

被害人行爲刑法 意义之研究

以司法实例为研究样本

RESEARCH ON THE CRIMINAL MEANING
OF VICTIM CONDUCT

Based on Judicial Cases

张少林 著



上海檢察院文庫·檢察官文集



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

上海檢察文庫·檢察官文集 7

张少林
著

被害人行为刑法 意义之研究

以司法实例为研究样本

RESEARCH ON THE CRIMINAL MEANING
OF VICTIM CONDUCT

Based on Judicial Cases

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

被害人行为刑法意义之研究——以司法实例为研究样本 / 张少林著. —北京:法律出版社,2015.8

(上海检察文库 / 陈旭主编)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 8325 - 4

I. ①被… II. ①张… III. ①被害人—行为—刑法—研究—中国 IV. ①D925.204②D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 192267 号

上海检察文库

被害人行为刑法意义之研究

——以司法实例为研究样本

张少林 著

编辑统筹 政务出版分社

策划编辑 张瑞珍

责任编辑 周洁

装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

责任印制 吕亚莉

开本 710 毫米×1000 毫米 1/16

印张 20.5

字数 279 千

版本 2015 年 10 月第 1 版

印次 2015 年 10 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

电子邮件/info@lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

重庆公司/023-65382816/2908

深圳公司/0755-83072995

第一法律书店/010-63939781/9782

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 8325 - 4 平装定价:56.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



张少林 1968年生，江西万载人，诉讼法学硕士，刑法学博士，现为上海市人民检察院研究室副主任。上海市法学会理事，第五届上海市优秀中青年法学家，第三届、第四届上海检察业务专家，全国检察理论研究人才，

复旦大学司法研究中心、苏州大学检察发展研究中心特约研究员，华东理工大学、上海师范大学兼职硕士生导师。

先后在上海市检察院二分院研究室、嘉定区检察院（挂职检察长助理，协管侦监、公诉）工作，参与了著名的“11·15大火案”的办理。在《法学研究》、《法学家》、《刑法论丛》、《诉讼法论丛》等刊物上发表学术论文130余篇，多篇论文被人大复印资料《刑事法学》、《诉讼法学》转载。代表作：硕士论文《刑事庭审认证规则研究》全文发表于《法学研究》2001年第4期（3万多字）。作为主要执笔人完成最高人民检察院、上海市检察官协会重点课题10余项。

主要著作有：个人独著《刑事证据的运用》（2003年），合著《刑事证明方法与技巧》（2008年、2012年），《审查逮捕证据审查与判断要点》（2011年），参著《诉讼法专论》、《体系刑法学》等8部。

上海检察文库系列丛书

编委会主任：陈 旭

副 主 任：陈辐宽

委 员：叶 青 郑鲁宁 周越强 陆建强
周永年 徐金贵 苏华平 龚培华
林 立 丁谷平 李 宁 居广鉴
方 全

分 册 作 者：张少林

《上海检察文库》总序

当前,新一轮司法体制改革已经启动,检察机关迎来历史上难得的发展机遇,同时也面临前所未有的挑战。此次司法体制改革是党中央推进依法治国的重大战略决策,涉及面广,改革项目多、力度大,影响深远。上海作为首批改革先行试点省市之一,肩负着中央赋予的为全国改革创造有益经验的使命,改革试点任务繁重,时间紧迫,责任重大,许多深层次的问题亟待研究论证,迫切要求检察机关深入总结经验,不断深化对检察工作发展规律的认识,使检察工作更好地回应改革的要求和时代的期许。

2010年下半年,作为推进检察理论研究工作的一项重要举措,上海市人民检察院启动《上海检察文库》编制工作。“文库”的编制旨在为上海检察机关构建更为广阔的研究交流平台,为发展繁荣上海检察理论研究提供必要条件,推动上海检察工作科学持续发展。通过统一规划、整合资源、统筹编辑、结集出版,“文库”编制工作已取得初步成效。目前已形成“两大类别、五个系列”的基本框架,“两大类别”是指公开出版物和内部资料;“五个系列”是指“专题研究”、“实务应用”、“案例选编”、“文书精选”和“检察官文集”。其中,“专题研究”主要汇编出版检察业务专家和专业人才撰写的体现本市检察理论研究水平的专著,包括重点研究课题、调研成果等;“实务应用”主要对检察业务工作中形成的具有指导性的实务研究成果进行系统概括、归纳提炼并结集出版,与业务培训相结合,兼具指导和培训功能;“案例选编”主要选取司法办案中形成的具有

