

【刑法理论】

有关被害人受骗同意的几个问题

付立庆

【摘 要】基于受骗所致的错误认识而产生的被害人同意不应以存在欺骗为由直接被否定效果,而应以错误为出发点进一步考察。重大错误说(主观真意说、条件关系错误说)和动机错误说各有明显缺陷,而法益关系错误说虽蕴含了合理内核,但也可能会在特殊场合无法处理具有法益侵害、本应按犯罪处理的行为。基于受骗而作出的被害人同意是否有效,要以法益关系概念为基础、以客观考察同意是否具有任意性为实质。这种客观真意说在诸多犯罪的解释适用中具有重要意义。此外,在单纯法益主体的错误同意的场合,无论是表示错误还是决定错误,都须分同意论、归属论、责任论三个阶段具体讨论。

【关键词】动机错误;法益关系错误;客观真意;表示错误与决定错误

【作者简介】付立庆,中国人民大学刑事法律科学研究中心教授。

【原文出处】《刑事法评论》(京),2020.第42卷.415~440

一、两点前提性说明

(一)关于术语名称的使用

在德国,被害人同意被分为被害人合意和被害人承诺两种形态,前者以构成要件表述或不成文构成要件要素中含有违反被害人意志这一要素(如盗窃、强奸、剥夺他人自由、非法侵入他人住宅等场合)为前提,后者则不以此为必要,而只是以被害人的意志对其利益实施侵犯(如遵照受害人意思侵害其身体)为前提;前者阻却构成要件该当性,而后者阻却违法性。^①我国台湾地区学者虽并未普遍使用被害人合意的概念,但有时也会区分“被害人同意”与“被害人承诺”,认为前者阻却构成要件该当性,后者则阻却违法性。^②可以认为,将同意(承诺)理解为构成要件阻却事由的观点,实际上是将同意理解为对他人侵害自己法益的答责地接受,通过同意,权利人将行为人的行为转化为自己的行为,行为人是在为权利人行事,是后者执行事务的工具。^③这样的理解,尤其体现在客观归属论者那里。不过,无论是否接受“被害人合意”的概念,都必须承认,被害人同意(承诺)究竟阻却构成要件还是仅阻却违法,需要结合具体犯罪的构成要件解释逐一判定,而最终未必能

得出统一的结论,而且被害人同意是阻却构成要件还是仅阻却违法,在共犯从属性问题上采最小从属性立场的话,也会影响共犯的成立范围。但是,总体上,正如有学者指出:“如果某种事由是被定位于构成要件之中(作为构成要件不该当事由)还是被定位于违法性之中(作为违法性阻却事由)这样的不同待遇会导致对待故意、错误的处理产生差异的话,那么这个区分可谓具有重要意义。但既然否定犯罪成立的根据本身都是一样的,则对与其要件以及对于故意、错误的区别对待想来就不能说是妥当的。”^④探讨“被害人因受骗而同意的法律效果”时,在用语上区分“被害人同意”“被害人合意”与“被害人承诺”,或者是将被害人同意(承诺)的功能区分为构成要件不该当事由与违法阻却事由,也缺乏更多的实质意义。“关于如何才是或者不是有效的承诺这种争议问题,也是和承诺的犯罪论体系的地位没有关系的。在分析案例的时候,人们需要选择一个承诺在犯罪论体系中的位置,但不需要进行进一步的论证。”^⑤因此,本文不严格区分“同意”“合意”与“承诺”,而统一称为“被害人同意”。^⑥并且,基于对客观归属论的慎重观望态度,也出于行文方便上的考虑,本文统一将

其理解为违法性阻却事由。不过,本文的分析结论无疑也适用于将同意理解为构成要件阻却事由的理论框架。

(二)关于违法本质立场的选择

在个人法益的场合,被害人同意能否完全阻却违法,与在违法性本质问题上采何种立场有关。如采将违法本质理解为单纯规范违反的行为无价值一元论,则在很多场合就会因同意本身违反公序良俗而直接归于无效,自然会肯定行为的违法性;如立足于将违法本质理解为法益侵害的结果无价值论,就会认为与同意是否违反公序良俗、是否具有“社会相当性”等无关,需要考察得到同意的相应行为是否具有法益侵害性来判断是否违法;如采行为无价值二元论,则会在行为本身受到否定评价时将被害人同意的意义、价值相对化,否定其可以直接、完全地阻却违法。目前,在我国刑法学界,行为无价值一元论影响甚微,而二元论则和结果无价值论旗鼓相当。本文认为,在中国当下,我们既要坚持刑法的任务仅是法益保护而不包括伦理秩序的维持的立场,也要明确违法与责任的区分标准应包含判断对象的客观性而不仅是判断标准的客观性。同时,二元论自身还存在行为无价值与结果无价值的判断顺序难以厘清等缺陷,因此,采纳结果无价值论的立场更为适宜。全文也将以此立场为前提展开研究。不过,即便采纳行为无价值二元论,在被骗同意的场合判断该同意是否有效仍有意义,因为其虽会认为有效同意并不直接阻却违法,但也不会否认其影响量刑。因此,关于被害人因受骗而同意场合的法律效果问题,持二元论者同样需要面对和回答,而且相应结论也将会有相应的参考价值。

二、学说状况描述与若干评价

(一)思考路径

基于受骗所致的错误认识而同意的场合,能否认可同意的法律效果,大致存在两种思考路径上的差异:是应以欺骗为考察的出发点,还是应该以错误为出发点。对此学说上展开了争论。以欺骗为中心加以考察的立场是德国的判例和传统学说(如鲍曼、韦伯、米奇、费舍尔、海因里希、伦瑙等)的观点,只根据存在欺骗这一事实,就已经将其同意归于无效,这

可称为全面无效说。^⑦这样的立场虽在1970年后受到了后述阿茨特主张的法益关系错误说的强烈挑战,但至今仍保持很大影响。在中国台湾地区,全面无效说也大有市场,不仅有具留德背景的学者支持此说^⑧,也有具留日背景的学者明确指出:“因陷于错误而做出的承诺,并不具承诺的效力。”^⑨但是,全面无效说会导致处罚范围的扩大,难说妥当。对此,有日本学者指出:“行为人实施了欺骗这一事实,对于同意的有效性来说并不重要,不管欺骗者是谁,或者即便是在不存在欺骗者的场合,是否属于被害人基于有瑕疵意思的同意,对同意的效力来说才是本质问题。从而,就应该基于错误来讨论同意是有效还是无效。”^⑩

对基于错误来讨论的路径,有日本学者整理为三种主要学说^⑪:①重大错误说(本质错误说、主观真意说、条件关系错误说)。该说认为,若欺骗与同意之间存在因果关系,即“若没有因欺骗所产生的错误恐怕就不会有同意的场合”,则同意无效。②动机错误说。该说将被害人的认识错误区分为动机错误和有意义内容的错误,若被害人理解了法益处分的内容与意义,而仅在同意的动机层面存在错误,则同意仍然有效。不过,也有德国学者指出,动机错误说是介于全面错误说和法益关系错误说之间的一种折中观点,若出现因欺骗而引发的动机错误,且只要该动机是决定性的动机,则足以使得承诺无效化。^⑫③法益关系错误说。该说认为,只有存在法益关系错误,即被害人对自己放弃了什么并不存在明确认知的场合,承诺才无效。

(二)重大错误说及其问题点

重大错误说认为,基于欺骗而获得同意引起了法益侵害的场合,与同意处在条件关系的错误属于“重大错误”,基于此等错误的同意即无效。在日本,判例所使用的“由于被害人的决意是不符合真意的有重大瑕疵的意思故而同意无效”这一判断标准,实质上就是采用了这一思考方法,大塚仁等学者也对其表示支持。重大错误说在“不被欺骗恐怕就不会同意”的场合广泛否定同意的效果,与德国刑法学中的“全面无效说”存在明显的渊源关系。至于“恐怕就不会同意”的判断,虽有不同理解,但通常的理解

