

“骗奸”的法教义学阐释与 强奸罪解释论的深化

杜治晗

【摘要】以欺骗手段与妇女发生性关系的行为俗称“骗奸”。我国《刑法》第236条没有明确列举欺骗手段,司法惯例认可特定情形的“骗奸”构成强奸罪,但司法惯例既不能说明“骗奸”为何能够构成强奸罪,也无法厘清能够成立强奸罪的“骗奸”类型。欲将“骗奸”行为归入《刑法》第236条,需要在解释“其他手段”时摒弃强制手段必要说和同类解释规则,同时根据法益关系错误说判断欺骗行为是否违背法益主体的意思,再根据性自主决定权的防御权属性厘清确实侵犯性自主决定权的“骗奸”类型。以“骗奸”为切口全面检讨强奸罪的解释论,有助于通过刑法解释的体系思考实现我国性犯罪立法的以简驭繁。

【关键词】强奸罪解释规则;违背意志;法益关系错误说;性自主决定权;防御权属性

【作者简介】杜治晗,法学博士,华中科技大学法学院副教授。

【原文出处】《法学家》(京),2024.5.156~170

问题的提出

我国《刑法》对性犯罪的规定具有条文简要、覆盖广阔的鲜明特点:以“奸淫”和“猥亵”这两种行为类型为双轨,再根据犯罪对象区分保护力度。职是之故,一些性侵害行为的犯罪认定就有赖司法实践和学理解释的补充,以欺骗手段促成性交的“骗奸”便是如此。

1984年4月26日最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于当前办理强奸案件中具体应用法律的若干问题的解答》(以下简称《解答》)规定,利用迷信手段进行欺骗,以及利用或假冒治病等方法奸淫妇女的,可以构成强奸罪。《解答》虽已废止,但司法实践一直只将三种“骗奸”行为认定为强奸罪:以迷信手段欺骗,利用或假冒治病,冒充丈夫或情人;至于冒充公职人员,编造职业、收入,或者谎称会与妇女恋爱、结婚的,则不作强奸罪处理。^①

由司法权威和历史经验共同确立的司法惯例虽然维持了处罚范围的稳定,却阻断了学理研究的深入,使得个案裁判易由“惯性操作”滑向“标签操作”。例如:

[案例1]被告人冯某某曾追求被害人晋某某未果,此后冯以“方冲”为名与晋“网恋”。冯以“方冲”的名义告知晋,二人是三世姻缘,只要晋寻找一个男子脱光衣服躺在床上,念21遍咒语“方冲,来吧”,“方冲”就可以附身在该男子身上与晋发生性关系。冯又使用诱导方式使晋找到冯作为附身男子。其后,冯假装自己被“方冲”附身与晋某发生性关系。

本案一审和二审法院均径直以“利用迷信手段欺骗”为由认定强奸罪成立。^②但是,假托鬼神“附身”是“迷信邪说”,如果假托“普通人附体”也是“迷信邪说”的话,那么“普通人穿越/互换”的热播影视剧就是在宣扬“迷信邪说”;如果“三世姻

缘”是迷信,那么山盟海誓时以“上天/前世注定的缘分”等说辞俘获芳心也是“利用迷信欺骗”。本案的裁判其实是用一个内涵模糊的习惯用语替代了构成要件该当性的严格检验。

审视司法惯例不作强奸罪处理的“骗奸”情形,也存在以经验替代说理的疑问。如前所述,以恋爱、结婚或支付金钱引诱他人发生性关系的,都不成立强奸罪。但在行为人以“灵修”“改运”“破灾”等“功效”欺骗妇女促成性交的案件中,司法实践普遍肯定强奸罪的成立。^③问题在于,在上述两种情形中,受骗者最终的“目的落空”是相同的,也正是这种“目的落空”使受骗者产生受害感,因此区别对待二者的道理并非不言自明。

奸淫是不正当的性行为(《辞海》),欺骗不得谓正,司法惯例坚持处罚“骗奸”行为,实不其枉。但司法惯例无法克服经验知识的感性特质与惯性局限,对“骗奸”行为的司法处理终究应以学理研究为皈依。由司法惯例转向学理研究,“骗奸”有两个问题需要回应。

一个是被司法惯例掩盖的问题,即“骗奸何以为强奸”。根据罪刑法定的明确性原则,任何行为方式在归入《刑法》第236条第1款的“其他方法”时都应接受严格的解释学检验。反过来说,以强奸罪处罚“骗奸”行为,必须首先明确强奸罪的解释规则,“骗奸”正是检验强奸罪解释论的绝好素材。

另一个是司法惯例无力说明的问题,即“何种骗奸为强奸”。“欺骗”的本质是欺骗者通过干预或破坏受骗者的认知,使受骗者的决定偏离自身意愿。探讨“什么情形的骗奸才是强奸”,就是研究法益主体需要认识到什么信息后才能作出符合自身意愿的自主决定,这正是性自主决定权的具体内容,可以假手“骗奸”的法教义学研究来充实性自主决定权的内容。

基于以上问题意识,本文在承认“骗奸”行为大体可罚的前提下,以“骗奸”为切口依次检讨强

奸罪的解释规则、违背意志及保护法益等核心问题,以期明确“骗奸”的法教义学形象,深化强奸罪的解释论。

一、“骗奸”与强奸罪解释规则的反思

目前,我国通说认为,“违背妇女意志”与“手段的强制性”是强奸罪本质特征不可分割的组成部分。^④还有一种流行的观点主张,根据体系解释的“同类解释规则”,《刑法》第236、237条的“其他手段”和“其他方法”,应当与暴力、胁迫手段具备“行为手段强制性的同类”,否则就会违反罪刑法定原则。^⑤以上立场可归纳为“强制手段必要说”。

持“强制手段必要说”的学者提出,强奸罪的强制手段是使人不能反抗、不敢反抗、不知反抗的手段,任何造成或者利用他人不能反抗、不知反抗、不敢抗拒的手段都具有与暴力、胁迫相同的强制性质;^⑥而欺骗是“造成或利用他人不知反抗的手段”,故属于强制行为。^⑦不过,欺骗的基本原理是操纵信息使他人陷入错误,与作用于他人之人身、精神的强制力差异明显。黎宏教授指出,即便是前引《解答》规定的“骗奸”情形,多数也很难说是强制手段。^⑧因此,有必要基于“骗奸何以为强奸”的问题意识重新审视强奸罪的解释规则。

(一)强制手段必要说对“强制”的界定存在疑问

首先,如果欺骗的效果是使人“不知反抗”,这仅属于知觉或认知层面的受限,而“不能反抗、不敢反抗”则属于人身或心理层面的受限。一般认为,通过限制认知而控制他人的行为(尤其是欺骗)与通过限制他人身心而控制他人的“强制”并不相同。^⑨原因在于,在加害人以暴力、胁迫强制被害人的当时,被害人现实的意愿与意思自由受到压制和抵消,而在加害人欺骗被害人的当时,被害人现实的意愿与意思自由一般不会受到压制和抵消。^⑩

