

“十一五”国家重点图书出版规划

法律科学文库

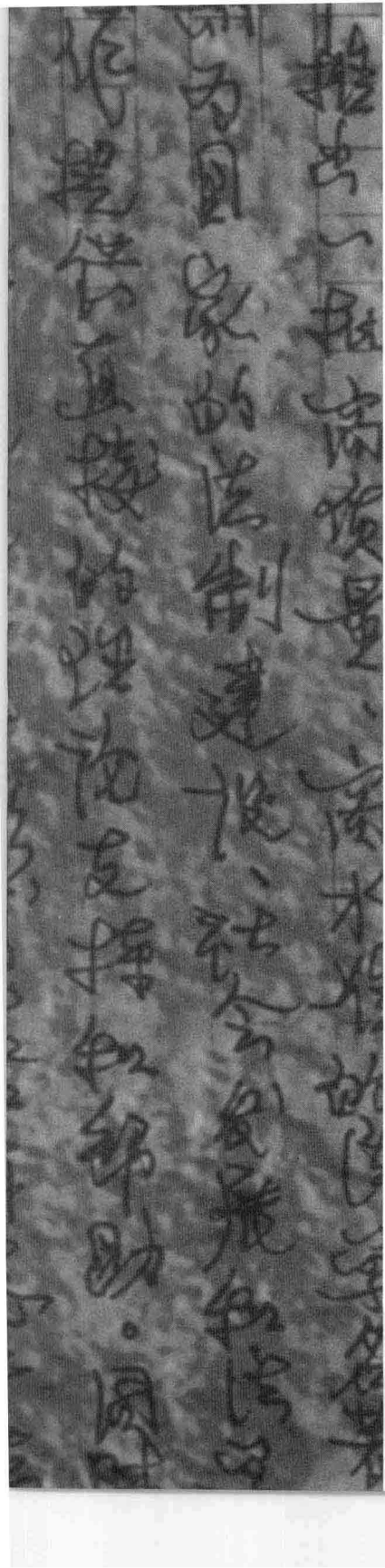
总主编 曾宪义

义务犯研究

何庆仁 著

Studien zum Pflichtdelikt

 中国人民大学出版社



义务犯研究

何庆仁 著

Studien zum Pflichtdelikt

中国人民大学出版社

• 北京 •

图书在版编目 (CIP) 数据

义务犯研究/何庆仁著

北京:中国人民大学出版社,2010

(法律科学文库/曾宪义总主编)

ISBN 978-7-300-12087-4

I. ①义…

II. ①何…

III. ①刑事犯罪-研究

IV. ①D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 079342 号

“十一五”国家重点图书出版规划

法律科学文库

总主编 曾宪义

义务犯研究

何庆仁 著

Yiwufan Yanjiu

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511398 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京联兴盛业印刷股份有限公司

