

中立的帮助行为司法犯罪化的标准探讨

郭 玮

【摘 要】中立的帮助行为具有日常性,在社会生活中较为多见,若全面将其纳入帮助犯的领域,将造成社会的紊乱。目前我国正逐步推进适度的犯罪化,有必要在司法领域将一部分具有严重社会危害性及应受惩罚性的中立帮助行为划入犯罪。以“不真正片面帮助犯罪”为标杆建构中立的帮助行为司法犯罪化的标准,即中立的帮助行为人主观上须对他人的犯罪行为及自身的帮助行为具有明确性认识,客观上须满足相当因果关系说对因果关系的限定。通过主客观方面的严格把握,在刑法谦抑性的基础上实现对社会生活的合理规制。

【关键词】中立的帮助行为;司法犯罪化;因果关系

【作者简介】郭玮,北京师范大学博士研究生。

【原文出处】《西部法学评论》(兰州),2018.1.104~121

一、中立的帮助行为概说

中立的帮助行为,通常是指从外表上看无害,与犯罪无关,不追求非法目的,但实质上却对他人的犯罪行为起到促进作用的行为。日常生活中充斥着大量的中立的帮助行为,如一个店主卖给他人锤子或者螺丝刀,由此猜测地或者担心地知道,这个人将用此工具去砍别人的脑袋或者侵入别人的住宅,这是一种有刑事可罚性的帮助吗?一个银行职员把一个客户的钱,根据其要求,以匿名转移资本的方式转入卢森堡,并且由此知道,这个客户转账是为了逃税的目的而进行的,这名银行职员对这种帮助负有罪责吗?一个向一家工厂提供原料的人,知道这家工厂正处于违反环境刑法的行为构成的加工过程之中,可以由于帮助而使之具有刑事可罚性吗?^①在国外,上述行为又被称为“外部的中立的行为”、“日常的行为”、“职业典型的行为”、“习惯的业务活动”、“中立的行为”等。^②我国有学者分别称之为“中立的帮助行为”^③、“外表无害的中立行为”、“日常生活

行为”^④等。

此类行为的关键词为“中立”及“帮助”,“中立”即无倾向性,而“帮助”则具有明显倾向性,两者较为矛盾。“中立”主要源于行为的业务性、日常性,着眼于形式。“帮助”意在表达此类行为实际上对犯罪起到的促进作用,着眼于客观。外表中立的帮助行为本身的矛盾性,决定了司法实践必定面临的困惑。如前文所举案例,若只要中立行为人认识到或可能认识到他人的犯罪行为,且事实上对犯罪行为起到了帮助作用,就以帮助犯论处过于严苛。若一概认定为正常的业务、日常行为,不加以规制,则不利于犯罪的打击与控制。因此,如何看待并理解中立的帮助行为、确立此类行为“犯罪化”的标准,兼顾打击犯罪与保障自由,值得深入研究。事实上,我国一直通过司法解释将一些中立的帮助行为予以“共犯化”。如2002年最高人民法院、最高人民检察院与海关总署联合发布的《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:对明知他人从事走

私活动而同意为其提供贷款、资金、账号、发票、证明、海关单证、提供运输、保管、邮寄或者其他方便的,属于“与走私犯同谋”,构成走私罪的共犯。2005年最高人民法院、最高人民检察院发布的《关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第4条规定:明知他人实施赌博犯罪活动,而为其提供资金、计算机网络、通讯、费用结算等直接帮助的,以赌博罪的共犯论处。这种“一刀切”式的规定固然解决了司法实践中的困惑,但将大量中立的帮助行为“犯罪化”的根据何在?是否合理?依照上述司法解释的规定,对于此类行为,只要客观上起到了促进作用,主观上有明确认识,就一律认定为帮助犯,并不考虑这些行为中是否具有日常生活、业务交易等包含明显中立性的因素。虽然司法解释的发布是为了保护法益,但按照罪刑法定原则的明确性要求,应当为中立的帮助行为树立一个清晰的标准。司法机关在日常办案过程中会遇到形形色色的中立的帮助行为,加之共犯理论的复杂性,倘若肆意解释,简单地认定为帮助犯,对于法治建设具有极大的破坏作用。目前,我国刑事司法界及理论界对中立的帮助行为研究较少,探索中立的帮助行为司法犯罪化的标准,为司法正义提供有效保障是当务之急。笔者认为,应在国内外相关研究的基础之上,依靠理论的分析、积累,探索此类行为的规律,建构相应的犯罪化模型。可以围绕“中立”、“帮助”两大主题,透过形式揭示实质,找出此类行为的倾向性,分析所谓的中立行为与犯罪行为或结果之间有无因果关系,是何种因果关系,作用力的大小等问题。分析帮助行为人对犯罪行为或结果有无主观认识及意志,主观认识及意志的内容是什么,程度如何,动机是什么等问题。进而将主观与客观、形式与实质相结合,划定不可罚的帮助行为与可罚的帮助行为之间的界限。

二、我国“司法犯罪化”的考量因素

作为犯罪化的具体类型,“司法犯罪化”也可被称为解释适用上的犯罪化。即在适用刑法时,将迄今为止没有适用刑法作为犯罪处理的行为,通过新的解释将其作为犯罪处理。^⑥有学者认为,国外刑法

对于犯罪的规定是“立法定性,司法定量”,而我国则是“立法定性加定量”,这就决定了国外刑法犯罪化是由立法和司法共同完成的,而我国刑法犯罪化只能由立法单独完成。笔者不赞同此说法,我国刑法犯罪化并不是由立法单独完成的,司法虽然与定性无关,但却与定量有极大的关系。绝大部分犯罪,除了需具备基本的构成要件,还要额外具备定量因素,如各种“情节恶劣”、“严重后果”等,且有《刑法》第13条“但书”中“情节显著轻微”的规定。实际上,在很多犯罪中,罪名法条中的具体情节,如行为的方法、时机、场合等因素,远远少于“情节恶劣”、“严重后果”等概括情节,具体决定罪与非罪“犯罪化”的量化因素,最终还是要司法来决定,即司法实际承担了犯罪化的定量任务。另外,由于社会现象的复杂多样,完全把定量的任务托付给立法也是不可能的。司法不仅事实上承担着犯罪化的功能,相较于“立法犯罪化”,“司法犯罪化”更值得我们深入研究。“立法犯罪化”是指通过修改、修订刑法,将不是犯罪的行为作为犯罪处理,要经过严格的调研、提请、论证、表决程序才能实现,民主性及科学性强。而“司法犯罪化”则时时刻刻存在于司法活动之中,需要司法者即时作出自己的判断。有时刑法对一些犯罪只作了性质上的限定,没有规定具体的行为方式,刑事司法完全可能在不违反罪刑法定原则的前提下,将原先没有当作犯罪处理的行为犯罪化。如经济犯罪中大量存在的兜底条款,为司法者开展“司法犯罪化”提供了广阔空间。又如在《刑法修正案(八)》出台之前,对于醉酒驾驶机动车的行为,虽然无法认定其为危险驾驶罪,但可以根据醉酒驾车行为对社会公共安全所造成的危险程度,灵活运用以危险方法危害公共安全罪来应对“汽车时代”带来的危险,实现法益的保护。此外,即便刑法对某一罪名有较为详细的描述,但适用刑法的过程也是解释刑法的过程,只有要解释的空间,仍然可能存在“司法犯罪化”。如“以营利为目的”、“携带凶器”、“利用职务上的便利”、“共同故意犯罪”、“公共场所秩序严重混乱”等等,最高人民法院、最高人民检察院或者办案法官完全可能根

据当时的情势灵活解释,将之前不认为是犯罪的行为作犯罪化处理。

为了避免陷入“欲加之罪何患无辞”的司法厄境,“司法犯罪化”必须遵守刑法原则,恪守一定的标准,防止过度犯罪化、随意犯罪化,实现科学、合法、适度犯罪化。因此,要着重考虑以下两点:首先,由于刑事司法权力的扩张性,必须要在司法过程中坚持罪刑法定原则,防止不合理的“司法犯罪化”。鉴于“司法犯罪化”实际上就是解释适用上的犯罪化,持有什么样的刑法解释立场关系到罪刑法定原则的践行程度。笔者认为,要坚持罪刑法定原则,形式解释论是不二选择。形式解释论认为维护刑法的安定性,保障人权是罪刑法定的核心要求。应基于罪刑法定原则所倡导的形式理性,通过形式要件,将实质上值得科处刑罚但缺乏刑法规定的行为排斥在犯罪范围之外。认为在法律没有明文规定情形下,即使存在实质上的处罚必要性,也不能定罪处罚,如果这是一种缺陷的话,应该是成文法的缺陷或者局限。在进行形式解释之后还要进行实质解释,实现刑法的双重限制。^⑦相反,实质解释论过于强调处罚的必要性与合理性,又没有树立“必要性”与“合理性”的清晰标杆,赋予了司法者过大的权力。其最大缺陷在于将实质解释前移并应用到构成要件该当性的判断上,在其保护法益主旨的影响下,为不适当的扩大解释乃至类推解释埋下了伏笔,进而随意入罪。虽然其在保护法益以及适用法条的灵活性方面独具一格,但弊大于利而不足取。其次,行为须满足犯罪的本质特征。传统理论认为,犯罪具有三个特征:第一,犯罪是危害社会的行为,具有相当程度的社会危害性,这是犯罪的实质内容;第二,犯罪是触犯刑律的行为,具有刑事违法性,这是社会危害性的法律表现;第三,犯罪是应受刑罚处罚的行为,具有应受惩罚性。这是社会危害性和刑事违法性的必然法律后果,也是犯罪行为与其他违法行为相区别的重要特征之一。^⑧其中的社会危害性是犯罪的实质特征,是指行为对刑法所保护的社会关系造成或可能造成这样或那样的损害的特征。^⑨影响社会危害性程度的

