

刑法学中危险接受的法理

张明楷^{*}

内容提要：根据是自己侵害还是他者侵害这一标准，危险接受分为两种情形：被害人自己支配实害结果发生的，被告人的行为属于自己危险化的参与；被告人的行为支配实害结果发生的，则是基于合意的他者危险化。被害人承诺、规范的保护范围、被害人自我答责等理论，均不能妥当说明危险接受的法理。在自己危险化的参与的场合，被害人支配实害结果发生的行为不符合任何犯罪的构成要件，故参与者（被告人）的行为不可能成立犯罪。在基于合意的他者危险化的场合，被告人支配实害结果发生的行为，符合过失犯的构成要件且不具有违法阻却事由，原则上不排除犯罪的成立；但是，如果能够认定被害人对被告人实施强制行为，或者具有优越的知识，支配了因果发生进程，对实害结果的发生处于间接正犯的地位，则被告人的行为不成立犯罪。

关键词：危险接受 基本类型 前提条件 法理根据

现实生活中经常发生危险接受的案件，但我国刑法理论基本上还没有展开具体研究，导致司法实践对危险接受案件的处理缺乏理论指导，出现了对于相似案件刑事判决认定被告人承担刑事责任，而民事判决认定被告人不承担民事责任的奇怪现象。本文对危险接受的基本法理发表初步意见，旨在起抛砖引玉的作用。

一、危险接受概说

（一）危险接受的类型

广义的危险接受，大体分为三种类型：^{〔1〕}

其一是狭义的自发的自己危险化：被害人在认识到自己的行为对自己的法益具有危险的情况下，仍然实施该行为，进而给自己造成了实害。在这种场合，只有被害人实施了与其法益遭受侵害具有因果关系的行为。例如，被害人认识到有摔伤的危险却爬树采果实，果真摔成重伤。显

^{*} 清华大学法学院教授。

〔1〕 参见〔日〕吉川敏雄：《“合意のある他者危殆化”について》，载〔日〕冈野光雄等编：《西原春夫先生古稀祝贺论文集》第1卷，成文堂1998年版，第407页以下。

然，这种案件本身不具有刑法上的意义，〔2〕故本文不展开讨论。

其二是自己危险化的参与：被害人意识到并实施了危险的行为，而且遭受了实害结果（或侵害结果），但被告人的参与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发的自己危险化。例如，德国曾发生如下案件：被害人是海洛因的持有人，让被告人将注射器借给其使用，被害人利用该注射器注射海洛因，进而死亡。德国法院以前认定这种行为成立过失致人死亡罪，但在本案中否认了过失致人死亡罪的成立（海洛因案）。〔3〕

其三是基于合意的他者危险化：虽然给被害人造成实害结果的是他人（被告人）的行为，但被害人认识到并且同意被告人行为给自己带来的危险（即被害人仅承诺了危险，而没有承诺实害结果）。如德国的梅梅尔河案：在狂风暴雨之际，两位乘客不顾船工的“危险”警告，要求船工载其过河。船工在运送乘客过河时，渡船翻沉导致乘客死亡。德国法院认为，船工对乘客没有特别的保护义务，也没有违反义务，否认其行为构成过失致人死亡罪。〔4〕

上述介绍给人的印象是，凡是属于危险接受的案件，均阻却犯罪的成立。事实上并非如此。例如，被害人知道被告人酒后驾驶机动车，仍然坐在其车上。被告人因为驾驶失误，导致其车跨越道路中间分隔带，与对面的车辆相撞，造成同乘的被害人受重伤（双方驾驶人员均受重伤）。德国法院认为，被告人的行为符合刑法第315a条和第316条的构成要件，即使同乘的被害人认识到危险，也不阻却被告人行为的违法性。因为上述两个法条的规定，不只是保护交通参与者的身体与生命，也要保护道路交通安全及一般公共安全，于是认定被告人的行为成立过失致人伤害罪。〔5〕但是，罗克信（C. Roxin）教授认为，在这样的案件中，将死伤结果归属于被告人的行为，是不能令人满意的。〔6〕再如，不少学者认为，梅梅尔河案的船工也成立过失致人死亡罪。〔7〕由此可见，哪一种危险接受阻却犯罪的成立，阻却犯罪成立的条件与根据是什么，都值得研究。

（二）自己危险化的参与和基于合意的他者危险化的关系

自己危险化的参与和基于合意的他者危险化有三个共同特点：（1）实害结果的发生，由被告人与被害人的不注意的态度相互作用而共同引起；（2）被告人与被害人都不希望、放任实害结果发生，相反，都相信、期待实害结果不发生；（3）被害人“过失地”参与了结果发生，所涉及的都是被告人最终应否承担过失犯刑事责任的问题。〔8〕

正因为自己危险化的参与和基于合意的他者危险化具有共同点，所以，刑法理论用“危险接受”概括二者。倘若认为对二者的处理结论相同，区分二者就没有意义；若认为对二者应当做出不同处理，区分二者则具有意义。如所周知，按照三阶层体系，成立犯罪的条件是构成要件符合性、违法性、有责性，与此相对应，排除犯罪成立的情形便是不符合构成要件、具有违法阻却事由或者责任阻却事由。应当肯定的是，危险接受不是责任论领域的问题，〔9〕而是构成要件符合

〔2〕当然，需要区分被害人的自己危险化是自发的还是由他人的行为引起的。总的来说，如果被告人的行为对被害人产生了物理的或者心理的强制，导致被害人实施自己危险化的行为时，就不能认定为自发的自己危险化，而应肯定实害结果与行为人的行为之间具有因果关系（参见张明楷：《刑法学》，法律出版社2011年版，第185页以下）。

〔3〕BGHSt 32 (Urt. v. 124. 2. 1984), S. 262ff.

〔4〕RGSt 57 (Urt. v. 3. 1. 1923), S. 172ff.

〔5〕BGHSt 6 (Urt. v. 24. 6. 1954), S. 232.

〔6〕Vgl. Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., C. H. Beck 2006, S. 411.

〔7〕Vgl. Dieter Dölling, Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers, GA 1984, S. 93; [日] 曾根威彦：《过失犯における危険の引受》，《早稻田法学》第73卷（1997年）第2号，第50页；[日] 深町晋也：《危険引受け論について》，《本郷法政紀要》2000年第9号，第143页。

〔8〕参见[日] 盐谷毅：《被害者の承諾と自己答責性》，法律文化社2004年版，第178页。

〔9〕也有少数学者以责任阻却为由否认被告人的行为构成犯罪（参见[日] 神山敏雄：《危険引き受けの法理とスポーツ事故》，载[日] 大谷实等编：《宫泽浩一先生古稀祝贺论文集》第3卷，成文堂2000年版，第36页以下）。

性与违法性（二者合称为不法）的问题。所以，从实质上说，不管是自己危险化的参与还是基于合意的他者危险化，都只能从不法层面展开研究。^{〔10〕}就此而言，二者的解决路径并无区别。但是，不能因为自己危险化的参与不符合构成要件，就直接认定基于合意的他者危险化也不符合构成要件。亦即，“不符合构成要件、具有违法阻却事由因而不成立犯罪”，适用于所有案件，但是，不能因为B行为与不构成犯罪的A行为具有相同点，就直接否认B行为成立犯罪。概言之，排除犯罪成立的大前提是相同的，但具体事实并不相同。所以，有必要区分自己危险化的参与和基于合意的他者危险化展开讨论，^{〔11〕}因为二者在事实层面存在重大差别，事实层面的差别会影响价值判断。

德国的许乃曼（B. Schünemann）教授一方面认为，二者的区分标准在于被告人行为与被害人行为的时间前后关系：如果被害人的行为在后，就是自己危险化的参与；如果被告人的行为在后，则是基于合意的他者危险化。另一方面认为，对于二者的处理应当完全相同：在被害人接受危险这一点上，基于合意的他者危险化和自己危险化的参与相同，故均阻却犯罪的成立。^{〔12〕}但本文难以赞成这种观点。理由是：（1）根据这种观点，厨师没有按规定处理好河豚的肝，致被害人食用后死亡的，由于被害人的行为在后，因而属于自己危险化的参与。显然，这种观点过于形式化，不利于合理判断实害结果应当归属于谁的行为。（2）如同教唆、帮助自杀与得到承诺的杀人并不相同、过失帮助他人自杀与过失致人死亡并不相同一样，对于将毒品注射器借给被害人使用和直接给被害人注射毒品，也应当做出不同的法律评价。

日本的山中敬一教授认为，在第一次危险创出后，被害人认识到有危险而介入其中的，是自己危险化的参与；被害人的自己危险行为与第一次危险创出行为同时起作用的，是基于合意的他者危险化。^{〔13〕}但是，这种区分过于形式化，不利于确定实害结果实质上究竟由谁的行为造成。因为对实害结果起决定性作用的，不仅仅取决于参与行为的时点。根据山中敬一教授的观点，女性被害人明知男性被告人患有艾滋病，却没有采取预防措施与之发生性关系，进而感染了艾滋病的（艾滋病案），是基于合意的他者危险化。^{〔14〕}这便明显扩大了基于合意的他者危险化的范围。^{〔15〕}

本文主张，应在与正犯论相关联的意义上区分二者，区分标准在于是自己侵害还是他者侵害。亦即，被害人自己支配了实害结果发生时，被告人的行为属于自己危险化的参与；被告人的行为支配了实害结果发生时，则是基于合意的他者危险化。换言之，在自己危险化的参与场合，被告人是共犯、被害人是正犯；而在基于合意的他者危险化的场合，被告人是正犯、被害人是共犯。^{〔16〕}这样的区分标准，既比较明确，又具有实际意义。

〔10〕 而且，危险接受的参与者都有过失，所以，即使采取行为无价值论，也只能从客观层面（如客观构成要件符合性、客观归责等）解决问题。

〔11〕 西班牙学者梅里亚（M. C. Meliá）认为，将危险接受分为自己危险化的参与和基于合意的他人危险行为，是有问题的，这种分类“往往只具有象征的意义。这种分类也不能提供足够的解决问题机制。而且，将事件区分为自己的危险化或是基于合意的他人危险行为，并不能预先判断解决方法。”M. C. Meliá, *Victims and Self-Liability in Criminal Law: Beyond Contributive Negligence and Foreseeability (Without Blaming the Victim)*, 28 Pace Law Review 756 (2007)。其实，这是基于其不加区别地一概认为危险接受案件均阻却犯罪成立所提出的观点。如后所述，明确区分二者，对于妥当处理危险接受案件具有重要意义。

〔12〕 Vgl. B. Schünemann, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, JA 1975, S. 715ff.

