

经济犯罪中共同犯罪问题的解决路径

毛玲玲

摘要：经济犯罪的理论框架、立法技术、犯罪实际样态与传统犯罪存在差别，其共同犯罪问题的解决路径不同于传统犯罪：一，经济犯罪中形式上是否具备“共同犯罪行为”和“共同犯罪故意”具有认定的难度，而且经济犯罪中没有形式上整体考察的必要。因此适宜采用不区分正犯、共犯的统一正犯模式，对于法益危害是否具有功能性的“因果力”是经济犯罪中共同犯罪认定的关键标准。二，当经济犯罪中的帮助行为具有独立的危害性时，帮助行为即具备“刑事可罚性”，当前实现这种“刑事可罚性”的方案有共犯化和正犯化两种，在方案设计时应兴利除弊：共犯化处理时通过设置“事前通谋”“明知……提供帮助”等前提条件，明确刑事处罚条件；正犯化处理时，应坚持轻罪配置。三，经济犯罪共同犯罪问题解决的目标是对不同犯罪人实现罚当其罪，可以总结司法经验中常见、多发的情况，设置具体、确定的量刑标准。

关键词：经济犯罪；共同犯罪；统一正犯

中图分类号：DF623 文献标识码：A 文章编号：1674-9502(2017)06-052-14

作者：毛玲玲，华东政法大学教授，博士生导师。

一、问题意识：为什么考察经济犯罪中的共同犯罪问题

我国《刑法》第25条第1款规定：“共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。”这种规定适用于错综复杂的犯罪情况，无疑是“简单粗暴”的。一直以来理论界把共同犯罪问题作为基础的命题进行讨论，司法实务界则非常关注某种理论对现实疑难问题的解释能力。

从司法实践看，经济犯罪出现了犯罪环节增多，犯罪链条化、产业化、跨区域性特征日益突出等情形。这种情况不但使经济犯罪的侦查、检控、审理程序面临许多新的挑战，还要求刑法的适用理论与认定机制要根据现实进行必要的调整。其中，“共同犯罪”的认定规则即为其一。根据现行共同犯罪的理论通说，“二人以上共同故意犯罪”指多人要具有“共同犯罪行为”和“共同犯罪故意”才能成立共同犯罪，其特点是要求整体认定犯罪。在刑事指控要求最高规格的证据标准的大前提下，“整体认定犯罪”更是对侦查取证、检控举证提出了非常高的要求，适用共同犯罪处罚经济社会中的危害行为并非易事。尤其网络、科技、快递物流行业迅猛发展，犯罪人的匿名性、跨地域性大大增强，有些案件中只能抓获底层人员和提供帮助行为的人员，对于幕后主要人员和骨干成员则无法确保其到案；有的案件中只能抓获部分环节的人员，对于发挥同等作用的人员无法抓获。“实施同一犯罪行为的其他共同犯罪案件被告人却可能因为证据不足或未能及时到案等情

本文系2016年度国家社科基金一般项目“‘互联网+’背景下金融犯罪的实证研究”的阶段成果，项目编号：16BFX057。

况被采取‘另案处理’，在这种共同犯罪分案审理机制下，以共同犯罪指控所需的证据链条难免受到影响而无法完整地呈现各个犯罪环节不同分工行为之间的关联性，由于无法查清全案犯罪事实难以定罪，对相关帮助行为就难以以共同犯罪进行处罚。

此外，在经济犯罪的刑事司法实务中，还频繁出现一些令人困惑的问题：例如，在传销型犯罪、集资型犯罪等多人参与犯罪活动的案件中，一些参与到犯罪活动中，对犯罪起到促进或推动作用，但其独自的行为方式或主观内容不符合构成要件的人，究竟是不是共同犯罪人？通过检索裁判文书网，我们会发现，在多名案犯刑事案件的审判中，共同犯罪的认定是控辩最易产生激烈交锋的问题，辩方往往是以当事人对于犯罪事实不知情主张“不构成共同犯罪”，甚至以当事人在犯罪中受到物质（或财产）损失主张其应属于“被害人”。涉案犯罪嫌疑人是否作为共同犯罪人认定是判断罪与非罪，准确定罪量刑，实现罪刑均衡原则的前提。因此，如何合理地建构“共同犯罪”认定规则——无论是理论层面的学说内涵，还是立法层面的规则内容乃至司法层面的裁判方法，都亟待有说服力的方案。但是，当我们以“共同犯罪”为关键词检视各种研究著述，会发现对该问题已有的研讨绝大多数是以传统犯罪的各个罪名为载体进行的，而对于经济犯罪中的共同犯罪问题几乎没有涉及。在以具体案例探讨共同犯罪问题的法律适用时，也甚少以经济犯罪的案件为例。而本文认为，经济犯罪中的共同犯罪问题具有特殊性，具有探讨的价值。

首先，这是一个理论中需要厘清的问题。传统共同犯罪通说采用的“整体认定共同犯罪”难以满足司法实践的需求，难以解决诸多复杂案件。近年关于共同犯罪的理论学说纷呈迭出，出现了共犯独立说、共犯从属说、共犯限制从属说等各种观点。其中，在一定程度上降低证明要求，使共同犯罪认定更简便易行的“部分共同犯罪说”等理论创新在刑事司法实务中产生较大影响。有一些中青年学者受德、日刑法学说的影响，成为“行为共同说”的拥趸，但与此同时，也有学者表示无法认同。从目前情况看，经济犯罪中共同犯罪的认定与处理既无法遵循传统的共同犯罪通说，又尚没有其他规则可提供较一致的指引。本文认为，经济犯罪与传统犯罪在理论框架、立法技术、犯罪样态等方面有着巨大的差别，假如我们只将研究视线专注于传统犯罪，那么我们甚至尚未对问题进行准确描述，则更谈不上对问题进行充分分析和提出有效对策。譬如，经济犯罪明显不同于传统犯罪之处，有一点在于经济犯罪中行为人很少是突然起意去实施犯罪行为，其犯罪故意往往不是“临时性”，而是“有计划性的”，只要出现多人共同参与到“犯罪计划”中，即在事实上增强了犯罪能力。从这点来说，在形式上未能实施构成要件行为，对法益危害后果的发生似乎并不具有十分关键的作用。此外，目前经济犯罪中出现了许多新的犯罪手段，犯罪方法。譬如移动支付、网络平台、快递物流等技术或行业发展可能为某些类型经济犯罪的蔓延提供了技术支持的可能性，一些前所未有的新问题冲击了传统的刑法观念和司法思维方法。正如研究者指出，人们会认识到经济领域的技术、信

黄鸿彬：《共同犯罪案件的分案审理机制研究》，<http://cdfy.chinacourt.org/article/detail/2015/11/id/1743410.shtml>，成都法院网，2016年3月20日访问。

