

在被害人自杀的情形下,如果对其负有照顾保护义务的人能够阻止却不予阻止,那么该不作为是否成立犯罪?这是刑法理论和实践中素有争议的疑难问题。

# 解构自杀案件中保证人义务



陈璇

在被害人自杀的情形下,如果对其负有照顾保护义务的人能够阻止却不予阻止,那么该不作为是否成立犯罪?这是刑法理论和实践中素有争议的疑难问题。2019年,德国联邦最高法院针对两个相关案件作出了二审裁判,这两份判决对于一些争议点的重要论述引起了学界的广泛关注。主要案情如下:

【汉堡案】两名年逾八旬的妇女W和M多年共居,她们患有高血压、早期失明、心脏病等多种疾病,虽不危及生命,但对二人的生活品质带来了很大影响,自杀前数月间,这些疾病出现了明显恶化的趋势。W和M担心随着身体的衰弱,二人无法相互扶助,故作出一同自杀的决定。她们联系了一家机构S,该机构以每人1000欧元的价格向其提供无痛苦、有专人陪护的自杀服务。被告人K是一名神经和精神病专科医生,负责对自杀者是否具有充足的认知和判断能力等进行鉴定。机构S将根据K的鉴定意见决定是否为二人提供自杀服务。在与K的多次会面中,W和M均表达出自杀意愿。2012年9月13日,K出具鉴定意见,确认二人具有完全的认知和判断能力,从精神病学的角度来看其自杀意愿没有任何瑕疵。W和M通过文字明确表达了自己想平静、有尊严地结束生命的愿望,并且要求在此过程中任何第三人不得施救。同年11月10日,K按照约定来到二人的寓所,向其说明了用药的事项,承诺全程陪伴在身边,并且协助两人将药片捣碎溶解在水中。W和M自行服下药物后很快失去知觉并死亡。遵照死者的愿望,K在此过程中没有采取任何救助措施。

汉堡地区法院判决被告人K无罪,检察院向联邦最高法院提出上诉,联邦最高法院维持原判。

【柏林案】D长期患有多种令人痛苦不堪的疾病,经多方求医未果而感到治愈无望,她请求其家庭医生T协助自己自杀,T十分了解D的病情史,遂予应允。自杀所需的药物,一部分是T购买的,另一部分则是由T为D开出处方取得。数日后,D在寓所内服下药片,并用手机向T发送了一封告别短信。T收到短信后按先前的约定进入D的住处,发现D已陷入深度昏迷状态。T为其测试了脉搏、瞳孔以及呼吸。遵照D的意愿,T未采取任何救助措施,在此过程中,为减轻D的痛苦,他还为其注射了丁基芬苄芬碱。D在第三天的凌晨被确认死亡。

柏林地区法院判决被告人T无罪,但检察院主张被告人成立不作为形式的受嘱托杀人罪(未遂),并向联邦最高法院提出上诉,联邦最高法院维持原判。在以上案件中,被告人先是为他人实施自杀提供了助力,这是一种积极的作为;继而在自杀者失去意识后尚未死亡前不予施救,这是一种消极的不作为。因此,法院裁判的分析理据也是围绕这两个事实阶段展开的,前者涉及的主要问题是如何区分受嘱托杀人罪与帮助自杀这两种情形,后者涉及的主要问题则包括是否存在因先行行为而产生的作为义务、被害人自杀能否免除行为人的保证人义务等。

## 关于作为形式的故意杀人罪

在汉堡案中,被告人K协助自杀者将药片



德国联邦最高法院所作的两个判例,包含了两个具有指导性意义的重要结论:第一,并非任何违反法义务的先前行为都能够产生保证人义务。只有当行为违反了旨在保护具体法益免受现实危害的法规范时,它才可能成为不作为犯意义上的先行行为。第二,保护保证人义务可以因为被保护者的自我决定而被取消。