〔13〕 参见〔日〕山中敬一：《刑法における客観的帰属の理論》，成文堂1997年版，第731页。

〔14〕 同上书，第741页以下。

〔15〕 德国巴伐利亚州法院认定，在艾滋病案中，被告人的行为是对自己答责的意欲的自己危险化的参与，不成立刑法第223条的危险伤害罪（OLG Bayern, NJW1990, S. 131）。

〔16〕 参见〔日〕島田聡一郎：《被害者による危険引受》，载〔日〕山口厚编：《クローズアップ刑法总论》，成文堂2003年版，第140页以下。

有争议的是在形式上难以区分正犯与共犯的场所，即由于被害人与被告人的互动或者共同作用导致实害结果发生的场合。本文认为，可以分为三类情形得出结论：（1）虽然被害人可以自由决定是否自陷危险，但是，导致实害结果发生的行为由被告人支配时，就属于基于合意的他者危险化。例如，被害人明知被告人醉酒驾驶，仍然乘坐其驾驶的 vehicle，被告人的过失导致被害人伤亡。虽然被害人完全可以不乘坐被告人的 vehicle，但是，导致伤亡结果的行为是由被告人支配的。（2）与此相反，导致实害结果发生的行为决定权取决于被害人时，或者说导致实害结果发生的行为由被害人支配时，应认定为自己危险化的参与。如前述艾滋病案，对被告人的行为应认定为自己危险化的参与。在这样的场合，形式上是二人共同作用导致被害人感染艾滋病，但被告人并没有强行与被害人发生性关系，也没有隐瞒患艾滋病的事实，是否发生性关系进而是否感染艾滋病，完全由被害人支配，而不能认定被告人支配了实害结果的发生。（3）如果被害人与被告人实质上共同支配了结果，则应归入自己危险化的参与。例如，甲、乙二人共骑一辆自行车下坡时，由甲握车把、乙踩脚踏往下冲，甲身受重伤。在这种场合，二人的行为对结果的发生都起到了实质的重要作用。但是，在危险接受案件中，虽然可能运用共同犯罪的原理，但由于被害人不是被告人，因而不可能采取部分实行全部责任的原则。一旦不采取部分实行全部责任的原则，就不能将结果归属于被告人乙的行为，亦即不能认定被告人乙支配了结果的发生。既然如此，就只能认定为自己危险化的参与。^[17]

（三）危险接受与被害人承诺的关系

危险接受与被害人承诺（同意）具有两个明显区别：其一，危险接受基本上就是就过失犯罪而言；被害人承诺虽然也适用于过失犯，但主要是就故意犯罪而言。其二，危险接受时，被害人认识到了行为的危险，并没有承诺实害结果的发生，没有放弃自己的法益；被害人承诺时，被害人同意实害结果的发生，放弃了自己的法益。^[18]

从20世纪初开始，德国便开始讨论过失犯中的同意对象问题，亦即，是只要同意行为就阻却违法，还是只有同意结果才阻却违法？例如，乙、丙、丁都认识到甲醉酒驾驶机动车，却仍然坐在甲驾驶的机动车上，甲过失导致事故，乙、丙、丁三人均受重伤。如果说同意的对象只是行为就可以了，那么，既然被害人乙、丙、丁同意了醉酒驾驶行为，甲对三人的重伤便不负刑事责任，因而不成立交通肇事罪（或过失致人重伤罪），仅成立危险驾驶罪。但是，如果认为同意的内容必须包含结果，由于乙、丙、丁只是同意了醉酒驾驶的行为，而没有同意重伤的结果，所以，甲要承担交通肇事罪（或过失致人重伤罪）的刑事责任。^[19]

根据威尔采尔（H. Welzel）的观点，过失犯的违法性基础是懈怠社会生活上必要的注意行为，即违反注意义务的行为（行为无价值），结果发生（结果无价值）只具有限制不法的机能，而不具有构成不法的机能。给过失犯的不法奠定基础的是存在违反注意义务的行为和不存在违法阻却事由，所以，被害人承诺的对象只要指向违反注意义务的行为就够了。换言之，对危险行为本身的承诺，阻却了过失犯的行为无价值，因而阻却违法性。^[20]井田良教授也持类似观点：“自己决定权的内容，不仅包括允许自己的利益受到损害的自由，而且包括会使自己的利益遭受危险的自由，即具有通过甘冒风险而享受超越风险的某种利益的自由……代表性的事例有柔道、拳击等格斗性运动和医生的危险手术等。在这样的场合，可能以被害人知道行为具有一定的危险而同

[17] 上述第（2）种情形与第（3）种情形可能难以区分，或者说，第（2）种情形也可以并入第（3）种情形。不过，由于二者均属于自己危险化的参与，区分与否以及能否区分都不影响处理结论。

[18] 当然，如果认为被害人承诺只要同意危险行为即可，则在此问题上没有区别。

[19] 参见前引〔16〕，岛田聪一郎文，第126页。

[20] Vgl. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Walter de Gruyter & Co. 1969, S. 136.

意为由，在此限度内否定被害人的法益的刑法保护……实行行为是‘具有超出被允许的危險之上的危險的危險行为’，被害人对该危險的同意，使被害人遭受该危險而适法化。”〔21〕

可是，这种观点难以成立。(1) 这种观点的基础是行为无价值论，亦即，过失犯的违法性在于违反注意义务这种行为无价值，所以，只要被害人同意了危險行为，就缺乏行为无价值，因而不违法。然而，姑且不论行为无价值论本身的问题，即使认为过失犯的违法性在于违反注意义务，也不能认为过失犯中只要被害人同意危險行为就阻却违法。这是因为，完全可能通过“由于被害人认识到法益侵害结果而放弃法益，进而不存在对这种被放弃的法益的注意义务”的理论来说明被害人承诺；“而不是只能从行为无价值论一义地推导出同意的对象论。亦即，同意的对象论，毕竟只能通过同意论的内在的分析来解决。”〔22〕(2) “法最终所否认的是法益受到损失的状态，而不是引起这种事故的行为本身。行为被认定为违法，也是因为它具有侵害法益的可能性(危险性)，在法律上，行为只是具有引起结果的手段的意义，禁止行为本身并不是法的自身目的。况且，从被害人方面来看，被害人关心的是，自己的法益是被保全了还是被侵害了，而不是关心行为人是否违反了注意义务。因此，被害人的承诺，本来是对最终的侵害结果的承诺，而不是对作为其前提的行为的承诺。”〔23〕(3) 既然认为被害人承诺是自我决定权的实现，那么，意志因素就是不可或缺的。亦即，被害人仅认识到行为的危險，还不是自我决定权的实现；只有当被害人具有实现危險的意志时，才能称得上自我决定权的实现。(4) 从事实上看，被害人只是同意了自己所认识的危險，而没有同意危險的现实化。换言之，即使危險是被允许的，也只是意味着使被害人遭受危險是适法的，而不意味着使被害人遭受侵害是适法的。(5) 上述观点将正当业务行为与被害人承诺相等同，或者说仅以正当业务行为为例说明被害人承诺只需要对行为的承诺，是存在疑问的。正当业务行为之所以阻却违法，不只是因为被害人接受危險，还因为业务行为本身具有正当性，能够保护更为优越的法益。

前田雅英教授认为，被害人同意在故意犯与过失犯中都阻却违法性，但是，在过失犯の場合，大多会发生当事人预想外的结果，被害人对所发生的结果本身存在明确同意的情形较少。因此，在过失犯の場合，同意的内容较为抽象即可阻却违法。亦即，虽然严格地说被害人对结果发生没有同意，但自己积极地置身于高度危險时，就可以说对于由该危險当然预测到的结果存在同意。〔24〕林幹人教授也认为，与被害人承诺不同的是，在危險接受の場合，被害人认识到结果发生的可能性低，或者只有抽象的认识，而且不希望结果发生。但是，这样的区别并不妨碍将被害人承诺运用于危險接受的情形(准同意说)。〔25〕

但是，上述两位教授的观点存在疑问。(1) 上述观点实际上认为，在故意犯の場合，被害人的承诺要求被害人认识到实害结果，但是在过失犯の場合，被害人的承诺只需要被害人认识到结果发生的可能性。显然，这便将故意、过失本身的要素，与故意犯、过失犯中被害人承诺的要素相混同。(2) 上述观点实际上将被害人认识到危險拟制为被害人同意实害结果发生。〔26〕然而，即使认识到了结果发生，也不意味着法益主体希望或者容忍结果发生。如果认为认识到了危險，就意味着容忍实害结果发生，实际上就否认了危險接受的现象。从事实上看，在危險接受的场

〔21〕 [日] 井田良：《被害者の同意》，《现代刑事法》第14号（2008年），第90页以下。

〔22〕 前引〔7〕，深町晋也文，第127页。

〔23〕 前引〔7〕，曾根威彦文，第38页。

〔24〕 参见 [日] 前田雅英：《刑法总论讲义》，东京大学出版会2011年版，第409页；[日] 前田雅英：《許された危険》，载 [日] 中山研一等编：《现代刑法讲座》第3卷，成文堂1979年版，第46页。

〔25〕 参见 [日] 林幹人：《刑法总论》，东京大学出版会2008年版，第173页以下。

〔26〕 参见 [日] 林慎一郎：《被害者による危険の引受けについて》，《立命馆法政论集》2004年第2号，第52页。

合,被害人并没有容忍实害结果发生,相反,期待、希望实害结果不发生。例如,当杂技演员向美女身旁投掷飞刀时,美女只是接受了危险,而不会容忍飞刀刺中自己的身体。(3)被害人承诺之所以阻却违法,是因为被害人基于自己的决定放弃了自己的法益,因此,成立被害人承诺,要求被害人认识到实害结果并且同意实害结果的发生。但是,在危险接受的场合,被害人只是同意了危险行为,并没有同意实害结果的发生,因而不能认为被害人放弃了自己的法益。

