

# “基于合意的他者危险化”与 被害人自我答责

——兼论中国语境下的归责问题

喻浩东\*

---

## 目次

- 一、案例引发的思考
- 二、“基于合意的他者危险化”概念辨析
  - (一)与“自己危险化的参与”之区分
  - (二)与被害人(同意)承诺之区分
- 三、归责理论的批判与重构
  - (一)被害人自我答责理论的引入与困境
  - (二)归责理论的重构:客观归责论与被害人教义学之糅合
- 四、行为归责与结果归责:路径的具体建构
  - (一)“制造法所不容许的风险”:行为归责
  - (二)“实现法所不容许的风险”:结果归责
  - (三)构成要件效力范围:一个无须检验的规则
  - (四)小结:尝试提出具体路径
  - (五)初始案例的再审视
- 五、中国语境下的归责:路径的本土化运用

**摘要** “基于合意的他者危险化”场合中,用被害人自我答责理论直接排除行为人的不法的观点值得商榷。被害人自我答责本身只能是结论而非对该结论的论证,同时,得出被害人自我答责的结论并非当然和排除行为人的不法画上等号,而应当在具体情境下进行个案认定。将传统的客观归责理论与被害人教义学相糅合,以行为的“风险创设—风险实现”为思考主线,以刑法中的利益分析为思考基点,重构出一种综合的归责理论,以此在该场合中分别对行为人和被害人的行为做出评价,并确定归责,是解决问题的合理路径。

**关键词** 基于合意 自我答责 客观归责 利益思考 容许风险

---

\* 中国政法大学刑事司法学院 2014 级刑法专业硕士研究生。

## 一、案例引发的思考

“基于合意的他者危险化”〔1〕,是指被害人在意识到行为人处在危险状态之中而加入,或者被害人同意由行为人给自己造成危险状态,其中在事实上造成实害结果的是行为人(他者)的行为。但这一概念在实际当中表现出的具体情形却各不相同。例如,在著名的“梅梅尔河案”中,乘客不听摆渡工的劝阻,执意要让摆渡工送其过河,结果在恶劣天气下造成船翻人亡;又如“强迫超速案”中乘客以及时赶赴约会为由,强迫掌握方向盘的司机违反禁止性规定超速行驶,结果由于车速太快,致使这名乘客在车祸中死亡;再如,在“顶楼火灾案”中,被告未经许可盖了一个有火灾危险的顶楼,并且出租,后来房客一家人在火灾中因为逃生无门而全部丧生;〔2〕最后,在“赛车案”中,赛车经验丰富的被害人指导被告人以一种他从未使用过的方法驾驶赛车,在高速行驶过程中被告人失去控制,导致车祸致被害人死亡。〔3〕上述四则案例中,被害人均在认识到有危险的情况下与行为人达成了“合意”,“合意”的内容即(被害人接受)由行为人给自己创造危险,以达到冒险追求自己愿望的目的。这就引发了思考:被害人自我决定地加入行为人所在的危险或者接受由行为人创设的风险,以追求自我利益但却最终造成危害结果的情形,是否要对行为人追责,抑或被害人的介入行为可以阻却行为人的不法?本文拟通过对归责理论的新建构,来尝试回答这一问题,并探讨其对于解决中国实际问题所具有的理论和实践意义。

## 二、“基于合意的他者危险化”概念辨析

“基于合意的他者危险化”,经常被学者称为“同意他人造成危险”“被害人危险接受”〔4〕;也有学者称为“同意他人实施风险行为”〔5〕“被害人自陷风险”〔6〕;张明楷教授则明确使用了“基于合意的他者危险化”这一概念。在这一场合中,究竟是行为人负责还是被害人自我负责,学派之争激烈,而在这些争论当中,对于“基于合意的他者危险化”与“自己危险化的参与”“被害人承诺”等概念之间的区分争议很大,并由此导致了不同的归责结论。因此,思考归责问题之前,笔者首先要对“基于合意的他者危险化”这一概念的边界予以一个清晰的划定。

〔1〕 本文仅在过失犯的领域中探讨此类问题的归责,因为在故意犯中,如果说存在被害人危险接受的情形,无外乎是两种:一种是被害人接受行为人故意对自己犯罪,而自己的行为并不发挥支配作用,但这种情形下被害人陷于危险及其结果的概率近乎100%,被害人一定对发生危害结果也是容忍的,因此一般可以用被害人承诺理论来解决归责问题;另一种则是被害人与行为人合意共同实施故意犯罪,被害人的行为在其中起到支配作用,其中共同行为让被害人陷入危险,被害人一般也不会排斥结果的发生,但这种情形下根据共同犯罪的原理,行为人与被害人都要为犯罪行为及其结果负责,讨论归责问题也没有意义。所以,只有在过失犯领域中讨论“基于合意的他者危险化”场合的归责,才具有理论和实践价值。

〔2〕 [德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论·第1卷·犯罪原理的基础构造》,王世洲译,法律出版社2005年版,第268页。

〔3〕 [日]林干人:《刑法总论》,东京大学出版会2000年版,第180~182页。转引自江溯:《日本刑法上的被害人危险接受理论及其借鉴》,载《甘肃政法学院学报》2012年第11期,第85页。

〔4〕 见前注〔3〕,林干人书,第180~182页。

〔5〕 冯军:《刑法中的自我答责》,载《中国法学》2006年第3期,第102页。

〔6〕 车浩:《过失犯中的被害人同意与被害人自陷风险》,载《政治与法律》2014年第5期,第27~36页。

### (一) 与“自己危险化的参与”〔7〕之区分

首先,“基于合意的他者危险化”与“自己危险化的参与”之间的区别显得含糊不清。“自己危险化的参与”指的是被害人意识到并实施了危险的行为,而且遭受了实害结果,但被告人的行为与被害人的实害结果之间具有物理的或者心理的因果性。简言之,被告人参与了被害人的自己危险化过程。德国很多学者(如 Schunemann 教授)主张不区分“自己危险化的参与”和“基于合意的他者危险化”〔8〕,认为两者的处理结果都是被害人自我答责,理由是两者的基本要件相同,均可推出行为人的不可罚性。笔者也不否认这两者之间具有一些共同之处:一是实害结果的发生由行为人与被害人疏忽大意或过于自信的态度相互作用而引起;二是行为人不希望、排斥实害结果的发生;三是被害人“过失地”参与了结果的发生,所涉及的都是是否要对行为人追责的问题。〔9〕但笔者不赞同上述将两者混为一谈的观点:从事实层面来看,“自己危险化的参与”中被害人支配了整个危险实现为实害结果的过程,而“基于合意的他者危险化”中则是行为人支配了这一过程。例如,在日本的“坂东三津五郎河豚中毒案”中,从京都府知事处得到处理河豚许可的被告人,向作为客人的歌舞伎演员坂东三津五郎提供了包含肝脏的河豚,被害人最终因河豚中毒而死亡。〔10〕可以看出,这一案件中被害人“自我决定”地给自己造成(可能威胁生命健康的)危险,实际支配着危险的创设和现实化的过程,行为人只是为其提供了帮助。而这类案件与引言中的四则案件在事实层面显然不同。

