



# 结果归责的基础行为是过失行为

## ——位阶式归责路径之提倡

柏浪涛\*

**摘要** “客观与主观”范式先分析客观行为与结果有无因果关系,后分析主观是故意还是过失。这种分析范式无法满足“先进行自然主义的结果归因、后进行规范主义的结果归责”的要求,并且忽略了故意行为与过失行为在不法特征上的差异。故意行为对危险流具有现实支配性,对此应采取意志支配的归责理念。过失行为对危险流仅具有支配可能性,对此应采取义务违反的归责理念。因此,位阶式路径分别分析故意行为与过失行为的结果归责。故意行为与过失行为是位阶关系,过失行为是底层的不法行为。对于存在介入因素的故意犯罪案件,先判断结果能否归责于故意行为,后判断结果能否归责于过失行为。其一,“危险的现实化”要求危险具有同一性。其二,介入因素能否归责于先前行为是判断的关键点。其三,结果预见可能性和避免可能性均是违反义务行为具有不法性的前提条件,由此也均是结果归责的前提条件。一个人无需对自己无法预见、无法控制的结果负责。依循以上要点,可以妥当处理诸多类型的因果偏离案件。

**关键词** 因果关系 结果归责 过失行为 危险的现实化 介入因素

关于行为与结果的关联性论证,刑法学存在两种基本范式。一是“客观与主观”分析范式,即在客观层面判断因果关系,强调因果关系的客观性;在主观层面判断故意、过失心理及因果关系认识错误。〔1〕二是“自然主义与规范主义”分析范式,即先判断自然主义的结果归因,后判断规范主义的结果归责。〔2〕这两种分析范式的关系该如何处理,在方法论上该如何搭配,哪种分析范式应占据主导地位,是论证因果关联性的基础问题。本文拟就此展开论证,主张按照位阶顺序,分别判断故意行为与过失行为的结果归责问题。这种归责路径能够妥当处理存在介入因素的因果偏离案件。

\* 华东师范大学法学院教授。

本文系国家社科基金一般项目“公共危险防控背景下的监督过失理论研究”(20BFX071)的阶段性研究成果。

〔1〕 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第10版),北京大学出版社、高等教育出版社2022年版,第74页、第121页。

〔2〕 参见陈兴良:《从归因到归责:客观归责理论研究》,载《法学研究》2006年第2期,第70页。

## 一、“客观与主观”“自然与规范”两种范式的辨析

关于因与果的关联性论证,“客观与主观”“自然与规范”两种范式存在不同的分析路径。例如(心脏病案),甲与乙因琐事发生口角,甲对乙实施轻微暴力,该行为本身不足以致命,但是引起乙的心脏病发作,乙因此死亡。甲无法预见乙患有心脏病。〔3〕这种关于特殊体质的案件在学界和实务界聚讼已久,能够充分展示观点争议。

### (一) 两种范式的分析路径

“客观与主观”范式认为,因果关系具有客观性,基于此,在客观上,甲的行为引起乙的死亡,二者具有因果关系;在主观上,甲无法预见死亡结果的发生,因此不存在过失心理,死亡结果的发生属于意外事件。〔4〕

“自然与规范”范式判断因果关联性存在两个步骤。第一步,根据自然法则,判断是否存在自然主义的因果关系。这是归因的判断。第二步,根据法规范的应然要求,判断结果能否归责于不法行为。这是归责的判断。〔5〕关于上述“心脏病案”,第一步的判断结论是,甲的行为与乙的死亡具有自然主义的因果关系。这一步仅表明,甲的行为是损害行为,乙的死亡结果是损害结果。刑法谴责的对象必须是“不法行为制造不法结果”。而损害行为不一定是不法行为,因此需要第二步的判断,判断甲的损害行为是不是不法行为,能够归责于不法行为的损害结果才是不法结果。

结果无价值论认为,行为只要对法益制造客观危险,就是不法行为。〔6〕而(二元)行为无价值论认为,“行为对法益制造客观危险”仅属于事实判断,在此基础上需要进行规范评价,评价该危险是不是法不容许的危险。行为是否制造法不容许的危险,要看行为是否违反行为规范的应然要求。〔7〕例如,任何司机只要驾车行驶在车水马龙的公路上,必然对其他道路参与者制造了客观危险,但是,司机只要遵守了交通规则等行为规范的应然要求,其所制造的客观危险便属于法所容许的危险,其驾驶行为不是不法行为。

此外,行为规范所要禁止发生的结果必须是能够预防发生的结果,亦即能够预见和控制的结果。行为人虽然违反了行为规范,但即使遵守了行为规范,也无法预见或无法控制结果的发生,那么意味着行为规范在此失效,违反规范的行为丧失不法性。基于此,结果不能归责于行为人违反规范的行为。概言之,一个人无需对自己无法预见及无法控制的结果负责。上述“心脏

---

〔3〕 参见《中国刑事审判指导案例》编写组编:《中国刑事审判指导案例1(刑法总则)》,法律出版社2021年,第49页。

〔4〕 参见张明楷:《刑法学》(第6版),法律出版社2021年版,第235页。

〔5〕 参见孙运梁:《客观归责论在我国本土化:立场选择与规则适用》,载《法学》2019年第5期,第183-184页。

〔6〕 参见〔日〕松原芳博:《刑法总论重要问题》,王昭武译,中国政法大学出版社2014年版,第213页。

〔7〕 参见〔德〕汉斯·海因里希·耶赛克、〔德〕托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2017年版,第774页。

病案”中,甲无法预见自己的行为会导致死亡结果,所以该死亡结果不能归责于甲的行为。至此,对该案的审查工作便宣告结束。

## (二)“自然与规范”范式应是顶层分析范式

通过上文分析可知,“客观与主观”“自然与规范”两种范式的分析路径存在显著差异。但是,基于下述理由,“自然与规范”范式应占据主导地位,作为顶层分析范式;“客观与主观”范式应在“自然与规范”范式之下予以展开。

第一,因果关联性论证是犯罪构成体系内的一种论证,因此,在选择因果关联性论证的范式时,需要考察犯罪构成体系的分析范式,以便做到体系内部的协调。犯罪构成体系的顶层分析范式不是“客观与主观”范式,而是“不法与责任”范式。〔8〕判断不法,就是判断行为是否制造不法事实。判断责任,就是判断能否谴责行为人。〔9〕“不法事实”的判断侧重于事实判断,〔10〕“责任”的判断侧重于价值评价。而“自然主义与规范主义”也属于“事实判断与价值评价”的范畴。所以,“自然主义与规范主义”范式与犯罪构成体系的分析范式是吻合的。

早期理论认为,不法是客观的,责任是主观的。〔11〕然而,一方面,随着主观违法要素被发现,“不法是客观的”这个结论已经被放弃。〔12〕另一方面,随着规范责任论的兴起,不法与责任的关系得以厘清,责任是一种评价活动,是指非难、谴责。不法事实是责任评价的对象。〔13〕作为评价对象,不法事实既包括客观事实,也包括主观心理事实。将主观心理事实视为责任要素,是将评价对象与评价本身混为一谈。〔14〕

第二,判断不法事实的顶层分析范式是“自然与规范”范式,而非“客观与主观”范式。判断行为人的行为是否制造不法事实,应先在自然主义的层面,判断该行为是否制造了法益损害事实,然后在规范主义的层面,判断该行为是否具有不法性。“客观与主观”范式的判断属于事实判断的范畴,其自身无法推导出行为的法律意义。行为的法律意义只能由规范赋予。〔15〕

“客观与主观”范式认为因果关系具有客观性。这是在自然主义层面判断因果关系,是因果一元论的观点。由自然主义的因果关系并不能推导出“行为人应为结果负责”的结论,因为后者是一种价值评价。从事实判断无法推导出价值评价。〔16〕自然科学依靠因果关系将两件事物联

〔8〕 参见崔志伟:《不法是客观的,责任是主观的?——对当下归属理论的一种质疑》,载《法学家》2022年第1期,第156页。

〔9〕 参见张明楷:《以违法与责任为支柱构建犯罪论体系》,载《现代法学》2009年第6期,第46页。

〔10〕 当然,在“不法事实”内部,仍存在事实判断与价值评价。这已经是下一个层级的判断问题。

〔11〕 参见〔日〕内藤谦:《刑法理论的历史展开》,付立庆、郭谭浩译,中国人民大学出版社2024年版,第5页。

〔12〕 Vgl. Claus Roxin/Luís Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band. I, 5. Aufl., 2020, § 10 Rn. 8 f.

〔13〕 Vgl. Reinhard Frank, Über den Aufbau des Schuldbegriffs, 1907, S. 11 f.

〔14〕 Vgl. Hans Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystems: Eine Einführung in die finale Handlungslehre, 4. Aufl., 1961, S. 40.

