

被害人承诺问题研究

黎 宏*

内容提要：被害人承诺，是现代社会广泛认可、但我国刑法中没有明文规定的排除犯罪性事由。其法理基础是，刑法以保护个人利益为首要任务，被害人自愿放弃的利益不在刑法的保护范围之内。被害人承诺的适用范围，应是除了侵害生命之外的一切侵害个人利益的犯罪；被害人承诺的成立条件，必须从体现被害人的真实意思的角度来考虑；被害人只有在有关法益处分的决定上具有错误的场合，其承诺才无效；推定承诺，兼具被害人的现实承诺和紧急避险的特征，其适用要受到严格限制。

关键词：被害人承诺 自主决定权 法益错误 推定承诺

被害人承诺，又称被害人同意，是指法益主体对他人侵害自己能够支配的利益表示允诺或者同意。作为一种排除犯罪性事由，其不仅为国外刑法学界广泛认可，而且也被我国刑法学者所接受。“权利人请求或者同意行为人损害其某种合法权益，表明他已经放弃了该种合法权益，因此，法律就没有必要保护由权利人放弃的合法权益，从而就不需要对损害合法权益的人予以刑事追究”〔1〕的叙述就是其体现。

但是，刑法属于公法，在该领域中，个人原则上不具有决定犯罪成立与否的权限，因此，虽说“同意无侵害”，但和民法等私法领域中个人具有广泛的自主决定权不同，在刑法上，被害人承诺原理的适用范围极为有限。由于对被害人承诺原理的法理、适用被害人承诺原理的有效条件、有瑕疵承诺的处理以及推定承诺的认定等，中外学者的见解不太一致，因此，在刑法领域内，被害人承诺原理的适用范围，是否像正当防卫、紧急避险等排除犯罪性事由一样，具有普遍适用的意义，还有待探讨。

在本文中，笔者试图在阐述被害人承诺排除犯罪性的法理基础之上，结合我国刑法学的相关理论，就被害人承诺的成立条件、有瑕疵承诺的处理以及推定承诺等问题，进行论述。

一、被害人承诺的类型和法理基础

（一）被害人承诺的类型

被害人承诺的行为为什么不构成犯罪，在刑法理论上向来是一个有争议的问题。在对被害人承诺研究较多的德国和日本，一般从两个不同的角度对这个问题进行说明：一是从排除违法性事由的角度，二是从排除构成要件符合性事由的角度。

* 清华大学法学院教授。

〔1〕 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》上编，中国法制出版社1999年版，第253页。

在德日，通常是从排除违法性事由说的角度来理解被害人承诺。^{〔2〕}这主要是考虑到，在现代社会中，刑法具有公法特点，在刑法调控范围之内的犯罪，其成立与否，只能由作为公共权力机构的国家说了算，不受作为个人的被害人本人的意思所左右。侵害他人权益的行为，即便得到了被害人的允许，也是符合构成要件的行为，原则上构成犯罪。只是，现代社会中，被害人的自主决定权也是一种权益，在被害人决定放弃自己能够处分的权益时，为了尊重被害人的自主决定权，可以从违法性的角度出发，进行社会相当性的考虑或者法益的比较衡量，将这种原本符合特定犯罪构成要件的行为排除在犯罪之外。

但是，被害人的承诺并不总是排除违法性事由。被害人承诺在刑法规定中存在各种类别，如在强制猥亵罪、强奸罪中，未满14周岁（有的国家规定为13周岁）的被害人的承诺对可罚的违法性没有影响；在杀人罪中，被害人承诺只是减轻处罚事由；而在盗窃罪以及非法侵入住宅罪中，被害人承诺不仅排除行为的违法性，而且也排除构成要件符合性。这样说来，被害人承诺究竟具有何种性质，必须根据各个构成要件的性质加以决定。^{〔3〕}

近年来，在德日等国，将被害人承诺作为排除构成要件符合性事由加以看待的见解日渐增强。这种见解认为，将被害人承诺作为对所有犯罪类型都适用的一般排除违法性事由的做法，并不妥当。首先，刑法中的犯罪分为对国家法益的犯罪、对社会法益的犯罪、对个人法益的犯罪三大类型，由于被害人承诺而被正当化的只限于对个人法益的犯罪，对国家法益和社会法益，个人不能承诺放弃。其次，即便是对个人法益的犯罪，能够根据被害人承诺而被正当化的也只是很有限的一部分。在个人法益中，就最为重要的生命法益而言，由于世界各国（荷兰除外）均将即便被害人承诺他人杀害自己的行为（如安乐死）也视为犯罪，因此，承诺杀人的行为，无论如何都不能被正当化。就有关名誉、自由、财产的犯罪而言，只要被害人表示同意，侵害该种利益的行为就不具有构成要件符合性。如此排除之后，真正需要根据被害人承诺理论来说明不构成犯罪的情形，只剩下对身体的犯罪即伤害罪了。这样说来，在由于被害人承诺而不构成犯罪的场合，其实绝大多数是由于构成要件符合性被排除，而不是因为该行为不具有违法性。可见，被害人承诺作为正当化事由发挥作用的场合十分有限，将其作为排除构成要件符合性事由看待，反而更加合理一些。^{〔4〕}

被害人承诺到底是排除构成要件符合性事由还是排除违法性的正当化事由，在德日刑法体系当中，其意义是不同的。按照德日刑法学的通常见解，行为是否符合构成要件的认识错误属于事实认识错误，排除故意；而行为是否违法的错误，属于所谓违法性认识错误，不排除故意，因此，在行为人某甲意图强奸妇女某乙，而某乙早就钟情于某甲，并不反对某甲对其实施性侵害行为，而某甲对此并不知情的场合，如果说被害人承诺是排除构成要件符合性事由的话，那么，某甲的认识错误就属于对强奸罪构成要件的事实认识错误，排除故意，某甲的行为不成立强奸罪；相反地，如果说被害人承诺是排除违法性事由的话，那么，某甲的认识错误就不排除故意，其行为符合强奸罪的犯罪构成，只是由于其意志以外的原因（并不违反被害人某乙的意志）而没有引起侵害妇女某乙的性自由的结果，某甲的行为构成强奸罪（未遂）。

在我国刑法学界，有关被害人承诺的地位，不存在上述争议，这主要与我国犯罪构成体系有关。和德日不同，我国的犯罪构成体系既是形式判断又是实质判断，既是初始判断又是最终判断，

〔2〕 有关德日刑法学中被害人承诺研究的介绍，参见〔日〕大冢仁：《刑法概说》（总论），冯军译，中国人民大学出版社2003年版，第354页以下；〔日〕大谷实：《刑法总论》，黎宏译，法律出版社2003年版，第194页以下；〔德〕弗兰兹·冯·李斯特著，埃贝哈德·施密特修订：《德国刑法教科书》，徐久生译，何秉松校订，法律出版社2000年版，第247页以下；〔德〕汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书》（总论），徐久生译，中国法制出版社2001年版，第449页以下。

〔3〕 同上引，大冢仁书，第355页。

〔4〕 〔日〕前田雅英：《刑法总论讲义》（第3版），东京大学出版会1999年版，第113页。

符合犯罪构成的行为一定是实质上违法即具有社会危害性的行为，而实质上违法即具有社会危害性的行为，必定是符合犯罪构成的行为，换言之，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围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。就上述案例中所涉及的问题而言，由于强奸罪的保护法益是妇女的人身权利即妇女的性自由，因此，构成强奸罪，当然要以行为人的行为违反妇女的意志自由为前提。在上述案例中，既然行为人的行为并不违反被害妇女的意志，没有对其人身权利造成侵害，因此，可以说行为人的行为不符合强奸罪的犯罪构成，不成立强奸罪。

当然，这并不意味着我国刑法学可以不考虑被害人承诺的问题。因为，我国刑法也秉承了近代刑法所坚持的犯罪属于公法调整的范畴，原则上不得受个人意思左右的原则；同时，在我国刑法中，也并不是所有的侵害法益行为都可以因被害人承诺而不成立犯罪。这样，即便在我国刑法中，也同样会产生为什么被害人承诺可以使本来的侵害行为丧失其犯罪性的问题。^{〔5〕}

（二）被害人承诺正当化的法理基础

关于被害人承诺正当化的法理基础，在理论上可谓众说纷纭。目的说认为，它是实现国家所承认的共同生活目的的合适手段；社会相当性说认为，从法律理念来看，它是具有社会相当性的行为；法益衡量说认为，法益主体即被害人同意放弃自己能够处分的利益的时候，受保护的利益就消失不存在了，没有必要适用保护该法益的法律，对行为人进行处罚（利益的放弃）；另外，个人自由和侵害利益比较衡量说强调“自己决定的自由”，主张将被害人自主放弃利益的自己决定自由和由于该决定而被侵害的法益的价值进行比较衡量，在个人自己决定自由优越于行为所引起的法益侵害的时候，被害人承诺的行为能够被正当化。如此等等，不一而足。^{〔6〕}

以上学说，从重视被害人承诺行为所产生的实际效果还是重视被害人承诺行为自身妥当与否的角度来分析，基本上可以划分为两大类：一类重视被害人承诺对被害法益的实际影响效果，考虑到承诺的行为对被害人可以支配的利益是不是造成了实际侵害，法益衡量说、个人自由和侵害利益比较衡量说，均属此类；另一类重视被害人承诺本身的性质，即考虑到承诺的行为是不是为社会一般观念所容允，目的说、社会相当性说，均属此类。

就重视承诺行为本身性质的“目的说”和“社会相当性说”而言，尽管二者名称不同，但在实体内容上并没有多大差别，都没有将被害人放弃某种法益的自由决定作为考虑的重心，而是和其他排除违法性原理一样，重视行为是否符合法规范的要求，以承诺行为的目的和手段的妥当性以及社会相当性来说明其阻却违法的根据。具体而言，首先，二者都重视承诺行为的目的。认为行为人在出于违法或者不具有社会相当性的目的而表示同意的场合，不排除违法性，^{〔7〕}因此，为了骗取保险金或者实施性虐待而表示同意的场合，该承诺无论如何都不合法。其次，重视承诺行为的手段。认为只有在承诺行为具有法律或者社会伦理价值的场合，才能被看作为排除违法事由。^{〔8〕}根据上

〔5〕就德日刑法规定的情况来看，应当说将被害人承诺看作为排除构成要件符合性事由，确实更加现实一些。但即便如此，还是存在“为什么有被害人承诺，就可以说行为不符合构成要件”的说明问题。对这个问题的解答，最终还是要从该行为没有侵害法益或者没有社会危害性这种与违法性有关的角度来解答；同时，如果说不具有法益保护价值的行为都不符合构成要件的话，那么，正当防卫行为中的相当一部分情形也应当在构成要件符合性的阶段上考虑才合适，但是，现在的犯罪论大多不是如此，而是按照历来的做法，将被害人承诺作为排除违法性事由看待。

〔6〕详细内容，参见王政勋：《正当行为论》，法律出版社2000年版，第451页以下。

〔7〕参见马克昌主编：《刑法通论》，武汉大学出版社1999年版，第828页；前引〔1〕，高铭喧等主编书，第254页。

〔8〕前引〔1〕，高铭喧等主编书，第254页；前引〔7〕，马克昌主编书，第829页；赵秉志主编：《新刑法教程》，中国人民大学出版社2001年版，第208页；齐文远主编：《刑法学》，法律出版社1999年版，第161页。

