



刑法中的帮助行为

江 澍◎著

中国社会科学出版社



刑法中的帮助行为

江 澍◎著

中国社会科学出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑法中的帮助行为 / 江澍著. —北京: 中国社会科学出版社,
2013. 7

ISBN 978 - 7 - 5161 - 3054 - 4

I. ①刑… II. ①江… III. ①刑法 - 法律行为 - 研究 - 中国
IV. ①D924. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 170670 号

出 版 人 赵剑英

责任编辑 许琳

责任校对 林福国

责任印制 李 建



出 版 中国社会科学出版社

社 址 北京鼓楼西大街 168 号 (邮编 100720)

网 址 <http://www.csspw.cn>

中文域名: 中国社科网 010 - 64070619

发 行 部 010 - 84083685

门 市 部 010 - 84029450

经 销 新华书店及其他书店

印 刷 北京奥隆印刷厂

装 订 北京市兴怀印刷厂

版 次 2013 年 7 月第 1 版

印 次 2013 年 7 月第 1 次印刷

开 本 710 × 1000 1/16

印 张 13.5

插 页 2

字 数 227 千字

定 价 45.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社联系调换

电话: 010 - 64009791

版权所有 侵权必究

序

这是一本在博士论文基础上修改而成的专著。它的最大亮点，就是从一个新的视角去关注一个老的话题。

学术创新有两种途径：其一，提出前人从未见过的东西；其二，提出前人尚未想到的东西。前者是“发现”，后者是“发明”。尽管二者在人类探索实践中都有无限潜力，但纵观几个世纪以来呈几何级数爆炸式增长的自然科学和社会科学成果，便不难发现“发现”要比“发明”更不容易。据报道，2012年，我国科学家在大亚湾中微子实验中发现一种新的中微子振荡，并测量到其振荡几率。这一重要成果对于最终揭开宇宙起源和演化之谜有着重大意义，实属罕有。相比之下，该年度我国批准的发明专利就有21万多件。恐怕就多数人而言，“发明”是学术创新的主阵地。

十几年前，我国刑法学界就曾出现过“研究已到头，不会再有新东西”的哀叹，理所当然地受到了批评。然而，有学者申辩：“请心平静气地想一想，今天我们刑法理论中，有多少最基本的概念或者范畴是我们在这十几年中发展或者创造的？”^①这种质疑至今犹存。的确，在“发现”的意义上，我们几无建树。我国的刑法学研究，过去在苏俄教条中演绎，今天在德日框架中发挥，加上英美的影响，自己的真身究竟在哪里？这也难怪，当代刑法理论的确立和发展，中国比上述外国都来得迟缓，该“发现”的早都被别人发现了。但是，由此得出改革开放30多年中国刑法学没有创新的结论，似乎是忽略了我们的“发明”。

“发明”，就社会科学而言，其实就是对已经看到的東西做出新的解释，包括对现有理论加以发展的延伸性解释和对现有理论予以批判的反思性解释，我国刑法学界这些年的创新即表现于此。进而言之，这种创新的

^① 参见李海东著：《刑法原理入门（犯罪论基础）》“代自序”，法律出版社1998年版，第2页、第12页。

实质便是视角更新。能从司空见惯的墙壁后面找到个中奥秘，看到不一样的风景，他人却熟视无睹、视而不见，是因为你站在了他人不曾去过的窗口。评判某个论著或某个观点是否具有创新性，首先就要看作者是否站到了那样一个与众不同的窗口。否则，连什么是创新都不知道，又如何去创新和评价创新？现在的博士论文，是以这样的标准去写作了吗？一些作品真的像作者自认为的那样，包含了四五个甚至七八个“创新点”吗？专家们都是以何种标准写出评语？有多少作品是因为创新性的有无而受到或褒或贬的待遇？有鉴于此，笔者才在上面饶了一个大弯子。

