

法学研究·犯罪参与体系专题研究

【编者按】区分制与单一制是世界范围内关于共同犯罪参与体系的两种不同立法模式。近年来,我国刑法规定的究竟是区分制还是单一制这一问题成为学界关注的焦点之一。这背后的理由当然首先与刑法典自身有关,如果立法规定足够清楚,该问题本不该成为学术争鸣的对象。至于区分制与单一制孰优孰劣,则是独立于立法之外的另一个问题。

在此背景之下,由中国社会科学院大学政法学院、中国社会科学大学新时代法治创新高等研究院主办,德国汉斯·赛德尔基金会协办的第五届中德刑事法研讨会(2019年10月)决定将区分制与单一制作为其中一个主题,分别邀请了德国慕尼黑大学的许内曼(Schünemann)教授以及奥地利林茨大学的绍特纳(Sautner)教授,与中国社会科学院大学政法学院的何庆仁教授一起围绕该议题进行了中、德、奥三国的比较研讨。此次刊载的三篇论文即为三位报告人提交给会议的主报告。

奥地利和德国分别是单一制与区分制立法的代表性国家。绍特纳教授在论文《奥地利刑法中的单一正犯》中详细剖析了奥地利单一制立法模式下各参加者的自治答责性与个别从属性之间的关系,介绍了功能单一制下的不同正犯形式;许内曼教授则在《评刑法中的单一正犯法律构造》的报告中对绍特纳教授报告中有关单一制体系从语言分析、概念贫瘠、可罚性扩张以及单一制并不能真正简化法律适用等方面予以了强烈批判;何庆仁教授的论文《区分制与单一制:中国刑法的立场与抉择》分别从立法、司法与学理三个层面对我国刑法的实然立场与应然抉择进行了分析。希望并相信这三篇论文能够对国内的相关讨论有所助益!

奥地利刑法中的单一正犯

[奥地利] 莉安妮·绍特纳

【摘要】《奥地利刑法典》第12条规定了直接正犯、唆使正犯与协助正犯三种正犯形式并要求都以(单一的)正犯论处,教义学称之为功能性的单一正犯。在不法和罪责的判断上,通说主张对于三种正犯形式原则上遵循从刑法第13条导出的自治答责性原则对各个正犯分别进行评价。但由于奥地利法秩序中不存在德国法上的间接正犯类型,在毒汤案中对于没有罪责的最后行为者以及幕后者的正犯形式认定上存在争议。此外,通说在例外情况下如涉及唆使未遂、协助未遂与特殊义务犯的唆使协助等,适用所谓的个别的从属性对正犯的可罚性范围以及量刑幅度予以限定。最后,从刑法的一般预防机能出发,单一正犯模式有利于保障公民对于可罚行为的预见可能性,另外,因为遵循自治答责原则,因此并不具有导向行为人刑法的危险,且由于个别从属性的例外承认,也不会导致过度的可罚性扩张。

【关键词】功能性的单一正犯 自治答责性 个别的从属性 未遂犯 特殊犯

【作者简介】莉安妮·绍特纳(Lyane Sautner),奥地利林茨大学法学院教授。

【译者简介】翟辉,中国社会科学院大学政法学院2017级硕士研究生。

【校者简介】陈晰,德国慕尼黑大学法学院2012级博士研究生。

【中图分类号】DF61 **【文献标识码】**A **【文章编号】**1000-2952(2020)04-0015-10

一、法律渊源

“不仅直接正犯实施可罚的行为，而且所有唆使他人实施上述行为的人，或者所有对此实施提供协助的人，也实施了可罚的行为。”《奥地利刑法典》第12条的这句话构成了刑事刑法中参与理论的基础。刑法第12条的规则内容包含了三个中心观点：第一，刑法第12条是刑罚扩张规范。^① 刑法分则的个罪中除了少数例外^②，都是为直接的犯罪行为实施而设计的。如果没有刑法第12条，当人们要处罚那些唆使别人实施犯罪或者共同参与的人，便违反了——尤其在行为限定的个罪场合——罪刑法定原则。^③ 第二，根据刑法第12条，所有参与可罚行为的人均是正犯。因为根据法条的构想只有正犯，而没有（狭义的）共犯（Teilnehmer）。由此奠定了所谓的单一正犯的基础，这与狭义共犯体系明显不同。刑法第12条的标题内容就强调了这一点：“所有参与者都以正犯论处。”据此，刑法中的正犯概念因此是扩张的，这意味着它包含了针对应受刑罚处罚的行为的所有参与形式；^④ 同时它也是排他的，因为这里不存在其他并非正犯的参与形式。^⑤ 法律根据参与的方式进行了显著的区分。它区分了直接正犯（Unmittelbare Täterschaft）、唆使正犯（Bestimmungstäterschaft）和协助正犯（Beitragstäterschaft）。直接正犯指实施可罚的行为，例如杀害他人，唆使正犯指故意地促成可罚的行为，协助正犯是其他的对可罚行为的参与。奥地利的单一正犯因此被称为功能性的单一正犯。^⑥ 第三，从刑法第12条可以得出对于所有的正犯形式适用同样的刑罚幅度的结论。它们（在量刑方面）的区分——如同德国刑法在这点上所规定的——则未被奥地利刑法所采纳。甚至对未遂犯的参与（Beteiligung an des Versuchs）也没有改变刑罚范围（刑法第15条第1款）。以统一的刑罚幅度为基础，法庭承担在刑罚裁量的范围内对每个单独的参与者判处适当的刑罚的职责。

事实上，奥地利在犯罪参与方面与德国一样产生了完全类似的问题，例如：直接正犯的犯罪行为发展到什么程度，以至于产生既遂犯或者未遂的参与的可罚性？如果某人与其他人分担直接的犯罪行为实施，在何种条件下某人的行为是应受刑罚处罚的。或者如果某人的违法行为最后在因果链条中发挥作用会产生什么后果，是具备刑事处罚性的还是无需指责的？问题是相同的。在参照的体系中可

① Vgl. Steininger in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer (Hrsg.), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch (SbgK), § 12 Rn. 67. 根据另外的观点，刑法第12条涉及的是有效的法定的解释规则，参见 Nowakowski, Zur Einheitstäterschaft nach § 12 StGB insbesondere im Hinblick auf § 15 Abs. 2 StGB und § 314 StPO, RZ 1982, 124 (130); Höpfel, Einige Fragen der subjektiven Tatseite bei Beteiligung mehrerer, ÖJZ 1982, 314 (317); Schmoller, Grundstrukturen der Beteiligung mehrerer an einer Straftat-die objektive Zurechnung fremden Verhaltens, ÖJZ 1983, 337 (344); Kienapfel/Höpfel/Kert, Strafrecht Allgemeiner Teil, Aufl. 15, E4 Rn. 3.

