

共犯处罚根据再思考

钱叶六

内容提要:责任共犯论和违法共犯论疏远了与法益侵害之间的关联性,以此考虑共犯的处罚根据,不仅难以获得教义学上的根据,而且还容易导致共犯处罚范围的不合理扩张。因果共犯论立足于自身行为与违法结果之间所存在的因果性来寻求共犯的处罚根据,在方法论上具有妥当性。在因果共犯论内部,纯粹惹起说超出了构成要件基准这一限定性框架,有违罪刑法定主义,并且该说否定了共犯不法对正犯不法的依存性,因而不当地扩张了共犯的处罚范围。修正惹起说和混合惹起说均肯定共犯的不法对正犯不法的依存性,在共犯的要素从属形式上,坚持限制从属性说。在此前提下,修正惹起说坚持共犯之间违法的绝对连带性;混合惹起说则主张,如果共犯本身存在违法阻却事由,则例外地否认共犯的违法性。相较而言,例外地承认违法相对性之混合惹起说更具妥当性,该说有利于合理地认定特殊的犯罪参与情形。

关键词:责任共犯论 违法共犯论 因果共犯论 混合惹起说 违法相对性

钱叶六,华东师范大学法学院教授。

作为狭义共犯的教唆犯和帮助犯,未直接实施符合构成要件、惹起法益侵犯结果的行为,为何要对他人的犯罪结果承担责任,是共犯处罚根据所要讨论的问题。大陆法系国家或地区有关共犯处罚根据的学说,基本上可以归纳为责任共犯论、违法共犯论和因果共犯论三种,而在因果共犯论内部又存在纯粹惹起说、修正惹起说和混合惹起说的理论分野。近年来,随着德日刑法学理论逐渐被引介至国内,有关共犯处罚根据论的探讨成为我国共犯理论论战的重要场域,并主要表现为修正惹起说和混合惹起说的对立。共犯处罚根据论是共犯论的本源问题,不仅关系到狭义共犯的构造及共犯与正犯的关系等基础理论问题,而且,在实务上,有关共犯处罚根据论问题的不同思考,会对失败的教唆、无效的教唆、正犯错误地侵犯共犯的利益、教唆自我损害或请求他人损害自己利益等具体问题形成不同的解释论。在此问题上,笔者曾主张“共犯的违法性连带于正犯”之修正惹起说,但现在倾向于支持“共犯违法性原则上连带于并从属于正犯的违法性,但例外的情况下正犯虽违法,共犯可能例外地阻却违法”之混合惹起说。以下,主要以教唆犯为例,对共犯处

罚根据问题予以重新思考,在梳理和述评因果共犯论三种学说的基础上,着力对混合惹起说的合理性进行论证,并对学界新近提出的新混合惹起说和改良的纯粹惹起说作出批判性的回应,以期为解决共犯领域的一些疑难、复杂问题提供统一的理论视角。

一 共犯处罚根据理论之检视

(一) 共犯“可罚性借受说”反思

早期共犯理论认为,对于属于处罚扩张类型的狭义共犯,其自身并没有独立的处罚根据,而是借用正犯的可罚性而受罚。该种观点在学理上被称为“可罚性借受说”。根据该说,只有基于自己的意思实施了符合具体犯罪的构成要件行为的正犯,才是法益侵害的原因。教唆者、帮助者与法益侵害结果之间的因果关系,因具有自由意志的正犯介入而被切断,为此,教唆者、帮助者并非是因自己的行为而受处罚,相反,教唆者、帮助者之所以受到处罚,其原因完全在于正犯的行为。

但是,这种共犯的可罚性借用自正犯的观念,从正面肯定了转嫁责任,有违犯罪主体和责任主体应当一致的个人责任原则(罪责自负原则)。^[1] 根据该原则,一个人之所以会受处罚,仅仅是因为其自身的行为被认为具有了犯罪性。^[2] 亦即,任何人只能就自己所实施的犯罪行为承担罪责,而不对他人所实施的犯罪行为承担罪责。即便是教唆或者帮助的场合,其虽然不直接实施符合构成要件的违法行为,也必须是因自身的行为及其作用而受罚。另外,依据可罚性借受说的逻辑,只有在正犯具有可罚性时,共犯才得以成立并具有可罚性,这就不可避免地走向了已经过时的“共犯的成立必须要求正犯具有责任”之极端从属性说,明显不当。

基于上述分析,共犯不应就他人的行为承担罪责,亦即,其犯罪性和可罚性并非从正犯那里借受而来,相反,共犯系自身存在固有的犯罪性和可罚性。^[3] 简言之,共犯的可罚性根据还是源于自身。而基于否定借用正犯可罚性的立场对共犯自身固有的犯罪性和可罚性根据问题所展开的理论研究,正是共犯处罚根据论的核心问题。

(二) 责任共犯论及其批判

责任共犯论,亦称“堕落说”,主张共犯之所以要受处罚,是因为其使正犯堕落或变坏,制造出了“正犯”,并使之承担罪责和刑罚。该说着眼于教唆犯和正犯之间存在的“腐蚀与被腐蚀”关系来寻求共犯的处罚根据,责任共犯论的集大成者德国学者迈耶(Hellmuth Mayer)指出,教唆者是通过“双重方法”实施犯罪,亦即“引起了犯罪行为,且诱惑了正犯”。虽然教唆犯对法益攻击的程度还没有达到杀人罪要求的强烈程度,但是,教唆犯毕竟“制造”出了杀人犯,因而“教唆者应当和正犯负同等的责任”。^[4] 在迈耶看来,“正

[1] 参见[日]松原芳博著:《刑法总论重要问题》,王昭武译,中国政法大学出版社2014年版,第307页。

[2] 参见[日]林干人著:《刑法总论》(第2版),东京大学出版会2008年版,第374页。

[3] 参见[日]十河太郎著:《身份犯的共犯》,成文堂2009年版,第176页。

[4] Hellmuth Mayer, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1953, S. 319. 转引自[日]丰田兼彦著:《共犯的处罚根据与客观归责》,成文堂2009年版,第6-7页。

犯是实行了杀人行为,而教唆犯则是制造了杀人犯”。这一表述充分表明正犯和共犯在犯罪性质上完全不同。

在日本,亦有学者从教唆犯的“二重性”来解读教唆犯的可罚性以及教唆犯和正犯同等程度处罚的问题。如日本学者庄子邦雄指出,一方面,教唆犯不亲自动手,只是惹起正犯的行为。因而,相对于正犯所实施的行为而言,其法益侵犯程度也较轻微;但是,另一方面,教唆犯在诱惑正犯堕落,使其实施犯罪行为的这一点上,具有承担比正犯更重的责任的可能。如若认为犯罪的本质是违反伦理秩序,而非重视外部法益损害的惹起的话,可以说,诱惑他人犯罪比客观上侵犯法益更为严重。因此,从强调诱惑这一点来看,必须说是和正犯具有同样的犯罪性。虽说教唆犯并未亲自实施犯罪,但由于其诱惑并怂恿他人实施了犯罪行为,因此,教唆犯可以和正犯作同等的评价。^[5]

