

北大法律評論

PEKING UNIVERSITY LAW REVIEW

第 16 卷 · 第 2 輯 (2015)

专 题

风险升高与结果归属

蔡桂生 论帮助犯的要件及其归属

徐 然 结果避免可能性与过失犯的客观归责

王 俊 风险增高理论的刑法教义学研究

论 文

纪海龙 企业并购交易中的瑕疵担保责任——兼论权利买卖中也可存在物的瑕疵

缪因知 敲诈和“有偿不闻”违法性的法经济学分析

丁 轶 国家治理视野下的中国社团治理——一种政治宪法学视角的考察

爱德华·拉宾 超越民主——再论政治与行政的关系

评 论

余履雪 平等与功利之争——评罗尔斯的最小受惠者伦理

王 珀 从钉墙、惩罚机器到国家惩罚系统——一种基于自保威慑的惩罚理论

伍德志 政治合法性的信任解释

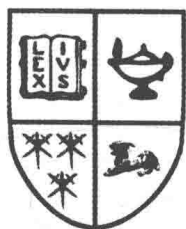
案例研究

葛云松 一份基于请求权基础方法的案例练习报告——对于一起交通事故纠纷的法律适用



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

中文社会科学引文索引 (CSSCI) 来源集刊



北大法律評論

PEKING UNIVERSITY LAW REVIEW

第 16 卷 · 第 2 輯 (2015)

《北大法律评论》编辑委员会 编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

北大法律评论. 第16卷. 第2辑/《北大法律评论》编辑委员会编. —北京: 北京大学出版社, 2016. 3

ISBN 978-7-301-27016-5

I. ①北… II. ①北… III. ①法律—文集 IV. ①D9-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第067427号

书 名 北大法律评论(第16卷·第2辑)

Beida Falü Pinglun

著作责任者 《北大法律评论》编辑委员会 编

责任编辑 罗 玲

标准书号 ISBN 978-7-301-27016-5

出版发行 北京大学出版社

地 址 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址 <http://www.pup.cn>

电子信箱 law@pup.pku.edu.cn

新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社法律图书

电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

印刷者 北京大学印刷厂

经 销 者 新华书店

787毫米×1092毫米 16开本 20.25印张 374千字

2016年3月第1版 2016年3月第1次印刷

定 价 45.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

编辑委员会

袁国何 伊卫风 郑 杰 俞 祺 吉冠浩 吴景键
吴奕锋 陈铭宇 赵英男 汤 岩 张瀚天

本辑主编

袁国何

声 明

本刊的各篇文章仅代表作者本人的观点和意见,并不必然代表编辑委员会的任何意见、观点或倾向,也不反映北京大学的立场。特此声明。

《北大法律评论》编辑委员会

目 录

专题:风险升高与结果归属

蔡桂生	论帮助犯的要件及其归属	1
徐 然	结果避免可能性与过失犯的客观归责	23
王 俊	风险增高理论的刑法教义学研究	45

论文

纪海龙	企业并购交易中的瑕疵担保责任 ——兼论权利买卖中也可存在物的瑕疵	59
缪因知	敲诈和“有偿不闻”违法性的法经济学分析	81
丁 轶	国家治理视野下的中国社团治理 ——一种政治宪法学视角的考察	93
爱德华·拉宾	唐学亮 译 张云龙 校 超越民主 ——再论政治与行政的关系	121

评论

余履雪	平等与功利之争 ——评罗尔斯的最小受惠者伦理	185
王 珀	从钉墙、惩罚机器到国家惩罚系统 ——一种基于自保威慑的惩罚理论	209
伍德志	政治合法性的信任解释	223

案例研究

- 葛云松 一份基于请求权基础方法的案例练习报告
——对于一起交通事故纠纷的法律适用 272

- 编后小记 312

Peking University Law Review
Vol. 16, No. 1 (2015)

