

被害人教义学今何在？ ——对于作为立法、解释、归责和量刑原则之 “被害人学准则”的一个小结

[德]托马斯·希伦坎普(Thomas Hillenkamp)^{* 1}

陈璇^{** 2} 译

摘要:被害人教义学将被害人的值得保护性与需要保护性,作为确定行为值得处罚性和需要处罚性的重要因素。在该学说看来,被害人学准则的功能是多方位的,它可以成为立法、解释、归责和量刑的原则。在德国,立法者至今并未对被害人学准则作出正面回应。判例在过失犯中认可了被害人自我答责的原理,但在包括诈骗罪在内的故意犯中,却没有采纳被害人教义学的立场和结论。学界的主流观点则对该学说持怀疑态度。无论是从方法论、教义学还是刑事政策方面来看,都不宜将被害人学准则作为指导刑事立法和刑法解释的普遍原理。但是,被害人学准则可以在量刑阶段发挥作用。在可能影响行为可罚性的被害人举动中,被害人同意、正当防卫、权利失效以及犯行参与,是四个足以产生出罪效果的“极限值”。司法者可以根据被害人举动与这些极限值的接近程度,考虑对行为人减轻处罚。

关键词:被害人教义学 被害人学 诈骗罪 自我答责 量刑

一、在刑事司法中重新发现被害人

刑事司法在其产生之初是操控在私人手中,更准确地说,是操控在遭受恶行侵害的人及其宗族手中的。受害人及其宗族要求加害者为他所引起的损害支付补偿金(Bußeistung)。同时,宗族还会展开武力自卫,从而以私力实现对恶行的抵偿。后来,武力自卫所带来的灾难性后果为赎罪约定(Sühnevertrag)所替代,该约定为加害者设定了支付赎罪金的义务。直到以君主为表现形式的国家权力崛起后,公共的刑罚才

* 托马斯·希伦坎普(Thomas Hillenkamp),1943年6月生,法学博士,德国海德堡大学刑法与刑事诉讼法教授。本文的德文标题为“Was macht eigentlich die Viktimodogmatik? – Eine Zwischenbilanz zur ‘viktimologischen Maxime’ als Gesetzgebungs-, Auslegungs-, Zurechnungs- und Strafzumessungsprinzip”,原文于2017年发表在德国《整体刑法学杂志》(Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft)第596–628页。本文的翻译和发表得到了作者的授权,并受国家社科基金青年项目“刑法中紧急权的体系与解释研究”(批准号:15CFX036)的资助。

** 陈璇,中国人民大学法学院副教授,法学博士,中国人民大学刑事法律科学研究中心研究员。

得以产生。纯粹的刑事习惯法逐渐为成文的法律渊源所取代。⁽¹⁾ 这一发展带来了思维上的改变。这时,刑法将其注意力集中在了行为人、他所实施的行为以及他所遭受的惩罚之上。国家使被害人丧失了其原有的角色,公共的刑罚也取代了赎罪金。受害者处在被遗忘的角落中。起先的犯罪学也未能使被害人获得解放,它在其初创阶段也是以行为人为中心的。

在两次世界大战以及发生于20世纪的纳粹大屠杀中,出现了全球范围内被害现象增多的状况,正是这一状况才重新唤起了关于被害人的形成、被害人遭遇的痛苦以及对被害人予以赔偿的意识。二战结束后,上述成果也促使人们在“整体刑法学”中重新引入了被害人的视角。⁽²⁾ 在犯罪学中,被害人学,即关于被害者的科学也在1945年之后形成了自己独立的研究领域。⁽³⁾ 在该领域中,人们观察犯罪时不再以行为人为中心,而是将犯罪描绘成一种行为人与被害人互动的事件。⁽⁴⁾ 对于导致被害现象增多的原因所展开的研究,为解释犯罪提供了助益,并且改进了犯罪预防的策略。对于一次被害现象(primäre Viktimisierung)的鉴定及其产生之后果的研究工作,一方面加强了受害者的权利,从而极大地改变了他在刑事程序中的地位;⁽⁵⁾ 另一方面,在法律后果的层面上,这项工作使得人们开始有意识地将被害人的作用植入到量刑之中。此外,重拾损害赔偿以及赎罪约定中体现出的行为人与被害人和解(Täter - Opfer - Ausgleich)的旧有思想,也强化了被害人的利益。⁽⁶⁾ 被害人学对刑事诉讼和实体制裁法所产生的这种影响,与它对犯罪成立的法律要件所产生的影响,形成了对立。后者表现为“在不法理论中重新发现被害人”。⁽⁷⁾ 被害人学在刑事诉讼领域内带来了有利于被害人的效果,它也促使人们在量刑中对行为人和被害人双方加以平衡。但令人惊讶的是,在犯罪成立要件方面,恰恰与此相反,被害人学在所谓被害人教义学(Viktimo-dogmatik)⁽⁸⁾的名义下,却提出应当单方面削减刑法对被害人的保护。同时,这种观点也已经趋向于影响立法者。

- (1) 关于这一发展过程,仅需见 Jescheck/Weigend, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 10 I - II; 早在法兰克时代(公元482 - 843年)之前的日耳曼法中,就已经出现了最早的公共刑罚,对此见该书 § 10 I 部分; Rüping/Jerouschek, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 6. Aufl. 2011, Teil 1 - 2; Eb. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, § 3, 7 ff., 10, 34 ff., 41 ff.
- (2) 对此仅需见 Kaiser, Kriminologie, 3. Aufl. 1996, § 47 Rdn. 10; Schneider, Kriminologie, 1987, S. 751 ff.; 亦参见 Neumann, in: W. Hassemer (Hrsg.), Strafrechtspolitik, 1987, S. 225 ff.
- (3) 对此参见 Hillenkamp, JuS 1987, 940 ff.; Schwind, Kriminologie, 23. Aufl. 2016, § 19 Rdn. 1 ff. 持批判态度者见 Sessar, Festschrift für Jescheck, 2. Halbband, 1985, S. 1137 ff.
- (4) 对此参见 Hillenkamp, Vorsatztat und Opferverhalten, 1981, S. 5 ff.; Mitsch, Rechtfertigung und Opferverhalten, 1991, S. 4 f.
- (5) 这一进程直到今天仍在继续发展。Rieß, Verhandlungen des 55. DJT, Band I, 1984, Teil C 关于“受害者在刑事程序中的法律地位”的报告,记述了该进程的开端——Barton, in: Barton/Köbel (Hrsg.), Ambivalenzen der Opferzuwendung des Strafrechts, 2012, S. 111, 130 把它说成是“被害人条款呈井喷式地增长”(Kaskade von Opfergesetzen); 相关概述,见 Schwind, Kriminologie (Anm. 3), § 19 Rdn. 36ff. ——; 此前的相关论述见 Jung, ZStW 83 (1981), S. 1147 ff.; 亦见 Weigend, ZStW 96 (1984), S. 761 ff.
- (6) 对此的概述,见 Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 3 Rdn. 72 ff.
- (7) Küper, GA 1980, 201, 217.
- (8) 许勒尔-施普林戈鲁姆(Schüler-Springorum)在 Festschrift für Honig, 1970, S. 201, 208 中第一次提出了“被害人教义学的论断”(victimo-dogmatischen Aussagen)这一说法; 笔者(Hillenkamp, JuS 1977, 166, 172)采纳了这一用语,并在我的教授资格论文 Vorsatztat und Opferverhalten (Anm. 4) 的前言中将其名词化为“被害人-教义学”(Viktimo-Dogmatik); 随后,许内曼(Schünemann)在 Festschrift für Faller, 1984, S. 357 中也使用了该术语,他在 NSZ 1986, 439 这篇论文中认为,这个“略显张扬的名称”乃是我的杰作。“被害人教义学”的概念此后一直存在,对此仅需参见 Mitsch, Rechtfertigung und Opferverhalten (Anm. 4), S. 13 ff. (在这本书 S. 14 处,有更多关于这一概念之来源和问题的文献引证); Roxin, Allg. Teil I (Anm. 6), Überschrift vor Rdn. 15; Weigend, ZStW 96 (1984), S. 761.

在20世纪80年代的时候,被害人教义学曾经是万众瞩目的焦点,现如今却不如说它已经退隐山林。⁽⁹⁾被害人教义学今何在?我们可以仿效一本周刊杂志专栏的口吻发出这样的疑问。⁽¹⁰⁾由于被害人教义学无法自行述说它的现状,所以本文将对此加以叙述。我主张使用一个更为宽泛的说法,即“被害人学准则”(viktinologische Maxime)⁽¹¹⁾它使得被害人学思想的活力和影响超越了解释、归责和量刑领域,扩展到了立法和刑事政策之上。本文只讨论实体法问题,相对程序法领域中被害人复兴运动所放射出的耀眼光芒,实体法中的被害人思想有时显得黯然失色。

二、被害人学准则

被害人学触及到了实体法的三大支柱:刑事立法、犯罪成立要件以及刑罚。被害人学对这三大支柱所产生的影响有一个共同的基础,我们可以将这个基础归纳为“被害人学准则”。那么,这个准则的含义究竟是什么?

被害人学准则由来自于一个广受认可的基本观念,即认定某一举动可罚并对其加以处罚,前提是该举动具备值得处罚性(Strafwürdigkeit)和需要处罚性(Strafbedürftigkeit)。⁽¹²⁾如果某个至关重要的法益受到了侵害,导致其存续面临着危险,那么侵害该法益的行为就具有值得处罚性。如果刑法对于防止个人或者社会遭受损害来说,是一种合适、必要以及适当(也即并非不成比例)的手段,那就存在需要处罚性。⁽¹³⁾在认定这种值得处罚性和需要处罚性时,传统理论素来以借助因果关系所确定的“单线性发展的”事件为其基础。作为该事件之作用对象的被害人隐于法益的背后不见踪影,他对事件的发展也不产生任何促进作用。⁽¹⁴⁾这是一种片面地以行为人为中心的观点。被害人学准则正是意图以互动论取代这一观点,互动论主张应当把被害人参与致害的因素也一并考虑在内。互动论通过实证调查的方法揭示出被害人对于犯行所产生的促进作用,它意图将这一经验事实转化为规范的判断。判断的关键已不再单纯是有关行为举动以及对法益侵害的评价。事实上,我们必须重视被害人的举动对于这一事件进程所产生的影响,重视该影响所受到的评价。要做到这一点,就需要借助受害者的值得保护性(Schutzwürdigkeit)与需要保护性(Schutzbedürftigkeit)这两个概念。被害人的举动有可能降低他的值得保护性和需要保护性,以至于在值得保护性较弱的时候否定值得处罚性的存在,而在缺乏需要保护性的场合排除需要处罚性。于是,值得保护性与需要保护性的概念,就为值得处罚性和需要处罚性植入了被害人的因素,二者也就成为值得处罚性和需要处罚性当中起补充作用的、同时也是不可或缺的组成部分。它们都可能因为被害人的举动而归于消灭。

根据被害人学准则,一旦被害人以法所禁止的方式利用了自己的法益,比如一旦他将自己“合法”的

(9) 1982年,在日本东京和京都举行了第四届国际被害人学论坛,贝恩德·许内曼(Bernd Schünemann)和笔者在会上展开了对话。关于被害人教义学研讨的“兴盛期”,仅需参见有关这场对话的报告,即Heike Jung, MSchrKrim 67 (1984), S. 125, 132 f. [笔者的论文发表在Miyazawa/Ohya (Hrsg.), Victimology in Comparative Perspective, 1986, S. 11 ff.], 以及Arzt, MSchrKrim 67 (1984), S. 105 ff. 和Hassemer, Festschrift für Klug, Band II, 1983, S. 218, 221 ff. 这两篇批判性的文章。2015年11月,在北京中国政法大学举办了以“刑事司法中的被害人与被害人保护”(Opfer und Opferschutz in der Strafrechtspflege)为主题的中德研讨会,会上最终推出了这场对话的“最新版”。这次活动是由许内曼发起的,为此我要向他表示谢意。本文就是以我在此次会议上所作的报告为基础的。那篇报告连同其他的会议论文,发表于由汉斯·赛德尔基金会驻中国办事处2015年主编的一本书中。

(10) 《星》周刊曾经在该专栏中以“今何在”为标题向一众巨星和小明星们发问,他们曾一度站在聚光灯下受人关注,那么当聚光灯熄灭之后,他们现今的状况又是怎样呢?

(11) 许内曼在ZStW 90 (1978), S. 11, 32, 54中首次提出了这一概念;Streng, Strafrechtliche Sanktionen. Die Strafzumessung und ihre Grundlagen, 3. Aufl. 2012, Rdn. 29曾使用了“被害人学视角”(viktinologische Perspektive)的说法。

(12) 对此参见Schünemann, Festschrift für Bockelmann, 1979, S. 117, 120; ders., Festschrift für Faller, S. 357, 358. Hillenkamp, Festschrift für Kirchhof, Band II, 2013, S. 1349, 1356 ff. 对此进行了总结。

(13) 见Schünemann, Festschrift für Bockelmann, S. 117, 120; ders., Festschrift für Faller, S. 357, 358.

(14) Amelung, GA 1977, 1, 17.

