

营救者的损害与自我答责原则

王 刚*

内容提要：当营救者明知存在风险，但仍然对由行为人所威胁到的他人法益进行救援，并因此导致自身法益遭受损害时，并非一律自负其责。倘若营救者是基于法定救助义务，或者是在没有更佳选择的情境中为了保护相比自身危险更为重大的利益，抑或是为了挽救自己近亲属的生命、身体或重大人身自由法益而不得已施行救援行为，就不应对由此导致的自身法益损害承担责任。在其他情形下则应当肯定营救者自我决定地承担了风险，适用自我答责原则，因而不能就营救者自身的法益损害结果追究行为人的刑事责任。

关键词：央视大火案 自我答责 作为义务 期待可能性 紧急避险

一、问题的提出

所谓营救者的损害，是指营救者虽然明知存在风险，但仍然对由行为人所威胁到的他人法益进行救援，并因此导致自身法益遭受损害的情形。此时行为人是否应当对营救者的法益损害承担刑事责任，需要从刑法理论上进行仔细分析。我国目前举国瞩目的“央视大火案”就涉及到这一问题：

2009年2月9日晚，由于行为人未经请示批准，擅自违规燃放烟花，导致中央电视台新址北配楼发生火灾。火灾造成了高达1.6亿元的直接经济损失，并致使2名施工人员和6名消防队员受伤。在灭火行动中，消防员张建勇为了挽救被困人员的生命，在充斥着烈火和浓烟的恶劣环境中摘下自己的空气呼吸器让被困人员使用，从而致使自己因吸入过量毒气壮烈牺牲。^{〔1〕}2010年2月21日，北京市人民检察院第二分院对相关行为人以危险物品肇事罪向北京市第二中级人民法院提起公诉。^{〔2〕}从目前媒体所披露的案情来看，直接导致火灾的行为人应当对相关的经济损失承担刑事责任。但是，这些行为人是否同样应该对6名消防队员的身体伤害结果，尤其是否应当对消防队员张建勇的死亡承担刑事责任？这就是本文所欲探讨的问题。在本案中，这一问题虽然并不一定影响对案件的定性，却很可能影响对行为人的量刑。因为根据我国司法解释的一贯做法，伤亡人数历来是判断犯罪行为所造成的后果是否符合“特别严重”标准的一个重要因素。

德国刑法学界对于营救者损害这一问题的讨论由来已久。而首次涉及该问题的司法判例，则是联邦最高法院1993年9月8日的判决（BGHSt 39, 322；以下简称“纵火案”）：

* 德国马克思·普朗克外国与国际刑法研究所博士生。

〔1〕 参见李松、黄洁：《“一定要把被困人员带下去”——追记扑救央视新址大火时英勇牺牲的消防员张建勇》，《法制日报》2009年2月15日。

〔2〕 参见《涉嫌危险物品肇事罪——央视大火案：21人待审》，《人民法院报》2010年2月24日。

1992年9月20日晚,在主人H家的庭院举行了一场庆祝活动,包括被告人在内共有30余名客人参加。大约凌晨1点30分左右,被告人点燃了楼上卧室的一件衣服,企图纵火烧毁整栋房屋。当大火开始延烧,火焰和浓烟为众人所察觉时,已经在庆祝活动中大量饮酒因而处于限制责任能力状态的被害人(主人的儿子)却冒着凶猛的火势冲进了房屋,试图救出自己仍然在屋内睡觉的12岁的弟弟以及一些财物。其在进入房屋不久即失去知觉,并死于由火灾所引发的一氧化碳中毒。^[3]

德国斯图加特高等法院2008年2月20日的判决也遇到类似的问题(以下简称“消防队员案”):

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,因而将其装在纸袋中置放于壁炉旁边的纸箱内。随后,该区域产生了暗火,于17日夜间导致木质地板燃烧,并最终致使整栋房屋着火。在接下来的消防队的灭火行动中,两名消防队员虽然装备有氧气面罩,却没有佩戴计时工具,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。相反,其虽然明知并没有其他人员被困在大火中等待救援,却仍然在没有对低层楼房火势进行检查和控制时就进入阁楼灭火。而本应负责时间控制的指挥人员也同样没能及时找到计时工具,无法根据消防法第7条的规定提醒他们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,而且期间低层火势忽然意外蔓延,使得其他消防队员无法进入阁楼救援,这两名消防队员最终因为一氧化碳中毒而死亡。^[4]

与“央视大火案”类似,这两则德国案例的问题同样是:被告人是否应当对营救者的死亡结果承担过失致人死亡的刑事责任?德国联邦最高法院在“纵火案”中肯定了这一点,而斯图加特高等法院在“消防队员案”中却对此给予了否定回答。

尽管我国经常出现消防队员在灭火行动中伤亡的事件,^[5]但是迄今为止却鲜有学者仔细研究营救者的损害对于行为人刑事责任的影响。因此,本文试图在我国法律体系中探寻对该问题的解决方案。与这一问题紧密相关的是刑法中的被害人自我答责理论。虽然论述并不相同,但是今天德国刑法学界^[6]和司法判例^[7]已经几乎一致认为,如果在(危害)结果中实现的只是被害人自己有意所承受的风险,那么,行为人原则上^[8]就无须为被害人这种自我答责地意欲和实现的危险承担刑事责任。这就是所谓的自我答责原则。这一原则在我国刑法中也同样适用。^[9]鉴于上述三个案件中营救者通过自己的行为(共同)引起了自身法益损害的事实,就必须首先根据自我答责原则考察,这些救援行为能否被认定为自负其责的自我危险行为。^[10]倘若得出肯定结

[3] Vgl. BGHSt 39, 322 (324). 案情略有删改。

[4] Vgl. OLG Stuttgart, NJW 2008, 1971. 案情有删节。

[5] 有统计表明,1980年到2008年之间,我国在扑救火灾中牺牲的消防官兵多达121人。参见金京涛、刘建国:《消防官兵灭火战斗情况分析及其对策探讨》,《消防科学与技术》2009年第4期。

[6] Vgl. Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 39. Aufl., 2009, Rn. 185, 684; Renzikowski, JR 2001, 248 (249); Krey, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 2. Aufl., 2004, Rn. 313; Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2008, § 4 Rn. 86; Wessels/Hettinger, Strafrecht Besonderer Teil 1, 33. Aufl., 2009, Rn. 191; Roxin, Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, in: Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag, 1973, S. 241 (245).

[7] Vgl. BGHSt 32, 262 (263 f.); BGHSt 37, 179 (181); BGHSt 46, 279 (288); BGHSt 49, 34; BGH, NStZ 1985, 25; BGH, NStZ 1987, 406; BGH, NStZ 1992, 489; BGH, NStZ 2001, 205; BGH, NStZ 2009, 148 (149); AG Salfeld, NStZ 2006, 100 (101).

[8] 德国司法判例认为,行为人将毒品交给被害人,从而过失致使被害人因吸食毒品死亡的,即便被害人明了全部风险,也不能适用自我答责原则。行为人此时仍然成立麻醉剂法第30条第1款第3项的犯罪。这是由麻醉剂法特殊的规范目的和特殊保护的法益所决定的。Vgl. BGHSt 37, 179, 181 f.

