违反标准在判例与理论上成为强势学说,但仍欠缺可操作的具体标准,也缺乏严密的规则体系。后来罗克辛(Roxin)将客观归责理论适用于不作为犯领域,尤其是在先行行为的限定上发展了一套教义学规则体系与判断标准。

二、以客观归责理论限定先行行为:一般规则

(一)先行行为引起的后果应当对行为人在客观上是可归责的

人们承认先行行为可以引起保证人地位时,便会有这样的提问:具有何种规范质量,先行行为才能成为保证人义务的根据。一直以来都有学说与判决认为只要有因果关系就够了,可以说19世纪的因果思想深深影响着先行行为保证人地位的成立。然而纯粹的因果联系无法承担刑法上规范评价的任务,具体到不作为犯的评价来说,它无法说明为什么行为人负有避免结果的义务。例如,甲邀请乙来家里做客,乙在途中遭遇车祸,在条件理论(等值理论)的意义上,甲的邀请行为就是这场车祸的原因。如果据此将甲视为救援车祸伤者的保证人,则就是对甲的过分要求,也有违常理。倘若认为与后续结果有关的众多先在行为均能产生作为义务,那么就只是在自然意义上条件关系层面的认识。按照罗克辛的观点,在且只有在先行行为引起的后果可以归责于行为人时,才会形成先行行为保证人地位。例如,某人出于过失撞伤了他人,他就处于保证人地位。被害人陷于需救助的状况,正是其作品,他应承担制止进一步后果的责任。若行为人只是对后果有因果性关联,这个后果并非是他制造的在法上有重大意义的风险所实现的,则该事件对他来说仅为意外事件,并不能发生刑法上的保证人义务。

由此罗克辛主张用客观归责理论考察先行行为,^[31]申言之,先行行为人要对与先在行为有关的后续结果承担责任,真正的根据并非先行行为与后续结果之间的事实上的因果关系,而

[28] Vgl. BGH NStZ 2000,414.

[29] Vgl. BGH NStZ 1992,31.

[30] Vgl. BGH NStZ 1990,587(590); Rudolphi, in: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. I, 7. Aufl., 1998, § 13, Rdn.39b.

[31] Vgl. Roxin(Fn.8), § 32, Rdn.155ff.

是规范论的归责关系。客观归责理论虽然发端于限缩客观构成要件的实体标准,但其也有教义学分析工具的方法论意义,它可以转用到先行行为上。首先,先行行为有导致侵害结果发生的潜在风险;其次,在侵害结果中实现了潜在风险,但是如果有因果流程的异常发展、被害人或者第三人行为介入等异常情形,则会有新的风险替换原先行行为制造的风险,这时由创设新风险的人而不是原先行行为人对侵害结果负责。只有在未发生新风险的情况下,未防止的结果才能归责于先行行为人。

罗克辛适用客观归责理论通过以下标准来限定先行行为。第一,先行行为是否创设或增高了不被允许的风险。正是由于行为人已有一个危险的先行行为,制造了一个本不存在的风险,因此才确定行为人有控制风险的义务,简言之,创设风险之人须控制风险,其对于风险的控制具有保证人地位。先行行为也是一种危险源,在其启动了面向法益损害的因果流程时,行为人为避免损害发生必须切断该因果流程。例如,在道路交通中,甲违规驾驶撞伤行人乙,就是对乙的生命法益创设了法所不容许的风险,甲必须切断其行为开启的此危及生命的因果流程,制止死亡的发生。罗克辛指出,先行行为属于违法行为,但是违法这一表述有待明确,主张以创造了不被容许的危险来指代先行行为的违法性。他认为,刑法赋予先行行为人结果避免义务,是立足于对先行行为的谴责,正是先行行为创设了或增高了损害风险才具备了这种谴责的基础。如果先行行为与损害结果间只有条件关系而欠缺归责关系,那么刑法进行谴责所要求的无价值就不存在。^[32] 第二,先行行为与最终的法益损害结果之间须具有规范保护目的关联性,即先行行为产生的危险正好在构成要件该当结果中实现,否则应排除保证人地位的成立。第三,先行行为创设的危险处于被害人或第三人答责范围时,排除保证人地位的成立。

我们将上述理论应用于杨某某故意伤害案^[33]的分析。被告人杨某某与被害人张某某就读于同一中学,二人因恋爱发生纠纷,杨某某从校外购买硫酸盛入水杯,并带至学校。2004年10月23日21时40分许,二人在操场见面后再次争吵,杨某某手执内装硫酸的水杯对被害人说“真想泼到你脸上”,同时试图打开杯盖,但没有拧开。被害人以为杯子中装的是清水,为了稳定本人的情绪,他想将水倒在自己头上,结果拿过水杯打开之后,将硫酸泼在身上,造成头、面、颈、躯干四肢被严重灼伤,经鉴定其伤情是重伤,且为一级伤残。法院以杨某某犯故意伤害罪判处有期徒刑十年。本案中,被告人携带硫酸到学校,在与被害人争执时手拿装有高度危险品的水杯,并有“真想泼到你脸上”的说辞,杨某某的上述行为使被害人的人身安全处于一种极度危险的状态。之后被害人将盛有硫酸的杯子拿过来,误将硫酸当做清水淋浇在自己身上,导致重伤,被告人先行行为制造的危险也就实现了。尽管是被害人本人将杯中硫酸倒在身上,但由于被害人并不知道自已面临的危险,这并不属于被害人自我答责的范畴。此时,杨某某负有因其先行行为而产生的告知被害人真相、防止危险实现的义务。但被告人仅因恋爱生发矛盾,就既不告诉被害人实情,亦未采取措施加以阻止,反而放任被害人将水杯接走并朝自己身上倾倒硫酸,致人重伤造成严重残疾。被告人没有积极主动地去实施伤害他人身体的行

[32] Vgl. Roxin (Fn.8), S.764ff.

[33] 参见最高人民法院刑事审判庭编:《刑事审判参考》(总第55集),法律出版社2007年版,第6—12页。

为,不属于作为犯罪;其处于先行行为保证人地位却未能阻止危害结果的发生,构成不作为的故意伤害罪。

(二)创设了可容许风险时不构成先行行为保证人地位

虽然一个先在行为产生了发生结果的风险,但若该风险是法所允许的,则该先在行为不是不作为犯的先行行为。^[34]例如,正常地将一把便携式小折刀借给别人,但该人竟然用这把刀伤害他人,成为问题的是,出借人是否对被害人承担救助义务,回答是这里并不存在刑法上的归责。德国联邦法院查明的案件基本事实是,甲把小刀借于乙使用,没想到乙却用此刀将丙捅成重伤,有生命危险,甲没有救助丙而离开。联邦法院认为甲处于保证人地位,“先不考虑被告人有责地还是无责地对被害人制造了现有的危险,他都负有义务制止结果的发生”。^[35]罗克辛认为,这种分析思路出现了偏差。本案的关键不是先在行为是有责的还是无责的,而是这个先在的作为是完全合法的,连过失行为都不是。按照信赖原则,任何人都被允许信任他人不去故意犯罪,除非能观测到他人有实施犯罪构成行为的倾向。由于在上述案件中一般人看不出乙有故意犯罪的倾向,因此后来出现的死亡结果不能归责给甲,这不是因为甲的行为不具备罪责,而是因为他没有制造不被允许的危险。^[36]又如,丁原计划去剧院看戏,但戊劝说丁一起去看电影,在去电影院路上丁遭遇车祸,此时戊并非居于保证人地位。劝说他人看电影的行为没有制造法不允许的风险,前往电影院与前往剧院时发生交通事故的风险没有区别。

我国刑法理论在讲述先行行为引起的不作为犯时,经常举出的一个例子是:甲带领邻居家的小孩乙去游泳,乙发生危险时甲不予救助,乙被水淹死,此时甲成立不纯正不作为犯,作为义务来源于甲带孩子去游泳的先行行为。^[37]按照客观归责理论来检验,甲带乙去游泳的行为并没有制造法所不允许的危险,因此不会产生先行行为保证人义务。实际上,这种情形属于自愿承担行为引起的保证人义务,^[38]甲带孩子外出游泳,就接管了对孩子安全的保护义务,其不履行该保护义务,就构成了不作为犯罪。

先在行为创设容许风险也毕竟是创设了风险,正是基于利益的衡量,法律容许它而不认定其违法,并不是法律对一定法益置之不管。若风险被容许,须存在一个假设的前提,即事前与事后行为人皆能将风险控制在合理范围。倘若行为人不会去管制风险,则该风险将是不可控的,也不会得到法律的容许。比如行政机关早就知道经营者悬挂招牌后不再管护,不会顾及路人的安全,那么是不会准许经营者悬挂的。事后的风险控制是风险被容许的同时设定的一个基本义务,不然就会出现不公平的局面,一方面准许一些人获得较多权利,享受更多生活利

[34] Vgl. Roxin (Fn.8), § 32, Rdn.160f.

[35] Vgl. BGHSt 11, 353(355).

[36] Vgl. Roxin (Fn.8), § 32, Rdn.161.