Contents

Symposium: Increased Risk and Imputation of Consequence

Cai Guisheng

The Elements and Imputation of the Aider 1

Xu Ran

Possibility of Avoiding Result and Objective Attribution Theory of the
Negligent Crime 23

Wang Jun

Research on the Theory of Increased Risks in Criminal
Dogmatics 45

Articles

Ji Hailong

Remedies for Defects of Subject Matter in M&A Transactions: Defects
as to Thing (Sachmaengel) Can Also Exist in Sales of Right? 59

Miao Yinzhì

An Economic Analysis of Blackmail and “Paying for no-reporting” 81

Ding Yi

The China’s Governance of Association Under the Perspective of Nation-
al Governance: A Study Based on the Approach of Political Constitu-
tionalism 93

Edward L. Rubin Translated by Tang Xueliang Proofread by
Zhang Yunlong

Getting Past Democracy: Rethinking the Relationship Between Politics
and Administration 121

Comment On

Yu Lǔxue

The Dispute Between Utilitarianism and Egalitarianism; On the Rawl-
sian Ethics of the Least Favored 185

Wang Po

From Prickly Walls, Punishing Machines to the Punishment System of
the State; A Punishment Theory Based on Self-Protective Deterrence
..... 209

Wu Dezhi

The Trust Interpretation of Political Legitimacy 223

Case Study

Ge Yunsong

A Case Exercise According to the Method of Anspruchsgrundlage: Ap-
plication of Law on a Car Accident Case 272

Afterword 312



专题：
风险升高与结果归属

《北大法律评论》(2015)

第16卷·第2辑·页1—22

Peking University Law Review

Vol. 16, No. 2, 2015, pp. 1—22

论帮助犯的要件及其归属

蔡桂生*

The Elements and Imputation of the Aider

Cai Guisheng

内容摘要:在行为人的行为决定性地影响了因果流程,并由此导致刑法上法益侵害的同时,如果第三人的行为所启动的因果流程仍在发挥作用,则需要考察该第三人是否构成帮助犯。基于从属性原理,要成立帮助犯,帮助者在客观上必须针对正犯实施或即刻实施构成要件的行为加以支持或促进,在主观上则需要认识到自己相应的帮助行为。进一步说,正犯行为创设了危及法益的危险,而帮助行为则是对这种创设法益危险的正犯行为有针对性地给予帮助,从而提高了正犯行为中的危险在现实中实现的可能性。在我国刑事立法和司法实践中,当有明确的犯罪证据时,知情的当事人若仍然对相应的正犯行为有针对性地提供帮助,则均有可能成立帮助犯。

关键词:帮助犯 结果归属 成立要件 危险判断

* 法学博士,北京大学法学院博士后研究人员。本文的写作得到北京市优秀博士论文科研项目(编号:5569/10103/081)的支持。

一、问题的提出

在刑法学案例中,常有这样的情形:当行为人的行为决定性地影响了因果流程,并由此促成侵害法益的结果时,第三人的前行为所启动的因果流程仍在发挥作用。例如:

案例1:化工厂工人章某某知悉他人销售假磷酸二铵,仍以远高于市场价的价格向后者大量出售颗粒硫酸镁肥以冒充磷酸二铵。^[1]

案例2:快递服务部人员吴某某知悉他人邮寄发售大量盗版光碟,仍继续为其提供快件、邮递服务。^[2]

案例3:出租车司机乙在清晰获知乘客甲将随后入室盗窃的情况下,仍以正常价格将之运送到行为地点,甲随后在该处窃得财物。^[3]

案例4:B见A在寻找作案工具,便随意地放置他的枪支,这使得A有机会,突然拿走枪,并用该枪将和他有仇的C枪杀。^[4]

案例5:Y是珠宝鉴定专家,应珠宝商X要求,在知悉X其后的转卖珠宝计划的情况下,有意为X出具了不实的价值鉴定书。随后,X经营不当,将珠宝质押给银行以获贷款。X到期未能偿债,银行在变卖珠宝时,无法依鉴定书上的金额卖出。^[5]

