

# 共犯正犯化背景下的从属性 困境及理论应对

邓毅丞\*

**摘要** 共犯正犯化和共犯从属性未必存在冲突。通过考察日本刑法学界关于共犯正犯化的争议可知,共犯正犯化与共犯从属性之间的关联性有探讨的空间。从正犯类型的多元性以及共犯正犯化的立法形式多样性可知,共犯正犯化存在类型化的可能。具体而言,应在两个层级上划分共犯正犯化的类型。在第一个层级中,共犯正犯化划分为真正的正犯化和不真正的正犯化。前者是指法律将本应属于共犯的行为规定为正犯的情形。后者是指法律规定的某行为表面上看似共犯,而实际上属于正犯的情形。在第二个层级中,真正的正犯化划分为完整的正犯化和不完整的正犯化。完整的正犯化以可罚的抽象危险性为基础,不受限制从属性的束缚;而不完整的正犯化仍要受到限制从属性的约束。

**关键词** 共犯正犯化 共犯从属性 真正的正犯化 不真正的正犯化

## 一、问题的提出

在我国刑法分则中,存在大量有关共犯行为的独立规定,如协助组织卖淫罪。这种法律现象通常被称为“共犯正犯化”。〔1〕该立法现象对近年来逐渐成为主流观点的限制从属性说无

\* 杭州师范大学沈钧儒法学院副教授。本文为2019年度浙江省哲学社会科学规划课题“帮助行为正犯化的正当性困境与司法应对研究”(课题编号:19NDJC056YB)、2016年度杭州市社科规划“人才培育计划”专项课题(课题编号:2016RCZX25)的阶段性研究成果。

〔1〕“正犯化”的表达预设了共犯和正犯的不同。如果共犯和正犯不具有本质性的差别,就不会有所谓的“共犯正犯化”。因此,共犯正犯化以区分制为理论前提。但是,也有学者认为,我国刑法中的(接下注〔1〕)

疑产生了重大冲击。<sup>〔2〕</sup>

限制从属性说认为,共犯与正犯在不法构成要件层面有连带性,但在具体归责的问题上则根据各个参与人的具体责任形式进行认定。<sup>〔3〕</sup>具体而言,该说表现为以下基本特征:

第一,共犯的处罚以正犯实施违法构成要件行为为前提。在阶层犯罪论的逻辑下,构成要件和违法性分属于不同层面的问题。限制从属性说要求共犯同时在构成要件和违法性层面从属于正犯。具体而言,包括以下两个方面。其一,正犯未实施符合构成要件的行为,共犯不得受到处罚。例如,甲教唆乙假冒官二代找恋爱对象(不涉及诈骗钱财)。由于假冒官二代的行为不符合招摇撞骗罪的构成要件,因而甲的教唆行为不能构成招摇撞骗罪的教唆犯。其二,正犯未实施具有违法性的行为,共犯不得受到处罚。例如,甲教唆乙对正在实施不法侵害行为的丙进行正当防卫。由于乙作为正犯实施的正当防卫是合法行为,因而甲的教唆行为也是合法行为,不应受到处罚。

第二,正犯的违法行为应当达到可罚的程度,否则共犯也不受到处罚。例如,甲帮助乙、丙、丁三人盗窃,乙、丙、丁在没有共谋的情况下分别盗取 800 元。甲作为这三人的共犯,因为正犯的构成要件行为未达到可罚的程度,因而甲也不得受到处罚。

第三,共犯的停止形态从属于正犯。根据实行从属性,共犯不具有独立的实行行为。也就是说,正犯的行为阶段对共犯的处罚有直接影响。在正犯构成预备犯的场所,共犯也构成预备犯。在正犯构成未遂犯的场所,共犯也构成未遂犯。在正犯构成既遂犯的场所,共犯才能构成既遂犯。例如,甲帮助乙杀人。乙在尾随被害人的过程中被捕。甲的帮助行为构成故意杀人

〔1〕(接上注〔1〕)共同参与体系不是区分制而是单一制。在单一制下,各参与行为之间并不存在从属关系,其彼此之间仅具有事实上的关联性。因此,每个正犯的可罚性均独立于其他正犯的可罚性。既然参与行为都是正犯,自然也就没有所谓的共犯正犯化。而只有“从犯主犯化”。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”,《上海政法学院学报(法治论丛)》2017年第1期,第15页。但是,本文认为,我国刑法规定的参与体系应当属于区分制,而非单一制。关于单一制的问题,参见钱叶六:“双层区分制下正犯与共犯的区分”,《法学研究》2012年第1期,第128—129页。

〔2〕关于共犯从属于正犯的哪个要素的问题,有不同观点:①极端从属性说主张共犯的成立从属于正犯的构成要件、违法性以及有责性;②限制从属性说主张共犯的成立从属于正犯的构成要件和违法性;③最小从属性说主张共犯的成立仅从属于正犯构成要件。共犯行为本身不符合构成要件,因而必须通过正犯的构成要件行为侵害法益。然而,符合构成要件的行为未必真正的侵害法益。正当防卫、紧急避险等正当化事由在表面上都是符合构成要件的情形,但实际上并无法益侵害性。很难想象刑法禁止对正当防卫等合法行为实施的帮助和教唆。因此,最小从属性说不可取。但是,根据个人责任主义,所有人只对其自身的罪责负责,而不可能因为他人的行为以及罪责而受到惩罚。也就是说,违法具有连带性,而责任具有个别性。共犯不必从属于正犯的责任要素。因此,极端从属性说也不妥当。简言之,限制从属性说成为当前的主流观点。参见(日)大谷实:《刑法讲义总论》,黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第370—371页。

〔3〕参见钱叶六:“共犯与正犯关系论”,《中外法学》2013年第4期,第775—785页;张开骏:“共犯限制从属性说之提倡——以共犯处罚根据和共犯本质为切入点”,《法律科学(西北政法大学学报)》2015年第5期,第85—94页。

罪的预备犯。

不难发现,在限制从属性说的指引下,共犯的处罚范围受到严格限制。在现代社会中,共犯参与形态呈现出复杂化和多元化的趋势。<sup>〔4〕</sup>如果对所有的共犯行为都机械的套用限制从属性说,就有可能产生不当的处罚漏洞。例如,甲为恐怖活动组织提供大量资金,而该组织尚未使用这笔资金实施任何犯罪行为(包括准备恐怖活动)。根据限制从属性说,甲的资助行为不构成相关恐怖活动的帮助犯。又如,甲通过信息技术帮助多人诈骗,但无法证明甲帮助的各个诈骗行为达到法定的数额标准。那么,对甲来讲很难认定为诈骗罪的共犯。

为了应对特殊共犯行为的处罚需要,刑法确立了共犯正犯化的立法模式。通说认为,在共犯正犯化的立法模式中,包括帮助犯在内的共犯行为已经被正犯化,应当具有独立性,不再受到实行从属性和要素从属性的制约。一方面,原正犯的犯罪形态对于正犯化的共犯而言,不具有可罚性的制约意义。例如,协助组织卖淫罪被刑法规定为组织卖淫罪的共犯正犯化,因而不必受限于上述实行从属性处罚规则。仅就协助行为的单方危害性,即可认定协助组织卖淫罪成立乃至既遂。<sup>〔5〕</sup>另一方面,原正犯的违法程度对于正犯化的共犯不产生可罚性的制约意义。例如,即使正犯未达到诈骗罪的数额要求,具有严重危害性的帮助行为也可以直接构成帮助信息网络犯罪活动罪。<sup>〔6〕</sup>

