

# 论雇佣犯罪的刑事责任

(硕士学位论文摘要)

专 业： 刑法学

研究方向： 中国刑法与经济刑法

作者姓名： 刘 琪

指导教师： 薛进展 教授

当前社会雇佣犯罪现象猖獗，雇佣犯罪案件层出不穷，造成了恶劣的社会影响。当然，这是转型期社会整体道德的滑坡、唯利是图的金钱观、逃避法律制裁的侥幸心理等各方面因素综合作用的结果。但就刑法角度而言，如何在现有的刑事法框架下合理的惩治雇佣犯罪，让人们认识到刑法并没有忽略这个隐蔽的角落，同时又让潜在的雇佣犯罪人认识到雇佣犯罪所能给他们带来的收益将远远小于他们会受到的刑罚非难，这才是我们致力于研究雇佣犯罪的真正意义之所在。因此，笔者会更多的从现有法律出发，力求为现行刑法惩治雇佣犯罪提供理论依据和法律支撑。为此，笔者查找和收集了一些有关雇佣犯罪的典型案例，分析比较了众多学者对雇佣犯罪的研究成果，并进而结合自己所学的相关刑法理论知识对雇佣犯罪的刑事责任进行了有步骤有重点的分析和探讨。

本文除前言和后记外，分为三个部分：

第一部分，主要阐述的是雇佣犯罪的基本属性：究竟何为雇佣犯罪，雇佣犯罪的性质应当如何界定。笔者从雇佣犯罪的历史沿革出发，结合我国当前司法实践中的雇佣犯罪案件，对雇佣犯罪的特点进行了概括。接着比较分析了学界对于雇佣犯罪概念及性质的不同观点，对雇佣犯罪的属性从以下几方面进行了分析概括：雇佣犯罪的概念界定（主要包括雇佣犯罪的手段及雇主可否作为雇佣犯罪的直接正犯）；雇佣犯罪与共同犯罪的关系；雇佣犯罪与教唆犯罪的关系。

第二部分，在上文对雇佣犯罪的属性做出界定的基础上，着重阐述雇佣犯罪的一般责任承担问题。首先明确了雇佣犯罪责任承担的一般原则：主客观相统一

原则、个人责任原则和区别对待原则，以为后文论述雇佣犯罪的责任承担明确指导思想；其次具体论述各犯罪人在雇佣犯罪中的地位与作用及在此基础上他们所应负的刑事责任；最后针对雇佣犯罪中可能出现的各种犯罪形态（包括单一犯罪形态及复合犯罪形态）下各犯罪人的责任承担做了分析论述。

第三部分，在前面释明了雇佣犯罪的一般责任承担方式及依据的基础上，针对实践中争议较大的几类特殊的雇佣犯罪的责任承担问题，笔者提出了自己对于这几类雇佣犯罪中的热点疑点问题的基本立场和处理思路：对于雇佣犯罪与实行过限问题，结合实践中的疑难案例及理论界的不同观点，从不同角度进行了阐述；对于雇佣犯罪与结果加重犯问题，从结果加重犯的基本原理出发，就加重结果与雇佣犯罪各犯罪人的刑事责任承担问题分别予以论述；对于雇佣犯罪与转化犯问题，在明确雇佣犯罪中转化犯范围的基础上，将其进一步分为实质转化与形式转化两个方面进行了分析和探讨

**【关键词】** 雇佣犯罪 刑事责任 转雇佣 质的过限 形式转化

# Discussing on the employing crime

(Abstract of Dissertation of L. L. M Degree)

Major: Criminal Law

Study direction: Criminal And Economic Criminal Law

Author: LIU Qi

Supervisor: Professor XUE Jin-zhan

In the present day of China, employing criminals are endlessly and the social effect is very serious. Of course, this is the combined action of coasting of social morality, the monetary eyes of drawing water to one's mill and the fluke mind of escaping from penalty. Based on the aspect of criminal law, how to punish employing crime under the existing frame of criminal law reasonably, and how to make people to realize that the criminal law not ignoring this shady corner and to make the potential criminals realizing that the profit earning from the crimes is far more less than the penalty they suffered, this should be the true meaning of our research. Therefore, the author will be based on the existing law to search for theoretical foundation and legal supporting for, punishing the employing crime. So the author searched and collected some typical cases on employing crime, analysed many researching achievements on this area, and then combined with the author's criminal theory, analyzed the employing crime by step and emphasis.

Besides the foreword and postscript, the article is divided into three parts:

Part I :Mostly elaborate the basic attribution of the employing crime:what is employing crime, and how to define the nature of employing

crime. Starting from the historical evolution The author summarized the characteristic of employing crime combined with practiced cases: And then compared different viewpoints on the definition and nature of employing crime, analysed and summarized the characteristic of employing crime from following aspects:the definition of employing crime(including instrument of employing crime and whether the employer could be the criminal that directly carrying out the crime) ,the relationship between employing crime and joint offense,the relationship between employing crime and abetment offense.

Part II :Based on the definition of attribution of employing crime in the above paragraph, the author emphasized the problem of general assume of criminal responsibility. Firstly the author cleared the general rules of undertaking responsibility:the unity of subjectivity and objectives, individual responsibility, and discriminatory rule, to make the guiding ideology of following paragraph clear. Secondly discussing the position and action of each joint criminals of employing crime and the criminal responsibility relevantly. Finally discussing the criminal responsibility under the circumstance of different criminal conformation(including simple conformation and complex conformation).

Part III :Based on the clarifying of general assume of criminal responsibility, the author raised the point of view and disposing idea about several special employing crimes:as to the excess and the employing crime, combined the cases and different theoretical ideas, elaborated this problem from different angle;as to the aggravated result and employing crime, starting from the basic principle of the crime of aggravated result, elaborated the assume of responsibility of employing criminals respectively ;as to the converting crime and employing crime, after clarifying the range of converting crime, analysed this question by divided it into the following tow aspects:virtual conversion and formal

conversion.

|                |                         |          |
|----------------|-------------------------|----------|
| [Key Words]    | employing crime         | criminal |
| responsibility | transferring employment | virtual  |
| excess         | formal conversion       |          |

## 论文独创性声明

刘祺 的学位论文 《论职务犯罪的刑事责任》

是我个人在导师指导下进行的研究工作及取得的研究成果。论文中除了特别加以标注和致谢的地方外，不包含其他人或其它机构已经发表或撰写过的研究成果。其他研究者对本研究的启发和所做的贡献均已在论文中作了明确的声明并表示了谢意。

作者签名: 刘祺 日期: 2007年4月20日

## 论文使用授权声明

本人完全了解华东政法学院有关保留、使用学位论文的规定，即：学校有权保留送交论文的复印件，允许论文被查阅和借阅并制作光盘，学校可以公布论文的全部或部分内容，可以采用影印、缩印或其它复制手段保存论文，学校同时有权将本学位论文加入全国优秀博硕士学位论文共建单位数据库。保密的论文在解密后遵守此规定。

作者签名: 刘祺 导师签名: 葛永强 日期: 2007年4月20日

# 论雇佣犯罪的刑事责任

## 导言

作为目前司法实践中比较多发的一类案件，雇佣犯罪其实有其深刻的时代背景和历史渊源。从奴隶制时代的荆轲刺秦到封建社会系统化的法典规制，雇佣犯罪这一特殊的犯罪类型就从未离开过我们的视线。及至到了当代社会，伴随着市场经济的发展和社会关系的日益复杂，雇佣这种手段越来越为某些不法分子所青睐，雇佣犯罪案件也呈愈演愈烈之势，造成了极其恶劣的社会影响。然而，遗憾的是，遍翻中华人民共和国刑法及其司法解释，我们却找不到有关“雇佣犯罪”的只言片语。由此导致的是，在刑事法理论和司法实践中，面对数量日益增多、表现形式日趋复杂的雇佣犯罪案件，刑法理论上众说纷纭、莫衷一是，而实践处理也是五花八门、各行其道。

笔者通过研读有关雇佣犯罪的各类文章发现，有关雇佣犯罪的基本概念和属性，以及雇佣犯罪中各责任人的地位及其作用的定性，学者之间仍存在较大分歧，更遑论司法实践部门了。一旦涉及更深层次的问题，更是面临无据可依的尴尬。面对一类较为普遍的犯罪现象，法律没有直接规定固然是困扰理论和实践的一大难题，但如何依照现有的刑事法理论对其正确定位和处理，才能做到既不轻纵犯罪，又能体现刑法的谦抑精神，这才是身为一个法律人所应该做的。

正确认定和处理雇佣犯罪中相关人员的刑事责任问题不仅有利于遏制这一犯罪现象的蔓延、保护人民群众的生命财产安全，而且对于维护刑法的统一性和权威性、完善我国的刑事司法制度具有重要的理论和现实意义。因此，本文希望通过深入研究和探讨雇佣犯罪的属性、涉案人员的刑事责任承担，特别是司法实践中分歧较大的雇佣犯罪中有关实行过限、加重结果以及转化犯罪的责任承担等问题，以期对雇佣犯罪有更进一步的认识和了解，更冀望通过对上述一系列问题的共同探讨，能够对我国雇佣犯罪相关法律制度的建立和完善有所裨益。

# 第一章 雇佣犯罪概述

## 第一节 雇佣犯罪的产生与发展

### 一、雇佣犯罪古已有之

雇佣犯罪作为一类特殊的犯罪现象,在世界各国均源远流长。据一些刑法学者考证,古罗马时代就出现了涵括雇佣性质的犯罪“委托共犯”,<sup>1</sup>也有学者称之为“代理共犯”。公元6世纪日耳曼《萨利克法典》第28章明确规定处罚雇人杀人者。而在我国古代,也是早在奴隶社会时期就有了雇佣犯罪的记载。《史记·刺客传》中记载的专诸刺吴、荆轲刺秦等可以从中看出雇佣犯罪的缩影,当然由于牵涉到政治斗争,在当时的历史背景下是难以作为犯罪评价的。

及至到了封建社会,法律制度得到不断的完善和发展,而封建法律制度主要就是刑律,于是我们从中国封建法律的集大成者《唐律》及其疏议中依稀看到了雇佣犯罪的影子。如《斗讼律》规定:“雇人杀人伦,清造意为首,受雇加功者为从”;《贼盗律》规定“诸谋杀人者,徒三年;已伤者,绞;已杀者,斩。徒而加功者,绞;不加功者,流三千里。造意者,虽不行仍为首;雇人杀者,亦同。”<sup>2</sup>疏文曰:“‘雇人杀者,亦同’,谓造意为首,受雇加功者为从。”<sup>3</sup>《斗讼律》第55条规定:“即受雇诬告人罪者,与自诬告同,赃重者,坐赃论加二等。雇者,从教令法。”<sup>4</sup>《诈伪律》第25条规定:“诸诈疾病,有所避者,杖一百。若故自伤残,徒一年半。其受雇请,为人伤残者,与同罪;以故致死者,减斗杀罪一等。”<sup>5</sup>《断狱律》第3条规定:“诸死囚辞穷竟,而囚之亲故为囚所遣,雇请人杀之及杀之者,各依本杀罪减二等;囚若不遣雇请,及辞未穷竟而杀,各以斗杀罪论,致死者加役流。”<sup>6</sup>

从《唐律》及其疏议散布在各个律中有关共同犯罪的个别规定中多次提到“雇佣”的字眼我们可以看出,雇佣犯罪在当时是一种较为通常的犯罪形式,唐律中的雇佣犯一般按教令犯或造意犯规定,而唐朝的造意犯和教令犯的范围要广于现

<sup>1</sup> 林准:《间接正犯研究》,中国政法大学出版社1998年版,第57页。

<sup>2</sup> 《唐律疏议》,法律出版社1999年版,第356页。

<sup>3</sup> 《唐律疏议》,法律出版社1999年版,第356页。

<sup>4</sup> 《唐律疏议》,法律出版社1999年版,第479页。

<sup>5</sup> 《唐律疏议》,法律出版社1999年版,第507页。

<sup>6</sup> 《唐律疏议》,法律出版社1999年版,第587页。



代意义上的教唆犯，其中造意犯包括了现在所谓的组织犯、教唆犯，而教令犯则涵盖了教唆犯和间接实行犯的情形。可见，在唐律中雇主的性质不仅可能是教唆犯，也可能是组织犯或间接实行犯。唐律将其比照雇佣犯所雇佣的内容触犯的法律条文予以制裁，大多是将其作为共同犯罪的一种形式加以规定，并相当重视该种行为的严重性，“造意为首”，“造意者，虽不行仍为首”，将其作为主犯加以严惩，再次彰显了雇佣犯罪的严重性及当时的立法者对这一犯罪形式的重视程度。

## 二、雇佣犯罪与当前我国司法实践

雇佣犯罪现象可谓源远流长，不仅风靡于古代，在当前我国的司法实践中也时有发生，且犯罪的动机以及行为等各方面均更为复杂。由于我国刑法中尚无关于雇佣犯罪的只言片语，实践中的认定与处理也并不一致。如河南省兰考县农机管理中心原主任丰某等雇凶杀人一案，丰某等在授意他人实施报复连某时，并没有明确表明要被雇佣者“杀死”而是“收拾”被害人，而被雇佣者得此授意后，就使用汽油纵火将连家四口烧死，针对此种情况，对雇主丰某罪行的认定，就存在放火罪与故意伤害罪以及故意杀人罪三种意见。又如平顶山市原市委常委、市政法委书记李某雇凶伤害案，被告人李某明确授意被雇佣者把被害人吕某胳膊腿弄断，被雇佣者却在致吕重伤的同时，把吕妻杀死了。一种意见认为，李某在起意弄断吕某胳膊腿之后，雇佣了两个被判过刑的人去实施伤害，报复伤害吕某，表明李对受雇人会采用不计后果的手段对付吕的情形是明知的。同时，当受雇人找不到吕某时，李某又提供了吕某的家庭住址。那么，此时的李某就应该预料到受雇人收拾吕可能会在吕家进行，难免会伤及吕的家人。但李某却没有采取任何防范措施，对吕妻可能会受到伤害，甚至会被致死的危害后果采取了放任态度。因此说，吕妻的死亡并没有超出李某的教唆犯意，受雇人的该行为不属于实行过限，李应对此后果承担罪责。<sup>7</sup>但又有意见认为对吕妻的死亡结果，雇主不可能也不应当预见，因而也不因此承担刑事责任。

