

【个罪研究】

轻微暴力引起被害人死亡的刑法学分析

何荣功

【摘要】目前轻微暴力致被害人死亡的概念表达不够科学,应改称轻微暴力引起被害人死亡。此类案件的特点是行为的危险性及其强度与法益侵害结果之间的比例严重失衡。轻微暴力引起死亡的刑法定性首先要解决是否存在犯罪实行行为问题,进而才有必要探讨轻微暴力和死亡之间是否存在刑法因果关系以及行为人的主观罪过。一般情况下,轻微暴力在客观上并不具有造成被害人轻伤、重伤或者死亡的定型危险,欠缺故意伤害罪和过失致人死亡罪的实行行为。司法实践之所以广泛地认定此类行为成立故意伤害罪或者过失致人死亡罪,主要考虑的是被害人死亡这一严重法益侵害结果、被害方的处罚诉求以及案件办理的社会效果。将此类行为认定为意外事件,更符合行为的构造和性质。此类案件的办理应重视行为人与被害方的沟通协商,行为人积极赔偿并取得被害方谅解的,应尽量避免将行为积极入罪。

【关键词】轻微暴力;实行行为;故意伤害罪;过失致人死亡罪;意外事件

【作者简介】何荣功,武汉大学法学院。

【原文出处】《法学》(沪),2024.2.70~84

【基金项目】本文系国家社会科学基金重点项目“犯罪化的理论体系与实践机制研究”(项目编号:21AFX010)的阶段性研究成果。

一、问题的提出与概念厘定

轻微暴力引起(被害人)死亡,理论和实践中习惯称之为轻微暴力致人死亡,指的是行为人实施了轻微殴打、推搡等行为,因被害人特殊体质或者其他偶然因素介入或作用,从而引起被害人死亡的情形。^①此类案件的特点是行为人实施行为的危险性及其强度与法益侵害结果之间的比例严重失衡。立足于行为人一方,其实施的只是轻微推搡、殴打等行为,行为本身难以认为具有造成刑法中伤害的危险性,遑论造成被害人死亡,却出现了被害人死亡的重大损害结果。在刑法上此类行为如何定性,理论和实践都存在争议。有的从行为无价值论立场否定该情形成立故意伤害罪;^②有的提出该情形下死亡结果的发生难以认为是行为危险的现实化,轻微暴力和死亡结果之间没有刑法上的因果关系;^③有的从预见可能性角度提出,行为人对被害人的特殊体质并无预见

可能性,应当否定结果归责。^④本文并不否认轻微暴力和死亡结果之间是否存在刑法上的因果关系以及行为人是否具有主观罪过对于此类行为定性的意义,但是,行为是犯罪成立的基础,无行为则无犯罪,无行为也无从谈起刑法因果关系。而且,行为人主观上对于死亡是否存在过失,也离不开对轻微暴力和死亡之间关联性这一客观事实的判断。所以,轻微暴力是否属于犯罪实行行为,即是否属于故意伤害罪或者过失致人死亡罪的实行行为,对于问题讨论具有更为基础的意义,这正是本文的研究视角和着力点。

厘清概念是研究问题的前提,需要说明的是,本文不使用“轻微暴力致人死亡”的表述。在现代汉语中,“致”即“致使”“招致”的意思。刑法条文中不乏该概念用语,比如刑法第263条规定的抢劫致人重伤、死亡,第257条规定的暴力干涉他人婚姻自由,致

使被害人死亡等。在刑法条文使用“致”“致使”的场合,往往肯定构成要件行为和构成要件结果之间的因果关系。但如本文所论证,轻微暴力引起被害人死亡的情况,通常情况下,轻微暴力并非故意伤害罪或者过失致人死亡罪的实行行为,在缺乏实行行为的场合,没有进一步讨论实行行为和法益侵害结果之间因果关系的基础和必要性。而且,在该场合,被害人的死亡也并非行为人的轻微暴力所导致,只是由轻微暴力引起或引发,难以肯定行为和死亡结果之间具有刑法上的因果关系。概念应尽可能与事物的本质和构造相一致,“轻微暴力致人死亡”的概念并不契合此类案件的构造和行为性质,本文改用“轻微暴力引起死亡”的概念。

二、轻微暴力引起死亡定性的司法考察

(一)类型划分与行为定性的实践梳理

轻微暴力引起被害人死亡案件的类型,理论上有不同的划分。^⑤首先,根据行为的构造以及被害人死亡的原因,此类案件可以分为两种类型,即轻微暴力诱发基础疾病引起被害人死亡和轻微暴力偶然引起正常体质被害人死亡两种情形。前者多表现为轻微暴力行为引起被害人原有的基础疾病如冠心病、高血压等发作而导致死亡;后者多表现为轻微暴力行为引起被害人磕碰或摔倒,继而引起死亡结果。其次,根据行为人对被害人特殊体质等情况是否有主观认识,可以分为明知型轻微暴力引起被害人死亡案件和非明知型轻微暴力引起被害人死亡案件,该两种情形中行为的刑法定性存在明显差异。在行为人明知被害人系特殊体质或者明知被害人是老人等特定群体的,行为完全可以依法成立故意伤害罪或者过失致人死亡罪。本文探讨的主要限于非明知型情形。实践中,对于此类行为定性,整体而言存在有罪(即故意伤害罪或者过失致人死亡罪)和无罪的不同做法。

1. 有罪的观点:故意伤害罪与过失致人死亡罪

本文选择中国裁判文书网^⑥为案例来源数据库,以2017年至2021年五年为检索区间,以“轻微暴力”作为关键词进行全文检索,认定为故意伤害罪或过失致人死亡罪的生效裁判文书共计55份,基本情况

如下。

第一,从两种类型案件的比重看,在55份判决书中,轻微暴力引起被害人原有基础疾病如冠心病、高血压等发作而导致死亡的,共有36份;轻微暴力引起正常体质被害人摔倒或者磕碰,进而引发死亡后果的,共有19份。两类案件在实践中都比较常见。

第二,在罪名认定上,办案机关主要存在三种观点,即过失致人死亡罪、故意伤害(致人死亡)罪和意外事件(无罪)。^⑦但从检索的案例看,办案机关的最终处理意见主要集中于故意伤害罪和过失致人死亡罪。其中,在轻微暴力引起特殊体质被害人死亡的36件案例中,认定为构成过失致人死亡罪的共有27件,占比75%;有9件认定构成故意伤害(致人死亡)罪,占比25%。而在被害人身体正常的19件案例中,认定行为人构成故意伤害(致人死亡)罪的有11件,约占比58%;认定为过失致人死亡罪和故意杀人罪的为8件,占比为42%。可见,被害人是否有基础疾病等特殊体质对于行为性质认定有一定影响,整体而言,在被害人有特殊体质的场合,人民法院更倾向于认定行为成立过失致人死亡罪。

