

# 论被害人动机错误下的承诺有效性

张警予

华东政法大学刑事法学院, 上海  
Email: 1113483384@qq.com

收稿日期: 2021年1月28日; 录用日期: 2021年2月22日; 发布日期: 2021年3月10日

## 摘要

由于被害人承诺是被害人就个人自治的法益概念而做出的选择, 因而有效的被害人承诺能够排除行为人犯罪的成立。本文从被害人自治这一角度来考察动机错误下的承诺有效性, 先对被害人承诺出罪原理进行论述, 提出基于自治的法益利用说更具合理性, 再从全面无效说的立场对动机错误下的承诺有效性进行辨析。具体来说, 将动机错误主要区分为两种情形: 其一是被害人自己原因产生动机错误而做出承诺, 此时若该错误是被害人对自身权利领域内的内容进行承诺则该承诺因未损害其自治而有效, 可以阻却犯罪成立, 反之则无效, 不阻却犯罪成立; 其二是被害人由于行为人的欺骗等作为或不作为方式对根本性动机产生错误认识而做出承诺, 则该承诺会因侵害被害人自主决定权而无效。

## 关键词

被害人承诺, 动机错误, 意思自治, 全面无效说

# Validity of Commitment under the Victim's Wrong Motive

Jingyu Zhang

School of Criminal Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai  
Email: 1113483384@qq.com

Received: Jan. 28<sup>th</sup>, 2021; accepted: Feb. 22<sup>nd</sup>, 2021; published: Mar. 10<sup>th</sup>, 2021

## Abstract

Because the victim's promise is the choice made by the victim on the concept of legal interest of personal autonomy, an effective victim's promise can exclude the establishment of the perpetrator's crime. This article examines the validity of promises under motive errors from the perspec-

tive of victim autonomy. First, it discusses the principle of guilty of the victim's promises and proposes that the theory of the use of legal benefits based on autonomy is more reasonable, then it analyzes the validity of the promise under the wrong motivation from the standpoint of the theory of total invalidity. Specifically, the motivation error is mainly divided into two situations: One is that the victim made a promise due to a wrong motive. At this time, if the error is a promise made by the victim to the content of his own rights, the promise is valid because it does not damage his autonomy and can prevent the establishment of a crime, otherwise, it is invalid, and the crime is not prevented; the second situation is that the victim made a promise because of the perpetrator's deceptive actions or omissions and misunderstanding of the fundamental motive, the promise will be invalid due to the violation of the victim's right to make decisions.

## Keywords

Victim's Commitment, Wrong Motive, Autonomy, Theory of Total Invalidity

Copyright © 2021 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 问题的提出

我国传统刑法理论认为,行为人在得到被害人承诺而实施的犯罪行为具有正当性[1],在一些特定条件中可以因不具备社会危害性而排除犯罪的成立[2]。近些年我国刑法理论界针对这一理论也展开了广泛的探讨,但是,被害人在自身或他人因素陷入动机错误而做出的承诺是否有效、能否成为排除行为人犯罪成立的合法事由,即当被害人对于所承诺放弃的法益的种类、范围和所承诺的行为的危险性并未发生认识错误,而仅是误认了法益放弃的目的或意义时,其承诺是否有效,却仍然在刑法学界存在巨大的见解分歧[3]。我国刑法理论上目前关于存在瑕疵的被害人承诺效力的研究方面,大致存在以下几种学说:

第一种学说尤其注重对被害人主观意志方面的考察,该说称为全面无效说,亦即主观真意说、重大错误说。该说所持观点为:如若行为人的欺骗行为与被害人承诺间存在着因果关系,则该被害人所做承诺应属无效。该说在日本最高裁判所有关相约自尽的判例中得到了支持。<sup>1</sup>该案中,男女双方相约自尽,男方本人并无自尽意向,却利用女方对自身的感情与信任,导致其饮下毒药而亡。对此,法院认为,被害人之所以会做出自尽的承诺,是由于行为人对其进行了“追随自尽”的欺骗,故该被害人的自尽承诺因违背真实意愿所做出而归于无效,行为人成立故意杀人罪。日本学者福田平、大冢仁亦对此判例持赞同意见[4]。但是,该说仅注重对被害人主观意志的考察,而对主观之外的客观内容有所疏于考虑,便会导出以下结论:如若被害人在进行承诺时对一些无关紧要的事项存在认识偏差,亦会导致该承诺无效。例如,医生没有依据思想迷信的病人的要求选择一黄道吉日为其进行手术治疗,在这一情形中若按照主观真意说,只从病人的主观意志方面进行考察,则该病人同意进行手术的承诺将由于其主观上期待的手术条件未能达成而归属为无效承诺,该医生则可能成立故意伤害罪。由此可见,主观真意说过度重视考察被害人主观意志而忽略了对实际客观法益侵害的评价,将导致刑法的处罚范围过宽。