〔15〕 参见〔奥〕汉斯·凯尔森:《纯粹法学说》(第2版),雷磊译,法律出版社2021年版,第5页。

〔16〕 参见〔德〕贝恩德·许迺曼:《刑法体系思想导论》,许玉秀译,载许玉秀、陈志辉编:《不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑事论文选辑》,(台湾地区)新学林出版股份有限公司2006年版,第269-271页。

系在一起。例如,当金属被加热时就会膨胀。“加热”与“膨胀”的关系就是原因与结果的关系。然而,社会科学与之不同。自然科学的命题以“是”来描述。社会科学的命题以“应当”来表达。社会是人类行为的规范秩序。在人类行为之间建立联系的依据不仅仅是因果关系,更重要的是归责。通过归责,法律条件与法律后果之间建立了关联性。<sup>[17]</sup>因此,关于因与果的关联性论证应采取因果二元论,亦即在自然主义的因果关系基础上,在规范主义层面判断结果的归责问题。

### (三)两种范式的适用现状分析

我国刑法学关于因果关联性论证存在诸多分析路径。对这些分析路径可以从“客观与主观”“自然与规范”的角度予以审查,由此能够厘清这些分析路径的底层逻辑和理念。

#### 1. 纯粹的“客观与主观”范式

这种范式认为,“因果关系作为客观现象间引起与被引起的关系,它是客观存在的,并不以人们主观是否认识到为前提”。<sup>[18]</sup>这种范式不考虑规范主义的结果归责问题,认为判断完自然主义的因果关系就完成了行为与结果的关联性论证。然而,如上文所述,从自然主义的结论无法推导出价值评价的结论,亦即从自然主义的因果关系并不能推导出“行为人应为结果负责”的结论。

#### 2. 不完整的“自然与规范”范式

这种范式先判断事实的因果关系,后判断规范主义的结果归责,认为当结果能够归属于实行行为时,行为人才对结果负责。<sup>[19]</sup>如所周知,结果只能归责于不法行为。<sup>[20]</sup>上述范式在判断不法行为时,采取的是事实论,而非规范论,亦即行为只要对法益制造了客观紧迫危险,就是不法行为。<sup>[21]</sup>例如上文“心脏病案”中,甲的行为对乙的法益制造了客观紧迫危险,所以是不法行为。然而,如上文所述,“行为对法益制造客观危险”仅属于事实判断,由此得出的结论只能是“行为是损害行为”;在此基础上进行规范评价,评价该危险是不是法不容许的危险,由此得出的结论才是“行为是或不是不法行为”。上述范式在“不法行为”这个关键要素上未采取规范主义,所以是不完整的“自然与规范”范式。

#### 3. “自然与规范”合一的范式

这种范式认为,在我国刑法学语境中,危害行为是指在人的意识支配下实施的危害社会的身体动静;<sup>[22]</sup>这种“危害行为”概念既蕴含事实判断,又蕴含规范评价,是二者的统一,所以我国没有必要采取“先进行事实判断(归因)、后进行规范评价(归责)”的分析路径。<sup>[23]</sup>

问题是,如何判断一个行为是危害行为?结果无价值论的观点是,行为只要给法益制造客观危险,就是危害行为。<sup>[24]</sup>例如(蛋糕案),甲在蛋糕店买了一个蛋糕,带回家递给妻子吃,未

[17] 参见同前注[15],[奥]汉斯·凯尔森书,第98-103页。

[18] 同前注[1],高铭暄、马克昌主编书,第74-77页。

[19] 参见同前注[4],张明楷书,第240页。

[20] Vgl. Wolfgang Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 24.

[21] 参见张明楷:《论过失犯的构造》,载《比较法研究》2020年第5期,第6-8页。

[22] 参见同前注[1],高铭暄、马克昌主编书,第60页。

[23] 参见黎宏:《刑法因果关系论考察》,载《清华法学》2022年第3期,第127-128页。

[24] 参见张明楷:《论被允许的危险的法理》,载《中国社会科学》2012年第11期,第112页。

料妻子中毒身亡。事后查明,蛋糕店店员为了报复社会,在蛋糕中投毒。根据结果无价值论的观点,甲提供蛋糕的行为给妻子制造了客观危险,因此属于危害行为;该行为导致死亡结果,二者之间具有因果关系;案件审查进入主观阶段,由于甲无法预见蛋糕有毒,因此死亡结果对甲而言是意外事件,甲不构成犯罪。

然而,这种关于“危害行为”的判断会不当限制国民的行为自由。这是因为,将甲提供蛋糕的行为定性为危害行为,意味着该行为具有不法性和禁止性,亦即刑法应禁止这种行为。如果刑法认定一个行为是危害行为,但又不禁止该行为,则这种认定没有意义。刑法不可能禁止丈夫送蛋糕给妻子。“自然与规范”合一的范式可能认为,丈夫可以送蛋糕给妻子,但必须履行检查蛋糕是否有毒的注意义务,否则便是危害行为。然而,给丈夫增设这项义务无疑限制了丈夫的行为自由。

由此可见,判断危害行为仍需要采取两个步骤。第一步,在自然主义层面判断,行为对法益是否制造客观危险。满足这一步条件的行为是损害行为,具有法益损害性。第二步,在规范主义层面判断,行为是否违反规范要求,制造法不容许的危险。满足这一步条件的行为是不法行为,具有不法性和禁止性。上述“蛋糕案”中,丈夫的行为属于损害行为,但不是不法行为。不难看出,“危害行为”概念具有含糊性,有时候被用来指称法益损害性,有时候被用来指称不法性和禁止性。

#### 4. 客观归责理论的范式

这种范式借鉴德国的客观归责理论。<sup>[25]</sup> 该理论采取了“自然与规范”的范式,但是将结果归责问题置于客观构成要件之下,称为“客观的结果归责”。这就导致难以解决“特别认知”的问题。例如,就上文“心脏病案”而言,假如甲明知乙患有严重心脏病,仍实施殴打行为,则应对死亡结果负责;假如甲无法预见乙患有严重心脏病,那么不应对死亡结果负责。如此给人的印象是,甲的行为是否具有不法性,应否对结果负责,完全取决于主观因素,由此导致该归责问题究竟是客观归责问题还是主观归责问题,难以厘清。<sup>[26]</sup> 因此,“特别认知”问题被称为德国客观归责理论“在背的芒刺”。<sup>[27]</sup> 该问题的症结在于,客观归责理论是在“客观与主观”范式框架之下讨论“自然与规范”范式。然而,这两种范式的概念范畴并不相同。“客观与主观”仅在事实论范畴内对行为结构进行分析,而“自然与规范”属于事实论与价值论的关系范畴。将后者置于前者框架下,在体系上缺乏协调性。如上文所述,结果归责的顶层分析范式应是“自然与规范”范式。

## 二、过失行为是底层的客观不法行为

“自然与规范”范式的分析步骤是,先根据自然主义判断结果能否归因于损害行为,后根据

[25] 参见周光权:《刑法总论》(第4版),中国人民大学出版社2021年版,第128-139页。

[26] 参见何庆仁:《特别认知者的刑法归责》,载《中外法学》2015年第4期,第1029-1030页;喻浩东:《反思不法归责中的“特别认知”——以德国相关学理为参照》,载《苏州大学学报(法学版)》2018年第3期,第94页。

[27] 参见许玉秀:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,第458页;刘艳红:《客观归责理论:质疑与反思》,载《中外法学》2011年第6期,第1227页。

规范主义判断结果能否归责于不法行为。相比于结果而言,行为要素对于归责问题更具决定性。<sup>[28]</sup> 结果归责的判断重点在于,制造损害结果的行为是不是不法行为。上文“客观与主观”范式的分析路径是,先在客观上判断行为是不是不法行为;如果是不法行为,并且制造结果,那么在主观上判断行为人对结果的发生存在故意心理还是过失心理。<sup>[29]</sup> 这种分析路径的问题在于,默认故意行为与过失行为在不法特征上是没有区别的,认为二者是相同的不法行为,二者的区别仅在于主观层面。然而,本文认为,故意行为与过失行为是两种不同的不法行为,应分别判断结果能否归责于这两种不法行为,并且过失行为没有主观要素,是客观的不法行为。这种判断方法不是将行为“横切”为客观层面与主观层面,而是“竖切”为过失行为与故意行为。这种判断方法摒弃“客观与主观”范式,符合“自然与规范”范式。

### (一) 故意行为与过失行为的差异

#### 1. 不法特征的差异

故意行为与过失行为在心理学上的关键区别在于,故意行为中蕴含“意欲”要素,而过失行为中缺乏“意欲”要素。这种区别导致二者在不法特征上存在显著差异。故意行为由于存在“意欲”要素,所以对危险流的发展具有现实的支配性,危险流的发展具有方向性。而过失行为由于缺乏“意欲”要素,所以对危险流的发展仅具有可能的支配性,危险流的发展具有盲目性和任意性。韦尔策尔对此举例说明,护士在不知情的情况下向病人注射了药性过强的吗啡针剂,导致病人死亡;尽管她实施了目的性的注射行为,但并未实施目的性的杀人行为;所以,该死亡结果不是危险的目的性的实现,而仅仅是危险的因果性的实现。<sup>[30]</sup> 因此,“客观与主观”范式认为“故意行为与过失行为在客观不法上完全相同”的看法难以成立。

