DOI：10.15981/j.cnki.dongyueluncong.2024.06.021　网络首发时间：2024-06-20 15:55:23
网络首发地址：https://link.cnki.net/urlid/37.1062.C.20240616.1513.042

共犯判断的理念重构

——基于共犯、正犯区分理论的省思

薛铁成

(中国农业大学 人文与发展学院法律系，北京 100083)

[摘　要]共犯参与理论在区分数人实现一犯罪的角色时，以正犯为核心，共犯以排除法的逻辑得出，即非正犯即为共犯。共犯从属性理论缺失对共犯何以从属性、共犯行为本身的探讨。共犯处罚根据论虽然从外部为参与理论和从属性理论划定了讨论问题的边界，但是难以化解其本原性的理论矛盾。根据参与理论和从属性理论区分正犯与共犯的结构性与类型性问题，共犯的判断理念需要重构。正犯与非正犯、共犯与非共犯这两组概念的位阶关系要求共犯的认定在关注非正犯行为本身的同时，注意非正犯行为到共犯行为的转化。首先，需要从构成要件以外的非正犯行为筛选出可以评价为具有依附于正犯的非正犯行为，标准是非正犯行为人实施的行为是否具有故意、是否为附随行为和故意的依附行为、是否促成了故意构成要件行为被实现。其次，需要在依附于正犯的非正犯行为中找出符合刑法规范的共犯行为，标准是依附于正犯的非正犯行为是否促成故意构成要件被实现。

[关键词]参与理论；共犯从属性；共犯独立性；双重条件

[中图分类号]D924.1　　[文献标识码]A　　[文章编号]1003-8353(2024)06-0183-08

一、问题的提出

区分共犯与正犯的参与理论经历了行为人概念轮廓确认、客观理论、主观理论、综合理论、犯罪支配理论等学术史，但是在界定数人实现一犯罪行为的参与角色方面仅止于正犯的认定，共犯则以排除法的逻辑得出，即非正犯即为共犯。刑法理论界一直依赖的判断共犯的理论(共犯从属性理论)混淆了事实存在与事实评价的关系。根据事实发生先于理论判断的逻辑，共犯从属性理论是依据共犯这一社会现象产生的，而非造就共犯的理论。在数人实现一犯罪的行为中，正犯的犯罪行为仅是共犯得以附着的对象。共犯与正犯分属于不同的构成要件，共犯不以正犯构成要件而存在，而以共犯加工行为构成要件而存在。进一步来说，共犯从属性理论以正犯行为为基准判断共犯行为是不妥当的。共犯从属性是功能上的从属，而非构成要件上的从属。共犯处罚根据论虽然划定了共犯可罚性的外部边界，在一定程度上缓和了共犯参与理论与从属性理论无法妥当解决共犯处罚范围的理论矛盾，但没有从根本上补足犯罪参与理论和共犯从属性理论在区分正犯与共犯精度上的理论缺陷，特别是对共犯行为本身探讨不足的理论缺陷。

共犯参与理论与从属性理论因具有如上所述的理论内生性矛盾，在界定共犯与正犯精度方面有所不足，不能为刑事司法精准界分共犯与正犯提供方法论的支持。例如，在提供账户型的帮助电信网络诈骗案件中，司法实务普遍将为网络诈骗正犯“提供账户”的行为定性为诈骗罪的帮助犯或帮助信息网络犯罪活动罪①。即使对诈骗犯罪正犯欠缺认识的“提供账户行为”也是如此②。从行为结构看，行为人提供账户的行为确实与电信网络诈骗正犯的犯罪行为客观上有相当程度的连接关系。对此，依据共犯从属性理论，行为人“提供账户”的行为确实与电信网络诈骗正犯犯罪行为的实现存在主从关联性。这样的刑事司法逻辑看似合理，但是将所有“提供账户”的行

[作者简介]薛铁成(1991—)，男，中国农业大学人文与发展学院法律系副教授，宜宾学院法学院兼职研究员，研究方向：刑法与刑罚基础理论。

①在《刑法修正案(九)》将帮助信息网络犯罪行为独立规定为帮助信息网络犯罪活动罪之前，为诈骗犯罪提供信息网络支持的，是以诈骗罪的帮助犯定性处罚的。

②薛铁成：《帮助信息网络犯罪活动罪的解释路径：共犯论与非共犯论》，《山东社会科学》，2023 年第 10 期。

为人视为共犯(帮助犯)是有结构性缺陷的:一方面,在电信网络诈骗犯罪行为的实现过程中,有提供助力或促成犯罪者既非正犯又非共犯。我国的帮助信息网络犯罪活动罪刑事立法就是例证①。另一方面,无论在正犯实现犯罪行为前,还是在正犯实现犯罪行为中,共犯都具有促成犯罪行为实现或为正犯实现犯罪提供助力的作用。在正犯实现其犯罪行为时均存在着正犯实现行为和非属于正犯构成要件的共犯加工行为。

鉴于此,本文对当下区分共犯与正犯的共犯参与理论和认定共犯的共犯从属性理论的理论漏洞进行分析,在剖析共犯处罚根据论为其填补了何种漏洞、还有哪些漏洞未填补之后,重构共犯的判断理念,提出应当以何种理念解释共犯,以期对司法实务区分共犯与正犯有所裨益。