第二种学说为法益关系错误说。这一学说由德国阿兹特教授提出,后在德国日本的刑法理论界成为强有力的通说,我国刑法理论界近年来也对该学说有所引进。该说主要观点为:只要被害人做出承诺时是对其将要放弃的自身法益的范围、种类和程度的认识产生错误,以及对该承诺的内容和射程的认识存

<sup>1</sup>[日]《最高法院刑事判例集》第12卷第15号第[Z]。

在偏差的情形下，该被害人承诺才归于无效。按照该学说，以下几种情况可以归属于“法益关系错误”：第一，被害人承诺内容与行为人行为内容的构成要件不同。比如，被害人做出同意行为人对其轻伤害的承诺，行为人却实施重伤行为的。第二，被害人对法益价值产生认识错误而做出承诺。例如行为人欺骗被害人价值连城的文物为赝品而致使被害人同意将该文物损毁的。第三，被害人基于对处置法益的质或者量的范围产生认识错误而做出承诺。例如，某病人为治疗胃病同意切除三分之一的胃部，医生却将其全部胃部切除。第四，被害人对法益样态产生认识上的错误而做出承诺。例如被害人同意进行整容手术将下巴垫尖但医生却进行相反操作。而同时，按照此学说，以下情形则不属于“法益法系错误”：第一，被害人单纯的动机目的错误。例如某女子被狱警欺骗若与之发生关系则将其丈夫从监狱释放而做出错误承诺的。第二，被害人对给付对价的认识产生错误。例如被害人被行为人欺骗以为让其暴打一顿之后能获得报酬而做出承诺，但行为人实际并无支付对价的意思，此时该被害人承诺由于不属于法益关系错误因而有效。

此外，在我国刑法理论界，还有一些学者持这两种学说间的一些折中说。例如我国学者张明楷教授认为，法益关系错误说在“原则上是妥当的”，不过，在被害人进行承诺时所追求的重要目的不能得以实现的情形下，仍旧应当对该被害人承诺的有效性进行否定[5]。黎宏教授基于法益关系错误说的基本立场提出，如若被害人错误地认为存在紧急避险或其他紧急状况，或者侵害法益行为的性质产生错误认识，亦或是被害人基于动机错误而误认为自己只有放弃利益这一个选择时而做出的承诺，应该对其例外地认定为无效承诺[6]。付立庆教授则主张客观真意说，他提出，在被害人由于动机错误而做出承诺的情形下，应该基于法益关系错误说，从理性的一般人的视角去考察被害人是否是在意志自由的状态下基于自身利益考量而做出的该承诺[7]。陈毅坚博士所持观点为，被害人承诺的有效性不受被害人动机错误的影响，但应把被害人承诺是否有效与行为人是否承担责任这两个问题做出区分，如果承诺之时存在紧急状态错误，那么应当排除被害人承诺之效力，而由行为人来承担该行为的法律后果[8]。

不仅学界存在不同见解，在我国司法实务中，司法机关对动机错误下的被害人承诺案件的处理方式也莫衷一是。例如在“华藏宗门”邪教组织案中，行为人吴某以男女双修能够提升修行为名欺骗数十名女弟子与其发生性关系，一二审法院均否认了被害人基于动机错误而做出的承诺的效力，对吴某以强奸罪论处[9]；而在另一案件中，行为人张某与刘某联系被害人王某购买肾脏并支付价款，但两人在对王某进行肾脏切除后拒绝支付先前答应的价款，法院在进行审理时未将被害人基于动机错误而做出的承诺纳入考量范围，直接认定两行为人构成组织出卖人体器官罪。这一案例与我组在刑事案例评析课程中探讨的顾保案有相似之处：被害人均是基于动机错误(获得价款)而做出的承诺(摘取肾脏)，笔者认为，要对行为人的犯罪行为进行准确认定，就必须厘清被害人动机错误下的承诺是否有效这一问题。

