

STRAF

Das Deutsche Strafrecht im
Spiegel der Rechtsprechung

Besonderer Teil

德国判例刑法

分 则

王 钢 / 著

RECHT



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

STRAF

Das Deutsche Strafrecht im
Spiegel der Rechtsprechung

Besonderer Teil

德国判例刑法

分 则

王 钢 / 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

RECHT

图书在版编目(CIP)数据

德国判例刑法:分则/王钢著. —北京:北京大学出版社,2016.9

ISBN 978-7-301-27560-3

I. ①德… II. ①王… III. ①刑法—审判—判例—德国 IV. ①D951.64

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第224445号

- 书 名** 德国判例刑法(分则)
Deguo Panli Xingfa (Fenze)
- 著作责任者** 王 钢 著
- 责任编辑** 苏燕英
- 标准书号** ISBN 978-7-301-27560-3
- 出版发行** 北京大学出版社
- 地 址** 北京市海淀区成府路205号 100871
- 网 址** <http://www.pup.cn> <http://www.yandayuanzhao.com>
- 电子信箱** yandayuanzhao@163.com
- 新浪微博** @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书
- 电 话** 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
- 印刷者** 北京宏伟双华印刷有限公司
- 经 销 者** 新华书店
- 730毫米×1020毫米 16开本 19.75印张 309千字
2016年9月第1版 2016年9月第1次印刷
- 定 价** 49.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

序 言

我国刑法学当前正处于知识体系转型时期。新世纪以降,我国刑法学界借鉴德国刑法理论的趋势日趋明显,期间也有一系列知名德国刑法学者的教科书和论文陆续进入我国学界的视野。作为大陆法系的代表国家,德国刑法学在经历了数百年的发展之后,已经形成了较为完善的理论体系,对之加以研究与借鉴,无疑有助于我国刑法学的发展。但是,目前我国刑法学界在对德国刑法学的借鉴方面仍然存在着两个显著的问题:其一为重总论而轻分则;其二为重学理而轻判例。

就第一点而言,我国学者当前在总则诸多重要问题中都大量借鉴德国刑法理论。尤其是在行为无价值、因果关系、客观归责以及共同犯罪等领域,德国学界的见解对我国学者影响巨大。诚然,在总则问题上,各国具有较大的共性,因而我国学者在借鉴德国刑法学的过程中“总则先行”也无可厚非。然而,德国刑法学并非仅仅涉及总则,通过对分则条文的精细解释,实现对具体案件的合理处理,也是德国刑法学的一大特色。根据我本人研习德国刑法的体会,德国刑法学的精细程度甚至可能更多地体现在分则的条文解释与案例分析之中。此外,众所周知,刑法总则中的诸多理论都是从分则规定中归纳、抽象而来。因此,若不能全面了解《德国刑法》中关于个罪的规定,自然也很难深入理解总则中的基础理论。遗憾的是,尽管分则的这种重要性不言而喻,我国目前却鲜有学者从事德国刑法分则的研究。迄今为止,国内也尚未有系统介绍德国刑法分则的文献资料。这显然不利于我国学者和司法工作人员借鉴德国刑法分则理论,并提高对刑法条文的解释能力与运用能力。

就第二点而言,德国虽然并非判例法国家,但是,遵循先例,尤其是遵循联邦最高法院(以及联邦宪法法院)的判例,却也是德国司法实务中的基本原则。不仅如此,在德国法学院的教学活动以及德国学者的学术研

究中,司法判例也从来都占据着极为重要的地位。事实上,德国刑法学界对于绝大部分问题的讨论都源自某个或者某一系列司法判决,而司法判例又在很大程度上推动甚至是左右着学术观点的发展。我国学者在研究、借鉴德国刑法理论时,比较常见的错误在于,将少数甚至是个别学者的见解等同于德国的通说。但是实际上,任何一位德国学者,即便是罗克辛(Roxin)教授这般学术巨擘,都无法独自代表德国刑法。能够代表德国刑法,能够在真正意义上被称为德国“通说”的,只有——包括联邦最高法院在内的——德国高等法院的司法判例。在这个意义上,可以毫不夸张地说,不了解德国的司法判例,就不可能真正了解德国刑法。

