

论中立帮助行为的处罚边界

陈洪兵

【作者简介】陈洪兵, 南京师范大学法学院教授。

【原文出处】摘自《中国法学》(京), 2017.1.189~208

【基金项目】本文系“江苏高校优势学科建设工程资助项目”的成果之一。

一、问题的提出

杂货店老板明知他人购买菜刀是用于杀人而出售菜刀, 五金店店员知悉他人入户盗窃的计划而出售螺丝刀, 出租车司机了解乘客的杀人意图而载其到杀人现场, 这类通常无害却客观上促进了他人犯罪行为及结果的行为, 被德、日和我国台湾地区学者称为“外部中立的行为”、“日常生活行为”、“职业典型行为”、“中性业务行为”等。传统观点认为, 只要行为促进了正犯行为及其结果, 即客观上具有因果关系, 并且行为人对此明知而持希望或者放任态度, 即主观上具有帮助的故意, 就成立帮助犯。而就中立帮助行为而言, 往往难以否认其客观上的因果性及主观上的帮助故意, 按照传统帮助犯理论, 对中立帮助行为应一律以帮助犯论处。追求法益保护与自由保障之间的平衡是刑法学的永恒主题。倘若将上述商品交易、运输服务等中立帮助行为一概作为帮助犯加以处罚, 难免导致公民行动的萎缩甚至整个社会交往的瘫痪。因此, 德、日刑法理论界最近几十年来就如何划清不可罚的中立帮助行为与可罚的帮助犯的界限问题展开了深入持久的讨论。虽然理论上还存在分歧, 但中立帮助行为原则上不成立帮助犯如今已成为德、日刑法理论界的共识。而我国刑事立法及司法实务并没有中立帮助行为的概念, 一直按照传统共犯的成立条件, 不加区别地将中立帮助行为以帮助犯处罚, 从而不当地扩大了共犯的处

罚范围。

二、现状的反思

如果只要想到自己的业务行为或者日常生活行为有可能促进他人的犯罪活动, 银行就不能提供贷款, 债务人就不应按期还债, 企业就必须停止向环境污染企业、伪劣商品生产企业提供原材料, 无疑过于限制了公民的自由。因为这不仅给每个日常生活中的普通人强加了一份防止犯罪的警察义务, 还会使当事人产生因为运气不好而成为罪犯的心理, 难收对其惩罚改造之效。

三、理论上的解决方案

应否处罚中立帮助行为, 理论上存在全面处罚说与限制处罚说。全面处罚说认为, 只要符合传统帮助犯的成立条件, 即具有因果关系与故意, 就应以帮助犯进行处罚。全面处罚说由于根本不考虑中立帮助行为的特殊性, 不当限制了公民的自由, 因此如今在德、日等国极少有支持者。大多数学者认为, 从保护现代社会交往中公民的业务自由、日常活动自由考虑, 应当限制中立帮助行为的处罚范围。理论界虽然还存在争论, 但已基本上属于限制处罚说阵营内部的分歧。

国内不少学者在解决中立帮助行为的可罚性问题上, 强调中立帮助行为人的主观认识对行为可罚性的影响, 即不在违法性阶段解决问题, 而是企图在有责性阶段找到出罪的通道。然而, 按照彻底的结

果无价值论,故意不是主观的违法要素,并不影响行为的违法性的有无与大小。考虑中立帮助行为人的主观方面,恰恰是我国理论与实务长期存在的不严格区分违法与责任,在客观要素不能确定或者并不符合构成要件的情况下,考虑行为人有无故意、过失,如有,则反过来认为客观要素已经具备的整体考察的惯性思维的体现。杂货店老板明知他人购买菜刀是为了杀人而向其出售菜刀,与朋友明知他人的杀人计划而提供菜刀,在对杀人行为的主观认识与意志态度上并无本质差别,不同仅在于客观方面,前者属于正常的商品交易行为,后者系明确援助他人犯罪的行为。撇开中立帮助行为违法性本身的评价,直接借助有责性来解决中立帮助行为的可罚性问题,有悖从违法到有责认定犯罪的规律,属于典型的“客观不够主观补”的整体思维模式。倘若认为行为人由于没有明确认识到他人的犯罪计划、缺乏帮助故意而不成立帮助犯,则按照过失犯的单一正犯原理,中立帮助行为人虽不成立故意的帮助犯,却完全可能单独成立过失的正犯。可见,主观说并没有从根本上解决中立帮助行为的可罚性问题。质言之,如果从主观责任层面进行限定的话,则等于什么也没有说。因为,理论上之所以将中立的帮助行为作为问题单独提出来,就是因为考虑到行为人即便对其为正犯行为提供方便的事实具有认识,但也不一定构成帮助犯。