因责任共犯论存在以下重大缺陷,笔者不赞同此学说。

第一,从责任共犯论的基本要义来看,共犯之所以受罚,主要是因为其使得一个好人堕落、变坏,制造出了“犯罪人”。这实际上是一种侧重从伦理秩序违反的角度强调教唆犯使正犯堕落、变坏的观点。依照该说的逻辑,甲教唆乙,让乙杀了丙。处罚甲的理由在于,甲使乙变成了杀人犯而受到刑罚处罚,这实际上是从诱惑正犯,使对方堕落的伦理评价角度来寻求共犯处罚的根据。但是,一方面,在上述事例中,乙虽然受到了甲的教唆,但最终乙是基于自己的意思实施了犯罪行为,认为该事例中的被害人不是丙而是乙,并将乙作为刑法的保护对象,这完全不符合常理。另一方面,从犯罪的本质在于侵犯法益的角度观之,既然共犯是犯罪参与的一种形态,那么,在本质上,也应当是侵犯了法益而受到处罚。与正犯相比,共犯只不过是在参与犯罪的形式或类型上表现不同而已,析言之,正犯是直接实施了符合构成要件的违法行为而侵犯了法益,而共犯则是通过参与正犯的符合构成要件的违法行为而间接地引起了法益侵害。

第二,从刑法教义学的角度来分析,倘若认为教唆犯是因为使得原本是好人的正犯“堕落”或“变坏”而受罚,那么,教唆犯在性质上便属于以被教唆者的自由、名誉、社会地位等概括性利益作为保护法益的“堕落罪”,而与教唆人行为的犯罪性质无关。按此逻辑,刑法应该将这种“堕落罪”作为独立的犯罪类型规定于分则之中,并配置相应的法定刑。实际上,刑法却将教唆犯、帮助犯作为基本构成要件的修正形式规定在总则中,且教唆犯、帮助犯之刑依主犯的法定刑而定。之所以如此规定,理由无非是:正如伤害罪的教唆犯同伤害罪的正犯一样,以身体的完整性作为保护法益;盗窃罪的教唆犯与盗窃罪的正犯一样,也是以财产作为保护法益。可见,教唆犯、帮助犯与正犯的保护法益是相同的。^[6] 所以,作为未实施构成要件行为之教唆犯、帮助犯何以受处罚的问题,立足其参与、协力、加功正犯者行为进而惹起了法益侵害后果这一点进行探寻,才是共犯教义学的正确解释方向。可见,基于使正犯堕落、变坏的立场来论证共犯处罚根据的理论,并不能从实定法上获得教义学的根据。

[5] 参见[日]庄子邦雄著:《刑法总论》,青林书院新社1969年版,第717页。

[6] 参见[日]松原芳博著:《刑法总论重要问题》,王昭武译,中国政法大学出版社2014年版,第307页。

第三,依照责任共犯论的逻辑,在请求或嘱托对方杀害自己而未遂的场合,仅凭请求者、嘱托者诱使对方堕落而变成了“杀人犯”这一点,就已经具备了对其按照故意杀人罪的教唆犯加以处罚的理由。但是,以唆使他人侵害自己法益为由处罚被害人,违背了“自己侵害自己的法益不应受处罚”这一刑法中不成文的法理。同时,处罚此处的请求者、嘱托者也不符合实定法的规定。实际上,几乎没有哪个国家或地区的刑法会处罚此处的请求者或嘱托者。

第四,要想使一个人因教唆而走向堕落或者变坏,前提必须是这个人有责任能力,如此一来,偏重于从伦理秩序违反的角度强调“使正犯堕落”之二重性说的理论归结就是,即使正犯充足了构成要件符合性和违法性要件,也不能成立共犯。要成立共犯,还必须要求正犯具有责任能力(由此,也就采纳了极端从属性说)。但这一结论与“责任的判断是对实施违法行为的人之法的非难,而这种非难的有无和程度因人而异”的责任个别作用之原理相抵牾。^[7]

德国 1943 年修订的《刑法典》第 50 条规定:“数人共同参与一个行为时,各参与人分别依照自己的罪责受处罚,而无需考虑他人的责任”,从而宣示了责任个别原则,至此一度作为有力说的责任共犯论便逐渐走向没落。同样,在日本,作为共犯处罚根据论的责任共犯论亦几无学者正面支持。而在我国,虽少有学者明确表示主张责任共犯论,但有关“教唆犯是造意犯”的观点在学界尚有一席之地,大体上表现出支持责任共犯论的倾向。然而,随着基于法益侵害说解释犯罪本质的教义学日渐兴盛和责任个别作用原则日益被接受,责任共犯论正遭到越来越多的批评而日渐式微。

(三) 违法共犯论及其批判

违法共犯论是在批判和修正责任共犯论的基础上发展起来的理论,主要由德国学者威尔策尔(Hans Welzel)、施特拉藤韦特(Günter Stratenwerth)、特雷克塞尔(Stefan Trechsel)等所主张。^[8]该说在维持堕落说关于正犯与共犯的本质或实体存在差异性之基本思想的同时,为了与限制从属性说保持协调,主张教唆犯之所以要受处罚,并非因为其诱使正犯堕落,陷入罪责和刑罚之中,而是设定了其意欲的符合构成要件的违法行为,使得他人卷入与社会的对立状态之中或者通过他人破坏了社会和平状态。如特雷肖塞尔指出,教唆者的处罚根据在于,其设定了意欲的符合构成要件的违法行为,并借此通过他人实现破坏社会统一的意图。^[9]施特拉藤韦特则认为,正犯违反的是“不要杀人”的规范,而共犯违反的是“不要诱发他人杀人”的规范。^[10]但是,因该说存在以下缺陷而不能为共犯的处罚根据奠定理论基础。

一方面,强调共犯处罚根据在于其诱使正犯实施违法行为,使其卷入与社会的对立状态或者破坏社会和平状态的观点,同样是着眼于教唆犯对正犯者的诱使、腐蚀(而非立足

[7] 参见[日]内藤谦著:《刑法讲义总论(下·II)》,有斐阁 2002 年版,第 1324 页。

[8] 参见[日]丰田兼彦著:《共犯的处罚根据与客观归责》,成文堂 2009 年版,第 8 页。

[9] 参见[日]丰田兼彦著:《共犯的处罚根据与客观归责》,成文堂 2009 年版,第 8-9 页。

[10] Vgl. Günter Stratenwerth, Der agent provocateur, MDR, 12 (1953), S. 720. 转引自陈洪兵著:《共犯论思考》,人民法院出版社 2009 年版,第 10-11 页。

犯罪的本质在于侵犯了法益)而讨论共犯的处罚根据。由于该说仍然疏远了共犯行为与具体法益侵害之间的关联性,同样导致特定犯罪的教唆犯所侵犯法益的暧昧性、抽象性和不明确性。

另一方面,按照违法共犯论的逻辑,在请求或者嘱托杀人的场合,由于违反了“不要诱使他人杀人”的规范,因而应当成立杀人未遂的教唆犯,但这种结论明显不合理,^[11]不仅违背了“自己侵害自己法益不受处罚”的不成文法理,也不符合各国实定法的规定。

(四) 因果共犯论的选择

因果共犯论将介入或者参与了正犯行为而间接地引起了法益侵害这一点作为共犯的处罚根据(也称惹起说)。其中,亲手实施符合构成要件的行为,直接惹起侵犯法益的是直接正犯;通过参与、协力或加功正犯的构成要件行为间接惹起法益侵害的是共犯(教唆、帮助)。^[12] 本文认为,这种以因果性为中心,在指向法益保护的刑法体系中明确了共犯固有的犯罪性和可罚性之因果共犯论,合理地说明了共犯的处罚根据。依据该理论,单独犯是法益侵害的直接惹起类型,共同正犯是法益侵害的共同惹起类型,而教唆犯、帮助犯则是法益侵害的间接惹起类型。下文将详细分析因果共犯论内部三种学说的优缺点,探寻具有理论优势且能解决共犯疑难实务问题的处罚根据理论。