捣碎溶解在水中;在柏林案中,被告人T帮自杀者购得了药物。法院认定,这种积极的作为虽然与死亡结果之间具有因果关系,但不成立故意杀人罪。理由在于:

首先,被告人所实施的是单纯帮助他人自杀的行为,不具有可罚性。德国刑法学通说认为,由于自杀并不符合杀人罪的构成要件,所以,根据共犯的限制从属性原理,纯粹协助他人自杀的行为不成立犯罪。与此同时,根据《德国刑法》第216条的规定,受被害人嘱托杀人的行为具有可罚性。判例长期以来坚持的观点主张,帮助自杀和受嘱托杀人的界分标准在于,引起死亡结果发生的因果流程究竟掌控在谁的手中。只要是被害人自己支配着致死的行为,则第三人从旁协助的行为仅属于帮助自杀;只有当行为人依照被害人的意愿实施了终结其生命的行为时,才成立受嘱托杀人罪。在这两个案件中,都是由死者亲自服下自杀所需的药物,故应当认为因果流程掌控在死者手中。

其次,被告人并不满足间接正犯的成立要件。即便行为人为并未直接实施剥夺他人生命的行为,但如果他将被害人作为工具加以利用,借助被害人自己的行为实现了杀人的目的,那么也能够成立间接正犯形式的故意杀人罪。但是,这种情形下要成立间接正犯,前提是被害人并非基于自由意志作出自杀决定。判例认为,要肯定自杀决定是基于自由意志作出的,需要满足以下三个要件:一是被害人具备足够的认知和判断能力;二是被害人的自杀意愿不存在瑕疵;三是被害人自杀的决意是坚定的。在汉堡案中,W和M经过了长时间的考虑,是在斟酌比较了各种选项后才慎重地作出了自杀的决定,并且以文字形式明确表达了离世的意愿。在柏林案中,尽管由D长期患病而深感绝望,她自杀时的精神状态可能存在异常,但是根据法庭的调查,D在生前的很长一段时间内曾多次与人讨论死亡的话题,甚至还曾多次尝试自杀。事实上,D是在穷尽了各种减缓病痛的治疗手段无果后才彻底失去了生活的信心,进而决心自杀。并没有充分的事实表明她缺少认知和判断能力,也不能认为她是因为一时抑郁才实施自杀。因此,对于这两个案件而言,均应肯定被害人是基于自由意志作出了自杀的决定,故不存在成立间接正犯之余地。

## 关于不作为形式的故意杀人罪

首先可以确定的是,在进入不作为犯的检验之后,只能考虑被告人是否成立故意杀人罪的未遂犯。这是因为,杀人罪既遂犯的成立要求死亡结果和不作为之间必须具有因果关系,即在假定行为人为履行了保证人义务的情况下,其救助措施必须能够确保避免死亡结果的发生。然而,从事后查明情况来看,在自杀者服药失去意识之后,即使马上采取救助措施也不能确保救助回自杀者的生命。既然死亡结果与不作为之间的因果关系无法查实,那么被告人至多只

可能成立故意杀人罪的未遂犯。

(一)是否因先行行为而产生保证人义务。成立不真正不作为犯的首要条件,是行为人负有保证人义务。通说认为,一旦医生自愿承担对患者的救治职责,他就可以成为患者生命法益的保证人。柏林案中的被告人T在行为发生时担任D的家庭医生,他无疑属于D的保护保证人。但在汉堡案中,K只是负责对W和M的判断能力以及自杀决定的真实性出具鉴定意见,他并没有承担对死者的照顾和治疗职责,所以不能仅根据其医生身份就认定他属于保护保证人。唯一可以考虑的是,能否基于先行行为认定K负有保证人义务呢?对此,法院的回答是否定的。其主要理由如下:

第一,并非任何违反法义务的行为都能够成立不真正不作为犯意义上的先行行为。的确,被告人出具鉴定意见的行为为机构S协助W和M自杀提供了准备,该行为可能违反了德国《联邦医师规则》第1条关于“医生的使命是保障个人和全体民族的健康”的规定。然而,只有当先前行为为违反的规范旨在保护法益免受现实危害时,它才能够产生针对该法益的保护保证人义务。医师规则的目的却主要在于从职业伦理的角度设立符合行为准则,而不在于保护具体法益,所以仅凭行为人的先前行为违反了医师规则这一点,并不能当然地推导出他负有保证人义务的结论。至少,当医生的行为符合自杀者的自由意志时,不能因为该行为违反了医师规则而认为行为人为具有刑法意义上的保证人义务。

第二,2015年12月10日立法者在《德国刑法》中增设了第217条,从而使以营利为目的协助他人自杀的行为也成为犯罪。这样,K为协助他人自杀的商业性机构出具鉴定意见的举动,无疑就属于一种违反刑法上禁止规范的行为。不过,由于在K的行为发生之时,该条款尚未生效,故不存在适用的余地。

第三,不作为犯的先行行为必须创造或者升高了法益侵害的风险。然而,在K将药片捣碎溶解在水中前,W和M已作出服药自杀的决定,因此,被告人的先行行为究竟是否创设或者升高了发生死亡结果的危险,存在疑问。

第四,在先行行为能否产生保证人义务的问题上,自杀和自危这两种情形是存在差异的。联邦最高法院的判例曾认为,在被害人自甘冒险的案件中,如果行为人事先为其冒险提供工具,那就应认定行为人为有阻止结果发生的义务。因为,在被害人自陷风险的情形中,被害人虽然自愿接受风险,但同时又相信死伤结果不会实际发生;然而,在自杀情形中,被害人却积极追求死亡结果。这就说明,即使认为先行行为升高了致死风险,但该风险完全处在自杀者自己负责的范围之内。

(二)自杀决意能否解除保证人义务。在柏林案中,尽管家庭医生T曾经是D的保护保证人,但是当D向T明确表达自杀意愿,并嘱咐T在其服药后尽量减轻自己的痛苦时,该保证

人义务即归于消灭。理由在于:

首先,按照《德国基本法》的规定,每个人都拥有决定如何处置自己健康的权利。《德国基本法》第2条第1款规定了人格自由发展的基本权利,第1条第1款则规定了一般人格权。联邦宪法法院的判例由此得出结论认为,公民拥有“患病的自由”,即纵然某种治疗措施是适当的,公民原则上也有权拒绝接受该治疗。因此,既然D决意自杀并且明确表示拒绝接受治疗,那就说明她已经取消了T原先对自己担负的保证人义务。

其次,人的尊严要求,一个人只要是在具有同意能力的情况下行使自我决定权,那么即便他随后陷入丧失同意能力的状态,其决定也仍然应当受到尊重。根据《德国民法》第1901a条第3款规定,患者享有决定接受或者拒绝治疗的权利,该决定的效力不受疾病发展阶段的影响。这就说明,尽管D在服药陷入昏迷状态之后丧失了同意的能力,但她先前作出的撤销保证人义务的决定依然有效。

## 关于见危不救助罪

根据《德国刑法》第323c条规定,当发生意外伤害、公共危险或者困境时,如果需要救助且根据行为人对当时的情况可以期待其施救,那么即便行为人对被害人并不负有保证人义务,其拒不救助的不作为也可以构成见危不救助罪。在上述案件中,当自杀者服药陷入昏迷之后,被告人不予救治的行为能否构成犯罪,无论是地区法院还是联邦最高法院均给出了否定的回答,只是理由有所不同。针对汉堡案,汉堡地区法院认为,W和M实施的自杀行为是否属于第323c条所规定的“意外事故”,这本身就存在疑问。联邦最高法院则认为,杀人罪或者身体伤害罪是为了保护个人法益,但见危不救助罪的设立是为了促进人与人之间互助团结,所以即便自杀者是在具有完全认知和判断能力的情况下自尽,也不能否定公民对他负有团结义务。因此,将自杀认定为第323c条中的“意外事故”,这和帮助他人自杀的行为无罪这一点并不冲突。与此同时,联邦最高法院又指出,法律无定期期待被告人在W和M失去知觉后对其采取救治措施。因为,一旦认为被告人负有对二人实施救助的义务,那就意味着他一方面应根据第323c条的要求对两名妇女施救,另一方面又应根据宪法上一般人格权的要求尊重二人的自我决定权,不予介入。这两种义务是水火不容的,根本无法期待行为同时履行二者。

