

杀人行为类型化探析

徐立

内容提要:我国刑法关于杀人罪的规定是概念法学的产物,也是类型化不足的典范,其主要的表现形式在于其过于简单的罪状而引发了一系列的问题,其中包括罪状与刑罚不匹配以及立法模式零乱等。由于这些缺陷的存在而造成的量刑基准混乱的现实,严重损害了罪刑法定原则,从而导致实践中出现大量同罪不同罚的现象。杀人行为类型化既有其理论上的根据又有实践上的依据,类型化就是区别化,是概念式思维的补充。杀人行为类型化的意义在于它能使量刑的基准细化,弥补行为评价的不足以及有效消减死刑适用条款等。杀人行为类型化的哲学依据是相对意志自由;类型化的标尺是犯罪效应。杀人行为类型化的思路是首先将杀人行为区分为故意杀人和过失杀人两种;故意杀人行为又根据责任阶梯分为:普通故意杀人、加重故意杀人及减轻故意杀人;减轻的故意杀人又依据行为类型分为:挑衅杀人、应请求杀人、帮助自杀、教唆或者逼迫他人自杀等。本文还讨论了各种杀人行为的认定规则。

关键词:杀人行为类型 立法 杀人类型化 犯罪效应 故意杀人量刑 杀人立法分类

徐立,中南财经政法大学教授、中国社会科学院研究生院博士后研究人员。

杀人罪也许是最古老、最常见、刑事责任最重的自然犯罪,因此,从理论上来说,对杀人罪的立法应该最完备,然而,事实上却并非如此,特别是各国对杀人行为的类型化一直都存在广泛的争议。从法律条文上看,我国现行刑法关于杀人罪的立法分为三类:第一类是故意杀人罪和过失杀人罪;第二类是转化型的杀人罪;第三类是散在于整个分则条文、作为结果加重情节而规定的包含“致人死亡”的条文。这样规定的弊端在于对于实践中多种多样的杀人行为,很难以统一的标准追究其刑事责任。为了更好地贯彻罪刑法定原则,有必要将杀人行为在立法上加以类型化。所谓类型化就是模型化、区别化,具体到杀人行为就是将性质上具有相似性的一类杀人行为抽象出其本质特征,加以区别对待。

对于杀人行为的立法类型化问题,应该将思路放宽一些,不直接以行为或者意图作为起点,而是以死亡的事实作为原点,划一个责任的圆,确定该圆所划出的半径长度,只有被划入这个半径的人,才应该为已经发生的死亡事实负责,此其一;对于该圆所划出的范围,应确立比较科学的责任阶梯,以使各杀人者罚当其罪,即罪刑均衡,此其二。故此,本文的思路是将引起死亡事实的事件作为一个整体来研究,探讨杀人行为类型化的一般原理及其认定规则。

一 杀人行爲类型化之必要性分析

(一) 杀人行爲类型化之理论必要性

从我国刑法关于杀人罪的规定有四个典型的特征,相应地存在四个理论上的缺陷。

其一,罪状简单,结果中心主义。我国刑法关于杀人罪立法的第一个突出的特点在于罪状极其简单,即:“故意杀人的,处……;过失杀人的,处……”。从杀人罪立法的演变来看,之所以规定的如此简单不只是立法技术问题,因为1954年的初稿^[1]对杀人罪的规定还是相对完备的,尽管其合理性有待商榷。1979年刑法罪状简单的原因与“宜粗不宜细”的刑事立法原则不无关系。宜粗不宜细的立法指导原则产生于我国特定的历史背景,在当时有其合理的一面:刚刚成立的新中国强调组织纪律性,集中统一的领导,领导人的讲话就是政策,政策当然能代替法律;日新月异的社会形势与相对稳定的法律要求之间的矛盾;长官意志的影响等,这些都是决定立法原则的因素。^[2]另外,从立法技术上看,“不管我们的词汇是多么详尽完善,多么具有识别力,现实中始终会存在着为严格和明确的语言分类所无能为力的细致差异与不规则的情形。”^[3]在这个意义上,立法保持一定的概括性是必要的,也是应当的。而1979年刑法在当时深受法律虚无主义之害,中央人民政府希望尽早制定一部刑法典,且秉承了“宜粗不宜细”的立法指导原则。但是,在“对原来比较笼统的规定,尽量作出具体规定”^[4]的1997年刑法修订的指导思想下,该条文却基本未做修改,^[5]这不能不令人深思。产生这种现象的原因无外乎两个:一是因为杀人罪是自然犯,自然犯的犯罪轮廓已深入人心,不必赘述。但这种理由只对普通的杀人行爲适用,对于其他加重的和减轻的杀人行爲则未必适用。即便是普通杀人行爲,也会因为犯罪构成理论的不断进化而对它的认识也随之变化。二是结果中心主义的影响,表现在:第一,从罪名的设立来看,现行刑法仅仅只依据行为人的心态区分了故意和过失杀人,关注到行为者造成的死亡结果,至于造成死亡的原因,行为者所持的目的、动机以及行为者的行为方式则概不过问;第二,从刑罚的设置来看,将死刑排在第一位,表明死刑是对杀人最自然的反应,原则上只要造成死亡后果的,都应处以死刑,除非有其它减轻情节,这正与从危害(即死亡结果)的角度对杀人罪进行分析的布莱克斯通的经验规则相契合。^[6]这种典型的结果中心主义,早已为现代刑法所摒弃。