二、对共犯参与理论区分共犯角色的反思

单一制与区分制是讨论共犯关系的两种学术立场,后者不仅是大陆法系国家刑法典普遍采取的立场,也是古典主义共犯教义学建立的基础②。我国刑法理论界普遍认为我国刑法采取的是区分制,即使从立法论反驳区分制的论点也被区分制论者妥当地解决③。在实现一犯罪的数个行为人中,根据对犯罪事实的作用,数个行为人被区分为正犯与共犯。正犯属于参与类型的主要角色,是刑法评价的基础对象;教唆犯和帮助犯属于参与类型的周边角色。参与理论将数人参与犯罪的个别角色加以定位,以提供决定可罚性的判断标准。这个概念形成于古罗马时期,但在 18 世纪后期以后才真正体系性地区分参与形态,建构了区分标准④。剖析不同的参与理论,可以发现存在两个漏洞:一是所有的参与理论以认定正犯为核心;二是所有的参与理论都以排除法的逻辑得出共犯范围,即“非正犯即为共犯”。

(一)共犯参与理论是认定正犯的理论

共犯参与理论经历了行为人概念轮廓确认、客观理论、主观理论、综合理论、犯罪支配理论等理论发展,但是着眼点都在于正犯的认定。进一步来说,不同的参与理论虽然是以区分正犯与共犯为目标,但核心是认定正犯。

客观理论以构成要件所描述的行为作为共犯与正犯的区分标准。这是最早被理论界接受的参与理论,有形式客观说和实质客观说两种观点。虽然实质客观说是为了弥补形式客观说无法对利用他人实现犯罪的人做有效且妥当评价而被提出,但是以此为基础的主要观点⑤在本质上不具有区别于形式客观说的特征⑥。形式客观说认为只要实施了刑法规定的构成要件的行为人都是正犯,帮助犯和教唆犯的成立范围仅限于实施了构成要件以外的行为人。主观理论认为正犯与共犯的区分应当从行为人主观构成要件入手,这是为了解决客观理论在诠释正犯与共犯时存在的问题而被提出的。虽然依据主观构成要件考量标准的不同,可以将主观理论分为故意理论和利益理论,但是理论界一般将利益理论作为故意理论的补充。故意理论认为,共犯行为在整个犯罪中属于附属行为,共犯对于整个犯罪事实是促使正犯的实现,共犯行为从属于正犯行为。综合理论是将客观理论与主观理论加以整合而提出的折中理论。它虽然是为了克服客观理论和主观理论的理论缺陷而被提出,但是应以主观理论为主,还是应以客观理论为主,没有定论。德国刑法理论界认为应以客观理论为主,但是司法实务认为应以主观理论为主。

犯罪事实支配理论刚开始是用作犯罪行为可罚性的判定标准,将其引入共犯与正犯的区分,主要是为了弥补客观理论、主观理论与综合理论的理论缺陷。犯罪事实支配理论的首倡者 Hermann bruns 认为,正犯的成立应当至少满足于犯罪事实支配可能性的先决条件,但没有提出实质性的标准。Welzel 在 Hermann bruns 的基础上提出⑦:在故意共同犯罪中共犯体系并非实现正犯行为的一种参与类型,缺少正犯四个要件⑧中的任何一个都是共犯。过失犯虽然各个行为人对于结果都有加工,但基于所有条件都是等价的,其不可能被区分为正犯与共犯⑨。梳理作为德国区分共犯与正犯通说的犯罪事实支配理论,可以发现主要有三个理论支撑,且每一个理论支撑解决一个问题。行为支配以构成要件为标准,认为正犯的存在必须对构成要件行为有支配作用。意思支配主要作为间接正犯认定的标准,认为犯罪参与者之间具有纵向关系时,对于幕后者的参与形态必须透过意思支配标准

①薛铁成:《“帮信罪”与诈骗罪竞合前罪优先适用质疑》,《西南民族大学学报》(人文社会科学版),2023 年第 11 期。

②陈兴良:《区分制与单一制:共犯教义学的学术站位》,《上海政法学院学报》,2022 年第 6 期。

③何庆仁:《区分制与单一制:中国刑法的立场与抉择》,《中国社会科学院大学学报》,2020 年第 4 期。

④柯耀程:《参与论(一):犯罪参与的基础概念》,《月旦法学杂志》,2008 年第 7 期。

⑤以实质客观说为基础的观点主要有必要性理论、同时性理论、伤势理论和生(心)理探寻因果四种。

⑥柯耀程:《参与论(五):共犯的形成基础》,《月旦法学杂志》,2009 年第 5 期。

⑦⑨Welzel. Das deutsche Strafrecht,11. auff. ,s. 98ff,s. 100ff.

⑧组成正犯的四个要件是:目的性支配事实、客观的行为人条件、主观的行为人条件、亲自实施犯罪构成要件行为。

来认定。功能性支配主要应用于共同正犯的认定,认为多数参与者之间具有对等的横向参与关系。如果功能性支配确立,所有参与者就都是共同正犯。

(二)非正犯即共犯是共犯参与理论的判断逻辑

通过上述梳理可见,共犯参与理论是认定正犯的理论而非认定共犯的理论。进一步来说,所有的共犯参与理论对共犯的认定是有缺陷的,根据共犯参与理论是无法准确界定出正犯与共犯的。那么共犯参与理论是如何被赋予了区分共犯与正犯的功能呢。答案是所有的共犯参与理论都是建立在非正犯即为共犯的假设基础上,即所有的共犯参与理论对何种情况下的非正犯可以确定为共犯没有释明。真正区分正犯与共犯的理论应当是确认在何种情况下非正犯可以视为共犯,而共犯参与理论是没有此种功能的。正因如此,有学者提出犯罪行为人参与犯罪的角色是否真能透过共犯参与理论得到明确的界定,这不仅是一个存疑的问题,而且共犯参与理论在理论上不完整、不充分①。