现金用作委托他人实施谋杀的酬金,那么该法益的值得保护性就归于消灭。如果受委托者假装愿意去实施谋杀,从而骗走了被害人的现金,那么这笔现金就并不值得保护。⁽¹⁵⁾ 被害人以一种可罚的方式利用了其钱财,从而使其财产在面临他人诈骗行为的侵犯时不再受到保护。照此类推,其他应当受到禁止的举动也会导致相关的法益丧失值得保护性。例如,若某人蓄意地挑起防卫情境,则他不再享有在该情境下合法实施防卫的权利。这一古老的理论在被害人学产生之前就已经存在,它是这样一种法律思想为其基础的:如果被害人实施了某种受到禁止的或者滥用权利的举动,那么他就会丧失其法益或者权利地位。⁽¹⁶⁾ 不过,在被害人学兴起之后的今天,也有人假名托姓地说该理论“是可以由被害人学得到解释的”。⁽¹⁷⁾ 与值得保护性概念不同的是,对于需要保护性来说,人们从一开始就明确地引入了被害人学。按照这一学说,被害人对于他自己的被害往往起到了决定性的参与作用。如果我们判定被害人本来有实施自我保护的可能和可期待性,但是他却放弃为之,从而对自己的被害发挥了参与作用,那么刑法将会否定其需要保护性。一个有能力通过可期待的方式实现自保的人,并不需要国家的保护。之所以如此,其规范上的根据在于最后手段原则以及刑法的补充性原则。根据这两项原则,在国家能够采取的众多措施中,刑法这根“大棒”对公民造成的侵犯最为严重,只有在采取更为缓和、侵害力度较弱的手段无法实现法益保护的情况下,才能动用刑法。假如被害人只需运用可能以及可期待的自保措施就足以防止法益侵害,那么自我保护就成为既同样适于保护法益又较为轻缓的手段,它可以排除刑法的适用。如果某个被害人没有利用自保措施,那么由此产生的损害就应当归咎于他本人,于是,刑法就没有必要对其施加保护。一旦缺少了需要保护性,则需要处罚性也随之消失。与此同时,如果某项侵害是被害人自己能够加以防止的,那就说明该侵害的危险性并未达到足够高的程度,故其行为无价值也相当轻微。另外,由于被害人在对法益保护负有共同责任的情况下却没有尽到这一责任,所以他最终也丧失了要求国家予以保护的權利。因此,这种情况不仅缺乏需要保护性,而且由于侵害行为欠缺危险性,故也缺少值得保护性。也就是说,除了侵害行为缺少危险性之外,现在又多了一个据以取消值得处罚性的理由,⁽¹⁸⁾ 即被害人因未能履行自保责任而丧失了国家对他的保护。

可以说,上述论断构成了被害人学准则不可动摇的核心内容。当然,即便是在经历了将近40年之后,人们对于这些论断的适用范围及其更为确切的前提要件,也没能达成共识。很明显,这些论断首先只涉及故意犯。的确,在过失犯领域中,我们借助被害人自我答责(Eigenverantwortlichkeit des Opfers)的原理,可以在相当大的范围内避免认定行为人有罪。例如,如果某人以自我答责的方式冒险参与道路竞驶或者吸食毒品,并在此过程中遭受损害,那么参与这一事件的行为人是无罪的。如果某人伤害了一名被害人,后者仅仅是因为未就医而死亡,那么成立被害人自我答责,实施了伤害的行为人对于死亡结果并不负责。若某

(15) 例如,参见 Mitsch, *Strafrecht Besonderer Teil/2*, 3. Aufl. 2015, S. 277. 他认为在被害人缺少值得保护性的场合,可以直接否定欺骗行为的存在。

(16) 更多相关的例证,参见 Hillenkamp, *Vorsatztat und Opferverhalten* (Anm. 4), S. 96 ff., 112 ff.

(17) Roxin, *Allg. Teil I* (Anm. 6), § 14 Rdn. 17 如是说。

(18) 对此更详尽的论述,见 Schünemann, in: Schneider (Hrsg.), *Das Verbrechensopfer in der Strafrechtspflege*, 1982, S. 407, 410 f. 上文所述的需要处罚性和值得处罚性之间的关系,也得到了米奇(Mitsch)的赞同,见 Mitsch, *Rechtfertigung und Opferverhalten* (Anm. 4), S. 57 ff. Amelung, *GA* 1977, 1 ff. 与 Schünemann, *ZStW* 90 (1978), S. 11, 41 ff., 54 ff. 这两篇论文大致在同一时间推动了这一观点的兴起。许内曼在1977年的刑法学者大会上首次介绍了被害人自我保护的思想,他结合该思想对被害人学准则进行了完善、精细化和辩护。见 Schünemann, *Festschrift für Bockelmann*, S. 117, 129 ff.; ders., in: Schneider, *Das Verbrechensopfer in der Strafrechtspflege*, 1982, S. 96 ff.; ders., *Festschrift für Faller*, S. 357 ff.; ders., *NStZ* 1986, 439 ff.; ders., in: Schünemann/Dubber (Hrsg.), *Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem*, 2000, S. 1 ff.; ders., in: Schünemann (Hrsg.), *Strafrechtssystem und Betrug*, 2002, S. 51 ff.; ders., in: A. v. Hirsch u. a. (Hrsg.), *Mediating Principles*, 2006, S. 188 ff.; ders., *Festschrift für Beulke*, 2015, S. 543 ff.; 关于埃泽尔(Eser)和伦克纳(Lenckner)在 *Kommentar von Schönke/Schröder* (s. Anm. 77) 中提出的批判,见 Schünemann, *Festschrift für R. Schmitt*, 1992, S. 117, 127 ff.

人在试图将他人救出火海的过程中因轻率而遇险丧生,则纵火者同样无需为营救者的死亡负责。⁽¹⁹⁾ 不过,通常来说,以上这些判断并没有以被害人学准则为其依据,尽管人们也可以那样做。⁽²⁰⁾ 事实上,死亡结果之所以在客观上不可归责于行为人,是因为杀人罪和身体伤害罪的构成要件本来就无意防止自陷危险和自我伤害。因此,问题的关键首先在于这些犯罪的效力范围。当然,我们可以在被害人学准则的旗号下,将原本用于限制客观归责范围的被害人自我答责原理,反过来移用于解决故意诈骗的案件。这样,被害人学就不仅仅只是一项源自于过失犯的归责原理,其作用范围还延及故意犯。我将在本文第二部分的第(四)点中再对此加以论述。

如果我们把被害人学准则局限在故意犯之中,那么第二个有待澄清的问题是,该准则能否适用于所有的故意犯。有一类犯罪,由于被害人的举动对于犯罪的出现也发挥了作用,故该犯罪具有行为人与被害人互动的特性,而且该特性还通过构成要件得到了类型化。比如,诈骗罪、敲诈勒索罪以及胁迫罪即为适例。可以确定的是,被害人学准则可以适用于这类犯罪。不过,在侵占罪、非法侵入住宅罪或者侵犯个人隐私罪⁽²¹⁾当中,对于被害人疏于自保的事实情节似乎也应当加以考虑。对此,被害人学准则的支持者们均不持任何异议。然而,许内曼明显不愿意将这一准则适用于诸如谋杀罪、强奸罪之类的暴力犯罪之上。⁽²²⁾ 这是令人错愕的,因为根据被害人学的研究,这类犯罪恰恰就是用于说明被害人举动对犯罪的形成发挥参与作用的绝佳例证。正因为如此,这些犯罪也被归入所谓的“关系型犯罪”(Beziehungsverbrechen)⁽²³⁾之列。所以,为什么被害人学准则恰好就无法适用于该类犯罪呢?这并非不言自明。⁽²⁴⁾ 迄今为止,还没有人能对此给出令人满意的回答。第三个尚待澄清的问题在于:被害人学准则是只能适用于被害人为个人的犯罪,还是说对于那些侵害国家或者集体法益的犯罪而言也应当重视这一准则呢?⁽²⁵⁾ 能够用于支持后一种观点的例证是:在德国,信贷诈骗(Kreditbetrug)是一种犯罪《刑法》第265b条);由于信贷机构本有充足的能力保护自己不受诈骗,所以在有关被害人学的讨论⁽²⁶⁾中,就有学者对该行为的可罚性提出了质疑。人们普遍认为,信贷诈骗罪是一种抽象危险犯,刑法规定该犯罪旨在(至少在保护个人法益的同时,还)对超个人的信用经济法益加以保护。

(19) 关于被害人自我答责的自陷风险行为排除客观结果归责的情形,仅需见 Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2012, § 4 Rdn. 86 ff.; Roxin, Allg. Teil I (Anm. 6), § 11 Rdn. 107 ff.; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 46. Auflage 2016, Rdn. 259 ff.

(20) 当然可以参见 Mitsch, Rechtfertigung und Opferverhalten (Anm. 4), S. 36 ff.; Roxin, Allg. Teil I (Anm. 6), § 14 Rdn. 17 也指出了这一可能性。我早在1981年就指出,当我们试图限制过失犯的处罚范围时,所依据的是一个完全不同的理由。见 Hillenkamp, Vorsatztat und Opferverhalten (Anm. 4), S. 10 ff.

(21) 对此,参见 Hillenkamp, Vorsatztat und Opferverhalten (Anm. 4), S. 47 ff., 60 ff., 此处附有关于该观点的文献引证;许内曼以上述犯罪类型为切入口,在1977年的刑法学者大会(见 Anm. 18)上对被害人学准则进行了介绍。关于通过占据房屋而实施的侵犯住宅罪,亦见 AG Stuttgart StV 1982, 75.

(22) 针对我对被害人教义学所提出的质疑(尤其是在 Hillenkamp, Der Einfluß des Opferverhaltens auf die dogmatische Beurteilung der Tat, 1983 中的论述),许内曼指责说,该质疑所提及的犯罪,并没有任何人提出要利用被害人教义学来限制其成立范围,见 Schünemann, Festschrift für Fallers, S. 370; 但是,对此的反驳,见 Arzt, JR 1979, 12 mit Fn. 34. 关于被害人教义学之适用范围的概述,见 Günther, Festschrift für Lenckner, 1998, S. 69, 72 ff.

(23) 对此,参见 Hillenkamp, Vorsatztat und Opferverhalten (Anm. 4), S. 220 ff.

(24) Hörnle, in: A. v. Hirsch u. a. (Hrsg.), Mediating Principles, 2006, S. 40 也对此表示不解;亦见 R. Hassemer, Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik, 1981, S. 63 ff., 他主张把被害人学准则的思想也扩展适用于其所谓的“攫取型犯罪”(Zugriffsdelikte)。

(25) 例如,考虑到职务监察和机构组织体制存在诸多弊病,对于受贿罪或者侵犯职务秘密罪可以减轻处罚。对此,见 Theune, in: Leipziger Kommentar StGB, Bd. 2, 12. Aufl. 2006, § 46 Rdn. 233 f.; Miebach/Maier, in: Münchener Kommentar StGB, Bd. 2, 3. Aufl. 2016, § 46 Rdn. 268 f.; 有学者主张在警察通过坐探(Lockspitzel)诱使他人犯罪的场合也应减轻对行为人的处罚,见 Seelmann, ZStW 95 (1983), S. 797, 828 f., 831. 对此持批判态度的观点,见 Günther, Festschrift für Lenckner, S. 69, 75.

(26) 尤其是许内曼,他在前引著作(Anm. 18)中对信贷诈骗罪的需要处罚性提出了怀疑;关于该构成要件所保护之法益的争论,见 Eisele, Strafrecht Besonderer Teil II, 4. Aufl. 2017, Rdn. 749; Fischer, StGB, 64. Aufl. 2017, § 265b Rdn. 3; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil/2, 40. Aufl. 2017, Rdn. 699.

除了被害人学准则的适用范围之外,究竟需要满足哪些具体的要件才能根据被害人学准则取消刑法的保护,关于这个问题的研究同样不够充分。例如,许内曼主张把违法取得的占有排除在刑法保护的财产之外,理由在于,任何人只要不去实施违法的取财行为,就足以实现自保。⁽²⁷⁾这一观点要求被害人履行的自保义务内容还算是明晰而确定。可是,一位潜在的被害人要想在面临诈骗、泄露秘密、侵入住宅、胁迫或者性侵犯等侵害行为之时不丧失刑法的保护,他究竟需要积极地采取何种自保措施呢?被害人教义学目前给出的回答是:被害人需要采取于他而言可能以及可期待的自保措施。被害人没有义务竭尽一切可能的自保措施,对此人们的意见是一致的。⁽²⁸⁾但是,在力所能及的范围之内,又有哪些自保措施是可以期待的呢?我们可以要求被害人负担多大的成本呢?也许,我们对此可以区分不同的犯罪具体加以分析。但除此之外,能否找到一个普遍适用的判断标准呢?这个问题尚无定论。一方面,我们可以考虑提出一个纯粹客观的标准人形象。⁽²⁹⁾比如,可以仿照所谓的“欧洲消费者主导形象”(das europäische Verbraucherleitbild),该主导形象只为那些“达到了平均理智和谨慎水平的消费者”提供保护。⁽³⁰⁾另一方面,我们也可以考虑以过失犯领域中为确定注意义务所创设的标准人形象为参照。该标准人形象的核心,乃是人为拟制出来的一名认真、谨慎的注意者,我们需要根据不同的交往圈子来客观和个别地对其加以确定。不过,以该标准来决定刑法保护的范围是否适当、合理呢?难道我们不当以具体被害人个体的能力以及个体的期待可能性为标准吗?⁽³¹⁾有的被害人因为鲁莽轻率、在情感或智力上有弱点或者执着于某种迷信观念,而落后于一般的自保标准,对于这类被害人,刑法难道不正是应当给予同样的保护吗?⁽³²⁾这些问题到目前为止几乎全都悬而未决。要回答这些问题,必须首先弄清一点,即丧失保护(Verwirkung des Schutzes)这一法学思想到底包含哪些内容。它究竟是指只有当被害人个人对疏于采取必要的自保措施负有过错,也就是有责地实现了一个“反向的构成要件”(Gegentatbestand)⁽³³⁾时,才能使其丧失刑法的保护,还是指只要被害人客观上未达到平均的自保标准所提出的要求,就足以撤销刑法对他的保护呢?另外,为这一标准奠定基础的自保义务究竟来自于何处?源自民法的防止自己受损的“义务”,难道同样也适用于刑法吗?还有,被害人为何在违反了这种自保义务的情况下就会丧失刑法的保护,其正当性的根据究竟何在?所有这些问题都还没有得到充分的探讨。⁽³⁴⁾

尽管上文针对被害人学准则发出了种种质疑,但这并不等于我已经对其展开了令人信服的批判。我们需要静待回复。但是,这些质疑表明,被害人学的构想从语义上来看是值得怀疑的,要想找到恰当的答案

(27) Schünemann, in: Das Verbrechensopfer in der Strafrechtspflege (Anm. 18), S. 416.

(28) 最先尝试对此加以限制的,见 Amelung, GA 1977, 1, 8 f.; 亦参见 Mitsch, Rechtfertigung und Opferverhalten (Anm. 4), S. 36 ff., 他在这里对可能和可期待的自保措施进行了总结。Hörnle, in: Mediating Principles (Anm. 24), S. 36, 43 问(她自己的回答是否定的):是否应当要求被害人必须具有“持续的防备意愿”并且采取了“最佳的防范措施”呢?