现在回到这本专著所讨论的问题。我国的刑法总则和传统的刑法基础理论中并无“帮助”的概念，分则的规定和现实生活中却存在因“帮助”而犯罪的类型。这种总则与分则、理论与实践的脱节现象无疑是我国刑法学的一个缺陷。当“饥饿感”强烈的我国刑法学界接触到德日刑法理论时，惊喜地感到它是那样解渴——体系完整，应有尽有，结构精致，内容丰富，于是，拼命地吸吮，以弥补我们缺乏的理论养料。如果说，现今中国刑法理论体系是过去拿来的苏俄整体框架“旧瓶”装上了后来吸入的德日局部学说的“新酒”，似不为过。德日刑法理论解决“帮助”问题的基本概念是“帮助犯”，它自然成了我国学界乐于接受的新鲜“洋酒”。“帮助犯”理论确实填补了我国刑法学的一个空白。在国内为数不多的几篇系统论述“帮助犯”的作品中，可以体味到那种洋为中用、一醉方休、淋漓酣畅的满足之情。不经意间，人们往往忽视了德日“帮助犯”理论的缺陷。

德日帮助犯理论是其共犯学说的一部分。广义的共犯概念等同于共同犯罪，包括实行犯与非实行犯。实行犯即为正犯。狭义的共犯概念是指与正犯即实行犯相对的非实行犯，帮助犯是非实行犯的一种。在两种意义上，帮助犯都属于共犯。但是，正如这本专著所指出的，当帮助的对象是一个非犯罪行为时，以共犯的帮助犯理论作为处罚帮助的根据便显得捉襟见肘。

最突出的是帮助自害的刑事责任问题。自害包括自杀、自残、自伤、自虐、自辱等，在现代社会都不作为犯罪。然而，对他人自害的帮助行为可能会成为犯罪，例如，日本刑法典第202条就规定了参与杀人罪，即“教唆或者帮助他人自杀”的情形。这种规定的法理根据是什么呢？对此，日本刑法学者存在争议，主要围绕“三阶层”犯罪成立条件中违法

性这一环节，即，自杀行为是否具有违法性？否定说认为，人有处分自己生命的自由，故自杀不具有违法性，一个没有法益侵害的自杀行为自然不能成为犯罪，帮助自杀行为之所以成为犯罪，不是因为帮助了一个具有法益侵害性的实行行为的犯罪，而是因为刑法禁止任何人“介入”对他人生命的“处分”。^① 这种观点与共犯理论毫无关系，作为共犯的“帮助犯”不可能去帮助一个没有法益侵害的行为。肯定说认为，人的生命具有“绝对性价值”，需要实行“父权主义”的保护，即由国家充当监护人，故个人行为具有违法性，但法益侵害较杀害他人要轻，故不作为犯罪处理，但帮助一个具有法益侵害性的实行行为，则要成为犯罪。这种观点也不符合共犯理论，作为共犯的“帮助犯”不可能去帮助一个虽有法益侵害却不可罚的非犯罪行为。日本刑法典第202条规定的帮助自杀是单独犯罪而非共同犯罪，决定了它不是刑法总则中作为共犯的帮助犯，而是直接由分则规定的犯罪。问题是，德日刑法理论预设了分则罪名条文中的犯罪构成是针对实行犯的（共同犯罪情况下即为正犯），那么，帮助自杀是不是实行犯呢？如果不是，它的理论归属何在？如果是，“实行犯”、“帮助犯”等究竟是法律概念还是理论概念？法律与法理为什么不能保持一致？对此，德日刑法理论留下了悬念，没有解决问题。

又看，未达到刑事责任年龄或者不具有刑事责任能力的人实施的侵害法益行为，具备违法性而不具备有责性，不是犯罪，但对这种行为的帮助却可以成为犯罪，为什么呢？共犯理论也是解释不了的。共犯从属性说把实行行为的犯罪行为作为共犯成立的必要前提，帮助非犯罪行为就被排除在外。于是，该说创造了一个“间接正犯”的概念，来加以弥补，但显然，这个概念已经否定了该说的前提，实质上也就否定了共犯的存在。如果承认间接正犯是共犯，那么，作为实行犯的正犯与作为非实行犯的帮助犯还有什么区别呢？共犯独立性说意图将从属性说难以涵盖的“间接正犯”情形一并囊括，不过不存在“间接”的问题——“独立于正犯之外的共犯行为本身具有可罚性”，^② 即对具有法益侵害的非犯罪行为进行帮助，本身就是正犯。与从属性理论存在的相同问题又出现了，这里的帮助成了正犯，它就不可能是与正犯相区分的帮助犯，那么，帮助行为与帮助