正是基于上述认识,我深感此次北京大学法学院江溯副教授组织编写德国判例刑法一举对推动和深化我国刑法学研究颇有裨益。因此,当江溯先生邀请我负责分则部分的写作时,我也欣然承担了这一重任。于是,便有了本书的面世。全书综合整理了德国各级法院千余则判例,并且结合德国学者的论述,较为系统地解析了德国刑法中侵犯公民人身权利和财产权利的重点罪名,对其中的部分重要判决还进行了较为详细的评述。当然,这里所涉及的罪名仅为德国刑法中的冰山一角。由于我个人时间和精力限制,本书的范围只能限于司法实务中最常见、德国法学院的教学中最核心,同时也可能是对我国最具有借鉴意义的近四十个罪名。若日后有机会进行第二版的写作,届时将再增补对其他罪名的解析。

清华大学法学院博士生吕翰岳同学极为细致地校对了全书的法条翻译,并对诸多术语的译法提供了有益的参考意见;博士生武晓雯、白鑫森以及硕士生许尚楸、唐恒源等同学曾数度通读书稿,指出了原稿中的多处错误。在此谨向诸位表示衷心感谢。然而,由于涉及的内容繁多,写作时间又较为有限,书中错漏舛误之处恐在所难免,还望读者见谅。若本书能对我国读者进一步了解德国刑法略有助益,本人将深感荣幸。

王 钢

2016年1月27日

于清华明理楼

目 录

第一章 针对生命的犯罪	(1)
一、重点罪名	(1)
二、罪名解析	(3)
(一) 生命法益与行为对象	(3)
(二) 谋杀罪与故意杀人罪	(4)
(三) 受嘱托杀人罪	(18)
(四) 业务性促进自杀罪	(20)
(五) 遗弃罪	(29)
(六) 过失杀人罪	(33)
三、案例评析	(33)
(一) 案例 1: BGH, Urteil vom 14. 8. 1963 - 2 StR 181/63 = BGHSt 19, 135 ff.	(33)
(二) 案例 2: BGH, Urteil vom 25. 6. 2010 - 2 StR 454/09 = BGHSt 55, 191 ff.	(44)
第二章 针对身体法益的犯罪	(69)
一、重点罪名	(69)
二、罪名解析	(71)
(一) 身体伤害罪	(71)
(二) 危险的身体伤害	(74)
(三) 严重的身体伤害	(80)
(四) 身体伤害致人死亡	(84)
(五) 被害人承诺	(89)
(六) 参与斗殴罪	(91)
第三章 针对人身自由的犯罪	(94)
一、重点罪名	(94)

二、罪名解析	(96)
(一) 拘禁罪	(96)
(二) 强制罪	(100)
(三) 敲诈性绑架罪	(108)
(四) 劫持人质罪	(116)
(五) 恐吓罪	(117)
第四章 针对名誉的犯罪	(119)
一、重点罪名	(119)
二、罪名解析	(120)
(一) 针对名誉犯罪的共同问题	(120)
(二) 恶言中伤罪	(127)
(三) 诽谤罪	(129)
(四) 侮辱罪	(130)
(五) 诋毁死者声誉罪	(133)
(六) 维护正当权益	(133)
第五章 侵犯居住安宁与抗拒执行人员	(136)
一、重点罪名	(136)
二、罪名解析	(137)
(一) 侵犯居住安宁罪	(137)
(二) 抗拒执行人员罪	(142)
第六章 盗窃与侵占	(149)
一、重点罪名	(149)
二、罪名解析	(151)
(一) 体系概览	(151)
(二) 盗窃罪	(153)
(三) 情节特别严重的盗窃	(169)
(四) 第 244 条	(174)
(五) 侵占罪	(184)
第七章 诈骗与背信	(192)
一、重点罪名	(192)

二、罪名解析	(194)
(一) 诈骗罪	(194)
(二) 计算机诈骗罪	(231)
(三) 背信罪	(239)
三、案例评析	(249)
第八章 抢劫与敲诈勒索	(268)
一、重点罪名	(268)
二、罪名解析	(270)
(一) 抢劫罪	(270)
(二) 严重的抢劫	(275)
(三) 抢劫致人死亡	(277)
(四) 抢劫性盗窃	(279)
(五) 敲诈勒索罪与抢劫性敲诈勒索	(284)
第九章 物品损坏	(297)
一、重点罪名	(297)
二、罪名解析	(297)
(一) 物品损坏罪	(297)
(二) 告诉才处理	(305)

