

# 司法上不承认超越法教义学的“道德审判”

——对“江歌案”相关观点的讨论

王静<sup>1</sup> 舒国滢<sup>2</sup>

**【内容摘要】** “江歌案”一审判决后，桑本谦教授认为，“江歌案”中的刘鑫(刘暖曦)不存在法律上的过错，但引入“过错冗余”“有难同当”的概念可将一审判决合理化。这在理论上值得赞赏，但从道义层面为司法寻求判决理由的观点有待商榷。二审判决虽以“安全保障义务”为基础寻找裁判依据，但在“安全保障关系”“安全保障义务主体”“直接过错”认定方面存在不足。判定刘鑫在法律上存在过错的另一种思路是刘鑫应承担《侵权责任法》第28条规定的“第三人侵权责任”，其教义学原理在于“双重风险损害原则”。刘鑫虽非直接侵权人，但其行为是他人陷入不可预测之风险境地的肇因，且因过错增加了这种风险的发生几率，应对他人的损害承担责任。司法裁判并不反对道德判断，反对的是绕开法条及对法条进行超越法教义学分析的道德审判。

**【关键词】** 第三人侵权责任 双重风险损害原则 过错 道德审判

**【作者】** 1 王静，南京晓庄学院讲师，中国政法大学博士后、访问学者。(南京 211171)

2 舒国滢(通讯作者)，2011计划司法文明协同创新中心成员，中国政法大学钱端升A层次讲座教授。(北京 100091)

**【基金项目】** 2020年度北京市社会科学重大项目“数据科技时代法学基本范畴的体系重构”(20ZDA02)

“江歌案”发生以来，引起实务界与理论界广泛关注，争论焦点是刘鑫是否存在法律意义上的过错。2022年12月，山东省青岛市中级人民法院作出的江秋莲与刘鑫生命权纠纷案二审判决，维持了一审判决的理由与结论，认定刘鑫没有对江歌履行安全保障义务，存在过错，应当承担侵权责任。在二审判决作出之前，桑本谦教授曾撰文(以下简称“桑文”)指出：“仅从法律规范出发，一审法院认定刘鑫存在过错并无直接依据，要求被告赔偿在法律上也缺乏说服力。传统的法学概



念体系很难精准表达一审判决隐含的精妙法律逻辑。”但从道义层面,引入“过错冗余”“有难同当”两个概念可以帮助法院判决刘鑫承担侵权责任。<sup>①</sup>本文赞赏桑本谦教授引入两个颇有新意的概念来支撑法官的道德直觉,继而为刘鑫承担适度赔偿责任寻找合理依据的尝试,但不赞同其“从现行法律框架内可以得出刘鑫的所作所为没有明显过错”“要求刘鑫赔偿在法律上缺乏说服力”的观点。

本文提出的裁判思路是有别于二审判决的学理讨论,该思路可以通过现行的法律规范判定刘鑫存在过错,使得二审结果(刘鑫应当承担侵权赔偿责任)更具说服力。因为,二审判决理由(被告没有尽到安全保障义务)的缺点在于,在判定刘鑫有过错时存在过度解释,无法很好地克服道德审判的问题。更合适作为刘鑫承担侵权责任的规范基础是《侵权责任法》第28条,即“第三人侵权责任”(《侵权责任法》的相关条款已被《民法典》吸收,但“江歌案”立案时《民法典》尚未正式实施,法院判决亦按照原《民法总则》《侵权责任法》等进行判决,故本文行文中仍引用“江歌案”判决所依据的法律规范),及其与本案事实结合后产生的教义学原理“双重风险损害原则”。按照通说,第三人承担侵权责任的前提是第三人有过错,而刘鑫在作为江歌死亡的风险肇因这一点上虽然没有过错,但其后续的行为增加了江歌死亡的风险,违反了民法上的“诚实信用原则”,侵害了宪法、民法上的人格权利利益(详见第三部分)。因此,让刘鑫承担侵权责任于法有据。

本文围绕刘鑫是否在法律上存在过错这条主线展开,认为桑文绕开法条直接寻求道德理论以支持判定刘鑫有过错的路径并不周密,同时指出二审判决理由在判定刘鑫有过错时存在过度解释,进而提出一种通过法条判定刘鑫存在过错的思路。“江歌案”判决不是道德审判,通过现行法律规范完全可以认定刘鑫需要对江歌承担侵权责任。在该案判决中,道德说理是必要的,但仅凭道德说理无法作为司法裁判的依据。

## “道德审判”及其论证

桑文认为,刘鑫在法律上没有过错,“江歌案”是“道德审判”,运用的理论工具是“过错冗余”“有难同当”。桑文的观点与法院的判决理由对立,二审维持了一审判决结果,采用“安全保障义务”让刘鑫在法律范围内承担侵权责任。但是“安全保障义务”适用的前提是侵权人存在过错,而在法律范围内能否判定刘鑫存在过错,正是桑本谦教授认为法院判决存疑之处。桑文认为,自始至终刘鑫的所作所为看不出明显过错,或者说在法律上没有过错,并提出一审法院判定刘鑫有过错是一种“道德直觉”。桑文从案发之前与案发时刻两个时间段论述刘鑫不存在过错,认为刘鑫关门没有错,因为即便她知道陈世峰要杀江歌,她阻止也没有意义,开门只会徒增伤亡,我们必须正视一个弱女子面对一个持刀男子的防御能力。刘鑫的辩护律师也称:“江歌遇害系陈世峰的行为造成,刘鑫没有过错,不应承担侵权责任。”因此,从法律上看,并不能要求刘鑫承担侵权责任。从表面上,桑文提出的是一种心理学利己主义的辩护,也即作出对人性的判断(人都是自利的,以自保为要务)。要上升为对错层面的判断,还必须由心理学利己主义进入到伦理学利己主义:每个人都应该排他地追求自己的利益,我们唯一的责任是做对自己最有利的事,其他人仅仅在他们对我们的情况下才重要。<sup>②</sup>伦理学利己主义存在各种各样的问题,这里不拟详细展开。其中一个大问题在于,如果我的需要(如生命)应当得到满足,那么别人的需要就同样应得到满足。这种认识(我和别人是一样的)正是我们的道德必须承认他人需求的最深层原因,并且是伦理学