因素主要包括行为侵犯的客体;行为的手段、后果以及时间地点;行为是否造成危害结果以及危害结果的大小;行为人本身的情况及其主观因素;情节是否恶劣;行为实施时的社会形势等。^⑩在司法过程中,司法者必须在考虑以上因素的基础上,依据社会的政治、经济、管理、意识、文化等方面的价值标准,作出犯罪与否的决定。社会危害性虽然重要,但不能等同于犯罪的本质特征,因为犯罪既不是单纯的法律现象,也不是单纯的社会现象。一种行为的社会危害性再大,如果没有立法及司法的评价,不可能是犯罪。但立法及司法为什么要将其评价为犯罪,除了社会危害性,需要考量的因素还包括应受惩罚性。恩格斯曾指出:蔑视社会秩序最明显、最极端的表现就是犯罪。应当说,正是由于对社会秩序的极端蔑视,某种行为才有受到惩罚的必要,才导致了犯罪的成立。法国学者迪尔凯姆说:不是惩罚造成了犯罪,犯罪只有由于惩罚才明显地暴露于我们的眼前。因此,我们要想明白何为犯罪,必须从研究惩罚入手。^⑪有学者归纳了应受惩罚性包括的因素:责任因素、权利因素、公平因素、预防因素、手段因素、成本因素及人道因素。通过以上因素的考量,增强犯罪化的合理性、必要性和可行性。^⑫笔者认为值得借鉴。刑事违法性作为犯罪的法律特征或形式特征,是由社会危害性及应受惩罚性所决定的。笔者认为传统理论之所以将其列为犯罪的特征之一,主要是立足于业已完成的犯罪的角度,在于充分阐释罪刑法定原则,检验立法及司法行为的正当性。“司法犯罪化”是指一种司法过程,主要着眼于判断将何种行为纳入犯罪圈,社会危害性及应受惩罚性是必须考虑的要素,而刑事违法性是对于业已成型的犯罪行为而言,具有终局的评价性,对于“司法犯罪化”不具有实践价值。

三、中立的帮助行为司法犯罪化标准的理论争鸣

早在1840年,德国学者Kitka就提出这样的问题:在B要杀C时,A还将刀卖给B,而且A当时知道B是为了杀C而买刀,A是否构成杀人罪的共犯?^⑬

进入20世纪,德国陆续出现了一些中立的帮助行为的案例,引发了理论上的极大关注。日本自1995年以来,受到德国的影响,也开始逐渐关注这一问题。经过多年的论争,德日刑法关于此类行为处罚范围的研究较为成熟,形成了全面处罚说与限制处罚说。全面处罚说建立在扩张理论之上,认为只要按照一般的帮助犯成立要件即可,不用特别限制中性帮助行为的处罚。^①如德国学者耶赛克和魏根特认为,五金商店出售一个螺丝刀,如果售货员清楚地知道该螺丝刀不久将会被用作入室盗窃工具的话,同样可能成为帮助行为。如果药剂师清楚买药人会将该药用于谋杀,出售Valium(安定)药片,同样可能成为帮助犯。如果购买行为对于购买人而言一如售货员所知道的那样一意味着不久将实施犯罪行为,且使用所购买之物品,在此等情况下,可认定为帮助犯。^②全面处罚说抹去了帮助行为的中立性,将其视为一般的帮助行为,认为知道他人将入室盗窃而交给他人一把螺丝刀,跟知道他人将入室盗窃而卖给他人一把螺丝刀没什么不同,两种行为对法益的侵害程度是一样的。如果按照全面处罚说,从事日常活动、业务交易的人则时刻处于紧张状态,以免与犯罪有牵连,这种处理方式明显对社会正常的生产生活造成了极大困扰,目前全面处罚说的支持者较少,在德日属于少数说。限制处罚说认为,应当对中立的帮助行为的处罚范围进行限制,因为限制的方法及角度不同,限制处罚说分为重视行为主观要素的主观说、重视行为客观要素的客观说以及主客观一并考虑的折中说。

(一)主观说

主观说通过对行为人主观方面的分析划定中立帮助行为的界限,其内部又分为促进意思说及确定的故意说。促进意思说认为帮助行为人要成立帮助犯,不仅需要对他人的犯罪行为及结果存在认识,而且意图通过自己的行为促进犯罪结果的发生。德国学者科勒认为,对于中立的帮助行为,即便行为人知道自己的行为会被对方利用来实施犯罪,由于自己没有期望发生犯罪的结果,所以不应成立帮助犯。

确定的故意说认为,帮助行为人仅有未必的故意就不能成立帮助犯。从犯作为犯罪的客观帮助者,通常必须是意图通过自己的援助行为积极推动犯罪结果的发生,如援助行为不与他人的犯罪行为形成密不可分的联系,也就是非基于确定的故意不能成立帮助犯。德国学者Von Bar认为,武器销售商向形迹可疑的顾客出售武器,该顾客即使用之实施了犯罪,也不能将武器商人的出售行为评价为帮助行为,因为随后的犯罪行为并非是武器销售行为的必然归结。^③主观说受到了学者们的批判,有学者认为,从理论层面,依据主观的基准讨论犯罪成立与否本身存在问题,没有事先确定客观构成要件充足与否,而过早的从主观构成要件上加以否定,无非是循环论证。^④有学者认为,未必的故意也是故意的种类之一,没有必要将其作为特别对待的理由。^⑤有学者认为,主观说只重视行为的主观方面,不从行为的客观方面分析中立的帮助行为与符合修正的构成要件的帮助行为在成立帮助犯所要求的行为“外观上”的定型性的角度去判定非罪的中立帮助行为与帮助犯中帮助行为之间的差异,这无疑是其致命的缺陷。^⑥笔者认为,中立的帮助行为的特殊性不只在于行为人的主观方面,主要在于行为本身的中立性等客观方面。忽视行为的客观方面,从主观方面去对中立的帮助行为的处罚范围进行限制,属于方向性错误。中立行为对他人的犯罪行为及结果存在确定性认识,且希望通过自己的行为促进犯罪结果的发生,并不是中立的帮助行为“犯罪化”的充分条件。之所以处罚帮助犯,是因为帮助行为促进了法益侵害,因此,帮助行为与正犯的实行行为之间必须具有因果关系,这就要求帮助行为给正犯以心理的影响或者物理的影响,从而使实行行为更为容易。否则,帮助行为与实行行为之间就没有因果关系,该帮助行为就不可罚。^⑦如果中立行为没有明显的法益侵害性及不被允许的危险,对正犯行为没有物理上的影响或促进,与犯罪结果之间缺乏因果性,即便中立行为人具有主观上的确定性认识,且希望犯罪结果发生,哪怕动机再恶劣,将中立行为“犯罪化”也是不合适

的。如五金店主甲明知乙是入室盗窃惯犯,要进入丙的房间盗窃,因为甲跟丙素不和睦,甲也希望丙家被盗,遂将螺丝刀卖给乙,但乙在发现丙家房门没锁后径直进入实施了盗窃行为。在这种情况下,甲的出售行为并没有助力乙的盗窃行为,与丙家被盗缺乏因果性。甲作为商人,进行的是中立的业务活动,虽然希望丙家被盗,但中间也夹杂了逐利的成分,不同于一般帮助犯,其法益侵害性相对较弱。单纯考虑中立行为人的主观方面,还会产生另外一个问题,如果人们要将以任何方式能为正犯的计划所利用的任何行为都视为提供帮助的话,那么,卖给正犯食品和衣服的人,也是帮助犯。^②比如开饭店的甲得知乙要杀掉自己的仇人丙,极力款待乙,乙酒足饭饱之后将丙杀死。甲对于乙的杀人计划有确定性的认识,且希望犯罪结果发生,企图以提供饭食的方式为甲加油打气,提供帮助。如果不考察甲的“帮助”行为是否产生不被允许的危险、对法益造成的侵害有多大、以及与犯罪结果之间是否存在因果性,贸然将其认定为帮助犯,则是荒谬的。此外,如果只考虑中立行为人的主观方面,也会产生证明上的困难,特别是在日常生活、业务活动领域,恐怕没有人会坦白自己对于犯罪行为的预见及对犯罪结果的希望,因此不具有可操作性。

(二)客观说

主观说着眼于主观方面,从行为人有无对他人犯罪行为及结果的认识,以及是否意图促进犯罪结果发生等角度来判断中立的帮助行为人的可罚性。与主观说不同,客观说主要从行为等客观方面将责任归于中立的帮助行为人。客观说又分为如下学说:

1. 社会相当性说。社会相当性说认为应当从行为是否具有社会相当性的角度对中立的帮助行为的可罚性范围进行限制。德国学者韦尔策尔所倡导的社会相当性理论是行为无价值的产物,认为并非所有的法益侵害都被禁止,如外科医生的手术等,不违反一般的伦理规范,具有一般的社会相当性,阻却其违法实质。^③德国学者韦塞尔斯与博伊尔克也认为,

只要中立的帮助行为没有超出日常行为样态,尤其是没有超出单纯的职务行为的框架,如卖面包给意图毒害他人的人,卖斧头给意图伤害妻子的丈夫等,都符合一般的社会相当性,排除在可罚的帮助犯之外。^④根据社会相当性说,即便中立的帮助行为人知道他人将要实施危害行为而提供了帮助,且该帮助行为确实促成了危害结果的发生,由于帮助行为属于日常行为,没有超出一般的社会理解范围,为社会伦理秩序所容许,具有社会相当性,所以不具有可罚性。该说看似合理,实际上有待商榷。首先,此种行为到底是否符合一般的社会相当性,值得探讨,一种披着合法性、日常性外衣实则损害法益的行为,恐怕不会为社会伦理秩序所容许,也不会是符合社会相当性的行为。其次,虽然社会相当性说的意图在于将符合社会正常生活的行为排除在犯罪圈之外,但究竟什么是“社会相当性”以及什么行为具备“社会相当性”,该说并没有给出答案,无法为复杂的社会生活提供确切指引,且有循环论证之嫌。正如台湾地区学者蔡蕙芳所指出:尽管社会相当性理论概念被认为过于广泛,没有提出明确标准,但此理论所指引的社会相当性阻却行为不法性的核心原则却是正确的。因此,社会相当性理论就像一颗尚未加工的钻石,需要同时由概念的理论层面,以及实际的现象层面两方面继续发展。^⑤

2. 职业相当性说。在社会相当性说的基础上,德国学者哈塞默提倡职业相当性说,提出应以客观事实情况或者职业群体的类别来判断某个行为是否应被认为是职业上相当的行为。凡是通常的,被社会广为接受并遵守相关领域的职业规范与规则的行为,可被认为具有职业上的相当性。不是该当构成要件的不法行为,但如果为了达到违法目的而违反相关职业规则,则已进入刑罚领域。按照公开的职业准则进行操作,履行国家和社会所赋予的职责,属于职业上的相当性行为,不会同时又被刑法所禁止。^⑥职业相当性说面临的最大批判就是其将职业规范置于刑法规范之上,赋予职业群体免于非难的特权。根据职业相当性说,五金店主知道顾客买刀

具是为了杀害其妻子而卖给她刀具,因为没有违背公开的职业准则,具有职业相当性而不可罚。相反,邻居向他人提供刀具却要作为帮助犯论处。之所以一般的职业行为不可罚,是因为职业行为通常不会制造侵害法益的危险,但在具体案例中,如果职业行为与非职业行为一样,都制造了法律所不允许的危险,则以“职业相当性”脱罪并不妥当。

3. 利益衡量说。利益衡量说认为,应基于立法论的考量从利益衡量的角度对帮助犯的客观要件进行限制解释,从而对中立行为所实施的帮助的可罚性加以限制。具体说来,就是在构成要件上应将基本法所保护的潜在的帮助犯的行动自由与从法益保护原则出发的禁止催生他人犯罪行为的要求加以考量以此限制参与者的处罚范围。^⑤为了达到利益平衡,犯罪行为的不法性越大,对中立行为人的行动自由所施加的限制就应越大。这在某种程度上督促中立行为人尽到自己的注意义务,也为处罚帮助犯提供了实质的理由。利益衡量说在德国具有立法依据,德国《刑法》第138条、第323条c分别规定了犯罪不告知罪及一般不救助罪,立法充分表明,在特别重大犯罪发生的场合以及在事故或公共危险发生时,对公民行动自由的限制是可以容忍的。对于利益衡量说的批判主要在于其没有明确提出保护法益与保护自由的选择标准,在具体情形下应当倾向于哪种利益较难抉择,导致决定作出的无规律性。实际上,在具体案例中,对法益的保护往往优越于对行动自由的保护,这就使利益衡量说在某种程度上沦为全面处罚说。

4. 正犯不法连带说。德国学者舒曼提出了“连带”这一概念,并将其运用于帮助犯构成要件的限定性解释中,认为帮助的不法不仅在于故意地因果性地促进他人的犯罪行为,而且与他人形成连带关系,产生追随正犯不法行为的印象。该说以印象说^⑥为基础,强调行为无价值,共犯的不法及共犯的处罚根据不在于与正犯共同引起法益侵害结果,而是与正犯不法之间的连带关系。^⑦但仅有因“追随正犯”、“不法的接近”还不足以产生不法的连带关系,帮助

行为必须对正犯不法的核心产生促进作用。即该说的核心概念为“不法的接近性”及“促进正犯不法的核心”,上述要素的齐备是中立帮助行为不法的基础。该说较好的解决了某些疑难案例,如中立行为入明知他人要去杀人而向该人提供饮食,因提供饮食的行为不具有“不法的接近性”,与一般人提供饮食并没有本质的不同,距离不法的实行行为还很遥远,没有“促进正犯不法的核心”,因此不具有可罚性。但该说仍面临着批判,首先,该说并没有对“连带”、“接近”等概念作出进一步的解释说明,导致该说具有模糊性。其次,该说片面强调“连带”,认为共犯的处罚根据是其与正犯的连带关系,主张行为无价值,否定结果无价值。事实上,印象说并不必然建立在行为无价值论的基础之上,结果无价值与印象说并不矛盾。结果无价值认为刑法的目的或任务就是保护法益,所以,引起法益侵害及其危险,就是刑法禁止的对象,违法性的实质就是引起结果无价值。^⑧因此,若一种行为引起了法益侵害或者具有侵害法益的危险,也会破坏社会大众对法律的信赖以及法律的安定性,这与印象说相契合。再次,该说以犯罪预备阶段还是实行阶段为标准判断中立帮助行为的“接近性”亦不妥,一般的帮助行为由于参与了犯罪预备而被认为可罚,而日常行为、业务行为只能在实行阶段参与时才肯定其从犯性,片面夸大了日常行为、业务行为的特殊性。

5. 溯及禁止论。德国学者雅各布斯提出了溯及禁止论,主张阻绝中立行为与他人犯罪行为之间的联系,让正犯独自负责。^⑨雅各布斯认为,社会上的人在独立自主地开展自己的适法行为时,都具有独立的社会意义,应当是毫无障碍的,人际往来的最有效方式应当是做到每个人都独立,互不干涉。从事日常业务行为的人即便客观上对犯罪行为及结果起到了帮助促进作用,也是由于直接行为人不正当利用的结果,不应溯及到中立行为入身上。虽然从表面上看来,中立行为人与直接行为人一起促成了犯罪结果的发生,但两人并没有捆绑在一起,不是共同行为,而是各自追求自己的目的,属于自我答责范

畴。如明知他人购买面包的目的是用于杀人,仍向他人出售面包,但不构成杀人罪的帮助犯。明知他人酒后驾车仍为车加油,也不构成以危险方法危害公共安全罪的帮助犯。不过,中立行为人应直接行为人的要求,为其提供专门的犯罪工具的,或者中立行为人明知直接行为人正处于可能犯罪的状况中而为其提供便利的,则属于共同行为,应成立共犯。溯及禁止论最显著的特点在于其为了防止中立行为人为人动辄成为犯罪的“帮凶”,承认日常业务行为的独立性,尊重了正常的生活秩序,哪怕中立行为人明知犯罪将要发生而提供帮助的,也不构成犯罪。但为了保护法益,对于中立行为人与直接行为人的行为能够被评价为“共同行为”时,哪怕双方并没有犯意的交流,仍可构成帮助犯。雅各布斯观点受到了罗克辛的批判,罗克辛指出:在上述案例中,都存在着犯罪意义上的关系,因为实行人购买的物品对他仅仅是作为实施犯罪的工具而有用的,在出售者知道这一点时,他的行为就丧失了“中性的”日常交易的特征,而变成对法益的攻击了。在购买者直截了当地告诉出售者,他想要将所买物品用作侵入住宅或者投毒谋杀时,尽管这是一种“习以为常”的销售活动,但是,人们也几乎不能争辩一种帮助的成立。在他通过其他方式(例如通过偷听或者从实行人的朋友)获知这个信息时,为什么情况就应当不同呢?⑧溯及禁止论从共同犯罪主观方面着眼区分了片面帮助犯与帮助犯,若中立行为人知道直接行为人的意图而直接行为人仅仅认为是正常的业务活动的,虽然中立行为客观上对犯罪行为及结果起到了帮助促进作用,也是由于直接行为人不正当利用的结果,不应溯及到中立行为人身,故不构成犯罪。若中立行为人应直接行为人的要求为其提供帮助的,则构成犯罪。正如罗克辛质疑的那样,仅仅因为主犯与帮助犯之间合意形式的不同,进而影响了帮助犯的成立与否,这样是否合理?所谓的“各自追求自己的目的”也值得怀疑,中立行为人在明知直接行为人将要实施危害行为的情况下仍正常开展业务活动,虽然业务活动的正常开展或者利润的赚取是其追求的

