

被害人自我答责与过失犯

马卫军

摘要 过失犯的核心是注意义务的违反。但是，在某些场合，对注意义务的认定存在一些问题。扩张的正犯概念和二元的正犯概念不能说明过失犯的注意义务。而采取限制的正犯概念，以“客观的（形式的）注意义务违反”来区分过失犯，其结论有时与扩张的正犯概念所得出的结论并无二致，有扩张注意义务的弊端。立足于被害人自我答责理论，实质性地判断过失犯中的注意义务，是解决问题的有效路径之一。

关键词 过失犯 被害人自我答责 注意义务 实质性判断

作者马卫军，法学博士，宁夏大学政法学院讲师。

一、问题所在

法律要求任何人对基于自己的自觉自愿而导致发生在自己“私”领域的侵害，都自我负责。这在刑法领域中，就表现为自我答责理论。自我答责理论的基本考虑方法是，社会中每个人都有自己的角色分配，每个人都有自己的管辖领域，对自己管辖领域内的事情，由其个人自负其责。这种自我答责性的思考，改变了传统刑法学所认为的“只要行为人在有刑事责任能力的情况下，而故意或过失实施侵害法益的行为，发生法益侵害的结果，并且该行为与结果之间有因果关系的场合，行为人就应当对法益侵害结果负责”，而是认为特定的人应当为“结果的不发生”负责。^①也就是说，自我答责的思想，关注的重点并不在于单纯地发生了什么结果，对结果发生预见的难易程度，是否有预见可能，^②重要的是特定的人应当为结果的不发生负责。

被害人自我答责理论表明：社会和法并非在所有场合对其组成人员的安全，都如同家长般予以保护，相反，在一定的场合，如果是有答责能力的人，就要自我承担最低限度的责任。明显地，这是一种“自由主义”与“自己责任”的考虑方法。自然的理论延伸就是，在有答责能力的人单独

* 本文系宁夏大学2012年引进人才科研项目“刑法问题的规范化研究”（项目编号：BQD2012018）的研究成果。

① 参见冯军：《刑法中的自我答责》，《中国法学》2006年第3期，第93页。

② 当然，说重点不在于单纯地发生了什么结果，对结果发生预见的难易程度，是否有预见可能这些物理性的因素，并不意味着舍弃这些因素，只是说，关注的重点不在此。

或者与他人一起对自己能够答责的法益进行侵害或危殆化的场合，因为被害人的行为被评价为正犯性的，既然正犯性的行为不是不法行为，那么，就不存在共同的正犯行为。根据从属性原理的思考方法，由于没有正犯行为，因此，除非刑法分则对某种共犯性的行为单独规定为犯罪，否则，共犯性的行为就由于没有从属的根据，从而也就排除他人的答责。这是交织了限制的正犯概念与共犯的二元参与体系概念的一种思考方式。

毋庸置疑，在故意犯的场合，被害人自我答责理论的适用，能够为公众所接受。但是，在过失犯领域，是否能够必然得出这样的结论，则存在疑问。因为过失犯的核心是注意义务之违反。而且，过失犯系行为人应注意、能注意而不注意，或虽预见犯罪构成事实，但确信其不发生而犯罪之构成事实仍然发生，因此过失犯多为结果犯。^③ 不同于以限制的正犯概念的二元参与体系为基础的故意犯，过失犯中，众所周知，是以扩张的正犯概念和目的行为论为基础的正犯概念，这样，无论以条件说还是相当因果关系为前提，都会导出对结果具有因果关系的人为过失犯的结论。^④ 如此一来，在存在过失的场合下，被害人自我答责与过失犯究竟处于怎样的关系？是否当然如同故意犯那样，影响行为人的不法？抑或根本对行为人的不法没有任何影响？如果影响，理由何在？如果不影响，又为何为据？以下，本文结合设计的案例，试图论证在过失犯的场合，也应当适用限制的正犯概念，并对适用被害人自我答责理论来实质性地判断过失犯的注意义务的方法进行初步探讨。

案例1：甲明知络腮胡须的乙笨拙异常，在刮脸时经常出岔，搞得自己满脸是血。某日出差，乙未带剃须刀，便向惯常用手动剃须刀的甲借用剃须刀。甲顺手递给乙一个非常老钝的刀片。乙在刮脸时，不小心将自己的脸刮破，后经治疗痊愈。经鉴定，乙的伤为重伤。^⑤

案例2：A有一脱粒机，在脱粒时叶片有时会飞出伤人。某日，不知情的B向A借用该机。A当时因忙于其它事务，忘记了向B交代机器的缺陷，当猛然想起，急急赶到B家，发现B已经为叶片所伤，后B经治疗痊愈。经鉴定，B的伤为重伤。

二、几种正犯概念下的案例结论及问题点

（一）几种正犯概念

1. 限制的正犯概念。限制的正犯概念是指正犯是“实施”犯罪之人。正犯只能是自己实施了构成要件该当行为之人，而那些通过非构成要件该当的行为对结果的产生起一定原因作用之人，不能成立正犯。限制的正犯概念是与客观的共犯理论联系在一起的。^⑥ 为了处罚教唆、帮助之人，于

^③ 参见廖正豪：《过失犯论》，三民书局1993年版，第137页。

^④ 参见〔日〕松宫孝明：《过失犯论的现代课题》，成文堂2004年版，第247页。

^⑤ 本设例参考了日本学者的设例，但为了与我国刑法规定相契合，本文做了一定程度的加工和改编。日本学者的设例，参见〔日〕松宫孝明：《被害者的自我答责性与过失犯》，载《渡部保夫先生古稀祝贺文集》，日本评论社2000年版，第524页。

