

从共犯论到法益论：帮助行为正犯化再审视

熊亚文

【摘要】在共犯论框架内讨论帮助行为正犯化立法的研究思路目前存在根本性偏差,有必要摆脱共犯教义学的束缚,转而从法益论这一更为基础性的理论层面对其进行审视。基于帮助行为自身的法益侵害危险性差异,大体可将帮助行为正犯化立法划分为“帮助行为的绝对正犯化”“帮助行为的相对正犯化”和“中立帮助行为的相对正犯化”三种类型,并不存在单纯的“帮助犯的量刑规则”。站在法益论立场,对于帮助行为相对正犯化立法有必要确立“以处罚犯罪实行行为的帮助为原则,以处罚犯罪预备行为的帮助为例外”的教义学限制规则。前者与共犯论构成竞合,后者实际上属于犯罪参与的前阶段问题,应当适用预备犯的刑法教义加以解决。

【关键词】帮助行为正犯化;法益理论;共犯教义学;犯罪参与的前阶段

【作者简介】熊亚文,湖南大学法学院。

【原文出处】《法学》(沪),2021.8.83~95

【基金项目】本文系教育部人文社会科学研究项目“刑事一体化视阈下中国刑法私法化问题研究”(项目号:20YJC820054)和湖南省哲学社会科学基金项目“网络犯罪预备行为制裁体系完善研究”(项目号:19YBQ029)的阶段性成果。

一、引言

帮助行为正犯化是近年来刑法学界探讨的一个热点问题。不过,截至目前,理论上对于帮助行为正犯化立法现象的立场和评价却明显呈现出两极分化的趋势,共识越来越少,分歧越来越大。由此不仅引发了共犯教义学上的若干争议,而且还直接导致了我国刑法分则中相关帮助型犯罪的解释与适用困惑。特别是如何合理限定帮助信息网络犯罪活动罪等新型帮助行为正犯化立法的处罚范围,成为当下刑法理论和司法实践共同面临的紧迫难题。

笔者发现,学界之所以对帮助行为正犯化立法现象存在如此大的理论分歧,与既有文献所采取的研究立场、思路、视角的单一与偏差有着直接关联。综观当前我国有关帮助行为正犯化问题的学术研究,本质上均未跳出共犯教义学的理论束缚,自始至终都是在共犯论的框架下去评判帮助

行为正犯化立法的优劣得失。其结局,要么主张坚持共犯从属性说等共犯教义学原理,并以此批判甚至否定帮助行为正犯化立法的独立价值,从而企图根据共犯教义学来限制相关帮助型犯罪的处罚范围。^①要么转而全面或者部分认同共犯独立性说,从而在帮助行为正犯化立法领域彻底排除共犯从属性原理之适用,由此实现扩大刑法处罚范围、从严从重打击特定犯罪帮助行为的立法目的。^②很显然,前者实际上是将帮助行为正犯化等同解释为帮助犯的量刑规则,这无疑会过分限缩相关帮助型犯罪的处罚范围。后者则将帮助行为与具备直接的法益侵害性的正犯行为完全等同视之,从而彻底忽视了帮助行为刑罚处罚的正当化根据这一特殊问题,这不仅容易导致过度处罚不当罚的帮助行为,还会因为采取共犯独立性说而极大地冲击共犯从属性原理在共犯教义学中的基石性地位。

可见,当前学界对帮助行为正犯化采取的共犯论研究立场、思路和视角不仅过于单一,而且存在根本性偏差,其甚至还在很大程度上阻碍了我们为帮助行为正犯化立法寻找更为实质性和妥当性的理论审视工具。事实上,帮助行为正犯化立法的分则体系性地位决定了,其理应属于完全独立的构成要件行为类型,而与共犯教义学再无任何瓜葛。换言之,帮助行为正犯化立法既无须遵循共犯的从属性原理,也不意味着采取了共犯的独立性说。企图用其属于“帮助行为”的“前世”,来限制其作为“实行行为”的“今生”,这不仅是一种方法论上的错误,而且在本质上没有尊重其作为独立的罪刑规范的刑法地位,还将彻底违背帮助行为正犯化所承载的扩大刑法处罚范围、提前刑法介入时点、严密刑事法网、从严从重打击具有独立法益侵害及危险性的犯罪帮助行为的立法目的与价值,值得反思。

笔者认为,对我国刑法中的帮助行为正犯化立法,既不能以共犯从属性说为根据过分限制其处罚范围,也不应以共犯独立性说为由过度扩大其处罚范围。我们应摆脱共犯教义学的理论束缚,从更为基础性的刑法教义学层面为其寻找限制解释工具,而这非法益理论莫属。事实上,共犯教义学中帮助犯的限制从属性原理,也是根据法益理论得出的结论。只有将帮助犯的处罚范围限制在存在间接的法益侵害性或法益侵害危险性的场合,方能符合法益保护原则的基本要求。否则,如果绕开共犯从属性原理之约束,则有可能处罚实质上不具备任何法益侵害危险性或距离法益侵害十分遥远的帮助行为,这在本质上有违法益保护原则。因此,为有效化解当前学界围绕帮助行为正犯化与共犯教义学所产生的分歧和对立,诉诸共犯论背后的法益论成为一个必然的选择。只有法益理论才能既替代共犯从属性说承担限制帮助行为正犯化立法处罚范围的工具,又同时避免因采取共犯独立性说而可能导致的过度处罚不当罚的帮助行为的弊端,由此也将有效化解帮助行

为正犯化乃至共犯正犯化对共犯从属性原理等传统共犯教义学理论体系的冲击。总之,充分发挥法益论对帮助行为正犯化立法的实质限缩解释功能,是真正实现帮助行为正犯化立法处罚范围正当化、合理化的最根本、最恰当的必由之路。

基于以上考虑,笔者将跳出共犯教义学的理论框架,尤其是摆脱共犯的限制从属性原理对已经被独立化、正犯化的帮助行为之限制,直接从法益论的视角审视我国刑法中的帮助行为正犯化立法。本文在根据法益理论简要探讨帮助行为的刑罚处罚正当化根据之基础上,以帮助行为自身的法益侵害危险性为实质标准对我国刑法中的帮助型犯罪进行类型化分析,进而提出相应的教义学限制方案,以期在帮助行为刑事处罚的扩大化和正当化之间求得平衡之道。

二、帮助行为的处罚正当化根据:从共犯从属性到法益侵害性

在我国刑法分则的帮助行为正犯化立法中,存在大量地将原本应以狭义的共犯(帮助犯)定罪处罚的犯罪帮助行为直接予以“相对正犯化”^③的情形。^④由于此类帮助行为本身的违法性程度普遍较低,甚至有些帮助行为在客观上属于中立的日常行为,因而直接将其提升为正犯予以独立化处罚必然会引发是否具备刑罚处罚的正当化根据的疑问。