客观理论以行为人是否实施了刑法规定的构成要件为标准区分共犯与正犯,实施刑法规定的构成要件的行为人是正犯,实施刑法规定的构成要件以外的行为人为共犯。进一步来说,是否实施刑法规定的构成要件行为是判断一个行为人的行为是否构成刑法中的帮助犯或者教唆犯的标准,即使对于犯罪行为的发生具有直接作用也仅能成立共犯。这不仅导致对犯罪行为发生具有直接作用但属于构成要件行为之外的行为定性与对犯罪行为发生具有间接作用但属于构成要件行为之外的行为定性相同,而且也导致对犯罪行为发生具有直接作用但属于构成要件行为之外的行为处罚比对犯罪行为发生具有间接作用但属于构成要件行为的行为处罚较重。主观理论以参与犯罪者的主观为标准区分正犯与共犯。在所有参与犯罪的行为人中以正犯意思参与犯罪者是正犯,以共犯意思参与犯罪者是共犯。其中的利益理论观点认为,如果参与犯罪者是为了自己的利益则为正犯,反之,则为共犯。综合理论相较于客观理论与主观理论的区别在于正犯的认定标准。正犯的认定是应当以主观构成要件为主客观构成要件为辅,还是应以客观构成要件为主、主观构成要件为辅。综合理论对于共犯的认定并没有改变理论的假设前提(即在数个行为人实施的犯罪行为中,实施构成要件者即为正犯,实施非构成要件者即为共犯),区别仅在于符合构成要件的判断标准。犯罪事实支配理论认为,共犯相对于正犯而言是处于次要地位的犯罪行为人。在犯罪参与中对于犯罪事实具有支配作用的是正犯,其他则是共犯。由此可知,犯罪事实支配理论也认为,在所有的犯罪参与角色中除了正犯,其余的就是共犯。正犯与共犯的区别仅在于是否对犯罪事实的发生起到支配作用。

三、共犯从属性理论区分共犯的两个本源性问题

在刑法采取区分制体例下,共犯参与理论努力对参与形态进行精准区分。但迄今为止,能确认的仅是部分正犯类型,对于共犯的认定依旧模糊。理论界所提出的区分理论或许可以划定出正犯与非正犯的界线,但并非正犯以外的参与形态都可视为共犯。另外,即便依据共犯从属性也未必能清晰地界定共犯的成立范围②。因为共犯从属性理论存在两个本源性问题:一是共犯从属性理论未回答“共犯何以从属”这一问题;二是共犯从属性理论缺失了对共犯行为本身的探讨。

(一)共犯从属性学说梳理

共犯从属性理论主要有四种在程度上有所区别的共犯从属性学说,这些程度有所区别的学说主要从阶层论视角讨论共犯应具备何种条件才能被认为具有从属性。

共犯最小从属性说认为,只要正犯行为为构成要件该当行为,共犯从属性就能成立,不管这一正犯行为是否具有违法性或有责性均不影响共犯成立。最小从属性说虽然确立了共犯成立的标准,但对共犯何时不能成立却不能形成较好的判断方法。另外,最小从属性说使得刑法的既有参与结构(区分制)走向单一制而失去了从属性的意义,可能使共犯“摇身一变”成为正犯,甚至在不法条件及可罚前提的认定上比正犯更加严格。所以,在区分制的共犯体例下,最小从属性说不但不被域外理论界所接受,亦未被实务界采纳③。共犯限制从属性说认为,共犯行为在正犯行为是构成要件该当违法行为时从属性才能成立。这种观点是我国刑法理论界的通说,即将限制从属性说作为共犯成立的判断基准④。限制从属性说是为了修正早期采取严格从属性说产生的处罚漏洞问题(“无责任存在的正犯情形下共犯也不能成立”)而被提出,一开始并不存在于学理之中,经历了由立法到理论的过程。虽然共犯限制从属性说填补了严格从属性说的处罚漏洞,但是参与形态的认定应依行为人的行为判断,不能因为存在处罚漏洞就转向行为人责任的认定⑤。共犯严

①柯耀程:《参与论(二)——参与结构与参与制度》,《月旦法学杂志》,2008 年第 11 期。

②柯耀程:《参与论(六):共犯结构与类型》,《月旦法学杂志》,2008 年第 11 期。

③柯耀程:《变动中的刑法思想》,北京:中国政法大学出版社,2003 年版,第 236 页。

④谭堃:《共犯的限制从属性说之坚持——以共犯违法相对性的扩张为视角》,《法律科学》,2019 年第 5 期。

⑤赵秉志:《全国刑法硕士论文荟萃》,北京:中国人民公安大学出版社,1989 年版,第 373 页。

格从属性说认为,共犯只有在正犯行为具有构成要件该当违法有责行为时才具有可罚性。这一学说导致共犯的认定呈现两极化,即对于上述提供帮助于无罪责之人的行为人要么以间接正犯认定,要么不以共犯认定,可能违背刑法罪责刑相适应的原则,因此,逐渐被理论界抛弃①。共犯极端从属性说认为,正犯除了可罚行为外,如有其他刑罚加重或者减轻事由,抑或具有追诉条件时才能成立共犯,否则刑法不能对共犯加以处罚。因为共犯极端从属性说对共犯行为人认定较为严苛,使绝大部分应被定性为共犯的情形不能被定性为共犯,形成比严格从属性说更大的处罚漏洞,所以没有被刑法理论界所采纳,仅具有学理上的比较意义②。

