

第 1 節 導言

針對多人參加犯罪的情況，我們現行《刑法典》區分了正犯、教唆和幫助（《刑法典》第 47 條及以下幾條）。而且，在未來的刑法中，這種三分法也要予以維持（參見 1962 年《草案》第 29 條及以下幾條）。儘管已經有大量的判例、可追溯至上世紀的難以計數的文獻以及實踐上已有的足夠多的活生生的材料和相當多的尖銳的學說，但我們至今仍然沒有令人滿意地將各參加形式成功區分開來。「參與^{*}學說¹」乃是德國刑法學中最为黑暗和最為混亂的一章²，早在 1910 年，坎托羅維奇（Kantorowicz）³就這樣抱怨道。不久，賓丁（Binding）³也這樣表述。在 1955 年 2 月 3 日的刑法大委員會的會議上，裡夏德·朗格（Richard Lange）⁴還在引用這一名言，用來說明爭論中出現的那些完

* 關於 Teilnahme 和 Beteiligung，本書分別譯為「參與」和「參加」。前者為狹義共犯（幫助和教唆），後者為廣義共犯（包括共同實行犯在內的共同犯罪）。同樣的譯法，參見〔德〕約翰內斯·韋塞爾斯，《德國刑法總論》，李昌珂譯，法律出版社，2008 年版，第 281 頁。在德文語境中，採「參與」一詞，主要是為了體現 Teilnahme 作為正犯的擴張之意，乃是正犯的從屬。若對 Teilnahme 採「共犯」一詞以譯，即無法突出從屬性的意思，也易將狹義共犯和廣義共犯混淆。若將 Beteiligung 譯為「共犯」，也無法確知，其究竟指代廣義共犯還是狹義共犯。「共犯」一詞的雙義性問題，參見馮軍譯，《德國刑法典》，中國政法大學出版社，2000 年版，第 221 頁；陳至立主編：《辭海》，上海辭書出版社，2022 年版，第 716-717 頁。此句中 Teilnahme，儘管原書注釋 1 中特別說明「包括了正犯」，但此非其通常含義，其德文原詞為 Teilnahme，也因此作者才在注釋 1 加以特別說明。當然，「參與」、「參加」均含一「參」字，初學者於不慎時亦不免混同，但是，本書非入門讀物，對於研習法學、醫學等入學門檻較高的專業的讀者而言，宜講求精確地區分，而非將本書過分等同於文學乃至娛樂作品。——譯注

1 這是在包括正犯在內的更廣的意義上講的，正如我們《刑法典》第 3 節的標題所標明的那樣。

2 阿沙芬堡月報（Aschaffenburgs Monatsschrift）（即《犯罪學和刑法改革月報》（Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform），第 7 年度，1910 年，第 306 頁。

3 《論文集》（Abhandlungen），第 253 頁。

4 參見《記錄》（Niederschriften），第 2 卷，第 96 頁。

全相衝突的觀點。

在長達幾十年的時間裡，不同的觀點都沒有得到協調。早在最初的一批判決中，帝國法院便提出了主觀的參與學說⁵，並不動搖地特別予以堅持，從而在論著中挑起了異常激烈的批判。例如，馬克斯·恩斯特·邁爾（Max Ernst Mayer）便稱「在曲解法律上，再也沒有比」該學說「更為嚴重的強詞奪理了」。⁶貝林（Beling）也將這一學說稱為「無視法律、在結果上經常明顯強暴了法律的、純粹臆想的產物」。⁷1930年，羅森菲爾德（Rosenfeld）認為，這個主觀說，完全不值一駁。⁸儘管有如此的批判，判例卻絲毫不理會反對者提出的各式各樣的理由。而另一方面，在學術上，這些各不相同的諸多觀點，也沒有任何一個能持續地貫徹堅持下來。⁹

