

教唆、帮助自杀行为的定性

“法外空间说”的展开

周光权^{*}

摘要 对于教唆、帮助自杀行为如何定性,有基于自杀违法的故意杀人罪说和立足于自杀合法的无罪说的对立。故意杀人罪说认为自杀者具有违法性,只是违法性较低,需要从政策的角度例外地考虑不处罚的判断,与法理及事实均明显不符;认为个人有绝对自我处分生命的自由,也缺乏充足的根据,且很多国家通过规定自杀关联犯罪来处罚极其边缘的行为,其立法合理性从根基上就可能被动摇。其实,对于自杀,国家只是默认和“只能如此”地接受,自杀并不是畅通无阻的权利,而仅仅是法律不想作违法或合法评价的法外空间。在中国,《刑法》并未规定专门的自杀关联犯罪,因此,从自杀不违法出发,同时考虑客观归责的法理,不能对教唆、帮助他人自杀者论以故意杀人罪。处理类似案件的关键是严格掌握自杀的认定标准,防止将故意杀人的间接正犯错误认定为自杀,人为造成处罚漏洞。

关键词 自杀参与 法外空间说 共犯从属性 客观归责

对于与自杀相关联的行为,尤其是教唆、帮助自杀,在刑法上究竟应该如何处理,国内外学界历来有分歧。我国实务上对于类似案件的处理在不同地方、不同时期,其结论也不同,因此,研究自杀关联行为意义重大。总体上看,对于教唆自杀、帮助自杀的定性,存在基于自杀违法说的定罪论和立足于自杀合法性说的无罪论之间的对立。本文在梳理各种不同观点的前提下,主张不同于传统解决思路的自杀行为法外空间说,并尝试对该学说的优点、与共犯论的关系等进行阐释,最后对该类案件的处理提出若干解决思路。

^{*} 清华大学法学院教授。

一、教唆、帮助他人自杀行为定性的理论分歧

对自杀的帮助、教唆行为是否定罪、定何种罪,取决于理论上对因果关系、构成要件、自杀违法性等的认识。对此,存在以下理论对立。

(一)故意杀人罪说

1.参与行为对死亡有原因力说

我国通说认为,教唆、帮助自杀并非属于共同犯罪中的教唆犯或帮助犯,但由于行为人的教唆、帮助行为对自杀者的死亡结果提供了原因力,即具有因果关系,所以一般应按故意杀人罪定罪处罚。同时,由于自杀者本人具有意思决定的自由,因而教唆、帮助行为的社会危害性较小,宜依照情节较轻的故意杀人予以从轻、减轻或者免除处罚。^{〔1〕}这种观点表面上看是从因果关系的角度切入,其实质是承认教唆、帮助自杀本身就是分则所规定的实行行为(正犯行为说)。我国司法实务过去也通常持这种立场,将教唆或者帮助自杀以故意杀人罪论处,但是,这种较为强硬的态度近年来有转变的趋势。

其实,通说的说服力极其有限:一方面,某种行为对结果发生提供了原因力,或者有因果关系就要负责?这会否导致溯及太远的因果联系以及对死亡没有实质影响的行为也对结果负责?另一方面,将教唆、帮助自杀的行为作为分则规定的杀害行为看待的实质根据究竟在哪里?会否使得对犯罪不存在支配的边缘行为成为分则规定的核心行为?故意杀人的实行行为必须是具有类型性地导致他人死亡危险性的行为,^{〔2〕}如果认为教唆、帮助自杀属于分则规定的实行行为,那么,类型化的行为或者行为的定型性如何保证?因此,学者指出,“将‘杀人’扩张解释至包含‘自杀’,实已过度,且显与‘罪刑法定原则’有违,故不可采”。^{〔3〕}“教唆、帮助他人自杀,……以故意杀人罪论处,是类推定罪判刑”。^{〔4〕}

2.自杀违法性说

这种观点认为,自杀具有违法性,教唆、帮助自杀从属于自杀者的违法性,因而也应当定罪处罚。其具体理由是:①生命属于个人法益,但由于生命法益是个人一切价值和权利赖以存在的物质载体和本源,生命的放弃意味着是对生命个体及附随于个体而存在的自由和价值的彻底否定,是对包括个人享有的自己决定权在内的法益的永久剥夺。所以,在生命的保护上应例外地承认为保护本人利益的“家长主义”,否定法益主体对自己生命的处分权。这样,故意杀人罪中的“人”就不限于他人,而且还包括自己。由此一来,自杀是符合构成要件的违法行为,就是分则故意杀人罪所规定的“杀人”的实行行为。②考虑到自杀源于本人的决定,其违法性低,

〔1〕 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2011年版,页462。

〔2〕 (日)前田雅英:《刑法总论讲义》,东京大学出版会2006年版,页114。

〔3〕 黄常仁:“‘沧桑旧法’——论‘自杀共犯’及其可罚性之理论基础”,载许玉秀主编:《刑事法之基础与界限——洪福增教授纪念专辑》,台湾学林文化事业有限公司2003年版,页547。

〔4〕 曲新久:“区分扩张解释与类推适用的路径新探”,《法学家》2012年第1期。

故不值得处罚;从刑事政策的视角来看,也欠缺处罚自杀者的必要性和合理性,因此,在实务中,仅仅是例外地不处理自杀者。^{〔5〕}自杀具有违法性,自杀参与行为当然也有违法性。共犯因为通过正犯行为惹起了违法结果而受到处罚,其中,正犯是直接侵害法益,共犯是间接侵害法益。一般而言,正犯违法性的量或者程度要高于共犯,但是,如果结合行为人方面的情况来考虑(如被害人地位、被害人的自己决定等),情况就可能有例外。就自杀和自杀参与行为而言,自杀虽有违法性,但因系自己决定,其本人既是正犯又是被害人,自杀者的自我决定自由在很大程度上得到了实现,行为的违法性因此得以降低,不值得刑罚处罚,或者说违法性尚未达到刑罚处罚的程度。既然自杀行为符合故意杀人罪的构成要件,具有违法性(只是不需要处罚),参与自杀的行为系对故意杀人行为的协力或者加功,从因果共犯论来看,间接地引起了侵害他人生命法益的结果,所以,参与者应当成立故意杀人罪的教唆犯或者帮助犯。^{〔6〕}这是将教唆、帮助行为视作从属于自杀者地位的学说(共犯行为说)。

自杀违法的观点,在国外也有不少学者赞成。曾根威彦教授曾指出:自杀是法益主体(自杀人)消灭自己的行为,是侵害自己决定的自由也难以比肩的重大法益即生命的行为,因此,从消极家长主义的立场看,自杀具有违法性。只不过考虑到自杀是被害人自身的行为,该违法性还没有达到可罚的程度(不可罚的违法性)。虽然自杀不可罚,但自杀参与行为毕竟干涉了他人的生命,因此值得制定“特殊规范”予以处罚。^{〔6〕}

