

我国刑法中教唆犯的两涵义

何庆仁*

内容提要:我国刑法中规定的教唆犯是广义教唆犯,它具有两种表现方式,即狭义教唆犯和以教唆的行为方式实施的间接正犯。狭义教唆犯是人们现在通常所说的教唆犯,它只具有从属性;以教唆的行为方式实施的间接正犯仅具有独立性。从解释论上看,我国现行刑法第29条第2款的规定是处理以教唆的行为方式实施的间接正犯的正确法律根据;从立法论上看,应该采取分立条文规定狭义教唆犯和间接正犯的立法模式。

关键词:教唆犯 共犯从属性 间接正犯 立法模式

共犯论历来被喻为刑法学中的“迷宫”;^[1]教唆犯问题更是被视为这一“迷宫”里的“幽暗地带”,其涵义、属性、处罚基础、成立条件等,无一不是理论上的重要争点。由于我国现行刑法第29条关于教唆犯的规定兼具内涵的质朴和外延的宽广,致使我国学者针对教唆犯的讨论愈加混乱与无序。本文无意把浑水搅浓,而是力图在重新诠释刑法第29条规定的同时,结合教唆犯的属性、间接正犯的存在和立法模式的未来选择,进行一次全新的尝试。

一、教唆犯的广狭理解

我国现行刑法第29条没有明确规定教唆犯的定义,刑法理论的通说认为“教唆犯是故意唆使他人实行犯罪的人”。^[2]以此通说为基础,学术界对有关教唆犯的一系列问题进行了此伏彼起的争鸣,其中,尤以关于教唆犯属性的争论最为激烈。

(一) 教唆犯的“二重性说”

教唆犯的“二重性说”,是我国学者在分析了教唆犯的从属性和独立性后提出的一种理论。“二重性说”认为,教唆犯既具有从属性,也具有独立性。首先,教唆犯具有从属性,教唆犯毕竟是教唆“他人”犯罪,不能完全脱离正犯来论及教唆犯,教唆犯“所构成的具体犯罪和罪名,取决于实行犯所实施

* 北京师范大学珠海分校政法学院教师。

[1] 日本学者西田典之在简要分析围绕共犯规定的若干争议后感叹:“围绕这些共犯规定的议论不胜枚举,以致共犯论被比喻为刑法学中的迷宫”(参见[日]西田典之:《日本刑法中的共犯规定》,载[日]西原春夫主编:《日本刑事法的重要问题》第2卷,法律出版社2000年版,第122页)。我国也有学者毫不客气地指出,修订后的我国刑法总则第二章中关于“共同犯罪”的第三节为“绝望之节”(参见陈兴良:《历史的误读与逻辑的误导——评关于共同犯罪的修订》,载陈兴良主编:《刑事法评论》第2卷,中国政法大学出版社1998年版,第279页)。

[2] 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181页。

的特定犯罪,没有抽象的脱离具体犯罪的共犯”。^[3]其次,教唆犯具有独立性,教唆犯“具备独立的主客观相统一的承担刑事责任的根据,因而其构成犯罪并不取决于实行犯是否实行犯罪”。^[4]

“在我国,多数学者都赞同教唆犯具有从属性的观点,但同时认为这种从属性不是绝对的、无条件的,而是相对的、有条件的。因此,严格说我国目前尚没有坚持纯粹的共犯从属性说的学者”。^[5]之所以如此,原因在于:现行刑法包括修改之前的旧刑法均规定“如果被教唆的人没有犯被教唆的罪,对于教唆犯可以从轻或者减轻处罚”,这无疑是对“教唆犯”具有独立性的规定,若认为教唆犯仅仅具有从属性,就有背离实定法的规定之虞。不过,虽然“我国目前尚没有坚持纯粹的共犯从属性说的学者”,大多数学者也都承认狭义的共犯(特别是教唆犯)具有独立性,我国却同样极少学者坚持纯粹的共犯独立性说,^[6]因为“在强调罪刑法定主义、要求对犯罪的成否进行慎重考虑的今日,共犯独立性说的主张具有不符合社会要求的一面。其立场具有容易与全体主义相调和的性质”。^[7]无论在德国还是在日本,共犯独立性说都已经失去了一般的支持,^[8]我国学者不会不清楚利害之所在。

由此便生成一个两难的困境:仅仅主张从属性就有背离实定法的规定之虞,强调纯粹的独立性又有违逆世界刑事思潮之嫌。正因为如此,一种在德、日等大陆法系刑法理论中未出现过的“二重性说”,在我国刑法学界悄然出现。尽管“二重性说”并无统一的表述,大致有“抽象的二重性说”、“具体的二重性说”和“形式的二重性说”之别,^[9]但是,“二重性说”都主张教唆犯既有从属性又有独立性,在体现从属性上与世界刑事思潮相契合,在表明独立性上与我国实定法的规定相适应,这样,“二重性说”似乎很好地解决了上述两难的困境。难怪该说一露面,就很快占据了通说的地位!^[10]

(二) 对“二重性说”之反思

“二重性说”存在的问题是:缺乏立场!教唆犯要么从属于正犯,要么独立于正犯,不可能既从属于正犯又独立于正犯。从属性说与独立性说是两种无论在任何方面都针锋相对的观点,绝无调和之可能。“事实上,凡是可能调和的,国外学者都进行了调和,但从来未见国外刑法学者在共犯独立性说与共犯从属性说之间进行调和,因为这种调和根本不可能”。^[11]“二重性说”总是误解从属性的涵义,或者以二重性的名义宣扬独立性的主张(详见正文二)。它不仅未能很好地阐明我国刑法中教唆犯的属性,反而在教唆犯属性的迷思中渐行渐远,将我们引入了一个更深的漩涡。

那么,面临着由现行实定法、世界刑事思潮和我国刑法学者共同造成的这样一个漩涡,我们究竟应当如何寻找出路呢?笔者认为,最为适宜的解决途径是诉诸于敏锐的解释论立场。即以敏感的心灵透彻地理解立法者在刑法第 29 条中规定的教唆犯真相,还教唆犯理论以纯洁的本性。

刑法第 29 条第 1 款规定“教唆他人犯罪的,应当按照他在共同犯罪中所起的作用处罚”,正如“二

[3][4] 陈兴良:《刑法适用总论》上卷,法律出版社 1999 年版,第 464 页。

[5] 赵秉志主编:《犯罪总论问题探索》,法律出版社 2003 年版,第 544 页。应当说明的是,由于狭义的共犯即指教唆犯和帮助犯,在论及共犯的属性时一般均将教唆犯和帮助犯合并在一起讨论,故正文的引语中难免出现以上位的共犯包容下位的教唆犯之情形。

[6] 旗帜鲜明地主张教唆犯独立性说的我国学者非常之少,余淦才教授的一篇文章比较有影响。参见余淦才:《试论教唆犯的刑事责任》,《安徽大学学报》(哲学社会科学版)1983 年第 2 期。对其内容的简介和批判详见正文二(二)。

[7] [日]大塚仁:《犯罪论的基本问题》,冯军译,中国政法大学出版社 1993 年版,第 279 页。

[8] 德国和日本学者的著述充分说明了这一点。可重点参阅[德]耶塞克、魏根特:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社 2001 年版,第 792 页以下;[日]大塚仁:《刑法概说(总论)》,冯军译,中国人民大学出版社 2003 年版,第 241 页以下。