[9] 参见冯军:《刑法中的自我答责》,《中国法学》2006年第3期。

[10] Vgl. Radtke, in: Münchener Kommentar, StGB, Band 4, 2006, § 306 c Rn. 19; Kudlich, JA 2008, 740 (741). 部分德国学者则试图结合规范的保护目的的探讨这一问题(例如前引[6], Roxin文,第246页以下; Sowada, JZ 1994, 664 ff.),但是,由于规范的保护目的本身欠缺明确的判断标准(Derksen, NJW 1995, 241),因而这些学者的论证往往仍然和自我答责原则紧密相关。

论，则不能就营救者自身的法益损害追究行为人的刑事责任。

需要特别注意的是，自我答责并非是纯粹对被害人心理的探究，该原则的本质是法规范在行为人和被害人之间所进行的（刑事）责任分配。因此，对于该原则的构建和运用必然要求考虑法规范所确立的价值标准。此外，自我答责原则的适用毫无争议地以被害人充分认知了危险的范围和程度，并且在其意思决定能力范围内自主决定承担相应风险为前提。^[11]虽然在个案中，对于这一前提的判断还需要考虑营救者具体的认知水平和责任能力，但是，本文所欲探讨的是对“营救者的损害”这类案件的一般化的解决方案，因此，这里的核心问题仅仅是：何时才能认定营救者在明了全部危险的基础上，出于自身的意愿自主做出了承担风险的决定。

二、法定作为义务的意义

首先需要指出的是，很多营救者都是基于法定作为义务实施救援行为。在我国法律体系中，营救者的救助义务主要来自于三个方面：其一为出于职业要求的职业性救助义务。例如，国防法第58条规定，现役军人应当保护人民，完成抢险救灾任务；警察法第21条和人民武装警察法第18条规定，人民警察和武装警察遇到公民人身、财产安全受到侵犯或者处于其他危难情形，应当立即救助；消防法第43条规定，消防队员在火灾现场必须救助遇险人员等等。其二为基于保证人地位产生的作为义务。例如父母对于子女的救助义务。其三为针对普通公民的救助义务。虽然我国刑法没有像德国刑法第323条c一样宽泛地规定普通公民的救助义务，但是在少数场合下，普通公民有义务参与救援。例如消防法第5条规定，任何成年人都有参加有组织的灭火工作的义务；第44条规定，任何人发现火灾都应当立即报警。需要讨论的问题是，这些法定作为义务对于认定营救者的自我答责有何影响。

（一）作为义务是否排除行为人刑事责任

德国学者 Roxin 认为，当营救者是基于法定作为义务实施救援行为而导致自身法益损害时，行为人就不应当对营救者的法益损害结果承担刑事责任。其理由主要在于：第一，营救者的作为义务是由立法者规定的，立法者通过相应的法律规范将救援行为的风险强加给了营救者。那么，在营救者自身法益因此遭受损失的时候，立法者就不能将责任转嫁给行为人。^[12]第二，营救者此时的救援行为符合法定作为义务，行为人并不能对之加以阻止，因而其也不应当对救援行为导致的损害结果承担责任。^[13]第三，如果营救者是因为自己的职业身份而负有救助义务，那么由于其最初是自由地选择了这一职业，应该认为其也自愿地承担了与救援行为相关的风险。第四，如果认为此时应当由行为人承担刑事责任，那么将使过失导致火灾的行为人因为忌惮消防队员的伤亡而不敢报告火警，这反而不利于法益保护。^[14]虽然 Burgstaller^[15]、Diel^[16]和 K. Günther^[17]等学者也有和 Roxin 相似的结论，但是，在本文看来，这种见解实际上并不合适。

首先，尽管营救者的作为义务是立法所设定的，但是这并不能成为阻却行为人刑事责任的理

[11] Vgl. Radtke/Hoffmann, GA 2007, 201 (210).

[12] Vgl. Roxin, Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, in: Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag, 1970, S. 133 (142).

[13] 参见前引 [6]，Roxin 文，第 247 页。

[14] 最后两点以及 Roxin 的其他辅助性的论据，参见 Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., 2006, § 11 Rn. 139.

[15] Vgl. Burgstaller, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, 1974, S. 112 f.

[16] Vgl. Diel, Das Regressverbot als allgemeine Tatbestandsbegrenzung im Strafrecht, 1997, S. 242 ff.

[17] Vgl. K. Günther, StV 1995, 78 (80).

由。行为人的行为是否招致了对被害人法益的风险并导致了危害结果，只能依据法规范整体（包括法规范所确定的特定作为义务）进行判断，不能以国家正当的立法活动为由否认行为人的刑事责任。譬如，当行为人通过作伪证使得法院误认为被告人构成故意杀人罪，并判处被告人无期徒刑时，显然不能因为立法者对故意杀人罪规定了无期徒刑而否认行为人危害了被告人的人身自由法益。恰恰是鉴于营救者特殊的作为义务，行为人导致他人法益遭受危险并引发救援行动的犯罪行为，也同时创设了对营救者法益的不容许的风险。倘若营救者自身的法益因此而受到损害，则无疑应当将这种危害结果归责于行为人。^[18]此外，Roxin 的见解还忽视了，正是由于行为人引发了危及他人法益的情势，才使得营救者具有了相应的作为义务。虽然营救者的作为义务由法律所确定，但是，其在具体情势下是否有义务实施救援行为，以及相关作为义务的范围，则取决于行为人所造成的法益侵害的危险程度：营救者的救助义务实际上只是立法者为了减小由行为人造成的损失而特别规定的措施。^[19]从这个角度来看，行为人也同样应当对营救者自身的法益损害承担责任。

其次，行为人不能对救援行为加以阻止也不是有力的理由。即使行为人在开创了因果关系之后对整个情势的发展丧失了控制力，不能再阻止危害结果的发生，也并不一定导致因果关系或者归责关系的中断。^[20]至于行为人是出于事实上还是法律上的原因丧失了对客观情势的控制，则在所不问。^[21]

再次，营救者自愿从事与救援工作相关的职业，并不意味着其在具体个案中自愿承担了一切风险。在某些场合（譬如作为士兵^[22]），营救者往往没有权利选择拒绝执行救援任务，也就难以认为其自愿地承担了与具体任务有关的风险。^[23]另外，即便可以肯定营救者自由从事职业，就选择承受了与职业相关的风险，也至多只能认为，营救者自愿承担了与该职业相联系的惯常的风险，而不能一概地将由犯罪行为特别引发的风险涵括在内。

最后，过失导致火灾的行为人因为顾忌消防队员伤亡不敢报告火警，未免是一个脱离生活现实的例子。^[24]实际上，相比消防队员伤亡这一微弱的可能性而言，火灾本身所导致的法律责任要具体得多，也更可能使行为人出于不被发现的侥幸心理放弃报警。而且 Roxin 这种基于简单功利考量的论证角度本身也有问题。因为，立足于同样的思想也完全可以得出相反的结论：如果一概认为行为人不必对消防队员的伤亡承担责任，那不是会使行为人肆无忌惮，从而更加不利于火灾预防，不利于法益保护吗？因此这种论证在逻辑上并没有说服力。

（二）作为义务阻却自我答责

在否认作为义务排除行为人的责任之后，接下来就要考察，作为义务是否导致对营救者不能适用自我答责原则，从而致使行为人原则上对营救者的损害承担责任。对此应当加以肯定。因为，在上述法定作为义务的范围内，营救者只能冒着有损自身法益的危险施行救援行为，而没有进行自我抉择的余地。倘若营救者不履行救助义务，则不仅将面临相应的纪律处分，甚至还可能会因为构成不作为犯罪受到刑事处罚。由于营救者在这种场合下被法规范强制进行救援活动，其并没有形

[18] Vgl. Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 476 ff.

[19] Vgl. Jakobs, ZStW 1977, 15 ff.

[20] 参见前引 [11], Radtke/Hoffmann 文, 第 212 页。

[21] Vgl. Puppe, Die Erfolgzurechnung im Strafrecht, 2000, S. 263.

[22] 我国国防法第 57 条、《中国人民解放军现役士兵服役条例》第 3 条、《中国人民解放军纪律条令》第 3 条以及《中国人民解放军内务条令》第 59 条第 3 款和第 61 条等一系列法律法规均规定，士兵必须听从指挥，服从命令。

[23] 参见前引 [18], Frisch 书, 第 474 页。

[24] Vgl. Walter, in: Leipziger Kommentar, StGB, Band 1, 12. Aufl., 2007, Vor § 13 Rn. 118.

