

论防卫人的救助义务

——自由分配视角下的正当防卫与先前行为

赵雪爽*

内容提要：防卫行为本身符合必要性要求，但因防卫人不实施救助而导致不法侵害者重伤死亡的，不构成犯罪。法益衡量理论与正当防卫作为公民权利的概念内涵存在根本冲突。不法侵害者容忍必要防卫行为的义务，是“自我决定导致自我负责”这一基本原理在其违反“不得侵害他人”义务时的具体表现。由侵害者承担必要防卫行为溢出的重大损害结果风险，是符合法秩序平等保护公民权利宗旨的自由与责任分配方案。在不真正不作为犯的框架下，防卫人不负有救助侵害者的义务。这是因为必要防卫行为及其结果终局性地落入了不法侵害者的管辖责任范围，相应地，防卫人被免除了管辖责任从而没有义务救助侵害者。不能基于德国判例要求防卫人依照德国刑法第 323c 条救助不法侵害者，而在我国未规定见危不救罪的情况下要求防卫人负担保证人义务。

关键词：防卫权 正当防卫 先前行为 见危不救罪

一、问题的提出

近年来，公民的正当防卫权成为司法实践中疑难争议问题集中高发的领域，也是法学界聚讼纷纭的话题。要切实保障公民的防卫权，有一个问题亟待解决——公民在实施了必要的防卫行为后，是否负有义务救助陷入生命危险的不法侵害者，不予救助导致不法侵害者重伤死亡是否构成犯罪。有解释分析必要的相关案件并不罕见，但我国的司法裁判鲜就防卫人的救助义务展开论述。比如，有判决认为制止价值轻微财产侵害的防卫人不负有防止不法侵害者死亡的义务，但缺乏细致认证。^{〔1〕}另有判决则认为制止盗窃行为的相应措施能够产生对侵害者的救助义务，却未就相应措施是否构成正当防卫、若构成正当防卫是否产生救助义务等问题展开分析。^{〔2〕}

* 中国政法大学刑事司法学院讲师。

本文系教育部人文社会科学研究青年基金项目“责任分配视角下紧急权利人的救助义务研究”（22YJC820050）的阶段性成果。

〔1〕 参见广东省茂名市中级人民法院（2018）粤 09 刑终 126 号刑事判决书。

〔2〕 参见《颜克于等故意杀人案》，载《刑事审判参考》总第 60 集，法律出版社 2008 年版，第 30 页以下。

与司法审判中的含糊其辞形成对照的是，防卫人的救助义务问题在理论研究中的复杂性。

第一，在“唯结果论”的司法实务现状与法益衡量理论的通说观点下，防卫行为造成盗窃犯或轻伤害犯最终死亡结果，属于我国刑法第20条第2款规定的“造成重大损害”，构成防卫过当。^{〔3〕}这实质上肯定了防卫人有义务采取措施防止侵害者重伤死亡。对立观点则认为，防卫行为本身符合必要性要求因而是正当的，对防卫人课以救助义务，是对被侵害的防卫人提出了过高要求。^{〔4〕}因此，防卫人的救助义务问题首先涉及正当防卫的根据及限度判断，需要探讨防卫行为本身符合必要性要求但最终造成重大损害的情况是否属于防卫过当。

第二，问题还涉及不真正不作为犯的先前行为保证人义务。防卫行为客观上创设了对不法侵害者的法益风险，如何界定产生作为义务的先前行为，直接关系到防卫人不予救助的法律后果。大部分学者认为，防卫人没有义务救助被防卫人，因为先前行为必须具有违法性，而正当防卫具有违法阻却性。^{〔5〕}但是，上述坚持违法性标准的观点会导致紧急避险人也没有救助被避险人的义务的结论，这对于无辜的被避险人有失公平。与之相对，在持结果无价值论与客观违法性论的学者看来，只要制造了法益侵害危险，就会成为作为义务的来源，正当防卫也能产生作为义务。^{〔6〕}但是，将法益侵害危险视为作为义务的充分条件，会导致不作为犯的无限扩张。能否跳出义务违反标准与法益侵害标准“要么全有、要么全无”的两极对立，寻求更细致、公平的先前行为判别标准，也是本文计划探讨的内容。

防卫行为能否产生作为义务，其实质是如何在冲突的当事人之间公平分配自由的问题——使防卫人负担救助义务是对其行动自由的限制，而否定救助义务意味着后果责任由侵害者本人承担。相关争论相持不下，本质上是因为，现有研究没有在公平分配自由与责任这一共同的维度上审视正当防卫与先前行为保证人义务，使二者处于自说自话的隔绝状态。一方面将正当防卫的根据及限度判断建立在利益衡量原理上，另一方面纠结于先前行为的违法性要件。两项法律制度之间缺乏具有建设性的意义关联，使得防卫人作为义务的判断无法摆脱“没有违法性的行为（不）能产生作为义务—正当防卫没有违法性—正当防卫人（没）有义务救助侵害者”这一思考逻辑窠臼。

在现代法治共同体中，确定自由分配方案须遵循以下两项指导思想。一是平等分配自由领域。每位公民都平等享有法律保护，不允许以他人利益为代价扩张个人的自由领域。二是最大限度保障自由原则。个体自由的边界只可能是他人的自由，原则上不应基于其他原因限缩个体自由。^{〔7〕}本文计划在自由分配的指导思想下，分以下三个步骤检讨防卫人的救助义务问题。

〔3〕 参见张明楷：《刑法学》上，法律出版社2021年版，第201页；Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, 295 f.

〔4〕 参见黄荣坚：《基础刑法学》下，中国人民大学出版社2009年版，第472页；周光权：《刑法总论》，中国人民大学出版社2021年版，第116页；Roxin, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts, 1998, S. 144f.；Schünemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971, S. 314.

〔5〕 参见上引周光权书，第116页；姚诗：《先前行为保证人地位的理论根据》，《清华法学》2014年第5期，第175页；林钰雄：《新刑法总则》，元照出版公司2011年版，第543页；陈兴良主编：《刑法各论精释》，人民法院出版社2015年版，第35页；Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 625 f.

〔6〕 参见前引〔3〕，张明楷书，第200页；赖佳文：《论合法行为在先前行为体系中的地位》，《江西警察学院学报》2013年第2期，第76页；Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil II, 7. Aufl., 1989, § 46 Rn. 99 f.

〔7〕 Vgl. Renzikowski, Notstand und Notwehr, 1994, S. 178；Stratenwerth, „Größtmögliche Freiheit“?, in: FS-Maihofer, 1988, S. 573；Kratz, Aufgaben- und Risikoverteilung als Kriterien der Zurechnung im Strafrecht, in: FS-Oehler, 1985, S. 69；[美]约翰·罗尔斯：《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社2009年版，第196页。

第一步,立足于正当防卫作为公民权利的本质属性,透视冲突当事人之间的责任分配规则,考察必要防卫行为造成不法侵害者重伤死亡仍属合法限度内的可能性,重点探讨由防卫人承担重大损害风险是否违反平等保护原则。第二步,以发现符合现代法治国家精神的自由分配最佳方案为宗旨,探究先前行为产生作为义务的实质根据;结合正当防卫的具体责任分配,以公平公正地划分冲突当事人之间的自由空间为指导思想,研判防卫人的救助义务。第三步,通过分析德国刑法第323c条见危不救罪的构成要件与体系定位,判断在我国刑法未明文规定见危不救罪的情况下,能否参考该罪使防卫人负担一般性的救助义务。

二、主观权利本质与不法侵害者的优先管辖责任

实务中,司法机关主要依据防卫行为造成的损害结果来判断防卫行为是否“明显超过必要限度造成重大损害”。为保护财产最终造成不法侵害者死亡的情形,大概率会被认定为防卫过当构成犯罪。但是,并非所有与法益损害结果有因果性的作为与不作为都会构成不法,这种偏重结果无价值的判断,事实上使防卫人负有防止实施轻微伤害、盗窃财物行为的不法侵害者重伤死亡的法律义务。^{〔8〕}因此,为厘清防卫人的救助义务,首先要对正当防卫的法理根据以及防卫限度进行研究。

为扭转防卫限度判断“唯结果论”的倾向,部分学者强调被侵害者利益的优越性,主张在法益衡量的框架下添加具体的情景化考量因素;^{〔9〕}也有学者引入法确证原理,使利益衡量的天平向被侵害者倾斜。^{〔10〕}然而,这些建议未从根本上扭转对正当防卫的认识偏差,因为只要允许将被侵害者的权利地位置于利益衡量的天平上,就与公民权利概念的内涵相悖。在致力于保障公民个人权利的法治国家,不同主体的权利和利益不能被简单地叠加比较。正当防卫的理论重点不是探讨社会整体利益最大化的方案,而是证明防卫人行使权利的合法性与不法侵害者的容忍义务,^{〔11〕}进而判断必要防卫行为最终导致侵害者重伤死亡是否超出权利允许的范围,是否构成对侵害者容忍义务的不合理要求。

(一) 利益衡量原理与防卫权本质的冲突

以私人合法实施强制为内容的防卫权,是公民主观权利的固有组成部分,并为主观权利的实现提供功能性保障。主观权利包含双层权能:一是权利人根据自己的意愿处分特定对象的权能,即利用功能;二是权利人将无权者从自己的支配领域排除出去的权能,即排除功能。^{〔12〕}排除功能与利用功能,是对同一权利关系从无权者视角和有权者视角的分别描述。欠缺排除功能的主观权利犹如一纸空文,因为无权者的介入必然妨碍权利人根据自己的意愿利用特定对

〔8〕 参见周光权:《行为无价值与结果无价值的关系》,《政治与法律》2015年第1期,第8页;张明楷:《不作为犯的前行为》,《法学研究》2011年第6期,第147页。

〔9〕 参见张明楷:《正当防卫的原理及其运用》,《环球法律评论》2018年第2期,第74页;徐成:《防卫限度判断中的利益衡量》,《法学研究》2019年第3期,第160页。

〔10〕 参见劳东燕:《防卫过当的认定和结果无价值论的不足》,《中外法学》2015年第5期,第1324页以下;王钢:《正当防卫的正当性根据及其限度》,《中外法学》2018年第6期,第1603页;欧阳本祺:《正当防卫认定标准的困境与出路》,《法商研究》2013年第5期,第119页以下。

〔11〕 Vgl. Greco, Notwehr und Proportionalität, GA 2018, 676.