近来,德国学者毕尔克(W. Beulke)指出,对于危险接受,应当通过被害人承诺一元地解决。因为确实认识到行为对自己法益的危险而承诺该行为的人,事后提出没有考虑实害结果的发生,是不自然的、非现实的。换言之,在危险接受的场合,应当肯定被害人承诺了实害结果。刑法只是处罚得到承诺的故意杀人行为,既然如此,就不能认为刑法也处罚得到承诺的过失致人死亡行为,所以,当过失致人死亡的行为得到了被害人承诺时,就不能以犯罪论处,否则与罪法定原则相抵触。^[27]

然而,这种观点存在三个问题:(1)在危险接受的场合,认定被害人承诺了实害结果,是不符合事实的。在现实生活中,“冒险”的人不都是愿意接受实害结果的人。如果借用对过失犯的表述,在危险接受的场合,被害人主观上只有“过于自信的过失”,亦即,虽然认识到危险,但误以为危险不会现实化。(2)以刑法只处罚得到承诺的故意杀人行为为根据,得出被害人对故意杀人的承诺无效,对过失致人死亡的承诺有效的结论,并不妥当。因为对故意杀人的承诺无效,意味着对死亡的承诺无效。换言之,刑法对生命实行绝对保护,否认了对死亡的承诺,当然也否认了对过失导致死亡的承诺。(3)既然被害人承诺死亡结果时,也可能成立得承诺的杀人罪,那么,在被害人并没有承诺死亡,只是认识到死亡的危险时,被告人的行为更具有可罚性。

总之,对于危险接受案件,是不能用被害人承诺来解决的。亦即,危险接受案件不同于被害人承诺案件。因此,如果能评价为被害人承诺的,就不宜依照危险接受的法理来处理。

(四) 讨论危险接受的理论前提

讨论危险接受问题,必须明确几个前提条件:^[28]

第一,危险接受案件以发生实害结果为前提。倘若被告人实施了被害人所同意的危险行为,但没有发生实害结果,则不具有刑法上的意义。

第二,被害人必须具有认识能力与控制能力。例如,在被害人毒瘾发作,处于没有控制能力的状态时,被告人将大量毒品交付给被害人吸食,被害人吸食后死亡的,就不属于危险接受的问题,被告人的行为成立相应的犯罪。

第三,被害人必须对危险事实具有明确认识。如果被告人隐瞒真相,使被害人缺乏相应的认识时,就不需要作为危险接受案件处理。例如,被告人知道自己患有严重性病,但隐瞒真相,与对方性交时不使用安全套,使对方感染严重性病的,成立故意伤害罪。

第四,被告人在被害人还没有认识到危险的情况下实施了某种行为,导致被害人不得不陷入危险的,不属于危险接受案件。例如,被告人甲对乙家放火,放火燃烧的当时,乙为了救助家中的亲人,冲入燃烧的家中,但由于丧失意识而倒下,终因一氧化碳中毒而死亡。甲应对乙的死亡承担刑事责任。

第五,对于侵害公益的犯罪,不存在危险接受的问题。例如,乙明知卖淫女甲患有严重性病,依然不采取预防措施与之性交,进而感染了严重性病。就甲的行为是否对乙成立过失致人重伤罪而言,是危险接受问题。但是,即使否认甲的行为成立过失致人重伤罪,也不能否认其行为

[27] 参见[日]北川敦子:《Werner Beulke“刑法における被害者の自律性”》,《早稻田法学》第85卷(2009年)第1号,第337页以下。

[28] 参见前引[16],岛田聪一郎文,第130页以下。

成立侵害公法益的传播性病罪。

第六，被告人在实施自己危险化的参与行为或者基于合意的他者危险化的行为之后，仍然可以救助被害人而没有救助的场合，能否成立不作为犯，不是危险接受本身的问题。一方面，不能因为行为人没有履行作为义务，就直接肯定自己危险化的参与行为或者基于合意的他者危险化的行为成立犯罪。前者可能是故意的不作为犯，而后者是过失犯罪问题。另一方面，不能因为行为人当时没有作为义务或者缺乏作为可能性，就直接否定自己危险化的参与行为或者基于合意的他者危险化的行为成立犯罪。例如，被害人为了赶时间要求出租车司机超速行驶，司机因超速行驶，导致车的右侧撞在电线杆上，被害人身受重伤，因为抢救不及时而死亡。被害人身受重伤，是危险接受问题。司机在当时有无抢救义务、能否及时抢救，则是不作为问题。不能因为对不作为问题得出肯定结论，就直接肯定前面的基于合意的他者危险化行为成立犯罪；反之亦然。

二、自己危险化的参与

自己危险化的参与的最大特征是，被害人的行为是导致实害结果发生的直接原因，或者说，被害人自己支配了实害结果的发生，被告人只是参与了被害人的自己危险化。本文的基本观点是，对于自己危险化的参与，只要符合前述危险接受的前提条件，就不能将实害结果归属于被告人的行为（被告人的行为不成立犯罪）。问题是，如何说明其理由。^{〔29〕}

（一）规范的保护范围之外的见解

20世纪70年代以后，德国的刑法学通说通过客观归责理论中的构成要件作用范围，否认自己危险化的参与行为成立犯罪。其基本理由是，根据德国刑法的规定，被告人故意参与被害人的故意自杀或者故意自伤的行为，原则上不受处罚；既然如此，被告人参与他人的故意的自己危险化的行为，同样不能受处罚；比之更轻的过失参与他人的自己危险化的行为，就更不应当受到处罚。^{〔30〕}换言之，既然故意教唆、帮助他人自杀的行为，不在构成要件的作用范围之内（处于规范的保护范围之外），那么，过失教唆、帮助被害人的自己危险化的行为，就不可能符合构成要件。

我国刑法没有明文规定处罚教唆自杀与帮助自杀，刑法理论对如何处理教唆自杀与帮助自杀也存在争议，^{〔31〕}但司法实践大多处罚教唆自杀与帮助自杀的行为。这种局面，似乎给危险接受的讨论增加了难度。换言之，按照德国刑法理论通说的见解，可能得出如下结论：如果我国刑法处罚教唆自杀与帮助自杀，对自己危险化的参与就不能直接得出无罪的结论，若要得出无罪的结论，必须寻找其他理由；如果我国刑法不处罚故意教唆自杀与帮助自杀的行为，根据当然解释的原理，对自己危险化的参与就不能以犯罪论处。

但是，德国通说的理由并不成立，其中的当然推论也遭受了质疑。^{〔32〕}诚然，从表面上看，被告人参与被害人的故意自杀行为（自己侵害）比参与被害人的可能致死行为（自己危险化）更为严重。但是，如果从被害人自己决定的角度来看，前者的被害人不仅认识到实害结果，而且期待、希望实害结果发生；后者的被害人只是认识到行为的危险，并反对实害结果发生。^{〔33〕}对结果的评价，必须联系法益主体对法益的态度。在参与被害人的自我侵害的场合，被害人放弃了法

〔29〕 德国、日本学者大多试图以一个原理解决自己危险化的参与和基于合意的他者危险化，因此，后述关于基于合意的他者危险化的学说，也成为自己危险化的参与阻却犯罪成立的理由。

〔30〕 参见前引〔6〕，Claus Roxin书，第402页。

〔31〕 参见陈兴良：《判例刑法学》下卷，中国人民大学出版社2009年版，第154页以下。

〔32〕 参见〔德〕Ingeborg Puppe：《法学思维小学堂》，蔡圣伟译，台湾元照出版公司2010年版，第135页。

〔33〕 参见〔日〕曾根威彦：《刑事违法论の研究》，成文堂1998年版，第169页。

益；但在参与被害人的自己危险化的场合，被害人没有放弃法益。概言之，假如承认对自杀、自伤的承诺有效，教唆、帮助自我侵害的行为没有侵害法益，而教唆、帮助自己危险化的行为却侵害了法益。既然如此，就不能认为参与被害人的自我侵害比参与被害人的自己危险化更为严重。

诚然，从客观危险状态考察，在一些场合，自我侵害行为（自杀）对生命的危险高于自己危险化的行为。在此意义上说，既然参与危险更高的行为（教唆、帮助自杀）不可罚，那么，参与危险较低的自己危险化的行为，就更不可罚。但是，这也难以成为自己危险化的参与一概不可罚的论据。在自己危险化的参与的场合，即使被害人不希望、放任死亡结果发生，其行为导致死亡的危险性也可能很高。例如，自杀存在大量未遂情形，自己危险化存在大量现实化的情形。这表明，自己侵害与自己危险化的区别，并不是危险程度高低的区别。亦即，不能认为，自己危险化的行为的危险性必然低于自己侵害行为的危险性。因此，不能从自杀（自己侵害）参与的不可罚性论证自己危险化的参与的不可罚性。^{〔34〕}

（二）与过失的教唆犯、帮助犯的比较

如果说刑法只处罚过失的正犯，而不处罚过失的教唆犯与过失的帮助犯，那么，就没有理由处罚自己危险化的参与行为。这是因为，即使过失乃至故意的正犯导致第三者的法益遭受侵害时，过失的教唆行为与过失的帮助行为也不受刑罚处罚；既然如此，在被害人自己导致法益遭受侵害时，过失的教唆行为与过失的帮助行为（自己危险化的参与）就更不应当受处罚。

显然，这一理由是以对过失犯采取限制的正犯概念为前提的。如果对过失犯采取统一的正犯概念，即过失的教唆犯与过失的帮助犯均属于正犯，则难以得出上述结论。

“倡导目的行为论的威尔采尔认为，在故意犯与过失犯，更正确地说是故意作为犯与其他犯罪中，采取同一的正犯基准，本身就是错误的。并非目的性行为的过失犯（以及不作为犯）本来就不存在正犯与共犯的区别，进而主张惹起构成要件结果的行为均为正犯的二元主义或者二元的正犯概念。”^{〔35〕} 罗克信教授指出，在故意犯中，“‘限制的正犯概念’才是正确的见解，据此，正犯原则上被限定为分则描述的构成要件行为。教唆犯和帮助犯则是基于刑罚扩张事由，其可罚性超出了被称为正犯的可罚性的核心范围。由此，人们同时也找到了正犯与共犯之间的界限：这条界限存在于对构成要件的实现上，而不是在于因果关系上。”^{〔36〕} 但是“在现行的德国刑法中，统一的正犯概念在过失犯领域确实被一般性采用。由于刑法明文规定成立教唆犯和帮助犯以存在故意为前提（第26条、第27条），故在过失犯中不可能存在教唆犯或者帮助犯。由此，任何过失地导致构成要件结果的行为人，都总是过失犯罪的正犯。当然，过失共同正犯的可能性也没有被排除。”^{〔37〕}

