

中立行为的帮助

陈洪兵 著



中国法学院校学术大系
LIBRARY OF CHINA'S LAW SCHOOL

南京师范大学法学文丛

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

中立行为的帮助

陈洪兵 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中立行为的帮助 / 陈洪兵著. —北京: 法律出版社, 2010. 10

(南京师范大学法学文丛)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1306 - 0

I. ①中… II. ①陈… III. ①刑法—研究 IV.
①D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 197239 号

中立行为的帮助	陈洪兵 著	责任编辑 董 飞 装帧设计 乔智炜
---------	-------	----------------------

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 8.75 字数 209 千

版本 2010 年 11 月第 1 版

印次 2010 年 11 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印刷厂

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 1306 - 0

定价:25.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介

陈洪兵（1970-），男，湖北荆门人，法学博士，南京师范大学法学院教师，主要从事刑法学研究。 主要经历：1990年9月-1994年6月，华中师范大学法学本科；1994年7月-2000年8月，江苏剑桥人律师事务所执业律师；2000年9月-2003年7月，上海社会科学院刑法学硕士研究生（师从肖中华先生）；2003年9月-2005年4月，燕山大学文法学院法学系教师；2005年5月-2006年7月，宁波大学法学院教师；2006年9月-2009年7月，清华大学法学院刑法学博士研究生（师从张明楷先生）；2009年8月至今南京师范大学法学院教师。

自2002年以来，已在《中外法学》、《政治与法律》、《法学论坛》、《刑事法评论》、《中国刑事法杂志》、《华东政法大学学报》、《国家检察官学院学报》、《法律适用》、《厦门大学法律评论》、《社会科学》、《刑法论丛》、《内蒙古社会科学》、《河南社会科学》、《河南师范大学学报》、《天府新论》、《东北大学学报社科版》、《同济大学学报社科版》、《安徽大学学报社科版》、《安徽大学法律评论》、《南京农业大学学报社科版》、《北京交通大学学报社科版》、《国外社会科学前沿》等刊物上发表学术论文百余篇（其中，核心及CSSCI刊物上近四十篇，被中国人民大学报刊复印资料全文转载四篇）；独著《共犯论思考》2009年于人民法院出版社出版；在《人民法院报》、《检察日报》上发表文章十余篇；主持江苏省法学会课题一项。

获奖情况：2007年11月获清华之友——光华奖学金一等奖；2008年4月获中伦金通优秀论文一等奖；2008年12月获清华大学综合优秀一等奖学金。

前 言

外观上无害、本身不具有犯罪性的行为,客观上对他人犯罪的实施起到了促进作用时,若行为人主观上至少存在间接故意时,按照传统帮助犯的构成要件,由于行为人主观上具有帮助的故意,客观上具有帮助的行为,行为与法益侵害结果之间又具有因果关系,那么作为帮助犯处罚似乎也无可厚非。例如,出租车司机在行驶途中偶然得知乘客到目的地的杀人意图还将其载到杀人现场,杂货店老板明知顾客购买菜刀的目的是杀人还出售菜刀,银行职员偶然得知储户取款的目的用之行贿以腐蚀“人民的公仆”还满足其取款要求,归还斧头的人明知物主的目的是杀人还应要求归还斧头等,这些行为符合了传统帮助犯的构成要件,作为帮助犯处罚似乎名正言顺。可是,上述出售商品、提供服务、履行民事义务的行为具有反复继续性、非针对特定对象性、可取代性、业务交易性、日常生活性等特点,统统作为帮助犯处罚所可能导致的结局是:销售商品、提供服务、归还款物者在不能确保对方不会用之实施犯罪前,就不得不停止上述

活动,这样做恐怕会使社会正常的经济和日常生活交往陷入停滞。

上述就是中立行为的帮助理论所要解决的问题。关于中立行为帮助的处理,理论上存在全面处罚说和限制处罚说的分歧。限制处罚说基本上是一种共识,限制处罚说内部又存在主观说、客观说和折衷说的对立。主观说主张着眼于行为的主观要素,看中立行为人对于他人的犯罪意图是否存在确切的认识,是否具有促进他人犯罪的意思,是否具有帮助的目的,以此限制中立行为帮助的处罚范围。主观说基本上是德国判例和英美理论及判例的基本立场,但在德、日理论上属于少数说。客观说着眼于否定帮助行为或排除客观归责,从而否定符合帮助犯的客观构成要件,以限制可罚性的范围。折衷说主张兼顾行为的主、客观两方面来限制中立行为帮助的处罚范围。客观说是德、日的多数说。

