

# 论实行过限的认定

王欢欢

吉首大学法学与公共管理学院

DOI:10.12238/jief.v3i1.3589

**[摘要]** 早在古罗马时期就存在“雇佣犯罪”的现象,此种犯罪形式,罗马法也把它叫做“委托共犯”,这是一种表面平静却有乾坤的“委托关系”。社会文明在不断进步,雇凶犯罪案件发生率却在逐年上升,那么如何认定雇用者和被雇用者的刑事法律关系,尤其是如何认定雇用者的刑事责任在理论界和司法实践中出现了偏差。本文将从四个方面介绍雇佣犯罪中实行过限:一,对雇佣犯罪和实行过限予以客观的法律定位;二,采用比较分析的方法评析现有理论,并通过司法实践案例分析“实行过限”的问题,力图对教唆犯和实行犯的刑事责任认定加以评析;四,在我国目前的审判基础上,探索并建立合理的审理原则和判定标准,本着保障人权和司法公平公正的理念,对雇凶杀人中实行过限问题的教唆者和实行者予以客观、公正的法律定位。

**[关键词]** 共同犯罪; 实行过限; 责任认定

**中图分类号:** G41 **文献标识码:** A

## On the Determination of Excessive Restrictions

Huanhuan Wang

School of Law and Public Management, Jishou University

**[Abstract]** The phenomenon of "employment crime" existed as early as ancient Rome. This form of crime is also called "entrustment accomplice" by Roman Law, which is seemingly calm but has the rich connotation. Social civilization is making continuous progress, but the incidence of homicide crime cases is increasing year by year, so how to identify the criminal legal relationship between the employer and the employee, especially how to identify the criminal responsibility of the employers to deviate in the theoretical circle and judicial practice? This paper introduces the limitation of employment crime from four aspects: First, give objective legal orientation of employment crime and limitation; second, use the method of comparative analysis to evaluate the existing theory; third, analyze the "excessive restrictions" through the judicial practice case; forth, explore and establish reasonable trial principles and judgment standards on the concept of safeguarding human rights and judicial fairness.

**[Key words]** common crime; excessive limit; responsibility determination

### 前言

雇佣犯罪有着悠长的历史,除泰国刑法第84条将雇佣犯罪界定为教唆犯以外,其他国家对此鲜有明确规定。在我国,对雇佣犯罪的描述可见于新中国成立后的刑法草案“共同犯罪”章节中,至于后来数次刑法修正案均未见相关规定,实际的雇佣犯罪案件大多按照共同犯罪的理论加以区分和认定。

在民法概念中,“雇佣”是发生在平等民事主体间的法律关系,是一种有偿

的代理活动。

然而在刑法理念中,如何认定“雇佣”则是一个棘手的问题。有学者说,雇佣必然少不了金钱交易,首先应当认定其具有有偿的特点,如此,“雇佣犯罪”可界定为雇主花费一定的金额换取等价犯罪活动的行为。但是实践中常有实行犯为了非财产性利益接受委托者进行盗窃、放火甚至杀人的惨况,那么此种“无偿”的犯罪行为自然不符合上述定义。

笔者认为,对雇佣犯罪的认定不应局限于“雇佣”两个字上,雇佣犯罪不在于雇佣者与被雇佣者是否产生金钱交易,对雇佣犯罪认定的关键在于对雇佣犯罪案件进行比较分析。笔者通过检索发现雇佣犯罪有以下特点:(1)雇佣者与被雇佣者存在雇佣关系,起码具有民法概念上的基础关系,这是雇佣犯罪的前提;(2)雇佣犯罪多为暴力性犯罪,并且因为雇主与被害人积怨已深,大多案件由被雇佣者单独完成,共同完成者为少数;(3)雇

