

# 过失犯中被害人的作为义务 与自我负责的边界

马卫军\*

**摘要** 被害人自我答责理论强调自我决定,从而保障个人自由。法所关注的领域,是交往性的契约领域。非契约领域,属于个体的自治空间。刑法并不关注发生在“自我管辖领域”内的“侵害行为和侵害结果”。在自治领域,被害人应当确保“结果的不发生”。对参与被害人“自我管辖领域”内的行为,立足于限制的正犯概念和共犯的二元参与体系的概念,能够在教义学上得到准确解读。义务人在事实上防止结果发生的可能性、义务履行与利益损害不能显著失衡、不能以生命为代价履行义务、人身保护与财产保护义务的“强制力”应当有别,是考量作为义务边界的因素。超出财产保护义务履行范围的,义务人完全进入到了自我管辖的空间。对于造成的损害结果,由被害人答责。超越人身保护义务的,应区分职业义务人与非职业义务人,分别对待。行为人创设的风险与职业义务人伤亡之间存在紧密关联之时,属于急迫性风险,由行为人答责。职业义务人正常履行职业义务的,属于职业性管辖。职业义务人发生误判之时,不能由职业义务人自我答责。无义务者实施保护行为造成损害的,应该对侵害结果自我答责。

**关键词** 过失犯 作为义务 自我决定 自我答责 边界

## 一、问题所在

刑法中,对于损害结果,通常由行为人答责,<sup>[1]</sup>但是,仅仅将“谁是行为人,谁是被害人”作为决定刑法上的归责标准,也有疑问。一则,从“谁是被害人”这一事实性的描述出发,从而

\* 兰州大学法学院副教授。本文系国家社科基金一般项目“风险社会背景下被害人行为的刑法意义研究”(项目编号:16BFX087)的阶段性研究成果。

[1] 参见冯军:《刑法问题的规范理解》,北京大学出版社2009年版,第68页。

得出“行为人是错误的,被害人是正确的”规范性结论,并非必然。<sup>〔2〕</sup>二则,法规范并不一定要以追求社会利益最大化为己任,尽管其当然要保护作为自由实现基础的法益。<sup>〔3〕</sup>立足于自由主义刑法观,一个正常的逻辑就是:每个人都是自由的个体,同时,社会中诸个体都有各自的角色分配和自我负责领域,对于自己管辖领域内的事情,只要属于该个体的自治事项、只要不是“社会交往性的”,都应当自负其责。因此,对于那些自负其责地引起了自身法益损害的被害人,虽然降低了社会利益的总和,但是,刑法对此并不在意。这样看来,刑法的目光不能只盯着行为人,仅关注其实施了什么行为,并仅以之为基础,自然做出构成要件结果就是行为人的作品这样的判断。在双向互动型的结果造成中,只要承认被害人具有独立的法律人格和尊严,而维护受害法益权利人的自我实现和自主决定也是法所关注的重要利益之一,那么,刑法“也必须从被害人的行为这一视角来考虑构成要件的结果”。<sup>〔4〕</sup>因此,如果已经发生的损害结果处在被害人的行为所能支配的领域之内,体现出其自由意志,那么,应当是被害人对不发生损害结果具有优先答责性。

过失犯都是结果犯,<sup>〔5〕</sup>在构成要件符合性阶段,必须要做出“谁应当对构成要件结果负责”的判断。只有在结果算到了行为人头上,成为行为人的作品,过失犯才能成立。在行为人过失地创设了风险的情况下,负有特定义务的被害人在履行义务的过程中,明知存在风险,但依然基于自由意思决定而甘冒该风险,对于侵害结果,被害人也可能做出了一定的“贡献”,这样,在解决损害结果是否要归责于行为人的问题上,首先需要结合被害人自我答责理论,判断被害人履行作为义务的行为能否被认定为自我答责的自我危险行为。如果得出肯定的结论,就不能认定行为人成立过失犯。

笔者曾提出,行为人是义务犯时,即便被害人基于自由选择而形成了“任意、行为与结果的统一体”,尽管最终结果在物理上是被害人的“作品”,但是,从规范意义上来看,也要由行为人答责。<sup>〔6〕</sup>因为,法秩序不能容忍行为人不履行自己的特定义务。行为人的制度化管辖义务领域决定了行为人的管辖范围。所以,结果是否为被害人自己所创设风险之实现并不重要,重要的是行为人不履行法秩序所设定的特定义务已经否认了规范的效力,进而造成了侵害结果。此时,被害人的行为,在归责上是没有意义的。换句话说,行为人的义务,划定了被害人自我答责的边界。

但是,以上研究,是否能够套用于被害人负有作为义务的场合,并不明确。<sup>〔7〕</sup>司法实务

〔2〕 同上注,第77页。

〔3〕 参见王钢:《自由主义视野下的刑法问题研究》,法律出版社2015年版,第99页。

〔4〕 冯军,见前注〔1〕,第78页。

〔5〕 近年来,随着“风险社会”感念的滥觞,“风险刑法”也被高调提起,在过失犯领域,甚至有承认“过失危险犯”的观点。但是,从社会学的“风险社会”无法推导出刑法学的“风险刑法”,从“风险刑法”概念推导出“过失危险犯”也存在理论上的障碍,因此,应当否定过失危险犯概念。参见马卫军:“过失危险犯之否定——以风险社会、风险刑法和污染环境罪为例”,《贵州警官职业学院学报》2019年第1期,第46—63页。

〔6〕 参见马卫军:《被害人自我答责研究》,中国社会科学出版社2018年版,第75页。

〔7〕 在“被害人自我答责与过失犯”一文中,笔者设计的两个案例中,剃刀案参考了日本学者松宫孝明的设例,脱粒机案是自行设计的,但是,两个案件都没有涉及到被害人有作为义务的情形。马卫军:“被害人自我答责与过失犯”,《法学家》2013年第4期,第71页。

中对此问题似乎也没有给予更多的关注,不否定对行为人结果归责的司法判断,较为常见。比如钱模洋失火案中,<sup>[8]</sup>法院认为:“这次失火酿成了重大森林火灾,并造成一定的经济损失和1名武警战士牺牲,23人受伤的严重后果,依法应从重处罚。”<sup>[9]</sup>在这起失火案中,参与扑火的有武警战士和当地村民,受伤者中也有村民。在法律上,所有参与扑火的人并不都是在法上负有特定义务者,显然,法院并没有刻意做出区分,一概认定人员伤亡与过火面积都是失火行为所导致的严重后果。但是,被害人有无作为义务,是否应该履行作为义务,在法上必须认真对待。因此,本案在结果的归责上还是有值得讨论的地方。

在理论上,面临由行为人所创设的风险,被害人在履行相关义务过程中遭受到损害,此时,能否逻辑上推论出对于结果由被害人答责的类似结论?笔者尽管做过一定程度的探讨,<sup>[10]</sup>但是相对浅显,深度不够,还需要进一步深入考察。此外,在关于被害人自我答责与过失犯的研究中,笔者认为,过失犯中的注意义务,立足于被害人自我答责理论,能够进行实质性判断。如果对行为人所创设的危险,被害人基于自由的自我决定而予以接受,那么,在规范上,该危险本身就不能评价为法不允许的危险,而是法所允许的危险,从而,就否定了过失犯的实行行为性。<sup>[11]</sup>问题在于:过失犯中,被害人的作为义务之履行,能否划定自我答责的边界,能否影响行为人的不法,如果影响,理由何在?如果不影响,又有何实质性理由?并且,被害人的作为义务,在形式上有不同的来源,在实质上又有不同的表述,能否通过一个统一的公式一劳永逸地解决这些问题,也需要深入讨论。为此,本文首先交代被害人自我答责的思考方法,然后对作为义务进行类型化分析,最后考量过失犯中被害人的作为义务与被害人自我答责之间的关系,以期为解决过失犯中被害人的作为义务与自我答责的边界问题提供自己的方案。

## 二、被害人自我答责的思考方法

学术史上,对被害人的关注,发轫于犯罪学领域。<sup>[12]</sup>随着研究的深入,被害人学也逐步影响到了刑法信条学。<sup>[13]</sup>由此开辟出了一条诠释刑法理论的全新进路。<sup>[14]</sup>如果要肯定人

[8] 本案案情:2004年3月9日,江西省星子县温泉镇庐山垅村农民钱模洋到位于庐山桃花源景区的大树峦祖坟山祭祀,在燃放鞭炮时,爆竹弹入草丛,引燃枯草。由于天干物燥,火势迅速蔓延,形成森林大火。后经军民扑救,大火至3月11日上午9时被扑灭。此次火灾过火面积330公顷,其中林地265公顷,直接经济损失386万元。400余名武警江西总队、九江支队官兵和当地干部群众参与了扑火,在扑火过程中,武警九江支队战士谭守文牺牲,23名武警官兵和5名群众被烧伤。参见《庐山“3·9”重大森林火灾案二审裁定肇事者被判刑6年》,载新浪新闻网, <https://news.sina.com.cn/o/2004-09-01/03203547387s.shtml>,最后访问日期:2021年11月30日。

