

共犯处罚根据的全新定位

——改良的纯粹惹起说之提倡

秦雪娜

内容提要:共犯的处罚根据是共同犯罪的基础问题,对其定位是否准确至关重要。关于共犯的处罚根据,学界多支持修正惹起说或混合惹起说,进而强调共犯具有违法从属的特质。然而,修正惹起说不仅在论证方法上倒为因果,在具体问题上亦不能自圆其说。混合惹起说在论证方法上自相矛盾,解决具体问题的能力也有局限性。纯粹惹起说主张共犯具有独立的违法性和有责性,其实在论理上更加可取,适用于具体问题时也更灵活。但出于法治国原则的要求,纯粹惹起说应接受构成要件的限制进行自我改良,由此才能更加合理地划定共犯的处罚范围。

关键词:共犯 处罚根据 纯粹惹起说 违法相对性

秦雪娜,北京理工大学法学院讲师。

共犯的处罚根据是共犯论的本源问题,^[1]决定了共犯在共同犯罪中的角色定位,特别是共犯和正犯的关系及共犯的属性问题,必须从共犯的处罚根据中寻求理论支撑。然而,我国学界对共犯处罚根据的研究却僵化、守旧,而且存在诸多误区,由此导致对共犯相关问题的定位存在偏差。表现在,虽然共犯的处罚根据论已经从违背个人罪责原理的共犯借用犯说,全面转向了以法益侵害为导向的因果共犯论,但一方面,我国学者对因果共犯论的研究只局限于修正惹起说和混合惹起说,进而全面或部分肯定共犯的违法从属性,这种思维已成定式、拿来即用,却未曾深入检视修正惹起说和混合惹起说在论证方法上的弊病,未曾细致分析二者在处理 and 解释具体问题时的纰漏。另一方面,由于盲目推崇修正惹起说和混合惹起说,纯粹惹起说被彻底妖魔化,学界经常在误解该说原意的基础上对其

[1] 本文的着眼点并不在于犯罪参与体系,而是旨在评析作为共犯处罚根据的三种因果共犯论,至于单一正犯体系与共犯处罚根据之间的纠葛,本文只在文章末尾部分简要说明。

进行批评和驱逐,忽视了纯粹惹起说强调共犯的违法独立性在理论上的闪光之处,以及处理具体问题时的弹性优势。基于此,本文拟在评介和批判修正惹起说和混合惹起说的基础上,为共犯的纯粹惹起说正名,并就共犯违法独立性的理论归结及应用展开全面探讨,^[2]希冀澄清共犯乃至整个共同犯罪的本原,为解决共犯论的具体问题提供指引和助力。

一 对共犯的修正惹起说之批驳

修正惹起说主张,之所以处罚共犯,是因为教唆者、帮助者通过引起或促成正犯侵害法益的行为,附随正犯一起惹起了不法结果。据此,正犯的不法对共犯具有连带性,共犯对正犯的不法具有从属性。既不存在“没有共犯的正犯”,也不存在“没有正犯的共犯”。^[3]我国学者黎宏、钱叶六、杨金彪等推崇该说。^[4]但笔者认为,修正惹起说无论是论证方法,还是对具体问题的处理,都存有缺陷。

(一)修正惹起说在论证方法上倒为因果

从教唆犯的视角出发,就可以发现修正惹起说在论证方法上的弊病。修正惹起说认为,处罚教唆犯是因为其引发正犯实施了侵害法益的行为,即教唆犯引起了正犯的不法,那么,教唆犯理当属于正犯不法之“因”。但修正惹起说又宣称,教唆犯的不法是由正犯导出,即教唆犯的不法要从属于正犯的不法,这实际上又将教唆犯作为正犯不法之“果”看待,由此在论理上出现了“倒为因果”的逻辑弊病。正因为如此,日本刑法学者松宫孝明才指出,修正惹起说有根据需要随意地运用“惹起的侧面”与“从属的侧面”之嫌。^[5]尽管该问题只出在教唆犯身上,不涉及帮助犯,但足以显现出修正惹起说在论证基础上的破绽。

正因为修正惹起说在论证方法上存在缺陷,所以该说始终无法为共犯的违法连带性提供充分的理论依据。

首先,违法性的本质在于法益侵害,并不能说明正犯的不法对共犯具有连带性。有学者指出,“只要认为违法性的本质在于法益侵害,共犯的违法性就只能通过正犯的法益侵害体现出来,而难以想象共犯具有和正犯不同的独自的违法性”。^[6]但即使采纳客观违法论,也不能必然得出共犯和正犯违法连带的结论。一方面,违法性不同于客观事实,乃是一种价值性判断,而既然是价值性、规范性的内容,就存在因人而异的可能,并无必然从

[2] 需要说明的是,尽管因果共犯论存在内部分歧,但都是立足于“法益侵害”说明共犯处罚根据的,故无论修正惹起说、混合惹起说还是纯粹惹起说,都会认同共犯和正犯的责任个别化,对此学界也已达成共识,本文不再赘述,而是将焦点集中在三种因果共犯论以及违法从属性、违法独立性的问题上。

[3] 参见[日]曾根威彦著:《刑法总论》(第4版),弘文堂2008年版,第244-245页。

[4] 参见黎宏著:《刑法总论问题思考》,中国人民大学出版社2007年版,第510页;钱叶六:《共犯违法连带性说的合理性及其应用——基于共犯处罚根据的探讨》,《清华法学》2014年第3期,第93页及以下;杨金彪著:《共犯的处罚根据》,中国人民公安大学出版社2008年版,第126页;周啸天:《正犯、共犯违法关系的再厘定——以对包胜芹教唆抢劫案的分析为中心》,《刑事法判解》2014年第2期,第54-56页。

[5] 参见[日]松宫孝明著:《刑法总论讲义》,钱叶六译,中国人民大学出版社2013年版,第240页。

[6] 参见黎宏著:《刑法总论问题思考》,中国人民大学出版社2007年版,第509页。

属于他人之说。另一方面,违法性的本质在于法益侵害只是表明,不管是处罚正犯还是共犯,必然是因为其侵害了法益,并不能说明共犯的法益侵害性取决于正犯。因此,即便站在以法益侵害为基础的客观违法论的立场上,也仍需为共犯的违法从属性提供进一步的理由。

其次,共同犯罪的本质是“行为共同”,不能成为论证违法连带性的理由。“行为共同”意指共同犯罪是数人在“客观构成行为”上的共同,原本就与违法性这种价值问题无涉。因此,用行为共同说论证违法连带性,^[7]实际上是先将“行为共同”偷换成“违法共同”,再拿“违法共同”支撑“违法连带”。如果论证前提就存在误区,结论自然站不住脚。

最后,刑法规定不可能为共犯的违法属性提供依据。有学者认为,中国刑法总体上采取了客观主义立场,这也表明正犯的违法性要连带作用于共犯。^[8]但共犯的违法属性关涉共犯本质,不应该取决于各国刑法如何规定。正因为如此,虽然德国《刑法》第 26 条和第 27 条明确要求共犯从属于正犯的故意不法,^[9]但很多德国学者都指出,这只是刑法对共犯的成立条件作出的形式限制,并非出于事物本质的必然结果,故不能据此否定共犯违法的独立性。^[10]所谓我国刑法采取了以法益侵害为导向的客观立场也只是表明,对包括正犯和共犯在内的所有犯罪的认定及处罚,都必须围绕法益侵害这条主线,并不能说明共犯的违法性系由正犯导出。而且,由于三种惹起说均认为处罚共犯是因其侵害了法益,所以,毋宁说我国刑法规定是为因果共犯论提供了法律依据,而非仅仅是修正惹起说。

(二)修正惹起说在具体问题上无法自圆其说

学界普遍认为,修正惹起说主张违法连带性,会扩大共犯的处罚范围。具体表现在:

第一,在共犯是法益主体的场合。一是嘱托他人损害自身法益,如 X 委托 A 了结其性命,但 A 未遂;二是正犯错误地侵犯共犯利益,如酒后的 X 教唆 B 盗窃路边停放的汽车,事后查明该汽车实际上为 X 所有。在以上两种情形中,根据修正惹起说主张的违法连带性,教唆者 X 理应连带于正犯而不法,但 X 自身是受害法益的主体,故该结论有失妥当。^[11]

第二,对必要共犯片面处罚的场合。如 X 大量购买 C 出售的淫秽物品,根据违法连带说,提供了助力的 X 也应连带于 C 的贩售行为获得不法性,但我国《刑法》、《治安管理处罚法》均不处罚购买淫秽物品的行为。^[12]

第三,在未遂教唆、未遂帮助的场合。如刑警 X 为搜集嫌疑人 D 的贩毒证据,向 D 邀

[7] 参见钱叶六:《共犯违法连带性说的合理性及其应用——基于共犯处罚根据的探讨》,《清华法学》2014 年第 3 期,第 93 页。依据“行为共同说”论证“违法从属性”的观点,另见杜宣:《身份犯共犯的实质客观论》,《政治与法律》2015 年第 2 期,第 95 页。

