

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。

险性为基础的行为人刑法 (Täterstrafrecht)。此批判点的错漏由罗克辛在第11版 (莱比锡注释书) 中所指出, 我在由我注释的第12版中有所承接, 但不会在第13版中重复指出。取而代之, 我必须提出许多严厉的批判: 由奥地利刑法所缔造的单一正犯构造, 是教义学上的怪胎, 其无处不在地自相矛盾, 且在任何情况下都不能为中国立法改革提供助益。

二、法条解读

首先需要指出的是, 单一正犯的成文法表述根本是一项文字游戏。因为《奥地利刑法典》第12条区分了作为直接正犯的可罚行为的实施者以及另外两种角色, 即唆使直接正犯实施的角色或者对此提供协助的角色。法条并没有为这两种角色提供单独的称谓, 我们能解读出的仅仅是, 直接正犯实施了可罚的行为且犯了罪, 而其他两种角色则并未实施但却犯了罪, 并且, 人们从法条中可提取出的三种角色都应统合在统一的上位概念即参与者 (Beteiligten) 之下, 并作为正犯处理。

从语言分析的角度看, “实施, 指令以及提供协助” (ausführen, bestimmen, beitragen) 描述的是应涵摄在法律之下的案件事实中的现实事件, 而“犯罪” (begehen) 这一术语则表述了对法律后果的提示, 即依据刑法分则中的构成要件做出处罚。在这些构成要件中虽然包含了关于单个可罚行为原初的、确切的描述, 但对于教唆以及帮助并未作任何描述, 而且, 第12条也未规定指出实施可罚的行为这一法概念包含教唆和帮助, 而仅指示对这两者适用与正犯相同的法律后果。然而, 这并未有别于《德国刑法典》第26条的规定, 依此教唆犯等同于正犯加以处罚。我套用一句德国谚语, “围绕无益之事的争吵”, 与之近义的法国谚语则是“围绕煎蛋卷如此多的争吵”, 而我作为奥地利菜的钟爱者则会将上述回译成“为了皇帝煎饼 (Kaiserschmarrn, 奥地利的一种特色甜食) 如此多的争论”。

三、单一正犯概念建构的困境

我认为更为严重的另一项缺陷在于单一正犯的成文法构想, 它陷入正如我所要指称的概念贫瘠之中, 因为单一正犯不能对多人参与的同益侵害事件区分不同的 (犯罪) 结构并归为不同的共同犯罪形式。

奥地利刑法第12条所区分的共同犯罪形式仅为三种: 直接实施、唆使他人直接实施以及对实施提供协助。而《德国刑法典》第25至27条则区分了五种不同的犯罪参与形式, 即包含直接正犯、间接正犯和共同正犯的正犯, 以及另外的教唆犯和帮助犯。五项互动方式的区分对于刑法的归责至关重要, 这一论点可以通过刑法的目的, 以及设想依据奥地利刑法价值关系发生倒置错误的案例, 最后通过构思一项实质的正犯概念获得阐释, 而该归责的发展和延展在单一正犯模式这一普罗克鲁斯忒斯之床^① (Procrustesbett) 之下并无可能性。

四、案例探讨

下面论述两个案例。

(一) 案例1

两个恐怖分子约定好一起去射杀总理。他们获知, 总理每天早上都会沿着一条流经首都的河流岸边跑步, 但是不能事先预知总理会沿着哪一边的河岸。A事先决定于特定的日期在河左岸的树丛

^① 比喻来自希腊神话, 借以说明一种强迫某物融入根本不适合自身的状态的思维范式。

中埋伏，如果总理经过的话，便跳出树丛射杀之。而 B 与 A 商量好，他在同样的日子蹲守在河右岸的伏击点。总理当天选择了在河左岸跑步，并被 A 所射杀。根据《德国刑法典》第 25 条第 2 款，B 应该作为 A 的共同正犯论处。

尽管依照奥地利的判例和文献观点将共同正犯视为直接正犯的下位类型，但是根据《奥地利刑法典》第 12 条的规定，B 却不具备直接正犯资格。因为他并未实施对于结果而言具有原因关系的实行行为。他也不能成立协助正犯（Beitragstäter），因为诚如绍特纳教授所言，“对于直接正犯行为的协助”必须“产生实效，才能具备刑法上的重要性，换言之，协助必须具备促进性的因果关系（Forderungskausalität）”，这里所指的情节是，“如果没有该协助，直接正犯的行为便无法以此具体的方式被实施”。因为 A 本来已做出决定，在河左岸设伏，而 B 的参与并未在上述意义上提供了协助。人们也不能将 B 的行为认定为可罚的未遂，因为根据《奥地利刑法典》第 15 条第 2 款（未遂犯）的规定，行为人需着手直接前置于实行行为的行为，此案中单纯的藏匿于树丛的行为并不符合此要求，而需要行为人将武器瞄准目标。

