

CSSCI来源集刊

刑事法 评论

CRIMINAL LAW REVIEW

第
25
卷

2009

陈兴良 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

CSSCI来源集刊

刑事法 评论

CRIMINAL LAW REVIEW

第
25
卷

北京大学刑事法理论研究所 主办

2009 陈兴良 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

刑事法评论·第25卷/陈兴良主编. —北京:北京大学出版社,2009.12
ISBN 978-7-301-16420-4

I. 刑… II. 陈… III. 刑法-法的理论-文集 IV. D914.01-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第227292号

书 名: 刑事法评论·第25卷(2009)

著作责任者: 陈兴良 主编

责任编辑: 苏燕英 蔡桂生

标准书号: ISBN 978-7-301-16420-4/D·2512

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.yandayuanzhao.com> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

印 刷 者: 北京飞达印刷有限责任公司

经 销 者: 新华书店

730毫米×980毫米 16开本 40.5印张 816千字

2009年12月第1版 2009年12月第1次印刷

定 价: 68.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

主编絮语

本卷是《刑事法评论》第25卷。本卷秉承本刊的编辑宗旨,致力于刑事法的学科建设与知识积累,尤其是致力于我国刑法的知识转型。

在“理论前沿”栏目中,劳东燕翻译的德国著名刑法学家罗克辛的《正犯与犯罪事实支配理论》一文,是其《德国刑法学总论》第2卷的有关章节。在该文中,作者阐述了犯罪事实支配理论。犯罪事实支配理论,是罗克辛教授对当代共犯理论的重要学术贡献之一,该理论的出发点是要解决正犯与共犯相区分问题上的一个难题。正犯与共犯的区分,在刑法理论上向来都是在客观说与主观说之间争议。在客观说中又有形式的客观说与实质的客观说之分。罗克辛主张根据犯罪支配理论来界定正犯,并与共犯相区分:直接正犯是行为支配,间接正犯是意志支配,共同正犯是功能支配。不满足于此,罗克辛教授又提出了事实支配理论,进一步地从实质意义上的构成要件之实现来理解正犯,由此构成支配犯的概念,在一定程度上取代正犯。可以说,支配犯的概念突破了正犯概念所具有的形式特征,体现了在正犯理解上的实质化思想,也是构成要件实质化

思想在正犯性质理解上的体现。犯罪支配理论重新塑造了正犯与共犯的关系,对于我们正确地理解共同犯罪具有重要的参考价值。罗克辛的《德国刑法学总论》第1卷已经由北京大学法学院的王世洲教授翻译出版,本文是王世洲教授主持翻译的《德国刑法学总论》第2卷的部分内容,在本卷率先发表以飨读者。在此,我要对王世洲教授表示感谢,对劳东燕博士的辛勤翻译表示感谢。

廖北海的《犯罪事实支配理论的本体论》一文,是作者博士论文的一章,正好也是探讨犯罪事实支配理论的,与罗克辛的作品放在一起,可谓巧合。本文主要是对犯罪事实支配理论的某种解读,也正好帮助我们理解罗克辛的思想,这也表明犯罪支配理论正在引入我国,对于我们正确地理解共同犯罪具有重要的参考价值。

焦旭鹏的《关于“回到塔甘采夫”的刑法学反思》一文,对当前刑法学界较为关注的我国犯罪构成理论的走向之一进行了评述。塔甘采夫是沙俄时期的刑法学家,对俄罗斯刑法学的发展曾经具有历史性贡献。十月革命以后,苏俄刑法学家抛弃了塔甘采夫,创立了无产阶级刑法学。就犯罪构成体系而言,也是在特拉伊宁等苏俄学者的努力下建立的,并被引入我国,成为我国犯罪构成体系的摹本。当前,苏俄刑法学及其犯罪构成理论在我国正在被清算,在这种情况下,我国学者提出“回到塔甘采夫”,作为对苏俄刑法学的四要件的犯罪构成体系的替代物而提出。那么,塔甘采夫与特拉伊宁等苏俄学者之间具有何种学术上的渊源关系?塔甘采夫的犯罪构成体系又具有何种优点值得我们今天借鉴?进一步地说,追溯到构成要件的鼻祖费尔巴哈,塔甘采夫与之又是什么关系?这些问题都需要从学理上加以探讨。当然,我们过去对塔甘采夫所知不多。焦旭鹏的论文对塔甘采夫的学说进行了初步的叙述,并对“回到塔甘采夫”的学术取向作出了个人的评判,这样一种探索精神是值得肯定的,也是具有前沿性的。

