

片面共犯全面否定说之证成

周 宸

苏州大学王健法学院, 江苏 苏州

收稿日期: 2023年2月28日; 录用日期: 2023年4月17日; 发布日期: 2023年4月29日

摘 要

对于片面共犯问题, 存在全面肯定说、部分肯定说、全面否定说的对立。在片面共犯所形成的现实困境的背景下, 肯定说总体而言存在着众多理论与实践的困境, 故对其展开批判, 同时对片面共犯全面否定说加以证成。全面否定说肯定了双向意思联络对构成共同犯罪的重要性, 强调了“共同故意”的本质特征, 避免了共犯逻辑上的困境, 也使得各行为主体所受处罚符合罪刑相适应原则, 且按照我国单一正犯的体系, 全面否定说并不存在法律障碍。以单独犯定罪处罚的解决路径可以使片面共犯问题得到切实而妥善的处理。

关键词

片面共犯, 全面否定说, 单一正犯, 共同犯罪

The Evidence of the Comprehensive Denial of One-Sided Accomplices

Chen Zhou

Kenneth Wang School of Law, Soochow University, Suzhou Jiangsu

Received: Feb. 28th, 2023; accepted: Apr. 17th, 2023; published: Apr. 29th, 2023

Abstract

For the problem of one-sided accomplices, there are oppositions of comprehensive affirmation, partial affirmation and comprehensive negation. Against the background of the realistic dilemma formed by one-sided accomplices, it is affirmed that there are many theoretical and practical dilemmas in general, so it criticizes them, and at the same time justifies the comprehensive negation of one-sided accomplices. The theory of total denial affirms the importance of two-way intentional communication in the formation of joint crimes, emphasizes the essential characteristics of “joint intention”, avoids the logical dilemma of accomplices, and makes the punishment of each actor

comply with the principle of adaptation of crime and punishment, and according to my country's system of a single principal offender, there is no legal obstacle to a comprehensive denial. The solution path of convicting and punishing individual offenders can effectively and properly handle the problem of one-sided accomplices.

Keywords

One-Sided Accomplice, Comprehensive Negation Theory, Single Principal Offender, Joint Crime

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 问题的提出

中外刑法届对于片面共犯是否成立,以及能否作为共同犯罪处理的问题长期以来存在着激烈争论,学说林立,观点相争不绝。其学说之争主要为肯定说和否定说的对立。肯定说又可以细分为全面肯定说和部分肯定说,而否定说则是笔者在本文中明确支持的观点。

“片面共犯”实则是从国外刑法理论中引进的一个刑法学概念,指参与实施犯罪的行为主体中,一方有与其他主体实施犯罪的共同故意,并且实际协力于其他主体的犯罪行为,但受协力的主体并不知道其给予协力,因此缺乏故意的沟通[1]。例如甲嫉恨乙多年,意欲于某夜潜入乙家中击杀乙,在乙家附近蹲点时被丙发现,丙对乙也早已怀恨在心,此前因一直未找到合适的机会并洗清嫌疑暂未动手,看出甲的意图后,暗中调换乙每晚服用的维生素为安眠药,甲当晚潜入并成功刺杀乙。这就是典型的片面共犯情形。在实务中,如若不承认片面共犯,就会导致如何妥帖处理这类案件成为难题,片面共犯显然具备法益侵害性,却难以在共同犯罪制度中得到合理阐释,那么是直接以立法相助还是以间接正犯或者单独犯论处;如若肯定片面共犯,是与被协力者同等量刑还是减轻处罚,两者都存在着在刑法理论上如何自洽的问题,这对可能的司法工作提出了不小的挑战。

以开篇假设的例子为背景,持肯定说的均认为要承认片面帮助犯,对此类暗中协助他人犯罪的,按所帮助的罪名定罪。如果不在量刑上加以区别,那对犯罪贡献程度显然低于被协力者的“片面帮助犯”施加与被协力者同等程度的刑罚,显然罪刑不相适应,有客观归罪的嫌疑。如果按所帮助的罪名定罪,并且对协力者减轻处罚,这样的操作看似既能避免放纵犯罪,又能免受过当刑罚,但是承认片面共犯的前提是仅要求单向意思联络即可,协力者主观上的具体故意内容常常难以认定,且以致仅存在客观上联系,那么减轻处罚的操作会使得仅存在单方客观联系的片面共犯与兼具主观与客观联系的普通共犯接受同样的处罚,未免不太合理。

要想解决司法实践中的难题,还是要回归到刑法理论上,从理论上寻找解决路径并用之于实践。肯定说和否定说这两种对立态度的形成追根溯源是基于共同犯罪本质的相关学说演变产生。否定说通常建立在犯罪共同说的基础之上,犯罪共同说强调共同犯罪是两人以上共同对同一法益实施犯罪侵害,要求共同行为人之间必须具有共同的犯罪故意以及共同的犯罪行为[2]。因而以片面共犯缺乏意思联络为由认定不成立。而肯定说则通常以基于行为共同说,即两个以上的人通过共同行动过达到自己的目的,就构成共同犯罪,因而单方协力可以成立。本文将结合理论依据和现实路径对肯定说与否定说之争进行详略论述,对肯定说的两种观点予以批判,对否定说的合理性加以证成,并在全面否定说的基础上进一步