^⑥ 参见〔德〕汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书（总论）》，徐久生译，中国法制出版社2001年版，第781～782页。

是就有了刑罚扩张事由，但是，教唆犯、帮助犯的处罚并非其自身的违法性，而是从属于正犯的违法性。与限制的正犯概念对应的共犯体系是二元参与体系。

2. 扩张的正犯概念。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自不必说，教唆犯和帮助犯也是正犯。扩张的正犯概念是与主观的共犯理论联系在一起的。^⑦ 显然，在这种场合，教唆犯、帮助犯的处罚是基于其自身的违法性，而不从属于正犯的违法性。这样，构成要件的功能就只具有量刑上的意义。与扩张的正犯概念对应的共犯体系是单一正犯体系。

3. 统一的正犯概念。统一的正犯概念也立足于条件说，认为对构成要件实现起到原因作用的共犯均为正犯，而不考虑其共同影响的意义如何。^⑧ 该问题对于量刑具有意义，在现行法上，至少有关于故意犯的教唆、帮助的规定，而没有规定与正犯同样的处罚范围和法定刑，因此，该见解属于立法论，^⑨ 与解释学上的区分共犯理论无关，该问题仅仅依据共犯的个人责任来回答。这一观点为刑事现代学派、“意志刑法”所推崇，使得仅仅依据行为人的个性科处刑罚成为可能。^⑩ 显然，这种考虑方式，与以条件说为基础的扩张的正犯概念的考虑方法是一致的。如果贯彻到刑法解释学的话，势必是单一正犯体系。

4. 二元的正犯概念。二元的正犯概念，是指故意犯中采用限缩的正犯概念，过失犯中采用统一的正犯概念。^⑪

（二）几种正犯概念下案例的结论及问题点

1. 扩张的正犯概念下的结论。由于扩张的正犯概念采取的是条件说，因此，前述案例中甲和A的行为，是最终乙和B受伤的原因，在客观上，与乙刮脸的重伤行为和B使用机器受伤的行为是等价的，因此，甲和A都是正犯行为。考虑甲明知络腮胡须的乙笨拙异常，在刮脸时经常出岔，还借给其老钝的刀片，因此，至少可以得出甲是有注意义务的。而且甲疏于考虑乙的笨拙和老钝的刀片可能会带来伤害，至少存在过失也没有问题。如果甲就是希望笨拙的乙自己刮伤自己，就有故意存在的余地。再来考虑A，无疑，A对自己借出的机器具有的缺陷是清楚的，由此有注意义务就没有问题，但是却疏于向B交代，主观上存在过失的结论应该成立。因此，可以得出甲和A都成立犯罪的结论。

但是，众所周知，条件说由于会扩大处罚范围，故饱受人们的诟病。条件说对此进行了反驳，并用故意、过失、实行行为和因果关系中断说（禁止溯及）进行限定。^⑫ 不过，其一，在实质上如果如此限定的话，已经不再是条件说；其二，由于条件说立足于自然意义上的物理性考察，因此，因果关系只有存在与否的问题，而没有中断与否的问题。

针对条件说的缺陷，相当因果关系说得以产生，该说认为，因果关系的判断，需要根据一般社

^⑦ 参见注⑥，第784-785页。

^⑧ 参见注⑥，第777-778页。

^⑨ 参见注⑤，第527页。

^⑩ 参见注⑥，第778页。

^⑪ 参见注⑤，第527页。

^⑫ 参见张明楷：《刑法学（第4版）》，法律出版社2011年版，第175-176页。

会生活经验，在通常情况下，某种行为会产生某种结果被认为具有相当性的场合，就认为行为与结果之间存在因果关系。对于相当性的判断，有三种学说。主观说认为，应当以行为人认识到的或可能认识到的事实为依据进行判断；客观说认为，应当以行为时一切客观事实作为基础进行判断；折中说认为，应当以一般人能认识到的以及行为人所特别认识到的事实为基础进行判断。折中说在日本曾占支配性的地位，但是，客观说作为有力学说，有逐步取而代之的趋势。^⑬

在介入他人行为的场合，如何判断相当性，日本学者前田雅英教授提出了以下标准：（1）行为人的实行行为所具有的危险性（结果发生力）的大小（广义的相当性）；（2）介入事情的异常性（以及与实行行为之间的连结）的大小；（3）介入事情对结果发生的贡献大小。而不能像通常所考虑的那样，仅判断“在行为时是否有可能预测介入事情”。^⑭ 按照前田教授的观点来判断前述案例的话，基本上与条件说的结论是一致的。首先，如果甲不借给乙剃须刀，如果 A 不借给 B 脱粒机，就不会发生乙和 B 的受伤，因此，条件关系是存在的，并且由于老钝的剃须刀和叶片容易飞出的危险性，行为人是知晓的，则其出借行为不能不说对被害人受伤的行为具有危险，在结果的发生上，无论在一般人还是行为人看来，都具有较大的结果发生力。而使用剃须刀剃须、用脱粒机脱粒，这种介入行为，属于日常的生活行为，并不具有异常性，其对结果发生的贡献属于人们可以预测的范围之内。这样，在客观上，能够得出甲的行为与乙的受伤、A 的行为与 B 的受伤具有相当因果关系。从主观来看，也无法排除甲和 A 的过失，因此，根据相当因果关系说，甲和 A 构成犯罪的结论应该是成立的。