#### 2. 归责理念的差异

##### (1) 故意行为:意志支配的归责理念

故意行为与过失行为在不法特征上的差异决定了对二者的结果归责应采取不同理念。根据黑格尔的意志归责思想,凡是出于一个人的故意的事情,都可归责于这个人。<sup>[31]</sup> 只有人有意志自由,动物没有意志自由,只能消极地置身于异己的规定中;<sup>[32]</sup> 让犯罪人承担责任的正义性根据在于,法是基于意志自由而产生的,依据这样的法让犯罪人承担责任,就如同依据他自己的法让他承担责任。<sup>[33]</sup> 就故意行为而言,行为人基于意志自由而产生“意欲”要素,由此对危险流具有现实支配性,那么危险流的现实化结果便是其意志的实现,是其意志的作品,其应当为此负责。基于此,在危险的现实化过程中,危险必须保持同一性。所谓同一性,是指行为人创设的危险与最

[28] 参见劳东燕:《过失犯中预见可能性理论的反思与重构》,载《中外法学》2018年第2期,第319页。

[29] 参见[日]佐伯仁志:《刑法总论的思之道·乐之道》,于佳佳译,中国政法大学出版社2017年版,第54页。

[30] 参见[德]汉斯·韦尔策尔:《目的行为论导论》(增补第4版),陈璇译,中国人民大学出版社2024年版,第4页。

[31] 参见[德]黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1961年版,第136-139页。

[32] 参见同上注,第12-17页。

[33] 参见同上注,第118-119页。

终导致结果的危险必须是同一个危险。<sup>[34]</sup> 这种结果归责的理念可称为意志支配的归责理念。

## (2) 过失行为:义务违反的归责理念

行为人实施过失行为,由于缺乏“意欲”要素,对危险流缺乏现实的支配性,危险流的发展具有盲目性和任意性,因此,“危险流现实化为结果”无法被视为行为人意志的实现。这种特点导致过失行为的实行行为性与故意行为的实行行为性有所不同。所谓实行行为性,是指行为制造了能导致结果的紧迫危险。<sup>[35]</sup> 故意行为在危险创设阶段就能制造紧迫危险。而过失行为在危险创设阶段不一定创设紧迫危险,但是在危险发展阶段,轻缓的危险结合其他因素能够发展为紧迫危险。例如(借车醉驾案),乙在醉酒状态下向甲借车,甲看到乙醉酒仍将车出借给乙,乙因醉驾而不慎撞死丙。乙构成交通肇事罪,甲也构成交通肇事罪。甲的过失行为体现在,违反注意义务,将车出借给醉酒者,对道路参与者制造了法不容许的危险。甲在实施出借行为时,所制造的危险尚不是紧迫危险,只有结合乙的醉驾行为才发展为紧迫危险。并且,甲对乙的醉驾行为如何发展为紧迫危险缺乏现实支配性。正因为过失行为有这种特点,所以关于如何界定过失行为的实行行为性,才成为理论上的争议点,对此存在过失并存说和过失单独说。<sup>[36]</sup> 而关于故意行为的实行行为性则没有类似争议。

虽然过失行为对危险流的发展方向、样态缺乏现实的支配性,但是仍需符合一定条件,才能满足结果归责的要求。第一,过失行为对紧迫危险的制造应具有支配的可能性。一个人无需对自己缺乏支配可能性的结果负责。例如,在上述“借车醉驾案”中,甲对乙的醉驾行为如何发展为紧迫危险缺乏现实支配性,但是具有支配的可能性。这种可能性体现在,甲有机会要回车辆,有可能避免乙制造危险。又如(医院火灾案),甲将车借给醉酒的乙,乙醉驾导致丙受到重伤,丙被送往医院,医院发生火灾烧死丙。甲对导致死亡结果的紧迫危险亦即“火灾的发生”缺乏支配可能性,因此对该死亡结果不用负责。由此表明,在过失行为的危险现实化过程中,仍要求危险保持同一性。在“借车醉驾案”中,甲创设的危险与导致死亡结果的危险具有同一性。但在“医院火灾案”中,甲创设的危险与导致死亡结果的危险不具有同一性。

第二,过失行为应具有不法性。这是因为,结果可以归因于损害行为,但只能归责于不法行为。过失行为具有不法性的核心要素是违反注意义务。例如(对象错误案),猎人甲在树林里打猎,误将乙当作野兽而开枪,子弹击中乙。我国传统理论在判断甲的行为不法性时,一般将判断重心放在“开枪射击”,因为该积极举动直接侵害了法益,制造了实害结果;该积极举动是刑法禁止的对象。<sup>[37]</sup> 然而,这种评价可能是不全面的,因为孤立评价“开枪射击”,无法为不法性提供充足根据。例如,村民乙深夜听到自家后院鸡叫,猜测又是黄鼠狼来偷鸡,看到鸡舍里有个黑影,以为是黄鼠狼,便扔砖块,未料砸伤一个醉汉。乙深夜向自家鸡舍里扔砖块,不需要履行注

[34] 参见[德]英格博格·普珀:《德国刑法总论:以判例为鉴》(第4版),徐凌波、喻浩东译,北京大学出版社2023年版,第61-62页。

[35] 参见[日]前田雅英:《刑法总论讲义》(第7版),曾文科译,北京大学出版社2024年版,第72-73页。

[36] 参见黎宏:《刑法总论问题思考》(第2版),中国人民大学出版社2016年版,第259-261页。

[37] 参见同上注,第257页;陈璇:《论过失犯的注意义务违反与结果之间的规范关联》,载《中外法学》2012年第4期,第686-688页。

义务,因此该行为没有不法性。刑法不能禁止乙在此种情形下向自家鸡舍扔砖块。乙扔砖块制造的结果只能被称为损害结果,但不能被称为不法结果。

同理,上述“对象错误案”中,判断开枪行为是否具有不法性,需要判断甲是否违反了注意义务。甲在开枪前须履行“确认前方对象不是人”的注意义务。甲观察了前方对象,观察结论是“前方对象不是人”,这属于错误地履行注意义务。不履行注意义务和错误履行注意义务均是违反注意义务的表现。因此,甲的开枪行为具有不法性,制造的损害结果属于不法结果。概言之,“开枪射击”仅能说明因果性,亦即损害结果何以产生,而“违反注意义务”才能说明“开枪射击”的不法性。归纳言之,过失行为要满足结果归责的要求,一方面行为人对危险的发展应具有支配可能性,另一方面行为需违反注意义务,具有不法性。这种归责理念可称为义务违反的归责理念。这种归责理念与故意行为的归责理念亦即意志支配的归责理念存在显著差异。

## (二) 过失行为是底层的不法行为

虽然故意行为与过失行为在不法特征和归责理念上存在差异,但是不能由此认为,“故意行为与过失行为是对立排斥关系”。关于故意行为与过失行为的关系,就不法与责任的程度而言,学者普遍认为故意行为重于过失行为。但是,就行为结构而言,对立关系说认为,故意行为与过失行为是对立排斥关系,故意行为不能评价为过失行为。<sup>[38]</sup>位阶关系说认为,在结果避免可能性这个要件上,故意行为与过失行为是高低度关系,也即位阶关系。<sup>[39]</sup>

相比较而言,位阶关系说更具合理性。过失行为是底层的不法行为,故意行为是高阶的不法行为。过失行为是指违反注意义务、制造法不容许危险的行为。在此基础上增加“意欲”要素便是故意行为,亦即违反注意义务、意欲制造法不容许危险的行为。换言之,两种行为虽然有所不同,但不是“A与非A”的排斥关系,而是“A与A加B”的位阶关系。这种位阶关系也称为包含关系,亦即故意行为中蕴含过失行为。

在此需要对常见的误解加以澄清。例如,司机甲看到行人乙在闯红灯过马路,甲认为自己眼前是绿灯,可以继续驾车前行,“撞了白撞”,所以驾车故意撞死乙。对立关系说会认为,甲的行为是故意行为,不是过失行为,甲在此没有违反交通规则等注意义务。实际上,甲违反了交通规则。我国《道路交通安全法》第47条第1款规定:“机动车行经人行横道时,应当减速行驶;遇行人正在通过人行横道,应当停车让行。”该规定设置了结果避免义务。司机甲未履行该义务,便是一种过失行为。换言之,甲的故意行为中蕴含过失行为(底层的不法行为)。

反对意见可能认为,故意行为的行为规范是“禁止意欲侵害法益”,过失行为的行为规范是“应履行注意义务,禁止制造法不容许的危险”,二者并不相同,故意行为的行为规范中并不蕴含注意义务。实际上,这种看法是由语言表述引起的误解。例如,甲开枪故意杀死仇人乙。一方面,甲违反了“禁止意欲杀人”的行为规范;另一方面,甲也违反了“开枪时确认前方对象不是人”的注意义务。这两项“违反”不是排斥关系,而是位阶关系,甲先违反了“开枪时确认前方对象不是人”的注意义务,后违反了“禁止意欲杀人”的行为规范。由于后者的不法、责任的程度更高,

[38] Vgl. Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 563.