探索一条切实的实践解决路径[3]。

2. 肯定说之本体批判

肯定说作为目前学界对片面共犯问题较为主流的观点，支持者不胜枚举。不可否认，自片面共犯问题出现以来，肯定说之所以一直没有被淘汰，固然有其可谈之处，在当前的理论背景下对妥善处理现实案件做出了一定贡献，支持者认为对这种片面相助的行为，按所帮助的罪名定罪，并对帮助犯减轻处罚，如此既能防止放纵犯罪，又可使之不受过重的处罚[4]。但无论是一以概之的全面否定说还是在此基础上有所退让的部分肯定说，都有着理论上无法驳斥的“硬伤”。司法实践是不断进步的，有弊病的理论或许可以指导一时，但总会出现层出不穷的漏洞。

2.1. 全面肯定说之弊病

2.1.1. 共同故意之阐释

提及肯定说，必然要涉及对共同故意的释义。共同犯罪，是指“两人以上共同故意犯罪”。对“共同故意”这四个字的认识直接关系到人们对待片面共犯问题的态度。片面共犯，“片面”为状语，“共犯”为主体名词，先抛开片面共犯是否成立的问题，回到大前提共同犯罪上来。如其概念所言，“两人以上”表示主体人数，是客观而明确的；“犯罪”即区分罪与非罪，根据刑法条文及案件事实进行判断；而该定义之核心“共同故意”，要对一个刑法学概念进行解释，一般先从文理出发，就语义来说，“故意”是一种主观因素，指的是在明知自己的行为会对社会造成损害结果的情况下却仍希望或放任这种危害结果的发生。“共同”在这里作为副词，意为大家一起，大家一起明知自己的行为会发生危害社会的结果但希望或放任这种危害结果的发生，转化为法学术语，关键在于如何定义意思联络。就社会一般人的观念而言，意思联络存在于双方之间的，如果严格恪守这一概念，显然片面共犯意思联络的单方性决定了其无法被认定为共同犯罪，这也是笔者坚持的解释方法。然而由于文理解释的复杂性，该词又不具有专义的特性，不同于“两人以上”这样绝对客观的定义，解释时意思联络的缓和程度就决定了共同故意所指向的不同学说立场的抉择[5]。如认为单方向的意思联络与全面意思联络之间不是有无的区别，而是联系方式的区别的话，缓和了意思联络的全面性和相互性，也使得肯定说有了理论依据。由此可见，仅从文理解释的角度，仍有众说纷纭的状况，难以就片面共犯得出有说服力的结果，因而下文也会从运用出发，实际探讨肯定说的弊病。

全面肯定说将“共同故意”解释成双方认识的全面共同故意和单方认识的片面共同故意两个方面，承认了片面的帮助犯、片面的共同正犯以及片面的教唆犯，最大限度的将片面共犯包括进共犯制度中。但这实则是不遵从我国共犯制度法律逻辑的，一个人的共同犯罪也是不可思议的。

2.1.2. 片面共同正犯之淘汰原因

与此同时，全面肯定说与部分肯定说之间最大的区别就在于是否承认片面的共同正犯。片面的共同正犯指的是实行犯罪的行为主体没有认识到另一行为主体也故意参与实行的情形。部分肯定说内部对片面的帮助犯和片面的教唆犯有拉锯，但一般都把片面的共同正犯排除在外。

通说认为，我国刑法条文中并不存在有关共同正犯的规定。受德日刑法理论影响才开始区分正犯与共犯[6] (p. 165)。在日本，对于能否肯定片面的共同正犯，其司法实践一向持否定立场。《日本刑法》60条指出：共同正犯者皆正犯。这就意味着，共同正犯者对于其他共同正犯的行为及结果承担连带责任。由于该情形下责任的广泛性，故要严格区分单独正犯与共同正犯以防加重刑罚。正犯之所以构成共同正犯是因为行为人间存在意思联络，为了达到了共同的犯罪目的，相互利用了彼此的行动。只有这样，要求共同正犯者一并承担其他共同正犯所实施的行为及产生的后果才是合理且正当的。如果意思联络仅在

于单方，那作为不知情的“共同正犯”，其既没有利用其他“共同正犯”行为的意图，更没有利用其他“共同正犯”行为的实际行为，却反而要求其一并承担责任，实为不妥。德国目前主流的犯罪参加理论也拒绝承认片面共同正犯。罗克辛的犯行支配学说也为此提供了依据，与日本刑法规定相似，强调行为人必须对对方的犯行贡献有认识，并且在最低限度的可推断的被把握的共同决意这个意义上，希望通过对方的行为使自己的实行行为被补充完整[7]。显然，肯定片面共同正犯的共犯属性是不符合构成要件的保障功能的。