但是，在德国，也存在扩张的正犯概念，否定过失的参与可罚的结论。如 G. Spendel 一面主张“一贯的，正犯论两个正当的出发点是扩张的正犯概念与作为刑法上原因概念的条件概念”；另一方面否定过失的参与可罚，而支持联邦法院关于因疏于管理导致他人用自己手枪自杀事件的无罪判决。G. Spendel 认为，外观上同样的行为样态，根据具体的情况，有时可能是犯行的实行行为，有时可能不过是诱发或促进犯行的行为。向他人交付毒药，接受毒药的人如果用于自杀的话，是对自杀这一不可罚行为的帮助，如果自杀者是精神病的话就是可罚的他杀的正犯。由于正犯与共犯的区别是具体情况具体分析这种相对性判断，故在因果关系的立场上不能区分两者，结果是，正犯与共犯是等价的。因此，应当采取扩张的正犯概念。^⑮ 这样，按照 G. Spendel 的观点，在过失犯中正犯与共犯的区别是有可能的，但是过失犯中的共犯不可罚的理由是，立法上规定了自杀之故意参与的场合是不处罚的，因此，遽论处罚价值相对更低的自杀之过失参与。使生命危殆化场合的过失的参与也自然是不可罚的。

但是，在以自杀之故意参与的场合不处罚为由，得出不处罚价值相对更低的自杀之过失参与的结论之前，因为按照扩张的正犯概念，不能排除自杀之故意参与为不作为故意杀人的正犯和过失致死罪的正犯，所以，必须论证自杀之故意参与即使是不作为的故意杀人或者过失致死的正犯也不被处罚。如此，方能得出“因为过失犯的正犯不处罚，所以作为过失犯的共犯就当然不应当予以处

^⑬ 参见注⑫，第 176—177 页。

^⑭ [日] 前田雅英：《刑法总论讲义（第 5 版）》，东京大学出版会 2011 年版，第 197 页。

^⑮ 参见注⑤，第 533 页。

罚”这样的当然结论。但是，如此一来，就存在难以克服的问题，过失致死罪的正犯不处罚暂且不论，连不作为的故意杀人罪的正犯都不处理，如此，刑法就只处罚故意的作为杀人，这显然是难以让人接受的。这样一来，G. Spendel 的论理过程就必须改变，即自杀参与是“自杀”的参与，其前提是被害者不是“他杀”的正犯这种规范性评价，由于自杀不可罚，因此，故意的参与自杀不可罚。在过失参与自杀的场合，由于“正犯”是自杀者，所以，过失参与自杀也没有“他杀”的正犯这种规范性评价前提，从而过失参与自杀就不可罚。显然，这已经脱逸出了成为扩张的正犯概念的前提，即按照因果关系中的条件说，在刑法价值上所有原因完全等价，所有参与者都是正犯的命题，当然也就不能维持扩张的正犯概念，而是限制的正犯概念的思考方式了。

因此，可以得出结论，按照扩张的正犯概念，前例中甲和 A 成立犯罪的结论就应该是成立的。

2. 二元的正犯概念下的结论。在德国，根据其刑法第 25 条到第 27 条的规定，拒绝统一正犯概念，因此，在刑法解释论上关于共犯体系没有采取单一正犯体系，而是采二元参与体系。但是，这只适用于故意的共犯，在过失犯的场合，有因果关系的共犯的每一种形式都是正犯。^⑩ 因此，根据二元的正犯概念，如果行为人是故意地参与故意正犯行为，就是共犯行为；相反地，如果行为人是过失地参与故意或过失犯行为的话，也是正犯行为。这样，在过失犯的场合，其实就是扩张的正犯概念。因此，根据二元的正犯概念，对过失地参与所得出的结论与前述扩张的正犯概念所得出的结论应当是一致的。

Roxin 教授也认为，根据现行德国刑法的规定，在过失犯罪中，不存在教唆和帮助。过失造成符合行为构成结果的人，也总是过失行为的实行人。当然，在所谓过失参与人的案件事实中，这些过失参与人是作为缺乏客观归责的问题处理的。因此，过失犯中不存在参与的问题。^⑪ 显然，Roxin 教授认为，在过失犯中，统一的正犯概念是妥当的。但是，Roxin 教授主张，过失地参与自杀和过失地参与自我危殆化是不可罚的。因为，德国刑法规定故意参与自杀是不可罚的，作为当然解释的结论，过失地参与自杀也是不可罚的，自然，过失地参与自我危殆化也是不可罚的。但是，由于在过失犯中使用统一的正犯概念，前述对 G. Spendel 理论的批判也可以适用于此。如此，为了否定将故意的自杀参与作为过失的正犯来处罚，Roxin 教授使用了被害人自我答责原理，而在讨论自我危殆化参与中的被害人自我答责时，Roxin 教授进行了递进式的论证，即，“因为自杀是自我答责性的行为，因此，参与行为是不可罚的，由此推出对生命的自我危殆化的参与行为也是不可罚的”。^⑫ 但是，从另一角度来看，自杀场合的被害人的自我答责性显然要高于自我危殆化场合的被害人的自我答责性，因此，这样的连锁论证是不可靠的。毋宁说，是单独考察并得出被害人的自我危殆化行为是正犯性的行为，行为人的（故意或过失）参与行为是共犯性行为的结论后，方得出属于被害人自我答责的结论，如此，结果就是实质上否定了过失犯中扩张的正犯概念和统一的正犯概念具有妥当性，而意味着认可了正犯、共犯的区别，从而采用了限制的正犯概念。