（二）案例 2

根据绍特纳女士设想的案例改编而来：因为智力低下而不具有刑事责任能力的 C 是总理的家政服务员，并经常给总理烹饪热汤。因为他的老板曾非常严厉地责骂过他，所以他决定用毒药毒杀总理。根据他的设想，他将足以致命的粉末混入汤中，但事实上这些粉末是无害的。他的朋友 D 从他那里获悉了他的计划，在 C 不知情的情况下用致命的毒药偷偷替换了 C 原本所用的粉末，并立刻离开柏林以避免犯罪嫌疑。但是，C 并没有能够（为总理）烹饪热汤，因为他由于其他事由被调离岗位了。

根据奥地利法，本案涉及的是协助正犯，但协助正犯的未遂根据第 15 条第 1 款的规定并不可罚。如果将案情变更为 C 完全具备刑事责任能力，D 想要说服他实施毒杀总理的计划，但 C 立刻拒绝了这项无理要求，那么，根据《奥地利刑法》第 15 条第 1 款的规定，对 D 应当以谋杀罪未遂论处。

（三）比较法视野下的评述

在由我设想的上述案例中，奥地利刑法在单一正犯基础之上规定的三种（参与）类型会导致，（作为法律后果的）刑法处罚以及不受刑法处罚与根据法益保护的观点所判断的行为方式的无价值性（Unwertigkeit der Verhaltensweise）存在明显的矛盾，以至于违反平等原则（Gleichheitsgrundsatz）。在恐怖分子案中，A 和 B 之间的分工确保了计划实施的针对总理的恐怖袭击一定会成功，而当天早晨总理选择河左岸而非河右岸跑步则完全是偶然事件。对于此案，德国的共同正犯规定使得对于双方犯罪加功的归责并不取决于谁最终和死亡结果有因果关系。

相反，根据奥地利法，双方中的一方无论如何都不可罚，但这却取决于偶然事件，即谁没有蹲守到总理。在毒药案中，完全无害的行为方式，即对具有刑事责任能力的台前者未遂教唆（versuchte Anstiftung）以唆使正犯论处。而更为严重的形式，即利用不具责任能力的台前者作为犯罪计划的工具却不受刑罚处罚，相反，根据德国刑法第 25 条第 1 款第 2 项的规定，该行为应以未遂的间接正犯论处。

五、目的论刑法体系下的（狭义）正犯概念

（一）法益保护与正犯概念

从刑法的目的出发得出的上述错误结论的原因在于，奥地利刑法由于不承认间接正犯这一独立的正犯形式而不能塑造结果归责的实质依据。从阻止法益侵害这一刑法目的出发，刑法规范的接受

者必须是所有对于法益侵害发生或不发生作出关键决定之人。同时,这种功利主义规则需要在刑罚正当性层面针对他的牵涉者^①(即道德哲学术语在义务论层面)作出论证。对于法益损害做出关键决定者对此要承担责任,并且当他遭受通常超过报应的程度并意味着一种“过度杀戮”^②这一严苛的刑罚处罚时,他也不能够感觉被不公正对待。恰恰在确定受到刑罚处罚的行为范围方面,上述归责标准发挥了显著作用,亦即在未遂犯和预备犯中存在的可罚性扩张。另外,关键决定标准对于故意与过失的区分也具有核心意义。因为虽然故意犯掌握了(犯罪)全局并通过他的行为对于法益损害做出了决定,但过失犯并未操控导致法益损害的事件经过,而仅仅放任其自行发展。

(二) 犯罪支配作为正犯与共犯的区分依据

将对于法益侵害的发生做出关键决定之人与仅仅是外围参与者作出区分,原则上既简单又清晰。对于推动法益侵害的事件积极地组织并支配、且不服从于其他人意志的行为人便拥有犯罪支配,故对于法益侵害承担首要的全部责任。教唆犯与帮助犯通常都未作出此决定,因为他们将犯罪实现交由正犯决定。但是,只有当参与者的所作所为仅限于这种角色时,上述评价才适用,而一旦参与者利用没有刑事责任能力之人作为工具,进而自己作出有责任的决定时,该评价则不适用。