如所周知,关于共犯的处罚根据,理论上存在责任共犯论、违法共犯论与因果共犯论(惹起说)三种学说。在当今犯罪参与理论中,责任共犯论与违法共犯论因存在明显的弱点而几乎不被采纳,因果共犯论已经成为共犯的处罚根据论的绝对通说。在因果共犯论内部,构成要件性惹起说(又称“混合惹起说”)是通说和判例所采取的立场。根据该说,对于帮助犯等狭义的共犯,处罚的正当化根据在于其加功于(惹起了)具备违法性的正犯行为。^⑤

既然共犯的处罚根据在于其通过正犯间接引起法益侵害,那么,在正犯者没有着手实行犯罪

时,便没有正当理由处罚共犯行为。因此,共犯具有从属性的本质。所谓共犯的从属性(也称“实行从属性”),是指共犯成立犯罪至少要求正犯者着手实行了犯罪的原理。正犯(至少)必须具有作为未遂犯的可罚性。共犯从属性是“正犯与共犯区分制”的产物,在限制正犯概念立场下,正犯仅指自己违反构成要件该当行为之人,而刑法总则规定的教唆犯、帮助犯等共犯则属于在不法构成要件之外扩张可罚性范围的扩张处罚事由,其必须与构成刑罚基础的正犯行为相联结,而采取共犯从属性原则。^⑥

在共犯从属性(实行从属性)的基础上,还存在一个从属性的程度问题(要素从属性),即正犯必须具备何种程度的要素,共犯才具有可罚性。在当今共犯理论中,基于“个别责任原则”,限制从属性说基本处于通说地位。据此,只要正犯者的行为具备构成要件符合性和违法性(即成立不法层面的犯罪),共犯即有所从属依附而足以成罪,至于正犯者是否具有罪责、是否成立完整意义上的犯罪、是否最终受到刑罚处罚则不影响共犯的可罚性。

基于共犯的限制从属性原理,只有(至少)当正犯的行为符合构成要件且违法时,共犯才具有刑事可罚性,否则对共犯的处罚便缺乏正当化根据。然而,综观我国刑法分则中的犯罪帮助行为的相对正犯化立法,除了将原本应以帮助犯定罪处罚的帮助行为直接提升为正犯处罚外,显然还将原本尚不成立帮助犯的帮助行为也一并加以犯罪化了。换言之,根据相关犯罪帮助行为的相对正犯化立法,其构成要件明显包含了正犯者尚未着手实行犯罪情形下的帮助行为。

例如,根据《刑法》第244条第2款的规定,明知他人实施前款行为,为其招募、运送人员或者其他协助强迫他人劳动的,按强迫劳动罪定罪处罚(“协助型”强迫劳动罪)。从本罪的构成要件来看,只要行为人在主观上明知他人将要或者正在实施强迫劳动的行为,而在客观上为其招募、运送或者

有其他协助强迫他人劳动的行为,便可成立强迫劳动罪。显然,本罪的构成要件包含了正犯者尚未着手实行强迫劳动犯罪时的帮助行为。^⑦这便造成如下不合理局面:正犯者因尚未着手实行被帮助的犯罪行为而不具有刑事可罚性(犯罪预备行为原则上不可罚),但此时帮助者的帮助行为却该当了“犯罪帮助行为的相对正犯化”立法所规定的犯罪构成要件,而至少成立可罚的未遂犯。类似的立法还有,《刑法》第284条之一第2款规定的“帮助型”组织考试作弊罪,第285条第3款规定的“中立帮助型”提供侵入、非法控制计算机信息系统的程序、工具罪,第287条之二规定的帮助信息网络犯罪活动罪,以及第363条第2款规定的“提供书号型”出版淫秽物品牟利罪。

尽管立法者将上述犯罪帮助行为予以正犯化有特定的刑事政策考量,但是,其同样需要受到刑法的法益保护原则与责任主义原则的制约。因此,即使上述犯罪帮助行为已经被正犯化、独立化,而不再属于犯罪参与理论的范畴,无须受到共犯从属性原理的限制,但此时的帮助行为与正犯行为在实质不法性和应受刑罚处罚的法律效果上并无二致,对二者科处刑罚均应当具备正当化根据,这是法益侵害原则的基本要求。质言之,无论是帮助行为还是正犯行为均应当具备法益侵害性,只不过二者的法益侵害性在表现形式上有所不同,正犯行为是直接引起法益侵害的犯罪类型,而帮助行为是间接引起法益侵害的犯罪类型(即具有法益侵害的危险性)。只有帮助行为在本质上存在法益侵害的危险性,其方具备实质违法性,对其予以刑罚处罚才是正当的。这是基于法益理论所得出的当然结论。

三、法益论视角下帮助行为正犯化立法的类型化分析

既然在法益论看来,被正犯化的帮助行为的实质违法性根据在于其自身的法益侵害危险性,那么就有必要以此为标准对帮助行为正犯化立法进行类型化分析,从而甄别出可能存在处罚正当

性疑问的“相对正犯化”立法,以便为其探寻相应的教义学限制规则。根据不同类型的帮助行为的法益侵害危险性差异,大体可将我国刑法中的帮助行为正犯化立法划分为“帮助行为的绝对正犯化”“帮助行为的相对正犯化”和“中立帮助行为的相对正犯化”三种类型。其中,被“绝对正犯化”的帮助行为通常具有法益侵害的抽象危险性,这是一种立法拟制的危险因而无须司法上的具体判断。与之相对,后两者均属于“相对正犯化”的立法范畴,此类帮助行为的可罚性范围存在限缩解释的空间和必要。

(一)“帮助犯的量刑规则”之否定

张明楷教授认为,在我国刑法分则条文对帮助犯设置独立构成要件和法定刑时,并不当然意味着立法者将帮助犯予以正犯化,实际上还存在单纯的帮助犯的量刑规则。所谓帮助犯的量刑规则,是指帮助犯并没有被提升为正犯,帮助犯依然是帮助犯,不能将其作为正犯看待,其成立犯罪依然要以正犯者实施了符合构成要件的不法行为为前提,只不过由于刑法分则条文对其规定了独立的法定刑,因而不适用刑法总则关于帮助犯(从犯)的处罚规定而已。^⑧

对此,笔者认为,不应承认所谓单纯的“帮助犯的量刑规则”。这种观点本质上是解释论上的结论强加到了立法论的头上,会导致过度限缩相关帮助型犯罪的处罚范围,因而并不合理。

事实上,张明楷教授之所以认为刑法分则关于帮助犯的正犯化立法应当被划分为帮助犯的绝对正犯化、相对正犯化和量刑规则三种性质有别的犯罪类型,^⑨根本原因在于,不同类型的帮助行为本身的法益侵害及其危险性存在重要区别。有些帮助行为本身已经具备法益侵害的重大危险性,因而立法者直接以抽象危险犯的形式将其加以犯罪化;而有些帮助行为本身的法益侵害及其危险性程度尚未完全达到值得科处刑罚的不法程度,因而立法者需要对其设置一定的限制要素,从而筛选出值得科处刑罚的帮助行为。这一点,从