〔12〕 Vgl. Hälschner, Das Preußische Strafrecht II, 1868 (ND 1975), S. 252; V. Haas, Kausalität und Rechtsverletzung, 2002, 56 f.; Renzikowski, Pflichten und Rechte, GA 2007, 563.

象，对侵害者实施强制的防卫权正是主观权利排除功能的体现。质言之，防卫权与主观权利具有概念性与机能性的双重关联。概念性关联是指，从主观权利的概念内涵中必然推导出公民的防卫权。^{〔13〕} 机能性关联是指，防卫权对主观权利发挥保护功能是必需的。^{〔14〕} 这是因为，不同于道德领域主体的自我强制，在法律领域必须承认合法的外在强制，才能维护主观权利的完整性，以实现个体自由的相互兼容。^{〔15〕} 所以，在一个透过主观权利概念保障公民自由空间和平等地位的法秩序中，防卫权是公民必然享有的权利。

细致考察权利概念的基本属性，就会发现利益衡量原理与作为公民权利的正当防卫存在全方位、无法调和的冲突。第一，主观权利的核心是保护个人对权利领域的自治，如果没有合乎理性的根据，原则上不允许将不同主体的主观权利进行集体主义的加减运算。而法益衡量理论既承认冲突双方利益的可比较性，又蕴含总体利益最大化的价值追求，用一方的收益去正当化另一方的损失，这是结果主义、功利主义的体现。^{〔16〕} 法秩序不是通过促进个体利益最大化、更不是通过追求整体利益最大化，来为法治共同体保驾护航，而是通过公平、合理划分个体权利空间的边界，使个体既能按照自己的意愿安排生活，又能与他人和谐相处。^{〔17〕} 每位共同体成员首先必须作为相互区别的自我决定主体而获得承认，利益衡量原理体现出的结果主义却未认真对待个体之间的区别。^{〔18〕} 仅在符合利益衡量原理的限度内承认防卫权，意味着如果防卫结果可能突破利益衡量原理，防卫人就必须为了侵害者的利益而让步。质言之，结果主义导向的正当防卫根据理论会导致被侵害者丧失权利主体地位而被工具化。^{〔19〕} 仅在对社会整体有利的范围内保障公民个人的主观权利，违背了主观权利的固有属性，这是对个人权利的集体主义式消解。

第二，主观权利是法秩序保障公民自我决定的媒介，重要的是个人自治是否实现，而非权利指向的利益客体的物理变化。^{〔20〕} 法秩序原则上不负责提升个体的利益状态，而只是对个体追求利益的自由进行普遍性保障，也不对个体自决的目的进行家长主义的实质考察。^{〔21〕} 既然防卫权是主观权利排除功能的体现，公民实施防卫时的自我决定就应与主观权利的利用功能遵循同样的原则。比如，没有疑问的是，所有权人使用、处分特定财产的合法性无需经利益衡量即可确定，尤其是当所有权人自愿损毁其所有物时，法秩序不会以继续保有该物有利于所有权人自己为由否定其损毁行为的合法性，更不会以损毁该物有损于社会整体利益为由要求所有权人将该物赠与有需要的其他人。基于同样的道理，主观权利所包含的排除干涉的权能也自始与利益衡量原理无关。权利人在受到不法侵害的威胁时，是选择更稳妥的退避措施、还是具有危险性的回击措施，是自己承担防卫失败风险而采取只能给对方带来轻微损害的手段、还是采取有效但可能造成侵害者重大损害的防卫手段，原则上是按照自己的意愿行使权利的行为。如果

〔13〕 Vgl. Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 238; 前引〔11〕, Greco 文, 第 677 页; R. Merkel, Folter und Notwehr, in: FS-Jakobs, 2007, S. 386; R. Haas, Notwehr und Nothilfe, 1978, S. 97, 184 f.

〔14〕 Vgl. Engländer, Grund und Grenzen der Nothilfe, 2008, S. 84 ff.

〔15〕 Vgl. Pawlik, Notwehr nach Kant und Hegel, ZStW 114 (2002), 267.

〔16〕 参见前引〔11〕, Greco 文, 第 682 页。

〔17〕 Vgl. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, 1840, S. 331 f.

〔18〕 参见前引〔7〕, 罗尔斯书, 第 22 页。

〔19〕 参见前引〔11〕, Greco 文, 第 674 页。

〔20〕 参见前引〔12〕, Renzikowski 文, 第 567 页; Kleinert, Persönliche Betroffenheit und Mitwirkung, 2007, S. 86.

〔21〕 参见车浩:《过失犯中的被害人同意与被害人自陷风险》,《政治与法律》2014 年第 5 期, 第 30 页。

法秩序以“退避能更好地保护自己的利益”“采取轻微的防御性、非攻击性手段可以兼顾侵害者的利益”为由，对防卫人提出更高要求，就与主观权利保护自我决定的主旨背道而驰。

第三，权利概念的重点是在人际的尊重关系中定位主体与利益客体，其必然包括要求他人履行尊重义务，因此一个人的权利总是对应他人的义务。^[22]法益衡量理论忽视了权利概念在人格者之间的交互性面向，认为不法侵害者仍具有公民资格享有基本权利，强调利益衡量是兼顾冲突双方权利的关键。^[23]现代法治共同体中，公民平等地享有自由，每个人的自由必然与其他人的自由相关，因而自始就受到限制，他人的权利构成我的权利的固有边界。^[24]个体权利的行使以不得侵害他人权利为前提，侵害他人的行为已不能被视为权利的行使。如果忽略这个前提，只看到双方利益的事实性冲突，甚至将防卫行为视为使法秩序陷入“既要保护被侵害的公民的利益，又要兼顾侵害者的权利”两难境地的原因，^[25]刑法就不是保障和谐共同生活的理性规范，而成为“和稀泥”式维持表面稳定的工具。概言之，不是防卫行为，而是违反尊重义务的不法侵害行为，使双方利益陷入难以两全的境地。如果真正理解了主观权利的人际交互性，那么“权利与不法对立之处，根本不存在冲突”。^[26]对侵害者公民身份的认可也不是体现为对法益衡平的要求，而是体现为防卫行为的必要性。^[27]法益衡量论者将侵害者的公民资格错误地等同于对其权利的全面保护，忽略了公民之间权利义务相互牵制的内在逻辑。

综上，主观权利概念的核心是在主体间相互尊重的关系中保护个体的自我决定权，其个人主义底色、保护自我决定的终极目标以及与他人义务的交互性，都与法益衡量理论所体现的集体主义色彩、对保护客体的坚持、对侵害者利益的片面强调形成尖锐对立。只要承认防卫不法侵害是公民权利，就不可能从相关利益的比较中获得防卫行为的正当性基础与合法性限度，也就不可能依据法益衡量理论，使防卫人承担防止侵害者重伤死亡的法律义务。

（二）侵害者的容忍义务与防卫结果的风险分配

为保护财产采取追赶、击打措施的防卫人不救助陷入生命危险的不法侵害者从而导致其死亡的，是否构成防卫过当，本质上是探讨必要防卫行为造成重大损害结果的风险由谁承担的问题。目前我国学界在相当程度上形成了共识——判断是否构成防卫过当，需要分别考察防卫必要性和防卫结果这两个独立条件，如果防卫行为本身未“明显超过必要限度”，即使“造成重大损害”也不构成防卫过当。^[28]区分理解防卫行为必要性与防卫结果这两个判断层次，就是使不法侵害者承担必要防卫行为造成重大损害结果的风险。但是，在目前的研究中，这一理解不过是克服“唯结果论”倾向的目的理性选择，而缺乏充分的内在逻辑论证。只有将侵害者作为法律共同体成员的角色代入正当防卫的归责结构，才能证明“符合必要性要求的防卫行为，即便造成重大损害结果，也不构成防卫过当”是基于正当防卫法理根据的必然结论。概

