

# 论间接正犯着手的认定

◆梁鸿翔

(青岛大学法学院, 山东 青岛 266071)

**【摘要】**间接正犯作为正犯的一种特殊形式,从被提出便在刑法理论界具有重要地位,而间接正犯实行行为的界定在刑法学界也一直存在争议。本文介绍了当前对于间接正犯实行着手认定的四个主要学说,并通过由小及大的理论逻辑层面论证了被利用者行为说的合理性,并通过相应案例从实践检验方面对于被利用者行为说进行了验证。

**【关键词】**间接正犯;实行行为;着手

对于间接正犯着手认定,主要学说如下:利用者行为说认为,利用者将被利用者朝着犯罪实现的方向加以利用的行为,或者说将被利用者作为工具加以利用以实现犯罪的行为就是实行行为。被利用者行为说认为只有当被利用者开始实施不法侵害具体行为时,才可认定为间接正犯的着手。个别化说认为在通常情况下,当利用者开始实施利用行为时,便可以认定为间接正犯的着手;而当被利用者为具有犯罪故意的人时,被利用者开始实施行为才可以认定为间接正犯的着手。综合说主张认定间接正犯的着手,应该坚持主观客观两方面的相互印证,将利用行为和被利用者的行为结合起来,对实行行为应是两种行为的适当组合,当具有危险性的诱致行为发生时,就能认定为间接正犯的着手。

一方面,其中综合说并没有明确提出判断诱致行为危险性的标准;另一方面,在综合说的理论下,诱致行为出现时没有任何实际意义,只有后续被利用者行为的出现才能够开始对实行行为着手的认定。从此角度来看,综合说也是必须依据被利用者的行为来作为判断的基础,只是另一种意义上的被利用者行为说,所以支持者较少。因此,主要争议点在于利用者行为说、被利用者行为说和个别化说。笔者认为被利用者行为说从理论逻辑和实践检验两方面来说,都是更值得提倡的学说。

## 一、提倡被利用者行为说之理论逻辑

对于刑法学下某一问题的争议,笔者认为各个学说在理论逻辑上从小范围到大范围,首先需要能够符合其基础概念的要求,其次需要能够与相关问题的刑法体系恰当衔接,最后要与刑法学和法治精神相匹配。笔者认为被利用者行为说在这三个维度上,既符合间接正犯本身产生的意义,又能够实现实行行为认定标准的统一,同时,也有利于刑法权利保障机能的实现,是优于其他学说的。

### (一)符合间接正犯本身产生的意义

#### 1.体现间接正犯的特殊性

对于间接正犯,有学者将间接正犯界定为“利用无责任

能力或不具责任条件之他人来实现自己犯罪之目的,也有将之定义为利用不构成犯罪之他人、利用非正犯之他人、利用无责任能力人、无故意或者阻却违法行为者之行为,或者是利用他人不法的行为”。而在国外有日本学者认为,“在能够肯定构成要件该当性的场合,除了行为人自己实施了实行行为、直接引起了结果的场合之外,还存在着这样的场合,即实行行为在外观上并非由行为人自己实施而是使他人实施、由他人引起了后果。”后一场合,称为间接正犯。

对于直接正犯着手,毫无疑问是在犯罪分子亲自实施不法侵害,进而将现实而又紧迫的危险施加于法益本身之时。笔者认为被利用者行为说正是体现了间接正犯本身的特殊性。而利用者行为说只是牵强地将行为者的行为界定为实行行为,对其特殊性欠缺考量。间接正犯是利用他人来实施犯罪行为,其是一般犯罪行为的状态,如果按照利用者行为说则和普通犯罪行为对于实行行为的界定几乎一样,不符合间接正犯概念提出的初衷。

#### 2.切合间接正犯的正犯性

当前主要的间接正犯正犯性判断理论有利用工具理论、行为支配说、原因论、规范障碍论等。这些理论都为间接正犯的正犯性提供了支撑,而间接正犯的正犯性更是间接正犯概念本身存在的基础性问题。因此,与间接正犯有关一切问题研究都不能脱离间接正犯的正犯性。而被利用者行为说在此处遭到了其余学说的批评,批评者认为:被利用者行为说中处罚对象和着手判断相分离,从逻辑上看不合理乃至矛盾。按照被利用者行为说实行行为与实行意思相分离,被利用者实施行为但没有实行意思,利用者有实行意思却未实行行为,这本身便存在不合理之处。并且最终的处罚对象认定为利用者的利用行为,而被利用者的行为才是利用者的着手认定,这是自相矛盾的。

但笔者认为,被利用者行为说实质上是符合间接正犯的正犯性。因为对于正犯来说,既要在主观上具有明确犯罪故意,又要在客观上亲自实施了能够造成法益损害的行为。

在间接正犯之中，是通过利用他人的行为来实施犯罪行为，进而导致法益损害的结果产生。在主观方面，利用者本身必然有着自身计划的犯罪故意，且借由利用者的利用行为通过劝说或欺骗等方式而形成对被利用者在一定范围内的支配性，这种犯罪故意也是隐藏在利用者身上的。虽然客观上最终法益损害结果也是由利用者行为造成的，但整个过程中，利用者依然占据主导地位，被利用者的行为可以说是利用行为的延伸。此时，将被利用者的行为界定为利用者实行行为的着手，利用者的主观故意和客观行为便在此时达成了统一，进而使得间接正犯满足了对于正犯的要求。

