

帮助行为正犯化的教义学反思

孙运梁*

摘要: 刑法教义学不仅具有解释刑法的功能, 而且具有批判刑法立法的功能。帮助行为正犯化的立法现象不断增生, 学界存在肯定与否定两种观点。帮助行为正犯化存在的理论前提是区分制参与体系, 因为单一制参与体系中, 不存在正犯共犯之分, 也就无所谓帮助(共犯)行为的正犯化。应当构建合理的共犯教义学体系, 并以此评价和批判帮助行为正犯化的立法现象。德日单层区分制参与体系有着内在的逻辑纠结, 我国共犯教义学可以吸纳其正犯概念, 但应建立双层的区分制参与体系, 即以正犯共犯解决参与人的定性问题, 以主犯从犯解决参与人的量刑问题。在这种双层区分制参与体系看来, 帮助行为应当回归到共犯教义学的框架中得到评价和惩罚, 帮助行为正犯化的立法并无必要。

关键词: 帮助行为正犯化 刑法教义学 双层区分制 构成要件定型性 现象立法

一、教义学分析的立场: 不仅解释而且批判

有观点认为, 对法律的信仰是法教义学的题中应有之义, 法学学者对待法律的态度应当如同对待宗教戒律一般; 在法教义学视野中, 法律是先在存在的, 法教义学研究者并不追问法在本质上是什么, 他们从某些尚未检验便被认为是真实的、先予的前提出发开展工作。⁽¹⁾ 进而指出, 刑法学研究是一种刑法释义, 其主要目标与职责是为刑法适用提供理论服务, 这种刑法理论研究便是刑法教义学, 它也是致力于刑法司法适用的一种研究方法。可以说, 刑法教义学不属立法论的范畴而属解释论范畴, 其不是立法论而是司法论的产物。坚守罪刑法定原则意味着, 构建刑法教义学的前提在于现行刑法, 围绕现行刑法开展的逻辑推理便是教义学研究的内容。这也意味着刑法教义学必然受到实定刑法的制约, 它可以针对实定刑法作出解释, 逻辑演绎出各种教义规则, 但是对实定刑法的批判是不被允许的。⁽²⁾

上述观点认为, 法教义学属于司法论, 只能解释法律, 不能批判法律。但是, 对于教义学分析的立场, 也有不同观点。德国学者曾指出: 倘若要使一部法律拥有较长久的生命力, 那么立法者就必须做好前期工作, 即要仔细地考量、权衡有待规范的社会生活关系、已存在的规范可能性、将要制定的规范所处的全部规范的整体、将要制定的这个规范对其他规范领域所产生的影响。倘若要在这些前期工

* 北京航空航天大学法学院副教授, 法学博士, 德国马普外国与国际刑法研究所访问学者。本文系司法部国家法治与法学理论基金项目“刑法中‘致人死亡’的客观归责研究”(项目编号: 13SFB5015)、中央高校基本科研业务费人文社科项目“网络服务提供者的刑事责任研究”(项目编号: YWF-17-SK-G-24)的阶段性研究成果。

(1) 参见[德]阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编《当代法哲学和法律理论导论》, 郑永流译, 法律出版社2013年版, 第4页。

(2) 参见陈兴良《刑法教义学的发展脉络——纪念1997年刑法颁布二十周年》, 载《政治与法律》2017年第3期, 第6页。

作中正确运用法学的基本范畴,那么必须由法学研究予以协助,这种法学研究包含法律社会学、法律教义学、比较法学以及法的一般原理等。⁽³⁾可以说,法教义学具有双重功能,一是面向司法的解释法律的功能,二是面向立法的指导、批判功能。⁽⁴⁾法教义学的这种批判已经切入了宪法视角和刑事政策的考量,在对法律体系内部的规范、规范意义及其脉络关联进行总结、抽象的基础上逐渐形成统合性原则,根据这些原则就有可能对于争议条款、规范解释、法院判决作出反思性评价。⁽⁵⁾尽管有质疑之声,但是以刑法教义学为原理指针,完全能够对立法在某种程度上予以评价乃至批评,正如德国学者所指出的,在探讨何为正确的刑法这个问题上,刑法教义学研究者应当而且也有能力对相关的技术问题作出适当的回答。⁽⁶⁾针对立法上的不完美之处,尤其是显性的缺陷,学术研究不能成为仅仅提供解释服务的工具,也必须承担起批判的使命。在立法技术、立法理念等基础性问题,学者予以专业性的批判是非常有必要的,只有这样,才能不断促进立法水准的提升和法制建设的进步。

近年来,在我国刑事立法中,出现了大量帮助行为正犯化的条款,受到诸如现象立法等非议。本来一些问题完全可以由共犯教义学理论很好地解决,但是在立法者增设条款之后局面变得复杂难辨,新增条款如何与总则、其他分则条款相协调、如何与司法解释相协调,都是令学界、司法者无所适从的问题。可以说,立法上的修正表面上看来似乎能够直接解决问题,但事与愿违,修法增加了解决问题的难度,反而未修法时应用教义学理论解决问题的效果好于修法。这样说来,忽视教义学理论的修法是盲目的,很可能发生画蛇添足的不良后果。本文试图根据我国的共同犯罪规定,阐发并建立一套合理的共犯教义学规则,对帮助行为正犯化的立法现象进行反思。

二、帮助行为正犯化的争议:肯定与否定

帮助行为正犯化的理论表述,在学界有一些相似的称谓,例如,有学者表述为拟制正犯、拟制实行犯,⁽⁷⁾也有学者认为是帮助行为在立法上的构成要件化,⁽⁸⁾还有学者使用了泛称共犯行为的正犯化,⁽⁹⁾这其中即含括了帮助行为的正犯化。一般认为,帮助行为正犯化是指如下情形,帮助行为本来是相对于正犯行为的共犯行为,但被直接提升为正犯行为予以评价,并被设置独立的法定刑。有观点认为,在我国刑法中,实行行为与帮助行为的区分是相对的,只有结合刑法分则所规定的具体犯罪才能作出正确判断;只要刑法分则将某一帮助性质的行为设定为独立的罪名,即使它在本质上属于他人犯罪的帮助行为,也应当认为这一行为就转化为特定犯罪的实行行为。⁽¹⁰⁾近年来,我国通过刑法修正案的形式增设了一些帮助行为正犯化的罪名,如第120条之一帮助恐怖活动罪、第244条第2款强迫劳动罪、第285条第3款提供侵入、非法控制计算机信息系统的程序、工具罪、第287条之二帮助信息网络犯罪活动罪等,再加上刑法典原有的一些帮助行为正犯化的罪名,如第107条资助危害国家安

(3) 参见[德]卡尔·拉伦茨《论作为科学的法学的不可或缺性》,赵阳译,载《比较法研究》2005年第3期,第154页。

(4) 有观点认为,从刑法教义学角度对立法进行评价,这只是刑法教义学的附带功能,而不是它的主要使命。参见车浩《刑法教义的本土形塑》,法律出版社2017年版,“陈兴良序”,第6-7页。

(5) 参见白斌《论法教义学:源流、特征及其功能》,载《环球法律评论》2010年第3期,第9页。

(6) 参见[德]沃斯·金德豪伊泽尔《适应与自主之间的德国刑法教义学——用教义学来控制刑事政策的边界?》,蔡桂生译,载《国家检察官学院学报》2010年第5期,第150页。

