



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



被害人自我答责研究

RESEARCH ON VICTIMS' SELF-RESPONSIBILITY



扫一扫
获得更多新书信息

ISBN 978-7-5203-2224-9



9 787520 322249 >

定价：98.00元



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。被害人自我危殆化的参与场合,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。

共同正犯性的危殆化场合,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。

合意的他人危殆化场合,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,合意的他人危殆化场合,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所（制度化管辖义务的场所）	(75)
五 间接正犯的场所	(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）而坐副驾位置，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] 塩谷毅：《被害者の承諾と自己答責性》，法律文化社2004年版，第180—181页。

如果认为被害人危险接受建立在尊重被害人接受危险的“自律性”的基础上的话,无疑,这在“尊重被害人的自律”的基本思想上,与被害人承诺论具有共通性。但是,将危险接受等同于被害人承诺,在解决涉及生命的危险接受的案件时将会遇到困难。因为,生命作为人的存立基础,一切权利均由此而生,从而放弃生命的承诺是无效的,这俨然已成为一个不能触及的禁区。但是,被害人承诺仅重视被害人的意思,即重视被害人接受或认容结果发生的“意思”,明显与重视被害人“意思、行为、结果的关联”的危险接受的构造并不相同。换言之,危险接受的场合,被害人不仅有接受危险的意思,还有与该意思相对应的“态度(行为)”。因此,不能简单地套用被害人承诺的理论来解决危险接受等问题。为此,伴随着司法实践,种种理论应运而生。其中,被害人自我答责理论作为较为有力的理论,在当今的德、日刑法理论上,“已然被提升为法哲学的基本原则”^①。被害人自我答责理论在解决自杀参与、危险接受等问题上具有独特的理论价值。其基本内容是,在一些特定的刑法领域,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作品,由被害人予以答责。即,这种场合,该结果的发生就不属于行为人的管辖范围,从而阻却行为人行为的构成要件符合性,排除行为人刑事责任。

第二节 现有研究

被害人自我答责理论是随着司法实践而逐渐发展起来的理论。而对一些危险接受案例的解决,学说上主要在过失犯中的注意义务、被害人承诺理论和客观归责论的理论框架下进行。由于过失犯中的注意义务和被害人承诺理论对问题的解决存在一些困难,近年来在德国、日本立足于客观归责理论的被害人自我答责的思考也逐渐有力。基于答责原则而为答责领域提供界限,该理论交织了正犯、共犯理论,为解决被害人承诺中不能解决的生命侵害、危殆化等问题提供了较为有力的理论支撑。被害人自我答责

^① 许玉秀、陈志辉合编:《不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑事法论文选辑·贺许迺曼教授六秩寿辰》,公益信托春风煦日学术基金2006年版,第207页。

理论，在危险接受和自杀参与（教唆、帮助自杀）等诸多领域中得以适用。本书关于研究现状的简单回顾，也主要围绕危险接受和自杀参与展开。

一 德国的研究现状

（一）危险接受领域的研究

在德国，对此类案例的探讨，传统上是从被害人承诺的框架内提供解决方案的。学者认为，虽然危险接受是在极度例外的场合，对实际产生的结果并不存在同意，而将法益主体不注意的态度解释为对法益侵害结果的同意的话，也就是拟制性的归结，但是，也不能否认有仅因同意行为人的危险行为，就可以认为结果被正当化了的情况（行为说）；^①还有学者根据利益衡量说进行了说明，认为，与法益侵害的无价值相衡量，不仅包括被害人自己决定（自律）价值，而且包含行为所追求的目的价值。^②因此，基于这种价值的衡量，危险接受的场合，行为人的行为得以正当化。

但问题是，根据被害人承诺论，承诺的对象必须包含法益侵害的结果，而作为高度一身专属性的生命法益不能被承诺，这是为众所认同的。而承诺的心理内容（承诺的意欲要素）应当是意欲或者至少是放任法益侵害结果的发生，而不应当仅是认识结果的发生。于是有学者便从过失犯的注意义务出发进行说明，认为被害人危险接受影响了行为人的注意义务，被害人的参与可能会去除注意义务的违反。^③

