

德国关于被害人同意之错误理论的新进展

车 浩

内容提要:关于被害人同意中的错误理论,以德国为代表的大陆法系刑法学界一直存在着“全面无效说”与“法益错误说”的对立。前者占据传统通说的地位,但日益受到后者的冲击。晚近由一些德国学者提出的将同意效力与归责问题进行分离思考的新方案,是在传统的“全面无效说”基础上进行重大修正的最新尝试,是一种亮点和问题同样突出的新的“全面无效说”。

关键词:被害人同意 全面无效说 双层结构 同意效力 归责

车浩,清华大学法学院博士后研究人员。

被害人同意是刑法上最重要的超法规正当化事由之一。近30年来,德国刑法学界很多一流学者^[1]对被害人同意问题都进行过深入研究和激烈的讨论,并发展出了自己个性化的理论,影响和传播到大陆法系各个国家和地区。我国刑法学界以往对被害人同意问题关注不多,不过近年来随着对整个正当化事由体系的重视,大量的研究论文随之跟进。但是总体来看,一些论文仍然停留在对通说的一般性介绍上,重复性论述较多,对一些焦点问题的研究深度不够。

被害人同意的错误理论,是一个具有重大争议性的问题。对此,大陆法系刑法学界一直存在着两种主要观点的争论。一种观点认为,只要同意中存在重大错误,同意即为无效,这可称为“全面无效说”;^[2]另一种意见则认为,并非所有错误都会使同意无效,只有那些与法益本身的性质、内容和影响相关的错误,才能导致同意无效,这可以称为“法益错误说”。^[3]从理论的发展历史和地位上看,“全面无效说”出现在先,目前在德国、日本、中国台湾地区的司法实务界和学术界仍然占有重要地位。“法益错误说”后来居上,近年来在德国、日本的学术界已有取代前者之势。但是“全面无效说”最近又有了新的发展。

我国刑法学界在被害人同意的错误问题上主要引入的是“法益错误说”,^[4]为了进一步促进理论对抗和学说争鸣,本文拟对“法益错误说”的对立派“全面无效说”,特别是对近年来由德国学者阿梅隆(Amelung)予以发展和革新的双层结构的“全面无效说”进行详细介绍和分析。

一 全面无效说的传统观点及其缺陷

为了确定同意是否有效,早期的一些德国法院使用了一种对比的方法。在通常情况下,法官首先会

[1] 如屈内(Kuehne)、阿茨特(Azrt)、罗克辛(Roxin)、雅克布斯(Jakobs)、阿梅隆(Amelung)等。

[2] Krey, Strafrecht AT, 2004, Rn. 620.

[3] Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 2003, Rn. 376.

[4] 相关论文参见张明楷:《刑法格言的展开》,法律出版社1999年版,第261页;冯军:“被害人承诺的刑法涵义”,载《刑法评论》2002年第1卷;黎宏:“被害人承诺问题研究”,载《法学研究》2007年第1期。

考察被害人的“真实意愿”，即假设被害人未陷入错误，在这种情况下，将他可能做出的决定作为一种标准与实际在错误下做出的决定进行对比。^[5] 尽管这种对比中显示出的偏差不是在任何情况下都会导致同意的无效性。但对比的方法在一些德国法院的判决中却成为被广泛运用的“潜规则”。

“全面无效说”基本上是“对比方法”的进一步发展和总结。这种观点认为，如果错误与同意之间存在因果关系，或者说，在没有错误的情况下，被害人就不会做出错误的决定，那么这个同意就是无效的。这种观点实质上是强调同意的真实性，意味着凡是在错误的情况下取得的同意，基本上一律无效。法谚有云：“错误就是不同意”，或者说，“有错误时不能视为同意”，可以看作这种观点的源头。

在今天的德国刑法学界，这种主张尽管受到一些责难，仍然占据着通说的地位。^[6] 刑法上有效的同意，必须是真实的，不能因为错误而取得。因为错误而得到的同意，即使仅仅是被害人做出同意的动机受到欺诈而陷入错误，同意也是无效的。阿梅隆指出，同意必须远离错误。进一步来说，如果同意人基于对现实的错误想象而做出同意，那么这里就缺乏一个有效的同意。动机错误也会导致同意的合法化功能丧失。如果一个人同意做肾脏捐献，是因为他错误地认为，他的妻子得了尿毒症，必须通过肾脏移植才能康复，但事实上他的妻子根本就没有肾病，或者虽然有肾病，但是不必通过移植手术来治疗，那么这个同意就是无效的。^[7] 在鲍曼(Baumann)看来，如果一个人的同意与他真实意愿是不一致的，那么同意就是无效的。一个心情烦闷的地产主人对他的园丁说，应该把树都砍掉，但实际上他想要表达的指令是把草都割掉，那么砍树的行为就不能因地主人的同意所正当化。^[8] 由此可见，这种观点的实质是想要表明：仅仅同意本身不能单独地使行为正当化，行为必须要和同意人实际所期望的目标相一致。进一步来说，如果同意人基于对现实的错误想象而做出同意，那么这里就缺乏一个有效的同意。至于说这个错误是由行为人造成的，还是由恶意欺骗的第三方造成的，或者由其他什么原因导致，都在所不问，对于同意的无效性没有影响。概况地说，对于每一个错误而言，只要它与同意之间有因果关系，它都会导致同意无效进而也否定了行为的合法化。^[9]