在“刑事程序研究”栏目中,发表了两篇论文。兰跃军的《论侦查权的行使与被害人权利的保护》一文,对侦查权行使过程中如何实现对被害人的权利保护问题进行了较为深入的探讨。在以往的刑事诉讼理论中,一般都强调对犯罪嫌疑人、被告人的人权保障,而对于被害人权利保护则强调不够,这是存在片面性的。兰跃军的论文能够敏锐地意识到这一点,就此问题展开讨论,这种学术研究中的问题意识是值得嘉许的。当然,被害人的权利保护与被告人的人权保障之间的关系还有待进一步探讨。

李昌林的《侦查阶段的取保候审与监视居住》一文,对于在侦查阶段较少采用的两种强制措施:取保候审与监视居住进行了较为深入的研究。尤其是对取保候

审、监视居住的适用中存在的问题以及改进措施,作了具有建设性的探讨。本文提出在适用强制措施时的比例原则,是应当切实遵循的。

在“犯罪学研究”栏目中,首先发表的是“社会敌意事件及调控·犯罪学高层论坛”的发言摘要。该论坛是由皮艺军教授主办的,主题是“动态中的和谐”。我虽未能与会,但从发言摘要中还是可以感觉到一股清新的学术探讨气氛,其主题意义十分重要。在皮艺军教授的致辞中,提到开会之日(3月14日)正好是“藏独”骚乱一周年。但我提笔写下这段文字时,则正好是“疆独”暴乱(7月5日)的隔日。这些敌意性事件严重地破坏了社会和谐,如何应对处置,在很大程度上考验着执政者的智慧。从犯罪学的角度,对敌意事件进行学理上的深度探究,我以为这正是犯罪学的功用之所在。王燕飞的《论犯罪学的理论及其建设》一文,是对犯罪学理论的整体性的宏观把握和自觉反思。近年来,王燕飞教授一直致力于对犯罪学基础性理论的反思与建构,我认为这种学术努力对于推动我国犯罪学的学科建设是具有重要意义的。米传勇的《对加罗法洛犯罪学思想的曲解与澄清》一文,是继其在《刑事法评论》上一卷发表的《阅读加罗法洛——以自然犯、法定犯理论为中心》一文以后,进一步地对加罗法洛犯罪学思想的深入探讨。阅读经典,会使我们常常有温故知新的收获。因此,米传勇博士的以上研究成果,为我们走近经典提供了一条捷径。文姬的《再犯危险性评估方法及检验》一文,采用实证方法,引入风险管理思想,对再犯危险性的评估问题作了具有新意的探讨。虽然文中的图表公式,在我看起来有些吃力,但这种科学方法的引入,对于再犯研究来说,给人以“柳暗花明又一村”的别开生面感,值得赞许。

在“刑事执行研究”栏目中,发表了两篇论文。汪勇的《监狱功能的多元视角探析》一文,对监狱功能问题作了具有新意的探讨。以往,对于监狱功能的认识存在严重的政治化、国家化的现象,简单地把监狱视为国家机器或者专政工具。本文除国家视角以外,加入了社会视角、犯罪人视角和被害人视角,尤其是对监狱功能的实现提出了个人的见解。吴旭的《参与行刑主体多元化及其变革路径》一文,提出了行刑主体多元化的命题,对于克服监狱行刑悖论具有重要意义。行刑法学,也就是刑事执行法学,在我国刑事法学中是较为薄弱的的一个分支学科。诸如监狱法学,主要是监狱管理人员在进行研究,学者较少染指。例如吴旭就是江苏省监狱局的一名干部,他们对监狱法的研究达到了相当高的水平,这是令人高兴的。当然,我也期望有更多的学者参与行刑法学的研究,例如汪勇对监狱功能的论述就较为

