

# 罪刑法定原则下正犯性的认定

## ——以参与自杀行为为例

蔡 颖

**【摘 要】**参与自杀的刑法定性问题实际上是自杀和参与自杀的正犯性问题。人是自己生命的唯一法益主体,享有生命的完全处分权,自杀不具有正犯性。将共同犯罪的理论模型直接套用到参与自杀中的做法并不妥当。在认定正犯性时,不能仅因为参与自杀不符合一般的杀人行为类型就否定其正犯性。自杀是通过不可逆转的方式处分个人最重要的法益,且自杀者通常处于病理或者心理的脆弱状态。这决定了刑法应当禁止实质性地推进他人自杀的行为。若行为人具有实质影响被害人自杀决定的身份,且实施了实质影响被害人自杀决定的行为,则成立故意杀人罪的正犯。罪刑法定原则要求法无明文规定不得定罪处罚,并不意味着只有符合某一观念类型的行为才能定罪处罚。承认部分参与自杀的正犯性具有合理性,而且不违背罪刑法定原则。

**【关键词】**罪刑法定原则;参与自杀;自我决定;正犯性

**【作者简介】**蔡颖,武汉大学法学院讲师。

**【原文出处】**《中外法学》(京),2023.6.1561~1580

### 一、问题的提出

罪刑法定原则是我国刑法的基本原则。《刑法》第3条规定:“法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处刑;法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处刑。”该原则目的在于遏制国民处罚情绪高涨之时,法官不顾法律规定而处罚行为人的冲动。<sup>①</sup>罪刑法定原则是对形式理性的追求,<sup>②</sup>其直接体现就是正犯性的认定。详言之,考察某一行为是否成立犯罪,应将该行为与刑法分则规定的构成要件进行比对。若符合构成要件规定,则可以认定该行为具有正犯性,是实行行为。反之,若不符合构成要件规定,则应当排除正犯性,除非可以被认定为共犯,否则不得处罚。

刑法天然具有抽象性,而生活事实又十分具体,规范和事实之间的比对是一项非常复杂的工程。刑法教义学(刑法解释学)的一大任务就是将这一复杂

过程简单化,即将复杂的论证过程和结论符号化、定式化,形成“刑法教义”,在犯罪审查的时候直接使用。“就像做题时把各种题目内容直接套用到公式上,而不需要再对公式本身的正确性进行论证,这就极大地减轻了解题的负担。”<sup>③</sup>但是,刑法教义有其创设背景,其内容受到学术观点(或共识)、实践经验以及案件类型的影响,不具有与刑法规范等同的权威性,且只能在一定范围内具有合理性。若案件事实超出了这一合理范围,则不能直接适用。犯罪审查应该排斥超出合理范围的刑法教义,回归刑法规范。但是,由于刑法教义是围绕实定法展开的,具有一定的权威来源,因此通常被不加质疑地使用。<sup>④</sup>随着不断重复使用,其思维捷径的性质被逐渐淡化,权威性被不断强调,甚至慢慢取代了刑法规范的地位,成为僵化的“教条”。正犯性的认定中,规范和事实之间的比对被简化为了刑法教义与案件事实之间的

比对,刑法教义甚至取代刑法规范而受到罪刑法定原则的保护。一旦案件事实不符合刑法教义中相关犯罪的理论模型,就可以被直接排除正犯性,否则就是违背罪刑法定原则。这一现象值得反思。本文的目的在于,以参与自杀的刑法定性问题为切入点,从刑法教义学内部直观地展现上述思维谬误,指出其中的不合理之处,进而主张特殊案件的正犯性认定应回归刑法规范,而不能仅停留在刑法教义与案件事实的比对中。

参与自杀有广义和狭义之分。广义的参与自杀是指一切自杀关联行为,主要包括同意杀人和狭义的参与自杀。狭义的参与自杀是指教唆或者帮助他人自杀。本文讨论的是狭义的参与自杀是否可罚的问题。参与自杀是否可罚,不同国家甚至同一国家的不同时期的处理都不同。例如,《德国刑法典》第216条规定了受嘱托杀人罪,却未规定参与自杀罪。<sup>⑤</sup>一般认为,自杀不符合杀人罪的构成要件,因此参与自杀也不符合构成要件,不能受到刑罚处罚。<sup>⑥</sup>《日本刑法典》第202条不仅规定同意杀人罪,还规定了自杀参与罪。英国早期普通法将有刑事责任能力的人实施的自杀视为“自我谋杀”(self-murder),参与者构成谋杀的从犯(accessory)。1961年出台的《自杀法》(Suicide Act 1961)规定不再将自杀认定为犯罪,但仍将参与自杀规定为犯罪。<sup>⑦</sup>

我国《刑法》仅规定了故意杀人罪,未规定任何自杀关联行为,因而具有较大的解释空间。我国司法判决倾向将与死亡结果有因果关系的参与自杀一概认定为故意杀人罪。《刑事审判参考》第746号指导案例,刘祖枝故意杀人案的裁判要旨指出:“如果帮助者主观上明知他人有强烈的自杀倾向,客观上仍通过言行进一步强化他人自杀的决意,并提供自杀工具或者帮助他人完成自杀行为的,应当认定帮助行为与他人死亡后果之间具有刑法上的因果关系,对帮助者应当以故意杀人罪追究刑事责任。”<sup>⑧</sup>第810号指导案例,邓明建故意杀人案的裁判要旨也指出:“目前,主流观点是帮助自杀行为构成故意杀人罪。

主要理由是:帮助自杀行为与死亡结果之间存在因果关系,侵犯了死者的生命权。”<sup>⑨</sup>我国传统通说也认为,对已经有自杀意图的自杀者在精神上加以鼓励,使其坚定自杀意图的行为,对自杀死亡结果的原因力较小,危害不大,可以不追究刑事责任。但是,向自杀者提供物质帮助的行为,对于自杀死亡结果发生具有较大的原因力,原则上应构成故意杀人罪。教唆他人自杀的,当教唆行为与他人自杀之间具有因果关系时,也构成故意杀人罪。<sup>⑩</sup>

与之相对,站在罪刑法定原则立场质疑上述观点的声音在学界较有影响力。例如,陈兴良指出:“教唆或者帮助本身就不是实行行为……不能从自杀中获得犯罪性……与杀人行为本身也不能等同……属于法无明文规定的情形,根据罪刑法定原则,不应以故意杀人罪论处。”<sup>⑪</sup>刘仁文也指出:“一般认为,某种解释是否违反罪刑法定原则,需要结合法律用语的可能语义、条文目的以及国民对解释结论的预测可能性来分析。对一般人来说,自杀与杀(他)人显然是不同的,将参与某人自杀的行为评价为故意杀人,超越了法律用语的可能语义和一般国民的预测可能性。”<sup>⑫</sup>这一观点在学界逐渐有力,已经成为主流观点。

不难看出,不同立场的主要冲突点在于对正犯性的理解不同,但是双方未在这一问题上真正地交锋。实务和传统通说观点认为,对死亡结果发生具有(一定的)原因力的行为都具有正犯性。然而,其中的理由是什么,标准是什么,这是否违反罪刑法定原则?这些问题并未得到回答。反对观点认为只有直接引起死亡的行为才具有正犯性,参与自杀属于间接引起死亡的行为,不具有正犯性。然而,自杀是否可以直接被理解为杀人,参与自杀是否可以直接类比共同犯罪?这些问题也没有得到回答。可以看出,双方观点都注重从己方所支持的刑法教义(即对正犯性的理解)出发进行演绎,却不重视刑法教义本身的合理性问题。本文分别从这两个刑法教义入手,讨论自杀和参与自杀的正犯性问题,以图讨论

聚焦到真正的冲突点。

## 二、自杀的正犯性

从外在形态上看,参与自杀体现为对自杀的教唆或帮助,与共同犯罪中的教唆犯或帮助犯具有相似性。因此,学界有力观点将参与自杀直接类比为共同犯罪。按照这样的理解,自杀者是故意杀人罪的正犯,参与者是共犯。若自杀违法,那么参与自杀也违法。若自杀不违法,除少数观点(如纯粹的惹起说)外,大部分观点都认为“没有正犯就没有共犯”,参与自杀不违法。按照这样的思路,参与自杀是否成立犯罪的问题就被置换为了自杀是否违法的问题。然而,每个人都是自己生命的唯一法益主体,享有完整生命处分权。个人只能是自己生命的处分者,而不可能是侵害者。自杀不是侵害生命的行为,而是处分生命的行为。自杀者不是故意杀人罪的适格主体,自杀不属于杀人行为。将参与自杀类比为共同犯罪的做法一开始就存在疑问。<sup>⑬</sup>