从我国司法实践中发生的雇佣犯罪及司法界对其认定和处理情况来看，我们可以发现其存在以下特点：

<sup>7</sup> 刘凌梅：《雇佣犯罪若干问题刍论》，《国家检察官学院学报》2003年4月第2期，第41页。

### （一）雇佣犯罪往往伴随暴力，具有显著的主观恶性和严重的社会危害性

雇佣犯罪一般是由于雇主与被害人在工作、生活或其他方面产生了矛盾冲突，为实施报复或达到某种目的而雇凶作案的，其主观恶性程度较深，因而所授意实施的犯罪以暴力型居多，常见的有杀人、重伤、绑架、抢劫等侵犯人身权利和财产权利的犯罪，这些犯罪的情节比较恶劣，危害后果严重，造成的社会影响也较大。例如，广西梧州市海天物业管理有限公司老板张树林，因对该市中级人民法院执行庭庭长袁明辉不满，雇佣凶手于1998年5月9日下午，在袁明辉的妻子钟秀英回家途中，对其臀部连刺数刀，致其重伤；8月27日凌晨，当袁明辉的儿子袁结球和其女朋友钟某外出吃夜宵回家时，又被张树林雇佣的4名手持菜刀、匕首、铁棍等凶器的歹徒袭击，袁的头部、双腿、肩部等部位被砍14刀，右膝关节被砍断，钟的头部及右手被砍伤，此案因伤害的对象系政法干警的家属，因而在当地造成了极坏的影响。<sup>8</sup>再如，1994年10月13日，江西省安义县县长陈锦云为抢县委书记的位置，伙同个体老板陈家友雇佣凶手制造车祸，将时任该县县委书记的胡次乾撞伤，之后胡调离安义，陈如愿以偿出任县委书记。不久，陈得知有人举报他受贿，认为此系副书记万先勇所为，遂与陈家友再次合谋，雇请凶手于1995年11月21日夜潜入万家，持刀将万杀害。<sup>9</sup>实践中多发的雇佣犯罪往往犯罪涉及面较广，社会影响也较大，因而其认定和处理也受到多方广泛关注。在浙江乐清自2000年至今年6月，当地因争权夺利引发的雇凶案件，经检察院批捕的就有47起，其中雇主九成以上是私企老板和富人村官；雇凶杀人的现象主要发生在官员和富人这些社会强势群体中间，这是一个更加危险的现象。<sup>10</sup>

### （二）雇佣犯罪隐蔽性较一般犯罪强，雇主极易逃脱法律制裁

在雇佣犯罪中，雇主表授犯罪意图后，一般只负责指认被害人体貌特征、衣着；有的雇主会参与犯罪的策划，但也只是在幕后密谋。准备作案工具、踩点观察被害人的生活起居或出行时间路线、掌握被害人的生活工作规律等一般均由被雇佣者实施；且受“拿人钱财、与人消灾”的传统思想影响，使相当多的被雇佣者，特别是一些专门的“杀手”集团或杀手只要拿到一定数额的金钱，就不再吐

<sup>8</sup> 李忠信主编：《黑社会性质犯罪问题研究》，中国人民公安大学出版社2000年8月版，第267-269页。

<sup>9</sup> 刘斌：《腐败升级》，载《法律与生活》，2000年第6期，第67页。

<sup>10</sup> <http://law.anhuinews.com/system/2005/09/26/001360040.shtml>，中安网，法治频道。

露幕后指挥者，更有甚者，很多情况下雇主通过中间人也即职业的转雇佣者物色被雇佣者实施犯罪，直接实施犯罪行为的被雇佣者根本就不认识雇主，导致认定雇佣犯罪主要靠犯罪嫌疑人的供述，一旦中间人脱节或者缺乏其他直接证据予以佐证，就会使雇主逍遥法外。事实上在严格恪守程序正义的原则下，对很多雇主都是缺乏足够证据入罪的。

### （三）雇佣犯罪的交易性特征明显。

所谓“你出钱，我办事”，是雇佣犯罪显著的形式特征。被雇佣者与被害人往往没有直接的利益关系，很多被雇佣者对被害人的个人情况甚至一无所知，金钱利益的驱动，是他们实施犯罪的直接动因。除了雇主提供的酬金外，被雇佣者从所实施的雇佣犯罪所带来的犯罪收益中得不到任何的利益分成。这客观上也导致雇佣犯罪的查处困难重重。

### （四）司法实践中的认定和处理存在分歧。

由于雇佣犯罪在当前实践中的表现形式渐趋复杂，非典型的特殊雇佣犯罪案件日益增多，诸如在雇佣犯罪过程中出现实行过限、结果加重以及转化犯的情况，这些也是司法实践发生分歧的焦点所在。其根本原因，一是我国对雇佣犯罪的刑法定位及处罚根据并不明确，二是在我国目前刑事法及其司法解释中并无雇佣犯罪的明确规定，实践中往往比照共同犯罪中教唆犯的标准认定和处罚，而教唆犯与雇佣犯在目的、动机、主观恶性及行为特征等各个方面还是存在差别的，也因此这种处理方式备受质疑。在一些复杂疑难的雇佣犯罪案件中，对类似案件的处罚也因时因地而异，刑法的统一性和权威性也因此而受到影响。

## 第二节 雇佣犯罪之理论分歧

雇佣犯罪在我国刑法中，既非法定的犯罪类型，亦非一种独立的犯罪。由于缺乏法律的明确规定，加之雇佣犯罪的形式日趋复杂，因此对于雇佣犯罪的一些基本的理论问题，刑法理论上存在着较大的分歧，并直接影响到司法实践中对这一犯罪现象的认定及处理。

## 一、 雇佣犯罪的概念分歧

目前,即使是在雇佣犯罪的基本概念问题上,学界也是含混不清,各执一词。仅见诸纸端的对雇佣犯罪所下的定义就有十数种之多。如雇佣犯罪是指一方以提供报酬为条件,要求另一方实施特定犯罪的行为;<sup>11</sup>雇佣犯罪是指雇主与受雇人双方达成一致协议,由雇主一方提供报酬,受雇人一方接受报酬并为其实施一定犯罪行为的犯罪形式;<sup>12</sup>雇佣犯罪以金钱关系为基础,由雇佣者出资收买受雇者,受雇者按照雇佣者的旨意所实施的犯罪。<sup>13</sup>雇佣犯罪是一方以提供报酬为条件,要求另一方实施特定犯罪的行为。<sup>14</sup>雇佣犯罪是雇主与受雇人双方达成一致协议,由雇主一方提供一定报酬,受雇人一方接受报酬并为其实施一定犯罪行为的犯罪形式。<sup>15</sup>

也有人主张对雇佣犯罪做相对宽泛的理解,即雇佣犯罪应是行为人以提供某种利益为条件,雇请他人(受雇人)实施某种犯罪行为,受雇人按照雇主的犯罪意图单独实施或与雇主共同实施犯罪,从而获得约定利益的犯罪形式。<sup>16</sup>

综观上述不同学者对雇佣犯罪所下的定义,分歧无外乎集中在以下两点:

### (一) 雇佣犯罪的手段问题

这里所说的雇佣犯罪的手段,指的是雇主交付什么对价给被雇佣者,让被雇佣者为其实施雇佣行为。对此,有人认为是给付一定的报酬,也有人称之为利益。报酬或利益的形式,有的学者认为是一种单纯的金钱支付,也有人认为不应仅局限于金钱,还可以是能够以金钱衡量的利益,包括财物和非物质利益,如一辆汽车、免除债务等,有人则认为非财产性的利益比如解决工作、提升职务职称等也可能促使无犯罪意图的人产生犯意,故而以其为饵引诱被雇佣者实施犯罪,这种情况也不失为雇佣。

### (二) 雇主在雇佣犯罪中是否可作为雇佣犯罪的直接实施者

直接实施犯罪行为的人,在西方学者中往往称之为直接正犯。有人认为雇佣

<sup>11</sup> 龚明辉,沈汝清:《雇佣犯罪中雇主的刑事责任问题》,载《法制日报》1996.1.25。

<sup>12</sup> 魏东:《论雇佣犯罪及其刑事责任》,载《云南法学》,1996年第4期,第32页。

<sup>13</sup> 刘文:《雇佣犯罪问题研究》,载《政治与法律》2001年第6期,第47页。

<sup>14</sup> 龚明辉,沈汝清:《雇佣犯罪中雇主的刑事责任问题》,载《法制日报》,1996-01-25。

<sup>15</sup> 魏东:《论雇佣犯罪及其刑事责任》,载《云南法学》1996年第4期,第67页。

<sup>16</sup> 张勇、赵永柯:《雇佣犯罪新探》,载《河南公安高等专科学校学报》2003年第1期,第42页。

犯罪仅是被雇佣者按照雇主意图实施的犯罪，因此只有被雇佣者可以成为犯罪的直接实施者，持这种主张的学者一般主张限制雇佣犯罪的范围。而相当一部分观点则认为应当适当扩大雇佣犯罪概念的成立范围，将被雇佣者单独实施或与雇主共同实施犯罪的行为都包括在雇佣犯罪的概念中，以维护雇佣犯罪形式的完整性。

## 二、雇佣犯罪的性质分歧

纵观古今中外刑法，对雇佣犯罪的性质各有不同的认定。而如何认定雇佣犯罪的性质是司法实践中处理雇佣犯罪所首要解决的问题。目前理论界对雇佣犯罪的争议主要集中在两点：一是雇佣犯罪与共同犯罪的关系问题，即雇佣犯罪是不是完全包容于共同犯罪；二是如果是共同犯罪，则雇主在其中的性质是什么的问题。

对于第一个问题，有的学者认为雇佣犯罪是教唆犯罪的一种，雇佣犯罪在本质上是共同犯罪，应当运用共同犯罪理论来研究和解决雇佣犯罪的法律性质。该论者还从共同犯罪的主体、犯罪的主观方面、客观方面等诸方面特征来阐述和论证雇佣犯罪完全符合共同犯罪的法律特征。<sup>17</sup>有的则认为雇佣犯罪既不完全相同于一般的共同犯罪，又与教唆罪有较大的差异，其实质是否定雇佣犯罪是一种教唆犯罪。<sup>18</sup>

在主张雇佣犯罪是共同犯罪的观点中，对雇主的性质定性也存在差异。在我国封建刑法集大成之唐律中对雇佣犯罪是因所触犯的罪名不同而对雇主的定性有所差异。《唐律》规定：“雇人杀人者，以谋杀论，诸造意为首，受雇加功者为从。”即雇主是造意犯，首犯，被雇佣者是从犯。而对于“雇人诬告者，受雇者与自诬告同，雇者以教令诬告论，减受雇者一等。”即被雇佣者是实行犯，主犯，雇主是教令犯，从犯。即对于雇佣杀人案件与雇佣诬告案件，雇主在共同犯罪中的性质认定是不同的。而对于雇主的性质认定，目前在世界各国刑法规定中主要存在以下三种情况：

第一种认为雇主是正犯（直接实行犯）。例如，奥地利刑法典 12 条规定：“直接实施犯行，唆使他人实施犯行，或其他加功于犯罪行为之实行者，均为实施犯

<sup>17</sup> 魏东：《也谈雇佣犯罪》，载《法制日报》，1996-05-02。

<sup>18</sup> 龚明辉、沈汝青：《雇佣犯罪中雇主的刑事责任问题》，载《法制日报》，1996.01.25。

罪行为。”

第二种认为雇主是教唆犯。但教唆犯是以分工为标准划分的一种特殊共犯，在实际中可能处于主犯或从犯的地位。有些国家将教唆犯规定为正犯，例如韩国刑法第31条的一款第一项规定：“教唆他人使犯罪之实行者，准予正犯。”也有些国家将教唆犯规定为从犯的，例如，1810年《法国刑法典》第60条第1款规定：“凡以馈赠、约许、威胁、利用权势，唆使或指使他人犯重罪或轻罪，应以该重罪或轻罪之从犯论处。”

第三种认为雇主是间接实行犯。则被雇佣者不过是雇主犯罪的工具。

目前我国刑法理论界在论及雇佣犯罪中雇佣双方性质时，有学者认为是教唆犯与被教唆犯的关系，也有学者认为是主犯与从犯的关系。<sup>19</sup>这事实上是从不同的角度对雇主在雇佣犯罪中的性质进行的界定。

### 第三节 雇佣犯罪属性再分析

从上述有关雇佣犯罪性质的理论分歧可以看出，对于这种在实践中日益增多的犯罪形式，从理论到实践都是各自为政，处于一种相对混乱的情况下。析清雇佣犯罪的属性问题，对于研究和解决这一特殊的犯罪形式有着不容忽视的意义。下面拟从两方面予以比较分析。

#### 一、雇佣犯罪的概念界定

何为雇佣犯罪？雇佣的手段到底包含什么内容？雇主在雇佣犯罪中从属于何种角色？这都是给雇佣犯罪下定义时不可避免的问题。

根据《现代汉语词典》的解释，“雇”指出钱让人给自己做事，如雇保姆。“雇佣”指用货币购买劳动力。<sup>20</sup>很多学者在给雇佣犯罪下定义所使用的报酬一词根据该词典的解释则是指由于使用别人的劳动、物件等而付给别人的钱或实物。雇佣犯罪本身所具有的财产性特征，即所谓的利诱、收买，是雇佣犯罪区别于一般共同犯罪的要点之一，因此，如果将雇佣的手段扩张到非财产性利益，就会使这一特征弱化，使雇佣犯罪为一般共同犯罪所日益趋同。且非财产性利益的

<sup>19</sup> 童建明：《刑事法专论》，方正出版社1998年版，第816页。

<sup>20</sup> 陈兴良主编：《刑事法判解》第1卷，法律出版社1999年版，第256页。

范围到底有多广，学界谁也不能给出明确的范围，这就易造成雇佣犯罪无限扩大化的结果，使对雇佣犯罪的研究和探讨流于形式而无实质意义。因此，作者认为雇佣犯罪的手段，即雇主用于引诱被雇佣人的利益或曰报酬，应当限于金钱或其他财产性利益为宜。

雇主以金钱或其他财产性利益为饵，要求被雇佣者为其实施雇主所期望的犯罪，那么雇主可不可以直接参与所雇佣犯罪的实施，在其中起帮助乃至组织、策划作用呢？笔者认为，雇佣犯罪基本是由雇主发起的，被雇佣者事先与被雇佣实施的犯罪没有任何的利害关系，之所以实施犯罪，仅仅是基于雇主的金钱或其他财产性利益引诱。在为自己的利益实施雇佣犯罪时，雇主在犯罪活动过程中参与预备行为乃至部分的实行行为都是可能而且经常发生的情况。比如在雇佣杀人中指定被害人，提供犯罪工具，为被雇佣者提供帮助，甚至自己直接操刀，仅雇佣他人帮助自己实施犯罪的雇主也是存在的，忽视了这些情况，则会不适当的限制雇佣犯罪的成立范围。对此，学界比较多的看法是将雇佣犯罪区分为纯粹的雇佣与不纯粹的雇佣，纯粹的雇佣犯罪就是雇主仅是犯意的发动者，本人并不直接参与犯罪的实施，这种雇佣犯罪中雇主深居幕后，隐蔽性极大，使得案件的查处往往困难重重，因此应当是一类较为典型的雇佣。不纯粹的雇佣犯罪是指雇主除了雇佣他人实施犯罪行为外，还亲自参与实施犯罪。根据分工不同，雇主有时是组织、领导犯罪实施的组织犯，有时是为被雇佣者提供犯罪工具、制造犯罪条件的帮助犯，有时还是直接参与实行犯罪直接构成要件行为的实行犯，无论哪种情况，均不失为雇佣犯罪。笔者认为，将雇佣犯罪分为纯粹雇佣与不纯粹的雇佣进行讨论是比较妥当的，既宽严适度的界定了雇佣犯罪的范围，又体现了雇佣犯罪内部的差异性，并有益于进而探讨雇佣犯罪中各犯罪人的性质与刑事责任的承担。