有学者指出,共犯正犯化是共犯从属性和共犯独立性在刑法中并存的体现。于冲认为,共犯责任的确立应当全面引入限制从属性说。但是,该说难以解决帮助违法行为、中立帮助行为的入罪化问题。<sup>〔7〕</sup>因此,通过共犯正犯化对“链条化”的帮助行为进行全面入罪化,不再受到从属性的制约。<sup>〔8〕</sup>陈毅坚进一步认为,共犯正犯化体现了立法者对二元行为无价值的理论取向以及积极的一般预防的价值追求,从而形成教唆犯的总则独立化和帮助犯的分则独立化的二元立法模式。<sup>〔9〕</sup>

上述观点将共犯从属性和共犯独立性作为两种不同的立法模式。根据这种观点,共犯正犯化作为共犯独立性的立法例的理由在于:这些犯罪已经具有构成要件的类型性以及严重的社会危害性。可以说,这种观点有相当强的启发意义。一些外观看似共犯的行为,很可能具有法益侵害性以及预防的必要性,对其应以正犯视之。但是,共犯正犯化是否必然意味着共犯独立化,则有商榷余地。

〔4〕 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”,《中国法学》2016年第2期,第7—9页。

〔5〕 参见黎宏:《刑法学各论》,法律出版社2016年版,第480页;周光权:《刑法各论》,中国人民大学出版社2016年版,第449页。

〔6〕 参见于志刚:“共犯行为正犯化的立法探索与理论梳理——以‘帮助信息网络犯罪活动罪’立法定位为角度的分析”,《法律科学(西北政法大学学报)》2017年第3期,第88—92页。

〔7〕 于冲:“帮助行为正犯化的类型研究与入罪化思路”,《政法论坛》2016年第4期,第172页。

〔8〕 同上注,第173页。

〔9〕 参见陈毅坚、孟莉莉:“‘共犯正犯化’立法模式正当性评析”,《中山大学法律评论》2010年第2期,第304页。

首先,共犯独立性说企图通过扩大正犯范围来实现社会防卫目的,违背客观主义刑法观。正如日本学者大塚仁所说:“在强调罪刑法定主义、要求对犯罪的成否进行慎重考虑的今日,共犯独立性说的主张具有不能符合社会要求的一面。”<sup>〔10〕</sup>假如在共犯正犯化的立法例中贯彻共犯独立性说,就有可能极大的扩大处罚范围,使得本来不被处罚的共犯行为进入犯罪圈。那么,共犯正犯化对于共犯从属性的突破是否有正当理由,就值得质疑。

其次,假如将共犯正犯化直接视为共犯独立化,实行行为就必然被作泛化处理。这与当前盛行的法益侵害原理以及实行行为判断规则相抵牾。“正犯的实行着手,不是单纯的因果关系发展中的一个阶段,而是从实质上看必须产生了发生结果的具体的、紧迫的危险。”<sup>〔11〕</sup>“在值得予以处罚的法益侵害之危险尚未显现于外界的阶段,就认定成立犯罪,不仅属于刑法的过早介入,也不符合行为主义的精神。”<sup>〔12〕</sup>

再次,共犯独立性与诉讼程序的公正性有冲突。“人权保障的司法理念以及司法可操作性,是追究共犯刑事责任的重要考量。从刑事程序来讲,在没有正犯实行行为的情况下,收集教唆、帮助的证据是十分困难的,可能导致错误的侦查、起诉和审判。”<sup>〔13〕</sup>实际上,鲜见在被帮助的网络犯罪行为着手实行以前就对帮助行为进行处罚的判决和裁定。在张仕忠、毛芬芬等诈骗案、<sup>〔14〕</sup>张力荣、刘迪义等开设赌场案、<sup>〔15〕</sup>宗圆、陈峥等侵犯个人信息案<sup>〔16〕</sup>等判例中的正犯均已既遂。

最后,在共犯正犯化的立法例中,并不必然体现出“链条化”的特征。而且,即使是“链条化”的帮助行为,也未必达到可以受到刑法独立规制的程度。例如,根据法律规定,虚开增值税发票罪包括介绍他人虚开等四种行为类型。在介绍他人虚开增值税发票的场合,介绍行为的法益侵害性极其稀薄。该行为的实施是否就能立即构成虚开增值税发票罪,实在让人疑虑。

基于此,如何协调共犯正犯化与共犯从属性原理之间的关系,就成为亟待解决的理论问题。本文尝试对共犯正犯化和共犯从属性之间的关系展开探讨,以求在共犯正犯化的立法背景下合理划定共犯从属性的适用范围。

## 二、共犯正犯化和共犯从属性的对立性质疑

### (一)日本刑法中的共犯正犯化及其启示

国外也有共犯正犯化的立法例。就日本学界而言,共犯正犯化被称为“共犯独立罪”,最初源于1961年的《政治暴力行为防止法案》(以下简称《政防法案》)。20世纪六十年代,在安保

〔10〕 (日)大塚仁:《犯罪论的基本问题》,中国政法大学出版社1993年版,第279页。

〔11〕 张明楷:《刑法学(上)》,法律出版社2016年版,第411—412页。

〔12〕 (日)松原芳博:《刑法总论重要问题》,王昭武译,中国政法大学出版社2014年版,第278页。

〔13〕 张开骏:《共犯从属性研究》,法律出版社2015年版,第113页。

〔14〕 参见湖北省孝感市中级人民法院刑事裁定书(2017)鄂09刑终15号。

〔15〕 参见广东省潮州市中级人民法院刑事判决书(2016)粤51刑终154号。

〔16〕 参见江苏省苏州市中级人民法院刑事判决书(2016)苏05刑终776号。

斗争事件的历史背景下,<sup>[17]</sup>日本社会党委员长浅沼稻次郎被刺杀、嶋中央公论社社长的家人被杀伤等日本右翼恐怖活动盛行。以此为由,日本社会党和共产党的议员在1961年2月提出《政防法案》。<sup>[18]</sup>在《政防法案》中,对带有政治目的的杀人、伤害等行为规定为共犯独立罪。<sup>[19]</sup>该法案遭受日本社会的极大抵触,旋即于1962年5月被废除。但是,日本现行刑法仍然在有限的范围内规定共犯独立罪,例如,《日本刑法典》规定了帮助内乱罪、援助脱逃罪等犯罪。另外,《日本国家公务员法》(第111条)、《日本地方公务员法》(第62条)、《日本破坏活动防止法》(第38条)等法律也规定了相应的帮助独立罪和教唆独立罪。对此,日本学界普遍采取谨慎的态度,反对立法者恣意的将共犯行为作为正犯单独定罪。<sup>[20]</sup>即使为了应对恐怖主义等现实问题,也应当注意犯罪预防与共犯行为处罚的妥当性之间的平衡。<sup>[21]</sup>

即使日本现行法律采纳共犯正犯化的立法模式,日本学界也并非一概的否认共犯从属性对共犯正犯化的约束。其中,对以下问题有诸多争议。

第一,共犯从属性的存否之争。例如,有学者认为,帮助内乱罪的成立以被帮助者成立内乱罪或者预备内乱罪、阴谋内乱罪为必要。<sup>[22]</sup>与之相对,也有学者认为,该罪不以正犯的成立为必要。<sup>[23]</sup>