规 格 170mm×228mm 16 开本

版 次 2010 年 5 月第 1 版

印 张 23 插页 2

印 次 2010 年 5 月第 1 次印刷

字 数 418 000

定 价 56.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

“十一五”国家重点图书出版规划

法律科学文库

LAW SCIENCE LIBRARY

总主编 曾宪义

法律科学文库 编委会

总主编
曾宪义

副总主编

赵秉志（常务） 王利明 史际春 刘 志

编 委

（以姓氏笔画为序）

王利明	史际春	吕世伦	孙国华	江 伟
刘文华	刘 志	刘春田	许崇德	杨大文
杨春洗	陈光中	何家弘	郑成思	赵中孚
赵秉志	高铭暄	郭燕红	曾宪义	程荣斌



总 序

曾宪义

“健全的法律制度是现代社会文明的基石”，这一论断不仅已为人类社会的历史发展所证明，而且也越来越成为人们的共识。在人类历史上，建立一套完善的法律体制，依靠法治而促进社会发展、推动文明进步的例证，可以说俯拾即是。而翻开古今中外东西各民族的历史，完全摒弃法律制度而能够保持国家昌隆、社会繁荣进步的例子，却是绝难寻觅。盖因在摆脱了原始和蒙昧以后，人类社会开始以一种“重力加速度”飞速发展，人的心智日渐开放，人们的利益和追求也日益多元化。面对日益纷纭复杂的社会，“秩序”的建立和维持就成为一种必然的结果。而在建立和维持一定秩序的各种可选择方案（暴力的、伦理的、宗教的和制度的）中，制定一套法律制度，并以国家的名义予以实施、推行，无疑是一种最为简捷明快、也是最为有效的方式。随着历史的演进、社会的发展和文明的进步，作为人类重要精神成果的法律制度，也在不断嬗变演进，不断提升自身的境界，逐渐成为维持一定社会秩序、支撑社会架构的重要支柱。17 世纪以后，数次发生的工业革命和技术革命，特别是 20 世纪

中叶发生的电子讯息革命,给人类社会带来了天翻地覆的变化,不仅直接改变了讯息交换的规模和速度,而且彻底改变了人们的生活方式和思维方式,使人类生活进入了更为复杂和多元的全新境界。在这种背景下,宗教、道德等维系社会人心的传统方式,在新的形势面前越来越显得力不从心。而理想和实际的选择,似乎是透过建立一套理性和完善的法律体制,给多元化社会中的人们提供一套合理而可行的共同的行为规则,在保障社会共同利益的前提下,给社会成员提供一定的发挥个性的自由空间。这样,既能维持社会整体的大原则、维持社会秩序的基本和谐和稳定,又能在此基础上充分保障个人的自由和个性,发挥每一个社会成员的创造力,促进社会文明的进步。唯有如此,方能达到稳定与发展、整体与个人、精神文明与物质进步皆能并行不悖的目的。正因为如此,近代以来的数百年间,在东西方各主要国家里,伴随着社会变革的大潮,法律改革的运动也一直呈方兴未艾之势。

中国是一个具有悠久历史和灿烂文化的国度。在数千年传承不辍的中国传统文化中,尚法、重法的精神也一直占有重要的位置。但由于古代社会法律文化的精神旨趣与现代社会有很大的不同,内容博大、义理精微的中国传统法律体系无法与近现代社会观念相融,故而在19世纪中叶,随着西方列强对中国的侵略,绵延了数千年的中国古代法律制度最终解体,中国的法制也由此开始了极其艰难的近现代化的过程。如果以20世纪初叶清代的变法修律为起点的话,中国近代以来的法制变革活动已经进行了近一个世纪。在这将近百年的时间里,中国社会一直充斥着各种矛盾和斗争,道路选择、主义争执、民族救亡以及路线斗争等等,使整个中国一直处于一种骚动和不安之中。从某种意义上说,社会变革在理论上会给法制的变革提供一定的机遇,但长期的社会骚动和过于频繁的政治剧变,在客观上确实曾给法制变革工作带来过很大的影响。所以,尽管曾经有过许多的机遇,无数的仁人志士也为此付出了无穷的心力,中国近百年的法制重建的历程仍是步履维艰。直至20世纪70年代末期,“文化大革命”的十年动乱宣告结束,中国人开始用理性的目光重新审视自身和周围的世界,用更加冷静和理智的头脑去思考和选择自己的发展道路,中国由此进入了具有非凡历史意义的改革开放时期。这种由经济改革带动的全方位民族复兴运动,也给蹉跎了近一个世纪的中国法制变革带来了前所未有的机遇和无限的发展空间。

应该说,自1978年中国共产党十一届三中全会以后的20年,是中国历史上社会变化最大、也最为深刻的20年。在过去20年中,中国人民高举邓小平理论伟大旗帜,摆脱了“左”的思想的束缚,在政治、经济、文化各个领域进行全方位的改革,并取得了令世人瞩目的成就,使中国成为世界上最有希望、最