式上自我决定的可能,因而也不能对之适用自我答责原则。这一点也是德国学界的通说。〔25〕

一种反对观点认为,营救者即便基于其职业负有救助义务,也不能排除其自主决定的可能。因为营救者完全可以在具体个案中选择不亲自执行救援任务,而是让其他同事履行职责。但是,一方面,如上面所提及的士兵的例子,在很多职业中营救者并不具有这种选择的空间。另一方面,这种反对见解只能局限于职业性义务的场合。在其他情形下,譬如,如果营救者是基于父母的身份对子女负有救助义务,则其实际上也不可能选择将作为义务推卸给他人。〔26〕最后,营救者是否具有作为义务,不能仅从营救者的身份进行考察,而应当以具体个案中的情势为判断标准。只有在认定营救者对于具体的救援行为负有作为义务时,才能否认其做出了负担风险的自我决定。〔27〕因此,这一反对见解的基本出发点本身就不正确。事实上,即便是 Roxin 也承认,在基于职业性作为义务实施的具体救援行为中,不能认为营救者自我决定地承担了风险。〔28〕

(三) 作为义务的范围

作为义务并不要求营救者在任何情况下都必须不惜一切代价实施救援行为。营救者的作为义务主要来自于三个方面:出于职业要求的职业性救助义务,基于保证人地位的救助义务以及个别情况下针对普通公民的救助义务。这三种作为义务的程度和范围并不相同。因此,笼统地认为作为义务阻却自我答责不是令人满意的结论。接下来需要讨论的是,法规范究竟在何种程度上要求营救者承受自身法益遭受损害的危险。

1. 期待可能性与不作为犯

没有争议的是,任何作为义务的成立都以客观上存在履行义务的可能性为前提。〔29〕因此,倘若行为人所导致的火灾已经客观上使得救援行动根本无法进行,就不能认为消防队员仍然负有救助义务。困难在于,当客观上仍然存在进行营救的(即便是微弱的)可能性时,应该如何界定作为义务的范围。对此应当首先从期待可能性的角度进行考察。〔30〕因为,恰如刑法中紧急避险的规定所表明的那样,法规范不要求行为人不成比例地牺牲自身重大利益维护他人法益;相反,此时行为人通过损害他人法益保全自身利益的行为成立紧急避险,属于法规范所允许的正当行为。这一原则适用在不作为犯中的结论就只能是:法规范同样不强求行为人以严重损害自身法益

〔25〕 参见前引〔18〕, Frisch 书,第 474 页以下; Radtke, Die Dogmatik der Brandstiftungsdelikte, 1998, S. 300 ff.; Rudolphin, in: Systematischer Kommentar, StGB, 5. Aufl., 1990, Vor § 1 Rn. 80; Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl., 2006, Vor §§ 13 ff. Rn. 101 c; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 288; Freund, in: Münchener Kommentar, StGB, Band 1, 2003, Vor § 13 Rn. 386 ff.; Schroeder, in: Leipziger Kommentar, StGB, Band 1, 11. Aufl., 2003, § 16 Rn. 182; 前引〔10〕, Sowada 文,第 665 页; Puppe, in: Nomos Kommentar, StGB, Band 1, 2. Aufl., 2005, Vor § 13 Rn. 186; 前引〔10〕, Derksen 文,第 241 页; Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 2006, § 11 Rn. 58 f.; Duttge, in: Münchener Kommentar, StGB, Band 1, 2003, § 15 Rn. 155; 前引〔24〕, Walter 书,边码 118; Cramer/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl., 2006, § 15 Rn. 168; 前引〔10〕, Kudlich 文,第 742 页。少数学者虽然主张此时营救者仍然自主地做出了决定(Vgl. Strasser, Die Zurechnung von Retter-, Flucht- und Verfolgerverhalten im Strafrecht, 2008, S. 213 ff.; Biewald, Regelgemäßes Verhalten und Verantwortlichkeit, 2003, S. 177 ff.),但是最终也同样得出了应当由行为人对营救者损害承担责任的结论。

〔26〕 参见前引〔18〕, Frisch 书,第 475 页。

〔27〕 参见前引〔11〕, Radtke/Hoffmann 文,第 213 页。

〔28〕 参见前引〔6〕, Roxin 文,第 241 页。

〔29〕 Vgl. Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2005, § 11 Rn. 42 ff.

〔30〕 我国部分学者将行为人欠缺事实上作为可能性的情形也视为期待可能性的问题讨论。例如有论者认为,当自己不会游泳且无其他救助手段时,行为人就因为欠缺期待可能性无须救助落水者。参见许道敏:《犯罪构成理论重构》,《中国法学》2001年第5期。但是本文认为,行为人事实上的作为可能性与期待可能性是不同的问题。只有当行为人根据自身的能力和行为时的附随状况客观上具有履行义务的可能时,才需要进一步讨论,是否可以期待行为人实施相应的行为。因此,本文所言的期待可能性均以行为人具有事实上的作为可能性为前提。

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。^[31]另一方面，不作为相对作为的不同特质也决定了期待可能性在不作为犯中具有不同于在（故意的）作为犯中的意义。从人性的角度看，相比单纯地放弃侵犯他人法益而言，积极地损害自己利益挽救他人法益显然是更难做出的抉择。既然如此，基于对人性弱点的考虑，不作为犯中作为义务对于行为人的要求程度就应当低于作为犯中的禁止规范。这就导致期待可能性理论在不作为犯中的适用范围要比在故意的作为犯中更为宽泛：虽然对于作为犯而言，只要行为人不是特别地处在极端的紧急状况之中，就应当认为其可以被期待不实施犯罪行为；但是在不作为犯的场所，即使行为人具有保证人地位，也不应当被要求实施一切客观上可以避免危害结果发生的行为。此时与极端紧急状况无关的利益权衡也完全可能导致不能期待行为人实施相应的作为。^[32]相反，倘若认为期待可能性在不作为犯中也只能作为“调节性刑罚豁免事由”仅仅在生命权冲突的场所才被考虑，^[33]则未免失之过严。德国学界和司法判例普遍认为，期待可能性理论在不作为犯中的适用并不像在故意的作为犯中一样局限于德国刑法第 35 条所规定的情形。^[34]根据德国司法判例，当行为人只有忍受夫妻争吵后心烦意乱的情绪和有自杀倾向的妻子呆在一起才能阻止后者自杀，^[35]或者当老迈的行为人只有忍受巨大的心理创伤才能阻止患有精神病的子女自杀时，^[36]当行为人只能通过贿赂而履行作为义务，^[37]或者当行为人依法报税将导致其之前偷税行为败露时，^[38]均因欠缺期待可能性而不成立相应的不作为犯。

更加复杂的是期待可能性在不作为犯犯罪构成体系中的地位问题。尽管我国刑法学界近年来对于期待可能性的讨论日渐深入，但是，迄今为止，除了个别学者的著述^[39]之外，仍然鲜有文献探讨这一难题。德国学界对此也尚无定论。虽然大部分学者和司法判例都认为，至少在类似德国刑法第 323 条 c 的纯正的不作为犯中，期待可能性有限制作为义务范围的功能：只有在可以期待行为人履行义务时，才能肯定其负有作为义务。^[40]因为该条明确规定，只有在能够期待行为人进行救助，特别是在不存在显著的对行为人自身的危险和不违反其他重要义务时，行为人才负有义务实施该条意义上的救助行为。但是，在不纯正不作为犯的场所，则存在着重大的见解分歧。一部分学者认为，在不能期待行为人避免危害结果发生时，就不成立作为义务或者不具备与作为相等价的性质，因此行为人的不作为不能符合不纯正不作为犯的构成要件；^[41]另有少数学者主张，应该在违法性层面上考虑期待可能性；^[42]还有一部分学者强调，此时期待可能性应该

[31] Vgl. Wohlers, in: Nomos Kommentar, StGB, Band 1, 2. Aufl., 2005, § 13 Rn. 17.

[32] Vgl. Schlee, Zumutbarkeit bei Vorsatz-, Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikten, 2009, S. 286 f.

[33] 参见刘艳红：《调节性刑罚豁免事由：期待可能性理论的功能定位》，《中国法学》2009年第4期。

[34] Vgl. Stree, Zumutbarkeitsprobleme bei Unterlassungstaten, in: Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, 1998, S. 393 (397 f.); Barthel, Die (Un-) Zumutbarkeit des erfolgsabwendenden Tuns, 2004, S. 133.

[35] Vgl. BGHSt 7, 268 (271).

[36] Vgl. BGH, Urteil vom 20. 6. 1967 - 5 StR 190/67.

[37] Vgl. KG, StV 1999, 95 (96).

[38] Vgl. HansOLG Hamburg, StV 1996, 437 (438).

[39] 参见张明楷：《期待可能性理论的梳理》，《法学研究》2009年第1期。

[40] Vgl. BGHSt 17, 166 (170); 前引 [6], Wessels/Beulke 书, 边码 746.

[41] 例如前引 [31], Wohlers 书, 边码 17; Stree, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl., 2006, Vor § § 13 ff. Rn. 155; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 5. Aufl., 2004, § 13 Rn. 62 f.; Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 56. Aufl., 2009, § 13 Rn. 44; Weigend, in: Leipziger Kommentar, StGB, Band 1, 12. Aufl., 2007, § 13 Rn. 68.