直到最近的25年間，幾近僵局的狀況才被重新打破。經由朗格¹⁰發端，隨即又由韋爾策爾（Welzel）在其《刑法體系的研究》（Studien zum System des Strafrechts）¹¹之中首次加以展開論述，然後在加拉斯（Gallas）¹²處得以擴充的「目的的犯罪支配」（finale Tatherrschaft）理論，自此在討論中佔據了中心位置。不久，這個學說得到了學界眾多學者的支持。今天，我們幾乎已經可以將之稱為主流學說了。¹³聯邦法院也在若干個判決中採納了「犯罪支配」這一術語¹⁴，而且甚至已初步觸及這一問題：這一學說是否比在判例中一貫佔據主導的主觀

5 奠基性的判決，有《帝國法院刑事判例集》（RGSt），第2卷，第160-164頁；第3卷，第181-183頁。

6 《教科書》（Lehrbuch），第402頁。

7 《法庭》（Gerichtssaal），第101卷，1932年，第10頁。

8 《弗蘭克祝賀專輯》（Frank-Festgabe），第2卷，第169頁。

9 對此，具體參見下文第37-66頁（本譯本第43-78頁）。

10 《近世之正犯概念》（Der moderne Täterbegriff），1935年版。

11 《整體刑法學雜誌》（ZStW），第58卷，1939年，第537頁及以下幾頁。

12 《專業鑒定》（Gutachten），1954年版，第122頁及以下幾頁；《雅典特刊》（Sonderheft Athen），1957年，第3頁及以下幾頁。

13 對此，具體參見下文第75-99頁（本譯本第89-117頁）。

14 對此，相應的整理，參見下文第100-118頁（本譯本第117-138頁）。

說更為可採？¹⁵乃至在最近的幾部刑法草案的立法理由中，儘管（當然）沒試圖將犯罪支配學說寫入制定法，但也在論述中採用了犯罪支配這一標準。¹⁶

然而，質疑的聲音也少不了。例如，恩吉施（Engisch）認為，從本質上講，犯罪支配的概念並未超出舊有的相似設想；¹⁷鮑曼（Baumann）說，「犯罪支配理論沒有找到獨立的新標準」；¹⁸哈德維希（Hardwig）持這樣的觀點：犯罪支配的概念不是「理論努力的終點」，¹⁹而施瓦姆（Schwalm）認為，用「犯罪支配」取代「正犯意思」，只不過是用空洞的概念替換同樣空洞的概念。²⁰就在刑法委員會最近的幾次諮議中，人們還斷念地認為，無法找到界分參與形態的可用的標準。這種絕望又使人們重新要求引入單一正犯的概念。²¹

現實的這種狀況，使得我們有必要再次研究這整個問題，並根據過去幾十年中得到的知識對這個領域重新加以通盤考慮。這既是鑒於犯罪支配學說的意義，也是因為至今尚未有一部專著深入地討論這個學說，討論這個學說在正犯理論演變中的地位及其方案的影響。不過，討論的範圍決不能只限於此。理由是，既然牽涉到的是正犯和參與這兩個概念，那麼只要與今天尚有關聯，所有其他學說均應加以考慮。

這樣，就給我們的研究出了個難題：因為自 19 世紀初以來，相關的文獻幾乎數不勝數，這樣，將所有論及該主題的文獻，都以相當篇幅加以闡述，並在冗長且錯綜複雜的釋義學歷史之後附上自己觀點的