[1] 1954年9月30日中央人民政府法制委员会起草的《刑法典》初稿第51条规定:故意杀人,判处有期徒刑、无期徒刑或者死刑;有下列情形之一的,从重处罚:(一)因为敌视他人的揭发、检举或者其他正义行为而杀人的;(二)使用放火、放毒或者其他能够杀死多数人的危险方法而杀人的;(三)杀害二人以上的;(四)对被害人一贯虐待又加以杀害的;(五)为了消灭犯罪证据而杀人的;(六)为了嫁祸于人而杀人或者杀人后嫁祸于人的;(七)杀人动机特别恶劣或者手段特别残酷的。过失杀人,判处五年以下有期徒刑或者劳役;如果造成二人以上死亡,判处八年以上有期徒刑。参见高铭暄,赵秉志编:《中国刑法立法文献资料精选》,法律出版社2007年版,第241页。

[2] 刘守芬:《反思“宜粗不宜细”原则,完善刑事立法》,载高铭暄主编:《刑法学精品集锦》,法律出版社2000年版,第548页。

[3] [美]博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,邓正来译,华夏出版社1987年版,第464页。

[4] 参见王汉斌1997年3月6日在第八届全国人民代表大会第五次会议上所作的《关于〈中华人民共和国刑法(修订草案)〉的说明》。

[5] 1997年修订的《刑法》对1979年刑法典做了微调,但其中包括了一些转化型故意杀人罪的立法规定。例如,第238条:非法拘禁中使用暴力致人死亡的,按照故意杀人罪的规定定罪处罚,等等,有学者认为上述转化型杀人犯属于拟制规定,而非注意规定。参见张明楷:《刑法学》(第三版),法律出版社2007年版,第638页。

[6] 参见[美]乔治·弗莱彻:《反思刑法》,邓子滨译,华夏出版社2008年版,第174页。

其二,刑罚倒置,同态报应主义。在我国《刑法》第二编分则规定的349个条文中,所有的刑罚都是由轻到重排列的,惟一的例外是刑法关于故意杀人罪的规定。从《刑法》第232条规定看,故意杀人罪的刑罚幅度可谓相当之大,杀人者未必要判死刑,但是,就立法技术以及由此推究的立法原意而言,杀人偿命还是一种首先考虑的、常态之下的刑罚反应。“杀人偿命”的观念在刑法理论上是一种典型的同态报应观念,这种观念在社会民众的心理结构当中绵延数千年,至今根深蒂固。但是,现代刑罚观早已完成了由同态报应到等价报应的嬗变,同态报应已为历史所抛弃。

其三,罪状与刑罚不匹配,司法裁量主义。现行刑法关于故意杀人罪的刑罚范围从死刑到三年以上有期徒刑,是所有分则条文中刑罚幅度跨度最大的,但其罪状却极其简单,刑罚分档的依据只是轻描淡写的“情节较轻的”。也就是说,面对各种“法有限而情无穷”的矛盾时,立法者选择了司法裁量模式而不是选择立法模式。那么,究竟对于杀人罪有没有根据现实中不同的杀人状况,区分其恶性程度从而依行为人应负的刑事责任大小而适用刑罚呢?对此学者们的看法不尽一致。有人认为这样的规定“原则、简练,使司法机关有较大的裁量余地”,^[7]并且“我国刑法之所以对于故意杀人罪规定幅度如此之大的法定刑,主要是为适应故意杀人罪的各种复杂情况”。^[8]亦有人认为如果犯罪行为的法益侵害程度差别很大,并且发生概率相对较高的,为体现比例原则、罪责原则,确保刑法公正,有必要在基本犯罪构成之外设置加重或减轻的犯罪构成。加重或减轻犯罪构成的繁简程度应当视犯罪行为的法益侵害程度而定。原则上,法益侵害程度跨度越大,则派生犯罪构成也应当越具体、越多元,而不能简单地以所谓“情节严重”、“情节特别严重”或者“情节较轻”予以区隔。^[9]司法裁量主义固然有许多弊端,但以此作为杀人罪不能采司法裁量主义则多少显得理由不够充分,因为完美的立法也需要法官具有良好的素质,没有哪种法律能完美到傻瓜都能适用的程度。笔者赞同将杀人行为类型化的区分说。从杀人罪的刑罚来看,刑种和幅度均十分宽泛,这本身就说明了杀人罪应该加以区分;况且,实践中广泛出现的义愤杀人、挑衅杀人、杀婴、安乐死及帮助自杀等也为区分杀人罪提供了现实依据。另外,根据法益侵害程度的不同而确定的刑事责任有没有本质上的区别来决定,刑罚与责任是相适应的,刑罚本质的区别反映了责任本质的区别,杀人行为无疑也满足这个条件。至于怎么样区分,由于刑事责任乃是犯罪与刑罚之中轴,因而笔者选择以区分刑事责任为线索,在下文中作具体论述。