直接目的,但其为直接行为人提供帮助进而放任危害结果发生,难道不能视为间接目的吗?在直接行为人也持有间接故意的情况下,中立行为人与直接行为人难道还是各自追求自己的目的吗?另外,该说刻意强调了日常业务行为的适法性、独立性,从而导致中立行为人凭借其“中性”而获得不当的出罪特权。如果按照此说,基本上所有不参与共同犯罪的中立行为人开展的都是合法的日常业务行为,那也就没有讨论中立的帮助行为的必要了。

6. 客观归责论。其将因果关系与归责问题相区别,因果关系以条件说为前提,在与结果有条件关系的行为中,只有行为制造了不被允许的危险,且在符合构成要件的结果中实现时,才能将该结果归属于行为人。所以,客观归责必须具备三个条件:行为制造了不被允许的危险;行为实现了不被允许的危险;没有超出构成要件的保护范围。⑨德国学者弗里施是客观归责论的代表人物,他认为,在不存在特定义务的场合,若是他人的犯罪行为处于紧迫状态,参与行为可能使他人犯罪行为容易时,这样的参与行为是否制造了危险,需要进行深入研究。如果中立行为人自由的限制是保护被正犯所侵害的他人利益的适当且必要的手段,这时中立行为人就应甘受行为自由被限制的结果。当然,对行为自由的限制应限于在行为时他人实行犯罪的可能性非常高,导致第三人受侵害已十分现实的场合。弗里施还认为,偶然的援助行为在客观性质上不属于制造了该当构成要件的不被法所容许的危险的行为,禁止这种随便都能得到的帮助行为,在我们的法益社会中不会产生相应的效果。⑩弗里施观点的主要问题在于:第一,什么样的危险属于“不被允许的危险”,什么样的犯罪行为应被评价为“紧迫状态”,以及什么是适当且必要的手段,客观归责论都没有给出明确答案,导致其区分日常中立的帮助行为与可罚的帮助行为的努力归于失败。第二,该观点最大的缺陷就在于其认为偶然的援助行为没有侵害法益的效果,但即使偶然的援助行为具有较强的可替代性,其也是违反规范的行为。以卖菜刀为例,尽管这种帮助行为没

有任何不可取代性,但是,由于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,所以这无碍于帮助犯之成立。^③第三,其主张为了保护被正犯所侵害的他人的利益,在他人利益受到侵害十分现实的场合,应当限制中立行为人的自由。但并没有给出为什么要为一个与中立行为人完全无关的人的利益而限制中立行为人正常的日常业务活动,且“侵害十分现实”的概念较为模糊,在中立行为人与他人的地位及利益相当的情况下,能否以如此主观性的标准肆意侵害中立行为人的自由,值得反思。

(三)折中说

折中说主张同时着眼于帮助行为的主观和客观方面解决中立的帮助行为“犯罪化”标准的问题。折中说的代表人物德国学者罗克辛认为,日常行为概念本身就存在问题,根本不存在本来的日常行为性质的行为,不考虑行为的目的根本无法断定属于日常行为。同时,罗克辛又强调中立行为只有制造了不被法所容许的危险,才能进行客观归责。其认为,首先,如果行为人已经知道正犯具有犯罪的故意,仍然提供援助的,则成立可罚的帮助,但没有犯罪意义关联性的除外,如向污染水源的工厂供货的行为以及向实施犯罪的人提供饮食的行为等。其次,如果行为人仅具有未必的故意,应适用信赖原则,即信赖他人不会故意实施犯罪,但如果他人呈现出明显的犯罪倾向时,则不能再适用信赖原则。折中说也受到了批判,观点主要有:第一,所谓的犯罪意义关联性判断标准模糊。以向污染水源的工厂供货为例,工厂的行为既包括生产商品这种合法行为,又包括排放污水这种不法行为。因为包括了生产商品的合法行为,故而以缺乏犯罪意义关联性为由否定供货行为的可罚性,那么,为何没有因为排放污水这种不法行为而肯定供货行为的可罚性?犯罪意义关联性判断的标准到底是什么?第二,罗克辛所谓的故意二分法包括确定的故意与未必的故意,陈洪兵教授认为,确定的故意与未必的故意都完全有可能是直接故意或间接故意。但罗克辛仅仅从认识因素、认

识程度进行分类,并没有考虑意志因素,没有将直接故意与间接故意区别对待,这种分类方式作为解决中立行为帮助问题的理论路径,即便从方法论上也是值得怀疑的。^⑤站在我国刑事立法的角度去评价罗克辛的观点固然不太妥当,但至少证明了在我国刑事语境下,折中说不可盲目借鉴。第三,根据罗克辛的观点,在确定的故意的场合,可以因为没有犯罪意义关联性而不可罚。而在未必的故意的场合,却可能因为他人有明显的犯罪倾向而可罚。加之犯罪意义关联性与犯罪倾向概念的模糊不定,很可能出现未必的故意可罚,而确定的故意不可罚的现象。

四、可参照“不真正片面帮助犯标准”

片面帮助犯属于片面共犯,片面共犯是指参与同一犯罪的人中,一方认识到或故意在和其他人共同犯罪,而另一方没有认识到有他人和自己共同犯罪的情形,即单方面、片面地存在共同犯罪的故意。^⑥对于是否承认片面共犯,有学者认为,共同犯罪的严重危害性来源于其整体性,整体性来自于各共犯人的行为相互配合、相互协调、相互补充,而行为的相互配合、协调与补充取决于各共犯人主观上的相互沟通,彼此联络。因此,所谓片面共犯并不符合共同犯罪的实质特征,将其作为共犯处理存在许多问题。^⑦有学者认为,所谓共同故意,并非必须是相互疏通的,只要行为人认识到自己是同他人一起共同实施同一犯罪,那么,就应当认定该行为人具有共同故意。^⑧上述否定片面共犯成立的观点持“意思沟通说”立场,认为共同故意应是双向的、全面的,而不是单向的、片面的,片面共犯的提法于法无据。肯定片面共犯成立的观点认为所谓的共同故意既包括相互的主观联系,也包括单方面的主观联系,全面共同故意与片面共同故意之间并不是主观联系有无的区别,而只是联系方式的区别。笔者赞同肯定说,肯定说与否定说之间最主要的分歧在于对我国《刑法》第25条第1款“共同故意犯罪”的理解,否定说将其理解为“共同故意”犯罪,而肯定说将其理解为“共同地”故意犯罪,该条第2款紧接着规定了“共同过失犯罪”,而理论上通常是不承认“共同过失”的犯罪心理

的,出于法条协调性的考虑,应认为所谓的“共同犯罪”,共同的是行为,而不是故意或过失,即应当支持肯定说。对于片面帮助犯而言,虽然其与正犯没有犯意联络,但主观上仍具有犯罪故意,认识到自己是在暗中帮助他人实施犯罪,且希望或放任自己的帮助行为能为实行行为提供便利条件或者危害结果能够发生。片面帮助犯在客观上也实施了有助于基本构成要件实现的帮助行为,与法益侵害结果具有物理上的原因力,其行为的社会危害性已经达到了应受刑罚惩罚的程度,因此具有可罚性。同时,片面帮助犯从属于正犯,只有在正犯着手实行犯罪之后,帮助者才能通过正犯的行为现实地侵害法益,才能实现其犯罪意图,这决定了片面帮助犯的共犯性,故可以用共同犯罪理论去解决其刑事责任问题。此外,我国《刑法》第198条第4款关于保险诈骗罪共犯的规定,第350条第2款关于毒品犯罪共犯的规定,已经从立法论的角度肯定了片面帮助犯。从《关于办理知识产权犯罪案件具体应用法律若干问题的解释》第16条,《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》等司法解释中也可以找到肯定片面帮助犯的根据,我国已经事实上承认了片面帮助犯。^⑨

(一)中立的帮助行为与不真正片面帮助犯的关系厘清

日本学者山中敬一将片面帮助犯细分为真正的片面帮助犯与不真正的片面帮助犯。在前者中,正犯者对帮助行为的存在完全不知,也不知帮助者的帮助故意。在后者中,正犯者对帮助行为的存在知晓,但是对帮助者的帮助故意不知。两者的区别就在于正犯者是否知道帮助行为的存在。一般的片面共犯属于前者,即正犯者不知帮助者的帮助行为也不知帮助者的帮助故意。中立的帮助行为与后者近似,两者相同之处主要表现在:第一,正犯都仅知道帮助行为的存在而不知帮助者的帮助故意。第二,正犯与帮助者都没有犯意沟通。第三,帮助者的帮助行为都是在某种“伪装”下实施的。在不真正片面帮助犯中,帮助者往往以不经意的行为或者偶然的