为了更好地指导实践办案,《刑事审判参考》和《最高人民法院公报》也发布了多个轻微暴力引起被害人死亡的案例。

案例1:洪志宁故意伤害案。本案是《刑事审判参考》第389号指导案例,基本案情如下:被告人洪志宁女友刘海霞酒后故意将曾银好茶摊上的茶壶摔破,为此与曾银好女友方风萍发生争执。陈撻狮(男,48岁)上前劝阻,刘海霞遂与陈撻狮扭打起来。洪志宁赶到现场,挥拳连击陈撻狮的胸部和头部,陈撻狮被打后追撵洪志宁,追出二三步后倒地死亡。经鉴定,陈撻狮系在原有冠心病的基础上因吵架时情绪激动、胸部被打、剧烈运动及饮酒等多种因素影响,诱发冠心病发作,冠状动脉痉挛致心跳骤停而猝死。厦门市中级人民法院判决被告人洪志宁犯故意伤害罪,判处有期徒刑十年零六个月。二审福建省高级人民法院经审理认为,原判对洪志宁的量刑过重,撤销一审判决的量刑部分,在法定刑以下判处有期徒刑五年,并依法报送最高人民法院核准。最高

人民法院予以裁定核准。^⑧

案例2:杨逸章故意伤害案。该案系《最高人民法院公报》发布的案例。基本案情如下:被告人杨逸章发现田学山的编织袋内有其堂叔家的一张旧渔网,即持木棍殴打田学山,致田学山手臂、右肩等部位多处散在软组织挫伤。田学山受伤后经送医院抢救无效于次日8时死亡。经法医鉴定,被害人田学山生前患晚期门脉性肝硬化、巨脾症、冠心病等严重疾病,在遭受外伤等诱因的作用下引起与肝脏连结的腹膜撕裂出血休克死亡。一审龙海市人民法院认定杨逸章犯故意伤害罪,判处有期徒刑六年。一审法院依法报请最高人民法院核准,最高人民法院裁定核准一审法院的判决。^⑨

案例3:都某过失致人死亡案。本案是《刑事审判参考》第1079号指导案例。基本情况是:都某及其子都某乙在亲属家吃过晚饭后,都某准备驾驶轿车回家。其间,陈某(被害人,殁年48岁)驾车回家取物,其车辆堵住通道,双方遂发生口角,继而打斗,都某拳击、脚踹陈某头部、腹部,致其鼻腔出血。后陈某报警。双方在派出所大厅等候处理期间,陈某突然倒地,后经送医院抢救无效于当日死亡。经鉴定,陈某有高血压并冠状动脉粥样硬化性心脏病,因纠纷后情绪激动、头面部(鼻根部)受外力作用等导致机体应激反应,促发有病变的心脏骤停而死亡。一审法院以被告人都某犯过失致人死亡罪,判处都某有期徒刑三年。都某不服,认为自己行为无罪上诉。二审法院裁定驳回上诉,维持原判。^⑩

案例4:张润博过失致人死亡案。该案系《刑事审判参考》第1080号指导案例。2013年5月13日14时许,被告人张润博在十字路口因骑电动自行车险些与被害人甘永龙(男,殁年53岁)相撞,两人为此发生口角。甘永龙先动手击打张润博,张润博使用拳头还击,打到甘永龙面部致其倒地摔伤头部。甘永龙于同月27日在医院经抢救无效死亡。经鉴定,甘永龙系重度颅脑损伤死亡。一审法院以过失致人死亡罪判处被告人张润博有期徒刑六年。检察机关以一审法院定性错误,应认定为故意伤害罪为由提起抗诉。二审法院裁定驳回抗诉,维持原判。^⑪

2. 无罪的观点

实务中,轻微暴力引起被害人死亡の場合,以意外事件(无罪)处理的也不乏见。

案例5:杨聪颖诉杨国建生命权纠纷案。杨先进(杨聪颖之父)因琐事与杨国建发生口角,后双方互相推搡,杨先进倒地,经抢救无效死亡。《司法鉴定意见书》认为杨先进符合因重症冠心病致急性循环功能衰竭而死亡,其生前纠纷为死亡发生的诱因。公安局立案后作出《撤销案件决定书》。^⑫

案例6:吴小小诉谭必文生命权纠纷案。杨元香(吴小小之女)与谭必文系夫妻关系,因家庭生活琐事发生纠纷,谭必文打了杨元香背部两拳,致杨元香踩到火坑里仰面倒在火坑边的水泥地上。当晚谭必文给杨元香喝水后继续让杨元香休息。次日上午,谭必文发现枕巾上有呕吐物便扶起杨元香询问,杨元香没有回答,并问是否要吃东西,杨元香只是摇头,谭必文继续将杨元香放在床上休息。下午,谭必文发现杨元香已经死亡。杨元香死亡原因的鉴定意见为:“杨元香系因自身脑血管畸形、钙化并破裂造成颅内出血致呼吸、循环功能衰竭死亡,属病理性死亡;本次外伤及相伴发生的情绪激动、体力活动增强可作为颅内出血的诱发因素。”公安机关以谭必文过失致人死亡罪立案后撤销。^⑬

(二)小结

归纳实践做法,可以发现此类型案件的办理具有如下特点:第一,关于案件类型。理论上关于轻微暴力引起死亡的两种类型在实践中普遍存在。《刑事审判参考》刊载的指导案例和《最高人民法院公报》发布的案例也包含两种情形,洪志宁故意伤害案、杨逸章故意伤害案和都某过失致人死亡案,属于轻微暴力诱发基础疾病引起被害人死亡的情形;张润博过失致人死亡案属于轻微暴力引起正常体质被害人死亡的情形。此外,最高人民法院公布的指导案例和公报案例限于行为人对被害人具有特殊体质和基础疾病并不知情的情形。第二,关于行为定性。对于轻微暴力诱发基础疾病引起被害人死亡的定性,《刑事审判参考》刊载的指导案例的立场是有变化的。洪志宁案和杨逸章案中,人民法院将行为认定

为故意伤害(致人死亡)罪,考虑到罪责刑的适应,经最高人民法院核准,依据减轻处罚的规定在法定刑以下处罚。都某过失致人死亡案中,指导案例表明了行为成立过失致人死亡罪的立场。行为性质由故意伤害罪向过失致人死亡罪的转变,反映了指导案例对此类行为轻缓化处理的倾向。行为定性的改变直接带来了此类案件处理不再需要根据刑法第63条第2款的规定由最高人民法院核准减轻处罚。关于轻微暴力引起正常体质被害人死亡的案件,《刑事审判参考》第1080号指导案例肯定此类行为成立过失致人死亡,而非故意伤害罪,也同样显示出对此类行为轻缓化处理的立场。

三、轻微暴力引起死亡刑法定性的争议:问题点与评析

(一)关于故意伤害罪

不管是轻微暴力诱发基础疾病引起被害人死亡,还是轻微暴力偶然引起正常体质被害人死亡,办案机关之所以肯定行为成立故意伤害罪,都是认为此类案件中行为人客观上存在故意伤害行为,主观上有伤害的故意。洪志宁故意伤害案中,一审和二审法院都积极肯定被告人洪志宁主观上具有伤害故意,客观上实施了伤害行为。《刑事审判参考》在裁判理由部分对此分析道:“被告人洪志宁主观上应当认识到对被害人要害部位猛击的行为,可能会造成伤害被害人身体健康的后果,却连续击打。此时,被告人的伤害故意、伤害行为均已经成立。本案出现了被害人死亡的结果,因而符合故意伤害致人死亡的构成要件。”^⑩值得注意的是,对于此类案件中伤害行为和被害人死亡结果之间有无刑法因果关系,观点并不统一,这直接影响到行为人对死亡结果是否需要承担刑事责任。

