

# 先前行为与实行过限下 知情共犯人的刑事责任

姚 诗<sup>\*</sup>

---

**内容提要：**明知实行犯实施超出共同谋议的行为，共犯人既不参与也未阻止的，对共犯人刑事责任的认定应舍弃容忍说而采取义务说，即以共犯人是否有阻止义务来判断其应否承担不作为的刑事责任。共犯人的作为义务源自先前行为，有必要准确把握先前行为的性质和特征，以合理确定义务范围。先前行为理论上存在因果关系说和义务违反说的对立，原则上宜采取义务违反说；在先前行为的主观方面，不要求行为人对危害结果有预见可能性；在客观方面，应将先前行为分为监督危险源和保护法益两种类型分别考察：对前一类型，应根据共犯行为与过限行为是否具有直接违法关联，共犯行为是否促使过限行为发生来判断共犯人有无作为义务；对后一类型，应以共犯人是否使被害人陷入需保护状态来判断其有无作为义务。

**关键词：**先前行为 实行过限 共犯人 作为义务

---

我国刑法理论认为，实行过限是指在共同犯罪中实行犯故意或者过失地实施了超出共同犯罪故意的行为。<sup>〔1〕</sup>根据共犯人对实行过限是否知情，可将具体案件分为两类：一类是共犯人对实行犯超出共同谋议的行为一无所知，此时共犯人对该行为不承担刑事责任。例如，甲在客厅盗窃，不知乙在卧室将被害人杀死，甲仅承担盗窃罪的刑事责任，无需对乙的杀人行为负责。另一类则是共犯人明知实行犯正在实施超出共同谋议的行为，但既不积极参与也不阻止。在这类案件中，知情共犯人对实行犯的过限行为应否以及如何承担刑事责任是理论和实践上的难题。本文对此进行探讨。<sup>〔2〕</sup>

---

\* 湖南大学法学院助理教授。

本文系教育部人文社会科学项目“社会风险防范和刑法义务构建”的阶段性研究成果。

〔1〕 参见叶良芳：《实行过限之构成及其判定标准》，《法律科学》2008年第1期。关于如何进一步界定实行过限，参见王昭武：《实行过限新论》，《法商研究》2013年第3期。

〔2〕 本文所称共犯人是指共同实行犯，本文的研究结论仅适用于共同实行犯。对于帮助犯和教唆犯是否有阻止过限犯罪的作为义务，在此不予讨论。

## 一、现有学说的疑问及启示

从我国目前的研究来看,对知情共犯人的归责存在两种思考路径。

第一,以共犯人与实行犯是否构成作为的共同犯罪来判断共犯人应对过限行为承担刑事责任,代表学说是容忍说。该说由陈兴良教授于上世纪80年代提出,<sup>[3]</sup>现已成为我国学界的通说。该说认为,若共犯人对实行犯所实施的超出谋议的行为是知情的,即表明其主观上对该犯罪行为的容忍态度,尽管没有亲手实行,也应该承担刑事责任。此后,又有学者提出“精神支持说”予以补充,主张不管行为人表面上是作为(积极参与、予以协助)还是不作为(不予制止、袖手旁观),都对实行犯产生了精神支持或者鼓励,对被害人造成了心理压力或恐惧,说明其对过限行为持积极追求或放任的主观心态,从而与过限者构成临时起意的共同犯罪。<sup>[4]</sup>

第二,以共犯人是否具有避免过限行为发生的义务、是否成立不作为犯来判断共犯人的刑事责任,代表学说是义务说。该说认为,即使共犯人知情,也不能简单地认为其与实行犯之间形成新的共同故意;追究共犯人的刑事责任必须以其负有作为义务为前提。义务说中又有两种观点,其中否定说认为,由于共犯人对实行犯不负监督义务,故不应要求其承担不作为之责;<sup>[5]</sup>折中说认为,不应全盘肯定或否定共犯人的责任,而应区别判断:负有作为义务而没有阻止犯罪的,应对该犯罪承担刑事责任,反之则不应归责。<sup>[6]</sup>在笔者看来,上述观点要么存在疑问,要么有待完善。

### (一) 容忍说的缺陷

根据容忍说所采取的归责路径,由于共犯人并未实施任何积极参与行为,不可能与实行犯构成共同正犯,故应以共犯人和实行犯对过限行为是否达成共同故意、共犯人是否实施帮助行为来判断二者是否成立共同犯罪。但是,容忍说无法对这两点做出合理论证。

首先,“知情”的事实不能说明共犯人与实行犯达成共同故意。如所周知,对于实行犯超出谋议所实施的行为,共犯人的同意必须是双边的,共犯人单方面的知道和同意并不能构成共同故意。<sup>[7]</sup>根据容忍说,若共犯人在一旁目睹实行犯实施超出谋议的行为,即便内心并不同意,其容忍的态度也体现了事实上的同意,与实行犯达成了新的共同故意,因而成立共同犯罪。简言之,“知情”等同于“容忍”,“容忍”即可拟制为“同意”甚至是“犯意沟通”。但是,这一论断有偷换概念之嫌。“知情”充其量只是“单方面知道”,即使按照容忍说将其拟制为“同意”,也不能代表“双边同意”或者“沟通后的同意”。不仅如此,该论断也不符合事实。共犯人袖手旁观时,对实行犯的行为可能并不赞同,亦不打算帮助;实行犯也可能明显感觉到同伴“不干涉、不加入”的态度;若认为此时双方又重新

[3] 参见陈兴良:《论共同犯罪中的实行过限》,《法学杂志》1989年第6期。

[4] 参见赵丰琳、史宝伦:《共犯过限的司法认定》,《法律适用》2000年第8期。

[5] 参见聂昭伟、吴郁槐:《共同犯罪中的实行过限与一体转化》,《人民司法》2009年第4期。

[6] 参见夏强:《过限犯认定问题研究》,《法制与社会发展》2002年第4期。

[7] 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299页。

达成了共同故意，显属牵强。

其次，“在场”的事实不能表明共犯人实施了帮助行为。容忍说一再表示，共犯人“知情”这样一种容忍的态度就足以使其承担刑事责任，但这仅仅涉及对共犯人主观方面的拟制。如上文所述，这种拟制并不合理；即使合理，也必须考察共犯人是否实施了帮助行为，否则，经过犯罪现场的路人也能成立犯罪。因此，当知情共犯人并未实施望风、言语刺激、眼神鼓励等传统的帮助行为时，容忍说必须将“在场”这一事实本身评价为一种心理帮助，唯此才能认定共犯人实施了帮助行为。但是，这一评价难获肯定。

1. 如“精神支持说”所言，只要共犯人在场，就会对实行犯产生精神支持或者鼓励，对被害人造成心理压力或恐惧，但仅凭此并不能说明共犯人实施了帮助行为。假设甲、乙二人一起出游途中，甲突然起意抢劫，乙只在一边观看。对甲来说，乙的存在提供了某种程度的精神支持；对被害人来说，乙会被视为与甲一伙，从而给被害人带来更大的心理压力，可是我们不会就此得出乙成立帮助犯的结论。这一点从国外学说和判例中亦能得到印证。例如，美国学者约书亚·德雷斯勒总结判例后认为，“出现在犯罪现场”并不构成对犯罪的鼓励，不是一种心理帮助，甚至当在场者有“在需要时提供帮助”这种隐藏的意图时，亦不足以认定其行为成立帮助。<sup>〔8〕</sup>德国联邦最高法院也在判例中否定了这一点。<sup>〔9〕</sup>

2. 将“在场”这一事实视为帮助行为，会令共犯人承担不公平的责任。诚然，若行为人与实行犯协议后主动去犯罪现场为其“造势”，即使没有实施任何行为，也应肯定行为人的共犯责任。但在共同犯罪中，实行犯临时起意实施新的犯罪时，共犯人的“在场”是其参与前一个共同犯罪的附随状态，不应对此再次论责。此外，认为“在场”就成立犯罪，会不当加重共犯人的刑事责任。例如，甲、乙相约对丙进行伤害，但甲另有强奸的故意，乙有非法占有财物的目的；二人对丙实施了伤害行为后，甲对丙实施了奸淫行为，而乙将丙身上的财物取走。根据共同犯罪理论，甲、乙成立共同犯罪，甲成立强奸罪，乙成立抢劫罪。但是，若根据容忍说，只要甲、乙目睹了对方的后续行为，即可直接认定甲、乙构成强奸罪和抢劫罪的共同犯罪，这一结论显然不合适。