其次,将单纯利用“强制状态”的行为也作为强制行为难言妥当。虽然《德国刑法典》第177条

的性强制包括利用行为,但是,该法第240条强制罪所规定的强制行为仅限于以强暴或胁迫方式强迫他人。《日本刑法典》将利用“强制状态”对他人实施的性行为单独规定在强制性交、强制猥亵之外,强制行为必须制造出令他人明显难以反抗甚至不能抗拒的状态,单纯的利用行为不在其列。显然,我国《刑法》没有类似于《德国刑法典》第177条的特别规定。

最后,强制手段必要说论者只是在解释强奸罪、强制猥亵罪时主动弃守强制概念的边界,但在财产犯罪领域仍然否认欺骗方法是“具有与暴力、胁迫相同的强制性质”的“其他方法”,也否认单纯的利用行为属于“具有与暴力、胁迫相同的强制性质”的“其他方法”。^⑩如上“用语的相对性”,固然是在《刑法》对财产犯罪与性犯罪的规定疏密不同的条件下,为了尽量周延地保护性权利而采取的权宜之计,^⑪不过,既然明知需要扩张强奸罪的规制范围却仍然选择强制手段必要说,而选择此说后又弃守强制的概念边界,未免自相矛盾。

(二)“行为手段强制性同类”是解释错觉

《刑法》第236条第1款的立法技术可以总结为“非穷尽列举式例示规定结合一般条款”。“一般条款”是指由“不确定的法律概念”所构成的法条核心内容,如《德国刑法典》第211条的“谋杀”。^⑫“非穷尽列举式例示规定”表现为,条文在明确列举某些具体例示后,为避免遗漏而缀以“或其他”之类的“概括规定”。^⑬在《刑法》第236条第1款中,“暴力、胁迫或其他手段”是非穷尽列举的例示规定,“强奸妇女”是一般条款,“强奸”是与“谋杀”相同的不确定法律概念。

在“非穷尽列举式例示规定结合一般条款”的条文结构内,具体例示可以指引解释方向,但既可能服务于“概括规定”,^⑭也可能服务于“一般条款”,^⑮唯视何者含有需要解释指引的要素而定。例如,《德国刑法典》第211条第2款的“出于谋杀癖好、满足性欲、贪婪或是基于其他卑劣动机”,各

具体例示指引“其他卑劣动机”之解释。对比可见,我国《刑法》第236条第1款的“或其他手段”中没有类似于“卑劣”的规范要素需要解释指引,是一个纯粹为了避免遗漏的概括规定。因此,认为第236条第1款的“其他手段”应当根据同类解释规则受“暴力、胁迫”之约束,其实是一个解释错觉。

实际上,“暴力、胁迫”也不足以指示强奸行为必须具备强制性质。非穷尽列举式例示规定,“例示的类型愈少,其特征之交集部分愈不具体,从而以该共同特征构成之概括规定也愈不明确”。^⑯暴力、胁迫原本就存在强制程度的差别,既然第236条是按“暴力、胁迫”的顺序进行规定,焉知立法者采取的不是强制程度递降直至没有强制性质的枚举法。

《刑法》第236条的“其他手段”不限于与暴力、胁迫的强制作用相当的手段,正如煽动颠覆国家政权罪中的“其他方式”,不限于与造谣、诽谤同类的使用虚假信息的方式,^⑰这并不违背罪刑法定原则。刑法使用“非穷尽列举式例示规定结合一般条款”的立法技术,是为了在保护法益所需要的“保障规则密度”与罪刑法定所要求的明确性之间寻求平衡。^⑱当保障规则的密度不足以保护法益时,就不能片面追求限缩构成要件的规制范围。我国《刑法》对性犯罪的规定相当精简,无须以“暴力、胁迫”限制“其他手段”。

(三)确定本质特征宜着眼于解释效果

在《刑法》第236条仅明文列举“暴力、胁迫”的条件下,无法根据已知的规范直接以演绎分析的方法正面推导“骗奸”能够成立强奸罪,但可以在“骗奸”与强制型强奸之间进行相似性论证,证明“骗奸”同样具有《刑法》第236条所要求的某些特征。^⑲相似性论证的有效性取决于比较中项(比较点)的选择和待比较特征的确定,“只有当存在根本性的原则作为支持理由的时候,类比才是有意义的”。^⑳最优的比较中项和比较特征莫过于

“事物本质”——“事物本质”是法规范的客观意义的负载者,是规范与事实调和同化的中间点。^②因此,强奸罪的本质特征并不是一个单纯的思辨问题,而是属于解释方法范畴的问题。

犯罪发生于加害人与被害人之间,自在加害行为或受害内容中确定各项犯罪的本质。因此,我国通说选择以“强制手段”与“违背意志”为强奸罪的本质特征,并以内在规定与外部表现的辩证关系统合二者。问题在于,“违背意志”与“强制手段”没有必然关联,违背妇女意志未必使用强制手段。例如,行为人不顾瘫痪女性的咒骂哭泣将其奸淫的,无疑违背了该女性的意志,但难以认为行为人使用了强制手段。

既然本质特征具有解释方法上的意义,择立本质特征自当首重解释效果。就解释效果而言,“强制手段”有利于限缩处罚范围,“违背意志”则有利于以解释论延展立法规定、实现立法规定与法律适用的良性互补。即以“骗奸”为例,欺骗并不具备强制性,却与暴力、胁迫同属于造成意思瑕疵的典型情形,以“违背意志”作为强奸罪的本质特征更有利于论证“骗奸何以为强奸”。

(四)小结

上文的讨论表明,对《刑法》第236条而言,“强制手段必要”不仅是一种解释错觉,而且还助推“为强制而强制”的强行解释,导致强制概念丧失确定性。强奸罪的解释论,应当摒弃以“强制手段”为中心的限制解释立场,围绕“违背意志”这一本质特征,采用目的解释规则妥善延展强奸罪的保护范围。

二、“骗奸”与“违背意志”的确切含义

既然“骗奸”成立强奸罪的理论前提是以“违背意志”作为强奸罪唯一的本质特征,回答“何种骗奸为强奸”就要探讨“何种骗奸违背意志”,这就需要说明“违背意志”的确切含义。

(一)“违背意志”的理解分歧

“违背意志”的规范意义可以表达为“不同意”

或“未得同意”。^③不过,“不同意”或“未得同意”既可能是被害人明确表示拒绝,也可能是被害人没有明确表示同意。认为被害人明确表示拒绝才是“违背意志”的立场可以概括为“只有拒绝才不行”(no means no),认为被害人没有明确表示同意就足以证明“违背意志”的立场可以表达为“只有同意才可以”(only yes means yes)。当前,对“违背意志”的不同理解,已经演化为强奸罪的立法模式及入罪模式的对立。^④

“只有拒绝才不行”的立场认为,只要被害人以清晰、确定、可辨识的方式表达了反对意思,而行为人无视被害人的反对意思,执意实施或继续进行性行为,就成立性侵害,现行《德国刑法典》第177条即采取这一立场。“只有拒绝才不行”所理解的“违背意志”,是行为人与被害人的意思处于对立状态,而行为人无视、压制了被害人的反对意思。