^① 参见（日）西田典之著：《日本刑法各论》，刘明祥、王昭武译，武汉大学出版社2005年版，第10—11页。

^② 参见张明楷著：《刑法的基本立场》，中国法制出版社2002年版，第304页。

犯究竟是什么关系？实行犯与帮助犯又是什么关系？

可见，德日刑法学试图用共犯理论解决一切涉及多人的犯罪，既包括多人中每个人都构成犯罪的行为，也包括多人中只有一个人犯罪的上述“帮助”行为。为什么德日共犯理论总是想要“大包大揽”，把一个人的“帮助”行为也纳入其中？这是因为，德日共犯理论要解决的主要是刑事责任的有无问题。德日的“三阶层”犯罪成立条件是针对实行犯预设的，单纯解决实行犯的刑事责任，不存在障碍。但是，对于“帮助型”这样的非实行犯，就不能直接用“三阶层”犯罪成立条件来评价，要解决非实行犯的刑事责任，只剩下两种途径：其一，通过非实行犯与实行犯之间的关系来解决。根据共犯从属性说，这在实行行为构成犯罪的情况下不难实现，即实行犯直接侵害了法益，帮助实行犯的行为通过实行犯间接侵害了法益，是与实行犯不同的帮助犯。但在实行行为不构成犯罪的情况下就产生了上述问题，即不成立实行犯时的帮助是否帮助犯？其二，通过把非实行行为视为实行行为来解决。共犯独立性说是这样做的典型。但它无法解释为什么能够“武断”地把非实行行为“变成”实行行为。共犯从属性说引申出来的间接正犯则在两种途径中游移，最终归入了后者。但“间接”与“正犯”就是相互矛盾的，“间接正犯”实在是一种生拉活扯的结合。总之，德日共犯理论要解决刑事责任的努力带来了难以自圆其说的理论纠结及逻辑困境。进一步看，用这种共犯的帮助犯理论来解释我国刑法，更会产生一种错位关系。

我国刑法规定的共同犯罪着眼于解决共同犯罪人之间的刑事责任分配问题，体现区别对待的刑事政策。为此，刑法总则明文规定的共犯人类别，是以犯罪人在共同犯罪中所起的作用大小为根据的。这就表明，我国的共同犯罪不可能是一个人的犯罪，而必须是多个人的犯罪，即多个人中的每个人都犯了罪，或者说，必须有多个犯罪人。否则，就谈不上共同犯罪中的主犯、从犯、胁从犯这些区分了。诚然，中国刑法的共同犯罪也存在实行犯与非实行犯的刑事责任如何确定的问题，德日刑法共犯理论的确可以弥补这方面的空缺，但这只能限于实行行为构成犯罪的行为。也就是说，中国刑法的帮助犯问题，必须是在一定的实行行为构成犯罪的行为才存在的，或者说，是在已经有了实行犯的基础上，要确定一个帮助行为是否与实行犯构成共同犯罪，从而以帮助犯的地位承担刑事责任。如果没有任何实行行为成立犯罪，就不存在共同犯罪，即没有实行犯就没有帮助

犯。因此，德日共犯理论在没有实行犯情况下以正犯名义确认帮助犯刑事责任的人为延伸部分，包括帮助自害行为、帮助主体不合格的法益侵害行为、乃至帮助主体合格的危害不大的法益侵害行为等，都不能直接用于解释我国刑法。