述条件,接受黑社会成员的请求而切断其手指的行为是违法行为,构成故意伤害罪,^[9]但同意他人采用医学上合适的方法在自己身上抽血的行为却是正当行为,不构成故意伤害罪。

重视承诺行为自身性质的“目的说”和“社会相当性说”,在强调被害人承诺必须合乎法规范或者社会伦理规范这一点上,有其合理之处。但是,从违反规范的角度来说明被害人承诺行为的性质,会引起以下问题:首先,难以对被害人承诺做出妥当的解释。“目的说”和“社会相当性说”的目的,本是为了解决客观上伴随有法益侵害的被害人承诺行为,在什么样的情形下可以说是具有“正当目的”或者说是具有“社会相当性”的行为,但是,按照上述理解,就成了“被害人具有‘正当目的’或者具有‘社会相当性’的承诺行为,就是具有‘社会相当性’或者‘正当目的’的正当行为”,这种互相定义式的理解具有循环论证的嫌疑,与“目的说”和“社会相当性说”的本来意图不符。其次,轻视被害人承诺自身的意义。在“目的说”以及“社会相当性说”看来,承诺侵害行为之所以排除违法性,除了具有被害人同意放弃其能够处分的利益的承诺之外,还因为该承诺行为的目的、手段等妥当,具有社会相当性。换言之,即便具有被害人承诺,但在该承诺的目的、手段不妥当,不具有社会相当性的时候,仅凭该承诺行为,还是难以拭去侵害行为的违法性。即在将被害人承诺作为排除违法性事由的见解中,起主导作用的还是被害人放弃法益的承诺自身之外的承诺目的和实现该目的的手段,而不是被害人放弃法益的承诺自身。这样说来,“目的说”和“社会相当性说”,与尊重个人的自主决定权的被害人承诺原理,在本质上是相悖的。按照这种见解,只能得出不合理的结论。如已婚妇女的通奸行为,即便是自愿实施的,但由于不是出于“正当目的”的“具有社会相当性”的行为,因此,妇女自愿放弃性自由的承诺无效,得到其承诺而与之实施通奸的男子的行为构成强奸罪。但这种结论,显然不符合各国现行刑法的规定。

相反地,重视被害人承诺对法益的影响结果的“法益衡量说”以及“个人自由和侵害利益比较衡量说”,则在彻底将个人的自主决定自由作为高于一般生活利益的法益,认为在被害人承诺的场合,值得刑法处罚的法益侵害不存在这一点上,具有共性。这两种见解最鲜明的特点是,仅重视被害人承诺自身所具有的放弃法益的意义,而不把被害人承诺的目的和手段的妥当性或者社会相当性作为考量的中心。在这两种观点看来,被害人一旦承诺,就意味着法益主体按照自己的自由决定而放弃了其能够处分的生活利益,由于该种生活利益已经被放弃,因此,被害人承诺的侵害行为原则上排除违法性。按照这种见解,为了获得更加强烈的快感而同意他人对自己实施性虐待之类的违反伦理习俗的侮辱、伤害行为就不用说了,在出于骗取保险金的目的而同意他人伤害自己身体的场合,尽管被害人的承诺具有违法目的,但由于存在被害人放弃自己可以处分的利益的承诺,因此,这些行为都不具有违法性。^[10]换言之,这两种见解强调对个人自由决定的保护,认为个人自己在侵害自己利益的行为是否违法的判断上,起着主导作用。

从刑法目的在于保护人们的生活利益即法益,而不是维持国家的道德伦理秩序的近代刑法观来看,应当说,以法益的比较衡量为核心的“法益衡量说”和“个人自由和侵害利益比较衡量说”更加恰当,值得支持。必须指出的是,上述重视被害人承诺对法益侵害影响的见解中,也存在一些难以自圆其说的地方。如法益衡量说认为,作为法益主体的被害人根据自己的自由决定,放弃其能够处分的法益的场合,就意味着使受保护的法益归于消失(保护法益不存在)。将这种观点贯彻到底的话,就会得出法益主体对自己的法益进行侵害,不管这种法益的种类如何,该侵害行为都应当被

[9] 日本仙台地方法院石卷分院1987年12月18日做出了这样一个判决:黑社会成员某甲为了对自己的行为表示谢罪,请求被告人切断其手指。被告人让某甲把左手放在浴缸的台子上,用钓鱼线将其小拇指根部扎紧,然后把菜刀刀刃绑在小拇指上,用榔头敲击刀背,切断某甲的小拇指。对于这起案件,法院认为,某甲“即便具有承诺,但被告人的行为,只能说是违反公序良俗的断指行为,它没有采取由医学知识证明的消毒等适当措施,方法绝对野蛮、残忍,不能说是具有社会相当性的行为,不能排除违法性。”以上内容,载[日]《判例时报》第1249卷,第145页。

[10] 前引[6],王政勋书,第467页。

正当化的结论。但是,各国刑法普遍规定了承诺杀人罪,或者将得到被害人同意的承诺杀人行为作为故意杀人罪的处罚对象,同时,就伴随有死亡危险的承诺伤害行为是否构成犯罪而言,肯定说在理论上仍然占优势的情况下,作以上形式的理解,显然是有问题的。为了解决这一问题,“法益衡量说”便将国家、社会也作为个人生命法益的主体,认为对个人法益的侵害,同时也是对国家、社会法益的侵害。^[11]但是,说历来被看作为纯粹的个人法益的生命、身体也是个人自己不能完全把握的国家、社会法益,显然是夸大了国家、社会对个人生活的介入,是超越个人的国家主义刑法观的体现,不符合各国现行刑法将杀人等罪看作为纯粹侵害个人生命、身体法益的犯罪的事实。

同样,“个人自由和侵害利益比较衡量说”,在强调被害人的自己决定自由(自主决定权)也是应当受到保护的重要法益这一点上,具有妥当之处。但是,由于没有采用“承诺无侵害”即被害人同意他人侵害自己利益的时候,自己决定自由的利益就不存在的构成,所以,自由决定的利益和所侵害的利益的比较衡量,事实上,就是同一人格主体即被害人内部进行的。^[12]这一点,和其他的排除违法性事由的场合不同。在其他排除违法性事由中,被比较衡量的是自己的利益和他人的利益,如在正当防卫中,被比较衡量的是加害人的利益和防卫人的利益;在紧急避险中,被比较衡量的是所保护的本人或者他人的利益与无辜的第三人的利益。这样说来,主张将自己决定自由和被侵害利益加以比较衡量的学说,将被侵害法益和处分该法益的“个人自由”作为两种独立的利益并列,难免会让人觉得,刑法的任务是保护和“个人自由”无关(有时候,还与个人自由对立)的法益。实际上,和法益处分有关的“个人自由”,不是游离于法益之外的要素,而恰好是法益自身的构成要素,换言之,放弃自己能够处分的法益,恰好是“自己的自由决定”的体现,因此,不能将法益侵害和处分法益所体现的“个人自由”二者分开进行比较衡量。^[13]同时,这个见解的前提是,即便是侵害被害人承诺放弃的利益的行为,也是符合构成要件的行为,只是在违法性阶段,根据利益的比较衡量能够排除该行为的违法性而已,换言之,在这种见解中,构成要件符合性的判断,被认为是一个形式的判断,不带有任何实质性的内容。这种见解显然和德日目前通行的作为违法、有责类型的构成要件符合性的判断中,不得不带有实质性内容的见解不符。

笔者同意法益衡量说的立场。所谓法益,就是刑法所保护的利益。刑法之所以将某种利益作为法益加以保护,主要因为其是个人自己决定或者说自我实现(人格发展和完成)所必不可少的前提,是实现该种目标的必要条件,因此,法益只有在对人的自我实现具有积极意义的限度内,才具有作为法益而受到刑法保护的意义。相反地,如果保护某种法益成为个人自己决定或者自我实现的障碍或者说是负面因素的话,就没有必要对其进行法律保护。在这种场合,尊重个人的意愿,任其放弃可以自由处分的利益,实际上,就是其个人自我实现的体现。所以,被害人自愿放弃其能够处分的利益,在以个人的自我实现作为刑法的终极目的的现代刑法中,应当允许,对侵害该种被放弃的利益的行为,不能作为犯罪而加以处罚。

允许被害人自由处分自己能够处分的法益的观念,已经为各国刑法所贯彻。如在世界各国刑法中,很多条款都涉及到被害人承诺的内容。这些内容,从其在犯罪论上的地位来看,可以分为以下几种类型:第一是排除构成要件符合性的被害人承诺。如在侵入他人住宅罪、强奸罪、盗窃罪等中,违反被害人意思是该罪的构成要件要素,被害人只要具有承诺,行为人的行为就不符合构成要件,因此,不用等到违法性判断阶段,就可以先在构成要件符合性判断的阶段上确定该行为不构成犯罪。第二是在构成要件符合性判断上没有任何意义的被害人承诺。如在对不满14周岁(有的国家为13周岁)的幼女实施强奸、猥亵,或者在诱拐未成年人等的犯罪中,被害人是否承诺,对于

[11] 前引〔7〕,马克昌主编书,第828页。

[12] 参见〔日〕曾根威彦:《刑法学基础》,黎宏译,法律出版社2005年版,第60页。

[13] 参见〔日〕山口厚:《刑法总论》,有斐阁2004年版,第140页。

行为人的行为是否成立犯罪没有任何影响。即便被害人表示同意，行为人的行为仍然构成犯罪。第三是作为构成要件要素的被害人承诺，承诺杀人罪、承诺堕胎罪就是其体现。在这种犯罪中，被害人承诺是构成要件内容，因此，没有得到被害人承诺而实施上述行为的话，就不符合本罪的构成要件，不成立本罪。第四是作为排除违法性事由的被害人承诺。这是有关被害人承诺的中心话题。它主要集中在承诺伤害是否构成犯罪的的问题上，往往从排除违法性方面来加以说明。

当然，被害人承诺并非绝对的权利，其行使也要受到一定限制。如在强奸罪或者强制猥亵罪中，无论具有什么样的真诚承诺，被害人在未满14周岁（有的国家为13周岁）的时候，也仍然构成犯罪。这主要是因为，存在比保护被害人本人的承诺更加优越的“对未成年的被害人进行保护”的利益。另外，就承诺杀人而言，也可以做同样的理解。从各国刑法规定或者实际应用情况来看，承诺他人杀害自己的场合，虽然不构成普通杀人罪，但仍然要构成犯罪即承诺杀人罪，只是处罚较普通杀人罪轻得多而已。从此可以看出，虽然对于生命，法律在一定程度上认可了个人的自己处分权。但是，生命是自己决定自由的物质基础，剥夺人的生命的话，就是剥夺了个人进行自由的自主决定的权利，这和刑法保护个人自主决定权的宗旨背道而驰，因此，被害人即便具有承诺，但该承诺要受到一定限制，不能将被害人的自主决定绝对化。

二、被害人承诺的成立条件和法律效果

（一）被害人承诺的成立条件

被害人承诺实际上就是被害人自由地行使自主决定权，因此，作为被害人承诺正当化的有效条件，就是具有判断能力的人，针对自己可以处分的一定法益，进行真实自由的承诺或者同意。作为其有效的成立条件，包括以下内容：