中立行为的特殊性不在于行为的主观要素,而在于行为本身;行为中立性决定了行为的危险性在规范评价上通常没有制造不被法所允许的危險,没有达到值得作为帮助犯处罚的程度,故通常应否定帮助行为的存在,否定满足帮助犯的客观不法构成要件,否定帮助犯的成立。

目 录

第1章 引论 001

- 1.1 问题的提出 001
- 1.2 选题背景及意义 003
- 1.3 理论述评 006
 - 1.3.1 德国学说评析 007
 - 1.3.2 日本学说评析 015
 - 1.3.3 英美理论评析 017

第2章 共犯处罚根据论 019

- 2.1 问题意识 019
- 2.2 国外共犯处罚根据论评说 022
 - 2.2.1 责任共犯论 024
 - 2.2.2 违法共犯论 027
 - 2.2.3 因果共犯论 030
- 2.3 国内共犯处罚根据论评析 046
- 2.4 帮助犯的因果关系 050
 - 2.4.1 条件因果关系不应适用于帮助犯 052
 - 2.4.2 物理的因果性 058
 - 2.4.3 心理的因果性 062
- 2.5 归纳总结 068

第3章 理论评析 071

- 3.1 德国理论评析 071
 - 3.1.1 主观说 074
 - 3.1.2 客观说 078
 - 3.1.3 折衷说 115
- 3.2 日本学说评析 123
 - 3.2.1 客观说·客观归责论 123
 - 3.2.2 折衷说 143
- 3.3 英美学说及判例评析 149
 - 3.3.1 Andrew Ashworth 的论述 149
 - 3.3.2 Smith & Hogan 的阐述 153
 - 3.3.3 A. P. Simester and G. R. Sullivan 的观点 155
 - 3.3.4 Richard G. Singer 和 John Q. La Fond 的见解 158
 - 3.3.5 George P. Fletcher 的阐述 160
- 3.4 国内学说评析 163
 - 3.4.1 客观说 164
 - 3.4.2 折衷说 165

第4章 中立行为的类型化研究 176

- 4.1 商品销售中立行为 176
 - 4.1.1 违禁品销售型 177
 - 4.1.2 日常使用危险物销售型 179
 - 4.1.3 日常使用物销售型 182
 - 4.1.4 结语 189
- 4.2 服务中立行为 190
 - 4.2.1 问题的提出 190

4.2.2	服务中立行为帮助的类型化探讨	191
4.2.3	归纳总结	207
4.3	履行民事义务的中立行为	208
4.3.1	问题意识	208
4.3.2	具有业务中立性的民事义务的履行	209
4.3.3	具有日常生活性的民事义务的履行	216
4.3.4	结语	221
4.4	企业中立行为	222
4.4.1	问题意识	222
4.4.2	限定单位犯罪中其他直接责任人员处罚范围的根据	222
4.4.3	企业外部的业务中立行为的可罚性	226
4.4.4	结语	229
4.5	网络中立行为	230
4.5.1	问题意识	230
4.5.2	网络连接服务商不应承担责任	231
4.5.3	网络平台提供服务商一般不应承担责任	234
4.5.4	P2P 服务提供行为原则上不应受罚	236
4.5.5	结语	244
4.6	日常中立行为	245
4.6.1	问题意识	245
4.6.2	非契约型的日常中立行为	245
4.6.3	契约型的日常中立行为	248
4.6.4	结语	251

第5章 结论 253

主要参考文献 259

第1章 引论

1.1 问题的提出

【设例】甲为讨债将被害人乙关押在自家院内的狗笼里,打电话让卖盒饭的丙送盒饭上门,丙在门口与甲交接盒饭时,无意中从门缝看到乙被关在狗笼内,但丙不想惹是生非,仍然天天给甲送盒饭。当警方营救乙时,恰巧遇见丙送完盒饭想离开。试问:丙是否构成非法拘禁罪的帮助犯?^①

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?^②这被认为开启了“因日常行为的帮助的可罚性”问题的先河。^③进入20世纪后,德国陆续出现了一些引人注目的判例。例如,律师在接受犯罪嫌疑人亲属的法

① 参见黄惠婷:“中性行为之帮助性质”,载《台湾法学》2008年第10期(总第114期),第108页。

② Vgl. Kitka, über das Zusammentreffen mehrerer Schuldigen bey einem Verbrechen und deren Strafbarkeit, 1840, S. 61 ff. 转引自[日]曲田统:“日常的行为と从犯——ドイツにおける议论を素材にして——”,载《法学新报》111卷2・3号(2004),第143~144页。

③ Vgl. Tag, Beihilfe durch neutrals Verhalten, JR 1997, S. 50.