[39] 参见同前注[4],张明楷书,第368页。

所以“就高不就低”,按照后者来处理。由于最终按照故意行为处理,所以司法者往往忽略其中蕴含的过失行为。

### (三) 过失行为是客观的不法行为

“客观与主观”分析范式的重要依据是过失行为具有主观要素,亦即“疏忽大意的过失心理或过于自信的过失心理”,正因如此才需要在主观层面分析行为人是否具有过失心理。然而,过失心理并不是过失行为的必备要素。在评价过失行为的不法性时,过失心理并不重要,可有可无。例如(扳道工案),铁路扳道工甲睡过头,没有按时放下栏杆,酿成车祸。甲的行为显然是过失行为,但是甲一直处在睡眠状态,不存在过失的心理活动。可能有观点认为,甲在入睡前有过失心理。但是,假如入睡前火车距离很远,此时尚不需要履行“放下栏杆”的注意义务,那么难以认为此时甲存在过失心理。甲的行为之所以是过失行为,是因为甲未履行注意义务。疏忽大意的过失心理只是未履行注意义务的常见原因,而不是唯一原因。例如,甲一直打电话,忘记放下栏杆。这是由于疏忽大意心理而未履行注意义务。又如,甲一直处于睡眠状态,未放下栏杆。甲不存在疏忽大意心理,但仍违反了注意义务。可见,未履行注意义务的原因不重要,重要的是未履行注意义务,这是评价行为具有不法性的根据。正因如此,过失犯没有真正的主观构成要件。旧过失论认为,预见可能性是过失犯的主观要件。<sup>[40]</sup>然而,预见可能性属于客观条件,并非主观心理活动。

可能有人认为,过失心理是主观责任要素,是谴责行为人的依据。然而,不法事实是评价对象,责任是评价本身。责任与不法是评价与被评价的关系,也被称为限制关系,亦即不法事实决定了评价内容。既然过失心理不是过失行为作为不法行为的要素,那么责任评价的内容便不包括过失心理。谴责过失行为人的依据是,行为人能够履行注意义务,避免制造法不容许的危险和结果,却不履行注意义务。

归纳言之,对过失行为的准确称谓应是底层的不法行为,核心特征是未履行注意义务,制造法不容许的危险。只是由于过失心理是常见的未履行注意义务的原因,所以该不法行为被称为过失行为。在此应避免“望文生义”,不能因为“过失行为”中有“过失”二字,就认为过失行为具有主观要素。由于过失行为没有主观要素,所以,“客观与主观”范式在主观层面判断过失心理便是不必要的做法,由此也证明这种分析范式的必要性。

### (四) 不法行为的判断与注意义务的违反

由于底层的不法行为就是过失行为,因此结果归责的基础任务是判断某个行为是不是过失行为。从不法行为到不法结果,存在两个阶段。第一个阶段是抽象危险阶段,亦即违反注意义务,所创设的法不容许危险尚属于抽象危险。例如,甲驾车超速行驶在高速公路上,途中没有遇到其他车辆。这个阶段的注意义务是关于抽象危险的预见义务及避免义务。该注意义务也被称为谨慎义务或行为准则,<sup>[41]</sup>意在表达国民在社会生活中须谨慎行事,是一种类型化的注意义务。第二个阶段是具体危险及结果发生阶段。例如,甲继续超速驾驶,与前方乙的汽车不慎相撞,导致乙死亡。这个阶段的注意义务是结果预见义务及避免义务,是一种具体化的注意义务。

[40] 参见[日]西田典之:《日本刑法总论》(第2版),王昭武、刘明祥译,中国人民大学出版社2013年版,第228页。

[41] Vgl. Urs Kindhäuser/Till Zimmermann, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 2020, § 33 Rn. 19.

我国及日本的结果无价值论认为,认定上述第二个阶段的不法行为,可依据具体化的注意义务(结果预见义务及避免义务),<sup>[42]</sup>但是,认定第一个阶段的不法行为,不需要树立类型化的注意义务或行为准则;一个行为只要对法益制造实质危险就是不法行为。<sup>[43]</sup>所谓实质危险,是指该危险具有导致实害结果的可能性。例如(超速案),某个道路的拐弯处限速40公里。甲以60公里的时速在拐弯处驾车行驶,不慎撞死了骑自行车的乙。甲的驾车速度达到了导致实害结果的危险程度,所以其行为具有不法性。认定行为的不法性,并不需要确立一个行为规范或行为准则。行为具有不法性,不是因为违反了某项行为规范或行为准则。<sup>[44]</sup>行为准则“限速40公里”只是判断危险程度的参考资料。<sup>[45]</sup>

不难发现,结果无价值论采取结果导向的做法,亦即行为只要有导致实害结果的具体危险,即使没有超速驾驶,也具有不法性;行为只要没有导致实害结果的具体危险,即使超速驾驶,也没有不法性。然而,这种结果导向的判断会不当限缩国民的自由空间。例如,司机甲为了确保不会制造车祸,便不断降低车速。假设司机甲将车速降低到20公里的时速,突然发现骑自行车的乙横穿马路,甲无法躲避,乙被甲的汽车撞死。按照结果无价值论,甲的驾驶行为因为制造了实质危险,所以具有不法性。行为具有不法性意味着行为具有禁止性,因此应当禁止甲的这种驾驶行为。但是,立法者不可能不计代价地一味保护法益。为了在保护法益与保障自由之间取得平衡,立法者应当事先确立行为规范,如此才能明确界定国民的自由空间。“某拐弯处限速40公里”便是一项行为规范。甲驾车只要没有超过40公里的时速,就没有制造法不容许的危险。此时若撞死突然横穿公路的乙,那么该结果可归因于甲的驾车行为,但不能归责于甲的驾车行为,因为该行为没有违反行为规范,不是不法行为。

此外,结果无价值论认为,将过失行为界定为违反注意义务,会取消过失犯中作为与不作为的区别,<sup>[46]</sup>增加过失犯与不作为犯的区分困难。<sup>[47]</sup>实际上,“注意义务与作为义务”“过失行为与不作为”不是对立概念,而是可以竞合的概念。以上文“扳道工案”为例,对于扳道工甲“未按时放下栏杆”,既可以表述为未履行注意义务,也可以表述为未履行作为义务。二者是表述角度不同,而非表述对象不同。甲不履行义务的表现同时构成过失犯和不作为犯,二者是竞合关系。

### (五) 不法结果的归责与结果的预见可能性

关于因果关联性论证,实务中的主要疑难问题是存在介入因素、疑似因果偏离的案件。对此,相当因果关系说根据介入因素的“异常性”加以判断,如果介入因素很异常,则倾向于认为行为与结果没有因果关系。<sup>[48]</sup>但是,相当因果关系说没有实质说明,为何在介入因素异常时认定

[42] 参见付立庆:《刑法总论》,法律出版社2020年版,第211页;[日]山口厚:《刑法总论》(第3版),付立庆译,中国人民大学出版社2018年版,第243-244页。

[43] 参见同前注[21],张明楷文,第6-10页;同上注,[日]山口厚书,第241-245页。

[44] 参见同上注,张明楷文,第6-8页;同上注,[日]山口厚书,第245页。

[45] 参见[日]曾根威彦:《刑法学基础》,黎宏译,法律出版社2005年版,第118页。

[46] 参见同前注[6],[日]松原芳博书,第215页。

[47] 参见郑超:《过失犯的实行行为性与规范构造》,载《政治与法律》2023年第5期,第88页。

[48] 参见邹兵建:《论相当因果关系说的三种形态》,载《清华法学》2019年第4期,第80-82页。

行为与结果没有因果关系。实际上,“异常性”表达的意涵是预见可能性问题,“介入因素很异常”的言外之意是缺乏预见可能性。由此涉及预见可能性的体系性地位及功能问题。

对此,理论上争议非常激烈。第一,旧过失论认为,预见可能性是指行为人的预见可能性,[49]属于责任阶层判断过失的一个要素。[50]第二,一般化标准认为,预见可能性包括一般人的预见可能性和行为人的预见可能性,前者处在不法阶层,后者处在责任阶层。在不法阶层,关于结果归责,需要根据一般人的预见可能性判断。如果一般人能够预见结果的发生,那么结果能够归责于行为人的不法行为。进入责任阶层,根据行为人的预见可能性判断行为人是否存在过失心理。[51]第三,个别化标准认为,预见可能性仅指行为人的预见可能性,且处在不法阶层。在不法阶层,关于结果归责,需要根据行为人的预见可能性判断。在责任阶层,不需要再判断行为人的预见可能性。[52]上述争论的焦点问题是,结果预见可能性是不是判断行为不法及结果归责的前提条件?若是,其判断应以一般人为基准,还是应以行为人为基准?对此,本文赞同个别化标准,不过需要细致论证。