[37] 参见陈兴良:《判例刑法学》(上卷),中国人民大学出版社2009年版,第102页。

[38] 我国也有学者指出了这个问题:“上述情形(带邻居孩子游泳——笔者注)属于自愿承担导致的保护保证人情,即邻居自愿承担了父母对未成年子女的保护保证人地位,自当归入保护保证人范畴予以探讨,而我国学者却将其视为属于监管保证人地位范畴的先行行为,由此证明其保证人地位。这种对先行行为保证人地位类型的混乱认识,也带来了先行行为界定的混乱。”参见王莹,见前注[10],第339页。

益；另一方面其他人会面临更多的风险，随时可能受到法益侵害。鲁道菲(Rudolphi)举例说明，行政机关工作人员给企业发放废水排放许可之后，还必须注意观察其后的情况，若因为事后状况的变化，废水排在实质上不具备许可条件，则主管人员应撤销该许可，否则就有可能成立不作为犯罪。^[39]

(三) 欠缺对后续结果的预见可能性排除先行行为保证人地位

学界基本上承认一个规则，若要先行行为产生保证人地位，则要求行为时能够预见到法益侵害的危险，只有可以预见的危险才能归责于先行行为人。^[40] 例如，驾驶人行车时有摩托骑手违规而突然冲进道路，其撞伤骑者的行为并不是不作为犯中的先行行为，若驾驶人没有救助骑手而任其死亡，也不构成不作为故意杀人罪。又如，虽然点火之人必须考虑并控制其行为产生的危险，但对于不可预见的可能事件并不承担保证人义务，如马可能受惊而摔伤骑手，小孩骑车观看火势而未注意前方道路发生事故受伤。如果行为人对救援伤者不作为，不会构成不纯正不作为犯。

根据刑事政策的要求，德国法院倾向于不要求先行行为人对造成的法益侵害具有预见可能性，其在一些案件的判决中适用因果关系说认定了先行行为保证人义务。例如，上文所述案例，甲借刀给乙，根本没有预见到乙会用其刺杀丙，导致丙生命垂危，甲没有予以救助。法院认为，甲能否预见到危险不是重点，认定甲出借刀的行为与丙的死亡之间有因果关系，就能判定甲有防止丙死亡的义务。^[41] 罗克辛提出了不同看法：虽然存在因果关系，但甲对乙的刺杀行为无预见可能性，未违反主观上的注意义务，甲的行为不是违法行为，因此甲不承担避免结果义务。^[42] 多数学者肯定了罗克辛的意见，现在德国学界基本赞同先行行为只应为其所引起的可以预见的危险承担责任这一规则。^[43] 倘若在特定情况下甲已经知道乙会用这把刀去伤人，则此时甲还把刀借于乙就超越了可容许风险的范围，甲就有阻止结果的保证人义务。施特雷(Stree)说，违反武器法的规定向成年人出售枪支的，卖者对买者的行为并不承担责任，也不会承担不作为的责任，他对阻止被买者枪击的人遭受进一步损害并不承担保证人义务。^[44] 违反武器法出售枪支行为可能会受到刑事处罚，然而出售行为本身并没有对他人生命法益制造不被容许的风险。当然，在卖者向买者交付枪支时，已经察觉了买者购枪的犯罪意图时，卖者就处于保证人地位上。

我们可以根据上述理论考察我国的莫兆军玩忽职守案：^[45] 2001年9月27日，原告李兆

[39] Vgl. Rudolphi (Fn.30), § 13, Rdn.40b.

[40] Vgl. Seelmann, in: Nomos – Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. I, 1. Aufl., 1995, § 13, Rdn. 112.

[41] Vgl. BGHSt 11, 353.

[42] Vgl. Roxin (Fn.8), S.767.

[43] 参见(德)冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦：《刑法总论 I——犯罪论》，杨萌译，法律出版社2004年版，第366页。

[44] Vgl. Stree, in: Schönke/Schröder, 26. Aufl., 2001, § 13, Rdn.39.

[45] 参见最高人民法院刑事审判庭主编：《刑事审判参考》(总第44集)，法律出版社2006年版，第127页。

兴向四会市法院状告张坤石夫妇等四人借款一万元未还,原告持有被告写的借条,但被告辩称是在被持刀威逼之下写的借条。独任法官莫兆军经过审理,认为没有证据证明被告在遭受威逼之下书写借条,因此认定该借条有效,判决被告偿还欠款。11月14日,败诉的张坤石夫妇在法院外喝下农药自杀而死。次日,公安机关传唤李兆兴等人,他们承认其持刀逼迫张坤石夫妇等人书写该借条,后来李兆兴等人被判处抢劫罪。2002年10月22日,检察机关将法官莫兆军刑事拘留,后又逮捕,以玩忽职守罪向法院公诉。一审法院审理认为,张坤石夫妇自杀身亡超出莫兆军的主观意志之外,莫审理案件行为与死亡结果无直接关系,莫不应当对死亡结果承担责任,其不构成犯罪。之后检察机关提出抗诉。二审法院经审理认为,莫兆军作为民事诉讼中的独任法官,依照法定程序行使司法工作人员的职责,在根据民事诉讼证据规则认定案件事实后依法做出判决,其没有不履行或者不正确履行工作职责,不存在致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的玩忽职守行为,其从事的职务行为与客观上发生的当事人自杀身亡之间缺乏刑法上的必然因果关系。而且莫兆军不可能预见到张坤石夫妇超出正常的自杀后果,主观上也不存在过失。因此,莫兆军的行为不符合玩忽职守罪的构成要件,检察机关指控其玩忽职守罪不成立。笔者认为,被告人在审理民事案件过程中,对败诉一方自杀身亡是没有预见可能性的,不能认为自杀结果归责于被告人先前的案件审理行为,被告人并不承担避免当事人自杀身亡的保证人义务。二审法院也认为,当事人“虽经法官指引仍没有循合法途径寻求保护,毫无先兆突然自杀的情况已超出法官的正常预见”。因此,法院判决被告人无罪是值得肯定的。

还有一些共同犯罪案件,也应当依据上述原则来判断是否成立不作为犯的保证人地位。在此类案件中,一个共同正犯制造了通常是侵害被害人身体或生命法益的风险,而其他的共同正犯未去阻止这种风险,即存在对救助被害人的不作为。倘若有证据支持,能够察觉共同正犯有实施犯罪构成行为的倾向,则其他共同正犯就处于制止同案犯制造的危险发展的保证人地位,即使这已经逾越了共同犯罪计划。相反地,在不能预见到共同正犯会实施犯罪构成过限行为的场合,例如,二人共同抢劫,其中一人出乎预料地对被害人又实施了强奸,^[46]另一人没有阻止,他并没有避免过限结果的保证人义务。易言之,最先计划并实施的共犯行为所制造的危险,并不能使一个共同正犯对同案犯的不可预见的过限行为及结果承担保证人义务。

我国学者姚诗博士赞同义务违反说,同时又认为虽然一般情况下先行行为人要对损害结果有预见可能性,但基于我国的理论传统和现实需要,应修正义务违反说,不要求具有预见可能性。其认为在违法性理论上,我国与德国有区别,德国理论上主张违法性二元论,当然要求存在预见可能性。自从韦尔策尔(Welzel)开始倡导目的行为论,不法不再只是立足于法益损害结果,而是同时取决于行为无价值与结果无价值。故意与过失不再只属于责任阶层,也成为违法性要素。因为义务违反说认为先行行为是违法行为,所以既要此行为产生了法益损害的危险,也要求行为人的反规范态度,即具有主观上的规范违反性。如果先行行为人不可能预见到结果发生,那就缺乏主观违法性,从而不成立违法行为,不会形成先行行为作为义务。与此

[46] Vgl. BGH NStZ-RR 1997, 292.

不同,目的行为论在我国刑法理论上尚未产生根本性影响,我国关于违法性理论的通说也不是二元论。我国刑法理论上所讲的违法性一般指客观违法性,并不包含主观违法性。多数学者的违法性主张是根基于结果无价值,认为行为在客观上造成了法益侵害结果时便具备了不法,应将故意与过失作为责任要素来对待。基于我国目前的理论研究状况,形成先行行为作为义务毋须要求预见可能性。^[47]笔者认为,第一,在我国刑法理论不断借鉴德国教义学理论背景下,很难说我国的违法性理论不受到德国主观违法性理论的影响,承认预见可能性属于主观违法要素的观点日渐有力;第二,先行行为人对侵害结果没有预见可能性的场合,就不能说先行行为创设了发生该侵害结果的不容许的风险,根据这种先在行为使行为人处于保证人地位是没有说服力的;第三,即使对后续结果没有预见可能性也能产生先行行为保证人地位,是因因果关系说的主张,与论者的义务违反说立场是相悖的。

(四)欠缺结果回避可能性(义务违反关联)不构成先行行为保证人地位

虽然先行行为超越了被允许的风险范围,但损害结果的发生并没有受到超过的风险影响,此时先行行为人是否处于保证人地位就成为问题。例如,在某段道路上最高限速是100公里/小时,甲违反了该规定以时速120公里驾车行驶,与乙驾驶的摩托车相撞,乙对事故负全部责任。已经查明,即使甲按照限速行驶,事故的发生仍然是难以避免的。^[48]德国联邦法院认为,本案中甲处于对于乙的保证人地位,^[49]理由在于,甲的行为违反了交通管理法,而且该行为和肇事结果之间存在直接的联系。但是本案的审判委员会没有注意到,如果甲的违反交通规则的行为与事故发生没有关系时,肇事人是否还具有保证人地位。本案中,即使甲遵守限速规则,已经采取了制动或者及时向左转的措施,也不能防止事故发生,应当得出结论:超过限速与事故之间并不存在直接的关系。法院所认为的直接关系只是一种条件关系而已,强行认定存在这种“直接关系”是一种臆断。因此,必须否定甲的保证人地位。

对于上述案例,可以先这样分析:即使甲实施遵守义务的替代行为也会发生事故,则行为与结果间欠缺结果回避可能性(无义务违反性的关联),甲的作为(超速行驶)不能成立过失致人死亡罪(在我国不成立交通肇事罪)。由于甲对伤者乙置之不理,在德国可以按照其刑法第323条c见危不救(或者可能是第142条第1款第1项擅自逃离肇事现场)处罚甲。被告人甲驾车超过限速,但在其他各个方面符合规定驾驶,发生了事故致伤者死亡,甲应当由于超速行驶而受到处罚,而不是由于过失致人死亡罪。倘若违反义务的行为(超速行驶)对肇事结果未发生作用,那么对于客观构成要件归责所必需的义务违反关联就不存在,以过失致人死亡罪处罚就是对一个单纯违法肇因者(versari in re illicita)的处罚。按照一个法律上的古老观点,一个人要对来自其不被允许行为(如本案的超速行驶)的一切后果负责,不管该行为是否对结果起了作用,但是现代归责理论已经抛弃了这种观点。

[47] 参见姚诗,见前注[23],第135页。

[48] Vgl. BGHSt 34, S.82.

