

刑事司法中的概括故意教唆

——以个案为视角的解析

冀祥德¹, 王 琪²

(北京大学法学院, 北京 100871)

摘要: 本文针对近年来多发的“雇凶杀人”案件, 结合具体个案, 探讨追究雇凶者和行凶者的刑事责任的基础。在共同犯罪理论的指导下, 重点研究共同犯罪的构成条件, 共同犯罪的分类以及现行刑法理论中论及较少的概括故意教唆理论。

关键词: 概括故意; 教唆; 共同犯罪

中图分类号: D924.11 **文献标识码:** A **文章编号:** 1009-3192(2004)02-0051-04

一、基本案情

被告人陈海系某建筑公司经理, 其弟(本案另一被告人)陈洋任该公司会计。2000年春, 公司所在地有一工程待建, 被告人陈海与竞争者被害人刘江均积极争取。后被告人陈海所在公司未经建设方同意进入施工区, 刘江反映到有关部门后, 有关领导责令陈所在建筑公司停止施工, 公平竞争, 双方为此发生争执并结怨。被告人陈海为承揽到该工程, 即与陈洋共谋雇凶伤害刘江。陈洋找到当地劳改释放人员姜山(本案另一被告人)后, 三人在陈海办公室商议此事, 陈海说:“姜山, 你去弄弄他, 要刘江一条腿, 一条胳膊都行, 让他住院两三个月, 不能参加竞标就行。具体事你去办吧, 有什么事找陈洋联系。”随后陈海指示陈洋付给姜山纠集来的几个劳改释放人员现金9000元, 并提供刘江的车辆牌照号码和体貌特征, 还派人指认刘江之住处。

被告人姜山等人在刘江家附近蹲点守候一周。其间, 三次伺机用刀具行凶未果。姜山在被告人陈海催促下, 于2000年7月1日凌晨1时用自制的炸药包对刘江住宅实施爆炸行为, 造成公私财产重大损失10余万元。事后, 被告人陈海向被告姜山等人支付费用1.4万元。后因被告人陈海没有支付承诺

的酬金20万元, 姜山向被害人刘江写了检举信, 案件遂告破。

二、争议观点

本案在起诉、审理过程中, 针对被告人陈海、陈洋、姜山等人的刑事责任问题, 存在3种意见:

第一种意见认为: 被告人陈洋构成故意伤害罪(预备), 陈海与姜山等人构成爆炸罪。理由是: 陈海与姜山等人系共同犯罪, 在陈海的教唆之下, 为伤害被害人, 姜山等人采取爆炸手段, 使得公私财物遭受重大损失, 因此陈海等人构成爆炸罪。被告人陈洋在共同故意伤害的主观方面的驱使下, 为陈海和姜山搭线, 为实施故意伤害被害人进行帮助, 提供条件, 并未实施爆炸行为, 此外在姜山等人在守候一周后, 向被告陈海提出炸被害人的要求时, 陈洋并不知情, 因此, 陈洋应构成故意伤害罪(预备)。

第二种意见认为: 被告人陈海与陈洋为使被告人刘江“缺胳膊断腿或者住院2、3个月”不能参加工程竞标, 而雇凶伤害刘江, 仅具有故意伤害的故意。姜山等人在实施故意伤害行为的过程之中, 由于三次伺机行凶未能得逞, 于是实施爆炸行为, 姜山等人的行为已经超出了共同故意伤害的犯罪故意, 属于实行过限, 因此姜山等人构成爆炸罪, 而被告人陈海

收稿日期: 2004-02-16

作者简介: 1. 冀祥德(1964—), 男, 山东青州人, 北京大学法学院刑法博士生; 2. 王琪(1964—), 男, 陕西人, 北京大学法学院刑法学博士生。

与陈洋构成故意伤害罪(预备)。

第三种意见认为：被告人陈海、陈洋与姜山等人均构成爆炸罪。理由是：各被告人属共同犯罪，在陈海的教唆和陈洋的帮助下，姜山等人为达到故意伤害刘江的目的，实施爆炸行为，致使公私财产遭受重大损失。因此各被告人皆构成爆炸罪。