其四,立法模式零乱,无统一之责任规则。刑法除了关于杀人罪三类立法条文之外,在分则中还规定有“致人死亡”的条款34条,涉及的罪名有44个。第一类杀人罪的立法缺陷前已述及。对于第二类的转化型杀人犯,行为人刑事责任加重的原因各不相同:第238条转化是因其使用了暴力;第247和第248条转化是因为行为人身份的特殊;第289和第292条转化则是因为行为人实施了危害公共秩序的犯罪。尽管这是法律上的拟制,但是这种规定的合理性却是值得商榷的,比如,既然非法拘禁致人死亡是因为使用了暴力,因而应以杀人罪论处,那么强奸致人死亡也可能同样使用了暴力,却为何没有将之纳入拟制的范畴呢?至于第三类的刑事责任,立法者一般将“致人死亡”作为法定刑的升格要件而不是作为构成要

[7] 周其华:《中国刑法罪名释考》,中国方正出版社2000年版,第329-335页。

[8] 陈兴良主编:《罪名指南》(上册),中国政法大学出版社2000年版,第637页。

[9] 付立庆:《故意杀人罪罪状检讨》,载《人民检察》2003年第5期。

件,这种做法本身并没有错,问题在于这种作为情节严重的法定刑升格要件的“致人死亡”与不同的基本犯罪结合的时候,有没有纳入构成要件的范围的必要?其对刑事责任的影响到底应该如何确定?考察上述条文,其刑罚存在明显的不均衡。比如,《刑法》第 238 条规定的非法拘禁使用暴力致人死亡的以故意杀人罪论处,而第 257 条规定的非法干涉婚姻使用暴力致人死亡的,却只处二年以上七年以下有期徒刑,同是使用暴力,同样造成了死亡结果,其基本犯罪法定刑相差不大,但致人死亡的结果却如此悬殊。或许有人认为,可以通过法律解释来解决这些由于刑法条文用语模糊造成的司法混乱,比如将非法干涉婚姻中的致人死亡解释为致使他人自杀的,姑且不论这样解释是否合理,但能在刑法典中加以完善的地方,为什么一定要借助于解释呢?由此可见,我国现行刑法对于杀人行为的立法零乱,缺乏统一的责任规则。

(二) 杀人行为类型化之客观必要性

杀人罪之犯罪轮廓来源于社会经验之总结与提炼,只有社会上出现足够的特殊杀人案例,有将之类型化的必要时,立法才会有所考虑。我国确实存在将杀人行为类型化的必要。

有些屡见不鲜的特殊杀人案例经常见于媒体,比如,激情杀人、受虐待杀人、母亲杀死初生婴儿、应请求杀人、受他人威胁而杀人等。值得研究的是,情节大致相同的案件,处理结果却迥异,参看 1998 - 2006 年受虐妇女杀人案件判决结果一览表。^[10]

时间	地点	被告人姓名	罪名	判决结果
1998 年	辽宁	龙晓琪	故意杀人	死刑立即执行
2001 年	河北	李守瑞	故意杀人	无期徒刑
2003 年	河北	刘栓霞	故意杀人	有期徒刑 12 年
2004 年	北京	王雪英	故意杀人	有期徒刑 11 年
2004 年	北京	刘二巧	故意杀人	有期徒刑 13 年
2004 年	南京	丁晓林	故意杀人	有期徒刑 5 年
2005 年	内蒙古	刘颖	故意杀人	有期徒刑 3 年,缓刑 5 年
2005 年	北京	李某	故意杀人	有期徒刑 3 年,缓刑 3 年
2006 年	上海	王长芸	故意杀人	有期徒刑 14 年

以上列表显示,同样是情节相同或相似的受虐杀夫案,判决结果却落差巨大:从死刑立即执行到有期徒刑三年缓期执行。过于悬殊的结果会让人产生对司法的不信任,因为罪责刑相适应的原则要求类似的行为类似处罚。从表面上看,上述行为都符合《刑法》第 232 条故意杀人罪的规定,刑罚也在规定的范围之内。区别只在于对杀人罪刑事政策理解的不同。消除这种状况的方法无疑是在立法上将杀人行为类型化,增强刑事司法的准确性和公正性。

杀人行为类型化具有方法论上的意义。我国刑法普遍存在类型化不足或者过度的情况。前者是我国刑法一贯的概念式思考的必然结果,后者则是矫枉过正的结果。从方法论来看,当抽象——一般概念及其逻辑体系不足以掌握某生活现象或意义脉络的多样表现形态时,大家首先会想到的补助思维形式是“类型”。^[11] 类型化是作为概念式思维补充而产生

[10] 《家庭暴力引发新课题:“受虐妇女杀夫量刑悬殊”》,见 2006 年 3 月 27 日《新华网》,网址:http://www.bj.xinhuanet.com/bjpd_sdzx/2006-03/27/content_6583778.htm。

[11] 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》[M],陈爱娥译,商务印书馆 2005 年版,第 337 页。