[8] 参见杨金彪著:《共犯的处罚根据》,中国人民公安大学出版社 2008 年版,第 126 页。

[9] 现行德国《刑法》第 26 条规定,故意教唆他人实施违法行为的是教唆犯;对教唆犯的处罚与正犯相同。该法第 27 条规定,(1)对他人故意实施的违法行为故意予以帮助的,是帮助犯;(2)对帮助犯的处罚参照正犯的处罚,并依第 49 条第 1 款减轻其刑罚。参见《德国刑法典》,许久生、庄敬华译,中国方正出版社 2002 年版,第 11 页。

[10] 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》,五南图书出版有限公司 1997 年版,第 80 页。

[11] 类似批评参见[日]山口厚著:《刑法总论》,付立庆译,中国人民大学出版社 2011 年版,第 298 页。

[12] 类似举例及批评参见陈洪兵著:《共犯论思考》,人民法院出版社 2009 年版,第 20-21 页。

约购买毒品,在交付之际 D 被当场抓获。因 X 引发 D 实施了具体的违法未遂行为,根据修正惹起说,X 的行为也具有未遂教唆的违法性,这明显不合理。^[13]

针对上述问题,修正惹起说的支持者从不同角度作出了修正。但笔者以为,正是这种修正暴露出该说的不足。

第一,所谓不可罚的违法性说已经否定了违法连带性。针对修正惹起说强调违法连带性可能扩大共犯处罚范围的问题。曾根威彦教授提出了“不可罚的违法性说”,即虽然正犯的违法性对共犯具有连带性,但共犯可能因为个人的特殊情况而降低违法的程度,从而不具有可罚的违法性。^[14]但不可罚的违法性说实际上已经否定了违法连带性。其一,既然修正惹起说主张正犯的违法性对共犯具有连带作用,那么,正犯和共犯在违法程度上的差异,就只应取决于二者犯罪形式的不同(即是正犯形式,还是共犯形式),而不应取决于共犯自身的特殊情况。但曾根威彦教授提出的这种“不可罚的违法性说”,在衡量共犯和正犯违法程度的不同时,考虑的却是“共犯是被害人而正犯不是”,这实际上已经肯定了共犯具有独立的违法性判断。其二,如果共犯和正犯只是在违法的量上存在差异,那么在个案中,针对上述嘱托杀人未遂、正犯错误的侵害共犯利益以及必要参与犯的情形,对教唆者、帮助者应该还是存在以共犯论处余地的,但上述学者却“一刀切”地否定了这种可罚性,^[15]这等于变相承认基于共犯自身的特殊情况,可以切断其与正犯的违法连带性,如此一来,不可罚的违法性说与主张共犯具有部分独立违法性的混合惹起说,在结论上已无差异。只是修正惹起说不肯放弃共犯的违法连带性,必然导致在说理上无法自圆其说。^[16]

第二,将违法连带性的问题推至责任阶层,并不能彻底解决问题。针对上述未遂教唆的情形,修正惹起说的学者坚持认为,教唆行为也连带于正犯具有不法性,只是由于其欠缺犯罪故意不具备有责性,所以才不承担刑事责任。^[17]但笔者以为,犯罪故意是责任要素只是结果无价值论的一家之言,在行为无价值论看来,犯罪故意则承担着违法要素和责任要素的双重功能,特别是在未遂犯的场所,很多结果无价值论者也被迫承认犯罪故意亦是违法要素。因此,在未遂教唆的场所,虽然都承认教唆者不具有犯罪故意,但教唆者是由于不违法,还是因为没有责任而不受处罚,尚不能一概而论。

正因为如此,尽管德国学者耶塞克(H. Jescheck)支持修正惹起说,但他却指出,放弃处罚未遂教唆的理由无法从共犯的处罚根据中获得,只能从法律之外的刑事政策上的原因加以说明。^[18]可见,处罚未遂教唆与违法连带性说之间还是存在紧张关系的。可能会

[13] 类似举例及批评参见许泽天:《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》,五南图书出版有限公司1997年版。

[14] 参见[日]曾根威彦著:《刑法总论》(第4版),弘文堂2008年版,第245页。

[15] 参见钱叶六:《共犯违法连带性说的合理性及其应用——基于共犯处罚根据的探讨》,《清华法学》2014年第3期,第95页以下;杨金彪:《共犯的处罚根据论——以引起说内部的理论对立为中心》,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第19卷),北京大学出版社2006年版,第337页。

[16] 参见[德]克劳斯·罗克辛著:《德国刑法学总论》(第2卷),王世洲等译,法律出版社2013年版,第104页。

[17] 参见黎宏著:《刑法总论问题思考》,中国人民大学出版社2007年版,第517页。

[18] 参见[德]汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特著:《德国刑法教科书》,许久生译,中国政法大学出版社2001年版,第832页。

有学者提出反驳,认为这完全是行为无价值论所致,立足于结果无价值论采取修正惹起说,就不会出现该问题。但笔者以为,违法观争论至今,违法二元论和结果无价值论同为彰显客观主义立场的学说脱颖而出,而且由于二者在具体问题上的处理越发贴近,它们之间的对立也变得多具有方法论上的意义,因此,与其说问题的症结源自于行为无价值的违法二元论,不如说出自于修正惹起说主张的违法连带性自身。而且,即便认为在未遂教唆的场合,教唆者是因没有责任才不受处罚,然这种解决问题的办法也仅适用于此种情形,修正能力有限。

第三,部分修正说已全面承认了共犯和正犯之间的违法相对性。日本大越义久教授支持修正惹起说,针对该说过于强调违法连带性带来的问题,他作出了如下修正:(1)嘱托他人损害自身法益的场合,承认法益主体和其他人在违法的判断上应区别开来;(2)就未遂教唆而言,承认教唆者的主观认识可能导致共犯和正犯之间的违法相对化;(3)特殊情况下,承认正犯行为的违法性对共犯而言并非必要。^[19]但一方面,该修正方案已经承认了没有共犯的正犯。因为法益保护可因人不同,主观要素可导致违法相对化,已经使得修正惹起说和混合惹起说一样,在消极意义上承认了共犯具有独立的违法性。另一方面,该修正方案也承认了没有正犯的共犯。如果在认定共犯的违法性时,可例外地放弃对正犯违法的要求,就已经彻底偏离了强调违法连带性的修正惹起说,而在积极意义上全面承认了共犯具有独立的违法性。

二 对共犯的混合惹起说之质疑

混合惹起说主张,共犯的违法性部分是从正犯导出,部分是共犯独立固有。因此,正犯的违法性对共犯只具有部分连带性,即虽然不存在“没有正犯的共犯”,但却可能存在“没有共犯的正犯”。^[20]该说较好地解释了嘱托杀人未遂、未遂教唆以及部分必要共犯不可罚等问题,因此受到了德、日以及我国诸多学者的支持。^[21]但笔者认为,混合惹起说同样存在缺陷。

(一)混合惹起说在论证方法上自相矛盾

混合惹起说一方面认为共犯的违法性是从正犯导出,另一方面又认为共犯的违法性是自身固有,在论理上自相矛盾。正因为如此,才有学者提出质疑,“根据混合惹起说,共犯的违法性一半以共犯行为自身为基础,一半以正犯行为为基础,但是这二者之间的关系如何,则并不一定清楚。因为强调前者,就会导致共犯违法的相对性;强调后者,就会导致共犯违法的绝对性。”

[19] 大越义久将这种注入了违法相对性因素的修正惹起说称为“第三惹起说”。参见[日]大越义久著:《共犯論再考》,弘文堂1989年版,第50-54页。

[20] 参见[德]克劳斯·罗克辛著:《德国刑法学总论》(第2卷),王世洲等译,法律出版社2013年版,第100页。

[21] 参见[德]克劳斯·罗克辛著:《德国刑法学总论》(第2卷),王世洲等译,法律出版社2013年版,第101页;[日]高桥则夫著:《共犯体系与共犯理论》,冯军、毛乃纯译,中国人民大学出版社2010年版,第134页;张明楷著:《刑法学》,法律出版社2011年版,第372页;周光权著:《刑法总论》,中国人民大学出版社2011年版,第226-227页;陈洪兵著:《共犯论思考》,人民法院出版社2009年版,第21-25页。

就会导致共犯违法的连带性。那么在二者发生冲突时,何者优先就成为问题”。^[22] 甚至认为混合惹起说在处理具体问题时基本妥当的高桥则夫教授也承认,“混合惹起说一方面主张共犯具有独立的不法,另一方面又认为共犯不法从正犯导出,但对于这二者之间的逻辑关系、内部构造如何,并没有进行充分的分析”。^[23] 笔者以为,混合惹起说之所以回避该问题,恰恰是因为违法独立性和违法从属性根本无法相容,强硬地将二者调和,只能使得混合惹起说既无法摆脱修正惹起说的弊病,又悄然借用纯粹惹起说的观点来解决具体问题,已经丧失了作为共犯处罚根据的独立学说的地位。

