

被害人因受骗而同意的法律效果

付立庆*

内容提要：被害人同意阻却犯罪成立的根据，是相应法益失去了“要保护性”。在判断被害人因受骗而作出的同意是否有效时，法益关系错误说提供了合理的思考方向，总体上值得坚持。但是，这一学说在特定场合面临质疑。因此，恰当界定“法益关系”的范围、类型，明确其理论定位是十分重要的。法益关系错误说为判断同意是否有效提供了第一道筛选机制。在不存在法益关系错误时，虽然可以推定同意有效，但例外地也可能因为该同意欠缺任意性而导致同意最终无效。以法益关系错误为基础、以客观判断任意性之有无为实质的客观真意说，是对既有理论的继承和发展，具有重要的刑法解释学意义。

关键词：被害人同意 法益关系错误 任意性 客观真意

一、问题的提出

所谓被害人同意，“是指作为法益主体的被害人，许诺对自己法益的侵害、放弃对该法益的法律保护”。〔1〕在侵害个人法益的场合，被害人是相应法益的主体，具有对法益的处分权。因此，存在被害人的有效同意，〔2〕就意味着实现了被害人的自主处分权，从而可以否定行为的违法性，进而否定犯罪的成立。但问题是，在被害人因受骗而同意的情形下，被害人的同意是否依然有效。如下案例可谓这一问题的适例：

案例1（姚定荣故意杀人案）：被告人姚定荣为达到不偿还他人债务之目的，利用被害人夫妇闹矛盾之机，劝被害人以假自缢方式吓唬妻子不再为琐事吵闹；并约定自己用手电

* 中国人民大学刑事法律科学研究中心副教授。

本文系国家社科基金项目“刑法中的自己决定权理论与实务研究”（11CFX059）的阶段性成果。

〔1〕〔日〕山中敬一：《刑法總論》（第3版），成文堂2015年版，第205页。

〔2〕本文不严格区分“被害人同意”与“被害人承诺”（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），并且统一将其理解为违法性阻却事由。当然，本文的分析结论也适用于将被害人同意理解为构成要件阻却事由的理论分析框架。

显示信号，被害人即开始上吊，待其踢翻脚下凳子时，由姚及时施救。被害人表示同意。但之后当被害人如约自缢踢翻凳子时，姚却不予施救，终致被害人死亡。^{〔3〕}

案例2（孙进骗人卖肾案）：林勇（24岁）药剂师专业中专毕业后应聘到某公司，后得知该公司是做肾脏买卖的。公司经理孙进说，一个肾可卖6万元。在孙进的哄骗下，林勇在一家卫生院切除了左肾，可最终只拿到3万元钱。林勇觉得被骗，遂报警。^{〔4〕}

案例3（孙红喜强奸案）：被告人孙红喜酒后闯入本厂女工宿舍，将尚在熟睡的女工赵某某惊醒。赵以为站在床边的孙是自己的男友，便说了一句“站在那干啥”。孙意识到赵认错了人，即走到床前，先亲吻、搂抱，后将赵奸淫。后赵发现真相，孙被保卫人员抓获。^{〔5〕}

案例4（黄卫松抢劫案）：被告人黄卫松见被害人龚某在大街上向其招嫖，遂起意抢劫。黄随龚某来到龚某的出租房内，在与其发生性关系后，持事先准备的弹簧刀威胁龚，劫得其价值1091元的黄金戒指两枚和现金300余元。^{〔6〕}

案例5（骗购经济适用房案）：申购人以“夫妻两人已离婚，一方无房可住”为由，申购经济适用房，在提供相应材料后获得一套房源。后房管部门发现该夫妻并未离婚，当初提供的离婚协议书等均系伪造，两人共有两套住房，不具备购买经济适用房的资格。^{〔7〕}

以上案例中，被害人对上吊、割肾、和对方发生性关系、对方进入自己房间、卖房给对方都表示同意。而且，这些被害人同意还有一个共同特点，即都存在行为人的欺骗因素。对于上述案例，司法实务的总体态度是只要存在因欺骗而产生的认识错误，同意就无效。因此，在案例4中肯定了入户行为的非法性，在因受骗而自杀（案例1）、因受骗而与对方发生性关系（案例3）等场合，也肯定了故意杀人罪、强奸罪的成立。在欺骗成年人卖肾的场合（案例2），司法机关并未认定为故意伤害罪，而是以非法经营罪起诉。司法实践中对骗人卖肾以故意伤害罪论处的，集中于被害人未满18周岁的场合。^{〔8〕}在骗购经济适用房的场合（案例5），也只是以收回房子了事，而未按照诈骗罪来处理。不无疑问的是，实务的上述处理是否完全妥当，各个处理结论之间是否协调？

在被害人因受骗而同意的场合能否认可同意的效果，理论上大致存在以欺骗为出发点或者以错误为出发点这两种思考路径。前一思考路径是德国判例和传统学说的观点，即仅根据存在欺骗这一事实就将被害人的同意归于无效，这可称为全面无效说。^{〔9〕}这一传统立场虽然后来受到了法益关系错误说的强烈挑战，但至今仍保持着很大的影响。在我国台湾，

〔3〕 参见戚康生、李心：《姚定荣诱逼他人自杀案》，载最高人民法院中国应用法学研究所编：《人民法院案例选》（1994年第4辑），人民法院出版社1995年版，第30页。

〔4〕 参见《南京一黑公司忽悠“6万一个肾”，小伙被拉到徐州切肾后仅得3万》，《现代快报》2011年9月16日第F8版。

〔5〕 参见杨善明：《孙红喜乘女工误认其为男友之机实施奸淫案》，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·上）（1992—1999年合订本），中国法制出版社2000年版，第525页。

〔6〕 参见王永兴：《黄卫松抢劫案》，载最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办：《刑事审判参考》第91集，法律出版社2014年版，第27页。

〔7〕 参见《有两套房还用假证骗购经适用房》，《扬子晚报》2010年4月28日第A9版。

〔8〕 比如，《“少年卖肾案”一审宣判》，《湖南日报》2012年11月30日第6版；《骗人卖肾赚黑心钱》，《甘肃法制报》2010年4月16日第A3版。

〔9〕 参见〔德〕乌尔斯·金德霍伊泽尔：《刑法总论教科书》，蔡桂生译，北京大学出版社2015年版，第122页。国内学者的梳理和研究，参见车浩：《德国关于被害人同意之错误理论的新进展》，《环球法律评论》2008年第6期，第90页以下。

全面无效说也很有市场。^[10] 对于后一思考路径,有日本学者将其整理为三种主要学说:^[11] 1. 主观真意说(本质错误说、重大错误说、条件关系错误说)是日本判例的立场。其认为,若被害人的同意是不符合其真意的有重大瑕疵的意思表示,则同意无效。^[12] 这一立场在学说上获得了不少学者的支持。2. 动机错误说是介于全面无效说和法益关系错误说之间的一种折中观点。其认为,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,就足以使得承诺无效化。^[13] 3. 法益关系错误说认为,只有存在法益关系错误,即被害人对自己放弃了什么并不明确的场合,承诺才无效。在我国,尽管有学者表现出支持重大错误说的倾向,^[14] 甚至有学者明确支持全面无效说,^[15] 但总体上对法益关系错误说持肯定态度的学者可能影响更大、人数更多。^[16] 不过,细究起来,究竟什么样的错误属于“法益关系”错误,其根据和适用的边界何在,是否在没有法益关系错误时可一概肯定同意的效果等问题,在我国尚未得到全面和充分的研究。同时,如前文多个案例所示,司法实践中广泛存在被害人因受骗而同意的情形,该同意是否有效对于相关犯罪的认定具有重要意义。因此,本着理论和实践两方面的问题意识,本文对被害人因受骗而同意的法律效果问题进行探讨。