1. 承诺主体

首先，能够对侵害法益表示承诺的，必须是具有承诺能力的人，这是理所当然的。在法益主体由于年少或者精神障碍而不能准确地表达自己的思想，缺乏承诺能力的时候，可以由其代理人代为表示承诺。但是，由于受刑法保护的利益具有和特定人紧密相关的人格特征，和民法理论上的代理有所不同，因此，确定刑法中能够代为承诺的法益范围的时候，应当根据代理权的范围、法益的种类（是身体、自由还是财产）、侵害的程度、对于被害人本人而言的利益程度以及法益主体的实质判断能力，综合考虑。^{〔14〕}其次，承诺必须由具体法益的归属主体做出。因为，只有法益的所有人才有权处分该法益。另外，根据被害人承诺而排除犯罪性的，只能是对个人法益的犯罪。对国家法益的犯罪，对社会法益的犯罪，不能认可被害人承诺的效力。因为，在这些犯罪中，法益主体是国家或者社会。从绝对个人主义立场出发，将国家法益或者社会法益的主体理解为是作为个人集合的不特定的多数人，也并非完全不可能。如此说来，在做放弃国家、社会利益的决定的时候，就要求作为国家、社会法益的主体即全体国家成员或者社会成员，都对法益处分决定表示同意，这在事实上几乎是不可能的。

对于诬告陷害罪之类的既侵害个人法益又侵害国家法益的犯罪，该如何处理，在刑法理论上存在争议。日本过去的判例和通说认为，诬告陷害罪是对国家法益和个人法益双重的犯罪，因此，被

〔14〕前引〔13〕，山口厚书，第141页。

害人(被诬告者)的承诺对犯罪的成立没有影响。^[15]我国也有学者同意这种观点。^[16]但是,这种观点在我国显然是不妥当的。一方面,在我国刑法中,诬告陷害罪被规定在侵犯公民的人身权利、民主权利罪一章中,属于侵犯个人法益的犯罪,而不是对国家法益的犯罪,这一点,和日本刑法学将诬告陷害罪理解为首先是对国家法益的犯罪,其次是对个人法益的犯罪不同。既然诬告陷害罪首先是侵害个人法益即人身权利的犯罪,那么,在被害人同意放弃其人身权利的时候,当然很难说,他人的诬告陷害行为对自己的人身权利造成了实际侵害。另一方面,诬告陷害行为虽然客观上会对国家的司法活动带来一定影响,但是,这种影响,在被害人承诺的场合,由于不可能是对他人人身权利的实际侵害(由于被害人已经承诺放弃自己的利益),所以,对国家司法活动的影响只限于一些观念上的影响而已。^[17]从这种意义上看,将被诬陷者的承诺看作为排除诬告陷害罪的成立事由更合适一些。如果说将被害人同意诬告的行为也作为犯罪处理的话,那么,自己诬告自己的行为,对并不实际存在的对象的诬告行为,岂不也要成立诬告陷害罪吗?这显然是抽象地理解了诬告陷害罪的保护法益,过分地扩大了诬告陷害罪的保护范围。

2. 承诺对象

承诺对象,就是符合构成要件的事实,它不仅包括侵害法益的结果,也包括引起该结果的行为。由于被害人承诺放弃的是法益,因此,有无侵害法益的结果,是认定承诺是否有效的关键。在行为人虽然对他人侵害自己法益的行为表示了承诺,但对该行为所产生的具体结果没有同意的时候,就不能适用被害人承诺的原理,因此,在被害人明知他人酒后驾车是危险行为但仍然乘坐该车,结果发生了伤亡事故的场合,由于被害人没有就所发生的伤亡结果表示同意,所以,对于该驾驶人员不能直接按照被害人承诺原理而认定其行为不构成犯罪。^[18]

另外,要注意的是,尽管被害人承诺的中心内容是放弃法益这种结果,但行为主体和行为方式也是被害人承诺的对象。在侵害法益的结果满足同意内容,但行为主体和行为方法与承诺内容不一致的时候,也不排除犯罪性。就行为主体而言,如在被害人错以为他人是自己的丈夫或者情人而同意与其发生性关系的时候,尽管被害人对侵害自己性自由的结果表示了承诺,但由于这种承诺是针对特定行为主体即被害人的丈夫或者情人发出的,因此,在行为主体与自己的承诺内容不一致的时候,对行为人不能适用被害人承诺原理而排除其行为的犯罪性。同样,在数人共同对同一女子实施强奸而构成轮奸的场合,如果被害人只对其中一人的奸淫行为表示承诺,那么,就该男子而言,可以适用被害人承诺的原理,而对于其他人,则照样构成强奸罪。另外,就行为方法而言,如在被害人由于轻微过失而请求对方宽恕,说:“你惩罚我吧!”不料对方将被害人的衣服剥光,让其到操场

[15] 参见日本大审院1912年12月20日判决,载[日]《大审院刑事判决录》第18辑,第1566页。另外,目前学术界的主流观点,也对此持肯定态度。具体内容,参见[日]大谷实:《刑法各论》,黎宏译,法律出版社2003年版,第441页;[日]前田雅英:《刑法各论讲义》(第2版),东京大学出版会1998年版,第530页。但是,反对意见认为,诬告罪的保护法益,首先是法的安定性(不受不当搜查或者不成为惩戒程序对象意义上的法的安定性),而国家的刑事司法机能或者惩戒处分程序的妥当性(开始刑事或者惩戒处分调查的妥当性),是作为对被诬告者的法的安定性的反射效果的法益而已,因此,将被诬告者的承诺看作为排除诬告罪的违法性的情形更为妥当一些。参见[日]内藤谦:《刑法讲义总论(中)》,有斐阁1991年版,第590页。

[16] 田宏杰教授认为,诬告的成立与被告人的承诺无关,因为诬告行为涉及如何追诉犯罪的公共利益,它既表明了现代法秩序对个人意志自由的尊重和保护,同时又为个人自主决定权的行使划定了一个合理边界,以防止个人自由权的滥用,保证了个人自由权与社会法益、国家法益的和谐共处、各得其所。参见田宏杰:《刑法中的正当化行为》,中国检察出版社2004年版,第385页以下。

[17] 我国学说通常认为,在诬告陷害他人的时候,诬告陷害罪不仅侵犯他人的人身权利,而且公安司法机关也要为调查行为人诬告的事实而浪费人力、物力,影响司法活动的进行,即将浪费人力、物力理解为对公安司法机关活动的影响。但是,这种理解是有问题的。对浪费公安司法机关的人力、物力这种可以经济价值计算的东西,直接理解为财产利益或者财产性利益,可以按照毁坏公私财物或者其他侵犯财产的犯罪处理,用不着以侵犯国家机关司法活动犯罪处理。所谓国家机关司法活动,应当是指公安司法机关依照法律规定,代表国家进行侦查、起诉、审判和执行等活动。

[18] 前引[2],大谷实书,第197页。

上跑三圈的行为,显然也是不符合其承诺内容的行为,有构成侮辱罪之嫌;为了救助重病伤者,得到了身体健康者的承诺之后而在其身上采血的行为本身是合法的,但是,用给供血者的健康造成重伤的方法采血,则是不允许的。〔19〕

3. 承诺时间

承诺应当在什么时候做出,理论上不同看法。一种观点认为,只有在行为前或者行为时做出的承诺才可能被行为人所认识,事后承诺不具有排除社会危害性的效果。〔20〕相反的观点认为,由于承诺而使法益的法益性或者保护价值丧失,因此,承诺必须在结果发生时存在,而且仅此就足够。〔21〕笔者同意后一种观点。因为,承诺的效果是,法益的要保护性丧失,即法益主体同意对可以处分的法益进行侵害的话,就不存在要保护的法益。因此,即便被害人在行为时或者行为过程中表示不同意,但在结果发生时,表示同意即发出承诺的话就可以了。按照这种观点,抢劫罪的被害人在受到暴力胁迫的时候,没有交付财产的意愿,但是,在对方强夺自己财物的时候,突然心生怜悯,自愿放弃该财物的场合,对方的行为就不构成抢劫罪;强奸罪的受害人在事前并不同意对方和自己发生性关系,但是,在事中突然发现对方原来是自己所中意的人而并不反抗的时候,该承诺也同样有效。

另外,在行为之后,结果尚未发生之前,表示承诺的场合,加害行为不构成犯罪。如抢劫罪的行为人对被害人进行暴力威胁,被害人不是由于恐惧,而是出于同情怜悯,将身上的财物送给对方作为回家路费之用的时候,由于存在被害人放弃自己财产法益的承诺,所以,该行为人的行为不构成抢劫罪,既不构成抢劫罪未遂,〔22〕更不构成抢劫罪既遂。

4. 承诺表示

被害人的承诺是不是要在外部表现出来,见解也不一致。意思方向说认为,承诺只要作为被害人的内心意思而存在就可以,不要求一定要在外部表现出来;相反地,意思表示说认为,承诺当中所显现出来的自己决定并不纯粹是法益主体个人内心层面的东西,作为社会法律层面的内容,其必须具有作为社会存在的轮廓和实体,因此,它必须体现于外。〔23〕从被害人承诺就是行使自主决定权的立场出发,由于被害人的自主决定权只要在其内心受到保障就可以了,因此,意思方向说妥当。另外,现在的多数意思表示说都主张,不管是明示还是默示的承诺,都可以看作为承诺的意思表示方式,因此,意思表示说和意思方向说之间,实际上已经没有多大差别。

和被害人承诺是不是要在外部表现出来的问题相对应,行为人即加害人是不是要对被害人的承诺具有认识,在理论上也有两种看法。主张意思表示说的人认为,行为人对承诺的存在必须具有认识(认识必要说),〔24〕相反地,主张意思方向说的人认为,行为人对承诺的存在不要求具有认识(认识不要说)。〔25〕在认识必要说看来,在行为人没有认识到承诺的场合,就成立既遂犯,相反地,在认识不要说看来,这种场合,绝对不成立既遂犯。如行为人在盗窃之际,没有认识到被害人具有承诺的场合,按照认识必要说,就要成立盗窃既遂,相反地,按照认识不要说,就是不成立犯罪,

〔19〕前引〔2〕,大冢仁书,第358页。

〔20〕前引〔6〕,王政勋书,第463页。

〔21〕前引〔13〕,山口厚书,第143页。

〔22〕很多学者认为,这种场合,应当构成抢劫罪未遂。因为,行为人的抢劫行为和获取财物之间之所以没有相当因果关系,是由于行为人意志以外的原因引起的。但是,在被害人不是因为精神上陷入恐惧,而是出于同情怜悯之心而处分财物给对方时,其行为根本不符合抢劫罪构成的客观要件,所以,连抢劫罪未遂都不应该成立。

〔23〕参见〔日〕西原春夫:《刑法总论 改订版(上卷)》,成文堂1995年版,第276页。我国也有学者主张,只有在行为人对于被害人的承诺主观上存在着认识时,基于承诺的行为才有可能阻却行为的犯罪性,才有可能成为刑法中的正当化行为。参见前引〔16〕,田宏杰书,第392页;前引〔6〕,王政勋书,第463页以下。

