

间接正犯的构成要件符合性

武晓雯

【摘要】在我国刑法总则没有规定间接正犯的立法体例下,必须对间接正犯的构成要件符合性进行规范判断。规范判断的基本方法是:根据行为支配原理,应当将利用者和被利用者实现的构成要件要素结合起来,按照单独犯实施犯罪那样进行构成要件符合性判断。然而,并非所有的构成要件要素都能被他人支配或者决定,因此,必须分别判断利用者和被利用者各自应当具备的构成要件要素。被利用者必须具备行为、对象、结果等构成要件要素。在利用他人自杀或自伤的场合,相对于利用者而言,被利用者行为的对象是符合构成要件的对象要素。在真正身份犯场合,身份是无法被支配或者决定的要素,被利用者的身份无法归属于利用者,因此,只有当利用者自身具备身份要素时,才可能符合间接正犯的构成要件符合性。

【关键词】间接正犯;构成要件符合性;规范判断

【作者简介】武晓雯,中共中央党校(国家行政学院)政治与法律教研部讲师,法学博士。

【原文出处】《比较法研究》(京),2020.1.155~169

【基金项目】本文为2019年国家社科基金青年项目“间接正犯研究”(项目号:19CFX029)的阶段性研究成果。

一、问题的提出

众所周知,德国刑法第25条第1款规定:“自己实行犯罪行为,或者利用他人实行犯罪行为的,均为正犯。”其中“利用他人实行犯罪行为”,指的就是间接正犯。显然,就间接正犯的认定而言,在德国刑法有明文规定的前提下,司法机关只需要判断行为是否符合法条规定的“利用他人实行犯罪行为”这一要件。然而,我国刑法中并没有关于间接正犯的规定,那么基于罪刑法定原则,司法机关就必须像直接正犯那样,对利用者的行为是否符合分则某罪的构成要件进行规范判断。

其一,罪刑法定主义是刑法的铁则。从维护罪刑法定原则的角度出发,间接正犯必须具备构成要件符合性。如所周知,就犯罪的成立条件而言,不论是三阶层体系,还是四要件体系,都要求必须对犯罪事实是否满足分则各罪成立所要求的全部违法要素加以审查。在三阶层体系中体现为构成要件符合性

的要求,在四要件体系中则体现为对犯罪客观方面以及犯罪主体中的部分要素(行为主体本身与特殊身份)的判断。不论适用哪种体系认定犯罪,倘若客观方面的犯罪事实不符合上述要件,则行为不可能成立犯罪,否则便有违罪刑法定原则之嫌。^①

另外,即便刑法分则没有规定,但只要是刑法总则明文规定了犯罪类型,则无须对行为进行构成要件符合性的审查便可直接依据刑法总则加以认定。例如,我国刑法第29条规定,“教唆他人犯罪的”,成立教唆犯。据此,就教唆犯的认定而言,首先需要判断正犯的行为是否具备构成要件符合性与违法性,在得出肯定结论之后,再判断正犯者实施符合构成要件的违法行为是否由教唆者的教唆行为所引起,而不要求教唆犯的行为本身符合刑法分则规定的构成要件。再如,德国刑法第25条第1款规定了间接正犯,德国刑法理论只需要研究如何判断“利用他人实行犯罪行为”(通说采取了行为支配理论)。^②

换言之,在德国,由于其刑法在总则中明文规定了间接正犯,同时规定了教唆犯与帮助犯,所以,只要明确了“利用他人实行犯罪行为”的间接正犯与教唆犯、帮助犯的区别,就可以肯定间接正犯的成立,不需要像直接正犯那样进行构成要件符合性的判断。例如,当甲利用5岁的乙窃取他人钱包时,由于甲支配了乙的行为,便可直接根据德国刑法第25条第1款的规定认定甲成立盗窃罪的间接正犯,而不需要再判断或者说明甲的行为是如何符合盗窃罪的构成要件的。

然而,我国刑法,不论是在总则还是在分则均没有对间接正犯予以明文规定,所以,并不能得出“利用者当然符合构成要件”的结论,而应认为,“只有符合构成要件的利用者行为才可能成立间接正犯”。

其二,利用者的行为是否具备行为支配的判断,并不等同于构成要件符合性判断本身。根据行为支配理论,只有能够控制构成要件实现之人才可谓正犯,间接正犯正是通过支配被利用者的行为控制了构成要件该事实的实现。^③因此,支配的判断是间接正犯判断的实质内容,是区分教唆犯与间接正犯的关键。然而,支配的判断并非构成要件符合性判断本身,换言之,并不是利用者的行为在实质上具备了行为支配就当然具备了构成要件符合性。正如团藤重光教授所言:“正犯(Täter; auteur; autore),是指实行犯罪的人,即实现了基本构成要件该事实的人……虽然有学说以行为支配(事实支配)(Tatherrschaft)的观念说明正犯,但仅此并不充分。就教唆犯、帮助犯而言,教唆者、帮助者也必须支配教唆行为、帮助行为,这理当是相同的……正犯与共犯的区别标准,并非在行为支配本身,而是必须在行为支配的对象是否是构成要件该事实这方面去寻找。”^④换言之,不同的参与人支配了不同的行为,不能以行为支配取代构成要件符合性的判断。

其三,刑法客观主义要求刑法在方法论上强调分层次判断的重要性。^⑤“从形式到实质、从一般到具体、从客观到主观、从原则到例外的判断方式,亦即,首先为‘构成要件该当性’之形式的、一般的、原则的判断,其次为‘违法性’之客观的、实质的、例外

的判断,最后为‘有责性’(责任、罪责)之主观的、实质的判断;依此三阶段之顺序,乃最合经济,最为合理,且错误亦少。”^⑥间接正犯作为正犯,必然是形式上满足构成要件符合性,实质上通过支配被利用者的意志或行为从而引起构成要件该当结果的行为。那么,在方法论上,间接正犯的判断理应按照构成要件符合性判断和支配性判断两个阶段分层次考察;构成要件符合性判断与支配性判断之间的关系,应该是先进行构成要件符合性判断,再进行支配性判断。然而,传统理论对间接正犯的判断往往跳过间接正犯的形式侧面,仅着眼于实质层面,根据所持正犯性理论的不同,对利用行为是否具备实行行为性或者行为支配性抑或规范障碍加以抽象的说明论证。这显然不符合刑法客观主义的立场。

有的学者认为,“直接正犯与间接正犯的差异不过是肯定了(正犯的)构成要件该当性事例中的事实上的区别而已”。^⑦但这明显是以间接正犯符合构成要件为预设的描述。这种从实质解释的角度,肯定“间接正犯具备构成要件符合性”的观点,难免沦为不证自明的“诫命”。那么问题的关键就在于,从规范的角度,究竟该如何解释与判断间接正犯的构成要件符合性?

二、规范判断方法

(一)既有方法的说明

倘若把形式的客观说作为判断标准,则间接正犯并不符合构成要件。形式的客观说认为,正犯是指以自己的身体动静实施符合基本构成要件行为的人,而共犯是指实施了对正犯的实行行为进行加担的,符合修正构成要件的教唆行为和帮助行为之人。^⑧换言之,亲自实施不法构成要件之全部或部分的是正犯,实施基本构成要件之外的行为,是共犯。该观点着眼于构成要件描述的文字含义,因而被称为形式的客观说。限制正犯论最早是以形式的客观说作为其理论基础的,即将正犯的成立范围严格地限制在符合构成要件的行为之内,认为构成要件的实现必须由行为人亲自为之。^⑨