## 总结

德国联邦最高法院所作的上述两个判例,包含了两个具有指导性的重要结论:第一,并非任何违反法义务的先前行为都能够产生保证人义务。只有当行为违反了旨在保护具体法益免受现实危害的法规范时,它才可能成为不作为犯意义上的先行行为。第二,保护保证人义务可以因为被保护者的自我决定而被取消。德国联邦最高法院在这两个判例中更为强调对患者自我决定权的尊重,指出只要患者基于自由意志作出了自杀的决定,就能够从根本上解除保证人的义务。

【作者为中国人民大学法学院教授、中国人民大学刑事法律科学研究中心研究员。本文系北京市社会科学基金青年学术带头人项目“履职犯罪结果归责研究”(21DTR014)的阶段性成果】



## 北京师范大学刑事法律科学研究院教授王志祥:招摇撞骗罪与诈骗罪存在法条竞合关系



就招摇撞骗罪与诈骗罪的关系而言,我国理论界存在“牵连犯说”“想象竞合说”和“法条竞合说”三种学说。“牵连犯说”显然是不能成立的。“想象竞合说”以招摇撞骗罪的构成要件不包含骗取财物的内容为前提,而该前提也是不能成立的。招摇撞骗罪侵犯的法益除国家机关的威信及正常活动之外,还包括财产利益。在冒充国家机关工作人员骗取数额较大以上财物的场合,从实质上看,仅存在侵害一个法益的事实。招摇撞骗罪与诈骗罪之间存在法条竞合关系,这种竞合关系不属于特别关系,而属于交叉关系。对此,应当依据“重法优于轻法”的原则,依照处罚较重的规定定罪处罚。

## 西北政法大学国家安全学院教授舒洪水:食品安全犯罪主观故意可采推论方式



对于食品安全犯罪的证明来说,在客观方面要证明行为人实施了危害食品安全的行为,在主观方面要证明行为人在主观上明知其行为危害食品安全。在客观行为的证明方面,鉴定和检验发挥着至关重要的作用,普遍存在行政机关的检验、认定意见在刑事诉讼中的证据运用问题。在食品安全鉴定问题上,虽然目前我国缺乏食品安全的司法鉴定,但可以采取与检验报告、专家意见、快速检测结果等证据相结合的形式对案件中的专门性问题进行证明。在刑行衔接的食品安全犯罪案件中,应赋予快速检测结果证据地位;行政机关所出具的“认定意见”,实际上与检验报告相结合发挥着替代鉴定意见的证明作用。由于此类案件中证明行为人的主观故意较为困难,因此,可采用客观行为证据推论主观故意的方式,但推论并不导致证明责任转移至被告人。

## 广东金融学院法学院副教授王萍:完善数字藏品沙盒监管机制



数字藏品具有中国特色,本质上为受监管的非同质化代币(NFT),是存于区块链上的一组数据。我国数字藏品存在监管安全、产权认定、技术安全等多方面风险,在监管治理上面临较大挑战。监管沙盒作为现有监管框架内提供监管豁免及优惠政策的一种创新实验机制,可以极大地推动我国数字藏品的监管治理。监管沙盒具有主体平等性、风险可控性、设计个性化、消费者权益保护差异化等特征,应完善数字藏品监管沙盒准入、运行和退出三大环节,构建以金融监管部门主导下的“官方型”及“行业型”为主要类型的数字藏品沙盒监管机制,从制定合法性规则、强制性规则与任意性规则类型化设置等方面推进我国数字藏品的发展。