第一章 针对生命的犯罪

一、重点罪名

《德国刑法》分则第16章规定了针对生命的犯罪行为,其中包括了谋杀、故意杀人、受嘱托杀人、堕胎^①、遗弃和过失杀人等构成要件。本章主要条文如下:

第211条 谋杀

对谋杀犯处以无期徒刑。

谋杀犯是指,

出于谋杀癖好、为了满足性欲、出于贪婪或者其他卑劣的动机,阴险地或者残忍地或者以危害公共安全的方式,或者

为了实施或者掩盖其他罪行

杀人的人。

第212条 故意杀人

杀人但不构成谋杀犯的,作为故意杀人犯判处五年以上有期徒刑。

情节特别严重的,处无期徒刑。

第213条 情节较轻的故意杀人

如果故意杀人犯是在自己无过错的情况下,由于被害人对其或其亲属所施加的虐待或严重侮辱而被激怒并因此冲动地实施犯罪,或者具有其他较轻情节的,处一年以上十年以下有期徒刑。

第216条 受嘱托杀人

^① 虽然在德国宪法和刑法中,围绕着与堕胎相关的条文都存在着较大的争议,但是考虑到我国刑事立法并未设立堕胎罪的现状,而且司法实务中也没有解决相关案件的需求,故本书暂不探讨有关堕胎罪的问题。

2 德国判例刑法(分则)

基于被害人明确且真挚的嘱托而决定杀人的,处六个月以上五年以下有期徒刑。

本罪的未遂可罚。

第 217 条 业务性促进自杀

以促进他人自杀为目的,业务性地向其提供、创设或介绍机会的,处三年以下有期徒刑或者罚金。

自身并非业务性地实施行为,且为第一款中所言之“他人”的亲属或者与其关系密切的共犯,不受处罚。

第 221 条 遗弃

有下列情形之一,使人陷于死亡危险或严重的健康损害之危险的,处三个月以上五年以下有期徒刑:

(一) 置人于无助处境的;或者

(二) 对身处无助处境中、受自己照料或者自己有义务援助的人不加救助的。

行为人有下列情形之一的,处一年以上十年以下有期徒刑:

(一) 针对其未满 14 周岁的子女或者针对委托其进行养育或生活照护的人实施前款行为的;

(二) 由前款行为导致被害人严重的健康损害的。

通过本条所规定之行为导致被害人死亡的,处三年以上有期徒刑。

犯第二款罪,情节较轻的,处六个月以上五年以下有期徒刑,犯第三款罪,情节较轻的,处一年以上十年以下有期徒刑。

第 222 条 过失杀人

过失致人死亡的,处五年以下有期徒刑或者罚金。

在上述条文中,第 211 条和第 212 条是故意的实害犯,第 222 条是过失犯,第 221 条是对生命和身体法益的具体危险犯,第 216 条与第 217 条是对生命法益的抽象危险犯。第 213 条则只是量刑规则,不具有独立的构成要件性质。德国司法判例和学界的通说认为,第 213 条只能适用于故意杀人(第 212 条)的案件,并不适用于谋杀(第 211 条)的场合。当然,除了这些条文之外,德国刑法中还有部分条款以结果加重犯的形式保护生命法益。譬如第 227 条身体伤害致人死亡、第 251 条抢劫致人死亡和第 306c 条纵火致人死亡等。

针对生命的犯罪在德国司法实务中并不是多发性犯罪。根据德国联邦内政部公布的犯罪统计数据,连同未遂犯在内,2014年德国共发生谋杀与杀人案件2179起(其中受嘱托杀人案件17起),约占该年犯罪总数(共计6082064起)的0.036%。自2002年以来,谋杀和杀人案件在德国的侦破率一直稳定在95%以上,2014年的侦破率达到了96.5%。此外,2014年德国还发生遗弃案件71起(侦破率91.5%),过失致人死亡案件698起(交通犯罪除外,侦破率82.2%),堕胎案件85起(侦破率97.6%)。^①