### (一)人是自己生命的唯一法益主体

生命的法益主体问题仍存争议。生命他有说认为,生命的主体并非或者不仅仅是享有生命的个人,自杀是对其他法益主体的侵害。生命他有说表现为不同形态。例如,英国早期普通法将个人视为国王的臣民,自杀被视为对国王利益的侵犯。<sup>⑭</sup>有宗教观点将生命视为上帝的利益,只有上帝才能掌握人的生死大权,自杀是对上帝权利的冒犯。<sup>⑮</sup>有观点将生命视为国家的利益,认为尽管自杀并未侵害自杀者自己的法益,但侵害了存在于自己生命之上的国家的利益。<sup>⑯</sup>还有观点将生命视为社会的利益,认为保护人的生命是为了保护社会上与此人相关的其他人的利益,保护的是超越个人生命的价值。<sup>⑰</sup>生命他有说在我国也不乏支持者。有观点认为,生命既是个人权益,也是国家和社会的公共权益,因而个人不能随意处分自己的生命。<sup>⑱</sup>还有观点认为,个人不得随意处分自己的生命,深层原因在于生命是个人的基础,而个人是社会的一员,因此生命是社会的重要利益。<sup>⑲</sup>本文认为,生命他有说难以成立,人是自己生

命的唯一法益主体。

首先,我国并不具备生命他有说的文化土壤。一般认为,生命他有说的基础是基督教的伦理观。<sup>⑳</sup>在公元4世纪以后,基督教开始禁止自杀。<sup>㉑</sup>奥古斯丁认为,“不可杀人”的诫命中“人”包括任何人,自杀违背了这一诫命。<sup>㉒</sup>换言之,生命是上帝所赐的,只有上帝才有权处置。<sup>㉓</sup>托马斯·阿奎那(Thomas Aquinas)也指出,只有上帝才能掌握人的生死大权,自杀违背了上帝的意志。<sup>㉔</sup>这一观点的根源是主张灵魂归依上帝的西方罪感文化,与我国传统文化存在本质区别。我国传统主张以身心与宇宙自然合一为依归的乐感文化。<sup>㉕</sup>尽管我国传统文化中也有以“天”为主的神圣系统,但个人并非完全受制于天,有时候个人甚至可以改变上天的意志。<sup>㉖</sup>与完全臣服于命运(上帝)的罪感文化不同,乐感文化中暗示着人们征服自然的相对主动权,<sup>㉗</sup>体现了坚忍不拔、战天斗地、乐观奋发的精神。<sup>㉘</sup>具体到关于生命的理解中,一方面,我国传统文化中也存在尊重生命的因素。我国百姓大多抱持“好死不如赖活”的生死观,具有强烈的乐生恶死的情感,向往“尽天年”“全而寿”。若中途夭折,比如自杀身亡,那便叫做“逆天年”。<sup>㉙</sup>不仅如此,我国百姓一般持有类我化的人生观,将个人生死与家人、家族乃至国家相联系,自杀之时往往会思及“家人痛苦怎么办”“往祖宗脸上抹黑怎么办”等。<sup>㉚</sup>但另一方面,我国传统文化也并不排斥为实现自身目标处分生命的行为。正是因为类我化的人生观,个人化的生活经由普遍性的生命而与家庭、家族直至国家紧密地联系在一起。<sup>㉛</sup>个人可以为了一些超越自我的外在目标(国家、君主、朋友等)的实现而放弃自己的生命。<sup>㉜</sup>无论儒家的“杀身成仁”,道家的“生死齐一”,还是墨家的“慷慨赴死”,都对死亡持一种自然、达观的态度。<sup>㉝</sup>正如《孟子·告子上》中所说的,“生,亦我所欲也,义,亦我所欲也;二者不可得兼,舍生而取义者也”。总之,人并非“天”“神”或者其他主体支配的客体,而是主体。即便“舍生取义”或者“杀身成仁”,根本理由都是个人的自我决定,而

非他人的支配。这样的文化土壤天然地排斥生命他有说。

其次,我国并无谴责自杀的立法传统。不可否认,我国古代立法中也有干预自杀的相关内容。例如,秦汉时期,法律禁止私人使用乌头等易致死的药物,不仅如此,向保辜期限内的伤者提供“兵刃索绳它物”而致其自杀的行为也要受到刑罚处罚。<sup>④</sup>又例如,唐代法律规定,将金属利器及其他可用以自杀之物给囚犯的行为要受到刑罚处罚。<sup>⑤</sup>但是,不难发现,上述规定的根本逻辑并不在于谴责自杀,而在于预防危险、维护保辜制度或者维护监狱秩序等。1907年《大清刑律草案》第308条将教唆、帮助自杀规定为犯罪并规定可以免除相约自杀中获救者的刑罚。这是我国首次直接将参与自杀规定为犯罪,其立法模式在我国台湾地区“刑法”得以保留。本条的立法理由指出:“各国往昔自杀之罚颇多,现今此种罚例已不复见。但以自杀教唆他人,或帮助之,或为自杀之人动手者,仍不能无罚,本条之设以此。若谋为同死,遇救得生,其实与自杀无殊,故得裁夺情形,免其处罚也。”<sup>⑥</sup>若站在生命他有说的立场,相约自杀者侵害了自己和其他自杀者的生命,相比一般参与自杀应该受到更重的刑罚。然而,由于“其实与自杀无殊”而可以免除处罚,这与生命他有说的逻辑完全相悖。因此,我国立法从未站在生命他有说的立场谴责自杀。

再次,生命他有说并不符合我国的立法现状。根据我国现行《刑法》,即便要处罚参与自杀行为,也只能以故意杀人罪定罪处罚。若按照生命他有说的观点,故意杀人罪就不再是侵犯个人生命的犯罪,而是侵犯国家、社会或者其他主体利益的犯罪。这并不符合“侵犯公民人身权利、民主权利罪”的特性。即便是规定了参与自杀罪的我国台湾地区,本罪也规定在第22章“杀人罪”中,并未规定于保护国家、社会或其他主体利益的章节中。

最后,生命他有说不符合保障人权的宪法原则。如果将生命视为国家、社会或者其他主体的利

益,那么是否侵害生命,就应该由其他主体的得失来计算,这为恣意牺牲个人生命创造了合理性基础。例如在斗兽场中,角斗士拼死搏杀能带来观众精神上的愉悦,若站在国家、社会或者其他主体的立场,认为观众精神愉悦的利益比角斗士的生命利益更大,则可以允许强迫角斗士参加搏杀而损失生命。这显然是有损人权的。另外,生命他有说认为个人的生命是国家、社会或者其他主体的利益,那么,个人自我决定中蕴含的利益也可以被还原为上述主体的利益。在个人自杀的情况下,尽管生命利益减少了,但自我决定的利益增加了,对于国家、社会或者其他主体来说,也并不一定是损害。换言之,即便是站在生命他有说的立场,也不能“一刀切”地认为自杀是违法的。生命他有说的论者并未详细论证应当如何去判断其中的利益得失。这只会导致自杀违法性的判断走向恣意,进一步损及人权。

## (二)人享有自己生命的完全处分权

有一些观点并不反对生命是个人独有的法益,但却以各种理由否定个人对生命的处分权,这被本文称为处分权否定说。处分权否定说难以达成自身协调。如果承认生命是个人法益,就应当允许个人对生命进行任意处分。承认生命是个人法益的同时否定个人对生命的处分权的观点,基本立场和具体结论之间自相矛盾。为了缓解这一紧张关系,处分权否定说主要从生命的重大性和基础性出发展开论证。他们指出,尽管我们要尊重法益主体自我决定的自由,但这仅限于自我决定的利益高于受侵害的法益的场合,如切断自己手指等。但是,在自杀的场合,受侵害的法益(生命)比自我决定的利益更高,自我决定的利益就应当让步于生命,自杀应当被评价为违法。<sup>⑦</sup>生命的价值比自由更高的理由在于,生命是个人得以成为自律生存主体的生物学基础,处分生命则是破坏自律生存主体本身,是破坏自由原理中的最高价值。即便处分生命的自我决定是基于完全判断能力而作出的,也必须为了法益主体本人的利益,保护与将来相联系的现存的自律生存主体。<sup>⑧</sup>