二、法益关系错误说的基本内容

全面无效说单纯着眼于欺骗本身,只要存在欺骗就否定同意的效果,这会导致处罚范围的扩大,其妥当性存疑。“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。”^[17] 主观真意说以被害人的主观真实意思来判断客观上的同意是否有效,这实际上是将主观与客观两个范畴混为一谈,表面上试图从主观上限定犯罪成立范围,实际上只要存在能造成被害人事后反悔的事由,就很容易成立“只要没有欺骗就不会同意”的条件关系,从而认定被害人的同意违反本意;而这会使得几乎所有由受骗导致的同意都归于无效,从而失去该理论原本应具有的限定功能,故称之为“无限定说”也不为过。^[18] 而且,在支付对价错误等场合,主观真意说可能会导致对某一犯罪的法益侵害(如财产损失)动用另一不同类型构成要件(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。因此,从客观上限定因受骗而同意的无效范围,成为一种需要和必然。

[10] 参见柯耀程:《刑法总论》,台湾三民书局2014年版,第184页;林钰雄:《新刑法总论》,台湾元照出版有限公司2014年版,第285页;余振华:《刑法总论》,台湾三民书局2011年版,第259页。

[11] 参见[日] 塩谷毅:《被害者の同意と錯誤理論》,《刑法雑誌》43卷1号(2003年),第129页。

[12] 参见最判昭和33年(1958年)11月21日判决,刑集12卷15号,第3519页。

[13] 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、吉田宣之监译,信山社2003年版,第627页。

[14] 参见周光权:《教唆、帮助自杀行为的定性》,《中外法学》2014年第5期,第1178页。

[15] 参见王钢:《自杀的认定及其相关行为的刑法评价》,《法学研究》2012年第4期,第157页。

[16] 例如参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2011年版,第218页;黎宏:《被害人承诺问题研究》,《法学研究》2007年第1期,第84页以下。

[17] 前引[1],山中敬一书,第218页。

[18] 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。

（一）基本内容

创造性地提出法益关系错误概念，发展出从客观上对认识错误的同意效果予以限制的理论的，是德国学者阿茨特（Gunther Arzt）。其指出，一种欺骗所导致的错误不是仅仅与一种期待的回报有关，而是直接关乎法益，即当同意人对所放弃法益的种类、范围或者危险性等发生错误时，才能使同意无效。比如，致使被害人违反事实地认为自己罹患癌症而同意摘除肾脏的场合，同意无效；在被骗说要是提供肾脏就能得到报酬从而同意的场合，则同意仍然有效。^[19]阿茨特认为，和他人约好通过实施某种行为或处分一定法益而获得某种回报，在未能得到回报时就认为同意无效的话，就明显超出了相应犯罪的保护范围，而成了保护意思活动的自由了；这样，在刑法分则中对各个法益加以区别的做法，就变得没有意义了。^[20]他进一步指出，刑法不能助长高度的人格利益成为交换的对象，否则，由于违反公序良俗而在民法上不予保护的高度的人格利益，就会因其买卖而产生的请求权，而通过刑法得到保护了。^[21]有评论认为，法益关系错误说的目的是，“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，从而试图避免依该刑罚法规的法益保护目的，无法说明处罚根据的情形。”^[22]可以看出，法益关系错误说主要在于强调构成要件的定型性及其罪刑法定机能。^[23]这样，在将被害人同意的正当化根据理解为法益要保护性的丧失的基础上，法益关系错误说的主旨就是：在就相应构成要件所针对的法益侵害存在正确认识并予以自由同意的场合，相应法益失去了要保护性，从而不成立犯罪；相反，如果以存在其他错误为由而认定同意无效并对相应行为加以处罚，就会导致以此罪的构成要件保护与此无关的利益或是保护一般的意思自由，而这会损害构成要件的定型性，进而殃及罪刑法定原则。

对于何种情况下能认定法益关系错误，阿茨特作了基本界定，德国、日本的学者予以了补充完善。我国学者黎宏对此作了梳理与描述。^[24]归纳而言，能肯定存在法益关系错误，从而否定同意效果的，包括两大类型：

1. 纯粹的事实认识欠缺型。对于这一类型，原本就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。对所引起的法益侵害之内容本身欠缺正确认识的场合，主要包括如下情形：（1）关于侵害内容、范围的错误。比如，欺骗被害人说前面是平地，让其闭上眼睛向前走，致其跌下悬崖摔死的场合，被害人对于生命法益将受到侵害的事实全无认识，因此根本不存在被害人针对生命侵害的同意。再如，对目的行为属于奸淫行为这一点的认识错误，是对侵害内容缺乏认识。在假称治病而奸淫妇女的场合，由于被害人认为此时的行为是一种治疗行为，故可以认为被害人缺乏对奸淫行为的认识。（2）关于侵害强度的错误。如同意对方徒手扇耳光，对方却戴着铁板指扇的，就属于此种错误。（3）关于行为人同一性的错误。例如，就针对性自由的犯罪来说，“和谁进行性行为的自由”属于

[19] 参见〔日〕塩谷毅：《被害者の承諾と自己答責性》，法律文化社2004年版，第33页。

[20] 参见〔日〕森永真纲：《被害者の承諾における欺罔・錯誤（一）》，《关西大学法学論集》第52卷第3号（2002年），第202页；同上引塩谷毅书，第33页。

[21] 同上引森永真纲文，第204页；前引〔19〕，塩谷毅书，第34页。

[22] 〔日〕井田良：《刑法総論の理論構造》，成文堂2005年版，第199页。

[23] 参见〔日〕佐伯仁志：《被害者の錯誤について》，《神戸法学年報》第1号（1985），第59页；〔日〕佐伯仁志：《被害者の同意とその周辺（1）》，《法学教室》第295号（2005年），第116页。

[24] 参见前引〔16〕，黎宏文，第99页。

该类犯罪的保护法益。前文案例3能够肯定行为人成立强奸罪的根据,正在于此。^[25]

2. 规范评价误认型。在这一类型中,尽管存在表面上的同意,但因法益主体对法益的要保护性等存在误认,故可以肯定法益侵害性的存在,该同意无效。对将要受到侵害的法益内容本身虽有明确认识,但对其要保护价值、要保护性等欠缺正确认识时,同样属于法益关系错误。^[26]比如,在使物主误以为价值很高的茶壶是假货,从而致其同意毁掉该茶壶的场合,物主虽然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有经济价值、不值得保护,此时欺骗者当然应构成故意毁坏财物罪。同样,在师傅欺骗女弟子,使女弟子认为和师傅发生性关系是自己修成正果的必备要件,自己为了得道只能如此的场合,被害人虽然对发生性关系这一点存在认识,但对自己性自主权的保护价值产生了认识错误;对此,若能理解为法益关系错误,就能肯定强奸罪的成立。关于正当化状况的错误,也属于规范评价误认型错误。如猛兽事例、伪装搜查事例、伪装被追杀事例等场合,^[27]若果真存在所欺骗的状况,则可以通过正当防卫、紧急避险或法令行为等事由使行为人的行为正当化,故而这种欺骗实际上使被害人以为自己失去了拒绝权、选择权,即以为相应法益失去了要保护性;对此,可以肯定法益关系错误的存在。