参见张明楷：《共同犯罪的认定方法》，《法学研究》2014年第3期。

参见张明楷：《部分共同犯罪说之提倡》，《清华大学学报 哲学社会科学版》2001年第1期。

参见刘明祥：《不能用行为共同说解释我国刑法中的共同犯罪》，《法律科学》2017年第1期。

息等变化所产生的复杂的犯罪形式,会使传统刑法的边界与功能发生改变。在这种复杂多变的情形下,一些无危害性的中间帮助行为(譬如运输、仓储等)以及混杂在经济活动中的新型“职业性”行为(譬如资金掮客、票据中介、信用卡养卡等),是否可以因为它对经济领域欺诈犯罪的发生起到实质性的帮助作用,即使不具有共同(或相同)的犯罪主观内容,也能以共同犯罪来认定,从而加强对经济秩序的刑事保障力度,是一个与刑法介入经济生活的界限相关的敏感问题。

再者,这是一个实践中需要明确的“中国问题”。除了探讨传统经典的刑法理论命题,我们要正视本国现实的犯罪样态以及相关问题,经济犯罪案数的增长已经使其成为全社会犯罪中的主流样态。中国社会科学院发布的《法治蓝皮书(2013)》指出,全国犯罪呈现出暴力犯罪持续下降,经济犯罪井喷式增长的情况。及至《法治蓝皮书(2016)》,更是指出2015年经济犯罪态势包括“非法集资、内幕交易、利用未公开信息交易、地下钱庄等金融犯罪证券犯罪剧增,电信网络犯罪暴涨。”根据公安机关数据,2016年全国共立案经济犯罪案件16.8万起,较5年前增长了34.5%;涉案总金额7433亿元,相当于5年前的2.6倍。除了案件数量绝对值的增长,还有犯罪样态的变化。近年司法机关对经济犯罪相关问题的调研材料反映,多种类型的经济犯罪中出现了产业化、链条化现象。这种产业化、链条化的犯罪样态,意味着犯罪的实施是由多人参与、多人配合共同完成的。帮助者可能是“职业性的”“技术性的”外观(形式)正常的经济活动或交易行为,但它们对经济犯罪的成功实施有着重要的作用。这种情况对于经济犯罪的侦查发现以及预防、惩治机制都产生了许多现实的、复杂的问题。例如,其一,经济犯罪中内外勾结作案的情况增多,给案件的侦查发现与审理认定增加了难度。随着经济活动的网络化、电子化、科技化发展,内部人员了解经济活动中的最新技术,能够运用高科技手段有针对性地研究新型犯罪手段,诸如破解加密技术,模拟防伪标志等。内部人员一般具有专业知识以及从业经验,凭借这些得天独厚的条件,最能窥测业务活动的薄弱环节。而在犯罪后,内部人员也会千方百计掩盖事实,毁灭痕迹,制造假象,转移赃物,订立攻守同盟。其二,经济犯罪与腐败犯罪的附随同性特征较强,例如,“金融活动一般比较复杂,需要手续环节很多,所以需要分工配合,共同实施。犯罪分子重视金融机构内部人员的资源优势,经常引诱、勾结,选择内部人员作为同伙。”《上海金融检察白皮书(2016)》中指出:“针对银行的金融诈骗大案多发,金融从业人员涉及领域蔓延”。此类案件,尤其是

参见[德]乌尔里希·齐白:《全球风险社会与信息社会中的刑法》,周遵友、江湖等译,中国法制出版社2012年版,第2页。

参见公安部经济犯罪侦查局:《公安部部署推进打击风险型经济犯罪“云端2017专项行动”调集优质资源打击风险型经济犯罪》,《人民公安报》2017年7月20日。

参见:1.“最高人民法院:侵犯知识产权犯罪呈产业化、网络化、跨区域趋势”,该报告中指出,“随着通讯、交通、物流、网络的快速发展,犯罪组织由过去以散兵游勇、单打独斗为主,发展成具有一定产业网络规模的犯罪体系,而且往往涉及多个地区,尤其是利用互联网实施侵犯知识产权犯罪等新型犯罪案件不断出现。”2017年1月9日,新华网;2.盛丰:《经济犯罪产业化问题的思考》,《公安研究》2013年第8期;3.“银行卡犯罪群体庞大产业化明显”,《法制日报》2012年1月9日。

参见时任最高人民法院副院长熊选国在2007年中国人民大学主办的“全球化背景下金融犯罪问题”国际学术研讨会上就金融犯罪情况的发言内容。

在有身份者与无身份者共同实施犯罪的案件中，是否构成共同犯罪，罪名的选择适用，主、从犯的区分等法律适用有许多难点。当前司法实践中由于职务犯罪在实体与程序上的不同设置，多名案犯进行了分案处理，并且在分案处理的情况下，可能是先审理帮助犯，再将帮助犯的成立作为认定正犯的依据。有的观点对此表示担忧，认为这种本末倒置的做法，容易造成冤假错案。

任何理论的构建与演进都不能离开本土实践。学者们之所以对共同犯罪问题展开热烈的理论争鸣，其宗旨亦是为本国司法实践提供指引。当经济犯罪呈现出如上所述的许多新特征时，如果能够完善其共同犯罪问题的认定与处理，必将有助于实现法治原则。因此，它是一个刑法学研究要面对的理论与实践双关的“中国问题”。

二、经济犯罪中共同犯罪问题认定与处理的困难

正如学者指出，我国传统共同犯罪通说的特点之一在于它要求“整体认定犯罪”，当这种整体认定思路适用于经济犯罪时，我们会发现，该理论通说与现实经济犯罪情况之间的矛盾暴露得更为突出。

（一）“整体认定犯罪”的要求与经济犯罪中“共同犯罪故意”认定困难的矛盾

传统理论通说中共同犯罪认定的要件之一是多名案犯具有“共同的犯罪行为”。“共同的犯罪行为”指多人实施相同的犯罪行为或者是分工配合的犯罪行为，但须在“犯罪客体”这个更高层级的抽象概念下取得整体性。例如，甲乙丙三人共同盗窃案中，甲望风，乙搬运，丙则销赃。上述情形中分工配合行为处于犯罪流程中不同的环节，但它们侵犯的客体是一致的，即财物所有权。在这种情况下，望风、搬运、销赃行为距离盗窃罪“秘密窃取”这一正犯行为在形式上是有差距的，因此要证明构成盗窃罪共同犯罪，侦查取证和检控举证都要求三人的分工配合行为实际上是指向同一目标。这种目标的一致性，司法实践中一般通过查明认定他们之间存在“意思联络”来完成。在共同正犯の場合，行为之所以实施了部分实行行为，却要对整个共同犯罪所造成的结果承担刑事责任的基础在于，通过所谓的犯意联络，将所有的共犯人联系在一起形成“犯罪集体”，所有的行为人要对此犯罪集体造成的结果承担责任。例如，在一起集资诈骗指控中，被告人吴x上诉提出其不具有非法占有他人财物的目的，5名原审被告及孙某没有集资诈骗的意思联络，不构成共同犯罪。而裁判则认为：陈延x、吴x、王x、孙玉x等人非法集资后并不用于生产经营，致使集资款不能返还，且将集资款分配后逃匿，主观上具有非法占有他人钱财的目的。在非法集资过程中吴x、陈延x等人各负其责，相互配合，系共同犯罪。

