

动机错误下的承诺有效性问题研究

王 钢*

摘 要 基于个人自治的法益概念,被害人承诺因体现着被害人的自治而阻却犯罪成立。因此,应当立足于被害人自治来考察承诺的有效性。当被害人自己产生动机错误进行承诺时,这种发生在被害人自身权利领域内的动机错误并未损害其自治,故应认定其承诺有效。即便行为人明知被害人陷入了动机错误,也同样如此。相反,若行为人以作为或不作为的方式引起了被害人的动机错误,并致使其因此进行了法益处分,这种法益处分就不再是被害人自主决定的结果。此时行为人侵入了被害人的自治领域,致使其承诺无效。基于保障被害人自治的考量,全面无效说才是妥当的立场。

关键词 被害人承诺 被害人同意 自治 动机错误 全面无效说

一、问题的提出

被害人承诺并非刑法中的新议题。尽管在刑法学术史上,学者们对于被害人承诺是否以及在何种范围内具有法律效力的问题存在各种不同的见解,^{〔1〕}但是,时至今日,刑法学者们已经普遍认同被害人承诺是出罪事由。我国学者也大多认为,被害人承诺在特定条件下能够排除行为人之行为的社会危害性,具有阻却犯罪成立的效力,^{〔2〕}基于权利人承诺或自愿的损害属于刑法中的正当行为。^{〔3〕}然而,基于动机错误的承诺是否具有阻却犯罪成立的法律效

* 清华大学法学院副教授。本文系北京市社科基金项目“人工智能时代的刑事归责理论研究”(项目编号:18FXC025)的研究成果。

〔1〕 Vgl. Honig, Die Einwilligung des Verletzten, Teil 1, 1919, S. 32—112.

〔2〕 参见马克昌主编:《犯罪通论》(第3版),武汉大学出版社1999年版,第827页。

〔3〕 参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》(第8版),北京大学出版社、高等教育出版社2017年版,第128页。

力,也即当被害人对于所承诺放弃的法益的种类、范围和所承诺的行为的危险性并未发生认识错误,而仅是误认了法益放弃的目的或意义时,其承诺是否有效,却仍然在刑法学界存在巨大的见解分歧。对此主要存在着全面无效说(即主观真意说)和法益错误说(即法益关系错误说)的对立。全面无效说主张,应当在具体个案中考察,被害人的承诺是否因重大意思瑕疵偏离了其内心的真实意思。^{〔4〕}如果在没有产生动机错误时被害人就不会决定放弃法益,那么就应当认为相应的动机错误足以损害被害人的意志决定自由,其承诺无效。^{〔5〕}法益错误说则认为,只有与法益处分本身直接相关的错误,也即只有当被害人的意思瑕疵导致其误认了法益处分的方式、范围和程度时,才影响其承诺的有效性;相反,基于单纯动机错误的承诺则仍然有效。^{〔6〕}在这两种见解之间,还存在诸多形态的折中说。譬如,我国学者张明楷教授认为,法益错误说“原则上是妥当的”,但是,如果被害人承诺的重要目的没有得到实现时,就仍然应当否定承诺的有效性。^{〔7〕}黎宏教授基于法益错误说的基本立场,认为在动机错误导致被害人误以为除了放弃利益别无选择,或者当被害人误以为存在紧急避险或其他紧急状态或者误认了侵害法益行为的性质时,应当例外地认定其承诺无效。^{〔8〕}付立庆教授主张客观真意说,认为应当以法益错误说为基础,在动机错误的场合,则须从一般人的视角考察被害人是否存在选择可能的情况下基于自身的利益衡量作出了承诺。^{〔9〕}陈毅坚博士认为,动机错误并不影响被害人承诺的有效性,但是,应当将被害人承诺的有效性问题和责任的归属问题区分开来,若存在紧急状态错误,则排除被害人自我答责,仍然由行为人承担责任。^{〔10〕}

不仅学界存在不同见解,在我国司法实务中,司法机关对动机错误下的被害人承诺案件的处理方式也不尽相同。譬如:

案例1:吴某某自创“华藏功”,利用“气功大师”的身份,以“男女双修可以使人达到学佛的最高境界”“可以迅速提高修行”“能增强法力”等为名,引诱数十名女弟子与其发生性关系。法院在认定吴某某构成组织、利用邪教组织破坏法律实施罪之外,同时也认定其构成强奸罪。^{〔11〕}

案例2:刘某等人在北京、河南招募非法出卖人体器官的“供体”,并于2009年5月13日在海淀区某医院,居间介绍“供体”杨某与患者进行肝脏移植手术,承诺向杨某支付3.5万元“买肝费”。待手术完成,杨某将自己60%的肝脏移植给患者之后,刘某却仅向杨某支付2.5万

〔4〕 参见周光权:《刑法总论》(第3版),中国人民大学出版社2016年版,第220页。

〔5〕 Vgl. BGHSt 16, 309 (310 ff.).

〔6〕 Vgl. Arzt, Willensmängel bei der Einwilligung, 1970, S. 17 ff.

〔7〕 参见张明楷:《刑法学》(第5版),法律出版社2016年版,第225页。

〔8〕 参见黎宏:“被害人承诺问题研究”,《法学研究》2007年第1期,第96—100页。

〔9〕 参见付立庆:“被害人因受骗而同意的法律效果”,《法学研究》2016年第2期,第164页。

〔10〕 参见陈毅坚:“被害人目的落空与诈骗罪”,《中外法学》2018年第2期,第438页。

〔11〕 参见毛一竹:“‘华藏宗门’邪教组织案二审维持原判”,载《人民法院报》2016年2月3日,第3版。

元。杨某向刘某等人索要剩余的1万元,反遭刘某等人殴打,杨某遂报警。法院认定刘某构成非法经营罪。^[12]

案例3:张某和刘某参与有组织出卖人体器官活动,联系被害人王某出售肾脏。两人带王某去医院进行体检、配型后,将王某带至旅馆等待肾脏切除手术。2015年10月31日,另一行为人为人将王某接至出租民房内,对其进行了右侧肾脏切除手术。次日,王某被告知,受体身体状况不好,不能向其支付购买肾脏的价款。王某自觉受骗,遂报警。法院认定张某和刘某构成组织出卖人体器官罪。^[13]

在案例1中,虽然被害人对于自己与行为人发生性行为的事实存在完全的认识,只是对于性行为的意义和目的产生了误认,但法院仍然认定被害人承诺无效,行为人构成强奸罪。相反,在案例2和案例3中,被害人杨某和王某均是误以为可以获得出卖器官的报酬而允许他人切除、移植自己的器官,但法院却未考虑被害人认识错误的问题。案例2的承办检察官也认为,买卖双方当事人都是在“自愿”进行人体器官交易,只是因这种自愿交易行为并不合法,故而才构成犯罪。这实际上就忽视了杨某对于能够获得足额报酬的认识错误。由此可见,被害人基于动机错误而作出的承诺是否有效,不仅是在刑法学界具有极大争议的问题,该问题对我国的司法实务也造成了诸多困扰。因此,本文拟对该问题进行分析和探讨。下文将首先考察被害人承诺阻却犯罪成立的原因,然后再在此基础上,对基于动机错误而作出的承诺的有效性予以阐释。

二、被害人承诺作为出罪事由

(一)学说辨析

对于被害人承诺为何能具有阻却犯罪成立的效果,学界主要存在民事法律行为说、客观归责说、利益权衡说、放弃保护说、保护利益阙如说和法益利用说等诸多不同的见解。本文认为,相比其他几种学说而言,法益利用说是更为妥当的立场:^[14]

首先,民事法律行为说将被害人承诺视为旨在创设权利和义务、导致特定法律后果的意思表示,认为被害人承诺使接受承诺的行为人享有了法律所认可的、实施相应行为的权利,从而排除行为人之行为的违法性。^[15]然而,该说忽视了被害人承诺并不在被害人和行

[12] 参见叶青:“欠供体卖肝钱 牵出三起串案 买卖器官7人获刑”,载《北京晨报》2010年9月16日,第A16版。

[13] 参见河北省三河市人民法院,刑事判决书(2016)冀1082刑初144号。

[14] 对各种学说的详细辨析,参见王钢:“被害人承诺的体系定位”,《比较法研究》2019年第4期,第31-42页。

[15] Vgl. Zitelmann, Ausschluss der Widerrechtlichkeit, AcP 99 (1906), S. 48 ff.

为人之间创设法律关系,故被害人可以随时撤回承诺而无须为此负担任何违约责任的事实,^[16]显失妥当。其次,客观归责说认为,当被害人向行为人承诺承担特定的损害结果,允许行为人实施相应的行为时,其就已经将行为人的行为纳入了自身的管辖领域。此时行为人只是被害人“延长了的手臂”,其行为和结果均应由被害人自己负责。^[17]就结论而言,该说并无不妥。在个案中,行为人依被害人有效的承诺实施行为的,不构成犯罪,因此在结局上,便只能由被害人自己对行为人的行为及其所招致的损害结果负责。但是,这种被害人自我答责的结果,却正是由于被害人承诺阻却犯罪成立的法律效力所造成的,若以被害人自我答责为由论证被害人承诺的法律效力,就未免倒果为因,陷入循环论证。再次,利益权衡说主张,在被害人承诺的场合,须在保障被害人的意志自由和法益保护这两种基本利益之间进行比较和权衡。^[18]原则上,前者是更为重要的价值,^[19]故根据优越利益原则,应承认被害人承诺是正当化事由。^[20]但是,若被害人承诺的行为有损相比其自主决定更为重要的利益,则被害人承诺不再阻却违法。^[21]该说误解了意志自由与法益的关系。如下文所述,被害人对属于自己的法益客体进行支配和处分的自由根本就是法益本身的构成要素,^[22]故不能将之与法益保护相权衡。^[23]此外,持该说的论者自己也承认,对于支配自由的价值,不能从法律规定中逻辑地推导出来,只能诉诸于“感觉上的评价”。^[24]这就必然造成权衡标准的模糊性。最后,放弃保护说和保护利益阙如说从被害人放弃自身法益、放弃法律对自己的保护的角度论证被害人承诺阻却犯罪成立的法律效力。德国学者宾丁(Binding)、^[25]梅茨格尔(Mezger)^[26]以及我国张明楷教授均持此解。^[27]这两种学说侧重对权利主体本身意志的考察,在论证方向和结论上均具有合理性。但是,却都只是复述了刑法对于被害人承诺的处理结论,即:在存在被害人有效的承诺时,刑法不再介入,故依承诺实施行为的行为人不能构成犯罪。两种学说均未说明,为何被害人承诺能够导致被保护的利

[16] Vgl. Amelung, Über die Einwilligungsfähigkeit, ZStW 104 (1992), S. 526 f.