是该判断采取了主观标准,即仅以被害人自身为标准进行主观判断,正因如此,该说又被称为主观真意说。但是,承诺是否有效的判断过度依赖被害人的主观判断,在具体操作上会导致处罚范围的肆意过大,并蕴含破坏法之安定性的巨大风险。例如,一个偶像欺骗自己的狂热粉丝说“你如果现在马上死掉的话我就会亲吻你的尸体”而导致对方承诺后死亡の場合,根据主观真意说,会导致同意无效,行为人就会成立故意杀人罪,显然会导致处罚范围的扩大。^⑬而且,客观上完全相同的欺骗手段、内容、侵害行为,行为人的主观意思一样,被害人也确实因被骗而处分了其法益,但最后,同样两个案件却因被害人在“是否会陷入错误”上的不同陈述,而导致行为人有罪或无罪的迥异结果,而这种陈述又是事后的、任意的,无疑会极大损害法的安定性。^⑭

在“假装一同自杀”の場合,重大错误说认为,行为人能否追随而死是被害人在决意自杀之际的本质事项,由于可以说“被害人若不陷入错误的话大概绝不会同意处分生命”,从而同意无效。^⑮但是,故意杀人罪终究是在保护被害人生命本身,而不是在保护自己生命与他人生命的交换价值;即便认为欺骗行为侵害了被害人的意思决定自由,但既然杀人罪并非旨在保护普遍性的一般的意思决定自由,则以和被害人生命保护无关的事情为由而论以故意杀人罪,存在疑问。此外,在“支付对价错误”の場合,如给钱打人事例,一开始就没打算给钱却欺骗被害人“要是你让我打的话就给你钱”,被害人也同意受到伤害,而后却未得到报酬,若根据重大错误说,由于可以说“若被害人明白其不能收到该对价,恐怕绝不会作出承诺”,同意无效,就能成立伤害罪。但是,在此类案件中,被害人身体法益的保护其实并不是问题,报酬请求权是否得到了满足才是问题。尽管如此却肯定故意伤害罪的成立,就变成肯定了这样一点:身体法益不是在其存在中而是在其交换价值中加以保护了。生命、身体这样的人身专属的法益不能作为交换价值而保护,而必须是作为利益本身这样的自我目的加以保护。^⑯换言之,将身体安全归因于在支付对价的交换价值中加以保护,这和另外规定了诈骗罪的构成要件(只保护交换的自由和机能)

这一点是相互矛盾的。

概括说来,重大错误说的问题点可归纳为两个方面:形式上,由于与被害人的主观判断相联结而充斥着随意性,只要存在能造成被害人事后反悔的事由,通常就很容易成立相应条件关系,这会导致动辄否定同意的效果,从而扩大犯罪的成立范围;^⑰实质上,则可能会导致一个犯罪的侵害法益(如财产损失)会动用另一个不同类型的构成要件(如伤害罪)来加以保护,从而混淆不同犯罪在类型上的本质差别。重大错误说与主观真意纠合在一起,其问题根源在于,以被害人的主观真实意思来判断客观上的同意是否有效,实际上是将主观与客观两个范畴混为一谈,表面上看是试图从主观方面限定犯罪成立范围,但实际上会使得几乎所有基于受骗导致的错误同意都归于无效,从而失去其限定功能,称之为“无限定说”也不为过。

(三)动机错误说及其问题点

动机错误说将被害人的认识错误区分为动机错误和有意义内容的错误,认为只有在后者的场合同意才是无效的。但是,“若是将‘是动机错误还是内容的错误’作为基于错误之承诺的有效性的判断基准的话,就不可避免要受到基准不明确这样的批判”^⑱。而且,动机错误说是否具有独立的地位?动机错误和法益关系错误是两个可以分开的概念吗?例如就某个物品的价值进行欺骗而使所有人同意将其损坏的场合,是肯定“虽属于法益关系错误但又属于动机错误”,还是直接只认为其属于法益关系错误,即肯定法益关系错误与动机错误这一区别的绝对性,值得考虑,而这又取决于对动机错误中“动机”的具体理解。本文认为,性质的错误、内容的错误、价值的错误等,都不是有关动机的错误。在此,日本学者塩谷毅的以下论断值得重视:“不管怎么说,动机错误是因为心理过程中的哪个地方发生了误解,而区别于内容错误和表示的错误,属于是和这些相对立的概念;而并非是和民法中所说的要素的错误或者刑法上的法益关系错误相对立的概念……在刑法中,‘虽属于法益关系错误但又属于动机的错误’,这也是可能存在的,因此,平常我们所不经意地使用的‘是法益关系错误,还是动机错误’这样的二者择

一是不确切的。”^⑩

事实上,对动机错误说进行评价涉及对这一学说内容的正确理解。如果仅认为所谓的动机错误说,就是主张“但凡动机错误则同意有效”“仅在有意义内容的错误的场合同意方才无效”的话,则其不过是法益关系错误说的另一个侧面,与法益关系错误说确实难以区分,其独立地位也就值得怀疑。但如果认为,动机错误说是主张“因欺骗而引发的决定性的动机错误,足以使得承诺无效”的话,则其并未将同意无效的范围限定于与法益有关的场合,故而并不同于法益关系错误说。事实上,日本就有不少学者持这种所谓的“重大动机错误说”的主张。^⑪但在如此理解动机错误的场合,其合理性仍存在疑问:①从根源上讲,“人们应当通过法益来保护个体的自由发展,因此,当人们在处理自己的利益时,刑法应整体而不是片面地保护其个人的决定自由。因此,区分决定性的动机错误和其他的动机错误在本质上并不合理”^⑫。②即便出于限制同意效果的初衷而肯定在“决定性的动机错误”“重大的动机错误”时同意无效,但由于“动机”本身就是个主观的概念,欠缺明确性,何为“决定性的动机”“重大的动机”的判断更可能因人而异,充斥着随意性。同时,也由于与之相对的“内容的错误”概念含混、缺乏操作性,导致动机错误和内容的错误难以明确区分,从而,在受到欺骗因此产生错误同意的场合,动机错误说并未就同意的有效性设定一个相对明确的标准。总体而言,尽管“动机错误”概念本身可以为一些虽存在错误但仍应肯定同意效果的场合找到解释的根据,但动机错误说尚不足以成为一个在面对问题时的独立检验标准。正因如此,有学者在列举以错误为中心判断同意之有效性的学说见解时,认为大体上只存在本质错误说和法益关系错误说两种见解而未单列动机错误说^⑬,具有一定的合理性。

三、法益关系错误说的基本类型及其评价

(一)概说

全面无效说虽在实务上有不小影响,但其既造成被害人同意在刑法上的意义大打折扣,也导致在案件处理上法网洞开。对同意效果不是全面否定而是限定性予以肯定,遂成为一种需要。重大错误说

(主观真意说)与动机错误说虽然也试图予以限定,但其限定标准或者过于主观化和随意化,或者缺乏明确的操作标准,都难言妥当。而德国学者贡特尔·阿茨特(Gunther Arzt)则在1970年创造性地提出了法益关系错误的概念,发展出从客观上对认识错误的同意效果予以限制的理论。据此,一种欺骗所导致的错误,不是仅仅与期待的回报有关,而是直接关乎法益本身,即当同意人对放弃法益的种类、范围或者危险性等发生错误时,才能使这种同意无效。“在将基于错误之同意的效果作为问题之际,法益关系错误说将否定同意效果意义上的‘重要’错误,通过‘法益关系性’这一客观的基准予以限定,从而较之‘重大错误说’在更为有限的场合肯定同意的效果。”^⑭有评论者认为,法益关系错误理论的目的是,“通过将欺骗与错误的对象限定于相应刑罚法规的保护法益,而试图避免处罚根据该刑罚法规的法益保护目的而无法说明的情形”^⑮。法益关系错误说提出后,在德国,得到了耶塞克/魏根特(Jescheck/Weigend)、萨姆松(Samson)、伯克曼/福尔克(Bockelmann/Volk)、韦塞尔斯(Wessels)、埃泽尔/布克哈特(Eser/Burkhardt)、鲁道菲(Rudolphi)等人的广泛赞同。^⑯在日本,山中敬一于1983年将这一理论导入,随后佐伯仁志于1985年给予了详细展开,也获得了平野龙一、内藤谦、中山研一、川端博、山口厚等人总体上的支持。^⑰

(二)法律关系错误的基本类型

结合国内外学者的既有研究,存在法益关系错误的,主要包括以下两种主要类型。对此,笔者在此前的研究中曾经作过一定的梳理和介绍^⑱,这里进行进一步的细化和扩充。

1. 纯粹的事实认识欠缺型

对所引起的法益侵害之内容本身欠缺正确认识的场合,属于法益关系错误。此种类型又可进一步细分如下:

