

德国刑法学中的犯罪事实支配理论研究

Research on Tatherrschaftslehre in Germany Criminal Law

廖北海 著

武汉大学刑法博士文丛（26）



中国人民公安大学出版社

武汉大学刑法博士文丛 (26)

德国刑法学中的犯罪事实 支配理论研究

廖北海 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

德国刑法学中的犯罪事实支配理论研究/廖北海著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2011. 8

(武汉大学刑法博士文丛)

ISBN 978 - 7 - 5653 - 0517 - 7

I. ①德… II. ①廖… III. ①刑法—法的理论—研究—德国
IV. ①DD951.64

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 145754 号

德国刑法学中的犯罪事实支配理论研究

廖北海 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京蓝空印刷厂

版 次: 2011 年 8 月第 1 版

印 次: 2011 年 8 月第 1 次

印 张: 8.125

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 220 千字

书 号: ISBN 978 - 7 - 5653 - 0517 - 7

定 价: 30.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: zbs@cppsup.com zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话: 010 - 83903254

读者服务部电话 (门市): 010 - 83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010 - 83903253

法律图书分社电话: 010 - 83905745

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换

版权所有 侵权必究



个人简介 ■

廖北海，女，1979年10月出生于湖南常德。2002年获湘潭大学法学学士学位，2004年获湘潭大学经济法学硕士学位，2009年获武汉大学刑法学博士学位，现任职于四川省高级人民法院研究室。曾在《刑事法评论》、《刑法论丛》、《中国刑事法杂志》、《求索》、《湖北社会科学》等刊物上发表论文十余篇；曾参与2010年最高人民法院重点调研课题《关于完善涉诉信访终结机制的调研报告》的撰写，参与《犯罪离我们有多远：生活中的刑法》一书的编著。

武大刑法博士文丛

编 委 会

顾问：[马克昌]

主任：莫洪宪

委员：莫洪宪 林亚刚 康均心 许发民

刘艳红 皮 勇 陈家林

总 序

依法治国、建设社会主义法治国家已成为我国的基本治国方略，而刑事法治是社会主义法治的重要组成部分。因此，以刑事法治为研究内容的刑法科学也一直受到国家和社会的重视。改革开放以来，我国的刑法学研究取得了长足的进步，研究领域日益扩展，研究层次不断提高，呈现出空前繁荣兴旺的景象。这一大好局面的取得，离不开几代刑法学人的奋斗，其中也包括刑法学博士研究生们的努力。他们风华正茂、思想活跃、勤于探索、刻苦钻研，所撰写的博士论文一般来说选题合理、资料翔实、思路开阔、论证充分、精品迭出，为刑法理论的完善与发展做出了贡献。

武汉大学刑法学科从 1987 年开始招收博士生，在 20 多年的时间里，为社会输送了一批又一批高质量的人才，同时也使博士点本身得以不断发展与壮大。武汉大学刑法学的博士生们关注刑法基础理论的研究，重视学位论文的撰写，他们的论文大多具有真知灼见，理论水平较高。一部分论文出版之后，在社会上得到好评。进入新的世纪，由于博士生招生规模的扩大，每年毕业的博士生数量大增，优秀博士论文的数量也相应增多，以往每年出版两本毕业论文的规模已经跟不上形势的发展变化。如果优秀的博士论文因各种原因不能付梓，研究成果无法与读者见面，既不利于理论成果的社会共享，也不利于年轻学者的脱颖而出。有鉴于此，我们与中国人民公安大学出版社洽商，设立“武大刑法博士文丛”，出版社慨然允诺，给予支持。这样每年出版一批优秀的刑法学博士论文，形成

德国刑法学中的犯罪事实支配理论研究

规模效益，可以凝聚成一股学术力量，为刑法学界增添较有分量的学术成果。

“武大刑法博士文丛”由武汉大学法学院刑事法研究中心的教授组成编委会，负责编辑出版事宜，以每年答辩的刑法学博士论文为选择范围，审慎选择其中优秀的博士论文逐年编辑出版。“武大刑法博士文丛”的质量，取决于入选论文的水平。它的社会评价的高低，是检验武汉大学刑法学博士点教学研究水平的试金石。希望我们的博士研究生们能够潜心治学、求真务实、重视创新、锐意进取，写出高质量的博士论文，使这套文丛不断有优秀著作问世。

最后需要提出的是，多年来中国人民公安大学出版社给予了武汉大学刑法学科大力支持，“武大刑法博士文丛”的顺利出版正是这种支持的又一具体体现。借此机会，我本人并代表编委会谨向中国人民公安大学出版社表示由衷的感谢！