① 桑本谦:《“过错冗余”与“有难同当”——以“江歌案”一审判决为例》,《探索与争鸣》2022年第4期。非经特别说明,下文桑本谦观点均引自此文。

② 詹姆斯·雷切尔斯、斯图尔特·雷切尔斯:《道德的理由》(第7版),杨宗元译,北京:中国人民大学出版社,2014年,第66页。

① 詹姆斯·雷切尔斯、斯图尔特·雷切尔斯：《道德的理由》（第7版），第81页。

利己主义作为道德理论失败的终极原因。<sup>①</sup>至于刘鑫与江母产生争议，通过网络方式发表刺激性言语，导致双方关系恶化，引发广泛的社会关注等，这些事实与本案中刘鑫的过错认定没有关联，法院将其写进判决书有些欠妥。因为严格说来，这是另一起案件。

桑文还提出，“该案的一审判决在法律的边缘地带创造了另一种高维度的正确”，似乎裁判的结果是“依照的法官的利弊权衡和道德直觉”。法律解决不了“江歌案”，“江歌案”是道德强制法律审判的结果，因此其提出“过错冗余”“有难同当”两个概念，来帮助法律“判决”刘鑫有过错。“过错冗余”指的是，在特定条件下法院可以适度提高或降低认定过错的标准，以保留一定的冗余；“有难同当”是一种原始的保险制度，它可以被视为现代商业保险的一种古老替代。桑文试图论证，强大的道德直觉具有补充、矫正、甚至对抗法律的潜质。其中，“过错冗余”可为法律惩戒错误增加缓冲区，与类推定罪和扩张解释具有异曲同工的作用。桑文认为，仅仅通过法条的显白意思不足以判定刘鑫具有过错，无法满足侵权法中承担侵权责任的要件，法院应该适度降低认定刘鑫过错的标准，因此需要一个“冗余”的弹性空间，适当放宽侵权责任中过错认定的标准，使得刘鑫的行为能被囊括其中，符合安全保障义务中侵权人过错的标准。桑文提出的法院判令刘鑫承担约40%的赔偿责任无法可依，且相当于减轻了陈世峰的赔偿压力。

桑文认为，法院应该处理的不是生命权侵权责任的问题，而是陈世峰也许没有经济实力赔偿，抑或陈世峰出狱后有能力赔偿，但是迟到多年的赔偿外加金钱的贬值已无意义。因此，法院应该处理的是陈世峰不能赔偿的问题。江歌不是见义勇为，刘鑫也不是江歌行为的获益者，让刘鑫赔偿于法无据。要想让刘鑫赔偿应该建立一种法律上的保险制度——“有难同当”。桑文还列举了“夸富宴”的例子，认为“有难同当”是受传统文化影响的几人合伙中的共识，当其中一个人因从事集体活动受损伤或者遇难，其他人就有责任对其或者其家属进行补偿。在人类漫长的演化中，“有难同当”早就成为人们的道德直觉，而江歌与刘鑫同时面对被杀的危险，两人陷入同一种风险，已经构成“有难同当”。刘鑫作为获益一方就要对江母进行补偿。公众认为刘鑫需要对江母进行赔偿也是受强道德直觉的指引，而并不是因为刘鑫有过错。因此，桑文认为“江歌案”的一审就是法官依照道德直觉进行的审判，即“道德审判”。

本文认为，桑文误解了司法裁判中的道德判断和道德审判。当他试图运用一套独创的道德理论来为法官的道德直觉作理性化论证时，具有重要的现实价值；但当他试图绕开现有的法律规定，认为法律无法解决刘鑫的侵权责任问题时，这种观点有待商榷。我们认为，通过“双重风险损害原则”（第三部分），可以直接判定刘鑫具有法律规定范围内的过错，无需“冗余”的空间。因此，“过错冗余”本身可能就是一个“冗余”的概念。至于“有难同当”，桑文把刘鑫和江歌视为一个整体，或者说利益共同体，进而产生“有难同当”的利益分配或者补偿，但是在法律范围内，刘鑫与江歌并不是一个利益共同体，反而是刘鑫和陈世峰共同构成了对江歌生命权的侵害。在事实与法律上，刘鑫与江歌是侵权人与被侵权人的关系。在桑文中，法律与道德陷入了非此即彼的困境之中。事实上，在司法裁判活动中，法律与道德并不对立，法律也不反对道德判断，但是不能用道德判断取代法律。因为司法裁判不可能仅仅依靠道德。与道德论证的不同之处在于，司法裁判和法律论证具有非常浓厚的权威论证色彩。“依据×法第××条，判决如下……”并不是判决书可有可无的赘言，而是其必要的组成部分。司法裁判当然可以同时运用道德判断，但它所起到的仅仅是辅助功能。“析理”只能辅助“辨法”，而无法取代它，就像社会效果只能附加在法律效果之上。所以，尝试单纯引入一套法外知识来解决法律责任问题的做法，并不妥善。