“只有同意才可以”的立场则主张,若性行为未得相对人以语言或积极行动表示的明确同意即构成性侵害,沉默或者默认亦不受认可。“只有同意才可以”的立场重视性行为参与者的积极同意,至于如何表示或者获取积极同意则有不同程度的要式要求,最严格的协商模式要求性行为双方在自由、自愿的条件下,以语言或双方习惯的方式就性行为进行具体的协商并达成一致,苏格兰和美国华盛顿州采取协商模式。

“只有同意才可以”较“只有拒绝才不行”更为严格。在相对人失去意识无法形成意愿、对性行为的发生并不知情或来不及反应以及对性邀约不置可否的场合,因为行为人没有获得积极同意,“只有同意才可以”能够毫无障碍地得出违背意志的结论;与之相反,因为相对人没有形成或表达反对意愿,“只有拒绝才不行”无法自然而然地得出违背意志的结论。因此,“只有同意才可以”的立法例一般只需要在涉及性强制的罪名中明确界定何为同意,而“只有拒绝才不行”的立法例需要在

性强制罪名之外另设其他配套罪名,用以规制利用他人丧失意识或不及抗拒而实施的乘机性交猥亵行为与突袭式性行为。^⑤

值得玩味的问题在于,对“只有拒绝才不行”和“只有同意才可以”而言,“骗奸”都是一个“擦边球”。因为“骗奸”是欺骗他人“同意”性行为。或许多数意见认为这个形式上的“同意”毫无意义,只有规范意义上“无瑕疵的有效同意”才能阻却强奸罪成立。^⑥不过,欺骗虽然与强暴、胁迫同为典型的意思瑕疵,但只是“一般”而非“绝对”能够否定同意,^⑦原因在于欺骗与强暴、胁迫不同,并不会压制、取消相对人的现实意愿。司法惯例只处罚部分“骗奸”便能佐证这种微妙的差异。理解欺骗的上述特性之后,也就能够理解“骗奸”案件中“违背意志”的难题:如果支持“只有拒绝才不行”,由于受骗者并没有形成现实的反对意愿,那就必须寻找乃至建构出一个“反对意愿”;如果选择“只有同意才可以”,就必须先行消解一个受欺骗而产生的“同意”。究竟孰为合理,只有进入受欺骗承诺问题的讨论才能水落石出。

(二)受欺骗承诺与“骗奸如何违背意志”

受欺骗承诺是承诺论中极富争议的复杂问题,理论上存在全面无效说、动机错误说、条件错误说和法益关系错误说等代表性观点。通过考察以上四说如何说明“骗奸如何违背意志”,可以检验各说的思考方法和理论根基。

1. 全面无效说名不副实

全面无效说是通过否定承诺效力来证明违背意志,也就是认为“承诺无效”即“违背意志”。全面无效说论者认为,刑法的承诺制度旨在保障法益主体的充分自治,欺骗行为人干扰了法益主体自主决定所需要的信息基础,应当受到禁止。^⑧

全面无效说受到的批评是,单纯根据欺骗就轻易认定全部承诺无效,会导致处罚范围的扩张。^⑨对此,全面无效说论者提出如下辩解:不能认为只要承诺无效,欺骗行为人就必然构成犯罪,

行为人的行为即使违背了他人的真实意愿,也只有在符合相关犯罪的构成要件时才能成立犯罪,例如,“即使客观上违背妇女意志”,也只有在欺骗行为致使妇女不敢反抗、不知反抗时,才能成立强奸罪。^⑩

然而,全面无效说自诩以维护个人充分自治为目的,故而主张最大限度地禁止干扰个人自治的外在条件,但按照强制手段必要说的主张,没有达到强制程度的欺骗行为即便违背妇女意志,也不能成立强奸罪,实际将个人意思置于无足轻重的地位,何来尊重个人自治之有?

全面无效说论者在明知该说无法限制处罚范围的情况下,寄希望于相应犯罪的构成要件进行堵截,实为无计可施的推脱。的确,即使受欺骗的承诺是无效的,通过欺骗而损害法益的行为能否该当相应犯罪的构成要件,也仍然是个问题。^⑪但不能就此将承诺论能够完成的判断任务全部推卸给构成要件。这是因为,构成要件如何设置是立法者的工作,如何解释构成要件更是言人人殊。即以全面无效说在“骗奸”问题上所仰赖的强制手段必要说为例。根据前文的分析,我国《刑法》第236条并无采取“强制手段必要说”的必要和余地;而《德国刑法典》第177条原本明确要求强制手段,2016年修正时已删除该要求。由此可见,应该在承诺论内发展更为精善的理论解决受欺骗承诺问题,而不能指望构成要件来堵截。

2. 动机错误说含糊其词

动机错误说也是通过否定承诺效力来证明违背意志的。动机错误是指法益主体在处分法益的动机上发生错误。传统的动机错误说认为法益主体基于受欺骗而产生的错误使得承诺一概无效,只有单纯的动机性错误除外;^⑫重大动机错误说认为,当行为人的欺骗成为法益主体的决定性动机,则承诺无效。^⑬两种动机错误说都认为动机错误一般不影响承诺的效力。

动机错误说最重要的应用场景就是“骗奸”。

如前所述,编造职业、收入,或者以恋爱、结婚、支付金钱为诱饵,诱骗妇女发生性行为的,一般不作为强奸罪处理。至于原因则一般如此解释:受骗者对施诈者的职业、收入、社会地位、婚恋意愿等事实的认识错误,不能一概导致性行为的发生,这些错误认识属于无关紧要的动机错误。^④

不过,两种动机错误说都没有说明动机错误为什么无关紧要。有重大动机错误说论者认为,如果行为人以相约殉情自杀欺骗被害人,应当认为行为人的欺骗对被害人的动机具有重大影响,承诺无效。^⑤但是,同样是相信他人将来会采取某种行动,为什么误信他人会与自己结婚就无关紧要,而误信他人会追随自己赴死就具有决定性?难道承诺殉情会比承诺结婚更可信?正如罗克辛教授所指出的,被认为无关紧要的动机错误与其他值得注意的错误之间的界限始终是不清楚的。^⑥

3. 条件错误说言过其实

条件错误说认为,如果被害人知道真相就不会作出相应承诺,则承诺无效。该说以法益主体在信息真实全面的条件下本来会有的意思作为其真实意思,又称“主观真意说”。

条件错误说能够帮助“只有拒绝才不行”找出“骗奸”案件中被害人的反对意思。有观点认为,乘他人丧失意识或基于欺骗而实施的性行为,其不法内涵在于蔑视被害人不同意的可能性,倘若这些原因不存在,被害人便可能拒绝该次性行为。^⑦据此,“骗奸”行为的不法在于违背潜在的“不会同意”的“主观真意”。

条件错误说的要害在于以事后的意思否定行为当时的意思。该说运用条件关系公式的反事实思维,以假设的方式撤销某项已经发生的事实,构建出与现实意愿平行的、相反的假设意愿,以事后的假设意愿取代当时的现实意愿。但是,刑法上的承诺制度是以个人意思阻止国家发动刑罚权的特例,而国家的刑罚权不能由个人意思任意左右,不能承认法益主体的事后承诺。^⑧即便条件错误

说所假设的是受骗者当时的主观真意,也会为事后承诺打开突破口。以下述案件为例:

[案例2]邵某为了让妻子认识到网聊的危险,特意于2013年12月18日上午戴着人皮面具伪装成陌生人进入邵妻的工厂宿舍,以暴力手段压制邵妻的反抗后实施性行为。公安机关侦破案件提请检察院批准逮捕邵某,而邵妻向司法机关表示不愿邵某受到刑事处罚。^⑨

本案可称为“受欺骗反对”:邵某有“冒充陌生人”的欺骗行为,邵妻因受骗而产生反对意思,如果邵妻知道真相便不会产生反对意思。根据条件错误说,邵妻知道真相后的同意才是“主观真意”。但是,如果当时的反对意思不是“主观真意”,邵某暴力压制反抗的行为又该如何解释和处置?一旦认定邵妻知道真相后的同意是“主观真意”,这与承认事后承诺又有何区别?以“受欺骗反对”反照“受欺骗承诺”可知,条件错误说非但不能探明“主观真意”,反倒能为事后承诺张目,兼具理论欺骗性和理论危险性。

4. 法益关系错误说的正确主张

法益关系错误说主张,一个真实、有效的承诺包含着对一项法益的放弃在内,只有当法益主体对所放弃的法益之种类、范围或者危险性发生错误,而不是仅仅对法益处分的反对给付产生错误时,才能使承诺无效。

法益关系错误说以具体罪刑规范的保护法益作为客观基准,将法益主体的错误区分为重要的错误和不重要的错误。道理在于,只要承诺无效的后果是构成犯罪,就必然是构成具体的犯罪,那就必须侵害该具体犯罪的保护法益。如果欺骗造成的错误没有落在与具体法益有关的内容上,那么在具体法益的处分意思上就没有瑕疵,也就不存在具体法益受损之说。

立法者设计了精密的罪刑规范体系,不同的具体法益受不同的罪刑规范保护,甚至同一法益的不同价值侧面也可能由不同的罪刑规范负责保

护,罪刑法定主义要求严守罪刑规范之界限。法益主体有权处分的法益主要是人身与财产,这些法益受保护的价值侧面大致有二:一是其存在本身(存续价值),二是其作为实现一定目的、获取反对给付的交换手段(交换价值)。法益关系错误说提出,由于人格与人身不可商品化,刑法只宜保护人身法益的存续价值;与之相对,财产法益不仅存续价值受到保护,而且交换价值由诈骗罪统一保护。如果因为承诺人没有获得反对给付就否定其承诺的效力,那就是越过诈骗罪而动用其他犯罪的构成要件间接保护该反对给付;如果保护的是处分人身法益的反对给付,还会助长人身和人格的商业化。^⑩总之,在法益主体为了实现其他目的、其他利益而有意识地处分某项特定法益时,不能动用保护该特定法益的构成要件来保护其他目的或其他利益。

法益关系错误说与“只有同意才可以”深度契合。因为法益主体如果对受侵害的法益种类、侵害范围、危险程度存在错误认识,就等于对法益侵害事实并无承诺。^⑪例如,被害人甲同意妇科医生乙进行内诊,但乙却在内诊时暗中以身体部位进入甲之身体。甲同意接受内诊,却并不知道乙会以身体部位侵入,乙的欺骗行为与法益侵害的种类和内容有直接关联,甲自始未曾同意乙所实施的性行为,其错误认识系属法益关系错误。有学者径直认为,陷入法益关系错误的被害人未曾同意性行为,该性行为即违反其意愿。^⑫实际上,必须采“只有同意才可以”的立场,才能肯定“未同意”即是“违背意志”;如果选择“只有拒绝才不行”,那么被害人必须形成反对意思,“未同意”也不属于“违背意志”。^⑬

(三)小结

“违背意志”的确切含义是强奸罪的重大争议问题。从立法体例来看,“只有同意才可以”更适合我国《刑法》对性犯罪的简约规定;从解释论来看,“只有拒绝才不行”与条件错误说的组合以假

设方式构建出“反对意思”,明显不自然且经不起推敲,而以“只有同意才可以”组合法益关系错误说,能够直接消解形式同意,顺畅说明“骗奸如何违背意志”。

三、“骗奸”与性自主决定权的功能激活

如前所述,“骗奸亦可为强奸”的关键前提是采用目的解释方法解释强奸罪,而认定“何种骗奸为强奸”的理论工具是法益关系错误说。一般认为,刑法的目的是保护法益,目的解释就是以法益的覆盖范围指导构成要件的规制范围;同时,对法益关系错误说而言,解释具体各罪的保护法益是最为重要的问题,决定着与法益相关的错误范围。^⑭如此一来,回答“骗奸何以为强奸”及“何种骗奸为强奸”就必须追问强奸罪的保护法益,而且要求强奸罪的保护法益具有实际的解释能力。强制型强奸则不会提出类似追问和要求,因为任何通过暴力、胁迫实施的性行为都能清晰无疑地归入《刑法》第236条的涵摄范围。追问强奸罪的保护法益并激活其解释功能,是“骗奸”问题的特殊意义之一。

(一)作为通说的性自主决定权及其所受质疑

目前,各国刑法通说大多支持强奸罪的保护法益是性自主权。^⑮性自主权以权利主体的意思决定为核心内容,是个人能够自主决定是否、与何人、在何时何地、以何种方式、进行何种性行为的自由选择,因此也称为性自主决定权。

性自主决定权的实体内容是权利人的意思决定,而承诺实际上也是法益主体的意思决定,二者的边界基本吻合,一旦特定行为导致被害人对性行为的承诺存在瑕疵,就同时侵害了性自主决定权。^⑯既然对承诺而言,强制、胁迫、欺骗都会造成意思瑕疵,那么对性自主决定而言,三者自然都是典型的侵害行为。因此,性自主决定权对“骗奸”具有重要意义:导致承诺无效的欺骗行为本身就侵犯性自主决定权,而且该欺骗行为与强制行为对性自主决定权的侵害程度也不分轩輊。

不过,性自主决定权受到各国刑法通说的接纳,得益于二十世纪的女性解放运动,根基并不真正牢固。特别是在我国,性自主决定权更像是一个舶来的精致花瓶,其能否匹配强奸罪作为传统重罪的定位,又能否为强奸罪的司法认定提供支持,一直不乏质疑。

有质疑意见指出,根据目前的定义,性自主决定权的范围可以无限扩张,将一切界限不明又与“性”相关的主观意思形成活动全部包含在内,并且要求法规无条件保障这些意思活动的恣意实现。^⑭另有质疑意见认为,不论法益的实质是值得保护的“状态”还是“利益”,法益的事实存在面都不可或缺,法益侵害也应该是减损或消除一种有价值的真实存在,而性自主决定权缺乏事实存在面,不是刑法上的适格法益。^⑮还有观点认为性自主决定权的内容存在“空心化”问题,既没有回答为什么关于“性”的自主决定是法规应该特别保护的自主权利,也没有说明性犯罪的不法性不同于其他犯罪(犯罪都会侵犯他人的自主决定)的实质内容。^⑯