(29) 这与 R. Hassemer, Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik (Anm. 24), S. 26 所提出的“保护类型”(Schutztypus)的想法是完全一致的。这部著作的 A 和 B 编对本文抛出的问题给出了初步的回答。但至今对此仍未形成统一的意见。

(30) 见 Richtlinie 2005/29/EG 以及 BGH NJW 14, 2595 此处附有评论。Hillenkamp, Festschrift für Müller – Graff, 2015, S. 191 ff.

(31) Maiwald, Festschrift für Kühl, 2014, S. 539 ff. 所提的这个疑问是有道理的; 对此表示支持者见 Hörnle, in: Mediating Principles (Anm. 24), S. 44; dies., JZ 2006, 950, 957.

(32) Schünemann, in: Mediating Principles (Anm. 18), S. 34. 许内曼认为,若被害人的“弱点是因社会不平等而产生”,则国家负有对其加以保护的义务;但是,在被害人迷信的场合,国家则无保护之责。对此见 Schünemann, Festschrift für Beulke, 2015, S. 543 ff.; 持不同观点者见 Hillenkamp, Festschrift für Schreiber, 2003, S. 135 ff.; ders., JuS 2003, 163 (在胁迫罪范围内展开的论述)。

(33) 这里所谓“反向的构成要件”,是相对于犯罪构成要件来说的。以诈骗罪为例:犯罪构成要件针对的是行为人,其内容是“诈骗他人财产”。一旦行为人实现了该构成要件,他将受到刑法的制裁。“反向构成要件”针对的则是被害人,其内容是“未采取自保措施识破骗局”。一旦被害人满足了该构成要件,他将失去刑法的保护。——译者注

(34) 关于被害人学的反向构成要件,见 Schüler – Springorum, Festschrift für Honig, S. 1 ff., 214, 以及 Hillenkamp, Vorsatz und Opferverhalten (Anm. 4), S. 12, 21; 将违背“自保义务”的举动视为一种“义务违反”(Obliegenheitsverletzung) (这是一个来自民法的概念,见 Reimer Schmidt, Die Obliegenheiten, 1953) 见 Hillenkamp, Vorsatz und Opferverhalten (Anm. 4), S. 180 ff., 183 f.; Hörnle, in: Mediating Principles (Anm. 24), S. 36, 42; dies., JZ 2006, 950, 957. 究竟什么才能算得上是可期待的自保措施,对这一问题的思考见 R. Hassemer, Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik (Anm. 24), S. 29 ff., 72 ff. 93 ff.

案势将困难重重。在被害人学准则的支持者看来该准则拥有一定的功能,它在实现该功能的过程中还将发挥指导性的作用。如果结合这些功能来看,我们就能更为准确地洞悉被害人学准则存在的问题。

三、作为立法、解释和归责原则的被害人学准则

(一) 被害人学的立法原则

刑法是最后的手段;面对同样有效但又不那么凌厉的保护对策,刑法具有补充性。这一点源自于宪法上的合比例性原则。刑事立法者也应当重视宪法原则。如前所述,被害人学准则的部分内容是以自我保护思想为其依据的,至少就这部分而言,最后手段原则以及补充性原则是被害人学准则赖以建构的基石。因此,也难怪被害人学准则的支持者们首先要将该准则提升为一项立法原则。立法者无论是在引入某个新的犯罪构成要件还是在保留某个既有的犯罪构成要件时,都应当重视该原则。一旦确定,相关法益主体只要采取了于他而言可能并且可以期待的自保措施,就能够充分地保障相关法益的安全,那么立法者就应当放弃设置犯罪构成要件。许内曼的一位门生雷蒙德·哈赛默(Raimund Hassemmer)说道:“当法益主体能够自行维护其法益时,立法者既没有义务也没有正当的理由向其提供刑法的保护。”其结论是,在此情况下,“基于宪法上的理由,……不允许刑法施加保护”。⁽³⁵⁾可见,他认为,被害人学准则对立法者具有宪法上的拘束力。许内曼的表述则比哈赛默更为谨慎一些。他将“被害人学的”方程式视为“最重要的立法准则之一”,并且认为,凡是与该准则相违背的法规范“都在刑事政策方面存在重大缺陷”。⁽³⁶⁾不过,只要“具体的规定……为被害人采取可期待的自保措施留下了空间,从而仍然处在立法者所享有的法律设置权限之内”,许内曼并不想将该规定说成是违宪的。当然,在他看来,在立法者行使该权限的过程中,被害人学准则也是“刑法上对立法裁量权进行限制的一种约束机制”。

正如被害人学准则自身一样,以上思想得以展开的先决条件在于,我们对补充性原则的内容作了特定的理解。也就是说,刑法的补充性不仅是相对于国家用于有效保护法益的其他形式,而且也是相对于公民个人的自保可能性而言的。这一点获得了阿梅隆(Amelung)特别是许内曼的支持,后者从社会契约思想中引申出了该观点。许内曼认为,只要公民自己就能够和国家一样圆满地完成任务,那就不允许国家越俎代庖。此外,许内曼还认为,在被害人疏于自保的场合使其失去刑法的照料,这样做也能发挥某种威慑效果,实现对被害人的合理教育。⁽³⁷⁾当然,立法者究竟在满足了何种具体条件的情况下才应当和可以去利用该手段,仍然不得而知。既然立法者作出的是一般性的决定,那么我们就必须依据一种客观的“保护类型”来确定,被害人的参与责任只有达到了何种程度,才足以使他丧失刑法的保护。要想“合理地”描述这一类型并非易事。另外,被害人个体的缺陷对于保护类型的确定来说完全不重要。⁽³⁸⁾

通过三个例子我们就能看到被害人学的立法原则究竟是怎样发挥作用的。首先,德国的立法者于1976年在《刑法》中增设了第265b条,首次将信贷诈骗的行为入罪,试图防止信贷机构因为申请贷款的企业对自身财务状况作不实的陈述而遭受欺骗。但是,由于信贷机构在向“不可靠的”企业发放贷款之前,完全有能力自行核查其财务状况,从而充分保护自己的利益,所以从刑事政策上来看,该条款是失当的。其次,1935年,立法者在《刑法》第265a条中将“无票乘车”(Schwarzfahren),特别是在公共交通工具上“无票

(35) R. Hassemmer, Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik (Anm. 24), S. 35.

(36) Schünemann, ZStW 90 (1978), S. 11, 32.

(37) Schünemann, in: Das Verbrechensopfer in der Strafrechtspflege (Anm. 18), S. 407, 411 f.; ders., ZStW 90 (1978), S. 11, 32, 这里提示参阅 Amelung, GA 1977, 1, 6 ff.; ders., in: Mediating Principles (Anm. 18), S. 18, 31 f. 有的学者反对这样来理解补充性,许内曼则运用了“举重以明轻”的推论法来加以反驳。对于许内曼主张可以从社会契约论中推导出其观点的说法, Hörnle, in: Mediating Principles (Anm. 24), S. 36, 37, 42 f. 也提出了批判。关于威慑功能,亦见 Schünemann, in: Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem (Anm. 18), S. 6; 关于对被害人进行教育的思想,见 Hillenkamp, Vorsatztat und Opferverhalten (Anm. 4), S. 211 f.

(38) 对此,参见 R. Hassemmer, Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik (Anm. 24), S. 26.

乘车”的行为规定为犯罪。许多学者认为应当废除该犯罪构成要件,理由在于,时至今日,交通运营者已经完全能够通过有效的监控机制防止自身因乘客逃票而遭受损失。⁽³⁹⁾最后,一批被称为“备选教授”(Alternativprofessor)⁽⁴⁰⁾的学者曾于1974年提出建议,主张应当对在自选商店内实施的盗窃行为予以非罪化,对该行为仅规定民事损害赔偿即可。其论据之一就在于,这种商店本身就存在引诱顾客以盗窃的形式“自助”的倾向,而且商店营业人员数量的减少,也使得盗窃更为易行。可是,如果某人在营利目的驱动下减弱了对自己的保护力度,那么他对于损害的发生就负有重大的责任,从而也就丧失了要求刑法予以保护的權利。⁽⁴¹⁾

(二) 被害人学的解释原则

被害人学准则也是一种解释原则。按照该原则,法律适用者应当这样来解释某一罪刑规范的构成要件要素,即如果能够确定,一旦被害人采取了于他而言可能和可期待的自保措施,就足以防止构成要件要素得到实现,那便应当认为该构成要件未获满足。最佳的例证就是诈骗罪。诈骗罪成立的前提是,必须存在涉及事实的欺骗行为。如果某人宣称他拥有超自然的魔力,能够起死回生,能够借助“埋币生财”(Krontalerstecken)⁽⁴²⁾的方式发家致富,或者能够未卜先知,并以此要求对方支付报酬;那么根据被害人学的解释,这根本就不属于欺骗行为。国民所受的教育已经充分说明,这类玄奥的承诺完全是“无稽之谈”。故此,谁要是听信了这种承诺,他就没有尽到我们期待一名有文化的公民本该履行的自保责任,所以也就应当对损害自负其责。在该思想的影响下,甚至有人通过解释认定行为人所陈述的根本就算不上是一种事实。⁽⁴³⁾诈骗罪的另一个要件是被欺骗者产生了错误。如果被害人对于行为人所陈述之事实的真实性有所怀疑,而且这种怀疑有具体的理据作支撑,通过调查就能轻而易举地得到澄清,那么根据被害人学准则,被害人必须对该疑问加以核查。假如被害人之所以产生误判,仅仅是因为没有做到这一点,那么在被害人学准则看来,由于被害人违反了应当采取自保措施的义务,故该误判并不属于错误。⁽⁴⁴⁾此外,诈骗罪的成立还要求出现财产损失。如果一名被害人通过盗窃等违法的方式取得了财物的占有,那么在许内曼看来,这就是“丧失刑法保护的典型”。如果行为人是针对这种占有实施了“诈骗”,那么被害人就没有遭受损失。其实,他只要不去实施获取占有的行为,就足以实现自我保护。⁽⁴⁵⁾这也同样适用于被害人将自己“合法的”现金用作委托他人实施谋杀的酬金,但受托者却没有信守承诺的情形。此外,根据被害人学的解释,委托者丧失刑法保护的另一个原因还在于,他滥用了自己的财产。⁽⁴⁶⁾对具体构成要件要素所进行的这种

(39) 对此,仅需参见 Alwart, JZ 1986, 563 ff.; ders., ZIS 2016, 534 ff.; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil/2 (Anm. 26), Rdn. 676.

(40) 20世纪60年代中期,一批刚在德国刑法学界崭露头角的新锐,如鲍曼(Baumann)、阿图尔·考夫曼(Arthur Kaufmann)、克鲁格(Klug)、兰珀(Lampe)、伦克纳、迈霍弗(Maihofer)、罗克辛(Roxin)等人,基于对《1962年刑法草案》的批判,共同撰写并于1966年发表了《刑法备选草案》(Alternativ-Entwurf eines StGB)。这批学者就被称为“备选教授”。——译者注

(41) 鲍曼和阿茨特(Arzt)在1974年发表的《反商店盗窃罪法备选草案》(AE-GLD)中进行了这般论证,见 JuS 1974, 693, 694; 在此之前已有学者提出过这样的见解,参见 Kienapfel, NJW 1971, 1784. 这一建议在1976年第51届德国法学家大会上遭遇了“惨败”。见 Schünemann, Festschrift für Faller, S. 357, 359.

(42) Krontaler 是流通于18、19世纪的一种银币。有一种迷信的说法认为,只要将这种银币埋入土壤之中,它就能如同种子一般生长出更多的钱财来。——译者注

(43) Schünemann, Festschrift für Beulke, S. 543, 552 f.; 持不同观点者, Hillenkamp, Festschrift für Schreiber, S. 135, 142 ff.

(44) 在有关被害人学的争论中,最经常被讨论到的就是这个要素。始作俑者是 Amelung, GA 1977, 1 ff. 以及 R. Hassemmer, Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik (Anm. 24), S. 113 ff.; 对此持反对意见者, Hillenkamp, Vorsatztat und Opferverhalten (Anm. 4), S. 18 ff.

(45) Schünemann, in: Das Verbrechensopfer in der Strafrechtspflege (Anm. 18), S. 407, 416. 关于违法取得占有和违法维持占有状态的讨论,见 Wessels/Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil/2 (Anm. 26), Rdn. 535, 以及 Hillenkamp, Festschrift für Achenbach, 2011, S. 189, 204 ff.

(46) 关于赞同这一论据的学者,见 Wessels/Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil/2 (Anm. 26), Rdn. 564 ff., 以及 Hillenkamp, Vorsatztat und Opferverhalten (Anm. 4), S. 103 ff.

