

间接正犯：以中国的立法与司法为视角 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E9_97_B4_E6_8E_A5_E6_AD_A3_E7_c122_485554.htm 【摘要】

间接正犯是共同犯罪中的一个重要问题。本文以中国大陆的刑事立法与司法为视角，对间接正犯进行了研究。本文认为，间接正犯是实施犯罪行为的间接性与承担刑事责任的直接性的统一。

本文还论述了间接正犯的性质，并对间接正犯与共犯的区分作了研究。并通过对一起间接正犯的具体案例的分析，表明在中国刑法理论中，引入间接正犯的必要性。 The

conception of indirect accomplice is an important issue in the theory of joint offence. In this essay, the author discusses this issue from the perspective of criminal legislation and enforcement in Mainland China. He reaches the conclusion that indirect accomplice is

unification of indirectness of criminal action and directness of criminal responsibility. The essay also discusses the properties of indirect accomplice , and distinguished indirect accomplice from joint offender. And by analyzing a specific case of indirect

accomplice , the author expressed his opinion that it is necessary to introduce the conception of indirect accomplice into the criminal law theory of China. 一、引言：从一个基层法院的案例开始 被告人张文俊，男，51岁，系北京汇众公司下属汇众金属表面合金化工厂厂长。被告人修启新，男，52岁，系北京汇众公司下属汇众金属表面合金化工厂副厂长。1995年底，汇众公司出资60万元设立汇众金属表面合金化工厂，该厂为独立法人实体，由张文俊任厂长、法人代表，修启新任副厂长。该

unification of indirectness of criminal action and directness of criminal responsibility. The essay also discusses the properties of indirect accomplice , and distinguished indirect accomplice from joint offender. And by analyzing a specific case of indirect accomplice , the author expressed his opinion that it is necessary to introduce the conception of indirect accomplice into the criminal law theory of China. 一、引言：从一个基层法院的案例开始 被告人张文俊，男，51岁，系北京汇众公司下属汇众金属表面合金化工厂厂长。被告人修启新，男，52岁，系北京汇众公司下属汇众金属表面合金化工厂副厂长。1995年底，汇众公司出资60万元设立汇众金属表面合金化工厂，该厂为独立法人实体，由张文俊任厂长、法人代表，修启新任副厂长。该

unification of indirectness of criminal action and directness of criminal responsibility. The essay also discusses the properties of indirect accomplice , and distinguished indirect accomplice from joint offender. And by analyzing a specific case of indirect accomplice , the author expressed his opinion that it is necessary to introduce the conception of indirect accomplice into the criminal law theory of China. 一、引言：从一个基层法院的案例开始 被告人张文俊，男，51岁，系北京汇众公司下属汇众金属表面合金化工厂厂长。被告人修启新，男，52岁，系北京汇众公司下属汇众金属表面合金化工厂副厂长。1995年底，汇众公司出资60万元设立汇众金属表面合金化工厂，该厂为独立法人实体，由张文俊任厂长、法人代表，修启新任副厂长。该

厂为股份制企业，张文俊、修启新等人以技术入股，占有25%的股份。1996年，汇众公司购买了一辆切诺基汽车，配发给汇众金属表面合金化工厂使用，产权属汇众公司，购车后向中国人民保险公司海淀支公司办理保险，投保人和受益人均为汇众公司。1996年12月26日，朝阳区三建东宝建筑公司工程队负责人万雨平因汇众金属表面合金化工厂拖欠其工程费4万余元，本人到该厂将切诺基汽车强行开走。张文俊随即向青龙桥派出所报案，该所因此事属于经济纠纷，未予受理。张文俊遂伙同修启新，于当晚向海淀分局刑警队报案，谎称汽车当天放在工厂院内时丢失，后又向汇众公司谎报。汇众公司遂向中国人民保险公司海淀支公司索赔。1997年6月，保险公司向汇众公司支付理赔款12万元。在这个案件处理中，司法机关存在以下三种意见：第一种意见认为，张文俊、修启新的行为构成保险诈骗罪。理由是：张文俊、修启新以非法获取保险金为目的，利用保险进行诈骗活动，向保险人骗取保险金，数额较大，符合保险诈骗罪的特征，应认定为保险诈骗罪。第二种意见认为，张文俊、修启新的行为构成诈骗罪。理由是：保险诈骗罪的主体是特殊主体，即投保人、被保险人和受益人。本案中张文俊、修启新二人不属上述三种人的任何一种，不符合保险诈骗罪的主体要件，故不构成保险诈骗罪，而构成诈骗罪。第三种意见认为，张文俊、修启新的行为不构成犯罪，理由是，向保险公司索赔是由汇众公司进行的，张文俊、修启新并未参与，没有实施诈骗行为，从而不构成犯罪。j以上三种意见似乎各有其理，但又都不能从根本上解决被告人张文俊、修启新的定罪根据问题。其实，在此引入间接正犯的概念，定罪问题就迎刃而解了