[49] 对此批评的,参见 *Ranft*, Rechtsprechungsbericht zu den Unterlassungsdelikten – Teil 1, JZ (1987), 864(867).

然后,我们再考察德国联邦法院的观点。即使危险不是源于违反交通规则的行为,也成立基于先行行为的不作为犯。因为行为人的行为逾越了容许的速度限制,所以成立有一般危险的先行行为,正是由于这种先行行为形成了保证人地位,这样就可以构成不作为犯罪。^[50] 我们应当反对德国联邦法院的上述见解,正确的结论是,危险并非源自于超越容许风险的行为,应排除保证人地位的成立。法院认为,只要符合交通规则,则不成立基于先行行为的保证人义务;相反地,倘若违反交通规则,即使违反义务行为与结果之间没有关联,也要承担保证人义务。法院根本不考虑结果到底是不是由这个危险导致的,就根据该危险认定不纯正不作为犯的成立,是违背归责原理的。

我们完全可以依照上述思路分析赵达文交通肇事案。^[51] 被告人赵达文驾车在某路口行驶时超过限速,该处限速 60 公里/小时,被告人的车速事后检测超出 77 公里/小时,在其看见道路上散放的雨水井盖后采取措施不及,该车轧上井盖后失控,冲撞路上隔离带后闯入辅路,撞击一辆正常行驶的汽车以及骑自行车正常通行的刘某等人,造成三人死亡、二人受伤的重大交通事故。交通管理部门事后认定,被告人对此次事故负全部责任。一审法院经审理认为,被告人驾驶机动车时违章超速,而且没有履行必要的注意义务,当其发现散落于路面上的雨水井盖时,已无法采取有效措施,这是引起事故发生的原因,判处赵达文构成交通肇事罪。二审法院认为,赵达文对此次事故负全部责任的认定并无不当,因为在此次交通事故中,全部被害人没有违章行为,也不存在其他人的违章行为。赵达文驾驶的汽车轧上散落于道路上的雨水井盖是客观事实,但是没有证据证明轧上井盖是否必然导致事故的发生。现有在案证据能够证明赵达文超过该路段限速标志的最高速度驾车行驶,这是造成事故的一个原因,正是因为违章超速导致其遇井盖后不能控制车速,不能及时采取措施。上诉人提出散放于路面的井盖是造成事故的原因,理由并不充分。车辆驾驶是一种危险作业,驾驶人必须时刻注意道路上的各种情况,从而采取适当的措施保证安全。上诉人超速行车,导致其在紧急状态时不能实施有效措施,不可避免地发生本案事故,上诉人对造成他人死亡、受伤的重大交通事故应承担刑事责任。二审法院驳回上诉,维持原判。

笔者认为,本案中法院的审理思路没有将归因与归责区分开来,认为被告人违章超速驾驶是造成事故的原因,据此便将事故结果归责于他。法院认为“赵达文所驾驶的车辆确实轧在散放在道路上的雨水井盖,但轧上井盖是否必然导致该案的发生,缺乏证据证明”,也就是说,法院也没有查明事故结果的发生是否有可避免性,仅仅因为“现有证据能证明赵达文在肇事时车速已超过该路段的限速标志”,就将事故结果归责于被告人,这违背了结果归责原理,也违背了存疑时有利于被告人原则。因为即使被告人没有超速行驶,也极有可能轧上井盖并导致结果发生,从而欠缺结果回避可能性,事故结果不能归责于被告人,也不能认为被告人处于先行行为保证人地位上。

[50] Vgl. BGHSt 34, 82(84).

[51] 参见北京市第一中级人民法院(2005)一中刑终字第 3679 号刑事附带民事裁定书。

(五)超越规范保护目的不构成先行行为保证人地位

规范保护目的理论是客观归责理论的核心规则之一,在限定不作为犯中的先行行为时必须予以适用,这就是界定先行行为的风险关联标准。即先行行为制造了一个法益侵害的风险,而这个风险正是先行行为所违反的规范所反对的,换言之,先行行为之后的不作为所未制止的风险实现必须落在先行行为违反的规范保护目的范围之内。倘若先行行为制造了不被允许的风险,然而该风险没有在侵害结果中实现,此时先行行为人没有义务避免该侵害结果。只有先在行为制造的风险与法益损害之间有关联,才能将该先在行为作为不作为犯中的先行行为,即要求先行行为的违反义务性在于对某规范的违反,该规范的目的正是要保护受到威胁的法益。^[52]

例如钱竹平交通肇事案:^[53]2002年7月24日凌晨6时许,被告人钱竹平持证驾驶中型自卸货车,因遇情况采取措施不当而撞到前方公路上的一名行人,导致其受伤。被告人下车察看之后扶被害人到路边,与被害人交谈后被告人自认为被害人并无大碍,遂驾车离开现场。后被告人又路过此处,发现被害人仍然在路边坐着。当天下午,被害人死亡,死因是腹膜后出血引起失血性休克。经调查,如果及时送被害人到医院检查抢救是不会发生死亡后果的。交通管理部门认定,被告人对此次事故负全部责任。一审法院认为,被告人作为交通运输从业人员,在发生交通肇事后,应当保护现场,积极救助伤者,然而被告人没有履行该义务,却驾车逃离事故现场,伤者因未得到及时救治而死亡,这种情形符合刑法规定的因逃逸致人死亡。被告人违反交通运输管理法规,导致交通事故,且负该事故的全部责任,其因逃逸致伤者死亡,判决被告人犯交通肇事罪,处有期徒刑八年。二审法院认为,交通事故发生后钱竹平察看被害人伤情时,只看到其背部有皮肤擦伤,不能看到其他伤情,被害人被他人搀扶能够行走,也能够讲话,上诉人认为不需要保护现场,也不需要被害人抢救治疗,遂驾车离开现场。虽然上訴人事故发生后未履行法定义务而是驾车离去,但其主观上并非为逃避法律追究而逃跑,不构成交通肇事后逃逸的情节,改判其犯交通肇事罪处有期徒刑二年六个月。笔者认为,本案中被告人违反交通运输管理法规将被害人撞伤,制造了被害人生命健康的危险状态,而该交通肇事的先行行为所违反规范的保护目的正涵括保护被害人的生命健康。行为人事后没有送被害人去医院检查,而是驾车离开现场,尤其是行为人当天再次路过现场时看到被害人仍然坐在路边,应当知道被害人因被撞伤而处于危险状态,却仍然不予救助,且被害人若及时被抢救是可避免死亡的。综上,最终发生的被害人死亡结果正是先行行为制造的风险之实现,处于先行行为的规范保护目的范围之内,行为人的不救助导致被害人死亡的行为,符合刑法规定的“因逃逸致人死亡”的情形。^[54]一审法院的裁判理由及定罪量刑是正确的,二审法院的改判值得商榷。

上述案例是未超越规范保护目的范围的情形,下述案例则是超越规范保护目的范围的情

[52] Vgl. BGHSt 37,106(115).