在这类案件中,人们可以发现一个共同问题:针对行为人侵害的法益,第三人(章某某、吴某某、乙、B及Y)是否成立刑法上的帮助犯?对此,存在错综复杂的争议,肯定归属^[6]者有之,否定者有之,而针对这一问题的体系性整理和甄别工作却并不多见。本文拟针对这一问题作一梳理,以系统地为该类问题的处理提供参考性方案。在具体论述上,第二部分先对排除归属的各种方案进行论述并加以评判;第三部分则从区分正犯与共犯的角度出发,分析在刑法上成

[1] 参见内蒙古自治区莫力达瓦达斡尔族自治旗人民法院刑事判决书(2005)莫刑初字第2号。

[2] 参见“上海市人民检察院第二分院诉顾然地等人非法经营案”,载《最高人民法院公报》2005年第9期。

[3] Puppe, Strafrecht AT, 2. Aufl., 2011, § 26, Rn. 11.

[4] Kindhäuser, Strafrecht AT, 6. Aufl., 2013, § 11, Rn. 36.

[5] BGH, NStZ 1997 (6), 272.

[6] “归属”(Zurechnung)和“客观归属”(Objektive Zurechnung)中的“归属”是同一个词。我国学者常将后者表述为“客观归责”,但平心而论,译为“客观归属”更合乎本义。因为,如果精神病人杀了人,人们仍然是要认定他符合了杀人的构成要件,肯定其杀人行为的违法性(成立不法,他人也可以成立其共犯),只是在有责性阶层需否定其罪责,因此,就受害人死亡这一结果而言,人们不是将之归责给这位精神病人,毕竟责备精神病人没有太大意义(精神病人需要的是治疗而非责备),而是只认定他犯有不法,将死亡结果(在构成要件符合性层面)算到他头上,也就是将结果归属给他。

立帮助犯在结构上要具足何种客观和主观要件;第四部分再从实质的角度进一步揭示,要成立刑法上的正犯和帮助犯分别应当如何进行危险判断;最后,第五部分得出本文的结论。

二、排除结果归属的各种方案

针对以上五个案例,有不少观点认为,章某某、吴某某、乙、B及Y的行为不应被认定为帮助行为,因为不得将法益侵害的结果算到他们的头上:章某某出售其工厂产品颗粒硫酸镁肥的行为是正常的销售行为;吴某某的邮寄服务行为也不是犯罪行为;即使乙知道甲将实施盗窃,也不能改变乙载客行为的合理性;即使B知道A在寻找作案工具,也不能将C的死亡结果归到B的身上;X的行为是独立的自由决定的诈骗行为,没办法将结果追溯到前行为人(第三人)Y那里。持这类主张的方案,主要有如下几种:

(一) 因果关系中断说

因果关系中断说来源于事实性的因果关系学说。在对因果关系进行规范性解读之前,事实性的因果关系学说在刑法学中占据支配地位,这受到了当时自然主义刑法学思潮的影响。在这种学说中,例如,冯·巴尔(v. Bar)认为,如果后来的事件超出了前行为人的计划范围,则前行为人的行为便不构成原因;当若干个反常行为共同造成损害结果时,只有最后那个行为才是原因。^[7] 比克梅耶(Birkmeyer)也认为,如果一个行为设立了一个“新的、独立的因果序列”,原有的因果流程就被中断了,后行为才是结果的最终原因。^[8]

应该承认,“因果关系的中断说”为不追究前行为人(第三人)的责任提供了一定的说明理由,但由此也产生了很多问题。梅耶(Mayer)就提出,客观的因果关系要么存在,要么不存在,不可能在存在之后又被中断。人们顶多只能再启动其他因果流程来对既有的因果流程的发展施加影响,故而,应该讨论的是,结果能否规范地算到当事人头上。^[9] 此外,依照因果关系中断说,共犯的因果关系都被正犯“中断”了,从而一律成了不可罚的行为,这是令人无法接受的。^[10]

(二) 旧回溯禁止论

针对这类问题,在因果关系学说的范围内,刑法学史上有另一重要理论,即

[7] Ling, Die Unterbrechung des Kausalzusammenhanges durch willentliches Dazwischentreten eines Dritten, 1996, S. 62.

