

中国人民大学刑法学博士文丛 (15)

先行行为论

Ingerenz: Previous Act Which Created
the Dangerous Condition

◎谢绍华 著



中国人民公安大学出版社

中国人民大学刑法学博士文丛 (15)

先行行为论

Ingerenz : Previous Act Which Created
the Dangerous Condition



中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

先行行为论 / 谢绍华著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2011. 6

(中国人民大学刑法学博士文丛)

ISBN 978 - 7 - 5653 - 0465 - 1

I. ①先… II. ①谢… III. ①犯罪学 - 研究 IV. ①D917

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 107701 号

先行行为论

Ingerenz : Previous Act Which Created the Dangerous Condition

谢绍华 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京蓝空印刷厂

版 次: 2011 年 6 月第 1 版

印 次: 2011 年 6 月第 1 次

印 张: 9 875

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 280 千字

印 数: 1 ~ 2000 册

书 号 ISBN 978 - 7 - 5653 - 0465 - 1

定 价: 35.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: zbs@cppsup.com zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话: 010 - 83903254

读者服务部电话 (门市): 010 - 83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010 - 83903253

法律分社电话: 010 - 83905745

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换
版权所有 侵权必究

中国人民大学刑法学博士文丛
编辑委员会

顾问：高铭暄 王作富

主任：戴玉忠

委员（以姓氏笔画为序）：

冯 军 田宏杰 刘明祥

张小虎 肖中华 黄京平

韩玉胜 谢望原

总 序

以刑法规范及其发展完善为主要研究对象的刑法学，是法学体系中一个极为重要的部门。而刑法学的发展和完善，很大程度上取决于刑法学研究和教育的发展状况。因此，我们既要促进当下各种刑事法思想与理论的交流，力促百花齐放、百家争鸣，又不能忘记对年青一代人才的培养，以期薪尽火传、承传不灭。这就对我国的法学教育和法学研究提出了更高的要求。

中国人民大学刑事法律科学研究中心是专门从事刑事法研究的新型综合性学术研究机构，经教育部 1999 年 11 月批准，成为首批全国普通高等学校人文社会科学百所重点研究基地之一，也是刑事法领域唯一的国家级重点研究机构。“中心”依托中国人民大学雄厚的人文社会科学基础与人大法学院坚实宽广的法学学科实力，以具有辉煌业绩和良好传承的国家重点学科——刑法学科为龙头，涵盖刑事实体法、刑事程序法与刑事证据法、刑事侦查与刑事物证技术、刑事法律史等刑事法律学科群中的诸多领域。中国人民大学刑法学博士生在“中心”的严格要求和精心培养下，勤于学习，勇于探索，撰写的学位论文大多具有锐意创新之处。但在目前学术著作出版难的状况未彻底改观的情况下，其中仅有少数论文得以公开出版，这不得

不说是一大憾事。有鉴于此，中国人民大学刑事法律科学研究中心本着繁荣学术、扶植青年的宗旨，在中国人民公安大学出版社的鼎力支持下，精心挑选、组织出版了这套“中国人民大学刑法学博士文丛”。

本文丛以通过答辩的刑法学博士学位论文为选题范围，从中挑选一些有代表性并有较高学术价值和现实意义的论文加以编辑出版。从论文的选题和内容来看，作者或者是对刑事法中前沿问题的系统分析，论证严谨，见解独到；或者是对传统理论的深刻挖掘，论涉古今，言及中外；或者是对外国刑法理论的专门研究，援引西土精华，璧合本土资源；或者是对某一理论的中外比较，两两相互对照，取其精去其糟，其学术价值和现实意义不容低估。固然，这些论文看起来或许还有些青涩与稚嫩，许多观点也可能还值得商榷，但每一篇论文都闪烁着作者思想的火花，同时浸透了导师的心血，因而值得一读。并且，我们真诚欢迎读者对论文提出批评，因为认真而负责的批评，正是作者得以进步的阶梯、学术得以繁荣的途径。

回首过去，中国人民大学刑事法律科学研究中心由于各方厚爱和自身的艰苦努力，在刑事法研究方面打下了一些基础，取得了一些成绩。展望未来，来日方长，我辈不敢稍有怠慢或休歇，学如春起之苗，要让其增，务要不断浇灌，只有更进一步，方能更上一层楼。在这里，唯愿这套“中国人民大学刑法学博士文丛”，能够源源不断地为气氛正热而任重道远的刑事法研究贡献一份绵薄之力。