基于上述梳理可见:(1)认定共犯从属性的标准在不断地降低,共犯的处罚范围也相对扩大。(2)从共犯从属性原则出发,共犯类型的成立既然取决于正犯行为的不法,正犯与共犯在参与类型的区分上就应该在不法阶段完成。由此,这使共犯限制从属性说在认定共犯从属性标准方面取得了一致的认识基础。(3)对于参与者责任的认定也可由统一的认定标准进行认定。在行为评价结构下,行为人的责任系以行为的不法程度为认定标准。进一步来说,不法系责任认定的前提,对于确认共犯的可罚性程度,仍需有一定的前提存在。而共犯与正犯之参与类型,既然对于个别责任有所差异,那么该种差异必须在责任认定之前,即行为不法阶段确立。如此才能凸显出正犯与共犯因参与形态的不同产生而具有的责任差异,这也是共犯从属性说获得理论界和实务界认可的又一个重要原因。

(二)共犯何以从属的阙如

共犯独立性说认为共犯本身的行为如同正犯一样,都是行为人内在恶性的表现,其行为不仅都具有反社会性,而且都以故意或过失的形式表现于外。从条件理论出发,共犯行为都是对构成要件事实有加工的行为,应以个别责任认定之,并无所谓的从属性③。共犯独立性说是为了填补共犯严格从属性说的处罚漏洞而被刑法理论界提出。然而,共犯从属性说发展至今,其漏洞已被修正,当下已经成为通说④。共犯从属性说认为,共犯是一种相对于正犯的犯罪参与类型,必须依附于故意的正犯构成要件行为,这种依附关系是共犯成立的基础⑤。虽然在共犯独立性与从属性的辩证过程中,从属性观念取得优势,但共犯的形成并非仅依从属性就可以得出,仍须观察其立论盲点。正如学者对共犯从属性说提出的反对意见那样:“仅依共犯从属性无法满足何以形成共犯的疑虑。”⑥

从共犯从属原则出发,如果共犯形态的成立取决于正犯行为的不法,那么正犯行为与共犯行为在参与形态上的区分就应在不法阶段完成。进一步来说,共犯之所以成立并非因为从属性关系,在从属性关系判断之前共犯行为系独立于正犯行为。在何种条件下,共犯行为得以有从属性关系存在,亦即共犯对于正犯有何种作用时才有所谓的从属性。共犯从属性理论并不能对这一问题进行回答。例如,最小从属性说认为正犯行为只要是构成要件该当行为,共犯从属性即成立,正犯行为是否具有违法性或罪责都不影响共犯的成立。剖析最小从属性说可以发现,对于一个独立于正犯的非正犯行为,为何会在共犯从属性判断之前被认定为与正犯具有从属性关系,其并没有作出解释。再如,限制从属性说虽然提出了共犯从属性应该如何判断,但并未对共犯为何必须是在正犯构成要件该当之违法行为时方能成立作出回答。又如,严格从属性理论虽然提出了共犯的认定标准(即共犯在正犯行为具有构成要件该当违法有责行为时才具有可罚性),但对于为何共犯只有在正犯行为具有构成要件该当之违法有责行为时才具有可罚性未作出回答。由此可见,共犯从属性理论仅对如何依据从属性认定共犯作答(即它是如何认定从属性的理论),而不是关于何为从属性的理论⑦。在逻辑上适用共犯从属性关系之前,共犯行为与正犯行为在结构上必然具有某种连带关系。共犯行为与正犯行为如果在结构上不具连带关系,共犯行为就不是刑法所要研究的共犯行为。进一步来说,唯有先确认共犯行为依附于正犯行为方能探讨从属性的问题。

由上可见,刑法理论界虽然充斥着各种理论,但是独缺判断共犯形成的理论。因为所有的参与理论都是围绕正犯形成的理论。在正犯被排除后,剩余的就是共犯。这样的理论不是共犯形成的理论。从上述对共犯从属性的考察可以发现,仅凭共犯从属性概念是无法得出何以形成共犯参与角色的。造成这一问题的原因是共犯从属性