。张文俊、修启新诈骗案，如果不借助于间接正犯的概念，就难以得出正确的定罪结论。因为就向保险公司诈骗而言，两被告人并未参与，没有保险诈骗行为。而普通诈骗罪，两被告人只是向汇众公司谎报汽车丢失，并未诈骗汇众公司的财物。就此而言，似乎两被告人的行为不构成犯罪。但实际情况是，在本案中，保险公司的保险金被诈骗，其财产受到损失。两被告人是利用汇众公司诈骗保险公司，这是一种间接实行的诈骗犯罪，应以间接正犯论处。但在间接正犯的情况下，到底是保险诈骗罪还是诈骗罪呢？保险诈骗罪虽然是身分犯，但无身分者与有身分者实施诈骗行为均可构成犯罪，只是构成不同犯罪而已。在这种情况下，我认为，利用者可以构成这种不纯正身分犯的间接正犯。因此，两被告人应定保险诈骗罪。由于中国目前司法实践中间接正犯尚是一个陌生的概念，因而北京市海淀区法院对于本案被告人张文俊、修启新分别以诈骗罪判处有期徒刑各1年，并处罚金1万元。

二、间接正犯的概念 中国刑法中并无间接正犯的概念，在中国刑法理论上，间接正犯的研究也是晚近才开始的。但在大陆法系的刑法理论与刑事立法上，间接正犯却有着悠久的历史。近代刑法理论中的间接正犯的概念，据说产生于主观主义未普遍发达时代的德国刑法学。一般认为，间接正犯是客观主义的共同犯罪理论为弥补其共犯从属性说之不足而推衍出来的一个范畴。正如德国学者指出：在教义学史上，间接正犯原本只扮演了“替补者”的角色。人们当时想将那些顾及共犯的严格的从属性因教唆而不可能处罚的案件包括进去。[]按照主观主义的共同犯罪理论，只要具有共同犯罪行为，即使是具有刑事责任能力的人与没有刑事责任能力的

人或者达到刑事责任年龄的人与没有达到刑事责任年龄的人也可以构成共同犯罪，这就是所谓共犯独立性说。按照此说，间接正犯显系正犯，在理论上毫无承认之必要。而按照客观主义的共同犯罪理论，共犯具有从属性，即教唆犯和帮助犯系从属于正犯的犯罪，又称从属犯。在一般情况下，如果正犯不构成犯罪，就没有处罚教唆犯和帮助犯的理由。但是，具有刑事责任能力的人或者达到刑事责任年龄的人教唆或者帮助没有刑事责任能力的人或者没有达到刑事责任年龄的人实施犯罪行为，无异于利用工具犯罪。在这种情况下，如果仍然坚持以正犯构成犯罪作为教唆犯或者帮助犯承担刑事责任的前提，那么，该教唆犯或者帮助犯就难以依法论处，这显然不合乎情理。在这种情况下，为调和客观主义共同犯罪理论的矛盾，将这种教唆犯和帮助犯名之曰间接正犯，使之对被利用者的犯罪行为承担完全的罪责，这就是大陆法系国家刑法理论中间接正犯的由来。间接正犯的概念产生虽早，但在立法上承认间接正犯，却始于1919年的德国刑法草案。该草案第26条明文规定了间接正犯的概念，指出：“对于非依犯意而行为之他人，或无责任能力之他人，以犯意教唆其为犯行之实施者，是为间接正犯。”现行的德国刑法典第25条第一项规定：“假手他人以实行之者，依正犯处罚之。”这被认为是对间接正犯的典型规定。在意大利刑法中，第86条（为了让人犯罪目的而使其丧失责任能力）规定：“使他人陷于无辨别及无意思能力之状况，而利用其为犯罪行为者，应负该项犯罪行为之刑事责任。”对于这一规定以及第111条（利用无责任能力和不可罚的人犯罪）、第48条（因他人欺骗而产生的错误）、第51条第2款（犯罪性命令）、第54

条（因他人威胁而形成的紧急避险状态）、第46条（身体强制）等，意大利刑法学界多数人坚持认为都是有关间接正犯的规定，因为在这些情况下法律既规定应由造成他人无能力状态或实施了欺骗等行为的主体承担刑事责任。但也有意大利刑法学家认为，在他们的制度中，间接正犯的概念没有任何实际意义。因为这种情况，“不论从法律规定还是刑法理论的角度看，都完全应该属于中国刑法规定的共同犯罪的范畴；如果将支配犯罪实施的人称为正犯，就意味着对这种情况不能适用有关共同犯罪的规定。”[]由此可见，在意大利刑法学界，对于间接正犯的性质还是存在严重分歧的。尽管如此，在大陆法系刑法理论中，间接正犯是一个通用的刑法概念，在共同犯罪理论中占有一席之地。在中国刑法理论中，间接正犯是一个外来语，但正犯一词则古已有之。正犯是中国古代刑法中的一个概念，严格地说，中国古代刑法中没有共犯的概念，而只有共犯罪概念，共犯罪就是共同正犯。因此，中国古代刑法是以正犯为基础构造的，采用的是严格意义上的犯罪共同说。清末继受外国法制以后，引入大陆法系的共犯概念，从而区分正犯与共犯。在这当中，由于清末刑律修订，主持人沈家本聘请日本刑法学家冈田朝太郎参与起草刑法典。因此，共犯部分，尤其教唆犯、从犯之规定，从最初几乎完全仿效日本刑法典之立法例。[]在上述正犯与共犯相区分的立法例中，间接正犯自有其存在的余地。中华人民共和国自1949年成立以后，直至1979年才制定第一部刑法典。此前，中华人民共和国刑法草案经历了共33稿，此间变动最大的就是关于共同犯罪人的分类问题。在最初的数稿中，都是以共同犯罪人在共同犯罪中所作的分工进行