即使是德日刑法共犯理论中针对实行行为构成了犯罪的这部分，也不完全适用于我国刑法，所谓“片面共犯”就是如此。我国刑法明文规定共同犯罪是二人以上共同故意犯罪。其共同性不仅体现在客观上的多个行为合力侵害法益的多因一果，而且体现在主观上的双重明知，即明知自己的行为会发生危害结果和明知有他人与自己一起实施危害行为，后者即所谓“意思联络”。正是这种主客观统一的一致性，才使得多人的犯罪行为成为一个整体。每个犯罪人都是为这个行为整体承担刑事责任，只是责任大小不同罢了。那种“暗中”帮助他人犯罪的犯罪，缺乏双向的意思联络，我国刑法中没有成立共同犯罪的余地。

总之，只要维持我国刑法现有的共同犯罪规定，德日共犯理论中的一部分就不能适用于我国刑法。然而，这部分理论所对应的实践问题在我国同样存在，该怎么办呢？具体而言，对于帮助自害行为、帮助主体不合格的法益侵害行为、帮助主体合格的危害较轻的法益侵害行为以及暗中或者单方面帮助他人犯罪的行为，我国并不排除其承担刑事责任，该如何解决其刑事责任的理论根据呢？别无他法，只有创新。中国的刑法理论要为中国刑法实践服务，当实践中上述“帮助”情形的刑事责任确定缺乏合适的理论根据而外国相应理论又不能完全适用时，刑法学者理应进行创造性的理论建构。如何建构？不是白手起家去“发现”与德日理论完全无关的灵丹妙药，毕竟德日共犯理论能够部分地适用于我国刑法，而不适用于我国刑法的部分恰能基本解决他们自己实践中的相同问题，我们可以也应当在德日共犯理论基础上去“发明”出适合我国刑法解决“帮助”情形的新的理论药方。如前所述，“发明”的探索路径一定是以视角的更新为特征。

这本专著的创新之处正在于视角的转换。其转换的思路是，我国需要把“帮助”不构成犯罪的实行行为的情形作为犯罪，却不能完全以共同犯罪理论作为这些情形产生刑事责任的根据，那就只能跳出共同犯罪理论，在更为开阔的刑法理论范围去寻找答案。具体而言，帮助犯也好，实行犯也罢，都是德日共犯理论的概念，这两个概念为他们解决了全部的

“帮助”犯罪的情形，却只能解决我国刑法中的部分“帮助”犯罪的情形，那要解决我们的问题，就不能画地为牢，局限于这些概念，而需要突破共犯的藩篱，去使用非共犯的概念——这个概念就是“帮助行为”。相对于国内已有的以“帮助犯”为主题的相关作品，眼前的这本专著冠以“论刑法中的帮助行为”，绝不止是书名的不同，它意味着视角的转换——从共同犯罪的角度转向了单独犯罪的角度。既然实行行为不构成犯罪的情况下帮助行为也能独自构成犯罪，那么，与其说牵强地将一个人犯罪也归为共同犯罪中的正犯，还不如顺理成章地将其规定为帮助行为的单独犯罪。正是这一视角转换，带来了对现有刑法理论的一系列反思和建构。第一，帮助行为能够单独构成犯罪，这就要求在理论上说明其根据，焦点是帮助行为如何具有法益侵害性。第二，帮助行为能够单独构成犯罪，这就要求在理论上说明其地位，焦点是帮助行为与犯罪客观方面行为要件的关系。第三，帮助行为能够单独构成犯罪，这就要求在理论上说明其结构，焦点是帮助行为与实行行为之间的关系。这本专著的前三章，正是这样展开的。后两章则分别考察了立法与司法的不同刑法实践中，帮助行为产生刑事责任的各种情形。至于该书是否论述得特别充分，需要读者自行评判。至少，作者江澍博士能够“大胆假设，小心求证”，试图并尽力把我们带入到同类课题研究的不同界域之中。山不在高，有仙则名。水不在深，有龙则灵。独辟蹊径本身就是一种学术贡献。