的。“类型是建立在一般与特别间的中间高度,它是一种相对具体,一种事物中的普遍性。”^[12]因而,讨论杀人行为的类型化问题,可以起到一种方法论上的示范作用。杀人行为类型化也具有现实的意义。正如有论者认为,故意杀人行为类型化“有利于故意杀人行为量刑基准的确定;有利于弥补对行为评价的不足;有利于削减立法上死刑条款。”^[13]

二 杀人行为类型化原理

(一) 杀人行为类型化的哲学根基:相对意志自由

刑法分则各类罪中的具体犯罪大体上是依据社会危害程度的大小,并适当考虑犯罪与犯罪性质是否具有近似性,基本上由重到轻依次进行排列的。由此,刑法分则各类罪中的具体犯罪也是根据相同的逻辑安排的,因为,社会危害性越大与刑事责任呈正向相关关系。可见,研究杀人行为类型化的问题,也必然涉及到杀人罪刑事责任的确定问题。杀人行为类型化的根据就是杀人罪刑事责任的确立根据。

同样是造成了被害人死亡的后果,但是根据行为人所应承担的刑事责任将杀人行为区分开来依据是什么?不同的刑事责任观会导致不同的结论。道义责任论认为刑事责任的根据在于行为人道义上的非难可能性。其以理性人假设为前提,认为人在本质上是自由的,任何人都是基于意志自由而行为的,人在意志自由的情况下选择了触犯刑律的行为,因而应对其行为的后果承担刑事责任。道义责任论者所持的自由意志,是绝对的,不受任何限制和制约的,人人都具有平等的自由意志,认为有理性的人对善、恶之选择,完全是基于他的绝对自由意志,而与个人教育程度、文化水平以及周围的自然、社会环境无关。为此,判断杀人者责任的大小只需看其杀人行为是否是自由的选择。至于故意中决意的程度则在所不问。道义责任论重视的是行为人的恶意,只需进行有和无的判断即可。可见,在以绝对的意志自由为前提的道义责任论来看,杀人罪并无类型化之必要。显然,以绝对的意志自由为前提的道义责任论不能作为杀人罪类型化的理论根基。

社会责任论则以哲学上的经验人为假设前提,刑法处罚犯罪者,并非基于意志自由,而是根据行为决定的,因而,从本质上来说,刑事责任应该是社会责任。刑事责任的本质是防卫社会,其根据便是犯罪人的社会危险性,而不是各个具体的行为。若以此为理论依据,则杀人罪确有类型化之必要,因为,杀人行为作为一种社会现象,其行为受到包括被害人等多方面的制约,例如大义灭亲和被害人虐待行为人的,被害人本身的行为存在过错,对激起行为人杀人有时候可能起到了至关重要的作用,因此,其行为的罪责必然轻于普通的杀人罪。前述行为只存在刑事责任大小的区别,而不是有和无的区别。因此,仅仅以反社会的指标作为刑事责任的唯一根据难以自圆其说。

道义责任论能较好区分刑事责任的有和无,也就是定性的问题,但对定量问题未做区分;而社会责任论则能较好区分刑事责任的大小问题,即定量问题,但对定性问题不能很好解决。缓和的决定论能较好解决上述矛盾。其认为:客观世界虽然制约、影响人的行为,即人是否实施犯罪行为与客观环境的影响有关系,但不可能起决定作用,人具有选择的自由,

[12] 参见[德]考夫曼:《法律哲学》[M],刘幸义等译,法律出版社2004年版,第190-191页。

[13] 颜超明:《故意杀人行为的“类型化”思考》,载《江西专科学院学报》2010年第2期。

即人具有相对的意志自由,对于由其相对自由意志下实施的危害社会的行为,行为人应当承担相应的刑事责任。相对的意志自由论,为对犯罪行为及其行为人进行道义上和法律上的否定评价提供了理论依据,也为科学地、合理地解决行为人的刑事责任问题提供了理论依据。根据相对的意志自由,杀人者既然基于相对的自由意志决意杀人,自然应承担杀人罪道义上的责任,杀人者形成杀人的决意又与客观环境的影响有关,其杀人决意的程度又依赖于环境,故其刑事责任应依对环境的依赖程度而减弱,这样就有了程度上的差距,为杀人罪类型化提供了理论依据。