[42] 例如前引 [29], Gropp 书, 边码 55 以下; Köhler, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997, S. 297 f.

像在作为犯中一样，仅仅是在责任部分加以考虑的要素。^{〔43〕}德国司法判例对此也并无统一的立场。联邦最高法院早期既有将期待可能性视为责任排除事由，^{〔44〕}又有在违法性层面审查期待可能性^{〔45〕}的判例。而在较近的判例中，联邦最高法院则似乎更加倾向于认为期待可能性构成对作为义务的限制。^{〔46〕}

如果肯定期待可能性可以限制作为义务的范围，那么在不能期待营救者实施救援行为时，其已经不再负有作为义务。此时营救者承担风险的行为原则上应当被视为自我决定的结果，适用自我答责原则。

2. 救助义务的界限

在不作为犯中考虑期待可能性，其本质上是一种利益权衡。作为基本的判断标准，需要注意以下两点。首先，法规范在何种程度上要求行为人忍受自身的法益损害，需要结合刑法中紧急避险的规定确认。我国通说认为，当所保护的利益大于所损害的利益时，避险行为属于合法的正当行为。此时承受避险行为的第三者原则上没有义务忍受避险行为给自己带来的法益损害，而不能对避险者进行正当防卫。这就表明，只有在可以通过牺牲自身较少的利益保全他人更大的利益时，法规范才强求公民忍受自身的利益损失。即使按照部分学者的观点，认为所保护利益等于所损害利益的紧急避险也同样阻却违法，^{〔47〕}那么第三者顶多也只有消极承受同等法益损害的义务。当行为人自身为了积极避免危害结果所必须承受的损失和该危害结果大体相当时，法规范就已经不再期待其阻止危害结果发生。当然，由于紧急避险中的利益权衡并非单纯的法益级别比较，所以在权衡时还必须综合考虑行为人特殊的负担风险的义务等因素。其次，“生命是人格的基本要素”^{〔48〕}，是“人类所有法益之根本”^{〔49〕}，故而法规范尤其不能要求行为人承受对自身生命法益的具体危险，甚至是以牺牲自身生命为代价履行作为义务。^{〔50〕}虽然对于以牺牲他人生命为代价的行为是否能够成立紧急避险这一问题在我国刑法学界仍然存在极大的争议，但是，恰如前文所述，即便认为法规范在极端例外的情况下可以要求公民忍受对自身生命法益的损害，也无论如何都不能得出法规范可以强迫公民积极地放弃生命的结论。

将这些基本标准具体适用在营救者损害的场合，就体现为一种“利益—风险权衡”或者“机会—风险权衡”：在具体案件中应当综合权衡救援行为所欲保护的法益和营救者自身在救援行动中受到威胁的法益，以及对双方法益造成损害的风险程度，并且在充分考量救援行为的成功可能性^{〔51〕}以及法规范风险分配等因素的基础上确定救助义务的范围。

对于营救者的三种作为义务而言，个别情况下针对普通公民的救助义务在程度上最为轻微。根据我国消防法第5条和第44条的相关规定，普通公民的救助义务仅仅限定在报告火警、为报告火警

〔43〕 例如前引〔6〕，Kühl书，边码140；Rudolphi，in：Systematischer Kommentar，StGB，7. Aufl.，2000，Vor § 13 Rn. 31；Roxin，Strafrecht Allgemeiner Teil II，2003，§ 31 Rn. 231 ff.；前引〔6〕，Wessels/Beulke书，边码739；Bauermann/Weber/Mitsch，Strafrecht Allgemeiner Teil，11. Aufl.，2003，§ 15 Rn. 19；Jescheck，in：Leipziger Kommentar，StGB，Band 1，11. Aufl.，2003，Vor § 13 Rn. 98。少数持这种见解的学者同时主张应该在不法层面通过利益权衡确定作为义务的范围，从而导致在结果上与前两种见解几乎没有差别。Vgl. Momsen，Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten，2006，S. 392 ff.；501 ff.

〔44〕 z. B. BGHSt 6，46 (57)。

〔45〕 z. B. BGHSt 7，268 (270 f.)。

〔46〕 Vgl. BGH，NStZ 1994，29。

〔47〕 参见黎宏：《紧急避险法律性质研究》，《清华法学》2007年第1期。

〔48〕 张明楷：《刑法学》，法律出版社2007年版，第192页。

〔49〕 前引〔33〕，刘艳红文，第120页。

〔50〕 Vgl. BGH，NStZ 1994，29；前引〔31〕，Wohlers书，边码18。

〔51〕 Vgl. BGH，NStZ 1984，164；Lackner/Kühl，Strafgesetzbuch Kommentar，26. Aufl.，2007，§ 13 Rn. 5；Loos，JR 1994，511f.

提供便利以及参与有组织的灭火工作等较为狭小的范围之内。普通公民原则上只需要以合乎比例地牺牲自身财产法益，或者以轻微损害自身人身自由法益的方式履行救助义务。在救助行为有较大可能导致自身生命或身体法益受到相当程度的损害时，普通公民则没有义务实施救助行为。

如果非职业性的营救者因为其他原因对避免危害结果发生具有了保证人地位，则其作为义务程度也相应提高。不论营救者是基于监管责任（譬如，单位的消防安全责任人或者消防安全管理人忽视消防安全职责，未能保障安全出口畅通，从而导致他人在火灾中被困）还是出于保护义务（譬如，当营救者的亲人遭遇危险）而负有救助义务，法规范都要求营救者尽最大的努力阻止危害结果发生。此时法规范期待营救者承受更高的风险实施救援行为。^[52]至于个案中作为义务的界限，则仍然只能根据行为时的“利益—风险权衡”确定。非职业性的营救者欠缺必要的与救援行为相关的职业技能和专业的技术设备，其救助行为的成功可能性一般会明显低于职业性的营救者。基于此，即便非职业性的营救者对避免危害结果发生具有了保证人地位，法规范原则上也不要求其承受具体的生命危险进行救援活动。^[53]

法规范对职业性的营救者提出了最高程度的作为义务要求。我国刑法第 21 条第 3 款规定，士兵、警察和消防队员等职务、业务上负有特定责任的职业人员原则上不得以牺牲他人法益的方式规避由其职业行为所引发的对其自身法益的风险。^[54]由于职业性的营救人员对于如何应对紧急状况经受过良好的培训，他们可以运用专业知识准确地判断情势，对于如何施行救援行为具有丰富的经验，而且拥有专业的技术设备，故而法规范甚至要求其在特定情况下（譬如为了挽救他人的生命）承受一定程度的生命危险阻止危害结果发生。例如，根据我国消防法第 45 条、《公安消防部队执勤战斗条令》第 4 条以及第 73 条的规定，当火灾现场有人员被困时，消防队员必须进入火场内部，在燃烧区内以内攻近战的方式开展救援，尽管这意味着消防队员将直面更加危险的环境并且承受一定的生命危险。^[55]当然，这种作为义务也并非没有限制。首先，职业性的营救者只需要承担与其职业相关的风险。对于职业性风险的范围，则应当结合与具体行业相应的法律、法规（例如警察法、人民武装警察法、国防法和消防法等）以及行业规范确定。^[56]由于明显违反这些行业性法律、法规或规范而招致的风险，则难以被认定为职业行为的风险。其次，即便是在职业性风险的范围内，职业性的营救者也不能被要求实施必然或者具有极高概然性导致其死亡的救援行为。因为法规范只要求职业性的营救者承担生命危险，而不要求其刻意放弃自己生命。^[57]事实上，《公安消防部队执勤战斗条令》第 4 条虽然明确了“救人第一”的指导思想，但是其第 57 条第 6 项、第 59 条第 3 项、第 79 条第 5 项以及第 86 条第 4 项等诸多条文都表明，当在救援行动中面临直接生命危险时，消防人员应当迅速撤离。

（四）小结

综上所述，营救者的法定作为义务阻却自我答责原则的适用。对于法定作为义务的范围，应当根据不同的作为义务来源，结合期待可能性原则确定。而事前角度的“利益—风险权衡”则是其中一个重要的判断标准。在作为义务的范围内，营救者因救援行动所招致的对自身法益的损害，不能被认为是营救者自我决定的结果，应当由行为人承担责任。

[52] 参见前引 [41]，Stree 书，边码 156。

[53] 参见前引 [25]，Radtke 书，第 301 页。

[54] 参见前引 [48]，张明楷书，第 190 页以下。

[55] 参见王劲风：《谈灭火救援中的内攻近战》，《科技促进发展》2009 年第 2 期。

[56] Vgl. Bernsmann, Zum Handeln von Hoheitsträgern aus der Sicht des „entschuldigenden Notstandes“ (§ 35 StGB), in: Festschrift für Günter Blau zum 70. Geburtstag, 1985, S. 23 (47).