二 因果共犯论内部学说论争及其评析

从学说的发展现状来看,在因果共犯论内部,围绕着共犯的违法性是否不依赖于正犯的违法性而独立存在,以及共犯的违法性与正犯的违法性是否具有绝对连带性的问题,具体又有纯粹惹起说、混合惹起说和修正惹起说的分歧。

(一) 纯粹惹起说及其缺陷

该说主张,共犯之所以受处罚,终究是因自身行为惹起了不法结果而受罚,而与正犯的不法无关。共犯对正犯不具有法规范上的依存性,而仅仅具有在事实上的依存性。^[13] 亦即,正犯行为只不过是作为将共犯和结果连接的事实存在而已,仅仅具有单纯的因果进程的意义,至于正犯行为是否具有构成要件符合性和违法性,则不作要求。对于共犯“应当惹起什么”这一问题,从共犯论视角看,可得出“符合构成要件且违法的事态”的结论。

在德日刑法学界,施米德霍伊泽(Eberhard Schmidhäuser)、吕德森(Klaus Lüderssen)、佐伯千仞、植田重正、葛原力三等是此说的代表。如葛原力三指出,共犯的处罚根据要求从共犯者自身的行为观察法益侵害的结果,除此之外,对从属于正犯的不法的要求已经超出了共犯处罚根据论的范畴。若是这些内容也需要在共犯的处罚根据内部加以说明,就

[11] 参见张明楷著:《刑法学(上)》(第五版),法律出版社2016年版,第407页。

[12] 虽说在不以正犯为前提的意义上,共同正犯是“一次责任”的类型,因而不要求教唆、帮助那样的“从属性”要件。但共同正犯并非“本来的正犯形态”,而是扩张的“正犯形态”,一般归属于广义的共犯类型。在这一意义上,因果共犯论(惹起说)对于共同正犯而言同样也是适用的。参见[日]山口厚著:《刑法总论》(第三版),付立庆译,中国人民大学出版社2018年版,第307页。

[13] 参见[日]丰田兼彦著:《共犯的处罚根据与客观归责》,成文堂2009年版,第15-16页。

脱离了在共犯的自身行为中寻求处罚根据这一前提,而滑入了共犯借受说的泥沼。^[14]

该说的理论归结是肯定“无正犯的共犯”(即便没有正犯的不法,共犯亦能成立),亦即,共犯的成立并不要求正犯具备构成要件符合性,从而否定了从属性的见解。^[15] 依照此见解,在教唆他人自伤,结果他人的确伤害了自己的场合,虽然对于自伤者而言,由于没有惹起“他人伤害”这一符合构成要件的违法结果,因而不构成伤害罪的正犯。但是,从教唆者自身的行为角度看,因其通过仅仅具有单纯的因果进程意义的正犯行为惹起了导致他人自伤的法益侵害结果,因此应成立伤害罪的教唆犯,具有可罚性。

尽管纯粹惹起说承认共犯自身存在固有的犯罪性和可罚性,但是,该说尚存在以下几点疑问。

第一,脱离正犯的不法性来独立地讨论共犯的不法,即便是因正犯欠缺构成要件符合性和违法性,刑法避免介入的场合,如果也要处罚其背后者的共犯,就明显存在问题。因为脱离正犯的法益侵害性而独立地把握共犯的违法性在一定程度上背离了因果共犯论的意旨。

第二,该说有关共犯处罚根据问题的探讨,超出了构成要件这一限定性框架,有违罪刑法定主义。其所强调的共犯独立的不法,由于摆脱了从属性之教条,招致可罚性的无根据扩张,会放弃基于共犯从属性所勾勒的法治国家的轮廓。可以说它所忽视的正是“共犯本质是由正犯的不法决定的,要从正犯的不法中推导出共犯不法”这一本质性要素。^[16]

第三,比如在不具有国家工作人员身份的妻子教唆具有国家工作人员身份的丈夫受贿的场合,由于受贿罪中国家工作人员的身份属于构成要件身份,和违法性的认定相关联,而妻子因欠缺该身份,故不能仅凭自己的行为充足构成要件的不法,即欠缺共犯独立的违法性。依照纯粹惹起说所坚持的将共犯的不法与正犯的不法完全分离、加以独立判断的逻辑,就等于否定了真正身份犯之共犯的可罚性。但是,真正身份犯之共犯具有可罚性这一点为各国刑法立法或理论所承认。因而,不得不认为,共犯的违法性不能脱离正犯的违法性而独立存在。即,所具有的构造应是,正犯的不法要素在法律上支持着共犯的处罚,共犯从属性并不纯粹是事实的依存性。^[17]

第四,该说仅仅将正犯行为看作共犯和结果链接的事实存在,而忽视共犯不法对正犯符合构成要件的违法行为的依存性。如果彻底贯彻这一理论,可能连最小从属性都要否定,从而会破坏法治原则。在具体问题的归结上,会导致参与他人的适法行为也要成立共犯的结论。例如,甲攻击乙,乙的朋友丙鼓励乙反击,结果致使甲受重伤。如果脱离乙的行为之正当性而独立考察丙惹起了“甲重伤”结果这一事实本身,则会得出丙成立伤害罪的共犯之结论,这不仅和现行法上关于“教唆犯是教唆他人犯罪”的规定不符,也不符合一般人的观念。

[14] 参见[日]葛原力三:《共犯的处罚根据和处罚界限(下)》,《法学教室》2004年第3期,第68页以下。

[15] 参见[日]山口厚著:《刑法总论》(第三版),付立庆译,中国人民大学出版社2018年版,第310页。

[16] 参见[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121页。

[17] 参见[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121页。

(二)修正惹起说和混合惹起说之对立与取舍

纯粹惹起说的出发点是坚持对共犯不法评价的完全独立性,而修正惹起说则认为,作为参与正犯行为、间接引起法益侵害类型的共犯,是通过正犯的实行行为惹起了符合构成要件的违法结果。亦即共犯的违法性是以正犯行为的违法性为基础,共犯是否违法,取决于正犯是否违法,即承认共犯违法对正犯违法的从属性。^[18]同时,该说基于“不限定对象的规范”之主张,拒绝因人而异地对违法性作不同的评价,如果一方的行为被评价为违法,另一方也不能例外。^[19]对于“共犯必须引起什么”这一有关共犯处罚根据的问题,正犯行为需要造成“符合构成要件且违法的事态”。

修正惹起说的归结是“违法的连带性”,不仅否定“无正犯的共犯”,而且否定“无共犯的正犯”。例如,在幼女甲引诱成年男子乙与其发生性交行为的场合,基于幼女无性的同意能力,男子的行为具有违法性。如若乙明知甲是幼女,则对乙应以强奸罪的正犯定罪处罚。根据修正惹起说所主张的违法连带性的原理,共犯的违法性不具有独立于正犯违法性进行评价的余地,正犯违法,共犯亦当然地违法。所以,幼女甲的行为具有违法性。^[20]

混合惹起说基于对纯粹惹起说和修正惹起说的修正而主张,共犯之所以要受处罚,是因为惹起了从共犯与正犯双方来看,都可以认为具备构成要件符合性、违法性的事态。从国内外学界关于共犯处罚根据的讨论情况来看,混合惹起说目前是多数说,日本学者山口厚、松原芳博及我国学者张明楷、周光权、陈洪兵、张开骏等都主张此说。^[21]