国内还有学者主张假定的代替原因说,但该说同样存在疑问:一是虽然卖给杀人犯菜刀这种帮助行为没有任何不可取代性,但帮助行为本来就不需要具有不可取代性,也不需要具有关键性的客观贡献,即,有无可取代性,并不影响帮助犯成立与否。二是完全考虑假定的代替原因,可能导致不可罚的范围过广。例如,正犯为用汽车杀人而向十个朋友借车,如果每个朋友都答应借车,实际上正犯借用其中一人的汽车将被害人撞死,难道能够否定实际借车人的行为与实际发生的结果之间的因果性?显然不可能。三是考虑是否存在别的行为介入的可能性,是将行为时还没有现实化的行为与已经现实化的行为相提并论,这也存在疑问。例如,被害人父亲抢在执行死刑之前的瞬间推开执行人,自己扣动扳

机击毙了死刑犯的案件,若考虑假定的代替原因,似乎只能得出否定因果关系的结论。但可以肯定的是,死刑犯是被被害人的父亲开枪打死的,也就是其开枪行为合法则地引起了死刑犯的死亡结果,即便不适用条件关系公式,也可以直接肯定因果关系的成立。同样,即便否认杂货店老板出售菜刀的行为成立帮助犯,也不可否认杀人犯就是用其出售的菜刀杀死被害人的,故因果关系本身难以否认。总之,刑法中的因果关系本来就是现实的行为与现实发生的结果之间的因果关系,以假定的并不存在的“虚拟”行为与结果之间的因果关系,取代现实的因果关系的判断,并非正确的思路。

之所以讨论中立帮助行为的可罚性问题,是因为客观上的因果关系与主观上的帮助故意往往难以否定,但一律处罚中立的帮助行为,恐会阻碍正常的社会交往。因此,要否定中立帮助行为的可罚性,只能从否定帮助犯的客观构成要件即违法性入手。考虑到自由保障与法益保护之间的权衡,否定帮助行为本身,应是排除中立帮助行为可罚性的主要路径。社会生活中几乎所有的行为都可以成为犯罪的帮助行为。例如,作为商品销售的领带、水果刀、扳手、铁钉等,虽然均属于生活用品,却也可能置人于死地,但不能因为这些商品可能用于杀人,就要求出售者必须审查购买者的品行并要求购买者保证不用之杀人方才出售,否则必然导致社会生活的瘫痪。再则,根据不作为犯的义务来源二分说——法益保护义务与危险源监督义务,一方面,难以认为出售日常用品的金店老板对被害人负有法益保护义务,另一方面,因为出售的系日用品也难以认为出售者负有危险源监督义务。当然,如果出售的是国家管制的枪支、刀具、毒鼠强等违禁品,因为法律或者行业规范已经对购买者的资格以及出售者的审查义务做出了相应规定,如果违反相关规定,则违反了危险源监督义务,可能成立杀人的帮助犯或者单独正犯(如违规销售枪支罪)。

虽然大多数学者认为,向正在店前吵架的一方出售菜刀或者铁锤的,成立杀人或者伤害的帮助犯,但应认为,即便是店前吵架而使得法益侵害的危险出现紧迫的场合,五金店老板也不负有法益保护义