在绍特纳女士所设想的有毒热汤案件中,显而易见,无论不知情的台前者是过失还是故意地实施行为,只有幕后者对于法益侵害结果的发生做出了决定。同样,无论幕后者是否说服了不知情的台前者烹饪仅幕后者知情的有毒热汤,还是幕后者是否在热汤端上之前将毒药滴入汤中,对于结论而言都不重要。幕后者在上述所有情况下都是正犯,但却是间接正犯的形式,这一形式在德国法中被明确地定义为“通过他人实施犯罪”(Begehung durch einen anderen Menschen),而根据我的上述阐释,该他人虽实施了最接近犯罪的行为,但对法益侵害并未作出关键决定。诚如绍特纳女士论文中指出的那样,奥地利刑法解释者围绕这一简单案例在《奥地利刑法典》第12条的归类所作的激烈争论,在我看来清楚地说明了单一正犯理论并不能对不同的犯罪参与形式给出恰当的类型划分,而且在最简单的案件中陷入了困境。

(三) 犯罪支配的类型化与具体化

与之相反,我刚才所介绍的关于不同犯罪参与形式的教义学构想,其出发点是以犯罪支配作为核心的正犯标准,而将教唆以及帮助定义为没有支配的次要参与形式,后者的刑罚幅度以及可罚性范围虽然由立法者设定为比照正犯,但是有独立确定的可能性。此处我之后还会论及,但在这之前

① 这里的牵涉者指的是(犯罪行为发生前潜在的或者犯罪行为发生后现实的)行为人,因为法益保护作为刑法目的的论证自然是一种结果主义或功利主义层面对于国家刑罚施行行为的论证,它所针对的对象是包含潜在犯罪人与潜在被害人在内的所有社会成员,然而相对的结果主义论证与预防刑理论相结合不仅不能提供边际限定,因为越提前预防越有利于保护法益,而且会导致将潜在或现实的犯罪人工具化的后果。所以,法益保护预防刑理论的支持者大多主张,必须向刑罚的牵涉者即行为人或犯罪嫌疑人作如下内容的正当性论证:合目的的刑罚施行必须附加绝对的义务论的限定,即国家的刑罚权必须以罪责原则为绝对限定,即没有罪责便没有刑罚,换言之,罪责原则以及罪责概念不提供刑罚发动的依据,而仅仅设定刑罚适用的边界。——译者注

② Overkill-Effekt 是许内曼原创的术语,意在描述刑罚的本质是一种过度的恶害施加,经验论上历史上的刑罚形式都体现了这一效应,如中国古代沿用至20世纪初的凌迟刑,即便德国现行法所规定的刑罚方式在经历了刑罚人道主义化后主刑只有自由刑与罚金刑,在刑法分则个罪如经济犯罪与性犯罪中仍然可以确认这一效应的存在,犯罪人的自由丧失远远超过其所造成的被害人方面的损害如财产损失与短暂的性自由损害。许内曼发展此术语具有两方面意旨,一方面,批驳康德所代表以牙还牙,以眼还眼的同态复仇(Talionsprinzip)的报应理论;另一方面,将刑罚作为处罚规范与民法,公法上的处罚机制相区别,主张更高程度的正当化要求,进而推导出最后手段的法益保护这一刑罚正当化公式。详细论证参见 Schünemann, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 126 (2014), 1 ff., S. 9, 26; Schünemann, ZIS 2016, S. 654; Schünemann, in: Saliger (Hrsg.), Rechtsstaatliches Strafrecht, Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag, 2017, S. 701。——译者注

