

第十二章

2022 年尾編 正犯和參與學說的最新狀況

第 42 節 立法中正犯和參與的發展

1975 年 1 月 1 日生效的《刑法典》總則，在其第 25—31 條之中同樣給正犯和參與學說提供了一個新的立法前提。從內容上講，在正犯和參與的界分問題上，我們只需要注意兩處明顯的修改（或者準確而言，兩處具體（細）化），不過，就這兩處修改的效果而言，今天即已出現了許多爭議。第一處修改可視為本書採納的犯罪支配學說的佐證，因為它決定性地不再以主觀參與學說作為其根據；第二處修改則違背了本書所主張的即便是針對無故意的犯罪也可能成立參與的觀點。由此，我們可以得出如下的認識：

1

一、親手地實現構成要件

新的《刑法典》第 25 條規定：

2

（1）自己或者通過他人犯罪的，依正犯論處。

（2）數人共同地作案的，每人均依正犯論處（共同正犯）。

基於以上的表述的內涵，法律上確定了單獨正犯、間接正犯和共同正犯這三種正犯形式；在此前，人們只是在法條中規定了共同正犯（舊《刑法典》第 47 條）。從文字表述上，新的規定與 1962 年《草

案》第 29 條和《替代性草案》第 27 條所規定立法建議是一致的；對於這樣的表述，我在本專著的第一版和第二版（參見當時版本第 539-540 頁，以及本書前文第 603 頁，本譯本第 647 頁）中已經表達過贊成。

立法上間接正犯和共同正犯的這種表述，是與承認這兩種正犯形式的所有學說相吻合的。¹而那些親手且有罪責地實施犯罪，亦即在法條文義上「親自犯罪」的人，則依照新法始終應以直接正犯加以處罰。主觀的參與理論的一項後果最為嚴重的結論，即親自實施了犯罪的人在缺乏「正犯意思」的情況下只能以幫助論處，曾在 1975 年之前的幾年間再度盛行於判例，但在新法頒行之後，可以算是由立法者對之表明了最終拒絕的立場。

3 同樣地，今日在文獻中完全佔優勢的觀點認為，親手實現構成要件的那些人，始終是正犯。²這一觀點同樣在判例中得到了貫徹。早在

1 曾有一種觀點認為，間接正犯應當併入到教唆中去。蘭珀 (Lampe) (《整體刑法學雜誌》，第 77 卷，1965 年，第 262 頁以下) 是最後持這種觀點的人。今天這種觀點不再有效了。

2 布莱 (Blei):《刑法總論》，第 18 版，1983 年版，第 251 頁；布洛伊 (Bloy):《歸屬的類型》(Zurechnungstypus)，1985 年版，第 96-97 頁；博克爾曼、福爾克 (Volk):《刑法總論》，第 4 版，1987 年版，第 175 頁；克拉默 (Cramer)，《博克爾曼祝賀文集》，1979 年版，第 392 頁；埃伯特 (Ebert):《刑法總論》，第 3 版，2001 年版，第 189 頁；埃澤爾 (Eser):《刑法》，第 2 卷，第 3 版，1980 年版，案例 37，邊碼 13；弗羅因德 (Freund):《刑法總論》，第 2 版，2009 年版，第 10 節，邊碼 40；格羅普 (Gropp):《刑法總論》，第 3 版，2005 年版，第 10 節，邊碼 32；哈夫特 (Haft):《刑法總論》，第 9 版，2004 年版，第 200 頁；B·海因裡希 (B. Heinrich):《刑法總論》，第 5 版，2016 年版，邊碼 1208-1209；赫茨貝格 (Herzberg):《正犯和參與》(Täterschaft und Teilnahme)，1977 年版，第 5-6 頁；赫茨貝格，《整體刑法學雜誌》，第 99 卷，1987 年，第 52-53 頁；霍耶 (Hoyer)，《刑法典體系性評注》(SK)，第 9 版，2017 年版，第 25 條，邊碼 7；許納費爾德 (Hünerfeld)，《整體刑法學雜誌》，第 99 卷，1987 年，第 233 頁；雅科布斯 (Jakobs):《刑法總論》，第 2 版，1991 年版，第 21 節，邊碼 36；耶賽克，《瑞士刑法雜誌》，1975 年，第 31 頁；耶賽克、魏根特 (Weigend):《刑法總論》，第 5 版，1996 年版，第 652 頁；約克斯 (Joecks)，《慕尼黑刑法典評注》(MK)，2017 年版，第 25 條，邊碼 37；金德霍伊澤爾 (Kindhäuser):《刑法總論》，第 8 版，2017 年版，第 38 節，邊碼 34 (第 335-336 頁)，第 39 節，邊碼 1 (第 345 頁)；克勒 (Köhler):《刑法總論》，1997 年版，第 505 頁；克賴 (Krey)、艾瑟爾

