

刑法直接家长主义的理论澄清与实践转向

邓卓行

内容提要:直接家长主义,是指干涉者为了保护被干涉者的长远利益,违背其当前意愿,直接阻止其实施自我损害行为。若以刑法作为手段达成这一干涉目的,即为所谓刑法直接家长主义。刑法直接家长主义具有两种功能,一是让刑法成为直接家长主义的手段,将自我损害等行为规定为犯罪或者解释为犯罪,以阻止个人实施自我损害行为;二是让符合刑法构成要件的干涉行为借助直接家长主义出罪,也就是为刑法中的违法阻却事由提供理论根据。由于直接家长主义违背了刑法的思想基础、混淆了道德义务和法律义务、不吻合刑罚的谴责特质、无法实现刑罚的一般预防目的,因而并不可取。应当认为,在微观上,直接家长主义可以妥当解释针对同一法益主体的紧急避险和依照法令的救助行为。在宏观上,刑法应当对直接家长主义保持中立。

关键词:家长主义 自我损害行为 自我决定权 违法阻却事由

邓卓行,清华大学法学院博士后研究人员。

所谓刑法直接家长主义,是指刑法为了保护国民长远利益,违背其当前意愿,禁止其实施自我损害等行为。一般认为,刑法直接家长主义不被允许,比如,在日本学者看来,“侵害自身的法益不属于处罚的对象,这在刑法中,可谓是‘当然的法理’”,^[1]但当然之理也并非不言自明,需要理论上的深入挖掘。另一方面,直接家长主义在刑法中的功用也有待说明。虽然我国法学界十余年前就开始研究家长主义,但研究重心并不在刑法方面。^[2]我国刑法学者也只是在解决特定问题时才顺带提及家长主义,比如通过对家长主义的批评来否定自杀行为的违法性,^[3]或者将家长主义作为专断医疗行为的正当根据,^[4]再或者是从家长主义出发对《刑法修正案(十一)》增设的负有照护职责人员性侵罪

[1] [日]山口厚著:《从新判例看刑法》(第3版),付立庆、陈少青译,中国人民大学出版社2019年版,第16页。

[2] 参见孙笑侠、郭春镇:《美国的法律家长主义与实践》,《法律科学》2005年第6期,第114-117页;孙笑侠、郭春镇:《法律父爱主义在中国的适用》,《中国社会科学》2006年第1期,第50-52页。

[3] 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,第148-154页。

[4] 参见姚万勤:《法律父爱主义与专断医疗行为的正当化》,《比较法研究》2019年第3期,第161-167页。

进行分析。^[5] 这些研究中不乏精彩论述,但大都未能充分展开,难窥刑法家长主义之堂奥。

本文以刑法直接家长主义作为研究主题,详细论述了刑法家长主义的缘起、界定与分类及其基本特征,总结刑法直接家长主义的既有观点,渐次展开理论辨析和实践探赜,认为在观念上,刑法应当对直接家长主义保持中立。不应以直接家长主义为由给人定罪,但可借助直接家长主义让符合刑法构成要件的行为出罪。

一 刑法家长主义的缘起、界定与分类

(一)缘起:家长主义作为政治哲学问题

1859年,穆勒(John Stuart Mill)在《论自由》中写道:“如果一个公职人员乃至任何个人,深知某座桥梁已岌岌可危,却见有人试图从桥上通过,而仓促之间又来不及警告,他们就可以一把抓住将他拖回来。”^[6] 在政治哲学语境中,想过桥者意指个人,他们想不受干涉地行使自由,却作出不理智的决定;将过桥者拖回的“局外人”暗指国家,它为了保护个人免受危险,便使用强力阻其过桥。国家如此行事,被称为家长主义。家长主义的介入始于个人自愿实施自我损害行为时,^[7] 国家为了保护个人的未来利益而违背当下选择,限制其当下的自由。“过桥案”描绘的是国家与个人的紧张关系,“在大多数的国家中,自由所受到的束缚、侵犯或摧残往往超过宪法所规定的范围”。^[8]

家长主义的核心问题,是国家权力与个人自由之间的界限。只不过表达方式有时会换成幸福与自由的抉择。要幸福还是要自由,这是政治哲学的基本问题。一方面,唯有通过国家强制,个人才能获得幸福,没有国家介入,人们便会屈从于偏私、自傲或复仇等自然激情,任何人的安全都无法得到保障。^[9] 没有安全就没有幸福,所以想要得到幸福,就不得不放弃部分自由以换取安全。另一方面,如果将自由作为至高原则,就须拒绝任何客观的幸福定义,特别是极端的自由诉求,就须放弃所有的国家强制。^[10] 不过,放弃国家强制可能意味着放弃一切安全保障,这种生活当然是自由的,却不一定获得安全所保障的幸福。

(二)界定:刑法作为家长主义的干涉手段

就现实而言,除了极端无政府主义者之外,没有人真正否定国家对于个人幸福的意义,也无人主张个人要有绝对自由。即便是最坚定的自由主义者,也认为国家应当保护国民的安全和健康,其中当然包括防止自我损害行为的发生。自由主义者真正要表达的是:“问题不在于政府是否应当限制个人自由,而在于这种限制究竟要达到什么程度

[5] 参见付立庆:《负有照护职责人员性侵罪的保护法益与犯罪类型》,《清华法学》2021年第4期,第77页;张梓弦:《积极预防性刑法观于性犯罪中的体现——我国〈刑法〉第236条之一的法教义学解读》,《政治与法律》2021年第7期,第52页。

[6] [英]约翰·穆勒著:《论自由》,孟凡礼译,上海三联书店2019年版,第112页。

[7] 家长主义的讨论只涉及能够自由行使自我决定权的健全成年人。参见[英]詹姆斯·斯蒂芬著:《自由·平等·博爱:一位法学家对约翰·密尔的批判》,冯克利、杨日鹏译,广西师范大学出版社2007年版,第152页。

[8] [法]孟德斯鸠著:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆1997年版,第188页。

[9] 参见[英]霍布斯著:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,商务印书馆1985年版(2008年第5次印刷),第128页。

[10] 参见[德]奥特弗利德·赫费著:《政治的正义性:法和国家的批判哲学之基础》,庞学铨、李张林译,上海译文出版社2021年版,第260页。

为止?”^[11]换言之,对“谁统治我”与“政府干涉我到何种程度”两个问题的回答,在逻辑上是有区别的。^[12]对于家长主义本身的可行性并不存在争议,因为如果完全反对家长主义,“拒绝把强制看作是维护其个人利益的正当理由,那么,看来我们既公然违反了常识,又违反了长期建立起来的习惯和法律。”^[13]随着社会的复杂化,个人更容易作出不理智的决定。^[14]凡此种种,均说明家长主义存在的合理性和必要性,相关研究重心在于,国家应通过何种方式、在何种限度内制止自我损害行为?具体到本文关注的则是刑法可否成为家长主义的干涉手段?