第一,预见是避免的前提条件。旧过失论承认,结果避免可能性是结果归责的条件,是行为具有不法性的条件,但是旧过失论否认,结果预见可能性是结果归责的条件,是行为具有不法性的条件,理由是,结果预见可能性不是履行结果避免义务的前提条件。[53]然而,从行为的发生逻辑看,认识因素是意欲因素的前提条件。结果预见可能性是关于认识条件的概念,结果避免可能性是关于意欲条件的概念。既然认识是意欲的前提条件,那么预见便是避免的前提条件。基于此,结果具有预见可能性便是结果具有避免可能性的前提条件。我国学者也认为,若结果没有预见可能性,就不能要求行为人采取避免措施。[54]概言之,既然承认结果避免可能性是结果归责的条件,那么就应承认结果预见可能性也是结果归责的条件。我国有学者承认预见可能性对结果归责的作用,但是认为,预见可能性的体系性地位是在因果关系层面还是在主观罪过层面,只是一种技巧问题。[55]然而,通过上述分析可知,预见可能性应是结果归责的条件。

第二,结果预见可能性的判断基准应是行为人,而非一般人。一般化标准对个别化标准的

[49] 参见[日]桥爪隆:《过失犯的构造》,王昭武译,载《苏州大学学报(法学版)》2016年第1期,第128页。

[50] 参见吕英杰:《论责任过失——以预见可能性为中心》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2016年第3期,第83页。

[51] 参见同前注[38],Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend书,第594页;Johannes Wessels/Werner Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 40. Aufl., 2010, § 15 Rn. 692;劳东燕:《责任主义与过失犯中的预见可能性》,载《比较法研究》2018年第3期,第56页。

[52] Vgl. Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 5. Aufl., 2004, § 15 Rn. 13 f; Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1993, § 9 Rn. 1 ff.

[53] 参见同前注[21],张明楷文,第15-18页。

[54] 参见杨绪峰:《过失犯的结果回避可能性:规范构造与实践运用》,载《环球法律评论》2023年第4期,第152页。

[55] 参见蒋太珂:《被害人特殊体质案件的结果归责:预见可能性要件的意义及其认定规则》,载《政治与法律》2023年第7期,第96页。

批判意见是,行为规范要发挥指引功能,就必须具有普遍适用性;如果行为规范因人而异,就会丧失指引功能。<sup>[56]</sup>然而,这种看法混淆了义务规范的生效效力和具体实效。就生效效力而言,结果预见义务只能针对一般人。而就具体实效而言,结果预见义务只能针对行为人,由此必须考察具体个人的遵守能力。若遵守义务逾越了行为人的遵守能力,则义务失去实效。根据一个人的注意能力,一个人只需对具有预见可能性的事件负责。相应地,一个人只需对具有支配可能性的事件负责。<sup>[57]</sup>发生一件行为人无法预见、无法控制的损害事件,只能算是不幸事件,而不能算是不法事件。<sup>[58]</sup>若要求行为人对无法预见的偶然结果负责,则意味着结果归责落入了偶然责任的窠臼。<sup>[59]</sup>

以上分析具有实证法依据。我国刑法第16条规定,“行为在客观上虽然造成了损害结果”,但是“由于不能抗拒或者不能预见的原因所引起的,不是犯罪”。该规定使用的是“损害结果”,而非“危害结果”。“损害结果”是个价值中立的客观表述。“危害结果”蕴含不法性。这表明,如果行为人对损害结果的发生缺乏预见可能性,则其行为没有不法性。我国传统理论将“意外事件”作为主观要件中的出罪事由,理由是缺乏主观罪过心理,属于无罪过事件。<sup>[60]</sup>实际上,“意外事件”是结果归责领域的出罪事由,理由是,一个人无需对自己无法预见的结果负责。

### 三、位阶式归责的应用类型一： 介入因素能够归责于先前过失行为

总结上文论述,在论证因与果的关联性时,需要遵循两点。第一,由于过失行为与故意行为的不法特征和归责理念不同,因此应将过失行为与故意行为作为独立的两个行为类型,分别分析二者的结果归责问题,而不能像上文“客观与主观”范式那样,先分析客观行为,再判断主观是故意还是过失。第二,虽然过失行为与故意行为有所不同,但是二者不是对立排斥关系,而是位阶关系,过失行为是低位阶的不法行为,故意行为是高位阶的不法行为,故意行为中蕴含过失行为。

可能有人质疑:分别分析过失行为与故意行为的结果归责,则意味着一开始就要判断行为是过失行为还是故意行为,也就意味着先判断主观、后判断客观,这是否违反客观主义立场?对此,需要澄清两个问题。第一,如前文所述,过失心理并不是过失行为的必备要素,过失行为的准确称谓应是“底层的客观不法行为”,亦即制造法不容许危险的行为。该不法行为具有客观

---

[56] Vgl. Bernd Schünemann, Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik? Zur Stellung der individuellen Sorgfaltswidrigkeit und des Handlungserfolges im Verbrennungsaufbau, FS-Schaffstein, 1975, S. 163 ff.

[57] 参见周光权:《结果假定发生与过失犯——履行注意义务损害仍可能发生时的归责》,载《法学研究》2005年第2期,第65页;车浩:《假定因果关系、结果避免可能性与客观归责》,载《法学研究》2009年第5期,第153页。

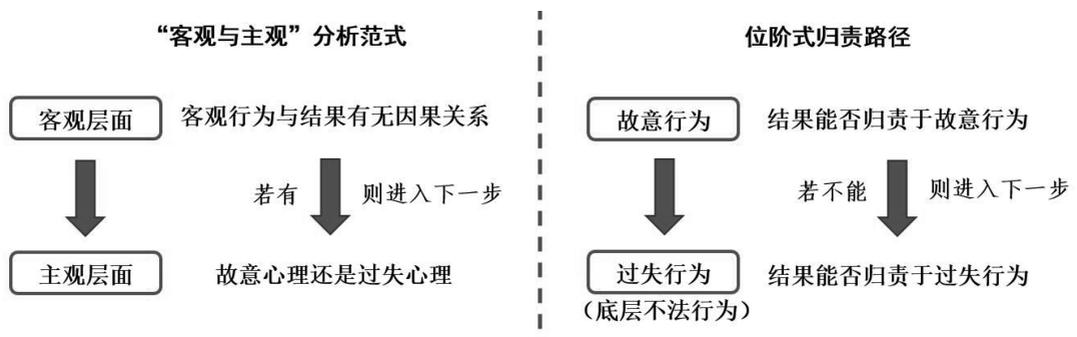
[58] 参见[德]约翰内斯·韦塞尔斯:《德国刑法总论》,李昌珂译,法律出版社2008年版,第105-107页。

[59] 参见同前注[36],黎宏书,第171-172页。

[60] 参见同前注[1],高铭暄、马克昌主编书,第113-114页。

性。因此,关于行为是不是过失行为(底层的不法行为)的判断具有客观性。在此基础上,判断是否存在“意欲”要素,行为是不是故意行为,这种判断包含主观因素。所以,整体的判断特征是先客观判断、后主观判断。不过,这里的“先客观判断、后主观判断”与上文所述的“客观与主观”分析范式内容有所不同。前者能够合理容纳“自然与规范”分析范式,而后者不能。第二,就故意犯罪而言,判断结果归责主要是为了解决犯罪既遂问题,而非犯罪成立问题。换言之,在判断结果归责时,故意犯罪已经成立。“故意犯罪已经成立”说明已经判断并确定了“行为人具有故意”。这表明,结果归责的判断是在故意的判断之后,亦即结果归责是针对故意行为进行判断。这种先判断“故意犯罪的成立”、后判断结果归责的做法符合正常的定罪逻辑,与客观主义立场并不冲突。

这种分别判断过失行为与故意行为的理念能够妥当处理涉嫌因果偏离的故意犯罪案件。当初步判断认为,某个案件是故意犯罪案件,其中存在介入因素,因果流程可能发生偏离,那么,在论证因果关联性时有两种路径。第一种路径是“自下而上式路径”,亦即先分析过失行为的结果归责,若得出肯定结论,则进一步判断该结果能否归责于行为人的故意,亦即所谓的故意归责判断。第二种路径是“自上而下式路径”,亦即先分析故意行为的结果归责,若得出否定结论,则目光转向低位阶的过失行为,分析过失行为的结果归责。这两种路径只有审查顺序的差别,没有本质差别。自下而上式路径依循两种行为的位阶关系,侧重于体系式思维;自上而下式路径以实务问题为出发点,侧重于问题式思维。考虑到理论必须为实务提供价值,对于存在介入因素的故意犯罪案件,宜采取自上而下式路径。对于纯粹的过失犯罪案件,则只需在过失行为层面判断结果归责。