三、理论解析

我们赞成第三种观点，即被告人陈海、陈洋与姜山等人均构成爆炸罪。本案所涉及刑法的基本理论问题是共同犯罪理论。

(一)单独犯罪与共同犯罪是一种复杂的社会现象

就实施犯罪的人数而言，虽然大多数犯罪是一个人单独实施的，然而也有不少犯罪是由二人以上实施的。据此，刑法分则大多数条文都是以一个人犯罪为标准而加以规定的，但是也有一些条文规定了有二人以上的共同行为才能构成的犯罪。这种情况在刑法理论上叫作必要的共同犯罪。例如我国刑法规定的聚众性犯罪、集团性犯罪以及对合性犯罪，构成共同犯罪，分歧最大的就是各个共同犯罪人之间的意思联络。意思联络是共同犯罪人以明示或者暗示的方法表明愿意共同实施某种犯罪。如日本学者牧野英一指出：“共犯的主观要件是意思联络。由于甲和乙的意思联络，其两者的行为才产生法律上要求同一观察的结果。”^[1]需要指出，共同犯罪人的意思联络，并不要求所有共同犯罪人之间都必须存在，只要实行犯与其他共同犯罪人之间存在就够了，教唆犯和帮助犯之间就不一定存在意思联络。

共同犯罪的认识因素包括：(1)共同犯罪人认识到不是自己一个人在单独的实施犯罪，而是与其他人相互配合共同实施犯罪。(2)共同犯罪人不仅认识到自己的行为引起的结果，而且认识到其他人的行为会引起某种结果。(3)共同犯罪人预见到共同的犯罪行为与共同的犯罪结果之间的因果关系。共同犯罪的意志因素则包括：各个行为人决定参加犯罪，并且希望或者放任自己的行为引起的结果和共同犯罪行为会发生某种犯罪结果。

在本案中，被告人陈海在与被害人刘江产生纠纷后，并没有通过正常渠道来解决纠纷，而是产生雇凶伤害刘江的念头，以达到让他(指被害人)断条胳膊或断条腿，“让他住院两三个月，不能参加竞标”的目的。在陈洋找到姜山后，三人在陈海的办公室商定由姜山找几个人去“弄弄他”，有什么事找陈洋，并

且告诉姜山被害人刘江的车辆牌照号码和体貌特征，亲自指认了刘江的住处。被告姜山等人在刘江家附近蹲点守候一周，其间三次伺机行凶未果后，姜山在被告人陈海催促下，实施了爆炸行为。通过对案件的分析，可以发现被告人陈海、陈洋与姜山通过事先的预谋，决定实施伤害被害人的犯罪行为，已经构成共同犯罪。

行文至此，最起码可以得出一个安全的结论：被告人陈海、陈洋和姜山等人属于共同犯罪，并且是同一犯罪故意之下的共同犯罪。因此本案处理的第一种、第二种意见之错误性，不言自明。

(二)共同犯罪中的实行犯、教唆犯与帮助犯

第一种、第二种意见之所以会出现行为定性上的错误，原因就在于他们对于共同犯罪的分类理解上存在错误。

共同犯罪在不同的标准之下有着不同的分类，对于本文有重要意义的分类则是简单共同犯罪和复杂共同犯罪。简单共同犯罪指的是每个共同犯罪都是实行犯，而复杂共同犯罪则是指共同犯罪人之间存在某种具体犯罪构成要件行为内外分工的共同犯罪，也就是共同犯罪人中有的是实行犯，而有的是帮助犯、教唆犯。在此需要申明的是，我国刑法按照共同犯罪人在共同犯罪中的作用以及分工，将共同犯罪人分为主犯、从犯、胁从犯和教唆犯。这和各国刑事立法是不同的。对于共犯人，有二分法，即将共犯人分为主犯、从犯；三分法，即将共犯人分为正犯(实行犯)、教唆犯和从犯；四分法，即将共犯人分为组织犯、实行犯、教唆犯和帮助犯。这几种分类的区别主要是分类标准的不同，如二分法是以作用为标准划分的，四分法是以分工为标准的，三分法中，如果用词为正犯，是以分工和作用为标准的，如果用词为实行犯、帮助犯等，则是按分工为标准的^[2]。因此可以看出按照分工和按照作用为划分标准，就会得出不同的共同犯罪人分类。而我国以作用和分工双重标准作为划分共同犯罪人种类的依据，就更是给本身就十分复杂的共同犯罪理论再添新乱。因为是两个标准，在论及主犯、从犯主要从共同犯罪人的作用去考察；而论及教唆犯，则必须谈到实行犯、帮助犯；至于胁从犯，又必须跳出作用和分工的双重标准，从与犯罪原因密切相关的主观性状的角度而进行分类^[3]！