正因为混合惹起说在论理上自相矛盾,所以即便其主张共犯只具有部分的违法从属性,但理论依据始终不足。具体表现在:

第一,要满足罪刑法定原则,共犯只要从属于正犯的实行行为即可。许多支持混合惹起说的学者之所以没有完全放弃共犯的违法从属性,一个重要的理由是,只有共犯不法以正犯不法为必要,才能维护实行行为的观念,进而才能维护构成要件的确切性。^[24] 但如果是为了维护罪刑法定确立的构成要件观念,共犯的成立以正犯的实行行为为必要即足已,不可能由此得出共犯还要从属于正犯违法性的结论。换言之,只要共犯从属于正犯该当构成要件的行为和结果,对共犯的处罚就已经受到了构成要件的制约。因此,所谓构成要件的确切性要求,根本不能支撑共犯的违法从属性。

第二,未遂犯的成立根据亦不能作为违法从属性的论据。德国学者萨姆森(Samson)支持混合惹起说,认为从共犯成立犯罪未遂以正犯着手为必要来看,共犯也应当具有违法从属的特质。^[25] 但该观点实际上是用共犯的实行从属性来论证违法从属性。虽然共犯成立犯罪未遂,必须借助正犯行为以实现与法益的紧密接触,但这只能说明共犯应当具有最小限度的实行从属性,却无法为更高层次的违法从属性提供依据。

第三,所谓共犯只是“次要概念”,并无说服力。罗克辛教授认为,相对于正犯这个首要概念,共犯只是一个具有补充性质的次要概念,所以共犯的违法性有相当程度都要从正犯导出。^[26] 笔者不以为然。共犯只有借助正犯行为才能侵害法益,只表明共犯在行为的自然意义上是次要概念,并不能说明共犯在是否具有独立的违法性这个价值问题上,也是次要概念。正如高桥则夫教授所言,不可能因为是次要概念,就当然地从正犯不法推导出共犯不法。

第四,处罚共犯时适用的法定刑,不能说明问题。根据罗克辛教授的见解,正犯的刑罚范围决定了共犯的刑罚范围,这也说明正犯不法划定了共犯不法的上下限。^[27] 然而,刑法分则是根据保护法益的不同设置了不同的法定刑,所以对共犯适用何种法定刑,应取

[22] 参见黎宏著:《刑法总论问题思考》,中国人民大学出版社2007年版,第509页。陈子平教授也批评混合惹起说是将两种完全对立的观点折中,存在固有缺陷。参见陈子平著:《共同正犯与共犯论》,台湾五南图书出版公司2000年版,第327页。

[23] 参见[日]高桥则夫著:《共犯体系和共犯理论》,冯军、毛乃纯译,中国人民大学出版社2010年版,第133页。

[24] 参见周光权著:《刑法总论》,中国人民大学出版社2011年版,第227页。

[25] 转引自[日]高桥则夫著:《共犯体系和共犯理论》,冯军、毛乃纯译,中国人民大学出版社2010年版,第131页。

[26] 参见[德]克劳斯·罗克辛著:《德国刑法学总论》(第2卷),王世洲等译,法律出版社2013年版,第100页。

[27] 参见[日]高桥则夫著:《共犯体系和共犯理论》,冯军、毛乃纯译,中国人民大学出版社2010年版,第133页。

决于共犯侵害了何种法益,而非取决于正犯是否违法。换言之,共犯和正犯的法定刑相同,是因为二者侵害的是同一法益,并没有为违法从属性提供任何根据。

(二)混合惹起说解决具体问题的能力有局限

混合惹起说不仅在论理上自相矛盾,而且,由于该说不肯全然放弃共犯的违法从属性,所以,其解决具体问题的能力也受到制肘,在以下场合就暴露出缺陷。

第一,教唆者、帮助者误以为正犯具有故意的场合。例如,X男与E女通奸,X一厢情愿地认为E想杀死其夫,遂出于协助的意思提供了毒药,但E女误以为是治病用的良药而给其夫服用,致其身亡。^[28]一方面,由于案例中X只具有协助意思,并不具有支配意思,故不构成间接正犯。另一方面,如果认为共犯从属于正犯的违法性,那么,由于正犯E不具有杀人意思,欠缺完整的不法,故X也无法成立共犯。这便导致对X的处罚漏洞。有学者指出,如果采纳客观违法论,肯定不具有犯罪故意的行为也违法,在该场合,就能够认定参与人X成立共犯。^[29]但笔者在前文已经表明,违法观的差异更多的意义在于方法论,所以不能简单地认为,采取违法二元论就必然导致处罚漏洞,采取结果无价值论就能彻底解决问题,关键还是出在对共犯违法从属性的要求上。另有学者认为,尽管违法二元论妥当,但就共犯的成立而言,正犯只需要具备结果无价值的要素就够了,无需具备犯罪故意、过失等行为无价值的要素。^[30]问题是,根据违法二元论,当正犯不具有犯罪故意、过失时,就不能说正犯行为违法;如果认为此时教唆者、帮助者仍然可以成立共犯,就说明正犯的违法性对共犯而言并非必要。因此,混合惹起说不舍弃对共犯违法从属性的要求,很难圆满解释上述问题。

第二,在幕后者利用不知情的正犯实施义务犯或亲手犯的场合。例如,X乘坐F驾驶的出租车,路途中,车疑似撞击到某物,X便下车查看。他在明知有人被撞倒的情况下,因赶时间便告知司机F无事,于是F驾车离开,伤者则因救治不及时死亡。^[31]再如,与“台湾刑法”第230条规定的血亲相奸罪有关,X明知G与H是失散多年的兄妹,仍故意撮合不知情的两人发生关系,以报复当年被G和H的父亲虐待之仇。^[32]案例一中乘客X对伤者不负有救助义务,案例二中血亲相奸罪的不法在于行为本身的反伦理性,故幕后操纵者X均无法成立间接正犯。如果要求共犯从属于正犯的违法性,上述案件中,由于不知情的正犯根本没有违反义务或实施有悖道德行为的意识,很难说其实现了义务犯或亲手犯的违法性,故X也难以成立共犯。这就出现对幕后者无从处罚的尴尬。可能会有学者提出反驳,认为若采取结果无价值论,客观上,仍可认定正犯行为具有违法性,幕后者X即可从属于这种不法成立共犯。但与普通犯罪相较,义务犯、特别是纯正身份犯的不法,特别需要通过主观上违犯义务的意欲来建构。亲手犯的不法也需要通过主观意欲呈现出

[28] 参见[日]高桥则夫著:《共犯体系和共犯理论》,冯军、毛乃纯译,中国人民大学出版社2010年版,第161页。

[29] 参见张明楷:《共犯对正犯故意的从属性之否定》,《政法论坛》2010年第5期,第16-17页。

[30] 参见[日]高桥则夫著:《共犯体系和共犯理论》,冯军、毛乃纯译,中国人民大学出版社2010年版,第175页。

[31] 该案例改编自罗克辛教授书中所举的一个案件。参见[德]克劳斯·罗克辛著:《德国刑法学总论》(第2卷),王世洲等译,法律出版社2013年版,第107页。

[32] 参见许泽天:《教唆或帮助欠缺故意之行为》,《军法专刊》1999年第4期,第36页。

来的规范违反来实现,因此,客观不法论在义务犯、亲手犯场合的应用,已经逐渐暴露出其在维持共犯违法从属性上的局限性。

第三,教唆者、帮助者利用他人合法行为侵害法益的场合。如果采纳混合惹起说,坚持共犯不法以正犯不法为必要,在教唆者、帮助者利用他人适法行为侵害法益却又无法成立间接正犯时,亦会形成处罚疏漏。

一是制造利益冲突陷阱的情形。例如,X欲杀害O,便先诱导O侵害P,同时告知P做好防卫的准备。后O对P行凶时,P果然出于正当防卫杀死了O。^[33]针对此种情形,主张共犯违法从属性说的学者多认为,由于O是否会听从X的教唆去侵害P,P又是否会采纳X的建议对O实施无限防卫,都存在不确定性,故不能认定X支配了O的死亡,无法成立间接正犯(只有当X以不听命令就杀害O相威胁,迫使O攻击P时,才能认定X支配了犯罪事实,从而成立间接正犯)。因此,X只就对O的教唆承担刑事责任。^[34]但该观点并不妥当。X的行为对O的死并未起到支配作用,只能说明其不构成间接正犯。如果X的行为与O的死亡之间仍然具有相当的因果关联,就仍然存在成立共犯的余地。在上述制造利益冲突陷阱的场合,X并非只具有利用意思,是他客观上积极主动地制造了O与P之间的利益冲突,从而才使得本来无需死亡的O成为P防卫的对象。因此,虽然难以说X直接支配了O的死,但是X作为整个事件的挑动者,也是导致O死亡的重要原因。并且X的行为造成了不必要的利益损害,故也具备了违法性的要素,理应就此负责。然而,如果认为共犯的成立以正犯违法为必要,就O的死亡,X不但无法成立间接正犯,也失去了成立共犯的可能,这就使得本来具有处罚必要性的X无法受到刑事追究,从而形成处罚疏漏。^[35]