但形式的客观说受到了诸多质疑:以形式的客观说为标准,正犯的成立范围十分有限,仅仅及于直

接正犯以及一部分共同正犯。其一,该理论面临的
最大难题是无法解释间接正犯。例如,有学者认为,
间接正犯处于幕后,在形式客观层面无法将其利用
行为评价为正犯之构成要件该当行为。^⑨换言之,根
据该理论,由于间接正犯是利用他人而非自己亲手
实施构成要件行为,因而并不属于正犯。倘若按照
这种观点,行为人教唆3岁幼童将1岁幼童推入水中
溺死的场合,由于利用者并未实施故意杀人罪的构
成要件行为,便无法对之以故意杀人罪的正犯论处,
这显然缺乏具体结论的妥当性。其二,该理论无法
完全解释共同正犯。根据该理论,行为人只有参与
全部或部分构成要件该当行为之实行,才可构成共
同正犯,那些在客观层面并无实行构成要件该当行
为之人,则不能成立共同正犯。^⑩例如,A和B在公
交车上共谋盗窃C的财物,A负责与C攀谈转移其注
意力,B负责实施盗窃行为,如此相互配合之下盗得C
的钱包和手机。倘若按照形式客观说的观点,A成
立盗窃罪的正犯,B只能成立盗窃罪的帮助犯。这显
然不妥当。事实上,现实生活中确实存在并非亲手
实施构成要件行为的共同正犯(如共谋共同正犯),但
这是形式的客观说所无法解释的。^⑪其三,“实行行
为”概念本身在形式上也很难说是具有明确内容的
确定概念,有必要规范评价。从因果关系的角度看,
形式的客观说显然有违因果归责理论,所以,形式客
观说并不能说是科学的理论。

为弥补过于形式化的理解所造成的缺陷,早期
形式客观理论影响下的限制正犯概念逐渐走向更为
实质的解释,即实质客观说理论。刑法理论对间接
正犯的理解也都侧重于从实质的角度去展开。所谓
实质客观说理论,是指从行为之实质支配的角度来
论断犯罪参与人的刑事责任范围。^⑫也就是说,“正
犯与共犯的区分并不是只看行为人是否实施了构成
要件行为,而是要看行为人对构成要件实现所起的
作用”。^⑬此时,正犯的成立不再要求必须亲自实现
该当构成要件,而是包含了那些“在实体意义上,满
足行为构成的还有那些使用其他方式控制着行为构
成实现的人”。^⑭限制正犯概念的实质化发展直接影
响了间接正犯的认定,正犯的成立不必以亲手实施

构成要件该当行为为必要,利用他人之手但实质上
控制着构成要件行为和法益侵害结果实现之人亦属
于正犯的范畴,即所谓实质-客观的限制正犯概念。
据此,间接正犯应当具有构成要件符合性。

然而,这种理解也仅仅是在解释论上肯定了间
接正犯的构成要件符合性。比如,小野清一郎教授
认为:“如果很好地思考一下‘间接正犯’的概念,就
会发现,它不过是正犯的一种,它的行为也必须是符
合构成要件的行为(即实行行为),不如此便不能是
‘正犯’”。^⑮既然间接正犯的行为必须是符合构成要
件的,那接下来,就需要判断到底什么样的行为才算
是实现了间接正犯的构成要件。

小野清一郎教授进而指出:“到底怎么样才算
是一个人的行为实现不法构成要件,这一个问题从语
意理解的角度来看,就看大家怎么去感觉文字意义
罢了,也并没有什么绝对的对错可言……因为所谓
‘犯罪’这两个字,或甚至是所谓‘实施构成要件的行
为’,它们的文字意思实在也没有清楚到那种程度,
说一定要怎么样才可以算是犯罪,或是一定要怎么
样才可以算是实施构成要件的行为。如果我们对于
一个人叫一条狗去咬人这样的行为可以叫作犯了伤
害罪,就没有理由说一个人叫一个小孩甚至是叫一
个大人去打人就不能叫作犯了伤害罪。”^⑯

显然,在小野清一郎教授看来,间接正犯是否具
有构成要件符合性,只不过是构成要件的解释适用
问题,也就是说,即便并未亲手实现构成要件,利用
者的行为依然可以被解释为具备构成要件符合性的
行为。实际上,承认间接正犯的学者,必须承认间接
正犯的行为具备构成要件符合性,否则便不能称之
为间接“正犯”。然而,虽然这一点在解释论上不存
在障碍,但间接正犯既然是一种正犯的行为类型,那
就不得不对其自身的构成要件符合性判断予以重
视。

总之,从既有的说明来看,形式的客观说无法说
明间接正犯符合构成要件,实质的客观说的重点仅
在于区分正犯与狭义的共犯,将起支配作用或者重
要作用的参与者归入到正犯之中,或者仅仅是从解
释论上肯定了间接正犯的构成要件符合性,但仍然

没有说明究竟怎样的利用行为才具备间接正犯的构成要件符合性。例如,倘若被利用者没有意识,同时又采取有意行为说,那么,如何肯定利用者的行为符合构成要件呢?再如,利用者强迫被害人自伤的场合,被害人自伤的行为不可能符合故意伤害罪的构成要件,既然如此,怎么能肯定利用者的行为符合故意伤害罪的构成要件呢?这些都是既有的学说没有回答的问题。

(二)本文路径:规范判断

犯罪构成要件具有确保刑法的安定性、发挥罪刑法定主义的机能,可以将实质的考察限定在法律形式的范围之内。可能有学者认为,间接正犯的正犯性与构成要件符合性并不相同,因而用于判断是否成立单独正犯的构成要件理论,并不能包含间接正犯的正犯性。其实,将间接正犯的正犯性包含在构成要件之中也并非不可能。作为间接正犯处罚的场合,适用刑法分则各本条的规定处罚,也能说明这一点。因此,将间接正犯的正犯性包含到构成要件中解释,应该是更为妥当的路径。目前,在间接正犯的正犯性理论中,行为支配理论具有优越的地位,将行为支配理论与构成要件符合性相结合的做法,不仅能够为间接正犯的判断提供明确的标准,而且也能起到限定间接正犯成立范围的目的。那么,基于罪刑法定原则的要求,利用者行为的构成要件符合性判断究竟应当遵循怎样的规则呢?

其一,倘若被利用者对构成要件的实现负完全的刑事责任,利用者就不可能成立间接正犯。

众所周知,在间接正犯的场合,由于利用者通过支配被利用者的意思而实现了犯罪,被利用者的行为并不具有完整的犯罪性,因而需要将被利用者对构成要件的实现作为利用者自己的行为举止归属于利用者。“在犯罪构造上,实际执行者出现不能答责的任何情况,都可以作为幕后操纵者的责任依据。因而,若实际执行者的行为(在主观领域或客观领域相应地)不符合构成要件、是正当的或者没有罪责,则可以考虑将之认定为行为媒介。”^⑧据此,金德霍伊泽尔教授从被利用者的角度将间接正犯分为被利用者欠缺构成要件的特定要素,被利用者具有违法阻

却事由和被利用者欠缺责任三种类型分别讨论。^⑨换言之,倘若被利用者具备完整的构成要件符合性、违法性和有责性,由于利用者并未实现行为控制,则利用者不可能成立间接正犯。例如,医生误以为护士不知情而指使护士给患者注射毒药致其死亡的场合,因知情的护士具备了构成要件符合性、违法性与有责性,因而必须对患者的死亡负完全的罪责,成立故意杀人罪,但由于医生缺乏对护士行为的支配性,因而只能成立故意杀人罪的教唆犯,而不可能成立间接正犯。

其二,既然利用者没有亲手实施符合构成要件的行为,那就意味着只有将被利用者所实现的构成要件事实归属于利用者时,才有可能认为利用者的行为符合构成要件,这就要求利用者必须对被利用者实现的构成要件事实具有支配性。然而,并非所有的构成要件要素都能被他人支配或者控制,于是,就存在利用者与被利用者自身分别应当具备的构成要件要素。