总之,放弃生命等于否认了个人作为人格体的存在本身,这与宪法保护人格尊严、对个人的尊重这样的目的理念相矛盾因而具有违法性。<sup>⑨</sup>我国也有学者指出:“从生命是包括自己决定权在内的一切权利或者价值的本源或者基础,因而有必要给予最为厚重的保护的立场出发,应例外地承认‘家长主义’的介入,亦即即便是自己自主地处分自己的生命,也是对个人生命法益的侵犯,从而不为法所允许。”<sup>⑩</sup>

本文认为,要赞成上述观点,需先回答两个问题。

首先,生命和自我决定是否可以衡量?处分权否定说通常认为生命和自我决定可以衡量,而自我决定小于生命,因此个人不得任意处分自己的生命。这忽略了一个重要的前置性问题——生命和自我决定是何关系?实际上,生命的意义并不在于维持其存续本身。一方面,生命本来就在不断流逝中,即便我们用尽全力维持生命的存续,也不能改变自己正走向死亡这一事实。另一方面,生命的价值在于生命中蕴含了法益主体自我决定、自我塑造的可能性。正如萨特所说:“一个人投入生活,给自己画了像,除了这个画像外,什么都没有。”<sup>⑪</sup>我们的生命之所以有价值,就是因为生命提供给我们选择的机会,我们可以通过不断的选择来塑造自己,而我们除了自己作出的选择一无所有。一个谨小慎微的人,通过不断选择规避危险来塑造自己,法律强迫他接受危险就是干涉其自我决定,阻碍其人格自由展开。同样,一个将生命以外的其他价值看得比生命还重要的人,则通过放弃自己的生命来塑造了一个为了追求该价值而放弃生命的自我形象。当然,这里的价值不仅包括对正面价值(如正义、理想等)的追求,还包括对反面价值(如痛苦、绝望等)的排斥。“舍生取义”是在塑造、实现一个人格,“不堪痛苦”而结束生命也是在塑造、实现一个人格。总之,生命和自我决定并不是两个平行的、可供选择的价值。生命真正的价值在于其中蕴含的自我决定的可能性,甚至可以说生命的意义只有通过自我决定才能实现。

如果我们因为生命本身的重大性而限制个人的自我决定,则是本末倒置了。

其次,生命是自我决定的基础,这是否足以否定处分生命的有效性?处分权否定说正确地指出了生命对自我决定具有基础性作用。然而,我们不能据此直接否认法益主体对生命的处分权。以财物为例。财物也是自我决定的基础,财物所有人可以通过使用财物来进行自我实现。当使用100元钱时,钱中蕴含的自我决定可能性就会消失。但是,没有观点会主张应当限制个人对自己财物的处分。理由在于,财物的意义就在于使用,财物中蕴含的自我决定可能性只有通过使用才能实现。当某人使用100元钱购买到了想要的商品,与其说钱中蕴含的自我决定可能性消失了,毋宁认为这些可能性实现了。同样地,当自杀者决定结束自己生命时,其当然也知道这会损失将来生命中蕴含的自我决定可能性。其坚持选择结束生命,就是因为这一选择可以实现对他来说更重要的价值(或者逃避不堪忍受的痛苦)。从这个意义上讲,与其说自我决定可能性消失了,不如说这些可能性实现了。实际上,人的生命是有限的,人在一生中不可能实现其追求的一切价值。每个人所作的一切选择都意味着实现一部分可能性的同时损失另一部分可能性。例如,A选择打游戏,则失去了在此刻写论文的可能;B选择研究法学,就失去了成为数学家的可能。我们每一个选择都在消耗自己的部分生命,选择的过程不仅是得到的过程,更是损失的过程。这是生命的自然状态。既然消耗部分生命的选择是理所当然的,为什么消耗剩下所有生命的“梭哈”式选择就不被允许呢?

### (三)刑法语境下的自杀合法论

从上述分析可知,生命是个人法益,个人拥有自己生命的完全处分权,自杀是合法的。接下来,有必要进一步说明的是,在刑法语境下,应当如何理解自杀合法?自杀违法论认为,如果自杀合法,那么一般公民在遇到他人自杀时不得加以制止和救助,<sup>⑫</sup>阻止他人自杀甚至可以被视作妨害他人行使权利。<sup>⑬</sup>类

似地,法外空间说认为,法律上将某种行为评价为合法,不仅包含了予以承认的侧面,还包含了鼓励人们去从事该行为的意思。但是,自杀会造成一些(法益侵害之外的)损害,具有一定的社会危害性,不值得提倡。因此,自杀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。<sup>④</sup>尽管上述观点的结论不同,但其主张存在共性。即如果认为自杀合法,那么自杀就是个人在行使权利,他人不仅不能干涉,甚至应当保障、鼓励这一权利的实现,而这并不符合主流的观念。这样看来,似乎自杀合法论难以成立。

然而,上述质疑难言妥当,因为其忽略了不同规范的目的差异。自杀是否违法,是围绕故意杀人罪这一刑法规范展开的问题,该规范的目的是保护生命法益。只要承认法益主体拥有对生命的绝对处分权,自杀就并未侵害(而是“处分”)生命法益,应当作为合法行为被排除在故意杀人罪的规制范围之外。然而,自杀者拥有生命的绝对处分权,并不意味着其他规范不得从其他角度加以限制。社会完全可以为了其他目的而积极干预自杀。例如,宣扬热爱生命的积极价值观、防止他人模仿自杀、鼓励个人实现自己的社会价值或家庭义务等。自杀合法和自杀可以被干预,这两者是并行不悖的规范现象,并无矛盾。例如,《刑法》第234条规定,故意伤害“他人”身体的成立故意伤害罪。这意味着自伤不可能成立故意伤害罪,自伤合法。但另一方面,第434条规定了战时自伤罪,将战时自伤规定为处罚对象。综合两个法条可知,即便行为人完全符合战时自伤罪的构成要件,自伤被认定为违法,但也不可能成立故意伤害罪。这足以说明,战时自伤罪将自伤行为规定为违法,与故意伤害罪将自伤规定为合法,两者并无矛盾。其理由在于,法益主体拥有对自己身体的绝对支配权,只能处分自己的身体,不可能侵害自己的身体,因此不是故意伤害罪的适格主体。但与此同时,刑法仍可以禁止其通过自我伤害的方式来逃避军事义务。故意伤害罪的设立目的是保护个人的身体法

益,战时自伤罪的设立目的是保护军事义务的忠实履行,两罪的规范设立目的不同,对同一行为的评价当然可能不同。同样,本文语境下所说的自杀合法仅意味着自杀者可以任意处分自己的生命权,而不会受到故意杀人罪这一规范的规制。但这并不意味着自杀不会受到其他规范的规制,更并不意味着自杀成了某种神圣权利必须予以保障。

#### (四)参与自杀不能类比共同犯罪

参与自杀是一种特殊的参与形式,在自然形态上类似于共同犯罪——自杀者实施了终结自身生命的行为,参与者则通过教唆或者帮助间接参与其中。但是从规范意义上看,参与自杀与共同犯罪存在本质区别。典型的共同犯罪往往存在至少两方阵营、三个主体:两个以上的行为人组成侵害者阵营,法益主体则属于受害者阵营。与之相对,典型的参与自杀的案件中仅存在两个主体,即参与者和自杀者。要将共同犯罪的理论模型套用到参与自杀中,就只能让自杀者“分饰两角”,同时扮演法益直接侵害者和受害者(法益主体)。然而,这两个角色明显是相互矛盾的。如果承认自杀者是自己法益的主体,其就不能侵害自己的法益,只能处分自己的法益。如果承认自杀者是侵害者,其就不可能同时又是受害者。如前所述,个人享有生命的完全处分权,其只可能是法益主体的角色,而不可能是侵害者的角色。自杀不能被故意杀人罪所规制,不具有正犯性。参与自杀也只是在外在形态上表现为参与行为,本质上并非对不法行为的参与,与教唆犯、帮助犯等具有本质区别。不能将共同犯罪的理论模型和既有观点套用到参与自杀中。