3. 限制的正犯概念下的结论。近年来，在德国，从正面主张对过失犯也使用限制的正犯概念的

^⑩ 参见注⑥，第 778-779 页。

^⑪ 参见〔德〕克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论（第 2 卷）》，王世洲等译，法律出版社 2013 年版，第 10 页。

^⑫ 〔日〕盐谷毅：《被害者的承诺与自己答责性》，法律文化社 2004 年版，第 290 页。

学者逐渐增多。这些人都以“自我答责性”为理由，认为正犯与共犯所违反的行为规范的内容是不同的，并展开了自己的学说。如德国学者 R. Bloy 认为，过失犯的场所，也是以行为的反价值为正犯的特征的，Welzel 主张在过失犯中适用扩张的正犯概念，是纯粹因果性引起说的结果，但是，作为法评价的对象，必须包含主观的侧面和客观的侧面。在过失犯的场所，客观的结果发生预见可能性是过失正犯的特征^①。

但是，这种批评，并未切中要点。实际上，Welzel 主张根据社会相当性来限定过失犯及所有犯罪。社会的不相当性成为 Welzel 无价值判断的内容，这种意义上，即使 Welzel 也认为过失犯不是纯粹因果性的。^② 而从“客观的注意义务违反”来区分过失犯并论证扩张的和统一的正犯概念有问题的想法，也值得商榷。首先，认定案例中的 A 有注意义务几乎没有疑问；其次，对甲而言，也不能排除注意义务。因为甲对乙的笨拙是充分了解的，并且，自己借出的手动剃须刀老钝，乙稍不注意就会受伤，从这个角度来看，甲无疑有结果发生的客观预见可能性乃至客观的注意义务违反，因此，按照 R. Bloy 的观点，甲的行为依然是对客观注意义务的违反，成立过失伤害的正犯当无疑。这种结果，与扩张的正犯概念得出的结论并无二致。但是，从日常生活经验出发，很明显，甲的行为不过是对被害者自损行为的参与，是不可罚的。

三、被害人自我答责理论与案例解答

根据前文，无论采取扩张的正犯概念还是二元的正犯概念，案例中甲和 A 的行为均成立犯罪，而按照限制的正犯概念，从注意义务违反的角度认定过失的正犯，甲和 A 的行为也成立犯罪，所得出的结论与扩张的正犯概念和二元的正犯概念的结论并无差别。当然，A 的行为成立过失伤害罪的结论能够为人们所接受，但是，如果将甲以过失伤害罪甚至故意伤害罪来处罚的话，就可能与人们的规范感觉相悖。因为，从日常生活经验出发，很明显，乙是一种自己不小心的行为，如果被害人小心谨慎，注意剃须的方法以及感觉剃刀太老就自己中止剃须，就不会受伤。因此，处罚甲的话，只不过是因其有借给剃须刀的帮助行为（希望乙刮破自己的脸，当然这种场合，由于乙是具有完全判断和控制自己的行为之人，甲不可能成立间接正犯）或者其有注意义务。但是，出借剃须刀的行为，是显而易见的日常中立行为，不具有刑法上的意义，因此，如果要以故意犯处罚甲的话，只能是因为甲的主观之恶，但是，这明显违背了客观主义刑法观，是不妥当的。而仅以剃刀太老，就认为甲有注意义务，明显有不当扩张注意义务的嫌疑。再者，如果说这种场合甲有注意义务的话，那么，刑法就向大众发出了一个信号，不要轻易借给别人东西，否则可能会受到刑法追究。如此，刑法就过于限制了人们的自由。从社会生活来看，对一个借用剃须刀这样的小小要求都不满足，有些违背人类生活中基本的交往秩序。因此，如果单纯考虑借给他人剃须刀可能会给他人带来伤害，并且会连累自己，与其这样，就不要借给他人剃须刀好了，但这种想法违背基本的生活常识。

^① 参见注④，第 260 页。

^② 参见注⑤，第 537 页。

林东茂教授认为,“刑法的社会功能多样,既拘束自由,也创造自由,既要罪刑均衡,公正报应,也要兼顾个案特殊性,给予不同对待。既要生活经验为基础制定法律与解释法律,又要超出经验之外,作合理的价值判断”。^{②①}而刑法的社会功能是对规范关系或者底线秩序的维护。刑法要在一定程度上尊重常识,尊重人们的生活经验。^{②②}人与人之间的这种诸如借用剃须刀的日常生活交往,符合社会生活最起码的生活常识。在常识主义刑法观看来,对犯罪的认定要慎重,需要考虑公众基于生活经验的规范感觉。^{②③}而刮胡子是再也平常不过的事情,所以,因自己的笨拙而受伤害是被害人自己自作自受这样的考虑的确是常识性的。如此,以行为人犯过失伤害罪为由追究其刑事责任,无法让人接受。

前述案例,如果要先看结论的话,应该说A成立犯罪几乎没有疑问,但是对甲成立犯罪,不能得到赞成。明显地,无论采取扩张的正犯概念还是二元的正犯概念,都不能对此予以说明,因此,这两个概念为本文所取。因此,在犯罪参与上,应当采取限制的正犯概念。但是,根据限制的正犯概念,从过失犯中的注意义务出发,得出的结论又是不能为人接受的。如此,问题该如何解决?