间接正犯的成立,要求利用者在犯罪实现的过程中居于支配的地位,亦即,必须控制了构成要件该事实的实现。间接正犯之所以区别于狭义的共犯,其原因就在于利用者并非“借助”被利用者的行为实现法益侵害,而是比“借助”程度更强的“支配”。也就是说,在参与行为引起法益侵害的因果流程中,其影响力的程度是不一样的。在实现构成要件的过程中,正犯具有优越的犯罪支配,发挥核心的作用,而共犯只起到次要或辅助的作用,并没有支配犯罪事实。狭义的共犯场合,刑法着重评价的是被利用者行为的违法性,教唆者、帮助者仅仅处于边缘的位置;而间接正犯的场合,刑法评价的核心是利用者自身的违法性,而被利用者符合构成要件的行为及结果是利用者自身不法评价要素中的核心内容,因而要求利用者对被利用者实现的构成要件事实具有支配性。简言之,只有当利用者能够决定被利用者的构成要件要素时,该要素才可以被视为利用者自己具备的构成要件要素进行违法性评价。

有些构成要件要素是被利用者自身必须具备的,例如,被利用者具备符合构成要件的行为要素。

从外观上看,间接正犯作为正犯的一种形式,其之所以区别于直接正犯是因为处于背后的利用者既无须出现在犯罪实施的现场,又不必参与到犯罪实施的过程中,而是借助更优越的认识、意志达到对整个犯罪事实能够加以控制的程度。但犯罪必须是侵害法益的行为,无行为就根本谈不上犯罪,因而符合构成要件的行为是犯罪必须具备的构成要件要素。在间接正犯的场合,仅当利用者自己满足了所有的构成要件要素和责任要素时,才可以是间接正犯。间接正犯是通过他人实现犯罪的行为类型,因而事实上并不存在利用者自己的构成要件行为,此时,需要规范性地将被利用者的行为评价为利用者的行为,故被利用者必须客观上实施了符合构成要件的行为。^③

然而,并非所有的构成要件要素都能被他人支配或者控制,于是,就存在着利用者自身必须具备而被利用者无须具备的构成要件要素。众所周知,构成要件要素包括行为主体、特殊身份、行为、结果等要素。那么,被利用者实现的构成要件要素中,哪些是利用者能够支配、并可以将其评价为利用者实现的构成要件要素?哪些是不能为利用者所支配,进而无法直接将其评价为利用者实现的构成要件要素呢?因此,被利用者必须具备哪些构成要件要素,利用者又应当具备哪些构成要件要素,将是本文探讨的问题之一。

其三,在上一点前提下,应当将利用者和被利用者实现的构成要件要素结合起来,按照单个人实施犯罪那样进行构成要件符合性判断。

毋庸置疑,间接正犯虽然与直接正犯在实现犯罪的方式上存在差异,但却与直接正犯一样必须具备构成要件符合性,因而仅当利用者之行为能够满足构成要件时,才可能成立间接正犯。由于间接正犯是通过支配被利用者行为实现法益侵害结果的犯罪类型,因此,虽是经由被利用者完成构成要件行为,但犹如利用者亲自实行一般,整个犯罪实现过程可以视为居于幕后的利用者之创造物,故在规范评价上,间接正犯的犯罪行为也就包含了利用者的利用行为与被利用者行为两个部分,而被利用者的行

为及其法益侵害结果,在法律评价上应当视为利用者自身之违法要素,被利用者的行为无异于利用者自己的行为。因此,既然利用者对被利用者的行为存在事实上的支配,就应当将利用者行为与被利用者行为作为整体进行构成要件符合性的判断。正如大谷实教授所言:“在此要注意的是,不要将利用行为和被利用行为分开,分别进行刑法评价,而应该根据间接正犯的意思,将被利用行为和利用行为统一,视为一体,作为利用人(行为人)的实行行为进行评价。”^④

具体而言,应当将利用者和被利用者实现的构成要件要素结合起来,按照单独犯那样去进行构成要件符合性的规范判断,倘若将利用者和被利用者实现的构成要件要素结合起来进行判断时,能够完全满足某罪的构成要件,则利用者的行为便应当被认为是具备了间接正犯的构成要件符合性。

例如,行为人甲在乙身上安装了定时炸弹,并以引爆炸弹相要挟,强迫乙抢劫珠宝店,乙在别无选择的情况下实施了抢劫行为。这时,被利用者乙的行为完全可以满足抢劫罪的构成要件,由于乙的行为与结果必须归属于甲的支配行为,因此,可以认为甲的行为具备了抢劫罪的构成要件符合性。再如,国家工作人员甲要挟其下属非国家工作人员乙挪用本单位公款,超过三个月不予归还,虽然乙欠缺挪用公款罪的身份条件,但甲却具备该条件,将甲、乙具备的构成要件要素合起来判断,完全可以满足挪用公款罪的构成要件,因而可以说甲的行为具备构成要件符合性。反之,倘若将利用者和被利用者实现的构成要件要素合起来作为单独犯来看时,仍然不能满足构成要件符合性的,则利用者不可能具备构成要件符合性,即便其行为具有支配性,也无法成立间接正犯。例如,甲以暴力强制乙实施杀人行为,但乙宁可自己被打死也不肯伤害他人,甲的犯罪意图未能实现。此种情形下,由于乙并未实施杀人行为,甲的行为也没有符合故意杀人罪的构成要件,因而不可能成立故意杀人罪的间接正犯(充其量成立故意杀人罪的预备犯)。

三、被利用者必须具备的要素

利用他人实施犯罪的场合,并非所有的构成要

件要素都能被他人支配或者控制,换言之,被利用者实现的构成要件要素并非全部可以被评价为利用者的构成要件要素,故而有的构成要件要素是利用者自身必须具备的要素,有的是被利用者必须具备的要素。因此,即便将利用者与被利用者实现的构成要件要素结合起来判断时,满足了某罪的构成要件符合性,但当被利用者或者利用者不具备应当由其自身具备的构成要件要素时,利用者同样不具备间接正犯的构成要件符合性。

(一)被利用者必须具备构成要件的行为要素

显然,由于对行为的理解不同,在此会存在争议。如果说只有在意识支配下的行为才可能符合构成要件,那么,利用者在利用他人无意识的举动时,被利用者的行为就不符合构成要件;反之,如果认为符合构成要件的行为不以具有意识为前提,则被利用者的行为大多可以评价为符合构成要件的行为。

传统刑法理论认为,刑法中的行为,是指行为人在自己的意志或者意识支配下实施的危害社会的身体动静。这其中包含三层含义:其一是强调行为必须是人的身体动静,这就将动物的行为、风雨雷电等自然现象、单纯的思想排除在行为之外;其二是强调必须是在人的意志或者意识支配下的身体动静,因而无意识的举止行为、反射行为、睡梦中的行为、不可抗力之下形成的身体动作等便也被排除在刑法的行为之外;其三是强调行为必须是在法律上能被评价为对社会有危害的身体动静。^②但这种行为概念与本文所持结果无价值的立场并不协调。

本文认为,从客观上看,只要是侵犯了法益的身体活动都可以评价为刑法上的行为,也就是说,行为是人表现于外的、具有法益侵害性的身体活动。据此,无意识状态下的举动、梦游中的动作、绝对强制之下或者不可抗力之下的行为,只要侵害了法益或者具有侵害法益的危险,便可以纳入刑法的行为之中。例如,某夜,甲与乙驾车在乡间狭窄公路上相向而行,二人快要相遇之际,甲突然看到乙车位置不远处的路边站立着甲的仇人丙。于是,甲基于杀死丙的故意使用强光直射对面的乙,乙因条件反射向路边打轮,恰巧撞死行人丙。倘若说,本案中的利用者

甲制造了一种紧急状态,使得乙出于本能扭转方向盘并导致了他人的死亡结果,被利用者的行为实现法益侵害的因果流程对利用者来说是十分确定的,犯罪事实的整个流程完全由利用者甲所掌控,因而甲足以成立间接正犯,这似乎是完全成立的。但仅此还没有说明甲的行为具备故意杀人罪的构成要件符合性。

按照本文的见解,乙的行为造成了丙的死亡,是刑法上的杀人行为;又由于甲支配了乙的行为,应当将乙的杀人行为及其造成的死亡结果归属于甲的利用行为,进而肯定甲是故意杀人罪的间接正犯。如果否认乙的行为是刑法上的杀人行为,那么,由于甲的行为本身不能评价为符合构成要件的杀人行为,倘若认为甲是故意杀人罪的间接正犯,就意味着没有符合故意杀人罪构成要件的行为也能成立故意杀人罪,这显然不妥当。