相关犯罪的构成要件设置上便可以看出。

正是由于不同类型的帮助行为本身的法益侵害及其危险性存在区别,因而刑法分则规定的犯罪成立条件也就有所区别,从而在立法上形成了如下现象:有些帮助行为本身具备明显的反规范性和对重大法益的侵害危险性,因而其成立犯罪无须正犯者着手实行不法行为(如帮助恐怖活动罪);有些帮助行为本身属于中立的帮助行为,其需要结合行为人的主观犯意和被帮助者的客观不法行为才能具备刑事可罚的违法性,因而其成立犯罪需要正犯者着手实行不法行为(如帮助信息网络犯罪活动罪);有些帮助行为本身虽具有一定的反规范性,但其并不必然具备值得科处刑罚的违法性,因而其成立犯罪是否需要正犯者着手实行不法行为还要视情况而定(如协助组织卖淫罪)。张明楷教授正是基于不同类型帮助行为的法益侵害及其危险性不同,通过对相应犯罪构成要件进行实质解释得出不同程度的犯罪成立条件,并将帮助行为成立犯罪的条件与狭义共犯(帮助犯)的成立条件相比较,通过一定的归纳方法,从而得出有些帮助型犯罪属于帮助犯的绝对正犯化,有些属于帮助犯的相对正犯化,有些则不属于帮助犯的正犯化而只是帮助犯的量刑规则。

不可否认,当立法者在帮助型犯罪的构成要件中规定,只有对犯罪行为的帮助才成立本罪时,其与狭义共犯(帮助犯)的成立条件基本上是相吻合的,但这纯属偶然和巧合,其在本质上是立法者基于理性选择限制本罪处罚范围的结果,而不是依据共犯从属性原理的结果。因为毕竟立法者要尽量保证犯罪构成要件所描述的行为应当是值得科处刑罚的不法行为,而对于一些明显不值得科处刑罚的违法行为,则必须通过设置一些犯罪构成要件要素将其排除在外。因此,所谓的“帮助犯的绝对正犯化”“帮助犯的相对正犯化”及“帮助犯的量刑规则”之区分,实际上只是基于不同类型的帮助行为的法益侵害及其危险性大小,对相关犯罪成立条件进行不同程度的归纳所得出的解释结

论而已,其并不能改变相关帮助型犯罪属于帮助行为正犯化的立法属性和事实。

基于此,完全没必要将刑法分则规定的帮助型犯罪划分为帮助犯的绝对正犯化、相对正犯化与量刑规则三种类型,也并不存在所谓单纯的“帮助犯的量刑规则”。我国刑法分则中的帮助型犯罪,无论其犯罪成立条件如何,在立法性质上并无本质区别,均属于帮助行为正犯化。尤其是帮助犯的量刑规则,其在本质上只是解释论上限制帮助行为处罚范围的客观解释结果。因为此类帮助行为并不完全具备刑事可罚性,不能不加限制地对其予以犯罪化,为了只将值得科处刑罚的帮助行为正犯化,立法者需从帮助行为的法益侵害性等方面进行限制,从而产生了类似于成立狭义共犯(帮助犯)所要求的从属性结果的表象,但这仍无法改变其在立法上属于完全独立的犯罪的事实。换言之,帮助犯的正犯化与帮助型犯罪的成立条件要求被帮助者着手实施犯罪行为是两个不同层面的概念范畴,前者属于立法论上的判断,后者属于解释论上的限制,二者完全可以并行不悖。因此,对刑法分则中的帮助型犯罪,在解释和适用时应将相应帮助行为作为与其他犯罪行为完全等价的实行行为看待,根据立法者设置的构成要件要素来解释犯罪的成立条件,而不应再受到共犯理论和总则共犯立法的强制性约束。

(二)法益侵害危险性标准下帮助行为正犯化立法的类型化解读

对于我国刑法分则中的帮助行为正犯化立法,根据帮助行为自身的法益侵害危险性程度高低,大体可以划分为如下三种类型。

1.以帮助行为自身的法益侵害抽象危险性为不法根据的帮助型犯罪

此类帮助型犯罪属于“帮助行为的绝对正犯化”,其是最为典型和彻底的帮助行为正犯化立法类型。我国《刑法》第107条规定的资助危害国家安全犯罪活动罪,第110条规定的间谍罪(为敌人指示轰击目标的行为),第111条规定的为境外窃

取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪,第112条规定的资敌罪,第120条之一规定的帮助恐怖活动罪,第285条第3款规定的提供侵入、非法控制计算机信息系统的程序、工具罪(提供专门用于侵入、非法控制计算机信息系统的程序、工具的行为),第320条规定的提供伪造、变造的出入境证件罪等,便属于此类被绝对正犯化的帮助型犯罪。

此类帮助行为有两个共同特征:一是帮助行为本身具有明显的反规范性,其本身已属于违反相关法律规范的违法行为。例如,资助危害国家安全犯罪活动的行为,间谍行为,为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报的行为等,本身便属于违反国家安全法、反分裂国家法、反间谍法等法律的违法行为。再如,提供专门用于侵入、非法控制计算机信息系统的程序、工具的行为,提供伪造、变造的出入境证件的行为等,本身便属于违反网络安全法、出境入境管理法、海关法等法律法规的违法行为。因此,只要行为人实施了相关帮助行为,其在客观上便具备明显的犯罪指向性和关联性,行为人主观上的犯罪决意也已被确切征表出来,因而帮助行为便内涵了主观和客观的不法根据。二是帮助行为本身具备侵害重大法益的危险性,因而立法者有必要将此类帮助行为类型化为构成要件行为、拟制化为犯罪实行行为,从而实现刑法介入的早期化以发挥刑罚的积极的一般预防作用。此类帮助型犯罪大多针对危害国家安全的犯罪、危害公共安全的犯罪及严重妨害社会管理秩序的犯罪,侵犯的法益具有重大性和难以挽回性,加之帮助行为本身的反规范性,立法者对其犯罪化一般采取了行为犯或抽象危险犯的立法形式。只要行为人在客观上实施了符合犯罪构成要件的帮助行为,无论其情节是否严重、是否造成损害后果,也无论被帮助者是否将要或已着手实施了相关犯罪行为,均构成此类帮助型犯罪。

2.以帮助行为自身的法益侵害具体危险性为不法根据的帮助型犯罪

此类帮助型犯罪基本等同于张明楷教授所称

的“帮助犯的相对正犯化”,不过笔者认为,将其称为“帮助行为的相对正犯化”更为确切。因为倘若此类帮助行为能够成立狭义共犯(帮助犯),那么其一定符合被正犯化后的帮助型犯罪的构成要件。只是对于成立帮助犯以外的其他帮助行为,立法者并未绝对地、彻底地加以犯罪化,而是通过构成要件设置一定的犯罪成立条件,以限制此类帮助行为的处罚范围,将不值得科处刑罚的帮助行为排除在外。我国《刑法》第358条第4款规定的协助组织卖淫罪、第392条规定的介绍贿赂罪等,便属于此类被相对正犯化的帮助型犯罪。