(二) 杀人行为类型化的标尺:犯罪效应

贝卡里亚在《论犯罪与刑罚》中写道:衡量犯罪的唯一和真正的标尺是对国家造成的损害。^[14]又在《论犯罪的分类》时指出:什么是犯罪的真正标尺,即犯罪对社会的危害,这是一条显而易见的真理。^[15]但是对社会危害性的理解却不尽相同。有学者认为,《刑法》第13条所规定的犯罪定义,指明了犯罪是侵犯法益的行为。所谓社会危害性实际上就是对法益的侵害性,事实上,刑法分则所规定的各种犯罪都是对法益的侵犯。^[16]但是对于杀人罪而言,侵害的法益都是被害人的生命,以此作为类型化的标准只能从侵害程度的大小来区分,但论者并未提及如何确定侵害性的程度如何确定。还有学者认为,所谓社会危害性,即指行为对刑法所保护的社会关系造成或可能造成这样或那样损害的特性。社会危害性的轻重大小取决于行为侵犯的客体,行为的手段、后果以及时间、地点,行为人的情况及其主观因素。衡量社会危害性是大是小,不能只看一种因素,如危害结果,而要综合各种主客观情况。不仅要看到有形的、物质性的危害,还有看到对社会、政治、对人们的社会心理带来的危害。^[17]尽管社会危害性是具体犯罪事实所集中反映的犯罪的深刻内容,是犯罪本质属性的反映,是具体事实的抽象,但是,为使实践中操作起来更为方便,社会危害性本身是一个尺度,需要量化,找到一个刻度去反映它,正如任何有质量的物体都可以论斤论两一样。很显然,各具体事实决定社会危害性的机理尚且不明,比如,杀人的手段既没有影响客体,也没有影响行为人的心态,结果都是引起犯罪人死亡,可是它是如何影响社会危害性的呢?分析各影响社会危害性的因素,尽量找到影响社会危害性的统一机理,然后才能确定社会危害性的刻度是什么。

事实上,已经有过一元解释的尝试。美国立法和司法实践对有意图的杀人的分级,产生了五个不同的罪责幅度,它们按照从重到轻排列:从完全自主发动,到完全依赖于情景。一级谋杀是自发杀人的极端形态,基本上不受与被害人关系的影响,自主发动表现为“预先策划和深思熟虑”,而行为人决意的自治性则彰显于事先的计划和准备中。有意图的杀人的第二个幅度是二级谋杀罪,它处于完全自主和对情景的部分依赖之间,而在关于减弱的责任能力的第三和第四梯级中,也可以看到这种情景。第三梯级是基于挑衅和刺激发生的,第四梯级是作为自存自保行为的别无选择的杀人;完全是当时的情景所致的杀人归入第五梯级。^[18]其杀人罪等级的划分是以与情景的关系来区分的。正是因为杀人典型地发生在人

[14] [意]切萨雷·贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国方正出版社2004年版,第19页。

[15] 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社,高等教育出版社2000年版,第21页。

[16] 张明楷:《刑法学》(第三版),法律出版社2007年版,第85页。

[17] 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,第47-48页。

[18] [美]乔治·弗莱彻:《反思刑法》,第258页。

的相互作用过程中,发生在缘于家庭、情人、同事或黑帮交易纷争中,所以杀人罪的立法才倾向于认可罪责程度的差别,杀人者与被害人相互作用,于是就产生了罪责程度减轻的观念,因为只要杀人是人的相互作用的产物,就不能将其全部归因于杀人者。罪责不仅是一个可以认识的预见问题,更是一个自制力的问题,而自制力要求对度的微妙判断,有意图的杀人者的自制力,在有些情况下较大,有些情况下较小。自愿与意志自由是存在程度上的差异的,这点可由现代心理学的实证研究所证实。更有人指出被告人的行为是基于内心心理的失常,而不是基于外部环境的压力,并对之做了比较:^[19]

犯罪的程度	传统理由	心理学理由
一级谋杀	无	无
二级谋杀	没有预谋策划	减弱的行为能力
非谋杀	挑衅刺激	减弱的行为能力或者极端的情绪紊乱
可宥的重罪	自卫	精神错乱
无罪	不可抗力	机械动作或者被催眠

这种根据对情景的依赖程度区分杀人罪责任的做法难免有言过其实之嫌,将罪责的本质归结为认识能力与意志力的解释并不能涵盖所有的杀人罪,但是,这种做法在方法论上却有重要的意义。遵循这种思路,我们力求找到一种区分杀人罪刑事责任的标尺。既然杀人和其他犯罪一样,是一种社会病,是一个对产生它的社会环境具有影响力的行为系统,杀人行为与社会环境之间存在作用力与反作用力,那么评价一个犯罪的系统行为就必须从行为对社会的作用力产生的效应着手。当然,这种效应是指对整个社会的影响力。这样做的好处在于:一是操作起来有统一的度量;二是能对各种因素影响刑事责任的机理做出合理的解释。对于杀人罪而言,其对社会的效应在于造成了社会上一般人的恐惧心理,这种恐惧心理的判断不是主观的,也不是通过单个人的恐惧心理来测量的,而是通过杀人行为本身来反映的。杀人手段越残忍,在社会中造成的恐惧越大;犯罪时间影响刑事责任的机理亦是如此;行为的对象影响刑事责任的机理在于杀人行为引起的恐惧的人群范围有所缩小;多次杀人或者一次杀多人意味着人们成为被害人的几率增加,理所当然恐惧就会随之增加。很显然,犯罪效应说较之其他各种理论的优势在于其能一以贯之的对任何杀人行为严重程度加以解释。在此需要说明的是,故意、过失、动机等,都是通过行为所反映出来的,杀人作为一个行为系统,一部分行为反映了行为的动机,一部分反映了行为的故意过失,只是为了评价的方便才将一部分行为纳入主观方面的板块,并不意味着主观方面可以脱离客观行为而存在,或者说,犯罪的主观方面应通过客观行为去发现,只有通过客观行为反映出来的主观意图、动机等,才能作为立法、司法的依据。