行为为正犯提供帮助。在中立的帮助行为中,中立的帮助者往往通过日常行为、业务行为等为正犯提供帮助。虽然存在上述相似点,但二者仍不能等同,不同之处有两点:第一,从帮助行为本身的性质来看,中立的帮助行为具有反复继续性、非个人性、匿名性、可取代性、业务性、日常生活性等特点。^⑩中立的帮助行为虽然客观上促进了犯罪的发生,但其常态性、中立性较强,并非因犯罪而产生,只是在其开展日常行为的过程中偶然地帮助了正犯。而不真正片面帮助犯也是帮助犯的一种,并不具有中立性,其与犯罪行为相伴而生,目的只有一个,即意欲或容认帮助者自身的行为使正犯者的实行行为容易进行。^⑪第二,从帮助对象来看,中立的帮助行为针对的是一般对象,即对所有对象都提供无差异的服务,而不真正片面帮助犯的对象是特定的,帮助者针对特定的正犯提供自己的帮助行为。

事实上,可罚的中立的帮助行为人与不真正片面帮助犯的主要区别就在于帮助行为是否具有体现为日常性、业务性的中立因素。但两者的相同之处仍大于不同之处,因为两者在主观上都具有明知,且客观上推动了正犯犯罪行为的实施,即具备了“重大危害或邪恶”,值得国家动用刑法加以制止。具体地讲,首先,无论是可罚中立的帮助行为人还是不真正片面帮助犯,都具备帮助故意,即邪恶要素。事实上,由于中立因素对主观恶性的抵消,可罚中立的帮助行为人一般仅具有间接故意,即认识到了犯罪将要发生,但出于对自己行为日常性、业务性的考虑,听之任之,放任危害结果发生。从自由主义的立场看,如果某种行为没有对他人或社会造成危害,就不应惩罚,但若不惩罚则不利于利益的保护或者某种重要的伦理道德秩序的维护。因此,为了实现或促进对公民重大利益的保护,或者维护某种最为基本的伦理道德秩序,需要把这些行为予以犯罪化。这种犯罪化之目的在于惩罚行为人的主观恶性,而非针对严重危害。^⑫其次,两者都推动、促进了正犯犯罪行为的实施,间接侵害了法益,触犯了危害原则^⑬。近年来,在危害原则的基础上又衍生了间接危

害。安德鲁·阿什沃斯认为:间接危害是指行为本身不具有过错和危害,但是为最终导致严重危害结果创造了机会。安德鲁·冯·赫希认为:间接危害行为是涉及多种偶然性因素的风险行为。丹尼斯·J·贝克认为:如果行为人的行为不具有危害,但是事实上诱使其他独立主体实施具有危害性的犯罪行为,则该行为构成间接危害。^④从上述意义上讲,可罚的中立的帮助行为与不真正片面帮助犯的行为是一致的,我们可以后者为参照,探索中立的帮助行为司法犯罪化的标准。

(二)可罚的中立的帮助行为主客观要件

在“司法犯罪化”过程中,我们必须立足犯罪的本质特征即社会危害性与应受惩罚性展开,虽然中立的帮助行为司法犯罪化的认定要以不真正片面帮助犯标准为基础,但归根结底,无法体现社会危害性与应受惩罚性的行为不可罚。犯罪构成体现了犯罪的本质特征,是犯罪本质特征的外在表现,是我们认定犯罪的唯一途径,而犯罪构成又是决定某一具体行为的社会危害性及其程度而为该行为构成犯罪所必需的一切客观和主观要件的有机统一。^⑤所以,要认定某一行为是否构成犯罪,首先要从主客观入手看其是否满足相应的犯罪构成,是否体现了犯罪的本质特征,只有将对主观方面与客观方面的认定紧密结合,并以犯罪本质理论为根基,才能做到适度的“司法犯罪化”。主观方面从帮助者的认识和意志因素着手,认为中立的帮助行为人要想成为不真正片面帮助犯,必须在主观方面符合其主观要件,虽然这做到了普遍性与特殊性的紧密结合,但与全面处罚说极为相似,有扩大处罚范围的危险。客观方面主要从因果关系角度着眼,探求中立的帮助行为与犯罪结果之间是否具有现实的因果关系,能否将犯罪结果归责于帮助者。客观方面着重于限制处罚范围,是对主观方面入罪倾向的抑制与平衡。鉴于可罚的中立的帮助行为与不真正片面帮助行为在主客观方面的较大相似性,我们可以尝试参照不真正片面帮助犯标准,把握可罚中立的帮助行为的主客观要件。

1.可罚的中立的帮助行为人主观方面考量

行为人的主观方面是反映犯罪目的及动机的重要窗口,也是认定其社会危害性及人身危险性的的重要参考。在中立的帮助行为中,中立的帮助行为人的罪过只能是故意,包括直接故意与间接故意。故意的认识因素包括两方面:一方面须认识到他人将要或正在实施严重危害社会的行为,另一方面还要认识到自己的帮助行为在客观上有助于正犯实行行为的完成。意志因素既包括希望也包括放任。

(1)认识必须明确。在认识因素中,中立的帮助行为人必须是明确而清晰地认识到犯罪正在发生或将要发生。如果其具有不确定的认识,则不能成为不真正片面帮助犯。若执意将不确定的认识也囊括进主观要件中,则越敏感,思维越活跃,心思越缜密的人成立不真正片面帮助犯的可能性越大,越粗心大意的人越不可能成立不真正片面帮助犯,这是荒谬的。另外,从不真正片面帮助犯成立的角度看,帮助行为人对犯罪行为也必须有确定的认识,因为帮助行为人本身有着鲜明的目的性,就是为了使实行犯更加顺利地完成任务而为其创造便利条件。一般的帮助犯自不待言,不真正片面帮助犯尤其需要具备确定的认识,试问,在不清楚他人是否要实施犯罪或者是否正在实施犯罪的情况下,且与他人无犯意沟通,如何为他人创造便利的条件呢?只有对犯罪行为有了清醒的认识,才会产生帮助的故意,并实施帮助行为。

(2)认识只需达到“概括”的程度。虽然中立的帮助行为人必须明确而清晰地认识到犯罪发生或将要发生,但具体要认识到何种程度,值得探讨。有学者认为,被帮助者实施的犯罪是行为人认识范围内的事实,但这无异于自问自答,没有解决认识程度问题。陈兴良教授认为,帮助者对正犯具体欲犯何罪即使无认识也可成立帮助犯,这并不要求帮助者对正犯的具体罪名有认识,在一定程度上有其合理性。但这是片面的,帮助者要成立帮助犯,虽然不要求认识到具体罪名,但必须认识到正犯的犯罪意思与行为,否则完全抛弃了犯罪主观方面,与刑法中的

责任原则相悖。一般认为,犯罪构成要件事实包括行为的性质、行为的客体、行为的结果等要素,非犯罪构成要件事实主要是行为的经过、时间、地点、被害人、犯罪手段等。对于非犯罪构成要件事实,因为其不属于犯罪本身事实,不管帮助者是否有认识,都不影响帮助犯的可罚性。笔者认为帮助者只需认识到正犯的犯罪意思、犯罪行为以及大致的结果即可,对于行为客体、犯罪手段等不必有认识,对于犯罪结果不必有清楚的认识。帮助者与正犯毕竟是两个独立的人,帮助者不可能清楚的知道正犯的真实意图,即便正犯也往往无法预见将发生什么样的犯罪结果。如果要求帮助者与正犯的犯罪意思及犯罪结果高度一致,则恐怕大部分帮助行为都无法成立帮助犯。如甲看到乙在追打与自己有过节的丙,认为乙只是想教训丙,便设置路障阻挡丙的去路,但乙想杀死丙,且最终将丙打死。又如甲认为购买匕首的乙想杀人而出售匕首,但乙只是利用匕首拦路抢劫。上述案例中,如以甲没有准确认识到犯罪结果、犯罪手段为由认为甲不构成任何犯罪的帮助犯,明显不妥。总的来说,帮助犯的成立不要求行为人认识到正犯具体构成要件的行为,但是帮助者必须明确而肯定地认识到正犯即将或正在实施犯罪行为,在正犯具体实施何种犯罪之构成要件方面,其认识却有可能是概括的。^④

(3)须有因果关系的认识。由于帮助犯的特殊性质,其行为一般不会直接引起正犯结果的发生,仅对正犯行为的完成有帮助作用。实际上,要考察帮助行为是否与正犯结果之间有因果关系及原因力有多大,也是较为困难的。日本学者木村龟二认为,帮助者必须认识到由于帮助行为而发生正犯的犯罪结果。^⑤按照这种观点,如果帮助者没有认识到犯罪结果,或者根本不认为自己的帮助行为对犯罪结果的发生有何帮助,则无法认定帮助犯的成立,这明显对帮助犯的成立设置了过于严格的条件,且与帮助犯本身“帮助性”、“非正犯性”的根本性质不符,故不可取。这里所说的因果关系与通常意义不同,不是帮助行为与犯罪结果之间的因果关系,而是帮助行为