[53] 参见最高人民法院刑事审判庭编:《中国刑事审判指导案例1》,法律出版社2012年版,第278页。

[54] 我国有学者认为,刑法加重处罚交通肇事中的逃逸的规范目的在于,要求肇事行为人及时救助被害人。若行为人能够救助却不救助,即成立逃逸。逃逸的本质不是作为(如逃跑),而是不作为(即不救助)。该不作为的作为义务来源于交通肇事的先行行为。从刑法的规范结构上来看,可以将交通肇事后逃逸理解为“作为的交通肇事罪+不作为的遗弃罪的结合犯”,将因逃逸致人死亡理解为该结合犯的结果加重犯。参见陈兴良主编:《判例刑法教程》(分则篇),北京大学出版社2015年版,第286页。

形。某盗窃犯甲入户盗窃,声响惊动了房主乙,乙下楼查看时失足从楼梯跌落受伤。根据规范保护目的理论,甲触犯的盗窃罪的规范目的是保护财产法益,而乙受伤的损害结果超越了这一规范保护目的范围,不能归责于甲。这一理论同样可以适用于先行行为引起的不作为刑事责任:倘若甲目睹了乙受伤过程且流血不止,但不予救助,乙重伤或者死亡,那么甲不会因先前的盗窃行为而成立保证人义务,因为人身权利的侵害超过了盗窃行为所违反的规范保护目的范围。^[55] 保证财产所有人乙免受人身损害,根本不是甲违反的禁止盗窃的规范目的。

(六)被害人自我答责排除先行行为保证人地位

被害人自我答责^[56]这一规则属于客观归责理论核心规则之一,同样也适用于对先行行为的论证。倘若从先行行为中产生的危险由被害人独立负责时,法益侵害结果就不能归责给先行行为人。这种情形的比较典型的案件是帮助他人故意的自我危害。虽然行为人制造了风险,但他在认识到风险的情况下由其行为引起了风险的实现,此时他人的风险行为就阻断了先在行为所内含的风险,此先在行为并不能构成不作为的先行行为。通常的状况是,实行先在行为之后介入被害人自我危险行为,由被害人制造自我危险遮断了先在行为的危险实现,此时被害人对结果自我答责,先在行为人对结果负有保证人义务。常见的案例是向吸毒者出售或者提供毒品,吸毒者吸食后陷入昏迷状态,出售者或提供者没有采取救助措施,吸毒者死亡,此时前者并不成立不作为故意杀人罪或不作为过失致人死亡罪。^[57]

例如著名的海洛因注射器案,被告人甲偶尔吸食毒品,他碰到熟人乙,乙有吸食烈性毒品的爱好,乙告知甲其有海洛因可以共同吸食,但没有注射器,甲去购买注射器。然后二人来到旅馆,在卫生间里乙把海洛因煮开,吸入两支注射器并拿给甲一支,两人注射毒品之后陷入昏迷,乙因受毒品致命刺激而死亡。法院认为甲参与共同吸毒以及提供注射器的行为是造成乙死亡的原因,判决其成立过失致人死亡罪。甲不服提起上诉,并获得了支持。^[58] 德国联邦法院认为提供毒品行为作为先行行为产生了保证人地位,从而成立不作为的过失致人死亡罪。^[59] 我们不能赞成这种观点,因为只有先行行为创设了可归责的致人死亡危险,才能产生保证人地位。致人死亡结果不能归责给毒品交付行为,所以也不会产生纯正不作为犯的保证人地位。正确的做法是,对提供毒品的行为根据麻醉品法相关条文处罚,对共同吸毒者救助的不作为根据德国刑法见危不救予以处罚。

在这类案件中,如果被害人如同毒品提供者那样,对吸食毒品的风险予以漠视,那么就不能对提供毒品者以身体伤害类犯罪处罚。^[60] 更确切地说,行为人只是帮助了不具刑事可罚性的自我危害,这种帮助缺乏符合犯罪构成的正犯行为,所以也没有刑事可罚性。按照不作为教义学来分析,当毒品接受者因吸食毒品而陷于无助状况时,毒品提供者也不在保证人地位上,这种无助状态及其后果不应归责于提供者,而应由吸食者本人答责。通过比较这个结论会

[55] Vgl. Stree, Ingerenzprobleme, FS— Ulrich Klug, 1983, S. 399.

[56] 参见冯军:“刑法中的自我答责”,《中国法学》2006年第3期,第93—103页。

[57] Vgl. Roxin (Fn.8), § 32, Rdn.175.

[58] Vgl. BGHSt 32, 262(267); NStZ 1984, 410.

[59] Vgl. BGH NStZ 1984, 452; 1985, 319.

[60] Vgl. BGHSt 32, 262.

更加清晰,对于故意自杀的帮助都不具有刑事可罚性,对故意自我伤害的帮助就更不具有刑事可罚性,帮助者没有阻止从故意自我伤害中发生的后果也就不可能符合杀人罪(及过失致人死亡罪)的犯罪构成。一个人完全认识到自我危害的风险还去实行,那么对于由此带来的后果应归该人自我负责。

上面所阐述的这些原理,在完全认识到风险情况下实行自我危害的案件中,应当得到运用。在我国著名的宋福祥不作为故意杀妻案^[61]中,被害人自我答责理论可以得到适用。该案的基本案情是:被告人宋福祥在家中因琐事与其妻李某发生争吵厮打。李某说:“三天两头吵,活着还不如死了。”宋福祥说:“那你就死去。”李某欲自缢故寻找脚踩的凳子,这时被告人叫来邻居叶某某对李某予以劝阻。邻居走后,二人又进行了吵骂厮打。后李某寻找自缢用的绳索,被告人放任不管。未加劝阻,没有呼喊近邻或者采取其他措施,而是离家去一里之外的父母家中,告知父母此事,在其家人赶到现场时李某已经死亡。法院认为,被告人与其妻李某在家中争执,并用语言刺激李某,导致李某产生轻生自杀的决心,被告人看见李某搜寻工具欲自缢,应当预见到会产生自缢身亡的后果却放任该结果的发生,在家这种特定环境中仅有夫妻二人在场,被告人应承担特定义务阻止死亡后果的发生,但其却予以放任,其触犯了不作为的故意杀人罪。笔者认为,夫妻之间的争吵厮打不足以引起一方自杀身亡的危险,被害人在处理夫妻关系时选择自杀是极端异常的,这是其基于自身意志自由选择的,具有自由意志支配之下的自愿性。作为完全责任能力人,其应对自杀行为及结果自我答责,这也排除了被告人的行为成立先行行为保证人地位。

三、以客观归责理论限定先行行为:具体运用

(一)合法驾驶行为不构成先行行为保证人地位

因为涉及到肇事司机应否承担救助义务,对先行行为设定要求在实践中有很重要的意义。如果行为人的行为从各个角度看均符合义务且属于合理的交往范围,特别在道路交通的场合,那么不会形成先行行为带来的不作为犯。尽管驾驶行为符合交通安全规则,但仍旧对参与交通的他人造成了伤害,在应对事故负全责的被害人陷入无助状态时,该驾驶行为不会产生保证人地位。如果让驾驶人承担会带来刑罚后果的保证人义务,保护一个自己违反交通规则,对事故负全部责任的参加交通的其他人,则对驾驶人来说是不公正的。^[62] 一个合法的驾驶行为属于社会上一般的和被同意的行为举止,没有超越被允许的危险范围,先行行为保证人地位所要求的不被允许的危险并不存在。

实行正当防卫性行为的人对侵犯人有着侵犯权,但只是在允许危险范围内合法驾驶的人却不具有这种权利。根据这种观点有人认为汽车驾驶人处于保证人地位,但是我们应当对此予以否定。倘若驾驶人遵守各种规定行驶仍然发生了事故,那么其行为就欠缺行为无价值,事

[61] 参见中国高级法官培训中心、中国人民大学法学院编:《中国审判案例要览》(1996年刑事审判卷),中国人民大学出版社1997年版,第34页。

[62] Vgl. BGHSt 25,218(221f).之前的BGHSt 7,287(288)没有对这个问题发表意见。

故结果就不能成为该当构成要件的结果而归责于他。在这样的案件中,事故的发生只能说不幸的,而仅仅不幸的事件是不能产生保证人地位的。另外,还要考虑的是,这种案件中事故的责任通常归属于被害人,要求驾驶人承担保证人义务是一种附加的负担。如果认为承担保证人义务是被准许驾驶汽车的代价,那么也是错误的,必须承认的事实是,汽车驾驶是现今社会运行不可或缺的,而不是额外负担换来的奢侈。

雅科布斯试图作出区分,并且认为容许的风险性行为也可以产生保证人地位,这需要具有以下两个前提。首先,这是一种特殊的风险,即比日常不可避免的行为有着更高的风险;其次,受危险威胁的一方已经采取了理应实施的必要防护措施。^[63]由上述观点出发,汽车驾驶人是否存在保证人地位应作出区分。一方面,一般情况下,驾驶人符合谨慎义务驾驶却发生事故,且被害人一方也无责任,此时驾驶人成为救助被害人的保证人;另一方面,如果被害人一方没有采取防护措施,且对事故发生承担责任,例如一个醉汉扑向正在行驶的汽车,那么驾驶人不具有保证人地位。笔者认为,在第一种情形,如果驾驶人与被害人均谨慎行为,没有过错,就难以发生事故,可能的例外情况是由于第三人的责任发生了事故,这时由第三人处于保证人地位来救助被害人。在第二种情形,合乎规定驾驶的行为人往往很难判断其他事故参与人是否有责任以及责任的程度,从而认识到自己是否处于保证人地位,决定是否救助被害人。因此,雅科布斯的区分性解决方案会带来法的不稳定性,难以有效判断汽车驾驶人的保证人地位。

否认合法驾驶人的保证人地位是一种主流意见,但是也有一些不同的看法。弗罗因德(Freund)认为,虽然驾驶汽车是一种许可的风险,但在不可避免发生车祸之后,不能放任被害人死去,行为人义务防止死亡结果发生。^[64]毛拉赫(Maurach)、格赛尔(Gössel)赞成下述立场,行为人危险的行为侵害了他人法益,虽然该行为本身没有刑事可罚性,但行为人有义务避免进一步的损害。^[65]屈尔(Kühl)也指出,司机遵守交通规则驾驶是获得风险性许可的行为,但这并不意味着可以让被撞伤的行人死去。^[66]笔者认为,上述观点均担心交通事故中的被害人得不到有效保护,但这种担心是多余的。因为虽然驾驶人不承担先行行为保证人义务,但其要承担德国刑法的一般救助义务,驾驶人可能成立作为纯正不作为犯的见危不救罪。

在我国司法实践中,司机合法驾驶造成事故,对被害人不救助致其死亡的,司法机关倾向于认定行为人存在先行行为保证人地位,成立不作为的故意杀人。如被告人丁某驾车致人死亡案。^[67]丁某是出租车司机,其驾车通过一座桥,在下坡处碾轧到被害人李某,李某因醉酒卧于此处,丁某从车下把李某拉出,将其放在路边便离开了。路人发现李某后将其送往医院,抢救无效后死亡。根据鉴定结论,李某系内脏受损后失血性休克死亡。丁某称事发时将李某拉出时其还有反应。医院抢救记录表明,李某被送医院时昏迷,之后约一分钟不治身亡。根据现场勘查记录,案发地桥梁长14米,李某醉卧处位于下坡5米偏右位置。侦查实验证明,驾驶

[63] Vgl. *Jakobs* (Fn.14), § 29, Rdn.42.