张明楷教授采用了犯罪参与理论来对被害人及行为人的行为性质做了划分,即认为在“基于合意的他者危险化”中,行为人是正犯(实施构成要件行为的人),而被害人是共犯;而在“自己危险化的参与”中,被害人是正犯,行为人仅仅是提供帮助的共犯。〔11〕但这一观点也只是在事实层面对两者做出了一个区分,并未回答各自在法规范上的意义。笔者认为,“自己危险化的参与”中行为人行为的规范意义显得微不足道,他最多只是帮助了被害人去实施一个自己可以控制的经过自我决定的行为,却并没有实质性支配行为过程,原则上会排除行为人的不法;而“基于合意的他者危险化”中各个被害人加入行为的分量却很难说孰大孰小,只有根据个案来具体判定被害人的行为对于行为人追责究竟会产生多大的影响,显然这一情形下问题更加复杂。这至少说明,即使两者之间存在着模糊不清的边界,也绝非画上等号。

### (二) 与被害人(同意)承诺之区分

“基于合意的他者危险化”也容易与被害人(同意)承诺相混淆,因为两者在基本要件上确有诸多相似之处,如在前者中遭受危险的法益和后者中受保护的法益必须在原则上是可以处分的个人法益,且对某些特定个人法益如生命和身体法益既不能形成“合意”亦不能“承诺”;又如两者都要求被害人或承诺人都必须有足够的洞察能力(与年龄并不绝对关联),这样他们才足以理性地判断法益的含义和侵犯的严重程度;再如,不论是合意还是承诺都必须在事前以不让人误解的方式做出。尽管如此,对于两者是否为同一问题仍争论不止,其焦点在于:作为实质违法阻却事由的被害人(同意)承诺的内容,到底是只要指向行为人的危险行为即

〔7〕 完全的自招风险,即无他人参与的被害人自陷风险,不属于刑法评价的对象,在此不予赘述。

〔8〕 [日] 岛田聪一郎:《被害人的危险接受》,王若思译,载《刑事法评论》第32卷,第252页。

〔9〕 参见[日] 盐谷毅:《被害者の承诺と自己答责性》,法律文化社2004年版,第178页。转引自:王骏:《论被害人的自陷风险——以诈骗罪为中心》,载《中国法学》2014年第5期。

〔10〕 见前注〔3〕,江溯文,第86~87页。

〔11〕 张明楷:《刑法学中危险接受的法理》,载《法学研究》2012年第5期,第173页。

可,还是必须包含实害结果。<sup>[12]</sup>

持肯定意见者,如日本的前田雅英教授认为,过失犯场合中被害人既然积极地置身于高度危险中,就可以说对于该危险当然预测的结果存在同意;<sup>[13]</sup>林干人教授也认为,被害人危险接受的情况应置于被害人(同意)承诺的延长线上来理解,属于被害人(同意)承诺可以解决的问题(准同意说)。<sup>[14]</sup>这意味着承诺只需指向行为即可。而持否定意见者,如德国的 Puppe 教授认为:被害人虽然认识到风险的存在,但是并没有表示希望侵害结果发生,“并不能因此就说他不想要他持有的利益”<sup>[15]</sup>。Roxin 教授亦反对只将危险行为作为承诺内容就阻却行为不法,“那些置风险于度外的人,通常是信赖幸运的人”<sup>[16]</sup>，“那种单纯危险中的同意,仅仅能够排除那种结果不是主要的组成部分的不法”<sup>[17]</sup>。

笔者持后一种看法,因为:尽管两者在基本要件上存在诸多相似之处,但“基于合意的他者危险化”与被害人承诺之间仍存在重大差别——刑法上被害人承诺的内容理应包括“实害结果”,而“基于合意的他者危险化”中,被害人倾向于觉得危险很小、微不足道,或者即使危险很大,但被害人相信行为人的能力不会让自己发生不测,即不仅被害人排斥实害结果的发生,行为人也是侥幸地不相信结果发生的。被害人虽同意了行为人所创设的危险,但一般都不相信危险会实现为危害结果,只有在相当彻底的行为无价值论的立场上才会认为,只要行为时适法,从行为开始到发生结果就都阻却违法。<sup>[18]</sup>而被害人承诺之所以成为阻却违法事由,其实质根据,若按照金德霍伊泽尔教授的观点,是“法益持有者利用别人的行为来实现自己的意志,从而产生了阻却不法的效应。从规范意义上讲,这里的他人行为之本身也就在构成要件上失去了意义,从而这种处分法益持有人的财(Gut)的行为就不再受到禁止”<sup>[19]</sup>,那么承诺内容当然包括了实害结果。并且,“基于合意的他者危险化”中被害人的意思表示可能存在瑕疵,但这并不影响合意的形成。只要被害人以明示或默示方式与行为人达成了合意,并且在这一合意下由行为人制造危险,那么事实层面的构造就完成了。至于规范上的归责等问题则随着个案情形不同而做不同处理。而被害人承诺中,承诺却不能有意思瑕疵,这是其成为违法阻却事由的关键要素。其实不难看出,“基于合意的他者危险化”本身只是一种事实分类,这种情形下的归责并不能简单地运用被害人承诺理论来解决,而后者毋宁说是一条规范层面的解决归责问题的路径,两者并非同一范畴内的事物。

如果上述概念辨析成立的话,在讨论“基于合意的他者危险化”的问题之前,就需要明确以下前提条件:第一,“合意”的危险化只限于针对个人法益的危险。根据个人法益、社会法益和国家法益的传统分类,与他人“合意”的危险不能是危害社会法益以及国家法益的危险。实在法规范可以容忍个人拿自己的法益冒险,但不允许个人拿社会和国家的法益开玩笑,因为个人对社会和国家法益不拥有处分权。第二,被害人必须有认识能力和控制能力,即能够“自我决定”。如果被害人

[12] Urs Kindhauser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden, 2013, S. 119 - 120.

[13] 见前注[6],车浩文,第 28 页。

[14] 见前注[3],林干人书,第 180~182 页。

[15] Puppe, Strafrecht AT/1, § 6, Rn. 4. 转引自前注[6],车浩文,第 29 页。

[16] 许玉秀:《主观与客观之间》,作者发行,1997 年 9 月初版,第 268 页。

[17] 见前注[6],车浩文,第 29 页。

[18] [日] 岛田聪一郎:《被害人的危险接受》,王若思译,载《刑事法评论》第 32 卷,第 265 页。

[19] [德] 乌尔斯·金德霍伊泽尔:《评合意和承诺的区分》,蔡桂生译,载《中国刑事法杂志》2010 年第 4 期,第 113 页。

在理性的状态下受到欺骗产生错误认识、或者完全没有意识的情况下“加入”了行为人的危险之中,则实害结果应当由行为人负责。第三,行为人的行为导致被害人被迫“加入”其创设的危险之中的,谈不上“合意”,不属于这里讨论的范围。反之,被害人强制行为人的身体或精神、将其作为工具实现“自我意志”的,被害人是间接正犯,行为人不应负责。