限制解释,也适用于其他的构成要件,比如包括侵入住宅罪在内的侵害个人生活和隐私领域的犯罪⁽⁴⁷⁾以及胁迫罪、强奸罪⁽⁴⁸⁾等。不过,除了诈骗罪之外,学界至今对于其他犯罪的限制解释尚未进行充分的研讨。比如,判例认为,对于胁迫罪(《刑法》第240条)来说,“如果我们能够期待被胁迫者通过谨慎地实施自保从而不为威胁所动”⁽⁴⁹⁾那么行为人威胁将要实现的恶害就没有达到“重大”(empfindlich)的程度。不过,应当要求被害人在多大程度上实施自保,应当根据何种标准来认定自保措施是否足够谨慎,这些至今仍悬而未决。根据被害人学所进行的限制解释,其结论并不总是使被害人完全丧失刑法的保护。比如,当遭遇不法侵害的人采取杀人的手段进行反击,从而超过了正当防卫的限度时,尽管该防卫情境是不法侵害人自己引起的,但他还是受到故意杀人罪(Totschlag)构成要件的保护。除了杀人罪之外,《刑法》还规定了最高法定刑为无期徒刑的谋杀罪(Mord),从而为生命法益提供了更高级别的保护。但是,即便不法侵害者在对方实施致命反击之时毫无防备,也就是根本没有预想到会遭遇危及自身生命的侵害,他也不享有谋杀罪构成要件的保护。在说明其理由的时候,联邦最高法院并没有援引被害人教义学。然而,它所提出的论据,却符合被害人教义学的实质。被害人毫无防备,这是谋杀罪中“阴险”这一要件的组成部分。法院对它作了这样的解释:即使不法侵害人没有预料到对方会采取致命性的防卫手段,即他对于防卫人的反击手段毫无防备,但是假如侵害人只要使自己精神紧张起来,就必然能对致命性的防御手段有所预料,那就应当认为“阴险”这一构成要件未获满足。正是侵害者本人的疏忽,导致他无法获得谋杀罪构成要件为生命法益提供的更高级别的保护。⁽⁵⁰⁾另外,在刑法总则中,我们也能发现被害人学解释准则所产生的影响。在所谓“家庭暴君”(Haustyranne)的案件中,某个家父经年累月地对其家庭成员实施虐待。如果绝望无助的妻子为了终结苦难,某日趁其夫熟睡之机将其砸死,那她是不能援用正当防卫作为辩护理由的。因为不法侵害并非正在进行。但是,如果采取被害人教义学的解释,却可以肯定不法侵害正在进行。假如我们发现,虽然侵害行为要到后来的某个时点才会出现,但若等到彼时,则无法再进行有效的防卫,那就仍应肯定不法侵害正在进行。于是,即便暴君正在熟睡,也应当认为存在着“持续性的侵害”(Dauerangriff)。家庭暴君通过本人的举动使自己沦为正当防卫的被害人,他必须忍受由该举动所引发的受虐者防卫权得以扩张的效应。⁽⁵¹⁾

被害人学解释原则的支持者在论证自身主张时并没有提出,他们通过这种解释方法使立法者在历史上曾经有过的意志得到了贯彻。无人声称,《刑法》的制定者在过去的某个时期有意识地遵循了被害人学准则。这是正确的。不过,某类规定,比如有关保护个人隐私或者保护财物(Eigentum)和财产(Vermögen)的法律规定,的确在客观上与被害人学的构想有不谋而合之处。我们不过是借助相应的解释将这种一致性显现出来,并使其发挥影响。又如,从被害人教义学的角度出发对诈骗罪中“错误”这一构成要件要素所进行的阐释,也应当是如此。换言之,被害人学的解释原则拥有一项立法上的功能,它促使刑法在被害人疏忽大意的场合退出。因此,对被害人学解释方法的运用,“并不是为了削弱,而只是为了发扬立法者的决定”。⁽⁵²⁾此外,运用被害人学的解释方法,也是宪法所要求的。以往的合目的性解释片面地以

(47) 对此见 Schünemann, ZStW 90 (1978), S. 11, 57 ff. 他提出,刑法应当将秘密拍摄图片的行为也予以犯罪化,因为我们无法充分地保护自己不受该行为的侵犯。该建议已被立法者采纳,成为了《刑法》第201a条。

(48) 相关的文献引证,见 Maiwald, Festschrift für Kühl, S. 539 ff.

(49) BGHSt. 31, 195, 201; 更多相关的文献引证,见 Eisele, Strafrecht Besonderer Teil I, 4. Aufl. 2017, Rdn. 473; Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. 2014, § 240 Rdn. 13.

(50) BGH NSiZ 2003, 425 这里附上了 H. 施耐德(H. Schneider)的评论,他正确地指出,该论据沾染了被害人教义学的色彩;对此,亦见 Hillenkamp, Festschrift für Rudolphi, 2004, S. 463 ff. BGH JR 1981, 212 (所谓的“土耳其叔父案”判决)试图通过对“阴险”这一概念进行解释,进而认为,如果被害人先前对行为人实施了严重的侮辱、虐待或者威胁,那就应当否定“阴险”要素的存在。但是, BGHSt. 30, 105 却将该判断推移到了刑罚后果阶段去进行。对此以及关于与此类似的杀害“家庭暴君”的案件,见 BGH JZ 2004, 44 这里附上了希伦坎普(Hillenkamp)的批判性评论。

(51) 关于这一问题的文献引证,见 Hillenkamp, Festschrift für Miyazawa, 1995, S. 141 ff.; ders., JZ 2004, 50 f.

(52) 持此观点者, Schünemann, in: Das Verbrechenopfer in der Strafrechtspflege (Anm. 18), S. 408 f. 关于上述论断,见 Amelung, GA 1977, 1, 6 f.; Schünemann, ZStW 90 (1978), S. 11, 32; ders., in: Strafrechtssystem und Betrug (Anm. 18), S. 51, 70 ff.

法益保护为指向,因而具有扩张处罚范围的倾向;被害人学的解释方法则补充了被害人与行为人互动的要素,在被害人采取自保措施不仅可能而且可期待的场合,该要素引入了刑法的最后手段性思想和补充性原则,从而形成了与片面的法益保护相对立的必要一极。⁽⁵³⁾

从方法论的角度来看,根据被害人学准则所进行的解释,可以沿着两条不同的路径展开。主要是许内曼对二者进行了对比分析。他将第一条路径称为“与法律条文相一致的被害人教义学方法”。该方法的特点在于,基于被害人欠缺值得保护性或者需要保护性而缩减刑法对他的保护,这只能在构成要件解释的可容许范围内,也就是只能在刑法语义的范围内得以实现。许内曼认为,对于法律适用者来说,这是唯一可以被容许的路径。与此相对的则是“对法律条文加以修正的被害人教义学方法”。这种方法试图将被害人学准则的适用范围推广到“法律语义的边界之外”。⁽⁵⁴⁾许内曼主张,当被害人在完全可以通过核查澄清怀疑的情况下发生了误判时,将该误判排除出错误概念的包摄范围,这仍然属于被允许的限制解释(restruktive Auslegung),而不是超越了条文语义的合目的性限缩(teleologische Reduktion)。⁽⁵⁵⁾但许内曼也认为,以因轻率而遗失了财物的被害人不值得保护为由,将针对遗失物的侵占排除在侵占罪的范围之外,这种限缩对侵占概念的核心造成了侵蚀,是不可容许的。同样,在某人实际上处于毫无防备状态的情况下,硬把他说成是并非“毫无防备”,这也属于不被容许的限缩。在正当化事由阶层中,也存在着一种通过逾越条文语义边界的方式扩张正当化事由成立范围的做法,这同样是不被允许的。那种认为熟睡中的施虐者也实施了“正在进行的”不法侵害的观点,就是如此。

(三) 被害人学的归责原则

最后,值得一提的是,有的学者试图借助客观归责,特别是借助植根于客观归责的自我答责原理⁽⁵⁶⁾来贯彻被害人学准则。客观归责是刑法总论中的一个教义学范畴,其主要意义存在于过失犯领域。客观归责的宗旨在于,在行为人过失引起了某一不法结果的场合,限制行为人对该结果承担责任的范围。因果关系是结果归责的必要条件,但不是充分条件。在它之外,还必须附加以下限制性要件:第一,行为人创设了引起结果发生的不被容许的危险;第二,该不被容许的危险在结果中得到了实现;第三,有待评价的事件处在相关犯罪构成要件的效力范围之内,也即相关犯罪构成要件的任务就在于防止该事件的发生。主流学说试图将以上论断也扩张适用于故意犯。⁽⁵⁷⁾结合被害人学准则,学界主要是对诈骗罪的客观归责进行了深加工。在此,也有两种不同的见解。一种观点认为,只有在对具体构成要件要素进行——居于构成要件内部并严守条文语义的——解释时,才能求助于客观归责三个阶层的原理。比如,我们可以考虑,具体的欺骗行为是否创造了可能使他人产生错误的、不被容许的危险;如果是,那么该危险是否以一种应当由行为人而非被害人自己负责的方式对错误的形成发挥了作用。⁽⁵⁸⁾另一种观点则主张把客观归责与构成要件相并列,或曰将其置于构成要件的“框外”(vor der Klammer),并且赋予客观归责以一项功能,使之能够根据自身标准通过限缩的方法,对原本已经成立的构成要件符合性进行修正。经由这种方式,被害人学主要对诈骗罪的构成要件与规范保护范围之间的归责关系进行了限制,并提出了各种用于否定诈骗罪成立的理由。

(53) Amelung, GA 1977, I, 6 ff., 16 f.; Schünemann, ZStW 90 (1978), S. 11, 32, 54; ders., in: Das Verbrechensoffer in der Strafrechtspflege (Anm. 18), S. 408 ff.; ders., NSiZ 1986, 439.

(54) Schünemann, Festschrift für Beulke, S. 543, 545. 关于他所提到的第三个变种,见下文第(三)点。作为说明这一点的例证,许内曼提到了 Ellmer, Betrug und Mitverantwortung, 1986, S. 232 ff., 271 ff. 以及 Kurth, Das Mitverschulden des Opfers beim Betrug, 1984, S. 169 ff. 这两部著作所提出的解决方案。

(55) 与此不同的归类,见 Hillenkamp, Vorsatztat und Opferverhalten (Anm. 4), S. 138 ff.

(56) 对于这一原则的基础性研究,见 Murmann, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, 2005. 结合被害人学之限制解释所展开的探讨,见 Esser, Festschrift für Krey, 2010, S. 81, 82 ff.

(57) 见 Kühl, Allgemeiner Teil (Anm. 19), § 4 Rdn. 38; Roxin, Allg. Teil I (Anm. 19), § 11 Rdn. 44; Wessels/Beulke/Satzger, Allgemeiner Teil (Anm. 19), Rdn. 249 f., 这些著作中都引证了持批判性意见的文献。

(58) 采取这一途径,例如 Gaede, Festschrift für C. Roxin II, Band 2, 2011, S. 967, 970 f., 980 ff., 他特别赋予了欺骗能力这一概念以筛选的功能;在方法论上接近这一观点的有 Rengier, Festschrift für C. Roxin I, 2001, S. 811, 821 f.

这些理由包括“被害人具有优先管辖地位”、⁽⁵⁹⁾“答责范围有所划分”、“自我答责的自陷危险”、⁽⁶⁰⁾存在足够高的“自保可能性”、⁽⁶¹⁾“诈骗罪构成要件的保护范围”、⁽⁶²⁾行为人始终停留在“与被害人共同组织侵害事件”的状态⁽⁶³⁾以及“自我维护原则”。⁽⁶⁴⁾除了诈骗罪之外,有学者也将该解释方法运用到了其他犯罪当中。例如,有人认为,如果胁迫行为的被害人本来只需通过“谨慎地实施自保”就能不为胁迫所动,那么行为人就没有创设不被容许的危险。⁽⁶⁵⁾运用可能对构成要件造成限缩的解释方法,我们可以认为,针对遗失物的侵占属于被害人自我答责的自陷危险,故应当将其归咎于草率行事的财物所有人。本文第三部分第(二)点叙述了被害人学的解释原则及其两种类型,这里所介绍的解释方法与其明显存在相似之处,但承认后者具有独立性是有根据的。正如我在第三部分第(三)点中所强调的那样,这种解释方法的独立性来自于:它是与客观归责相挂钩的。

四、立法、判例以及学界对被害人学准则的采纳与评价状况

如果要问,以前述三种形式表现出来的被害人学准则,是否在德国的刑法实践中产生了影响,那么就立法和判例来说,回答是否定的。立法者在决定是否采用刑罚手段来保护法益的时候,考虑到了被害人的值得保护性和需要保护性,这一点是不言而喻的。能够证明这一点的例子包括:强奸罪的构成要件(《刑法》第177条第5款第3项规定:“……毫无防护地任人摆布……”),《刑法》第243条第1款第2句第6项关于严重情节的列举性规定(利用被害人的无助状态),以及新近关于增设入室盗窃罪的讨论。⁽⁶⁶⁾不过,我们并没有发现,在被害人学准则兴起之后,立法者以该准则为依据放弃增设新的犯罪或者废除了已有的犯罪构成要件;甚至也没有发现立法者在法条立废的过程中,对被害人学准则至少进行了有意识的考量。不管怎样,我们当然可以探讨,鉴于被害人拥有充分的自保可能,2011年在《刑法》第237条中增设的“强迫婚姻罪”(Zwangsheirat),以及2007年在《刑法》第238条中增设的“跟踪骚扰罪”(Stalking)的构成要件,是否本该被放弃;⁽⁶⁷⁾我们也可以探讨,基于同样的理由,自1976年以来存在的信贷诈骗罪(《刑法》第265b

(59) Pawlik, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S. 148 ff.; 关于该观点,以及在诈骗罪中要求被害人查明真相的其他观点,见 Schünemann, Festschrift für Beulke, S. 543, 545; 与本文一样, Perron, in: Gropp u. a. (Hrsg.), Strafrecht als ultima ratio, Gedächtnisschrift für Heine, 2016, S. 281 ff. 也正确地提出了批判,认为这么做违反了条文的语义;关于被害人与行为人的管辖责任分配,亦见 T. Schwarz, Die Mitverantwortung des Opfers beim Betrug, 2013, S. 113 ff.

(60) Harbort, Die Bedeutung der objektiven Zurechnung beim Betrug, 2010, S. 65 ff., 124 ff., 154 ff. 哈博特(Harbort)将之归入第二类方法论,对此持批判态度者,见 Gaede, Festschrift für C. Roxin II, S. 970 f.; 亦见 Hennings, Teleologische Reduktion des Betrugstatbestandes aufgrund von Mitverantwortung des Opfers, 2002, S. 168 ff.; Wittig, Das tatbestandsmäßige Verhalten des Betrugs, 2005, S. 366 ff.

(61) R. Hassemer, Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik (Anm. 24), S. 127 ff.

(62) Kurth, Das Mitverschulden des Opfers beim Betrug (Anm. 51), S. 175 ff.

(63) Meliá, ZStW 111 (1999), S. 357, 372 ff.; 对此持批判态度的有 Hörnle, in: Mediating Principles (Anm. 24), S. 36, 41 ff.; González, in: Schünemann (Hrsg.), Strafrechtssystem und Betrug, 2002, S. 115 ff. 也不赞成在诈骗罪中运用客观归责理论。

(64) Beckemper/Wagner, NJW 2003, 315 f., 这里也参考了 Beckemper, Durchsetzbarkeit des Verteidigerkonsultationsrechts und die Eigenverantwortlichkeit des Beschuldigten, 2002, S. 225 ff., 233 ff.