## 2. 被害人承诺出罪的理论依据

### 2.1. 学说展示与辨析

#### 2.1.1. 民事法律行为说

这一学说认为，与民事法律行为相似的，被害人承诺是一种意思表示，其实质在于为行为人和被害人自己创设一定的权利和义务，并追求特定的法律后果。笔者认为，这种观点未意识到被害人承诺并没有给行为人创设实施该承诺行为的权利，同时该承诺也并不为两者对该承诺的信赖，所以不能成立。

#### 2.1.2. 客观归责说

这一学说认为，行为人基于被害人承诺实施行为从而带来阻却该行为与结果见的可归责性，使得该行为因不符合犯罪构成要件而不具有违法性。笔者认为，尽管这一观点的结论正确，但是该说存在用结

果论证结果的逻辑漏洞——即“在具有被害人承诺前提下该犯罪行为导致的结果应由被害人自己承担”正是被害人承诺排除犯罪成立的结果，故该说不合理。

### 2.1.3. 利益权衡说

这一学说认为，被害人承诺是否阻却违法性的衡量关键点在于，被害人承诺的法益与被害人的意志自由两者孰为更加优越的法益。一般来说，如若被害人的意志自由较之承诺的法益是更为优越的利益，故而被害人基于决定而做出的承诺可以成为犯罪行为人的出罪事由[10]。换言之，如若该承诺的被损害法益较之意志自由是更为优越的法益，则该承诺不能阻却犯罪行为的违法性[6]。笔者以为，这一学说欠缺合理性。首先，被害自主人的自主决定权与法益在内涵与外延上存在着包涵的关系，前者是后者的构成要素之一，故两者间不具有可比较性[11]。其次，被害人的自主决定权难以量化，两者间缺乏衡量参考因素。再次，将被害人自主决定权与刑法保护的法益的优越性进行衡量，这一行为的实质是将被害人的自主决定权置于一般社会观念的限制之下，体现出强烈的刑法硬家长特征，不利于对被害人自主决定权的保护。

### 2.1.4. 放弃保护说和保护利益阙如说

这两种学说的立足点在于：刑法的根本目的在于保障权利人的法益免受损失。基于该立足点，如若被害人通过承诺等意思表示对自身享有的法益予以放弃，那么行为人依据承诺实施犯罪行为进而造成损害时，该行为将因没有造成被害人的法益损而不具有可罚性[5]。笔者认为，这两种学说注意到了被害人自治在这一问题中的重要意义，但是该说没有进一步对被害人意思自治何以排除刑法对于权利人有关法益的保护义务，所以也有所欠缺。

## 2.2. 本文所采立场——基于自治的法益利用说

笔者以为，采取基于自治的法益利用说更具有合理性。该说认为，被害人承诺是其使用自主决定权对自身法益的处置和使用，故行为人得该承诺而实行的行为因不具有法益侵害性而阻却犯罪的成立[3]。这一学说具有合理性，如上所述，刑法的根本目的在于保障权利人的法益免受损失，法益概念与被害人承诺两者紧密相关，故而从自治和法益概念出发去阐释被害人承诺何以排除犯罪成立更具合理性。

### 2.2.1. 何为“法益”概念

以刑法学界对于权利人的意志自由在法益概念的构建中究竟处于何种地位的意见存在分歧，主要包括存在事实性的法益概念(静态法益概念)和个人自治的法益概念(动态法益概念)两种，笔者赞同后一种观点。

事实性的法益概念将重点放在静态的、事实性的视角，把法益的概念解释为有关的对象物或客体的一种完整的、延续的实际状况，其更注重保护被害人本身或被害人所有物的价值。这一概念是从行为人的侵害行为是否对客体价值或状态完整性有所破坏方面来认定该行为是否具有法益侵害性。笔者以为，这种概念解析存在明显缺点。第一，法益客体作为一种客观存在的事物，具有损耗性而不能永恒不变，权利人亦不能采取措施阻止该客体的自然减损。因而，所谓的刑法对于被害人法益的保护，实质上是指采取一定的手段使该利益客体免于其他人的不当干预，进而确保权利人对其占有、使用、支配的自由。第二，如上所述，被害人的自主决定权与法益这两个概念在内涵和外延上存在着包涵的关系，前者是后者的构成要素之一，不能将权利人的自主决定权置于个人法益的范畴之外。所以，不考量被害人的自主决定权而仅从事实性方面来对法益这一概念进行阐释缺乏合理性[12]。