根据这种观点，故意帮助他人自杀的，不是故意杀人罪的正犯；但是，过失帮助他人自杀的，则是过失致人死亡罪的正犯。将这种二元的正犯概念运用到自己危险化的参与案件中来，就会肯定自己危险化的参与的可罚性。这是因为，过失帮助他人自杀导致他人死亡的，并不是过失的帮助犯，而是过失的正犯。既然是过失的正犯，就难以否认其可罚性。

然而，认为刑法不仅处罚过失的教唆犯与帮助犯，而且将其作为过失的正犯处罚的观点，难以被我国接受和采纳。（1）刑法以处罚故意犯为原则，以处罚过失犯为例外。如果将过失的教唆与帮助当作过失的正犯，必然无限扩大过失犯的处罚范围，不符合过失犯处罚的例外性原则。（2）我国刑法第15条第2款明文规定：“过失犯罪，法律有规定的才负刑事责任。”刑法分则没有一个条文规定处罚过失的教唆与帮助行为，刑法总则第25条的规定将共同犯罪限定在故意犯

〔34〕 参见前引〔16〕，岛田聪一郎文，第141页。

〔35〕 [日] 松宫孝明：《过失犯论の现代的课题》，成文堂2004年版，第251页以下。

〔36〕 Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, C. H. Beck 2003, S. 7.

〔37〕 同上书，第8页。

罪的范围内。因此，将过失的教唆、帮助行为当作正犯处罚，有违反罪刑法定原则之嫌。(3) 如果处罚过失的教唆与过失的帮助行为，必然导致国民的行为萎缩。易言之，处罚过失的教唆，可能导致国民不敢和他人进行语言、文字交流；处罚过失的帮助，可能导致国民不敢向他人提供任何物品。这样的结局，显然不符合刑法保障国民自由的本旨。(4) 需要说明的是，德国学者从“过失犯中不可能存在教唆犯或者帮助犯”得出“任何过失地导致构成要件结果的行为人，都总是过失犯罪的正犯”的结论，只是一种逻辑推论。事实上完全可以进行相反的推论：既然处罚教唆犯、帮助犯以行为人具有故意为前提，那么，没有故意的过失教唆与过失帮助就不受处罚。

由上可见，只要对过失犯采取限制的正犯概念，认为过失的教唆与帮助不可罚，那么，自己危险化的参与行为就因为缺乏故意而不可罚。但是，这样的论证仍然难以令人满意。(1) 我国刑法是采取了限制的正犯概念，还是统一的正犯概念，还没有定论，因为刑法第 25 条的规定并没有明确否定对过失犯采取统一的正犯概念。^{〔38〕}(2) 如果说自己危险化的参与，只是因为被告人没有故意而不可罚，那么，在结果无价值论看来，这就意味着自己危险化的参与行为本身仍然符合教唆犯与帮助犯的成立条件，具有违法性，只是缺乏故意的责任。但是，这种结论并不妥当。

总之，从与过失的教唆犯、帮助犯比较的角度，得出自己危险化的参与行为不成立犯罪的结论，虽然是可能的，但不是理想的路径。

(三) 共犯从属性原理的运用

本文主张运用共犯从属性的原理，通过否认构成要件符合性，得出自己危险化的参与不构成犯罪的结论。

自己危险化的参与，虽然不是真正意义上的共同犯罪，但是，在由二人以上的行为共同造成了实害结果的意义上说，则与共同犯罪相同。共同犯罪是违法形态，从违法层面来说，共同犯罪的立法与理论所要解决的问题，是将违法事实归属于哪些参与人的行为。就具体案件而言，司法机关认定二人以上的行为是否成立共同犯罪，是为了解决二人以上行为的客观归责问题。在自己危险化的参与的场合，也可谓二人以上的行为共同造成了实害结果的发生，因而与共同犯罪存在相同之处。亦即，均存在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）的问题。因此，共同犯罪中关于正犯与共犯的区分，完全可以运用于自己危险化的参与的情形中（如后所述，也能适用于基于合意的他者危险化的情形）。亦即，在自己危险化的参与的场合，被害人正犯，被告人只是实施了教唆行为或者帮助行为的共犯。既然如此，就需要首先判断正犯的行为是否符合构成要件、是否具有违法性。可以肯定的是，正犯自冒风险时，其行为既不符合构成要件，也不具有违法性。例如，过失致人重伤，是指“过失伤害他人致人重伤”（刑法第 235 条）；过失致人死亡时，其中的人也应指“他人”，而不应当包括行为人本人。^{〔39〕}当被害人过失导致自己重伤、死亡时，其行为不符合过失致人重伤罪、过失致人死亡罪的构成要件。既然正犯的行为不符合构成要件，那么，根据共犯从属性说的原理，不管在从属性程度上采取何种学说（任何从属性学说都要求正犯行为具有构成要件符合性），教唆行为与帮助行为都不可能成立犯罪。

例如，在校大学生周强、刘卿、刘敏相约来到一河边渡口游泳，刘敏提出到水最深的地方看河水到底有多深，周强、刘卿表示同意。因害怕危险，三人决定手牵手试水，由于三人手未拉

〔38〕 参见前引〔2〕，张明楷书，第 365 页。

〔39〕 即使认为“故意杀人”中的“人”可以包含本人，也不应认为“过失致人死亡”中的“人”包含本人。任何人都不能阻止他人的正当行为，从人们可以阻止他人的自杀行为，似乎可以认为自杀是违法的，因而“故意杀人”中的“人”可以包含本人。但是，如果认为人们可以阻止他人可能对自己生命有危险的行为，则必然导致他人没有行为自由，因而不妥当。例如，当他人登山时，任何人不得以“可能过失摔死”为由阻止他人登山。

稳，一起掉了下去。他人听到呼救赶到时，刘敏被冲向沙滩边，自己爬上岸，刘卿被人救起，周强则沉入水中，直到次日下午才被打捞起尸体。在本案中，三人手牵手试水的行为，对各自都是一种危险行为，但死者周强的行为并不符合过失致人死亡罪的构成要件。既然如此，实施了参与行为的刘敏、刘卿，就不可能成立过失的教唆犯与帮助犯。本案没有作为刑事案件处理，是完全正确的。^{〔40〕}

但是，在我国的司法实践中，经常可以见到将自己危险化的参与行为认定为犯罪的不当现象。

例如，2010年1月29日上午，顾某（男，42岁）与被害人倪某等人在启东市北新镇一船上游玩。其间，顾某觉得无聊便想找点乐子。顾某想起夏天时和倪某玩过的一个游戏，即将50元现金扔到河中，让倪某下水捞钱，钱捞到后归倪某所有。于是，顾某再次提出玩此游戏，因冬天水太冷，倪某不愿下河，顾某便提出加价至100元，倪某同意。顾某随即将100元现金扔进河中，倪某跳入冰冷的河水中捞钱，却因河水太冷溺水身亡。某法院以过失致人死亡罪判处顾某有期徒刑1年。^{〔41〕}

本案的特点是，被告人唆使被害人实施自己危险化的下河捞钱行为，被害人虽然不希望或者放任自己死亡，却实施了该危险行为。所以，被告人的行为是典型的自己危险化的参与。可以肯定的是，导致被害人死亡的原因，是被害人自己跳入河中的行为（被害人过失地造成了自己的死亡）。但是，被害人的这一行为并不符合过失致人死亡罪的构成要件。因为如上所述，过失致人死亡中的“人”，只是他人而不包括自己。既然如此，被告人就并未参与符合构成要件的行为。另一方面，在危险性认识的问题上，被告人的认识与被害人的认识并没有区别；也不可能认为被告人的行为在客观上对被害人形成了心理或者物理的强制。质言之，被告人的行为不符合间接正犯的成立条件。所以，无论从哪个角度来说，被告人的行为都不成立过失致人死亡罪。

再如，2011年3月8日上午8时许，某派出所民警依法将涉嫌寻衅滋事的肖凤琴传唤至派出所进行讯问。在去派出所之前，肖凤琴将此事告诉其妹肖凤侠，并让肖凤侠给她买农药送到派出所，以便以喝农药的形式吓唬民警。肖凤侠与王某某一起到某农药门市部购买两小瓶丁硫吡虫啉，到派出所后交给肖凤琴。肖凤琴接到农药后提出去洗手间，等她从洗手间出来后，民警发现她满脸通红，口中有白沫，便立即拨打急救电话，将肖凤琴送至医院抢救，肖凤琴因抢救无效死亡。法院认为，被告人肖凤侠明知农药能致人死亡，为帮他人达到恐吓公安干警的目的，将农药送给他人，造成他人死亡的严重后果，其行为构成过失致人死亡罪，判处有期徒刑3年，缓刑5年。^{〔42〕}

本案的特点是，被告人帮助他人实施自己危险化的行为。但是，被告人对被害人的死亡结果没有故意，被害人虽然不希望或者放任自己死亡，却实施了喝农药的危险行为。所以，被告人的行为是典型的自己危险化的参与。由于被害人的行为不符合过失致人死亡罪的构成要件，对于过失帮助的被告人也不得以过失致人死亡罪论处。^{〔43〕}

总之，就自己危险化的参与而言，作为正犯的被害人行为不符合任何犯罪的构成要件，因此，参与其中的被告人的行为不可能成立犯罪。按照本文前述观点，对被告人与被害人共同导致

〔40〕 本案在民事诉讼中，周强的父母提起诉讼，要求判令刘卿、刘敏共同承担赔偿责任。法院终审判决认为，“三人相约试水深，属于自甘冒险，对由此造成的后果应当自负，继而驳回了周强父母的诉讼请求”（参见程成：《相约游泳试水身亡，甘愿冒险责任自负》，《检察日报》2008年11月1日）。

〔41〕 参见徐德高、张晋中：《为取乐，诱人下水去取钱 贪小财，溺水身亡真可悲》，《检察日报》2010年5月15日。

〔42〕 参见河南省夏邑县人民法院（2011）夏邑县刑初字第194号，<http://vip.chinalawinfo.com/case/Display.asp?Gid=117856890&Key Word=肖凤侠>，2012年2月11日访问。