夏 勇

2013年8月8日

武昌云水湖

目 录

导论	(1)
第一章 刑法中的帮助行为之根据论	(12)
第一节 刑法中帮助行为的根据及相关学说	(12)
一 刑法中帮助行为的根据问题	(12)
二 刑法中帮助行为根据的“责任共犯说”	(17)
三 刑法中帮助行为根据的“违法共犯说”	(17)
四 刑法中帮助行为根据的“惹起说”	(19)
第二节 刑法中帮助行为根据的学说评析	(21)
一 “责任共犯说”评析	(21)
二 “违法共犯说”评析	(23)
三 “惹起说”评析	(26)
第三节 刑法中帮助行为根据的反思	(30)
一 法益侵害：刑法中帮助行为的应有根据	(30)
二 一果多因：刑法中帮助行为的具体根据	(31)
第二章 刑法中的帮助行为之地位论	(41)
第一节 刑法中帮助行为的地位及现状	(41)
一 刑法中帮助行为的地位问题	(41)
二 帮助行为在刑法理论中现有地位的形成	(44)
第二节 刑法中帮助行为现有理论地位评析	(52)
一 刑法中帮助行为现有理论地位的价值	(52)
二 刑法中帮助行为现有理论地位的缺陷	(53)
第三节 帮助行为在我国刑法理论中的应有地位	(57)
一 确立刑法中帮助行为理论地位的思路	(57)

二 帮助行为在我国刑法理论中的定位	(60)
第三章 刑法中帮助行为之结构论	(67)
第一节 刑法中帮助行为的结构及相关学说	(67)
一 刑法中帮助行为的结构问题	(67)
二 刑法中帮助行为的结构与“共犯从属性”理论	(70)
三 刑法中帮助行为的结构与“共犯独立性”理论	(72)
第二节 刑法中帮助行为结构学说评析	(74)
一 “共犯从属性”结构理论评析	(74)
二 “共犯独立性”结构理论评析	(76)
第三节 刑法中帮助行为结构设计	(78)
一 刑法中帮助行为结构的总体架构	(78)
二 刑法中帮助行为结构的具体安排	(79)
三 刑法中帮助行为与其他行为类型的结构比较	(88)
第四章 刑法中的帮助行为之立法论	(100)
第一节 外国刑事立法中的帮助行为	(100)
一 外国刑事立法中帮助行为概况	(100)
二 外国刑事立法中帮助行为评析	(108)
第二节 我国刑事立法中的帮助行为	(110)
一 我国刑事立法中帮助行为概况	(110)
二 我国现行刑法中帮助行为评析	(118)
第三节 刑法中帮助行为立法完善	(125)
一 我国刑法总则中帮助行为的立法完善	(125)
二 我国刑法分则中帮助行为的立法完善	(128)
第五章 刑法中的帮助行为之司法论	(135)
第一节 刑法中的帮助行为与定罪	(135)
一 刑法中的帮助行为与犯罪构成要件	(135)
二 刑法中帮助行为与犯罪特殊形态	(155)
第二节 刑法中的帮助行为与量刑	(160)
一 刑法中帮助行为与法定量刑情节	(161)

二	刑法中帮助行为与酌定量刑情节	(164)
第三节	帮助型犯罪的刑事诉讼问题	(166)
一	帮助型犯罪的地域管辖问题	(166)
二	帮助型犯罪的一方未归案时的刑事诉讼对策	(166)
三	帮助型犯罪的口供证明力问题	(167)
结语		(169)
参考文献		(170)
附录		(181)
后记		(204)
补记		(206)