按照限制的正犯概念,根据二元共犯参与体系,除非将案例中甲借出剃须刀的行为认为是自伤行为的参与,而在刑法分则没有规定自伤行为参与成立独立的犯罪的情况下,依据共犯从属性原理,就能得出行为人无罪的结论。这种思路,一方面坚持了二元参与体系,另一方面,也实质性地判断了过失犯中的注意义务,在方法上值得肯定。而这种思路,通过被害人自我答责理论能够得到有效说明。

(一) 被害人自我答责理论的思考方法

传统刑法学认为,只要行为人在有刑事责任能力的情况下,而故意或过失实施侵害法益的行为,发生法益侵害的结果,并且该行为与结果之间有因果关系,行为人就应当对法益侵害结果负责。但是,作为刑事归责之基本原理的自我答责理论的关注重点并不在于此。在自我答责理论看来,决定性的并不是行为人的故意或过失心理态度,也不是特定行为与结果之间的物理意义上的因果关系,重要的是行为人是否应当对损害结果的不发生负责。^{②④}

之所以如此思考,是源于自由主义对自我决定的自由及其实现的尊重。而之所以尊重被害人的这种自我决定权,是因为正义观念的基本内核是社会的每一个公民享有自由权利的平等性,并不得被剥夺。自由只有为了自由本身才能被限制。^{②⑤}而法不是外在的统治,其目的也不是束缚人的自由,法是存在中的自由本身,客观精神的存在形式。意志是法的基础,而意志又是自由的。^{②⑥}因此,当一个主体有能力自我决定进行有价值的行为,却却不作决定的场合,他就应该对由此而产生的损害后果负责。从而,在刑法领域内,被害人之所以要自我答责,就是其不选择自我决定,而在自己的

^{②①} 林东茂:《一个知识论上的刑法学思考》,五南图书出版股份有限公司2001年版,第15页。

^{②②} 参见周光权:《论常识主义刑法观》,《法制与社会发展》2011年第1期,第86页。

^{②③} 参见注②,第91页。

^{②④} 参见注①,第93页。

^{②⑤} 参见[美]约翰·罗尔斯:《正义论(修订版)》,何怀宏、何包钢、廖申白译,中国社会科学出版社2009年版,第191页。

^{②⑥} 参见贺麟:《黑格尔哲学讲演集》,上海人民出版社2011年版,第543页。

管辖领域内追求、放任或忽视法益侵害结果的发生。

但是，人的自我决定及其实现的自由，要成为现实、具体的自由，只能体现在与他人的关系之中。因为“只有在其他个人的存在内才会得到我的实现，而且在其中我才是一个现实性的为我的个人”^{②7}，“在其他个人的存在内，我同他们的关联内以及受他们的承认存在内具有我的人格的决定”。^{②8}也就是说，这种自我决定的自由，只有在社会交往中予以现实化，才有意义。因此，自我决定及其实现，表现为两个相互关联的内容，一方面涉及到作为自我决定的个人活动的自由，另一方面也涉及到对他人自我决定的自由及其实现的尊重。故而，自我决定的实质，就是在社会性交往中，处于关系中的一个主体在自由的行为中承认另一个主体的行为自由。而这只有通过一种正确的行为即社会交往主体以相互尊重对方自由为内容的行为，才能实现主体的自我决定，也才可能保障他人的自由。而典型的、作为社会交往领域之一的法律世界，也不例外。法必须宣示、保证人们相互之间对交往对方的自由的尊重，以促进、保证人们对相互承认自由的信赖，从而保证法规范共同体始终充满活力，社会和谐有序。而在刑法领域内，国家主要通过刑罚来规范、保证社会交往中的人们之间关于相互承认自由的一般性信赖，而这一般性信赖的主要标志就是每个个体都有各自固定的自由管辖领域，即自我答责领域。^{②9}

在刑法领域内，基于对“意志”的考量，通过对法益保护和人权保障的平衡，国家对自由的保障某种意义上是以对个人答责领域的尊重表现出来的。而划定答责领域，并不意味着国家放弃了刑法对法益的保护。相反，这是为了更好地实现法益的保护。这样，对发生在自己管辖领域内的行为，不得要求他人之为答责，因为，由他人而不是自己答责的前提是，只有当某一行为不是来自于自己，而是来自于另一个人，并且在该行为有侵害法益之现实或者危险时，才可能是刑法所关注的有重要意义的行为，才可能受到刑法上的否定性评价。而在行为发生于自己管辖领域内的场合，与外在的人际关系没有发生联系，换言之，该行为并不是“社会交往性行为”，而“只是单独的非交往性的个体化行为”，没有影响他人的机会和可能，不是影响他人自由的行为。因此，自然的结论就是，发生在自己权利范围之内的纯粹自我损害并非不法。故而，如果此时有所谓他人的“相关”行为，也不得评价为不法行为。例如，故意损坏自己的财物不构成故意毁坏财物罪，参与他人故意毁坏自己财物的行为也不是犯罪。由于故意损坏自己的财物不是对法的破坏，也就是说，法规范没有期待每个人“不得故意毁坏自己的财物”，因此，这种场合，没有人违反法规范的要求，法规范没有受到破坏，他人没有权利也无义务去阻止特定个人“故意毁坏自己的财物”。

这样，在刑法中，被害人要对所发生的法益侵害结果答责，就是其违反了体现意志的自我决定，而设定了背离意志的“任意、行为与结果的统一体”，故而，应当由其对发生的损害结果承担责任。而在刑法解释学上，在被害人自我答责的场合，因为被害人的介入，启动了一个新的危险实现的关联，或者因为被害人的行为，提高了不被允许的危险层次，或者被害人与行为人共同控制了