实际上,从其他角度重新认识参与自杀,会发现其更接近间接正犯的类型,而非犯罪参与的类型。一方面,参与自杀可以被理解为“利用合法行为”的间接正犯。自杀是合法行为,而(一部分的)参与自杀可以被理解为利用他人合法行为侵害其生命的行为。这通常被认为是典型的间接正犯类型。<sup>⑤</sup>例如,甲为了杀害乙,教唆乙杀丙,并同时告知丙有人想杀

他,让丙做好正当防卫的准备。后来,乙持刀正欲杀丙时,丙对乙实施正当防卫致其死亡。该案中,尽管甲的行为表现为教唆行为,但通常认为甲成立故意杀人罪的间接正犯。<sup>⑥</sup>另一方面,参与自杀还可以被理解为“利用无身份的工具”的间接正犯。个人对自己的生命有完全的处分权,只能是自己生命的处分者而不可能是侵害者。从这一点来说,故意杀人罪是身份犯,即只有法益主体之外的人才可能成立本罪,法益主体不可能成立本罪的正犯。参与自杀就可以被理解为,有身份的行为人利用无身份的被害人侵害其法益,而这成立间接正犯几乎是没有争议的。<sup>⑦</sup>

从上面的分析可以看出,如果简单地将共同犯罪的理论模型套用到参与自杀中,可能会得出自杀是正犯而参与自杀是共犯的结论,但这一结论并不合理。实际上,参与自杀的构造更接近间接正犯的理论模型,参与自杀完全可能具有正犯性。显然,参与自杀的刑法定性问题并不会仅仅通过“选对”理论模型就能得以解决。必须正面解决参与自杀的正犯性问题,而不能凭直觉简单地套用既有的理论模型。

### 三、正犯性认定的误区:定型性与意志支配

#### (一)定型性思维及其局限

主流观点认为,刑法分则预设了各个犯罪的典型形象,故意杀人罪也不例外,“只有行为本身具有致使他人死亡的现实可能性才是杀人”。<sup>⑧</sup>参与自杀的外在形象体现为参与行为而非“分则定型化的实行行为”。<sup>⑨</sup>因此,参与自杀与故意杀人具有本质区别,不宜作为故意杀人罪处理,<sup>⑩</sup>否则将违背罪刑法定原则。这一观点背后是关于构成要件的定型性思维(因此有学者称之为“定型性说”)。其核心思想是,构成要件预设了犯罪的特定形象,具有定型性,如果相关行为不符合这一特定形象,则欠缺构成要件该当性。<sup>⑪</sup>具体到故意杀人罪中,杀人行为的特定形象是捅刺、枪击等直接造成生命高度且紧迫的危险的行为。若行为人的行为不符合这一特定形象,即便其客观上造成了他人死亡,也不属于杀人行为。<sup>⑫</sup>

然而,定型性思维要成立,首先必须回答的问题是,到底是谁预设了每个犯罪的特定形象?如果是刑法规定,则所谓的犯罪形象不过是构成要件的同义反复,是重复罪刑法定原则的基本要求。这一理解虽然没有错误,但也没有更多价值。罪刑法定原则并不要求法典中明确规定一切犯罪的细节问题。刑法解释并不单纯是探寻事先规定好的唯一真意,其中多少包含了法官的选择和决断。<sup>⑬</sup>故意杀人罪的规定中不包含具体的杀人手段,我们从“杀人”二字中只能解读出引起他人死亡的含义,无法解读出其他关于实行行为样态的限制。正因为刑法规定中无法找到定型性的根据,定型性思维的支持者通常转而借助相关犯罪的通常性来确定犯罪的特定形象,<sup>⑭</sup>所谓的定型性不过是通常性的代名词。<sup>⑮</sup>论者通过对生活的观察,发现绝大部分杀人行为都是直接侵害他人生命的行为,便认为不能直接侵害他人生命的行为就不是杀人行为。显然,这属于简单的归纳思维,并不合理。行为人实施的行为是否具有通常性,和该行为是否能被评价为杀人行为,是两个不同的问题,不可混淆。犯罪行为的通常形象来自经验总结,自然受到经验的限制,一旦相关案情超出经验范围,则无法得出合理结论。我们看到的天鹅都是白色,不意味着天鹅只能是白色。实际上,刑法理论和司法实践中已经出现了不少关于杀人的特定形象的“黑天鹅”。例如,在不真正不作为犯中,保证人并未实施任何行为,然而这并未影响构成要件符合性的认定,<sup>⑯</sup>一般也不会认为处罚不真正不作为违背罪刑法定原则。<sup>⑰</sup>又例如,间接正犯并未直接侵害法益,而是利用他人侵害法益,然而,只要满足一定条件,仍可认为幕后人实施了构成要件行为。<sup>⑱</sup>这足以说明是否符合犯罪的特定形象和是否违反刑法规范是两个不同的问题,处罚不符合(根据经验总结而成的)定型性的行为并不一定违背罪刑法定原则。

#### (二)间接正犯的正犯性:意志支配并非必要条件

以是否直接造成法益侵害为标准,正犯可以被区分为直接正犯和间接正犯。参与自杀只可能被评

价为间接正犯。但是主流观点认为,间接正犯之所以具有正犯性,是因为幕后人以自己的意思对被利用者进行意志支配,左右了被利用者实施犯罪的因果流程。<sup>③</sup>换言之,只有完全支配整个因果流程的幕后人才可能成立间接正犯。按照这样的理解,在参与自杀案件中,也只能认为,仅当行为人对被害人形成意志支配时才可能成立间接正犯。反之,若行为人不能对自杀者形成意志支配,就不能成立间接正犯。然而,通过梳理不难发现,主流观点并未贯彻到底。

主流观点认为,成立参与自杀的前提是存在自杀。自杀的认定应当遵循最为严格的标准,<sup>④</sup>这要求被害人有充分的认知与判断能力且意思表示无重大瑕疵。<sup>⑤</sup>反之,如果自杀者未作出有效的同意,参与者实施的行为就不是参与自杀的行为,而是故意杀人罪的间接正犯行为。<sup>⑥</sup>换言之,主流观点将意志支配的认定标准替换为了有效同意的认定标准。对于间接正犯的认定来说,前者是极为严格的标准,只有当参与者完全支配犯罪的整个因果流程才能被认定为间接正犯。后者是较为宽松的标准,只要被害人的同意未能完全体现其自我决定,参与者就可能成立间接正犯。因此,间接正犯的范围出现了明显扩张。下文以教唆他人犯罪和教唆他人自杀为例,考察教唆者成立间接正犯的标准差异。

其一,教唆不具有刑事责任能力的人犯罪不一定成立间接正犯,但是,教唆不具有刑事责任能力的人自杀必然成立间接正犯。例如,教唆未满14周岁的人犯罪的场合,尽管实行人未达到刑事责任年龄,但如果其精神和道德上已经成熟,具备了区分善恶的能力,将其排除在正犯之外并不合理。若教唆人并未形成对实行人的意志支配,则不能排除实行人的正犯性,教唆人只能成立教唆犯而非间接正犯。<sup>⑦</sup>与之相反,在教唆未满14周岁的人自杀的案件中,教唆人成立故意杀人罪的间接正犯,这几乎是没有争议的。<sup>⑧</sup>实际上,由于生命法益是极其重要的法益,对处分生命法益的自我决定能力的要求应高于14周

岁。根据《刑法》第234条之一第2款的规定,摘取不满18周岁的人的器官的,构成故意伤害罪或者故意杀人罪。由此可知,未满18周岁的人不具有处分自身生命、重要器官的能力,教唆未满18周岁的人自杀均成立故意杀人罪的间接正犯。<sup>⑨</sup>