[9] 钱模洋等失火案,江西省星子县人民法院刑事判决书,(2004)星刑初字第15号。

[10] 参见马卫军,见前注[6],第82-86页、第162-164页。

[11] 参见马卫军,见前注[7],第82页。

[12] 参见申柳华:《德国被害人信条学研究》,中国人民公安大学出版社2011年版,第33页。

[13] 参见(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2005年版,第392页。

[14] 参见劳东燕:“被害人视角与刑法理论的重构”,《政法论坛》2006年第5期,第128页。

的主体性地位,就意味着如果一个个体(被害人)基于自己的自由意志决定,实施了某行为,导致某结果,或者自愿接受某种结果(或者某种风险),或者自愿进入某种风险,那么,对于最终发生的结果,就应当看做该个体的作品,归责于他(被害人自我答责)。否则,该个体在观念上被客体化而变成了一个被决定者。所以,“任何一个行动,如果它,……都能够与任何人根据一个普遍法则的自由共存,就是正当的”。〔15〕

立足于自由概念的被害人自我答责,作为客观归责理论中的一个归属限定原则,在德国刑法学界,已经少有争议。〔16〕而自由概念蕴含于承认之中。〔17〕“如果我们不置身于人群之中,我们就不可能是人,也无法成为人;如果我们不与他人共负命运,我们就不可能在我们自己身上创造丰富的生命和活动。”〔18〕将这些自由、承认和国家的概念投射到刑法学领域,就意味着基于契约精神的“制度化承认”,国家与社会为每个个体划定了专属管辖领域,并且也得到了该个体的认同,所以,对于发生在自己管辖领域内的事情,由该人自负其责。

如果循着上述思路,不难发现,在刑法因果关系领域,我们定义客观归责的方向与角度已经发生了变化,刑法所关注的重点不再是行为导致了什么结果,而是“有义务防止结果的发生”“确保结果的不发生”的这种“答责性”。这样,与传统的特别关注行为人是否实施了侵害行为,并进而发生侵害结果的归责方法不同,被害人自我答责关注的是谁应当对损害结果的不发生负责。如果结果发生在被害人的负责领域,刑法关注的重点不再是其是否自愿接受,而是是否属于他的管辖领域。在不具有社会交往性的个体管辖的自治空间,个体就能够按照自己的意愿自由行事。故而,被害人自我答责理论的结论就是:对发生在自己管辖领域内的非社会交往性的行为所导致的结果,不得要求他人负责,而应该自我答责。例如,故意损坏自己的财物不受故意毁坏财物罪的关注,那么,应权利人同意而参与毁坏财物的行为,当然也不是犯罪。对被害人自我答责的思考方法,可做如下理解。

### (一)未实现行为人创设的风险

按照克劳斯·罗克辛的客观归责理论,被害人自我答责是在第三层次即行为构成的作用范围中阻却归责。〔19〕在互动性地侵害被害人法益的场合,尽管行为人创设了风险,但是,由于被害人正犯性的行为因素,使得为行为人创设的风险并没有实现,因此,结论就是:被害人自我答责,阻却了行为人答责。这大致有四种情况:①被害人的介入,中断了行为人风险实现的关联;②被害人出于自己的能力而操控了由行为人所创设的风险,排除了行为人的风险控制;③被害人的介入提高了不被允许的风险的层次,行为人创设的风险无法在高层次得到实现;④被害人与行为人共同控制了危险,而鉴于被害人不能被作为行为人的工具,同时不能适

〔15〕 (德)康德:《道德形而上学(注释本)》,张荣、李秋零译注,中国人民大学出版社2013年版,第28页。

〔16〕 源自于被害人自我负责原理的被害人信条学,则更进一步,从被害人的角度切入来建构整个刑法的不法评价理论。尽管德国许迺曼有“僵化的自我答责原则”和“弹性的被害人信条学原则”的论断,但是,即便加入了被害人的因素,刑法问题的核心依然是对行为人的行为予以何种的评价,在互动性的关系型犯罪的归责中要考虑被害人的因素,但这并不必然意味着被害人因素具有被害人信条学所描绘的那样强大的功能。

〔17〕 参见(德)黑格尔:《精神现象学》,贺麟、王玖兴译,商务印书馆1979年版,第33—34页。

〔18〕 (法)雅克·马里旦:《人权与自然法》,吴彦译,商务印书馆2019年版,第8页。

〔19〕 参见罗克辛,见前注〔13〕,第262—271页。

用共犯论违法连带的思考方式,因此,行为人所创设的风险,就没有实现。<sup>[20]</sup>

## (二)被害人应当确保“结果的不发生”

传统刑法理论立足于“国家——行为人”二元对立模式,认为刑法调整的是国家与犯罪人之间关系的法律,加之刑法是公法观念的滥觞,被害人被边缘化了。但是,在被害人参与的双向互动型事件中,完全无视被害人的存在,并不妥当。在被害人承担最低限度的法益保护负担之时,如果拒绝该负担,那么,对于侵害结果,就应当由被害人答责。这种思考方法表明,并非在所有场合,法对社会组成人员的安全,都予以全面保护,相反的,在一定条件下,个体就要为自己承担最低限度的负担。从契约论的角度来看,不属于契约内容项下的利益,就应该完全属于个体自我管辖的内容。基于对自由的尊重,基于对自我实现的尊重,在此领域发生的结果,就是被害人的作品。从教义学上来讲,只要损害结果体现着被害人的任意,在其支配领域之内,那么,对于不发生损害结果,就由被害人优先负责。这种场合,即使他人参与其中,对损害结果的发生有加功作用,也不能把结果归属于他人。<sup>[21]</sup>显然,被害人自我答责的思考方法,契合了自由主义的对个人“私”领域的尊重,这种尊重是法律得以正当存在的一个理论根基。这种方法,意味着社会中每个人都有自己的角色分配、都有自己的管辖领域,对专属于自己管辖领域内的事情,由个人自负其责。这种思考,改变了传统刑法学所认为的“只要行为人故意或过失实施侵害行为,发生侵害结果,如果能够认定行为与结果之间有因果关系,那么,行为人应当对侵害结果负责”,而是认为“谁的地盘谁做主”——在自己管辖领域内,即便有他人参与,该人还是应当为“结果的不发生”负责。

## (三)任意、行为与结果的统一体

刑法中,一个人要对所发生的侵害结果负责,就是其违反了作为一般性实践原则的自我决定而任意性地设定自己的行为,导致结果发生,也就是其违反体现意志的自我决定,而设定了或者为法不期待的,或者与意志背离的“任意、行为与结果的统一体”,因此,对所发生的结果,应当由该个人自我答责。

一个充满活力的法规范共同体,一定是以自由为其重要内容的意志支配行为,行为产生结果的统一体。这种统一体可被认为是“好的”“善的”。但是,这种“好的”“善的”评价,属于交往社会领域。在非交往社会的自我负责领域,即便作为能够自我决定者的被害人随意修改“意志”,而创出了另一个与意志不符的贯穿在侵害行为始终“任意”,形成了“任意、行为与结果的统一体”,刑法也不应当做出“这是坏的”的评价。惟此,被害人的自由决定才能得到彰显,人的自由才能得到保障。就被害人任意侵害自己的法益而言,其要么是积极地任意侵害自身,如自杀,要么是消极地不拯救自己,如自冒风险。但是,这些情形,刑法不会给予任何价值评断。

## (四)限制的正犯概念与共犯二元参与体系的交织

在行为人参与被害人自我侵害的结果归属问题上,与共犯论的思考方法有所关联。在共犯领域,有限制的正犯概念与扩张的正犯概念之分,也有单一正犯体系与二元参与体系之别。限制的正犯概念认为,只有那些支配犯罪结果发生的人是正犯,对于结果发生仅仅起到加功作

[20] 参见马卫军,见前注[6],第37—46页。

[21] 参见冯军,见前注[1],第78页。

用的,是共犯。之所以处罚共犯,就在于其与他人所引起的法益侵害结果之间有因果性。与限制的正犯概念相对应的二元参与体系的理论主张是,为了处罚教唆、帮助之人,就有了刑罚扩张事由,但是,处罚教唆犯、帮助犯,并非仅仅因为其自身的违法性,还要求存在正犯的违法行为,这就是共犯从属性原理。扩张的正犯概念立足于条件说,认为对构成要件结果起到条件关系的人都是正犯。因此,实施构成要件该当行为之人、教唆犯和帮助犯都是正犯。扩张的正犯概念是与主观的共犯理论联系在一起的。处罚教唆犯、帮助犯,是基于其自身的违法性,与正犯行为是否违法无关。这样,构成要件的功能,只有量刑上的意义。与扩张的正犯概念对应的单一正犯体系中,各犯罪参与者独自对其行为及结果负责,不存在从属性问题。