(65) Beckemper/Wagner, NJW 2003, 315. 两位作者认为,这里就考虑到了由“自我维护原则”(Selbstbehauptungsprinzip)所确定的被害人的参与责任,也就是文中所述的第二种情形。

(66) 更多的例证见 Kreuzer, in: Gropp u. a. (Hrsg.), Strafrecht als ultima ratio, Gedächtnisschrift für Heine, 2016, S. 237, 245 ff. 最近围绕入室盗窃罪——对此,见 Wessels/Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil/2 (Anm. 26), Rdn. 289 ff.——所进行的讨论,也受到了这一思想的影响。结合《刑法》第298条(即旧《刑法》第201条)所进行的这一思考,见 Blei, Festschrift für H. Henkel, 1974, S. 109, 112 ff. 不过,在《刑法》第213条这一古老的规定中,立法者已经将被害人的挑衅行为作为降低刑法保护力度的一个理由。

(67) 否定跟踪行为具有值得处罚性和需要处罚性的观点,如 G. Löhr, Zur Notwendigkeit eines spezifischen Anti-Stalking-Tatbestandes in Deutschland, 2008, S. 372 ff.

条)的构成要件是不是也可以被废除。可是,没有任何证据说明立法者已经考虑到了这些问题。

判例所展现出的是一派更为复杂的景象。在过失犯领域中,判例已经认可,在被害人自我答责地自陷危险的场合,行为人对由此产生的结果并不承担责任。⁽⁶⁸⁾但迄今为止,这种认可仅局限在杀人罪和身体伤害罪的范围之内,并且判例也采用了与客观归责理论相一致的论证理由。尽管如前所述,我们可以在客观归责理论的某些部分“填入”(unterfüllen)被害人学的内容,但是判例却和主流学说一样,并没有这么做。就故意犯而言,的确零星地有一些判决援引了被害人学准则,这并不令人意外。比如被人们多次引用的胁迫罪就是如此。当我们可以期待受到胁迫的被害人“通过谨慎地实施自保”去对抗行为人威胁要实现的恶害时,该恶害就欠缺“严重性”。⁽⁶⁹⁾但是,除此之外,判例并没有在别的案例中求助于被害人学准则。⁽⁷⁰⁾有的时候,根据被害人学准则本来是有理由进行限制解释的,但判例却作出了相反的裁决;即便在这种情况下,绝大多数判例也都没有就被害人学准则展开讨论。比如,判例认为,正如为实现犯罪目的而使用的钱财仍受刑法保护一样,即便是违法取得的占有也属于受到刑法保护的财产;⁽⁷¹⁾但是对于持相反观点的被害人学准则,判例却未置一词。某个被害人基于不可原谅的过失疏于自保,以致遭受诈骗,这本是适用被害人学准则的范例;但即便是对此,判例的情况也是如此。联邦最高法院曾于1972年指出,被骗者是否稍加注意就能认清事实的真相,这对于欺骗行为的原因力毫无影响。被害人自身的过失对于损害的发生也起到了促进作用,这并不能否定因果关系的存在。⁽⁷²⁾1986年,联邦最高法院不再局限于因果关系的认定,而是提出了一个更为普遍化的说法。它认为:受骗者“只要足够小心地加以检查,就能识破骗局”,“这一情节并不重要”。⁽⁷³⁾2001年,联邦最高法院将该论断与欺骗这一构成要件要素联系在了一起。它认为,即便被害人只需经过“仔细观察”就能辨别陈述内容的“真实性”,也不能否定欺骗要素的具备。⁽⁷⁴⁾直至2002年,联邦最高法院才针对根据被害人教义学限制诈骗罪成立范围的观点明确发表了意见。与通说相一致,它对该观点也表示反对。法院指出,被害人对于虚构之事实的真实性有所怀疑,这“并不足以否定被害人产生了符合于构成要件的错误”,“只要被害人认为对方陈述的事实有可能是真实的,并因此处分了财产,也就是说,尽管被害人心存疑虑,但只要他最终还是中了行为人的诡计,那么纵然其怀疑的程度很高”,也在所不问。“即使是那些掉以轻心的被害人……也同样受到刑法的保护”,所以被骗者是否“只要经过小心调查就能识破骗局”这一点“毫不重要”。因此,“基于被害人学所提出的观点主张,当被害人已经产生怀疑,并且通过调查就能查明真相时,由于其值得保护性很小,故应当对诈骗罪的构成要件加以限制”,这一观点并不足以使联邦最高法院“抛弃”上述对判例产生过决定性影响的“基本原则”。法院认为,“从《刑法》第263条来看”,被害人学的观点“缺少条文语义的支撑,而且它不当和过分地削减了刑法为保护公民财产免受诈骗侵害所提供的保护。那种认为当被害人对行为人所陈述之事实的真实性抱有怀疑

(68) 例如 BGHSt. 32, 262; 39, 322; 持谨慎态度者, BGH NSZ 94, 394.

(69) BGHSt. 31, 195, 201; 对此,见 Lackner/Kühl (Anm. 46), § 240 Rdn. 13.

(70) 在 BGH JR 1982, 115 这份判例中,尽管行为人将女孩关进了一辆汽车中,但法院还是认为强奸罪(1975年《刑法》第177条)中的“暴力”要件并未得到满足。法院没有言明的一个理由可能在于,被害人不顾警告上了汽车,而且还随身带上了避孕药(这是否就意味着被害人发挥了参与作用?)。LG Bonn StraFo 2015, 81 以交通运输企业作为“被害人”实施了“完全无法理喻的”举动为由,判定在运输企业因疏忽而未对乘客随身携带的车票实行剪票的场合,乘客不成立运输诈骗罪(《刑法》第265a条)。AG Stuttgart StV 1982, 75, 77 指出,由于非基于公益目的而封禁住宅空间的做法并不“值得”享有“法秩序的保护”,故“占据”一间空房的行为并不成立非法侵入住宅罪。对此持批判态度者,见 Schall, NSZ 1983, 241, 246 f.

(71) 相关的文献引证,见 Eisele, Besonderer Teil II (Anm. 26), Rdn. 608 ff.; Hillenkamp, Festschrift für Achenbach, S. 189, 204 ff.; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil/2 (Anm. 26), Rdn. 535, 565 f.

(72) BGH MDR 1972, 387 (Dallinger); 早在 BGHSt. 13, 14 f. 中,联邦最高法院就已经把被害人的参与责任定位在了因果关系的范畴之中;对此,见 Wessels/Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil/2 (Anm. 26), Rdn. 523 f.

(73) BGHSt. 34, 199, 201 (增发剂案); LG Mannheim NJW 1993, 1488 (驱鬼)对于被害人“轻信”的情形,也合乎逻辑地得出结论,认为应当否定诈骗罪的成立。

(74) BGHSt. 47, 1, 4 und 5. 本案的案情是,一名牙医在结账时对医疗保险公司实施了诈骗,但一份匿名检举已经把涉嫌诈骗的事实告知了医疗保险公司的经办人。

时,刑法无需保护被害人免受侵害的观点,并不正确。它是以这样一种观念为其基础的,即认为当被害人面对这种怀疑时,他原本能够查明真相或者不去实施可能带来损失的财产处分行为。这一观念会促使法官对被害人的参与责任进行某种评价,但该评价与刑法格格不入,而且被害人的参与责任在别的情形中也从未产生过排除构成要件符合性的作用。⁽⁷⁵⁾ 2014年,联邦最高法院又重申了这一立场。该判决涉及的是互联网领域中所谓的资费圈套(Kostenfalle)。在本案中,互联网用户为制定旅行计划而查询了网上的“路线规划者”(Routenplaner),却并不知道这一服务是收费的。但其实用户只要仔细地浏览一下网页,就能发现这一信息。我们可以考虑根据欧洲的消费者保护指南,参照消费者的主导形象拟制出一个“有文化、考虑周全以及理智的人”,并主张刑法只保护这种人免受诈骗的侵害。但联邦最高法院反对这么做,它明确援引了2002年判决中的论断。法院解释说,在德国,当行为人利用了“特定人群疏忽或者轻信的心态”时,“并不存在对诈骗罪构成要件进行限制解释的空间”。在“以快速传递信息以及快速达成交易为目标的互联网领域”中,当网络用户“从其智力或者从当时的情境来看无力采取达到了规范上一般水平的自保措施”时,如果我们将排除在保护的领域以外,那就恰恰等于是拒绝向那些“特别值得保护的消费者提供刑法上的法益保护”。⁽⁷⁶⁾

学界对于被害人学准则的看法莫衷一是。在诈骗罪中对被害人学构想加以运用,这是一个颇为流行的做法。如前所述,诈骗罪连同侵犯个人生活和隐私领域的犯罪,⁽⁷⁷⁾是被害人学准则的发迹之处和拥趸所在之地。尽管如此,反对的声音仍然占据优势。⁽⁷⁸⁾如前所述,被害人教义学试图将被害人学准则视为普适性的解释和归责原理。但刑法总论的各家教科书,均对这一观点审慎地表示了怀疑。⁽⁷⁹⁾刑法注释书也同

(75) BGH NSZ 2003, 313, 314 = NJW 2003, 1198 f.; 这与我 Hillenkamp, Vorsatztat und Opferverhalten (Anm. 4), S. 21 ff., 138 ff. 中已经论证过的观点是一致的; 对此, 亦见 Wessels/Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil/2 (Anm. 26), Rdn. 512 mit Rdn. 487 f. 以及 OLG Hamm NZWiSt 2016, 479, 484.

(76) BGH NJW 2014, 2595 ff.; 本判决在开头(S. 2596)评论道“刑法(以及诈骗罪构成要件)的任务并不在于,保护那些过于轻率马虎的人免受因自己的疏忽之举而招致的损失。”这个引注其实歪曲了BGHSt. 3, 99, 103. 后者的意思是,刑法的任务并不在于“避免轻率马虎的人因自己不善持家而遭受损失”。只有这样,该论断才不会与BGH NJW 2014, 2596 ff. 所展开的思路发生冲突。对判决表示赞成者,见 Hillenkamp, Festschrift für Müller – Graff, S. 191 以及 Wessels/Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil/2 (Anm. 26), Rdn. 488, 499 (最新的判决), 关于学界采纳该判决的情况, 这里有大量的文献引证。

(77) 许内曼将被害人学准则贯彻到了他所撰写的法条注释中, 见 Schünemann, in: Leipziger Kommentar StGB, Bd. 6, 12. Aufl. 2010, Vor § 201 Rdn. 7, § 201 Rdn. 16, 25, § 202 Rdn. 2, 13, § 203 Rdn. 16 f.

(78) 关于受被害人学构想影响的四个要素,存在着不同的论断,故学界自然也是众说纷纭; 对此, 见 Hecker, Strafbare Produktwerbung im Lichte des Gemeinschaftsrechts, 2001, S. 264 ff. 在 S. 274 ff. 处表达了反对意见。当被害人存在(可以得到澄清的)怀疑时应当否定他产生了错误,这一观点主要得到了所谓被害人学理论的支持,而被我称为可能性理论的通说却对此持反对态度; 全面反映讨论现状的文献引证, 见 Hillenkamp, 40 Probleme aus dem Strafrecht Besonderer Teil, 12. Aufl. 2013, 29. Problem; 围绕被害人学理论所展开的讨论, 亦详见 Hoyer, in: Systematischer Kommentar StGB, 7. Aufl. 2004, § 263 Rdn. 4 f., 22, 67 ff.

(79) 在 Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003 这部教科书的 § 4 Rdn. 40 f. 中, 韦伯(Weber)还态度友好地提到了被害人学准则; 但随后, 米奇却在挑拨防卫的部分对该准则表示了反对[较早的相关论述, 见 Hillenkamp, Vorsatztat und Opferverhalten (Anm. 4), S. 125 ff.], 见 § 17 Rdn. 38 (亦见 Rdn. 36)。米奇在此援引了他的著作 Rechtfertigung und Opferverhalten (Anm. 4), S. 115 ff., 309 ff. 在这部著作中, 他试图证明, 被害人学的构想对于正当化事由的意义是十分微弱的。针对主张应由被害人“承担代价”的观点, Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, 3. Abschnitt Rdn. 26 ff. 也表达了质疑。以被害人学准则误解了补充性原则为由表示反对者, 见 Jescheck/Weigend, Strafrecht Allgemeiner Teil (Anm. 1), § 25 V, 这里援引了 Weigend, in: Kaiser/Jehle (Hrsg.), Kriminologie und Opferforschung, Bd. II, 1994, S. 43, 47 f. 在刑法总论教科书中, Roxin, Allg. Teil I (Anm. 6), § 14 Rdn. 25 对被害人准则进行了最为详尽的讨论, 他认为, 被害人教义学原则作为解释准则无论如何都应当得到重视, 但基于法律和刑事政策的理由, 不应将之看作一项普遍性的原则。至于弗罗因德(Freund)、弗里斯特(Frister)、格罗普(Gropp)、海因里希(Heinrich)、克赖埃塞尔(Krey/Esser)、屈尔(Kühl)、毛拉赫/齐普夫(Maurach/Zipf)、穆尔曼(Murmann)、奥托(Otto)、施特拉滕韦特/库伦(Stratenwerth/Kuhlen)以及韦塞尔斯/博伊尔克/扎茨格(Wessels/Beulke/Satzger)所著的总论教科书, 至少在关键词索引的部分均丝毫没有提及该准则(诸如被害人学、被害人教义学、被害人参与影响、参与责任之类的用语皆未出现)。当然, 这些教科书在客观归责的部分都论述了自我答责原则, 但如果我没看错的话, 相关论述并未涉及被害人教义学。

样如此。⁽⁸⁰⁾ 在余下的其他文献资料中,批判之声居于主导地位。⁽⁸¹⁾ 通说的立场是值得赞同的。反对被害人学准则的理由存在于方法论、教义学以及刑事政策三个方面。⁽⁸²⁾

从方法论上来说,被害人学解释准则的部分支持者公开使用了合目的性限缩的方法。尽管行为人的举动已经落入了相关构成要件要素之概念的核心领域,但如果被害人能够利用于他而言可能和可期待的自保措施防止该要素的实现,那么仍然应当认为行为人的这一举动不受禁止。若接受了这一观点,就会得出以下结论:当被害人对于行为人的陈述抱有怀疑时,仍然可以认为他发生了错误认识,但若该错误于他而言完全可以避免,那他就不能享有刑法为保护公民不受欺骗而提供的保护。这样一来,我们就不再是对“错误”这一概念进行解释,而是用内涵更为狭窄的另一个概念取而代之了,也即可避免的错误不是错误。假如不采取这样的方法就无法得出合乎宪法的解决方案,那么基于宪法上的理由,可以例外地认为这么做是有必要的。⁽⁸³⁾ 但如果某一构成要件的核心部分在宪法上并无任何争议,而法律适用者却援引最后手段原则或者补充性原则,擅自对其加以缩减,那这就是对法律的修改,他无权为之。根据最后手段原则或者补充性原则对构成要件的范围进行限制,这是立法者的事情。法律适用者不能操起自己的剪刀,把本属立

