

# 被害人过错在犯罪论中的体系地位

## ——以法规范为视角

杨孟泽

西北师范大学法学院, 甘肃 兰州

收稿日期: 2023年9月4日; 录用日期: 2023年10月9日; 发布日期: 2023年10月19日

### 摘要

被害人过错, 是指在犯罪过程中, 对法规范有忠诚态度的被害人以自己的行为侵害了刑法所要保护的法益, 但被害人的行为与加害人的行为相比仅具有间接的法益侵害性。在此种情形下, 认为被害人的行为可以部分地阻却加害人行为的违法性, 从而影响对加害人的量刑轻重。以法益衡量为基础, 以阶层犯罪论体系为讨论平台, 应当将被害人过错定位为违法阻却事由。

### 关键词

被害人过错, 被害人同意, 法规范

# The Systematic Position of the Victim's Fault in the Theory of Crime

## —From the Perspective of Legal Norms

Mengze Yang

Law School, Northwest Normal University, Lanzhou Gansu

Received: Sep. 4<sup>th</sup>, 2023; accepted: Oct. 9<sup>th</sup>, 2023; published: Oct. 19<sup>th</sup>, 2023

### Abstract

The concept of victim's fault refers to the situation where, during the commission of a crime, the victim's actions infringe upon the legal interests protected by criminal law, demonstrating a loyal attitude towards legal norms. However, compared to the actions of the perpetrator, the victim's behavior only indirectly infringes upon the legal interests. In this scenario, it is argued that the victim's actions can partially negate the illegality of the perpetrator's conduct, thus impacting the sever-

ity of sentencing for the perpetrator. With a focus on assessing legal interests and using the hierarchical crime theory as a discussion platform, the victim's fault should be categorized as a mitigating factor.

## Keywords

Victim's Fault, The Victim Agreed, Legal Norms

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 问题的缘起：被害人视角的引入

传统刑法的分析框架是以犯罪行为人为核心。当被害人权利运动的浪潮兴起时，有关被害人视角引入的研究集中在程序法领域，而在实体法领域，对被害人缺乏足够的关注[1]。然而，在很多案件中并非犯罪行为人的行为单独导致了侵害法益的结果，被害人也在某种程度上参与了行为人的不法行为。因此，有学者将犯罪描述为“一种行为人与被害人互动的事件”[2]。被害人视角的引入，对于反思既有的刑事法理论具有着重要意义。被害人过错就是被害人视角下一个具体问题的展开，其要探讨的，就是当被害人基于自身过错在犯罪活动中进行了某种程度的参与，使得犯罪行为人的行为并非是独立造成法益侵害的因素，此时刑法上应当如何对被害人的行为进行评价的问题。思考被害人过错的问题，有以下三重意义：

1) 贯彻一般预防的理念，有利于实现并和主义的刑罚观。当前关于刑罚的理念，学界大多支持责任和预防的并和主义。其是指刑罚既要满足报应的要求，与责任相适应；同时又要在责任的范围内考虑预防犯罪的目的[3]。根据预防所针对的主体不同，还可以再分为针对犯罪行为人的特殊预防和针对社会公众的一般预防。当前学界所主要倡导的是积极的一般预防，希望通过刑法对犯罪行为的处罚使得社会公众能够在内心树立起对法规范的忠诚和确信，而非出于对刑罚的恐惧而不敢犯罪的消极的一般预防。当犯罪结果并非是由行为人的行为和独立引起时，其必然希望在法律评价上能够降低其责任。此时，其行为的法益危害性与没有被害人过错影响时有一定程度上的减轻，在责任主义原则下行为人的责任范围也相应缩小。同时，考虑被害人的过错符合行为人的主观预期，能够让其更好地树立对法规范的确信，实现积极的一般预防的效果。

2) 避免法教义学陷入纯粹的概念建构，导致机械司法违背公众预期。近年法教义学成为法学研究的主流范式，借助法教义学的技术为法学中的价值判断和利益衡量铺设清晰可靠的论证归到成为合格法学研究的门槛。但是，对法教义学的质疑和批判也一直存在，法教义学被看成学者们忽视社会后果和政治经验的挡箭牌[4]。值得注意的是，法教义学从来都不是“机械司法”。刑法需要结合被害人视角下的被害人过错等理论，协调法教义学与法社会学的关系，才能真正实现在司法中“让人民群众在每一个案件中感受到公平正义”的目标。