分类的，因而基本上是以正犯与共犯为线索的。但在用语上，到底是称正犯还是称实行犯，前后存在反复。1950年刑法大纲草案称为正犯，1954年刑法指导原则草案改称实行犯，1957年刑法草案第22稿又恢复正犯的概念，规定：直接实行犯罪的，是正犯。对于正犯，根据他在犯罪中所起的作用处罚。对此，立法者解释说：为什么在草案中用正犯这一名称而不用实行犯，是因为实行犯这一名称不科学，实际上不但实行犯去实行犯罪，其他共犯也是实行犯罪的，而用了实行犯这一名称就意味着其他的共犯好像坐在那里什么都不干，这与实际情况是不符的。同时，正犯是共犯中的主体，是共同犯罪中对犯罪起决定作用的人，因此，用正犯更能表现出他在共同犯罪中的作用。[]在这一说明中，将正犯界定为直接实行犯罪的人，似乎就已经在逻辑上排斥了间接正犯存在的可能性。但实际上，这里的直接实行并非与间接实行相对应，而是要与共犯相区分，但将共犯也理解为是实行犯罪的，则已经在相当程度上模糊了正犯与共犯的区分。及至1963年刑法草案第33稿，抛弃了正犯与共犯相区分的立法例，对共同犯罪人的分类改为以作用分类法为主，以分工分类法为辅，即分为主犯、从犯、胁从犯、教唆犯。这一分类法继承了中国古代刑法共犯罪分首从的精神。由于未考虑到中国古代刑法中的共犯罪只指共同正犯，不包括共犯，因而中国刑法中的这种分类法的合理性大可质疑。[]1997年刑法修订当中，虽然又有学者对于共同犯罪人的分类问题提出修改意见，但并未采纳，仍然保留了1979年刑法关于共同犯罪人分类的规定。之所以要对中国刑法关于共同犯罪的规定进行这样一种沿革的描述，主要是因为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是有着密切联系的。从以上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，而是主要采用作用分类法，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。例如利用没有达到法定刑事责任年龄的人为工具犯罪，在大陆法系刑法理论上，这种情况是典型的间接正犯。但在中国刑法学界，个别学者主张，由于被教唆者不具备犯罪主体资格而不能认为是教唆犯的共犯，对教唆犯应单独按所教唆的罪定罪，按照刑法中的主犯从重处罚。[]这一观点虽然看到了在这种利用没有达到法定刑事责任年龄的人为工具犯罪的情况下，利用者与被利用者不构成共同犯罪，但又认为，对于利用者应当按照独立的教唆犯以主犯从重处罚，这实际上未对间接正犯作出科学的定位。此外，中国还有学者主张对于教唆未满14周岁的无责任能力人犯罪的，可以从间接正犯的概念中分离出来，作为一种例外，按教唆犯从重处罚，理由在于：中国刑法有关于不满18周岁的人犯罪的，应当从重处罚的规定。如果在这里不满18周岁的人不包括不满14周岁的人，那就出现了一个矛盾：已满14周岁不满18周岁的人犯罪的，应当从重处罚；教唆14岁以下的人的犯罪比前者更为恶劣，反倒没有从重处罚。这在理论上是难以自圆其说的，在司法实践上对于打击教唆未满14周岁的人的犯罪，也是有百害而无一利。[]在这种理解当中，间接正犯的概念在法理上也就没有存在的余地。由于刑法理论上对间接正犯

研究的极度缺乏，在司法实践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14周岁的人盗窃公私财物的被告人定为盗窃（教唆）罪，这就把间接正犯与教唆犯混为一谈了。有感于此，我在1984年初撰写了“论我国刑法中的间接正犯”一文，[]这是中国在1979年刑法颁行以后，第一篇论述间接正犯的论文。在论文中，我对间接正犯作出了以下界定：间接正犯，即把一定的人作为中介实施其犯罪行为，其所利用的中介由于具有某些情节而不负刑事责任或不发生共犯关系，间接正犯对于其通过中介所实施的犯罪行为完全承担刑事责任。在我看来，这种实施犯罪行为的间接性和承担刑事责任的直接性的统一就是间接正犯。

三、间接正犯的性质 间接正犯的性质是指间接正犯的正犯性问题。在间接正犯的理论中，间接正犯的正犯性是一个核心问题，即间接正犯并未亲手实行犯罪，又为什么要将其视为正犯？对此，在刑法理论上存在下述观点：[]

- (1) 工具说，认为间接正犯是利用他人犯罪，被利用者只不过是间接正犯的工具而已。
- (2) 因果关系中断说，此说将间接正犯视为因果关系中断的一种排除情形，即指在因果关系进行中，介入一定的自然事实或他人的意思自由行为，而使原有的因果关系中断。而利用无责任能力人或无故意者，因果关系并不中断而成立间接正犯。
- (3) 原因条件区分说，认为对于结果发生具有一定关系的先行行为原因，具有原因力，利用者应负正犯之责。
- (4) 主观说，认为间接正犯是以自己犯罪的意思而利用他人犯罪，所以，虽然利用者没有直接实施犯罪，亦应视同正犯。
- (5) 国民道德观念说，认为根据国民道德观念，应将利用他人犯罪者视为正犯。
- (6) 构