相对于主观真意说以及几乎与其殊途同归的全面无效说,法益关系错误说从错误的内容、类型等客观角度出发,确定判断错误同意效果的基准,既可以避免处罚范围过大,又可以避免主观真意说过于依赖被害人的主观标准所带来的随意性和不确定性,其方向是可行的。同时,只要是重视各个具体犯罪的定型性,认可对各个法益予以保护是各个构成要件的基本任务,就应该认为法益关系错误说的立足根据是值得认同的。因此,法益关系错误说总体上值得坚持。

(二) 批判意见

对法益关系错误说的质疑与批判,始终没有停止过。比如,德国学者阿梅隆(Amelung)指出,在支付对价错误的场合(如一开始就没有支付意愿或支付能力却谎称愿意给钱,骗得被害人同意自己受到伤害),法益关系错误说认为不能按照伤害罪处理;若行为人不具有图利目的,则又不能以诈骗罪处罚,这会造成处罚漏洞。^[28]日本学者井田良认为,如果对于那些通过使人产生错误动机从而获得被害人同意的行为,肯定被害人同意的效果,很容易造成激励、推广以此种方法侵害法益的后果。而且,按照法益关系错误说,欺骗被害人说“你得了重病,命不久矣”而致其自杀时,会认为同意无效而构成故意杀人罪;但在欺骗被害人说其最爱的人已死,使其认为失去了活下去的意义而自杀,或者向公司经理编造公司破产的谎言而致其自杀时,却只成立参与自杀罪。但井田良认为,看不出前一场合与后两个场合有什么本质差别,区别对待的结论并不均衡。^[29]我国有学者认为:法益关

[25] 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,行为人同一性的认识错误没有必要被说成是法益关系错误。

[26] 参见前引[20],森永真纲文,第223页。

[27] 猛兽事例:被害人被骗,以为自己饲养的猛兽逃跑了并对公众产生了危险,于是被害人通过电话允许行为人将其射杀,但实际上该猛兽一直被关在笼子里。伪装搜查事例:装作为合法搜查而出示了伪造的令状,从而得到屋主同意进入其家中。伪装被追杀事例:装作遭到强盗追杀而闯入别人家中。

[28] 参见前引[19],塩谷毅书,第35页。

[29] 参见前引[22],井田良书,第201页;[日]井田良:《讲义刑法学·总论》,有斐阁2008年版,第325页。

系错误说要求严格区分外在对象物或客体与其交换价值，认为原则上只有前者受到保护；这实际上忽视了法益作为权利人人格发展之工具的性质，而只有全面无效说才能充分保障被害人的自主决定权。^[30]

在法益关系错误说看来，上述批判难以成立。1. 在对价支付错误的场合，由于被害人对自己身体法益将受到侵害的种类、范围、结果等有明确认识，所以，至少在轻伤的限度内相应法益失去了要保护性。同时，在能够认为这种交易违反公序良俗的场合，“既然就连被害人在民法上的请求权也会由于违反公序良俗而被否定，因此，即便既不成立伤害罪也不成立诈骗罪，也绝不能说这就是不能允许的处罚空隙。”^[31]在这个意义上，前文案例2未按照故意伤害罪或者诈骗罪处理，应该认为是正确的。2. 井田良的批判虽在我国获得了学者的认同，^[32]但其观点值得商榷。法益关系错误说既有追求构成要件定型性的实质根据，又不像主观真意说那样蕴含着在保护被害人利益的名义下侵害被告人权利的风险，因此其总体上值得肯定。担心某种理论可能被滥用而转投其他理论，恐怕是因噎废食之举。同时，“就连告知公司倒闭或最爱的人已死而使之自杀时，也广泛认定承诺为无效，是有疑问的。……在此等事例中，虽然不是不能体会法益处分者的心情，但不管是在怎么价值多样化的现代社会里，从刑法的观点来看其终究是难以承认的结论。”^[33]3. 对于“法益作为权利人人格发展之工具”的观点，需予以警惕。除了诈骗罪等少数犯罪，不应对象物的交换价值全面予以保护，否则终究会损害不同构成要件的功能区分和定型性。

三、法益关系错误说的困境

（一）困境

对法益关系错误说真正有价值的批判，是认为其可能在类似于紧急状况之欺骗的场合导致不当结论。比如，在角膜事例（医生欺骗母亲说只有移植角膜给自己的孩子才能使其免于失明，但实际上医生只是想报复该母亲，角膜移植全无必要）的场合，由于母亲清楚自己在什么样的范围内放弃了身体法益，同时其对该角膜的保护价值的认识也不存在任何瑕疵，所以，按法益关系错误说会肯定同意的效果，从而否定伤害罪的成立。然而罗克辛认为，对这种以狡诈卑劣手段实施的侵害他人身体不可侵害性的行为，终归在刑法上有必要予以处罚。^[34]进而有学者认为，在像这样的例子中，是否是法益关系错误在同意有效性的认定上，不具原理性的意义。^[35]

事实上，以上场合的确有可能给法益关系错误说造成困境：如果僵硬地坚持传统的法益关系错误说，可能会在特殊场合导致本应按犯罪处理的行为无法处理；如果对这一学说进行修正，扩大“法益关系”的范围，又面临法益概念本身崩坏的危险。能否对这一困境

[30] 参见前引〔15〕，王钢文，第160页。

[31] 前引〔19〕，塩谷毅书，第35页。

[32] 参见郑泽善：《被害者的承诺与违法性的本质》，《宁夏大学学报（人文社会科学版）》2010年第4期，第99页。

[33] 前引〔20〕，森永真纲文，第206页。

[34] 参见前引〔13〕，罗克辛书，第628页。

[35] 参见〔日〕小林憲太郎：《いわゆる“法益關係の錯誤”の意義と限界》，《立教法学》第68号（2005），第39页。

给出令人信服的回音，决定着法益关系错误说的命运。

（二）扩张适用法益关系错误的主张及其辨析

传统的法益关系错误说将法益处分自由理解为法益之外的独立要素，认为在欠缺法益关系错误的场合也认可同意无效的话，则不是相应法益而是意思决定的自由即法益处分的自由本身，被相应的构成要件所保护了。不过，有法益关系错误说的支持者对此提出了质疑。日本学者山口厚就认为，法益处分自由是法益构成要素，而非全然不同于法益的其他东西。比如，就财产而言，对支付对价的欺骗也成立诈骗罪，由此可以明确看出法益处分自由正是作为财产法益的内容本身而受到保护的。^[36]我国学者王钢也认为，在被害人受到欺骗，误认了权益处分的目的或意义的场合，这类错误同样损害了被害人自主决定的权利，不能认为其与法益无关。^[37]如果认可针对身体法益的（至少一定范围内的）处分自由也是法益的组成部分，则在角膜事例的场合，母亲针对处分角膜这一自己身体一部分的目的产生了认识错误，据此就可以肯定法益关系错误的存在，进而肯定同意无效和伤害罪的成立。^[38]

