

论被害人同意在犯罪论体系中的定位

蔡桂生*

〔摘要〕 被害人同意包括被害人合意和被害人承诺两种形态。在三阶层犯罪论体系上,围绕被害人承诺的体系性定位,存在排除构成要件符合性还是排除违法性之争。被害人承诺属于利益阙如而非利益冲突的情形。如果客观归属属于构成要件阶层,意味着构成要件阶层可以做价值判断以出罪,被害人承诺也应是排除构成要件符合性的内容。依照被害人承诺排除构成要件、结束犯罪审查后,并不妨碍法官根据其他法律宣告行为合法。一元论和二元论在实践效果上都是出罪,只是二元论肯定了构成要件符合性,出罪在后。在四要件犯罪构成论中,被害人承诺是阻却犯罪构成的事由。

〔关键词〕 被害人合意;被害人承诺;一元论和二元论;体系性定位

在我国最近十年的刑法学研究中,由于牵涉到对罪刑法定的理解,构成要件实质化思潮,也就是是否可对构成要件做价值层面的理解的问题,成为了讨论的焦点。开放的构成要件论、社会相当性论、客观归属论等,作为这种思潮的体现,已经得到了较多关注。^①除了这些理论,在被害人同意问题上,事实上也能找到实质化思潮的身影。被害人同意,指的是作为法益主体的被害人,同意行为人为相应的侵害其利益的行为。这是被害人自我处分法益的表现,构成了刑法教义学上的出罪事由,但刑法中没有明文规定出这种出罪事由,因而,这种出罪事由在犯罪成立理论中该如何定位,便是一个问题。这一问题,在德国刑法学中得到了详细的研究,本文首先梳理这些不同的学说,接着分析这些学说的特点及优劣,并在我国的三阶层犯罪论体系和四要件犯罪构成论中予以分别定位,最后得出本文的结论。

一、学说的梳理

依照大陆法系三阶层犯罪论体系,要成立犯罪,需先后满足构成要件符合性、违法性、有责性三条件,而在出罪事由上,则分别对应有构成要件排除事由、排除违法事由和排除罪责事由。被害人同

* 法学博士,北京大学刑事法治研究中心研究员,100871。本文得到国家留学基金的资助(编号:2009601050)。

①例如,刘艳红:《开放的犯罪构成要件理论研究》,北京:中国政法大学出版社,2002年;陈璇:《刑法中社会相当性理论研究》,北京:法律出版社,2010年;陈兴良:《客观归责的体系性地位》,《法学研究》2009年第6期。

意就是一种出罪事由。在德国刑法学中,通常认为,被害人同意(Zustimmung)包括两种形态:被害人合意(Einverständnis)和被害人承诺(Einwilligung)。被害人合意以构成要件表述或不成文构成要件要素中,含有违反被害人的意志这一要素为前提(例如,盗窃、强奸、非法拘禁、非法侵入住宅等均需违反被害人意志),这样,如果行为人依照被害人的意志行事,就没违反被害人意志,因而属构成要件符合性的排除(又称阻却)事由,不成立构成要件符合性。而被害人承诺,则不以(成文或不成文)构成要件表述中含有违反被害人意志这个要素为必要,只是以法益主体的意志,对其利益依其意实施侵犯(例如,遵照受害人意志侵害其身体,或者损坏其财物)。

20世纪下半叶,德国刑法学界多数见解认为,被害人合意是构成要件排除事由,而被害人承诺则排除违法性。^①这种将合意和承诺分别于构成要件符合性和违法性阶层加以处理的方案,人们称之为“二元论”。晚近兴起的有力见解是,被害人合意和被害人承诺均属于排除构成要件符合性的事由,人们将这种方案称为“一元论”。^②不管是依照“一元论”还是“二元论”,被害人合意都是排除构成要件符合性的事由,由于这个原因,被害人承诺究竟是排除构成要件符合性的事由,还是排除违法性的事由,就成为“一元论”和“二元论”的区别点所在。而要真正回答被害人承诺的体系位置问题,则必须先明确一元论和二元论者的问题点,亦即它们都采取何种构成要件论。具体而言,即在相应的构成要件论中,作为价值判断的法益侵害应占据何种位置。由于二元论在教义学史上先于一元论得到研究,故以下先考察二元论,然后关注一元论。

(一) 二元论

将被害人承诺判定为排除违法事由的二元

论者,其实是将构成要件符合性当作相对更为价值无涉的阶层,而将违法性阶层视作更适合进行价值衡量的阶层,这是一种比较古典主义的理解。在德国,持这种理解的学者处于多数,如耶赛克(Jescheck)教授、克赖教授(Krey)、埃塞尔(Esser)教授、博伊尔克(Beulke)教授等,而且判例几乎一边倒地持二元论。^③耶赛克教授和魏根特(Weigend)教授指出:^④

继续将承诺理解为正当化事由是正确的。在涉及具体法益的构成要件中,刑法保护的對象也包括符合构成要件的行为所侵犯的侵害对象的完整性,不仅仅包括权利人的处分自由。不依赖于权利人的意志,身体的完整性、行动自由、财产所有权、名誉、隐私首先作为建立自由、自决权和人格尊严的共同体生活利益而受到保护,且大多数内容甚至受到宪法保障。……如果权利人允许第三人对这些权利之一进行干预,尽管存在承诺,这个事情在刑法中仍然是很重要的,并非自始就无所谓。

韦塞尔斯、博伊尔克刑法教科书也认为,在违反当事人意志或缺其同意地实施才具有犯罪特性的犯罪行为那里,才存在作为纯粹事实的(即只取决于同意者的自然的意志能力,而不是像承诺那样取决于承诺者的智力成熟程度)的合意,而在其他构成要件那里,则只能借助规范标准考察承诺的问题(尽管有时在考察合意的有效性时也会类似地采用规范标准)。像侵犯身体完整性或者财产所有权这类普遍禁止的、带价值损失的侵犯他人法益,首先表示为抽象的非价,为了清除这种非价,需特殊的正当化事由,且《德国刑法典》第228条也明确说“仅当该行为尽管被害人同意也违背良好风俗时,才是违法行为。”^⑤

克赖教授和埃塞尔教授则论述道,若对合

^①Geerds, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, GA 1954, S. 262 ff.