成要件说，认为实行符合构成要件定型性的行为均为正犯行为，间接正犯只不过是实行的方式而已。（7）行为支配说，认为间接正犯在利用他人犯罪中，起着支配作用，即间接正犯在整个犯罪过程中都居于支配的地位。在上述诸说中，工具说是对间接正犯性质最为有力的说明。正是通过对工具或曰道具的支配，使利用者获得了正犯的性质。正如德国学者指出：间接正犯是指，为了实施构成要件该当行为，以利用他人作为“犯罪工具”的方式来实现犯罪构成要件者。在间接正犯情况下，行为支配的先决条件是，整个事件表现为幕后操纵意志的杰作，幕后操纵者通过其影响力将行为媒介（Tatmittle）控制在手里。[]其他学说对于阐明间接正犯的性质也都具有一定的意义，它们或者从客观方面或者从主观方面，或者从利用者方面或者从被利用者方面，还有从社会一般违法观念方面，对间接正犯的正犯性作了论证。尤其值得注意的是，日本学者小野清一郎从伦理评价的角度论证了间接正犯的正犯性。小野指出：“所谓间接正犯，也是伦理性的，因而也成为构成要件行为的问题。这是一种自己不下手，而通过利用他人然而并不是教唆他人去实行犯罪来实行自己的犯罪的情形。例如，唆使精神病人去放火的行为；让不知道的护士给患者服下毒药的行为等，即可认定为等于是自己放火和杀人。这些行为的构成要件，尽管是以物理的行为（身业）为其内容的，但又是以智能地使动他人的行为（语业）为内容的，并且在具体事件中从伦理评价中认定其符合构成要件行为即为实行的。这是间接正犯的特点。[11]我认为，对于间接正犯的正犯性，应当坚持主观与客观相统一的原则，从利用者与被利用者两个方面予以展开。间接正犯

在主观上具有利用他人犯罪的故意，也就是指行为人明知被利用者没有刑事责任能力或者没有特定的犯罪故意而加以利用，希望或者放任通过被利用者的行为达到一定的犯罪结果。因此，间接正犯与被利用者之间不存在共同犯罪故意。这种利用他人犯罪的故意不同于直接正犯的自己犯罪的故意，因而有别于直接正犯。同时，这种利用他人犯罪的故意也不同于教唆故意与帮助故意。教唆故意是唆使他人犯罪的故意，帮助故意是帮助他人犯罪的故意，这是一种共犯的故意，以明知被教唆人或被帮助人的行为构成犯罪为前提，具有主观上的犯罪联络。而在间接正犯的情况下，行为人明知被利用者的行为不构成犯罪或者与之不存在共犯关系，因而具有单独犯罪的故意，即正犯的故意。间接正犯在客观上具有利用他人犯罪的行为，也就是指行为人不是亲手犯罪，而是以他人作为犯罪工具而实施犯罪。正是利用他人犯罪这一特征将间接正犯与直接正犯加以区别。直接正犯是本人亲手实施犯罪，当然，在这种实施犯罪过程中，也未必见得都是直接使用肢体，而是可以利用机械、自然力或者动物，由于这些被利用对象不具有人的主体性，因而只是纯粹的客体犯罪工具，因而自然属于直接正犯的范畴。这种利用他人犯罪的行为也不同于教唆行为与帮助行为，后者是一种共犯行为，存在着对于实行行为的客观联结，因而形成共同的犯罪行为。而间接正犯的利用行为是单独的犯罪行为，被利用者的行为只是间接正犯实行犯罪的一种中介。从因果关系上说，共同犯罪行为是犯罪结果发生的共同原因，因而教唆行为与帮助行为与犯罪结果之间存在多因一果的关系。当然，将教唆行为与帮助行为单独加以考察，一般认为教唆行为与犯罪结果

之间具有间接的因果关系，而帮助行为则只是犯罪结果发生的条件而非原因。在间接正犯的情况下，行为人与犯罪结果之间具有因果关系，这种因果关系具有包容性的特征。间接正犯的正犯性，使之区别于共犯。间接正犯与教唆犯的区别在于：间接正犯是在利用他人犯罪的故意的支配下将他人作为实现本人犯罪意图的工具，而教唆犯是在教唆他人犯罪的故意的支配下以共同犯罪的形式实现本人的犯罪意图。间接正犯与帮助犯的区别在于：由于间接正犯和被利用者的行为之间不发生共同犯罪关系，或者被利用者的行为不认为是犯罪，所以间接正犯从外表上好像是帮助他人犯罪，实质上则对于他人的行为具有支配性，是在利用他人犯罪。正是由于间接正犯与共犯之间形同而实异，因而使之区别于共犯而归入正犯的范畴。正因为如此，正如日本学者所指出，近来，间接正犯不被放在共犯论里面，而是作为构成要件行为的解释问题在构成要件该当性中论述的，并且与利用自己酒醉等状态完成犯意的“基于某种原因的自由行为”一起说明的人增多起来了。当区别正犯与共犯之际，曾经有过共犯概念优劣之争的具有一种试金石感的“间接正犯”概念，在刑法上的评价态度已从自然主义的考察向规范主义的考察发展，从而带来了上述那种体系的变动。[12]我认为，正犯是与共犯相对应的概念，无正犯也就无所谓共犯。因此，作为正犯之一种特殊类型，在共同犯罪的理论中论及是恰当的，何况，像德国刑法典那样规定间接正犯的国家，也是在共犯当中规定的。这里还应当指出，间接正犯与间接共犯是有区别的，间接共犯是指共犯之共犯，例如间接教唆犯与间接帮助犯等。间接教唆犯是指教唆犯的教唆犯，这是一种辗转教唆的情