② 例如按照刑法第164条第1款不同的行为，为窝藏提供资金支持的，被提升为直接正犯。

③ 相似的观点 Schmoller, ÖJZ 1983, 344.

④ Kienapfel/Höpfel/Kert, Strafrecht Allgemeiner Teil, Aufl. 15, E2 Rn. 8; Triffterer, Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil, Aufl. 2, S. 386ff.; Fabrizy, in Höpfel/Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Aufl. 2, § 12 Rn. 10.

⑤ 主流观点参见例如 Kienapfel/Höpfel/Kert, Strafrecht Allgemeiner Teil, Aufl. 15, E 2 Rn. 40. Steininger, Strafrecht Allgemeiner Teil II, Kap. 21 Rn. 8.

⑥ Vgl. Kienapfel, Die Einheitstäterregelung der §§ 12 ff und §§ 32 ff StGB, JBI 1974, 113 (121ff); Höpfel, ÖJZ 1982, 321f.; Friedrich, Triffterers Beteiligungslehre-eine vermittelnde Lösung? RZ 1986, 227 (232); Kienapfel/Höpfel/Kert, Strafrecht Allgemeiner Teil, Aufl. 15, E 2 Rn. 41a; Steininger in SbgK, § 12 Rn. 23; Fabrizy in WK StGB, Aufl. 2, § 12 Rn. 13; Öner/Schütz, in Leukauf/Steininger (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, Aufl. 4, § 12 Rn. 4; OGH SSt 50/30; OGH SSt 53/42; OGH EvBI 1982/98; zum davon abweichenden Konzept einer reduzierten Einheitstäterschaft siehe in Vgl. Friedrich, RZ 1986, 231; ders., in Schmoller (Hrsg.), Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag (1996), 43 (53 ff., 55 f.); Steininger in SbgK § 12 Rn. 30; Öner/Schütz in Leukauf/Steininger (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, Aufl. 4 § 12 Rn. 4; vgl. jedoch Fuchs/Zerbes, Strafrecht Allgemeiner Teil I, Aufl. 10, 32. Kap. Rn. 42, die auf das Gesamtgeschehen abstellen, zu dem ein kausaler Beitrag geleistet wird.

以找到答案，奥地利与德国存在不同。下文将进一步介绍奥地利的参与理论。我以一个论点开始，它使得奥地利的单一正犯最显著地与德国的参与体系区别开来，这就是所有参与者的独立答责性。

二、所有参与者的自治答责性 (Autonome Verantwortlichkeit)

所有的参与者都与一项犯罪行为相关联，他们以某种方式都参与了这一行为。这一犯罪发挥着共同连接点的作用，无此则人们无需参与理论。这种事实上的关联却没有说明不同犯罪行为部分的刑法上的评价。在单一正犯体系中，每个参与者对犯罪行为的参与原则上予以独立地评价。一方面，这一论点是刑法第 12 条不同正犯形式的法定的同等地位得出的结论。^① 如果参与的所有形式是等价值的，那么所有的参与形式都不适宜作为评判他者的法律评价标准发挥作用。另一方面，独立的刑法评价可以从第 13 条中推导出。据此，每个犯罪行为的参与者根据他独立的罪责受到处罚。一个几乎同义的规定同样存在于德国刑法（德国刑法第 29 条）；但是它有一个功能，即将从属性限制在故意且违法的实施犯罪行为范围。^② 与此相对，刑法第 13 条意义上罪责的出发点是来自于由每个参与者所实现的不法。总而言之，刑法第 12 条和第 13 条意味着每个正犯仅对自己的不法和自己的罪责答责。^③ 与狭义共犯体系不同的是，单一正犯原则上放弃了从属性。^④ 直接正犯是否故意或者违法地实施，对于唆使正犯或者协助正犯的行为评价不起作用。单一正犯完全没有产生在德国讨论的问题，即是否对于不同的参与形式存在着不同的处罚根据。对于所有的参与形式可罚性的根据都是个罪所保护的各个法益的侵害或者威胁。

这种独立的答责性的后果是，何种个罪得以实现的问题对于每个参与者来说要特别地评价。取决于故意的方向，参与者可能对不同的个罪答责：如果直接正犯用武器胁迫他的被害人，以阻止其向警方告发他，他就犯了强制罪（刑法第 105 条）。对于如果是提供武器的协助正犯而言，重要的“仅仅”是被害人由于恐吓行为陷入恐惧和不安，那么他基于危险的恐吓罪的贡献承担（刑事）责任（刑法第 12 条第 3 种情况，第 107 条第 1 款）。

此外，并不是所有的参与者都必须故意地实施行为。一个非故意的直接正犯要为过失杀人罪（刑法第 80 条第 1 款）负责，而具备谋杀故意的唆使正犯则构成针对谋杀罪的决定（刑法第 12 条第 2 种情况，刑法第 75 条）。直接正犯缺少故意并不改变犯罪事件中的角色分配。无论每个单独的犯罪行为部分的评价如何，正犯形式保持不变。在这种案件中对所有参与者的既遂一致地发生，并不是量的从属性的结果：确切地说，在独立地评价各自的犯罪份额前提下，（既遂）取决于每个构成要件的条件满足。在这一点上，过失杀人罪和谋杀罪是一致的：他们都以另一个人的死亡为前提。^⑤