二、罪名解析

(一) 生命法益与行为对象

《德国刑法》(以下简称《刑法》)^②第211、212、216、217条和第222条所保护的法益都是人的生命。虽然《德国民法》第1条规定,民事法律能力始于分娩结束,但是德国刑法学界的通说和司法判例在认定刑法意义上人的生命的起点时却采用了阵痛说。也即当分娩开始、出现生产时的开口阵痛(Eröffnungswehen)时,就已经存在刑法所保护的人的生命。^③因为从这个时候起,婴儿开始离开母体并且与外界产生联系,有通过刑法对其生命加以保护的必要。所以,如果医生在助产过程中过失导致婴儿死亡,同样成立过失杀人罪。在生产阵痛产生之前,则不存在刑法意义上的人的生命,胎儿仅受《德国刑法》第218条以下与堕胎相关之条文的保护。对于人的生命何时终结,德国仍然存在着一定的争议。以前一般以血液循环停止和呼吸停止为死亡标准。现在的通说则以脑死亡为生命终结的标准。因为人是身体和精神的结合体,当包括脑干在内的整体脑部活动不可逆转地消逝时,这种结合体就已经不复存在。^④在德国法律体系中,人的生命原则上享有绝对保护,从而使安乐死在诸多场合也具有刑事可罚性(参见下文案例2)。唯有当存在正当防卫等违法阻却事由时,这种绝对保护才出现例外。

虽然《德国刑法》第211、212、216条和第222条都使用了杀“人”一

^① Vgl. Polizeiliche Kriminalstatistik 2014, S. 4, 70, 88, 101.

^② 以下若无特别指明,具体条文均为《德国刑法》。

^③ Vgl. BGHSt 31, 348.

^④ 尽管德国《器官移植法》第3条第2款第2项将脑死亡作为器官移植的前提之一,但是严格说来,这一规定并没有表明立法者认为应该将脑死亡作为认定死亡时刻的标准。

词,但是根据通说,这些构成要件中的行为对象仅限于“他人”。换言之,自杀行为不符合相应的构成要件。由于(狭义)共犯的成立以存在正犯的不法主行为为前提,所以仅仅是教唆或者帮助他人自杀的,也不能构成杀人行为的教唆犯或帮助犯。当然,何时才能认定行为人只是在教唆或帮助他人自杀,而不是以直接或者间接正犯的方式导致了他人的死亡结果,存在着很多界分上的难题(参见下文案例1)。

(二) 谋杀罪与故意杀人罪

1. 谋杀罪与故意杀人罪的关系

第211条谋杀罪与第212条故意杀人罪之间的关系是德国刑法中存有巨大争议的问题。学界的见解几乎一致认为,第212条是基本构成要件,第211条则是故意杀人罪的情节加重犯,二者之间形成一种层级关系。换言之,谋杀的不法性质和故意杀人一样,只不过是后者的加重情形而已。因为成立谋杀必须具备故意杀人的所有构成要件,并且还需要额外符合至少一项谋杀要素。^①但是德国司法判例^②却坚持认为,谋杀和故意杀人具有不同的不法内涵,是两个相互独立的构成要件。^③这一争议的主要影响在于对(狭义)共犯的处罚。例如,在行为人出于贪婪而教唆或帮助正犯实施杀人行为,但正犯本身却不具备谋杀要素的场合,根据学界的立场,正犯仅构成故意杀人罪,教唆或帮助的行为人(共犯)则根据第28条第2款的规定成立谋杀罪;而根据司法判例的立场,这种场合下对共犯应当适用第28条第1款,正犯和共犯均只能成立故意杀人罪,共犯具备了谋杀要素的事实,将在量刑时加以考虑。

2. 故意杀人罪

(1) 概述

故意杀人是指故意终结或缩短他人生命的行为。根据学界通行的见解,故意杀人罪的犯罪构成概览如下:

^① Vgl. Eser, in: Schönke/Schröder, 28. Aufl., 2010, Vorbem. § § 211 ff. Rdn. 5 m. w. N.

^② Vgl. BGHSt 1, 368 (370 ff.); BGH NStZ - RR 2002, 139 f.

