

间接正犯概念之否定

——单一正犯体系的视角

刘明祥*

内容提要：“间接正犯”是德、日刑法学为弥补限制的正犯概念与极端从属性说所带来的处罚漏洞，而不得不提出的“补救概念”。尽管间接正犯的正犯性无法得到合理论证，承认间接正犯概念会产生许多弊病，甚至会动摇区分正犯与共犯的区分制犯罪参与体系的根基，因而早就有学者从不同立场提出了取消间接正犯概念的观点，但由于间接正犯概念具有弥补区分制缺陷的功能，所以，在采取区分制的德、日，还不得不保留这一概念。我国刑法在犯罪参与体系的问题上，采取不区分正犯与共犯的统一正犯体系，因此并无间接正犯概念赖以依存的法律基础；在我国，采用间接正犯概念不仅不能合理解决相关问题，而且在处理有关案件时存在明显的弊病；在不采用间接正犯概念的同时，运用统一正犯体系，反而能更好地解决相关问题，还有操作更为简便、易于司法人员掌握执行的优点。

关键词：间接正犯 犯罪参与体系 区分制 统一正犯体系 教唆犯

间接正犯是德、日刑法学中的概念，目前在我国刑法学论著中也被广泛使用，其相关理论也已为我国许多刑法学者所接受，并且已在司法实践中发挥实际作用。^{〔1〕}但是，我国刑法所采取的统一正犯体系决定了，间接正犯概念在我国并无存在的法律基础，因而应否定并清除间接正犯概念对我国的影响。

一、间接正犯概念的缘起

一般认为，正犯是指亲自实行犯罪的人。行为人亲自动手实施实行行为的，是直接正犯；将他人作为工具，就如同自己直接实施实行行为的，则是间接正犯。^{〔2〕}在采取区分正

* 中国人民大学刑事法律科学研究中心教授。

〔1〕 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3页。

〔2〕 参见〔日〕大谷实：《刑法讲义总论（新版第2版）》，成文堂2007年版，第156页。

犯与共犯的犯罪参与体系（即区分制）的国家（如德国、日本），间接正犯是被普遍接受的法律概念。其中，德国刑法对此有明文规定，日本刑法虽无明文规定，但间接正犯概念在刑法解释论上被普遍承认。

在数人参与犯罪的场合，如果采取区分制体系，往往得先确定谁是正犯、谁是共犯，再分别按正犯与共犯的定罪处罚规则来处理。而要进行这种区分，就必须先确定正犯与共犯的内涵和外延，再按一定的标准来判断。限制的正犯概念与扩张的正犯概念，就是应这种需求而产生的。限制的正犯概念认为，亲自动手实施构成要件行为的直接行为人是正犯；由于刑法的共犯规定是将处罚扩展到正犯以外的人，因此共犯是扩张刑罚事由。扩张的正犯概念认为，在实现构成要件行为上提供了某种条件者，都是正犯；只不过刑法是在正犯之中对教唆犯和帮助犯予以限制处罚，因而共犯是限缩刑罚事由。应该肯定，这两种学说都是围绕间接正犯是正犯还是共犯而展开的。〔3〕

区分制体系的基本理念是，正犯属于犯罪的核心人物，共犯则为犯罪的从属者，故刑法应以处罚正犯为原则、以处罚共犯为例外。限制的正犯概念正好与这种观念相符，而扩张的正犯概念同这种观念相冲突，因此，限制的正犯概念是德、日等采取区分制体系的国家的通说。按照区分制的基本理念和限制的正犯概念，共犯具有从属于正犯的特性；即只有在正犯已着手实行犯罪并具备犯罪成立的相关要素时，共犯才能成立，才可能受刑罚处罚。至于共犯对正犯要从属到何种程度，即共犯的成立应从属于正犯的构成要件该当性、违法性和有责性中的哪些要素，学者有不同解释。以前德、日的通说是极端从属性说，〔4〕认为共犯的成立必须从属于正犯的构成要件该当性、违法性和有责性这三个要件。但是，采用限制的正犯概念和极端从属性说遇到的一大难题是，如果行为人唆使、帮助无责任能力的人实施危害行为，由于实行者无责任能力、不具备有责性要件，按极端从属性说，行为人就不可能构成教唆犯、帮助犯，又由于行为人只实施了唆使、帮助他人犯罪的行为，而没有亲自动手实施构成要件行为，按限制的正犯概念，行为人也不属于正犯。但是，不处罚这类唆使者、帮助者，显然是遗漏了比普通的教唆犯、帮助犯情节更为严重的犯罪。正是为了弥补限制的正犯概念与极端从属性说所带来的上述处罚漏洞，才不得不提出间接正犯这一“补救概念”。〔5〕即“‘间接正犯’是‘极端的’共犯从属性说的产物。提出这个概念的目的，是为了在犯罪的直接实行人不具有可罚性的情况下，让犯罪行为的操纵人为自己实施的不具备构成要件的行为承担刑事责任，从而堵塞‘从属性’理论中这一明显的‘漏洞’。”〔6〕

作为“补救概念”的间接正犯在极端从属性说被限制从属性说取代之后，本来可以不再使用了。但是，在德国1943年修改刑法，明文规定采取限制从属性说之后，在日本刑法

〔3〕 参见前引〔2〕，大谷实书，第399页。

〔4〕 参见〔德〕汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·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；〔日〕西田典之：《刑法总论（第2版）》，王昭武、刘明祥译，法律出版社2013年版，第348页。

〔5〕 参见〔日〕高桥则夫：《刑法总论（第2版）》，成文堂2013年版，第410页。

〔6〕 〔意〕杜里奥·帕多瓦尼：《意大利刑法学原理（注评版）》，陈忠林译，中国人民大学出版社2004年版，第348页。

解释论上限制从属性说取得了支配地位之后,间接正犯概念仍然被保留了下来。〔7〕究其缘由,主要出于两方面原因:一是刑法理论界对间接正犯之正犯性的研究取得了一些进展,主要是对作为限制正犯概念之核心的实行行为概念予以实质化、规范化,从规范的视角把利用他人犯罪的情形包容在实行行为之中,从而与经自己之手实行进行同一的评价。同时,对限制从属性说的适用作了一定的限制。即,尽管在正犯无责任能力的场合,按限制从属性说,对背后的利用者是可以认定为教唆犯的,但日本的通说认为,除利用十二三岁、有辨认控制能力的未成年人之外,原则上利用者仍应视为间接正犯。二是考虑到只有正犯与共犯的罪名相一致,才符合罪名从属性的要求。如果将利用他人过失行为以实行犯罪的情形(如医生吩咐粗心的护士为病人注射掺了毒的药而致病人死亡)认定为教唆犯,就会出现作为共犯的教唆犯定故意犯罪(如故意杀人罪),正犯却定过失犯罪(如过失致人死亡罪)这种不太自然的现象。〔8〕在笔者看来,或许还有一个更为重要的原因,那就是德、日等采取区分制的国家,为了弥补这种立法体系所可能带来的处罚不均衡,而不得不使用间接正犯概念。对此,笔者将在下文展开述说。

二、间接正犯概念动摇了区分制的根基

(一) 区分制的根基及其漏洞

如前所述,德、日等国对数人参与犯罪的情形,区分正犯与共犯予以轻重不同的处罚,这种犯罪参与体系在理论上被称为区分制。之所以进行这种区分,一般认为是因为“划分这样的种类,使得对行为人的每个行为贡献按照其各自的事实上的分量和各自的举止上的无价值进行相应的处理成为可能。”〔9〕简而言之,就是要区别对待。由于危害结果总是由实行行为直接引起的,教唆、帮助行为不可能直接引起危害结果发生,所以,实行行为具有侵害法益的直接性,教唆、帮助行为只是间接侵害法益;两相比较,前者的危害性往往大于后者。又由于行为的外在形式相较而言更具有客观性,以法律规定的构成要件行为作为区分基准,既符合罪刑法定主义的要求,又便于司法实践掌握认定。这正是限制的的正犯概念能够被普遍接受,并成为区分制的根基的原因所在。