形。间接帮助犯是指帮助犯的帮助犯。间接共犯仍属共犯的范畴，是共犯之共犯，它不同于间接正犯。四、间接正犯的形式 间接正犯存在各种形式，正确地理解间接正犯的形式，对于间接正犯的认定具有重要意义。间接正犯根据利用他人犯罪的情形不同，可以区分为下列形式：（一）利用未达到刑事责任年龄的人实施犯罪 构成犯罪，对于犯罪主体具有一定年龄的规定，没有达到法定刑事责任年龄的人，依法不构成犯罪。利用这种未达到刑事责任年龄的人为工具实施犯罪的，无论其是否具有识别能力，利用者均应以间接正犯论处。在中国刑法中，利用不满14周岁的人为工具实施犯罪以及利用满14周岁不满16周岁的人实施刑法第17条第2款规定的故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪以外的犯罪的，构成间接正犯。（二）利用精神病人实施犯罪 精神病人，如果根据生物学标准和心理学标准，丧失了辨认能力和控制能力，系刑法上的无责任能力人。利用这种无责任能力人实施犯罪，只不过是利用工具而已，利用者构成间接正犯。如果唆使限制刑事责任能力的精神病人实施犯罪，由于限制责任能力人依法应负刑事责任，只是可以从轻或者减轻而已。因而唆使者与限制责任能力人属于共同犯罪，唆使者不构成间接正犯，而应以教唆犯论处。（三）利用他人无罪过行为实施犯罪 这里的无罪过行为是指不可抗力和意外事件。根据中国刑法第16条规定：行为在客观上虽然造成损害结果，但是不是出于故意或者过失，而是由于不能抗拒或者不能预见的原因所引起的，不是犯罪。在这种情况下，行为人在客观上造成了一定的法益侵害结果，但其主观上既无故意又无过失，依法不负刑事责

任。因而被利用者类似于英美刑法中的无罪之代理人

（Innocent agent），对于利用者，则应以间接正犯论处。（

（四）利用他人合法行为实施犯罪 这里的合法行为并非指通常意义上的合法行为，而是指排除犯罪性的违法阻却事由，即正当防卫和紧急避险等。这种行为依法不负刑事责任，是合法行为。但利用者却是非法的，其利用行为构成间接正犯。

正如德国学者指出：犯罪工具在这种情况下虽然客观上和主观上都是合法的，但并不取决于他的合法行为，而是取决于幕后操纵者的行为不法性。[13]因此，如果利用他人的正当防卫行为或者紧急避险行为实施犯罪，被利用者不负刑事责任，利用者应以间接正犯论处。（五）利用他人过失行为实施犯罪

刑法中的共同犯罪是共同故意犯罪，不仅不存在共同过失犯罪，而且在故意犯罪与过失犯罪之间亦不存在共同犯罪，而应分别以犯罪论处。因此，利用他人的过失行为实施犯罪，被利用者应承担过失犯罪的刑事责任，利用者则应以间接正犯论处。（六）利用有故意的工具实施犯罪

在刑法理论上，所谓有故意的工具，是指被利用者具有刑事责任能力并且故意实施某一犯罪行为，但缺乏目的犯中的必要目的（无目的有故意的工具），或者缺乏身分犯中的特定身分（无身分有故意的工具）的情形。由此可见，利用有故意的工具可以分为两种情形：一是在目的犯的情况下，利用有故意无目的的工具。被利用者由于无特定目的而不构成法律要求特定目的之犯罪，但因有故意而构成一般故意犯罪。基于共同犯罪是共犯一罪之理念，利用者与被利用者并非共犯一罪的关系，利用者是利用他人的故意犯罪行为实施其具有特定目的才构成之犯罪，应以间接正犯论处。二是在身分犯的情况

下，利用有故意无身分的工具。被利用者由于无特定身分而不构成法律要求特定身分之犯罪，但因有故意而构成一般故意犯罪。有身分者与无身分者分别构成不同犯罪，不属于共同犯罪。对于有身分者来说，是利用他人的故意犯罪行为实施其具有特定身分才能构成之犯罪，应以间接正犯论处。

五、间接正犯的认定

在认定间接正犯的时候，应当注意以下三个问题：（一）间接正犯与亲手犯的区别

在认定间接正犯的时候，我们必须明确：间接正犯的存在不是绝对的与无条件的。当然，对于这个问题在刑法理论上尚有争论。例如，在身分犯的情况下，没有特定身分的人不可能直接实行这种犯罪，但是否可以利用具有特定身分的人而成为间接正犯呢？对此，刑法理论上存在三种观点：一是肯定说，认为一切犯罪莫不可以成立间接正犯，纵属以一定的身分作为成立要件的犯罪，若没有身分的人，利用有身分而无责任能力的人而实施犯罪，该无身分的人仍为间接正犯。二是否定说，认为犯罪以一定身分作为成立要件的，没有这种身分就与要件不合，纵利用有身分而无责任能力的人实施犯罪，其自身亦不能成立该罪。三是折衷说，认为以一定的身分作为成立要件的犯罪，无身分者对此可否成立间接正犯，应视身分对于犯罪的性质而决定。凡依法律的精神，可推知该项处罚规定是专对具有一定身分的人而设的，则无此身分的人不能成为直接正犯，亦不得成为间接正犯。反之，以身分为要件之犯罪，其身分仅为侵害法益事项发生的要件，则无身分的人仍可利用有身分的人以完成侵害法益的事实，而无防于犯罪的成立，应认为可以成立该罪的间接正犯。[14] 我认为，在上述三说中，肯定说认为一切犯罪都存在间接正犯，无疑是不适当地