认为自杀违法,相关参与行为构成故意杀人罪这一主张的问题在于:①如果肯定自杀有“杀害”的违法性,且足以导致一人死亡,又说其违法性低,无论怎么解释其实都会与论者承认的生命权绝对保护原则有冲突,难以令人信服。②如果认为作为正犯者的自杀者违法性低,从属于正犯、处于共同犯罪“边缘地位”的共犯的违法性反而达到了值得处罚的程度(尤其是在中国,认为其达到了值得按照故意杀人罪处罚的程度),就与正犯在共同犯罪中具有犯罪支配性、共犯仅仅是边缘角色的观念相冲突,难以自圆其说。③刑法家长主义的理论是否站得住脚,是否与现代法治国家立场相抵触,还值得仔细辨析。④在“共犯行为说”看来,只有先肯定自杀违法,才能解决对自杀者给予救助而造成其损害的救助行为的正当性(成立正当防卫)问题。但是,这一观点未必有道理,既使不预先设定自杀者违法,救助者行为的正当性也不可否认。此时,仍然可以认为自杀是规范所不禁止的行为,^{〔7〕}他人违背自杀者的真实意志阻止其自杀或者对其加以救助的,在特定情况下可以成立推定的被害人承诺。⑤认为自杀者违法性较低,需要从政策的角度“例外地”不处罚的结论与事实不符。自杀没有违法性,对自杀未遂绝对不处罚,是当今世界各国的通例。欧洲许多国家在18世纪之前都有关于自杀(主要是未遂)的处罚规定,而从19世纪起,各国都先后废除了相关规定(最晚的是英国,其在20世纪60年代之后才废除对自杀行为本身定罪的规定)。因此,在今天,如果仍然坚定地主张自杀是刑事违法行为,具有可罚性,与现代各国的法治状况相悖,或许仅在“口头上”具有意义。在中国司法实

〔5〕 参见钱叶六:“参与自杀的可罚性研究”,《中国法学》2012年第4期。

〔6〕 参见(日)曾根威彦:《刑法学基础》,黎宏译,法律出版社2005年版,页74。

〔7〕 规范不禁止并不意味着行为合法,对此,后文会作详尽分析。

务中,对所有的自杀未遂情形,不是“例外地”不处罚,而是绝对地、一律地不处罚,现实中找不出一例对自杀未遂者以故意杀人未遂定罪处刑的例子。这也说明,认为自杀违法的主张并不能得到实务的支撑。^{〔8〕}今天的刑法学通说已经普遍认为自杀行为本身不是符合构成要件的违法行为,从而欠缺创设共犯可罚性的要件。^{〔8〕}国外确实有认可自杀参与行为干涉了他人的生命因此值得处罚的立法例,但也无一例外地强调要制定“特殊规范”予以处罚,而不是将参与行为依附于以“杀害”这种类型化的实行方式所实施的故意杀人罪。^{〔7〕}如果认为自杀参与者原本就从属于正犯的不法,那么,许多国家或地区针对自杀关联行为单独设立罪名的立法实在是“多此一举”,因为对参与者按照故意杀人罪定罪,并在量刑上根据共犯理论从轻处罚就可以解决相应问题。世界上诸多立法例均不约而同地采用大致相同的模式,说明其背后必有玄机,许多难题显然不是自杀者具有违法性这一简单判断能够解决的。

(二)无罪说

1. 实行行为不存在说

王作富教授认为,教唆、帮助行为不应该作为犯罪处理,主要理由是:“教唆者和帮助者的行为,同自杀者死亡有一定因果联系,在主观上可能希望或者放任被害人死亡。但是,毕竟是由被害人自己的意志决定自杀的,同违反自己意志被他人杀死有所不同。因此,定故意杀人罪,是不妥的。在必要时应当采用类推的方法,比照刑法第132条的规定定罪判刑。”^{〔9〕}陈兴良教授基于罪法定原则,主张教唆或者帮助自杀的行为与杀人行为本身不能等同,属于法无明文规定的情形,不应以故意杀人罪论处。^{〔10〕}

2. 自我答责的法理

冯军教授基于自己决定与自我答责的原理,主张参与自杀乃至受嘱托杀人的情形均不成立犯罪,因为生命处分权属于自己决定权的范畴,是人的权利和自由。基于自己的意思所实施的自杀行为,在规范上属于完全自由地处置自己生命的行为,所以,参与他人在法规范上完全自由地处置自己生命的行为,不是刑法上的杀人行为;把同意杀人、教唆杀人或者帮助杀人视为故意杀人罪的刑事立法,都违反了“自由是法的存在根据”这一原则,忽视了自我决定的绝对价值。^{〔11〕}

3. 自杀合法性说

王钢博士认为,自杀关联行为不构成犯罪。处理类似案件,要先判断自杀者主观的意思,确定其是否属于自杀。如果能够肯定是自杀的,自杀者及其相关者都没有刑事责任;如果不能认定为自杀,就应从客观上看行为人是否有足以被评价为杀害的实行行为,如果有类似行为,直接以故意杀人罪处理;反之,则不能定罪处罚。其具体主张是:①自杀本身并非刑事不法行

〔8〕 (德)克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第2卷),王世洲等译,法律出版社2013年版,页98—99。

〔9〕 王作富:《中国刑法研究》,中国人民大学出版社1988年版,页518。

〔10〕 参见陈兴良:《判例刑法学》(下卷),中国人民大学出版社2009年版,页162。

〔11〕 参见冯军:“刑法的规范化阐释”,《法商研究》2005年第6期;冯军:“刑法中的自我答责”,《中国法学》2006年第3期。

为,如果承认客观归责理论,就更应当认为教唆、帮助自杀没有创设不容许的风险。因为自杀行为完全是发生在自杀者自身权利领域内的事件,自杀者应当对之自负其责,没有理由据此限制行为人的行为自由,教唆或帮助自杀、对自杀者不予救助或者过失导致他人自杀等自杀相关行为也不应当受到刑事处罚。^②必须严格限定自杀的成立范围,只有当被害人主观上有意识地自主追求或放任死亡结果发生,并且客观上在最后关键时刻自己支配着直接终结生命的行为时,才能认定其构成刑法意义上的自杀。如果被害人没有充分的认知与判断能力并且其意思表示有重大瑕疵,不能认定其自愿选择了死亡。^③我国司法实务中所涉及的绝大部分所谓“相约自杀”或者“教唆、帮助自杀”案件,其实并不是真正意义上的自杀相关案件。在这些案件中,对行为人加以处罚从结果上来看往往是正确的,但是在定性上宜认定为以间接正犯或不作为方式实施的故意杀人或者过失致人死亡。^[12]

王钢博士的立足点是现代自由主义,其强调对个人自由的尊重,权利主体按照自己的意愿处分与自己有关的权利,是其“自己决定的自由”的体现,法律必须保障个人有这样的自由,而不能过多地进行干预。自杀意味着被害人自主决定地选择了死亡,体现着自杀者处分自身生命的自由权利,法规范没有理由对其加以禁止,尤其不能根据刑法家长主义否定自杀者对自己生命进行支配、处分的自由。自杀不可能构成刑事不法,应当通过目的性限缩将其排除在故意杀人罪的构成要件之外,帮助、教唆自杀当然就不构成犯罪。^[13]