[8] Birkmeyer, Über Ursachenbegriff und Causalzusammenhang im Strafrecht, 1885, S. 21—22.

[9] Vgl. M. E. Mayer, Der Causalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht, 1899, S. 94, 102. 可见,梅耶已经开始放弃自然主义的思维方式了。

[10] 李斯特:《德国刑法教科书》,施密特修订,徐久生译,法律出版社2000年版,第188—189页。

所谓的回溯禁止 (Regressverbot) 论, 这种理论具有新康德主义强调人的能动性的特色。这种回溯禁止论, 在我国可以说是不陌生的, 早在 20 世纪 80 年代, 我国就有学者对该理论的代表者弗兰克 (Frank) 的学说进行了介绍。^[11] 从学说史上讲, 此即旧回溯禁止论。该说认为, 第三者 (此处指后行为人) 故意的行为打断了由前行为人所启动的因果流程, 故结果不能归属给前行为人。^[12] 这种学说的理论根据是意志自由: 若某个人是出于意志自由而实施了某个行为, 那么, 该行为便不受制于其他原因 (否则它就可能不自由了), 而只有最后那个基于自由意志的行为, 才算启动了因果流程。因此, 不能回溯性地将之前的既有条件认定为原因。

这种回溯禁止论的问题是, 将他人的意志自由不适当地作为了排除归属的根据。所谓意志自由, 指的只是人们可以依自己的意志行事, 每个人都要为自己的自由意志答责, 同时, 不能因为自己行事乃是基于自由意志, 而否定他人行为的自由意志性, 也不能因为他人意志的自由, 就否认自己意志的自由。^[13] 因此, 这种回溯禁止论也是站不住脚的。

(三) 社会相当性说

可用于排除归属的, 还有社会相当性学说。该说为韦尔策尔 (Welzel) 教授所提倡。在他看来, 如果仅以因果的法益侵害作为构成要件之本质, 那么, 会使有些行为不必要地也符合构成要件; 而运用社会相当性的标准, 便可以限制这种过于广泛的符合构成要件的范围, 将社会相当的行为判定为不符合构成要件, 加以出罪。例如, 杀人犯父母生育该杀人犯的行为完全处于“正常”的社会生活秩序范围内, 故不得将之视为符合构成要件的行为。虽有损害但合乎秩序的商业经营, 轻微的身体伤害, 以小额财产作为赌注的游戏, 轻微的限制人身自由, 给予小额的新年礼物及参与公路、铁路、航空交通等行为, 也属于社会相当的行为。^[14] 如果只是给杀人犯提供食物这样的行为都要被作为帮助犯论处, 那将大大限制人们的行动自由。社会相当的行为, 根本没有侵犯到为刑法所保护的相应法益, 故不应当承担刑法上的责任。^[15]

这种学说的问题在于可能以偏概全: 尽管生育杀人犯的行为构成帮助犯是可笑的, 给杀人犯提供食物一般也不能构成共犯, 但是, 出售刀具给明显马上要杀人的人、获知犯罪计划的出租车司机正常收费而将盗窃者运送到盗窃地点、将斧子借给行将杀人的邻居等行为, 却有可能具体地危及相应的生命、财产法

[11] 甘雨沛、何鹏:《外国刑法学》(上册), 北京大学出版社 1984 年版, 第 299 页。

[12] Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., 1931, S. 14—15.

[13] Kindhäuser [Fn. 4], § 11, Rn. 37.

[14] Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 55—56.

[15] Murmann, Uwe Zum Tatbestand der Beihilfe, JuS 1999, 548, 552.