早期的限制的的正犯概念(形式客观理论)“严格以构成要件对行为的描述为准,不考虑行为人在整个犯罪过程中所发挥作用的重要性如何,只将那些完全实现构成要件中所规定的行为之人看成是正犯,而任何其他对犯罪行为的产生起到因果作用之人只能被看作是共犯”。〔10〕应当肯定,这种理论完全符合区分制的本意和初衷。对于正犯与共犯,如果只是为区分而区分,采取形式客观理论无疑是最佳选择。但是,从刑事政策的立场而言,区分二者的目的无非是要区别对待,即把正犯视为犯罪的核心人物从而予以重罚,将共犯视为犯罪的从属者从而予以轻罚。但是,按上述形式客观理论来区分正犯与共犯,在许多场合并不能达到预期目的。“其不足之处在于它不能够解释间接正犯这个法学概念,也无能力对

〔7〕 参见〔日〕西田典之:《共犯理论的展开》,成文堂2010年版,第83页。

〔8〕 同上。

〔9〕 〔德〕约翰内斯·韦塞尔斯:《德国刑法总论》,李昌珂译,法律出版社2008年版,第281页。

〔10〕 前引〔4〕,耶赛克等书,第782页。

共同性质的行为实施中一直躲在幕后的团伙头目认定是共同正犯人。”^{〔11〕}也就是说，这一理论有可能导致前述的处罚漏洞和处罚轻重失衡等问题。

（二）间接正犯概念对区分制的冲击

正是为了解决上述问题，间接正犯概念应运而生。间接正犯并非自己亲自动手实施构成要件行为，而是利用他人的行为引起危害结果。同直接正犯相比，其侵害法益的间接性十分明显，更相似于共犯，却不以共犯论处，而要作为正犯来对待。这无疑与传统的区分正犯与共犯的形式客观理论不符，是对区分制的一大冲击，因此必须说明这种理论解释的根据何在。肯定间接正犯概念的学者，试图通过论证间接正犯的正犯性来回答这一问题，从而形成了工具理论、实行行为性说、规范障碍说、行为支配说和自律的决定说等不同学说，但这些学说均无法合理论证间接正犯的正犯性。因篇幅与主旨所限，本文对此不展开论述。^{〔12〕}但要特别指出的是，上述学说都是从实质上将利用者的利用行为解释成正犯行为；也就是说，将形式上的唆使或帮助他人犯罪的行为，从所谓实质的、规范的立场，说成是符合构成要件的正犯行为。这显然与传统的从行为形式上区分正犯与共犯的观念相悖。例如，工具理论认为，利用无责任能力的人犯罪或者利用他人的过失行为犯罪，与行为人利用刀枪之类的工具犯罪具有同样的性质，因而应认定利用者实施了符合构成要件的实行行为，也就是说，其行为具有正犯性。^{〔13〕}实行行为性说也只是换了一种说法，认为利用者既有实行（即利用他人实行）的意思，又有利用他人实现一定犯罪的现实危险性，同自己直接实行的危险性程度相当，因而对利用者应以正犯论。^{〔14〕}笔者也不否认，进行这样的实质评价并非没有道理。只不过区分制和形式客观理论是以行为形式为区分基础的，直接实施（包括全部实施和部分实施）符合构成要件的实行行为的，比教唆、帮助他人实施符合构成要件的实行行为的，有更大的危害性，因而应将前者视为犯罪的核心人物，将其作为正犯给予较重的处罚，而后者是犯罪的边缘角色，只能将其作为共犯给予较轻的处罚。

上述形式的解释论虽然能够比较客观准确地区分正犯与共犯，但对行为人在犯罪过程中所发挥的作用大小，有时却不能准确评价。间接正犯概念的支持者正是为了解决这一问题，才不得不从实质解释的立场，将形式上不具备正犯成立条件的行为解释成正犯行为。这固然弥补了形式解释论的缺陷，填补了处罚漏洞，解决了处罚轻重不均衡的问题，却动摇了区分制的根基，混淆了正犯与共犯的界限，使正犯与共犯的区分变得更为困难。既然幕后利用他人犯罪的行为可以与利用刀枪之类的工具同样评价，利用他人实行犯罪可以与自己亲自实行犯罪同等看待，那么，共犯之中的教唆犯，还有部分帮助犯，也是将他人作为工具、利用他人的行为实施犯罪，以达到自己的犯罪目的，按行为支配理论，二者只是利用的程度有差异，即间接正犯达到了支配被利用者的程度，教唆犯、帮助犯尚未达到支配的程度。这样一来，正犯与共犯的区分就变成了利用程度的区分。但是，按何种标准来区分或判断这种抽象的“利用程度”，无疑会成为更大的难题。以间接正犯与教唆犯的区分

〔11〕 前引〔9〕，韦塞尔斯书，第287页。

〔12〕 对这些学说的介绍与评述，参见黎宏、姚培培：《间接正犯概念不必存在》，《中国刑事法杂志》2014年第4期，第35页以下。

〔13〕 参见〔日〕林干人：《刑法总论（第2版）》，东京大学出版会2008年版，第413页。

〔14〕 参见〔日〕大塚仁：《间接正犯的研究》，有斐阁1958年版，第123页以下。

为例。幕后者唆使未达刑事责任年龄的人盗窃，是一概成立间接正犯，还是有的场合为间接正犯、有的场合为教唆犯，德、日刑法理论界的认识并不一致。现在的通说认为，如果被利用人的年龄已接近刑事责任年龄，事实上已有辨认和控制自己行为的能力，则不能认为幕后者唆使者支配了其盗窃行为，因而幕后者唆使者只能构成盗窃罪的教唆犯；相反，如果是唆使五六岁的幼儿盗窃他人财物，显然是幕后者唆使者支配着幼儿的盗窃行为，所以其成立间接正犯。^{〔15〕}从行为支配理论的立场而言，这样解释是合理的。可是，幕后者唆使十二三岁的孩子盗窃成立教唆犯，唆使11岁、10岁、9岁、8岁、7岁的孩子盗窃，是成立盗窃罪的间接正犯还是教唆犯？姑且不论对基于同样主观心理实施同样唆使行为者，却要分别认定为间接正犯与教唆犯的科学合理性何在，仅就以哪一年龄段作为判断标准才合适、确定这一基准年龄的根据是什么而论，也显然无法找到正确的答案。如果以被利用者事实上的辨认和控制能力为根据，则同一年龄的人由于其智力状况、所处环境、所受教育等的不同，还会有较大差异。另外，要准确判断利用者是否支配了被利用者的行为或利用、控制的程度，并以此区分间接正犯与教唆犯，有时几乎完全没有可行性。正因为如此，罗克辛明确指出“这种个别化的解决方案并不可行”。^{〔16〕}

另外有必要一提的是，作为目前德、日之通说的犯罪事实支配理论（行为支配论），^{〔17〕}同工具理论、实行行为性说等几种学说相比，在对间接正犯正犯性的解释上，其朝实质化的方向走得更远。此理论事实上已经脱离了限制的正犯概念的核心——法定的构成要件，认为即便是没有实施构成要件行为的人，通过他人实现构成要件，并对整个犯罪事件起了支配作用，就可以被认定为正犯；反过来，即便是亲自故意实施构成要件行为并成立犯罪的人，也可能因为被幕后者所支配而成为共犯（不构成正犯）。例如情报局长指令特工杀害异己这种所谓“正犯后的正犯”案件，直接杀人的特工构成故意杀人罪的帮助犯，幕后的情报局长成立故意杀人罪的间接正犯。^{〔18〕}这意味着“利用他人不构成犯罪的行为来实现犯罪，是间接正犯，利用他人构成犯罪的行为来实现犯罪，也是间接正犯。因此，被利用人的行为是否构成犯罪，就间接正犯的概念（定义）而言，其实已经没有任何的意义，结果是只要透过他人之手实现犯罪，就是间接正犯。依此，就正犯的构成而言，自己有没有亲自为法定构成要件之行为已经不再是重点，重点只在于有没有对于构成要件的实现具有支配关系。这不正是扩张之行为人概念（即扩张的正犯概念——笔者注）所主张的内容？”“凡此种种，都显示了通说已经走到了扩张之行为人概念的门前，只差没跨过门坎而已。”^{〔19〕}但是，如果采取扩张的正犯概念，正犯与共犯的区分就没有了实际意义，间接正犯概念也就没有了存在的余地。事实上，间接正犯、“正犯后的正犯”之类的问题，“只有统一正犯体系（即单一正犯体系——笔者注）才能妥当处理”。^{〔20〕}对此，笔者将在下文展开述说。

〔15〕 参见〔日〕曾根威彦：《刑法的重要问题（总论）（第2版）》，成文堂2005年版，第296页。

〔16〕 参见〔德〕克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论》第2卷，王世洲等译，法律出版社2013年版，第47页。