3. 容忍说并没有对“在场”是否属于帮助行为做出说明，反而指望借助义务说来论证知情共犯人的刑事责任，殊有不当。容忍说提出，若共犯人采取了“不容忍”的措施，就无需承担责任。问题是，什么情形属于“不容忍”。共犯人目睹过限犯罪发生后可能实施四种行为：在场观看、继续实施原定犯罪、离开现场、阻止犯罪行为。前两种情形无疑属于容忍说所指的“容忍”。在第三种情形，共犯人离开现场最多表明其不同意该犯罪，而远未达到“不容忍”的程度；共犯人不加干涉，使实行犯顺利实施该行为也应属于“容忍”。于是，只

〔8〕 参见〔美〕约书亚·德雷斯勒：《美国刑法精解》，王秀梅等译，北京大学出版社2009年版，第435页以下。

〔9〕 被告人A与另两名被告人B和F商议，趁K女士领取失业救济金的那天，去她家拿走这笔钱，必要时使用暴力。B和F还决定利用这个机会强奸K。A对B与F的行为表示不满，但B与F并未改变主意。当A离开客厅时，回头看见B对着K的脸打了一拳，使K停止了反抗。B脱K的裤子时，K的钱包从裤子口袋里掉了出来；于是A走过去，拾起钱包并继续翻找K的裤子口袋。A清楚地知道B正在违反K的意志强行与K发生性关系，也知道自己正在利用这个机会获取财物。B因数次尝试勃起不成功而没能强奸K，于是A、B和F三人拿走价值100多马克的钱财离开K家。对于在现场的A，多特蒙德地方法院认为A构成强奸罪的共犯，但德国联邦最高法院认为，A既没有实施强奸罪的意图，也没有实施帮助行为。BGH, 15. 04. 1997, 4 StR 116/97.

有上述第四种情形才是容忍说所谓的“不容忍”。<sup>[10]</sup>但要求共犯人阻止犯罪，必然以承认共犯人的作为义务为前提。在此，容忍说实际上已经抛弃了自己的立场，向义务说转变。

在笔者看来，容忍说之所以存在不能容忍的缺陷，乃在于该说所依循的归责路径存在根本疑问。以共犯人是否与实行犯构成作为的共同犯罪来判断共犯人应否承担刑事责任的思路值得反思。当实行犯实施超出谋议的行为时，在场的共犯人倘若没有通过言语、动作、眼神等对实行犯进行心理上的鼓励，与实行犯达成新的犯罪协议，仅凭其“在场”的事实，无论如何不可能成立共犯。因此，容忍说应予抛弃。

## （二）义务说的启示

义务说主张，判断共犯人是否承担刑事责任的关键在于考察其是否具有作为义务。若共犯人有阻止实行犯的义务而不履行，未避免法益侵害结果发生的，应承担不作为的刑事责任。然而，无论是义务说中的折中说还是否定说，都存在理论上的缺陷，更无法运用于司法实践。例如，折中说仅仅以“共犯人有作为义务就承担刑事责任，反之则不承担”这样的空洞表述为观点，而没有说明共犯人何时有义务、何时没有。否定说以“共犯人没有监督其他共犯人的作为义务”为由全盘否定共犯人责任，但是，即使共犯人没有这类义务，也可能基于其他原因产生作为义务，该说的考虑显然欠周全。总之，义务说虽然在归责逻辑上清晰可行，但其内容远未完善。

折中说和否定说的缺陷表明，采取义务说必须解决两个问题：第一，知情共犯人阻止过限行为的作为义务来源是什么；第二，知情共犯人在何种情况下能成立作为义务。

在第一个问题上，可以肯定的是，共犯人并不具有“监督他人的义务”。该类义务是指，当行为人缺乏答责能力或者答责能力有限时，或当监督者和行为人之间具有某种等级关系时，监督者有防止行为人犯罪的义务。<sup>[11]</sup>在共同犯罪中，共犯人之间结合的同盟关系既不会使任何一个共犯人的答责能力降低，也不会使相互间产生监督与被监督的关系，故

[10] 司法实践中的认定更为严苛，认为没有实施“明确、有效的制止行为”的都是“容忍”。以王兴佰、韩涛、王永央故意伤害案为例。被告人王兴佰与被害人逢孝先各自承包了本村的沙地售沙，王因逢卖沙价格较低，影响自己经营，于是预谋找人教训。2003年10月8日16时许，被告人王兴佰得知逢孝先与妻子在地里干活，即纠集了被告人韩涛、王永央及崔某某、肖某某、冯某某等人。在地头树林内，被告人王兴佰将准备好的4根铁管分给被告人王永央等人，并指认了被害人逢孝先。被告人韩涛、王永央与崔某某、肖某某、冯某某等人即冲入田地殴打被害人逢孝先。其间，被告人韩涛掏出随身携带的尖刀捅刺被害人逢孝先腿部数刀，致其双下肢多处锐器创伤致失血性休克死亡。被告人王永央看到韩涛捅刺被害人并未制止，后与韩涛等人一起逃离现场。法院在判决书中指出，被告人王永央实施伤害行为时，发现被告人韩涛持刀捅刺被害人也未予以制止，故被告人韩涛的持刀捅刺行为并非实行过限的个人行为。裁判理由对该问题进一步分析道：“在共同实行犯罪的情形下，判定实行行为过限的基本原则是看其他实行犯对个别实行犯所谓的‘过限行为’是否知情。如果共同实行犯罪人中有人实施了原来共同预谋以外的犯罪，其他共同实行犯根本不知情，则判定预谋外的犯罪行为系实行过限行为，由实行者本人对其过限行为和后果承担责任；如果其他实行犯知情，除非其有明确、有效的制止行为，则一般认为实行犯之间在实施犯罪当场临时达成了犯意沟通，其他人对实行者的行为予以了默认或支持，个别犯罪人的行为不属于实行过限，其行为造成的危害结果由各实行犯共同承担责任。”显然，法院在采取容忍说的基础上，为了给共犯人提供出罪机会，而提出了构成“不容忍”的条件，即是否存在“明确、有效的制止行为”。但是，这一标准很难得到满足。在过限行为突然发生，共犯人虽然想制止或者实施了制止行为，但不可能做到有效制止的情况下，按该标准也应否定实行过限，成立共同犯罪。如此高的要求使得实际案件中“没有犯意沟通”的情况少之又少，共犯人几乎都以入罪告终。参见牛传勇：《王兴佰、韩涛、王永央故意伤害案——共同故意伤害犯罪中如何判定实行过限行为》，载熊选国主编：《刑事审判参考》总第52辑，法律出版社2007年版，第5页以下。

[11] Vgl. Claus Roxin, Strafrecht AT Band 2, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, Beck, 2003, S. 754 - 755.

共犯人不可能基于此而产生作为义务。检视不作为犯的义务来源，<sup>[12]</sup> 值得进一步考察的是先前行为。先前行为理论的思想基础是，行为人实施的某种行为有导致法益侵害发生的危险时，行为人有义务避免该结果发生。例如，驾驶者撞伤路人，即因该行为而承担救助义务；过失导致起火者应承担灭火义务。在共同犯罪中，虽然过限行为由某个实行犯直接造成，但若共犯人之前参与的犯罪行为给侵害的发生提供了客观助力，其亦可能因此承担结果回避义务。无疑，这一义务的履行内容既包括阻止其他共犯人实施过限行为，也包括阻止不及的情况下对被害人予以救助。

据此，在第二个问题上，有必要借助“先前行为”来判断具体案件中共犯人是否有作为义务。我国学者对先前行为做过恰当的表述，如先前行为是“制造了法益侵害的危险”的行为、<sup>[13]</sup> 先前行为“使某种合法权益处于遭受严重损害的危险状态”，<sup>[14]</sup> 等等。德国司法界则认为，当行为人违反义务地制造了临近某个构成要件结果发生的危险时，即应承担作为义务。<sup>[15]</sup> 但是，仅凭这类抽象的概念还难以对具体案件做出准确判断，而应深入研究先前行为理论以寻找答案。