## 安全保障义务及其缺陷

“江歌案”二审判决认定，刘鑫作为侵害风险的引入者和被救助者，未履行注意、救助、安全保障义务，对江歌遇害存在明显过错，其过错行为与江歌死亡后果之间存在法律上的因果关系，刘鑫应当承担侵权损害赔偿责任。二审中原被告争论的焦点问题为：事发前刘鑫是否阻止了江歌报警？刘鑫是否预知危险却并未告知江歌，并于2016年11月2日晚要求江歌陪同返回公寓？刘鑫是否反锁房门，阻断了江歌的逃生出路？刘鑫对案发时江歌受伤害是否知情？江歌是否谎称怀孕向陈世峰索要10万日元？陈世峰蓄谋行凶对象是否为江歌？法院认定的事实为：刘鑫作为江歌的好友和被救助者，对于由其引入的侵害危险，在刘鑫对侵害危险具有更清晰的认知，已经认识到自身安全受到严重威胁的前提下，并没有尽到善意提醒和充分告知义务，却阻止江歌报警，在面临陈世峰不法侵害的紧迫危险之时，为求自保而置他人的生命安全于不顾，将江歌阻挡在自家门外而致其被杀害。<sup>①</sup>陈世峰在日本国刑事诉讼中被索要堕胎费的陈述，无其他证据予以印证，而且在案无证据证明陈世峰行凶对象为江歌。二审中，刘鑫提供的证据不能证明该主张，法院不予认定。一审判决认定陈世峰蓄谋的行凶对象为刘鑫正确。<sup>②</sup>二审判决依据的条款是《侵权责任法》第6条，即行为人因过错侵害他人民事权益，应当承担侵权责任。法院判决有两层要旨：（1）扶危济困、知恩图报是中华民族的传统美德，诚信友善是社会主义核心价值观的重要内容。司法裁判应当守护社会道德底线，弘扬美德义行，引导全社会崇德向善。（2）在社会交往中，引入侵害危险、维持危险状态的人，负有采取必要合理措施以防止他人受到损害的安全保障义务。在形成救助关系的情况下，施救者对被救助者具有合理的信赖，被救助者对于施救者负有更高的诚实告知和善意提醒的注意义务。

在学界，为江歌辩护的学者们主张刘鑫承担罪责的切入点也大多集中在刘鑫应当对江歌承担安全保障义务上，只是进一步补强了论证。如金可可、谈天提出，江歌与刘鑫在因果关系认定上，可以适当放宽要求，言下之意是如果严格按照安全保障义务中因果关系的认定，刘鑫构成侵权行为有些牵强，并提出“若无则不的高度概率”的标准。<sup>③</sup>程淑娟则提出，尽管一审判决符合作为知识意义的法教义学，但却不尽符合作为方法的法教义学，同时她尝试用德国社会交往中的安全保障义务理论助力法律论证。<sup>④</sup>可是根据安全保障义务，法院的认定存在三个问题：首先，江歌是出于情谊自愿接纳刘鑫的，二人能否构成安全保障义务的关系？其次，如果构成，刘鑫能否构成安全保障义务的主体？最后，安全保障义务的承担责任构成，需要侵权人具有过错，刘鑫是否存在过错？

首先，构成安全保障义务的权利义务双方的主要内容是，在特定的服务场所，权利人的人身和财产安全应当得到保障，义务人应当对这种人身和财产安全履行相应的积极作为或者消极不作为义务。江歌与刘鑫之间是否足以构成安全保障关系有待商榷。因为江歌出于情谊自愿接纳刘鑫，双方之间并不存在法定或约定的安全保障关系，也没有产生永久或临时的监护关系。二审判决指出：“根据刘鑫的求助和江歌的施助行为，可以认定同在异国他乡留学的两人之间已经形成以友情和信赖为基础，以求助和施助为内容的特定的救助民事法律关系。”但是，这种“民事法律关系”具体是什么法律关系？“友情”足以构成“安全保障法律关系”的基础吗？“信赖”固然是民法所保护的利益，但它同样是道德的内容。换言之，并非所有的信赖关系都必然是法律关系。例如男女双方在恋爱过程中很可能产生信赖关系，一方的某些行为（如“出轨”）也有损于这种信赖关

① 参见(2019)鲁0214民初9592号民事判决书。

② 参见(2022)鲁02民终1497号民事判决书。

③ 参见金可可、谈天：《从“江歌案”看〈民法典〉的司法适用及其争议》，《探索与争鸣》2022年第4期。

④ 参见程淑娟：《先行行为责任人的义务之源——以“江歌案”民事一审判决为主要考察对象》，《法律科学》2022年第5期。



系，但我们几乎不会说此时出轨的一方没有尽到（法律上的）安全保障义务，虽然他/她的确违反了道德义务。

其次，根据《侵权责任法》第37条（现《民法典》第1198条），对行为人具有安全保障义务的主体可分为三类：（1）公共场所的经营者、管理者；（2）宾馆、商场、银行、车站、机场、体育场馆、娱乐场所等经营场所的经营者、管理者；（3）群众性活动的组织者。可见刘鑫并不在法定主体之列。即便强行把主体的范围扩展至可包含刘鑫，即通过《侵权责任法》第37条第2款的规定，因第三人的行为造成他人损害的，由第三人承担侵权责任；管理人或者组织者未尽到安全保障义务的，承担相应的补充责任。这种情况下刘鑫只承担补充责任，不构成安全保障义务的主体。