典型性、指导性和研究价值的案例,进行系统编制;“文书精选”主要选编优秀起诉书、抗诉书、检察建议书等法律文书,并进行评析;“检察官文集”主要出版检察业务专家、挂职学者以及检察官博士论文等专著。

“文库”在编制方向上旨在体现以下特色:一是注重检察实践。理论创新永无止境,实践发展永不止步,检察理论研究必须从检察实践中汲取营养,从实践中来,到实践中去。融入实践、服务实践、指导实践是“文库”编制的内在动力和要求。二是突出上海特色。当前上海正在加快“四个中心”建设,上海检察机关在金融、知识产权、自贸区建设等领域对热点、难点问题研究的针对性和前瞻性较强,在未成年人刑事检察、社区检察等检察工作中积累了较为成熟的经验,及时汇集、展现、推广这些成果,有利于推动上海检察工作向专业化、规范化发展。三是打造精品成果。努力推出能够指导业务实践、成为领导决策参考的检察理论精品,注重发现、归纳和分析典型情况、问题,促进研究成果转化为行之有效的工作措施,努力实现理论研究和司法实践的良性互动。

《上海检察文库》的编制离不开上海检察同人们的辛勤努力,在此衷心期盼《上海检察文库》能够为上海检察理论研究构筑崭新的理论研讨和实务探索高地,充分展现上海检察官们的法律智慧和研究成果,成为上海检察机关理论和实务研究的一大品牌,为上海检察事业的科学发展提供不竭动力!

上海市人民检察院党组书记、检察长



二〇一五年六月三十日

前 言

综观现行刑法学的理论研究,可以发现一个奇怪的现象——在刑事程序法中被称为一方当事人的被害人,在刑事实体法中却未有其应有的地位。在刑事诉讼法学、犯罪学中被深入研究的被害人,在刑法学研究中却不经意地被忽视。“与犯罪被害人学以及刑事诉讼法学的情形相比,刑法学对刑事被害人所给予的理论关注是非常不够的,在整个刑事被害人理论体系中,刑法学是最为薄弱的环节。”^①

我们知道,刑法是规定犯罪、刑事责任与刑罚的法律规范的总和,刑法学是研究刑法和刑法理论的一个学科。不管是刑法还是刑法学,犯罪皆为其核心内容。犯罪的本质是一种行为,法律不处罚思想犯。犯罪行为理所当然成为刑法和刑法学的核心问题。刑事案件根据有无直接被害人可分为有直接被害人的刑事案件和无直接被害人的刑事案件。无直接被害人的刑事案件如贪污、走私、赌博、贩卖毒品、容留他人吸毒罪、容留介绍卖淫罪、危害国家安全、危害国防利益的刑事案件。无直接的个体被害人,行为人所侵害的是国家利益和社会公共利益。除无直接被害人的犯罪外,在许多情况下犯罪是牵涉到两方的法律行为。“在司法实践中,多数犯罪都有一个直接或间接的受害者,如在杀人犯罪中被杀害者是被害人,在强奸犯罪中遭到性侵犯者是被害人,等等。”^②犯罪行为中除行为人之外,重要的另一

① 杜永浩、石明磊:《论刑事被害人理论体系》,载《山东公安专科学校学报》2003年第3期。

② 彭勃:《“无被害人犯罪”研究——以刑法谦抑性为视角》,载《法商研究》2006年第1期。

方就是被害人。在很多情况下,被害人在行为人的犯罪过程中并不是消极被动的,而是起着一个积极甚至互动的作用。此外,被害人在行为人犯罪前或犯罪后的一些行为对行为人的刑事责任起着重要的影响。“在刑法学上,被害人因素对量刑,甚至在某些情况下对定罪存在一定的影响。”^①但是,现行的刑法和刑法理论却未对被害人有足够的重视,刑法学理论基本上是从行为人一方来研究犯罪,刑事立法也基本上是从行为人一方来规定犯罪。“长期以来,刑事法学理论的研究基本上是从犯罪人(加害方)的角度着手的,很少从被害人(受害方)视角去考察。”^②