〔24〕前引〔6〕,王政勋书,第464页。

〔25〕这种观点,主要为日本学者平野龙一、中山研一等主张。

或者最多只成立盗窃罪未遂。其中,盗窃罪未遂说以故意是盗窃未遂的主观违法要素为前提,以没有意识到承诺的行为自身具有侵害财产权的一般危险为根据。但从盗窃未遂的处罚根据在于违反被害人即财产所有人意思的侵犯财产权的具体危险的立场来看,只要客观上存在被害人的承诺,行为人即便没有意识到该承诺,也不能说发生了违反被害人意思的侵害财产权的具体危险,所以,该行为只能看作为不能犯,不能受到处罚。^[26]

5. 无效承诺

被害人承诺必须是其自由、真实意思的体现,也就是说,被害人在没有受到外在强制或者欺骗的情况下,基于自己的内心判断,自由做出的承诺是其真实意志的反映,这种自由判断具有普遍的价值,被作为法益而受到尊重,因此,在被害人虽然具有承诺能力,但该承诺是由于受到强迫或者欺骗而做出的时候,承诺的有效性就要被否定。在这种场合,本来不应当受到任何限制的意思自由由于受到人为的限制,所以,该种承诺不能客观地评价为自由意思。虽说在被迫承诺的场合,法益主体在决定是否实施某种事项上,也有一定的自由(如果完全没有自由,就不可能存在承诺的问题),但这种自由受到了一定的限制,其主观意思客观上受到了一定的束缚,因此,仍然可以说这种同意是无效承诺。^[27]这也正是在敲诈勒索罪中,被害人虽说在一定程度上表示了承诺,但仍然要作为犯罪加以处理的原因。

在被害人由于欺骗而表示承诺,即被害人的承诺决定中有瑕疵的时候,该承诺是不是有效,情况比较复杂。这个问题后面再专门论述。

(二) 被害人承诺的法律效果

在法益主体即被害人表示了有效承诺之后,其所保有的法益就会丧失作为法益的性质或者要保护性,即便该利益遭到侵害,加害人的行为也不构成犯罪,这是根据被害人承诺原理所应当得出的一般结论。这个结论,就侵害自由、名誉、财产等利益的犯罪而言,可以说,在理论上已经没有什么异议,但就生命、身体法益而言,被害人承诺是否具有上述效果,则存在不同意见。

首先,就生命法益而言,被害人承诺并不排除杀人行为的社会危害性。这一点,在国外刑法中有明确规定。如意大利刑法第579条规定:“经他人同意,造成他人死亡的,处6年至15年有期徒刑”;德国刑法第216条第1款、日本刑法第202条均有类似内容。在国外刑法学看来,“自己的生命不属于可以承诺的对象,生命权不在个人可以自由处分的法益范围之内,因为它毁灭的是自由与自由权主体本身”。^[28]换言之,“生命这种法益具有无可替代的重要性,所以,必须违反法益主体的意思进行保护”。^[29]我国现行刑法尽管没有国外的类似规定,但“受嘱托杀人以故意杀人罪论处”^[30]的观点,在刑法理论上已经被广泛认可。只是在认可的理由上,和国外的理解有所不同。我国学者认为,个人是国家、社会的成员,个人不能随意地让与和支配这种权益,它既是个人权益,同时又属于国家和社会的公共权益,因此,同意他人将自己杀死的行为,不能免除行为人的刑事责任。^[31]应当说,这种观点在结论上是妥当的,但在说理上值得商榷。个人生命不是国家和社会的公共权益。如果说个人的生命、身体也是国家、社会的公共权益的话,那么,所有的自杀、自伤行为都是对国家、社会的犯罪,除了由于自杀既遂而无法对行为人追究刑事责任的场合以外,对于自杀未遂者、自伤者,都应当追究刑事责任。这显然是不合适的,也不符合现行刑法的规定。^[32]

[26] 前引[12],曾根威彦书,第98页以下。

[27] 前引[13],山口厚书,第142页。

[28] 李海东:《刑法原理入门》,法律出版社1998年版,第91页。

[29] 前引[13],山口厚书,第146页。

[30] 前引[1],高铭喧等主编书,第814页。

[31] 前引[7],马克昌主编书,第828页。

[32] 我国现行刑法只是将剥夺他人生命的行为规定为犯罪,而没有将自己剥夺自己生命的行为规定为犯罪。

笔者认为,被害人承诺原理,最本质的核心是承认个人具有自主决定是否放弃某种利益以及以什么方式放弃某种利益的自由,刑法将这种自己决定的自由作为法益加以保护。生命是这种自由的物质基础和存在前提,剥夺他人生命就是剥夺他人自己决定自由的物质基础和存在前提,违反了刑法保护个人的自己决定自由的宗旨。因此,剥夺他人生命的行为,即便得到了被害人的承诺,也仍然具有社会危害性,应当受到刑法处罚。

其次,就身体健康法益而言,被害人承诺排除伤害罪的社会危害性。

被害人承诺他人伤害自己身体的行为该如何处理,在刑法理论上,存在较大争议。具体而言,有以下三种观点:

一是违反公序良俗的承诺伤害构成犯罪的观点。这种观点认为,承诺伤害行为,在违反公序良俗或者善良的社会道德观念的时候,构成伤害罪。如德国刑法第 228 条规定,行为人经被害人承诺而伤害其身体的,只有在该行为违反公序良俗时,才是违法行为;意大利学者认为,承诺人处分自己的身体健康,应受意大利民法典第 5 条规定的限制,该条禁止那些处分自己身体时“可能引起身体永久性残损或者违背法律、公共秩序或者善良风俗”的行为;^[33]日本判例主张在承诺伤害违反公序良俗(欠缺社会相当性)的场合,就承诺伤害而言,成立伤害罪。^[34]我国学者虽然未就承诺伤害行为什么情况下违法的问题进行专门探讨,但是,我国刑法学的通说认为,被害人承诺主观上必须是为了追求有益于社会的目的。如果被害人的承诺损害是为了达到不可告人的非法目的,如为了获取保险金而承诺对自己的财产造成损害等,则不能免除行为的社会危害性;同时,根据承诺所做出的损害行为本身,即其方法和程度必须符合社会公德和国家法律的规定。^[35]

但是,以是否违反公序良俗作为判断承诺伤害行为是否违法的标准,实质上会淹没或者掩盖被害人承诺的意义和作用。因为,在公序良俗说之下,不仅要考虑被害人承诺的主观动机是不是合法和合乎道德,还要考虑加害人的损害行为是否合乎社会公德和国家法律规定,换言之,被害人承诺仅仅是判断承诺伤害行为是否合法的标准之一,而不是唯一标准。但这里问题就出现了,被害人承诺伤害自己,就意味着被害人放弃自己的身体健康利益,从刑法的任务在于保护法益的立场来看,承诺的对方即加害人的伤害行为因为没有侵害他人的健康利益,应当是不构成犯罪才对,为何还要考虑被害人的动机、行为人的加害方式、程度之类呢?因此,以违反公序良俗作为处罚承诺伤害行为的基础,实质上将故意伤害罪的保护法益变相地转变为了被害人身体健康法益之外的伦理秩序,偏离了刑法中故意伤害罪的主旨。

二是危及生命安全的重大伤害构成犯罪的观点。这种见解认为,承诺对方切断自己手指头之类

[33] [意] 杜里奥·帕多瓦尼:《意大利刑法原理》,陈忠林译,法律出版社 1998 年版,第 151 页。

[34] 日本最高法院在 1980 年 11 月 13 日的判决中,首次对同意伤害做出了判断。在出于骗取保险金的目的,经被害人同意而对其造成伤害的案件中,最高法院认为:“在被害人承诺伤害自己身体的场合,是否成立伤害罪,仅仅存在承诺的事实还不够,还必须综合考虑进行上述承诺的动机、目的、伤害身体的手段、方法、损害的部位、程度等各种情况,加以决定。本案中,(行为人)出于制造过失的汽车事故、骗取保险金的目的,在得到被害人的承诺之后,让其故意和自己驾驶的汽车相撞而受伤,该承诺是为了实现骗取保险金这一违法目的而实施的违法行为,因此,不能成为排除该伤害行为的违法性的事由。”上述内容,载 [日]《最高法院刑事判例集》第 34 卷第 6 号,第 396 页。该判决认为,目的违法的话,即便是承诺伤害也是违法的,即目的决定承诺伤害行为有无违法性。另外,在日本地方法院的判决中,有相当数量的被害人在性交之际,为了增强快感,同意对方对自己实施性虐待行为,结果不小心而弄出伤害事故或者人命事故的案件,对于这种案件,法院均是以即便被害人具有承诺,但该承诺“违反善良风俗”、“违反社会一般观念”或者“不具有社会相当性”为由,认定被害人承诺无效。关于日本地方法院的判决情况,参见前引 [15],内藤谦书,第 611 页以下。

[35] 前引 [7],马克昌主编书,第 828 页以下。另外,田宏杰博士认为,虽然承诺的动机不要求一定要有益于社会,但是,“对于身体健康权的承诺效力的认定,应当以严重伤害结果的发生,同时结合公序良俗的要求,予以综合认定。”并举例说,对赌博时因缺乏赌资而同意伤害的,行为人即使只造成了轻伤结果,也应认定为伤害罪。对为了争取某种合法利益,而采取以伤害为限度的决斗造成轻伤的,则不宜以伤害罪认定。这种说明与其前面的论述之间似乎相互矛盾。参见前引 [16],田宏杰书,第 389 页以下。

的一般伤害行为不可罚，不构成犯罪，但是，危及生命安全的重大伤害行为，即便被害人表示了承诺，也应当认定为故意伤害罪。如日本学者大谷实教授认为，从日本刑法第202条处罚承诺杀人，以及保护生命法益的重要性来看，在有危及生命程度或者形式的重大伤害时，不许自由处分法益；即被害人的承诺无效。^{〔36〕}我国学者张明楷教授也认为：“从与得承诺杀人的关联来考虑，造成重伤的行为通常是对生命造成危险的行为，而经被害人承诺的杀人没有例外地构成故意杀人罪，故对造成重伤的承诺伤害认定为故意伤害罪比较合适。”^{〔37〕}

以上观点，是从既然生命法益不能自由处分，那么，危及生命安全的身体健康当然也不得自由处分的立场所推断出来的结论。但是，上述结论中存在以下疑问：首先，既然行为人已经意识到该伤害行为可能引起生命危险，而仍然决意实施，至少可以说行为人具有故意杀人罪的故意，在引起了死亡结果的场合，该行为应当成立故意杀人罪（责任较轻的承诺杀人罪）；在引起了死人危险但没有发生死亡结果的场合，应当构成故意杀人罪（承诺杀人罪）未遂，无论如何都不应当构成故意伤害罪。其次，即便借鉴国外的刑法规定，也难以推论出对危及生命安全的伤害行为，要作为故意伤害罪处罚的结论来。根据罪刑法定原则，刑法所不禁止的就应当允许，国外刑法中，承诺杀人的场合之所以要构成犯罪，是因为刑法有明文规定，而且构成和故意杀人罪不同的“承诺杀人罪”。但是，对社会危害性相对较小的承诺伤害行为，刑法并没有明文规定要对其予以处罚，而且，即便从专门规定有承诺杀人罪的国家的情况来看，承诺杀人并不是以故意杀人罪处理，而是以较轻的“承诺杀人罪”来处理，由此类推，如果说承诺伤害罪也构成犯罪的話，应当是构成“承诺伤害罪”才对，而不应当是故意伤害罪，但是，国外刑法中一般没有规定这样的罪名。因此，认为危及生命安全的重大伤害行为，即便是得到被害人承诺而实施的，也构成伤害罪的见解是不妥的。