(7) 参见周光权《转型时期刑法立法的思路与方法》,载《中国社会科学》2016年第3期,第124页。

(8) 参见蔡桂生《论帮助犯的要件及其归属》,载《北大法律评论》2015年第2辑,第22页。

(9) 参见于志刚《传统犯罪的网络化研究》,中国检察出版社2010年版,第373页。

(10) 参见何荣功《实行行为研究》,武汉大学出版社2007年版,第274页。

全犯罪活动罪、第358条第4款协助组织卖淫罪等,帮助行为正犯化的罪名渐成规模,形成一类具有共性的罪名。在学界,帮助行为正犯化已然成为一个理论热点,刑法学者也对此话题展开了较为广泛的讨论。

根据作出帮助行为正犯化规定的主体的不同,帮助行为正犯化可以分为两种类型:一种是刑法典规定的帮助行为正犯化,也可称为帮助行为的立法正犯化,即刑法分则条文对某种帮助行为直接提升为正犯行为,并规定独立的法定刑。当然学界也有不同的观点,如有的学者认为,刑法分则条文针对帮助行为规定独立法定刑的场合,并不一定就属于帮助行为的正犯化。例如张明楷教授就认为,从我国刑法分则的相关规定来考察,对帮助犯设置独立法定刑存在三种情形,即帮助犯的绝对正犯化、帮助犯的相对正犯化和帮助犯的量刑规则。另一种是司法解释规定的帮助行为正犯化,也可称为帮助行为的司法正犯化,即某一行为表面上看是某种犯罪的帮助行为,但司法解释将其扩张解释为该罪的实行行为,从而不再通过共同犯罪理论对其进行评价和处罚,该帮助犯被直接看作是正犯,直接根据刑法分则中相关犯罪的基本犯罪构成来予以评价和处罚。如最高人民法院、最高人民检察院2010年《关于办理利用互联网、移动通讯终端、声讯台制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释(二)》第4条规定“以牟利为目的,网站建立者、直接负责的管理者明知他人制作、复制、出版、贩卖、传播的是淫秽电子信息,允许或者放任他人在自己所有、管理的网站或者网页上发布,具有下列情形之一的,依照刑法第三百六十三条第一款的规定,以传播淫秽物品牟利罪定罪处罚”;第5条规定“网站建立者、直接负责的管理者明知他人制作、复制、出版、贩卖、传播的是淫秽电子信息,允许或者放任他人在自己所有、管理的网站或者网页上发布,具有下列情形之一的,依照刑法第三百六十四条第一款的规定,以传播淫秽物品罪定罪处罚”;第6条规定“电信业务经营者、互联网信息服务提供者明知是淫秽网站,为其提供互联网接入、服务器托管、网络存储空间、通讯传输通道、代收等服务,并收取服务费,具有下列情形之一的,对直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依照刑法第三百六十三条第一款的规定,以传播淫秽物品牟利罪定罪处罚”。根据上述司法解释的规定,对他人传播淫秽物品予以网络技术支持等帮助的人,将被直接评价为传播淫秽物品(牟利)罪的实行犯,不再被评价为他人犯罪的共犯,这样,在这两个罪名中实现了帮助行为的正犯化。

从当前学界的研究现状来看,对于是否应采用帮助行为正犯化的模式尚存分歧,有否定和肯定两种不同的意见:否定说从各种角度说明了不赞同帮助行为正犯化的理由,认为以其他方案在对传统共同犯罪理论补充修正的基础上,完全可以充分评价具有严重社会危害性的帮助行为;肯定说认为帮助行为正犯化存在正当性根据,对其特殊立法价值应当给予肯定。鉴于我国刑法(含司法解释)存在着大量帮助行为正犯化的立法例,其正当性对理论、立法修正、司法实务具有重要意义,所以在教义学理论上进一步探讨是有必要的。

众所周知,帮助犯是狭义共犯的一种典型形态,其在共同犯罪中向实行犯提供某种助力,包括物质上的助力和精神上的助力,但并未直接参与犯罪的实行行为。我国《刑法》第25条规定,共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪,其中便包括帮助犯。如果坚持共犯是一种不法形态,并且承认片面帮助犯,那么即使没有帮助行为正犯化的规定,明知他人实施犯罪,为其犯罪提供帮助的行为,也会构成他人犯罪的帮助犯,可以按照刑法总则的共犯规定和教义学原理处理。

帮助行为正犯化受到许多学者的支持,而且在刑法分则中成为实定法,但是它体现了对我国刑法总则中共犯规定的一种无视态度,导致已有的共犯理论在某种程度上被架空。我国有学者认为帮助

行为正犯化的立法现象可归结为总论虚置与现象立法。⁽¹¹⁾ 近年来我国刑法修正案频频发布,从中可以发现立法者的注意力集中在刑法分则,虽有部分内容涉及总则规定,也触动的是刑罚论条款。事关行为成罪的犯罪论部分没有受到应有的重视,实际上所谓的一些实践难题完全能够运用总则的犯罪论规定以及教义学原理加以有效解决,换言之,分则部分的一些立法修法本来是可以避免的。已经成熟的刑法教义学知识和方法本来是大有用武之地的,现有的习惯性分则立法体现了忽视总论、现象立法的技术缺陷,其会产生以下弊病:首先,总则教义学理论对刑法典的原则性指引缺位,会导致刑法仅仅成为一个不成体系的、涣散的法条集合体,陷入欠缺理论保障的不稳定状态之中。刑法总则规定了有关犯罪与刑罚的一般原理,分则条文要受到这些原理的制约,而且这些原理对分则条文产生推演、涵摄的作用。倘若立法者不重视发挥总则基本原理的功能,而只是就事论事,出现一个具体问题就去专门立法,那么这种朴素的立法观会导致刑法的无限扩张,限于现象立法的泥淖而不能自拔。其次,没有理论原则的精心布局和统一引导,就不可避免地出现一些系统紊乱,如条文之间无法互相衔接,条文随意交互、重叠会大量显现,甚至会有条文之间互相抵牾,司法者在面对这些问题时常常无所适从。再次,丧失理论指导的、没有体系性观念的立法行为,也会造成学术资源的极大浪费,从长远看,不利于刑法学术研究的开展。倘若遇到《刑法》第287条之二网络犯罪帮助行为之类的问题时立法者均运用专门设立正犯化罪名的方式,那么教义学上对于共同犯罪理论的研究还有何用途呢?其价值如何实现呢?随着各种新兴社会现象的不断涌现,倘若立法者都是绕过刑法总论的教义学理论而在分则条文上频繁增删修订,那么诸多学者皓首穷经的理论研究便沦为无用之物,即便经长期争鸣形成的理论常识,也可能由于与新的分则修法规定相冲突而惨遭抛弃。

综上所述,应当重视刑法总则和教义学知识体系的作用,它们被虚置、被架空会带来许多不良后果;在修改刑法分则时,应使教义学知识和方法发挥应有的功能,使分则规定与总则之间相互协调;能够运用总则原理和教义学理论处理的问题,就没有必要在分则部分增添和修改。