[17] Vgl. Kindhäuser, Zur Unterscheidung von Einverständnis und Einwilligung, FS Rudolphie, 2004, S. 142 ff., S. 148 f.

[18] Vgl. Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 5. Aufl., 1996, S. 377.

[19] 参见肖敏:“被害人承诺探究”,《政治与法律》2007年第4期,第119—120页。

[20] 参见方军:“被害人同意:根据、定位与界限”,《当代法学》2015年第5期,第43页。

[21] 参见黎宏,见前注[8],第88—89页。

[22] 参见(日)山口厚:《刑法总论》(第3版),付立庆译,中国人民大学出版社2018年版,第164页。

[23] 参见(日)松原芳博:《刑法总论重要问题》,王昭武译,中国政法大学出版社2014年版,第95页。

[24] Vgl. Noll, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, 1955, S. 75.

[25] Vgl. Binding, Handbuch des Strafrechts, 1. Band, 1885, S. 717.

[26] Vgl. Mezger, Strafrecht Ein Lehrbuch, 3. Aufl., 1949, S. 205 ff.

[27] 参见张明楷,见前注[7],第224页。

益欠缺,为何被害人的意志可以阻却刑法的介入,因此并不能完全令人满意。〔28〕

(二)基于自治的法益利用说

法益利用说主张,被害人承诺意味着被害人根据自身的意志对自己的法益进行了利用,此时不存在法益损害,故行为人的行为不能构成犯罪。〔29〕 本文赞同这种见解。刑法的目的和任务在于保护法益,因此,基于法益概念、立足于权利人意志对于法益保护的影响考察被害人承诺何以阻却犯罪成立,才是妥当的切入点。事实上,被害人承诺理论与法益概念之间存在密不可分的关系。德国学者齐普夫(Zipf)即认为,“被害人承诺本身就是法益侵害的问题”。〔30〕 而罗克辛(Roxin)也明确指出,有效的承诺之所以阻却犯罪,“根本原因在于……基于自由主义的、与个体相关的法益学说。”〔31〕 因此,只有明晰了法益的概念,才可能真正回答被害人承诺阻却犯罪成立的原因,并进而探讨被害人意思瑕疵对于承诺有效性的影响。当然,在本文范围内不可能对法益概念进行全面的阐释。与本文主旨相关的问题主要是,权利人的意志自由在法益概念的构建中究竟处于何种地位。对此,刑法学界主要存在事实性的法益概念(静态法益概念)和个人自治的法益概念(动态法益概念)的分歧,本文支持后者的立场:

事实性的法益概念认为,应当从保护相应的人和物的价值或状态的角度来把握刑法意义上的法益。〔32〕 这种见解将法益理解为相应的对象物或客体得以保全和存续的客观状态,侧重于从事实性的、静态的角度对法益概念加以构建,在其看来,被害人的意志并不影响对行为人之行为的法益侵害性的认定。〔33〕 然而,这种事实性的法益概念存在明显的不足。首先,恰如韦尔策尔(Welzel)所言,法益并非被保存于博物馆中的展览品,所有的法益都只有在被支配和使用的过程中才能发挥其功能,其只能“于功能中存在”。社会生活就是投入和消耗法益的过程,“所有的生命最终也不过是对生命的消耗”。〔34〕 既然如此,刑法保护法益的目的就不可能只是在于维持特定对象物或客体的客观存续。其次,事实性的法益概念也忽视了权利人的意志对于法益构建的重要意义。譬如,刑法中的人身自由法益必然以权利人具有身体移动的意愿,或者至少以其能够形成身体移动的意志为前提。又如,刑法中的身体法益也并非血肉和筋骨的客观堆积,而总是与权利人的意志相关联。〔35〕 若权利人的意志消逝,其身躯就只能成为侮辱尸体或者故意毁坏尸体罪的保护对象。再如,权利人的意志也是所有权和财产法益不

〔28〕 Vgl. Jescheck/Weigend (Fn.18), S. 377.

〔29〕 Vgl. Samson, in: Systematischer Kommentar, StGB, Band 1, 2. Aufl., 1977, Vor § 32, Rdn. 39.

〔30〕 Vgl. Maurach/Zipf, Strafrecht AT, Band 1, 8. Aufl., 1992, § 17, Rdn. 33.

〔31〕 Vgl. Roxin, Strafrecht AT, Band 1, 4. Aufl., 2006, § 13, Rdn. 12.

〔32〕 Vgl. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 4.

〔33〕 Vgl. Mitsch, in: Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, 11. Aufl., 2003, § 17, Rdn. 95 f.

〔34〕 Vgl. Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939), S. 515.

〔35〕 Vgl. Roxin (Fn. 31), § 13, Rdn. 14.

可分割的组成部分。^{〔36〕}类似情形,不胜枚举。因此,从法益概念中剔除权利人的意志因素,纯粹从事实性的角度理解刑法中的法益概念,其实并不可行。

与事实性的法益概念相反,个人自治的法益概念认为,在现代法秩序中,国家与法律的任务在于支持和促进公民人格的自由发展和自我实现,刑法的任务也在于保护对人格发展不可或缺的外在条件免受侵害,这些条件就是刑法的保护客体即法益。^{〔37〕}在这种法益概念看来,刑法所保护的重点并非特定行为对象或客体的客观存续,而是权利人对其所享有的对象和客体的支配关系。据此,权利人对相应对象和客体进行支配和使用的自由,就必然是法益概念的有机组成部分。^{〔38〕}与此相应,刑事不法也必然表现为对权利人的这种支配自由的损害,刑法意义上的法益侵害性的本质特征则在于对权利人自主决定权的否定。^{〔39〕}近年来,我国黎宏教授等论者也开始主张相似的见解。^{〔40〕}

本文亦采此解。当然,若片面强调权利人的意思自治,就难免会走向与事实性的法益概念相反的另一个极端,导致将刑法中所有的法益都理解为被害人自主决定的自由,从而造成法益概念片面的“主观化”和“精神化”,^{〔41〕}造成刑法分则罪名保护法益的同一化,抹煞不同构成要件之间的差异,使得法益概念彻底丧失对构成要件的解释机能。因此,本文认为,虽然对法益概念的构建不可避免地要将权利人自主决定的自由考虑在内,但却不能将权利人的自主决定权等同于刑法所保护法益,而是仍然要坚持将法益概念与客观的对象或状态相联系。刑法的首要目的仍然在于保全法益客体在客观上的存续和完整的状态,但是,刑法只是将这些法益客体作为权利人进行可能的自主决定的前提条件和关联对象加以保护。^{〔42〕}据此,法益损害并非对特定状态或对象的纯粹自然意义上的变更,而是对法益客体被用于实现权利主体特定目的之功能的限制,是对法益客体的可使用性或者说使用可能性的损害。^{〔43〕}换言之,刑法对特定的外在对象或客体予以保护,正是为了使之完整地处于权利人的支配和控制之下,从而确保权利人现在或将来利用这些对象和客体追求自我实现、追求人格自由发展的机会与可能性。与此相应,犯罪行为所侵害的,就不仅是客观上的对象和客体,更是权利人原本可以通过支配和使用受损害的法益客体而实现的自主意志。其正是因损害了权利人实现个人自由的外在条件、减损了权利人凭借法益客体进行自由发展和自我实现的机会而具有法益侵害性。至于在

〔36〕 Vgl. Rönau, Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht, 2001, S. 38 f.

〔37〕 Vgl. Köhler, Nötigung als Freiheitsdelikt, FS Lefrenz, 1983, S. 523.

〔38〕 Vgl. Rudolphi, Literaturbericht, Strafrecht AT, ZStW 86 (1974), S. 87.

〔39〕 Vgl. Stratenwerth, Prinzipien der Rechtfertigung, ZStW 68 (1956), S. 44 f.

〔40〕 参见黎宏,见前注〔8〕,第88页。

〔41〕 Vgl. Kargl, Sachbeschädigung und Strafgesetzmäßigkeit, JZ 1997, S. 287.

〔42〕 Vgl. Lenckner/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder Kommentar, StGB, 29. Aufl., 2014, Vorbem. § 32 ff., Rdn. 33a.

〔43〕 Vgl. Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, S. 101, S. 189 ff.

犯罪行为实施时,权利人事实上是否意图支配和使用相应的法益客体,其当时是否有形成这种支配意思的可能性,则非所问。^[44]

从这种个人自治的角度理解刑法中的法益概念,就可以合理解释,为何被害人承诺具有排除犯罪成立的效力:刑法保障法益客体的完整与存续,正是为了保障权利人进行自主决定、实现意志自由的外在客观条件。至于权利人如何利用这些客观条件,则属于其自主决定的范畴,法秩序原则上不加干预。权利人具体意志决定的意义正是在于,在法益客体所蕴含的多种被利用的可能性中确定对其具体的支配和使用的方式,使法益客体的功能得以现实化。在个案中,被害人自愿允许行为人损害自己的利益,其实就是其对法益客体进行支配和使用的方式。此时被害人实现了刑法通过保护法益客体所保障的意志自由,故从实质上而言,并不存在对被害人的法益侵害。相应地,行为人依承诺实施的行为也就因欠缺造成法益损害的危险性而不能被认定为符合构成要件的实行行为,无从构成犯罪。^[45]

基于个人自治的法益概念理解被害人承诺阻却犯罪成立的原因,也就应当以承诺是否体现了被害人的自主决定为标准,判断被害人承诺的有效性。当相应承诺可以被视为被害人自主决定的结果时,该承诺有效。相反,如果相应的承诺并非被害人自主决定的结果,则不应认定被害人自由地进行了法益处分,此时其承诺无效。^[46]当被害人陷于法益错误,没有认识到自己处分法益的方式、范围和程度时,自然不能认为其自主决定地进行了法益处分,此时应当认定其承诺无效。对此,学界已经几乎达成了共识。在动机错误的场合,被害人的承诺是否以及在何种范围内有效,就需要进行更为细致的考察。下文将根据产生动机错误的原因,区分为被害人自身产生认识错误和受欺骗产生动机错误两种情形分别予以探讨。

三、被害人自身的动机错误

(一)具体情形和见解分歧

被害人自身的动机错误是指,在行为人既没有对被害人积极地施加影响引起其认识错误,也不负有法律义务排除被害人的错误认识的场合,被害人由于自身的认知能力、知识水平的限制,对于法益处分的目的和意义产生了错误的认识,并因此承诺行为对自身法益进行损害。此时被害人承诺是否有效,特别是,若行为人明知被害人陷入了这种动机错误,但却仍然依其承诺实施行为的,是否应当负担刑事责任,就是值得深入探讨的问题。譬如,德国联邦最高法院于1978年判决的“拔牙案”便涉及该问题。在该案中,患者长期忍受头痛之苦,医生也无法

[44] Vgl. Rönnau (Fn. 36), S. 90 f.