参见赵东涛、陈其琨：《例外与规范：共同犯罪案件“分案处理”机制的完善——以同案犯“另案处理”为视角》，全国法院第27届学术讨论会论文。

参见张明楷：《共同犯罪的认定方法》，《法学研究》2014年第3期。

同注。

参见阎二鹏：《扩张正犯概念体系的建构——兼评对限制正犯概念的反思性检讨》《中国法学》2009年第3期。

参见“陈延x、孙玉x集资诈骗二审刑事裁定书”，河北省保定市中级人民法院刑事裁定书（2016）冀06刑终702号，<http://wenshu.court.gov.cn>，裁判文书网，2017年1月12日访问。

共同犯罪故意是指二人以上在对共同犯罪行为具有同一认识的基础上,对其所会造成的危害结果持希望或放任的心理状态。“共同犯罪故意的认识内容,包括……共同犯罪人认识到自己与他人互相配合共同实施犯罪”,譬如事前有过犯罪计划、协商沟通活动等。但是,在经济犯罪案件中,“意思联络”的查明与举证历来存在许多现实困难。

首先,是“意思联络”方式的变化。在网络时代,进行犯意联络的形式多种多样,电子邮件、QQ、微信等工具为“意思联络”提供了“匿名”的途径。现代社会的“意思联络”具有瞬时性、变化性、非对称性,进行犯意表示、交流、意思联结不需要有固定的场所、空间或者载体,而是可以以一种隐匿的状态存在且内容瞬时可灭失。在司法实践中,查证每个环节的犯意联络是很难的,绝大多数案件的犯罪嫌疑人都不会供述自己的行为与犯罪有关,也不大可能会存在“纸质、书面的计划书”这样的证据可以直接证明彼此存在犯罪故意的联络。通过检索裁判文书中的既判案例,我们会发现在许多多名案犯涉嫌犯罪的案件审理中,一些犯罪嫌疑人会以事前“不知情”或事后“不参与利益分配”辩称“不具备共同犯罪故意”而否认构成共同犯罪的指控。例如,在金某、吕某涉嫌内幕交易、泄露内幕信息罪指控中,辩方主张,“金某对吕某自行利用内幕信息进行自筹资金的炒股不知情,也不参与利益分成,因此金某与吕某就这部分内幕交易非法获利200多万元不构成共同犯罪。原判按照全案内幕交易的数额认定金某的内幕交易经营数额和确定罚金数额错误。”再如,在一起集资诈骗罪案件中,辩方主张,“其把借来的钱全部交给于冰,没有非法占有目的,对于冰在外借钱不知情,系被于冰所骗,与于冰没有共同的犯罪故意,不构成共同犯罪,不对全案数额承担责任”。

其次,是“意思联络”横向的片面性、单维性。实践中多发的经济犯罪是诈骗型犯罪,根据刑法规定其构成犯罪要具有“非法占有目的”的主观要件。但经济犯罪的各个环节中,多名案犯的意思联络是片面的、单向的。例如,一些像“资金掮客”“票据中间人”“信用卡套现服务”等这样的帮助行为客观上服务于经济犯罪,但他们把其作为“职业”“营利”的经营方式,与诈骗型经济犯罪之间在主观内容上有区别,具有一定的独立性,不是对资金具有直接“非法占有的目的”,而只是想通过所谓的经营或服务取得“佣金”“中介费”等,其往往自认为他们实施的是“中立的帮助行为”,至于对于他人去实施犯罪持放任的态度。这与正犯的主观故意是直接故意,且是目的犯的主观内容不同。

再者,是“意思联络”纵向的断层性、分离性。越来越多经济犯罪是以公司、团伙等一定组织性的形式进行,其组成人员分别处于高低不同的层级,高低层级成员之间不仅行为的具体内容有区别,而且对于犯罪活动的认识是断裂或分离的。例如,一些设立“公司”以传销方式进行的非法吸收公众存款犯罪中,所谓的“公司成员”有不同的分工安排,其中有一种专门宣传、游说他人投资的“讲课人员”,他们是以各种形式的“讲课”“开会”来煽动、宣扬如何能够更快、更多、更省力地赚钱,他人参加受骗是因为听信了他们的谎言。但是在案发后,这些“宣讲人员”会辩称自己没有收受钱款。再如,“公司成员”中还

浙江省高级人民法院刑事判决书,(2013)浙刑二终字第135号,<http://wenshu.court.gov.cn>,裁判文书网,2017年1月10日访问。

“于冰集资诈骗一案二审刑事裁定书”,黑龙江省高级人民法院刑事裁定书(2016)黑刑终68号,<http://wenshu.court.gov.cn>,裁判文书网,2017年1月14日访问。

有一些低层级的工作人员，例如只负责接受款项的前台人员，或者负责处理伙食卫生等其他勤杂事务的杂务人员，会辩称自己对于犯罪活动毫不知情，甚至自己是受害人之一。

（二）“整体认定犯罪”的要求与经济犯罪中“共同犯罪行为”认定困难的矛盾

如前所述，传统共同犯罪通说“整体认定犯罪”的框架是以单独犯或正犯作为模本建立的，并且在我国采用统一刑法典立法模式的情况下，一并适用于传统犯罪和经济犯罪。但是，本文认为经济犯罪“共同犯罪行为”认定的侧重面应该要有所区别。

首先，正犯行为与共犯行为是相对而言的，但刑法分则中经济犯罪正犯行为的定型性本就较弱，因此正犯行为与共犯行为难以在形式上加以区分。经济犯罪属于法定犯，其实行行为只能从规范的意义理解，而不能从形式上进行判断。在刑法分则的罪状表述中，经济犯罪难以归纳出典型的、类型化的构成要件行为，甚至在“前瞻性立法”的情况下，有些罪名的实行行为是刑法本身也对其缺少充分认识，因而有些经济犯罪只能表述为对于经济社会特定规范的违反。即使在有些罪名的罪状中列举出了实践中常见多发的行为方式，也仍然因为这种列举未能穷尽所有表现形式，从而设置“其他”作为兜底条款。所以，相比于传统犯罪中“盗窃”“诈骗”“抢劫”这样的构成要件行为，经济犯罪中的实行行为是难以描述的、抽象的。所以，经济犯罪中的行为因其抽象性而具有较强的包容性，甚至当某些行为表现方式似乎无法纳入共犯行为时，反而可以以刑法实质解释的方式扩张正犯行为的概念范畴将其作为正犯进行处理。