[22] 参见前引〔17〕，Savigny书，第332页；V. Haas, Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen, 2008, S. 60。

[23] 参见前引〔9〕，徐成文，第155页；魏超：《防卫权向生命权让步》，《环球法律评论》2021年第4期，第125页。

[24] Vgl. Kobusch, Entdeckung der Person, 1997, S. 143; König, Begründung der Menschenrechte, 1994, S. 188, 240; Köhler, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997, S. 328。

[25] 参见前引〔9〕，徐成文，第155页。

[26] Levita, Das Recht der Notwehr, 1856, S. 17。

[27] Vgl. Jakobs, Kommentar: Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen, 1995, S. 147, 149 f.; Lesch, Die Notwehr, in: FS-Dahs, 2005, S. 91; 前引〔14〕，Engländer书，第88页。

[28] 参见周光权：《正当防卫的司法异化与纠偏思路》，《法学评论》2017年第5期，第10页；前引〔10〕，劳东燕文，第1340页；前引〔10〕，王钢文，第1607页；陈璇：《紧急权——体系建构与基本原理》，北京大学出版社2021年版，第101页，第143页。

言之，不法侵害者不只是法益衡量理论中自然意义上造成法益危险的原因，也是享有权利、履行义务的共同体成员，基于此才产生了探讨冲突当事人之间风险分配的空间。

在致力于平等保障公民自由的法治共同体中，正当防卫是“自我决定导致自我负责”这一基本原理在侵害者违反“不得侵害他人”义务时的具体表现形式。法秩序保障每位公民在自己的组织领域内享有免于他人干涉、按照自己的意愿安排生活的自由，维持这样一种公平划分、平等保护的共享自由体制，需要自我决定与自我负责之间存在类似双务合同的牵连关系——享有对自己组织领域的自我决定，就意味着要保证该组织领域不会产生对他人的危害。^[29]从潜在侵害者的角度看，作为负责任的法律人格，要保证其行为不危害他人自由，即因行使自由而产生损害他人风险之人有义务消除该风险，否则就是旨在平等保障个人自由的法秩序所不允许的风险转嫁。^[30]消除风险的义务蕴含着风险责任分配的重要规则——事前负有确保自己的组织领域无害化之义务者，在事后的责任分配中就是承担中和风险所需之代价者。具体到正当防卫，正在进行的不法侵害显示出侵害者明确拒绝履行消除危险义务，被侵害者就可以采取必要的防卫措施代替侵害者履行该义务。此时，侵害者保证自己的组织领域无害化的初级义务就转化为容忍被侵害者防卫的次级义务，而制止侵害所必需的对侵害者利益的损害也就落入侵害者的责任范围内。^[31]概言之，容忍义务是权利原则在侵害者面向的具体展开。

区别于从侵害者事实层面自我保护、避免冲突的可能性论证侵害者容忍义务的路径，^[32]本文的重点是从“尊重他人”的普遍义务中发展出的消除风险义务标记出侵害者在冲突中的规范性定位。这样的思路能够消解既有路径所面临的质疑：自我答责的前提是被害人对危险的现实支配，而防卫行为并非为侵害者所支配，从侵害者视角理解正当防卫会使得防卫限度由侵害者主观决定，也不能说明防卫权限为何如此宽泛。^[33]

首先，从侵害者的自我决定证成其容忍义务，不能与狭义的被害人自我答责划等号，也不会使防卫限度取决于侵害者的主观预估。虽然都以“自我决定导致自我负责”原理为框架，但不法侵害者的自我答责针对的是其违反“不得侵害他人”的义务，而典型的被害人自我答责情形中并没有人违反“不得侵害他人”的义务。刑法的目标是保障共同体成员和谐共处，原则上限定于维持共同自由生活的条件，只有行为侵害他人才会触发刑法介入。被害人自我答责的本质是，法秩序尊重每位公民按照自己意愿安排自己内部事务的权利；要求被害人对危险的发展进程具有现实支配力，是为了确定风险以及损害结果符合被害人本人的真实意志，不存在胁迫、意思瑕疵等因素。^[34]而正当防卫的构造是“自我决定导致自我负责”与“不得侵害他人”基本准则相互作用的结果，本质上不是被害人的内部事务，而是涉及对他人权利空间

[29] 参见前引〔24〕，Köhler书，第219页以下；Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1991, § 7 Rn. 56 ff., § 28 Rn. 14.

[30] 参见上引Jakobs书，第28节，边码14，第29节，边码29以下；Zaczyk, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 1989, S. 212; Frisch, *Notstandsregelungen als Ausdruck von Rechtsprinzipien*, in: FS-Puppe, 2011, S. 428.

[31] 参见前引〔27〕，Jakobs书，第165页；前引〔24〕，Köhler书，第238页；上引Frisch文，第428页；前引〔27〕，Lesch文，第92页。

[32] 参见冯军：《刑法中的自我答责》，《中国法学》2006年第3期，第101页；车浩：《体系化与功能主义——当代阶层犯罪理论的两个实践优势》，《清华法学》2017年第5期，第62页以下；前引〔28〕，陈璇书，第92页；Baumann/Weber/Mitsch, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 12. Aufl., 2016, § 17 Rn. 1; Frister, *Die Notwehr im System der Notrechte*, GA 1988, 300 ff.

[33] 参见前引〔10〕，王钢文，第1596页；前引〔23〕，魏超文，第121页；喻浩东：《论免除罪责的正当防卫》，《法学》2020年第7期，第147页。

[34] 参见前引〔21〕，车浩文，第32页。

的侵害。一旦事件突破公民个人的权利领域而变为公民与公民之间的冲突，具有决定性意义的就不再是个人的意志，而是符合平等保护共同体成员自由目标的客观的责任分配规则。^[35]概言之，人必须为基于自我决定的义务违反负责，这是法治共同体存续的前提。将侵害者因防卫行为而遭受的损害类比为自我损害，^[36]是在亲手造成损害之人的刑事责任被排除这个归责结果的意义上说的，但二者如此归责的具体结构并不相同。

其次，侵害者保证自己的组织领域无害化的责任视角以及与之对应的防卫人替代性地履行消除危险义务，可以在以下两个维度证成防卫权限为何如此宽泛。

第一，在紧急权体系内，紧急权相对人对冲突的管辖责任程度决定了紧急权的权限大小——无答责对应极为有限的紧急权，弱答责对应相对限定的紧急权，强答责则对应最宽泛的防卫权。具体而言分为三种类型：（1）在攻击性紧急避险中，无辜第三人未侵入他人的组织领域，对他人组织领域内部的危急状态不负有管辖责任，其只是基于共同体成员间的团结义务而被要求容忍极为有限的损害。^[37]（2）侵害者以弱答责的形式使自己的组织领域溢出了危害他人的风险，例如宠物狗撕咬路人、无责任能力者攻击他人，行为人（宠物狗饲主、无责任能力者）虽然突破了自己的权利空间，但其未以可完全归责的方式蔑视他人权利、违反法秩序。^[38]因此，被侵害者要考虑优先采取非攻击性的防御措施，并适当考虑损害结果的衡平性。（3）在正当防卫情状中，有完全责任能力的行为人故意或者过失侵害他人，不仅突破了公平划分的权利领域界限，还表现出对他人权利的强烈蔑视以及对“不得侵害他人”这一法秩序基本准则的明确拒绝。^[39]因此，侵害者要为冲突的解决承担更高的代价，而被侵害者无需为必要防卫行为所溢出的重大损害结果买单。这体现为在防卫有效性与所涉利益的衡平性之间存在紧张关系时，防卫行为原则上仅受必要性要求的规制。

第二，较之于个人自己消除自己组织领域所溢出的风险，防卫人替代性地履行消除危险义务具有两方面特殊性：一是很可能发生对侵害程度和防卫必要性的误判；二是有效的防卫方式必然伴随着更严重损害的可能性。明确知晓自己的侵害计划的不法侵害者当然可以确定何种防卫措施既有效又只带来相对轻微的损害，而陷入危险的防卫人往往无法准确判断侵害的程度、侵害是否继续。^[40]对于侵害者而言，仅仅需要其放下挥舞的拳头、把手指从扳机上拿开，但是，防卫人如果采取轻微的防御手段，往往意味着难以使对方真正停止侵害、甚至错过最佳防卫时机，只有通过强度较高的反击措施，如攻击侵害者的生命健康法益，才可能有效制止侵害。^[41]质言之，防卫手段的有效性与其所涉利益的衡平性之间往往存在极为紧张的关系。因此，由谁承担必要防卫行为溢出的重大损害结果风险，本质上是零和博弈下双方自由空间的分配问题。如果依据法益衡量理论认定成立防卫过当，事实上就压缩了防卫人的自由空间，因为

[35] 参见前引 [13]，Pawlik 书，第 237 页。

[36] Vgl. Joerden, Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs, 1988, S. 77; Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 45; 前引 [13]，Merkel 文，第 391 页。

[37] 参见王钢：《对生命的紧急避险——生命数量权衡之否定》，《政治与法律》2016 年第 10 期，第 100 页以下；蔡桂生：《避险行为对被避险人的法律效果——以紧急避险的正当化根据为中心》，《法学评论》2017 年第 4 期，第 110 页以下。

[38] Vgl. Wilenmann, Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff, 2014, S. 167 f.