需要特别指出的是,犯罪效应是作为刑事责任的镜像而存在的,是刑事责任大小的间接反映,从理论上来说可以运用于所有犯罪行为的类型化。对于杀人行为来说,在结果一定的情况下,以刑事责任作为标尺加以类型化有助于罪刑法定的实现。但对于其他犯罪行为来说则未必如此。即使是对于杀人行为而言,在责任相当的情况下,若实践中仍有类型化的必

[19] [美]乔治·弗莱彻:《反思刑法》,第260页。

要,此时类型化的划分肯定不能以刑事责任的梯级作为依据了,而应该以行为种类的不同来加以区分。比如同属于减轻的杀人罪,挑衅杀人和应请求杀人的刑事责任在同一梯级内,但只能根据行为种类的不同加以类型化。

(三) 杀人行为类型化的立法模式

将杀人罪作为一个整体来考察,以相对的意志自由为哲学依据,以杀人行为引起的恐惧为标尺并不意味着由此可以简单推论就能将各种类型的杀人行为区分开来。类型化需要考虑立法模式的选择、责任等级划分的疏密以及与其他相关法条的兼容性问题等。一般来说,杀人罪不会存在处罚上的漏洞,可以通过解释使几乎所有的杀人行为纳入现有的刑法轨道,问题在于仅仅求诸于解释并不是解决困境的最佳途径。完美的立法应尽可能避免可能不一致的解释造成的事实上的罪刑不均衡。

关于杀人罪的立法模式,主要有四种。第一种按杀人行为的严重程度进行立法设置。如美国的联邦刑法典及州刑法典按照杀人行为的等级将杀人罪分为三级:蓄意地或者明知地实施杀人行为或者在对人的生命的价值极度冷漠的情形下轻率地致人死亡的为一级重罪;非预谋杀人的两种情形为二级重罪;一、二级重罪以外的杀人行为为三级重罪。第二种按杀人行为的不同种类进行立法设置。大多数国家均采用此种模式。如意大利就将杀人罪区分为谋杀、故意杀人、基于要求的杀人、妊孕终止,等等。第三种以杀人责任等级和杀人行为类型相互补充的方式进行立法设置。如我国澳门地区的刑法典对杀人罪有七条规定:杀人罪、加重杀人罪、减轻杀人罪、杀婴罪、应被害人请求杀人罪、怂恿帮助或宣传自杀罪、过失杀人罪。其中前三条是按照杀人的责任等级进行的划分,而后四条则是按照杀人的行为类型来进行规定的。第四种以杀人行为的具体形态进行立法设置。如《日本刑法典》第199条对于杀人的既遂作出了立法规定,随后又在第201条规定了杀人预备,第203条又对杀人未遂作出了规定。应该说上述杀人罪罪名的确立模式各有利弊。第一种模式的优点在于不存在逻辑上的盲区,缺点在于过于抽象的立法可能会有损罪刑法定原则;第二种模式的优点在于能更好地贯彻罪刑法定原则,缺点在于行为的类型千差万别,难以尽述;第三种方式先按照刑事责任的梯级加以类型化,然后对于同一梯级内的行为根据行为性质的不同再加以区分,因而既不存在逻辑上的盲点,又恰当地把握了类型化的开放性和限制性;第四种模式与我国刑法的规定不相符合,因为我国刑法关于未遂是在总则中进行规定的。相较而言,笔者认为第三种模式更为可取一些。

杀人行为责任等级的划分并非是一种主观的划分,而是根据社会生活中出现的各种不同类型的杀人状况,依据其对人们的社会心理造成的恐惧程度,将罪责大体相当的杀人行为纳入同一等级,抽象出能反映其本质特征的类型。杀人行为等级的划分既不能过于密集,也不能过于疏漏。前者容易导致开放性不足,后者则容易导致同罪不同刑。

遵循这种原理,笔者首先将杀人罪区分为两种:故意杀人和过失杀人。之所以这样划分,并不是说应该以行为人的主观心态作为杀人行为类型化的依据,而是因为反映主观心态的那部分行为更能影响大众的恐惧心理,为照顾传统思维,并与刑法典相协调。故意杀人罪又区分为:普通故意杀人、加重故意杀人及减轻故意杀人罪。至于在从事其他不法活动中故意杀人的,尽管总则已经规定了数罪并罚的原则,但在某些条文中却将致人死亡与其它加重行为并列在一起,如《刑法》第236条规定:“有下列情形之一的,处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑:……(5)致人重伤、死亡或者其他严重后果的”。从该条来看,其与普通杀人

罪的法定刑并无差别,根本反映不出强奸致人死亡属于加重的杀人罪,建议将之纳入加重的杀人罪中。减轻的杀人罪在实践中有很多种类,为避免司法实践中操作性不强的弊端,仍有必要加以类型化,这在后述的认定规则中会详加叙述。过失杀人罪仍在采用司法裁量的模式,分为情节轻微和情节严重两种,不再作类型化的划分。