深入,值得嘉许。

在“专题研究”栏目中,发表了一批在刑事法各学科具有前沿性的论文,颇有学术分量。王太宁的《宪政刑法观》一文,提出了宪政刑法观的命题,试图从宪政的视角,对刑法的理念等基本问题进行深入论述。随着我国刑事法治的发展,对于刑法的理解也会随之发生变化。从国权主义刑法到民权主义刑法,从政治刑法到市民刑法,从专政刑法到宪政刑法,这些命题都是对刑法性质变动的一种学术描述。王太宁给出的宪政刑法这一概念为刑法提供了一种清新形象,给人留下深刻的印象。吴丙新的《刑法解释研究学术报告》一文,对刑法解释问题做了一个鸟瞰式的研究,虽然深入不足,但其学术报告的写法还是有其特色。刑法解释对于刑法适用是十分重要的。同样,法律解释也是法律适用的技术保证。我国法治水平较低,尤其是司法水平低,其突出表现就是法律解释技术差。

近日媒体讨论一个奇案,某君的机动车放在车库,被他人的三轮车撞坏了,他人诉至法院,要求某君承担机动车的无过错赔偿责任,法院居然支持了这一诉讼请求。有关媒体的评论说,这虽然违反情理,但合乎法理。那么,真的合乎法理么?这一判决的法律根据是《道路交通安全法》第76条第2项的以下规定:“机动车与非机动车驾驶人、行人之间发生交通事故的,由机动车一方承担责任;但是,有证据说明非机动车驾驶人、行人违反道路交通安全法律、法规,机动车驾驶人已经采取必要处置措施的,减轻机动车一方的责任。”这一条款被称为是机动车的无过错责任条款,其立法意图是因为在交通当中,机动车是强者,非机动车、行人是弱者,因而机动车驾驶人应当承担更多的安全注意义务,若发生交通事故,则应承担无过错责任。但是,这一条款只适用于交通过程中发生交通事故的场合。什么是交通事故呢?《道路交通安全法》第119条第5项规定:“交通事故,是指车辆在道路上因过错或者意外造成的人身伤亡或者财产损失的事件。”显然,机动车在道路上行驶时,才会发生交通事故,才应对非机动车、行人承担无过错责任。而某君的机动车放在车库里,他人的三轮车与之发生碰撞,根本不是一起交通事故,而是一起某君的财产受到他人侵害的事件,怎么能让某君承担机动车的无过错责任呢?北京还发生过一起在街头等红灯时,某君机动车被他人三轮车“追尾”,造成损失的案件,某君也被判处承担无过错责任。这一情形不完全相同于上述机动车放在车库的情形,但相同之处是机动车都处于静止状态而不是在行进当中,因此,同样也不适用机动车的无过错责任。但我们的法官也同样判决某君对与之“追尾”的三轮车主进行赔偿,某君喊冤却无人理会。这些不合情理的判决同样不合法理,其原因在于

没有对《道路交通安全法》第76条第2项进行合理解释,而是机械地、错误地适用了该条款。在我国《刑法》中,第116条规定了破坏交通工具罪,对交通工具也没有加以限制,但我国刑法理论都将其解释为正在使用中的交通工具,以此体现本罪侵害公共安全的性质。对于不在使用中的交通工具进行破坏的,不构成破坏交通工具,可以构成故意毁坏财物罪。由此可见,法律解释对于法律适用的重要性。只有提高法律解释水平,才能保证法律的公正适用。

舒洪水的《论身份犯之身份》一文,对身份犯问题进行了探讨,身份犯是刑法共犯理论中的一个重大理论问题,已有多部博士论文及专著问世,相对而言,本文可以说是大题小作,此乃作文之大忌。不过,本文第四部分关于身份犯与刑法面前人人平等,言他人之所未言,具有一定的新意。