## （二）实现实行行为认定标准的统一

### 1. 实现形式标准的统一

间接正犯与直接正犯并没有本质上的不同，它的产生并不是为了强调与直接正犯的等价，而是在共犯独立性说消亡、共犯从属性出现不足而产生的弥补性概念。笔者认为，在我国对直接正犯实行的着手在形式上采取了主客观统一的标准，同时，在需要考察主观方面和客观行为的情况下，坚持利用者行为说可以更好地实现二者的统一，进而维护刑法学理论的协调。

一方面，在间接正犯之中，之所以可以说是利用他人作为工具，在于通常认为利用者没有犯意。但此处的没有犯意指的是没有利用者在实施利用行为时，便想要隐藏在利用者行为之中的犯意，而不是指没有被利用者自身的犯意。而无论利用者是否具有犯意或者具有何种犯意，其所实施的行为或许在自身视角之下并没有含有利用者的主观犯意，但由于存在利用者的欺骗或隐瞒，利用者行为总会隐藏着利用者的特定犯意。另一方面，对于实行行为客观方面构成要件的该当性来说，即是需要符合某一犯罪的构成要件的类型化行为。在间接正犯之中，利用者的利用行为多为引诱或幕后的行为，而被利用者行为则是最为准确反映犯罪构成要件的行为，符合类型化行为的特征。综合来看，被利用者的行为也就是利用者利用行为的延续，且是在利用者特定主观犯意的主导下引起的，利用者行为说便也落实了主客观统一原则。

反观利用者行为说，在一定情况下便会忽略了利用者其自身作为“人”的主观能动性，将被利用者只是单纯地看作工具，认为仅以利用行为进行判断即可，未能全面地考虑利用者主观方面产生的作用。

### 2. 实现实质标准的统一

无论对于间接正犯的着手还是直接正犯的着手，其从实质方面来看，最为重要的都应是其对于法益的现实而又紧迫的危害。而坚持利用者行为说可以更好地把握这一标准。具体来看，实质上需要的是现实而又紧迫的对于法益的危害，但同时需要明确的是如果某一行为对于特定法益的

危险程度非常低甚至可以忽略不计，那么不可认定为实行行为。因此，利用者的利用行为多是误导、欺骗等，其本身很难产生紧迫危险。虽然与最终的损害结果有联系，但更多的只是一种潜在的危险，需要通过被利用者的行为才能转化为现实的对法益的威胁，因此，坚持利用者行为说更为合理。同时，从结果无价值的观点出发对行为的违法性进行判断，在现实而紧迫危险尚未发生之时，认定为着手也是不恰当的，故将被利用者的行为视作实行行为，而将利用行为只是视为之前的犯罪预备更为恰当。

而利用者行为说便忽略了实行行为法益侵害这一实质属性。例如，让别人家的小孩子去偷营业商场展柜中的金银饰品，其现实危险性极低。此时便不宜将该利用行为定义为实行行为。而此时若坚持利用者行为说，只考虑利用行为便会定义为未遂犯来进行处罚，这不但会导致对间接正犯着手的界定的提前，也与一般常识所不符合。

## （三）利于实现刑法权利保障机能

### 1. 避免不当扩大未遂犯处罚范围

根据利用者行为说的界定时间点，此时犯意刚刚表露，但在客观形式上还未满足特定犯罪的构成要件的类型化行为，且对于特定法益往往也没有现实而又紧迫的威胁，会导致未遂犯的处罚范围大大扩大，也与国民常识相悖。例如，利用者通过误导、欺骗等方式诱导利用者进行一定的行为，但利用者随后取消了该行为的想法，也并未实施利用者利用行为中所计划的能够危害特定法益的不法行为。

对于个别化说，笔者认为在被利用者不具有犯罪故意时，会又陷入利用者行为说的问题之中。例如，甲让乙周六中午去丙家里把丙的屏风砸掉，进而破坏丙的屏风再破坏丙的财运。但乙并不知道丙每天都在屏风下午休，会砸死丙。此种情况下，甲构成故意杀人的间接正犯，乙也具有犯罪故意，需要在故意毁坏财物的范围内承担刑事责任。此时按照个别化说，间接正犯的着手界定在乙开始砸屏风时，这是合理的。但如果案情发生变化，例如，甲告诉乙是丙让其去砸掉屏风，是要后期再更换别的家具。此时乙既无毁坏财物的故意，又无杀人的故意时，按照个别化说观点，间接正犯着手应认为从甲的引诱行为开始。这种界定是不合理的，因为此时单纯的语言行为很难认定为对法益具有实际危害的实行行为。因此，在被利用者不具有犯罪故意时，也会导致对间接正犯着手认定大为提前，不利于权利保障机能的实现。

