



被害人自我答责研究

RESEARCH ON VICTIMS' SELF-RESPONSIBILITY

马卫军 著

中国社会科学出版社



宁夏大学法学文库

被害人自我答责研究

RESEARCH ON VICTIMS' SELF-RESPONSIBILITY

马卫军◎著

中国社会科学出版社

图书在版编目(CIP)数据

被害人自我答责研究 / 马卫军著. —北京: 中国社会科学出版社,

2018. 5

ISBN 978-7-5203-2224-9

I. ①被… II. ①马… III. ①被害人-权益保护-研究-中国

IV. ①D925. 204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 052673 号

出 版 人 赵剑英
责任编辑 梁剑琴
责任校对 李 莉
责任印制 李寡寡

出 版 中国社会科学出版社
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号
邮 编 100720
网 址 <http://www.csspw.cn>
发 行 部 010-84083685
门 市 部 010-84029450
经 销 新华书店及其他书店

印刷装订 北京君升印刷有限公司
版 次 2018 年 5 月第 1 版
印 次 2018 年 5 月第 1 次印刷

开 本 710×1000 1/16
印 张 26
插 页 2
字 数 428 千字
定 价 98.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社营销中心联系调换

电话: 010-84083683

版权所有 侵权必究

序

被害人自我答责这一问题在德、日刑法学中讨论较多，但其直到晚近才被我国刑法学界所关注。许多研习刑法学的人一接触“被害人自我答责”这一概念，就会本能地认为其理论构造较为复杂，说理也令人费解，从而对其有抵触情绪。但是，这不是一种应有的学术态度。被害人自我答责理论所讨论的问题并不是躺在象牙塔里的知识，其无限接近于生活原理。“一人做事一人当，任何人不替别人‘背锅’”，这是日常生活中我们都能够接受的常识。被害人自我答责理论只不过是將这一常识“转用”到刑法理论上，明确指出在刑法上每个人只对发生在自己能够负责的领域内的事情负责；被害人如果基于其自由意志实施一定行为，原则上就得“自己背锅”。当然，这只是大而化之的形象说法，要深入探讨被害人自我答责理论，所涉及的复杂问题超乎想象。

马卫军同志在我指导下，在清华大学法学院攻读博士学位期间，不畏艰难，选择“被害人自我答责理论”这一视角撰写博士学位论文并提交答辩，获得了一致好评。到宁夏大学工作后，他又对论文进行了大幅度修改，增加了很多第一手的日文文献资料，并将大量实务案例充实到论文中，扩充了论文篇幅，使其对这一问题的讨论极其深入。他邀请我为本书作序，我欣然答应。

我认为，要很好地研究被害人自我答责原理，以下诸多方面是无法绕开的。

一是被害人自我答责背后自由主义刑法观和刑法家长主义之间的关系问题。被害人自我答责理论所展示出来的是尊重个人相对的行动自由，合理分配危险的规范价值，即承认在有的场合，即便行为人实施了一定行为，结果的发生也与行为存在一定事实关联，但是，从规范判断的角度看，应当真正对结果负责的可能不是行为人而是被害人本人。理由在于：

其一，在被害人自行决定实施某种行为的情形下，其自主决定涉及被害人本人的利益，被害人没有在违背自己意愿的情况下面对危险，此时，如果认定他人的行为具有不法性就是在坚持刑法家长主义立场；其二，刑法的目的是维护规范效力从而防止法益侵害，刑法对人身、财产法益的保护，是防止他人攻击被害法益，而不是禁止被害人（法益主体）的自我处分行为；其三，在被害人自我答责的场合如果仍然认定他人的行为不法，势必使他人的行动受到过多限制，社会生活甚至可能停滞。例如，甲坐长途公交车时，觉得司机乙在盘山公路上连续以接近于限速的速度转弯特别危险，就悄悄跳车然后摔死。如果否认被害人自我答责，认定司机的行为违法，要求其承担过失犯罪责任，就会使得某些职业行为无法正常开展。这充分说明讨论被害人自我答责，其实就是在探索自由主义刑法观的相关内容。