(80) 在 Fischer (Anm. 26) 这部重要的实践型刑法注释书中,有关 § 263 Rdn. 4, 10, 55, 55a, 108 ff. 和 § 46 Rdn. 59 的部分完全没有涉及被害人学准则,甚至在关键词索引中也未提及。Lackner/Kühl (Anm. 46), Vor § 13 Rdn. 4a 对此表示反对; Tiedemann, in: Leipziger Kommentar StGB, Bd. 9, 12. Aufl. 2012, Vor § 263 Rdn. 34 ff., 37 ff.; Freund, in: Münchener Kommentar StGB, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, Vor § § 13 ff. Rdn. 426 ff.; Puppe, in: Nomos Kommentar StGB, Bd. 1, 3. Aufl. 2010 (但该书 2013 年第 4 版改变了观点), Vor § § 13 ff. Rdn. 195, 这里援引了 Puppe, ZIS 2007, 247, 248; Eisele, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. 2014, Vor § § 13 ff. Rdn. 70b [伦克纳(Lenckner)在该书 2001 年第 26 版的同一地方也持相同的观点]; Eser/Hecker, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. 2014, § 1 Rdn. 48. 对被害人学准则表示赞同的有 Hefendehl, in: Münchener Kommentar StGB, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 263 Rdn. 27 f., 但作者同时认为,只有在关系型犯罪中(即不包括攫取型犯罪和暴力型犯罪),当被害人有意识地放弃采取降低危险的举动时,才可以适用该准则。

(81) 对被害人教义学表示赞同者,见 Fiedler, Zur Strafbarkeit der einverständlichen Fremdgefährdung, 1990, S. 113 ff.; 并不完全反对者,见 Arzt, MSchrKrim 67 (1984), S. 105, 113; Esser, Festschrift für Krey, S. 81 ff.; W. Hassemer, Festschrift für Klug, S. 217, 220 ff.; Kratzsch, Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht, 1985, S. 360 ff. (认为当行为人实施的是故意侵害他人的犯罪时不适用); Mitsch, Rechtfertigung und Opferverhalten (Anm. 4), S. 13 ff.; Neumann, in: Strafrechtspolitik (Anm. 2), S. 225 ff.; Zipf, MSchrKrim 53 (1970), S. 1, 4. 持批判和反对观点者,如 Ebert, JZ 1983, 633 ff.; Frisch, Tatbestandmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 72 ff., 142 ff.; Günther, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss, 1983, S. 194 ff.; ders., Festschrift für Lenckner, S. 69, 71 ff.; Hoffmann, GA 2003, 615 f.; Krack, List als Straftatbestandsmerkmal, 1994, S. 63 ff.; Loos/Krack, JuS 1995, 204, 207 f.; Maiwald, ZStW 96 (1984), S. 70 ff.; Vergho, wistra 2010, 86, 90 f.

(82) 对此,详见 Hillenkamp, Vorsatztat und Opferverhalten (Anm. 4), S. 17 ff., 135 ff., 192 ff.; ders., Der Einfluß des Opferverhaltens auf die dogmatische Beurteilung der Tat – einige Bemerkungen zum Verhältnis zwischen Viktimologie und Strafrecht, 1983; ders., Festschrift für Miyazawa, S. 141 ff.; ders., Festschrift für Schreiber, S. 135, 141 ff.; ders., JuS 2003, 157, 158, 162; ders., JZ 2004, 48 ff.; ders., Festschrift für Rudolphi, S. 463, 466 ff.; ders., Festschrift für Müller – Graff, S. 191 ff.; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil/2 (Anm. 26), Rdn. 487 f.; 499; 512 f.; 524; 535 f.; 565 ff.; 很大程度上一致的观点,见 Hecker, Strafbare Produktwerbung im Lichte des Gemeinschaftsrechts (Anm. 75), S. 264 ff., 274 ff.; Roxin, Allg. Teil I (Anm. 6), § 14 Rdn. 18 ff. 反驳的论述,主要见 Schünemann, Festschrift für Faller (Anm. 8), S. 357, 364 ff.; ders., Festschrift für Schmitt, S. 117, 127 ff.; ders., NStZ 1986, 439, 441 ff.; 对许内曼的观点表示赞同者,见 Fiedler, Zur Strafbarkeit der einverständlichen Fremdgefährdung, 1990, S. 125 ff.

(83) 例如,保障人们拥有一个“不受侮辱”的空间,见 Hillenkamp, Festschrift für Hirsch, 1999, S. 555, 571; 或者,针对一个受医生建议的堕胎行为不得实施正当防卫,见 Hillenkamp, Festschrift für Herzberg, 2008, S. 483, 501; 关于这两者,亦见 Hillenkamp, JuS 2014, 924, 926, 928.

法者的决定空间剪裁成一件尺码愈加窄小的护身胸衣(Schuttkorsett)。⁽⁸⁴⁾ 如果我们将被害人心存怀疑的情形置于错误概念的框架之内,似乎就能在方法论方面减弱上述责难的批判力。因为,对错误这一概念进行限制解释,是可以被容许的。不过,这种限制解释仍然应当受制于法律文本以及立法者的意图和决定。就诈骗罪而言,与我们的邻国不同,⁽⁸⁵⁾ 对于在今天可以根据被害人学得到证立的限制解释,德国1871年刑法典的制定者表示了反对,而且立法者的这一决定直到今天也没有被修改。⁽⁸⁶⁾ 在此情况下,我们如果仍然坚持对诈骗罪的构成要件作限制解释,借以推行自我保护和自我答责原则,那就不再是对法律作忠实于条文的解释,而是将他自己的被害人学纲领强加在了法律的头上。⁽⁸⁷⁾ 这一批判也可以适用于整个的被害人学解释原则,因为迄今为止,立法者并未在任何时间、任何地方承认被害人学准则是一项立法原则。该批判同样也适用于作为归责原则的被害人学准则。因为,被害人学准则试图借助客观归责这一范畴“对构成要件展开规模宏大的重新解释”,以期从被害人对自我保护自负其责的视角出发对构成要件进行明显更为严格的限定。但是,这种做法不过是为被害人学准则披上了一件新的外衣而已,它依然逃脱不了在方法论方面遭受的指责,即它对法律进行了修改。⁽⁸⁸⁾ “这样一来,规定可罚性的就不是构成要件,而是一些原则”,更何况这些原则至少在事实上并不是立法者所遵循的原则。⁽⁸⁹⁾

针对上述批判,人们也可以反驳说,当今的立法者必须重视补充性原则,所以根据宪法,当我们可以期待被害人自己保护自己时,对刑法采取限缩其保护范围的解释就是必要的,至少是有正当根据的。如果立法者对于源自补充性原则的被害人学准则重视不足,那么法律适用者就必须使之得以贯彻。可是,这种推论是不能成立的,因为其前提就存在疑问。该说是建立在在对补充性思想存在双重误解的基础之上的。首先,罪刑规范只是“立法者全部工具中的最后手段”。⁽⁹⁰⁾ 但是,公民的自保可能性却并不在这些工具之列。因此,刑法的补充性只是相对于国家的其他保护手段而言的。运用其拥有的手段去保护公民,这始终都是国家的权利和义务。其次,“若国家的管辖范围无所不包,则势必侵蚀公民的自由”,⁽⁹¹⁾ 补充性就是要防止这种情况出现。但是,国家替公民去保护其法益免受他人的蓄意侵害,这只会使公民原本受到牵制的精力获得释放,从而能够更多地投入到积极的自我发展之中。⁽⁹²⁾ 这并不是补充性原则想要制止的。所以,该原则并不能为被害人学准则提供依据。

此外,被害人学准则还特别经由客观归责理论运用了自我答责原则,但该原则在内容上无法承载被

(84) 许内曼在其著作中也认识到了这一点。他认为,被害人学解释方法的批判者先虚构出了一个荒诞不经的谬论,继而将其树为批判的靶子,试图以此证明被害人学准则是错误的。不过,这一说法贬低了批判者的严肃性。对于被害人学解释方法的批判,亦见 Perron, *Strafrecht als ultima ratio* (Anm. 56), S. 281, 291 f.: “从宪法的角度出发,我们需要为‘错误’这一构成要件要素赋予独立的内涵,该内涵至少在一定程度上与‘错误’概念所具有的日常用语的含义相一致,因此,我们不能将其降格为一种单纯的‘归责关系’或者‘功能性概念’。”这一见解与我一直以来对被害人教义学思想的批判是一致的,见 Hillenkamp, *Vorsatztat und Opferverhalten* (Anm. 4), S. 22 (我针对阿梅隆关于“错误”概念的解释提出了批判:“这一观点最为严重的缺陷恐怕在于,它随意和片面地对某一法律概念进行了功能性的界定,最终导致概念本身不知所踪,在这种情况下它还依然宣称自己的解释和法律概念是一致的,其实这种一致性根本不存在。”亦见该书 S. 135 ff., 153 ff.)。

(85) 关于瑞士立法的情况,见 Ackermann, *Festschrift für Roxin II*, S. 949 ff.; Esser, *Festschrift für Krey*, S. 81, 99 ff.; 关于法国立法的情况,见 Jescheck/Weigend, *Allgemeiner Teil* (Anm. 1), 5. Aufl. 1996, § 25 V (S. 254)。

(86) 对此,见 Kurth, *Das Mitverschulden des Opfers beim Betrug* (Anm. 51), S. 8 ff., 24 f.; Vogel, in: Schünemann (Hrsg.), *Strafrechtssystem und Betrug*, 2002, S. 89, 105 ff.; 1998年的《刑法第六改革法》对诈骗罪的构成要件进行了修改。立法者并没有利用这个机会根据被害人学准则对诈骗罪的构成要件进行改造。

(87) 这一点在 Amelung, *GA* 1977, 1, 6 中体现得很明显。他认为,诈骗罪中“错误”概念的任务和功能就在于,让立法者没有考虑到“补充性原则……得以贯彻”;对此,早已可见 Hillenkamp, *Vorsatztat und Opferverhalten* (Anm. 4), S. 18 ff., 138 ff.

(88) 正确的批判性意见,见 Hörnle, in: *Mediating Principles* (Anm. 24), S. 36, 41 f.; Schünemann, in: *Strafrechtssystem und Betrug* (Anm. 18), S. 51, 68 ff., 72 ff. 也对将被害人学准则置于客观归责之中的做法表示了质疑。

(89) Hillenkamp, *Vorsatztat und Opferverhalten* (Anm. 4), S. 23.

(90) BVerfGE 39, 1, 47; 不同的观点,如——恰好是在强奸罪的范围之内——Rössner, *Festschrift für Lefrenz*, 1983, S. 527, 531.

(91) Dürig, *JZ* 1953, 198.

(92) 对以上内容更为详细的论述,见 Hillenkamp, *Vorsatztat und Opferverhalten* (Anm. 4), S. 175 ff.

害人学准则的教义学结论。要想说明为何被害人对他自己的法益负有自我保护的义务,而且该义务的履行还在一定程度上“得到了制裁的保障”,这并非易事。即便我们可以认为,被害人疏于自我保护的事实说明,被害人自我答责地参与了对自身法益的损害,但要在刑法上将致害事件完全归责于被害人一方,还是缺少正当的根据。如果被害人对自己所遭受的故意侵害表示同意,那便意味着他有意地放弃了保护,这就为不处罚加害者提供了一个正当理由。因此,假如受骗者已经真切地估计到对方的陈述不实,但还是处分了财产,那就说明他是为了获得某种可能的好处而甘愿付出一定的代价,于是诈骗罪不能成立。无论乐意还是不乐意,他总归是对可能遭受的财产损失表示了同意。⁽⁹³⁾但是,如果心存疑虑的被害人只是“过失地”放弃了调查,从而对某个故意的侵害未加防范,那么尽管被害人对损害的发生发挥了参与作用,但既不能认为他对此表示了同意,也不能认为该损害是应当由其单独负责的作品。相反,损害自始至终都首先是故意加害行为人的作品。对加害人的责任不予追究,这既缺少教义学上的理据,也没有任何意义,因为“故意实施侵害行为的人,无需任何活动空间。……故意是对‘不得侵害他人’(neminem laede)这一戒律的违反;……它否定了任何活动空间的存在:欺诈毁灭一切(fraus omnia corrumpit)”。⁽⁹⁴⁾因此,在客观归责理论中,自我答责的自陷危险只能使过失参与危险共同体⁽⁹⁵⁾的行为归于无罪,这绝非偶然。利用刑法保护公民不受故意行为人的加害,始终都是国家的使命。被害人对侵害的发生负有参与责任,这并不能使国家免于承担这一使命。⁽⁹⁶⁾

以被害人欠缺值得保护性为由对构成要件进行限制解释,也不能推导出相反的观点。如果我们想把特别拙劣的伪造行为排除出伪造货币罪的构成要件(《刑法》第146条以下),认为只有谨慎自保的人才能享有胁迫罪构成要件的保护,或者主张在被害人本来有机会躲避的情况下应当否定非法拘禁罪的成立,那么带有被害人学色彩的学说当然能为以上观点提供依据。⁽⁹⁷⁾可是,假如我们试图以立法原则为依据,从被害人学思想中推导出一个普适性的解释准则,使之贯彻了补充性、自我答责和自我保护等原则,那么这种尝试注定会归于失败,因为在立法的背后并不存在这样的意图。在这些关联当中,被害人视角并不是一个能够得以普遍化的思想。⁽⁹⁸⁾最后,这也适用于权利失效原则(Verwirkungsprinzip)。学者们结合被害人学准则,以多种不同的方式运用了该原则,但没有一个是具有说服力的。首先,要反对这样一种观点,它认为:被害人所实施的违反法律或者道德的举动,将使其本人不再值得保护,进而导致对他进行保护反而是有损国家尊严的;因此,被害人是通过行为证明了自己不配成为刑法保护的人格体。法院在很早以前就已经正确地批驳过这一思想,认为它“与德国刑法……格格不入”。⁽⁹⁹⁾从法律中我们也能感知到这样一种理念,即当某人实施了滥用或者侵害权利的举动时,他可能会因此丧失某种法益或者某项权利。⁽¹⁰⁰⁾但是,至少在刑法中,如果没有法律的规定,就不能对该思想加以运用,也不能将该思想普遍化,使之成为缩减被害人值得保护性的理由,进而使被害人丧失刑法的保护,使国家丧失动用刑罚的权力。⁽¹⁰¹⁾

(93) 对此,见 Wessels/Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil/2 (Anm. 26), Rdn. 512, 此处有更多的文献引证; 在 Hefendehl, in: MK StGB (Anm. 77), § 263 Rdn. 258 看来,这就是“有意识地作出了冒险的决定”。

(94) Deutsch, Haftungsrecht, 1976, S. 29; 对于这一点以及上述内容,见 Hillenkamp, Vorsatztat und Opferverhalten (Anm. 4), S. 15 f., 180 ff.