[9] 参见张明楷:《刑法的基本立场》,中国法制出版社 2002 年版,第 305 页以下。

[10] 伍柳村教授在《法学研究》1982 年第 1 期上发表了题为《试论教唆犯的二重性》的论文,提出了教唆犯的“二重性说”,该说后来得到马克昌教授、陈兴良教授、赵秉志教授等的赞同而渐成通说(参见马克昌:《论教唆犯》,《法律学习与研究》1987 年第 5 期;陈兴良:《共同犯罪论》,中国社会科学出版社 1992 年版;赵秉志、魏东:《论教唆犯的未遂》,《法学家》1999 年第 3 期)。

[11] 前引[9],张明楷书,第 331 页。

重性说'所主张的一样,这是关于教唆犯从属性的规定;刑法第29条第2款规定“如果被教唆的人没有犯被教唆的罪,对于教唆犯可以从轻或者减轻处罚”,也如“二重性说'所主张的一样,这是关于教唆犯独立性的规定。^[12]

笔者认为,我国刑法第29条规定的是广义教唆犯,广义教唆犯是狭义教唆犯(即人们通常所说的教唆犯)加上以教唆的行为方式实施的间接正犯。刑法第29条第1款规定的是狭义教唆犯,只具有从属性;刑法第29条第2款规定的是以教唆的行为方式实施的间接正犯,仅具有独立性。

无论怎样理解,都不得不承认我国刑法第29条第2款的规定指明了独立性。^[13]如果想使狭义教唆犯具有从属性这一正确的理论立场在我国刑法中得到贯彻(参见正文二关于狭义教唆犯具有从属性的论证),就必须对我国刑法第29条第2款的规定重新加以诠释。一种可供选择的诠释方案是:我国刑法第29条第2款虽然规定了独立性,但规定的不是“通常所理解的教唆犯”的独立性,它规定的是以教唆的行为方式实施的间接正犯的独立性。

众所周知,间接正犯应当独立于被利用者而承担罪责,即使被利用者未着手实施犯罪,只要间接正犯实施了诱致被利用者犯罪的诱致行为,利用者就应以未遂犯论处。如果把我国刑法第29条第2款的规定诠释为是对以教唆的行为方式实施的间接正犯的规定,则我国刑法第29条第2款的规定不仅在内容上毫无不妥,而且不会对狭义教唆犯的从属性造成任何不当之影响。

上述主张很可能会遭到这样的诘问:我国刑法第29条第2款中明文写着“教唆犯”,何以诠释为是针对“间接正犯”的规定?

我们不妨以我国学者围绕刑法第29条第1款后段的一个不小的争议来略作说明。^[14]刑法第29条第1款后段规定“教唆不满十八周岁的人犯罪的,应当从重处罚”,那么,教唆十四周岁以下的人“犯罪”或者教唆十四至十六周岁的人“犯刑法第17条第2款规定以外之罪”的,应当如何处理?对此,刑法学界存在不同意见。一种意见认为,“我国刑法这一规定中的‘不满十八周岁的人’应当包括14周岁以下的人,教唆未满十四周岁的无责任能力人的,可以从过去的间接正犯中分离出来,作为一种例外,按教唆犯从重处罚。”^[15]另一种意见(即通说)则认为,“‘教唆’未达刑事责任年龄者实施犯罪,不能构成教唆犯,应当按照间接正犯(在实践上即按照实行犯)处理,并从重处罚。”^[16]何种意见正确(或者都不正确),另当别论,重要的是,争议本身向我们昭示了:间接正犯与教唆犯具有密切联系,或者教唆犯可以从“间接正犯中分离出来”,或者“教唆”他人犯罪的可按照间接正犯来处理。既然如此,把我国刑法第29条第2款规定的“教唆犯”诠释为以教唆的行为方式实施的间接正犯,就并非异想天开。

该诠释既具有存在论的基础(因为间接正犯完全可能以教唆的方式实施),也具有学说史上的佐证(因为在学说史上曾有相当多的学者把间接正犯当作教唆犯来对待(参见正文三(三)以及注释

[12] 也有外国刑法学者这样认为,例如,日本学者西田典之在分析教唆犯的实行从属性时就认为:“因为日本刑法中没有中国刑法第29条第2款那样的规定,所以需要通过解释来解决这一问题”(前引[1],西田典之文,第125页)。西田教授虽然没有明说中国刑法第29条第2款采取的是实行独立性的立场,但言下之意无疑如此。

[13] 我国台湾地区有学者认为,这样的规定在本质上根本就不是共犯(教唆犯)的规定,而是针对处于预备阶段的法益侵害行为的处罚规定,即规定的是刑罚扩张事由,它不是从属性的例外,而是未遂处罚的例外,从而维护着教唆犯的从属性原则(参见许泽天:《共犯之处罚基础与从属性》,载《罪与刑——林山田教授六十岁生日祝贺论文集》,台湾五南图书出版公司1998年版,第87页以下)。台湾地区刑法中有“被教唆人虽未至犯罪,教唆犯仍以未遂犯论”的规定,这种规定与大陆刑法第29条第2款的规定趣旨相同,因此,上述观点完全可能在大陆出现。不过,承认例外地把预备当作未遂来处罚,并不能否定此时的“教唆犯”的独立地位,它们根本不是互相排斥的两个范畴;某种意义上,正是因为此时的“教唆犯”的独立性,才决定了行为对法益侵害的严重性而不得不予以(例外地)处罚。

[14] 该争议实质上更主要地涉及到的是,是否要对行为人从重处罚,若认为是教唆犯则应法定从重,若认为是间接正犯则只能酌定从重。

[15] 吴振兴:《论教唆犯》,吉林人民出版社1986年版,第76页。

[16] 马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社1999年版,第563页。

(57))。因此,有理由认为我国刑法第 29 条规定的是广义教唆犯,第 29 条第 1 款规定的是狭义教唆犯,^[17]第 29 条第 2 款规定的是以教唆的行为方式实施的间接正犯。

二、狭义教唆犯的属性

狭义教唆犯的属性乃是我国学者已经和正在讨论的教唆犯的属性问题,在此,首先论证狭义教唆犯应该具有从属性还是应该具有独立性。

(一) 从属性的含义

“从属性”是从大陆法系的刑法理论中移植过来的一个概念。德国学者们似乎更在乎教唆犯从属性的程度,而对教唆犯从属性的含义甚少争论,^[18]日本和我国台湾地区的学者们则在什么是“从属性”问题上耗费了不少的心血。在日本,齐藤金作教授把“从属性”分为成立上的从属性和处罚上的从属性;植田重正教授主张从属性具有实行从属性、犯罪(罪名)从属性、可罚从属性三种意义;平野龙一教授将从属性分为实行从属性、罪名从属性和要素从属性三种;山中敬一教授则指出,应在如下四种意义上使用“从属性”:实行从属性、罪名从属性、可罚从属性和要素从属性。^[19]在我国台湾地区,在六种意义上使用“从属性”这一概念,即概念上的从属性、实行上的从属性、犯罪上的从属性、处罚上的从属性、可罚上的从属性以及要素上的从属性。^[20]

面对如此纷繁复杂的意义,尽管国外多数学者已经趋向于认同所谓“从属性”即指实行上的从属性,国内也已有人正确地指出过这一点,本文还是想结合国内学者们的一些认识略加分析。

1. 关于“概念上的从属性”。“概念上的从属性”是指教唆犯在概念上从属于被教唆者,即教唆须以被教唆者为前提,倘无人被教唆,则教唆亦必无从发生,此乃教唆犯之本质使然,实无可避免,堪称教唆犯概念上的从属性。^[21]我国不少学者理解的从属性就属于概念从属。例如,有人认为,教唆犯的“犯罪意图一定要通过被教唆人去实施他所教唆的犯罪行为,才能看出他的教唆行为在共犯中所起的作用。……这也就是说,教唆犯对于实行犯来讲具有明显的从属性。”^[22]概念从属是一种逻辑上当然的结论,依此理解,不仅教唆犯,正犯之间同样也彼此具有从属性,“因为在共同正犯情况下,一