但是，将法益处分自由全部理解为法益的内容本身，或者认为对支配和处分自由的保护应该贯彻于包括生命在内的人身法益的场合，却未必妥当。第一，从结论上说，比如，在欺骗说给钱而伤害他人，过后又不给钱的交换对价错误场合，上述观点会认为成立伤害罪。但已如前述，这一结论并不合理。“就算欺骗者几乎都是不值得保护的人，也不必然直接导致以伤害罪处罚，在何种范围内、应该构成怎样的处罚，恐怕是另外的问题。”^[39]此时，按照传统的法益关系错误说得出无罪结论的主张是恰当的，也无所谓处罚空隙；主张成立伤害罪的观点，反倒是过了头。第二，从理论上说，以刑法的方式助长将一身专属的个人人身性法益商业化，既非立法者所期望，也是刑事政策上不值得追求的。^[40]我国也有学者认为，人身法益的交换不应该受到刑法保护，否则会“为买卖人身法益的行为撑腰”。^[41]尽管这一观点被批评为由于“并没有解释为什么法规范应当禁止或者至少是不鼓励人身法益交换”从而“不具有说服力”，^[42]但这一批评值得商榷。各构成要件都专门着眼于一定的属性变更而记述了法益侵害，并且仅试图对此法益的处分自由加以保护；如果法益处分的自由不是各构成要件所固有的而能够关涉其他不同属性变更之评价，则各构成要件的旨趣就被埋没了。“在法益处分的理由、动机之中，却包含着关系到对其他不同属性变更所受评价的内容，有关于此的错误不能直接就说是法益处分自由的错误，从而不能直接就说是法益关系的错误。”^[43]同时，在不合法的交易中，被害人财产法益的交换价值是否值得刑法保护还可以继续讨论（本文初步持否定态度），但即便认为成立诈骗罪，也不意味着“既然如此，就没有理由认为在涉及更为重要的人身法益时，刑法反而不应当保护被

[36] [日]山口厚：《刑法總論》，有斐閣2007年版，第159頁。

[37] 參見前引〔15〕，王鋼文，第160頁。

[38] 參見〔日〕山口厚：《“法益關係的錯誤”說の解釋論的意義》，《司法研究所論集》2003-II（第111號），第110頁。

[39] [日]須之內克彥：《刑法における被害者の同意》，成文堂2004年版，第119頁。

[40] 參見前引〔13〕，羅克辛書，第626頁。

[41] 參見車浩：《自我決定權與刑法家長主義》，《中國法學》2012年第1期，第102頁。

[42] 前引〔15〕，王鋼文，第160頁。

[43] 前引〔35〕，小林憲太郎文，第32頁。

害人的交换自由”，^[44]而恰恰应该认为，在涉及人身权利这种个人专属法益的犯罪认定中，更应该尊重被害人的自由意志。刑法在第234条故意伤害罪之后专门规定组织出卖人体器官罪，并规定未经已满18周岁的人同意摘取其器官，可以按照故意伤害罪乃至故意杀人罪处理。因此，得到已满18周岁的人的真实同意而摘取其器官的（在构成轻伤的限度内）不成立故意伤害罪，这表明立法者认可了被害人同意对侵犯人身权利犯罪认定的重要价值。在交换对价错误的场合，被害人终归放弃了对人身权利的保护，而只是感觉在对价（报酬）上受到了欺骗；对此若肯定成立故意伤害罪等侵犯人身权利的犯罪，不但确实会“为买卖人身法益的行为撑腰”，也会破坏侵犯人身法益犯罪的定型性。无论从明确不同构成要件各自保护法益的类型性出发，还是为了限制处罚范围、防止过度犯罪化，都应该对将法益处分自由作为法益的构成要素的观点，更为谨慎一些。

在角膜事例等类似于紧急状态之错误的场合，依传统的法益关系错误说只能得出无罪的不当结论，而将法益处分自由理解为法益组成部分的见解也存在问题，其努力难说成功。这一困境充分说明了法益关系错误说在解释力上的边界。事实上，法益关系错误说之所以受到质疑，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药到病除；因此，为了寻求具体事案解决的妥当性，不得不扩大“法益关系”的范围。但是，刑法分则对不同构成要件分别予以规定，旨在框定各构成要件的效力范围，而为了固守法益关系错误说不惜破坏法益概念的边界，会导致法益关系泛化，危及法益概念的确定内涵，进而损害构成要件的定型性。这样的动向值得警惕。因此，“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。”^[45]真正要从困境中脱困，不能指望法益关系错误说本身，而必须寻找另外的解释路径和理论资源。

四、客观真意说的理论诠释

（一）同意的任意性

被害人同意阻却违法性的根据在于，由于法益主体的有效同意，使得相应法益失去了要保护性。而要称之为法益主体自愿放弃了法益，必须是在对作为放弃对象的法益存在正确认识的基础上，任意地放弃该法益。事实上，法益关系错误说仅是有关认识对象的理论，其并不排斥关于任意性的探讨。法益关系错误说指望以一个概念（法益关系）解决本应通过多个概念来解决的问题，因此，其要么完全放弃对同意任意性的讨论，要么简单地认为，凡无关法益的同意一概可视为任意、自由的同意，从而完全忽视例外的存在，难免以偏概全。

“因为法益关系错误说并非关于同意有效性的统一理论，所以是否存在被害人的自由意思决定，必须要和是否属于法益关系错误分别加以检讨。”^[46]具体来说，法益关系错误说给因受骗而同意的有效性判断提供了一个大致框架，但其并未划定一个绝对标准，而仅仅提供了第一道筛选机制：存在法益关系错误时，同意无效。在被害人的错误认识与相应构成要件的保护法益无关时，虽然可以推定同意系任意作出从而推定其有效，但是，应该

[44] 前引〔15〕，王钢文，第160页。

[45] 前引〔18〕，松原芳博书，第107页。

[46] 〔日〕佐伯仁志：《被害者の同意とその周辺（2）》，《法学教室》第296号（2005年），第84页。

允许通过反证否定前述推定；而反证的实质依据就是，同意的作出无法被规范地评价为自由意思的表达，即同意欠缺任意性。

（二）主观说的否定

同意的任意性，是指在对是否放弃法益进行意思决定之际，存在选择可能性。主观说将任意性的问题归结为“基于行为人意思的选择可能性”，认为关键是法益主体基于自己的价值观、心理状态，是否不得不放弃法益。如日本学者林干人认为，“同意之所以阻却违法性，是基于力图尊重被害人本人的个人意思这一思想，从而就应该以被害人本人的个人价值判断的内容作为基准”；是否存在使被害人丧失了自由意思的错误，“应该按照被害人个人的意思主观地加以判断。”〔47〕在将是否丧失了自由意思作为问题时，“就被害人自身的价值观而言，因为其所确信能够带来的利益的价值远远超出所处分的法益的价值，其认为是已经没有衡量余地而只能去处分成为问题的法益，若能够这样思考，对于被害人相应法益处分的意思决定来说，就是不自由的。”〔48〕确实，如果将被害人同意阻却违法性的根据设定为作为法益主体的被害人自愿放弃了相应法益，那么，是否违背被害人本人的意愿、是否符合被害人自身的价值观就是重要的，就不得不认为主观说具有一定的针对性和合理性。