此外，不应当忽视的是，在实践中多存在一种二次雇佣乃至多次雇佣的情况，即雇主通过转雇佣者另行雇佣他人实施犯罪活动，这也是在界定雇佣犯罪的定义和概念时应当考虑的因素。

因此，本文所探讨的雇佣犯罪，是指雇主以提供金钱或其他财产性利益为条件，直接或者通过转雇佣者引诱并指使被雇佣者为实现雇主自身的某种利益实施或与被雇佣者共同实施雇主所期待发生的犯罪的行为。

## 二、雇佣犯罪与共同犯罪

雇佣犯罪与共同犯罪的关系，是确定雇佣犯罪性质的第一步。雇佣犯罪是不是共同犯罪，关键看雇佣犯罪是否符合共同犯罪的形式和实质要件，从主观方面与客观方面考察是必要的。共同犯罪是二人以上的共同故意犯罪，雇佣犯罪中，雇主以金钱或财产性利益引起本无该犯罪意图的被雇佣者之犯意，主观上无疑具有共同的犯罪故意，客观上亦存在共同的犯罪行为。该共同的犯罪行为，就纯粹的雇佣犯罪而言，是实施了诱使被雇佣者实施特定犯罪的行为；就不纯粹的雇佣犯罪而言，雇主除实施了诱致行为外，还亲自参与了所雇佣犯罪的实行行为或组织帮助行为，可谓完全符合共同犯罪的成立要件。学界对雇佣犯罪系共同犯罪存在疑义的主要是在雇主雇请没有刑事责任能力的人实施犯罪，或者被雇佣者事先对雇佣犯罪毫不知情的情况下，认为此种情况由于缺乏共同犯罪的主体要件，雇主与被雇佣者不能构成共同犯罪，故认为雇佣犯罪与共同犯罪存在差异。我们认为，上述情况属于典型的间接正犯，即本身不直接插手，利用合法的行为人、无责任能力人或不具备故意的人实行自己的犯罪。现行刑法在原则上是以适应行为人的理性的具有能以自由决定意思能力的人或处于这种状态的人为前提的，雇佣犯罪也不例外，作为被雇佣者应当对被雇佣实施的犯罪具有相当的理解力与责任承担力，也就是说，被雇佣者的行为须能构成犯罪，间接正犯の場合，雇主的行为应当单独定性，不属于本文所探讨的雇佣犯罪范围。本文所探讨的雇佣犯罪，是雇主雇佣有刑事责任能力的被雇佣者实施犯罪行为，而被雇佣者自身出于对金钱或其他财产性利益的追求，与雇主形成犯罪的合意，进而实施的犯罪行为，应当属于共同犯罪。

## 三、雇佣犯罪与教唆犯罪

雇佣犯罪在共同犯罪中扮演着什么角色，是给雇佣犯罪定性时的一大难题。很多学者在这个问题上兜了圈子，有的将其完全等同于雇佣犯罪中的教唆犯，主张按照教唆犯的规定定罪处罚；有的则认为雇佣犯罪与教唆罪存在差异，但又无法明确说明差别之所在。综观古今中外刑法有关雇佣犯罪的规定，从唐朝的教令犯、造意犯到现代很多国家刑法在教唆的行为方式中对类似雇佣的内容予以罗列进去，都可以看出雇佣犯罪与教唆犯罪在很多方面存在联系，如现行《泰国刑法



典》第 84 条规定：“利用聘用、强迫、恐吓、雇用、利诱、煽动、或者其他方法使他人犯罪的，称为教唆犯。”另有一些国家的刑法中虽未明确提及雇佣犯罪，但有类似雇佣的文字表述，如 1994 年《法国刑法典》第 121-1 条规定“以赠礼、许诺、威胁、命令、滥用权势或职权，挑动和教唆犯罪者为共犯。”1871 年《德国刑法典》第 48 条规定：“凡以赠与或期约、恐吓、滥用职权或权恐吓、滥用职权或权力、故意造成或促进错误，或以其他方式故意引诱他人实行规定应予以处罚的行为者，应以教唆犯论处。”1996 年《俄罗斯联邦刑法典》也规定：“……劝说、收买、威胁、或以其他方式怂恿他人实施犯罪的人是教唆犯。”上述规定中的“馈赠、约许、赠与”或“期约、赠礼、收买”等表述就有类似雇佣的含义。

但笔者认为，雇佣犯罪并不能完全等同于教唆犯罪，实践当中一律按照教唆犯的规定对雇主的行为定罪处罚，很多时候并不能完全反映该类犯罪的性质而容易失之偏颇。雇佣犯罪与教唆犯罪的区别主要有以下几点：

（一）雇佣犯罪具有鲜明的对价性特征，雇主支付财产性利益予被雇佣者，要求被雇佣者为其实施符合雇主自身利益的犯罪，可以说，雇佣犯罪某种程度上就是雇主与被雇佣者的一种交易行为。而教唆犯中教唆的方式多种多样，有劝说、请求、授意、鼓励、怂恿、刺激、挑拨、恐吓等，多不具有鲜明的对价性特点，与教唆犯罪相比，雇主为实现其所期望发生的犯罪行为，必须付出一定的代价，而这种代价往往通过金钱或其他财产性利益表现出来，这是雇佣犯罪本身必须具有的形式特征。

（二）某些情况下，教唆犯也可能支付金钱或其他财产性利益予被教唆者，以金钱或其他财产性利益作为犯意引诱的手段。例如在组织型教唆犯中，教唆者唆使一帮被教唆者为其实施特定犯罪行为，如实施盗窃、抢夺等，在取得赃物后从中分出一部分给被教唆者，此种情况即对前面所述的教唆犯罪与雇佣犯罪之区别方式提出了有力的质疑。的确，此种以金钱或其他财产性利益作为犯意引诱手段的教唆犯罪与雇佣犯罪形式极易产生混淆，不过仔细分析，二者差别还是相当明显的。

在这种教唆犯罪中，教唆者与被教唆者之间事实上存在一种共同的利益关系，即从犯罪中获得的利益是共同的，至于这种利益如何分配，则在所不问。也

就是说,此种教唆犯罪教唆者作为犯意引诱手段的金钱或其他财产性利益是从犯罪所得结果中分成给被教唆者,被教唆者从所实施的犯罪中直接受益。与教唆犯罪不同,被雇佣者实施犯罪,并因犯罪行为满足雇主的要求而从雇主那里获取约定的金钱或其他财产性利益,他本身对于所实施的犯罪没有任何的动机,也不能直接从犯罪行为本身得到任何利益。例如,某甲雇佣某乙盗窃某丙收藏的珍贵古董花瓶一只,答应事成后付款6万元,某乙因实施该雇佣之罪所得的报酬是雇主事先约定并与事先、事中或事后提供的,而不是因出手该古董花瓶所得到的价款。换言之,在雇佣犯罪中,被雇佣者的犯罪收益是既定的,可以预期的,是其提供犯罪技能的报酬,而因犯罪行为带来的直接或间接、有形或无形的收益则完全由雇主享有。

(三)教唆犯罪中,教唆犯对所教唆之罪既可能出自希望的意志因素,即对所教唆犯罪的主观方面是直接故意,又可以是间接故意,这已成为学界的通说,如教唆犯知道自己的行为可能引起他人实施犯罪的意图,而对此采取放任的态度。<sup>21</sup>在教唆犯明知自己的教唆行为可能引起他人实施所教唆之罪的意图,并对此采取放任态度,他人因而实施了该种犯罪时,教唆犯当可成立。但在雇佣犯罪中,雇主是要支付对价给被雇佣者进而要其实施所雇佣之罪,雇主对雇佣之罪理应不可能持放任态度,也即是说,雇主对其期待发生的犯罪结果总是持一种希望的意志因素,当然在概然性授意中,由于雇主授意方式采用了比较概括的词语,如“报复”、“教训”等,在发生了较为严重的结果时,雇主的心理态度有时也不失为放任,但总的来说,由于雇佣犯罪的对价性特征及雇主对犯罪结果的追求心理,对其认定间接故意的把握标准应相对较为严格。

此外,在教唆犯罪中存在所谓教唆教唆犯,即教唆他人,再由他人教唆第三者实行犯罪。教唆教唆犯又包括两种情况,相继教唆和间接教唆,前者指教唆他人去教唆第三者实行犯罪,后者指教唆他人犯罪,而他人不自行犯罪,转而教唆第三者实行犯罪。此外,在刑法理论上还有“再间接教唆”,即教唆间接教唆者的情况。通说认为,对教唆教唆犯按教唆犯论处,而对再间接教唆者及其以上的间接教唆者是不罚的,否则无限制的追究正犯背后的关系,会有害于法的确实性,因而是不妥当的。但在雇佣犯罪中,此种理论不能当然适用,在雇佣犯罪中经常

---

<sup>21</sup> 高铭暄主编:《刑法学》,法律出版社,1984年版,第202页。

出现二次乃至多次雇佣的情况，中间无论经过多少转雇佣者，作为始作俑者的雇主始终是犯意的首先发动者和犯罪结果的直接追求者，也即是说，即使在多次转雇佣犯罪中，刑罚也必然而且应当会无限制的追及背后的雇主。

## 第二章雇佣犯罪中的一般责任承担

### 第一节 雇佣犯罪责任承担的一般原则

#### 一、主客观相统一原则

主客观相统一的原则,是我国刑法的基本原则,必然贯穿与我国刑事立法和司法的全过程。正如有的学者所言,“我国刑法坚持主客观相一致的原则,每一章、每一节和每一条都作了充分反映。”研究雇佣犯罪的责任承担这一问题,当然也必须坚持这一原则,如果脱离这一原则,单纯从主观方面或客观方面探寻其处罚根据,势必会有主观归罪或客观归罪之嫌,难以对这一问题作出令人信服的解释。

刑法中的主客观相统一原则是指犯罪是主观方面和客观方面的完全统一。按照主客观相统一的原则,首先应当指出,雇佣犯罪是一种表现于外部的并能够为人们所认识的客观事实,它已经现实侵害了或者威胁到刑法所保护的社会客体,具有社会危害性,并且雇佣行为的实施是这一犯罪社会危害性的客观体现形式。如果忽视这一点,将会把只有雇佣犯罪意图,但行为人并没有实施雇佣行为的行为人作为犯罪处理,从而不适当的扩大处罚范围;其次,雇佣犯罪是在犯罪意志支配下实施的行为主观上只能是故意,雇主应该认识到其雇佣行为将会直接诱使被雇佣者实施犯罪行为并造成或可能造成危害社会的后果,并且希望或者放任这种结果发生。忽视了其中任一方面,就易导致主观归罪与客观归罪之嫌。

主客观统一原则体现在雇佣犯罪的定罪过程中,表现为“四要件”的统一,即主观方面要件、主体要件与客观方面要件、客体要件的有机统一,是确定行为是否构成犯罪、构成何种犯罪的唯一标准,不能把雇主没有犯罪故意而被雇佣者自行决定实施的犯罪行为归责于雇主,如被雇佣者实行过限的情况;也不能放纵雇主事实上存在故意的犯罪,如雇主实施雇佣行为的当时授意较不明确但存在概括故意的雇佣行为。在刑罚的量定上,必须在充分考虑与尊重主客观要件的前提下,

把所有“非要件”的主客观因素都纳入这一原则之下通盘考量，以准确确定行为人应当科处的刑罚的质与量。无论是定罪还是量刑，鉴于雇佣犯罪的隐蔽性和复杂性，都应当在充分调查收集证据的基础上对雇主与被雇佣者的行为进行综合的分析判断，既不能轻纵雇佣犯罪，也不能强行入人以罪，只能在主客观相统一的基础上对雇佣犯罪中各责任人的刑事责任进行认定。

## 二、个人责任原则

所谓没有责任就没有刑罚，个人责任是在现代刑法责任主义原则框架下对抗团体责任而提出的，意在防止刑罚权的滥用，为现代各国刑法普遍采纳。刑法中的个人责任是指只能就行为人实施的个人的行为对行为人进行刑罚非难。具体说来，就是只有在当某种行为符合了刑法条文规定的构成要件，对社会造成了现实或潜在的危害，并且在主观上也具有非难的可能性时，方能对行为人科以刑罚。且刑罚的量原则上也应与责任的程度相当。简言之，没有责任就不成立犯罪，没有一定程度的责任也就不应有相应程度的刑罚。在雇佣犯罪中坚持这一原则，除应将其作为对被雇佣者决定刑罚的依据，更主要还是为了明确对雇佣犯罪中雇主以及转雇佣者处罚之依据以及处罚范围的界定。如果说在不纯粹的雇佣犯罪中雇主由于有本身的实行行为或帮助行为产生了社会危害性和刑罚当罚性尚比较明确的话，那么在纯粹的雇佣犯罪也就是雇主仅提供利益要求被雇佣者全权实施犯罪包括谋划、踩点、实施等行为，此种情况下雇主深居幕后，表面看来并未实施任何实质性的犯罪行为，如何依照责任主义对其处罚呢？我们认为，此时雇主虽然并未直接参与犯罪实施，但其以金钱或其他财产性利益引诱本来没有犯罪意图的被教唆者产生了犯罪意图，进而危害社会，雇主本身应当知道这种行为的危害性，其危害性不是在于对被教唆者人格的危害，那些将雇主比照教唆犯，认为雇主的犯罪性是由正犯（直接实施行为的被雇佣者）借用的，雇主的不法是从正犯导出的，雇主行为本身并非不法等观点，明显违背了个人责任原则。主要还是在于雇佣行为也就是金钱或其他财产性利益引诱本身事实上足以产生危害社会的后果。主观上雇主出于为实现一己之私而严重危害社会的故意，客观上实施了足以危害社会的雇佣行为，无论雇主本身是否参与其所雇佣犯罪的直接实施，都已经产生了刑法上的责任，也即具有了非难可能性。当然，在个人责任原则下，不

能忽视的是对雇主的责任不应做无限宽泛的理解,没有责任就没有刑罚的本意之一在刑法款抑精神对被告人的保护,也即在被雇佣者实施的行为不能包含在雇主本身的容忍限度内时,不应将该行为纳入雇佣犯罪的范围。例如在被雇佣者实行过限的场合,以及被雇佣者实施的行为超出了雇主的故意范围,雇主本来根本未曾想到其雇佣行为可能造成的严重后果,并且按照一般情况雇主也不可能想到的后果,对雇主就不应予以刑罚非难。因此,坚持个人责任原则,是在社会严厉打击雇佣犯罪的氛围下,对雇主的合法权益进行保障必须贯彻的一个基本原则。

