

STRAFE

Das Deutsche Strafrecht im
Spiegel der Rechtsprechung

Besonderer Teil

德国判例刑法

分 则

王 钢 / 著

RECHT



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

STRAF

Das Deutsche Strafrecht im
Spiegel der Rechtsprechung

Besonderer Teil

德国判例刑法

分 则

王 钢 / 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

RECHT

图书在版编目(CIP)数据

德国判例刑法:分则/王钢著. —北京:北京大学出版社,2016.9

ISBN 978-7-301-27560-3

I. ①德… II. ①王… III. ①刑法—审判—判例—德国 IV. ①D951.64

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第224445号

- 书 名** 德国判例刑法(分则)
Deguo Panli Xingfa (Fenze)
- 著作责任者** 王 钢 著
- 责任编辑** 苏燕英
- 标准书号** ISBN 978-7-301-27560-3
- 出版发行** 北京大学出版社
- 地 址** 北京市海淀区成府路205号 100871
- 网 址** <http://www.pup.cn> <http://www.yandayuanzhao.com>
- 电子信箱** yandayuanzhao@163.com
- 新浪微博** @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书
- 电 话** 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
- 印刷者** 北京宏伟双华印刷有限公司
- 经 销 者** 新华书店
- 730毫米×1020毫米 16开本 19.75印张 309千字
2016年9月第1版 2016年9月第1次印刷
- 定 价** 49.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

序 言

我国刑法学当前正处于知识体系转型时期。新世纪以降,我国刑法学界借鉴德国刑法理论的趋势日趋明显,期间也有一系列知名德国刑法学者的教科书和论文陆续进入我国学界的视野。作为大陆法系的代表国家,德国刑法学在经历了数百年的发展之后,已经形成了较为完善的理论体系,对之加以研究与借鉴,无疑有助于我国刑法学的发展。但是,目前我国刑法学界在对德国刑法学的借鉴方面仍然存在着两个显著的问题:其一为重总论而轻分则;其二为重学理而轻判例。

就第一点而言,我国学者当前在总则诸多重要问题中都大量借鉴德国刑法理论。尤其是在行为无价值、因果关系、客观归责以及共同犯罪等领域,德国学界的见解对我国学者影响巨大。诚然,在总则问题上,各国具有较大的共性,因而我国学者在借鉴德国刑法学的过程中“总则先行”也无可厚非。然而,德国刑法学并非仅仅涉及总则,通过对分则条文的精细解释,实现对具体案件的合理处理,也是德国刑法学的一大特色。根据我本人研习德国刑法的体会,德国刑法学的精细程度甚至可能更多地体现在分则的条文解释与案例分析之中。此外,众所周知,刑法总则中的诸多理论都是从分则规定中归纳、抽象而来。因此,若不能全面了解《德国刑法》中关于个罪的规定,自然也很难深入理解总则中的基础理论。遗憾的是,尽管分则的这种重要性不言而喻,我国目前却鲜有学者从事德国刑法分则的研究。迄今为止,国内也尚未有系统介绍德国刑法分则的文献资料。这显然不利于我国学者和司法工作人员借鉴德国刑法分则理论,并提高对刑法条文的解释能力与运用能力。

就第二点而言,德国虽然并非判例法国家,但是,遵循先例,尤其是遵循联邦最高法院(以及联邦宪法法院)的判例,却也是德国司法实务中的基本原则。不仅如此,在德国法学院的教学活动以及德国学者的学术研

究中,司法判例也从来都占据着极为重要的地位。事实上,德国刑法学界对于绝大部分问题的讨论都源自某个或者某一系列司法判决,而司法判例又在很大程度上推动甚至是左右着学术观点的发展。我国学者在研究、借鉴德国刑法理论时,比较常见的错误在于,将少数甚至是个别学者的见解等同于德国的通说。但是实际上,任何一位德国学者,即便是罗克辛(Roxin)教授这般学术巨擘,都无法独自代表德国刑法。能够代表德国刑法,能够在真正意义上被称为德国“通说”的,只有——包括联邦最高法院在内的——德国高等级法院的司法判例。在这个意义上,可以毫不夸张地说,不了解德国的司法判例,就不可能真正了解德国刑法。

正是基于上述认识,我深感此次北京大学法学院江溯副教授组织编写德国判例刑法一举对推动和深化我国刑法学研究颇有裨益。因此,当江溯先生邀请我负责分则部分的写作时,我也欣然承担了这一重任。于是,便有了本书的面世。全书综合整理了德国各级法院千余则判例,并且结合德国学者的论述,较为系统地解析了德国刑法中侵犯公民人身权利和财产权利的重点罪名,对其中的部分重要判决还进行了较为详细的评述。当然,这里所涉及的罪名仅为德国刑法中的冰山一角。由于我个人时间和精力限制,本书的范围只能限于司法实务中最常见、德国法学院的教学中最核心,同时也可能是对我国最具有借鉴意义的近四十个罪名。若日后有机会进行第二版的写作,届时将再增补对其他罪名的解析。

清华大学法学院博士生吕翰岳同学极为细致地校对了全书的法条翻译,并对诸多术语的译法提供了有益的参考意见;博士生武晓雯、白鑫森以及硕士生许尚楸、唐恒源等同学曾数度通读书稿,指出了原稿中的多处错误。在此谨向诸位表示衷心感谢。然而,由于涉及的内容繁多,写作时间又较为有限,书中错漏舛误之处恐在所难免,还望读者见谅。若本书能对我国读者进一步了解德国刑法略有助益,本人将深感荣幸。

王 钢

2016年1月27日

于清华明理楼

目 录

| | |
|--|------|
| 第一章 针对生命的犯罪 | (1) |
| 一、重点罪名 | (1) |
| 二、罪名解析 | (3) |
| (一) 生命法益与行为对象 | (3) |
| (二) 谋杀罪与故意杀人罪 | (4) |
| (三) 受嘱托杀人罪 | (18) |
| (四) 业务性促进自杀罪 | (20) |
| (五) 遗弃罪 | (29) |
| (六) 过失杀人罪 | (33) |
| 三、案例评析 | (33) |
| (一) 案例 1: BGH, Urteil vom 14. 8. 1963 - 2 StR 181/63 = BGHSt 19, 135 ff. | (33) |
| (二) 案例 2: BGH, Urteil vom 25. 6. 2010 - 2 StR 454/09 = BGHSt 55, 191 ff. | (44) |
| 第二章 针对身体法益的犯罪 | (69) |
| 一、重点罪名 | (69) |
| 二、罪名解析 | (71) |
| (一) 身体伤害罪 | (71) |
| (二) 危险的身体伤害 | (74) |
| (三) 严重的身体伤害 | (80) |
| (四) 身体伤害致人死亡 | (84) |
| (五) 被害人承诺 | (89) |
| (六) 参与斗殴罪 | (91) |
| 第三章 针对人身自由的犯罪 | (94) |
| 一、重点罪名 | (94) |

| | |
|--------------------------------|--------------|
| 二、罪名解析 | (96) |
| (一) 拘禁罪 | (96) |
| (二) 强制罪 | (100) |
| (三) 敲诈性绑架罪 | (108) |
| (四) 劫持人质罪 | (116) |
| (五) 恐吓罪 | (117) |
| 第四章 针对名誉的犯罪 | (119) |
| 一、重点罪名 | (119) |
| 二、罪名解析 | (120) |
| (一) 针对名誉犯罪的共同问题 | (120) |
| (二) 恶言中伤罪 | (127) |
| (三) 诽谤罪 | (129) |
| (四) 侮辱罪 | (130) |
| (五) 诋毁死者声誉罪 | (133) |
| (六) 维护正当权益 | (133) |
| 第五章 侵犯居住安宁与抗拒执行人员 | (136) |
| 一、重点罪名 | (136) |
| 二、罪名解析 | (137) |
| (一) 侵犯居住安宁罪 | (137) |
| (二) 抗拒执行人员罪 | (142) |
| 第六章 盗窃与侵占 | (149) |
| 一、重点罪名 | (149) |
| 二、罪名解析 | (151) |
| (一) 体系概览 | (151) |
| (二) 盗窃罪 | (153) |
| (三) 情节特别严重的盗窃 | (169) |
| (四) 第 244 条 | (174) |
| (五) 侵占罪 | (184) |
| 第七章 诈骗与背信 | (192) |
| 一、重点罪名 | (192) |

| | |
|--------------------------|--------------|
| 二、罪名解析 | (194) |
| (一) 诈骗罪 | (194) |
| (二) 计算机诈骗罪 | (231) |
| (三) 背信罪 | (239) |
| 三、案例评析 | (249) |
| 第八章 抢劫与敲诈勒索 | (268) |
| 一、重点罪名 | (268) |
| 二、罪名解析 | (270) |
| (一) 抢劫罪 | (270) |
| (二) 严重的抢劫 | (275) |
| (三) 抢劫致人死亡 | (277) |
| (四) 抢劫性盗窃 | (279) |
| (五) 敲诈勒索罪与抢劫性敲诈勒索 | (284) |
| 第九章 物品损坏 | (297) |
| 一、重点罪名 | (297) |
| 二、罪名解析 | (297) |
| (一) 物品损坏罪 | (297) |
| (二) 告诉才处理 | (305) |

第一章 针对生命的犯罪

一、重点罪名

《德国刑法》分则第16章规定了针对生命的犯罪行为,其中包括了谋杀、故意杀人、受嘱托杀人、堕胎^①、遗弃和过失杀人等构成要件。本章主要条文如下:

第211条 谋杀

对谋杀犯处以无期徒刑。

谋杀犯是指,

出于谋杀癖好、为了满足性欲、出于贪婪或者其他卑劣的动机,阴险地或者残忍地或者以危害公共安全的方式,或者

为了实施或者掩盖其他罪行

杀人的人。

第212条 故意杀人

杀人但不构成谋杀犯的,作为故意杀人犯判处五年以上有期徒刑。

情节特别严重的,处无期徒刑。

第213条 情节较轻的故意杀人

如果故意杀人犯是在自己无过错的情况下,由于被害人对其或其亲属所施加的虐待或严重侮辱而被激怒并因此冲动地实施犯罪,或者具有其他较轻情节的,处一年以上十年以下有期徒刑。

第216条 受嘱托杀人

^① 虽然在德国宪法和刑法中,围绕着与堕胎相关的条文都存在着较大的争议,但是考虑到我国刑事立法并未设立堕胎罪的现状,而且司法实务中也没有解决相关案件的需求,故本书暂不探讨有关堕胎罪的问题。

2 德国判例刑法(分则)

基于被害人明确且真挚的嘱托而决定杀人的,处六个月以上五年以下有期徒刑。

本罪的未遂可罚。

第 217 条 业务性促进自杀

以促进他人自杀为目的,业务性地向其提供、创设或介绍机会的,处三年以下有期徒刑或者罚金。

自身并非业务性地实施行为,且为第一款中所言之“他人”的亲属或者与其关系密切的共犯,不受处罚。

第 221 条 遗弃

有下列情形之一,使人陷于死亡危险或严重的健康损害之危险的,处三个月以上五年以下有期徒刑:

(一) 置人于无助处境的;或者

(二) 对身处无助处境中、受自己照料或者自己有义务援助的人不加救助的。

行为人有下列情形之一的,处一年以上十年以下有期徒刑:

(一) 针对其未满 14 周岁的子女或者针对委托其进行养育或生活照顾的人实施前款行为的;

(二) 由前款行为导致被害人严重的健康损害的。

通过本条所规定之行为导致被害人死亡的,处三年以上有期徒刑。

犯第二款罪,情节较轻的,处六个月以上五年以下有期徒刑,犯第三款罪,情节较轻的,处一年以上十年以下有期徒刑。

第 222 条 过失杀人

过失致人死亡的,处五年以下有期徒刑或者罚金。

在上述条文中,第 211 条和第 212 条是故意的实害犯,第 222 条是过失犯,第 221 条是对生命和身体法益的具体危险犯,第 216 条与第 217 条是对生命法益的抽象危险犯。第 213 条则只是量刑规则,不具有独立的构成要件性质。德国司法判例和学界的通说认为,第 213 条只能适用于故意杀人(第 212 条)的案件,并不适用于谋杀(第 211 条)的场合。当然,除了这些条文之外,德国刑法中还有部分条款以结果加重犯的形式保护生命法益。譬如第 227 条身体伤害致人死亡、第 251 条抢劫致人死亡和第 306c 条纵火致人死亡等。