此类帮助行为在客观上具备一定的反规范性,不过,考虑到并非所有的帮助行为都具备值得科处刑罚的违法性,立法者对其成立犯罪设置了“情节严重”等限制要素,因而需具体判断此类帮助行为的法益侵害危险性是否达到了值得科处刑罚的程度。例如,对“为组织卖淫的人招募、运送人员”或“其他协助组织他人卖淫”等帮助行为是否构成协助组织卖淫罪,需具体判断帮助行为本身是否值得科处刑罚。在“组织卖淫的人”已着手实行了组织卖淫行为的场合,行为人的协助组织卖淫行为当然成立本罪;但在没有其他正犯的场合,帮助行为是否值得处罚,还取决于该帮助行为本身是否侵害法益及其程度(是否严重侵害了社会管理秩序)。^⑩如果行为人实施的协助行为在客观上没有侵犯刑法所保护的法益(比如招募行为不为一般人所知悉,且所招募的人员并没有从事卖淫活动),那么便不能对其帮助行为以协助组织卖淫罪论处。再如,对“向国家工作人员介绍贿赂”的行为,尽管有一部分介绍贿赂行为完全可以根据刑法总则的规定对介绍贿赂人以行贿罪或受贿罪的共犯处罚,^⑪但还存在其他值得科处刑罚的非共犯行为所能评价的介绍贿赂行为,如以介绍贿赂为业的职业掮客。不过,考虑到介绍贿赂行为在客观上包含许多情节较为轻微的情形,因而立法者在介绍贿赂罪的构成要件中设置了“情节严重”的处罚条件,旨在将轻微的、不值得科处刑

罚的介绍贿赂行为排除在外。

3.同时以帮助行为 and 对象行为的法益侵害危险性为不法根据的帮助型犯罪

与第2类帮助型犯罪相同的是,此类帮助型犯罪也属于“帮助行为的相对正犯化”。不同的是,此类帮助行为通常属于中立的日常行为,其在外观上并不具有明显的反社会规范性,无法独立充足犯罪构成要件。因此,立法者为了避免过分扩大对此类帮助行为的处罚范围,一方面需要对此类帮助行为加以类型化、限定化;另一方面还需借助被帮助者准备或者已经着手实施的犯罪行为的不法内涵,作为处罚此类帮助行为的违法性根据。我国《刑法》第244条第2款规定的强迫劳动罪(明知他人实施前款行为,为其招募、运送人员或者其他协助强迫他人劳动的行为),第284条之一第2款规定的组织考试作弊罪(为他人实施前款犯罪提供作弊器材或者其他帮助的行为),第285条第3款规定的提供侵入、非法控制计算机信息系统的程序、工具罪(明知他人实施侵入、非法控制计算机信息系统的违法犯罪行为而为其提供程序、工具,情节严重的行为),第287条之二规定的帮助信息网络犯罪活动罪,第363条第2款规定的出版淫秽物品牟利罪(明知他人用于出版淫秽物品而提供书号的行为)等,便属于此类被相对正犯化的帮助型犯罪。

从此类帮助型犯罪的构成要件可以看出,其不仅在客观上要求行为人实施了特定的帮助行为,而且还要求行为人在主观上对被帮助者将要或者正在实施的犯罪行为存在明确的认知(在立法上通常表述为“明知他人……为其……”)。这表明,此类帮助型犯罪的成立实际上仍以被帮助者准备实施(预备行为应当能够确切征表行为人的犯罪决意,并具有明确的犯罪指向性和关联性,否则不仅不具备法益侵害的危险性,还难以被行为人所“明知”)或者已经着手实施相应正犯行为为前提。只有将被帮助者的犯罪行为(包括预备和实行行为)考虑在内,帮助者的帮助行为才具备

值得科处刑罚的不法内涵。这也正是为什么张明楷教授认为强迫劳动罪(协助型)、组织考试作弊罪(帮助型)、帮助信息网络犯罪活动罪等罪名不属于帮助犯的正犯化,而只是帮助犯的量刑规则的根本原因所在。^⑫

当然,笔者并不赞同这种观点。但对该观点背后所蕴含的通过实质解释将帮助行为的可罚性范围限制在存在客观的法益侵害危险性的场合的限制解释立场和核心解释结论,笔者深表认同。比如,对于强迫劳动罪(协助型),其构成要件行为内容是,明知他人以暴力、威胁或者限制人身自由的方法强迫他人劳动,而为其招募、运送人员或者以其他方式协助强迫他人劳动。据此,帮助行为成立本罪仍以被帮助者实施了强迫他人劳动的犯罪行为为前提。否则,如果行为人招募、运送的劳动者没有被接收或者没有被强迫劳动,由于没有侵犯本罪的保护法益即公民的劳动自由,因而不应将其认定为本罪。在这种情况下,帮助者的帮助行为既缺乏强迫劳动罪的构成要件符合性,也缺乏实质的违法性,即没有侵犯被招募、运送的人的劳动自由。再如,对于组织考试作弊罪(帮助型),其构成要件行为内容是,为他人实施组织考试作弊犯罪提供作弊器材或者其他帮助。据此,只有当被帮助者利用了帮助者提供的作弊器材组织考试作弊时,帮助行为才符合本罪的构成要件。如果虽然帮助者提供了作弊器材,但被帮助者并没有实施组织作弊行为,那么帮助行为在实质上不存在任何的法益侵害与危险,不应以本罪论处。又如,对于提供侵入、非法控制计算机信息系统的程序、工具罪,其相对被正犯化的帮助行为是,明知他人实施侵入、非法控制计算机信息系统的违法犯罪行为而为其提供程序、工具,情节严重的行为。根据相关司法解释的规定,如果行为人明知他人实施非法获取支付结算、证券交易、期货交易等网络金融服务身份认证信息的违法犯罪活动,而为其提供非专门性的程序、工具,那么需要提供的次数在5次以上才可成立本罪。^⑬可见,此

类网络技术中立的帮助行为要想成立犯罪,不仅需要被帮助者实施了相应的违法犯罪活动,其自身还需要满足“情节严重”的整体罪量要素的要求。

四、法益论立场下帮助行为相对正犯化立法的教义学限缩

基于法益侵害原则,对于我国刑法分则中的帮助行为相对正犯化立法,应以法益侵害危险性为实质根据对其构成要件进行限缩解释,从而将不值得科处刑罚的帮助行为排除在外,实现处罚的正当化与合理化。至于限制解释的基本路径,可以共犯的限制从属性为界限,将帮助行为划分为犯罪实行行为的帮助与犯罪预备行为的帮助,对于前者直接参照共犯论的思路加以解决,对于后者由于实际上涉及犯罪参与的前阶段问题,因而应当适用预备犯的处罚教义加以解决。