再者，是当帮助行为具有独立危害性，正犯行为与共犯行为在造成法益侵害结果的功能性大小上难以区分。在经济犯罪中，这种作用大小的区分困难更为明显。原因在于，正犯与共犯并不是固有的概念，二者是在正犯、共犯分离体系下相对而言的，而经济犯罪中的“正犯行为”与“共犯行为”本就因为“正犯行为”定型性弱而无法区分。除了形式上难以区分，还在造成法益侵害结果的功能性大小方面难分高下。有些貌似“无明显危害的帮助行为”，却对造成法益侵害结果起着关键作用或者放大其危害性。例如，目前一些技术帮助行为成为金融领域经济犯罪发生或蔓延的关键助力之一，其表现包括：其一，倚仗专业金融知识提供的帮助行为降低了实施金融诈骗犯罪的主体门槛，像中晋系涉嫌集资诈骗罪案件中，不具有金融专业知识能力的一般主体可能是“实际控制人”，是重大金融犯罪案件的策划者、组织者；其二，职业性的中间服务促使某些种类的金融犯罪在市场中蔓延，从案件情况看，近年来一些重大的金融凭证诈骗案、票据诈骗案都和票据中介服务的生态情况有一定关联；其三，网络技术等服务平台推动了金融领域经济犯罪手段的不断翻新。但是，对于这些在外观上不具有明显危害性的帮助行为，其“刑事不法性”的判断是非常困难的。例如，在集资犯罪中，并非所有的被害人直接与非法集资犯罪人联系，而是通过中间人联系，司法实践中对中间人的处理并不一致，有的按集资诈骗罪或非法吸收公众存款罪的共同犯罪论处；有的认定为单独的非法吸收公众存款罪；有的则将其归为受害人群体，不作为犯罪处理。

（三）“整体认定犯罪”的要求与经济犯罪中罪刑均衡原则难以实现的矛盾

1. 经济犯罪共同犯罪中主、从犯区分标准的不确定性

参见北京市人民检察院第二分院课题组：《北京市检察机关近年办理的金融诈骗犯罪案件实证研究》<http://www.jcrb.com>，正义网，2012年9月26日访问。

我国刑法对于共同犯罪中的主犯、从犯规定为不同的量刑情节,因此刑法设定共同犯罪的最终目的应是对不同的犯罪人在量刑阶段进行处罚轻重的区分,实现罪刑均衡。罪刑均衡原则难以实现,首先体现在以经济犯罪共同犯罪认定时主、从犯区分的困难。理论上,主、从犯是按照行为人在共同犯罪中的作用大小进行区分,但是,在现行共同犯罪的理论状况下,我们对于共同犯罪的构成标准问题讨论较多,对于共同犯罪人作用大小如何进行比较缺少标准,对于在共同犯罪中起到主要作用,次要、辅助作用应结合哪些案件事实进行判断未加阐明,也未明确这种比较的依据是否可以交由法官进行实质裁量。在司法实践中,共同犯罪案件中受到主犯指控的犯罪嫌疑人辩称并非属于“主犯”的情况是常常出现的。例如,在一起涉嫌走私罪共同犯罪案件中,辩方主张“是受雇请帮做工的,没有参与保货和分红,在走私过程中属于从犯地位,不是主犯”,而裁判则认为该被告人在共同走私硅铁合金到越南过程中,负责联系安排过驳场地、吊机、后推车、清点工人、看路工人,将大货车从南宁运到垌中所装载的货物过驳到方拖车后偷运走私出境,并从中获取报酬,其行为在整个走私环节中起着不可或缺的作用,应认定为主犯。对同一类型的事实情况,譬如犯罪嫌疑人是否获取犯罪收益的事实,对于主犯、从犯认定的作用,司法中的处理是不一致的。有的案件中,认为犯罪嫌疑人没有从经济犯罪的实施中获得额外的收益,只是受雇佣从事相关行为,认定为从犯;有的则认为,在犯罪行为完成之后对赃款如何支配和使用,不影响其行为性质的认定。此外,当前司法实践中,由于经济犯罪案件中各共犯人可能分处异地,或者因为案件侦查的证据困难,有的案件中多个犯罪嫌疑人无法同时到案受审,有的案件中多个犯罪嫌疑人进行了分案处理,案件事实查明和法律适用标准难以统一。例如上海金源骗贷案中的上海金源公司与浙江纵横集团,两地司法机关分别对涉及同一案件事实的不同人员分别以集资诈骗罪和骗取贷款罪处置。这种由于各共犯人在案件办理过程中分处不同管辖地域所产生的影响使得司法中对同一案件事实给予了不同程度的责任认定,导致罪刑失衡。

2. 经济犯罪中内外勾结犯罪适用共同犯罪的问题

罪刑均衡原则实现的困难还体现在内外勾结型经济犯罪以共同犯罪处理的适用困难。实践中这种经济犯罪对内部人的利用一般有两种形式:一,利用内部人员熟悉地形、环境等工作便利实施,但与职权无关;二,利用内部人员的职权便利实施,多数以权钱交易的手段勾结实施。例如,为了规避贷款审核流程,向具有贷款审核职权的管理人员行贿。经济犯罪中外部人员的犯罪行为交织着内部人员的贪污、挪用、受贿、玩忽职守、滥用职权等职权腐败犯罪,从广义的事实方面认定,犯罪人既包括“有身份”的内部人员,也包括“无身份”的外部人员,而有身份者与无身份者共同实施犯罪的定性问题历来是个难题。问题包括:(1)是否作为共同犯罪处理;(2)是适用身份犯的罪名还是非身份

参见“包昌荣、李业富、何景山走私普通货物、物品罪刑事裁定书”,广西壮族自治区高级人民法院刑事裁定书(2014)桂刑经终字第15号,<http://wenshu.court.gov.cn>,裁判文书网,2017年1月15日访问。

参见“鲁彤集资诈骗罪二审刑事裁定书”,北京市高级人民法院刑事裁定书,(2015)高刑终字第248号。

参见欧阳晓红、陈哲、张勇:《两大疑点待解 金源骗贷案隐情曝光》《经济观察报》2010年09月10日 <http://finance.qq.com/a/20100911/001144.htm>,腾讯网,2013年6月20日访问。