而对注意义务违反相对化的原因，有学者认为，危险接受是基于“被允许的危险”理论，考虑被害人的态度而将行为人的行为正当化。还有见解主张，视点应由被害人移行到行为人，将行为人的行为在“社会相当性”的观点下予以解决。如果行为人的行为具有相当社会性的话，就阻却构成要件符合性。^④但是，“被允许的危险”和“社会相当性说”由于其内容的模糊性、标准的流变性而备受责难，穷于应对。近年来根据客观归责理论，运用被害人自我答责理论来解决危险接受问题逐渐有力。

① [日] 塩谷毅：《被害者の承諾と自己答責性》，法律文化社2004年版，第263页。

② 同上书，第269—270页。

③ 同上书，第245页。

④ [日] 深町晋也：《危険引受け論について》，《本郷法政紀要》2000年第9号。

有学者认为，“在已经出现的风险类型之中并没有包含行为构成的作用范围，行为构成规范的保护目的和结果”^①，因此，在危险接受的场合，对法益侵害结果，应当由被害人自我答责，从而限制对行为人的归属，该主张可称为构成要件射程论（构成要件的保护范围）；也有人主张，基于充分的危险认识而实施自由答责性的行为之人，排除了他人对事件的支配，从而被危殆化者并非“行为人所制御危险的因果经过的被害人”，而是“从自己的自由决定出发，将所认识的危险加于己身之人”，因此，法益侵害结果就由被害人自己承担；^②此外，还有人主张，危险接受的场合，被害人已经不是危险的认识而是管辖的认识，在被害人与行为人对危险可能有同等程度的认识的情况下，而自赴危险，不从危险境地逃离的场合，可以认为被害人有决定性支配，对该法益侵害结果是因自己的管辖（规范性管辖）而引起的，从而排除行为人的答责性等。^③

大致可以认为，对被害人危险接受的事例，归根结底，是在三个大的理论框架下进行：即过失犯中的注意义务、被害人承诺理论和客观归责论。也可以看出，对此类问题的探讨的学说展开中，逐渐呈现出从（被害人承诺等）行为不法的问题范畴转到了客观的结果归属的问题范畴的运行轨迹。

（二）关于自杀参与的研究

德国学说中，围绕BGH判决，Claus Roxin与Rolf Dietrich Herzberg立足于不同的立场，展开了激烈的争论。学界以此为契机对自杀参与的场合，行为人的行为处于何种位置、如何解决大致出现了四类方案。

（1）运用刑法总则一般共犯论的路径。即自杀与他杀的场合在不法构成要件上是一样的，两者都是杀害人的问题。自杀是符合构成要件的、违法的，作为自杀参与的共犯也就具有可罚性。但是，这种解释，与德国刑法没有明文规定处罚教唆、帮助自杀存在抵牾，容易受到质疑。^④

① [德] 克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论》（第1卷），王世洲译，法律出版社2005年版，第262页。

② [日] 塩谷毅：《被害者の承諾と自己答責性》，法律文化社2004年版，第291页。

③ 同上书，第305页。

④ [日] 神山敏雄：《自殺関与をめぐる正犯と共犯の限界——西ドイツの判例・学説を中心に——》，《岡山大学法学会雑誌》1990年第4号。

(2) 准(疑似)共同正犯论的路径。这种观点肯定对教唆、帮助自杀的不可罚的看法,结论与德国通说、判例一致。该观点认为在自杀者与参与人之间成立共同正犯关系的场合,不能适用刑法总则的部分行为全部责任,而应适用全部行为全部责任的原则。但是,无论如何,第一,共同正犯的概念是包含“指向他人的行为”的概念,而不是“指向自己的行为”的概念;第二,既然是共同正犯,就应当适用部分行为全部责任的原理。上述见解明显违反了共同正犯理论的基本观点,对此质疑,该理论无法回答。^①