全面无效说经常受到诟病的一个问题就是，这种观点使处罚范围过于宽泛。例如，甲男以赠送跑车作为许诺，和乙女约会交往，出门旅游，去乙女家里拜访，与之发生性关系等，若从乙女的本来意愿讲，如果她知道事后得不到跑车的话，开始就绝对不会答应约会的请求或者亲密行为。那么在甲男欺诈的情况下，乙女的同意就是无效的。则约会出门的行为就成了妨害自由法益，去女方家的行为可能是侵入住宅，而发生性关系则成了强奸。与同意人的真实意愿相对比的话，这些同意都是因为欺诈而无效，因此要追究行为人的刑事责任，但是这些结果恐怕很难令人接受。针对“全面无效说”的问题，“法益错误说”认为，只有与法益相关的错误才会阻却同意的有效性。其他的错误，特别是仅仅是动机错误而与法益没有直接关系的话，则不影响同意的效力。^[10] 因此，上述案例中乙女的错误都是属于回报落空的动机错误，不会使同意无效，因而不能追究甲男的责任。但是，坚持“全面无效说”的学者又反过来针对“法益错误说”的缺陷提出了反批评，认为若按照“法益错误说”的逻辑，如果一位父亲被欺骗性地告知，他的儿子出了车祸需要输血，而父亲同意献血的话，那么这里撒谎的医生也应该被免责。在这个案例中，父亲对相关法益的处分没有任何认识错误。这种处理结果同样难以令人接受。^[11] 批评的意见还认为，“法益错误说”一方面在“法益相关”的标准上没有能够坚持到底，另一方面，按照这种观点的处理结果在一些案件中常常与人们的正义感相背。因此，“法益相关性”并不是一个很胜任的检验标准和限定

[5] OLG Muenchen, NJW, 1972, 2275; BGHSt 16, 309 (310).

[6] Vgl. Baumann/Weber/Witsch, Strafrecht AT, 2003, § 17, Rn. 109ff.; Krey, Strafrecht AT, 2004, Rn. 620; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht AT, 2004, § 9, Rn. 27; Maurach/Zipf, Strafrecht AT, 1992, § 17 Rn. 59.

[7] Amelung/Eymann, Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht, JuS 2001, 937 (944).

[8] Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, 2003, § 17, Rn. 109.

[9] Vgl. Mitsch, Rechtfertigung und Opferverhalten, 2004, § § 34-36.

[10] Lackner/Kuehl, StGB, 2007, § 228, Rn. 8.

[11] Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, 2003, § 17, Rn. 109.

标准。^[12]

但无论针对“法益错误说”做出什么样的反击,这只能说明对手也是不圆满的理论,并无助于增添自身的说服力。“全面无效说”想要维持理论的生命力,就不能回避自身的缺陷,必须对于那些按照传统观点所得出的不合理的归责结论给出修正的解释方案。最近 20 年中,德国学者阿梅隆在这方面做出了最杰出的贡献。

二 阿梅隆“双层结构”式的解决方案

(一) 双层结构的思路

一般认为,德国刑法学界自阿茨特(Arzt)1970 年提出“法益错误说”之后,^[13]在教义学上对同意中意思瑕疵的问题进行了最详细的和最全面的研究的,就是阿梅隆在 1998 年所撰写的关于同意中的错误问题的专著。^[14]阿梅隆从根本上质疑“法益错误说”,认为在基本理论上,法益错误说与其他错误说之间并没有根本性的差异。按照阿梅隆的观点,同意是一种工具,是用来表现法益拥有者对于解决内心的利益冲突所做出的最佳选择。而对于现实的错误认识和估计会导致对这种利益冲突的解决做出错误的决定和选择。在错误的前提条件下,他会认为做出法益的牺牲是最佳的选择,但是事实上,在真正的前提下,这种决定并不是最优的。因此,由此做出的损害法益的同意可能是一种糟糕的、不利的解决方案,而保全和不放弃这种法益才是真正的最佳选择。从这一点来看,以往的通说所主张的法益相关性错误与其他错误之间的区分就是没有必要的。^[15]