问题在于，如果在因果链条中最后加入的人实施了刑法上中立的行为，该称之为何种正犯形式。这种情形的典型例子是所谓的毒汤案^⑥：A 将被害人的汤替换为毒药，并委托给 B 将汤端给被害人。A 具有杀人故意，B 并不知情，也没有理由认为汤存在问题，因此 B 甚至不能因过失对被害人的死亡答责。他的行为在刑法上是中立的。谁在这个案例中是直接正犯？对于这个问题在奥地利有各种各样的回答，这取决于对刑法第 12 条的解释。可罚的行为概念是刑法第 12 条的中心。根据法律条

① Vgl. Kienapfel/Höpfel/Kert, Strafrecht Allgemeiner Teil, Aufl. 15, E2 Rn. 41a; Steininger in SbgK, § 12 Rn. 23; Fabrily, in WK StGB, Aufl. 2, § 12 Rn. 13; Öner/Schütz, in Leukauf/Steininger (Hrsg.), Strafrechtsgesetzbuch Kommentar, Aufl. 4, § 12 Rn. 4.

② Vgl. Schünemann, in Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafrechtsgesetzbuch Leipziger Kommentar (LK StGB) I, Aufl. 12, § 29 Rn. 1.

③ 主流观点参见 Kienapfel/Höpfel/Kert, Strafrecht Allgemeiner Teil, Aufl. 15, E 2 Rn. 29; Steininger in SbgK, § 12 Rn. 23; Öner/Schütz, in Leukauf/Steininger (Hrsg.), Strafrechtsgesetzbuch Kommentar, Aufl. 4 § 12 Rn. 4.

④ Vgl. Öner/Schütz, in Leukauf/Steininger (Hrsg.), Strafrechtsgesetzbuch Kommentar, Aufl. 4 § 12 Rn. 4.

⑤ 主流观点将同样的情形称为统一的犯罪阶段，例如 Vgl. Steininger in SbgK, § 12 Rn. 23; Fabrily in WK StGB, Aufl. 2, § 12 Rn. 113.

⑥ 修改自 Kienapfel/Höpfel/Kert, Strafrecht Allgemeiner Teil, Aufl. 15, E4 Rn. 24ff. 中的相关例子。

文，不仅仅是直接正犯实施了可罚的行为，而且包括了每个唆使他人去实施这一行为或者对实行提供协助之人。主流观点将刑法第12条中的应受刑罚处罚的行为概念视为种类概念，这勾勒出个罪的典型要素，但这并不限于直接正犯的行为。^① 唆使正犯和协助正犯也可以实施应受刑罚处罚的行为，确切地说是每个人实施他自己的。根据这种观点，B应该在毒汤案中是直接正犯，因为他在进行的因果链条中对于被害人的死亡作为最后一个人发挥作用；A却是唆使正犯，因为他引起了B相应的行为决定，决定了他去实施行为。^② 有一个重要的论据反对这种观点：即便准确地讲，可罚的行为概念并没有限制在直接正犯，进而也没有在参与理论中承担核心的控制功能，但它无法在语言上与该概念和目的论的核心相分离。^③ 应受刑罚处罚的仅仅在于，谁创设了经验上和规范上对于刑法所保护法益的不被允许的风险。^④ 谁没有做这些，谁就不会作为正犯来讨论。根据这个观点，B在毒汤案中并不是直接正犯。端汤的行为没有奠定对他人生命的可见的风险基础，只要没有证据显示汤的毒性。直接正犯的角色应当归于A，他要由于谋杀以直接正犯（刑法第12条第1种情形，刑法75条）答责。

所有参与者的自治答责性最终会导致，如果唆使正犯或者协助正犯自身对于超出直接正犯的（犯罪）部分实施了违法且有责的行为，那么这一超出部分仅能由他承担刑事责任。如果直接正犯比犯罪行为计划预想的做的更多或做的是其他内容，人们也会称之为超出部分。例如，如果直接正犯实施了抢劫性盗窃（刑法第131条）而不是（计划实施的）简单的盗窃（刑法第127条），或者说谋杀了被害人（刑法第75条）而不是抢劫（刑法第142条）。对唆使正犯和协助正犯的刑法责任首先以此为前提，即他的行为对于直接正犯的犯罪行为是具有因果关联的。另外，该责任取决于，唆使正犯或者协助正犯是否故意实施了与超出部分有关的行为。^⑤ 详言之，与此相关的还有一系列问题，例如事实上与事先设想的因果流程偏离是否重要，或者直接正犯对被害人身份的错误对唆使正犯或者协助正犯起怎样的作用。^⑥

三、个别的从属性（Punktueller Akzessorietät）

所有参与者的自治答责性是奥地利单一正犯的特征，但这个理念也同样承认例外。在个别场合，成文法将唆使正犯或者协助正犯的可罚性与直接正犯的犯罪行为的特定品质连结起来。通过这种方

① Vgl. Friedrich, RZ 1986, 231; ders., in Schmoller (Hrsg.), Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag (1996), 43 (53ff., 55f.); Steininger in SbgK, § 12 Rn. 30; Öner/Schütz in Leukauf/Steininger (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, Aufl. 4, § 12 Rn. 4; vgl. Jedoch Fuchs/Zerbes, Strafrecht Allgemeiner Teil I, Aufl. 10, 32. Kap. Rn. 42, die auf das Gesamtgeschehen abstellen, zu dem ein kausaler Beitrag geleistet wird.

② Kienapfel/Höpfel/Kert, Strafrecht Allgemeiner Teil, Aufl. 15, E 4 Rn. 25. Fuchs/Zerbes, Strafrecht Allgemeiner Teil I, Aufl. 10, 33. Kap. Rn. 6.

③ Vgl. Steininger in SbgK, § 12 Rn. 35.