15 參見《聯邦法院刑事判例集》（BGHSt），第 8 卷，第 395 頁。

16 參見 1958 年《草案》，第 36 頁；1960 年《草案》，第 139 頁；1962 年《草案》，第 147-148 頁。

17 《整體刑法學雜誌》，第 66 卷，1954 年，第 383 頁。

18 《法學家報》（JZ），1958 年，第 232 頁。

19 《戈爾特達默刑法檔案》（GA），1954 年，第 353 頁。

20 《記錄》，第 2 卷，第 89 頁。

21 施瓦姆，《記錄》，第 2 卷，第 90 頁；克裡勒（Krille），《記錄》，第 2 卷，第 99 頁。

做法，就顯得既不可能，也沒必要。只有在處理犯罪支配的時候，我們才追求儘量完整地列出論據。在其他場合，所有史料都必須自始加以篩選過濾。篩選的標準是，它在今天是否還能對正犯理論有所用處，以及是否對於我們理解正犯理論之演變具有重要意義。因此，我們有必要在本書開頭闡明一些方法論上的要點。這些要點，既要對確定正犯概念起到指導性的作用，也要能夠為整理和批判性地篩選令人眼花繚亂的各式觀點提供標準。因此，在本研究中，闡述釋義學史、依照上位的標準加以評判和由此發展出一合理的正犯概念這三者，便不是相互分離，而是互相結合在一起的，這樣，每個章節都同時服務於這三個目標，本書所提倡的方案，也將在闡述的過程之中、在思路的推進之中得以逐步揭示。這樣一種方法是否有效，將在本書中得以展示。

另外，還要提及兩點：以犯罪學方式認識正犯概念，不是本研究的主題。同時，本書也不打算單獨做比較法上的研究，因為最近在這個領域已經出現了若干本細緻的著述。²²

²² 迪茨 (Dietz)，《外國刑法中的正犯和參與》(Täterschaft und Teilnahme im ausländischen Strafrecht)，1957 年版；施特勞布 (Straub)，《英吉利刑法中的正犯和參與》(Täterschaft und Teilnahme im englischen Strafrechts)，1952 年版；貝納基斯 (Benakis)，《德國和希臘刑法中的正犯和參與》(Täterschaft und Teilnahme im deutschen und griechischen Strafrecht)，1961 年版。

第一章

方法論前提

如果人們想要確定正犯的概念，並將之與其他法定的參加形式區別開來，那麼就會出現若干種不同想法，這些想法對結論肯定會產生一定程度的影響，只是影響程度有多大的問題。因而，為了不流於不加批判的片面和自始就排除一些具體的解決方案，人們先思考一下自己行為的方法是有好處的。

正犯的問題，從來沒在刑法方法論的闡述中佔據過中心位置。不過，過去一百年間，刑法學思考在思想史潮流的影響下，出現了種種演變。這些演變，同樣也清晰地反映在釋義學的這一領域內。

第 2 節 因果的正犯學說

我們《刑法典》生效的最初幾十年內，佔據統治地位的是自然的實證主義。自然實證主義使人文科學臣服在自然科學的思考之下。這種實證主義，還想將法律現象簡化為單純的因果流程和不同形式的因果聯結。¹將之應用到正犯和參與學說，這意味著：就參加某一犯罪的若干個人而言，刑法主要通過考察他們在促成結果上的因果加功來處理。

在這一點上，儘管結論各不相同，是存在很大程度上的一致的。馮·巴爾（v. Bar）這樣寫道：「參與學說……可視為因果學說的特殊

¹ 關於一般的思想史基礎，參見韋爾策爾，《自然主義和價值哲學》（Naturalismus und Wertphilosophie），第 1-40 頁。

應用。」²這，只是表述了當時的基本看法。當時，主觀說和客觀說激烈地互相對抗，而這兩種對立學說的主要的代表人物，馮·布裡（v. Buri）和比克邁爾（Birkmeyer），卻一致地認為，只有因果概念能夠解決正犯和參與的問題。馮·布裡寫道，「因果說對於參與而言，具有最為決定性的意義」。³而比克邁爾則在他的巨著中，徑直地認為「參與學說以因果關係學說為其學術基礎」。⁴

這種方法論前提，自然也為相當不同的解決方案留出了空間。從這種方法論前提出發，人們有可能提出各種觀點。這些觀點可以分為兩類，一類是將結果的所有邏輯性條件均等同視之的觀點，另一類是認為具體的參加形式的不同，乃是源自於惹起（Verursachung）方式的不同。