〔17〕 参见〔日〕桥本正博：《“行为支配论”与正犯理论》，有斐阁2000年版，第159页以下。

〔18〕 BGHSt 18, 87. 转引自蔡圣伟：《论间接正犯概念内涵的演变》，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73页。

〔19〕 同上文，第73页。

〔20〕 参见〔日〕高桥则夫：《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64页。

三、间接正犯取消论剖析

毋庸置疑，间接正犯概念从诞生之日起，就受到了种种质疑。因此，在刑法学界，早就有不少学者从不同立场，提出了取消间接正犯概念的主张。这些主张概括起来主要有：

第一，从共犯独立性说的立场提出的间接正犯取消论。有持共犯独立性说的学者认为，“间接正犯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”，因而主张取消间接正犯概念。^{〔21〕}此说是从主观主义的刑法理论立场出发，在共犯问题上采取行为共同说，认为共犯具有独立性，进而得出取消间接正犯的结论。具体而言，共犯是数人共犯一罪，只要行为共同即属共犯，无所谓从属性；参与犯罪的人中，即使有无责任能力人或无犯罪意思人，对于共犯的成立也不产生影响。因而，利用（教唆或帮助）无责任能力人或无犯罪意思人的行为实施犯罪，仍不失为共犯，根本没有承认间接正犯的必要。^{〔22〕}

第二，从扩张的正犯概念的立场提出的间接正犯取消论。如前所述，扩张的正犯概念以与结果具有条件关系的行为全部等价这种条件说为前提，认为直接或者间接引起结果发生或与结果具有条件关系的行为，都是正犯行为；仅有根据法律特别将其排除在正犯之外的，才例外地成为共犯。因此，间接正犯的正犯性论证当然没有必要，间接正犯概念并无存在价值。这一取消论指出，间接正犯概念的意图在于“填补由极端从属性说所产生的处罚漏洞。因为，按照极端从属性说，唆使无刑事责任能力者实施犯罪的，不成立教唆犯。然而，若认为此类行为不可罚，又显然不妥当，于是，在不能成立狭义的共犯の場合，就应回归原则，作为‘正犯’来处罚，扩张的正犯概念使得这种处理方式成为可能。”^{〔23〕}

第三，从缓和共犯从属性的立场提出的间接正犯取消论。有持共犯从属性说的学者试图通过缓和共犯的要素从属性，将间接正犯概念消解于共犯概念之中，也就是把相当于间接正犯的情形纳入共犯的范围。这被称为扩张的共犯论，此种主张在德、日早就有较多的支持者。^{〔24〕}我国近年也有学者开始采取类似主张。^{〔25〕}持此种主张的学者一般是以坚持限制的正犯概念和共犯从属性说为前提，认为在共犯的要素从属性问题上，只要不采取极端从属性说，改采较为缓和的限制从属性说，就不再需要依赖间接正犯概念来填补处罚漏洞。例如，唆使无责任能力的人盗窃，由于实行盗窃者无责任能力，不具备责任要素，若按极端从属性说来处理，则只有承认间接正犯概念才能处罚唆使者。但按限制从属性说，只要正犯的行为符合构成要件并具有违法性，就不影响共犯的成立。唆使无责任能力人盗窃的，既然实施者的行为符合盗窃罪的构成要件又具有违法性，那么，对唆使者按盗窃罪的教唆犯处罚就不成问题。

以上几种间接正犯取消论，都是为了解决间接正犯概念所带来的问题而提出来的。但

〔21〕 转引自〔日〕大塚仁：《刑法概说（总论）（第3版）》，冯军译，中国人民大学出版社2003年版，第143页。

〔22〕 参见马克昌：《比较刑法原理：外国刑法学总论》，武汉大学出版社2002年版，第630页。

〔23〕 〔日〕松原芳博：《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279页。

〔24〕 参见前引〔21〕，大塚仁书，第143页。

〔25〕 参见前引〔12〕，黎宏等文，第40页。

是，在采取区分制立法体系的情况下，间接正犯概念有其存在的土壤，取消这一概念并不能从根本上解决问题，反而会产生新的弊病。

第一，共犯独立性说固然可以将间接正犯包容于共犯之中，间接正犯概念也确实与共犯独立性说不相容。但是，共犯独立性说的理论基础是主观主义的刑法理论，其与现代社会重视客观行为及其形态的刑法理念不符。并且，此说与区分制的基本理念相冲突。如前所述，按区分制的基本理念，在数人参与犯罪的场合，正犯是犯罪的核心人物，共犯是犯罪的从属者；刑法以处罚正犯为原则，以处罚共犯为例外。既然是有限制地处罚共犯，那么，对共犯的成立条件予以严格限制，要求共犯具备从属于正犯的特性才予以处罚，从而缩小共犯的处罚范围，就是当然的结论。由此可见，共犯独立性说不仅不符合区分制的基本理念，也与采取区分制的刑事立法不符。

第二，若采取扩张的正犯概念，确实不需要间接正犯这一“补救概念”。但是，如前所述，区分制只能以限制的正犯概念为基础，而不可能采取扩张的正犯概念。因为如果说所有的犯罪参与行为都是正犯行为，连共犯本来也是正犯，那么，区分正犯与共犯就没有任何价值或必要性了。再说，如果共犯本身就是正犯，法律将其排除在正犯之外或者限制其可罚性的理由何在？另外，从德、日刑法的规定看，刑法是从正犯概念推导出共犯概念，“在逻辑上，正犯概念应该先于共犯概念。”^[26]而扩张的正犯概念采取反推论的方式，即如果不成立法律特别规定的共犯，那就是正犯。况且，扩张的正犯概念把所有犯罪参与行为都理解为当然的正犯行为，这与采取区分制体系的德、日等国的刑法规定也明显不一致。

第三，通过缓和共犯从属性，将所有间接正犯情形均纳入共犯之中，这虽然与限制的正犯概念没有冲突，也不会与区分制的基本理念产生矛盾，但无疑会使共犯概念变得松弛，共犯的可罚性范围会被扩大。^[27]并且，还有可能得出不合理的结论。例如，医生教唆护士泄露患者的秘密，这种有身份者教唆无身份者犯罪的情形。按这里的取消论观点，医生构成日本刑法规定的泄露秘密罪的教唆犯，护士成立此罪的帮助犯。这种肯定“无正犯的共犯”的主张，等于是将本来不能说是“教唆他人使之实行犯罪”的情形解释为教唆犯，这明显与日本刑法的规定不符。^[28]另外，此种取消论也不能将所有间接正犯情形均纳入共犯之中。例如，采用欺骗、胁迫手段使他人自杀的，德、日的学说认为有可能构成故意杀人罪的间接正犯。但是，由于自杀者本人实施的结束自己生命的行为，并不符合故意杀人罪的构成要件，而按共犯从属性说（包括限制从属性说甚至最小从属性说），直接实施者的行为如果不符合构成要件，教唆、帮助者（包括欺骗、胁迫者）是不可能构成共犯的，所以，对欺骗、胁迫他人自杀者，不能按故意杀人罪的教唆犯、帮助犯处罚。这意味着如果取消了间接正犯概念，就无法对欺骗、胁迫者定罪处罚，这无疑造成了新的处罚漏洞。^[29]

[26] 前引〔21〕，大塚仁书，第143页。

[27] 参见〔日〕井田良：《犯罪论的现在与目的行为论》，成文堂1995年版，第175页以下。

[28] 参见〔日〕山口厚：《刑法总论问题探究》，有斐阁1998年版，第239页以下。

[29] 尽管日本刑法第202条规定“教唆或帮助他人使之自杀的”构成参与自杀罪，但是，一般认为，自杀者必须对死亡的意义有认识并基于自由意思而形成自杀的决意，如果可以肯定在欺骗、胁迫他人自杀的场合下他人不是基于自由意思而形成自杀的决意，欺骗、胁迫者就不能构成参与自杀罪。如果既不能构成参与自杀罪，也不能构成故意杀人罪的教唆犯、帮助犯，又取消了间接正犯概念，欺骗、胁迫他人自杀者自然就无法定罪处罚了。

第四，在立法采取区分制体系的情况下，间接正犯概念具有一定的弥补区分制缺陷的功效。这也是间接正犯概念尽管存在种种弊病，并且早已有学者从不同立场提出多种取消论的情况下，间接正犯概念非但没有消亡，其内涵反而大为扩张的重要原因。^[30]