④ Vgl. Schmoller, ÖJZ 1983, 379ff.; Moos, Sozialadäquanz und objektive Zurechnung bei Tatbeiträgen im Finanzstrafrecht, im Leitner (Hrsg.), Aktuelles zum Finanzstrafrecht. Beiträge zur Finanzstrafrechtlichen Tagung 1996 (1996), 85 (101); Triffterer, Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil, Aufl. 2, 396f.; Steininger in SbgK, § 12 Rn. 35; Birkbauer, in Höpfel/Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Aufl. 2, § 75 Rn. 62; Durl, Kettenbestimmungsversuch. Der Versuch der mittelbaren Beteiligung an Straftaten (2019), 178ff.

⑤ 如果超过部分的对象是犯罪行为的特别结果，这根据法律至少必须是由于过失所导致的，那么在决定正犯或者协助正犯の場合也需要过失。举例来说，决定了直接正犯通过枪这种武器实施身体伤害的人，如果枪击被害人可能导致其死亡，这一结果对他来说是可预见的，那么他过失造成被害人的死亡。

⑥ 四个关于直接正犯对犯罪行为客体的身份错误的讨论案件，根据奥地利的主流观点对于决定正犯或者协助正犯是影响故意的重大的犯罪行为偏离。参见 Kienapfel/Höpfel/Kert, Strafrecht Allgemeiner Teil, Aufl. 15, E 4 Rn. 45; Fabrizy, in Höpfel/Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Aufl. 2, § 13 Rn. 8; Birkbauer in WK StGB, § 75 Rn. 60. Fuchs/Zerbes, Strafrecht Allgemeiner Teil I, Aufl. 10, 33. Kap. Rn. 74. 正确的不同观点 OGH SSt 51/45=EvBI 1981/132: 不存在偏离，如果对参与者来说犯罪行为客体的个别性是不重要的。

式，可以在这个领域内对可罚性从刑事政策上进行较为满意的限制。特殊情形涉及未遂和对所谓的特别犯的参与。下文将从未遂开始。

值得刑罚处罚的不仅仅是针对既遂的故意犯的参与，而且包括每个对未遂犯的参与。根据刑法第 15 条第 1 款，如同既遂犯一样适用同等的刑罚处罚。如果直接正犯进入了未遂阶段，那么人们会称之为对未遂的参与。例如人们会思考这样的案件，直接正犯将上了膛的武器瞄准被害人，以便立刻杀死他。谁唆使了他故意地实施该行为，就要对唆使杀人未遂负责（刑法第 15 条第 1 款，刑法第 12 条第 2 种情形，刑法第 75 条）。谁为此购买了武器，就要为针对谋杀未遂的杀人故意的协助负责。对于唆使正犯来说，在直接正犯进入未遂阶段之前就具备了可罚性，不同于协助正犯在此时才产生可罚性。按照刑法第 15 条第 2 款，犯罪行为是未遂的，“只要正犯通过实施直接前置的行为着手实现犯罪的决意或者唆使他人产生实施犯罪的决意的。”只要唆使正犯着手了一项行为，该行为应与他的犯罪计划相符，可直接转变为指定，他便逾越了可罚性的界限。例如，行为人将一条要求（直接正犯）杀害第三人的短信输入其手机之中，并想要立即发送出去时，未遂便成立了。短信接收者是否遵照这一请求，对于唆使正犯的可罚性而言并不重要。换言之，仅仅是唆使未遂（Bestimmungsversuch）证成了（唆使正犯的）可罚性。而对于协助正犯而言，则适用另外的法状态（Rechtslage）。由于协助正犯在刑法第 15 条第 2 款中没有提及，就此可以得出反面推论，轻微的协助未遂不可罚。^① 协助正犯的可罚性取决于，直接正犯的犯罪行为到达了未遂阶段。这种对直接正犯的犯罪行为进展的依附性就是限制的量的从属性（limitierte quantitative Akzessorietät）。^②

更加困难的问题是，什么情况下意味着直接正犯到达了未遂阶段。这个问题无论对于唆使正犯还是对于协助正犯来说都发挥了重要作用。法律宣称，直接正犯通过直接前置的行为着手实行了实施犯罪的决意。直接正犯必须故意地实施该行为吗？根据判例和部分理论观点，这不是必要的。直接正犯客观地到达了未遂阶段就已经足够，即从外部看已经实施了一个举动，它已经是实行行为或者接近实行的行为。^③ 这个观点并不让人信服，因为在不考虑行为人的意志方向情况下，举动的意义根本无法确定。^④ 所以用上了膛的武器瞄准既可能是射击训练也可能是谋杀的前阶段。因此如下建议也没有说服力，并非根据行为人的故意而是根据行为人的行为意志^⑤——在我们的例子中是射击意志——来认定未遂。因而，从未遂的法律本质中得出对于未遂的参与而言最低限度的质的从属性：针对未遂的唆使或者协助仅仅当直接正犯是故意时才是可能的。^⑥ 这种片面的质的从属性并没有使得参与者的独立的可答责性概念成为问题，而是在所选取的范围中进行补充。

此外，在其他的场合成文法也运用从属性规则，以限制参与者与未遂相关联的可罚性：按照刑法第 15 条第 3 款的规定，如果犯罪既遂因如下情形无论如何都不可能，即如果缺少成文法所要求的个人身份或者作为行为者前提的关系，又或者存在行为方式或者犯罪所针对的对象形态方面的缺失，则未遂和对此的参与是不可罚的。所谓绝对的不能犯未遂，完全被评价为失败，据此应当是免

① 主流观点 Vgl. Etwa Kienapfel/Höpfel/Kert, Strafrecht Allgemeiner Teil, Aufl. 15, E 6 Rn. 36. Steininger in SbgK, § 12 Rn. 118; Vgl. Fabrizy in WK StGB, Aufl. 2, § 12 Rn. 108; RIS-Justiz RS0090016.

② Vgl. Öner/Schütz in Leukauf/Steininger (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, Aufl. 4, § 12 Rn. 50; RIS-Justiz RS0089552, RS0089518.