为生机勃勃的地区。中国新时期的民主法制建设，也在这一时期内取得了令人惊喜的成就。在改革开放的初期，长期以来给法制建设带来巨大危害的法律虚无主义即得到根除，“加强社会主义民主，健全社会主义法制”成为一个时期内国家政治生活的重要内容。经过近二十年的努力，到90年代中期，中国法制建设的总体面貌发生了根本性的变化。从立法上看，我们的立法意识、立法技术、立法水平和立法的规模都有了大幅度的提高。从司法上看，一套以保障公民基本权利、实现司法公正为中心的现代司法诉讼体制已经初步建立，并在不断完善之中。更为可喜的是，经过近二十年的潜移默化，中国民众的法律意识、法制观念已有了普遍的增强，党的十五大确定的“依法治国”、“建设社会主义法治国家”的治国方略，已经成为全民的普遍共识和共同要求。这种观念的转变，为中国当前法制建设进一步完善和真正以依法治国目标的实现提供了最为有力的思想保证。

众所周知，法律的进步和法制的完善，一方面取决于社会的客观条件和客观需要，另一方面则取决于法学研究和法学教育的发展状况。法律是一门专业性、技术性很强，同时也极具复杂性的社会科学。法律整体水平的提升，有赖于法学研究水平的提高，有赖于一批法律专家，包括法学家、法律工作者的不断努力。而国家法制总体水平的提升，也有赖于法学教育和法学人才培养的规模和质量。总而言之，社会发展的客观需要、法学研究、法学教育等几个环节是相互关联、相互促进和相互影响的。在改革开放的20年中，随着国家和社会的进步，中国的法学研究和法学教育也有了巨大的发展。经过20年的努力，中国法学界基本上清除了“左”的思想的影响，迅速完成了法学学科的总体布局和各分支学科的学科基本建设，并适应国家建设和社会发展的需要，针对法制建设的具体问题进行深入的学术研究，为国家的立法和司法工作提供了许多理论支持和制度上的建议。同时，新时期的法学教育工作也成就斐然。通过不断深入的法学教育体制改革，当前我国法学人才培养的规模和质量都有了快速的提升。一大批用新思想、新体制培养出来的新型法学人才已经成为中国法制建设的中坚，这也为中国法制建设的进一步发展提供了充足和雄厚的人才准备。从某种意义上说，在过去20年中，法学界的努力，对于中国新时期法制建设的进步，贡献甚巨。其中，法学研究工作在全民法律观念的转变、立法水平和立法效率的提升、司法制度的进一步完善等方面所发挥的积极作用，也是非常明显的。

法律是建立在经济基础之上的上层建筑，以法律制度为研究对象的法学也就成为一个实践性和针对性极强的学科。社会的发展变化，势必要对法律提出新的要求，同时也将这种新的要求反映到法学研究中来。就中国而言，经过近二十年的奋斗，改革开放的第一阶段目标已顺利实现。但随着改革的逐步深入，

国家和社会的一些深层次的问题也开始显现出来,如全民道德价值的更新和重建,市场经济秩序的真正建立,国有企业制度的改革,政治体制的完善等等。同以往改革中所遇到的问题相比,这些问题往往更为复杂,牵涉面更广,解决问题的难度也更大。而且,除了观念的更新和政策的确定外,这些复杂问题的解决,最终都归结到法律制度上来。因此,一些有识之士提出,当前中国面临的难题或是急务在于两个方面:其一,凝聚民族精神,建立符合新时代要求的民族道德价值,以为全社会提供一个基本价值标准和生活方向;其二,设计出一套符合中国国情和现代社会精神的“良法美制”,以为全社会提供一系列全面、具体、明确而且合理的行为规则,将各种社会行为纳入一个有序而且高效率的轨道。实际上,如果考虑到特殊的历史文化和现实情况,我们会认识到,在当前的中国,制度的建立,亦即一套“良法美制”的建立,更应该是当务之急。建立一套完善、合理的法律体制,当然是一项极为庞大的社会工程。而其中的基础性工作,即理论的论证、框架的设计和实施中的纠偏等,都有赖于法学研究的进一步深入。这就对我国法学研究、法学教育机构和广大法律理论工作者提出了更高的要求。