二、理解自杀性质的第三种路径:法外空间说

本文认为,关于自杀具有违法性以及应当处罚教唆、帮助自杀行为的主张并不具有合理性;自杀关联行为更不是刑法分则规定的杀害行为,在中国当前的立法体例下,不能直接按照故意杀人罪(或其共犯)定罪处罚。因此,本文认同王作富教授、陈兴良教授的主张。此外,本文基本赞成王钢博士关于不对自杀关联行为定罪的结论,但对其自杀具有合法性的理论预设持不同看法。

本文的核心主张是:自杀是违法、合法之外的第三种情形。因为自杀不能被评价为违法行为,在现有立法体例下,除非另设罪名,否则,对自杀参与行为不能依照故意杀人罪定罪处罚。

(一)自杀不是违法行为,但也不能说自杀合法

1. 自杀违法的理由站不住脚

钱叶六教授的立足点是自杀是违法的,并由此展开其对自杀关联行为的论证。但是,这一论断存在明显问题。

其一,违法意味着某种行为一定应该被规范所禁止。刑法作为最后手段,其所禁止的违法,一定会在行政法律、法规或民事法律、法规上有所体现,同时也是政策上所不能容忍的行为。例如,故意伤害他人身体一定是《侵权责任法》所不能容忍的,非法经营一定是违反行政法

[12] 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。

[13] 参见王钢:“自杀行为违法性之否定——与钱叶六博士商榷”,《清华法学》2013年第3期。

规的行为,妨害公务一定是《治安管理处罚法》上的违法行为,颠覆国家政权罪一定是《国家安全法》上要惩罚的行为。如果说某种行为在刑法上被评价为违法,却全然没有任何其他前置的行政或民事法律、法规来禁止该行为,就一定是讲不通的。据保守估计,中国每年自杀的人在30万人以上,但针对这一社会问题,却没有任何行政法律、法规来禁止自杀,来惩罚自杀未遂者;相反,人们对自杀未遂者大多根据导致其自杀的原因展开一定程度的救助,这说明人们必须接受、默认有人愿意去自杀的现实。社会学家也认为,可以肯定的是,自杀的增加在欧洲是普遍现象,文化程度越高的国家自杀率越高。但是,现在所有的欧洲国家都“不打算在法律上禁止自杀”。〔14〕如果说自杀是违法行为,但世界各国都不禁止,那么,认为自杀违法的规范依据究竟在哪里?如果没有任何规范依据,说自杀违法岂不成了理论上的“为赋新词强说愁”?或者说仅仅是将自杀这种“感觉上违法”的情形在刑法上“当真了”?需要明确的是,刑法上所讲的不法,必定是构成犯罪的行为,而不是法律领域的“泛负价值”行为,不能用自杀在道义上可能不妥当的感知标准取代法律判断。“刑法条文必须是清楚地告诉人们,什么是禁止的,以便让大家能够以此约束自己的举止。”〔15〕我国《刑法》第232条并没有清楚地告诉国民自杀是禁止的,国民就不需要用“不自杀”来约束自己的举止,个人在遇到自感存在绝对难以继续生存的实际障碍时,没有面对群体必须继续活下去的法定义务。

其二,如果认为自杀违法,只是违法性低,且从政策的角度看不需要处罚自杀者,那么,成为问题的可能就是造成生命法益受损的行为还被认为违法性低是否讲得通?此外,如果认为从政策角度可以不处罚自杀者,逻辑上就可以认为:当司法机关想要处罚其中的某一个自杀者来“杀鸡儆猴”时,也可以实现处罚。但这样的结论估计没有谁能够接受,事实上,在我国,也找不出司法机关对自杀未遂者以故意杀人罪定罪判刑的案件。〔16〕

其三,法规范的实质是不得妨碍他人,自杀没有违反行为规范,不是违法行为。法规范注定了是行为规范和裁判规范的一体。作为行为规范,法规范的主旨在于提供行为样板。为此,其必须指明理性的个人可以在何种范围内活动,指示个人的行动边界,保障个人在一定区域范围内的自由。由于这种自由是在和他人权利相对的意义而言的,行为是否违法也就取决于行为人是否限制了他人的自由空间,从而对他人造成妨害。行为规范的实质是“不得妨碍他人”。如果某一行为并未不当压缩他人自由权利空间,不会对他人的人身、财产等权利造成侵害,该行为就不是法规范所要禁止的违法行为。自杀体现了自杀者意志决定的自由,是其自主决定的结果,其不会对他人造成损害,没有妨碍他人的生存权利和自由,明显是为了“不给自己添麻烦,也不给别人添麻烦”,没有违反行为规范,就不能说自杀违法。

其四,自杀违法说背后的刑法家长主义已经过时。刑法家长主义导致国家权力无孔不入,个人的自决权受到压制,自身法益不能放弃,自杀成为可罚的行为。在现代法治国家,刑法家

〔14〕 (法)埃米尔·迪尔凯姆:《自杀论》,冯韵文译,商务印书馆2009年版,页407。

〔15〕 (德)约翰内斯·韦塞尔斯:《德国刑法总论》,李昌珂译,法律出版社2008年版,页20—21。

〔16〕 自杀时可能对他人造成妨害(例如,自焚但危害公共安全)的以及军人战时自杀的除外,因为其于生命权之外的其他法益有侵害性。

长主义已经明显不合时宜。

自我决定权的兴起是自由法治国家的开端。在自由法治国家刑法中,国民的自决权受到尊重,以意思自治的原则为基础,国民可以选择性的放弃自身的法益;在不侵犯和危害到他人(包括集体法益)的情况下,国家放弃自己在国民个人领域的管理权。向自由法治国家转变后,刑法保护圈在国民个人自由领域的扩张受到遏制,在刑法中表现为道德犯罪的逐渐较少,如自杀的不罚,违反风俗性犯罪的减少,自我负责思想的兴起,在刑法原则中表现为自我负责原则以及被害人信条学原则。^[17]

最后,需要强调的是,现代刑法普遍将维护法益而非伦理秩序作为自己的根本目的。认为自杀违法的观点,实际上是承认对团体而言,个人有不得不继续活下去的义务等社会伦理,这就将自杀及其参与行为的违法性建立在自杀的“社会伦理可非难性”之上了。但是,“为保护自杀者的生命,反而诉诸于‘教唆者’或‘帮助者’,是否有本末倒置之嫌,又是否有泛道德化或泛伦理化之虞”?^[18]