二是参与自杀的情形。教唆、帮助自杀行为在多数国家和地区都受到处罚。^[36]尽管我国大陆并没有像日本、台湾地区一样,将参与自杀规定成与普通杀人罪不同的独立的犯罪类型,但实务同样处罚该行为,只不过将其统一认定为情节较轻的故意杀人罪。^[37]司法解释也有将参与自杀以故意杀人罪论处的规定。^[38]因此,能否对参与自杀的可罚性基础作出合理的解释,至为重要。由于修正惹起说和混合惹起说不肯放弃共犯的违法从属

[33] 很多学者都举过类似案例。参见[日]岛田聪一郎著:《正犯·共犯論の基礎理論》,東京大学出版会2002年版,第188页。

[34] 参见张明楷著:《刑法学》,法律出版社2011年版,第370页。

[35] 岛田聪一郎教授指出,在背后者制造他人利益冲突的场合,不得将陷入利益冲突的行为媒介者的违法阻却事由援用于自己,除非背后者自身也具有违法阻却事由,否则其利用行为就是违法的。他还指出,利用合法行为的违法行为问题,与背后者的参与类型无关,必须根据统一的标准解决。综上,笔者以为,岛田教授似乎也在一定程度上接受了这种违法相对性理论。参见[日]岛田聪一郎著:《正犯·共犯論の基礎理論》,東京大学出版会2002年版,第197-198页。

[36] 例如,日本《刑法》第202条规定:教唆或帮助他人自杀的,……处6个月以上7年以下惩役或监禁。我国台湾地区“刑法”第275条规定:教唆或帮助他人使之自杀的,……处1年以上7年以下有期徒刑;前项之未遂犯亦罚之。此外,奥地利、西班牙、意大利、法国、瑞士、丹麦等国刑法以及英国《1961年自杀罪法》都将全部或部分参与自杀行为规定为犯罪。详见钱叶六:《参与自杀的可罚性研究》,《中国法学》2012年第4期,第99页。

[37] 参见浙江省宁波市中级人民法院刑事裁定书(2001)浙甬刑终字第155号;钟亚雅等:《帮助自杀,罪不可恕,其情可悯》,《检察日报》2012年6月6日第5版。

[38] 如2001年《关于办理组织和利用邪教组织犯罪案件具体应用法律若干问题的解释(二)》第9条规定,“组织、策划、煽动、教唆、帮助邪教组织人员自杀的,应以故意杀人罪定罪处罚”。

性,在解释参与自杀的可罚性时必然出现难题,于是,很多学者转而主张自杀行为是违法的,只是不具有可罚的违法性,如此便能维持违法从属性理论。^[39]且不说法律家长主义能否作为认定自杀违法的可靠基础,^[40]如果自杀行为果真违法,至少也应有对应的法律责任,或是定罪免刑,或是接受行政处罚、行政处分,或是只承担民事责任。但对于自杀未遂的行为人而言,不仅不承担刑事责任,也不负有任何行政和民事责任,如此一来,等于将不存在任何责任后果的行为强行拉入违法行为的行列,无法令人信服。故笔者以为,参与自杀的可罚性始终是违法从属性说难以逾越的障碍,并未得到圆满地解决。

三 改良的纯粹惹起说之提倡

德国学者吕德尔森(Lüderssen)是纯粹惹起说的代表学者,他在上个世纪60年代就对纯粹惹起说的基本主张进行了系统的阐述。进言之,根据纯粹惹起说,之所以处罚共犯,是因为共犯自身侵害了法益,因而,不仅在责任方面,而且在违法性和构成要件符合性方面,共犯都存在独立的、特别的、自身的判断标准。^[41]受思维定式的影响,该说在我国学界几乎被全盘否定,鲜有问津。但笔者以为,纯粹惹起说主张共犯具有独立于正犯的违法性,相较于修正惹起说和混合惹起说,其实能够更合理地阐明共犯的处罚基础。但基于法治原则的限制,纯粹惹起说亦应进行自我改良,即不存在所谓共犯自身的“构成要件符合性”,共犯在形式上还是应当从属于正犯该当分则构成要件的客观行为。笔者将本文的这种观点称为改良的纯粹惹起说。

(一)对纯粹惹起说的基本主张

1. 形式改良——纯粹惹起说应接受构成要件的限制

纯粹惹起说经常受到的批评是,该说破坏构成要件的定型性、违背罪刑法原则。笔者以为,这种指责部分源自对纯粹惹起说的误解,部分确属该说有待改良的问题点。

一方面,纯粹惹起说并非认为共犯凭借自己的行为就能侵害法益。有学者对纯粹惹起说提出了如下批评:“共犯是通过介入正犯的实行行为实现构成要件结果的犯罪参与形态,那么在正犯没有引起结果的场合,共犯自身怎么能引起结果呢?”^[42]甚至有学者将纯粹惹起说与共犯独立性说划等号。^[43]但笔者以为,这实属对纯粹惹起说的误解。虽然纯粹惹起说主张共犯是否侵害法益应根据自身的情况判断,但这指的是价值层面的违法性,而非事实层面的实行行为和结果。至于共犯在自然构造上只具有间接性,乃是经验常识,自无争议。纯粹惹起说的代表学者吕德尔森也早已指出,虽然共犯具有独立的法益侵

[39] 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100页;李洁、谭堃:《论教唆、帮助自杀行为的可罚性》,《政治与法律》2013年第6期,第116页。

[40] 否定法律家长主义,进而否定自杀违法的观点及详细论证,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页。

[41] 参见[日]高桥则夫著:《共犯体系和共犯理论》,冯军、毛乃纯译,中国人民大学出版社2010年版,第117页。

[42] 参见黎宏著:《刑法总论问题思考》,中国人民大学出版社2007年版,第508页。

[43] 参见陈兴良:《走向共犯的教义学——一个学术史的考察》,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第25卷),北京大学出版社2009年版,第457页。

害性,但共犯对正犯仍然具有“事实上的依存性”,^[44]即根据纯粹惹起说,共犯行为亦不具有实行行为性,其构成犯罪未遂、犯罪既遂,还是要借助正犯的实行行为。

另一方面,纯粹惹起说确实应严格地接受构成要件的制约。有学者指出,纯粹惹起说如果贯彻到底,可能连共犯的最小从属性都要否定,从而破坏法治国原则。^[45]应当承认,确实存有这种危险。但纯粹惹起说完全可以进行形式上的自我改良,使共犯的成立接受法定构成要件的限制,也即共犯成立犯罪未遂或犯罪既遂,不仅要在事实上借助正犯行为,而且该正犯行为还必须是该当客观构成要件的行为,如此一来,纯粹惹起说便与法治国原则接轨。例如,有学者举例批评纯粹惹起说,在 X 唆使公务员 R 的妻子 Q 收受钱财,但公务员 R 并不知情的情形下,按照纯粹惹起说“没有正犯的共犯”之逻辑,尽管妻子 Q 不具有公职人员身份无法构成受贿罪,仍将 X 单独认定为受贿罪的教唆犯,如此便破坏了受贿罪的定型性。^[46]但根据本文对纯粹惹起说的改良,由于本案中客观上并不存在公务人员受贿的行为,不具备受贿罪的客观构成要件该当性,那么,作为“教唆者”的 X 自然也不可能成立受贿罪的共犯。

2. 实质保留——共犯具有独立于正犯的违法性判断

虽然纯粹惹起说应遵循法治国的要求进行形式上的改良,但其精髓部分应予保留,即共犯借助正犯的实行行为,仍是为了实现自己对法益的侵害。据此,共犯只是在最低限度上从属于正犯该当客观构成要件的行为,至于价值层面的违法性,还是应根据共犯自身的情况判定,并无从属于正犯之说。共犯固有的违法性需要通过以下两个方面建构。

其一,客观上共犯借助正犯行为制造了对法益的损害。分为四种情况:(1)正犯侵害法益、共犯未侵害法益的情形。根据纯粹惹起说,共犯是否侵害法益应根据自身的情况判断,故即便正犯侵害了法益,但该法益对共犯而言未必受到保护,从而可能导致正犯和共犯的违法相对化。如在上文提到的嘱托他人损害自身法益、正犯错误地侵害共犯利益的场合,由于共犯自身是受害法益的主体,所以即便正犯违法,但对共犯却应当作出适法的评价。对于部分必要共犯而言,考虑到参与人的特殊情况,也可能只认定正犯行为独自不法。(2)正犯未侵害法益、共犯侵害法益的情形。纯粹惹起说主张违法相对性,故即便正犯合法,如果能够认定共犯单独制造了法益损害,共犯也可能独自不法。主要包括以下两种情形:一是上文提到的行为人故意制造利益冲突,使他人陷入必须损害一方利益的情形,即便后者存在违法阻却事由,但由于背后的行为人造成了不必要的利益损失,因而单独具备了违法性的要素。在不能认定背后者支配了因果流程、无法成立间接正犯时,如果其行为与法益损害之间仍具有相当的因果关联,就存在成立共犯的余地,此时可谓共犯单独不法。二是对合法的自杀行为的参与。自杀行为根本不存在对应的法律责任,理当属于个人自由领域的适法行为。但基于生命法益的特殊重要性,对法益主体之外的其他人而言,生命却有必要受到刑法的特殊保护,因而,将教唆、促成自杀的行为纳入违法行为予