导 论

在现代汉语中,帮助是指“替人出力、出主意或给以物质上、精神上的支援”。^① 据此,最广义上的帮助行为即是一种给予其他物质或精神支援的行为。“帮助”在词性上具有中性偏褒的意味,生活中的帮助行为也往往存在于一些值得褒奖的社会现象之中,例如社会各界通过捐款捐物,帮助灾区重建的行为;老师牺牲休息时间,指导同学完成作业的行为;朋友之间通过言语激励,坚定他人工作和生活信心的行为,等等。然而,需要刑法评价的帮助行为并不是上述性质的帮助行为。作为社会共同体中重要的法律部门,刑法的性质决定其评价的社会现象具有特定性,即能够导致法益侵害的行为。在多数情况下,能够导致法益侵害的行为是一种行为人单独实施的行为,如举刀砍人、秘密窃取、暴力取财,等等。但有些情况下,导致法益侵害的行为是在他人的帮助之下完成的,如为恐怖袭击提供资金,为入室盗窃指示被害人地址,为抢劫金库指导方法,等等。单就帮助一方的行为外在表现来看,无论是“提供资金”、“指示地址”还是“指导方法”都不是刑法所要规制的行为,但当它们与被帮助一方行为结合后便引起了法益侵害的结果或危险,因此需要刑法的关注。换言之,刑法中的帮助行为即是一种结合其他行为侵害法益的行为类型。当这种行为类型进入到刑事立法视域时,便会引起犯罪化与非犯罪化的评价,当这种行为类型进入到刑事司法视域时,便会引起罪与非罪,此罪与彼罪,罪轻与罪重的评价。因此,刑法中的帮助行为引发了实践中的一种特殊的犯罪类型,即帮助行为犯罪,简称为帮助犯罪或帮助型犯罪。

我国刑法实践对帮助犯罪现象的规制由来已久。《唐律》有云:“诸谋杀人者,徒三年。已伤者绞,已杀者斩。从而加工者绞,不加工者流三

^① 中国社会科学院语言研究室词典编辑室编:《现代汉语词典》,商务印书馆1996年版,第38页。

千里。”^① 这里的“加工”便是一种帮助杀人行为。之后,《大清新刑律》、《中华民国刑法》、中国共产党革命根据地刑事立法、新中国成立后的刑法草案以及1979年刑法典中均有处罚帮助犯罪的规范存在。我国现行《刑法》总则第27条第2款关于“共同犯罪中起辅助作用从犯”的规定一般被实务界认为是处罚帮助犯罪的直接依据。此外,《刑法》分则也规定了一定数量的帮助型犯罪,如“资助危害国家安全犯罪活动罪”(第107条)、“传授犯罪方法罪”(第295条)、“帮助毁灭、伪造证据罪”(第307条第2款)、“运送他人偷越国(边)境罪”(第321条)、“容留他人吸毒罪”(第354条)、“协助组织卖淫罪”(第358条第3款)、“为他人提供书号出版淫秽书刊罪”(第363条第2款)、“帮助犯罪分子逃避处罚罪”(第417条)等。在1997年刑法之后,我国又通过颁布《刑法修正案》的方式,增设了“资助恐怖活动罪”(《刑法修正案三》增设)和“提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪”(《刑法修正案七》增设)等用于规制帮助犯罪的新罪名。同时,司法机关一方面通过司法解释的颁行强调对实践中帮助犯罪的处罚,例如2001年4月9日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第9条规定:“知道或者应当知道他人实施生产、销售伪劣商品犯罪,而为其提供贷款、资金、账号、发票、证明、许可证件,或者提供生产、经营场所或者运输、仓储、保管、邮寄等便利条件,或者提供制假技术的,以生产、销售伪劣商品犯罪的共犯论处”,等等;另一方面积极对帮助犯罪予以追究和处理,通过媒体报道和案件报告,可以发现各地司法机关对帮助盗窃、帮助强奸、帮助走私、帮助贩毒、帮助杀人等帮助犯罪的处罚并不少见。从最具权威的最高人民法院公布的指导案例来看,有些帮助犯罪的判例已经被最高人民法院作为代表性判例予以公布,作为各地司法机关处理同类案件的指导。例如以“广西马盛坚”案为代表的介绍、联系并协助他人进行毒品交易类案件。^② 以“四川苟兴良案”为代表的具备国家工作人员身份的行为人帮助不具

① (唐)长孙无忌等撰:《唐律疏议》,刘俊文点校,中华书局1983年版,第115页。

② 参见中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主编:《中国刑事审判指导案例》(4),法律出版社2009年版,第248号,第202页。

备国家工作人员身份的行为人贪污、受贿的案件^①，等等。上述情况表明我国刑法实践对帮助犯罪问题给予了足够的重视，对于帮助犯罪现象的规制和预防起到了良好的效果。但是，现行刑法实践在规制和认定帮助犯罪时，也留下了一些疑问之处。