该说核心观点可以归结为两点。一是否定“无正犯的共犯”(如若不存在正犯的不法,就不存在共犯的不法)。这是因为,单凭共犯实施的教唆或帮助行为,不可能惹起侵犯法益的结果,而必须通过参与正犯的构成要件行为才能惹起侵犯法益的结果。因而,共犯的不法以正犯的不法为基础,即具有从属于正犯不法的部分。反映在要素从属性问题上,混合惹起说坚持的是限制从属性的立场。二是消极、例外地承认“无共犯的正犯”(即便存在正犯的不法,共犯也可能不违法)。混合惹起说虽以正犯行为的违法性作为共犯成立的必要条件(肯定共犯对正犯的违法从属性),但并非意味着只要正犯违法,共犯就一定违法(正犯违法并非共犯成立的充分条件)。例外的是,在正犯惹起的违法结果对共犯来说不属于符合构成要件的违法结果时,或者说正犯侵犯的法益对共犯来说不能被评价为具有法益侵害的性质时,共犯的行为就不具有违法性。由此,对于共犯而言,有必要

[18] 参见[日]曾根威彦著:《刑法总论》(第四版),成文堂2008年版,第245页。我国学者黎宏、杨金彪、周啸天等支持修正惹起说。详见黎宏著:《刑法学总论》(第二版),法律出版社2016年版,第259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94页以下;周啸天著:《共犯与身份论的重构和应用》,法律出版社2017年版,第235页。

[19] 参见[日]曾根威彦著:《刑法总论》(第四版),成文堂2008年版,第244页。

[20] 但主张修正惹起说的论者同时认为,考虑到幼女甲自己是被害人这一点,使得其行为的违法性降低,因而不可罚。

[21] 参见[日]山口厚著:《刑法总论》(第三版),付立庆译,中国人民大学出版社2018年版,第312-313页;[日]松原芳博著:《刑法总论重要问题》,王昭武译,中国政法大学出版社2014年版,第310页;张明楷著:《刑法学(上)》(第五版),法律出版社2016年版,第407页;周光权著:《刑法总论》(第三版),中国人民大学出版社2016年版,第339-340页;陈洪兵著:《共犯论思考》,人民法院出版社2009年版,第21-25页;张开骏著:《共犯从属性研究》,法律出版社2015年版,第195-197页。

惹起的不仅仅是正犯的违法结果,同时也要惹起对于共犯而言也是违法的结果。

在共犯的处罚根据上,两种学说均立足于共犯是通过正犯的符合构成要件行为而惹起法益的侵害结果这一点来讨论,并且都坚持限制从属性原理,这相较于离开构成要件的框架而论及共犯的处罚根据之纯粹惹起说,无疑具有妥当性。但是,法益的可保护性、可否将法益侵害结果归责于某参与人以及利益衡量中是否有反对利益的存在等问题,会根据各参与者与法益之间的关系、行为状况而不同。^[22]一般而言,作为参与正犯的不法行为之共犯者,其不法具有对正犯不法的连带性。如果正犯的行为具有违法性,共犯亦不违法。但是,例外的是,法益主体对自己造成的法益损害不可能具有违法性,而法益主体完全可能与他人共同造成对自己的法益损害,此种情况下,各参与者之间的违法性可能具有相对性(亦即,违法的连带性并非绝对的)。^[23]进一步说,根据应从其自身行为和法益侵害结果之间的关系来寻找共犯的处罚根据这一点出发,当被正犯侵犯的法益(对于正犯来说是需要保护的利益),于共犯而言属于缺乏刑法保护必要性或者说不能被评价为具有法益侵害的性质时(如共犯本身是该法益的主体),共犯的违法性应例外地被否定,因而也就不存在受罚的根据。

依笔者之见,坚持“违法相对性”的混合惹起说更为合理。之所以要处罚共犯,归根结底还是因为共犯通过参与正犯的违法行为惹起了法益侵害的结果。如果脱离了正犯的违法行为,单凭共犯行为自身不可能惹起法益侵害的结果,从而共犯也就不能成立。在此意义上,承认共犯的行为以正犯行为符合构成要件且违法为前提的限制从属性说是妥当的。但是,在法益侵害这一点上,相对于正犯而言,共犯可能存在不同的评价,因为完全存在对于正犯来说是需要保护的利益,但对于共犯来说可能不存在需要保护的利益。如在前述的幼女引诱他人与自己发生性行为的场合,由于刑法中关于强奸罪的规范旨在规制他人侵害被害人的性自主权或身心健康的行为,而并非规制因自己的行为而造成的对自己利益的侵害。因而,从规范的层面来评价,其虽是被害人,但同时又是引起自己法益被侵害的教唆者,本质上属于“自己侵害了自己的利益”,而非对他人利益的侵害,亦即,对该幼女而言,未能惹起符合强奸罪的构成要件之违法结果。此种情况下,将自己被强奸的后果归责于幼女并评价为违法,不能不说是一种奇怪的逻辑,违背了“自己侵害自己的法益不违法”的法理。^[24]

基于上述分析,作为狭义共犯之教唆犯和帮助犯,自身存在固有的犯罪性和可罚性。至于其犯罪性和可罚性的根据或者内容,则在于其通过参与、协力或加功正犯的违法行为而间接地惹起法益的侵害或者危害结果这一点。所以,在理论归结上,一方面,共犯的违法性原则上连带于并从属于正犯的违法性。这种将共犯的违法性求之于“正犯实施的符合构成要件的违法行为”的见解,坚持了构成要件基准,维护了罪刑法定主义和从属性原理。另一方面,共犯的不法也要立足于共犯行为与法益侵害结果之间的关系来判断。如

[22] 参见[日]松原芳博著:《刑法总论重要问题》,王昭武译,中国政法大学出版社2014年版,第310页。

[23] 参见张明楷著:《刑法学(上)》(第五版),法律出版社2016年版,第408页。

[24] 当然,从责任的角度来看,该幼女因未达法定责任年龄而不可能对强奸的教唆行为承担责任。但由于对该幼女行为的评价在违法阶层就作出了不违法的结论,因而也就无需进入责任阶层加以评价。

果共犯的行为虽然违法,但对共犯而言存在违法阻却事由时,共犯的违法性也就例外地被否定。所以,在共犯的处罚根据问题上,混合惹起说是合理的。

值得一提的是,承认共犯的违法性对正犯的从属及其原则上的连带,并不意味着承认责任的从属或者连带。这是因为,责任是对实施符合构成要件的违法行为的行为人的非难,其有无及轻重程度应根据行为人的各自情况(如责任年龄、责任能力、故意或过失及合法行为期待可能性、违法性认识可能性)加以判断。比如犯罪的人在犯罪以后教唆他人对自己实施窝藏、包庇等妨害司法行为的,虽然被教唆的他人构成窝藏、包庇罪,但是,对于作为教唆者的犯罪人本人而言,因存在缺乏合法行为的期待可能性这一超法规的责任阻却事由,因而不承担刑事责任。^[25]

三 对共犯处罚根据新学说的回应

(一)对“新混合惹起说”的批判性回应

有论者基于正面承认“违法的相对性”和最小从属性说的见解,对共犯处罚根据问题进行了重新思考,并提出了新混合惹起说,其认为,在承认混合惹起说基本正确的同时,还有必要对其内容进行修正。根据个人责任原则,要成立共犯,无疑应该要求教唆行为或者帮助行为通过正犯行为引起的结果对共犯本身而言也具有违法性。此外,按照最小从属性说,要成立共犯,正犯行为只要可以被评价为实行行为即可,而无需具有违法性;况且,共犯之所以受到处罚,不是因为其参与了他人的不被允许的行为(违法行为),而是因为其不被允许地(违法地)参与了他人的行为。因此,以最小从属性说作为理论基础的新混合惹起说的基本立场是:共犯的处罚根据在于,引起了对共犯本身而言能够符合构成要件且违法的结果,并且,对正犯而言,该结果也属于构成要件的结果。也就是说,新混合惹起说要求共犯行为具有违法性,而不要求正犯行为具有违法性。^[26]