## 二、先前行为的理论展开

在大陆法系刑法学理上，关于先前行为已经发展出一套较为成熟的理论体系，具体包括先前行为的实质化根据、基本性质与特征、成立范围等等。其中，先前行为的实质化根据与先前行为保证人地位的存废问题相关；先前行为的基本性质与特征为具体案件中先前行为保证人地位成立与否提供判断标准；先前行为的成立范围则是在对前两个主题进行充分探讨的基础上，对先前行为能否为不作为、过失犯罪、故意犯罪等问题进行的补充讨论。解决本文问题的关键在于准确把握先前行为的基本性质和特征。<sup>[16]</sup>

### （一）先前行为的性质之争

关于先前行为的性质，在德国存在因果关系说（Verursachungstheorie）和义务违反说（Pflichtwidrigkeitstheorie）的对立。<sup>[17]</sup> 因果关系说认为，先前行为不应限定为违法行为，只要某行为因果性地产生对被避免的结果来说“逼近”且“相当”的危险，行为人就负有避免结果发生的义务。该说主张，每个人都有对由其行为甚至合法行为产生的非其所愿的影响承担责任的“责任感”，因此，法律上进行义务设定时必须考虑这种责任感，而不必要求行为必须“违法”。该说进一步论述道，一些保证人地位在来自先前行为的同时也可能来源于“自愿的责任承担”或“对实际危险源的控制”，但后两者常常不具备义务违反性，故不

[12] 参见前引〔7〕，韦塞尔斯书，第434页以下。

[13] 参见张明楷：《刑法学》，法律出版社2011年版，第156页。

[14] 参见陈兴良：《本体刑法学》，中国人民大学出版社2011年版，第209页。

[15] BGHSt 34, 82, 84; BGHSt 37, 106, 115; BGHSt 44, 196.

[16] 目前来看，支持先前行为保证人地位的学说仍是主流，本文也持这一观点。在此，本文不打算详细讨论先前行为的实质化根据；先前行为的成立范围讨论的问题，后文略有涉及。

[17] 在德国，还有少数学者反对先前行为理论。例如，许迺曼就实质保证人理论采“事实支配说”，认为先前行为人因对其所造成的损害缺乏支配而不承担保证人义务。参见许迺曼：《德国不作为犯法理的现况》，陈志辉译，载许玉秀、陈志辉合编：《不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑法论文选辑》，台北春风煦日学术基金2006年版，第629页以下。

应要求先前行为违反义务。例如，行为人一旦购买了恶犬，就取得了对该危险源的控制地位。行为人防止恶犬侵犯他人的义务既来自于先前的购买行为，也来自于其所处的控制危险源的地位。由于对恶犬的实际控制并不违法，故作为先前行为的购买行为也不可能违法。义务违反说则认为，危险的先前行为必须是违反义务地或者说违法地制造了某种程度危险的行为。针对因果关系说的主张，该说反驳道：首先，每个人都会有的“责任感”是生活中的责任感，并且每个人的责任感程度并不相同，直接套用在刑法领域过于随意。其次，因果关系说对先前行为的理解过于宽泛，该说所描述的保证人地位既来自于先前行为又来自于其他义务的情形并不存在。例如，行为人购买恶犬后确实形成了对实际危险源的控制，但购买行为本身并非先前行为，行为人的保证人地位仅来自于“危险接受”。<sup>[18]</sup>

两说在先前行为是否必须是“违法的”、“违反义务的”这一点上存在根本分歧。具体来说，争议焦点在于：第一，客观上没有法益侵害的行为能否产生保证人义务。因果关系说对此持肯定回答。例如，在正当防卫的情形下，若不将正当防卫限制在一定的限度内，等于是对侵权者判了死刑，因此防卫人也应承担保证人义务。义务违反说则主张，行为本身合法时，就不可能基于该行为产生刑法上的义务；在正当防卫的情况下，若被害人还必须基于其合法的防卫行为承担保证人义务，保护侵权人，这难以让人接受。第二，客观上虽然造成了某种侵害，但行为人主观上对此没有认识，能否产生保证人义务。例如，行为人合法驾驶却造成了交通事故的，产品制造人不违反任何产品检验标准却给消费者带来损害的，是否成立保证人地位。因果关系说认为，没有过失地制造了法益侵害，也应承担避免该侵害扩大的义务。义务违反说则主张，先前行为必须是违法行为，所谓的违法既包含客观的违法，也包括主观的违法，因此，行为人主观上至少应对自己造成的危害有过失。当行为人实施了合法的交通行为、产品制造行为时，由于行为人并没有违反主观的注意义务，先前行为缺乏主观违法性，也就不能产生保证人义务。<sup>[19]</sup> 在德国，因果关系说和义务违反说都获得了许多著名学者的支持。<sup>[20]</sup> 需要注意的是，站在不同阵营的学者对一些具体问题的看法并不是泾渭分明的。由于彻底坚持因果关系说可能导致处罚范围过广，而完全主张义务违反说也会使先前行为的范围过窄，所以，学者通常在各自阵营的基础上，对具体问题做必要的修正。例如，持因果关系说的学者基本认为正当防卫人不具有保证人地位，而主张义务违反说的学者则开始承认攻击型紧急避险者的保证人义务。<sup>[21]</sup>

因果关系说和义务违反说是关于先前行为违法或合法这一根本性质的讨论。但是，在具体案件中探讨某个行为是否成立先前行为时，仅凭该行为合法或违法的事实尚不足以做出判断。无论持因果关系说还是义务违反说，都有必要从其所确定的先前行为基本性质出发，进一步探讨先前行为主客观方面的特征，合理界定先前行为的范围。

## （二）先前行为的主观方面

因果关系说和义务违反说的对立揭示出先前行为主观方面的讨论焦点，即“是否要求

[18] Vgl. Thomas Hillenkamp, 32 Probleme aus dem Strafrecht, Allgemeiner Teil, Luchterhand, 1996, S. 228 - 232.

[19] 同上。

[20] 因果关系说和义务违反说都有有力的支持者。Roxin, Rudolphi, Schmidhäuser, Wessels, Blei, Mezger等坚持义务违反说，而Jakobs, Welp, Arthur Kaufmann, Arzt, Freund等则主张因果关系说。

[21] 参见前引[18]，Hillenkamp书，第229页，第231页。

行为人对其所引起的法益侵害有预见可能性”。基于刑事政策的需求，德国法院对此倾向于持否定回答，在一些判决中直接运用了因果关系说。例如，被告人将一把折刀交到 S 手中，S 在被告人不可预见的情况下将折刀插入 V 的身体，给其造成了生命危险；被告人没有救助 V。法院认为，被告人递折刀的行为和 V 的死亡有自然因果关系，因此被告人有义务避免 V 的死亡；被告人是否能预见这一危险并不重要。<sup>[22]</sup> 在另一些案件中，判决即使表面采取义务违反说，也抛弃了对行为人预见可能性的要求。例如在皮革喷雾剂案中，法院虽然查明，厂家在生产喷雾剂的过程中根据当时的技术对产品做了各种检验，没有检测出任何违禁成分，也未检测出任何对人体有害的物质，因此生产时没有违反任何注意义务，但是仍然主张，厂家生产销售喷雾剂的行为客观上制造了危险，进而认定有关人员基于先前行为成立保证人地位。<sup>[23]</sup> 法院对此进一步解释道，先前行为所要求的“客观义务违反”和过失犯所要求的“侵害注意义务”并不一样，前者不包括主观违法，后者则包含主观违法；虽然仅违反客观义务并不一定符合过失犯罪的行为构成，但已经足够使刑法对危险结果进行法律上的谴责；先前行为是否违反注意义务、能否在责任意义上被谴责，并不重要。<sup>[24]</sup>

然而，学界对此持完全相反的观点，并对法院的判决进行了有力抨击。如罗克辛认为，在递折刀一案中，被告人递折刀的行为虽然与 V 的死亡结果有因果关系，但由于被告人没有预见到 S 的伤害行为，亦即没有违反主观上的注意义务，该行为并非违法行为，所以被告人不具有结果回避义务。<sup>[25]</sup> 就皮革喷雾剂案，罗克辛指出，行为的主客观不法不能分离，先前行为中所谓的“客观的义务违反”和“侵害注意义务”两者是同一的，不可能只有前者而没有后者；义务违反必须是在先（刑法前的）而不是事后从危险结果中确定，行为人不可能在制造不被允许的危险的同时又不违反注意义务；法院把注意义务和责任摆在一起，其实是混淆了不法和责任；行为人有没有责任，其过失是否可避免，已经是另外一个问题了。<sup>[26]</sup> 罗克辛的批判得到了多数学者的肯定，现在，“先前实施的行为只应为其所产生的可以预见的危险承担责任”这一规则已经获得德国学界的基本赞同。<sup>[27]</sup> 义务违反说在预见可能性的问题上取得了通说的地位。

### （三）先前行为的客观方面

采因果关系说的学者必须确定“什么样的合法行为能够成为先前行为”，持义务违反说

[22] BGHSt 11, 353.