2. 自杀合法性说的问题点

确有不少学者会认为,就自杀而言,如果认同自杀是处分自己的权利,是人选择不再活下去这种特殊生活方式的“死的权利”,“自杀总是一个人宁可死也不愿活的行为”。^[19] 如果贯彻现代自由主义,强调对个人决定权的尊重,就应该认为,自杀者对生命的自我决定权应该得到承认,自杀是合法行为。正是在这个意义上,学者指出:“有一种强烈的倾向认为,既然自杀本身是合法的,参与其间的帮助行为自然也是合法的。这原则上是法国和德国的通行立场。”^[20] 但是,笔者认为,肯定自杀合法的观点也存在许多值得质疑之处:

首先,合法的题中之义是法律不能禁止。“法不禁止即自由”,所有人都可以实施法无明文禁止的行为,而且可以反复实施。说某种举止合法,不仅含有法律予以承认的侧面,还有法律明显地鼓励人们去从事该行为的这一层意思。但是,对于自杀,国家不可能在合法的意义上鼓励、提倡,更像是默认和“只能如此”地接受——正所谓“天要下雨,娘要嫁人”! 实务中也普遍认为,自杀虽然不是犯罪行为,但不值得提倡,甚至有一定的社会危害性。^[21]

其次,一个合法行为,只要涉及人身的,必定与人身权利有关。例如,个人的自由行动是合法行为,该人身权利需要法律来保障,不仅刑法要出面,行政法律、法规和民事法律、法规也要保障个人的行动自由,将侵犯行动自由的行为认定为非法拘禁等违反《治安管理处罚法》或《侵权责任法》的行为,通过法律、法规来保障个人的相关权利。如果认为自杀是合法的,那么,我国行政法律、法规与民事法律、法规在保障个人的自我决定权方面岂不是有重大缺漏? 在他人自杀时,予以救助或阻碍的,岂不是要按照《治安管理处罚法》或《刑法》上的非法拘禁予以处

[17] 申柳华:《德国刑法被害人信条学研究》,中国人民公安大学出版社2011年版,页142。

[18] 参见黄常仁,见前注[3],页539。

[19] 参见迪尔凯姆,见前注[14]。

[20] (美)乔治·弗莱彻:《反思刑法》,邓子滨译,华夏出版社2008年版,页245。

[21] 参见顾明:“相约自杀案适用逮捕与否之研判”,《中国检察官》2014年第4期。

罚?对此,山口厚教授也认为,刑法是否必须保护处分生命法益的自由,是值得讨论的问题:“如果考虑到即便是通过物理力阻止了想要自杀的人的自杀行为,也被理解为不成立刑法第223条1项的强要罪的话,大概就明确了。”〔22〕

再次,无论哪一个国家都倾向于认为,自杀不能传染下去,对试图自杀者虽不能采取强制措施禁止其自杀,但要想办法给予诱导、救助,让其更“想得开”,从而防止自杀结果的发生。如果肯定自杀是个人合法权利,这样的倾向性指引就是缺乏根据的。即便在自我标榜自由程度较高的西方国家,对于自杀也采取一定的限制措施(制定特殊规范处罚自杀关联行为就是其手段之一),这说明自杀并不是畅通无阻的权利。

最后,如果承认自杀是个人的自我决定权,这种由生命权衍生出来的权利自然就应该是绝对排他的。《刑法》对特殊情形下的自杀行为(例如,军人在战时自杀的)要给予严厉处罚,这反过来说明自杀并不是绝对权利。如果认为自杀合法,是个人对于生命的自我处分自由,那么,很多国家制定自杀关联犯罪当然也就是缺乏根据的。

这样看来,对自杀的定性,确实有必要改变不是合法就是违法的对立思维,没有必要界定其是否合法,只需要认为其没有违反行为规范,不违法就可以了。因为在社会生活中,完全存在不违法,但也没有必要说其合法的“灰色地带”或“中间地带”,自杀就应该在这种情形中找到自己的位置。

(二)自杀的死亡结果不能被认为是法益侵害,但也不能说自杀没有造成任何损害

法益必须被放在规范关系中去理解。法益具有双重含义,一方面是指体现权利的物质(对象物)的客观存在;另一方面,其还意味着权利人根据自己的意思对该对象物可以自由利用、支配。当我们说财产法益存在时,其实同时意味着某种实体存在,且权利人能够对其加以支配,换言之,“法益处分的自由也成为法益的构成要素”。〔23〕而在权利人自己决定处分某种权益时,该法益就不再存在。如果仅仅存在某种物质,但行为人对它没有支配可能性,说法益存在毫无意义。相应地,造成法益侵害必然以权利人对特定对象物进行自主支配、使用和处分的自由被妨害为前提。学者指出,法益应该被界定为“刑法所保护的社会生活利益,并且指称‘利益’为使人感受到愉悦的状态”。〔24〕法益侵害就是阻碍他人的自主决定权,使之感到“不愉悦”的情形;反过来,没有权利人对行为客体的支配、处分权利受到侵害,权利人没有感到不愉悦,某件事情没有违背权利人本人意思的,就不能认为有法益侵害。〔25〕换言之,法益概念始终是静态性和动态性的统一。其静态性是指,外在世界中作为对象物而客观存在的、可供权利人支配的物体(物质)存在,这是法益的当然内容;其动态性是指,权利人可以自主地对这些外在载体加以处分、利用和支配。仅仅将某种实存作为法益的全部内容是不全面的,因为“法益

〔22〕 (日)山口厚:《从新判例看刑法》,付立庆、刘隽译,中国人民大学出版社2009年版,页23。

〔23〕 同上注,页107。

〔24〕 黄荣坚:《基础刑法学》(上册),元照出版有限公司2006年版,页25。

〔25〕 行为阻却违法(尤其是被害人承诺)的法理依据也就在这里。

是理念性(ideelle)的社会价值”,^[26]是规范内的利益,是规范上所意欲保护的利益。法益概念必须在和他人相对、排除他人对权利载体的控制、支配的意义上才有存在价值。^[27]

具体到自杀而言,

生命法益所保护的并不只是生命存续或者说自然地耗损的状态,而且也包括个人根据自己的价值观念与目标设定自主地对生命加以支配和利用,从而发展自身人格、达成自我实现的(潜在)自由。事实上,自杀者往往也并不是为了死亡而死亡,其恰恰是(试图)通过放弃生命来摆脱自身艰难困苦的处境、实现自己特定的目标或者为他人谋求利益等等。因此,虽然自杀伴随着生命的消亡,但其所表现的却正是自杀者对自身生命所进行的自由支配与使用。^[28]

因此,自杀身亡的结果不能被认为是法益侵害。

但是,如果认为自杀是处于法外空间的行为,就不能说自杀连保护法益之外的任何损害都没有造成。自杀者的突然死亡,会令其家人无比悲痛,对其亲友的正常生活造成困扰,给围观者的心理带来震撼,亲人们会认为自杀者不负责任,“一了百了”,留下一大堆问题给活着的人,其他知晓自杀事件的人也易于认为自杀者“死得不体面”、死得没有尊严,这已然是一种“自杀不是一件好事”的负面评价;自杀还可能对一定区域的社会管理秩序带来影响。虽然自杀确实没有侵害他人的生命权,没有造成故意杀人罪中的法益侵害,但是,没有造成法益侵害并不意味着该行为完全合法。就正如某人因炫富而将10万元现金付之一炬,该行为是对自己财物的处置,行为人有这样的权利,不构成故意毁坏财物,并不违法,但我们也不能就此得出结论说该行为合法,而应该在规范上认为该行为处于法外空间。