^②使用“一元论”、“二元论”这样的名称,以分别指称统一理解还是区分开阻却构成要件符合性的合意和阻却违法性的承诺这两者,这种做法可能始于我国学者车浩博士,参见车浩:《论被害人同意的体系性地位》,《中国法学》2008年第4期。

^③Vgl. etwa BGHSt 11, 112; 12, 383; 23, 3 f.; 43, 308.

^④Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5. Aufl., 1996, S. 375 f.

^⑤Vgl. Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 40. Aufl., 2010, Rn. 362 f., 365, 367.

意和承诺不作区分,那就不仅忽略了现行法第228条,而且将法益降格为法益主体纯粹的处分权了。例如,在损害财物和伤害罪中,刑法规范所保护的法益首先是受攻击对象的完整性,至于受害人的处分权则是附属性质的。除此以外,不作区分的观点还会导致“构成要件符合性”和“违法性”这两个阶层无法区分:“因受害人合意而单纯地阻却构成要件就尚未说明,行为是否在所有法领域都属容许。因为即便不违反刑法法规的行为,也可能是违法的,例如导致纪律制裁或民事后果。相比之下,正当化的承诺则是一容许语句,这可以使得行为在所有法领域均属合法,并排除正当防卫。如果认识到这一点,那我们就不能放弃只单纯阻却构成要件的合意和视为正当化事由的承诺这二者的区分。”^①

(二) 一元论

视被害人承诺为构成要件排除事由的一元论者,其实是将构成要件符合性理解成为含有价值判断的阶层,这是在新康德主义价值哲学影响下,绍尔(Sauer)、梅茨格尔(Mezger)将构成要件理解为类型化的违法性或者不法类型以来进一步发展的自然结果。^② 因为一旦认为构成要件中包含实质性的价值,这个实质价值就很容易如无形的幽灵一般,穿越构成要件符合性和违法性两个阶层之间本来就很形式化的屏障,只要这个穿越和不法范畴的机能性期待(例

如,法益保护)不相矛盾。^③ 在认定构成要件中含有法益侵害的前提下,便可以进一步推出在构成要件阶层即可将无法益侵害的情形排除出去的结论。顺应构成要件实质化的潮流,一元论者有罗克辛(Roxin)教授、鲁道菲(Rudolphi)教授、金德霍伊泽尔(Kindhäuser)教授等众多学者。罗克辛教授指出:^④

认为任何有效的承诺都阻却构成要件的决定性理由,乃在于此处发展起来的自由、针对个人的法益理论。当法益服务于个人的自由发展时,如果一行为乃是出于法益主体的处分,就不存在法益侵害,因为该行为没损害法益主体的自由发展,相反,这正是该自由发展的表现。

在一元论者看来,当患者同意医生在他的身体上动手术时,就没有侵害到患者的人格自由,手术反而是患者人格自由的表现,没有侵害到法益,自然就不符合构成要件。一元论者批判二元论者将行为客体混作法益,比如手术时受到干预的是具体的身体,但这并没有侵犯身体健康权,而是在帮助受害人行使权利。不可以将具体的身体和身体健康权分开,而二元论者却要将这两者分开。^⑤ 鲁道菲教授指出:“法益和针对法益的处分权不仅构成一个整体,而且相互关联的处分对象和处分权本身就是构成要件中保护的法益。”^⑥

同时,一元论者还认为,如果存在被害人的有效承诺,那就欠缺结果非价,^⑦进而也就没有

^①Krey/Esser, Deutsches Strafrecht AT, 5. Aufl., 2012, S. 270.

^②参见蔡桂生:《德国刑法学中构成要件论的演变》,陈兴良主编:《刑事法评论》,第31卷,北京:北京大学出版社,2012年,第25-32页。

^③将构成要件理解为法益侵害的类型的,参见李立众:《犯罪成立理论研究》,北京:法律出版社,2006年,第167-168页。

^④Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl., 2006, § 13, Rn. 12.

^⑤Vgl. Roxin, Strafrecht AT I, § 13, Rn. 13 f.

^⑥Rudolphi, Literaturbericht: Strafrecht - Allgemeiner Teil, ZStW (86), 1974, S. 87.