在对法益错误说提出质疑的同时,阿梅隆分两个层次展开了他的解决方案:第一个层次揭示,存在意思瑕疵的同意一般都算作是无效的——只要它偏离了同意人的价值标准。在这里,有效性的标准直接来自于阿梅隆的“自治”概念。在阿梅隆看来,如果同意者所做出的决定与他的价值体系相符合,则同意就有了一种“自治性”,或者说,就是一种自治权的实现。^[16]在错误和威胁存在的情况下,同意的自治性就丧失了。因为在这里,同意者要么不能掌握他的同意对于价值的后果是什么,要么是被迫放弃其法益。接下来,在第二个层次,才开始解决法益损害应该归责于谁的问题。

这种解决方案的创造性在于,用以处理意思瑕疵的思路,是建立在对无效性判断和归责问题的分离基础之上的。

对归责问题做出回答时阿梅隆指出:在确定同意是基于错误而做出的之后,如果无法将法益损害归责于行为人,那么损害就应该归责于同意人。^[17]至于可以归责于行为人的理由,阿梅隆希望能借用一些传统的原则,就是在刑法和民事诉讼法上为了解决法益损害的归责问题发展起来的那些原则。对蓄意、疏忽、无责任的错误的归类,还有对主观责任的归类,诸如原因、符合法律的选择性行为等等。他希望达到的归责目标是:在划分同意人和行为人的利益时,不使任何一方承担不适当的责任。^[18]当然,一般的归责规则在应用于因有缺陷的同意而造成的法益损害的情况中时,必须加以具体化。

(二) 自身的错误

被害人在做出同意时所发生的错误一般来说主要有两种:一种是基于被害人自身原因而产生的错

[12] Amelung/Eymann, Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht, JuS 2001, 937 (943).

[13] Arzt, Willensmaengel bei der Einwilligung, 1970.

[14] Amelung, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmaengeln bei der Einwilligung des Verletzten, 1998. (Amelung, Willensmaengeln)

[15] Amelung/Eymann, Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht, JuS 2001, 937 (939,943).

[16] Amelung, Willensmaengeln, S. 41.

[17] Amelung, Willensmaengeln, S. 45.

[18] Vgl. Amelung, Willensmaengeln, S. 34,43,55,69,78.

误;另一种是由于受到他人欺骗而产生的错误。^[19]阿梅隆把他的研究起点和重点放在了基于自身原因而产生的错误上,并将自身错误进一步区分为意思表示错误和决定错误。

所谓意思表示错误,或者说表达错误,是指在将意思决定传达给第三者时出现的错误,其实质是表达内容出现偏差。阿梅隆认为,这种错误直接导致了同意的无效,因为其中反映的并不是同意者本来的价值决定。^[20]但是,因为行为人可以相信这种意思表示,不必为了研究意思表示者的内心过程而停止行为,所以原则上说,不该因法益损害而归责于接受意思表示的行为人。作为例外,当行为人知道被害人错误的情况时,或者他们在案件中与同意者有着不同寻常的关系时,就能够归责于行为人。此时,行为人就不享有任何保护,而应该为他故意或者过失的行为受罚。

所谓决定错误,主要包括价值决定错误和冲突决定错误两种。^[21]这类错误的特点在于,甚至早在向外界表示之前,即还在决定的过程中,就已经出现认识偏差了。价值决定的错误是建立在“代价—收益”权衡的基础上的。^[22]由于被害人正是根据这种权衡而做出同意,而这种错误实际上常常使得被害人面对法益权衡时的自治变形,因此就导致了同意的无效性。在认定同意无效的基础上,接下去就是要解决损害归责问题。按照阿梅隆的观点,这种损害只能由被害人自行承担而不能归责于行为人,除非行为人已经知道错误或作为特殊责任人时才具有刑法上的责任。关于冲突决定的错误,是指同意者违心地对一种法益进行割爱,因为他只有通过这种方法才能挽救对他而言更加有价值的法益。^[23]根据阿梅隆的观点,它只有在必要的、不可避免的情况下才会符合同意者的价值体系。如果冲突的事实存在错误,那么同意就与其价值体系相悖,因此是无效的。而且,同意者在不知情的情况下,即使做出一种对于后果持宽容态度的同意,也应该被列入无效。正如不知情的患者对治疗方案做出的同意。