三是不可罚说。这种观点是将被害人承诺原理贯彻到底的见解，认为在现行刑法典的范围之内，如果说最大限度地尊重个人的自主决定权的话，只要本人具有真诚的承诺，承诺伤害行为原则上应当否定成立伤害罪。^{〔38〕}这种观点，在德国已经成为多数说；在日本，也为前田雅英、山口厚等教授提倡。在我国，王政勋教授也认为，承诺伤害行为的社会危害性远较故意杀人罪为小，加之其是在被害人做出承诺的情况下实施的，因此，对这种行为不宜以犯罪论处。^{〔39〕}

笔者同意这种观点。前面已经说过，刑法将和个人生活相关的各种利益作为法益加以保护，目的仅仅是为了个人的自由发展和自我实现，因此，个人自主决定权就成为各种法益中最重要的保护对象。除了少数极为特殊的情况（如不具有处分能力）以及消灭作为自由决定的物质基础的生命法益的承诺杀人行为之外，对于其他被害人处分自己可以自由处分的利益的行为，都应当充分尊重被害人的自主决定，因此，对于处分自己健康利益的承诺伤害行为，原则上应当认可。这样做，也符合罪刑法定原则的宗旨和刑法的相关规定。

要注意的是，承诺伤害行为尽管不构成犯罪，但并不意味着该行为是社会伦理上的正确行为或者是符合人们一般观念的行为，值得在社会上大力推广。刑法学上所谓“不符合犯罪构成要件”的“正当行为”，并不意味着一定是“能够积极加以推广的行为”。^{〔40〕}符合构成要件的行为和在社会伦理道义上不值得褒奖的行为，在评价标准上存在差异。很多行为在伦理道义上值得严厉谴责，但由于其没有侵害法益，不值得刑罚处罚，所以，不能说其具有构成要件符合性。另外，有些承诺伤害行为，单独地看并不构成犯罪，但是在成为其他人的犯罪行为的一部分的时候，可能会构成其他犯罪。如为了骗取保险金，取得被害人承诺之后而伤害被害人的，尽管不构成故意伤害罪，但构成保

〔36〕 前引〔2〕，大谷实书，第195页以下。

〔37〕 张明楷：《刑法学》（第二版），法律出版社2003年版，第683页。

〔38〕 前引〔4〕，前田雅英书，第117页。

〔39〕 前引〔6〕，王政勋书，第458页。

〔40〕 前引〔4〕，前田雅英书，第117页。

险诈骗罪，而此时的被害人也并不是真正意义上的被害人，而是保险诈骗罪的共犯。

三、对有瑕疵的承诺的处理

(一) 传统的处理方法

被害人承诺有效的条件之一，就是被害人的承诺必须真实、自愿。如果被害人是在受胁迫或者被欺骗的情况下做出承诺，该承诺就是有瑕疵的承诺即错误承诺，属无效，这一点在学界已经取得了共识。但是，如果说在被害人做出某种承诺的时候，只要存在某种欺骗因素，就一律认为该承诺无效，对于行为人所实施的侵害行为，一律按照保护该种法益的犯罪处理，显然也是存在问题的。如在行为人欺骗被害人说，如果同意与其发生性关系的话，就可以为其提供一个职位，被害人信以为真，就和行为人发生了性关系，结果发现此事是一个骗局的场合，或者在男方为了摆脱女方的纠缠，利用女方对自己的迷恋，提出一起殉情自杀，女方信以为真，喝下了毒药，而男方却把毒药吐出来，结果只有女方死亡的场合，如果说被害人承诺都是在受到欺骗的情况下所做出的无效承诺的话，那么，在上述场合，行为人的行为岂不是一律要构成强奸罪和故意杀人罪吗？

还真的外国判例是这么理解的。如在男方和女方决定分手的时候，女方不同意而提出一起自杀，在商量过程中，尽管男方的自杀意图已经消失，但他看到女方迷恋自己并具有追随自己去死的念头，就有意利用这一点，装出自己也要和她一起死去的样子，把氰化钾递给她，让她喝下身亡的案件中，日本最高法院认为：“被害人，是在受到被告人的欺骗，估计被告人会追随自己死去之后，才做出死的决定的，该决定是具有不符合其真实意愿的重大瑕疵的意思”，因此，认定被告人的行为构成故意杀人罪。^[41]有关学说也认为，被害人由于错误而引起的承诺，不是出自真心实意，应视为无效，对上述判例结果表示支持。^[42]按照这种见解，被害人相信对方会和自己一起殉情自杀的事实是导致被害人自杀的本质要素，如果没有行为人假装追随被害人一同死去的行为，就不可能强化被害人的自杀意图，因此，被害人的自杀决意不是出自其自由的真实意思。行为人利用没有自杀意图的被害人的行为，使其自杀身亡的场合，是故意杀人罪的间接正犯。

但是，这种判例见解，遭到了多数学者的反对。如曾根威彦教授认为，假意追随对方死亡的事实只是让对方自杀的一个条件而已，对于具有正常的判断能力、理解自杀意义的人来说，追随自杀是不是能够成为支配自杀的本质要素，还有疑问。因为，行为人只是为对方提供了行为动机而已，不能说直接支配了死亡结果，因此，行为人应当成立自杀关联罪。^[43]大谷实教授也认为，即便被告人假意追随对方死亡的行为使被害人产生了“重大意思瑕疵”，也不能仅此就认定被告人的行为具有了故意杀人罪的实行行为程度的危险，还要考虑欺骗行为的内容、程度、让人自杀之际的工具准备情况、行为人的参与程度等。在根据一般经验，可以说实施该行为，通常会发生按照行为人的意志，让被害人死去结果的时候，能够将该欺骗行为评价为杀人罪的实行行为。^[44]

按照我国学者的看法，被害人承诺中的错误分为两种，一是事实错误，即被害人对所承诺的损害行为本身存在误解，如某女误以为深夜进屋的男子是其男友而同意与其发生性关系的场合，就是如此；二是动机错误，即对所承诺的损害行为本身没有误解，仅仅对与引起行为发生的相关情况存在误解，如知道进屋的不是其男友，而是其上司，但误以为通过与上司发生性关系即可获得提职加薪的机会而同意与其发生性关系的场合，就是如此。我国学者认为，事实错误影响被害人承诺的有

[41] [日]《最高法院刑事判例集》第12卷第15号，第3519页。

[42] [日]福田平、大冢仁：《对话 刑法总论（中）》，有斐阁1986年版，第94页以下。

[43] 前引[12]，曾根威彦书，第14页。

[44] 前引[15]，大谷实书，第16页以下。

效性，而动机错误则不影响被害人承诺的有效性。^[45]

上述借鉴美国理论^[46]所提出的见解，尽管在一定程度上克服了对有瑕疵承诺不加区分，认为一律排除被害人承诺效力的弊端，但是，主张动机错误完全不影响被害人承诺的有效性的见解，则过于形式化，走向了另一个极端，同样会得出不合理的结论来。如在被告人为了达到不偿还他人债务的目的，利用被害人夫妇为琐事闹矛盾的机会，先骗得丈夫自缢身亡，而后以此为由，欺骗、威胁被害人说：“事情闹大了，公安局要来验尸”；“我与你都要被逮捕，可能还要枪毙，不如我先杀死你，然后自杀”，申言与被害人“同归于尽”，骗得被害人和其两个女儿自杀的案件^[47]中，被害人对于“自尽”即自己剥夺自己生命的事实是完全有认识的，只是在为何要自尽的动机上存在错误（即以为是自己害死了丈夫，会被公安局枪毙）而已。如果说事实错误影响被害人承诺的效力，而动机错误没有这种效果的话，那么，上述案件中，被告人对被害人的死亡就不承担故意杀人罪的刑事责任，最多只是承担违法性较小的自杀关联罪^[48]的刑事责任了。

刑法上的故意杀人罪和自杀关联罪，尽管都以剥夺他人生命为内容，却属于两个性质完全不同的罪名。前者是以作为或者不作为的手段，故意剥夺没有放弃自己生命意思的人的生命，而后者是以教唆的方式，让没有放弃自己生命意思的人产生放弃自己生命的念头，或者为已经具有放弃自己生命念头的人提供帮助，方便其自杀的行为。就教唆形式的自杀关联罪而言，作为手段行为的教唆，在形式上没有限制，可以是明示的方式，也可以是暗示的方式，甚至可以是威逼和欺骗的方式，但必须尚未达到使被害人丧失意思自由的程度。在行为人的“教唆”行为使被害人在处分法益的意思决定上丧失了自由的时候，就不能说是教唆，而应当是利用被害人之手实现自己的犯罪目的的间接正犯了。因为，在教唆的场合，教唆人对被教唆人仅仅是提出了一种建议，被教唆人并没有产生心理上的压力，尚有自由地选择实施或者不实施被教唆行为的余地。相反地，在教唆行为使被教唆人产生了心理上的压力，其意思决定自由受到限制，无法进行自由的意思决定的时候，可以说，实际上已经陷入了一种类似于无法辨认和判断自己行为的境地。这时候，该行为就不应当构成以教唆或者帮助他人自杀为内容的自杀关联罪，而应当构成假被害人之手实现杀害被害人的犯罪目的的间接正犯，构成故意杀人罪。

这样说来，以动机错误不影响被害人承诺的法律效力为由，认为在上述案件中，被告人的行为不构成故意杀人罪，最多只是构成自杀关联罪的见解，是有问题的。因为，在本案中，被害人尽管明白自杀的意义，没有事实错误，只是在选择自杀原因的动机上存在误解而已。但是，动机错误里面，也包含有两种情况：一是被害人以为放弃法益，能够获得某种对价或者利益的动机错误；另一种是行为人以为只能放弃利益，没有其他选择的动机错误。在前一种情况下，被害人尽管在选择上受到了一定的影响，但总体上体现的还是自己的自由意志；在后一种情况下，被害人则是不得不如此的一种无可奈何的判断，意思自由受到抑制，基本上没有自由选择的余地。上述案件中，被害人自杀，应当属于后一种情况。从前述案情的交代中可以看出，在当时的情况下，被害人本不至于产生自杀念头，但是，被告人在被害人丈夫因为家庭矛盾而“自缢”身亡之后的特定时间环境下，欺骗她说“事情闹大了，可能还要枪毙！”“枪毙”意味着剥夺人的生命，而且是一种在大庭广众之下，经过仪式化的法定程序，剥夺人的生命的惩罚。在这种巨大的压力面前，常人显然难以做出正

[45] 参见郭理蓉：《被害人承诺与认识错误》，《云南大学学报》（法学版）2003年第1期；前引〔6〕，王政勋书，第462页；前引〔16〕，田宏杰书，第377页以下。

[46] 有关美国的情况，参见储槐植：《美国刑法》，北京大学出版社1996年版，第126页以下。

[47] 关于本案的具体案情和判决，参见“姚定荣诱通他人自杀案”，载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》（1992—1996年合订本），人民法院出版社1997年版，第274页以下。