(三)自杀法外空间说的论证

违反行为规范并造成法益侵害的行为一定违法,但是,能不能反过来说没有违反行为规范的行为一定合法?对此,还值得进一步辨析。“在违法性的判断中,只有合法与违法的二分价值判断。”^[29]但是,在不能断然认定行为属于刑法意义上的违法的场合,认为对行为性质的判断只有合法和违法之间的对立而不可能有“第三种状态”的观点,在方法论上并非没有疑问。

在个人基于自主决定而行动的领域,即便其意思多少有些瑕疵,由此选择的行为也可能具有“虽不合法,但法律并不禁止”的性质。对此,Moos认为:“自杀既非法律所许可,亦非法律所禁止,亦即居于所谓‘法中性’(Rechtlich Neutral)地带。”^[30]威廉·加拉斯敏锐地指出,自杀既非合法,亦非违法,而是“不禁止一不允许”的行为,要处理自杀参与犯罪只能按照独立的正犯规定去进行。^[31]罗克辛教授虽然没有明确肯定自杀是中性行为,但却明确指出,不作为是违反社会期待的行为,如果缺乏任何社会期待,也就谈不上不作了。任何人每天都可以做

[26] 韦塞尔斯,见前注[15],页5。

[27] 周光权:“常识主义刑法观”,《法制与社会发展》2011年第1期。

[28] 王钢,见前注[12]。

[29] 刘艳红:“日的二阶层体系与‘但书’出罪功能的自洽性”,《法学评论》2012年第6期。

[30] 转引自黄常仁,见前注[3],页541。

[31] 转引自(德)阿图尔·考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2011年版,页248。

很多他自己或者别人都没有想到的事情：自杀、酗酒、突然离家出走等，但这些缺乏社会期待的事情不会形成违法性的基础。^{〔32〕} 在自杀和离家出走相类似、没有违反社会期待的意义上，可以认为罗克辛教授认同自杀处于法的“法中性”地带的观点。

对此，加拉斯说得更清楚：“对于自杀行为的法律判断，不管是认为自杀合法，还是认为自杀是违法行为，两者同被排除；唯一可能的答案，乃将自杀视为不禁止的行为。如此一来，法律秩序亦不需以禁止自杀的方式，对于此一专属于个人事物及良知的紧急情状，制定出法律上的行为规定。”^{〔33〕} 加拉斯所说的“将自杀视为不禁止的行为”等于是将自杀作为违法、合法之间的状态看待。这和考夫曼所讲的“法外空间说”高度一致。

考夫曼明确指出，对所有与刑法有关的行为，人们都习惯于用合法—违法的二元尺度来评价。但是，这是不正确的。实际上，完全存在虽与法律有联系并且也受法律的规范，但却可以合理地既不受合法也不受违法评价的情形，这就引出了“法外空间”的概念。对涉及法外空间的情形而言，合法、违法的价值范畴是不够的。“法外空间所涉及行止，系与法律相关的且由法律所规范的，然而此行止既不能适当地评价为合法的，也不能评价为违法的。”^{〔34〕} 考夫曼进一步指出，法外空间的情形，仅涉及紧急状况的案例；他明确地将自杀共犯和紧急避险等并列，称它们为法外空间的适例。

按照考夫曼的逻辑，对类似于著名的“木板案”（两个落水的人为求生而拼命抢一块木板，其中一人死亡）的紧急避险情形，如果认为抢木板的人违法，就得肯定对方的正当防卫权，且对正当防卫不得再防卫，那么，结局就是两个人都同时是违法攻击者，而在对抗他方时又都是合法的防卫者！传统刑法学对合法和违法的二分在这里一定会走入死胡同。

对自杀及其共犯的判断也是如此：在自杀の場合，显然不能否定自杀者自我决定的意思，在刑法上凡是行为人不受干预地独立自我决定的场合，按照结果归属的原理，他就必须自我负责。部分观点肯定自杀违法，但又说行为人的自我决定在规范上无效，其原因是对生命价值的绝对保护。可是，在行为人自我抛弃财产的场合，肯定不会对教唆帮助者定罪，从形式上看，因为生命权重大，所以为了禁止自杀、保护自杀者的生命而去禁止教唆、帮助行为似乎是合理的。但是，无论如何强调生命的意义，放弃生命权这一重大决定，毕竟是自杀者在其清醒、自由状态下所做的重大决定，此时如果要他人负责，就必须反过来修改结果归属的逻辑——一旦权利重大，自我决定行为的合法性就要受到限制：行为人抛弃 1 元钱的，由其自己负责；抛弃 1 万元的，构成故意毁坏财物罪，^{〔35〕} 教唆、帮助抛弃财物者岂不是要定故意毁坏财物罪的共犯？这样的判断显然陷入了结论彼此矛盾的困局。

笔者认为，上述诸种主张都充分看到了自杀行为往往在一瞬间发生，大多出现在紧急情况

〔32〕 罗克辛，见前注〔8〕，页 175。

〔33〕 转引自（德）Neumann、Hasssemer、Ulrich Schroth：《自我负责人格之法律 Arthur Kaufmann 的法律哲学》，刘幸义等译，台湾五南图书出版公司 2010 年版，页 207。

〔34〕 考夫曼，见前注〔31〕，页 244。

〔35〕 按照自杀违法说的逻辑，我国《刑法》第 275 条仅规定了故意毁坏公私财物，没有限定只有故意毁坏“他人”财物的才构成本罪，因此，故意毁坏财物罪中的财物包括行为人本人的财物。

下,法律对个人的决定不能横加指责、过多评价的特点,极具合理性,尤其是考夫曼将自杀及其共犯都看成是法外空间的主张具有很强的理论张力。“法外空间意指,法律秩序对相关行止放弃评价。由行为人自行负责其行为的正确性……在特定的范围内,法律唯有允许不处罚;它没有说:这是正确的或错误的。”^[36]对紧急避险等情形的判断是如此,对自杀及其共犯性质的评价也是同理。因此,本文的初步结论是:自杀不是法律领域的负价值行为,而仅仅“是属于法律上不考虑违法、有责判断的‘法律空白领域’之内的放任行为”。^[37]

在这里,有必要附带提到:考夫曼明确指出,“法外空间”的提法极易引起误解。

正确的称谓应为“法律无评价的空间”。“不禁止的”一词也不完全符合所要指称的事物。称为“不禁止的一不允许的”是正确的,在此,“不禁止的”不意谓“合法的”,“不允许的”不意谓“违法的”。菲利普斯说得很适当:“法外空间属于不禁止的规范领域,然而并不可由此导出允许,或者——同值的——属于非不允许的领域,同样地,它并非不允许的。”^[38]