针对生命的犯罪在德国司法实务中并不是多发性犯罪。根据德国联邦内政部公布的犯罪统计数据,连同未遂犯在内,2014年德国共发生谋杀与杀人案件2179起(其中受嘱托杀人案件17起),约占该年犯罪总数(共计6082064起)的0.036%。自2002年以来,谋杀和杀人案件在德国的侦破率一直稳定在95%以上,2014年的侦破率达到了96.5%。此外,2014年德国还发生遗弃案件71起(侦破率91.5%),过失致人死亡案件698起(交通犯罪除外,侦破率82.2%),堕胎案件85起(侦破率97.6%)。^①

二、罪名解析

(一) 生命法益与行为对象

《德国刑法》(以下简称《刑法》)^②第211、212、216、217条和第222条所保护的法益都是人的生命。虽然《德国民法》第1条规定,民事法律能力始于分娩结束,但是德国刑法学界的通说和司法判例在认定刑法意义上人的生命起点时却采用了阵痛说。也即当分娩开始、出现生产时的开口阵痛(Eröffnungswehen)时,就已经存在刑法所保护的人的生命。^③因为从这个时候起,婴儿开始离开母体并且与外界产生联系,有通过刑法对其生命加以保护的必要。所以,如果医生在助产过程中过失导致婴儿死亡,同样成立过失杀人罪。在生产阵痛产生之前,则不存在刑法意义上人的生命,胎儿仅受《德国刑法》第218条以下与堕胎相关之条文的保护。对于人的生命何时终结,德国仍然存在着一定的争议。以前一般以血液循环停止和呼吸停止为死亡标准。现在的通说则以脑死亡为生命终结的标准。因为人是身体和精神的结合体,当包括脑干在内的整体脑部活动不可逆转地消逝时,这种结合体就已经不复存在。^④在德国法律体系中,人的生命原则上享有绝对保护,从而使安乐死在诸多场合也具有刑事可罚性(参见下文案例2)。唯有当存在正当防卫等违法阻却事由时,这种绝对保护才出现例外。

虽然《德国刑法》第211、212、216条和第222条都使用了杀“人”一

^① Vgl. Polizeiliche Kriminalstatistik 2014, S. 4, 70, 88, 101.

^② 以下若无特别指明,具体条文均为《德国刑法》。

^③ Vgl. BGHSt 31, 348.

^④ 尽管德国《器官移植法》第3条第2款第2项将脑死亡作为器官移植的前提之一,但是严格说来,这一规定并没有表明立法者认为应该将脑死亡作为认定死亡时刻的标准。

词,但是根据通说,这些构成要件中的行为对象仅限于“他人”。换言之,自杀行为不符合相应的构成要件。由于(狭义)共犯的成立以存在正犯的不法主行为为前提,所以仅仅是教唆或者帮助他人自杀的,也不能构成杀人行为的教唆犯或帮助犯。当然,何时才能认定行为人只是在教唆或帮助他人自杀,而不是以直接或者间接正犯的方式导致了他人的死亡结果,存在着很多界分上的难题(参见下文案例1)。

(二) 谋杀罪与故意杀人罪

1. 谋杀罪与故意杀人罪的关系

第211条谋杀罪与第212条故意杀人罪之间的关系是德国刑法中存在巨大争议的问题。学界的见解几乎一致认为,第212条是基本构成要件,第211条则是故意杀人罪的情节加重犯,二者之间形成一种层级关系。换言之,谋杀的不法性质和故意杀人一样,只不过是后者的加重情形而已。因为成立谋杀必须具备故意杀人的所有构成要件,并且还需要额外符合至少一项谋杀要素。^①但是德国司法判例^②却坚持认为,谋杀和故意杀人具有不同的不法内涵,是两个相互独立的构成要件。^③这一争议的主要影响在于对(狭义)共犯的处罚。例如,在行为人出于贪婪而教唆或帮助正犯实施杀人行为,但正犯本身却不具备谋杀要素的场合,根据学界的立场,正犯仅构成故意杀人罪,教唆或帮助的行为人(共犯)则根据第28条第2款的规定成立谋杀罪;而根据司法判例的立场,这种场合下对共犯应当适用第28条第1款,正犯和共犯均只能成立故意杀人罪,共犯具备了谋杀要素的事实,将在量刑时加以考虑。

2. 故意杀人罪

(1) 概述

故意杀人是指故意终结或缩短他人生命的行为。根据学界通行的见解,故意杀人罪的犯罪构成概览如下:

^① Vgl. Eser, in: Schönke/Schröder, 28. Aufl., 2010, Vorbem. § § 211 ff. Rdn. 5 m. w. N.

^② Vgl. BGHSt 1, 368 (370 ff.); BGH NStZ - RR 2002, 139 f.

^③ 但是近年来,德国联邦最高法院就这一问题的判决有松动的迹象。其第五刑事审判庭在2006年的一个判决中首次质疑司法判例的传统立场。Vgl. BGH NJW 2006, 1008 (1013).

A. 构成要件

I. 客观构成要件

- (1) 杀害行为
- (2) 行为对象:他人

II. 主观构成要件

B. 违法性

C. 责任

D. 量刑规则:第 212 条第 2 款和第 213 条

这里所列出的判断次序以目前在德国学界占据主流地位的犯罪构成体系(即通过客观归责和故意的双重地位等学说对目的行为论的犯罪构成体系加以折中之后的体系)^①为基础。德国联邦最高法院从未明确表明自己究竟是从哪种三阶层犯罪构成体系出发分析案件。但是,从其时常在责任部分才考察与犯罪故意相关的问题^②这一点来看,可以认为联邦最高法院至少在部分判决中仍在运用古典/新古典犯罪构成体系。如果根据这种立场,上表中的“主观构成要件”一项就应当被归于责任部分。当然,这种分歧更多地只具有学理意义,在分则的个案分析中一般并不会导致不同的结果。若无特别说明,本书均依据德国学界通说所主张的犯罪构成体系解析罪名。

(2) 客观构成要件

故意杀人罪的客观构成要件是杀害他人或者说缩短他人的生命。相比盗窃、诈骗等财产犯罪中符合构成要件的行为而言,杀害行为本身的定型性较弱。究竟什么样的行为才能被认定为杀害行为,取决于行为和结果之间的归责关系:杀害行为就是任何可归责地缩短了他人的生命、引起了死亡结果的作为和不作为。这里对归责关系的认定,与总论中客观归责的内容一致,本书不再赘述。

(3). 主观构成要件

① Vgl. *Gropp*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., 2005, § 3 Rdn. 63 ff.

② 譬如,德国联邦最高法院的判例在涉及间接故意和有认识的过失之间的区分时,都会将间接故意和有认识的过失表述为两种不同的“责任形式”。Vgl. nur BGHSt 36, 1 (10); BGH NSiZ - RR 2010, 144 (145).

成立本罪以行为人主观方面具有直接或者间接的杀害故意为前提,也即行为人必须认识到所有客观构成要素,并且意欲或者放任其实现。需要注意的是,在作为犯的场合,当涉及间接故意和有认识的过失相区分时,德国司法判例对认定间接的杀害故意提出了较高的要求:杀人是极为严重的刑事犯罪,相比伤害他人而言,行为人作为地实施本罪需要克服较高的心理障碍^①,因此,即便行为本身具有显著的客观危险性,也不能据此认定行为人具有杀害故意。相反,法官在个案中必须充分衡量全部相关证据,通过对行为和行为人的综合评判得出是否具有杀害故意的结论。这就是联邦最高法院历来所主张的障碍限度说(Hemmschwellentheorie)。^②这种立场并没有实质性地修正犯罪故意的定义,只是强调,行为的客观危险性虽然是推断行为人具有杀害故意的最重要的要素,但却不具有决定性意义。根据德国的司法判例,当行为人在酒精或毒品的影响下^③或者出于愤怒或其他原因在短时间内冲动地实施行为^④时,就必须谨慎地考虑,行为人是否因为没有认识到行为的客观危险性,或者因为不能推断其放任危害结果发生^⑤而欠缺杀害故意。当行为人只是认识到了抽象的生命危险^⑥,事前采取了预防死亡结果的措施^⑦,或事后尝试挽救被害人^⑧,与被害人关系较好或对被害人存有好感^⑨,或者欠缺显著的杀害动机^⑩时,便有可能否定杀害故意的成立。

(4) 违法性

符合《刑法》第212条的故意杀人行为可以通过正当防卫合法化。此外,根据警察法中营救射杀(finale Rettungsschuss)的规定,为了挽救被害人的生命或者使其免受重大的身体伤害,警察在不得已时可以射杀行为

① Vgl. Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 57. Aufl., 2010, § 212 Rdn. 13.

② Vgl. z. B. BGHSt 36, 1 (15).

③ Vgl. BGH StV 2004, 601.

④ Vgl. BGH StV 2004, 74 (75); BGH NSiZ 2009, 629.

⑤ Vgl. BGH NSiZ - RR 2010, 144.

⑥ Vgl. BGH NSiZ 2004, 329 f.

⑦ Vgl. BGHSt 36, 1 (11).

⑧ Vgl. BGH NSiZ 1998, 175.

⑨ Vgl. BGH NSiZ 2002, 314 (315).

⑩ Vgl. BGH NSiZ 2004, 330 (331).

人。^① 在符合国际战争法的情形中,故意杀害对方军事人员的行为也是合法的。^② 相反,由于人的生命属于最高级别的法益,德国司法判例和学界的通说均认为,故意杀人原则上不能成立合法的紧急避险。即便是在对生命的紧急避险,即当行为人为了挽救其他多数人的生命而杀害无辜第三者的场合,也同样如此。^③ 虽然相当一部分学者认为,在防御性紧急避险^④的场合,应该使杀害行为合法化。譬如,当继续分娩将危害母亲生命或者可能给其造成严重身体伤害时,可以杀死婴儿保护母亲(Perforation),尽管此时的婴儿已经是刑法意义上的“人”。^⑤ 但是联邦最高法院在其2003年判决的杀害家庭暴君案中的立场表明,司法判例并不认可防御性紧急避险可以使杀害行为合法化的见解。^⑥

(5) 责任

一般情况下,当行为人血液酒精浓度(BAK)达到3‰时,即可以认定其处于无刑事责任能力状态。但是对于故意杀人(和谋杀以及其他严重的暴力犯罪)而言,行为人血液酒精浓度达到3.3‰时才能认定其欠缺刑事责任能力。^⑦ 虽然针对生命的紧急避险并不合法,但是如果行为人是为了保护自己或者与自己具有亲密关系者的生命、身体和重大的自由法益而杀害被害人,则依据《刑法》第35条免责。当行为人为了拯救与自己并没有亲密关系的多数人而不得已牺牲无辜的少数人时,可能成立超法规的责任阻却事由。^⑧

(6) 量刑规则

虽然不具备谋杀要素,但是当行为人的罪责与谋杀犯相当,或者其行为

① 譬如《巴符州警察法》第54条第2款。

② Vgl. Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 57. Aufl., 2010, § 212 Rdn. 17; Jähnke, in: Leipziger Kommentar, Band 5, 11. Aufl., 2005, § 212 Rdn. 16 ff.

③ Vgl. BGH NJW 1953, 513 (513 f.). Vgl. auch BGHSt 35, 347 (350); BVerfGE 39, 1 (59).