而被利用者行为说更加注重实行行为的实质客观性，避免了利用者行为说和个别化说未遂犯处罚范围扩大的问题，实践中也能够使得法院更加审慎地考虑刑罚的启动，符合刑法的谦抑性原则。这也顺应了当今世界法治潮流，进而更好地发挥刑法权利保障的重要机能。

## 2.减少法官自由裁量权不当扩大

个别化说虽然坚持对具体案件根据具体情况区别对待,但实际上却无法形成一个明确的统一标准,在审判中易导致自由裁量权过大,刑罚权被滥用。而被利用者行为说坚持了主客观相统一的原则,也切实考虑到了对于实际法益的威胁程度。从形式标准和实质标准两方面进行明确,有利于法官正确裁量,符合法治精神。

## 二、提倡被利用者行为说的实践检验

### (一)利用他人有故意的行为

案情事实:2017年3月,被告人陈某虚构其家人生病需要用钱的事实,利用龙某帮其借钱。后龙某使用微信向被害人虚构自己家人生病住院需要借钱的事实,诈骗得到被害人通过支付宝转账的人民币57000元,并将上述诈骗所得交给被告人陈某。法院审理后认定被告人陈某是上述诈骗行为的间接正犯。此案中龙某自己虚构事实骗取了财物,属于具有故意的行为。按照被利用者行为说,应在龙某开始通过微信进行沟通时界定为诈骗罪的着手。而若按照利用者行为说则应在陈某向龙某虚构事实之时,此时尚未发生对于被害人财产的现实而紧迫的危险,是不合理的。

### (二)利用他人有过失的行为

案件概况:行为人张某想要杀死仇人王某,趁王某在林间劳作时,张某对过路的猎户说林中是一头野猪,猎户信以为真开枪杀死了王某。此案中张某通过语言的方式诱使猎户射击,当猎户信以为真举枪时,王某的生命安全就处在了一种现实的危险之中。因此,张某告诉猎户有野猪尚不足以使王某的生命安全立刻处于现实紧迫的危险之中,只有当猎户信以为真举枪瞄准的时候,认定为间接正犯张某的着手才更为恰当。

### (三)利用他人无罪过的行为

案件事实:在2019年度道路改造项目中,被告人熊某所在公司将水泥材料款共计20000元支付给水泥经销商邓某。被告人熊某以不再需要水泥为由,要求邓某退还上述材料款。邓某通过银行转账方式将上述款项退回被告人熊某指定的个人账户内。法院审理后认为被告人熊某利用职务之便,要求邓某将应退给公司的资金2万元汇入其个人账户,属于利用他人实施挪用资金行为的间接正犯,其行为构成挪用资金罪。此案中,邓某的行为既无故意也无过失,属于典型的无罪过行为。在熊某打电话时还未对公司财产

产生现实、紧迫的危险,只有当邓某开始安排进行转账时认定为着手才更为合适。

### (四)利用未达刑事责任年龄的人

案情事实:2020年4月上旬,被告人沈某在“醉星酒吧”教唆路某、刘某、张某、董某(上述有三人均未满16周岁)实施盗窃。并授意先盗窃作案车辆,便于其他的盗窃。后从4月14日起,路某、刘某、张某、董某等人先后盗窃车辆和其他财物。

此案件是间接正犯之中典型的利用未达到相应刑事责任年龄的人的情形。法院审理后认为被告人沈某利用未成年人心智发育不够成熟,辨别是非的能力较差,易受别人教唆的特点,将犯罪意图灌输给未达刑事责任年龄的人,授意路某、张某、刘某等人秘密窃取他人财物,事后为作案人员提供住处、主导分赃和销赃,系间接正犯。根据被利用者行为说,当路某等人着手盗窃车辆时,才可以认定为盗窃罪的着手,也是此时才对法益产生了现实、紧迫的危险。倘若按照利用者行为说,则在酒吧之中的唆使便构成了盗窃罪的着手。

## 三、结束语

当前间接正犯所带来的争议对于刑法理论学界有着重大影响,笔者在此坚持认为,被利用者行为说在理论逻辑方面既符合间接正犯本身产生的意义,也能够实现实行行为认定标准的统一,也有利于刑法权利保障机能的实现,促进法治的发展。同时,在我国刑法还未明确界定间接正犯概念的今天,坚持被利用者行为说对于我国司法实践更具有合理性,更加符合人们的期待。

## 参考文献:

- [1]陈晨.间接正犯研究[D].南宁:广西民族大学,2019.
- [2]顾磊.论间接正犯实行行为的着手[D].苏州:苏州大学,2012.
- [3]蔡圣伟.论间接正犯概念内涵的演变[J].刑事法评论,2007(02):51-75.
- [4]庞心怡.论间接正犯的实行着手[D].郑州:郑州大学,2021.
- [5]孙昊.间接正犯着手研究[D].上海:华东政法大学,2018.

## 作者简介:

梁鸿翔(1995—),男,汉族,山东青岛人,硕士研究生,研究方向:刑法学。