3) 提升犯罪论与刑罚论的整体思考，促进实体法与程序法的有效衔接。关于被害人视角的引入最开始是在刑事程序法领域出现，影响行为人的量刑轻重。然而，被害人过错并非法定量刑情节，法官在裁量刑罚时如不遵循一定的逻辑和规范展开，很容易造成被害人过错的滥用，影响司法裁判的准确性和稳定性。在刑法罪刑相适应基本原则的约束下，对刑罚的裁决应当有定罪上的依据，否则也无法摆脱违反罪刑法定的诘难。对此，有必要在犯罪论上为被害人过错找准体系定位，从而展示被害人过错影响行为

人归责的内在机理。

“被害人过错”目前立法上并无明确的法律指引，学界也未形成统一认识。界定概念时应当将其放入法律体系中去探求其规范意义上的目的与本质，才能获得对其内涵和外延较为清晰的认识。本文由探讨被害人过错的正当性入手，分析该概念的本质属性，进而引入法规范的视角，通过与现有犯罪论体系中“被害人同意”概念的比对分析，依托阶层式犯罪论平台对被害人过错展开体系定位，以期为立法和司法实践提供借鉴。

## 2. 被害人过错行为的本质属性式编排

只有弄清了概念背后的法理逻辑和价值预设，我们才能对概念的本质有较为准确的把握，从而在概念界限发生重合之时仍然能够获得一个清晰的划分标准，为理论的认知和实践的运用提供方向上的指引。认识被害人过错的本质属性，需要先对其影响行为人责任的正当性基础做一梳理。

### 2.1. 被害人过错影响行为人刑事责任的正当性基础

#### 2.1.1. 值得保护说

该说认为，刑法以保护法益为己任，但遭受侵害的法益是被害人不值得保护或不需要保护的情形时，作为国家惩罚手段的刑罚，就例外地不发动。刑法应当成为保护被害人合理利益的手段，当被害人因为过错有意地抛弃自己的利益或忽视自己的利益时，刑法就认为此时被害人的利益不值得刑法保护，在这种情形下对行为人施加刑罚处罚就变得不恰当[5]。该说遭到了学者的批判，认为该种理论会对被害人进行不正当的谴责，并且该说是从刑法目的推出的结论，但是由刑法目的到影响行为人归责之间不止有一条路径，该说的合理性因而也就存在疑问。

#### 2.1.2. 自我答责说

持该种观点的学者认为，社会中每个人都有自己的角色分配，每个人都有自己的管辖领域，对自己管辖领域内的事情由其个人自负其责。这种思想关注的并非发生了何种结果，而是决定由谁来对结果负责[6]。该说论证的逻辑往往依托客观归责中的风险创设理论。然而，若直接将被害人的过错与行为人的责任相关联，在此之前缺少对被害人过错性质的独立判断。如此，容易导致认定被害人过错的恣意性。

#### 2.1.3. 期待可能性说

该说认为，在犯罪过程中被害人过错对于行为人犯罪动机的形成、犯罪的进程等都有推动作用。因此，“可以在一定程度上宽容犯罪人未能自我克制的行为”[5]。该说实际上将被害人过错的情节限定在了被害人对行为人的“惹起”上，被害人类似于共同犯罪中“教唆犯”的地位。既然承认被害人的过错对于犯罪的进行具有推动作用，那么就并不能将被害人过错的情形限制在如此狭窄的范围内。犯罪行为人的行为性质在犯罪过程中可能存在转化的情形，此时被害人的过错依然可能存在。

综上，学界对于被害人过错影响犯罪行为人的刑事责任的正当性依据在认识上还具有很大分歧，各学说的问题在于：从方法论的角度，没有依托犯罪论体系分析被害人行为如何影响犯罪行为的归责，造成理论上的模糊不清；从基本立场来看，没有以法益侵害为思考的基点，造成理论很容易受到被害人主观意图的误导。本文认为，分析被害人过错的本质属性，应当以法益侵害为逻辑起点。对法益的理解，应当放在既有的法律规范中去进行。

## 2.2. 被害人过错的特点

### 2.2.1. 对法益的间接侵害性

行为人不法侵害行为的本质在于，侵害了刑法保护的法益，因而需要遭受刑罚的非难。也就是说，

犯罪行为性质以及归责的判断都与法益概念密不可分。目前学界普遍认为，被害人过错能够影响行为人的行为性质或责任范围，那么对被害人过错的行为性质和体系定位，也应当依托法益概念展开。如果被害人对于危害结果的发生在行为上具有对法益的直接侵害性，此时被害人就成为对此法益的“直接加害人”，其就成为犯罪论体系中的“行为主体”。这是因为被害人的行为如果在客观上具有直接侵害法益的特征，那么被害人就相当于实施了符合构成要件的行为，其基于自身过错实施的行为就具有了与结果之间的因果关系，导致其丧失了相对于行为人的优势地位，即此时被害人已经不再是相对于行为人来说是需要法律额外保护的弱者。倘若被害人因为自己的行为可以取代甚至排除行为人地位的话，那么此时其行为也超出了过错的范畴，变为需要法律上单独评价和谴责的不法行为。在这种情形下，应将其归入“被害人同意”的范畴。排除此等情况后，被害人过错的情形就限于其行为对法益仅有间接侵害的场合。