第二,未遂犯的成立标准之争。就援助脱逃罪而言,有学者认为,不要求被援助者已经实际脱逃。“在实施足以使脱逃更为容易的行为时点,或者出于使被羁押者脱逃的目的而实施了暴行或胁迫的时点,即达到既遂,几乎难以想象本罪的未遂。”<sup>[24]</sup>但是,也有学者认为,行为人必须引起脱逃者易于逃走的具体危险,才可以成立既遂。在未能完成“易于其脱逃的行为”的场合,构成本罪的未遂。<sup>[25]</sup>而且,还有学者指出,本罪不以被帮助者实际脱逃为要件,而以“夺取”为目的的被拘禁者夺取罪却在此情形下成立未遂,从而造成了援助脱逃罪和被拘禁者夺取罪之间的不均衡,因而要在量刑时进行考虑。<sup>[26]</sup>

[17] 20世纪五十年代末,日本和美国谈判修改《日美安保条约》,引起了日本社会大规模的反对浪潮,并直接导致了当时的首相岸信介辞职。参见薛晓光:“安保斗争与美国对日政策”,《大连教育学院学报》2003年第4期,第9页。

[18] 参见日本大百科全书的解说, <https://kotobank.jp/word/%E6%94%BF%E6%B2%BB%E7%9A%84%E6%9A%B4%E5%8A%9B%E8%A1%8C%E7%82%BA%E9%98%B2%E6%AD%A2%E6%B3%95%E6%A1%88-85912>,最后访问日期:2017年12月31日。

[19] 参见(日)西村克彦:“政防法案と共犯の独立罪”,《法律のひろば》1961年第14卷第8号,第23页。

[20] 参见(日)青柳文雄:“独立教唆罪について”,《法学研究》1965年第38卷第8号,第33页;大谷实,见前注[2],第369页。

[21] 参见(日)木村光江:“イギリスにおける共犯処罰と二〇〇七年重大犯罪法”,《法學新報》第121卷第11/12号,第256—257页。

[22] 参见(日)曾根威彦:《刑法各論》,弘文堂2012年版,第281页。

[23] 参见(日)前田雅英:《刑法各論講義》,弘文堂2015年版,第432页。

[24] (日)西田典之:《日本刑法各論》,王昭武、刘明祥译,法律出版社2013年版,第455—467页。

[25] 参见(日)中森喜彦:《刑法各論》,有斐阁1996年版,第313页。

[26] 参见(日)松原芳博:《刑法各論》,株式会社日本評論社2016年版,第554页。

第三,共犯的定性与否之争。例如,就现场助势罪而言,有学者认为,本罪是伤害罪的帮助行为,是基于人多起哄的群众心理行动,因此,本罪属于特别减轻刑罚的犯罪类型。<sup>[27]</sup>也有人认为,本罪如果是伤害罪的帮助行为,就应当作为伤害罪的从犯来处罚,没有理由特别予以减轻。因此,本罪的处罚对象是区别于帮助的煽动性助势行为。<sup>[28]</sup>根据前者,本罪是以减轻处罚为目的的共犯正犯化立法例。根据后者,本罪是对不构成伤害罪共犯的情形所做出的补充性处罚规定,而不是伤害罪共犯的正犯化规定。

从上述争议可以看出,共犯独立罪或者共犯正犯化并不意味着从属性的必然否定。对于具体的犯罪,究竟是否在司法认定中承认正犯化的共犯具有独立性,大有商讨余地。

## (二)正犯的类型性及其启示

关于正犯化的从属性困境,主要源于对正犯的意义进行单一化和形式化的理解。传统学说认为,正犯包括两个层面的意义:一是决定犯罪行为性质,二是影响刑罚轻重。问题是:假如只具备这两个特征中的一个,是否仍然能够算是正犯?绝大部分学者对此做否定回答。“正犯=独立定性+独立量刑”几成定式。据此,共犯正犯化意味着定罪的独立化和量刑的独立化两者并存。

但是,正犯在不同的角度很可能呈现出不同的面相。以单一的角度对其解读,并不合理。纵观正犯概念的发展史,其判断标准经历了从形式到实质的转变。<sup>[29]</sup>目前,以犯罪事实支配说为主导的正犯概念,对于参与人是否形式上亲自实施构成要件行为不作强制性的限定。<sup>[30]</sup>即使是一般的正犯,也未必完全在实行行为上具有形式上的独立性。一般来讲,正犯包括直接正犯、间接正犯和共同正犯。其中,共同正犯又可以划分为实行共同正犯和共谋共同正犯。在这些正犯类型中,间接正犯和共谋共同正犯都不具有严格意义上的实行独立性。实行行为应当具有紧迫的法益侵害性。但是,间接正犯中的利用行为和共谋共同正犯的共谋行为原则上都不可能对法益产生直接的威胁。因此,只有在被利用者或者实行分担者具体实施侵害法益的构成要件行为,从而使得法益面临紧迫危险的场合,才可以认定间接正犯或者共谋共同正犯的着手。例如,甲利用精神病人乙去杀害丙。在乙实施杀人行为之前,不应认定甲成立故意杀人罪的实行着手。又如,甲和乙共谋去杀害丙。甲因故没有去亲自实施杀人行为。在乙动手杀人之前,甲也不可能被认定为故意杀人罪的实行着手。这是因为,在这两个事例中的甲都依赖于其他人的行为完成犯罪。就此而言,这两种正犯类型的实行行为在一定程度上从属于其他犯罪参与者。<sup>[31]</sup>

[27] 参见(日)团藤重光:《刑法纲要各论》,创文社1972年版,第417页。

[28] 参见(日)大塚仁:《刑法概说(各论)》,冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第46页。

[29] 参见松原芳博,见前注[12],第279页。

[30] 参见(德)罗克辛:《德国刑法学总论(2卷)》,王世洲、劳东燕、王莹等译,法律出版社2013年版,第14—16页。

[31] 通说认为,间接正犯是单独正犯,并无讨论从属性的余地。但是,最新研究表明,根据行为共同说,当前理论界所主张的诸多间接正犯类型,完全可以分解为共同正犯或者狭义共犯,那么,从属性的讨论就很有必要。参见黎宏、姚培培:“间接正犯概念不必存在”,《中国刑事法杂志》2014年第4期,第34—47页。

通过正犯多元化现象的梳理,我们可以得到如下启示:正犯化也可能具有相应的多元性。既然被冠以“正犯”之名的犯罪类型也可能存在从属性的束缚,就不可以将正犯化单一的理解为全盘独立化。或许有人认为,共犯理论上所说的正犯是对行为类型的规范评价,而共犯正犯化的“正犯”则是对立法形式的逻辑总结,两者不可平行比较。然而,两者在实质上都是指向同一问题:参与行为是否可以获得作为构成要件行为的独立地位?即使共犯正犯化有专门条款对某些参与行为予以确认,也不可否认这些参与行为作为他人行为的介入因素的事实,更不能断言,这些参与行为在现实中必然具有充分的法益侵害性而应被单独处罚。从法益保护的基本观念出发,仅仅形式上符合构成要件而实质上没有充分的法益侵害性的行为不能作为正犯行为来对待。例如,形式上聚众淫乱的行为,在不侵犯他人羞耻心的场合不应构成聚众淫乱罪。因此,虽然参与行为在形式上被刑法以独立的法定刑规制,但是,如果其脱离了他人行为就无法产生可罚的法益侵害性,就不具有构成要件行为的完全独立性,而只能承认法定刑上的独立意义。