[48] 即教唆、帮助他人自杀的犯罪，国外刑法中，一般都单独规定有这种犯罪，我国刑法中虽然没有类似规定，但这并不意味着在我国刑法中，其不是犯罪。教唆、帮助他人自杀在我国也是犯罪，在定罪上，通常被认定为故意杀人罪。

确判断和选择。被害人也不例外，由此形成了错误判断：由于自己害死了丈夫，即便不自杀，也会被公安机关抓去枪毙；与其让公安机关枪毙，还不如自己先自杀。这样，被害人最终选择了放弃自己生命法益的自杀。但实际上，被害人的丈夫并不是由于被告人的原因而自杀的，同样，即便公安机关调查本案，被告人也不会被枪毙。可见，在被害人自杀的时候，尽管没有事实错误，只是在动机上存在误解，但这种误解的内容已经超出了一般事实的认识范围，而是和处分自己生命法益的内容直接相关。被害人尽管对于自己剥夺自己生命的事实没有错误，但是，在做出该种决定的动机上，行为人除了选择自杀之外，难以想象还有其他选择。这种情况下，主张被害人只有动机上的错误，这种错误不影响被害人承诺的有效性，被告人的行为不构成故意杀人罪，最多只是构成自杀关联罪的见解，显然是不合适的。由此说来，在被害人有瑕疵承诺的处理上，不对动机错误的内容进行甄别，笼统地说动机错误不影响被害人承诺的效力的观点，是不准确的，存在过于形式化的弊端。

（二）“法益错误说”之提倡

在处理被害人有瑕疵的承诺的问题上，笔者同意这样的观点，即和法益处分决定直接相关的错误，影响该被害人承诺的有效性；相反地，和法益处分决定不直接相关的错误，不影响被害人承诺的有效性。^[49]

是否属于“和法益处分决定直接相关的错误”，应当根据具体犯罪构成中的保护法益来确定。如在医生欺骗患者说：“你患的是癌症，剩下的日子不多了！”患者知道后，绝望之至，请求医生停止对自己的抢救措施，让自己死去的场合，患者的“来日无多”的错误就和处分自己的生命法益的事实直接相关，这种场合下，尽管被害人完全明白“停止对自己抢救”意味着什么，只是对引起“停止对自己抢救”的原因（以为自己“来日无多”）有误解而已。但由于这种错误是导致被害人同意他人剥夺自己生命法益的直接原因，因此，该种错误之下的承诺也应当无效，医生是故意杀人罪的间接正犯，构成故意杀人罪。^[50]相反地，在被告人欺骗被害人说一起自杀，被害人信以为真而引颈自刎的场合，显然，被害人在自刎会导致自己生命利益丧失这一点上并没有错误，只不过在自己死了的话，对方也会信守承诺，追随自己死去的自杀原因上存在错误而已，而这种轻信他人会信守承诺的错误和故意杀人罪的保护法益并不直接相关，所以，上述场合下，被害人的承诺有效，被告人的行为不构成故意杀人罪，而仅仅是教唆或者帮助他人自杀的问题，应当作为情节较轻的自杀关联罪（在我国也是以故意杀人罪定罪）处理。

为什么要坚持上述“法益错误说”呢？这主要是缘于刑法保护法益机能和保障自由机能（罪刑法定原则）之间的平衡协调。一方面，刑法具有保护法益的机能，对于各种侵害法益或者导致法益遭受侵害的行为，都必须予以处罚；另一方面，刑法的保护法益机能要受到罪刑法定原则的制约。在现行刑法中，对各种犯罪的成立要件、保护法益，均有明确的规定，因此，在适用刑法的时候，必须充分地考虑各个犯罪的成立要件和保护法益。被害人承诺，作为刑法上的正当化事由之一，其适用当然也不例外。

就故意杀人罪而言，虽说其是剥夺生命的最极端手段，任何剥夺他人生命的行为都能构成本罪，但是，其中又有同意杀人和不同意杀人之分。在同意杀人的场合，由于存在被害人的承诺，生命的要保护性在一定程度上有所降低，因此，这种杀人行为的社会危害性较小，法定刑相对较轻。

[49] 参见[日]佐伯仁志：《有关被害人承诺的处理》，载[日]川端博主编：《现代刑法理论的现状和课题》，成文堂2005年版，第95页以下；前引[13]，山口厚书，第144页以下。

[50] 对于这种结论，可能会有人提出，医生撒谎导致病人自杀的场合；一律认定为故意杀人罪，可能是过于极端和绝对。但是，笔者认为，在医患关系的问题上，病人和医生之间存在信息不对称的问题，医生处于绝对主导地位，而患者基本上处于性命是从的从属地位。换言之，医生基本上操纵着患者的行为。当然，在具体案件中，医生和患者之间不是存在上述“操纵关系”，还必须结合具体情况加以判断。

相反地,在不同意杀人即普通杀人罪的场合,由于被害人没有放弃自己生命的承诺,因此,其对法益的侵害程度当然要大于同意杀人的场合。因此,在考虑作为正当化事由的被害人承诺的时候,必须弄清该承诺的具体内容,确定被害人所放弃的是哪一种犯罪的保护法益。如果不做这样详细的区分,只要行为人在得到被害人承诺的时候,使用了欺骗手段,就形式地套用被害人瑕疵承诺无效的基本原理,对所造成的犯罪结果直接按照保护该法益的极端形式(即只要有死人结果,就按照故意杀人罪处罚)处理的话,结果不仅难以正确地认定该行为的性质,而且还会违反刑事立法规定,将某罪保护的法益变为和被害人错误相关的其他法益,即和故意杀人罪无关的不受欺骗的法益。

如在行为人欺骗被害人说,如果他愿意成为假车祸的受害人的话,其家属就能得到20万元的补偿金(当然,不给20万元的话,被害人绝对不会冒此风险),结果,被害人信以为真,被撞身亡的案件中,如果说被害人的承诺无效而成立故意杀人罪的话,那么,故意杀人罪的保护法益就不是被害人的生命,而是和20万元金钱之间的交换价值了,这显然偏离了故意杀人罪以他人生命本身为保护法益的宗旨。这种理解,同样适用于被害人以“对方追随自己自杀”为条件而处分自己的生命的情况。在这种场合,对于欺骗被害人自杀的他人,无论如何是不能以故意杀人罪处理的。因为,故意杀人罪保护的法益是人的生命自身,而不是用自己的生命和他人的生命做交换的承诺。这种场合下,没有自杀意图却假装具有自杀意图的欺骗行为,确实严重地误导了被害人的自杀意思决定,具有侵害被害人的“意思决定自由”的一面,但是,杀人罪的保护法益不是“意思决定自由”,而是他人的生命,因此,以此为理由将行为人认定为故意杀人罪,无论如何都是不妥当的,该行为只能构成以教唆或者帮助他人自杀为内容的所谓“自杀关联罪”。^[51]

对于法益错误说,反对意见认为,它在特定情况之下,存在难以自圆其说之处。如在医生X谎称“为了救治重伤患者的生命,必须实施大量输血的手术”,于是,征得正在附近通过的行人A的同意,从他身上采集了500毫升血液,但事后发现,并不存在所谓需要救治重伤患者的紧急事态的场合,应当说,A对于从其身上采血这种伤害其身体健康行为的性质是有认识的,在他没有反对的情况下,意味着其对这种伤害其身体健康的行为表示了承诺。这种场合下,如果说尽管医生X的欺骗行为导致了A的认识错误,但这种错误只能说是动机错误,不影响被害人承诺行为的有效性,医生的行为不构成故意伤害罪的话,显然是叫人难以接受的。由于这种情况的出现,因此,有人认为,上述法益错误说存在破绽。^[52]

但是,对于这个问题,可以从紧急避险的角度加以说明。通常来说,没有出现法益错误的话,承诺就是自己自由的意思决定。但是,在紧急避险或者其他紧急状态下,从一般正常人的角度来讲,其意思判断自由会受到一定限制。如在根据法益的比较衡量,觉得为了保护较大的利益而不得不放弃自己的一定利益的场合,就是如此。这时候,行为人的意思判断受到了一定条件的影响,所得出的结论很难说是真实自由的意思决定,所以,例外地,应当说该种场合下的承诺是不真实的,属无效。

在上述案例中,如果和欺骗有关的事实现实存在的话,和A是否愿意献血的意思无关,完全可以把X的采血行为看作为不得已而采取的紧急避险行为。在实施紧急避险的场合,A就不得不

[51] 当然,由于我国没有像国外一样,按照被害人是否具有处分自己生命的承诺而将杀人罪分为法定刑相差极大的普通杀人罪和自杀关联罪、承诺杀人罪,而是将上述情形一律概括地规定为故意杀人罪,因此,即便在被害人承诺杀人的场合,也只能认定为故意杀人罪,按照刑法第232条的规定处理。但是,必须意识到同样是杀人行为,但在被害人具有承诺和没有承诺的场合,其成立要件和处罚具有很大的不同。

[52] 参见[日]齐藤诚二:《特别讲义 刑法》,法学书院1993年版,第110页。他引用德国学者罗克信教授的以下举例来说明自己的观点。眼科医生A为了报复患者C的母亲B,尽管没有必要,但是,仍然谎称C必须接受角膜移植手术,而B的角膜最合适,B表示同意,于是A对B实施了角膜摘除手术。但是,A并没有将B的角膜用于C的眼病治疗。齐藤教授认为,对于这种情况,如果套用法益错误说,结论就是,由于母亲B知道摘除角膜就是牺牲其身体的完整性,她对于法益没有错误,因此,B的承诺有效,A的行为不构成犯罪。但是,这种结论显然叫人难以接受。

忍受来自 X 的法益侵害，而 A 的身体健康的要保护性，在采血行为没有超出救助他人所必要的限度的范围之内，就要被否定，X 的行为属于紧急避险，排除违法性。依此类推，在尽管客观上没有相当于要进行紧急避险的事态，但由于欺骗行为的存在，使得被害人误以为产生了可以进行紧急避险的状况，不得不忍受来自加害人的“避险措施”，其法益不得不受到一定侵害或者限制的错觉时，可以说，法益错误就变得现实存在起来。

必须注意的是，这里所说的紧急状况，是类似于紧急避险的状况，和法定的紧急避险不完全相同。如在法定的紧急避险的场合，对无辜的第三人造成损害时，通常是不和其商量，不用征得其同意的；在采用征得被害人同意之后再采血的场合，就很难说存在法定的紧急避险中的紧迫性的要件。同时，被害人的自主决定的自由，也很难和避险人的生命、财产或者其他利益进行比较衡量。尽管如此，之所以还能将上述情况看作为紧急避险，是因为在医患关系或者医疗行为的场合，存在一些特殊之处。这种特殊之处，正如日本学者山中敬一教授所说：“患者对于手术的必要性方面的判断、决定，事实上不得不依赖于医生的说明、诊断，因此，医生在手术必要性方面的错误或者欺骗，实质上，直接就是患者的错误，承诺人只要受到医生的误导和欺骗，就可以说没有不陷入错误的自由。考虑到这种特殊情况，即便不是严格意义上的紧急状态，有关手术必要性的错误，也有必要按照这一点来考虑。”^[53] 根据这种见解，作为 A 来说，他是在为救助重症患者的生命而不得不做出牺牲自己身体利益的前提下，做出承诺的，但由于要救治重症患者生命的紧急情况并不存在，所以，A 在必须承受一定侵害的认识上存在错误，这种场合下，可以说，其放弃自身健康利益的承诺并不是基于自由的意思决定而做出的，因此，A 的承诺无效，X 成立故意伤害罪。