三、帮助行为正犯化存在的理论前提:区分制参与体系

帮助行为正犯化与犯罪参与体系密切相关,只有在对犯罪参与的教义学基础和体系类型分析厘清的基础上,才能对帮助行为正犯化现象正本清源。以限制正犯概念和扩张正犯概念为基石,形成了单一制犯罪参与体系与区分制犯罪参与体系。单一制犯罪参与体系又称单一正犯体系,在其阈限内帮助行为本来就是正犯行为,无所谓帮助行为正犯化。在区分制犯罪参与体系范围内,存在正犯与共犯的二元区分,提供了帮助行为正犯化的土壤。

(一) 限制正犯概念与扩张正犯概念

犯罪参与体系的建构与正犯概念的确定是存在直接关联的,要对帮助行为正犯化进行准确解读与正确反思,首先应当厘清正犯概念的理论脉络。在共犯教义学体系中,正犯概念居于中心地位,在当今大陆法系共犯论研究中,不论主张哪种犯罪参与体系,其体系建立的基点非正犯概念莫属。众所周知,当今大陆法系国家的共同犯罪立法模式可以划分为两种,即区分制与单一制,前者又称为二元参与的共犯体系,即犯罪参与者有正犯与共犯的区分,且二者具有不同的法律后果;后者又称为一元参与的共犯体系,即犯罪参与者均为正犯,没有正犯与共犯的区分,法官根据具体个案来裁量各个行为人的责任轻重。当然,立法上采取哪一种制度体系表面上来看只是一种立法模式,但在其背后却存

(11) 参见车浩《刑事立法的法教义学反思——基于〈刑法修正案(九)〉的分析》,载《法学》2015年第10期,第15页。

在着根本的核心思考。与上述两种立法体例相对应,有着限制正犯概念与扩张正犯概念两种基本立场。

(1) 限制正犯概念又被称为缩小的正犯概念、限缩的行为人概念。在这种正犯概念看来,以自己的身体动静直接实现构成要件的人才是正犯,如果没有亲自实施构成要件,只是对于构成要件的实现存在因果关系的,不能成立正犯,只能属于共犯。帮助者并未亲自实现构成要件,所以帮助犯不成立正犯。在这种正犯概念中,犯罪参与人类型通过构成要件定型区隔出来,直接实现构成要件与间接实现构成要件是两种不同的行为样态,二者不仅仅是自然、物理意义上存在差别,在规范意义上,在构成要件符合性的具体样态上,两种犯罪参与类型也存在着差别,可以说,构成要件与实行行为的定型性、类型性正是根据这种差别的设定得以实现。如果坚持只处罚亲自实施构成要件之人的原则,那么对于帮助者的处罚就欠缺根据,但是若对帮助者不予处罚是有违立法规定与学理共识的,立法上有关帮助犯的处罚规定是扩张刑罚的体现,帮助犯可以被解读为一种刑罚扩张事由。⁽¹²⁾ 处罚帮助犯的法律依据不是刑法分则具体犯罪构成要件的规定,而是刑法总则的共犯规定。

(2) 扩张正犯概念认为,对于构成要件结果赋予任何条件的人均为正犯,⁽¹³⁾ 这包括亲自实现构成要件者、利用他人作为工具实现构成要件者、教唆他人实现构成要件者、帮助他人实现构成要件者。在与法益侵害结果存在因果关系这一点上,亲自实施构成要件行为者与加功他人实施构成要件行为者(如帮助者)是完全相同的,具体而言,不论属于哪一种贡献,只要对法益侵害结果存有贡献,从确认刑法评价主体资格的角度来看,均为正犯。⁽¹⁴⁾ 按照扩张正犯概念的逻辑,通过各种不同的方式都可以满足构成要件的实现,通过支配被帮助者的行为来实现构成要件的方式当然也含括于其中,所以对帮助犯与正犯没有必要予以区分,二者均属于支配构成要件实现的方式。与限制正犯概念相比,扩张正犯概念的立场更加实质化,其认为从规范意义上来说,帮助等间接实现构成要件的行为方式与正犯并无不同,二者之间没有从属性。处罚帮助犯的法律根据只能是刑法分则所规定的具体犯罪构成要件,刑法总则关于共同犯罪的规定应当被理解为一种刑罚限缩事由。

(二) 帮助行为正犯化与单一制参与体系(扩张正犯概念)

以扩张正犯概念为理论基础,产生了单一制的共同犯罪立法模式,又称为单一正犯体系、统一正犯体系,即以正犯概念统摄各种参与形态,不划分正犯与共犯的参与形式,也可以说在刑法的规范评价上,只存在一个单一的行为主体的概念。这里又存在两种类型,即形式的单一正犯体系和功能的单一正犯体系,前者认为各个正犯对于犯罪结果的贡献,是在量刑范畴内考虑的因素;后者认为即使根据法治明确性的要求去划分正犯的类型,在不法的价值上各个类型也没有什么不同,原则上所受的处罚也是相同的。我国有学者认为,与德国刑法、日本刑法不同,我国刑法规定的犯罪参与体系不能兼容共犯从属性,我国实行的是不区分正犯与共犯的单一制,并未采取正犯与共犯的二元区分制。⁽¹⁵⁾ 也有学者认为,单一正犯体系尤其是功能的单一正犯体系,具有体系清晰的优点,而且顾及到刑罚适用的经济性,该体系在立法上是非常值得采用的。⁽¹⁶⁾

单一制参与体系将所有犯罪参与人均评价为正犯,该体系中本无所谓的共犯,也更无从谈起共犯

(12) Vgl. Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, § 61 III; Roxin, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11. Aufl., 1992, vor § 25, Rn. 12.

(13) Vgl. Eb. Schmidt, Die mittelbare Täterschaft, Frank - FG II, 1969, S. 106, 117 ff.

(14) 参见[日]高桥则夫《共犯体系和共犯理论》,冯军、毛乃纯译,中国人民大学出版社2010年版,第5页。

(15) 参见刘明祥《论我国刑法不采取共犯从属性说及利弊》,载《中国法学》2015年第2期,第284页。

(16) 参见江溯《单一正犯体系研究》,载《刑事法评论》第24卷2009年,第402页。

的正犯化。可以说,对于帮助行为正犯化现象,赞同单一制参与体系的学者大多持否定态度。例如,有论者认为我国共同犯罪立法更接近于单一制体系,只有在区分制理论前提框架下,才存在共犯正犯化的立法现象,而在单一制体系的前提框架下,没有共犯正犯化的法定基础。例如,在《刑法》第287条之二帮助信息网络犯罪活动罪的理解上,论者主张其是一种从犯主犯化的法律规定,也就是将原来属于从犯的帮助行为提升为主犯,刑法对其在共同犯罪中的作用给予更为严厉的否定评价和处罚,虽然基于一般预防的需要,对其规定了独立的罪名,但是仍然应当根据共同犯罪的归责模式来处理。⁽¹⁷⁾

另有论者认为,即使刑法分则设立了帮助行为正犯化的独立罪名,但是仍然要局限于共犯从属性的理论制约:一方面,面对常新的社会现实,共犯从属性理论显现出滞后性,例如在帮助信息网络犯罪活动的场合,如果正犯行为不成立犯罪,那么帮助犯也不能被认定为犯罪,这正无法解决网络犯罪的帮助行为罪责倒挂的困境;另一方面,共犯从属性理论逐渐式微,正犯与共犯之间的连接点要素越来越少,理论发展的趋势是共犯独立性说日渐强势。论者主张应当打破传统共犯从属性说对于司法裁量的制约与束缚,认为共犯独立性说更为可行,共犯可罚性的判断应当独立于正犯;进而主张,从某种意义上来说,没有必要再区分正犯与共犯,各个行为人的违法性与有责性都能够独立判断,单一制参与体系比区分制参与体系更合理可行。⁽¹⁸⁾