律咨询委托时,因“业务不精”错误告知帮助受羁押的亲属脱逃不构成脱逃罪的帮助犯的法律意见,由此引发律师因业务行为是否构成脱逃罪的帮助犯和庇护犯人罪的争论(RGSt 37, 312);又如,向卖淫场所赊销酒构成帮助犯的判例(RGSt 39, 44)。这些判例引发了德国理论界对日常行为帮助可罚性问题的极大关注。德国有学者将有关中立行为帮助的理论展开过程分为三个时期:一是从1840年至1920年期间,着眼于“故意”的问题加以解决,之后一直持续到20世纪70年代,之前都处于潜在期;二是以Jakobs 1977年发表的一篇文章为标志,^①从1977年至1993年期间,着眼于行为自由与刑事政策的衡量,把握中立行为帮助的可罚性问题;三是以德国1994年的“银行事件”为标志至今,对中立行为帮助的可罚性问题开始了多视角的探讨。^②日本自1995年以来,受德国的影响也开始逐渐关注这一问题。

所谓中立行为的帮助,是指从外表看通常属于无害的、与犯罪无关的、不追求非法目的的行为,客观上却又对他人的犯罪行为起到了促进作用的情形。^③关于中立行为(neutrale Handlung),学界有各种称谓,如日常行为(alltägliche Handlung)、典型职业行为(berufstypisches Verhalten)、职业相当性(professionelle Adäquanz)行为、惯常的业务活动(übliche Geschäftstätigkeit)等。按照传统关于帮助犯的构成要件,中立行为人在知道正犯的犯罪意图,即主观上至少具有间接故意时,客观上其行为对正犯行为和结果又起到了促进作用,满足了通说所承认的帮助犯的因果性或促进关系,因而作为帮助犯处罚似乎名正言顺、理所当

① Vgl. Günther Jakobs, Regressverbot beim Erfolgsdelikt, ZStW 89 (1977), S. 20 ff.

② Vgl. Hendrik Schneider, Neutrale Handlungen: Ein Oxymoron im Strafrecht?, NSZ 2004, S. 314.

③ 参见[日]豊田兼彦:“中立的行为による帮助と共犯の处罚根据——共犯论と客观的归属论の交错领域に関する一考察——”,载《神山敏雄先生古稀祝贺论文集第一卷 过失犯论・不作为犯论・共犯论》,成文堂2006年版,第551页。

然。^① 如上述案例中,丙看见乙被关在狗笼内,依一般生活经验可以判断出乙被甲非法拘禁,因而丙具有帮助的故意,客观上具有促进正犯犯罪的帮助行为,似乎应作为帮助犯予以处罚。但是,中立行为通常具有反复继续性、非个人性、匿名性、可取代性、业务性、日常生活性等特点,行为本身虽不具有犯罪的性质,但客观上却完全可能被犯罪所利用。^② 如出售的螺丝刀可能被用于入室盗窃,出租车承载的乘客可能到目的地实施杀人或抢劫银行的犯罪行为,出售的面包可能被用于作为毒杀的工具。若是只要中立行为主观上对行为的后果存在预见,事实上对他人的犯罪行为起到了帮助作用,就一概作为帮助犯加以处罚,无疑是要求提供商品或服务的人对顾客的品行进行审慎的盘查,在不能确保所出售的商品或所提供的服务不会被用于犯罪时,只能停止商品的销售和服务的提供,最终必然导致整个社会经济和日常生活交往陷入瘫痪状态,而这显然不是大家所愿意看到的。^③ 人们正是认识到了中立行为所具有的“天使”与“魔鬼”的两面性,才达成了应当限制中立行为帮助处罚范围的广泛共识。在此前提下,如何在罪刑法定原则的框架内限制中立行为的帮助的处罚范围、划定不可罚的中立行为与可罚的帮助之间的界限,为此,理论上展开了热烈的讨论。^④

1.2 选题背景及意义

前些年出现的用工业酒精勾兑白酒的案件曾引起社会各界的广泛

① 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第3版),北京大学出版社、高等教育出版社2007年版,第178页以下;陈兴良:《陈兴良刑法学教科书之规范刑法学》,中国政法大学出版社2003年版,第147页以下。

② Vgl. Hillenkamp, 32 Problemlr aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil, 2001, S. 170.