我想阐述，作为类型化原则的犯罪支配如何依托法律素材^①，即依托社会现实中的不同事实构造发展不同的正犯形式。

a) 因为（正犯）具有作出关键决定的地位，亦即对于刑法结果的原因的支配，是由刑法的目的推导出的正犯的物本逻辑结构，该结构可以在由行为人自己实施的所有犯罪行为的单独正犯中找到核心（类型），而结果犯的其他正犯形式（作为犯的间接正犯与共同正犯、不作为犯的正犯、特别犯的正犯以及自手犯的正犯）与单独正犯的行为支配这一指导类型在此限度内等同对待：一方面，（他们与单独正犯之间）事实上的区别不再重要；另一方面，他们比德国立法者所设定的、自身并无如此程度支配的犯罪参与而从属式地纳入可罚范畴的共犯（教唆犯和帮助犯）明显严重。

b) 幕后者作为间接正犯的场合，他利用了没有故意或没有罪责的台前者，也明显具有正犯性。困难的是，当台前者自己也是有罪责的实行为时，但其又加入了一个基于权力等级化的组织并且其角色可以通过任意替换（Fungibilität“互换性”）（从组织中）被剔除，但（他个人）却不能阻止法益损害。这里可适用由罗克辛教授（Roxin）所证立并近来在世界范围内流传的教义学构造，即通过组织化的权力机构实现的间接正犯（unmittelbare Täterschaft durch Herrschaft über einen organisatorischen Machtapparat）。

c) 我自己在 50 年前便将不真正不作为犯的正犯地位（Täterstellung）解析成一般的正犯性构造，即通过分析现象学上的材料（即“法律素材”）阐释了上述正犯性构造在两种形式之中得以呈现：即对于法益（客体）无助状态的支配（包含生活共同体中的，风险共同体中的以及监管转移产生的保证人地位）以及对于重要的结果发生原因的支配（包含交往义务中的保证人地位以及对于危险的人的支配以及对于包含经济企业中的经理人责任在内的事务处理的支配），并相应地作出如下分化，由此今天普遍认同的保证人地位两分法——通过区分为为了保护特定法益的保证人地位以及为了监视特定的危险来源——借助于一项强调（保证人地位）产生事由的物本逻辑基础得以证立。

d) 此外，正如绍特纳女士论文中所阐述的那样，奥地利刑法学对于特别犯的归类遇到重大困难，然而它却能在无体系突破的前提下完全恰当地融入上述构想之中。《奥地利刑法典》第 14 条第 1 款之规定体现了从单一正犯原则出发所导出的无法与实质正义相协调的教条结论（即纯粹形式的、内在不恰当的）。因为（在奥地利立法例之下）无特殊要素者不仅与有特殊要素者（Intraneus）一样触犯了同样的罪名，而且受到同样的刑罚幅度处罚。与之相反，《德国刑法典》第 28 条规定了无特殊要素者必须减轻处罚，申言之，在加重刑罚的特殊要素场合（对无特殊要素者）须依据所有公民适用的处罚较轻的基本犯处罚，或者在证立刑罚的特殊要素场合（对无特殊要素者）须依据一项特殊的刑罚减轻规定处罚^②。这同样是平等原则所要求的，平等原则不仅要求同样之事须同等对待，而且禁止对不同之事同等对待。在加重刑罚或特别是证立刑罚的特殊要素场合，显而易见，无特殊要素者

① 法律素材与法律理念是法理学上重要的概念组，根据拉德布鲁赫的阐释，理念虽然具有支配素材的功能，但素材同样对于理念的实现具有决定意义，如同样的雕刻艺术理念，在青铜原材与大理石原材上形成雕塑时会产生不同的艺术效果一样，法律素材对于法律理念的的决定性，在这种意义上，法律的素材是“根据社会的概念所先形成的存在”（参见 Radbruch, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie 17 (1923), S. 343ff. 引用在第 349 页，附带脚注 5 阐释社会的概念）。许内曼此处援引法律素材作为论证观点的关切点在于，犯罪支配理论作为证成正犯性的标准是一项抽象的法律理念，法律适用者以此为规范论证的出发点去区分正犯与狭义共犯，然而该理念的具体化需要以不同的社会事实的素材为基础发展出不同的正犯、共犯类型，并给出具体化的区分标准与评价结果，这一过程并非纯规范论意义上的演绎，而是不断融合社会事实的去规范化流程，最终得出与具体案件事实相关的评价结果。（详细论证参见 Schünemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte; , Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre, 1971 S. 32-41; 简短论述 Schünemann, in: Schünemann (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 1, 5, 23 ff.）——译者注

② 《德国刑法典》第 28 条 特殊的个人要素：(1) 如果共犯（包括教唆犯与帮助犯）缺乏特别的个人要素（第 14 条第 1 款），且这一要素证立了行为人的可罚性，则他们依据第 49 条第 1 款的规定减轻处罚。(2) 如果成文法规定了特殊的个人要素加重，减轻或者排除刑罚时，那么该规定只对具有该要素的参与者（包括正犯与共犯）适用。——译者注