益,尽管它们多半具有社会相当的外表。因而,“问题并不在于,孤立起来看帮助行为是否具有社会相当性、职业典型性或日常性,而在于这种行为和由此共同引起的犯罪之间的联系有多紧密。如果这种联系能够像望风那样紧密或明显,就根本不需要考虑其行为是否社会相当或是否日常了”^[16]。借此之见,我们也不能通过援引社会相当性说来排除归属。

(四) 新回溯禁止论(社会角色说)

如果说旧回溯禁止论是从因果关系角度展开的,那么,新回溯禁止论则在客观归属理论的视野内得到了阐述。尽管客观归属理论在我国得到了相当的关注,但其中的回溯禁止论仍尚未得到充分讨论。依照新回溯禁止论,如果第一引发人是按照他的社会角色行事,其行为就是合理的,而并不取决于后来的他人(不被容许)的风险性举止。^[17] 由于该学说是凭借社会角色来为当事人出罪,因而又称社会角色说。例如:

案例6:生物系学生A假期在餐馆打工时,厨师B让他给顾客C端去菜肴,而这时A根据他的植物学知识,发现他端给顾客的菜肴中有一种少见的毒蘑菇。A随后将之端给C,C食后死亡。

社会角色说论者便认为,该案中A的特别认识不能使他为B的死亡结果负责,如果A真的认识到了危险,人们也只能考虑一个适格的评判者在A所处的情况下应当如何行事,这时决定性的是客观的评判者的视角,而非A的特别认识。虽然A闻到野蘑菇的香味,并将之误判为毒蘑菇,但其给客人上菜显然是在容许的风险限度内行事。因而,在案例6中,A不应当为C的死亡结果负责。^[18] A的行为顶多是一种见危不救的行为。^[19]

但是,具有相应社会角色的当事人确知行为人(厨师)的犯罪计划而仍予帮助,或者(当厨师无意时)该相应社会角色的当事人现实地认识到自己的行为能致他人死亡的情形下,依照社会角色予以排除归属,会产生两个方面的问题:

其一,违反法律面前人人平等的原则。“社会角色不能免去任何人避免造成他已认识到的风险的义务。因为一个人所扮演的社会角色并没有赋予其有意给被害人造成不利的权利。”^[20] 不能因为一个人是出租车司机,就无须为其将盗窃犯运抵案发地的帮助犯罪的行为负责。刑法的适用应当平等。

[16] Puppe[Fn.3], § 26, Rn. 14

[17] Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1991, § 24, Rn. 15 ff.

[18] Jakobs, a. a. O., § 7, Rn. 49 f.

[19] Jakobs, a. a. O., § 21, Rn. 20.

[20] 沃斯·金德霍伊泽尔:“故意犯的客观和主观归责”,樊文译,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第23卷),北京大学出版社2008年版,第227页。

其二,可能架空刑法的规定,造成以容许规范取代禁止规范的效果。在没有法律规定的正当化事由的前提下,回溯禁止论可能将一个禁止规范(即禁止危害他人受刑法保护的利益)转变成容许的,从而取消这个禁止规范。合乎自己职业角色地驾驶出租车,并不是确定的正当化事由。尽管一个人应当遵照职业规范等各种社会规范行事,但刑法规范作为保障法,构成了社会道德的底线,构成了社会各行各业共同遵守的基本性规范,因而具有职业规范等其他社会规范所没有的刚性。^[21] 职业规范等只有在不与刑法规范相抵触时才有效;业务行为在违反刑法规范时,也有入罪的可能。^[22] 而且,如果允许依照各种在边界界定上并不清晰的社会角色加以出罪,则刑法规定容易被架空。同样,行为人自己的受禁止的行为,也不会因为他人行为的受禁止性而变得正当。^[23] 一个人不能以别人也犯了罪为由,来否定自己犯了罪的事实。

