

犯罪形态研究精要Ⅱ

主编：吴振兴 | 副主编：郑军男 张德友

53



法律出版社
LAW PRESS CHINA

2013

犯罪形态研究精要 II

（第2版）



中国政法大学图书馆藏

FAN ZUI XING TAI YAN JIU JING YAO

犯罪形态研究精要Ⅱ

主 编：吴振兴

副主编：郑军男 张德友

编 委 （以姓氏笔画为序）：

邓 斌 刘瑞瑞 刘士心

吴振兴 杨辉忠 张德友

陈劲阳 郑军男 赵 威



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

犯罪形态研究精要/吴振兴主编. —北京:法律出版社,
2005.3

ISBN 7-5036-5398-1

I. 犯… II. 吴… III. 刑事犯罪—理论研究—中国
—文集 IV. D924.111-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2005)第014913号

法律出版社·中国

责任编辑/曾健 刘秀丽

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/永恒印刷有限公司

编辑统筹/法学学术出版分社
经销/新华书店
责任印制/张宇东

开本/A5
版本/2005年3月第1版

印张/24.75 字数/707千
印次/2005年3月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术出版分社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939690

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.chinalawbook.com

电子邮件/service@Chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636

中法图苏州公司/0512-65193110

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图重庆公司/023-65382816/2908

中法图西安分公司/029-85388843

书号:ISBN 7-5036-5398-1/D·5115 总定价(全两卷):36.00元

编委简介

主 编：吴振兴 吉林大学法学院教授，博士生导师，中国法学会刑法学研究会副会长。

副主编：郑军男 吉林大学法学院讲师，法学博士。

张德友 吉林省人民检察院检察官，法学博士，经济学博士后。

编 委：邓 斌 东莞理工学院政法系副教授，法学博士。

刘瑞瑞 上海政法学院教师，法学博士。

刘士心 南开大学法学院副教授，法学博士。

杨辉忠 南京大学法学院副教授，法学博士。

陈劲阳 吉林大学法学院讲师，刑法学博士研究生。

赵 威 沈阳大学法学院副教授，法学博士。

Ⅱ 卷 目 录

【共犯形态研究】

间接正犯认定与处罚研究	林 维(383)
帮助犯的一般理论	唐煜枫(418)
论组织犯	路 军(438)
承继犯研究	张 森 杨佩正(477)
过失共同正犯成立根据之探讨	赵俊甫(503)
不作为共同正犯初探	曾 琳(532)
过限犯若干问题探析	夏 强(571)
论片面共犯的基本类型	田鹏辉(597)
集合犯研究	蒋晗华(621)
必要共犯研究	李 涛(650)
不作为共犯简论	刘瑞瑞(685)

【罪数形态研究】

想象竞合犯新探	刘士心(694)
我国刑法中结果加重犯新探	吴振兴(719)

【其他形态研究】

亲告犯若干问题研究	王喜娟(732)
隔离犯研究	刘招华(756)

共犯形态研究

间接正犯认定与处罚研究

林 维*

间接正犯通常指利用他人实现犯罪构成事实的情形,有学者认为这一问题是理论刑法学上最困难的问题之一,有关的学说迄今在广泛的对立状态之中。^① 这样的结论距今虽有半个世纪,有关争议仍然存在,在司法实践中也有新问题的产生。本文对间接正犯中有关认定和处罚的问题进行探讨,希望能够对这一理论的研究有所裨益。

一、间接实行犯与亲手犯

亲手犯又称自手犯、己手犯、固有犯。亲手犯概念的最初的提出,是因为在身份犯中,无身份者加功于因身份而成立之罪,按大陆法中所谓“拟制的共犯”而加以处罚,即此种共犯的成立,在于由于他人之实行而从属于其犯罪。因为身份犯只能由具有一定身份或特定关系者实行,无此身份或关系之人仅成立共犯而不成立直接正犯,由此假