佣犯罪多为精心策划,雇主和被雇佣者常有较充分的时间做犯罪准备,因此雇佣犯罪的既遂率较高。根据上述分析,可以大致得出雇佣犯罪是:雇主以提供某种利益与被雇佣者达成一致意见,由被雇佣者独自或者与雇主共同完成雇主的授意,完成特定犯罪活动的犯罪形式。如此分析,同泰国刑法的规定如出一辙,本质上是共同犯罪形式之一。然而该种共同犯罪需要严格区分雇佣者与被雇佣者的客观上的犯罪行为。

### 1 实行过限的现有理论及学说

提出实行过限的意义在于,依法治国环境下为保障人权,共同犯罪中的犯罪嫌疑人可以根据客观违法和主观过错的不同各自承担相应的法律责任。共同犯罪中的实行过限问题有着众多学说:

#### 1.1 超出授意范围说

最初提出该学说的是德国学者,这是解决一般共同犯罪的通用理论,我国司法实践中也以此为基础。该学说主要强调实行犯的实行行为是否在雇佣者即教唆犯的授意范围内,一旦实行行为违背了教唆犯的授意,则不属于授意范围,对该行为造成的实害结果由实行犯自行承担。那么对于实行行为是否超出授意范围需要证据的支撑,达到“事实清楚,证据确凿”的证明标准仍需要程序法的配合。然而雇佣者往往不会“自认其罪”,如此看来,该学说只能解决简单的共同犯罪。如上文所述,现实社会疑难案件不断增加,雇佣犯罪多是精心密谋而成,实行者在实施犯罪的时候是按照授意还是为报一己私仇都不得而知,仅凭“超出授意范围”学说无法解决所有实行过限的问题。

#### 1.2 未预见说

为解决更复杂的雇佣犯罪,还有学者提出“未预见”一说,但是该学说本身就存有争议。有人认为,实行行为在实施中就伴有发生加重结果的可能性,如果雇佣者对该加重结果具有预见可能性则应当对实行者的行为承担责任。另有人认为,只有当雇佣者对该加重结果的发生存在过失的时候才应该承担责任。

此两种观点各有道理,但笔者认为,

“未预见”这一观点应当雇佣者以为落脚点,以一般人行为时的视角加以评判。雇佣犯罪中授意者向被雇佣者传达目的的时候应当注意该意思表示是否存在歧义,是否含有“言外之意”会让被雇佣者产生误会从而实行意想之外的犯罪行为。对于教唆者而言,这既是一种沉重的义务,但又是一种“自证清白”的权利——教唆者在传达意图时对结果的发生负有预见的义务和预见的可能性。若教唆者对结果或加重结果均有预见,其必然需承担相应的刑事责任。相反的,则符合“超过限度”,只需实行者独自担责。

该种学说虽有缺陷,但在实践中不仅适用于雇佣者与实行犯不在同一犯罪现场的场景,而且还适用于二者作为共同正犯的场景中。在后一场景中,同作为共同正犯的雇佣者具有更高的注意义务,实践中判断被雇佣者的实行行为是否“过限”,还进行更加详细的区分(笔者将在下文展开详述),故,对雇佣犯罪这样的共同犯罪的判断需要结合案件具体区分。

### 2 雇佣犯罪中实行过限问题的认定现状

#### 2.1 实行过限的法学理论

《刑法》对教唆犯按照在共同犯罪中起到的作用认定责任,若实行犯没有犯被教唆的罪,该教唆犯可从轻或减轻处罚。该条规定看似教唆犯具有独立性,但在刑法教义学中,教唆犯仅仅是实行犯的附庸者。即使是未犯被教唆的罪,那对教唆犯的认定是“没有既遂”,而不是“未遂的教唆犯”。此种便是从结论中找逻辑,对实行犯的未遂和中止强行转移给教唆犯,这是一种肯定从属性、否定独立性的表现。

笔者认为,被雇佣者个人原因或者客观情况的变化,必然影响实行犯与教唆犯的联系,过于强调教唆犯的从属性缺乏对客观原因的考察。实践中实行过限的情况时有发生,对于实行者的行为是否过限对案件犯罪嫌疑人刑事责任认定以及司法权威都尤为重要。事实情况并非如此,理论上缺乏科学的认定导致实践不统一,甚至出现“同案不同判”