其二,强迫他人犯罪成立间接正犯所要求的强制力高于强迫他人自杀成立间接正犯所要求的强制力。在强迫他人犯罪的案件中,教唆人要成立间接正犯,以其对实行人具有意志支配为前提,即实行人自由意志被完全压制而陷入免责的状态(即没有期待可能性)。<sup>⑩</sup>如果实行人的自由意志并未被完全压制,仍具有不实施犯罪的期待可能性,教唆人仍应当被认定为教唆犯而非间接正犯。与之相对,在强迫他人自杀的案件中,只要自杀决定无法体现法益主体的真实意思(而不必达到自由意志完全被压制的状态),则足以将教唆人评价为故意杀人罪的间接正犯。例如,2017年2月1日施行的最高人民法院、最高人民检察院《关于办理组织、利用邪教组织破坏法律实施等刑事案件适用法律若干问题的解释》第11条规定,“组织、利用邪教组织,制造、散布迷信邪说,组织、策划、煽动、胁迫、教唆、帮助其成员或者他人实施自杀、自伤的,依照刑法第二百三十二条、第二百三十四条的规定,以故意杀人罪或者故意伤害罪定罪处罚。”利用邪教组织教唆他人自杀成立故意杀人罪的间接正犯,而利用邪教组织教唆、煽动他人犯罪的行为显然并不必然成立间接正犯。

其三,欺骗他人犯罪的案件中,教唆人仅就动机内容进行欺骗不成立间接正犯。同样的情况在欺骗他人自杀的案件中,教唆人可能成立间接正犯。在欺骗他人犯罪的案件中,如果欺骗内容与犯罪构成要件(例如犯罪结果、犯罪行为的性质等)相关,教唆人成立间接正犯。例如,教唆人欺骗实行人,使之相信远处是熊而射击,但实际上远处是人,教唆人成立故意杀人罪的间接正犯。但是,如果欺骗内容仅与动机相关,而与构成要件无关,教唆人则只能成立教唆犯而非间接正犯。例如,教唆人欺骗实行人,杀死

被害人可以得到一大笔赏金,实行人为了赏金而杀害被害人。本案中,教唆人是否具有支付赏金的意思并不影响实行人成立正犯。教唆人只能成立教唆犯而不可能成立间接正犯。反之,在欺骗他人使之自杀的案件中,即便欺骗的是动机形成方面的内容,教唆人也可能成立故意杀人罪的间接正犯。关于被害人受骗作出的同意的效力,主要存在全面无效说(重大瑕疵说)和法益错误说(法益相关的错误说)之争。全面无效说认为,如果欺骗引起了被害人意思的重大瑕疵,使得被害人作出的同意不符合其真意,被害人同意就无效。<sup>⑥</sup>按照全面无效说,教唆人就动机内容欺骗被害人使其自杀的,也成立故意杀人罪的间接正犯。法益错误说认为,只有当被害人存在同意事项的内容和意义方面的错误(即法益相关的错误)时,同意才会无效,单纯的动机错误并不影响同意的效力。<sup>⑧</sup>但实际上,动机错误也可能是与法益相关的错误,在这样的情况下,即便站在法益错误说的立场,也应该认为教唆人成立故意杀人罪的间接正犯。<sup>⑨</sup>例如,教唆人欺骗被害人,使其认为自杀后可以在另一个躯体中复活。被害人相信了教唆人的说辞试图自杀而未遂。本案中,德国联邦最高法院认为被害人没有“本来意义上的自杀”,即通过自杀“永久地结束自己生命”的想法。因此行为人成立谋杀未遂的间接正犯。<sup>⑩</sup>即便是认为引起动机错误而促成自杀并不成立间接正犯的学者,也认为这里被害人陷入了“准构成要件错误”,并承认上述判例的合理性。<sup>⑪</sup>反之,如果案情被修改为,教唆人欺骗实行人,使其误信被害人死后会在另一个躯体中复活,行为人受骗而杀害被害人,相信不会有观点主张这里行为人存在“准构成要件错误”而变成了教唆人的“工具”。本案中,教唆人只可能成立故意杀人罪的教唆犯而非间接正犯。总之,无论采全面无效说还是法益错误说,间接正犯的成立标准都在参与自杀案件中发生了扩张。

从前文的梳理可以看出,主流观点以有效同意的成立标准替换意志支配的标准,无根据地扩张间

接正犯的范围,将部分不具有意志支配的参与自杀纳入间接正犯的范围。这样的做法一方面承认了部分未形成意志支配的参与自杀具有正犯性,另一方面却掩盖了真正需要解决的问题——为何参与自杀可能具有正犯性?应当如何判断正犯性?实际上,意志支配是成立间接正犯的充分条件,但并非必要条件。间接正犯的成立范围比一般认为的更广,即便行为人并未直接实施侵害法益的行为,也不具有对他人的意志支配,仍有成立间接正犯的空间。<sup>⑫</sup>要解决参与自杀的刑法定性问题,应该回到更为本质的问题,即如何合理划定间接正犯的成立范围,如何确认间接正犯的“正犯性”。

#### 四、参与自杀的正犯性:根据与条件

##### (一)参与自杀的正犯性根据

如前文所述,正犯有多种类型,各种行为可以成立不同类型的正犯。直接侵害法益的行为是直接正犯,通过意志支配间接侵害法益的行为是意志支配型间接正犯。行为符合上述正犯类型是成立正犯的理由,但是,行为不符合上述正犯类型,并不一定意味着该行为不成立正犯。参与自杀也可以成为一种特殊的正犯类型。接下来本文将从实质方面论证参与自杀的正犯性根据。

首先需要说明的是,无论直接正犯还是间接正犯,在正犯性上并没有差别,两者的区别仅在于外在形态。也就是说,间接正犯的正犯性和直接正犯的正犯性所指向的内容是相同的。直接正犯和间接正犯都是为法益侵害结果承担“首要责任”的类型。<sup>⑬</sup>两者的正犯性均体现为对构成要件实现的支配。这里的支配存在两种理解,一是事实层面的理解,即行为事实上支配了法益侵害结果的发生;二是规范层面的理解,即行为人实施的行为在规范上具有特殊性。实际上,这两者并无直接冲突。实行行为是符合构成要件的行为,亦即直接违反刑法条文背后的行为规范的行为。正犯性的判断当然属于规范判断,应从规范层面展开理解。不过,在一般情况下,支配结果发生的行为往往就是直接违背行为规范的

行为,因此行为人对结果的支配力通常决定了其正犯性。然而,这一结论只适用于一般情况,并无绝对性。通过下面的案例可以看出,当事实支配力和规范特殊性存在不一致时,后者对正犯性具有决定性影响。X明知Z手提箱中藏有枪支,而教唆对此无知的Y盗窃该手提箱。若审查盗窃罪,那么X成立教唆犯,但如果考察盗窃枪支罪,则X属于“利用无故意的工具”的间接正犯。X教唆Y盗窃手提箱这一事实并未改变,X对法益侵害结果的支配力是一样的,但其行为的定性会根据审查罪名的不同而变化。又例如,司法工作人员甲教唆非司法工作人员乙通过故意伤害的方式刑讯逼供。若审查故意伤害罪,则甲成立教唆犯,但如果审查刑讯逼供罪,甲则属于“利用无身份有故意的工具”的间接正犯。从上面的举例可以看出,尽管对结果的支配力可以在很大程度上影响正犯性的判断,但并非判断标准本身。

正犯是承担首要责任的人,是行为规范直接规制的对象。若直接支配法益侵害结果的行为不能成为行为规范的规制对象,为了不使法益处于没有保护的境地,当然可以考虑规制创设这一状况的行为,肯定该行为的正犯性。从这个意义上看,间接正犯就是在结果无法被归属于直接实行人的情况下的一种补救方案。<sup>③</sup>前述盗窃枪支的案件中,Y是盗窃罪的规制对象,因此Y是正犯。同时,Y并不知道手提箱中藏有枪支,因此并非盗窃枪支罪的规制对象(本罪仅规制有盗窃枪支故意的行为),其幕后的X则成了正犯。决定X正犯性的,并非其对结果发生的支配力,而是Y能否成为行为规范的直接规制对象。刑讯逼供的案例也同样如此,真正决定甲正犯性的因素并非其对刑讯逼供事实的支配力,而是其是否属于相关行为规范的直接规制对象。当行为规范无法规制直接侵害法益的行为时,可以将创设这一行为的前行为纳入规制范围,从而认定前行为具有正犯性。这一现象被本文称为行为规范的前移。这在刑法中并不少见,不仅包括前述的利用合法行为和利用无身份的工具等典型的间接正犯类型,还包括