三、法外空间说的适用

(一)法外空间说的比较优势

肯定法外空间说就等于承认自杀不违法,而只要认为自杀不违法,对自杀及其关联行为的定性就基本和自杀合法说是一样的——对自杀参与行为不能以故意杀人罪的共犯论处。但是,笔者认为,还是有必要强调自杀法外空间和自杀合法说的差别:①自杀合法性说因为强调对个人决定权的尊重,就肯定自杀者对生命的自我决定权应该绝对得到尊重,在一定程度上是自由主义走得太远了。所有的自由都是相对的自由,国家不能采用法律手段强硬地限制自杀,但是,也不能在“合法”这一层面上发出自杀合法,可以得到国家允许、提倡的暗示。②说自杀处于或更接近于(但不属于)负面评价(违法)的“灰色地带”,更符合事实,因为国家不会将自杀看作是法律所鼓励、赞许的事情,只是将其作为“既然发生了,就只能无可奈何地接受”的客观事实看待。③说自杀合法,面对许多西方国家将边缘性的自杀关联行为视作违法的现实,理论上就很难讲得通。但是,如果认为自杀处于法律不禁止但也不能允许、鼓励的“灰色地带”,要对自杀关联行为特别立法加以禁止,解释的障碍就更小一些。

法外空间说能够为域外处罚自杀参与行为的立法例提供更为说得通的依据,也能够为中国未来增设相关犯罪预留理论空间,对此有进一步展开的必要。正是考虑到自杀行为不违法,共犯无法从属于正犯这一点,多数国家或地区刑法都将参与自杀(教唆或者帮助自杀)行为作为与普通杀人罪不同的独立“犯罪类型”加以规定。^[39]例如,《日本刑法典》第202条规定,教唆或帮助他人自杀,处6个月以上7年以下惩役或者监禁;我国台湾地区“刑法”规定,教唆或

[36] 考夫曼,见前注[31],页248—249。

[37] 参见曾根威彦,见前注[6],页73。

[38] 考夫曼,见前注[31],页248。

[39] “即便说生命是一身专属的法益,但还是很难合理说明对合法行为的间接参与,就变成违法的理由。”同时,参与自杀的当罚性极低,其实应该删除类似规定。参见曾根威彦,见前注[6],页74。

帮助他人使之自杀,处1年以上7年以下有期徒刑。此外,奥地利、西班牙、意大利、瑞士、丹麦等国《刑法》均将参与自杀行为的全部或者部分作为犯罪加以明文规定。上述规定是拟制的正犯(共犯行为正犯化)立法的适例,使得原本作为教唆犯、帮助犯无法处罚的人成为直接正犯,从而将危害较大的共犯行为独立规定为正犯行为。^[40]在中国司法实务中,如欲处罚自杀关联行为,就必须增设教唆自杀、帮助自杀等新罪。在此之前,依照共犯从属性的法理,不能处罚类似行为。

按照法外空间说,就中国刑法而言,在立法增设新罪之前,不能处罚教唆、帮助自杀者,这是因为,作为实行者的自杀行为不违法,从属于实行者的共犯当然不违法,教唆或者帮助他人自杀的行为实际上并没有侵犯法益。如果将来立法上增设类似教唆、帮助自杀罪,对于该罪的法益,就只能按照法外空间说的思路进行解释。在笔者看来,在对加功自杀类犯罪的法益进行解释这一点上,如果肯定自杀合法,势必难以对正犯行为合法而“参与合法行为的边缘行为”却成为犯罪这一点提供合理解释;但是,如果认为自杀是处于法外空间的行为,就可以说其本身就是“不合法”的行为,对“不合法”行为的间接参与,可以成为违法行为,这样的说理更易于让人接受。

(二)法外空间说与共犯论的协调

如上所述,自杀不是合法行为,但也不属于确定无疑的违法行为,而是处于法所不予评价的空间,这样的结论容易与共犯理论相协调,为不处罚教唆、帮助自杀行为提供更为合理的解释根据。

认为帮助、教唆自杀构成犯罪的观点,建立在自杀具有违法性的前提下,但如果认为自杀正犯的行为不符合故意杀人罪的构成要件,且(处于法外空间但)并不违法时,考虑到共犯处罚根据的混合惹起说,就不能处罚教唆、帮助自杀者,因为从共犯方面来看,参与人没有违法地惹起构成要件结果,更重要的是正犯(自杀者)实施了符合构成要件的违法行为这一前提并不存在。对此,松宫孝明教授指出:帮助自杀不构成故意杀人罪的共犯,只能按照日本刑法所规定的参与自杀的特殊类型进行处罚。但是,在德国,由于没有规定这种特别的自杀参与类型,所以不处罚。这样,共犯应当以正犯的不法作为其成立的必要条件的共犯从属性得到坚持。^[41]因此,一旦认定自杀处于灰色地带,自杀行为就完全不可能符合构成要件,因此,即便按照最小限度的从属性,教唆、帮助自杀也不具有违法性,不属于故意杀人罪的实行行为;按照限制从属性的法理,在自杀行为不违法时,不能认为教唆、帮助自杀行为具有可罚性。罗克辛教授也认为,把参加人当作一种间接的、通过实行人个人作用引起符合行为构成结果的意见,完美地正确评价了从属性原则。如果不承认这种从属性,不将自杀参与人的行为与自杀者的行为联系起来考虑,就难以防止可罚性的泛滥和处罚的冲动,极易将促使自杀和提供帮助的行为在故意地引起死亡结果时,不当地定性为故意杀人罪,从而接纳了应该被抛弃的“纯粹的引起理论”。“这个方法会导致刑事可罚性的一种显著扩张,而这种扩张是应当通过把参加人结合在实行人的行为构成的行为上来加以防止的。令人难以理解的是,当这种促使的实行要么在完全不严重要么仅仅在非常不严重的犯罪的行为人的人身上受到惩罚时,这个促使人却应当根据杀人

[40] 参见周光权:《刑法总论》,中国人民大学出版社2011年版,页213。

[41] 参见(日)松宫孝明:“结果反(无)价值论”,张小宁译,《法学》2013年第7期。

的刑罚范围加以惩罚。”^{〔42〕}这样说来,在当下中国,在《刑法》并未规定专门的自杀关联犯罪时,断然肯定自杀违法性,将教唆、帮助他人自杀的参与者以故意杀人罪论处就与共犯从属性相悖,并不合适。