〔43〕 诚然，购买农药是“故意”的，但是，这种故意不是对被害人死亡的故意，因而不是刑法意义上的故意。

实害结果发生的情形，也应当视为自己危险化的参与，否认被告人的行为成立犯罪。例如，2006年7月28日晚上，被告人张东岳与被害人余某在张东岳的桑塔纳轿车上发生性关系时，张东岳应邀帮助被害人共同用手掐被害人的颈部。发现昏厥后，张东岳同他人将余某送往医院抢救。余某经抢救无效死亡，经鉴定，余某系颈部受外力作用致机械性窒息死亡。法院认为，被告人用手掐被害人的颈部，致被害人颈部受外力作用致机械性窒息死亡，主观上其对被害人的死亡结果具有过失，构成过失致人死亡罪。判处有期徒刑6年。^[44]在本文看来，倘若由被告人单独用手掐被害人的颈部，就属于基于合意的他者危险化。但是，本案是由被告人与被害人共同用手掐被害人的颈部，不能将死亡结果归属于被告人的行为。如所周知，所谓部分实行全部责任，是指在共同正犯中，即便被告人仅实施了部分行为，也要肯定其行为是结果发生的原因。这是因为，共同正犯中的各被告人相互利用、补充其他人的行为，使自己的行为与其他人的行为成为一体导致了结果的发生。如果分别考虑，反而难以确定结果由谁的行为造成。而且，在共同正犯中，所有正犯都属于“被告人”。然而，在上例中，即使可以在一般意义上肯定被害人与被告人的共同行为导致了实害结果的发生，但被害人不是被告人，被害人的行为与其遭受的实害结果之间的因果关系，不可能成为他人行为与结果之间具有因果关系的理由，因而不可能适用部分实行全部责任的原理。显然，一旦撇开被害人的行为，就意味着只能单独考察被告人的行为；一旦仅考察被告人的行为，就不可能得出被告人的行为与被害人的死亡结果之间具有因果关系的结论，亦即，不能认为被告人的行为支配了死亡结果的发生。既然如此，就只能否认被告人的行为具有构成要件符合性。

三、基于合意的他者危险化

如前所述，基于合意的他者危险化与自己危险化的参与存在区别。但是，德国、日本的刑法理论，大多试图以同一原理说明二者均不可罚，而且，学者们的理由可谓五花八门，^[45]在此评介几种具有代表性的观点，然后发表自己的浅见。

（一）规范的保护范围之外的见解

如前所述，罗克信教授认为，自己危险化的参与时，因为行为造成的结果不在规范的保护范围之内，因而不能将结果归属于自己危险化的参与行为。罗克信教授进而指出，当基于合意的他者危险化行为在所有重要方面可以与自己危险化的参与行为同视时，否定结果归责。换言之，只有当基于合意的他者危险化，也处于规范的保护范围之外时，才否定客观归责。罗克信教授一方面认为，这种同视一般是不可能的，因为将自己的危险化委托给他人的人（即基于合意的他者危险化的场合），比尝试以自己的力量支配危险进而使自己危险化的人（即自己危险化的参与的场合），更要听任事态摆布。另一方面又指出，具备下列条件时，二者可以同视：（1）实害结果是被告人所冒危险的现实化，不是添加了被告人的其他过错而产生的；（2）就共同实施的行为，被危险化的被害人与实施危险化行为的被告人，具有同等程度的答责性。而且，只要被害人与被告人对危险化具有同等程度的预见，就能肯定同等程度的答责性，进而否定客观归责。^[46]

不能不认为，罗克信教授的上述观点存在疑问。首先，自己危险化的参与时，被害人支配了结果的实现，而在基于合意的他者危险化的场合，被告人支配了结果的实现，认为二者具备一定

[44] 参见《河间民警为追求性爱“快感”“掐死”歌厅女案一审宣判》（原文未署名），<http://www.hbktv.com/portal.php?mod=view&aid=825>，2012年2月9日访问。

[45] 如被害人承诺论、因果过程操纵论、危险共同体论、被害人的管辖论、危险自己负担行为论、社会的相当性说、部分社会论、责任阻却说、被允许的危险说、信赖原则说、禁止溯及论等等（参见前引〔8〕，盐谷毅书，第263页以下）。

[46] 参见前引〔6〕，Claus Roxin书，第411页。

条件就可以同视,基本上是不可能的。诚然,从作为该理论基础的自己决定的自由来看,二者似乎没有本质不同。但是,在自己危险化的参与的场合,被告人的参与行为只是附属性的存在,通常应当置于刑法的规制之外;在基于合意的他者危险化的场合,被告人的危险行为正是刑法评价的对象,被害人的合意只不过是间接影响犯罪性程度的附随情况。^{〔47〕}

其次,罗克信教授提出的两个同视条件,不仅缺乏实际意义,而且导致自己危险化的参与和基于合意的他者危险化完全等同。第(1)个条件并没有价值,因为即使在自己危险化的参与场合,实害结果也是所冒危险的现实化。如果实害结果不是所冒危险的现实化,就不成其为危险接受的案件。^{〔48〕}第(2)个条件也不能为基于合意的他者危险化提供否定客观归责的根据。因为在自己危险化的参与的场合,被害人与被告人对危险化具有同等程度的预见。例如,不管是出借毒品注射器给吸毒者(自己危险化的参与),还是直接给吸毒者注射毒品(基于合意的他者危险化),对毒品可能致人死亡的危险的预见,不会存在区别。于是,对基于合意的他者危险化案件的处理,几乎与自己危险化的参与完全相同,均否定客观归责。这明显不合适。再者,为什么可以通过第(2)个条件就能使基于合意的他者危险化与自己危险化的参与同视(为什么具有同等预见,就应当同等客观归责),罗克信教授也没有提出任何令人信服的理由。基于合意的他者危险化,不是由被害人的行为直接导致结果发生的,而是由被告人的危险行为直接导致实害结果发生的。既然如此,就不能仅凭被告人与被害人对危险的预见相同,而否定将实害结果归属于被告人的行为。换言之,在基于合意的他者危险化的场合,要否定结果的归属,必须提出更高的条件。

最后,由此可以进一步发现罗克信教授的观点有自相矛盾之嫌:一方面明确区分自己危险化的参与和基于合意的他者危险化,并且认为后者一般不可能与前者同视;另一方面又对否定基于合意的他者危险化的客观归责设定很低的条件,导致对二者的处理结论几乎完全相同。

(二) 被害人的自我答责理论

被害人的自我答责理论,也可谓客观归责理论的一个内容。但是,在危险接受问题上,这种理论并不是从规范的保护范围角度展开讨论的,而是从被害人与被告人的答责分配的角度而言的。不过,将被害人自我答责理论作为基于合意的他者危险化不构成犯罪的理由的各种观点并不完全统一,所提出的排除犯罪成立的条件更不一致。下面选择几种具有代表性的观点予以说明。

1. 扎茨克教授的见解

扎茨克(R. Zaczek)教授认为,个人的自我答责是不法层面的问题。刑法上的不法,是对各具体人的人格性的攻击,即对各具体人的现实自由的缩减。通常的不法案件,表现为参与一方的积极部分与另一方的消极部分的对置,故自己侵害本身并不意味着不法。因为针对自己实施的自己侵害行为,缺乏法律上特定的人格性的关联。基于这样的观点,扎茨克教授指出,“有意识的自己侵害”,是被害人知道结果却实施侵害自己法益的行为,被害人意欲结果的发生。在此,是被害人制造了“意思、行为与结果的统一体”,被害人是行为的中心,也是行为的目标。在这种场合,原则上排除被告人的答责,完全由被害人答责。但是,在危险接受的场合,被害人以为结果不会发生,因而不像有意识的自己侵害那样,制造了“意思、行为与结果的统一体”,故不能完全由被害人自我答责。换言之,在危险接受案件中,之所以将被告人作为过失正犯予以处罚,是因为结果的发生是由被告人偶然造成,而不是由被害人造成。那么,如何确定谁答责呢?扎茨克教授提出通过以下两个阶段的考察来确定:第一个阶段:“在法所确定的形态上,被害人能否信赖他人通过适合义务的态度对导致侵害的过程进行支配?”如果对此持肯定回答,就否定被害

〔47〕 参见前引〔7〕,曾根威彦文,第51页。

〔48〕 参见前引〔16〕,岛田聪一郎文,第142页。

人自我答责，产生他人的答责性；如果得出否定结论，则由被害人自我答责，否定他人的答责。但是，即使肯定被害人自我答责时，还需要进行第二个阶段的考察：“在法所确定的形态上，被害人能否信赖自己完全没有推进自己危险化的可能性？”如果对此持肯定回答，就否定被害人自我答责，产生他人的答责性。但是，这种肯定他人答责性的情形仅限于例外场合，因为一般来说，被告人没有对被害人的监督义务。结局是，只要被告人没有违反注意义务就缺乏归责可能性。据此，在梅梅尔河案中，只能由被害人自己答责，因为船工对乘客不负有特别的监督义务。反之，在毒品案中（被告人将毒品或者注射品交付被害人，被害人注射毒品过量导致死亡），由于被告人的行为违反有关毒品的法律，违反了注意义务，因而不是由被害人答责，而必须由被告人答责。^[49]

在本文看来，扎茨克教授的观点存在缺陷。（1）扎茨克教授所作的两个阶段的信赖可能性的判断，分别为第一阶段的被告人“对危险的因果过程的支配义务”和第二阶段的被告人“对被害人的监督义务”。并且，将被害人的有意识的自己危险化，作为确定被告人是否存在注意义务违反的事实来考虑。显然，这一理论只是说明被告人是否违反了注意义务，并没有道出更多的内容。^[50]（2）扎茨克教授的理论看似很精巧，但是，如何判断谁制造了“意思、行为与结果的统一体”却缺乏具体标准。（3）按照扎茨克教授的基本观点，在危险接受的场合，原本不应当由被害人自我答责，其结论却大多是由被害人自我答责。在本文看来，这是因为扎茨克教授的观点没有考虑被害人的不同行为（包含不作为）对实害结果的发生所起的不同作用，于是，只要被害人接受了危险、实施了某种有助于实害结果发生的行为（不管其对实害结果所起的作用大小），便形成“意思、行为与结果的统一体”，由被害人自我答责，这显然不利于保护被害人的法益。（4）扎茨克教授虽然区分了有意识的自己侵害与危险接受，但是没有合理地区分自己危险化的参与和基于合意的他者危险化，导致基于合意的他者危险化可能不成立犯罪，而自己危险化的参与反而成立犯罪，其结论难以被人接受。