中国人民大学法学院建立于1950年,是新中国诞生以后创办的第一所正规高等法学教育机构。在其成立的近半个世纪的岁月里,中国人民大学法学院以其雄厚的学术力量、严谨求实的学风、高水平的教学质量以及极为丰硕的学术研究成果,在全国法学研究和法学教育领域中处于领先行列,并已跻身于世界著名法学院之林。长期以来,中国人民大学法学院的法学家们一直以国家法学的昌隆为己任,在自己的研究领域中辛勤耕耘,撰写出版了大量的法学论著,为各个时期的法学研究和法制建设作出了突出的贡献。

鉴于当前我国法学研究所面临的新的形势,为适应国家和社会发展对法学工作提出的新要求,中国人民大学法学院和中国人民大学出版社经过研究协商,决定由中国人民大学出版社出版这套“法律科学文库”,陆续出版一大批能全面反映和代表中国人民大学法学院乃至全国法学领域高品位、高水平的学术著作。这套“法律科学文库”是一个开放型的、长期的学术出版计划,以中国人民大学法学院一批声望卓著的资深教授和著名中青年法学家为主体,并聘请其他法学研究、教学机构的著名法学家参加,组成一个严格的评审机构,每年挑选若干具有国内高水平和有较高出版价值的法学专著,由中国人民大学出版社精心组织出版,以达到集中地出版法学精品著作、产生规模效益和名著效果的目的。

“法律科学文库”的编辑出版,是一件长期的工作。我们设想,借出版“文库”这一机会,集中推出一批高质量、高水准的法学名著,以期为国家的法制

建设、社会发展和法学研究工作提供直接的理论支持和帮助。同时，我们也希望通过这种形式，给有志于法学研究的专家学者特别是中青年学者提供一个发表优秀作品的园地，从而培养出中国新时期一流的法学家。我们期望并相信，通过各方面的共同努力，力争经过若干年，“法律科学文库”能不间断地推出一流法学著作，成为中国法学研究领域中的权威性论坛和法学著作精品库。

1999年9月



序

何庆仁的博士论文《义务犯研究》一书，经我推荐，即将纳入“法律科学文库”，由中国人民大学出版社出版。作为导师的我，感到由衷的高兴。因为中国人民大学出版社的“法律科学文库”是一套在我国法学界具有重大学术影响的丛书，而何庆仁的博士论文《义务犯研究》是一部将会在我国刑法学界产生重要学术影响的专著，两者相得益彰，十分相配。

何庆仁本科是在吉林大学法学院就读的，硕士生阶段则在中国人民大学法学院学习，受冯军教授的学术影响较大。在我看来，何庆仁是得冯军教授之刑法思想真传的一位年轻学者。由于种种原因，何庆仁在硕士毕业以后远赴南粤，在北京师范大学珠海分校法律与行政学院任教。也由于种种原因，何庆仁考入北京大学法学院成为我的博士研究生，开始了为期四年的脱产学习。应该说，何庆仁在读博前，已经奠定了较为扎实的刑法专业知识的基础，北大法学院为何庆仁提供了在学术上进一步得以深造的平台。对于何庆仁的学术成长，我采取了一种较为宽容的放任态度，并未对其提出过多的学术要求，而是期望何庆仁能够

按照自己的学术兴趣继续进行学术跋涉。在博士论文选题的时候,何庆仁拟以义务犯为题进行写作。因为义务犯这一概念在我国刑法学界尚属罕见,更谈不上研究,这完全是一个德国刑法学的题目。在这种情况下,对于何庆仁能否写出高质量的博士论文,在开题的时候导师组还是存在不同意见的。而对学生的宽容是北大的一贯学风,因而同意了何庆仁的选题。当经过辛勤的写作,何庆仁把篇幅达数十万言的厚重的博士论文初稿交到我手里的时候,我是感到十分满意的:何庆仁没有辜负导师组的期望,交出了一份满意的答卷。