### 2.2.2. 对法规范的忠诚性

法规范中包含法益，不能仅从外在形式将法规范理解为对公民行为的命令。法规范具有实质内容，其中包含立法者的价值考量和价值预设。从司法实践来说，法官在对行为人的行为性质进行判断时要依法裁判，只有“法”包含实质内容才能约束和指引法官作出正确裁决。否则，如果法官在每一个案件中都需要重新确定采取何种价值取向，这既违背司法经济的要求，也容易导致“同案不同判”的出现，不仅容易损害司法的公信力，也难以通过司法的方式进一步强化公民对法秩序的信任。理想情况下，公民都应当自觉培养对法规范的忠诚，遵守法律对其行为的约束。然而现实生活中，被害人和犯罪行为人会体现出对法规范不同的态度。

在现实生活中，公民大多遵纪守法，不会像犯罪行为人一样表现出强烈的反社会性，因此更容易遭受不法侵害。在法秩序支配下，正常状态下的公民都对代表公平正义的法律予以信赖。如果对被害人过错认定得过于宽泛，那么就相当于给被害人施加了一个不合理的义务，使其需时质疑自己的行为是否仍在自由允许的范围内。而犯罪行为人的行为是依照法律规定侵害法益的行为，即便其内心并不具有积极追求法益侵害结果发生的意图，但如果他意识到了自己的行为在具有侵害法益风险的情况下，仍然积极实施此种行为，那么其主观上依然具有犯罪的故意和对法规范的敌视[7]。对其行为施加惩处，是国家保障公民自由的应有之义。

## 3. 被害人过错的体系地位：违法阻却事由

### 3.1. 被害人同意与被害人过错的区分

关于被害人的思考，目前学界有诸多学说。典型的相关概念有：被害人同意、被害人自甘风险、被害人自我答责等等。目前学界大多认为被害人同意和被害人自陷风险共同构筑了我国被害人教义学。车浩教授认为，被害人同意和被害人自陷风险，类似于故意和过失，能够在二者之间划分出明确的界限[8]。然而新近有学者提出，被害人同意的对象是行为，被害人同意行为人实施危险行为，就是放弃刑法对自身法益的(部分)保护。据此，在新的被害人同意理论下，既有的被害人同意和被害人自陷风险就可以统一起来[9]。在此基础上，讨论被害人过错与其他概念的关系时，就只需要考虑与被害人同意之间的关系。本文认为，尽管被害人同意与被害人过错同属于被害人视角下的研究，但二者在体系中应当可以区分，否则任何一个概念将不具有独立意义。被害人同意与被害人过错的区分应当以被害人的行为是否能够产生替代犯罪行为人的行为的效果为标准。如果被害人的行为对于法益侵害结果的发生具有替代作用，那么此时对于法益侵害被害人的行为有着支配性的影响，行为人在犯罪活动中地位被超越。此种情形对应于被害人同意的范畴，由被害人自己对产生的结果负责。当被害人的行为对行为人的行为并没有产生超越

或替代效果时，被害人仅仅是和犯罪行为人互动性地对法益侵害结果的发生施加影响，此时被害人具有过错，不能排除行为人行为与结果之间的因果关系。

### 3.2. 法益衡量：基于规范思考的理论基础

在三阶层犯罪论体系中，定罪过程若在前一阶层得到否定判断，则无法进入下一阶层。这种立体式的犯罪论体系为我们开展定位思考提供了一个合理的平台。有责阶层是在前两阶层确定不法的基础上对行为人进行归责判断，按照学界一般认识，被害人过错影响了行为人的责任承担，其发挥作用的阶段不会是仅考虑行为人的有责阶层，而只可能是构成要件阶层或违法阶层。本文认为，认定被害人过错的体系定位应当以法益衡量为理论基础，在三阶层犯罪论体系中作为违法阻却事由。理由如下：