### 三、区别对待原则

所谓区别对待原则就是在研究雇佣犯罪的刑事责任的时候要更多的从实际情况出发,区别情形予以对待,不能人为的为其设定框架,并拘泥于该框架模式对雇佣犯罪各责任人的刑事责任妄加判断。

虽然刑法理论的研究不能脱离法律的实际规定,但这也决不能说明刑法理论研究必须囿于现实的法律规定而进行。研究雇佣犯罪的定罪与处罚问题,如果从法律条文上着手,就会陷入无据可依的尴尬境地。雇佣犯罪作为实践中一种表现多样的犯罪形式,如前所述在我国刑法中并无只字提到,实践中如何认定处理,就成为一个难题。现在比较多的是将雇佣犯罪中的雇主比照教唆犯来定罪量刑,但是无可否认雇用犯罪与教唆犯罪并不完全一致,在很多方面存在本质差别,这样就不可避免的导致对雇佣犯罪责任人员的定罪量刑与其本应当承担的责任不尽一致,从而也引起众多的争论。比如在雇主雇佣他人轻伤而被雇佣者致被害人重伤乃至死亡的情况下,雇主应否对被害人重伤或死亡的结果承担责任,在造成死亡结果的情况下,如不需承担责任,对雇主应适用一般故意伤害的法定刑还是故意伤害致人重伤的法定刑。又如在实践中一般认为存在一种所谓雇主的授意不明确、不具体的情况,如雇主授意被雇佣者“教训”、“收拾”被害人,而发生了较为严重的结果,雇主是否一概应对所有结果承担责任,不排除当中存在偶然因素介入等情况。凡此种种,都应从实际出发,用事实说话,区别情况予以对待,而不应不分情由遇有类似情况就一概盖棺定论。否则造成的结果要么轻纵罪犯,要么不适当的入人以罪,不仅不符合罪刑法定主义的精神,也亵渎了刑法惩罚犯罪的初衷与刑罚实施的效果。因此,我们在研究雇佣犯罪的刑事责任的时候,不

是为了为司法实践出发雇佣犯罪设定条条框框,而是启发人们对雇佣犯罪的本质及刑罚依据进行深层次的思考与探索,在刑法没有明文规定的情况下,区别对待每一类犯罪显得尤为重要。

## 第二节 雇佣犯罪中各犯罪人的责任承担

本节将要探讨的是一般情况下的雇佣犯罪中,各犯罪人包括雇主、转雇佣者与被雇佣者承担刑事责任的依据及具体的责任承担方式。这些都取决于他们在共同犯罪中的地位及所起的作用。

### 一、雇主的地位与作用

雇主在雇佣犯罪中的地位与作用直接影响对雇佣犯罪中作为犯意发起者的雇主刑事责任的认定。对于雇主来说,其在纯正雇佣犯罪和不纯正雇佣犯罪的地位和作用是不同的。在纯正雇佣犯罪中,雇主的雇佣行为,实际上是一种通过利诱、收买等方式,故意促使或要求他人犯罪,从而实现自己的犯罪意图并从中获得利益的行为。因此,有人认为对雇主可按共同犯罪中的教唆犯论处。有的学者进而根据我国刑法有关教唆犯的规定,认为对于雇主应该按照他在共同犯罪中所起的作用处罚,并指出:在一般情况下,雇主由于是犯意的制造者,即“造意犯”,若没有雇主的利诱、收买行为,受雇人就不会实施犯罪,雇主对犯罪的发生起了决定的作用,因而应以主犯来认定,但是也不能排除雇主作为共同犯罪中的从犯的可能性。<sup>22</sup>应当看到雇佣犯罪与教唆犯罪在某些方面确实存在共通性,例如在引起他人产生犯罪意图这一点上。但不可忽视的是雇佣犯罪与教唆犯罪也存在区别,如同前文所述,在雇佣犯罪中,由于雇主直接提供金钱或其他财产性利益要求本来没有犯罪意图的被雇佣者实施其所指定的犯罪行为,表明其对被雇佣者实施该犯罪具有强烈的追求,并且能从犯罪所产生的结果中获得某种直接利益的也只有雇主,而被雇佣者为了获得该金钱或其他财产性利益,必然积极实施犯罪活动。这一特征表明,同教唆者相比,雇佣犯罪中的雇主具有更大的主观恶性,以金钱或其他财产性利益为诱饵,不但制造犯罪意图,而且积极追求犯罪结果发生,也因此雇主在共同犯罪中往往居于重要地位,在处罚上也应当体现出这种差别。

<sup>22</sup> 张勇、赵永柯:《雇佣犯罪新探》,载《河南公安高等专科学校学报》2003年第1期。

同样的，也由于雇佣犯罪既得利益与雇主的切身联系，从另一方面也对雇主的刑事责任予以了限定，雇佣犯罪本身具有鲜明的交易性特征决定了雇主积极追求的犯罪必然是其会获得利益的犯罪，对既不能从中获益又要支付金钱给被雇佣者的赔钱交易，雇主一般是不会去做的。因此在确定雇主在共同犯罪中的刑事责任范围时，对那些明显超出雇主意志范围的犯罪行为或犯罪结果，雇主没有必要为其去承受刑罚非难。

在纯粹的雇佣犯罪中，雇主作为犯罪意思的发起者，没有他的金钱或其他财产性利益诱致，就不会使其他共同犯罪人（被雇佣者与转雇佣者）产生犯罪意思，因此，雇主在共同犯罪中一般说来起着主要作用，对其应当承担刑事责任的犯罪往往负主要责任，居于主犯的地位。而对那些超出其责任范围的犯罪或犯罪导致的非必然的结果，不应纳入雇佣犯罪的视野去讨论雇主应否承担及承担何种限度的责任。当然，按照我国刑法理论界的通说，雇主的主观方面既可以是直接故意，但个别情况下也不排除概然性授意下的间接故意，但在对待间接故意的问题上，对于雇主“放任”的把握也应当比教唆犯罪更为严格，按照刑法经济学家的成本收益理论，雇主从犯罪所获得的收益，如情感得到满足或发泄、升迁之路得以扫清、贪污腐败被举报风险的降低或消失等必须大于他为犯罪所支付的成本，包括直接成本如为准备、完成犯罪所付出的代价如时间、财产等以及机会成本和惩罚成本，如某甲由于生意上与竞争对手产生摩擦，新生怨怼，雇佣他人“教训”被害人结果致被害人死亡，雇主应否承担故意杀人的责任，就要综合考察其与被害人生意上摩擦的严重程度，对犯罪后果的明知程度，是不是必须杀死被害人方能泄愤，以及她所明知的如果杀死被害人可能受到惩罚的程度结合起来分析，而不应一概认定为概括故意，让其承担故意杀人罪的刑事责任。

如上所述在纯粹的雇佣犯罪中雇主一般居于主犯的地位，当然也存在例外，如单纯的雇佣帮助犯，即雇主仅雇佣他人帮助别人实行犯罪，此种情况对雇主就不能一概的以主犯认定而应认定为从犯；也不排除雇主在他人的胁迫下被迫雇佣他人实施犯罪的情况，此时雇主又成立胁从犯。这也是上述阐述区别对待原则的体现。在不纯粹的雇佣犯罪当中，雇主的地位就更为复杂，雇主可能直接实施犯罪，仅出于某种考虑雇佣他人提供帮助，以及有学者提到的雇主组织、策划犯罪的实施，我们认为无论是直接实施还是组织、策划犯罪，由于我国目前没有组织

犯的概念，都应当认为雇主是直接实施了犯罪的实行行为，也就是说雇主既雇佣又实施了所雇佣的犯罪，毫无疑问应居于主犯的地位。在既雇佣又帮助被雇佣者实施犯罪的场合，帮助行为固然不能认定为在雇佣犯罪中起主要作用，但其为雇佣行为所吸收，仍应认定为主犯。

## 二、转雇佣者的地位与作用

我们在阐述雇佣犯罪与一般共同犯罪的区别时，不可忽视的一个重要方面就是雇佣犯罪本质上是一种以犯罪为目的的交易行为，而交易过程往往迂回曲折，又往往有中介者混于其中，雇佣双方之间间隔有多层复杂关系，挖出一层还有一层。这其中就出现了一个特殊的角色——转雇佣者，即在接受雇佣后并不直接实施犯罪，而是转手他人，再雇佣第三者实施犯罪，有时甚至存在多个转雇佣者，一层一层转雇下去，不仅极大的增加了对雇佣案件查处的难度，也极易使雇主逍遥法外，逃脱法律的制裁。实践当中事实上存在两类转雇佣者，一类是以此为业，即专门为雇主与职业被雇佣者如职业杀手、职业盗窃团伙之间牵线搭桥的“中间人”，我们姑且称之为职业转雇佣者；另一类是并非以为以此为业，只是在接受雇主的要求后由于某种原因不便或不愿亲自实施犯罪，另行寻找被雇佣者来实施犯罪，我们可以称之为一般的转雇佣者。相对雇主来说，转雇佣者处于被雇佣者的地位，而相对于直接实施犯罪行为的被雇佣者来说，转雇佣者又相当于他的雇主。如何正确认定转雇佣者在共同犯罪中所处的地位也是正确处理雇佣犯罪不得不面对的一个问题。在教唆犯的研究中，学者也提出过所谓间接教唆的情况，一般认为在相继教唆也就是二次教唆的场合，对于承前启后的中间教唆者以教唆犯定罪处罚，但在连续教唆就是存在多层教唆的情况下，最初教唆者的教唆行为被弱化，也就是不能无限制的追溯下去处罚最原始的教唆者，因为这样会使刑罚无限扩大化。在我们所研究的雇佣犯罪中，对转雇佣者也比照上述教唆犯的情况按照雇主的地位认定，显然是不正确的。雇主是提供金钱或其他财产性利益要求他人为雇主自身的利益实施犯罪的人，按此定义，转雇佣者一方面并非自己提供利益，另一方面也不是希望从犯罪所得的直接收益中分成，其所获得的利益本质上与直接实施犯罪的被雇佣者出处相同，就是雇主提供的金钱或其他财产性利益。因此，对于职业的转雇佣者来说，他们并不直接参与任何与直接实施犯罪有关的



活动，在共同犯罪中所起的作用较小，一般不宜认定为主要的作用，可以作为从犯认定，情节显著轻微的，也可以不予处罚。对于一般的转雇佣者来说，则要看他们在整个犯罪活动实施过程中所参与的程度，如在假手他人后就不再过问，可以从犯认定，如还参与了策划、组织乃至与被雇佣者一起直接实施犯罪行为，则应认定为主犯。

### 三、被雇佣者的地位与作用

这里的被雇佣者是指雇佣犯罪中接受他人雇佣直接实施犯罪行为的人。对于他们在共同犯罪中的作用与地位认定应当结合案件事实，区别不同情况予以认定。例如在纯正雇佣犯罪中，对于被雇佣者来说，被雇佣者本来并没有犯意，而是在雇主提供的金钱或其他财产性利益的引诱下产生犯意，进而按照雇主的授意实施犯罪，具体实施某种犯罪行为，在性质上属于实行犯。由于我国是按照共同犯罪人在共犯中所处的地位，适当考虑分工对共同犯罪人的种类进行的划分，因而不存在实行犯的概念，对实行犯一般是按照主犯定罪处罚的，因此对纯粹雇佣犯罪中的被雇佣者，其实行犯的地位决定了其在共同犯罪中主犯的地位。而在不纯粹的雇佣犯罪中，雇主有可能仅仅要求被雇佣者为其实施实行行为的帮助行为，从而使被雇佣者成为帮助犯。因此，从被雇佣者在共同犯罪中所处的地位考量，被雇佣者在雇佣犯罪中，既可能是实行犯也可能是帮助犯，其在雇佣犯罪中的地位和作用是不固定的，应根据被雇佣者在共同犯罪中的地位和作用，分别认定为主犯或从犯。

## 第三节 雇佣犯罪中的犯罪形态与责任承担

### 一、雇佣犯罪中各共同犯罪人的着手与完成问题

之所以在讨论雇佣犯罪的犯罪形态之前要先明确各犯罪人的着手与完成犯罪的问题，是因为这两个问题是认定犯罪形态所必须依赖的关键点，前者决定着犯罪预备与未遂的界限，后者则关系到犯罪的完成与未完成形态的区分。

有关雇佣犯罪的着手存在以下三种意见分歧，一种认为应当以雇主开始寻找被雇佣者作为雇佣犯罪着手的标志，另一种观点认为应当以雇主找到被雇佣者并向被雇佣者表授其犯罪意图作为雇佣犯罪着手的标志，还有一种观点认为应以

被雇佣者着手实施被雇佣的犯罪时做为雇主的着手，如有的学者在其论文中提到“若受雇犯接受雇佣犯的犯罪故意后，却由于意志以外的原因在实行行为尚未着手时停止下来，受雇犯之行为构成预备犯罪，这种情况下对雇佣犯也应认定为预备犯。”<sup>23</sup>认为为了成立共犯，至少需要正犯已着手于犯罪实行；正犯者没有实施犯罪行为，共犯的犯罪性和可罚性也就不能成立。<sup>24</sup>持该种观点必然得出的结论是，在雇主未亲自参与实行犯罪时，被雇佣者的预备、未遂等犯罪形态决定着雇主的犯罪形态。

上述第一种观点由于其过于偏执和狭隘已渐渐淡出学者们的视野，第二种与第三种观点的区别在于是否将雇主的着手与犯罪形态认定依附于被雇佣者的着手以及犯罪形态，深究之，就是雇主的可罚性某种程度上借用了被雇佣者的可罚性。按照主客观相统一原则的要求，雇主在客观上实施了雇佣行为乃至实行行为或帮助行为，共同引起实行行为的犯罪事实或犯罪结果，同时主观上希望或放任自己的雇佣行为促使实行犯的犯罪事实或犯罪结果发生，也因此使其雇佣行为本身具有可罚性。就纯粹的雇佣犯罪而言，雇主并不亲自实施犯罪行为，雇主的社会危害性主要通过雇佣行为表现出来。对雇主来说，他把犯罪意图表授给被雇佣者之后，他的雇佣行为就已完成，之后的犯罪行为由被雇佣者实施。因而以实施了以金钱或其他财产性利益引诱被雇佣者的行为（其中当然也表授了犯罪意图）作为雇佣犯罪的着手，作者认为是妥当的，而被雇佣者是否接受雇主的犯罪要求，并不影响着手的成立。

雇佣犯罪何时完成的问题，在被雇佣者而言当无疑义，应以犯罪实行行为符合刑法分则规定的该罪构成要件为基准；而在雇主一方，有观点认为雇主的雇佣行为独立于被雇佣者的实行行为，无论雇主所授意的特定犯罪的既遂是结果犯、行为犯，还是危险犯，对雇主的雇佣行为可一律界定为行为犯，也就是说，只要雇主的雇佣行为实施完毕，雇主就构成其授意特定犯罪的既遂，而不再以是否发生雇主所要求的犯罪结果确定既遂与否。主张雇主应对其授意的犯罪独立的承担既遂的刑事责任。<sup>25</sup>依该种主张，则无论被雇佣者有无完成雇佣之罪，对雇主都以既遂认定，既不符合刑事责任的基本原理，又有过于苛责雇主之嫌，因而是不可