刑法作为最严厉的强制手段,无疑会与家长主义结合在一起。故而,关于刑法家长主义的研究应是刑法学的重要课题。作为家长主义的下位类型,刑法家长主义既分享家长主义的共性,又有其自身的特性。详言之,某一自我损害行为在政治哲学或其他部门法看来应否予以阻止,与是否动用刑法加以干涉,是两个不同的问题。这是因为,根据刑法的最后手段原则,如果连政治哲学或其他部门法都认为应该放任自我损害行为,就更不应该让刑法来过问。

(三)分类:刑法直接家长主义与刑法间接家长主义

刑法家长主义可分为直接和间接两种类型。刑法直接家长主义,是指将自我损害行为直接规定为犯罪或者解释为犯罪。其处罚目的不是保护他人法益,而是为了防止行为人放纵自己堕落。例如在《1961年自杀法》(*Suicide Act 1961*)颁布之前,英国的司法实践中认为,一个精神正常、达到刑事责任年龄的人故意杀死自己或者在杀死别人的过程中自杀都属重罪。^[15]在此,刑法为了保护个人生命,禁止个人实施剥夺自己生命的行为,便是刑法直接家长主义的体现。再如日本学者认为,“在自己持有毒品和赌博等情形中,由于难以认定该类行为侵害他人,因此不得不从由于行为人自身已经堕落,因而有必要保护行为人这一家长主义的视角出发才能为处罚的正当性提供根据。”^[16]以此为前提,将持有毒品和赌博的行为纳入刑事处罚领域,也属于刑法直接家长主义。

刑法间接家长主义,是指不处罚实施自我损害行为者本人,而是处罚帮助实施自我损害行为的人,或者处罚作为自我损害行为一部分的人。以我国2020年《刑法修正案(十一)》增设的刑法第236条之一负有照护职责人员性侵罪为例,刑法在此并不处罚已满14周岁不满16周岁的未成年女性,而只处罚对其负有监护、收养、看护、教育、医疗等特殊职责的人员。虽对此罪学界仍有许多争议,但间接家长主义不是本文讨论的重点,只能另纸探讨。

二 家长主义的基本特征

家长主义是刑法直接家长主义的上位概念,属于一种分析范式,其内涵外延并非一目

[11] [奥]路德维希·冯·米瑟斯著:《自由与繁荣的国度》,韩光明等译,中国社会科学出版社1995年版,第90页。
 [12] 参见[英]以赛亚·伯林著:《自由论》(修订版),胡传胜译,译林出版社2011年版,第178页。
 [13] [美]范伯格著:《自由、权利和社会正义——现代社会哲学》,王守昌、戴栩译,贵州人民出版社1998年版,第64页。
 [14] 参见[日]平野龙一著:《刑法的基础》,黎宏译,中国政法大学出版社2016年版,第83页。
 [15] 参见[英]史密斯、霍根著:《英国刑法》,李贵方等译,法律出版社2000年版,第426-427页。
 [16] [日]高桥则夫著:《刑法总论》,李世阳译,中国政法大学出版社2020年版,第19页。

了然,所以在论述刑法直接家长主义之前,有必要先澄清家长主义的基本特征。

(一) 限制个人外部自由

家长主义的第一个特征是限制个人外部自由,限制方式既可以是作为,也可以是不作为。^[17] 其一,所谓外部自由,是指从社会一般人视角看,干涉行为会使被干涉者的自由受到限制,至于被干涉者内心对此是否表示同意则在所不问。以前文提及的过桥案为例,无论过桥人主观想法为何,只要在社会一般人看来,旁人将其拽回的行为限制了过桥人的自由,该行为就符合家长主义的这一特征。其二,应当区分限制外部自由的干涉和扩展外部自由的干涉,只有限制外部自由的干涉才符合家长主义,扩展自由的干涉则不属于家长主义。比如,刑法第 264 条禁止盗窃行为,表面看它也限制了个人的盗窃自由,但它其实是拓展了其他人的行动自由,即不会因为害怕被窃而畏首畏尾。

与之不同,车浩教授认为,如果对家长主义做上述理解未免过于狭隘,有必要赋予家长主义以全新内涵,刑法之所以负有保护个人免受侵害的职能,是因为国家与个人之间存在一种“家长—子女”的关系。在子女有难时,作为“家长”的国家自然应当施以援手。同理,被害人渴望国家惩治犯罪人,背后反映的也是子女身处危难时渴望求助于家长的潜意识,而作为“家长”的国家则必须帮助作为“子女”的国民摆脱困境。^[18] 以要言之,国家对国民利益的理解经常比国民本人更高明,它“替代父母”而成为国民利益的永久监护人。^[19] 显然,这大幅扩展了家长主义的范围,以至于几乎所有保护个人利益的行为都可以用家长主义来解释。本文将车浩教授所理解的家长主义称为“新家长主义”,将本文讨论和主张的家长主义称为“传统家长主义”。

传统家长主义关心的,是国家在何种限度内有权限制个人自由,阻止其实施自我损害行为。而国家通过刑法保护国民免受他人侵害的举动,本质上却是扩展而非限制个人外部自由,其正当根据是法益保护原则,背后反映的是个人自治的传统自由观念,^[20] 保护法益就是维护自由,防止自由遭到侵害。正如林东茂教授所言:“刑法划定人的活动界线,意味着界线内的活动不受干扰……表面看,刑法拘束自由;深刻看,刑法实是创造自由。”^[21] 可见,扩展个人外部自由的方式并不符合传统家长主义的特征。如果以新家长主义为准,就会使扩展个人外部自由的方式也成为家长主义的一部分,这显然不同于传统家长主义。有鉴于此,本文不在新家长主义的语境下开展讨论,而是仅研究传统家长主义。

(二) 违背个人当前意愿

家长主义的第二个特征是干涉行为须违背个人当前意愿。^[22] 家长主义“必须篡夺被

[17] 参见黄文艺:《作为一种法律干预模式的家长主义》,《法学研究》2010 年第 5 期,第 9 页。

[18] 参见车浩著:《刑法教义的本土形塑》,法律出版社 2017 年版,第 68-70 页。

[19] 参见[美]乔尔·范伯格著:《自由、权利和社会正义——现代社会哲学》,王守昌、戴栩译,贵州人民出版社 1998 年版,第 64 页。

[20] Vgl. Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 5. Aufl., 2020, S. 26.

[21] 林东茂著:《刑法总则》,我国台湾地区一品文化出版社 2021 年版,第 11、12 页。

[22] See Gerald Dworkin, Paternalism, in Robert Audi ed., *The Cambridge Dictionary of Philosophy*, Cambridge University Press, 1995, p. 649.

干涉者的自由决定,要么阻止他人做已经决定的事,要么干涉他人形成决定的过程”。^[23]只有当干涉行为与被干涉者的意愿相冲突时,才会产生家长主义问题。

1. 得到同意的干涉行为不是家长主义

如果干涉行为得到被干涉者同意,就不能将其视为家长主义。得到同意的干涉不是对自由的真正限制,因为这是被干涉者自我决定权的体现。在康德看来,自由必须在普遍法则中找到规定的根据,^[24]“我们应走出处境性准则的混乱和这些准则在暴力和谄媚之间的反复摇摆而转入诸人格的一种合法而确定的秩序中去,诸人格恰恰由此而是自由的。”^[25]卢梭更加形象地表达了这一点:“无须问何以人们既是自由的而又要服从法律,因为法律只不过是我们自己意志的记录。”^[26]故而,对于那些虽限制了个人的外部自由却体现了个人当前意愿的干涉,就不能视为家长主义。值得注意的是,同一个干涉行为很可能符合A的当前意愿,却不符合B的当前意愿,该行为是否属于家长主义,端赖于特定被干涉者受到强制时的意愿。

以此为标准,可将很多干涉行为排除在家长主义之外。在荷马史诗《奥德赛》中,奥德修斯想听塞壬女妖的歌声,却又怕被歌声蛊惑,便对水手们说:“你们必须用痛苦的绳索将我捆紧,让我贴站桅杆之上,被绳端围在上面;倘若我愿求,央求你们为我松绑,你们要把我捆得更紧,用更多的绳线。”^[27]随后,当奥德修斯听到塞壬女妖的歌声时,果然要求手下给他松绑,这一当前意愿就与先前给水手们的指示相背。水手们违背奥德修斯听歌时想松绑的意愿,限制其行动自由,就符合家长主义的这一特征。如果奥德修斯在听歌时忍住诱惑,未要求松绑,那么即便他的行动自由受到限制,水手们的行为也不属于家长主义,因为这符合他当时的意愿。