的行为并不等同于有特殊身份者的行为，正如刚才所论述的，依照奥地利刑法的规定，当无特殊要素者通过绝对暴力（即无法反抗的暴力）将有特殊要素者当成工具加以利用时，他同样只能减轻处罚或者完全不可罚。

我个人并不仰慕奥地利同事们所从事的吃力不讨好的工作，因他们必须忙于解释一项被教义学错误建构的，而且在结果方面不恰当的法律条文，即奥地利刑法第14条第1款。在何种程度上，奥地利立法者对于绍特纳女士所论及的特殊犯通过设置例外规定得以减轻（上述结果）不正当性，是一个有趣的、但特殊的论题。

六、结合前述案例的体系批判

（一）过于扩张可罚性

除了上述缺陷，根据我的观点，必须针对奥地利的单一正犯模式在其他一些点上（过于）扩张可罚性提出批判。尽管绍特纳女士正确地指出，依据《奥地利刑法典》第15条第2款未遂的可罚性仅仅适用于直接正犯与唆使犯，而不适用于协助正犯，该论点事实上与德国法规定的未遂帮助不可罚完全一致。但是，除此之外，由于奥地利刑法并未将间接正犯作为独立的法律构造予以规定，缺陷显而易见：正如我在有毒热汤案中所评述的那样，未遂教唆的普遍可罚性导致过度的提前处罚。同样，协助正犯与直接正犯在刑罚幅度方面的同等对待也不适当，因为正如我对于正犯性的基本构造的考量所示，协助正犯缺乏犯罪支配，并由此缺乏对于刑事责任而言具有决定性的要素。

（二）法官在量刑上的恣意性危险

此外，可以对下述论点提出质疑，即犯罪协助的具体轻重可以在量刑范围内予以考量。缺乏犯罪支配是超越于一切细节之外关键的，在同等条件之下对于应罚性（Strafwürdigkeit）以及需罚性（Strafbedürftigkeit）极为重要的情节，因此在我看来，德国法上关于正犯与教唆犯在犯罪幅度上的同等对待存在与平等原则相协调的问题。当然，人们可以引用下述观点为同等对待作辩护，即教唆者孕育了犯罪计划，这点弥补了他犯罪支配的缺失。然而，这种弥补在帮助犯场合则不存在。

此外，人们可以信赖刑事法官在量刑方面的睿智，从这一观点中我也无法获得宽慰。在德国，量刑永远都是法官恣意的方便之门。特别是在基于刑事协商做出判决的情形下，法官在量刑方面巨大的裁量空间使其可以向被告人施加难以承受的压力，迫使后者屈服并做出有罪供述。

七、结语与展望

（一）比较法视野下中国正犯论体系的选择

我要论述的最后一点是经常被引用作为单一正犯模式优势的观点：所谓的简化法律适用。依我所见，这一观点词不达意，相反，奥地利法却因为不能实现犯罪参与形式的足够区分而为诸多绊脚石所累。即便是绍特纳女士对于奥地利的学理讨论谨慎的阐释也揭示了奥地利在参与理论这一领域存在并不比德国少的教义学分歧。此外，即便人们并未提供对于本质问题的描述所必要的术语列表，这些问题也不能由此消除。这里涉及法学概念建构的一项原则性问题，对此我之所以想在中国特别指出，是因为英美刑法学投入巨大的努力以使中国法学依照他们的范式塑造。新近在德国，一些新生代的教义学者也赞美英美模式，并批判德国过去所发展的刑法体系的复杂性。但是，法学概念建构的复杂性理所当然地是由社会现实的复杂性所决定的。如果法学因为无法实现的复杂性不能描绘社会现实的话，那么它的诸多解决方案也必然错误。正如刑法中的罪责领域一样，责任在普通法中由于它的历史原因并未完整地分化，因此英美法在这一点上并未被任何现代的法治国秩序作为样板所接受。

(二) 方案建议：精致分化的正犯体系

当然，教义学类型化的建立并非自我目的，这在西方哲学中近 1000 年以来被表述为“奥卡姆剃刀”^① 而为人所知。法律和法学也并不应完整复刻任意的经验论上的差异（这会导致自然主义的错误论证^②），而应当从决定性的目的和价值中导出（经验论上）相关区别的（规范上的）重要性。与借助于刑罚威慑的手段阻止造成法益损害的人类行为这一刑法的目的相关联，正犯与共犯（教唆犯或者帮助犯）的区分以及在正犯领域区分直接正犯、间接正犯以及共同正犯（特殊情形下这里不深入论及的同时犯）是必要的，以便把握法律上重要的社会互动结构并对此展开法律评价（如犯罪支配标准作为正犯的本质）。