^③ 但是近年来,德国联邦最高法院就这一问题的判决有松动的迹象。其第五刑事审判庭在2006年的一个判决中首次质疑司法判例的传统立场。Vgl. BGH NJW 2006, 1008 (1013).

A. 构成要件

I. 客观构成要件

(1) 杀害行为

(2) 行为对象:他人

II. 主观构成要件

B. 违法性

C. 责任

D. 量刑规则:第 212 条第 2 款和第 213 条

这里所列出的判断次序以目前在德国学界占据主流地位的犯罪构成体系(即通过客观归责和故意的双重地位等学说对目的行为论的犯罪构成体系加以折中之后的体系)^①为基础。德国联邦最高法院从未明确表明自己究竟是从哪种三阶层犯罪构成体系出发分析案件。但是,从其时常在责任部分才考察与犯罪故意相关的问题^②这一点来看,可以认为联邦最高法院至少在部分判决中仍在运用古典/新古典犯罪构成体系。如果根据这种立场,上表中的“主观构成要件”一项就应当被归于责任部分。当然,这种分歧更多地只具有学理意义,在分则的个案分析中一般并不会导致不同的结果。若无特别说明,本书均依据德国学界通说所主张的犯罪构成体系解析罪名。

(2) 客观构成要件

故意杀人罪的客观构成要件是杀害他人或者说缩短他人的生命。相比盗窃、诈骗等财产犯罪中符合构成要件的行为而言,杀害行为本身的定型性较弱。究竟什么样的行为才能被认定为杀害行为,取决于行为和结果之间的归责关系:杀害行为就是任何可归责地缩短了他人的生命、引起了死亡结果的作为和不作为。这里对归责关系的认定,与总论中客观归责的内容一致,本书不再赘述。

(3). 主观构成要件

① Vgl. *Gropp*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., 2005, § 3 Rdn. 63 ff.

② 譬如,德国联邦最高法院的判例在涉及间接故意和有认识的过失之间的区分时,都会将间接故意和有认识的过失表述为两种不同的“责任形式”。Vgl. nur BGHSt 36, 1 (10); BGH NSiZ - RR 2010, 144 (145).

成立本罪以行为人主观方面具有直接或者间接的杀害故意为前提,也即行为人必须认识到所有客观构成要素,并且意欲或者放任其实现。需要注意的是,在作为犯的场合,当涉及间接故意和有认识的过失相区分时,德国司法判例对认定间接的杀害故意提出了较高的要求:杀人是极为严重的刑事犯罪,相比伤害他人而言,行为人作为地实施本罪需要克服较高的心理障碍^①,因此,即便行为本身具有显著的客观危险性,也不能据此认定行为人具有杀害故意。相反,法官在个案中必须充分衡量全部相关证据,通过对行为和行为人的综合评判得出是否具有杀害故意的结论。这就是联邦最高法院历来所主张的障碍限度说(Hemmschwellentheorie)。^②这种立场并没有实质性地修正犯罪故意的定义,只是强调,行为的客观危险性虽然是推断行为人具有杀害故意的最重要的要素,但却不具有决定性意义。根据德国的司法判例,当行为人在酒精或毒品的影响下^③或者出于愤怒或其他原因在短时间内冲动地实施行为^④时,就必须谨慎地考虑,行为人是否因为没有认识到行为的客观危险性,或者因为不能推断其放任危害结果发生^⑤而欠缺杀害故意。当行为人只是认识到了抽象的生命危险^⑥,事前采取了预防死亡结果的措施^⑦,或事后尝试挽救被害人^⑧,与被害人关系较好或对被害人存有好感^⑨,或者欠缺显著的杀害动机^⑩时,便有可能否定杀害故意的成立。

(4) 违法性

符合《刑法》第212条的故意杀人行为可以通过正当防卫合法化。此外,根据警察法中营救射杀(finale Rettungsschuss)的规定,为了挽救被害人的生命或者使其免受重大的身体伤害,警察在不得已时可以射杀行为

① Vgl. Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 57. Aufl., 2010, § 212 Rdn. 13.

② Vgl. z. B. BGHSt 36, 1 (15).

③ Vgl. BGH StV 2004, 601.

④ Vgl. BGH StV 2004, 74 (75); BGH NSiZ 2009, 629.