[64] Vgl. *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen: Eine Untersuchung zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe, 1992, S.182.

[65] Vgl. *Maurach/Gössel/Zipf* (Fn.15), § 46, Rdn.102.

[66] Vgl. *Kühl* (Fn.9), § 18, Rdn.101.

[67] 参见江苏省常州市天宁区人民法院(2002)天刑初字第279号判决书。

车辆上坡时看不到该处,夜间驾车下坡时也难以发现,即使发现,也由于距离太近不能有效制动。法院认为丁某驾车肇事,其对李某有救助义务,判决其成立故意杀人罪(间接故意)。通过阅读该案判决书,笔者注意到,法院根据形式说认为丁某具有作为义务,因为交通肇事行为在先、死亡结果在后,所以被告人因其先行行为而负担作为义务。我国也有学者认为,虽然被告人丁某的先行行为是一个交通事故(交通意外),但这一行为对被害人的生命造成了现实、紧迫的危险,因此被告人有义务对被害人进行救助。^[68]笔者认为,根据此案判决书的描述,对丁某行为性质需具体分析:丁某作为出租车驾驶员,驾车时没有违反交通规则而是正常行驶,虽然其碾轧到醉卧桥梁上的李某,但这是不可避免的。丁某的行为符合交通规则,驾驶机动车本身所具有的风险是法律和社会所容许的,丁某不会因为该先行行为而居于保证人地位。丁某只是把被害人拉出来放置在路边便离开了,事后从李某被人送医来看该放置处易于被人发现,丁某又没有保证人义务,因此丁某的行为不构成不纯正不作为犯罪。上述德国法院的判例也印证了这一结论。^[69]在德国刑法中有见危不救罪这种纯正不作为犯,可以用来评价丁某的这种行为,但是我国刑法中并不存在这种罪名。在我国司法实践中,对于这种没有违反交通规则却撞伤人后逃逸,没有救治被害人而发生死亡的案件,司法机关一般以故意杀人罪(不作为)来处理。这种做法有现实上的无奈,不追究行为人刑事责任的话办案机关会承受被害人亲属及社会舆论的巨大压力。倘若依照教义学原理来检验,不能说合法驾驶人具有保证人地位(救助义务),^[70]也就不成立故意杀人罪这种不纯正不作为犯。

(二)餐馆正常售酒行为不构成先行行为保证人地位

通常情况下是社会允许的或人们习以为常的行为,行为人无意地帮助或者引起了他人实施犯罪行为,就会提出这样一个问题,即行为人是否因此而承担阻止他人行为或者排除他人行为后果的保证人义务,例如出售酒精饮料或者只是共同饮酒,是否形成避免醉酒后果的义务。餐馆老板是否基于售酒的先行行为处于保证人地位,对此德国联邦法院最初予以肯定。客人在餐馆中饮了不少酒,虽然其还具有归责能力,但其状态已不适合驾驶,后来在其驾车返家途中发生交通事故。德国联邦法院认为,除了这个客人之外,餐馆老板也应以不作为的过失行为对肇事后果承担责任。^[71]法院认为,餐馆老板为客人提供了酒精性饮料,酒使客人处于不清醒状态,餐馆老板居于保证人地位,他应当制止客人驾车,若有必要应叫警察来处理。行为人为他人实施犯罪行为制造了危险,就有义务阻止从该犯罪行为中发生损害结果。^[72]这个判决如果持续有效就很有可能给餐饮业带来毁灭性打击,所幸德国联邦法院后来撤销了该判决。^[73]

[68] 参见陈兴良主编:《判例刑法教程》(总则篇),北京大学出版社2015年版,第156页。

[69] Vgl. BGHSt 25, 218(221f).

[70] 我国有学者指出,对于这种情形,应增设见危不救罪或者在否定先行行为保证人地位的同时扩大第261条遗弃罪的适用范围,以避免要么适用故意杀人这一重罪,要么不科以任何处罚的两极化的解决方式。参见王莹:“论犯罪行为人的先行行为保证人地位”,《法学家》2013年第2期,第128页。

[71] Vgl. Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S.264ff.

[72] Vgl. BGHSt 4, 20.

[73] Vgl. BGHSt 19, 152.

餐馆里售酒是社会上一般的和公众同意的行为,对于客人过量饮酒可能引起的结果通常不要求餐馆老板负责,他没有保证人地位。向前来消费的未醉酒的人卖酒是一种被容许的危险,“向顾客或者驾车来的司机出售酒精饮料所产生的危险,被规定了经营者法律义务的社会在一定范围内予以容忍”。〔74〕只要客人在法律上还具有答责能力,客人的自由和公众的利益都不会要求餐馆老板承担干预的义务,餐馆老板作为经营者可以从事法律允许的所有经营活动。例如餐馆老板案:被告人经营一家餐馆,三位客人来店消费,他们之前已饮过酒,来这里他们又喝了不少威士忌,后来他们打算驾车离开,被告人看到他们都不能安全驾驶,就提议他们叫出租车,但他们仍然驾车离去。驾车过程中,司机酒力发作,车开到路边的田地里,翻了车,有两人受伤。判决关注了一个问题,即餐馆老板是否承担不作为过失伤害的责任,德国联邦法院予以否定。〔75〕餐馆老板的经营活动包括售酒,倘若他要对消费者过量饮酒所可能引起的结果一般性地负责,则经营者就会在很多场合成了消费者的监护人和照料人,这是苛加在经营者身上的保证人义务。

餐饮业法正确地只是禁止经营者向醉酒者出售酒精饮料。此处的醉酒者已经失去了归责能力,不仅指丧失知觉的醉酒状态,而且包括从外部的身体与精神上的比较明显的失态能够予以判断的醉酒状态。亦即,在客人的醉酒状态达到了清晰可辨的程度,能够理智地看出客人失去自我答责的行为能力,这时餐馆老板还卖给其酒精饮料的,就制造了法所不允许的风险,他具有保证人地位,他必须以合适的、可能的方式制止客人驾驶汽车。〔76〕售酒从此时就失去了社会上一般的和为公众所同意的行为属性,醉酒者很可能会危及他人以及本人,必须要求售酒者尽力避免这种危害。何时存在这样的状态是一个事实问题,倘若有某种特别的情节,如客人对酒精特别敏感,或健康情况很糟糕,以致于餐馆老板担心客人会在酒精的作用下违反刑法,则会要求餐馆老板进行干预。

考察我国的醉酒驾车肇事案件,例如影响很大的孙伟铭案、黎景全案,〔77〕法院审理查明的事实是行为人醉酒后驾车,但对造成其醉酒驾车这一不被容许的危险的先行行为没有任何表述,看不出提供酒水的店主对造成其醉酒驾车有何作用,几乎所有的醉驾案件都没有关注造成醉酒驾车的先行行为。〔78〕我们可以借鉴德国学界的上述学说以及判例的做法,分析餐饮业及劝酒者在这些醉驾案件中的刑事责任,从而引导他们履行注意义务,防止客人及同饮者醉酒驾车,减少交通事故的发生。

(三)瑕疵产品与先行行为保证人地位

有观点认为,制造者或销售者使其产品进入流通,消费者按照规定使用会违反合理期待地

〔74〕 Vgl. BGHSt 19,152(155).值得注意的是,2007年生效的日本新道路交通安全法增设了“酒水提供罪”,适用于明知客人驾车仍提供酒水的餐饮业者。参见朱娅珍:“日本不仅重罚酒后驾车 连坐这样的车也要罚”,载《都市快报》2008年1月5日,第13版。笔者认为,日本酒文化盛行,因饮酒引发的交通事故比重较大,故新法对酒水提供者、车辆提供者、甚至同乘者予以处罚。但这里只处罚提供酒水的“先行行为”本身,并未规定提供者因此处于保证人地位而有可能构成不作为犯。

〔75〕 Vgl. BGHSt 19,152(153ff); JuS 1964,208,Fall 7.

〔76〕 Vgl. BGHSt 19,152ff.

