

刑法学中的被害人研究

刘 军 著

gong
yanjiu
公法研究

主编 谢 晖
陈金钊

山东人民出版社

山东省社会科学规划项目（项目编号：08JDC013）

刘 军 著

刑法学中的被害人研究

山东人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑法学中的被害人研究/刘军著. — 济南: 山东人民出版社, 2010. 12

ISBN 978-7-209-05539-0

I. ①刑... II. ①刘... III. ①被害人-研究
IV. D917.9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 210509 号

责任编辑: 李怀德

封面设计: 武 斌

刑法学中的被害人研究

刘军 著

山东出版集团

山东人民出版社出版发行

社 址: 济南市经九路胜利大街 39 号 邮 编: 250001

网 址: <http://www.sd-book.com.cn>

发行部: (0531) 82098027 82098028

新华书店经销

日照报业印刷有限公司印装

规 格 32 开 (140mm×203mm)

印 张 10.25

字 数 250 千字 插页 2

版 次 2010 年 12 月第 1 版

印 次 2010 年 12 月第 1 次

ISBN 978-7-209-05539-0

定 价 26.00 元

如有质量问题, 请与印刷厂调换。电话: (0633) 8221365

《公法研究》总序

自古迄今,人类生活即分公域、私域两途。古典中国以皇权国家为公域,以家族社会为私域;近代西方以政治国家为公域,以市民社会为私域。公、私域之划界,造成人类行为规范——法律之分类。众所周知,公、私法之划分,源自古代罗马法学家。首倡此说之乌尔比安氏认为:公法系以保护国家公益为目的,与此相对,私法则以保护私人利益为目的。自此以后,尽管公、私法划界之标准多变,然公、私法之分类理论大体得以坚持并流传。特别近世以来,政治国家与市民社会之分野日显,故公、私法划分理论在法律和法制建设中之作用亦愈重。至于我国,虽曾因意识形态影响,反对公、私法划界,但改革实践之现实,总在证明“形势比人强”,“私法”不存之牢笼亦就不攻自破。

然而更进之问题在于,公法、私法两者,究竟谁主谁从、孰本孰末?近年来,一种被谓之“民法帝国主义”倾向的观点风行我国法苑。于是,民(私)法学科,趋之若鹜,而公法学科,虽不可说门可罗雀,但亦是相形见绌。究其原因,或曰私法更易趋利,或言公法强化权力。无论无知者的趋利之举,抑或有知者的固权理解,本无可厚非。但不无遗憾者,两者皆以误读公法为能事,终致

公、私法关系之颠倒。

愚以为：公、私法两者，私法为基础，公法居优位。世有私法，而无以之为基础的公法，私法内容，难以推行，私法精神，亦难得扩展。所以然者何？曰：私法通行，有赖于权力受制。尽管私法亦有约权制官之效，但无相关公法之护佑，则面对权力，其惟余规则；更兼私法之制约权力，乃自结果意义所言者，而非私法之宗旨。相较而言，不论公法学说之“管理论”、“控权论”抑或“平衡论”在立论上如何相左，但近世公法之实践，无处不立意于控制公共权力。即使被人误为伸张国家权力之“管理论”，当其强调权力公开之时，同时即在树立控权旗帜。因权力之公开，即使权力之推定得以斩断，也令权力之滥用得以度量。可见，惟有立意于控权的公法，方能使属意于自治的私法在权力面前得保平安。否则，公法之不伸，公权之不约，即使私法完备无遗，想必只见开花而不见结果。

除此之外，作为保障私益之私法，难免与公共利益（即与公法）发生冲突抵牾者。当此之时，如何为之？在奉行“私权神圣”之经济放任主义时代，大体推行私益优于公益原则。但自《德国民法典》以来，此种情形，即使在私法上也有改观。此即所谓“私法之公法化”也。当代福利主义和弱者人权优先保障之深入人心，致使公法地位更加重要。尽管与此同时，以行政权为首之国家权力不断扩张，甚至权力制约原则因此而如履薄冰，但相继成长之公法，使扩张之政府权力尚不致滥用。

权力一如既往地受制于公法。特别如“阳光下的政府法”、“行政程序法”、“国家赔偿法”等公法,令国家权力只能在公法之下既彰公益,亦保私利。如上情形,大致为近代以来,西洋公、私法发展之逻辑。