扩大了间接正犯的范围。例如，受贿罪的主体是国家工作人员，如果非国家工作人员在国家工作人员不知情的情况下，利用国家工作人员职务上的便利为第三者谋利益并收受财物，按照肯定说，该非国家工作人员应以受贿罪的间接正犯论处。而受贿罪是渎职犯罪，那么，该非国家工作人员无职可渎，焉能以渎职论罪？显然，在认定间接正犯的时候，如果根据肯定说，就会混淆罪与非罪的界限，因而是不妥的。否定说认为在身分作为构成要件的犯罪中一概没有间接正犯存在的余地，可以说是不适当地缩小了间接正犯的范围。例如，强奸罪的主体是男子，如果女子教唆丧失辨认和控制能力的男子强奸妇女，按照否定说，该女子不能构成强奸罪的间接正犯，因而不以犯罪论处。而这种情况下，该女子主观上具有利用他人强奸妇女的犯罪故意，客观上使被害妇女遭到强奸，其行为的社会危害性已经达到犯罪的程度，应以犯罪论处。所以，将该女子解释为强奸罪的间接正犯，使之承担强奸罪的刑事责任是合适的。显然，在认定间接正犯的时候，如果根据否定说，也会混淆罪与非罪的界限，因而是错误的。在我看来，对于以身分作为构成要件的犯罪能否成立间接正犯，应该区别对待。在身分犯之身分是法定身分的情况下，又可以分为以下两种情形：一是无身分者不仅不能构成身分犯之罪，而且也不能构成其他犯罪，则无身分者不可能利用有身分者而构成身分犯的间接正犯。二是无身分者与有身分者实施相同行为均可构成犯罪，只是构成不同犯罪而已。例如，普通诈骗与保险诈骗，有特定身分者构成保险诈骗，无特定身分者构成普通诈骗。在这种情况下，无身分者利用有身分者实施犯罪的，可以构成身分犯的间接正犯。而在

身分犯是由自然身分构成的情况下，没有特定身分的人可以利用具有特定身分的人实施这种犯罪而构成间接正犯。因此，我认为折衷说是可取的。由上观之，间接正犯的存在是有一定限制的。在刑法理论上，为了将间接正犯限制在一定范围内，而把不能构成间接正犯的各种犯罪涵括在一定的概念之内加以理解，亲手犯就是为适应这一需要而出现的一个概念。因此，亲手犯是以承认间接正犯为前提的，所以否认间接正犯的刑法学家对亲手犯当然是持排斥态度的。同时，亲手犯还是以限制间接正犯为己任的，所以认为在一切犯罪中都存在间接正犯的刑法学家，对亲手犯也持否定的态度。我认为，亲手犯的概念还是具有一定积极意义的，在刑法理论上存在是必要的。那么，什么是亲手犯呢？所谓亲手犯，是指以间接正犯的形式不可能犯的犯罪。换言之，为了它的实现，以由行为人亲自实行为必要，利用他人不可能实现的犯罪。亲手犯与间接正犯是互相消长的，如果扩张亲手犯的范围，必然缩小间接正犯的范围；反之亦然。在刑法理论上，一般认为亲手犯存在于下列各种犯罪之中：（1）身分犯。身分犯有纯正身分犯与不纯正身分犯之别。在不纯正身分犯的情况下，身分是刑罚轻重的事由。因此，仍然可以成立间接正犯，而不属于亲手犯。纯正身分犯是否属于亲手犯也不能一概而论。如前所述，只有由法定身分构成的纯正身分犯才是亲手犯，由自然身分构成的纯正身份犯不是亲手犯。（2）目的犯。目的犯是指以行为人主观上的特定目的为构成犯罪的要件之犯罪。没有这种特定目的，就不可能构成犯罪。在目的犯的情况下，具有特定目的的人可以利用没有特定目的的人实施犯罪而构成间接正犯。但如果是没有特定目的的人

就不可能利用他人构成目的犯的间接正犯。因此，在这种情况下，目的犯是亲手犯。（3）不作为犯。不作为犯是指以一定的作为义务作为构成犯罪的要件之犯罪。没有这种特定义务，就不可能构成犯罪。在不作为犯的情况下，没有特定义务的人可以利用具有特定义务的人实施不作为犯罪而构成间接正犯。例如，没有特定义务的甲利用谎言欺骗扳道工乙，使其未能履行职责，致使火车颠覆，甲就是间接正犯。但如果是具有特定义务的人就没有必要利用他人实施犯罪，因为只要其本人身体状态之静止，就足以构成犯罪。因此，在这种情况下，不作为犯就是亲手犯。（二）间接正犯的着手标准在直接正犯的情况下，以本人的实行行为的着手为犯罪的着手，不会发生任何疑问。例如，以刀杀人，犯罪分子举刀向被害人砍去的这一时刻，就是犯罪着手。而在间接正犯的情况下，犯罪分子不是直接向被害人下手，而是利用他人加害于被害人。在这种情况下，如何认定间接正犯的着手，就成为一个值得研究的问题。在刑法理论上，关于间接正犯的着手标准，存在以下三种观点：第一种观点认为，被利用者行为的着手就是间接正犯的着手。第二种观点认为，利用者行为的着手是间接正犯的着手，而不以被利用者的行为为转移。第三种观点认为，间接正犯的着手不可一概而论，应区别对待：在一般情况下应以利用者行为的着手为间接正犯的着手，但在利用有故意的工具的情况下，则应以被利用者的着手为间接正犯的着手。[15]上述三说，第一种观点被认为是客观说，此说认为被利用者的行为就是间接正犯的犯罪行为，因此，间接正犯的着手标准应求诸被利用者的行为。第二种观点被认为是主观说，此说认为间接正犯在利用他人犯