〔77〕 该两案请参见最高人民法院刑事审判庭,见前注〔53〕,第419—435页。

〔78〕 参见谢绍华:《先行行为论》,中国人民公安大学出版社2011年版,第275页。

产生损害危险,那么制造者、销售者就有义务防止损害发生,即形成基于先行行为的保证人地位。如果其不履行产品回收义务,就要对损害承担刑事责任,有可能成立不作为的伤害罪。^[79]但是生产销售瑕疵产品产生的是先行行为保证人地位这种观点受到质疑。

司法实务中有关产品刑事责任的判决有不少,著名的皮革喷雾剂案判决中对产品刑事责任的问题阐述了基本观点。^[80]该案的基本案情是:X公司生产皮革喷雾剂,子公司S和E负责产品的销售。公司收到了用户投诉,称他们使用该产品后受到了严重的健康损害,如咳嗽、寒战、发热、呼吸困难,甚至出现生命危险。1981年5月,X公司主管人员召开特别会议商讨此事,与会人员有S、Sch博士、R、O、首席化学师B博士。B提出,现有的调查没有足够的证据证明皮革喷雾剂中含有有毒物质。由此,公司董事会决定,不召回产品亦不停止销售,只是完善产品包装上的警示说明。S与E公司的负责人分别在会后知晓了特别会议的内容,二人在各自主管范围内执行了决定。之后,大量该产品的消费者仍然不断受到身体伤害,政府部门介入并召回产品。后来查明,该产品中个别原料可能的毒理作用机制,或者其与其他原料的结合,是出现伤害的可能原因,同时,滥用、过敏、散发均不会引起健康伤害。

一审判决被告人成立伤害罪,德国联邦法院基本支持了一审判决,并在学理上讨论了保证人地位的产生。^[81]法院认为,由于先行行为对他人创设了危险的人,对将要发生的损害有义务予以避免。本案中被告人具有保证人地位,因为全部被告人实施了创设危险的先在行为,作为涉案公司的负责人,他们将皮革喷雾剂带进市场,消费者合规使用时会出现健康受损。法院谨慎区分了被告人的负责范围及引申出的义务,S与E公司的负责人分别负有召回各自品牌喷雾剂的义务。法院认为,在危机和例外情况下公司负责人具有一般责任,S和Sch博士做为公司负责人要对企业的整体行为负责。^[82]德国联邦法院认为,被告人创设了危险的先行行为在客观上也是违反义务的。^[83]从下述事实中可以得出这种结论,即使法秩序不是毫无例外地,也是原则上禁止创设危险的,倘若没有人干预这种危险,危险便会进而发展而造成他人的身体损害。另外,在本案中,从法律的规定中也可以看出先行行为的客观义务违反性,被告人违反了食品与消费品法律的规定,这些法律规定禁止生产与销售者将损害健康的产品纳入流通领域,可以看出,法律规定与先行行为在此处相互结合在一起了。本案中也不能以允许的危险为理由排除先行行为的客观义务违反性,因为虽然偏差在一般的批量生产过程中难以避免,不会带来刑事责任,但本案中伤害事件发生的数量已远远超出了正常阈值,产生伤害的皮革喷雾剂并非仅仅是一种偏差。

在此种案件中,判决表面上赞成义务违反论,但不要求行为人具有预见可能性。本案中法院查明,X公司在生产皮革喷雾剂过程中按照当时的技术标准进行了各种检验,未检测出违禁成分以及对人体有害的物质,所以生产时未违反注意义务。尽管如此仍然认为,X公司及S、E

[79] Vgl. *Roxin* (Fn.8), § 32, Rdn.198.

[80] Vgl. BGHSt 37, 106(135).

[81] Vgl. *Samson*, Probleme strafrechtlicher Produkthaftung, StV(1991), 184.

[82] 参见(德)希尔根多夫:《德国刑法学:从传统到现代》,江溯等译,北京大学出版社2015年版,第253页。

[83] Vgl. BGHSt 37, 106ff.

公司生产销售皮革喷雾剂的行为客观上创设了危险,有关人员由于先行行为而居于保证人地位。法院进一步说明,对先行行为要求的客观义务违反与对过失犯要求的违反注意义务存在区别,^[84]前者不包括主观违法而后者包含。尽管只是客观上违反义务不一定符合过失的犯罪构成,但已为刑法对法益损害危险进行谴责奠定了基础。先行行为是否违反注意义务、是否具有罪责,在这里无关紧要。

我国也有学者认为,基于我国社会治理的现状,不应该要求先行行为人具有预见可能性。目前,我国公共安全责任事件大量发生,对此予以刑事治理的有效途径是,要求有关人员承担作为义务,如果其漠视将会被追究不作为的责任。倘若要求成立先行行为需有预见可能性,则很难实现上述目的。例如,我国产品安全问题比较突出,许多产品生产领域欠缺安全细则,没有明确可行的安全标准。如果企业生产的某一产品对消费者的人身安全等法益造成了损害,由于不能判断企业的生产行为违反了义务标准而成立过失,那么即使企业不回收瑕疵产品也不会为此承担不作为刑事责任,这将形成不合理的处罚漏洞。为此,应当肯定对损害结果没有预见可能性的场合也会存在先行行为的作为义务。^[85]

罗克辛认为,行为的主观不法与客观不法是不能分开的,对于先行行为来说,客观义务违反与违反注意义务二者是一致的,只有客观义务违反而没有违反注意义务是不可能的。义务违反应当从事前而不是事后从损害结果中判断,在创设不被允许风险的同时又没有违反注意义务是不可能的。法院将注意义务和责任等同起来,这实际上是混淆了不法与责任。至于行为人是否有责任,他的过失能否可以避免,已是其他层面的问题。^[86]罗克辛认为,根据传统理解的先行行为保证人地位,不会在皮革喷雾剂案中产生召回义务这种结果避免义务。基于先行行为产生召回义务的前提是该先行行为违反了义务,本案中在生产销售皮革喷雾剂时公司负责人即使履行了客观上必要的注意义务也不可能预见到危险,也就不存在违反义务。德国联邦法院认为,先行行为的客观义务违反性不以行为人违反了注意义务为前提,不要求行为人已经过失地行为了,只要法律对损害结果予以反对就足够了。^[87]罗克辛认为这种观点有待商榷,因为只有当行为的危险性在事前(行为之时)可以认出的时候,才能说是违反了法律义务。^[88]

许乃曼(Schünemann)认为在皮革喷雾剂已经进入市场流通的情况下,不应承认刑法上有重要意义的召回义务。^[89]但是,这种观点是不能被接受的。首先,许乃曼观点的出发点是,只有对产生危险的产品的实际支配才能引起企业负责人的保证人责任。如果企业负责人不再处于危险产品的支配领域,就丧失了保证人地位。对于学界一般承认的产品制造人的监督义

[84] Vgl. BGHSt 37, 106ff.

[85] 参见姚诗,见前注[23],第135页。

[86] Vgl. Roxin (Fn.8), S.779ff.

[87] Vgl. BGHSt 37, 110(118).

[88] 参见(德)Claus Roxin:《德国最高法院判例·刑法总论》,何庆仁、蔡桂生译,中国人民大学出版社2012年版,第253页。

[89] Vgl. Schünemann, Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität, wistra(1982), 41(44f).

务,许乃曼予以否认,其理由是产品推出市场之后,产品制造人便丧失对其支配,也就没有监督义务。^[90] 卢恩特(Lund)认为许乃曼的看法过于狭隘,因为对产品的支配不是空间的、实物的支配,而是一种社会性的支配。^[91] 其次,许乃曼认为,当产品离开生产者的支配领域,伤害将要发生时,他与无关的第三人并没有什么不同,此时生产者作为的可能性与对引起危险的答责就不再存在了。但是这种看法也是站不住脚的,生产者和销售者最了解产品瑕疵,他们绝对与无关的第三人不同。^[92] 德国联邦法院对此作了很好的说明:产品引起损害的报告都汇集到生产者与销售组织那里,他们掌握的情况是最全面的。要求他们对瑕疵产品予以召回,能够比第三人采取干预措施发挥更好的作用,零售商和消费者可以立即根据瑕疵产品召回说明,对产品的缺陷情况作出判断,对危险范围作出评估,从而正确选择排除危险的必要措施。^[93]

从上述讨论中可以看出,实务界与理论界关于被告人是否因为生产销售瑕疵产品的先行行为具有保证人地位是有争议的。对此加以总结的话,有三种解决方案。第一,否认生产者与销售者的保证人地位,他们也就不会成立不纯正不作为犯,但是,从刑事政策上看,这种解决方案轻纵了瑕疵产品生产者、销售者,不利于产品风险的控制和消费者权益的保障。第二,从民法上的产品观察义务中衍生出刑法上的保证人地位,例如布拉姆森(Brammsen)将这种义务归属于企业负责人的监督保证人义务中。^[94] 这种解决方案也存在问题,因为形成民法上损害赔偿权的情形,并不能自然就为追究刑法上不作为的责任提供依据。法院与学界都没有明确的标准,即刑法之外的规范具备什么条件可以说明刑法中保证人地位的根据。第三,大多数学者赞同的解决方案是,扩张先行行为的范围,不仅包括违反义务的先在行为,而且包括升高危险的先在行为。在当今社会,产品的生产和投入流通是一种危险的行为,不管在销售时是否可以认出与某一产品的安全标准不相称的危险,都产生了生产者和销售者的保证人地位。^[95] 但是这个方案也受到质疑。首先,它违背了先行行为的基本性质,即先行行为必须以一种事先违反义务的方式制造了一个危险源。其次,没有一个确定的标准可以在普通的与升高的可允许风险之间作出划分,风险的升高是在一个连续的标尺上移动的,没有一个点可以用来确定具有重要法律意义的升高。^[96] 因此,难以判断何为“升高危险的先行行为”。

实际上,应该用接管保护功能来说明生产者的保证人地位。在现代社会中,消费者不可能自己去检验所购买产品的安全性,他必须信任生产者不仅按照安全标准生产,而且也会告知他事后出现的危险。这是一种社会现实,这也表现在民法上的产品观察义务与召回义务之中。尽管从刑法之外的义务中不能直接衍生出刑法上的保证人地位,但是它们确实表现出应当归

[90] Vgl. *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, S.110.