^⑦所谓非价(Unwert),指的是负面的价值判断。在刑法学中常见的是“行为非价”(Handlungsunwert)和“结果非价”(Erfolgswert)。行为非价是指对于行为本身的否定价值判断,或对于行为方式的贬抑的价值判断。对于行为所生结果的负面价值判断,则是结果非价(参见林东茂:《刑法综览》,北京:中国人民大学出版社,2009,第43页,注释14;第133页,注释3)。我国学者目前受日本刑法学影响较大,故多采日本学者所译“行为无价值”和“结果无价值”,但其德文原词 Handlungsunwert 和 Erfolgswert 所表示的并非行为、结果没有价值、零价值,而是负面评价、负价值,因此译为行为非价和结果非价更为准确。张明楷教授虽没采用行为非价和结果非价这种译法,但也正确指出:“行为无价值和结果无价值,并不只是分别说,行为、结果没有什么价值或者价值中立,而是分别说,行为、结果是恶的。行为无价值即行为‘恶’,结果无价值即结果‘恶’”(张明楷:《刑法的基本立场》,北京:中国法制出版社,2002年,第164页,注释1)。这实际上也是发现了将“Unwert”译为“无价值”的问题所在。此外,将 Handlungsunwert 和 Erfolgswert 称为行为非价和结果非价的,还有林钰雄:《新刑法总则》,北京:中国人民大学出版社2009年版,第169、171-172页;陈子平:《刑法总论》,北京:中国人民大学出版社,2009年,第164页)。

行为非价,没有实现犯罪类型。^① 罗克辛教授指出:

受财产所有人委托而砍伐其树木或将燃料丢入炉子中燃烧,给病人打传染病预防针或给顾客剃胡须,并未实现经由承诺而正当化的构成要件上的结果非价,而是自始便欠缺任何结果非价。而当行为者之意志不在于促成结果非价时,也就没有意志非价。显然,在法律上完全中性的、社会相当的举止没有实现犯罪类型,因而不可能符合构成要件。

除了以上两点外,一元论者为了反对二元论者将被害人承诺归入正当化事由,还提出了在被害人承诺上并不存在基于当事人间利益冲突进而有必要实施行为的这种利益衡量问题,而是根本就不存在侵害被害人的意志等等论据,^②并最终得出承诺和合意都是排除构成要件符合性的事由,如果二者有什么差别,则只可以从各自的构成要件构造之中导出相应的区分,但这两者的区别是次要的,这些区别很大程度上取决于立法中语言的术语表述,即这个表述中是否在语言上就包含了必须违反被害人的意志这层意思。^③

值得注意的是,在一元论之中,金德霍伊泽尔教授在被害人承诺的问题上,经历了从排除构成要件事由论到规范取消事由论的新变化。早先他认为,承诺代表着对他人侵入自己利益的答责的接受,承诺成为阻却客观构成要件之归属的一种特例。^④ 最近,他主张被害人承诺是一种独立的阻却不法的事由,即规范取消事由。基于这一事由,在特定条件下可以取消禁止规范的效力。^⑤ 这种观点,不仅要使构成要件不被满足,而且要使承诺有“容许规范的法律效应”,“如果人们将承诺解释成为规范取消事由,那

么,医生就总是处于合法的状态了,因为仅仅是在病人没做出承诺的情况下,才存在身体侵犯。”“倘若我们将承诺视为一种规范取消事由,就是一举两得的事。一方面,我们不需要再疲于应付那种有语言矛盾的争论了,比如,将为治愈病人而实施的外科手术解释成不是‘侵害’;另一方面,也不会陷入规范的歧途了,比如,必须将医疗手术认定成为在原则上受禁止的一种举止。”^⑥

这样看来,将承诺解释为规范取消事由,可以一方面像一元论那样,认为行为没有符合构成要件,这样在构成要件阶层就可以将行为排除出审查范围,而毋需如二元论那般,认为该行为原则上受禁止,只可借助正当化事由加以例外许可;另一方面,又如二元论那样,使得承诺具有容许规范的正当化效应。而笔者的疑问是,取消了禁止规范,就能为相应行为确立容许规范,宣告该行为容许吗?应该说,这种理解只能在刑法上成立,刑法不禁止某种行为,那么可以反推出刑法是容许这种行为的。如果我们将考察范围放到整体法秩序上,则未必可以得出其他部门法也容许该种行为的结论。从这个意义上讲,折中一元论在本质上仍是一元论,只是该理论希望也像二元论那样,产生容许规范的效应。

(三) 一元论和二元论之外的第三种观点

在德国,不少学者将雅科布斯(Jakobs)教授针对被害人合意和承诺的理解判定为二元论。^⑦ 其实,这虽然没有错误,但却不够准确。雅科布斯教授的理解应该是介乎于二元论和一元论之间。除了排除构成要件符合性的合意外,他认为,承诺亦应分为排除构成要件符合性的承诺

^①Roxin, Strafrecht AT I, § 13, Rn. 19.

^②Vgl. Roxin, Strafrecht AT I, § 13, Rn. 22-31.

^③Vgl. Roxin, Strafrecht AT I, § 13, Rn. 32.

^④参见[德]金德霍伊泽尔:《评合意和承诺的区分》,蔡桂生译,《中国刑事法杂志》2010年第4期,第110页及以下。

^⑤参见[德]金德霍伊泽尔:《刑法中承诺的规范理论思考》,蔡桂生译,陈兴良主编:《刑事法评论》,第27卷,北京:北京大学出版社,2010年,第155页。

^⑥[德]金德霍伊泽尔:《刑法中承诺的规范理论思考》,第167页。

^⑦Vgl. etwa Wessels/Beulke, Strafrecht AT, Rn. 361; [德]斯特拉滕韦特、库伦:《刑法总论I—犯罪论》,杨荫译,北京:法律出版社,2006年,第145页,注释1。