[17] 我国曾有学者主张狭义的教唆犯和广义的教唆犯。为了区分传授犯罪方法罪和教唆犯,有学者认为,广义的教唆犯不仅包括故意挑起他人的犯意,而且包括教唆犯罪的方法、提示犯罪的对象,或者两者兼而有之;狭义的教唆犯则仅仅是指故意煽起他人的犯罪意图,不要求在犯罪方法、犯罪对象上作具体提示。传授犯罪方法罪与广义的教唆犯并无本质的区别,它只是广义的教唆犯的一种情况(参见梁世伟主编:《刑法学教程》,南京大学出版社 1987 年版,第 580 页)。这种理解与本文的立场大异其趣。传授犯罪方法罪是刑法分则已经规定的犯罪类型,根本无需根据教唆犯理论来处理,用传授犯罪方法罪来扩大教唆犯的外延,不仅会造成理论的混乱,而且会把司法实践引入歧途,会使司法人员误认为要用教唆犯理论来解决传授犯罪方法罪本身的一些问题(如果一定要把传授犯罪方法罪纳入教唆犯的视野之中,将该罪称为“独立教唆犯”会更妥当)。相反,本文主张将以教唆的行为方式实施的间接正犯纳入教唆犯范畴之中,才真正确立了广义教唆犯这一概念,因为以教唆的行为方式实施的间接正犯并未被规定在刑法分则之中,需要用广义教唆犯的理论来解决。

[18] 例如,李斯特的教科书中没有提到何谓从属性,但对“共犯从属特征理论”和立法的互动略有评介。耶赛克的教科书则只在一节的开始用一句话简单地说明何谓从属性,然后就把大量的篇幅用在了论证法定法限制从属形态的立场上。另外,获得德国慕尼黑大学法学博士学位的柯耀程教授在他的文章中谈到从属性时,同样只简单地说了下什么是从属性,然后就洒重墨于四种从属形态的分析。我想这并不意味着德国的学者们忽略了什么是从属性的问题,而更可能是他们对何谓从属性已经有了一致的认识。作为一种佐证, Schlutter 曾撰写《从属性的教义学史》,其中就专门论述了从属性概念的历史发展。请参阅[德]李斯特:《德国刑法教科书》,徐久生译,法律出版社 2000 年版,第 354 页以下;[德]耶赛克、魏根特:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社 2001 年版,第 792 页以下;柯耀程:《变动中的刑法思想》,中国政法大学出版社 2003 年版,第 169 页以下。附带说明,本部分论及的教唆犯除非特别强调,均指狭义教唆犯。

[19] 参见马克昌:《比较刑法原理》,武汉大学出版社 2002 年版,第 659 页以下。

[20] 参见陈培锋:《刑法体系精义——犯罪论》,康德文化出版社 1998 年版,第 463 页以下。

[21] 参见韩忠谟:《刑法原理》,中国政法大学出版社 2002 年版,第 191 页。

[22] 伍柳村:《试论教唆犯的二重性》,《法学研究》1982 年第 1 期。

个共犯的行为是由其他共犯的行为加以补充,直至完全实现犯罪构成要件的”。^[23]所以,对教唆犯的从属性不能作这种概念上的理解,用概念从属根本不可能区分从属性与独立性,独立性说者也完全可以接受教唆必须在概念上从属于被教唆,它“不是共犯从属性问题中所说的从属性,所以用它作为共犯从属性的根据也是错误的。”^[24]

2. 关于“犯罪上的从属性”和“处罚上的从属性”。“犯罪上的从属性”和“处罚上的从属性”常常相提并论,它们是指教唆犯的犯罪性和处罚性来自于正犯实施的犯罪行为,是从正犯那里借用过来的,教唆犯本身没有犯罪性和处罚性可言,并由此而体现出其从属的一面。这样的理解曾经是从属性论者的认识,我国也有学者从犯罪与处罚两方面考察教唆犯的从属性,认为我国刑法第29条第1款前段体现了犯罪的从属性,后段以及第2款则表现出处罚上的独立性。^[25]但是,因为他人行为的犯罪性而导致自己行为的犯罪性并被处罚的思想与作为近代刑法基础的个人责任原理有着根本性的矛盾,故后来的学者们多认为“从属性共犯的犯罪性包含在从属性共犯本身之中,决不是借用正犯的犯罪性而发生的。……所谓共犯借用犯说是缺乏妥当性的。”^[26]

3. 关于“罪名从属性”。“罪名从属性”是指教唆犯与被教唆者在罪名上要一致,这无疑是共犯从属性的一个论点,特别是在从属性说的沿革上,它曾具有重要意义。理论上常把它和犯罪共同说与行为共同说的区分联系起来看待。但是,时至今日,要求在罪名上具有严格的从属性,可以说已经失去了意义,尽管原则上要求从属性共犯与正犯的罪名应当一致,然而,随着部分犯罪共同说的崛起,二者之间不一致的现象也一般性地得到了承认。

4. 关于“可罚上的从属性”。“可罚上的从属性”与上述“处罚上的从属性”是两个不同的概念,“可罚”是指大陆法系刑法理论中的“可罚性”而言,即“不法与罪责之外的可罚性条件”,如客观的处罚条件是否具备,是否有处罚阻却事由等。^[27]可罚的从属性说认为,若正犯不可罚,则从属性共犯亦不可罚。如果将可罚性理解成第四个犯罪成立要件,毋宁说它所主张的是最极端的从属形态,因此,将其作为一种从属性来理解意义并不大。

5. 关于“要素从属性”。“要素从属性”与教唆犯在何种程度上从属于正犯有关。德国学者 Max Ernst Mayer 曾依狭义共犯从属性之强弱,将其划分为四种:最小限度的从属形式(狭义共犯之成立只需正犯之行为符合构成要件)、限制的从属形式(狭义共犯之成立只需正犯之行为符合构成要件且系违法之行为)、极端的从属形式(狭义共犯之成立必须正犯之行为系违法且有责的实现构成要件之情形)、最极端的从属形式(狭义共犯之成立不仅需要正犯行为具有构成要件该当性、违法性和有责性,尚须具有一身专属性之可罚性),此即广为人知的“迈耶公式”。严格说来,“要素从属性”讨论的不是从属性的含义,它以(狭义)共犯从属性说为前提,进而论及已经存在的从属性应具备何种强弱程度上的从属性这一问题。因此,不应该把它与其他从属性的含义并列起来。

(狭义)共犯的从属性可以从从属性的有无和从属性的程度两个方面来考虑,从属性的有无即从属的含义,从属性的程度即从属的形式。^[28]就从属的含义而言,应当采取实行从属性,即为了使教唆者成立犯罪,至少需要正犯已经着手实施犯罪。“即便是共犯,也必须符合刑罚法规所预定的构成要

[23] 前引[8],耶塞克等,第792页。

[24] [日]木村龟二主编:《刑法学词典》,顾肖荣等译,上海翻译出版公司1991年版,第349页。

[25] 参见马克昌:《论教唆犯》,《法律学习与研究》1987年第5期,第16页。实际上,马克昌教授所言的“犯罪的从属性”更接近于实行从属性的含义,而与犯罪从属性无涉;他所称“处罚的从属性”过于偏重立法用语,对于处罚从属性的理论含义则有所忽略。