正如前文所述，按区分制的基本理念，正犯是犯罪的核心人物，共犯是犯罪的边缘角色，因而对正犯的处罚应重于共犯。但是，按传统的限制的正犯概念，从参与犯罪的行为形式来区分正犯与共犯，有时很难得出行为人在犯罪过程中是核心人物还是边缘角色的结论。如果将实施实行行为者一概认定为正犯，实施教唆、帮助行为者均视为共犯，就有可能出现在事实上将核心人物作为共犯给予较轻处罚、将边缘角色作为正犯给予较重处罚的不合理现象。最典型的事例是，黑社会组织头目指使言听计从的手下杀害某个想要脱离黑社会组织的成员。如果认定实行杀人者是正犯，指使杀人的头目为共犯（教唆犯），显然颠倒了主次关系。正因为如此，理论上不得不承认所谓“正犯后的正犯”，从而得出违反常规的解釋，即把黑社会头目认定为故意杀人罪的间接正犯，直接实行杀人的被指使者被视为帮助犯。又如前文所述，父母指使自己年仅五六岁的孩子盗窃他人财物，由于实施盗窃行为者不具备刑事责任能力，按极端从属性说，对指使者无法按教唆犯定罪处罚；而按限制从属性说，对指使者可按盗窃罪的教唆犯处罚。如此一来，不定罪处罚会放纵犯罪，而按共犯（教唆犯）处罚，又存在评价不当的问题。因此，尽管目前德、日刑法学的通说是限制从属性说，却仍将类似教唆年幼孩子犯罪的行为人本可以被认定为教唆犯的情形，作为间接正犯来处理。这是因为虽然德、日刑法规定“对教唆犯的处罚与正犯相同”或对教唆犯“判处正犯的刑罚”，但一般认为“在不法的程度上，是有重有轻的：正犯最重，教唆次之，帮助最轻。”^[31]即，尽管“不论以教唆的方式或以间接正犯的方式参与犯罪，都成立同样的罪，但处罚不会一样”；^[32]“对于正犯的处罚要重于教唆犯”。^[33]

正是为了确保合理处罚，使在犯罪过程中发挥支配作用的核心人物受到更重的处罚，德国“在实际的法律适用中，区分正犯和共犯从构成要件问题变成了量刑问题”。^[34]日本近年来也出现了把正犯性作为当罚性问题、量刑评价问题看待的倾向，也是完全离开构成要件及其关联性来考虑包括间接正犯在内的正犯性问题，认为应当重罚的就具有正犯性。^[35]在笔者看来，这是为了弥补区分制的缺陷而采取的迫不得已的做法。因为传统区分制的最大缺陷，是仅根据构成要件行为来区分正犯与共犯，不能保证应当重罚的一定会被认定为正犯，从而不能做到合理处罚。而间接正犯行为大多是不具备典型正犯特征的行为，但从全部案件事实来看，却是应当重罚的情形。如果取消了间接正犯概念，将间接正犯情形作为共犯来处理，即便是更符合传统的区分正犯与共犯的规则，但由于是将事实上属于犯罪核心的人物降格认定为共犯，使本来该被重罚的对象受到了较轻的处罚，也无疑从根本上违背了区分制的宗旨。

另外，按照德、日的通说，间接正犯可罚性产生的时间点比教唆犯、帮助犯要早，处

[30] 参见阎二鹏：《论间接正犯概念的消解》，《法学论坛》2011年第4期，第66页。

[31] [德] 乌尔斯·金德霍伊泽尔：《刑法总论教科书》，蔡桂生译，北京大学出版社2015年版，第402页。

[32] 林东茂：《刑法综览（修订五版）》，中国人民大学出版社2009年版，第178页。

[33] 黄荣坚：《基础刑法学》下，中国人民大学出版社2009年版，第491页。

[34] 参见前引[4]，耶赛克等书，第785页。

[35] 参见[日] 照沼亮介：《体系的共犯论与刑事不法论》，弘文堂2005年版，第4页以下。

罚的限制条件也要少,如果取消了间接正犯概念,对于有必要作为间接正犯从严处罚的案件,就完全有可能因不具备共犯从属性等条件,而无法定罪处罚。例如,医生意图杀害病人而让护士给其注射掺了毒的药液,但因被细心的护士发现而失败。如果认定医生是间接正犯,医生就构成故意杀人罪的未遂。如果取消了间接正犯概念,由于被唆使的护士尚未实行犯罪,那么,按共犯从属性说,对这种想利用护士杀人的医生就不能定罪处罚。这样的结论显然不合理。

再说,如果取消了间接正犯概念,还可能使本来应该作为犯罪处罚的案件不能得到处罚,使不应当减轻处罚的案件必须减轻处罚。前者如,日本的通说认为,仅处拘留或科料的犯罪原则上不处罚教唆、帮助者;如果取消了间接正犯概念,就不会处罚这类犯罪的教唆、帮助者;如果不取消间接正犯概念,根据案情应当认定为间接正犯的,当然就在处罚之列,而不会被排除在犯罪之外。后者如,日本刑法规定对帮助犯减轻处罚;如果取消了间接正犯概念,认定为帮助犯的,就必须减轻处罚;如果不取消间接正犯概念,根据案情应当认定为间接正犯的,就不可能享受这种减轻处罚的待遇。^[36]

四、我国不应采用间接正犯概念

(一) 间接正犯概念的借用

众所周知,由于我国的刑法和司法解释中并未使用间接正犯概念,加之我国刑法有关共同犯罪的规定与德、日刑法有较大差异,所以,在我国的刑法学论著中,过去很长时期大多不使用间接正犯概念,而一般用“间接实行犯”来概括利用他人作为工具实施犯罪的现象。^[37]也有学者将间接实行犯与间接正犯这两个概念混同使用,认为二者只是称谓不同,可以互相替代。^[38]毋庸置疑的是,过去学者在探讨我国刑法中的相关问题时,即便使用间接正犯概念,往往也是仅指利用他人作为工具实施犯罪的现象,即所谓间接实行犯罪,并且利用者与被利用者之间不构成共同犯罪。因此,在这种场合下对利用者一般是单独按其间接实行的犯罪定罪处罚,^[39]而并非是将这类行为人视为与共犯相对的正犯,从而按正犯的处罚规则来处罚行为人。对利用者做如此处理是因为我国刑法并无关于正犯及其处罚的规定。例如,对于利用未达到刑事责任年龄的人犯罪的案件,我国的通说认为,利用者是间接实行犯,对其单独按所间接实行的犯罪定罪处罚。但前文所述的德、日通说认为,如果被利用者的年龄已接近刑事责任年龄,被利用者已有辨认和控制自己行为的能力,则利用者不成立间接正犯而成立教唆犯。可见,过去我国刑法学论著中的“间接正犯”大多只是借用这一术语,实际上与德、日刑法学中的间接正犯概念有很大差异。

不过,近年来,一些中青年学者受德、日刑法学的影响,认为我国刑法也是采取区分

[36] 参见[日]齐藤信治:《刑法总论》,有斐阁1998年版,第262页。

[37] 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,中国法制出版社2007年版,第205页;陈兴良:《共同犯罪论》,中国人民大学出版社2006年版,第442页以下。

[38] 参见林维:《间接正犯研究》,中国政法大学出版社1998年版,第1页以下;阮齐林:《刑法学》,中国政法大学出版社2008年版,第216页。

[39] 参见王志远:《共犯制度的根基与拓展:从“主体间”到“单方化”》,法律出版社2011年版,第83页;南英、张军主编:《刑事审判参考(五)》,法律出版社2001年版,第75页。

制体系，进而用区分制的理论来解释我国刑法的共同犯罪规定，自然也就引进了德、日刑法学中的间接正犯概念，^{〔40〕}并且有日益扩大其适用范围的趋势。^{〔41〕}

（二）我国不存在采用间接正犯概念的法律基础

如前所述，间接正犯概念是为弥补区分制的缺陷而提出的，尽管其有诸多弊病，但仍然不得不保留。那么，我国是否需要引进这一概念来解决我们的相关问题？笔者的回答是否定的。最根本的理由在于，我国刑法采取的犯罪参与体系是不区分正犯与共犯的单一正犯体系，^{〔42〕}从而并无间接正犯概念赖以依存的法律基础。“间接正犯概念的存在以及它的地位与一个国家关于共同犯罪的立法有着密切联系。从……中国刑法关于共同犯罪人的分类来看，没有采用大陆法系的分工分类法，即正犯与共犯的区分，而是主要采取作用分类法，即分为主犯、从犯与胁从犯，教唆犯只是一种补充。在这种情况下，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。”^{〔43〕}