与事实性的法益概念相反，个人自治的法益概念认为，对于现代法秩序而言，国家与法律的职责在于保障维护好公民人格的自由发展，因而刑法将保障权利人具体的法益客体在客观事实上的一种存续或

完满状态、保障权利人对该客体的支配和控制的意志自由作为自身任务，而这正是刑法所保护的法益内涵所在[8]。这一观点是从保护权利人依照自己的意志对其拥有的权利客体进行使用、支配自由方面而非特定对象的客观完整状态来进行阐释的。基于这一观点，权利人享有的对法益客体的自由支配便是法益的重要内涵所在，行为人犯罪行为的法益侵害性体现在对权利人自主决定权的限制上。

### 2.2.2. 自治内容不等同于刑法保护的法益

不过，这里对于权利人意志自由的强调并非是将刑法所保护的法益直接等同于权利人对自身法益现实或潜在的自治，不然将使得刑法所保护的所有法益间的界限模糊，造成不同罪名间构成要件的区分混乱[7]。

因此，笔者认为，尽管依照个人自治的法益概念内涵，权利人的自主决定权是法益概念的核心因素所在，但是两者之间只有相关性而非等同性。刑法的宗旨是确保权利人具体的法益客体在客观上的一种存续或完满状态，并基于此为前提保障权利人对该客体的支配和控制。因此，当行为人针对该客体实施犯罪行为时，不仅侵害了该客体，更侵害了被害人对于该客体自由支配权限的完整性，因而具有法益侵害性。

### 2.2.3. 被害人承诺何以排除犯罪成立

基于如上阐释的个人自治角度的法益概念，便可得知被害人承诺排除犯罪成立的逻辑所在：刑法是将对法益客体完整性的保护作为保障被害人自主决定权的客观条件与前提条件，而权利人如何处置这些客体是属于其自由支配的领域，法律原则上不应对其予以限制。这一理论体现在具体案件中，便表现为：被害人通过承诺的方式对行为人的犯罪行为进行应允，此时该行为并未侵害刑法所保护的被害人法益客体进行支配、使用的意志自由，所以该行为可因为不具有法益侵害性而不成立犯罪。

因此，笔者认为，既然应当从个人自治的法益概念来解释被害人承诺何以成为出罪事由，则亦应当考察该承诺是否是被害人基于内心真意而做出的自主决定，从而对该承诺是否有效进行判定：当该承诺是由被害人自由意志所决定时该承诺有效，反之该承诺则无效[3]。如若被害人是由于法益认识错误而对其所处分法益的方式、程度、范围产生重大误解而做出的，则该承诺无效。在动机错误的场合，对被害人的承诺是否有效、在何种范围内有效进行考察需要具体分析。接下来笔者将根据产生动机错误的原因区分被害人自身产生认识错误和受欺骗产生动机错误两种情形分别予以探讨。

## 3. 被害人自身的动机错误

### 3.1. 具体情形及有关学说争议

被害人自身的动机错误是指，行为人并未通过一定的作为或者不作为行为来使得被害人陷入认识错误，或者行为人在该情形下并不负有排除被害人陷入错误认识的义务时，被害人出于自身知识、能力、认知等因素的影响陷入错误认识从而基于该错误认识而对其所享有的法益作出承诺。此时，行为人不知该承诺是基于被害人自身的动机错误而做出时依据承诺实施行为，亦或是明知该承诺是基于被害人自身的动机错误而做出但仍然依据承诺实施行为时，该承诺是否阻却行为人的刑事责任，这一问题值得探讨。德国联邦最高法院 1978 年判决的“拔牙案”便是此情形的典型代表。该案中被害人经常性头痛但是几经检查也找不出原因所在，该被害人基于自身的判断认为头痛的原因在于以前补过的牙齿，故而提出让牙医把所有补过的牙齿全都拔去，牙医劝说无果便按照要求拔去了其 5 颗牙齿。此种情形下被害人基于自身的动机错误而作出的承诺是否有效、行为人是否应当承担刑事责任的问题，在理论和实务节均存在较大争议。