③ Vgl. Friedrich, ÖJZ 1986, 232; Fabrizy in WK StGB, Aufl. 2, § 12 Rn. 108; Öner/Schütz in Leukauf/Steininger (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, Aufl. 4, § 12 Rn. 50; OGH SSt 50/2; OGH SSt 56/19; OGH EvBl 2006/117.

④ Vgl. Burgstaller, Zur Täterschaftsregelung im neuen StGB, RZ 1975, 13 (16); Kienapfel/Höpfel/Kert, Strafrecht Allgemeiner Teil, Aufl. 15, E 6 Rn. 43; Steininger in SbgK, § 12 Rn. 114.

⑤ So Friedrich in FS Triffterer, S. 65; Fuchs/Zerbes, Strafrecht Allgemeiner Teil I, Aufl. 10, 34. Kap. Rn. 12ff.

⑥ Vgl. Steininger in SbgK, § 12 Rn. 114.

于刑罚处罚的。不可罚并没有限于直接正犯，而是也同样适用于唆使正犯或者协助正犯。这在刑法第15条第3款中涉及附带量刑优待效果的从属性规则^①。^②

同样，参与在特别犯（Sonderdelikte）中也被部分赋予了从属性。特别犯是以正犯具有特定身份或者关系为前提的犯罪，举例来说，职务犯罪中的职务身份（刑法第302条以下）或者在生产时实施杀婴犯罪时孕妇心理的特殊情况（刑法第79条）。如果参与者并不具备犯罪所要求的正犯要素，问题在于，他是否能同样实现了个罪。这一点仅仅在此时是可能的，即如果另一个参与者的特别身份或者关系以质的从属性的方式归属于他。^③

奥地利刑法的解决方案建立在区分关涉个罪不法的正犯要素和关涉（行为人）罪责的要素的基础上。在仅仅包含决定责任的正犯要素的个罪场合，从属性是被排除的。按照刑法第14条第2款，法律仅仅适用于个人自身满足特别的正犯要素的参与者。谁因此唆使了孕妇杀害了她的孩子，就会由于针对谋杀的唆使（刑法第12条第2种情况，刑法第75条）而答责。对于孕妇来说，触犯生育时的杀婴犯罪（刑法第79条），这与谋杀相比明显是较轻的量刑范围。

不同的是在标明不法的特别犯（unrechtsgeprägte Sonderdelikte）的法律状况。刑法第14条第1款第1句规定，即便仅仅满足一个特别的正犯要素，法条也适用于所有参与者。这一规定确立了质的从属性（qualitative Akzessorietät），它导致了针对每个参与者的可罚性的扩张，他们甚至不具有特别的身份或者关系。^④从属性的关切点是犯罪主体的特别品质。根据这样的规则，是否不具备特别要素的人也可以是直接正犯是有争议的。^⑤是否特定的个人身份或者关系奠定了可罚性或者仅仅决定了刑罚的高度^⑥，对于刑法第14条第1款第1句并没有起到作用。与德国刑法相关规定相比，这里存在着显著的区别（德国刑法第28条）。上述的基础规则对于两种类型的个罪而言限定适用。^⑦按照刑法第14条第1款第2句，在所谓的自手特别犯（eigenhändigen Sonderdelikte）中，取决于具备特殊要素的人作为直接正犯实施行为。因此对于仅仅特定形式的乱伦犯罪的参与（刑法第212条），仅仅在血亲之间实施性交时才可能。在所谓的特殊义务犯中（Sonderpflichtdelikte），从属性在此范围内被强化，即具备特殊要素的人必须以某种特定方式参与了犯罪。特殊义务犯的不法是通过特定义务地位的滥用（Missbrauch einer besonderen Pflichtenstellung）所描述的，并且它要求具备特别要素者实施特定的义务违反行为。^⑧对此，公务权力的滥用罪（刑法第302条）是一个例子。本罪以公务员有意识地滥用他执行公务行为的权限为前提。具备特殊要素者须以何种方式参与，以至于无特殊要素者的参与在特别犯中是可能的，这是一个解释论问题。观点谱系涵盖这里提到的要求有意识

① 译为附带量刑优待效果的从属性规则，意指其他正犯的不能犯从属于直接正犯绝对不能犯未遂不可罚之规定，当出现直接正犯绝对不能犯未遂的情形时其他正犯参与也不可罚。——校者注

② Vgl. Steininger in SbgK, § 12 Rn. 117.

③ 相反，根据另外的观点，仅仅针对具备特殊要素者犯罪行为的参与设立对无特殊要素者特别犯罪的不法；so Fabrizy, in Höpfel/Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Aufl. 2, § 14 Rn. 4.

④ Vgl. Steininger in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer (Hrsg.), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 14 Rn. 14; Fuchs/Zerbes, Strafrecht Allgemeiner Teil I, Aufl. 10, 35. Kap. Rn. 8; a. A. Friedrich in FS Triffterer, 60f. 刑法第14条第1款的后果仅仅是针对犯罪主体身份的分别的构成要件。

⑤ Vgl. Kienapfel/Höpfel/Kert, Strafrecht Allgemeiner Teil, Aufl. 15, E 7 Rn. 6 ff.

⑥ 这种不同当然反映在1852年刑法中特别犯的产生分为真正的特别犯和不真正的特别犯。在真正的特别犯中，正犯的特别身份或者关系奠定了不法，在不真正的特别犯中特别身份或者关系仅仅改变刑罚。但两种情形都是受制于刑法第14条。Vgl. Fabrizy in WK StGB, Aufl. 2, § 14 Rn. 15.

⑦ Vgl. Steininger in SbgK, § 14 Rn. 20.

⑧ Vgl. Kienapfel/Höpfel/Kert, Strafrecht Allgemeiner Teil, Aufl. 15, E7 Rn. 32.