2. 盐谷毅教授的见解

日本学者盐谷毅虽然区分了自己危险化的参与和基于合意的他者危险化，但同时认为，二者具备以下三个条件时，阻却犯罪的成立：（1）被害人完全认识到行为的危险性和特定的构成要件结果发生的可能性；（2）被害人对上述危险性具有认识、评价的能力（自我答责能力），具有意志决定的自由；（3）在客观上，被害人不只是单纯地将事态发展委托给被告人，而是对结果发生至少显示出与被告同等程度以上的积极态度（自己答责的态度）。虽然自己危险化的参与通常能满足第（3）个条件，但基于合意的他者危险化并不当然满足第（3）个条件，只有当被害人对事态整体掌握了“主动权”，实害结果归属于被害人的答责领域时，才符合第（3）个条件。^[51]

本文难以接受盐谷毅教授的观点。首先，盐谷毅教授是将危险接受作为客观归责问题展开讨论的，但是，其所提出的由被害人自我答责的条件，基本上都是从主观角度而言的。其次，所谓被害人对事态整体掌握“主动权”，也不是指被害人支配了结果发生，而是指被害人可以决定是否参与危险行为。可是，在基于合意的他者危险化的场合，客观上由被告人直接造成结果发生时，不应当认定被害人对事态整体掌握了“主动权”。例如，在梅梅尔河案中，不能因为被害人要求渡河，就认为其对事态整体掌握了“主动权”。最后，盐谷毅教授一方面认为，在基于合意的他者危险化的场合，由于被告人的行为直接导致了结果发生，“原则上可以推定被告人的正犯性，故要认定被害人的自我答责就必须具有特别的事情”。另一方面认为，在梅梅尔河案中，被

[49] Vgl. Rainer Zaczky, Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten, C. F. Müller Verlag 1993, S. 25ff.

[50] 参见前引 [7]，深町晋也文，第 132 页。

[51] 参见前引 [8]，盐谷毅书，第 371 页以下。

告人已经指出了危险，并且劝说被害人不要渡河，但被害人依然要求船工载其渡河，故“可以认定被害人‘对结果发生的积极性’”，被害人具有间接正犯性质，对被告人的行为应评价为帮助性质。^{〔52〕}盐谷毅教授表面上认为基于合意的他者危险化原则上不符合其提出的由被害人自我答责的第（3）个条件，但对具体案件的分析结论基本上是由被害人自我答责。这显然是自相矛盾的。

3. 冯军教授的见解

冯军教授在讨论被害人自我答责时，认为可以通过被害人自我答责的理论使被告人的行为不成立犯罪。被害人自我答责的成立条件有四：（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）被害人在自己尽管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。自己危险化的参与（“自己故意实施危险行为”）和基于合意的他者危险化（“同意他人实施风险行为”）都应当由被害人对所发生的实害结果承担责任。^{〔53〕}显然，冯军教授对自己危险化的参与和基于合意的他者危险化，作了完全相同的处理。

应当澄清的是，冯军教授所称的“自己故意实施危险行为”中的“故意”并不是指被害人对实害结果持希望或者放任态度，否则，就完全成为被害人承诺的案件，而不一定需要采用被害人自我答责的理论。

问题在于，基于合意的他者危险化是否具备了冯军教授所提出的第（2）和第（3）个条件，即能否认为被害人自己引起、强化了发生实害结果的危险？本文对此存在疑问。例如，2005年6月，被告人田玉富与其妻康滕青为违法生育第三胎而被本县板栗树乡计划生育工作人员带至县计划生育技术指导站实施结扎手术。6月25日上午11时许，被告人田玉富为使其妻逃避结扎手术，对计生工作人员谎称其妻要到指导站住院部三楼厕所洗澡。骗取计生工作人员信任后，被告人田玉富先用手掰开厕所木窗户，然后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使其逃跑，但由于绳子在中途断裂，致使其妻从三楼摔下后当场死亡（法院认定被告人的行为构成过失致人死亡罪）。^{〔54〕}本案是典型的基于合意的他者危险化。被害人无疑认识到了行为的危险，但是，危险完全掌控在被告人手中，被告人的过失行为支配了死亡结果的发生。既然如此，就难以认为被害人自己引起和强化了危险。诚然，被害人可以不同意被告人的行为，但是，不能因为被害人有这种决定权，就认定她自己引起、强化了发生死亡结果的危险。更为重要的是，在当今社会，与引起危险的行为相比，引起实害结果的行为更值得重视。所以，退一步说，即使认为被害人引起了危险，也不能否认被告人将危险现实化的侵害行为对实害结果的重要性。所以，基于合意的他者危险化，不符合冯军教授设定的条件，因而不能由被害人自我答责。

4. 共性问题

被害人自我答责的理论还存在如下共性问题：

首先，从总体上来看，被害人自我答责的理论相当混乱：（1）虽然持这一理论的学者均认为，被害人自我答责属于客观归责问题，但是，被害人自我答责时，究竟是意味着被告人的行为没有增加危险，还是危险没有现实化，抑或超出了构成要件的保护范围，既不明确，也不统一。（2）主张这一理论的学者，对于被害人自我答责设定的条件并不相同；事实上，各个学者都是事先对各种案件有了自己的结论，然后根据自己的结论设定条件。（3）与此相应，主张这一理论的学者，对相同案件的处理，也没有得出相同的结论。

〔52〕 参见前引〔8〕，盐谷毅书，第373页以下。

〔53〕 参见冯军：《刑法中的自我答责》，《中国法学》2006年第3期。

〔54〕 参见湖南省麻阳苗族自治县人民法院（2005）麻刑初字第111号，http://www.pkulaw.cn/fulltext_form.aspx?Db=pfnl&Gid=117613765&keyword=&EncodingName=&Search_Mode=accurate，2012年2月11日访问。

其次，被害人自我答责与被害人承诺是基于相同的理论根基，即被害人的自我决定权。可是，既然对于基于合意的他者危险化不能通过被害人承诺排除不法，为什么可以通过基于相同理论根基（自己决定权）的自我答责性原则来排除不法？^{〔55〕}此乃被害人自我答责理论难以回答的问题。这是因为，既然承认被害人对生命的承诺无效，亦即，即使得到了被害人的承诺，对其生命的侵害也是违法的，那么，在被害人没有对生命做出承诺，只是同意对生命有危险的行为时，更不可能否认行为人对其生命侵害的违法性。换言之，在被害人对生命做出承诺时，并不因为被害人的责任而否认杀人者的杀人行为的违法性。既然如此，在被害人只是同意对生命有危险的行为，而没有对生命做出承诺时，就更不能因为被害人的责任而否认行为人对其生命侵害的违法性。

再次，被害人自我答责的原理，与后述被害人信条学的原理有一个相通之处，均认为法益主体具有保护自己法益的义务。^{〔56〕}但是，这种观点并不成立。（1）这种观点与被害人承诺的法理相冲突。亦即，如果认为法益主体具有保护自己法益的义务，那么，法益主体同意他人侵害自己的法益时，就违反了其法义务。这便否认了自己决定的价值，使被害人承诺不能成为违法阻却事由。而且，自己加害与他人加害就没有本质区别，甚至对自我加害行为予以刑法处罚，也是可能的。但是，这不仅与现行法相冲突，而且不符合客观事实。^{〔57〕}（2）主张被害人对自己的法益具有保护义务，“容易认可国家对市民生活的过度介入”。^{〔58〕}例如，在盗窃频发的地区，国家就可以强迫国民锁好门窗，否则就违反其法益保护义务。但是，这种强迫法益主体必须以特定方式保护自己法益的做法，“不可能与以‘个人自由’为基础的现行法秩序相调和”。^{〔59〕}

最后，刑法的目的是保护法益，如果一个案例只有被害人，刑法根本不可能介入。一旦存在被告人的行为及其对他人法益造成的侵害，就必须判断该行为是否具备构成要件符合性、违法性与有责性。但是，被害人自我答责理论，如同美国侵权法中的所谓与有过失规则：“在以过错为基础分配损失……的范围内，个人应‘合理’行为以避免害人或害己，不合理行为便承担全部损失；即使其被同样不合理行为的他人伤害，情况亦然。这意味着，如果我是事故受害者且我的行为不合理，那么，即使加害人于加害我时行为亦不合理，我也要承担全部的损失。这便是与有过失（contributory negligence）规则。此规则愚不可及，已为许多州所抛弃。”“对与有过失的一项经典批评是，‘它把假定由双方所致损失的全部负担施加给一方’……换言之，尽管加害人与被害人皆有过错，与有过失原则仍厚此薄彼。”^{〔60〕}被害人自我答责的理论亦是如此，即使行为人对被害人的法益造成了实害结果，但只要被害人认识到了危险仍然同意被告人实施该危险行为，就要将全部负担施加给被害人，典型的厚此（被告人）薄彼（被害人）。

（三）被害人信条学的原理

如果说被害人自我答责理论所考虑的是被害人与被告人之间的答责关系，那么，被害人信条

〔55〕 参见前引〔7〕，曾根威彦文，第52页。

〔56〕 例如，持这一理论的盐谷毅教授指出：“刑法是将法益的保护作为第一目标的社会制度，法益的保护不是仅显示为‘他人不得干涉、侵害’，法益主体对于法益的保护也负有固有的责任。法益主体尽该责任，自己不使法益危险化，正是法所期待的。法益主体（被害人）与他人（被告人）共同作用导致法益危险化的场合，就必须明确对法益保护应当负有第一责任的法益主体在自身的事态（及结果的发生）中的作用。在此，对被害人的状况的‘自我答责性’的认定就具有意义。亦即，被害人在满足一定的主观事项（自我答责能力等）的前提下，以自己的态度（自我答责的态度）显示出在事态中采取‘主动权’时，被告人的危险性和发生的结果就应归属于作为‘正犯的’被害者自身的答责领域，被告人充其量只能被视为作为‘共犯’即‘帮助’性地参与了事态。”〔日〕盐谷毅：《自己危险化への関与と合意による他者危殆化について（四）》，《立命馆法学》1997年第1号（总第251号），第91页以下。