(3) 间接正犯的路径。这种观点试图根据间接正犯的理论为自杀的共动提供正犯性的根据。此类意见认为,参与自杀的场合,属于被害人同意他人对生命侵害的情况,按照生命法益不得承诺的原则,参与人成立间接正犯。但是,这种观点一则与德国刑法规定不符;再则,在被害人(自杀者)对自己的行为性质具有充分认识,并且采取了相应的答责行为的场合,难言背后者对自杀者的意思支配。^②

(4) 自我答责理论的路径。有学者认为,对可罚的同意杀人与不可罚的自杀参与之间的界限问题,毋宁根据《德国刑法典》第216条的根本思想,仅在构成要件关系的样态中得以解决。^③即依附于答责性地实施自杀的自杀者之人,是不可罚的。相反地,应疲于生存之人的要求,而杀之的,就是触犯了可罚的同意杀人(正犯)。

还有学者认为,共同参与侵害他人的二人之中,在一人没有正犯的实行行为的前提条件的场合,任何一人都不成立共同正犯。从共犯从属性出发,共犯行为以正犯行为在构成要件上的类型化为必要。自杀参与中,自杀欠缺构成要件类型化,自杀不是杀人罪中的实行行为。这样,就会导出自杀的教唆和帮助不是可罚的。^④

还有学者认为,被害人自我答责性的思考是内在于法秩序的。真正的问题在于如何将该原则具体化到实际之中。对终结自己的生命的种类和方

① [日] 神山敏雄:《自殺関与をめぐる正犯と共犯の限界——西ドイツの判例・学説を中心に——》,《岡山大学法学会雑誌》1990年第4号。

② 同上。

③ [日] 塩谷毅:《被害者の承諾と自己答責性》,法律文化社2004年版,第210頁。

④ [日] 神山敏雄:《自殺関与をめぐる正犯と共犯の限界——西ドイツの判例・学説を中心に——》,《岡山大学法学会雑誌》1990年第4号。

法，自杀者承担责任。自杀者置自己的法益于法律保护之外，从而获得对自己法益的“规范性管辖的独占化”。该独占化的结果，阻却了其他参与者的归属。^①

还有学者立足于与他人的关系来把握意义中的自我答责。个人承认他人的现实中决定的正当性，构成了共通的法的世界。这样的自我答责是从个人出发的法的原则。个人的自我答责，是不法立场上的问题。而刑法上的不法是攻击个人的人格性，即缩减个人现实的自由。据此，不法是某一方（行为人）的行为过错抑压了另一方的自由领域。不法是对法的否定。在不法中，参与者一方的积极部分，与作为另一方的消极部分相对应。由此出发，导出自我侵害并不是不法。有意识的自我侵害事例中，做出意思、行为以及结果的统一体者是被害人，被害人自身是行为的中心及目标。被害人创出意思、行为和结果的统一体，原则上，遮断了他人对侵害事件的他人（行为人）的答责。^②

需要注意的是，在德国，即使无限制地肯定生命处分的自由，被害人自我答责论者也不主张同意杀人罪（《德国刑法典》第226条）的非犯罪化。被害人自我答责论虽然维持了基于被害人真挚的要求杀害的可罚性，但同时，在一定的场合，根据被害人自我答责，又通过否定行为人的正犯性而导出行为人的不可罚性。

二 日本的研究现状

（一）危险接受问题的研究现状

在日本，以赛车同乘事件和阪东三津五郎海豚肝中毒事件为契机，学界对被害人危险接受等问题进行了深入讨论，大体形成了两个大的阵营：一是采用被害人自我答责理论的解决方法；二是被害人自我答责以外的解决方法。

首先，关于自我答责理论外的诸方法。相当性说主张在一定条件下，于规范性评价中来否定行为人之行为的危险性。^③也有立足于危险领域的有用性，认为即使发生了被害人所预期的法益侵害结果，如