此外，单纯从学理上讲，私以为片面共犯可能包括以下几种情形。第一，协力他人的实行行为，这样的协力只是为他人完成犯罪提供条件，在整体的实行行为中起部分作用，对于犯罪的最终完成谈不上主导作用，应当认为属于片面的帮助。第二，在他人实行完毕后对同一对象实施犯罪，应当认为是单独犯罪。第三，已知他人正在实行犯罪，同时全部实行该犯罪行为，双方无相互间意思联络，单方意思联络者最多构成同时犯。第四，在他人自行产生犯意以前，单方得致使他人产生具体犯意[3]。显然应当认为是片面的教唆。因而，笔者认为这种片面的协力实行，都无法成立片面共同正犯。探讨片面共犯问题是否成立的关键还在于片面的帮助以及片面的教唆能否成立。

2.2. 部分肯定说之弊病

就片面共犯的理论情形而言，肯定说与否定说一向在片面帮助犯和片面教唆犯上分歧较多。笔者便针对这两种情形具体讨论部分肯定说在我国刑法语境下的缺陷。

片面共犯肯定说最早来自德日刑法理论，区分共犯和正犯两者之间的关系，将我国的“共同犯罪”与德日“共犯”相衡，却常常忽略了中外刑法条文规定上的巨大差异[5]。

2.2.1. 片面教唆情形

我国刑法 25 条规定：共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。仅根据语义解释，就包括了三个基本成立要件，主体要求两人以上，客观上要求存在共同行为，主观上又要求存在共同故意，可以说我国刑法用相对而言较为规范的法律条文直接对共同犯罪的成立施加了种种限制，而德日共犯的成立则不然。首先其有广义狭义之分，狭义共犯指的是帮助犯和教唆犯，广义共犯则在此基础上纳入了共同正犯。《日本刑法》第 61 条、第 62 条规定：“教唆他人使之实行犯罪的，是教唆犯”[8]；“帮助正犯的，是从犯(帮助犯)”[9]。《德国刑法》第 26 条、第 27 条规定：“故意教唆他人故意实施违法行为的是教唆犯”[10]，“对他人故意实施的违法行为故意予以帮助的，是帮助犯”[11]。不难得出，在德日刑法语境下，成立帮助犯或教唆犯，不一定要要求帮助者与帮助对象之间、教唆者与教唆对象之间存在“共同故意”，即使是单方面的教唆或帮助，只要教唆者或帮助者存在故意并付诸实行，被教唆者或受助人本人是否知道教唆、帮助行为的存在，并不会影响教唆犯、帮助犯的成立。因被教唆者、被帮助者的不知情导致共犯关系的不成立，因而定义为片面共犯。这应该也是片面共犯肯定说在德日成为通说并成功运用于司法实践而无明显法律障碍的支撑所在。

但我国刑法条文规定则与之有明显差异。除了 25 条对共同犯罪施加的客观限制以外，我国《刑法》第 29 条规定：“教唆他人犯罪的，应当按照他在共同犯罪中所起的作用处罚。教唆不满十八周岁的人犯罪的，应当从重处罚。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。”有学者认为，教唆犯的成立，首先必须要使本来无意犯罪之人形成犯意，而教唆者与被教唆者之间，若没有意思联络，就失去了教唆的本意，因而片面共犯不应当包含片面教唆的情形[12]。第二款对被教唆者未犯被教唆之罪的规定包含两种情形。第一，被教唆者明知其在教唆自己犯罪，但最终并未听取，这种情况下即使没有犯被教唆之罪，也是存在意思联络的，被教唆者并非处于不知情的状态，不符合片面共犯要求；第二，被教唆者根本不知道其在教唆自己犯罪，而是自己决意下未犯被教唆之罪，此时教唆者的

行为并未对被教唆者起到协力作用，也不符合片面共犯要求。因而，在中国刑法语境下，片面的教唆是不成立的。

2.2.2. 片面帮助情形

相比之下，成立片面帮助犯的支持者还要胜于片面教唆犯。不可否认，在现实生活中，所谓“片面共犯”的情形中，大多数都表现为“片面帮助”的形式。根据帮助形式的差别，还可以将其再分为无形的精神帮助，如加强巩固犯罪意图；以及有形的物质帮助，这个就更好理解，如为之准备犯罪工具等。在分类的基础上，国内外一些学者只承认物质援助的情形，但不承认存在精神上的援助，从而进一步限定了构成片面帮助情形条件。日本学者认为片面共同正犯必须共同实行一罪，教唆犯也同样要求意思联络的存在，否则教唆无从谈起。而帮助犯是最符合片面共犯含义的情形，帮助他人犯罪不需要双向、全面的意思联络[13]。我国相当一部分学者也对片面帮助犯提出了肯定性见解。其中具有代表性的如周光权教授认为，在片面帮助的情形之下，帮助他人实行行为的故意是单向的，和共同正犯的双向意思联络相异，这是由于帮助犯并不是意欲实现自身的犯罪，而是要协助另一方的实行行为，因此应当肯定片面帮助的概念[14]。片面帮助犯理论原本就有较为深厚的基础，21世纪信息网络技术的不断发展所产生的一系列问题更为其增添了所谓砝码。