对于何庆仁在本书中所研究的义务犯,我国刑法学界是较为生疏的。义务犯的概念原本是德国著名学者罗克辛教授提出来的,它是相对于支配犯的一个概念。支配犯是指对于犯罪行为的因果流程具有支配关系的行为人,这种支配关系可以分为行为支配(直接正犯)、意志支配(间接正犯)和机能支配(共同正犯)。与之对应,义务犯是指违反特定义务而构成犯罪的行为人。义务犯是正犯的一种特殊类型,它以特定义务作为成立前提,因而不同于以事实上的支配关系作为成立前提的支配犯。支配犯与义务犯的分析框架,对于我们正确地理解刑法中的不同类型犯罪,是具有重大理论意义的。

这里涉及一个如何对待外国的刑法理论的问题。我们往往认为,中国刑法学是研究中国刑法的,应该建立具有中国特色的刑法理论体系,而不能过分地、过度地依赖外国刑法理论。在这一认识中,存在中国刑法学与外国刑法学(德日刑法学、英美刑法学等)的中外之分,似乎强调了中国刑法学的主体性地位与主体性意识。然而,这种画地为牢的思维方式实际上是作茧自缚,无助于我国刑法学的发展。我国学者樊文博士提出了“没有国别的刑法学”的命题,指出:“没有国别的刑法学是指对于任何构成犯罪行为的前提来说,从基本原则中推导出普遍有效的规则命题并且着力于进一步确定基本概念及其界限的学问。”^①在这里,没有国别的刑法学是相对于国别刑法学而言的。当然,超越国别的刑法学,即没有国别的刑法学,也许是更为重要的。之所以存在没有国别的刑法学,是因为刑法学中的基本性学术问题,例如犯罪成立要件、刑罚体系等问题是共同的,或者相通的。因此,尽管刑法是有国别的,但刑法学却可以是没有国别的。基于没有国别的刑法学的理念,我们应当正确地对待源于外国的刑法理论,将之引入我国刑法学,作为一种知识框架或者分析工具。倡导一种没有国别的刑法学,是否会有损于我国刑法学的主体性呢?我认为,这种担忧是完全不必要的。因为没有国别的刑法学提供的是一种教义学规则,只要采用这种教义学规则来诠释中国刑法,那么,得出的结论就必然具有中国刑法的主体性,

① 樊文:《没有国别的刑法学》,载《法学研究》,2010(1)。

可以适用于中国的刑事立法与刑事司法领域。立足于没有国别的刑法学，我国刑法学者应当以一种坦然的心态对待源于外国的各种刑法理论，为我所用，以此发展我国刑法学。

应当说，何庆仁在本书中讨论的义务犯问题，主要源于德国刑法学，但它又超越国别，可以成为对我国刑法中的犯罪类型进行分析的一种工具。何庆仁在大量地掌握德国学者关于义务犯理论研究素材的基础上，对义务犯理论的起源、演变的线索进行了勾画，阐述了义务犯理论的各种问题，为我国学者亲近义务犯理论打开了一扇大门，这对于我国刑法学的发展是大有助益的。

通过博士论文的写作，何庆仁的刑法理论水平大为提升，这也为其将来从事刑法学术研究奠定了基础。从北大法学院毕业以后，何庆仁进入清华大学法学院博士后流动站，师从张明楷教授，进行为期两年的博士后研究。我期望，何庆仁凭孜孜以求的钻研精神，经过多年的刑法理论修炼，并汲取各位导师的研究经验，形成独具个人特色的研究风格，从而为我国刑法学作出独特的理论贡献。

是为序。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2010年2月27日



目 录

绪论	1
第一章 义务犯理论的形成与发展	7
第一节 Roxin 的义务犯理论	7
一、Roxin 的体系论与方法论基础	7
二、Roxin 的正犯概念及其体系	10
三、Roxin 的义务犯理论	13
四、Roxin 义务犯理论的发展与危机	20
第二节 Jakobs 的义务犯理论	23
一、Jakobs 的体系论和方法论基础	23
二、Jakobs 的正犯概念及其体系	25
三、Jakobs 的义务犯理论	27
第三节 Roxin 与 Jakobs 的义务犯理论 之比较：代小结	30
第二章 存在论视野中的义务犯	32
第一节 全部不作为犯都是义务犯？	32
一、义务犯中的不作为犯	33
二、支配犯中的不作为犯	33
三、全部不作为犯都是义务犯？	38
第二节 义务犯与犯罪支配	41