①韩忠谟:《刑法原理》,北京:北京大学出版社,2009 年版,第 290 页。

②柯耀程:《变动中的刑法思想》,北京:中国政法大学出版社,2003 年版,第 238 页。

③江溯:《超越共犯独立性与共犯从属性之争——刑法第 29 条第 2 款的再解释》,《苏州大学学报》(法学版),2014 年第 2 期。

④王昭武:《共犯处罚根据论的反思与修正:新混合惹起说的提出》,《中国法学》,2020 年第 2 期。

⑤张开骏:《共犯从属性理论的贯彻与应用》,《中国刑事法杂志》,2013 年第 8 期。

⑥柯耀程:《刑法总论释义——修正法篇》,台北:元照出版有限公司,2006 年版,第 358-359 页。

⑦[日]井田良:《刑法总论的理论构造》,秦一禾译,北京:中国政法大学出版社,2021 年版,第 252 页。

对非正犯行为为何与正犯具有从属性没有作出回答。

(三)共犯行为本身的缺失

从共犯属性的概念出发,共犯行为是相对于正犯行为的参与类型,共犯的存在必须依附于正犯行为。进一步来说,共犯行为是因为正犯行为而得以使其成为共犯。这种认识完全忽略了对共犯行为为何需从属于正犯行为主题的探讨。共犯不是因为共犯行为本身而成立共犯,而是因为正犯而成为共犯,即共犯从属性是以正犯行为作为判断共犯形成的主要条件,忽略了共犯行为自身的检讨。例如,最小从属性说认为共犯行为只有在正犯行为为构成要件该当行为时,共犯从属性才能成立。这是在论述正犯行为为构成要件该当行为时共犯有成立的可能,而不是在论述共犯为何在正犯行为为构成要件该当行为时具有成立的可能。再如,限制从属性说认为共犯行为在正犯行为是构成要件该当违法行为时,共犯从属性才能成立。这是在论述共犯在正犯行为是构成要件该当之违法行为时,共犯有成立可能,而不是在论述共犯为何在正犯行为是构成要件该当违法行为时,共犯就有成立的可能。换言之,仅从共犯从属性概念无法区分正犯与共犯,充其量得出的是依附于正犯的非正犯。对于非正犯为何成为共犯,共犯从属性理论不能为其提供方法。

共犯从属性虽然是判断共犯是否形成的评价性标准,但这一标准的主要作用是判断共犯参与行为与正犯之间是否具有不法的关系,而不是作为共犯形成的标准。共犯从属性不是共犯的充分条件,其对于共犯的参与角色来说只是一个必要条件。以共犯从属性概念尚无法认定共犯之成立,仍欠缺一个充分条件,即共犯行为如何得以从属于正犯行为的诠释条件。这一充分条件并不存在于正犯行为而存在于共犯行为本身。共犯形成的要素不在于共犯是否附属于正犯,而在于自身行为。

四、共犯处罚根据论的补足价值

共犯处罚根据论所讨论的是参与者与非参与者的区别即确定共犯可罚性的外部界限问题,主要有责任共犯说、不法共犯说、独立性志向惹起说(纯粹惹起说)、从属性志向惹起说(修正惹起说)和从属性法益惹起说五种理论观点。

(一)共犯处罚根据论的理论梳理

责任共犯说的基础是堕落说,是从法律与伦理的一体化中推导出来的观点。责任共犯说认为共犯的可罚性不仅在于惹起与刑法上保护法益无关的“正犯堕落”这种结果,而且在于“诱惑”共犯这种行为本身以及共犯的心情无价值。不法共犯说是从目的性行为论、人的不法论理解共犯处罚根据。不法共犯说使正犯行为成为共犯的处罚条件即共犯行为的不法内容中包含着正犯行为。不法共犯说认为共犯的处罚根据在于违反“不得唆使他人去杀人”这种规范,正犯的处罚根据在于违反“不得杀人”这种规范。独立性志向惹起说(纯粹惹起说)认为共犯的处罚根据在于共犯行为本身侵害了刑法分则上的法益,共犯不法独立于正犯不法。这种见解原则上肯定了违法的相对性,既肯定没有正犯的共犯,又肯定没有共犯的正犯。从属性志向惹起说(修正惹起说)认为共犯的处罚根据在于共犯参加了正犯的法益侵害,从正犯不法中可以推导出共犯不法。这种见解否定了违法的相对性,试图贯彻违法的连带性,既否定没有正犯的共犯,又否定了没有共犯的正犯。从属性法益惹起说(折中惹起说)认为共犯的处罚根据在于对构成要件上的保护法益进行从属性的侵害,共犯不法既有从属于正犯的部分,又有独立于正犯的部分。这种见解对违法相对性进行了部分否定和部分肯定,一方面否定没有正犯的共犯,另一方面肯定没有共犯的正犯。

(二)共犯处罚根据论对完善共犯参与理论的贡献与不足

只有界定了数人犯罪中参与者的范围才能界定参与者中哪些属于正犯、哪些属于共犯,所以,共犯的处罚根据对确定参与者与非参与者的数人参与犯罪来说是基本前提。虽然共犯的处罚根据有不同的理论,但是目的只有一个,即为共犯的处罚划定合理的范围。因为共犯参与理论以数人实现犯罪中角色区分为问题意识,所以,共犯处罚根据论为共犯参与理论讨论的范围划定了界限,填补了应该在何种范围内讨论犯罪参与角色,此即参与理论的漏洞。例如,张三唆使李四、王五实施诈骗,张三既没有惹起李四、王五实施诈骗罪“堕落”的结果,也没有实施“诱惑”李四、王五,使其实施诈骗。依据责任共犯说,因为张三不属于犯罪参与者,所以排除了犯罪参与理论讨论张三唆使李四、王五实施诈骗的行为。但是依据犯罪参与理论,就无法判断张三是否为李四、王五的犯罪参与者。再如,张三唆使李四、王五实施的诈骗,李四、王五没有实施诈骗行为,而是实施了故意杀人行为。依据不法共犯说,因为张三不属于犯罪参与者,所以排除了犯罪参与理论讨论张三唆使李四、王五实施诈骗的行为。但是依据犯罪参与理论,无法判断张三是否为其讨论范围。又如,张三唆使李四、王五实施诈骗,李四、王五没有实施诈骗,实施了抢劫。依据独立性志向惹起说(纯粹惹起说),因为李四、王五实施的抢劫行为与张三唆使诈骗罪的行为无关,所以不能将张三评价为李四、王五抢劫的犯罪参与者。