### 三、归责理论的批判与重构

#### (一) 被害人自我答责理论的引入与困境

为了解决“基于合意的他者危险化”场合中的归责问题,学者们普遍引入“被害人自我答责理论”来论证原则上排除行为人不法的结论。首先,被害人自我答责理论源于被害人“自我决定及其实现自由”的法哲学基础:“自由是对每一个人能够自我做主的私人领域的保证。”<sup>[20]</sup>自我决定即个人对自己的利益按照自己的愿望进行自由支配,不受他人任意干涉的过程,是要通过主体自主的行为意思和自主的行为决定而体现出来的。其中的行为意思,即人的意志。意志乃法之基础,而意志又是自由的。意志自由不是选择并且实施坏的(恶的)、无意义的行为的自由,而是选择并且实施好的(善的)、有意义的行为的自由。<sup>[21]</sup>法就是自由本身,因此法规范往往期待一个人去自我决定地实施符合自由意志的理性行为,但若该主体违反规范的期待,通过任意与行为相联系,而创设出损害自己的自由的结果,那么被害人就应该为自己行为所造成的结果负责。

据此,我国学者们提出了被害人自我答责成立的条件:如冯军教授认为,被害人自我答责应具备四个要件:(1)被害人具有认识导致结果发生的危险和阻止危险现实化(变成结果)的能力;(2)被害人自己引起了发生损害结果的危险;(3)被害人在自己还能够管理危险时却强化了危险;(4)法规范上不存在他人应该优先地阻止危险现实化的特别义务。<sup>[22]</sup>而江溯博士认为,被害人自我答责最重要的是其对相关法益具有处分权,仅限于处分个人的法益,且主观上被害人必须具有答责能力、意思决定无瑕疵、对行为的危险具有完全的认识。<sup>[23]</sup>笔者基本赞同两位学者的观点,但首先对冯军教授提出的第(2)个要件不予认同,理由是被害人可以借助别人创造的危险而通过自己的行为实现为结果,此时其同样须对结果负责;而对于江溯博士的观点,笔者亦认为“绝对无瑕疵”的观点值得批驳。被害人是否应自我答责不取决于有无瑕疵,而是当他出现意思瑕疵时值不值得刑法保护。例如冒充毛主席到乡下招摇撞骗的人竟然得逞,由于一般人都知道毛主席早已不在人世,因此诈骗行为的被害人则做了一个处分财物的任意举动,根本不值得刑法的保护。

笔者认为,被害人自我答责的成立条件可以概括为以下几点:(1)被害人有“自我决定”而行为的自由意志,即不受他人支配的行动意识,没有受到他人的强制和胁迫而行为;(2)被害人必须对危险有明确的认识,且不存在行为人明显的“优势认知”;(3)被害人侵害的法益只能是纯个人的法益,而不能是公共法益;(4)被害人排他性地支配了一个危险创设、危险实现的流程,即将其完全纳入自己的管辖领域内;(5)不存在法规范上他人应优先阻止危险实现的特别义务。

但这一理论的引入却并不能直接解决“基于合意的他者危险化”中的归责问题,其本身自陷于

[20] [法]雷蒙·阿隆:《论自由》,上海译文出版社2009年版,第78页。

[21] 参见马卫军:《被害人自我答责的理论根基探析》,载《刑事法评论》第33卷,第85页。

[22] 见前注[5],冯军文,第100~101页。

[23] 见前注[3],江溯文,第89页。

困境之中：被害人自我答责只是个案归责的结论，其本身构成就需要法理依据，显然不是否定对行为人追责的理由。大陆法系很多学者认为“基于合意的他者危险化”与被害人承诺拥有一个共同的理论基础，即每个人只能为了自己的行为及其结果负责，而无须为他人的行为及其结果负责。但一个根本性的问题是，到底什么是“为别人负责”？事实上，不管后来的事情过程是怎么发生的，只要事情的发生还处于行为人的支配下，那么行为人的负责就不算是为别人负责。<sup>[24]</sup> 另外，在规范层面上，承认“基于合意的他者危险化”场合中的被害人自我答责则无异于认为行为人对于介入他人意志的事件完全欠缺了支配性，而是否欠缺支配性在个案当中却是不确定的：从行为人对于该场合事件的支配力来看，即使他人介入事件的过程，也可能成为行为人对于事件规划的一部分，但也可能如同其他偶发的、不可捉摸的变数一般，成为不在行为人规划之内的变数之一。也即，“基于合意的他者危险化”场合，并非一律排除行为人的不法，被害人自我答责不能直接援引以作为“行为人出罪”的理由，否则会产生“因为被害人自我负责，所以被害人自我负责”的不讲理的独断。<sup>[25]</sup> 对此，德国约翰内斯·韦塞尔斯教授也说道：“被司法判决和法学学术界认可的自我答责原则，在受害人有意地自我危害情况可以适用到多远，是个必须根据个人情况仔细审查的问题；这里要告诫的是，不得把迄今为此发展出来的基本原则作为模式化的规则普遍运用。”<sup>[26]</sup>

总之，被害人自我答责只能是“基于合意的他者危险化”场合中归责的结论之一，解决归责问题还需另辟蹊径。

## （二）归责理论的重构：客观归责论与被害人教义学之糅合

归责与归因不同，后者属于事实范畴，根据因果关系理论判断，而前者属于评价范畴，依据客观归责理论处理。属于事实范畴的归因是要弄清两个已经存在的、时间上先后发生的事件之间的自然因果链，这是存在论而非规范论的评价问题。而属于评价范畴的归责则是针对两个已经存在自然因果链的事件之间，从规范角度去评价到底事后结果可否非难给前事件的行为人。<sup>[27]</sup> 因此，解决“基于合意的他者危险化”场合的归责问题，要以客观归责理论作为铺路石，主要评价行为人的行为在规范上是否应对结果的不发生负责。在客观归责理论模型中，Roxin 教授的客观归责理论以“风险创设—风险实现”为主轴，从实质上（规范上）解决行为归责与结果归责的问题，为笔者所赞同。在他看来，客观归属的前提是在构成要件射程范围内，实现了由行为人制造的、由被允许的危險所没有包括的危險；而客观归属的任务即在于解释这一惹起<sup>[28]</sup>——可能进行归责的最外在的界限——是否属于构成要件性行为；在客观归属成立之后，才会进一步探讨是否可以对行为进行主观归责。<sup>[29]</sup> 但这一理论具有局限性：其仅仅站在了行为人的视角看待归责，尤其在“基于合意的他者危险化”场合中，被害人和行为人组成一个互动的关系体，被害人的行为显然会对客观归属产生影响。因此客观归属也就不可能只考虑行为人的行为性质，被害人的意思决定及行为也可能对行为人的行为性质产生质的改变。

于是我们还需引入“被害人教义学”的思考方法。早在 20 世纪 70 年代，“被害人学”就从犯罪

[24] 黄荣坚：《基础刑法学（上）》（第 3 版），中国人民大学出版社 2006 年版，第 228 页。

[25] 见前注[24]，黄荣坚书，第 206 页。

[26] [德] 约翰内斯·韦塞尔斯：《德国刑法总论》，法律出版社 2008 年版，第 111 页。

[27] 孙运梁：《因果关系与客观归责的功能界分》，载《法学论坛》2013 年第 1 期。

[28] 虽然如许玉秀教授在内的很多学者都认为客观归责理论在扩张构成要件的射程，扩大刑法的处罚圈，但笔者却愿意从另一角度看待这个问题，即也可以将客观归责理论看作是一种以风险分配为目的的目的性限缩构成要件范围的方法。