和排除违法性的承诺两种。^① 如果按照“一元论”和“二元论”的命名逻辑,这倒像一种“三元论”。他指出:当行为人所侵害的利益可由利益所有人有权处分时,承诺排除构成要件,像将头发剪短、服用避孕药是身体伤害还是无关乎构成要件,翻新草皮、砍伐树木是损坏财物还是无关乎构成要件,均取决于利益所有人的意志。这类可以处分的利益主要是指财产及其所有权。至于像行动自由、尊严、乃至身体完整性这类高度人身性法益,仅当其充当人格发展的手段(比如对卖淫者的适度侵犯),而根本不构成人格发展的基础时,换言之,当其作为可交换的利益时(也可能在个案中针对通常不认可的等价物而交换),才是可处分的。^② 他针对将被害人承诺一律视为排除构成要件符合性的事由的做法这样写道:^③

当然,晚近的学说将任何有效的承诺均视为阻却构成要件的承诺并不妥当。虽然许多构成要件上所保护的利益服务于“自治支配”的人格发展,且在承诺时没有违反这个自治。但是,正如自治并非直接受到保护,而是只有经由相应构成要件才受到保护,这样,立法者所说的自治,只是在构成要件性的事实中具体事物化中的自治,所以,反过来说,尽管没侵犯自治,也可以有具体事物化的东西,亦即满足构成要件。处于阻却构成要件的承诺和阻却构成要件的合意之外的正当化承诺指的便是针对侵害没有交换功能的利益的承诺,也就是说,该利益不是人格发展的手段。……例如医生以移植目的而移出肾脏,尽管有捐献者的承诺,但其仍有别于单纯的献血,因为该利益之重大使得针对该利益的任何处分都只在例外的场合(背景)下才是合理可信的。

具体而言,在雅科布斯教授那里,属于正当化的承诺的情形有:“非暂时性的侵害性身体干

预,尤其是在治疗目的、其他改变身体机能(绝育、阉割)、美容目的(若这尚非医疗目的的话)或者移植目的的医事手术的情况下,进一步地,还有针对通常会有非暂时性伤害的体育活动(拳击比赛)伤害的承诺,亦即针对严重的尊严侵害或长期性自由限制的承诺,等等。”^④

针对雅科布斯教授的这种只在严重侵犯个人专属法益的情况下方可成立正当化承诺的方案,罗克辛教授进行了这样的批判:^⑤

当然在不利的承诺的许多情形下,就已经因为意思瑕疵或者因为第 228 条的门槛而失去有效性了,这样便根本不存在什么阻却构成要件还是阻却违法性的问题。若不考虑这种案件事实情况,那么剩下的就是这样的一些事情了:某人参加一严格的宗教团体并允许该团体成员毁坏自己的奢侈品,以使自己的心灵不再受世间繁华的蛊惑。或者:某人持有一大师手笔的名贵的女子画像。他的情人嫉妒画中女子,进而在接受其求婚时附加一允许她烧毁这张可恶画像的条件;他承诺了。或者:某人让他人在自己身上划上可观疤痕或显著的纹身。尽管这些事情超出了一般的通常范围,人们却仍必须在这些情况下否定结果非价,且否定实现了相应构成要件的犯罪类型。若想肯定结果非价,并以法益主体的“真正幸福”而非现实意志为基础肯定符合构成要件的法益侵害,那就是在无理地要求法秩序具备它不应具备的理性权威,这种理性权威也会导致无法克服的各种界分上难题。

以上雅科布斯教授的论述是一半正确,而罗克辛教授的批判是另一半正确,雅科布斯教授注意到了《德国刑法典》第 228 条这类条款的实质思想根据,并将之适用到了这一类情形中,也就是旨在通过这些严重损害情形评判为符合构成要件(只是例外地考虑正当化事由),以

^①Vgl. Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1991, § 7, Rn. 111 ff.

^②Vgl. Jakobs, Strafrecht AT, § 7, Rn. 111; 亦见冯军:《刑法问题的规范理解》,北京:北京大学出版社,2009 年,第 155 页。

^③Jakobs, Strafrecht AT, § 7, Rn. 112.

^④Jakobs, Strafrecht AT, § 14, Rn. 6.

^⑤Roxin, Strafrecht AT I, § 13, Rn. 20.

防止受害人现实表达出来的意思不能真正反映其真实内心所愿的情况。可以说,雅科布斯教授是考虑到了现行法的限制,以及法律中存在的父权主义思想倾向。而罗克辛教授则直接瞄准这种父权主义思想加以批判,其实也是在间接批判不合理的立法,虽然他本人说,《德国刑法典》第11条第1款第5项中关于实现构成要件才属违法的定义,没有针对第228条所说的违法究竟是因排除构成要件而不违法,还是因符合构成要件却正当化而不违法作出表态。^①但德国判例中保守地一致持二元论的理解,或许应该可以说明问题。

综上所述,若将雅科布斯教授归纳出来的正当化承诺视为立法造成的一类特殊产物,那么他所另外承认的排除构成要件的合意和排除构成要件的承诺就和一元论者的方案没有多少区别了;倘若只注意到雅科布斯教授区分了排除构成要件的同意(即合意或承诺)和排除违法性的承诺,而这两者又分属于构成要件符合性和违法性阶层,那自然雅科布斯教授就是二元论者了。

二、学说的分析和选择

正如前述,讨论被害人同意的体系位置,其实就等同于讨论被害人承诺的体系位置,因为被害人合意无论如何横竖都是排除构成要件符合性的。如果将构成要件符合性理解为不含价值判断的阶层,则应将被害人承诺视为正当化事由,否则,就只有顺应构成要件实质化的潮流,走向一元论了。在笔者看来,从构成要件中的价值判断的角度来考虑一元论和二元论的问