第一類觀點主張所有條件的同等性，這種觀點傾向於從根本上否定正犯、幫助者和教唆者之間存在區別，並得出單一正犯的概念。例如，我們在馮·李斯特（v. Liszt）親自擬定的最後一版教科書中還可以讀到：「從原因這個概念中可以推導出，就所發生的結果而言，任何為其設置了條件因而參加了促成結果的人，均是惹起了結果；由於結果的所有條件均屬等價，在參加促進結果的各個個體（den einzelnen）之間，也便不存在概念上的區別……」⁵然而，基於此而唯一順理成章的方案，亦即放棄不同的參加形式，卻與法律所規定的區分不相容。因此，單一的正犯概念只能成為應然法上的一種主張。這方面的代表人物有亨貝格爾（Heimberger），他主張只從因果學說中推導出單一正犯，而不依賴於（李斯特學派的）刑事政策要求：他（指立法者）「不

² 《因果關聯的學說》（Die Lehre vom Kausalzusammenhange），1871 年版，第 VII 頁。

³ 《論因果性和答責》（Über Kausalität und deren Verantwortung），1873 年版，第 102 頁。

⁴ 《參與學說和德意志帝國法院的判例》（Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts），1890 年版，第 5 頁。

⁵ 《教科書》，第 21、22 版，1919 年版，第 204 頁。

能強迫我在我沒有能力加以區分的地方進行區分」。⁶

如果人們希望忠於這一因果性前提，那麼基於現行法，就只有一種可能性了，也就是：轉而依照犯罪行為的主觀方面對參加形態加以區分；⁷因為如果人們（在人們所應遵守的法律的強制下）只考慮因果流程且將所有條件均視為等價，那憑藉犯罪行為的客觀方面就根本不足以在不同的參加者之間做出區分。

因此，在等價論的前提下，因果的方法不可避免地必然導致主觀的參與學說，正如馮·布裡提出主觀說所取得的如此巨大的成功所顯然說明的那樣。⁸當他說，對於結果而言，主觀說不承認（創作者⁹和幫助者的）效用有什麼重要的區別，以至於「它^{*}的存在根本上是由於創作者和幫助者之作用的同等性所致」，¹⁰這就非常清楚地表明，對於他來講，他的參加學說的正當性，僅僅建立在他的因果理論基礎上。

在判例中，人們也從因果的方法中推導出主觀說。1881年，出現了一個對於後來司法實踐具有奠基性作用的判決。¹¹這個判決認為，在幫助者和共同作案人之間不可能存在區別，「如果這個區別必須從共同表達的行動的客觀特性中匯出」，那麼，幫助者必定始終都是共同正犯。「因此，提供幫助和共同正犯之間的區別就只能是主觀的，也就是通過幫助者和共同作案人不同的意志得以區別。」在判例中，主觀說也沒有找到與此不同的論述。至今，聯邦法院（至少從形式上）仍在堅持主觀說，而在方法論上，該學說卻是源自一條今天人們毫無疑問地認為行不通的道路。這種現象，不管怎樣，都是值得注意的。

然而，實質一客觀說首先也是從純因果的觀察之中發展起來的，

6 《通告》(Mitteilungen)，第 534-540 頁，尤其是第 538 頁。

7 眾所周知，馮·李斯特沒有走這條路。

8 首先見諸於《論犯罪的參與及其庇護的學說》(Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung)，1860 年版。

9 按照今天所使用的語言，稱為正犯。

* 主觀說。——譯注

10 《戈爾特達默刑法檔案》，第 17 卷，1869 年，第 234 頁。

11 《帝國法院刑事判例集》，第 3 卷，第 181 頁及以下幾頁，尤其是第 182 頁。

儘管完全不同於等價性的思路。因為，當人們相信，在結果的各條件之中可以發現因果性區別（例如，區分出原因和條件）時，人們就必須從這個既定的方法論起點出發，將這個區別應用並充作界分正犯和參與的基礎。經由這種方式，就出現了區分不同種類、不同程度的因果關係的相當多版本的客觀說。在這裡，沒有必要具體地一一列舉這些學說。¹²