马克昌

2006年夏于珞珈山

目 录

前 言	(1)
第一章 犯罪事实支配理论之发展史	(11)
第一节 犯罪事实支配理论之初步发展	(11)
一、“犯罪事实支配”概念的发展	(11)
二、威尔策尔的创建与发展	(17)
三、同时代其他学者的改造	(20)
四、笔者评析	(25)
第二节 犯罪事实支配理论之现代展开	(31)
一、罗克辛现实的犯罪事实支配理论	(31)
二、许纳曼规范的犯罪事实支配理论	(33)
三、笔者评析	(35)
第三节 犯罪事实支配理论在德国判例中之发展	(36)
一、对极端主观理论的限制	(36)
二、与主观理论的综合考量	(43)
三、本书观点	(48)
第二章 犯罪事实支配理论之本体论	(56)
第一节 犯罪事实支配之概念	(57)
一、三种不同的概念界定模式	(57)
二、犯罪事实支配是开放的概念	(59)
第二节 犯罪事实支配之类型	(61)
一、行为支配	(61)
二、意思支配	(66)
三、功能性支配	(89)

德国刑法学中的犯罪事实支配理论研究

四、笔者评析	(92)
第三节 犯罪事实支配内容确定之评析	(100)
一、对犯罪过程和结果起决定性影响	(100)
二、促成和阻止能力	(103)
三、行为力量	(105)
四、意志从属	(106)
五、犯罪事实支配意志和正犯感觉	(107)
第四节 犯罪事实支配之结构	(110)
一、存在论和目的论考察方法的综合	(110)
二、描述性概念和规范性概念的综合	(112)
第三章 犯罪事实支配理论之关系论	(115)
第一节 犯罪事实支配理论与犯罪论体系	(115)
一、正犯的体系定位	(115)
二、犯罪事实支配属于构成要件不法问题	(119)
三、犯罪事实支配与故意的体系地位	(122)
四、证成犯罪事实支配的“罪责要素”是不法问题 ..	(124)
第二节 犯罪事实支配理论与其他区分学说	(127)
一、先前区分学说之介评	(128)
二、先前区分学说之意义	(132)
三、犯罪事实支配理论之独立价值	(133)
四、犯罪事实支配理论与我国的共同犯罪 主客观统一说	(134)
第三节 犯罪事实支配理论与特殊的主客观构成要素 ..	(141)
一、观点之争	(143)
二、规范的犯罪事实支配理论不可取	(145)
三、犯罪事实支配并非证成义务犯的要素之一	(151)
四、犯罪事实支配与无身份的故意工具	(154)
五、犯罪事实支配与无目的的故意工具	(160)
第四章 犯罪事实支配理论之适用论	(164)

第一节 在间接正犯中之适用	(164)
一、间接正犯的正犯性根据	(165)
二、间接正犯的范围	(185)
第二节 在共同正犯中之适用	(194)
一、共同正犯的性质	(194)
二、共同正犯的成立条件	(200)
三、共同正犯的特殊形态	(206)
四、共同正犯的处罚原则	(211)
第三节 在组织犯中之适用	(217)
一、组织犯的实质	(217)
二、组织犯的存在范围	(219)
三、组织犯的处罚原则	(223)
结 语	(226)
主要参考文献	(229)
德文缩略语对照表	(243)
德国人名译名对照表	(244)
后 记	(246)

前 言

一、问题的缘起和文章的定位

近些年来，“犯罪事实支配理论”、“犯罪支配理论”、“行为支配理论”等字眼不断出现在我国学者的文章中，特别是对共同犯罪相关问题予以研究的博士论文都或多或少对此发表了看法。其或以此为节标题，或以此为目标题，或将其置于文中的某个位置，赞成者、借鉴者有之，批判者、抛弃者有之，但共同点均是在没有完全了解此理论的前提下断章取义，仓促表明自己的态度。由于研究文献来源上的局限——我国目前对此萌生、发展于德国刑法学理论中的论题的研究，所依据的资料多来自台湾学者的引介和翻译，这使我们对此问题的研究视野受限，从而很难准确、系统、深入地理解此理论，难免对此理论产生一些误解，妨碍我们对这一理论的学习和借鉴。毋庸置疑，不管对犯罪事实支配理论持何种看法，首先都应该弄清楚此理论是什么，只有深入到犯罪事实支配理论内部，充分认识到此理论的论证结构和理想诉求，在此基础上的评价才是有据可循的。由于犯罪事实支配理论是德国刑法教义学中最富有生命力的理论之一，因此，笔者主要以德语第一手文献为根据，希望通过对此理论全面深入的研究，澄清我国刑法学界对此理论的一些误解，并在我国刑法语境和刑法体系下顺延分析此理论，以期为我国刑法学提供一定的启迪和借鉴。