最后，我想要引用德国司法史上的一个可怕事例，以此避免我的中国讨论伙伴产生如下错误的印象，即绍特纳女士和我之间的探讨涉及的是德国对奥地利的国际比赛，而我一直在极力提升德国的比分。德国的刑事判决在过去近 150 年基于一项当时法理学上的根本错误，即基于所有条件在自然科学上的相等性而深信法律上的区分只有根据主观标准方能实现，由此，正犯与帮助犯的区分应建立在行为人的意志方向基础之上，换言之，应根据行为人是否感觉自己是正犯还是帮助犯来判断。这自然是一项教义学上的重大谬误，因为刑法上的归责并不取决于行为人的自我理解。但是，由于作为区分标志使用的正犯意志或者帮助意志在现实中并不是可以证明的标准，结果胜出的是初审法官的恣意。在经历了来自法学界几十年以来的批判后，这一所谓的主观理论今天仍然偶尔被判决所运用，故最终仍未被废弃。这里引用德国诗人贝托尔特·布莱希特（Bertolt Brecht）的名言，他作为共产主义世界观的先驱或许在中国已为人所知：“萌芽仍生机勃勃，因它根深蒂固。”（Der Schoss ist fruchtbar noch, aus dem das kroch.）因此，我想要向我的中国讨论伙伴们呼吁，最好投身区分制的教义学而不是沉迷于所谓的简单方案。事实上，在奥地利教义学中也发展了区分式的解决方案，即客观归责理论在奥地利拥有相比德国而言更为广泛的根基。而在我开头提到的如同普洛克路斯忒斯之床的单一正犯模式却仍然停留在 19 世纪的因果关系思维上。

（责任编辑：方军）

On the Legal Structure of Unitary Perpetration in Criminal Law: Criticism on the Dogmatic Monster

Bernd Schünemann

Abstract: The Austrian criminal law includes a special concept and system of unitary perpetration according to its codex, i. e., perpetration of instigation (Bestimmungstäterschaft) and perpetration of contribution (Beitragstäterschaft). However, regarding to legal consequence, there is no substantial difference between this system and the restrictive concept of accomplice (Teilnahme) in Germany. Moreover, from the perspective of comparative law, the concept of unitary perpetration gets into a dilemma of dogmatic lack; on the one hand, it ignores the necessity of restriction to the range of perpetration, which is a self-evident con-

① Occamsches Rasiermesser. 是由中世纪经院哲学家们 (Scholastiker) 所发展出的启发式的研究准则，它要求研究者所建构的解释性假说与理论最大限度地符合简约性，人们以经院哲学家威廉·冯·奥卡姆 (Wilhelm von Ockham, 1288-1347) 的名字命名此原则。——译者注

② 即以从实然中无法导出应然为依据提出的方法论批判。——译者注。

sequence of the teleological system of the criminal law with the core of preventive protection of legal goods. Moreover, the recipient of the codes of conduct stipulated in the specific provisions of the criminal law ought to be the perpetrator in a narrow sense. On the other hand, it is impossible for the concept of unitary perpetration to develop a fine differentiation of indirect perpetration like German dogmatics, which could be realized through the principle of crime domination as the guiding legal idea, coupled by the legal materials on the facts of social lives. Furthermore, in concrete cases, it could—in comparison with the restrictive concept of perpetration—lead to a conclusion which violates the principle of equality: firstly, the concept of unitary perpetration especially the perpetration of contribution could excessively expand the punishability of the perpetrator. Secondly, it prefers to treat the differences between the oughtness and necessity of penalty (Strafwürdigkeit und Strafbefähigkeit) of concrete cases in the phase of penalty evaluation, rather than in the phase of the reasoning of crime, which incurs the risk of creating the arbitrariness of judges. Finally, the system of unitary perpetration could not simplify the application of law, while the restrictive system of perpetration with fine differentiation may be the best choice for building the Chinese system of perpetration.

Keywords: concept of unitary perpetration; crime domination; teleological system of the criminal law; realization of the legal concept; legal materials