* 林维,1971年生,浙江舟山人,1993~1996年在吴振兴教授指导下攻读刑法学硕士研究生,为吴振兴教授第一届硕士研究生。后获北京大学法学院刑法学博士学位,现为中国青年政治学院法律系副教授。本文选自其硕士学位论文《间接正犯研究》,其中第一部分《间接实行犯概念和构成的比较研究》载于《法商研究》1996年第2期(中国人民大学复印资料《法学》1996年第10期全文转载)。该学位论文经扩充后以同名为中国政法出版社出版(1998年)。为保留原貌,本文除了通顺文字外未做大的修改。

① 野萍:“间接正犯研究”,载《刑事法杂志》1959年第3卷第4期,第61页。

设“不能构成直接正犯者,只能构成共犯”。但由于间接正犯的特殊性,该假设的成立必须考虑“不能构成直接正犯者能否构成间接正犯”的问题。据此,1910年宾丁提出亲手犯概念,以限制间接实行犯的构成范围。

对于亲手犯概念,学说上存在肯定与否定的观点。肯定说认为:首先,基于构成要件外部的观察,认为身份犯构成要件应当由所预定主体实行一定行为,身份犯构成要件要求的主体身份无法替代,因而不能利用他人犯罪,否则该犯罪就失去了处罚意义。因为法律之所以特别规定处罚该种行为,无非认为不具备此种主体身份的人实施的行为对法益的侵害欠缺抽象危险而没有处罚必要。因而身份的缺乏为事实的缺乏,不能以充为工具的直接行为人的身份作为处罚利用人的根据。其次,基于法律规范性理解亲手犯,认为成立正犯限于实行不法之人,所谓不法是对主体的禁止,因而亲手犯实际是对一定行为主体所受的命令或禁止的直接违反。特定主体以外人的行为,不认为有规范的违反,并无非难价值。德国学者纳库拉、弗兰克等主张此说。否定说或者依因果关系论,或者以扩张正犯论否定亲手犯之存在。因果关系论者认为正犯必须是引起犯罪结果者,犯罪的核心为结果的引起,行为样态或行为人身份仅属次要,不应关注。间接正犯就因果延续而言,同直接正犯相同,不应因其间接而异其评价。因而对一切犯罪均有成立间接正犯之可能,无须就各种犯罪分别而论,或者将己手犯作为间接正犯成立的例外,李斯特、大场茂马即主张此说。扩张正犯论者主张正犯为结果之起因者,即侵害法益或引起法益侵害之人,因此不但亲自实现犯罪构成要件者,而且利用他人为工具以实现构成要件者,均为正犯,因而一切犯罪均可构成间接正犯,而不承认己手犯概念,E. 休密特、宫本英修、竹田直平等赞同此说。

上述诸说,其分歧在于所持的基本立场不同而致。其中,因果关系论在结果未发生场合即无法认定,并且对间接正犯之利用关系仅以自然主义思维方法加以分析,而未对该种利用在法律上的意义加以辨析;而扩张正犯论未考虑行为中身份的重要性,对身份的法律意义加以否定,且依此观点扩张直接正犯的范围,间接正犯概念都没有存在余地,因而更不科学。因此,我们认为,对于亲手犯概念,从构成要件

角度,在承认身份在既有刑法中实存意义的前提下,肯定说是应予以支持的。但是,肯定说从构成要件角度强调己手犯概念的科学性,其基本出发点虽然合理,但认为身份犯只有在特定主体实施时,才对侵害之法益具有抽象危险性而有处罚必要,实则忽略了身份的不同可能导致对法益侵害的可能性的不同。

有些身份犯规定身份要件,是因为无此身份绝对不能对特定法益进行侵害。因而法益基于身份而特别存在,法益的侵害是对自己身份的违背,主体与行为不可脱离。而有些身份犯的侵害法益并非基于身份而存在,身份主体可以作为一个工具而使用,法益的侵害注重于某个结果的实现,一般不是对本人身份的违背而是对他人身份的侵害。换言之,在一定意义上,前者的身份与法益共存,身份为法益侵害的对象,没有身份就没有法益的侵害;而後者的身份是侵害的工具性要件,并非侵害的对象。工具性要件说明在实际生活中行为可能与实施主体相脱离,在此类身份犯中,对于工具身份当然应当予以注意,但在法律规范中显明的是对对象身份的强调,在这一点上,这种身份犯与作为主体身份的身份犯有着微妙不同。因而,柏木千秋认为诸如强奸犯不是身份犯,^①我们认为正是在这一意义上对身份犯所作的并不准确的表述。因此在构成要件角度,也仍要对肯定说细加分析。