务与危险源监督义务,不应要求其必须拒绝出售菜刀,因为使用其出售的菜刀杀人,完全属于他人“自我答责”的领域。否则,不仅菜刀不能出售,连拖把、扳手等只要有可能用于伤人的物品都不能出售,这无疑过分限制了商人的经营自由,变相地科予其防止犯罪的警察义务。

总之,商品交易行为、日常生活行为一方面可能被利用来实施犯罪而侵害法益,但另一方面,这类行为体现了公民的日常交易交往的自由;为在自由保障与法益保护之间寻求平衡,只要不违反相关法律、法规和行业规范的要求,行为人不负有法益保护义务与危险源监督义务,此时应当尊重和保护公民的交易交往自由,对这种行为不宜评价为帮助行为,不具有帮助行为性,不符合帮助犯的客观构成要件,不待考虑行为人有无认识及认识的程度,就可直接否定帮助犯或者正犯(如窝藏罪)的成立。

关于网络中立帮助行为的可罚性,一直以来司法解释秉持的立场是,明知他人利用信息网络实施犯罪而为其提供互联网接入、平台服务等技术支持的,均成立相应犯罪的共犯。在此惯性思维下,《刑法修正案(九)》增设了拒不履行信息网络安全管理义务罪与帮助信息网络犯罪活动罪。对此规定,肯定论者认为,帮助信息网络犯罪活动罪的增设不仅具有充分的合理性和必要性,也具有相当的法理基础。批评论者则指出,网络服务提供者的行为属于中立的帮助行为,上述规定不当扩大了中立帮助行为的处罚范围,过于限制了网络服务提供者的业务自由,可能严重阻碍互联网行业的发展,因而主张对其适用范围进行严格限制。

对于“快播案”,应当对使用该快播软件所带来的正当利益与用户利用该软件传播淫秽物品所带来的弊害进行衡量,如果认为正当利益明显超过弊害,以及虽然快播公司在发现他人利用快播软件传播淫秽物品或接到有关部门的整改通知后,有能力采取措施移除淫秽视频,但若因此严重妨碍合法用户对于快播软件的正常使用,则法院在定罪上应当采取

谨慎的态度。换言之,只有在两种情形下,法院才可能追究快播公司及相关人员的刑事责任:一是使用该软件所带来的正当利益并不明显超过非法使用该软件所带来的弊害;二是克服非法使用该软件所带来的弊害,并不因此严重妨害合法用户的正常使用,而且因此投入的成本尚属可以接受的范围。总之,对于应否追究网络服务提供者的刑事责任,应进行提供服务所带来的好处与可能带来的弊害进行权衡,将保护互联网行业的创新发展与打击网络犯罪之间的冲突进行协调,唯此,才不至于“因噎废食”。

国外理论界最近几十年来轰轰烈烈讨论的中立帮助行为的处罚边界问题,显然没有引起我国刑法理论与实务界的足够重视。一直以来立法者与司法者均认为,只要行为人主观上认识到他人的犯罪意图,客观上促进了他人的犯罪,即便行为属于正常的业务行为或日常活动,也难逃帮助犯的刑责。关于中立帮助行为的可罚性,国外理论上虽然存在主观说与客观说等的分歧,但均认为应限制中立帮助行为的处罚范围。

中立帮助行为的特殊性在于,行为在促进他人犯罪的同时,行为本身还具有正常业务行为或者日常活动的一面,因此,在是否处罚中立帮助行为的问题上,必须在打击犯罪以保护法益与保障公民交易交往自由之间进行利益权衡。除非存在法律、法规或者行业的禁止性规定、规范,否则,通常应认为行为没有制造不被法律所允许的危险,不能谓之帮助行为,不成立帮助犯。

“快播案”虽经法院宣判快播公司及相关人员构成传播淫秽物品牟利罪,但结论仍有值得商榷之处。对于网络服务商的行为,必须进行提供服务所带来的正当利益与可能带来的传播淫秽物品、侵犯知识产权等的弊害进行充分权衡,以及对于互联网行业创新发展的保护与有效打击网络犯罪之间的冲突进行协调,否则可能“因噎废食”,阻碍日新月异的中国互联网行业的健康、快速发展。