[23] 皮革喷雾剂案 (Lederspray - Fall): A 公司生产皮革喷雾器并由其子公司销售。1980 年秋该集团接到消费者在使用皮革喷雾器过程中受到损害的通知，消费者呈现呼吸急促、咳嗽、恶心、发抖、发烧等症状，并且必须进行医疗，诊断结果为肺水肿。公司内部开始对回收的产品进行检验，但检验结果认为并没有制造上的过错，只是 Silikonöl 这种成分过高。1981 年该公司降低了 Silikonöl 的比例，又或者采用其他药品替代，但是仍然有消费者发回的损害通知。公司曾经一度做出停止制造和销售的决定，但不久后又再度制造。在公司专门的临时会议上，受邀列席的专家表示根据检验结果产品并不包含有毒物质，并建议委托外国机构做进一步检验以及在产品外部做出警告标示。会上大家一致认为，只有在检验结果显示确实存在制造上的错误或者可以证明对消费者存在风险的时候，才做出停止销售和回收产品的决议。之后公司继续销售皮革喷雾剂，损害也不断发生。BGHSt 37, 106.

[24] 参见前引 [11]，Roxin 书，第 778 页以下。

[25] 同上书，第 767 页。

[26] 同上书，第 779 页以下。

[27] 参见 [德] 冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦：《刑法总论 I—犯罪论》，杨萌译，法律出版社 2004 年版，第 366 页。

的学者也必须对“义务违反”、“违法”做出解释。这里解决问题的关键在于界定先前行为的客观特征，亦即明确“先前行为所制造的危险与最终法益侵害结果间的关联度”。当然，对先前行为的基本性质持何种看法，为回答这一问题奠定了基调。以下介绍三位学者的观点：

1. 不被允许的风险说。罗克辛认为，先前行为应为违法行为，但“违法”这一表述还不够清晰，因此，其提倡以是否制造了“不被允许的风险”来界定先前行为的违法性。罗克辛指出，刑法要求先前行为人履行结果回避义务，乃是基于刑法对其所实施的先前行为的谴责，所以，先前行为必须提供这样一个谴责的基础，即其必定制造或者升高了法益风险；先前行为与侵害结果之间若只存在条件关系而无归责关联，就无法提供刑法发动谴责所要求的“非价”。<sup>[28]</sup> 以此为指导思想，罗克辛运用客观归责理论提出了以下判断先前行为的标准：第一，先前行为是否制造或升高了不被允许的风险。例如，乙邀请甲散步，甲应邀出门却不幸遭遇车祸。乙的邀请行为只是产生了一个日常生活中的危险，与甲的损害并无归责关系。法律既然不能谴责乙，就不能要求其承担救助甲的义务。第二，先前行为制造的危险并未在最终的法益侵害结果中实现时，应否定保证人地位的成立。这就是所谓的规范保护目的关联性要求。例如，屋主搜寻窃贼时摔下楼梯受伤，窃贼不成立保证人地位，因为，避免财产所有人的身体伤害并不是刑法规定盗窃罪的目的。第三，先前行为制造的危险在被害人的答责范围内时，不成立保证人地位。<sup>[29]</sup>

2. 特殊风险说。作为因果关系说的支持者，雅各布斯认识到完全采取因果关系说会不当扩大先前行为的范围，因此提出用“特殊的风险”（Sonderrisiko）概念来界定先前行为。雅各布斯认为，先前行为需要制造一个与法益侵害结果相关的、临近的、足够的危险，才能产生作为义务，但是，并非只有“违法行为”才满足这一条件。既然如此，不如直接抛弃“违法”这一标准，用“特殊风险”作为先前行为的本质要素。具体而言，若某行为制造了比必要的日常行为更高的危险，该行为即使是合法的，也应产生作为义务。雅各布斯进一步解释道，一些行为虽然得到了法律的许可，但只是因为这些行为对于社会发展确有必要，法律才允许实施；而由于行为人实施的是法律特别允许的行为，比一般人享有更多的自由，故应比一般人承担更多的义务。至于“特殊风险”的判断标准是什么，雅各布斯并没有明言。但其指出，像皮革喷雾剂案这样的合法生产导致损害的情况，以及合法驾驶、紧急避险等情形，都属于法律特别允许的行为，制造了高于日常生活的“特殊风险”，行为人有义务避免这类行为可能造成的损害。<sup>[30]</sup>

3. 二元说。德国学者奥托认为，先前行为应分为监督危险源和保护法益两种类型。对于前者，即使是合法行为制造或者提高了法益损害发生的机会，引发了一个导向法益侵害

[28] 参见前引 [11]，Roxin 书，第 764 页以下。

[29] 罗克辛还运用该说得出了以下结论：当先前行为制造的危险通过正当防卫被合法化时，不成立保证人地位；当先前行为制造的危险通过紧急避险被合法化时，成立保证人地位；当合法的先前行为继续的过程中，合法前提丧失时，成立保证人地位；先前行为是违反保证人义务的不作为时，也能成立保证人地位；先前行为是故意犯罪行为时，有结果回避义务，成立保证人地位。参见前引 [11]，Roxin 书，第 766 页以下。

[30] Vgl. Jakobs, Vorangegangenes Verhalten als Grund eines Unterlassungsdelikts-Das Problem der Imgenenz im Strafrecht, [http://www.akademienunion.de/\\_files/akademiejournal/2002-2/AKJ\\_2002-2-S-08-10\\_jakobs.pdf](http://www.akademienunion.de/_files/akademiejournal/2002-2/AKJ_2002-2-S-08-10_jakobs.pdf).

的因果流程，行为人也必须切断该流程以避免法益侵害的产生或扩大。<sup>[31]</sup>但是，奥托对此限定道，若危险并不是由先前行为制造的，或者行为引起了第三人犯罪的危险或被害人自损的危险，后者又独立地导致最终侵害结果发生时，应采用自我答责原则否定先前行为人的保证人地位，将侵害结果完全归责给第三人或被害人。奥托举例说，A合法地驾驶车辆，撞上了未尽注意义务的路人B，没有救助B即离去，B被后来的车辆轧过而死亡。在这一案件中，导致结果实现的危险来自于B的行为，A并没有制造或者提高法益损害的危险，因此A不具备保证人地位。再如，在共同殴打被害人的过程中，若其中一名共犯人独立地做出杀人的决定，并实施杀人行为的，其他共犯人并没有监督共犯人的义务。<sup>[32]</sup>

对于后一类型，奥托认为，当行为人通过先前行为使被害人陷入一种无助的状态（Hilflosigkeit）或者需保护的状态（Schutzbedürftigkeit）时，行为人就自动成为被害人的保护屏障，必须使其免受新的侵害，不论这种侵害是来自第三人的行为或是其他原因。<sup>[33]</sup>据此，虽然奥托以自我答责原则对监督危险源类型的先前行为范围进行限定，但其所主张的保护法益类型却从另一渠道扩大了先前行为的范围。

#### （四）本文的观点

过去，我国刑法学界对先前行为的研究缺乏体系性，还停留在问题思考的阶段。学者们略过对先前行为实质化根据和基本性质的探讨，而热衷于划定先前行为的成立范围。于是，“先前行为是否必须是违法的”这一问题，在德国本属于先前行为基本性质的研究，在我国却一直与先前行为的成立范围相关。不仅如此，学者们的讨论也缺乏深度，多数文献仅仅以“合法行为也能产生危险”为理由，认为先前行为应包括合法行为；<sup>[34]</sup>所采用的论据也极其单一，均以“甲带邻居家的小孩乙去游泳不属于违法行为，但若乙溺水，甲仍有救助义务，因此先前行为也可以是合法行为”等类似情形为例进行说明。<sup>[35]</sup>

近年来，我国也出现了探讨先前行为性质的文献。如张明楷教授明确支持因果关系说，并对义务违反说进行了如下批判：第一，肯定先前行为成为作为义务来源并不是将先前行为作为处罚根据，因此没有理由将先前行为限定为违反义务的行为；很多合法行为也应产生作为义务，例如阻却违法的紧急避险行为，再如“x抢劫未遂后逃走，甲、乙、丙为了将x抓获归案而追赶，x在前方无路可逃时坠入深水中，甲、乙、丙的追赶行为并不违法，但的确给x的生命制造了危险”，因此有救助义务。第二，义务违反的界限并不明确，德国目前的学说也没有对义务违反提出一个明确的标准。第三，义务违反说最有力的论点是正当防卫不产生作为义务，但是，正当防卫产生了过当的危险时，一样应产生作为义务。第四，从我国相关法律规定来看，行为人基于先前行为引起作为义务时，不以违反义务为前提。

[31] 奥托认为，义务违反说有时会使先前行为的范围过宽，有时又会过窄，这并不合适。Vgl. Harro Otto, Grundkurs Strafrecht, neubearbeitete Aufl. 6, Walter de Gruyter, 2000, S. 170.