罪的故意的支配下开始实施利用他人的行为，是间接正犯的着手。至于第三种观点，被认为是折衷说，主张以主观说为主，客观说为辅。上述三种观点对间接正犯着手标准认识上的差别，可能导致对同一行为的截然相反的结论。例如，在利用者已经着手，被利用者尚未着手而未得逞的情况下，根据客观说，这是间接正犯的预备犯。而根据主观说，这是间接正犯的未遂犯。又如，利用有故意的工具的间接正犯，如果利用者已经着手，被利用者尚未着手而未得逞的情况下，根据主观说，这是间接正犯的未遂犯，而根据折衷说，这是间接正犯的预备犯。那么，在认定间接正犯的着手时，到底以什么为标准呢？我认为，间接正犯是实行犯的特殊形态，因此，间接正犯的着手无异于实行行为的着手。由此可以得出结论，在利用他人犯罪的故意的支配下，开始实施利用他人犯罪行为，就是间接正犯的着手。在这个意义上说，我主张主客观统一说。间接正犯的着手应以利用者行为的着手为标准，我们的结论与主观说相同，但出发点却完全不同。主观说将被利用者的行为视为间接正犯的行为，因而从利用者的主观上寻找着手的标准。在将被利用者的行为视为间接正犯的行为这一点上，主观说与客观说并无二致，而我认为这是违背间接正犯的构成原理的。间接正犯是独立的正犯，它对于被利用者没有任何从属性，只有利用行为才是间接正犯的构成要件的行为，至于被利用者的行为，正如有的刑法学家指出，不过是利用行为与结果间之中间现象而已[16]，简单地说，就是利用者实现犯罪结果的“中介”。所以，主观说的结论虽然正确，前提却不妥；客观说则前提与结论都错误。折衷说对不同的间接实行犯的形态采取不同的着手标准

，其具体理由尚未见阐述，而放弃间接正犯的着手的统一标准，受到一些刑法学家的非难[17]，但论据也不够充分。我理解，折衷说之所以主张在利用有故意的工具的情况下，间接正犯的着手应以被利用者的行为为标准，就是因为被利用者的行为是故意犯罪行为，相当于共同犯罪中的正犯。而根据客观主义的共犯从属性理论，应以正犯的着手为共同犯罪的着手。我认为，根据中国刑法理论，这种观点是不能成立的。因为中国刑法摒弃了共犯从属性理论，坚持主观与客观相统一的原则。因此，即使是教唆犯，也应以其教唆行为的着手为教唆犯着手的标准，而不以正犯的着手为转移。间接正犯与教唆犯相比，对被利用者具有完全的独立性，那就更没有必要将被利用者的行为的着手作为间接正犯着手的标准。

（三）间接正犯的认识错误 间接正犯的认识错误，主要是指对被利用者的认识错误，即以间接正犯的故意，将具有刑事责任能力的人作为没有刑事责任的人，或将达到法定刑事责任年龄的人作为没有达到法定刑事责任年龄的人予以利用。在这种情况下，发生了主观与客观的矛盾：从主观上说，应属于间接正犯；从客观上说，起教唆犯的作用，应以教唆犯论处。那么，究竟应如何定性呢？关于这个问题，在刑法理论上主要存在以下三说：一是主观说，认为应以行为人的意思为准，以决定利用者究竟应负教唆罪责，抑或应负间接正犯的罪责。二是客观说，认为应以客观的事实为准，以实际上所发生的侵害事实为基准，判断行为人有无与此事相符的犯意，因而认为间接正犯的错误，应依其行为的客观意义对利用者定性。三是折衷说，主张应一并考虑利用者行为之主观面与客观面，认为利用者基于间接正犯的意思，

使适合于教唆犯之事态，应以教唆犯论处。[18]我认为，在一般情况下，行为人对其行为的法律性质的认识错误并不影响其行为的社会危害性的有无以及应否对其追究刑事责任。而行为人对其行为的事实认识错误，则可能影响行为的性质。间接正犯的错误属于对事实的认识错误中的对象错误，或者说是一种特殊形态的对象错误。那么，这种对象错误是否影响行为的性质呢？从行为的后果上看，利用行为使他人产生了犯意而去实施了犯罪，因而这种行为还是具有社会危害性的，应以犯罪论处。但到底是以间接正犯论处还是以教唆犯论处，则需要根据行为的性质加以判断。我认为，在这种情况下，对行为人应以间接正犯论处，因而主观说是可取的。但在具体论证上，我们还是应该坚持主观与客观相统一的原则。也就是说，在间接正犯对被利用者发生了错误认识的情况下，利用者主观上具有利用他人犯罪的间接正犯的故意，客观上实施了利用行为，尽管其行为客观上所起的是教唆作用，也不影响行为的性质。客观说与折衷说都认为应以教唆犯论处，但教唆犯的成立除未遂以外是以他与被教唆的人具有共同故意为前提的。那么，在间接正犯的认识错误的情况下，利用者与被利用者之间是否存在共同故意呢？回答是否定的。由此可以得出结论，在间接正犯的认识错误的情况下，对利用者应以间接正犯论处，被利用者构成犯罪的，依法单独论处。