上述两种观点都涉及到了单一制参与体系,但是两种观点的视角并不相同,前者从我国刑法有关共同犯罪的立法例出发,基于实然的视角,先对我国犯罪参与体系的归属进行探讨,认为我国共犯立法属于单一制,在此基础上对帮助行为正犯化的立法现象予以解读;而后者认为刑法分则帮助行为正犯化的立法并不能解决现有问题,基于应然的视角,试图寻找解决问题的对策,认为应当放弃共犯从属性说,采纳共犯独立性说,进而主张采纳单一制参与体系。针对前一种观点,笔者认为,我国共犯立法属于区分制,而非单一制,所以其立论基础有失偏颇,其将帮助行为正犯化理解为从犯主犯化有违现行实定法,可能并不妥当。针对后一种观点,笔者认为,在单一制参与体系下,刑法是根据各个参与人自己的不法与罪责来进行评价和制裁,也就无所谓共犯从属性或者共犯独立性的问题。只有在二元区分参与体系的语境下,共犯从属性或者共犯独立性才是值得研究的。这样看来,论者主张采纳共犯独立性说,进而主张采纳单一制参与体系,这可能存在问题,因为二者之间并无对应性。⁽¹⁹⁾

如此看来,赞同单一制参与体系的学者否定帮助行为正犯化的具体理由往往站不住脚,更为重要的是单一制参与体系本身就有着不小的弊端:(1)没有坚持构成要件的类型性、定型性,不利于罪刑法定原则的贯彻。单一制参与体系根本无视正犯与共犯在事实上的差异,认为所有加功于犯罪事实的犯罪参与形态均属于符合刑法分则条文构成要件的行为,这就有损构成要件的类型性。在单一制参与体系下,对实行行为的理解会严重背离一般人的常识,例如向杀人者出借刀具的行为,一般人很难理解为是杀害他人的行为。申言之,对于单一制体系而言,一方面其有利于最大程度地发挥刑法的法益保护功能,另一方面这是存在不能容忍的代价的,即其弱化了构成要件明确性所指向的人权保障功能。(2)容易产生扩大处罚范围的风险。例如,行为人只有具备特定的身份才能成立真正身份犯,没有特定身份的行为人并不能作为正犯去侵害身份犯的保护法益,其只能以共犯的形态参与犯罪,但是按照单一制体系的逻辑,只要无身份者的行为与侵害结果之间有因果关系,无身份者也能成为正犯,

(17) 参见张勇、王杰《帮助信息网络犯罪活动罪的“从犯主犯化”及共犯责任》,载《上海政法学院学报》2017年第1期,第15页。

(18) 参见陈文昊、郭自力《刑事立法帮助行为正犯化进程中的共犯独立性提倡——从共犯从属性上的理论症结谈起》,载《广东行政学院学报》2017年第1期,第61页。

(19) 参见刘仁文、杨学文《帮助行为正犯化的网络语境——兼及对犯罪参与理论的省思》,载《法律科学》2017年第3期,第129页。

这就背离了身份犯的基本原理。⁽²⁰⁾

(三) 帮助行为正犯化与区分制参与体系(限制正犯概念)

以限制正犯概念为理论基础,产生了区分制的共同犯罪立法模式,又称为二元参与体系、正犯共犯分离体系,即将任意共犯划分为以下类型:正犯、教唆犯、帮助犯,其中后二者也合称为狭义的共犯。

区分制参与体系的典型立法例是德国、日本的刑法典。⁽²¹⁾就解释论而言,主张我国刑法采用双重分类(作用、分工)法的学者一般都支持区分制参与体系。虽然我国多数学者没有明确说明自己的理论立场,但是许多学者都是基于区分制的立场来著书立说的,采用区分制的概念、学说来开展有关理论研究。

与单一制体系比较而言,区分制体系存在以下优点:(1)在区分制体系中,正犯是直接实施构成要件符合性的行为,从而造成法益侵害的结果或者危险,共犯是以加功于构成要件符合性行为、协力于他人行为的方式,间接造成法益侵害的结果或者危险。所以,区分制能够准确体现犯罪参与人在行为类型上所存在的客观差异,这有利于坚持构成要件的定型性,使得国民具有行为的预测可能性,有利于法治国家原则的实现。(2)区分制体系有利于共犯从属性理论发挥作用,对于合理限制刑罚处罚范围具有优势。按照共犯从属性理论,共犯的成立要依附于正犯,如果被帮助人并没有着手实施犯罪,那么帮助人就不应被处罚,这对于合理限定共犯的处罚范围是有利的,从而有利于刑罚资源的妥当调控。综上可知,以区分制来解读我国刑法的犯罪参与形式更符合法治原则,更具有优越性。

区分制参与体系为帮助行为正犯化的立法策略和立法现象提供了理论基础。相应地,帮助行为正犯化的立法模式也体现了正犯与共犯二元区分的犯罪参与体系立场。按照限制正犯概念的逻辑,帮助者实施的非实行行为与正犯者实施的实行行为在本质上是不同的,如果要帮助行为评价为正犯行为来处罚,那么就应当在刑法分则中单独作出规定,对于总则共同犯罪规定来说这是一种例外规定,因此这种正犯化的罪名又被称为拟制的正犯。

四、评判帮助行为正犯化的本土语境:双层区分制参与体系

经过上文的分析,我们可以看到,只有在区分制参与体系中,才能生发帮助行为正犯化的理论称谓和立法类型。同时也要注意,大陆法系有影响的德日区分制参与体系是单一层次的,其正犯认定标准从形式走向实质,以正犯与共犯的划分一体解决定罪与量刑两阶段的问题,在这个体系内,正犯是参与类型与功能作用的双核心,当某种帮助行为起到重大作用时,为了规范评价与刑罚惩罚的提升,便产生了帮助行为正犯化的立法类型和理论称谓。相比而言,我国刑法总则并没有明确规定正犯与共犯的参与类型,只是明确了量刑阶段的主从犯,这正为教义学发挥作用提供了施展空间,构建双层的区分制参与体系,以正犯共犯的划分解决定罪问题,以主犯从犯的划分解决量刑问题,就成了合理的教义学选择。

(20) 参见钟敏杰、邓毅丞《共犯正犯化之正当性及其类型研究》,载《江西警察学院学报》2017年第4期,第84页。

(21) 《德国刑法典》第25条(正犯)规定:(1)自己实施犯罪,或通过他人实施犯罪的,依正犯论处。(2)数人共同实施犯罪的,均依正犯论处(共同正犯)。第26条(教唆犯)规定:故意教唆他人故意实施违法行为的是教唆犯。对教唆犯的处罚与正犯相同。第27条(帮助犯)规定:(1)对他人故意实施的违法行为故意予以帮助的,是帮助犯。(2)对帮助犯的处罚参照正犯的处罚,并依第49条第1款减轻其刑罚。参见《德国刑法典》徐久生、庄敬华译,中国方正出版社2004年版。《日本刑法典》第60条(共同正犯)规定:二人以上共同实行犯罪的,都是正犯。第61条(教唆)规定:教唆他人实行犯罪的,判处正犯的刑罚。教唆教唆犯的,与前项同。第62条(帮助)规定:帮助正犯的,是从犯。教唆从犯的,判处从犯的刑罚。第63条(从犯减轻)规定:从犯的刑罚,按照正犯的刑罚予以减轻。参见《日本刑法典》张明楷译,法律出版社2006年版。