亲手犯概念的复杂性导致了其内容的混乱和矛盾。这种矛盾表现为,在概念上一般认为亲手犯是指只能由正犯者自身直接实施犯罪行为,利用他人以间接实行犯形式不能实现的犯罪,但在其内容的阐述上,又认为凡由法律身份构成的犯罪都是亲手犯,不可能产生间接正犯,^②而这显然与通说相矛盾。一般的观点都认为身份犯、目的犯、自身行为犯等等都是亲手犯,但同时又一般地承认上述场合特定情况下都存在间接正犯。这种矛盾的症结在于:学者们实际是在两种意义上使用亲手犯的范畴:一种是某种犯罪的实现在任何情况下都必须以直接实行为前提,不存在该种犯罪的间接实行犯,既不能利用他人实施构成犯罪,这是对某一犯罪构成行为的限制;另一种认为一行为入

① [日]柏木千秋著:《刑法总论》,有斐阁1979年版,第134页。

② 姜伟著:《犯罪形态通论》,法律出版社1994年版,第254页。

直接实施不构成某种犯罪的,间接实施同样不能构成犯罪,即不能成为直接实行犯者也就不能成为间接实行犯,那么这种犯罪即为亲手犯,这是对行为主体的限制,但这种意义上的亲手犯显然不能排除直接实行者在一定情况下通过间接实行方式犯该罪的可能。

德国学者恩吉尔辛(Engelsing)将己手犯分为纯正己手犯和不纯正己手犯两种,认为前者限于在法律规定上行为人须具有一定事实或法律的性质,且所实施的行为须为纯粹的身体活动或不作为,因而无身份者无法利用有身份者实施,有身份者也不能利用其他有身份者或无身份者实施;后者指主体虽可代替,但须己手实行,责任能力人可利用不负责任之人实施以及主体虽有限定但须己手实行,有资格者利用不负责任之人实施。实际上,前者是对行为样态的限制,而后者则是在行为主体方面的限制,是从不同的角度考察亲手犯的构成。另外,中国台湾地区学者提出“刑法上亦有规定间接正犯实施之犯罪,例如明知为不实之事项,而使公务员登载于职务上所掌之公文书罪,即系利用公务员之错误登载而成立之犯罪,以公务员为其被利用之人,准刑法既未规定为特定之犯罪类型,非兹所谓之间接正犯耳。”^①但大塚仁则将认为,因法律独立规定了特别构成要件而使该行为成为独立犯罪,因而在形式上没有确认为间接正犯的余地,这种类型属于形式上的自手犯,例如日本刑法第157条规定的公务员在公证证书原本不实记载罪。^②

对此,我们认为,亲手犯的讨论在于弄清某罪之主体是否可利用他人实施犯罪。因此,上述所谓的以间接正犯形式实施的犯罪,实际是直接实行犯而非间接正犯,即明知为不实记载,利用公务员而错误登载;并且亲手犯所要解决的问题是该罪中非公务员是否还能通过他人实施让公务员错误记载之犯罪,而并非要解决非公务员本人与被利用之公务员的关系,将这种类型称为形式上的亲手犯是不恰当的。实际上,大塚仁所述的情形,通常是在讨论刑法第156条制作虚伪文书罪中,无身份者能否利用有身份者而构成该罪时讨论,此时涉及的其实

① 高仰止著:《刑法总则之理论和实用》,五南图书出版公司1984年版,第398页。

② [日]大塚仁、福田平:《刑法总论》,日本评论社1983年版,第92页。

是刑法第156条的亲手犯问题,而与刑法第157条并无关系。现实中,由于并未对亲手犯进行正确分类区别,造成绝大部分有关论著笼统论述,使亲手犯的概念与内容混乱、抵触。因此,我们从两种不同的层面叙述亲手犯的范围,从而明确它在鉴别、区分间接实行犯上的功能。另外,还需要说明的是,有些学者认为,亲手犯的基本特征是犯罪主体必须是实行犯,例如强奸妇女罪的奸淫行为的实行犯只能是男子,妇女不可能成为强奸罪的亲手犯。^①这种观点的误解在于将亲手犯理解为一个犯罪人形态,据此推论,则只能推导出强奸罪的主体只能是男子,或其实行犯亦只能为男子,而这恰恰与通常结论相矛盾。因此,我们认为,亲手犯是一个犯罪的形态,而不是犯罪人形态。