参见杜国强:《无身份者与有身份者共同犯罪定性问题研究》,《国家检察官学院学报》2004年第3期。

犯的罪名；(3)主、从犯如何区分。目前司法解释采用的观点是按照主犯和实行犯的基本特征来确定罪名。该解释观点中主犯决定说的缺陷最为明显，使得定罪和量刑前后倒置，有悖法理逻辑；而且该解释不能推广适用到所有情形。因此，当前司法实践中对内外勾结型经济犯罪在适用法律时仍存在较大分歧。例如，在票据中介的情形下，内外勾结利用金融票据实施诈骗，是根据银行工作人员的职务犯罪特征认定，还是认定为金融诈骗类犯罪？关系到犯罪性质、刑事责任和量刑的确定。分别定罪说接近目前的司法实际操作，但这种定罪模式割裂了内部人利用职务便利的行为与外部人金融诈骗的行为对造成危害金融秩序法益后果之间的有机统一关系，分离了两者之间的内在联系对于经济犯罪行为顺利实施的作用，隐藏了犯罪之所以发生的内在原因。而且，根据现行刑法规定，金融诈骗罪的法定刑远高于职务犯罪罪名的法定刑，分别定罪将导致罪刑失衡。我们认为，因为适用共同犯罪的困难，目前对于经济犯罪问题的考察必须关注内部人员涉案的职务犯罪问题，不能忽略在案件司法逻辑的背后还隐藏着亟需重视的内控软肋和职务腐败发生的制度风险问题。有些涉案金额巨大的金融诈骗罪，其实行手法简单到匪夷所思的地步，如果没有内部人员的配合进行内外勾结，几乎不可能成功。

三、经济犯罪中共同犯罪问题的解决路径：统一正犯模式

(一) 经济犯罪中的共同犯罪问题与传统犯罪的解决路径不同

传统犯罪中共同犯罪问题往往在正犯、共犯分离体系下围绕“共犯从属性”与“共犯独立性”展开，本文认为这种在共犯、正犯分离体系内的解决路径或许适用于传统犯罪情形下共同犯罪问题。而经济犯罪中共同犯罪问题的解决路径更适宜采用不区分共犯、正犯的统一正犯模式。理由在于：首先，如前所述，经济犯罪中正犯、共犯形式上的分离是难以实现的。传统犯罪与经济犯罪的实行行为具有不同的特点。传统犯罪的犯罪行为以身体的动静在形式外观上呈现出客观性、具体性，相较之下，经济犯罪的实行行为不一定具有身体动静的外观性特征而体现为对经济法律规范的尊重或否定态度，是抽象的。因此，前者是自然意义的、形式上的，譬如盗窃、抢劫、诈骗，千百年来其实行行为概念的内涵、外延均相对稳定；而后者是规范意义的、实质上的，譬如操纵证券市场罪、票据诈骗罪，其行为表现可谓千变万化。而且有些经济犯罪随着经济法律法规的调整，其行为“不法性”的有无会发生根本性的质变。例如，未足额实缴资本的虚报注册资本行为，随着《公司法》对公司注册资本制的变化即发生了根本性的变化。再者，经济犯罪无需纠结于“共犯从属性”与“共犯独立性”问题。因为在司法实践中，传统犯

参见陈宏：《银行工作人员内外勾结利用金融票据实施诈骗行为的认定》，载陈辐宽主编：《金融证券犯罪疑难问题解析》，中国检察出版社2009年版，第77页。

参见谢平、陆磊：《中国金融腐败的经济学分析》，中信出版社2005年版，第89页。

例如齐鲁银行刘济源案。法院经审理查明，被告人刘济源自2008年11月至2010年11月，采取私刻存款企业、银行印鉴，伪造质押贷款资料、银行存款凭证、电汇凭证、转账支票及以企业的名义在银行开立账户，冒充银行工作人员，让企业向其控制的账户内存款等手段，骗取银行、企业资金共计101.3亿余元。案发后，依法追缴赃款赃物合计82.9亿余元。

罪中可能会面临这样的一些问题：当实行构成要件行为的主体不具有刑事责任能力（系未成年人或精神病人）时，帮助者、教唆者、组织者是否要承担刑事责任。即“共犯从属性”与“共犯独立性”之争的确是个实践性的难题，但是，这种情况在经济犯罪中是不大可能存在或者实际上是不会发生的。经济犯罪中无论是实施构成要件行为的主体，或者是以其他形式——帮助、教唆、组织的方式参加到犯罪活动中的主体，几乎不会出现未成年人或精神病的情况。因此，困扰传统犯罪的“共犯从属性”与“共犯独立性”之争对于经济犯罪是个不具有实践性的命题，甚至可以认为是一个假命题。

因此，与传统犯罪比较，经济犯罪中共同犯罪问题的解决路径在以下几个方面可以予以区别：第一，以“事实”为中心转为以“规范”为中心。传统犯罪的共同犯罪问题是在正犯、共犯分离体系下，以正犯的实行行为事实为中心；而经济犯罪中共同犯罪问题以是否违反经济社会的整体规范为中心。第二，从“形式”判断转为“功能”判断。传统犯罪的共同犯罪问题是对各参与到犯罪过程中的主体行为事实进行形式判断，看是否存在共同或相互配合、相互衔接造成后果。而经济犯罪的共同犯罪问题是对各共同参与到过程中的主体行为进行“功能”判断，看是否共同造成侵害经济秩序的后果。对于犯罪的支配就从因果力的角度出发进行理解：只有与法益侵害结果具有因果关系的人才是刑法处罚的对象，如此才能达到预防目的。第三，从刑事责任的“有无”问题转为刑事责任的“轻重”问题。经济犯罪共同犯罪问题的解决目标从是否构成犯罪转为是否要承担责任，从定罪阶段后移到量刑阶段。

（二）经济犯罪中共同犯罪问题关键性的认定标准是对法益危害结果功能性的“因果力”

如果不采用正犯、共犯分离体系来思考共同犯罪的认定标准，经济犯罪中实施教唆、帮助、组织等行为的人之所以要承担刑事责任，并不是因为在形式上具有“共同的犯罪行为”和“共同的犯罪故意”，而是因为这种行为对于法益危害结果具有功能性的“因果力”。就此，摒弃实行行为的形式标准，以实质上的“因果力”作为适用共同犯罪追究责任的依据，具有如下优势：