[26] 前引[7],大塚仁书,第280页。

[27] 关于大陆法系刑法理论中的“可罚性”问题,可以参阅冯军:《德日刑法中的可罚性理论》,《法学论坛》2000年第1期,第106页以下。

[28] 为了不至于模糊主题,本文未深入探讨共犯从属性的形式问题。

件,所以,为成立共犯,正犯至少必须实施犯罪行为。”^[29] 后文有关“从属性”的论述,皆以实行从属性为基础。

(二) 对独立性说和“二重性说”的批判

正是在实行从属性这一点上,共犯独立性说与共犯从属性说发生了尖锐的对立。独立性说认为,与正犯一样,教唆行为也不外乎是教唆者犯罪意思的征表,正犯者的实行行为对教唆者来说只不过是因果关系的经过和客观的处罚条件;从属性说认为,教唆行为本身不是刑法分则中规定的构成要件行为(实行行为),教唆行为从属于被教唆者的实行行为,只有被教唆者实施了刑法分则中规定的构成要件行为(实行行为),教唆行为才具有刑法上的意义,才应该被刑法所禁止。共犯独立性说与共犯从属性说的对立,最显著地表现在教唆犯的未遂的成立范围上。共犯独立性说认为,只要教唆者实施了教唆行为,即使存在被教唆者立即予以拒绝而完全没有实施实行行为等情形,也成立教唆犯的未遂,在处罚未遂罪的场合,教唆者就是可罚的;共犯从属性说认为,只有被教唆者基于教唆者的教唆行为着手了犯罪的实行却终于未遂时,才可能考虑教唆犯的未遂。^[30]

独立性说的立场被认为与主观主义刑法理论更加亲近,因此,它首先就受到客观主义刑法学者的猛烈批评。有刑法学者指出:既然行为人的“恶性”不仅为衡量刑罚轻重之标准,更左右犯罪之成立,“第一,为何不就刑法上之所有犯罪而却仅就教唆犯、从犯强调其恶性?第二,恶性本身带有极端主观不确定性,如何认定恶性之存在,实在困难。第三,若因此而以社会伦理作为恶性之衡量,更导致法与伦理(道德)之混同。”^[31] 现代刑法的机能越来越偏重于强调法益保护的客观主义,可以说在理论根据上独立性说就已经显得黯淡。

在实定法上,德国刑法第 26 条规定:“故意地确定了他人达于其故意实施了的违法行为者,作为教唆者与行为人同样处罚。”日本刑法第 61 条规定:“教唆他人实行犯罪的,判处正犯的刑罚。”二者均明文强调了“他人实行犯罪”的重要性,即若未至实行,当不可论以教唆犯。此外,日本的一些特别法中还有关于特别罪的教唆未遂的所谓“独立教唆”的规定,也从反面提示了一般情况下应当如何行事。^[32] 可见,独立性说至少与德日现行刑法的立场不相容。

我国主张教唆犯具有独立性的学者对我国实定法的规定给予了充分的注意。即使不考虑我国刑法第 29 条第 2 款的内容,第 29 条第 1 款也仅仅规定“教唆他人犯罪的”是教唆犯,并没有明确指出必须教唆他人“实施”或者“实行”犯罪,特别法上亦无相应规定,这就给独立性说留下了足够的解释空间。事实上,关于如何解释独立性,我国刑法学者提出了三种学说。第一种学说是把第 29 条第 1 款解释为关于独立性的规定,即“从文字表面看,处罚根据明明是指他在共同犯罪中所起的作用,教唆人是被处罚的独立主体,而没有丝毫从属于被教唆人的含义。从内容实质上看,所谓按照他(教唆犯)在共同犯罪中所起的作用处罚,就是要看教唆犯所提供的犯罪意图究竟对实行犯发生多大影响力来决定处罚的轻重。……第 1 款的立法精神,同该条第 2 款一样,都是体现确定教唆犯刑事责任的独立

[29] [日]大谷实:《刑法总论》,黎宏译,法律出版社 2003 年版,第 304 页。

[30] 参见[日]大塚仁:《刑法概说(总论)》,冯军译,中国人民大学出版社 2003 年版,第 243 页。当然,共犯独立性说与共犯从属性说的对立观点还有很多,可以参阅前引[19],马克昌书,第 663 页。

[31] 陈子平:《论教唆犯、从犯规定之独立性与从属性》,载蔡敦铭主编:《刑法争议问题研究》,台湾五南出版公司 1999 年版,第 314 页。其实,并非所有的主观主义者都采共犯独立性说,如李斯特就站在新派的立场上主张从属性说;同样,虽然多数客观主义者采共犯从属性说,亦不乏反其道而行之者,如宾丁。

[32] 参见前引[24],木村龟二主编书,第 350 页以下。不过,关于特别法的这种规定,也有不少日本学者从独立性说的立场予以解释,他们认为,这种特别规定不过是与教唆未遂刑罚有关的特别规定而已,而不是像共犯从属性理论所解释的那样,是与主张教唆未遂的成立以及处罚有关的例外规定。就独立教唆而言,因为教唆行为以语言等为主,罪与非罪的判断标准非常不明确,又因为被教唆者实行犯罪的决意也是内心的事情,所以,在运用上有很大的危险,也有相当的批判认为它超过了政策上的必要性。

性,并不对实行犯存在任何从属性”;^[33]第二种学说是从我国刑法的分则性规定(例如第353条规定的教唆他人吸毒罪)中说明教唆犯具有独立性;^[34]第三种学说是主张第29条第1款的规定具有犯罪的从属性并具有处罚的独立性,第29条第2款则完全规定着独立性。^[35]

独立性说的上述解释存在不合理之处。第一种学说和第三种学说都强调教唆犯的处罚在第29条第1款中与正犯无任何关系,都是依教唆犯自己的行为而独立受到应有的处罚。但是,这种观点与教唆犯是具有从属性还是具有独立性并无必然联系,从属性指的是实行从属性,从属性说也认为教唆犯的应罚性植根于教唆犯自身的行为之中。如何能够据此得出独立性说的论点呢?第二种学说从分则的规定中推导出独立性的结论,更加让人不知所云。独立型教唆犯和作为共犯的教唆犯判若云泥,立法基础迥异,何以因为独立型教唆犯的存在就主张教唆犯的独立性呢?坚持共犯从属性的原则,并不意味着否定对教唆行为进行独立处罚的规定,分则的规定只是一种例外;并且,对分则中独立型教唆犯的规定,多数学者也基于从属性说进行了解释。所以,我国学者们从实定法的规定中得出的根据,存在方向上的偏差。

除了对我国实定法的规定作出倾向于独立性说的解释之外,我国学者在论述教唆犯的独立性时,经常提到的理论根据是:教唆行为本身具有社会危害性,在某些情况下教唆具有决定意义,教唆犯有自己独立的修正之构成要件等等。^[36]但是,这些理论根据中的“理论”本身就缺乏“根据”,因为它总是没有证明:没有被教唆者的实行行为,教唆行为本身就是必须被刑法禁止的(不要忘记刑法的谦抑原则!);没有被教唆者的实行行为,教唆行为对什么具有决定意义;没有被教唆者的实行行为,教唆犯有自己独立的构成要件(既然承认教唆犯具有修正之构成要件,又如何能够认为教唆犯具有独立性?)。这些没有证明的“理论根据”,其实压根儿是不可能被证明的,如果人们认为教唆犯的从属性是指教唆犯的实行从属性的话。上述“理论根据”没有能够正确地把握区分从属性与独立性的标准。其所言从属性,主要是概念上的从属性(个别学者认为是犯罪的从属性),其所言独立性却是奠基于处罚独立性之上的真正的独立性。因此,所谓的“二重性说”实质上就是“独立性说”的另一种表现形式而已。