需要指出的是,英美法中虽然没有亲手犯概念,但在涉及需要亲自实行犯罪的问题上,存在类似观念,这一问题在英美法中同样存在疑问之处。K. J. M. Smith认为,如果被告通过使用在远处引爆炸弹杀死被害人,就不应认为他没有导致被害人的死亡,训练有素的猛犬在其指令下咬死被害人的情形亦与之类似。进而,如果杀人行为是在被告指示下,通过无罪代理人投毒或利用有杀人倾向的精神病人完成,那么说被告导致了死亡也是很自然的。但在每个案例中,因导致死亡而归责同声称致命行为属于被告,两者是有区别的。只有第一个案例能合理地认为被告通过爆炸杀死了被害人,在此他与死亡的近因有充分接近的关联,因此声称这就是他的行为是合理的,一旦超越无生命的手段而选择从动物到人的代理,将与死亡有密切联系的行为归责于被告人就愈来愈困难和不恰当。如果被告人鼓励其猛犬去咬被害人,显然很少有人能声称是被告人咬了被害人,即使认为被告人袭击了被害人也仍然是虚拟的。最合适的做法是借用一个动词揭示被告人导致了狗的行为。在人的代理场合,认为代理人行为是主犯的行为也常常是不合适的。如精神病人在被告人的指示下,刺伤被害人致死或射击他,说被告人刺伤或射击被害人将是不合理的,被告人毋宁可被自然地描述为引起或导致了刺伤、射击或被害人的死亡。

^① 喻伟主编:《新编刑法、刑事诉讼法应用辞典》,武汉大学出版社1991年版,第320页。

但是在另外一些场合,如被告人使用一无罪者投毒,声称被告人毒杀了被害人是很自然的,而说被告人通过投毒导致了被害人的死亡则是不自然的。其区别在于,在这些案例中,达到结果的进程和最终结果是如此密切,转移毒药给被害人的最近行为本身是中性的,在一般习惯中不注意做出这种区别。由此,K. J. M. Smith 也不得不承认这种观念的不确定性是无罪代理原则双重性(即通过一实际的代理人的利用和对于主犯而言又是外在手段实行的责任这样一种混合物)不可避免的副产品。^① 这一令人困惑的问题给无罪代理原则的使用增加了最大的负担。依照这种观念,论者进一步认为在结果犯如谋杀罪中,没有必要识别被告人行为要素的亲自性,他导致了死亡,这已经足够了,而在欺诈和盗窃罪中,则可以认为利用代理人的主犯是偷窃了财产或欺诈了他人,这在逻辑上就产生了混淆。首先,区分有无必要识别行为要素的亲自性,并没有一个确定标准,因为达到结果的进程和最终结果的密切程度是一个模糊概念,并不具有真正的可操作性;其次,被告人导致了结果出现这一事实,对于将被告人作为实行者(此时的一级主犯实际是实行犯)处罚而言并非是充足理由,即使在美国刑法中,被告人在这些场合也不是作为主犯而是因被合法归责而处罚,但在亲手犯罪场合,归责的基础是行为必须是属于被告人本人,在哲学或法律上,都不能认为将不属于我的行为归责于我的理论是合理且合法的。

因此,将这个问题局限于在自然的、日常生活的意义上讨论行为的亲自性,最后的结论必然是所有犯罪都应当是亲自实行的,有些犯罪行为虽然不具备行为要素的亲自性,但仍可以作为例外,认为其导致了结果而被归责。那么,最终结果是否否定无罪代理人概念。因此,我们认为,行为的亲自性只能在法律的层面上予以讨论。被告人通过无罪者实施犯罪行为,例如通过精神病人刺伤某人,在语言或者在自然意义上,不能认为是被告人刺伤了某人。但所谓刺伤仅是一种形式或者手段,其实质在于对他人健康权利的侵害。因此,正确的思维是,

^① K. J. M. Smith, *A Modern Treatise on the Law of Criminal Complicity*, Oxford University Press, 1991, pp. 105~106.