与西洋相比,吾国法制发展,乃自“公法”主导而进至私法发展。故法学界一切革故鼎新之举,皆自检讨固有“公法”之缺陷始。于是,标举革新旗帜之私法学人,每每借市场经济之大纛,惟恐批公法之不足、不深、不透。于是,公法之类,似乎游离于(甚至解构着)市场经济体制。如此,则婴儿与洗澡水皆被此等学人泼出门外!岂不知市场体制乃是私法与公法共筑之结果。缺乏与市场相得益彰之公法及其规制之政府,而纯粹倚赖私法去规范、构造市场体制,除了幻想,还是幻想;其结果除了失败,还是失败。

基于此种认识,鄙人在主持《法理文库》经验基础上,尝试再辟一套专门研讨公法问题之丛书。此计划已商议三年,原欲以“公法论丛”为此套丛书名,然最近于书肆发现:该丛书名,已有学人捷足先登,故只好另辟门径,以“公法研究”命名之。

令人欣喜者,近几年间,专务于公法之著译者日渐增多。择其要者即有:梁治平等主持之“宪政译丛”;罗豪才主持之“公法名著译丛”、“行政法论丛”;罗豪才等主持之“法国公法与公共行政名著译丛”、“现代行政法论著丛书”;贺卫方等主持之“司法文丛”;陈兴良主持之“刑事法评论”;杨春洗主持之“北京大学刑法学博士

文库”；夏勇主持之《公法》；周旺生主持之“立法研究”；张树义主持之“公法论丛”等等。在如此情势下，再编辑出版一套“公法研究”，是否多此一举？古人云：“知出乎争”。已有之研究，未必包罗无遗。倘以上著译各有侧重，则再增加一种也就无妨。更何况以上著译皆为京华学人所操持。编辑此丛书，于变革此一事实之学术“垄断”格局，或许不无裨益。

窃以为，偌大华夏，京华学人之外，仍应有大智慧存焉。想当年华夏，学术灿烂遍于九州，学者士子，不避陋巷；看如今大家者流，争聚京华皇城脚下，商埠省城，皆乡下也。此种积习，只利于支持、助长某种文化专制，而与我学子四海为家之情怀、兼济天下之志趣、崇尚民主之追求，相去甚远。言及此者，非他意，止在说明，重辟华夏多元学术文化格局，实乃吾人使命也。惟愿“公法研究”于此使命之推进，有所助益；于我国公法之建设，有所贡献。

是为序。

陇右天水学士 谢 晖

序于公元 2002 年 11 月 10 日

目 录

《公法研究》总序	谢 晖(1)
绪论	(1)
第一章 互动关系中的犯罪人与被害人	(11)
第一节 被害人概念解析	(11)
一、被害人的概念	(11)
二、被害人的分类	(18)
三、被害人之被害性	(23)
第二节 犯罪人与被害人的互动关系	(27)
一、互动关系理论的提出	(27)
二、互动关系的层次类别	(30)
三、互动关系理论的刑事政策意义	(34)
第三节 被害人加权责任概述	(36)
一、问题的提出	(36)
二、责任概念的多重含义	(39)
三、被害人加权责任的概念	(44)
第二章 刑法理论与人的主体性	(49)
第一节 主体性哲学的研究范式	(49)
一、主体性哲学的三个向度	(50)

二、主体性批判以及主体间性	(62)
三、对主体性批判的批判	(65)
第二节 刑法中人的主体性	(70)
一、古典学派中人的主体性概述	(70)
二、功利主义与简化的主体性	(73)
三、报应主义与彻底的主体性	(87)
第三节 刑法之波粒二象性	(113)
一、主体性哲学的解构对刑法理论的影响	(113)
二、刑法之波粒二象性:主体性与主体间性的 双重属性	(116)
第三章 刑法第一象——主体行为之该当性	(121)
第一节 主体人之意志自由	(121)
一、意志自由的肯定与否定:非决定论与决定论	(122)
二、刑法的维持与维新:新社会防卫理论	(125)
三、正义的新理念:恢复性正义/司法	(127)
第二节 主体行为之该当性	(132)
一、重塑该当性理论	(132)
二、刑事责任的基础	(138)
第三节 被害人主体行为对刑罚之该当性的影响	(141)
一、零加权作用的情形	(141)
二、负加权作用的情形	(145)
三、正加权作用的情形	(148)
第四章 被害人的加权责任	(151)
第一节 被害人过错	(151)
一、被害人过错的概念	(151)
二、被害人过错的实践运用——从立法到司法	(154)