[91] Vgl. *Lund*, Mehraktige Delikte, 1993, S.257.

[92] 参见 Claus Roxin, 见前注[88], 第 251 页。

[93] Vgl. BGHSt 37, 121.

[94] Vgl. *Brammsen*, Strafrechtliche Rückrufpflichten bei fehlerhaften Produkten? GA (1993), 97ff.

[95] Vgl. *Kuhlen* (Fn.27), S.569.

[96] Vgl. *Hoyer*, Die traditionelle Strafrechtsdogmatik vor neuen Herausforderungen - Probleme der strafrechtlichen Produkthaftung, GA(1996), 160(175).

责于生产者的保护功能所必需的各种要素。^[97] 生产者最先得知产品事后出现缺陷的完整信息,它能够重新检测生产方法来找出缺陷的根源,而且基于对销售渠道的掌握立即停止这些产品的流通,能最有效地找到作为潜在受害人的消费者。由此,消费者必须信赖生产者居于优势的产品知识和信息,相应地,生产者必须接管属于自己的保护任务。这种保证人义务不是由于先行行为产生的,而是因为生产者对那些依赖自己的消费者具有优势的保护功能。

倘若生产者从一开始就过失地将产品送进流通领域,则也会由先行行为推导出保证人地位。在产品责任领域,两种保证人地位共存是完全可能的,在其他类型的案件中也是常见的。例如,父亲对其控制的危险源疏于监护,导致其孩子受伤,这里既存在监督危险源的保证人地位,也存在保护法益的保证人地位。许多案件中,产品出厂时是否违反义务难以判断,而由生产者接管保护功能来说明保证人地位,是一个可行的选择。

(四)正当防卫不会产生先行行为保证人地位

具备何种条件先在行为可以产生保证人地位,许多法院判决和理论学说没有做出限制,认为这种先在行为不仅包括没有责任的行为,甚至也包括合法行为。这便是因果的先行行为理论,其主张先行行为与义务违反性无关,合法的先行行为也足以产生保证人地位。^[98] 但有力观点是对先行行为做出限制,要求其是违反义务的,即使不是绝对有责也可以,这就是违反义务的先行行为理论。它认为,只有违反义务的先行行为才能引导出保证人地位,合法行为则不能。^[99] 这两种学说的区别,突出体现在正当防卫上。例如,乙持刀抢劫甲,企图非法占有甲的贵重财物,甲奋起防卫,用石头将乙砸倒,乙流血不止,甲离开后乙死亡。如果甲当时呼叫医生的话,可以挽救乙的生命。

按照违反义务的先行行为理论,甲的行为是正当防卫并未违反义务,所以甲没有保证人义务,不成立不作为的故意杀人。如果被害人实施合法的防卫行为还要履行保证人义务,去救助侵害者,这在情理上让公众难以接受。与通常的造成损害者不同,正当防卫人处于一种特别状态中。被侵害者的攻击行为,即针对侵犯者的防卫行为,是由侵犯者的违法行为惹起的,并不是基于自由的决定,这种情节必然影响到侵犯者的法律地位。^[100] 按照客观归责理论,先行行为只有创设了不被允许的危险才产生保证人地位,正当防卫行为创设的是法所允许的危险,所以正当防卫人没有保证人地位。德国联邦法院没有对这个视角进一步阐述,只是认为,这里不必一般性地回答,先行行为是否必须违法的问题。同时它认为,紧急防卫中被袭击者伤害了袭

[97] Vgl. Roxin (Fn.8), S.782.

[98] Vgl. BGHSt 3,203(205); 11,353(355ff); Maurach/Gössel/Zipf (Fn.15), § 46, Rdn.100; Baumann/Weber, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 1985, S.248; 张明楷,见前注[3],第155页;许成磊:《不纯正不作为犯理论》,人民出版社2009年版,第281页。

[99] Vgl. BGHSt 23,327ff.; 25,218(220ff); 37,106(115ff); Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl.2003, § 15, Rdn.67; Stree (Fn.44), § 13, Rdn.34f; Wessels, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 22. Aufl., 1992, S. 232; 陈兴良主编:《刑法各论精释》(上),人民法院出版社2015年版,第35页。

[100] 当然,侵犯者并非不受法律保护,根据德国刑法第323条c,包括被侵犯者在内的人对现在是需救助的侵犯者也要承担一般性的救助义务,即便侵犯人本人引发了紧急状态,也存在该条文所规定的的不幸事故。

击者,他通常不是袭击者生命的保证人。^[101]

当然也存在一些不同看法。正当防卫之所以正当化是因为其在必要性限度内行使,这种必要性是否在稍后采取救助的不作为中就消失了?不承认正当防卫人的保证人地位,是否会导致防卫行为不必再限于必要性的范围?这是肯定正当防卫人保证人地位的学说所能提出的最有力论据。支持这种观点的学说认为,如果侵犯者被一个必要的用刀捅的行为所防卫,然后面临流血不止而死亡的危险,那么不予救助任其死亡就超出了必要性的限度。对此有力的反对意见是,必要性限度只是由立法者在刑法典正当防卫条文中与防卫行为规定在一起,如果不救助侵犯者不再处于必要范围内,则是触犯纯正不作为犯还是成立不纯正不作为犯的问题,这已属于不作为教义学范畴,不再是正当防卫的问题。^[102]

对构成要件适用的归责规则可以扩展适用于不法领域。在作为阻却违法事由的正当防卫的场合,正当防卫成立的先行行为所产生的危险处于违法侵犯者的责任范围之内,一个人不法侵害他人的法益,应当预估到被防卫反击的后果,并承担这种后果,而不能归责于正当防卫人。德国联邦法院表达了相同的看法,一个人实施了一个违法袭击引起了对自己的损害,他根本没有根据强求被袭击者成为保证人再来保护他的利益。^[103]这里明确提出自我危害的问题,这正符合客观归责理论自我答责规则。

因果的先行行为理论认为,只要行为人实施了对结果有原因性的危险先行行为,他就负有义务控制危险。如果不要求正当防卫的必要限度,则等于对侵犯者判了死刑,据此应当赋予防卫人保证人义务。虽然甲的正当防卫行为没有违背义务,但毕竟甲的行为创造了乙死亡的危险,甲应承担保证人义务,可能成立不作为故意杀人罪。然而正如前文所分析的,因果的先行行为论弊端明显,它所认定的保证人地位范围过于宽泛。正当防卫人在受到不法侵害的情况下实施防卫行为,要求他为此作为侵犯者的保证人,还要因此承担故意杀人或故意伤害的刑事责任,这显然是责任归属的错误。^[104]只有超过必要限度的防卫过当情形才可能形成保证人地位,如果认为正当防卫人具有保证人地位,就将正当防卫等同于防卫过当,甚至将正当防卫人与不法侵害人一视同仁,这就使得正当防卫人受到不公正的对待。^[105]正当防卫人不仅保护个人利益,而且往往也保护了公共利益,还要附加给他额外的保证人义务,就完全与正当防卫制度的意义相悖。见义勇为者的例子特别典型地说明了上述问题,他基于公民勇气和责任对不法侵害进行干预和制止,而且通常是面对暴力侵害。对于这种干预的后果,如果还要求其承担保证人义务,那么在与袖手旁观的国民的对比中,会显得特别荒谬和不公道。

[101] Vgl. BGHSt 23,327(328); JuS 1971,74,Fall 6.

[102] 参见 Claus Roxin,见前注[88],第 255 页。

[103] Vgl. BGHSt 23,328.