可能的问题在于,当被利用者已经陷入了某种无意识或者不为自己意识支配的状况,利用者对其加以利用时,利用者是成立直接正犯还是间接正犯?例如,甲欲利用司机乙午睡时可能会梦游的事实制造交通事故。某日,乙在午休时梦游起身走出室外,甲将事先准备在门外的车门打开,并将车钥匙交到乙手中,乙在梦游状态下驾驶车辆造成他人死亡。此时,乙实施了构成要件行为,但由于利用者甲居于更加优越的认识地位并支配了乙的行为,因而应当将乙实现的行为和结果要素规范地评价为是甲自身实现的构成要件要素,乙在此仅仅是甲行为的工具。换言之,甲完全控制了犯罪实现的整个过程,理当认定为间接正犯。反之,如果将刑法上的行为限定为有意识的身体动作,那么,本例中的被利用者乙就没有实施符合构成要件的行为,利用者也没有实施直接导致构成要件结果发生的行为,结局只能是甲、乙均不构成犯罪,这显然不妥当。但是,如果从结论的妥当性出发,将甲认定为间接正犯,但不管是分别考察还是整体判断,却根本没有符合构成要件的行为,这显然违背罪刑法定原则。

事实上,间接正犯的行为性质,并非仅取决于利用行为本身,还要考虑利用者利用了什么样的构成

要件行为。其一,如果利用者甲使用强制手段迫使乙教唆丙犯故意杀人罪的,根据限制从属性说,倘若丙实施了杀人行为,甲也仅成立教唆犯;即使根据共犯独立性说,甲也不成立故意杀人罪的间接正犯。其二,如果利用者甲使用强制手段迫使乙实施盗窃行为的,即使乙实施了盗窃行为,也并不因为甲实施了强制手段,就认定甲成立抢劫罪。显然,只有当被利用者实施了某罪的构成要件行为,利用者才可能成为某罪的间接正犯。刑法理论中之所以存在认为“被利用者的着手便应当是间接正犯的着手”的观点,^②一个重要原因就是被利用者的行为是符合构成要件的行为。

由此可见,没有必要将刑法上的行为限定为有意识的行为;被利用者实施了符合构成要件的法益侵害行为,是利用者成立间接正犯的必要前提。反过来讲,当被利用者欠缺实施法益侵害的行为要素,利用者便不可能成立间接正犯。进一步而言,倘若被利用者没有实施符合构成要件的行为,利用者要么不成立犯罪(充其量成立犯罪预备),要么成立直接正犯。例如,利用者不可能利用他人的思想实现犯罪。同样,利用者试图利用他人行为时,他人拒不接受的,利用者也不可能成立间接正犯。

另外,利用者直接控制或者掌握了事态发展的全部过程,被利用者的举止应规范评价为利用者自己的行为或者自己行为的延伸时,则应以直接正犯论处。例如,甲、乙、丙三人在站台上排队等候地铁,处在第三排的丙发现最前排的甲正是自己的仇人,于是丙在地铁进站时猛地将乙推向甲,乙机械性撞向甲导致甲撞向行进中的地铁,致甲死亡。本案中,虽然丙的行为看似与甲的死亡结果之间介入了乙的行为,但实际上是丙的行为直接导致了甲的死亡结果,乙的身体仅仅是单纯的、自然意义上的工具。此时,丙应当成立故意杀人罪的直接正犯,而非间接正犯。再如,甲将不知情的乙,猛推向橱窗,导致橱窗内文物毁损的,甲同样是故意损毁文物罪的直接正犯。这是因为“间接正犯在实行构成要件该当行为之时,并非如直接正犯系使用一般机械性的工具(例如刀或枪等),而是使用人的工具……行为人所利用

的犯罪工具系人的工具,而非机械性的工具者,始足以成立间接正犯,故若单纯将他人的身体当做机械性的工具加以利用者,则非属间接正犯”。^③“利用者将被利用者像工具一样加以利用”与“利用者将被利用者直接作为自然意义上的工具加以利用”是存在差别的,前者的场合系典型的间接正犯,但在后者的场合,利用者的行为与行为人使用单纯工具的单独正犯场合没有任何差别,因而并没有将利用者称为间接正犯的必要,毋宁说认定为直接正犯更为妥当。在上例中,侵害法益的行为并非作为“行为媒介”的乙所为,而是利用者甲将乙的身体单纯地作为自然意义上的工具推向文物展品,也就是说,构成要件行为(毁坏文物)的实施者,实际上是利用者甲,而乙仅仅充当了与石块、木棍等无差别的机械性工具,故应以故意损毁文物罪的直接正犯评价甲的行为,不必再考虑该罪的间接正犯。

再者,当利用者已经创出物理的危险,仅仅是利用了被利用者次要的、最多也只能达到帮助犯的行为贡献时,将利用者评价为直接正犯更为妥当。罗克辛教授认为,行为人将酒精混到饮料里,使他人不知情的情况下喝醉,或者使他人误食某种导致胃痛的药剂,这两种情形下行为人都成立伤害罪的间接正犯。^④本文并不认同罗克辛教授的观点。理由在于,在被利用者的行为之前,利用者的行为已经达到单独犯时的法益侵害危险所具有的紧迫性,也就是说,利用者实际上已经实施了构成要件行为。被利用者的行为相比利用者的行为只是为法益侵害结果的最终实现提供了次要的帮助,而这种帮助又是利用者确定能够控制的情形,故也可谓之为利用者直接行为的一部分。例如,甲事先在公交车上安装了巨型炸弹,并且设置了无论是谁只要启动汽车便可引爆炸弹的程序,司机乙启动汽车炸药被引爆,导致车辆毁灭、人员伤亡的结果。本案中,安装炸弹的利用者是犯罪的实行者,而被利用者单纯启动汽车的行为并不能使利用者成为间接正犯,因为客观上利用者实施了构成要件行为并且直接掌握了符合构成要件的事实发展流程,故而应当认定为爆炸罪的直接正犯。再如,甲乙二人在某餐厅就餐,甲借乙低

头从地上捡叉子的机会往乙的饮料中投入了毒药,乙起身便举杯饮用了该饮料,导致乙死亡。间接正犯的成立要求被利用者具备构成要件的行为要素,但本案中利用者甲的行为已经达到了紧迫的法益侵害危险程度,而乙自身的行为仅仅是利用者甲的行为的必然延伸,换言之,乙喝饮料的行为完全是甲预设的轨道上的一个因果因素,当时的情境下,毋宁说利用者甲的行为已经开启了实行行为的起点,即已经着手了,因而将甲认定为直接正犯更为妥当。

由上可知,被利用者实施了符合构成要件的行为是利用者成立间接正犯的一个基础前提。

(二)被利用者的行为必须直接引起了法益侵害结果(或危险)

被利用者的行为必须直接导致了法益侵害结果(或法益侵害的危险),这可谓间接正犯的最大特点。刑法的目的在于保护法益,违法性的实质是法益侵害及其危险,任何行为只要没有侵害或者威胁值得刑法保护的法益,刑法便不得将其作为规制的对象。“在这一意义上,可以说犯罪是引起结果行为的类型,结果成为所有犯罪所共通的构成要件要素。”^②这一点,不论对单独犯还是间接正犯抑或是狭义的共犯都是适用的。不同的犯罪参与形态之间的差异在于,间接正犯的场合,法益侵害结果是由被利用者的构成要件行为所致,而非其本人行为直接导致,而该结果从实质上讲却是要归属于利用者的结果。如果法益侵害结果由利用者的行为直接造成,利用者就不可能是间接正犯。例如,行为人甲入室盗窃,同时要求15岁的乙为其望风,盗得财物后两人平分。此时,盗窃的侵害结果由甲的行为直接造成,而非被利用者乙,甲成立盗窃罪的直接正犯,不可能成立间接正犯。