总之，在行为人欺骗被害人，使被害人承诺放弃其利益的场合，虽说这种骗人行为很坏，必须予以处罚，但是，在刑法学中，必须考虑这种“坏”和刑法中的什么罪相关，是在侵害什么样的法益意义上的“坏”，然后才能做出妥当结论，而不能一概地说，被害人在受欺骗的情况下所做出的承诺是无效承诺，对所造成的侵害法益结果，一律根据有瑕疵承诺无效的原则，进行最极端的处罚。

（三）法益错误之认定

什么样的错误是使被害人承诺无效的“与法益有关的错误”呢？所谓和法益有关的错误，就是“由于被害人对成问题的法益侵害的种类、范围、结果存有误解，因而对承诺的意义和范围没有明确认识的场合。”^[54] 这个结论不是一两句话可以说清楚的，要通过对各个具体犯罪的犯罪构成进行分析，才能确定。

一般而言，以下几种情况可以说是“与法益有关的错误”：

第一，对侵害法益结果的错误。它是法益错误中最为典型的情况，如被害人同意行为人对自已进行轻微殴打，不料，行为人却对其腹部等容易受伤部位进行拳打脚踢，造成被害人重伤的场合，就是如此。此时，被害人的承诺是对轻微伤害即一般违法行为的承诺，而没有对造成自己重伤的结果也表示承诺，换言之，被害人承诺的意思表示并没有涉及伤害罪的保护法益，因此，这种场合下，被害人的承诺无效，根据具体情况，可以认定行为人的行为构成故意伤害罪。^[55] 行为人发现被害人的价值 20 元的旧书中夹有价值 2 万元的珍贵邮票，于是就以 20 元的价格买下了该书的场合，被害人的出让承诺无效，行为人的行为构成盗窃罪。因为，行为人承诺出售的只是价值 20 元的旧书，而对于其中的价值 2 万元的邮票没有表示承诺。被害人价值 2 万元邮票的损失，是行为人

[53] [日] 山中敬一：《被害人同意中的意思缺失》，载《关西大学法学论集》第 33 卷第 3、4、5 号合集，第 271 页以下。

[54] 前引 [49]，川端博主编书，第 98 页。

[55] 被害人承诺无效，只能说明行为人的行为造成了某一具体犯罪的法益侵害，但是，行为人对这种法益侵害是不是要承担刑事责任，还要看行为人主观上是不是具有罪过。在被害人承诺不明确，行为人主观上没有罪过的场合，行为人对于该结果可以不承担刑事责任。

在被害人不知情的情况下，转移到自己的占有之下的，不是被害人承诺处分的结果。

第二，对侵害法益的程度、范围即法益价值的错误。如欺骗癌症晚期患者，说其还只能活三个月，患者深感绝望，只好同意医生停止对自己的医疗的场合，被害人即患者即便对医生停止对自己的救治，让自己提前死去这一点上具有承诺，但该承诺仍然无效。因为，作为故意杀人罪的保护法益的生命，不仅是抽象的有无问题，而且也是具体长短幅度的问题。哪怕是为了免除痛苦而让一个只能活15分钟的人提前死去的行为，也是剥夺他人生命法益的行为，构成故意杀人罪。另外，欺骗被害人，使其误以为其所持有的价值上万元的文物价值几百块钱而廉价处理给自己的场合，应当说，被害人的廉价出让承诺也是无效的。因为，行为人只有处分价值几百元的物品的意思，而没有处分价值上万元的文物的意思，因此，被害人廉价处理该物品的承诺无效，实施欺骗行为的行为人构成诈骗罪。

第三，对于侵害法益行为的性质具有误解的场合，也可以说是法益错误。如医生欺骗女患者，想治好乳腺癌，除了采用与其发生性关系，将其调配的药物送入患者体内的方式之外，别无他法，患者对此表示同意的场合，患者的承诺无效，医生的行为构成强奸罪。因为，在这种场合，患者对于侵害其法益的行为性质发生了误解，将行为人的奸淫行为当成了治疗行为。同样，邪教教主对信徒说，要想升天，进入极乐世界，除了在特定时间、地点，采用特定方式自杀或者自残之外，别无他法的场合，信徒对于其自杀或者自残行为即便具有承诺，该承诺也无效。因为，教主的欺骗行为，使得信徒对自己行为的性质产生了误解，将侵害自己生命、身体利益的行为理解成了一种宗教仪式。

相反地，以下情形可以看作为“与法益无关的错误”。

第一，有关支付对价的错误。在X一开始就没有付钱的打算，但欺骗A说买血，在获得A的同意之后，在他身上抽取了800毫升血液，但事后却不付钱的场合，如果说根据欺骗而得到的承诺不是真实承诺，一律无效的话，上述场合下，X的行为构成故意伤害罪。但是，上述案例中，A对于X在自己身上抽血的意义和后果是完全了解的，而且也表示了同意，因此，就X在他身上采血这一点而言，他是有承诺的。在采血行为完成之后，A就处于已经提供了付出，能够要求对方即X向自己支付相应对价的地位。X不支付这种对价的话，就意味着其行为侵犯了A的获取相应对价即报酬的权利，可以构成诈骗罪（以诈骗财产性利益为内容）；相反地，这种场合下，如果说A的承诺错误无效，成立伤害罪的话，就会使人误以为故意伤害罪的保护法益不是他人“身体的完整性”或者“生理机能的正常活动”，而是与上述身体健康无关的“报酬请求权”或者“自由的意思活动”。这显然是不对的。

第二，有关放弃法益的动机、目的的错误。如医生欺骗作为被害人的女性患者说，如果同意与其发生性关系的话，就可以免收其看病费用，患者表示同意，但事毕之后，医生却不将其许诺兑现的场合，无论如何，不能说被害人的承诺是被欺骗的无效承诺，由此而认定医生的行为构成强奸罪。因为，强奸罪的保护法益是妇女的性自由权。被害人对于自愿和医生发生性行为这一点是有认识的，并没有错误，只是在发生性行为的原因或者说是动机即以为医生会免除其看病费用这一点上没有正确认识，出现了错误而已，因此，这种错误只能说是动机错误，而不能说是法益错误。相反地，在前面所举的、医生欺骗女患者说，要治疗好乳腺癌，除了与他发生性关系之外，别无他法，骗得患者同意之后，将其奸淫的场合，医生的行为构成强奸罪。因为，这种场合下，由于医生的欺骗行为，使患者错误地理解了奸淫行为的性质，误以为该奸淫行为就是治疗行为，而没有意识到该行为就是侵犯其性自由的行为。此时，患者同意的是治疗行为，而不是侵犯自己性自由权的奸淫行为，因此，这种错误不能看作为动机错误，而应看作为法益错误。

四、推定承诺

和被害人承诺相关的一种特殊情况，是被害人的推定承诺。所谓被害人的推定承诺，就是被害人并没有做出现实承诺，但是，从常理上讲，如果被害人了解事实真相的话，就会表示同意即承诺的场合。在具有推定承诺的场合，即便对作为利益主体的被害人的利益造成了某种侵害，行为人的行为也被认定为正当行为，不承担刑事责任。如医生对意识不明的伤病人员实施急救手术的行为；在在外旅行的邻居家起火的时候，砸开邻居家的大门，搬出其家中的贵重物品的行为，都是其适例。

（一）推定承诺正当化的根据

推定承诺，存在于法益主体即被害人虽然对事实没有实际认识，但如果有认识的话，会表示同意的场合，其实，就是行为人的行为和被害人的“推定意思”是否一致的问题，是处于被害人承诺的延长线上的问题。只是，推定承诺，在即便事后查明侵害法益行为违反了法益主体的意思，但仍然可以作为排除违法性事由这一点上，有其独特之处。那么，为何在违反法益主体意思的场合，仍然可以将推定承诺看作排除违法性事由呢？这就是有关推定承诺的根据问题。

关于推定承诺正当化的根据，刑法理论上有下列几种见解：

一是现实意思推定说。认为推定承诺也是承诺，因此，其正当化的根据，和现实承诺是一样的。其中，又包括以下两种不同的观点：一种观点将是否合乎被害人的个人意思作为考虑的重点，在现实承诺的延长线上考虑其根据；另一种观点不重视被害人的个人意思，而是强调对事态的客观、合理判断。由于认为推定承诺也是承诺，和现实承诺一样被正当化，因此，在其适用的时候，要求行为人推测被害人的真实意图，并按照该种意图来实施行为。在这种见解之下，最大的问题是，具有什么样的客观事实的时候，能够将推定承诺和现实同意一样看待。对此，上述两种见解中的前者强调，必须存在和被害人的真实意愿一致的假想事实，而后者则强调，只要从社会一般人的立场来看，被害人会表示同意即承诺就可以了。^{〔56〕}

推定承诺是现实并不存在的承诺，其判断只能从行为当时的情况出发，从第三人的立场加以推测。但是，承诺毕竟是被害人本人的事情，其有无只能由其本人加以决定，而以一般人为标准来加以判断的做法，则有将其他人的意思强加于被害人本人的嫌疑。同时，推定承诺和现实承诺，说到底两种不同的行为，在并不存在现实承诺的场合下，以现实承诺正当化的根据来说明推定承诺的合法根据，显然不妥。

二是允许危险说。这种观点主要是针对即便推定承诺和被害人的真实意思之间存在偏差，但仍然要说明推定有效的特点而提出的，认为在事前即行为时，如果有充分理由说明基于推定承诺而实施的行为合乎被害人的真实意思，则在事后，即便被害人认可该行为，也能说该行为排除违法性，属于合法行为。从此意义上讲，推定承诺，在允许行为人冒着可能违反被害人的真实意思的风险而自行行为的意义上，具有“允许危险”的特征。根据这一特征，有德国学者认为，在根据推定承诺而将损害被害人利益的行为正当化的时候，行为人具有特别义务，即慎重考虑是否存在将自己的推定加以正当化的事实。^{〔57〕}

允许危险说完全是以行为的有效性来使该行为引起的侵害结果正当化的理论，是仅仅根据行为时的事实而使之之后所发生的结果正当化的见解，因此，如果在行为时觉得有必要对意识不明的病人进行手术的话，即便在事后病人说“不想手术”的场合，也能说该手术行为是正当的。但问题是，

〔56〕 前引〔15〕，内藤谦书，第613页以下。

〔57〕 参见〔52〕，齐藤诚二书，第122页。

“行为时存在什么样的事实才能被正当化?”对此,允许危险说没有给出明确的答案。另外,允许危险说,在不重视被害人的实际想法,完全凭借事前的客观、合理判断来考虑是否存在推定承诺这一点上,可以说和客观意思推定说接近,不同的是,其并没有从理论上说明为什么根据允许危险就能将推定承诺正当化,因此,认可这种理论的话,就会出现尽管最终结果难以被正当化,但只要行为是允许危险的话,就一律要被正当化的结果。

