



“共犯正犯化”立法模式正当性评析*

陈毅坚 孟莉莉

提 要: 我国刑法存在大量“共犯正犯化”的帮助型犯罪立法,对于这种独立立法模式的正当性根基,学界存在激烈论争,形成肯定说与否定说相对立的格局。肯定“共犯正犯化”立法模式并不会破坏总则与分则的关系以及刑法规范的统一,罪刑均衡原则并非该立法模式正当性的讨论素材。从二元的行为无价值理论出发,“共犯正犯化”坚持了限制正犯概念,消解了共犯处罚依据的难题,也是共犯从属性的反向证明,通过这种扩大类型化的方法,既实现了刑罚的扩张,也符合积极的一般预防目的。

关键词: 共犯正犯化; 帮助型犯罪; 立法模式; 正当性

为了落实联合国 1373 号决议,打击恐怖犯罪活动,切断恐怖活动组织生存的根源,惩治资助恐怖活动组织或者实施恐怖活动的个人的行为,我国《刑法修正案(三)》新增了资助恐怖活动罪,使其资助行为在刑法分则中被独立化、定型化,2009 年 11 月最高人民法院《关于审理洗钱等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(法释〔2009〕15 号)对“资助”及“实施恐怖活动的个人”的解释更进一步扩大了该罪的处罚范围;资助行为类型化的立法还有资敌罪、资助危害国家安全犯罪活动罪等,与此类似,我国刑法分则大量存在把帮助行为等共犯的非实行行为犯罪化、正犯化,规定为独立罪名的立法例,如协助组织卖淫罪、

* 作者陈毅坚,男,中山大学法学院讲师,中国人民大学、德国慕尼黑大学联合培养法学博士,研究领域为刑事法学、比较法学等,代表作有《预备阶段共同参与行为的性质:以共谋为例》、《“共谋共同正犯”:一个多余的法范畴》、《规范与解释:彩票犯罪比较研究》、《法条竞合的概念和本质辨析》、《国际刑法中的“一事不二审”原则研究》等。E-mail: yeejianchan@gmail.com

作者孟莉莉,女,天津海事局助理工程师,中国人民大学法学硕士,研究领域为刑事法学、犯罪学等,代表作有《非法经营罪研究》、《未决前羁押之刑罚折抵问题研究》、《非法获取国家秘密若干问题》等。E-mail: menglili8205@163.com

本文得到 2009 年度教育部人文社会科学研究一般项目资助(09YJC820124);系广东省哲学社会科学“十一五”规划 2009 年度规划项目(09G-01)的研究成果。

帮助毁灭、伪造证据罪、洗钱罪、帮助犯罪分子逃避处罚罪、容留卖淫罪、容留他人吸毒罪等；国际刑法在规制极大威胁和破坏国际社会存续的极其严重的跨国性、国际性犯罪时，也越来越多的采取帮助行为、资助行为正犯化的立法趋势。对于这种立法模式，有论者称之为“帮助型犯罪”。虽然这种立法模式为解决实践中紧迫的问题提供了许多及时而有效的答案，但是将本从属于主行为的狭义共犯行为规定为独立的实行行为，一方面，根据共犯的限制从属性原则，狭义共犯的可罚性从属于正犯的构成要件符合性和违法性，而一旦共犯行为正犯化，则原本的帮助行为不再具备从属性，而是具备了独立可罚的不法内涵，不以正犯行为的实行与不法为前提，提前了刑事处罚的时点；另一方面，由于具备了正犯的独立性，必然导致与该帮助性质行为成立共同正犯甚至狭义共犯的可能性，进一步扩大了刑事可罚的范围。应该说，“共犯正犯化”的立法模式，是国际社会企图前置可罚时点，加大法益保护力度，有效防卫社会的立法趋势的具体表现；但又不可避免的导致诸如实行行为类型性等刑法基本理论的疑惑，生发总则与分则之间的冲突，引发刑法谦抑界限的思考，进而削弱了其实践的问题解决能力。“犯罪是被科处刑罚的行为，‘值得科处刑罚’这种属性就是‘可罚性’，确定可罚性的范围乃是犯罪论的重要任务。”^[1]为此，有必要深入分歧“共犯正犯化”立法模式的可罚性正当化根基。