另外值得讨论的问题是,间接正犯的成立,是否要求被利用者的行为具有结果回避可能性?要回答这个问题,首先必须讨论是否要求利用者行为与构成要件结果之间具备像单独正犯那样所要求的结果回避可能性(也就是说,没有利用者的行为就不可能发生法益侵害结果这样的关系)?本文对此持肯定的态度。违法的评价以发生法益侵害结果为必要,

故而以结果回避可能性为前提是理所当然的结论。结果回避可能性意味着如下关系:倘若行为人履行了结果避免义务,法益侵害结果便不会发生;但倘若行为人尽到了结果避免义务,结果仍然发生的,则不能将该结果归责于行为人。^③就间接正犯而言,在利用强制支配的场合,利用者通过施加胁迫等强制力,要求被利用者按照利用者的指示实施构成要件行为,应该说没有利用者的强制,被利用者当时恐怕不会产生实行犯罪的意思,也就不存在构成要件行为,更不会产生法益侵害结果了;在利用错误支配的场合,依然应当要求利用者具备结果回避的可能性。例如,甲明知前方草丛中是丙,却对乙谎称为野兽,并将自己的猎枪借给乙向丙射击,导致丙死亡。此时,倘若甲没有利用自己在认识上所处的优势地位对乙实施欺骗行为,乙便不会射击,则甲无疑成立间接正犯;但倘若乙已经产生了向草丛中的“野兽”(实际为丙)射击的意思,换言之,没有甲的欺骗行为,乙依然会向丙射击,甲至多成立帮助犯,而不应认定为间接正犯。这里值得注意的是,当即便没有利用者的行为,被利用者的行为仍然会导致法益侵害结果发生时,就不能将利用者评价为间接正犯。因为在这种情况下,倘若利用者实施了法所期待的行为而依然不能避免结果的发生时,刑罚便失去了防止将来在同样的情况下结果发生的意义。^④当然,这仅仅是就成立正犯而言的,倘若利用者的行为使法益侵害结果更加严重或者更容易发生,则可能成立被利用者正犯行为的帮助犯。

与利用者情况相反,对于被利用者来说,被利用者的结果回避可能性却并不能作为利用者是否成立间接正犯的判断依据。换言之,被利用者是否具有结果回避可能性与利用者是否成立间接正犯并不存在直接的对应关系。例如,在利用他人过失行为的场合,医生甲将掺了毒药的注射器递给护士乙,乙稍加注意便会发现注射液体的颜色不对,但由于疏忽大意而未能发现。此时,被利用者乙主观上具有过失,客观上也存在结果回避的可能性,但利用者仍然存在成立故意杀人罪间接正犯的可能性。

从结论上讲,间接正犯的成立必须要求被利用

者的构成要件行为直接引起了构成要件结果,而对于该结果,利用者应当具备结果回避的可能性。此外,被利用者的行为与法益侵害的结果或者危险之间必须具有因果关系。这一点没有特别之处,本文不展开讨论。

(三)被利用者应当满足的其他构成要件要素

除了行为要素和结果要素外,被利用者还应当满足时间、地点、方法等其他构成要件要素。例如,利用者在禁渔期唆使无责任能力的甲捕捞水产品,但甲是在禁渔期经过之后捕捞水产品的,由于被利用者的行为不符合构成要件的时间要素,利用者当然不成立间接正犯。再如,利用者强迫甲对被害人实施抢劫,但甲仅仅是央求被害人施舍财物的,利用者同样不可能成立抢劫罪的间接正犯。

(四)被利用者不必满足的构成要件要素

被利用者不必满足的构成要件要素,包括以下两种情形:第一,在身份犯场合,被利用者不必满足身份要素,而利用者必须具备该身份要素(这一点将在下述内容中阐述)。第二,在利用者强制或者欺骗被利用者实施自杀或者自伤的场合,被利用者虽然并不满足构成要件对象要素,但被利用者行为的对象(即被利用者自身)对于利用者而言,却是符合构成要件的对象要素。因此,在这种场合,被利用者不满足对象要件,并不能否定利用者依然存在成立间接正犯的可能性。

行为对象是大多数犯罪要求的构成要件要素,即行为只有作用于犯罪成立所要求的特定对象时,才可能成立该罪。被利用者针对他人实施的犯罪,不可能缺乏对象要素,否则便属于不能犯。例如,甲强制乙枪杀远处的“人”,但远处实为稻草人,周边没有任何人,对甲只能以不能犯论处。^⑨但是,当甲胁迫或者欺骗乙实施自伤(或自杀)行为时,却并不影响利用者成立间接正犯。因为在此种场合,被利用者虽然并不满足构成要件对象要素,但被利用者行为的对象(被利用者自身)对于利用者而言,却符合构成要件的对象要素。上例中,甲强制乙自伤时,虽然乙的行为相对于乙本人而言不符合“伤害他人”的对象要件,但对于甲而言却符合“伤害他人(乙)”的对象要

件。因此,在这种场合,被利用者不满足对象要件并不能否定利用者成立间接正犯。

再如,行为人甲对妻子的情人乙怀恨在心。某日,甲尾随其妻找到乙,用菜刀逼迫乙,让乙在挖眼睛和砍右手之间选择其一作为惩罚,乙无奈之下只有用菜刀砍自己的右手,但由于刀钝没有砍伤,甲又要求乙用现场找来的铡刀将自己的右手铡伤,致重伤结果。法院认为,甲的行为成立故意伤害罪。宣判后,甲以“被害人的伤残是其自己的行为所致,原判量刑过重,自己只应承担民事赔偿责任的30%”为由提起上诉,但二审法院驳回了其上诉,维持了原判。^⑩本文赞同法院的判决结论。虽然故意伤害罪的构成要件行为是“伤害他人”,乙伤害自己的行为并不符合“他人”这一对象要件。但是,乙的自伤行为是因受到甲的强制,迫不得已才实施的。在这样的场合,应当将乙的自伤行为作为行为人甲自己的正犯行为来看待,此时“乙的身体”相对于甲的伤害行为来说,便符合了“他人”这一对象要件,因而具备了故意伤害罪的构成要件符合性。所以,甲的行为成立故意伤害罪的间接正犯。日本也存在类似的判例。例如,被告人为了获得被害人的自杀保险金,命令被害人驾驶汽车从岸边驶入海水中,法院判决被告人成立故意杀人罪的间接正犯。^⑪

四、利用者必须具备身份要素

如上所述,本文主张将利用者与被利用者实现的构成要件要素结合起来作为整体,进而像单独犯那样判断利用者的行为是否具备构成要件符合性。据此,就各罪成立的全部构成要件要素而言,被利用者没有具备的构成要件要素,利用者就必须具备,这是间接正犯成立的形式前提。但是,仍需要进一步明确的是,除了利用行为以外,^⑫是否还存在着利用者必须具备而被利用者不必具备的要素?这里涉及的问题便是构成要件的身份要素。

如所周知,真正身份犯是以特殊身份作为客观构成要件要素的犯罪,无身份者显然不能成立身份犯的直接正犯,那么,就真正身份犯而言,无身份者可否构成以身份者为媒介的间接正犯?换言之,能否将被利用者的身份评价为利用者自己的身份呢?