2. 个人当前意愿必须真实有效

倘若个人因强迫、欺骗或行为能力不足而无法表达自己的真实意愿,旁人违背个人的非真实意愿加以干涉,就不能将其视为家长主义。这是因为,家长主义的核心问题是关于要不要无条件尊重被干涉者自我决定权的争议。而对自我决定权的尊重必须以个人意愿真实有效为前提,一个不自由或者因错误信息而被歪曲的意愿,一开始就不符合尊重自我决定权的条件。^[28]换言之,家长主义语境下干涉者与被干涉者的冲突,是干涉行为与被干涉者的真实意愿相抵触,而不是与被干涉者的非真实意愿相抵触。前者是干涉行为与自我决定权之间的冲突,国家既可以支持干涉行为,也可以尊重被干涉者的自我决定权。后者则是干涉行为与非自由意志之间的“冲突”,这里的干涉本质上是一种救助行为,国家会毫不犹豫地予以支持,甚至还会向干涉者施加救助义务。不过,此时干涉行为的正当根据并非家长主义,而是社会团结原理,即“牺牲自己的某些自由、给予他人以一定的援

[23] Gerald Dworkin, *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge University Press, 1988, p. 123.

[24] 参见[德]康德著:《实践理性批判》,邓晓芒译,人民出版社2016年版,第35页。

[25] [德]莱因哈特·布兰特著:《康德——还剩下什么?》,张柯译,商务印书馆2019年版,第137页。

[26] [法]卢梭著:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆1996年版,第51页。

[27] [古希腊]荷马著:《奥德赛》,陈中梅译注,译林出版社2017年版,第371页。

[28] Vgl. Birnbacher, Paternalismus im Strafrecht - ethisch vertretbar?, in: Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Paternalismus im Strafrecht, 2010, S. 13.

助和关照”。^[29] 正如英国思想家霍布豪斯(Leonard Trelawny Hobhouse)所言,“只要一个人不具有自制能力,使他免于痛苦就是对的,如果情况允许,可以把他置于冲动最容易恢复正常平衡的条件之下。”^[30] 比如,在医疗刑法领域中,如果病人无法自由决定,医生就有义务违背病人的意愿实施手术。^[31] 此情此景,医生的救助义务显然来源于社会团结原理,而非家长主义,因为病人早已失去自主决定能力,不存在是否要尊重病人自我决定权的问题。总体而言,只有当被干涉者能作出真实有效的自我决定时,才能开启家长主义的讨论。

综上,有理由认为家长主义并无“软”“硬”之分。一般而言,硬家长主义是指,为了保护个人免受自我损害带来的恶果,即使个人对此心甘情愿,国家也有必要违背其意愿加以干涉。软家长主义则认为,国家不关心个人的自主选择是否有害,而仅在意个人的决定是否出于自愿,只有当个人无法作出真实自愿的选择时,国家才有权干涉。应当认为,软家长主义并不是真正的家长主义,它只是在与(硬)家长主义相对的意义之上才如此称呼,就连提出这一区分的范伯格(Joel Feinberg)也承认“软家长主义真的不是家长主义”。^[32] 原因在于,软家长主义所设定的场景,都是在国家出面干涉之前,个人就已经无法行使自我决定权。被害人因他人侵害而无法行使自我决定权,尔后国家介入,通过处罚侵害人来恢复被害人的自由,其正当性根据乃是法益保护原则或者社会团结原理。相反,真正的家长主义场景则是,国家出面干涉之前,个人可以行使自我决定权,国家出面干涉之后,个人无法行使自我决定权。以我国刑法为例,甲以胁迫手段强奸乙,国家依照刑法第 236 条强奸罪处罚甲。此时,国家通过处罚甲来保护乙,其根据不是家长主义,而是法益保护原则,因为甲先侵害了乙的性自主,之后国家才出面干涉。与此相对,甲对 15 周岁的丙负有监护义务,丙因爱慕甲而主动与之发生性关系,国家依照刑法第 236 条之一负有照护职责人员性侵罪处罚甲。这里国家出面干涉的依据才是家长主义,因为在国家介入之前,丙可以行使自我决定权,在国家介入之后,丙因甲受到惩处而再也无法与之自愿发生性关系。

(三) 干涉目的符合个人长远利益

家长主义的第三个特征是干涉目的必须符合个人长远利益。如今政治哲学、法学语境下的“人的形象”早已不是抹平所有差异的理性人,不再是“十分精明、十分自利和孤立的人”。^[33] 当下“人的形象”,是个人在作出选择时,经常“缺乏充分思考或对结果缺乏充分认识;或者只求眼前欲望的满足;或者判断很有可能是在各种会阻碍明晰思考的困境中作出的”。^[34] 换言之,“对大多数人来说,‘人类为有生命的计算机,能够理性地衡量每一可能行动路线的利弊’这观念不实在得近乎怪异。”^[35] 当然,这并不意味着人无法行使自

[29] 陈璇著:《紧急权:体系建构与基本原理》,北京大学出版社 2021 年版,第 31 页。

[30] [英]霍布豪斯著:《自由主义》,朱曾汶译,商务印书馆 1996 年版(2002 年第 2 次印刷),第 77 页。

[31] 参见[德]埃里克·希尔根多夫著:《医疗刑法导论》,王芳凯译,北京大学出版社 2021 年版,第 75-76 页。

[32] [美]乔尔·范伯格著:《刑法的道德界线:对自己的损害》,方泉译,商务印书馆 2015 年版,第 15 页。

[33] [德]古斯塔夫·拉德布鲁赫著:《法哲学入门》,雷磊译,商务印书馆 2019 年版,第 136 页。

[34] [英]哈特著:《法律、自由与道德》,钱一栋译,商务印书馆 2021 年版,第 33 页。

[35] [美]弗里德里克·沃特金斯著:《西方政治传统:近代自由主义之发展》,李丰斌译,广西师范大学出版社 2016 年版,第 96 页。

我决定权,而是说个人作出决定的动机可能不明智,容易给自己带来不可逆转的损害。正是在这种预设之下,干涉者才拥有了限制个人自我决定权的理由。只有当个人的自我决定会损害其自身的长远利益时,干涉者才有理由干涉。这里的长远利益,并不是干涉者强加给被干涉者的利益,而是被干涉者自己原本就设想的利益,也就是其长远目标和偏好的实现可能性。

在此,有必要仔细分辨作为家长主义思想来源的完美主义。虽说关于家长主义的争论起于穆勒,但其思想源头却可追溯至德国哲学家沃尔夫(Christian Wolff)所提出的完美原则。^[36] 该原则的具体表述是,“意志必然追求一种理智认识到的完满……自然法则要求每个人力争获得其自身和他人的完满。”^[37] 据此,人类所有的权利和义务都源于“自我完美化”这个最高要求。^[38] 在道德哲学中崇尚完美,与沃尔夫的研究方法有着莫大的关系。沃尔夫承袭了笛卡尔、斯宾诺莎和莱布尼茨的唯理主义,将哲学的方法和数学的方法等同起来,^[39] “把哲学划分成一些呆板形式的学科,以学究的方式应用几何学方法把哲学抽绎成一些理智规定”。^[40] 既然几何学是最完美的科学,以此为根据的人类实践活动就也应趋向完美。然而人的能力毕竟有限,无法仅凭自己的力量达到完美。为此,沃尔夫进一步提出了相互促进原则,即“人需要他人来帮助完成自己的完善”。^[41] 这里的“他人”同样可以指国家,国家的职能之一就是帮助个人达到完美状态,按照德国学者穆尔曼(Uwe Murmann)的研究,家长主义便是沿着沃尔夫的这一思想路线发展至今的。^[42]