的现象。

#### 2.2 实行过限的实践处理

根据最高人民法院《刑事审判参考》第555号指导案例,学者存在多数观点。案件概述:被告人胡某指使被告人胡某某教训被害人李某,要求将李某“打致住院”,并答应事后给胡某某好处。随后胡某向胡某某指认被害人李某,并给胡某某1500元。某日,胡某某纠集被告人童某某一同作案,并购买两把弹簧刀。当日晚,胡某某与童某某看见被害人李某出门行走,胡某某即上前持刀捅刺李某背部。李某被刺挣脱逃跑,童某某追上前抓住李某,胡某某赶上又持刀捅刺李某。李某再次挣脱,胡某某与童某某再次追上前将李某按倒在地并乱刺。后李某因双肺被刺破致急性大出血当场死亡。

在此案件中,有人认为胡某某的行为不属于过限,符合“打致住院”的要求,胡某、胡某某和童某某成立故意伤害罪致人死亡的共同犯罪,胡某的教唆成立既遂。另有人认为,胡某某与童某某的实行行为完全超出了胡某的主观意图,教唆者胡某仅希望李某被打伤,伤害致使住院即可,但是胡某某与童某某却打死李某,属于故意杀人的范畴,教唆者胡某仅有伤害的意图,不可相提并论,应当分别对待。更有甚者认为,教唆者属于杀人的间接故意,任由胡某某实行行为的发生,不管李某是重伤还是死亡,均属于“住院”的范畴之内,三个犯罪嫌疑人均构成故意杀人罪。

雇佣犯罪中犯罪嫌疑人的责任认定之所以困难,是因为教唆者与实行者皆为朴素自然人,每个人都有不同的心理因素和对世界的认知,以至于如何实行犯罪、如何看待实害后果均有不同的看法。

对上述案例,最高人民法院认为:首先,对“只授意但不参与实行”的雇佣犯罪和“既教唆犯罪又参与实行”的雇佣犯罪的实行行为是否过限的判定标准适用区分原则。对前者而言,关键看被雇佣者的实行行为是否超出授意范围,一种授意既包括犯意,也包括结果。如果实行行为明显超出了该种犯意和结果,那么

其行为就属于过限,否则,反之。对于后者,要看雇佣者在当场发现被雇佣者将要或者正在实施超出气授意范围的行为时,是否有制止的意思表示和行为。如果有,那么被雇佣者的实行行为属于过限行为,对该行为造成的实害后果不应投射至教唆犯;相反,即使此时的行为超出当初的“授意范围”,在现场的教唆者没有制止的意思表示和行为就代表对实行者实行行为的默示,那么实行行为就不属于过限行为。其次,对于授意比较含糊的雇佣犯罪,在不同场合、不同语境下,若实行者的行为明显超出了教唆者的授意范围或者预期后果,该种行为应当认定为过限行为。简而言之,教唆犯罪中,若教唆者授意不明,实行行为是否过限的判定需结合犯罪的手段和危险性,判断危险的流向过程是否正常。换句话说,按照一般人的思维判定实行行为导致的危险流是否由教唆者及其“授意”而引发,若具有引发关系,则不属于实行过限;若不具有引发关系,则属于实行过限。

在本案中,胡某的“打致住院”的授意在别人看来会有不同的理解,上述有不同观点的学者也不例外。这样的模糊授意很难证明雇佣者胡某不存在杀人的故意,也很难证明其只有重伤李某的故意,但是,这样的授意导致实行行为制造的危险流并不唐突,即“打致住院”的结果可以是轻伤住院,也可以是重伤住院,甚至包括致人死亡的可能。也即授意与实害结果之间具有引发关系,教唆者须对实害结果承担刑事责任。