第一种观点为法益错误说，该说主张被害人基于动机错误而作出的承诺对法益处分的途径、范围、

程度等不具有关联性,该错误不影响被害人承诺的效力。第二种观点与第一种观点相似,认为被害人基于自身可控的、可管辖的因素陷入认识错误从而做出承诺与行为人无关,因而该承诺有效。第三种观点认为,只要该被害人承诺不是其主观真意的表示,即便该动机错误是由于被害人自身的原因所致,该承诺也应属无效。现今刑法理论界也有学者从保障被害人意志自由的基本点出发,认为此情形下该被害人承诺应当无效<sup>[9]</sup>。第四种观点认为,由于被害人的主观真意难以具体化、确定化,因而应当从一般的客观理性的接受人的立场出发,去探寻、推论被害人承诺的一般应有之义。所以一般来讲,即使被害人因为自身原因产生动机错误,其向行为人所做出的意思表示(被害人承诺)也应属有效。不过,如若行为人明知该意思表示是与被害人的主观真意相背离,但仍依据承诺行事造成损害结果时,该行为人不能以得承诺为理由出罪。以上各种观点的分歧说明,这一问题的处理存在较大争议,因此,笔者认为,要解决这一问题就要先理清如何理解和界定被害人自治的范围这一前提性条件。

### 3.2. 如何理解与界定被害人自治的范围

正如前述,我国刑法的根本目的在于保障权利人的法益免受损失,而如若被害人基于意思自治处分自己的权益,那么行为人得以被害人所做的承诺来排除犯罪成立。自治是承诺有效的基础前提,因而要考察承诺的效力问题就应当从被害人意思自治的起点出发。从一般观点来看,自治的关键点在于权利人的自律与自我约束,在于其依据自身世界观、人生观、价值观来决定、选择为或不为某种行为的意志自由。阿梅隆亦是基于此种自治内涵,而认为只要是被害人陷入的是与其自身应有的价值判断相背离的动机错误而做出的承诺,则该承诺自然无效。

笔者认为,尽管这种完全从维护权利人意志自由出发来处理动机错误下被害人承诺有效性的问题的做法有值得赞许的一面,但也存在不足之处。原因在于,在这一理念下,如若被害人知晓全部客观事实便不会做出承诺时,该承诺则必定无效。问题在于,这一处理原则仅仅将该承诺是否代表了被害人内心真意作为衡量承诺是否有效的唯一标准,这一标准过于主观、片面,且只考虑到了对被害人权益的保护而完全忽视了对行为人合法权利的保障。笔者认为,尽管“自治”的核心内涵在于权利人依据自身意志自由对自身权益进行支配与处分,但是该自治的作出并不需要被害人完全知悉所有客观情况,也不需要该承诺是基于被害人的全面认知而做出的完全符合其自身意愿的。同时,尽管每个人想象中的目标很完美,但是每个人都身处现实世界,难免受到客观条件的各种限制,且人的认知能力总是有限的,不可能做到在每次作出承诺时都能综观全局、掌控一切变化,因而其只能基于现有的客观条件来行使自治权利,这就导致自治的内涵绝不可能永远是理想化的。也就是说,自治不是绝对的,而是相对的,权利人只能基于客观现实情况行使相对的意思自治。这种权利人在自己管辖范围内行使权利的相对自治,依旧是自治涵义所在。而我国刑法对于权利人意思自治的维护,亦是通过禁止权利人之外的其他人干预权利人享有的信息基础或者认知水平等,从而维护其自由选择的权利。

因而,只有当行为人通过一定的作为或者不作为对权利人进行承诺的基础因素进行了不当干预或者限制时,才可将被害人遭受的权益损害归属于行为人。反之,则不认为被害人的自治基础受到了行为人的干预,不可将损害结果归属于行为人。此时,即便权利人是由于自身原因陷入动机错误而做出的承诺,也应将其看作是日常生活中固有之风险,行为人并没有对权利人支配、处分该权益的意志自由造成损害,该被害人承诺应属有效。

### 4. 被害人受骗的动机错误

被害人受骗的动机错误是指,行为人通过一定的积极作为(如虚构事实、隐瞒真相)或者不作为(不履行告知义务等)使得被害人对自身处分法益的范围、目的等产生错误认识,被害人基于此种错误认识而做

出了承诺。如前文所述,对于此时是不是应该认定被害人承诺有用的问题,刑法学界主要存在着全面无效说(主观真意说)、法益错误说(法益关系错误说)以及诸多形态的折中说,本文支持全面无效说的立场。