〔57〕 参见〔日〕东雪见：《法益主体の危险引受け（一）》，《上智法学论集》第47卷（2003年）第2号，第114页。

〔58〕 前引〔7〕，曾根威彦文，第47页。

〔59〕 〔日〕小林宪太郎：《被害者の関与と結果の归责》，《千叶大学法学论集》第15卷（2000年）第1号，第174页。

〔60〕 〔美〕圭多·卡拉布雷西：《理想、信念、态度与法律》，胡小倩译，北京大学出版社2012年版，第22页，第128页。

学的原理考虑的则是被害人与国家之间的管辖关系。

被害人信条学的原理的根本思想是，“在并非由家长主义而是由自由主义构成的法秩序中，保护法益、不使法益危险化的第一次的管辖，指向的是作为法益主体的被害人本身”。〔61〕如阿梅隆（K. Amelung）教授指出，刑法是国家保护法益的最后手段，如果被害人本身可运用适当的手段保护其法益而任意不用，则刑法没有介入的余地。〔62〕许乃曼教授指出，传统的犯罪论体系仅以被告人的行为为依据判断是否具有构成要件符合性、违法性与有责性，但这种做法不能全面地解释因被害人行为介入所产生的犯罪行为；被害人的行为对于犯罪的成立有其独立的地位；对被告人的刑罚的必要性与对被害人的保护的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却疏于自我保护的情况下，即被害人不值得保护也不需要保护的情况下，国家刑罚权便无发动的余地，对被告人也就没有处罚的必要。〔63〕所以，“刑法相对于可能和可胜任自我保护的潜在被害人应当是一种辅助性手段，或者说具有第二顺位性。”〔64〕

根据这样的观点，被害人对自己法益的态度就具有重要性，在可以期待被害人保护自己的法益、回避实害结果的场合，即使被告人参与其中，也不应当承担罪责。因此，在基于合意的他者危险化的场合，由于被害人没有妥善地保护自己的法益，故不得动用刑法追究被告人的责任。甚至有学者认为，只要被害人对危险有相当缓和的、抽象的危险的认识，或者只要被害人有认识的可能性，就不应当追究被告人的刑事责任。例如，如果被害人知道被告人是卖淫女，就应当具有抽象的危险的认识，即使卖淫女隐瞒自己患有艾滋病的真相，被害人没有认识到具体的艾滋病感染可能性而感染了艾滋病的，也要否定卖淫女的行为成立过失犯。〔65〕

不分情形，在任何场合都认为被害人是保护自己法益的第一责任人，是存在疑问的。诚然，被害人从药店购买了非处方药品后，不按说明使用，导致死亡或者伤害的，不可能由他人承担刑事责任。但是，这种观点不能彻底化，或者说不能贯彻到任何情形中。（1）将被害人信条学的原理作为刑法的普遍原则，使刑罚的必要性取决于对被害人的保护的必要性的观点，违反刑法精神。例如，即使被害人疏于保护自己的财物，导致对财物的占有弛缓而被盗时，也不能因此否定被告人成立盗窃罪。在基于合意的他者危险化的场合，如果因为被害人容易轻信行为人，便将其排除在刑法的保护范围之外，同样不符合立法精神。（2）由刑法的补充性并不能推论出被害人信条学的原理。刑法的补充性的基本内涵是，国家能够使用较轻微的方法以预防社会损害时，则没有适用刑法的余地。显然，该原则是针对国家的行为而言，适用对象不包括一般国民，并不是说，“国民可以自我保护时，刑法便没有适用的余地”。换言之，刑法的补充性原则是指，当国家有多种方式履行保护义务的时候，应该选择对公民基本权利干涉程度最轻的方式。然而，所谓的被害人信条学原理，却是将法益保护的责任推卸给了公民自己。可是，保护公民的法益本身就是国家存在的重要目的和意义，也是国家存在的合法性依据所在。既然如此，就不能认为被害人是保护自己法益的第一责任人。（3）被害人信条学的原理将刑法的补充性原则扩张解释为“要求国民自我保护”的原则，这也不符合历史事实。因为从历史的发展来看，禁止国民采用私刑，将刑罚权赋予国家独占，正是为了解除国民的自我保护任务。（4）被害人信条学的原理也违反刑事政

〔61〕 Ulfrid Neumann, Die Strafbarkeit der Suizidbeteiligung als Problem der Eigenverantwortlichkeit des “Opfers”, JA 1987, S. 248.

〔62〕 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96页。

〔63〕 参见〔德〕伯恩特·许乃曼：《刑事制度中之被害人角色研究》，王秀梅、杜澎译，《中国刑事法杂志》2001年第2期；王梅英、林钰雄：《从被害者学谈刑法诈欺罪》，《月旦法学杂志》1998年第4期；张明楷：《刑法分则的解释原理》，中国人民大学出版社2011年版，第47页以下。

〔64〕 转引自前引〔62〕，申柳华书，第97页。

〔65〕 Vgl. M. C. Meliá, Opfer Verhalten und objective Zurechnung, ZStW 111, S. 378.

策。如果个人因为轻易相信他人就不能得到国家保护，那么，个人在公众生活中就必然时时刻刻提心吊胆，个人行为的自由也随之受到限制。^{〔66〕}

此外，持被害人信条学理论的学者还认为，被害人自我答责理论过于僵化，被害人信条学则很有弹性，这种弹性表现在三个方面：（1）运用层次多样性，不仅可以运用于客观归责，还可以运用于违法阻却事由以及作为刑法分则的重要解释原理；（2）没有排他性，可以联合其他一些原则进行法益权衡，以具体实现刑法的最后手段原则；（3）提供了可以依循的思考方向，可以避免非此即彼的僵化判断。^{〔67〕}由此可见，被害人信条学的原理，并没有为危险接受案件提供清晰的判断标准。被害人自我答责理论主张无罪的情形，被害人信条学原理可能得出有罪的结论。^{〔68〕}而且，由于被害人信条学很有弹性，即使同样采纳被害人信条学原理的学者，对同一案件也可能得出不同的结论；即使得出的无罪结论相同，但有的会认为缺乏违法性，有的会认为缺乏有责性。

（四）行为的危险性否定说

山口厚教授曾经指出，在“对死亡的危险接受”的事例中，法益主体虽然没有同意死亡结果，但同意了死亡的危险（同意了行为的危险性）。行为的危险性是认定相当因果关系或者客观归属关系的要件。因此，在确实能够认定被害人“同意”行为的危险性的限度内，就可以规范地否认“行为的危险性”，进而否认相当因果关系或者客观归属关系，结局是否认过失犯的构成要件符合性，因而不成立过失犯。^{〔69〕}后来，山口厚教授指出，法益主体具有使自己的利益遭受危险的自由，这种自由既可以表现在自己危险化的参与中，也可以表现在基于合意的他者危险化中。既然法益主体认识到并同意实施危险行为，那么，对于客观上、主观上不可能回避的结果，就不应当追究行为人的刑事责任。如果追究刑事责任，就与允许实施危险行为相矛盾。反过来说，如果客观上、主观上具有回避结果的可能性，则没有理由否认行为人的行为构成犯罪。^{〔70〕}

但是，山口厚教授的观点并非没有疑问。（1）如所周知，山口厚教授是非常彻底的结果无价值论者，但是，在此问题上，山口厚教授却以否认行为的危险性为由否认构成要件符合性，这似乎与其结果无价值论的立场相冲突。（2）如果说法益主体认识到他人的行为会对自己法益造成实害而放弃法益，那么，完全可能在规范的评价上否认行为的危险性。这是因为，既然被害人放弃了法益，造成该法益损害的行为，便不再是侵害法益的违法行为。但是，当法益主体只是认识到行为的危险，而没有接受实害结果时，仅凭法益主体对行为危险的认识就否认行为的危险性，也是缺乏根据的。^{〔71〕}换言之，在基于合意的他者危险化的场合，否认行为的危险性的规范评价是缺乏根据的。（3）如果说被害人同意对自己生命危险的行为时，就否认被告人行为的危险性，那么，当被害人同意他人杀害自己时，更应当否认被告人行为的危险性，事实上并非如此（各国处罚得承诺的杀人就表明了这一点）。^{〔72〕}（4）山口厚教授实际上将被害人对危险的同意与对实害结果的同意作了等同处理，亦即，将被告人对危险的同意拟制为对实害结果的同意。然而，对生命的承诺是无效的，为什么对生命有危险的行为，因为法益主体对危险的同意，就不能追究行为人的刑事责任？这是山口厚教授没有回答的问题。^{〔73〕}此外，在基于合意的他者危险化的场合，不能因为被害人同意危险行为，就认为被告人在客观上、主观上不可能回避结果的发生。

〔66〕 参见前引〔6〕，Claus Roxin书，第607页以下。

〔67〕 参见前引〔62〕，申柳华书，第293页以下。

〔68〕 同上书，第292页。

〔69〕 参见〔日〕山口厚：《被害者による危険の引受と过失犯处罚》，《研修》第599号（1998年），第7页。

〔70〕 参见〔日〕山口厚：《刑法总论》，有斐阁2007年版，第170页以下。

〔71〕 参见前引〔7〕，深町晋也文，第127页。

〔72〕 参见〔日〕须之内克彦：《刑法における被害者の同意》，成文堂2004年版，第252页。

〔73〕 参见〔日〕佐伯仁志：《被害者の同意とその周辺（2）》，《法学教室》第296号（2005年），第92页。

（五）本文观点

综上所述，各种试图把基于合意的他者危险化行为排除在犯罪之外的学说并不成功。本文的观点是，对于基于合意的他者危险化，也只能从是否具备构成要件符合性、违法性和有责性的角度展开分析。基于合意的他者危险化，不是责任领域的问题，只是构成要件符合性与违法性层面的问题。但是，就构成要件符合性而言，由于行为人造成了他人的重伤或者死亡，客观上完全符合过失致人死亡罪或者过失致人重伤罪的构成要件。即使采取客观归责理论，也不能认为基于合意的他者危险化行为，没有制造不被允许的危险，更不能否认危险的现实化，同样不能认为超出了构成要件的保护范围。在违法性层面，基于合意的他者危险化本身，也没有保护更为优越的利益，因而不存在违法阻却事由。^{〔74〕}既然如此，基于合意的他者危险化，就没有排除犯罪成立的理由。