(三)法外空间说不会导致司法失当

自杀是法律所不过问的灰色地带,法外空间的主张,不会扩大处罚范围,但也不会使那些明显构成故意杀人罪的行为人成为漏网之鱼。

1.法外空间说的方法论意义

在笔者看来,自杀违法性说和合法性说可能过于纠结于对行为性质的判断,而不对其性质进行“合法—违法”评价的法外空间说恰好绕开了这一点,由此淡化了关于自杀合法与违法的争论。“在评价‘合法’与‘违法’时,尚有第三可能性存在:保留而不做评价。如果评价,则依‘合法的’与‘违法的’范畴从事,然而并不是非评价不可。”^{〔43〕}这就是考夫曼所说的合法—违法之外的不禁止、不允许的“第三途径”。因为自杀在法律性质上是中性的,参与自杀也就不违法,不能进行刑罚处罚。对司法实务而言,能够进入处罚视野的,就只能是被实质地评价为类型化故意杀人行为的“杀害”,因此,要紧的不是判断自杀及其关联行为的性质,而是要对哪些行为属于真正的杀害进行实质判断。

因此,按照法外空间说,对可能涉及自杀的案件,从方法论上讲就应该特别注意“逆向思考”,从自杀的性质、自杀如何处理、对自杀关联行为如何定性转向准确判断哪些行为不是自杀而是真正的“杀害”。所以,问题的关键在于,防止将“他杀”错误认定为自杀,从而形成处罚漏洞。这一处理方法的反面就是严格掌握自杀的认定标准。

按照法外空间说的逻辑,如果行为人真的属于自杀,因为法律对其行为性质“不予置评”,就谈不上其他人对其死亡承担故意杀人的刑事责任的问题。对于自杀,一定要按照最为严格的标准来认定,即自杀必须是个人基于自由,且在自我负责的意思决定下实施的自我剥夺生命的行为,其仅在决定者正确地了解放弃生命的意义和结局的情况下才能成立。“人们把任何由死者自己完成并知道会产生这种结果的某种积极或消极的行动直接或间接地引起的死亡叫做自杀。自杀未遂也是这种意义上的行动,但在引起死亡之前就被制止了。”^{〔44〕}在被害人主观上积极追求或认同死亡结果发生,同时客观上支配着直接终结生命的行为时,属于刑法意义上的自杀;如果结合证据认定某些行为形式上属于自杀,实质上是他人杀的,应该成立故意杀人罪的间接正犯。这样,就能够对实务中出现的真正属于自杀的行为,否定其违法性,当然不再处罚对真正自杀行为的帮助者、教唆者,从而将刑法评价的重心从对自杀性质的争论中摆脱出来,关心实务中大量出现的形式上是自杀,实质上是“他杀”的情形。

2.在司法上,绝对不能将“他杀”错误认定为自杀

(1)实质地判断杀害行为是否存在。前述分析表明,在死亡由行为人支配、自由决定时是自杀;如果不存在这种支配和自由决定,就需要进一步讨论是否由他人造成死亡结果。此时,

〔42〕 罗克辛,见前注〔8〕,页101。

〔43〕 考夫曼,见前注〔31〕,页248。

〔44〕 迪尔凯姆,见前注〔14〕,页11。

实质地判断故意杀人罪的实行行为是否存在就变得很重要。

如果所谓的教唆、帮助行为对自杀者的意志有影响、操纵,可能被评价为利用被害人的行为杀害被害人的(间接正犯),就只能成立故意杀人罪。对实行行为是否存在的判断,如果转换成客观归责论的理论话语,也就是判断制造法益风险的行为是否存在。如果存在杀害的实行行为,即便从形式上看死亡结果是由被害人造成的,也不是自杀。对此,有关司法解释也加以肯定。1999年10月20日最高人民法院、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条和2001年6月4日最高人民法院、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条规定,组织和利用邪教组织制造、散布迷信邪说,指使、胁迫其成员或者其他人员实施自杀行为的,组织、策划、煽动、教唆、帮助邪教组织人员自杀的,以故意杀人罪定罪处罚。对这一司法解释,有学者予以批评,认为我国《刑法》第300条规定的组织、利用会道门、邪教组织、利用迷信致人死亡罪,是帮助自杀、教唆自杀的特别规定。组织和利用邪教制造、散布迷信邪说,指使、胁迫其成员或者其他人员实施自杀的;邪教组织成员组织、策划、煽动、教唆、帮助邪教组织人员自杀的,其实是自杀的帮助行为、教唆行为,应该按照《刑法》第300条处理。以此衡量,相关司法解释规定以故意杀人罪处理不合适。^[45]但是,这种批评可能并未切中要害。邪教组织因其超乎想象、难以被揭穿的迷惑性、欺骗性,对其成员有强烈精神强制,在受邪教影响的场合,被害人虽然对于结束生命有认知,但却对死亡的目的、意义有明显错误的认识;如果不受邪教组织的强制和欺骗,就不会选择自杀,因此,这里的被害人自己造成死亡并不属于刑法意义上的自杀,而是由邪教组织操纵、支配,邪教组织人员实施了故意杀人的实行行为,对邪教组织人员以故意杀人罪的间接正犯处理是合适的,这与《刑法》第300条的规定并不冲突。因为《刑法》第300条仅对组织、利用会道门、邪教组织、利用迷信“致人死亡”的情形定罪,而不能处理组织、利用会道门、邪教组织实质地决定死亡结果、故意杀害他人的案件。

这样说来,如何处理与自杀有关的案件,其要害在于能否最终将案件评价为“他杀”。例如,甲男与乙男系同性恋。甲男父母发现此事实后,强令甲赶紧找女朋友结婚。乙得知这一消息后万念俱灰,要甲和自己一同自杀,甲同意。甲按照乙的要求,从患有抑郁症的亲戚处偷偷拿到100片安眠药,分给乙50片。乙因为害怕药的苦味,一次吃不下50片安眠药,但又担心自己死不成,遂与甲约定,由乙自己先服用5片安眠药,半小时后,在乙昏昏欲睡时,再由甲将剩余45片喂药给乙吃,待乙死亡后,甲再自杀。甲虽无自杀之心,但也答应如此行事。在乙死亡后,甲即向警方自首的,其是否成立故意杀人罪?在这种情形下,行为人甲亲自将药递到乙的口中,甲的行为直接导致了被害人乙的死亡,在最后关键时刻支配、掌控事态发展的并不是乙,乙不成立自杀。在本情形中,行为人是应请求而杀人的犯罪嫌疑人,“在结束他人生命的过程中有积极的行动”,因此,完全可以认为甲实施了刑法分则中故意杀人罪的实行行为。在德国,与此类似的案例是:一对年轻恋人相约自杀,因为女孩的父母禁止他们相见。在服药自尽未遂后,两人想用汽车尾气来了结生命。于是,男孩在排气管上接了一个软管,软管的另一头从车窗伸进车里。两人被发现时,车还发动着,女孩已经死亡,男孩处于昏迷状态,脚还踩在油

[45] 参见陈洪兵:《人身犯罪解释论与判例研究》,中国政法大学出版社2012年版,页10。

门上。德国法院判决男孩有杀人行为,主要理由是其对整个事件有控制作用,对结束他人生命有积极行动。^[46]