[39] Vgl. Jakobs, Defensiver Notstand, in: Notwehr in Deutschland und China, 2020, S. 182 f.; 前引 [28]，陈璇书，第 19 页。

[40] 参见陈璇：《正当防卫中的“误判特权”及其边界》，《中国法学》2019 年第 2 期，第 63 页。

[41] 参见前引 [30]，Frisch 文，第 430 页；前引 [28]，陈璇书，第 112 页。

这不仅仅意味着防卫人要以谨慎态度保护自己，更可能意味着防卫人要放弃防卫，甚至意味着告诉每位守法公民：“如果必要的防卫行为有致人重伤死亡风险，你就应该忍受他人对你权利领域的侵犯。”〔42〕国家不仅缺席了对公民的保护，还要求公民忍受对其权利领域的侵犯，不法侵害者的自由空间由此得以扩张，因为侵害者即便蔑视了法规范、入侵了他人的权利领域，侵害者的利益还是会受到法律的完整保护。在对公民自由提供平等保护的法律共同体中，这是令人难以接受的自由分配方案。〔43〕既然是因为侵害者拒绝履行“不得侵害他人”的义务而导致防卫人必须替代性地实施制止侵害的行为（替代性地履行消除危险义务），替代性的义务履行所带来的不利后果就理应由侵害者承担。根据我国刑法第20条第2款的规定，只有防卫行为“明显”超过必要限度，才否定正当防卫的成立。这是我国刑法较之德国刑法规定的优越之处。所谓“明显”，就是基于替代性义务履行的特殊性，明确由不法侵害者承担替代性义务履行所伴随的误判可能性与重大损害风险。

需要注意的是，使不法侵害者承担必要防卫行为带来的重大损害结果，并不意味着与司法实践及通说所持的利益显著失衡时否定防卫正当性的观点相悖，而是进一步澄清了通说的立场并为其提供理论根据。比如，需要区分如下两种情形：甲发现乙盗窃自己价值轻微的财物，甲因负有腿伤无法追赶，遂开枪射击致乙死亡（情形一）；或者甲追赶乙，撕扯过程中乙被推倒磕到后脑勺死亡（情形二）。两种情形的区别在于，开枪射击有剥夺他人生命的典型风险，而追赶、撕扯本身并不包含致人死亡的典型风险，情形二中乙的死亡属于必要防卫行为溢出的重大损害结果。这种区分逻辑也体现在“两高一部”2020年发布的《关于依法适用正当防卫制度的指导意见》第10条中，对于显著轻微的不法侵害，只有“直接使用足以致人重伤或者死亡的方式进行制止的”，才否定防卫正当性。换言之，分别判断防卫必要性与防卫结果，就意味着将“利益显著失衡时构成防卫过当”限定于采取事前看来有导致侵害者死亡典型风险的防卫方式且最终造成死亡结果这种情形。如此限定防卫权的原因是，在现代法治共同体中，被侵害者虽然首先是主观权利人，但也是该共同体的成员，需要考虑特定的冲突解决方式对冲突参与者继续其日常生活计划的能力有着怎样的影响。〔44〕生命作为无可置疑的最根本个人利益，一旦丧失，就彻底且不可逆地消除了其他利益的存在基础。〔45〕因此，对有剥夺他人生命典型风险的为保护财产而采取的防卫方式进行特殊规制，并非对个人权利的无根据的限制。概言之，如果站在事前角度即可认定为保护价值轻微财物的反击行为伴随有典型的致人死亡风险，如开枪射击、以刀具攻击要害部位，就不能以应由侵害者独自承担冲突解决成本为根据肯定反击行为的正当性。

综上，被侵害者追逐、推倒盗窃犯或轻伤害犯的行为本身符合防卫必要性要求，即使该行为最终造成不法侵害者死亡，在正当防卫制度的框架内也不必然构成防卫过当。因为在透过主观权利概念平等保护公民自由空间的法秩序中，由侵害者承担必要防卫行为溢出的重大损害风险，是符合公平性要求的责任分配方案。

〔42〕 Vgl. Frisch, Zur Problematik und zur Notwendigkeit einer Neufundierung der Notwehrdogmatik, in: FS-Yamanaka, 2017, S. 63 f.; 前引〔11〕, Greco文, 第672页; 前引〔28〕, 陈璇书, 第108页。

〔43〕 Vgl. Renzikowski, Intra- und extrasystematische Rechtfertigungsgründe, in: FS-Hruschka, 2005, S. 656; 上引 Frisch文, 第64页。

〔44〕 Vgl. Pawlik, Der rechtfertigende Defensivnotstand im System der Notrechte, GA 2003, 16.

〔45〕 Vgl. Hoerster, Sterbehilfe im säkularen Staat, 1998, S. 30.

三、先前行为是关于管辖责任分配的制度

防卫人实施防卫后不予救助导致不法侵害者重伤死亡是否构成犯罪，不仅涉及正当防卫的法理基础与归责结构，还涉及不真正不作为犯理论。在严格区分作为与不作为的现有理论框架下，造成侵害者死亡的直接原因是防卫人不予救助，因此，如果防卫行为使防卫人负有保证人义务，则仍有将侵害者死亡的结果归责于防卫人的可能性。^[46]在不真正不作为犯的框架下，要回答防卫人的救助义务问题，首先要处理先前行为能否产生作为义务的争论。在全盘否定先前行为概念的作为义务实质根据理论中，防卫人自始没有负担作为义务的可能性。在认可先前行为概念的观点中，还会因为具有违法阻却性的行为是否符合先前行为标准而得出不同结论。因此，下文以公民权利义务体系为坐标，在作为义务框架内定位先前行为，再从公平分配自由的最佳方案出发具体探讨先前行为的标准。

（一）先前行为保证人义务的实质根据

根据结果原因支配理论，不作为犯的归责基础是对结果发生原因的现实支配力，而源于先前行为的因果进程对行为人而言是“过去的”，在实施先前行为后，因果流程已经离开了行为人的支配领域，因此防卫人不予救助并不违反先前行为保证人义务。^[47]但是，诸位原则上赞同结果原因支配理论的学者却认为，先前行为保证人义务是不言自明之事，这主要包括两方面的论据：^[48]一是从刑事政策角度，强调先前行为保证人义务对于周全保护法益的必要性；二是将事实性支配转换为规范性支配，将支配对象由事前的原因替换为危险现实化的因果流程。然而，这两方面的论据都欠缺说服力。首先，保证人义务的本旨并非最大限度保护法益，而是要在法益保护与行动自由之间找到平衡点，单纯的法益保护需求不足以说明压缩行为人自由空间的合理性。其次，既承认事实性支配又承认规范性支配，这使得作为义务制度陷入决疑论，只是根据想要获得的结论而挑选论据，^[49]这会瓦解刑法学作为一门社会科学最重要的理念——体系性。法学不是局限于解决情景化、个案问题的论题式决疑术，而是致力于为司法实践提供相互间有约束力的规范性论据，只有这样才能保证法律适用的平等性、内在的和谐性以及公平性。^[50]因此，这些论据没有从根本上消减先前行为概念与事实支配理论之间的冲突。

将作为义务归结为事实支配，产生于为不作为犯和作为犯寻找共同的处罚根据这一理念。^[51]然而，设置法益侵害原因以及支配法益侵害流程或许并不是作为犯不法的本质。无论是否赞同客观归责理论，在条件说意义上引起法益损害结果并非不法的充分条件，对此学界已

[46] 参见前引〔8〕，张明楷文，第147页。

[47] 参见前引〔4〕，Schünemann书，第235页，第314页。

[48] 参见前引〔8〕，张明楷文，第140页，第145页；Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil II*, 2003, § 32 Rn. 150 f.；黎宏：《刑法学总论》，法律出版社2016年版，第85页；王莹：《先前行为作为义务之理论谱系归整及其界定》，《中外法学》2013年第2期，第331页；前引〔5〕，姚诗文，第173页；周啸天：《保证人地位事实论的重构与应用》，《中外法学》2021年第2期，第419页。

[49] Vgl. Vogel, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, S. 352.

[50] Vgl. Kubiciel, *Die Wissenschaft vom besonderen Teil des Strafrechts*, 2013, S. 109 f; Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, S. 6; Kindhäuser, *Zu Gegenstand und Aufgabe der Strafrechtswissenschaft*, in: FS-Yamanaka, 2017, S. 445; 陈璇：《刑法教义学科学性与实践性的功能分化》，《法制与社会发展》2022年第3期，第150页以下。

[51] Vgl. Schünemann, *Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte in Deutschland*, 1995, S. 53, 76.