### (三)正犯化的立法形式多样性及其启示

共犯正犯化的立法形式呈多元化的特征(见表1)。具体而言,至少可以从以下几个方面进行理解。

第一,以罪量要件为基准,可以分为严格的正犯化和缓和的正犯化。所谓严格的正犯化,是指必须满足特定的限制条件,才能适用刑法分则规定的独立法定刑的情形。如《刑法》第287条之二规定帮助信息网络犯罪活动罪。该罪名成立必须以明知他人利用信息网络实施犯罪为前提,同时要求满足情节严重这一要件。与之相对,缓和的正犯化,是指独立罪名的成立没有设置其他限制条件,直接适用刑法分则规定的独立法定刑的情形。例如,《刑法》第120条之一规定的帮助恐怖活动罪,并没有设定严重后果、情节严重等限定性条件。

第二,以共犯行为的方式为标准,可以分为辅助型的正犯化和唆使型的正犯化。辅助行为是对正犯行为提供帮助的参与行为。与之相对,唆使行为是引起正犯者犯意的参与行为。将前者作为正犯处理的立法例可以被称为辅助型正犯化,如协助组织卖淫罪。而将后者作为正犯处理的立法例可以被称为唆使型正犯化,如煽动颠覆国家政权罪。

第三,以罪名的同一性为标准,可以分为一体型的正犯化和分离型的正犯化。正犯化的共犯和原正犯可以分别有各自独立的罪名,也可以具有相同罪名。目前学界讨论的共犯正犯化立法例,绝大部分都具有不同于原正犯的独立罪名,此谓分离型的正犯化。但是,从我国目前对共犯正犯化的立法模式来看,正犯化的共犯和原正犯完全有可能被规定为同一罪名。例如,根据《刑法》第244条第2款的规定,明知他人实施强迫劳动行为,为其招募、运送人员或者有其他协助强迫他人劳动行为的,依照强迫劳动罪处罚。这种将帮助行为与正犯行为并列处罚的立法模式属于一体型正犯化的立法例。

第四,以正犯化以前的参与行为和原正犯的可罚性为标准,可以分为双罚型的正犯化和单罚型的正犯化。所谓双罚型正犯化,是指正犯化的共犯行为和原正犯都具有可罚性。例如,协助组织卖淫行为和组织卖淫行为都可以构成犯罪。与之相对,在单罚型的正犯化中,两者必有其一不受处罚。理论上,单罚型的正犯化包括两种类型:其一是不罚正犯型的正犯化,亦即,原

正犯行为不构成犯罪而正犯化的共犯行为构成犯罪。例如,卖淫行为并不构成犯罪,但作为帮助行为的介绍卖淫行为构成犯罪。可能有人认为,不被处罚的行为不应被称为正犯行为,因而原正犯行为不可罚的提法是个伪命题。但是,从阶层犯罪构造论的角度出发,共同犯罪是不法形态。<sup>〔32〕</sup>即使欠缺责任要素或者客观处罚条件(处罚必要性)的不法行为,也可能成为正犯。因此,不能一概否定正犯不可罚的共同犯罪形态。其二是不罚共犯型的正犯化,亦即,正犯化的共犯行为原先属于不可罚的参与行为,但原正犯行为则受到刑法规制。例如,单纯提供贿赂信息的介绍行为的危害性太轻,不足以构成受贿罪和行贿罪的帮助犯。<sup>〔33〕</sup>但是,刑法将介绍贿赂罪规定为独立罪名。该罪可以被视为不罚共犯型的正犯化。

表 1 共犯正犯化的立法形式分类梳理

区分标准	立法形式	特征	示例
以罪量要件为基准	严格的正犯化	以严格条件限制定罪	帮助信息网络犯罪活动罪
	缓和的正犯化	不以严格条件限制定罪	强迫劳动罪(为强迫劳动者招募、运送人员等协助行为)
以罪名同一性为基准	分离型正犯化	正犯行为和共犯行为被规定不同罪名	资助危害国家安全犯罪活动罪
	一体型正犯化	正犯行为与共犯行为被规定同一罪名	虚开增值税发票罪(介绍他人虚开增值税发票)
以行为方式为基准	唆使型正犯化	以煽动、教唆为行为方式	煽动颠覆国家政权罪
	辅助型正犯化	以帮助、资助为行为方式	协助卖淫罪
以正犯化以前的参与行为和原正犯的可罚性为标准	双罚型正犯化	原正犯和正犯化的共犯都可构成犯罪	帮助恐怖活动罪
	单罚型正犯化	不罚正犯型的正犯化	介绍卖淫罪
		不罚共犯型的正犯化	介绍贿赂罪

可见,共犯正犯化存在着纷繁复杂的立法形式。那么,对于这些不同类型的共犯正犯化是

〔32〕 参见黎宏:“共同犯罪行为共同说的合理性及其应用”,《法学》2012年第11期,第114—115页;张明楷:“共同犯罪的认定方法”,《法学研究》2014年第3期,第8—25页;钱叶六:“我国犯罪构成体系的阶层化及共同犯罪的认定”,《法商研究》2015年第2期,第151—155页。

〔33〕 参见张明楷:“受贿罪的共犯”,《法学研究》2002年第1期,第47页。



否要一律否定从属性,实在让人疑惑。例如,在一体型的正犯化中,原正犯和正犯化的共犯具有相同的法定刑。假如对此类正犯化完全承认构成要件的独立性,就很可能产生罪刑不均等的结局。这是因为,除非侵犯新的法益,帮助行为作为法益侵害性程度轻于正犯行为的参与形态,不可能只因为立法形式的更改而在实质危害性上飙升至可与正犯行为等价的程度。又如,在正犯化的帮助行为中,存在一些正常的业务行为。只有被帮助的正犯行为在现实中显示出严重法益侵害性,相关帮助行为才有可罚的余地。那么,断然切断正犯化的共犯行为和正犯行为之间的从属关系,可能出现处罚不当罚行为的局面,违反罪刑法定原则中的刑罚适中原理。不顾立法形式多元性特征,认为共犯正犯化都具有独立的构成要件的观点,未必符合立法的客观真义。再如,在严格的正犯化中,有的罪名以特定的危害结果为构成要件要素。在原正犯尚未实施实行行为的场合,这些结果是不可能出现的。因此,不能认为这些正犯化的规定摆脱了从属性原理的限制。

经过上述分析,可以得出以下结论。其一,正犯既可以具有独立构成要件,也可以在法益侵害等方面从属于其他参与人。其二,共犯正犯化的立法形式具有多元性特征,不能对所有正犯化的行为均赋予独立性。其三,从国外刑法研究状况来看,共犯正犯化并没有完全被认为是共犯独立化。简言之,共犯正犯化和共犯从属性未必呈现对立关系。

### 三、本文立场:双层正犯化类型理论的提倡

#### (一)限制区分说及其反思

为了协调共犯正犯化与共犯从属性之间的矛盾,张明楷在正犯化类型理论方面做出有益的尝试。他提出限制区分说,将帮助犯的正犯化和量刑规则区分开来,并在此基础上,进一步将正犯化区分为相对的正犯化和绝对的正犯化,从而缩小正犯化的共犯处罚范围。根据其见解,所谓绝对正犯化,是指“帮助犯已经被分则条文提升为正犯”,在定罪与量刑问题上与其他正犯没有任何区别。所谓相对正犯化,则是指帮助犯是否被提升为正犯不可一概而论,需要根据法益侵害及其程度、对帮助行为是否值得科处刑罚进行独立判断的情形。所谓量刑规则,是指“帮助犯没有被提升为正犯,帮助犯依然是帮助犯,只是因为分则条文对其规定了独立的法定刑,而不再适用刑法总则关于帮助犯(从犯)的处罚规定的情形”。<sup>[34]</sup> 简言之,绝对的正犯化不受从属性的制约,相对的正犯化则需要区分情况对待,而量刑规则完全从属于正犯的构成要件与不法。不难发现,张明楷努力将共犯正犯化的讨论从立法论转向司法论,以求在法律解释的过程中对共犯正犯化的适用范围进行缩限。