第一,肯定伤害行为和死亡结果之间刑法因果关系的,往往会认为此类案件成立故意伤害罪的结果加重犯,行为人需要对被害人死亡承担刑事责任。比如在洪志宁故意伤害案中,二审福建省高级人民法院指出:“被告人对被害人胸部拳击数下的行为一般情况下不会产生被害人死亡的结果,但其拳击的危害行为,与被害人情绪激动、剧烈运动及饮酒

等多种因素介入‘诱发冠心病发作’导致了死亡结果的发生……被告人的行为与被害人死亡的结果具有刑法上的因果关系。”“虽然死亡后果超出其本人主观意愿,但这恰好符合故意伤害致人死亡的构成要件。”《刑事审判参考》在裁判理由中也指出:“被告人的伤害行为与被害人的死亡有一定的因果关系。如果被告人不对被害人进行击打,就可能不会诱发被害人冠心病发作,猝死的结果也就可能不会发生。”^⑪

第二,不积极肯定伤害行为和死亡结果之间刑法因果关系的,一般会认为此类案件成立故意伤害罪的基本犯,行为人不需要对被害人死亡承担刑事责任。^⑫在杨逸章故意伤害案中,最高人民法院刑事裁定书写道:“本院认为,被告人杨逸章用木棍殴打他人,并致人死亡的行为已构成故意伤害罪。但鉴于被害人死亡的主要原因是其生前患有严重疾病,杨逸章的伤害行为只是被害人死亡的诱因。杨逸章不对被害人的死亡结果负全部责任。”^⑬最高人民法院的裁定并没有对行为和结果之间是否存在刑法上因果关系直接表态,其中,“行为只是被害人死亡诱因”“不对被害人的死亡结果负全部责任”的概念表达,可以看出最高人民法院裁定对于此类案件中刑法因果关系整体上并非持积极肯定的立场。

犯罪是主客观要件的有机统一,不管是轻微暴力诱发基础疾病引起被害人死亡,还是轻微暴力引起正常体质被害人死亡,要认定行为成立故意伤害罪,客观上必须存在故意伤害罪的行为即实行行为,但在该问题上明显面临疑问。如后文所述,我国采取的是违法和犯罪区分的二元违法体系,轻微伤害行为由《治安管理处罚法》规制,具有一定严重性的伤害行为才由刑法调整。换句话说,在违法和犯罪区分的二元违法体系下,根据刑法规定,故意伤害罪中的“伤害行为”范围是有严格限制的,不同于日常意义上的伤害行为。拳击胸部、木棍殴打等轻微暴力只是属于一般殴打行为,并非刑法中的伤害行为,将其认定为故意伤害罪,混淆了一般殴打行为和刑法中伤害行为的界限,并不符合故意伤害罪的构成要件。

在因果关系方面,刑法中的因果关系指的是实

行行为和构成要件结果之间的因果关系,在缺乏实行行为的场合,没有肯定因果关系的基础和必要。既然轻微暴力难以认为属于刑法中的故意伤害行为,那么,肯定轻微暴力行为和结果之间的因果关系便难以认为是妥当的。在此类案件中,有的办案机关一方面积极肯定轻微暴力只是引起被害人死亡的偶然因素与诱因,被害人死亡的主要原因是患有基础疾病,另一方面又认为轻微暴力和被害人死亡之间存在刑法上的因果关系,存在明显的前后逻辑不能自洽的问题。实践中,法益侵害的发生常常系多种因素共同或者混合作用的结果,某因素是否和法益侵害结果存在刑法上的因果关系,需要考虑该因素的性质及其对法益侵害结果发生的原因力,还应注意事物性质应由事物主要方面决定这一重要方法论。而且,刑法作为法治国家最严厉的谴责机制,其性质决定了刑法中的因果关系具有“质”和“量”的要求,相对于民法中的因果关系,刑法中因果关系的认定要采取相对节制的立场,既然轻微暴力只是被害人死亡的诱因,被害人死亡的主要原因是其患有基础疾病,那么,肯定两者之间的因果关系,便难免存在拔高认定的问题。

综上,轻微暴力引起死亡的案件,认定行为成立故意伤害罪,明显面临有无实行行为和刑法因果关系的疑问。

(二)关于过失致人死亡罪

主张行为成立过失致人死亡罪的理由主要是:(1)客观上行为人实施的行为现实危险性较小,被害人的直接遭受打击部位未形成伤害后果,行为人的行为有别于用棍棒、刀具等足以导致被害人轻伤以上后果的故意伤害行为,属于轻微暴力行为,难以认为属于刑法中的故意伤害行为。(2)主观上行为人不具有造成被害人身体损伤的主观故意,但行为人应当对自己的行为可能会导致他人死亡后果的事实有所预见,却因疏忽大意没有预见,对于被害人因基础疾病发作或者倒地磕碰而死亡的后果,主观上具有过失。(3)该类因民事纠纷引发的使用拳打脚踢方式相互轻微殴打致人死亡的案件,类似于民间的“失手打死人”情形,以过失致人死亡罪定罪处罚,符合罪

责刑相适应的刑法基本原则,且符合公众的一般心理预期。^⑩

在都某过失致人死亡案中,二审法院指出:“被告人都某应当预见击打他人头部、腹部可能导致他人死亡的危害后果,因为疏忽大意而没有预见,仍拳击、脚踢被害人头部、腹部,以致发生被害人死亡的危害后果,行为和结果之间存在因果关系,其行为符合过失致人死亡罪的构成要件。”^⑪又如王某过失致人死亡案(案例7)中,因购买的西瓜质量问题双方发生纠纷,王某与被害人寇某徒手扭打造成寇某轻微伤。被害人寇某因外伤、争吵、情绪激动等因素诱发其所患冠状动脉发育不良伴粥样硬化斑块形成的心脏病急性发作,致急性心功能不全死亡。人民法院审理指出:“被告人王某虽不知被害人寇某患有心脏病,也预见不到寇某患有心脏病,但应当预见击打他人头部可能导致他人伤亡的危害结果而没有预见,在主观方面属于疏忽大意的过失。被告人王某与被害人寇某短暂互殴即造成被害人轻微伤,外伤系被害人死亡的诱因之一,被告人王某的行为与被害人的死亡结果之间具有刑法上的因果关系,其行为构成过失致人死亡罪。”^⑫

轻微暴力引起死亡的场合,轻微暴力行为要成立过失致人死亡罪,同样需要满足其构成要件,即主观上行为人对他人死亡必须具有过失,客观上必须存在致人死亡的行为,即犯罪的实行行为。如后文分析,轻微暴力引起被害人死亡的案件中,轻微暴力连成立刑法中的故意伤害行为都存在疑问,如何能将其认定为致人死亡的行为即过失致人死亡罪的实行行为呢?都某过失致人死亡案中,虽然人民法院肯定了行为和被害人死亡结果之间的因果关系,但是,其中所言的行为只是被告人实施的拳击、脚踢行为,这些行为只是属于一般殴打行为,系引起被害人死亡的行为,难以评价为导致被害人死亡的行为,即过失致人死亡罪的实行行为。从司法实践来看,办案机关普遍缺乏对此类案件是否存在过失致人死亡罪实行行为的必要论证和说明。与故意犯罪一样,实行行为同样是过失犯成立的客观基础,如果无法合理解决此类案件中的实行行为问题,那么,将其