与正犯行为之间的促进与被促进的关系。台湾学者林山田认为,帮助犯之帮助行为与行为结果间即使不具有因果关系,或系无效之帮助,只要是与正犯实施犯罪有关的帮助行为,均可构成帮助犯。^⑥此外,在共同犯罪中,共犯对自己行为性质的认识是整个认识内容的核心所在。如果共犯认识不到自己行为的性质,共犯也就不可能认识到所利用的他人的行为性质,这样一来共犯主观罪过中的意志因素就缺乏相应的“控制内容”,行为人就不可能实施犯罪行为。^⑦因此,对于中立的帮助者而言,认识到自己行为的性质与作用至关重要。只有先认识到自己的帮助行为具有促进正犯实行行为的作用,才能认识到帮助行为与正犯实行行为之间的因果关系,并在上述认识的前提下实施帮助行为,具有社会危害性与应受惩罚性,值得动用刑法进行评价。因此,对自己行为帮助性的准确认识,关系到帮助犯犯意及因果关系的产生,是认定帮助犯意志因素的前提,也是共犯责任的基础。

(4)须具备实质的违法性认识。在帮助者对自己行为的性质,对正犯的犯罪意思及行为,以及对因果关系的认识的基础上,成立犯罪故意是否还要求行为人认识到其帮助行为具有违法性,值得探讨。德国学者李斯特将违法性区分为形式违法性与实质违法性,形式违法性是指违反国家法规、违反法制的要求或禁止规定的行为,实质违法性是指危害社会的反社会行为。^⑧笔者认为,从中立的帮助行为本身来讲,即使帮助人有了较为明确的主观认识,但无论是在日常生活还是在业务交易活动中,很多帮助人或许会本能地认为其帮助行为只是一种日常行为或业务行为,而不会认为自己的行为与帮助犯的行为有何关联。在这种情境下,如果帮助人以自己不懂法或者自己只是开展正常交易等理由否定自己的有责性,想要认定其具有形式的违法性认识无疑是不可能的任务,而这明显放纵了帮助犯。事实上,形式的违法性认识的弊端已成为学界的共识,随着国家法治建设的加快,法律介入社会生活的程度也越来越深,各种法律规定越来越细密,面对如此庞杂的法律

体系,即便熟谙法律的学者有时也会感到力不从心。而实质的违法性认识则来源于社会伦理道德、大众所共同认同的最基本的是非观、善恶观、价值观,人们通过日常生活就能获得“什么是社会所否定的”、“什么是社会所禁止的”最直观的认识,进而形成自己的规范体系。日本学者小野清一郎认为,这种规范实质上就是一种伦理,即人伦生活的事理、道理和道义,也就是社会生活的“条理”,进一步又可以叫做文化规范或者社会规范。^⑧大塚仁也认为,违法性意识只要在行为人心默然地表现出自己的行为在成文法规范基础的国家和社会伦理规范上是不允许的就够了,不需要正确地知道禁令的法令和其章条,也不需要表象自己的行为确实是不被允许的。^⑨因此,只要中立的帮助者是社会人,我们就可以根据实质的违法性认识推定其了解最起码的社会规范和公认的价值观,如果明知而故犯,则可以认定其在主观上具备违法性认识。或许有人认为,中立的帮助行为本身所具有的日常性决定了在划定犯罪圈的时候要充分发挥刑法的谦抑性,形式的违法性认识说无疑起到了限制犯罪的作用,如果跟单独犯一样采用实质的违法性认识说,犯罪圈将急剧扩大,不利于保证日常行为的开展。笔者认为,首先,违法性认识反映了行为人的主观恶性和人身危险性,既然中立的帮助者跟单独犯一样明知而故犯,就说明两者的主观恶性和人身危险性大致相当,那么就没有理由在主观方面给予中立的帮助者优待。其次,采实质的违法性说并不必然有侵犯人权之虞。在违法性认识的判断过程中,并不是中立的帮助者只要认识到自己的行为与社会规范相悖就会被认定具有违法性认识,实质的违法性认识具有一定的程度限制,是否达到了刑事评价的程度,还要结合案件事实进行综合研判。如五金店主在卖刀具时因害怕麻烦或者避税,不遵从管理机关的购买刀具一律登记的规定出售各类刀具,且认识到自己行为的不法性。从本质来说,这也是一种背离社会规范的行为,对社会公共安全造成了威胁,但这种背离程度相当轻微,并没有动用刑法的必要。在这种情况下,如果有人利用这

个漏洞购买刀具用于杀人,不能归责于店主。相反,如果店主在知道顾客购买刀具是为了杀人的情况下出售刀具,其实质违法性认识达到了值得用刑法评价的程度,应当视为具有违法性认识。最后,对中立的帮助行为的客观方面的认定有助于消弭实质违法性认识所带来的负面影响,限制刑法圈的过度扩大。中立的帮助者仅仅有违法性认识是远远不够的,必须通过客观方面的认定,将其违法性认识与客观行为相结合,分析违法性认识在犯罪中的地位及相关因果关系原因力大小,才能最终决定入罪与否。如果采用形式的违法性认识,则为中立的帮助行为者脱罪提供了极好的借口,他们完全可以行为的“中立性”、“日常性”作掩护,否认自己的罪过。

2. 可罚的中立的帮助行为客观方面限制

(1)因果关系及其原因力的大小是认定可罚中立的帮助行为的核心要素。社会危害性是犯罪最本质,也最有决定意义的属性,不真正片面帮助犯也不例外,帮助行为的社会危害性大小是判断不真正片面帮助犯是否成立的根本标准。虽然不真正片面帮助犯对法益的侵害是间接的,但如果没有不真正片面帮助犯的加功行为,实行行为就不会顺利实施或完成,进而引起危害结果的发生。从根本上说,决定不真正片面帮助犯社会危害性大小的是帮助行为对正犯行为的促进作用及其大小,即两者之间的因果关系及原因力大小。在某一中立的帮助行为极大促进了正犯的实行行为,使后者实施犯罪更加便利的场合,成立不真正片面帮助犯的可能性也随之增大,即因果关系及原因力与不真正片面帮助犯的成立呈正相关。共犯的处罚根据在于通过正犯而惹起了该当于构成要件的违法结果(法益侵害),亦即共犯行为也应该称为间接的法益侵害行为,由于共犯行为与正犯行为(实行行为)所实现的法益侵害(或法益侵害的危险)之间存在因果关系,因而在此限度之内受到处罚。在此意义上,可以说共犯的因果性是共犯处罚之基础。^⑩根据正犯行为说,要成立帮助犯,主观上需要认识到正犯的实行行为,而且认识到帮助人自身的行为使正犯的实行行为更容易进行就够了,

并不需要认识到由正犯的实行行为实现犯罪结果。与此相对应,在帮助犯的客观成立要件上,只要在帮助行为与正犯的实行行为之间,存在物理上或者心理上使实行行为变得更容易这种意义上的因果关系就够了,并不需要帮助行为与正犯的犯罪结果之间存在因果关系。^④该说肯定了因果关系及原因力与帮助犯的成立呈正相关,主张“物理因果性”与“心理因果性”。该说具备一定的合理性,但如果夸大“物理因果性”与“心理因果性”的成立范围,则一些常见的中立的帮助行为则均具有可罚性。如提供饮食、住宿等行为,不管其作用力大小,从本质上来说,这些行为的确“从物理上或者心理上使实行行为变得更容易”。比如帮助人提供饮食、住宿,使正犯认为自己并不是一个人在战斗,从而在心理上更加坚定了犯罪决心。但如果将这些行为都认定为帮助犯,则不适当地扩大了打击面,干扰了正常的社会经济秩序,使得人人自危。进一步讲,如果非要将这些行为认定为帮助犯,那么杀人凶器、交通工具的制造商,甚至杀人犯父母的养育行为都在为杀人行为提供便利甚至前提条件,这显然是荒谬的。西田典之认为,即便认定存在帮助的因果性,该帮助行为还必须达到值得称其为“帮助”的程度,亦即,必须实际强化了犯意,且使结果的发生更为容易。例如,被告人提供给抢劫犯一顶鸭舌帽和一双鞋套,被告人在他人的赌场开张之时,为了增添喜气而撒盐,对于这类行为,判例采取谦抑性态度,认为并不能由此直接认定行为人的行为会使得犯罪行为更为容易,进而否定成立帮助犯。^⑤周光权教授也认为日常生活行为能否成立帮助犯,要从客观上行为是否具有明显的法益侵害性来进行判断,即日常生活行为对于正犯行为的物理、心理因果性影响,行为本身给法益带来的危险是否达到了可以作为“帮助”看待的程度。^⑥笔者赞成上述观点,帮助行为必须达到可以称之为“帮助”的程度,即实际侵害法益或者对法益造成了实质的危险。

从矛盾的特殊性角度来看,因为中立的帮助行为与一般的帮助行为不同,其更多地掩盖在“中立”