(1)关于侵害范围的错误。比如在手术的场合,只同意切断拇指但却被切断了五根手指的,即属于此。关于基于手术副作用的欺骗而产生的认识错误,也可能事关法益。如果是一定会发生的副作用,就属于对发生副作用部分的法益侵害性没有正确认识。例如,如果医生明知该头部手术的副作用必然

会导致失聪而未对病人加以说明,由于病人对有关耳朵和听力的法益侵害性欠缺正确认识,则对于耳朵就存在法益关系错误。此时,即便是在偶然没有发生副作用的场合,也有被认定为伤害罪未遂的可能。^②被害人同意接受镇静剂注射但对方并未告知其可导致损害健康之结果的场合,因为受骗者并未认识到自己身体的完整性所受影响的范围,这时的认识错误就与法益有关,因而构成伤害罪。^③甚至,谎称是血液常规检查但实际上却是艾滋病测试的场合,同意扎针并不包括同意艾滋病测试,因此,被试者仍可谓并未认识到自己的法益将受到侵害,这种错误也就涉及法益本身。^④

(2)关于侵害强度的错误。如以为是“木制的(轻球)”而同意但实际上是“铁制的(重球)”的场合(铁球砸脚事例),再如同意对方徒手扇耳光而对方却带着扳指扇的,都属于“关于侵害强度的错误”。有争议的是,关于手术危险性的错误。在同意进行手术的场合,一般医生都必须对手术风险进行必要说明。如果在手术时对要切除的部位以及其意味着什么、其必要性何在等都没有欺骗和错误,而仅仅在手术失败的可能性上存在欺骗并产生错误时,医生以为会成功但却失败了的场合,属于过失犯的问题,应该以危险的继受或者是对危险的同意问题处理;若手术成功,则医生不应该被作为伤害罪(的未遂)而追究责任。^⑤

(3)关于专业技能的错误。如一个江湖骗子骗人说他具有医生的专业技能,会导致法益主体对其行为引起结果发生的危险性产生错误认识,也可归入此类。因此,即便一个医生同样会实施某种手术,该江湖骗子仍然是在实施这种手术时实施了身体侵害,通过骗取同意而成立间接正犯。^⑥

(4)“关于行为人同一性(侵害相对方)的错误”能否看法益关系错误,存在争论。在刑法中,针对性自由的犯罪来说,“和谁进行性行为的自由”属于法益,对此少有异议。即便是财产法益的场合,通常亦是如此,因此,冒用某人之名领取了应由该人领取之财物的,完全可能成立诈骗罪。不过,在行为人的不同对法益主体而言并无特别意义的场合,则侵害人的错误也没有必要说成法益关系错误。如拜托他人

说“原封不动的话这个瓶子没法装到熔炉里,你帮我把这瓶子割断”,受托者由于凭自己之力无法完成而又委托给了其部下的场合,这种侵害人的不同并不重要,从而就能否定存在法益关系错误。^⑦

问题在于,在故意伤害罪等犯罪中,行为人同一性的错误是否属于法益关系错误。在类似于“以为是教授主刀而同意了手术但却是医院实习生主刀(这两人主刀对手术的效果和安全性并无差异)”的案件(实习生主刀事例)中,德国判例的观点是,“在没有疑问的轻微病例中,对医疗行为的同意也可以使得非在职医生所为的手术正当化,尽管病人以为是医生在处理他的病情”。但同时认为,“关键之处仅在于事实上个案的轻微性,因为只有情况轻微,才能使得承诺的意义也包含允许非在职医生进行处理……”^⑧日本学者佐伯仁志也认为,伤害罪与强奸罪和侵入住宅罪不同,主体的同一性被还原为伤害行为的危险性问题的,如果处置的效果、安全性没有实质性差异,则认为不存在法益关系错误也是完全可能的,从而同意依然有效。其理由在于,伤害罪保护的是患者的身体而不保护患者的单纯的愿望(选择)。^⑨还有学者作了进一步区分:如果不存在资格和技能上的欺骗而仅是具体行为人的欺骗和认识错误(比如医院实习生也具有手术资格,再如未经同意而以乙医生取代了甲医生),则具体行为人的欺骗从法律角度来看就可能不属于重大的欺骗和错误;而在存在着资格上的欺骗的场合,未经同意而由无资格者实施了只有具备相应资格者才能实施的行为时,该欺骗和错误属于关乎法益的错误,同意应该无效。^⑩

对于这些论断,反对观点认为,即便是身体伤害的场合也和性的自由、财产的场合一样,只要是将法益处分权(对于允许谁侵害这一点的自由)也涵盖进法益之中加以考虑的话,那么关于同意具体行为人的错误就仍然属于法益关系错误。被害人的意思是“要是甲的话挨打也行”这样的场合,乙打了被害人,恐怕仍然应该说该伤害并未为被害人同意所涵盖。^⑪自然,被害人在放弃法益之际,存在作出概括同意的可能,即并未将行为人特定化,“不管是谁都无所谓”,但这应该另当别论;只要被害人同意在对

象上是有限定的,则不符合此种限定的对象就可谓是一个错误。德国判例的思考方法,实际上是采取了原则与例外的分析框架,即原则上,即便是在伤害罪中,行为人同一性的错误也是法益关系错误;但存在例外,在诸如手术这样的治疗行为的场合,若安全性不存在差别的话,则行为人的同一性不会成为问题。^③但是,何以在手术的场合需要特殊对待,揭示仅在此等场合区别对待的根据恐怕存在困难。^④虽然主张者也提出了“是否增加了法益侵害的进一步危险”“是否损害了法益承担者的决定自治”的标准,但是,操刀者的年龄、阅历、资质、经验等,都会对手术的安全性产生影响,因此,所谓“不会增加法益侵害的危险”,恐怕是一个难以检验对错的命题。既然如此,即便是在关乎是否成立故意伤害罪的手术场合,放弃前述“原则—例外”的分析框架,肯定“关于行为人同一性(侵害相对方)的错误”属于法益关系错误,既可保持论理的一贯性,也更便于操作,是较为理想的选择。根据这样的理解,在得到患者一方同意而手术的场合,更换了新的主刀医生而未获重新同意的,即便新的医生与原本同意的医生的专业水准一致或者更高,也不能认为是存在有效同意,从而不能直接根据被害人同意理论否定伤害罪的违法性。这样,在无法根据推定的同意(应该有充分的证据支持,并严格限定其成立范围)、正当业务行为、紧急避险等其他事由阻却行为违法性从而出罪的场合,就应该将伤害行为认定为故意伤害罪。如此处理并非是“义务违反理论的独舞”^⑤,而是因为“如果某个医生在能够及时得到病人意见的情况下,没有事前取得其认可就擅自任意地给他动手术,尽管这在医学上有正当的理由,也仍然属于对人类人格的自由和尊严的违法侵犯。因为生命垂危的病人也可以有人性或道德上值得尊重的充分理由,拒绝施行手术,即便通过和仅有通过手术才能免除他的痛苦……”^⑥这样的主张固然可能遇到会导致伤害罪的处罚范围过宽(不过在中国,故意伤害罪毕竟至少要求造成轻伤结果)、实务上难以接受(在中国恐怕更是如此)等批判,但本文认为,如此主张和处理恰恰有助于更好地建立起医疗系统的诚信体系,利大于弊,因此仍旧能得出可接受的理论。

2. 规范评价误认型

对将要受到侵害的法益内容本身虽有明确认识,但对相应法益的保护价值、要保护性等欠缺正确认识时,同样属于法益关系错误。也就是说,在法益的保护价值因法律评价而发生变化的场合,针对为这样的评价奠定基础的事实受到欺骗时,就能够肯定关于法益侵害的侵害性存在错误,从而,也就能肯定法益关系错误。

(1)关于法益价值的错误,特别是“物的经济价值的错误”,属于此种情形。无论在德国还是在日本,多数学者认为,法益的价值属于相应法益的构成要素,对此存在错误的场合就应该认为存在法益关系错误。^⑦本文也认为,经济价值是财物存在的重要载体和构成部分,对其的欺骗与法益本身的侵害性相关,因此在欺骗对方价值很高的茶壶为假货而致使其同意毁掉的场合,物主虽对行为人将要毁坏自己的“这只壶”本身没有错误认识,但由于受骗而认为该壶不具经济价值、不值得保护,因此欺骗者当然应构成故意毁坏财物罪。