④ 所谓防御性紧急避险,是指针对危险源本身实施避险行为。此时所欲避免的危险恰好源自避险行为所侵害之对象或其权利领域。

⑤ 例如 Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl., 2011, § 34 Rdn. 9; Neumann, in: Nomos Kommentar, 4. Aufl., 2013, § 34 Rdn. 91. 反对见解,参见 Zieschang, in: Leipziger Kommentar, Band 2, 12. Aufl., 2006, § 34 Rdn. 74. 其他一些学者(譬如 Perron, in: Schönke/Schröder, 28. Aufl., 2010, § 34 Rdn. 30)则认为这类案件只是特例,并不能由此一概认为防御性紧急避险可以使杀害行为合法化。

⑥ Vgl. BGHSt 48, 255 (257).

⑦ Vgl. Perron, in: Schönke/Schröder, 28. Aufl., 2010, § 20 Rdn. 16d.

⑧ Vgl. Rönna, in: Leipziger Kommentar, Band 2, 12. Aufl., 2006, Vor § 32 Rdn. 346.

与谋杀行为的不法程度相同时,应当根据《刑法》第 212 条第 2 款加重处罚。

依据第 213 条对故意杀人的行为人进行较轻的处罚,需要符合诸多前提条件:首先,行为人自己不能有过错地引发被害人的虐待和侮辱行为。其次,被害人必须对行为人或其亲属进行了虐待或侮辱。这里的虐待行为不仅包括身体上的,也包括精神上的损害在内;“侮辱”则不限于构成《刑法》第 185 条侮辱罪的行为,被害人所实施的通奸或者非法侵入住宅等行为,也可能被视为是对行为人或其亲属的侮辱;“亲属”这一概念的范围则根据《刑法》第 11 条第 1 款第 1 项确定。再次,行为人必须是被这种虐待或侮辱所激怒并冲动地实施杀人行为。也即事后必须证明,行为人在行为时确实处于情绪激动的状态。被害人的虐待或侮辱不需要是行为人实施杀害行为的唯一原因,只需要是其中的原因之一即可。^①但是,如果行为人在此之前就已经决定要实施犯罪的,不得适用第 213 条。^②最后,被害人的虐待和侮辱行为与行为人的杀害行为之间必须具有可以理解的内在联系,即后者应当是对前者的一种“合理”反应。

(7) 与身体伤害的关系

根据德国司法判例和学界的通说,每个既遂的杀害行为都以身体伤害结果为中间步骤,因此,任何一个杀害故意中也都包含直接的或者间接的伤害故意。^③行为人着手杀害被害人,造成了身体伤害结果,但却最终自愿放弃杀害被害人的,就故意杀人罪构成犯罪中止,但成立故意身体伤害既遂。杀害被害人未遂但造成了身体伤害结果的,成立故意杀人未遂和身体伤害既遂的想象竞合。但是当杀害行为既遂时,原则上就不再适用与故意伤害身体有关的条文,因为后者相对前者,只具有补充性意义。^④

① Vgl. BGH StV 1983, 60 (61).

② Vgl. BGHSt 21, 14.

③ Vgl. BGHSt 16, 122; BGHSt 41, 10 (14).

④ Vgl. BGH NSiZ 2004, 684. 部分德国学者主张,倘若伤害行为的不法内容无法为杀害行为所涵括,或者身体伤害结果难以被认定为死亡结果的必经中间步骤时,则既遂的故意杀人与既遂的身体伤害之间可能例外地成立数罪或者想象竞合(vgl. Eser, in: Schönke/Schröder, 28. Aufl., 2010, § 212 Rdn. 20; Neumann, in: Nomos Kommentar, 4. Aufl., 2013, § 212 Rdn. 33 ff.). 相反的见解则认为,此时应当通过酌情科处更重的刑罚甚至适用第 212 条第 2 款,在故意杀人罪的范围对行为的不法进行充分评价,而无须认定想象竞合(vgl. Schneider, in: Münchener Kommentar StGB, Band 4, 2. Aufl., 2012, § 212 Rdn. 70).

3. 谋杀罪

(1) 犯罪构成概览

与故意杀人罪一样,成立谋杀罪要求客观上存在可以被归责的导致他人死亡的杀害行为,主观方面则要求行为人必须具备杀害故意。但是除此之外,认定谋杀罪还要求具备特殊的谋杀要素,也即《刑法》第211条第2款所规定的三类情形。其中的第一类(出于谋杀癖好、为了满足性欲、出于贪婪或者其他卑劣动机)和第三类(为了实施或者掩盖其他罪行)分别涉及对行为人的犯罪动机和行为目的的可谴责性,因而这两类都是和行为人有关的要素。而第二类(阴险地或者残忍地或者以危害公共安全的方式)则首要涉及危险的行为方式,因而是和行为相关的要素。尽管第二类要素中也包含主观的方面(譬如认定“残忍”的谋杀要求行为人主观上具有毫无怜悯的心态等),但是通说仍然认为其属于客观构成要件要素。有争议的是,第一类和第三类谋杀要素属于责任要素还是属于主观的构成要件要素。当然,这种争议只涉及在犯罪构成体系的哪个环节考察这些要素而已,对案件的结果并没有直接影响。重要的毋宁是对不同谋杀要素的解释。这里按照学界的多数说,将第一类和第三类谋杀要素归为主观构成要件要素:

A. 构成要件

I. 客观构成要件

- (1) 杀害行为
- (2) 行为对象:他人
- (3) 第二类谋杀要素

II. 主观构成要件

- (1) 故意
- (2) 第一类或者第三类谋杀要素

B. 违法性

C. 责任

认定谋杀罪的故意,首先要求行为人必须具备杀害他人的故意,此点与上述故意杀人罪中的故意一致。此外,不同的谋杀要素对行为人的主观方面往往也有着特殊的要求。

(2) 第一类谋杀要素

“出于谋杀癖好”,是指行为人实施杀害行为的目的和动机就源自杀害被害人本身,而并非出于独立于杀害行为之外的其他动机。^①当行为人为了追求杀人的快感^②、出于观看他人死亡的好奇、为了表示自己的勇气甚至为了消磨时间而杀害被害人时,均因符合这一要素而成立谋杀罪。

“为了满足性欲”,是指行为人在杀害行为中寻求性满足,或者意图借助尸体(恋尸癖)、通过观看杀害行为的录影^③或者食用尸体的某一部分满足自己的性欲。实施性犯罪的行为人,为了保证顺利奸淫被害人而对被害人使用暴力,基于至少间接故意的心态导致被害人死亡的,也成立谋杀。^④

“出于贪婪”,是指行为人肆无忌惮地不惜一切代价——甚至不惜以牺牲被害人的生命为代价——追逐利益。行为人必须是直接通过杀害行为追求财产的增加或者追求财产增长的可能性。典型的例子是抢劫杀人,为了继承遗产、获得保险金或者酬金而杀害被害人等。^⑤出于避免支出、节省费用的意图杀害被害人的,也同样符合该要素。^⑥至于行为人所能获得利益的大小,则在所不问。即使只是为了获取极少的经济利益而杀害他人的,同样成立出于贪婪的谋杀。^⑦在行为人主观上具有多个动机的场合,只有当通过综合评价能够认定行为人是在贪婪动机的主导下实施行为时,才能符合该谋杀要素。^⑧

“其他卑劣动机”,是指那些根据一般的社会道德评价处于最低级的、特别应该受到鄙视和谴责的犯罪动机。是否能将犯罪动机认定为“卑劣”,应当结合犯罪的整体情势和行为人个人的人格进行综合性评价。^⑨行为人(尤其是来自外国、信奉不同宗教的行为人)自身不同于德国社会

① Vgl. BGHSt 34, 59.

② Vgl. BGH NSiZ 2007, 522 (523).

③ Vgl. BGHSt 50, 80 (86 f.).

④ Vgl. BGHSt 19, 101 (105).

⑤ Vgl. BGH NJW 1993, 1664 (1665).

⑥ Vgl. BGHSt 10, 399.

⑦ Vgl. BGHSt 29, 317 (318).

⑧ Vgl. BGH NJW 1981, 932 (933); BGH NJW 1995, 2365 (2366).

⑨ Vgl. BGHSt 35, 116 (127); BGHSt 47, 128 (130); BGH NSiZ 2006, 97.

道德观念的价值观,不是评价其行为是否卑劣的标准;但是,如果行为人无法认识到导致其行为被认定为卑劣的客观情势或者无法摆脱自身的价值观,则可能例外地不成立谋杀。^① 仅仅是为了追求个人利益或者是为了微小的个人利益杀害他人,尚不足以被认定为卑劣的动机。因此,在慌乱和绝望之中杀害自己新生的婴儿以掩饰自己的过往感情经历的行为人,不是出于卑劣的动机实施杀害行为。^② 根据德国的司法判例,由于被害人拒绝与之发生性行为而愤怒杀死被害人^③,基于种族仇视^④或者对外国人的敌视^⑤而实施杀害行为,仅仅因为被害人属于某个社会团体而将其杀害^⑥,出于恐怖主义动机杀害无辜的人^⑦,蔑视他人价值、任意地选取无辜第三者加以杀害的^⑧,均因动机卑劣成立谋杀罪。出于愤怒杀害被害人的,如果愤怒情绪本身是基于卑劣的动机而产生,亦成立谋杀。^⑨

(3) 第二类谋杀要素

“阴险”,是指行为人出于敌意,利用被害人毫无猜疑且毫无防备的状态实施杀害行为。其中的毫无猜疑是指被害人在行为人着手实施杀害行为时没有预料到对自己的生命和身体的攻击。当然,这是以被害人有能力辨识他人恶意并进而猜疑是否存在侵害为前提的,因为只有面对具有这种能力的被害人时,行为人才可能真正“隐藏”自己的险恶意图。三岁之前的婴幼儿^⑩、昏迷的人^⑪或者重病中无法再辨识行为人的意图并抵御攻击的人^⑫,原则上不具备这种能力,因而一般不能认为其身处毫无猜疑的状态。相反,根据德国学界的多数说和司法判例,睡眠中的被害人原则上可以处于毫无猜疑的状态。因为与昏迷的人不同,睡眠中的人恰恰

① Vgl. BGH NJW 1995, 602 f.

② Vgl. BGH NSiZ - RR 2008, 308.

③ Vgl. BGHSt 2, 60 (63).

④ Vgl. BGHSt 18, 37 (39).

⑤ Vgl. BGH NJW 1994, 395.

⑥ Vgl. BGH NSiZ 2004, 89 (90).

⑦ Vgl. BGH NJW 2004, 3051 (3054).

⑧ Vgl. BGH NSiZ - RR 2003, 78.

⑨ Vgl. BGH NSiZ 2002, 368; BGH NSiZ 2004, 34.

⑩ Vgl. BGH NSiZ 1995, 230 (231).

⑪ Vgl. BGHSt 32, 382 (387); BGHSt 18, 37 (38).

⑫ Vgl. BGH NSiZ 1997, 490 (491).

一般都是因为没有预料到对自己的生命和身体的攻击才入睡的。^① 毫无防备,则是指被害人由于处于毫无猜疑的状态而仅具有有限的防卫攻击的可能性。行为人不仅要认识到被害人处于毫无猜疑且毫无防备的状态,而且要出于敌对的意图刻意地利用被害人的这种状态实施杀害行为。当然,对于认定“刻意利用”,不能提出过高的要求,只需行为人认识到被害人因为毫无猜疑和防备而处于无助的状态,并且知道自己在袭击因为无猜疑而无法有效抵御进攻的被害人即可。^② 因此,出于杀害的故意从天桥上向高速驶来的车辆投掷重达一斤的铺路石块的,也利用了被害人毫无猜疑和防备的状态。^③ 但是,在行为人一时冲动实施杀害行为的场合,就可能因为其没有刻意利用被害人毫无猜忌和防备的状态而不成立谋杀。当行为人单纯出于被害人的利益而实施杀害行为,譬如,决定自杀的行为人为了避免自己深爱的家庭成员将来陷于多舛的命运而先将其杀害的,则因为缺乏敌意而不成立本罪。^④

“残忍”,是指行为人在实施杀害行为的过程中,出于毫无怜悯的心态^⑤给被害人施加了超出杀害本身所必要的精神或肉体上的巨大痛苦。^⑥ 譬如行为人延长杀害行为的持续时间或者反复给被害人造成痛苦等。^⑦ 所谓杀害本身所必要的痛苦,应当根据行为人所选择的杀害方式确定。倘若行为人所选择的杀害方式本身(譬如烧死、淹死被害人)客观上会导致巨大的痛楚,即便行为人没有再对被害人附加不必要的痛苦,或者没有其他更加“仁慈”的杀害方式可供其选择,也应当被认定为是残忍的杀害行为。^⑧ 此外,被害人必须要能体会到这种精神或肉体上的巨大痛苦,一岁的幼童就已经具有了体会这种痛苦的能力。^⑨ 相反,倘若被害人很快

① Vgl. BGH NStZ 2007, 523 (524).