一、义务违反是犯罪支配的组成部分或者前提	41
二、义务违反与犯罪支配同时作为正犯的前提	44
三、义务违反与犯罪支配隶属于同一个上位概念	51
第三节 因果自然力的尽头：以排他性支配为中心	67
一、日本学者的排他性支配理论	68
二、国内学者的推介	71
三、排他性支配与义务犯	73
第四节 小结	81
第三章 规范论视野中的义务犯	82
第一节 作为与不作为如何区分？	82
一、作为与不作为的区分	83
二、作为与不作为的可转换性	84
三、从不作为犯走向义务犯：初步考察	88
第二节 规范刑法原理中的义务犯	91
一、所有的犯罪都违反义务！？	91
二、刑法之外的义务？	94
三、形式法律义务理论的复活？	96
四、义务犯与等价性理论	99
五、义务犯与自我答责	103
六、义务犯与扩张的正犯概念	105
七、义务犯与 Freund 的规范理论	106
八、义务犯体系内部的矛盾？	111
第三节 义务犯与实在刑法规范	114
一、义务犯违反罪刑法定原则？	114
二、义务犯与德国刑法第 28 条和第 30 条第 1 款	117
三、义务犯与实在法的规定方式	120
四、寻找义务犯在我国刑法典中的痕迹	124
第四节 小结	131
第四章 机能论视野中的义务犯	133
第一节 不作为例外地被处罚？	133
一、不作为例外地被处罚	133
二、不作为例外地被处罚？	136
三、从不作为犯到义务犯：进一步地思考	139
第二节 消极义务与积极义务	143

一、消极义务与积极义务的思想史基础	143
二、消极义务、积极义务与刑法	152
第三节 义务犯的泛道德化危机?	157
一、作为道德义务的积极义务:法哲学的视角	158
二、义务犯的泛道德化危机	160
三、义务犯的泛道德化危机?	164
第四节 围绕 Jakobs 义务犯的批评	170
一、对 Jakobs 义务犯理论基础的质疑	170
二、组织管辖与制度管辖的界限	177
三、法益侵害的不可放弃性?	183
第五节 小结	188
第五章 义务犯的正犯原理	190
第一节 义务犯的正犯原理	190
一、积极义务的一身专属性	190
二、义务犯的正犯原理——义务违反	192
第二节 义务犯与共同正犯	201
一、有义务者与无义务者之间的共同正犯?	201
二、有义务者与有义务者之间的共同正犯?	217
第三节 义务犯与间接正犯	224
一、无义务者利用有义务者?	224
二、有义务者利用无义务者:无身份的故意工具?	226
三、有义务者利用有义务者?	237
第四节 小结	238
第六章 义务犯与参与	239
第一节 参与的义务犯与对义务犯的参与	239
一、参与的义务犯	239
二、对义务犯的参与	243
第二节 不作为参与:来自义务犯的启示	256
一、设例群	256
二、不作为的正犯与参与	257
三、甲的不作为参加:原则正犯说?	261
四、乙的不作为参加:原则帮助犯说?	266
五、丙的不作为参加:正犯还是帮助犯?	272
六、丁的不作为参加:支配犯还是义务犯?	280

第三节 小结	284
第七章 义务犯的刑罚问题	285
第一节 义务犯与身份犯	285
一、义务犯与身份犯的一般关系	285
二、共犯与身份：义务犯的视角	291
第二节 义务犯的竞合问题	302
一、一种特殊的竞合：义务犯与支配犯的竞合	302
二、学说争议	304
三、笔者的立场	307
第三节 义务犯减轻处罚的可能性	312
一、义务犯的减轻处罚？	312
二、参与者的减轻处罚？	318
第四节 小结	321
结语	323
参考文献	326
索引	342
后记	349