(一)以处罚犯罪实行行为的帮助为原则

尽管我国刑法分则立法已经将部分犯罪帮助行为予以相对正犯化,但这些具备独立构成要件的帮助行为在本质上仍然属于其他犯罪的帮助行为,其在可罚性根据问题上与作为狭义共犯的帮助犯并无二致。根据共犯的限制从属性原理,只有当正犯着手实行犯罪时,共犯才具有可罚性。因此,对于刑法分则中的犯罪帮助行为的相对正犯化立法,其处罚范围原则上也应与帮助行为正犯化之前的帮助犯相一致。换言之,原则上可以将犯罪帮助行为的相对正犯化立法“视为”“帮助犯的量刑规则”,即当被帮助者着手实行了犯罪时,帮助行为通常便具备该当构成要件的违法性。

笔者虽主张“以处罚犯罪实行行为的帮助为原则”,但并不意味着认同张明楷教授提出的相关立法“没有将帮助犯提升为正犯,只是对其规定了独立的法定刑”之观点。^⑭在刑法分则中并不存在所谓的“帮助犯的量刑规则”,只要分则立法将某种行为通过构成要件加以定型化,那么其就属于实行行为、正犯行为。以帮助信息网络犯罪活动罪为例,笔者赞同当前学界的主流观点,认为本罪

属于帮助行为(相对)正犯化之体现。对此,正如有学者所指出的,如果帮助行为被刑法分则所规定,那么该行为就不能再被称为正犯行为的帮助犯,而是独立的正犯。^⑮因为刑法分则立法具有罪名设置功能,任何一种行为只要被刑法分则规定为犯罪,其便属于符合刑法分则规定的犯罪构成要件的正犯行为。

可能有人会质疑:既然犯罪帮助行为已被正犯化,为何仍要将相关立法的处罚范围限制为“以处罚犯罪实行行为的帮助为原则”,这难道不是用共犯的从属性原理来限制正犯的处罚范围吗?笔者认为,由于共犯的从属性与帮助行为正犯化所关涉的是不同层面的问题,因而不存在矛盾。仍以帮助信息网络犯罪活动罪为例。笔者既主张本罪属于帮助行为的正犯化,又主张其适用原则上应符合共犯的从属性原理。理由如下:帮助信息网络犯罪活动罪在本质上属于帮助行为的正犯化,是就其行为性质而言的。即这种帮助行为是被刑法分则立法构成要件化的正犯行为,对其可以独立的罪名定罪处罚,而不一定非以被帮助者所犯罪名的共犯处罚。而帮助信息网络犯罪活动罪之适用原则上应符合共犯的从属性原理,是就其处罚范围而言的,共犯从属性原理只是一种实质解释的方法和工具。即由于本罪构成要件包含了不值得刑罚处罚帮助行为,为合理控制处罚范围,因而有必要对其构成要件进行实质解释,从而将形式上符合本罪构成要件但实质上不值得刑罚处罚的帮助行为排除在犯罪圈之外。因此,在帮助行为正犯化立法中,共犯的从属性原理只是判断帮助行为是否具有实质可罚性的参考标准,完全没有必要为达到限制相关立法处罚范围的目的,而将其解释为“帮助犯的量刑规则”。

基于共犯的限制从属性原理,帮助犯的成立至少要求被帮助者着手实行了被帮助的犯罪,否则便缺乏处罚的正当化根据。当然,根据客观的违法性论,只要正犯的行为符合构成要件并且违法,不管正犯是否具有责任,即可认定帮助犯的成

立,而不需要以正犯者构成犯罪为前提。据此,对于帮助信息网络犯罪活动罪,其成立并不是仅仅要求行为人明知他人利用信息网络实施犯罪即可,而是原则上同样要求他人利用信息网络着手实施了犯罪。当然,只要有证据表明他人利用信息网络实施了符合构成要件的不法行为,实施帮助行为的人就可以成立本罪,至于他人究竟是谁、他人是否被查获、他人是否具有责任,都不影响犯罪成立。^⑯相反,在被帮助者没有着手实施信息网络犯罪活动,或者虽然着手实施了信息网络犯罪活动但没有使用网络服务提供者提供的相应网络技术支持或帮助的情形时,由于网络技术中立的帮助行为在实质上并没有间接地引起法益侵害,因而对于提供帮助的人原则上不宜以帮助信息网络犯罪活动罪论处。

同理,对于明知他人实施强迫劳动行为,而为其招募、运送人员或者实施其他协助的(“协助型”强迫劳动罪),原则上也应应以被帮助者着手实施了强迫他人劳动犯罪为处罚条件。对于为他人实施组织考试作弊犯罪提供作弊器材或者其他帮助的行为(“帮助型”组织考试作弊罪),原则上也应应以被帮助者着手实施了组织考试作弊犯罪为处罚条件。对于明知他人实施侵入、非法控制计算机信息系统的违法犯罪行为而为其提供程序、工具的行为(“中立帮助型”提供侵入、非法控制计算机信息系统的程序、工具罪),原则上也应应以被帮助者着手实施侵入、非法控制计算机信息系统的犯罪行为为处罚条件。对于明知他人用于出版淫秽物品而提供书号的行为(“提供书号型”出版淫秽物品牟利罪),原则上也应应以他人着手实施出版淫秽物品犯罪行为为处罚条件。

(二)以处罚犯罪预备行为的帮助为例外

然而,对于帮助行为正犯化立法而言,共犯的限制从属性原理终究只是限制处罚的一种辅助性方法和工具而已,其仅具有参考意义,而不能完全依此强制性地限定相关犯罪的处罚范围。因为犯罪帮助行为一旦被正犯化,其便属于完全独立的

构成要件行为、实行行为和正犯行为,帮助者也直接被提升为正犯,而不再属于作为狭义共犯的帮助犯,所以帮助行为正犯化立法的处罚范围不应再受到共犯从属性原理的强制性限制和约束。^①当然,即使如此也不能认为“刑法分则中的帮助行为正犯化立法肯定了共犯的独立性”^②。帮助行为正犯化属于立法论上的犯罪化问题,而共犯的从属性说与独立性说则属于共犯论上关于狭义共犯(教唆犯、帮助犯)的处罚是否需要正犯者着手实行犯罪问题的争论,这两个问题的性质和范畴完全不同,不能混为一谈。

既然共犯的限制从属性原理没有也不能强制划定帮助行为正犯化立法的处罚范围,那么我们就必须在此之外继续探讨其他不符合帮助犯成立条件的帮助行为是否,以及在何种程度上可以构成相关帮助型犯罪。换言之,当被帮助者尚未着手实行犯罪行为,而仅仅停留在犯罪预备阶段时,被正犯化的帮助行为在何种程度上才具备刑事可罚性?