限制区分说对共犯正犯化的立法例进行重新审视,在贯彻共犯从属性的问题上提供了一个全新的视角,逐渐成为颇具影响力的学说。<sup>[35]</sup> 然而,就具体的论证逻辑而言,限制区分说

[34] 参见张明楷:“论帮助信息网络犯罪活动罪”,《政治与法律》2016年第2期,第3—6页。

[35] 例如,黎宏教授接纳量刑规则的理论归结。参见黎宏:“电信诈骗中的若干难点问题解析”,《法学》2017年第5期,第178—179页。

尚有值得商榷之处：

一方面，绝对正犯化和相对正犯化的区分界限不明确。按照张明楷的说法，帮助恐怖活动罪是绝对正犯化的示例，因为即使恐怖分子不实施恐怖活动，也不影响该罪的成立。<sup>〔36〕</sup>“这种类型的帮助行为正犯化，实际上是针对特定的、具有严重社会危害性的人的帮助，而不是针对特定行为的帮助。”<sup>〔37〕</sup>根据行为共同说，共同犯罪的本质在于不同的参与人共同实施违法行为。<sup>〔38〕</sup>那么，没有共同行为，也就没有共同犯罪。就此而言，绝对正犯化是彻底摆脱从属性的正犯化现象。与之相对，协助组织卖淫罪是相对正犯化的示例。张明楷认为，同样在组织卖淫者和协助组织卖淫者没有同谋的情况下，协助组织卖淫者以介绍宾馆工作为由招募不知真相的卖淫女的行为不属于正犯化，而公开招募知道真相的卖淫女的情形则属于正犯化。<sup>〔39〕</sup>

但是，上述有关协助组织卖淫罪的事例套用到帮助恐怖活动罪中，也可能被理解为相对的正犯化。例如，甲没有与恐怖分子联络而以不为一般人所知的方式帮助其招募成员，同时，招募的理由是招聘保安。在此情形下，被招募者完全有可能在知悉实情后反对实施恐怖活动或者接受培训，而招募恐怖分子的信息也只是在小范围内传播，潜在的恐怖分子被引诱犯罪的可能性比较低。单纯就招募行为而言，很难说已经具有足以启动刑罚的抽象危险性，不符合抽象危险犯在法益侵害性方面的要求，以帮助恐怖活动罪定性未免过于严苛。也就是说，绝对的正犯化在具体定罪时仍然需要进行实质判断。既然如此，绝对正犯化和相对正犯化之间的区分就欠缺实质价值。

另一方面，共犯正犯化和量刑规则之间的界限区分也存在疑问。其一，量刑规则的提法本身易生歧义。其实，张明楷在讨论法定刑升格条件时也提出过“量刑规则”这一概念，<sup>〔40〕</sup>且引起了相当大的争议。<sup>〔41〕</sup>根据张明楷的观点，量刑规则是指刑法分则条文单纯以情节、数额、首要分子、多次等法定刑升格条件，而这些升格条件并没有引起行为类型的变化以及增加违法性。相反，在刑法分则条文因构成要素的特殊性而使得行为类型发生变化，从而导致违法性增加的情形，属于加重的犯罪构成。<sup>〔42〕</sup>显然，作为法定刑升格条件的量刑规则，不同于与正犯化相对应的量刑规则。前者的意义在于加重情节是否存在未遂犯，<sup>〔43〕</sup>而后者的意义则在于以共犯从属性对部分独立罪名进行约束。<sup>〔44〕</sup>在不同领域使用“量刑规则”这一相同提法，很

〔36〕 参见张明楷：“论《刑法修正案（九）》关于恐怖犯罪的规定”，《现代法学》2016年第1期，第26—27页；张明楷，见前注〔34〕，第3—6页。

〔37〕 黎宏，见前注〔35〕，第177页。

〔38〕 参见黎宏，见前注〔32〕，第114页。

〔39〕 参见张明楷，见前注〔34〕，第4页。

〔40〕 参见张明楷：“加重构成与量刑规则的区分”，《清华法学》2011年第1期，第7—15页。

〔41〕 参见柏浪涛：“加重构成与量刑规则的实质区分——兼与张明楷教授商榷”，《法律科学（西北政法大學學報）》2016年第6期，第52—61页；王彥強：“區分加重構成與量刑規則——罪量加重構成概念之提倡”，《現代法學》2013年第3期，第116—129頁。

〔42〕 参见张明楷，见前注〔40〕，第9页。

〔43〕 参见张明楷，见前注〔40〕，第13页。

〔44〕 参见张明楷，见前注〔34〕，第7—9页。

容易引起概念混淆。

其二,正犯的意义不仅在于定罪,而且在于量刑。一般认为,正犯在以下两个方面有别于共犯:一是正犯具有独立的违法构成要件,而共犯则从属于正犯的违法构成要件;二是正犯具有独立的法定刑,而共犯(帮助犯)则受到比较轻缓的刑罚。但如上所述,正犯未必同时具备这两个特征。在共同犯罪中起重要作用的共同正犯,仍然需要接受违法连带性的检视。<sup>[45]</sup>在部分参与行为不符合构成要件,但对共同犯罪的完成具有重要作用的场合,必须根据构成要件行为的实施状况认定共同犯罪的停止形态。因此,共同正犯未必具有违法构成要件的独立性。又如,间接正犯理论上属于正犯,但对其着手标准却有不同观点的对立。<sup>[46]</sup>从法益侵害的角度出发,原则上只有在被利用人实施法益侵害行为时,才能算是实行着手。因此,间接正犯也可被视为受到共犯从属性原理的制约。可以说,现有的正犯类型未必完全具有独立意义。既然正犯本身可以包含受到从属性约束的行为类型,那么,将量刑规则区别于共犯正犯化的做法就不甚妥当了。

基于上述问题,本文不赞同张明楷提出的限制区分说。但不可否认,其关于正犯化类型理论的有益探索,对于揭示共犯正犯化的多元面向有极为重要的意义。从正犯化类型理论出发,共犯正犯化不能被等齐划一的看待,而应当作为具有多元实质内涵的法律现象。经本文研究,共犯正犯化可以在两个层面上进行类型的划分。<sup>[47]</sup>在第一层级中,共犯正犯化可以被划分为真正的正犯化和不真正的正犯化。在第二个层级中,真正的正犯化又可以被划分为完整的正犯化和不完整的正犯化。

## (二)第一层级类型划分:真正的正犯化和不真正的正犯化

本文认为,在共犯正犯化的立法例中,存在从属性和独立性并存的二元结构。共犯正犯化首先可以被划分为真正的正犯化和不真正的正犯化。所谓不真正的正犯化,是指刑法规定的某行为表面上看似共犯,但实际上属于正犯的情形。所谓真正的正犯化,是指法律将本应属于共犯的行为规定为正犯的情形。在不真正的正犯化中,表面上的共犯行为与一般正犯行为无异,当然可以摆脱共犯从属性的约束,而真正的正犯化与共犯从属性的关系则需要进一步探讨。其中,不真正的正犯化的界定规则如下。