关于存在介入因素的故意犯罪案件,关键在于先前行为与介入因素之间的关系,需要判断介入因素的出现能否归责于先前行为。“介入因素的出现能够归责于先前故意行为”的案件相对简单。实务中成为疑难问题的情形是,介入因素的出现不能归责于先前故意行为。对此,需要在先前故意行为中提炼出所蕴含的过失行为(底层的不法行为),然后判断介入因素能否归责于该过失行为。

### (一) 介入被害人行为的案件

介入被害人行为的案件的特征在于,第一,先前行为与被害人行为具有“无 A 则无 B”的关系。但是,并不能由此将被害人行为归责于先前行为。对此需要考察被害人自陷风险的问题。第二,被害人行为导致的结果能否归责于先前行为,需要根据规范主义进行判断。例如,赵某为

了教训马某,约上韩某等六人,拿着砍刀,追砍马某,与马某相距大约五米多。马某为了摆脱赵某等人,跑到河边,跳进河里,向对岸游去。赵某等人追至岸边,见状离去。两日后马某的尸体在河内被发现,系溺水身亡。<sup>[61]</sup>从自然主义角度看,马某的死亡能够归因于赵某的追砍行为。但是,从规范主义角度看,马某的死亡能否归责于赵某的追砍行为,需要细致论证。

### 1. 位阶式归责路径的分析

首先可以肯定的是,介入因素“马某跳河”不能归责于赵某的故意行为,因为赵某只有教训的故意,没有追求马某死亡的故意,马某的跳河死亡不是赵某意欲实现的结果。接下来判断,赵某是否存在过失行为(底层的不法行为)。赵某在追砍过程中,对“马某为了逃避而可能跳河”负有注意义务。赵某不履行该注意义务,对马某制造了法不容许的危险,因此赵某存在过失行为。简言之,对赵某的“追砍行为”从不同角度进行评价,能够得出“既蕴含故意行为,也蕴含过失行为”的结论。

问题是,马某的跳河能否归责于赵某的过失行为?对此需要从被害人和行为人的角度分别分析。第一,被害人的角度。对此需要借助被害人自陷风险的原理予以判断。该问题的核心是危险管辖的责任该如何划分。<sup>[62]</sup>危险管辖的责任划分,主要依据注意义务的分配。<sup>[63]</sup>本案中,马某的跳河行为不应由马某负责。这是因为,被害人自陷危险、自我负责的一项必要条件是,被害人对危险有支配能力。<sup>[64]</sup>马某处在被赵某等人近距离追砍的危险状态中,失去了从容选择的能力,失去了自由地规避危险的能力。因此,马某的跳河行为不能由马某负责,由此不能排除赵某过失行为的不法性。所以,马某的跳河行为能够归责于赵某的过失行为。由于并非所有的跳河行为必然导致死亡,所以接下来需要论证,马某的溺水身亡能否归责于马某在游水中的举止表现。对此,仍需要按照被害人自陷风险、自己负责的原理分析。在此主要判断马某在游水中是否具备避免溺亡的能力。如果马某具备该能力,却不积极发挥该能力,那么马某至少存在重大过失,其溺亡结果应由其负责。根据法官描述的案情,马某在当时缺乏这种能力。<sup>[65]</sup>因此,溺亡结果不能归责于马某在游水中的举止表现。

第二,行为人的角度。表面上看,导致马某死亡的危险与赵某创设的危险不是同一份危险,亦即前者是溺水的危险,后者是追赶制造的危险。实际上,二者具有同一性。这是因为,赵某追赶制造的危险至少是一种过失行为危险,该危险的发展方向 and 样态具有任意性,其中便蕴含马某跳河的危险。赵某的过失行为危险结合马某的跳河行为发展成导致死亡的紧迫危险。赵某对这个危险发展过程虽然没有现实支配性,但具有支配可能性,亦即赵某可以放弃追赶。因此,赵某过失行为的危险与导致死亡结果的危险具有同一性,该溺亡结果属于赵某过失行为危险的现实化结果。赵某构成故意伤害罪(过失致死)。应注意的是,赵某的故意伤害行为的危险流并

[61] 参见最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭编:《中国刑事审判指导案例》(第2卷),法律出版社2017年版,第557-558页。

[62] 参见同前注[41],Urs Kindhäuser/Till Zimmermann书,第11章边码22。

[63] 参见陈璇:《整体法秩序视野下被害人自陷风险的理论重塑》,载《法学研究》2023年第3期,第177页。

[64] 参见张明楷:《刑法学中危险接受的法理》,载《法学研究》2012年第5期,第176页。

[65] 参见同前注[61],最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭编书,第559页。

未现实化为伤害结果,所以故意伤害罪这一基本犯构成未遂。基本犯构成未遂,同时成立加重犯,这种现象并不违反罪数论原理。

## 2. 危险现实化理论的检视

该理论认为,赵某的实行行为(追砍行为)间接现实化为溺亡结果,二者具有因果关系,理由是,根据科学鉴定,介入因素“马某跳河”是由赵某的追砍行为诱发的;〔66〕如果介入因素的出现并不异常,先前行为与介入因素具有通常的诱发关系,那么死亡结果与先前行为具有因果关系,这是危险的间接实现化中的基本类型。〔67〕实现结果归责,要求结果是实行行为危险的现实化。这一论断无疑是正确的。但是,危险现实化理论对实行行为未作故意行为与过失行为的区分,对结果归责的分析路径采取的是上文的“客观与主观”范式,由此导致其论证理由可能值得进一步商榷。

首先,该理论主张“危险可以间接现实化”,亦即危险不需要直接现实化。这意味着行为制造的危险与导致结果的危险可以不是同一个危险。然而,如上文所述,危险在现实化过程中应保持同一性。该理论之所以提出“危险可以间接现实化”,是因为该理论不重视故意行为与过失行为在危险样态上的差异,不考虑过失行为危险在发展过程中的任意性。所谓“危险的间接现实化”现象,用过失行为危险很容易得到解释。详言之,赵某过失行为制造的危险在发展方向和样态上具有任意性,所以该危险可以结合马某的跳河行为发展成导致死亡的紧迫危险。这个过程中,赵某的过失行为危险与导致死亡结果的危险具有同一性。

其次,危险现实化理论中的“实行行为”概念在本案中仅指故意伤害罪的实行行为,未揭示其中蕴含的过失行为。该理论认为故意伤害罪的实行行为与溺亡结果有因果关系,那么就会认为赵某构成故意伤害罪既遂。然而,赵某持刀并未触碰到马某的身体,二者相隔有一定距离,表明赵某的故意伤害行为的危险并未现实化为伤害结果。危险现实化理论可能认为,死亡结果可以包容评价为伤害结果,所以赵某构成故意伤害罪既遂。然而,赵某对死亡结果持过失心理,过失致人死亡的结果无法评价为故意伤害的结果。因此,“赵某构成故意伤害罪既遂”的结论并不妥当。

最后,该理论的结果归责理由是,赵某的追砍行为与马某跳河之间具有“通常的诱发关系”。然而,这只是一种基于经验主义的事实判断。从事实判断无法直接推导出价值评价的结论,亦即“马某的跳河应归责于赵某”。当介入因素是被害人的自身行为时,判断介入因素能否归责于先前行为,应秉持规范主义,考察被害人自陷风险的问题,依据危险管辖原理和注意义务分配原理,判断应由被害人自我负责还是应由行为人负责。

## (二) 特殊体质案件

### 1. 位阶式归责路径的分析

特殊体质案件的特征在于,一方面,先前行为与特殊疾病的发作具有必要条件关系,另一方面,先前行为往往不具有致命性。对此,需要分别判断故意行为与过失行为的结果归责。以上文“心脏病案”为例,乙的心脏病发作由于不是甲故意实现的结果,所以不能归责于甲的故意行

〔66〕 参见黎宏:《因果关系错误问题及其应对——以行为危险现实化说的再阐释为中心》,载《法学研究》2022年第1期,第115页。

〔67〕 参见张明楷编著:《刑法十二课(刑事疑难类案演习)》,法律出版社2024年版,第139页;刘艳红:《刑法因果关系理论的横断切面与危险的现实说之确立》,载《政治与法律》2024年第8期,第80-81页。