⑤ Vgl. BGH NSiZ - RR 2010, 144.

⑥ Vgl. BGH NSiZ 2004, 329 f.

⑦ Vgl. BGHSt 36, 1 (11).

⑧ Vgl. BGH NSiZ 1998, 175.

⑨ Vgl. BGH NSiZ 2002, 314 (315).

⑩ Vgl. BGH NSiZ 2004, 330 (331).

人。^① 在符合国际战争法的情形中,故意杀害对方军事人员的行为也是合法的。^② 相反,由于人的生命属于最高级别的法益,德国司法判例和学界的通说均认为,故意杀人原则上不能成立合法的紧急避险。即便是在对生命的紧急避险,即当行为人为了挽救其他多数人的生命而杀害无辜第三者的场合,也同样如此。^③ 虽然相当一部分学者认为,在防御性紧急避险^④的场合,应该使杀害行为合法化。譬如,当继续分娩将危害母亲生命或者可能给其造成严重身体伤害时,可以杀死婴儿保护母亲(Perforation),尽管此时的婴儿已经是刑法意义上的“人”。^⑤ 但是联邦最高法院在其2003年判决的杀害家庭暴君案中的立场表明,司法判例并不认可防御性紧急避险可以使杀害行为合法化的见解。^⑥

(5) 责任

一般情况下,当行为人血液酒精浓度(BAK)达到3‰时,即可以认定其处于无刑事责任能力状态。但是对于故意杀人(和谋杀以及其他严重的暴力犯罪)而言,行为人血液酒精浓度达到3.3‰时才能认定其欠缺刑事责任能力。^⑦ 虽然针对生命的紧急避险并不合法,但是如果行为人是为了保护自己或者与自己具有亲密关系者的生命、身体和重大的自由法益而杀害被害人,则依据《刑法》第35条免责。当行为人为了拯救与自己并没有亲密关系的多数人而不得已牺牲无辜的少数人时,可能成立超法规的责任阻却事由。^⑧

(6) 量刑规则

虽然不具备谋杀要素,但是当行为人的罪责与谋杀犯相当,或者其行为

① 譬如《巴符州警察法》第54条第2款。

② Vgl. Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 57. Aufl., 2010, § 212 Rdn. 17; Jähnke, in: Leipziger Kommentar, Band 5, 11. Aufl., 2005, § 212 Rdn. 16 ff.

③ Vgl. BGH NJW 1953, 513 (513 f.). Vgl. auch BGHSt 35, 347 (350); BVerfGE 39, 1 (59).

④ 所谓防御性紧急避险,是指针对危险源本身实施避险行为。此时所欲避免的危险恰好源自避险行为所侵害之对象或其权利领域。

⑤ 例如 Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl., 2011, § 34 Rdn. 9; Neumann, in: Nomos Kommentar, 4. Aufl., 2013, § 34 Rdn. 91. 反对见解,参见 Zieschang, in: Leipziger Kommentar, Band 2, 12. Aufl., 2006, § 34 Rdn. 74. 其他一些学者(譬如 Perron, in: Schönke/Schröder, 28. Aufl., 2010, § 34 Rdn. 30)则认为这类案件只是特例,并不能由此一概认为防御性紧急避险可以使杀害行为合法化。

⑥ Vgl. BGHSt 48, 255 (257).

⑦ Vgl. Perron, in: Schönke/Schröder, 28. Aufl., 2010, § 20 Rdn. 16d.

⑧ Vgl. Rönna, in: Leipziger Kommentar, Band 2, 12. Aufl., 2006, Vor § 32 Rdn. 346.