(2)关于正当化状况的错误,属于此种类型。如果所欺骗和产生错误认识的内容为真的话,则法益主体对所发生的侵害有忍受的义务,“法益侵害”可通过正当防卫、阻却违法的紧急避险、法令行为等正当化。如猛兽事例:饲养者由于受骗听说自己所饲养的猛兽逃跑了并对公众产生了危险,而通过电话允许了将其射杀,但实际上该猛兽老实温顺地待在自己的笼子里,属于装作紧急避险或正当防卫状况的场合,如果真存在马上要伤人状况的话,则不管有无同意,将猛兽杀害都会通过正当化的紧急避险(或正当防卫)而被正当化,猛兽的法律价值在该限度内被否定了,对这样的状况陷入错误而作出同意的场合,属于对猛兽这一财物的法律价值陷入了错误,即虽然存在法律价值,却认为并不存在,因此能够肯定其属于法益关系错误。在这样的场合,相应法益在一定限度内失去了客观的保护价值,法益主体处在不得不忍受法益侵害的立场上,“法律上的侵害”成为可能,同样也能认为,就造成的结果而言,法益失去了要保护性。又如,伪装搜查事例:假装有合法的搜查令状而出示了伪造的令状,得到了他人同意而

进入他人家中,属于装作法令行为的场合,或者是(伪装被迫杀事例)装作遭到强盗的追杀而闯入别人家中的场合,由于针对合法的搜查令状则不能拒绝进入家中,遭到追杀的人可以不经允许到自己家中避难,既然被害人是觉得没有获得关于进入的许诺权(拒绝权)而作出的同意,就属于是陷入了关于进入的许诺权之法律评价的错误(虽然存在拒绝权,相反却认为并不存在),属于法益关系错误。

概括来说,能肯定存在法益关系错误从而否定同意效果的,包括原就不存在同意的场合与虽存在同意但其无效的场合两种:在前一种场合,即前述纯粹的事实认识欠缺型的场合,原本就并不能认为法益主体存在放弃法益的意思,因而原本就不存在同意;在后一种场合,即前述规范评价误认型的场合,尽管存在表面上的同意,但因法益主体对法益的保护性等存在误认,因而可以肯定行为的法益侵害性,该同意无效。

(三)法益关系错误说的基本评价

从错误的内容、类型等客观角度出发确定判断错误同意是否有效的基准,可以避免因为主观标准的随意性所带来的不确定性,其方向是可行的;将这种客观标准固定、落实在“法益”上,在对违法性本质的问题上采取结果无价值论时是当然的,即便是采取行为无价值二元论的立场,只要认为两者之间存在主次顺序,无论如何不能处罚(即便是以未遂名义)一个毫无法益侵害危险的行为,就可以认为法益关系错误说在客观说的正确方向上又前进了一步。而且,只要是重视刑法分则之中各个具体犯罪的定型机能,认可对各个法益予以保护是各个构成要件的基本任务,那就应该认为,阿茨特坚持法益关系错误说所立足的根据值得认同。由此来看,法益关系错误说不仅选择了正确的方向,而且蕴含合理的内核,总体上值得坚持。

不过,法益关系错误说虽蕴含了合理的内核,是一个值得坚持的方向,但又不能指望在判断基于错误的同意是否有效时“毕其功于一役”。传统的法益关系错误说之所以备受质疑,归根结底在于其过分抬高了“法益关系错误”的地位,认为凭借这一概念即可“一药到而百病除”,为了寻求具体事案解决的

妥当性,压力之下,不得不拼命扩大“法益关系”的范围,不惜破坏法益概念的边界和构成要件的定型性,这种做法是危险的。

对法益关系错误说应该采取的基本态度,日本最早引入探讨法益关系错误说的山中敬一的立场具有代表性:“基本上说来,法益关系错误说是妥当的。但仅仅根据是否法益关系错误又是不充分的。”^⑧松原芳博也认为:“对法益本身不存在错误的,是否总能认定存在有效的同意,仍有进一步探讨的余地。”^⑨也就是说,“法益关系错误”概念虽有意义,但却是相对的,其并未给受骗同意的有效性判断提供一个绝对的标准——在此意义上,称“法益关系错误说”是否够格不无疑问——仅仅提供了第一道筛选程序:存在法益关系错误时则同意无效。在不存在法益关系错误时,仍需根据同意的作出是否被规范地评价为自由意思的表达来进一步加以判断,而判断的标准应该是客观的、规范的标准。

四、对法益关系错误说的主要批判及其研析

法益关系错误说自提出以来就面临不少质疑,其中比较有价值的批判是认为其可能在紧急状况或利他动机之欺骗的场合导致不当结论。事实上,这也可能确实是这一学说的软肋:如果僵硬地坚持传统的法益关系错误说,可能确实会在特殊场合无法处理具有法益侵害、本应按犯罪处理的行为;而如果对这一学说进行修正,扩大“法益关系”的范围,又面临导致“法益”概念本身崩坏的危险。

(一)类似于紧急状况之错误的场合

比如角膜事例:医生欺骗一位母亲只有移植角膜给其孩子才能使其免于失明,但实际上行为入却只是想报复这位母亲,移植全无必要。对此,罗克辛认为,由于该母亲清楚自己在什么样的范围内放弃了身体的完整性,也就意味着这位母亲没有陷入法益关系错误。在类似场合,按法益关系错误说就会肯定同意效果,从而否定伤害罪的成立。然而,对这种以狡诈卑劣的手段实施的侵害他人身体的完整性的行为,终归在刑法上有必要保护。如果像法益关系错误说那样,认为法益主体的意思已经包含了对身体的侵害,或者说,对这种情况的身体侵袭仍然属于法益持有者的意思效力范围之内,那听起来岂不

滑稽?^⑤罗克辛认为,在这样的案件中,行为人滥用了陷入错误之母亲的处分权能,从而同意无效,应该受到伤害罪的处罚。^⑥进而有学者认为,像这样的例子中,区别法益关系是否错误,在同意有效性认定上,或许不具原理性的意义。^⑦

确实,在类似于(角膜事例)的场合,按传统法益关系错误说所得出的结论难说妥当,遭受质疑也在所难免。不过,这样的质疑本身虽值得重视,却并不足以否定通过客观的标准限定同意效果的基本思路。在角膜事例中,存在类似于紧急状态的欺骗。之所以说“类似于”,是因为即便所欺骗的事实(这位母亲的孩子确实需要角膜移植)为真,也不可能将对被害人(母亲)的伤害行为直接正当化,但不容否认的是,这种欺骗对行为人意思自治即自我决定权的实现产生了相当程度的影响。所以,即便对类似紧急状态的错误场合未予检讨是阿茨特所主张的传统法益关系错误说的短处,这也充其量促使我们关注这种场合,进而考虑其与法益关系错误理论的整合性,以寻求具体情况的妥当解决。

(二)山口厚与山中敬一的不同看法

应该认为,对存在类似于紧急状态这一点作出欺骗而得到同意的场合,同意应属无效,这样的结论是应该得到确认的,否则会将明显具有法益侵害性的行为置于处罚范围之外。关键是同意无效的具体理由,对此,山中敬一和山口厚之间的争论具有启发意义。山中是日本最早主张法益关系错误说的学者,他主张在创设出了实际上并不存在的类似于紧急避险状况或手术必要性的场合,以“被害人的价值决定受到拘束”为由,“例外地”承认同意无效。^⑧但是,如山口所指出:若是价值决定受到拘束可以成为同意无效之理由的话,则在现实中存在着紧急避险状况或手术必要性的场合,由于价值决定也受到了拘束,同意并非是出于自由的意思决定,则同意也就不得不无效,这一结论显然不当。^⑨在确有必要进行角膜移植的场合,如果将母亲的同意也归于无效,进而对摘除角膜这一点肯定伤害罪的成立,这一结论也并不当然具有妥当性。对此,山中反驳说,在类似于紧急避险错误的场合,对自己法益的绝对价值虽没有错误,“但由于受到在紧急状态之下救助法益这