### 3 实行过限的认定标准

目前由于我国尚未对实行过限问题给出统一的认定标准。但是有关侵犯公民利益,特别是侵犯公民人身权利、民主权利的犯罪行为,例如雇佣杀人中的实行过限问题应当有一致的判断,这个标

准当然不能绝对化。笔者认为尽管没有相关规定,但是学者和实务实践者可以尝试按照以下路径加以判别实行过限问题,以期实行过限问题在未来立法或者司法解释中有明确的规定。

#### 3.1 实行过限的认定应当坚持主客观相结合的原则

根据犯罪两阶层架构来说,认定犯罪嫌疑人是否有罪,需结合客观违法和主观责任两个方面综合评价。但有人认为,实行行为过限问题应当以主观方面为落脚点,该问题难以认定责任的原因在于“授意”范围与“实行”范围的冲突,应该围绕实行者的行为是否超过授意范围来研究。但是笔者认为,实行过限问题虽被放置于共同犯罪章节之下,对教唆犯和实行犯责任的认定仍需要遵守两阶层架构,无论脱离哪一阶层评价实行过限行为都将是是不合理、不客观、不科学的。主观上需要探究教唆者的教唆意图,以及该教唆内容可能发生的后果是否能够被预见,以及教唆者是否拒绝某种危害后果的发生都应当囊括在主观思想方面;客观方面应当根据犯罪预备的工作、犯罪实施过程中的具体情况(甚至是突发情况)、现场证据、教唆时环境等等作为参考。在主观与客观的基础上反复推定,以此才能得出教唆犯的真实意图以及实行犯的行为是否超过了“授意”范围,是否偏离了教唆意图的轨道。

#### 3.2 准确区分教唆故意的范围

认定教唆犯的授意范围属于主观责任方面的重要内容,是雇佣犯罪中的实行过限的问题的探析的关键。刑法学界有学者将教唆故意分为明确性教唆、选择性教唆、概然性教唆。明确的教唆常见于教唆意图、犯罪行为明确等简单的雇佣犯罪案件,此类案件按照共同犯罪标准处理即可;选择的教唆中,教唆者给予被教唆者一定的选择空间,一般来说

此种教唆也是比较明确的。实行过限的疑难问题常发生于概然性教唆中,需要完整的证据链条才能支撑起对犯罪性质、犯罪对象、犯罪对象和目的等犯罪因素的研究。例如上述案例,教唆犯胡某对实行者胡某某的教唆就是一种模糊的、概然性教唆。

对雇佣犯罪中的教唆犯教唆故意的区分,一方面有利于准确的概括共同犯罪的难易种类,为刑事司法的效率减轻了压力;另一方面,将明确性、选择性教唆与概然性教唆分别开来,让有限的司法资源合理的分配在难易不同的案件上,既增强解决此类案件的专业程度,准确的认定犯罪嫌疑人的刑事责任,又为保障人民主权、增强司法权威夯实了根基。

### 4 结束语

雇佣犯罪逐渐普遍化,其中实行过限的问题也越来越受到重视,不仅是学术界还是实务中,根据我国现有的立法现状和司法解释,尚不能形成成熟的观点。笔者从现有的学说出发,结合实践浅谈实行过限的问题,力图寻求一种解决实行过限问题的良策和建议,并希望我国今后立法会更加完善。

#### [参考文献]

[1]刘执灼.概然性教唆犯在实行过限中的刑事责任研究[D].辽宁大学,2020.

[2]郭淑颖.雇佣犯罪研究[D].河南财经政法大学,2019.

[3]姚芳.实行犯过限问题研究[D].辽宁大学,2018.

[4]汪珍珍.实行过限研究[D].东南大学,2016.

[5]周杰.教唆犯中实行过限的认定[D].华东政法大学,2016.

[6]郑云.论实行过限的判断标准[D].杭州师范大学,2016.

[7]胡耀宇.教唆犯罪中实行过限的司法认定[D].黑龙江大学,2014.