[45] 依本文之见,被害人承诺也是因阻却构成要件行为而具有排除犯罪成立的法律效力,故其与被害人同意之间并无实质差异。

[46] 参见王钢:“被害人自治视阈下的承诺有效性”,《政法论丛》2019年第5期,第57页。

查明病因。于是该患者坚定地认为,头痛肯定是因为自己被补过的牙齿所引起的,要求牙医将自己补过的牙齿全部拔除。牙医劝解无效,在患者强烈要求之下,为其拔除了五颗牙齿。^[47]

除了这种真实案例之外,相应的案件也不难想象。此处仅举两例说明。譬如(赛马案):经营马场的甲饲养着一匹名贵的赛马,后该马感染疾病,久治不愈。甲担心疾病继续发展,心爱的赛马会饱受痛楚而死,为使赛马免受痛楚,遂请求朋友乙注射药物使赛马安乐死。乙明知市场上其实能够买到可以治愈该疾病的药物,但也未向甲说明,而是按照甲的要求杀死其赛马。又如(救火案):年迈的被害人在外出回家时将自家房屋阁楼里的灯光误认为是火光,以为房屋失火。由于来不及叫消防队也找不到房门钥匙,便请求路人闯入屋内灭火。路人明知屋内没有着火,但觉得这是趁机进入被害人家中盗窃的好机会,遂出于盗窃意图撞破被害人的房门闯入屋中。

迄今为止,我国鲜有论者对被害人自身动机错误下的承诺有效性和行为人的刑事责任问题进行探讨。德国刑法学界和司法实务对此存在较大的见解分歧。部分持法益错误说的学者认为,此时被害人的认识错误与法益处分的方式、范围和程度无关,故应认定其承诺有效。^[48]雅各布斯(Jakobs)基于管辖原则,认为被害人的认识错误发生在其自身管辖领域内,行为人无需对之负责,从而得出了与法益错误说相似的结论。^[49]相反,较早的德文文献经常认为,所有基于错误的承诺均属无效。即便是被害人自己发生的动机错误,也同样因悖离了其主观真意而不具法律效力。^[50]现今亦有部分论者基于充分保障被害人自治的立场,主张被害人自身的动机错误导致其承诺无效。譬如,阿梅隆(Amelung)即认为,认定承诺是否有效的标准仅在于,被害人放弃法益的意思决定是否是其意思自治的结果。只要相应的意思瑕疵导致承诺与被害人内心的价值标准不符,其承诺就是无效的。因此,当被害人自身的动机错误导致其对于价值权衡、结果预测或者冲突抉择的相关事实发生认识错误,从而导致其决策错误时,其承诺仍然无效。只是当行为人不知被害人陷入错误时,不能将承诺导致的危害结果归责于行为人。^[51]也有诸多论者强调,被害人承诺的有效性问题上是如何在被害人和行为人之间合理进行风险分配的问题。因此,被害人承诺的内容应该是客观理性的接受人根据具体情形所能理解的意义,而非被害人内心难以被探知的主观真意。^[52]即便被害人自身存在动机错误,其向外表达的承诺也仍然有效。但是,当行为人明知被害人的承诺不符合其内心真意时,

[47] Vgl. BGH NJW 1978, 1206.

[48] Vgl. Arzt (Fn. 6), S. 29 f., S. 48 ff.

[49] Vgl. Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1993, 7/120.

[50] Vgl. Maurach, Deutsches Strafrecht AT, 1954, S. 299.

[51] Vgl. Amelung, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung des Verletzten, 1998, S. 50 ff.

[52] Vgl. Zipf, Einwilligung und Risikübernahme im Strafrecht, 1970, S. 46 ff., S. 61 f.

基于禁止权利滥用之原则,行为人不得以获得承诺为由逃避罪责,应认定其构成故意犯罪。^[53]

德国司法判例对该问题的立场也不甚明朗。德国联邦最高法院曾在判决中指出,被害人基于自身动机错误作出的承诺原则上仍然是其自主决定的结果,具有法律效力。^[54]但是,在一些相关案件中,德国联邦最高法院却又没有彻底贯彻这一立场。譬如,在上述拔牙案中,德国联邦最高法院就以患者没有相应的判断能力为由,否认了患者承诺的有效性,并进而认定牙医构成故意伤害罪。^[55]

上述见解分歧表明,对被害人自身动机错误的处理并非简单的问题。在本文看来,要为此寻得妥善的处理方案,就必须对以下两个方面的问题予以考察:其一,应当如何理解和界定被害人自治的范围,其二,行为人的认识对于这种承诺的有效性是否存在影响。下文将对这些问题进行阐述。

(二)基于被害人自治的考察

1. 相对的自治概念

如上文所述,正是基于对被害人自治的尊重,刑法才认为,依被害人承诺实施的行为不构成犯罪。相应地,便应当从是否体现了被害人自治的角度考察承诺的有效性。在法学学者们看来,“自治”的核心是指个人的自律和自我规制,即个人可以根据自己的价值观念选择自身的行为方式和生活方式。这种意义上的“自治”的本质特征在于个人的自主决定,即每个人依照自身的价值体系,从多种不同的行为可能性中自己进行选择的自由。^[56]阿梅隆正是从这种对自治的理解出发,主张任何导致被害人偏离自身价值判断进行决策的错误,都致使其承诺无效。类似地,德国学者米奇(Mitsch)也认为,被害人总是尝试通过承诺放弃部分法益去实现其他利益,动机错误也会导致被害人的意志决定偏离其自身真实意志,致使被害人不能再自主地进行利益权衡,故同样导致被害人承诺无效。^[57]

这种旨在维护被害人个人自由的努力固然值得赞许,但却也存在缺陷。特别是,这种见解单纯以是否符合被害人的内心真意为标准认定承诺的有效性,在被害人了解了全部的客观事实就不会给出承诺的场合,一律认定被害人承诺无效,这就难免片面地理解个人自治,过于强调被害人的利益而放弃了对行为人利益的维护。^[58]“自治”固然意味着权利人必须是自主决

[53] Vgl. Kühne, Die strafrechtliche Relevanz eines auf Fehlvorstellungen gegründeten Rechtsgutsverzichts, JZ 1979, S. 244.

[54] Vgl. BGH NJW 1964, 1177 (1178).

[55] Vgl. BGH NJW 1978, 1206.

[56] Vgl. Sternberg-Lieben, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 1997, S. 38.

[57] Vgl. Mitsch (Fn. 33), § 17, Rdn. 111.

[58] Vgl. Göbel, Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts, 1992, S. 102.

定地根据自身价值观念进行行为决策和权益处分,但是,却也不能认为其是指权利人在全面认知所有相关情势的基础上进行了完全符合自身意愿的自主决定。因为,自治的决定依赖必要的基本信息,认知和预测是意思决定的基础,每个理性人的权益处分决定都必然建立在对当前事实的认知和对将来事态发展的预测之上。然而在现实生活中,不论是权利人对当前事实的认知,还是其对事态将来发展的预测,却都并非完美无瑕。每个人都不可能是全知全能的,任何人都只能在特定范围内对于相关情势享有一定程度的认知。即便是具有承诺能力的成年人,鉴于外在客观条件的不同以及自身受教育水平的差异等因素,每个人对于客观事物进行认识和把握的能力也仍然存在着显著的差异。甚至整个人类社会在特定历史时期的认知水平也是有限的。在对事态将来发展的预测方面,就更是如此。虽然人们凭借生活经验和科学法则可以在一定范围内预测将来的事件,但这种预测往往无法完全准确。权利人个人受制于自身的认知能力和学识水平,就更难以精准地预见事态的未来发展。简言之,权利人赖以进行自主决定的信息基础事实上不可能毫无瑕疵,这便决定了,权利人的自治不可能是一种理想的状态。与此相应,刑法对于权利人自主决定权的保护,也就不可能是保障权利人享有理想的、完全的自治,而只能在权利人的认识水平和预测能力客观上已经事实性地受到限制的前提下,保障权利人依据有限的信息基础享有相对的决定自由。刑法维护权利人自治的方式,也只能是禁止行为人对权利人所享有的或者可以享有的信息基础加以干预,禁止行为人通过进一步限制权利人的认知水平和预测能力影响权利人的意志决定。因此,只有当行为人的行为不当限制了权利人进行意志决定的信息基础时,才能认为行为人侵犯了权利人自主决定的自由,相反,如果影响权利人意志决定的因素不能被归责于行为人,就难以认为权利人的自治遭受了损害。此时即便权利人因信息缺乏作出了与其主观真意不符的承诺,也应当认为这种信息基础的欠缺只是日常生活中所固有的风险,权利人自主决定的自由并未受到限制和损害,其承诺仍然有效。〔59〕

如此基于自治的内涵理解被害人承诺的有效性,不仅可以将承诺有效性的判断与被害人承诺作为出罪事由的依据紧密相连,也能体现现代法秩序尊重和维护个人自由的主旨,在被害人和权利人之间合理分配风险和责任。在以自由保障为导向的现代法秩序中,法律的任务在于界分和维护不同公民之间的权利领域。据此,每个人在自身的权利领域内都享有极高的自主、自决和自治的权利。但是另一方面,与这种高度的自治相对应,每个人也必须对自己权利领域内的事务高度地自负其责。任何人都不得随意要求他人发生在自己权利领域内的事务负责,否则就会构成对他人自治的不法侵害。由此可见,权利人的自治所对应的,恰是对自身事务的责任,自治与责任可谓如影随形、密不可分。因此,被害人在进行承诺时,应当自己尽可能地获取决策所需信息。当具有承诺能力的被害人只是因受限于自身的认知和预测能力而未

〔59〕 Vgl. Rönnau (Fn. 36), S. 220.