从刑事立法看，刑法总则既然已经规定了处罚帮助犯罪的一般性原则，刑法分则为何还要设立一定数量的帮助型犯罪？如果将刑法分则的规定视为一种法律拟制的话，即如果刑法分则没有将特定的帮助行为类型犯罪化，则不能依据刑法总则规定予以处罚。如果是这样，那又如何解释司法机关对刑法分则规定之外的帮助犯罪的处理，如帮助放火、帮助决水、帮助抢劫，等等。如果将刑法分则的规定视为一种法律提示的话，即纵然刑法分则没有将特定的帮助行为类型犯罪化，同样可以依据刑法总则的规定予以处罚。如果是这样，那又如何解释刑法分则将具体的帮助行为类型予以犯罪化的用意？是一种值得商榷的重复立法，还是立法者基于特定立法目的的考虑，作出的立法选择。此外，立法者已然将社会中一定的帮助行为现象规定在刑法分则之中，其依据如何？例如刑法并不评价单独的卖淫行为，却为何要评价帮助卖淫的容留卖淫行为以及帮助组织卖淫的协助组织卖淫行为？另一方面，对于未被刑事立法犯罪化但司法实践中仍视为犯罪处理的帮助行为而言，其本身是否具备独立的犯罪化依据？例如实践中帮助他人自杀案件时有发生。在刑事立法未将该种帮助型犯罪规定为单独罪名的情况下，司法机关的通行处理方案是将帮助自杀者认定为故意杀人罪的直接实行犯，理由便是帮助自杀者在客观上实施了导致自杀者自杀的行为，主观上希望或放任自杀者死亡后果的发生。^②但是，帮助自杀的行为既与杀人罪的实行行为不同，也与杀人罪的帮助行为有异，将其置于杀人罪之中处理的方案是否合理？

从刑事司法看，一方面，司法机关对某些帮助行为面临着认定的困难。对于实践中帮助者在与被帮助者存在事前或事中通谋后实施的帮助行为，司法机关一般将其认定为犯罪。但是，对于帮助者在被帮助者不知情的情况下为便于其犯罪而实施的帮助行为，即片面帮助犯罪的，是否应认

^① 参见中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主编：《中国刑事审判指导案例》（5），法律出版社2009年版，第30号，第6页。

^② 参见敦宁、范秀娜《买安眠药帮助他人自杀的行为如何定性》，《中国检察官》2011年第5期。

定为犯罪呢？对此，司法机关的认识和处理并不统一。调研报告显示有些司法机关将其作为犯罪处理，有些司法机关则选择不予处理。与片面帮助相似的是过失帮助，即如何认定行为人在过失的主观态度下对他人犯罪予以帮助的情形。关于片面过失的可罚性，多数司法机关虽然认为该种行为具有一定的社会危害性，但若定罪于法无据，因此不予处理。

另一方面，司法机关虽然对某些帮助行为作出了认定，但予以追究的罪名或理由值得推敲。在2009年河北“三鹿奶粉”系列案件中，“蛋白粉”（用于添加至原奶中的以三聚氰胺为主要原料合成的混合物）的制售者被以“以危险方法危害公共安全罪”定罪处刑。这一认定结果虽然能在处罚后果上给予“毒奶粉”的始作俑者即“蛋白粉”的制售者以严惩，但却对“蛋白粉”的制售者向“原奶”的制售者提供有毒、有害的添加物便于其生产、销售有毒、有害食品的行为缺乏考虑。如果行为人仅仅制造“蛋白粉”，但未用于“原奶”的添加，其行为能否被视为对公共安全的威胁呢？将“以危险方法危害公共安全罪”这一“兜底性”罪名用于规制食品犯罪中提供有毒、有害添加物的行为，是否是最佳选择呢？在2009年“温州‘冷漠’的哥”李文凯案中，被告人李文凯因放任他人在自己运营的出租车内强奸少女被浙江省鹿城检察院起诉，办案法院以强奸罪对其判处有期徒刑2年。承办“李文凯”一案的检察官起诉的理由是：“李文凯协助李文臣违背小薇的意志，以暴力手段强奸了她，其行为触犯了《刑法》第236条第一款之规定，应以强奸罪追究其刑事责任。不过，李文凯系被胁迫参加犯罪，属于胁从犯。”^① 审理“李文凯”一案的法官定罪的理由是“被告人李文凯协助李文臣违背小薇的意志，以暴力手段强奸了她，虽然的哥没和受害人发生性关系，但他的行为依然触犯了《刑法》第236条第一款之规定，应以强奸罪追究其刑事责任。”^② 据此，检察机关以强奸罪起诉李文凯以及办案法院以强奸罪定性李文凯行为的理由是李文凯实施了“协助”李文臣强奸的行为。但“协助”的内容究竟是什么？司法机关未予以明确解说。“协助”是否意味着如多数网民“揣摩”的，即李文凯未对李文臣的强奸行为予以阻止，便是一种“协助”