由于前述所称的该类行为具有特殊的实行性,因此伤害行为本身就是属于被告人行为,因导致伤害而归责同声称伤害行为属于被告在法律上没有区别。在行为要素的亲自性上,英美法系的有关理论显得过于繁琐了。

因此,我所理解的亲手犯包括:

(1)任何场合都不存在间接实行犯的亲手犯,具体包括二种情形:纯正不作为犯和直接作为必要犯

纯正不作为犯以作为人具有法定的作为义务为构成要件,不具有该种作为义务的人不构成犯罪。由于纯正不作为犯是不积极地履行自己的作为义务,其消极的不作为就是亲手实施犯罪行为,没有必要利用他人行为实施犯罪,因而不存在间接实行犯的可能性,如遗弃罪、遗弃伤员罪等。对此,亦有台湾地区学者认为:“单纯形式的禁止不作为,如行政犯之重在义务者之地位者,属于广义身份犯,着眼其行为面者,因系单纯举动犯与形式犯之问题。但其法的效用,在于防止其不作为之结果侵害法益时,如无保护责任者强制保护责任者不为无自救力之人之生存上所必要之保护,仍成立刑法第294条1项后段之罪之间接正犯。”^①实际该条规定:“对于无自救力之人,依法令或契约应扶助、养育或保护而遗弃之或不为其生存所必要之扶助、养育或保护者……因而致人于死者,处无期徒刑或7年以上有期徒刑,致重伤者,处3年以上10年以下有期徒刑。”但此种结果加重犯的构成以符合基本犯罪构成为前提,其主体身份毫无疑问。因此,虽系对法益现实侵害的重视,该行为仍为亲手犯,而不能成立如上所述的间接正犯。当然有学者认为私藏枪支弹药罪亦为纯正不作为犯,因而为亲手犯的观点,有待商榷。因为私藏枪支弹药罪与下述作者所举的非法持有毒品罪,都应属于作为犯罪,况且实际上也存在间接实行的可能。

所谓直接作为必要犯是指法律规定构成该罪必须以直接的作为为必要要件,不可能利用他人构成的犯罪。如脱逃罪,在押人犯只要本人不外逃,不能利用其他人犯脱逃罪。有学者将自身行为犯作为亲

^① 陈朴生著:《刑法专题研究》,三民书局1988年版,第435~436页。

手犯的一种,但论者对此定义并不一致,有时认为自身行为犯是指行为人为人利用自身的动作直接作用于犯罪对象或犯罪客体的犯罪形态,这是从行为的方式角度论述,那么,用自己的拳脚伤害、杀人也是自身行为犯;有时则认为“这类犯罪以行为人的自身行为为构成要件,不可能利用他人的行为构成”,^①这是从是否能间接实行的角度定义,杀人罪、伤害罪显然又不是自身行为犯。作者所举罪例,如盗窃罪、吸食鸦片罪、非法持有毒品罪等都为自身行为犯,不可存在间接实行犯。但前者得以构成间接实行犯已如前述,即如吸食鸦片罪,在我国台湾地区的司法实务中,就有使无责任能力人吞服鸦片致瘾构成吸食鸦片的间接正犯案例。又如非法持有毒品罪,如甲命令其12岁儿子携带毒品2000克与其同出,甲仍构成非法持有毒品罪的间接实行犯。况且,自身行为犯与亲手犯殊难区分,在亲手犯中另含自身行为犯概念也有所不当。