首先，“依照单一正犯论的观点，所有的犯罪参与者，在犯罪论的层次并不区分正犯与共犯，只要对于构成要件实现有因果关系者，无论其行为贡献的比重大小，一律当作正犯来处理。至于各个行为人对于犯罪贡献的方式与大小，只是法官量刑时的考量因素而已。”^{〔44〕}单一正犯体系中的正犯，明显不同于区分制体系中的正犯。后者是相对于共犯而言的，只是犯罪参与者中的一部分，并且是犯罪的核心人物；前者则是指所有的犯罪参与者，与“行为人”、“犯罪人”同义。“不仅是直接实行了所干之事的人，强化了实行者意思的人或者援助了实行者的人也被视为正犯，不存在正犯内部的价值性分级，因为参与了所干之事的人都被统一地视为正犯。……不过，作为语言问题，也可以把实行所干之事的人称为‘直接性正犯’，把相当于共犯体系（即区分制体系——笔者注）中的间接正犯、教唆犯、帮助犯的人称为‘间接性正犯’。”^{〔45〕}可见，作为区分制体系中正犯的一种类型的间接正犯，即与共犯相对并与之有质的差异的间接正犯，在单一正犯体系中是不可能存在的。道理很简单，在单一正犯体系中，“所有行为主体在参与形式上，均为等价”。也就是说，无论是实施实行行为、教唆行为还是帮助行为者，都是等价的行为主体，不存在谁是核心人物、谁是依附（从属）者的问题。^{〔46〕}

其次，单一正犯体系中不可能出现区分制所带来的处罚漏洞，因此，根本不需要用间接正犯概念来补救。如前所述，按传统的限制的共犯概念和共犯从属性说，利用他人作为工具实施犯罪的情形，由于利用者没有亲自实施构成要件行为，故利用者不能成为正犯；而被利用者有可能不具备有责性或违法性要件，即不存在共犯从属性，从而利用者也可能

〔40〕 参见张明楷：《刑法学》，法律出版社2011年版，第366页以下；钱叶六：《共犯论的基础及其展开》，中国政法大学出版社2014年版，第49页以下。

〔41〕 参见王志远：《我国现行共犯制度下间接正犯的泛化及其思考》，《河南师范大学学报》2007年第5期，第137页。

〔42〕 参见刘明祥：《论中国特色的犯罪参与体系》，《中国法学》2013年第6期，第119页；前引〔38〕，阮齐林书，第197页；江溯：《犯罪参与体系研究》，中国人民公安大学出版社2010年版，第253页。

〔43〕 前引〔1〕，陈兴良文，第5页。

〔44〕 林钰雄：《新刑法总则》，元照出版有限公司2014年版，第409页。

〔45〕 前引〔20〕，高桥则夫书，第18页。

〔46〕 参见柯耀程：《参与与竞合》，元照出版有限公司2009年版，第38页。

无法被认定为共犯。这样一来，对利用者就无法定罪处罚。例如，甲唆使无刑事责任能力的乙杀害了自己的仇人。对此，只有采用间接正犯概念，将甲认定为故意杀人罪的间接正犯，才能对其予以合理的定罪处罚。但是，“根据统一性正犯体系（即单一正犯体系——笔者注），对甲的答责性问题而言，乙因无刑事责任能力而不受处罚的事实并不重要。甲要对其固有的不法、固有的责任进行答责，乙不受处罚的理由不影响甲的可罚性，甲显然要作为杀人既遂受到处罚。”〔47〕因为在数人参与犯罪的场合，“所有的参与者，都对其固有的不法、固有的责任进行答责。”〔48〕所以，在认定参与者是否构成犯罪时，认定犯罪的规则与单个人犯罪的场合完全相同。就利用他人作为工具实施犯罪而论，利用者除了主观上有犯罪的故意之外，客观上的利用行为大多表现为唆使他人实施侵害法益的行为，也有的是为他人实施侵害法益的行为提供便利或帮助。这就表明利用者的利用行为也是符合刑法规定的构成要件的行为，对其单独定罪处罚并不违反罪刑法定原则。因为刑法分则规定的故意犯罪行为，并非仅限于正犯行为（实行行为），而是还包括共犯行为（教唆行为、帮助行为）等与危害结果或侵害法益事实有因果关系的所有行为。〔49〕至于被利用的对方是否具有责任能力、是否有犯罪的故意或过失、是否违法地实施了行为、实施的行为是否符合构成要件，对利用者能否构成犯罪不会有任何影响。〔50〕因而，也就不会出现对本来应该定罪处罚的行为无法定罪处罚的现象，即不会产生区分制所带来的处罚漏洞。

再次，单一正犯体系也不可能出现区分制所带来的处罚轻重不合理的弊病，因此，同样不需要用间接正犯概念来补救。如前所述，按区分制的基本理念，正犯是犯罪的核心人物，共犯是犯罪的边缘角色，因此对正犯的处罚重、对共犯的处罚轻；并且，正犯与共犯的区分是从参与行为的形式来区分的。但是，在利用他人作为工具实施犯罪的场合，有时无法贯彻上述理念。例如，指使四五岁的孩子盗窃他人财物。按极端从属性说对幕后指使者不定罪，不合适；按限制从属性说将幕后指使者定为教唆犯，也不合理。因为幕后指使者显然是犯罪的核心人物，有必要重罚。同样道理，前述黑社会头目指使言听计从的手下杀人的所谓“正犯后的正犯”情形，幕后指使者实施的本来是教唆行为，但将其作为教唆犯认定，显然低估了其在共同犯罪中的地位和作用，因而不得不将这类幕后指使者解释为间接正犯，从而给予较重的处罚，以克服按共犯处罚不合理的弊病。但是，按单一正犯体系，对各个犯罪参与者都是根据其参与的性质和程度来量定刑罚。对于上述“正犯后的正犯”情形中的幕后指使者，按我国刑法的规定可以认定为共同犯罪中的主犯，给予其比直接实行者更重的处罚，这在法律上没有任何障碍。对于指使年幼孩子盗窃的幕后者，按盗窃罪的单独犯依法给予较重的处罚，也是顺理成章的事。在这些场合根本不会出现区分制所产生的处罚轻重不合理的问题，自然也就不需要用间接正犯概念来补救。