传统刑法一向着眼于现实犯罪，但随着网络的普及，网络犯罪逐渐成了对普通群众影响更大，也更为复杂的一类犯罪，挑战着传统刑法的神经。不同于线下的犯罪，网络可以将两个相距千里素不相识的陌生人联系在一起，故而网络犯罪可能涉及的主体之广、主体间关系的复杂隐秘性都远超线下犯罪。提供技术支持、推广广告以及支付结算等都可以算是“片面帮助”在网络共犯语境下的表现形式。需要注意的是，线下“片面帮助”的意思联络虽表现为单方向的，但提供协力者对被协力者、尤其是犯罪受害人一般都有着基础的了解，之所以提供协力或是同为对犯罪受害人施加犯罪，或是为使被协力者的犯罪行为顺利实行，以这两种目的较为常见。网络共犯下的“片面帮助”则绝大多数是为了实现自己的利益，如网络侵犯著作权行为，行为人故意在普通网站中向盗版影视剧、小说设置“深层链接”，当用户仅浏览时，所在界面并不会发生跳转，当用户直接点击链接或链接附近界面后，所在界面立即跳转，从而向用户呈现“深层链接”所指向的网页，并通过“深层链接”的方式向公众在线点播此类盗版影视剧或下载资源[15]。设链者不一定有意协力于盗版影视剧、小说网页制作者的行为，一般仅为通过设链行为获利；再如网络共同诈骗中，搭建钓鱼平台对外提供或出售软件、技术等看似对他人犯罪行为提供了帮助的行为主体实则只是期望从自己的行动中获利，至于他人在钓鱼平台上的所作所为，以及自己的行为是否助长了他人的犯罪行为，这些都不属于行为人所关心的范围。但即便如此，根据经验，其在客观上表现出的行为却往往被我们视为是共同的[16]。诸如此类，网络共犯行为层出不穷，有学者便提出弱化主观上的意思联络进而实现片面共犯理论的成立，进一步肯定了“片面帮助犯”。

多元化的网络共犯行为确实存在超越现行法律覆盖解释范围的部分，对于某些具体特定的犯罪，司法上最高人民法院和最高人民检察院有出台司法解释将具有高独立性、严重危害性的“片面帮助”直接以所帮助罪名的实行行为追究刑事责任；立法上，如《刑法修正案(七)》增设的“提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪”等直接将部分网络片面帮助行为认定为实行行为，由分则设立新的罪名追究刑事责任[17]。这些措施为网络共犯提供了一部分解决途径，但此类具体的措施无法涵盖网络片面帮助行为整体，主流观点便提出承认片面共犯可以较为妥善地解决网络共犯存在的法理难题。然笔者不得不提出，横亘在网络共犯面前最突出的问题在于意思联络，即使退一步承认单向意思联络，至少参与者对他人符合犯罪构成要件的行为应当存在认识，否则“共同故意”就不是所谓存在形式的不同而已，而是确实有无的问题，这显然与共犯制度相差甚远。

此外，持“片面帮助犯”成立说的学者们以《刑法》第198条第4款规定：“没有与他人共谋而单方面地为他人诈骗保险金提供条件的以保险诈骗共犯论处。”等为例，认为我国刑法分则的有关条文规定已经承认了“片面的帮助”。但纵观我国刑法条文和相关司法解释，“共犯”一词的出现是由共同犯罪、共同参与犯罪简化而来，所指向的也是这两种含义，总则中从未明文出现过“共犯”这一表达^[18]。马克昌教授过去就明确提出过：“共同犯罪与共犯的概念相异，应当加以区别。”共同参与犯罪的概念也大于共同犯罪，包含了后者中不存在的共同过失犯罪等情形，所以对198条中这类“片面帮助”的行为即使以共犯论处，也不代表着我国刑法就支持片面共犯。根据我国单一正犯的处罚原则，“没有与他人共谋而单方面地为他人诈骗保险金提供条件”已然满足保险诈骗罪的主客观要件，既有犯罪故意，也实施了构成要件要求的帮助行为，完全可以以保险诈骗罪定罪处罚。甚至可以根据其帮助行为对他人实行行为所求结果的帮助程度，根据罪刑相适应原则衡量具体的处罚程度，并非只有肯定“片面帮助”才能解决定罪处罚的问题。