最后，关于法院认定的刘鑫的行为是否存在侵权意义上的直接过错，不同主体的判断相差甚远。一审、二审的法官与大部分学者都认为，刘鑫对于江歌被杀害的行为是有过错的，因此应承担过错侵权责任。但也有学者持不同意见，比如桑文认为，“自始至终刘鑫的所作所为看不出明显的过错”。诚然，如果我们将这里所谓的“过错”理解为刘鑫对于江歌被杀害的行为具有“直接过错”，或者认定刘鑫是直接侵权人，或者说因为道德舆论的强制推定刘鑫对江歌负有安全保障义务，的确并不周延。

安全保障义务理论的弊端在于，过错的认定需要强价值判断作为背景。就像桑文指出的，“疑难案件的裁判不是非此即彼”。这里的问题是，关于刘鑫的行为是否存在直接的过错（强过错），不同的学者有不同的观点，因为其背后存在对相同行为不同的价值判断标准，而价值判断本就很难有统一标准。法院认为刘鑫的行为与江歌死亡之间有直接关系（存在强过错），而桑文认为没有（无过错），这就涉及到“厚价值争议”，而“厚价值争议”很难解决。因此从安全保障义务理论入手不足以为江歌辩护。正是因为引用法律条文方面比较牵强，桑文才提出“过错冗余”“有难同当”的理论予以替代。但是，不存在直接侵权关系和强过错，并不代表也不存在间接侵权关系和弱过错，引用安全保障义务条款（《侵权责任法》第37条）比较牵强，也不代表不可以引用其他条款作为裁判依据。

## 克服道德审判：“双重风险损害原则”及其证立

### （一）“双重风险损害原则”之提出

江歌被陈世峰杀害，陈世峰当然要承担主要责任。可以说，在“江歌案”中，刘鑫是施害人陈世峰（直接侵权人）与受害人江歌（被侵权人）之外的第三人（间接侵权人）。第三人当然对于受害人不负担主要的侵权责任，但她又的确与侵权结果的发生存在关系。第三人承担（分担）侵权责任的请求权基础在于《侵权责任法》第28条：“损害是因第三人造成的，第三人应当承担侵权责任。”<sup>①</sup>

理解该条文时，有两个要点：其一，与德日立法和教义学偏重侵权“行为”不同，中国立法和教义学偏重的是侵权“责任”。德日侵权理论构建围绕“行为”展开，重在判断特定行为是否构成侵权行为，以及构成的理由，因此将行为的诱发者视为责任承担者。而中国侵权理论更偏重侵权后果，后果造成者为责任承担者，争论焦点在于赔偿和责任分配问题。就“江歌案”而言，根据德日侵权理论，由于陈世峰的杀人行为是江歌死亡的直接原因，因此要由陈世峰承担侵权责任。但在中国语境中，刘鑫虽然没有直接或间接的杀人行为，但如果她构成了江歌死亡风险的肇

<sup>①</sup>《民法典》第1175条相较于《侵权责任法》第28条未改动。

因且扩大了这种风险,那么她依然可能承担一定的侵权责任。

其二,按照目前的民法教义学通说,“第三人造成”被理解为“第三人过错”。如杨立新教授指出:“第三人侵权行为具有的法律特征之一,是造成损害的是实际加害人的行为,但造成损害的过错在第三人。在第三人侵权行为中,实际加害人和第三人既有区别也有关联。区别在于,第三人与实际加害人不存在主观上的意思联络,也没有共同过失,双方在主观上没有任何关联。关联在于,第三人的行为通过实际加害人而造成被侵权人的权利损害。”<sup>①</sup>换言之,第三人无需与侵权人之间有侵权的主观意思联络和共同过失,但第三人必须具有过错。这种理解整体上无误,但结合“江歌案”的案情可以发现,通说并没有区分“第三人造成”之“造成”本身的层次性,也没有恰当地安放“过错”的位置。

本文认为,结合“江歌案”,在理解《侵权责任法》第28条规定的“第三人侵权责任”时,应当贯彻“双重风险损害原则”的教义学原理:虽非直接侵权人,但其行为构成他人不可预测之风险境地的肇因,且因过错增加了这种风险发生几率的人,应对他人的损害承担责任。换言之,第三人虽然与侵权人不存在共同过错,但只要符合“双重风险损害原则”的构成要件,就需分担侵权责任。而共同责任的分担需综合过错轻重和原因力大小综合判断。<sup>②</sup>反观本案,刘鑫与江歌的死亡之间有因果关系,而且刘鑫对于江歌死亡后果的发生也存在过错,符合“双重风险损害原则”。以下进行具体证立。