与谋杀行为的不法程度相同时,应当根据《刑法》第 212 条第 2 款加重处罚。

依据第 213 条对故意杀人的行为人进行较轻的处罚,需要符合诸多前提条件:首先,行为人自己不能有过错地引发被害人的虐待和侮辱行为。其次,被害人必须对行为人或其亲属进行了虐待或侮辱。这里的虐待行为不仅包括身体上的,也包括精神上的损害在内;“侮辱”则不限于构成《刑法》第 185 条侮辱罪的行为,被害人所实施的通奸或者非法侵入住宅等行为,也可能被视为是对行为人或其亲属的侮辱;“亲属”这一概念的范围则根据《刑法》第 11 条第 1 款第 1 项确定。再次,行为人必须是被这种虐待或侮辱所激怒并冲动地实施杀人行为。也即事后必须证明,行为人在行为时确实处于情绪激动的状态。被害人的虐待或侮辱不需要是行为人实施杀害行为的唯一原因,只需要是其中的原因之一即可。^①但是,如果行为人在此之前就已经决定要实施犯罪的,不得适用第 213 条。^②最后,被害人的虐待和侮辱行为与行为人的杀害行为之间必须具有可以理解的内在联系,即后者应当是对前者的一种“合理”反应。

(7) 与身体伤害的关系

根据德国司法判例和学界的通说,每个既遂的杀害行为都以身体伤害结果为中间步骤,因此,任何一个杀害故意中也都包含直接的或者间接的伤害故意。^③行为人着手杀害被害人,造成了身体伤害结果,但却最终自愿放弃杀害被害人的,就故意杀人罪构成犯罪中止,但成立故意身体伤害既遂。杀害被害人未遂但造成了身体伤害结果的,成立故意杀人未遂和身体伤害既遂的想象竞合。但是当杀害行为既遂时,原则上就不再适用与故意伤害身体有关的条文,因为后者相对前者,只具有补充性意义。^④

① Vgl. BGH StV 1983, 60 (61).

② Vgl. BGHSt 21, 14.

③ Vgl. BGHSt 16, 122; BGHSt 41, 10 (14).

④ Vgl. BGH NSiZ 2004, 684. 部分德国学者主张,倘若伤害行为的不法内容无法为杀害行为所涵括,或者身体伤害结果难以被认定为死亡结果的必经中间步骤时,则既遂的故意杀人与既遂的身体伤害之间可能例外地成立数罪或者想象竞合(vgl. Eser, in: Schönke/Schröder, 28. Aufl., 2010, § 212 Rdn. 20; Neumann, in: Nomos Kommentar, 4. Aufl., 2013, § 212 Rdn. 33 ff.). 相反的见解则认为,此时应当通过酌情科处更重的刑罚甚至适用第 212 条第 2 款,在故意杀人罪的范围对行为的不法进行充分评价,而无须认定想象竞合(vgl. Schneider, in: Münchener Kommentar StGB, Band 4, 2. Aufl., 2012, § 212 Rdn. 70).

3. 谋杀罪

(1) 犯罪构成概览

与故意杀人罪一样,成立谋杀罪要求客观上存在可以被归责的导致他人死亡的杀害行为,主观方面则要求行为人必须具备杀害故意。但是除此之外,认定谋杀罪还要求具备特殊的谋杀要素,也即《刑法》第211条第2款所规定的三类情形。其中的第一类(出于谋杀癖好、为了满足性欲、出于贪婪或者其他卑劣动机)和第三类(为了实施或者掩盖其他罪行)分别涉及对行为人的犯罪动机和行为目的的可谴责性,因而这两类都是和行为人有关的要素。而第二类(阴险地或者残忍地或者以危害公共安全的方式)则首要涉及危险的行为方式,因而是和行为相关的要素。尽管第二类要素中也包含主观的方面(譬如认定“残忍”的谋杀要求行为人主观上具有毫无怜悯的心态等),但是通说仍然认为其属于客观构成要件要素。有争议的是,第一类和第三类谋杀要素属于责任要素还是属于主观的构成要件要素。当然,这种争议只涉及在犯罪构成体系的哪个环节考察这些要素而已,对案件的结果并没有直接影响。重要的毋宁是对不同谋杀要素的解释。这里按照学界的多数说,将第一类和第三类谋杀要素归为主观构成要件要素:

A. 构成要件

I. 客观构成要件

- (1) 杀害行为
- (2) 行为对象:他人
- (3) 第二类谋杀要素

II. 主观构成要件

- (1) 故意
- (2) 第一类或者第三类谋杀要素

B. 违法性

C. 责任

认定谋杀罪的故意,首先要求行为人必须具备杀害他人的故意,此点与上述故意杀人罪中的故意一致。此外,不同的谋杀要素对行为人的主观方面往往也有着特殊的要求。