(一) 正犯与共犯的区分标准

正犯与共犯如何区分是德日等大陆法系国家刑法理论中的一个难题,理论上存在的各种区分学说就能证明这一点。可以说在区分制参与体系中,首先需要解决的问题是确定正犯与共犯的区分标准。总的来说,存在客观说与主观说的对立,客观说又包括形式的客观说与实质的客观说。

首先登场的是形式客观说,该说认为亲自实施符合构成要件之行为的人是正犯,仅对构成要件予以支持或准备而未亲自实施构成要件行为的人是参与人。⁽²²⁾这也恰恰体现了限制正犯概念的基本理论立场。该学说的优点在于其确定的正犯共犯区分标准明晰可辨,但正是由于这种明确性与德日刑法条文的僵硬联系导致形式主义弊端,⁽²³⁾目前理论上对该说的批评主要是针对这一点。如果严格按照此说来处理犯罪参与人,那么间接正犯、犯罪组织中的幕后指挥者由于没有亲自实施有关犯罪的构成要件行为,尽管他们在整个犯罪实现过程中居于至关重要的地位,他们也只能被认定为帮助犯(在教唆不成立的情况下)在处罚上要参照德日刑法相关条文规定的正犯予以减轻。这很明显会造成罪刑失衡的状况,所以形式客观说在德日逐渐失去了支持。⁽²⁴⁾

随后,学者试图根据主观犯意来区分正犯与共犯,这种主观标准又包括利益说与故意说:前者认为,实施行为是为了实现自己利益的是正犯,实施行为是为了实现他人利益的是共犯;后者以行为人主观上具有正犯意志或者共犯意志来进行界分,也就是说,实施行为是意欲完成自己的犯罪的为正犯,实施行为是意欲加担他人的犯罪的为共犯,⁽²⁵⁾简言之,要判断行为人在实施犯罪时究竟是抱有正犯的意思还是共犯的意思。不管是持有哪种主观学说,依其标准来对共犯与正犯作界分易导致不合理结果,例如,保姆按照雇主的要求将雇主刚出生的婴儿溺死,不管是依据利益说还是故意说,保姆的行为都只成立故意杀人罪的共犯而不是正犯,这显然是不合适的。主观说忽视了行为对法益侵害的客观作用,只从主观犯意来区分正犯与共犯是不可靠的,也容易产生不当的处理结论,所以学界鲜有支持者。

之后,学界普遍认为客观化才是正犯与共犯区分的逻辑方向,当然,主流学说已经摆脱了形式区分标准而采纳了实质区分标准,实质的正犯概念开始在学界变得强有力,这可以称之为实质的客观说。该学说的核心内容是,从价值规范的角度对符合构成要件的实行行为进行考察,根据对犯罪实现贡献之大小的角度来划分正犯与共犯。⁽²⁶⁾实质客观说是一个统称,其包括各种理论学说,如重要作用说、犯罪事实(行为)支配说、必要性说、同时性说、优势说、规范的综合判断说等。这之中,重要作用说与犯罪事实支配说最为有力,也分别是当今日本及德国共同犯罪理论上的主流学说。

(二) 德日单层区分制参与体系(实质客观说)

由上可知,在正犯概念的理解上,德日刑法理论发生了从形式正犯概念向实质正犯概念的转化,这种转化体现了共犯教义学的理性选择。倘若认为刑法法条在很大程度上制约着我国共犯理论的发展,那么,同样地,德日刑法规定也影响着其共犯教义学理论的发展。(单层)区分制参与体系是指在刑法条文中,一方面在犯罪的成立上,在概念上有正犯与共犯(帮助犯和教唆犯)的区隔,另一方面在刑罚评价上,也对正犯与共犯有所区别。德日刑法对参与人的划分可归结为单层分类,也就是以正犯为核心来构建犯罪参与人的分类体系。教义学上也产生了这样一个命题,即不法程度上正犯最重、教

(22) 参见[德]约翰内斯·韦塞尔斯《德国刑法总论》,李昌珂译,法律出版社2008年版,第333页。

(23) 参见[德]耶赛克、魏根特《德国刑法教科书》(下),徐久生译,中国法制出版社2017年版,第877页。

(24) 参见阎二鹏《扩张正犯概念体系的建构——兼评对限制正犯概念的反思性检讨》,载《中国法学》2009年第3期,第117页。

(25) 参见[日]大谷实《日本刑法中正犯与共犯的区别》,王昭武译,载《法学评论》2002年第6期,第116页。

(26) 参见刘艳红《实质刑法的体系化思考》,载《法学评论》2014年第4期,第66页。

唆犯次之、帮助犯最轻。⁽²⁷⁾ 从正犯到教唆犯、帮助犯,在规范评价上呈现出从强到弱的阶层递减状态,而且在刑罚裁量上也体现出从重到轻的依次递减。

此种单层的分类法融合了分工分类法与作用分类法,试图对参与类型与参与程度同时予以评价。区分制的共犯立法模式是以限制正犯概念为基本立场的,正犯概念的教义学功能本来在于认定犯罪参与者是否具有刑罚资格或者地位,确立行为人属于何种参与类型本来是涉及构成要件符合性的问题,并不涉及量刑的范畴。申言之,参与人的行为是否直接该当构成要件与其在法益侵害实现过程中所发挥的作用并无对应关系。然而,在德日刑法明确规定的犯罪参与体系中,正犯是整个共同犯罪定罪与量刑的中心,一方面其存在定罪的价值,另一方面其存在评价刑罚轻重的机能;正犯是对共犯量刑的标尺,参照正犯的刑罚来对共犯处刑或者减轻处罚。⁽²⁸⁾ 这种单层分类体系杂糅了分工定型机能与作用评价机能,企图二合一来处理本来是定罪与量刑两个阶段的问题,然而却造成了罪刑不均衡的后果。例如,行为人虽然没有直接实施构成要件行为,但对造成法益侵害结果起到关键作用,如果认定其为共犯,那么会对其参照正犯减轻处罚,这显然违背了罪刑均衡原则。为了打破这种困局,共犯与正犯的区分标准不得不由形式转向实质,易言之,德日共犯教义学面对其实定刑法不得不走向正犯概念的实质化。