1. 使得片面帮助行为突破理论束缚，得以以共同犯罪认定。例如，在一起票据诈骗案件中，被告人强申上诉及其辩护人辩护提出，原判认定的第二起事实中，强申只是帮忙将汇票带给陈益忠，没有实施票据诈骗的主观故意和客观行为，不构成共同犯罪；而裁判认为：上诉人强申明知上诉人陈益忠为实施诈骗而购买假汇票，仍为其提供帮助，应以票据诈骗罪共犯论处；相比于传统犯罪，经济犯罪共同犯罪问题的理论框架更能突破传统共同犯罪通说要求整体认定犯罪的束缚。在立法上已经先行一步，可供例证的情况是保险诈骗罪中片面共犯的设立。由于保险欺诈中共同犯罪多发，犯罪防控较难，我国《刑法》第198条规定：“保险事故的鉴定人、证明人、财产评估人故意提供虚假的证明文件，为他人诈骗提供条件的，以保险诈骗的共犯论处。”

2. 实现共同犯罪刑法理论与司法实践的良性互动关系。虽然我国刑法通说采用“犯罪共同说”，并认为“行为共同说”与“意思共同说”是片面的，但当我们把“共谋未共行”作为共同犯罪处理，实际上即是采用了“意思共同说”；当司法裁判受到“部分共同

参见“陈益忠、强申票据诈骗罪二审刑事裁定书”，浙江省嘉兴市中级人民法院刑事裁定书（2011）浙嘉刑终字第113号，<http://wenshu.court.gov.cn>，裁判文书网，2017年1月12日访问。

犯罪说”的影响，说明我们又在一些情形中采纳了“行为共同说”。这些不同学说观点兼容并用的情况也表明，当某一种学说如果没法证明自身具有普遍、唯一的适用性时，与其试图证明另一种学说也是错误的，还不如先去探寻合适的方案。因此，我国目前关于共同犯罪问题的实际情况是：以“犯罪共同说”为基础，兼采了“意思共同说”和“行为共同说”。这种由不同学说中的内容交叉融合构成的共同犯罪理论，实际上使得正犯、共犯的区分已经失去意义，固守分离体系反而致使理论陷入无谓的繁琐复杂，司法裁判失去确定的标准。

本文认为，适宜我国经济犯罪的共同犯罪问题的方案是采用不区分正犯、共犯的统一正犯体系。在该体系下，认为凡是给予犯罪结果以条件的，都是正犯，在构成要件阶段和行为类型上不严格区分正犯与共犯，到量刑阶段根据参与的行为性质、程度、实际所起作用的大小等进行综合评判，判处与其责任相适应的刑罚。传统犯罪与经济犯罪在共同犯罪问题上采用不同的体系，在德国亦是如此。虽然在德国刑法中区分正犯、共犯，并以此作为共犯处罚的基础及量刑的依据。但对于经济犯罪，出于简单化以便于操作的原因，立法者将统一正犯人的概念纳入了《德国违反秩序法》第14条中。

检索裁判文书网既判案例，我们发现经济犯罪案件中对“不构成共同犯罪”的上诉理由，司法裁判未采纳辩方观点的依据主要包括以下几种：（1）以教唆的方式引起了犯罪；（2）和其他犯罪人分享了犯罪收益；（3）对犯罪在主观上产生促进作用；（4）共同实施了犯罪行为。例如，在一起内幕交易罪案件中，二审裁判认为：“虽然两被告人分别筹集资金，也是按照所投入资金进行获利分成的，但这些资金均是由吕某利用内幕交易进行买卖股票，两被告人在内幕交易上属于共同犯罪，均应对内幕交易的发生的经营额和违法所得负责。因此，原判按照内幕交易总的违法所得判处两被告人罚金符合共同犯罪的法律规定。”（5）对结果具有一定的因果力，包括使结果发生、范围扩大、程度加重等。例如，在一起集资诈骗案件中，裁判认为：“根据部分被害人的陈述，于冰、孟祥赞利用翔运公司加盟阳光易贷的事实在二人集资过程中起到了骗取被害人信任的作用。于冰、孟祥赞及二人的辩护人所提翔运公司加盟阳光易贷是真实的，集资行为没有利用翔运公司加盟行为的上诉理由和辩护意见，不予采纳。”由上述情况看，司法实践中判断共同犯罪人作用力大小的因素是复杂的，需要综合衡量而不仅仅是考察其行为是否在形式上更接近构成要件行为。

（三）经济犯罪中帮助行为可罚性的方案

1. 帮助行为的处罚不一定以共同犯罪作为唯一的解决路径

有的观点认为，为了惩治所谓外观上没有明显危害性，实质上却会导致一定危害结果发生的帮助行为，目前刑事立法开始以“帮助行为正犯化”的方式通过立法增设新罪

参见陈洪兵：《我国实采统一的正犯体系》，转引自陈洪兵著：《共犯论思考》人民法院出版社2009年版，第175页。

参见[德]约翰内斯·韦塞尔斯：《德国刑法总论》，李昌珂译，法律出版社2008年版，第281页。

浙江省高级人民法院刑事判决书，（20-13）浙刑二终字第135号，<http://wenshu.court.gov.cn>，裁判文书网，2017年1月15日访问。

“于冰集资诈骗一案二审刑事裁定书”，黑龙江省高级人民法院刑事裁定书（2016）黑刑终68号，<http://wenshu.court.gov.cn>，裁判文书网，2017年1月12日访问。

名。但是这种立法路径的弊端是使刑法分则中构成要件的定型性更加弱化,可能促使经济领域的刑罚圈扩大,面临重刑主义的质疑。本文认为,帮助行为正犯化趋势说明帮助行为可罚性方案不一定以共同犯罪为唯一路径,但无论采用哪种方案都应在罪刑法定原则的指引下兴利除弊。

2. 帮助行为以共犯化处理要设定“事前通谋”等要素作为前提要件,明确主观内容的证明标准

国外刑法理论把外观上无害、本身不具有犯罪性而客观上促进了他人犯罪实施的行为称为中立的帮助行为。有的观点认为,当前实践中大量中立的帮助行为被犯罪化处理,使构成要件行为的定型性被弱化。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、帐号、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,或者提供制假生产技术的,以生产、销售伪劣商品犯罪的共犯论处。”2002年7月8日最高人民法院、最高人民检察院、海关总署《关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》第15条规定:“刑法第156条规定的“与走私罪犯通谋”中的通谋,是指犯罪行为之间事先或者事中形成的共同的走私故意。下列情形可以认定为通谋:(一)对明知他人从事走私活动而同意为其提供贷款、资金、帐号、发票、证明、海关单证、提供运输、保管、邮寄或者其他方便的……”那么,司法解释对这种中立的帮助行为以“事前通谋”作为刑事可罚性的依据,究竟是否有悖法治原则呢?