1978 年，斯圖加特州高等法院³便宣判道：「親自實現了某一構成要件的所有客觀、主觀要素的人，不是幫助，而是正犯」。最高法院的判例也作出了大量新判決以確認了這一觀點。⁴不過，對於「極端例外的案

(Esser)：《刑法總論》，第 6 版，2016 年版，第 26 節，邊碼 871；屈爾 (Kühl)：《刑法總論》，第 8 版，2017 年版，第 20 節，邊碼 22-23、36-37；屈佩爾 (Küpper)，《戈爾特達默刑法檔案》，1986 年，第 444 頁；邁瓦爾德 (Maiwald)，《整體刑法學雜誌》，第 88 卷，1976 年，第 729 頁；毛拉赫、倫齊科夫斯基 (Renzikowski)：《刑法總論》，第 2 卷，第 8 版，2014 年版，第 47 節，邊碼 51；倫吉爾 (Rengier)：《刑法總論》，第 8 版，2016 年版，第 41 節，邊碼 6 (第 366 頁)；羅克辛：《萊比錫刑法典評注》，第 11 版，1993 年版，第 25 條，邊碼 33、47 以下；薩姆松 (Samson)：《刑法》，第 1 卷，第 7 版，1988 年版，案例 39，第 214 頁；席爾德 (Schild)，《諾莫斯刑法典評注》(NK)，第 5 版，2017 年版，第 25 條，邊碼 47 以下；舍恩克、施羅德、海涅 (Heine)、魏瑟爾 (Weißer)，第 30 版，第 25 條及以下幾條前言，邊碼 74；許內曼 (Schünemann)，《萊比錫刑法典評注》，第 12 版，2007 年版，第 25 條，邊碼 53 以下；施特拉滕韋特、庫倫 (Kuhlen)：《刑法總論》，第 6 版，2011 年版，第 12 節，邊碼 14、28；菲舍爾 (Fischer)，《刑法典 (評注)》(StGB)，第 66 版，2019 年版，第 25 條，邊碼 3；魏瑟爾：《歐洲的正犯》(Täterschaft in Europa)，2011 年版，第 32 頁；韋塞爾斯 (Wessels)、博伊爾克 (Beulke)、薩茨格爾 (Satzger)：《刑法總論》，第 48 版，2018 年版，第 16 節，邊碼 809 (第 277-278 頁)。