独立性说,无论是形式的独立性说还是实质的独立性说,其内在的不足是将狭义共犯之成立根据与处罚根据混为一谈。虽然狭义共犯之处罚基础与正犯无异,均受行为责任及个别责任原则之规范,但并不表示狭义共犯之成立完全独立于正犯行为之外。因为狭义共犯行为在法定原则的规范之下,仍属于构成要件以外之行为,并非刑法评价的对象,其所以处罚,前提上仍须有构成要件实现的存在。^[37]国内学者往往强调教唆犯的处罚系由自己行为之责任决定,便以为教唆犯具有独立性,却忘了从属性之含义是指教唆犯的成立以被教唆者至少着手实施被教唆之罪为前提。狭义共犯的处罚根据和原则与刑法的一般处罚根据和原则是一样的,任何人都是因为自己的行为而负责;但在狭义共犯的成立上,狭义共犯应当依附于正犯的行为才可以成为刑法能够予以评价的定型行为。所以,处罚的独立性是任何犯罪的共同属性,和共犯独立性没有任何关系。混淆狭义共犯处罚与成立的独立性,是

[33] 前引[6],余淦才文,第63页。

[34] 参见前引[5],赵秉志主编书,第545页。

[35] 前引[16],马克昌主编书,第556页以下。

[36] 参见赵秉志、魏东:《论教唆犯的未遂》,《法学家》1999年第3期,第30页。

[37] 前引[18],柯耀程书,第167页。柯耀程教授指出,在刑法学理上,向来仅将目光的焦点置于正犯的认定之上,狭义共犯问题常被忽略,特别是狭义共犯的成立基础和可罚基础的区分,故而,常将参与形态的成立基础与共犯责任混为一谈,而有共犯独立性的见解出现。当然,此种弊病并非我们所独有,即使法治发达的德国及日本亦不能避免(参见同书第178页)。

导致独立性说和二重性说在我国大行其道的“罪魁祸首”。^[38]

(三)再论狭义教唆犯的从属性

我国有刑法学者认为,我国刑法第 29 条第 1 款规定的不是教唆犯的从属性,因为第 1 款只是说明教唆犯与被教唆的人是否成立共同犯罪取决于被教唆的人是否实施被教唆的罪,而不能说明教唆行为是否成立犯罪也取决于被教唆人是否实施犯罪,即其只和共同犯罪有关而和从属性无关。^[39]笔者认为,我国刑法第 29 条第 1 款对狭义教唆犯的处罚以共同犯罪的成立为前提,只要承认教唆者和被教唆者成立共同犯罪,就应该进而承认教唆犯的从属性。“区分共犯与正犯的理论基础,就是教唆犯与帮助犯从属性理论。换句话说,主张狭义的共犯概念,就是宣示共犯从属性理论。”^[40]不能说法条没有明确说明就不能肯定共犯的从属性,德国、日本的刑法也没有在条文中说明,但德、日学者照样宣称共犯从属性的理论。

教唆犯从属性说的最大贡献在于:牢牢地坚守住罪刑法定主义的底线,维护了构成要件的定型机能。只有使狭义共犯在本质上从属于他人所实施之构成要件行为,始能确保法治国的构成要件明确性原则。申言之,刑法有义务向社会宣示,教唆者之所以遭受刑罚,是因为教唆他人为刑法所禁止之事,而并非因为唆使某一与结果相关联之恶劣事迹就遭受到刑法的制裁。正如 Roxin 所言,用从属性来约束(教唆犯)所具有的目的意义(teleologischer Sinn)就在于法治国家的刑法要给狭义的共犯行为划定清楚的轮廓界限,藉以避免刑法将所有与结果具有因果性的行为都视为狭义的共犯,以致造成刑法界限之过渡泛滥,严重破坏法的安定性(Rechtssicherheit)。^[41]

我国鲜有学者在上述意义上赞成教唆犯的从属性,仅有个别学者在立法论上主张教唆犯的从属性。“从立法论上言,我主张共犯从属性说。‘即应以客观主义(古典学派)刑法思想为基础,着重行为人之行为与其所惹起之结果,而以限制(缩限)正犯概念为前提,采共犯从属性说之立场,以符合现代刑法思潮。’但从解释论上说,还不能断定我国刑法对教唆犯采取了从属性说。”^[42]“讨论我国刑法规定的教唆犯是具有从属性、独立性,还是具有二重性的问题,没有任何理论与实际意义。相反,只能把

[38] 我国学者总是以处罚的独立性来论证教唆犯的独立性,这是一条死胡同。如果一定要坚持并且力图论证教唆犯的独立性,从统一的正犯者概念出发,彻底放弃狭义共犯与正犯的划分,在量刑时考虑所谓教唆与帮助行为等非实行行为,或许少一些理论的破绽。陈兴良教授曾指出:“我国刑法否定了区分正犯与共犯的共同犯罪理论的传统格局,确立了统一的共同犯罪的概念”,但是,陈兴良教授后来却从限制的正犯概念的立场来分析教唆犯的从属性与独立性之统一(参见高铭喧主编:《刑法学原理(第二卷)》,中国人民大学出版社 1993 年版,第 407 页以下)。我国刑法对共同犯罪人的分类既受到传统法律文化的影响,亦由于建国之后的历史原因而受到来自于当时苏联刑法学的影响。如所周知,1960 年的苏联刑法第 17 条、1951 年的保加利亚刑法第 18 条以下、1961 年的捷克斯洛伐克刑法第 10 条以及匈牙利刑法第 12 条等当时的社会主义刑法,均将共犯人分为组织犯、教唆犯、帮助犯与实行犯,采取的就是统一的正犯者概念(参见前引[24],木村龟二主编书,第 327 页)。我国刑法强调不同的共犯人在共同犯罪中所起的作用,可以说并非没有从立法背景出发、在方向上朝着统一的正犯者概念展开解释的可能,但是,我国没有学者有意识地在这个方向上论证教唆犯的独立性,一个可能存在的理由是,我国学者已经意识到统一的正犯者概念本身并不可取(参见注释[42]);关于统一的正犯者概念的基本内容及其批判,参见前引[18],柯耀程书,第 180 页以下)。

[39] 参见前引[9],张明楷书,第 310 页。张明楷教授还谈到我国刑法第 29 条第 1 款中的“共同犯罪”可能是数个共同教唆人的犯罪,而不是教唆者和被教唆者的共同犯罪。单纯从字面上看,也许可以如此理解,但是,法条在上半句讲到教唆者教唆他人犯罪后,旋即在下半句中规定按照教唆者在“共同犯罪”中的作用处罚,恐怕不能离开语境作那样的理解吧。如果那样理解的话,又该如何处罚并非“共同教唆人”的人教唆他人犯罪的情形呢?