[32] 同上书，第169页以下。

[33] 同上书，第168页。

[34] 参见熊选国：《刑法中行为论》，人民法院出版社1992年版，第185页；高铭暄主编：《刑法学原理》第1卷，中国人民大学出版社1993年版，第545页；陈兴良：《刑法哲学》，中国政法大学出版社2004年版，第245页。

[35] 参见刘士心：《不纯正不作为犯罪中先行行为引起的义务研究》，《北方法学》2007年第6期；郑进：《论不作为犯罪中先行行为引起的义务》，《人民检察》1997年第4期。

如道路交通安全法中规定,车辆驾驶人应在发生交通事故后立即抢救伤者,但这里并不要求驾驶人违反交通运输管理法规。<sup>[36]</sup>

为界定先前行为的范围,我国学者对先前行为的特征也做了一定研究。在先前行为的主观方面,由于我国学者一般认为合法行为也能产生作为义务,故均主张不要求行为人对侵害结果的发生有预见可能性。<sup>[37]</sup>在先前行为的客观方面,学者们的说法也大同小异,一般以先前行为是否对具体法益因果性地造成了紧迫、现实的危险为考虑重点;<sup>[38]</sup>张明楷教授在此基础上还强调“行为人是否对危险向实害发生的原因具有支配”,即是否没有其他人更应当优先保护法益。<sup>[39]</sup>然而,上述学说仍较为笼统,尚未进一步整理出具体的判断要素。

本文认为,关于先前行为的性质,原则上可采义务违反说,即先前行为应为违法行为。首先,法律已经确定某个行为合法后,又因行为人实施该行为而强令其承担由刑罚威慑所保障的作为义务,这是前后矛盾的做法。从这个意义上说,义务违反说更具有合理性。其次,“义务违反”的界限虽然不明确,但已经很好地对先前行为进行了类型上的限定,足以说明其行为性质。当然,义务违反说在具体运用时有标准不明的问题,但即便采因果关系说,也需要发展具体的判断标准来界定先前行为。再次,在合法行为中,除了紧急避险之外,大多数情况下都应否定作为义务的成立:(1)一些作为义务看似由合法的先前行为产生,但实际上属于其他义务类型,应正确区分先前行为和其他法义务。例如,甲带邻居家的小孩乙去游泳,当乙溺水时甲确有救助义务,但这并非由“带往游泳”这一合法行为产生;而应认为,当甲带小孩去游泳时,就在这期间承接了小孩监护人的保护义务。(2)正当防卫不宜被认定为义务来源。对于正当防卫应否产生作为义务,持正反两种观点的学者都无法找到对方法律逻辑上的漏洞,毋宁说这是一个价值选择问题。因此,有必要遵循民众的法感情和一般的法观念来判断。要求防卫人救助侵害人,这显然是强大多数人之所难;刑法理论和司法实践也都普遍主张否定正当防卫产生作为义务。<sup>[40]</sup>(3)合法行为一般不会给法益带来危险,往往是被害人自己的行为造成危险,此时应由被害人自己承担责任。在前述甲、乙、丙追赶抢劫犯的案件中,追赶行为本身并不会给抢劫犯的生命法益带来危险;<sup>[41]</sup>抢劫犯在被追赶的情况下选择了跳水及其可能带来的危险(而不是束手就擒),这显然是他自由选择的结果;<sup>[42]</sup>在这种情况下,不宜将义务分配给合法行为者。

在先前行为的主观方面,本文主张,虽然义务违反说一般要求行为人对侵害结果有预

[36] 参见张明楷:《不作为犯中的先前行为》,《法学研究》2011年第6期。

[37] 参见齐文远、李晓龙:《论不作为犯中的先行行为》,《法律科学》1999年第5期;许成磊:《不纯正不作为犯理论》,人民出版社2009年版,第295页;前引[35],刘士心文。论者多用以下案例来加以说明:仓库管理员下班前经巡视后认为无人在仓库,将大门锁死,但离开前听到仓库内有人呼喊;管理员知道有人在内却故意不开门,导致被锁在内的人窒息而死;该管理员应基于其无过失的先前行为产生作为义务。

[38] 参见栾莉:《刑法作为义务论》,中国人民公安大学出版社2007年版,第179页;前引[35],刘士心文。

[39] 参见前引[36],张明楷文。

[40] 美国判例如 King v. Commonwealth, 285 Ky. 654, 148 S. W. 2d 1044 (1941). See Graham Hughes, *Criminal Omissions*, 67 The Yale Law Journal 624 (1957-1958). 德国近期的判例如 BGH 2 StR 582/99 2000.

[41] 当然,如果甲、乙、丙不仅仅追赶,而且手持刀、棍殴打,有威胁抢劫犯人身安全之虞的,三人的行为就不再是正当的权利行为,而属于违法行为。

[42] 试想两种情形:第一,抢劫犯甲对欲抓其扭送至公安局的公民乙说,“如果你再追赶,我就跳河”;第二,不愿分手的女性甲对男友乙说,“如果你要分手,我就自杀”。这两种情形本质上是一样的,乙都没有制造侵犯对方法益的危险,甲也都是基于自己的意志做出了损害法益的决定。

见可能性，但有必要从我国的理论传统和现实需求出发，对义务违反说进行一定的修正，否定预见可能性的要求。首先，我国与德国的违法性理论并不一致。德国学界对预见可能性的强调，与其二元的违法性理论紧密相连。自威尔采尔提出目的行为论以来，不法不再单独地建立在侵害结果之上，而是由行为无价值与结果无价值共同决定；<sup>[43]</sup>故意和过失也不仅仅是责任要素，还同时是违法要素。因此，当义务违反说主张先前行为必须“违法”时，不仅要求该行为造成了法益侵害，还包括行为人主观上对规范的违反，即行为人的反规范态度；若行为人对侵害结果没有预见可能性，则不存在主观违法，其行为也就不会产生作为义务。但是，我国刑法理论并未受到目的行为论根深蒂固的影响，二元的违法性理论也并非我国通说。相反，主张违法性的本质是结果无价值、行为客观上侵害了法益时就满足了“不法”、故意和过失应按责任要素来理解的观点非常有力。<sup>[44]</sup>从这一理论现状来看，我们无须将“行为人有预见可能性”视为先前行为作为义务的成立条件。其次，从我国社会治理的现状来看，更有必要在先前行为的成立上抛弃“预见可能性”的要求。我国正处在公共安全责任事件频发的阶段，通过赋予关键的社会角色以作为义务，令其承担不作为责任来遏制风险的做法是刑事治理的必然发展方向。但是，若对先前行为人提出“预见可能性”的要求，则难以达到这一目标。以产品安全治理为例，由于我国产品生产的安全细则并不完善，在众多领域缺乏明确的安全标准，或者即使有标准也并不科学，所以，当我们无法确定企业的生产行为因违反标准而存在过失时，即便产品给消费者带来法益损害，也难以使企业承担因不回收产品而产生的刑事责任；而只有承认先前行为人对侵害结果无预见可能性情况下的作为义务，才能合理解决这一问题。