就此问题,学界存在着肯定说、否定说以及折中说的见解。

(一)肯定说

肯定说认为,就真正身份犯而言,利用者没有身份时也能成立间接正犯。例如,我国台湾地区学者韩忠谟认为:“既以自身之有责行为惹起客观之犯罪事实,则犯罪之要件即属具备,纵或利用者欠缺某种犯罪成立之身份,只须被利用者有此身份,当无碍于犯罪事实之内容,仍不得不负正犯之责。”^⑧本文难以赞成肯定说的观点。

其一,在刑法语境下,真正身份犯中的身份要素是行为主体必须具备的特殊资格,或者其他行为主体在社会关系中所具备的与一定的犯罪行为有关的特殊地位或状态,如国籍、亲属关系、国家工作人员、证人、司法工作人员等,这些资格的取得只能是基于法律授予或者行为人所处的社会关系。^⑨一方面,这种社会关系显然是个人专属的,无法将一人的专属社会关系转移给他人,也不能将他人的身份评价为自己的身份。换言之,我们虽然可以将被利用者因为受欺骗或者被强制而实施的行为及其造成的结果等归属于利用者,但不能将被利用者的身份评价为利用者的身份。因为利用者只能支配被利用者是否实施某种行为,而不可能支配被利用者有无身份。如果被利用者没有身份,利用者无论如何也不可能通过利用行为使之具有身份;反之,如果被利用者具有身份,利用者无论如何也不可能通过利用行为使之失去身份。这正是身份的个人专属特征。^⑩另一方面,“作为特殊犯罪主体所要求的身份,必须是在行为人开始实施犯罪行为时就已经具有的”。^⑪也就是说,在犯罪实施过程中或者犯罪行为结束后获得的身份,并不属于身份犯的特殊身份。例如,“在犯罪集团中起组织、策划、指挥作用的首要分子,不属于特殊身份”。^⑫在此意义上,倘若利用者在实施利用行为之时,并不具备特殊身份,则其不可能成立身份犯的间接正犯。

其二,间接正犯是正犯,不具有从属性,因而与教唆犯、帮助犯不同。有学者认为,“通说认为,一个人如果不是所谓自己犯罪(不法),那么他的行为构成

犯罪的管道就在于从属于其他人的犯罪(不法)。以此推论,如果正犯的行为并非不法,那么正犯后面的行为人(不管取名字叫做教唆犯、帮助犯或间接正犯),都无从从属而不应该构成犯罪。”然而矛盾就在于,通说一边讲从属原则,一边却又认为,所谓利用他人欠缺构成要件该当性或是利用他人欠缺违法性的行为依然构成间接正犯。^⑬然而,这种理解显然混淆了从属性的概念。刑法理论中的从属性,特指共犯的从属性,即共犯成立犯罪至少要求正犯者着手实施了犯罪的原理,^⑭简言之,共犯的违法性至少从属于正犯者的构成要件行为。然而,间接正犯是正犯,间接正犯对构成要件的实现具有支配作用,因此,间接正犯的违法性并非来自对利用者构成要件行为的从属,而是对被利用者构成要件行为的支配。因此,在无身份者教唆、帮助有身份者实施身份犯罪的场合,无身份者可以成立身份犯的共犯;在无身份者强制、欺骗有身份者实施身份犯罪的场合,无身份者却因无法支配身份要件而无法成立身份犯的间接正犯。

其三,如果将无身份者强制或欺骗有身份者实施身份犯罪的行为认定为间接正犯,将必然导致定罪的混乱。例如,甲使用暴力强制国有公司的出纳(国家工作人员)将保险柜中的全部财物取出并交给自己。本案中,甲利用了国家工作人员的身份实现了使国有资产遭受损失的法益侵害,按照肯定说的观点,甲应当成立贪污罪的间接正犯而非抢劫罪的直接正犯。这显然违背常理。再如,乙使用欺骗手段使国有企业人员交付财物给自己。这原本是典型的诈骗罪,但按照肯定说却要认定乙的行为成立贪污罪的间接正犯。这明显不当。

(二)折中说

牧野英一教授认为,不能成为直接正犯者,是否不能成为间接正犯的问题,应当分情况而论:“①一定身份作为犯罪的要件,系法律出于仅仅处罚有其身份者的行为的意思。在这样的场合,不能成为直接正犯者,应当说不能成为间接正犯。②有一定的身份者由于缺乏犯意或者能力,其行为不能发生法益侵害,在这种场合,利用他也不能构成间接正犯。

例如受贿罪可以认为是其适例。受贿罪是侵害公务员清廉的行为,如果公务员丧失责任能力或者缺乏利用其职务收受贿赂的犯意,公务员的清廉不会受到任何损害,所以对于这种犯罪不能认为构成间接正犯……^③在一般场合,一定的身份作为犯罪的要件,是因为其身份成为法益侵害的事实上的要件,所以没有这种身份者利用有这种身份者时,由此发生法益侵害的事实,从而可以构成间接正犯。例如妇女不能作为直接正犯犯强奸罪,但可以利用无责任能力的男子侵害其他妇女的贞操……”^④折中说的观点在逻辑上存在诸多疑问。

其一,论者认为,当一定的身份作为犯罪的成立要件时,倘若法律的本意在于处罚有身份者的行为,则无身份者不能成立间接正犯;倘若有身份者的身份成为法益侵害的事实上的要件时,无身份者利用有身份者实施构成要件行为导致法益侵害的,则无身份者可以成立间接正犯。然而,这种分类标准违背刑法的基本原理。在真正身份犯の場合,身份的有无决定了能否定罪,因为“身份(例如,是否属于受贿罪的国家工作人员、玩忽职守罪的国家机关工作人员、徇私枉法罪的司法工作人员、逃税罪的扣缴义务人)的有无决定了行为是否可能造成法益侵害,从而影响定罪(构成身份)”。^⑤换言之,真正身份犯の場合,其处罚依据在于,只有有身份者的行为才能造成法益侵害的结果,有身份者的身份均为法益侵害事实上的要件,并不存在例外情形。

其二,论者认为,无身份者利用缺乏犯意或者能力的有身份者时,由于有身份者的行为不能发生法益侵害,则无身份者不能构成间接正犯。对于这种情形,本文虽然赞同其结论,但难以接受其理由。这是因为,法益侵害是指行为在客观上给刑法所保护的法益所造成的现实侵害事实与现实危险状态,^⑥与行为人的主观责任并无关系,被利用者欠缺责任所实施的构成要件行为同样会产生法益侵害结果。论者以公务员的廉洁性不会因公务员无责任的受贿行为而受损作为例证,但是,法益侵害原本就是与责任要素无关的存在,换言之,当行为满足了各罪的构成要件符合性且不具备违法阻却事由,客观上便存在

法益侵害。因此,即便公务员没有认识到其所收受的是“贿赂”,但其行为所造成的法益侵害已成既定事实,只是因为没有责任而无法成立犯罪。进一步而言,本文也认同利用无责任的公务员无法成立间接正犯的结论,但倘若不承认公务员的行为造成了法益侵害结果,则利用者便不可能成立犯罪,这显然导致了处罚漏洞。相反,虽然利用者不成立间接正犯,但却应当按照受贿罪的教唆犯论处。

另外,利用无责任能力的有身份者时,只要有身份者实施了符合构成要件的行为且不具有违法阻却事由,则无疑将产生法益侵害的结果;相反,倘若有身份者没有实施构成要件行为,则利用者显然不可能成立间接正犯。

其三,论者认为,利用者可以通过利用有身份者实现法益侵害,因而应当肯定无身份者能够成立间接正犯。然而,这种观点抛开间接正犯自身的构成要件符合性判断,仅依据无身份者能够通过身份者的行为导致法益侵害结果这一点就将无身份者认定为间接正犯的做法,必然存在着违反罪刑法定原则之嫌。也有个别肯定论者持这样的理由,例如,西田典之教授认为,“间接正犯应当是指利用他人的(违法)构成要件该当行为,实现构成要件结果之情形”,^⑦其核心理由在于:倘若正职作为犯罪实质的法益侵害,既然无身份者能够利用身份者实现法益侵害,则应当认为无身份者成立身份犯的间接正犯。^⑧然而,这种观点存在疑问。首先,正如张明楷教授所言,倘若认为“只要通过利用身份者侵害法益就可以成立间接正犯,间接正犯的范围就被无限扩大了”。^⑨况且,事实上,西田典之教授是以疑似身份犯来说明间接正犯不需要身份的。亦即,西田典之教授认为以妇女为对象的强奸罪是身份犯(行为主体要求为男性),但妇女可以成为强奸罪的间接正犯,进而说明间接正犯不需要身份。^⑩然而,强奸罪并非身份犯,只是疑似身份犯。换言之,强奸罪的正犯既可以是男性,也可以是女性。^⑪因此,不能以强奸罪为例说明间接正犯不需要具备身份。其次,西田典之教授是从日本刑法第156条规定的制作虚伪公文书等罪与第157条规定的公正证书原本不实记载等