存在广泛共识。^[52] 如果防止结果发生属于被害人自我答责或者第三人的责任领域，即超出了构成要件的作用范围，因而不能将结果归责于有因果贡献的行为人，那么客观归责理论的核心就是对风险管辖的分配以及在此基础上的责任范围划分。^[53] 既然承认管辖责任的划分作为否定性要素发挥着限定因果归责的作用，就没有理由否认，作为犯不法的关键并不在于惹起法益损害结果，而在于法益损害结果在规范意义上落入了行为人的管辖领域，或者说行为人有避免损害结果发生的义务。如此一来，论证的重点不再是从事实支配因果性的角度寻找不作为与作为的相似之处，而是在证立防止结果发生义务的问题上找到二者的共同根据。用雅各布斯的话来说，告别对作为犯的自然主义理解，是正确认识不作为犯作为义务的前提。^[54]

对于保护个体权利免受侵害而言，首要问题不是该侵害以作为还是不作为的方式实现，而是侵害所违反的义务准则根据为何。现代刑法秩序以保护公民的消极自由为原则，以保护积极自由为例外。以保护消极自由为内容的义务可以表述为“不要使他人的境况变糟”，以保护积极自由为内容的义务则进一步要求“使他人的境况得到提升和改善”。^[55] 对他人消极自由的侵扰，不仅可以产生于本身就符合犯罪构成要件的积极作为，还有可能是因为拒绝实施防止损害结果发生之措施。早在 19 世纪，默克尔就指出：一般而言，个体之间只存在消极的法律义务，即“不侵害性地干涉他人的领域”，而“使他人权利领域发生损害性变化的始作俑者”也可以是这样的人——以具有危险性的方式组织自己的权利领域或从事特定活动，从而使他人利益的完整性取决于他发挥作用，但后来他并没有发挥作用。^[56] 概言之，不制止自己的组织领域所溢出的对他人的侵害风险，与积极实施符合犯罪构成要件的侵害行为相同，违反的都是“不得侵害他人”这一保护他人消极自由的义务。为保护消极自由，法秩序不仅禁止实施积极行为侵害他人，还要求合理安排、管理自己的组织领域，当自己的行为或财物等组织领域内部产生危害他人的风险时，行为人有中和风险的义务。^[57] 因此，在公民权利义务体系中，违反先前行为作为义务的不作为犯和作为犯都是因为侵害他人的消极自由而导致归责。

权利体系的基本原则不仅可以厘清先前行为保证人义务的体系定位，也可以解释限制义务人自由的合法性。在致力于平等保障每位公民自我决定自由的法秩序中，使个体负担保证人义务意味着对其自由的限制，这一限制的合法性也必须来源于个体的自我决定：先前行为保证人义务实质上就是共同体中的个人享受排除他人干涉的自我决定权所须支付的对价。用德国当代政治哲学家凯尔斯汀的话来说，现代法治社会的基本特征是“每个人拥有同等大小的自由领域，在其中他能免受他人干扰，按照自己的意志对该自由领域进行安排”。^[58] 行为人对自身组织领域的自由安排排除了他人的干涉，他人原则上无权干涉宠物饲主如何饲养宠物、生产者如何安排生产；排除效果也必然意味着，在发生危险时宠物饲主和生产者必须首先承担起消除

[52] 参见前引 [3]，张明楷书，第 249 页以下；前引 [4]，周光权书，第 131 页。

[53] Vgl. Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl., 2022, § 11 Rn. 22 ff.; Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 2017, § 4 Rn. 83 ff.; Otto, Grundkurs Strafrecht, 7. Aufl., 2004, § 6 Rn. 53 ff.

[54] Vgl. Jakobs, Die Ingerenz in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, 2000, S. 29.

[55] 参见前引 [13]，Pawlik 书，第 180 页，第 187 页；前引 [36]，Jakobs 书，第 84 页；Sánchez-Vera, Pflichtdelikt und Beteiligung, 1999, S. 98 f.

[56] Vgl. Merkel, Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts, Zweiter Teil, 1899, S. 81, 85, 89.

[57] 参见前引 [13]，Pawlik 书，第 182 页。

[58] Kersting, Der liberale Liberalismus, 2006, S. 23 f.

危险的责任。排除他人干涉的自我决定不是免费的，而是以负担防止自己的组织领域产生损害他人的后果之义务为代价；在自由的法秩序中，自我负责是自我决定的必然结果与题中之义。^{〔59〕}

从个体对组织领域的规范性支配推导出消除风险、积极救助的保证人义务，面临以下质疑。许玉秀认为，从自由中不可能推导出义务，因为义务的本质是“必须行为”，而支配者可依自己的意志决定做或者不做。^{〔60〕}这种质疑受制于对自由的自然主义理解，其特征是片面工具主义地把握主体与周遭的关系，其他人对主体而言“要么是工具、要么是阻碍”，^{〔61〕}认为只有强势克服阻碍贯彻自己的任意才是自由。对自由的自然主义理解的最大问题是，导致刑法规范不再是共同法律理性的表达，而只是冲突时对他人利益的妥协；个人遵循刑法规范，只是因为这是避免惩罚的聪明选择，违反规范也只是意味着不够明智。^{〔62〕}这种理解会瓦解罪责原则对个体尊严的承认，因为在一定程度上宠物狗也会迫于主人的责罚而遵循指令，这对它来说是避免责罚的聪明选择。自然主义的自由概念对义务的理解，使刑罚成为单纯控制、驯化的工具，主流观点对单纯预防论的批判也证明了对这种理解的否定。在法治共同体中，必须辩证地理解个人自由，自由“不仅是我的，而是最初就同样是别人的”；^{〔63〕}义务不是“自由的外部界限”，而是其固有组成部分；自由的本质不是“为所欲为”，而是自我决定与自我负责。基于规范的自由理解，“不得侵害他人”义务的来源是——并且也只能是——自由。

姚诗认为，先前行为人制造的风险已处于其组织管辖范围之外，任何人都可以中断危险流程，将组织领域所有者视为保证人，只是因为这“在正义的感情上是理所当然的”。^{〔64〕}这种质疑误将组织领域理解为事实性概念。组织领域概念的规范性体现为，责任的划分不取决于实际救助的可能性，而是取决于排除他人干涉的权能。也就是说，不是从行为人自然意义上对事实因果流程的支配，而是从其规范意义上对组织领域的支配力中推导出作为义务。由产生风险的组织领域所有者负责消除风险，其根据不在于消除风险的有效性、便宜性，而在于平等保障公民自由领域的法治原则。按照自由分配方案的平等性要求，在将自主决定的利益归于个人时，也就意味着禁止将自主决定的后果转嫁给他人。^{〔65〕}如果否定先前行为人的救助义务，使其他可以中断危险流程的一般公民负担作为义务，或者由被侵害者独自承担危害，则先前行为人在先前行为中享受了行动自由，其实现自由的代价却由他人买单，这显然是有悖法治精神的不公平的自由分配方案。

（二）合法行为产生作为义务的可能性

论证先前行为保证人义务的现有学说，其主要论据是将合法的危险前行为视为作为义务来源有利于周全保护法益。^{〔66〕}然而，贯彻尽可能周全地保护法益这一目的，会得出极具扩张性

〔59〕 Vgl. Jakobs, Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, 1996, S. 21; Pawlik, Der Polizeibeamte als Garant zur Verhinderung von Straftaten, ZStW 111 (1999), 348 f.; 前引〔30〕, Frisch文, 第429页; 前引〔53〕, Kindhäuser书, 第36节, 边码54。

〔60〕 参见许玉秀:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,第728页。

〔61〕 Sièyes, Politische Schriften 1788-1790, 2. Aufl., 1981, S. 243.

〔62〕 Vgl. Pawlik, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S. 20 f.

〔63〕 Zaczek, Über Begründung im Recht, in: FS-E. A. Wolff, 1998, S. 519.

〔64〕 参见姚诗:《不真正不作为犯的边界》,《法学研究》2018年第4期,第119页。同样观点,参见前引〔60〕,许玉秀书,第679页;前引〔48〕,周啸天文,第419页。