认定为过失致人死亡罪就不可避免地面临疑问。此外,成立过失致人死亡罪,主观上行为人还必须具有过失,有的案件中,人民法院对于行为为何不构成故意伤害罪积极予以说明,但是对于行为为何构成过失致人死亡罪,往往语焉不详。^①比较常见的情形是,办案机关只是给出了行为人存在疏忽大意过失的结论,但缺乏必要的论证和分析。^②

(三)关于意外事件

相对于行为成立故意伤害罪或过失致人死亡罪,实践中办案机关最终将此类行为认定为意外事件的相对较少。认定行为成立意外事件的理由主要有:(1)客观上行为人的殴打行为未造成直接打击部位轻伤以上后果的损伤,之所以例外地发生死亡后果,被害人自身的特殊体质发挥了根本作用。(2)主观上行为人对于被害人的死亡后果不具有故意或者过失的心理态度。比如,谢某某过失致人死亡案(案例8)中,被告人谢某某和被害人陈某某因建房纠纷发生冲突,被害人陈某某突然晕倒在地后死亡。人民法院审理认为,行为人是否能够预见,是否存在过失,应以一般人在通常情况下的预见能力为标准。就本案而言,原审被告人谢某某与被害人陈某某因民间纠纷引发口角及肢体接触,在现场有人劝阻的情况下,能够对被害人造成的伤害是非常小的,对于一般人来说是不可能造成死亡结果的。根据司法鉴定,被害人陈某某患有冠状动脉粥样硬化症,因情绪激动及外伤等因素诱发被害人冠状动脉粥样硬化性心脏病突然发作致急性心力衰竭死亡。本案中,公诉机关没有提交证据证明原审被告人谢某某知道或应当知道被害人陈某某患有冠状动脉粥样硬化症,原审被告人谢某某不能预见其与被害人陈某某发生口角及肢体接触的行为可能会导致被害人死亡,故其主观上不存在过失。^③

在轻微暴力引起死亡的案件中,行为依法是成立故意伤害罪、过失致人死亡罪,还是属于意外事件,从表面上看,似乎主要是个主观罪过问题,实质上此类案件的定性与是否存在犯罪行为以及行为和结果之间是否有因果关联性密切相关。行为人对于被害人死亡究竟有无过失,当然要考察行为人的注

意义和认识能力,但行为人有无注意义务和认识能力,绝非只是行为人的个人主观事项,根本上还与行为和法益侵害结果之间的关联性及其程度密切相关。如果行为人没有实施构成要件行为,却发生了法益侵害结果,那么,自然难以肯定行为人主观上对结果具有犯罪过失并谴责行为人;即便存在构成要件行为,如果行为和法益侵害结果的关联性很低,那么,肯定行为人对法益侵害结果的发生主观上具有犯罪过失,既缺乏事实根据,也是过于严苛的。所以,轻微暴力引起被害人死亡是否属于意外事件,同样离不开对是否存在犯罪实行行为以及行为和死亡结果之间因果关联性的判断。

(四)小结

综上,轻微暴力引起被害人死亡的案件,将行为认定为故意伤害罪或过失致人死亡罪,都明显面临构成要件上的疑问,无论是《刑事审判参考》刊载的指导案例,还是《最高人民法院公报》发布的案例都没有对其中的核心争议点给出令人信服的分析说明。归纳起来,此类案件定性的核心争议点集中于如下方面:一是客观上此类案件中是否存在故意伤害罪和过失致人死亡罪的构成要件行为,即犯罪的实行行为;二是实行行为和被害人死亡结果之间有无刑法上的因果关系;三是在主观上,行为人对被害人死亡是故意还是过失,抑或无罪过,行为人主观上是否有罪过,如上分析,该问题与客观上是否存在犯罪实行行为以及因果关系有密切联系;四是轻微暴力诱发基础疾病引起被害人死亡和轻微暴力引起正常体质被害人死亡两种情形中,单就被害人的身体情况和死亡原因而言,确实存在差异,这种差异是否影响此类行为定性。以上四个方面问题并非孤立存在,其中,是否存在故意伤害罪或者过失致人死亡罪的实行行为,是行为定性的前提和基础,也是关键所在。下文从轻微暴力的行为构造即是否属于故意伤害罪或者过失致人死亡罪的实行行为这一关键问题展开。

四、实行行为的构造与轻微暴力的刑法性质

(一)实行行为的构造与判断

行为是犯罪的基础,无行为则无犯罪,这是近代

以来法治国家刑法的基本立场。由于各国法律传统不同,刑法中行为的类型、范围及其处罚立场不尽一致。在大陆法系和英美法系,刑法普遍以处罚既遂为原则,处罚未遂为例外,处罚预备为例外的例外。在数人共同犯罪的场合,刑法处罚教唆犯和帮助犯,只是教唆犯和帮助犯的成立具有从属性,以正犯的成立为必要。可见,为了充分保护法益,各国刑法处罚的对象都不限于实行行为,而是延伸至实行行为的周边,但实行行为在行为体系中具有基础、核心地位。在我国,实行行为和非实行行为都是刑法处罚的对象,但实行行为同样具有基础地位。根据我国刑法规定,非实行行为包括犯罪的组织行为、教唆行为、帮助行为以及犯罪预备行为。作为行为的具体形态之一,实行行为具备刑法中行为的一般特征,即有体性、有意性、有害性。^③但是,区别于刑法中的组织行为、教唆行为和帮助行为等非实行行为,实行行为具有以下重要特征。

第一,实行行为是我国刑法分则规定的行为,这是实行行为的法律特征。无论是刑法中的组织行为、教唆行为、帮助行为,还是犯罪预备行为,除刑法分则有特别规定外,都由刑法总则规定。^④与此不同,实行行为需要通过刑法分则构成要件的解释来确定其实质和内容,^⑤正是在这个意义上,实行行为被认为根本上是个刑法各论课题。

第二,实行行为是对法益的侵害具有“现实”“定型”危险性的行为。这是实行行为的实质特征。某一行为之所以会受到刑法规范的评价而被规定为犯罪,根本原因在于该行为侵害了法益或具有侵害法益的危险性。其中,组织行为是因为其对实行行为具有支配性而受到处罚,教唆行为是因为制造了犯罪人,创造了原不存在的法益风险而受到处罚;帮助行为和犯罪的预备行为之所以受到处罚,原因在于帮助行为使法益侵害的危险升高,而预备行为则蕴含着法益侵害的危险性,只是与犯罪的实行行为相比,法益侵害的危险性较低而已。可见,实行行为与非实行行为的区别并不在于法益侵害危险性的有无,而在于法益侵害危险性的程度和类型的不同。立法者之所以将某一行为规定为犯罪的实行行为,