将被告人陈海、陈洋视为故意伤害罪的问题，就在于是从单独犯罪，而不是从共同犯罪的角度去分析案情，更遑论去分析各共同犯罪人的各自的刑事

责任问题了。在本案这个共同犯罪中，姜山等人属于实行犯，陈海属于教唆犯，陈洋则属于帮助犯，作者在这里采用以分工为标准的三分法，是因为在共同犯罪中如果有教唆犯，就得谈到实行犯、帮助犯。因此与其像我国传统理论中将主犯分为首要分子和主要实行犯，将从犯分为次要实行犯和帮助犯这种兜圈子的作法，还不如在理论探讨中直接言之更为有理有据^①。

1. 关于共同犯罪中的教唆犯的认定

教唆，就是唆使没有犯罪意图的产生犯罪意图^[4]。从客观方面说，教唆犯必须有教唆他人犯罪的行为，或者是教唆行为引起被教唆人实施所教唆的犯罪。可以说教唆犯本身不直接实行犯罪，而是故意教唆他人产生犯罪意图并实施犯罪。教唆犯进行教唆本身就是犯罪行为。对于理解教唆犯在具体的共同犯罪中的行为性质，就是要冲破只有实施犯罪构成客观方面的行为才是犯罪的固定思维模式，要认识到在共同犯罪中，虽然没有实行行为，教唆行为和帮助行为也是共同犯罪。本案被告人陈海完全符合教唆犯的构成特征，因此属教唆犯。

但是，虽然教唆犯是我国刑法按分工分类的唯一的、法定的共同犯罪人种类。然而在教唆犯的处罚问题上，我国刑法第29条明确规定：“教唆他人犯罪的，应当按照他在共同犯罪中所起作用处罚。”教唆犯在共同犯罪中所起作用，如果比实行犯大，教唆犯就作为主犯处罚；反之，就作为从犯处罚。事实上，教唆犯是犯意的发起者，没有教唆犯的教唆，就不会有该种犯罪发生，因而教唆犯在共同犯罪中往往起主要作用。尤其是本案被告人陈海除出佣金雇佣姜山等人外，还亲自指认刘江之车辆牌照特征、外貌特征。可以说陈海在本案中的作用是极其重要的，应当作为主犯处罚。

我国现实生活中频频发生“买凶、雇凶杀人”的案件，社会反映极其强烈，究其原因之一就是买凶人认为自己没有亲自实施犯罪行为，就不会承担刑事责任。但是在刑罚理论中，对于雇凶杀人这样的恶性案件，即使是教唆犯，也有可能被处于极刑。

2. 关于共同犯罪中的帮助犯的认定

帮助犯是指故意帮助他人实行犯罪。其基本特征是自己不直接实行犯罪，在他人产生犯罪决意之后，为他人实行犯罪创造便利条件，帮助他人完成犯罪。

本案被告人陈洋在知道其兄陈海产生“伤害被害人”的念头之后，积极为其找寻直接实施犯罪行为的合适人选，并且充当了陈海与姜山等人的联络人，属于帮助犯。

3. 共同犯罪中的概括故意教唆和具体故意教唆

任何行为要进入刑法视野，成为犯罪行为，必须在主观上有过错。我国刑法理论中将犯罪故意区分为直接故意和间接故意，主要有两方面的意义：其一，通过进一步分析、确定不同犯罪故意的特征，为犯罪故意的具体认定提供更加清晰明了的标准；其二，通过揭示具体犯罪故意的不同特征，区别不同犯罪故意在主观恶性上的轻重差别，为量刑的个别化和科学化提供主观责任方面的依据^[5]。其实，在犯罪构成理论中，还可对犯罪故意作不同层次的多样性的分类。

犯罪故意认识的内容只能是犯罪构成要件规定的事实，在这一点上，学者们的看法是一致的。但是犯罪构成事实在现实生活中是多种多样的，犯罪故意是否要求认识全部的构成要件事实，则存在争议。大致有三种学说：(1)认识三要件说。认为故意的认识包括对犯罪主体、犯罪客体和犯罪客观方面的认识。(2)认识二要件说。认为故意的认识包括对犯罪客体和犯罪客观方面的认识。(3)认识一要件说。认为故意的认识包括对犯罪客观方面事实的认识^[6]。