## (二)“双重风险损害原则”的展开

### 1. “双重风险损害”的第一个层面:风险肇因

在“江歌案”中,将江歌的人身安全置于风险源头的无疑是刘鑫。刘鑫与江歌为同在日本留学的同乡好友;刘鑫与陈世峰发生感情纠葛后遭到陈世峰跟踪、纠缠、恐吓,身陷困境而向江歌求助,江歌热心施以援手、给予帮助,接纳刘鑫与自己同住,为其提供了安全居所,并在刘鑫遭受陈世峰纠缠滋扰时,实施了陪同、劝解和保护等救助行为。具体到2016年11月2日(江歌被害当天)当晚,也是刘鑫发微信要求江歌陪同返回公寓,后来遇上尾随的陈世峰才致使江歌被害。这一点已得到二审判决的再次确认。可以说,正是刘鑫把对其并无法定救助义务、完全出于帮助朋友之善意的江歌引入到危险环境中。如果没有刘鑫向江歌的求助行为,没有刘鑫借住在江歌的住处,陈世峰也不会来,更不会对江歌造成危险。至于在“江歌案”二审二次开庭中,刘鑫提交的新证据直指江歌与陈世峰存在私人感情纠纷,“即江歌和陈世峰两人私下交往导致矛盾升级,陈世峰的杀人目标就是江歌”“江歌曾向陈世峰索要10万日元流产费”“江歌微信拉黑了陈世峰”,二审判决也再次确认:“陈世峰在日本国刑事诉讼中索要堕胎费的陈述,无其他证据予以印证,而且在案无证据证明陈世峰行凶对象为江歌。”所以,正如二审判决明确指出的,在本案中刘鑫是“侵害危险引入者”。

参照欧洲侵权行为法的通说,确定因果关系最为人熟知的方法是“必要条件”或“若非一则”测试程序。根据必要条件理论,没有A就不会有B时,A就是B的原因。<sup>③</sup>在本案中,如无刘鑫的求助行为和要求陪同行为,就不会有江歌被害的后果发生。当然,这反过来说并不能成立,也就是“有刘鑫的求助行为和要求陪同行为,就一定会发生江歌被害的后果”。因为如果陈世峰不做出极端行为,也不会有江歌被害的后果。也正是在此意义上,刘鑫是造成江歌死亡的一个必要原因,但却不是主要原因和直接原因(主要原因和直接原因无疑是陈世峰的杀人行为)。但无论如何,在事实层面上,刘鑫的确是引发江歌死亡风险的源头。行为人应当为自己给他人带来的不可预测

<sup>①</sup> 杨立新:《我国〈侵权责任法〉中第三人侵权行为》,《中国人民大学学报》2013年第4期。

<sup>②</sup> 参见杨立新、袁雪石、陶丽琴:《侵权行为法》,北京:中国法制出版社,2008年,第161页。当然,在“江歌案”中,陈世峰和刘鑫如何分担共同责任并不是本文的重点。

<sup>③</sup> 参见克雷蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(下),焦美华译,北京:法律出版社,2001年,第525页。





① E i c h  
K a u f m a n n ,  
“Rechtsidee und  
Recht: rechts-  
philosophische  
und ideenge-  
schichtliche  
Bemühungen aus  
fünf Jahrzehnten,  
Bd.3,” Göttingen:  
Schwartz, 1960,  
S.125ff.

② 这里要分析为  
何本案不适用《民  
法总则》第183、  
184条的“见义勇为”  
条款。根据  
这两个条款，受  
益人（刘鑫）对  
于江歌的母亲  
“可以给予适当补  
偿”。但是，其一，  
“可以”意味着并非  
义务，而是自愿  
行为。其二，基  
于下面要所说的  
理由，刘鑫所应  
承担的是侵权责任，  
而不是“适当补  
偿”。

③ 参见舒国滢主  
编：《法理学导论》  
（第三版），北京：  
北京大学出版社，  
2019年，第168—  
169页。

④ 克雷斯顿蒂  
安·冯·巴尔：《欧  
洲比较侵权行为  
法》（下），第  
525—526页。

的风险承担责任，这是现代社会风险归责的基本要求。德国学者埃里克·考夫曼（Erich Kaufmann）曾将风险归责原则表述为：“构成对于他人不可预测的起因的人，必须向这一他人就产生于这些不可预测性的损害进行赔偿，如果根据（他们之间）关系的特征无法期待这一他人能够保护自己免于损失的话。”<sup>①</sup>这种风险归责既涉及矫正正义的问题，也是分配正义的一个任务，因为它涉及到风险和损失的分配问题。风险归责并不需要以行为人的“过错”为前提。的确，仅就刘鑫向江歌求助，住在江歌的住处和当晚要求江歌陪同回住处的行为而言，很难说她存在什么过错，虽然这些行为事实是引发江歌被害风险的肇因。所以，如果仅仅存在以上事实，那么刘鑫对于江歌的死亡至多基于风险归责原则和风险分配的原理承担一定的赔偿义务——但这并非是侵权责任。

风险的肇因与侵权行为并不是一回事，在此可以做一个类比。《民法总则》第183条规定，因保护他人民事权益使自己受到损害的，由侵权人承担民事责任，受益人可以给予适当补偿。没有侵权人、侵权人逃逸或者无力承担民事责任，受害人请求补偿的，受益人应当给予适当补偿。这主要是针对见义勇为行为的规定：见义勇为者为保护权利受侵害者的权益受到损害的，由施害者（侵权人）承担侵权责任，权利受侵害者（受益人）并非共同侵权人，不承担侵权责任，而仅是“给予适当补偿”。<sup>②</sup>因为侵权行为必须具有违法行为、损害事实和因果关系这三个构成要件，过错侵权责任还需具备行为人主观过错。<sup>③</sup>但是，刘鑫的求助和要求陪同行为并不具备“违法性”，更谈不上“过错”。所以，如果不附加上下述两个事实，刘鑫并不构成侵权（包括第三人侵权），而仅需出于风险分配原则或“谁受益谁承担”原则，对江歌的母亲进行一定的赔偿或补偿即可。而正因为这两个事实的存在，能够证明刘鑫是有过错的，这种过错足以构成侵权责任。