但是，本文并不赞同主观说的立场。第一，前文已经指出，被害人同意阻却违法性的根据在于，因有效同意而使得相应法益失去了要保护性。而相应法益是否值得保护，法益主体的个人意思固然重要，但其终究属于规范判断，是在构成要件该当性阶段或者违法性阶段探讨行为人的相应行为是否值得刑法介入的问题。因此，有别于有责性阶段的个别讨论，同意效果问题需要客观地、一般性地考察。第二，在不存在法益关系错误进而需要同意的任意性进行判断时，若强调被害人的自主判断，以是否违反被害人的主观意思作为判断标准，在诉讼上会过度依赖被害人的陈述从而流于随意，使得不存在法益关系错误即推定同意有效的机能完全丧失，从而动摇犯罪的本质是法益侵害的立场。第三，坚持主观说，通常会因基于欺骗而作出的同意有悖被害人本人的价值体系而认定其无效，最终常常得出主观真意说或者全面无效说的结论，这是本文所反对的。〔49〕

（三）客观真意说

1. 提出

既然同意的任意性是一个法律概念，则有必要通过法律评价来判断。〔50〕在这里，问题

〔47〕〔日〕林幹人：《錯誤に基づく被害者の同意》，载《松尾浩也先生古稀祝賀論文集・上卷》，有斐閣1998年版，第244页。

〔48〕同上文，第249页。

〔49〕需要强调，这里的主观说和主观真意说，虽然都强调以同意是否违反被害人本人的自由意志（真实意愿）作为判断同意有效性的标准，但二者的具体判断过程以及结论并不完全相同。主观真意说直接根据基于欺骗产生的错误与同意是否具有条件关系（是否“没有欺骗所致的错误，就没有同意”）来认定该错误是否是本质性错误、是否违反被害人的主观意愿，因此其与法益关系错误说完全对立。而主观说是在承认法益关系错误说基本合理的前提下，作为其救济而提出的判断自由意志的具体标准。因此，主张主观说的学者（比如林干人）也完全可能认为，即便是在欺骗所致错误与同意具有条件关系的场合，如果该错误在被害人的意思决定中并未占有很大比重，同意也仍然有效。主观说主张以被害人自身的价值体系进行衡量来判断同意是否出于任意，从而在假装追随自杀等场合，仍可能肯定同意的效果，得出与主观真意说不同的结论。参见前引〔47〕，林幹人文，第253页；〔日〕林幹人：《刑法総論》，東京大学出版会2000年版，第177页。

〔50〕参见〔日〕小林憲太郎：《いわゆる“救助・追迹事故”——強制・緊急状況における被害者の関与と結果の帰責》，《千葉大学法学論集》15卷3号（2001），第158页以下。

并不是被害人的主观意思，而在于能否评价为“被害人的自发处分之体现”这样的客观的法律判断。换言之，在于辨明究竟是妨碍法益主体自我决定权的错误，还是从法律的观点看可视为自由处分的错误。与法益相关的错误会妨碍被害人的自我决定权，但问题是，与法益无关的欺骗及错误何时会被认为妨碍了自我决定权。

对此，可与受胁迫而同意的场合结合起来进行考察。在受到胁迫的场合，被害人对所放弃的法益的内容和保护价值等都有明确认识，因此不存在法益关系错误，但被害人放弃法益并非基于自我决定，其同意不具有任意性。在欺骗的场合，同样存在欠缺法益关系错误却并非基于自由决定作出同意的情形。这是因为，从一般人的观点看，被害人陷入了和遭受胁迫同样的心理状态中，其同意已然不能说是出于自己的自由决定。也就是说，“通过欺骗造成了这样一种状况，即根据法益衡量的结果，若按照一般的价值标准就不得不同意这样的状况”，此时就可认为意思决定不是自由作出的。进而“可以认为，紧急避险中的法益衡量提供了一个判断意思决定是否自由作出的标准。这是因为，要是所欺骗的内容为真，确实处在紧急避险状态之下，行为人的行为就会被正当化；相反，也就可以说是同意者的法益处在于不得不牺牲的状况之下。对于和紧急避险类似的状态，也可以这样考虑。”〔51〕

同时，任意性并不是一个纯粹的性质上“有”和“无”的问题，还存在程度上“大”和“小”的差别，即绝对不任意和相对不任意的区分。欺骗某人说发生了火灾，不赶快跳下去就会被烧死，于是被害人从二楼跳下受伤。这种情况下，难以想象还存在被害人继续留在原地坐等烧死的选项，这可谓绝对不任意，此时显然不能认定同意有效。而在角膜事例中，尽管不移植角膜的选项并非完全不存在，但不管怎么说，在一般人看来，该场合的错误使得被害人在自己的身体健康（失去一枚角膜）与孩子的健康（失明）之间进行利益衡量时，其选择可能性受到了很大的压制和缩减，从而被害人仍是在不自由的状态下不得不同意。所以，不需要具体结合母亲本人的认识程度、承受能力等个体因素，就可以一般地、规范地认为其同意是相对不任意的，据此仍可认定同意无效。只是，相对不任意不能无限扩张，只有受到欺骗的场合能被合理地判断为“危险在某种程度上是紧迫的，很难冷静地等待危险的现实化”时，才能说相应错误在法律评价上是重要的。〔52〕从而，像大火烧车事例（汽车着火并有爆炸及烧伤人的危险，驾驶员却向路过的行人求助说要救出被关在车里的妻子，导致救火的行人被烧伤，但实际上被关在车里的只是一条狗）、明星献血事例（欺骗电影明星说现在是生命救助周而使其无偿献血，实际上却是把血卖给了该影星的仰慕者）等场合，因为无法如此评价，就仍应认为被害人最终作出的救火或者献血决定，是在有选择可能性的情况下自由选择的结果，其同意有效。

2. 判断步骤与价值诉求

具体来说，判断基于欺骗的错误同意是否有效，需要遵循如下步骤：第一，辨识认识错误的性质。如认定该错误事关相应构成要件的保护法益，则同意无效，相应犯罪成立；如得出否定结论，即错误仅关乎回报（动机）而无关法益，则推定其同意有效。第二，在

〔51〕〔日〕林美月子：《錯誤に基づく同意》，载《刑事法学の現代的狀況・内藤謙先生古稀祝賀》，有斐閣1994年版，第34页。

〔52〕参见前引〔20〕，森永真纲文，第228页。

错误同意无关法益时，公诉方欲认定被害人同意无效从而行为人成立犯罪，需要证明该同意并非基于自由意志作出，即同意不具有任意性。而判断同意是否任意的标准如下：从一般人的视角看，能认为法益主体在存在选择可能的情况下，基于自身的利益衡量作出了同意，则同意是任意的、有效的；相反，如果规范地看，被害人同意是在全无选择可能性或者自由意志受到很大压制的情况下作出的，则同意欠缺任意性，同意无效。可以说，在受骗同意是否有效的判断标准上，本文采取的是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的主张。如果着眼于是否与法益有关在最终结论中的重要（但并非决定性）意义，将之称为“修正的法益关系错误说”也未尝不可；如果立足于其最终以同意是否系法益主体基于自由意志作出作为判断标准，将之称为“自由意志说”或者“任意性说”也属名符其实。不过，本文希望突出判断标准的客观性，特别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）不符，也须尽可能尊重其自由意志支配下的客观表达。因此，在与主观真意说形成明显对照的意义上，本文将这种主张称为客观真意说。