对以上三种学说进行考察之后，笔者认为认识二要件说最为合理。这是因为在犯罪故意的认识内容中，对危害结果的认识是最根本的明知内容。某种行为被立法者认为是犯罪行为，并且将之规定于刑法之中，就是因为这种行为客观上给社会造成危害。所以对危害结果的明确认识是首要的，由此出发，如果说行为人已经认识到自己的行为会发生危害社会的结果，那么行为人对行为的性质、对犯罪客体和作为选择要件的犯罪对象的事实情况就应该是清楚的。

在通常情况下，认定认识因素不会有什么困难，但是在某些特殊情况下就会出现诸多疑惑，如我们今天所探讨的概括故意。

概括故意事实上就是指在故意的认识内容中，没有出现绝对确定的认识，而是呈现出一种比较笼统的、不具体的认识，或者换言之，在认识的范围内

^① 如陈兴良教授在其所著《本体刑法学》(商务印书馆,2001年8月)中就直接采用正犯、组织犯、教唆犯和帮助犯的分类,既简单明了,又足以说清问题。

对于行为会产生危害社会的结果这一点有绝对的认识,但是具体到客观方面内容,在对犯罪客体、行为的性质等客观的事实情况上则不是明确的认识,而是一种概括的认识。例如在本案中,作为雇凶者,陈海出钱雇佣姜山等人,就是“弄弄他(被害人)”,达到使被害人刘江“断条胳膊断条腿或者住院2、3个月”的目的。从陈海的认识方面考察,陈海对自己要求姜山等人去弄弄被害人的结果是确定明知,虽然陈海对于姜山等人的伤害行为并没有作具体的手段、时间、地点、方法的明示,陈海的犯罪故意已经足以认定。

由此看来,我们应当抛弃行为性质由主观心理决定的观点,在认定行为是否构成犯罪的问题上,首先考虑客观行为及其结果的性质,而不是相反^[7]。在司法实践中,共同犯罪人对共同犯罪结果的预见,通常有两种情况:一是预见特定的犯罪结果,即某一具体犯罪的结果。二是预见概括性的犯罪结果,即所预见的犯罪结果并非某种具体的结果,而可能是某几种犯罪结果或其中一个结果。只要这个结果包括在预见的范围之内,共同犯罪人之间就存在共同的犯罪故意^[8]。从心理态度上考虑,前者属于确定的故意,而后者属于不确定故意中的概括故意。由此,概括故意是指行为人明知自己的行为必然导致构成要件的结果,但对结果的具体范围及其性质没有确定的认识,而希望或者放任这种结果发生的心理态度^[9]。

笔者认为,在教唆存在的共同犯罪中,也存在概括教唆,即教唆者对实行犯的犯罪故意概然性刺激、利诱、雇佣、请求,不具体向实行犯教唆犯罪的时间、地点、方法、手段和后果,或者仅要求后果,而对犯罪的手段、方法不做明示。在此理论的探究中,应当存在一个与概括教唆相对应的概念,即具体教唆。它是指教唆者对实行犯实施犯罪的时间、地点、手段、方法和后果作具体明示。在“雇凶杀人”的案件中,这两种情况都可能存在。司法实践中决不能让某些雇凶杀人者以不是具体犯罪故意教唆的借口,借口犯罪之手段、方法、地点之“不明知”,逃避法律的制裁。

在本案的几种意见中,还产生了对故意伤害罪和爆炸罪的混淆。故意伤害罪是指故意非法损害他人身体健康的行为。行为可以多种多样,打伤、刺伤、烧伤等等,包括以爆炸手段实施的故意伤害罪。而爆炸罪是行为人以爆炸的方法,杀伤不特定多人或者使公私财产遭受较大损失,危害公共安全的行

为。如果爆炸行为危害了不特定多人的生命和健康以及公私财产,是爆炸罪;如果爆炸行为指向特定个人,危害的只是特定个人的生命健康,没有造成其他的人身伤亡,则分别是故意杀人罪和故意伤害罪。如果爆炸行为虽然指向特定个人,但结果却杀伤了不特定的其他人,则应以爆炸罪论处。因为这时行为人的主观故意,对特定人是直接故意,对不特定人及其他人则是间接故意,对其他人的生命健康和公私财物的损失是完全放任的态度^[10]。