以上针对“自主决定”的严厉质疑,已经指向性自主决定权的内涵、外延和价值等方面,回应如此全面且尖锐的质疑需要回溯性自主权的权利属性。

(二)性自主决定权的防御权属性释明

质疑意见认为刑法所保护的性自主决定权最终会保障个人意思的恣意实现,其实是对性自主的权利属性有所误解。需要澄清的是,刑法所保护的性自主决定权是消极自由意义的防御权(Abwehrrecht),并不是积极自由意义的性自主,是免于他人支配和干涉的自由,而不是个人根据自身愿望形塑自己性生活的自由。^⑰

由防御权属性着眼,性自主权得以在宪法与刑法之间实现融贯。宪法理论认为,自由权最基本的意义就是排除他人及国家介入私人领域、确保个人的自由决定与自由行动,这种对抗

性、消极性的自由权就是“防御权(Abwehrrecht)”,防御权是基本权利的根本价值。^⑱在基本权利的谱系内,性自主权属于一般人格权(Allgemeine Persönlichkeit)。^⑲

宪法理论主张,基本权利具有主观权利和客观价值秩序双重性质,所谓主观权利是指公民在受到公权力侵犯时得向国家主张的公法请求权,客观价值秩序是指基本权利确立的价值秩序,这一秩序赋予国家维护基本权利的保护义务。^⑳狭义的国家保护义务要求国家保护公民的基本权利免受其他公民侵害,刑法上的保护当然是主要形式之一。因此,性自主权作为一项基本权利应当受到刑法保护。

不过,法益理论认为,实证法上的权利并非刑法的保护对象,塑造、填充这些权利的利益内容才是刑法所保护的内容。^㉑质言之,法益理论可以筛选基本权利的利益内容作为保护对象。那么,性自主权中的“自主决定”是否果真不能成为适格的法益内容?

既然防御权是基本权利的根本价值,而确保个人的自由决定与自由行动又是防御权的基本意义,那么,个人的自主决定是所有基本权利的根本内容。就此而言,法益理论根本不能拒绝个人的自主决定成为法益。“自主决定”虽然是非物质的、无体的事物,但完全可以成为法益的内容。详言之,法益的存在面所要求的是“真实存在”而非“物质存在”,只要求法益具有可以被损害的性质,不要求必须具备有形的基底(körperliches Substrat)。^㉒真实性所要求的可受损害性质,是指某项事物可在外力作用下产生因果变动,这种性质并非有体的、物质的事物所独有,个人的意思活动、信仰、社会评价(名誉)等无体的、精神的、非物质的事物,也可以受外力作用而变动。^㉓质疑意见认为性自主决定权不是适格法益,其实是狭隘地理解了法益的存在面。

实际上,非法剥夺公民宗教信仰自由罪、非法

侵入住宅罪与强奸罪的保护法益都可以理解为权利人的自主决定,区别仅在于事项不同。不过,宗教自由、住宅自由与性自主同为基本权利,而基本权利是否存在价值位阶尚有争议,为何性自主决定权受到特殊保护?

性自主是一般人格权,一般人格权在宪法上的主要功能是保护私人的生活领域及个人自治的基本条件不受干扰,也就是保护人的内在发展,因此与人的尊严及人格自由发展紧密相关。^⑥宪法通过一般人格权广泛保护个人的性自主,包括性别的自我决定、性倾向的自我形成、性关系的自由建立等,刑法通过强奸罪所保护的性行为的自主决定只是其中一项。性别的自我决定和性倾向的自我形成,无疑是个人对自己最为基本的定义之一,也是个人与外部世界相处、建立社会关系时最为重要的原点之一,性行为与性关系则是人类最为亲密的行为和关系。个人对自己的定义,以及亲密关系的建立和享有,都是人格最核心的部分,是人格自由发展的必要前提。

可以认为,刑法特别保护性自主决定权的实质根据,就在于性自主决定权与人格发展和人性尊严的特殊紧密关系,当性自主决定权受到侵犯时,个人的人格及尊严受到的侵犯也更为深重。一方面,仅凭性自主决定权的本体无法说明性犯罪的被害的重大性——性自主决定权的本体是意思活动自由,按照生命、身体、自由、财产的位阶顺序,性犯罪应该是相当轻的犯罪;另一方面,也不能为了表现性犯罪的被害的重大性,就用撑竿跳的方式将性犯罪的保护法益弹射到“人格”“人性尊严”的高度,一者人格、人性尊严极为抽象,二则践踏人格和人性尊严的行为同样不限于性犯罪。因此,妥善的思考就是仍然承认性自主决定权是性犯罪的保护法益,先通过性自主决定权的本体揭示性犯罪的事实特征,再通过性自主决定权与人格发展、人性尊严的紧密联系说明性犯罪的严重性和特殊性。^⑧

(三)法益关系错误说与性自主决定权的相互激发

对于“何种骗奸为强奸”,司法惯例与法益关系错误说各有自己的回答与主张,二者难免相左,但不能将二者的歧异上升为实践与理论的对立。厘清“何种骗奸为强奸”,关键是以性自主决定权的权利属性为指引,通过“骗奸”的司法认定激活和阐发性自主决定权。

1. 虚构社会地位及隐瞒婚恋意愿的欺骗情形

法益关系错误说认为,受骗人对欺骗人的社会经济地位、婚恋意愿、支付意愿的错误认识,是对性行为之回报的错误期待,此处若以强奸罪处罚欺骗人,就是在保护诈骗罪也不宜保护的性对价或“不受欺骗的意思自由”,并不可取。

法益关系错误说排斥反对给付的立场受到论敌集中批评。批评意见认为,法益关系错误说基于一种“静态的法益观”或“事实性法益概念”,将“与法益有关的内容”单纯地作为一种“静的存立状态”进行考察并予以过度保护。批评意见基于“动态的法益观”或“个人自治的法益概念”提出,法益需要在交换关系中加以掌握,法益的大部分价值也是通过交换价值得以实现的;法益主体对法益客体的支配、处分自由是法益的动态部分,有关反对给付的错误损害了法益主体支配、利用法益客体的自由,实际上也是与法益有关的错误。^⑨果如斯言,法益关系错误说便无法维持“法益关联·反对给付”的对立图式及其分类评价功能。

不过,进入“骗奸”这一具体问题中进行验证之后即可发现,法益关系错误说的主张与性自主决定权的防御权属性深度契合,而所谓的“动态法益观”则与之龃龉不合。详言之,获得令自己心满意足的许诺之后再与自己称心如意的人共赴巫山,这是个人根据自身愿望或喜好开展性生活的积极自由,刑法一旦保护这种积极自由将会导致保护个人意愿的恣意实现,这是性自主决定权不可承受之重。以社会经济地位、婚恋、金钱给付诱

骗他人发生的性行为之所以不成立强奸罪,实质根据就在于性自主决定权的消极自由属性。

2. 假托鬼神灵异的欺骗情形

考察“利用迷信手段欺骗性交”的相关案件,行为人除以“灵修”“改运”为饵进行诱骗外,或号称神祇“上身”使他人畏惧,或宣称违逆自己就会有“报应”“下地狱”“活不长”等严重后果,对此司法机关均直接以“被告人利用迷信手段奸淫妇女”为由判处强奸罪。^④我国台湾地区也将此类行为一律论以强奸罪。^⑤