第一,司法的正犯化是不真正的正犯化。在我国学界中,有部分学者将共犯正犯化区分为司法的正犯化和立法的正犯化。他们认为,司法解释按照正犯的规定来处罚共犯行为的做法,也属于正犯化的范畴。例如,《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、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

[45] 参见(日)大塚裕史:《刑法総論の思考方法》,早稲田経営出版2008年版,第451页。

[46] 对各种学说的介绍,参见松原芳博,见前注[12],第247页以下。杨延军:“间接正犯的几个基本理论问题新探”,《法商研究》2010年第6期,第75—79页。

[47] 笔者曾指导研究生以从属性为角度研究共犯正犯化问题。参见钟敏杰、邓毅丞:“共犯正犯化之正当性及其类型研究”,《江西警察学院学报》2017年第4期,第91页。该文以立法表述、法益侵害类型以及罪名设置作为区分独立正犯化和从属正犯化的标准。但是,这三个标准过于形式化,且各个标准相互之间的关系模糊不清,不为本文所取。

释(二)》(以下简称《淫秽信息案件解释(二)》)第3条至第6条对共犯行为进行正犯化的解释,从而使得特定的网络帮助行为摆脱了正犯的约束。<sup>[48]</sup>

但是,司法解释并无立法权,而正犯化则是创建新犯罪类型的立法行为。如果承认司法的正犯化,相当于否定罪刑法定原则。<sup>[49]</sup>也可能有人认为,司法正犯化是司法实践彻底舍弃共犯从属性的表现。但是,除了司法解释涉及的领域以外,对于无刑法明文规定的情形直接以共犯独立性进行定罪的判例十分罕见。因此,很难承认司法实践全面采取正犯化的定罪逻辑。何况,在全面正犯化的视角下,立法者也没有必要创建共犯正犯化这一犯罪类型,而只要概括性的确立共犯独立性原则即可。因此,司法解释中所谓的正犯化规定,不宜理解为对共犯行为进行正犯化的法律拟制,而应当理解为以共犯形式出现的参与行为在本质上具有正犯的基本特征,因而对其按照正犯处罚。

也就是说,关于真正的正犯化只能限定于立法正犯化这一命题,而不能包括司法正犯化。司法的正犯化必然归属于不真正的正犯化。

第二,在立法正犯化中,以下情形原则上属于不真正的正犯化。

其一,正犯化的共犯和原正犯侵犯不同法益的场合,是不真正的正犯化。犯罪的本质特征是社会危害性或者法益侵害性。侵犯独立法益的行为,应当受到独立的刑法评价。因此,在原正犯和正犯化的共犯侵犯不同法益的场合,即后者侵犯的法益独立于原正犯的法益,属于不真正的正犯化。一般来讲,刑法分则中不同章节规定的犯罪侵犯不同的法益,因此,如果原正犯和正犯化的共犯分别属于不同章节的罪名,就可以认定两者侵犯不同法益,从而肯定正犯化的共犯独立性。例如,私放在押人员是脱逃的共犯行为。脱逃罪的既遂标准是摆脱监管机构以及监管人员的实力支配。<sup>[50]</sup>私放在押人员罪的既遂标准是造成在押人员脱离监管机构控制范围的危险。<sup>[51]</sup>也就是说,私放在押人员罪具有独立于脱逃罪的不法构成要件。私放在押人员罪是不真正的共犯正犯化。此判断的一个重要依据是:两者侵犯的法益不同,私放在押人员罪侵犯的法益是国家羁押机关的公务合法性和公正性,而脱逃罪侵犯的法益是国家羁押机关的管理秩序。因此,两者不存在从属关系。

其二,有关共犯行为的表述只作为表面的构成要件要素的情形,是不真正的正犯化。在某些场合,立法者使用了“帮助”等表征共犯行为的术语,但实际上只是为了强调犯罪利益的归属对象以及归责主体,而非有意将帮助犯或者教唆犯作为正犯处理。例如,帮助毁灭、伪造证据罪中的“帮助”旨在于说明行为人毁灭、伪造证据的行为所产生的利益归属于案件当事人,而不是行为人本身,以及凸显案件当事人自己毁灭、伪造证据的情形基于缺乏期待可能性而未被

[48] 参见于志刚:“网络犯罪与中国刑法应对”,《中国社会科学》2010年第3期,第123—126页;郭旨龙:“网络犯罪共犯行为的正犯化与定量评价”,《科技与法律》2014年第6期,第1016—1017页;于冲:“网络犯罪帮助行为正犯化的规范解读与理论省思”,《中国刑事法杂志》2017年第1期,第83—84页。

[49] 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”,《法律科学(西北政法大学学报)》2017年第3期,第125页。

[50] 参见张明楷:《刑法学(下)》,法律出版社2016年版,第1109页。

[51] 参见黎宏,见前注[5],第560—561页。

归责。换言之,该罪中的“帮助”是表面的构成要件要素。该罪的构成要件行为,应当是毁灭、伪造证据的行为,而不包括毁灭、伪造证据行为的帮助行为。例如,甲杀人后要通过埋藏尸体的方式毁尸灭迹,请求乙一同掩埋。乙答应甲的请求而掩埋尸体的行为直接构成帮助毁灭证据罪的正犯。

其三,共犯行为实际上对因果进程的支配性的情形,是不真正的正犯化。在某些场合,共犯行为其实具有支配犯罪事实的作用,本应作为正犯处理,如强迫他人吸毒罪、强迫卖淫罪、引诱幼女卖淫罪等。这些犯罪行为表面上看是共犯行为,但是,这些行为的对象都缺乏自己决定的自由或者能力。相关强迫行为和引诱行为直接对被强迫者或者被引诱者的法益造成侵害,属于支配犯罪事实的行为。因此,这些行为本质上不是共犯行为,而是正犯行为,不必以共犯正犯化的法理对其进行分析。例如,甲强迫乙吸毒。甲的强迫行为具有让乙吸毒的具体危险性。那么,甲的行为应当是强迫他人吸毒罪的实行行为。

总而言之,在不真正的正犯化中的“共犯行为”,实际上可以归属于具有因果进程支配性的正犯行为。在不符合正犯成立条件的场合,不得以“正犯”之名对这些“共犯行为”进行处罚,而只能按照刑法总则的共犯规定追究行为人的刑事责任。

### (三)第二层级类型划分:完整的正犯化和不完整的正犯化

与不真正的正犯化不同,真正的正犯化在一定程度上将共犯行为和正犯行为等同视之。但是,真正的正犯化也不是一律否定共犯从属性的适用余地。在真正的正犯化中,可以分为完整的正犯化和不完整的正犯化。完整的正犯化,是指被正犯化的共犯行为完全具有正犯的所有特性,包括定性侧面和量刑侧面。一方面,完整的正犯化具有独立的量刑属性,不必适用刑法总则有关从犯的量刑规则;另一方面,具有独立的定罪属性,不必再遵循共犯从属性的束缚。与之相对,不完整的正犯化,是指被正犯化的共犯行为只在量刑层面具有独立性,而在定性层面仍然受到或者可能受到从属性规则的约束。