[44] 参见[日]高桥则夫著:《共犯体系和共犯理论》,冯军、毛乃纯译,中国人民大学出版社2010年版,第118页。

[45] 参见[日]十河太郎:《共犯从属性概念的再构成》,《同志社法学》2004年第56卷4号,第16-17页。

[46] 参见陈洪兵:《共犯处罚根据论》,载陈兴良主编:《刑事法评》(第23卷),北京大学出版社2008年版,第440页。

以规制,确有必要,此时也可谓共犯单独制造了法益损害。^[47] (3)正犯和共犯都侵害法益的情形。如果正犯侵害了法益,多数情况下,共犯也侵害了法益。但这只是经验上的通常现象,并不能表明共犯的违法性系由正犯决定。^[48]换言之,此时并非因为正犯侵害法益,共犯才连带地侵害法益,而是共犯通过正犯的行为,也实现了自己对法益的损害。(4)正犯和共犯都未侵害法益的情形。有论者认为,根据纯粹惹起说,教唆或者帮助他人实施正当防卫或紧急避险行为,也会被作为共犯处罚。^[49]这实属误解。纯粹惹起说虽然强调共犯具有独立的违法性,但在构建此种违法性时,共犯必须客观上实际制造了对法益的损害。而在单纯地教唆、帮助他人实施正当防卫、紧急避险的场合,即便教唆者、帮助者不具有正当化意思,由于客观上其行为引发或促成的是有益的结果,并未实际制造出对法益的损害,故根据纯粹惹起说,这种单纯的教唆、帮助行为亦不违法。但这并非源于正犯合法,而是因为从共犯自身的情况来看,其并未致损法益。

其二,共犯具有教唆故意、帮助故意等主观违法要素。关于违法的本质,笔者赞同违法二元论。^[50]在根据纯粹惹起说构建共犯自身的不法时,教唆者、帮助者除了要在客观上侵害法益外,还应具备犯罪故意等主观违法要素,而这种主观违法要素也会导致正犯和共犯的违法相对化。一方面,在未遂教唆、未遂帮助的场合,虽然正犯故意不法,但由于教唆者、帮助者欠缺真实的犯罪意思,因而并未实现共犯固有的不法。另一方面,在上述教唆者、帮助者误以为正犯具有故意,以及幕后者利用不知情的正犯实施义务犯或亲手犯的场合,虽然正犯对法益侵害的状况完全不知情,不存在故意违法的问题。但由于背后者具有犯罪故意,并且已经通过正犯该当客观构成要件的行为致损法益,因此,虽然因不具有支配意思或不存在特殊身份等无法成立间接正犯,但仍然可以作为共犯处罚,此时也可谓共犯单独实现了违法性。

3. 必要的澄清——纯粹惹起说只是共犯的处罚根据而非成立条件

虽然共犯只是从属于正犯该当客观构成要件的行为,并不从属于正犯的违法性,但这并不意味着凡是教唆、帮助他人实施合法行为的,都成立共犯。换言之,纯粹惹起说只是共犯的处罚根据,而非共犯的成立条件。至于在正犯合法的情况下,教唆者、帮助者应否受到处罚、是以共犯处罚还是以间接正犯论处,完全取决于其是否满足各自的成立条件。所谓参与行为合法与否及其程度,与其参与的是合法行为还是违法行为无关,必须从违法论本身的见地说明,^[51]正是这个道理。所以,教唆、帮助他人实施该当构成要件但不违法的行为时,只有当教唆者、帮助者满足了上述违法性的要求、又尚未达到支配法益侵害的

[47] 需要说明的是,由于《刑法》第 232 条并未将故意杀人罪限于“他杀”,故将自杀行为解释为符合第 232 条的构成要件,进而根据违法相对性原理处罚参与自杀行为,并不存在违反罪刑法定的问题。

[48] 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》,五南图书出版有限公司 1997 年版,第 81 页。

[49] 参见黎宏著:《刑法总论问题思考》,中国人民大学出版社 2007 年版,第 508 页。

[50] 笔者赞同大谷实教授的观点,即撇开结果无价值的行为无价值论,会导致心情刑法,违背罪刑法定原则;撇开行为无价值的结果无价值论,忽视了违法性具有规范违反的特质,没有全面阐明违法的内容。因此,将违法性定位为违反国家性、社会性伦理规范,给法益造成侵害或威胁的违法二元论是比较妥当的。参见[日]大谷实著:《刑法讲义总论》,黎宏译,中国人民大学出版社 2007 年版,第 220 页。

[51] 参见[日]島田聡一郎著:《正犯・共犯論の基礎理論》,東京大学出版会 2002 年版,第 186 页注释 78。

程度时,才可能成立共犯。

(二)对纯粹惹起说合理性的论证

相较于修正惹起说和混合惹起说,纯粹惹起说主张的违法相对性原理,无论是论证方法还是对具体问题的处理,都更可取。

1. 纯粹惹起说契合因果共犯论的理论初衷

因果共犯论主张,共犯和正犯的处罚根据一样,都在于法益侵害。也就是说,本来就应当根据共犯自身的情况判断其是否侵害了法益,而这正是纯粹惹起说的理论出发点。与共犯借用犯说主张共犯借用了正犯的可罚性不同,因果共犯论主张共犯有独立的处罚根据。与责任共犯论和违法共犯论在共犯和正犯的关系上寻求共犯的处罚根据不同,因果共犯论主张共犯和正犯一样,都是因为侵害了刑法所保护的法益才受到处罚。据此,不管是处罚共犯还是正犯,一定是因为他们自己侵害了法益,而非因为他人侵害了法益。因此,在回答为何处罚共犯时,纯粹惹起说的观点,即因为共犯借助正犯行为实现了自己对法益的侵害,最符合因果共犯论的理论初衷。而修正惹起说和混合惹起说的观点,即由于正犯侵害了法益共犯才侵害了法益,实际上并未坚持共犯具有独立的处罚根据这一立场,而是偏向于早已被摒弃的共犯借用犯说。

2. 纯粹惹起说真正贯彻了罪责自负原理

纯粹惹起说提倡共犯和正犯的违法相对性,符合事实问题连带、价值问题相对的客观规律,进而真正彰显了刑法上的罪责自负原则。详言之,既然违法性和有责性一样,都是满含价值评判的规范性内容,那么,就如同有责性应在共犯和正犯之间分别判断一样,违法性也应当在共犯和正犯之间个别地把握。正如黄荣坚教授所言,个体的内部因素和外部条件都有所不同,而法律在对个人行为进行价值判断时,不可避免地要考虑行为自身的情况,因此违法性根本无法连带和从属。^[52] 而所谓罪责自负原理,也并非仅指个人只就自己的责任负责,还应包括个人只对自己的不法负责。如有学者所言,“所有遭受国家刑罚制裁的人,都是因为自己的责任而承受刑罚,而其责任基础当然是建立在自己行为的不法内涵上,而无法建立在刑法对于他人行为的评价之上”。无论共犯还是正犯,国家对其处罚的前提都是被处罚对象本身违法且有责地实现了不法事实,所谓共犯从属于正犯的不法,亦违反个人责任原则。^[53]

3. 纯粹惹起说还原了共犯和正犯存在论上的逻辑关系

从自然意义上考察共犯和正犯的关系,是共犯先在犯罪意思的支配下引发或促成了正犯的行为,然后才出现正犯行为是否违法的问题。换言之,在评价正犯行为的违法性之前,共犯已经借由正犯行为实现了自身的不法。而修正惹起说和混合惹起说的思维逻辑正好颠倒,即首先考虑的是顺位在后的正犯行为是否违法,再反过来决定在先的共犯行为的违法性,从而将共犯和正犯自然意义上的逻辑关系倒置。这也是早期德国学者骚尔

[52] 参见黄荣坚著:《基础刑法学》,元照出版公司2012年,第827页。

[53] 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》,五南图书出版有限公司1997年版,第80页。

(Sauer)、日本学者牧野英一、木村龟二批评共犯从属性原则扭曲了共犯和正犯本原构造的原因所在。但事实上,问题的症结并不在于共犯从属性,而在于违法从属性,就如骚尔所言,只要排除正犯的违法性,在共犯的成立上仅以正犯的实行行为为必要,就可以解决该问题。^[54]而这正是纯粹惹起说的基本主张。