基于以上认识,阿梅隆将他的研究转向决定错误的特殊形式——一种法益交换的关系错误。^[24]他的主要观点是:法益彼此之间都存在一种价值联系。这种价值联系是这样表现出来的,即:一个法益要么是通过另一种法益(部分的)牺牲而得到,要么被用于得到另一种法益。无论在何种情况下,这个法益都将陷入一种交换关系中,而在这种关系中,同意者将对他而言价值较小的法益赌博性地用于赢得或者挽救另一个价值较大的法益。

(三) 欺骗性错误

在新的“全面无效说”中,处理自身错误的规则扩张适用于处理欺骗性错误中。在基于欺骗而发生错误的情况下,欺骗者不仅仅是掌握和了解法益损害的风险,而是已经具有侵害法益的主动性和积极性。一些对同意者的意愿而言具有重要的价值和意义的事实,被行为人加以歪曲或隐瞒。行为人通过这种方式获得了法益侵害的同意,并根据自己的愿望对其控制。这种同意显然是缺乏自治的,因而也是无效的。这种评价普遍地适用于包含欺骗的同意。从归责的角度看,是否因为欺骗者有意识地侵害法益主体就将全部责任归诸于行为人呢?阿梅隆指出,只有当被欺骗的事实对于同意者牺牲法益起着至关重要的作用时,行为人才应承担全部责任。

[19] 受到欺骗而产生的意思瑕疵称作“陷入错误”,是汉语学界的使用习惯。比如张明楷:《诈骗罪与金融诈骗罪研究》,清华大学出版社2006年版,第86页以下。在德语文献中,狭义的错误有时候仅仅指自身原因产生的简单错误,而欺诈是与错误并行的导致出现意思瑕疵的另一种原因。这种区分可参见Amelung, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung des Verletzten, 1998;以及[德]罗克辛:《德国刑法学总论》,王世洲译,法律出版社2005年版,第376-380页。

[20] Amelung, Willensmangel, S. 47.

[21] Vgl. Amelung, Willensmangel, S. 50 ff. 还有一类是预测错误,即同意人为了未来的某种目标而做出同意决定,但是最终结果与当初的预测相反。鉴于未来的不可预测性,只要做出决定时是真实的,这种所谓的错误也就是结果偏差在刑法上的重要性不大。

[22] 这个定义比较类似于“法益错误说”中的“动机错误”。关于法益相关性错误与动机错误的区别,可参见冯军:“被害人承诺的刑法涵义”,载《刑法评论》2002年第1卷;黎宏:“被害人承诺问题研究”,载《法学研究》2007年第1期。

[23] Amelung, Willensmängeln, S. 54 ff. 这个定义实质上就是“法益错误说”中的“紧急状态”。

[24] Amelung, Willensmängeln, S. 56 ff.

三 新“全面无效说”的评价

(一) 对传统的“全面无效说”的发展:无效性判定和归责问题的分离

由阿梅隆发展起来的新的“全面无效说”,与以往的所有理论相比,具有鲜明的特点,即通过无效性判定与归责问题的分离,概括出一般性的规则:只要与同意者的价值体系相矛盾,同意就始终是无效的。而且只有在行为人对法益损害有认识或者对其负有认识义务或告知义务的时候,才能对其归责。在第一个层面,应该首先判断同意的有效性问题。这里的唯一标准是决定的自治性。在这个层面中,如果由于一种错误和由此产生的自治缺陷导致同意无效,那么在第二个层面,通过广泛的利益权衡,将损害结果归责于事件中的某一个参与者。

在这个新方案中,我们可以看到解决同意错误的最新尝试。一方面,新理论延续和坚持了传统的全面无效说的核心观点,即凡是有错误的同意都是无效的。另一方面,与传统观点不同的是,同意无效并不会当然直接导致对行为人归责。在这一点上,这种新理论完全不同于包括“全面无效说”在内的各种传统的错误理论,将无效性判定很小心地与个人的归责问题区分开来。阿梅隆反对那种尝试着在对有效性问题做出回答的同时,就已经对行为人的可罚性进行决定的“软立场”的方案。他认为,传统理论的根本缺陷在于,它将关于同意有效性的判断与归责权衡问题混淆在一起了。按照传统的方案,关于同意有效性的判断毫无必要地负担上了归责问题,因此,同时也就妨碍了在侵害者和同意者之间进行一种充分的利益区分和评估。^[25]

(二) 与传统刑法理论的分裂

新的“全面无效说”一提出,就在德国刑法学界引起了广泛的关注,在普遍承认其创造性的同时,批评的声音也很多。德国刑法学者瑞瑙(Roennau)认为,这种解决方案一眼看上去似乎显得很有前途,但是,如果对之进一步审视的话,就会发现,新方案为了得到上述效果,实际上在很多关键点上与一些传统的重要观念发生了决裂。^[26]