例如，1999年12月26日12时许，被告人钟平与龙丽娟驾驶夏利牌轿车到延庆县官厅湖水库南侧游玩。为近距离观赏野鸭子，钟平查看冰层很厚，约有30公分，又在冰面上向前走了大约七八十米，认为可以承载其驾驶汽车，提议驾车穿过冰面到对岸，龙丽娟表示同意，钟平即驾驶该车载龙丽娟向水库北岸行驶。当车行至河岔中心偏北侧时，冰面破裂，汽车落入水中，导致车内龙丽娟溺水死亡。钟平上岸后既没有采取抢救措施，亦未报案，自己悄然返回北京，后于2004年6月11日被查获。公诉机关认为被告人钟平的行为触犯了过失致人死亡罪。一、二审辩护律师均认为，钟平没有过失，本案属于意外事件。但一、二审判决均认定钟平的行为成立过失致人死亡罪。^{〔75〕}本案没有认定被告人的行为成立不作为犯罪，换言之，本案是典型的基于合意的他者危险化。诚然，被害人可以不坐入车内，但是，不能因为被害人有这种决定权，就认定她自己引起了发生死亡结果的危险，更不能认定她自己造成了死亡结果。无论如何都应当认为，被告人的行为引起了发生死亡结果的危险，并且使危险现实化。换言之，被害人虽然认识到了行为的危险，但是，危险完全掌控在被告人手中，被告人的过失行为支配了死亡结果的发生。由于被告人的行为完全符合过失致人死亡罪的构成要件，也不具备违法阻却事由与责任阻却事由，故认定其行为构成过失致人死亡罪的判决是正确的。

如果梅梅尔河案发生在我国，也宜以过失犯论处。因为在梅梅尔河案中，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。^{〔76〕}船工虽然是因为乘客的请求才驾船，但乘客当然信赖船工会安全地使自己渡河。在这样的情形下，不能否认船工的行为符合过失致人死亡罪的构成要件。^{〔77〕}基于同样的理由，当乘客为了赶飞机，要求出租车司机超速行驶时，司机超速行驶过失导致乘客死亡的，也成立交通肇事罪（或者过失致人死亡罪）。

被害人乘坐醉酒的被告人驾驶的机动车后，被告人因为过失导致被害人死亡的，被告人也应当对该结果承担刑事责任。因为结果是由被告人的行为造成的，被告人的行为不具备阻却犯罪成立的任何事由。前述被害人自我答责理论大多认为，在这种场合，被告人仅对危险驾罪负责，而不承担过失致人死亡罪或者交通肇事罪的责任。本文难以赞成这种结论。既然被告人实施了刑法禁止的危险驾驶行为，并造成了死亡结果，而被害人没有承诺死亡结果（即使承诺死亡也无效），该行为也没有保护其他同等或者更为优越的法益，就没有理由否认被告人应当承担过失致人死亡罪或者交通肇事罪的责任（参见我国刑法第133条之一）。

〔74〕 如果像治疗行为那样保护更为优越的利益，则是另一回事（不一定作为危险接受案件处理）。

〔75〕 参见北京市第一中级人民法院（2006）一中刑终字第1871号，http://www.pkulaw.cn/fulltext_form.aspx?Db=pfnl&Gid=117670800&keyword=&-EncodingName=&Search_Mode=accurate，2012年2月11日访问。

〔76〕 倘若被告人不是负责摆渡的船工，只是普通渔民，或者被害人上船之后自己操纵船只，则会得出不同结论。

〔77〕 参见〔日〕恩田祐将：《刑法における危险引受けと过失犯の成否》，《创价大学大学院纪要》2008年号，第136页。

显然,本文所主张的基于合意的他者危险化不阻却犯罪成立的观点,是以被告人实施了符合构成要件的正犯行为为前提的。因此,如果表面上看,是被告人的行为造成了实害结果,但实际上被害人是间接正犯时,就不能肯定构成要件符合性,被告人便不对结果负责。亦即,虽然表面上看由被告人实施了导致结果发生的行为,但被告人处于被害人的压倒性的意思支配之下,实质上可以评价为被害人自己的行为导致结果发生的场合,被告人不对结果负责。^[78]因为当被害人成为侵害自己法益的间接正犯时,其行为不符合任何犯罪的构成要件,根据共犯从属性说的原理,被告人的参与行为也就不可能符合构成要件。这主要表现为两种情形:

1. 被害人对被告人实施强制行为,支配了因果发展进程

例如,2002年10月16日下午,巫溪县公安局上磺派出所余立带领本所干警陈皓等人,在上磺镇至古路镇的公路上设卡进行交通检查,被告人邓光忠无证驾驶无牌照摩托车途经此处,被余立等人扣留,余立责令被告人邓光忠驾驶该车搭载自己前往上磺派出所接受处理。当邓光忠驾驶该车行至上磺至古路1Km+200m右转弯处时,因车速过快,操作不当,致使该车与路边石块相撞,致余立受重伤(一级伤残)。巫溪县公安局交通警察大队责任认定书认定,被告人负此次事故的全部责任。巫溪县人民法院认定被告人的行为构成交通肇事罪,判处有期徒刑一年。重庆市第二中级人民法院经审理认为,上诉人邓光忠无证驾驶摩托车是受到执法者的临时授权和指令,在此情况下,邓光忠不具有选择其他适法行为的可能性,违章驾驶行为不能归责于上诉人邓光忠,故其行为不符合交通肇事罪的基本构成要件。但上诉人邓光忠本应尽到安全行驶的注意义务,因其驾车时操作不当,对路边障碍物没有采取有效措施予以避让,主观上具有疏忽大意的过失,客观上造成一人重伤的结果,其行为完全符合过失致人重伤罪的构成要件,应以过失致人重伤罪定罪处罚。^[79]

在本文看来,本案被告人的行为不构成犯罪。在被告人无证驾驶被查处的情况下,被害人作为一名正在行使交通检查职权、查处违章行为的派出所民警,明知被告人无驾驶资格仍然要求被告人继续驾驶并搭载自己,应当评价为一种强制行为。换言之,在当时的情况下,被告人不可能抵抗被害人的行为。既然如此,就应当认为,被害人的行为支配了结果的发生。二审法院仅从被告人是否存在过失的角度做出判断,而且只是从形式上判断重伤结果由被告人的过失行为造成,没有从实质上判断被害人的重伤结果应当归属于谁的行为,因而并不妥当。由于可以认定本案中的被害人自己支配了结果的发生,而这种自己侵害行为不符合刑法第235条所规定的过失伤害“他人”的构成要件,根据共犯从属性说的原理,被告人的行为也不成立犯罪。反之,如果本案被告人身受重伤,被害人反而应当承担刑事责任。

2. 被害人对危险行为具有优越的知识,支配了因果发展进程

日本千叶赛车案可谓适例:被害人有七年的赛车经验,发现初学赛车的被告人技术低劣,在被告人练习时,被害人要求坐在车上对被告人进行技术指导。被告人按照被害人的指示,在练习赛车时错误操作,致使赛车失去控制,撞到防护栏后翻车,防护栏的支柱刺穿被害人一侧的窗户,导致同乘的被害人死亡。法院宣告被告人的行为不构成犯罪。^[80]

在本案中,被害人不仅认识到了赛车竞技运动的危险性,而且基于优越的知识,通过对被告人的建议、指示,在很大程度上掌控了危险,形式上是被告人造成了实害结果,实质上被害人处于间接正犯的地位。换言之,实质上是被害人的自己侵害行为造成了自己的死亡。由于该行为不

[78] 参见前引[7],曾根威彦文,第54页。

[79] 参见重庆市第二中级人民法院(2003)渝二中刑一终字第91号, http://www.pkulaw.cn/fulltext_form.aspx?Db=pfnl&Gid=117560922&keyword=&-EncodingName=&Search_Mode=accurate, 2012年2月11日访问。

[80] 参见[日]西田典之等编:《刑法判例百选I(总论)》,有斐阁2008年版,第314页。

符合任何犯罪的构成要件，根据共犯从属性说的原理，被告人的行为也不符合任何犯罪的构成要件。

此外需要说明的是，某些基于合意的他者危险化，完全可能通过其他途径解决。例如，没有违反规则的拳击致人死亡时，虽然也可谓基于合意的他者危险化，但用正当业务行为就可以解决。还需要说明的是，如果行为人的行为符合构成要件且具有违法性，但行为人对实害结果没有过失时，则应当以缺乏责任为由排除犯罪的成立。不过，这已经不是危险接受本身的问题。

Abstract: Depending on whether a risk-generating conduct is attributed to the victim or the offender, assumption of risk can be classified into two categories: (1) “self-endangering”, i. e. , the victim dominates the occurrence of the harmful result, while the offender only participates in the risk-generating conduct; (2) “endangering someone else”, i. e. , the offender dominates the concurrence of the harmful result. None of such theories as Consent, the Protective Scope of the Rule, the Self-liability Principle, the Dogmatics of the Victim or the Negation of Risk provides appropriate theoretical basis for acceptance of risk.

The self-liability principle, as the currently dominant theory, sets various conditions to reach the “not guilty” conclusion, but such conditions are untenable. Moreover, the self-liability theory and the consent theory share the same jurisprudential basis, i. e. , the Right of Self-determination of the victim. Now that in cases of “endangering someone else” the wrongfulness of the act cannot be negated by the operation of consent, the self-liability principle with the same jurisprudential basis is also unable to accomplish that goal. In cases of self-endangering, since the victim’s conduct which dominates the concurrence of the harmful result does not fulfill any criminal constitutive requirements, the participator (the offender) should be exculpated on the basis of the Doctrine of Accomplice Dependency.

In a situation where the conduct of the offender and the victim jointly lead to the harmful result, it should be classified as self-endangering, and the criminality of the offender’s conduct should be negated. In cases of endangering someone else, the conduct of the offender fulfills the constitutive requirements of negligence without any justified defense, and thus in principle the offender cannot be exculpated. However, if it can be proved that the victim has coerced the offender or has superior knowledge, which enables him to dominate the causal process and renders him the indirect principal for the occurrence of the harmful result, then the offender should be exculpated.

Key Words: acceptance of risk, basic category, prerequisite conditions, jurisprudential basis