问题的另一面是:根据客观归责的法理,出于自杀者本意的生命自我了断行为一旦实施,事件进程完全由自杀者控制的,死亡结果就只能由自杀者自己负责,相关的自杀帮助行为不构成犯罪。前例中,如果甲男拿到100片安眠药后,分给乙50片并在同一个房间各自服用。数小时后,曾有安眠药服用史的甲醒来,发现乙已经死亡,便投案自首的,因为能够肯定乙在认识非常清醒的状态下,自主地决定自己的死亡,甲没有支配乙的死亡,没有任何意思强制,没有利用乙的错误意思造成乙死亡的情形,乙属于典型的自杀,其行为不违法。甲的行为相应地属于典型的帮助自杀,按照共犯从属性的法理,不构成犯罪。

(2)欺骗他人自杀的,有成立“他杀”的可能。在死亡并非出于被害人自愿,即欺骗他人自杀的案件中,是否一律成立故意杀人罪,是值得研究的问题。换言之,在被害人对于死亡结果存在清楚认识,但却对自杀身亡的目的、意义有错误认识时(被害人动机错误),是否仍然成立自杀?对此,应当考察在具体个案中,被害人动机错误的大小,是否足以构成重大意思瑕疵。在假定没有该错误,被害人就不会决定放弃法益、选择自杀时,就应当认为该动机错误损害了被害人的自主决定权,其自杀承诺无效。换言之,如果被害人没有充分的认知与判断能力并且其意思表示有重大瑕疵时,不能认定其自愿选择了死亡。

例如,甲因另有所爱而企图杀害极为依恋自己的女朋友乙,于是假称父母反对自己与乙交往,进而与乙相约一起服毒自杀。在乙服下致死的毒药之后,甲却并未兑现承诺的,如何处理甲?对此,应该认为,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”,该动机错误损害了被害人的自主决定权,该死亡就应该由欺骗者负责。在本案中,由于甲和乙共同赴死是乙决定自杀的本质要素,如果没有甲的伪装,乙不会形成和强化自杀意思,乙的自杀不是出自其自愿的真实意思,被害人是在“上当受骗”之后实施的荒唐举止,该承诺无效,其不成立自杀,谎称共同自杀的行为人利用没有自杀意思的被害人的行为造成死亡结果,因而构成故意杀人的间接正犯。^[47]

对欺骗他人自杀的情形,并不能一律定故意杀人罪。分析被害人是否有动机错误,实际上也就是在考虑欺骗行为对于被害人作出自杀决定所起作用的大小。如果被害人决心自杀,只求速死,行为人为让其快死,而假装一同自杀,被害人由此自杀身亡的,行为人无罪,因为即便存在欺骗,被害人有一定认识错误,但是该错误是在被害人已经有死亡的自主决定权之后才产生的,行为人对被害人作出自杀决定的影响力较小。其实,这也是在判断“杀害行为”的有无。“在判断欺骗行为对法益处分意思的作用时,关键是判断行为的‘实行行为’性的有无,这是最重要的。……在这种场合,由于自杀意思是无效的,那么判断的关键就是,能否肯定欺骗行为

[46] 参见弗莱彻,见前注[20],页245。

[47] 相反的观点认为,在假装自杀案件中,追随他人去死虽然是导致对方自杀的条件之一,但是对于具有正常判断能力的,而且明白自杀意思的人而言,追随他人去死对于自杀的决意来说是不是本质要素,还有疑问。在这种场合下,行为人只是赋予对方动机而已,被害人只是在动机、起因方面有错误,不能说人行为支配了死亡结果。因此,伪装自杀不应成立故意杀人罪的间接正犯,应成立自杀参与犯罪。参见曾根威彦,见前注[6],页76。

→错误→自杀意思→自杀行为→死亡结果这一正犯的因果关系,为了肯定杀人罪的成立,必须认定具备上述要件。”^[48]

(3)在自杀出于本意时,不救助者不成立故意杀人罪。被害人决心自杀,行为人(尤其是配偶等被害人特别依赖的人)不阻止或不救助的,是否构成不作为的杀害?这一问题,其实质仍然是考察行为人对于他人死亡是否有支配,是否制造并实现了死亡风险。

对此的基本结论是:被害人自杀是自陷风险的行为,行为人不阻止或不救助的,不构成不作为的杀害。按照法外空间说,自杀不是自杀者对自身生命的自由支配和处分,但也不是违法行为,他人决意自杀的,法律只能默许,此时就不宜认为他人有规范上的义务对自杀行为加以阻止,就不能认为不救助者成立不作为犯罪。此时,行为人的作为义务并不存在,因为作为义务的目的在于防止对被害人的法益侵害,而不是在被害人不愿意接受保护时仍然去干涉其意志自由,更不能将保护义务转化为对被保护者的约束和管制。例如,丈夫发现妻子可能自杀而离家出走,后者自杀身亡的,德国法院最初判丈夫过失杀人罪,但后来这一结论被推翻。争议的焦点在于,丈夫将妻子留在一个有潜在风险的环境中,是否属于违法行为。“法庭最终认为,妻子自杀的风险不足以制造丈夫留在家中的义务。”^[49]罗克辛教授指出:“从婚姻伴侣的保护人地位中并不能推导出那种保护另一方免受有责任的自我伤害的义务……一个婚姻配偶应当保护另一方免受外部的危险,而不是自己对自己造成的危险。”^[50]但类似案例中,在中国大多都被认为有罪。现在看来,这样的处理方式并不妥当,自杀是法律不予置评的“法外空间”,因这种行为的发生而赋予他人过重的救助义务,在规范上并不合适。

在教唆、帮助自杀的场合,自杀参与行为并不是可以导致作为义务的先前行为,即便教唆、帮助者事后不救助自杀者,也不宜认定为不作为的故意杀人罪。^[51]因为先前行为必须是造成法益危险的行为,在自杀的场合,劝说和帮助行为本身并不能对自杀者的生命法益构成威胁,是否赴死完全取决于自杀者的意思。更何况,一方面认为教唆、帮助自杀行为本身不应当受到刑事处罚,另一方面却又肯定这种行为会导致教唆、帮助者负有阻止自杀者死亡的作为义务,会导致价值评价上的自相矛盾。^[52]此外,还需要考虑,如果肯定教唆、帮助自杀这种积极行为都不具有可罚性,在他人决意自杀时未能介入并防止他人自杀这种没有任何举止的消极行为却成立故意杀人罪,在处理上会导致不平衡。因此,甲教唆他人自杀,但发现自杀者乙一息尚存时没有施救,乙最终死亡的,不能认为甲构成不作为的故意杀人罪,因为乙陷入危险是由其自己决定的,从规范上不能赋予甲作为义务来干预乙的行为;丙为丁提供自杀工具的,也不能对自杀者的生命法益构成威胁,帮助行为并不是可以导致作为义务的先前行为,甲即便不救助,也不构成不作为的故意杀人罪。

(责任编辑:江 溯)

[48] 山口厚,见前注[22],页25。

[49] 弗莱彻,见前注[20],页268。

[50] 罗克辛,见前注[8],页547。

[51] 在这种场合,是否有成立遗弃罪的可能,还值得研究。

[52] 参见王钢,见前注[12]。