客观真意说的价值诉求有三：其一，在判断受骗同意是否有效时，主观真意说或（重大）动机错误说更容易否定同意效果，肯定犯罪的成立，而这有妨害行为人权利保障的危险。法益关系错误说虽然总体合理，但存在因标准僵化而在个别场合无法认定犯罪的弊端，从而不利于被害人权利保护。客观真意说充分肯定法益关系错误说的合理之处，同时力图避免其标准僵化的弊端，从而可以实现行为人人权保障和被害人权利保护之间的协调与平衡。其二，弱化被害人同意的法律效果，要么仅肯定其在量刑上的有限意义，要么动辄否定同意的有效性，如此做法归根结底是意在强调刑法介入的必要性与正当性，刑法家长主义的质疑挥之不去。与此相对，本文更强调市民刑法的理念，强调最大限度尊重公民自由意志的客观表达，因此，以自由意志之实现作为判断同意有效与否的实质标准。^[53]其三，在具体操作上，当公诉机关认定虽有形式上的被害人同意但该同意因违反被害人本意而无效，行为人构成犯罪时，辩护方只要完成同意无关法益因而有效的主张和证明，证明责任就转回给控方。这时，为了约束公权力对行为人的不当追究，辩方无需额外证明被害人的同意是任意、自愿的，反而需要由控方进一步证明被害人的同意尽管无关法益却是不自愿、非任意的。如控方不能完成这一证明，则同意有效。此时，非法益关系错误所具有的推定同意有效的机能发挥了作用。可以说，客观真意说追求（被告人权利保障和被害人权利保护之间的）公平、尊重（被害人的意志）自由和控制（打击犯罪的国家）公权力的三种价值诉求环环相扣，体现了这一理论的丰富内涵，表明客观真意说是较为合理的理论主张。

3. 与相关主张的辨析

客观真意说与主观真意说是对立的。后者以是否违背被害人的主观意愿作为同意效果的衡量尺度，具有标准随意与过于宽泛地否定同意有效性的双重缺陷，而前者正是在对后者的反思与批判的基础上树立起来的。

客观真意说与重大动机错误说也明显有别。后者认为，“因欺骗而引发的决定性的动机

[53] 这意味着，在被害人的自我决定权和刑法家长主义之间，本文强调了其排斥关系。与此相对，有学者认为，自我决定权与刑法家长主义的关系呈现出既有正面排斥又有逆向制约，既要积极保障又要拒绝溺爱性保护的复调结构。参见前引〔41〕，车浩文，第100页以下。

错误，足以使得承诺无效”。^[54] 尽管这一主张在我国获得了个别学者的认同，^[55] 但其合理性存在疑问。其一，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。”^[56] 其二，即便出于限制同意效果的初衷而肯定在出现“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主观概念，欠缺明确性，何为“决定性的动机”、“重大的动机”的判断就更可能因人而异，从而在基于欺骗产生错误同意的场合，重大动机错误说并未就同意的有效性设定相对明确的独立检验标准。与此相对，客观真意说既立足于尊重被害人的自由意志这一实质理由，又给出了在不存在法益关系错误时同意任意性判断的客观标准，相对而言更为合理。

客观真意说与法益关系错误说密切相关，但又是在其基础上的进一步发展。传统的法益关系错误说在类似于紧急状态之错误的场合，因不存在法益关系错误而只得肯定同意有效，难免得出不当结论。而强调法益处分自由也是法益之内容的观点，不但在涉及生命法益的场合无法贯彻到底，而且有导致突破法益概念边界、损害构成要件定型性的危险。客观真意说并不强行将法益处分自由纳入法益概念，而是在肯定法益概念重要意义的前提下，在不存在法益关系错误的场合，也允许通过证明同意欠缺任意性而认定同意无效。因此，客观真意说不但在类似于紧急状态之错误的场合能得出妥当结论，而且其结论和受胁迫而被迫同意的场合也能保持协调和论理上的整合。

客观真意说与规范自律性说也有所不同。后者的核心主张是，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，即能看作是自己行动自由的表现时，同意方为有效。^[57] 这一主张与客观真意说有相通之处：按照客观的、一般人的标准认为同意是法益衡量之后的理性选择从而具备任意性的，实质上正可以说是“规范地”看来，法益主体自律地、自愿地放弃了法益保护。在此意义上可以说，客观真意说继承了规范自律性说的基本理念，只是在判断标准和最终结论上，二者又有一定差别：第一，在不存在法益关系错误时，何时仍能否定同意的任意性，“规范地看是否为自律之体现”的标准未必明确，有在任意和自律之间循环论证之嫌。有学者将上述构想总结为“基本上赞同阿茨特说，但直观上觉得结论不妥当的场合就承认例外”。^[58] 确实，在何种场合可以肯定例外，其根据是什么，规范自律性说并未提出明确的、可供操作的标准，而只能依赖直观感觉，这是令人遗憾的。如前所述，客观真意说以客观的法益衡量为标准，试图将同意任意性的判断明确化、可操作化和客观化，这应该是在规范自律性说的基础上前进了一步。第二，由于标准不明确，规范自律性说存在扩大同意无效范围的风险。比如在前文大火烧车事例中，假如被害人对爆炸、烧伤的危险有充分预测，根据传统的法益关系错误说，完全没有成立法益关系错误的可能性，因此会认为同意是有效的，行为人不构成犯罪。但罗克辛认为，此

[54] 前引〔29〕，井田良书，第323页。

[55] 参见前引〔32〕，郑泽善文，第99页。

[56] 前引〔9〕，金德霍伊泽尔书，第123页。

[57] 参见前引〔13〕，罗克辛书，第625页。

[58] 前引〔20〕，森永真纲文，第210页。

种情况下不能拒绝给予其与身体伤害相关犯罪的保护。^[59]就是说,利他动机场合的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,同意是他律的、无效的。但在客观真意说看来,大火烧车事例中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,这与闯火救妻事例——行为人告诉被害人“你(即被害人)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,结果屋子里只有一只狗——存在事实上的差别,而这一差别对同意效果的判断会产生重要影响。大火烧车事例中的被害人纯粹是“热心肠”,属于典型的利他行为;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,而且从客观的、一般人的观点看,博爱、利他的动机不足以对法益主体的自由意志和自我决定产生实质影响。此时,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,其是在经过衡量之后自愿“舍生取义”(冒着受伤乃至丧命的危险成全他人)。根据前述判断步骤,被害人对自身法益的处分是其自我决定权的实现,即便其果真被烧伤,也只能说是被害人自陷风险行为化为现实结果;在轻伤的限度内,应否定行为人成立犯罪。这是客观真意说得出的结论,与规范自律性说的结论不同。

五、客观真意说的实践展开

客观真意说不仅具有理论上的自洽性和说服力,在具体事案中也有助于问题的解决。以下以本文开头提到的案例为基础,探讨客观真意说的具体应用。

(一) 欺骗他人自杀与故意杀人罪的认定

安乐死在我国尚未合法化,这说明在采用注射过量安眠药物或者电击等方式致重症病人死亡等场合,能够肯定实行行为的存在,行为人可成立故意杀人罪。但是,这并不代表在本人亲手结束自己的生命时,任何形式的参与者都构成故意杀人罪,也不意味着人没有结束自己生命的自由。由于欺骗本身不能被评价为故意杀人罪的实行行为,所以,欺骗他人使其自杀是否成立故意杀人罪,关键在于能否成立间接正犯。认为人无权处分自己的生命,否定自我决定权可以适用于关乎生命法益的场合,属于较为强硬的刑法家长主义立场;持这一立场会更容易肯定间接正犯的成立,但会使得实行行为概念被虚化,不为本文所采。上述场合认定间接正犯的关键,是行为人是否支配了自杀者的行为。