不过,家长主义虽源自完美主义,却不完全等同于完美主义,完美主义既可以支持家长主义,也可以偏离甚至反对家长主义。^[43] 根据罗尔斯(John Bordley Rawls)的研究,家长主义暗含了这样一种预设,即当被干涉者“发展或恢复了他的理智时,他将接受我们代表他所做的决定,承认我们为他做了最好的事情”,家长主义“必须受正义原则和有关这个人的较长期的目标和偏爱的知识或者对基本善的解释的指导……各方需要保证他们人格的完整,保证他们的终极目标及其信仰(不管他们的具体内容是什么)”。^[44] 从尊重自我决定权的角度讲,如德国哲学家尼达-鲁莫林(Julian Nida-Rümelin)所言,“对一个人自治的尊重并不要求尊重每一个明显的愿望。只有当一个人安排其生活与自行选择的原则、规则或准则相协调,才称得上是自治的。”^[45] 所以,只有当个人的当前意愿明显与其自

[36] 参见周滢沂:《论被害人生命法益处分权之限制——以刑法父权主义批判为中心》,我国台湾地区《台北大学法学论丛》2013年第4期,第8页。

[37] [美]罗伯特·C. 所罗门、凯特林·M. 希金斯主编:《德国唯心主义时代》,储昭华等译,冯俊等审校,中国人民大学出版社2016年版,第13页。

[38] Vgl. Gkoutis, *Autonomie und strafrechtlicher Paternalismus*, 2011, S. 63.

[39] 参见[美]梯利著、伍德增补:《西方哲学史》,葛力译,商务印书馆1995年版(2012年第12次印刷),第418页。

[40] [德]黑格尔著:《哲学史讲演录》(第四卷),贺麟、王太庆译,商务印书馆1997年版,第188页。

[41] [德]文德尔班著:《哲学史教程——特别关于哲学问题和哲学概念的形成和发展》(下卷),罗达仁译,商务印书馆1993年版(2015年第8次印刷),第233页。

[42] Vgl. Murmann, *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, 2005, S. 31.

[43] See Steven Wall, *Perfectionism and Paternalism*, in Kalle Grill and Jason Hanna ed., *The Routledge Handbook of the Philosophy of Paternalism*, Routledge, 2018, p. 172.

[44] [美]约翰·罗尔斯著:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社1988年版,第248-249页。

[45] [德]尤利安·尼达-鲁莫林著:《哲学与生活形式》,沈国琴、王鸢嘉译,商务印书馆2019年版,第229页。

行选择的原则、规则或准则不协调时,干涉者才有理由加以干涉。由此便可以解释,为什么家长主义要求干涉目的应与被干涉者自身的长远利益保持一致。

与之不同,完美主义语境下的干涉目的,既可以符合被干涉者的长远利益,也可以不顾被干涉者的长远目标和偏好,径行贯彻干涉者自认为完美的东西。当干涉者认为现行道德属于“完美”时,完美主义就会转变为道德主义;^[46]当干涉者认为自己的偏好属于“完美”时,完美主义将变成威权主义。只有在干涉者认为实现被干涉者的长远利益属于“完美”之时,完美主义才会成为家长主义。^[47]

家长主义的“完美”与道德主义、威权主义的“完美”不同,前者体现为双向沟通关系,后者呈现为单方压制关系。在家长主义中,干涉者会就被干涉者的长远利益与被干涉者沟通,力阻其改变当前不理智的决定。而在道德主义或者威权主义中,干涉者却并不在意被干涉者的想法,只是一味地把自认为正确的东西强加在被干涉者身上。

申言之,家长主义与道德主义、威权主义的本质区别在于,究竟由谁来定义“完美”。如果由被干涉者来定义“完美”,干涉者为了被干涉者的长远利益提供协助,防止被干涉者因一时冲动损害自身,其干涉行为就是家长主义。倘若由干涉者来定义“完美”,丝毫不顾及被干涉者的长远利益,就是道德主义或者威权主义。然而,如此区分尚显粗糙,因为个人长远利益时常难于辨别,甚至连个人都不清楚自己的长远利益所在。在大多数情况下,人对自己未来要做什么,要成为什么样的人,根本拿捏不准。所以,家长主义与道德主义、威权主义的关系真可谓错综复杂,纠缠不清,家长主义随时可能以“为了个人的长远利益”之名,滑向道德主义、威权主义,而道德主义、威权主义也可能因为偶尔符合个人长远利益而变成家长主义。

“符合个人长远利益”固然是尊重自我决定权的体现,但如何确定个人长远利益却困难重重。因此有必要再着笔墨将家长主义和道德主义、威权主义详加区分:第一,在被干涉者的长远利益显而易见时,干涉者为保障其长远利益,违背其当前意愿加以干涉,属于家长主义;第二,在被干涉者的长远利益显而易见时,如果干涉者不顾被干涉者的长远利益,将自己所认为的“完美”强加于被干涉者,就属于道德主义或者威权主义;第三,在无法辨别被干涉者的长远利益时,如果其自我损害行为完全不合常理,干涉者就可以推定该行为不符合被干涉者的长远利益,暂时加以阻止,给予被干涉者一个冷静期,^[48]若被干涉者事后依然不改初衷,就不再加以干涉,便是一种有条件的家长主义;第四,在无法辨别被干涉者的长远利益时,如果被干涉者坚持我行我素,而干涉者却坚决强行压制,此时的干涉行为就不再是家长主义,而是道德主义或者威权主义。当国家作为干涉者时,可以对作出不理智决定的个人实施家长主义式的干涉,却不可推行道德主义或者威权主义。正如洪堡所言,“人共同生存的最高理想,是每人都只从他自身并且为了他自己而发育成长。”^[49]

[46] 关于通过法律推行道德的讨论可参见 Eugene V. Rostow, *The Enforcement of Morals*, 18 *The Cambridge Law Journal* 174, 174-198 (1960)。

[47] See Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, 1986, p. 423.

[48] See Gerald Dworkin, *Paternalism*, *The Monist*, 1972, p. 81.

[49] [德]威廉·冯·洪堡著:《论国家的作用》,林荣远、冯兴元译,中国社会科学出版社1998年版,第33页。

国家应帮助个人更好的发育成长,而不是将自己的想法强加于个人。

三 刑法作为直接家长主义干涉手段之否定

倘若干涉行为符合以上三个特征,且干涉对象是实施自我损害行为者本人,就可将其视为直接家长主义。接下来的问题是,刑法能否成为实现直接家长主义的手段,也就是将自我损害行为规定为犯罪或者解释为犯罪。学界对此存在不同意见,日本学者高桥则夫认为,刑法应以侵害原理为原则,以家长主义为补充,其中也包括直接家长主义。^[50]而在德国学者许乃曼(Bernd Schünemann)看来,直接家长主义在刑法理论上存在重大缺陷,不得让刑法成为其干涉手段,^[51]本文赞同后一种主张。