（三）在我国采用间接正犯概念处理相关案件存在明显弊病

采用德、日的间接正犯概念，不仅不能合理解决我国与之相关的问题，在处理有关案件时还存在明显的弊病。

〔47〕 前引〔20〕，高桥则夫书，第19页。

〔48〕 同上书，第25页。

〔49〕 参见许玉秀：《当代刑法思潮》，中国民主法制出版社2005年版，第566页。

〔50〕 参见前引〔20〕，高桥则夫书，第25页。

第一，对于有些利用他人作为工具实施犯罪的案件，按德、日的间接正犯概念处理，明显与我国刑法的规定不符。例如，国家工作人员甲让知情的、不具有国家工作人员身份的妻子乙收受他人贿赂。德、日的通说认为，这属于利用无身份有故意的工具的情形，甲构成受贿罪的间接正犯，乙成立受贿罪的帮助犯。^[51]我国也有采用德、日间接正犯概念的学者持同样的主张，认为“利用有故意但无身份的人时，无身份者因为欠缺特定身份，其行为不是身份犯才能构成之罪的实行行为，不能构成正犯，利用者就不能成立教唆犯，只能以间接正犯处理”。^[52]或者其认为，在德国，由于“犯罪支配说并没有很好地解决身份犯的问题，罗克辛教授在此之外提出了义务犯理论，认为真正身份犯属于义务犯的范畴”；在有身份者（有特定义务的人）与无身份者共同犯罪的场合，只能是有身份者成为正犯，无身份只能成立共犯。^[53]又由于按德、日刑法的规定，包含间接正犯在内的正犯的处罚明显重于作为共犯的帮助犯，所以，对有身份的甲的处罚肯定会重于无身份的乙，而不可能反过来。但如果是乙胁迫本来不愿受贿的丈夫甲受贿，并且乙负责收受行贿者提供的财物，此时认定甲为受贿罪的（间接）正犯，乙为受贿罪的帮助犯，对甲的处罚就会比乙重。但是，这显然不具有合理性，也是采取区分制的立法和上述有关身份犯、义务犯的解释论所无法避免的问题。而我国主张采用区分制和间接正犯概念的学者没有看到这一点，同时忽视了我国刑法与德、日刑法相关规定的重大差异，也认为这后一种受贿情形中的甲是正犯（间接正犯）、乙为帮助犯，且正犯就是主犯、帮助犯即为从犯。^[54]但是，这不仅不合情理，也与我国刑法关于共同犯罪的相关规定不符。因为我国刑法是按照共同犯罪人在共同犯罪中所起作用的大小，来区分主犯与从犯并给予轻重不同处罚的，而并非像德、日刑法那样主要是根据参与行为的形式来划分正犯与共犯。这就决定了，正犯不能等同于主犯，共犯不能等同于从犯。按德、日通说，不具有特定身份者固然不能实施身份犯的构成要件行为，因而不能成为正犯（包括间接正犯）。但根据我国刑法的规定和通说，实行犯可能成为从犯，教唆犯和帮助犯也可能成为主犯，因此，将上述妻子乙胁迫丈夫甲受贿的案件认定为双方构成共同犯罪，因乙在共同犯罪中起主要作用而将其定为主犯，甲起次要作用而将其定为从犯，对乙的处罚重于甲，这完全符合情理和我国刑法的规定。如果按德、日的间接正犯概念，将甲认定为间接正犯（主犯），将乙认定为帮助犯（从犯），那就意味着将在共同犯罪中起主要作用者定为从犯，将起次要作用者定为主犯，这明显违反我国刑法有关主犯与从犯的规定。

第二，对有些利用他人作为工具实施犯罪的案件，按德、日的间接正犯概念处理，明显不具有可操作性。如前所述，在唆使未达到刑事责任年龄的人犯罪的场合，德、日通说认为，如果是唆使五六岁、没有辨认和控制自己行为能力的幼儿实施杀人行为，背后的唆使者构成故意杀人罪的间接正犯；但如果是唆使十二三岁、有辨认和控制自己行为能力的未成年人杀人，则幕后的唆使者成立故意杀人罪的教唆犯。我国采用德、日间接正犯概念

[51] 参见〔日〕山中敬一：《刑法总论》，成文堂2008年版，第821页。

[52] 周光权：《刑法总论》，中国人民大学出版社2011年版，第217页。

[53] 参见周光权：《论身份犯的竞合》，《政法论坛》2012年第5期，第123页。

[54] 参见周光权：《“被教唆的人没有犯被教唆的罪”之理解——兼与刘明祥教授商榷》，《法学研究》2013年第4期，第183页。

的学者也持此种主张,认为“十二三周岁的人不同于无知的幼儿,已具有对事物的基本辨别能力及一定的行为控制能力,……这种场合,很难肯定其‘工具性’,所以应否定利用者成立间接正犯,而应认定刑事未成年人与教唆者成立共同犯罪,其中,刑事未成年者构成正犯,因其未达法定责任年龄,不负刑事责任;教唆者成立教唆犯,并根据其在共同犯罪中所起的作用论定为主犯或者从犯。”^[55]正如前文所述,根据德、日的间接正犯概念,只有利用他人作为工具,即利用者能够支配、控制被利用者来实施犯罪的情形,才能被认定为间接正犯。十二三岁的孩子已具有了一定的辨认和控制自己行为的能力,教唆其犯罪确实很难说是利用其作为工具实施犯罪。但是,如果以被利用的未成年人事实上是否已具有辨认和控制自己行为的能力,作为教唆其犯罪能否成立间接正犯的根据,则由于不可能找到客观的、科学的判断标准,而不具有可行性。未成年人的年龄虽然是客观事实,却不能说十三岁的孩子就有辨认和控制能力,而十三岁差几天的孩子就没有这种能力。并且,同一年龄的孩子,其辨认和控制行为的能力也会有较大差异。但是,也不可能对这类案件都提请专家进行司法鉴定,即便是司法鉴定,不同专家也会有不同意见。因此,不可避免地存在无法确定某个实施了侵害法益行为的未成年人实际上有无辨认和控制自己行为的能力,即其能否成为幕后者所利用、支配的对象的问题。况且,按照我国刑法的规定和通说的主张,区分间接正犯与教唆犯并无实际意义。尽管德、日通说认为间接正犯是正犯,即犯罪的核心人物,对其的处罚应重于共犯(包括教唆犯),但我国通说认为,大多数情况下,教唆犯在共同犯罪中所起的作用都是主要作用,对其应以主犯从重处罚。^[56]这意味着在我国即便采用德、日的间接正犯概念,行为人无论是认定为间接正犯还是教唆犯,其所定的罪名相同,也大多要作为主犯来从重处罚,即最终的处理结果并无差异。既然如此,就没有必要挖空心思进行区分。

再说,按上述采用德、日间接正犯概念的学者的主张,将唆使十二三岁孩子杀死了人的案件,认定为背后的唆使者构成故意杀人罪的教唆犯,这一做法并无法律根据,并且对其如何处罚,也存有疑问。这是因为我国刑法对教唆犯的规定与德、日刑法不同。德、日刑法采用区分制,对如何处罚正犯、教唆犯和帮助犯有明文规定,并且是以正犯之刑作为处刑基准,规定“对教唆犯的处罚与正犯相同”或者对教唆犯“判处正犯的刑罚”,因此,确定行为人是教唆犯就意味着知道对其应如何处罚。我国刑法采取单一正犯体系,对每个参与者应分别根据其实施的行为、主观方面的罪过以及自身的情况进行综合判断后,确定其是否构成犯罪;如果构成犯罪,且与其他参与者不构成共同犯罪的,就对其按单独犯的处罚规则定罪处罚;如果与其他参与者构成共同犯罪,则要根据其在犯罪中所起作用的大小,确定其是主犯还是从犯,^[57]然后按刑法规定的主犯、从犯的处罚规则予以处罚。我国刑法对教唆犯的定罪处罚,也是采取这种方式。即如果教唆犯与被教唆人构成共同犯罪,就“应当按照他在共同犯罪中所起的作用处罚”(即按主犯或从犯处罚,刑法第29条第1款);如果教唆者与被教唆人不构成共同犯罪,其教唆行为没有引起侵害法益的事实发生,

[55] 前引[40],钱叶六书,第51页。

[56] 参见前引[37],陈兴良书,第242页。

[57] 胁从犯是从犯之中被胁迫参加犯罪者,是一种特殊的从犯。

即还处于犯罪预备状态的，这属于刑法第29条第2款规定的“被教唆的人没有犯被教唆的罪”，也就是通说所指的单独教唆犯的情形。那么，上述学者认为教唆十二三岁的未成年人杀死了人，教唆者成立教唆犯的，究竟属于哪一条款规定的教唆犯？毋庸置疑，这种教唆犯肯定不属于刑法第29条第2款规定的情形，那么，是否属于第29条第1款规定的共同犯罪的教唆犯？持上述主张的学者不得不做肯定的回答。其理论根据在于：共同犯罪是违法形态，有刑事责任能力的人与无刑事责任能力的人共同实施符合构成要件的违法行为，就构成共同犯罪。^[58]但是，刑法第25条规定，“共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪”。同法第26条、第27条、第28条接着规定了如何认定和处罚共同犯罪中的主犯、从犯、胁从犯。从这几条的规定不难看出，共同犯罪人都必须是具有刑事责任能力的人；共同犯罪中的“犯罪”是指具备犯罪成立的所有要件即构成特定犯罪的情形，即是从成立犯罪的意义上使用“犯罪”一词的，而并非仅仅是指从违法层面理解的犯罪行为（即违法行为）。从法律语言表达的逻辑关系看，先说犯罪及其成立条件，尔后说对犯罪如何处罚，这就表明前面所说的犯罪必须是符合犯罪的所有成立条件的，这也是后面所说的要给予处罚的前提。立法者不可能意图对不具备犯罪的所有成立条件或仅具备部分条件者，给予后面所说的刑事处罚。况且，根据我国刑法的规定，无刑事责任能力的被教唆者不受刑事处罚，这种被教唆者自然不可能成为主犯、从犯或胁从犯，合乎逻辑的结论是其不可能与教唆者构成共同犯罪。^[59]既然教唆十二三岁的未成年人犯罪者，不是刑法第29条第1款规定的共同犯罪的教唆犯，就不能将其认定为主犯或从犯。同时其又不属于刑法第29条第2款规定的单独教唆犯的情形，故对其如何处罚，似乎找不到法律依据。因为按我国刑法的规定，对共同犯罪的教唆犯是分为主犯或从犯给予轻重不同的处罚，对单独教唆犯即“被教唆的人没有犯被教唆的罪”的情形，则规定可以从轻或者减轻处罚。除了这两种类型的教唆犯之外，刑法并没有规定第三种类型的教唆犯。对唆使幼儿盗窃、指使不明真相的人帮忙拿走他人财物的，只能认定利用者间接实行了盗窃行为，从而单独构成盗窃罪，而不能将其认定为盗窃罪的教唆犯，这是按单一正犯体系所能得出的唯一结论。