二、国内外研究现状

(一) 犯罪事实支配理论在德、日的研究现状

共同犯罪理论历来被古今中外刑法学者认为是刑法学中最模糊和最杂乱的一章，而共同犯罪参与形态的区分又是共同犯罪理论中的主要软肋之一。正如德国著名学者罗克辛在其刑法学专著《正犯与犯罪事实支配》（Täterschaft und Tatherrschaft）一书的导言中所说，尽管有广泛的判例和一个世纪以来无数的参考文献，尽管有丰富的实践解说材料和大量具有洞察力的理论，然而至今仍然不能以令人满意的方式成功地将参与形态相互区分开来。^①正是在这样的背景下，也正是为了成功解决共同犯罪参与形态的区分难题，犯罪事实支配理论得以产生。

犯罪事实支配理论滥觞于德国刑法理论，至今在德国刑法学中的研究也最为翔实，交锋也最为激烈；对这一理论的研究不仅形式多样，而且成果颇丰，既有专著问世，也有教科书、论文详加阐述，呈现出一片繁荣景象。最著名最权威的专著乃是罗克辛于1963年付梓的《正犯与犯罪事实支配》，这一专著一版再版，截至2006年已高达8版之多。罗克辛的犯罪事实支配理论一经抛出，即在德国刑法学界引起了强烈反响，质疑之声不断，赞同之声更是一浪高过一浪。在德国，犯罪事实支配理论因此成为共同犯罪参与形态区分理论的绝对主导，并有向外席卷之势和向外席卷之实。另外两部专著是施罗赛尔于2004年出版的《社会的犯罪事实支配——兼论有组织权力机器中的正犯问题》（Soziale Tatherrschaft—Ein Beitrag zur Frage der Täterschaft in organisatorischen Machtapparaten）和格吕纳特于2002年出版的《间接正犯中规范的犯罪事实支配之界限》（Grenzen normativer Tatherrschaft bei Mittelbarer Täterschaft）。近年来很多学者在其刑法教科书中都以犯罪事实支配

^① Clause Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl., De Gruyter Recht, 2006, S. 1.

理论为基础,如罗克辛(ATII, 2003)、雅各布斯(AT², 1991)、屈尔(AT⁵, 2005)、格罗普(AT³, 2005)、施特拉腾韦特、库伦(AT⁵, 2004)、韦赛尔斯、博伊尔克(AT³⁵, 2005)和克莱(AT/2², 2005)。还有一些学者在相关专著中同样以犯罪支配理论为基础,如赫茨贝格于1977年出版的《正犯与共犯》(Täterschaft und Teilnahme)、布罗伊于1985年出版的《刑法中作为归责类型的参与形态》(Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht)、伯特克于1992年出版的《正犯与形成支配》(Täterschaft und Gestaltungsherrschaft)、木耳曼于1993年出版的《刑法中的同时犯——兼论个人犯罪事实支配理论》(Die NebenTäterschaft im Strafrecht. —Ein Beitrag zu einer personalen Tatherrschaftslehre)、席尔德于1994年出版的《作为犯罪事实支配的正犯》(Täterschaft als Tatherrschaft)、伦齐科夫斯基于1997年出版的《限制的正犯概念和过失参与》(Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung)以及库茨纳于2004年出版的《正犯后正犯的法律角色与间接正犯的类型》(Die Rechtsfigur des Täter hinter dem Täter und der Typus der mittelbaren Täterschaft)。除此之外,德国刑法学界的四次大型评论中有三次支持罗克辛的犯罪事实支配理论,第四次评论同样为其提供了广阔的空间;霍耶尔在刑法典系统注释的新评论(2001)中、约克斯在对刑法典的慕尼黑注释(2003)中,都追随犯罪事实支配理论,并且通过经常讨论建设性地进一步发展了该理论;席尔德在挪莫斯评注中同意,立法者“在刑法第25条中明确将犯罪事实支配理论合法化”。值得一提的是,早先对主观理论具有好感的学者——如博克尔曼、布施和韦赛尔斯,后来同样将犯罪事实支配作为区分正犯与共犯的标准;舍恩克、施罗德实际上也在刑法典评注第25版(1997)转向犯罪事实支配理论,海内在第26版(2001)有关支配性犯罪的新作中最终以犯罪事实支配为依据。与此同时,涉及犯罪事实支配的学术论文更可谓是汗牛充栋,无须也不可能一一提及。尽管犯罪事实支配理论内部仍然存在不少分歧,