3 《新法學週刊》，1978 年，第 715 頁。

4 聯邦法院 (BGH)，《刑法新雜誌》(NSTZ)，1987 年，第 224-225 頁；《聯邦法院刑事判例集》，第 38 卷，第 315 頁；聯邦法院，「刑法新雜誌」，1993 年，第 138 頁。針對這些判決，詳見下文 (第 43 節——譯注) 第 27 項，邊碼 52，第 111.18 項，邊碼 155 和第 111.20 項，邊碼 157。最近的，見聯邦法院司法判決：刑事部分 (BGHR)，第 25 條第 1 款，親手實施 3：「但是，故意地行事、親自滿足了犯罪的全部構成要件要素的人，是正犯……他不能以缺乏作案人意思或者應該只是幫助他人為由來為自己開脫……至於在『極端例外的案件』是否要做不同的理解……此處就不加以討論了。」此後，聯邦法院司法判決：刑事部分，《麻醉品交易法》(BtMG)，第 29 條第 1 款，第 1 項，進口 (Einfuhr) 34：「親手滿足構成要件者……，原則上為正犯，即便其是在第三者影響之下、當著第三者的面只是基於對方利益地這樣幹 (，也不會影響之前的判斷) ……」進一步地，聯邦法院，《經濟刑法和稅收刑法雜誌》(wistra)，1999 年，第 24 頁：「……本人所行之事完全地符合構成要件的，為正犯……即使他完全或主要是為了他人利益而行事，也不會有妨礙……」；聯邦法院，《刑法新雜誌——刑事判決和報告》(NSTZ-RR)，2000 年，第 22 頁：「將麻醉品……帶過邊境者，原則上是非法進口 (麻醉品) 之正犯，因為他親自實現了所有的構成要件要素，即使他只是在共同正犯之影響下、當著共同正犯的面為了對方的利益才這樣行事，也無妨。如果他只是出於幫忙的意思這樣幹，也不會妨礙之前的判斷。」

件」是否可以作不同的理解，這些判決並未予以表態。由於這類案例迄今並未出現，也沒有（被人）很好地設想出來，所以，這種疑似的保留根本無法對實際結論產生任何影響。

- 4 與之不同地，在文獻中，親手實現構成要件者的正犯資格問題，總是沒有得到完全的確認。例如，鮑曼、韋伯（Weber）、米奇（Mitsch）⁵可謂是主觀理論⁶在學術上最後的堅定支持者。他們就認為「『完全親手地』滿足構成要件的情形，並不能一般地認定成立正犯」。拉克納（Lackner）⁷甚至試圖從立法資料中推导出「問題始終未得到回答」的觀點。⁸亦即：「在特別委員會的指導意見中，討論了……是否可將犯罪（Tatbegehung）之概念和實行犯罪（Tatausführung）之概念完全等同的問題，並將在親手實現所有構成要件要素的場合，是否也可能存在根據參加者之角色不適合認定正犯的極端案件（例如在射擊命令的情形下槍殺他人）的問題，留給了判例去審查（參見《記錄》（Prot.），第 5 部分，第 1825 頁）。因此，從新規定的第 1 款中並不必然地可以得出，立法者在正犯和參與的區分爭論中拒絕了主觀學說。」今天，屈爾（Kühl）⁹明顯地偏離了這種觀點：自己犯罪時，

5 《刑法總論》，第 11 版，2003 年版，第 29 節，邊碼 43，註腳 67 以及註腳 67 內的內容；其認為法條在這個問題上並未予以回答（即「留白」），對「留白說」的詳細論證，見鮑曼，《耶賽克祝賀文集》（Jescheck-Festschrift），1985 年版，第 108 頁以下。

6 他評論到，我從第 25 條第 1 款的新措辭中得出反對主觀理論的論證是「沒有根據的」；自第 7 版以後，他還附加地寫明，即便從第 25 條第 1 款的「自己」（selbst）的措辭中，也沒有辦法「推导出是採納了客觀理論」；對此，參見行文下部的內容（即鮑曼、韋伯、米奇：《刑法總論》，第 11 版，2003 年版，第 29 節，邊碼 53，註腳 67 中的內容——譯注）。

7 如此的觀點，還見於拉克納、屈爾，第 23 版，1999 年，第 25 條，邊碼 1；類似地，延克（Jähnke），《萊比錫刑法典評注》，第 10 版，第 212 條，邊碼 6；毛拉赫、格塞爾（Gössel）、齊普夫（Zipf）：《刑法總論》，第 2 卷，第 7 版，1989 年，第 47 節，邊碼 64；贊成「極端例外的案件」的，還有耶賽克、魏根特：《刑法總論》，第 5 版，1996 年版，第 647 頁。