中国人民大学刑事法律科学研究中心

2008年3月

| 目 录 |

第一章 导论	(1)
第一节 先行行为的渊源	(1)
第二节 先行行为理论研究的现状	(3)
第三节 本书拟讨论的问题	(7)
一、先行行为保证人地位的肯定与否定	(7)
二、先行行为不作为犯的作为义务程度	(7)
三、先行行为保证人类型与其他保证人类型的关系 ...	(7)
四、刑法上的先行行为与侵权法上的先行行为的 比较	(8)
五、先行行为是否限于违法行为	(8)
六、先行行为是否包括犯罪行为	(9)
七、先行行为不作为犯的结构	(9)
八、先行行为不作为犯与结果加重犯	(9)
九、先行行为不作为犯的因果关系	(9)
十、先行行为不作为犯是否适用危险升高理论	(10)
十一、结果可避免性的判断	(10)
十二、先行行为不作为犯理论与自我答责理论适用 醉酒驾车行为	(10)
第四节 本书中的术语使用说明	(11)
一、先行行为与危险前行为	(11)

二、保证人地位与作为义务	(12)
三、先行行为与先行行为不作为犯	(13)
第二章 先行行为地位论	(14)
第一节 先行行为保证人地位肯定论	(14)
一、学说对先行行为保证人地位的提倡	(15)
二、判例对先行行为保证人地位的支持	(28)
三、立法对先行行为保证人地位的肯定	(36)
第二节 先行行为保证人地位否定论	(39)
一、立法对先行行为保证人地位的犹豫	(39)
二、判例对先行行为保证人地位的异见	(45)
三、学说对先行行为保证人地位的否定	(54)
第三节 先行行为保证人地位之我见	(61)
一、先行行为保证人地位之坚持	(62)
二、先行行为保证人的作为义务程度	(75)
第三章 先行行为本体论	(107)
第一节 广义上的先行行为范畴	(107)
一、先行行为保证人类型与其他保证人类型的关系 ...	(107)
二、刑法上的先行行为与侵权法上的先行行为	(125)
第二节 刑法上先行行为不作为犯的结构	(131)
一、先行行为不作为犯之“先行行为”	(131)
二、先行行为之后的“不作为”	(155)
三、先行行为不作为犯的可能态样	(165)
第三节 先行行为不作为犯与结果加重犯	(169)
一、结果加重犯简述	(169)
二、先行行为不作为犯与结果加重犯的区别	(178)
三、先行行为不作为犯与结果加重犯的法律适用	(180)
第四章 先行行为归责论	(194)
第一节 先行行为不作为犯与因果关系理论	(195)

一、不作为犯的因果关系	(198)
二、先行行为不作为犯的因果关系的多义性	(208)
三、先行行为不作为犯因果关系的判断	(214)
第二节 先行行为不作为犯与客观归责理论	(233)
一、先行行为不作为犯与危险升高理论	(234)
二、先行行为不作为犯与自我答责理论	(257)
第五章 结论	(279)
一、关于先行行为保证人地位	(279)
二、关于先行行为不作为犯的作为义务程度	(280)
三、关于先行行为保证人类型与其他保证人 类型的关系	(281)
四、关于侵权法上的先行行为与刑法上的先行行为的 比较	(282)
五、关于先行行为不限于违法行为	(282)
六、关于先行行为可以包括犯罪行为	(283)
七、关于先行行为不作为犯的结构	(283)
八、关于先行行为不作为犯与结果加重犯	(283)
九、关于先行行为不作为犯的因果关系	(284)
十、关于先行行为不作为犯与危险升高理论	(284)
十一、关于结果可避免性的判断	(285)
十二、关于先行行为不作为犯理论与自我答责理论 在醉酒驾车行为中的适用	(285)
参考文献	(287)
后记	(297)

| Contents |

Chapter 1 Introduction	(1)
1.1 The origin of the previous act	(1)
1.2 The present situation of the research about the previous act	(3)
1.3 The questions to be discussed in the book	(7)
1.3.1 The viewpoints about the guarantor's position of the previous act	(7)
1.3.2 The degree of guarantor's criminal responsibility of the previous act omission	(7)
1.3.3 The relationship between the previous act guarantor's type and other types'	(7)
1.3.4 The comparison between the previous act of criminal law and the previous act of tort law	(8)
1.3.5 If the previous act is confined to illegal act or not	(8)
1.3.6 If the previous act includes crime act or not	(9)
1.3.7 The structure of the previous act omission	(9)
1.3.8 The difference between the previous act omission and the aggregated consequential offence	(9)
1.3.9 The causal relationship of the previous act omission	(9)