挑唆防卫、自招危难等。以挑唆防卫为例,挑唆防卫人通过创设紧急状态,使得直接侵害法益的行为合法化而不能被行为规范所禁止。此时,可以溯及性地谴责创设这一紧急状态的挑唆行为。<sup>④</sup>由于本文篇幅有限,无法对这些情况一一展开分析,只能围绕帮助自杀展开讨论。

生命是人最重要的法益,对生命的处分是不可逆的。这意味着处分生命是法益主体所能作的最为重大、严肃的决定。然而,现实生活中的自杀决定往往并不是基于充分、冷静且理性的思考而作出的。经验研究表明,自杀未遂者精神疾病患病率高,大多处于失业状态,在自杀未遂前出现过人际冲突、抑郁情绪等。<sup>⑤</sup>大部分情况下,自杀决定是受到外部压力(如重大变故等)、内心冲突(心理绝境等)以及神经生物学方面的功能损害(酒精、药物、疾病等造成的抑郁等)等因素影响而产生的。<sup>⑥</sup>在这些因素的影响下,自杀决定往往具有冲动性,大部分自杀者在自杀未遂后会放弃自杀,后悔之前的自杀决定。<sup>⑦</sup>因此,有必要对生命的处分权设置一定的限制。<sup>⑧</sup>这并不是限制法益主体基于深思熟虑的不合理的决定,而是限制其基于一些病理原因或者轻率而作出无法挽回的重要决定。<sup>⑨</sup>

自我决定权的真意是“做自己的主人”,即排除一切来自外界的干涉。以往关于自我决定权的观点往往强调排除刑法等公权力对自我决定的干涉。但实际上,自我决定同样可能受到来自其他平等主体的干涉,例如迫于外界压力参加本不想参加的聚会,受广告影响购买了自己本不需要的商品等。只是一般情况下,他人对自我决定的干涉程度、造成的影响都有限,不值得刑法介入。然而,自杀者大多处于病理或者心理上的脆弱状态,这一状态容易被他人利用作为侵害生命的手段。生命是个人最重要的法益,自杀不可能反悔重来。若刑法任由他人实质性地推进法益主体自杀,则属于冠以尊重自我决定权之名的冷漠,这不是真正意义上的刑法谦抑性。因此,自杀决定在生成和实现的过程中容不得他人插

足。应当将生命处分设置为绝对的“禁区”,不仅排除公权力的直接干涉,而且禁止其他主体的干涉,从而保证自杀决定的纯粹性。正如平野龙一指出的,生命只能由本人所左右,引起他人死亡、对他人自杀施加影响的行为是违法的。<sup>⑧</sup>

这样的理解更符合我国文化。自杀在我国不仅是一种个人行为,更是一种指向他人的行为。在自杀的案件中,西方人更关注的是“为什么”,而我国更关注的是“谁逼他自杀的?谁应该对此负责?”<sup>⑨</sup>总之,自杀不能被视为完全的被害人自我答责行为,有必要穿透自杀这一现象回溯性地考察促成自杀实现的行为人的刑事责任。若行为人故意制造或者利用自杀者的短暂自杀情绪达成侵害自杀者生命的目的,那么,自杀决定就不是自杀者人格的展开,处分生命的行为已经被扭曲为了行为人利用自杀者特殊情况侵害其生命的行为,行为人成立故意杀人罪。这里可以借助特殊体质的理论进一步说明。从外在形态上看,轻微暴力不可能导致他人死亡,因而通常不属于杀人行为。但是,若行为人明知被害人有特殊体质仍对其实施轻微暴力,则属于利用被害人特殊体质侵害其生命,而这属于杀人行为。同样地,从外在形态上看,参与自杀难以被评价为杀人行为,但在自杀的场合,被害人处于即将放弃生命、缺乏自保意识的脆弱状态。这个状态也可以被理解为一种特殊体质。若行为人故意制造或者利用这一脆弱状态促使被害人自杀,则可以被理解为故意杀人行为。

有观点可能会反驳称,本文主张法益主体享有完全的生命处分权,同时又主张限制这一权利,是否存在自相矛盾?实际上,将参与自杀认定为违法,不过是对处分生命的手段、原因等内容的限制,类似于夺走自杀者身边的锐器、毒药或者营造热爱生命的氛围等,这些内容处于生命处分权的边缘地带,并非核心内容。但与此同时,这完全杜绝了他人通过制造、利用被害人病理或者心理上的脆弱状态侵害被害人生命的可能,保证了生命处分决定的纯粹性。法益主体享有完全的生命处分权,与该处分权在行

使方式上受到一定的限制,两者不仅不矛盾,而且正好体现了刑法家长主义与自我决定权之间的张力,在尊重自我决定权的基础上最大限度地实现刑法的保护机能。

## (二)参与自杀的正犯性成立条件

如前所述,参与自杀的违法性并不来自对自杀的从属,而是直接来自干涉他人的自杀决定。这属于行为规范前移的现象。然而,行为规范并不是在任何情况下都可以前移的,否则就会落入结果责任的窠臼,致使刑法归责无限制地向前追溯。因此,需要思考的是,禁止杀人这一行为规范在什么情况下可以前移而规制参与自杀?而这又需要重新思考故意杀人罪背后的行为规范到底包括哪些内容。没有争议的是,故意侵害他人生命,以及负有作为义务的人在能履行义务的情况下故意不履行义务导致他人死亡,均可能成立故意杀人罪。这意味着故意杀人罪背后的行为规范至少包括了针对一般人的禁令和针对保证人的要求。这正好代表了两种极端情况:针对一般人,本罪的行为规范体现为禁令,禁止行为人实施直接侵害被害人生命的行为;针对具有特殊身份的保证人,本罪的行为规范体现为要求,要求保证人实施避免法益侵害结果发生的行为。将这两者结合可以看出,身份越特殊,符合本罪行为要件的门槛越低,反之,身份越一般,符合本罪行为要件的门槛越高。成立故意杀人罪,身份和行为的要求成反比,两者是互补状态。那么,我们当然可以想象,在这两个极端之间存在一种折中的情况,行为人和被害人之间具有一定的特殊关系(但不要求足以产生作为义务),且行为人实施一定的危害行为(但不要求足以成立直接正犯),也可能构成故意杀人罪。在这个区间内,参与自杀与故意杀人作为犯、不作为犯之间均具有等价性。总之,参与自杀要具有正犯性,应当具备主体和客观两项条件。

条件之一,主体身份。从事前、一般人的视角看,只有与被害人之间存在一定的社会关系,能够对被害人自杀决定产生实质影响的人,才可能成立正

犯。这里的主体身份与故意杀人罪不作为犯中的保证人虽有重合之处,但范围远大于后者。例如,情侣、挚友等,从一般人的视角看来也可能影响自杀决定。另外,一些临时形成的稳定关系也可能被纳入参与自杀型故意杀人罪的主体范围。例如,利用邪教与被害人形成较强的心理联系甚至是精神控制的行为人也可能成为这里的主体。又例如,行为人利用一些死亡游戏(如“蓝鲸死亡游戏”等)通过不断设置挑战等方式训练被害人的顺从性最终实现精神控制,<sup>⑧</sup>也可能成立这里主体。若行为人与被害人之间没有上述社会关系,从事前、一般人的视角看,行为人并不会实质影响被害人的自杀决定,即便事后查明行为人左右了被害人的自杀决定导致被害人死亡,也不能由死亡结果反推行为性质而肯定该行为的正犯性。例如,在被害人自杀犹豫之时,与之毫无关联的旁观者在一旁起哄怂恿,即便这一行为实质上促进了被害人自杀,也难以被评价为故意杀人罪的正犯。<sup>⑨</sup>值得一提的是,上述情况下,行为人不成立故意杀人罪,不意味着行为人完全不必为他人的死亡承担责任。若行为人的行为成立其他犯罪的基本构成要件,则可能根据缓和的结果归属为被害人的自杀承担责任。<sup>⑩</sup>例如,诽谤罪的成立以“情节严重”为前提。根据2013年9月10日施行的最高人民法院、最高人民检察院《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》第2条,“造成被害人或者其近亲属精神失常、自残、自杀等严重后果的”属于情节严重的情形之一。