题,其实是以一元论和二元论作为出发点来判断两者在构成要件教义学史上所具有的位置;尽管这样可以有助于认清两者分别的价值所在,但这尚非问题的全部。我们需要再次分析一元论和二元论的优劣所在,这样,我们才能针对它们做出相应的选择。

(一) 一元论和二元论之解剖

笔者以为,二元论者克赖教授和埃塞尔教授指出了很重要的一点,即排除构成要件符合性和排除违法性具有不同的法律效果,不符合构成要件的行为还可以是违法的,而行为属于正当化事由则不再可能是违法的。可惜克赖教授和埃塞尔教授的书中没有举出合意排除构成要件符合性,但却违法的例子加以说明,而只是说明排除构成要件符合性和正当化事由有别。^②但笔者可举一例加以说明:A将一古董出质给B,B在持有该古董期间,C的朋友看上该古董,便有意拿走该古董,B发现并告诉C说,他同意C拿走此古董,不必再归还。C即拿走质物。显然,由于合意只要事实上作出即可,具有“纯粹事实的特性”^③,B的合意使得C的行为不符合盗窃的构成要件,^④但依我国《物权法》第214条:“质权人在质权存续期间,未经出质人同意,擅自使用、处分质押财产,给出质人造成损害的,应当承担赔偿责任。”

所以,B同意由C拿走的行为是违反物权法的。A仍然享有针对质物的法律上处分权,若及时获知便可正当地阻止C的拿走行为。因此,被害人的合意并不能宣告行为人的行为合法。而在被害人承诺问题上,如果该案中B表示可以由C毁损该古董,但由于B依物权法无权做出这种同意(B没有处分相应法益的权利),也

^①Vgl. Roxin, Strafrecht AT I, § 13, Rn. 29.

^②当然,他在一般理论上就这两者的区别举过例子,即一水手在海边散步时发现了一绑在桥上的帆船,于是解开它并驾驶该帆船离开,他打算乘船大约两小时后再归还,后来他确实归还了。作者说这没有符合构成要件,但却属于《德国民法典》第858条第1款规定的“受禁止的擅自使用”,对这种情形,物主可以施以暴力防卫,但行为人还是没违反刑法,因而不可罚。Vgl. Krey/Esser, Deutsches Strafrecht AT, S. 104 f. 这个“使用盗窃”的例子,并不适合拿来论述合意和承诺之区分对待的必要性。

^③Vgl. Krey/Esser, Deutsches Strafrecht AT, S. 272; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, Rn. 367.

^④这里是因B的合意而使C的行为不符合盗窃罪的构成要件,而并非因为B不是所有权人,而只是质权人。在刑法上,盗窃罪所针对的对象是他人占有的财物,刑法上的占有重在事实上的支配,占有意思往往只是对认定是否占有起补充作用(参见张明楷:《刑法学》,第4版,北京:法律出版社,2011年,第873-874页)。

不可能成立承诺。只有在 B 归还 A 古董后, A 同意由 C 毁损, 才成立被害人承诺; 凭借这种被害人承诺, 无疑要出罪, 只是要考察 C 的行为究竟是否属于合法?

事实上, 如果 A 有权利毁损该物, 则根据 A 的同意, C 的毁损也自然是有权的, 因而(自然是在整体法秩序上)合法。只有在父权主义刑法下, 才会出现承诺不能正当化的情形, 例如, B 想自杀, 这时他让 C 来杀他自己(B), B 的承诺才会出现无法将 C 的行为正当化的现象。但是, 这种现象是 B 在这个问题上失去了处分权限。如果 C 受处罚的话, 意味着作为公法的刑法, 在这种情形下, 出于社会公益的考虑, 例外地收回了通常情况下赋予法益主体的处分权。^①

通过以上的讨论, 在被害人承诺的问题上, 可以得出两点:

1. 在通常情形下, 承诺虽然不被刑法明文规定为正当化事由, 但却能一般性地宣告行为人的行为合法, 亦即承诺一般具有超出刑法之外的正当化容许效应, 那么, 一元论的说服力,

也便只限于刑法出罪、排除出构成要件进而也不违反刑法这点, 而不能直接依照一元论认定行为人的行为有整体法秩序上的正当性。如果采一元论, 那么在将行为人行为排除出构成要件后, 犯罪审查结束。不过, 这不妨碍法官根据刑法外的法律, 另外地宣告行为人行为的合法。

2. 二元论如果说有什么缺陷, 则是它原则上认为行为人的行为符合了构成要件, 只是在排除违法事由这种例外情形下才排除违法性, 没法在构成要件阶层就将行为排除出去, 可能存在更大的入罪风险。

这是一元论和二元论在法律适用中的特点。在我国, 有学者强调构成要件理解上的古典性, 例如, 构成要件应当像贝林那样理解,^②以符合我国法治初建的现实和罪刑法定的需要, 因而, 学说是否具有古典特色, 是否在刑法上强调限制机能以便出罪, 也成为在一个在学说取舍上的考量标准。鉴于这些考虑, 再加上前面关于折中一元论和折中论的论述, 我们可以将被害人同意的各种定位方案加以如下解剖:

表 1 一元论、二元论、折中一元论、折中论

	一元论 (罗克辛等)	二元论 (耶赛克等)	折中一元论 (金德霍伊泽尔)	折中论 (雅科布斯)
入罪风险	直接排除构成要件, 入罪风险小	原则上符合构成要件, 入罪风险大	直接取消禁止规范, 入罪风险小	大多排除构成要件, 入罪风险较小, 但大于折中一元论
刑法上是否有利于行为人	有利于行为人	不利于行为人	有利于行为人	较有利于行为人
容许规范效应	无容许规范的效应	有容许规范的效应	有容许规范的效应	较多情况下无容许规范的效应, 但有时有容许规范效应
违反刑法外法律的可能性	可能	不可能	不可能	较多情况下可能, 有时不可能
刑法外是否有利于行为人	不利于行为人	有利于行为人	有利于行为人	较不利于行为人
是否古典	不古典	古典	不古典	不古典

由上可知, 在刑法教义学的角度上, 如果以限制机能重于保护机能来考虑, 则二元论出现了难以理解的情况: 这么古典的理解, 却可能不

利于行为人。之所以有这种情形, 问题出在如何理解入罪风险和有利于行为人上。如果认为原则上符合构成要件而只在例外的正当化情形

^①Vgl. Kindhäuser, Strafrecht AT, 5. Aufl., 2011, § 12, Rn. 5.
^②参见陈兴良:《构成要件论: 从贝林到特拉伊宁》,《比较法研究》2011 年第 4 期。

下予以容忍意味着从第一道关卡进入了第二道关卡,入罪风险增高,那么,当然上表中的分析没有问题,二元论不易于出罪。我国学者说:“构成要件并不是由于包含处罚之要件的整体而服务于罪刑法定主义,而是指将未进入构成要件框架内的行为排除在处罚范围之外,使其不可罚,在这个限度内效力于罪刑法定主义。”^①这样看来,符合了构成要件,就意味着越过了构成要件这个罪刑法定的屏障,再到违法性阶层再排除违法性虽然不一定为时过晚,但入罪风险已经增大。日本学者平野龙一教授也认为,由于对是否该当一定的行为的框架之判断是比较明确的,首先将那些不该当这一行为框架的东西予以排除,则违法、有责这样界限稍微不明确的判断即便带有一些感情的成分在内,处罚的范围也不会出了这个行为的框架。^②可见,如果入罪上的这种风险大小判断可以成立,则出于构成要件的限制机能的考虑,就不应采二元论,而应采一元论。虽然一元论没有整体法秩序上的容许规范效应,但若被害人同意的刑法学说愿意放弃其整体法秩序上的意义,则一元论在理论和实践中都没有问题,因为结束犯罪论体系的审查后,并不妨碍法官根据刑法以外的其他法律,认定行为人的行为合法,依照整体法秩序原理,基于其他法律合法的行为,在刑法上也属合法。

(二) 被害人承诺在我国三阶层和四要件论中的分别定位

鉴于以上分析,我们应该采一元论,还是二元论?我国学者也根据我国情况作出了回答。针对被害人承诺的体系位置,需要先看是采四

要件犯罪构成论还是采三阶层犯罪论体系,因为这个问题会影响到对被害人承诺体系位置的判断。在采三阶层犯罪论体系时,还需注意到,如果采消极的构成要件要素论或类似构造,一元论和二元论分别言说的被害人承诺都是排除构成要件事由,因而没有什么分别。^③但因消极的构成要件要素论对行为人成立故意的要求过于苛刻,^④且忽视了正当化事由在整体法秩序上的意义,^⑤故本文仍在三阶层犯罪论体系下讨论被害人承诺的定位问题。

1. 三阶层犯罪论体系下的定位

因为被害人承诺的体系位置之争尤其体现在三阶层犯罪论体系中,故而,我们先对三阶层犯罪论体系论者的见解加以分析。在主张三阶层的论者那里,同样存在一元论和二元论之争。其中,主张一元论的学者,主要是通过利益阙如原则(即没有需要保护的利益)强调公民的自我决定权的考虑。^⑥而与此不同的是,陈兴良教授主张二元论。^⑦

我认为,一元论把被害人承诺当做构成要件排除事由,否认了作为违法阻却事由的被害人承诺,这是不妥的。在二元论的情况下,不可否认存在着构成要件排除事由的承诺,例如具有性承诺能力的妇女承诺男子与其性交,这种承诺排除构成要件该当性(这里应该指的是合意)。但财物所有人承诺他人故意毁坏本人所有的财物,则其毁坏行为具有构成要件该当性,承诺是一个违法阻却事由。因此,二元论是正确的。

笔者以为,按照陈兴良教授理解的古典倾

^①付立庆:《犯罪构成理论:比较研究与路径选择》,北京:法律出版社,2010年,第241页。

^②引自付立庆:《犯罪构成理论:比较研究与路径选择》,第242页。

^③例如,黄荣坚教授就认为:“从犯罪结构二阶层理论的角度而言,把被害人同意的法律作用区分为阻却犯罪构成要件该当性的同意以及阻却违法性的承诺,是完全没有意义的”(黄荣坚:《基础刑法学》(上),第3版,北京:中国人民大学出版社,2009年,第214页);张明楷教授针对“二元论”指出,由于“本书主张客观构成要件与违法性的一体化,故不作上述区分”(张明楷:《刑法学》,第3版,北京:法律出版社,2007年,第199页);(阻却构成要件符合性的同意和阻却违法性的承诺)“二者的区分是相当困难的。例如,甲应乙的请求,将乙的电视机扔到垃圾堆的行为,也可以被评价为不符合构成要件的行为。故本书不作上述区分,在此一并讨论”(张明楷:《刑法学》,第4版,北京:法律出版社,2011年,第217页)。

^④参见陈子平:《刑法总论》,北京:中国人民大学出版社,2009年,第245页。

^⑤Vgl. Bringewat, Grundbegriffe des Strafrechts, 2008, Rn. 364.