(一) 直接家长主义不符合刑法的思想基础

自贝卡里亚为现代刑法奠定思想基础以来,衡量犯罪的真正标尺就是犯罪对社会的危害。^[52]科耶夫(Alexandre Kojève)指出,犯罪的受害方不是某个具体人,而是作为整体的社会。决定刑法特点的,不是国家主动惩治犯罪人,而是社会成了“被害人”。为此,国家就在刑法中规定一些条件,这些条件一旦具备,国家就认为遭受侵害的社会正在向它求助,从而自发地进行干预。^[53]这一思想反映在刑法中,就是立法论上的社会危害性与司法论中的法益侵害。在立法论上,犯罪的属性是“具体的人对社会中确立的人与人之间、集体与个人之间关系秩序的侵害”。^[54]任何关系的建立都必须至少包含两个主体,单一主体无法形成社会关系,也就无所谓犯罪。在司法论上,法益侵害是认定犯罪的重要标准。

对于自我损害行为而言,在立法论上,自我损害行为仅由单一主体实施,自损人并未与其他个人、群体建立起负价值关系,更没有对任何现存关系造成严重破坏,因而也就不符合设立犯罪的条件。此处可能遭到的质疑是,即使是自我损害行为,也会搅动自损人与周围人乃至社会的关系,比如自杀会让亲朋好友陷入极大的痛苦之中,吸毒会增加社会成本,而这些成本最终将落到每个纳税人头上。对此可以反驳道,这里的社会关系并不为刑法所关心,不能将对这种关系的影响规定为犯罪。这是因为,刑法具有谦抑的特征,不允许将所有看不顺眼的行为都规定为犯罪,而“仅能在保护社会必要时始能介入,这是指唯一保护人之生命在与其他人共存时所不可或缺以及以其他方式不能比以刑法为有效保护之法益”。^[55]刑法只能作为保障人与人共存的手段,而且必须是最后手段。一方面,自我损害行为是针对个人自身所为,不涉及他人,因而不符合“共存”这一条件。另一方面,刑

[50] 参见[日]高桥则夫著:《刑法总论》,李世阳译,中国政法大学出版社2020年版,第19页。

[51] Vgl. Bernd Schünemann, Die Kritik am strafrechtlichen Paternalismus - Eine Sisyphus-Arbeit?, in: Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Paternalismus im Strafrecht, 2010, S. 232.

[52] 参见[意]切萨雷·贝卡里亚著:《论犯罪与刑罚》,黄风译,北京大学出版社2008年版,第22页。

[53] 参见[法]亚历山大·科耶夫著:《法权现象学纲要》,邱立波译,华东师范大学出版社2011年版,第453-454页。

[54] [阿塞拜疆]И. М. 拉基莫夫著:《犯罪与刑罚哲学》,王志华、丛凤玲译,中国政法大学出版社2016年版,第29页。

[55] [德]阿图尔·考夫曼著:《法律哲学》(第二版),刘幸义等译,法律出版社2011年版,第242页。

法有如药物,“对于社会与个人均有其副作用,只是在法律制度或法律制裁制度中迄今尚未能找到更完美的法律手段之前,勉强继续沿用的不完美手段”。^[56] 国家用以有效制止自我损害行为的方法有很多,并非必须将其规定为犯罪。

在司法论上,既然刑法的目的是保护法益,就应当尊重个人的自我决定权,在未对他入法益造成侵害时,刑法不得干涉。所以,当一个人自愿实施自我损害行为时,非但没有侵害自己的法益,反而是享有法益、运用法益的表现。刑法是法益保护法,不是法益侵害法,如果将自我损害行为解释为犯罪,就不是在保护个人法益,而是在侵害法益。即便认为法益与个人自由并不相同,刑法教义学也主张,“如果法益主体同意对自身法益的侵害,由于该法益已缺少要保护性,因而此法益侵害行为原则上不具有违法性,不构成犯罪”。^[57] 在利益遭受侵害时,“如果该侵害不违反他人的意思的话,刑法就可以从该任务中解脱出来,没有必要将该侵害行为评价为犯罪”。^[58] 既然在得到同意情况下,他人对法益主体的侵害原则上都不可罚,那么在法益主体实施自我损害行为时,就更不可能用刑法加以惩处。

(二) 刑法不得为个人设定针对自身的义务

倘若刑法将自我损害行为规定为犯罪,就意味着刑法给个人设定了针对自身的义务。康德伦理学反对自我损害行为,因为自我损害行为显然不能成为一条普遍适用的法则。^[59] 但是,反对自我损害行为的定言命令,仅在康德的伦理学中才有效,在康德的法权论中并不适用。亦即,不得实施自我损害行为仅仅是道德义务而不是法律义务。根据凯尔斯汀(Wolfgang Kersting)的研究,康德法权论中的行动规范,皆是评判自由领域之间兼容性的形式标准,自由乃一切规范的出发点。由于自由与家长主义存在着天然矛盾,因此康德的政治哲学本质上是一种反家长主义哲学。^[60] 根据康德的法权论,不仅刑法管不了自我损害行为,甚至连其他部门法也管不了。李普斯坦(Arthur Ripstein)指出,反对自我损害行为的道德论证不影响法权,因为自我损害者的目的与手段都只涉及自身,是纯伦理学问题,只有当目的与手段牵涉他人时,才会产生法权问题,因而自我损害行为在伦理上的负面评价不能成为刑法禁止自我损害行为的根据。^[61] 换言之,刑法只能为个人设定针对他人的义务,不得为个人设定针对自身的义务。^[62]

[56] 林山田著:《刑法通论》(上册)(增订十版),北京大学出版社2012年版,第51页。

[57] [日]西田典之著:《日本刑法总论》(第2版),王昭武、刘明祥译,法律出版社2013年版,第157页。

[58] [日]曾根威彦著:《刑法学基础》,黎宏译,法律出版社2005年版,第58页。

[59] 康德以自杀行为为例证明了这一论点,相关论述可参见[德]康德著:《道德形而上学的奠基》(注释本),李秋零译注,中国人民大学出版社2013年版,第41页。

[60] 参见[德]沃尔夫冈·凯尔斯汀:《政治、自由与秩序——康德的政治哲学》,汤沛丰译,载吴彦编《康德哲学及其起源——德意志法哲学文选(一)》,知识产权出版社2015年版,第175页。

[61] 参见[加]李普斯坦著:《强力与自由——康德的法哲学与政治哲学》,毛安翼译,知识产权出版社2016年版,第153页。

[62] 当然,有学者主张即便是个人自主地处分自己的生命,也是对个人生命法益的侵犯,从而为法所不允许。参见钱叶六:《参与自杀的可罚性研究》,《中国法学》2012年第4期,第104页。也有学者主张个人无权对生命权进行处分。参见郑玉双:《自我损害行为的惩罚——基于法律家长主义的辩护与实践》,《法制与社会发展》2016年第3期,第190页。这些反对意见明显混淆了道德义务与法权义务。

(三) 直接家长主义的目的与刑罚的谴责特质不吻合

刑罚作为最严苛的制裁手段,除了报应之外,在现实中还存在一个不同于其他制裁手段的特质,就是道义谴责。一方面,刑法不得将单纯违反道德的行为规定为犯罪,另一方面,如果一个行为完全符合道德,就很难认为用刑罚加以制裁是正当的。从这个意义上说,“在动用刑罚手段的时候,如果不考虑一定的伦理因素,那么刑罚就将难以被社会接受并发挥其维护社会秩序的功能”。^[63] 刑罚具有两个特征,一是施加苦难;二是谴责所带来的污名化,谴责就是刑罚中伦理因素的表现。制裁措施只有同时符合这两个特征,才能将其视为刑罚。^[64] 刑罚的这种道义谴责特质,又会反过来影响定罪的目的,“刑事定罪旨在通过对犯罪人罪行进行责难,而让他们对其罪行产生认知和忏悔”。^[65]