不过,尽管社会角色这一根据不能将故意犯排除出去,但在当事人确实没有故意,进而需要考察他是否需承担过失责任时,社会角色这一标准却有助于界定在什么情况下,行为人才算违反了注意义务,也就是说,行为人合乎社会角色地行事,可能由此否定违反注意义务,从而排除其过失责任。^[24] 例如,人们能够期待司机对交通规则有合理的了解,但不能期待一个临时的服务员对其不知道的菌类在是否有损健康方面有所研究,因为他的角色在于招待顾客点菜和上菜。^[25]

(五) 中立的帮助行为论

另有一种观点认为,出租车司机运送盗窃犯到事发地从事盗窃的运输行为是中立的,因为如果不能将出租车司机的运送行为认定为中立的,将导致普通生活中的大量行为都被犯罪化。这类中立的帮助行为有提供吃住、赠予少量财物等非契约行为,房屋租赁、还债等民事契约行为及销售五金、出租车运输、金融服务、网络服务等行为。^[26]

但这种观点的问题是,尽管普通生活中的这类行为平时多半没有犯罪性,“中立的”帮助行为却并非一贯都是中立的。因此,即便出租车司机是依照正常价格运客,他仍然可能不仅在客观上帮助了乙的犯罪行为,也在主观上对自

[21] 如果连刑法规范都不能得到严格遵守,那很难设想行业规范等其他规范会得到良好的贯彻。出于规则功利主义的考虑,要树立尊重规则的意识,必须从刑法规范开始,遵守刑法规范是最起码的要求。仅当刑法规范得到落实时,人们才会逐渐形成各种各样的规范意识。

[22] 张明楷:《刑法学》(第4版),法律出版社2011年版,第216—217页。

[23] Kindhäuser [Fn. 4], § 11, Rn. 44.

[24] Kindhäuser, Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit—Zur Struktur strafrechtlicher Fahrlässigkeitshaftung, GA 141 (1994), 197, 215 ff.

[25] 沃斯·金德霍伊泽尔:“故意犯的客观和主观归责”,同前注[20],第227页。

[26] 陈洪兵:“中立的帮助行为论”,载《中外法学》2008年第6期。

己行为的危险性具有认识(只要司机知情),在这种情况下,也应当将盗窃的结果归属于他,从而认定其成立帮助犯。在这个案例中,“当事人将盗窃者运送到作案地点”这一判断,并不因为当事人的身份是出租车司机,就变成错误的。不管是私人,还是出租车司机,都必须遵守刑法上相应的规范,并不因为当事人是出租车司机,就应当否定法益受到危害的事实。^[27] 同样的,若网络服务提供商知悉某一网络来源发布的危险内容,但其虽有相应的技术能力,却仍然故意地不予封锁,则其行为就不再是单纯的技术性传输数据,而可能承担刑法上的责任。^[28] 再如:

案例7:被告人李某某于某日杀死被害人刘某某。7天后,李某某逃到张某某家,张明知李有杀人嫌疑,却留李吃饭并资助20元让其逃跑。法院认为,张明知李有犯罪嫌疑而提供资金让其逃匿,其行为构成窝藏罪。^[29]

我国《刑法》第310、312条分别将窝藏犯罪的人、犯罪所得(及收益)犯罪化,这是将帮助行为犯罪化。案例7中,张某某提供饮食的行为的犯罪性质不明显,但赠予钱物以资助李某某逃跑却有明显的犯罪性质,应该被认为成立窝藏罪的不法,而并不因为赠予的钱物很少(只有20元钱),就不成立不法。应该说,只要给了足够买一张车票的钱物,其行为性质就不再是“中立”的了。另外,《刑法》第354条规定了容留他人吸毒罪,则是将通常外表中立的帮助行为作为正犯行为加以处理的例子,这种帮助行为经过构成要件化这一立法过程之后,一律失去了中立的外衣。