的表面下,虽然存在着“物理因果性”,但很难认定是否存在“心理因果性”。对于一般的帮助行为来说,帮助者意识到犯罪行为即将发生,即便与正犯没有任何语言或眼神沟通,单单递上犯罪工具,也足以增强正犯实施犯罪的底气,是一种心理的鼓励和帮助。而对于中立的帮助行为来说,因为正犯者不知道帮助者已经对其即将开始的犯罪行为或者正在进行的犯罪行为有了清楚的认识,在购买犯罪工具时,会想当然地认为这仅仅是一种日常交易,而没有受到任何心理上的帮助。或许有人会认为,中立的帮助行为也会为正犯提供“心理的帮助”。比如众人在五金店外打斗,引起众人围观,其中一人跑进店购买刀具,在这种情况下,店主明知打斗行为正在进行,却出售刀具,这不仅是一种物理上的帮助,也是一种心理上的帮助。笔者认为这种情形应分别解读,第一种情况,顾客知道店主明知打斗行为正在发生,店主确实也知道,那么店主在这种情况下的售卖行为其实是一种事中的共犯行为,双方虽然没有任何言语或眼神交流,但在心中已经完成了犯意的沟通,属于一种“犯罪默契”,应当认定为普通的帮助犯,而不是不真正的片面帮助犯。第二种情况,顾客不知道店主知道打斗行为正在发生,但店主确实知道,店主在这种情况下的售卖行为只能是一种物理上的帮助,顾客没有收到任何心理上的援助。有人或许会反驳,不论顾客是否知道店主已经知道打斗行为正在发生,店主将刀具及时卖给顾客,除了物理上的帮助,这本身已经是一种“无言”的帮助与支持,应该归属于心理上的帮助。但如果这样理解,就没必要区分心理上的帮助与物理上的帮助,因为任何物理上的帮助都可以被解读为心理上的帮助。笔者认为,心理上的帮助只能存在于帮助者与实行行为人有犯意沟通的场合,沟通的方式并不局限于言语或眼神交流,只要有某种形式的互动领会即可,也就是说,中立的帮助者不可能为正犯提供心理上的帮助。总而言之,“物理因果性”与“心理因果性”说从“物理”或“心理”的角度认定因果关系的存在,将片面帮助犯的成立客观上完全托付于“物理”或“心理”

的便利。然而一方面,所谓的“便利”的标准较为模糊,有扩大犯罪圈的危险,可操作性不强。另一方面,“心理因果性”并不适用于不真正片面帮助犯的认定。因此,理论基础的缺陷及不兼容性决定了其无法适用于所有共犯因果性的判断,确切地说,是无法适用于不真正片面帮助犯中因果性的判断。

(2)相当因果关系说可用于可罚的中立的帮助行为因果性的判断。从犯罪构成的角度来看,因果关系是以发生某种具体结果作为成立要件的结果犯的客观构成要件之一,是需要从刑法规范的角度加以判断和构成要件的内容,因此,其有无和表现形式,就不纯粹是物理的、自然科学的角度出发的事实判断,而应当是从“应当如何或者不应当如何”的规范角度出发的法律判断,具有价值判断的特征。^⑤相当因果关系说契合了上述价值判断理念,该说认为,为了确认刑法上的因果关系,单有行为和结果之间的因果关系还不够,必须以条件关系为前提,在对结果的各种条件之中,根据社会生活的一般经验,认为该行为中足以发生结果时就具有因果关系。^⑥相当因果关系说之所以为日本的通说,是因为即便是肯定了实行行为与构成要件结果之间的事实的因果关系,但连经历了极其异常的经过而产生了结果场合也肯定因果关系,由于引起了结果而肯定犯罪的成立,可以认为这是不妥当的。因此,必须要求实行行为与构成要件结果之间的因果关系具有相当性,通过这种相当性来对作为构成要件要素的因果关系加以限定。^⑦前文已述,由于“物理因果性”及“心理因果性”说的显著缺陷,在不真正片面帮助犯因果关系及其原因力大小的认定上,我们可以借鉴相当因果关系说。相当因果关系说在很大程度上是对“条件说”缺陷的弥补,而“物理因果性”及“心理因果性”说实质上正是“条件说”在共犯因果关系中的具体表现。相当因果关系说反对不加选择地判断因果关系及原因力的大小,主张在因果关系及原因力大小的判断中加入规范性因素,认为行为只有在事实层面和规范层面均引起了危害结果,且这种“引起”的过程是合乎规律的,才能被认定为原因。而所谓的规

律,则是从刑法规范的角度出发,根据一般的经验法则进行判断的,即“相当性”。相当因果关系说又细分为主观说、客观说与折中说。主观说认为要考虑行为人已经认识、预见的事情以及其能够认识、预见的事情。客观说认为要考虑行为当时所存在的全部事情以及行为后所产生的客观上可能预见的事情。折中说认为要考虑行为当时一般人所可能认识、预见的事情以及行为人特别认识、预见到的事情。^⑧鉴于主观说与客观说会不当地缩小或扩大因果关系的范围,笔者认为折中说能够为中立的帮助行为与正犯行为之间是否具有促进的因果关系以及原因力大小的判断提供科学的方法论指导。如果根据社会上一般人的认识或预见,认为中立的帮助行为对正犯实行行为具有主要的促进作用,进而帮助正犯顺利完成了犯罪。或者虽然社会上一般人没有认识或预见,而中立的帮助者认为自己的行为对正犯实行行为具有主要的促进作用,进而帮助正犯顺利完成了犯罪。那么我们就应当认为正犯行为“相当地”引起了危害结果的发生,中立的帮助行为与正犯行为之间也具备了促进与被促进的因果关系。即造成最终危害结果的原因力由单独的正犯行为变成了包含有帮助行为的正犯行为,如果没有帮助行为的存在,无论是一般人还是行为人都不会认为正犯能够顺利地完成犯罪,正是由于帮助行为的“加盟”,正犯行为才会“相当地”引起危害结果的发生。通俗的讲,假设帮助行为与正犯行为之间的促进与被促进的因果关系为A,正犯行为与危害结果之间的导致与被导致的因果关系为B,那么正是由于A的存在,才“相当地”会发生B。反过来说,正是由于B的发生,一般人或者帮助者才会认为帮助行为是对正犯行为的促进和助力,才能进一步验证A的存在。通过A中“主要的促进”以及B中“相当地导致”,我们才能更加客观准确地判定帮助行为与正犯行为之间因果关系的存在及其原因力的大小。

(3)可替代性能否成为削弱中立帮助行为可罚性的因素?中立的帮助行为的最大特色在于其中立性,正因为其中立性,中立的帮助行为才是一个自我

矛盾的概念,才有司法实践中的困惑以及更加严格掌握司法犯罪化标准的必要。中立性来源于日常性、业务性及反复性,人们一般认为,在商品交易或者服务提供的过程中,商品或服务提供者是不偏不倚的,对于顾客们一视同仁,不管顾客们购买商品的具体用处,只要符合正常的交易流程,都会顺利实现交易。中立帮助行为的可替代性源于其中立性,在当今市场经济高度发达的情况下,商品交易及服务交易均具有较强的可替代性,即便中立帮助行为中断交易,实行行为人仍可以获得他方支持。因此,有论者认为,应当考虑中立行为所提供服务的商品的稀缺程度,或者说是该商品或服务在特定时空范围下替代率的高低,替代率越高,商品的提供行为成立犯罪的可能性就越低,反之亦然。即商品或服务在特定时空中的替代率的高低与成立帮助犯的可能之间呈反相关关系。例如出租车运输服务的替代率很高,如果将出租车的运输行为犯罪化,那么犯罪的成立完全不是因为某人实施了严重危害社会的行为,而是因为他的运气不好——搭载了一位口无遮拦的杀人犯。^⑥该观点认为可替代性稀释了中立帮助行为的分量,降低了中立帮助行为的重要性,对于危害结果的发生“贡献”不大,所以与可罚性呈反相关。这种观点貌似很有道理,出租车司机是否犯罪好像完全取决于自己的运气。笔者认为此观点过于夸大可替代性在构罪层次上的意义,混淆了应然与实然、假想与现实的关系,没有从中立的帮助行为本身着眼,而是将中立的帮助行为可罚与否寄托在与犯罪构成完全无关的外在因素上。在刑事司法活动中,社会危害性是不可或缺的标尺,是区分罪与非罪的基本标准,只有具备一定社会危害性的行为才能被视为犯罪。若单纯以自己行为的业务性、日常性及反复性为挡箭牌否定行为的社会危害性,进而否定行为的可罚性,则让人无法接受。按照此逻辑,以犯罪为目的而开办公司具有业务性、日常性及反复性,也具有某种程度上的可替代性,亦不具有可罚性。另外,此观点为遇到口无遮拦杀人犯的出租车司机喊冤亦值得商榷。以胁从犯为例,行为人虽然

知道自己参加的是犯罪行为,虽然主观上不愿意参与犯罪,但为了避免遭受现实的危害或不利而不得不参加犯罪。^⑦根据我国刑法的相关规定,胁从犯虽然应减轻或免除处罚,但仍然给予入罪的否定评价。与胁从犯相比,出租车司机显然没有受到暴力或者精神威胁,仅仅在听到杀人计划时便提供了帮助。假如两者造成的危害后果相当,举重以明轻,主观罪过更轻的胁从犯尚且要接受刑法的入罪评价,而无论是人身还是精神均处于自由状态的出租车司机的帮助行为仅仅因为替代率较高而被认为不可罚,这值得质疑。