[40] 许玉秀:《检视刑法共犯章修正草案》,台湾《月旦法学杂志》第 92 期,第 44 页。

[41] 参见许泽天:《共犯之处罚基础与从属性》,载《罪与刑——林山田教授六十岁生日祝贺论文集》,台湾五南图书出版公司 1998 年版,第 85 页以下。

[42] 前引[9],张明楷书,第 328 页。引文中提到的限制的正犯概念与扩张的正犯概念相对,指的是正犯应是实现了构成要件之犯罪行为者,教唆犯不是正犯,之所以处罚是因为刑法总则的特别规定,学理上又称之为“刑罚扩张事由”。扩张的正犯概念则指的是,只要系犯罪行为之参与者,无论是否实现刑法分则规定的构成要件,均为正犯,至于法律规定共犯之处罚,是为了限制正犯处罚的范围,学理上又称之为“刑罚限缩事由”。共犯从属性与限制的正犯概念相通,而和扩张的正犯概念不容。所以,要在我国刑法中贯彻教唆犯从属性的立场,还需要兼采限制的正犯概念。

问题搞得混乱。”^[43]

在立法论上,笔者也主张明确规定狭义共犯的从属性。但是,从解释论出发,笔者认为我国刑法第29条第1款规定的狭义教唆犯只具有从属性,不具有独立性,在这种狭义的教唆犯中,如果被教唆的人没有犯罪,就不应该处罚教唆者,对狭义的教唆犯的处罚以共同犯罪的成立为前提,条文中所谓“按照他在共同犯罪中所起的作用处罚”就是此义。

“共犯从属性彻头彻尾是个实定法的解释问题”。^[44]我国学者所持的“二重性说”一方面由于误解而赋予教唆犯以从属性,一方面又从处罚上强调教唆犯的独立性。他们的“解释”除了本部分已经分析过的那些不能成立的理由之外,最大的依据就是我国刑法第29条第2款的规定,该款的规定是如此明确,以致于人们很难否定“教唆犯”(不是“狭义教唆犯”)的独立性。但是,笔者认为,应当像上面已经论证的那样,把刑法第29条第1款解释为关于狭义教唆犯具有从属性的规定,并且,应当像下面将要论证的一样,将刑法第29条第2款解释为关于以教唆的行为方式实施的间接正犯的规定,这样,就完全能够在我国刑法中贯彻狭义教唆犯具有从属性的立场。

三、间接正犯的新发现

间接正犯的观念已经在大陆法系的刑法理论中得到广泛认可,德国刑法第25条第1款中也规定了间接正犯。^[45]在我国,尽管大多数刑法学者都承认存在间接正犯这种正犯形式,在实务中也有处理间接正犯的事例(参见正文三(二)),但是,至今未见我国刑法学者主张我国刑法典中规定着间接正犯。本文的主要目的之一,是要论证我国刑法典中规定着间接正犯;因此,所谓间接正犯的“新发现”,不是说发现了别人从未发现的间接正犯,而是说发现了别人从未在中国刑法典中(不是在中国刑法教科书中)发现的间接正犯。

(一) 间接正犯的观念

间接正犯的观念是近代刑法理论的产物。近代学派于共犯理论采行为共同说及共犯独立性说,认为举凡加功于犯罪事实者,无论直接与间接,其危险性格均已充分征表,故所谓间接正犯根本没有存在的必要,应包含于教唆犯之中。古典学派在共犯领域采取的是犯罪共同说和共犯从属性说,除了主张从属性说之外,于从属程度复采极端从属形式。历来的学说认为,间接正犯是极端的共犯从属性的产物,提出这个概念的目的,是为了在犯罪的直接实行者不具有可罚性的情况下,让犯罪行为的操纵者为自己的非构成要件行为承担刑事责任,从而堵塞从属性理论在可罚性上存在的明显漏洞。^[46]也就是说,间接正犯只是在讲学上所使用的“替补”概念,有日本学者写道:“间接正犯的概念是共犯从属性理论产生的无父之子,是没有祖国的永远的犹太人,其正犯的论证是不可能的,具有与共犯从属性原则共存亡的命运”。^[47]

[43] 张明楷:《关于教唆犯的几个问题》,《青年法学》1985年第1期,第63页;另见前引[9],张明楷书,第329页以下。张明楷教授因为无法解释我国刑法的规定,主张放弃对固有的刑法问题进行探讨。共犯的属性是有相当历史的刑法基本问题之一,何以能说讨论这样一个问题“没有任何理论与实际意义”呢?至少我们可以像张明楷教授已经做过的一样在立法论上提倡从属性,另外我们还可以进一步努力地试图把刑法的规定解释成从属性。张明楷教授一直主张对刑法进行合理解释,尽量使刑法的用语体现实质正义,与其动辄批判刑法,不如反复解释刑法(参见前引[9],张明楷书,第2页)。可以说,本文只不过是循着张明楷教授的学术倾向在作进一步的努力而已。当然,解释刑法也应当遵循刑法解释的规则。

[44] 前引[24],木村龟二主编书,第350页。迈耶还说过:“共犯概念完全是法律的产物”(前引[18],李斯特书,第355页)。

[45] 德国刑法第25条第1款规定“使用他人实施犯罪行为者”,也是正犯。

[46] 参见[意]杜里奥·帕多瓦尼:《意大利刑法学原理》,陈忠林译,法律出版社1998年版,第337页。所谓“在可罚性上存在的明显漏洞”,是指如果正犯不具有责任或者存在责任阻却事由,则共犯无由成立,这样,将对加功于无责任能力者或者因禁止错误而免除正犯责任的情形,不能加以论处。但认为此种情形不可罚者,实不合乎法感情,故有必要将其作为间接正犯而加以处罚(参见前引[18],柯耀程书,第171页)。

[47] 转引自前引[30],大塚仁书,第143页。

但是,把间接正犯视为狭义共犯的“替补”概念,在逻辑上和理论上都是不正确的。在逻辑上,以狭义共犯概念为前提来论及间接正犯情形中正犯性的有无,很难说是基于适当的思考顺序,因为正犯概念应先行于狭义共犯概念,在不可动摇极端从属性说之前提下,将间接正犯概念解释为补充概念,实非妥适。在论理上,间接正犯并不见得就只能与限制的正犯概念和狭义共犯的极端从属形式相联系,例如,今日的德国和日本已经改采限制的从属形式,间接正犯的概念却仍广为使用。实际上,现在的学者们更多地是在规范的和实质的观点中发现间接正犯应与直接正犯同等对待的价值。^[48]

因为不少国家的刑法明文规定仅仅处罚正犯与狭义共犯,若坚守罪刑法定主义之原则,承认间接正犯之概念,不仅于法无据,且在价值上视同正犯予以处罚,其理由何在亦颇费周章。为避免此项非难,学者遂试图自理论上消除间接正犯之概念。其尝试方向有二:一为扩张正犯概念结合极端从属形式,二为限制正犯概念结合限制从属形式。^[49] 这些努力都没有充分认识到间接正犯实质上 and 直接正犯是一样的,仍然戴着“有色眼镜”在“歧视”间接正犯,如前所述,在实质上、规范上间接正犯和直接正犯一样都是正犯。^[50] 因此,企图废黜间接正犯的概念,并不可取。

(二) 间接正犯在中国的命运

间接正犯的观念在我国得到承认和贯彻,是晚近的现象。直到 1999 年,一种有相当影响的观点仍然认为:“我国刑法理论上没有间接正犯的概念,但社会生活中却存在着这样的情况,如教唆小孩盗窃,帮助精神病人杀人等,对此,审判实践中径依该罪的实行犯定罪处刑。不过,间接实行犯与直接实行犯毕竟还有区别,在理论上自不妨加以研究。”^[51] 另有学者指出,间接实行犯是一个理论范畴,没有法律依据,但他又对法律适用有一定的指导意义,故在我国刑法理论中应予保留。^[52]

上述观点彰显出两个问题:其一,在我国刑法理论中有间接正犯的地位吗?其二,我国刑法规定了间接正犯吗?