为进一步论证新混合惹起说的合理性,该论者侧重从以下两个角度进行了分析。第一,在故意制造利益冲突状态的场合,即使正犯阻却违法,共犯亦可能违法。例如,X出于借Z之手除掉Y的目的,先唆使Y去杀Z,同时又唆使不知情的Z利用正当防卫杀死了Y。此种场合,Z构成正当防卫。但对于X来说,Y与Z的利益原本不会,也不应该陷入对立冲突状态,但是X却人为地使之陷入对立的状态,并且,X还有意识地影响着这种冲突的走向,因而,不能将Z的违法阻却事由朝着有利于X的方向援用,只要X自身的行为不存在特别的违法阻却事由,就应被评价为X违法地实施了“教唆”行为。所以,我们不能认为,正犯行为的违法阻却事由“天经地义”地连带作用于共犯,因而共犯也“理所当然”地阻却违法;而是应该正面承认违法评价的相对性(包括“违法阻却判断的相对性”)。第二,在帮助他人实施网络犯罪的场合,正犯行为虽不具有违法性,但帮助者的行为具有违法性,因而可以成立共犯。具体来说,帮助行为很多时候表现为“一对多”甚至“多对

[25] 参见钱叶六:《妨害司法犯罪之共犯罪责的认定》,《法学》2015年第7期,第19-20页。

[26] 参见王昭武:《共犯处罚根据论的反思与修正:新混合惹起说的提倡》,《中国法学》2020年第2期,第249-250页。

多”的样态,一个帮助行为人或者多个帮助行为人往往针对多个相同甚至不相同的犯罪行为或者一般违法行为提供帮助。这样的正犯行为虽然是实行行为,但不具有违法性,帮助行为的社会危害性远超正犯行为的现象成为常态。这样一来,若仍然固守限制从属性说以及以此作为理论基础的混合惹起说,要求处罚共犯时以正犯行为具有违法行为为前提,则很多时候就无法处罚此类帮助行为人,在司法实践中势必面临新型网络犯罪的人罪困境,进而招致传统共犯理论已经无法有效应对此类犯罪的批判。^[27]

本文也认为,共犯处罚根据在于引起了对共犯而言也必须是能够符合构成要件且违法的结果。所以,在正犯实施了符合构成要件的违法行为时,只要共犯没有违法阻却事由,就必须肯定共犯的行为也是违法的。换言之,如果正犯侵犯的法益,对于教唆者、帮助者而言并非受刑法保护的法益(共犯具有违法阻却事由),则只有正犯的行为成立犯罪,教唆者、帮助者的行为不成立犯罪。^[28]在此意义上说,违法的连带性不是绝对的,亦即,应当承认违法的相对性。但是,这并非意味着共犯违法性的评价可以独立于正犯,处罚共犯不要求正犯行为违法。

第一,从教义学上来分析,教唆犯是指教唆他人使之实行“犯罪”。这里的犯罪虽不以“有责性”为必要,但显然不能说连“违法性”也不需要。因为,犯罪从形式上看是触犯了刑法规定的行为,从实质上看是侵犯了法益的行为。但凡能够被评价或者解释为“犯罪”的,一定是为刑法所负面评价,并为刑法所禁止、反对的行为。因此,在被教唆者实施的行为不具有违法性时,显然不能认为是在教唆他人实行“犯罪”。

第二,与单独犯罪一样,共同犯罪的本质也是侵犯法益。单独正犯是直接引起法益侵害的犯罪类型,共同正犯是共同引起法益侵害的类型,间接正犯是通过支配他人的行为引起法益侵害的犯罪类型,教唆犯与帮助犯则是间接引起侵害法益的犯罪类型。换言之,共犯的处罚根据在于,共犯藉由正犯者的符合构成要件之违法行为间接地侵害了法益,即处罚共犯者,是因为其诱使、促成了正犯直接造成法益侵害。显而易见,教唆、帮助他人实施合法行为的,无论如何都不能说是通过他人间接地侵害了法益。所以,“正犯”必须实施了符合构成要件的违法行为,否则,不能处罚教唆者与帮助者。^[29]共犯的违法性始终是以正犯的犯行具有违法性为前提。^[30]

第三,对于前述的“制造利益冲突状态”的情形,如果将“刑法学中的原因自由行为系关于判断责任的理论类推”这种视角适用于违法性判断问题,可称之为“原因上的违法行为”。具体言之,从Z对因挑拨引起的Y的攻击之防卫行为(结果行为)来看,是合法的。但对于X制造利益冲突的行为(原因行为)而言,因其并非单纯地对他人的正当防卫行为的参与,而是人为地使得原本不存在任何利益冲突的Y和Z之利益陷入了对立状态,并有意识地主导着这种冲突的走向,制造了法益侵害的结果,因而难说合法。但是,由于教唆、帮助是为正犯行为加功的“二次责任类型”,在正犯阻却了违法性从而刑法的介入无

[27] 参见王昭武:《共犯处罚根据论的反思与修正:新混合惹起说的提倡》,《中国法学》2020年第2期,第239页以下。

[28] 参见张明楷著:《刑法学(上)》(第五版),法律出版社2016年版,第407-408页。

[29] 参见张明楷著:《刑法学(上)》(第五版),法律出版社2016年版,第407页。

[30] 参见[韩]金日秀、徐辅鹤著:《韩国刑法总论》,郑军男译,武汉大学出版社2008年版,第560页。

从正当化的场合,追究针对为正犯行为加功的“二次责任”亦无从正当化,此种情况下不成立共犯(教唆、帮助)。^[31] 一体地考察利益冲突制造者 X 基于杀死 Y 的故意(对 Y 和 Z 都隐瞒了这一点)而先后实施的“教唆 Y 攻击 Z,使得 Y 陷入危险状态”和“让 Z 做好准备以反击 Y 并杀死 Y”的两个行为,似乎可以这样评价:对 Y 而言,具有使其自陷风险的性质,而对 Z 而言,则具有通过利用其不知情的“防卫行为”而促成该风险实现的目的,且由于 Z 是“有备而来”,据此可以肯定 X 行为的正犯性。^[32] 在性质上, X 属于“利用合法行为的间接正犯”,而非属于“对合法行为的教唆”。^[33] 所以,“制造利益冲突”的事例不能为最小从属性说及在该学说基础上形成的新混合惹起说提供理论根据。