本文认为,现实中,经济犯罪的帮助行为有些已经具有一定的“刑事可罚性”,“事先通谋”可以作为扩张对其处罚的依据。思考这种处理是否突破了法治原则,可以参考比较英美刑事司法中的共谋罪规则。共谋罪独立于共谋的目标犯罪而构成一种独立犯罪,二人以上以实施不法行为为目标达成协议的行为,或者是二人以上以使用不法手段实施合法行为为目标而达成协议的行为,即可构成共谋罪。英美刑事司法共谋罪规则的本质是以刑事责任的方式惩罚行为之间形成的不法协议,不要求作为协议目标或对象的犯罪或不法行为是否实际实施。而且这种协议没有必要是正式的协议,行为之间达成“心照不宣的理解”即可构成。共谋罪的入罪门槛很低,这为运用刑罚权提前遏制犯罪提供了正当性根据,为控方追诉犯罪创造了实用、便利的条件。大量英国的经济犯罪案件表明,共谋诈骗的定罪是处罚经济犯罪的一个有力武器。

共谋罪规则为控方追诉犯罪提供了便利条件。首先,刑事程序法上证据规则的宽松性即共同共谋者传闻证据例外法则得到了承认,即一个共同共谋者在共谋过程中或在推进共谋的过程所作的陈述,可以用来指控其他共谋者。其理由是共谋具有秘密性特征,一般人无法知悉共谋的细节,很少有其他证据可证明共谋。而且共同共谋者是共谋的参与者,是查明共谋的最有价值证据来源之一。正因为共同共谋者最知悉共谋的细节,因

陈洪兵:《质疑经济犯罪司法解释共犯之规定——以中立行为的帮助理论为视角》《北京交通大学学报(社会科学版)》2010年第3期。

参见王文英:《欧洲经济犯罪比较研究——以欧盟、英国和意大利为视角》,外语教学与研究出版社2006年版,第198页。

此其可信性较强，容易让陪审团认为“除非亲自参与共谋，否则不可能这么了解共谋的细节”。而我国传统共同犯罪通说在认定共同犯罪的构成时，理论和实体法的现行规定决定了程序法的证据要求非常严格。由于经济犯罪的产业化、链条化情形，犯罪过程中的各个环节分割越来越细，而让所有的犯罪嫌疑人人都并案处理存在客观的困难。为了使得危害性行为得到惩治，我国以刑事司法解释来明确以“事前通谋”作为帮助行为成立共同犯罪的条件，从而使得中间环节的帮助行为具有“可罚性”。

在我国的司法实践中，主观内容的证明历来是司法机关的难题。在经济犯罪行为入部分到案、帮助行为人又对主观故意存在辩解的情况下，如何认定其主观故意更是司法实务中的难点。对此，除了设置“事前通谋”作为要件，还可以对有关“明知”的推定情形加以规定，例如对于被主管机关告知后仍实施帮助行为、交易内容属于法律法规禁止的事项、交易价格明显偏离市场价格、交易方式异常，交易过程规避侦查等，直接认定为“明知他人实施犯罪”而提供帮助，为司法实践提供简便可操作的方案。

3. 帮助行为正犯化的立法趋向作为解决经济犯罪共同犯罪认定难问题的补充方案，应坚持轻罪设置

理论上，帮助行为是相对于实行行为而言的，是为正犯（实行犯）顺利实行犯罪创造条件的行为。虽然一些质疑者在“中立的帮助行为”的说法基础上质疑帮助行为的“刑事可罚性”，但是，本文认为帮助行为的行为形式不排除其具有“刑事可罚性”。从刑法评价的角度其实从不认为帮助行为具有所谓的“中立性”而不具有社会危害性。例如，刑法中的预备犯即是指“为了犯罪，准备工具、制造条件”，是准备性的帮助行为。我国刑法总则中设定了预备犯比照既遂犯的处罚原则，即是采取了帮助行为的可罚原则。

帮助行为的可罚性可以用不同的方式实现，包括共犯化方式和正犯化方式两种。大陆法系刑法中对于预备犯的态度是原则上不可罚，所以基本上是进行实行犯立法，例如，日本刑法中的“为不正当制作支付用磁卡电磁记录做准备罪”，它本身就是“非法制作、提供电磁记录罪”的预备行为。通过刑法分则立法设置罪名将这种预备行为单独立法化，使适用刑事惩罚更明确，更方便。

实现帮助行为的刑事可罚性已经有两种渠道：一是作为预备犯，二是作为共犯。但是，以犯罪预备处罚会因其与纯粹的犯意表现界限模糊而扩大处罚，以共犯处罚会面临共同犯罪构成条件严格而无法认定，所以在我国以帮助行为的正犯化作为一种新兴的补充方式简化追究刑事责任的条件。以刑法修正案(九)增设的“帮助信息网络犯罪活动罪”为典型，人们认为在立法层面体现了帮助行为正犯化的趋向，从调整立法技术的角度，通过刑法分则中单独设立罪名，明确这种帮助行为作为正犯处罚。这种立法技术调整下，一些表象上属于已有罪名正犯行为的帮助犯，将不再依靠共同犯罪理论就能实现刑事不法性评价和制裁，而是通过立法将其直接视为另一新罪名的“正犯”，以刑法分则中的基本犯罪构成对其进行刑事不法性评价和制裁。例如，我国在《刑法修正案(五)》中增设的“妨害信用卡管理罪”中的几种形式：“(一)明知是伪造的信用卡而持有、运输的，或者明知是伪造的空白信用卡而持有、运输，数量较大的；(二)非法持有他人信用卡，数量较大

林俊辉：《英美刑法中的共谋罪》，《检察日报》2008年12月30日。

的;(三)使用虚假的身份证明骗领信用卡的;(四)出售、购买、为他人提供伪造的信用卡或者以虚假的身份证明骗领的信用卡的。”立法列举的这几种行为方式,都有可能是“信用卡诈骗罪”的预备行为或者帮助行为。帮助行为正犯化充分考虑了帮助行为在现代经济犯罪活动中的危害性,也兼顾了罪刑均衡原则。此外,按照这种模式处理案件,不需要推敲行为人之间是否存在犯意联络,不会因为正犯未到案而无法查明控罪所需事实,大大减轻了侦查机关的取证压力和检控机关的举证义务,提高了打击控制犯罪的效率。