首先,关于在我国刑法理论中是否有间接正犯的地位。间接正犯从来未成为我国刑法理论的争论热点,^[53] 间接正犯更多的是当作外国刑法学的内容而被介绍性地提到。

其次,关于我国刑法是否规定了间接正犯。这一点似乎没有疑问,翻遍刑法典 452 个法条,没有一处使用“间接正犯”一词。有学者还专门基于我国刑法中没有规定间接正犯的现实而呼吁:“我们极力主张在我国刑法中确立间接正犯的概念,以弥补我国刑事立法之不足。”^[54]

间接正犯原本不是实定法的产物,亦原本不是解释论的问题。它植根于生活中的行为本身,有其实质的和规范的根据。不论理论上是否承认间接正犯,也不论实定法是否规定它,间接正犯都将发挥它的影响,只不过在方式上或明或暗而已。实际情况是,在司法实务中,已经开始有意识地运用间接正犯的理论来处理有关的个案。在北京市海淀区人民检察院提起公诉、海淀区人民法院审理的一个案例当中,两被告人张文俊、修启新在明知汽车被他人因民事纠纷拉走的情况下,谎称失窃,利用不知情的上级单位向保险公司索赔。海淀区人民检察院起诉时明确主张,两被告人属于间接正犯,并被法

[48] 参见前引[30],大塚仁书,第 143 页以下。

[49] 关于两种方向的介绍与批判,参见甘添贵:《刑法之重要理念》,台湾瑞兴图书股份有限公司 1996 年版,第 175 页以下。

[50] 间接正犯的正犯性和直接正犯的正犯性是统一的,仅就通说而言,德国目前占主导地位的是行为支配说,日本则为实行行为性说。前者认为,间接正犯与直接正犯都存在行为支配,只不过一个是意思支配,而另一个是行为支配。后者认为,所谓正犯,应解释为自己亲手实行具有构成要件之“现实危险性”的行为者,间接正犯与直接正犯都具有该种现实危险性。所以,因为共犯问题而不主张间接正犯,是错误地考虑了间接正犯的成立基础(参见[日]川端博:《刑法总论二十五讲》,余振华译,中国政法大学出版社 2003 年版,第 381 页以下)。

[51] 前引[16],马克昌主编书,第 505 页。由于我国刑法理论常使用“实行犯”代替“正犯”的概念,故间接正犯也常被称为间接实行犯,特此说明。

[52] 参见陈兴良:《共同犯罪论》,中国社会科学出版社 1995 年版,第 497 页。

[53] 参见高铭暄主编:《刑法专论》,高等教育出版社 2002 年版,第 1 页以下。

[54] 宁东升、贾新征:《试论间接正犯的几个问题》,《国家检察官学院学报》第 7 卷第 3 期。

院认可。^[55]在另一个因最高人民法院审判长会议的讨论而更受关注的案例当中,被告人刘某指使12周岁的孩子用鼠药毒死丈夫金某,讨论的结论是:刘某唆使不满14周岁的人投毒杀人,由于被教唆人不具有刑事责任能力,因此,唆使人和被唆使人不能形成共犯关系,被告人刘某非教唆犯,而是间接正犯,故对刘某不能直接援引有关教唆犯的条款来处理,而应按其女实施的故意杀人行为定罪处罚。^[56]

(三) 间接正犯的新发现

从间接正犯在中国的命运中可以窥知,间接正犯正在从一个外国刑法学的问题演变成中国刑法学的问题,正在从司法之外的问题演变成司法之内的问题。但是,这种演变更多地是由学者、法官和检察官们自发地在法律之外进行的。而自发地进行,就难免在学理、司法和立法之间造成尴尬,难道没有在“法律的自治”之内进行考虑的可能性吗?

笔者认为,提出我国刑法没有规定间接正犯未必是真实地揣摩到立法的真义,毋宁说立法者透彻地认识了间接正犯大多具有教唆犯的外形之一面,故在广义教唆犯中(部分地)规定了间接正犯。如前已述,教唆犯和间接正犯有着千丝万缕的联系,不仅仅在产生与发展中二者始终相伴相随,在学说史上就有相当一部分学者把间接正犯包容在教唆犯的范畴之中;^[57]并且直到现在,仍有国家的刑法明文规定:“对于因某种行为不受处罚者或者按照过失犯才处罚者,予以教唆或者帮助而使其犯罪行为发生结果的,依照教唆犯或者帮助犯处罚。”^[58]所以,我国的立法者对教唆犯作一种外延宽广的理解并非毫无根据。

我国学者之所以强调我国刑法完全没有规定间接正犯,一方面在于形式地理解法条的内容,不去深入地发掘刑法条文可能的涵义;另一方面与刑法没有规定“正犯”的概念有关。我国刑法对共同犯罪人的分类不是从正犯与共犯的角度,而是采取以作用为主、分工为辅的分类法将共同犯罪人分为主犯、从犯、胁从犯和教唆犯。新中国最早的刑法草案,即1950年的刑法大纲草案第15条规定有正犯,虽然1954年的刑法指导原则草案(初稿)第7条改称实行犯,但1957年的刑法草案(初稿)(第22稿)第24条、第25条又恢复了正犯的概念,直到1963年的刑法草案(修正稿)(第33稿),立法者才彻底抛弃了区分正犯与共犯的立法例,而改采以作用为主、以分工为辅的分类法。^[59]由于连正犯都尚未被规定,更遑论间接正犯了,所以,有学者指出:“在中国刑法中既然没有正犯的概念,当然也就没有间接正犯的概念。不仅在立法上没有间接正犯的概念,而且在解释论上也往往否认间接正犯的概念。”^[60]

我国刑法采取的共犯分类法饱受学者们的诟病,其原因不再深究。^[61]就以作用为主、以分工为

[55] 参见陈兴良主编:《刑法疑案研究》,法律出版社2002年版,第67页以下。

[56] 参见南英、张军主编:《刑事审判参考》(第5辑),法律出版社2001年版,第75页。

[57] 学说史上的间接正犯否定论认为,完全可以狭义共犯解决间接正犯,故不必有间接正犯之概念。此类见解,大致分为三种:第一,从主观主义刑法理论之立场,采共犯独立性说,而认为间接正犯系狭义共犯之见解;第二,承认扩张的正犯概念,而认为间接正犯系狭义共犯之见解;第三,对于完全无实现可罚违法类型的构成要件之他人违法行为,亦可能成立可罚的狭义共犯,而认为间接正犯系狭义共犯之见解(前引[50],川端博书,第375页以下)。

[58] 此为1988年修订的韩国刑法第33条的内容,这明显是把间接正犯依狭义共犯论处。

[59] 关于各稿的具体内容,请参见高铭暄、赵秉志编:《新中国刑法立法文献资料总览》,中国人民公安大学出版社1998年版,第140、170、229、342页。

[60] 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。

[61] 关于我国刑法共同犯罪人分类法的讨论与评价,请参见前引[5],赵秉志主编书,第498页以下。其实,作用分类法类似于统一的正犯者概念的立场,分工分类法接近于二元论的犯罪人参与体系,可以是采限制的正犯概念,也可以是采扩张的正犯概念。所以,立法似乎倾向于统一的正犯者概念,但从我国学者们有关共犯的论述来看,更多的是从限制的正犯概念出发理解共犯与正犯之关系。如此一来,就在理论和立法之间产生了龃龉。互动的结果是,统一的正犯者概念所强调的主犯、从犯、胁从犯沦为次要的因素,学理上反而对正犯、共犯进行着更多的研究。即,本来是“为辅”的教唆犯喧宾夺主,已经在理论上把统一的正犯者概念的地位逐渐淡化。可是,使“教唆犯”的概念承担如此大的重任,这不也从另一个侧面说明了应当对其作更为广泛的解释吗?