能作出符合自身真实意愿的承诺时,相应的风险和责任应当由被害人自己负担。若此时认定被害人承诺无效,则忽视了自治与责任的内在联系,也导致行为人每次在依被害人承诺实施行为之前都必须积极探寻被害人内心的真实意愿。如此必然片面增加行为人的负担,也容易导致行为人因担心刑事责任风险而不敢遵从被害人意愿行事,反而会更加限制被害人进行自主决定、实现自身意愿的方式与手段,殊为不当。因此,在前文所述拔牙案、赛马案和救火案中,不能认定行为人构成故意伤害罪、故意毁坏财物罪或者非法侵入住宅罪。

2. 双层次理论的不足

前文已经论及,阿梅隆主张,只要被害人的意思决定偏离了自身的价值体系,就应当认定其承诺无效,但是,只有在能够将被害人的法益损害归责于行为人时,才能追究行为人的刑事责任。^[60]在本文看来,这种双层次理论将承诺有效性问题与对行为人的归责问题割裂开来分别考察,导致了诸多不足:

首先,该说过于理想化地理解了被害人自治,忽视了现实生活中难以存在完全自治的事实,也没有充分考虑到自治与责任的内在联系。如前文所述,被害人在进行承诺时几乎不可能拥有全面且完善的信息基础,若理想化地理解自治概念,就会导致被害人承诺几乎全部无效,最终只能都借由归责关系来判断是否应当追究行为人的刑事责任。既然如此,将被害人承诺的问题区分为承诺的有效性和行为人的可归责性两个层次来加以探讨,就变得毫无疑问。同时,该说还必然会导致将行为人的可归责性视为被害人承诺理论的中心议题,被害人的自治则反而不再是承诺理论的关键所在,这就难免偏离了被害人承诺的本质。

其次,阿梅隆将被害人承诺视为违法阻却事由,这种基本立场也难以与双层次理论相契合。因为,归责可能性是构成要件阶层的问题,将被害人承诺视为违法阻却事由,就会导致要在违法性阶层认定被害人承诺无效之后再重返构成要件阶层考察,被害人所承诺的危害结果是否应当被归责于行为人。这显然违反了三阶层犯罪构成体系的考察次序。即便认为无需再重返构成要件阶层考察对行为人的可归责性,也至少要在违法性阶层和有责性阶层之间增加对归责问题的探讨。这不仅同样与现有体系不符,还会导致对构成要件符合性和违法性判断的形式化。此外,阿梅隆的见解也难以解决被害人承诺无效,但却应当由被害人自己负责的案件。由于在违法性阶层确定被害人承诺无效、行为人的行为违法之后才考虑归责问题,即便应当由被害人自己对无效的承诺负责,行为人的行为也符合构成要件且具有违法性。这就意味着,不仅行为人可能遭受正当防卫,唆使或帮助行为人依承诺实施行为的,也将构成共同犯罪。这种结论显失妥当。

^[60] 我国学者对阿梅隆理论较为详细的介绍,参见车浩:“德国关于被害人同意之错误理论的新进展”,《环球法律评论》2008年第6期,第92—93页。

(三) 行为人认识的影响

根据上文确立的原则,在被害人自身的动机错误并未超出被害人自治的范畴时,应当认定其承诺仍然有效。但是,如前所述,学界也有诸多论者认为,即便行为人并无义务排除被害人的认识错误,但若其明知被害人陷入了动机错误却仍然依承诺实施行为,就应当构成故意犯罪。这种立场的理由主要在于:其一,当行为人相对于被害人具有优势认知却仍然实施行为时,其构成权利滥用;^[61]其二,此时行为人不能“卑鄙地”刻意利用被害人有瑕疵的承诺损害被害人利益,而应当放弃实施行为,^[62]这可谓是基于社会团结义务的考量。在本文看来,这两点理由都难以成立。

1. 禁止权利滥用原则

禁止权利滥用原则是现代法秩序中的一个基本原则,其要求一切权利的行使均不得超过正当界限。该原则源于民法,但在刑法领域也并非无法适用。譬如,在挑拨者故意进行防卫挑拨的场合,刑法学者们就往往认为,挑拨者构成对正当防卫权的滥用,从而否认其实行正当防卫的可能。^[63]然而,尽管如此,在被害人自己产生动机错误时,以禁止权利滥用为由认定行为人应当负担刑事责任,却并不妥当:

首先,在被害人承诺的场合,行为人的行为不符合适用禁止权利滥用原则的前提条件。权利滥用在外观上必须表现为行使权利,“具备权利外观是适用禁止权利滥用原则的基本要求”,即权利人“应具备权利基础并基于该权利而主张特定利益”。^[64]在防卫挑拨的场合,由于正当防卫属于防卫人的主观权利,故至少在形式上可能认为挑拨者构成对防卫权的滥用。但是,在被害人承诺的场合,却并非如此。如前文所述,被害人承诺其实是被害人对属于自身的法益客体进行支配和使用的具体方式,行为人依承诺实施的行为是被害人自主决定权的体现,而非行为人自身所享有的权利。此时行为人无权要求被害人容忍自己的行为,其行为也不具有权利外观,从而便难以符合禁止权利滥用原则的适用前提。

其次,依被害人自身动机错误的承诺而实施的行为也不符合权利滥用的行为结构。在故意防卫挑拨的场合,之所以众多学者认为挑拨者构成对防卫权的滥用,是因为其在实施防卫之前就已经非法实施了挑拨行为。这种挑拨行为本身就是一种不法侵害,其与挑拨者随后以正当防卫之名实施的“防卫”行为相结合,使得挑拨者的行为整体上体现出显著的法益侵害性。相反,若行为人并未故意实施挑拨行为,往往就不能认定其构成权利滥用。譬如,行为人过失地引起了他人对自己的不法侵害,在无法退避的情况下对不法侵害人进行反击的,就完全可以

[61] Vgl. Roxin (Fn. 31), § 13, Rdn. 111.

[62] Vgl. Otto, Einverständnis, Einwilligung und eigenverantwortliche Selbstgefährdung, FS Geerds, 1995, S. 618.

[63] Vgl. Kindhäuser, in: Nomos Kommentar, StGB, Band 1, 5. Aufl., 2017, § 32, Rdn. 121.

[64] 参见彭诚信:“论禁止权利滥用原则的法律适用”,《中国法学》2018年第3期,第252页。

构成正当防卫。由此可见,真正导致故意的防卫挑拨因权利滥用而不能成立正当防卫的,其实是挑拨者之前实施的挑拨行为,而非其后来的防卫举动本身。但是,在行为人依被害人自身动机错误的承诺实施行为时,被害人的意思瑕疵无法被归责于行为人,行为人在依承诺而行为之前也并未实施另外一个违法的前行为。基于这种行为结构上的差异,便不能简单类比故意防卫挑拨的情形,认为在被害人自身产生动机错误时,依其承诺实施行为的行为人同样构成权利滥用。

2. 社会团结义务

现代法秩序虽然以保障公民个人自由为主旨,但却也承认社会共同体成员彼此之间负有团结义务。每个人都只能在社会中与他人相互依存,故社会共同体成员应当休戚与共,在一定程度上相互照护。这种社会团结义务不仅构成了紧急避险的正当性基础,^[65]也会在部分场合下导致对正当防卫权的限制。^[66]然而,基于社会团结义务论证行为人在明知被害人自己产生动机错误时就必须放弃依承诺实施行为,却存在疑问。

首先,社会团结义务虽然是一项法律原则,但是,在以维护公民个人自由为导向的现代法秩序中,为避免对公民行为自由的过度干涉,刑法仅在较为有限的范围内要求公民为照护他人的重大利益而负担最低限度的社会团结义务。在被害人承诺的场合,也只有当行为人的行为可能损害被害人的重大权益时,才能基于社会团结义务的考量,限制行为人的自由。然而,根据刑法学界的通说,被害人放弃自身重大法益的承诺原本就无效。譬如,在被害人请求行为人杀死自己时,刑法便基于软家长主义的立场,否定其承诺的有效性。因此,本文此处所涉及的案件,基本上就限于被害人因自身产生动机错误而允许行为人损害自己财产法益、人身自由以及轻微身体法益等情形。在这些情形下,要求行为人为照护被害人的轻微法益而限制其行为自由,便过于扩张了社会团结义务的范围。

其次,在行为人依被害人自身动机错误的承诺而行为时否定其刑事责任,并不意味着采取了雅各布斯管辖理论的立场。雅各布斯认为,行为人无需对自己管辖领域之外的事务负责,因此,在餐馆打工当服务员的生物系学生凭借自己的专业知识发现客人点的沙拉中有一种罕见的毒蘑菇,却仍然将沙拉端给客人,造成客人中毒身亡的,不构成故意杀人罪。^[67]在该例中,客人完全没有过错,而行为人却单方面侵犯了客人的法益,此时否认行为人构成故意杀人罪,无疑会极大限缩公民的社会责任,颇为不当。但是,在被害人承诺的场合,行为人和被害人之间的关系却明显与此不同。由于被害人承诺是因维护了被害人的个人自治才具有阻却犯罪成立的效力,故在被害人承诺的场合,正是被害人最终决定着行为人能够实施的行为和可以造成

[65] 参见王钢:“紧急避险中无辜第三人的容忍义务及其限度”,《中外法学》2011年第3期,第617—625页。

[66] 参见王钢:“正当防卫的正当性依据及其限度”,《中外法学》2018年第6期,第1609—1612页。

[67] Vgl. Jakobs, Norm, Person und Gesellschaft, 3. Aufl., 2008, S. 98.