三 类型化杀人行为的认定规则

在上述的分类中,普通故意杀人罪是指加重的杀人和减轻的杀人以外的故意杀人。因此,首要的问题是鉴别哪些应纳入特殊的杀人类型。

(一)加重的故意杀人罪的认定规则

加重的故意杀人定义是多种多样的,一般是指具有加重情节的杀人罪。从哲学的角度看,加重的杀人是指杀人意志力更为强烈的杀人,这里的意志力不同于刑法中的故意。在我国的刑法理论中,意志因素只有质的区别,没有量的区别;从外观的效应看,加重的故意杀人指的是会造成社会心理更大的恐惧的杀人,表现在犯罪行为上一般从以下三个方面的因素来加以判断:即行为动机、杀人方式以及杀人是否发生在其他严重犯罪过程中。尽管不同的国家对加重的杀人罪的具体规定不同,但上述三种因素却为大陆法系和英美法系所共同具有。

所谓犯罪的动机,是指刺激犯罪人实施犯罪行为以达到犯罪目的的内心冲动或者内心起因。对于故意杀人罪来讲,非法剥夺他人生命是犯罪目的,而促使行为人确定这种犯罪目的的内心起因即犯罪动机,可以是贪财、奸情、仇恨、报复或者极端的嫉妒心理等。^[20]行为的动机之所以成为加重杀人罪的因素,在于行为的动机反映了行为人杀人的难易程度,与之对应的就是人们称为潜在受害人的可能性,加重杀人罪的动机因素毫无例外的都是使潜在的受害人增加的因素,其社会效应是引起更大的社会恐惧心理。对此,《德国刑法典》甚至详尽列举了足以将杀人升格为加重杀人罪的一系列动机,^[21]明列的有三种:为取乐而杀人;为满足性欲而杀人;为谋财而杀人。在列举了这三种动机后,德国刑法典运用了一个兜底的条款,将所有以“卑劣动机”杀人的情况一网打尽。这些动机正如判例法所确立的,包括:报复、嫉妒、^[22]逃避逮捕^[23]和种族仇恨。^[24]不仅如此,对各种动机的认定也有具体的规则。“为满足性欲而杀人”的,最初的解释是要求有恋尸癖的畸形性欲^[25],后被学者做了广义的解释,将为压制被强奸者的反抗而杀死被害人的情况也包括进来。^[26]这与我国将强奸致人死亡作为强奸罪的加重处罚情节的立法方式存在明显的区别,相比之下,德国刑法典的规定更为合理。“为谋财而杀人”的,是指行为人的杀人是出于“取得金钱或者其他有价物的目的”,^[27]故随附情节与抢劫中的杀人是加重的杀人罪无疑,而为灭口而事后杀人的虽不能基

[20] [意]切萨雷·贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,第122页。

[21] 参见[美]乔治·弗莱彻:《反思刑法》,第240页。

[22] Judgment of September 30, 1952, 3 BGHSt. 180.

[23] Judgment of July 14 1970, 25 MDR722(1971).

[24] Judgment of October 3, 1949, 2 Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone 179, 180.

[25] Judgment of June 8, 1955, 7 BGHSt. 353 - 54.

[26] Judgment of September 17, 1963, 19 BGHSt. 102.

[27] Ga. Code Ann. § 27 - 2534.1(b) (4).

于此动机而成为加重的杀人罪,但却因为其基于“逃避逮捕”的动机而成为加重的杀人罪,而且,重罪谋杀的规则也会毫无疑问地将这种情形归入加重的杀人罪一类。但对于财物却存在争论,美国佐治亚州以刑法要求获取具体有价值物为目的,而德国主张将杀害债权人以逃避债务的动机也包括在内。^[28] 值得研究的是,那种没有动机的杀人,“率性杀人”即为其中一种情形,其无疑可以造成更大的社会心理恐惧,应属于加重的杀人罪。表面看来,率性杀人与加重的动机因素无关,事实上可以将之纳入“以杀人取乐”的动机中。

所有的法律体系都一致认为,某些特定的杀人方式足以将杀人归类为加重形式,进而依法处以最严厉的刑罚。包括三种情形:第一种是特别残忍和野蛮的杀人方式,谋杀必须是“特别邪恶、凶暴或残忍的,彰显了异乎寻常的卑劣”。^[29] 第二种是以埋伏或者蹲守的方式杀人。诱使被害人进入埋伏和乘他人熟睡时杀人的也在此之列。第三种是“有社会危害性的方式”杀人。

第三个加重因素是是否发生在其他严重犯罪过程中,也就是故意杀人之前、之中或者之后另犯其他严重犯罪的,属于加重的杀人罪。其时间要件的判断依据是具有时空上的共存性,并不要求杀人必须是为了促进或者掩盖所犯的其他严重犯罪。对于我国而言,以法定刑为3年以上有期徒刑的犯罪为其他严重犯罪的分界点。

(二)减轻的故意杀人罪的认定规则

与加重的杀人罪相对应,减轻的故意杀人罪是指具有减轻情节的杀人罪。从哲学角度看,减轻的杀人是指杀人意志力较弱的杀人;从外观效应看,减轻的杀人罪通常给社会造成的恐惧心理较小。从行为表现来看,值得研究的有挑衅杀人、自杀关联罪。