一价值约束的动机错误,而对自己法益的相对价值发生错误,在这样的场合专门地(作为例外——引者注)将同意归于无效”^⑩。与之不同,山口认为,将此种场合的同意无效作为法益关系错误说的例外,并不妥当,有必要着眼于紧急状态的欺骗本身来寻求解决出路。“法益主体所为之同意的有效性,并非是因为法益主体的意思在主观上不自由而受到否定,而是因为被评价为在客观上并不自由从而受到否定。”^⑪并认为此种场合也存在法益关系错误,属于“关于应受保护的法益的要保护性的欺骗和错误”^⑫。这一观点又被山中批判为“不过是游离于行为人主观现实状态的假定考察而已。因为,无论以为患癌而同意了胃切除的人,还是试图救助被关在屋子里或者车里的孩子的命而手被烧伤的人……都不意味着现实中他人的相应法益不需要保护。想要救助孩子而忍受了手被烧伤的人,也不会认为自己的‘手’欠缺了要保护性。有要保护性反而认为没有时方才能说是存在‘法益关系错误’”。

由此可见,在存在类似于紧急状态错误的场合,山中与山口得出的结论一致,都肯定同意无效与犯罪成立,但两人所持理由不同:前者在“原则与例外”的分析框架下认为此种错误虽非法益关系错误但却属于“法益相对价值的错误”,应例外地否定同意效果;而后者则认为,应对法益关系错误重新界定,将上述场合以“关于应受保护的法益的要保护性的欺骗和错误”的名义,纳入法益关系错误的范畴。本文初步认为:①“关于应受保护的法益的要保护性的欺骗和错误”这一概念,可能并不妥当。在确实存在着有孩子在着火的房子里或者车里的场合,施救者的“手”所承载的身体完整性、身体健康这一法益并非失去了要保护性(在此场合,其他人无故将该手烧伤的,仍会构成故意伤害),而不过是在与孩子的生命法益进行比较衡量之后,认为在“比较的意义上”,施救者的正当法益需要让步、作出了牺牲而已。如此来看,山中提出的“法益相对价值的错误”概念,可能更有解释力和说服力。②“法益相对价值的错误”是否属于“法益关系错误”?法益关系错误说是将各个构成要件的保护法益之性质如何作为问题,为维持各个构成要件本身的定型性,应该以相应法益的“存

在价值”为保护重点。不过,生命法益受侵害的场合要以其存在为基础实现完全的保护,而财产的交换价值受到保护这一点却不必多说,关键是在身体法益受侵害等场合。类比身体法益对身体法益场合的紧急避险或正当防卫,就可以肯定不同法益之间价值上的差异。但即便身体与身体之间的相对价值可能存在差异,也不应该是故意伤害罪的保护法益。对“法益关系”内涵加以扩张,将“法益相对价值的错误”纳入法益关系错误之中,其初衷虽是为了维持法益关系错误说的基本框架,但却蕴含破坏各个犯罪构成要件的定型性、引起法益概念崩溃的危险。^③就此而言,山中在法益关系错误说的框架之外提出“法益相对价值的错误”概念作为类似于紧急状态错误的欺骗导致同意无效的解释根据这一方案,总体上可能更值得认同。不过,山中的观点归根结底要回答承认“例外”的实质性根据何在,在将相应根据界定为“价值决定受到约束”时,又需要继续回答“在确实存在上述紧急状态等的场合,同样是价值决定受到约束,何以同意却有效”这样的诘问。在本文看来,之所以“客观上存在紧急状态则同意有效、被欺骗存在而客观上不存在紧急状态从而同意无效”这样的结论,是因为如下理由:认识到在紧急状态的场合,法益主体的意思在心理意义上受到了限制,但是,其仍然留有自由的余地——若没有自由作出意思之余地的话,那大概就连同同意本身也是不可能的了。这样,被欺骗者的心理状态,虽说是受压制的,但也并未被完全压制。与此相对,在现实中并不存在紧急状态的场合,由于是在对紧急状态加以欺骗、压制了法益主体意思的基础上,利用被压制的部分而获得同意并引起了法益侵害,则利用被欺骗者而引起法益侵害的评价,就有可能和强要的场合是一样的。结果就是,同意被认为无效。

(三)利他动机之错误的场合

除了以上类似于紧急状态之错误的场合外,对法益关系错误说的批判,还包括认为其在利他动机错误的场合,难以得出妥当结论。例如大火烧车事例:某汽车着火并有爆炸及求助者被火烧伤的危险,驾驶员却仍向路过的行人求助说要救出被关在车中的妻子,导致去“救人”的行人被烧伤,但实际上被关

在车中的只是一条狗。假如被害人(同意者)对爆炸、烧伤的危险有充分预测,则根据传统法益关系错误说,完全没有成立法益关系错误的可能性,就会认为同意有效,行为人不构成犯罪。但这一结论是否能为多数人接受,不无疑问。罗克辛认为,此种情况下仍不能拒绝给予其低于伤害罪的保护。^④再如明星采血事例:行为人欺骗电影明星说“现在是生命救助周”,该明星信以为真无偿献血,而实际上行为人却将血卖给了该影星的粉丝。罗克辛也认为同意无效,行为人成立伤害罪。不过,这样的结论却难免受到批判:如果行为人一开始虽想将明星的血卖给粉丝,但在骗得血液后改变了主意而果真用于救助他人生命时,同意是否会经过“反转”又变得有效?判断法益主体的同意是否有效,应根据其作出同意当时的同意能力和认识范围等加以判断,岂可因行为人事后的行为而改变同意的效果?^⑤在大火烧车事例及类似场合,也需要深入分析。该事例是行为人告诉被害人,我(即行为人)妻子困在着火的车里需要你帮忙把车砸开,这与行为人告诉对方,是你(即被害人)的妻子困在火中,使得被害人为救自己的妻子而闯进着火的屋子里,结果屋子里只有一只狗的场合(闯火救妻事例)存在事实上的区别,并且这种区别对同意的效果会产生重要影响。大火烧车事例中的被害人是纯粹“热心肠”,基于典型的利他动机,在此等场合,被害人对自己将要处分的法益本身并无错误认识,博爱、利他的动机本身都不足以对法益主体的意思自由和自我决定产生实质性影响。本文认为,在纯粹的利他动机之欺骗的场合,法益主体在自己将要损失的利益(可能被烧伤、炸伤)和可能保护的利益之间并无认识错误而是自愿地“舍生取义”(冒着放弃健康的危险而去成全他人),那么其对自身法益的处分就可以说是其自我决定权的实现,由此产生的后果,就应该由法益主体本人承担。即便果真被烧伤、炸伤,也只能说是被害人自陷风险的行为现实化为结果,在轻伤的限度内,就应该否定犯罪的成立。^⑥

有人提出对价支付(报酬)的欺骗与博爱(利他)动机的欺骗存在区别,认为在对价支付的情形,被欺骗者尚有可能实现他所希望的状态,因为通常来说,透过刑法诈骗罪或者民法规定能有助于其实现;相反,

在博爱(利他)目的的情形下,被欺骗者所希望达成的状态(比如帮助他人治疗眼睛,救助他人妻子于火中)是无法实现的,这是两者的不同之处。^⑤但所欺骗的事项是否能够实现,并非本质性的重要区别,而仅仅是一个附随事项;重要的是,被骗者对自己所放弃的法益内容等是否有明确认识,以及所作出的决定是否基于自由意志。无论是在对价支付之欺骗的场合还是在利他动机之欺骗的场合,均可以说法益主体对所损失的利益具有完全的认识,所作出的决定是自由意志的产物,因此,对其同意效果的判断结论当然应是一样的。与此不同,在角膜事例或者闯火救妻事例的场合,尽管法益主体对所损失的利益具有认识,但仍可被认为所作出的决定并非自由意志产物,仍有否定同意效果的空间。

五、替代法益关系错误说的种种努力

(一)德国学者的主张及其评价

一些学者在批判法益关系错误说的同时,也提出了自己的个性化主张,以试图弥补法益关系错误说的不足。其中,罗克辛、雅科布斯和屈内的主张具有代表性。

20世纪80年代,在批判阿茨特理论的同时,罗克辛展开了可称为“规范的自律性说”的见解。其核心主张是,从规范的基准看,只有在整件事能被认为是法益主体的自律性表现时,同意方为有效,而是否是“被害人自律性的决意”,并非被害人“主观任意性”的问题,而是“客观的法的评价问题”。^⑥从结论上而言,在有关法益处分错误的场合、报酬(支付对价)错误的场合、动机上附随情事的错误的场合,罗克辛与阿茨特的结论一致,都认为前一场合同意无效而后两场合同意有效。在紧急状况之错误的场合,虽说按阿茨特当初的理解其并不属于与法益直接有关的错误,但后来的法益关系错误说论者大都将其纳入法益关系错误的范畴之中,从而化解了这一学说可能导致不当结论的危机,并且和罗克辛的规范的自律性说得出了一致结论。值得重视的是出于利他动机而受到欺骗的场合,罗克辛认为,这些假的公益目的、利他动机根本不可能实现,综合考虑整个事件的过程,该同意并非出自法益主体的自律性,事件整体系欺骗者所造成、是他律的,应归属于该欺