## 北京化工大学副教授金鸿浩:构建网络刑法“中国模式”



网络犯罪的刑法规制是21世纪刑法理论必须回应的重要问题。早期的网络刑法理论具有表象化特征,“三分法”等理论侧重于对网络犯罪现象的类型归纳,后续学者又进行了多元化的保护法益探索。但上述理论无法为网络犯罪提供明晰的分类界限,多元观点间缺乏逻辑关联,存在以偏概全问题。网络刑法研究应当进行体系化思考,建立网络刑法理论的外在体系和内在体系。外在体系承担网络刑法的认识论功能,以类型化研究为重点,倡导对网络空间物理层犯罪、软件层犯罪、数据层犯罪、信息层犯罪实施分层保护;内在体系承担网络刑法的方法论功能,坚持问题导向,对网络犯罪共性法律适用问题分层进行教义学探讨,从而形成网络刑法的“中国模式”。

(以上依据《法商研究》《法律科学》《广东社会科学》《中国法律评论》,陈章选辑)



朱德宏

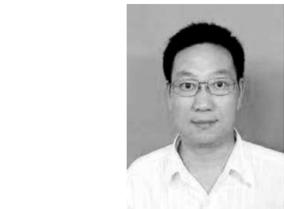
刑事诉讼法规定证据的法定类型,目的在于将证明案件事实的证据方法法定化,对于司法机关通过确认证据以证明案件事实具有重要指导意义。

## 刑事证据法定种类的立法变化

法定证据种类是我国刑事诉讼法规定的特定类型。1979年刑事诉讼法第31条采纳“事实”的证据定义方法,明确列出证据六种,并强调调查证据属实的证据方可作为定案根据。1996年刑事诉讼法第42条增设法定证据种类为七种。2012年刑事诉讼法第48条定义“证据为材料”,相应地规定了证据种类,但是文本用“等”的语词,对国家机关侦查行为、检察机关调查证据行为和审判机关庭外调查证据行为形成的证据材料作出开放式规定。2018年刑事诉讼法第50条与2012年刑事诉讼法第48条规定完全相同。对于国家机关取行为记录类证据材料,仍然采取“等”的语词,作为开放性证据种类的立法根据。

从刑事诉讼立法上看,刑事证据概念的变化,是从事实说到材料说;刑事证据种类的变化,是从特定类别化到开放类别化。

开放类别化的法定证据种类,是指法定证据种类不仅仅包括刑事诉讼法第50条第2款所列出的证据种类,而且根据司法实践,可以扩张法定证据种类。如“鉴定意见”之外的“检验报告”“评估报告”,可以作为解决案件事实中专门性问题的科学证据材料。因此,对于刑事诉讼法第2款第7项“等”字涵盖的证据范围,应包括但不限于以下材料:报案、控告、举报笔录



或书面材料、指纹信息,采集血液、尿液等生物样本其他作为证据的“文书”,搜查笔录,查封、扣押笔录,技术侦查文书,没收违法所得证据材料,强制医疗意见书等。

## 法定证据种类的证据规则意义

刑事诉讼法第50条分三款规定刑事证据的特征,第1款规定“证据”表达案件事实的可认知性,即证据相关性,但对“案件事实”没有具体规定范围,基于全面调查的法庭审判原则,立法倾向于调查的案件事实范围应由法庭决定。第2款规定列举多项开放性的证据种类,目的在于强调刑事证据的法律形式,体现证据的法规属性,可归类于合法性范畴。但由于采取开放性的证据种类,特别是取权性行为的记录性证据材料,应不限于条款列举的特定种类。第3款规定证据作为定案根据材料的真实性。在真实性确定前提下,审查证据能力和证明力,最后确定某项证据的证明价值。