为。不过,甲存在过失行为(底层的不法行为)。这是因为,虽然轻微暴力行为一般不会导致死亡结果,但是,受害人若是心脏病患者则有可能导致死亡结果。因此,甲对乙实施轻微暴力行为时,负有“注意乙不是心脏病患者、防止死亡结果”的义务。甲未履行该注意义务,制造了法不容许的危险,因此甲的行为是过失行为。并且,甲制造的这种法不容许的危险引起乙的心脏病发作,因此乙的心脏病发作能够归责于甲的过失行为。

不过,以上结论只是初步结论。如前文所述,结果预见可能性是违反注意义务的行为具有不法性的前提条件,由此也是结果归责的前提条件。甲无法预见乙患有心脏病,无法预见自己的轻微暴力行为会导致乙死亡。这表明,死亡结果的发生与甲违反结果预见义务之间缺乏关联性,结果预见义务在此失效,由此最终取消甲违反预见义务的行为的不法性。由于结果只能归责于不法行为,因此,乙的死亡结果虽然在自然主义层面能够归因于甲的轻微暴力行为,但是在规范主义层面不能归责于甲违反预见义务的行为。概言之,甲无需对自己无法预见的结果负责。

## 2. 相当因果关系说的省思

日本的相当因果关系说存在主观说、客观说及折中说。主观说认为,应以行为人认识到的或可能认识到的事实为判断资料。客观说认为,应以客观事实为判断资料。折中说认为,应以一般人可能认识的及行为人特别认识的事实为判断资料。<sup>[68]</sup>对于上文的“心脏病案”,按照主观说,甲无法预见乙患有心脏病,无法预见自己的行为会导致乙死亡,因此甲的行为与乙的死亡无因果关系。按照客观说,甲的行为与乙的死亡有因果关系。按照折中说,一般人无法预见甲的行为会导致乙死亡,因此否定二者之间的因果关系。

客观说的不足之处在于,仅判断自然主义的结果归因,未判断规范主义的结果归责。本文认为主观说更具合理性。主观说所受的批判是:第一,将判断资料限定为行为人可能认识的事实,过于狭窄;第二,混淆了因果关系与有责性的判断,违反了因果关系的客观性。<sup>[69]</sup>然而,第一,将行为人无法预见的事件作为归责的资料,混淆了不幸事件与不法事件。第二,客观说将故意、过失作为责任要素,认为主观说混淆了因果关系与有责性,意思是主观说混淆了因果关系与故意、过失,不符合因果关系的客观性。不可否认,自然主义的因果关系的确具有客观性,但是判断工作并非到此结束,接下来需要判断结果归责。结果归责的判断是一种规范主义的判断。对这种规范主义的判断不能要求具有客观性。从规范主义视角看,所谓因果流程的“相当性”或“异常性”问题,主要涉及结果的预见可能性问题。而判断预见可能性,应以行为人为判断基准,行为人无需对自己无法预见的结果负责。

## 四、位阶式归责的应用类型二:介入因素不能归责于先前行为

“介入因素不能归责于先前行为”的案件主要集中在介入第三人行为的场合。第三人的行

---

[68] 参见[日]大谷实:《刑法讲义总论》(新版第5版),黎宏、姚培培译,中国人民大学出版社2023年版,第207-208页。

[69] 参见同前注[6],[日]松原芳博书,第59-60页。

为一般是基于独立意志实施的,所以难以归责于先前行为(包括故意行为和过失行为)。判断结果应归责于先前行为还是第三人行为,需要考察第三人的答责范围、先前行为人的答责范围以及二者的关系。从危险流的作用机制看,第三人的行为有可能阻断先前行为的危险流,也有可能没有阻断,而是相互加功。对此需要分别分析。

### (一) 阻断关系

第三人的行为与先前行为呈现阻断关系,是指第三人的行为阻断先前行为的危险流,导致后者失去继续发挥作用的对象。例如(投毒枪杀案),甲欲杀害丙,悄悄向丙投放致命毒药。丙服毒后昏迷倒地。甲将丙搬放到一个较为隐蔽的地点。毒药若继续发挥作用则三十分钟后会导致丙死亡。甲认为丙必死无疑,便离去。十分钟后,与甲无共谋的乙路过,欲杀害丙。丙陷入昏迷,无法反抗。乙开枪击中丙的头部,打死丙。<sup>[70]</sup> 本案的特征在于:第一,介入因素的出现亦即乙的杀人行为不能归责于甲,因为乙的杀人行为是乙基于独立意志实施的,不是甲的不法行为引起的。第二,当甲投毒的危险流在发展时,乙打死丙,意味着毒药的危险流失去了继续发挥作用的对象或“土壤”,毒药的危险流被阻断了。第三,死亡结果是乙的故意行为危险的实现。但是,甲导致丙昏迷为乙的杀人提供了便利条件。死亡结果无疑能归责于乙。问题是,死亡结果能否归责于甲的投毒行为?

#### 1. 禁止溯责理论的分析

该理论认为,第二个行为人的意思决定是自由的,他自由地启动了一个因果关系,他应对该因果关系负责,因此分析最终结果的原因时,不能溯责到第一个行为。<sup>[71]</sup> 基于此,丙的死亡不能归责于甲。然而,这种理由并不充分。一方面,第二个行为人虽然自由地启动因果关系,但是其借助了先前给定的条件亦即“丙陷入昏迷”。另一方面,第二个行为人乙对死亡结果负责,并不意味着第一个行为人甲就不用对死亡结果负责。一个结果可以同时归责于两个行为。

#### 2. 相当因果关系说的论证

该说认为,虽然乙的介入行为比较异常,但是甲的行为制造了致命危险,乙的行为只是让死亡时间稍微提前,所以,甲的行为与死亡结果之间的因果流程具有相当性。<sup>[72]</sup> 然而,第一,如前文所述,从“介入因素是否异常”并不能实质性地推断因果关系的有无。“介入因素是否异常”的实质问题是预见可能性问题。第二,“死亡时间稍微提前”这种看法不符合具体的结果观。刑法论证的结果是具体时间发生的现实结果,不是假设的结果。显然,当下现实的死亡结果是乙的枪杀行为导致的,不是甲的投毒行为危险流现实化的结果。

#### 3. 因果偏离理论的问题

该理论认为,应考察与主观预想有所偏离的因果流程是否处在一般生活经验可预见的范围内,如果是,则该因果偏离属于非本质的偏离,不阻却既遂故意的成立。<sup>[73]</sup> 基于此,乙的介入及

[70] 参见同前注[41], Urs Kindhäuser/Till Zimmermann 书,第10章边码24。

[71] Vgl. Michael A. Ling, Die Unterbrechung des Kausalzusammenhanges durch willentliches Dazwischentreten eines Dritten: Eine dogmengeschichtliche Untersuchung, 1996, S. 102 ff.

[72] 参见同前注[29],[日]佐伯仁志书,第58-59页。

[73] Vgl. Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 73.

杀死丙,超出一般人的预见可能性,比较异常,由此因果流程发生本质性偏离,所以丙的死亡结果不能归责于甲的既遂故意。这种方案根据“因果流程的偏离程度”将结果归责与故意归责进行一体化判断。但是,在论证故意归责之前,应先论证结果归责。这种方案可能认为,其是先判断结果归责,后判断故意归责。然而,若如此,则分析路径是自下而上式归责路径,亦即先判断过失行为(底层不法行为)的结果归责,若得出肯定结论,再判断故意归责。然而,在判断过失行为的结果归责时,就需要考察“因果流程的偏离程度”以及结果的预见可能性。但是,该方案是在主观层面亦即故意归责中考察这些问题。何况,就“故意”归责的要求而言,应考察的是“现实地预见到”,而非预见的可能性。

#### 4. 位阶式归责路径的论证

首先,在结果归因上,丙的死亡能够归因于甲的投毒行为。在此需要区分的一种情形是,甲向丙投毒,然后离开现场,丙服毒后,毒性尚未发挥作用,与甲无共谋的乙路过,枪杀了逃跑的丙。根据具体的结果观,不用考虑甲的投毒行为,当下具体的死亡结果就是乙的行为独立造成的,甲的投毒行为对乙的开枪行为没有提供实际便利条件,因此丙的死亡不能归因于甲的投毒行为。而在上文“投毒枪杀案”中,丙已经昏迷,无法逃跑,甲的投毒行为对乙的枪杀行为起到了实际促进作用。若不考虑甲的投毒行为,就无法解释当下具体的死亡结果是如何发生的。

其次,在结果归因的基础上,判断丙的死亡能否归责于甲的行为。可以肯定的是,死亡结果无法归责于甲的“投毒”这一故意行为。这是因为,结果要归责于故意行为,要求结果是基于意志支配的危险实现,<sup>[74]</sup>要求故意行为的危险现实化为结果。<sup>[75]</sup>然而,甲的故意行为危险流被乙的枪杀行为阻断,没有现实化为死亡结果。死亡结果是枪杀行为制造的危险的实现。