一、学说

（一）否定说

否定说论者并不赞同将资助行为等帮助行为规定为独立的犯罪，概括而言，主要有以下几点理由：

1. 违背刑法基本原则

从罪刑均衡等刑法基本原则出发，该说认为基本犯罪与帮助行为的社会危害性差距较大，将帮助行为作为正犯处理会造成罪刑上不均衡和刑罚不协调。罪责刑相适应原则在字面上突出的是对已然之罪的处理，但其背后还隐含着一种立法态度，即在对轻行为与重行为进行处理时口径应当一致，不能做出重行为轻处理、轻行为重处理的举动。而帮助行为是从行为，实行行为是主行为，帮助行为应该服务于实行行为；二者的社会危害性也有显著差异，帮助行为的社会危害性小于实行行为，因此，在作为重行为的实行行为不入罪的情形下，而对轻行为的帮助行为单独归罪的作法不符合刑法立法原则和罪责刑相适应原则，也违反了人们朴素的公平观念。^[2]因此“就立法事由而言，这样做的目的显然是考虑了两者社会危害程度的巨大差距，不宜在同一法条内适用相同的法定刑幅度…由此便形成了现行的第358条1、3两款分列的立法模式，应该说这是不得已而为之，属于立法特例。”^[3]

2. 不符共同犯罪理论

否定说认为刑法分则中规定的帮助毁灭、伪造证据罪、辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪等这几种关联实行行为不构成犯罪的帮助型犯罪中，帮助行为人与实行行为人之间主观上存在为实现同一目的的意思沟通，具有共同的犯罪故意；在客观方面实施了为完成同一目的而做的危害行为。因此按共同犯罪理论，应构成共同犯罪，帮助行为人是从犯，实行行为人是主犯。因此，刑法分则在否定实行行为为罪的前提下，单独承认从行为为罪，这种作法不合乎共同犯罪理论。^[4]也有主张这种行为实际上是共同犯罪，可以依照总则关于共同犯罪的规定处罚，而没有必要规定为单独的犯罪。

^[1] 冯军：“德日刑法中的可罚性理论”，《法学论坛》2000年第1期，第106页。

^[2] 汪红飞：“帮助型犯罪问题研究”，《浙江万里学院学报》2003年第5期，第80页。

^[3] 刘鹏：“共犯异罪的立法研究——谈刑法中的独立从犯与独立教唆犯”，《贵州大学学报》2001年第4期，第37页。

^[4] 参见汪红飞：“帮助型犯罪问题研究”，《浙江万里学院学报》2003年第5期，第80页。

3. 不符合总则与分则之间的关系

该说认为,主犯从犯分设罪名的设计是不科学的,导致划分共同犯罪人失去意义,而且罪名将会骤增,刑法分则篇幅将更加涨大并进一步导致总分则的比例失衡,刑事立法的科学性也将大打折扣。易言之,主从犯分设罪名的立法模式是不科学的,从而也是不可取的。^[5]这种“刑法分则撇开总则一般原理、原则的立法体例”的做法,“也不符合刑法总论制约分论的通行观点,使总则指导分则的意义不复存在。”^[6]

4. 造成刑法规范之间的不统一

我国刑法中规定了若干帮助行为可以构成独立的犯罪,但同时规定了关联实行行为也构成犯罪,而且当帮助行为与实行行为有同谋时,帮助行为与实行行为一道成立共同犯罪。比如中介组织人员提供虚假证明文件行为的帮助行为构成既提供虚假证明文件罪,又构成保险诈骗罪共同犯罪的帮助犯;协助组织卖淫的行为(帮助行为)既构成协助组织卖淫罪,又是组织卖淫罪(实行行为)共同犯罪的帮助犯。因此,论者认为在同一部法律中,对同一法律现象却做出不同规定,导致了规范之间的不统一。^[7]

5. 违反社会危害性的属性

从社会危害性的角度出发,该说认为如果独立成罪是因为资助危害国家安全犯罪活动罪及资助恐怖活动犯罪具有严重的社会危害性,那么资助黑社会性质组织犯罪、资助毒品犯罪等等行为也具有严重的社会危害性,为什么只对部分的严重犯罪规定资助型犯罪,而“其他犯罪的资助行为如走私毒品等一般是作为共同犯罪来处罚”?把资助行为规定为独立的罪名,“如此立法,不可理解”。^[8]

(二) 肯定说

与否定论者相对,学界同样存在肯定特殊立法价值的肯定论者,主要从以下方面加以论证:

1. 基于罪刑均衡的原则

从司法实践的角度来看,该说认为,即使刑法中没有将帮助型犯罪的行为单独规定为犯罪,还是可以针对行为人的帮助行为对其以共同犯罪中的帮助犯来处理。但考虑到这种行为的严重的社会危害性,因而独立成罪;而且刑法总则规定了从犯的处罚原则是从轻、减轻或免除处罚,如果适用总则关于共同犯罪的规定,会导致刑罚畸轻现象。规定为独立的罪名就可以不依照共同犯罪的原理,从而分别定罪量刑。^[9]

2. 基于共同犯罪理论的原因

肯定说认为,由于我国刑法规定中的共犯概念以各行为人意思沟通为必要条件,实际是将非共犯的帮助犯排除在外,因此为了处理不构成共犯的帮助犯,提出两种可供选择的方案:一是在总则中补充,对非共犯的帮助犯,比照其帮助的实行犯论处;二是在分则中设立独立的帮助他人犯罪罪,专门适用于非共犯的帮助犯,但分则另有规定者除外。^[10]从而支持了这种特殊的立法模式。

3. 帮助犯正犯化的立法趋势

由于共同犯罪的复杂性及刑法规定的特殊性,基于刑法总则与分则的关系,在某些场合,共同犯罪就会出现定罪例外情况,一类例外是一方定罪另一方不定罪;另一类例外是分别定

^[5] 刘鹏:“共犯异罪的立法研究——谈刑法中的独立从犯与独立教唆犯”,《贵州大学学报》2001年第4期,第37页。

^[6] 汪红飞:“帮助型犯罪问题研究”,《浙江万里学院学报》2003年第5期,第80页。

^[7] 汪红飞:“帮助型犯罪问题研究”,《浙江万里学院学报》2003年第5期,第81页。

^[8] 参见胡云腾:《刑法条文案例精解》,北京:法律出版社,2004年,第151页。

^[9] 参见张明楷:《刑法分则的解释原理》,北京:中国人民大学出版社,2004年,第50页。

^[10] 参见夏勇、罗立新:“论非共犯的帮助犯”,《法学杂志》2000年第3期,第31-32页。

不同的罪名，可能是因行为细化或因身份特殊而分别定罪。^[11]帮助型犯罪基本上属于共同犯罪而定不同罪名的情况。这种情况正符合目前刑法上的一种发展趋势，即教唆犯与帮助犯的正犯化(亦称实质化)，在刑法上以独立构成要件处罚性质上属于教唆犯或帮助犯的行为。^[12]

二、评述

综上，我们会发现，肯定说和否定说采取的某些论点虽然依据类似，但是由于论证基点不同，导致了完全不同的结论。我们基本上赞同肯定说的论点，但必须强调以下几点。

(一) 罪刑均衡的原则

我们认为，罪刑均衡原则不应该作为证明或者证伪帮助型犯罪的素材，它不应当作为肯定或者否定“共犯正犯化”立法模式的理由，最多只能作为一种事后的解释。而且令人不无疑惑的是，肯定说与否定说基于同一出发点，解释的结果却恰好相反。

首先，肯定论者认为适用共犯的规定从轻，减轻或免除处罚，造成刑罚畸轻现象在刑法分则中确实存在，但这并不绝对，实际上也可能出现刑罚畸重的情形。比如刑法第358条第1款的组织卖淫罪和第3款的协助组织卖淫罪，恰好相反，组织卖淫罪的起刑点为5年有期徒刑，最高刑为死刑，并处没收财产，而协助组织卖淫罪起刑点为6个月有期徒刑，最高刑为10年有期徒刑，二者间的处罚力度相差巨大，并有刑质上的区别。因此若将协助者按组织者的量刑幅度适用刑罚，则最低法定刑不低于5年有期徒刑的标准明显过重，而且死刑的设置对协助组织卖淫的行为也不合适，导致畸重；反之，如果将组织者的法定最低刑降至6个月有期徒刑，又不能体现对组织卖淫行为的强烈否定态度和严办精神。作为共犯会导致刑罚畸重，这正是否定论者认为这种立法是“不得已”的。

其次，即使刑法并未规定特别的帮助犯罪，将基本犯罪的帮助行为视为基本罪的从犯，依据共犯的理论和方法，也并不会造成罪刑不均衡。因为基本罪的法定刑一般为多刑种、多刑度，法定刑的幅度往往较大，根据新刑法规定，从犯“应当从轻、减轻处罚”并未要求比照主犯，因而完全可以依据资助行为等帮助行为的现实作用确定应处之刑，并不必然造成畸轻的不均衡。