[104] 德国实务也采取这种看法,Vgl. BGHSt 19,154; 23,327; 25,218; 34,82. 在德国的立法语境下,这样会导致一种结局,即与第 323 条 c 中的一般第三人相比,实施正当防卫保护自己的人会受到更重的处罚;相应地,与无罪责地遭遇不幸事故的人相比,实施不法侵害的人会得到更好的保护。这就使得不法侵害人享有一种不公正的特权,而且也背离了刑法规定正当防卫的意义。

[105] 参见林东茂:《刑法综览》,中国人民大学出版社 2009 年版,第 122 页以下。

(五) 紧急避险可以产生先行行为保证人地位

合法的先行行为不产生保证人地位,对此是要一律认可,还是也承认例外情形,需要认真考虑。违反义务的先行行为理论认为,先行行为人不违反义务就没有保证人地位。但这个标准对于确立保证人地位来说可能过于严格,有时会造成对于法益保护而言不容忽视的漏洞。有学者对此批评道,倘若创设风险者不必去阻止结果发生,则应当由谁来阻止结果发生呢?^[106]实际上,持违反义务说的学者一般也承认有例外情形,常说的例外情形是紧急避险。攻击性的紧急避险表现的是正对正,行为人为了自己能够从紧急状态中摆脱困境,给第三人带来了不利后果。对于法益受到危险的第三人,紧急避险人应当负有保证人义务。^[107]行为人在阻却违法的紧急避险中牺牲他人利益而保全本人利益,他有义务尽可能地把其避险行为造成的后果抑制在最小范围。^[108]《德国民法典》第904条第2句规定,紧急避险人承担损失赔偿义务,这表现了同样的法理。持因果说的学者当然更主张紧急避险人成立先行行为保证人地位,例如张明楷教授就认为,先行行为不一定要有违法性,阻却违法的紧急避险行为没有违法性,但避险人对第三人形成法益侵害的危险时,他具有救助义务。^[109]

我们通过一个案例可以很清楚地了解这种合法行为亦产生先行行为保证人地位的情况。王仁兴破坏交通设施案:^[110]被告人王仁兴驾驶机动车渔船行驶至“红花碛2号”航标船附近水域,看见本村渔民撒网时挂住了固定该航标船的钢缆绳,便驾船前去帮忙摘脱。当被告人驾驶渔船接近航标船时,航标船的钢缆绳缠住了渔船的螺旋桨。被告人持刀砍钢缆绳,以便使其渔船及船上所载人员脱离危险,但未能成功,遂登上航标船解开钢缆绳,后驾船离开现场,航标船脱离钢缆绳后顺江漂流。一审法院认为,被告人为了自身利益,故意破坏交通设施航标船,使该船从原定位置脱离,危及公共航行安全,其行为成立破坏交通设施罪。二审法院审理认为,上诉人王仁兴的渔船被钢缆绳缠住后有倾覆的危险,为了保全其本人、他人人身及财产安全,不得已解开航标船的钢缆绳,构成紧急避险,但在其脱险之后,明知航标船漂离后会使得过往船只面临倾覆、毁坏的危险,其应为排除危险状况而采取积极措施,而且其能够履行这种义务,但上诉人置之不顾而未履行该义务,构成不作为犯罪,成立破坏交通设施罪。笔者认为,就本案而言,被告人解开航标船钢缆绳的行为属于先行行为,该先行行为在消除其自身危险的同时又造成了对交通安全设施的破坏,从而使其他船舶航行处于危险状态,此时该先行行为就引起了被告人在其正当权益得以保全的情况下,采取积极措施消除危险状态的保证人地位。倘若认定被告人成立阻却违法性的紧急避险,而不是阻却责任的紧急避险,那么就要求被告人对航道安全承担保证人义务,因为被告人为了本人的利益而造成航道安全受威胁的状态,事件的发生不在他人的责任范围内,他人未参与危险的产生过程。被告人的紧急避险已干涉了其他船只的航行安全,只是基于利益衡量,为了保护被告人更大的生命法益,不得已才暂时牺牲了航标

[106] Vgl. Baumann/Weber (Fn.98), S.248.

[107] Vgl. Wessels (Fn.99), S. 233; Rudolphi (Fn.30), § 13, Rdn.40a.

[108] Vgl. Kühl (Fn.9), § 18, Rdn.96.

[109] 参见张明楷,见前注[18],第145页。

[110] 参见最高人民法院刑事审判庭编:《刑事审判参考》(总第38集),法律出版社2004年版,第82-87页。

船。虽然被告人由于正当化事由(紧急避险)有权制造一定危险,但当紧急状态消失之后,被告人又具有一个义务,即将尚存在的危险消除,这也是符合刑事政策的。被告人应当采取报告主管部门等措施防止航道安全继续受到威胁,在被告人不采取措施时,就会构成不作为犯罪。

(六)故意犯罪行为可以引起先行行为保证人地位

一个过失的先行行为会引起一种防止结果出现的义务,一个人过失造成事故然后对受伤的被害人故意不予理睬的,可能成立不作为的故意伤害罪或者不作为的故意杀人罪,这是先行行为司法判决的一种典型类型。

有观点认为,故意犯罪人对故意造成的结果没有阻止时,没有保证人地位。^[111]例如,甲以杀人的故意枪击乙,乙受伤流血不止,甲任其死亡而不送医,若送医能够救活乙。在这种类型的案件中,按照上述观点,只成立作为的故意杀人罪的犯罪构成,因为没有保证人地位,所以不成立不作为的故意杀人罪。德国联邦法院认为,故意地追求一个结果或者同意性地容忍一个结果,行为人并没有制止这个结果的义务。^[112]德国有学者认为,在大多数情况下,行为人不可能再消除其主动制造的危险,所以事实上也不可能成立不作为。例如,丙枪击丁,由于丙不可能将已射出的子弹抓住,因此不会成立不作为。但即使存在可能施加干预的时间差,也不会构成不作为犯。这是因为不作为只是辅助性(subsidiär)的,其只是意味着,行为人对作为开启的因果流程没有收回。据此,在上述甲以杀人故意枪击乙的案件中,如果在作为的故意杀人之外还考虑不作为的故意杀人,则是多此一举。^[113]

还有反对故意犯罪产生先行行为保证人地位的观点认为,倘若肯定故意犯罪能够引起作为义务,则会出现以下问题:当成为先行行为的故意犯罪与之后成立的不作为犯罪触犯同一罪名时,例如上述甲以杀意枪击乙的案件,甲的枪击行为本身便仅仅成为产生救助义务的根据,对实行行为判断的重心就转移到如何产生作为义务的判断上,如此一来也就没有必要区分作为与不作为。如同赫茨贝格(Herzberg)所倡导的消极行为概念,通过保证人这一概念把作为和不作为共同纳入“可避免的不予避免”这个上位概念中,这样,行为的客观事实要素就在该消极的行为概念中无存身之处。这种纯粹规范性地判断犯罪行为的做法,属于以规范证明规范的循环论证,对于限定刑法上的行为概念并无助益。^[114]

我们的观点是,故意犯罪可以成为不作为犯的先行行为。德国有学者认为,过失行为可以作为先行行为说明不作为犯的责任根据,故意行为更可以作为先行行为来发挥这种作用。^[115]我国也有学者首先承认过失犯罪能够引起作为义务,在此基础上认为故意犯罪更能引起作为

[111] 参见徐跃飞:“论不作为犯罪中的先行行为”,《时代法学》2006年第1期,第46—47页;于改之:“不作为犯罪中‘先行行为’的本质及其产生作为义务的条件”,《中国刑事法杂志》2000年第5期,第20页。

[112] Vgl. BGH NStZ-RR 1996, 131.

[113] Vgl. Kindhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2015, § 35, Rdn.8.

[114] 参见(德)许迺曼:“在莱比锡和维也纳刑法注释书中所呈现出刑法修改后的德语区刑法学”,载许玉秀、陈志辉合编:《不移不惑献身法与正义:许迺曼教授刑事法论文选辑》,台湾春风煦日论坛2006年版,第631页。

[115] Vgl. Otto, Die strafrechtliche Haftung für die Auslieferung gefährlicher Produkte, Fs-Hirsch, 1999, S.305.

义务。^{〔116〕}例如行为人实施故意伤害之后就有义务避免更严重的后果如死亡的发生。行为人在无杀人故意的情况下将他人打伤,然后在现场故意地任其失血死亡,这里就有着两个行为,侵害了两个法益,行为人对两个侵害事实均有责任,当然先发生的作为所侵害的法益被后发生的不作为所侵害的法益所包容,这时只认定重罪即可,^{〔117〕}由于生命法益包含了身体法益,所以对行为人认定为故意杀人罪。

承认故意犯罪能够产生先行行为保证人地位的另外一个重要理由是,这能够很好地在教义学上解释第三人在行为人作为之后参与的刑事可罚性。根据前文甲枪击乙的案件,我们设想一种情况:甲从杀人过程决意中止犯罪,打算把受重伤的乙送医抢救,这时第三人丙劝说甲不要去救,甲就在那里让乙死去。根据共犯从属性原理,教唆人丙没有该当构成要件的实行行为,认定甲成立不作为的故意杀人,丙就因为不作为杀人的教唆而具有刑事可罚性,否则对丙的行为就无刑事处罚的根据,从而一个故意杀人的教唆行为就逸脱了刑法评价的范围。同时,对于甲来说,其前面的作为杀人与后面的不作为杀人侵犯的乃是同一人的生命法益,仅认定为一个故意杀人罪即可。

Abstract: The theory of objective imputation should be applied to the crime of omission. It is necessary to structure a set of dogmatics rules and judgment criterion in the restriction of the advance behavior. First of all, here are the general rules which restrict the advance behavior by the theory of objective imputation. Firstly, the advance behavior created a danger that is not tolerated by the law. When it starts a causal process that faces the damage of legal interest, the actor must cut off the causality in order to avoid the damage. Secondly, there is the relevance in protective purpose of norm between the advance behavior and the damage of legal interest. Namely, the danger is just realized in the result according with the constitutive requirement. Thirdly, the guarantor status will be excluded when the danger is in the responsibility range of the victim or the third party. Next, below are the applications of restricting the advance behavior with the theory of objective imputation. Legitimate driving, normally selling alcohol in restaurant, production and sale of product, justifiable defense do not lead to the guarantor status of the advance behavior. Emergency refuge and intentional crime can cause the guarantor status of the advance behavior.

Key Words: The Crime of Omission; Advance Behavior; Objective Imputation; Protective Purpose of Norm; Self-Responsibility

(责任编辑:江 溯)

〔116〕 参见张明楷,见前注〔3〕,第156页。

〔117〕 参见张明楷,见前注〔18〕,第150页。