(六) 信赖原则

还有一种排除归属的方案,是诉诸信赖原则。这种方案最初是从道路交通领域中发展起来的。依照这种方案,在出租车司机从事运输、网络服务提供商提供网络服务时,“因他人也是在法秩序之下行事的”^[30],故而,出租车司机之类的人就应当信赖他人的行为的正当性,所以,前者(帮助者)不应当为后者(行为人)违反规则的行为负责。早年,德国曾有判例将信赖原则建立在经验意义的概率计算上^[31],例如,机器出故障的频率愈低,可信赖程度愈高;但这后来遭到人们的反对,理由是,人是要承担相应责任的,即使他已经显然将要实施

[27] 沃斯·金德霍伊泽尔:“故意犯的客观和主观归责”,同前注[20],第227页。

[28] Vgl. Hilgendorf, Betrug im Internet, in: Heinz D. Assmann, Kauzushige Asada u. a. (Hrsg.), Das Recht vor den Herausforderungen neuer Technologien, 2006, S. 141 (159 f.). 这方面的域外立法例,有《关于电子业务的欧盟指导准则》第14条第1款,《德国电信服务法》第8、9条等。

[29] 参见河北省衡水市中级人民法院刑事附带民事判决书(2001)衡刑初字第31号。

[30] Stratenwerth, Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht, FS-Eb. Schmidt, 1961, S. 392.

[31] BGHSt 13, 173.

犯罪,其他人也应当期待其会遵守注意义务。^[32]

这种信赖原则,事实上和前述旧回溯禁止论的理解具有一致性,都是在用他人的意志自由排除前行为人的结果归属。因而,也不可以用这种信赖原则来排除对帮助者(前行为人)的归属;这一原则忽视了前行为也有可能在特定条件下创设危及法益的危险。从后行为人可以承担责任的角度来排除向前行为人的归属,虽然较之于经验意义上的信赖原则已经有所进步,具备规范性的特征,但它仍带有以偏概全的弱点,不合理地排除了帮助犯成立的可能性。

综上所述,因果关系中断论、旧回溯禁止论、社会相当性说、新回溯禁止论、中立的帮助行为论以及信赖原则,虽然都有助于将帮助行为非罪化,但却均具有相应的理论缺陷,因而,不能成为刑法上认定帮助行为成立与否的根据。为了正确地认定刑法上的帮助犯,我们不能从某个特定的抽象原则或理论出发,而需要从帮助行为本身的实际出发,在帮助行为和正犯行为的关系之中,分析帮助行为的客观要件和主观要件,从而在定罪问题上得出更为合理的结论。

三、帮助犯的客观要件和主观要件

帮助行为得以成立的前提是,对正犯和共犯(教唆和帮助)加以区分。如果单从实质上讲,正犯行为通常以造成法益侵害结果或给法益造成具体危险为必要。那么共犯呢?有学者指出,帮助行为需具有具体的危险性^[33];另有学者认为,就帮助行为本身而言,它只具有侵害法益的潜在的、一般的危险性(即抽象的危险性)^[34]。

将帮助行为认定为只有抽象危险性的做法,在一定程度上可以将帮助犯与以结果犯和具体危险犯为正犯、共犯加以区分,亦即促成结果和引起具体危险者,为正犯;仅有抽象危险者,为共犯。但是,这种理解的问题在于:第一,表述不准确。应该讲,共犯至少应当有抽象危险性,也就是说,共犯有时也可能有贡献于具体的危险。第二,如果正犯也是抽象危险犯,如在《刑法》第126条违规制造、销售枪支罪中,正犯和共犯都成了抽象危险犯,这时,基于危险性程度这一角度的区分便可能难以成立,这是以抽象危险犯来解释共犯所遇到的立法限制。第三,当面临《刑法》第398条故意、过失泄露国家秘密罪这类义务犯时,正犯和共犯的区分,取决于构成要件中确定的义务^[35],负有义务者的行为所蕴含的危险未必具体,也有可能抽象,进而也能阻止人们将共犯解释

[32] Stratenwerth [Fn. 30], 392.