陈洪兵的《承继共犯否定论:从因果共犯论视角的论证》一文,是对承继共犯的深入探讨之作。尤其是作者采用因果共犯论的视角加以论证,使这种探讨达到了较深的程度。共犯论历来是刑法学上的难点,随着三阶层的犯罪论体系引入我国,共犯有关内容的探讨不断地深化,这是我国刑法学向前发展的一个标志。我的《走向共犯的教义学——一个学术史的考察》一文,是我最近正在从事的刑法学术史研究的一个专题。共犯是刑法总论中的一个重要理论问题,我国的共同犯罪理论源自苏俄刑法学,并且具有我国的特点。随着德日刑法学关于共犯的理论引入我国,我国经历了一个从共同犯罪论到共犯理论的演变过程,理论研究也越来越深入,这是值得肯定的。本文在对学术史的资料进行梳理的基础上,对有关共犯的理论问题也发表了个人的见解。

学术史的研究,是刑法学研究的一个向度,它与以往的学术综述还是有所不同的。学术综述追求的是客观性,力求客观地提供经过整理的学术资料。而学术史则是在资料基础之上的历史叙述,具有一定的主观性。在刑法学学术史的研究中,我采取夹叙夹议的文体,史论结合的方式,尽可能地勾画出我国刑法学研究的历史脉络。

徐凌波的《刑法上的占有》一文,对财产犯罪的占有问题,从作为客观事实的占有状态到作为主观违法要素的占有目的,进行了贯通的论述。徐凌波是北京大学法学院2005级本科生,该年级的刑法课程是我上的,授课实录以《口授刑法学》为书名于2007年在中国人民大学出版社出版。徐凌波同学保研成功成为北京大学法学院2009级刑法专业硕士研究生。本文是作者的本科毕业论文,我是指导教师。对于本文写作中反映出来的作者对于刑法学的相关问题的理论把握能力,我

是欣赏的。本文是徐凌波的第一篇作品,期望作者将来有更多更好的作品问世。

吴情树的《处断刑的引入:量刑程序设置的实体要求》一文,对量刑中的处断刑作了具有新意的探讨。量刑制度的改革正在我国司法机关展开,这一改革涉及实体与程序两个方面:在实体上如何建构合理的量刑规则,在程序上如何确立量刑程序的独立地位,这些问题都是亟待解决的。吴情树关于处断刑的论述,是建构合理的量刑规则的题中之义,具有现实意义。吴纪奎的《刑讯逼供的社会心理学阐释——以挫折攻击行为理论为分析工具》一文,引入社会的心理学中的挫折攻击行为理论,对刑讯逼供现象作了进一步的分析,我以为是具有突破性的。对于刑讯逼供,我们已经讲了又讲,但还是未能避免刑讯逼供的发生。对刑讯逼供的理论阐释当然是重要的,但我以为建立刑讯逼供的非法证据排除规则,才是从制度上防止刑讯逼供的根本之道。但出于影响打击犯罪的担心,这一制度始终未能完全建立并彻底落实,这是一种法治对现实的妥协,令人无奈。石经海的《我国羁押立法之实体规范检讨》一文,对羁押法的有关实体规范作了深入的检讨。羁押制度虽然是一种刑事程序制度,但涉及实体规范问题,本文对此的讨论对于完善我国羁押法治具有参考价值。

姜涛的《劳动刑法视阈下集体劳资纠纷的刑法规制模式》一文,涉及工会的刑法地位、劳资纠纷的刑法规制、劳动刑法学等十分前沿的理论问题,表明作者具有较强的问题意识,值得肯定。

董玉庭的《刑事证明标准之证成》一文,对排除合理怀疑的证明标准进行了论证,对各种证明标准进行了检讨,有助于澄清在证明标准上的混乱。

杨立云的《侦查决策研究——以现代决策理论为视角》一文,引入现代决策理论对侦查决策问题进行研究,这种采用其他学科的理论解决刑事法学中的问题的研究方法,可以进一步深化刑事法理论。在刑事法的研究中吸纳其他人文社会科学的成果,极大地充实了刑事法学的学术内涵,是一种正确的研究路径。