如上所言,共犯处罚根据论填补了应该在何种范围内讨论犯罪参与角色(即参与理论的漏洞),但是其对共犯参与理论的本原性问题没有作出解答。一方面,共犯处罚根据论无法改变犯罪参与理论是以认定正犯为核心,共犯是以非正犯即为共犯的排除法逻辑得出。共犯参与理论的漏洞因为共犯处罚根据理论而有所填补,但是

不能说共犯参与理论就是完美的理论,其理论本身的漏洞就不存在了。共犯参与理论本身的漏洞需要通过理论本身进行完善,而不是通过其他理论予以完善。另一方面,共犯处罚根据论与共犯参与理论作为两种不同的理论,具有不同的目标:前者以区别数人实现一犯罪行为中的参与者与非参与者为目标,即确定共犯可罚性的外部界限;后者以区别数人实现一犯罪中参与角色的认定为目标。这也决定了两种理论的侧重点有所不同,进一步来说,共犯处罚根据论不是为了弥补共犯参与理论的缺陷而被提出。

(三)共犯处罚根据论对完善共犯从属性理论的贡献与不足

共犯处罚根据论是将刑法分则适用范围扩大到教唆犯、帮助犯根据的理论,是共刑罚扩张的理论,其本质上讨论的是共犯的射程问题。刑法理论界围绕共犯处罚根据所形成的学说都是围绕着共犯的不法展开的,特别共犯独立性说(即共犯独立性志向惹起说)更是如此。这个争论的解决不得不与共犯中正犯行为的定位、法律意义、共犯构成要件的内容、共犯的不法以及责任的内容等联系①。进一步来说,共犯处罚根据论不可避免地会讨论共犯与正犯的关系问题,这为共犯从属性理论提供了前提性问题,补充了共犯从属性理论在共犯从属性内容上不明确的问题。

不过,共犯处罚根据论对于共犯从属性理论本身的盲点是没有补足的。首先,共犯处罚根据论之所以能为共犯从属性理论提供基本理论前提、补足何以从属性内容的缺失,是因为两者的研究范围有交叉。共犯处罚根据论中正犯行为在共犯中的定位问题、共犯构成要件内容等与共犯从属性理论中共犯所从属的正犯行为是什么、对于共犯而言正犯行为具有何种意义存在交叉,这使共犯从属性理论的漏洞得到了弥补。其次,共犯处罚根据论与共犯从属性理论有不同的问题域,前者以划定共犯处罚的外部边界为目标,后者以认定共犯这一内部问题为目标。最后,对于共犯从属性理论来说,共犯处罚根据论对于共犯行为本身的探讨也是不够的。共犯处罚根据论没有将共犯行为作为刑法中独立的行为进行讨论,而是将共犯作为与正犯相关的一种行为进行讨论。这造成了正犯与非正犯、共犯与非共犯两组不同位阶概念的混淆。

五、共犯判断理念的重构

如上所言,既有的参与理论着眼点在正犯,而不在正犯与共犯的区分。共犯是以排除法的逻辑(即非正犯就是共犯)得出。参与理论是区分正犯与非正犯的理论,而不是区分正犯与共犯的理论。刑法理论界仅根据共犯从属性理论,将其作为正犯与共犯的区分标准,恐怕在结构与类型的具体形成关系上也存在问题。例如,共犯从属性理论以共犯与正犯之间具有某种结构关系为假设,但对于是什么结构关系却不做探讨。又如,共犯从属性理论忽略了共犯行为本身的探讨,毕竟共犯行为是独立于正犯行为的。对此,共犯与正犯的区分需要思考两个问题:一是与正犯同一位阶的非正犯如何能转化为共犯,这需要回到参与理论的问题点,即非正犯行为必须具备何种条件才能成为刑法所称的共犯行为,进而确认共犯的角色;二是共犯需要具备什么条件才能是刑法意义上的共犯,这需要回到从属性理论的问题点,即能否将共犯行为纳入到正犯构成要件实现的不法评价。

(一)共犯双重判断条件理念的构建

传统刑法理论认为,共犯的形成必须从属于正犯的故意行为,即共犯的形成必须从属于故意实现构成要件的正犯行为。在这样的从属性理论下,共犯的形成似乎是由正犯所决定的,在无正犯存在时,共犯无存在的可能。但共犯之所以成为共犯的原因应在于其自身的行为,而非取决于正犯行为。另外,唯有在共犯故意依附于正犯行为时,才有进一步检视共犯参与类型的可能。如果欠缺共犯自身的故意依附行为,即使其行为对于正犯行为有所作用,也无法认定其具有依附性,更无须检讨从属性的不法形成关系。因此,共犯必须先有其自身的故意依附行为,即故意依附于正犯行为,方有进一步检视其是否具有不法关系,即检视从属性问题。在目前的理论与实务中,共犯认定所欠缺的是检讨共犯自身行为的依附关系。这是在探讨共犯概念时遗漏的内容。另外,共犯因其行为不属于构成要件行为,所以非均得以共犯称之。构成要件以外的行为能够依附于构成要件行为时,方有共犯形成之可能。在检讨非正犯的行为时,需要注意的是