辅的分类法而言,作用分类法注重量刑,分工分类法注重定罪,二者的分类标准和功能大异其趣。根据分工划分出来的教唆犯在我国的共犯人体系当中只是一个补充,是特殊的一个部分。所以,立法者当初很可能根本就不是在狭义的意义上使用“教唆犯”,而是把和教唆犯联系极为紧密的间接正犯也包括在其中。因此,以刑法没有规定正犯的概念为由,想当然地认为刑法也没有体现间接正犯的观念(不是概念),就忽视了立法者通过行为方式对间接正犯作出特别规制的可能。

基于以上的认识,笔者理解刑法第 29 条第 2 款中的“教唆犯”不是通常所说的教唆犯(狭义教唆犯),笔者提倡把刑法第 29 条第 2 款中的“教唆犯”诠释为以教唆的行为方式实施的间接正犯。

上述“理解”和“提倡”,具有以下意义:

第一,在理论上,澄清了狭义教唆犯的属性。在我国刑法中,狭义教唆犯仅仅具有实行从属性,既不具有独立性,也不具有二重性。

第二,在实践上,论证了我国刑事司法实践中处罚某些间接正犯的法律根据,今后(在刑法典没有修改关于间接正犯的规定之前),审判实践应该直接援用刑法第 29 条第 2 款来处罚以教唆的行为方式实施的间接正犯,以免不引用法律条文就处罚间接正犯所产生的违反罪刑法法定主义之虞。^[62]

第三,在解释论上,能够无矛盾地解释我国刑法第 29 条第 2 款的规定。首先,在被教唆者本人实施了被教唆的行为却因为不具有责任能力等而不成立犯罪时(也是“被教唆的人没有犯被教唆的罪”),对以教唆的方式实施的间接正犯不可以从轻或者减轻处罚(因为被教唆者本人实施了被教唆的行为);其次,在被教唆者本人未实施被教唆的行为时(当然是“被教唆的人没有犯被教唆的罪”),对以教唆的方式实施的间接正犯可以从轻或者减轻处罚;再次,刑法第 29 条第 2 款规定“可以”从轻或者减轻处罚是合理的,因为该款明确规定的是间接正犯未遂的处罚,对间接正犯未遂的处罚应该与直接正犯未遂的处罚一样,只“可以”而不是“应当”从轻或者减轻处罚,并且,只能像一般的未遂犯一样比照相应的既遂犯从轻或者减轻处罚。^[63]

四、立法模式的未来选择

刑法第 29 条第 1 款规定的是狭义教唆犯,第 2 款规定的“教唆犯”是以教唆的行为方式实施的间接正犯,第 29 条整体是对广义教唆犯的规定。把我国刑法第 29 条解释为是对广义教唆犯的规定,既有理论根据,也有立法当时的客观理由;既可以缓和理论与实定法的明显脱节,又能够减少司法对立法的不当抗制。

虽然上述解释可以使我国刑法共同犯罪理论的一系列争议问题变得易于化解,但是,从立法论的角度来看,我国刑法第 29 条用一条两款来分别规定狭义教唆犯和以教唆的行为方式实施的间接正犯,仍然存在不妥之处。

首先,刑法理论演变至今,间接正犯和教唆犯的界限已经明晰。前者属于正犯之一种,后者是狭义共犯。尽管某些间接正犯是以教唆的行为方式实施的,具有教唆犯表象,但是,具有不同于教唆犯的本质,把这些间接正犯视为“教唆犯”,有混淆正犯与狭义共犯的界限之虞,进而动摇共犯理论的根基,使共犯从属性说和限制的正犯概念难以在我国得到贯彻。二十世纪末才新修订的我国刑法,形式上却吸纳着二十世纪中叶以前的学理,因此,虽然刑法第 29 条第 2 款(部分地)规定了间接正犯,却在形式上把其包容在广义教唆犯之中,称其为“教唆犯”,不能不说存在极大的缺憾。

[62] 虽然刑法第 29 条第 2 款处罚的是间接正犯的未遂,但是,无疑可以引用刑法第 29 条第 2 款来处罚间接正犯的既遂。在解释论上,未遂都要处罚,处罚既遂就是当然之理。

[63] 相反,依照把刑法第 29 条第 2 款解释为具有独立性的教唆犯的惯有立场,如何认定其中的犯罪停止形态就难免造成混乱(在我国刑法学界对该问题存在预备说、未遂说、既遂说和成立说的激烈争论,参见前引[9],张明楷书,第 327 页);相应地,也就难免要妥当解释刑法第 29 条第 2 款规定“可以”从轻或者减轻处罚的理论根据。

其次,我国刑法理论正处于迅速发展和完善的时期,一方面要向外国先进的理论学习,一方面又要从本国的实际情况,其中很重要的就是以法律的规定为据,来研究和解决问题。如果立法始终含混不清的话,对理论研究会带来很大的冲击。例如,为什么我国学者对教唆犯属性会发生那么大的争议,实定法恐怕难辞其咎。^[64]司法中的状况同样如此,例如,教唆不满十四周岁的人“犯罪”的,究竟应定单独的教唆犯还是按照间接正犯处理?由于刑法第 29 条把以教唆的行为方式实施的间接正犯涵括在广义教唆犯之中,就给司法部门增添了不必要的困难。^[65]

再次,虽然以教唆的行为方式实施的间接正犯是间接正犯的常见形式,但是,间接正犯还存在其他表现形式,例如,以欺骗、利用不知情等方式都可以实施间接正犯,法律的有关规定应该能够解释间接正犯的各种表现形式。

最后,我国刑法第 29 条第 2 款只明确规定了以教唆的行为方式实施的间接正犯的未遂的处罚,为了避免误解,应该明确规定对间接正犯的既遂的处罚。

对未来的刑事立法而言,将教唆犯和间接正犯用不同的条(而不是用不同的款)加以区别规定,是更值得选择的立法模式。在今后修订我国刑法的时候,可以考虑设立如下规定:

第 × × 条 自己或者利用他人实施犯罪的,作为正犯处罚。

第 × × 条 教唆他人实施故意犯罪的,应当按照他在共同犯罪中所起的作用处罚。教唆不满十八周岁的人实施故意犯罪的,应当从重处罚。

Abstract : The solicitation stipulated in our criminal law is of broad sense. It has two kinds of behavior ways, namely, narrow sense solicitation and instigated indirect criminal. Narrow sense solicitation is the usual solicitation mentioned by people, which has only dependent character; while instigated indirect criminal has only independent character. From the theory of hermeneutics, the 2nd paragraph of article 29 of our current criminal law is the proper legal basis to punish the instigated indirect criminal. From the legislative theory, we should use two separate clauses to stipulate the narrow sense solicitation and the indirect criminal respectively.

Key words : solicitation, dependent character of solicitation, indirect criminal, legislative mode

[64] 从前文的分析中,我们可以看到独立性说和二重性说的最大根据就是刑法第 29 条第 2 款。由于把间接正犯包容在教唆犯中,本来是间接正犯的独立性,被绝大多数学者理解为教唆犯的独立性,不正是我国刑法现有立法模式造成的不良后果之一吗?“教唆犯固然是一种社会现象,但它毕竟是一个法律概念,论证它的独立性或从属性,不能不结合一个国家的刑法规定来进行。”如果刑法规定模糊,论证又如何能够清楚?参见前引[16],马克昌主编书,第 556 页。

[65] “在司法实践当中将间接正犯按照教唆犯处理的不乏其例。例如在 80 年代初,某地法院对一个教唆不满十四周岁的人盗窃公私财物的被告人定为盗窃(教唆)罪,这就把间接正犯和教唆犯混为一谈了。”参见前引[60],陈兴良文,第 6 页。