如果采取扩张的正犯概念和单一正犯体系,对于参与被害人自我管辖领域内法益侵害行为,有可能会得出否定性评价。但是,如果承认“自由主义”与“自己责任”的考虑方法,在有答责能力的人与他人一起侵害自己负责领域内的专属于个人法益的,虽然被害人的行为被评价为正犯性的,但鉴于该行为并非不法行为,根据共犯从属性原理,由于正犯行为没有侵害法益的特质,参与者的共犯性的行为就没有从属的根据,除非在刑法分则中对该共犯性的行为规定为犯罪,否则,该行为就不是不法行为,对侵害结果,就算不到参与者的行为人的头上,行为人对此并不负责。这种思考,是交织了限制的正犯概念,共犯的二元参与体系概念的一种方式。

### 三、过失犯中被害人作为义务的边界和作用

我国通说认为,作为义务的根据是法律规定、职务或业务的要求、法律行为的要求、先行行为,这被称为“形式四分说”。〔22〕但是,通说关于作为义务的形式划分,存在范围有时狭窄有时过宽、判断标准过于形式化的问题,〔23〕现在学术界更多的是从实质的角度来考察作为义务,只有居于保证人地位者,才是刑法所关注的。我国台湾地区“刑法”第15条是关于作为义务的明文规定。〔24〕林钰雄指出,“抽象地说,保证人地位,以具有防止结果发生且具刑法关联性的法义务为前提”。〔25〕而根据实质性标准,可以对保证人地位做出如下界定:①对特定法益的保护义务;②对特定危险源的责任(监督保证人的安全义务)。〔26〕通常情况下,防止结果发生的义务,属于法定义务。诸如消防队员救助遇险人员、扑灭火险,警察在公民遇到人身、财产侵害之时的保护义务,父母对子女的救助义务等等。

#### (一)被害人作为义务的边界

讨论被害人作为义务对于过失行为人归责性的影响问题,必须以存在客观的“义务”为前提,否则将是文不对题。但是,义务是有边界的,法律不能科以义务人无界限的义务。而义务的边界,与义务存在的前提有紧密关联。居于保证人地位的义务人,无论是负有特定法益的保

〔22〕 参见高铭喧、马克昌:《刑法学》(第8版),北京大学出版社、高等教育出版社2017年版,第68—69页。

〔23〕 参见张明楷:《刑法学》(第6版),法律出版社2021年版,第197页。

〔24〕 我国台湾地区“刑法”第15条规定,“对于犯罪结果之发生,法律上有防止之义务能防止而不防止者,与积极行为发生结果者同”,“因自己行为致有发生犯罪结果之危险者,负防止义务”。

〔25〕 林钰雄:《新刑法总则》(第9版),元照出版有限公司2021年版,第546页。

〔26〕 同上注,第547—555页。

护义务还是监督保证人的安全义务,实际履行义务时,须具备四个前提条件:①高度的危害结果的发生或危险的盖然性;②义务人须实施为法所期待的行为;③义务人有防止结果发生的能力;④客观上存在履行义务的可能性。如果不具备这些条件,而被害人基于自己的自由意志,决定自冒风险,最终发生侵害结果,就极可能是被害人自我答责的问题。比如A在清明节烧纸祭奠祖先,引发山林大火,B见火中有一架名贵相机,欲据为己有,便冲进火场往外抢时,被大火烧死。按照被害人自我答责的思考方法,对于毫无义务的B之死亡,应该由被害人B自我答责。

以上条件中,③和④这两个条件至关重要。如果没有防止结果发生的能力、客观上不具有履行义务的可能性,就可以肯定地说特定主体没有该作为义务。但问题是,在行为人因过失导致存在一定的风险之时,倘若行为人有一定的防止特定结果发生的能力,存在一定的履行义务的可能性时,又该如何确定义务的范围?这又与在这种情形下,在何种程度上,法规范要求义务人承受自身法益遭受损失有关。被害人作为义务的边界,应当从以下几个方面予以理解。

### 1. 义务人在事实上防止结果发生的可能性

法谚云,“任何人都不得受不可能事项的拘束”(Nemo tenetur ad impossibile; Contra impossibile nemo tenetur)。〔27〕“法律不强人所难”(Lex neminem cogit ad impossibilia; Lex non cogit ad impossibilia),“法律宽恕不能”(Impotentia excusat legem),法律不能命令人们实施不可能实施的行为。“法规范……不强求行为人以严重损害自身法益的方式履行作为义务,而只是在社会共同体可以期待行为人实施合法行为的范围内要求其恪守自身义务。”〔28〕所以,义务人必须有履行义务的能力,在事实上防止结果发生的可能性时,才有价值。如果行为人在客观上不可能有所作为,比如空间隔阂、欠缺行为能力和救助技能、欠缺必要的救助工具或者重要的救助知识,就不是刑法当中的“不作为”。〔29〕因此,对义务人不是“不为”,而是“不能为”的场合,不能认为义务人是不作为,换言之,这种场合,实际上就与不存在作为义务没有任何本质性不同。

### 2. 义务人履行义务与自身利益损害不能显著失衡

对此,王钢借助期待可能性理论,类比紧急避险来说明的观点,可资借鉴。当所保护的利益价值大于所牺牲的利益时,这种义务的履行是有意义的。法规范强求公民忍受自身的利益损失的情形,只有在通过牺牲自身较少的利益来保全他人更大的利益时,才具有正当性。而在利益均等的场合,法规范不会要求公民积极地牺牲自己的利益。因此,当损害利益大于或者等于保护的利益之时,法规范就不再期待义务人履行义务。这里的利益不是简单的法益级别比较,而要结合义务人特殊的负担风险的义务等等进行具体的判断。〔30〕

### 3. 不能迫使义务人以生命为代价履行义务

现代刑法以保护自由为己任,而人的生命是自由的物质性基础。没有生命,遑论自由。法

〔27〕 张明楷:《刑法格言的展开》(第3版),法律出版社2013年版,第397页。

〔28〕 王钢,见前注〔3〕,第9页。

〔29〕 参见黄惠婷:《刑法案例研习(一)》,新学林出版股份有限公司2016年版,第269页。

〔30〕 参见王钢,见前注〔3〕,第12页。

规范不能要求义务人承受生命危险、以生命为代价来履行作为义务。“义务就是出自对法则的敬重的一个行为的必然性。”<sup>〔31〕</sup>而义务的履行,只需要按照义务人能够愿意该义务之履行成为一个普遍法则的那个准则去行动即可。如果把履行义务作为终极性目标,那么,履行义务时,所付出的代价就是一个达至目标的手段。这样的话,如果法规范迫使义务人以生命为代价来履行义务,毫无疑问,就是将人的生命作为履行义务的手段了。但是,“人……都作为目的自身而实存”,<sup>〔32〕</sup>“你在任何时候都同时当做目的,绝不仅仅当做手段来使用”。<sup>〔33〕</sup>法规范不能迫使义务人以生命或者生命危险为代价履行义务,体现出了法规范对于人格体的尊重。<sup>〔34〕</sup>这样,借助于人格概念才能够使法律被理解为有血有肉的应然。<sup>〔35〕</sup>

#### 4.人身保护义务与财产保护义务的“强制力”应当有别

从法益的重要性来看,一般而言,人身法益要大于财产法益。反过来讲,就单纯的人身保护义务与财产保护义务,法规范对义务人所发出的命令的“强制力”程度应该有所区别。进言之,在履行人身保护义务方面,义务人所要忍受的自身利益损失,相对要大于在履行财产保护义务之时的损失。这样,在有同等的利益损失之际,针对人身保护义务,可能属于义务的履行,但是,针对财产保护义务,可能已经脱逸出了义务的内容,超越了义务履行的范围,而变成了一种自愿承受的负担。

#### 5.义务能否履行的判断标准:义务人标准

相对来讲,具有特定职业的义务人与非职业的义务人,在履行同一风险层次的义务之时,职业性的义务人对于风险的应对,往往受过专门训练,能够运用专业知识,相对准确地判断当时的情势,并且鉴于具有职业的反复履行经历,在经验上也相对丰富。更为重要的是,职业义务人拥有履行职业的专业设备,能够很好地为义务履行提供助力。相反的,非职业义务人则由于知识的局限、经验的欠缺和专业设备的缺乏,在应对同样程度的风险时,能力当然会大打折扣。同样,在判断是否具有潜在风险上,职业义务人往往要比非职业义务人更为专业。不能因为从职业判断的角度来看,履行义务存在巨大的风险,甚至无法履行,而非职业人员囿于认知,在履行过程中发生伤亡的,就必然属于自我负责所要考虑的问题。因此,在判断义务能否履行的标准上,基于职务上要求的义务与非职业义务应当有所区别,换言之,应当立足于义务人,而非职业人甚至所谓的一般人的标准来进行判断,这就是义务人标准或者主观标准。