与之不同,直接家长主义的目的,是为了帮助实施自我损害行为的个人实现其长远利益,警示个人作出审慎选择;尽管现在实施自我损害行为是自由意志的体现,但果真这么做的话,将来定会追悔莫及。如果干涉者违背自我损害行为人的当前意愿,阻止他们实施这些行为,就是典型的直接家长主义。但这些干涉行为的目的却并不是要在道义上谴责他们,而是为了拯救他们的生命,挽救他们的生活,放眼未来还可能为被干涉者争取到一个大好前程。从这个意义上说,直接家长主义与刑罚有着本质不同,倘若用刑罚来实现直接家长主义,就必然导致家长主义初衷的变更,使其从挽救和帮助转变为道义谴责。

在实践层面,刑罚的道义谴责特质蕴含在责任(报应)刑之中,犯罪人客观上造成的损害越大,主观心意越恶毒,他的道义可谴责性就越大,责任刑也就越重。比如一般而言,故意杀人的道义可谴责性就大于故意伤害的道义可谴责性。但是,直接家长主义的目的是挽救和帮助,而不是道义谴责,如果将自我损害行为规定为犯罪,就意味着无法确定行为人的责任刑。又由于责任刑是量刑的基准,是预防刑的前提,^[66] 不能确定责任刑,就不得发动刑罚,故而自我损害行为也就没有理由受到刑罚的制裁。

(四) 直接家长主义干涉无法实现刑罚的一般预防目的

当然,有学者根本不承认报应是刑罚的根据,主张刑罚的功能或目的仅在于预防,^[67] 而与直接家长主义相关的,不是特殊预防,而是一般预防。其中,一般预防又有消极与积极之分。本文认为,直接家长主义与刑罚的这两种一般预防目的皆不契合。

1. 直接家长主义与消极的一般预防

消极的一般预防重在威慑。费尔巴哈指出:“法律中的刑罚威慑的目的是对潜在违法者的所有人的威慑,警告其不要违法。科处罚金的目的是为了证明法律规定的刑罚威慑的效果。”^[68] 对直接家长主义而言,如果将自我损害行为规定为犯罪或者解释为犯罪,

[63] 陈兴良著:《刑法哲学》(第六版),中国人民大学出版社2017年版,第350页。

[64] 参见[美]道格拉斯·胡萨克著:《刑法哲学》,姜敏译,中国法制出版社2015年版,第608页。

[65] [英]安东尼·达夫著:《刑罚·沟通与社群》,王志远等译,中国政法大学出版社2017年版,第131页。

[66] 参见张明楷著:《刑法学》(上)(第六版),法律出版社2021年版,第715页。

[67] 参见黄荣坚著:《基础刑法学》(上),我国台湾地区元照出版公司2012年版,第17-18页。

[68] [德]费尔巴哈著:《德国刑法教科书》(第十四版),徐久生译,中国方正出版社2010年版,第29页。

根本不能起到威慑的效果。更何况,即便在一般犯罪中,消极一般预防的效果也极为有限,“意图犯罪,受激情支配或是受动摇其道德观念的心理飓风所左右的人,绝不是刑罚威慑所能控制得了的”。^[69] 一般犯罪尚且如此,当一个人真正下定决心实施自我损害行为时,根本不会在乎自己是否可能受到刑事处罚。边沁在论述不适于惩罚的情况时写道,刑法规定虽已传达到一个人,但对他不能产生任何影响,此时惩罚必定无效。虽然刑法规定可能发挥影响,但如果某种相反的原因对意愿有支配作用,惩罚也必定无效。^[70] 与精神障碍和疾病所引起的苦痛相比,刑罚的震慑作用简直微乎其微。所以,对于自愿实施自我损害的人而言,刑罚必定无效。此时,最有效的直接家长主义干涉措施,应当是劝导、治疗、安抚,甚至动用一点强力,而不是恐吓震慑,精神崩溃、肉体痛苦的人需要的是温暖与希望,而不是冰冷与恐惧。

2. 直接家长主义与积极的一般预防

积极的一般预防的主旨,是确立公众对于规范的信赖,进而预防犯罪。依照帕夫利克(Michael Pawlik)的论述,国家有理由期待公民在对待其他公民的方式中表达出他对法秩序的忠诚,对法规范的侵害表达了公民的不法,国家必须用刑罚来回应。^[71] 在这种稳定规范的要求中,刑罚的目的“不在于对刑罚的恐惧,而是在训练人民的法忠诚。亦即它的目的是要稳定因犯罪行为而受破坏的秩序信赖……使信赖法规范的正当性得到确认,使大众因为规范有效而安心”。^[72] 根据积极的预防,对犯罪的放任会让公众丧失对刑法规范的信赖。一旦刑法规范失去公众的信赖,其后果要么是公众肆无忌惮地实施犯罪,要么是公众惶惶不可终日,基本行动都受到影响。为使公众确信刑法规范时刻都在保护他们,尽可安心行动,就必须动用刑罚惩处犯罪人,这将会产生刑法规范不可动摇的昭示效果。正是由于刑罚时时刻刻都在确证刑法规范的效力,个体才能在社会中获得安全,建立和睦共存的关系。

反观自我损害行为,即使将其规定为犯罪或者解释为犯罪,也不可能实现积极的一般预防。就产生实施自我损害行为念头的人而言,刑罚不仅不会让他建立对法规范的信赖,反而会起到适得其反的效果。甲出于某种原因想一死了之,但他可能非常信赖当下的法规范,他想离开这个世界,完全是因为他自己不想活。当他看到刑法处罚实施自我损害者时,肯定会瞬间丧失对刑法规范的信赖。他将倍感震惊:刑法居然连自己想不想死都要管。当然,甲也可能不信赖法规范,觉得刑法没有给社会带来他所期待的公正,想通过自杀摆脱这一切。此时,同样不可能通过处罚实施自我损害行为的人来重建他对法规范的信赖,因为甲是由于看到刑法没有惩处那些侵害他人之人,才对法规范产生质疑。倘若此时用刑罚来处罚,会更加深他对法规范的不信赖程度——不惩罚害人者,反倒去处罚自我损害者。

[69] [意]恩里科·菲利著:《实证派犯罪学》,郭建安译,商务印书馆2016年版,第26页。

[70] 参见[英]边沁著:《道德与立法原理导论》,时殷弘译,商务印书馆2000年版(2002年第2次印刷),第219、221页。

[71] 参见[德]米夏埃尔·帕夫利克著:《人格体 主体 公民——刑罚的合法性研究》,谭淦译,冯军审校,中国人民大学出版社2011年版,第72-79页。

[72] 李文健著:《罪责概念之研究——非难的实质基础》,我国台湾地区1998年作者自版,第219-220页。

就其他没有自我损害念头的人而言,积极一般预防的旨趣在于通过确证法规范效力,建构一个人人能安心行使自由权利的社会。而自我损害行为却只涉及自身利益,并不会让其他人在行动中感受到惶恐,不会从实施自我损害行为的人身上感知到对自身的危险,刑法自然也就无须通过处罚自我损害行为来建立国民对法规范的信赖。更为重要的是,积极的一般预防和消极的一般预防都有把犯罪人当作工具的意味,也就是通过处罚犯罪人,让其他潜在犯罪者不愿或者不敢实施犯罪。而直接家长主义的目的,则永远只针对实施自我损害行为的人本身,而不涉及旁人。一旦让刑法成为直接家长主义的干涉手段,就意味着将被干涉者当作震慑他人的工具,这等于贬低了被干涉者的价值,与直接家长主义完全以被干涉者为中心的宗旨大相径庭。

四 干涉行为借助直接家长主义出罪之肯定

虽然刑法不能成为直接家长主义的干涉手段,但是符合刑法构成要件的行为可以借助直接家长主义出罪,其中以针对同一法益主体的紧急避险和依照法令行为中违背个人当前意愿的救助(干涉)最为典型。