对于挑衅杀人,从国内外的立法实践来看,并无非常明确的定义。但不管怎样,挑衅杀人确实广为存在。判断杀人行为是否挑衅杀人,必须满足如下条件:第一,挑衅所达到的程度,必须超过一定的限度,即达到不能期望行为人完全控制自己的程度。当然,判断挑衅刺激强度是否足够强烈,其标准应该是由社会传统、惯例和习俗塑造的。^[30] 但这是一个有争议的问题。主要有以下几种主张:一是主观标准,即以行为人当场的实际反应为依据;二是采取客观标准,即以一般人在类似情况下的反应为依据;三是采取混合标准,即兼用主观标准与客观标准。^[31] 第二,挑衅杀人必须是发生在挑衅刺激后很短的时间内,短暂到足以将杀人解释为该挑衅的直接后果。如果行为人有足够的时间“冷静下来”,则杀人便不能视为挑衅刺激的结果,而只能作为一个由被告人负全部责任的独立行为。第三,必须存在法律限定的激情诱因,即导致激情产生的具体行为,如被害人对被告人实施的侮辱行为、被害人对被告人的近亲属实施的虐待行为等。严重的殴打当然也在此之列,^[32] 但与正当防卫的界限难于区分。有意思的是言辞是否构成挑衅的问题,一般言辞侮辱和谩骂不足以构成挑衅,但对强奸和通奸的言辞描述另当别论。^[33] 第四,必须是对挑衅者本人实施的杀人行为。对无

[28] Judgment of October 22, 1957, 10 BGHSt. 359.

[29] 转引自[美]乔治·弗莱彻:《反思刑法》,第242页。

[30] Holmes v. Director of Public Prosecutions [1946] A. C. 588, 601 (H. L.). 该案中,法官戴维西蒙的意见是“随着社会的进步,在所有案件中都要求更高的自制标准”。

[31] 周振杰:《激情犯的基础理论与立法问题研究》,载《河北法学》2006年第7期。

[32] State v. Ponce, 124 W. Va. 126, 19 S. E. 2d 221 (1942).

[33] State v. Flory, 40 Wyo. 184, 276 P. 458 (1929). 该案中,被告人之妻诉说她的父亲强奸了她;二级谋杀罪的指控被推翻。

辜者实施杀戮不在此之列。

挑衅杀人可以涵盖实践中大部分应当减轻处罚的杀人情形。比如,大义灭亲的义愤杀人,受虐待而不可忍受的杀人等可以视为挑衅杀人。对于杀婴行为,一般认为婴儿应受到同等的保护,司法中在量刑时也并未完全按照普通的故意杀人罪处罚,而是作为一种减轻的杀人罪处罚的。

自杀关联罪是指与自杀有关的一系列犯罪。也就是说被告人的行为介入了他人的自杀。其特点在于自杀时除了参与自杀的行为人,还有其他人实施与行为人自杀有关联的行为。广义的自杀关联罪包括教唆或者帮助自杀,逼迫自杀等。

结 语

杀人作为一个整体,行为的方式千差万别,责任从不负任何刑事责任到负故意杀人的刑事责任,其刑罚从不受处罚及于死刑,罪刑法定原则不容许这种过于宽泛的责任与处罚模式的存在,因而杀人行为需要类型化。类型化就是区别化,就是在区别事物的基础上,将性质相同或者相近的一系列事物抽象出一个模型,再在实践中予以检验。杀人行为类型化的目的就是更好地贯彻罪刑法定原则。本文虽然作为一个整体探讨了杀人罪的一些原理,但在确定杀人罪的认定规则时却着重讨论了故意杀人罪的认定规则,今后需要继续探索的是过失杀人的认定规则。依我国刑法,间接故意杀人和过于自信的过失杀人之间,存在着交叉重合的地方,这也是促使笔者继续探讨杀人行为类型化的一个动因。

[Abstract] Provisions pertinent to crime of homicide in our criminal law are the product of conceptualism. It also serves as an example of lack of categorization, which in turn, gives rise to a serious of problems owing to oversimplified charges in indictments, such as non-marching between a charge and the punishment, and piecemeal legislative patterns, etc. . All these have resulted in the confusion of sentencing criterion and consequently, have seriously undermined the principle of a legally prescribed punishment for a specified crime. That is why in judicial practice, the phenomenon of same crimes sentenced with different punishments is pervasive. To categorize homicide acts has both theoretical and practical basis. Categorization is differentiation, working as a complement for conceptual thinking. The significance of categorization of homicide acts lies in the fact that it can give detailed criteria for sentencing, make up for the inadequacy of evaluation of acts and effectively reduce provisions concerning the application of death penalty. The idea for categorization of acts of homicide is to distinguish them into two categories: intentional homicide and manslaughter. On the basis of degrees of responsibility, intentional homicide can be divided further into three types: ordinary murder, aggravated murder and mitigated deliberate homicide. According to types of act, mitigated deliberate homicide can be further divided into provocative murder, killing on request, suicide help and forcing or soliciting others to commit suicide. Rules of determination of various killing acts are also discussed.

(责任编辑:王雪梅)