三是紧急避险说。这种观点认为,如对意识不明的重病患者,在没有实际同意的情况下,是否能够手术,最终只能根据一般的正当化事由来加以判断一样,既然被害人没有亲自放弃利益,就不得不说基于推定承诺的行为具有构成要件符合性,如果说该行为不构成犯罪,就只有考虑有无排除违法性事由。具体来说,引起了重大法益侵害但仍然被正当化的行为,只有在符合紧急避险或者类似紧急避险的要件时,才能被认可。因此,被推定承诺的事实,只能在紧急避险的要件中加以评价。^[58]

紧急避险说,在从法定的排除违法性事由的角度出发,意图对推定承诺的成立范围进行客观限制这一点上,有其合理妥当之处。但是,对于这种观点,批判意见认为,推定承诺,特别是在为了被害人本人的利益的场合,意图保护的法益和所侵害的利益之间的冲突集中在被害人一个人身上,这一点和通常的紧急避险之间具有构造上的差别,因此,是否能将推定承诺看作为紧急避险,值得怀疑;同时,紧急避险说在完全不重视被害人的个人意思这一点上,也和被害人承诺重视被害人的“自主决定权”的态度相背离。

总之,在理论上,有关推定承诺正当化的事由,目前还没有一个都能认可的说法。但总的来说,推定承诺,是同时具备被害人承诺和紧急避险两方面要素的法律制度。它是在被害人的法益面临冲突,为了保护被害人的优越利益,在无法取得被害人同意的情况下,作为一种补充性的法律制度而存在的。退一步讲,即便事后发现,并不存在事先所预想的被害人承诺,但在一定的利益冲突状态上,以被害人和行为人之间迄今为止的关系以及迄今为止的事实为基础,能够合理地说明行为人在当时的情况下,有充分理由相信被害人会表示同意的场合,也能说这种假想承诺和现实承诺具有同样的法律效果,这就是推定承诺存在的意义。

(二) 推定承诺的成立条件

由于推定承诺兼具被害人现实承诺和紧急避险的特征,因此,在其成立要件上,就比上述两种制度的任何一种都要严格。具体来说,包括以下内容:

1. 适用犯罪的种类 能够适用推定承诺法理,排除行为的社会危害性的,只限于盗窃罪、故意毁坏财物罪、非法侵入他人住宅罪、私自开拆他人邮件、电报罪等有关个人能够处分的法益的犯罪,对于个人不能处分的国家或者社会法益,被害人不能在事后表示同意或者承诺。这一点,和前述被害人承诺的适用范围相同。

2. 补充性 推定承诺,原则上,只适用于不可能获得被害人(法益主体)现实承诺的场合,在能够获得被害人现实承诺的场合,不能适用推定承诺原理,因此,推定承诺属于对现实承诺的补充。这主要是考虑到,推定承诺可能和被害人的真实意思存在出入,为了尽量尊重法益主体即被害人的自主决定权,必须对推定承诺的适用范围加以限制。如为了修理邻居家破裂的水管而擅自进入

[58] 前引[4],前田雅英书,第118页。我国学者王政勋教授认为:“如果刑法上一概否定推定承诺行为的适法性,……不利于建立全社会范围内互助友爱的良好社会关系;从效果上看,即使被害人本人遭受了更大的损害,又会造成社会财富总量不必要的减少,因此,应当承认推定承诺行为的适法性。从刑法上讲,推定承诺的行为在客观上虽然损害了被害人的某一权益,却保护了其更大的权益,在主观上,行为人的根本目的并不是为了单纯地损害被害人的某一较小法益,而是为了保护被害人的另一更大法益,行为人未经被害人承诺而实施其行为纯属在紧急情况下不得已而为之。因此,对行为人也不应追究刑事责任。”这种看法,和紧急避险说也有若干类似之处。参见前引[6],王政勋书,第468页以下。

邻居家里的行为，只限于邻居不在家，不可能获得其现实承诺的场合。为了不耽误自己的大事而擅自将友人的摩托车骑走的场合，也是如此。

- 当然，推定承诺的补充性并不是绝对的。如就治疗行为而言，即便能够获得患者（被害人）的现实同意，但在如实说明病情以及手术效果，反而会使患者产生拒绝配合治疗的心理，导致病情恶化的场合，也可以不考虑推定承诺的补充性的特点。这种场合，在考虑了治疗行为的合理性程度之后，适用知道真相的话，患者就不会拒绝治疗的推定承诺法理，即便没有得到患者的现实承诺，也应当说，该治疗行为不具有违法性。

3. 和概括的、默示承诺之间的关系 被害人的现实承诺可以是事前的、概括的、默示的承诺，相反地，推定承诺的范围应当受到限定。如在银行或百货店营业期间，进入其中的行为，一般都将其理解为推定承诺的行为，但是，这种场合，从银行或者百货店的业务性质来看，应当说，他人的进入都应当看作为得到了业主的概括的、默示的承诺，属于现实承诺的范畴。相对地，邻居家没有人的时候，为了扑灭他家的火灾而进入其房屋的行为，因为就一般的情形来看，被害人不可能在事前具有允许他人擅自进入自己家中的概括的、默示的承诺，因此，应当属于推定承诺的行为。当然，这种场合，在邻居事前具有明示的或者概括的、默示的承诺的时候，就不是推定承诺的问题了。

（三）推定承诺的适用范围

推定承诺，适用于为了被害人利益的场合和为了行为人本人或者第三人利益的场合。

1. 为了被害人利益的场合 如邻居家没人时，擅自进入其家中，将爆裂的水管修好的行为，医生对意识不明的重症患者做急救手术的行为等，都是如此。这种场合，属于同一主体的两个法益（如前者当中的居住权和有关房屋的财产利益、后者当中的身体机能乃至完整性和对生命、健康的极端保护法益）相互冲突，行为人根据推定承诺的行为，在被害人的两个利益中，选择维持客观上比较优越的利益。但要注意的是，这种情形，和下面将要说到的为了自己或者第三人的利益而行为的场合不同，利益主体即被害人通常会对侵害其法益的行为在事后表示承诺。但是，这仅仅是一种推测而已，也可能存在不同意即不予以承诺的场合。是否具有承诺，必须以在事后所查明的态度加以决定。但是，在根据当时的客观情况，推定被害人可能会承诺但实际上却没有承诺的场合，可以行为人的行为类似于紧急避险为由，否定该行为成立犯罪。

2. 为了行为人或者第三人的利益的场合 如朋友不在家的时候擅自进入其家里住宿的行为，帮助做家务的佣人将男主人准备处理掉的高档但不合身的西装施舍给要饭的人等，都是此种情形。

在为了行为人自己或者第三人的利益而行为的场合，对于被害人而言，由于客观优越利益不存在，被害人表示承诺的可能性比较低，因此，根据推定承诺而否定社会危害性的，应当仅限于极为例外的场合，这是考虑本种类型的推定承诺的出发点。^[59]因此，在通常情况下，对于为了行为人或者第三人利益而实施的侵害被害人利益的行为，不得以被害人具有推定承诺为由而否定该行为的

[59] 日本学者内藤谦教授对为了行为人或者第三人利益的例外推定承诺行为，进行了归纳和总结，认为可以分为以下两种类型：（1）被害人的被侵害法益非常轻微，或者虽然不是非常轻微，但行为人的行为当中具有紧急必要性的场合，行为人对被害人的人品或者态度非常了解，认为被害人了解事态的话，会表示同意的场合，能够认可推定承诺。如①擅自进入朋友的宿舍住宿的行为；②邻居长期不在家，成熟的水果掉在地上的话就会腐烂，而且在以前也有这种事情的场合，将该水果拾回家吃掉的行为；③耽误乘车的话，就会耽误大事，为了赶上该趟列车，擅自将朋友的自行车骑走的场合；④女佣人将仁慈的男主人准备扔掉的旧西服送给要饭的人的场合。（2）被害人被侵害的法益并不非常轻微，而且，行为人的行为也不具有紧急性的场合，必须是被害人可能会同意的特殊情况。如①擅自将朋友的自行车骑走的场合，如果不是迄今为止，经常以该种方式借用该朋友的自行车的话，就不能认可推定承诺；②在暂时挪用正在外旅行的他人现金的场合，如果不是二人同住一屋，关系很好，平常就有互借现金的事实的话，也不能认可这种推定承诺。参见前引[15]，内藤谦书，第623页以下。就我国的情况而言，以上举例尽管具有启发意义，但似乎没有什么借鉴意义。因为，上述行为在我国很难被认定为犯罪。

社会危害性。

五、结 语

被害人承诺,在偌大的刑法学体系中,尽管只是个很不起眼的小问题,却是最能体现刑法学基本立场的问题之一。如果贯彻个人主义刑法观,就会说被害人处分自己利益的行为,只要不对其他人的利益造成妨害,就不应受到任何限制,承诺杀人也应当允许,在费尔巴哈等19世纪启蒙时期的刑法学者那里,就是坚持这种观点。相反地,如果贯彻国家主义刑法观或者法治国的刑法理念,就会对被害人承诺的适用范围进行严格限制,无论是个人的生命、身体健康还是名誉、自由,都不允许自由处分,而要受到国家、社会或者民族共同体的共同观念的制约,这种倾向在纳粹德国时期的刑事立法中,曾经登峰造极。

我国的社会制度决定了我国是一个以人的全面自由发展作为终极目标的社会,我国刑法虽然没有像有些国家那样,将被害人承诺明文规定为排除犯罪性事由,^[60]但是,从我国刑法没有将违反社会伦理规范的被害人放弃自己利益的行为,如自杀、卖淫、通奸、吸毒等规定为犯罪,同时,将违反被害人意志理解为盗窃、强奸、非法侵入他人住宅等犯罪的犯罪构成要件要素的现状来看,应当说,我国刑法借鉴和吸收了战后西方社会中占主导地位的个人主义刑法观;同时,我国刑法学界也普遍接受了体现尊重个人自决权的被害人承诺原理。既然如此,在被害人承诺原理的理解和适用上,也应当尽量体现这种原理的宗旨和内容,在个人放弃其能够支配的利益,并不妨害他人和公共利益的时候,应当尽量认可,而不要人为地附加一些限定条件。详言之,被害人承诺的基础,是保护被害人的自由决定权;被害人承诺的适用范围,是除了生命之外的其他所有个人利益;影响被害人承诺效力的,只限于对所放弃利益具有误解的场合;推定承诺,是被害人的现实承诺和紧急避险的折衷情形。

Abstract: Although it is widely recognized by modern society that the acceptance of the victim is one of the reasons to remove criminality, Chinese criminal law does not prescribe it. Its theoretical foundation is that the criminal law takes the protection of individuals' interests as its principal task, so the interests abandoned voluntarily by the victim are beyond its area of protection. The application of the acceptance of the victim is to all the crimes encroaching on personal interests except on life. To establish the acceptance of the victim, we must take account of the victim's genuine will. It will be void if the victim makes the decision of abandoning legal interests by mistake. Only when the victim has already made acceptance in very necessity, we could construct his/her real consent of it. Moreover, the application of construction should be restricted strictly.

Key words: acceptance of the victim; right to self determination; mistakes about legal interests; constructive consent of acceptance

[60] 瑞典、意大利、韩国以及我国澳门特别行政区的刑事立法中,均有将被害人承诺作为免责事由的总则性规定。