大陆法系中又有认为单纯举动犯,因在构成要件上仅需要一定的行为即可成立,无须再有结果发生,因此,其构成要件只需行为人的身体举动,因此,所处罚者,乃处罚此种举动,但当要求举动须出自正犯本身时,有己手犯之存在。^②实际上这种情形应当包含在直接作为必要犯中。但将单纯举动犯作为亲手犯的一种并非合理,因为亲手犯是以直接行为为标准,而单纯举动犯是以不需要结果为标准,两者是两个角度的概念。有些学者甚至认为所谓亲手犯原则上不是结果犯,而是举动犯,^③这种结论更为武断。日本亦有学者指出:虽然有把住宅侵入罪、赌博罪理解为自手犯的余地,但很微妙,如果把这作为自手犯的话,举动犯中就有非常多的自手犯了。^④因此,举动犯中必须限制为只有直接作为必要犯才成为亲手犯。当然,对于诸如脱逃罪,也有认为可以构成间接正犯的观点,如大塚仁即认为强制他人开车而使自己逃走的案例,即为间接正犯。但这种观点的不合理性是显而易见的,在

① 姜伟著:《犯罪形态通论》,法律出版社1994年版,第98页、87页、255页。

② 蔡墩铭著:《刑法基本理论研究》,汉林出版社1980年版,第317页。

③ [日]木村龟二著:《刑法总论》,有斐阁1987年版,第159页。

④ [日]柏木千秋著:《刑法总论》,有斐阁1982年版,第136页。

观念上也未必能解释得通。

英美法系学者认为,在暗示需要亲自实行行为的犯罪这一特定的行为形式时,无罪代理原则就生效了。也就是说,无罪代理只能适用于既不冒犯通常的敏锐感受力,又不是滥用语言的场合。^①这种观点实际是把无罪代理这一立法归责的机制,扩展到一般地决定因导致他人行为而有责的暗含假定。因此,该原则不仅认为被告人是以一种明确宣布的犯罪形式导致某人的行为,还暗示就是被告人实施了该行为,该行为是被告人本身的。因此,像驾驶车辆与性交,就属于卡蒂什(Kadish)所谓的非代理性行为。对此,威廉姆斯(Williams)认为“除非对英语进行粗暴的扭曲”,否则不能认为在事实上直接行为人驾驶时,是被告人在驾驶,或者直接行为人是实行者时,认为是被告人在强奸妇女。问题在于,是什么使这种类型的案件从其他被普遍接受的包括类似盗窃、伪造账目、夜盗等行为的无罪代理形式中区别出来,而认定这些犯罪无法通过代理人实施,而必须亲手实行。例如,夜盗的进入要件以作为侵入者为前提,因此认为被告人在飞越大西洋时通过9岁小孩的代理在伦敦进行夜盗,听起来是明显不现实的。根据英国1831年狩猎法,“进入”或“在土地上”已多次被认为需要主犯的“肉体在场”,甚至连猎犬的代理也是不充分的。但是在1911年的“Matin案”中,Alverstone爵士认为使用一条狗能合理地被认为是进入了土地,又如在被告人鼓动9岁小孩去殴打另一儿童场合,也是如此。但这如果不是对语言的粗暴扭曲,至少也是对其令人不快的歪曲。行为本质越特定化和细节化,阻止使用无罪代理的倾向性就越强。

但是,即使像驾驶这种具有如此强的肉体暗示的非代理性行为,要求只能是实际驾驶者才能被认为是交通犯罪的实行者,亦有英美法学者认为驾驶是一个通过工具机械或动物而实施的典型活动,因此说通过另一人的工具性驾驶并非不自然,况且,驾驶行为以何种方式而比袭击或殴打具有更强有力的肉体暗示呢?更加执著的观点则认为在上述案件中,认为被告人打击了被害人或进入了建筑物,是一个误

^① K. J. M. Smith, *A Modern Treatise on the Law of Criminal Complicity*, Oxford University Press, 1991, pp. 105~106.

导的但是可以忍受的假象。由此可以看出,英美法中的非代理性行为,实际类似于我们所讲的任何场合均无法间接实行的犯罪行为,但是其界限却相当模糊,而且很多所谓的非代理行为在理论及判例上都可由他人代理。