[29] 冯军：《刑法问题的规范理解》，北京大学出版社 2009 年版，第 133~134 页。

学领域被学者运用到刑法教义学中,讨论被害人行为对于犯罪与否评价的影响。如德国刑法学家 Amelung 发表的《诈欺罪中被欺骗者之错误与怀疑》一文,可谓被害人教义学应用之滥觞。<sup>[30]</sup> 及至 Schunemann 教授进一步系统将其发展为被害者学(Viktimo-Dogmatik),他指出在传统犯罪体系上,仅从行为人之行为角度出发,审查构成要件符合性、违法性和有责性,无法全面地解释对于因被害人行为介入而产生的犯罪行为。与 Amelung 的立论相近,他亦提出:行为人刑罚之必要性与被害人保护之必要性是相对存在的,因为刑罚作为国家预防社会侵害的最后手段,在被害人能够自我保护的情况下,疏于自我保护,即被害人并不值得也不需要保护的情况下,国家刑罚权自无发动之余地,也就没有处罚行为人的必要。<sup>[31]</sup> 而这也映射出其背后的理论基础——刑法辅助性原则或曰刑法最后手段性原则。按照这一思路,“基于合意的他者危险化”场合,被害人若“自我沉沦”,连自己的重大法益都无所顾及,那么他就不需要或不值得刑法保护,对于行为人自然无处罚必要性。

因此,要正确地在“基于合意的他者危险化”场合中评价行为人的行为,光是客观归责理论是不够的,必须还要引入被害人教义学思想,使其对评价被害人行为于行为人不法的意义发挥作用。于是,一种以传统的客观归责理论为基础的、与被害人教义学相糅合的全面的归责理论便应运而生。客观归责中的“创设法所不容许的风险”“实现法所不容许的风险”,以及“风险大小”“利益衡量”的认定,都会渗入被害人教义学,被害人的意思及行为将影响这些问题的解答。这就是笔者对于归责理论的重新建构。

#### 四、行为归责与结果归责:路径的具体建构

那么,该如何运用这一综合的归责理论在“基于合意的他者危险化”场合具体地建构归责路径呢?笔者认为,作为该理论基石的客观归责理论是以“制造并实现法不容许的风险”作为主线,从实质上解决行为归责与结果归责问题的,因此具体路径的建构也应着眼于“制造法不容许的风险”“实现法不容许的风险”来进行。

##### (一)“制造法所不容许的风险”:行为归责

在“基于合意的他者危险化”场合下,行为人事实上是风险创设的“始作俑者”,这也正是“他者危险化”的含义所在。在被害人“合意”加入行为人的那一刻,行为人就开始了这个所谓的风险关联了。“开始划船”“发动油门”“出租房屋”等词语实质上就是“启动风险”(这种风险一开始未必不被允许)。而风险有法律所允许和禁止之分。现代社会是一个风险社会,处处充满了需要我们面对甚至去承担的风险,但往往如驾车附随的风险、高空作业的风险等大多数风险是这个社会必须容忍的,如果完全杜绝这些风险存在,社会便不可能前进。因此客观归责论中行为人必须首先创设“(法)不容许的风险”,而何为“不容许”,刑法学界莫衷一是。

##### 1. 关于“容许风险”的学说

Kindhäuser 教授认为,“容许与否”可从以下几个角度来说明:一是用类似 *ultra posse nemo obligatur*(给付不能的债务)<sup>[32]</sup> 的原则,指出任何人在超出了其行为能力的情况下都不再受规范

[30] 参见林钰雄:《刑事法理论与实践》,台北学林文化事业有限公司 2001 年版,第 164~165 页。

[31] 参见前注[30],林钰雄书,第 166~167 页。

[32] 这是人们源自杰尔苏(Celsus)在《学说汇纂》(*Digesta*)第 50 卷中提出公式的习惯性概括,该公式原文为:“*Impossibilium nulla obligatio est*”。

的约束,因此,他将“被容许的风险”称为“剩余的风险”,即尽管我们在某一危险领域中履行了被期待的客观注意义务,也不能排除这种风险的存在;二是以衡量刑法规范的对象者的行为自由与某一法益的完整性所体现的特殊个人利益或集体利益之间,若发生冲突时则保护利益原则上优先于行动自由,那么违背这种协调的则是“不容许”的。<sup>[33]</sup>

吕英杰教授认为,刑法有其独特的法益保护目的,因此直接将违反行政规则、条理、习惯等同于过失犯的实行行为是不妥当的,但认为这些可以协助判断“容许风险”。她还提出,除了法律规范外,违反“社会交往规范”也会制造不允许的危险。并且,她还坚持行为是否制造了法所不允许的危险应以“一般人+特别行为人”为标准进行判断(尤其针对特殊认知者的归责)。<sup>[34]</sup>

同吕教授相反,许玉秀教授认为,过失=违反注意义务=制造不被容许的风险,而“制造法不容许的风险”,足以说明过失行为的不法本质,并且提出将“制造法不容许的风险”作为故意和过失犯罪的一般归责要素,这样风险是否容许和行为人是否有意实现之,还是没有想到无关了。<sup>[35]</sup>

黄荣坚教授则认为,“不容许的风险”判定,其核心是考虑利益大小和风险大小的问题。如果分别来看,它的原则是,所要争取的相对利益越大,越容许冒险,所要争取的相对利益越小,越不容许冒险;其次,风险越大越不容许冒险,风险越小则越容许冒险。但个案判断时两者应合并考察:例如虽然生命的利益大于人们吃水果的利益,但是水果刀被用来杀人的情况还是没有多到让人值得牺牲吃水果的利益来保全人命的利益,所以人们仍然接受水果刀的存在。<sup>[36]</sup>

## 2. 本文见解

笔者认为,上述学说均有其合理之处,但对其中一些观点提出质疑:一是针对 Kindhäuser 教授的观点——行为自由在特殊利益面前原则上退步——这种利益究竟特殊在哪里,以至于要牺牲规范对象者的自由?如果可以这么做,那么完全可以假借保护利益而践踏个人自由。二是针对吕教授以“社会交往规范”作为辅助判断的标准——它无形中是否在扩大处罚范围?如果说犯罪的本质是违反实在法规范进而侵犯法益,那么这种法规范本身涵盖了社会交往规范的价值评判,但并不能与社会交往规范画等号。违反社会交往规范的行为一般不能用刑罚方式规制。三是针对许教授将违反注意义务与制造不容许风险等同的观点——它是否没有考虑到前者只是后者判断的一个参考而已?两者在个案情形当中有一定的距离,并非是对等关系。

而笔者较为赞同黄荣坚教授以“风险—利益衡量”为主轴、以行政规则(客观注意义务)为协助因素来判断“容许风险”的理论,理由是:首先,将风险容许与否的判断与利益思考挂钩,切中了问题的要害。高金桂教授就指出,“构成要件的作用范围”(风险制造),在立法者设计构成要件时,或法官于适用法律时,唯有在行为与法益中来回观照,以判断哪些行为对法益足以造成侵害,或具有法益侵害之适格性,方能界定。而其中的法益<sup>[37]</sup>即法所保护之利益——法益以利益为基础,“利益为欲求观念之表征”,因此法益也是反映个人和社会欲求的载体。利益,经审慎的评价后,方有