总结来说，片面共犯肯定说来源于处罚单向协力犯罪行为的强烈需要，毕竟对于已造成危害社会结果的犯罪行为，无论是出于维护社会稳定的要求还是刑法“惩治和预防犯罪”的精神亟盼，为此对心理的因果关系作缓和解释，将此类已经不存在“共同故意”本质的，所谓“片面共同故意”包含进“共同故意”的范围，来佐证片面共犯同样具备共同犯罪的主观要件，并着重强调协力者与被迫力者之间的物理因果关系以肯定共同犯罪的成立。但令人感到遗憾的是，在我国，承认片面共犯，并不能彻底地解决行为人的刑事责任问题。比如，片面的帮助情形下，帮助犯归属于从犯，而我国刑法对从犯的处罚原则是“从轻、减轻处罚或者免除处罚”，那在什么基础上从轻、减轻处罚或者免除处罚，自然应当在主犯基础上从轻、减轻处罚或者免除处罚才能防止量刑失衡。而片面的帮助情形又因为缺乏双向意思联络而不存在主犯，导致无法在主犯基础上量刑。这便与承认片面共犯的初衷相悖了。

要想解决单向协力犯罪行为并坚持主客观相统一的原则，只能牺牲心理因果关系的标准要求迁就客观的物理因果关系吗？对于主观要素的重要性，张明楷教授指出：共同犯罪所隐含的高度社会危害性实则来自其整体性特征；也就是说每一位共同犯罪人的犯罪行为都是相互协调、相互配合、相互补充的，而行为的相互配合、相互协调与相互补充能够成立的关键在于各位共同犯罪人主观上存在双向意思联络^[13]。因此，所谓的“片面共犯”并不具备共同犯罪的本质特征。所以，不同于片面共犯肯定说存在的种种理论瑕疵，笔者认为全面否定说反而能够更好的解决这一现实问题。

3. 全面否定说之提倡

笔者对片面共犯问题坚定持否定论，上文已就肯定说之种种弊病展开讨论，所谓肯定说之弊病，都可以认为是提倡全面否定说的支撑所在。不得不承认，在德日刑法理论和解决案件需要的双重作用下，在主流观点中，全面否定说相比两种肯定说而言认可度偏低。但随着我国司法实践的不断发展，无论是从理论证明的规范性角度，还是妥善解决“片面共犯”问题的角度，全面否定说都具有不可比拟的优越性。

3.1. 全面否定说的合理性

对于全面否定说在理论上的优越性，主要有以下几种理由。

其一，我国《刑法》25条明确规定：“共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。”对“共同故意”之释义，笔者认为在解释时应当着重指出各个行为人之间有双向的、全面的意思联络，并且对犯罪的实行行为存在相同的故意内容，各行为主体相互利用彼此的行为以实现犯罪目的。但仅从片面共犯的定义上看，就得出这里的意思联络及行为都是单方面的，被迫力者不知协力存在、无意且实则并未利用协力者的行为。意思联络是“共同故意”最本质的标志，片面共犯情形下不存在构成共同的意志要素的可能，

而只能是一些要素的基本组合,毋论存在内化的联系[19]。笔者认为,单方面的,尚未形成一致意见的“片面共同犯罪”意图,是无法构成严格意义上的共同犯罪故意的(无论是共同的意志因素还是共同的认识因素)。主观要件上这与我国刑法有关共同犯罪的定义不符合,若肯定片面共犯,只会造成客观归罪。全面否定说明明确肯定了双向意思联络对于共同犯罪成立有不可言喻的重要性,是具有本土化意义的学说证成。

其二,片面共犯其含义本身在逻辑上就是矛盾的。所谓“共犯”,如刑法条文明文规定,犯罪主体之标准自然是要达到“两人以上”才能称之为“共”。而在片面共犯中,由于意思联络的单方性,协力者主观上有共犯故意,客观上实施了故意之行为,姑且认为其可以认定为共犯。相反的,被协力者却不知有协力之存在,在被协力者的主观认知上其是单独实行了犯罪行为,将其同样认定为共犯未免有失公平。也就是说,片面共犯情形下只有协力者一方成立共犯,另一方只能认作单独犯,即只有一方成立共同犯罪[20]。一个人的共同犯罪还能认为是共同犯罪吗?因而只有全面否定说可以避免这种逻辑上的悖论,回归真正意义上的共同犯罪。

其三,依片面共犯的一般分类,分为片面的共同正犯、片面的教唆、片面的帮助三种。片面的共同正犯肯定者寥寥无几,暂且不予讨论。片面的教唆和片面的帮助行为就通常情形来讲,对于犯罪实行行为的贡献程度是及不及被协力者的[21]。如果承认片面共犯,那么根据共犯的处罚原则,很有可能导致最终量刑结果违背罪责刑相当的原则。因此,回归全面否定说对坚持罪刑相当原则有着重要意义。