从以上简要的引荐来看,《刑事法评论》第25卷的内容丰富,且多前沿性探讨,年轻作者占据主导地位,出文出人,不亦乐乎。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2009年7月7日

目 录

主编絮语/陈兴良	(1)
----------------	-----

理 论 前 沿

正犯与犯罪事实支配理论/[德]克劳斯·罗克辛 文 劳东燕 译	(1)
一、正犯与共犯的界分基础	(1)
二、支配犯(Herrschaftsdelikte)	(8)
犯罪事实支配理论之本体论/廖北海	(71)
一、犯罪事实支配之概念	(72)
二、犯罪事实支配之类型	(74)
三、犯罪事实支配内容确定之评析	(99)
四、犯罪事实支配之结构	(105)
关于“回到塔甘采夫”的刑法学反思/焦旭鹏	(108)
一、引言	(108)
二、塔甘采夫的理论在中国的引介	(109)
三、塔甘采夫的犯罪构成理论	(113)
四、回到塔甘采夫后回到了哪里	(116)
五、回到塔甘采夫后带来了什么	(119)
六、“回到塔甘采夫”背后的知识路径	(122)
七、结语	(128)

刑事程序研究

论侦查权的行使与被害人权利的保护/兰跃军	(130)
一、侦查权对保障被害人权利的作用	(130)
二、侦查权与被害人权利保护的冲突和协调	(136)
侦查阶段的取保候审与监视居住/李昌林	(153)
一、取保候审、监视居住的适用率	(154)
二、增加取保候审、监视居住的初始适用	(156)
三、增加取保候审、监视居住拘留后的变更适用	(159)
四、增加取保候审、监视居住逮捕后的变更适用	(163)
五、实现取保候审、监视居住的羁押替代功能	(167)
六、防止滥用取保候审、监视居住	(177)

犯罪学研究

动态中的和谐——“社会敌意事件及调控·犯罪学高层论坛”

发言摘要/皮艺军等	(181)
2009年3月14日上午	(181)
2009年3月14日下午	(200)
2009年3月15日上午	(222)

论犯罪学理论及其建设/王燕飞	(237)
一、犯罪学理论的定义及特征	(237)
二、国外犯罪学理论的整体性评析	(244)
三、我国犯罪学理论的建设问题	(257)
对加罗法洛犯罪学思想的曲解与澄清/米传勇	(267)
一、概说:将行为人刑法理论的研究成果装入行为刑法的理论体系	(267)
二、法定犯罪与行政犯罪	(269)
三、法定犯罪与道德	(277)
四、结语	(287)
再犯危险性评估方法及检验/文姬	(289)
一、罪犯矫正与风险管理相结合的刑事政策	(289)
二、再犯危险性评估的方法	(291)
三、再犯危险性评估的检验	(307)

刑事执行研究

监狱功能的多元视角探析/汪 勇	(314)
一、监狱功能的概念及影响因素	(314)
二、监狱功能的学术评述	(317)
三、监狱功能的多元视角分析	(321)
四、监狱功能的膨胀与限缩	(327)
五、监狱功能的实现及局限	(329)
六、结语	(333)
参与行刑主体多元化及其变革路径/吴 旭	(334)
一、市场经济条件下参与行刑多元社会主体的生成	(334)
二、多元社会主体参与行刑:监狱行刑悖论之克服	(338)
三、多元社会主体参与行刑的法律依据及其完善方案	(341)
四、多元社会主体参与行刑的实践模式及其完善路径	(342)
专 题 研 究	
宪政刑法观/王太宁	(345)
一、宪政刑法观的提出	(345)
二、非宪政刑法观的“刀把子”隐喻	(348)
三、早期宪政刑法观的“契约”形象	(358)
四、当代宪政刑法观的最安全形象	(367)
五、三种刑权力运行模式和我们的选择	(372)
刑法解释研究学术报告/吴丙新	(376)
一、刑法解释的目标	(377)
二、刑法解释的主体	(379)
三、刑法解释的对象	(383)
四、刑法解释的原则	(385)
五、刑法解释的方法	(390)
六、刑法解释的概念:一个简短的总结	(393)
论身份犯之身份/舒洪水	(396)
一、身份犯之身份的内涵	(397)
二、身份犯之身份的外延	(405)