对于犯罪预备行为的帮助,实际上已经超出了正犯与共犯的关系范畴,而只涉及“犯罪参与的前阶段”问题。事实上,正犯与共犯虽是犯罪参与论的核心问题,但却并非全部,在犯罪参与论中尚存在犯罪参与的前阶段问题。所谓“犯罪参与的前阶段”,实际上就是指仅在犯罪预备阶段的参与犯的情形。当所有的参与者都尚未达到着手实行犯罪行为的犯罪实行阶段时,由于既无属于构成要件行为主体的正犯,亦无依附于正犯行为的共犯,因而不能将“犯罪参与的前阶段”概念与着手实行犯罪后的正犯与共犯概念混为一谈,更不能认为处罚犯罪预备阶段的参与犯意味着采取了所谓的不以正犯者着手实行犯罪为必要的“共犯独立性说”。^③对于仅在犯罪预备阶段的参与犯(教唆、帮助),原本均因无所谓的正犯,自也无依附于其上的共犯可言,因而刑法理论和实践均认为,对其应依照现行法直接以刑法中的相关预备犯的规定论处刑事责任。^④

关于犯罪预备阶段的参与犯的可罚性问题,部分国家刑法总则对“教唆的未遂”的处罚规定是具有典型参考意义的规范依据之一。例如,我国《刑法》第29条第2款规定,“如果被教唆的人没有犯被教唆的罪,对于教唆犯,可以从轻或者减轻处罚”。再如,《德国刑法典》第30条第1项规定,“着手于教唆他人实行重罪而未遂,或教唆他人去教唆另一人实行重罪而未遂者,依该重罪的未遂规定处罚,但应依第49条第1项减轻其刑”。^⑤德国学者罗克辛指出,德国《刑法》第30条在总则内部的体系性位置,应该这样回答:这既不是涉及未遂的特别规定,也不涉及参加的特别规定,而是涉及多人(至少是争取)参与下犯罪准备特别形式的独立刑事可罚性。^⑥换言之,在教唆未遂情形下,由于没有一个参加人着手实行了构成要件行为,因而其既不符合犯罪未遂的规定,也不符合共犯从属性原理对于共犯成立必须依附于正犯的基本要求。因此,德国刑法学的主流意见认为,刑法总则所规定的教唆的未遂,既不是未遂,也不是共犯,而实为犯罪预备。^⑦对于犯罪预备行为的可罚性,德国刑法理论和实践均认为,预备行为原则上不受刑罚处罚,只有在特殊情况下才能例外地处罚预备行为。^⑧

据此,对于教唆未遂,德国立法、判例和理论均采取了节制处罚的立场,以确保对其处罚具备刑罚的正当化根据。在立法上,可罚的教唆未遂指向的行为必须是重罪或者教唆他人实施重罪,这便遵循了只有“重罪的预备”才具有可罚性的预备行为例外处罚原则。此外,德国《刑法》第31条还确立了教唆未遂在中止的情况下免除刑罚的规则。在司法判例和刑法理论上,只有“立法者对其赋予了一种完全特别的、超出通常情况的危险性”的预备行为,才应当受到刑罚处罚。具体而言,预备行为(在此特指“教唆未遂”)的这种危险性可以归结为两个方面:一是参加者“启动了一个无法再控制的因果过程”;二是共谋的约束,这种约束使得各个参加者都更难从实施犯罪

行为的约定中撤出。^⑤

对德国判例和理论所持的教唆未遂的处罚根据论,有学者认为会导致统一处罚不具有引起他人实施重罪的危险性的教唆未遂,为避免不必要的刑罚,其提出了一种节制程度更高的具体危险论,主张“仅当创设了会实施重罪的具体危险,才可处罚教唆的未遂”。^⑥具体危险论对教唆行为提出了更高的限制,它要求教唆行为须尽量具体化、特定化,即“教唆人故意的明确性”(必须涉及一个“充分具体的构成行为”)。基于具体危险论,对“失败的教唆”,由于教唆者根本没有使被教唆者产生其所执意的犯罪决意,因而其不具有引起他人实施重罪的可能性,故对其不应予以刑罚处罚;而对“无结果的教唆”,由于被教唆者已产生了犯罪决意,只不过出于某种原因止于预备阶段而没有着手实行犯罪,此类教唆未遂显然具有使事件失控的可能(具体危险的“失控论”,即具有引起他人实施重罪的具体可能性),因而对其可予以刑罚处罚。这就是所谓的“部分处罚论”的观点,即仅可处罚无结果的教唆,而不能处罚失败的教唆。对德国刑法总则关于教唆未遂的处罚规定,立法、判例及理论均采取了节制处罚的立场,并发展出了“重罪预备”“特别危险的形式”“具体危险”及“部分处罚”等体系化的限制理论。

应当说,这些限制理论在本质上均围绕着决定教唆未遂的可罚性根据的两个核心要素展开:一是教唆行为可能侵害法益的重大性(“重罪预备”之限制即是如此);二是教唆行为引起法益侵害的可能性(“特别危险的形式”或“具体危险”之限制即是如此)。而这两个核心要素又共同决定了教唆未遂的法益侵害危险性大小,进而决定了其是否具备值得刑罚处罚的违法性。只有当教唆未遂指向重罪,即其可能引起的法益侵害具有重大性,而且符合立法者赋予的特别危险的形式或者(更严格地限制为)创设了他人实施重罪的具体危险时,即其具有引起法益侵害的可能性,教唆未遂的法益侵害危险性才达到了值得科处刑罚的不

法程度。否则,教唆未遂不具有刑事可罚性。

德国刑法学对于教唆未遂的限制处罚理论,无疑可以为犯罪预备阶段的帮助行为的可罚性问题提供有益参考。因为无论是教唆未遂还是犯罪预备行为的帮助,均不再属于共犯的概念范畴,而只涉及犯罪参与的前阶段问题,二者在本质上都属于犯罪预备行为。只不过,有些国家或地区刑法在总则中直接规定了教唆未遂的处罚条款,因而只需直接适用相关条款处罚教唆未遂,而不必再行适用预备犯的相关处罚规定而已。但这仅仅只是一种立法上的区别(当然,如果像我国台湾地区刑法那样,没有直接规定教唆未遂的处罚条款,那么二者在立法上便不存在这种区别了),不足以掩盖二者在本质上属于预备犯的共同属性。事实上,有关教唆未遂的限制处罚理论其实就是预备行为的可罚性理论,二者在本质上均是围绕预备行为的法益侵害危险性而展开的。因此,我们完全可以借助德国刑法学对于教唆未遂节制处罚的思路和方法,来限制犯罪预备阶段的帮助行为的可罚性范围。

首先,犯罪预备阶段的帮助行为可能引起的法益侵害应具有重大性,即被帮助者将要实施的犯罪行为应当具有严重的法益侵害性(“重罪预备”之限制),既包括对性质重大的法益(国家安全、公共安全、重要社会秩序、生命健康、重大财产等)的侵害,也包括对数量众多的法益及种类众多的法益(比如网络犯罪“一对多”的法益侵害模式)的侵害。只有具备针对重大法益的侵害危险性,犯罪预备阶段的帮助行为才存在提前对其进行刑罚处罚的预防必要性,如此方具备刑罚目的的正当性。