②7 [德] 黑格尔：《哲学科学全书纲要（1817年版）》，薛华译，北京大学出版社2010年版，第196页。

②8 [德] 黑格尔：《哲学科学全书纲要（1830年版）》，薛华译，北京大学出版社2010年版，第350页。

②9 本文这里的预设前提是国家和国家的刑罚都是普遍理性的客观表现，在本质上都是自由的，都服务于实现对自由的相互尊重。本文认为，不存在否定自由和自我决定的国家和国家的刑罚，那些否定自由和自我决定的所谓“刑罚”只是纯粹的暴力。换言之，刑法（刑罚）在终极意义上体现出的是对人的本质性人文关怀，而不是赤裸裸的暴力机器。当然，对个别的“不正义”的刑法条文是否否定了自由，本文以为大多数情况下可能是对刑法作出解释的问题，而不是刑法条文本身的问题。

危险，而行为人的行为单独不可能发生法益侵害结果，这样，即便有法益侵害结果的发生，在规范上也不得看作是行为人的危险行为所实现的不被允许的风险。再者，因为被害人行为的正犯性，从而依据共犯从属性原理，使得作为共犯性的行为人的行为缺乏从属的根据，这样，法益侵害结果也就不得被归责于行为人。

显然，被害人自我答责的思考方法契合了自由主义对个人“私”领域的尊重，而这种尊重是法律得以正当存在的一个根基。这种思考方法，表现为社会中每个人都有自己的角色分配，每个人都有自己的管辖领域，对自己管辖领域内的事情，由其个人自负其责。这种思考方法也表明，法并非在所有场合，对社会成员的安全都如同家长般给予全面保护，相反，在一定的场合、一定的条件下，个体要自我承担最低限度的责任。如此，在有答责能力的人单独或者与他人一起对自己能够答责的法益进行侵害或危殆化的场合，因为被害人的行为被评价为正犯性的，既然正犯性的被害人的行为不是不法行为，那么，根据从属性的思考方法，除非刑法分则对行为人的共犯性行为规定为犯罪^⑩，否则，该行为就不是不法行为，行为人对发生的法益侵害结果就不予答责。这是交织了限制的正犯概念与共犯的二元参与体系概念的一种思考方式。

（二）被害人自我答责理论下的案例解答

“犯罪过失的本质不在于造成危害社会的结果，而在于行为人违反了注意义务”^⑪的命题是成立的。从注意义务的违反角度来探讨过失犯，从方法论上讲应该是理所当然的。但是，正如前文所分析的那样，按照 R. Bloy 的“客观注意义务违反”上区分过失犯的观点，也可认为甲有结果发生的客观预见可能性乃至于客观的注意义务违反，从而得出与扩张的正犯概念下甲也成立过失伤害的正犯的相同结论。显然，这是不能为人接受的。在立足于二元正犯概念的 Roxin 教授主张被害人自我答责的场合，行为人的行为在刑法规范保护范围外和构成要件的射程外，如果认为是过失犯，依据信赖原则，即如果有“他人不会犯故意犯罪”的信赖就可以排除过失犯的成立。但是，这却不能说明案例 1 的问题。

过失犯的注意义务还是要实质性、规范性地判断。如前所述，从条件说和相当因果关系说出发，得出的结论不能为人接受。这是因为，关于注意义务的判断，不能从相当性的角度进行判断，再者，相当性本身也有模糊性，将之作为判断问题的标准，难言客观妥当。而 Roxin 教授的自我答责理论，立足于二元的正犯概念，存在无法整合的问题。本文认为，立足于限制的正犯概念，运用被害人自我答责理论，能够解决共犯性行为过程中过失犯认定的困难问题。

在三阶层犯罪论体系下，被害人自我答责属客观归责理论下所要讨论的问题。在一定的条件下，被害人自我答责的问题，否定了对于行为人行为危险性的规范性评价，从而否定了将法益侵害结果作为行为人的行为后果，排除了行为人的答责。明显地，这种客观归责关系的判断就是实质性的规范判断。“客观归责理论企图从法秩序的目的定出确定构成要件行为的范围，是想替构成要件行

^⑩ 这在刑法理论上称为“共犯行为的正犯化”，如我国刑法第 358 条第 3 款规定的协助组织卖淫罪，原本就是组织卖淫罪、强迫卖淫罪的帮助行为，从本质上看，协助行为属于帮助犯，但是，刑法将这种行为作为独立的实行行为看待，独立于组织卖淫罪和强迫卖淫罪，而不再适用刑法总则关于从犯的处罚原则。

^⑪ 周光权：《刑法总论（第 2 版）》，中国人民大学出版社 2011 年版，第 119 页。

为找出实质的判断依据。”^② 而过失犯的实行行为就是违反注意义务的行为，为了判断过失犯的实行行为，就必须实质性、规范性地判断过失犯的注意义务。在这方面，客观归责理论有着宽广的适用空间。

对过失犯的判断步骤，客观归责理论的思路是：将法益侵害结果放在客观构成要件中，借助于价值要素和禁止危险范畴进行分析，再结合检验过失内涵的具体标准，如果认为该结果可以归咎于行为人的行为，就得出行为是导致结果发生的实行行为的结论。而在客观归责之外，无需再考察行为人是否违背注意义务。^③