首先,“三性”是认定证据的基本要求。相关性属于司法认知的内容,是由法官根据逻辑、生活常识和经验法则予以决定。合法性决定了各种证据材料的来源、形式要件和内涵案件事实信息符合法律规定的特定标准。凡不符合法律强制性规定的合法性要件,该项证据材料就不具有合法性。真实性是对证据材料的客观性要求。对于

科学证据材料,允许其重复运用科学方法再现科学证据的内容。对于取权行为记录性证据材料,可以补正或给予合理解释。对于电子数据、视频资料,特别强调其提取过程的科学性和提升后形成的证据材料的完整性。无论完整性归属于真实性还是相关性,都是电子数据和视听资料作为证据材料进入法庭调查资格的形式要件。

其次,不同的证据材料形式,适用不同的证据规则。对于言词证据材料,适用非法证据排除规则;对于证人证言,其推论性、推测性证言或传闻性证言、品格性证言应排除适用非法证据排除规则。对于物证、书证来源的合法性,在法律允许其补正或合理解释的情况下,该项证据材料可以认可其合法性。对于物证应提供原件,只有在不便提供原件或原件灭失的情况下,才允许提供复制件或照片。书证受最佳证据规则约束,且仅在案发前已经存在且以记载内容建立与案件事实的证明关系,提供书证应提供原件。只有在原件灭失的情况下,才允许提供复制本或摹本,而且该书证的形式合法性受到很大损伤。对于取权行为记录类证据材料,需要重点调查取权主体的合法性与取权行为程序合法性,如现场勘验笔录必须由侦查人员和见证人签字。

再次,不同的法定证据材料种类适用不同的证据规则。如果证据材料种类划分错误,就会使全案案件材料在适用证据规则时发生错误,证据材料的证明对象也会发生错误,如把应当通过人身检查笔录证明的人身特征或人身伤害事实错误地运用拍摄照片形式固定人身特征或人身伤害事实,进而错误地将照片解读为物证,就造成证明对象的混乱。

## 法定证据种类的证明规则意义

首先,针对不同的调查对象采取不同的调查方法。调查程序和调查结果会形成不同的证据形式,如证人的调查,只能采取个别询问的方

式,形成证人证言笔录;对犯罪嫌疑人、被告人的调查,采取讯问或要求其书写供词,形成讯问笔录或书面供词。根据被害人或证人描述的某人的画像或案件作案工具的图形,是来源于被害人或证人的陈述,不是物证或书证,因为物证、书证的调查,除了现场勘验、检查、搜查、扣押来源外,还有当事人、证人或案外人提供,其证明案件事实的方法完全不同。

其次,证据法定种类的证明规则意义体现在孤证的判断上。孤证不能定案是证明规则。孤证的判断标准是证据单一来源和证据累积性、堆积性来源。全案只有唯一的一份实质性证据材料,判定为孤证,争议不大。但对于全案中属于同源性的证据材料和实质性证据材料只有一个,其他证据材料都与案件事实无关的情况下也归属孤证,实务中争议较大。同源性证据材料,最典型的是证人证言,都是来源于被害人或被告人的口述转述或口头陈述,这些证人证言都属于孤证,不能以被害人陈述或被告人供述与辩解与其他证人证言的证据材料种类不同,证据主体不同而否定同源性孤证。依据此类证据判决被告人有罪,就是孤证定案。但是,如果把证人证言证据材料形式错误地归类为其他证据材料,如书证、物证,则显性规避了孤证定案的规则约束,实质上造成孤证定案。

最后,法定证据种类的证明规则意义也体现在证据相互印证的审查判断方法上。不同的证据材料形式具有不同的特征审查判断方法,如果错误地列举了法定证据种类形式,会造成证据审查判断方法的混乱。《最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释》用专章78个条文(第69条至第146条)规定了各种证据材料形式的审查判断方法,就是为了建立证据种类归属正确的条件下实现证据相互印证,以证据材料蕴含的案件事实,达到刑事诉讼法第55条第2款规定的证据确实、充分的证明标准。

(作者为安徽师范大学法学院教授)