^① 尹燕飞：《出租车司机坐视少女车内遭强暴，被诉涉嫌强奸罪》，law.runsky.com，2011年5月11日。

^② 参见刘文《温州的哥获刑两年定罪强奸，法官详解原因》，csj.xinhuanet.com，2011年5月21日。

强奸？又应如何看待作为一名出租车司机的李文凯其“运营乘客”的业务行为对其定罪的影响呢？

我国刑法学泰斗高铭暄教授指出“刑法学是一门理论性、实践性都很强的法律学科，研究刑法理论，主要是为了解决刑事立法和司法实践中的问题，给实践以指导和理论支持”。^①正如高先生指出的，刑法实践对于具体问题的解决离不开科学的刑法理论作为支撑。反言之，当刑法实践解决某类犯罪现象存在问题时，应反思的也是刑法实践背后的刑法理论。

在1979年刑法颁布后的20年内（1979—1999年），从形式上看我国刑法理论对帮助犯罪问题的研究略显“单薄”，笔者在我国的权威学术数据库——中国学术文献总库上以“帮助犯”为检索词，以“1980年至2011年”为检索区间，结果在“1980—2000年”的20年中仅命中有效检索记录两条（童道才：《关于妇女帮助男子实施强奸犯罪的定性探讨》，《法律适用》1996年第8期；许峻：《看守民警帮助在押犯伪造证据该定何罪》，《法律适用》1999年第4期），换言之在1980—2000年的20年内，我国刑法学界明确以帮助犯罪为论文主题的文章实不多见。但从实质上看，在这段时期内，我国刑法理论在研讨共同犯罪理论时，对帮助犯罪中的一些基本问题已多有涉及。其中有关于帮助犯罪中止和未遂形态的探讨[马克昌：《共同犯罪的若干特殊问题》，《武汉大学学报》（社会科学版）1987年第6期；李光华：《论共同犯罪的犯罪中止》，《河北法学》1990年第5期]；有关于帮助犯罪中因果关系的探讨（马克昌、罗平：《论共同犯罪的概念和要件》，《政法论坛》1985年第4期；陈兴良：《论共同犯罪的因果关系》，《法律科学》1991年第6期）；有关于帮助犯罪行为性质的探讨（王泰：《论共同犯罪的客观特征》，《河北法学》1983年第2期）；有关于帮助犯罪的国外立法和理论的介绍（陈兴良：《共同犯罪人分类的比较研究》，《法学家》1988年第3期；姜富权：《中英刑法中的共同犯罪制度之比较》，《求是学刊》1994年第1期）；有关于帮助犯罪中片面帮助问题的探讨（高格：《关于共同犯罪中几个理论问题的探讨》，《吉林大学社会科学学报》1982年第1期）；有关于帮助犯罪中帮助者主观认识的探讨（传汉：《关于共同犯罪中不确定故意的探讨》，《法学》1984年第4期；汪保康：《关于共同犯罪主观方面的几点质疑》，

^① 高铭暄：《谈谈如何指导博士研究生的点滴体会》，《法学杂志》2005年第2期。