根本原因在于该行为对法益的侵害具有现实的、定型性的危险,或者称之为行为危险的现实化。^⑥所谓对法益的侵害具有现实的、定型性的危险,具体包括如下三层含义。

一是,该场合下法益侵害的危险是现实存在的危险,不是虚构或者主观臆造的。比如,迷信犯的场合就不存在犯罪的实行行为。只是刑法在性质上属于社会规范,旨在维护社会秩序,评价、塑造和指引公民的行为,刑法作为社会规范的属性决定了危险是否现实存在,并不完全依据科学因果法则判断,也不会完全采取事后的判断,而是根据社会法则和有利于实现刑法的社会机能进行的规范性判断。换句话说,现实的危险并不完全等同于物理、科学意义上的客观的危险。

二是,从法益侵害的时间看,现实的危险意味着法益侵害的危险是紧迫的、逼近的,而不是遥远的。在有犯罪对象的场合,这种行为已直接指向犯罪对象,如果不出现行为人意志以外原因的阻碍或者行为人自动中止犯罪,这种行为将会继续下去,直到完成犯罪。在结果犯的场合,将会发生法益侵害的结果。

三是,该场合下的危险是“定型性”的危险。^⑦危险的“定型性”强调的是行为和法益侵害危险以及结果之间具有基本的关联性和对应性,而非不确定的。换句话说,行为人实施该行为通常会发生特定法益侵害的危险及其结果。比如,如果认为某种行为属于杀人行为,那么一般情况下,该行为具有致人死亡的危险性;如果认为某种行为系故意伤害行为,那么该行为通常具有致人死亡、重伤或者轻伤的危险性。在某种行为与特定法益侵害的危险和结果之间缺乏基本的对应关系和关联性,即没有定型性时,就不能将该行为拔高认定或评价为具体犯罪的实行行为。实行行为定型性特征不仅涉及实行行为的构造,更重要的是其关系到刑法适用的确定性。比如,行为人持枪瞄准被害人,行为明显显示出故意杀人行为及其危险的定型性,即使行为人辩解主观上不具有杀人故意,只是伤害故意,这种辩解一般难以被采信。又如,行为人持刀砍向被害人的情形,该行为

是属于杀人行为还是伤害行为,尚无法定型,需要结合行为人主观方面和客观法益侵害结果认定。轻微暴力引起死亡的行为定性主要涉及的是实行行为危险的现实性和定型性的有无及其判断问题。

事物都是特定时空下的存在,某种行为是否具有法益侵害的危险以及危险是否现实定型,不仅与危险本身有关,还与判断的时点以及判断标准有关,正因为如此,法益侵害危险以及实行行为有无的判断本质上是个规范判断问题。比如,行为人误将玩具枪作为真枪抢劫的案件中,立足于行为时根据行为人的认识,系持枪抢劫,但根据事后查明的事实,行为人使用的是玩具枪,并不具有持枪抢劫的法益侵害及其危险性,无法肯定持枪抢劫的事实。又如,行为人误将男性作为妇女实施强奸的场合,根据行为人的认识,其实施的是强奸行为,但事实上由于行为对象系男性不可能得逞。在刑法理论上,对于如何判断是否存在犯罪实行行为,有主观说、抽象危险说、具体危险说和客观说的对立。^②

主观说,也称为纯粹的主观说,认为犯罪实行行为的有无应站在行为之时完全根据行为人认识判断。主观说被普遍认为系主观主义刑法理论,在理论和实践中均被摒弃。抽象危险说,在德国又称“印象理论”,认为应以行为时行为人认识的事实为基础,根据社会一般人的见地判断有无犯罪实行行为。根据抽象危险说,上述持枪抢劫和强奸案中,都存在抢劫罪和强奸罪的实行行为。具体危险说强调,应以行为当时一般人认识的事实以及行为人特别认识的事实为基础,以行为时为立足点,从一般人的立场判断实行行为的有无。上述持枪抢劫和强奸案中,是否存在抢劫罪和强奸罪的实行行为,需要以行为当时一般人认识的事实以及行为人特别认识的事实具体分析。客观危险说内部存在具体意见分歧。纯客观说主张,对法益侵害的危险应进行客观的判断,与行为人的认识或者计划无关,法益侵害的危险不是从事前而应从事后判断。根据该说,上述持枪抢劫和强奸案中都不存在抢劫罪和强奸罪的实行行为。修正客观说意见各异,有的认为,应以行为时存在的一切客观事实为基础,以行为时作为判断

时间,判断法益侵害危险以及实行行为。^③

轻微暴力引起死亡的场合,一般情况下,行为人对于被害人特殊体质或者基础疾病并不知情,本文探讨的也只限于该情形,被害人表面上系健康正常的,所以,抽象危险说和具体危险说一般都会否定伤害行为和致人死亡行为的存在,客观说中有的观点会肯定伤害行为和致人死亡行为的存在。司法实践中的难点问题往往都是刑法理论的争点话题,刑法理论和实践中具体问题的争议,往往涉及刑法的法规范性质和基本原则的理解,轻微暴力引起死亡的案件也一样。究竟是站在行为时根据行为人的认识,还是站在事后根据客观事实判断行为危险的有无及其定型性,对该问题的回答涉及刑法的属性这一根本性问题。根据刑法目的和刑法规范的性质,立足于行为时,根据行为人的认识判断是否存在法益侵害危险以及实行行为,更为妥当。换句话说,立足于发挥刑法的预防机能和更为充分地保护法益,抽象危险说对于行为危险判断的观点更值得提倡。^④

首先,刑法的根本目的在于保护法益,为了周延保护法益,世界各国处罚的对象都不限于事实上或者客观上造成了法益侵害的行为,对于法益侵害具有危险性的行为都会受到处罚,正因为如此,刑法处罚未遂犯是世界各国的通例。刑法普遍处罚未遂犯这一事实,本身就说明刑法并没有采取纯粹的事后客观主义立场,否则一切未遂犯都将是不可罚。现实社会法益侵害的客观事实没有发生,情形是多种多样的,如果只是偶然因素所致,比如对象错误或者手段错误,行为人主观上的犯罪意图和客观上的行为明显表现出了法益侵害的危险性,立足于法益保护和法益侵害的预防,刑法对此若完全沉默,将难以符合现代刑法目的和任务。特别是为了充分保护法益,现代刑法越来越强调刑罚的积极一般预防功能,立足于行为时,根据行为人的认识判断是否存在法益侵害危险以及实行行为,即抽象危险说更接近、契合现代刑法的目的。^⑤

其次,法本质上系规范体系,无论民法,行政法抑或刑法都一样,只不过刑法规范体系是以刑罚为

主要内容的。从刑法规定看,刑法条文是以制裁规范表现的,即行为如果符合了刑法规定的要件,就面临刑罚制裁的后果。比如,根据刑法第232条规定,故意杀人的,处死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑;情节较轻的,处三年以上十年以下有期徒刑。该条文虽然是以制裁规范表现的,但却是以指示一定的行为样态正当或不正当为内容的行为规范为前提。刑法第232条对于故意杀人罪的规定,本身就显示着禁止杀人的行为规范。正因为如此,刑法被认为是制裁规范和行为规范共同构成的整体,^③制裁规范和行为规范并非对立关系。与制裁规范承载的确认前规范效力不同,行为规范与法益保护相关联,由于无法否定预防性法益保护这一事前判断性,相反,现代社会越来越重视预防性法益保护,所以,当存在对于法益的一般性的、抽象的危险,就有必要和能够肯定违反行为规范。^④立足于行为时,根据行为人的认识判断是否存在法益侵害危险以及实行行为,可以更好地发挥刑法作为行为规范对公民行为的规范、指引功能。