8 儘管那時他自己也是主觀理論的反對者，並認為犯罪支配學說具備「優點」（《刑法典（評注）》，1999 年，第 25 條前言，邊碼 6）。

9 拉克納、屈爾，第 28 版，2014 年版，第 25 條，邊碼 1。

「立法者明確地認為應當」成立正犯，「面對立法者這樣的決定」，「特別委員會在內容上有異的指導意見對於刑法改革並未起到什麼作用。」

施米德霍伊澤爾（Schmidhäuser）¹⁰走得比拉克納更遠，他認為，根據「事物的本質」，這個問題並沒有辦法通過制定法來規定；從制定法（「誰自己犯了罪」）的措辭中得出的「在親手實行犯罪者那裡不可能成立單純的幫助」的認知，乃是一種「新型的制定法實證主義」。

「如果人們僅憑如此的法律表述便認定主觀理論已經過時，那就是在無視解釋法律的所有經驗」。¹¹同樣地，斯勒瑟（Schlösser）¹²和約翰森（Johannsen）¹³也認為在親手實行犯罪的場合仍有可能成立單純的幫助。

約翰森¹⁴認為，在實行犯罪的場合成立幫助要「在最大限度上予以排除」，但是，他允許一種例外的存在：「在從法律上取消個體……以至於實行犯罪者自己不是作為個體在行事的那些集體主義制度中實施犯罪」即為此例。

但是，不同於前述作者地，從現在開始，人們必須承認法律上已經規定了實行者成立正犯所有情形。首先，第 25 條第 1 款的字義是明確的。既然「自己……犯罪者」，依照法律要「作為正犯……加以處罰」，那麼，將如此行事者在特定情形下仍然僅以幫助者論處，便和制定法之間存在抵牾；根據法條表述的字義，不宜認為，故意且親手地

5

¹⁰ 《刑法總論》，第 2 版，1975 年版，第 14 節，邊碼 168，第 581 頁；不過，他也願意讚賞在大多數的案件中「拋棄」極端主觀理論。再次表達這種意義的，見施米德霍伊澤爾，《施特雷、韋塞爾斯祝賀文集》（Stree/Wessels-Festschrift），1993 年版，第 345 頁，註腳 7。

¹¹ 《學生用書》（StuB），第 2 版，1984 年版，第 328 頁。

¹² 《法學綜覽》（JR），2006 年，第 102 頁以下，尤其是第 107 頁。

¹³ 《判例中參與學說的發展》（Die Entwicklung der Teilnahmelehre in der Rechtsprechung），2009 年版，第 40-41 頁（在制度犯罪（Systemverbrechen）的場合）。

¹⁴ 《判例中參與學說的發展》，2009 年版，第 42 頁。

實現了所有犯罪情狀的人「自己」沒有犯罪。施米德霍伊澤爾的那種「法條的措辭不能阻止做別種解釋」的觀點，我是不贊成的。如果採納他的觀點，那就意味著，立法者不具備在解釋者作不同理解的情形下（克服阻力）推行有效指令的能力。而這不僅有悖於罪刑法定原則，而且將從原則上否定制定法的優先效力。

- 6 其次，從對法律的歷史解釋的角度，1962 年《草案》給出的理由也是清晰的，我們今天法條中的表達正是源於該《草案》。依照這部《草案》的論述¹⁵，直接正犯指的是「自己犯了罪的人，即以其個人實現了所有構成要件要素的人……這一概念式定義清楚表明，自己犯罪者（例如親自殺人者）……，始終是正犯，而不會像在以前的判例中偶爾認可的那樣，也可能由於欠缺正犯意思而成為參與者。」《第二部刑法改革法》採納了 1962 年《草案》的表述。刑法改革特別委員會針對《第二部刑法改革法》草案有過書面報告。¹⁶在該書面報告中，特別委員會（認為其任務僅限於補充性地修訂 1962 年《草案》），雖然沒重複舊的理由，但決未以任何字眼違背這一理由，因此，這一理由對於現在將要施行的刑法也是有效的。