[33] 参见[德]乌尔斯·金德霍伊泽尔:《论所谓“不被容许的风险”》,陈璇译,载《刑事法评论》第34卷,第222~231页。

[34] 参见吕英杰:《客观归责下的监督、管理过失》,法律出版社2013年版,第83~84、92页。

[35] 参见许玉秀:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,第445~447页。

[36] 参见前注[24],黄荣坚书,第194、202、212页。

[37] 日本刑法学家伊东研祐将法益定义为:“所在的国家的宪法构成(应该)的社会内,作为该社会构成成员的共同生活的存立所必不可少的条件,而且是有纯粹规范所保护(应该)的因果变更可能的对象。”见[日]伊东研祐:《法益概念史研究》,秦一禾译,中国人民大学出版社2014年版,第348页。台湾的高金桂教授亦认为法益具有宪法关联性、文化关联性和伦理关联性,而不能仅从规范和司法的角度去理解。



可能成为刑法保护的法益,而在利益冲突中,也须由利益衡量及全面性之整体的价值判断后,方可决定何者具有刑法保护的优先性。构成要件本身是有利益导向的,涵盖了很多利益关联性的元素,而“容许风险”作为一个构成要件排除事由,它本身就是一个在发生利益冲突时进行利益衡量的结果。此概念的提出旨在主张,某些行为在特定条件下,即使构成法益侵害,也是被容许的,其理由在于此等行为具有高度的社会利益或实用性,因而其中所带的危险我们不得不去容忍。<sup>[38]</sup>这便是“风险—利益衡量”这一思路之根基。其次,违反注意义务并非能和“制造不容许的风险”相等同,因为在具体场合违反注意义务并非绝对意味着行为对法益会造成紧迫威胁,如在荒漠上极速飙车并未对公共安全造成危险。因此,违反注意义务也只能作为判断“不容许风险”的辅助标准,违反注意义务并非一定制造了不容许的风险,但反过来制造了不容许的风险原则上却意味着违反了注意义务。

但这仅仅是行为人视角下判断“容许风险”的方法。“基于合意的他者危险化”场合下,被害人与行为人形成一个互动的关系体,被害人的介入行为会对“风险容许与否”造成影响。正如黄荣坚教授所说,被害人自主利益强化了容许风险,因为在维护人性尊严的理念下,尊重被害人的自主利益本身就是一种高度利益,行为人的行为即使可能造成被害人其他利益侵害,其容许风险限度也被大幅度地提高。<sup>[39]</sup>对此王骏博士也指出,“在被害人自陷风险时,如果行为人的行为助益的是被害人意图实现的除危害结果外的目的,那么他们之间也是一种‘合作’关系,既无损于被害人的利益,也无损于他人的利益。既然如此,处罚行为人不但不助于保护被害人的利益,还与被害人的自主愿望产生了抵触”<sup>[40]</sup>。因此,判断“容许风险”的方法建构需要被害人教义学原理的运用,具体表现为:

(1) 分别来看,当风险越大时,越不值得被害人与行为人去共同冒险。当风险很高时,被害人如果执意要加入行为人所创设的危险,若行为人本身没有额外地违反义务升高风险,则不能认为其“制造了法所不容许的风险”,因为高风险实现为结果的可能性很大,行为人并非有能力避免危害结果的发生。当利益越大时,越值得被害人去冒险,其(向着好的方向追求的)自主利益应当受到尊重,即使发生了实害结果,行为人也由于帮助被害人实现自我提升的目标而“制造了容许的风险”。

(2) 合并来看,被害人自主利益强化了容许风险(但行为人事先须认识到这种自主利益的存在)。如果单看行为人的行为,则其“容许限度”应仅以“行政规则”等客观注意义务为标准划定,但被害人“自由决定”实现其自主利益——表明其有能力在世界中自我提升——则大大强化了行为人容许风险的限度,使得行为人原本超越容许风险的行为,这时却是被“法所容许”的。但应否定的是,被害人任意损害自己生命、重大健康利益的行为(自杀、自伤)不能认为代表了其“自主利益”,因为凌驾于生命、重大健康法益之上的自主利益不能为社会一般价值所认同,更不能为法秩序所认同。

(3) 另外,客观上“不容许的风险”并不全然与主观不法要件无关,与行为人的故意或过失无关。对此林钰雄教授指出,“行为人主观上的特殊认知,是认定其有制造并实现危险因而予以客观归责之依据。由此可知,人之行为始终是由主观和客观交织而成,而客观归责亦具主观要素”<sup>[41]</sup>。因此,探讨主观不法要件上的“优势认知”问题,在被害人与行为人互动型犯罪的客观归责中也是

[38] 参见高金桂:《利益衡量与刑法之犯罪判断》,台北元照出版有限公司2003年版,第69~139页。

[39] 见前注[24],黄荣坚书,第194、202、212页。

[40] 王骏:《论被害人的自陷风险——以诈骗罪为中心》,载《中国法学》2014年第5期。

[41] 林钰雄:《新刑法总则》,中国人民大学出版社2009年版,第136页。

必不可少的。“优势认知”中的“认知”是主观的，而“优势”则是客观的，有什么样的“认知”取决于“优势”有多大。例如医生的专业优势可以决定其比一般人拥有特殊的对医疗风险的认知；专业司机的驾驶技能决定了其比一般人拥有特殊的对道路风险的认知。基于此，在主观不法领域产生了“优势认知”原则：受害人对风险的认识不如行为人对风险的认识时，受害人就不会是自我答责地行事。对于行为人而言，被害人的自主选择性必须基于相当充分之资讯而选择。如果事实上存在被害人所不知之重大风险，则自主利益之意义即显著或绝对地降低，行为人就会“创设法所不容许的风险”，且会在一个行为人能够完全驾驭，而被害人却只能处于被支配地位的过程中“实现法所不容许的风险”，行为人无权主张被害人自我答责。<sup>[42]</sup> 但要注意的是，“优势认知”原则并不绝对：当被害人本身在相关领域拥有足够的认识时，在客观上就会阻止行为人的风险管辖，而不管行为人的认识是否要比受害人的认识更多、更少还是两者相同；而当行为人同样对风险没有什么认识，或者他具备比受害人更少的认识，换言之，行为人在认知上并不具有优势时，也绝不意味着，就成立被害人的自我答责。<sup>[43]</sup>

通过以上主观和客观方面要件的分析，就可以确定行为人是否制造了“法不容许的风险”，而相反的情况自然是，行为人制造了“法所容许的风险”，那么应当排除行为人的不法。

#### （二）“实现法所不容许的风险”：结果归责

如果确定行为人制造了“法不容许的风险”，那么接下来就要检验这一“法不容许的风险”是否实现。在“基于合意的他者危险化”场合，被害人与行为人形成一个危险共同体，于是确定结果归责不仅要看行为人制造风险的行为是否一直在对危险实现过程发挥原因力，而且要根据个案考虑被害人的加入行为是否会根本上改变这一过程。“基于合意的他者危险化”本身是一个事实意义上的分类，在自然因果链的层面上行为人的行为无疑是结果发生的原因力；而归责是在归因基础上的价值评判，不但要确定自然因果关系，还要在规范上评价行为人的制造风险行为是否在与被害人加入行为的互动中对结果的发生负责。对此何庆仁博士指出，因果自然力意义上的支配只是一种对事实的单纯记述，归属意义上的支配才涉及正犯的责任基础。因此，问题在于谁该对不必要的损害经过负责，而不是谁设定了一个原因力，这需要一个价值判断的规范过程。<sup>[44]</sup>