在死者对于死亡的含义或者自己将面临死亡这一点欠缺认识时,客观上虽是本人结束了自己的生命,本人却无自杀的意思,因此,被害人结束自己生命的行为并不能被规范地评价为自杀,而属于他杀。前文案例1即是如此,按照故意杀人罪处理应当没有争议。

有争议的是,在死者明知自己行为的性质及后果,同时对自己生命的有无及延续长度也不存在错误认识,而仅对自杀身亡的目的、意义有错误认识时,应如何处理。例如,甲因另有所爱而企图杀害极为依恋自己的女友乙,于是假装与乙相约一起自杀,在乙服下致死毒药后,甲却未兑现承诺。在类似案件中,日本的法院采取了主观真意说,肯定了故意杀人罪的成立。我国学者周光权持同样立场,认为上述例子中甲应成立故意杀人罪的间接

[59] 参见前引[13],罗克辛书,第628页。

正犯。^[60] 在不存在法益关系错误的场合，周光权并未直接肯定同意的效果，而是进一步判断被害人的自杀是否自我决定权的实现，这与本文的主张一致；争议在于自我决定权的具体判断标准，以及据此得出的结论。他立足于条件公式来判断是否侵害了自我决定权，认为如果自杀者没有动机错误就不会决定放弃法益，不会选择自杀，故该动机错误损害了被害人的自主决定权，该死亡应由欺骗者负责。但本文认为，这样的判断标准过于形式化和主观化。客观真意说强调尽可能将同意是否具有任意性的判断标准予以客观化，应该在是否具有选择自由、是否具备选择条件的意义上，实质地判断是否存在对自我决定权的侵害。在前述案件中，尽管不能完全否认行为人的欺骗对死者的自由意志产生了影响，但终究应该认为这种影响并非决定性的，对于具有正常判断能力、明白自杀的意义的人来说，追随他人而死对于自杀的决意并非本质要素，不能说行为人支配了死亡结果。^[61] 死者在完全具备可以不死的选择自由和选择条件的情况下，经过衡量而选择了死亡，最终的死亡结果就并非行为人所造成；在立法上没有规定自杀参与罪的情况下，就只能对行为人按无罪处理。

再比如，对邪教组织制造、散布迷信邪说，欺骗其成员或者其他成员自杀的处理。在邪教组织成员等人已明确认识到死亡含义以及自身生命的价值内容时，并不存在法益关系错误。但需要强调，与普通成员之间欺骗自杀的场合不同，客观地看，由于邪教组织成员等人选择自杀所追求的“升天”、“圆满”是被洗脑的结果，是在其自由意志受压制、受控制状态下的决定，所以，难说自杀决定是任意选择的结果和自我决定权的实现。因此，将邪教组织针对其成员的诱骗自杀认定为故意杀人罪的间接正犯，^[62] 不但具有刑事政策上的正当性，也可获得理论上的支持。^[63] 这一结论与学者基于全面无效说所得出的结论一致，^[64] 只是论证路径不同。这也说明，客观真意说并不必然导致对被害人权利保护不力。

（二）同意入户与入户抢劫的认定

认定入户抢劫要求入户行为具有非法性。在非法性的问题上，司法解释没有直接说明居住权人同意行为人入户时是否阻却违法性，而是认为只有为实施抢劫等犯罪行为而入户的，才属于入户抢劫。无论是要求行为人在入户时具有抢劫目的、^[65] 侵犯财产的目的，^[66]

[60] 参见前引〔14〕，周光权文，第1178页。

[61] 参见〔日〕曾根威彦：《刑法学基础》，黎宏译，法律出版社2005年版，第76页。

[62] 参见1999年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理组织和利用邪教组织犯罪案件具体应用法律若干问题的解释》第4条，2001年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理组织和利用邪教组织犯罪案件具体应用法律若干问题的解释（二）》第9条。

[63] 参见钱叶六：《参与自杀的可罚性研究》，《中国法学》2012年第4期，第110页。

[64] 参见前引〔15〕，王钢文，第161页。

[65] 2000年《最高人民法院关于审理抢劫案件具体应用法律若干问题的解释》第1条的表述是“为实施抢劫行为而进入……”，但也认为为了盗窃而入户并转化为抢劫的，也成立入户抢劫。因此，其并未严格将入户目的限定为抢劫。

[66] 2005年《最高人民法院关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》要求“进入他人住所须以实施抢劫等犯罪为目的”。而其中的“等”旨在“包括为了实施盗窃、诈骗、抢夺而入户，为了窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的情形”（参见顾保华：《〈关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见〉的理解与适用》，《人民司法》2005年第10期，第19页）。进而，该意见还表明，抢劫行为虽然发生在户内，但是是在户内临时起意抢劫的，不是入户抢劫。这实际上是排除了出于杀人、强奸等其他犯罪目的入户而临时起意抢劫的可以成立入户抢劫。

还是具有侵害人身、财产的犯罪目的,^[67]都是站在行为人的立场上考虑问题;认为只要具有抢劫目的或犯罪目的而入户,就当然侵犯了居住权人的许可权,而未进一步具体判断此等犯罪目的是否妨害了居住权人的自由意志,这可谓主观真意说(重大错误说)的体现。但是,主要考虑行为人一方的因素来判断入户的非法性,不但在实务上会受制于行为人的口供而可能过于随意和主观化,而且,以非法目的产生于进门之前还是之后作为判断标准,结论未必合理和均衡。

入户抢劫中入户的非法性判断,不应依赖行为人的主观目的,而需要客观考量。其判断标准应围绕入户抢劫的加重处罚根据展开。入户抢劫加重处罚的根据并不是对他人住宅安宁的破坏,即不是因为“行为人以抢劫犯意进入户内后实施抢劫行为会对户内居民的人身财产安全造成巨大威胁”,^[68]因为无论行为人入户前有无犯罪故意,只要在他人的户内实施抢劫,都会严重破坏被害人对于住宅的安全感,同时对被害人的人身和财产安全也会造成巨大威胁。较之普通抢劫,入户抢劫除了因为行为人的危险危险性较高,因而特殊预防的必要性较大之外,其加重处罚的根据主要在于入户抢劫侵犯了居住权人的入户许可权。因此,应该以“客观上是否违背居住权人的自由意志而进入他人住宅”作为入户行为是否违法的判断标准。采用暴力、胁迫等手段强行入户的,比如从户外追赶被害人进入户内后实施抢劫的,^[69]为了杀人、强奸而入户后临时起意抢劫的,都违背了居住权人的自由意志,从而可以肯定入户的非法性。这样理解不但能解决此前司法解释性文件造成的不均衡现象,^[70]也为2016年《最高人民法院关于审理抢劫刑事案件适用法律若干问题的指导意见》所认可。

问题是,在采用欺骗手段取得主人同意而入户的场合,该如何判断入户行为的非法性。以下对司法实践中较为常见的几种情形进行探讨。1. 像前文案例4的场合,采取主观真意说(重大错误说)无疑会得出行为人属于入户抢劫的结论。但客观真意说认为,不管实施抢劫的意图产生于何时,既然被害人允许行为人进入住处是基于其自身需要,则被害人未认识到行为人有抢劫意图就不过是动机错误。而在判断该同意的任意性时,以一般人的标准看,被害人实际上是在卖淫获利的追求和针对自己的客观上可能存在的人身、财产危险之间进行了衡量之后,认为这种危险不大,从而自愿将对方领入住处。这样看来,被害人的入户许可权并未被妨碍,故其同意是任意的,行为人的入户行为不具有违法性,对其不能认定为入户抢劫。2. 在以住宿为名,使用假身份证在个体家庭旅馆登记住宿,数小时后以退房为名骗开被害人兼作办公、值班用的房间抢劫的场合,可以认为对于24小时营业的