#### 4.1. 法益错误说及诸多折中说

法益错误说和折中说普遍认为,刑法要维护的是权利人享有的法益的客观存续或完整状态,而非权利人对于其本身法益的交换自由。动机错误实质上是权利人对于自己处分自身享有的法益能够取得的有关对价的认识错误,这种认识错误与法益的客观存续或完整无关。因而该交换价值的认识错误不属于刑法所要保护的对象,此种情形下被害人做出承诺时的意志仍然是自由的,该承诺应属有效。

笔者认为,这一观点并不合理,主要理由在于其将法益的概念仅仅理解为一种静态的存续、完满状态而没考虑到对被害人处分其自身权益的意志自由的保障。正如本文前述内容,权力人的“法益”概念并不仅仅是指有关的对象物或客体的一种完整的、延续的实际状况,其更注重保护被害人本身或被害人处分、利用该客体的意志自由的价值。实际上,被害人在作出承诺放弃自身享有的法益时,往往不是基于无偿的意愿,而是想要通过此举换取相当价值的其他利益。因此,该对价因素自然也是能极大干预被害人做出选择的关键因素,如若行为人就该对价因素(自治的信息基础)对被害人进行欺骗从而使得被害人陷入错误认识作出承诺,该行为便是侵害了被害人的意志自由,该承诺应属无效,行为人的行为具有法益侵害性。

#### 4.2. 本文所采立场——全面无效说

笔者赞同全面无效说。该说认为,被害人承诺排除行为人犯罪成立的逻辑前提在于,被害人承诺是刑法尊重被害人意思自治的体现,行为人的行为由于得到被害人承诺,因而不会对客体价值或状态完整性有所破坏,该行为不具有法益侵害性。那么,当行为人对被害人用于进行自治判断的关键性因素进行干预从而使被害人陷入动机错误而做出承诺时,该承诺不是被害人内心真意的表达,故该承诺应属无效。我国有部分学者赞同这一学说,但是该说也面临许多质疑,下文将对主要的质疑意见予以回应:

##### 4.2.1. 与民事法律的协调

有见解认为,全面无效说难以与民事法律规定相协调,比如:在被害人误以为处分自己人身法益可以换取价款的情形下,该交易行为会因违背社会公序良俗而不被民事法律规范承认。此时如若适用全面无效说的观点,则被害人承诺会由于动机错误而无效,行为人的行为将因承诺无效而具有违法性,这将给被害人以追究刑事责任要挟行为人支付不为民事法律所承认的“债权”的砝码,从而造成刑事法律与民事法律间的冲突。

笔者认为,采取全面无效说不会造成刑事法律与民事法律不协调的问题。实际上,将人身法益作为商品进行交易是否必然违反公序良俗这一问题在理论上本就存在较大争议。我国也有学者认为,在出售器官挽救危重病患者的场合,这种人身法益的交易并不违反公序良俗[13]。再者,即便认为该行为违背公序良俗,被害人也可基于侵权损害赔偿请求权或者对给付物的返还请求权寻求民事法律的保护,要求行为人支付不超过该侵权行为造成的损害赔偿限额的对价。最后,即便被害人不可以通过民事法律寻求到行为人的赔偿,也不会扰乱民刑法律间的协调性。缘由在于,依据罪责自负的原则,行为人只对其行为对被害人造成的损害结果负责,如若被害人以追究行为人刑事责任相要挟用以获取该债务,可以考虑以敲诈勒索罪对其进行处罚[14]。

##### 4.2.2. 处罚范围的界定

还有观点认为,全面无效说将被害人承诺一律认定为无效,将造成刑法的处罚范围的极大扩张。例

如罗克辛教授提出的,如若假发收购者欺骗被害人说要购买其长发使得被害人做出将所有头发剪掉的承诺,此时按照全面无效说,该承诺因受欺骗而归于无效,应当对假发收购者以故意伤害罪论处,显而易见地,这一结论欠缺妥当。此外还有持法益错误说的学者指出,这一学说显得过于注重对被害人的意志自由的维护,而意志自由这一法益概念过于主观和抽象,这一处理原则将使得刑法上各个罪名所保护的法益趋同为意志自由,从而造成刑法分则中各罪名的构成要件间的混乱[7]。