的结果。在这个意义上,被害人才是规制其与行为人之间相互关系的“立法者”。恰如在国家立法出现疏漏时,公民利用法律漏洞的行为难以构成犯罪一样,若被害人在自治过程中自身产生了动机错误,行为人利用被害人规制双方关系的疏漏实施行为的,也应当同样不构成犯罪。虽然此时行为人的行为在道义上无疑是应当受到谴责的,但是,道义上的可谴责性并不当地奠定刑事可罚性。刑法学理普遍承认,行为人的具体动机对于被害人承诺阻却犯罪的效力并无影响。不论行为人是出于帮助被害人实现自身意志的真挚意愿还是出于实现私利的卑劣动机依被害人承诺实施行为,其行为均不构成犯罪。与此相应,在被害人基于自身动机错误作出承诺的场合,就也不能依据行为人的卑劣动机肯定其刑事责任。

最后,在被害人自身动机错误的场合肯定其承诺仍然有效,也不至于过度忽视被害人的权益。因为,被害人若回心转意,随时都可以撤回承诺。若其他第三人此时欲维护被害人的利益,也只需对被害人加以提醒,排除其认识错误即可,故亦不必为赋予第三人正当防卫权而否定此时被害人承诺的有效性。即便在来不及提醒被害人的极端情形中,第三人也可以通过对其进行防御性紧急避险保护被害人权益免受损失。

四、被害人受骗的动机错误

被害人受骗的动机错误是指,行为人对被害人进行欺骗,或者没有履行说明真相的法律义务,导致被害人对于自己进行法益处分的目的和意义产生了认识错误,并基于这种错误进行了承诺。如前文所述,对于此时是否应当认定被害人承诺有效的问题,刑法学界存在着法益错误说和全面无效说的对立。在这两种见解之间,还有多种不同的折中说。本文原则上采纳全面无效说的立场。下文将首先对其他不同立场进行辨析,而后再在此基础上,针对学界对于全面无效说的质疑予以回应。

(一)法益错误说

1. 学说主旨

在20世纪七十年代之前,德国学界和司法实务基本上都认为,被害人受欺骗产生的动机错误导致其承诺无效。德国学者阿茨特(Arzt)在其1970年的著作中对这种传统见解进行了批判,并首次系统阐释了法益错误说的立场。此后,法益错误说迅速在德国和日本学界获得众多学者的支持,^[68]我国当前学界也有诸多论者赞同该说。该说主张,动机错误并不影响被害人承诺的有效性,其主要理由在于:动机错误往往意味着权利人对于自己通过法益处分所能获得的物质性或者非物质性对价发生了认识错误,其本质上是一种对交换价值的认识错误。然

[68] 参见(日)西田典之:《日本刑法总论》(第2版),王昭武、刘明祥译,法律出版社2013年版,第163页。

而,与民法通过意思表示瑕疵理论系统地保障交易过程不同,刑法原则上仅保护法益的客观存续,只在诈骗罪的场合,刑法才例外地保障财物的交换价值。当被害人误以为可以获得对价而处分自身的人身或自由法益时,其权益处分行为不在诈骗罪的保护范围之内,也就不能获得刑法的保障。如果此时认定被害人承诺无效,实际上就是在以刑法保障被害人对自己人身和自由法益的商品交易,鼓励人身法益的商品化,殊为不当。^{〔69〕}

2. 批评意见

在本文看来,法益错误说存在诸多不足。该说的理论出发点存在问题,主要的论据欠缺说服力,也无法将自己的立场贯彻在各类案件之中:

首先,法益错误说认为刑法原则上仅保护法益客体的存续,这明显是事实性法益概念的立场。虽然诸多持法益错误说的学者其实也承认,法益应当由静态的部分(法益客体)和动态的部分(支配自由)共同组成,^{〔70〕}但是,在认定承诺的有效性时,这些论者却又往往自觉或不自觉地回归了事实性的法益概念。然而,前文已经详述,事实性的法益概念误认了刑法保护法益的根本目的,忽视了法益作为权利人人格发展之工具的性质,实际上也难以被贯彻在对具体法益的认定之中。从本文所主张的个人自治的法益概念出发,权利人对归属于自己的法益客体加以支配和处分的自由本身就是刑法应当保护的价值。在现实生活中,权利人经常也不是单纯为了放弃法益而进行承诺,其往往是希望通过放弃法益获得其他的利益。正是在这种将自身的法益与其他利益进行交换的过程中,权利人才真正地享有法益,将属于自己的法益客体作为自我发展的外在条件加以利用。因此,处分法益的方式、范围和程度固然是影响权利人进行自主决定的重要因素,但却远非权利人在自主支配、使用法益时所考量的全部要素。在被害人因受欺骗产生动机错误,误认了权益处分的目的或意义,并因此进行了承诺的场合,也同样不能认为此时的处分行为是法益本身所蕴含的、被害人对自身利益进行自主支配之自由的体现。这类动机错误损害了被害人自主决定地支配和使用自身法益的权利,故其实际上也与法益相关。法益错误说将影响被害人进行权益处分的错误区分为法益相关的错误和与法益无关的动机错误,这便人为地割裂、限制了被害人的自主决定。不仅如此,事实性的法益概念其实也难以与法益错误说的基本立场相协调。因为,依事实性法益概念,当被害人对于放弃法益的方式、范围和程度发生认识错误时,便应当认为被害人根本没有就现实发生的法益损害结果进行承诺。此时涉及的是承诺的有无问题,法益错误说却将之作为承诺是否有效的问题予以探讨,这未免搞错了论证的方向。

其次,诈骗罪固然保护财产的交换价值,但却无法据此认为,只有在涉及诈骗的场合,刑法

〔69〕 Vgl. Arzt (Fn. 6), S. 17 ff.

〔70〕 阿茨特本人即持这种见解。Vgl. Arzt, Heileingriffe aufgrund einer Blanko-Einwilligung bezüglich der Person des Arztes, FS Baumann, 1992, S. 206 f.

才保护被害人对自身(财产)法益进行支配和处分的自由。实际上,对于刑法通过诈骗罪明确保护对财产的交流自由这一事实,也应当从与法益错误说相反的方向进行解释。析言之,如果没有诈骗罪的构成要件,则任何欺骗被害人处分财产的行为,都将构成以间接正犯方式实施的盗窃罪。譬如,商家将原本售价一万的西装标记成售价两万,再谎称半价促销,最终以一万元的价格卖给顾客的,便违反顾客意志破除了顾客对一万元财物的占有,构成盗窃罪。然而,如此显然会造成处罚范围过于宽泛。因此,立法者为了限缩处罚范围才特别规定,只有造成了被害人财产损失的欺骗行为,才构成诈骗罪。在这个意义上,诈骗罪只是通过财产损失这一构成要件要素限缩了欺骗取财行为的可罚性,其并不是例外地对交换自由予以保护,而毋宁是刑法保护交换自由的典型示例,并不意味着立法者对人身和自由法益的交换价值不予保护。法益错误说的立场反而会形成难以解释的价值矛盾:为何刑法会特别地通过诈骗罪保护对财产法益的交流自由,却偏偏拒绝保护权利人对于更为重要的人身和自由法益的支配和处分?

再次,所谓人身法益的“商品化”,也并非有力的论据。与其他法益一样,权利人同样只有将自己的人身法益置于与其他利益的交换之中,才能发挥其人身法益的功能。譬如,矿工虽然知道采矿活动会严重损害自己的身体健康,但却仍然为了获取酬劳而坚持工作的,其实就是在以自己的身体法益进行经济交易。事实上,人们在日常生活中的任何活动几乎都必须以消耗身体乃至生命为代价,人们之所以选择从事这些活动,往往也不过是在比较人身法益的消耗和从活动中所获利益之后,认为后者更具价值而已。法益错误说认为应当禁止以人身法益与其他利益进行交换,这恐怕是罔顾生活事实的结论。虽然我国当前仍然严格禁止人体器官的商品化交易,但这只是出于防范实务中的滥用风险、防止经济拮据的卖方遭受压榨的软家长主义立场而作出的立法决定,其并不意味着在这些交易中被害人不值得保护。当被害人愿意以特定的价格出售自己的人身法益时,其便只是为自己的人身法益设置了有限的价值。这种价值设定或许并不合理,但是,法益错误说在此时拒绝对被害人提供任何保护,就等于是彻底否定了被害人用于交易的人身法益的价值。这便恰如阿梅隆所指出的,法益错误说的一个根本缺陷在于:“在被害人认为其受构成要件保护的法益仅具有相对的价值的时候,该说却像该法益毫无价值一样对待被害人的法益。”〔71〕

最后,法益错误说也未能将自己的立场贯彻在各类案件中。为了在部分案件中得出恰当的结论,法益错误说往往不得不扩大“法益错误”的成立范围。譬如,在被害人受到欺骗,误以为只能通过和行为人发生性关系才能治疗疾病,〔72〕或者误以为只有允许行为人对自己实施手术才能康复的情形中,虽然被害人同样是基于可能获得对价(康复)才进行承诺,但法益错误

〔71〕 Vgl. Amelung (Fn. 51), S. 23 f.