最后，否定论者认为实行行为不入罪，帮助行为反而入罪，导致了对罪刑均衡原则的违背，虽然不无道理，但不能绝对化。实际上，由于我国刑法总则对共犯人的刑事责任采取按照作用分类法的区分，而帮助行为在共同犯罪中，未必就是起从犯作用的，帮助行为同样可以起主要作用，构成主犯，^[13]正如否定论者自己也指出，“因为刑事司法实务中并不排除存在情节严重的协助组织卖淫行为，也不排除情节轻微的组织卖淫行为，前者如多次参与协助组织卖淫，充当打手造成被害人重伤、死亡等，对此一概处以10年以下有期徒刑显然不当。”^[14]德国学者Belting在批判Freudenthal关于“法益侵害不违法则法益威胁也不违法”时，指出“正犯(实行)行为不是类型化并不意味着不是违法，共犯行为与正犯行为的违法性决不是单纯量的大小的关系。”^[15]因此，帮助犯单独定罪并不一定违背罪刑均衡原则。

(二) 总则分则的关系

“共犯正犯化”并不仅仅限于成立总则共犯的帮助行为，在外延上包括了其他的非共犯类型的帮助行为，因此，不应该以总则中的共犯规定来否定分则的帮助型犯罪的立法价值。

^[11] 参见龚培华，肖中华：《刑法疑难争议问题与司法对策》，北京：中国检察出版社，2002年，第203页。

^[12] 参见徐牧驰：“帮助型犯罪基本问题探讨”，《鞍山师范学院学报》，2005年第10期，第17-19页。

^[13] 参见张明楷：《刑法的基本立场》，北京：法律出版社，2003年，第285页以下；谢彤：“帮助行为可以在共同犯罪中起主要作用”，《华东政法学院学报》，2002年第1期，第53-55页。

^[14] 刘鹏：“共犯异罪的立法研究——谈刑法中的独立从犯与独立教唆犯”，《贵州大学学报》2001年第4期，第37页。

^[15] 转引自刘凌梅：《帮助犯研究》，武汉：武汉大学出版社，2003年，第126页。

正如论者自己也认为对于“资敌罪、帮助犯罪分子逃避处罚罪比较特殊，应特别处理”，不构成共同犯罪。^[16]其实，分则中对总则没有规定的事项加以规定，在国外的立法例中是常见的，比如日本刑法分则规定预备罪和阴谋罪，并没有在总则中对预备和阴谋做原则性规定，但不能因此而否定分则的预备罪、阴谋罪的价值，同样的立法也存在与德国、我国台湾地区。

（三）规范的协调统一

否定论者认为刑法中既规定了单独的提供虚假证明文件罪和保险诈骗罪，但同时又规定中介组织人员提供虚假证明文件行为，为他人保险诈骗提供条件的，构成保险诈骗罪的共犯，这样在同一部法律中，对同一法律现象却做出不同规定，会导致规范的不协调。这种观点是完全错误的，实际上，提供虚假证明文件的行为并不仅仅局限于虚假的保险文件，还包括了其他文件，这是保险诈骗罪的共犯所无法包括的，如果不同时规定两罪，必然导致无法惩处提供其他虚假文件的行为，显不合理。事实上，这并不是规定的不协调，恰恰相反，这正是刑法中典型的法条竞合形态，这种形态的存在一方面有利于全面规制构成犯罪的行为，严密法网，另一方面更体现了立法技术的发展，立法者已经积极自觉的运用这种立法技巧来建构刑事法网。