问题是:在司法实践中如何区分完整的正犯化与不完整的正犯化?对此问题,应以正犯化的共犯是否具有类型的抽象危险性为解答路径。在原正犯和正犯化的共犯侵犯相同法益的场合,不能立即断定该正犯化属于不完整的正犯化,而必须进一步考察正犯化的共犯行为是否具有可罚的类型危险性。根据通说,犯罪的侵害形态可以区分为实害犯和危险犯,前者以危害行为造成实害结果为既遂要件,而后者则以具体危险或者抽象危险作为既遂要件。<sup>[52]</sup>例如,故意杀人罪以致人死亡为既遂要件,属于实害犯。又如,放火罪以造成火灾的紧迫危险为既遂要件,属于具体危险犯。再如,危险驾驶罪以造成公共交通安全的抽象危险为既遂要件,属于抽象危险犯。这三种犯罪类型其实可以被视为三种不同的正犯。

[52] 严格意义来讲,危险犯和实害犯的区别不局限于罪名的划分,而包括具体的犯罪形态的不同。例如,故意杀人罪是既遂意义上的实害犯,但该罪同时是实行意义上的具体危险犯。进一步而言,故意杀人的预防犯以对他人生命产生抽象危险为成立要件,属于抽象危险犯。又如,放火罪以造成火灾的紧迫危险为既遂要件,因而是既遂意义上的具体危险犯,而在造成具体的重大危害后果时,则是作为实害犯的结果加重犯。参见张明楷,见前注[11],第168页。

原则上讲,帮助行为或者教唆行为不可能独立产生实害结果或者具体危险,但不能完全排除引起抽象危险的可能性。例如,甲应邀而帮助乙去杀害丙。甲负责尾随丙的行踪并告知乙,乙根据甲提供的信息埋伏和着手杀人。乙亲自实施故意杀人罪的构成要件行为,当属正犯无疑。至于甲,仅仅实施尾随和通风报信的帮助行为,因而一般会被认定为帮助犯。但是,甲的行为本身并非完全没有任何的社会危害性,其尾随行为和报信行为本身就具有抽象的危险性。因此,从犯罪形态的角度来讲,甲的行为其实可以独立评价为作为抽象危险犯的预备犯。<sup>[53]</sup>

也就是说,实害犯、具体危险犯和抽象危险犯属于不同层级的侵害形态。对于高层级侵害形态的共犯,可能构成低层级侵害形态的正犯。据此,如果刑法将具有抽象危险性的共犯行为规定为正犯,使其具有构成要件的独立性,就可以按照对正犯的处罚对其处罚。对于那些不具有抽象危险性的共犯行为,不应承认其定性上的独立性。关于抽象危险性的判断,可以从以下几个标准着手。

第一,立法形式是可罚的抽象危险性的重要判断标准。例如,如果正犯化的共犯作为结果犯或者具体危险犯而存在,就应直接否定其具有可罚的抽象危险性。例如,在组织、资助非法聚集罪中,非法聚集的组织、资助行为不具有严重的社会危害性,而且,“扰乱社会秩序、情节严重”是该罪的整体构成要件要素。唯有在行为人已经实施非法聚集行为的场合,社会秩序才可能受到实质性的扰乱。这意味着仅仅存在抽象危险性的组织、资助非法聚集的行为不可能直接受到刑法的规制。换言之,在被资助者未实施非法聚集行为的场合,不应处罚资助者。

又如,在危害国家安全罪、危害公共安全罪等严重公害犯罪以及危害重大人身法益的犯罪中,共犯行为原则上具有可罚的抽象危险性。例如,恐怖活动对于社会安全的危害性极大。对这些活动的资助或者其他帮助行为,使得恐怖组织或恐怖分子得到或者提升危害社会的能力,造成重大的社会安全隐患,理应具有可罚的抽象危险性。因此,帮助恐怖活动罪不必从属于具体的恐怖袭击行为。<sup>[54]</sup>

再如,不罚正犯型的正犯化原则上属于不完整的正犯化,如引诱、容留、介绍卖淫罪、引诱、教唆他人吸毒罪等。本来,引诱、容留、介绍、教唆等行为都是共犯行为。与之相对,卖淫、吸毒从教义学的角度来看属于正犯行为。但是,立法者基于一般预防必要性和期待可能性的考虑,排除了正犯的可罚性,而将相关的共犯行为独立定罪。由于原正犯本身都不被处罚,因而对于共犯的处罚应采取相当克制的谨慎态度。而且,在不罚正犯型的正犯化中,原正犯通常都不是危害性极其严重的公害犯罪,不具有抽象危险的预防必要性,因此,将其归属为不完整的正犯化更为合理。例如,甲容留乙、丙、丁三名卖淫女卖淫。如果这三名卖淫女在招募嫖客而未正式卖淫,她们就仅实施预备行为。对于甲也应当按照容留卖淫罪的预备犯论处。在卖淫女开始卖淫时,甲的容留行为才能构成容留卖淫罪的实行行为。亦即,应根据卖淫行为的实施及完成与否分别认定容留卖淫罪的未遂犯和既遂犯。

第二,共犯正犯化中的法定刑是判断抽象危险性的重要参考因素。一般来讲,共犯行为不

[53] 参见前田雅英,见前注[23],第14页。

[54] 参见张明楷,见前注[36],第25—27页。

及正犯行为的危害性大,因而两者在刑罚的科处上应当有所差别。如果正犯化的共犯与原正犯的法定刑差别甚微乃至完全没有差别,就很难认为这些正犯化的共犯只是基于抽象危险性而被刑法独立规制。

例如,根据《刑法》第205条第3款的规定,虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪的行为方式包括“为他人虚开、为自己虚开、让他人自己虚开、介绍他人虚开行为之一”。传统观点认为,行为人实施上述任何一种行为,都能成立该罪。<sup>[55]</sup>然而,让他人自己虚开发票和介绍他人虚开发票的行为危害性远远小于亲自虚开的行为。单纯因为行为人实施了这两种行为就被科处严厉的法定刑显然不妥。因此,这两种行为方式在违法构成要件上宜从属于亲自虚开相关发票的行为。

又如,介绍贿赂罪的法定刑并不严厉,可能轻于受贿罪或行贿罪的共犯。在介绍贿赂行为构成受贿罪或者行贿罪的共犯时,一般以受贿罪或者行贿罪的共犯论处。<sup>[56]</sup>如果限制从属性约束介绍贿赂罪的处罚范围,介绍贿赂行为就全都成立受贿罪或者行贿罪的共犯,那么,介绍贿赂罪的立法也就变得毫无意义。因此,以抽象危险犯来理解介绍贿赂罪更为合理。

第三,日常的业务行为或者中立帮助行为不宜被认为具有可罚的抽象危险性。所谓中立帮助行为,是指在日常生活中对社会有益,但在特定场景下可能被他人利用作为实施犯罪的帮助行为。从独立观察的角度来讲,中立帮助行为是社会认同乃至支持的惯常性行为。因此,通说认为,中立帮助行为不宜全面被罚,而应当在可罚性上受到一定的限制。<sup>[57]</sup>假如中立帮助行为因为形式上的正犯化而完全具有独立于正犯的违法性,就可能不当的禁止有利于社会发展和稳定的合法行为。<sup>[58]</sup>而且,中立帮助行为对社会的有利性与其本来就不太严重的违法性相抵消的情况下,受处罚的余地相当小。因此,在正犯未实行着手的场合,中立帮助行为不具有可罚的违法性,不可基于立法上的形式规定而完整地正犯化。