①例如,责任共犯说提出的共犯的处罚根据在于侵害了正犯。此种情形下,不可避免的会讨论具有何种情形时,才能将共犯认定侵害了正犯,即对惹起与刑法上的保护法益无关的“正犯堕落”和“诱惑”共犯心情无价值的内容进行判断。再如,不法共犯说提出的共犯的处罚根据在于违反“不得唆使他人去杀人”这种规范,正犯的处罚根据在于违反“不得杀人”这种规范。这种共犯处罚根据,使正犯行为成为了共犯的处罚条件,共犯行为的不法内容中包含着正犯行为。此种情况下,不可避免的会讨论为何正犯行为会成为共犯的处罚条件,何时才能将共犯行为中包含的正犯不法做刑法评价。又如,从属性志向惹起说(修正惹起说)提出的共犯处罚根据在于共犯参加了正犯的法益侵害,可以从正犯不法中推导出共犯不法。此种情形下,不可避免的会涉及到为何能从正犯行为中推导出共犯不法,两者这种关系为何而来。这些问题的解决,历来是共犯从属性的核心问题。

非正犯行为何时才能依附于正犯行为。这就构成了共犯形成的双重条件。

一是与正犯同一位阶的非正犯行为本身的判断,即非正犯行为是否与正犯行为发生依附关系。共犯作为一种刑法评价的参与类型,在概念的解读上应从共犯行为形成的结构为出发点,而不是从正犯的构成要件实现行为出发。从参与结构的关系看,共犯行为与正犯行为并非属于同一行为范畴中的分工关系,而是两个独立的行为。因为正犯是直接实现构成要件的行为,所以对其进行评价需要从构成要件的评价内容中得出。但对于非构成要件行为和正犯附属行为的共犯行为,之所以能成为刑法的评价对象并赋予参与类型是因为依附于正犯的构成要件实现的关系。进一步来说,共犯之所以为共犯是因为其行为并非构成要件的行为而是属于构成要件以外的行为。但是构成要件以外的行为并非均以共犯称之,依附于构成要件行为时才有可能称其为共犯。另外,共犯之所以会依附于正犯构成要件实现行为,并非因为正犯行为所致而是因为共犯自身的行为依附于正犯构成要件实现行为所致。如果欠缺此种依附关系,即使有正犯构成要件实现行为也无需从属性关系的判断。由此可知,要使既有参与理论中的非正犯行为转化为共犯,需要检视何种情形下共犯自身所为之行为可以评价为依附于正犯行为,即非正犯行为是否与正犯行为发生依附关系。首先,非正犯与正犯行为发生依附关系者必须是具备故意的行为。虽然非正犯行为并不属于构成要件行为,但是因其故意地依附于构成要件行为,而使得构成要件行为得以实现。在此种关系下,非正犯的故意是指构成要件以外的故意。无论是对特定犯罪类型实现的故意还是非特定犯罪类型实现的故意都是非自身实现构成要件行为的故意,即单纯促使他人实现构成要件实现的故意。如果共犯欠缺此种故意,其行为因欠缺依附的特定意向而不被评价①。其次,非正犯与正犯行为发生依附关系者必须是依附行为。这个行为必须是具备构成要件行为实现导向内涵的行为,即正向的加工行为。共犯基于促使他人为构成要件实现的故意以具体的加工行为作用于他人或正犯行为之上,以促成构成要件实现,此种加工行为系连接共犯行为与正犯实现构成要件行为的基础。该结合关系形成的依附行为必须是源自共犯自身的行为②。最后,在非正犯具有故意和依附关系的依附行为时,还需要检验这种具有故意和依附行为的行为是否促成了故意构成要件行为被实现。如果只有前两者而没有促成故意构成要件被实现就不能被评价为是与构成要件相关的行为。例如,张三具有帮助李四实施杀人的故意且实施了提供刀具的行为,但最后李四没有使用刀具杀人,而是使用了枪支杀人。这种情况下,张三实施的提供刀具行为就不能被评价为促成李四故意杀人构成要件行为被实现的行为。

二是与正犯同一位阶的非正犯转化为共犯的判断。从整体构成要件实现的评价关系来看,共犯行为的评价系从属于正犯构成要件实现的评价关系,因此,共犯从属性应该是一种评价的从属性,而非共犯形成的判断标准。共犯的加工行为之所以能作为刑法的评价对象,一方面是因为其不属于构成要件行为并无构成要件规范存在。因为构成要件的实现依赖正犯行为,所以要对共犯加工行为做刑事不法的评价必须假借正犯构成要件内容。另一方面,从行为存在的现象论,共犯所为的加工行为本就独立于正犯行为,之所以能成为评价的对象并非因正犯行为的吸附作用而是共犯行为对于正犯行为的依附作用。这种依附作用不仅可以是事前的加工行为也可以是正犯行为实施中的加工行为。另外,这种依附行为不仅必须源自共犯行为自身而且是共犯对于正犯单向的作用行为。前者产生了共犯是否需要处罚的从属性判断标准,后者产生了从非正犯产生共犯的筛选条件。因为共犯行为存在需依附于正犯行为,所以正犯实现构成要件的行为使得共犯行为得以从属于构成要件,成为不法评价对象,其与正犯构成要件实现行为相结合成为共同受评价的整体性结构。在共犯行为自身可以评价为依附于正犯行为时,需要检验的是这种行为相对于正犯来说是否具有从属性。