4. 行为共同说印证了纯粹惹起说的合理性

关于共同正犯的本质,客观主义行为共同说不仅在国外斩获诸多支持,在我国也越来越受到认同。该观点主张,共同正犯就是各参与人共同实施该当构成要件的行为,以分别实现自己的罪责,其他参与者的行为不过是自己行为的延长线,扮演着协助自己促进犯罪结果发生的事实性作用。^[55]而根据本文主张的纯粹惹起说,之所以处罚共犯,也是因其通过正犯该当构成要件的行为,实现了自己的罪责。由此可见,这种改良的纯粹惹起说与客观主义行为共同说对共同犯罪本质的说明是一致的。只不过对于共同正犯而言,是相互借助彼此该当构成要件的行为侵害了法益;而对于共犯来说,是借助正犯该当构成要件的行为侵害了法益,但这种差异只是形式上的,并不影响二者在诠释共同犯罪本质时的趋同。

需要指出的是,有学者将行为共同说解释成客观违法的共同,这已经违背了该说的初衷。如论者认为,共同犯罪的共同仅仅是指“客观行为的共同”,即只要求各个行为人在“客观违法上共同”,而不要求在责任上共同。但将“构成要件行为的共同”偷换成“客观违法的共同”,已经歪曲了行为共同说的原意。既然论者自己也承认,行为共同说就是指数人共同行为,共同犯罪只不过是将他人行为作为自己行为的一部分,以实现自己的罪责,^[56]那么,只要其他共同正犯实施了该当构成要件的行为即可,根本不必是违法的。正因为如此,支持客观主义行为共同说的山口厚教授才得出以下结论:共同犯罪只是构成要件该当事实的共同,而各共犯人存在各自固有的违法性和有责性。^[57]因此,客观主义行为共同说完全可以同纯粹惹起说相互印证。

5. 利用合法行为的间接正犯也凸显了纯粹惹起说的妥当性

学界普遍认为,利用他人合法行为侵害法益的场合,尽管被利用行为合法,利用行为却是违法的,可单独构成间接正犯。^[58]但这实际已经否定了违法从属性,而采用了违法相对性的逻辑。既然违法从属性说主张,教唆、帮助行为具有违法从属的特质,那么,在被教唆、被协助的主行为不违法的情况下,教唆行为、帮助行为也就无从获得违法性,因而既不应以共犯论处,也不应按照所谓的间接正犯处罚。正因为如此,有支持违法从属性说的

[54] 参见陈子平:《论共犯之独立性与从属性》,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第21卷),北京大学出版社2007年版,第8-9页。

[55] 参见陈子平著:《刑法总论》,中国人民大学出版社2008年版,第332页。

[56] 参见黎宏:《共同犯罪行为共同说的合理性及其应用》,《法学》2012年第11期,第113页。

[57] 参见[日]山口厚著:《刑法总论》,付立庆译,中国人民大学出版社2011年版,第305页。

[58] 参见刘士心:《论间接正犯之范围》,《法商研究》2006年第3期,第110页;钱叶六:《间接正犯与教唆犯的界分——行为支配说的妥当性及其贯彻》,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第28卷),北京大学出版社2011年版,第373页。

学者才提出,不宜承认利用合法行为的间接正犯,否则便是遵循了纯粹惹起说的逻辑。^[59]反之,如果学界广泛认为,利用他人合法行为侵害法益的,可通过间接正犯的形式成立犯罪,就等于承认了教唆、帮助行为原本就存在固有的违法性。

有一点需要澄清,共犯和间接正犯的差异,不应成为否定违法相对性的理由。可能会有学者认为,共犯和间接正犯在构造上有所不同,因此,虽然在间接正犯的场所,可以肯定背后的教唆、协助行为具有独立的违法性,但在狭义共犯的场所,却不能得到承认。然而,回归到共犯和间接正犯的区分就会发现,二者的差异仅仅在于对犯罪事实的发生、发展所起的作用,即能否支配整个因果流程,^[60]并不涉及违法性这种价值性问题。因此,不可能根据共犯和间接正犯在事实作用上的差别,得出一个违法性从属、另一个违法性独立的结论。而且共犯和间接正犯之间本来就不存在黑白分明的界线,经常会产生角色互动的现象。如果认为二者在是否具有独立的违法性上存在本质差别,就会得出“违法性的判断基准可以被左右”这样不合理的结论。^[61]因此,利用合法行为的间接正犯,正是纯粹惹起说违法相对性逻辑的体现。

6. 正确运用纯粹惹起说可以恰当划定共犯的处罚范围

纯粹惹起说在接受构成要件制约的基础上提倡违法相对性,可以更加适中地划定共犯的处罚范围。

一方面,纯粹惹起说可以避免共犯处罚范围的扩张。根据纯粹惹起说,教唆行为、帮助行为是否违法,应根据自身的主客观情况独立地判断。据此,即便正犯违法,共犯也可能因为欠缺固有的不法而无法成立,这便避免了违法连带说可能导致的共犯处罚范围的扩张。如前所述,在嘱托杀人未遂、正犯错误地侵害共犯利益、对必要共犯的参与,以及未遂教唆、未遂帮助等场合,纯粹惹起说完全可能根据共犯自身的主客观情况否定其可罚性,既不会造成共犯处罚范围的扩展,也不会导致说理上的矛盾。

另一方面,纯粹惹起说有利于充分地保护法益。根据纯粹惹起说,共犯和正犯在规范意义上是否违法,应以违法性的要求为基准、以共犯和正犯自身的主客观情况为素材进行判断,所以,即便正犯合法,也可能认定共犯借助正犯行为单独实现了法益损害。此时,只要确保对共犯的处罚受到各罪构成要件以及违法性自身条件的限制,承认利用合法行为的违法共犯,不仅符合罪责自负的精神,也能防止在一些案件中形成不合理的处罚漏洞,契合法益保护的公民诉求与刑法的发展趋势。另外,还能避免对行为人不利的结论,因为根据改良的纯粹惹起说,利用他人合法行为侵害法益的,并非一律成立间接正犯,如果行为人并未支配整个因果流程,但其行为仍是致损法益的相当原因,就只可能成立共犯,如此可以避免将所有利用他人合法行为的情形,不分教唆者、帮助者的实际作用,全部视为间接正犯的不合理现象。^[62]

[59] 参见杨金彪著:《共犯的处罚根据》,中国人民公安大学出版社2008年版,第172页。

[60] 参见[德]克劳斯·罗克辛著:《德国刑法学总论》(第2卷),王世洲等译,法律出版社2013年版,第20页。

[61] 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》,五南图书出版有限公司1997年版,第92页。

[62] 参见陈兴良:《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,第8页。

(三) 针对批判的回应

一直以来,学界对纯粹惹起说提出了诸多批评。但这些批评多源自对纯粹惹起说的误解。针对个别批评,纯粹热惹起说也完全可以进行自我调整。

1. 纯粹惹起说亦能满足罪刑法定的法治国要求

很多学者批评纯粹惹起说违背罪刑法定原则。^[63] 但该说完全可以进行形式上的自我改良,使共犯的成立接受分则构成要件的限制,即承认共犯对正犯该当构成要件的行为有最低限度的从属性,以满足法治国的要求。

纯粹惹起说的代表学者吕德尔森曾举例指出,如果 X 唆使 S 不救助陷入生命危险的人,虽然 S 只能按照德国刑法上的不救助罪处罚,但 X 却应被认定为教唆杀人罪,因为他已经侵犯了一个对其而言受到保护的生命法益。^[64] 针对该观点,诸多国外学者纷纷责难,指出纯粹引起说已经使得与结果具有因果性的所有恶劣事迹都成为刑法处罚的对象,以至于以积极的作为参与他人疏于救助的行为,都可能构成杀人罪的共犯,从而破坏了构成要件的确切性。^[65] 但根据改良的纯粹惹起说,由于正犯 S 的行为只符合德国刑法不救助罪的构成要件,并不符合杀人罪的犯罪构成,所以 X 也只能成立不救助罪的教唆犯,无法构成杀人罪的教唆犯。以我国刑法为背景,由于 S 的行为并不该当各罪的犯罪构成,故 X 也会因欠缺构成要件符合性而无罪。

此外,有些学者的指责也并不准确。例如,医生 X 让不知情的护士 T 将毒药给患者服用,最终导致患者死亡。根据纯粹惹起说,X 可能成立过失或无过失行为的共犯。在公务员 X 唆使非公务员的亲属 U 收取他人贿赂的情形下,纯粹惹起说会认为,X 构成受贿罪的教唆犯,U 构成受贿罪的帮助犯。在以上两个案例中,都出现了“没有正犯的共犯”,因此,纯粹惹起说已经使得共犯的成立放弃了正犯的构成要件该当性。^[66] 但笔者以为,就前一案例而言,虽然护士 T 不知情,X 也只是借助 T 客观上递送毒药给患者,才实现了对患者生命法益的侵害,据此,并不欠缺该当《刑法》第 232 条客观构成要件的杀人行为,因而不存在突破罪刑法定的问题。需要说明的是,X 利用不知情的 T 该当杀人罪构成要件的行为,理当成立杀人罪的间接正犯、而非共犯。就后一案例而言,由于受贿罪是身份犯,而身份犯的构成要件和违法性的确立都离不开特殊身份的要素,故理当是公务员 X 构成受贿罪的正犯,非公务员的亲属 U 构成受贿罪的帮助犯,因而,同样不存在“没有正犯的共犯”的问题。