二是被害人自我答责理论与中国刑法学通说的关系。一方面，在我国传统犯罪构成四要件说之下如何讨论被害人自我答责，是一个难题。但是，在阶层论之下，其体系性地位非常清晰：按照三阶层犯罪论体系的进路，被害人自我答责处于构成要件符合性层次（而非违法性阶层），其作用在于排除行为人行为的构成要件该当性，从而影响行为人的不法。所以，肯定和思考被害人自我答责原理就必须对犯罪论体系进行阶层化改造。只有这样，才能体系性地对被害人自我答责问题进行深入研究。检视我国当前的相关研究，被害人自我答责问题虽然逐渐为人们所重视，但是，有深度的体系性研究仍然十分缺乏，如被害人自我答责在整个犯罪论之中处于何种地位，被害人自我答责与被害人承诺之间究竟是什么关系，被害人自我答责和传统因果关系之间如何衔接，被害人自我答责是否对共犯论带来影响，如此等等，不一而足。而这些问题的推进，都和犯罪论的阶层化改造以及体系性思考的深化紧密关联。另一方面，涉及被害人自我答责理论的案件在我国司法实务中其实一直是存在的，但是，过去都被转换为过失犯中的注意义务、故意犯中的被害人承诺等问题处理，有的问题还与共同犯罪有关联。如何反思和检讨传统实务解决方案的不足，是理论上必须直面的问题。应当说，传统上将被害人自我答责解释为他人的行为属于“被允许的危险”或具有“社会相当性”的说法，其内容都过于含混，不足为凭；将被害人自我答责和被害人承诺等同，也没有看到二者在被害人同意的内容上的差异。因此，思考被害人自我答责的相关问题，就

必须突破我国传统刑法理论的约束，将对此类问题的探讨从注意义务违反、被害人承诺等行为不法层面推进到客观的结果归属（结果发生的“账”究竟算到谁头上合适）这一解释方向。

三是被害人自我答责理论与司法实务的关系。按理说，被害人自我答责理论是刑法总论中相对比较基础性的问题，与司法实务之间有一定距离。但是，刑法学研究如果脱离司法实务，不注重其实用性，理论的生命力就会受到限制。思考被害人自我答责理论，对有些具体犯罪的认定具有指导价值。例如，我们一般认同犯罪行为是犯罪人的行为；法律实务上通常接受的理念是，犯罪是否成立与被害人的态度或举止无关，因此犯罪人向被害人退赃、退赔或者被害人明确表示谅解犯罪人，都不会影响定罪，其至多能够成为量刑情节。但是，这一常识或观念在诈骗罪的认定上并不能通行，该罪是刑法分则中为数极少的定性要取决于被害人行为或态度的犯罪。正是由于这一点，在德国和日本刑法学中讨论分则具体问题时，诈骗罪始终是火力点或思考原点，可以说其“集万千宠爱于一身”。在讨论个人的自我决定权和刑法家长主义、被害人承诺、被害人自我答责等问题时，都绕不开对该罪的分析。

四是被害人自我答责理论与规范思考的关系。由于受到新康德主义不同程度的影响，欧陆刑法学认为“眼见为实”的判断方法未必可靠，其特色之一便是重视规范性思考。客观归责论就是运用规范思考方法的典型例证，其强调即便事实上有条件关系的场合，结果能不能归属到行为人头上，也还需要进行规范评价。这一思考方法对于限缩犯罪成立范围、实现自由主义刑法观极其重要。有的学者认为，在德国和日本刑法学界有大量学者反对客观归责理论，因此，我国也没有必要发展这一理论。但是，我认为，这是对客观归责论的误解。其实，在国外很多人反对的不是客观归责论的方法论，在运用规范判断来确定“账”算到谁头上这一点上，几乎所有欧陆刑法学者都不反对，很多人反对的是客观归责这个术语本身，是“名义上”或“名称上”的反对，认为其含义不明确或者装载的内容太多。我也认为，目前在德国被许多人认同的客观归责论已然“超载”，我们确实不必完全照搬其内容。但是，客观归责论所提出的规范性思考方法，所建构的某些判断结果归属的下位规则是有价值的，必须加以承认；至于是否必须使用“客观归责”或者“结果归属”这一术语，还是可以转换为“法律的因果关系”这一名称，确实可以再讨论。其实，被害人