德日正犯与共犯的区分标准采纳实质客观说之后,产生了正犯主犯化的趋势。按照犯罪事实支配说或者重要作用说所确定的正犯已经在事实上等同于按照作用分类法所认定的主犯,可以说,实质的正犯概念与我国刑法的主犯概念已非常接近。以限制正犯概念为基本立场的共犯教义学由于正犯功能的异化产生了内部的逻辑混乱。德日刑法学者通常认为,限制正犯概念区分直接实现构成要件的行为类型与间接实现构成要件的行为类型,这具有两方面的价值,一是符合国民的一般观念,使国民具有行为的预测可能性,刑法所从事的是一种理性的价值判断,它是从生活常识、经验判断出发的,例如,帮助杀人与直接杀人在事实上与规范上都是不同的;二是,也是更加重要的,将行为类型划分为直接实现构成要件的与间接实现构成要件的,能够表明、维持构成要件行为的类型性、定型性。这一点也成为区分学说批驳单一制学说的重要理论根据。但是,实质客观说打破了形式客观说所形成的正犯与实行行为的对应性,正犯所实施的行为不一定就是实行行为,例如有组织犯罪中的组织者虽然并未去实施具体的实行行为,但是也被认定为正犯。这样一来,正犯与实行犯之间不再是相互对应的,不是根据行为样态,而是对犯罪实现的贡献来确定是不是正犯。正犯与共犯的区分标准,不再坚持明确的构成要件观念,实行行为的定型性也丧失了切实的保障。将参与类型与参与程度一体评价会付出代价,为了避免对具体案件中行为人刑罚裁量的不均衡,不得不扭曲参与形式之间的界限。⁽²⁹⁾ 如此,正犯的范围会大大扩张,是否亲自实施构成要件行为不再是认定正犯的唯一标准,间接正犯中的幕后操纵者、共谋共同正犯、有组织犯罪中的组织者在以前根据形式客观说会成立共犯,如今根据实质客观说都成立正犯。

实质正犯概念在形式与实质两极之间摇摆不定,在其理论体系内部存在着逻辑上的纠结。实质的正犯概念本意在于克服形式客观说所存在的僵硬、机械的缺点,然而其未能名副其实,其未能始终坚持实质化的标准,因为,不管是哪一种实质正犯说仍然赞同“亲自实施构成要件行为者均为正犯”这样的命题,这也被用来说明限制正犯概念仍然是实质正犯概念的基本立场。然而,实质正犯概念认为直接实施构成要件行为者并不必然在共同犯罪中居于支配地位,所以上述形式标准与实质正犯概念

(27) 参见[德]金德霍伊泽尔《刑法总论教科书》蔡桂生译,北京大学出版社2015年版,第402页。

(28) 参见钱叶六《双层区分制下正犯与共犯的区分》,载《法学研究》2012年第1期,第126页。

(29) 参见任海涛《统一正犯体系之评估》,载《国家检察官学院学报》2010年第3期,第94页。

所倡导的实质标准明显是相抵牾的。在正犯后的正犯场合,这种判断正犯成立的双重标准清晰显露出来。所谓正犯后的正犯是在探讨间接正犯成立范围时出现的一个概念,典型的间接正犯中直接实行者只是被利用的工具并不构成犯罪,但是在一些特殊情形下,直接实行者的行为也完全符合犯罪的构成要件,也成立犯罪,在这种场合,幕后利用者依然有可能成立间接正犯,理论上将其视为是间接正犯的例外情形,称之为正犯后的正犯。直接实行者符合正犯认定的形式判断标准,幕后利用者符合正犯认定的实质判断标准,同时执行这两种判断标准得出的结论是,正犯也可以是一个被支配、被利用、随时可被替换的零件,但这违背了实质正犯概念所形成的“正犯是犯罪过程中的核心人物”的论断。⁽³⁰⁾

(三) 我国双层区分制参与体系(形式客观说)

虽然我国共同犯罪立法根据主从作用这个实质的标准确保对参与人刑罚裁量的均衡,但是我国刑法上有关共同犯罪的定罪规定尚属空白,再加上传统的犯罪论体系欠缺阶层性特征,所以我国学界尚未构筑起精致的共犯教义学知识体系。我国传统的共犯教义学知识体系由于欠缺正犯概念,不但导致内容显得单薄粗疏,而且解释力非常有限,对于司法实践中的疑难问题往往束手无策。由于德日单层区分制的立法模式存有逻辑弊端,所以我们不赞同我国刑法全面借鉴德日区分制共犯立法模式,但是对于其合理内容我们应当认可和采纳。应当看到,在构成要件符合性问题上所产生的正犯概念,正是以德日为代表的大陆法系共犯教义学的精髓。确定不法构成要件是为了对刑法所禁止的行为类型予以标记、宣示,正犯、共犯是围绕构成要件符合性提出的两个类型化概念,只是显示了二者在不法构成要件实现上的形式差异。以正犯为中心的共犯教义学认可这样一个共识,即共同犯罪是一种违法形态,共同犯罪理论所要解决的问题是应当将违法事实归属于哪些参与人的行为。⁽³¹⁾ 对我国共犯立法可从多个角度予以解读,为了更好地理解我国共犯立法、充实共犯教义学研究,应当引入正犯概念,并与我国共犯参与体系相融合。

既然我国共犯立法只是明确了共犯人的量刑问题,并未规定定罪层面上解决构成要件符合性问题的犯罪参与类型,那么,我国共犯教义学采纳正犯概念就不仅必要而且可行。上文已经分析,德日等国家区分制共犯立法例捆绑了正犯的定罪功能与量刑功能,由此造成了逻辑混乱等后果,与之相比,我国共犯立法例为在教义学上发展定罪与量刑相分离的犯罪参与体系提供了余地。在我国共犯论语境中,将犯罪参与者的行为类型与违法性程度绑定并决定其量刑的一体化思考路径并不可取,因为这既面临逻辑上的障碍,也不能兼顾立法与司法。理性的选择是建立一套既不同于单层区分制也不同于单一制的共犯教义学体系,即在引入正犯概念之后,构筑起双层的区分制体系,内含以正犯为中心的定罪体系和以主犯为中心的量刑体系,从而使正犯、主犯各自发挥其应有的功能,摆脱单层区分制与单一制的内在缺陷。

我国双层区分制体系对参与人类型与参与程度分别各自评价,在第一层次,根据分工分类法,参与人在构成要件层面区分为以下类型,即正犯、组织犯、教唆犯、帮助犯,以此解决参与人的定性问题;在第二层次,根据作用分类法,参与人进一步区分为主犯、从犯,并规定各自的处罚原则,以此解决参与人的量刑问题。⁽³²⁾ 这样一来,正犯与主犯、共犯与从犯并没有一一对应的关系,参与形态的功能评

(30) 参见阎二鹏《共犯教义学中的德日经验与中国现实——正犯与主犯教义学功能厘清下的思考》,载《法律科学》2017年第5期,第179页。

(31) 参见张明楷《共同犯罪是违法形态》,载《人民检察》2010年第13期,第7页。

(32) 参见钱叶六《双层区分制下正犯与共犯的区分》,载《法学研究》2012年第1期,第127页。

价意义淡化,行为人的参与形态与其在共同犯罪中所起到的作用并无对应关系。⁽³³⁾ 正犯、教唆犯、帮助犯是根据形式标准区隔出来的参与类型,对其所科处的刑罚并没有由重至轻依次递减的状况。

德日共犯教义学侧重对正犯概念从价值、规范上进行考察,进而走向实质化,这是有其时代背景的,即德日刑法教义学显现出从19世纪自然主义的概念法学向20世纪非自然主义概念法学转型的特征。毋庸讳言,我国当下所处的历史阶段毕竟有别于德日,我国的罪刑法定原则很多时候只落实在法条上,罪刑法定的司法化还有待加强,当下最要紧的是宣扬罪刑法定所蕴含的形式理性,贯彻构成要件的形式主义理念从而强化刑法的人权保障功能。⁽³⁴⁾ 身处这样的时代背景,我国的共犯教义学无疑应当选择限制的正犯概念、形式客观说的正犯概念。正犯与共犯的区别只代表行为类型上的差异,直接实现法益侵害与间接实现法益侵害只表明在构成要件符合性的判断上有差异,行为类型的判断与违法性程度相分离,并不表明违法性程度的高低,这样有两方面的好处,一是树立限制正犯概念的基本立场,实现教义学体系内部的逻辑顺畅;二是保证定罪、量刑各自教义学功能的实效。这样就不仅消解了德日共犯立法模式与教义学体系的不合理之处,而且推动了共犯教义学体系的本土生长。⁽³⁵⁾