六、结语：以一个最高法院的案例结束 被告人刘某因与丈夫金某不和，离家出走。一天，其女（时龄12周岁）前来刘某住处，刘某指使其女用家中的鼠药毒杀金某。其女回家后，即将鼠药伴入金某的饭碗中，金某食用后中毒死亡。因其女没有达到刑事责任年龄，对被告人刘某的行为

如何定罪处罚，有不同意见：一种意见认为，被告人刘某授意本无犯意的未成年人投毒杀人，是典型的教唆杀人行为，根据刑法第29条：“教唆不满十八周岁的人犯罪的，从重处罚”的规定，对被告人刘某应按教唆犯的有关规定来处理；另一种意见认为，被告人刘某授意未成年人以投毒的方法杀人，属于故意向他人传授犯罪方法，同时，由于被授意人未达到刑事责任年龄，不负刑事责任，因此对被告人刘某应单独以传播犯罪方法罪论处。这是一个刊登在最高人民法院刑一庭、刑二庭主编的《刑事审判参考》2001年第5辑上的一个案例。这个案例由于属于审判工作中遇见的典型问题，因而在审判长会议上进行了讨论。经过讨论以后，得出的结论认为：构成教唆犯必然要求教唆人和被教唆的人都达到一定的刑事责任年龄，具备刑事责任能力。达到一定的刑事责任年龄，具备刑事责任能力的人，指使、利用未达到刑事责任年龄的人（如本案刘某的女儿）或精神病人实施某种犯罪行为，是不符合共同犯罪的特征的。因为在这种情况下，就指使者而言，实质上是在利用未达到刑事责任年龄的人或精神病人作为犯罪工具实施犯罪。就被指使者而言，由于其不具有独立的意志，或者缺乏辨别能力，实际上是教唆者的犯罪工具。有刑事责任能力的人指使、利用未达到刑事责任年龄的人或者精神病人实施犯罪，在刑法理论上称之为“间接正犯”或“间接的实行犯。”“间接正犯”不属于共同犯罪的范畴。因被指使、利用者不负刑事责任，其实施的犯罪行为应视为指使、利用者自己实施，故指使、利用者应对被指使、利用人所实施的犯罪承担全部责任，也就是说，对指使、利用未达到刑事责任年龄的人或精神病人犯罪的人，应按照被

指使、利用者实行的行为定罪处罚。本案被告人刘某唆使不满14周岁的人投毒杀人，由于被教唆人不具有刑事责任能力，因此唆使人与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，而应按其女实行的故意杀人行为定罪处罚。在最高法院审判长会议对这个案件的分析意见中，引入了间接正犯这一概念，从而使刘某利用其不满14周岁的女儿投毒杀人一案得以正确的定性。因此，尽管在目前中国的刑法和司法解释中尚未使用间接正犯这一概念，但间接正犯的理论已经进入最高法院法官的视野，并在司法活动中发生了实际的作用。【注释】j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。[]参见（德）汉斯海因里希耶塞克、托马斯魏根特：《德国刑法教科书（总论）》，徐久生译，中国法制出版社2001年版，第801-802页。[]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337-338页。[]参见陈子平：《共同正犯与共犯论：继受日本之轨迹及其变迁》，台北五南图书出版公司2000年版，第3页。[]参见李琪：“有关草拟中华人民共和国刑法草案（初稿）的若干问题”，载《中国刑法立法资料汇编》，1980年印行，第124页。[]关于分工分类法与作用分类法的比较，参见拙著：《共同犯罪论》，中国社会科学出版社1992年版，第173页。[]参见石划：“刍议教唆教唆犯成立共同犯罪的要件和单独论处”，载《法学与实践》1985年第6月，第44页。[]参见吴振兴：《论教唆犯》，吉林人民出版社1986年版，第74-77页。[]参见拙作：“论我国刑法中的间接正犯”，载《法学杂

志》1984年第1期。[]参见林维：《间接正犯研究》，中国政法大学出版社1998年版，第62页以下。[]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（总论）》，徐久生译，中国法制出版社2001年版，第801页。

[11]参见（日）小野清一郎：《犯罪构成要件理论》，王泰译，中国人民公安大学出版社1991年版，第53页。[12]参见（日）福田平、大塚仁：《日本刑法总论讲义》，李乔等译，辽宁人民出版社1986年版，第161页。[13]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（总论）》，徐久生译，中国法制出版社2001年版，第708页。[14]参见韩忠谟：《刑法原理》，台北国立台湾大学法学院1981年增订第14版，第295-296页。[15]参见马克昌：《日、德刑法理论中的间接正犯》，载《法学评论》1986年第2期，第67页。[16]参见韩忠谟：《刑法原理》，台北台湾国立大学法学院1981年增订第14版，第295页。[17]参见（日）大塚仁：《注解刑法》，日文版，第298页。[18]参见陈朴生、洪福增：《刑法总则》，台北五南图书出版公司1982年版，第253页。

参见南英、张军主编：《刑事审判参考》2001年第5辑，法律出版社2001年版，第75页。文章出处：北大法律信息网 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com