值得庆幸的是,近年来被害人问题已引起一些学者的关注,并取得了一定的研究成果,^③但是关于被害人问题的研究尚存在下列不足:一是研究范围方面,主要限于被害人承诺、被害人过错等被害人单个行为的研究,而缺乏对被害人行为作一全面系统的研究,未能对被害人行为的一些基础性问题如被害人行为的成立要件、具体涉及范围、被害人行为的分类等作一深入探讨,尤其是被害人行为的性质和地位、被害人的责任等,这是研究被害人行为的根本性的基础理论问题,也是研究被害人行为的前提和基础。离开被害人行为的性质和地位的研究,对被害人行为其他内容的探讨就会缺乏深厚的理论支撑。二是研究深度方面,对被害人行为的研究尚有待深入,如单位被害人的行为、被害人的行为能力、推定同意的类型、被害人的谅解行为种类、各谅解行为的刑法意义等,尚少有学者进行深入探讨。三是学术见解方面,目前的研究成果较多的是介绍和引进西方关于被害人承诺、被害人过错等方面的理论,尤其是在被害人行为的效力依据上,引介国

① 陈兴良:《被害人有过错的故意杀人罪的死刑裁量研究——从被害与加害的关系切入》,载《当代法学》2004年第2期。

② 刘贵萍、许永强:《论刑事法律关系“三元结构模式”的建立》,载《国家检察官学院学报》2003年第3期。

③ 具体可参见高铭喧、张杰:《刑法视野中被害人问题探讨》,载《中国刑事法杂志》2006年第1期;杜永浩、石明磊:《论刑事被害人理论体系》,载《山东公安专科学校学报》2003年第3期;杜永浩:《被害人的权益总在无意间被忽视》,载《检察日报》2003年2月24日版;杨向华:《论被害人过错对定罪量刑的影响》,2004年湖南师范大学硕士学位论文;杨向华:《被害人刑法理论地位思考》,载《广西社会科学》2007年第2期等。

外的多,结合本国国情开展深入研究,提出自己观点和见解的少。四是实证研究方面,司法实践中涉及被害人行为的案件并不少见,但有关被害人行为的实证分析和实践调查文章却不多见,一些实证研究的文章,理论分析也有待深入。

理论研究的粗浅,加之立法规定的缺乏,而司法实践中被害人行为的客观存在,使得司法人员在处断有关被害人行为案件时捉襟见肘、左右为难:一方面从情理上感觉应对行为人予以从宽处罚甚至免于处罚,但另一方面在作出决定时又苦于找不到相关的法律依据和充分的法理依据。由于法律对于被害人同意行为没有作出明确规定,以致对于实践中出现的安乐死案件、有关医疗手术行为案件等难以处理;由于司法解释对被害人过错行为规定得不明确、具体,对于前些年出现的诸如许霆案件等无法适用“被害人过错行为”来作为法定的减轻处罚事由。总之,许多存在被害人行为的案件,由于法律法规、司法解释对被害人行为的刑法意义没有作出明文规定,司法实践中对被告人定罪量刑时存在较大的困惑,学界对此也存在较大的争论。因此,笔者认为,对被害人行为刑法意义之研究实有理论与实践之必要。

目 录

第一章 被害人行为刑法意义的界定	(001)
第一节 被害人行为的界定与比较	(001)
一、刑事被害人的含义和特征	(001)
二、被害人行为的含义	(006)
三、刑法中被害人行为与刑事诉讼中被害人行为的比较	(007)
第二节 被害人行为刑法意义的界定和范围	(010)
一、被害人行为刑法意义的界定	(010)
二、被害人行为刑法意义的范围	(012)
第三节 研究被害人行为刑法意义的价值和方法	(019)
一、理论价值	(019)
二、实践价值	(021)
三、研究方法	(023)
第二章 被害人行为的成立、分类与地位	(025)
第一节 被害人行为的成立要件	(025)
一、行为的主体	(025)
二、行为的对象和客体	(026)
三、主观方面	(027)
四、客观方面	(028)
第二节 被害人行为的范围和具体分类	(029)
一、被害人行为的范围	(029)
二、被害人行为的具体分类	(032)

第三节 被害人行为的性质	(037)
一、刑事法律行为	(037)
二、被害人行为的双重性质	(039)
三、被害人行为与行为人行为、犯罪结果的关系	(041)
第四节 被害人行为的地位	(043)
一、刑事法律关系中的被害人行为	(043)
二、以行为人行为为中心的被害人行为	(044)
第三章 被害人同意行为的刑法意义	(047)
第一节 被害人同意行为的成立要件	(049)
一、同意主体的适格性	(049)
二、所同意权益的个人性	(064)
三、同意行为的真实性	(066)
四、同意行为的针对性	(068)
第二节 中外关于被害人同意行为的规定	(072)
一、国外关于被害人同意行为的规定	(072)
二、我国关于被害人同意行为的规定	(076)
三、境外关于被害人同意行为规定的比较	(079)
第三节 被害人同意行为的效力依据	(081)
一、学界关于效力依据的学说	(081)
二、实体权益处分理论	(085)
三、国家干预理论	(086)
第四节 实在同意行为定罪上的意义	(088)
一、实在同意的刑法意义	(088)
二、虚假同意的刑法意义	(094)
三、同意行为中的认识错误	(099)
四、其他有关同意行为的刑法意义	(106)
五、一般医疗行为中的被害人同意	(112)
六、器官移植中的被害人同意	(115)