① [日] 塩谷毅：《被害者の承諾と自己答責性》，法律文化社2004年版，第213頁。

② 同上书，第215頁。

③ [日] 山口厚：《「危険の受け」論再考》，《齐藤诚二先生古稀祝贺论文集·刑事法学的现实と展开》，信山社2003年版，第96—97頁。

果行为是按照规则在被许可的范围内进行的话，从社会相当性的观点出发，是能够被正当化的。^① 还有学者主张危险接受的场合所发生的法益侵害结果，不能评价为不好的东西，这与被害人同意具有同构性，从而按照同意论来解决。^② 也有学者看到了危险接受与同意论的不同，认为危险接受中的被害人认识结果发生的可能性可能较低而且抽象。并且，被害人不希望结果发生。这诚然会妨害扩张适用同意的法理，但并不重要。即使被害人有这种低的可能性认识或者抽象的认识，也是有结果发生的认识可能性。危险接受的效果与被害人同意的场合没有不同。^③ 也有学者主张危险接受的场合，由于行为人的行为不是“外部的、客观性的明显侵害生命的危险行为”，这样，在法上非难行为人，用刑罚的形式追究责任是严酷的，因此，危险接受“一律成为不值得刑事非难的责任阻却事由”。^④ 还有学者将危险接受问题作为“被允许的危險”来把握。从比较衡量有价值性与危险性出发，认为危险接受问题属于违法性阻却的问题。^⑤ 还有观点提倡依据信赖原则解决危险接受。在一定的经验上，发生结果是稀少的。行为人在有信赖这种经验法则的具体情况下，不可能具体预见超出该经验法则的事实，因此，就没有肯定处罚过失犯（行为人）所必要的那种高度的预见可能性。^⑥

其次，被害人自我答责理论的解决方法。有学者立足于禁止溯及理论，认为在因果关系的流向中介入他人行为的场合，就是一种特殊的归属关系。而之所以将结果归属于违反规范的行为人，是从积极的一般预防的观点出发，将引起结果产生纷争的原因定义为行为人，借此了结纷争。因此，即使被害人的决意是由背后者施加的，或者在已经决意的场合接受援助，而自己有拒绝能力，对此，法对被害人有所期待。所引起的结果作为他

① [日] 十河太郎：《危険の引受けと過失犯の成否》，《同志社法学》1999年第3号。

② [日] 小林憲太郎：《被害者の関与と結果の帰責》，《千葉大学法学論集》2000年第1号。

③ [日] 林幹人：《刑法總論》，東京大学出版会2008年版，第173—177頁。

④ [日] 神山敏雄：《危険引き受けの法理とスポーツ事故》，《宮澤浩一先生古稀祝賀論文集》（第三卷：現代社会と刑事法），成文堂2000年版，第36—38頁。

⑤ [日] 塩谷毅：《被害者の承諾と自己答責性》，法律文化社2004年版，第215頁。

⑥ [日] 深町晋也：《危険引受け論について》，《本郷法政紀要》2000年第9号。

的作品而完全归属，从而终结所产生的纷争。因此，禁止将结果正犯性地归属于背后的行为人。^①

有学者立足于人格不法论的立场，根据被害人自我答责性，以承认个人自律性人格为前提，从责任主义的观点出发，排除背后者的责任。该学者主张，违反行为规范的为的不法，限于侵害他人人格关系。因此，被害人的自我侵害、自我危殆化并不为刑法所禁止。同时，基于限制的正犯概念，共犯的处罚是因刑法分则中正犯行为规范的存在与刑法总则中共犯规定的存在而发生。由于规制被害人自我侵害、自我危殆化的正犯行动规范并不存在，因此，对诸如自杀参与罪，分则上没有特别规定处罚该行为的限度，从一般的共犯论出发，导出不能处罚参与者的参与行为，从而由被害人自我答责。^②

有学者将客观归责的诸基准大体分为危险创出关联和危险实现关联。对后者，立足于“规范的、自我答责性的行为介入型”的范畴，将之作为危险接受的问题予以解决。这样，个人的自我答责原理就成为一个特别的归责原理，即针对第一次的危险，明确地意识到自己介入行为的效果、射程而介入者对介入后所产生的结果承担责任的归责原理。在对被害人介入与当事人介入平行性说明的基础上，该学者将被害人自我答责原理，用法益承担者有对法益的优先管辖原则进行说明。进而指出，规范的保护目的理论作为归属判断的指标具有重要的意义。^③