从经济犯罪产业化、链条化的现状看,某些类型帮助行为已经具有独立的危害性。

首先,表现出对经济犯罪产业化、规模化的推动作用。从当前经济犯罪的现状来看,较多经济犯罪的顺利实施需要不同专业、不同行业、不同技术的配合,形成了产业链条式的运作方式。例如,在信用卡诈骗中,就有搜集、出售公民个人信息的,有窃取银行卡信息的,有提供银行卡、资金支付结算账户的,有专门提取、转移诈骗款项的;在票据诈骗中,有提供融资通道服务所谓资金中介“能人”的,有伪造票据的,有私刻公文、证件、印章的人。他们所从事的帮助行为是“职业性”的,我们对资金掮客、票据中间人、键盘手、养卡人等词语形成了具有专门含义的概念,像“票据中间人”这种称呼甚至出现在裁判文书中。帮助者能同时或者先后帮助不特定人员实施某一类违法犯罪行为,其直接目的只是牟利,但这种帮助对经济犯罪的规模与危害后果起到了明显的促进推动作用。

再者,帮助行为的危害性是它对经济犯罪的技术支持、专业支持使得经济犯罪主体更具广泛性。经济犯罪通常被称为“白领犯罪”而区别于蓝领阶层实施的盗窃、诈骗、抢劫等传统犯罪。一般认为,经济犯罪与传统犯罪的一个重要区别在于主体受教育程度、专业知识的特征,但是,我们会发现,当前参与到经济犯罪中的许多成员并不具备高学历、也不掌握高技术,但是借助互联网服务、木马程序、互联网支付结算功能等这些技术性的帮助行为,借助票据中介、外汇黄牛、POS机套现等这类行业性的帮助行为,借助金融机构内部人员、政府工作人员的贿赂腐败提供的职务性帮助行为,经济犯罪的实施已经不要求主体具有特殊的条件或优势资源。经济犯罪已经不需要在主体上具有区别于传统犯罪的条件,这种情况会导致经济犯罪中的犯罪手法、犯罪方式在更广阔的地域、更广泛的行业领域传导或蔓延。

当然,虽然帮助行为因其危害性或对经济犯罪的“因果力”具有“刑事可罚性”,但是对于帮助行为的刑事处罚应在刑法谦抑主义的指导下妥善设置。帮助行为正犯化具有的特点是:构成要件宽泛,举证简便。而刑法犯罪化无非两种模式:一种是入罪难配置重刑,另一种是入罪易配置轻刑,因此帮助行为正犯化作为解决经济犯罪共同犯罪认定困难的补充方案,应坚持轻罪化的设置。这种轻罪化设置符合共同犯罪的基本原理。在大陆法系共犯、正犯分离体系模式中,区分正犯、共犯(帮助犯、教唆犯、组织犯)的初衷本就是为了根据行为性质和意义的大小对责任轻重进行区别,在该理论框架下,帮助犯的刑罚设置是轻于正犯的。我国刑法规定,在共同犯罪中起次要或者辅助作用的是从犯。对于从犯,应当从轻、减轻或者免除处罚。虽然是用“辅助”而不是“帮助”,但在

参见“熊华波伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪、违规出具金融票证罪二审刑事判决书”,湖北省十堰市中级人民法院刑事判决书(2016)鄂03刑终219号, <http://wenshu.court.gov.cn>,裁判文书网,2017年1月7日访问。

司法实践中，对于帮助行为一般也是作为辅助作用认定的。

（四）经济犯罪中共同犯罪问题的目标是区分责任轻重实现罪刑均衡

无论共同犯罪问题采用哪种学说体系，共同犯罪问题的目标一是解决是否构成共同犯罪，二是对参与到犯罪中的各主体责任轻重进行区分。参与共同犯罪的不同行为人要因其行为所体现的客观危害与主观恶性承担适当的刑罚制裁，这也是我国共同犯罪人分类学说与立法对主犯、从犯、教唆犯设置不同的刑事处罚规则的意旨所在。单一正犯体系并不是不区分在共同犯罪中各个行为人对法益侵害贡献的多寡，只不过是將这种区分工作推移到量刑阶段。我国刑法中的主从犯模式正如绝大多数学者们所认识的那样，主要是为解决共同犯罪人的量刑问题，而且法官在判断共同犯罪中何者为主犯、何者为从犯时，需要综合整体案件事实的所有主客观因素进行判断，这些无限多的因素或许只能抽象为主要与次要作用。这种体系下，共同犯罪的法律规则简便、易操作，但由于它不要求行为的定型性也必然存在弊端：制裁与否由法官决定，法官裁量权过大，会违背依法治国原则；不具有正犯资格的行为也会受到刑事处罚，属于过度扩张刑罚范围；量刑标准不确定等等。因此，本文虽然倡导经济犯罪的共同犯罪理论框架更宜采用统一正犯体系，但在具体设计时要尽量避免其弊端。

其一，严格设定以共犯化方式入罪的条件，避免司法裁量权过大，违背依法治国原则，破坏经济活动自由。经济活动中的创新成分比较活跃，在不法性处于模糊期时对一些行为方式以现有罪名中的共同犯罪认定，相比于立法新设罪名是一种比较快捷的方式，因此须设定一些附加条件严格入罪依据。譬如，多名行为人是否事前具有明知，是否参与了犯罪利益的共享，是否具有事前的通谋，是否在犯罪结果的发生上具有关键的因果力等。以司法解释的方式明确构成共同犯罪的前提条件，从而使认定标准具有明确性和稳定性。

其二，慎重对待帮助行为“刑事可罚性”的评价，避免激情式立法，警惕过度扩张刑罚范围。刑罚的扩张在经济社会是一个非常敏感的话题，采用统一正犯体系使构成要件行为的定型性弱化，但仍应有适当的标准使可罚的共犯行为与经济主体的日常经营行为和正常交易活动进行区分，目前对于“事前通谋”、“明知”判断的标准还需进一步细化。

其三，回应现实的犯罪样态，以司法解释等方式提供确定的量刑标准。统一正犯体系虽然放弃正犯与共犯形式上的区分，但是共犯行为距离构成要件行为的距离远近仍然是判断责任轻重的重要指标。此外，对实现构成要件结果的支配力的大小，也是考虑量刑轻重的内容之一，对构成要件行为贡献的种类和大小要在量刑的范围内予以区分。共同犯罪问题的解决目标是实现不同犯罪人罪刑均衡，因此具体犯罪中，对司法实践中多发的、典型的影响犯罪客观危害或犯罪人人身危险性的因素可以在司法解释中予以明确，为司法裁量提供可操作的标准。例如，对于传销活动中承担宣传、培训的人员，2013年《关于办理组织领导传销活动刑事案件适用法律若干问题的意见》即规定其可以认定为传销活动的组织者、领导者。再如，在非法集资刑事案件中，2014年《关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》第4条规定，提供帮助，从中收取代理费、好处费、佣金、提成等费用，构成非法集资人共同犯罪的，应当依法追究刑事责任。

（责任编辑：丁亚秋）

参见阎二鹏：《扩张正犯概念体系的建构——兼评对限制正犯概念的反思性检讨》《中国法学》2009年第3期。