所以，刘鑫的求助行为和要求陪同行为与江歌死亡之间的因果关系，仅是事实上的因果关系，而非法律上的因果关系，仅此还不具有法律上的“可归责性”。这就好比某人曾超速驾驶，则根据必要条件理论，超速这个事实就构成了数公里后他卷入的交通事故的原因：倘若他没有超速驾驶，根本就不会在事发当时出现在事故地点。但这就足以导致赔偿责任了吗？责任并不只是自然科学的问题，而是要由价值因素来回答的问题。<sup>④</sup>这就涉及到了“双重风险损害”的第二个层面。

## 2. “双重风险损害”的第二个层面：过错与风险增加

刘鑫不仅在事实因果关系的意义上“造成”了江歌的死亡，而且还因“过错”在法律因果关系的意义上“造成”了江歌死亡风险的增加。她的“过错”体现在两个方面。一方面，刘鑫没有把与陈世峰有关的真实情况全面如实地告知江歌，让江歌清楚判断陈世峰的人身危险性。如果作为一个与自己没有任何关系的陌生人，刘鑫当然没有如实告知的义务。但是由于先前的求助行为和同住事实，刘鑫与江歌之间已形成事实上的救助关系。在存在这种救助关系的前提下，对于可能由他人（陈世峰）对救助的一方（江歌）带来的人身风险，刘鑫应当履行诚实告知的义务。根据案情，陈世峰曾给刘鑫发短信威胁称“我会不顾一切了”，她也曾在当日下午找同事假扮男友，从而激怒了陈世峰。但刘鑫并没有把这些事完整告知江歌，由此（出于故意或过失）隐瞒了陈世峰所具有的潜在人身攻击性危险。桑文提出，刘鑫在案发前并不能预知陈世峰具有杀人的危险，因为陈世峰发短信称“我会不顾一切了”并不能说明什么，即便陈世峰说“我要杀人了”也不能代表他真的就要杀人。这固然是有可能的，但这并不代表刘鑫就没有过错，因为如果刘鑫如实告知了江歌所有事实，那么可以合理期待，江歌会采取包括躲避尾随、报警和其他合理手段在内的措施来保护自己和刘鑫的人身安全，也即具有降低人身安全风险的可能性——哪怕这仅仅是可能性，哪怕事实上最终的结果依然是被杀害。因为过错的判断不以事实上的后果为依据，如果刘鑫

告知了江歌所有的事实，江歌却没有采取任何预防手段或者采取了某些预防手段但最后还是被陈世峰杀害了，那么仅就“如实告知”这一点而言，刘鑫没有过错。反过来说，如果刘鑫（如同本案中那样）没有告知江歌这些事实，而最后陈世峰也没有杀人行为（比如只是对江歌进行了人身恐吓或打伤的行为），也不能说刘鑫没有过错。“过错”是一种独立于后果的道德和法律判断，否则过错侵权责任也无需将“过错”设为独立于“损害事实”的构成要件了。

另外，根据二审确认的事实，2016年11月2日下午15时许，陈世峰到江歌和刘鑫居住的公寓上门纠缠滋扰。对于陈世峰的滋扰，刘鑫在没有告知滋扰者是陈世峰的情况下，江歌回复信息“无视”。刘鑫微信告知江歌滋扰者是陈世峰后，江歌提出报警，刘鑫以“不想把事情闹大”等理由，对江歌准备报警的行为进行了阻止。桑文认为刘鑫阻止报警的行为并无问题，因为“报警也不是个合理选项，除了合住公寓的法律麻烦之外，更重要的原因是警察来了也于事无补。陈世峰的行为没有违反法律，面对恋爱纠纷而发生的纠缠，警方至多把陈劝离或强行带走。这虽能解一时之困，但却可能激化矛盾，陈日后多半还要找上门来。”这里存在一些观点错误：其一，以前陈世峰已经实施过多次“纠缠滋扰”，而且给刘鑫发过威胁短信，很难说没有“违反法律”。其二，报警后让警方带走陈世峰“虽能解一时之困，但却可能激化矛盾，陈日后多半还要找上门来”，这仅仅属于一种事实可能性，无法证实；而另一种（同样无法证实的）可能性是，陈因害怕日本警方而不再来滋扰了。两种事实都未发生，因此也不能有先见性的结论。其三，更重要的是，如前所述，过错判断与事实可能性是两回事。刘鑫阻止报警的行为进一步对江歌的判断造成了干扰，即陈世峰的人身危险性没有这么大。因为如果江歌判断陈世峰的人身危险性足够大，大到超越“不想把事情闹大”“（刘鑫）在这里是不合法的”“怕房东知道”的程度，可以合理预测她会选择报警，从而降低人身受到威胁的程度。

诚如二审判决所言，刘鑫和江歌“两人之间已经形成以友情和信赖为基础、以求助和施助为内容的特定的救助民事法律关系”。<sup>①</sup>而我国《民法通则》第4条规定，民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则。在已形成救助民事法律关系的前提下，刘鑫没有全面如实告知江歌有关陈世峰的情况，并阻止江歌报警，使得江歌对于陈世峰的人身危险性发生误判，降低了预防人身危害的可能性，不仅存在过错，而且违反了第4条规定的“诚信原则”，其行为具有违法性。