〔65〕 参见前引〔7〕,Renzikowski书,第179页。

〔66〕 参见前引〔48〕,黎宏书,第82页;前引〔6〕,赖佳文文,第76页。

的论断——只要行为蕴含法益侵害危险，行为人就有责任阻止危险实害化。法益保护论者为此添加限制条件，认为如果危险不紧迫或者属于被害人答责的范围，则不产生作为义务。^{〔67〕}但是，这种限制是外在于法益保护原则的补丁，法益概念只标记出刑事责任所指向的被侵害的客体，而无法确定责任分配的规则，也无法从他人的自由利益出发去修正全面保护法益所导致的过度归责。^{〔68〕}主张合法行为也可能产生作为义务，不能以合法行为也具有损害法益的危险为依据，而是必须证明，使某些实施了合法行为的人承担救助义务，更符合法治社会的自由分配原则，因为保证人制度的意义是“明确个人自由与为了特定的法价值而对个体进行社会性义务约束之间的界限”。^{〔69〕}以自由分配的公平性和最大限度保障自由的原则为标准，透视以下三种处理合法危险前行为的方案，可以充分证明认可合法危险前行为能够产生保证人义务的优势：（1）禁止所有因果性地惹起法益侵害危险的行为本身。该方案最大限度地预防法益侵害，但劣势也很明显。其一，当代社会几乎找不到不蕴含一丝风险的行为，处罚危险前行为本身意味着普遍剥夺公民的行动自由，也会禁锢社会的发展。其二，先前行为发生时，行为人可能对法益侵害既无认识亦无容认，基于其后不作为的故意处罚先前行为，可能违反罪责原则。^{〔70〕}（2）否定合法行为产生作为义务的可能性。这意味着，只要生产流程符合相关标准，对于偶然混入有害物质的产品，生产者没有召回义务，故意不召回也不构成犯罪。该方案表面上看保障了生产者的行动自由，却以放弃保护作为现代社会自由概念重要维度的安全性为代价，生产者既享有了自由，又将享有自由所产生的负面结果转嫁给消费者，这违背了划分自由空间的平等性原则。（3）原则上允许蕴含法益侵害风险的行为，但对行为人课以在危险产生以及现实化时消除危险并给予救助的义务。从平衡行动自由与权利保障的角度看，方案三无疑是最令人满意的。^{〔71〕}这种附条件允许行动自由的制度，将行动自由的扩展与避免危害结果现实化的责任相绑定，符合自由分配的公平性原则，使一方自由的边界恰好是对另一方权利的保护，也符合最大限度保障自由空间的原则。

此外，只要认可基于交往安全义务监督危险源的保证人义务，就意味着承认了合法的危险前行为产生作为义务的可能性，因为二者的法理基础本质上是相同的。^{〔72〕}严格区分这两种保证人义务的观点认为，房屋所有者因瓦片脱落砸伤路人而承担责任，其依据只能是所有者未履行交往安全义务监管瓦片，而不是先前建造房屋的行为，因为房屋建造时并无问题且房屋可能几经易手。^{〔73〕}但问题是，如果以对危险现实化进程的实际控制为标准坚持认为二者之间存在区别，会使交往安全义务的证明陷入困境。要想在公民权利义务体系中有说服力地论证交往安全义务，其与先前行为保证人义务就必然呈现出相同的法理结构。按照事实支配说，如果在屋

〔67〕 参见前引〔8〕，张明楷文，第145页。

〔68〕 Vgl. Jakobs, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW 97 (1985), 752 f.; Wohlers, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, 2000, S. 24, 48 f.; Frisch, Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens, 2003, S. 226 ff.; Renzikowski, Normentheorie und Strafrechtsdogmatik, 2005, S. 123.

〔69〕 Rudolphi, Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, 1966, S. 85.

〔70〕 参见车浩：《保证人地位的实质根据》，载《不作为犯的现况与难题》，元照出版公司2015年版，第213页；前引〔48〕，王莹文，第331页；前引〔5〕，姚诗文，第171页。

〔71〕 Vgl. Otto, Vorangegangenes Tun als Grundlage strafrechtlicher Haftung, NJW 1974, 532; Otto, Ingerenz und Verantwortlichkeit, in: FS-Gössel, 2002, S. 106; 前引〔13〕，Pawlik书，第182页。

〔72〕 Vgl. Timpe, Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot, 1983, S. 184; 前引〔13〕，Pawlik书，第183页。

〔73〕 参见前引〔4〕，Schünemann书，第284页；前引〔48〕，Roxin书，第32节，边码108。

主外出期间瓦片脱落砸伤路人，而邻居恰好是建筑业从业人员，早就发现瓦片存在异常，则邻居应负担作为义务，但这是与公平保障自由原则相悖的义务转嫁。屋主保证房屋安全义务的真正根据是，其作为所有人对房屋在规范意义上的排他性自我决定权，他人原则上无权擅自检查房屋的情况。本质上，基于交往安全义务对危险源的监督与先前行为保证人义务，都是因享有组织自由而负担“不得侵害他人”义务的表现形式。因此，既然保有危险物本身是法所允许的行为，那么产生作为义务的危险前行为当然也可能是法所允许的。

反对观点认为，确定某行为合法后，又令行为人承担由刑罚所保障的作为义务，前后矛盾。^[74]这不是前后矛盾，而是顺应现代社会公平分配自由需求的刑事不法模式的精妙之处。事实上，某个单独看来不为法所禁止的行为却能为后续的不法归责提供根据，在犯罪归责模式中并不罕见。在坚持犯罪构成要件定型化且反对扩张的正犯概念的共犯理论框架下，为他人入室盗窃望风、提供工具等帮助行为本身并不符合盗窃罪的构成要件；根据共犯从属性原理，当正犯着手实施盗窃时，帮助犯为正犯的构成要件行为负责，才构成不法。通过设置关联性的不法要件，才能既不因过分扩大处罚范围、不当提前处罚时点而侵害普遍的行动自由，又不产生处罚漏洞而有损对被害人的保护。^[75]基于保护普遍行动自由的原则，先前行为、共犯行为本身都因不符合犯罪构成要件而不能被视为刑法归责的客体事实，但在特殊的归责模式中，它们可以成为使行为人为其后自己的不作为或者他人的构成要件行为负责的根据。从自由分配的角度看，从属性的共犯不法与先前行为保证人义务都是基于相同的归责架构，亦即附条件地允许共犯行为与危险前行为，直至危险现实化，这样才能公平且最大限度地保护公民自由。

（三）管辖责任分配替代义务违反标准

就目前的结论而言，实施合法防卫行为的人也有负担作为义务的可能性。但是，合法前行为产生保证人义务与权利体系的兼容性，并不意味着正当防卫人必然有救助不法侵害者的义务，尚需检讨正当防卫是否符合先前行为的具体标准。

根据主流的义务违反说，先前行为是“违反规定，即违法地使他人陷入危险”的行为，^[76]但该定义所包含的“违法”“违反规定”“使他人陷入危险”三方面均缺乏说服力。首先，违法性标准在否定防卫人救助义务的同时也否定了紧急避险人救助被避险人的义务，主张义务违反说的学者不得不将紧急避险作为例外来处理，^[77]却没有提供充分理由。在提出某项基本原则的同时就考虑到法感情因素而承认该原则适用的例外，意味着对该原则说服力的自我否定。其次，强调“违反规定”有明显的局限性。在某些社会生活领域，存在已被普遍接受的基础性风险，并发展出具体规则以限制特殊风险。例如在道路交通领域，机动车驾驶员违章驾驶导致的法益侵害危险现实化时，驾驶员对受害人有助义务。然而，一旦进入没有关于风险升高的具体行为规则的领域，该标准就会变得无所适从。最后，落脚于“使他人陷入危险”表明义务违反标准在具体案件的处理中难以被贯彻到底，最终还是回到先前行为与损害结果的因果关联性。^[78]例如，在皮革喷雾剂案中，德国联邦最高法院因无法证明生产者违反生产法规，只能基于事后的损害性结果，肯定生产行为的义务违反性并据此确定产品召回义务。^[79]

[74] 参见姚诗：《先前行为与实行过限下知情共犯人的刑事责任》，《法学研究》2013年第5期，第134页。

[75] Vgl. Zhao, Die notwendige Teilnahme, 2022, S. 165 ff.

[76] 参见前引〔4〕，周光权书，第114页；前引〔69〕，Rudolphi书，第153页；BGHSt 34, 82.

[77] 参见前引〔4〕，周光权书，第117页；前引〔74〕，姚诗文，第134页。

[78] Vgl. Freund, in: MK-StGB, 3. Aufl., 2017, § 13 Rn. 128.

[79] Vgl. BGHSt 23, 106 ff.

近来,有学者主张参考客观归责理论来设置先前行为标准;〔80〕因为正当防卫创设的是法所允许的风险,所以防卫人没有救助侵害者的保证人义务。〔81〕在用特殊风险归责思想划定先前行为范围的意义,这种观点具有进步意义,但客观归责理论的适用面临以下问题。第一,与严格区分作为犯与不作为犯的通说立场矛盾。在作为犯领域,客观归责理论被用于筛选出构成要件射程内法所不允许的行为。如果先前行为本身就符合客观归责的要件,那么处罚行为人就是因为他实施了先前行为,而不是其后的不作为。第二,如果防卫行为没有创设法所不容许的风险,也应当据此否定紧急避险人的保证人义务,但这与通说的立场相悖。孙运梁以“王仁兴破坏交通设施案”为例,认为被告人解开航标船缆绳的行为虽然构成紧急避险未创设法所不容许的风险,但基于刑事政策考量,紧急状态结束后被告人对航道安全仍负有保证人义务,因为事件的发生不在他人的责任范围内。〔82〕然而,按照客观归责理论下设命题的逻辑关系,如果行为未创设法所不容许的风险,即可否定行为的可归责性,无需继续考察风险是否处于他人责任范围内。所谓的刑事政策考量并未回答,如果未创设法所不容许的风险,紧急避险何以成为先前行为保证人义务的来源。

鉴于此,以下论证分为三步:首先厘清作为犯与不作为犯归责模式的关系,以证明用管辖分配限定先前行为的合理性;然后探讨法所不容许的风险标准与违法阻却行为的关系,为区别对待防卫人与紧急避险人的救助义务找到法教义学根据;最后论证符合必要性要求的防卫行为不会产生作为义务。