七、人体实验中的被害人同意	(121)
第五节 实在同意行为量刑上的意义	(124)
一、经被害人同意的剥夺生命行为	(125)
二、经被害人同意的严重伤害行为	(139)
三、拐卖妇女、儿童罪中的被害人同意	(145)
第六节 推定同意的刑法意义	(148)
一、推定同意的类型与区别	(148)
二、推定同意的判断标准	(155)
三、推定同意的效力依据	(156)
四、关于推定同意刑法意义的探讨	(158)
第七节 我国被害人同意行为的立法构想	(164)
第四章 被害人过错行为之刑法意义	(167)
第一节 被害人过错行为的含义与成立要件	(167)
一、被害人过错行为的含义	(167)
二、犯罪学上被害人过错与刑法学上被害人过错行为 的关系	(169)
三、诈骗罪中的被害人过错	(171)
四、被害人过错行为的成立要件	(174)
第二节 中外关于被害人过错行为的规定	(186)
一、国外关于被害人过错行为的规定	(186)
二、我国关于被害人过错行为的规定	(189)
第三节 被害人过错行为的效力依据	(192)
一、关于效力依据的学说及其评析	(192)
二、责任减轻理论	(198)
第四节 被害人过错行为对定罪量刑的影响	(206)
一、被害人过错行为影响定罪量刑的实证分析	(206)
二、被害人过错行为定罪上的意义	(211)
三、被害人过错行为量刑上的意义	(219)

第五节 我国被害人过错行为的立法构想	(235)
一、立法必要性	(235)
二、立法构想	(237)
第五章 被害人谅解行为之刑法意义	(239)
第一节 被害人谅解行为的界定、特征和种类	(239)
一、被害人谅解行为的界定	(239)
二、被害人谅解行为的成立要件	(243)
三、被害人谅解行为的种类及其区别	(250)
四、被害人谅解行为的分类	(254)
第二节 中外关于被害人谅解行为的规定	(255)
一、关于出于谅解不追究行为的规定	(255)
二、关于单方谅解行为、刑事和解的规定	(258)
第三节 被害人谅解行为的效力依据	(262)
一、关于被害人谅解行为效力依据的学说及评价	(262)
二、程序主体性理论	(264)
三、恢复性司法理论	(266)
四、刑法谦抑性理论	(271)
第四节 关于被害人谅解行为刑法意义的探讨	(273)
一、出于谅解不追究行为的刑法意义	(273)
二、单方谅解行为的刑法意义	(281)
三、刑事和解的刑法意义	(285)
第五节 我国被害人谅解行为的立法构想	(294)
结语	(296)
参考文献	(298)
后记	(308)

第一章

被害人行为刑法意义的界定

第一节 被害人行为的界定与比较

一、刑事被害人的含义和特征

(一)被害人的含义

关于“被害人”，有个别学者称之为“被害者”，“被害人”与“被害者”含义实际并无二致。也有学者称“被害人”为“被害方”，“被害方”与“被害人”的含义有较大的差异，它不仅包括被害人本人，还包括被害人一方的其他诉讼参与人，如被害人的近亲属、法定代理人、诉讼代理人、监护人等，即代表和维护被害人合法权益的一方。本书采刑事法学界通常概念，统一称之为“被害人”，如无特殊指代一般指被害人本人。

我国现行刑法和刑事诉讼法对于被害人的有关内容虽作出了规定，但皆无被害人含义的规定。相对于刑法学，刑事诉讼法学对被害人的研究较为充分，一般刑事诉讼法教科书中都有被害人概念的阐述。如樊崇义主编的《刑事诉讼法学》对被害人下的定义是：“被害人是指其人身、财产及其他权益遭受犯罪行为侵害的人。”^①刑事诉讼法学中的被害人与刑法学中的被害人通常所指为同一人，统称为刑事被害人，因此刑事诉讼法学中被害人