罪之间的处罚均衡来说明间接正犯不需要身份的。亦即,日本刑法第156条规定的制作虚伪公文书等罪的行为主体是公务员,行为内容为制作虚伪公文书等,法定最高刑为10年有期徒刑;而日本刑法第157条规定的公正证书原本不实记载等罪的行为主体是一般主体,行为内容为对公务员作虚伪的陈述,使公务员在相关证书作不实记载,法定最高刑为5年惩役。显然,只有承认一般人可以成为第156条的间接正犯,才能使二者之间的处罚协调。^⑧但是,在本文看来,不能为了处罚的均衡性而违反罪刑法定原则,换言之,只能在行为符合构成要件的前提下考虑处罚的均衡性。

(三)本文见解:否定说

本文主张否定说,认为无身份者不能成立身份犯的间接正犯,“不具有特殊身份的人,即使从形式上看,其对犯罪具有支配、控制作用,是犯罪的核心角色,其行为也不是刑法分则针对身份犯所规定的实行行为,所以不能成为正犯,自然也无法成为有身份者的间接正犯”。^⑨反过来说,在真正身份犯の場合,利用者自身必须具备身份要素。最基本的理由在于,身份是对正犯的要求,间接正犯是正犯;身份是无法被支配的要素,利用他人的身份不等于利用者自己具备了身份。

1. 身份犯中的身份不仅具有个人专属性,而且是与身份者及其行为密不可分的要素,因而无法被单独支配

肯定论者认为:“间接正犯与直接正犯在正犯性的表现方面存在很大的差异,绝不能以直接正犯的正犯性作为标准审视间接正犯。因欠缺身份不能成立直接正犯,并不意味着间接正犯也不能成立。其实,间接正犯的正犯性在于利用者对犯罪过程的整体支配作用……考察间接正犯的构成要件应当从整体出发,将身份者和构成要件身份区别对待,那么,肯定无身份者也能作为身份犯的间接正犯也就是顺理成章的结论了。”^⑩本文并不认同这种观点。

如前所述,身份要素具有个人专属性,不能将被利用者之身份要素评价为利用者本人之身份要素。而且,“特殊身份必须是在行为主体开始实施犯罪行

为时就已经具有的特殊资格,或者已经形成的特殊地位或状态”,^⑪但是,利用者无论如何都无法支配或者决定被利用者在行为当时能够获得某种特殊身份,也不可能决定被利用者的社会关系。

另外,身份犯中的身份,总是与一定的犯罪行为紧密联系的,换言之,身份独立于身份者或身份者的行为而单独存在时,将丧失其身份意义。“在身份犯中,身份是正犯必须具备的构成要件要素,而且与身份相联系的‘利用自己身份的行为’也是正犯必须具备的构成要件要素。”^⑫也就是说,在身份犯の場合,利用者支配的是身份者利用自己身份的行为要素,而非身份本身这一单独要素。利用有身份者并不等于利用了单独的身份,更不等于利用者自己具备了身份。

因此,身份要素无法被他人支配,也就在任何情况下都不可能将被利用者的身份要素作为利用者自身的身份要素进行不法评价。

2. 身份是针对正犯而言的,刑法规定的身份犯要求正犯者具备特殊身份

身份犯的正犯者必须具备身份要素,间接正犯是正犯而非共犯,所以利用者具备身份要素时才可能具备间接正犯的构成要件符合性。德国刑法理论的通说认为,在真正身份犯の場合,间接正犯必须具有构成要件的身份,否则只能成立教唆犯或帮助犯。^⑬德国判例也持相同主张。例如,甲以滥用麻醉品为目的,欺骗不知情的医生以医疗目的为其开出麻醉品处方。在德国,滥用药物罪是真正身份犯,行为主体必须是医生。德国联邦法院1956年的判决认为,无身份者不能成为身份犯的间接正犯。^⑭日本通说也否认了无身份者构成以身份者为媒介的间接正犯的可能。“这主要是考虑到,间接正犯属于有无构成要件符合性的问题,而无身份者的利用行为不可能该当于身份犯的构成要件。”^⑮利用身份者的行为,不等于能够利用其身份,更不是利用者当然具备了该身份,否则刑法规定的身份就丧失了意义。

3. 无身份者利用有身份者实施身份犯罪虽不能成立身份犯的间接正犯,但并不会导致处罚上的漏洞

肯定论者与折中论者之所以主张无身份者能够

成立身份犯的间接正犯,在很大程度上是为了避免处罚上的漏洞:传统刑法理论对教唆犯与帮助犯设定了不合理的限定条件,即要求被教唆者必须产生犯罪故意、帮助犯必须是帮助故意犯罪之人。^⑤若按此逻辑,在某些场合,倘若否认无身份者成立身份犯的间接正犯,就会导致无身份者不成立任何犯罪或者强拉硬套相似罪名的结论。^⑥

然而,只要正确理解共同犯罪的本质以及教唆犯与帮助犯的成立条件,否定说便不会造成处罚漏洞。就共犯的处罚根据而言,刑法理论的通说采取因果共犯论,即共犯的处罚根据,在于其通过介入正犯者的行为间接引起法益侵害(构成要件该当事实),换言之,之所以处罚教唆者和帮助者,原因在于其诱使、帮助正犯者直接引起了法益侵害。^⑦法益侵害的存在并不以行为人具备责任为前提,正犯行为只要满足构成要件符合性且没有违法阻却事由,教唆犯便具备了当罚性;同样,只要帮助行为使得正犯行为的实现更为容易,便也具备了当罚性,并不要求被帮助的正犯产生了犯罪故意。我国刑法第29条关于教唆犯的规定中也并未要求将被教唆者产生犯罪故意作为教唆犯成立的要件。^⑧因此,当身份者不成立身份犯的间接正犯时,利用者依然可能成立教唆犯或帮助犯,甚至在某些场合成立普通犯罪的间接正犯。例如,甲得知朋友乙借给自己的车辆办理了保险,便谎称车辆丢失后欺骗乙到保险公司理赔。本案中,甲因不具备身份要素而无法成立保险诈骗罪的间接正犯,但因普通诈骗罪与保险诈骗罪是包含与被包含的关系,甲依然能够成立普通诈骗罪的间接正犯。再如,甲伪造公文使得监管人员误以为是真实的释放文件而将在押犯人予以释放的情形,虽然甲无法成立私放在押人员罪的间接正犯,但却可以成立私放在押人员罪的教唆犯。将甲认定为教唆犯,在我国也不会造成罪刑不均衡的局面。原因在于,我国刑法对于教唆犯是按照其在犯罪中所起的作用处罚的,起主要作用的应当按照主犯处罚。

总之,在真正身份犯的场合,利用者无法决定或支配被利用者的身份要素,换言之,被利用者的身份无法归属于利用者。因此,利用者自身必须具备身

份,否则便不符合间接正犯的构成要件符合性。

五、结语

间接正犯在德国具有立法上的支撑,而我国刑法并没有关于间接正犯的直接规定。既然如此,基于罪刑法定原则以及刑法客观主义原理,司法机关就必须对利用者的行为进行构成要件符合性的规范审查。对于这个问题,既有的理论仅从解释论的角度对间接正犯的构成要件符合性给予了肯定,但未能给出规范的判断方法。另外,在间接正犯的判断问题上,行为支配理论同样没有体现出优越性。毋庸置疑的是,行为支配理论所奠定的“掌控了构成要件全部事实的实现即为正犯”的基础原理是妥当的,但它却是极具抽象的指导原则,而非间接正犯判断规则本身,正如松原芳博教授所言,“原本来说,‘行为支配’是一种极具概括性的观念,因此,与其说‘行为支配’是具体的正犯性‘要件’,毋宁说其不过是背后的‘指导理念’”。^⑨本文以行为支配理论为基础,主张将利用者和被利用者实现的构成要件要素结合起来,按照单独犯实施犯罪那样进行构成要件符合性判断,同时还要明确被利用者必须具备以及不必满足的构成要件要素。如此,能够符合分则各罪构成要件的利用者行为,才可谓具备了间接正犯的构成要件符合性。