三、身份犯之身份的界定	(408)
四、身份犯在刑法面前人人平等	(409)
承继共犯否定论:从因果共犯论视角的论证/陈洪兵	(414)
一、理论上惊人的混乱是作此文的缘起	(414)
二、否定说是因果共犯论的必然归结	(416)
三、承继共犯问题的类型化探讨	(423)
四、结语	(431)
走向共犯的教义学——一个学术史的考察/陈兴良	(432)
一、共同犯罪立法的溯源	(432)
二、正犯与共犯的区分	(437)
三、共犯二重性说的衰败	(443)
四、共犯从属性说的接受	(450)
五、共犯处罚论的引入	(455)
六、单一正犯体系的兴起	(461)
刑法上的占有/徐凌波	(468)
一、概述:占有概念的再梳理	(468)
二、占有状态:事实上的控制支配状态	(471)
三、刑法所保护的法益:“本权”还是“占有”?	(477)
四、主观违法性要素:“非法占有目的”	(482)
处断刑的引入:量刑程序设置的实体要求/吴情树	(490)
一、处断刑的形式机能:法定刑通向宣告刑的桥梁	(490)
二、处断刑的实质依据:内外双重价值的追求	(493)
三、处断刑的引入:量刑程序设置的实体要求	(498)
四、结束语:量刑规范化的期待	(503)
刑讯逼供的社会心理学阐释	
——以挫折攻击行为理论为分析工具/吴纪奎	(505)
一、刑讯逼供的挫折源:证据供需失衡	(506)
二、刑讯逼供的催化剂:社会情景	(520)
三、可能的出路及面临的挑战	(529)
我国羁押立法之实体规范检讨/石经海	(535)
一、引论:羁押立法的实体规范解读	(535)
二、本论:我国羁押立法的实体规范检讨	(539)

三、推论:我国羁押立法的实体规范完善	(550)
四、结语	(557)
劳动刑法视阈下集体劳资纠纷的刑法规制模式/姜 涛	(558)
一、问题的导出:由“东航集体返航事件”说起	(558)
二、域外的视角:国外刑法介入集体劳资纠纷的演进与经验	(561)
三、中国的话语:刑法合理介入集体劳资纠纷的思考	(567)
四、简单的结论:走向劳动刑法学研究的新时代	(574)
刑事证明标准之证成/董玉庭	(575)
一、刑事证明标准:主观中的客观	(575)
二、证明标准的理论诉争	(576)
三、殊途同归:各种证明标准之检讨	(583)
侦查决策研究——以现代决策理论为视角/杨立云	(591)
一、现代决策理论	(592)
二、现代决策理论视野下的侦查决策	(594)
三、侦查决策的原则	(606)
四、侦查决策的两大类型及其机制	(614)
五、结语	(630)
《刑事法评论》征稿启事	(631)

[理论前沿]

正犯与犯罪事实支配理论*

[德]克劳斯·罗克辛** 文 劳东燕*** 译

一、正犯与共犯的界分基础

(一) 正犯作为行为实施过程中的核心人物

在为正犯所具有的表现形式寻找一种与共犯(Teilnahme)^[1]相区别的一般标志时,人们必定说,正犯是在实现符合构成要件的行为实施过程中的核心人物(第25条)。共犯是一种通过唆使而引发正犯的构成要件行为(第26条:教唆犯)或通过帮助为正犯的构成要件行为提供帮助(第27条:帮助犯)的边缘角色。人们能够从立法中推断,正犯的“实施”(第25条)行为与单纯的教唆(第26条)与帮助行为(第27条)被予以区分,并且共犯的两种形式依赖于故意正犯的存在且倚靠后者。