[57] 参见前引 [14]，Roxin 书，边码 41。

三、欠缺作为义务的场所

由于种种原因,原本负有作为义务的营救者完全可能在具体案件中超出作为义务的范围实施救援行为。而诸多生活事实也表明,那些原本不负有任何作为义务的营救者也可能实施救助行为,并因此将自身法益置于危险之中。倘若这些救援行为对营救者自身法益造成了损害,是否应当认为营救者自负其责?

(一) 自我答责与“个人事务”

部分德国学者主张,此时应当一概适用自我答责原则,肯定营救者对损害结果自负其责。因为在不负有作为义务的场所,营救者是否实施救援行为只是其“个人事务”而已。^[58]如果认为行为人仍然要对营救者的自我损害负责,则无异于是以营救者的行为决定了行为人的义务乃至刑事责任。^[59]但是这种见解并不合适。

首先,并不能因为营救者的行为影响到了行为人的刑事责任而一概否认为人可能对救援行为所造成的损害承担责任。诚然,与上述具有作为义务的场所相反,此时由于营救者欠缺法定作为义务,救援行为并非一定发生。但是,这种不确定性并不导致完全不能追究行为人的刑事责任。事实上,当行为人的行为在一定程度上具有引发他人法益损害的可能性时,往往就已经为法规范所禁止。最突出的例子莫过于刑法对于教唆犯的处罚。虽然教唆行为并不必然导致正犯实施相应的犯罪行为,却同样为刑法所禁止。倘若正犯实施了相应的犯罪,则可以认为其行为(至少部分地)决定了教唆者的刑事责任:如果站在共犯从属性说的立场上理解我国刑法第29条第2款,正犯实施犯罪的行为才奠定了教唆犯的可罚性;即使从共犯独立性说的立场出发,正犯成功地实施犯罪也至少导致教唆犯将受到更重的刑罚,因为此时对之不能再从轻或者减轻处罚。

其次,即便不负有作为义务,救援行为也不能简单地被认定为仅仅是营救者的“个人事务”。因为救援行为和普通意义上的被害人自我损害行为存在着显而易见的区别。对于后者而言,被害人仅仅是处分了自己的利益(譬如自杀),对社会共同体中其他成员的法益原则上并无影响。而在救援行为中,营救者所意欲保护的恰恰是合法的利益,救援行为有利于社会共同体。尽管社会共同体考虑到救援行为的风险性而并没有通过法规范强加给营救者作为义务,却仍然期待营救者在危急关头挺身而出保护法益。基于救援行为与社会共同体之间的这种利益联系,不能一概认为这些营救者只是在处理“个人事务”,因而也就不能像对待普通意义上的被害人自我损害行为一样,认为这些营救者的利益完全不值得保护。^[60]

(二) 自我答责的范围

虽然营救者超出作为义务范围的救援行为仍然符合社会共同体的期许,但是,考虑到刑法的谦抑性和刑事不法的独特性质,并不是任何符合社会共同体意愿的行为都应当受到刑法保护。应当在何种程度上适用刑法保护营救者的利益,仍然需要结合法规范的价值判断,通过自我答责原则来认定。

1. 判断标准之一:与紧急避险的比较

与存在法定作为义务的场所类似,这里仍然可以借助紧急避险的规定来确定自我答责原则的适用范围。当行为人通过损害第三者较小的利益保全他人更大的利益时,行为人的行为是合法的避险行为。此时行为人受到法规范保护,其他人不得对之实施正当防卫。相比而言,当营救者在同样的条件下通过牺牲自己较小的法益挽救他人较大的法益时,营救者甚至还只是损害了自己的利益,而没有像紧急避险时那样干涉了第三者的利益。那么,此时法规范就更加没有理由放弃对

[58] Vgl. Schünemann, JA 1975, 715 (722); Otto, JK 1994, StGB vor § 13/3.

[59] Vgl. Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 2, 7. Aufl., 1989, § 43 Rn. 73.

[60] 参见前引〔18〕, Frisch书,第482页以下。

营救者的保护。^[61]

当营救者所欲救助的利益等于甚至小于其自身的损害时，是否应当适用自我答责原则？本文对此持肯定回答。我国通常的见解认为，紧急避险意味着在两个合法权益冲突的场合保全其中较大的一方，因而其实质是对社会有益的行为。从这种见解出发，损害同等或者更大利益的行为已经不能被认定为紧急避险。当营救者牺牲自身相同或者更大法益救助他人法益时，就难以通过与紧急避险相比较得出法规范应当对其加以保护的结论。即便如我国部分学者一样，肯定损害同等利益的行为仍然可以成立紧急避险，其原因也只是在于，此时避险行为由于欠缺法益侵害不值得刑法处罚。这种避险行为总体而言对社会没有意义，因而法律没有理由介入其中。^[62]那么类似地，当营救者为救助同等利益而损害自身利益时，刑法规范也一样没有理由格外地对营救者进行保护。因此，从法规范的角度看来，在这些场合下不能将营救者的损害归责于行为人。

当然，这里的结论以营救者的行为遵循了紧急避险的其他条件为前提。例如，营救者必须是在没有其他更好的办法挽救他人法益的情境下实施救援行为；营救者对于自身法益的损害必须没有超过必要限度造成不应有的损失等。否则与紧急避险之规定的比较就不能成立。至于在个案中利益衡量的标准，则与上述存在作为义务的场合相似，仍然是行为时的“利益—风险权衡”。如果通过对双方法益的权衡以及对于风险程度的考量，可以得出救援行为所欲保护的利益高于营救者自身危险的评价，那么就不能适用自我答责原则。^[63]这一从法规范角度得出的结论也符合营救者的心理状况。虽然在不负有作为义务的场合，并非所有人都会采取措施救援他人法益，但是，但凡此刻挺身而出者，多为具备强烈道义感的志勇之士。这些营救者认识到自己的救助行为为社会共同体所期许，其进行救援的决定受到自身社会伦理观念的驱使。当没有其他更佳选择，而又可以以较小的代价挽救他人利益时，社会伦理观念促使这些营救者实施救援行为的拘束力并不低于甚至还经常高于法定义务。因而即便从纯粹的心理角度考察，也难以认为其是完全自主地作出了决定。^[64]

从行为人的角度来看，按照本文所主张的见解，也不会不当扩张其刑事责任。德国联邦最高法院的判例指出，当行为人违法地招致了违法阻却事由的前提条件时，就应当对相应违法阻却事由所导致的损害承担刑事责任。因此，当医生违反义务没有充分解释手术风险，从而获得了患者切除肿瘤的承诺，但是在手术中却出于维护患者的利益不得不以同时摘除子宫的方式去除肿瘤的，虽然摘除子宫的行为本身由于患者的推定承诺而合法，但是医生仍然对此结果成立过失身体伤害。^[65]同样，行为人攻击被害人，不料招致被害人极为猛烈的反击，为了保护自己的生命而只能射杀被害人的，尽管射杀被害人这一行为本身属于正当防卫，但是由于行为人违法地招致了整个情势，仍然应当对被害人的死亡结果承担过失致人死亡的责任。^[66]虽然德国学界对于是否应当通过“原因违法行为”理论^[67]解释这些判例存在很大的争议，但是这些案例至少表明，如果行为人违法地导致了利益冲突，以至于例外地使得为了救助一方利益而损害另外一方利益成为可能时，就应当由行为人对相应的法益损害承担责任。因为，行为人导致利益冲突的行为迫使法规

[61] 参见前引 [21]，Puppe 书，第 265 页。

[62] 参见前引 [47]，黎宏文。

[63] 这也是当前德国学界的多数说。Vgl. Rudolphi, JuS 1969, 549 (557); 前引 [25]，Schroeder 书，边码 182; Frisch, NStZ 1992, 62 (65); 前引 [10]，Sowada 文，第 665 页。

[64] 参见前引 [25]，Cramer/Sternberg—Lieben 书，边码 168; Geppert, Jura 2001, 490 (495)。

[65] Vgl. BGHSt 11, 111.