其四,也是最重要的一点,我国刑法采取单一正犯体系,不同于肯定说扎根的德日理论沃土,在德日刑法共犯制度强调区分制的背景下,如若不把“片面共犯”解释进共犯制度中,很有可能因为无法对该行为单独定罪量刑而使应受处罚的犯罪行为无法得到相当的处罚。而我国由于不存在区分制法律体系,且我国现行刑法分则所规定的特定犯罪的构成要件,不仅包括实行行为,帮助行为、教唆行为等损害法律利益的行为都被囊括其中,这些行为显然与损害法律利益的事实或结果之间有一定的因果联系。又,根据单一正犯体系的解释论,所有犯罪参与者都有等同的地位[4],对“片面共犯”单独定罪并没有法律障碍,不用过多担心因为没有将“片面共犯”纳入共犯制度进行处罚而导致放纵犯罪。如刑法分则 234 条故意伤害罪:“故意伤害他人身体的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制。”其构成要件规定的故意伤害行为有多种存在形式,实行伤害行为,帮助伤害行为,教唆伤害行为等侵犯他人身体健康的行为都属于故意伤害的范畴,后两者虽未直接实行伤害其他主体的行为,但如果没有行为人片面的帮助,被协力者无法达成伤害的结果,同理如果没有行为人片面的教唆,被协力者不会产生故意伤害的犯意,因而片面的帮助伤害与片面的教唆伤害与故意伤害结果之间都存在着因果关系[6] (p. 167)。总结来说,这两者在客观上教唆他人产生故意伤害意图、顺利实现伤害行为,助力于伤害结果的发生,主观上明知自己的行为会造成对他人身体健康的损害后果仍持有希望或放任的态度,符合故意伤害罪的构成要件,那么依前述单一正犯解释体系以故意伤害罪定罪处罚不存在问题。可见完全否定说在我国完全有证成的现实可能性。

全面否定说曾经也拥有广泛的支持者,近十年来由于司法实践的需要肯定说异军突起。事实上,在理论依据上,全面否定说在我国刑法体系中有着充分的支撑,上述种种理由也已经详尽的对此进行了阐述,故笔者认为,要想真正对全面否定说进行证成,不必坚持于通过刑法总则的共同犯罪制度解决片面共犯是否成立的问题,而是明确承认片面共犯不属于共同犯罪,并在此基础上寻求问题的解决方案[22]。

3.2. 否定说下“片面共犯”情形的解决路径

全面否定说的证成意味着需在共同犯罪制度之外寻找理论依据处罚“片面共犯”行为,对此,长久以来,主要存在两种解决路径的争议。有学者提出根据罪刑法定原则,治本之法在于修改共同犯罪的刑法条文规定,也即从立法上寻找解决之道,法律的根基在于条文,这也是面对法律难题时的常见之策。另

一派学者则认为应将片面共犯解释为间接正犯或单独犯并论处，相比前者在程序上较为便利。

3.2.1. 立法说

提出立法说的学者中，还分为总则性立法和分则性立法两种[5]。分则性立法就是对各片面共犯行为依其不同的犯罪构成设定单独罪名，如以帮助他人犯罪的形式体现。这一路径以最为简单直观的方式为片面共犯问题提供了一种处理方式，但也伴随着分则条文大幅增改和刑法条文复杂化的代价，是立法成本和刑法理论的进步需求所无法接受的。退一万步讲，据此方法确定罪名之后，该罪之构成要件的确定又会陷入困境。片面共犯行为的入罪和量刑需要不断斟酌整体犯罪行为过程、协力者对结果的参与贡献程度以及被协力者的行为，最终导致分则性立法的结果与区分主从犯的共同犯罪制度相混淆。总则性立法就是在 25 条共同犯罪的规定下新增有关“片面共犯”问题的规定，使其从根本上得以成立，并结合分则具体罪名判断处罚。这一观点认为彻底改变我国共同犯罪制度以“共犯关系”的存否为处罚片面协力行为依据的立法模式，转向从协力者的角度判定协力行为在何种情况下应当受到惩处的立法思路才是解决问题的路径所在。在我国目前以共犯制度下，作为核心的“共犯关系”无法直接向非共同犯罪的“片面共犯”提供处罚的可能性，这限制了其合理拓展的机会。为此需要扩大所谓共犯关系的范畴，使得片面的帮助、片面的教唆等情形的在刑法条文上的成立不受原共同犯罪法定结构的约束[23]。一直以来，对于刑法理论上众说纷纭，争议激烈的问题，立法说总是最容易想到的解决办法。从条文入手，无需再对此多加解释，似乎最是一劳永逸，然而每一次法律条文的删改新增都是司法实践与理论共同推动下深思熟虑的结果，动辄牵动立法严重影响了法的稳定性和权威性，尤其是一向秉持谦抑性原则，作为部门法底线的刑法制度，同时粗暴的立法手段也会影响刑法理论不断进步。