在先前行为的客观方面，考虑到先前行为明显呈现出两种类型，有必要分别探讨。首先，先前行为使法益处于脆弱的需保护状态时，先前行为产生保护义务。在这一类型中，不要求行为和最终的法益侵害有直接的、紧迫的、类型性的因果关系，只要行为使被害人处于需保护状态，被害人的自我保护功能丧失，行为人就产生保护义务。例如，在绑架犯罪中，被害人被剥夺了基本的生存能力，因此绑架者有义务向被绑架者提供食物和水等基本生活需求。<sup>[45]</sup>再如，共犯人对被害人实施了捆绑行为后，被害人丧失了对新的侵害的反抗能力；此时共犯人之一又独立地产生了杀人故意，杀死被害人的，其他共犯人对被害人有保护义务。其次，当先前行为本身作为危险源，开启了一个导向法益侵害的因果流程时，行为人即应承担安全义务。在这里，重点应考察行为是否不被允许地制造或者升高了法益侵害发生的风险。例如，在交通事故中，若驾驶者因违规驾驶而撞伤路人，就属于“不被允许地”给路人的生命法益制造了风险，肇事者有切断该行为引发的法益损害流程，防止危险进一步扩大为实害的义务。在这一类型中，当先前行为引起第三人的犯罪行为时，不宜简单适用自我答责原则排除先前行为人的作为义务。如下文所述，满足一定条件时，行为人仍有可能承担阻止他人犯罪的义务。

[43] 参见 [德] 克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论》第1卷，王世洲译，法律出版社2005年版，第154页。

[44] 参见张明楷：《行为无价值论的疑问——兼与周光权教授商榷》，《中国社会科学》2009年第1期；黎宏：《行为无价值论批判》，《中国法学》2006年第2期。

[45] 这是西班牙学者所举的案例。他表示，当行为人剥夺了他人的自我保护途径时，就破坏了他人的“自治领域”，行为人应中断这种风险。See Jacobo Dopico Gómez-Aller, *Criminal Omissions: A European Perspective*, *New Criminal Law Review*, 2008, Vol. 11, Number 3.

### 三、共犯人作为义务的确定

当实行犯超出共同谋议实施其他犯罪行为时，共犯人是否承担避免结果发生的作为义务，应以其所参与的共同犯罪行为是否属于“先前行为”来决定。根据上文对先前行为性质及主客观特征的讨论，可着重从以下两方面展开分析。

#### （一）共犯行为的主观方面

根据德国通行的观点，当先前行为人对其制造的风险有预见可能性时，才能产生作为义务。据此，在共同犯罪中，也应要求共犯人在实施原定犯罪行为时，对实行犯超出共同谋议所实施的犯罪有预见可能性。例如，罗克辛指出，当某个抢劫犯违反共同计划强奸被害人，如果其他共犯人在共同实施抢劫的过程中即能认识到该人有实施强奸的倾向，就应成立保证人地位；反之，则不应要求行为人承担结果回避义务。<sup>[46]</sup>但是，根据本文的观点，先前行为人在无过失的情况下制造了法益侵害危险的，也应有义务避免结果发生。因此，在共同犯罪中，若共犯人无法预见实行犯将实施超出共同谋议的犯罪，亦不妨碍共犯人作为义务的成立。对于上述案例，共犯人即使无法从言语、暴力方式、眼神等预见到实行犯将实施强奸，也不会因此被免除阻止强奸发生的义务。再如，在共同抢劫的过程中，行为人之一超出事先谋议，打算杀死被害人的，其他共犯人即使在抢劫时无法预见该行为，但只要共犯行为符合先前行为客观方面的要求，共犯人也应承担结果回避义务。

#### （二）共犯行为的客观方面

先前行为分为监督危险源与保护法益两种类型，这里结合各类型的特点分别讨论。

##### 1. 监督危险源的先前行为类型

根据监督危险源的先前行为理论，先前行为制造了危险源，开启了导向法益侵害的因果流程时，行为人有义务切断该流程，防止法益侵害的产生。在共同犯罪的场合，若共犯人的共犯行为类型性地引发了实行犯实施新的犯罪，则该共犯行为即为先前行为，共犯人必须因此承担阻止新的犯罪的义务。这里，义务存否的关键在于确定共犯行为与过限行为是否存在“类型性的引发”关系。本文主张按照以下流程进行判断。

首先，应进行法益关联度的考察。若共犯行为与过限犯罪所侵害的法益之间并无关联性，则不应认为共犯人有结果回避义务。这是因为，先前行为人只应对其行为性质所可能涉及的法益侵害承担责任，当过限行为制造的法益侵害不在此范围内时，不应要求先前行为人对此负责。在德国，持义务违反说的学者对这一点已达成共识，<sup>[47]</sup>法官亦普遍遵循此点来判断作为义务。例如，数被告人进入一昏暗的房间盗窃时点燃火柴照明，离开房间时丢弃了火柴（法院不能确定是哪一名被告将火柴丢弃），结果引起火灾，但被告人没有救火即逕行离去。在这个案件中，共犯行为是盗窃，丢弃火柴引起火灾属于某个共犯人过失超出共同谋议的实行过限行为；盗窃行为能否产生灭火义务是追究各被告人不作为放火罪的

[46] 参见前引[11]，Roxin书，第768页。

[47] 德国学者以“义务违反关联性”（又称“规范保护目的关联性”）来强调这一点。更详细的研究，参见Michael Kahlo, Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges bei den unechten Unterlassungsdelikten, Duncker & Humblot, 1990.

前提。石勒苏益格高等法院认为，判断本案中各共犯人是否负有救火义务的关键在于，“数被告人实施的盗窃行为是否包含引发火灾的危险，以及盗窃行为是否‘直接’导致了火灾结果”。<sup>[48]</sup> 由于共同盗窃行为侵犯的是财产法益，该行为无论如何不可能侵犯公共安全法益，火灾的发生与盗窃行为无关，因此共犯人没有灭火的义务。<sup>[49]</sup>

其次，若上述判断得出肯定结论，再考虑共犯人的行为是否“促使”过限行为发生，即是否为该行为的发生提供了较大的可能性。过去德国法院认为，只要先前行为和过限结果之间存在自然因果关系就肯定作为义务，但这样的观点已被德国联邦最高法院所否定。例如，被告人醉酒后，在另一被告人 W 的住所内，与多人一起共同殴打被害人 T。后被告人因酒意发作而睡着，没有继续参与殴打。T 被殴打了几小时后，一些共犯人注意到 T 不再有生命迹象，W 主张把 T 丢出去。此时被告人醒来。当 T 被拖出屋外，弃至车库边时，被告人正站在旁边，发现 T 还没有死，但其没有采取任何措施，而是和其他共犯人饮完酒后回家。青少年法庭认为，虽然被告人短暂的殴打行为不负“殴打致死”的责任，但只要其一开始积极参与了殴打就应处于保证人地位。但是，德国联邦最高法院否定了这一判决，认为被告人参与殴打的行为并没有促使其他共犯人实施更长时间的可能致人死亡的殴打，因此被告人不应因其行为承担结果回避义务。<sup>[50]</sup> 可见，先前行为是否对过限行为的发生起了较大的推动作用是关键。在具体判断上，本文认为可从以下两方面考虑：

(1) 共犯行为侵害法益的程度是否严重。从客观上说，共犯行为本身越严重，过限犯罪发生的可能性也越大。以生命法益为例，轻微的殴打和严重的殴打以致伤害这两种情形比较起来，后者更易促成对生命法益的侵害。不仅如此，共同侵害行为越严重，使被害人陷入越软弱的状态，就越有可能引起同伴的攻击欲望，<sup>[51]</sup> 越容易促使其实施新的犯罪。关于这一点，笔者举以下两个案例进行对比说明。

例 1：二被告人 B 和 W 商议一致，对被害人实施严重的殴打行为。在这个过程中，W 又决定继续实施更严重的侵害行为，并在没有 B 参与的情况下，最终杀死了被害人。<sup>[52]</sup>

例 2：A 和 M 在 A 的住所内殴打 T，但并未危及 T 的生命。由于 M 的暴力非常严重，A 向 M 表示，他并不想有什么麻烦。M 产生杀死 T 的想法，尽管 A 可以阻止这个行为，但是他什么也没有做。M 杀死了 T。<sup>[53]</sup>

在这两个案件中，被告人都实施了共同殴打行为，被害人也最终被另一名被告人杀死，但例 1 中 B 一开始实施的就是严重的殴打行为，而例 2 中 A 参与的殴打行为是较轻的、“未危及生命”的。德国法院在例 1 中肯定了 B 的保证人地位，在例 2 中则否定了 A 的保证人

[48] Vgl. Joerg Brammsen, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten, Duncker & Humblot, 1986, S. 325.