#### 6.义务能否有效履行的判断时间:行为当时而非事后

必须看到,在面对风险之时,能否有效履行义务,有时,义务人可能存在误判。如果从事后

〔31〕 (德)康德:《道德形而上学的奠基(注释本)》,李秋零译注,中国人民大学出版社2013年版,第16页。

〔32〕 同上注,第48页。

〔33〕 康德,见前注〔31〕,第49—50页。

〔34〕 京特·雅科布斯指出,“康德的绝对命令和费希特的法律关系不是,无论如何不仅仅是,调整理性生物自身中的联系,而是调整理性生物与其他理性生物的联系,并且用一种对双方来说是实际的方式和方法来调整。在此,为了能够评价一个实际的过程,也就是说为了能够评价通过身体的相互交往,更准确地说为了能够评价其时服务于群体利益的交往,完全是相应地构造了人格体这一概念。”(德)京特·雅科布斯:《规范·人格体·社会——法哲学前思》,冯军译,法律出版社2001年版,第35页。

〔35〕 参见Ulfrid Neumann、Winfried Hassemer、Ulrich Schroch:《自我负责人格之法律——Arthur Kaufmann的法律哲学》,刘幸义等译,五南图书出版股份有限公司2010年版,第22页。

进行判断,会出现当时义务人认为能够履行,而事后综合所有资料进行客观判断却得出不能履行的结论,或者相反。如果对于义务能否有效履行只是通过事后来进行判断,就只能出现这样一种情形,义务人无论如何都要履行义务,哪怕付出生命代价也在所不惜。因为,即便义务人在履行义务当时认为无法履行,但其不能确保事后判断的结果与他的行为当时绝对一致,为了确保万无一失,当然要不计成本地履行义务。如果义务人认为当时能够履行义务,那么,无论事后判断的结论是能够履行还是不能履行,义务人在当时一定也是不计成本地履行。这样的话,对于义务人的要求就过于苛刻了。如此,科学合理的义务能否有效履行的判断时间,应当是行为当时,而非事后。

#### 7. 义务人超越规范的要求实施相关行为的不是履行义务

为义务人所必须实施特定行为的义务,一定是具有法律性质的义务,该义务通过法的命令规范的形式表现出来。但是,法所发出的命令,一定是客观上义务人具有遵守规范、履行作为义务的情况下发出的。这样,从命令的明确性上来讲,一定有明确的义务履行的强度和边界,尤其是职业义务的场合,更是如此。即便按照我国《刑法》第21条第3款,紧急避险不适用于职务上、业务上有特定责任的人,<sup>[36]</sup>即便相关法律法规也有类似的规定,也并不是说这种职业义务是没有边界的。比如,根据我国《消防法》第44条第3款、第45条第1款规定,在接到火警后,消防队应当迅速抵达现场,及时展开救援,并迅速排除险情,扑灭火灾。在此过程中,应当优先保障遇险人员的生命安全。《公安消防部队执勤战斗条令》第4条、第73条规定了在执行灭火与应急救援任务时,应当坚持“救人第一,科学施救”的原则,最大限度地减少损失和危害。遇有人员受困时,应当迅速疏散,按照规范的操作要求抢救人员。的确,消防队员在一定情形下,必须直面危险环境,承受相应的危险——有时甚至是生命危险。但是,这并不意味着消防队员必须无条件地接受任何情形下的所有危险。《公安消防部队执勤战斗条令》第57条第6项、第59条第3项、第79条第5项和第86条第4项也分别规定,在参战官兵生命安全受到直接威胁的下列情况下,指挥人员(指挥部或者现场指挥人员)应当果断迅速下达撤离命令,安全撤出。①在可能发生突发重大险情,而相关设备又不能及时控制之时;②出现重大突发险情而又无法及时控制之时;③在火灾扑救过程中,火场出现无法控制或者消除的爆炸、轰燃、倒塌、沸溢、喷溅等险情征兆之时;④出现爆炸、倒塌,易燃可燃气体、液体,毒害物质大量扩散等险情征兆之时。显然,职业风险者所承受的风险是与其职业相关的风险,但即便如此,法规范也不会无理要求职业义务人不顾客观情况,而不自量力地实施具有极高概率导致其死亡的义务履行行为,在面临直接生命危险时,职业义务人应当首先确保自身的安全性。因此,对那些超越了职业义务要求而实施的超越职务的行为,不能认定为是义务履行行为。

#### 8. 刑法上被害人作为义务不是一般的提倡性义务

需要注意的是,一些法律规定中,有所谓的提倡性“义务”,这种提倡性义务,不属于本文所讨论的义务。比如,《消防法》第44条第1款关于“任何人发现火灾都应当立即报警”的规定。发现火灾的人是否报警,不能成为他是否要自我答责的判断标准,并进而影响到失火人的答责。另外,一般公民“有义务参与灭火工作”,不能做出过于宽泛的理解,而应当是一种与灭火

[36] 我国台湾地区“刑法”第24条第2款也有类似的规定。

有关的辅助性事项,绝对不能够成为与消防队员那样的灭火主力军。因此,普通公民的为法律所提倡的义务,不在过失犯中被害人作为义务的讨论范畴之内。

## (二)被害人作为义务的作用

对于被害人作为义务的刑法意义,理论界存在争议。

### 1. 作为义务阻却行为人自我答责

主流观点认为,在因履行法定义务而出现了侵害结果之时,在结果中实现了一种不被允许的危險,同时,在构成要件的作用范围内不包括这种结果是没有理由的,作为义务阻却被害人自我答责。<sup>[37]</sup> 主要理由是:第一,如果该义务属于被害人必须履行的法定义务,倘若被害人拒绝履行,就有可能因此而遭受处分,甚至会面临刑罚处罚,这样,“立法者通过对营救者科以作为义务而限制甚至取消了其自主决定的空间”,<sup>[38]</sup>因此,作为义务阻却被害人自我答责;第二,人们也可以预料到,在具有个人保证人地位的诸如父亲、丈夫,或者具有公共义务的诸如消防队员、警察,有更高的危險承担义务,他们可能采取有风险的救助措施,在这种情况下,对于因这种风险而导致的伤害,也要由行为人承担责任。<sup>[39]</sup> 这两种理由,前者从被害人须履行法定义务的客观角度、后者从一般人可以预见到的主观角度进行论证的。

黄荣坚则认为,对于诸如被害人逃离火场却又返回为了抢救财物而丧生,如果用自我答责原则来看待的话,结论就可能是,既然已经脱困,又不顾安危而冲入火场,因此要为自己的选择自负其责。但是,如果不是为了“贪财”,而是为了救出小孩,那么,就不会再说被害人是自作自受了。这种加上道德意识的思考,就会使得对行为人责任的认定变成完全没有实证标准以及完全不稳定的状态。让行为人的行为价值认定如此决定于被害人的行为价值并没有实质性根据。被害人“贪财”也罢,“救人”也罢,与消防队员冲进火场丧生的可能性是完全一样的,甚至与被害人自始至终无法逃生而丧命都是一样的。事实上,判断行为人行为不法的重点应该是:既然其知道放火可能会烧死人,那么,他有什么正当理由可以纵火? 在这里,根本与尊重被害人自主利益没有关系。在行为人对于行为的侵害意义有认知,实施了纵火行为,客观上也烧死了人,自然就没有理由要求被害人自我答责。<sup>[40]</sup> 显然,黄荣坚认为,被害人有作为义务の場合,因履行义务而导致受到侵害的,与尊重被害人的自我选择的自主利益没有关系,不因此阻却行为人答责。

### 2. 作为义务排除行为人刑事责任

这种观点认为,自我答责的危險行为,是当事人清楚地知晓可能发生危險,而出于自由意愿,决定自己的危險行为,并将因果流程控制在自己手中,这种自己愿意负责的危险行为,当然不可归责于他人。同样的,专业人员(比如消防队员)从事专业行为而导致的

[37] 参见罗克辛,见前注[13],第272页。

[38] 王钢,见前注[3],第7页。

[39] 参见(德)乌尔斯·金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》(第6版),蔡桂生译,北京大学出版社2015年版,第114页。