(一) 针对同一法益主体的紧急避险

倘若 A 准备自杀,一旁的 B 为了拯救 A 的生命,不得已打晕了 A,并造成 A 轻伤,此时可否认为 B 成立故意伤害罪?在刑法中,保全利益与牺牲利益属于同一人的情况并不少见,保全的利益是 A 的生命,牺牲利益是 A 的身体健康与自杀的自我决定权。对此,刑法理论一致认为 B 的行为不构成犯罪,争议仅在于以何种理由出罪。德国通说是紧急避险说,主张在不得已情况下,牺牲同一法益主体的较小利益,以保全其较大利益的做法属于紧急避险。^[73]与之相对,推定承诺说则认为,对于同一法益主体身上产生的利益冲突,“必然存在该利益主体对变更危险的推定承诺”,^[74]即推定被干涉者内心其实同意牺牲自己较小利益,以保全较大利益。紧急避险说与推定承诺说的不同在于,B 在牺牲 A 的较小利益以保全较大利益时,应否把 A 的自我决定权放在被牺牲利益一侧。根据紧急避险说,B 只要客观权衡身体健康和生命何者为重即可,由于生命利益高于一切,因此排除 B 打伤 A 的违法性。而在推定承诺说看来,紧急避险说会将客观利益权衡标准凌驾在被干涉者的自我决定权之上,这绝非妥当之举。^[75]因此,B 在阻止 A 自杀时,不应仅考虑 A 的生命与健康何者更为重要,还要判断 A 是否真的想自杀。可见,紧急避险说将被干涉者的自我决定权放入牺牲利益中,而推定承诺说则将其归于保全利益中。

根据直接家长主义的基本思想,本文认为应当赞成紧急避险说。其一,家长主义的基本特征是干涉行为与被干涉者的当前意愿相冲突,一旦某人决定实施自我损害行为,不论将来是否后悔,起码在行为当时他是充分自愿的。而推定承诺说的立意则在于,被干涉者

[73] Vgl. Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 50. Aufl. 2020, S. 160.

[74] Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, S. 426.

[75] 参见许泽天著:《刑法总则》(第二版),我国台湾地区新学林出版股份有限公司 2021 年版,第 162 页。

并不是真的想实施自我损害行为,可以想见他实际上非常乐意别人来救助自己,只是迫于情势,才不得不牺牲自己的利益。然而,倘若采纳推定承诺说,就意味着一旦旁人得知自我损害者真心想这么做,便不得出面制止,否则就可能成立犯罪。沿用上例,如果 A 告诉 B 自己真的想自杀,并已深思熟虑,那么 B 就必须放任 A 去死,否则就成立故意伤害罪。如果贯彻这一学说,势必导致他人见到类似事件时只好袖手旁观。实践中最典型的事例,莫过于专断的医疗行为,即“在非强制医疗和非紧急医疗的状态下,医生未取得病人的同意(甚至违反病人的意思)而擅自采取治疗措施”,^[76]不过该医疗措施却有益于病人的健康。在日本的真实案例中,乳腺癌患者在手术前明确表示,即便有死亡可能,也不希望切除患部,可医生还是为防止癌细胞转移实施了手术,切除了病人的乳房。^[77]如果即使不切除患部也不会危及病人生命,医生就应当尊重病人意愿,否则可能构成故意伤害罪。但在不切除患部即有性命之虞时,按照推定承诺说,医生只能弃病人生命于不顾,而唯有基于直接家长主义,采纳紧急避险说,才能让医生摆脱两难困境,没有后顾之忧地实施切除手术,拯救病人生命。

其二,不可否认,推定承诺仅要求行为人进行事前判断,“即便事后行为人的决定与权利人的实际意思不一致,他的所为也仍然是正当的”,^[78]也就是说,旁人在制止他人自我损害时不必细究其真实想法,只要事前判断自我损害者可能另有隐衷即可,这势必极大地限制旁人的救助意愿。详言之,在个人决定自我损害时,他的决定或许并不理智,但其精神状态却依然清醒。如果旁人上前询问,他明确表示自己真的想这样做,旁人就不得干涉。如果旁人不上前询问,又不知道这个人到底想做什么,比如看似想跳河自杀,实则正在观察水中游鱼。在推定承诺说的语境下,唯一可能的救助方式就只剩下不问缘由,突然上前干涉。这便出现两个极端:要么善自为谋,导致社会冷漠;要么径情直遂,造成纠纷误会。在此,唯有直接家长主义支持下的紧急避险才能解决这一难题,即旁人在感到有人想自我损害时,若时间允许,应先上前询问、劝慰,给他一个“冷静期”;若事不宜迟,便可基于利益权衡原则先行干涉,而不必兼权熟计。综上,针对自我损害行为的紧急避险不仅要符合一般原理,还应以直接家长主义作为理论基础,即干涉行为的合法性、范围和边界取决于家长主义方面的权衡。^[79]

(二) 依照法令行为中违背个人当前意愿的干涉型救助

我国《人民警察法》第 21 条规定:“人民警察遇到公民人身、财产安全受到侵犯或者处于其他危难情形,应当立即救助。”在刑法中,警察根据该条规定履行救助义务的行为被称作依照法令的行为,属于违法阻却事由的一种。^[80]自我损害行为也属于该条所规定的“其他危难情形”,警察有义务进行干涉救助,其间给自我损害者造成侵害的,可以阻却

[76] 杨丹著:《医疗刑法研究》,中国人民大学出版社 2010 年版,第 201 页。

[77] 参见[日]前田雅英著:《刑法总论讲义》(第 6 版),曾文科译,北京大学出版社 2017 年版,第 212 页。

[78] [德]乌尔斯·金德霍伊泽尔著:《刑法总论教科书》(第六版),蔡桂生译,北京大学出版社 2015 年版,第 198 页。

[79] Vgl. Hirsch, Direkter Paternalismus im Strafrecht: Sollte selbstschädigendes Verhalten kriminalisiert werden?, in: Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Paternalismus im Strafrecht, 2010, S. 66.

[80] 参见陈兴良主编:《刑法总论精释(上)》(第三版),人民法院出版社 2016 年版,第 291 页。

违法。不过,依照法令的行为终究只是形式的违法阻却事由,尚需更为实质的理论支撑。应当认为,警察依照法令干涉救助自我损害的他人,其实质基础有时源于团结原理,有时则基于直接家长主义。团结原理运用于个人因缺乏行为能力,或因受到胁迫、欺骗而实施自我损害行为,但内心希望得到他人救助时;直接家长主义出现在个人自愿实施自我损害行为的场景中。再就后者而言,由于自我损害行为是个人行使自由的体现,警察的干涉便会与被干涉者的自我决定权发生冲突。倘若自我损害者表示自己完全出于自愿,请警察尊重他的当前意愿,此时警察应如何抉择?