首先,刑法归责不只是通过修正条件说来考察法益侵害结果与行为之间的关联性,而是要以公民间平等的自由划分方案为参照,确定“什么作为对权利的侵害落入谁的责任领域”,〔83〕亦即包含归责根据、被归责的事实与被归责的主体三部分。〔84〕通过区分归责的根据与被归责的事实,可以厘清作为犯与违反先前行为保证人义务的不作为犯归责模式之间的关系。鉴于罪刑法定原则与人权保障理念,只有符合构成要件的行为才能成为被归责的事实。先前行为不符合构成要件因而不是被归责的事实,但先前行为奠定了归责的根据,被归责的事实是其后的不作为;而在作为犯中,行为人的构成要件行为不仅是被归责的事实,同时也是归责的根据。法益侵害结果落入行为人的管辖领域,是作为犯与不作为犯共同的归责根据。区别在于,作为犯通过积极举止实现构成要件行为的同时使自己对法益侵害结果负责,不作为犯通过先前行为使自己负担避免损害他人法益的义务。换言之,作为犯的归责根据与被归责的事实是重合的,行为人在打伤他人的同时使自己对伤害结果负责,而不作为犯的归责根据与被归责的事实是分离的。因此,适用于划定作为犯构成要件行为作用范围的管辖分配思想,原则上也适用于确定先前行为标准,因为二者的本质都是通过厘清管辖责任分配情况来确定归责根据。

其次,客观归责理论忽视了必须在人际关系中确定各自的管辖责任范围。质言之,法所容许的风险是个伪命题。在明显属于日常生活正常风险的情况下,即使不借助客观归责理论,通

〔80〕 参见前引〔48〕, Roxin 书,第 32 节,边码 155 以下;王莹:《论犯罪行为人的先行行为保证人地位》,《法学家》2013 年第 2 期,第 121 页以下;孙运梁:《以客观归责理论限定不作为犯的先行行为》,《中外法学》2017 年第 5 期,第 1352 页以下。

〔81〕 参见上引孙运梁文,第 1372 页。

〔82〕 同上文,第 1374 页。

〔83〕 Müssig, Antizipierte Notwehr, ZStW 115 (2003), 232.

〔84〕 Vgl. Kelsen, Hauptproblem der Staatsrechtslehre, 1911, S. 72; 前引〔13〕, Pawlik 书,第 256 页。

过法益侵害性或者社会相当性来界定实行行为，也能排除归责。^{〔85〕}而在有争议的案件中，尤其是涉及多个惹起者时，必须通过考察与其他惹起者的风险责任分配情况，才能明确特定行为人是否创设了法所不容许的风险。例如，行为人出借小刀，被出借人用这把刀伤害他人。^{〔86〕}客观归责论者认为，出借小刀的行为没有创设法所不容许的风险，根据信赖原则，一般情况下可以信赖他人不会故意犯罪，因此行为人没有义务制止被出借人伤害他人。^{〔87〕}援引信赖原则否定法所不容许的风险，其实就已经在考虑管辖责任的分配问题了。正是因为他人的犯罪原则上落入他人自己的管辖责任领域，所以出借小刀所创设的风险对行为人而言是法所允许的，而不是因为出借小刀的行为本身未创设不被允许的风险从而导致最终的损害结果不落入行为人的管辖领域。如果出借小刀时被出借人即表现出可辨识的犯罪倾向，根据共同犯罪的归责模式，行为人就应当为被出借人的犯罪行为承担责任。因此，先前行为标准的关键是划分行为人与其他当事人之间的管辖责任领域。

最后，针对紧急权人的救助义务问题，要抛开正当防卫与紧急避险在阶层犯罪论体系中定位的类似性，透视当事人之间的管辖责任分配关系。如上所述，正当防卫的本质是被侵害者代行不法侵害者保证自己的自由行使不得侵害他人权利领域的义务，必要防卫行为所溢出的重大损害风险应由不法侵害者承担。而紧急避险是“自我决定导致自我负责”原则的例外，法秩序允许避险人在一定条件下将自己面临的损害转嫁给其他共同体成员，被避险人只是基于团结义务容忍极其有限的损害转嫁。因此，避险行为及其结果的限度受到严格限制，不存在像正当防卫中将必要防卫行为溢出的重大损害结果亦归于不法侵害者承担那样的管辖责任分配规则。是否创设了足以产生作为义务的特殊风险，不能根据行为的违法阻却性一概而论。如果避免结果发生的风险归于其他当事人（或受害人），对直接作出产生风险的行为之人而言，就不存在产生作为义务的法所不容许的风险，因此实施必要防卫行为之人不承担救助义务；如果避免结果发生的风险落入实施产生风险的行为之人的管辖领域，就存在导致作为义务的特殊风险创设，紧急避险即为适例。

综上，先前行为保证人义务的标准是，创设特殊风险致使避免结果发生的义务落入行为人的管辖责任领域。而正当防卫制度免除了防卫人承担必要防卫行为引起侵害者重大损害风险的责任，因此，防卫人不救助陷入危险的不法侵害者不构成不作为犯罪。

四、普通公民见危不救的可罚性问题

按照本文观点，实施符合必要性要求的防卫行为之人不救助陷入生命危险的盗窃犯或者轻伤伤害犯，既不构成防卫过当，亦不构成不作为犯罪。完全出罪化的结论可能面临的质疑是，忽视我国与德国的立法差异，在法感情上令人难以接受。例如张明楷指出，德国虽否认不真正不作为犯框架下防卫人的作为义务，但其刑法第323c条见危不救罪^{〔88〕}使防卫人实质上和其他

〔85〕 参见张明楷：《也谈客观归责理论》，《中外法学》2013年第2期，第319页；蔡桂生：《非典型的因果流程和客观归责的质疑》，《法学家》2018年第4期，第160页。

〔86〕 Vgl. BGHSt 11, 353 (355).

〔87〕 参见前引〔48〕，Roxin书，第32节，边码160以下；前引〔80〕，孙运梁文，第1358页。

〔88〕 该条第1款规定：发生意外事故、公共危险或紧急状况时，有救助之必要，且根据行为人的状况可以期待其进行救助，尤其是救助不会给行为人自己带来重大危险且不会使其违反其他重要义务，却不进行救助的，处1年以下有期徒刑或者罚金。

普通公民一样承担救助义务，而鉴于我国刑法未规定见危不救罪，从结论妥当性的角度看，防卫人应负有救助被防卫人的义务。^[89] 针对质疑，本文回应如下。

首先，防卫人依据德国刑法第 323c 条负有救助义务，在德国学界并非共识。有观点认为，不法侵害者因必要的防卫行为陷入危险，不构成该条规定的“意外事故”。一是因为“意外事故”往往指突然发生、不可预见的重大危险，而被侵害者的反击是合法的、对侵害者而言完全可预见的反应。二是因为必要防卫行为带来的损害一定程度上等同于侵害者的自我危险化，正如不阻止他人自愿结束生命的行为毫无争议不构成见危不救罪，防卫人不救助自食其果的侵害者也不构成见危不救罪。^[90] 即便遵从德国联邦最高法院的见解，认为拒绝救助的防卫人有可能违反德国刑法第 323c 条，^[91] 考虑到始终笼罩该条的道德戒律法律化的阴霾以及对该罪构成要件作严格解释的普遍倾向，德国司法实践中以此为根据处罚防卫人的情况亦属罕见。因为如果救助会带来严重的个人危险，则不符合该条所要求的可期待性，而面对刚才还在实施不法侵害并因自己的反击行为而陷入危险的人，防卫人通常不能排除一旦对方脱离危险自己仍会遭受不法侵害之可能，所以，要求防卫人“以德报怨”实施救助不具有可期待性。^[92] 因此，德国虽规定了见危不救罪，但据此真正处罚未履行救助义务之防卫人的空间仍十分有限。

其次，德国刑法第 323c 条见危不救罪不是结果犯，见危不救的普通公民并非像德国刑法第 13 条^[93] 所规定的那样作为保证人对结果的发生负责，而我国学者依据德国立法例主张防卫人应当救助不法侵害者，则是将不法侵害者遭受的重大损害结果归责于防卫人，防卫人从而构成不真正不作为犯。从单纯义务违反到结果归责的模式转变，在两方面使防卫人处于极其不利的境地。第一，在能否采取正当防卫强迫被侵害者救助的问题上，按照德国通说，对不真正不作为犯罪可以进行正当防卫，但普通公民违反德国刑法第 323c 条的见危不救行为并不是引发正当防卫的不法侵害，因为行为人只是违反了义务等级较低的团结义务，而不是将被害人的重大损害结果归责于见危不救者，所以不存在成立正当防卫所要求的不法侵害。^[94] 而肯定防卫人的保证人地位，意味着他人可以采取十分凌厉的手段迫使防卫人采取救助措施。第二，德国刑法第 323c 条见危不救罪的法定刑是 1 年以下有期徒刑或者罚金，远低于德国和我国故意杀人罪、过失致人死亡罪的法定刑。因此，基于德国刑法处罚单纯的团结义务违反，在我国刑法理论中将不法侵害者的重大损害结果归责于防卫人，会在极大程度上挤压防卫人的自由空间，是有失妥当的自由分配方案。

更重要的原因是，德国用刑罚威慑所捍卫的公民间普遍的团结义务，在公民权利义务体系中具有极为特殊的定位，在我国刑法无明文规定的情况下，使防卫人基于此而负担救助义务，可能有违罪刑法定原则。针对刑法的比较解释，张明楷指出：不能因为某种行为在国外属于刑法规定的 A 罪，我国刑法未规定 A 罪，就得出在我国“将某种行为认定为犯罪违反罪刑法定

[89] 参见前引 [3]，张明楷书，第 200 页，脚注 129。

[90] Vgl. Gaede, in: NK-StGB, 5. Aufl., 2017, § 323c Rn. 5; Spendel, in: LK-StGB, 11. Aufl., 2005, § 323c Rn. 46; Kahlo, Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikt, 2001, S. 355 f.