- 7 如果拉克納還要訴諸於「特別委員會的指導意見」以堅持另一種理解，那麼，我們就必須指出，議會委員會那些沒給法律文本和理由留下任何結果的討論內容，並不能挑戰立法者所作出的清晰無疑的決定。除這一點外，從委員會的指導意見的記錄中，也根本無法得出，該委員會希望將實行者是否成立正犯的問題「留」給判例去「審查」。施圖爾姆（Sturm）參加了特別委員會的第 82 次會議和第 91 次會議。他從聯邦司法部的角度做了開場報告，開啟了人們對「正犯和參與」的討論。¹⁷他的報告的核心關注點，正是實行者是否可能成立幫助這

¹⁵ 《聯邦議會印刷品》，第 4 任期，第 650 號，第 149 頁（Bundestagsdrucksache IV/650, 149）。

¹⁶ 《聯邦議會印刷品》，第 5 任期，第 4095 號。

¹⁷ 1967 年 10 月 4 日第 82 次會議，《記錄》，第 1647-1650 頁；1967 年 12 月 14 日第 91 次會議，《記錄》，第 1821-1824 頁。

一問題。司法部提出了兩種措辭方案，第一種是將直接正犯用我們今天的法條文字（「誰自己從事犯罪」）來表達，而另一種則放棄了對於直接正犯和間接正犯的定義。他對此作了如下的說明：¹⁸「事實上，在 1962 年《草案》和《選擇性草案》的正犯定義中，是必須承認立法者作出了相應提示的。在立法者看來，那些自願且未有悖於社會常態地依附於他人的、親自實現所有構成要件要素的人，乃是正犯而非參與者。因此，根據前所擬定的正犯定義，在像『澡盆案』和『斯塔斯欽斯基案』這類案件中，將來恐怕不會再只將當事人認定為幫助了。樂於接受該種結論的人，肯定贊同法條對正犯進行定義。但是，那些迄今為止一直希望借助學說和判例的進一步發展來回答這一問題的人，則會要求不對正犯和直接正犯作出定義」。在辯論快結束時，他再次強調¹⁹，「我們這裡將要做出的實質性決定的意義在於：委員會是否希望阻止在將來再次出現與斯塔斯欽斯基案類似的判決？」在緊接著的「原則性表決（Grundsatzabstimmung）」中，特別委員會支持了在現行法中規定正犯的定義，該次表決中反對的票數只有一票；而在隨後的「最終表決」中，甚至一致地贊成規定正犯的定義。如此的情況，也就意味著，對於以此種方式在立法上預先防止未來出現承認極端主觀的參與的判例，立法者是有認識且有意願的。

但是，施圖爾姆自始就是站在反對 1962 年《草案》所提供的理由這一邊的。他希望在少數的例外場合（即拉克納所稱的「極端案件」）留出將實行者只論以幫助的可能性。當然，這類案件說白了甚至應當比「斯塔斯欽斯基案」更為極端罕見，以至於其將來幾乎根本就不會發生；不過，仍有疑問的是，人們應當如何來論證這些例外。在委員會的指導意見中，德雷埃爾（Dreher）做了這方面的唯一一次的努力，在記錄中，他是這樣嘗試論證的：²⁰「人們有意這樣說：『誰自己

¹⁸ 同上，第 1823 頁。

¹⁹ 同上，第 1826 頁。

²⁰ 同上，第 1825 頁。

從事 (begeht) 犯罪』，而非『實行』(ausführt) 犯罪。『從事』是一個規範性的概念，它需要解釋。人們可以設想出某種實現了所有構成要件要素卻只是幫助的極端案件。像命令他人射殺的案件即是其例。在這種情形中，上級命令了五個人去槍殺某人，而這五人受到這種強迫也照做。這五人針對犯罪應該就不具有完全的支配，進而不是犯罪過程之核心形象；他們只是工具。在這種案件中，所建議使用的文字表述便有可能使得這五個人只成立幫助。不過，下命令者無論如何是符合『或者通過他人從事』的字眼的」。