這樣，人們從因果的前提出發，要麼按照主觀的標準來區分正犯、參與，要麼依照客觀標準，要麼從根本上整體地拒絕這種區分：而今天，這種因果的方法已經一去不復返了。儘管外部世界的各種現象如此大程度地受制於因果關係，但它無助於人們理解法律上的意義關聯這樁事，人們也不再需要討論了。只有我理解了規定區分的那些條款的意義，我才能說誰是正犯，誰是參與。因果的觀察法雖然有助於我理解各種外部事件流程之間的聯繫，但就這些聯繫的法律意義而言，這種因果觀察法卻沒有說出任何東西。該觀察法在含義和價值上是盲目的。

不過，回顧最初幾十年的參與學說，不是只出於歷史興趣。這樣的一個回顧表明，一個方法論原則並非只能產生一種問題解決方案，而是可以匯出相當迥異的結論來。另一方面，這樣的回顧卻又告訴我們，採取什麼方法也不是無所謂的問題，以至於人們不應忽視方法論。理由是，採取某種方法會自始切斷通往許多其他解決可能性的途徑。具體而言，如果我們從因果的前提出發，就無法得出像基於其他標準而建立的正犯概念，例如，基於應罰性標準的正犯概念、基於犯罪能量（*verbrecherische Energie*）強度的標準的正犯概念、按照對事件流程有目的的掌控或者犯罪行為的社會意義內容之標準而確定的正犯概念。這類可能的思路自始就被排除掉了。

這一簡短的闡述卻也還說明了一點：不存在什麼只能推導出一個

¹² 對各種觀點做了最好的概述的，見佩爾滕（Perten），第 11-34 頁；另外，關於實質—客觀說的爭論，參見本書下文第 42-57 頁（本譯本第 49-65 頁）。

解決方案的方法，具體某個結論也不會因為它乃是源自方法論上有問題的途徑而就失去正確性。如果人們只是因為主觀說乃是借因果信條之招牌而取得勝利，就認為主觀說不能成立，那就下結論下得太過輕易了（這種武斷得出結論的做法經常發生）。如果我們從其他出發點來看，主觀說也有可能是正確的方案。同樣地，在促成了許多客觀說的因果相異點中，有些相異點在其他法律評價性或專注於含義的觀察法中也可能是有重要意義的。鑒於這一點，這些因果差異點我們在後文中還要加以研究。¹³

第 3 節 目的的正犯學說

在本世紀*的二十年代，法律科學中自然主義—因果的思維方式被最終克服。人們意識到，在面對自然科學時，文化科學應當具有獨立性，併發展出了人文科學的特定方法，以用來處理法律素材（Rechtsstoff）。這時，在刑法中，以所謂西南德意志價值哲學的形式，新康德學派取得了決定性的影響力。¹⁴新康德學派區分（經驗性的、價值無涉地理解的）存在領域和源於人的能動性的價值領域，並將文化現象理解為將價值無涉的現實通過有含義和有目的的人類精神加以改造的產物。因而，法律秩序的各原則和意義內涵，並不能從現實中直接讀出，而是要通過由目的思想主導的概念建構，才能蘊含於現實，並得以展現。因此，「在通達法律的那些物件的整體上，是同時罩上了一層目的論的細紗」，¹⁵法律現象也就表現為「文化科學的概念

¹³ 見本書下文第 42 頁及以下幾頁（本譯本第 49 頁及以下幾頁）。

* 二十世紀。——譯注

¹⁴ 特別是受到了裡克特（Rickert）的方法論著作和拉斯科（Lask）的「法哲學」的顯著影響。

¹⁵ 拉斯科，第 316 頁。