例如,网络服务提供行为往往是对社会有益的日常业务行为,不具有客观上的独立性。现代社会的快速发展离不开互联网技术的支撑。不可否认,互联网已经成为现代社会最为重要的信息交流手段。如果网络服务提供行为被视为具有独立危险的行为,就可能不当压制互联网技术的发展和运用,从而妨碍社会的发展进步。因此,帮助信息网络犯罪活动罪不是完整的正犯化。互联网接入、服务器托管、网络存储、通讯传输等技术支持等作为本罪的行为方式,原则上不宜具有独立的可罚性,而必须从属于其帮助的犯罪行为的违法构成要件。

#### (四)余论:量的从属性之否定

按照上述双层正犯化理论,不完整的正犯化不能摆脱限制从属性的束缚。那么,仍然没有回避上文提及的共犯从属性产生的处罚漏洞问题。例如,甲通过网络技术帮助多人实施犯罪,

[55] 参见高铭喧:《新编中国刑法学》,中国人民大学出版社1998年版,第647页。

[56] 参见周光权,见前注[5],第491—492页。

[57] 参见黎宏:“论中立的诈骗帮助行为之定性”,《法律科学(西北政法大学学报)》2012年第6期,第148—149页;陈洪兵:“论中立帮助行为的处罚边界”,《中国法学》2017年第1期,第192页。

[58] 参见刘艳红:“网络中立帮助行为可罚性的流变及批判——以德日的理论和实务为比较基准”,《法学评论》2016年第5期,第49页。

而被帮助的正犯行为均未达到可罚程度。帮助信息网络犯罪活动罪属于不完整的正犯化,因而对甲将很难根据该罪加以处罚。对此,有学者试图在共犯与正犯的关系问题上放弃限制从属性说,代之以最小从属性说。例如,阎二鹏从最小从属性的角度出发,否定了违法连带性,<sup>[59]</sup>王霖则更明确的指出最小从属性学说“为网络共犯异化变形带来的刑事归责困境提供了合理的解围之途”。<sup>[60]</sup>

根据最小从属性的逻辑,不完整的正犯化也可以避免量的从属性的困扰。可以说,该说在一定程度上缓和了共犯正犯化的从属性困境。但是,最小从属性说的内在缺陷不容忽视。构成要件作为违法的类型,<sup>[61]</sup>而不只是形式要件。在构成要件的从属性判断中,无可避免的涉及违法性的从属问题。例如,在甲拔枪杀人的过程中,包括拔枪、举枪、瞄准以及扣动扳机四个动作,何者是杀人的构成要件行为,必须进行实质的违法判断。如果要判断对甲的帮助行为是否可罚,就不可能只单独判断甲的行为是否符合形式意义的构成要件。也就是说,构成要件和违法性之间存在内在关联性。最小从属性说片面强调构成要件的从属性,存在难以克服的理论缺陷。

而且,最小从属性说可能会引起处罚的不公。根据最小从属性说,教唆他人实施正当防卫等违法阻却事由,也可以成立教唆犯。<sup>[62]</sup> 这种情形没有任何法益侵害性,将教唆行为认定为犯罪显然不合适。当然,也有最小从属性的支持者认为,对正当化事由的一般教唆、帮助行为自身并没有违法性,而必须在制造利益冲突的场合,才可以认定为共犯。<sup>[63]</sup> 但是,尽管引起了利益冲突,也只能说利益冲突的引起行为具有法益侵害性,而在引起利益冲突后教唆他人针对不法侵害实施防卫的行为仍然合法,那么,即使在行为人引起利益冲突的场合,也不应对正当防卫的唆使行为认定为教唆犯,而只能将引起利益冲突的行为认定为犯罪(教唆犯)。<sup>[64]</sup> 最小从属性说混淆利益冲突的引起行为和正当防卫的教唆行为之间的可罚性,将不当的扩大处罚范围。

就此看来,最小从属性说在防堵处罚漏洞的问题上具有积极意义,但其在不当扩大处罚范围方面带来更大的弊端,并不足取。当然,最小从属性说对于量的从属性的处理方式,也不是全无可取之处。共犯之所以要从属于正犯,其中重要的原因之一就是共犯本身的法益侵害程度较小,而在正犯的法益侵害性未达到可罚的程度时,对共犯的处罚则显得过于残酷。然而,

[59] 参见阎二鹏:“从属性观念下共犯形态论之阶层考察——兼议构成要件符合形态论之提倡”,《法论坛》2013年第4期,第71—76页。

[60] 王霖:“网络犯罪参与行为刑事责任模式的教义学塑造——共犯归责模式的回归”,《政治与法律》2016年第9期,第38页。

[61] 参见张明楷:《犯罪构成要件体系与构成要件要素》,北京大学出版社2010年版,第111页。

[62] 参见王昭武:“论共犯的最小从属性说——日本共犯从属性理论的发展与借鉴”,《法学》2007年第11期,第107页。

[63] 参见周啸天:“最小从属性说的提倡:以对合法行为的利用为中心”,《法律科学(西北政法大学学报)》2015年第6期,第80页;秦雪娜:“共犯处罚根据的全新定位——改良的纯粹惹起说之提倡”,《环球法律评论》2015年第5期,第87—88页。

[64] 参见张开骏,见前注[3],第88页。



性质相同的违法行为在量上可以累积。例如,不同的盗窃行为侵犯的财产可以在数额上叠加。在这一点上,共犯行为和正犯行为并无本质的不同。无论是共犯还是正犯,都可以对性质相同的法益进行多次侵害,而侵害程度也会随着行为的增多而得以提升。

何况,共犯人帮助的某一个正犯行为直接达到可罚程度与共犯人帮助的多个正犯行为累积达到可罚程度相比,很难说有实质性的差别。例如,情形一是甲帮助乙诈骗了A三千块钱;情形二是甲分别帮助丙和丁(丙和丁无通谋)诈骗B,共骗取三千块钱。两种情形在客观上造成被害人的财产损失都是三千块钱。因此,作为反映法益侵害程度的“量的从属性”,不应被承认。即使共犯在某次参与犯罪中未达到可罚的量,而在多次参与后累积的法益侵害程度符合入罪标准,也应当对该共犯进行惩罚。总而言之,量的从属性不是限制从属性原理的应有之义。在否定量的从属性的立场下,即使承认不完整的正犯化,也不会因为量的欠缺而产生处罚共犯的理论障碍。反过来说,不能为了避免量的从属性所产生的处罚漏洞,而否定不完整的正犯化。

---

**Abstract:** The theory of accessory accomplice is severely challenged when the legislation begins to treat the accomplice as the principal offense. However, this may not be correct. In light of the Japanese theories, there is a subtle connection between the accessory accomplice theory and the extensive principal legislation. Meanwhile, considering the diversity of principal offences and extensive principal legislation, the transformed principal can be divided into different types at two levels. At the first level, transformed principal can be divided into actual transformed principal and non—actual transformed principal. In the former, accomplice is ruled as principal. In the latter, the constitutive elements are equal to the primary principal. At the second level, actual transformed principal can be divided into completely transformed principal and incompletely transformed principal. Among the types, incompletely transformed principal should be judged according to the theory of restricting accessory accomplice.

**Key Words:** Transformed Principal; Theory of Accessorial Accomplice; Actual Transformed Principal; Non—actual Transformed Principal

---

(学术编辑:车 浩)

(技术编辑:刘译矾)