有学者认为，在客观的层面，被害人对结果发生也有一定的积极性作用是问题的本质所在。在合意的他人危殆化的场合，惹起结果的是行为人，因此，如果认为没有直接惹起结果的被害人具有正犯性，就有必要在正犯论中承认物理的因果性未必必要。而客观归责论，是以对发生的结果扮演重要作用为理由，而认定正犯的结果归属。这并不意味着扩大处罚，而是对违反注意义务的行为引起结果的过失行为人，也因“被害人或第三人的自我答责性态度”而产生的结果不被归属，在这一点上，毋宁说，

① [日]伊藤肇、川口浩一、葛原力三、松生光正：《刑法教科書（總論・上）》，嵯峨野書院1992年版，第166—169頁。

② [日]增田豊：《共犯の規範構造と不法の人格性の理論——共犯の処罰根拠と処罰条件をめぐって——》，《法律論叢》1993年第6号。

③ [日]山中敬一：《刑法における客観的帰属の理論》，成文堂1997年版，第709—710頁。

有限定处罚的意味。^①

（二）关于自杀参与的研究

在日本，由于教唆、帮助自杀成立犯罪，因此，对自杀参与的讨论，与德国有所不同。其中，主要涉及自杀参与中被害人同意的问题，如果认定为同意的话，就成立同意杀人罪，相反地，则成立故意杀人罪。围绕伪装殉情案件法院的有罪判决，日本学界形成了支持与反对判决的两种截然不同的主张。支持观点认为，在行为人的追随死亡对被害人具有本质意义的场合，就被害人的追随死亡的错误信念而言，由于行为人的教唆，剥夺了被害人对自杀的自由意思决定，从而超出了教唆自杀的范围，而成为将被害人作为道具的间接正犯；^② 反对观点主张，只有在法益错误的场合，才能认为同意是无效的。即《日本刑法典》第202条规定减轻处罚的理由是，同意减少了行为的法益侵害性。因为同意是处分自己法益的意思，所以，立足于只有在法益关系错误导致同意无效的考虑方法（法益关系错误的理论），在错误相信对方会追随自己死去而自杀的场合，只不过是在对方死了因此自己也会去死的动机上存在错误而已，这种场合，被害人在“死”上没有错误，从而不是违反本人的意思而侵害生命。^③

三 我国的研究现状

黄荣坚教授认为，被害人自我答责的文字形式仅在陈述判断个案不法的思考结果，而不是在表达阻却不法的理由。被害人自我答责如果要成为阻却不法的理由，其完整的思考模式是，以被害人的自主利益强化了容许的风险，也就是说，尊重被害人自主利益的本身就是一种利益，为了追求这种利益的实现，行为人的行为即使造成了被害人其他利益被侵害，其容许风险的限度也可能被大幅度提高。^④ 还有学者对被害人自陷风险对行为人不法所具有的作用进行了论证。^⑤ 林钰雄教授也指出，虽然被害人学固

^① [日] 安達光治：《客観的帰属論の展開とその課題（四・完）》，《立命館法学》2000年总第273号。

^② [日] 团藤重光：《刑法綱要各論》，創文社1990年版，第400—401頁。

^③ [日] 平野龍一：《刑法概説》，東京大学出版会1977年版，第158—159頁。

^④ 黄荣坚：《基础刑法学》（上），中国人民大学出版社2009年版，第346頁。

^⑤ 周濛沂：《被害人自陷风险对于行为人不法的作用》，硕士学位论文，台湾大学，2005年。

然不足以成为刑法的普遍原则，但在刑法分则中，可作为特定的犯罪构成要件解释的一项具体基准。“当犯罪之成立，本质上以被害人积极之行为介入为前提时，判断构成要件符合性之同时，即应评价被害人因素。就……诈欺罪而言，由于被害人陷入错误乃本罪成立之要件，因此，可谓被害者学适用之典型领域。”^①