三、私见

帮助型犯罪在本质上，是对帮助行为等共犯行为在构成要件上的类型化与正犯化，此种立法模式背后存在着更为深刻的正当性法理基底。

（一）违法性的本质：二元的行为无价值

关于违法性的本质，从来就有结果无价值和行为无价值两种基本观念的争论，所谓结果无价值论（Erfolgsunwert），又称结果非价、反价值，它是指违法性是对行为现实惹起的法益侵害或者危险进行的否定评价。其对违法性的判断标准是人类生活利益的需要保护性；判断对象是行为对法益所造成的侵害或者危险，而与行为相联系的主观要素并不是违法性的判断对象；其判断基础是行为后所发生的客观事实，是违法性的一种客观的事后判断，即在于结果是否发生了。而行为无价值论（Handlungsunwert），又称行为非价、反价值，是一元的行为无价值，它是指违法性是对与结果相分裂的行为本身进行的否定评价。违法性的判断标准是社会文化生活中历史的形成的社会伦理秩序（规范）；判断对象是与行为人相联系的违反规范的行为，行为的种类、方式、跟行为人的主观因素都是违法性的判断对象；判断基础在于行为时行为人认识到的和一般人能够认识到的客观事实，属于事前判断。由于这两种立场对违法性本质的认识过于极端，实际上，对于违法性的本质无法脱离行为和结果、行为和行为人来探讨。正如 Armin Kaufmann 指出，防止行为的结果是刑法的法益规制目的，但并不是刑法规制的对象，行为本身才是规制的对象。在刑法上，结果的发生往往是偶然的。因此，对于立法者而言，承认刑法规范的是法益，但法益是什么？法益是否值得保护？而为了保护这个法益我必须禁止或者命令什么？是必须追问的。刑法虽然是对法益的保护，但是刑法始终是一种事后的法律，如果只有在行为对法益已经造成侵害的情况下才能加以保护，刑法对法益的保护已经是“为时过晚”了。在结合上述两种观念基础上，学者们提出了二元的行为无价值论，它是以行为无价值为基底，而同时兼顾结果无价值的一种违法性本质的理论。它认为不可能在判断违法性的时候不考虑结果，但必须同时探讨行为的种类、方式、甚至主观要素，如果仅仅考虑结果，坚持结果无价值的话，必然导致刑法的过分“功利化”，反而无法实现保护法益的目的。

我们认为，“共犯正犯化”的立法，正是一种二元的行为无价值的观念指导。它结合了

^[16] 汪红飞：“帮助型犯罪问题研究”，《浙江万里学院学报》2003年第5期，第79页。

行为无价值和结果无价值，考虑法益的侵害存在的同时也考虑了行为的非价。帮助行为本身虽然并不一定直接的实现对法益的侵害，但刑法主要是将非常严重的基本犯罪的帮助行为、资助行为加以类型化，而这种帮助行为已经对法益侵害产生一种直接的、现实的威胁，甚至已经侵犯了相应的法益。因此，对于这类帮助行为的非价是保护法益所必需的。

（二）正犯的概念：刑罚的扩张事由

正犯和狭义共犯的概念及其界分，有扩张的正犯概念（刑罚的限制事由）和限制的正犯概念（刑罚的扩张事由）的论争，前者认为造成构成要件所保护的法益受侵害的都是正犯，刑法规定共犯，正是为了限制刑罚的适用；后者认为只有亲自实施构成要件的人才正犯，刑法规定共犯，是为了将刑罚扩张到共犯的范围。由于限制正犯概念坚持了构成要件、实行行为等基本概念，在学界得到较多的支持。在刑法理论中，有基本的构成要件和修正的构成要件的区分。^[17]总则共犯的概念恰是对正犯概念的修正，使刑罚扩张到共犯。而分则中的帮助罪，使帮助行为成为正犯行为，也就坚持了限制的正犯概念，而通过特别的类型化，使帮助作为正犯加以处罚。可以说这是一种通过扩大类型化的方法，而实现的刑罚扩张，比共犯更进了一步。此外，我们认为，为什么要处罚共犯？共犯的处罚根据是什么？为什么能扩张刑罚到共犯？这是需要解释的，也是共犯论的基础，引发争论的根源，为了实现对共犯的处罚，必须首先解答这些问题。而这种特别的独立立法，则通过立法消解了这个问题，因为共犯的行为已经被正犯化了，从而可以在正犯的框架内加以处罚，是否不失为一种好的办法？这也曾经存在立法例，比如我国台湾地区为了否认共谋共同正犯的存在，曾在刑法分则中规定“同谋罪”的特别条款，如同谋杀罪、同谋强盗罪等，通过立法消解这些帮助性质、预备性质行为的处罚问题。当然，被正犯化的共犯性质的行为，必须符合一定条件，不能任意进行。

（三）共犯的性质：共犯从属性的反向证明

对于共犯的性质，从来存在独立性和从属性之争。共犯的独立性认为共犯具有独立于正犯的性格，从属性说则认为共犯必须从属于正犯。理论上，共犯从属性被认为是更符合共犯性质的学说。^[18]有论者认为，帮助型犯罪的规定违反了共犯的从属性原则。我们认为，“共犯正犯化”的立法虽然在一定程度上认识到帮助行为本身的独立性格，但是通过刑法的特殊立法，仍然坚持了共犯的从属性。对此，可以按其立法类型来加以探讨：