条件之二,客观行为。从事前、一般人的视角看,行为人只有实施了能够实质影响被害人自杀决定的行为,才可能具有正犯性。首先,通过欺骗、强制等方式制造意思瑕疵引起被害人自杀的行为当然属于杀人行为。这并不要求达到意志支配的程度。在欺骗的场合,也不必讨论被害人的错误是否与法益相关。其次,教唆自杀,即通过教唆使被害人形成并维持自杀意思的行为也属于杀人行为。最后,部分帮助自杀,即被害人已经形成自杀意思的场合,为

其最终实现自杀提供实质助力的行为也是杀人行为。这不仅包括向自杀者提供物理帮助、制造条件的行为,还包括强化、维持被害人自杀意思并帮助其顺利实现自杀的行为。前者例如,夏锡仁故意杀人案中,行为人为断腿的被害人准备自杀工具并制造自杀条件的行为属于杀人行为。<sup>⑪</sup>邓明建故意杀人案中,行为人为卧病在床无法自行实施自杀的被害人购买农药的行为也属于此类。<sup>⑫</sup>后者例如,刘祖枝故意杀人案中,行为人在明知被害人具有自杀倾向的时候还为其提供自杀用的农药,并同时说“该死的”“你不是想死吗,倒点药,看你喝不喝”“有本事你就喝”等刺激被害人的行为。<sup>⑬</sup>这一系列行为综合起来看对被害人自杀意思的实现起到了实质影响,可以被评价为杀人行为。反之,若行为人不存在上述情况,其行为对被害人自杀意思的形成和实现并未起到实质的促进作用,就不能被评价为杀人行为。例如,在自杀者自杀时于一旁陪伴,或者将不远处的农药递给自杀者等。<sup>⑭</sup>

相约自杀通常被理解为参与自杀的类型之一。相约自杀大致可以分为欺骗型和真挚型两种。欺骗型相约自杀属于前述通过欺骗方式制造意思瑕疵引起被害人自杀的行为,是典型的杀人行为,这没有疑问。比较复杂的是真挚型相约自杀,这又可以分为陌生人之间的相约自杀和熟识者之间的相约自杀。如前所述,要成立参与自杀型故意杀人罪,行为人应当具有在一般人看来可以实质影响被害人自杀决定的身份,而陌生人不满足这一条件。<sup>⑮</sup>熟识者之间的相约自杀案件中,自杀者之间互相促进、维持自杀意思,共同推进自杀意思的实现,形式上看应该被认定为故意杀人行为。但是,这仍与一般的参与自杀存在本质区别。如前所述,一般的参与自杀案件中,自杀者通常陷入病理或者心理的脆弱状态,刑法禁止参与自杀主要是防止他人制造、利用这一脆弱状态侵害自杀者生命。但是,在相约自杀的案件中,参与者均陷入了这一脆弱状态,不存在心理上具有优势地位的人,也就不存在利用他人心理弱势侵害他人

生命的情况。因此,尽管这一类行为属于杀人行为,但也应当考虑从可罚的违法性或者罪责层面排除犯罪。而且,若认定相约自杀中幸存者的行为成立故意杀人罪,在相约自杀者全部幸存的场合,则应当认定所有幸存者均成立故意杀人罪(未遂),这一结论明显令人难以接受。总之,真挚型相约自杀均不成立故意杀人罪。

## 五、结论

罪刑法定原则要求只有法律明文规定为犯罪行为的才能定罪处罚,并不要求只有符合某一观念类型的行为才能定罪处罚。刑法教义学创设的诸多教义尽管在刑法规范和案件事实之间搭起桥梁,为犯罪审查提供便利,但并不能取代刑法规范的位置,更不会受到罪刑法定原则的保护。刑法教义具有一定的合理性范围,超出这一范围则应当重新论证合理性。在特殊案件中,违背某一刑法教义并不意味着违背罪刑法定原则。当刑法教义在适用中产生不合理的结论时,应当予以修正,而不应盲目坚持。参与自杀尽管表现为多人共同造成法益侵害结果,却不能直接套用共同犯罪的理论模型。自杀是导致生命消亡的行为,却并不属于刑法中的杀人行为。参与自杀体现为教唆、帮助行为,却并不是共犯,而是正犯。总之,罪刑法定原则下正犯性的认定应该回归刑法规范,不应混淆刑法规范与刑法教义。

### 注释:

①平野龍一『刑法の基礎』(東京大学出版会,1966年)250頁参照。

②参见陈兴良:“刑法教义学中的形式理性”,《中外法学》2023年第2期,第289页。

③车浩:“法教义学与社会学——以刑法学为例的展开”,《中国法律评论》2021年第5期,第123页。

④参见雷磊:“什么是法教义学?——基于19世纪以后德国学说史的简要考察”,《法制与社会发展》2018年第4期,第122页。

⑤尽管德国刑法曾规定业务性促进自杀罪,但该规定被德国联邦宪法法院认定为违宪。参见姜秉曦:“为自主决定留

下充足空间——评德国业务性促进自杀罪违宪判决”,《学习与探索》2021年第6期,第78页。

⑥参见(德)罗克辛:《德国最高法院判例·刑法总论》,何庆仁、蔡桂生译,中国人民大学出版社2012年版,第6页。

⑦See David Ormerod, Smith and Hogan's Criminal Law, 13<sup>th</sup> edition, New York: Oxford University Press, 2011, p. 583.

⑧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》(第2版),北京大学出版社2018年版,第646页。

⑨同上注,第656页。

⑩参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第9版),北京大学出版社、高等教育出版社2019年版,第454页;马克昌主编:《刑法》(第5版),高等教育出版社2022年版,第395—396页;《刑法学》编写组编:《刑法学(下册)》(第2版),高等教育出版社2023年版,第120页。

⑪陈兴良:“教唆或者帮助他人自杀行为之定性研究——邵建国案分析”,《浙江社会科学》2004年第6期,第75页。

⑫刘仁文:“论规制自杀关联行为刑法的完善”,《法商研究》2018年第2期,第154页。

⑬有观点从社科法学的外部视角质疑这一做法,本文则试图从刑法教义学的内部视角对这一做法提出疑问。参见戴昕:“‘教义学启发式’思维的偏误与纠正——以法学中的‘自杀研究’为例”,《法商研究》2018年第5期,第80—86页。

⑭参见刘士心:《美国刑法各论原理》,人民出版社2015年版,第74页。

⑮参见李建军:“自杀行为在西方法律史上从‘犯罪’到‘权利’的演变探析”,《政治与法律》2007年第2期,第164页。

⑯宫本英脩『刑法大綱(第4版)』(成文堂,1984年)281頁参照。

⑰林幹人『刑法總論(第2版)』(東京大学出版会,2008年)160頁参照。

⑱参见马克昌主编:《犯罪通论》(第3版),武汉大学出版社1999年版,第828页。

⑲参见张明楷:《刑法格言的展开》(第3版),北京大学出版社2013年版,第308—309页。

⑳山田卓生『私事与自己決定』(日本評論社,1987年)310頁参照;秋葉悦子「自殺関与罪に関する考察」上智法学論集32卷2・3合併号(1989年)146頁参照。

㉑参见李建军、孙守飞:“基督教自杀观研究”,《贵州社会科学》2014年第9期,第13页。

㉒参见(古罗马)奥古斯丁:《上帝之城》(第2版),王晓朝

译,人民出版社2018年版,第27页。

②③参见(法)米诺瓦:《自杀的历史》,李佶、林泉喜等译,经济日报出版社2003年版,第28页。

②④参见李建军,见前注①⑤。

②⑤参见李泽厚:《中国古代思想史论》,生活·读书·新知三联书店2017年版,第289页。

②⑥参见刘伟:“浅析‘乐感文化’的主要特征”,《世界宗教文化》2015年第1期,第129页。

②⑦值得一提的是,这里的“相对主动权”是以顺应自然为前提的,反对不顾自然规律而一味强调人的主体作用。这也是我国传统文化中“天人合一”的要义之一。参见楼宇烈:《中国的品格》,四川人民出版社2015年版,第55页。