[40] 参见黄荣坚:《基础刑法学(上)》,元照出版有限公司2012年版,第317—318页。

结果,也不在构成要件的效力范围之内,而是属于专业人员的负责范围。<sup>[41]</sup> 诸如消防队、救援队和警察的职业,是对抗专门危险的,这种职业活动,专属于他人负责领域,成为构成要件效力范围的界限。理由在于:在其职权范围内,这些从事特定职业的人员,是通过专业的值勤方式,来掌管、排除与监控危险源的。<sup>[42]</sup> 克劳斯·罗克辛曾认为,这种职权分配,在刑事政策上的意义在于:解除了第一个原因造成人的结果责任。对于房屋主人失火、外出游泳时没有照顾好学生的教师,在消防队员和水上救生员采取救助措施时而死亡的,主流观点认为房屋主人和教师对此要承担过失杀人之责,并不妥当。因为,第一,要划清符合义务要求的救援行为与超义务的和自愿的勇敢行为之间的界限,是无法完成的。而自愿救助者在法律上是没有义务的人,在自愿救助行为使自己遭受风险之时,当然就不应当由另一个人承担刑法上的不利后果,尤其是该人对于自愿救助者的决定不能施加任何影响的情况下,更是如此。第二,同样的,职务风险也是自愿的。通过职务行为的介入,为行为人所创设的风险实际上被职务人员接管了。因为,职务性的风险是特定职业者最初选择这一职业知晓的,并且,职业者基于该职业风险而领取报酬的,所以其也自愿地负担了与救援行为有关的风险。第三,《德国刑法典》的放火罪中,也没有把救援者的死亡作为特别严重的例子,而是反对对这种结果的归责。第四,从刑事政策的角度,也不能将结果归结到行为人的头上。如失火的场合,行为人因为忌惮消防队员的伤亡,而不敢报告火警以防止火灾的进一步蔓延。因此,人们不能把伴随职务活动的那些典型风险,归责于局外人。否则,就会与警察在追捕盗窃犯时不慎丧生,盗窃犯要对警察的死亡负责那样匪夷所思了。<sup>[43]</sup> 第五,营救者的作为义务是由立法者规定的,在做出这种规定的时候,立法者就已经将救援的风险分配给了营救者,因此,在救助过程中,发生了损失之时,就不能将责任转嫁给行为人。第六,诸如消防队员等营救者的救援行为,是履行法定义务,任何人(包括行为人)是不能阻止的,因此,行为人也不应当对救援行为所导致的损害负责。<sup>[44]</sup>

必须看到,正如前文所讨论的那样,被害人自身对风险的控制能力、被害人履行义务的内容可能都有所不同,同时,法规范所发出的命令,针对不同的义务者、不同程度的风险可能有层次不同的强制力。因此,笼统地认为被害人的作为义务阻却或者不阻却答责,仍然不是令人满意和信服的结论。笔者以为,以上两种观点,都走向了问题的极端,在被害人负有作为义务的场合,一概阻却自我答责或者不阻却自我答责,都有将复杂问题简单化处理的嫌疑。应当结合作为义务的特点,考量被害人履行作为义务的难易程度,对被害人作为义务的刑法意义进行个别化研究,才是妥当的。

### (三)被害人作为义务与自我答责的边界

“对于过失犯,按照行为无价值二元论的表述就是:违反注意义务,是行为不法(行为非

[41] 参见张丽卿:《刑法总则理论与运用》,五南图书出版股份有限公司2012年版,第152页。

[42] 参见林钰雄,见前注[25],第172页。

[43] 参见罗克辛,见前注[13],第272页。

[44] 参见王钢,见前注[3],第5页。

价);可归咎地实现构成要件结果是结果不法(结果非价)。”〔45〕换言之,在过失犯的成立与否的判断上,在构成要件层次所要审查的重点就是以下两个问题:①是否存在客观注意义务的违反,②违反注意义务的行为与构成要件结果之间是否具有因果关系,构成要件结果能否归责于违反注意义务之人。而对于注意义务的违反,历来有旧过失论与新过失论之争。前者注重结果预见义务,后者则以结果回避义务为中心。这种争论,通常都是在结果无价值论与行为无价值论争论的延长线上,成为立场之争的标志性场域之一。〔46〕旧过失论符合结果无价值论的逻辑。在罪责阶段,对过失犯进行两次检验:①考察行为人是否违背了注意义务;②是否具有非难可能性。〔47〕按照新过失论,过失的本质是结果回避义务(结果回避可能性),而不是结果预见义务(结果预见可能性)，“所谓过失,是指对于社会生活中一般要求的结果回避义务即基准行为的懈怠”。〔48〕结果回避义务,就是指对于避免结果发生的判断,应当立足于行为人,从与行为人所属领域的一般人出发,在遵守社会生活上所要求的一般行动准则时,行为人应该如何行动。在行为人创设了特定的风险,按照一般人来进行判断,负有保护为该风险所威胁的利益的义务人,通常情况下会实施相关救助行为,在此过程中,造成义务人损害的,的确是不能绝对排除行为人的预见可能性。仅因具有预见可能性,就要让行为人负责,显然是一种条件性思考,黄荣坚的“既然行为人知道放火可能会烧死人,那么,他有什么正当理由可以纵火?”的看法,就是如此。众所周知,在因果关系领域,条件说有认定范围过于宽广的问题。行为人是否对于侵害结果负责,前提是自己的行为与侵害结果之间一定要有条件因果关系,但是,更为重要的是该结果在规范上是行为人的作品、能够算到行为人的头上、能够归咎于行为人。因此,过失犯中预见可能性是前提(这类似于因果关系领域中的条件关系之存在),但最为根本的是结果回避可能性(这类似于因果关系领域中的客观归责)。而被害人在履行义务的过程中,存在很大的变数,在此过程中有按照一般人根据生活经验和操作规范所预设的方式进行,也有可能按照被害人自己所理解的方式进行,更可能会出现超越这两种方式而进行,如果一概认为行为人具有结果回避可能性,并不妥当。

#### 1. 原则:超出义务履行的边界者,自我答责

义务人按照边界履行义务的,法规范就认为妥当地履行了义务。法规范不会迫使义务人在履行义务过程中,造成不合比例的自我损害。在负有财产保护义务之时,不能仅仅为了挽回财产损失,义务者就可以置身于为行为人过失所创造的具有高度危及人身法益的风险之中。一个常识性的“留得青山在,不怕没柴烧”谚语,就足以说明这种结论。从义务人履行义务与自身利益损害不能显著失衡,自然也能够得出这一结论。因此,义务人超出义务履行的范围,不复是法规范命令其履行义务的范畴了,完全进入到了自我管辖的空间。作为被害人的义务人,超越了义务履行的边界,进而造成自身利益受损的,实际上就是其基于任意,形成了“任意、行为与结果的统一体”,对于造成的损害结果,自然由被害人答责,而无论被害人是职业义务人还

〔45〕 周光权:《刑法总论》(第4版),中国人民大学出版社2021年版,第166页。

〔46〕 参见王俊:《客观归责体系中允许性风险的教义学重构》,法律出版社2018年版,第46页。

〔47〕 参见周光权:《行为无价值论的中国展开》,法律出版社2015年版,第202页。

〔48〕 同上注,第206页。

是非职业义务人。对此,德国斯图加特高等法院关于“消防队员案”〔49〕的判决,具有很好的借鉴意义。

对于“消防队员案”,德国斯图加特高等法院认为,消防队员基于其职业要求,负有实施灭火、救援行为的义务,对此,不应当有任何疑问。但是,本案消防队员的行为已经明显地违反了职业法规的要求,脱逸出了法规范所要求的作为义务的范围,所以,其所承受的已经不再是法定的职业性风险了。另外,从当时的客观情况来看,并无人员被困大火,此时,并没有所欲救助的利益高于自身风险,二人心知肚明,但是,却鲁莽地将自身生命置于危险境地。最后,这种情况也不是为了挽救与自己具有亲密关系者的生命、身体或自由法益。因此,二人自我答责地创设并且自愿承担了风险。结论就是,行为人对消防队员的死亡并不负责。〔50〕在本文看来,对于这种没有人员受困、不存在人身保护义务的场所,职业义务人超越了职业操作规范,置身于风险之中,实际上是风险接受,〔51〕对此,应当认为二消防队员基于自己的任意,形成了“任意、行为与结果的统一体”,对损害结果应当自我答责,从而阻却过失行为人的答责,因此,斯图加特高等法院的判决应当予以赞同。

问题在于,在履行人身保护义务的过程中,超越义务履行边界造成损害的,被害人是否自我答责,不无争议。本文认为,还是要区分职业义务人与非职业义务人,分别对待。关于非职业义务人超越义务边界的问题,将在下文中进行讨论。这里先讨论职业义务人超越义务边界的问题。对此,我国司法实务中通常会否定被害人自我答责,而认为应当由过失行为人负责。“央视大火案”〔52〕的判决,就是如此。