德国刑法学中的犯罪事实支配理论研究

但毋庸置疑的是,此理论已经在德国居于绝对主导地位。许玉秀形象地将犯罪事实支配理论比喻成一条绵延不绝的磁铁链,吸附了一大串对它感兴趣的研究者,成为德国刑法学理上最重要的理论磁铁链之一。^①

在日本,犯罪事实支配理论的研究不如在德国那么繁荣。就笔者所掌握的资料来观,唯有桥本正博于2000年出版了专著《行为支配论与正犯理论》,其详细介绍了罗克辛的犯罪事实支配理论,并进行了相应的展开。其他学者在相关专著或教科书中也提到了犯罪事实支配理论,但是由于日本区分正犯与共犯的通说是形式说,犯罪事实支配理论并没有引起日本学者的重视,因此日本学者只是粗略地提及犯罪事实支配理论,而没有进行深入研究。虽然有人赞同犯罪事实支配理论,但也没有详细阐述和论证这一理论及其适用问题。

(二) 犯罪事实支配理论在我国台湾地区的研究现状

台湾虽然没有犯罪事实支配理论的专著,也不见以此为题的学术论文,但犯罪事实支配理论得到绝大多数学者的认可,在台湾实属通说。台湾学者在相关专著或刑法教科书中对犯罪事实支配理论的介绍相对较早,分析得也较为详细。据不完全统计,许玉秀在其《刑法的问题与对策》和《当代刑法思潮》中、柯耀程在《变动中的刑法思想》和《刑法总论释义——修正法篇》(上)中、蔡墩铭在其《刑法基本理论研究》和《刑法总则争议问题研究》中,都较为详细地阐述了犯罪事实支配理论;苏俊雄在其《刑法总论II》中、林钰雄在其《新刑法总则》中、张丽卿在其《刑法总则理论与运用》中、林东茂在其《刑法综览》中、韩忠谟在其《刑法原理》中、林山田在其《刑法通论》中、陈子平在其《刑法总论》和《共同正犯与共犯论》中,也都简要提及了犯罪事实支配理论;黄常仁在其《间接正犯与正犯后正犯》中,用犯罪事实支配理论

^① 许玉秀著:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,第579页。

分析了与间接正犯相关的问题。以上学者,其中有的学者仅限于对这一理论的介绍而没有表明自己的态度,有的学者反对这一理论的适用,有的学者采纳这一理论,并简单摆明了自己的理由。黄常仁、苏俊雄、林钰雄、林东茂、张丽卿、蔡墩铭、韩忠谟以及林山田等明确赞同犯罪事实支配理论,但是没有深入考究、详细论证这一理论。蔡墩铭、韩忠谟倾向于支持威尔策尔时代所谓一元正犯原理下的目的犯罪事实支配理论,但是并没有运用这一理论分析共犯问题和实务见解;而林山田、苏俊雄、林钰雄、张丽卿、林东茂继受罗克辛时代所谓多元正犯原理下的犯罪事实支配理论,并且林山田试图在具体问题的分析中践行这一理论,可惜的是对罗克辛理论的理解尚有出入,在具体问题的分析中也没有彻底贯彻这一理论。总之,台湾刑法学界对犯罪事实支配理论的理解没有达成共识,尚处在各说各话的研究状态,但对犯罪事实支配理论的认可却已达成共识。

(三) 犯罪事实支配理论在我国大陆的研究现状

早些年前,除了可以在屈指可数的德日刑法学译著中瞥见犯罪事实支配理论外,大陆刑法理论界似乎无另外途径接触这一理论,因此无人过多关注这一理论。近些年来,随着大陆与台湾学术交流活动的加强,台湾学术专著在中国大陆零星出版,各高校更是购买了一批台湾学术专著,使得我国刑法学界有更多机会间接接触犯罪事实支配理论;加上近些年来,随着中外学术交流活动的加强,一批具有德、日留学背景的中青年刑法学者脱颖而出,外国专著的翻译更为频繁,著书立说也不免反映德、日刑法理论的最新潮流,犯罪事实支配理论因此时常跃入刑法学人的眼帘。迄今为止,除陈家林于2004年在《刑法问题与争鸣》第10辑上发表题为《行为支配论及其评析》的论文外再无第二篇专门研究此论题的学术论文公之于众,更遑论学术专著的问世。但没有专题论文和相关专著研究这一理论,并不代表对这一理论毫无提及,尤其是近年来这一理论见诸书端的频率越来越高,学界探究这一理论之庐山真面目的欲