②⑧参见林玮生:“‘乐感文化’与‘罪感文化’的神话学解读”,《社会科学研究》2009年第6期,第185页。

②⑨参见郑晓江:“论中国古代的自杀模式”,《南昌大学学报(社会科学版)》1999年第4期,第20—21页。

②⑩参见郑晓江:“从人生观看中国的自杀问题”,《临床精神医学杂志》2002年第3期,第164页。

②⑪参见郑晓江:“论中国传统人生哲学与当代之生死哲学”,《邵阳师范高等专科学校学报》2002年第1期,第53页。

②⑫郑晓江,见前注②⑩。

②⑬参见李建军:“中国人自杀行为的传统之根——典籍中的自杀事件及自杀行为的历史文化因素分析”,《山东社会科学》2015年第11期,第91—96页。

②⑭参见罗启龙、(韩)吴昭贤:“汉代自杀行为背后的文化因素论析”,《唐都学刊》2016年第3期,第22页。

②⑮参见钱大群:《唐律疏议新注》,南京师范大学出版社2007年版,第957页。

②⑯高汉成主编:《〈大清新刑律〉立法资料汇编》,社会科学文献出版社2013年版,第147—148页。

②⑰曾根威彦『刑法の重要問題(各論)(第2版)』(成文堂,2006年)16頁参照。

②⑱福田雅章「刑事法における強制的根拠としてのパターンリズム」一橋論叢103巻1号(1990年)15頁参照。

②⑲伊東研祐『現代社会と刑法各論(第2版)』(成文堂,2002年)67頁参照。

②⑳钱叶六:“参与自杀的可罚性研究”,《中国法学》2012年第4期,第104页。

㉑(法)萨特:《存在主义是一种人道主义》,周煦良、汤永宽译,上海译文出版社2012年版,第21页。

㉒参见钱叶六,见前注②⑩,第101页。

㉓山中敬一『刑法各論(第3版)』(成文堂,2015年)26頁参照。

㉔参见周光权:“教唆、帮助自杀行为的定性——‘法外空间说’的展开”,《中外法学》2014年第5期,1170—1174页。

㉕参见陈兴良:“间接正犯:以中国的立法与司法为视角”,《法制与社会发展》2002年第5期,第8页。

㉖参见周光权:《刑法总论》(第4版),中国人民大学出版社2021年版,第344页。

㉗参见马克昌:“共同犯罪与身份”,《法学研究》1986年第5期,第24页;陈兴良、周光权:《刑法学的现代展开I》(第2版),中国人民大学出版社2015年版,第285页;车浩:“从间接正犯到直接正犯——评《刑法修正案(七)》关于内幕交易罪的修改”,《政法论坛》2009年第3期,第138页。

㉘陈兴良:《口授刑法学(下)》(第2版),中国人民大学出版社2017年版,第22页。

㉙参见王志远:“论我国共犯制度存在的逻辑矛盾——以教唆、帮助自杀的实践处理方案为切入点”,《法学评论》2011年第5期,第49页。

㉚参见陈兴良:《规范刑法学》(第4版),中国人民大学出版社2017年版,第787页。

㉛团藤重光『刑法綱要総論(第3版)』(創文社,1990年)122頁参照。

㉜参见邹兵建:“社科法学的误会及其风险——以戴昕教授对刑法学中自杀研究的批评为样本的分析”,《法商研究》2019年第4期,第78页。

㉝平野龍一,前掲注①,226頁参照。

㉞平野龍一『刑法総論I』(有斐閣,1972年)101頁参照。

㉟平野龍一『犯罪論の諸問題(上)』(有斐閣,1981年)33頁参照。

㊱参见何荣功:“不真正不作为犯的构造与等价值的判断”,《法学评论》2010年第1期,第107页。

㊲参见钱叶六:“不作为犯的实行行为及其着手之认定”,《法学评论》2009年第1期,第92页。

㊳参见武晓雯:“间接正犯的构成要件符合性”,《比较法研究》2020年第1期,第159页。

㊴参见陈兴良主编:《刑法总论精释》(第3版),人民法院出版社2016年版,第491页。

㊵参见周光权,见前注②⑩,第1176页。

㊶参见王钢:“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。

②井田良『講義刑法学·各論(第2版)』(有斐閣,2020年)35頁参照。

③西原春夫『犯罪実行行為論』(成文堂,1998年)283頁参照。

④参见王钢,见前注⑥,第158页;徐岱、凌萍萍:“被害人承诺之刑法评价”,《吉林大学社会科学学报》2004年第6期,第109页。

⑤参见张明楷:《刑法学》(第6版),法律出版社2021年版,第1112页。

⑥参见(德)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,第21页。

⑦上 嶋一高「被害者の同意(上)」法学教室270号(2003年)51頁参照。

⑧内藤謙「被害者の同意(三)」法学教室48号(1984年)56頁参照。

⑨佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報1号(1985年)67頁参照。

⑩参见罗克辛,见前注⑥,第213页。

⑪参见罗克辛,见前注⑥,第27页。

⑫这也可以从一些理论中找到支持。例如,罗克辛认为间接正犯中存在一种组织支配的情形,即便幕后人没有欺骗或者强迫也可能成立间接正犯。无论组织支配这一概念是否合理,都足以说明“意志支配”的概念具有扩张倾向。参见罗克辛,见前注⑥,第38页。另外,在一些共同正犯的场合,行为人既不具有行为支配,也不具有意志支配,却也属于正犯。因此有学者对共同正犯的正犯性提出疑问。参见杨秋野:“论共犯论中的区分制与单一制理论——折中说之探索”,《荆楚法学》2022年第2期,第114页。

⑬山口厚『刑法総論(第3版)』(有斐閣,2016年)68頁参照。

⑭井田良『刑法総論の理論構造』(成文堂,2005年)307頁参照。

⑮山口厚「自ら招いた正当防衛状況」法学協会編『法学協会百周年記念論文集(第2巻)』(有斐閣,1983年)751頁以下参照。

⑯参见董佳妮等:“自杀未遂者自杀危险因素间的路径分析”,《临床精神医学杂志》2020年第5期,第318页。

⑰参见(美)希瑞尔:《解读自杀心理》,聂晶译,中国轻工业

出版社2007年版,第18页。

⑱有访谈显示,一些自杀未遂者在自杀时的情绪是:“一气之下”“脑子一片空白”等。自杀未遂不久后,便有一些自杀未遂者表示:“这下要花很多钱吧,要知道这样咋都不会喝(毒药)”“感到非常后悔”等。换言之,部分自杀者是基于一时冲动自杀的,更有部分自杀者在自杀未遂后不久便心生悔意。参见张梦冉等:“急诊科重症监护室服毒自杀未遂病人心理体验的质性研究”,《护理研究》2017年第13期,第1592—1593页。

⑲参见车浩:“自我决定权与刑法家长主义”,《中国法学》2012年第1期,第101页。

⑳秋葉悦子,前掲注㉑,188頁参照。

㉑平野龍一『刑法概説』(東京大学出版会,1977年)第158頁参照。

㉒参见海青:“始于自杀,终于‘自我’”,《读书》2010年第6期,第32页。

㉓参见吴之欧:“网络时代精神控制行为的刑法规制——以‘蓝鲸死亡游戏’案件为切入点”,《江西社会科学》2018年第10期,第204页。

㉔司法实践中,鲜有在他人自杀时的起哄者承担刑事责任和民事责任的情况。有实务人员认为,其原因在于因果关系难以判断。但是,在本文看来,其中的真正原因在于怂恿者难以被评价为故意杀人罪的正犯。因为如果仅仅是因果关系难以判断,怂恿者至少可以成立故意杀人罪的未遂犯。参见秦鹏博:“‘极端直播’中,怂恿起哄‘带节奏’违法吗?”,《中关村》2021年第11期,第75页。

㉕参见张明楷:“论缓和的结果归属”,《中国法学》2019年第3期,第279页。

㉖参见陈兴良等,见前注⑧,第553页。

㉗参见陈兴良等,见前注⑧,第656页。

㉘陈兴良等,见前注⑧。

㉙在此场合行为人是否成立不作为的故意杀人罪则是另一个问题,不在本文的讨论范围之内。但仍需要说明的是,自杀终究是自我决定的实现。尽管保证人从道义上讲应当制止自杀,但放任自杀并不一定构成对刑法中作为义务的违背。

㉚有判决将此类似相约自杀的幸存者认定为故意杀人罪,本文难以赞同这一结论。参见顾侃侃故意杀人案,江苏省常州市钟楼区人民法院刑事判决书,(2019)苏0404刑初505号。