地权限滥用，即明知其错误行为的权限拥有者^①，包括主张轻微的事意的权限滥用即已足的观点^②，以及仅需客观的权限滥用的观点。^③抛开不同解释可能性，可以确定的是，只有具备特殊要素者以特别的参与实现了个罪特别的不法，而这对于特别犯的参与而言是必要的。

四、正犯形式

(一) 直接正犯

如同刑法第二章中第 12 条和第 15 条第 2 款所显示的，成文法将直接正犯理解为可罚行为的实行。^④对此应理解为（分则）个罪所对应的行为。^⑤在一些个罪中，如同谋杀一样仅仅取决于结果的引起，上述行为便是引起结果的因果链条中的最后的行为，像是对另一个人的枪击。在一些犯罪中，如强奸（刑法第 201 条）要求一个特定行为，这取决于这个行为恰恰被（立法者）规定。如同已经说明的，主流观点认为在这个范围内已经足够，即一个行为形式上实现了一个个罪的客观构成要件。甚至如同在毒汤案中通过运用价值考量认定行为是刑法上中立的。^⑥根据另一种观点，上述直接的行为实施所指的行为必须是，与该行为随之而来的是对于受保护法益的经验性的和规范上的不能容忍的风险。^⑦

此外，通过多个直接正犯实施一个可罚的行为也是可能的。如果犯罪行为实行具有共同故意，则存在直接的共同正犯。^⑧这个法律构造的特殊性在于犯罪份额的相互归责。在有意识地分工的共同参与案例中，如果每一个直接共同正犯自己实施了实行行为的一部分，便可适用上述归责原理。^⑨以抢劫罪（刑法第 142 条）的适用为例，如果这个行为被共同地实施，即一个正犯打倒被害人，另一个正犯拿走了被害人的钱包。首先，共同的犯罪行为故意使得犯罪参与相加成立一个抢劫。^⑩这种有意识地且意欲地共同参与并不以事先的约定为前提条件；更确切地说，共同参与的故意在犯罪过程中临时产生就已经足够。^⑪甚至事后遭遇了犯罪行为进程并实施了实行行为的人，也可以成为直接的共同正犯。准确地说他仅仅对他基于共同的故意从他插手时起（所发生的犯罪部分）承担责任。^⑫直接的共同正犯有两个重要的限制：一方面，直接的共同正犯仅仅在实行阶段是可能的。犯罪参与发

① So Fabrizy in WK StGB, Aufl. 2, § 14 Rn. 15ff.; Kienapfel/Höpfel/Kert, Strafrecht Allgemeiner Teil, Aufl. 15, E7 Rn. 34; Öner/Schütz in Leukauf/Steininger (Hrsg.), Strafrechtsgesetzbuch Kommentar, Aufl. 4, § 14 Rn. 11; OGH SSSt 58/74; OGH JBI 2003, 330 批判性的评论 Sautner=EvBI 2002/166=RZ 2002/31=SSSt 64/17。

② Vgl. Reindl-Krauskopf, in Höpfel/Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafrechtsgesetzbuch, Aufl. 2, § 5 Rn. 78; Fuchs/Zerbes, Strafrecht Allgemeiner Teil I, Aufl. 10, 35. Kap. Rn. 20a; Sautner, JBI 2003, 333 (Anmerkung) .

③ Kienapfel/Schmoller, Studienbuch Besonderer Teil III, Aufl. 2, § 302 Rn. 75; Hinterhofer/Rosbaud, Strafrecht Besonderer Teil II, Aufl. 6, § 302 Rn. 60b.

④ Vgl. Steininger in SbgK, § 12 Rn. 41.

⑤ 主流观点 vgl. Etw. Kienapfel/Höpfel/Kert, Strafrecht Allgemeiner Teil, Aufl. 15, E3 Rn. 3。

⑥ So Kienapfel/Höpfel/Kert, Strafrecht Allgemeiner Teil, Aufl. 15, E 4 Rn. 25; Fuchs/Zerbes, Strafrecht Allgemeiner Teil I, Aufl. 10, 33. Kap. Rn. 6.

⑦ Vgl. Steininger in SbgK § 12 Rn. 35.

⑧ 如果缺少这个连接性的要素，那么许多独立于引起的直接正犯将被视为同时正犯。

⑨ Vgl. Kienapfel/Höpfel/Kert, Strafrecht Allgemeiner Teil, Aufl. 15, E 3 Rn. 5; Steininger in SbgK, § 12 Rn. 50; Fabrizy in WK StGB, Aufl. 2, § 12 Rn. 24.

⑩ Vgl. Etw. Steininger in SbgK, § 12 Rn. 54. 与此相对与多类型犯相关，不同的观点 Fuchs/Zerbes, Strafrecht Allgemeiner Teil I, Aufl. 10, 33. Kap. Rn. 20。

⑪ Vgl. Steininger in SbgK, § 12 Rn. 52; OGH SSSt 60/21.

⑫ So Fuchs/Zerbes, Strafrecht Allgemeiner Teil I, Aufl. 10, 33. Kap. Rn. 21; Steininger in SbgK, § 12 Rn. 54. 根据判例和理论部分观点，对于后加入的人而言资格仍然会被归属，在他们介入时已经既遂，只要他们具备故意（承继的共同正犯），Fabrizy in WK StGB, Aufl. 2, § 12 Rn. 30; RIS-Justiz RS0090006。

生在犯罪行为实行的前阶段时，则不是直接的共同正犯。另一方面，直接的共同正犯至少要求实施部分的实行行为。这意味着在实行阶段已经完成的犯罪行为协助也不可能成立直接的共同正犯。通过这两项限定，（奥地利）直接的共同正犯与德国刑法中的共同正犯相区别，在德国，根据代表性的观点，犯罪行为的参与在预备阶段会被提升为共同正犯。^① 由此产生的共同正犯与帮助犯的必要界限在德国引发了学者们大量的论证努力。这是可以理解的，归责为共同正犯还是帮助犯决定了刑法条文的轻重。^② 法律后果的可预见性却不一定是合适的。

直接的共同正犯不能改变所有参与者的自治答责性。它不是被评价的共同体。确切地说，每一个直接正犯的犯罪参与应该被独立地评价。共同的犯罪行为故意并不足以说明，直接的共同正犯实现了不同的犯罪类型。^③