1. 对于共犯性质的帮助犯，通过独立的立法，并不像论者所称否定了共犯的从属性，恰恰相反，反而成为共犯从属性的反向证明。正是因为共犯存在从属性，所以，共犯的可罚性依赖于正犯的不法，对共犯的处罚是受到限制的；但通过独立的立法，使这种帮助性质的行为具有了独立的定型，被实行行为化，因而具有了独立成立正犯的条件，对帮助犯本身脱离刑法总则关于共犯的规定加以认定和处罚才成为可能。

与此不同的是刑法总则关于独立教唆犯的原则性规定，正如学者指出，该规定包括了作为共犯的教唆犯和非共犯的教唆犯，由于其作为总则性的原则规定及其指导性机能，决定了其对于共犯性质问题的颠覆性损害。帮助型犯罪同样包括了共犯性质的帮助犯和非共犯性质的帮助犯，但是，与上述独立教唆犯的总则规定模式不同，帮助型犯罪采取的是分则性的独立规定，这种立法的模式非但没有破坏总则共同犯罪的规定，反将帮助者的刑事责任纳入到共犯的框架体系之内加以解决，可以说，正是恪守了共犯的从属性，由于刑法的特别规定，已经使本有从属性的帮助行为具备了实行行为性，从而不再依赖于其他基本犯罪的实行行为。

2. 非共犯的帮助犯。由于没有构成共犯，或者说“没有共同犯罪成立的余地”。那对其

^[17] 参见[日]小野清一郎：《犯罪构成要件论》，王泰译，北京：中国人民公安大学出版社，1991年，第93页。

^[18] 参见陈子平：“论共犯之独立性与从属性”，载《刑事法评论》第21卷，北京：北京大学出版社，2007年，第1-30页。

独立规定就更不会违背共犯从属性，因为本身就不是一个共同犯罪的问题。对于该犯罪本身的共同犯罪，当然的适用总则关于共同犯罪的规定，自无疑虑。

（四）刑罚权的界限：可罚阶段的提前

总则的共犯规定，虽然可以说是刑罚的扩张事由，但实际上却真正的限制了刑罚权的运用，使刑罚权并不原则性的处罚共犯的行为。而分则对于独立帮助犯、资助犯的规定则在这种限制的观念和框架下，在一定程度上扩大刑罚权的适用范围。大多数情况下，刑法规范的制裁对象，并不是所有侵害刑法保护法益的行为，而只是以某些特定方式侵犯法益的行为。正是这种一张一弛的协调并用，实现了刑罚权的启动与人权保护的平衡。

对于特别严重犯罪的帮助、资助行为加以例外性处罚，主要考虑到对待特别重要法益的特殊保护和建构一个应急备用又疏而不漏的法网的需求，从而适度的扩展犯罪构成要件和扩大处罚范围，寻求法益的提前和拓展保护。这也是其他大部分国家对待基本犯罪构成实行行为之前或者之外的行为的可罚性，所采取的基本立场，许多国家规定了特别的预备罪，而不对预备做原则性的处罚，这样的立法模式对于共犯性质的行为同样可行。这种模式结合分则的特别规定与总则共同犯罪的原则规，既为限制普遍的将帮助性质的行为作为正犯处罚，同时也为特别严重的帮助行为作为正犯处理，提供了规范上的依据，相当可行。

（五）刑事政策的的目的性考量：积极的一般预防

积极的一般预防相对于消极的一般预防而言。德国学者雅科布斯指出：刑罚清楚地并且高度地使刑罚后果所归属的行为承受了一种可能性，一种必须普遍地把这种行为作为不值一提的行动选择来学习的可能性。这种选择的无价值性是如此理所当然，以致于它要作为不可经历的选择而被排除掉。这不是威吓意义上的一般预防，而是学会对法律的忠诚意义上的一般预防。在雅科布斯看来，这种积极的一般预防与消极的一般预防是存在区别的：在积极的一般预防这里，刑罚——与在消极的一般预防那里不同——不是指向被认为是必须能威吓的作为潜在的未来的犯罪人的生产源的群体，刑罚更多地要以忠诚于法的市民为对象。^[19]共犯的正犯化，也是出于对严重的犯罪，比如危害国家的行为、制造社会恐怖的行为的积极预防目的，才将帮助犯罪加以类型化。

（初审编辑：谢进杰）

^[19] 参见 [德] 格吕恩特·雅科布斯：《行为 责任 刑法——机能性描述》，冯军译，北京：中国政法大学出版社，1998年，第105页。