自我答责只不过是结果归属的下位规则之一，如果要承认刑法中的规范思考方法，肯定行为和结果关联性的法律把握，就必须提出和深化被害人自我答责理论。

在本书中，马卫军博士廓清了被害人自我答责的理论内涵，对被害人自我答责与被害人承诺、被害人自损行为、被害人的过错和被害人信条学之间的区别和联系进行了厘清。从被害人自我答责的概念和基本原理出发，依次讨论危险接受与被害人自我答责、自杀参与和被害人自我答责，诈骗罪中被害人错误认识、处分行为与被害人自我答责之间的关系。本书的问题意识明确，比较方法运用得当，对德国、日本研究现状的描述准确，论文结构安排合理，不失为本专题的上乘之作。

马卫军博士体现在本书中的研究成果，全面覆盖了我上述所提出的四大方面的问题。首先，他较为全面地分析了被害人自我答责的理论内涵，立足于自由主义刑法观思考问题，认为在被害人自我答责的场合，之所以无法对行为人归责，是因为一旦可以确定结果发生的“账”要算到被害人头上，行为人的行为就没有实现法益侵害的危险。对自由主义刑法观在被害人自我答责领域的具体运用，马卫军博士还提出了自己的独特见解。从规范上看，被害人基于自己的任意，形成了“任意、行为与结果的统一体”，从而导致行为人的行为没有实现不被允许的风险，此时处罚行为人就缺乏合法性。可以说，自由主义刑法观成为贯穿本书的一条主线。其次，本书妥当处理了被害人自我答责和传统中国刑法学的关系，采用阶层犯罪论体系，并对传统上运用过失犯、被害人承诺理论处理被害人自我答责问题的思路进行了批判。最后，始终关注实务难题的解决、注重“问题的思考”是本书的一大特色。马卫军博士在本书中，用被害人自我答责解决自杀参与的问题，认为如果有自我决定自由的被害人出于自己的自由意志而支配了结果发生，并且该结果的发生是在被害人所管辖的能够支配的领域之内的话，就认为该结果是被害人的“杰作”，由被害人予以答责。即在这种场合，该结果的发生不属于行为人的管辖范围，从而阻却构成要件符合性，排除行为人的刑事责任。在这一前提下，将教唆、帮助自杀行为定性为故意杀人罪，一定会对罪刑法定原则、共犯论等带来冲击，这一结论对司法实务很有参考价值。如果采纳他的建议，实务中每年会减少许多关于故意杀人罪的定罪。此外，本书还用被害人自我答责理论来阐释诈骗罪的认定问题，即

被害人的错误认识与行为人的欺骗行为结合在一起，作为对被害人财产法益的危险来源而共同发挥作用，从而共动性地导致了法益侵害结果的发生时，要认定诈骗罪的成立，就需要准确评价被害人的错误与行为人的行为，审视其对结果发生的影响力。

必须承认，虽然本书是30多万字的著作，但被害人自我答责理论这一问题过于复杂，牵一发而动全身，我国的相关研究也还处于起步阶段，有很多复杂问题还需要进一步探讨，无法做到“毕其功于一役”。例如，在本书中，马卫军博士用被害人自我答责区别处理危险接受、共同正犯性的危殆化、合意的他人危殆化情形，原则上朝着被害人对法益侵害结果应当自己负责、限制犯罪成立范围的方向予以展开。但是，被害人自我答责理论一定不是“一路通吃”的，在很多场合（尤其是发生被害人死伤的场合）有必要对被害人给予特殊保护，为此，必须承认被害人自我答责原理的例外情形：①被害人被强制或心智并不健全的，不能适用被害人自我答责的法理，否则，得到13岁幼女的同意与其发生性行为的人仍然构成强奸罪就不好解释；②行为人对被害人具有优势知识，例如，行为人是医生或施行骗术时，不能适用被害人自我答责理论；③在被害人自陷风险时，行为人未遵守义务（例如，乘客甲为赶飞机要出租车司机乙在机场高速上超速驾车，鲁莽的司机照办却出车祸导致乘客甲死亡）的，都应该承认被害人自我答责原理的运用会被排斥。就如何建构一系列“负面清单”来防止被害人自我答责在实务中被滥用这一点而言，我认为本书还可以交代得更充分、更清晰。又如，对很多案件而言，可以按照被害人自我答责原理进行处理，但适用客观归责论的其他下位规范判断规则（例如注意规范保护目的理论等）也可能得出相同的结论的，如何评价这些判断规则的优位顺序，其实也是需要研讨的问题。再比如，我曾经做过研究，认为我国司法实务上虽然没有使用客观归责这一术语，但是大量判决明确认同客观归责的逻辑或方法论。那么，在被害人自我答责这一问题上，是否有相同的现象？实务上是否认同这一原理，即是否存在虽然未在判决书中明确使用被害人自我答责的表述，但是根据其方法论或思考逻辑做出定性结论的情形？针对这些问题，马卫军博士今后还可以继续做一些研究。