骗者,同意应该无效。^⑦有学者试图从“社会连带感”的角度为罗克辛的结论背书,认为刑法上不能忽视利用社会连带感所造成的法益侵害,此时必须和单纯的恣意予以区别。^⑧但如果认为这种对社会公益的维护、社会责任的遵守等所谓“社会连带关系”是刑法所保护的,每个人都必须遵守、维护,那么,就会变成不管有无欺骗行为,只要打着某方面崇高的公益理由,以“社会连带感”的名义,就可能不问法益主体是否答应,都基于这种社会公益、社会连带的要求,而推定每个人都必须也为此而牺牲自己。这样的结果,恐怕也有违罗克辛的初衷。^⑨

雅科布斯(Jakobs)在关于欺骗所导致的错误同意的有效性问题上,虽认为与法益无关的欺骗所导致的错误同意都是有效的,但与阿茨特不同,他同时又认为,在大部分的事例之中,需要将欺骗者按照间接正犯追究责任。这样,与阿茨特和罗克辛不同,在支付对价(报酬)欺骗的场合,也可能会成立间接正犯。^⑩但这种所谓“间接正犯连带考量说”的问题在于,其并未区分同意效果判断和间接正犯判断在指向和效果上的差异。在受骗同意的场合,关于有效性的讨论实际上是在讨论是否存在刑法上应该保护的利益;而间接正犯成立与否,则是在以肯定存在法益侵害为前提的基础上,由于在行为人与结果之间存在着第三人或者被害人本人的介入,考察其究竟是成立正犯,还是仅应成立狭义共犯。因此,在非法益关系错误的场合,如认为同意有效,则行为人的行为不应被认为具有法益侵害性,从而完全无法承认间接正犯的成立。^⑪这样来看,雅科布斯的主张在根基和体系性上都有疑问。

屈内(Kühne)所主张的权利滥用说,并未只将同意者的错误类型作为问题,而是着眼于对行为人与同意者之间关系的互动性理解(因此被山中敬一称为“动态模式”,以与阿茨特的仅从同意者错误的重要性出发的“静态模式”相区分^⑫),将行为人是存在“合理的信赖”还是属于“权利的滥用”作为判断同意是否有效的重要标准。但是,所谓的权利滥用说却难以得到认同:首先,被害人同意的问题,是在判断行为是否符合法定的犯罪构成要件或者形式上符合了构成要件后判断是否具备实质违法性时所面临的

课题,归根结底应以同意者的认识能力、同意范围、错误产生的原因等因素为标准,围绕同意者本人加以判断,而不能在行为人与同意者互动关系的名义之下,将行为人(同意相对方)主观上是否对同意者的错误同意具有特定认识或者客观上是否属于权利的滥用作为重要的判断材料。行为人是否对被害人的错误同意具有特定认识,充其量是从责任主义出发,判断行为人是否具有罪过的一个材料而已,对于判断法益主体的同意是否有效,不应产生重要影响。其次,所谓“权利的滥用”,以存在“权利”为前提。但是,行为人在同意者同意事项不够明确的场合所获得的有利于自己的结论,或者是利用他人的正义感和同情心而获得他人帮助的地位与资格,能否说成是“权利”,也存在重大疑问。

(二)笔者提出的客观真意说

罗克辛和雅科布斯的构想都可以归结为“基本上赞同阿茨特说,而直观上觉得结论不妥当的场合则承认例外”^④,这种思路虽可以理解,但在何种场合能肯定例外,肯定例外的根据究竟应是直观感觉还是其他,需要慎重对待。而屈内的权利滥用说存在着难以克服的缺陷,不值得认同。可以说,上述各说虽都有一定启发性,但都具有一定的局限,整体而言,并不比法益关系错误说高明。另一方面,法益关系错误说虽能避免重大错误说或动机错误说存在的会导致处罚范围过宽等问题,但或许走向了另一极端,存在导致处罚范围过窄的风险,未必针对所有的事案类型都能得出妥当结论。

正因如此,笔者主张判断基于受骗而作出的被害人同意是否有效,要以法益关系概念为基础、以客观考察同意是否具有任意性为实质。为了突出判断标准的客观性,强调即便最终处分结果与法益主体内心的真实想法(主观真意)并不符合,也需尽可能尊重其自由意思支配下的客观表达。笔者将这种主张称为客观真意说,并撰文就其判断步骤、价值诉求以及主观真意说、重大动机错误说、法益关系错误说、规范的自律性说等的区别与联系给出了详细阐释,这里就不再赘述了。^⑤

六、客观真意说的具体应用

一直以来,作为受骗同意的法律效果得以讨论

的场合,主要集中于以下三种类型的犯罪:①针对其本身(就其存立而言)受到保护的法益的犯罪(故意杀人罪、故意伤害罪等);②针对在与行为人的关系上受到保护的法益的犯罪(非法侵入住宅罪、强奸罪等);③针对交换价值受到保护的法益的犯罪(财产犯)。关于受骗同意与故意伤害罪、受骗自杀与故意杀人罪、同意入户与抢劫罪、骗购经济适用房与诈骗罪等内容,笔者已经专门探讨过,以下仅以其他若干罪名为对象,略加检讨。^⑥

(一)强奸罪的成否

我国《刑法》第236条在暴力、胁迫之外,规定了以“其他手段”实施的奸淫妇女行为也成立强奸罪。在采用药物麻醉、灌酒等类似手段,使被害妇女不知抗拒或无法抗拒后,再予以奸淫的,或者是利用被害妇女自身处于醉酒、昏睡、熟睡、患重病等不知抗拒或无法抗拒状态,乘机予以奸淫的场合,因为妇女在性行为当时不存在任何“同意”的意思表示,不难肯定手段行为属于“其他手段”、性行为违背妇女意志,行为构成强奸。成为问题的是,在存在欺骗的场合,能否肯定属于强奸罪中的“其他手段”进而肯定该罪的成立。

坚持以法益关系错误说为基础的客观真意说的场合,需要明确,与妇女的性自主权这一强奸罪所保护的法益相关的错误,主要包括以下三种类型:①对目的行为属于“奸淫”即性行为这一点的错误,属于对行为内容缺乏认识,自然属于法益关系错误。从而,在日本的判例中,在对生殖器的插入这一点没有认识的场合^⑦肯定了强奸罪的成立:在我国,对于和完全无责任能力的精神病人发生性关系的按照强奸罪处理,也正是这个原因。此外,假冒治病而奸淫的场合,由于对方认为此时性器官的插入是为了治病,也可认为是缺乏对于“奸淫”即性行为的认识,也应当认定成立强奸罪。②本罪的法益是与特定对方发生性行为的自由,因此,关于性行为之相对方的错误属于法益关系错误^⑧,这就解释了在冒充妇女的丈夫、男友等与之发生性关系时,何以能够成立强奸罪。③由于对法益的要保护价值的错误属于法益关系错误,所以,在利用邪教组织、迷信等方法与妇女发生性关系的场合,或者是以帮他人消除血光之灾

为名而与女子发生性关系的场合,由于被害人对自己的性自主权的保护价值产生了认识错误,能理解为法益关系错误,由此就能成立强奸罪。以上三种场合中,前两种属于纯粹事实认识欠缺型的错误,第三种则属于规范评价误认型的错误,都属于法益关系错误。以上三种类型之外的其他错误,如因受骗而对对方的身份及由此可能给自己带来的利益等所产生的错误,例如舍身救夫事例:某警察得知某女急欲营救自己在押的丈夫,而假意许诺帮忙,骗得该女和自己发生了关系。又如,花50块钱在路边摊买了一把法拉利跑车钥匙,并借此在酒吧成功骗得美人的场合。再如,在欺骗众多的妇女说如果不与自己发生性关系,那么他就有失去智力和失明的危险,从而骗取妇女同情而与多人发生性关系的场合^⑧,都与强奸罪所保护的性自主权这一法益无关,仅属于动机的错误(涉及“回报”的错误),不影响同意的有效性,从而自然不成立强奸罪。同样,隐瞒了自己患有严重性病的事实而与妇女发生性关系的场合,虽在采取重大错误说的场合可能会得出成立强奸罪的结论,但在法益关系错误说以及本文所采的客观真意说看来,只存在是否成立故意伤害罪或者是传播性病罪的问题,并不涉及对妇女性自主权的侵害,从而不成立强奸罪。