五、帮助行为正犯化的回归:实然与应然

在我国建立并坚持双层的区分制犯罪参与体系,意味着这种教义学知识与方法应当用来解释和评判共同犯罪领域的立法例、概念和学说。尽管我国刑法典以及司法解释中存在大量帮助行为正犯化的规定,但是它们无论在理论界还是实务界都受到质疑和挑战。按照双层区分制参与体系来处理的话,如果某种帮助行为在共同犯罪中起到重要作用,那么即使被评价为共犯(帮助犯),也可以在具体量刑时被认定为主犯,从而做到罪刑均衡,这样也就没有必要动用宝贵的立法资源频繁进行帮助行为正犯化的立法。

(一) 帮助行为正犯化的实然存在

在帮助行为正犯化之前的时代,对于帮助行为的评价和制裁在共同犯罪的框架中进行,本来通过犯罪参与论即可实现对其定性,但立法者仍然设立单独的构成要件和法定刑,将其直接作为正犯处理。这其中缘由何在?可以说,帮助行为正犯化正迎合了客观实质化思潮。

例如,立法者以及一些主张区分制参与体系的学者认为,对于网络犯罪帮助行为在刑法中作出专门规定的原因在于,传统的共犯理论不能正确处理全面异化的网络帮助行为,如果按照共犯(帮助犯)来处理,不能实现对网络帮助行为独立危害性的充分评价,以从犯来处罚网络帮助行为是不合适的;对于共犯的量刑要轻于正犯,在帮助行为的危害性与正犯相当之时,只有将帮助行为拟制为正犯才能做到量刑上的平衡,质言之,帮助行为正犯化主要是基于量刑平衡的考虑。正如同协助组织卖淫罪,立法者认为协助行为具有严重的社会危害性,若认定为从犯便应按照刑法总则的规定予以从轻、减轻或者免除处罚,这样就造成对协助者的刑罚裁量畸轻的后果,为了避免该后果所以将协助行为规定为独立犯罪。《最高人民法院、最高人民检察院关于办理利用互联网、移动通讯终端、声讯台制作、复制、

(33) 参见张伟《我国犯罪参与体系下正犯概念不宜实质化——基于中、日、德刑法的比较研究》,载《中国刑事法杂志》2013年第10期,第32页。

(34) 参见陈兴良《刑法教义学的发展脉络——纪念1997年刑法颁布二十周年》,载《政治与法律》2017年第3期,第12页。

(35) 参见阎二鹏《共犯教义学中的德日经验与中国现实——正犯与主犯教义学功能厘清下的思考》,载《法律科学》2017年第5期,第183页。

出版、贩卖、传播淫秽电子信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释(二)》的相关规定也体现了网络帮助行为正犯化的思维逻辑,司法解释制定者认为,如果把为传播淫秽物品提供网络技术支持的行为以相关犯罪的共同犯罪论处,那么只能认定为帮助犯,不能对其合理量刑,因此直接将网络技术帮助行为扩张解释为实行犯(正犯)。(36) 有论者就分析到:随着网络犯罪的持续演变,利用网络实施的技术帮助行为虽然形式上显现出共犯性质,但实质上已脱离于主犯行为,上升为实际上的主行为,传统犯罪的主次分工在网络犯罪中呈现异化状态;不能再通过传统的共犯理论对网络空间中实质独立的技术帮助行为作出回应,应该直接将此类行为评价为正犯行为。(37)

论者的上述论断,已经投射出实质客观说的影子,其将主犯行为等置于正犯行为,将主犯等同于正犯。这样一来,正犯行为与实行行为并不是互相对应的,帮助者也可以成立正犯,从而产生帮助行为正犯化的现象。可以看出,之所以得出上述结论是基于对我国共犯立法模式以及传统共犯教义学原理的理解,其对我国区分制参与体系的理解基本接近于德日单层区分制,其认为帮助犯是犯罪实现中的配角、边缘角色,是起辅助作用的从犯。有学者就指出,在我国刑事立法中并无帮助犯概念,其只存于刑法理论中,刑法中主犯、从犯的处罚基准不能体现网络帮助犯的真实地位,所以有必要利用共犯行为正犯化的方式,把危害严重的网络帮助行为单独入罪,设立新的罪名,从而使帮助行为不再依附于被帮助者所实施的犯罪,并认为这是刑事立法回应网络共同犯罪挑战的最好方式。(38)

近年来,帮助行为正犯化的思维不断影响和推动着我国的立法活动,《刑法修正案(九)》有关罪名的增设以及网络犯罪相关司法解释的颁布都显示了这一迹象。帮助行为正犯化立法现象的持续增加,其真正的逻辑动因可能存在于功利主义的考量中。(39) 例如,立法机关在解读《刑法修正案(九)》涉及的网络犯罪条款时,指出利用网络实施的违法犯罪具有较强的隐蔽性,很难收集到充分的犯罪证据,为了有效惩治整个犯罪链条,应当减轻侦查机关的证明责任,因此有必要将网络犯罪的某些帮助行为予以正犯化,帮助信息网络犯罪活动罪的设立即为适例。(40) 有观点认为,在网络因素介入下,传统犯罪对法益侵害结果的危险源范围与以前相比大幅扩张,网络犯罪中共犯关系不断弱化,(41) 为了应对网络犯罪的不断翻新,立法者最便宜的选择就是对网络共犯(帮助犯)单独设罪。然而,法教义学视域中对帮助行为的刑罚评价需要有正当性根据,将帮助行为直接设置为正犯行为更需要正当性的考量。虽然立法者采取直接将帮助行为正犯化的立法模式是快捷的,但却不一定是最妥当的路径选择。

(二) 帮助行为正犯化的应然回归

帮助行为正犯化的归责模式频频出台,其正当性受到了有力质疑。有学者认为,虽然法条中确立了帮助行为正犯化的归责模式,但这只是具备了形式合法性。(42) 也有学者认为,共犯正犯化冲击了传统共犯理论,混淆了传统的正犯概念与共犯概念。(43) 例如,协助组织卖淫行为本质上是组织卖淫