3.2.2. 解释说

解释说认为可以将“片面共犯”作为间接正犯或者单独犯论处。间接正犯论的拥护者们认为“片面共犯”本质上是把他人的实行行为作为达到其犯罪目的的实施手段，具有强烈的工具性色彩，应以间接正犯论处；因为，片面协力者完全明知被协力者的犯罪故意和实行行为性质，其本质上是假手后者实行自己的犯罪，所以可以认定为间接正犯[24]。日本也有持否定说的学者认为，把其他行为主体当作工具而实行犯罪的“间接正犯”的故意是单独故意，而非共同故意，正符合“片面共犯”行为缺乏双向意思联络的典型特征，从而据此支持间接正犯论。然笔者对此持否定态度。认为“片面共犯本质是利用他人作为工具”的观点实则曲解了间接正犯的真正含义。间接正犯这一概念之所以会出现自然是为了迎合司法实践的需要扩大处罚范围，除此以外，适应罪刑相当原则的需要也是间接正犯概念长期被认可使用的原因。由于间接正犯的处罚与实行犯相当，显然要重于教唆犯、帮助犯等，根据该原则，间接正犯的犯罪性质也应与实行犯相当。共同犯罪本身就是由于各个共犯人之间行为互补而形成的一种犯罪形态，也即可以认为各共犯人之间普遍存在利用关系。但间接正犯的惩罚之所以要严重得多，不是因为所谓的“利用他人作为工具”，而是在于以利用关系为基础衍生出的支配性特征[12]。相关学说中，包括行为支配说、道具理论说、规范障碍说都强调了间接正犯与被利用者之间的支配与被支配，被从属与从属的关系。行为人利用未满 18 周岁或者不能完全辨认或控制自身行为等因年龄、精神状况等原因完全不具有刑事责任能力或者仅具有相对刑事责任能力的人，或者是利用他人犯他罪的故意行为，都是典型的支配关系的体现。正是因为其将他人视为工具已经达到了支配性的程度，具有强烈的主观恶性，刑法才要对这些没有本人直接实施犯罪的主体进行特别处罚。然而在“片面共犯”情形下，片面共犯者往往只起到协力的作用，犯罪的进程主要是由被协力者推动的，被协力者出于自身的犯罪意愿实行犯罪行为，客观上讲协力者在一定程度上利用了被协力者的行为，但谈不上支配力，也就是说片面共犯行为并非都符合间接正犯的这一本质特征。所以将片面共犯等同于间接正犯处理是不妥当的，这样只会过分扩大间接正犯的范围，

使得间接正犯理论偏离初衷[25]。

结合上文提到过的网络共犯行为，以淫秽物品传播中 P2P 网络服务提供商行为为例。2016 年北京海淀区法院审理了深圳市快播科技有限公司传播淫秽物品牟利案，该案讨论了快播免费提供软件下载以及 P2P 流媒体文件传输技术支持，并且在客观上导致了大量有关淫秽录像传播后果的行为应当如何定罪处罚[26]。淫秽视频的源内容并非来自快播公司，但快播通过设立热度排行、了解其他用户观看资源等看似中立的技术支持手段助力了淫秽视频的传播并以此获利，该行为特质符合片面共犯的定义，快播存在利用淫秽视频发布者行为的表现，但淫秽视频发布者的发布行为是独立自主的，并非是受到快播公司影响发生的，快播公司是在视频发布后再对其加以利用，显然没有达到支配的标准，如同“片面共犯”行为展现出来的绝大多数情形一样，无法被认为是间接正犯。

解释说的另一部分支持者认为片面共犯应当以单独犯论处。事实上，这也是笔者对于片面共犯问题的解决路径所持的观点。已经论证，依照我国的单一正犯体系和解释论，以单独犯定罪处罚并无法律及理论障碍。唯一存在疑问的是，此前将片面共犯归于共同犯罪论处尚可以根据共同犯罪处罚体系以从犯论处，从而适用“依法从轻、减轻处罚、甚至免除处罚”的处罚原则，防止对片面的教唆、片面的帮助等较轻的犯罪情节施加与直接实行犯罪的行为人同等程度的处罚，但否定共同犯罪归属，将其以单独犯论处会否使得前述行为遭受过重的刑罚[6] (p. 168)? 笔者认为完全不会违反罪刑相当原则。片面的教唆、片面的帮助行为虽无法构成共同犯罪，但不可否认，协力者与被协力者行为指向的对象具有同一性，而且还具有单方意思联络，两者的行为之间确实存在共同性，否则片面共犯肯定论更没有支撑之基。之所以否定“片面共犯”理论，是基于我国现行的刑法条文规定，目前的法律条文客观上不存在认可片面共犯的理论基础，这是非立法不能解决的现实问题。然而正如肯定说的支持者所言，协力者在事实上与被协力者形成了“共同参与犯罪”的关系，在此关系下，根据行为人具体参与犯罪的性质和程度，进行相适应的处罚。片面的帮助、片面的教唆行为一般而言在犯罪进程中所起到的作用要远小于实行行为，所受处罚也相应较轻。对于犯罪情节较轻的，可以酌定减轻处罚。对于犯罪情节显著轻微危害不大的，可以根据《刑法》13 条第二款不以犯罪论处。而对于实施片面帮助等行为并且为犯罪进程及危害结果贡献了决定性作用的人，可以对其施加与实行犯轻重相当甚至更重一些的处罚，如在他人准备对一户安保严密的人家实施入户盗窃时，将房屋钥匙暗中放在他人可获得处，假定没有钥匙以该房屋的安保程度他人无法进入，那么暗中协力者的行为就是犯罪完成不可或缺的一环，而非简单的助力。片面共犯理论下按正犯之刑减轻处罚的刑罚在此时就显得过轻了，唯在单一正犯体系下可以获得合理的处罚，因而以单独犯论处并不会产生罪刑不适应的后果。故笔者认为，要想解决所谓的片面共犯问题，坚持我国现行的单一正犯体系和解释论，并采用单独犯的归置方法是目前来看最佳的解决路径。