(95) 例如,共同吸食毒品,或者在道路交通中共同驾驶摩托车非法竞驶。

(96) BGH NStZ 2003, 313, 314 认为,相反的做法对被害人的参与责任进行了某种评价,但该评价与刑法格格不入;对于疏忽大意或者毫无防备的被害人,国家不能采取自相矛盾的态度,见 Hillenkamp, Vorsatztat und Opferverhalten (Anm. 4), S. 182 ff.

(97) 例如,见 Schünemann, in: Strafrechtssystem und Betrug (Anm. 18), S. 51, 76, 79.

(98) 对此,见 Günther, Festschrift für Lenckner, S. 69, 78 f.; Roxin, Allg. Teil I (Anm. 6), § 14 Rdn. 22 f.; 亦见 Fischer (Anm. 26), § 239 Rdn. 9, 这里对《刑法》第239条所进行的解释,是“不受被害人学影响的”。

(99) OGHZ 1, 67; 相同的观点早已出现在 RGSt. 44, 246 f., 248 f.; 对此持赞同意见者,见 Hillenkamp, Vorsatztat und Opferverhalten (Anm. 4), S. 184 ff., 此处有更多关于该思想的文献引证。

(100) 我们也可以把许内曼的观点归入其中,该观点见 Schünemann, in: Das Verbrechensopfer in der Strafrechtspflege (Anm. 18), S. 407, 410 f.

(101) 对此,详见 Hillenkamp, Vorsatztat und Opferverhalten (Anm. 4), S. 189 ff.

最后,被害人学准则在刑事政策方面也存在重大疑问。⁽¹⁰²⁾ 我们不能仅仅因为刑法具有不完整性 and 最后手段性,就当然地认为对刑法进行限缩以及限制解释是一种成就。事实上,只有当获得保护的自由空间能够更好地对自由这一相对的法益进行分配时,才能认为缩小犯罪成立的范围是合理的。但我们绝不能仅仅因为可以期待潜在的被害人采取自保措施,就认可行为人有权利扩张其自由,进而蓄意损害第三人的法益。⁽¹⁰³⁾ 那将使得被害人背负自保的义务,该义务将牵制其精力储备,从而对其自由造成损害。我们反而更应该“期待”潜在的行为人不要去故意地损害第三人的利益。⁽¹⁰⁴⁾ 当行为人利用了被害人的粗心大意时,通过宣告前者无罪来“惩罚”后者,从而向其发出威慑,避免将来再出现被害人疏于自保的情况,⁽¹⁰⁵⁾ 这并不是一个合理的刑事政策。因为,这样做可能带来的后果无非有两个:其一,使人们对正义失去信心。在刑事诉讼中,被害人发现,“对被害人加以责难”(blaming the victim)竟然是一个合法且有效的辩护策略。他还发现,行为人采取这样一种为他自己开脱罪责、使行为的规范违反性归于消解的辩护策略,法官的判决还给予了支持。行为人将被无罪释放,而被害人却将承担责任。这样的结论不会得到任何被害人的理解。⁽¹⁰⁶⁾ 其二,对被害人的这种“威慑”可能会催生一种心态,它使得一个原本开放的、充满基本信任的社会,变成一个被相互猜忌心理所充斥的社会。在这里,每个人都不得不对别人处处留神、时刻提防。门户开放的共同体将被封闭与隔绝所代替。⁽¹⁰⁷⁾ 这两种后果是谁都不希望看到的。

从方法论角度所提出的批判,仅仅涉及到被害人学准则作为解释原则和归责原则的方面;然而,从教义学内容以及刑事政策角度提出的反对意见却不限于此,它还指向了被害人学作为立法原则的方面。毫无疑问,值得保护性和需要保护性是立法者必须加以重视的。而且,动用刑法去填补一切因为追求利益最大化而新出现的保护漏洞,⁽¹⁰⁸⁾ 这的确并非立法者的任务所在。但是,使该准则连同它对补充性原则的理解一并成为指导刑事立法的普适原则,这对立法者来说可不是一个好主意。

五、作为量刑原则的被害人学准则

(一) 在量刑中考虑被害人的举动

极而言之,为了克服“有罪的行为人和无辜的被害人”这种单线性的印象,被害人学准则在其实际运用的过程中,把这种印象颠倒了过来:在它看来,被害人被打上了有责的烙印。在互动过程中产生的代价,最终需要由被害人来承担。⁽¹⁰⁹⁾ 被害人学准则曾经指责传统的以行为人为中心的因果关系论是“一叶障目”,可是现在它自己也招来了相同的批判。被害人学准则试图把被害人学及其研究结论奉为改变责任分配结构的根据,但这是行不通的。被害人学的目标在于,创立一种合乎现实的观察视角,用以审视犯罪当

(102) 对此的详细论述,见 Hillenkamp, Vorsatztat und Opferverhalten (Anm. 4), S. 192 ff.; ders., Der Einfluß des Opferverhaltens (Anm. 22), S. 12 ff., 15 ff.

(103) 蓄意也就是故意的。前文已经讲过,在过失犯领域中,我们有理由适用另一套标准。

(104) Roxin, Allg. Teil I (Anm. 6), § 14 Rdn. 21.

(105) 赞同实施这种威慑者, Schünemann, Strafrechtssystem und Betrug (Anm. 18), S. 51, 64 f.; 在《反商店盗窃罪法备选草案》发表的时代,甚至有人建议,应当通过将被害人的参与责任犯罪化,从而实现“对被害人的惩罚”,见 Schoreit, JZ 1976, 50, 51, 53; 对此持批判态度者, Ebert, JZ 1983, 633.

(106) 关于“对被害人加以责难”的辩护策略,以及法官判决所支持的“中立化技术”(Technik der Neutralisation),见 Hillenkamp, Vorsatztat und Opferverhalten (Anm. 4), S. 199 ff.

(107) 关于这种效果,见 Hillenkamp, Vorsatztat und Opferverhalten (Anm. 4), S. 206 ff.

(108) 我们可以想想以下这些情况:员工人数减少的自助商店或者自助加油站兴起,公共交通工具上或者信贷发放中审核程序减少,等等;此外,光是出现或者发现了某个漏洞,这本身并不足以成为动用刑法来填补该漏洞的正当理由,见 Hillenkamp, Festschrift für Kirchhof, S. 1349, 1358, 这里引用了 Kühl, Festschrift für Tiedemann, 2008, S. 31, 36 f.

(109) 只有在出现了物质性损害的场所,损害赔偿的额度才会因为被害人在互动过程中需承担一定的代价而有所降低。但是,在许多相关犯罪中,却并不存在这种情况。

中行为人与被害人互动的现象。它无意介入责任分配的问题,⁽¹¹⁰⁾也根本无法为单方面的责任归属提供依据。被害人学的实证研究结论,揭示出了共同构筑犯行形象的各个因素。但是,构成要件和违法性阶层,却无法将这些结论作为推导实体法论断与结论的根据。这两个阶层所要决定的,乃“是”或者“否”的问题。构成要件符合性和违法性要么存在,要么不存在。这里,既没有层次划分、灰色区域,也没有行为人和被害人各自参与作用的相抵。就刑法而言,这些只能存在于量刑之中。所以,被害人学准则在量刑领域内拥有一席之地。在法定刑幅度以内,我们可以基于以下理由作出有利于行为人的处断:被害人对行为人进行了挑衅,被害人过失地降低了实施犯行的难度、没有采取自保措施、对行为人起了引诱作用,以及被害人负有共同责任,等等。另外,当行为人出于违反道德的或者法律所禁止的目的而利用某一法益时,该法益的价值会有所下降,我们也可以将这一点作为减轻处罚的理由。故意犯罪的行为人始终都要负主要责任,只是他的责任会因为被害人的举动而有所减轻。

对于这种在量刑阶段考虑从宽处罚的做法,许内曼曾于1982年表示反对,他认为这样做将注定被害人教义学“在司法实践中无足轻重”的命运。因为“尽管人们为实现量刑合理化付出了诸多努力,但事与愿违”,量刑“依然是被法官的任意裁断所主宰的一方领域”,而且这种状况短期内并不会发生改变。⁽¹¹¹⁾在许内曼作出这一悲观的预测之前,笔者曾于1981年进行过一尝试,即通过对可能减轻行为人不法的被害人举动进行分类和体系化,使其在量刑教义学中获得一个确定的、可供司法实践查取的位置。⁽¹¹²⁾这一尝试与两个洞见相关,它也将二者相互联系在了一起。第一个洞见是:⁽¹¹³⁾除了责任之外,不法也具有划分层级和进行比较的可能;不法存在程度也有轻重之别。第二个洞见是:在为法律所载明的或者为习惯法所承认的总则性规定中,在刑法分则对犯罪构成要件及其加重和减轻情节的类型化规定中,隐藏着一系列极为重要的量刑事由。这些事由可以被用作量刑中“指引法律发现的路标”。⁽¹¹⁴⁾有的法律规定对某些被害人举动进行了类型化,这些举动能够使行为人的行为因欠缺不法而无罪或者能够免除行为人的责任。如果我们搜寻一下这类规定,就会发现四个被学界称作“极限值”(Grenzwert)的东西。⁽¹¹⁵⁾一旦达到了这些极限值,就会产生出罪的效果。假如有助减免行为人罪责的被害人举动未达到极限值,那么我的观点是,该举动越是接近于极限值,它减轻不法的幅度也就越大。这样一来,我们就可以将被害人举动的范畴与刑罚减轻事由的体系连接在一起。这四个极限值分别是:被害人同意(Einwilligung)、正当防卫(Notwehr)、权利失效(Verwirkung)以及犯行参与(Tatbeteiligung)。一旦被害人有效地表示了同意,则行为人无罪。当被害人的举动只是接近于有效的同意时,它就能够降低不法的程度,进而产生减轻刑罚的效果。一旦防卫行为的被害人实施了正在进行的不法侵害,则防卫行为人无罪。假如不法侵害虽然并非正在进行,但已为期不远,或者防卫人只不过受到了挑衅,那么这种“防卫行为”只是接近于正当防卫,故只能降低行为的不法程度。行为人供犯罪所用的物品,将被国家没收。行为人滥用其财物的行为,将导致其丧失该财物。不过,任何个人都无权收缴犯罪工具。所以,骗取和截留谋杀酬金的行为仍然成立诈骗罪的不法。但行为人所损害的只是“已经失效了的”财产。这使得不法的程度有所降低,故有理由减轻处罚。比起以上三种情形,被害人参与犯行的举动究竟怎样才能达到足以使“主行为人”无罪的极限值,要确定这一点是比较困难的。不

(110) 对此,见 Hillenkamp, Vorsatztat und Opferverhalten (Anm. 4), S. 196。这里有更多的文献引证。

(111) Schünemann, Das Verbrechensopfer in der Strafrechtspflege (Anm. 18), S. 407, 409。

(112) 关于这一点以及下面的论述,见 Hillenkamp, Vorsatztat und Opferverhalten (Anm. 4), S. 211 ff. 1982年,宫泽浩一在东京和京都举办了第四届国际被害人学论坛。在会上,许内曼和我首次就各自不同的构想展开华山论剑。对此,见 Jung, MSchrKrim 67 (1984) S. 125, 132 f.

(113) 这应归功于克恩(Kern),见 Kern, ZStW 64 (1952), S. 255 ff. 他还提出了“违法性的程度”这一说法。对此,见 Hillenkamp, Vorsatztat und Opferverhalten (Anm. 4), S. 237 f.

(114) 将之称为路标的是 Germann, Methodische Grundfragen, 1946, S. 78 ff., 111 ff.; 关于上述思想的更多文献引证,见 Hillenkamp, Vorsatztat und Opferverhalten (Anm. 4), S. 235 f.