法律传统和司法惯例并不天然合理。张明楷教授指出,不是只要行为人利用会道门、邪教组织、迷信与妇女性交就能以强奸罪定罪处罚,如果没有违背妇女意志,那就没有侵犯性自主决定权。^⑥我国台湾地区有学者进一步指出,行为人假借鬼神之名,将性行为与特定恶害相联结,以此营造心理恐惧,属于“具有恐吓性质之诈术”,能够压抑被害人自由形成意思,侵犯性自主决定权;^⑦相对的,宣称性接触能改运或带来宗教上的利益(如提升修行、增强法力),则不宜认为相信这些说法的人的性自主决定权受到侵犯。^⑧

本文赞成以上意见。受骗者意图通过性行为获得修行、法力、好运等利益或利好,与意图通过性行为获得金钱、爱情、婚姻并无本质差别。有判决意见认为,在以“改运”为饵实施诱骗的场合,行为人利用迷信使被害人误以为只有放弃性自主法益才能改变命运,这一动机明显影响到法益处分,被害人已陷入不知反抗的境地。^⑨但是,司法实践却认为换取功名、金钱、婚姻的动机无关紧要,获取修行、法力、改运的动机明显重要,岂非不近人情?合理的结论只能是根据性自主决定权的防御权属性和法益关系错误说,都不以强奸论处。

3. 假借治病为名的欺骗情形

棘手的难题是如何处理以治病为名的“骗奸”。例如,医生对妇科病患者佯称,只有通过性交将药物送到患者体内才能治好病,患者基于误

信而同意性交。患者对性交有认识,其同意性交是出于追求身体健康好转的目的。对此类情形,有观点认为不构成强奸罪,因为患者对性交有认识,其错误认识仅在于性交的目的,这个目的无论是为了治疗、结婚、换取高分都不影响同意的效力,^⑩上述情形也没有任何强制性。^⑪主张构成强奸罪的一种意见认为,患者对行为性质存在误解,将奸淫行为当作治疗行为加以接受,是对侵害内容缺乏认识,可以认为是与法益相关的错误。^⑫另一种主张构成强奸罪的意见认为,患者的错误认识不是与法益相关的错误,而是一种类似于紧急避险的认识和选择,即放弃性自由也要治疗疾病、保护身体,强奸罪的暴力、胁迫也会造成同样的心理状态。^⑬

本文赞同第三种意见的思路。一方面,对性行为的完整认识是认识到特定的身体接触在社会生活中具有性的意义。当受骗人误以为正在发生的性行为是不含性意义的行为时,就存在法益关系错误。在谎称治病而实施猥亵的场合,因为医师触摸患者隐私部位的诊疗行为本身不具有性意义,所以存在将该触摸行为理解为“不是猥亵”的余地;但在实施奸淫的场合,不能否认奸淫行为本身就具有性意义,难以认为受骗人存在法益关系错误。^⑭

另一方面,以治病为名的“骗奸”并非没有任何强制性可言。《德国刑法典》第240条强制罪和第177条性强制罪的“胁迫”要求行为人必须以显著的恶害相胁迫。恶害可以是任何一种价值损失,“显著的”恶害则是指,在考虑被胁迫者个人情况的基础上,该价值损失从客观上看来适于驱使理性第三人实施胁迫者所要求的行为,如果被胁迫者可以被期待抵制胁迫,则并不存在“显著的”恶害。^⑮准此以观,行为人提出“不性交就不结婚、不录用、不及格”,不是以“显著的恶害”相胁迫,然而“不性交就不治疗”则与前者不同,因为任何正常社会的生活观念和价值规范都会期待考试、就

业、婚恋不利的人们勇敢追求下一次尝试,但不会期待正在忍受病痛的患者抵制任何可能的治疗机会,甚至要“死马当成活马医”。当医师向患者谎称性交是治疗之必需,其所传达的信息是“不性交就不能治疗”,已与直接要挟患者“不性交就不治疗”相近,患者拒绝性交的不利后果都是继续忍受身体的病痛,足以压缩患者决定性交与否的自主空间。

4. 冒充性伴侣的欺骗情形

一般认为,对性对象的同一性的认识错误是与法益相关的重要错误。^②不过,与错误论中的“符合”相似,“性对象的同一性”也是一个弹性概念,实际的性对象与认识的性对象需要在什么程度内“同一”,未见说明。例如:

[案例3]孙某酒后去本厂女工宿舍,推门时将熟睡的赵某惊醒。赵某恍惚中误以为孙某是其男友,便问孙某“站在那干啥”。孙某意识到赵某认错人,乘机与赵某性交。^③

如果认为法益主体只需要认识到正在与“这个人”性交,那么案例3中的赵某就没有认识错误;如果认为性对象的同一性需要在人格上同一,则案例3乃至案例1都有认定错误的余地。美国有判例认为这仍然是针对事实的欺诈,也有判例认为当事人有认识且有同意。^④正因如此,有观点进一步认为此类案件中没有欺骗行为:被告人没有义务表明身份,其举动也没有传递出虚假信息,认定默示欺骗或不作为欺骗都缺乏根据。^⑤

要认定行为人“冒充他人”,前提是客观上确实存在一个法益主体预设的特定的亲密关系人。那么,这个人在客观上能否确定呢?值得注意的是,[案例3]的女工宿舍是隐私权所保护的私生活空间。个人的私生活具有绝对私人性质,通常都需要一个与他人隔离的空间以免受公开观察。基于这一功能设定,私生活空间有以下特性:一是选择性开放的限制接触属性,一般只对特定的亲密关系人开放;二是物理空间的最后防护属性,当个

人在私生活空间内开展私生活事务时,该空间就是最后的屏障。着眼于前一特性,进入他人私生活空间的行为人无异于以默示的举动表明自己与他人有亲密关系;着眼于后一特性,也可以说进入他人的私生活空间就对他人的私生活安全形成了紧迫危险,特别是引起他人误认的高度危险,行为人负有消除危险的作为义务。因此,在类似于[案例3]的案件中尚有肯定欺骗的余地。随后的问题就是,性自主决定权是否需要保护法益主体的这个预设及限定?如前所述,建立和享有亲密关系是人格发展最核心的部分,这就是性自主决定权保护性对象选择自由的理由,如果法益主体以客观上可以认知的方式预设或选择了特定的亲密关系人,基于性自主决定权的防御权属性,刑法可以保护这一选择和预设。

5. 司法惯例以外的延伸探讨

最后,以两种司法惯例之外的情形进行延伸思考:一种情形是,性对象明确要求必须使用安全套性交,行为人在性交时暗中不使用;另一种情形是,行为人向性对象隐瞒自己携带可通过性行为传播的病毒或者自己具有生育能力,性对象因而选择不使用安全套,结果感染病毒或怀孕。对于前者,英国有判例认为性同意无效,行为人构成性犯罪;对于后者,中英两国司法实践都认为性同意有效,行为人构成身体伤害犯罪而不是性犯罪。^⑥