针对这一问题，有相当多的学者尝试从共犯论的角度予以解答。他们认为，在“基于合意的他者危险化”场合，被害人与行为人之间的关系往往表现为：被害人参与了行为人的风险制造行为；或者被害人与行为人一同制造并实现风险；还有行为人制造风险，但风险由被害人的行为实现这几种情况。这便涉及犯罪参与的问题：在这种互动型的危险化行为中，则需要明确“谁的行为直接造成实害结果（正犯），谁的行为通过他人的行为造成实害结果（共犯）”。<sup>[45]</sup> 在（本文所限定的）过失犯的场合，如果被害人是正犯，而他的行为因为追求自主利益提升变得缺乏需罚性，或者其侵害自我利益之行为本身阻却违法性，则参与他人过失但并不可罚的危险化行为当然也是不可罚的。假若行为人是正犯，那么归责于他的条件应是：行为人的过失实行行为支配了风险实现的过程，并导致了实害结果。这是根据区分制下的限制的正犯论所寻找到的归责的思路，但在我国语境下不能完全获得立法上的支持。我国《刑法》第25条第2款规定，二人以上共同过失犯罪，不以共同犯罪论处；应当负刑事责任的，按照他们所犯的罪分别处罚。因此，在“基于合意的他者危险化”场

[42] 见前注[24]，黄荣坚书，第213页。

[43] Urs Kindhäuser, Fn. [12], S. 105.

[44] 参见何庆仁：《义务犯研究》，中国人民大学出版社2010年版，第74~75页。

[45] 张明楷：《刑法学中危险接受的法理》，载《法学研究》2012年第5期，第179页。

合,不能以论证被害人是自我危害的“正犯”不可罚,而得出行为人作为帮助的“共犯”同样不可罚为解决问题的路径,而应当按照被害人、行为人各自的行为分别确定他们是否要为实害结果负责。

刑法的问题需要做出规范化的诠释。“基于合意的他者危险化”这一概念是事实描述性的,由于缺乏规范论的视角,很多学者对于这一场合下的归责思考多少陷入了自然因果论的泥潭。康德在《纯粹理性批判》中指出:“根据自然进程所发生了的东西以及根据自然进程的各种经验事由不可避免地必须发生的,在一种完全不同于自然秩序的调整和秩序中,也许都是不应该发生的。”<sup>[46]</sup>在“不容许的风险”是否实现了的问题上,不能仅仅根据自然意义上的条件说认为如果不是行为人制造了法所不容许的风险,则实害结果就不会发生,因此两者之间具有刑法上的因果关系。而此问题的内在真实在于,自然流程或曰事件经过是否典型,以至于在规范上可以被评价为对结果的发生产生构成要件性影响的事实。高桥则夫教授认为,实行行为因为是为了确证行为规范违反的,所以是一种事前判断,而介入因素判断因为是为了制裁规范而发动的,所以是一种事后判断。按照这一规范论见解,显然“实现法所不容许的风险”问题是进行事后判断的问题,需要考虑被害人的介入因素。<sup>[47]</sup>根据客观归责理论中“实现法不容许的风险”的检验规则,行为人“制造不容许风险”的行为若直接导致了危险结果的实现,一般会认为其结果归责成立,但以下排除情形会阻却这一归责:

第一,虽然行为与结果具有事实上的因果关联,但如果因果流程反常,结果的发生成为一种偶然和意外,则行为人并未“实现法不容许的风险”。根据这一规则,在“基于合意的他者危险化”场合,需要考虑两种具体排除情形:一是行为人的风险实现行为被加入行为切断了其与结果的联系,以至于因果流程反常,结果并不是由制造风险的行为导致的,而是偶然发生,或者是由于被害人的加入行为直接导致;二是行为人虽然在制造了“法不容许的风险”后,又在事实层面上将这一风险现实化为了结果,但这一过程不可避免,也即行为人履行了充分的注意义务也不能阻止结果的发生,那么这一义务就是无效的义务,结果也不能归属于行为人的行为。从正面来说,行为如果明显升高风险,则几乎可以肯定因果流程的正常性:如果是行为人违反了注意义务并且超越了“容许风险”实施危险化行为,那么就应当对这一事态“如何发展”成为实害结果的过程进行规范评价,看看是否具有类型性。但若存在了被害人介入的凌驾于行为人所创风险之上的风险,或者被害人的行为中断了行为人的行为与结果之间的规范联系,则行为人很难说要对结果负责;而若行为人未违反注意义务或者不存在结果回避可能性,反而是被害人操纵了“风险实现”的,即使风险由行为人创设,结果也不能归属于行为人,而应由被害人自我答责。另外,从被害人教义学的角度来看,被害人“对危险本身的接受或同意”是其追求自主利益的表现,在认识到该利益追求所蕴含的危险时仍然予以追求,则是自愿承担风险。相应的,若要追究行为人的责任,就必须存在行为人创出超越该风险限度的危险。

第二,虽然结果发生了,但不在注意规范的保护目的范围之内,则一样会排除对行为人的归责。注意规范的保护目的,是指结果的发生必须是行为人所违背的规范所要排斥的风险的实现,否则所发生的结果对于行为人而言,仍属不可归责。<sup>[48]</sup>如在“超速行驶案”中,发生乘客死亡的结

<sup>[46]</sup> Immanuel Kant, Werke in sechs Bänden, herausgegeben von Wilhelm Weischedel, Band II, S. 500. 转引自前注[29],冯军书,第39页。

<sup>[47]</sup> 参见[日]高桥则夫:《规范论与刑法解释论》,戴波、李世阳译,中国人民大学出版社2011年版,第94页。

<sup>[48]</sup> 于改之:《刑法中的客观归责理论》,载《法律科学》2007年第3期。

果是司机驾车本就应该避免的。交通规则这一规范的保护目的是排斥驾车人因过失行为导致他人死伤的结果发生,因此由司机的超速驾驶行为所导致的乘客死亡结果就是处于注意规范的保护目的范围内的,结果归责成立。反之,在“梅梅尔河案”中,是由于外在的暴风雨天气导致了翻船事故的发生和乘客死亡的结果,这已经超越了注意规范的保护目的范围,因为针对摆渡工的注意规范排斥其因自己不当的行为导致乘客死亡,却不能排斥由于外来的危险所导致的危害结果。

### (三) 构成要件效力范围：一个无须检验的规则

按照 Roxin 的客观归责论理论,即使行为人制造并实现了“法所不容许的风险”,也有可能在这个案中因为结果发生于构成要件的射程之外——也即构成要件规范的保护目的决定了其不会去阻止结果的发生——而阻却行为的不法性。Roxin 认为其所列举的参与他人故意的自危、同意他人造成危险、第三人责任范围的例子中行为人都因此而排除构成要件符合性。这一看似合理的结论值得质疑。毋宁说,构成要件效力范围这一检验规则并不与“制造法不容许的风险”“实现法不容许的风险”这两个递进规则具有递进关系,只是在极少数案件中会使用到。笔者就对这一规则的检验在“基于合意的他者危险化”场合下是否有必要性提出质疑:在参与他人故意的自危、第三人责任范围的场合,行为人的行为和危害结果虽然具有一定的因果关系,但行为人的行为都并非是对结果产生法意义上重大影响的行为。前者是由于被害人排他性支配的“自己危险化”过程导致结果发生,而后者则是因为行为人和被害人之外的第三人创设了对结果最重要的原因力,并可以在法规范上评价为“创设并实现了法不容许的风险”。因此两者共同之处在于,要考虑是否能将危害结果归属于本对结果无规范意义上重大影响的行为人的行为。但在“基于合意的他者危险化”场合下,这种共同性便不存在了,因为事实描述上行为人是“危险”的制造者和实行者,一旦认定行为人“制造并实现了法不容许的风险”,则这一结果即为禁止行为人实行犯罪的规范射程之内的,行为与结果不存在“分离”的问题(前两者的情形中考虑的是行为人要不要为被害人自己的行为所造成的结果或者第三人的行为所造成的结果负责的问题,因此出现“分离”)。因此,这一规则在该场合的归责问题中不需要进行检验。当然,也就不能如 Roxin 教授一样,以“同意他人造成危险”属于构成要件射程之外,而将其作为排除行为人行为不法的规则。