最后,刑法并非单纯的社会管理机制,而是一种社会谴责机制,某种行为是否应当作为犯罪处理,必须考虑刑罚谴责的必要性和正当性。行为人如果没有犯罪意思,那么对其施以刑罚既不人道,也无实际预防意义。但是,行为人具有明确的犯罪意图,比如行为人意图持枪抢劫,结果误将玩具枪作为真枪,又如行为人意图强奸,对被害人实施暴力、胁迫行为,结果误将男性作为被害妇女,在健全的国民观念中,对上述行为进行谴责的必要性和正当性,应当是不言而喻的。

(二)轻微暴力的刑法性质

立足于犯罪实行行为的构造、认定方法和轻微暴力的特点,对于轻微暴力的刑法性质,本文的认识如下。

第一,轻微暴力行为不具有故意伤害罪客观行为的定型性,依法不能认定为刑法中的故意伤害行为。如前所述,我国采取的是违法和犯罪相区分的二元违法体系,行为轻微违法的,属于行政违法,由《治安管理处罚法》等行政法调整;行为严重违法的,

才由刑法调整。正因为如此,我国刑法理论和司法实践都重视区分一般的殴打行为和故意伤害行为。故意伤害行为,指的是非法损害他人身体健康的行为,由于刑法中的伤害只限于轻伤、重伤和伤害致死,所以,刑法中的故意伤害行为应采取限制解释,并非指的是一切伤害他人身体健康的行为,而是指具有造成他人轻伤、重伤和伤害致死危险性的行为。也就是说,行为人一旦实施刑法中的故意伤害行为,那么被害人将面临轻伤、重伤或伤害致死的危险性,行为和法益侵害结果之间应具有一定的对应关系,此即前文所强调的实行行为的定型性或者行为危险的现实化。故意伤害(致人死亡)罪是故意伤害罪的结果加重犯,成立故意伤害(致人死亡)罪,不仅需要行为人客观上实施了刑法中的故意伤害行为,而且该故意伤害行为还应当具有致人死亡的危险性。当行为不是刑法中的故意伤害行为,因为欠缺本罪的实行行为,没有成立故意伤害罪的余地,更不用谈成立故意伤害(致人死亡)罪了。

在张润博过失致人死亡案中,《刑事审判参考》在裁判理由中对该问题有比较明确的阐述:构成故意伤害(致人死亡)罪的行为,应当在客观上具有高度的致害危险性。从法理上讲,故意伤害致人死亡是故意伤害罪的结果加重犯。结果加重犯是刑法规定的一种特殊犯罪类型,一般以行为人对加重结果的发生“有客观的预见可能性”而“主观上却没有预见”作为构成要件。既然加重结果发生有着“客观的预见可能性”,则意味着基本行为应当具有引发严重伤害甚至可能导致死亡结果发生的高度危险性。从立法上看,刑法对故意伤害致死行为规定了“有期徒刑十年以上、无期徒刑或者死刑”这样严厉的法定刑,其处罚的对象也理应是在客观上具有高度危险性的暴力行为,而不可能是轻微的暴力行为。^⑤该分析注意到了实行行为的定型性特征,是很有道理的。遗憾的是,本案的裁判并没有严格贯彻该理论和逻辑。轻微暴力引起被害人死亡の場合,轻微暴力本身连致被害人轻伤的危險性都没有,客观上这些行为大都只是造成了被害人轻微伤,自然谈不上存在致人重伤或者死亡的危險性。在法律性质上,轻微

暴力属于一般的殴打行为,并非刑法中的故意伤害行为,即故意伤害罪的实行行为。在此类案件欠缺故意伤害罪的实行行为的情况下,当然难以肯定行为成立故意伤害罪。

第二,轻微暴力引起死亡の場合,欠缺过失致人死亡罪的实行行为,依法不能认定为过失致人死亡罪。过失犯属于开放构成要件形态,行为人是否存在过失和是否存在实行行为需要刑法适用者的补充。从刑法条文的规定看,有的过失犯,立法者在设置构成要件时明确规定了犯罪的实行行为,比如交通肇事罪;但有些过失犯,立法者在设定构成要件时没有规定犯罪的实行行为,比如过失致人死亡罪。在后者场合中,因为立法没有规定犯罪的实行行为,只是规定了主观上的过失和构成要件结果,这很容易导致司法者在犯罪认定中忽视对此类犯罪实行行为的判断。一旦不重视过失犯中实行行为的判断,那么,过失致人死亡罪很容易蜕变为“过失引起死亡罪”。只要行为引起了被害人死亡或者行为与死亡有关联性,行为人主观上对此有过失,就将成立本罪,过失致人死亡罪的处罚范围将不当扩大,甚至沦为兜底条款。

根据刑法规定,成立过失致人死亡罪,客观上必须要求存在本罪的实行行为以及该实行行为导致了被害人死亡结果的发生;主观上行为人对实行行为导致被害人死亡具有的是过失的心理态度。在轻微暴力引起被害人死亡的案件中,如前分析,不存在故意伤害(致人死亡)罪的实行行为,也更不可能存在故意杀人罪的实行行为,那么是否存在过失致人死亡罪的实行行为呢?对于这一问题的解答,首先要考虑的是过失犯是否存在独立于故意犯的实行行为。对此,一种观点认为,过失犯可以分为纯正的过失犯与不纯正的过失犯,前者是指只能由过失构成的过失犯,而后者是指既可以由故意构成又可以由过失构成的过失犯,不纯正的过失犯与故意犯共用一个构成要件,因而其实行行为也是共同的。换言之,对于不纯正的过失犯,不存在独立的实行行为;对于纯正的过失犯,存在独立的实行行为。^⑤以此观点,在轻微暴力引起死亡的案件中,如上文分析,由于不存

在故意伤害(致人死亡)罪或故意杀人罪的实行行为,因而也就不存在与之相对应的过失致人死亡罪的实行行为。另外一种观点指出,过失犯的实行行为具有一定的独立性,有必要独立判断,过失犯的实行行为核心表现为对客观注意义务的违反,客观注意义务是对社会一般公众的“基准性行为要求”,以社会的“一般理性人标准”加以判断。^⑥在轻微暴力引起伤亡案件中,在一般理性人看来,其只是一种轻微的推搡、殴打行为,这符合对社会一般公众的“基准性行为要求”,因而行为人也就不可能具有法益侵害危险的预见可能性或法益侵害结果之回避可能性,自然也就不可能违背客观注意义务。所以在轻微暴力引起死亡的案件中,也就不存在过失致人死亡罪的实行行为。而且,此类案件中,证据显示得很清晰,轻微暴力只是死亡的诱因,此类案件的基本构造是:轻微暴力引起了被害人死亡,并非“致”被害人死亡。