^① 樊崇义主编：《刑事诉讼法学》，中国政法大学出版社1996年版，第86页。

的含义通常也适用于刑法学。

关于刑事被害人的含义,有广义与狭义之分。一般认为,广义的被害人是指“遭受犯罪行为侵害的人,包括公诉案件的被害人,自诉案件的自诉人,附带民事诉讼的原告人以及反诉成立的部分反诉人”。狭义的被害人则“专指公诉案件中的被害人”。^①

除了“刑事被害人”概念外,还有“犯罪被害人”的概念。如果说“刑事被害人”通常运用于刑法学和刑事诉讼法学领域,那么“犯罪被害人”则通常运用在犯罪学领域。不同的学科有不同的研究对象和方法,被害人因素在不同学科中所起到的作用不同,因而在不同学科中其含义也略有差异。犯罪被害人通常是指“因犯罪行为而使人身或财产遭受损害的人,是相对于犯罪人(加害人)而言的”。^② 这是从犯罪学角度对“被害人”下的定义。

本书从刑法学的角度来研究被害人行为,本书所及被害人指刑事被害人,主要是指公诉案件中的被害人,同时也包括自诉案件中的被害人,但一般不包括附带民事诉讼的原告人以及反诉人,本书采中义的刑事被害人概念。

(二) 刑事被害人的特征

基于上述概念界定,刑事被害人具有下列特征:

第一,遭受犯罪行为侵害的客观性。这是刑事被害人最基本的特征。所谓“遭受犯罪行为侵害的客观性”,包括两方面内容:一是犯罪行为系客观存在的且对被害人造成了实际损害。这种损害既包括具体的物质损害,也包括无形的精神损害,主要是指对被害人人身、财产及其他物质损害。二是被害人所遭受的是犯罪行为的侵害。侵害发生的原因多种多样,意外事件也可能造成侵害的后果。因行政违法行为造成的侵害如违反治安管理处罚法的行为,或因一般民事侵权行为、自然灾害等造成损失的人,不是刑事意义上的被害人。

^① 刘根菊:《关于公诉案件被害人权利保障问题》,载《法学研究》1997年第2期。

^② 康树华主编:《犯罪学通论》,北京大学出版社1992年版,第547页。

第二,被侵害权益的合法性。被侵害权益的合法性是指被害人遭受犯罪侵害的权益是合法的权利和利益,包括被害人的人身权益、财产权益及人格、荣誉等其他合法权益。不法利益即使受到了犯罪行为的侵害,其持有者一般也不能成为刑事被害人。如某甲在贩毒过程中,被某乙盗走毒品,虽然甲的权益受到损害,但由于毒品不是合法财产,不受法律保护,所以甲不能成为刑事被害人。再如,某甲某日夜晚于公交车上盗得乘客某乙手包一个,内有现金 2000 元、手机一部、信用卡若干,合计价值人民币 6000 余元。后某甲下车,转乘另一路公交车时,该手包被某丙窃走。某丙盗窃案中,某甲也不是真正意义上的刑事被害人,虽然某丙盗窃时该手包被某甲持有,但某甲对该手包的持有为非法持有,真正的被害人为某乙。

值得注意的是,尽管一般情况下非法权益的持有者不能成为刑事被害人,但这并不是绝对的,如非法权益的持有者受到的侵害超出了非法权益的范围,而损害到了其合法权益。上述某丙盗窃案中,尽管在某丙盗窃某甲非法持有的手包的情况下,某甲不是刑事被害人,但是如果某丙在非法占有该手包的过程中侵犯了某甲的合法利益,如某丙不是盗窃而是抢劫某甲非法持有的手包,甚至造成了某甲的伤害,某甲也可以成为该案的被害人。因为某丙在抢劫某甲非法持有的手包时,不仅侵占了他人财产,而且侵害了某甲的人身权利,某甲并不因为其非法占有他人的手包而丧失法律对其人身权利的保护,因此某甲也自然成为该案的刑事被害人。

第三,被犯罪行为侵害的直接性。刑事被害人应为犯罪行为的直接侵害对象,其所受损失也是直接由犯罪行为所致。“犯罪被害人应当只限于受到犯罪行为直接侵害的自然人。也就是说,犯罪行为与损害损失的客观事实之间有着直接的必然因果关系,间接受到损失或影响的自然人不是犯罪被害人。”^①这一关于“犯罪被害人”的论述同样适合于刑事被害人。受犯罪行为间接侵害的人如被害人的近亲属,其因为犯罪行为对被害人生命、健康等的侵害,同时可能伴随着被害人的医药费等物质损失,而在心灵

① 汤啸天:《谈犯罪被害人的基本特征》,载《甘肃政法学院学报》1999 年第 1 期。