② Vgl. BGH NStZ 2009, 569.

③ Vgl. BGH NStZ - RR 1997, 294 (295).

④ Vgl. BGH NStZ 2006, 338 (339).

⑤ Vgl. BGH NStZ 1982, 379.

⑥ Vgl. BGH MDR 1987, 623; BGH StV 1997, 565 (566); BGH NStZ 2008, 29.

⑦ Vgl. BGHSt 3, 264.

⑧ Vgl. dazu nur *Schneider*, Anmerkung zu BGH, Beschluß vom 21. 6. 2007, NStZ 2008, 29, 30; *Kindhäuser*, Lehr- und Praxiskommentar, 5. Aufl., 2012, § 211 Rdn. 25; *Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil II, 14. Aufl., 2013, § 4 Rdn. 44a.

⑨ Vgl. BGH MDR 1974, 12 (14).

失去知觉,则不符合这一谋杀要素。^① 精神或肉体上的巨大痛苦不要求是由杀害行为本身直接引起,也可以是由实施杀害行为时的附随状况所导致。但是,只有在实施杀害行为时造成了巨大痛苦才能满足这一谋杀要素。^② 之前出于伤害的故意,残忍地折磨被害人,随后犯意转化,再以非残忍的手段杀害被害人的,即便伤害行为和杀害行为之间具有紧密的时间上的联系,也不能成立谋杀罪。^③ 残忍的谋杀行为也可以通过不作为实现。根据德国司法判例,饥渴致死往往伴随着巨大的精神和肉体痛苦,所以不作为地让被害人(主要是幼儿)饿死的,原则上成立残忍的谋杀行为。^④

“以危害公共安全的方式”,是指行为人在具体个案中选择自己无法控制其危害范围的工具或者方式实施杀害行为,并因此危及多数人的生命和身体。^⑤ 换言之,行为人必须对其所意欲杀害之被害人以外的公众创设了自己无法控制的危险。与相当一部分学者^⑥的立场不同,司法判例认为,认定危害公共安全不以多数人遭遇生命危险为前提,只需要存在对公众生命或者身体的危险就可以了。^⑦ 此外,这里的危险也不要求是具体的危险。^⑧ 典型的以危害公共安全的方式进行谋杀的例子,譬如以冲锋枪向街上人群扫射^⑨,在人群密集区域(譬如酒吧)纵火或者实施爆炸袭击^⑩,等等。出于杀害的故意,在交通繁忙时从人行天桥上向以时速100公里驶来的车辆投掷长10厘米、宽4.5厘米、高4厘米的石块的,由于有引发恶性交通事故危及多数人生命的危险,也属于此列。^⑪ 行为人

① Vgl. *Altwater*, Rechtsprechung des BGH zu den Tötungsdelikten, NStZ 2002, 20, 24.

② Vgl. BGHSt 37, 40 (41).

③ Vgl. BGH NStZ 1986, 265.

④ Vgl. BGH NStZ 2007, 402 (403) m. w. N.

⑤ Vgl. BGHSt 34, 13 (14); BGHSt 38, 353 (354).

⑥ Vgl. z. B. *Eser*, in: Schönke/Schröder, 28. Aufl., 2010, § 211 Rdn. 29; *Neumann*, in: Nomos Kommentar, 4. Aufl., 2013, § 211 Rdn. 86.

⑦ Vgl. BGH NJW 1985, 1477 (1478).

⑧ Vgl. *Schneider*, in: Münchener Kommentar StGB, Band 4, 2. Aufl. 2012, § 211 Rdn. 107 m. w. N.

⑨ Vgl. OLG Dresden NJW 1948, 274.

⑩ Vgl. BGH NJW 2004, 3051 (3054).

⑪ Vgl. BGH VRS 63 (1982), 119. Vgl. dazu auch *Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil II, 14. Aufl., 2013, § 4 Rdn. 47; *Eser*, in: Schönke/Schröder, 28. Aufl., 2010, § 211 Rdn. 29.

所选择的行为工具本身不必具有危害公共安全的属性,只需要其在个案中的具体运用会导致对公众生命、身体的危险即可。因此,在车道上高速逆向行驶危及他人^①或者以 34 至 37 公里的时速驾车闯入人群^②的,也都符合这一谋杀要素。但是,如果行为人的行为只能导致不特定少数人的生命危险(譬如向混在人群中的被害人射出一发子弹,可能打中被害人也可能打中其他人),则不足以被认定为危害公共安全的方式。^③ 单纯以不作为的方式利用已经存在的危害公共安全之情势的,不能符合这一谋杀要素。因此,出于自杀目的打开居民楼中的煤气管道,看到他人点燃香烟却不予制止,从而引发剧烈爆炸致使居民楼坍塌和一名住户死亡的^④,过失导致有人居住的建筑物着火,但却不通知消防队或警察对困于火灾中的他人加以救助的^⑤,均不成立以危害公共安全的方式实施的谋杀。^⑥ 最后,如果涉及的仅仅是多个被行为人“个别化的被害人”,也即是行为人刻意挑选的、特定的被害人时,也不能被认定为危害公共安全。^⑦ 此时只存在一个针对多个被害人的杀人行为,仅成立故意杀人罪。只有当行为危及对于行为人而言具有可替代性(即在行为人看来即使替换成其他人也一样)的、作为公众之“代表”的多个被害人时,才属于危害公共安全的方式。^⑧ 由此,当行为人为了杀害特定的被害人而引爆飞机,导致机上其他乘客一并死亡时,也构成以危害公共安全的方式实施的谋杀。因为行为人虽然认识到其他同机乘客也会死亡的结果,并且对之具有故意,但是这些乘客却并非其所刻意挑选的、个别化的被害人。

(4) 第三类谋杀要素

成立第三类谋杀要素原则上不要求行为人对被害人的死亡结果持直

① Vgl. BGH NStZ 2006,503.

② Vgl. BGH NStZ 2006,167.

③ Vgl. BGHSt 38,353.

④ Vgl. BGH NStZ 2010,87.

⑤ Vgl. BGHSt 34,13.

⑥ 学界部分学者对此持相反的意见,例如 Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 57. Aufl., 2010, § 211 Rdn. 61.

⑦ Vgl. BGH NStZ 2006,503 (504); BGH NStZ 2006,167 (168).

⑧ Vgl. Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, § 4 Rn. 47a; Eisele, Strafrecht Besonderer Teil I, 2. Aufl., 2012, Rdn. 109 f. 相反见解: Schneider, in: Münchener Kommentar StGB, Band 4, 2. Aufl. 2012, § 211 Rdn. 103.

接故意,但是要求行为人以一级直接故意(即蓄意追求结果发生)的心态为实施其他犯罪创造条件或者掩盖其他犯罪。^①当行为人主观上具有多重动机时,只需要实施或者掩盖其他罪行这一目标在其中起到了主导性作用即可。^②其他“罪行”,必须是行为人自己或者他人所实施的其他可罚的犯罪行为,即必须是符合构成要件并且具有违法性和有责性的刑事犯罪行为。至于其严重程度,则在所不问。^③相反,单纯违反治安管理的行为不是这里所要求的“罪行”。^④所谓“其他”罪行,不要求是诉讼法意义上的新的犯罪,即使是与行为人所实施的杀害行为构成想象竞合,甚至是将该杀害行为本身作为组成部分包含在内的犯罪行为,也可以被认定为其他罪行。譬如,在出于抢劫的故意先杀害被害人然后取走财物的场合,抢劫相对于杀害行为也是“其他”罪行。^⑤需要注意的是,由于这里只涉及行为人的主观目的,所以,即使行为人误以为自己所追求实施的或者所欲掩盖的是刑事犯罪行为,也一样可以符合第三类谋杀要素。^⑥

为实施其他罪行,是指行为人将杀害行为本身(而不是被害人死亡的结果)视为必要手段,并企图借此使自己能够实施或者可以以更快、更便捷的方式实施其他的刑事不法行为。^⑦例如,行为人为了骗取保险金而杀害被保险人,由于杀害行为是出于为实施诈骗创造条件的目的,因而成立谋杀罪。^⑧在上述抢劫杀人的案件中,杀害行为有利于事后从被害人身上取走财物,同样成立谋杀。^⑨

为掩盖其他罪行,是指行为人意图使自己或者他人的其他犯罪行为不被发现,从而使自己或者他人逃脱刑事处罚或者其他不利后果。典型

① Vgl. BGHSt 23,176 (194).

② Vgl. BGH NSiZ 2005,332 (333).

③ Vgl. BGHSt 46,73 (80 f.).

④ Vgl. BGHSt 28,93 (95).

⑤ Vgl. BGHSt 39,159 (160 f.). 但是也有判例对此点表示质疑,譬如 BGH NSiZ 2003,536 (537)。

⑥ Vgl. BGHSt 11,226.

⑦ Vgl. BGHSt 39,159; 45,211 (217); Eisele, Strafrecht Besonderer Teil I, 2. Aufl., 2012, Rdn. 115.

⑧ Vgl. BGHSt 46,73 (80 f.).

⑨ Vgl. BGHSt 39,159 (160 f.).

的例子如行为人杀害追踪自己的警察或者他人,以便摆脱追捕^①;为了消除自己之前的杀人罪行所留下的痕迹而纵火烧毁房屋,导致屋内的其他人员死亡^②;等等。谎称卖毒品给被害人从而骗取其钱财的行为人,事后为了避免诈骗行为暴露引起被害人的报复而杀害被害人的,尽管其所欲避免的不是刑事处罚,也同样因为符合本要素而成立谋杀罪。因为谋杀罪所保护的并非司法秩序。^③ 不作为也可以符合这一谋杀要素。虐待自己养子并导致其陷于生命危险的父母,为了掩饰自己的罪行而不求助医生,致使孩子死亡的,亦成立谋杀。^④ 所掩盖的罪行和杀害行为之间不需要存在明显的时间或空间间隔,在实施其他罪行的过程中,或者在其实施完毕之后马上起意杀害被害人以掩饰该罪行的,也符合这一谋杀要素。^⑤ 但是,如果后来的杀害行为和之前的行为构成整体上的一个行为时,就因为不存在“其他”罪行而不成立谋杀罪。所以,一开始就出于杀害的故意殴打被害人,随后再基于掩盖罪行的意图杀害被害人的^⑥,或者基于间接的杀害故意虐待被害人,当其因此受到生命危险时又不加以救助的^⑦,都不成立为掩盖其他罪行的谋杀罪。这里行为人所欲掩盖的,实际上只是当前整体上的一个杀人行为而已,后来产生的掩盖犯罪之意图本身尚不足以使之前已经在杀害故意支配下的犯罪事实成为另一个罪行。^⑧ 如前所述,构成该谋杀要素原则上不要求行为人对被害人的死亡结果持直接故意。例外在于,当被害人认识或者能够辨认出行为人时,只有杀害被害人才能达到掩盖罪行的效果,所以此时认定为掩盖其他罪行的谋杀以行为人直接追求被害人的死亡结果为前提。^⑨ 最后,如果行为人认为自己的罪行已经被发现,只是企图通过杀害行为抗拒抓捕,则不再具有掩盖罪行的目的,只可能因为卑劣的动机而成立谋杀罪。^⑩ 但是,倘若其主观上

① Vgl. BGHSt 11, 268 (269 f.); BGHSt 15, 291.