（二）唆使正犯

唆使正犯是刑法第12条所述的第二种正犯形式。唆使正犯即指示他人实施可罚行为者。指示的对象就是犯罪行为的直接实施。对犯罪协助的唆使因此可以是纯粹的犯罪协助。^④ 成文法并未明示如何实现唆使，各种对其他人的心理作用都可能成立。这可以分为建议、请求、命令和威胁，直至实施暴力（迫使）。对他人施加影响的行为本身的强度，并没有改变唆使行为的特质。只有当暴力是不可抗拒的，相关人员物理上没有选择其他行为的可能性时，便不构成唆使，而是成立直接正犯。^⑤ 决定性的是，唆使行为引起了直接正犯的犯罪决意，进而去实施犯罪行为。直接正犯的行为决意与故意并不等同，以至于针对过失的唆使同样是可能的。^⑥ 在唆使行为和通过直接正犯实施的犯罪之间必需的链条是心理上的因果关系。如果被唆使者在被唆使前已经产生了犯罪决意，就缺少因果性。^⑦ 唆使的成立，以被唆使的犯罪行为至少在很大程度上由唆使者粗略地指出为前提。^⑧ 这意味着法益侵害的方式和攻击方向必须明确。唆使的接收者无须为唆使者所知悉。如果接受者的范围是确定的或者可确定的，就已经足够。^⑨ 有争议的是，是否唆使正犯只能是故意，还是过失也可以成立。^⑩ 如果人们考虑到，唆使的概念具有目的性的特征，故唆使正犯应当限制在行为决意的故意引起。^⑪ 唆使正犯在主观方面因此要求两个方面^⑫：一方面是唆使正犯唆使他人通过其行为实施特定的犯罪行为的故意，另一方面是相关犯罪的特定犯罪故意。

（三）协助正犯

协助正犯作为刑法第12条的第三种所谓的正犯形式实现了兜底功能。犯罪协助这一一般条款（Generalklausel）涵盖所有为直接正犯的犯罪实施创造条件、提供便利、保障甚至是推动其实施的行

① Siehe dazu die Übersicht bei Schönemann in LK StGB, Aufl. 12, § 25 Rn. 180 f. sowie die Kritik daran Rn. 182.

② 相反，在奥地利直接正犯和协助正犯适用同样的刑罚。区分的实际意义仅仅在于未遂的协助正犯是不可罚的，而未遂的直接共同正犯符合既遂犯的条文。Vgl. Kienapfel/Höpfel/Kert, Strafrecht Allgemeiner Teil, Aufl. 15, E 6 Rn. 36; Steininger in SbgK § 12 Rn. 118; Fabrizy in WK StGB, Aufl. 2, § 12 Rn. 108; RIS-Justiz RS0090016.

③ Vgl. Öner/Schütz in Leukauf/Steininger (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, Aufl. 4, § 12 Rn. 25.

④ Vgl. Fabrizy in WK StGB, § 12 Rn. 49.

⑤ Vgl. Kienapfel/Höpfel/Kert, Strafrecht Allgemeiner Teil, Aufl. 15, E 3 Rn. 3; Vgl. Fabrizy in WK StGB, Aufl. 2, § 12 Rn. 19. öner/Schütz in Leukauf/Steininger (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, Aufl. 4, § 12 Rn. 19.

⑥ Siehe dazu bereits oben unter II.

⑦ Vgl. Kienapfel/Höpfel/Kert, Strafrecht Allgemeiner Teil, Aufl. 15, E 4 Rn. 10.

⑧ Vgl. Kienapfel/Höpfel/Kert, Strafrecht Allgemeiner Teil, Aufl. 15, E 4 Rn. 12; Vgl. Steininger in SbgK, § 12 Rn. 62.

⑨ Vgl. Steininger in SbgK, § 12 Rn. 80.

⑩ Siehe dazu näher Fabrizy in Wk StGB, Aufl. 2, § 12 Rn. 61ff.

⑪ Vgl. Steininger in SbgK, § 12 Rn. 62. Kienapfel/Höpfel/Kert, Strafrecht Allgemeiner Teil, Aufl. 15, E 4 Rn. 9.

⑫ Vgl. Kienapfel/Höpfel/Kert, Strafrecht Allgemeiner Teil, Aufl. 15, E 4 Rn. 31ff.

为。^① 对可罚的行为协助可以通过（物理）行为或者通过（心理）建议得以实现。相应地，人们区分了物理的和心理的协助正犯。^② 心理的犯罪协助可以表现为对已有的行为决意的强化，或者通过提供信息或进一步帮助的许诺来支持直接正犯。行为决意在唆使正犯场合后来被引起，而它在协助正犯场合事先就已经存在。^③ 协助可以延续直至犯罪既遂，在持续犯（Dauerdelikte）中可以延续至违法状态的事实性终结之时。同样的，事先答应直接正犯在其犯罪之后提供帮助的人，例如给他一个虚假的不在现场的证明，构成了心理上的犯罪协助，由此对于直接正犯而言被揭发的可能性减小，且显得更值得实施犯罪。与之相反，在直接正犯既遂或者更准确地说，犯罪行为终了后所提供的帮助，协助（正犯）是不成立的。协助必须在直接正犯的犯罪中发挥效果，以至于它具有刑法上的重要性。在这个意义上，协助对于因果关系的促进是必要的。^④ 如果没有该协助，直接正犯就不会以这种具体的方式实施犯罪，那么协助便具有因果性。而直接正犯在欠缺存在争议的协助时便不会实施其犯罪，相反则不是必需的。协助正犯是否故意或过失地实施行为，决定了他是否由于相应的故意或过失承担刑事责任。在故意的案件中，他在特定类型故意之外也需要对通过自己的行为为直接正犯的犯罪提供协助存在故意。