^⑥例如,王俊:《犯罪论的核心问题》,北京:北京大学出版社,2012年,第77-79页。

^⑦陈兴良:《教义刑法学》,北京:中国人民大学出版社,2010年,第385页。

向的构成要件论,得出二元论的主张是非常自然的,因为二元论具有古典的意味,假如他反而得出一元论的主张,那就非常不自然了。可以佐证笔者的判断的,还有陈兴良教授针对客观归属理论体系位置和针对构成要件实质化的表态:“若将归责理论贯彻到底,就应当将客观归责纳入有责性中加以研究。”^①可是,是否古典地理解构成要件论就更容易出罪呢?这也未必,因为如果将实质范畴用作出罪的范畴,显然能比古典式方案更易出罪。

在陈兴良教授之外,周光权教授似乎也是将承诺理解为正当化事由的“二元论”者。他承认存在直接排除构成要件符合性和充当超法规阻却违法事由的两种被害人承诺,但只是在强奸罪、强制猥亵罪、侮辱妇女罪、非法拘禁罪、非法侵入住宅罪、盗窃罪这样的犯罪中排除构成要件符合性。^②这种排除构成要件符合性的事由实际上是被害人合意,而不是严格意义上的被害人承诺。

周光权教授采用的是犯罪客观要件、犯罪主观要件、犯罪阻却事由的“新三阶层论”,这在一定程度上和客观构成要件、主观构成要件、正当化事由和罪责阻却事由的当代德国犯罪论体系相近。但他同时“反对形式的构成要件论,主张犯罪构成要件包含成立犯罪的实质内容,符合主、客观要件的行为就应当成立犯罪。”^③这使得他主张的“二元论”变得很难理解,倘使采实质的构成要件论,那按理应当采“一元论”。而且周光权教授也认为:“被害人承诺的法理依据在于:法律尊重个人对某些法益的自我决定权,在承诺人本人对其自身的法益可以自由处分的情况下,如果其本人实施一定的处分法益行为不构成犯罪,那么,在行为人获得承诺人真实承诺的情形下而为之的侵害行为,当然不构成犯

罪。”^④这种观点,其实体现的是一元论者强调的法益主体处分权。

笔者以为,在被害人承诺情形时不存在受保护的法益,倘若以刑法中的便捷出罪为思考重点,则对此应采一元论。但若希望在民法等其他领域中有利于行为人,则二元论具有优势。但笔者认为一元论更有说服力:

首先,罪刑法定的限制机能主要针对的是刑法领域,它并不要求刑法以外的领域也有利于行为人。而在刑法外的我国其他法领域中,可能也没有必要这样有利于行为人,而是需根据我国实际情况倡导尊重法规范。

其次,被害人承诺时是利益阙如,而正当化事由是针对利益冲突的情形。最明显的利益冲突像正当防卫、紧急避险已经写入刑法之中,其他正当化事由,像推定承诺和义务冲突,也是建立在利益冲突(而非利益阙如)上。由于利益冲突需要更为复杂的冲突性价值权衡,除最明显的情况外,一般而言,法律适用者在此问题上比当事人更有优势,故法律适用者排除行为的违法性,意味着行为在整体法秩序意义上受容许。违法性范畴不具有构成要件意义上的一般预防功能。

第三,构成要件描述了法益侵害,是内含有价值的范畴。客观归属理论排除行为的法益侵害,便是从价值判断角度对行为加以出罪。既然客观归属理论应当定位为构成要件符合性阶层的内容,^⑤那在被害人承诺问题上,也应当顺理成章地坚持阻却构成要件事由论,而非二元论。当然,如果认为构成要件上只有立法者才可以考虑价值判断问题,而在教义学上根本就不应该考虑价值判断问题,那么,所有实质性的范畴(不仅是客观归属、被害人承诺,而且包括相当因果关系这样的概念)都应当剔除出构成

^①陈兴良:《教义刑法学》,第278页。当然,陈兴良教授在构成要件符合性阶层以“事实的实质化”的理由接受客观归属理论,是一种让步(参阅陈兴良:《形式解释论的再宣示》,《中国法学》2010年第4期)。

^②参见周光权:《刑法总论》,北京:中国人民大学出版社,2007年,第228页及该页注释1。

^③参阅周光权:《刑法总论》,第100-108页。

^④周光权:《刑法总论》,第228页。

^⑤Roxin, Strafrecht AT, § 11, Rn. 1 f.; 张亚军:《客观归责的体系性定位》,载陈兴良主编:《刑事法评论》,第26卷,北京:北京大学出版社,2010年,第407页;王俊:《犯罪论的核心问题》,第76-77页。

要件符合性阶层,最终构成要件便变成价值无涉的范畴,这样,不法的范围就很宽广了。

2. 四要件犯罪构成论下的定位

还需加以探讨的是,在三阶层体系外,若依四要件犯罪构成理论,被害人承诺应居何种体系位置呢?因四要件的犯罪构成本身就内含了实质的价值判断,这种价值判断尤其体现在通常居于四要件之首的犯罪客体上,进而可以直接认为被害人承诺没有侵害到犯罪客体。我国学者还指出,如果四要件中去除了犯罪客体,仍然可以凭借被害人承诺消除了结果非价以及行为非价来排除犯罪的客观方面,因而,四要件犯罪构成论中有一元论的生存空间。^①