② Vgl. BGHSt 41, 358 (359 ff.).

③ Vgl. BGHSt 41, 8 (8 ff.).

④ Vgl. BGH NJW 2000, 1730 (1732).

⑤ Vgl. BGHSt 35, 116 (123).

⑥ Vgl. BGH NStZ 2003, 259 (260).

⑦ Vgl. BGH NStZ 2003, 312.

⑧ Vgl. BGH NStZ 2000, 498 (499); BGH NStZ 2002, 253.

⑨ Vgl. BGH StV 1992, 259 f.

⑩ Vgl. BGH NStZ 1992, 127 f.

知道自己虽然已经被怀疑,但是罪行仍然没有被充分调查清楚,为了妨碍进一步调查杀害证人的,也构成为掩盖其他罪行的谋杀罪。^①

(5) 对谋杀罪的严格限制

由于成立谋杀罪就必然导致无期徒刑,为了确保罪刑相适应从而满足宪法所要求的比例原则^②,德国联邦最高法院历来要求对上述谋杀要素进行限缩性解释。问题是,在一些极端案件中,即使在限缩性解释的视角下,也只能认定构成谋杀要素,然而判处无期徒刑又似乎难以和行为人的罪责相符,此时应当如何处理?德国联邦最高法院大刑事审判庭对该问题持“法律结果说”。其在1981年的判决中指出,此时仍然成立谋杀罪,但是可以例外地不对行为人判处无期徒刑,而是类推适用《刑法》第49条第1款第1项的规定(不能适用第213条,因为该条只是针对故意杀人罪的量刑规则)对行为人判处3年以上有期徒刑。在该案中,被害人(行为人的舅舅)强奸了行为人的妻子并且威胁杀害行为人,事后行为人则趁被害人专心打牌毫无防备之机射杀了被害人。联邦最高法院虽然判决行为人由于阴险的杀害行为成立谋杀罪,但却认为鉴于被害人明显的过错,对行为人判处无期徒刑不符合比例原则;因而应当对之减轻处罚。^③然而,联邦最高法院这种从法律后果的角度解决问题的做法,却因为与法律的明文规定相冲突而难以成为令人满意的方案。因此众多学者试图通过其他方式解决这里的难题。一部分学者认为,应当对谋杀要素的解释加以进一步的限制,譬如要成立阴险的谋杀还应该要求行为人有责地破坏了自己与被害人之间的一种信赖关系。^④另一部分学者(消极的类型修正说)则认为,第211条第2款所规定的谋杀要素只有例示性的作用;其虽然表明相应行为的不法和行为人的责任原则上达到了可以判处无期徒刑的程度,但是,如果有例外情况,使行为人的罪行依据综合评价不能被认为是特别应当受到谴责的,就可以否定谋杀罪的成立。^⑤然而,这些见解自身也会在个案判断

① Vgl. BGHSt 50, 11 (14 f.).

② Vgl. BVerfGE 45, 187 (267).

③ Vgl. BGHSt 30, 105.

④ Vgl. z. B. Eser, in: Schönke/Schröder, 28. Aufl., 2010, § 211 Rdn. 26.

⑤ Vgl. z. B. Wessels/Hettinger, Strafrecht Besonderer Teil I, 31. Aufl., 2007, Rdn. 133.

中导致颇不明晰的结果,消极的类型修正说还过度地扩张了法官的裁量权限。因此,尽管在这些极端案件中不应当对行为人判处无期徒刑这一结论已经几乎成为司法判例和学界的共识,但是这一问题目前在德国却仍未被完全解决。若要在各种类型的案件中都实现罪刑均衡,可能最终还是只能通过修正谋杀罪绝对确定的法定刑来实现。事实上,对谋杀罪(特别是其法定刑)的改革,近年来也确实确实是德国刑事立法调整中被广泛关注和讨论的重点问题。

(三) 受嘱托杀人罪

1. 概述

《德国刑法》第216条所体现的是对他人生命的绝对保护。《德国宪法》第2条第2款虽然规定了保护公民的生命权,但是,按照传统见解,任意让他人处分自己的生命却并不是一项基本权利。^①因此,尽管自杀由于不符合故意杀人罪的构成要件而不构成犯罪,并不意味着基于其请求而杀害被害人也不能是犯罪行为。一般情况下,获得了被害人承诺的法益侵害不具有违法性,这也是宪法所保护的个人自决权的体现。然而,个人总是社会的一员,当其自主决定的权利会危及他人时,就应当对其自决权加以限制。在涉及对生命进行处分的场合正是如此:如果允许个人随意将自己的生命交由他人处置,就会动摇禁止杀害他人的理念,有违尊重生命的社会价值观念;同时,由于难以杜绝他人对这种允许规范加以滥用的风险,也会导致无法对其他社会成员的生命进行有效的保护。^②因此,原则上应当否定个人拥有让他人杀害自己的自主决定权,也不能对这种杀害行为进行有效的承诺。另外,从被害人个人利益的角度出发,国家也有必要确保其并非(譬如由于悲观沮丧的情绪)草率地作出放弃生命的决定,尤其是必须确保被害人自始至终掌控着自己的生命,直到最后一刻都还可以作出继续生存的选择。要实现这种对被害人的保护,也必然要求禁止他人杀害被害人。基于这些理由,《德国刑法》第216条明确规定,

^① Vgl. *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Kommentar zu Grundgesetz, 61. Lieferung, 2011, Art. 2 Abs. 2 Rdn. 47 m. w. N.

^② Vgl. *Hufen*, In dubio pro dignitate; Selbstbestimmung und Grundrechtsschutz am Ende des Lebens, NJW 2001, 849, 855; *Neumann*, in: Nomos Kommentar, 4. Aufl., 2013, § 216 Rdn. 1; *Eser*, in: Schönke/Schröder, 28. Aufl., 2010, § 216 Rdn. 1.

应被害人嘱托杀人的,构成犯罪。被害人的嘱托不能使杀害行为合法化,只是可以减轻行为人的刑罚。此时对行为人减轻处罚的原因一方面在于,杀害行为的不法程度由于存在被害人的嘱托而降低,另一方面则是因为行为人此时往往也处于内心冲突(譬如出于同情或怜悯等)之中,因而其责任程度也较低。符合第 216 条时,行为人不再根据第 211 条或者第 212 条受到处罚。因此,即便应被害人嘱托实施的杀害行为同时满足了某些谋杀要素,也只能根据本条规定对行为人科处刑罚。

本罪的犯罪构成概览如下:

A. 构成要件

I. 客观构成要件

- (1) 杀害行为
- (2) 行为对象:他人
- (3) 被害人明确且真挚的嘱托
- (4) 被害人嘱托引起杀人行为

II. 主观构成要件

- (1) 故意
- (2) 例外情形:第 16 条第 2 款

B. 违法性

C. 责任

2. 客观构成要件

本罪客观构成要件与故意杀人罪一样,要求存在杀害他人的行为。此外还必须存在被害人明确且真挚的嘱托,即被害人必须明确而真挚地要求行为人杀害自己。“嘱托”意味着被害人刻意地对行为人实施杀害行为的意志决定施加影响,换言之,必须是被害人的请求引起了行为人的杀害决意。因此,被害人单纯的承诺,不能被认定为是嘱托。^① 嘱托虽然必须是以明确的、毫无疑问的方式作出,但却不一定要是明示的。默示的手势,甚至是对他人是否能够“帮助”自己死亡的询问(“当我不行的时候,你能帮我打针吗?”)也足以成为明确的嘱托。^② “真挚”的嘱托,意味

^① Vgl. BGHSt 50, 80 (91).

^② Vgl. BGH NJW 1987, 1902.

着被害人必须是出于自主的意志决定要求行为人实施杀害行为,此时其必须具有健全的认知和判断能力。^① 过于年轻的被害人的请求,以及由于被胁迫、欺骗或者是在酒精、毒品、疾病的影响下作出的请求,均不属于真挚的嘱托。认定真挚的嘱托以被害人的意志决定没有重大瑕疵为前提。即便在被害人能够充分认识并且正确评价杀害行为的意义时,其仓促或者在暂时的沮丧情绪下或者基于动机错误(譬如误以为自己患了无法治愈的绝症)而作出的杀害嘱托,也不是真挚的意志决定。^② 因此,身患肿瘤的被害人在悲观失望的情绪中让丈夫杀害自己的,由于欠缺内心的坚定性不成立真挚的嘱托。^③ 行为人实施杀害行为时,被害人的嘱托必须仍然有效。^④ 倘若被害人在杀害行为之前或者在实施杀害行为的过程中撤回嘱托,则不再适用本条。如果被害人的嘱托规定了特殊的杀害方式,行为人也必须遵循被害人的意愿。最后,行为人必须是由于被害人的嘱托而决意实施杀人行为。在被害人嘱托之前就已经决定杀害被害人的,不成立受嘱托杀人。被害人的嘱托不一定是行为人决意杀人的唯一动机,只需要是起主导性作用的动机即可。^⑤

3. 主观构成要件

行为人主观上要有杀害被害人的故意,并且要认识到所有与客观构成要件相关的事实。如果行为人对此产生认识错误,误以为存在着被害人明确且真挚的嘱托而杀害被害人的,则应当适用《刑法》第16条第2款的规定;行为人不因为(客观上实现了的)第212条,而是仍然依据第216条受到刑事处罚。由于这种错误不涉及杀害故意本身,所以这里没有适用过失杀人罪的余地。

(四) 业务性促进自杀罪

1. 概述

早在帝国法院时期,德国司法判例就确立了教唆、帮助他人自杀不具有可罚性的基本原则。因为自杀不符合构成要件,故教唆或帮助他人自

① Vgl. BGH NJW 1981, 932.

② Vgl. Sinn, in: Systematischer Kommentar StGB, 8. Aufl., 131. Lieferung, 2012, § 216 Rdn. 8.

③ Vgl. BGH NSZ 2011, 340 (341).

④ Vgl. BGH NJW 1987, 1092.

⑤ Vgl. BGHSt 50, 80 (91 f.).

杀的,也由于欠缺正犯的不法主行为不能构成共犯。^①“二战”结束之后,随着对公民自主决定权的日益重视,教唆、帮助自杀不可罚的理念也在德国学界和司法判决中一再得以确认。^②然而,进入新世纪以来,德国周边国家,特别是瑞士出现了较多的教唆、帮助自杀案件,甚至还形成了多个以帮助自杀为宗旨的社团。受其影响,德国国内也开始形成类似的社会组织。这种发展趋势,引起了部分德国议员的担忧。为了防止教唆、帮助自杀常态化,这些议员开始在德国推动禁止教唆、帮助自杀的刑事立法。2015年11月6日,德国联邦议院在经过长达4小时的激烈辩论之后,以相对多数(360票赞成、233票反对、37票弃权或放弃投票)通过表决,将《刑法》第217条修订为业务性促进自杀罪。^③虽然修改后的刑法条文已于2015年12月10日生效,但此次的立法变动所体现的,却绝不是德国刑法学者或司法工作人员们的共识。事实上,德国学界对于增设业务性促进自杀罪几乎呈现出一边倒的反对态势。例如,2015年4月,包括罗克辛(Roxin)与雅各布斯(Jakobs)等知名教授在内的141名德国刑法学者(其中133名教授,8名研究人员)就曾联名出具意见书,坚决反对在刑法中设置帮助自杀的罪名。^④联邦最高法院费舍尔(Fischer)法官亦撰文激烈抨击此次立法动议纯粹是“无理取闹”。^⑤这些来自刑法学界和司法实务的反对意见不无道理。第217条的构成要件,不仅从教义学的角度看存在诸多缺陷(下文罪名解析将详述),该条本身的正当化依据其实也颇有疑问。德国立法者在本罪的立法理由中多次提及,设置业务性促进自杀罪是为了防止行为人干扰自杀者决定是否以及如何放弃生命的意志自由,从而实现对自杀者自主决定权与生命法益的保障。因此,第217条应当被理解为对生命法益的抽象危险犯。^⑥然而,这种论证却难以令人

① Vgl. RGSt 70,313.