第四,在“一对多”“多对多”的网络犯罪场合,认为这里的正犯行为未达到值得刑罚处罚程度的违法性不存在问题,但如果主张正犯行为不具备违法性,并依据这一点而转向支持最小从属性说,不免让人感到奇怪。的确,此种情况下,就指向的众多正犯来说,分别地观察,可能其违法结果均未达到值得刑罚处罚的程度,但整体地考察,则已经达到了值得刑法处罚的程度,由此让共犯对其参与行为所引起的结果负责,这原本就是因果关系的应有之义,也和行为共同说的基本要义相契合。具体言之,从行为共同说角度,共犯是一种方法类型,二个以上的参与人不是共同实施同一个犯罪,而是各自为了实现自己的犯罪目的而利用他人行为的犯罪类型。^[34] 换言之,共犯在本质上是通过利用他人的行为间接地惹起法益侵害的结果,以实现自己的犯罪意图。就背后的根据来说在于因果性,亦即,共犯之所以要受处罚,在于共犯通过对正犯行为的参与或者加功,对正犯行为提供物理的或者心理的因果性,从而对犯罪结果提供间接的因果力,实现自己的犯罪。因此,对于共犯的评价,应立足于共犯人对正犯行为及其惹起结果的因果性,从被评价的共犯人自身出发。^[35] 在“一对多”“多对多”的网络犯罪场合,作为参与人,由于其对每个直接行为人的行为及其惹起的结果均具有协力、加功作用,即其间存在因果性,故而应将所有被协力、加功的行为人惹起的结果归责于该参与人。如此看来,即使所协力、加功的直接行为人的违法行为惹起的结果未达到可罚的程度,但是,对于背后的参与人来说,因其要对所有直接行为人的结果负责,因此,只要众多直接行为人的违法结果累加起来达到值得处罚程度的违法性,其作为共犯便具备了可罚性。所以,在“一对多”“多对多”的网络犯罪场合,并非是“共犯的成立无需正犯行为具有违法性”,相反地,正犯的成立要求其所教唆、协力或者加工的正犯行为具有违法性,只不过例外地承认无需要求各个正犯的行为都必须达到可罚的违法性程度。很显然,与其说是对限制从属性说的抛弃而转向支持最小从属性说,毋宁说是对传统意义上的限制从属性说所做的一点修正。显而易见,这一观点修正符合因果共犯论的基本意旨。

[31] 参见[日]山口厚著:《刑法总论》(第三版),付立庆译,中国人民大学出版社2018年版,第357页。

[32] 参见[日]小林宪太郎著:《刑法总论》,新世社2014年版,第56-57页。

[33] 就 X 对 Y 的教唆而言,应成立故意杀人罪的教唆。结合对 Z 的合法行为的利用这一点来考察, X 应构成对 Y 故意杀人之教唆犯和对 Z 故意杀人之间接正犯的竞合,应择一重罪处断。

[34] 参见黎宏著:《刑法总论问题思考》(第二版),中国人民大学出版社2016年版,第415页。

[35] 参见姚培培:《承继共犯论的展开》,《刑事法评论》2017年第1期,第132-133页。

(二)对改良的纯粹惹起说的批判性回应

值得关注的是,有学者在全面批判修正惹起说和混合惹起说的基础上,表达了对纯粹惹起说的支持,但同时对该学说做了一定的改良,提出了所谓的“改良的纯粹惹起说”。其指出,一方面,纯粹惹起说并非主张共犯凭借自己的行为就能侵害法益,而是对正犯的实行行为具有依存性。所谓共犯是否侵害法益应根据自身情况进行判断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。换言之,虽然共犯具有独立的法益侵害性,但共犯对正犯仍然具有事实上的“依存性”。另一方面,共犯的违法性应严格受到构成要件的制约,即共犯的成立应接受法定构成要件的限制,也即共犯的未遂或犯罪既遂,不仅在事实上借助正犯行为,而且该正犯行为还必须是该当构成要件的行为。即,共犯在形式上还是应当从属于正犯符合分则构成要件的客观行为。^[36]

应当认为,改良的纯粹惹起说关于共犯行为对正犯构成要件行为具有从属性的主张符合因果共犯论的意旨,有其妥当性。但该说有关共犯具有脱离正犯的违法行为而确定共犯的违法性,以及立足于此所得出的有关参与自杀、制造利益冲突的解释结论,则值得商榷。

第一,共犯具有的违法性不只是价值层面的,更多的是事实层面的。如前所述,共犯虽未直接实施实行行为,但其通过介入或者参与正犯的实行行为惹起违法结果,即对正犯行为提供物理的或者心理的因果性,从而对犯罪结果提供间接的因果力,实现自己的犯罪,这一点正是共犯自身行为具有违法性的存在根据。但很显然,这种共犯的违法性并非只在价值层面,而相反更多的是事实层面上的问题。即共犯在事实上、客观上依赖并通过参与正犯的违法行为,间接地实现对法益的侵害,这正是“共犯行为的违法性以正犯的行为具有违法性为前提”之混合惹起说的基本要义。只是需要注意的是,承认共犯行为具有自身的违法性和共犯行为的违法性以正犯行为具有违法性为前提这一点并不矛盾,前者是指由于共犯对违法结果具有贡献,即和正犯的行为及其惹起的结果之间具有因果性,因而具有违法性;后者是指共犯对违法结果的贡献是藉由正犯的违法行为而间接实现的。简言之,共犯行为不与正犯实施的符合构成要件、违法行为相结合,不可能实现共犯行为自身的违法性。

第二,承认“无正犯的共犯”的解释结论不具有教义学上的根据。在解释论上,改良的纯粹惹起说和混合惹起说的最大区别就在于承认“无正犯的共犯”,亦即承认“即使正犯行为不违法,共犯亦可能违法”,但是,共犯系由刑法规定并受到严厉否定评价的犯罪类型,其中教唆犯是教唆他人使之实行犯罪,帮助犯是帮助他人犯罪。显而易见,这里的“罪”虽不要求有责性,但必须要求具有违法性。

第三,行为共同说不能为改良的纯粹惹起说提供理论根据。主张改良的纯粹惹起说的论者认为,共同犯罪中的“共同”是构成要件行为的共同,只要共同者实施了符合构成要件的行为,即可成立共同犯罪。立足于这一点,论者进一步认为,之所以处罚共犯,也是

[36] 参见秦雪娜:《共犯处罚根据的全新定位——改良的纯粹惹起说之提倡》,《环球法律评论》2015年第5期,第86-87页。

因为其通过正犯该当构成要件的行为,实现了自己的罪责。但是,这种根本否认违法连带性,以致肯定“无正犯的共犯”的观点不仅违背了罪刑法定原则,而且,如果将之贯彻到底,容易导致支持最小从属性说的结论。本文认为,“共同犯罪是不法形态”,^[37]所谓的“行为共同”,是指违法事实的共同,而不只是构成要件行为的共同,对于共同实施不具有违法性行为的参与者,不可能成立共同犯罪。同时,基于共犯行为不可能独立地实现法益侵害,因此脱离了正犯的违法行为,共犯也不可能成立。所以,行为共同说并不能印证纯粹惹起说的合理性。

第四,在参与自杀的处理上,改良的纯粹惹起说亦不能提供令人信服的解释。一方面,论者认为,自杀行为具有合法性,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。且不说自杀行为是否真的合法,但是,既然是主张改良的纯粹惹起说,承认共犯的违法性应受“构成要件行为的限制”,那么,如果认为自杀行为合法,即不具有杀人罪的构成要件符合性之违法性,在解释论上就应得出教唆或帮助自杀不可能违法的结论。可见,论者的立论前提和结论在逻辑上已表现出不一致。在这个问题上,笔者主张,基于家长主义的原理,反而应承认自杀行为具有违法性,只是存在自杀者自己决定的因素因而违法性降低,未达到值得刑罚处罚的程度,因而不予处罚。但是,对于自杀的教唆或者帮助者则有必要处罚。

第五,对于制造利益冲突的情形,改良的纯粹惹起说认为,背后的利用者不能作为间接正犯加以处罚,因而只有作为共犯加以处罚,才不至于出现处罚的漏洞。但如果一体地考察背后的利益冲突制造者的行为性质,完全有承认制造利益冲突者成立间接正犯的余地,但这并非承认“对合法行为的教唆”,而是“利用合法行为的间接正犯”。