[67] 2016年《最高人民法院关于审理抢劫刑事案件适用法律若干问题的指导意见》指出,“以侵害户内人员的人身、财产为目的,入户后实施抢劫,包括入户实施盗窃、诈骗等犯罪而转化为抢劫的,应当认定为‘入户抢劫’。”

[68] 徐丹:《入户抢劫中入户目的非法性的把握》,《人民司法》2011年第22期,第64页。

[69] 参见徐振华、徐海宏、王星光:《刘长庚抢劫案》,载最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办:《刑事审判参考》第91集,法律出版社2014年版,第38页。

[70] 根据2005年《最高人民法院关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》,会出现明显的不协调:行为人为了盗窃而入户时,会因事后符合刑法第269条的规定而认定为入户抢劫;而为了杀人、伤害、强奸等入户,之后在户内抢劫的,却不成立入户抢劫。

家庭旅馆来说,旅客退房是正当要求,旅馆主人有义务配合;对此可以类比伪装搜查的场合,直接以对法益的保护价值有认识错误从而构成法益关系错误为由,否定被害人同意的效果。3.司法实务上会认为,在利用债务关系、亲属关系、水电等物业管理维修人员身份作为掩护,有预谋地进行抢劫的场合,行为人入户时已具有抢劫犯意,虽然入户得到了主人的邀请或许可,且以平和方式入户,却是以合法形式掩盖非法目的,主人的邀请或许可是受蒙骗而作出的非真实的意思表示,故行为人的入户仍是非法的。^[71]这样的主张将主人的许可是否是真实意思表示作为判断同意是否有效的标准,可以看出其受了主观真意说的影响。在客观真意说看来,在真实的收水费者或者冒充收水费者进入他人户内抢劫的场合,入户系经主人许可,居住权人对于法益本身的内容、范围并无错误认识。同时,对于上门收水费而言,允许其入户并非法定的强制性义务,因此其不同于伪装搜查的场合,故被害人的错误不是关于法益保护价值的错误。尽管如此,在进一步判断同意的任意性时会发现,由于配合上门缴纳水电费等是行政上的义务,所以这可谓是类似于紧急状态之错误的错误,此时的同意仍是(相对)不任意的,故仍能肯定入户的非法性。^[72]

(三) 骗购经济适用房与诈骗罪的认定

通过提供关于收入、年龄、婚姻状况、住房条件等方面的虚假资料而骗购经济适用房的现象,在我国屡有发生。实践中对此通常只是收回房子或者附带予以行政处罚了事,前文案例5的实务处理结果就体现了这一点。相应行为即便涉及刑事处罚,也至多是对其中提供虚假材料的手段行为按照伪造、变造居民身份证罪(现已修改为伪造、变造、买卖身份证件罪)、伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪等进行处罚。

骗购经济适用房的行为是否构成诈骗罪,关键在于是否存在(因欺诈引发的)基于错误认识交付财物或财产性利益而造成的财产损害。鉴于本文的研究主题,这里仅讨论被害人将特定房屋售卖给行为人的同意是否有效。若该同意有效,则行为人不构成诈骗罪;若该同意无效,则需继续回答:骗购行为是否给被害人造成了财产损害。立足于主观真意说,很容易否定交付意思的有效性。在坚持客观真意说时,按照前面的判断步骤,首先要考察有无法益关系错误。诈骗罪并非单纯保护商业信用或者交易秩序,其法益必然与财产相关。如果将法益处分自由理解为诈骗罪的保护法益,认为在诈骗罪中财产是作为“交换手段、达到目的的手段”而予以保护的,就会认为:在“财产的交换”、“目的的达成”这一点上有错误的,就能肯定存在有关法益的错误。^[73]据此,在骗购经济适用房的场合,就会认为有关机关确实产生了以为行为人符合购买条件的认识错误,而且,由于经济适用房属于稀缺资源,将其分配给符合条件者是为了实现特殊的公共利益,所以,该认识错误就与“交换手段”、“目的的达成”有关,即将经济适用房分配给不符合条件者使国家的相关目的落空,从而这种错误就是有关法益的错误,而非仅仅是有关附随事项、动机的错误,被害人

[71] 参见前引〔6〕,王永兴文,第27页。

[72] 参见陈兴良、张军、胡云腾主编:《人民法院刑事指导案例裁判要旨通纂》下卷,北京大学出版社2013年版,第559页。采不同理解的,可参见陈洪兵:《财产犯罪之间的界限与竞合研究》,中国政法大学出版社2014年版,第156页。

[73] 参见〔日〕山口厚:《刑法各论》,有斐阁2010年版,第268页;前引〔35〕,小林憲太郎文,第39页。

的同意应归于无效。^[74]退一步讲,如果认为诈骗罪的保护法益仅是财产本身而不包括财产处分的自由,进而认为在骗购经济适用房的场合,将相应房屋出售给不具备资格者属于动机错误,就需要进一步判断这种错误是否侵犯了被骗者的自我决定权。根据前述客观真意说的判断标准,在行为人提出了(虚假的)符合条件的申请时,政府有义务按照事先的分配规则为其提供相应房源,其选择权已经受到侵害,所以,该同意不是自由意志的体现,从而是无效的。^[75]

Abstract: In cases where an individual legal interest is infringed by a criminal act, valid consent by the victim usually has the effect of negating the illegality of the act. In judging whether the consent based on deception is valid or not, the “comprehensively invalid theory”, the “subjective true will theory” and the “error of major motivation theory” have obvious defects and therefore should be abandoned, whereas the theory of error in legal interest provides a reasonable approach worth pursuing on the whole. However, the theory of error in legal interest is faced with dilemmas under certain circumstances and, therefore, it’s important to properly define the range, type and especially the theoretical position of “legal interest”. We should be vigilant about the practice of expanding the scope of “legal interest” to maintain the theory of error in legal interest, which involves the risk of damaging the stereotype of constitutive elements. The theory of error in legal interest only provides the mechanism for the preliminary screening in the determination of the validity of consent. In the absence of error in legal interest, although the consent can be presumed valid, it may be invalid due to lack of randomness under some exceptional circumstances. The theory of objective true will, which is based on error in legal interest and takes the objective judgment of the existence of randomness as its essence, is not only different from the existing theory, but also an inheritance and development of existing theory.

Key Words: consent of the victim, error in legal interest, randomness, objective true will

[74] 与此相对,在虚报年龄购买限制向未成年人出售的物品(酒、书等),或者是伪造医生的处方而购买处方药等场合,由于无论是药品的规制还是购买相关物品等的年龄限制,都与财物的分配毫无关系,其目的仅仅在于防止因使用不当而造成的危害。所以,物品的交付就不过是与对价的支付存在交换关系而已,只要对这一点不存在错误,就不成立诈骗罪。参见[日]西田典之:《刑法各论》(第6版),弘文堂2012年版,第205页;前引[73],山口厚书,第270页。

[75] 笔者曾认为骗购经济适用房的行为不构成诈骗罪(参见付立庆:《论刑法介入财产权保护时的考量要点》,《中国法学》2011年第6期,第145页)。在结论上,笔者改变了以前的立场。