2. 纯粹惹起说并不必然导致共犯处罚范围的扩张

很多学者认为,如果依据纯粹惹起说,承认共犯有独立的违法性,会导致教唆、帮助他人实施正当防卫或紧急避险行为,^[67] 利用医生的医疗行为、利用国家机关执行死刑的

[63] 参见钱叶六:《共犯违法连带性说的合理性及其应用——基于共犯处罚根据的探讨》,《清华法学》2014 年第 3 期,第 89 页。

[64] 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》,五南图书出版有限公司 1997 年版,第 85 页。

[65] 参见[德]克劳斯·罗克辛著:《德国刑法学总论》(第 2 卷),王世洲等译,法律出版社 2013 年版,第 101 页。

[66] 参见[日]十河太郎:《共犯从属性概念の再構成》,《同志社法学》2004 年第 56 卷 4 号,第 16-17 页。

[67] 参见黎宏著:《刑法总论问题思考》,中国人民大学出版社 2007 年版,第 508 页。

行为,^[68]甚至在警察抓捕歹徒时为警察加油的行为,都成立共犯,从而不合理地扩大了共犯的处罚范围。^[69]这也是对纯粹惹起说的误读。

其一,纯粹惹起说虽然主张违法相对性,但并非教唆、帮助他人实施合法行为的,一律构成共犯,还要看教唆、帮助行为是否实现了固有的违法性。换言之,尽管教唆行为、帮助行为具有独立的违法性,但要最终成立共犯,还必须满足违法性本身的条件。因此,如果只是单纯地利用他人的合法行为,并没有实施其他主动制造利益冲突的行为,从教唆者、帮助者的立场来看,由于客观上其行为并未实际制造出法益损害,故即便主观上不具有正当化意思,也会因欠缺违法性的客观要素而无法成立共犯。所以就上述学者所举之例,根据改良的纯粹惹起说,并不会将教唆者、帮助者认定为共犯,不存在扩大处罚范围之说。值得说明的是,此时并非因为正犯合法、共犯才合法,而是因为从共犯自身的情况来看,其没有实现固有的不法。

其二,教唆、帮助他人自损法益的,也并非全部成立共犯,而是要看这种法益是否特别地重要,以至于就其他人而言值得保护。笔者主张,尽管自杀行为合法,但基于对生命法益的特殊保护,教唆、帮助自杀行为却有必要单独作为犯罪行为予以规制。然而,这并非意味着教唆、帮助他人自损法益的,参与行为均具有违法性。因为此种场合下,正犯毕竟是基于自主决定而选择了对自我法益的损害,所以,通常情况下,该法益对其他人而言也无需受到保护。只有当这种法益特别重要,如关涉人的生命和紧要的身体健康,以致参与行为会引发或促成无法恢复的重大损害时,才有必要作出违法的相对性评价,以使生命等重大法益的损失得到有效控制。^[70]因此,如果只是财产等并非重大的法益,就没有必要认定参与行为违法。综上,纯粹惹起说并不像学界批评的那样,会无度扩张共犯的处罚范围。

3. 纯正身份犯的共犯问题并非贯彻纯粹惹起说的障碍

还有学者认为,纯粹惹起说无法对纯正身份犯的共犯问题作出合理的解释,既然无身份者只能依附于有身份者构成纯正身份犯的共犯,就说明共犯的违法性只能从正犯导出。^[71]但笔者并不赞同该见解。

在纯正身份犯的场合,共犯仍然具有独立于正犯的违法性判断。纯正身份犯的违法性包含两部分内容:一是特定身份者的义务违反;二是客观上造成的法益受损。就前一内容而言,必须存在有身份者故意违反义务的行为才能构成;就后一内容而言,只需要借助有身份者该当客观构成要件的行为事实即可实现。也即,就纯正身份犯的违法性来说,义

[68] 参见杨金彪著:《共犯的处罚根据》,中国人民公安大学出版社2008年版,第172页。

[69] 参见陈洪兵著:《共犯论思考》,人民法院出版社2009年版,第16页。

[70] 需要说明的是,由于《刑法》第234条明确限制“只有伤害他人的”才构成故意伤害罪,因此,即便参与自我重伤的行为具有独立处罚的必要,但由于自伤行为并不符合故意伤害罪的构成要件,故参与自伤的行为也会因欠缺构成要件该当性而无法成立伤害罪的共犯。这也表明,本文主张的纯粹惹起说意在接受分则构成要件的限制。但如前所述,由于《刑法》第232条并未将故意杀人罪限制为“他杀”,所以,基于处罚必要性的考虑,将参与自杀行为作为故意杀人罪的共犯处罚,并不存在逾越罪刑法定的问题。

[71] 参见钱叶六:《共犯违法连带性说的合理性及其应用——基于共犯处罚根据的探讨》,《清华法学》2014年第3期,第89页;杨金彪著:《共犯的处罚根据》,中国人民公安大学出版社2008年版,第172页。

务违反和法益致损完全可以分开。而共犯固有的违法性就在于,其通过正犯基于特殊身份实施的该当客观构成要件的行为事实,造成了对法益的客观损害,并不包括正犯基于特殊身份产生的规范性的义务违反。^[72]

例如,X 在办理金融业务时使用了伪造的票据,获取了数额巨大的款项,但国有金融机构的工作人员 W 并不知情,因此,不能说其违反了贪污罪确立的职责义务,因而也就不存在贪污罪正犯的违法性。但从客观方面看,X 已经借助 W 兑换伪造票据(该当贪污罪客观构成要件)的行为事实,造成了国有财产重大损失的后果,故应当认为 X 单独实现了贪污罪共犯的违法性。据此,就纯正身份犯而言,共犯亦具有独立于正犯的违法性。至于该案,X 理应构成票据诈骗罪的正犯和贪污罪教唆犯的想象竞合,从一重罪处罚。^[73] 虽然可能会以票据诈骗罪论处,但不可轻视将 X 单独认定为贪污罪共犯的分析路径,因为,当无身份者参与有身份者该当客观构成要件的行为并致损法益时,刑法并没有就无身份者的行为都设立单独的罪名,所以,不排除需要将参与者认定为身份犯的共犯,以弥补不合理的处罚漏洞之情形。

另外,该主张并不违背身份犯的法理。根据纯粹惹起说以及纯正身份犯共犯的解释,只要无身份者通过有身份者该当客观构成要件的行为致损法益,就可能成立纯正身份犯的共犯。如此一来,可能会出现不处罚纯正身份犯的正犯,反而单独处罚共犯的现象。对此,有学者提出质疑,认为让不具有特殊身份的人单独构成纯正身份犯,显然不可思议。^[74] 但纯正身份犯只是限制了正犯的资格,而没有要求共犯具有特殊资格,故主张无身份者可单独构成纯正身份犯的共犯,并不违背身份犯的法理。

4. 纯粹惹起说只是提倡违法相对性而非主张主观违法论

有学者指出,纯粹惹起说主张正犯和共犯之间的违法相对性,实际上是采纳了从行为人的关系上考虑违法性的主观违法论,已经偏离了立足于法益侵害寻求共犯处罚根据的客观立场。^[75] 对此,笔者不能苟同。

纯粹惹起说提倡的违法相对性,并不等同于主观违法论。纯粹惹起说虽然主张共犯和正犯的违法相对性,但无论是共犯的违法性还是正犯的违法性,都必须通过客观和主观两个方面来构建。就共犯来说,教唆者、帮助者必须先通过正犯该当客观构成要件的行为造成对法益的客观损害,然后才开始考虑共犯是否存在主观违法要素的问题。因此,如果行为人只是单纯地唆使或协助他人实施正当防卫或紧急避险行为,并没有主动制造利益冲突状态,那么,即便其主观上具有利用意思,由于客观上其教唆行为、帮助行为并没有引

[72] 笔者认为,吕德森对纯正身份犯共犯的解释之所以倍受批评,就是因为他没有将作为纯正身份犯违法内容的“义务违法”和“法益致损”行为进行区分。比如,虽然吕德森也赋予了正犯身份以事实性的作用,但他同时又认为,共犯的违法性在于间接侵害了“职务履行的纯粹性”,包括义务违反的要素。而这必然导致共犯的违法性只能由正犯导出,所以学界才会批评吕德森对纯正身份犯共犯的解释,已经背离了纯粹惹起说的立场。(转引自[日]高桥则夫著:《共犯体系和共犯理论》,冯军、毛乃纯译,中国人民大学出版社2010年版,第119页)但根据本文的理解,纯正身份犯的共犯违法性,仅仅在于其通过正犯的事实身份造成了对法益的客观损害,并不包括正犯基于这种特殊身份所产生的义务违反,因而共犯仍然具有独立于正犯的违法性。