三、被害人过错的规范分析——从应然到实然	(157)
第二节 被害人谨慎义务	(162)
一、被害人谨慎义务的概念	(162)
二、被害人谨慎义务的经济分析	(165)
三、被害人谨慎义务的规范分析	(169)
第三节 被害人承诺	(173)
一、被害人同意与合意的界分	(173)
二、被害人承诺的契约理念	(177)
三、被害人参与的刑事和解	(180)
第五章 刑法第二象——规范之主体间性	(190)
第一节 刑法规范之正当性	(190)
一、刑法规范之正当性论证	(190)
二、正当性论证的第三条道路	(193)
三、动态的公共正义	(196)
第二节 刑法规范之社会相当性	(200)
一、社会相当性理论界说	(200)
二、社会相当性与实质违法性	(205)
三、社会相当性与刑法谦抑性	(208)
第三节 刑法规范之有效性	(213)
一、规范之有效性概说	(213)
二、规范之有效性的三个向度	(218)
三、刑事犯与行政犯的对立	(223)
第六章 刑事司法中被害人的主体性言说	(233)
第一节 动态的刑法概念	(233)
一、寻找论证的支点	(234)
二、不断构造中的知识	(238)

三、知识构造的主体	(241)
第二节 被害人的程序性权利——全程的主体性言说	(244)
一、被害人权利运动回顾	(245)
二、被害人上诉权的缺位	(249)
三、被害人程序性权利的完善	(253)
第三节 被害人参与实体处置的权利——以量刑参与权为例	(257)
一、被害人参与量刑的路径	(258)
二、被害人参与量刑评述	(263)
三、被害人参与量刑的制度建构	(267)
第七章 特殊情形的被害人	(273)
第一节 无被害人犯罪的情形	(274)
一、个体法益与公共法益	(274)
二、无被害人犯罪概说	(281)
三、我国无被害人犯罪的现状	(284)
第二节 行政犯中的保护客体	(288)
一、虚拟财产犯罪概说	(289)
二、盗窃虚拟财产侵犯何种法益	(291)
三、刑法如何保护该种法益	(294)
第三节 行政犯中的被害人	(296)
一、行政犯中的行为客体	(297)
二、行政犯中的被害人	(298)
三、行政犯中的被害人权利救济	(301)
参考文献	(306)
后 记	(317)

绪 论

一、刑法理论的现实困境

刑法是关于犯罪与刑罚的法律，因此刑法的视角无论是犯罪论还是刑罚论从一开始就是以犯罪人为中心进行建构的。犯罪学（广义的概念）的研究表明犯罪人并不是生活在真空之中的，在许多案件中犯罪与被害是一个互动的过程，“在所有的犯罪案件中，除所谓无被害人的犯罪，必然存在犯罪人、被害人及其双方的相互作用”。^① 传统的刑法学理论人为地将犯罪与犯罪人从互动关系中剥离出来，孤立地对之进行评价，必然会舍弃或者忽略许多可能影响到被告人刑事责任的因素，被害人过错、被害人谨慎义务便是其中之一。因此，在规范法学的视野内能否以及如何评估被害人的加权行为对于被告人刑事责任的影响，已经成为司法公正不得不关注的重要因素。

传统的刑法理论不但以一种近乎虔诚的直觉笃信犯罪人的自由意志，认为人犹如动物的“刺激—反应”一般会对刑罚产生敬畏进而达致理性构建下的刑罚之目的；而且将犯罪人从其生活世界中抽取出来，孤立地对犯罪人的行为以及行为人主观恶性进行评价进而适用刑罚；更重要的是传统刑法理论割裂了犯罪人所生活之世界的诸多背景知识，在对犯罪行为以及犯罪人进行无限

^① 参见郭建安：《犯罪被害人学》，北京大学出版社1997年版，第129页。

抽象的过程中舍弃了其生活、历史和文化底蕴，成就了一个干瘪的犯罪人标本；在刑事司法过程中，不但犯罪人被视为刑事追究的客体，而且也极大地忽视了被害人的主体性，刑法被理解为成僵化的、机械的、静态的法律条文，忽视了人在刑事司法中的主体性地位；国家想当然地攫取刑罚权，义无反顾地承担起“惩恶扬善”的重任，不但不利于问题的解决，而且有可能加重社会的分裂与对立。传统刑法理论这些与生俱来的缺陷，导致其自身不可克服地存在着众多视觉盲点却并不自知，但仍如摸象的盲人一般自信、自大和自恣。

笔者不禁要问，犯罪现象真的是犯罪人与他人无涉的、孤立的个体行为吗？犯罪人究竟在多大程度上拥有所谓的意志自由？人是主体性的还是主体间性的存在者？刑罚真的或者在多大程度上具有预防犯罪的作用（包括一般预防和特殊预防）？刑罚权是否天然地归属于国家？公共理性（包括法前的和法后的）在多大程度上决定了刑罚权的启动和刑罚的适用？犯罪构成以及刑法从终极意义上来说是静态的还是动态的？抑或说是否构成犯罪能否以及在多大程度上取决于当事人的选择？……