四 混合惹起说在特殊犯罪参与类型中的运用

(一)失败的教唆与无效的教唆

失败的教唆,亦称教唆行为的失败,是指教唆他人犯罪,但被教唆人拒绝接受教唆的情形,即被教唆人根本没有接受教唆,因而未产生犯意。无效的教唆则是指被教唆人虽然当时接受了教唆人的教唆,但随后又打消了犯罪意念,并未进行任何犯罪活动。我国刑法通说在解释《刑法》第 29 条第 2 款关于“如果被教唆人未犯被教唆的罪”(一般称“教唆未遂”)的规定时,包括了上述两种情形。^[38]易言之,对于失败的教唆和无效的教唆中的教唆者,都应认定为教唆犯,只是依法可以从轻或者减轻处罚。但是,这种解释结论值得商榷。

第一,根据本文认同的“混合惹起说”的立场,共犯的不法应以正犯的不法行为为基础且不能脱离正犯的不法而独立存在,所以,尽管教唆人实施了教唆行为,但是,如果被教唆人根本上未因教唆人的教唆而产生犯意,或者虽然产生了犯意,但后来又放弃了犯意,

[37] 张明楷著:《刑法学(上)》(第五版),法律出版社 2016 年版,第 393 页。

[38] 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第七版),北京大学出版社、高等教育出版社 2016 年版,第 179 页。

而未进一步地进行任何犯罪活动时,因欠缺正犯的不法行为,也就不能认定教唆者成立教唆犯并予以刑罚处罚。

第二,如果认为教唆犯具有独立的违法性,在被教唆人没有实施被教唆的行为的情况下也要处罚教唆犯,就会和《刑法》第29条第1款的规定发生冲突。因为,根据《刑法》第29条第1款的规定,教唆犯的处罚是按照其在共同犯罪中的作用进行的,但在被教唆人没有接受教唆或者虽然接受了教唆但未进行任何犯罪活动时,怎么会有作为对教唆者处罚的参照标准的共同犯罪呢?这种时候,只能根据其在虚拟的共同犯罪中的作用加以处罚。^[39]

第三,脱离正犯的不法而论及共犯违法性独立存在的见解,在很大程度上是主观主义刑法立场在教义学上的具体体现。如将这种解释论应用到实践中,难免会不当地扩张教唆犯的处罚范围,有违刑法谦抑性的原则。

基于上述讨论,关于《刑法》第29条第2款规定的“被教唆人未犯被教唆之罪”的理解,本文赞同如下解释结论:这里的“罪”应被解释为“既遂之罪”。所以,“被教唆人未犯被教唆的罪”应被理解为“被教唆人未犯被教唆的既遂之罪”,具体是指,被教唆人着手实行犯罪后由于意志以外的原因未得逞(未遂)或者自动放弃犯罪或有效地防止结果发生(中止)的,可以从轻或者减轻处罚。^[40]

(二) 正犯错误地侵犯了共犯利益

所谓正犯错误地侵犯了共犯利益,是指教唆者教唆正犯侵犯他人利益,正犯却错误地侵犯了教唆人利益的情形。例如,张某和同寝室的女生发生矛盾,怀恨在心,便将该女生的照片发给网上认识的流氓陈某,指使其晚上偷偷潜入她们的寝室强奸该女生,并打给对方1万元。结果半夜的时候,该女生因腹痛去了校园诊所。陈某半夜爬进寝室后,发现室内只有一名女生(实际为张某),误以为是张某的室友而实施了强奸。此种场合,对于陈某而言,属于对象的认识错误。由于作为被害人的张某不存在放弃性自主权之法益的承诺,因而,这种对对象的认识错误不影响陈某行为的违法性,应认定其构成强奸罪的既遂。但是,对于张某本人而言,既是教唆者,又是被害人,其教唆行为虽然客观上引起了他人对自己法益的侵害后果,但该结果对其本人而言,不属于符合构成要件的违法结果,在规范层面上可以评价为“自己侵害了自己的利益”。根据混合惹起说的主张,正犯的违法性虽然一般连带作用于共犯,但在正犯侵犯的法益,对于共犯而言属于缺乏刑法保护必要性或者不具有法益侵害的性质时,共犯的违法性应例外地被否定,性质上属于超法规的违法阻却事由。所以,张某不能构成对陈某强奸自己的教唆犯。但考虑到张某唆使陈某强奸室友,陈某并为之进行了预备,可以认定张某构成强奸犯的预备(教唆)。

(三) 教唆他人自我损害和嘱托他人损害自己利益

在现代社会中,公民的自己决定权应获得最大限度的尊重。反映在刑法领域,就表现

[39] 参见黎宏著:《刑法学总论》(第二版),法律出版社2016年版,第297页。

[40] 参见张明楷著:《刑法学(上)》(第五版),法律出版社2016年版,第412页;黎宏著:《刑法学总论》(第二版),法律出版社2016年版,第297页。

在法益主体自主地享有对自己的身体完整性、人格名誉、人身自由、住宅安宁、财产、性自主权等法益进行自我决定的权利或自由。因此,对于权利人进行的自我利益的侵害或者同意他人对自己利益的侵害,都应否定其违法性的存在。基于这一法理,以教唆他人自我伤害和嘱托他人伤害自己为例,就教唆者(嘱托者)和被教唆者(受托者)的行为性质分别加以考察。

在教唆他人自我伤害的场合,由于自己伤害自己的行为属于法益主体对自身的伤害,而非伤害他人,因而不符合我国《刑法》关于“伤害他人”的构成要件规定,没有侵害刑法关于故意伤害罪所要保护的法益,不具有违法性。根据混合惹起说,既然不存在正犯的不法,也就不存在共犯的不法,从而不应认定教唆者构成故意伤害罪的教唆犯。

在嘱托他人伤害自己的场合,根据“得承诺不违法”的原理,受托实施伤害的正犯者不具有违法性。^[41]至于嘱托者的嘱托行为,性质上系法益主体基于自己的自由意志处分自己的法益,阻却违法性(超法规的违法阻却事由)。然而,值得注意的是,如果法益主体是为了达到某种犯罪目的而对伤害进行同意时,有成立相关犯罪的余地。如甲为骗取意外伤害保险赔偿金而请求乙伤害自己,后甲去保险公司申请理赔,骗取了保险金,此种情形下,虽然乙对于造成甲的伤害因存在甲事先的同意而阻却违法性,因而不能评价为故意伤害罪的正犯,基于“不存在正犯的不法,共犯亦不违法”的基本原理,甲也不构成故意伤害罪的教唆犯。然而,对于二人共同实施骗取保险金的行为,应认定成立保险诈骗罪的共同犯罪。

但是,在涉及生命这一特殊法益的问题上,有必要作例外的分析。众所周知,生命是一切价值、权利和人性尊严的本源和物质载体,具有不可重现性和无替代性的特点,生命的自我了断和同意他人的伤害意味着是对自由和自由权主体的彻底毁灭,是对包括自己决定权在内的一切价值、权利和自由的永久剥夺。在此意义上,以法益主体享有自己决定权为根据允许公民自由地处分作为决定权基础的生命,本身就与刑法保护法益主体的自己决定权这一最高法益的宗旨相矛盾。^[42]所以,尽管认为“自己侵害自己的利益不违法”或者“得承诺不违法”,但这只不过是一般性的原则而已。在生命法益的保护上,有必要坚持消极的、极为例外的家长主义态度,即便对法益主体的生命保护违反了其本人的真实意思,国家也要予以保护。^[43]