第三，对有些利用他人作为工具实施犯罪的案件，按德、日的间接正犯概念处理，实际上会使简单问题复杂化。例如，甲知道丙在某天晚上要在某地伏击枪杀自己之后，便骗自己的仇人X于该时赴该地，利用丙弄错侵害对象而杀害了X。对于这种“正犯后的正犯”案件，甲是否构成故意杀人罪的间接正犯？对此，德、日刑法学界有较大争议，有的认为成立间接正犯，有的认为成立帮助犯，有的认为可能成立共同正犯、教唆犯或者帮助犯。^[60]我国采用德、日间接正犯概念的学者的认识也不一致。有的认为，“如果丙当时知道来到现场的不是甲而是X的话，丙必定不会开枪。在此意义上，丙只不过是甲借以杀人的‘盲目’工具而已，所以，甲应成立间接正犯，属于‘正犯后的正犯’。”^[61]有的认为，“甲只能认定为帮助犯，而不能认定为间接正犯。”因为从法定符合说的角度看，无论是谁的生命都在

[58] 参见张明楷：《共同犯罪的认定方法》，《法学研究》2014年第3期，第11页。

[59] 参见刘明祥：《论我国刑法不采取共犯从属性说及利弊》，《中国法学》2015年第2期，第298页。

[60] 参见[德]克劳斯·罗克辛：《正犯与犯罪事实支配理论》，劳东燕译，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27页。

[61] 前引[40]，钱叶六书，第58页。

故意杀人罪的范围之内受到同等保护,既然被害人的死亡结果是行为人基于自己的意愿而直接引起的,则只能说他自己支配了杀人行为,而没有被别人用来作为杀人的工具。^[62]在笔者看来,之所以产生这样的分歧,是因为在上述类型的所谓“正犯后的正犯”案件中,直接实行者有完全的刑事责任能力,并对自己的行为的事实情况及其违法性有认识,只是弄错了具体的行为对象,对这种直接实行者当然要认定为正犯;至于背后的利用者,由于没有实行构成要件行为,按形式的限制的正犯概念,只能将其认定为共犯,但按共犯特别是帮助犯处罚,处罚会过轻。就上述杀人案而论,背后的甲虽然没有直接动手杀害X,但如果不是甲骗X到现场,X就不会被杀害,可见甲对被害人死亡结果的发生发挥了关键作用,因此,将其按故意杀人罪的帮助犯处罚,显然不合适。这正是承认“正犯后的正犯”的根源所在。可是,要认定背后的利用者构成间接正犯,必须证明其支配、控制了直接实行者,而是否存在支配、控制却无客观的判断标准;若从不同的角度分析、判断,往往会得出不同的结论。就上述杀人案来说,如果将刑法规定的故意杀人罪的杀害对象理解为抽象的人,那么,甲骗X到现场使其被误杀,对于故意杀人罪乃至既遂结果的发生,就无决定性意义。因为如果X不到现场,丙想杀的人也会被杀害。由此而论,否定甲支配、控制了丙的杀人行为,即否定甲成立间接正犯无疑是有道理的。如果将故意杀人罪的杀害对象理解为具体的特定人,则由于没有甲骗X到现场,X就不会被丙误杀,这意味着甲的行为对杀害X起了决定性作用。就此而论,肯定甲支配、控制了丙杀害X的行为,即甲构成故意杀人罪的间接正犯,也是有说服力的。无论是采取上述哪一种主张,由于我国刑法并未出现正犯(包括间接正犯)和帮助犯的概念,如何处罚被认定为间接正犯或帮助犯的行为人,仍然是一个难题。由此可见,按德、日的间接正犯概念来处理这类“正犯后的正犯”案件,在我国同样涉及复杂难解的问题。但是,按照我国刑法的相关规定和单一正犯体系,对上述杀人案,根据甲主观上有杀害X的故意,客观上有诱骗X到现场并利用丙将X杀害的行为,就足以认定其具备故意杀人罪的主客观要件,从而构成故意杀人罪。至于如何处罚,按照前述单一正犯体系的处罚规则,由于甲与丙并无杀人的共同故意,故二人不构成共同犯罪,对甲与丙应分别按单独犯的处罚规则处理。当然,按单独犯处罚时,还得考虑危害结果毕竟不是其中一人独自造成的,如果甲不诱骗X到现场,丙就不可能误杀X,如果没有丙的枪击行为,X死亡的结果也不会发生,因而还得根据甲与丙各自行为在全案中所起作用的大小,依法给予轻重适当的处罚。而在某个参与者与他人构成共同犯罪的场合,前述黑社会组织头目指使言听计从的手下杀人的案件即为适例,幕后指使者与直接实行杀人者构成共同犯罪,则应根据各自在共同犯罪中所起作用的大小,确定谁是主犯、谁是从犯后,依照刑法规定的主犯、从犯的处罚规则处罚。按这样的思路处理案件,既简单明了又便于操作执行。相反,如果按德、日的间接正犯概念来处理所谓“正犯后的正犯”案件,无疑会使简单问题复杂化,诱发一些不必要的争论,从而难以保证执法的统一性,自然是得不偿失。

(四) 在我国采用单一正犯体系处理相关案件具有明显的优越性

以我国刑法的相关规定为根据,在不采用德、日的间接正犯概念的同时,运用单一正犯体系,不仅能够恰当处理与德、日间接正犯概念相关的案件,还具有其他明显的优越性。

[62] 参见黎宏:《刑法学》,法律出版社2012年版,第276页。

1. 能合理解决间接正犯概念无法应对的相关问题

如前所述, 间接正犯概念是为弥补区分制的缺陷而提出来的, 尽管它是区分制体系的一个“怪胎”, 但为了延续这种体系, 又不得不保留这一概念。而我国刑法采取的单一正犯体系正好能弥补区分制在定罪处罚方面的缺陷, 甚至按间接正犯概念无法恰当处理的案件, 按单一正犯体系也能合理解决。例如, 甲想向稻草人开枪以寻求刺激, 乙知道甲误将身披稻草的流浪汉丙错认为稻草人, 而把自己的猎枪借给甲, 随后甲开枪误杀了丙。^[63] 在德国、日本, 对本案中的乙无论是否按故意杀人罪的间接正犯来处理, 均存在弊病。如果不认定乙为故意杀人罪的间接正犯, 由于其借枪给甲的行为只是一种帮助行为, 按德国刑法第 27 条第 1 款的规定, 只有“对他人故意实施的违法行为故意予以帮助的”才构成帮助犯, 而乙只是对他人过失实施的违法行为故意予以帮助, 则乙当然不能成立故意杀人罪的帮助犯。若认定乙与甲共同构成过失致人死亡罪, 又明显与其主观心理状态不符, 并且有轻纵犯罪之嫌。正因为如此, 才不得不将乙认定为间接正犯。但正如前文所述, 按德、日通说, 只有在利用者支配、控制了被利用者的意思或行为的条件下, 间接正犯才能成立。就本案而言, 乙是应甲的请求而借枪给甲用的, 显然不能说乙支配、控制了甲杀丙的行为。假设甲知道是流浪汉丙(不是稻草人)或者乙误以为甲知道, 而乙将猎枪借给甲杀人。对此, 主张犯罪事实支配理论的学者也认为, 乙仅构成故意杀人罪的帮助犯而不是间接正犯。^[64] 由此可见, 按犯罪事实支配理论, 此类案件是定间接正犯还是定帮助犯, 决定因素不是行为人的客观行为而是其主观认识, 这明显有主观归罪的嫌疑。并且, 将乙作为故意杀人罪的间接正犯即单独犯来处罚, 还存在处罚不当的问题。因为乙毕竟只是借枪给甲从而杀死了丙, 这同他自己基于故意直接用枪杀死丙, 还是有较大差别的。对乙按间接正犯处理, 不能体现出二者处罚上的差异。