其次,犯罪预备阶段的帮助行为应当具备引起法益侵害的可能性,即帮助行为有可能会被他人用来实施犯罪,这种可能性既可以是一种类型化的抽象危险性,当然也可以是一种具体的危险性。换言之,随着时间推移和事态发展,犯罪预备阶段的帮助行为有可能提升为犯罪实行阶段的帮

助行为,从而对刑法保护的重大法益造成现实的侵害或威胁。据此,只有在客观上具有犯罪促进作用且可能被他人用来实施犯罪,但终止于犯罪预备阶段的“无结果的帮助”,才存在引起法益侵害的危险性,才具备可罚性根据;相反,应当排除在客观上根本不具有犯罪促进作用或者被他人利用的可能性的“失败的帮助”的可罚性,因为其在本质上不具有法益侵害危险性的不法内涵。在“无结果的帮助”情形下,有些帮助行为只要符合立法者规定的特殊形式即具有可罚性,这便是以帮助行为所具有的类型化的抽象危险性为处罚根据;有些帮助行为则需要结合具体的情况判断其是否具备引起法益侵害的具体危险性,以确定其是否具有可罚性。前者一般包括“一对多”的专门性网络技术帮助行为,如提供专门用于侵入、非法控制计算机信息系统的程序、工具,此类帮助行为本身具有一定的反规范性,一旦实施便通常会致一种不可控的针对重大法益的侵害危险性状态,因而立法者将其加以类型化和构成要件化。而后者则一般包括传统的“一对一”帮助,以及网络中立行为的“一对多”帮助情形,如协助强迫劳动、协助组织卖淫、提供书号帮助他人出版淫秽物品等传统“一对一”帮助行为,以及“一对多”的帮助信息网络犯罪活动行为等,此类帮助行为本身通常不具有值得科处刑罚的法益侵害危险性,有些甚至属于完全客观中立的帮助行为,因而其往往不具有类型化的抽象危险性,所以对于此类帮助行为需要在个案中具体判断其是否具有可罚性,只有当其在客观上创设了会被他人用来实施犯罪的具体危险时,才能认为其具备值得科处刑罚的法益侵害危险性。

最后,在客观归责方面,犯罪预备阶段的帮助行为在本质上作为一种预备行为,只有当其创设了法所不允许的危险时,才能对其予以刑罚处罚。为了限制中立帮助行为的处罚范围,必须将可罚的帮助行为限制为具有明显的犯罪关联性和明确的犯罪指向性之情形,此类帮助行为一般已

经偏离了日常行为的社会相当性,甚至本身已经违反了相关行为规范、法规范及法秩序,其能够在客观上明确征表出帮助者的帮助故意,因而具备客观的可归责性。

总之,只有符合以上条件的犯罪预备阶段的帮助行为,才属于在客观上明显创设了针对重大法益的法所不容许的危险的预备行为,才属于在本质上具备值得科处刑罚的法益侵害危险性的可罚的预备犯,对其予以刑罚处罚才具备正当化根据。

此外,在犯罪预备阶段,当帮助者与被帮助者存在关于实施重罪的事前“通谋”或“共谋”时,应将二者直接以重罪的预备犯论处,而对帮助者不再以帮助行为正犯化立法定罪处罚。当帮助者与被帮助者存在通谋时,二者均具有实施重罪的正犯意图,只不过不同参与人在行为上的分工有所不同而已,根据共同犯罪的部分实行全部责任的原理,此时的帮助行为与其他计划实施的正犯行为应属于一个整体,其实际上属于构成要件行为的一个组成部分,所以对其应按照重罪的预备犯处理,而不能将其作为单纯的帮助型犯罪处理。比如,网络平台提供者与他人通谋,为在网上开设赌博网站提供广告推广、接受投注、支付结算等帮助的,实际上属于开设赌场罪的共同正犯,而不属于单纯的帮助犯。^②

综上所述,对于我国刑法分则中的帮助行为相对正犯化立法,除了正犯着手实行犯罪情形下的帮助行为原则上成立犯罪以外,还可以且应当例外性地处罚特定情形下犯罪预备阶段的帮助行为。倘若按照张明楷教授的观点,将帮助信息网络犯罪活动罪、“协助型”强迫卖淫罪、“帮助型”组织考试作弊罪等帮助行为相对正犯化立法理解为“帮助犯的量刑规则”,那么根据共犯的从属性原理,相关犯罪的处罚范围就必须仅限于帮助行为成立帮助犯的情形,而不能包括被帮助者尚未着手实行犯罪情形下但具有法益侵害危险性的帮助行为(预备阶段)。这显然不当限制了相关犯罪的

处罚范围,从而使帮助行为正犯化立法丧失了应有的价值。应当说,帮助行为正犯化立法并不仅仅只是为了实现帮助犯量刑的均衡性、合理性。^⑧事实上,“对帮助行为即使不正犯化也不必然出现量刑失衡的结果”^⑨。帮助行为正犯化立法主要是为了扩大对相关帮助行为的处罚范围,以及解决司法实践中因难以查获正犯而导致的难以追究共犯责任的证明难题。^⑩因此,绝不能再受共犯的从属性原理约束,而将刑法分则中的犯罪帮助行为相对正犯化立法限制解释为“帮助犯的量刑规则”。

五、结语

既然帮助行为正犯化立法已将犯罪帮助行为予以独立评价,那么,在解释论上也应跳出共犯教义学的束缚,而直接采取更具基础性和共识性意义的以法益侵害原则为指导的实质解释论立场。根据法益论对帮助行为正犯化立法的处罚范围进行教义学限缩,共犯的限制从属性原理便被降格为实质解释和限制解释的一种可突破的“参照标准”而非“强制标准”。在此之外还应通过引入预备犯的刑法教义,例外性地处罚特定情形下犯罪预备阶段的帮助行为。如此既确保了帮助行为刑事处罚的正当化、合理化,同时也兼顾了帮助行为正犯化立法扩大处罚范围、严密刑事法网的立法初衷和价值。

注释:

①比如,有观点指出,立足于我国刑法所采取的双层区分制参与体系,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。参见孙运梁:《帮助行为正犯化的教义学反思》,载《比较法研究》2018年第6期,第120页;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123-130页。还有观点认为,帮助犯正犯化的立法模式有悖于共犯处罚根据,以网络犯罪为例,按共犯理论处罚网络犯罪帮助行为完全可以达到规制效果。参见苏彩霞、侯文静:《“帮助信息网络犯罪活动罪”正当性考量——〈刑法修正案九

(草案)第29条之评议》,载《中南财经政法大学研究生学报》2016年第1期,第115页。有的学者虽然承认帮助行为正犯化立法,但同时又主张通过共犯教义学的若干共识性命题来限制其入罪范围。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73-79页;王华伟:《网络语境中帮助行为正犯化的批判解读》,载《法学评论》2019年第4期,第129-138页。还有学者认为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。参见邓毅丞:《共犯正犯化背景下的从属性困境及理论应对》,载《中外法学》2019年第3期,第780-796页。张明楷教授为了维系共犯从属性说,甚至直接否定帮助信息网络犯罪活动罪属于帮助行为正犯化立法,而仅将其视为帮助犯的量刑规则。参见张明楷:《论帮助信息网络犯罪活动罪》,载《政治与法律》2016年第2期,第2-16页。