德国刑法学中的犯罪事实支配理论研究

望越来越强。张明楷教授早于 2002 年就在其专著《刑法的基本立场》中简要提及了犯罪事实支配理论，其在 2007 年修订的《外国刑法纲要》（第 2 版）中新增了对犯罪事实支配理论的简要介绍，在同年修订的《刑法学》（第 3 版）中更是明确表明了自己对犯罪事实支配理论的肯定态度。除此之外，近些年来有关共同犯罪的学术专著以及学术论文中大多提到了犯罪事实支配理论。遗憾的是，大多为人云亦云，仅仅停留在这一理论的最表层，对这一理论的理解和把握尚且很粗略、很浅显，可以说我国大陆刑法学界对犯罪事实支配理论的研究尚属空白。

三、本理论的借鉴意义

犯罪事实支配理论的研究在我国刑法理论界和实务界意义重大。其一，我国刑法理论界对犯罪事实支配理论的研究尚属空白，因此，对犯罪事实支配理论的研究，起码可以填补刑法理论的空白，不能不说理论意义重大。其二，由于我国刑法将共同犯罪参与人区分为主犯、从犯、胁从犯和教唆犯，导致我国刑法理论界仅仅作实然性的研究，大多仅仅注重对共同犯罪参与人刑事责任的认定，而忽视共同犯罪参与人定性上的研究，有违先定罪再量刑的基本罪刑逻辑。共同犯罪在我国司法实践中属于多发性犯罪，而各个共同犯罪参与人在共同犯罪中充当的角色各异，对各共同犯罪参与人在定性量刑上区别对待是司法实践中的通常做法。虽然司法实践中也存在首先将共同犯罪参与人定性为正犯、教唆犯或帮助犯，然后再从主犯、从犯、胁从犯层面予以认定的做法，但鉴于我国刑法的具体规定，司法实践中，主犯、从犯的观念在司法人员头脑中根深蒂固，我们的司法人员一遇到共同犯罪首先想到的就是谁是主犯、谁是从犯，但对谁是共犯、谁是正犯关注不够，也就是说，对是否区分正犯与共犯关注不够，更遑论如何区分正犯与共犯。犯罪事实支配理论的引入，可以引起我国刑法学界和司法实务界对共同犯罪参与人定性的重视，避免越过定性这一环节，直接介入定量环

节,使得定量环节成为空中楼阁。其三,我国刑法学界很多学者将主客观相统一原则作为正犯与共犯的区分理论,实际上主客观相统一原则是一个放之四海而皆准的哲学原则,是一个政治性的标语,而刑法学作为一门规范科学,其具有自身的逻辑构造,在方法论上刑法学研究必然受到哲学的影响,但在刑法学研究中照搬哲学原理又是不可行的。我国刑法学中大量主客观相统一之类的似是而非的标语式的东西,严重损害了我国刑法学的科学性,故主客观统一说并不适合作为共同犯罪这一特定领域的正犯和共犯区分理论;况且,主客观相统一原则在某种程度上只是一个下位的判断原则,有待判断的内容以及究竟什么是正犯的犯罪意思,什么是正犯的实行行为,并不能从这一理论本身获得答案;而且当主客观不统一时,主客观相统一原则只能徒然兴叹,或者改采客观区分理论,或者改采主观区分理论,并不能在贯彻主客观相统一原则的情况下很好地将正犯与共犯区分开来。其实主客观相统一原则只是从存在论上表明,正犯与共犯的区分应该考虑主、客观要素——这是一个无可争议的问题,而不能解决主、客观要素之间的逻辑结构。犯罪事实支配理论的引入,可以克服共同犯罪主客观统一说的缺陷,使正犯与共犯的区分进入一个新的理论高度。其四,目前我国刑法理论界和司法实务界均赞同间接正犯这一概念,但是对其存在的根据以及存在的范围尚且存在诸多争议,犯罪事实支配理论的引入,可以坚定对间接正犯这一正犯形态的认可,可以明确间接正犯的存在范围,并且对间接正犯的具体判断提供切实可行的依据。其五,犯罪事实支配理论的引入,可以说明共同正犯的性质、成立条件以及特殊的共同正犯形态,并可为共同正犯部分实行全部责任的处罚原则提供依据,为司法实践中的诸多争议问题,如望风行为的定性等提供有效的解决之道。其六,我国学者大多根据我国立法将组织犯定性为主犯,但是对于组织犯为何是主犯,组织犯没有实施构成要件行为为何承担正犯之责等问题缺乏研究,对组织犯的存在范围等问题存在分歧,犯罪事实支配理论的引入可以解决这些疑惑。