学术薪火相传！每一个学者对刑法学研究所能做的事情都注定是有限的，好在马卫军博士在本书中所讨论的问题为未来的研究积累了素

材，提供了一个批评的靶子，也算是为中国刑法学的发展尽了绵薄之力。在此，我要向他表示最诚挚的祝贺！

周光权

2018年1月2日，于清华大学明理楼506室

摘 要

被害人自我答责的法哲学根基是对自我决定权及其实现的尊重。在刑法上,每个人只对发生在自己答责领域内的事负责。在三阶层犯罪论体系下,被害人自我答责处于构成要件符合性层次,其作用在于排除行为人为行为的构成要件该当性,从而影响行为人的不法。被害人之所以自我答责,从规范上看,是因为被害人基于自己的任意,形成了“任意、行为与结果的统一体”,从而导致行为人的行为没有实现不被允许的风险。这种思考方式,体现出了对实行行为和法益侵害结果的实质性思考,对司法实践具有很好的指导意义。

用被害人自我答责可以很好地解决危险接受的问题。被害人自我危险化的参与场合,由于被害人已经完全认识到自己的行为具有法益侵害的危险,却积极实施该行为,被害人决定性地导致了法益侵害结果的发生,因此,这种情况下,对法益侵害结果,由被害人的自我答责,排除行为人的自我答责。

共同正犯性的危险化场合,被害人预测到了自己行为对自己法益有发生侵害结果的可能性或者对发生结果的可能性有预测可能,并自愿实施相关危险行为,无疑,就是被害人基于自己的意思,创设了“任意、行为与结果的统一体”,而这种场合,无法适用刑法总则中关于共同正犯的违法连带原理,因此,被害人对法益侵害结果,应当自我答责。

合意的他人危险化场合,从客观层面来看,被害人做出允许危险的行为并且自己踏入危险。被害人接受危险,就是将自己置于危险状态之中。尽管对危险状态本身的来源不能操控(即行为人的行为),但是,被害人有能力操控自己不进入该危险状态的能力。在被害人拒绝操控自己不进入该危险状态的能力之时,就是踏入危险之中。如此,合意的他人危险化场合,被害人接受了危险,从规范上来看,就是被害人“自己的危险状

态”，而不是“他人的危险状态”，因此，可以得出被害人具有指向结果发生可能性的结论。在主观层面，被害人具有充分的危险认识可能性。据此，可以认为被害人基于自己的任意，创设了“任意行为与结果的统一体”，从而对法益侵害结果，由被害人自我答责。

用被害人自我答责也可以解决自杀参与的问题。法规范上，自杀属于完全自由地对自己生命的组织化行为，而该组织化行为并未进入他人的法领域。自杀不是杀人罪中的杀人，因此，自杀不符合故意杀人罪的构成要件。对于这种没有侵害他人法益的自由的组织化行为所产生的结果，当由自杀之人自我答责。教唆、帮助自杀，不是刑法总则中规定的共犯行为，而是一种独立的行为类型。对该行为类型，无法通过解释论将之纳入故意杀人罪之中。将教唆、帮助自杀归于故意杀人罪来解决带来了对于故意杀人罪实行行为的冲击、对共犯论的冲击等一系列问题。

用被害人自我答责理论能够充分说明诈骗罪中认识错误要件的问题。被害人的错误认识与行为人的欺骗行为结合在一起，作为对被害人财产法益的危险来源而共同发挥作用，从而共动性地导致了法益侵害结果的发生。因此，在诈骗罪的遂行上，要功能性地看待被害人的错误与行为人的行为。