(二)共犯双重判断条件理念的意义

网络社会中,基于犯罪结构的变化,一些犯罪行为既有参与性又有独立性。对此,有学者试图在肯定这些犯罪正犯性质的基础上提出正犯行为共犯化观点以化解如帮助信息网络犯罪活动罪等刑事立法的解释难题③。本文认为,以帮助信息网络犯罪活动罪为代表的刑事立法的解释难题,不需要通过提出上述观点或者提出帮助行为正犯化、积量构罪说等新的概念或者新的观点予以化解。通过上述对“参与理论关注的核心问题和理论逻辑”“共犯从属性理论何以从属性和共犯行为自身研究缺失的”论述,可以发现帮助信息网络犯罪活动罪等刑事立法的解释难题是由于参与理论和共犯从属性理论等既有理论缺陷造成的。通过“共犯判断理念的重构”是完全可以解决。下文以帮助信息网络犯罪活动罪的刑事立法为例,进行阐释。

首先,帮助信息网络犯罪活动罪之所以能被刑事立法直接规定为一个独立的罪名,是因为帮助信息网络犯罪

①林山田:《刑法通论》(下册),台北:元照出版公司,2008年版,第111-114页。

②郑逸哲:《修法后的正犯与共犯:构成要件适用与处罚(上)》,《月旦法学教室》,2005年第4期。

③王肃之:《论网络犯罪参与行为的正犯性——基于帮助信息网络犯罪活动罪的反思》,《比较法研究》,2020年第1期。

活动行为在成为共犯之前所经历的非正犯到共犯的转化过程获得了刑事立法的认可。这是对帮助信息网络犯罪活动行为本身独立性的认可,而非其既具有独立性又具有参与性。刑法和刑法理论是时代的产物,刑法本身是国家社会治理工具的有机组成部分。作为国家治理工具的刑法,在国家治理形势和任务发生变化时,必须调整其规制范围和力度①。网络犯罪的治理是国家较为关注的一个议题,不仅规定了“小切口”的立法,而且扩大了网络犯罪规制范围。基于网络帮助行为的特殊性,刑法将非正犯向共犯转化的帮助信息网络犯罪活动行为规定为独立的罪名,以适应网络犯罪结构发生的变化,化解以正犯之帮助犯打击网络犯罪面临的时代难题。

其次,刑法规定的帮助信息网络犯罪活动罪的构成要件,正是对前述非正犯转化为正犯过程的立法认可。虽然帮助信息网络犯罪活动行为成为共犯之前的独立性获得了认可,但是毕竟正犯与非正犯是一个相对的概念。不是所有的帮助信息网络犯罪活动行为这一非正犯都可以成为共犯,要使其成为共犯需要检验其是否具备故意、是否实施了附随行为、具备故意和附随行为两个条件的行为是否促成了故意构成要件被实现。帮助信息网络犯罪活动罪主观明知的规定是对帮助信息网络犯罪活动行为这一非正犯是否具备故意的检验。帮助信息网络犯罪活动罪附随行为(实施帮助行为)的规定是对帮助信息网络犯罪活动行为这一非正犯行为是否为附随行为的检验。其中,附随行为包括两种:一种是非正犯虽非明确认识依附行为所指向的构成要件实现,但对于可能实现的构成要件类型有所认识,虽无法明知是何种构成要件实现但已经可以预期具有类型性构成要件实现的可能;另一种是非正犯并非出于故意,但客观上造成构成要件实现的情形。在这种情况下,构成要件的实现属于偶然情形并非非正犯指向的构成要件实现的故意,依附关系无法成立。“提供互联网接入、服务器托管……等帮助,情节严重”是对帮助信息网络犯罪活动行为这一非正犯是否促成故意构成要件被实现的检验。

最后,帮助信息网络犯罪活动罪中“同时构成其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚”规定是对帮助信息网络犯罪活动行为适用正犯不适用帮助信息网络犯罪活动罪的例外规定。前述规定的假设前提是,如果没有同时构成其他罪的,依照帮助信息网络犯罪活动罪定罪处罚。进一步来说,刑事立法虽然将帮助信息网络犯罪活动行为这一非正犯向正犯转化过程独立规定为犯罪,但是并不排除为了处罚得当,根据罪责刑相适应原则,排除将其作为正犯的帮助犯进行处罚。

结 语

共犯判断的双重理念不仅可以视为构成要件取向的共犯理论,也可以视为对共犯之成立基础的说明与诠释。一个行为如果要被认定为共犯行为,需要从非正犯行为本身出发,判断其是否与正犯行为之间发生依附关系:非正犯行为是否出于故意;非正犯的依附行为是否与构成要件实现行为具有导向关系;非正犯行为必须主动积极促成故意构成要件被实现。这主要解决的是:与正犯行为同一位阶的非正犯行为是怎样与正犯主行为发生依附关系的以及如何判断这种与正犯主行为发生的依附关系。唯满足这三个条件才能确定非正犯行为得以与正犯行为之间存在依附关系,进而检视这一非正犯行为的从属性问题,也即共犯的处罚问题。这也构成了共犯认定的第二个问题:这种依附于正犯的非正犯行为是如何转化为共犯行为的。将共犯判断的双重理念适用于如帮助信息网络犯罪活动罪刑事立法的解释,可以使理论上的难题得到解决,也可以充分释放该类犯罪的刑事立法功能。

[责任编辑:李亚东]

①孙国祥:《刑法发展须回应时代需求》,《中国社会科学报》,2022 年 5 月 11 日。