上述处理结果能够得到法益关系错误说的支持。是否使用安全套是性交方式的选择,在性对象没有作出选择时,行为人隐瞒病情和生育能力是针对选择原因的欺骗,不影响性同意的存在,至于由此造成的感染或怀孕等身体伤害,并不由性犯罪保护;而在性对象选择使用安全套后,行为人暗中不使用,那么性对象就没有同意不使用安全套的性交方式。

法益关系错误说之所以如此烦琐,目的在于精确锁定强奸罪的保护法益,保证处罚“骗奸”的适正性。在强制型强奸的场合,个人的确可以将

性交与任意条件关联起来。例如,妇女要求必须使用A品牌安全套,而行为人强行使用B品牌安全套与之性交的,也能成立强奸罪,因为妇女所表达的不同意是针对性行为的发生本身。^⑥但在欺骗的场合,如果因为个人偏好未得到满足而否定已经表达于外的同意,受到保护的究竟是一个潜在的不同意还是个人偏好就不得而知了。

由此可见,性自主决定权也需要在“骗奸”中借助法益关系错误说来厘清保护内容。刑法的目的是保护法益,而选取什么内容设为“法益”本就有“目的”。即以性自主决定权而论,重要的不止“性自主决定权是不是包含这种选择”,还有“性自主决定权为什么包含这种选择”。实际上,对象、时间、地点、方式、种类作为性行为的存在形式,都是因为与性行为的亲密感、私密性、独立性等价值相关才具有重要性。例如,近世提倡“性”的独立意义,追求将性行为从生殖(负担)和疾病传播(原罪)中解放出来,所以是否使用安全套成为性交方式的内容,但性对象要求不使用安全套而行为人暗中使用,或者要求使用A品牌安全套而暗中使用B品牌安全套,都没有处罚的必要。再如,时空环境对私密性影响最大,所以我国刑法加重处罚在公共场所当众强奸而非入户强奸。对于防御权性质的性自主决定权而言,性主体对性行为的对象、时间、地点、方式、种类的偏好不具保护性,性主体对性行为的亲密、私密、独立的要求才有保护价值。

余论

恃智逞奸的“骗奸”之于以力宣淫的“强奸”本为“他者”,我国《刑法》第236条将二者冶于一炉,舍“骗奸”则我国的强奸罪出现漏洞,有“骗奸”则足以增益强奸罪的解释论。“骗奸”长期隐于受欺骗承诺与强奸罪解释论之边陲,对前者而言,“骗奸”的最大贡献是彰示法益关系错误说具有追问和厘清具体犯罪之保护法益的解释机能,对后者而言,“骗奸”的理论意义在于检讨强制型强奸的

中心地位。

以强制型强奸和强制手段为中心展开强奸罪的解释,已成解释定式。这一解释定式有两大不利影响:一是几乎完全遮蔽了性自主决定权的应有意义,二是严重压抑了性犯罪的体系思考。例如,利用职权、从属关系,以胁迫手段奸淫现役军人妻子的,我国刑法学者一般认为也要达到《刑法》第236条的程度才能以强奸罪论处。可疑的是,难道只有使人不敢反抗、不能反抗的性压迫才是值得处罚的性侵害?实际上,值得刑法处罚的性侵害,不仅实施手段多样,而且侵害状态和侵害程度也有所参差。^⑦近年来德国、奥地利、日本等国修订性犯罪的规定,“违反可得而知的意愿”或“不同意”已经取代“暴力、胁迫”在立法中的核心地位。我国《刑法》对性犯罪规定恰如高妙的留白,若适用者在解释时去中心而重边陲,即可通过解释的体系思考实现立法的以简驭繁。

注释:

①参见张红:“性侵之民事责任”,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2019年第1期,第148页。

②参见甘肃省庆阳市中级人民法院(2014)庆中刑终字第177号刑事裁定书。

③参见天津市蓟县人民法院(2016)津0225刑初720号刑事判决书;四川省眉山市中级人民法院(2017)川14刑终7号刑事判决书;浙江省平阳县人民法院(2019)浙0326刑初890号刑事判决书;天津市宝坻区(县)人民法院(2020)津0115刑初383号刑事判决书。

④参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第10版),北京大学出版社、高等教育出版社2022年版,第468-469页。

⑤参见张明楷:《刑法分则的解释原理》(第3版),高等教育出版社2024年版,第60页。

⑥参见张明楷:《刑法学》(第6版),法律出版社2021年版,第1136页;林亚刚:《刑法学教义(分论)》,北京大学出版社2020年版,第28-29页。

⑦参见张明楷:《侵犯人身罪与侵犯财产罪》,北京大学出版社2021年版,第86页。

⑧参见黎宏:《刑法学各论》,法律出版社2016年版,第

231页。

⑨参见[德]克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论》(第2卷)，王世洲等译，法律出版社2013年版，第25页。

⑩参见王皇玉：“强制罪之比较研究”，《军法专刊》第59卷第5期，第2页。

⑪参见注⑥，张明楷书，第1270页。

⑫参见注⑤，第830页。

⑬参见[德]卡尔·恩吉施：《法律思维导论》，郑永流译，法律出版社2013年版，第133、149页。

⑭参见黄茂荣：《法学方法与现代民法》，法律出版社2007年版，第191页。

⑮参见[德]英格博格·普珀：《法学思维小学堂》，蔡圣伟译，元照出版公司2023年版，第89页。

⑯参见[奥]恩斯特·A.克萊默：《法律方法论》，周万里译，法律出版社2019年版，第43页。

⑰同注⑭，第191页。

⑱参见注⑥，张明楷书，第872页。

⑲参见注⑩，第39页。

⑳参见[德]克劳斯-威廉·卡纳里斯：《法律漏洞的确定：法官在法律外续造法之前提与界限的方法论研究》，杨旭译，北京大学出版社2023年版，第10页；[德]阿图尔·考夫曼：《法律获取的程序——一种理性分析》，雷磊译，中国政法大学出版社2015年版，第127页。

㉑[英]尼尔·麦考密克：《法律推理与法律理论》，姜峰译，法律出版社2018年版，第225页。

㉒参见[德]亚图·考夫曼：《类推与“事物本质”——兼论类型理论》，吴从周译，新学林出版股份有限公司1999年版，第101页。

㉓参见罗翔：《刑法中的同意制度——以性侵犯罪为切入》，法律出版社2012年版，第48页。

㉔参见魏汉涛：“强奸罪的本质特征与立法模式之反思”，《环球法律评论》2012年第4期，第123页；周子实：“强奸罪入罪模式的比较研究——以德国《刑法典》第177条最新修正为视角”，《比较法研究》2018年第1期，第44页。

㉕参见蔡圣伟：“台湾‘刑法’中保护性自主决定的制裁规范——‘现行法制’的介绍以及‘未来修法’的展望”，《月旦刑事法评论》总第3期，第19页。

㉖如果采用区分“排除构成要件该当性的同意(Einverständnis)”与“阻却违法性的承诺(Einwilligung)”的二元论，就不会存在“能够阻却强奸成立的是规范意义上的‘有效同意’”

之说。二元论认为，强奸、盗窃等犯罪的构成要件行为以违反他人意思为前提要件，在这些犯罪中同意的效果是排除构成要件该当性；与此相对，在毁坏财物、伤害身体等犯罪中，法益主体的意愿从始至终都不能改变损害的结果或状态，只能作为违法性阻却事由。二元论提出，同意只有事实属性，法益主体只要有自然的意思能力，即使意思有错误、受强制、受欺诈等瑕疵，都不影响同意的效力；由于德国刑法明文规定强制性罪是以强暴、胁迫为手段，所以使用强暴、胁迫手段使他人同意性交的，仍然符合强奸罪的构成要件；至于刑法没有明文规定的，基于欺骗、错误而同意的性行为，就只能成为特殊问题。参见王皇玉：“强制手段与被害人受欺瞒的同意：以强制性交猥亵罪为中心”，《台湾大学法学论丛》第42卷第2期，第412页以下。

㉗Vgl. Claus Roxin/Luís Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 5. Aufl., München: C. H. Beck, 2020, § 13 Rn. 97.