20世纪80年代末，储槐植教授提出刑事一体化的思想，此后，也有许多关于刑事一体化的相关研究。劳东燕老师认为，在刑事实体法领域，被害人的公法主体地位的确立是引入被害人视角的正当性根据。整合规范的被害人视角对于刑事实体法具有重要的意义。它不仅将促成对刑罚、危害、刑事责任等基本范畴的重构，而且对刑事立法、刑法解释与司法推理具有指导作用，同时还影响到量刑理论及实务。^②冯军教授对自我答责问题进行了专门研究，认为自我答责的基本原理在于法对自我决定的自由的尊重。而在应该由被害人自我答责的情形中，可以把“自我答责”原理具体化为以下几个构成要件：①被害人具有认识导致结果发生的危险和阻止危险现实化的能力；②被害人自己引起了发生损害结果的危险，被害人在自己尽管还能够管理危险时却强化了危险；③法规上不存在他人应该优先地阻止危险现实化的特别义务。在以下四种类型中，属于被害人自我答责：①非法侵入他人的法领域；②自己故意实施危险行为；③同意他人实施风险行为；④参与并且强化危险行为。^③

此外，还有一些文章对刑法中被害人的过错问题进行了讨论。其中有介绍西方国家被害人过错理论的文章，对责任分担与应受谴责性的降低进行了对比。^④也有人探讨被害人过错在刑法上的意义，认为可以从期待可能性角度对之予以说明。^⑤还有人以大陆法系违法责任二元区分为基础，对危险接受理论的适用问题，以及其与被害人承诺的界限、危险接受理论

① 林钰雄：《刑事法理论与实践》，中国人民大学出版社2008年版，第125—126页。

② 劳东燕：《被害人视角与刑法理论的重构》，《政法论坛》2006年第5期。

③ 冯军：《刑法中的自我答责》，《中国法学》2006年第3期。

④ 陈旭文：《西方国家被害人过错的刑法含义》，《江西大学学报》（人文社会科学版）2004年第1期。

⑤ 杨丹：《被害人过错的刑法含义》，载冯军编《比较刑法研究》，中国人民大学出版社2007年版，第168—189页。

体系地位等进行了探讨。^①也有人运用被害人信条学原理对诈骗罪中的被害人的怀疑与错误以及被害人的责任进行了积极的探讨。^②

综观我国当前的研究，被害人自我答责的问题虽然逐渐为人们所重视，也有相关文章及硕士学位论文对之进行了深入研究，但是，系统性依然不够，也相对缺乏一定的理论深度。如被害人自我答责的内涵如何；在犯罪论之中处于何种的体系地位；被害人自我答责与被害人承诺究竟是什么关系；二者有何异同；用被害人自我答责能够解决哪些理论与实务问题（尤其是危险接受和自杀参与等问题）；等等，还没有系统深入的分析研究。

第三节 本书的结构安排

针对以上问题，本书的结构安排如下：第一章导论提出问题所在，对德国、日本关于危险接受和自杀参与的研究进行简单的介绍，并对我国对这些领域研究的现状和问题做出简要的说明；第二章对自我答责的基本原理进行介绍；第三章对被害人自我答责理论的本体进行研究；第四章专门讨论危险接受与被害人自我答责的问题；第五章研究自杀参与中的被害人自我答责的问题；第六章对诈骗罪中的被害人的错误认识与被害人自我答责的适用进行探讨；第七章是对本书基本观点的总结，并分析本书的创新之处与不足。

① 王俊：《危险接受理论的法理思考》，载陈兴良主编《刑事法评论》（第24卷），北京大学出版社2009年版，第379—401页。

② 车浩：《从华南虎照案看诈骗罪中的受害者责任》，《法学》2008年第9期；蔡泽昆：《诈骗罪中被害人的怀疑与错误——基于被害人解释学的研究》，《清华法学》2009年第5期。