<sup>23</sup> 王沛恒：《略论雇佣犯罪》，载《河北法学》1999年第1期，第69页

<sup>24</sup> 马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社1995年版，第335页

<sup>25</sup> 龚明辉、沈汝青：《雇佣犯罪中雇主的刑事责任问题》，载《法制日报》，1996.01.25。

可取的。雇主的着手虽然不受直接实行犯的被雇佣者的制约，但其既遂却应当以实行犯犯罪之完成为标准。

## 二、 雇佣犯罪中的单一犯罪形态

雇佣犯罪的单一犯罪形态是指雇主与被雇佣者在共同故意犯罪中的停止形态，即在故意犯罪过程中产生的几种停顿的犯罪行为状态，对雇主与被雇佣者均是一致的。其中包括犯罪的完成形态以及未完成形态。前者指故意犯罪完全实行完毕，在结果犯其所期待的结果已经发生；后者是故意犯罪在其发展过程中居于中途停止下来，犯罪未进行到终点，行为人没有完成犯罪的情形。也即是有学者所称之实行不及的情况。在我国刑法中，法律规定的犯罪未完成形态有三种：犯罪预备、犯罪未遂和犯罪中止。

既遂是指行为人所实施的行为已经具备了刑法分则明文规定的某种犯罪的全部构成要件，在雇佣犯罪，属于一种修正的构成要件，各共同犯罪人成立既遂也必须符合该修正要件。即在被雇佣者的行为符合刑法分则规定的某种犯罪全部要件时，雇主与被雇佣者均成立既遂。而雇主与被雇佣者同时成立犯罪预备的情况较为罕见，如同前文所述，雇主以其向他人表授犯罪意图作为雇佣行为之着手，那么雇主的预备就须使犯罪行为停止在表授犯罪意图之前，既然未及表授犯罪意图，何来被雇佣者的预备行为，事实上在司法实践中，雇主停留在预备阶段的雇佣犯罪是很少发生的，即使发生也很难得到及时的查处。此外，还存在一种特殊情况，即被雇佣者佯装承诺雇主的要求，只是为了骗取佣金，而没有实施特定犯罪的意图的情况。此时，雇主与被雇佣者由于不存在共同犯罪的故意，所以不构成共同犯罪。此时雇主只是单独犯的预备犯。

雇佣犯罪的未遂存在于被雇佣者接受雇佣并且已经着手实行犯罪，但由于意志以外的原因致使犯罪未得逞。在这种情况下，被雇佣者是犯罪未遂，雇主也是犯罪未遂。

雇佣犯罪的中止理论上而言在雇主的预备阶段，只要放弃雇佣他人犯罪的意图即可；而在实施了雇佣行为即向他人表授犯罪意图且被雇佣者接受了雇佣后，则需要采取相应的补救措施并有效的防止危害结果的发生。具体来说，包括被雇佣者实施犯罪预备时，雇主与被雇佣者均决定放弃继续实施犯罪预备；被雇佣者

已经着手实施犯罪行为，在犯罪行为实施完毕之前，雇主与被雇佣者均放弃继续实行犯罪；被雇佣者犯罪行为实施完毕而犯罪结果尚未发生时，雇主与被雇佣者均采取积极行动，有效的防止犯罪结果发生。中止的原因，可能是基于雇主的制止而使被雇佣者放弃犯罪，也可能是被雇佣者自行决定并说服雇主放弃犯罪。

### 三、雇佣犯罪中各犯罪形态并存问题

实践中，单一形态的雇佣犯罪毕竟少见，更多的是各种犯罪形态并存的问题，主要有以下几种情况：

#### （一）雇佣犯罪中既遂与未遂并存

被雇佣者在当时接受雇佣，但转而实施并完成了其他犯罪，或者雇主授意的是较为严重的犯罪，如雇佣他人去实施杀人行为，但被雇佣者仅意图实施伤害行为，在被雇佣者所实施的犯罪达到既遂的情况下，由于并未达到雇主所本来雇佣的犯罪目标，雇主也仅对其所雇佣的犯罪承担犯罪未遂的刑事责任。

#### （二）雇佣犯罪中中止与未遂并存

被雇佣者虽然接受了犯罪任务，但在犯罪过程中自动放弃了犯罪或自动有效的防止了犯罪结果的发生。在这种情况下，被雇佣者是犯罪中止，而对于雇主而言，被雇佣者放弃犯罪应当属于他意志以外的因素，在其本身并未放弃犯罪或者为防止犯罪结果发生作出努力，故雇主应构成犯罪未遂。

#### （三）雇佣犯罪中未遂与预备并存

被雇佣者接受雇佣后，开始为实施犯罪准备工具、制造条件如蹲点守候，携带凶器赶往现场等而被查获，对被雇佣者来说，由于意志以外的原因而使犯罪停止在准备阶段，应当构成犯罪预备，而结合前面所述的雇主着手的标志，只要雇主向被雇佣者表授完犯罪意图，即视为雇佣犯罪已经着手，被雇佣者在准备阶段被查获对雇主来说属于他意志以外的因素，因此雇主应以犯罪未遂认定。

## 第三章 雇佣犯罪中的特殊责任承担

上文论述的是雇佣犯罪责任承担的一般原理，但是在司法实践中，雇佣犯罪往往表现出多种复杂形态，比如在实行过限的情况下，被雇佣者的实行行为发生了加重结果的情况下，以及被雇佣者发生犯罪转化的情况下，雇主与被雇佣者的刑事责任认定问题，下面就逐一论述。

### 第一节 雇佣犯罪与实行过限

所谓实行过限，又称共犯过限或共同犯罪的过剩行为，雇佣犯罪中的实行过限是指共同犯罪中实行犯实施了超出共同犯罪故意的行为。<sup>26</sup>在雇佣犯罪中的实行过限，首先是一种已经发生的客观存在的犯罪行为，尚未发生的行为则无所谓过限。其次，这种行为发生在雇佣之罪实施过程中。再次，该行为是由被雇佣者实施的，其主观上表现为故意或过失。最后，这种行为超出了雇主对被雇佣者授意之范围。可见，实行过限是伴随雇主与被雇佣者的共同犯罪而发生的，同时又与共同犯罪有着本质差异，这种差异直接体现为刑事责任承担者的范围的特殊性上。由于实行过限是由作为实行犯的被雇佣者在实施共同犯罪过程中实施的超出雇主授意范围的行为，雇主或者未直接实施犯罪的转雇佣者对这种行为在主观上没有罪过，因此，过限行为的刑事责任应由过限行为人即直接实施犯罪的被雇佣者本人承担。特别是在纯粹的雇佣犯罪中，被雇佣者的行为超出了雇主授意的范围，雇主在主观上对过限行为没有故意或过失，因而也不应承担刑事责任，但如何判断雇佣犯罪中的实行过限，特别是在雇主授意不明确的情况下，却是理论和实践中的一个难点。

#### 一、司法实践认定中的混乱

在雇佣犯罪案件当中，有关实行过限的问题经常出现诸多争议和处理意见，对于不纯粹的雇佣犯罪案件中实行过限的判定与一般共同犯罪差别不大，应该说相对较为清楚，问题在于纯粹的雇佣犯罪案件，由于雇主和未直接实施犯罪的转雇佣者并不直接参与犯罪的实行行为及相关的帮助行为，因此判定也相对

<sup>26</sup> 陈兴良：《刑法适用总论》，法律出版社1999年版，第258页。

复杂。即使在相似案件的处理上，各地司法机关处理依据及结果也并不一致，导致司法实践认定的混乱。司法实践中纯粹雇佣犯罪中涉及实行过限的争议大致可归结为以下三类：

### （一）雇主授意内容使用了一些较为概括的词语

这些概括性的词语往往包括“报复”、“收拾”、“教训”等模糊字眼。如河南省兰考县农机管理中心原主任丰某等雇凶杀人一案。丰某等在授意他人实施报复连某时，并没有明确表明要被雇佣者杀死连，而是“收拾他”，被雇佣者得此授意后，就使用汽油纵火将连家四口烧死。对雇主的刑事责任范围司法实践中存在着放火罪、故意伤害罪和故意杀人罪三种观点，显然，持第一种观点的人认为被雇佣者的行为没有超出雇主的故意范围，因而不存在所谓实行过限的问题；持第二种和第三种观点的人在雇佣者的行为属实行过限这一点上没有疑问，但过限的程度上意见则并不统一。

（二）雇主授意的犯罪目的或结果要求较明确，但被雇佣者在实施犯罪时侵害了与被害人相关的其他利益。

如平顶山市原市委常委、市政法委书记李某雇凶伤害案。被告人李某（雇主）明确授意被雇佣者把被害人吕某胳膊腿弄断，被雇佣者却在致吕重伤的同时，把吕妻杀死了。在被雇佣者杀死吕妻的行为是否属于实行过限问题，存在分歧。有人认为，李某在起意弄断吕某胳膊腿之后，雇佣了两个被判过刑的人去报复伤害吕某，表明李对被雇佣者会采用不计后果的手段对付吕的情形是明知的。同时，当被雇佣者找不到吕某时，李某又提供了吕某的家庭住址。那么，此时的李某就应该预料到受雇人收拾吕可能会在吕家进行，难免会伤及吕的家人。但李某却没有采取任何防范措施，对吕妻可能会受到伤害，甚至会被致死的危害后果采取了放任态度。因此说，吕妻的死亡并没有超出李某的犯意，被雇佣者的该行为不属于实行过限，李应对此后果承担罪责。<sup>27</sup>另一种意见则认为雇主对吕妻死亡的结果没有预见，亦未希望或放任该结果发生，因而不应承担责任，被雇佣者的行为为实行过限，该案最后法院判决李某犯故意伤害罪，被雇佣者犯故意杀人罪。

<sup>27</sup> 刘凌梅：《雇佣犯罪若干问题刍议》，载《国家检察官学院学报》2003年第2期，第41页。

(三) 雇主授意明确, 但被雇佣者的行为造成了比雇主要求的更为严重的结果。

雇主本身授意希望造成的结果应当说是明确的, 但由于犯罪本身的性质以及对手段、方法及被雇佣者的个人情况等因素未作限制或考虑而被雇佣者的行为造成了比雇主要求较为严重的结果, 这种情况有学者称之为加重结果的过限而在实行过限中予以讨论。如甲雇佣乙将丙轻伤, 由于打击部位伤及要害, 加之丙身体健康不佳, 因而死亡, 雇主是否对被害人死亡这一加重结果负刑事责任。这种情况则类似于后文将要论述的雇佣犯罪中的结果加重犯, 以被雇佣者的行为是否构成实行过限的角度考量, 实践中也存在是与否两种意见。而在主张过限的意见当中, 对雇主应当负重伤害的刑事责任还是轻伤害的刑事责任, 也存在分歧。

## 二、 理论上的各自为政

对于纯粹雇佣犯罪的实行过限问题, 很多论者将其比照教唆犯罪中的实行过限分为重合性过限与非重合性过限加以研究。所谓重合性过限是指被教唆人实行的犯罪与教唆犯所教唆的犯罪之间具有某种重合性情况下所发生的过限; 而所谓非重合性过限是指被教唆人除了实行教唆犯所教唆的犯罪以外, 还实施了其他犯罪。<sup>28</sup> 前者如雇主授意被雇佣者实施抢夺, 而被雇佣者实施了抢劫行为, 那么被雇佣者构成抢劫罪, 但雇主本身并无抢劫之故意, 因而只承担抢夺罪的刑事责任; 后者如雇主授意被雇佣者实施盗窃, 而被雇佣者在盗窃的过程中又见色起意实施了强奸行为, 此种情况下, 雇主也不应承担强奸罪的刑事责任。而事实上在重合性与非重合性的问题上如何划出一个明确的界限, 学界则并无定论。而且对于重合性过限与非重合性过限的情况, 雇主承担刑事责任的范围并无区别, 即对过限部分均无须承担责任, 因此这一区分有无必要, 或者是否可以深入区分, 值得进一步探讨。

更多的学者将雇佣犯罪中的实行过限分为确定性的过限与概括性或曰概然性的过限加以分析。所谓确定性的过限是雇主的授意内容十分明确、具体, 而被雇佣者在实施犯罪的过程中, 超出了雇主的授意, 诸如雇主授意“杀死”被害人、

<sup>28</sup> 吴振兴:《论教唆犯》, 吉林人民出版社 1986 年版, 第 184 页。

“砍他一条腿”等；概括性的过限则是指雇主的授意内容不明确，而被雇佣者在实施犯罪的过程中，超出了雇主的本意，如雇主在授意时，经常使用“教训”、“摆平”、“整治”、“收拾”等含混不明的词语。并认为在确定性的过限情况下确定雇佣犯罪各责任人的刑事责任较为简单明了，而对于概括性的授意如“收拾”“教训”等，理论上，这些词语轻则轻伤，重则重伤或死亡，此时如何认定雇主的故意内容，较多的学者主张在概括性授意的情况下雇主的故意内容包含所有可能发生的结果，只要由于雇主金钱或其他财产性利益引诱加概括性的授意而使被雇佣者产生了犯意，无论实施了何种犯罪，只要没有明显超出授意范围的，都不应视为实行过限。也有论者认为对于这类雇佣犯罪要结合实际情况考量，因为对于内涵外延含混不清的言语，在不同的心态和语言环境中，由不同的文化素质家庭背景的人听来，会产生严重的分歧，轻则伤害，重则死亡。因此确定雇主的责任范围应当结合被雇佣者本身的情况，如文化程度、有无相关犯罪记录等一并评价。也有人提出选择性授意的情况，认为在雇主选择性授意的场合，只要被雇佣者所实施的犯罪是雇主授意的可供选择的犯罪范围内的一罪或数罪，都不存在实行过限的问题。只有在被雇佣者实施了可供选择的犯罪范围内的一罪或数罪的同时，又实施了其他犯罪，才发生实行过限。

### 三、 雇佣犯罪中实行过限责任承担之我见

在认定雇佣犯罪的实行过限的时候，必须注意考察雇主及转雇佣者对被雇佣者临时起意的犯罪行为是否知情。在一般情况下，如果根本不知情，就谈不上对该犯罪行为具有罪过。因此该犯罪行为属于实行过限，不知情的雇主及转雇佣者对此不负刑事责任。如果是知情的，即主观上对该犯罪行为是容忍的，尽管没有亲手实行，也应承担刑事责任，该犯罪行为就不是实行过限。

#### （一）质的过限与量的过限

重合性过限与非重合性过限的区分着重在犯罪的性质有无重合上，如抢劫跟抢夺均是侵犯财产的犯罪，都实施了暴力的手段，所不同的是比之抢夺抢劫更甚一筹，此种区分无法在刑法上为实行过限的情况明确一个划分的尺度，在定性及处罚上也无法体现出差别。但是应当承认，做这种区分的学者已经看到