五、结论

功能的单一正犯提供了清晰的解决方案。这不是一项自我目标，而是在法治国中实现了一个重要的功能：它有利于保证法律后果的可预见性。什么是可罚的与不可罚的行为，对服从法律的人而言必须清楚可认识。对此，单一正犯更为可靠。在单一正犯的参与体系中设置了所有参与者自治的答责性，唆使行为或者协助行为与直接的犯罪实施之间的因果关联是一个必备的要素，使得单一正犯并不是以个人的危险性为基础的行为人刑法。^⑤ 相反，恰恰是每个单独正犯的犯罪行为，才与可罚性相关联。（行为人的）刑事责任是其独立的行为不法和由此所导致的可归属的后果。

奥地利立法者的原则性决定是，对于所有的正犯形式适用同样的量刑范围。唆使正犯或者协助正犯不会因此遭受不利，因为他们同样是正犯。从实质上看，认为协助正犯相对于直接正犯或者唆使正犯而言总是具备轻微的不法的观点并不正确。例如，人们设想信件炸弹袭击的正犯，他仅仅邮寄了炸弹信件，因为另一个人为他制造了炸弹。在这个案件中，炸弹制造者作为谋杀协助正犯的不法并不比谋杀的直接正犯的不法程度低。（法官）以单一刑罚幅度为基础，并对加重或减轻事由作全面评价，能作出与个案相关的符合事实的量刑决定。

单一正犯部分地被谴责，因它导致了令人怀疑的可罚性的扩张。^⑥ 这一批判并不适用于奥地利的规则，因为立法者在各个领域都规定了可罚性的限制。因此轻微的协助未遂是不可罚的，对特别犯的参与与仅仅在某些特定的条件下是可能的。相反，在单一正犯中并没有产生可罚性漏洞，而当不符合质的从属性时，该漏洞便会出现于德国的参与体系之中。

（责任编辑：方军）

① 主流观点 vgl. etwa Kienapfel/Höpfel/Kert, Strafrecht Allgemeiner Teil, Aufl. 15, E 5 Rn. 8. oGH EvBl 2002/90; oGH SS 64/26.

② Vgl. Steininger in SbgK, § 12 Rn. 86 ff.

③ Vgl. Steininger in SbgK, § 12 Rn. 88.

④ Dazu und Im Folgenden Steininger in SbgK, § 12 Rn. 98 ff.

⑤ So aber Schünemann in LK StGB, Aufl. 12, Vor § 25 Rn. 8.

⑥ Vgl. Schünemann in LK StGB, Aufl. 12, Vor § 25 Rn. 9.

Single Principal Offender in Austrian Criminal Law

Lyane Sautner

Abstract: The Article 12 of *Austrian Criminal Code* stipulates three forms of principal offender: direct principal offender, abetting principal offender and assisting principal offender, and requires them to be treated as (single) principal offender, which is called functional single principal offender in dogmatics. In the judgment of illegality and criminal responsibility, the general theory advocates that hermeneutics should follow the principle of autonomous accountability derived from Article 13 of criminal law to evaluate each principal offender separately. However, since Austrian legal order does not include indirect principal offender as defined by German law, there are disputes on determining the form of the principal offender as to the last actor and the person behind the scenes who are unguilty in the poison soup case. Moreover, in exceptional cases, such as attempted instigation, attempted assistance and instigation and assistance of special duty criminals, the so-called individual subordination is applied to limit the scope of punishment and the range of sentencing. Finally, from the perspective of the general preventive function of criminal law, the single principal offender model is conducive to guaranteeing the possibility of citizens to foresee the punishable behavior. In addition, since it follows the principle of autonomous accountability, it does not incur the danger of guiding the perpetrator's criminal law, and due to the exceptional recognition of individual dependent attributes, it will not lead to excessive expansion of punishable nature.

Keywords: functional single principal offender; autonomous accountability; individual subordination; attempted criminal; special criminal

评刑法中的单一正犯法律构造

——教义学巨兽^①之批判

[德国] 贝恩德·许内曼

【摘要】奥地利刑法中的单一正犯概念与体系有其特殊的成文法术语，即唆使正犯与协助正犯，但从法律后果角度上看，其与德国的狭义共犯并不存在实质差异。从教义学体系比较的层面来看，单一正犯存在概念建构方面的贫瘠困境。一方面，它忽略了在以预防性法益保护为核心的目的论刑法体系之下限定正犯范围的必要性，此外，刑法分则条文的行为规范的接受者也理应是狭义的正犯。另一方面，单一正犯不能发展出德国刑法教义学上关于间接正犯的精致分化，而这一分化主要由犯罪支配原则作为指导的法律理念结合以社会生活事实为内容的法律素材而展开。在具体案例探讨上，单一正犯与狭义的正犯相比也会导致平等原则相冲突的结论，一是单一正犯概念尤其是协助正犯过于扩张正犯的可罚性，二是单一正犯不在犯罪论而在量刑论中解决具体案件应罚性与需罚性的差异，潜藏着法官恣意量刑的危险。最后，单一正犯体系并不能简化法律适用，而精致分化的狭义正犯体系或许是中国正犯体系建构的最佳路径。

【关键词】单一正犯概念 犯罪支配 目的论刑法体系 法律概念的具体化 法律素材

【作者简介】贝恩德·许内曼(Bernd Schünemann)，德国慕尼黑大学法学院教授。

【译者简介】陈晰，德国慕尼黑大学法学院博士研究生。

【中图分类号】DF61 **【文献标识码】**A **【文章编号】**1000-2952(2020)04-0025-08

一、引言

我需向尊敬的奥地利同事莉安妮·绍特纳教授(Prof. Lyane Sautner)致以最诚挚的谢意，她的论文给我们出色地阐释了奥地利刑法中立法者所采纳的单一正犯法律构造，并且论述了奥地利刑法学中存在的种种试图对奥地利刑法典条文作出无内在矛盾解释的尝试。此外，绍特纳女士还正确地批驳了《德国刑法典莱比锡注释书》中关于该法律构造的批判观点——单一正犯体现了以个体的危

^① 这里的巨兽(Monstrum)指称荒谬的、令人厌恶的且矛盾重重的(理论)建构物，它所包含的组成部分之间无法相容，此外，它如果指称一种生物的话，根本不可能存活。