(36) 参见于志刚《网络犯罪与中国刑法应对》,载《中国社会科学》2010年第3期,第124页。

(37) 参见于冲《网络犯罪司法解释的现状考察与未来路径》,载《刑法论丛》2015年第2卷,第201页。

(38) 参见于志刚《网络空间中犯罪帮助行为的制裁体系与完善思路》,载《中国法学》2016年第2期,第5页。

(39) 参见阎二鹏《法教义学视角下帮助行为正犯化的省思——以〈中华人民共和国刑法修正案(九)〉为视角》,载《社会科学辑刊》2016年第4期,第77页。

(40) 参见郎胜主编《中华人民共和国刑法释义》,法律出版社2015年版,第506页。

(41) 参见米铁男《共犯理论在计算机网络犯罪中的困境及其解决方案》,载《暨南学报》(哲学社会科学版)2013年第10期,第53页。

(42) 参见阎二鹏《法教义学视角下帮助行为正犯化的省思——以〈中华人民共和国刑法修正案(九)〉为视角》,载《社会科学辑刊》2016年第4期,第79页。

(43) 参见于冲《帮助行为正犯化的类型研究与入罪化思路》,载《政法论坛》2016年第4期,第169页。

罪的共犯行为, 将其在分则中独立成罪会冲击总则的共犯规定, 也容易造成共犯理论上的困惑。传统的共犯行为被设置为实行行为之后, 划分共犯与正犯所发挥的限制处罚范围的功能就被消解了。帮助行为正犯化的立法模式或者解释方式的教义学基础在于实质正犯概念, 刑法分则以及司法解释之所以对某种帮助行为直接认定为某罪的实行行为, 正是试图实现实质正犯概念的解释力。这样, 正犯的界限不断侵占共犯的领地, 正犯的范围持续扩张, 相应地, 共犯的辖区不断缩小, 共犯在共同犯罪体系中的功能不当萎缩。以限制正犯概念为基本立场的区分制共犯体系的优势没有得到应有的重视和应用, 根据构成要件定型机能区分犯罪参与类型的方式受到漠视。可以说, 实质客观说所生发的帮助行为正犯化的思维方式和立法方式有着重大瑕疵, 其有损构成要件的明确性机能, 放弃构成要件的类型性、定型性去追求所谓合理量刑无异于舍本逐末, 终究会得不偿失。

同时, 在实质正犯立场的内部, 各种学说、标准林立, 针对相同的案件事实根据不同人的观念往往会得出不同的结论, 因此实质客观说所区分的共犯类型可能并不明确、精准。相反, 形式客观说所主张的根据构成要件参与形式区分的共犯类型则具有明确性、实操性。从这个意义上来说, 形式正犯概念更能发挥教义学理论的功能, 更好地保障法治原则的贯彻实现。所以说, 在教义学上回归并坚持形式正犯概念, 并在此前提下构建区分制的犯罪参与体系, 是能够兼顾到我国刑法总则共犯立法体例的妥适方案。

从某种意义上说, 采纳帮助行为正犯化模式, 是我国对实质正犯概念的一种本土化误用。从根本上说, 是接受并应用德日单层区分制参与体系, 忽视并偏离我国双层区分制参与体系。对帮助性质行为应当在双层区分制的框架内处理, 即使在第一个层次根据参与形式、分工分类标准被认定为帮助犯, 也可以在第二个层次根据参与程度、作用分类标准被认定为主犯, 从而实现定罪与量刑依次进行并保证罪刑均衡。这样看来, 认为只有借助于实质客观说才能避免的罪刑失衡, 实际上在双层区分制体系之中并不会发生。虽然学界对我国共同犯罪立法体系是归属于区分制还是单一制尚有意见分歧, 但普遍认为主从作用是对参与人量刑的唯一标准, 看不出这种量刑标准与参与人在犯罪实现进程中的行为类型有什么必然关联。正犯在共同犯罪中既可能起主要作用也可能起次要作用, 帮助犯同样如此。可以说, 即使不对帮助行为独立设罪也不会出现量刑失衡的困局, 帮助行为正犯化是否有必要值得商榷。

对于时下热烈讨论的网络犯罪帮助行为的处理, 笔者主张应当充分发挥我国双层区分制参与体系的优势, 考量网络帮助行为在共同犯罪中的实际作用, 若其在犯罪过程中起到主要作用, 就应将其评价为主犯, 并非只有予以正犯化才能作为主犯处罚。同时, 在共同犯罪的框架下处置帮助行为亦有其他益处, 例如, 对危害国家安全罪、毒品犯罪等提供网络技术帮助的行为, 将其评价为相关犯罪的共犯的话, 一方面可以充分显示其犯罪性质, 另一方面可以与累犯、毒品再犯等量刑制度匹配适用。⁽⁴⁴⁾

六、结语

帮助行为正犯化与犯罪参与理论密切相关, 实质客观说为帮助行为正犯化的生长提供了土壤, 然而实质客观说与我国双层区分制参与体系圆凿方枘。教义学上双层区分制的形成与应用, 使得帮助行为正犯化的立法并无必要。在德日单层的共犯分类立法体制的牵引下, 其正犯概念的界定由形式标准向实质标准过渡。我们应清楚地看到我国共犯立法与德日体例的差别, 若无视这一点, 选择实质

(44) 参见于志刚《网络空间中犯罪帮助行为的制裁体系与完善思路》, 载《中国法学》2016年第2期, 第22页。

化的路向就是非理智的,不但可能造成理论的水土不服,还可能诱发新的迷局。

犯罪参与论实际上是要解决各个参与人行为的构成要件符合性,在教义学上对共犯诸问题的探讨应以这一基本理念为指针。⁽⁴⁵⁾ 由于这一理念的欠缺,我国共犯论的理论研究笼罩在迷雾之中。我们应认识到,正是基于限制正犯概念的立场,在判断各参与人构成要件符合性时才提出了正犯共犯概念。实行行为的定型性是罪刑法定原则实现的硬性要求,这也决定了正犯与共犯的区分标准只能是行为方式的不同。如此看来,将帮助行为直接以某罪的实行犯入罪的做法,可能违背了上述基本理论立场。

我国共犯立法传统重视对参与人的量刑而忽视定罪,立法中也没有正犯的概念,但是辩证地看,立法上的不明确和些许粗疏,也为教义学提供了足够的施展空间。对我国刑法共犯的规定,有多种解释的可能性,对我国犯罪参与体系归属于区分制或者单一制的理论主张均不能说是我国立法所拒绝的,从根本上说取决于学者的基本立场。怎样才能使帮助行为正犯化与我国刑法总则共犯规定以及背后的教义学理念相契合,或者提出与上文理论主张不同的更有说服力的教义学方案,是目前刑法学界尚需努力完成的工作。

Dogmatics Introspection on the Principal Offenderization of the Helping Behavior

Sun Yunliang

Abstract: Legal dogmatics not only has the function of interpreting legislation, but also has the function of criticizing legislation. In a unitary participation system, helping behavior is a principal offender, and it has nothing to do with the principal offenderization. Only in the system of division participation there is the legislation type on the principal offenderization of the helping behavior. In the single division system, the two issues of conviction and sentencing are resolved by the division of the principal offender and accomplice. When a certain kind of helping behavior plays a major role in order to increase the normative evaluation and penal punishment, a type of legislation has been created, the principal offenderization of helping behavior. In contrast, the general provisions of our criminal law do not clearly stipulate the participation type of the principal offender and accomplice, but only clarify the main and accessory offenders at the sentencing stage. This is providing room for dogmatics to play a role, and the establishment of a two-tier system of the division participation solves the issue of conviction by the principal offender and accomplice, and the issue of sentencing by dividing the main and accessory offender. It is a reasonable choice of dogmatics. In accordance with the two-tier system, if a certain kind of helping behavior plays an important role in the joint crime, even if it is evaluated as a helper, it can be recognized as the main offender at the time of the specific sentencing, so that the balance between crime and punishment can be achieved. There is no need to legislate the principal offender of helping behavior.

Keywords: the principal offenderization of helping behavior; dogmatics of criminal law; two-tier system of division; type of constitutive requirement; phenomenon legislation

(责任编辑:丁洁琳)

(45) 参见阎二鹏《共犯行为正犯化及其反思》,载《国家检察官学院学报》2013年第3期,第110页。