1. 3. 10 If the previous act omission is applicable to the theory of risk – ascending or not	(10)
1. 3. 11 The judgment of the outcome – avoidable	(10)
1. 3. 12 The theory of the previous act omission and self – responding to prosecution may be applicable to regulate the drunk driving action	(10)
1. 4 Some technical terms in the book	(11)
1. 4. 1 The previous act and previous act which created the dangerous condition	(11)
1. 4. 2 The guarantor's position and the guarantor's criminal responsibility	(12)
1. 4. 3 The previous act and the previous act omission	(13)
Chapter 2 The guarantor's position of the previous act	(14)
2. 1 Approving of the guarantor's position of the previous act	(14)
2. 1. 1 Theories' advocate on the guarantor's position of the previous act	(15)
2. 1. 2 Cases' support on the guarantor's position of the previous act	(28)
2. 1. 3 Legislations' confirmation on the guarantor's position of the previous act	(36)
2. 2 Denying the guarantor's position of the previous act	(39)
2. 2. 1 Legislations' hesitation on the guarantor's position of the previous act	(39)
2. 2. 2 Cases' disagreement on the guarantor's position of the previous act	(45)
2. 2. 3 Theories' negation on the guarantor's position of the previous act	(54)

2.3 The author's opinion about the guarantor's position of the previous act	(61)
2.3.1 Agreeing with the guarantor's position of the previous act	(62)
2.3.2 The degree of guarantor's criminal responsibility of the previous act guarantor	(75)
Chapter 3 The substance of the previous act	(107)
3.1 The category of the previous act in broad sense ...	(107)
3.1.1 The relationship between the previous act guarantor's type and other types'	(107)
3.1.2 The previous act of criminal law and the previous act of tort law	(125)
3.2 The structure of the previous act omission of criminal law	(131)
3.2.1 The 'previous act' of the previous act omission ...	(131)
3.2.2 The 'omission' after the previous act	(155)
3.2.3 The possible structure of the previous act omission	(165)
3.3 The previous act omission and the aggregated consequential offence	(169)
3.3.1 A brief introduction of the aggregated consequential offence	(169)
3.3.2 The difference between the previous act omission and the aggregated consequential offence	(178)
3.3.3 The law – applicable of the previous act omission and the aggregated consequential offence	(180)
Chapter 4 The guarantor's imputation of the previous act	(194)

4.1 The previous act omission and the causal relationship theory	(195)
4.1.1 The causal relationship of the omission	(198)
4.1.2 The multiple – meaning of the causal relationship of the previous act omission	(208)
4.1.3 The judgment of the causal relationship of the previous act omission	(214)
4.2 The previous act omission and the objective imputation theory	(233)
4.2.1 The previous act omission and the risk – ascending theory	(234)
4.2.2 The previous act omission and the self – responding to prosecution theory	(257)
Chapter 5 Conclusion	(279)
5.1 The guarantor's position of the previous act	(279)
5.2 The degree of guarantor's criminal responsibility of the previous act omission	(280)
5.3 The relationship between the previous act guarantor's type and other types'	(281)
5.4 The comparison between the previous act of criminal law and the previous act of tort law	(282)
5.5 The previous act is not confined to illegal act	(282)
5.6 The previous act may include crime act	(283)
5.7 The structure of the previous act omission	(283)
5.8 The previous act omission and the aggregated consequential offence	(283)
5.9 The causal relationship of the previous act omission	(284)
5.10 The previous act omission and the risk – ascending theory	(284)

5.11 The judgment of the outcome – avoidable	(285)
5.12 The theory of the previous act omission and self – responding to prosecution may be applicable to regulate the drunk driving action	(285)
Reference documents	(287)
Postscript	(297)

第一章 导论

第一节 先行行为的渊源

先行行为的理念产生于以规定侵权行为法律制度而著称的公元前 286 年制定的《阿奎利亚法》(lex Aquilia), 可谓久远。

“在罗马侵权行为法发展史上, 《阿奎利亚法》(lex Aquilia) 的重要性仅次于《十二铜表法》”。^①《十二铜表法》和《阿奎利亚法》(lex Aquilia) 中均有“侵权犯”的概念, 这是一个较宽泛的概念, 具体分为“私犯”和“公犯”。以现代理念观之, 后者无疑是犯罪, 而前者则既包括了后世的犯罪, 也包括了后世的侵权行为。《阿奎利亚法》(lex Aquilia) 中规定, 损害发生须由行为人的积极行为所造成, 而与有无图利的意思无关。由于不作为造成损失的, 不构成私犯, 所以殴伤他人的奴隶要赔偿, 而不给奴隶饮食听任其饿死则无须负责。但“积极行为一经开始而事后又行中止, 则其消极行为所造成的损害, 可适用该法, 如医师为奴隶动手术, 事后不予护理, 致奴隶死亡的则须承担责任”。^② 对因未履行做完