了实行过限的内部差异性，作者认为实行过限事实上是存在质的过限与量的过限两种情况的。

所谓质的过限，即是被雇佣者实行行为在罪质上根本超出了雇主的故意，即雇主与被雇佣者触犯的是不同罪名的犯罪。包括实施了比雇主要求的更为严重的罪质不同的犯罪（该种犯罪可能在性质上与雇主授意之罪具有一部分重合关系，但就刑法上而言，触犯的是不同的罪名，当然也属于不同的罪质），以及除了实施雇主要求的犯罪外，另行实施了其他犯罪，如在雇主授意实施盗窃的情况下实施了抢劫，或又实施了强奸行为。可见，这里的质的过限的范围包括学者所述的非重合性过限及部分重合性过限。按照我国刑法有关共同犯罪的基本原理，雇主对被雇佣者的过限行为是不应当承担刑事责任的，因为雇主从根本上缺乏该过限犯罪的主观故意，也就是说，对雇主的罪名认定应严格按照其本身授意的罪质的罪名认定。按照共犯理论中占支配地位的部分犯罪共同说，认为二人以上虽然共同实施的是不同的犯罪，但是这些不同的犯罪之间具有重合的性质时，则在重合的限度内成立共犯。<sup>29</sup>也即是说，在质的过限情况下，如果过限之罪与原本授意之罪具有性质上的部分重合关系，雇主与被雇佣者成立重合范围内的共犯，而被雇佣者单独对过限行为承担责任。

所谓量的过限，是指被雇佣者实行行为的结果较之雇主授意严重，但未超出同一罪质范畴。如雇主授意被雇佣者盗窃普通物品，而被雇佣者却盗窃了珍贵物品，或在雇主授意轻伤的情况下被雇佣者重伤被害人。在同样的罪名（盗窃罪与故意伤害罪）下，分别有不同的量刑情节以及法定刑，对雇主应作何认定，直接影响到其所承担罪责的大小。量的过限与结果加重犯不同，前者是行为人的实行行为超出了共同故意的范围，后者是行为造成了更为严重的后果，对过限的行为，被雇佣者一般存在主观故意，而对加重结果则往往是过失。在量的过限情况下，雇主本身具有实施该罪的主观故意，而故意的程度是个相当主观的概念，对同一罪质的犯罪要确定其主观故意的程度也就是希望或放任犯罪实施的具体的量是比较困难的，因此除非有证据表明雇主对犯罪的量做了明确的授意或加以充分的限制，则雇主均应当对该过限的量承担责任。

---

<sup>29</sup> 马松建、王立志：《实行过限问题研究》，载《郑州大学学报》2003年第2期，第59页。

## （二）确定性的授意与概括性的授意

雇佣犯罪中雇主故意的意志因素是希望，这是大家所公认的，但是不是也包括放任的态度呢？即这里的故意是仅限于直接故意，还是也包括间接故意？认识就不一致了。有人认为雇主的故意仅包括直接故意，这是由于雇主是希望被雇佣者去实施某种犯罪活动并积极追求犯罪结果发生的心理态度所决定的，而有人认为雇主的故意，通常是直接故意，但也不排除间接故意的可能性，因而确定性的故意与概括性的故意之区分在雇佣犯罪实行过限的考量中就成为必要，但在具体认定中何为明确具体之授意应做灵活掌握。鉴于实践中雇佣犯罪的多发性及其造成的社会影响之恶劣，很多学者主张从严打击雇佣犯罪，表现之一就是对一些对雇主故意内容难以认定的场合，一概以概括性故意认定。笔者认为，正因为雇佣犯罪的对价性特征较为明显，雇主支付金钱往往有其明确的目的，将一些本是被雇佣者自身实行过限的行为一律纳入雇主概括故意的范围，对雇主显然是不公平的，故结合上文所述司法实践中的几类情况，对雇主的主观故意内容，应当严格按照主客观相统一以及区别对待的原则予以认定。

首先，对于雇主授意的犯罪目的或结果要求较明确，但被雇佣者在实施犯罪时侵害了与被害人相关的其他利益的情况，不能一概将雇主的故意认定为概括性故意，从而要求其对被雇佣者的过限行为承担责任，甚至从各种非必要因素中牵强附会，寻找支撑，如上文所述的平顶山市委常委李某雇凶伤害案件中，被雇佣者杀死被害人妻子的行为，对雇主是否应认为是概括故意的问题，很多人以雇主“雇佣了两个被判过刑的人去报复伤害吕某”，甚至将“提供家庭住址”也作为雇主对吕妻死亡结果承担责任的理由，如果按照此观点，我们是否可以说，如果作为被判过刑的被雇佣者还实施了强奸吕妻的行为，雇主也应承担强奸罪的刑事责任呢？这对雇主是相当不公平的。极端的说，这种观点甚至可以说是对服过刑的公民的一种歧视，而且服过刑的公民也未必其人身危险性就一定大，此外也不排除被雇佣者与被害人有其他利害关系或临时起意等情况，这些却基本很少有法官在裁判案件时予以具体区别对待。这是一种习惯下的惯性思维在困扰着中国刑法界。因此，考量这种情况下雇主的故意范围，必须结合实际情况，综合分析主客观因素，区别情况予以认定。

其次，对于已经被诸多人认定为概括授意之典型的“报复”“收拾”等模糊授意词语，在认定及处理中也须慎重。一般来说，只要由于雇主的概括性授意而使被雇佣者产生犯意，无论实施了何种犯罪，没有明显超出雇主授意范围的，都不应视为实行过限。但也不应当忽视，在这种情况下，不同的人可能会有不同的判断标准，但根据具体的情境和约定，共同犯罪人的行为习惯、案件发生的情境因素，一个大致的故意内容的范围还是能确定的，切记不可一概而论。除了实行犯过失的过限行为可以明显地区分出来，其他的则要根据各种实质要素具体分析。如谢甲与谢乙有矛盾。谢甲将其与谢乙有矛盾之事告诉了朋友黄某，黄某表示愿为谢甲物色凶手“教训”谢乙，谢甲默许。黄某纠集其外甥李某参与作案。黄某打电话诱骗谢乙到宾馆商谈购房事宜。后谢乙与其公司林某一同前往宾馆，刚进房黄某、李某持木棍分别向林某、谢某的头部猛击数次，致二人昏迷。黄某又用领带紧勒林某的颈部。案发后经法医鉴定，林某因颈部被勒致机械性窒息、头部被钝器打击致重度颅脑损伤而死亡。谢乙的头部被钝器打击致前额、枕部多处皮裂伤，属轻伤。根据共同犯罪中实行过限的理论，在本案中，谢甲并没有杀害李某的共同故意，黄某、李某共同杀害林某的行为超出了谢甲的共同故意，明显属于行为过限。黄某、李某对谢乙实施的杀人行为超越了本案共同犯罪故意的范围。根据共同犯罪中实行过限的理论，在共同犯罪中犯意是明确的，应当按照明确的犯意来定性处理；超过限制的，由实施行为人负责。<sup>30</sup>

一般来说，只要实行犯的行为属于约定的犯罪，只要犯罪结果在约定的故意范围的最低限（如轻伤）与最高限（如死亡）之间，就仍属于共同犯罪行为。至于对象的多寡、结果的轻重，则均不影响共同犯罪行为的认定。<sup>31</sup>但如此并不是说要无限扩大雇佣犯罪中对雇主处罚的范围，对一切雇佣伤害致人死亡案件都把雇主往概括故意上靠，甚至从各种环境因素甚至被雇佣者的个人因素角度为对雇主入故意杀人罪找理由支撑。这样虽然有利于从严打击雇佣犯罪案件的刑事政策需要，从某种意义上说有利于社会的稳定，但却违反了主客观相统一和责任自负等古老相传的刑事法传统和根基，从长远来看对刑法的权威无疑是一种亵渎。

<sup>30</sup> 见 <http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=149591>，中国法院网：《共同犯罪中实行过限行为的认定》。

<sup>31</sup> 吕勇：《实行过限的判定标准研究》，载《吉林公安高等专科学校学报》2006年第2期，第91页。

## 第二节 雇佣犯罪与结果加重犯

雇佣犯罪中的结果加重犯,是指被雇佣者在实施雇主授意的犯罪过程中,故意或过失的引起了加重结果的发生。在我国刑法理论中,一般而言,在典型的结果加重犯中,加重结果只能基于过失产生,故意而致加重结果的结果加重犯,一般只发生在基本罪之犯罪构成能够包容重结果的情形。在发生了加重结果的场合,雇佣犯罪中各责任人包括被雇佣者、转雇佣者、雇主的责任如何认定,就是下文我们将要探讨的问题。

### 一、 加重结果与被雇佣者的责任承担

加重结果是结果加重犯的必需条件,如果法律规定的加重结果实际并没有发生,则不能成立结果加重犯。所谓加重结果,是指刑法以专门条款规定的,行为人在实施某种基本犯罪构成的实行行为时,发生了基本犯罪构成以外的重结果。在雇佣犯罪中,由于被雇佣者的直接实行行为产生了加重结果,要使被雇佣者对加重结果承担责任首先其对加重结果必须在主观上有罪过。在实施基本犯罪时,对因不能预见的原因而发生的严重后果或者因为不可抗力的原因而发生的严重后果,被雇佣者没有罪过的,不对加重结果承担责任。考量被雇佣者对加重结果的责任承担关键是要确定结果加重犯对加重结果的罪过形式,对此,主要存在两个问题。一是对重结果的发生,主观罪过是否可以是故意的;二是对重结果承担刑事责任,是否要求最低限度的罪过是过失。从我国目前立法的实际情况来看,加重结果的罪过形式,根据立法的具体规定,在一些犯罪中只限于过失,而在另一些条文中,可以是过失,但并不排除也可以是由故意构成。例如故意伤害致死,行为人对被害人的死亡结果只能是过失,如果是故意,就构成故意杀人罪;而犯抢劫罪“致人重伤、死亡”,重结果的罪过形式既可以是故意,也可以是过失。关于加重结果的罪过形式是否要求至少是过失的问题,学者主要从预见责任、预见能力和是否有预见三个方面进行分析,认为能预见是预见能力,应预见是预见责任与预见能力,而有预见则是预见责任、预见能力和已经认识到。这是因为,能预见包括预见责任和预见能力两方面的内容,其中预见责任是前提,预见能力是第二位的。对于结果加重犯而言,行为人对加重结果的发生能够预见,从预见要素两方面的内容看,能预见实际上等同于应预见。而考察主观上手否具有过失,重点仍然在于考察行为人能

否预见,由于行为人实施的基本犯罪行为本身包含着造成严重危害结果的危险性,因此,行为人负有应当预见的注意义务,至于能否预见仍然应根据当时的客观情况、行为人本人的主观条件及注意能力判断。如果行为人对于加重结果的发生根本不可能预见的,则该结果对行为人来说属于意外事件,就只能对基本犯罪事实负责而对加重结果不负责。当然,这里要求能够预见的能力,只是要求有概括预见的能力。从各国立法及理论看来,过失是行为人对加重结果应负责任的底线。雇佣犯罪也不例外,被雇佣者在实施雇佣犯罪行为时,由于过失或在部分犯罪中故意造成了加重结果,其本身应当对该加重结果承担责任是没有疑问的。

## 二、加重结果与转雇佣者的责任承担

如同前文所述的转雇佣者在雇佣犯罪中的地位和作用,转雇佣者作为在存在多重雇佣关系的雇佣犯罪中,在共同犯罪中居于一个特殊的犯罪地位,他既不同于雇主为自己从犯罪中谋取利益,或是从犯罪所得的直接收益中分成,也不完全同于被雇佣者直接实施犯罪。因此,在被雇佣者实施的犯罪成立产生加重结果的情况下,转雇佣者是否应当对该加重结果承担责任也是在雇佣犯罪的责任承担中一个特殊问题。

结合上文所述共同犯罪的成立之主观要件及结果加重犯之本质属性,笔者认为,对于职业的转雇佣者来说,他们并不直接参与任何与直接实施犯罪有关的活动,但也不能因此就认为其对于被雇佣者造成的加重结果绝对不承担刑事责任,职业的转雇佣者一般对直接实施犯罪行为的被雇佣者有着一定的认识,对他们的犯罪人格有相当的了解,因此判断他们在对加重结果有无预见及预见可能性上应当较雇主更为直接,也应相对做较为严格的把握,对于绝大部分以过失为加重结果罪过形式的结果加重犯来说,职业的转雇佣者与雇主一样,皆不能认为其与被雇佣者构成共同犯罪,但只要判定其应当预见到被雇佣者的行为会发生加重结果,就应对加重结果承担责任,职业的转雇佣者雇佣的往往是一些犯罪团伙,或以犯罪为业的惯犯,对他们可能实施的危险行为一般都应当有所预见,如雇佣杀手实施伤害行为,就应当认为职业转雇佣者对被雇佣者可能产生的加重结果有所预见或应当有所预见,一旦加重结果发生,这类转雇佣者就应当对加重结果承担责任,与之不同的是,笔者认为,雇主向转雇佣者授

意实施犯罪，不排除雇主事实上确实不知道转雇佣者所另行雇佣的人的情况，因此，对雇主对于加重结果责任承担的认定，较之转雇佣者应体现出区别。对于一般的转雇佣者而言，认定其对加重结果应否承担刑事责任也要分两种情况，如果他们直接参与了组织、策划乃至实行行为，对于基本犯罪行为造成的加重结果一般应当承担结果加重犯的刑事责任，但也并不能认为其与被雇佣者构成共同犯罪。如在假手他人之后就不再过问，则应当结合实际情况判断他们对加重结果的发生是否具有主观上的预见可能性，如有，就应当认为其存在过失，而对加重结果承担责任。

### 三、加重结果与雇主的责任承担

#### (一) 雇主与被雇佣者是否结果加重犯共犯问题

在日本的判例中，承认所有形态的结果加重犯的共犯，这种观点认为二人以上的行为人共同故意实施基本犯罪，不管这些共犯人在共同犯罪中的分工如何，只要其中的人的行为引起了重的结果，全体共犯人均成立结果加重犯的共犯。<sup>32</sup>例如在伤害罪中，“由于认识到对人的身体的不法伤害，并按照这个意思进行活动，产生了被害人死亡的后果，应当构成伤害致死罪……”<sup>33</sup>照此，如果雇佣他人实施身体伤害，其伤害的结果是致被害人死亡，对于雇主而言，也应承担伤害致死的刑事责任，按照日本判例法，雇主与被雇佣者完全可以成立结果加重犯的共犯。这种立场具有客观归责的倾向，一直受到学者的批评。有学者称之为“正当化的不应有的野蛮”，“法律不名誉的典范”。<sup>34</sup>