注释:

①本文所称的构成要件符合性,是指三阶层犯罪论体系语境下的构成要件符合性,但不包括故意、过失等主观要素。

②[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论——犯罪行为的特别表现形式》,王世洲等译,法律出版社2013年版,第20页。

③[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论——犯罪行为的特别表现形式》,王世洲等译,法律出版社2013年版,第18页以下。

④[日]团藤重光:《刑法纲要总论》,创文社1990年第3版,第372-373页。

⑤周光权:《刑法客观主义与方法论》,法律出版社2013年版,第31页以下。

⑥陈子平:《刑法总论》,元照出版有限公司2008年版,第106页。

⑦[日]山口厚:《刑法总论》,付立庆译,中国人民大学出版社2018年版,第67页。

⑧张明楷:《刑法学》,法律出版社2016年版,第391页。

⑨[日]团藤重光:《刑法纲要总论》,创文社1990年版,第154页。

⑩林山田:《刑法通论》(下册),北京大学出版社2001年版,第8页。

⑪林山田:《刑法通论》(下册),北京大学出版社2001年版,第44页。

⑫[日]西田典之:《日本刑法总论》,王昭武、刘明祥译,法律出版社2013年版,第313页以下。

⑬黄荣坚:《基础刑法学》(下),中国人民大学出版社2009年版,第512页。

⑭张明楷:《刑法学》,法律出版社2016年版,第396页。

⑮[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论——犯罪行为的特别表现形式》,王世洲等译,法律出版社2013年版,第15页。

⑯[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2004年版,第96页。

⑰黄荣坚:《基础刑法学》(下),中国人民大学出版社2009年版,第500页。

⑱[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410页。

⑲[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410页以下。

⑳何时能够将被害利用者的行为归属于利用者,是行为支配理论讨论的问题,本文在此并不展开。本文所要展开的是,被害利用者的哪些要素不能归属于利用者,而必须是利用者自身必须具备的。

㉑[日]大谷实:《刑法讲义总论》,黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第143页。

㉒高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2017年版,第64-65页。

㉓[日]西田典之:《共犯理论的展开》,江溯、李世阳译,中国法制出版社2017年版,第109页;马克昌:《比较刑法原理——外国刑法学总论》,武汉大学出版社2012年版,第582页;林山田:《刑法通论》(下册),北京大学出版社2012年版,第30页。

㉔林山田:《刑法通论》(下册),北京大学出版社2012年版,第21页。

㉕[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18页。

㉖[日]山口厚:《刑法总论》,付立庆译,中国人民大学出版社2018年版,第45页。

㉗[日]山口厚:《刑法总论》,付立庆译,中国人民大学出版社2018年版,第55页。

㉘张明楷:《刑法学》,法律出版社2016年版,第114页。

㉙张明楷:《刑法的基本立场》,商务印书馆2019年版,第343页。

㊀刘德按、尹云辉:《云南一农民因妻子出轨强迫他人自伤获刑2年》, http://news.jcrb.com/jxsw/201103/t20110309_508812.html,最后访问日期:2019年4月13日。

㊁[日]吉川真理:“被害人な利用した间接正犯について”,载《东北学院法学》2006年第3期,第314页。

㊂本文认为,在刑法总则没有明文规定间接正犯的前提下,利用行为本身并不是构成要件行为,只是将被利用者实现的构成要件事实归属于利用者的条件。

㊃韩忠谟:《刑法学原理》,中国政法大学出版社2002年版,第223页。

㊄曲新久:《刑法学》,中国政法大学出版社2016年版,第74页。

㊅故意、目的等也是如此。例如,甲将毒药谎称为治病良药,想利用不知情的乙杀害丙时,如果乙知道了真相仍然将毒药给丙饮用,乙就具有了故意。不能因为甲想利用乙的不知情,我们就认定乙真的不知情。乙是否知情,只能根据乙的心理事实进行判断。

㊆曲新久:《刑法学》,中国政法大学出版社2016年版,第75页。

㊇张明楷:《刑法学》,法律出版社2016年版,第131页。

㊈黄荣坚:《基础刑法学》(下),中国人民大学出版社2009年版,第519-520页。

㊉张明楷:《刑法学》,法律出版社2016年版,第408页。

㊊转引自马克昌:《比较刑法原理——外国刑法学总论》,武汉大学出版社2002年版,第641-642页。

㊋周光权:《刑法总论》,中国人民大学出版社2016年版,第361页。

㊌张明楷:《刑法学》,法律出版社2016年版,第166页以下。

㊍[日]西田典之:《共犯理论的展开》,成文堂2010年版,第102页。

㊎[日]伊藤真:《刑法各论》,弘文堂2009年版,第360页。

㊏张明楷:《论身份犯的间接正犯——以保险诈骗罪为中

心》,载《法学评论》2012年第6期,第129页。

④[日]西田典之:《日本刑法各论》,王昭武、刘明祥译,法律出版社2013年版,第92页。

⑤[日]山口厚:《刑法各论》,王昭武译,中国人民大学出版社2011年版,第123页;张明楷:《刑法学》,法律出版社2016年版,第868页。

⑥[日]西田典之:《共犯理论の展开》,成文堂2010年版,第108页以下。

⑦周光权:《刑法总论》,中国人民大学出版社2016年版,第330页。

⑧邓毅丞、李小涛:《论间接正犯中身份要素之虚无》,载《河南科技大学学报(社会科学版)》2008年第4期,第104页。

⑨张明楷:《刑法学》,法律出版社2016年版,第131页。

⑩张明楷:《论身份犯的间接正犯——以保险诈骗罪为中心》,载《法学评论》2012年第6期,第131页。

⑪[德]冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦:《刑法总论I——

犯罪论》,杨萌译,法律出版社2006年版,第292、309页。

⑫BGHS19.370,转引自[日]松宫孝明:《刑事立法と犯罪体系》,成文堂2003年版,第259页。

⑬[日]西田典之:《日本刑法总论》,王昭武、刘明祥译,法律出版社2013年版,第300页。

⑭张明楷:《论身份犯的间接正犯——以保险诈骗罪为中心》,载《法学评论》2012年第6期,第132页。

⑮邓毅丞、李小涛:《论间接正犯中身份要素之虚无》,载《河南科技大学学报(社会科学版)》2008年第4期,第103页。

⑯张明楷:《刑法学》,法律出版社2016年版,第407页;[日]大谷实:《刑法讲义总论》,成文堂2009年第3版,第404页;[日]井田良:《讲义刑法学·总论》,成文堂2008年版,第481页。

⑰详细理由参见张明楷:《共犯对正犯故意的从属性之否定》,载《政法论坛》2010年第5期。

⑱[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284页。

Compliance of Constitutive Elements of Indirect Perpetrator

Wu Xiaowen

Abstract: Under the legislative style that general provisions of criminal law in China do not stipulate indirect perpetrator, it is necessary to make normative judgments on the compliance of constituent elements of indirect perpetrator. The basic method of performing normative judgments is: according to the principle of behavioral domination, the constituent elements realized by the utilizer and the utilized person should be combined, and judgments on the compliance of constituent elements should be performed in accordance with the principle of committing crime by direct perpetrator. However, not all the constituent elements can be dominated or determined by others, so it is necessary to separately determine the constituent elements of the utilizer and the utilized person. The utilized person necessarily has constituent elements such as behaviors, objects and results. When the utilizer utilizes someone else committing suicide or self-injury, the object of the utilized person's behavior is an object element that conforms to the compliance of constituent elements, with regards to the utilizer. In the scenario of the standard status crime, the status is an element that can not be dominated or determined, and the status of the utilized person can not be attributed to the utilizer. Therefore, only when the utilizer himself/herself has the status element, may the compliance of constituent elements of the indirect perpetrator be met.

Key words: indirect perpetrator; compliance of constitutive elements; normative judgment