循此思路，试对案例1和案例2进行解析。

案例1中，甲借给乙老钝的剃须刀，有风险存在，因为，相对于锋利的剃须刀，老钝的剃须刀对人可能更具有伤害性，在客观上，的确不能否认其制造了法益侵害的风险。但是，在实现风险阶段，由于乙是具有自我答责能力之人，可以认为，乙明知该刀片老钝，自己又笨拙，可能会刮破自己的脸，却继续实施了相关行为，由此乙基于自己的任意（无论该刀片是否老钝，我都要使用），而形成了“任意、行为（用老钝的刀片刮脸）和结果（导致自己受伤的结果）的统一体”，从而，将法益侵害结果归属于自己的领域，合乎自我答责性，而将行为人的行为排除于（过失伤害）构成要件之外，排除行为人行为的构成要件符合性。这正如学者所言，行为人过失地行为，致使、导致或者促成了他人所自我答责的自我损害或者自我危险的场合，如果该风险是他人有意识的自我危险的话，行为人可能并不会因此就要因过失杀害或者过失身体伤害而受罚。因为，以自我负责的方式自我伤害或者危及自己的法益之人，原则上是独自承担此责任之人，除非法律对此有不同的规定。^④ 当然，即便甲就是想让乙自己刮破自己的脸，这也只能说是甲的道德有问题，而不能说是甲构成犯罪。这种判断的结果，反证了常识主义刑法观，与常识主义刑法观得出的结论有异曲同工之妙。

案例2中，A借给B有缺陷的脱粒机，在客观上创设了法益侵害的风险。于风险实现阶段，B尽管是有自我答责能力之人，但是，其对该脱粒机的状况毫无所知，而以“该脱粒机是能够正常工作的机器，按照常规的操作就没有问题”的想法实施了操作行为，因此，尽管在表象上是因B“操作”机器而受伤，但是实质上，是因为A没有履行注意义务（向B告知该机器有缺陷），从而B操作了“有问题的机器”而发生了法益侵害结果，因此，该结果不应当由操作机器的B承担。尽管从物理上来看，是B完成了相关行为，但是，从规范上来看，该结果应当属行为A的后果。而从过失伤害罪的构成要件看，显然属于A的答责范围。对A的行为，在客观方面的判断已经完成，能够得出A的行为符合过失伤害罪构成要件的结论。需要注意的是，在判断A的行为是否符合客观的构成要件时，就是实质性地判断A是否有注意义务，是否履行了注意义务，在客观归责之外无需再主动判断A的注意义务违反。

^② 许玉秀：《当代刑法思潮》，中国法制出版社2005年版，第408页。

^③ 参见注①，第125页，脚注②。

^④ 参见〔德〕约翰内斯·韦塞尔斯：《德国刑法总论》，李昌珂译，法律出版社2008年版，第397页。

四、两种可能的质疑及其回应

(一) 关于过失犯中也适用限制的正犯概念的质疑

本文首先可能会受到的质疑是：根据我国刑法第 25 条第 2 款的规定，二人以上共同过失犯罪，不以共同犯罪论处，而是按照他们所犯的罪分别处罚；据此，过失犯中适用限制的正犯概念，不能获得立法上的支持。的确，在我国立法上，不存在共同过失犯罪的规定。一般认为，不存在过失教唆和过失帮助的行为。^⑤但是，这也可以理解为，过失教唆和过失帮助是不会受到处罚的。即在可以做出这样的理解，在过失犯的场合，分别考察过失正犯和过失共犯，从实质上来看，只有过失正犯的行为达到了值得刑法处罚的法益侵害程度，而过失教唆和过失帮助并未达到这种程度，从而不处罚过失的共犯。这样的理解，并未超出我国立法的规定。如此，在被害人自我答责的场合，作为具有正犯性的被害人的行为，不会进入刑法的视野，当然的结论就是，刑法也不会关注具有共犯性的行为人的行为从另一个角度，自然就否定了行为人行为的注意义务违反性。这样，上述质疑就可以解消。其实，说过失犯中也适用限制的正犯概念，其目的也在于结合共犯参与体系，能够更为有力地说明诸如案例 1 之类的问题。

(二) 不讲理的判断？

本文可能会受到的另一个质疑是：被害人自我答责只是表明了基于被害人特定的事由，而对某些个案作出了行为人没有实现不被允许的风险的判断，从而排除行为人自我答责。这样看来，阻却不法的理由是不被允许的风险没有实现而不是被害人自我答责，因此，被害人自我答责本身并非阻却不法的理由。由此，在过失犯的场合，被害人自我答责本身不能否定行为人注意义务的违反，毋宁说是不被允许的风险没有实现。因此，如果将被害人自我答责绝对化的话，就正如黄荣坚教授所指出的那样，在理论上会出现“因为被害人自我负责，所以被害人自我负责”这种不讲道理的判断来。^⑥

的确，从文字形式上的表述来看，“被害人自我答责”仅仅是在陈述个案不法的思考结果。但是，必须注意的是，从法哲学的角度看，在以个人自我实现作为刑法终极目的的现代刑法中，出于尊重个人自我决定的自由和自我决定实现的自由（即便该自我决定是出于任意而不是意志），一定条件下就应当允许被害人自愿侵害自己的法益或自愿使自己的法益处于危险状态之中。因为，“法是作为理念的自由”^⑦，法的本质不是对自由的限制，而是自由本身。自我决定是自由的核心，个人通过其自我决定而切实感受并且实现自由。当一个主体有能力进行有价值的行为自我决定，但却不作该决定，他就应该对由此而产生的损害后果负责。