立法者区分了正犯的三种形式:直接正犯(第25条第1款:“亲自实施刑事行为者……”)、间接正犯(第25条第1款:通过他人实施刑事行为者……)与共同正犯(第25条第2项:多人伙同实施构成要件行为)。但正犯的三种表现形式只是对实施过程之核心人物的不同描述。某人是否亲手偷窃(亲自),或者他是否持枪逼迫他人偷窃(通过他人),或者他是否在其间与其他同伙共同合作(伙同),他始终是行为实施过程中的核心人物,其中,最后提到的情形下的共同正犯可能有多人处于事件的中心位置。

核心人物的准则当然不是能够从中演绎出具体界限的概念。确切地说,其间涉及一种评价性的区分标准,它借助于真实的、既有的犯罪举止才能逐步地展开与具体化。这将在下文予以论述。其中要指出的是,并非在所有的构成要件都会以同样的方式确

* 译自罗克辛的《德国刑法总论》第2卷,第9—105页(Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, Verlag C. H. Beck, 2003, S. 9-105.)标题为译者自拟;此外,为便宜起见,译者未注明原书中只涉及文献出处的脚注。

** 作者系德国著名刑法学家。

*** 译者系法学博士,清华大学法学院副教授。

[1] 即狭义共犯——译者注。

定核心人物。

在大多数犯罪中,根据由我最早详细论述而如今已占据主流的学说——“犯罪事实支配”(Tatherrschaft)^[1]对正犯而言是决定性的角度:犯罪过程中的核心人物是支配导致犯罪实现的事件的人,而共犯对这一事件虽然同样有影响,但他的实施并不是决定性的。在此我说的是“支配犯”。在一般犯罪(如杀人、伤害、损害财物、盗窃等)中,核心人物也就是正犯始终是独立支配或与他人共同支配构成要件行为的人。

但也存在如下的犯罪,即在这样的犯罪中,只有那些违反特定的并非每个人都要履行的义务的人,才能处于实现构成要件的中心位置。此类犯罪我称之为“义务犯”。比如,在背信罪的构成要件中,构成要件的行为就不像在支配犯(Herrschaftsdelikte)的情形中那样,也即并非通过特定的外在行为方式而是通过违反财产照管义务表现自身。在此类情形中,正犯(等于犯罪过程中的核心人物)是通过违背其构成要件特别规定的特定义务而侵害的结果,而任何没有相应义务(比如,对被害人没有财产照管义务)的人总是只能成立共犯,不受其外在行为的影响。

正犯的第三种形式是亲手犯,在亲手犯中,只有亲手实现构成要件的人才能被视为犯罪实施过程中的核心人物。比如在麻醉行为(第323a条)中,只有置身于麻醉状态中的人能够成立正犯。在其向被害人隐瞒其所提供的饮品具有使人麻醉的特点时,将他人置于麻醉状态的人完全能够控制事件的发生。但他不能由此变成正犯,以致在亲手犯中不可能存在间接正犯与并非亲自实施行为的共同正犯。

与支配犯、义务犯与亲手犯的三分法相应的正犯学说(Täterlehre)会在以下三段内容中进行论述(C,边码38以下;D,边码267以下;E,边码288以下)。与此相对,在判例与学说中,义务犯与亲手犯虽然部分得到承认,但只是被附带处理。争议的关键在于,是否应该根据犯罪事实支配说或者根据所谓的主观理论来区分正犯与共犯。主观理论曾经主导了帝国法院的判例,甚至到今天它在司法界还发挥着作用。这是首先要论述的内容。