综上,轻微暴力引起被害人死亡的案件中,不可否认轻微暴力行为系侵权违法行为,但其既不具有故意伤害罪客观行为的定型性,也不具有过失致人死亡罪实行行为的定型性,将此类行为认定为故意伤害罪或者过失致人死亡罪,在解释论上都无法成立。换句话说,轻微暴力引起被害人死亡案件中,并不具有成立故意伤害罪和过失致人死亡罪的客观行为基础。

(三)还有必要说明的几个问题

轻微暴力既不属于故意伤害罪的实行行为,也不是过失致人死亡罪的实行行为,在欠缺实行行为的场合,自然没有进一步讨论因果关系和罪过的必要,但是,考虑到刑法理论和实务对此类案件因果关系和主观罪过问题的关注,为了使问题的讨论更全面清晰,下面对此类案件刑法定性中的因果关系和过失等问题作简要论述。

1. 关于因果关系。轻微暴力引起被害人死亡的案件中轻微暴力行为和死亡结果之间是否存在刑法中的因果关系,国外刑法对此也有争议。比如,日本刑法理论界基于相当因果关系理论,对特殊体质情况下的因果关系大多持否定的态度。但在判例中,对特殊体质情况下的因果关系却以条件说为主,肯

定因果关系的存在,“行为人对患有某种疾病的被害人实施了暴力,被害人因而死亡的情形,判例均承认行为与死亡结果之间的因果关系。”^⑧我国刑法理论界对此意见存在明显分歧。持肯定意见的学者钱叶六教授写道,特殊体质或者隐性病变不属于介入因素,应将之纳入因果关系判断的客观素材之中,同时考虑到具有特殊体质的人与正常健康人不同,即使是轻微的暴力,也具有导致其疾病发作而死亡的危险性,而当该种危险在结果中成为现实的时候,就应当肯定轻微暴力行为和被害人死亡结果之间的因果关系。^⑨持否定意见的学者指出,在极为轻微的侵害行为引起严重后果的场合,因为不存在所谓的行为危险,所以很难说现实结果是行为危险的现实化,因此应当否认轻微危害行为与严重后果之间的因果关系。^⑩轻微暴力引起被害人死亡的案件中,不仅涉及行为的刑法定性,还涉及侵权行为的民事责任。本文不否认轻微暴力属于民法上的侵权行为以及该行为和被害人死亡之间存在民法上的因果关系,但是,刑法作为最严厉的制裁措施的性质决定了刑法因果关系有其自身特点,即相对于民法中的因果关系,刑法中因果关系的范围要狭窄。一方面,在质上,刑法中的因果关系只限于实行行为和构成要件结果之间的关系,没有实行行为,无从谈起因果关系,刑法中的因果关系的判断重视对是否存在犯罪的实行行为这一前提基础问题的认定;另一方面,在量上,刑法中的因果关系也有程度的要求,对于实行行为和结果之间只是存在微弱关联性的场合,要谨慎地肯定刑法中的因果关系。轻微暴力既不属于故意伤害罪的实行行为,也不存在过失致人死亡罪的实行行为,所以,此类案件定性,并非主要是个刑法因果关系的课题。更何况,此类案件中,轻微暴力一般只是死亡的诱因,在量的方面也无法肯定刑法中的因果关系。^⑪

2. 关于过失。过失本质上是行为人违反了注意义务,与因果关系的认定需要注意部门法差异一样,过失在不同部门法中的含义和认定方法也存在一定的差异性。比如在行为人驾车导致被害人死亡的场合,交警通常会根据《道路交通安全法》第22条的规定,以

行为人没有文明驾驶从而认定其具有过失。但是,在刑法上,如果行为人不存在具体违反交通管理运输法规的行为(如超速、闯红灯),那么就不能轻易地以没有尽到文明驾驶的义务为由认定行为人主观上存在过失。所以,尽管刑法理论对于过失也存在轻过失和重过失的分类,^⑫但较之民法中过失的判断,刑法中过失的判断要严格得多。比如,行为人是否存在刑法上的过失,需要具体认定,不能采取过于笼统抽象的判断。又如,成立刑法中的过失还需要量或者程度的要求。行为人主观上有无过失,表面上看是个主观问题,系对行为人主观罪过的判断,但主观认识是客观事物在人的意识中的反映,对主观罪过的判断不可能脱离客观事实。轻微暴力引起被害人死亡的案件中,行为人主观上有无犯罪过失,同样离不开是否存在犯罪实行行为以及行为和死亡结果之间关联性及其程度的判断。此类案件中,行为人并不明知被害人系特殊体质,在行为人眼中,被害人系健康正常的人,轻微暴力和被害人死亡之间的因果关联性难以被肯定,在这种情况下,自然难以认定行为人主观上具有刑法中的过失。过失犯的构成要件属于开放构成要件,开放构成要件判断具有相对的不确定性和不明确性,这就为过失的扩张认定提供了便利,实践中常见的情形是,当发生被害人死亡的场合,无法肯定行为人主观上具有故意,很可能会理所当然地肯定行为人主观上具有过失进而认定行为成立过失致人死亡罪,这很容易导致过失致人死亡罪过度扩张,滑向兜底条款。

3. 两种情形的定性有无必要区分。如文首实证数据显示,在轻微暴力引起被害人死亡的两种情形中,整体而言行为定性存在一定差异。行为人有特殊体质的,办案机关以过失致人死亡罪处理为多;没有特殊体质的,以故意伤害罪处理更为常见。犯罪指的是刑法规定的具有严重法益侵害及其危险性的行为,所以,犯罪认定必须坚持行为和被害(法益侵害)的有机统一。但在现实社会中,事物并非总是统一性的存在,轻微暴力引起被害人死亡就是行为和法益侵害结果两者明显失去比例、不协调、不统一的适例。本文并不否认两种情形的构造存在的差异

性。但既然现代刑法对于法益的保护是立足于行为刑法的体系展开的,在行为刑法体系中,是否存在犯罪实行行为以及实行行为是否具有法益侵害危险性是犯罪判断的基础,在轻微暴力引起被害人死亡的前述两种情形中,行为的性质以及法益侵害的危险性并无明显不同,所以,本文的论证和结论应统一适用于该类案件的两种情形。

五、进一步的思考:关于此类行为处理的思考和建议

以上从刑法教义学的角度阐述了轻微暴力引起被害人死亡的定性,严格按照刑法理论和逻辑,轻微暴力引起被害人死亡的场合,行为既不成立故意伤害罪,也不构成过失致人死亡罪,将此类行为认定为意外事件,更符合行为的构造和性质。但众所周知,刑法是现实社会的产物,刑法的适用离不开理论和逻辑,但也不可能在纯粹的理论和逻辑中运行。实践中办案机关对行为性质的认定在立足于刑法规定的同时,还要综合考虑刑事政策、被害人诉求、社会效果以及办案传统。轻微暴力引起被害人死亡案件属于传统侵犯公民人身权利的犯罪类型,行为的定性与刑事政策和案件处理的政治效果关系不大,办案机关更多关注的是法益侵害事实、被害人诉求、办案传统和普通社会民众的法感情。一方面,我国有“死者为大”的社会文化情感,即便行为人只是实施了轻微暴力,但是面对被害人的死亡如此严重的法益侵害结果,社会民众心理很容易滋生刑罚处罚的诉求;另一方面,面对被害人的死亡,家属往往具有强烈的处罚诉求,特别是在其赔偿无法得到满足时,其诉求往往会对办案机关和人员造成一定压力。加之我国有重刑主义的法文化和思维传统,在明显发生严重法益侵害的情况下,保持刑法的克制将轻微暴力引起被害人死亡的案件认定为意外事件,是有相当难度的。为了妥善处理案件,办案机关一般会在积极动员行为人对被害人赔偿补偿的情况下,对于行为的定性采取一定退让或者妥协。具体来说,办案机关一般既不会采取明显对被告人不利的做法,将行为认定为故意伤害(致人死亡)罪,也很难严格地按照刑法理论的逻辑将行为认定为意外事件