② Vgl. nur BGHSt 32,367 (371); BGHSt 46,279 (284).

③ 历史上,《德国刑法》第217条规定的是杀婴罪,该罪名已于1998年废除。

④ Vgl. Hilgendorf/Rosenau u. a., Stellungnahme deutscher Strafrechtslehrerinnen und Strafrechtslehrer zur geplanten Ausweitung der Strafbarkeit der Sterbehilfe. 该意见书的署名学者在2015年5月份增至147人。Vgl. Saliger, Selbstbestimmung bis zuletzt; Rechtsgutachten zum Verbot organisierter Sterbehilfe, 2015, S. 216 ff.

⑤ Vgl. Fischer, Absurdes Spektakel um den Tod, Die Zeit v. 29. 9. 2015.

⑥ Vgl. BT - Drucks. 18/5373, S. 10 ff., S. 16.

信服:

首先,第 217 条难以与德国当前对安乐死案件的处理方式相协调。自杀不同于安乐死。安乐死是死者将自己的生命交由他人处置,由他人行为造成死亡结果;而自杀则意味着自杀者必须自己杀死自己,也即通过自己的行为造成自身死亡的结果。由于自杀者在死亡结果出现之前总是亲自支配着事态的发展、随时可以回心转意放弃自杀行为,死亡结果违反其真实意志的危险性便远低于安乐死。但是,当前德国学界与司法判例却普遍认可消极安乐死和间接安乐死不具有可罚性,根据联邦最高法院第二刑事审判庭较新的判决,甚至部分积极安乐死都可以因构成中断治疗而合法化(详见下文案例 2)。据此,既然连更可能损害被害人生命法益的安乐死经常都不违法,就难以以生命保护为由禁止公民实施危险性明显更低的促进自杀行为。虽然第 217 条将处罚范围严格限制在业务性地促进他人自杀的场合,但这并不能排除此处的质疑。因为迄今为止,德国学界与司法判例都并不认为,只有行为人非业务性地实施的安乐死才能合法化。换言之,即便是业务性地实施的消极安乐死、间接安乐死与构成中断治疗的积极安乐死,也同样合法,而根据第 217 条,业务性地促进他人自杀却违法,两者间显然存在无法调和的价值矛盾。在本罪的立法理由中,德国立法者也承认,由医护人员在医院或养老院等场所实施的安乐死不具有可罚性。但其却认为这与第 217 条并不冲突,因为这些安乐死的实施均有医学上的理由,而促进自杀恰好欠缺与医疗诊治之间的关联性。^① 这种辩解显然也缺乏说服力:医护人员当然也完全可能基于医学上的理由帮助患者实施自杀行为,而第 217 条的文义,却没有将这种情形排除在本罪构成要件的范围之外。

其次,第 217 条存在违宪嫌疑。虽然如前文在受嘱托杀人罪的解析中指出的,德国宪法学界并不承认公民享有将自己的生命交由他人处分的权利,但自杀者通过自己的行为放弃生命,当前却被普遍认为是公民一般行为自由^②或生命权^③等基本权利所保障的范畴。在现实生活中,要想无痛苦地实施自杀,往往需要专业人士的指导和特定的药物或设备,第

① Vgl. BT - Drucks. 18/5373, S. 17.

② Vgl. Epping, Grundrechte, 5. Aufl., 2012, Rdn. 106.

③ Vgl. Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, 26. Aufl., 2010, Rdn. 419.

217 条的设立使得那些确实是自主决定放弃生命的自杀者在很大程度上失去了实现自由意志的可能,从而构成了对这部分自杀者自主决定权的侵犯,有损其基本权利。

最后,第 217 条在刑事政策上也难以令人满意。正如本罪立法理由中提到的,国家必须加强对自杀者的关怀,个案中必须确定自杀者是出于自身真实意志放弃生命。这当然是保障自杀者自主决定权的必然要求。但这并不意味着应当动用刑法禁止促进他人自杀的行为。因为法秩序完全可以通过民事或行政法律规范确保自杀者是自愿地选择死亡。事实上,德国立法者就曾在 2009 年通过增设《民法典》第 1901a 条及其以下条文,规定了在涉及医疗过程中的安乐死案件时认定患者真实意志的条件与程序。相比之下,通过第 217 条笼统禁止业务性促进自杀行为,则显得过于草率。况且,德国有民意调查显示,约 80% 的德国公民都希望能够获得无痛苦、有尊严地自愿结束自己生命的机会^①,因此,第 217 条的立法很可能欠缺民意基础。

总而言之,2015 年底新增设的业务性促进自杀罪是争议极大的罪名,在体系协调、宪法审查以及刑事政策等方面都存在很大的疑问。可以预见,德国政界与学界还将围绕该罪名进行较为长期的论战。第 217 条最终是在《刑法》中得以保留,还是会被立法者再度删除或者甚至被联邦宪法法院宣布为违宪,都还有待观察。但是,这里需要特别指出的是,第 217 条的立法绝不意味着自杀以及教唆、帮助自杀等自杀相关行为从此在德国成了违法行为。事实上,德国立法者将第 217 条的适用限制在了较为有限的范围,主要是希望通过该条规定限制帮助自杀的社会团体,而不是全面禁止自杀及其相关行为。本罪立法理由中明确指出,此次立法“并非旨在将个案中基于困苦抉择或纯粹出于利他原因实施的自杀帮助行为犯罪化。以刑法全面禁止帮助自杀……不仅在法律体系上存有疑问,鉴于多元的伦理观念,也会构成对意愿自杀者自主决定权的过度侵犯”。^②

根据第 217 条的表述,本罪的犯罪构成概览如下:

^① Vgl. Reiter, Verbot organisierter Selbsttötungshilfe, ZRP 2014, 62.

^② Vgl. BT - Drucks. 18/5373, S. 14.

A. 构成要件

I. 客观构成要件

- (1) 行为对象:他人的自杀行为
- (2) 促进行为:提供、创设或介绍自杀机会
- (3) 业务性

II. 主观构成要件

- (1) 故意
- (2) 目的:促进他人自杀

B. 违法性

C. 责任

D. 个人刑罚排除事由:第2款

2. 客观构成要件

(1) 自杀的定义

第217条只将促进他人自杀的行为规定为犯罪,自杀本身并不受处罚。这虽然是在《德国刑法》条文中首次出现“自杀”概念,但是德国学界与司法判例长期以来在对自杀以及教唆、帮助自杀的案件处理中却早已形成了较为固定的对“自杀”的定义。根据这种立场,自杀意味着自杀者自主决定通过自己的行为放弃自身生命。析言之,主观方面,自杀者必须是自主决定地选择死亡,其必须能够正确认识并评估放弃生命的意义和影响,并且放弃生命的意志决定不能存在重大意思瑕疵。^①客观方面,自杀者必须“自己杀死自己”,也即在将不可逆转地造成死亡结果的最后关键时刻事实性地支配着事态的发展。^②唯有在这种严格的限制下,才能认为自杀是自杀者真实意志的体现,也才能肯定自杀者应当对自己造成的死亡结果自负其责,而其他的教唆或帮助者——若非例外地符合了第217条的规定——则不必承担刑事责任。^③当然,在一些特殊场合,到底

① Vgl. BGHSt 32,38 ff.

② Vgl. Roxin, Die Abgrenzung von strafloser Suizidteilnahme, strafbarem Tötungsdelikt und gerechtfertigter Euthanasie, in: Wolter (Hrsg.), 140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1993, S. 184.

③ Vgl. Jakobs, Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem, 1998, S. 22 ff.

是被害人自己杀死了自己,还是让他人杀死了自己,在判断上存在争议(参见下文案例1)。由于学界和司法判例都对自杀采取了严格的定义,安乐死和自杀是应当严格区分开来的概念。两者虽然在主观方面的成立条件基本相同,但在客观方面,安乐死意味着通过他人行为终结被害人的生命,故而与自杀存在着本质差别。也正因为如此,第217条的规定其实并不适用于安乐死的案件。

(2) 促进行为

第217条的罪名虽然被表述为“促进”自杀,但这种对构成要件行为的概括,实际上并不十分准确。因为法条本身其实只是要求行为人主观上具备促进他人自杀的目的,本罪的构成要件行为并不是以任何方式对他人自杀行为加以“促进”,而是仅限于向他人提供、创设或介绍实施自杀的机会。只是出于表述上的方便,本书才使用“促进行为”这一概念。从立法材料来看,对于本罪的构成要件行为应当加以严格限制。特别是,为了避免过度扩张处罚范围、侵犯公民的行为自由与言论自由,不能将任何有关自杀的意见交流或者支持自杀的观点表达都认定为本罪所规定的犯罪行为。

所谓“提供”或“创设”机会,是指创造使自杀行为成为可能或更容易实施的外在条件。提供与创设行为的区别在于,在前者的场合,行为人已经支配着能够促进他人自杀行为的外在条件,只是将这种自己支配之下的条件供应给他人;而在后者的场合,行为人还必须自己先创造出相应的条件。不论是提供还是创设,都要求行为人必须是为他人实施自杀创造了事实上的可能性,必须是在个案中直接使得他人的具体的自杀行为成为可能或者至少是典型地能够促进他人自杀行为的举动。立法理由中指出,向自杀者提供自杀用的毒药或自杀场所的,属于向其提供或创设了自杀机会。相反,单纯心理上对他人加以影响或者向他人传达有关实施自杀的信息的,尚不足以被认定为提供或创设自杀机会。即便是帮助自杀的社团向他人散布宣传自杀的资料或传单,解答他人关于自杀的疑问或回应他人的相关咨询,也不能因此构成本罪。对于“介绍”自杀的机会,也应当限制性地予以把握。要求行为人事事实上确实在意图实施自杀的自杀者与能够为其提供或创设自杀条件的帮助者之间建立起联系,并且必须至少使双方都表示原则上愿意提供和接受相应的自杀帮助。据此,虽然介绍自杀的机会并不以自杀者

与愿意向其提供或创设自杀条件的帮助者之间进行当面交流为成立前提,但是,若行为人只是向自杀者提供了广为人知的自杀信息(例如自杀帮助社团的地址信息),不能认定其向自杀者介绍了自杀机会。^①

尽管德国立法者已经对本罪的构成要件行为进行了较为严格的解释,但部分德国学者却认为,对于“提供”“创设”和“介绍”等概念应当进行进一步限缩。有论者指出,从结构上而言,提供、创设或介绍自杀机会实际上都是共犯行为(即自杀帮助行为)的正犯化。基于共犯行为本身固有的从属性,应当认为只有当被帮助自杀者确实利用了行为人所提供或创设的条件着手实施自杀行为时,才能肯定行为人向其提供或创设了自杀机会。因此,不论是提供还是创设自杀机会,都必须与自杀者具体的自杀行为之间存在直接关联。同理,考虑到介绍行为本身难以直接造成对法益的危险,应当认为,只有成功的介绍行为才能被认定为本罪意义上的构成要件行为。换言之,这里的“介绍”以所介绍的对象确实向自杀者提供或创设了自杀条件为前提。^②

(3) 业务性

第217条只将“业务性”(geschäftsmäßig)地向他人提供、创设或介绍自杀机会的行为规定为犯罪。德国立法者此处对“业务性”这一概念的采用颇为引人注目,因为该概念在德国刑法中其实极为罕见。除了第217条之外,现行《德国刑法》只在第206条中使用了“业务性”一词。该条规定,行为人将其作为业务性地提供邮政或电信服务之企业的所有者或职员而获知的属于邮政或电信秘密的事实非法告知他人的,构成侵犯邮政、电信秘密罪。显而易见,即便在该条规定中,“业务性”也并不属于具有重要意义构成要件要素,其对确定构成要件行为毋宁只具有间接意义。因此,德国司法判例和刑法学界对这一概念都关注甚少。只是根据《邮政法》第4条和《电信法》第3条的规定,刑法学界普遍将第206条意义上的“业务性”提供邮政或电信服务,理解为持续性地从事邮件寄送

^① Vgl. BT - Drucks. 18/5373, S. 13, 18.