②比如,有学者认为,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,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。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》,载《法律科学》2017年第3期,第83-92页;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164-175页。另有一种更为极端的观点认为,传统的共犯从属性说由于存在现实性滞后与体系性脱逸等理论症结而应当被抛弃,共犯独立性理论更加符合现时代的刑事政策意蕴而值得提倡。对于网络犯罪帮助行为的独立化处罚应当采用共犯的独立性理论,正犯对共犯的可罚性不具有任何影响。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——从共犯从属性的理论症结谈起》,载《广东行政学院学报》2017年第1期,第54-63页。

③至于其他的帮助行为正犯化立法,要么属于犯罪帮助行为的绝对正犯化,要么属于帮助违法行为的正犯化。前者如资助危害国家安全犯罪活动罪、间谍罪(为敌人指示轰击目标的行为)、资敌罪、帮助恐怖活动罪等罪名,后者如容留吸毒罪、容留卖淫罪等罪名。这两类帮助行为本身既具备明显的反规范性,又具有严重的或者抽象的法益侵害及其危险性,其已然存在充足的、类型化的不法内涵和处罚根据,因而立法者直接将其予以犯罪化。对于这两类帮助行为而言,要么根本不存在相应正犯,要么根本不需要存在相应正犯,帮助行为本身即具有独立的刑事可罚性,而不受共犯教义学的约束。因此,对于这两类帮助行为正犯化立法没有必要专门对其探寻

“共犯的处罚根据”问题。

④例如,典型的有强迫劳动罪(明知他人实施前款行为,为其招募、运送人员或者其他协助强迫他人劳动的行为)、组织考试作弊罪(为他人实施该类犯罪提供作弊器材或者其他帮助的行为)、提供侵入、非法控制计算机信息系统的程序、工具罪(明知他人实施侵入、非法控制计算机信息系统的违法犯罪行为而为其提供程序、工具,情节严重的行为)、帮助信息网络犯罪活动罪、出版淫秽物品牟利罪(明知他人用于出版淫秽物品而提供书号的行为)等罪名。

⑤参见[日]西田典之:《日本刑法总论》(第2版),王昭武、刘明祥译,法律出版社2013年版,第303-304页。

⑥参见林山田:《刑法通论》(下册),北京大学出版社2012年版,第4页。

⑦例如,甲明知乙将要实施强迫他人劳动的行为,而主动为其招募、运送人员,但在运送过程中因群众举报而被警方查获,最终乙未能接收甲所招募、运送的人员。在这种情况下,甲已经实施了该当“协助型”强迫劳动罪构成要件的行为,至少符合本罪未遂犯的成立条件,但此时正犯者仍处于犯罪预备阶段,其尚未着手实行强迫他人劳动的犯罪行为。

⑧参见张明楷:《论〈刑法修正案(九)〉关于恐怖犯罪的规定》,载《现代法学》2016年第1期,第24页。

⑨同前注①,张明楷文,第3-6页。

⑩参见张明楷:《刑法学》(第5版),法律出版社2016年版,第1161-1162页。

⑪参见高铭喧:《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》,北京大学出版社2012年版,第614页。

⑫同前注⑩,张明楷书,第904页、第1045页、第1051-1052页。

⑬参见2011年8月1日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理危害计算机信息系统安全刑事案件应用法律若干问题的解释》第3条。

⑭同前注①,张明楷文,第5页。

⑮参见刘艳红:《网络犯罪帮助行为正犯化之批判》,载《法商研究》2016年第3期,第19页。

⑯同前注①,张明楷文,第11页。

⑰当然,在客观上,帮助者与被帮助者仍然成立共同犯罪,但二者都是各自犯罪的正犯,即二者成立共同正犯,而不再属于正犯与狭义共犯所形成的共同犯罪。

⑱同前注②,陈文昊、郭自力文,第54页。

⑲同前注⑥,林山田书,第16-17页。

⑳当然,如果刑法总则中直接规定了对教唆未遂的处罚,

那么便无须再行适用刑法中的预备犯处罚规定,我国和德国即属于这种情况。但如果刑法总则没有特别规定处罚教唆未遂,那么便只能按照刑法中的预备犯的处罚规定对其予以例外性的处罚。例如,在我国台湾地区“刑法”中,由于2005年的刑法修正将原“刑法”第29条第3项关于未遂教唆的处罚规定删除了,因此,对于未遂教唆就只能以刑法各罪中的相关预备犯的规定(我国台湾地区“刑法”没有在总则中规定预备犯的普遍处罚原则,而只在分则中对个别严重犯罪规定处罚预备犯——笔者注)论处。同前注⑥,林山田书,第3页。不过,综观世界各国刑法,均没有在总则规定处罚犯罪预备阶段的帮助行为(“帮助未遂”)的立法例,因此,对其一般应当适用刑法关于预备犯的处罚规定。

㉑《德国刑法典》,何赖杰、林钰雄审译,李圣杰、潘怡宏编译,元照出版有限公司2017年版,第22页。

㉒[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学·总论:犯罪行为的特别表现形式》,王世洲等译,法律出版社2013年版,第216页。

㉓参见蔡桂生:《德国刑法中的杜歇纳条款研究——教唆的未遂的一个域外样本》,载《东方学》2013年第4期,第140页。

㉔参见[德]冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦:《刑法总论I——犯罪论》,杨萌译,法律出版社2006年版,第249-250页。

㉕参见[德]乌尔斯·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460页。

㉖同前注㉓,蔡桂生文,第138页。

㉗参见2010年8月31日最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合发布的《关于办理网络赌博犯罪案件适用法律若干问题的意见》。

㉘事实上,有些帮助行为正犯化立法的法定刑配置非常轻,以至于反而需要按照狭义的共犯(帮助犯)论处才能实现罪刑均衡。例如,对于帮助信息网络犯罪活动罪,倘若甲试图分裂国家,委托网络服务提供者乙代为发布相关分裂信息的,如果按照本罪规定,其法定最高刑只有3年有期徒刑;而如果将乙认定为甲的帮助犯,乙就应认定为分裂国家罪的帮助犯,其法定最高刑就上升到死刑了,更符合罪刑相适应原则。参见周光权:《网络服务商的刑事责任范围》,载《中国法律评论》2015年第2期,第177页;陆旭:《网络服务提供者的刑事责任及展开——兼评〈刑法修正案(九)〉的相关规定》,载《法治研究》2015年第6期,第65页。

㉙同前注①,阎二鹏文,第77页。

㉚参见臧铁伟主编:《中华人民共和国刑法修正案(九)解读》,中国法制出版社2015年版,第206-208页。