[49] 当然，丢弃火柴的共犯人基于丢弃行为而产生灭火义务。在可以查明丢弃者的情况下，灭火义务的归属没有疑问。在无法查明是哪一共犯人丢弃火柴的情况下，由于丢弃火柴的行为不能视为所有盗窃犯共同的行为，全体共犯人均不能因未灭火而被归责。

[50] BGH 4 StR 157 - 00 - 23\_ Mai 2000. 类似的案件还有前引 [9] 提及的抢劫强奸案。多特蒙德地方法院认为，由于被告人是抢劫犯罪的起始者，因此有义务干涉事件的发展，阻止其他共犯人实施强奸行为。但德国联邦最高法院指出，被告人与其他共犯人共同商议实施抢劫行为，并没有为强奸行为的发生制造临近的、紧迫的风险，被告人无需承担不作为强奸的责任。

[51] 参见前引 [30]，Jakobs 文。

[52] BGH NSIZ 1985, S. 24.

[53] 参见前引 [31]，Otto 书，第 169 页。

地位。法院指出,共犯人实施的殴打行为是否向被害人死亡的方向创设了较高的风险是判断的关键。<sup>[54]</sup>在例1中,由于先前行为属于严重的暴力行为,制造了一个值得法律注意的向死亡方向升高的危险,另一被告人则在此基础上“顺势而为”地实施了杀人行为,因此,先前行为人必须承担结果回避义务。在例2中,A的行为虽然也侵犯了被害人的身体法益,但鉴于其侵害程度,对被害人的生命法益来说并没有创造一个值得注意的风险。<sup>[55]</sup>

(2) 共犯行为客观上是否起到引导过限行为发生的作用。即使共犯行为侵犯法益的程度并不非常严重,但当该行为本身的一些特质客观上促使实行犯实施更严重的犯罪时,共犯人的作为义务也应成立。例如,共犯人虽然实施了较轻的暴力,但其通过言语或者行为攻击的方式,令实行犯产生强奸被害人的故意,对此也应肯定共犯人有阻止强奸的作为义务。再如,在共同殴打过程中,乙通过演示殴打方式、为甲的殴打行为叫好等做法,促使甲决意实施更长时间的殴打行为,甚至产生杀害被害人的意图进而杀死被害人的,即使乙只参与了部分时段的殴打,也要承担阻止被害人死亡的作为义务。

## 2. 保护法益的先前行为类型

根据保护法益的先前行为理论,在共同犯罪中,当共犯人使被害人陷入无法抵抗侵害的状态,而实行犯利用该状态实施新的犯罪时,共犯人的行为即符合保护法益的先前行为类型,应对被害人承担保护义务。例如,甲、乙二人共同入室抢劫,甲将被害人丙女的手脚捆绑住,乙则在一旁搜索钱财。若乙又打算强奸丙女,由于甲捆绑丙的行为使丙陷入无法反抗乙之强奸的状态,因此甲有义务阻止乙的行为。同样,若甲、乙一起对丙实施暴力,乙再对因受伤而无力抵抗的丙实施强奸,甲也应承担阻止乙的义务。但是,若甲只是对丙女使用了一般的暴力或者胁迫,则不构成对丙女保护能力的剥夺,甲的行为不符合保护法益的先前行为类型。<sup>[56]</sup>德国判例亦持此观点。例如,A和K抢劫F,对其实施了严重暴力后离去。当二人再次从F家经过时,听到F的呻吟。二人进入F家,K起杀意并通过殴打、掐脖子等方式杀死F。A仅仅要求K停手,但没有阻止其行为。对于此案,法院认为A通过其先前行为使F丧失了自我保护能力,因此A应承担对F的保护义务。<sup>[57]</sup>

需要说明的是,与监督危险源的先前行为类型要求先前行为与过限行为之间存在类型性的引起与被引起的关系不同,保护法益的先前行为类型不要求共犯行为与实行犯的过限行为之间具备这样的关联。当共犯行为剥夺了被害人的自我保护能力时,即使实行犯超出共同谋议侵犯的法益与共犯行为侵犯的法益无关,或者实行犯的行为完全不是由共犯行为所“促成”的,也应肯定共犯人的保证人地位。例如,甲、乙二人对丙实施非法拘禁,将

[54] BGH NS1Z 1985, S. 24.

[55] 奥托对例2中法院的判决做了批评。他认为,M的杀人决定并非从之前的共同殴打中产生,死亡结果属于M的自我答责范围,因此,A并无对T的保证人地位;同样持此立场的Kühl认为,A的殴打行为只是做成了某种行为倾向(Tatgelegenheit),而利用这一倾向实施故意犯罪行为的人,在完全的答责状态下做出了杀人的决定,故应否定A的保证人地位。然而,这一主张受到学界的有力批判。罗克辛即认为,自我答责原则不足以排除作为义务。例如,倘若乙应甲的要求递刀给正在打斗的甲时能够认识到甲要用刀子实施犯罪,乙的认识并不会改变甲的“自我答责”,但乙必须因此承担保证人义务。参见前引[31], Otto书,第169页; Kristian Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, neubearbeitete Aufl. 3, München: Verlag Franz Vahlen GmbH, 2000, S. 687; 前引[11], Roxin书,第767页。

[56] 可根据甲的暴力、胁迫情形来判断甲是否成立监督危险源的保证人类型。

[57] 参见前引[31], Otto书,第168页。

丙困在封闭的房间里。若乙又起了放火烧死丙的犯意，则甲应对此有阻止义务。在这一案件中，虽然甲开始实施的共犯行为只是侵犯丙的人身自由，与乙另打算实施的杀人行为之间并无法益上的关联，但甲参与剥夺了丙的自我保护能力，使丙无法抵抗新的法益侵害，故应对丙的生命法益承担保护义务。<sup>[58]</sup>

综上，当共犯行为符合监督危险源或保护法益的先前行为类型时，共犯人即对实行犯的过限行为有结果回避义务，共犯人不履行该义务时可追究其不作为的责任。值得注意的是，从作为犯的角度看，共犯行为本身已经构成犯罪，因此在讨论共犯人的刑事责任时必然涉及罪数问题。无疑，若后一阶段的不作为侵犯的法益与前一阶段的作为侵犯的法益不同，则应对共犯人数罪并罚。但是，若不作为侵犯的法益包含作为侵犯的法益，或者两者侵犯的法益相同，由于最终只有一个法益遭到侵害，按重罪处理即可。例如，共同故意伤害他人后不阻止实行犯杀死被害人的，共犯人既成立作为的故意伤害罪，又成立不作为的故意杀人罪，按后者定罪处罚。<sup>[59]</sup>共同故意伤害他人时对实行犯导致他人死亡的行为有预见可能性，有能力阻止该结果发生而没有阻止的，共犯人既构成作为的故意伤害（致死）罪，也构成不作为的故意杀人罪。在这种情况下，虽然故意伤害（致死）罪和故意杀人罪的法定刑相当，但后者的罪质更重，因此宜对共犯人按不作为的故意杀人罪论处。<sup>[60]</sup>

#### 四、我国司法实践中的具体应用

从我国司法实践来看，很多共同犯罪案件中都涉及知情共犯人对过限行为是否存在阻止义务、是否构成不作为犯罪的问题，本文拟就下面二则案例进行具体说明。

例1：胡某、李某、陈某（女）因经济拮据，三人共谋由陈某到车站以女色勾引男子至预先租用的暂住房，以为男子敲背为由窃取财物。2002年8月6日上午，陈某按预谋将张某从车站骗到暂住房，骗张某脱下外裤，欲由埋伏在后半间的胡某、李某实施盗窃。但张某因故未脱下外裤。胡某、李某见无法通过盗窃取得财物，就从后半间冲出，采用拳打脚踢的暴力方法劫得张某人民币2万元。陈某见胡某、李某冲出对张某实施暴力劫财，既未参与也未阻止。事后陈某、胡某从劫得财物中分得赃款15000元，李某分得赃款5000元。<sup>[61]</sup>

李某与胡某在盗窃不成的情况下以暴力劫取被害人财物的行为已构成抢劫罪。有疑问的是，在场的陈某是否也成立抢劫罪，对此可从两种途径进行考察。一种是从作为犯的角度，认定陈某和胡某、李某成立抢劫罪的共犯。根据前文介绍的容忍说的观点，陈某在场并且知情，对胡某和李某的行为采取了放任态度，应成立共同犯罪。但是，陈某的“知情”