前文指出,对于同等程度的保护义务,法规范对职业义务人提出了较高的要求,同时,伴随职业本身的风险也可能较高,但这并不意味着义务人必须要实施对于自己生命有高度危险性

〔49〕 本案案情:2005年12月15日,被告人误以为从壁炉中掏出来的灰烬已经完全冷却,便将之装在纸袋中置放于壁炉旁一纸箱内。后该区域产生暗火,于17日夜间导致木地板燃烧,最终整栋房屋着火。在灭火行动中,两名消防队员虽然装备有氧气面罩,但没有佩戴计时工具,也没有按照《德国消防法》第7条的规定,在氧气剩余三分之二时就开始撤退。在明知并没有其他人员被困在大火中等待救援,两消防队员却仍然在没有对低楼层房火势进行检查和控制,就进入阁楼灭火。同时,指挥人员也没能及时找到计时工具,无法按照法律规定提醒注意时间和剩余氧气含量。由于在阁楼滞留时间过长,缺乏氧气,加之低层火势忽然意外蔓延,其他消防队员无法进入阁楼支援,这两名消防队员最终因一氧化碳中毒身亡。参见王钢,见前注〔3〕,第3页。

〔50〕 参见王钢,见前注〔3〕,第22—23页。

〔51〕 参见马卫军,见前注〔6〕,第255—262页。

〔52〕 “央视大火案”的案情是:徐威在任央视新址办主任兼央视国金公司董事长、总经理期间,擅自决定于2009年2月9日晚在央视新址施工区内燃放烟花,并指派邓炯慧等人筹办相关工作。2009年2月9日20时许,烟花燃放造成重大火灾,致1名消防队员死亡、8人受伤,建筑物过火、过烟面积21333平方米,直接经济损失达人民币1.6亿多元。北京市第二中级人民法院认为:被告人徐威等21人违反爆炸性物品管理规定,未经相关部门批准,擅自燃放烟花,致使发生重大事故,给人民群众的生命、身体健康和国家财产造成严重危害,后果特别严重。已构成危险物品肇事罪。被告人不服提出上诉,北京市高级人民法院裁定驳回上诉,维持原判。牺牲的消防队员名叫张建勇。救援当时,有被困人员因吸入过量毒气,生命垂危。在没有任何保障的情况下,张建勇摘下自己的空气呼吸器,紧紧扣在了被困人员的口鼻处,而自己吸入过量毒气,经过长达七十分钟的全力抢救无效死亡。参见李松、黄洁:“一定要把被困人员带下去”——追忆扑救央视新址大火时英勇牺牲的消防员张建勇”,载《法制日报》2009年2月15日,第1版。

的行为,对于消防队员而言,救援行为必须符合《消防法》等相关法律法规的规范性操作要求,当出现特定事由,面临直接生命危险时,必须迅速撤离。结合《消防法》等相关法律法规,对于“央视大火案”,学者指出:“这些条文并不意味着张建勇(该案中牺牲的一名消防队员——引者注)必须以牺牲自己生命为代价救助他人。因为即便是对职业性的营救者,法规范也不要求其承担具体的生命危险或者甚至放弃生命。”<sup>[53]</sup>同时,鉴于本案中也不存在高于消防队员生命法益的法益,再考虑行为当时的具体情况,“被困人员那时已经因为吸入过量毒气而生命垂危”。<sup>[54]</sup>而根据报道,当时火场内弥漫着可能造成生命危险的有毒气体,即便佩戴着空气呼吸器,也不足以保证消防队员生命百分之百的安全。此外,浓重的烟雾严重影响了方向和道路的判断,官兵只能在摸索中前进,搜索和救援工作极度困难,<sup>[55]</sup>在没有任何专业器械保障的情况下实施救助行为,后果可想而知。因此,在刑法规范中的责任分配上,只能认为,张建勇基于自己的理性选择,形成了“任意、行为与结果的统一体”,应当对自己的死亡结果自负其责。<sup>[56]</sup>

当然,需要特别予以说明的是,认定张建勇对自己的死亡结果自负其责,并不是在刑法上去谴责张建勇舍己救人的英雄事迹,这种结论,仅仅是说明在规范上失火人不能对张建勇的死亡答责,尽管失火人的行为与张建勇的死亡之间在事实上存在条件关系。另外,也许有这种担忧,如果张建勇不把空气呼吸器摘下来给被困人员戴,那么,可能会受到舆论的谴责。本文认为,这种用道德进行捆绑的做法,是需要警惕的。张建勇将生的希望留给他人,自己直面死亡,无疑在道德上是极为高尚的,公安部门授予其烈士称号,实至名归。但是,仅此就让失火人对张建勇的死亡答责,无疑就是“既然已经造成了人员伤亡,那么,你为什么还不负责?要不负责,你就不要失火”,显然,这种方法,就是一旦认定存在充分条件(被害人的死亡与行为人的失火存在条件关系),就直接将该充分条件等同于充分必要条件(条件关系+客观归责),表面貌似具有很大的说服力,但其实中间存在极大的理论跳跃,不能自圆其说。

## 2. 职业义务人正常履行职业义务的,行为人不一定负责

对于职业义务人按照职业操作规范正常履行法定职业义务,导致自己利益受到损害的归责,也是存在争议。前文在梳理法定作为义务的作用之时,指出理论上有两种观点,一是作为义务阻却自我答责,一是排除行为人刑事责任。<sup>[57]</sup>本文认为,不能一概而论,职业义务人正常履行职业义务的,行为人不一定负责。

①作为义务阻却自我答责的理由并不成立。作为义务阻却自我答责的观点认为,职业义务人的义务是法定义务,必须履行。比如,在法定义务的范围内,消防队员只能冒着对自身法益的某种危险而施行相应的救援行为,并没有随性自我选择的余地和空间。如果消防队员拒绝扑灭火灾、不去救助陷于困境中的人员,那么,轻则会受到纪律处分,重则会受到刑事处罚。

[53] 王钢,见前注[3],第25页。

[54] 李松等,见前注[52]。

[55] 参见李松等,见前注[52]。

[56] 王钢也持这种观点。参见王钢,见前注[3],第26页。

[57] 当然,前文所梳理的两种观点,都是在相对抽象意义上(即具有法定义务的场所)进行讨论,但是,对于承担法定义务者的具体情况并没有予以更多的关注与分析。

实际上,立法者通过科以作为义务而限制甚至取消了义务人的自主决定空间。在被法规范强制履行作为义务的情况下,义务人连形式上的自我决定可能都没有。因此,就无从适用自我答责。<sup>[58]</sup>

的确,职业义务人所从事的职业,相对于一般人,通常情况下,具有较大的人身危险性,在履行职业义务的范围内,该风险时常伴随左右。并且,职业义务人往往不得拒绝履行义务,也不得以紧急避险为由转嫁风险。否则,将会受到纪律处分甚至刑事制裁。从这个意义上讲,似乎义务人没有可能基于自由意志形成自我决定的余地与空间。

但是,以上观点实际上没有认真考量职业义务人职业的特殊之处。在面临风险时,职业义务人不能拒绝履行义务自然不假,但是,前提是只要按照规范的操作流程,借助于职业义务人特殊的知识、技能和装备等物质性保障,能够有效地控制该风险。在能够履行而拒绝履行的情况下,当然要受到纪律处分甚至刑事制裁。如果职业义务人按照此前提规范化作业,依然不能控制风险之时,就可以不再勉强履行职业义务。比如消防队员在无法控制火势、面临直接生命危险之时,就可以按照《公安消防部队执勤战斗条令》相关条文的规定(比如第57条第6项、第59条第3项等等),应当迅速撤离,而不是勉为其难。此时,法规范不能强迫职业义务人不切实际地履行义务。换言之,正常的撤离行为,不会受到纪律处分,更不会受到刑事制裁。

②职业义务人履行义务,考虑风险与损害的密接程度,分别处理。但是问题依然存在,即便按照正常职业操作规范履行义务,如果出现了人员伤亡等损害结果,难道还是要让职业义务人自我答责吗?那种以职业义务人最初是自由地选择了危险职业为由,从而认定其自愿地负担了与救援行为相关的风险,理由有些勉强。对此问题,本文认为,一概肯定或者一概否定,采取一刀切的处理方式,有点过于草率。还是需要结合行为人创设的风险与职业义务人伤亡之间的密接程度来具体判断。