诸多的疑问在僵化、滞后、教条的传统刑法理论的框架内根本无法得到阐释，唯有以刑事法一体化的视角——包括犯罪学、刑事政策学和刑法学的层面、实体法和程序法的层面、刑事法科学和刑事法哲学的层面，甚至需要从更加广阔的视野，吸收当代法哲学研究的最新研究成果，才有可能对以上问题进行深入的探讨，解决我们所面临的刑法理论困境。这是当前刑法学者所面临的现实的却又无法回避的巨大挑战。^① 问题是，我们是否有勇气

^① 关于许霆案的讨论非常之多，在拙作《根据法律进行思维的方法与限度——以许霆案为例对法官思维的反思》（载《法律方法》（第8卷），山东人民出版社2009年版）一文中，笔者在篇尾提及了诉辩审三方商谈理性以及公共理性生成的可能性。

如楚门^①一般走出一一直以来他人为我们设计的并且习以为常的世界，步入一个虽然并不熟悉却有可能更加美好但无论如何真实的天地！

然而，如此宏大的一个理论构想，其中的任何问题都有单独进行研究的急迫需要和巨大空间，笔者自揣难以胜任这一挑战。但是作为一种理论研究的范式，或者作为研究者的知识储备却不但是可以的而且是必要的。因此，在本书的构想中，笔者揣度以传统刑法理论中最不应该忽视而又着实被忽视的因素——被害人为切入口，紧紧围绕着被害人与犯罪人的互动，以犯罪学和被害人学的知识为基础，以犯罪人的刑事责任为杠杆，以刑事政策的策略效果为导向，逆向地思考犯罪人刑事责任的匹配对于行为人模式的影响将具有非常重要的现实意义与理论价值，也必将根本改变刑事法学科内部各自为战、相互割裂的研究现状；同时，在笔者能力所及的范围内，探寻些许法哲学的理论支撑，以便更好地对所构建的理论进行阐释，也算是对以上所提及的传统刑法理论的困境与挑战的非正式回应，并作为将来继续深入研究的理论基点。知不可为而为之，或许是笔者对本书学术价值的定位，同时也是笔者撰稿的原始动力。是非功过任由评说，重要的是行动，这也可以看做是实践交往行为理论的注脚，并企盼能够对公共理性的生成贡献绵薄之力。

二、本书的立意与研究进路

2001年4月19日，哈贝马斯教授在清华大学作了题为《论

① 楚门是电影“楚门的世界”（The Truman World）中的主人公，在爱情的召唤和向往真实世界的激励下，终于克服了内心的恐惧走出真人秀。在我看来，主人公 Truman 的名字本身就是合成词 true-man，隐喻我们应当回归一个真实的世界，做一个真实的人，但前提条件是必须有勇气克服和突破环境包括人的主观认识对我们设置的诸多内外制约。

实践理性之实用的、伦理的和道德的应用》的演讲。演讲以深入浅出的语言阐述了交往行为理论所涉及的道德的、伦理的和实用的三个层面的问题，并对实践哲学三个主要的传统理论，即亚里士多德的伦理学、功利主义和康德的道德理论进行了评述。^①哈贝马斯认为，当人们遭遇“我应当怎样做？我应当做什么？”这一实践上有待解决的问题时，可以从以下三个层面分别进行回答。

首先，实用的层面解决的是目的合理性的问题，其目的在于寻求合宜的技术手段、战略和方案，包括对目标的理性权衡、达致目标之手段的理性选择以及在复杂的情况下还可能形成系统的战略。在这个过程中，理性变得具有反思性，并根据经验资讯、效益原则或者其他决策规则进行观察、研究和权衡，并最终做出决定。在这之前意志实际上已经通过愿望与价值先行确定好了，或者说，价值本身的问题已经越出了目的合理性的范畴，并不是实用层面理性所能够解决的问题。

其次，重大的价值方面的决断，或者说对于善的生活方式的决断则属于伦理的问题。当一个人涉及这样一种关切：他想要过一种什么样的生活，他是一个怎样的人和他想要做一个什么样的人的时候，亦即牵涉到这个人的自我理解、生活方式和品格塑造的时候，就是在致力于善的那种实践理性。关涉善的实践理性会影响实用层面目标、手段以及战略的选择，但却不仅仅是这种目的合理性的选择问题，也就成了目的合理性无法解决的问题。哈贝马斯认为，“重大的价值是以一种为了我而绝对地设置出的目