③ [德]RGSt. 37, 321.

④ 参见[日]松生光正:“‘中立的行为’による帮助(1)”,载《姬路法学》27·28合并号(1999),第206页。

关注,最近发生的将三聚氰胺兑入牛奶中“害死人”的三鹿奶粉案件更是吸引了全世界人民的眼球。用工业酒精勾兑的白酒有毒,兑入三聚氰胺的牛奶有毒,生产、销售这类食品的构成生产、销售有毒、有害食品罪,自然是罪有应得。可是,工业酒精和三聚氰胺的销售在案发时并不为国家法律所禁止或限制,销售不被禁止(以下均包括限制)的商品客观上促进了他人犯罪实施且行为人对危害后果至少存在放任时,是否构成帮助犯?就是一个不容回避的问题。律师提供的法律咨询服务客观上也可能促进他人犯罪的实施,银行应储户要求支付的存款客观上也可能被用于行贿以腐蚀“人民的公仆”,民间借贷中按期归还的款物客观上也可能被债权人用于从事走私、购买假币、赌博、购买杀人工具等活动,从而对他人犯罪活动起到促进作用。行为人是否构成帮助犯,也是一个必须谨慎对待的问题。

但是,在我国无论司法解释还是刑法理论,几乎都没有中立行为帮助的意识,几乎都是将可能的中立行为等同于一般的帮助犯来对待处理。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若干问题的解释》(本书以下简称伪劣商品解释)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、账号、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。”又如,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》(本书以下简称走私案件解释)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“与走私犯通谋”,构成走私罪的共犯。再如,2004年12月8日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应

用法律若干问题的解释》(本书以下简称知识产权解释)第16条规定:“明知他人实施侵犯知识产权犯罪,而为其提供贷款、资金、账号、发票、证明、许可证件,或者提供生产、经营场所或者运输、储存、代理进出口等便利条件、帮助的,以侵犯知识产权犯罪的共犯论处。”又如,2005年5月11日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(本书以下简称赌博案件解释)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。”等等。这类司法解释的规定不胜枚举。按照这些司法解释的规定,只要行为人主观上至少存在“帮助”的间接故意,客观上对他人犯罪活动起到了“帮助”作用,就毫无疑问地构成帮助犯。可是,在这些所谓帮助行为中存在大量的具有业务性、日常生活性的中立行为,不问“青红皂白”地统统作为帮助犯处罚是否妥当,值得思考。

另外,我国《刑法》第31条关于单位犯罪的处罚规定:“单位犯罪的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他责任人员判处刑罚。”何谓其他责任人员,或者说应当承担刑事责任的“其他直接责任人员”的范围如何划定?这涉及企业中立行为的帮助问题。例如,明知企业老板一贯偷逃税款还卖力地从事生产、经营的企业从业人员,其行为在增大生产、经营额的同时也增加了企业老板的偷税数额。又如,明知企业老板命令其运到河中倾倒的废弃物会严重污染环境,还是不折不扣地完成了“污染环境”任务的企业卡车司机,是否应作为“其他直接责任人员”对环境犯罪承担责任?

国外集中关注中立行为帮助问题也只是最近十多年的事情,我国除新近个别教科书对中立行为帮助略作介绍外,国内无论理论还是实务都对中立行为“不屑一顾”。本书试图通过介绍、评析国外的中立行为帮助的相关理论,结合我国实际,对此问题作一些尝试性的思考,希