(二) 混合状态中的犯罪事实支配说与主观理论

关于对正犯与共犯的界分,今天实际上只有两种观点:在文献中完全占据主流地位的犯罪事实支配说与主观主义的共犯理论。在20世纪的后30年中,犯罪事实支配说才从零散的论文中得以形成并日益得以贯彻。正如之前所提及的那样,犯罪事实支配说将支配构成要件行为——也即在实现构成要件中发挥决定性作用——的众多参与者视为正犯。与此相反,主观理论则认为“正犯意思”(animus auctoris)是正犯的特征,而“从犯意思”(animus socii)是共犯的特征,该理论在学术上总是存在争议,但在

[1] 也有学者译为犯罪支配或行为支配。不过,译成行为支配容易与其下的亚类型,即与直接正犯相对的行为支配(Handlungsherrschaft)相混,因而并不可取。从Tatherrschaft的字面含义来看,应为“构成要件行为支配”。基于该种译法用在句中显得别扭,故本文采纳国内通行的译法“犯罪事实支配”。——译者注

1871年后经常为判例所赞同。至于如何理解“意思指向”,随时间流逝自然已经发生了很大变化。晚近的判例将犯罪事实支配说要素掺入主犯意思的概念之中,结果我们能断言,意义重大的对立立场之间的靠近已经出现了。这要求有进一步的阐释,因为当代的讨论立场只有在学术史发展的背景下才能加以理解,从而能构建自身的解决方案。

(三) 源初形态的主观理论

首先,意思理论(Dolustheorie)与利益理论尤其关注“正犯意思”的确定,对于主观理论而言,正犯意思是决定性的界分因素。根据意思理论,正犯具有独立的意思,而共犯的意思是不独立的。在这种意义上,建立之初对帝国法院判例施加过重要影响的帝国法院成员 *v. Buri* 曾经教导道:“主谋与帮助犯的区别可能仅在主谋意思的独立与帮助意思的非独立处才能发现。如果主谋想要结果,帮助犯才对结果存在意欲;如果主谋不想要结果出现,则帮助犯对结果也不会有意欲。结果是否应该出现的决定,必定听凭主谋做主。”相应的,对之后的判例属于奠基性的那件帝国法院判例(《帝国法院刑事判例集》第3卷,第181页以下,第182页以下)也声称:“帮助犯只允许有依赖于正犯意思的意思。他将自身意思这样置于正犯的意思之下,即在是否应该完成构成要件行为的问题上听任后者决定。与帮助犯的依赖性意思不同,共同正犯并不认同一种支配自身的意思。”

以另一种方式,利益理论认为,正犯意思通过对构成要件行为具有切身利益而得以确认,与此相反,共犯意思则缺乏这样的利益。帝国法院在引起关注的“浴盆案”(《帝国法院刑事判例集》,74,85)中这样阐述:“某人把构成要件行为当作自身的意思体现,主要(即使不是排他地)根据其结果的利益关系程度。”因为确定“听任”与“利益关系程度”的内心过程,事后是难以查明的,所以,某人是否将构成要件行为当作“自己的”还是当作“他人的”行为,这个问题在判例中经常根据预设的刑罚必要程度与危险程度来判断,并且只是在形式上使用了主观理论的外衣。

在眼前的讨论中,源初的主观理论因素以两种方式存在着。意思理论能够以作为犯罪事实支配说之先导的“意思指向”准则加以考察。除非人们能认同这种意见,即教唆者与帮助犯(必须)将自身置于正犯的意思之下,(必须)听任正犯实施构成要件行为,因为正犯是决定实行并由此对犯罪具有支配的人。在这样的理解中,意思理论属于犯罪事实支配说的一种主观变异形式,因为它不是直接始自客观的力量关系,而是源于对参与犯意思的影响(并由此而间接地始自于前者)。另一方面,对于利益理论而言,并不存在通向犯罪事实支配说的途径。但是它仍然具有意义,因为当代的判例仍然将自身利益视为确定正犯的一种实质性根据(在其他根据之外)。

除此之外,作为理论概念的早期主观主义理论在今天已不再是正犯学说的适当基础。它的根基是19世纪自然主义的实证理论,即使在人文科学中,这种自然主义的实证理论也认为,必须像因果关系一样求助于“自然法”,同时,这种理论忽略了客观现象