在被害人怀疑的程度及其判断上，可将被害人的认识错误程度划分为被害人主观确信、被害人抽象怀疑、被害人具体怀疑和被害人没有认识错误四种。被害人主观确信的场合，被害人完全陷入了认识错误，行为人成立诈骗罪的既遂；被害人抽象怀疑的场合，不能认定被害人自我答责；被害人具体怀疑的场合，对法益侵害结果，由被害人自我答责；被害人没有认识错误的场合，对法益侵害结果，当然由被害人自我答责。

对于被害人具体错误的判断，应当立足于主观说，结合案件的具体情况，按照一般的经验法则从交易的性质、财产的种类、被害人的知识、经验、职业等进行综合判断。

关键词：自我决定实现；自我答责；危险接受；自杀参与；诈骗罪中的错误

目 录

第一章 导论	(1)
第一节 问题意识	(1)
第二节 现有研究	(2)
一 德国的研究现状	(3)
二 日本的研究现状	(6)
三 我国的研究现状	(9)
第三节 本书的结构安排	(11)
第二章 自我答责的基本原理	(12)
第一节 自我答责的法哲学根据——自我决定及其实现的 自由	(13)
一 自我答责的法哲学根基——自由	(13)
二 自我答责的法哲学根基——自我决定	(16)
三 从抽象的法层面理解自我答责	(18)
第二节 自我答责的解释学根据：任意、行为与结果的 统一体	(21)
一 自我决定者任意改变“意志”，形成“任意”	(22)
二 “任意”贯穿法益侵害行为始终	(23)
三 形成了“任意、行为与结果的统一体”	(24)
第三节 自我答责理论与刑事责任论	(25)
一 冯军教授的观点	(26)
二 本书的观点	(28)
本章小结	(29)

第三章 被害人自我答责理论的展开	(31)
第一节 被害人自我答责的含义	(31)
第二节 何以被害人自我答责	(31)
一 前提性讨论——被害人自我答责的地位与作用	(31)
二 行为人没有实现不被允许的危险	(37)
三 被害人行为的正犯性	(40)
第三节 被害人自我答责的成立条件	(47)
一 答责主体、答责行为和结果	(47)
二 能够答责的法益范围——复数法益下的被害人自我 答责	(63)
第四节 被害人自我答责的类型	(68)
一 冯军教授的分类	(68)
二 山中敬一教授的分类	(69)
三 本书的分类	(72)
第五节 被害人自我答责的排除	(74)
一 被害人心智不成熟、欠缺经验	(74)
二 法益的限制	(74)
三 行为人的优势风险认知	(75)
四 行为人是义务犯的场合（制度化管辖义务的场合）	(75)
五 间接正犯的场合	(86)
第六节 对被害人自我答责理论的质疑及回应	(104)
一 不讲理的判断	(104)
二 对被害人双重不利的结果	(106)
三 不同问题的同等看待	(108)
第七节 被害人自我答责理论内涵的进一步厘清	(109)
一 被害人自我答责与被害人承诺的区别	(109)
二 被害人自我答责与自损行为	(111)
三 被害人自我答责与被害人过错	(112)
四 被害人自我答责与被害人信条学	(117)
第八节 被害人自我答责的理论与现实意义	(126)
一 被害人自我答责的理论意义	(128)
二 对中国司法的积极影响	(137)

本章小结	(144)
第四章 危险接受与被害人自我答责	(146)
第一节 问题所在	(146)
第二节 判例的整理	(149)
一 德国判例的整理	(149)
二 日本判例的整理	(165)
三 我国判例的整理	(170)
第三节 危险接受之被害人承诺理论的解决	(172)
一 日本的学说	(173)
二 德国的学说	(178)
三 我国的学说	(183)
四 被害人承诺理论的问题点	(184)
第四节 危险接受的客观归责论的解决	(190)
一 德国的学说	(190)
二 日本的学说	(223)
第五节 德、日其他理论述评	(237)
一 注意义务违反欠缺论	(237)
二 行为危险否定说	(238)
三 被允许的危险论（正当化的危险理论）	(240)
四 社会相当性说	(241)
五 责任阻却说	(244)
六 信赖原则说	(247)
七 岛田聪一郎的见解——复合的视点	(251)
第六节 我国的学说	(254)
一 冯军教授的观点	(254)
二 张明楷教授的观点	(255)
第七节 本书的观点——被害人自我答责理论	(255)
一 问题所在	(255)
二 危险接受的分类与被害人自我答责	(256)
三 进一步阐释——被害人自我答责与过失正犯	(262)
本章小结	(274)