(无罪),而是采取折中立场将行为认定为过失致人死亡罪。亦如《刑事审判参考》第1080号指导案例张润博过失致人死亡案的“裁判理由”所言,对轻微暴力引起被害人死亡行为以过失致人死亡罪定罪处罚,有助于贯彻罪刑相当原则,更符合公众的一般判断,容易为社会民众接受。^⑧但是,刑法适用事关罪与非罪的界限,应尽可能符合行为性质,保持节制,确保刑法适用的公正。对于此类行为的处理,本文建议是:办案机关应重视行为人与被害方的沟通协商,行为人为积极赔偿并取得被害方谅解的,尽量避免将行为入罪。

注释:

①轻微暴力引起重伤也存在同样的问题。出于行文便利,本文的探讨只限于轻微暴力引起被害人死亡的情形。当然,本文的分析思路、方法和结论同样适用于轻微暴力引起被害人重伤的情形。

②参见陈兴良、周光权:《刑法学的现代展开》,中国人民大学出版社2015年版,第534页。

③参见黎宏:《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116页。

④参见蒋太珂:《被害人特殊体质司法现状的刑法理论分析》,载《法学杂志》2016年第1期,第138-139页。

⑤参见黄祥青:《轻微暴力致人死亡案件定性研究》,载《法律适用》2016年第3期,第66-68页。

⑥参见中国裁判文书网, <https://wenshu.court.gov.cn/>, 2023年8月17日访问。

⑦参见中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办:《刑事审判参考》(总第49集),法律出版社2006年版,第28-29页;中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办:《刑事审判参考》(总第103集),法律出版社2016年版,第44-45页。

⑧参见中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办:《刑事审判参考》(总第49集),法律出版社2006年版,第26-31页。

⑨参见最高人民法院办公厅主编:《中华人民共和国最高人民法院公报》(2007年卷),人民法院出版社2008年版,第251-252页。

⑩参见中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办:《刑事审判参考》(总第103集),法律出版社

2016年版,第43-48页。

⑪同上注,第48-54页。

⑫参见湖北省武汉市中级人民法院(2020)鄂01民终8008号民事判决书。

⑬参见贵州省岑巩县人民法院(2017)黔2626民初436号民事判决书,贵州省黔东南苗族侗族自治州中级人民法院(2017)黔26民终2258号民事判决书。

⑭参见中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办:《刑事审判参考》(总第49集),法律出版社2006年版,第29页。

⑮同上注,第27-30页。

⑯实践中,有的基于此类案件中行为和死亡结果之间不存在刑法上的因果关系,认为属于意外事件。

⑰最高人民法院(2006)刑复字第121号刑事裁定书。

⑱参见吉林省榆树市中级人民法院(2020)吉0182刑初53号刑事判决书,吉林省长春市宽城区人民法院(2019)吉0103刑初344号刑事判决书等。

⑲中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办:《刑事审判参考》(总第103集),法律出版社2016年版,第44页。

⑳福建省厦门市海沧区人民法院(2017)闽0205刑初315号刑事附带民事判决书。

㉑参见福建省厦门市海沧区人民法院(2017)闽0205刑初315号刑事附带民事判决书。

㉒具体内容可以参见湖南省娄底市中级人民法院(2019)湘13刑终161号刑事判决书,辽宁省鞍山市铁西区人民法院(2023)辽0303刑初53号之三刑事判决书等。

㉓参见广东省梅州市中级人民法院(2016)粤14刑终216号刑事裁定书。

㉔参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社·高等教育出版社2022年版,第60-61页。

㉕基于犯罪行为复杂性和多种原因的考虑,立法将有些本质上属于犯罪的非实行行为也规定在刑法分则中,此即为非实行行为的正犯化,比如组织、领导、参加黑社会性质组织罪、帮助信息网络犯罪活动罪、教唆他人吸毒罪等。

㉖参见[日]西原春夫:《犯罪实行行为论》,戴波、江瀚译,北京大学出版社2006年版,第13页。

㉗参见黎宏:《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116页。

㉘需要说明的是,近些年为了强化刑法参与社会治理,特别是基于对犯罪打击便利的考量,刑法处罚范围出现了扩张

的趋势,组织行为、预备行为等非实行行为的实行行为化就是表现之一,如恐怖主义犯罪立法。这在一定程度上动摇了实行行为的定型性特征,但定型性作为实行行为的主要特征并没有根本改变。

㉙在大陆法系的刑法理论上,实行行为的判断与未遂犯和不能犯的区分是个一体两面的问题,该问题大都在未遂犯和不能犯的区分部分论述。

㉚参见张明楷:《刑法学》(上),法律出版社2021年版,第455-461页。

㉛笔者曾经提倡以事后查明的客观事实放在行为时判断有无实行行为,这种观点有助于限制刑罚范围,但并不利于刑法预防功能的发挥和法益的充分保护,现在看来有必要修正。参见何荣功:《实行行为研究》,武汉大学出版社2007年版,第63-67页。

㉜参见黄荣坚:《基础刑法学》(下),元照出版有限公司2006年版,第502页。

㉝参见[日]高桥则夫:《规范论和刑法解释论》,戴波、李世阳译,中国人民大学出版社2011年版,第3页。

㉞参见[日]高桥则夫:《刑法总论》,李世阳译,中国政法大学出版社2020年版,第10页。

㉟参见最高人民法院刑事审判庭第一、二、三、四、五庭主办:《刑事审判参考》(总第103集),法律出版社2016年版,第52页。

㊱参见陈兴良:《纯正的过失犯与不纯正的过失犯:立法比较与学理探究》,载《法学家》2015年第6期,第107-110页。

㊲参见杜宇、毕海燕:《论过失犯实行行为的识别》,载《清华法学》2023年第1期,第121-127页。

㊳[日]西田典之:《日本刑法总论》,刘明祥、王昭武译,中国人民大学出版社2007年版,第82页。

㊴参见钱叶六:《刑法因果关系理论的重要发展与立场选择》,载《中国刑事法杂志》2022年第4期,第111页。

㊵参见黎宏:《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116页。

㊶钱叶六教授之所以肯定该情形中存在刑法因果关系,与其对实行行为的界定有关。钱教授实际上将被害人特殊体质纳入实行行为的判断中,这种观点为本文所不取。

㊷参见林亚刚:《犯罪过失研究》,武汉大学出版社2000年版,第239-243页。

㊸参见最高人民法院刑事审判庭第一、二、三、四、五庭主办:《刑事审判参考》(总第103集),法律出版社2016年版,第52-53页。