笔者认为，要确定雇主与被雇佣者是否构成结果加重犯共犯，离不开我国刑法中共同犯罪的概念和构成。根据我国刑法规定，共同犯罪是二人以上的共同故意犯罪，主体上看，必须是两个以上达到刑事责任年龄、具有刑事责任能力的人；客观上，各共同犯罪人必须有共同的犯罪行为；主观要件上则必须具有共同的犯罪故意，主张加重结果之共犯的观点一个重要的依据就是共同犯罪“部分实行全部责任”的责任原则，但应当指出的是，该全部责任的承担离不开基于共同故意实施的行为及引起的结果，否则，不能成立共同犯罪，当然不

<sup>32</sup> 李邦友：《结果加重犯基本理论研究》，武汉大学出版社 2001 年出版，第 143 页

<sup>33</sup> [日]大冢仁著：《犯罪论的基本问题》，中国政法大学出版社 1993 年版，第 421 页。

<sup>34</sup> 李邦友：《结果加重犯基本理论研究》，武汉大学出版社 2001 年出版，第 148 页。

能采取“部分实行全部责任”的原则，该主张在这一点上无疑显得本末倒置了。

因此，理论上只有当行为人对加重结果持故意的结果加重犯类型才可能成立雇主与被雇佣者的共同犯罪，对加重结果只能是过失的结果加重犯类型，如故意伤害致人死亡这一类的结果加重犯，雇主与被雇佣者在被害人死亡这一结果上不可能形成共同的意思联络，就结果加重犯整体而言是不可能成立共同犯罪的。当然，即使对加重结果包括故意的结果加重犯类型，也并非在任何情况下总能成立共同犯罪。只有在雇主与被雇佣者对加重结果的发生具有共同故意的情况下，才能成立结果加重犯的共同犯罪，在一方系过失的场合，或者在同时犯的情况下，仍不能认为成立结果加重犯的共同犯罪。

当然，我们否定上述情况雇主成立结果加重犯的共同犯罪，并不意味着就承认上述情况下雇主对加重结果免责，对此，将在下文探讨。

## （二）雇主是否须对加重结果承担刑事责任

在雇佣犯罪中，对于被雇佣者造成的加重结果，在被雇佣者有故意或过失的情况下，被雇佣者对加重结果承担刑事责任，没有什么争议，而如前文所述，雇主与被雇佣者在多数情况下不能构成结果加重犯的共犯，那么雇主对被雇佣者造成的加重结果是否就无须承担刑事责任？这一点在理论上争议也较大。例如雇主授意被雇佣者实施伤害行为，而被雇佣者却失手将被害人打死。在这种情况下，被雇佣者以故意伤害致死论处，没有什么争议，但对雇主是以一般故意伤害罪还是以故意伤害致人死亡认定，则存在较大争议。一种意见认为，雇主应对被雇佣者实施的基本犯罪行为负责任，而对其造成的加重结果不负责任；另一种意见则认为，如果雇主对加重结果有所预见的应负刑事责任。

笔者认为，判定雇主是否被雇佣者实行行为造成的加重结果承担刑事责任，离不开对结果加重犯本质的探讨。对关于结果加重犯的本质主要也就是基本犯罪与加重结果的关系的看法，理论界存在单一形态论、复合形态论、危险形态论三种主张。单一形态论将加重结果作为客观的处罚条件而不是行为人故意或过失的内容，被认为是结果责任在刑法中的体现因而已为大部分学者弃用。复合形态论认为结果加重犯本质上是两个犯罪行为形成的一种形态，即基本犯罪的故意犯与加重结果的过失犯，从罪质论上说，基本犯罪虽然是成立结果加重犯的前提和基

基础,但是,它与基本犯罪的结果加重犯却属于不同的罪质。既然罪质不同,即成立结果加重犯以后,已经改变了基本犯罪的罪质,成为新的罪质,则基本犯罪与基本犯罪的结果加重犯的构成要件自然就不相同。<sup>35</sup>此说在要求行为人对于加重结果有罪过之一点上有其限制无限扩大结果加重犯范围的积极意义,但在罪数问题上又易陷入困境。也因此应运而生了危险形态论,此说将结果加重犯作为基本犯中包含着重结果发生的固有类型的危险性的特殊犯罪类型来把握。但是该说是以结果责任为根据的。正如日本学者川崎一夫教授所说:“这样的危险性说的思想,乍一见,就是从结果责任主义的运用来理解结果加重犯的本质的。实际上,它具有隐藏结果加重犯结果责任性格之虞。根本就没有尊重责任主义原则。”<sup>36</sup>

对于加重结果与基本结果的关系问题,也有我国学者提出相对独立的见解,认为加重结果一方面不是基本犯罪构成要件的结果,另一方面,又不是可以与基本犯罪构成相分离的结果,它基于基本犯罪构成,而在基本犯罪构成以外发生。相对基本的犯罪构成,加重结果具有客观的因果性和依附性,即没有基本犯,加重结果没有存在的余地。加重结果不仅基于基本犯,而且在性质上不同于基本犯构成要件的结果,在危害程度上,重于基本犯构成要件的结果。因此,加重结果与基本犯构成要件的结果可以明确加以区分。<sup>37</sup>笔者认为,该种观点有其独到的见解,首先加重构成以基本犯存在为前提是不可否认的,其次应当看到加重构成本身虽然在主客观方面发生了超出了基本构成的变化,但并没有使罪质发生改变,而仅仅是社会危害性程度的增加,换言之,加重构成是在基本犯构成的基础上,发生了超出基本构成的因素的加重因素,但是该加重因素本身附着的行为人的主观方面可能不同于基本犯罪,比如基本犯罪是故意,加重结果可以而且往往是过失,但加重结果并不意味着独立的过失犯罪,因为他的存在毕竟离不开基本犯罪。在雇佣犯罪中,对于有着基本犯罪共同故意的雇主与被雇佣者来说,其对基本犯罪承担共犯责任之外,对加重结果是否构成共犯,还须从雇主与被雇佣者双方对加重结果的主观方面考量,一般而言,除少数对加重结果心理态度可以是故意的结果加重犯之外,雇主与被雇佣者构成结果加重犯的共犯基本是不可能的。

我们认为,雇主不能与被雇佣者构成结果加重犯的共同犯罪并不表示雇主

<sup>35</sup> 吴振兴:《罪数形态论》(M)北京:中国检察出版社,1996年出版,第112页。

<sup>36</sup> (日)川崎一夫:《结果加重犯》,载《现代刑法讲座》第3卷,东京:成文堂1979年版第97页。

<sup>37</sup> 马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社1999年版,第654-655页。



对加重结果绝对不承担刑事责任。危险形态论在认识基本犯罪与加重结果的内在关系这一点上是有相当意义的，加重结果正是基于基本犯罪本身所包含的重大结果发生的高度危险性，在该重大结果基于基本犯罪而发生时，由法律规定给予其较重的处罚。既然法律认为基本犯罪本身蕴含着加重结果发生的高度危险性，那么通常可以认为，雇主对所授意之基本犯罪可能发生加重结果一般也是应当有所预见的。但是，应当有所预见不等同于已经有所预见，应当是对雇主预见的一种期待，是雇主预见责任和预见能力的统一，因此，在雇主没有预见但却可能预见的场合，也不能因此排除雇主的刑事责任。当然由于现实客观情况的复杂性，加重结果由不可抗力或偶然因素而造成情况不能完全排除，的确存在雇主对作为实行犯的被雇佣者引起加重结果的发生根本是不能预见到的情况。对此若要其承担责任，显然有失公允，故我们既不赞成雇主对加重结果没有预见的一概不负刑事责任的观点，也不完全肯定雇主对加重结果一概承担刑事责任的立场，在笔者看来，这无疑是客观归罪主义的幽灵在刑法上留下的阴影。正确的做法应当是结合雇佣犯罪案件的实际情况，分析认定雇主对加重结果有无预见，具体可以结合雇主的授意的内容，对犯罪手段有无限制等综合分析认定。

### 第三节 雇佣犯罪与转化犯

#### 一、雇佣犯罪中的转化犯

雇佣犯罪中的转化犯问题，是在雇佣犯罪中，当被雇佣者的实行行为发生了犯罪转化的场合，各责任人的责任承担问题。研究这一问题，首先要明确转化犯的范围，及转化犯基础之罪与转化之罪之间的主客观联系。关于转化犯的概念及范围界定，刑法界有不同的观点，如转化犯是由法律特别规定某一犯罪在一定条件下转为另一种更为严重的犯罪，并应当按照后一种犯罪定罪量刑的犯罪形态；<sup>38</sup>转化犯是指某一违法行为或者犯罪行为在实施过程中或者非法状态持续过程中，由于行为者主客观表现的变化，而使整个行为的性质转化为犯罪或者更严重的犯罪，从而应以转化后的犯罪定罪或应按法律拟制的某一犯罪论处的犯罪形

<sup>38</sup> 王仲兴：《论转化犯》，载《中山大学学报》1990年第2期，第49页。

态；<sup>39</sup>转化犯是指行为人在实施某一较轻的犯罪行为时，由于连带的行为又触犯了另一较重的犯罪，因而法律规定以较重的犯罪论处的情形<sup>40</sup>等等十多种定义，基本上每个学者在讨论转化犯时都会有自己独立的对转化犯概念的见解，因而也会划定不同的转化犯范围。笔者认为，转化犯是法律规定的一种犯罪形态，按照罪刑法定主义，其基础行为只能而且应当是故意犯罪，如《刑法》第269条规定的转化犯罪，明确规定是以“犯盗窃、诈骗、抢夺罪”为前提条件，其他的转化犯罪，事实上也是在基本犯罪成就的前提下转化。如若基础犯罪为违法行为，则无必要规定转化犯，直接认为构成重罪即可。转化罪是法律明文规定的一种犯罪形式，在目前世界各国有关转化犯罪的立法中尚未见到过失犯罪可以转化的相关立法例，因此学界一般通说均认为只有故意犯罪方可依刑法规定转化。转化犯的范围按照刑法的规定看来一般包括以下两类，这也是本节探讨雇佣犯罪中转化犯的责任承担所依据的范围。

### （一）形式转化

形式转化即并不发生犯罪构成要件的转化，仅是由于在实施基础犯罪的过程中，发生了基础犯罪不能包容的犯罪结果或犯罪行为，为了体现罪刑相适应原则，法律将其规定为新罪。这一类犯罪在刑法中的规定如：非法拘禁他人，使用暴力致人伤残、死亡的；司法工作人员对犯罪嫌疑人、被告人实行刑讯逼供或者使用暴力逼取证言，致人伤残、死亡的；监狱、拘留所、看守所等监管机构的监管人员对被监管人进行殴打或者体罚虐待，致人伤残、死亡的；聚众斗殴，致人重伤、死亡的；依照故意杀人罪、故意伤害罪规定定罪处罚。有组织他人卖血、强迫他人卖血行为，对他人造成伤害的，以故意伤害罪定罪处罚。以及《刑法》第269条规定的典型转化犯“犯盗窃、诈骗、抢夺罪，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的，依照本法第263条的规定定罪处罚”。此类犯罪往往行为人并无实施转化犯罪的主观故意，因而事实上并不能充足转化之罪的构成要件。

<sup>39</sup> 杨旺年：《转化犯探析》，载《法律科学》1992年第6期，第36页。

<sup>40</sup> 陈兴良：《转化犯与包容犯：两种立法例之比较》，载《中国法学》1993年第4期，第53页。

## （二）实质转化

实质转化即在基础犯罪实施完成后，又实施了新的犯罪行为，该新的犯罪行为与基础犯罪行为不具有刑法上的吸收或牵连关系，因而法律将其规定为转化犯罪。此类犯罪在刑法中的规定包括：收买被拐卖的妇女、儿童又出卖的，依照拐卖妇女儿童罪定罪处罚；邮政工作人员私自开拆或者隐匿、毁弃邮件、电报而窃取财物的，依照本盗窃罪定罪从重处罚等。在该类转化犯罪中，行为人主观上具有转化后犯罪的主观故意，行为人实施的新的犯罪行为充足或基本充足了转化后的犯罪的构成要件，因而称之为实质转化。

在雇主雇佣他人实施基础犯罪而由于被雇佣者的行为或者行为造成的结果构成刑法规定的转化犯罪的场合，雇佣犯罪各责任人对转化后的犯罪是否及如何承担刑事责任，是雇佣犯罪理论与实践探讨的又一个特殊问题。

## 二、形式转化与雇佣犯罪的责任承担

在雇佣犯罪中，被雇佣者的实行行为发生了形式转化的情况下，被雇佣者自身构成转化后的新罪当无疑义，但雇主以及转雇佣者是否应对转化后的犯罪承担责任，抑或是仅对授意的基础犯罪负责，这离不开对形式转化下基础犯罪与转化之罪的主观方面的探讨。由于形式转化不是两个具有独立犯罪构成的犯罪之间的转化，仅仅是在实施基础犯罪过程中，被雇佣者的行为发生了基础犯罪所不能包容的新的行为或严重结果，从客观方面分析，部分形式转化犯可能由于行为人的实行行为而使转化后的犯罪客观方面构成特征得到体现，例如《刑法》第269条规定的转化犯行为人确实有暴力等行为，取得财物而使用暴力，似乎符合抢劫罪的客观要件，但却并未产生犯罪故意的转化，即行为人实际并不具有抢劫的犯罪故意而仅具有盗窃、诈骗、抢夺的故意，因此学界常用“准抢劫”或者“事后抢劫”来概括这种现象，由于犯罪构成是主观方面与客观方面的统一，因而形式转化中行为人事上并不符合转化后犯罪的构成要件，当然也存在例外情况，如非法拘禁使用暴力致人伤残、死亡的，行为人在实施行为过程中完全可能产生杀人的故意和伤害的故意，从非法拘禁罪向故意杀人或者故意伤害罪的转化中，犯罪故意也相应发生转化。此种情况则应作为实质转化看待。而在典型抢劫以及诸如刑讯逼供、暴力取证向故意伤害、故意杀人转化的犯罪中，行为人往往不具有转

化后犯罪的主观故意。

既然形式转化并没有发生构成要件的转化，法律将其以转化犯规范的立场何在？在很多学者看来，法律有关这类转化犯的规定甚至可以说是明显违反主客观相一致原则。从实际立法看来，法律对转化犯的规定并更多的是从减少死刑条款，简化条款设置，简洁立法语言等方面考虑作出的选择，而并未过多考虑刑事责任理论的完整性。所以在现有的有关形式转化的立法规定中，确实存在与主客观相一致原则不符的情况。转化犯作为法定的犯罪类型，在法律规定没有进一步系统和完善之前，我们也只能按照法律规定去分析和认定。既然形式转化并不完全符合刑法构成要件机理，那么在分析作为基础行为共犯的雇主及转雇佣者是否构成转化犯罪的共犯及对其承担责任时，也不能囿于共同犯罪构成的一般原理——共同的犯罪故意和共同的犯罪行为。既然被雇佣者自身对转化犯罪承担责任的根据并非犯罪构成要件的符合性，那么当然也不能要求雇主及转雇佣者完全符合转化犯罪的构成要件方能认为其应承担刑事责任。