穷原竟委,《人民警察法》第21条虽然设定了救助义务,但并未规定警察的干涉和公民的自主决定权何者优先。可见,只从依照法令行为这个形式标准中寻找答案注定会无功而返,唯有引入直接家长主义这一实质标准,才能妥当解决问题。根据直接家长主义,就算个人向警察明确表示自己是真心实意地想实施自我损害行为,警察依然可以出手制止,只不过干涉救助不能毫无节制,手段选择须遵循比例原则,步骤方法应循序渐进,只在劝说无效时才宜动用强力。当然,所谓强力也应选择最为缓和者。比如A坐在阳台边缘意图跳楼自尽,尚在犹豫踌躇间,警察出其不意从楼顶系绳而下,直接将A端进阳台水泥地面上。这一行为极易造成A的重伤或死亡,不符合比例原则,所造成的符合刑法构成要件的结果,便不能依照法令行为及其背后的直接家长主义出罪。转换角度思考,警察干涉救助的目的应是为了保护被干涉者的长远利益,故而不应将自己的意愿强加在被干涉者身上。鉴于主观内容在实践中颇难判断,因此只要从客观行为上观察,能够看出警察是在真心帮助自我损害者即可。

五代结语:刑法应当对直接家长主义保持中立

启蒙运动之后,自由成为了至高无上的原则,被视为自由对立面的直接家长主义一直饱受诟病。就国家与个人的关系而言,康德坚决主张,“若一个政府,建立在就像一个父亲对于子女那样对于人民的仁爱的原则之上……这样一个政府,就是能想得出的最大的专制主义。”^[81]然而,任何事物发展到极致都将走向自身的反面,对自由的追求也不例外。“自由,从2460年以前在雅典播种以来,就仅次于宗教是善行的动力和罪恶的常见托词。”^[82]对个人而言,理性运用自由可使人成为自己命运的主宰,冲动行使自由却会受到命运的宰制。先贤们曾希望人类养成自制的品质,避免滥用自由所带来的恶果,比如亚里士多德就认为,“要避开的品质有三种:恶、不能自制和兽性。”^[83]但事实证明,这些弱点难以依靠个人自制加以克服,只能凭借他律进行约束。直接家长主义便是在此背景下稳住了阵脚。

[81] [德]康德:《论俗语:这在理论上可能是正确的,但不适用于实践》,李秋零译,载李秋零主编《康德著作全集第8卷:1781年之后的论文》,中国人民大学出版社2013年版,第294页。

[82] [英]阿克顿著:《自由史论》,胡传胜等译,译林出版社2001年版,第3页。

[83] [古希腊]亚里士多德著:《尼各马可伦理学》,廖申白译注,商务印书馆2003年版(2011年第8次印刷),第191页。

不过,就像过度追求自由会酿成恶果一样,无节制地推行直接家长主义同样弊大于利。如果国家凡事都替人做主,压缩个人的自主选择空间,那么个人就永远无法成为真正意义上的健全成年人。个人自由和直接家长主义干涉之间的关系相当微妙,缺一不可,但又都不能过度,任何一方的退让或越界都会生成偏枯之物。国家应当时刻保障个人自由与直接家长主义干涉之间的动态平衡,审慎选择干涉手段。干涉手段越严厉,个人自由就越少;干涉手段越轻缓,个人自由便越多。刑法作为国家治理锐器,一旦径为直接家长主义服务,必将打破平衡,大幅限制个人自由。

为了在刑法上保障个人自由与直接家长主义的动态平衡,国家应当让刑法对直接家长主义保持中立,其表现方式有两种:一是不得将自我损害等行为规定为犯罪或者解释为犯罪;二是对基于直接家长主义阻止自我损害行为的人不予问责。这对于我国的刑事立法与刑事司法颇具指导意义。在立法层面,刑法不得将未牵涉他人法益的纯自我损害行为规定为犯罪,在未来的刑法修正中,应当继续保持这一立法精神。在司法层面,入罪应以法益侵害原则为标准。裁判者在解释具体罪名的构成要件时,应将行为人本身从行为对象中剔除,如故意杀人罪、故意伤害罪中的“人”就不包括行为人自身,自杀、自伤行为不具有刑事违法性。相反,在涉及针对自我损害行为的紧急避险或者依照法令的干涉行为时,裁判者应基于直接家长主义,尽量否定该行为的违法性。刑法应当既不充当直接家长主义的干涉手段,也不妨碍他人基于直接家长主义去制止不理智的自我损害行为。唯此,个人自由与直接家长主义之间的平衡才不致被打破,刑法的谦抑性特征由此得以体现。

现代人的自由与古代人的自由截然不同,古代人的目标是在有共同祖国的公民中间分享社会权力;这就是他们所谓的自由。而现代人的目标则是享受有保障的私人快乐;他们把对这些私人快乐的制度保障称作自由”。^[84] 为了建立起这种制度保障,无数先辈曾经过艰苦奋斗,最终争得了追求个人幸福快乐的自由。然而,人类的堕落也由此开始,无节制的放纵使人类从文明的高处跌落。施特劳斯(Leo Strauss)曾大声疾呼:“真正的自由人今天最紧迫的责任莫过于要全力对抗那种堕落的自由主义,这种堕落的自由主义宣扬人的唯一目的就是只要活得开心而不受管教,却全然忘了人要追求的是品质高贵、出类拔萃、德性完美。”^[85] 直接家长主义的旨趣,应当是在保障个人充分行使自由的同时,防止人类滑向堕落与放任。不过,这两副重担都不应由刑法肩负。决意实施自我损害行为的人,大多别有苦衷,他们需要温暖的爱心,而不是冰冷的镣铐。在遇到自我损害者时能挺身施救者,皆是社会的良心,需要国家的鼓励,而不是刑法的问责。正是在这个意义上,刑法应当对直接家长主义保持中立。

[本文为作者主持的2022年度中国博士后基金第71批面上资助“刑法家长主义及其限度”(2022M71769)的研究成果。]

[84] [法]邦雅曼·贡斯当著:《古代人的自由与现代人的自由》,阎克文、刘满贵译,商务印书馆1999年版,第33页。

[85] [美]列奥·施特劳斯著:《自然权利与历史》,彭刚译,生活·读书·新知三联书店2003年版,第33页。

[**Abstract**] Direct paternalism means that the interferer directly prevents the interfered person from committing self-harm against his current wishes in order to protect his long-term interests. Paternalism has three basic characteristics: firstly, it is a restriction on the external freedom of the interfered person, irrespective of whether or not he consents to this restriction; secondly, it is the interference against the present will of the interfered person; and thirdly, it is in the long-term interests of the interfered person. When criminal law is used as a means of interference, this is known as direct paternalism of criminal law. It is generally accepted that direct paternalism in criminal law is not permissible on the grounds that acts against one's own legal interests are not punishable under criminal law. However, it is not self-evident why an infringement on one's own legal interests is not punishable under criminal law, which requires deeper theoretical exploration, and the function of direct paternalism in criminal law has yet to be explained. Direct paternalism in criminal law has two functions: the first is to make criminal law a means of direct paternalism by defining acts such as self-injury a crime or interpreting them as such in order to deter individuals from committing self-injurious acts. This function, however, contravenes the ideological foundations of criminal law, confuses moral and legal obligations, is inconsistent with the condemnatory character of punishment, fails to achieve the general preventive purpose of punishment, and therefore is undesirable. The second function, which is based on direct paternalism, decriminalizes interferences that are consistent with criminal law. In other words, on the one hand, direct paternalism can properly explain the necessity of the same subject of legal interest, such as the act of a bystander knocking unconscious a person who is about to commit suicide in order to prevent him from taking his life on impulse. There is a view in criminal law that cases in which the interest of preservation and the interest of sacrifice belong to the same person should be resolved on the basis of the principle of the victim's consent. However, in such cases it is difficult to determine whether the victim has consented and it is more appropriate to rely on direct paternalism as a basis for decriminalizing the rescuer under the doctrine of necessity. On the other hand, direct paternalism may provide a basis for rescuing in accordance with law. A person who has a specific duty to do so may, subject to the principle of proportionality, use force to stop self-harm for the long-term benefit of the self-harming person, regardless of his or her immediate wishes. At a macro level, criminal law should remain neutral to direct paternalism, neither actively intervening or interfering nor preventing others from stopping unconscionable acts of self-harm on the basis of direct paternalism.

(责任编辑:贾元)