^② Vgl. Oglakcioglu, in: Beck'scher Online - Kommentar, Edition 29, Stand 1. 12. 2015, § 217 Rdn. 17 ff., 22.

或向他人提供电信服务,不论是否出于获利目的。^① 相比之下,《德国刑法》在许多条文中都使用了与“业务性”近似的“职业性”(gewerbsmäßig)概念,例如第243条中的职业性盗窃、第263条中的职业性诈骗以及第253条中的职业性敲诈勒索,等等。由于涉及条文较多,德国司法判例在长期的司法实践中也形成了对“职业性”概念较为明确的定义。根据德国司法判例,“职业性”实施犯罪,是指行为人企图通过反复实施相应的犯罪行为为自己创设持续性的、具有一定规模的收入来源。^②

虽然“职业性”概念的内涵远比“业务性”概念更为明确,但立法者在第217条的立法中仍然选择了“业务性”的表述。其原因在于,“职业性”概念以行为人具有获利目的为前提,而“业务性”概念却并无这种限制。本罪立法理由指出,第217条旨在防止行为人影响自杀者的意志决定从而危及后者的生命法益,其必须防止自杀成为一种摆脱困难处境的常态方案,故而不能将处罚范围局限于行为人企图通过促进他人自杀谋取利益的场合。因为即便行为人主观上没有获利目的,其反复实施促进他人自杀的行为,也同样有损害自杀者自主决定的危险。事实上,在瑞士和德国成立的许多自杀帮助社团都是非营利性组织,若采用“职业性”概念,第217条将无法规制这些社团的行为,从而使立法意图完全落空。正是基于这种考虑,德国立法者将第217条意义上的“业务性”定义为,行为人将向他人提供、创设或介绍自杀机会作为其工作中持续性或重复性的一部分,即便其并无获利目的,也并未将之与其他经济性或职业性活动相联系。^③

需要注意的是,“业务性”概念虽然不要求行为人主观上具有获利目的,但却要求行为人意图连续或至少是重复性地实施自杀促进行为。在这一点上,其与“职业性”的内涵大体相同。因此,若行为人只是在具体案件中出于“仅此一回”的意思为自杀者提供、创设或介绍了自杀机会,并不构成本罪。当然,这里的连续性或重复性并不以行为人客观上确实已经反复实施了自杀促进行为为前提,而是只需行为人具有连续或重复实施的目的即可。据此,若行为人主观上具有反复实施的意图,但却在第

① Vgl. *Altenhain*, in: *Münchener Kommentar StGB*, Band 4, 2. Aufl., 2012, § 206 Rdn. 15 ff.

② Vgl. BGH NSIZ 2008, 282.

③ Vgl. BT - Drucks. 18/5373, S. 16 f.

一次向他人提供、创设或介绍自杀机会时就案发的,同样符合第 217 条的客观构成要件。^①

3. 主观构成要件

行为人主观上必须对本罪客观构成要件要素的实现至少具有间接故意。此外,还必须具有促进他人自杀的目的,也即其必须是出于蓄意促进他人自杀的意图实施行为。需要注意的是,认定本罪的目的只需行为人对自杀“促进”具有一级直接故意即蓄意,却并不要求其对他人的“自杀”本身也具有相同的意思。换言之,即便行为人对他人自杀行为的实施只具有间接故意的心态,只要其蓄意向自杀者提供、创设或介绍了自杀机会,也同样符合本罪的主观构成要件。例如,行为人为方便自杀者在万不得已时实施自杀而向其提供毒药,但内心却真挚地希望自杀者不必选择死亡,依然具有第 217 条意义上促进他人自杀的目的。从立法理由来看,德国立法者在本罪中特别设置了促进他人自杀的主观目的,是为了将合法的中断治疗以及间接安乐死排除在本罪范围之外。因为在这些场合中,医护人员并不是出于促进患者死亡的意图实施行为。^②然而,立法者此处的“谨慎”,难逃无的放矢之嫌。如前文所述,安乐死在定义上不属于自杀,因此,中断治疗与间接安乐死原本也不可能符合第 217 条的客观构成要件,根本无须再从主观方面将其与促进自杀加以区分。

4. 个人刑罚排除事由

根据第 217 条第 1 款的规定,非业务性地促进他人自杀的行为人,不能作为本罪的正犯受到处罚。然而,根据共犯理论,非业务性地教唆或帮助他人业务性地促进自杀者实施自杀行为的,仍然可以构成本罪的共犯。例如,行为人明知正犯业务性地为他人提供自杀条件,却为正犯进行宣传或对正犯行为加以支持和帮助。此时即便行为人本身欠缺连续或反复实施的意图(故而不符合“业务性”的限制),也可以就正犯的业务性促进自杀行为构成帮助犯。这种处理方式固然符合刑法学理,但却可能在部分案件中导致不合适的结论。譬如,若自杀者饱受病痛折磨,希望自主放弃生命,其亲属遂出于怜悯驱车将之送往业务性促进自杀的社团,使其在社

^① Vgl. BT - Drucks. 18/5373, S. 17.

^② Vgl. BT - Drucks. 18/5373, S. 18.

团帮助下完成自杀的,该亲属也会因构成业务性促进自杀的共犯受到处罚。这种结论恐怕违反一般的正义观念。因此,为了避免这种难以接受的结果,德国立法者特地设置了第 217 条第 2 款,将非业务性实施行为的自杀者的亲属或其他与之具有密切关系的行为人排除在共犯处罚范围之外。因为在立法者看来,这些行为人自身已经承受着巨大的精神痛苦,其行为不具有当罚性。^①

根据第 217 条第 2 款的表述,只有当行为人自身非业务性地实施行为,并且是自杀者的亲属或关系密切人时,才能根据该款规定认定其不构成犯罪。换言之,对于该款规定的适用而言,“非业务性”与“关系密切”(包括亲属)两个条件缺一不可。对于“亲属”的范围,详见《刑法》第 11 条第 1 款第 1 项的规定。对于其他“关系密切”人的认定,则与《刑法》第 35 条(免责的紧急避险)中的标准相同。原则上,只有当行为人与自杀者具有较为长期的交往关系,对之存在类似亲属的关切时,才可能肯定其与自杀者具有密切关系。例如,与自杀者长期恋爱的男(女)朋友、自杀者亲密的同性朋友、与自杀者形成紧密生活共同体乃至事实婚姻的伴侣等,均可以被认为与自杀者具有密切关系。相反,自杀者的邻居、同事、球友等,一般不足以被评价为自杀者的关系密切人。^②

(五) 遗弃罪

1. 概述

遗弃是指置他人于无助处境或对身处无助处境中、受自己监护或者自己有义务援助的他人不加救助,并因此导致其陷于生命危险或严重的健康损害之危险的行为。本罪犯罪构成概览如下:

A. 构成要件

I. 客观构成要件

(1) 行为对象:他人

(2) 行为

(a) 置于无助的处境,或者

^① Vgl. BT – Drucks. 18/5373, S. 19.

^② Vgl. Müssig, in: Münchener Kommentar StGB, Band 1, 2. Aufl., 2011, § 35 Rdn. 19.

- (b) 身处保证人地位却不加救助
- (3) 结果:具体的生命危险或严重身体伤害之危险
- (4) 因果关系和客观归责

II. 主观构成要件:故意

B. 违法性

C. 责任

2. 客观构成要件

第 221 条第 1 款是本罪的基本构成要件。其中的客观行为有两种类型:将他人置于无助的处境(第 1 项)或者虽然具有保证义务却不对被害人加以救助(第 2 项)。在第 1 项情形中,对行为人的身份没有特殊要求,任何人都可以成为这里的行为人。但是第 2 项则要求行为人对被害人具有照护义务。

(1) 置于无助的处境

“无助的处境”,是指被害人无法通过自己的力量或者借助他人的帮助抵御对自身生命和身体之抽象危险的境况。^① 被害人必须是被行为人置于这种处境之中。倘若行为人将被害人从先前的某个无助处境转移到当前的无助处境之中,并且由此提升了对被害人生命或身体的危险,则也符合该项。虽然“置于”无助的处境一般表现为行为人通过暴力、胁迫或者欺骗等方法改变被害人所处的空间位置,并由此将被害人置于危险的境地(譬如将酩酊大醉的被害人从酒店抛弃至街道^②、引诱缺乏经验的登山爱好者进入艰险的山区等)。但是司法判例和学界的通说均认为,置于无助的处境并不以发生空间的转移为前提。因此,殴打被害人至其无法站立、不能饮水也不能独立向医生求救,而后置之不顾的,也同样成立该项。^③ 此外,根据学界的通说,该项也可以通过不作为实现(譬如父亲看见他人将自己的孩子带入无助的处境却不予阻止)。^④

① Vgl. BGH NStZ 2008, 395.

② Vgl. BGHSt 26, 35.

③ Vgl. BGHSt 52, 153 (156 f.).

④ Vgl. Eisele, Strafrecht Besonderer Teil I, 2. Aufl., 2012, Rdn. 228; Neumann, in: Nomos Kommentar, 4. Aufl., 2013, § 221 Rdn. 17.

(2) 在无助处境中不加救助

成立该项要求已经存在着无助的处境,即被害人已经身处无助处境之中。“不加救助”的典型例子是,负有救助义务的保证人在被害人陷入无助处境时却擅自离开。譬如交通肇事的行人为不救助被害人,却驾车逃离现场;母亲在自己的幼儿重病之时却离家拜访朋友^①;等等。当然,这里的不加救助也并不以行为人自身的空间转移为前提,倘若行为人一直待在被害人身旁但却不采取救助措施,同样成立本项。

(3) 两项之间的区分

当对无助处境的认定本身就与行为人是否在场相关时,倘若行为人弃被害人而去,就会导致如何在上述两种行为方式之间进行界分的难题。譬如,没有经验的被害人决定在行为人的带领下攀岩,中途二人发生争吵,行为人擅自离去,留下被害人独处险境之中。部分学者认为,此时正是行为人的离去致使被害人无法借助他人力量抵御危险,造成了无助的处境,因而应当适用第1项的规定。^②多数见解则认为,此时仍然应当适用第2项。因为此时被害人需要行为人的保护这一点,恰恰说明了其本来就处于危险环境之中,而且如果适用第1项可能在其他案件中绕过法律对保证人地位的要求,从而扩张遗弃罪的范围。^③

(4) 对生命和身体的具体危险

遗弃行为必须对被害人造成了生命危险或者严重身体损害的危险。这里的危险必须是一种具体的危险。所谓具体的危险是指极可能出现法益损害的危急状态,对于法益的威胁必须如此之高,以至于依据日常经验,基于客观第三人的立场从事前的角度来看,发生法益损害的可能性高于不发生损害的可能性^④,或者说法益是否会遭受损害纯粹取决于偶然。^⑤换言之,客观的观察者应该能作出“好险,差点就出事了”的评价。^⑥严重的身体损害至少包括《刑法》第226条第1款第1项至第3项所规定

① Vgl. BGH NStZ 2009, 385.

② Vgl. Wessels/Hettinger, Strafrecht Besonderer Teil I, 31. Aufl., 2007, Rdn. 201, 204.

③ Vgl. nur Horn/Wolters, in: Systematischer Kommentar StGB, 8. Aufl., 131. Lieferung, 2012, § 221 Rdn. 4, 6; Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 14. Aufl., 2013, § 10 Rdn. 12 m. w. N.

④ Vgl. BGHSt 8, 28 (31).

⑤ Vgl. BGH NStZ 1996, 83.

⑥ Vgl. BGH NStZ 1996, 83 f.