(二)其他犯罪

其一,就非法拘禁罪来说,行为人隐瞒了强奸目的,欺骗说要带其兜风而让一女性坐上车并带到了犯罪现场,但该女子直到此时也没注意到行为人的强奸意图并且也没有要求下车的,能否肯定非法拘禁罪的成立?再如,欺骗说会付给1000元而使现实中想走开的被害人同意被关在地下室里,或者是致使被害人同意在其睡眠中从屋子外边将门锁上,行为人是否成立非法拘禁罪?其二,就拐卖妇女罪来说,欺骗妇女说对方家里很有钱而得到妇女同意将其卖给男方的,是否构成拐卖妇女罪?对于这些问题的回答,采纳重大错误说、动机错误说还是法益关系错误说会得出不尽相同的结论,但同样重要的是,即便如本文所主张的采纳客观真意说,相应犯罪的侵害法益内容究竟为何(比如非法拘禁罪的保护法益究竟是现实的自由还是可能的自由,拐卖妇女罪

的侵害法益除了妇女的行动自由、人格尊严之外是否还包括某种社会利益),对于犯罪的成否也仍具有重要意义。可见,即便是就相应犯罪而言,被害人同意对于犯罪的成立具有决定性意义,在因欺骗而错误同意的场合判断是否成立犯罪,厘清相应犯罪的法益内容本身,同样也具有重要意义。

在本文看来,判断某个犯罪的法益为何,进而对相应犯罪的构成要件如何解释,与该罪的法定刑配置高度相关:对法定刑配置较轻缓的犯罪而言,不妨对其成立条件作宽缓理解,以求得法益的周延保护(比如非法拘禁罪的法定刑较轻,这就为将其法益理解为“可能的自由”提供了可能);而在法定刑较重的场合,则必须对其构成要件加以严格限定,以保障被告人的人权。拐卖妇女罪的法定刑甚至重于强奸罪与抢劫罪,这就要求只有违背妇女意志的行为才可能被认定为“拐卖”行为,因此,妇女的真实同意可能直接阻却构成要件从而否定本罪的成立。有学者一方面认为拐卖妇女罪的法益还涉及公共利益,因此即便妇女同意也无法阻却本罪的违法性,另一方面又抱怨本罪的法定刑过高,该观点值得商榷,正是因为本罪的法定刑高,才要求将本罪的成立限定在违背妇女真实意思的场合。

就前面的例子而言:①显然被骗给钱而同意被关在地下室的场合属于动机错误,自无成立非法拘禁罪的空间。而在隐瞒强奸意图带着兜风的场合,与非法侵入住宅罪的场合一样,不应肯定非法拘禁罪的成立。这是因为女性对上车这一点终归是自愿的,其所产生的错误是以动机为属性,以回报为指向的错误,因而不能否定同意的有效性:只有在女性要求下车而遭到对方阻止时,就像存在“不退去罪”的国家会以该罪的成否为问题一样,此时非法拘禁罪的成否才真正变成问题。②由于拐卖妇女罪的成立并不要求完成出卖行为,所以,欺骗说男方家里有钱而使女性同意被卖至男方处与之结婚的,只要女方对“自己要被卖给对方做媳妇”这一点是知情并接受的,则因为被欺骗而相信对方家里有钱的错误认识就仅仅是动机错误,至此尚不构成本罪。唯有在女方已经得知对方家中没钱而反悔、行为人仍然执意将其出卖的,才能认为成立拐卖妇女罪。

七、余论:单纯被害人错误同意的处理

一直以来的法益关系错误说以及相关学说,多是以基于欺骗而产生的错误同意为讨论重点,本文的上述分析亦是如此。但在上述问题的延长线上,还存在单纯由于法益主体自身原因而陷入错误同意的情形,其与基于欺骗所产生的错误场合如何整合,是本文最后需要回答的问题。

单纯由于法益主体自身原因而陷入错误同意的场合,大致分两种:一是意思决定传达之际的错误,即客观外化的意思表示和主观内心的真实想法不一致的场合,这称为表示的错误。例如,杀牛事例:牛倌告诉屠宰工杀掉自己的甲牛(但实际上他原想杀掉的是乙牛),屠宰工按其要求杀掉了甲牛。又如拔牙事例:患者找牙医去拔牙,结果把并非虫牙的好牙指给了医生,牙医没注意到患者的错误而将好牙拔掉。再如,经确认的铁球砸脚事例:被害人将“右边的(木)球”错说成了“左边的(铁)球”,行为人觉得奇怪又确认了一遍“真是左边的吗?”,而被害人又再次说“是左边的”,行为人听从其要求而用左边的(铁)球砸脚致其骨折的,均属此类。二是形成意思决定本身之际产生的错误,即法益主体由于未能认识到重要事实等原因,而错误地形成了放弃法益的意思决定,这称为决定的错误,例如,妄想绝症事例:患者以为自己得了绝症而同意了脏器移植的场合。

在本文看来,在单纯法益主体错误同意的场合,无论是表示错误还是决定错误,都应该充分考虑被害人同意制度的设计初衷(既然被害人同意制度归根结底是为了法益主体的利益,则由此产生的风险在某种程度上也必须由法益主体来负担),其阻却犯罪成立的根据所在(法益侵害性的丧失),从而充分考虑风险分配,在法益主体本身和行为人(同意的相对方)的利益保护之间寻求平衡,不可厚此薄彼。针对这一问题的回答需要分阶段讨论:一是同意本身的有效性;二是在确定了同意无效之后,其构成要件的结果能否归责于行为人^⑩;三是特定的行为人是否具有责任。第一个是同意论(承诺论)的问题,第二个是归属论的问题,最后一个是责任论的范畴。

第一,就同意的有效性而言,从“信赖利益的损害赔偿”之旨趣出发,无条件地将负担转嫁给被害人

而认为同意有效,是有疑问的。此时,仍应坚持以法益关系错误理论为基础的客观真意说,根据同意是否为法益主体任意作出的而判断其法律效果。在同意有效并且承认有效的被害人同意是犯罪阻却事由的前提下,刑法上的讨论即可终止,此时的不利后果由法益主体自身承担,这可谓是被被害人自我答责理论的应有归结。

第二,若肯定了相应错误有关法益或者虽无关法益但直接影响被害人的自我决定权从而同意无效,则需要进一步讨论:能否将该构成要件结果归属于同意的相对方。在客观真意说看来,病人误以为患了绝症而同意摘除脏器,与紧急状态之欺骗的场合一样,可以肯定其错误有关法益,从而,同意无效。在意思表示的相对方看穿了法益主体的错误同意且有意识地为自己的利益利用该错误时,罗克辛以及金德霍伊泽尔都认为这是权利滥用,同意应该无效。^⑪如果按其观点,此等场合恐怕就会按照故意犯加以处罚,但“看穿了”“有意识地为了自己的利益加以利用”的含义原本就不明确,不但容易坠入心情刑法的迷雾之中,也会完全排除间接故意或过失犯的处罚余地,是不妥当的。^⑫而且,在同意相对方对法益主体的错误存在认识的场合,“为什么就应该当然地肯定将该错误告知同意者的法律责任而且是刑事责任?其所引用的判例,都是损害赔偿义务成为问题的民事案件,将其直接予以援用并肯定刑事责任,恐怕要慎重对待”^⑬。可以说,将对同意者的错误存在认识这一点不仅与民事责任挂钩,而且与刑事责任直接关联起来,过于心急了。行为人是否“看穿了”法益主体的错误同意并不重要,重要的是,要结合客观归责理论所提出的“创设不允许的风险—实现该不允许的风险—处于构成要件的射程之内”的判断框架,判断构成要件结果能否说成是行为人的“作品”,是否可以归咎于行为人。

第三,在通过客观归责的检验确认能将结果视为行为人的作品之后,行为人的行为也就完成了客观构成要件的检验。之后,若是否定构成要件的故意、过失则进一步判断行为的违法性,只要不存在其他的违法阻却事由(而同意本身又是无效的),即可肯定行为的违法性。之后,在有责任性的检验环节,行为