第一,行为人创设的风险与职业义务人伤亡之间存在紧密关联:急迫性风险,行为人答责。在论及个人的自我答责原理之时,日本学者山中敬一独创出“法秩序的自我答责性”的概念。该原理适用在被创出的危险的效果持续期间,特定的个人于回应法秩序的要求,基于规范而介入被诱发的危险的场合(该介入的行为是以过失的样态进行的场合亦同)。原则上,法秩序对该结果在自我答责的意义上,要求该特定的个人负担该责任的考虑方法。也就是说,在第一行为人创出的危险招致“不法的危险状况”发生,如果其他人特定的个人是按照法秩序要求而介入的,该危险对第一行为人能够考虑被正当化的,对该结果也不得“转嫁”给第一行为人。<sup>[59]</sup>但是,在行为人创设的风险与职业义务人伤亡之间存在紧密关联的场合,做出如此简单的判断,有些操之过急。行为人所创设的风险与职业义务人的职业义务紧密相关,并且职业义务人在正常履行职业义务之时,自身的伤亡随时可能伴随该风险,换言之,行为人创设的风险与职业义务人人身伤亡是正常关联,具有紧密性,那么,在参与消除风险的过程中,实际上并不存在职业义务人基于任意,而形成了“任意、行为与结果的统一体”,自然不能阻断行为人答责。比如行为人纵火,消防队员在正常救火的过程中被烧伤或者烧死,鉴于行为人纵火与消防队员救

[58] 参见王钢,见前注[3],第7—8页。

[59] 山中敬一『刑法における客観的帰属の理論』(成文堂,1997年)719頁参照。

火存在必然关联,并且在履行该义务的时候,通常伴随有伤亡结果,如此,消防队员伤亡的风险,自然地内在于行为人创设的风险之中,消防队员伤亡的风险,当然就处于行为人的管辖领域,行为人负有防止结果发生的义务,所以,最终,消防队员伤亡的结果,就是行为人创设的风险的实现,就应当归责于他。

第二,行为人创设的风险与职业义务人伤亡之间不存在紧密关联:职业管辖,阻却行为人答责。行为人创设的风险与职业义务人伤亡之间不存在紧密关联的场合,事实上,在按照正常职业操作规范、操作流程履行义务时,通常情况下就能够控制相关风险,已经属于职业管辖领域了。职业义务人基于职业性要求,在履行职业义务的同时,实际上就一并接管了行为人所创设的风险。通常情况下,这种职业性风险,属于职业领域内正常的风险,换句话说,一旦为行为人所创设的风险被职业义务人接管,能够得到职业性控制的话,该风险就已经脱逸出行为人创设的范畴,而由法规范分配给特定职业领域,变成该职业领域内的正常风险,如果实现了风险,应该按照该职业领域内的规范予以调整,算到职业性风险的实现上,从而排除行为人风险的实现,行为人对侵害结果毋庸负责,而不能脱逸出职业领域内,又成为行为人创设的风险的实现了。比如,警察出警抓捕盗窃犯罪嫌疑人,因车速较快,不幸殉职,就不得将警察的死亡归责于行为人。

而借助于故意风险与过失风险区分的理论,也可以对过失犯中,职业管辖的一般性风险场合下,职业义务人在实施职业活动中导致自身受损的归责问题进行补充性说明。在故意犯时,行为人直接有意识地支配着因果流程,所以,被害人的受损与否以及受损大小,端与行为人的行为强度紧密相关。故意犯的场合,行为人法敌对的程度相对较高,相反的,被害人自我保护可能性则较低,因此,在归责分配上就应当对故意犯有所侧重。而过失犯则不同,过失犯的法敌对程度相对较低,而被害人自我保护可能性,通常情况下相对较高,所以,允许风险的判断会较为缓和。<sup>[60]</sup>因此,过失犯中,风险的分配与故意犯有所不同,尤其在职业义务人进行救助之时,专业性设备、装备和专业性知识等诸多因素,相对于一般的非职业义务人,具有压倒性优势,这些都决定了风险的分配应当根据具体的情况有所不同。

需要指出的是,从最终的结果上来看,按照本文,能够得出,无论职业义务人超越义务而导致的自身损害,还是在行为人创设的风险与职业义务人伤亡之间不存在紧密关联这种一般性风险的场合,按照职业操作规范而导致的自我损害,创设危险的行为人都对该侵害结果不负责,似乎这种区分是没有意义的。但是,职业管辖领域与个人管辖领域是不同的,超越义务、不按照规范的流程和要求作业,是进入个人管辖领域的问题,基于尊重个人意思自治、尊重个人主体性的要求,对于最终的损害结果,由职业义务人个人自负其责,排除行为人答责。而按照职业操作规范而导致的自我损害,属于职业管辖领域,而非个人自治空间,不属于自我答责所要讨论的问题。对此,应当交由职业领域内的相关规范处理,而不应直接归结到行为人的头上。否则,就可能会出现当一名警察在追踪一名入室盗窃犯时,由于翻车而造成伤亡事故,该盗窃犯就会被以过失致人死亡罪或者过失致人重伤罪而被追究相应的刑事责任。如果这样的话,犯罪人员在犯罪之后,只能立刻向警察或者相关机关投案自首了。“但是,这样一种义务与

[60] 参见王俊,见前注[46],第84页。

一般的法律原则,即任何人都不需要对自己的刑事处罚共同发生作用,是不相符合的。在这里,人们也不应当把职务性活动的那些典型的风险,……归责于局外人。”〔61〕

### 3. 职业义务人发生正常的误判:排除自我答责

当然,在实际生活中,因为风险的不确定性,加之可能存在相关信息的不对称,风险就可能存在多种变数,而人又是有限理性的存在,即便是经过职业训练的职业义务人,在履行义务的过程中,也经常会出现误判风险的事情。比如消防队员在灭火的过程中,从当时的情形来看,火势似乎能够得到有效控制,但是,在灭火的过程中,发生意外爆炸,导致人员伤亡的,这种情况下,应该由危险创设人答责。理由是:

第一,这种情形,与正常的履行义务不同,不属于职业管辖领域内要讨论的问题。职业领域内的管辖,意味着风险属于可控之内,而在因信息不对称而发生误判的情形,风险已经不属于可控之内,这就不属于职业管辖领域内的正常风险了,当然不能适用“职业义务人正常履行职业义务的,职业性管辖,排除行为人答责”了。

第二,这种情形,职业义务人确信自己是按照正常的职业规范、职业流程在作业,尽管在客观上是超越了义务履行的规范要求,但是,依然欠缺职业义务人基于“任意”而实施相关行为,导致侵害后果,没有形成“任意、行为与结果的统一体”,当然不能由职业义务人自我答责。

### 4. 非职业义务人履行义务:排除自我答责

必须承认,非职业义务人在面临同等程度的风险时,即便其确信自己所采取的义务履行行为是妥当的、合适的,但相对于职业义务人而言,在履行义务的科学性和有效性上一定存在差距。比如在消除火灾上,一般人对于火势的判断能力,相对于职业的消防队员,不可同日而语。因欠缺与救援行为相关的所必须具备的职业技能和专业技术设备,非职业性营救者救助行为的成功可能性,一般情况下会明显低于职业性的救助者。〔62〕如果采用职业义务人的职业管辖领域的思考方式,并不公平,因此,只要能够根据相关的证据得出非职业义务人基于其自身的判断,认为自己所采取的履行义务的行为是妥当的,无论是否存在误判,对于履行义务的过程中造成的实际侵害,都应当排除自我答责,而由行为人答责。

### 5. 非职业义务人履行人身保护义务:排除自我答责

非职业义务人在履行财产保护义务时,如果超越了义务履行的边界,应当由义务人自负其责。但是,在履行人身保护义务之时,即便超越了义务履行的边界,也不能够当然认为由被害人自我答责。对此,德国联邦最高法院的一起纵火案〔63〕判决,颇具讨论意义。

德国联邦最高法院认定被告人成立过失杀人。理由是,尽管损害是被害人自己造成的,但是应当包含在刑法过失杀人的范围之内,这就如同行为人在救援成功时,这种对结果的避免是对行为人有利的,因此,被告人应当对失败的情况下,即被害人被烧死的结果承担责任。同时,

〔61〕 罗克辛,见前注〔13〕,第272页。

〔62〕 参见王钢,见前注〔3〕,第13页。

〔63〕 本案案情:1992年9月20日晚上,被告人参加H家庭院举行的一场庆祝活动。次日凌晨1点30分,被告人在楼上纵火。当大火开始蔓延,火焰和浓烟可以为众人所察觉时,已因大量饮酒而处于限制责任能力状态的被害人(H的儿子),却冒火冲进房屋,试图救出屋内睡觉的12岁的弟弟以及一些财物。然而,在进入屋内不久,被害人即失去知觉,并死于由火灾所引发的一氧化碳中毒。参见王钢,见前注〔3〕,第2页。