### (四) 小结：尝试提出具体路径

综上所述,笔者拟提出“基于合意的他者危险化”场合的归责路径:

第一步:首先应判断行为人是否创设了“(法)所不容许的风险”。在自然界本身存在着较高风险(如恶劣的天气)时,不能认为是“行为人创设了风险”,而顶多也只是利用了风险。接着,对“(法)不容许的风险”,应以上文中笔者得出的认定“(法)所不容许的风险”的综合判断方法认定之:简单来说,当被害人自主利益很大,而风险较小时,应认为刑法要尊重被害人的自主利益,而对行为人帮助被害人实现自主利益的行为,也不能够认定为“创设了不容许的风险”,从而阻却不法;但被害人任意损害自己的生命、重大健康法益的行为,则不能认为代表“自主利益”。对于行为人是否“创设了不容许的风险”,则要结合行政规则等客观注意义务,同时看被害人的行为是否强化了容许风险的限度,以此为判定的思路。同时,要注意“优势认知”问题。如果行为人或被害人一方中,存在明显优于对方的“主观认知”,例如医生相较于病人的医疗知识优势、教练相较于学员的驾驶技术优势,但行为时并未让弱势一方认识到这一“优势认知”所隐含的危险,也即弱势一方自己并未拥有对危险足够的认识和掌握能力,则应认为优势一方违背特殊的注意义务,而“制造了不容许的风险”。

第二步:行为人的行为若符合上述第一个条件,接下来则要认定行为人是否“实现了(法)不容许的风险”。简单来说,行为人制造的“法所不容许的风险”在实现为实害结果的过程中,表现出了一种构成要件的类型性(典型)特征,并未因被害人的介入行为切断其与实害结果之间存在的法意

义上的重大联系。在我国现行刑法对共同犯罪的定义下,过失正犯的行为才会受到刑法的处罚,共同过失犯罪中也应分别对参与者单个处罚。因此,若行为人的行为在“被害人同意的危险之外”有超越风险的行为,则应肯定结果归责。而在以下情况,行为人则“未实现(法)不容许的风险”:

1. 因果流程并未在行为人的事实支配下正常地进行下去,而是因被害人的加入行为发生重大改变,行为人的过失行为支配力并未一直在危险实现过程中发挥重要作用力。2. 被害人的介入行为提升了“容许风险”限度,行为人实现危险的行为未超越升高后的限度。这种情况下,虽然行为人实现了风险,但是被害人为追求自主利益的介入行为增强了容许风险的限度,因此行为人若没有超越限度的违反注意义务的行为,则并未实现“不容许的风险”。或者即使说,行为人的行为超越了风险限度,并且与结果具有因果关系,但违反义务的行为并未提高结果发生的危险,也不能认为是“实现了法不容许的风险”。3. 结果的发生并不在规范保护目的范围内的,否定结果归责。

第三步:如果行为人的行为根据前两步的规则排除了不法性,则还要看被害人是否应自我答责。关于自我答责的成立条件,笔者在上文第二部分已做了总结,此处不再赘述。

#### (五) 初始案例的再审视

至此,由看似简单的案例所引发的复杂思考有了一个初步的结论,于是笔者再用这个结论来对几个案例做重新的审视。

在案例一中,根据第一步规则,要看摆渡工是否“制造了不容许的风险”。摆渡工事实上“创设了风险”,但这种风险并非他的违反注意义务的行为所创设,而是他身处在本已存在的(恶劣的天气)危险之中,很难说这是创设了“不容许的风险”。并且,乘客执意地要求摆渡工载他过河,对“摆渡工的危险化”表示同意,其对自主利益的追求强化了“容许风险的限度”。因此,如果认为摆渡工“创设了不容许的风险”,则应有他超越容许限度(违反其他注意义务)的行为事实,但本案中摆渡工并未违反其他注意义务,因此,他并未创设“法所不容许的风险”。张明楷教授认为,船工对于渡河具有优越的知识,也负有使乘客安全渡河的义务……不能否认船工的行为符合过失致人死亡罪的构成要件。笔者对此并不认同,因为船工虽然有相比于乘客“优越的知识”,但是乘客对“危险的认识”与船工并无很大差异,可以说他们对信息的掌握是足够的,所以船工的“优势认知”在这样恶劣的天气(很大的风险下)并非是其能够操控渡河的整个过程的决定性因素,因此,并非船工的“优势认知”及其过失行为支配了死亡结果的发生;“使乘客安全渡河的义务”虽是一种作为形式的义务,但只有摆渡工违反这一义务而不去救助被害人,导致伤亡结果的,才会追究他不作为故意杀人罪的责任。反倒是,被害人自我决定地加入了一个风险,借由他人的行为实现了“任意、行为和结果”的统一体,对损害结果应自我答责。

案例二与案例一的事实相类似:同样是乘客为追求自主利益,而要求运输人员冒险运送自己,在风险都很大的情况下,运输人员的行为将危险实现为了损害结果。但案例二中,危险并非一开始就已经存在,并未完全被乘客认识到,在此情形下虽然乘客的强迫提升了容许风险的限度,但司机的行为却明显超越了风险限度,违反了额外的注意义务超速行驶(这种超速并非被害人所真正预想的),其危险升高行为规范上支配了整个事件的流程,将危险现实化为了实害结果,根据规则的第一步和第二步,司机不仅“制造了法所不容许的风险”,且“实现了法所不容许的风险”,那么司机就应当为这个结果负责。<sup>[49]</sup>

[49] 在这里我们不考虑我国刑法上的交通肇事罪,而只考虑能否让司机对强迫其超速的乘客的死亡结果负过失致人死亡的刑事责任。否则涉及威胁公共安全法益的行为不能被“接受”的问题,则无讨论“基于合意的他者危险化”的必要。

对案例三来说,根据规则第一步,此案中被告人创设了“(法)不容许的风险”:首先,被告人未经许可盖了有火灾危险的顶楼,虽然这种危险并非具体而是抽象的,没有事实表明这种危险实现化为结果的可能性很大,且对于被害人来说,如果要衡量风险和利益大小的话,虽然住在顶楼有发生火灾不能逃生的危险,但火灾的发生频率并未多到值得被害人牺牲自己居住利益的地步。但被害人追求自主利益并不积极,因为那是在任意地损害自己身体和生命法益,即使认为火灾发生频率不高,但出于对客观危险的认识和房主的事先告知,也不能贸然就自陷风险。因此并不存在被害人自主利益强化容许风险的问题,被告人“制造了法不容许的风险”。而根据规则第二步,在危险实现的过程中,被告人所创设的危险在规范上也一直在对结果的发生发挥支配作用。于是“实现法不容许的风险”也被肯定,结果应当归属于行为人。当然,若本案是一起人为的火灾案,除了被告人外也应该由(故意或过失)导致火灾的行为人对房客的死亡结果负责。