[91] Vgl. BGHSt 23, 327, 328; BGH NStZ 1985, 501.

[92] Vgl. Spendel, in: LK-StGB, 11. Aufl., 2005, § 32 Rn. 333; Popp, in: LK-StGB, 12. Aufl., 2020, § 323c Rn. 69; Freund, in: MK-StGB, 3. Aufl., 2019, § 323c Rn. 97.

[93] 该条第 1 款规定：依法有义务防止构成要件结果发生而不防止其发生，且当其不作为与因作为而使法定构成要件实现相当时，才依法可罚。

[94] Vgl. Erb, in: MK-StGB, 4. Aufl., 2020, § 32 Rn. 70; Popp, in: LK-StGB, 12. Aufl., 2020, § 323c Rn. 23; Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 5. Aufl., 2020, § 15 Rn. 13; Frister, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 2020, § 16 Rn. 11; Engländer, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl., 2020, § 32 Rn. 10.

原则”的结论，例如德国刑法第211条规定了谋杀罪，而我国只规定了故意杀人罪，就认为谋杀行为在我国不构成犯罪，重要的是确定该罪条文在刑法体系中的位置。^[95]这种实质的比较解释立场值得肯定，据此，将我国刑法未明确规定的某种行为认定为犯罪的前提是，符合外国刑法中该罪构成要件的行为能够完全涵摄进我国既有的犯罪构成要件。但问题是，不同于谋杀罪，德国刑法第323c条规定的行为并不符合我国刑法所规定的犯罪的构成要件。而且，仅因行为人具有救助能力就使其承担救助义务，也与经典的自由主义法治国家的哲学基础相悖。^[96]在现代法治国家，挽救共同体成员于危难的义务被广泛地转交给了国家公权力，普通公民之间不施以援手原则上不具有可罚性，积极的团结义务仅不同程度地零星点缀于紧急避险等特殊制度以及婚姻家庭等体制性团体内部，^[97]而这些都存在实定法上的根据。换言之，德国刑法第323c条突破了以保障消极自由为核心任务的现代法治基本原则，其并非值得直接借鉴的宣示性条款。基于德国立法现状和问题逻辑要求防卫人为不救助而导致的侵害者死亡结果负责，意味着法解释者事实上站在了立法者的位置，这有违罪刑法定原则。

不作为犯的保证人义务不仅以组织管辖所导出的消极义务为来源，也包括体制性管辖所要求的积极提升他人现状的义务，典型如警察制止犯罪、父母养育未成年子女的法律义务。^[98]因此，可能会有观点认为，存在基于体制性管辖要求防卫人对不法侵害者施以救助的空间。透视体制性管辖的法理根据，会发现这种观点不能成立。不同于从自我决定推导出保证组织领域无害化的公民基本义务，警察制止犯罪义务的法理根据在于打击犯罪是现代国家最无可争议的核心任务，而警察是国家执行该任务的代表。这种体制性保证人义务的正当性在于，其创设、维持了一套保护个人自由的公共基础设施，公民个人的自我保护能力在面对不法侵害时并不充分，国家必须提供体制性的保护，才能使公民法律上的自由变得具有现实性，^[99]使抽象的自由落实为具体的自由。在某些人基于自治组成的体制性团体中，成员相互间负有改善对方现状的积极义务，例如家庭中的亲子关系、配偶关系；公权力尊重当事人的自我决定，在相当程度上从这些生活领域撤出。^[100]但是，不法侵害者的公民身份不足以使防卫人对其承担体制性的积极义务，因为防卫人也只是普通公民，而非执行国家任务的代表，防卫人和不法侵害者也不处于相互扶助的体制性团体内部。在防卫人与陷入危险的不法侵害者之间，防卫人只负有不再攻击停止侵害的不法侵害者这一消极义务，而不存在体制性管辖的基础。

需要注意的是，尊重他人消极自由的刑法基本义务，除了保障平等划分的权利领域这一积极面向，还包含看似冷漠的面向：虽然个体必须尊重他人的权利领域，但除了禁止侵害，并不要求向他人伸出援手以积极提升其处境，原则上每个人自己承受其自由领域的积极变化与消极变化。^[101]而恰恰是这种冷漠，是保障个人自由与社会发展的关键，因为保护、救助虽然带来

[95] 参见张明楷：《罪刑法定原则与法律解释方法》，载游伟主编：《华东刑事司法评论》第3卷，法律出版社2003年版，第25页。

[96] Vgl. Kühnbach, Solidaritätspflichten Unbeteiligten, 2007, S. 14; Kühl, Die strafrechtliche Garantenstellung, JuS 2007, 499.

[97] Vgl. Pawlik, Unterlassene Hilfeleistung, GA 1995, 360.

[98] 参见前引[29]，Jakobs书，第29节，边码57以下；Seelmann, Opferinteressen und Handlungsverantwortung in der Garantspflichtdogmatik, GA 1989, 256.

[99] 参见前引[59]，Pawlik文，第349页。

[100] 参见前引[29]，Jakobs书，第29节，边码57以下；前引[13]，Pawlik书，第186页以下。

[101] Vgl. Jakobs, Materielle Vollendung bei Verletzungsdelikten gegen die Person, in: FS-Roxin, 2001, S. 799; 前引[24]，Köhler书，第282页；Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, 2002, S. 14 f.

了提升福祉的美好可能，但同时必然带来干涉从而造成非独立性。正是对团结期待的克制，给个人创造了按照自己的意愿安排自己生活的机会。^[102]一旦要求甲负责清理邻居乙屋顶的霜雪，就无法排除甲对乙屋顶的干涉，甲就可以按照自己的意愿检查、处理乙的屋顶，甚至决定将瓦片更换成不易积霜雪的品种，房主乙则丧失了所有权所内含的对财产的排他性支配。诚然，在现代社会中“不侵入他人权利领域”不是分配公民自由的唯一标准，在诸多法律制度中该标准被“提升他人现状”的积极义务所修正，但这种修正必须保持克制，以确保积极义务相对于消极义务始终处于补充性地位，因为进一步要求促进他人积极自由的义务与法秩序平等保障个人自由的基本原则之间始终存在紧张关系。^[103]换言之，如果不谨慎处理并严格限缩积极义务的范围，泛滥的“人道主义”温情反而会成为摧毁自由的法治共同体的特洛伊木马。对一般公民课以救助处于危难状态者的普遍义务，表面上看有利于促进互帮互助和谐社会的建设，但在刑法没有明文规定的情况下，用刑罚捍卫这样一种普遍的救助义务会构成对一般公民行动自由的重大干涉。

综上，既然我国刑法未规定见危不救罪，就不能认为本身没有明显超过必要限度的防卫行为会产生救助义务。

Abstract: When the act of defense satisfies the requirement of necessity, but the aggressor's death or serious injury results from the defender not carrying out rescue, the defender is not considered as having committed a crime. The principle of balancing legal interests is fundamentally in conflict with the connotation of the concept of the right to defense, which is in essence a citizen's legitimate right. The aggressor's obligation to tolerate the necessary act of defense is the concrete expression of the basic principle of criminal law that "self-determination leads to self-responsibility" in the case of a violation of the obligation of "not harming others", and the aggressor should bear the significant damage risk accompanying the necessary act of defense. Such a distribution of the risk of consequences is consistent with the principle of allocation of responsibility for the equal protection of citizens' rights in the legal order. In the system of omission, the defender is not under a duty of care toward the aggressor's life. According to the principle of self-defense, the necessary act of defense and its results ultimately fall within the responsibility of the aggressor and, accordingly, the defender is exempted from responsibility. Chinese Criminal Law does not have the same provision as paragraph 323c of the German Criminal Code for failing to save a person in danger, so a defender does not have the obligation to render assistance where the life of the aggressor is in danger.

Key Words: right to self-defense, justifiable self-defense, prior conduct, crime of failure to save life in danger

[102] 参见前引 [13], Pawlik 书, 第 179 页以下。

[103] 参见周漾沂:《论攻击性紧急避险之定位》,《台大法学论丛》第 41 卷第 1 期(2012 年),第 433 页。