另一方面，刘鑫在案发时将公寓房门锁闭，致使江歌独自面对陈世峰的行为同样存在过错。桑文认为，刘鑫面对前男友拿刀上门的情形，紧急之下反锁房门是本能的自保选择。关门是正确的，因为开门只会徒增伤亡。江歌受伤后，刘鑫报警并未开门是日本警方让做的，而且刘鑫并不能确定陈世峰已经逃走，所以刘鑫不开门也是正确的。这里分作三点予以回应。

首先，所谓“开门只会徒增伤亡”只是一种主观猜测。桑文认为刘鑫关门没有错，因为即使她知道陈世峰要杀江歌，她阻止也没有意义，开门只会徒增伤亡，我们必须正视一个弱女子面对一个持刀男子的防御能力。桑文之意是开了门，两个人都得死伤，不开门只死一个。但这只是他的一个推测，也许开了门以后陈世峰杀一个人害怕就跑了，也有可能刘鑫开门后，陈世峰一顿怒骂，发泄情绪就不杀人了。或者甚至开了门，江歌迅速进门，两人把陈世峰关在门外，没有造成伤亡也有可能。当然，这也是猜测。但事实情况无法做唯一结果的预测。但关键并不在于哪种预测更可能成为现实。前已述及，过错与事实后果是两回事，死两人和死一人没法证明哪个有过错，哪个没有过错，或者哪个过错大，哪个过错小。即便刘鑫开门真的会导致两人都被杀，也无法反

① 依照本文前面的分析，这不是安全保障法律关系。





过来证明刘鑫关门的举动就对。对错判断，或者说是否存在过错的判断，并不以行为可能带来的后果为“锚”——同样不以此为标准：我们在当时的情况下是不是会像刘鑫那样关门。即便在当时情形下关门进行具有“必然性”（90%甚至99%的人都会选择关门），也不能证明关门行为就是“应当的”。过错判断属于规范性判断，而非事实性判断和概率判断。只要行为人有选择自由（关门抑或不开门），或者说关门是其自由意志的后果，而特定选择（关门）被判断为“过错”，她就要为此承担责任。<sup>①</sup>

① 如果人遵循自己的精神和意志从事某些行为，那就可以说人有某种自由。参见雅克·蒂洛、基思·克拉斯曼：《伦理学与生活》（第11版），成都：四川人民出版社，2020年，第110页。

② 康德：《道德形而上学原理》，田力译，上海：上海世纪出版集团，2005年，第10页。

③ Russ Shafer-Landau：《伦理学基础》，陆萌译，北京：中国轻工业出版社，2020年，第172页、第186页。

④ 由于“江歌案”发生时，《民法典》尚未生效，在此说明《民法通则》第3条对应《民法典》第4条，《民法总则》第109条、110条对应《民法典》第990条、第995条。

⑤ 卡尔·拉伦茨：《正确法——法伦理学基础》，雷磊译，北京：法律出版社，2022年，第104页。

其次，刘鑫在门内报警后，警方让其“把门锁上，不要出屋”，这并没有错。在已经进门且锁闭门的情况下，警方出于对其人身安全的考虑，让其不要出屋，等警察来再开门，履行了警方的职责和安全提示义务。刘鑫听从了警方的指令，即便知晓门外江歌受到伤害也没有开门，也无不当。但本案中的关键点在于，一开始刘鑫将江歌推在门外，并将门锁上的行为是否有过错（这都发生在报警之前），而不是在门已被关上的前提下，听从警方的指令的行为是否有过错。刘鑫的认知和桑文的分析均混淆了这两个问题。

最后，也是最重要的是，“紧急之下反锁房门是本能的自保选择”是否就意味着无过错？这就涉及到规范伦理学立场的判断。在本案中，存在着伦理学利己主义与义务论之间的对立。伦理学利己主义会支持刘鑫的关门行为，而义务论则会反对这种行为。桑文无疑支持伦理学利己主义的立场。与此相反，义务论认为，一个出于责任的行为，其道德价值不取决于它所要实现的意图，而取决于它所被规定的准则。<sup>②</sup>这种准则包括形式和实质两个方面，即可普遍化原则和人性原则。根据人性原则，要始终把人（包括你自己）当作目的，而绝不仅仅是一种手段。<sup>③</sup>生命是平等的，虽然刘鑫对江歌没有救助的义务，但是把江歌挡在门外的行为相当于是把他人的生命仅仅作为手段而非目的来对待，违反了人性原则。相反，即便刘鑫没有关门的事实结果是两个人都被杀了，她的行为从义务论的立场来看无可指摘。

当然，这只是纯粹道德立场的辩驳。司法裁判该在这两种道德立场之间如何取舍，关键在于法律如何规定，而从《民法总则》的相关规定看，立法者明显采纳了义务论的立场。一方面，刘鑫的行为违反了民法保护的人格平等权。《民法通则》第3条规定，当事人在民事活动中的地位平等。所谓的地位，首先就是承认江歌作为民事主体的人格与刘鑫平等。刘鑫将江歌作为实现自我保护的手段，其行为贬低了江歌作为道德主体的人格，没有将江歌作为“人”来对待。另一方面，根据《宪法》第38条，中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯。禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害；《民法总则》第109条，自然人的人身自由、人格尊严受到法律保护；第110条，自然人享有生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权等权利。<sup>④</sup>刘鑫的关门行为间接侵害了江歌的人格权和生命权。所以，刘鑫的行为不仅有过错，而且违法。要注意的是，我们经常说不能苛求行为人在当时情形下的行为。前面说过，也许大多数人面临相似情形时会采取与刘鑫一样的做法，但这不代表大多数人的做法就对。也不是说法律就一定要求在这种情况下我们必须开门，乃至置自己的生命于危险之中。而是说，既然刘鑫选择把江歌关在门外，就应该做好进行民事赔偿的准备，因为她的行为既有过错，也不合法。而承担过错责任的前提就在于“这样一种可归责的行为，它侵害了相对于任何人受到保护的他人的权利，或因为违反某个（同样）用于保护他的法律规范而对他造成了损害，进而它可以被归责于有过错（作为故意或过失）的行动者”。<sup>⑤</sup>