对于形式上的转化犯，无论是雇主、转雇佣者还是被雇佣者往往都并不具有转化之罪的主观故意，因而也不是两个犯罪构成之间的转化，雇主与转雇佣者与被雇佣者形成共同转化的条件应相对较为严格。对于严重后果发生而形成的转化犯罪，如刑讯逼供、暴力取证致人重伤死亡而形成的转化犯，并不以雇主和转雇佣者与被雇佣者的共同犯罪故意和共同犯罪行为为必要，而应视其有无参与相关实行行为和帮助行为为依据，雇主与转雇佣者不知被雇佣者有转化意图和转化行为，或者虽然知道被雇佣者有转化意图和转化行为，但未参与任何实施或帮助行为，不应当成立转化之罪，而对雇主与被雇佣者只能以基础犯罪论处。也就是说，主观故意在这里并非决定雇主与转雇佣者是否承担转化之罪刑事责任的依据，而应严格按照刑法规定判断。对于《刑法》第269条规定的典型转化犯，被雇佣者在实施盗窃、诈骗、抢夺罪之当场因其他目的（窝藏赃物、抗拒抓捕或毁灭罪证）而实施暴力或以暴力相威胁，对于雇主和转雇佣者来说，其当然不具有转化之罪即抢劫罪的主观故意，对其以抢劫罪认定除应当具有实施暴力或者以暴力相威胁的实行行为和帮助行为外还须有为窝藏赃物、抗拒抓捕、毁灭罪证而实施暴力或暴力威胁的主观目的，雇主与转雇佣者不知被雇佣者有转化意图和转化行为，或者知道被雇佣者有转化意图和转化行为，但无任何参与和帮助行为，也不应当成

立转化罪的共同犯罪, 不应当以转化罪的共犯论处。

### 三、实质转化与雇佣犯罪的责任承担

对于雇佣犯罪中的实质转化犯, 因所雇佣之基础犯罪实施过程中和实施后又实施了新的犯罪行为而使被雇佣者的行为在符合了转化之罪的构成要件。主观上, 被雇佣者有实施转化之罪的故意, 客观上实施了转化之罪客观要件的行为, 本质上是一个犯罪构成向另一个犯罪构成的转化, 转化后的犯罪本身具有独立的犯罪构成, 其转化原理可以说是符合主客观相统一原则和刑事责任的一般原理的。因此认定雇主与转雇佣者是否与被雇佣者构成转化罪的共犯也不应当背离共同犯罪的一般原理, 即雇主与转雇佣者须与被雇佣者具有转化之罪的共同的犯罪故意和共同的犯罪行为。

有学者认为共同犯罪人应对其他共同犯罪人的转化行为及转化后的犯罪负整体责任, 该学者指出, 共同犯罪不同于一人单独犯罪的最大之处在于其刑事责任的承担也是共同的, 即每一个人不仅要对自己的行为所造成的危害结果负责, 还应对其他共同犯罪人的犯罪行为所造成的危害结果负责。因此, 在转化犯的基本犯罪构成共同犯罪的前提下, 具备了法律规定的转化条件, 是整体行为而不是部分行为的性质发生转化, 所有的共同犯罪人都应当依照转化罪定罪处罚, 只是考虑到各个共同犯罪人在造成危害结果的过程中所起的作用的大小不同, 在量刑时应区别对待。<sup>41</sup>该种观点从部分实行整体责任的观点出发, 未顾及共同犯罪人的主客观方面的差异性, 也不符合刑事责任的一般原理, 有责任才有刑罚, 刑罚的轻重应当与其个人承担刑事责任的大小及社会危害性的轻重相适应, 不加区别的要求共同犯罪人对其他人所造成的一切后果负责, 显然是不可取的。因此, 在被雇佣者的行为转化为更严重的新罪的情况下, 不能一概要求雇主与转雇佣者对转化罪承担共犯责任, 而应严格把握其是否有共同故意和共同犯罪行为。当然这里的犯罪行为可以是实施和帮助行为, 也可以是雇佣行为本身, 包括雇主的授意或概然性授意, 在雇主明确授意或者放任被雇佣者实施转化犯罪的场合, 即使其未参与转化过程中的实行行为或帮助行为, 仍然可以成立转化罪的共同犯罪。无可否认的是, 在处理雇佣犯罪中形式转化的责任认定时, 我们由于跳不开转化

<sup>41</sup> 冯英菊:《试论寻衅滋事致人重伤、死亡的定罪问题》, 载《人民检察》1998年第8期, 第87页。

犯的刑法规定性，而形式转化犯又往往与刑法的基本理论不符，因而在严格罪法定主义的框架下作出上述的认定会不可避免的面临诸多尴尬，如为什么不以通说的共同犯罪故意加共同犯罪行为作为认定共同犯罪的依据；雇主明明没有转化之罪的主观故意，却为何在某些情况下仍要承担转化后之故意犯罪共犯的责任等等。笔者看来，这些理论上的难题唯有通过刑事立法的修订和完善予以解决，在目前的刑法框架下，司法实践中倘若出现此类情况，当挣脱不了刑法转化犯立法规定的框架，例如对雇主雇佣他人组织、强迫他人卖血，造成了受害人身体伤害的，即使雇主本身并无伤害故意，但只要其在被雇佣者组织、强迫卖血的过程中实施了帮助或者其他相关行为，那么就应认定雇主与被雇佣者构成故意伤害罪的共同犯罪。

## 结语

综上所述，笔者希望通过自己所学习的刑法专业理论，在我国现有的刑法框架下为解决雇佣犯罪的刑事责任问题理出一条相对较为清晰的脉络，为实践中纷繁复杂的雇佣犯罪案件提供一个认定的标准和尺度。毋庸讳言，雇佣犯罪案件一般均颇具社会影响力，民愤也极大，导致社会上一片喊打之声，从刑事政策的角度考虑，从严打击雇佣犯罪的呼声也是颇具震撼力的。但是法律的公平和正义不容忽视，对雇佣犯罪案件还是应当做冷静的分析和思考，不能一味从严从重。文章力图在现有的刑法框架内解决雇佣犯罪中的一般和特殊责任问题，但是由于雇佣犯罪是一种现行法律并无规定的犯罪方式，其本身与教唆犯罪又存在诸多差异，对理论和实践中占压倒性地位的将雇佣犯罪比照教唆犯罪论处的观点和做法，笔者本身是并非完全赞同的，但是以一般的共同犯罪理论去理解，一旦遇到特殊情况比如涉及实行过限与加重结果等情况时，又不免会遭遇尴尬。因此，从长远来看，从维护刑事责任理论和刑事法体系的完整性和系统性的角度来看，笔者认为唯有通过立法修订和完善，在其中加入有关雇佣犯罪的内容，使雇佣犯罪案件的处理真正做到有法可依。照此来看，将其单设成为一个独立的罪名（如雇佣罪）不失为一个可取的方法，当然，这些都是后话，文章前言部分就提到笔者撰写本文的宗旨是在现有刑事法框架下探讨雇佣犯罪刑事责任的刑法规制，因为

毕竟在刑法没有设立雇佣罪之前，对于实践中频发的雇佣犯罪案件，仍需要有对其刑罚非难理论依据与法律根基。雇佣罪之设想，相信在不久的将来，当有望实现，届时，有关雇佣犯罪的疑云与纷争，亦当烟消云散。

## 参考文献

### 一、著作及译著类

- 1、林准著：《间接正犯研究》，中国政法大学出版社1998年版。
- 2、童建明著：《刑事法专论》，方正出版社 1998 年版。
- 3、陈兴良著：《刑法适用总论》，法律出版社 1999 年版。
- 4、吴振兴著：《论教唆犯》，吉林人民出版社 1986 年版。
- 5、李邦友著：《结果加重犯基本理论研究》，武汉大学出版社 2001 年出版。
- 6、吴振兴：《罪数形态论》（M）北京：中国检察出版社，1996 年出版。
- 7、陈兴良著：《共同犯罪论》，中国社会科学出版社，1992 年出版。
- 8、黎宏著：《日本刑法学精义》，中国检察出版社 2004 年版。

### 二、编著类

- 1、李忠信主编：《黑社会性质犯罪问题研究》，中国人民公安大学出版社2000年8月版。
- 2、陈兴良主编：《刑事法判解》第 1 卷，法律出版社 1999 年版。
- 3、高铭暄主编：《刑法学》，法律出版社，1984 年版。
- 4、马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社 1995 年版。
- 5、中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一庭、第二庭：《刑事审判参考》第 4 卷上，法律出版社出版

### 三、杂志类

- 1、刘凌梅：《雇佣犯罪若干问题刍论》，载《国家检察官学院学报》2003年4月第2期。
- 2、刘斌：《腐败升级》，载《法律与生活》，2000年第6期。
- 3、魏东：《论雇佣犯罪及其刑事责任》，载《云南法学》，1996年第4期。
- 4、刘文：《雇佣犯罪问题研究》，载《政治与法律》2001年第6期。
- 5、魏东：《论雇佣犯罪及其刑事责任》，载《云南法学》1996年第4期。



- 6、张勇、赵永柯：《雇佣犯罪新探》，载《河南公安高等专科学校学报》2003年第1期。
- 7、王沛恒：《略论雇佣犯罪》，载《河北法学》1999年第1期。
- 8、马松建、王立志：《实行过限问题研究》，载《郑州大学学报》2003年第2期。
- 9、吕勇：《实行过限的判定标准研究》，载《吉林公安高等专科学校学报》2006年第2期。
- 10、王仲兴：《论转化犯》，载《中山大学学报》1990年第2期
- 11、杨旺年：《转化犯探析》，载《法律科学》1992年第6期，第36页。
- 12、陈兴良：《转化犯与包容犯：两种立法例之比较》，载《中国法学》1993年第4期，第53页

#### 四、学位论文类

- 李乡：《雇佣犯罪的问题研究》，郑州大学硕士学位论文2004年，载中国优秀博硕士学位论文全文数据库。

#### 五、报纸类

- 1、龚明辉，沈汝清：《雇佣犯罪中雇主的刑事责任问题》，载《法制日报》1996.1.25。
- 2、魏东：《也谈雇佣犯罪》，载《法制日报》，1996.05.02。

#### 六、中文网站类

- 1、<http://law.anhuinews.com/system/2005/09/26/001360040.shtml>,中安网法治频道。
- 2、<http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=149591>，中国法院网：《共同犯罪中实行过限行为的认定》。

## 七、中译论文类

- 1、[日]大冢仁著：《犯罪论的基本问题》，中国政法大学出版社 1993 年版。
- 2、[日]川崎一夫：《结果加重犯》，载《现代刑法讲座》第3卷，东京：成文堂 1979年版。
- 3、[韩]李在祥著：《韩国刑法总论》[韩]韩相敦译，中国人民大学出版社2002年出版。

## 在读期间发表的学术论文与研究成果

### 论文类:

- 1、《刑事优先原则适用与限制的具体途径》，载《法学》2006年第2期。
- 2、《对犯罪故意认识内容的社会危害性之理性思辨》，载《新世纪检察理论与实务纵横谈》，法律出版社2006年出版。

## 后记

不想说时光荏苒，但三年的研究生生活还是悄然逝去。动笔写硕士毕业论文后记的时候，我才霍然意识到离开毕业，离开相伴七年的菁菁华政的日子已经现实的站在我们面前。学海无涯，虽然经过七年的法学院教育的洗礼，自己在理论学习和实践经验上均有了不少的积累收获，但要在专业领域有更进一步的发展乃至创新，要将所学的理论知识在实践的检验中得到进一步的证实和更新，我知道自己还有很长的路要走，还有很多困难要去面对。

即使在后记中，我还是忍不住再次谈到雇佣犯罪。作为一种性质极其恶劣且多伴随暴力性的犯罪，在认定和处理的时候不可避免的要考虑到刑事政策和社会因素，故笔者在落笔的时候，内心亦有重重矛盾和困扰。比如在认定雇主概括故意范围的时候，比如呼吁对雇主给予相应人文关注的时候。虽然知道这些呼声终究可能淹没在社会和司法实践对雇佣犯罪一片喊打的大潮中，虽然脑中也不时浮现受害者美满家庭一日破碎的阴晦画面，但却始终无法消除困扰着自己的诸多理论问题。故笔者在文章中，力图抛开刑事政策因素，单从刑事法本身的角度探讨雇佣犯罪，唯恐失之偏颇，让情感因素左右正常的学术探讨。

在此，我首先必须对我的恩师薛进展教授表示最真挚的感谢，感谢他不遗余力的帮助和认真细致的指点。薛老师在论文的成文过程中所给予的帮助自不必说，而最让我感动的，是在我将初稿发给薛老师后，仅仅过了短短一个晚上的时间就得到了反馈。收到的是薛老师仔细审阅后的论文，小到标点符号和语法错误，薛老师都一一在文中做出标记，这些细微之处带给我的，不仅仅是感动，更多的是内心油然而生的敬意。不仅如此，三年来，薛老师无时无刻不关心着弟子们的成长，他的博学睿智、幽默风趣，他的朴实严谨的处事作风，最重要的是他的高尚的品格时时感染着我们，激励着我们，可以说，恩师的言传身教是我们三年成长过程中不灭的领航灯塔，引领我们在学术探索的道路上不断前行，未曾迷失方向。

在此，我还要感谢以下老师在我三年研究生学习生涯中所给予我的帮助，三年中点滴的知识积累，都离不开他们的悉心传授：杨兴培老师、刘宪权老师、郑伟老师、游伟老师、沈亮老师、孙万怀老师、王立民老师……在论文的成文过

程中，杨兴培老师多次给我提出宝贵的意见，帮助我拓展了自己的思路，进一步明确本文的立论宗旨和意义，在此对杨兴培老师表示学生由衷的谢意。

在此，我还必须感谢的是我的室友殷凯桦师姐和我的张凌姐姐，还有可爱坦率的阿丽。三年来，是她们的关心和鼓励帮助我走过了一段相当艰难的路。在这条并不平坦的道路上，我们共同分享着彼此的快乐和忧伤，在我迷路彷徨时，她们虽显笨拙却发自真心的安慰和鼓励是帮助我走出泥淖的良药，因为有了她们，我的研究生生活才因而显得精彩。此外我的同窗白江、刘志龙和包包等，他们不仅是我学习道路上的良师益友，更在生活中给予我无微不至的关心，在此向他们表示我衷心的感谢。在此特别要感谢谢杰师弟在论文的写作过程中对我给予的无私帮助，希望在以后的漫漫长路上，这些朋友们能一帆风顺，打造出属于他们自己的一片天空。

最后，我要感谢的是我的父亲、母亲和我的兄长，今日能够从这里起步，离不开父母几十年的含辛茹苦和兄长在我身后默默而坚定的支持，祝愿他们永远健康幸福。

刘琪谨识

二〇〇七年四月于华政园