五、结语

中立的帮助行为虽然较为广泛地存在于社会生活中,但司法实践对其研究较少,只有为数不多的司法解释概括性地将其解释为共犯。由于中立的帮助行为固有的“中立性”、“日常性”,我们不可“一刀切”式地进行规制,应立足于我国传统的主客观相统一理论,根据犯罪的本质特征,将其中具有较大社会危害性及应受惩罚性的行为纳入犯罪圈。具体来讲,中立的帮助者主观上必须明确认识到他人将要实施犯罪或者正在实施犯罪,须认识到他人的犯罪意思与行为,须认识到自己的行为对于正犯具有较大的促进作用,且应具备实质违法性认识。在客观上,帮助行为必须与正犯行为具有促进与被促进的因果关系,且协同正犯行为一起“相当地”导致了危害结果。只要帮助人满足上述主客观条件,其自带的“中立性”特殊光环便自动消失,而成为可罚的不真正片面帮助犯。

注释:

①[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》,王世洲译,法律出版社2013年版,第156页。

②陈洪兵:《中立的帮助行为论》,载《中外法学》2008年第6期。

③孙万怀、郑梦凌:《中立的帮助行为》,载《法学》2016年

第1期。

④张明楷:《刑法学》(第3版),法律出版社2007年版,第347页。

⑤周光权:《刑法总论》,中国人民大学出版社2007年版,326页。

⑥张明楷:《司法上的犯罪化与非犯罪化》,载《法学家》2008年第4期。

⑦陈兴良:《形式解释论的再宣示》,载《中国法学》2010年第4期。

⑧高铭喧:《刑法专论》,高等教育出版社2006年版,第124—125页。

⑨高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第4版),北京大学出版社2010年版,第49页。

⑩夏勇:《和谐社会目标下“犯罪化”与“非犯罪化”的标准》,法律出版社2016年版,第165页。

⑪[法]E.迪尔凯姆:《社会学方法的准则》,狄玉明译,商务印书馆1995年版,第87页。

⑫其中,责任因素是要回答立法者凭什么要行为人为其行为承担刑事责任而把该种行为规定为犯罪,即要解决行为入能够承担及必须承担刑事责任的价值根据。权利因素是要回答刑法法益保护与个人权利行使发生冲突时“犯罪化”与“非犯罪化”如何选择的问题。公平因素则要回答类似的两个(或多个)行为,一个行为被“犯罪化”或“非犯罪化”,另一个行为是否应当被“犯罪化”或“非犯罪化”的问题。预防因素基于个别预防与一般预防的考虑,认为刑罚个人预防要防止行为人再犯,但对于本来就不会再犯的行为人毫无意义。还认为刑罚一般预防要防止其他人效仿,但若绝大多数其他人几乎没有机会效仿,这就使得此种情况下的此种行为“犯罪化”失去了刑罚目的论的根据。手段因素主要考虑刑法与行政法的关系,主要回答对于一定的侵害法益的行为,是将其作为行政违法行为,由行政法来调整,还是将其作为刑事犯罪行为,由刑法来调整的问题。成本因素则既要保持刑法的“投入”与“产出”之间的适当比例,保证可行性和追求收益最大化,又要防止刑法对社会发展的副作用,把刑罚手段的运用控制在一个恰当的限度。人道因素是指基于生存和人性而实施严重危害行为,刑法可以在某种情况下给予原谅,或者做轻刑考虑,或者“不犯罪化”。可以考虑的人道因素主要包括亲缘因素、情感因素、维生因素。具体请参见夏勇:《和谐社会目标下“犯罪化”与“非犯罪化”的标准》,法律出版社2016年版,第247、252、253、258、259、260、264、265、266页。

⑬陈洪兵:《中立行为的帮助》,法律出版社2010年版,第1页。

⑭林维:《共犯论研究》,北京大学出版社2014年版,第441页。

⑮[德]汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第843页。

⑯同前引⑬,第75页。

⑰同前引⑬,第76页。

⑱陈璇:《刑法中社会相当性理论研究》,武汉大学2009年博士学位论文,第183—185页。

⑲张伟:《中立帮助行为探微》,载《中国刑事法杂志》2010年第5期。

⑳张明楷:《外国刑法纲要》(第2版),清华大学出版社2007年版,第328页。

㉑[德]乌尔斯·金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》(第6版),蔡桂生译,北京大学出版社2015年版,第454页。

㉒周光权:《刑法总论》,中国人民大学出版社2011年版,第235页。

㉓同前引⑲,第140页。

㉔蔡蕙芳:《P2P网站经营者之作为帮助犯责任与中性业务行为理论之适用》,载《东吴法律学报》2006年第18期。转引自陈洪兵:《中立行为的帮助》,法律出版社2010年版,第81页。

㉕同前引⑬,第82页。

㉖同前引②。

㉗印象说即折中未遂论,为德国刑法理论通说。印象说强调未遂犯的可罚性在于行为人以未遂行为显示其与法律规范相违背之意思,并且该显示的意思足以震惊社会大众对法律的信赖,破坏法律之安定性与法律秩序。在折中未遂论看来,并非所有基于主观犯意的未遂行为均有刑罚制裁的必要,只有当表征主观犯意的客观行为足以令社会大众感到不安,足以危害社会法律秩序之安定性与法律秩序时,才有以刑罚制裁的必要。(马克昌主编:《外国刑法学总论(大陆法系)》,中国人民大学出版社2009年版,第267页)正犯不法连带说认为,正是由于帮助者的帮助行为,与正犯产生了连带关系,使社会大众感到不安,危及法律秩序,故而有刑法制裁的必要。

㉘同前引⑬,第93页。

㉙张明楷:《行为无价值论与结果无价值论》,北京大学出版社2012年版,第47页。

㉚同前引⑬,第96页。

㉛[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》,王世洲译,法

律出版社2013年版,第158页。

②同前引②,第126页。

③同前引③,第104页。

④林钰雄:《新刑法总则》,台湾元照出版公司2006年版,第459页。

⑤同前引③,第123页。

⑥高铭喧主编:《刑法专论》(第2版),高等教育出版社2006年版,第353页。

⑦张明楷:《犯罪学原理》,武汉大学出版社1991年版,第534—535页。

⑧李光灿、马克昌、罗平:《论共同犯罪》,中国政法大学出版社1987年版,第38页。

⑨田鹏辉:《片面共犯研究》,中国检察出版社2005年版,第28—31页。

⑩同前引③,第3页。

⑪[日]大塚仁:《刑法概说》(总论),冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第272页。

⑫姜敏:《刑法修正案犯罪化及限制》,中国法制出版社2015年版,第314页。

⑬危害原则起源于密尔的《论自由》:“在文明社会,国家权力违背公民个人意志而正确施加于公民的唯一目的是阻止公民危害他人”。后来美国学者范伯格对危害原则进行了发展和超越,其通过危害原则限制刑法边界的扩张,并把其作为限制刑法入侵公民权的屏障,认为阻止对私人或公众的危害需要,而不是阻止对行为人的危害需要,是国家施加法律强制的合理理由。范伯格从三种意义上进一步对危害原则进行了界定,第一种意义上的危害是派生性或延伸性意义上的危害。第二种意义上的危害是源自转换意义上的危害,真实的危害,也就是对某种利益的阻碍、阻止和妨碍。第三种意义上的危害是一种规范意义上的危害,这种危害在具有合理公式的情况是危害原则中的危害。姜敏:《刑法修正案犯罪化及限制》,中国法制出版社2015年版,第307—310页。

⑭同前引④,第313页。

⑮高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第8版),北京大学出版社2016年版,第50页。

⑯张伟:《帮助犯研究》,中国政法大学出版社2012年版,第97页。

⑰[日]山中敬一:《刑法总论》,成文堂1999年版,第850页。转引自田鹏辉:《片面共犯研究》,中国检察出版社2005年版,第137页。

⑱林山田:《刑法通论》,台湾大学法学图书部2000年版,第129—130页。

⑲陈世伟:《论共犯的二重性》,中国检察出版社2008年版,第91页。

⑳[德]弗兰茨·冯·李斯特:《德国刑法教科书》,徐文生译,法律出版社2000年版,第201页。

㉑[日]小野清一郎:《犯罪构成要件理论》,王泰译,中国人民公安大学出版社2004年版,第30页。

㉒同前引④,第393页。

㉓[日]西田典之:《日本刑法总论》(第2版),王昭武、刘明祥译,法律出版社2013年版,第306页。

㉔同前引②,第276—277页。

㉕同前引③,第308页。

㉖周光权:《刑法总论》,中国人民大学出版社2011年版,第235页。

㉗刘志伟、周国良:《刑法因果关系专题整理》,中国人民公安大学出版社2007年版,第69页。

㉘[日]大谷实:《刑法讲义总论》(新版第2版),黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第196页。

㉙[日]山口厚:《刑法总论》(第2版),付立庆译,中国人民大学出版社2011年版,第56页。

㉚同前引②,第57页。

㉛同前引④。

㉜同前引⑤,第176页。