在新的“全面无效说”中,法益侵害的违法性已经在第一个环节中被确认之后,谁对法益损害负责的问题在第二个环节中又被重新提出来。这种新方案声称,在对法益损害行为进行最终归责之前,先对法益损害做出违法性的判定,是可能的,也是有意义的。也就是说,在对同意的无效性进行确认之后,归责问题“仍然是悬而未决”的。至于同意者随后是否应该“死守着他的法益损害”,则将在第二个环节中,通过“减法方式”予以确定。^[27]可是这样一来,这种特地为了满足同意错误的理论所发展起来的“责任分配规则”,必然会对传统和主流的归责理论造成冲击。这种在同意者和侵害者之间进行两个层面、平等考虑双方的归责思路,与传统的刑法理论存在难以协调之处。在以德国为代表的大陆法系犯罪论体系中,传统的、公认的原则是:如果确认行为人没有任何正当化事由,就对他的行为的违法性做出一种终局性的判定。这种审查过程中,在损害出现之后,刑法首先关注的是行为人的责任问题,然后才是被害人的情况能否对行为人的罪责有所减轻和免除。但是阿梅隆把这种由刑法的保护目的所规定的“风险负担”翻转过来,对同意者和侵害者在法益损害中的共同作用进行平等审视。从这个角度看,双层结构的新方案有别于传统理论,那么,对这种理论而言,就存在着证明其理念比传统理论更先进的压力。而阿梅隆并没有清楚地加以证明。正如瑞瑙所评论的,“他没有这样做,反而给人们造成了这样的印象:似乎他的理念毫无裂缝地被镶嵌进了现有的刑法传统理论中,然而这并不是真实情况”。^[28]

(三) 理想化的自治权

新的“全面无效说”评判同意效力的标准,是基于一种理想化的自治权观念。当同意与同意者的价

[25] Vgl. Amelung, Willensmaengeln, S. 34, 39.

[26] Roennau, Willensmaengel bei der Einwilligung im Strafrecht, 2001, S. 345. (Roennau, Willensmaengeln).

[27] Vgl. Amelung, Willensmaengeln, S. 37 ff.

[28] Roennau, Willensmaengel, S. 353.

值体系相一致的时候,就是自治的和有效的;而如果同意与他的价值体系不相一致,即同意者要么没有能够看清同意的结果将对他的价值产生什么样的不利影响,要么被迫进行与自己心愿不同的决定(强迫),这种同意就是无效的。反对者认为,同意应当是一种理想化的、在任何方面都没有错误或强迫的自治概念。^[29]

但是,正如瑞璠所说的,这种概念的根本性缺点是,它距离生活中的实际情况太过遥远了。一个人的决定,包括侵害法益的同意,常常是在并非最优的条件下做出的,因为决定者往往缺少对于决定而言重要和全面的信息,或者不符合实际情况,或者同时受到他人的影响。在这些情况下,理想化的自治概念必然导致同意的无效性。^[30]这就又回到传统的“全面无效说”的老路,不合理地扩大了惩罚范围,为了避免这种缺陷,新的理论就只有在归责分担的原则上动脑筋,试图改变已有的规则,但这种改变的代价是极其巨大的。进一步说,同意的有效性判断和归责问题的分离实际上是一种过于理想化的自治概念的产物。当这种新理论在自治概念的内容建构中完全不考虑现实中做出决定的各种具体条件时,也就削弱了它能够将刑法上值得重视的和不值得重视的意思瑕疵加以区分的功能。^[31]

综上,新“全面无效说”的特点和挑战同样突出。通过对有效性和归责问题的分离,新的“全面无效说”令人耳目一新,但同时有些方面也与传统刑法理论相佐。如何处理这种冲突并使之融入现有的归责学说,或者通过更深入的研究进而改写整个犯罪论体系的归责理论,是新的“全面无效说”在未来将要进一步探讨的问题。

[Abstract] In German criminal law academia there are two opposing theories on the validity of the victim's consent by mistake. One holds that a consent is inevitably void as long as there are mistakes; the other claims that only mistakes related to legal interests can make a consent invalid. In recent years some scholars have reformed the former theory and developed a new theory on the basis of the former. The core of the new theory is separation of the consent's validity from the responsibility. In fact, the new difficulties created by the reformation are no smaller than those solved by it.

(责任编辑:王雪梅)

[29] Roennau, Willensmaengel, S. 354.

[30] Roennau, Willensmaengel, S. 354.

[31] Roennau, Willensmaengel, S. 355.