第一，从规范论的角度来看，被害人过错由法官进行事后评价，将其放置于构成要件阶层可能导致评价过程的混乱。规范包含决定规范和评价规范，前者是指命令和指引作为规范对象者的公民去实施或不去实施某种行为的规范，即针对的是规范对象者的意志；后者是指评判某一事实能否为法秩序所认可的规范，是供法律裁判者在事后运用刑罚时加以考察的对象<sup>[10]</sup>。在以行为人的行为为核心的现代刑法体系下，在对行为人进行归责判断之前，必然需要确定能够体现行为人不法行为的各项素材。构成要件能够类型化地判断行为人的不法。倘若认为被害人过错可以在构成要件阶层产生影响，此时将阻碍行为人实施构成要件行为，行为人自始不构成犯罪，这显然难以让人接受。

第二，被害人过错的间接法益侵害性决定了需要进行一定的法益衡量之后才能进行后续的归责判断，而构成要件阶层难以承担此项功能。罗可辛曾言，构成要件是“奠定各种犯罪类型当罚性之情状的总和”<sup>[11]</sup>。一种反对观点可能会认为，立法者设置抽象的禁止要件，就蕴含了价值选择在里面，此时完全可以认为被害人过错能够影响行为人构成要件不法性质的成立。该种观点是过分夸大了构成要件阶层的价值判断。构成要件的判断只是类型性地表达了行为人行为的反价值性，体现了行为人对立法者在法规范中预设的价值的违反。而考量被害人过错对于行为人责任的影响，只能在不法判断的违法性阶层进行法益衡量。需要注意的是，此时行为人和被害人的行为所指向的是同一法益对象，但是二者所针对的法益并不相同。

第三，将被害人过错定位于构成要件阻却事由，仅凭被害人举动侵害了法益外在形态就对行为人的责任产生影响，会导致被害人过错界限模糊，影响对行为人贯彻责任主义和一般预防的刑罚理念。被害人具有过错的行为的定性在构成要件阶层的价值判断只是初步的，还需要在违法性阶层与行为人行为的法益侵害性进行衡量才能最终确定被害人行为的不法性质。因此，将被害人的过错放置于构成要件阶层，会导致对被害人过错的不当界定，从而对行为人行为的认定范围过窄，不利于实现责任主义和一般预防的刑罚目标。

## 4. 结语

到此，可以对被害人过错的图像有个清晰的勾勒。所谓被害人过错，是指在犯罪过程中，对法规范有忠诚态度的被害人以自己的行为侵害了刑法所要保护的法益，但被害人的行为与加害人的行为相比仅具有间接的法益侵害性。此种情形下，认为被害人的行为可以部分地阻却加害人行为的违法性，从而影响对加害人的量刑轻重。被害人过错与被害人同意有着明确的界限，前者对法益仅具有间接侵害，而后者包含了对法益直接侵害的情形。前者是对法规范忠诚为前提，后者是表明对法规范的违反。未来学界将进一步探究被害人过错的认定标准及具体适用，以期为刑法理论提供反思和借鉴。

## 参考文献

- [1] 劳东燕. 被害人视角与刑法理论的重构[J]. 政法论坛, 2006(5): 128-136.

- 
- [2] 托马斯·希伦坎普, 陈璇. 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[J]. 比较法研究, 2018(5): 180-200.
- [3] 张明楷. 刑法的基本立场[M]. 修订版. 上海: 商务印书馆, 2019: 512.
- [4] 苏力. 法律人思维? [J]. 北大法律评论, 2013, 14(2): 429-469.
- [5] 初红漫. 论被害人过错影响刑事责任之正当依据[J]. 河北法学, 2012, 30(1): 126-132.  
<https://doi.org/10.16494/j.cnki.1002-3933.2012.01.022>
- [6] 马卫军. 被害人自我答责与过失犯[J]. 法学家, 2013(4): 70-82+177.  
<https://doi.org/10.16094/j.cnki.1005-0221.2013.04.013>
- [7] 陈璇. 正当防卫: 理念、学说与制度适用[M]. 北京: 中国检察出版社, 2020: 40.
- [8] 车浩. 过失犯中的被害人同意与被害人自陷风险[J]. 政治与法律, 2014(5): 27-36.  
<https://doi.org/10.15984/j.cnki.1005-9512.2014.05.012>
- [9] 蔡颖. 被害人同意与被害人自陷风险的统合——以刑法中被害人同意的对象为视角[J]. 法学评论, 2021, 39(5): 47-57.
- [10] 陈璇. 刑法归责原理的规范化展开[M]. 北京: 法律出版社, 2019: 245-248.
- [11] 王钢. 被害人承诺的体系定位[J]. 比较法研究, 2019(4): 29-46.