总体而言，“双重风险损害”的两个层面是相互支撑的。一方面，《侵权责任法》28条所规

定的“第三人造成”的第一个层面构成了第二个层面的前提。换言之，如果第三人仅存在过错（行为），但他并非被侵害人损害之发生的肇因，那么他依然不承担第三人侵权责任。例如，如果刘鑫的一位邻居偶然知道了陈世峰发微信威胁刘鑫的事，却没有告知江歌，或者这位邻居正打开屋门走出去时目睹江歌被陈世峰伤害，马上退回屋内并锁上门，这些都不构成第三人侵权。只有在刘鑫和江歌之间才存在第三人侵权的问题，因为两者之间有先存的救助关系，是刘鑫的先前行为构成了江歌人身危险的肇因。另一方面，如果第三人仅构成被侵害人损害发生的肇因，但并不存在使得这种损害风险增加的过错，他也无需承担第三人侵权责任。所以，尽管刘鑫是江歌死亡发生事实上的肇因，但如果她诚实履行了告知义务并且没有锁门等行为，依然不构成第三人侵权。因此“双重风险损害原则”原理要求既具备事实因果关系，又具备法律因果关系，其中过错判断构成了判定法律因果关系的要件。本案中，刘鑫虽非直接侵权人，但构成将江歌置于不可预测之风险境地的肇因，且因其过错增加了江歌被害风险发生的几率，所以应对江歌死亡的后果承担赔偿责任。

因此，桑文认为“被告刘鑫并不是受害人江歌的加害人，不能因为刘没有阻止陈行凶就把她列为共同侵权人”，这一观点并不成立。诚然，如二审判决所指出的，“刘鑫的行为只是导致江歌死亡的原因之一”。但是，即便第三人过错是造成损害的部分原因，第三人仍需承担责任。<sup>①</sup>刘鑫两个层面的“造成”行为无疑只是造成江歌死亡的部分原因，它无法取代直接原因，即陈世峰的杀人行为。但是在本案中，已然可以将陈世峰和刘鑫视作共同侵权人，其中陈世峰实施的是直接侵权行为，其杀人行为具有主要过错；而作为第三人的刘鑫实施的是间接侵权行为，其过错（相对于直接侵权行为）属于次要过错。<sup>②</sup>刘鑫已构成侵权法理论上所说的“次要加害人”或“介入者”，<sup>③</sup>应该承担对江歌母亲的民事赔偿责任。

## 结语

桑文试图用法社会学与传统道德理论帮助部门法学解决疑难案件，不失为一种创新。尤其是以法院裁判结果为导向，尝试为疑难案件寻找一个符合民众朴素法情感的结果，在理论与实务中都有重要价值和意义。“过错冗余”符合很多制度设计的初衷，运用在司法裁判中也使得司法裁判更具弹性。“有难同当”的优良传统从古代沿袭至今，似乎已经自觉不自觉地每个人（包括法官）心中形成一种道德直觉。但是，司法裁判之所以为“司法”裁判，就不能是超越法律的“道德审判”，而必须在法律之内寻找到妥当的裁判依据，并对其进行教义学证立。本文的努力就在于寻找到比安全保障义务更为妥当的教义学基础。

司法裁判必须找到相应的法条作为裁判依据，并不说是司法裁判就不会涉及道德判断。二审判决就指出：“一审判决综合全案事实和具体情节，对江歌扶危济困行为的褒奖评析，对刘鑫的背信负义行为予以谴责，是对我国民法基本原则、社会主义核心价值观、我国优秀传统文化美德的遵循、阐释和弘扬，是司法裁判的教育、引导功能的重要体现。”“双重风险损害原则”虽然是对《侵权责任法》28条的教义学解说，拥有自己的法条基础，但形成该教义的时候，同样考虑到了道德判断的要素。但无论如何，道德无法替代法律，这是由司法活动的“司法”性决定的。司法裁判并不反对道德判断，但反对的是绕开法条及对法条进行超越法教义学分析的“道德审判”。<sup>④</sup>

编辑 孙冠豪

①《中华人民共和国民法典注释本》（第二版），北京：法律出版社，第628—629页。

②在此意义上，有学者提出刘鑫应承担补充责任。此观点并不准确，刘鑫的侵权责任是独立责任，而非补充责任。参见程淑娟：《先行行为责任人的义务之源——以“江歌案”民事一审判决为主要考察对象》，《法律科学》2022年第5期。

③参见克雷斯蒂安·冯·巴尔：《欧洲比较侵权行为法》（上），第401页。

④在本文的写作和修改过程中，雷磊、王彬、叶会成、段东升、刘三洋等提出了宝贵建议，在此一并感谢。当然，文责自负。