的情形或者其他与之相当的身体损害。此外,根据德国司法判例,当只有通过一定强度的医疗措施或者广泛的、持续的康复措施才能恢复健康时,被害人所受到的就应当属于严重的身体伤害。^① 在判断某一身体伤害是否严重时,需要考虑被害人的个人特征,譬如其年龄、身体强壮程度、是否患有疾病等。^②

(5) 因果关系和客观归责

第 221 条第 1 款第 1 项要求行为人将被害人置于无助的处境,并且通过这种无助的处境造成被害人的生命危险或者严重身体损害的危险。如果行为人将被害人置于无助处境的行为本身就已经造成了这种危险,则不成立本罪。同样,倘若在无助的状态中本来就已经存在着对被害人身体的具体危险,就只有当行为人不予救助的行为提升了这一风险或者导致其他的具体危险时,才能符合第 2 项。譬如,当行为人刺杀被害人,造成后者无法被制止的动脉大出血并且倒地不起后弃之不顾的,不能成立遗弃罪。因为一方面,此时对被害人的危险源自刺杀行为本身,而非刺杀行为所造成的无助处境,因此不能符合第 1 项的规定;另一方面,虽然行为人此时对被害人负有救助义务,但是在其离开被害人时,被害人已经身处危险之中,行为人对之不加救助并没有明显提升这一危险,故而也不能符合第 2 项的规定。

3. 主观构成要件

本罪的主观构成要件为故意,即至少需要具备间接故意。除了对无助的处境、遗弃行为(置于无助处境或者不加救助)等客观构成要件之外,行为人还必须要对由此引发的对被害人生命身体的具体危险具有故意。在涉及第 2 项不作为的场合,行为人还必须认识到奠定作为义务的客观情势。

4. 加重减轻处罚

第 221 条第 2 款第 1 项是本罪的情节加重犯,第 2 款第 2 项和第 3 款是结果加重犯,要求加重结果(严重身体伤害或者死亡)与基本构成要件之间具有特殊的风险关联。第 4 款则规定了情节较轻时的处罚。

5. 罪数

① Vgl. BGH NStZ - RR 2007, 304 (306).

② Vgl. BGH NStZ 2003, 662 (663).

遗弃罪与既遂的故意杀人罪或者谋杀罪构成法条竞合,其相对后者而言是补充性条款,因此当行为人的行为构成了既遂的故意杀人罪或者谋杀罪时,就不再适用第 221 条。但是遗弃罪与未遂的故意杀人罪或者谋杀罪之间可以成立想象竞合。此外,第 221 条第 2 款第 2 项和第 3 款也可以与身体伤害罪(包括伤害致人死亡)成立想象竞合,但排除了过失杀人和过失伤害罪的适用。遗弃罪与第 142 条(未经允许离开事故地点)之间亦可成立想象竞合。符合遗弃罪时,不再适用第 323c 条见危不救罪的规定。

(六) 过失杀人罪

第 222 条过失杀人罪主要涉及的是总论中客观归责和如何认定过失的问题,此处不再赘述。

三、案例评析

(一) 案例 1:BGH, Urteil vom 14. 8. 1963 - 2 StR 181/63 = BGHSt 19, 135 ff.

相关问题:自杀与他杀的区分

1. 基本案情

被告人与 16 岁的女孩 G 彼此有好感并且相互爱慕,但是 G 的父母却不赞同二人的结合,于是 G 决意自杀。1959 年 6 月 8 日晚上,G 与被告人再次相会。被告人试图劝说 G 放弃自杀的想法,但未能成功。由于其不愿让 G 独自死亡,便决定与 G 一起自杀。两人给父母留下遗书,开车去了停车场并且在被告人的车内服用了安眠药片。然而,安眠药却没有发生效力。G 表示应该以别的方式自杀,于是被告人提议,通过将汽车尾气导入车厢内实施自杀。G 同意了这一方案,还表示希望不要太早被人发现他们,以免自杀失败。被告人随即将一根橡皮管接在汽车排气管上,通过汽车左边的窗户将橡皮管的另一端引入车厢。然后,其从外部封闭了左边的车门,从右侧上车,坐在驾驶席上,将左边的窗户尽可能地密封,只留下了足以使橡皮管通过的空隙。G 则坐在了被告人右侧的副驾驶位置上,并从里面锁上了右侧的车门。准备完毕之后,被告人发动马达并踩下油门,直到源源不断进入车厢的一氧化碳致其失去知觉。1959 年 6 月 9 日早晨,当被告人和 G 被人发现时,汽车的马达仍在运转,两人虽然昏迷不醒,但尚未死亡。然而,随后却只有被告人经过抢救幸免于难,

G 则不幸去世。

杜伊斯堡地方法院判决被告人对于 G 的死亡不成立受嘱托杀人罪。检察院与 G 的父母土诉至联邦最高法院。

2. 联邦最高法院判决

……上诉成立。基于所查明的事实并不能认定被告人无罪。初审法院的判决部分不符合事实,本庭亦不认同其部分判决理由。

根据所查证的案件事实,对被害人罪责的判断仅仅取决于应当将其行为认定为不可罚的帮助自杀行为,还是可罚的基于嘱托的杀人行为。鉴于初审判决中的具体表述,首先必须要确定的是,被告人是基于被害人明确且真挚的请求决意实施行为。在安眠药未起作用之后,G 通过其的举动——尤其是其对被告人提议的赞同和希望不要过早被他人发现的表示——明确地表明其试图并且希望通过被告人提议的方式死亡。G 真挚地表达了自己的死亡愿望,也完全明了其后果。被告人则只是为了满足 G 的愿望而实施行为,也因此坚持了自己的自杀决定。此外,被告人的行为也是 G 死亡的原因。G 虽然希望这种行为得以实施,并且基于其自主的、未受他人影响的意志决定停留在车辆中并吸入毒气,但是这并不阻却被告人的行为与死亡结果之间的因果关系,而且也不能排除被告人的故意。被告人明知会导致双方的死亡,却仍然做了必要的技术准备并且将毒气导入车中,因此其是明知且意欲,也即故意造成了 G 的死亡结果。

司法判例已经确认,应当根据共犯理论的基本原则区分符合第 216 条构成要件的行为与不可罚的自杀帮助行为。对此不能质疑说,自杀和帮助自杀由于不符合构成要件不构成可罚的刑事犯罪行为,而共犯理论则只与刑事犯罪行为相关。因为共犯理论所提供的区分标准本身并不依赖刑事处罚,并非不能被适用于“自然”意义上的行为。对这一界分原则的例外只在于,由于自杀行为不可罚,自杀者对自己的死亡结果的“犯罪助益”,不能通过《刑法》第 47 条^①被归责于他人。

在 BGHSt 13,162,166 这一判决中,联邦最高法院第四刑事审判庭认定,只有意欲支配导致死亡的情势,也即出于“正犯意志”实施行为的行

^① 相当于现行《德国刑法》第 25 条第 2 款,关于共同正犯的规定。——译者注

为人,才能根据第 216 条受到刑事处罚。本案初审法院明确援引了这一判决,并且认为行为人既没有支配整体事实,也没有相应的意愿。然而,第四刑事审判庭的判决,实际上是基于其他权衡而作出的,因此本案所涉及的界分问题与之并不相同。这里也无须讨论共犯理论对“意欲支配犯罪事实”这一要素的批评意见。本庭认为,在对第 216 条和不可罚的自杀帮助行为之间进行区分时,不能根据主观标准获得恰当的结论,也即不能以行为人是否将相应行为视为自己的罪行而意欲实施之、是否具有正犯意志、是否意欲支配整体情势或者自身能否从相应行为中获益等因素为标准。在“单方失败的相约自杀”的场合尤其如此。因为在这种场合下,相约自杀者自由而真挚地决定共同死亡并且将彼此命运相互联结,其内心态度恰好彼此一致,若依据主观要素进行界分则很有疑问。例如,在 JW 1921,579 所记载的帝国法院的判决中,男女双方相约通过毒气中毒自杀,男方打开煤气管道,女方则封闭门缝,最后只有男方获救。帝国法院在该案中对认定男方成立受嘱托杀人的初审判决给予了肯定,因为初审法官认定男方将杀害行为视为自己的事务并予实施,而在帝国法院看来,这一认定在法律上无可指责。然而,不明确的是,鉴于双方共同的意志决定以及为实现这种决定而各自作出的贡献,究竟基于哪一点事实可以得出上述结论。这种判断结果必然是恣意和无法控制的。因为根据这种观点,如果人们不愿允许行为人通过“特别的意志行为”与其所作所为脱离关系的话,这里的判断就只能取决于厌世者或者幸存者的搭档究竟是以何种强度和执著程度追求自杀决定的实现,以及幸存者在何种程度上服从于其搭档的意志。本案初审法院显然就采取了这种立场,因为其一再强调 G 的独立人格、对死亡的执著追求和坚定的意志,而相比之下,被告人则动摇不定、容易受影响并且意志力较弱。然而,这种区分却与法律规定不符,因为第 216 条的构成要件恰恰就是以行为人服从于被害人的意志为前提的。因此,本庭认为不可能以行为人是否服从了被害人的意志作为是否适用第 216 条的标准。如果行为人射杀追求自身死亡的厌世者,就应当根据第 216 条受到处罚,即便其一开始对此极为抵触,只是因被害人执著、坚持不懈的催逼才实施行为,也同样如此。

如果放弃以主观要素作为区分标准,判断结果就只能取决于究竟是谁支配了导致死亡的情势。个案中具有决定性意义的是死者决定自己命运的方式和方法。如果其将自己交由他人处置,只是容忍并且接受他人

所造成的死亡结果,则应当认为他人支配了整体情势。相反,倘若死者直至最后一刻都可以自由地决定自己的命运,即便此时存在着他人的帮助行为,也应当认定为自杀。当然,根据本庭的见解,在单方失败的相约自杀中,这种“保留决定”的标准并不意味着一方在对方已经完成对自杀行为的助益之后,必须事实上仍然能够自由地决定生死。^① 否则就会导致判断结果受制于客观情势的偶然发展,尤其是会导致只有根据事后的结果才能将参与者的举动认定为杀害行为。因此,决定性的标准应该是共同的计划。如果根据共同计划,一方参与者的助益并非一直延续至结果出现,而只是开创了因果进程,以至于在其实施完毕之后对方仍然可以自主决定摆脱或者终止其影响,那么,即便在这一助益中就已经包括了所计划的全部举动,也只存在对自杀的帮助行为。上述 JW 1921,579 所记载的帝国法院的判决恰好就是这种情形。本案中的共同计划则有所不同。被告人直到最后一刻都掌控着整体情势并且在其丧失知觉之前一直都在实施意在造成双方死亡的行为。G 虽然在刚开始时可以打开右侧车门或者将被告人的脚从油门上撞开,但是却决定并且也确实容忍了被告人持续性的意在导致自己死亡的行为,尽管 G 并不知道自己何时将不再能够摆脱这一行为的影响。行为人明知这一切,在这种情形下,行为人应当根据自己在实施共同计划中的角色成立第 216 条的正犯。至于行为人是先于还是后于 G 失去知觉,则无关紧要;这只是共同计划范围内不可预知的偶然事件,不能左右这里的判断。

根据上述论证,初审法院对被告人作出的无罪判决并不成立。

3. 本案评析

如前文所述,德国刑法中的故意杀人、谋杀和受嘱托杀人等罪名中的“人”,都只涉及他人,不包括行为人自己在内。因此,自杀行为并不符合这些罪名的构成要件。根据共犯限制从属性原则,对共犯的处罚以存在着不法的,也即符合构成要件并且具有违法性的正犯行为为前提。既然自杀行为本身不具有构成要件符合性,不能被认定为是不法的正犯行为,教唆和帮助自杀的当然也不能被视为杀人行为的共犯。据此,若非例外地符合《刑法》第 217 条的规定,教唆和帮助自杀在德国并不构成犯罪。

^① 参见 Schönke/Schröder, StGB 11. Aufl. § 216 Anm. 14.