① 王泽鉴:《侵权行为法》(第 1 册), 中国政法大学出版社 2001 年版, 第 39 页。

② 周枬:《罗马法原论》(下), 商务印书馆 2001 年版, 第 861 页。

手术的义务而导致病人死亡的,作为犯罪予以处罚,在今天看来便可以因违反先行行为作为义务而成立不纯正不作为犯。

在学说史上,对作为义务的根据或者来源最先予以理论化的,是费尔巴哈(Feuerbach)。根据费尔巴哈(Feuerbach)的理论,法律责任只可能产生于法律或者契约中,所以,不作为犯罪必须以一个特别的法律规定(法律或者契约)为前提,通过这些才能解释犯罪的联系。无论什么人,欠缺这一根据,都不能成为不作为犯的犯罪人。^①在费尔巴哈(Feuerbach)的刑法教科书中,人们没有发现涉及先行行为的法律责任。

在刑法学界,一般认为,先行行为保证人类型的产生,始于德国学者斯鸠贝尔(Stübel)。斯鸠贝尔(Stübel)于1828年首次提出先行行为也应成为作为义务的根据,^②在其《论数人共同犯罪》一书中,明确提出法义务的想法。他从没有防止犯罪结果等于消极地参与犯罪这种不作为犯的观点出发,进一步认为在某些情况下,有些人会因为某种关系或者因为前行为,而负有法律上的作为义务,如果因为自己置他人于欠缺救助即无法存活状况时,即会构成杀人罪,例如拘禁他人而不提供必要的食物。但是,为什么一个人会由于之前的一个行为而对另外一个行为承担法律责任,斯鸠贝尔(Stübel)并没有进行详细的阐述。一般认为,斯鸠贝尔(Stübel)是从生活的实际感觉以及明白的法感情中归纳出这一结论的。早期文献对先行行为保证人类型的法理认识,一言以蔽之,即“在正义感情上理所当然”^③。

① Vgl. Klaus Pileiderer, Die Garantenstellung aus vorangegangenen Tun., 1968 Duncker & Humblot, Berlin, S. 49.

② Vgl. Klaus Pileiderer, Die Garantenstellung aus vorangegangenen Tun., 1968 Duncker & Humblot, Berlin, S. 48.

③ 参见许玉秀:《主观与客观之间》,法律出版社2008年版,第306页。

斯鸠贝尔 (Stübel) 提出先行行为概念之后, 在 19 世纪中期关于不作为因果关系的争论中, 先行行为逐渐被视为作为义务的来源。于是, 德国法院的判例也开始支持这种学说。这样, 在 19 世纪末 20 世纪初的德国, 学说与判例将作为义务的来源分为法律、契约和先行行为。自此, 先行行为作为不纯正不作为犯的作为义务来源之一, 与法律规定、契约约定并列为历史最悠久的三大保证人类型。

第二节 先行行为理论研究的现状

先行行为作为不纯正不作为犯的保证人类型之一, 自从德国学者斯鸠贝尔 (Stübel) 首倡以来, 它和法律规定、契约约定, 并列为历史最悠久的三大作为义务来源。在一个多世纪的发展中, 其作为保证人类型之一, 得到多数学者赞同和司法判例支持, 在中国大陆刑法学界更是一种确认。但质疑先行行为保证人类型的学说在大陆法系国家曾间或出现, 特别是随着保证人地位实质化运动的兴起, 否定先行行为保证人类型的观点越来越引起学界的注意。例如, 德国学者韦尔策尔 (Welzel)、阿明·考夫曼 (Armin Kaufmann) 和许乃曼 (Schünemann) 就对先行行为的保证人类型提出质疑, 我国台湾地区学者许玉秀也否定先行行为的保证人类型。先行行为保证人地位的争论极大地促进了先行行为保证人类型实质法理基础的研究。

在保证人地位实质化的讨论中, 德国学者那格拉 (Nagler) 和阿明·考夫曼 (Armin Kaufmann) 的贡献最为巨大。1938 年, 德国学者那格拉 (Nagler) 提出的保证人说在不纯正不作为犯的理论史上确定了两个重要的发展方向, 一是将不纯正不作为犯可罚性理论确定为构成要件理论, 二是从社会防卫功能确定保证人地位的法理基础。那格拉 (Nagler) 把前行为保证人类型称为 Ingerenz。Ingerenz 的意思是介入, 前行为如果介入社会生活, 干扰了社会生