^⑤ 参见苏惠渔主编：《刑法学（修订二版）》，中国政法大学出版社 2007 年版，第 158 页。

^⑥ 参见黄荣坚：《基础刑法学（上）》，元照出版有限公司 2006 年版，第 336 页。

^⑦ [德] 黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆 1961 年版，第 36 页。

从刑法解释论的角度来看,“被害人自我答责”实质上是一个确定行为不法的基本原则,“只要应该由被害人自己对损害的结果不发生负责,就完全不存在他人对损害结果的不法,因此,即使他人以故意或者过失参与了损害结果的发生过程,他人的行为也不成立犯罪未遂。”^⑳之所以如此,是由于被害人基于自己的任意,创设了“任意、行为与结果的统一体”,将风险的实现纳入了自己的管辖领域,从而否定了行为人的行为之风险创设与风险实现,也就是否定了行为人的犯罪实行行为性。显然,在其背后有着一种实质性地风险分配的考虑。尤其在过失犯的认定上,这种实质性思考,更具重要意义。

本文认为,在互动型的法益侵害中(尤其是过失的场合),以下两点需要特别予以强调:

第一,被害人的介入,启动了一个新的危险实现的关联。在这种场合,可以认为,被害人假借行为人所创设的某种危险状态,而实现了被害人自己行为所创设的危险,被害人自己掌控了法益侵害危险的流程。如行为人在确知远离村庄的被害人家里空无一人之后,为了烧毁被害人的财产放火,并在确认房屋着火后离去。被害人归家后发现大火,冲入火海抢救被烧物品,后逃避不及,被大火烧死。尽管有人被烧死,但是,一则,行为人创设的是烧毁他人财物的危险,而不是烧死他人的危险;二则,行为人意欲实现的是烧毁他人财物的危险,而不是烧死他人的危险。而被害人基于自己的任意,使自己的法益处于自己行为所创设的危险之中(可能会被大火烧死的危险),而最终实现了危险(被大火烧死)。这种问题的性质,与被害人借用他人枪支自杀的构造是有相通之处的。因此,对于这种因被害人介入行为人所创设的某种其它性质的危险之中,有意或无意“借用”该危险而实现了某种法益侵害,客观上是被害人行为的介入而启动了一个新的危险实现的关联,而不能认为行为人违反了相关注意义务。

第二,被害人的行为,提高了不被允许的危险的层次。在双向互动型的法益侵害中,判断行为人某行为的刑法意义时,必须同时考虑尊重被害人自我选择的自主利益本身就是一种利益。在一定的场合,对行为人所可能创设的危险,被害人予以接受,在规范上就不能评价为属于行为人所创设的不被允许的危险。如果要追究行为人责任的话,就必须另行存在行为人创设的超越该危险的其他危险。而要创出新的更高层次的危险,行为人必须有其它(而不是当前)违背刑事义务的现实行为存在。在此意义上,可以认为,因被害人的介入(或接受),而提高了不被允许的危险的层次,故行为人的行为可评价为没有实施创设危险的行为,行为人也就没有违反刑事义务。换言之,因被害人的介入,不被允许的危险的层次被提高了,行为人所实现的危险,因被害人的接受,已经属于分配给被害人管辖的领域,而成为被允许的危险。因此,因该危险而发生的法益侵害结果,并不能归责于行为人。

需要注意的是,在过失犯中,如果能够得出行为人的行为不属于创设不被法所允许的危险的行为,就从反面证实了行为人没有违反注意义务,从而没有必要再去独立判断行为人的注意义务之违反性。因为,“违背客观的注意义务与制造法律所不允许的风险行为,可以说是一体的两面。”^㉑

^⑳ 冯军:《刑法问题的规范理解》,北京大学出版社2009年版,第87页。

^㉑ 林山田:《刑法通论(增订十版)》,台大法学院图书部经销,2008年,第178页。

结 论

在三阶层犯罪论体系下，被害人自我答责属于构成要件符合性阶层客观归责域内所讨论的问题。被害人自我答责的实质性作用在于，一旦能够认定成立被害人自我答责，那么，就会否定行为人的行为的风险创设与风险实现的规范性评价，从而否定将法益侵害作为行为人的行为结果，进而排除行为人的答责。

过失犯的核心是注意义务的违反。但是，在双向互动型侵害被害人法益的场合，对注意义务的认定，可能存在过于扩张或者难以把握的问题。而立足于被害人自我答责理论，实质性地判断过失犯中的注意义务，是解决问题的有效路径之一。也即，在一定的场合，被害人对行为人所创设的危险予以接受，该危险在规范上就不能评价为行为人所创设的不被允许的危险，从而就能够认定行为人的行为不属于过失犯的实行行为。

本文的分析还表明，探讨被害人自我答责与过失犯问题的重要意义可能在于：在“行为人—被害人”双向互动型犯罪中，通过对法益侵害结果发生中被害人作用的实质性考量，从而实质性地理解行为人的实行行为和法益侵害结果，能够典型地体现出客观归责理论重视“行为—结果”的规范化理论逻辑结构的特征，这样，构成要件的功能和观念得以强调，不法的内涵得以深刻地揭示。这种方法，在理论研究上和司法实务中可能都具有方法论意义。

【主要参考文献】

1. [日] 松宫孝明：《被害者的自我答责性与过失犯》，《渡部保夫先生古稀祝贺文集》，日本评论社 2000 年版。
2. [德] 汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书（总论）》，徐久生译，中国法制出版社 2001 年版。
3. [日] 盐谷毅：《被害者的承诺与自己答责性》，法律文化社 2004 年版。
4. 许玉秀：《当代刑法思潮》，中国法制出版社 2005 年版。
5. 冯军：《刑法中的自我答责》，载《中国法学》2006 年第 3 期。
6. 黄荣坚：《基础刑法学（上）》，元照出版有限公司 2006 年版。

（责任编辑：付立庆）