[66] Vgl. BGH, NStZ 2001, 143.

[67] 德国联邦最高法院并不承认原因违法行为。Vgl. BGH, NJW 1983, 2267; BGH, NStZ 2001, 143 (144)。德国学界主张原因违法行为的见解。Vgl. Puppe, Das sog. gerechtfertigte Werkzeug, in: Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, 2007, S. 445 ff. 我国学者在正当防卫的场合中对于原因违法行为理论的介绍和批评，参见黎宏：《论正当防卫的主观条件》，《法商研究》2007 年第 2 期，第 68 页以下。

范在不同法益之间进行抉择,其过错恰恰在于诱发利益冲突本身。^[68]这种思想也同样可以运用在营救者损害的场合。因为此时行为人亦违法地导致了利益冲突的状态:营救者要么放任他人法益遭受行为人的侵害,要么损失自己的利益实施救助行为。^[69]如果营救者客观上遵从了紧急避险的利益权衡原则,在欠缺其他避免法益损害的可能性时决定牺牲自己较小的利益挽救他人较大的法益,则行为人应当对营救者自身的法益损害承担责任。

最后需要强调的是,由于前文在具备作为义务的场合中也借用了“利益—风险权衡”确立法定作为义务的范围,因而这里通过与紧急避险相比较得出的标准对于负有作为义务的营救者而言,并没有特殊的意义。因为当依据“利益—风险权衡”可以认定这些营救者的救援行为不能为法定作为义务所涵括时,其行为也同样难以符合此处的标准。但是,对于不负有法定作为义务的普通公民而言,这里的判断标准往往对问题的解决起着决定性的作用。根据本文的立场,当游泳协会的会员发现他人小孩被行为人推落水中,于是奋力下水救援,却在情急之中由于不熟悉河流状况而负伤的,不应当对自己的身体伤害结果自负其责。

2. 判断标准之二:近亲属的生命、重大的身体和人身自由法益

法规范中能够影响自我答责原则的价值判断的并非只有紧急避险。虽然我国刑法并没有类似德国刑法第35条的规定,但是近年来在关于期待可能性的讨论中,已经有学者正确指出,行为人帮助配偶、近亲属毁灭伪造证据或者窝藏、包庇配偶、近亲属的,以及为了保护亲友生命不得已牺牲他人生命的,均因欠缺期待可能性不成立犯罪。^[70]这就表明,当行为人出于维护近亲属的生命身体及重大人身自由法益而不得已损害其他利益时,法规范认为行为人的意志自由受到限制,因而不应当承担责任。同理,当营救者在相同条件下,为了维护近亲属的上述重大法益决定牺牲自己利益实施救援行为时,其也同样由于欠缺意志自由而不应当对自己的这一决定自负其责。因此,即便此时营救者的救援行为不能满足上述从紧急避险推导出的利益权衡标准,也同样应当否定自我答责原则的适用。^[71]从纯粹心理角度的考察亦得出与此一致的结论。因为,当自己近亲属的生命身体法益遭受风险时,营救者往往无法再冷静地在救援行为的成功可能性及其危险程度之间进行细致的权衡。此时营救者经常在根本没有进行这种权衡时就已经匆忙地实施救援行为。^[72]因此,考虑到此时营救者必须在短时间内作出行为决定的极度心理压力,不能再认为其自负其责地承担了风险。即使对于职业性的营救者也是如此。倘若职业性的营救者为了救助自己近亲属的生命身体法益实施了超出职业义务范围的救助行为,并且因此导致自身法益受到损害,则同样不能适用自我答责原则,而应当由行为人对此承担责任。^[73]

3. 其他情形

除了上述两种情形之外,不负有法定救助义务的营救者在认知了全部风险基础上进行的救援行为应当被视为有效的自我决定,并对因此所招致的风险自负其责。虽然营救者此时仍然需要在自身法益和其所欲救助的法益之间进行抉择,但是只有在特定的条件下,法规范才认为在维护不同法益之间的抉择足以影响到行为人自主地作出决定。法规范并不保护行为人绝对不陷入法益抉择的境地之中;法规范同样也不认为,行为人在任何法益抉择的情境中做出的任何决定都可以免除其责任。我国刑法有关胁从犯的规定也表明,当行为人因为自身法益受到威胁而选择参与犯罪

[68] Vgl. Küper, Der verschuldete rechtfertigende Notstand, 1983, S. 42 ff.

[69] Vgl. Amelung, NStZ 1994, 338.

[70] 参见前引 [39], 张明楷文。

[71] 当前德国学界的通说亦如此。Vgl. Bernsmann/Zieschang, JuS 1995, 775 (778 f.); 前引 [11], Radtke/Hoffmann 文, 第 217 页以下; 前引 [18], Frisch 书, 第 486 页; 前引 [69], Amelung 文, 第 338 页。反对见解, 参见前引 [25], Strasser 书, 第 238 页以下。

[72] 参见前引 [10], Sowada 文, 第 666 页。

[73] Vgl. Radtke/Hoffmann, NStZ-RR 2009, 52 (53).

时，法规范并不当然地认为行为人不应当对自己的决定承担责任。因此，认为只要存在着法益抉择，就一概否认营救者自负其责的见解^[74]是不合适的。

（三）小结

综上所述，对于不负有法定作为义务的营救者而言，如果通过事前的“利益—风险权衡”可以认定其是在没有更佳选择的条件下试图救助高于自身损害的利益，或者可以认为，其是为挽救近亲属的生命、重大的身体和人身自由法益而不得已实施救助行为时，对之不能适用自我答责原则。在其他场合中则应当肯定其对救援行为所导致的自身法益损害自负其责。

四、判例简评

当营救者基于法定救助义务，或者在没有其他更佳选择的情境中欲救助相比自身危险更为重大的利益，或者为了挽救自己近亲属的生命、身体或重大人身自由法益而不得已施行救援行为时，其并不对因此所导致的法益损害自负其责。在其他情形中则应当认为营救者自我决定地承担了风险，适用自我答责原则。根据这一结论，可以对本文开篇所提及的三个案例进行简要的评析。

（一）“纵火案”

在德国联邦最高法院所判决的“纵火案”中，被害人（营救者）基于亲密的家庭关系对自己的弟弟负有救助义务。但是，鉴于当时火势凶猛以及被害人并非专业消防人员的事实，根据事前角度的“利益—风险权衡”，应当认为其救援行为不具有可期待性，超出了法规范所要求的作为义务的范围。基于同样的道理，也难以认为其所欲救助的利益高于自身所负担的风险。不过另一方面，由于被害人是为了保护家庭成员的生命而进行救援，考虑到刑法规范的相关价值判断和被害人当时极度的心理压力，即便忽略其当时处于限制责任能力状态这一情节，也不能认为其自我决定地承担了风险。^[75]因此，在该案中应当肯定行为人对被害人的死亡结果承担刑事责任。联邦最高法院的判决在结论上应当予以肯定。

但是，联邦最高法院判决中的论述多有不妥之处^[76]：首先，这一结论并非像联邦最高法院所认为的那样是对自我答责原则的限制或者例外。^[77]相反，这恰恰是在合理构建自我答责原则的基础上，通过对该原则具体适用所获得的结果。其次，联邦最高法院在判决中单纯地以营救者实施救援行为的动机理智与否作为判断标准。其认为，当营救者具有理智的、可以理解的动机冒着自我风险实施救援行为时，其因此而导致的自身法益损害就应当被归责于行为人；相反，倘若救援行为从一开始就是毫无意义的或者相对所欲救助的法益而言属于明显不合比例的、鲁莽的冒险举动，则营救者仍然应当根据自我答责原则自负其责。虽然根据这一见解在个案中得出的结论也经常是合适的，因为所谓“理智”的救援行为经常意味着所救助的利益高于营救者所承担的风险，而“可以理解的动机”则往往意味着为维护近亲属的重大法益实施救援行为。但是，过于强调营救者的心理动机会导致忽视法定作为义务和其他法规范价值判断的重要意义。而且，由于具体案件中营救者的心理状况往往难以确定，这一标准也不利于构建自我答责原则。最后，联邦最高法院肯定行为人应当对营救者自身的法益损害承担刑事责任的另外一个重要论据是：“既然成功的救援行为可以在量刑上导致有利于行为人的结果，相应地行为人也应该为失败的救援行为