从这个角度看,四要件犯罪构成论的条件下,似乎并不存在二元论的余地。黎宏教授也指出:“德日的犯罪判断过程分为两个步骤进行,从形式判断向实质判断合国的所谓构成要件符合性的判断和违法性的判断。在我国的犯罪构成体系中是合二为一的,都存在于犯罪构成符合性的判断中,因此,在我国,讨论被害人承诺到底是属于排除构成要件符合性事由还是排除违法性事由,似乎没有现实意义。”^②依该种逻辑,在四要件犯罪构成论中,被害人承诺当属排除犯罪构成的事由,可是,现实的情况是,四要件犯罪构成论者多使被害人承诺成为超法规的正当行为或排除犯罪性的事由的一种,放在犯罪构成之外考察。^③被害人承诺在四要件犯罪构成论中的这种体系位置,很可能造成被害人承诺的地位的不受重视,再加上若真的遵照犯罪构成是犯罪成立的唯一前提,是“刑事责任的唯一根据”。^④这种理解,四要件一旦齐备,犯罪就成立,连法定正当行为都不算的被害人承诺这一事由的地位就可想而知了。

黎宏教授在四要件犯罪构成论中谈到:“从理论上讲,在说行为符合具体犯罪的犯罪构成

时,实际上也意味着该行为不可能是正当防卫、紧急避险等排除犯罪事由。换言之,在得出这种结论之前,已经进行了该行为不是正当防卫、紧急避险等正当行为的判断,否则就不可能得出这样的结论来。因为,犯罪构成符合性的判断是唯一的、终局性的判断。”^⑤这种观点,实际上是将正当行为不存在作为犯罪构成符合性的题中之义,换言之,正当行为成了消极的犯罪构成要素。顺着这种思路,自然应当在四要件犯罪构成论将被害人承诺视为阻却犯罪构成事由,因而只能是一元论,而不是将被害人承诺视为超法规正当化行为。

三、结语

构成要件实质化指的是对构成要件作价值层面的理解。社会相当性论、客观归属论等的定位问题,均和对构成要件做价值层面的理解有关。被害人同意,尤其是其中不以(成文或不成文)构成要件表述包含违反被害人意志之要素为必要的被害人承诺的体系定位问题,也 and 如何理解构成要件紧密相关。二元论者将被害人承诺理解为更适合做价值衡量的违法性阶层的问题,而非构成要件排除事由,因而要到违法性阶层才能出罪,可见,这种带有古典色彩的理解,可能并不更有利于出罪。

一元论者认为,在被害人承诺的情形下,是利益阙如,而非利益冲突,因而,在构成要件符合性阶层便可以将欠缺法益侵害的情形排除出去,但这使被害人承诺失去了容许规范的正当化效应。虽然一元论无法像二元论那样,在民法等其他领域中有利于行为人,但以这种方式有利于行为人,并非罪刑法定原则的内容所在。只有该出罪者不出罪,不该入罪者入罪,才违反

^①参见车浩:《论被害人同意的体系性地位》,《中国法学》2008年第4期。

^②黎宏:《被害人承诺问题研究》,《法学研究》2007年第1期。

^③例如,参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,第4版,北京:北京大学出版社、高等教育出版社,2010年,第137页。

^④[俄]И·Б·伊诺加莫娃—梅格主编:《俄罗斯联邦刑法(总论)》,第2版,黄芳等译,北京:中国人民大学出版社,2010年,第39页。

^⑤黎宏:《我国犯罪构成体系不必重构》,《法学研究》2006年第1期。

罪刑法定原则。在其他部门法领域,也有可能需根据我国实际情况倡导尊重法规范。且依照一元论排除构成要件、结束犯罪审查后,不妨碍法官在整体法秩序上,根据其他法律宣告行为合法。另外,在三阶层犯罪论体系中,如果坚持在构成要件符合性阶层考虑客观归属,而被害人承诺也同客观归属一样,都是价值判断加以出罪,那么,既然客观归属属于构成要件符合性的内容,被害人承诺也应顺理成章地阻却构成

要件事由。这就不是二元论了。在四要件犯罪构成论那里,可以将被害人承诺视为阻却犯罪构成的事由,因而是一元论。在实践效果上,不管是一元论,还是二元论,只要严格加以适用,被害人承诺的结果都是出罪,在最终结果上两种理论没任何区别,只是出罪的时间,一个在先,一个在后。

(责任编辑:蔡道通)

On the Position of Victim's Consent in Criminal System

CAI Gui-sheng

Abstract: There are two types of victim's consent in continental criminal law. One is victim's agreement; the other is victim's approval. Concerning the systematic position of victim's approval in the three-level criminal system, legal scholars are divided on whether the victim's approval is a reason for precluding of Tatbestand or for precluding of unlawfulness. The protected interests do not exist in the case of victim's approval. When the objective attribution is a question of Tatbestand, that is to say, the value judgment for exculpation is allowed at this level, the victim's approval ought to be the content of the level of Tatbestand as well. After the examination of criminal system with a precluding of Tatbestand, the judge could still declare the lawfulness of the action outside the criminal system. Both of the monistic and dualistic theories preclude the constitution of crime in practice. Only the dualistic theory holds that when the Tatbestand is fulfilled, the crime is consequently precluded. In the four-element theory of crime, the victim's approval is a reason that can preclude the constitution of crime.

Key words: victim's agreement; victim's approval; monistic theory and dualistic theory; systematic position