〔72〕 参见黎宏,见前注〔8〕,第100页。

说却认为此时被害人的承诺无效。^{〔73〕} 这种结论当然是正确的,但却偏离了法益错误说的立场。因为在这些事例中,被害人完全清楚自己处分法益的方式、范围和程度,其错误恰恰在于误以为可以通过这样的法益处分实现自己所追求的目的。这实际上就是一种动机错误。如果认为通过放弃部分身体法益获取或确保其他身体法益的交换也与法益相关,从而将这种情形理解为法益错误,那就等于明确承认了人身法益的交换对价也应当被纳入考虑范畴,如此便难以避免将动机错误视为影响承诺有效性的因素。

为了摆脱这种理论困境,在以医疗手段相欺骗的场合,我国持法益错误说的学者经常采用另外一种论述路径,即强调患者在医治必要性方面的判断依赖于医生的说明,只要受到医生的误导和欺骗,患者就没有不陷入错误的自由。据此,医生就医疗必要性对患者进行的欺骗,类似于被害人在紧急状态中受到胁迫而进行意志决定的情形,故应当认定其承诺无效。^{〔74〕} 然而,这种论证也难以令人信服。在现代信息社会中,患者可以轻易地从他人处或网络上获取不同的信息,医生对患者意志决定的影响是否真的能够达到紧急状态的程度,不无疑问。即便承认这一点,为何在受到胁迫或者类似紧急状态的场合下,被害人的承诺就会归于无效,这本身也是法益错误说难以回答的问题。对此,法益错误说只能认为,此时被害人尽管正确认识到了法益处分的方式、范围和程度,但其承诺是意志自由受到限制的结果,违反了其自身的真实意志,故而无效。^{〔75〕} 这种论述显然与法益错误说处理动机错误时的立场相矛盾。因为,在受骗陷入动机错误的场合,被害人的意志自由同样受到了限制,其承诺也同样不是内心真实意志的体现,但法益错误说却并未以此为由否认承诺的有效性。实际上,单就对被害人意思自由的侵犯程度而言,欺骗被害人致使其产生动机错误的情形完全不亚于对被害人施以胁迫的情形。在前者场合中,被害人甚至无法认识到自己为什么要进行法益处分,也完全不可能通过法益处分实现自己的目的。而在后者场合中,被害人至少可以有意识地将法益处分作为摆脱行为人所创设之困境的手段。由此可见,法益错误说在动机错误和被害人受胁迫的场合认定承诺有效性的标准并不相同,其理论立场缺乏一致性。

(二)客观真意说

付立庆教授尝试通过客观真意说来解决法益错误说在处理紧急状态错误时所遭遇的困境。该说主张,在动机错误的场合,应当从一般人的视角考察,被害人是否存在选择可能的情况下,基于自身的利益衡量作出了承诺。若行为人的欺骗使得被害人在动机错误下进行了符合紧急避险法益权衡的利益处分,便应认定被害人陷入了和遭受胁迫时相同的心理状态,其承诺例外地因欠缺自愿性而无效。^{〔76〕} 这种尝试通过客观标准确定被害人承诺有效性的努力

〔73〕 Vgl. Arzt (Fn. 6), S. 22.

〔74〕 参见黎宏,见前注〔8〕,第99页。

〔75〕 参见黎宏,见前注〔8〕,第92、98页。

〔76〕 参见付立庆,见前注〔9〕,第162—163页。

值得赞许,但却也存在诸多问题:

首先,客观真意说建立在与受胁迫的承诺相对比的基础之上,对于该说的立论基础,即受骗产生的动机错误也可能造成被害人陷于与受胁迫相同的心理状态,本文完全赞同。但问题是,为何从这种基础出发,就可以得出应当以紧急避险的法益衡量认定被害人是否自由进行了意思决定?对此,客观真意说并未进行深入论证,只是指出:“这是因为,要是所欺骗的内容为真,确实处在紧急避险状态之下,行为人的行为就会被正当化;相反,也就可以说是同意者的法益处在不得不牺牲的状况之下。”^{〔77〕}这种论述令人费解。事实上,紧急避险的法益衡量和因受胁迫而“不得不”进行法益处分之间不存在逻辑上的必然联系,二者也并非总是能相互协调。因为,一方面,即便认定权利人在特定场合下的法益处分符合了紧急避险中利益衡量的要求,也无法就此认定其是出于受到胁迫的心理“不得不”处分自身法益。譬如,拥有上亿资产的被害人为使自己一栋价值五十万元的房屋不被洪水淹没而请求行为人掘开上游河堤分洪,导致自己在上游价值五万元的农田被洪水淹没的,其法益处分固然符合紧急避险利益权衡的标准。但若说此时被害人是如同受到胁迫般“不得不”进行这种处分,恐怕就言过其实。毕竟价值五十万的房屋相对于被害人的资产不过是九牛一毛,其所受的威胁不足以对被害人产生实质的心理压力。另一方面,被害人即便因受到胁迫而不得不处分法益,其法益处分行为也完全可能不符合紧急避险利益权衡的标准。譬如,行为人逼迫被害人说,除非被害人选择死亡,否则就杀死被害人的孩子。被害人被逼无奈,允许行为人杀死自己。此时被害人显然是被迫放弃自己生命法益,但通说认为生命无法权衡,故其法益处分不能符合紧急避险利益权衡的要求。由此可见,紧急避险的利益权衡与被害人受胁迫“不得不”处分法益这两个标准之间欠缺对应关系,客观真意说的论述逻辑存在缺陷。

其次,客观真意说在具体案件中的适用也令人感到困惑。为避免只有在被害人因受骗而欠缺意志自由时才能否定其承诺有效性的不当结论,该说主张,任意性存在“绝对不任意和相对不任意的区分”,后者同样导致承诺无效。但是,如果对相对不任意的认定范围不予限制,就难免会倒向全面无效说的立场。因此,客观真意说又认为,“相对不任意不能无限扩张,只有受到欺骗的场合能被合理地判断为‘危险在某种程度上是紧迫的,很难冷静地等待危险的现实化’时,才能说相应错误在法律评价上是重要的。”^{〔78〕}然而,这种“相对不任意”的判断标准过于模糊,极易造成案件处理结论的不确定性。譬如,在抢劫犯谎称上门收水费而欺骗被害人许可其入户的情形下,被害人并不负有允许收水费人员入户的义务,若其拒绝收水费人员入户,也并不存在紧迫的、很难冷静地等待其现实化的危险。但是客观真意说却认为此时被害人的

〔77〕 参见付立庆,见前注〔9〕,第163页。

〔78〕 参见付立庆,见前注〔9〕,第163页。

承诺是相对不任意的。^[79] 这种结论并不符合其自身的理论立场,也令人不由地追问:若抢劫犯谎称上门收水费而骗取的入户许可是无效的,那么,当抢劫犯谎称上门送快递而骗取的入户许可是否同样无效?被害人显然没有任何义务配合快递员,按客观真意说的立场,恐怕就应当认为此时被害人的承诺有效。两相对比,对抢劫犯是否构成非法入户的认定就完全取决于其在行为时随口编造的借口,这未免是将对行为的定性与无关紧要的偶然事件相联系,而偏离了对行为本身的考察。实际上,这两种情形下,抢劫犯的入户行为对被害人权益的威胁程度并无不同,依其借口的差异对其行为进行不同的认定,难言妥当。

最后,客观真意说通过利益权衡和客观理性判断承诺有效性的立场悖离了被害人承诺的本质,不仅可能造成国家对权利人自主决定权的过度干预,也可能造成对被害人保护的不足:一方面,如前文所述,被害人承诺因体现着被害人的自治而阻却犯罪成立。自治原本就意味着权利人根据自身价值体系,在法律允许的范围内自由地选择自己的行为方式和生活方式的权利。与此相应,刑法保障权利人的自治,也就只是禁止行为人对权利人自治和自主决定之外在条件的干扰,确保权利人自治基础的完整性。至于权利人意志决定的具体内容,刑法原则上不应干预。即便其意志决定并不理性,也同样如此。因为,“自治”和“自主决定”都只是意味着权利人进行意志决定的自由,而不是指权利人进行“正确的”或者“理性的”意志决定的自由。特别是,在价值多元的现代社会中,究竟何种对法益的使用方式才是“正确”和“理性”的,原本也欠缺普遍适用的标准。既然如此,就更应当尊重权利人自己的决定。若认为符合客观利益权衡标准的法益处分才构成有效的承诺,其实就是强迫权利人必须进行在社会一般观念看来“正确”和“理性”的意志决定,从而必然会基于家长主义的立场严重限制权利人支配和处分自身法益的自由,有违法秩序保障权利人自治的主旨。另一方面,在被害人受骗陷于动机错误,其所进行的法益处分又不符合客观利益衡量的标准,不能被视为“理性”的决定时,客观真意说便会认为被害人承诺仍然有效,行为人无需负担刑事责任,从而导致在部分案件中不能充分保护被害人的权益。譬如,行为人明知被害人热衷于追逐新潮,遂欺骗被害人说,国外年轻人最近流行单鼻翼的造型。被害人信以为真,迫切请求行为人为自己切除一侧鼻翼(轻伤)。在该例中,从社会一般观念看来,被害人的意志决定明显不理性,客观真意说只能认定被害人承诺有效。但是,行为人此时刻意利用被害人的心理缺陷,严重干扰了被害人进行自主决定的信息基础、侵入了其自治领域,肯定被害人的动机错误导致其承诺无效,才是充分保障被害人自主决定权的正确立场。

(三)间接正犯说

在被害人受骗陷入动机错误的场合,雅各布斯仍然通过管辖理论确定被害人和行为人各自的责任范围。其认为,被害人认识到了法益处分的方式、范围和程度时,就是自主决定地放

[79] 参见付立庆,见前注[9],第169页。

弃自身法益,相应的法益处分属于被害人的管辖领域,由被害人自己负责。因此,被害人基于动机错误所作的承诺有效。但是,若被害人在动机错误下的法益处分符合了紧急避险的利益权衡标准,其法益处分就是理性的选择,此时不能再由被害人承担责任,而是应当由实施欺骗行为、造成此次法益处分的行为人负责。又由于此时被害人的承诺仍然有效,行为人依承诺而实施的行为不能直接符合犯罪成立条件,所以就只能将可罚性的时点前置,基于行为人造成被害人意思瑕疵的欺骗行为追究其间接正犯的责任,认定行为人是将被害人作为工具加以利用,损害了被害人的法益。^{〔80〕} 本文认为,这种解决方案同样难以令人满意:

首先,在被害人基于动机错误而承诺的场合,行为人的行为其实不符合间接正犯的成立条件。雅各布斯认为,在行为人引起了利益冲突,导致实施者需通过合法行为解决这种利益冲突时,实施者只能决定最终法益损害结果的分配,其行为与危害结果之间的归责关系被合法化事由中断。相比之下,行为人拥有更为优势的决策支配,故此时应由行为人对最终的法益损害结果负责。相反,若行为人虽然引起了利益冲突,但却不具有优势的决策地位,从而不具有优先管辖时,则不能成立间接正犯。譬如,行为人诬陷被害人,导致被害人被警察依法拘留的,因拘留的决定权主要在警方,行为人不能构成非法拘禁的间接正犯。^{〔81〕} 基于这种判断标准,就难以认为行为人在造成被害人因动机错误而(理性)承诺时,应当构成间接正犯。因为,在动机错误的场合,原则上还是被害人决定着是否以及如何进行具体的法益处分,难以认为行为人相对被害人拥有决策优势。实际上,刑法学界也普遍认为,动机错误不能奠定间接正犯。譬如,甲明知乙欲杀害丙,但甲自己想杀丁,于是对乙谎称迎面走来的丁就是丙,从而导致乙将丁杀死时,通说认为甲不能构成间接正犯。雅各布斯本人在这点上也支持通说的立场。^{〔82〕} 在欺骗被害人致使其基于动机错误而承诺的场合,行为人其实同样只是在动机上对被害人进行了欺骗。既然如此,为何能认定行为人构成间接正犯,就成为问题。此时认定行为人妨害了被害人的自治,其行为直接损害了被害人的法益,故而构成直接正犯,才是更为简明合理的结论。

其次,间接正犯说在被适用于具体案件时,也容易遭遇诸多难题。譬如,依该说,行为人的正犯类型就取决于被害人认识错误的类型。在被害人陷入法益错误时,行为人构成直接正犯。而在被害人陷入动机错误,进行了“理性”的法益处分时,行为人就构成间接正犯。又如,该说将刑事可罚性与行为人的欺骗行为相联系,忽略了对行为人直接损害被害人法益之行为的考察。这就可能导致对于着手的认定过于提前。再如,在己手犯等不能成立间接正犯的场合,就无法再通过将行为人解释为间接正犯而追究其刑事责任,如此便容易造成处罚漏洞。

最后,间接正犯说的理论出发点也存在问题。虽然该说始终肯定被害人基于动机错误作

〔80〕 Vgl. Jakobs (Fn. 49), 7/118 f., 7/121, 14/8.

〔81〕 Vgl. Jakobs (Fn. 49), 21/81.

〔82〕 Vgl. Jakobs (Fn. 49), 21/101.

出的承诺有效,不必再从利益权衡的角度例外认定承诺无效,从而避免了客观真意说在评判标准的逻辑推导和具体适用上的缺陷。但是,该说同样以被害人的法益处分是否“理性”、是否符合紧急避险的利益权衡为标准判断行为人是否须对法益损害结果负责,这便同样忽视了被害人承诺与自治的内在联系,在行为人的欺骗引发被害人不理性的承诺时,也无法充分保护被害人的权益。

(四)自由答责标准说

陈毅坚博士主张,在动机错误的场合,被害人承诺有效,但此时仍要判断被害人是否应当自我答责。如果存在紧急状态错误,由于类似于紧急状态的强制,被害人没有进行自由选择的可能,故例外地排除被害人自我答责。在单纯利他性情况下,则应当由被害人自我答责。^{〔83〕}这种见解可谓是间接正犯说和客观真意说的结合。在动机错误下的被害人承诺始终有效这一点上,其立场与雅各布斯相同,但是,在责任归属的判断上,其又强调紧急状态对被害人心理的强制,更加接近于客观真意说的立场。通过对不同学说的结合,该说也同时继承了间接正犯说和客观真意说的缺陷,难以令人信服:

首先,该说在理论出发点上同样忽视了动机错误对于被害人意思决定和个人自治的重大影响,也导致难以充分保护被害人法益。譬如,依该说之见,在捐赠诈骗的场合,被害人应当自负其责。^{〔84〕}又如,该说认为,利他性的动机错误都应由被害人自我答责,因此,欺骗母亲说必须将其角膜移植给其孩子才能避免孩子失明,从而导致母亲同意实施角膜移植手术的,也不构成犯罪。^{〔85〕}这无疑就意味着行为人可以随意编造利他的捐赠事由骗取公众捐款或者甚至欺骗被害人处分人身法益,显失妥当。

其次,当被害人动机错误下的承诺仍然有效,但却因存在紧急状态错误而应当由行为人负责的时候,该说也没有解释,此时行为人究竟是作为直接正犯还是间接正犯承担责任。如果认为行为人是直接正犯,那么此时的行为结构就与被害人承诺无效的场合完全相同,这就等于实际上否定了被害人承诺的有效性。如果认为行为人是作为间接正犯负责,则又会遭遇与前述间接正犯说相似的难题。

最后,该说自身的标准也存在诸多难以相互协调之处。譬如,其一方面认为,在认定被害人是否自由答责时,不得以免责理论为标准,^{〔86〕}另一方面却又在动机错误的场合下主张,唯有当紧急状态错误导致被害人“没有自由选择的可能”时,才能排除被害人自我答责。为何两处应当采用截然对立的立场,该说并未予以说明。

〔83〕 参见陈毅坚,见前注〔10〕,第438页。

〔84〕 参见陈毅坚,见前注〔10〕,第438页。

〔85〕 参见陈毅坚,见前注〔10〕,第436页。

〔86〕 参见陈毅坚,见前注〔10〕,第431页。

(五)全面无效说

本文赞同全面无效说。既然被害人承诺阻却犯罪的原因在于其实现了被害人的自治,是被害人自主决定的体现,那么相应的,在行为人干扰被害人进行自治的信息基础、致使被害人陷入了动机错误时,不能再认为相应的承诺是被害人自治的体现,故应认定其无效。全面无效说在我国也获得了部分学者的支持,但同时,在德国和我国学界也都存在一些对该说的质疑。下文将对主要的质疑意见予以回应:

1. 与民事法律的协调

有见解认为,全面无效说难以与民事法律规定相协调。譬如,罗克辛就曾主张,被害人误以为能获得对价而进行的承诺应当有效。因为,依民法学理,受欺骗而进行的意思表示并非自始无效,只是表意人事后可以撤销相应的民事法律行为。在表意人未请求撤销时,其受欺骗的意思表示以及相应民事法律行为仍属有效。这种民法上的价值决断也应当被贯彻在刑法中,故关于对价的错误不能影响承诺的有效性。^{〔87〕} 还有见解认为,在被害人误以为可以获得对价而出售人身法益的场合,其对人身法益的交易因违反公序良俗而为民事法律规范所禁止。全面无效说认为此时被害人承诺无效,就使得被害人能够以追究行为人刑事责任相要挟,迫使行为人给付价款,从而实现自己不为民事法律所承认的“债权”。这也会造成刑法和民法的冲突。^{〔88〕}

在本文看来,这些质疑并不成立。首先,虽然我国《民法总则》第148条以及《合同法》第54条均规定,当事人可以请求撤销因受欺骗而实施的民事法律行为和所订立的合同,并未认定此时合同一概自始无效,但是,民事法律的这种规定其实是在保障交易安全和保护被害人自治之间进行折中的结果。其一方面承认,受欺骗而实施的民事法律行为在被害人申请撤销之前具有法律效力,从而顾及交易的安全性,另一方面又通过赋予被害人申请撤销的权利,实现对被害人意思自治的保障。相反,刑法中的被害人承诺制度却仅旨在保障被害人的自治和自主决定,其主要目的并不在于保障行为人对于自己可以依承诺实施行为的信赖,故无需在两种利益之间保持平衡。刑法所追求的只是在行为时对被害人的法益提供充分的保护,这就必然要求行为人不得引起并利用被害人的意思瑕疵侵犯其权益。鉴于刑法和民法这种规范目的上的差异,民法关于可撤销的民事法律行为的规定就不能被适用于被害人承诺的场合,全面无效说才能契合被害人承诺制度的主旨。不仅如此,我国《民法总则》第150条以及《合同法》第54条也规定,受胁迫而实施的民事法律行为和订立的合同,也是可撤销的。若与这种民事法律规定保持一致,就只能认为被害人因受行为人胁迫而作出的承诺也属有效。这显然有违当今刑

〔87〕 Vgl. Roxin, Die durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung im Strafrecht, GS Noll, 1984, S. 282.

〔88〕 Vgl. Arzt (Fn. 6), S. 20.

法学界的共识。因此,罗克辛后来也修正了自己的立场,在其较新版的教科书中承认,不能依据民法关于意思瑕疵的规定认定被害人承诺的有效性。^[89]

其次,全面无效说也不会导致被害人可以以追究刑事责任相要挟,实现民法所不承认的债权。如前文所述,对人身法益的商品交易是否必然违反公序良俗,本身就是值得探讨的问题。我国也不乏论者认为,至少在出售器官挽救危重病患者的场合,这种人身法益的交易并不违反公序良俗。^[90]退而言之,即便认为被害人因受骗误以为可以获得对价而处分自己人身法益的,属于违反公序良俗的不法原因给付,也完全可能肯定其对行为人享有正当的民事权利。因为,依民法学理,当给付人是因受骗而进行不法原因给付时,不法原因主要在于欺骗者一方,此时给付人并非不受保护,其仍然可以享有侵权损害赔偿请求权或者对给付物的返还请求权。^[91]既然如此,只要受骗处分人身法益的被害人要求行为人支付的对价没有超出侵权损害赔偿的限额,其行为就并无不妥。再退一步而言,即使从民法上彻底否定被害人的请求权,也不会造成刑法和民法之间的不协调。因为,刑法只是要求行为人就侵犯被害人人身法益的行为负责,若被害人借机要挟行为人履行欠缺法律依据的“债务”,自然就构成敲诈勒索罪。由此可见,不论基于何种立场,全面无效说对刑事案件的处理结论都不至于与民法相冲突。

2. 处罚范围的界定

一种对全面无效说的常见的批评是,全面无效说轻易认定被害人的承诺无效,会造成处罚范围的极度扩张。譬如,罗克辛即指出,如果假发生产商谎称要收购被害人的长发,从而使得被害人允许其剪掉自己头发,那么根据全面无效说就应当认定假发生产商构成故意伤害罪,这种结论显失妥当。^[92]持法益错误说的学者还经常认为,全面无效说过于强调对被害人意志自由的保障,通过被害人承诺理论将不同的法益都抽象为自由法益,从而实质上创设出单纯保障意思自由的“总体性构成要件”,架空刑法分则对不同构成要件的规定。特别是,在支付对价等动机错误的场合,全面无效说会导致动用另一不同类型的构成要件来保护被害人的财产法益,混淆不同犯罪在类型上的本质差别,损害不同构成要件的功能区分和定型性。^[93]

这些质疑也同样难以成立。首先,需要澄清的是,全面无效说并不是指被害人任何微不足道的意思瑕疵都导致其承诺无效。被害人承诺制度的主旨在于保障被害人的自治和自主决定,因此,就只有损害被害人自主决定的信息基础、侵犯了被害人自治领域的欺骗行为,才能影响被害人承诺的有效性。原则上,只有当行为人所引起的意思瑕疵构成被害人放弃法益的决定性动机,也即被害人若没有陷入这种动机错误就不会进行法益处分时,才能认为被害人的承

[89] Vgl. Roxin (Fn. 31), § 13, Rdn. 97.