但是, 按照我国刑法的相关规定和单一正犯体系, 能够确保对上述类型案件准确定罪、恰当处罚。如前所述, 在数人参与犯罪的场合, 按单一正犯体系, 对每个参与者的定罪同单独犯的场合相同, 即根据每个参与者个人实施的行为及其主观心理状态, 确定其具备刑法分则规定的某罪成立要件时, 就认定其成立某罪。上述乙借枪给甲杀丙的案件中, 由于乙对甲想要枪击的对象是丙(不是稻草人)有认识, 知道枪击会导致丙死亡, 却仍将自己的枪支借给甲, 表明其主观上对自己提供枪支给甲的行为会引起丙的死亡结果已有明确的认识, 并且对这种结果的发生至少是持放任心态, 即乙主观上有杀人的故意; 客观上乙提供枪支的行为虽然只是一种帮助行为, 但该行为与丙的死亡结果之间有因果关系。因而, 认定乙的行为具备故意杀人罪的构成要件应毫无疑问。^[65] 至于对乙的处罚, 由于甲无杀人的故意, 乙与甲不可能构成共同犯罪, 故对乙只能单独按故意杀人罪处罚。但考虑到被害人丙的死亡结果毕竟是由甲的过失行为直接造成的, 乙只是提供了帮助, 综合考虑其参与犯罪的性质和程度, 给予乙比普通的单独犯故意杀人罪的情形轻一点的处罚, 既合乎单一正犯体系的要求, 也不违背我国刑法的相关规定。

[63] 参见前引 [16], 罗克辛书, 第 25 页。

[64] 同上书, 第 26 页。

[65] 刑法分则规定的故意犯罪行为并非仅限于实行行为, 大多还包括教唆行为和帮助行为。因此, 实施帮助行为也是实施符合刑法规定的构成要件的行为。

2. 处理间接正犯相关案件的规则简便易行

如前所述,间接正犯概念是为弥补区分制的缺陷而提出的,但它没有也不可能从根本上解决问题,反而冲击了区分制的根基,使相关问题变得更为复杂,引发了更多的争论。然而,按我国刑法的相关规定和单一正犯体系,在数人参与犯罪的场合,采取与单个人犯罪相同的定罪规则,即根据每个参与者自己实施的行为及其主观心理状态,确定其是否构成犯罪,而不考虑其他参与者参与的情况;对构成犯罪的参与者予以处罚时,则根据其参与行为的性质和程度,主要看其对整个犯罪及危害结果的发生起了何种作用,从而依法给予轻重适当的处罚。按这样的方式处理案件,既符合定罪处罚的基本原理,又不违背我国刑法的相关规定,并且易于操作执行。

笔者再举两例作进一步说明。例如,A为了杀害躲在贵重财物背后的被害人C,唆使不知情的B开枪毁坏贵重财物,结果致C死亡。在德国、日本,有关这种利用他人有轻罪故意行为的情形,对利用者应按重罪定罪,并无异议。但利用者究竟是属于间接正犯还是教唆犯,则有较大争议,二者处罚的轻重也会有差异。争论的焦点在于,被利用者有毁坏他人财物的故意能否构成所谓“规范障碍”。^[66]对此,从不同的角度看,可能得出不同的结论。但是,若采取单一正犯体系,由于利用者主观上有利用他人开枪杀人的故意,客观上唆使不知情的被利用者开枪杀死了人,自然应认定其具备故意杀人罪的成立要件,即其构成故意杀人罪;又由于被利用者无杀人的故意,双方不构成故意杀人罪的共同犯罪,故对利用者应按单独犯处罚。又如,甲出于牟利目的利用没有牟利目的的乙传播淫秽物品。对于这种所谓利用他人有故意无目的的行为的情形,能否认定利用者成立目的犯的间接正犯,也有较大争议。争论的关键在于,在直接实施者有犯罪故意的情况下,能否认定幕后者支配了其行为。对此,从不同的立场也可能得出不同的结论。^[67]可是,按单一正犯体系,由于对有目的的甲与无目的的乙,均是根据各自实施的行为及其主观心理状态来分别定罪,所以,甲成立目的犯犯罪(传播淫秽物品牟利罪),乙成立普通的故意犯罪(传播淫秽物品罪),对二人分别适用刑法相关规定予以处罚。当然,对于甲和乙在犯罪过程中所起作用的大小,量刑时也得适当考虑。

需要指出的是,在数人参与犯罪,一方成立此罪、另一方成立彼罪,甚至一方构成故意犯罪、另一方成立过失犯罪的场合,双方根本不成立共同犯罪,为何还可以根据各自行为对结果发生所起作用的大小,给予轻重不同的处罚?毋庸讳言,我国刑法确实只是明文规定,对共同犯罪人要根据其在共同犯罪中所起作用的大小,分别作为主犯或从犯给予轻重不同的处罚。而对数人参与犯罪,不构成共同犯罪的,并未明文规定应如何处罚犯罪参与者。但是,对共同过失犯罪(如数人的过失导致一重大责任事故发生)的,在我国的司法实践中,一直都是依据每个犯罪人的过失行为对结果的发生所起作用的大小,分清责任主次,给予轻重不同的处罚。这也是按单一正犯体系应当对所有犯罪(包括过失犯罪)参

[66] 参见前引[40],钱叶六书,第53页。所谓规范障碍是指在通常情况下,人在知道实情并且具有规范意识的场合,就可能形成停止实施某行为的反对动机,这种可能性就是规范障碍。规范障碍说认为,在能够期待被引诱者因具有规范意识而避免实施违法行为的场合,由于被引诱者的存在本身就会成为危险实现过程中的障碍,所以引诱行为不具有为正犯性奠定基础的法益侵害危险,从而不能成立间接正犯。

[67] 参见前引[40],张明楷书,第369页。

与人适用的处罚规则。德、日对共同过失犯罪也是采取这样的处罚规则，只不过德、日对共同故意犯罪采取了与共同过失犯罪不同的处罚规则，因此受到了学者的质疑。^[68]而在采取单一正犯体系的我国，无论是共同故意犯罪还是共同过失犯罪，乃至一方基于故意另一方出于过失、一方构成犯罪另一方不成立犯罪的场合，都是根据构成犯罪的参与人参与犯罪的性质和程度（主要是参与行为对危害结果发生所起作用的大小），给予轻重不同的处罚。这种对所有构成犯罪的参与人均采用相同处罚规则的做法，无疑具有科学性和合理性，也是单一正犯体系的一大优越性。^[69]

Abstract: “Indirect principal offender” is a kind of “remedial concept” put forward in German and Japanese criminal jurisprudence to make up for punishment deficiencies caused by the concept of restrictive principal and the extreme subordinate accomplice theory. Even though the abolishment of the concept of indirect principal offender has been advocated by scholars for failing to demonstrate the nature of principal and undermining the foundation of the system of distinction between principal and accomplice, the concept is retained for its remedial function by Germany and Japan, which have adopted the principal and accomplice offender system. However, the unitary principal offender system in China provides no legal basis for the existence of the concept of indirect principal offender for the reason that it is impossible for a concept that represents one of the types of principal while at the same time distinguishes itself from the definition of accomplice (such as instigator and accessory offender) to survive within the system. As a matter of fact, there is no need for the concept of indirect principal offender to perform the remedial function in unitary principal offender system since those punishment deficiencies do not exist here. The application of indirect principal offender theory in China is inoperable and may even complicate problems. In the situation of someone taking advantage of others as criminal tools, for example, applying the concept of indirect principal offender might contravene the relevant provisions of the Criminal Law. In comparison to the disadvantages caused by adopting the concept, the application of unitary principal offender system is more desirable in China, not only because it is a better way to solve related problems, but also because it is easy for judges to master.

Key Words: indirect principal offender, criminal participation system, principal and accomplice dividing system, unitary principal offender system, instigator

[68] 德、日刑法对共同故意犯罪采取了区分制体系，对共同过失犯罪则采取单一正犯体系。参见刘明祥：《主犯正犯化质疑》，《法学研究》2013年第5期，第119页。

[69] 参见前引[42]，刘明祥文，第120页以下。