第五章 自杀参与与被害人自我答责	(276)
第一节 问题所在	(276)
第二节 德国主要判例的分析与讨论	(277)
一 自杀之作为的参与：殉情幸存事件	(278)
二 自杀之不作为的参与：不阻止自杀案件	(279)
三 自杀之过失的参与	(283)
四 临死介助状况中作为的参与	(285)
五 临死介助状况中不作为的参与	(287)
第三节 德国主要学说的分析与探讨	(289)
一 共犯论的路径	(289)
二 准（疑似）共同正犯论的路径	(294)
三 间接正犯论的路径	(297)
四 自我答责论的路径	(298)
第四节 日本的判例和学说	(307)
一 日本的判例	(307)
二 日本的学说	(311)
第五节 我国的案例和学说	(316)
一 我国的案例	(316)
二 我国的学说	(323)
第六节 本书的观点	(327)
一 问题所在	(327)
二 自杀的性质与教唆自杀、帮助自杀罪	(327)
三 进一步阐释——当前我国认定教唆、帮助自杀成立犯罪的问题点	(337)
四 事例的结论	(342)
本章小结	(344)
第六章 诈骗罪中被害人错误认识、处分行为与被害人自我答责	(347)
第一节 问题的提出	(347)
第二节 被害人错误认识、处分行为与诈骗罪之成立	(348)
一 被害人错误认识及处分行为的意义——兼论对传统观点的质疑	(348)

二 诈骗罪中被害人错误认识的种类与被害人自我答责	(353)
第三节 诈骗罪中被害人错误认识的程度与被害人自我答责 ...	(356)
一 问题所在	(356)
二 传统的解决方法述评	(358)
三 被害人信条学的解决方法述评	(364)
四 本书的观点——被害人自我答责的解决方法	(370)
本章小结	(378)
 第七章 结论	(381)
一 本书的基本结论	(381)
二 本书的创新之处	(383)
三 本书的不足	(384)
 参考文献	(385)
 后记	(401)

第一章

导 论

第一节 问题意识

刑法中，被害人对所面临的法益侵害行为及其危险（结果）持何种态度，有时具有非常重要的意义。如在同意伤害的场合，被害人接受法益侵害的结果这一事实可能会根据“同意无侵害”的原理而被评价为被害人承诺，进而排除行为人的违法性，从而使行为人的行为被正当化。但是，某些场合，如通常作为过失犯领域中问题之一的危险接受场合，即被害人事前对一定的法益侵害风险有所认知，但仍然同意行为人实施一定的行为，从而导致结果发生，如何解决，并非没有争议。如有丰富赛车经验的被害人为了指导技术粗糙的赛车练习人（行为人）而坐至副驾驶位置，后因行为人操作不当，发生事故，导致被害人死亡的这种表面上被害人仅对行为人的“行为”表示同意，而对行为所导致的“结果”并不同意的问题的解决。有学者认为，在自冒风险的场合，尽管被害人所同意的是参与危险行为，而不是由此所发生的危险结果，但是，这种理解过于形式化了。既然行为人所实施的是“危险”行为，就表明该行为有蕴含结果发生的可能性，被害人既然同意参与行为，就绝对不能说对该行为所可能产生的结果表示不同意。^①但也有观点认为，将作为法益主体的被害人不注意的态度解释为同意，是一种不正当的拟制，但是，也存在仅对危险创出的态度的同意使结果正当化的情况。当然，并非所有对“行为”的同意一定会导致结果的正当化，如果行为具有伦理违反性，则排除被害人承诺而认为该结果不能被正当化。^②

① 黎宏：《刑法总论问题思考》，中国人民大学出版社2016年版，第274页。

② [日] 塩谷穀：《被害者の承諾と自己答責性》，法律文化社2004年版，第180—181页。