本案中,出于陈海概括故意伤害之教唆故意,姜山等人在伺机行凶未果后,决定用爆炸的手段实施伤害行为。为此,特制了5.2公斤的大炸药包,因炸药包过大不能放置在被告人卧室窗台上,于是放在地面上进行爆炸。被害人刘江家住密集家属区内,一墙之隔就是某小学。用威力如此巨大的炸药包,实施爆炸行为,受其危害的已经不仅仅是被害人刘江及其家人的生命健康,而是不特定多数人的生命健康或者重大的公私财产损失,本案的结果也正说明了这一点。但教唆犯只是要求实行犯去“弄弄”被害人,“断条胳膊断条腿,住上两三个月的医院”,而实行犯使用了爆炸的手段,是否属于“实行过限”?笔者认为,这种情况不属于实行过限,还是属于一种概括的故意。原因就在于如前文所述,在犯罪故意的认识内容中,最根本的要求对危害结果有明确的认识,如果行为人已经认识到自己行为会发生危害社会的结果,那么,行为人对其行为的性质、犯罪客体和犯罪对象当然也是清楚的。此外,认识因素中并不要求行为人对犯罪客观方面的选择要件如手段、方式、地点和时间有具体认识。此种情形之下,爆炸行为只是作为伤害行为的具体手段或者方式,属于同一个犯罪故意中不要求认识的内容。而实行过限则不同,它是具体行为犯的主观故意产生了变化,在作为单个个人的行为犯和作为共同犯罪的其他共同犯罪人之间存在了两个犯罪故意。

参考文献:

- [1][4][6][8] 马克昌. 犯罪通论[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1999. 510, 516, 330, 511.
- [2][3][10] 杨春洗, 杨郭先. 中国刑法论[M]. 北京: 北京大学出版社, 1998. 148, 154, 325.
- [5][9] 贾宇. 犯罪故意类型论[J]. 法律科学, 2003, (3).
- [7] 张明楷著. 刑法的基本立场[M]. 北京: 中国法制出版社, 2002. 88.

责任编辑: 袁广林

(下转第63页)

一般的国家机关工作人员。第四,主观方面的表现不同。本罪在主观方面主要是故意,而且是直接故意,并且存在犯罪动机,一般为徇私情或者徇私利;而玩忽职守罪在主观方面则为过失,既包括疏忽大意过失,也包括过于自信过失。在特殊情况下,也可能表现为间接故意。

(三)要注意区分一罪与数罪的不同情形

国家机关工作人员在招收公务员、学生的过程中徇私舞弊的,往往有索贿、受贿行为发生,那么该如何区分一罪还是数罪呢?如果索取、收受的是财物,且数额符合《刑法》第385条的规定,达到受贿罪定罪标准的,应依法认定构成受贿罪。与招收公务

员、学生徇私舞弊罪实行数罪并罚。如果索取、收受的是财物以外的其他贿赂,就《刑法》目前的规定来看,不构成犯罪,只能单独构成招收公务员、学生徇私舞弊罪。

参考文献:

[1]敬大力.渎职罪[M].北京:中国人民公安大学出版社,1999.510.

[2]黎煜昌主编.职务犯罪问题研究[M].郑州:河南人民出版社,1995.248.

责任编辑:袁广林

On the Crime of Malpractice in Recruitment

XU Weiping

(Personnel Division, Railway Police College, Zhengzhou 450053, China)

Abstract: The crime of malpractice in recruitment of civil servants and students, a new crime added to the criminal law in 1997, has many a problem in its constitutive requirements and judicial cognizance. After expounding the concept and constitutive requirements of the crime, this paper analyses the standard of placing a case on file and the criminal responsibility, then puts forward its viewpoint on the cognizance of the crime.

Key words: recruitment; civil servant; student; malpractice.

(上接第54页)

The Joint Crime in Criminal Judiciary

JI Xiangde, WANG Qi

(Beijing University, Beijing 1000, China)

Abstract: There are many "employer of murder" cases in China. What's the criminal responsibility of the employer and the murder? The Chinese theory of the joint crime includes that what is a joint crime, that what are the factors of a joint crime and how to classify the joint crime. At last, we stress the theory of the general intentional instigation in the joint crime.

Key words: joint crime; instigation; general intention