基于上述讨论,自己处分自己生命法益(自杀)的行为例外地具有违法性。在教唆他人自杀但未遂的场合,考虑到自杀未遂者一方面是行为人,另一方面又是被害人,存在被

[41] 但是,假若嘱托他人实施的是有生命危险的重大伤害行为,受托者也明知有造成嘱托者死亡的危险而仍然实施,结果也造成了被害人的死亡,此种情况下,不属于对伤害的同意,而是对杀人的同意。对此,基于后文所述的“法益主体对自己生命法益不具有自己决定的权利,因而其同意无效”的法理,受托者的杀人违法性不能被阻却,对其应按照故意杀人罪的正犯定罪处罚。对于嘱托者,虽是正犯杀人的参与者,但同时又是被害人,存在自主决定侵害自己的因素,因而使其违法性降低而达不到刑罚处罚的程度。

[42] 参见黎宏著:《刑法学各论》(第二版),法律出版社2016年版,第214页;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。

[43] 作为原则,刑法禁止对他人法益的侵犯,而不禁止对自己利益的侵犯。但是,在没有侵害他人,而侵害本人的场合,为了保护该本人的利益,国家也要例外地对其进行干涉,此即所谓的“家长主义”。参见[日]曾根威彦著:《刑法学基础》,黎宏译,法律出版社2005年版,第32页。家长主义的核心要义是为了保护行为人利益而对行为人自由的限制。

害人同意而降低社会危害性的情形,使自杀行为没有达到可罚的程度,因此对于自杀未遂行为最终也难以作为犯罪处理。^[44] 然而,教唆他人自杀是否定、干预他人生命的行为,基于保护他人生命的绝对性价值的考虑,应认定教唆者成立故意杀人罪的教唆犯;在嘱托杀人的场合,同样基于对法益主体生命予以厚重保护和例外承认“家长主义”的立场,法益主体对放弃生命的承诺不具有有效性,故而受嘱托者成立故意杀人罪的正犯,而作为嘱托者之法益主体的可罚性问题,在教义学上可以作上述同样的思考。析言之,嘱托杀人中的被害人,作为正犯(受托者)杀人的参与者,其违法性虽然连带于正犯,但考虑到其同时又是被害人,存在自主决定侵害自己的因素,因而使其违法性降低而达不到刑罚处罚的程度。^[45]

五 结 论

综上,狭义的共犯作为犯罪参与的类型而被规定为刑罚扩张事由,其何以要受处罚无疑共犯论中的基础性、本源性问题。本文的探讨主要立足行为主义和法益侵害说的立场展开,有以下几点结论。

首先,作为狭义共犯之教唆犯和帮助犯,自身存在固有的犯罪性和可罚性。共犯自身的犯罪性和可罚性,应立足于因果共犯论和法益侵害说这一点来分析,亦即,共犯之所以要受处罚,在于通过介入、参与或者协力正犯符合构成要件的违法行为而间接地惹起了法益侵害的结果。

其次,能够成为刑法上的犯罪参与类型并给予否定性评价和谴责的共犯,首先必须是参与了他人的“违法行为”,或者说教唆或者帮助他人实施了“违法行为”。教唆或者帮助他人实施“合法行为”的,显然不能认为是教唆或帮助他人实施“犯罪”。所以,共犯的成立应以正犯行为具备违法性为前提。如若正犯不违法,共犯也就不违法(限制从属性说)。但是,在制造利益冲突的情况下,基于间接正犯的“正犯性”应予优先判断的原理,有承认利益冲突的制造者成立“利用合法行为之间接正犯”的余地;其次,必须是“违法地”参与了他人的违法行为,共犯虽然参与了他人的违法行为,但如果其参与的他人违法行为所侵犯的法益对参与者自己来说不受刑法保护或者对共犯而言不能被评价为具有法益侵害性质的话,作为参与者则例外地不违法。由此,在坚持限制从属性说的前提下例外地承认共犯阻却违法的混合惹起说是妥当的。

再次,根据混合惹起说,共犯之所以受罚,必须是违法地参与他人的违法行为,惹起了侵犯法益的后果。但在失败教唆、无效教唆的场合,由于被教唆人未因教唆产生犯意或者

[44] 参见黎宏著:《刑法学各论》(第二版),法律出版社2016年版,第217页。

[45] 但是,学理上也有观点认为,杀人罪的对象是他人,而不包括自己,被害人的生命法益不属于杀人罪保护的法益。所以,侵害自己生命法益的行为不违法。有基于此,在嘱托杀人的场合,虽然对于受嘱托者即正犯而言,侵害了受法律保护的他人生命,但作为被害人的嘱托者而言,由于缺乏受保护的法益,或者没有引起符合构成要件的违法事态,不成立杀人罪的教唆。而在教唆自杀的场合,由于正犯的行为不具有杀人罪的构成要件符合性和违法性,因而,教唆他人自杀的行为不具有违法性。参见陈洪兵著:《共犯论思考》,人民法院出版社2009年版,第33-34页。

虽产生犯意但未进行任何犯罪活动(不存在正犯的不法),因而也就没有处罚教唆者的必要。

复次,自己侵害自己的利益不违法,即便是基于自己的意志而造成了对自己利益的侵害,一般都不能将自己被侵害的结果归责于被害人并评价为违法,性质上属于超规范的违法阻却事由。所以,在嘱托正犯侵犯共犯利益或者教唆、帮助正犯侵害正犯自身法益,或者说正犯错误地侵犯了共犯利益的场合,在规范层面上可以评价为“自己侵害了自己利益”,视情形以“因正犯得承诺不违法,因而共犯不违法”、“正犯自己侵害了自己利益不能被评价违法,因而共犯不违法”或者混合惹起说所主张的“正犯虽然违法,但于共犯而言没有惹起违法结果”为由,承认共犯的违法阻却。

最后,为实现对生命权的保护,应例外地承认违背被害人意思而保护其生命的“家长主义”的立场,即否认法益主体对自己的生命享有自决权。因而,在教唆他人自杀和嘱托杀人的场合,不能以法益主体侵害了自己利益或者存在承诺为由而阻却教唆者、帮助者或者受托者之行为的违法性。但对于自杀者或者嘱托者而言,虽不能否定其行为的违法性,但因存在自我决定的事实而使其行为的违法性降低,尚达不到值得刑罚处罚的程度。

[**Abstract**] The liability accomplice theory and the illegality accomplice theory have both reduced their relevance to legal interest infringement. As a result, the analysis of the basis of punishment for accomplice through the application of these two theories would not only meet with difficulties in obtaining doctrinal basis, but also cause unreasonable expansion of the punishment scope of the accomplice. The causality accomplice theory seeks the basis of punishment in the causality between one's own behavior and the illegal result, which is methodologically appropriate. Within the causality accomplice theory, the pure causing theory goes beyond the definitive framework of the benchmark of constituent elements and contravenes the principle of a legally prescribed punishment for a specified crime. Moreover, it negates accomplice illegality's dependence on principal offender illegality, thus improperly expands the scope of punishment for the accomplice. Both mixed causing theory and revised causing theory affirm that the accomplice's illegality depends on the principal offender's illegality, and adhere to the limited dependency theory. Under this premise, the revised causing theory adheres to the absolute connection of illegality between accomplices, while the mixed causing theory proposes that, if the principal offender has a cause of illegality elimination, the illegality of the accomplice will exceptionally be denied. In comparison, the mixed causing theory is more appropriate because it admits the relativity of illegality exceptionally. Adhering to the mixed causing theory is conducive to the rational determination of special types of criminal participation.

(责任编辑:贾元)