[90] 参见谢望原:“论刑法上承诺之正当化根据及其司法适用”,《法学家》2012年第2期,第59页。

[91] 参见王钢:“不法原因给付与侵占罪”,《中外法学》2016年第4期,第939—940页。

[92] Vgl. Roxin (Fn. 31), § 13, Rdn. 100.

[93] 参见付立庆,见前注[9],第156、159页。

诺因具有重大意思瑕疵而无效。因此,在被害人正是为了获取经济上的报偿而允许实施手术将自己的器官移植给他人的场合,行为人就经济对价的欺骗造成了被害人的重大意思瑕疵,导致其承诺无效。^[94]相反,若行为人的欺骗仅涉及与被害人自主决定无关的附随事项,未对被害人的自治进行干预,则不能否定被害人承诺的有效性。据此,副主任医师谎称自己是主任医师为患者实施阑尾切除手术的,由于副主任医师原本就具有实施这种手术的资质与能力,且患者一般无法也无意决定医生的人选,故不能认为患者对医生职称的误认属于重大意思瑕疵,应肯定其承诺仍然有效。简言之,全面无效说也会结合被害人承诺的本质,从侵犯被害人自治的角度来限定何种意思瑕疵才能导致被害人承诺无效,故其并不会不当扩张刑事处罚的范围。

其次,当被害人承诺有效时,行为人依承诺实施的行为是被害人自治的体现,固然不能构成犯罪,但却不能由此推断说,只要被害人承诺无效,行为人就必然构成犯罪。因为,刑法并不笼统地保护任何的意志自由,即便行为人的行为违背了被害人的真实意愿,其也只有在符合刑法中的相关构成要件时,才能被认定为犯罪行为。例如,我国《刑法》第236条规定,以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女的,构成强奸罪。根据体系解释的原理,该条规定中的“其他手段”也应当具有与“暴力、胁迫”相似的不法程度。据此,即便行为人通过欺骗手段实施的性行为违反了妇女的意志,也只有当其欺骗行为致使受害妇女不敢反抗或不知反抗,从而在与暴力、胁迫手段相当的程度上侵犯了被害妇女的性的自主决定权时,才能将之认定为第236条意义上的“其他手段”,并进而肯定行为人构成强奸罪。相反,若行为人只是谎称欲与被害妇女结婚、谈恋爱或者谎称将向其赠予财物,从而诱使被害妇女与自己发生性关系,则其欺骗行为虽然可能导致被害妇女的承诺无效,但却无法达到使被害妇女不敢反抗、不知反抗的程度,就仍然无从被认定为强奸罪中的实行行为。同理,前述罗克辛对全面无效说的批评在我国也无法成立。不同于德国刑法,我国刑法分则的构成要件原则上只将危害较大、足以造成严重后果的行为认定为犯罪。剪掉被害人头发等对他人身体的轻微影响无法符合我国刑法故意伤害罪的构成要件,即便认定此时被害人的承诺无效,行为人的行为也不可能构成故意伤害罪。当然,我国刑事立法的这种特点也决定了,一旦行为人的行为符合了刑法分则的构成要件,就很可能对被害人造成重大损害。正因如此,在我国就更加有必要采用全面无效说充分保护被害人的权益。

最后,全面无效说也不会创制单纯保障意思自由的“总体性构成要件”消解刑法分则不同构成要件之间的差异。本文虽然主张个人自治的法益概念,承认权利人对属于自己的法益客体进行支配和使用的自由本身就是法益的组成部分,但却未将权利人的自主决定权等同于刑法所保护的法益,而是认为仍然要坚持将法益概念与客观的对象或状态相联系。在本文的体系中,法益概念是由法益客体和支配自由两部分共同构建而成,因此,当行为人违反被害人意志损害其权益时,仍然要根据遭受损失的法益客体的性质来确定行为人的行为是否以及符合

[94] Vgl. Noll (Fn. 24), S. 131.

了什么构成要件。譬如,行为人谎称向被害人提供对价从而导致被害人允许行为人将自己砍伤的,行为人砍伤被害人的行为应构成故意伤害罪。这并非是以故意伤害罪的构成要件处罚行为人对被害人经济利益造成的损失,而是因为,行为人砍伤被害人的行为客观上就是对被害人身体机能的健全造成了损害,也违背被害人的意愿限缩了其进行自治和自主决定的外在身体条件,从而侵犯了被害人的身体法益。相反,若行为人的行为未对被害人的法益客体造成与刑法相关的消极影响,那么,即便其行为违反了被害人的意志,当然也不可能认定其构成犯罪。譬如,行为人违反被害人的意志为其修缮房屋,或者先将商品价格调高一倍,再谎称半价促销售予顾客的,就因客观上未对被害人的财产造成损害而不能构成故意毁坏财物罪或诈骗罪。由此可见,只要能正确理解刑法中的法益概念,结合相应的法益客体对行为人行为进行定性,全面无效说就不会影响构成要件的定型性。

3. 诉讼证据的确定

我国还有论者认为,全面无效说主要以被害人内心的意志自由为标准认定其承诺是否有效,这就必然会导致诉讼上过度依赖被害人的陈述而流于随意。^{〔95〕}这种质疑也无法动摇全面无效说的立场。因为,在刑事诉讼中,但凡涉及到对内心意志的认定,就都会遇到相应的证据问题。譬如,在证明行为人的主观故意和非法目的时,也同样如此。正如不能仅凭行为人的供述认定其是否具有犯罪故意和非法目的,在个案中,也不能仅凭被害人的一面之词认定其自主决定的自由是否受到了侵犯,而是要综合考察案件的具体情形进行判断。当被害人声称自己正是因受骗产生动机错误才进行了法益处分时,若有相应的客观事实予以印证,就应当采信被害人的陈述。若案件中存在与此相矛盾的证据,就应当按照存疑有利于被告原则,认定被害人的承诺仍然有效。

五、结 论

综合全文所述,权利人对法益客体进行支配和使用的自由也是法益的有机组成部分。从这种个人自治的法益概念出发,被害人承诺之所以阻却犯罪成立的原因正是在于,行为人依承诺而实施的行为是被害人对自身法益进行自由支配和使用的结果,其体现着被害人的自治,不具有法益侵害性。相应地,也就应当立足于被害人的自治来考察其承诺的有效性。“自治”意味着权利人在未受他人干扰的信息基础之上,依据自身的价值体系自由地进行行为决策和权益处分。但是,其却并不是指权利人在全面认知所有相关情势、精确预测事态将来发展之后,进行了完全符合自身意愿的自主决定。高度的自治总是伴随着高度的自我责任。当被害人自己产生动机错误进行承诺时,这种发生在被害人自身权利领域内的动机错误并不是他人干扰

〔95〕 参见付立庆,见前注〔9〕,第162页。

或限制被害人自治而导致的结果,故应当认定被害人承诺仍然有效。即便行为人明知被害人陷入了动机错误,也同样如此。此时行为人故意依被害人承诺实施行为的,不负刑事责任。相反,若行为人以作为或不作为的方式引起了被害人的动机错误,并致使其因此进行了法益处分,这种法益处分就不再是被害人自主决定的结果。此时行为人侵入了被害人的自治领域,致使其承诺无效,若行为人再依被害人承诺实施行为,就可能构成犯罪。基于这种保障被害人自治的考量,全面无效说才是妥当的见解。

根据本文的立场,在开篇提及的案例1和案例2中,应当认定被害人的承诺无效。在案例1中,行为人利用邪教教义致使被害人陷于不知反抗的状态,法院认定其构成强奸罪是正确的。在案例2中,刘某利用杨某的动机错误侵犯了杨某的身体法益,应认定刘某构成故意伤害罪。在案例3中,若张某和刘某未对王某进行欺骗,确实是因受体身体状况发生了变化而导致无法向王某支付费用,则王某的认识错误就是其决定出售肾脏所必须承担的固有风险。此时其自治未受外来干扰,其承诺仍然有效。相应地,对张某和刘某便只能以组织出卖人体器官罪论处。

Abstract: On the subject of the concept of legal interest of individual autonomy, the victim's consent hinders the constitution of a crime because it embodies the autonomy of the victim. Therefore, the effectiveness of the consent should be examined based on the autonomy of the victim. When the victim makes a consent under the influence of a wrong motive, such wrong motive in the field of the victim's own rights does not damage his or her autonomy, so it should be determined that the consent is valid. Even if the perpetrator knows clearly that the victim is under the influence of wrong motive, it should still be considered that the consent is valid. On the contrary, if the perpetrator causes the victim's wrong motive by way of action or inaction and causes the victim to take the punishment in terms of legal interest, the punishment of legal interest will no longer be the result of the victim's independent decision. Only in this scenario, the perpetrator intrudes into the victim's autonomous domain, resulting in the invalidity of his or her consent. On account of the consideration of protecting the autonomy of victims, the theory of total invalidity is the proper position.

Key Words: Consent by the Victim; Autonomy; Wrong Motive; Theory of Total Invalidity

(责任编辑:车 浩)