[74] 参见前引 [69]，Amelung 文，第 338 页。

[75] 同样的结论，参见前引 [14]，Roxin 书，边码 117。

[76] 对该判例其他方面的批评，详见 Frisch, *Strafrechtssystem und Rechtsfindung. Zur Bedeutung systematischer Einsichten für die Beantwortung von Sachfragen - am Beispiel der „Zurechnung von Retterunfällen“*, in: *Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag*, 1998, S. 66 (69 ff.)。

[77] 参见前引 [69]，Amelung 文，第 338 页。

负责任”。可是，这种反面推论的论证方式其实似是而非。因为，行为人原本也不应该对并未发生的损害结果承担刑事责任，不论这一损害结果最终是因为他人的救助还是基于其他客观上偶然的原因没有实现。^{〔78〕}这种反面推论的缺陷在过失犯の場合表现得尤为明显：没有出现相应的危害结果就不存在过失犯，但这并不意味着每当行为人导致危害结果的时候就一定成立过失犯罪。^{〔79〕}因此，单纯依靠联邦最高法院这一反面推论实际上并不能得出行为人应当对营救者自身的法益损害结果承担刑事责任的结论，从而必须结合自我答责原则进行正面的论证。^{〔80〕}

（二）“消防队员案”

在德国斯图加特高等法院判决的“消防队员案”中，虽然原则上应当肯定消防队员基于其职业要求负有实施灭火救援行为的义务，但是在该案中，牺牲的德国消防队员的行为明显违反职业法规，其所承受的已经不是法定的职业性风险，其救援行为超出了法规范所要求的作为义务的范围。此外，其虽然明知并无人员被困在大火中等待救援，却鲁莽地将自身生命置于危险境地，不能认为其所欲救助的利益高于自身风险。鉴于遇难的消防队员也不是为了挽救与自己具有亲密关系者的生命、身体或自由法益而施行救援行为，应当认为其自我答责地创设并且承担了风险。因此，行为人对消防队员的死亡结果不承担刑事责任。所以，对斯图加特高等法院的判决结果应当予以赞同。

在该案中，现场指挥人员的失误是最终导致危害结果的原因之一。这里，涉及到另外一个问题：指挥人员错误的指令是否可以排除职业性营救者的自我答责？这一问题在我国也同样重要，因为在我国灭火救援工作中，现场指挥员经验不足与决策失误已经成为了导致消防队员伤亡的一个重要原因。^{〔81〕}斯图加特高等法院对这一问题予以了否定回答。其部分继承了联邦最高法院在“纵火案”中所使用的从事前角度考察救援行为是否理性的判断标准，并且认为：在现代社会中，职业性的救援行为往往只能基于团队协作和上级指令进行，因此，在分工协作基础上进行的救援行为是否“理性”，应当从总体上进行评价。如果是因为指挥人员严重违反行业规范的错误指令导致了消防队员伤亡的结果，则相应的消防行动从总体上看属于不理性的举动，从而不能将这一损害结果归责于行为人。^{〔82〕}根据本文所采纳的立场，从作为义务的角度也可以解释这一点。虽然职业性的营救者原则上都有义务服从上级指令，但是这一服从义务与其法定职业性救助义务之间并不冲突：只有当上级指令没有超出法定职业性救助义务的范围时，营救者才有义务服从这一指令；相反，明显超出法定作为义务范围的指令则没有约束力。因为，从建设法治国家的基本要求出发，必须认为法规范的约束力强于上级指令，只有本身与法规范相符的上级指令才能具备强制性的约束力，从而排除下级自由抉择的空间。因此，我国警察法第33条和公务员法第54条明文规定，人民警察无需执行上级违背法律的指令，而执行了上级明显违法指令的公务员甚至应当承担相应的法律责任。我国人民武装警察法第4条也同样强调武装警察应当遵守宪法和法律，依照法律规定履行职责。我国国防法第57条、《中国人民解放军纪律条令》第3条以及《中国人民解放军现役士兵服役条例》第3条均将遵守执行国家法律、法规置于服从命令的要求之前。虽然《中国人民解放军内务条令》第59条第3项和第61条规定，下级必须服从和执行上级的命令，但是从该条令的体系来看，这里的上级命令并不包括违法命令。该条令第21条第1项和第24条第1项明确要求上级军官、首长有责任遵守国家法律、法规。即使是按照学术资料中比较缓和的见解，执行明显违法的上级指令的军人也应当受到刑事处罚。^{〔83〕}这些都表明，上级指令并不能

〔78〕 参见前引〔10〕，Derksen文，第241页。

〔79〕 参见前引〔14〕，Roxin书，边码117。

〔80〕 参见前引〔24〕，Walter书，边码117。

〔81〕 参见李来保：《灭火救援中消防队员伤亡案例引发的思考》，《消防科学与技术》2009年第4期。

〔82〕 Vgl. OLG Stuttgart, NJW 2008, 1971 (1972).

〔83〕 参见柳华颖：《论军人执行违法命令行为的刑事责任》，《法学杂志》2009年第7期。

排除法规范的价值判断。因此，上级指令是否具有约束力并排除营救者自我答责，只能取决于法定作为义务的范围：倘若上级指令没有超出职业性作为义务的范围，营救者根据这一指令实施的救援行动就是被法规范所要求的行为。此时不能认为营救者自我决定地承担了风险，也不能适用自我答责原则。如果上级指令明显违反行业规范并且由此招致了超出职业行为所固有的风险，那么这一指令必然也已经超出了法定作为义务所要求的范围，从而对营救者不具约束力。倘若营救者仍然根据这一指令进行救援，则应当认为其自我答责地承担了非职业性的风险，由此导致的损害结果不能被归责于行为人。^{〔84〕}

（三）“央视大火案”

在“央视大火案”中也应当坚持同样的判断标准。首先要确定的是，遇难的消防员张建勇是否有义务实施救援行为。由于在案件发生时有效的还是1998年9月1日起施行的消防法和1996年2月20日颁布的《公安消防部队执勤条令（试行）》，故而对相关作为义务的范围也应当依据这些法律法规确定。虽然消防法第32条要求消防队员在火灾现场“救助遇险人员”，《公安消防部队执勤条令（试行）》第3条要求消防队员贯彻“救人第一”的基本原则“积极抢救被困或遇险人员”，该条令第76条还要求在火灾扑救中“必须首先抢救人员”，^{〔85〕}但是，这些条文并不意味着张建勇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。《公安消防部队执勤条令（试行）》第82条第1项也表明，当火灾扑救现场出现危及消防队员生命的紧急情况时，消防队员应当转移到安全地带。该条第3项更是指出，“在浓烟、有毒、缺氧等复杂危险的条件下进行灭火抢险，必须佩戴防护装具并采取有效的安全措施”。而当张建勇在执行扑救任务时，“火场内到处是刺鼻的气味和吸入即造成生命危险的有毒气体，消防官兵虽然佩戴着空气呼吸器，可即便这样也不足以保证百分之百的安全。而且浓重的烟雾还使得官兵根本辨不清前进的方向和道路”。^{〔86〕}在这种极端危险的环境中，在没有其他任何保障的情况下摘下空气呼吸器救助他人，无异于直接放弃自己的生命。张建勇的这种舍己为人的英勇行为在道义伦理上固然令人敬佩，但同时也显然超越了法规范作为义务所要求的范围。

与上述“消防队员案”不同，张建勇是出于挽救他人生命作出了放弃自己生命的决定。那么是否能根据这一情节否认其对自身的死亡结果自我答责呢？德国斯图加特高等法院在对“消防队员案”的判决中认为，只要职业性的营救者是为了挽救他人（不论是否和营救者之间具有亲密关系）生命、身体或重大人身自由法益而超出作为义务的界限施行救援行为，就应当将由此所导致的法益损害归责于行为人。^{〔87〕}这一立场也获得了部分德国学者^{〔88〕}的认同。如果根据这种见解，对张建勇的行为就不能适用自我答责原则。

但是本文认为这种见解并不妥当：一方面，德国刑法第35条表明，只有在涉及自身或者亲密关系者的相关法益时，法规范才不期待行为人实施适法行为，从而免除其责任。同样地，只有在为了挽救与自己具有亲密关系者的法益时，才可能认为营救者不应当对自己的决定承担责任，对之不能适用自我答责原则。这里起决定作用的不仅仅是所涉及法益的类型，更是其与营救者的相关性程度。斯图加特高等法院的见解恰恰忽视了这一点。稍加留意就可以发现，我国学者近年来关于（作为责任要素的狭义）期待可能性的讨论几乎全部集中在行为人或者行为人近亲属的重大法益受到威

〔84〕 参见前引〔73〕，Radtke/Hoffmann文，第54页以下。

〔85〕 现有媒体报道中并没有说明张建勇作为中队指导员是否在事故发生时同时也担任了中队值班队长和中队指挥员的职责。如果事实如此，则还应当考虑《公安消防部队执勤条令（试行）》第59条第1项，因为该条文要求中队指挥员及时采取救人措施。当然，这一点并不影响本文的结论。

〔86〕 前引〔1〕，李松等文。

〔87〕 Vgl. OLG Stuttgart, NJW 2008, 1971 (1972).