尽管行为人同被害人一样,都处于醉态,但是,这并不能改变对其进行归责,行为人仍然能够预见后来的事情经过。<sup>[64]</sup>

对于本案结论,克劳斯·罗克辛表示赞同,但是认为法院的理由并不妥当。罗克辛认为,只有以下理由能够支持法院判决:由于醉酒状态,被害人并没有充分估计到这种风险;假定他本来应当去救弟弟,那么,还会根据《德国刑法典》第35条,<sup>[65]</sup>排除他的行为的自愿性。<sup>[66]</sup>罗克辛的观点主要是:本案的问题在于是否存在被害人自我答责,被害人基于醉酒而没有可能充分评估风险,欠缺成立被害人自我答责的任意性要件,不可能形成“任意、行为与结果的统一体”。另外,即便有正确认知,还会按照免责的紧急避险的规定,排除被害人的自愿性,还是不能成立被害人自我答责。因此,对于侵害结果,应当由行为人答责。

王钢在评价本案时指出,联邦最高法院的结论应当得到肯定,但是,第一,联邦最高法院认为本案是自我答责原则的例外,并不妥当;第二,仅以施救者是否理智与否作为判断标准,在营救者是理智的场合,由行为人答责,否则,由被害人自我答责。但是,过于强调营救者的主观心理动机,就会忽视客观的法定作为义务,同时,也会损及其他法规范价值判断的重要意义和在理论上构建自我答责原则的努力;第三,法院的论证是“成功的救援会有利于对行为人的量刑,那么,失败了的话,行为人当然也要为此负责”。这种论证方式似乎颇为有理,但其实不当。无论如何,只要结果没有出现,无论是出于何种原因,都应当对行为人做出有利的量刑。从反面并不能推论出行为人答责的结论。<sup>[67]</sup>

本文认为,在基于紧密生活共同体而负有义务的场合,“紧密关系”的存在,往往会对这种非职业性义务人的被害人产生强大的心理压力,另外,从一般社会观念出发,为救助困在大火中的亲人而丧生的场合,社会一般人不会期待负有救助义务的亲属不救助自己的亲人而任由其被大火烧死。况且,在那种场合,是否能够说救助者是基于自己理性的判断而实施了救助行为呢?再则,没有如同消防队员那般的专业知识、专业能力和专业的设备,强行得出为救助亲人的而丧生者为自我答责性的,有些过于教条化了。因此,即便是响应法规范,被害人的特殊身份、特殊事由、特殊的职业能力还是要予以充分考虑的。因此,罗克辛将问题的核心锁死在被害人是否自我答责方面,可能有许迺曼批判的那样,“如果把‘自我负责原则’描述成封闭而固定的规范,仅需要在它的下面从事涵摄,那么,就忽略了一个刑事政策上适当的解决方案”,因此,在总则讨论归责时,被害人学的基本原理变成了“僵化的自我负责理论”了。<sup>[68]</sup>而按照王钢构建的理论,根据事前的利益——风险权衡方法,考虑到并不存在优越的利益,因此,应该是由被害人答责才对,但是,鉴于情况紧急以及被害人心理压力的现实情况,如果认为被害人

[64] 参见罗克辛,见前注[13],第266—267页。

[65] 《德国刑法典》第35条是关于阻却罪责的紧急避险的规定。该条规定,“为避免自己、亲属或与自己关系密切之人的生命、身体、自由遭遇现时的、无法以其他方法避免的危险者,所为之行为无罪责……”。

[66] 参见罗克辛,见前注[13],第266—267页。

[67] 参见王钢,见前注[3],第21—22页。

[68] 参见(德)许迺曼:“刑事不法之体系”,王玉全等译,载许玉秀、陈志辉合编:《不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑法论文选辑·贺许迺曼教授六秩寿辰》,公益信托春风煦日学术基金2006年版,第215—216页。

是自我决定地承担了风险,也是不妥当的。<sup>[69]</sup> 本文认为,在情况紧急,被害人处于强大心理压力下,当然不存在“任意”这一因素,被害人自我答责并不成立,当然应该由行为人对损害结果答责。但是,即便被害人经过了认真考量,实施救助行为也可能不会成功,反而有可能出现自己受损,也是不能阻却行为人对损害结果答责。因为,立足于最为基本的人伦,从基本的社会期待性角度出发,对于亲人面临生命危险的场合,任何一个人都有可能不计后果地施救,唯此,这个世界才是一个温情的世界,而不是一个冰冷的“精算师”式的世界,“建设一个共同的世界”(Die Bildung einer gemeinsamen Welt)才可能是真的。从这个意义上来讲,在非职业义务人履行人身保护义务之时,应该是被害人自我答责的例外。

#### 6. 无义务者实施保护行为的问题

在日常生活中,不难看到有些没有任何法定义务的人,在他人创设了危及社会或者个人法益的危险之际,挺身而出,排险解难的英勇事迹。在此过程中,可能会发生自身利益受损,对此,能否由其本人自负其责,存在争议。

肯定被害人自我答责的理由是:①在没有任何义务的情况下,被害人基于自主决定,实施救援,只不过是其“个人事务”而已;②如果由行为人答责,则可以得出:决定行为人的义务乃至责任的是被害人的行为而非其他。但这并不合适。反对观点认为:①即便不负有义务,也不能简单地认为属于被害人“个人事务”。当救援行为有利于社会共同体时,就会为社会共同体所期许,因此会被赋予正面评价;②不能因被害人的行为影响到了行为人的刑事责任,就一概否定行为人答责。<sup>[70]</sup>

本文认为,在欠缺义务的场合,不能仅因为被害人意图做好事并且做了好事,对他人是有益的,甚至对社会共同体是有利的,在受到利益损害时,对被害人是有害的,就要让行为人对被害人利益的侵害结果答责。此外,即便在社会上需要大力宣扬、提倡舍己为人的优秀品格,也不能仅此就将被害人的损害结果算到行为人的头上。因为,显而易见的是,这种归责,已经脱逸出了刑法因果关系的领域,而披上了道德的外衣,将社会伦理道德的评价直接塞入规范性评价的内容。正如所言,“刑法是对社会扰乱的反应,这就决定它——作为社会扰乱也是一样——不能被用一个孤立的主体、它的能力和绝对地想出的规范概念来妥当地解决。它更应在社会的对象那里来确定;在社会性联系的主体即被明确了其任务范围及其权限的人格体那里和作为被决定了的社会期待的规范那里”。<sup>[71]</sup> 而无义务者基于自主决定,投身于风险之中,接受了风险,当属于形成了“任意、行为与结果的统一体”,应该对最终的侵害结果答责。

分析至此,可对本文开头钱模洋失火案的结果归责问题得出如下结论:对于过火面积330公顷,其中林地265公顷,直接经济损失386万元,应当由钱模洋负责。对于在扑火过程中,武警九江支队战士谭守文牺牲,23名武警官兵被烧伤的结果,从现有证据材料来看,这属于武警官兵正常履行职务行为,并没有超出义务履行的边界,而且行为人创设

[69] 参见王钢,见前注[3],第21页。

[70] 参见王钢,见前注[3],第15页。

[71] (德)格吕恩特·雅科布斯:《行为·责任·刑法——机能性描述》,冯军译,中国政法大学出版社1997年版,第122—123页。

的风险与武警官兵履行职业义务之间存在紧密的关联,因此,对于这些伤亡结果,应当算到钱模洋的头上。而其他5名被烧伤的群众,属于无义务者自愿实施的保护行为,在道德上应当给予很高的评价,但是,不得因此就将这些结果由钱模洋答责。换言之,5名群众被烧伤的结果,不得作为失火罪的客观构成要件要素来看待,如果该结果在定罪量刑中有意义的话,作为酌定量刑情节予以考虑即可。

---

**Abstract:** The theories of victim's self-responsibility protect individual freedom via attaching enhanced importance to self-determination. The focus of law is on the area of communicative contracts. The non-contractual area is pure individual autonomy. Criminal law does not pay attention to the "infringement behavior and result" when infringement as such occurs within "individual autonomy". Within the field of self-autonomy, victim shall ensure that "the injury does not happen". Regarding victim's behaviors within the scope of individual autonomy, legal doctrines can be properly applied to the interpretation of restricted principal offender and dual participation system for accomplices. Determining the act obligation shall consider following factors: the obligor actually has the possibility of preventing the result from happening; the obligor's performances and potential damages shall neither significantly out of balance, nor at the cost of life; and the "coercive force" of obligation as such shall be different between the physical protection and property protection. If the scope of performance of the property protection obligation is exceeded, the obligor has completely entered the realm of individual autonomy, and the victim shall be responsible for any damage caused. Those who exceed the obligation of physical protection shall be considered separately between professional obligors and non-professional obligors. An urgent risk occurs when there is a close relationship between the risk created by the actor and the casualties of the professional obligor, and the actor shall be responsible for it. A normal performance out of the professional obligations belongs to the professional obligor's jurisdiction. While performing the professional obligations, the professional obligors may not be self-responsible for their misjudgments. If the non-obligated person performs a protective act and causes damage, this person shall be accountable for the infringement result.

**Key Words:** Negligent Crime; Act Duty; Self-determination; Self-responsibility; Boundary

---

(责任编辑:车 浩)