笔者认为,采取全面无效说并不会不当扩张刑事处罚的范围。首先,本文所指的全无效说并不认为被害人在作出承诺时具有的任何动机错误均会导致该承诺无效,而是只有当行为人的作为或者不作为导致被害人行使自主决定权的基础、前提等决定性动机产生错误动机,进而做出承诺时,该承诺方属无效。故而,被害人为获取对价而同意将自己的器官移植给他人的情形下,如若行为人就经济对价的欺骗造成了被害人陷入动机错误而做出承诺,则该承诺无效;相反,如果行为人欺骗的事项是与被害人自主决定无关的附随因素,则不能否定被害人承诺的有效性。综上所述,全面无效说也会结合被害人承诺的本质,从侵犯被害人自治的角度来限定何种意思瑕疵才能导致被害人承诺无效,故其并不会不当扩张刑事处罚的范围。

#### 4.2.3. 诉讼证据的确定

对于全面无效说的质疑点还在于,全面无效说主要以被害人内心的意志自由为标准认定其承诺是否有效,这就必然会导致诉讼上过度依赖被害人的陈述而流于随意[7]。笔者认为此种质疑亦不成立,原因在于,刑事诉讼中如若需要对行为人的主观意志如非法目的等进行认定,都需要涉及有关证据问题。此时司法机关不会仅仅依据行为人或者被害人单方面的言辞而对主观意志进行判定,而是要结合具体案件事实以及双方提供的证据进行综合考量,从而推定被害人的自主决定权是否受到限制或侵害,故采取全面无效说并无不妥。

### 5. 结论

综上所述,笔者认为,基于个人自治的法益概念,被害人对自身法益承诺予以放弃的行为正是其从意思自治出发而处分自身法益客体的具体表现,因而当行为人基于该有效的被害人承诺而针对该法益实行侵害时,该行为将因为得承诺而不具备法益侵害性,从而成为行为人出罪的理由。既然应当从个人自治的法益概念来解释被害人承诺何以成为出罪事由,那么应当考察该承诺是否是被害人基于内心真意而做出的自主决定,从而对该承诺是否有效进行判定:当该承诺是由被害人自由意志所决定时该承诺有效,反之该承诺则无效。具体来说分为两种情形:第一,该承诺是由于行为人自身的动机错误导致。此时只有当行为人所实施的行为对被害人做出承诺的决定性因素进行限制时,该承诺将因侵害被害人的自治权利而无效,反之则承诺有效。第二,当被害人被骗陷入动机错误而做出承诺时,本文采全面无效说观点,认为此种情形是由于行为人通过某种作为或不作为的方式对被害人行使自治权的基础进行了干扰,故而无效。

### 参考文献

- [1] 高铭喧,马克昌. 刑法学[M]. 第8版. 北京:北京大学出版社,高等教育出版社,2017:128.
- [2] 马克昌. 犯罪通论[M]. 第3版. 武汉:武汉大学出版社,1999:827.
- [3] 王钢. 被害人自治视阈下的承诺有效性——兼论三角关系中的判断[J]. 政法论丛,2019(5):55-68.
- [4] [日]福田平,大冢仁. 对谈刑法总论(中)[M]. 东京:有斐阁,1986.
- [5] 张明楷. 刑法学[M]. 第5版. 北京:法律出版社,2016.
- [6] 黎宏. 被害人承诺问题研究[J]. 法学研究,2007,29(1):96-100.



- 
- [7] 付立庆. 被害人因受骗而同意的法律效果[J]. 法学研究, 2016, 38(2): 154-170.
- [8] 陈毅坚. 被害人目的落空与诈骗罪基于客观归责理论的教义学展开[J]. 中外法学, 2018, 30(2): 414-439.
- [9] 毛一竹. “华藏宗门”邪教组织案二审维持原判[J]. 人民法院报, 2016(3).
- [10] 肖敏. 被害人承诺探究——民权刑法视域中的利益衡量[J]. 政治与法律, 2007(4): 119-124.
- [11] [日]山口厚. 刑法总论[M]. 第3版. 北京: 中国人民大学出版社, 2018: 164.
- [12] 王钢. 动机错误下的承诺有效性问题研究[J]. 中外法学, 2020, 32(1):157-182.
- [13] 谢望原. 论刑法上承诺之正当化根据及其司法适用[J]. 法学家, 2012(2): 56-65+177-178.
- [14] 王钢. 不法原因给付与侵占罪[J]. 中外法学, 2016, 28(4): 928-954.