最后,判断死亡结果能否归责于甲的过失行为。甲对“毒药会毒死人”负有注意义务,甲违反该注意义务,给丙制造了法不容许的危险,存在过失行为(底层的违法行为)。该过失行为的危险在发展中具有任意性,碰巧与乙的枪杀行为相结合。如上文所述,行为人对过失行为危险的发展过程虽然缺乏现实支配性,但应具有支配可能性,才能满足结果归责的要求。行为人对危险发展要具有支配可能性,前提条件是对危险发展具有预见可能性。然而,甲对于危险发展中介入乙的枪杀行为缺乏预见可能性,因为该地点是个较为隐蔽的地点。甲无法预见竟然会出现乙的枪杀行为,因此对于自己制造的危险与乙的枪杀行为相结合缺乏支配可能性,基于此,甲制造的危险与导致死亡结果的危险缺乏同一性,所以,死亡结果不能视为甲制造的危险的现实化结果。<sup>[76]</sup>归纳言之,死亡结果能够归因于甲的投毒行为,但是,既不能归责于甲的故意行为,也不能归责于甲的过失行为。

## (二) 加功关系

第三人的行为与先前行为呈现加功关系,是指第三人的行为没有阻断先前行为危险流,并且二者相互加功,共同导致结果。例如(先后投毒案),甲欲杀害丙,向丙的水杯投毒,丙喝了以

[74] 参见劳东燕:《风险社会中的刑法》(第2版),北京大学出版社2023年版,第289-290页。

[75] 参见高额文:《因果流程偏离的结果归责分析路径》,载《中外法学》2023年第2期,第532页。

[76] 甲导致丙昏迷,由此产生救助义务。甲若不予救助则构成不作为。死亡结果能否归责于甲的不作为,是需要论证的问题。限于篇幅,本文对此不展开论述。

后,毒药开始起作用。甲离开现场。与甲没有共谋的乙欲杀害丙,向丙的水杯投毒,丙喝了以后,一小时后毒发身亡。无法查明甲的毒药和乙的毒药各自是否达到致死量,但是能够查明二者的毒药相互加功导致死亡。<sup>[77]</sup> 本案的特征在于:第一,介入因素的出现亦即乙的投毒行为不能归责于甲,因为乙的投毒行为是乙基于独立意志实施的,不是甲的不法行为引起的。第二,乙的投毒行为并未当场直接导致丙死亡,表明其并未阻断甲制造的危险流继续发挥作用。甲乙制造的危险流共同作用导致丙死亡。对甲乙所起的作用大小需要细致分析。

#### 1. 第一种类型:先前行为与第三人行为均制造致命危险

这种类型的情形是,甲先投放十毫克毒药,达到致死量,丙服用,毒药在发挥作用,此后与甲没有共谋的乙投放十毫克毒药,达到致死量,丙服用,半小时后丙中毒身亡。这种情形虽然不符合“无A则无B”的必要条件关系,但是,必要条件关系并不是论证因果关系的充分理由。对于行为人这种故意行为,可以根据危险的现实化要求分析。

第一,甲制造的致命危险未被阻断,现实化为死亡结果,所以死亡结果能够归责于甲的行为。有观点指出,乙制造的危险起到加功作用,导致丙的死亡时间可能被提前了,这是否表明本案与上文的“投毒枪杀案”一样,乙的行为阻断了甲制造的危险流?<sup>[78]</sup> 然而,虽然乙的危险流的加功导致死亡时间有所提前,但是,甲的危险流的提前实现也属于危险流的实现,符合危险的同一性要求,所以不属于危险流被阻断。第二,乙制造的致命危险也现实化为死亡结果,死亡结果能够归责于乙的行为。甲的先前危险流在此起到铺垫作用,乙的行为危险流导致死亡的时间有所提前。即使如此,死亡结果仍属于乙的危险流的实现,因为提前实现也属于危险流的实现。在此满足危险的同一性要求。

#### 2. 第二种类型:先前行为制造致命危险,第三人的行为没有制造致命危险

这种类型的情形是,甲先投放十毫克毒药,达到致死量,丙服用,毒药在发挥作用,此后与甲没有共谋的乙投放五毫克毒药,乙以为达到致死量,实际未达到致死量,丙服用,一小时后丙中毒死亡。这种情形中,死亡结果能够归责于先前行为也即甲的行为。虽然乙的毒药的加功作用导致死亡时间有所提前,但是死亡结果仍属于甲的危险流的实现。不过,乙的故意行为没有制造致命危险,死亡结果不能视为乙的故意行为危险的实现,所以死亡结果不能归责于乙的故意行为。

需要进一步判断的是,死亡结果能否归责于乙的过失行为? 乙在向丙投毒时,负有“观察丙的身体状况、防止丙死亡”的注意义务。乙未履行该注意义务,对丙制造法不容许的危险,存在过失行为(底层的不法行为)。该过失行为危险的发展样态具有任意性,既可能与此后的其他因素结合,也可能与此前的其他因素结合。上文“投毒枪杀案”中,过失行为危险与此后的其他因素(乙的枪杀行为)相结合。而此处“先后投毒案”的第二种类型中,乙的过失行为危险与此前的其他因素(甲的投毒行为)相结合。如上文所述,行为人对过失行为危险的发展过程虽然缺乏现实支配性,但应具有支配可能性,才能满足结果归责的要求。行为人对危险发展要具有支配可

[77] 本案改编自日本的“大阪南港案”,改编目的是为了更清晰地讨论各个问题点。参见[日]井田良:《刑法总论的理论构造》,秦一禾译,中国政法大学出版社2021年版,第48-49页。

[78] 参见同前注[40],[日]西田典之书,第91页。

能性,前提条件是对危险发展具有预见可能性。若案情给定条件是,乙对于“丙已经中毒”具有预见可能性,则这个案发当时的死亡结果能够归责于乙的过失行为。基于此,乙的投毒行为一方面蕴含故意行为,构成故意杀人罪未遂,另一方面蕴含过失行为,构成过失致人死亡罪,两罪属于想象竞合关系,择一重罪论处。<sup>[79]</sup>

### 3. 第三种类型:先前行为与第三人行为均未制造致命危险,相互加功导致死亡

这种类型的情形是,甲先投放五毫克毒药,甲以为达到致死量,实际未达到致死量,丙服用,毒药在发挥作用,此后与甲没有共谋的乙投放五毫克毒药,乙以为达到致死量,实际未达到致死量,丙服用。两份毒药加起来达到致死量,一小时后丙中毒死亡。第一,关于甲的问题。一方面,甲的故意行为没有制造致命危险,死亡结果不是甲的故意行为危险的实现,所以死亡结果不能归责于甲的故意行为。另一方面,如上文在第三种类型中所述,甲存在过失行为。该过失行为的危险发展过程具有任意性,可能与此后的其他因素(乙的投毒行为)相结合。若案情给定条件是,甲对于“乙的投毒行为”具有预见可能性,则死亡结果能够归责于甲的过失行为。

第二,关于乙的问题。一方面,乙的故意行为没有制造致命危险,死亡结果不是乙的故意行为危险的实现,所以死亡结果不能归责于乙的故意行为。另一方面,如上文在第二种类型中所述,乙存在过失行为。该过失行为的危险发展过程具有任意性,可能与此前的其他因素(甲的投毒导致丙身体虚弱)相结合。若案情给定条件是,乙对于“丙已经中毒”具有预见可能性,则死亡结果能够归责于乙的过失行为。除了上述三种类型,还有一种类型,亦即先前行为未制造致命危险,第三人行为制造致命危险。对此可按照上述分析原理加以分析,不再赘述。

## 结 语

“客观与主观”范式对行为采取“横切”,切割为客观层面与主观层面;因果关系处在客观层面;若具有因果关系,再考察主观层面是故意心理还是过失心理。这种分析范式存在的问题是,第一,即使客观上存在自然主义的因果关系,也无法推导出“结果应归责于行为”的结论。第二,抹杀了故意行为与过失行为在不法特征和归责理念上的差异。

位阶式归责路径对行为采取“竖切”,切割为过失行为与故意行为,分别判断各自的结果归责。基于此,“特别认知”问题便不再是个问题。对于存在介入因素的故意犯罪案件,先判断结果能否归责于故意行为;如果不能,再判断结果能否归责于过失行为(底层的不法行为)。过失行为的特点是,危险流的发展过程缺乏方向性,具有任意性,既可能结合此前的基础因素,也可能结合此后的介入因素,还可能结合同同时发生的相伴因素,由此发展为导致结果的紧迫危险。如果行为人对这种危险发展样态缺乏预见可能性和支配可能性,则结果无法归责于过失行为。这种归责路径超越了“客观与主观”范式,揭示了因果流程“异常性或相当性”的底层法理,并且能够满足“自然主义与规范主义”的评判要求。

---

[79] 故意杀人行为可以评价为故意伤害行为,因此乙也构成故意伤害罪(过失致死)。