案例四则透露出一种(被害人对被告人进行意思控制的)“间接正犯”的意味。虽然整个练习赛车过程中,是被告人在掌握着方向盘,但实际上他并无“支配”赛车的运动过程,因为自始至终都是被害人在指导被告人以一种他不熟悉的驾驶方式驾驶赛车。根据规则第一步,被告人的确制造了“法所不容许的风险”,因为其是在一种可以预见会产生危害结果的不熟悉方式下开车,但根据规则的第二步,行为人的结果归责就要被否定了,因为被害人相较于被告人来说有明显的“优势认知”,他完全有(专业)能力控制赛车的运行方向和速度,而被告人却无法掌控因果流程的进行,因果流程的进一步发展完全偏离了被告人设想的轨迹,而这一偏离正是归咎于被害人对该流程的控制和支配,所以行为人的结果归责也被否定。那么根据规则第三步,被害人“自我决定”地加入了被告人的赛车过程,规范上创设了一个“任意—行为—结果”的统一体,将危险实现为了结果,并完全纳入自己的支配领域内,对于实害结果应当自我答责。

## 五、中国语境下的归责：路径的本土化运用

“他山之石,可以攻玉。”德日刑法学中的优秀品种一样可以在我国的土壤上经过本土化的培育和适应,开花结果,特别是上文中主要讨论的客观归责理论和被害人教义学理论,早已经在中国的司法实践当中被作为思考方法无形中运用于疑难案件的处理上。周光权教授就指出,我国司法实务界传统的做法是,要么将客观归责判断转换为对犯罪过失的认定,即将原本应该优先判断的结果归属问题置于一边,而优先判断预见可能性是否存在;要么运用条件说(偶然因果关系说)将复杂问题简单化,简化处理客观归责问题——从而使得原本应运用结果归属原理来进行价值评判的问题变成了主观归责、事实判断等问题。这无疑在方法论上值得诟病。然而当今的司法实践中,已经有相当的法官在处理涉及归责问题的案件时,在运用因果关系的条件说之后,还会进行客观可归责性的检验。不同于德国法院的做法仅仅是,实务的特色是将归责的规范判断和条件关系的事实判断融合在一起进行考虑。<sup>[50]</sup>而在被害人教义学理论的运用方面,司法实践中也出现了在正当防卫认定中,判定挑拨防卫人也拥有正当防卫权,只是防卫限度大幅度下降;也有案例认定不法侵害人因在与防卫人的搏斗中不顾一切地逃跑,咎由自取以至于需要为自己的伤亡结果自我答责。<sup>[51]</sup>这些思考方法的实践运用对于我国实务工作者在分析案件时,区分归因与归责、区别事实判断与规范评价大

[50] 周光权:《客观归责方法论的中国实践》,载《法学家》2013年第6期。

[51] 有关此类典型案例,参见中华人民共和国最高人民法院第一、二、三、四、五庭主办:《刑事审判参考》总第51集,第1页以下。

有裨益,有助于一些疑难案件在正确的方法论指导下获得相对合理的处理结论。

而这些思考方法的引入也直接影响了本文所提出的综合的归责路径在我国的本土化运用。“基于合意的他者危险化”场合在我国司法实践当中亦不鲜见,在文章初始所提出的四个案例中的情形在我国也时有出现,但由于缺乏归责理论的指导,类似案件处理的结论并不能为人所信服。例如2005年发生的“田玉富被判过失致人死亡案”当中,被告人田玉富为使其妻逃避某种手术,而对工作人员谎称其妻要到三楼厕所洗澡。骗取工作人员信任后,在厕所里,被告人田玉富用事先准备好的尼龙绳系在其妻胸前,企图用绳子将其妻从厕所窗户吊下去逃跑,但期间绳子断裂,致使其妻康滕青从三楼摔下后当场死亡。湖南省麻阳苗族自治县法院经审理认为,被告人田玉富用绳子将妻子捆住从高楼吊下致死,其应当预见自己的行为会造成严重后果而没有预见,致其妻死亡,其行为构成过失致人死亡罪,据此判处有期徒刑3年,缓刑3年。宣判后,被告人未提出上诉,公诉机关也未抗诉。<sup>[52]</sup>此案明显是避开了客观归属问题,而将到底应归责于被告人还是被害人的问题率先转换为了被告人的主观过失问题,在方法论上为笔者所否定。这是一起典型的“基于合意的他者危险化”类型的案件,事实上被告人田玉富与妻子康滕青达成了为一个为逃避某种手术(实际上是剥夺生育权的计生手术,并非是人性的)的“合意”,“合意”的内容即是到住院部三楼,通过两人的合作,用绳子冒险将妻子放下去,使妻子逃离“是非之地”。其后田玉富给妻子系绳索、将妻子放下窗户的行为客观上的确违背了“不得给他人生命造成损害”的注意义务,是“制造法不容许的风险”行为,而在危险实现过程中,看似也一直是由田玉富掌握着绳索的放与不放,事实层面的支配也成立。从主观层面来看,田玉富的确也应该预见到其用绳子将妻子放下三楼的行为可能会造成妻子摔下去、造成妻子死亡的实害结果,认定过失也并非不可。但如果运用笔者提出的综合的归责理论来判定此案,则会得出迥然不同但更为合理的结论。

根据归责路径的第一步,田玉富为了妻子逃避节育手术而与其达成“合意”,帮助妻子实现追求生育目的的自主利益,虽然看似是强化了容许风险,而使得其行为本身所蕴含的风险没有超越之,但是妻子的生育权相对于她自己的生命权来说则没那么重要了,田玉富也应当认识到这一点,从而不能帮助妻子去损害她的生命法益。田玉富违反注意义务的行为无疑“制造了法不容许的风险”。而根据归责路径的第二步,田玉富实现危险的因果流程却不能说是由其进行排他性支配的,因为绳子放下后,可能发生的结果就会因外界因素和妻子本身因素而不同,例如这时妻子康滕青只要说停止放下绳子,那么危险就可能避免实现为结果。毋宁说,田玉富并未升高已经制造出的风险,而是妻子康滕青执意要求逃离的行为在规范上对结果的发生产生着持续的作用力,并且管辖着风险。田玉富虽然制造了“法不容许的风险”,但却不能认为其实现了“法不容许的风险”,结果归责被否定。那么根据规则的第三步,被害人康滕青的行为不是自杀或自伤的行为,而是作为一个成年人较为理性的行为,而且并不存在被告人田玉富欺骗、强迫康滕青的行为,康滕青自己也对可能产生的危险有充分的认知。在这种情况下她仍然决定冒险,结果发生了自己死亡的后果,属于创设出了一个“任意一行为—结果”的统一体,应当自我答责。综上,本案中应认定田玉富无罪。

(责任编辑:林喜芬)

[52] 参见湖南省麻阳苗族自治县人民法院(2005)麻刑初字第111号判决书。