[58] 至于义务履行的内容和程度则是另一个问题。甲有义务松开捆绑住丙的绳索，但是否有义务把丙救离火场，还要根据捆绑时间、被害人的身体情况、火势情况等做具体讨论。

[59] 关于共犯人（不作为）和实行犯（作为）是否成立故意杀人罪的共同犯罪，有不同的观点。一种观点认为，不作为犯属于义务犯，和作为犯无法构成共同犯罪，因此共犯人和实行犯均成立故意杀人罪的正犯。另一种观点则认为，不作为和作为可以构成共同犯罪，因此，实行犯为故意杀人罪的正犯，共犯人为该罪的共犯。在后一观点下，适用从一重处罚的原则对共犯人论以罪质更重的故意杀人罪（共犯）时，应在考虑“故意伤害罪的正犯所处罚”之后，以此为最低限确定故意杀人罪的刑罚，以避免量刑不公。

[60] 在德国则多以“不纯正竞合”理论来讨论这一问题。详细的论述参见前引[36]，张明楷文。

[61] 参见《盗窃不成改抢劫 同伙不作为是否同罪》，<http://www.njls.w.cn/html/anlidaquan/xingshianli/200805/10-10455.html>，2013年6月28日访问。

不表示其有抢劫故意，陈某的“在场”也不能说明其对抢劫提供了客观上的帮助，故不能据此认定陈某构成抢劫罪。另一种是从不作为犯的角度，认定陈某未阻止胡某、李某的抢劫行为，与二人构成共同犯罪。这里的关键是判断陈某是否有作为义务。根据本文前面的分析，陈某并不具有阻止犯罪的义务，不构成抢劫的共犯。首先，虽然陈某共谋盗窃以及将被害人诱骗至暂住处的行为与胡某、李某的暴力取财行为都侵犯了财产法益，但前者本身不包含引发侵犯人身法益的危险，两种行为间不具有违法关联性；而且，陈某的行为并没有起到“促使”另两名被告人实施抢劫的作用，因此，其不属于监督危险源的先前行为类型。其次，陈某虽然将被害人带至暂住处，但并没有使被害人陷入软弱的需保护状态，也不属于保护法益的先前行为类型。

根据上述分析，实践中经常讨论的事后抢劫的共犯问题也有了答案。例如，甲与乙共同入室盗窃，乙在里屋行窃，甲在外屋行窃。适逢室主A回家，甲为了抗拒抓捕，对A实施暴力，将A打昏。乙知情但没有参与实施暴力。对于乙而言，不论从作为犯角度还是不作为犯角度，都不能认定其构成事后抢劫的共犯。<sup>[62]</sup>

例2：2005年8月12日上午8时30分许，被告人廖某携带一把单刃尖刀，同被告人周某、被告人王某前往王某的邻居郑某家抢劫。廖某指使王某以自家停电为由敲开被害人的家门，发现只有郑某和两个儿子在家，廖某于是决定实施抢劫，三人还分了工。随后，三人一起到被害人郑某家门口，王某以邻居的名义敲开郑某家的防盗门，廖某即持刀和周某、王某进入郑某家。在郑某家中，廖某将郑某带进主卧室取存折，并要周某捆绑郑某的两个儿子。周找来围裙、毛巾等在客厅将郑某两个儿子的双手捆绑，交给王某看守，自己也进入主卧室。主卧室内，廖某以持刀刺杀郑某的儿子相要挟，威逼郑某交出了存折并说出了密码，周某则从抽屉内搜出了一叠人民币。之后，廖某又要周某将郑某捆住，周某就用一根手机充电器的电线将郑某双手反绑，然后拿着郑某的存折到上饶市中行胜利路营业部取钱。大约20分钟后，周某返回被害人家里，告知廖某取到了4.2万元现金，廖某便决定杀人灭口。之后，廖某一人进入主卧室，将门关上，杀死了被害人郑某，随即回到客厅指使周、王杀死郑某的两个儿子，周、王两人均表示不敢杀人。于是，廖某返身又将郑某的两个儿子分别带进主卧室，将两人杀死。之后，三人迅速逃离现场。<sup>[63]</sup>

本案中，被告人廖某的行为较易认定，其在实施抢劫之后再杀人灭口，应以抢劫罪和故意杀人罪并罚。周某、王某也参与了抢劫行为，无疑成立抢劫罪的共犯。有疑问的是，二人应对被害人的死亡负责，若需负责应承担何种责任。法院认为，周、王二人虽然明确拒绝廖某提议的杀人行为，但其“在抢劫犯罪阶段中实施的大量行为，已延续到故意杀人犯罪阶段，所以应按故意杀人罪来处理”。显然，法院所说的“抢劫行为延续到故意杀人阶段”，实际上强调的是二人在抢劫罪中所实施的行为对廖某后来的杀人行为起到了客观上的帮助作用；再加上本案性质恶劣，不让二被告人承担故意杀人的责任似乎不符合情理，因此，法院综合考虑，做出周、王二被告人成立故意杀人罪的判决。但是，这一判决不符合法理。被告人廖某有杀人的故意且实施了杀人行为，这对于另外两个仅想实施抢劫罪的

[62] 张明楷教授亦通过否定容忍说和共犯人义务，认定此类情形不构成事后抢劫的共犯。参见张明楷：《事后抢劫的共犯》，《政法论坛》2008年第1期。

[63] 参见《三青年人入室抢劫4.2万 67刀杀死一家三口》，<http://info.secu.hc360.com/2006/10/101637106615.shtml>，2013年1月17日访问。

被告人来说属于过限行为。若要认为周某、王某二人与廖某就故意杀人罪成立共同犯罪，必须证明二人有杀人的故意和行为。但是从案情来看，周、王二人在廖某要求其杀人的情况下都表示不敢杀人，说明其并无杀人的故意，且二人仅实施了抢劫行为，没有参与廖某的杀人行为。因此，法院的判决值得商榷。

本文认为，有必要从不作为的角度考虑二被告人的刑事责任。被告人周某在共同抢劫的过程中，实施了捆绑被害人的行为，周某应基于这一行为对被害人的生命法益承担保护义务。首先，周某的行为剥夺了被害人的反抗能力，属于应承担保护法益义务的先前行为，周某有义务防止被害人遭受更严重的侵害；其次，周某将被害人捆绑起来，后者由此陷入无力抵抗的状态，这不仅使廖某的杀人行为更容易得逞，且更易激发其杀死被害人的故意，客观上起到了促使廖某实施杀人行为的作用。因此，周某有结果回避义务，在可以履行的情况下却没有履行，根据案情可综合考虑成立不作为的故意杀人罪。至于被告人王某，从案情描述来看，虽然王某在抢劫罪中实施了为同伙提供作案对象、骗开被害人家门、看守被捆绑的被害人等行为，但这些行为和廖某的杀人行为之间仅存在自然意义上的因果关联；其整个过程中没有实施暴力行为，也没有实施任何促使廖某杀人的行为；因此，其先前参与的共犯行为并不会产生阻止廖某杀人的义务，对王某以抢劫罪处理更为合适。

---

**Abstract:** While a perpetrator commits crime beyond their original joint plan and the informed accomplices neither participate in nor prevent such crime, the duty principle, instead of the tolerance principle, should be applied to the decision of the criminal liability of the accomplices. That is to say, the omission liability of excessive crime for the accomplices depends on whether they have duty to prevent the perpetrator's excessive crime. In this paper, the duty to act of the accomplices is studied from the perspective of prior conduct theory. Therefore, it is necessary to examine the nature and characteristics of prior conduct to decide the scope of duty to act reasonably.

There are two divergent viewpoints in the prior conduct theory. The one holds the opinion that causality doctrine is better to explain the nature of prior conduct. The other viewpoint thinks that obligation-violation doctrine is more appropriate for the explanation. In principle, obligation-violation doctrine is adopted in this paper. In the subjective aspect of prior conduct, it is not required for actors to foresee the harmful consequence. While in the objective aspect, prior conduct should be divided into two types, i. e. , the type of risk source supervision and the type of legal interest protection, which should be investigated respectively. For the type of risk source supervision, the duty to act of the accomplices is based on the judgement whether there is direct connection of illegality between the joint offense and the excessive offense, and whether the advent of the excessive offense is attributed to the joint offense. While for the type of legal interest protection, the duty to act of the accomplices is based on the judgement whether victims are in the status of need of protection, which is engendered by the accomplices.

**Key Words:** prior conduct, excessive offense, accomplices, duty to act

---