[33] Schaffstein, Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe, FS-Hönig, 1970, S. 179, 182.

[34] Herzberg, Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände, GA 118 (1971), 1, 7.

[35] 参见何庆仁:《义务犯研究》,中国人民大学出版社2010年版,第115、124—125、255页。

为抽象危险犯。

因此,单单考察帮助行为本身的危险性质是不够的^[36],基于共犯从属性之故,我们还需要考察正犯行为。从因果关系上讲,无论是正犯,还是共犯,都对危及法益有因果贡献,帮助者在因果关系上的作用亦无法否认。^[37] 所以,需要考察的是,是否要将正犯危及法益的结果也归属于帮助者,而这,需要以满足相应的客观要件和主观要件为前提。

(一) 客观要件:在正犯实施或即刻实施构成要件的行为时予以帮助

要成立犯罪,必须首先具有实现构成要件的行为。而帮助行为的成立,则应当依据共犯从属性的原理,以符合构成要件的正犯行为之存在作为前提。在正犯已经开始实施或即将实施符合构成要件的行为时,他人以行为对此提供支持,从而提高了受害人受害或行为人成功的风险,则成立帮助行为。^[38] 具体来看,在帮助行为的成立上,需要考察的要点有三:

第一,帮助行为必须针对所实施的符合构成要件的行为。依照限制从属说的观点,只有存在符合构成要件的违法行为,才有成立共犯的可能。在行为人实施或即将实施符合构成要件的行为时,他人提供支持的行为明显提高了正犯成功实现构成要件的机会,可能被认定为帮助行为。而之所以在即将实施符合构成要件的行为时提供帮助也能成立帮助行为,理由在于:当符合构成要件的行为即将被实施时,针对法益的侵害已经迫在眉睫,行将转化为具体的危险,而具体危险通常属于刑法控制的范围;若帮助者这时进行帮助,其启动的因果流程随后将直接加功于正犯的因果流程,因而也有贡献于具体的危险。在我国的司法实践中,受即将着手实施犯罪的人指使,将相关人员(如受害者亲属)带离现场的,也属于为实施犯罪创造便利条件,被认定成立帮助行为。^[39] 帮助行为必须提高正犯行为的危险,也就是说,仅当行为人的行为有针对性地促进了正犯行为时,才有成立帮助行为的可能。通常而言,人们不能假定他人的行为具有犯罪的性质,但在有确切根据可以认定该他人的行为会符合构成要件时,再

[36] 当然,由于共犯以正犯成立为前提,受这种结构上的依赖性的影响,共犯成立的危险判断和正犯还是有所不同,此点容后再加叙述,见下文第四部分。

[37] Vgl. Mezger, Strafrecht AT, 9. Aufl., 1960, S. 223 f.; Roxin, Strafrecht AT, Bd. II, 2003, § 26, Rn. 187. 而德国帝国法院时期的判例采所谓“促进说”,认为帮助者以任何一种方式促进了犯罪实施即可,不需要因果关系,vgl. RGSt 8, 267, 268 f.

[38] Vgl. Roxin, a. a. O., § 26, Rn. 187; Kindhäuser, NStZ 1997, 273, 274; 刘凌梅:《帮助犯研究》,武汉大学出版社2003年版,第103页;陈兴良:《共同犯罪论》(第2版),中国人民大学出版社2006年版,第89页(在犯罪完成以前实施的帮助行为)。然而,就结果犯形式的正犯而言,在判断正犯是否造成了结果这一问题上,风险增高的标准却并不适用。理由是:第一,风险增高会使人们将结果犯转变为危险犯加以处理;第二,在结果犯时,适用风险增高论会违反“存疑时有利于被告人”的准则。

[39] “于爱银等故意杀人案”,载中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办:《刑事审判参考》(总第49集),法律出版社2006年版,第17页。