〔88〕 Vgl. Geppert, JK 12/08, StGB § 222/7; 前引〔10〕，Kudlich文，第742页。

胁的场合。这种现象并不是偶然的。其原因在于,在我国学者看来,只有当与行为人密切相关的重大法益遭受紧迫危险时,才可能在规范的意义认定行为人的意志自由从根本上受到了损害。既然如此,就不能单纯依据所救助法益的重大性程度否认营救者自主地承担了风险。另一方面,斯图加特高等法院的见解也并不符合职业性营救者的心理事实。对于职业性的营救者而言,如何在涉及他人重大法益的场合冷静地分析形势,合理地展开救援,是他们日常训练的基本内容之一。因此很难认为,但凡涉及到他人生命以及重大的身体或人身自由法益时,职业性营救者就已经迫于心理压力无法作出准确的决断,并由此否认其应当对超出作为义务范围的救援行为自我答责。

最后,根据行为时角度的“利益—风险权衡”,也不能认为张建勇所欲救助的利益高于其自身危险。在“央视大火案”中,张建勇所损害的是自己的生命法益,所救助的是他人的生命法益,双方利益在法益级别上没有差别。从行为时的角度考察成功救援的可能性,张建勇所救助的被困人员已经生命垂危,即使获得张建勇的呼吸器也未必能幸免;而当时仍然处于健康状况的张建勇一旦放弃呼吸器则必然导致自身死亡。综合权衡双方法益以及对双方法益造成损害的风险程度,难以认为张建勇所救助的利益大于其自身所承受的危险,因而也就不能对比刑法紧急避险的规定否定其自我答责。

综上所述,应当认定张建勇对自己的死亡结果自负其责。需要强调的是,这里认定张建勇自我答责只是在刑法规范中进行的责任分配。其仅仅表明,导致央视火灾的行为人不对张建勇的死亡结果负担刑事责任,而并非是对张建勇行为的否定评价。作为舍己救人的英雄,张建勇无愧于公安部授予的烈士称号。同时,这并不意味着法规范完全放弃了对张建勇的保护。基于不同的理论立场,张建勇的家属可以根据我国消防法第38条、民法通则第93条、第109条以及最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》第142条和《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第15条等诸多规定中的相关条文分别向国家、被营救者或导致火灾的行为人要求相应的经济补偿或赔偿。^[89]

对于在“央视大火案”中受伤的其他6名消防队员而言,法院应当在审理过程中仔细判断其救援行为是否遵循了消防法规所确立的行业规范。如果得出肯定结论,就应当认为其基于法定作为义务导致了自身身体伤害结果。对这一伤害结果不能适用自我答责原则,造成火灾的行为人应当对此承担刑事责任。对另外2名受伤的施工人员也同样需要法院在审理过程中详细调查其是否由于自身的救援行为而负伤,并根据案件事实作出合适的结论。

五、结 论

在营救者明知存在风险,却仍然救助他人利益,从而导致自身法益损害时,应当遵循以下标准适用自我答责原则:

1. 首先要判断营救者是否基于法定作为义务实施救援行为。对于法定作为义务的范围,应当根据不同作为义务的来源,结合期待可能性原则,通过事前角度的“利益—风险权衡”确定。上级的(错误)指令并不影响职业性营救者作为义务的范围。如果救援行为符合法定作为义务,则营救者不对因此所导致的自身法益损害承担责任。

2. 当营救者不具有法定作为义务时,需要考察其所欲救助的利益是否高于其在救援行为中所承受的自身风险。这里利益衡量的标准仍然是事前角度的“利益—风险权衡”。如果得出肯定

[89] 这里涉及到诸多法律问题。譬如,张建勇的行为是否可以被认定为职务行为,是否可以适用民事法律规范,是否成立民法中的自甘风险(参见杨立新、吕纯纯:《侵权案件应当适用自甘风险作为免责事由》,《人民法院报》2010年3月24日),以及无因管理和制止侵害行为之间的关系和法律适用问题等等。本文无法深入探讨这些问题。但是不管从哪种理论立场出发,张建勇的家属应当总是可以获得一定的经济补偿或赔偿。

结论，并可以认为在行为时没有其他更好的方式救助法益，而且救援行为也没有超过必要限度造成不应有的损害，则应当肯定营救者同样不对自身法益损害自负其责。

3. 当营救者是出于挽救近亲属的生命、重大的身体和人身自由法益而不得已实施救助行为时，也不能认为其自我决定地承担了救援行为的风险。此时法规范认为营救者由于欠缺意志自由无须为自己的决定承担责任。这也是综合权衡营救者心理事实的结果。

4. 在其他场合下，则应当认为营救者出于自身的意愿自主地引起并且负担了相应的危险。此时适用自我答责原则，营救者对救援行为所招致的自身法益损害自负其责，行为人则无需对之承担刑事责任。

最后需要指出的是，只有在能够预见危害结果时，行为人才可能对危害结果负担刑事责任。因此，本文上述分析都以行为人可以预见营救者的法益损害结果为前提。一般而言，尤其是在职业性营救者基于法定作为义务实施救援行为，并因此遭受法益损害时，原则上应当肯定行为人可以预见相应的法益损害结果。但是，倘若在具体案件中，行为人确实无法预见营救者会实施救援行为并因此导致自身法益损害，那么，即使否认营救者应当对此自负其责，也不能就这一法益损害结果追究行为人的刑事责任。

Abstract: The principle of self-responsibility in criminal law means that the perpetrator is not responsible for the damage of the victim when the latter, despite being aware of risks, goes into danger voluntarily. However, this does not indicate that the rescuer, with full consciousness of the related risks, is always responsible for his actions when he tries to save the interests of others and causes damage to himself. There are three situations in which the rescuer should not be responsible for the occurrence of damage.

First of all, if the rescuer has legal obligations of rescue, then the perpetrator is responsible for the damage of the rescuer. In this case, the rescuer is forced by the lawmaker to save the interests of others which would be harmed by the perpetrator. He has no other choice but to take the action to protect others. In this sense, the rescuer does not accept the risk of rescue voluntarily and the principle of self-responsibility can therefore not be applied to him. The range of legal obligations should be *ex ante* determined through an “interests-risk balance” in concrete cases based on the sort of obligations and the theory of probability of anticipation. Secondly, the principle of self-responsibility is not applicable to the rescuer either, if the rescue takes place with the intention to protect the interests of others which are more valuable than the loss of the rescuer. This is a conclusion from the comparison with the defense of necessity. Lastly, the rescuer should also not be responsible for the occurrence of damage if he tries to defend his family members from death, heavy injury or deprivation of freedom. Because in this situation the rescuer is, as a result of lacking free will, not responsible for his decision.

In other cases, the principle of self-responsibility should be applied. That means the rescuer accepts the risks of rescue voluntarily and is therefore responsible for his damage. On the other side, the perpetrator, who commits an illegal act and thereby puts the interests of others in danger, is no longer liable for the damage of the rescuer. According to the conclusion above, the principle of self-responsibility is applicable to the firefighter in the CCTV fire case who gave under extremely dangerous situation his respirator to the person entrapped in the fire and therefore died from gas poisoning.

Key Words: self-responsibility, duty of act, probability of anticipation, defense of necessity