- 9 (德雷埃爾的) 這一推論只是使得在將來仍有可能對「極端案件」如何評價加以討論。但是，人們也可以不遵從德雷埃爾的這種論證；同樣地，聯邦法院在如何評判「柏林牆射殺者」時，也沒有遵從這種論證邏輯：在聯邦法院看來，射擊的命令不會改變射殺者的正犯資格（參見本書下文（第 43 節——譯注）第 38 項，邊碼 63）。當然，如果「從事」這個詞也包括非親手的正犯，那麼，可以認為它在這個意義上體現出了「規範性」的特徵；從另一方面看，正如立法者在第 25 條所做的那樣，其也就不能將之也用於指稱間接正犯和共同正犯。早在 1955 年，聯邦司法部即在其第一份建議書²¹中對它的用語做了闡釋，而這份建議書和我們今天的法條文本是相吻合的。它這樣闡釋道：「較之於『實行』，人們當時選擇了『從事』這樣的表達，是因為『實行』暗示了親手性」。但是，這顯然只是說，『從事』犯罪不一定是親手「實行」，而沒有說，『實行』（亦即親手實現構成要件）不需要在正犯的意義上去犯罪。「親自從事」犯罪和根據第 25 條第 1 款無例外地屬於正犯者指的是親手實行者，這樣一種認識，根本不是從「從事」這個概念中得出來的，而是從「自己」這個詞中得出的。「自

²¹ 聯邦司法部幹事就「正犯和參與」問題的建議和意見，載《大刑法委員會會議記錄》(Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission)，第 2 卷，1958 年，附件第 38 頁以下（第 40 頁）；在施瓦姆 (Schwalm) 的報告中，聯邦司法部的同樣觀點，見《記錄》，第 2 卷，第 92 頁。

己」這詞除了理解為直接以自己的人身實現犯罪的含義之外，無法作別種理解。²²正如 1962 年《草案》的理由所表明的那樣，草案當時對這樣的字詞的使用，決不能做其他理解。由於法條的文義表述沒有為「在親自從事犯罪的案件中否定正犯（即使只是在極端案例中）」留出最低限度的活動空間，因此，在判例中作如此解釋的可能性被堵死了。而這種形式的解釋只是由德雷埃爾一人所主張，特別委員會也沒有針對他的這種解釋進行表決。取而代之的是，特別委員會只針對今天施行的法條中的正犯定義進行了表決，因此，就德雷埃爾提出的「極端案件」的問題，特別委員會沒有發表任何明確的意見。之後，德雷埃爾對第 25 條進行了評注。²³在評注中，他表達了對我的觀點的支持：「實現了全部構成要件要素的那種人，始終是正犯」。這就明確表示出，他也不再堅持他之前在特別委員會中所發表的觀點。這樣，就更加沒有理由，將他的這種觀點解釋到我們的法條裡面去，甚至只是做這樣解釋的可能性也沒有。

然而，實際上也不存在將「極端案件」中的實行者只以幫助來處 10
罰的刑事政策方面的需要。因為即便是在特別委員會裡，所有的與談者當時也一致同意，像「澡盆案」²⁴或「斯塔斯欽斯基案」²⁵這類情形中的行事者依照新法必須論以正犯。這樣，剩下來的唯一可以被認作極端案件的，便是基於槍殺命令的射殺者了。在這類案件中，通常只能認定第 213 條那種可能判處相對較低刑罰幅度的殺人罪（不管怎樣，這時幾乎所有的案件都過訴訟時效了）。撇開這一點，即便不存在第 35 條第 1 款中的免除罪責的強迫情形，（第 17 條的）禁止錯誤和

²² 霍斯特科特（Horstkotte）在委員會指導意見中也強調（同上，第 1826 頁）：「這樣，『自己』這詞就特別重要了。這一規定的意義在於，通過此種方式為否定當時判例中的做法定了調。」

²³ 《刑法典（評注）》（StGB），自第 35 版以後，1975 年版，第 25 條前言，邊碼 1，A。

²⁴ 對此，參見本書索引中的諸多內容（Nachweise）。

²⁵ 對此，參見索引中的內容以及下文（第 43 節——譯注）第 2 項，邊碼 27 處對該案的詳盡分析。