4. 结语

片面共犯问题长久以来观点分歧，彼此拉扯。鉴于片面共犯是现实中客观存在的现象，司法实践中无论是对共同犯罪的语义理解还是刑事政策与法条逻辑的冲突导致的现实困境，都迫切需要刑法理论的发展来加以解决。因而我们不可再长期困于传统刑法理论的泥沼。肯定说在面对片面共犯问题时充满了无力，肯定说下片面共犯的各种情形都存在不可避免的理论悖论，即使是支持者甚多的“片面帮助犯”、“片面教唆犯”在我国刑法语境下既不符合成立的理论基础，也在量刑上难以把握，无法完美迎合人们希望借此达到的法律和社会效果。因而我们应当跳出全面肯定说、部分肯定说的理论陷阱，从一个崭新的角度重新认识和解读片面共犯问题的本质，以全面否定说为解决片面共犯问题的学说基础。全面否定说是符合我国刑罚制度的最合理的学说，其认可并强调了共同故意最本质的特征，即意思联络，避免了客观归罪的发生；从主客观彼此联结的角度坚持了共犯二人以上的属性；在量刑方面也贴合了罪刑相适

应原则；最重要的是，我国单一正犯的体系为完全否定说构建了理论上的充分合理性，在此基础上以单独犯为解决路径，在理论和司法实践中对该问题作出妥善的处置。

参考文献

- [1] 马克昌. 犯罪通论[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1999: 514.
- [2] 高铭暄. 刑法专论[M]. 北京: 高等教育出版社, 2006: 331.
- [3] 张小虎. 应当构建犯意偏差之片面帮助犯的理论范畴[J]. 当代法学, 2018, 32(6): 25-37.
- [4] 刘明祥. 单一正犯视角下的片面共犯问题[J]. 清华法学, 2020, 14(5): 23-40.
- [5] 李强. 片面共犯肯定论的语义解释根据[J]. 法律科学: 西北政法大学学报, 2016, 34(2): 52-58.
- [6] 高铭暄, 马克昌. 刑法学[M]. 第九版. 北京: 北京大学出版社, 2019: 165.
- [7] 吕翰岳. 互联网共同犯罪中的意思联络[J]. 法学评论, 2017(2): 145-158.
- [8] 日本刑法典[M]. 第2版. 张明楷, 译. 北京: 法律出版社, 2006: 第61条.
- [9] 日本刑法典[M]. 第2版. 张明楷, 译. 北京: 法律出版社, 2006: 第62条.
- [10] 德国刑法典[M]. 冯军, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2000: 第27条.
- [11] 德国刑法典[M]. 冯军, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2000: 第28条.
- [12] 林亚刚, 赵慧. 论片面共犯的理论基础[J]. 法学评论, 2001, 19(5): 133-137.
- [13] 张明楷. 共同犯罪的认定方法[J]. 法学研究, 2014, 36(3): 3-25.
- [14] 周光权. 刑法总论[M]. 第四版. 北京: 中国人民大学出版社, 2021: 369.
- [15] 付晓雅. 深层链接设链者刑事责任的归责路径[J]. 华东政法大学学报, 2021, 24(2): 80-88.
- [16] 杨彩霞. 多元化网络共犯行为的刑法规制路径体系之重构[J]. 法学家, 2019(2): 29-40, 191-192.
- [17] 梁根林. 传统犯罪网络化: 归责障碍、刑法应对与教义限缩[J]. 法学, 2017(2): 3-13.
- [18] 刘明祥. 区分制理论解释共同过失犯罪之弊端及应然选择[J]. 中国法学, 2017(3): 202-225.
- [19] 王志岳. 我国现行共犯制度下片面共犯理论的尴尬及其反思[J]. 法学评论, 2006, 24(6): 43-49.
- [20] 唐志威. 共犯的举止规范[J]. 法学, 2021(4): 162-179.
- [21] 张伟. 扩张的正犯概念与统一正犯体系[J]. 清华法学, 2020, 14(5): 41-58.
- [22] 胡宗金. 利用行为视角下的片面共犯否定论[J]. 刑事法评论, 2017(39): 54-67.
- [23] 张明楷. 外国刑法纲要[M]. 北京: 法律出版社, 2020: 343.
- [24] 曾粤兴. 我国刑法立法的回顾与展望[J]. 法治研究, 2019(6): 85-93.
- [25] 田鹏辉. 片面共犯的理论与实践[M]. 北京: 科学出版社, 2013: 29.
- [26] 深圳市快播科技有限公司传播淫秽物品牟利案, 北京市海淀区人民法院(2015)海刑初字第512号[Z].