无论是无罪代理或是间接正犯,在任何情况下,都必须亲手实行而无法假手他人实行的亲手犯,其关键在于法律对该种行为的规定,决定某些行为只需消极性行为即可构成,无论是否存在利用行为,只要其本人决定不作为,则已充足其构成要件,利用行为没有任何意义;或者决定某些行为只有在本人实施时才应负责。固然在台湾地区有强迫在监犯人脱逃而令其负脱逃之罪责的观点,但是这种观点无疑忽视了脱逃罪的主体要件是脱逃者的行为是否具有社会危害性的一个重要组成。从与亲手犯相比较的角度而言,间接实行犯的构成实际就是一个广义的主体身份与实行行为的分离,是法律上的责任主体与自然意义上的行为主体的分离,只有当其二者能够分离而互相借用时,才得以构成,否则只能是亲手犯。

诸如纯正不作为犯与直接作为必要犯,基本都属于身份犯,尤其对于前者,法律规定的着眼点在于禁止对因身份而附随之义务的违反,因此,无身份者显然无法构成;另一方面,在上述前提下,规范又暗示这种行为对身份义务的违反具有主体的专属性与依附性,只有当其亲自实行时才构成对义务的违背。因此,不可能在身份与行为相脱离的情况下,再将其合并。况且在间接实行犯情况下,一般来说,作为支配“实行者”的幕后人物,“实行者”的行为无不在其身份的笼罩下,任一行为都是背后人为其自身而操纵实施,不仅在于该行为侵犯了社会关系,而且从该种侵犯中可能使其自身得益,满足其目的,而诸如有身份者令他人脱逃,虽然侵犯了意图之社会关系,但对其自身并无作用,处罚该人亦对社会秩序无补。所以,上述情形必然只能由亲自实施才得以构成。另外,又如我国刑法第360条规定,“明知自己患有梅毒、淋病等严重性病卖淫、嫖娼的”,构成传播性病罪。此种行为,法律规定必须是明知“自己”患有严重性病而由其本人实施,因此,亦为亲手犯,任何场合无法借他人而实施。即使有身份者,即患有严重性病者,也无法借助他人构成本罪。

(2) 不能为直接正犯者也不能为间接正犯意义上的亲手犯

对此,大陆法系尤有争议。否定说认为任何犯罪都可成立间接正犯,即使以一定身份为构成要件的犯罪,无身份者可利用有身份而无责任能力人实施该种犯罪,无身份者也就构成间接正犯。如妇女唆使精神病男性强奸其他妇女,构成强奸罪的间接正犯。李斯特、姆拉赫、弗兰克、贝彻及宫本英修、藤木英雄等都持此见解。肯定说认为解释构成要件时,不能借他人之手实现其构成要件内容,即为自手犯。以一定身份为构成要件的犯罪中,如果缺乏这种身份,即使利用有身份但无责任能力的人实施该种犯罪,该种犯罪亦不能成立。正田满三郎等持此观点。折中说认为不能构成直接正犯的犯罪,能否构成间接正犯不能一概而论,应根据不同情形,区别对待。如牧野英一认为,以一定身份作为犯罪要件,即法律仅仅处罚有身份者的行为,无身份者由于缺乏犯意或者能力,其行为不能发生法益侵害,不能成为直接正犯者,也不能成为间接正犯,但在一定身份成为犯罪要件仅因其身份成为法益侵害的事实要件,没有这种身份者可以利用有这种身份者发生法益侵害事实,从而可以成立间接正犯。^①在日本,有关这方面的判例典型如刑法第156条和第157条的有关判例。日本刑法第156条规定的制作虚伪公文书罪,是针对那些在职务上有权制作该文书的公务员。刑法第157条则规定:“对公务员做虚伪申述,使其在有关权利、义务的公证证书原本上……许可证、执照或护照上,作不实记载的”,作为独立犯罪处罚。对于无身份者利用不知情之有身份者实施虚伪文书的制作的情形,大审院或最高裁判所都有认定成立间接正犯的判例。但是,对该观点否定的判例则表明:“非公务员的人向不知情的公务员申述虚伪的事实,致使该公务员做出虚伪的文书,这类事件不适用间接正犯的处罚范围。”但是折中说仍是大陆法系的通说。

前苏联刑法似乎并没有类似亲手犯的概念,但刑法理论认为,“所有说明犯罪构成要件性质的其他因素,对于间接造成损害者和直接造

^① 李光灿、马克昌、罗书平:《论共同犯罪》,中国政法大学出版社1987年版,第175~176页。