(115) Mezger, ZStW 47 (1927), S. 485; ders., Strafrecht. Ein Lehrbuch, 2. Aufl. 1933, S. 498 ff.; 对此,见 Hillenkamp, Vorsatztat und Opferverhalten (Anm. 4), S. 236。

过,我们有充分的理由认为,一个貌似同时正犯的参与行为,一个与帮助犯相似的协助行为(比如不采取可期待的自保措施)或者一个接近于教唆的诱导行为,都与足以否定侵害参与者法益的行为成立不法的情形相近似。如果参与的作用可以归责于被害人,那它能够降低行为的不法,并为减轻行为人的刑罚提供依据。由此,在减轻责任的被害人举动之下就形成了四个次级范畴,我们可以称之为类似于被害人同意的、类似于正当防卫的、类似于权利失效的以及类似于犯行参与的事实。此外,我们还可以将被害人学所揭示出来的经验性材料,连同其实证基础一并配置给这些范畴。^[116]

根据《刑法》第46条的规定,量刑是有待法官加以具体化的一项活动。我们期待判例能够掌握上述体系化的方法,并使被害人的参与作用成为能够接受上诉程序检验的量刑根据之一。但这个愿望并未得到实现。一直以来判例都承认,在能够通过某种方式证明“被害人负有参与责任”的情况下,该情节具有减轻刑罚的作用。但是,判例对这一点的考量总是杂乱无章、毫无法律上的明确性可言。直到今天,这一现象都没有明显的改观。^[117]从总体上来说,相关学术文献的情况也是如此。^[118]只有少数观点提到了我所提出的体系化方法。^[119]这种现状的确为许内曼的那个预言提供了佐证,即一旦把被害人学的思想挪到量刑阶段,那么该思想将在很大程度上止步不前。

如果我们不甘放弃,但同时又不想走限制解释和归责理论的路,那就只剩下一种选择,即呼吁立法者通过增设法律规定迫使量刑的司法实践重视被害人学准则,并对该准则展开深耕细作。鉴于判例至今都缺少了解相关理论发展并且参与讨论的意愿,这一选择是值得推荐的。赫恩勒(Hörnle)曾经建议,应当在刑法总则中设置一项规定,授权法院针对被害人未采取于他而言可能的自保措施的情形,对行为人减轻或者免除处罚。^[120]这一见解显得过于狭窄。有一系列的被害人举动能够产生减轻不法以及与不法相对应之责任的效果。赫恩勒所考虑到的,固然是其中十分重要的一部分,但也仅仅是其中的一部分而已。更好的办法是重新拟定《刑法》第46条第3款。补充后的规定可以表述为:犯罪行为被害人的举动,也属于第二款所规定的考量情节。如果被害人的举动导致行为的不法轻微,那么当行为成立重罪(Verbrechen)时,法院可以减轻处罚(本法第49条第1款),当行为成立轻罪(Vergehen)时,法院可以免除处罚。^[121]

(二) 在量刑中考虑被害人的事后举动

迄今为止人们所谈到的被害人教义学和被害人学准则,所涉及的都是能够对犯行的产生以及犯行的

[116] 对此,见 Hillenkamp, Vorsatztat und Opferverhalten (Anm. 4), S. 239 ff.; 我曾结合一个经法院判决的强奸案(部分地)阐明了这一思想的实际运用能力,见 Hillenkamp, StV 1986, 150 ff.

[117] 例如 BGHSt. 3, 218; 49, 166, 176 f.; 50, 331, 343; BGH MDR 1973, 555 (Dallinger); BGH MDR 1979, 986 (Holtz); BGH wistra 1986, 172; BGH StV 1984, 151; 1986, 149, 150; 1989, 532; 1995, 132; BGH NSiZ - RR 2006, 140; 2007, 194, 195; 2009, 72; 2009, 308, 309; 2010, 9; OLG Koblenz BA 39, 483; LG Mannheim NJW 1993, 1488. 亦见 Schäfer/Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 5. Aufl. 2012, Rdn. 591 f., 644, 849 (跨越不同犯罪)中的参引; Rdn. 1600, 1606, 1618, 1620, 1638, 1644, 1649, 1665 (作为攫取型犯罪的盗窃); 1687 (作为攫取型犯罪的抢劫); 1700, 1847.

[118] 缺乏精细体系化的论述,例如 Seebode, in: AnwaltKommentar StGB, 2. Aufl. 2015, § 46 Rdn. 10 f., 104; Fischer (Anm. 26), § 46 Rdn. 59 f.; Hassemer/Reemtsma, Verbrechenopfer Gesetz und Gerechtigkeit, 2002, S. 70 f.; Jescheck/Weigend, Allgemeiner Teil (Anm. 1), § 83 II 1 (S. 887); Matt/Renzikowski, StGB, 2013, § 46 Rdn. 44 f.; Eschelbach, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 3. Aufl. 2016, § 46 Rdn. 89 ff. 更为细致的区分,见 Gribbohm, in: Leipziger Kommentar StGB, Bd. 2, 11. Aufl. 1994, § 46 Rdn. 125 ff.; Theune, in: LK StGB (Anm. 25), § 46 Rdn. 227 ff.; Streng, in: Nomos Kommentar StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, § 46 Rdn. 64; Stree/Kinzig, in: Schönke/Schröder (Anm. 77), § 46 Rdn. 23 f.

[119] 明确提及的有 Bock, ZIS 2016, 67 ff.; 此外,见 Arzt, MSchrKrim 67 (1984), S. 105, 114 f.; Lackner/Kühl (Anm. 46), § 46 Rdn. 35; Horn, in: Systematischer Kommentar StGB, 7. Aufl. 2009, § 46 Rdn. 102, 115; 亦见 Tiedemann, in: LK StGB (Anm. 77), Vor § 263 Rdn. 39, § 263 Rdn. 293; Streng, Strafrechtliche Sanktionen (Anm. 11), Rdn. 563. Maeck, Opfer und Strafzumessung, 1983 提出了他自己的区分方法,但并未论及我1981年提出的学说,亦见 Hillenkamp, MSchrKrim 67 (1984), S. 141 ff. Hörnle, JZ 2006, 950 ff., 她赞成将被害人的合法利益纳入到刑罚论当中。

[120] Hörnle, in: Mediating Principles (Anm. 24), S. 36, 42 f.; 赫恩勒(Hörnle)并未深入分析我于1981年所提出的建议。

[121] 对此,见 Hillenkamp, Vorsatztat und Opferverhalten (Anm. 4), S. 313 ff., 316, 这里附有相关的论证,也参引了外国法律规定中可资比较的内容。

发展发挥影响的被害人举动。笔者建议修订的《刑法》第46条第3款将被害人的参与作用纳入到考量范围之内,而这些影响犯行产生和发展的被害人举动,就构成了此处所述之被害人参与作用的核心。不少学者将被害人学准则的影响仅仅定位在犯罪成立条件之中,他们很容易忽视被害人的事后举动。被害人的事后举动(大概)只能在量刑中发挥作用。但是,如果我们认为,量刑是(唯一)能够使行为人与被害人的互动实现合理平衡的地方,那就不能无视发生在事后的被害人举动。这种举动具有两方面的意义。

第一,正如事后的同意、追认(Genehmigung)或者某种宽恕性的谅解一样,事后的被害人举动也可能包含和解的效果。⁽¹²²⁾所有这些举动都可以成为减轻处罚的根据。《民法》第184条第1款规定事后同意(追认)具有溯及力。虽然通常来说这一规定在刑法上是无效的,⁽¹²³⁾但是这种同意只是因为存在暂时性的缺陷而在刑法看来有所延误,我们仍可以考虑将其作为减轻处罚的事由。既然当被害人同意因为其他瑕疵而归于无效时,我们可以根据它与排除不法的“极限值”之间的距离,使其发挥减轻不法的效果,⁽¹²⁴⁾那么在时间方面有瑕疵的被害人同意也不应例外。特别是对于财产刑法和环境刑法等领域来说,这一点显得尤为明显。在这些领域中,有一种观点甚至认为,法益主体或者主管机关的事后同意能够达到极限值,从而成为一种刑罚取消事由(Strafaufhebungsgrund)。⁽¹²⁵⁾即使我们不赞成该见解,但它也揭示了一点,即经被害人事后同意的侵害行为,其值得处罚性是较低的。试图为宽恕以及和解找到一个足以产生免除处罚效果的极限值规定,并确保该规定以某种能够得到普适化的刑罚减轻思想为其基础,这直到20世纪后半叶为止都较为困难。不过,一些旧有的法律条文规定,若事后行为人与被害人成婚则此前的强奸行为无罪,或者规定,对于亲告罪来说,被害人始终可以通过放弃告诉对行为人表示原谅。这些规定表明,在该领域中,立法者也有意使被害人事后的宽恕性举动能够对作出有罪判决的迫切性产生(有利于行为人的)影响。⁽¹²⁶⁾

第二,自20世纪末以来,在青少年刑法和成年人刑法中,法律对行为人与被害人和解以及对损害赔偿的规定愈加完善,法律对二者的强化力度也日渐提高,这进一步证明了立法者的上述意愿。⁽¹²⁷⁾在这些法律的规制关系中,如果在行为终了之后,法和平状态得以复归,并且在理想的状态下,行为人和被害人通过互动实现了和解,那就有可能减轻甚至免除处罚。根据有关《刑法》第46a条的判例,能够减轻或者免除处罚的前提是“被害人必须在自愿的基础上表示有意和解,并参与其中”。⁽¹²⁸⁾如果事情的状况未满足法律所提出的要求,但能够反映出被害人具有接受赔偿与和解的意愿,那么在《刑法》第46条的框架内,可以据此减轻处罚。这一规定早就要求法官在量刑时,应当考虑到行为人为赔偿损失或者为与受害者达成和解所付

(122) 对此,见 Hillenkamp, Vorsatztat und Opferverhalten (Anm. 4), S. 244 ff., 参照了 Bein, in: Drapkin/Viano (Hrsg.), Victimology, a new focus, Band III, 1975, S. 49 ff., 拜恩(Bein)在论及他所谓“溯及既往的同意”时,用到了雨果小说《悲惨世界》中的一个例子,即冉·阿让偷窃了主教的银器,主教却在事后任由他将银器带走。上述基本思想被 Bock, ZIS 2016, 67 ff 所援引,他还举例作了说明。亦见 Maeck, Opfer und Strafzumessung (Anm. 116), S. 68 f.

(123) Wessels/Beulke/Satzger, Allgemeiner Teil (Anm. 19), Rdn. 566. 对此全面的文献引证,见 Bock, ZIS 2016, 67, 68.

(124) 对此,见 Hillenkamp, Vorsatztat und Opferverhalten (Anm. 4), S. 242 ff., 247, 同时见最近一判例的引证,即 BGHSt. 50, 331, 343 (涉及《刑法》第266条) und BGHSt 49 166, 176 f. (涉及《刑法》第228条) 以及 OLG Koblenz BA 39 (2002), 483 和 OLG Stuttgart NJW 1976, 1904 (二者均涉及《刑法》第315c条), 此处附有评论, Hillenkamp, JuS 1977, 170 ff. 对此,见 Bock, ZIS 2016, 67, 70.

(125) 例如 Schramm, Untreue und Konsens, 2005, S. 189 ff., 201 ff. 针对《刑法》第266条赞同了这一观点,他参照的是 U. Weber, in: Duttge u. a. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Schlüchter, 2002, 243, 250 ff. (作者还把《刑法》第246条以及环境刑法的情形也纳入了进来); 表示赞成者,见 Bock, ZIS 2016, 67, 68 f., 这里参引了环境刑法中的相关讨论; 仅在量刑中加以考虑者,例如 Schall, in: Systematischer Kommentar StGB, 9. Aufl. 2016, Vor § § 324 ff. Rdn. 91.

(126) 关于这两者,见 Hillenkamp, Vorsatztat und Opferverhalten (Anm. 4), S. 246; 立法者通过规定告诉权从而将某种宽恕与和解作了形式化的处理(至于被害人是否实际上是基于宽恕与和解的动机而放弃告诉,则在所不问),见 Maiwald, GA 1970, 35 ff.

(127) 相关概述,见 Meier, JZ 2015, 488 ff.; ders., Strafrechtliche Sanktionen, 4. Aufl. 2015, S. 401 ff.; Streng, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl. 2012, Rdn. 579 ff. Hassemer/Reemtsma, Verbrechensopfer (Anm. 115), S. 86 f. 参引了“和解”概念,他将此视为损害赔偿以及行为人与被害人和解的共同基础思想。

(128) 见 BGH NSiZ 2003, 29, 30; BGH StV 2004, 72, 73; BGH NSiZ 2006, 275; 对自愿性要件持批判态度者,见 Hillenkamp, Festschrift für Streng, 2017, S. 259 ff.

出的努力。

对于此处所涉及的问题,本文暂不讨论。行为人与被害人的和解属于一个专门的领域,而我们现在讨论的主题却比较狭窄,它仅涉及被害人教义学以及在此基础上经扩展而成的被害人学准则,故这两者的联系并不紧密。当然,二者并非只有借助互动的事后举动这一共同的基础,才能建立起联系。事实上,行为人与被害人和解同样也是被害人复兴运动的产物,其历史根源就存在于日耳曼法的补偿和赎罪思想之中,它的复活应当归功于被害人学的论证。能够说明这一点的例证是:被害人学正确地为我们唤起和提示了一些思想,而只有当我们以精确规定的法律形式实现了对量刑的重塑时,这些思想才能在司法实践中得到重视。⁽¹²⁹⁾因此,立法者应当毫不犹豫地采取措施,使被害人学准则不仅在行为人与被害人和解这一制度中,而且在《刑法》第46条所规定的一般量刑活动中也得以贯彻。本文所提出的立法修改意见,就能够实现这一点。

How Is the Victim Dogmatik Today?

A Summary on *the Principle of Victimology as the Principle of Legislation, Dogmatik, Attribution and Sentencing*

Thomas Hillenkamp

Abstract: The victim dogmatik has taken the worth and need of victim protection as important factors when determining whether the criminal punishment should be imposed and need to be imposed. According to this doctrine, *the principle of Victimology* has multidimensional functions working as principles in legislation, dogmatik, attribution and sentencing. In Germany, the legislator hasn't yet given positive response to *the principle of Victimology*. The case law of negligent crimes admits the principle of victim self-responsibility, however, in cases of intentional offense including fraud, the standpoints and conclusion of the victim dogmatik was not accepted. Besides, the mainstream opinion of criminal scholars takes a skeptical attitude to this doctrine. Therefore, either from the perspectives of methodology, dogmatik or the criminal policy, *the principle of victimology* shall not be treated as the fundamental ground for the instruction of criminal legislation and criminal interpretation. But *the principle of victimology* can be helpful in sentencing. However, for those conducts of victim which could have impact on the punishability of the victims, the victim's consent, self-defense, invalidation of rights and participation of perpetration are such ultimate values that could directly decriminalize the perpetrators. The judiciary can take into account mitigation of punishment according to the relevance of victims' conducts to the foregoing *ultimate values*.

Keywords: victim dogmatik; victimology; fraud; crime of fraud; self-responsibility; sentencing

(责任编辑: 幸颜静)

(129) 当然,人们尽管已经开始接纳行为人与被害人和解的制度,但其态度却明显是迟疑的,这也许——正如 Fischer (Anm. 26), § 46a Rdn. 3 所言——是因为,从司法的角度来看,“以冲突的解决而非不法的消解为中心的思想,是很难融入”德国刑法之中的。但是在中国,该制度就明显能够更好地为人们所接受,对此见 He Huang, *Die Entwicklung des Täter - Opfer - Ausgleichs in China*, 2015, S. 1 f., 33 ff.