[73] 此处案例转引自张明楷:《共犯对正犯故意的从属性之否定》,《政法论坛》2010年第5期,第13页。

[74] 参见黎宏著:《刑法总论问题思考》,中国人民大学出版社2007年版,第514页。

[75] 参见[日]大越義久著:《共犯の処罰根拠》,青林書院1981年版,第258页。

起或促成“恶”的结果,根据纯粹惹起说,这种行为也会因为欠缺客观不法而无法成立共犯。

由此可见,纯粹惹起说在认定共犯固有的违法性时,也是围绕着法益侵害这条主线展开的,只不过在正犯实施了该当构成要件行为的前提之下,对共犯来说是否存在法益侵害,应根据共犯自身的主客观情况来认定,而不应取决于正犯在规范意义上是否违法。故批评纯粹惹起说采纳了彻底的主观违法论,完全不考虑法益侵害,并不确切。

5. 我国刑法规定不能成为反对纯粹惹起说的理由

另有学者认为,我国刑法规定与纯粹惹起说不相容。^[76] 这是对刑法条文僵化解读而得出的武断结论。共犯是否具有独立的违法性是一个本原性问题,不可能取决于立法如何规定,况且我国刑法规定仍然可以作出与纯粹惹起说相应的解释。

其一,我国刑法总则中的“共同犯罪”可以解释成“二人以上通过共同行为去实现各自的犯罪”。例如,《刑法》第25条的“二人以上共同故意犯罪”,可以解释为“二人以上通过共同的行动去完成各自的故意犯罪”。据此,只要数人基于共同行为的意思在客观构成要件层面有共同的行动即可,至于各人是否故意不法,应再根据各人的具体情况独立地判断。再如,第29条第1款的“教唆他人犯罪”,也可以解读为“教唆他人实行该当犯罪客观构成的行为,以此来实现自己的犯罪”,据此,就教唆犯的成立而言,被教唆行为该当犯罪的客观构成即可,至于教唆行为是否违法、有责,应当根据教唆者自身的主客观情况酌定。

总之,由于我国刑法并没有像德国刑法那样,明文要求共犯从属于正犯的故意不法,故刑法总则关于共同犯罪的规定,完全可以作出与纯粹惹起说相应的解释。而且,正如有学者所言,日本刑法就共同犯罪、教唆犯的规定与我国并无实质差异,但日本学界普遍认为,这并不代表立法已经限制了共犯从属的形式,而是仍然有赖于刑法理论的解读。^[77] 正因为如此,日本也有很多权威学者明确主张共犯的最小从属性说,^[78] 而赞同违法相对性的观点,只能是纯粹惹起说的理论归结。

其二,刑法分则的规定不仅未排斥纯粹惹起说,反而体现了纯粹惹起说的主张。有论者认为,我国刑法分则对各罪的规定特别注重客观方面的法益侵害,据此,共犯理应从属于正犯的违法性。^[79] 然而,纯粹惹起说作为因果共犯论的分支之一,同样立足于法益侵害。根据纯粹惹起说,之所以处罚共犯,就是因为他们通过正犯该当构成要件的行为制造了对法益的损害,只不过在对此进行判断时,应以共犯自身为视角,而非以正犯为视角。因此,指责纯粹惹起说与刑法分则的规定不相容,并无说服力。

笔者反倒认为,我国《刑法》分则的相关规定恰恰体现了对共犯具有独立违法性的认

[76] 参见钱叶六:《共犯违法连带性说的合理性及其应用——基于共犯处罚根据的探讨》,《清华法学》2014年第3期,第89页;杨金彪著:《共犯的处罚根据》,中国人民公安大学出版社2008年版,第120页。

[77] 参见王昭武:《论共犯的最小从属性—日本共犯从属性理论的发展与借鉴》,《法学》2007年第11期,第105页。

[78] 参见[日]十河太郎:《共犯从属性概念的再构成》,《同志社法学》2004年第56卷4号;[日]前田雅英著:《刑法総論講義》,东京大学出版社2006年版,第424页。

[79] 参见杨金彪著:《共犯的处罚根据》,中国人民公安大学出版社2008年版,第120页。

同。具体表现在,将一些教唆、帮助他人自损法益的行为规定为犯罪,如引诱、教唆他人吸毒罪,容留他人吸毒罪,以及司法解释及司法实务作为故意杀人罪处罚的参与自杀行为,均是共犯单独成罪。我国刑法分则还对一些必要共犯实行片面处罚,如只处罚传播淫秽物品的行为,而不处罚对此起到促进作用的接收行为;只处罚销售假冒注册商标的商品、贩卖毒品的行为,但不处罚对此提供相当原因力的购买行为等,都是源自于对共犯自身违法性的权衡。另外,基于对共犯的身份或其他共犯固有因素的考虑,分则有时会将共犯行为规定成独立的犯罪,如私放在押人员罪,多是脱逃罪的共犯行为;传授犯罪方法罪、提供虚假的证明文件罪,也多属于具体犯罪的教唆犯、帮助犯。而之所以将共犯行为设置成独立的罪名,正是考虑了共犯自身的违法情况。总之,我国刑法规定亦不能成为反对纯粹惹起说的理由。

6. 纯粹惹起说不会滑向单一正犯体系

根据本文提倡的改良的纯粹惹起说,共犯只是在最低限度上从属于正犯该当构成要件的客观行为,至于违法性和有责性这种价值性问题,则应根据共犯自身的主客观情况独立地判断,不存在从属于他人之说。据此,可能会有学者提出质疑:纯粹惹起说是否已经偏离了区分制,而滑向了单一正犯体系。

笔者不以为然,纯粹惹起说只是主张在违法性和有责性这样的价值性问题上,共犯和正犯之间具有独立性,并非认同教唆犯、帮助犯是与实行犯等同的正犯类型。因为纯粹惹起说也是奠基于区分制参与体系,而根据各参与人在违法性和有责性上价值层级的差异区分共犯和正犯,乃是区分制的立论基础。如赞同区分制的德国学者韦塞尔斯指出:“正犯与共犯的不法评价原则上具有层级的区分,在各自的严重性程度上,正犯、教唆犯和帮助犯展现出一种由‘多’到‘少’的落差走向,从评价的角度观察,可称为规范上的层次关系。”^[80]因此,虽然纯粹惹起说主张共犯具有独立于正犯的违法性,但不等于主张各参与人的违法性全部等价,故不存在滑向单一制的问题。

四 结 语

如果说共同犯罪是刑法的绝望之章,那么,共犯的处罚根据问题堪称这绝望之章中的一团黑洞。关于该问题的研究,学界历来不惜笔墨,但依然未有其解。本文亦无法提供最终答案,只是意在指出相关误区,并提供一个全新的视角,以拓宽对共犯处罚根据的研究视界。关于共犯的处罚根据,学界主力推崇修正惹起说和混合惹起说,进而主张共犯对正犯的违法从属性。这似乎成了一种固定的思维模式,鲜有质疑。但修正惹起说一方面认为教唆犯引起了正犯的不法,另一方面又认为教唆犯从属于正犯的不法,在论理上因果倒置。而且该说主张违法连带性会导致共犯处罚范围的扩张,从“共犯不具有可罚的违法性”等角度作出的修正,又与其理论初衷相悖。混合惹起说在主张共犯从属于正犯不法的同时,又认为共犯具有独立的违法性,在论理上自相矛盾。而且在利用他人合法行为侵

[80] 参见[德]约翰内斯·韦塞尔斯著:《德国刑法总论》,李昌珂译,法律出版社2008年版,第333页。

害法益,却又无法成立间接正犯时,就暴露出其解决问题的局限性。纯粹惹起说主张共犯行为在规范意义上具有独立的违法性和有责性,真正体现了罪责自负原理,契合因果共犯论的理论初衷,也与“行为共同说”、“利用合法行为的间接正犯”的法理相通。并且,只要纯粹惹起说进行形式上的改良,使共犯的成立接受分则构成要件的制约,亦能满足罪刑法定的法治国要求。

[本文系北京理工大学青年教师学术启动计划支持的阶段性研究成果。(项目号:3230012261525)]

[**Abstract**] The basis for the punishment of the accomplice is a fundamental issue of joint crime, the correct understanding of which is of vital importance. With respect to this issue, most Chinese scholars support the theory of modified causation or the theory of mixed causation, thereby emphasizing the subordinate nature of the accomplice's illegality. However, the theory of modified causation not only confuses cause with effect in theory, and also is unable to justify itself on specific issues. The theory of mixed causation is also self-contradictory in theory and has limited ability to solve specific problems. The theory of pure causation, according to which the accomplice has his own illegality and responsibility, is not only more reasonable in theory, but also more flexible in its application to specific issued. The theory of pure causation should be further improved in light of the restrictions of constitutive elements of crime, so as to determine in a more reasonable way the scope of punishment for the accomplice and better meet the requirements of the rule of law.

(责任编辑:王雪梅)