^① 以下叙述主要参考了哈贝马斯在这次演讲中的观点，尤其借鉴了对于实践理性中实用、伦理与道德三分的观点。参见〔德〕J. 哈贝马斯：《论实践理性之实用的、伦理的和道德的应用》，甘绍平译，载中国社会科学院哲学研究所编：《哈贝马斯在华讲演集》，人民出版社2002年版，第28~47页。

标为取向，即以自给自足的、自身携带着其价值的那样一种生活方式的最高的善为取向。”^① 依之，重大的价值——关于善的生活方式的决断虽然仍然是自我中心主义的，但是，善的生活方式的决断与人的自我理解——不仅仅是自我描述而且是自我想象和设计——密切相关，而这种自我理解又是与个人的生活经历、规定了塑造自我可能性的文化、传统、知识等无法割裂的，甚至是脱胎于斯的，因此，善的生活方式的决断又与个人所生活的共同体的价值观具有一定程度的同一性，从而具有了伦理性。善或者说伦理是一种地方性知识，而不具有普适性。

最后，如果我的行为选择涉及了他人的利益并导致冲突，那么如何公正地解决这一冲突便又滑入了道德的视界。按照哈贝马斯，道德问题就是“是否所有的人都能同意，在我的这种情况下每个人都按同样的准则来行事？”^② 如果说“己所不欲，勿施于人”虽然关涉了他者，但仍然是自我中心主义的，那么只有这一准则——“所有的人都能愿意它在类似的情况下为每个人所遵守”^③——才是一种绝对命令，才是脱离了自我中心主义的道德准则，才具有普适的约束力。我们之所以遵照道德准则行事，只是因为它是一种绝对命令，是一种义务。无论是实用层面的目标合理性的选择，抑或善的生活方式的决断都不具备这种普适性和义务性。如此，道德层面的实践理性是一种关涉他人利益

^① [德] J. 哈贝马斯：《论实践理性之实用的、伦理的和道德的应用》，甘绍平译，载中国社会科学院哲学研究所编：《哈贝马斯在华讲演集》，人民出版社 2002 年版，第 33 页。

^② [德] J. 哈贝马斯：《论实践理性之实用的、伦理的和道德的应用》，甘绍平译，载中国社会科学院哲学研究所编：《哈贝马斯在华讲演集》，人民出版社 2002 年版，第 34 页。

^③ [德] J. 哈贝马斯：《论实践理性之实用的、伦理的和道德的应用》，甘绍平译，载中国社会科学院哲学研究所编：《哈贝马斯在华讲演集》，人民出版社 2002 年版，第 36 页。

的理性，是脱离了个人中心主义的实践理性。

哈贝马斯认为，依据所选择的角度不同人们可以得出有关这三大哲学传统对实践理性的不同的、相互补充的阐释。在经验主义那里，实践理性仅仅局限于其实用意义上的应用，用康德的话说，它已被简化为理智活动的合目的性的利用之能力；在亚里士多德的传统中，实践理性扮演了一种使一个习俗化了的伦理之生活历史的视域得以阐释的判断力的角色；然而在康德那里，实践理性与道德性是混在一起的，理性与意志仅在自主性中达到了同一。^①从个体主义的视角，与上述三种哲学传统相关联，实践理性可以是合目的性之利用能力、伦理生活之选择能力和道德洞察力，在每一种情况下关于实践理性的阐释都无法独立完成“应当如何”这一任务，人们总是能够意识到其他实践理性阐释的存在。或者说，从个体的立场出发，个体理性总是可以从以上三个方面予以阐释和说明。

如此，哈贝马斯认为，当涉及“应当”的时候存在着三个不同层面的意义关涉，而只有道德层面的应当才是一种义务，才是一种绝对命令。哈贝马斯的上述演讲虽然是基于一种交往伦理的论证，或者说其目的是为了在三个层面上论证其交往伦理，这一点根据其演讲后面的内容就能够明显地看出：既要保持个体性同时又转入交往行为论证，因此哈贝马斯的这种实践理性三分的观点是非常具有启发意义的。其实，在西方传统上对伦理与道德这两个范畴就作了区分，亚里士多德在《尼各马科伦理学》一书中批评苏格拉底“知识即美德”的观点，认为理性的知识并非美德的全部，美德还包括源于城邦共同体的习俗和传统的东

^① 参见[德]J.哈贝马斯：《论实践理性之实用的、伦理的和道德的应用》，甘绍平译，载中国社会科学院哲学研究所编：《哈贝马斯在华讲演集》，人民出版社2002年版，第39页。