人是否认识到了法益主体的表示错误或者决定错误,会对行为人的可谴责性产生实质影响:如有明确认识并且加以利用,或者是故意不履行其说明、检查义务的,则可成立故意犯罪;虽无明确认识但有认识可能性的,或者是由于疏忽等怠于履行其说明义务和检查职责的,则可肯定过失,并可能进而成立过失犯罪;如对相应错误既无明确认识也无认识可能性的,则属于意外事件。

从而,在前述各案例中,杀牛事例不能设想屠宰工人具有确认牛信有无错误的义务,就否定了其具有过失责任,纯属意外;拔牙事例,因“检查义务”的懈怠而可能肯定牙医的过失;至于妄想绝症事例,如果负有说明义务的医生为了将拟移植的脏器用作己用而故意不予说明,则可肯定故意,如果仅是粗心大意怠于说明,则可肯定过失,否则就是意外事件。

注释:

①参见蔡桂生:《构成要件论》,中国人民大学出版社2015年版,第327页。

②参见林山田:《刑法通论》(上册)(增订10版),北京大学出版社2012年版,第237—238页;林钰雄:《新刑法总则》,元照出版有限公司2014年版,第283—284页。

③参见[德]乌尔斯·金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》(第6版),蔡桂生译,北京大学出版社2015年版,第117页。

④[日]山口厚:《刑法总论》(第3版),有斐阁2016年版,第163页。

⑤[德]乌尔斯·金德霍伊泽尔,见前注③,第117页。

⑥有学者在梳理了“承诺”一词的移植史的基础上,认为使用“同意”一词内涵更为准确,更贴近汉语使用习惯,是英美刑法中对应问题的惯常译法,并在德日刑法翻译中已有广泛市场,从而主张使用“被害人同意”概念,参见车浩:《“被害人承诺”还是“被害人同意”——从犯罪论体系语境差异看刑法概念的移植与翻译》,载《中国刑事法杂志》2009年第11期,第19页。不过,严格说来,在同意有效的场合,作出同意的法益主体已难称“被害人”,这里只是在约定俗成的意义上使用这一用语。

⑦参见[德]乌尔斯·金德霍伊泽尔,见前注③,第122页。国内学者对此的梳理和研究,可参见车浩:《德国关于被害人同意之错误理论的新进展》,载《环球法律评论》2008年第6期,第90页以下。

⑧参见柯耀程:《刑法总则》,三民书局2014年版,第184页;林钰雄,见前注②,第285页。

⑨余振华:《刑法总论》,三民书局2011年版,第259页。

⑩[日]山中敬一:《刑法总论》(第3版),成文堂2015年版,第218页。

⑪参见[日]塩谷毅:《被害者の同意と錯誤理論》,载《刑法雑誌》43卷1号,第129—130页。

⑫参见[德]克劳斯·罗克辛:《刑法总论》(第1卷),[日]平野龙一监修、[日]町野朔、[日]吉田宣之监译,信山社2003年版,第627页。

⑬参见[日]森永真纲:《被害者の承諾における欺罔・錯誤》(一),载《关西大学法学論集》第52卷第3号,第205页。

⑭参见魏志修:《基于欺罔、错误的被害人承诺——以日本的议论为中心》,台北大学2008年博士学位论文,第17页。

⑮参见日本最高裁判所昭和33(1958)年11月21日判决,刑集12卷15号,第3519页。

⑯参见[日]塩谷毅,见前注⑪,第132页。

⑰参见[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2015年版,第106页。

⑱[日]塩谷毅,见前注⑪,第132页。

⑲[日]塩谷毅,见前注⑪,第133—134页。

⑳参见[日]铃木茂嗣:《刑法总论》(犯罪论),成文堂2001年版,第61页;[日]井田良:《讲义刑法学·总论》,有斐阁2008年版,第323—324页。

㉑[德]乌尔斯·金德霍伊泽尔,见前注③,第123页。

㉒参见[日]山中敬一,见前注⑩,第218页。

㉓[日]山口厚:《「法益関係の錯誤」説の解釈論的意義》,载《司法研究所論集》2003-II(第111号),第99页。

㉔[日]井田良:《刑法总论の理論構造》,成文堂2005年版,第199页。亦可参见[日]山中敬一,见前注⑩,第324页。

㉕参见[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第376页。

㉖参见[日]山中敬一,见前注⑩,第218页。

㉗参见付立庆:《被害人因受骗而同意的法律效果》,载《法学研究》2016年第2期,第157—158页。

㉘当然,如果医生未必认识到副作用,则充其量只是个过失问题。与此相对,如果副作用并非必然发生而是存在一定的危险性,却未对病人予以正确说明的场合,则与手术失败的场合同等对待。

㉙参见[德]克劳斯·罗克辛:《德国最高法院判例:刑法总论》,何庆仁、蔡桂生译,中国人民大学出版社2012年版,第76页。

③⑩参见[德]克劳斯·罗克辛,见前注⑤,第377—378页。

③⑪参见[日]森永真纲,见前注⑬,第222页。

③⑫参见冯军:《刑法问题的规范理解》,北京大学出版社2009年版,第166页。

③⑬参见[日]森永真纲,见前注⑬,第220页。

③⑭[德]克劳斯·罗克辛,见前注⑤,第75页。

③⑮参见[日]佐伯仁志:《被害者の錯誤について》,载《神戸法学年報》第1号(1985),第73页。

③⑯参见[日]森永真纲,见前注⑬,第221—222页。

③⑰参见[日]塩谷毅,见前注⑪,第136页。

③⑱山中敬一大体上也表明了同样的立场,参见[日]山中敬一,见前注⑩,第219页。

③⑲参见[日]塩谷毅,见前注⑪,第136页。不过,也有学者明确提出,得到被害人承诺与得到患者承诺二者必须严格加以区别。“基本上,前者系针对一般犯罪而言,而后者则系属于医疗行为或治疗行为之范畴。更明确而言,前者对被害人(并非仅限于患者)而言,至少其并无客观利益存在,而仅系有关主观利益之问题,亦即其仅止于被害人之自我决定权而已;至于后者,系针对患者之身体或健康而言,其侵入性医疗行为或给药行为系以患者生命、身体或健康之客观优越利益为前提……故必须慎重判断患者是否为被害人。”参见余振华:《得被害人承诺之行为评价》,载《刑与思——林山田教授纪念论文集》,元照出版有限公司2008年版,第148页。

④⑩[日]松原芳博,见前注⑰,第106页。

④⑪[德]克劳斯·罗克辛,见前注⑤,第73页。

④⑫参见[日]森永真纲,见前注⑬,第223—224页。

④⑬[日]山中敬一,见前注⑩,第218页。

④⑭[日]松原芳博,见前注⑰,第107页。

④⑮参见[德]克劳斯·罗克辛,见前注⑫,第628页。

④⑯参见[日]小林意太郎:《いわゆる「法益関係的錯誤」の意義と限界》,载《立教法学》第68号(2005),第39页。

④⑰同上注。

④⑱参见[日]山中敬一:《被害者の同意における意思の欠缺》,载《关西大学法学論集》33卷第3、4、5合刊号,第344页以下。

④⑲参见[日]山口厚:《问题探究刑法総論》,有斐阁1998年版,第82页以下。

⑤⑩[日]山中敬一,见前注⑩,第221页注18。

⑤⑪[日]山口厚:《欺罔に基づく被害者の同意》,载《田宮祐博士追悼論集》(上卷),信山社2001年版,第331页以下;[日]山

口厚,见前注④,第163页。

⑤⑫[日]山口厚:《刑法総論》(第2版),有斐阁2016年版,第159页。

⑤⑬参见[德]克劳斯·罗克辛,见前注⑫,第628页。

⑤⑭参见[日]林美月子:《錯誤に基づく同意》,载《刑事法学の現代の状況・内藤謙先生古稀祝贺》,有斐阁1994年版,第33页以下。

⑤⑮参见付立庆,见前注⑰,第163—166页。

⑤⑯参见[日]齐藤诚二:《欺罔に基づく承諾》,载《刑事法学の歴史と課題:吉川経夫先生古稀祝贺論文集》,法律文化社1994年版,第180页。

⑤⑰[德]克劳斯·罗克辛,见前注⑫,第625页。