㉘参见王钢：“被害人自治视域下的承诺有效性——兼论三角关系中的判断”，《政法论丛》2019年第5期，第61-62页。

㉙参见付立庆：“被害人因受骗而同意的法律效果”，《法学研究》2016年第2期，第156页。

㉚参见王钢：“动机错误下的承诺有效性问题研究”，《中外法学》2020年第1期，第179-180页。

㉛参见[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171页。

㉜参见注⑲，§13 Rn. 97.

㉝参见[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122页。

㉞参见何洋：《强奸罪：解构与应用》，法律出版社2014年版，第249页。

㉟参见[日]井田良：《講義刑法学·各論》，有斐閣2020年版，第36页。

㊱参见注⑲，§13 Rn. 97.

㊲参见注⑲，第11-12页。

㊳参见注⑲，§13 Rn. 79.

㊴参见东南网泉州频道 http://qz.fjsen.com/2013-12/25/content_13214447.htm，2024年5月14日访问。

㊵Vgl. Gunter Arzt, Willensmängel bei der Einwilligung, Frankfurt: Athenäum, 1970, S. 18 ff.

㊶参见[日]山口厚：“‘法益關係的錯誤’說の解釈論的意義”，《司法研究所論集》第111号，第100页。

㊷参见注⑲，第423页。

㊸参见蔡圣伟：“论强制性交罪违反意愿之方法”，《“中研

院”法学期刊》总第18期,第72、76页。

④④参见[日]佐伯仁志:《刑法总论的思之道·乐之道》,于佳佳译,中国政法大学出版社2017年版,第185页。

④⑤参见注⑦,第78、79页。

④⑥ Vgl. Thomas Fischer, "Sexuelle Selbstbestimmung in schutzloser Lage", Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 112(2000), S. 87.

④⑦参见廖宜宁:“由德国性犯罪条文修正之观察探析妨害性自主罪的理论基础”,《台湾大学法学论丛》第49卷第2期,第674页。

④⑧参见贾健:“强奸究竟侵犯了什么?——作为通说的‘性的自主决定权’法益之检讨”,《法律科学》2018年第5期,第97-98页。

④⑨参见注④⑦,第673页。

④⑩参见注②⑤,第7页;张梓弦:“积极刑法观于性犯罪中的体现——我国《刑法》第236条之一的法教义学解读”,《政治与法律》2021年第7期,第51-52页。

④⑪参见张翔:“论基本权利的防御权功能”,《法学家》2005年第2期,第65-66页。

④⑫参见钟宏彬:《法益理论的宪法基础》,元照出版公司2012年版,第207页;王锴:“论宪法上的一般人格权及其对民法的影响”,《中国法学》2017年第3期,第110页。

④⑬参见[德]福尔克尔·埃平、塞巴斯蒂安·伦茨、菲利普·莱德克:《基本权利》(第8版),张冬阳译,北京大学出版社2023年版,第4-8页。

④⑭参见许恒达:《法益保护与行为刑法》,元照出版公司2016年版,第13页。

④⑮参见注②⑦, § 2 Rn. 66f.

④⑯参见注②⑤,钟宏彬书,第178、182页。

④⑰参见注②⑤,钟宏彬书,第196、201页;注②⑤,王锴文,第115页。

④⑱参见注②⑤,第111-113页。

④⑲参见[日]菊地一樹:“法益主体の同意と規範の自律”,《早稲田法学会誌》60卷2号(2016年),第176、177、183页;另参见注③⑩,第171页。

④⑳参见上海市浦东新区人民法院(2016)沪0115刑初685号刑事判决书;山东省威海市文登区人民法院(2020)鲁1003刑初41号刑事判决书;四川省巴中市中级人民法院(2020)川19刑终40号刑事裁定书;黑龙江省同江市人民法院(2020)黑0881刑初5号刑事判决书。

④㉑参见蔡圣伟:“‘最高法院’关于性强制罪违反意愿要素

的解释趋向”,《月旦法学杂志》总第276期,第15、16页。

④㉒参见注⑤,第688页。

④㉓参见注②⑥,第408-410页。

④㉔同注④①,第15-16页。

④㉕参见江西省南昌县人民法院(2020)赣0121刑初281号刑事判决书。

④㉖参见[日]佐伯仁志:“被害者の錯誤について”,《神戸法学年報》1985年第1号,第95页。

④㉗参见注⑦,第88页;周光权:《刑法各论》(第4版),中国人民大学出版社2021年版,第33页。

④㉘参见注②⑨,第157页;黎宏:“被害人承诺问题研究”,《法学研究》2007年第1期,第100页。

④㉙参见[日]林美月子:“錯誤に基づく同意”,载松尾浩也、芝原邦爾編:《刑事法学的现代的状况:内藤谦先生古稀祝贺论文集》,有斐阁1994年版,第39页。

④㉚参见注④⑥,第94-95页;[日]山口厚:《刑法各论》(第2版),王昭武译,中国人民大学出版社2011年版,第126页,脚注①、②。

④㉛参见王钢:《德国判例刑法(分则)》,北京大学出版社2016年版,第104页。

④㉜参见[日]西田典之:《日本刑法各论》(第7版),[日]桥爪隆补订,王昭武、刘明祥译,法律出版社2020年版,第110页。

④㉝参见最高人民法院中国应用法学研究所编:《人民法院案例选(刑事卷·上)》(1992-1999年合订本),中国法制出版社2000年版,第525页。

④㉞ See Wayne R. LaFare, Criminal Law, St. Paul, Minn.: West/Thomson, 2010, p. 908; Paul H. Robinson/Michael T. Cahill, Criminal Law, New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2012, p. 584.

④㉟参见林东茂:“乘机性交与诈术性交”,《月旦法学教室》总第60期,第82页。

④㊱参见潘卓希:“英国案例:谎称已经绝育也可能构成性犯罪?”,载微信公众号“刑事法判解”<https://mp.weixin.qq.com/s/6VwVn-G7VEeMwWA3zG-3Sw>, 2024年5月14日访问;《刑事审判参考》第1274号案例“周天武故意伤害案”,参见中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主编:《刑事审判参考》(第115集),法律出版社2019年版,第49-54页。

④㊲参见注④⑥,张明楷书,第1132页;注④⑥,林亚刚书,第30页。

④㊳参见李圣杰:“从性自主权思考刑法的性行为”,《中原财经法学》2003年第10期,第6-27页。