望理论和实务同仁在处理帮助犯时能稍稍留意一下中立行为帮助的特殊性。

1.3 理论述评

关于中立行为帮助的学说大体上可以分为全面处罚说和限制处罚说两部分。全面处罚说认为,只要符合传统帮助犯的成立条件,即客观上与犯罪结果具有因果性或者促进关系并且主观上具有故意,就应肯定帮助犯的成立。^①全面可罚说完全不顾及中立行为的特殊性,将其作为一般的帮助行为来对待处理。虽然从自然意义上讲,知道他人的杀人意图而交给他人一把菜刀,与知道他人的杀人意图还卖给他人一把菜刀,以及与知道刀的主人要求还刀的目的在于杀人还应要求归还菜刀,没有什么不同,或者说与在交付刀的行为与杀人行为和结果之间的物理因果性上没有什么两样,或者说对法益的侵害或威胁的影响上没有差异。但是,前者既不是履行民事义务的行为,也不是通常的业务交易行为,行为的全部意义就是促进他人的杀人行为和结果的发生,作为杀人罪的帮助犯处罚可谓实至名归、理所当然。而后两者是正常的业务交易或履行民事义务的行为,行为除具有助长他人犯罪的客观意义外,还具有从事正常的业务交易或履行民事义务的意义,而后一点恰恰是中立行为的特殊性之所在。在现代交往社会里,任何日常、业务行为客观上都可能对他人犯罪起到促进作用,都可能侵害或威胁法益。但为了社会交往的正常进行,通过利益权衡,任何社会、任何国家都不会处罚所有侵害法益的行为,禁止所有与法益侵害结果间具有因果性

^① Vgl. Katharina Beckmper, Strafbare Beihilfe durch alltägliche Geschäftsvorgänge, JURA 2001, S. 163 ff., 169.

的行为。全面可罚说正是忽视了这一点,所以如今已经没有支持者。

限制处罚说内部学说林立,大体上可以分为主观说、客观说和折衷说。主观说着眼于行为人的主观方面,如行为人对于他人利用所提供的商品或服务实施犯罪这一点是否存在确切的认识,行为人是否具有积极促进他人犯罪的意思,或者说是否具有帮助他人犯罪的目的等,以此来限制中立行为帮助的处罚范围。主观说是德国判例和英美理论与判例的基本立场,但在德、日理论上属于少数说。客观说着眼于帮助犯的客观构成要件,如是否存在帮助行为,能否将他人的犯罪行为及其结果客观归责于行为人,从而否定符合帮助犯的客观不法构成要件,以此来限制中立行为帮助的处罚范围。客观说基本上是德、日理论的多数说。以德国学者 Roxin 为代表的折衷说认为,除去行为的主观要素不能判断行为的社会意义,因此在考虑中立行为帮助的可罚性时应从主、客观两个方面着手解决。

1.3.1 德国学说评析

德国早期主观说的基本立场是,只有在中立行为人出于确定的故意时才成立可罚的帮助,若仅具有未必的故意则否定帮助犯的成立。最近的主观说认为,作为帮助犯的故意,需要认识预见到客观构成要件的诸要素,而且以具有“实现的意思”为必要;^①仅仅知道他人的犯罪计划还不够,还要具有通过自己的行为促进他人犯罪的意识和意思,也就是以具有“促进的故意”为必要。^②应该说,德国最近的主观说进一步限制了中立行为帮助的处罚范围,如后所述,这与美国模范刑法典要求具

^① Vgl. Christian Baumgarte, Die Strafbarkeit Von Rechtsanwälten und anderen Beratern Wegen unterlassener konkursumeldung, wistra 1992, S. 46.

^② Vgl. Hans Kudlich, Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten (Strafrechtliche Abhandlungen NF Bd. 156), 2004, S. 138 ff.

有帮助的目的的立场是一致的。但是,无论是仅要求主观上存在确切认识的主观说,还是强调犯行促进意思、实现犯罪的意思或帮助目的的主观说,都是从行为的主观要素或者说从帮助犯的主观构成要件入手来限制中立行为帮助的处罚范围;而完全忽视行为本身的客观中立性,忽视从帮助犯的客观不法构成要件入手解决问题,因而没有抓住中立行为帮助问题的本质。需要指出的是,尽管国内外不少学者将 Roxin 区分确定故意和未必故意的立场归入折衷说,但究其实质还是偏向于主观说立场。因为 Roxin 主张的所谓客观上的犯罪意义关联性的判断标准基本上取决于行为人对于他人的犯罪意图是否存在确切的认识,这与早期的主观说的主张几乎如出一辙。学说上之所以将其归入折衷说,无非是因为其借助主观认知的程度来判断行为客观上的犯罪意义关联性存在与否,但判断犯罪意义关联性的出发点却还是行为的主观要素。所以,即便将其归入折衷说,也可以认为是一种偏向于主观说的折衷说。

与主观说相对,客观说主张着眼于帮助犯的客观构成要件来限制中立行为帮助的处罚范围,大体上又有两个路径:一是着眼于帮助行为要件进行可罚性限制;二是着眼于帮助行为与正犯实行行为及其结果之间的客观归责的角度加以解决。^①虽然各种客观说的基本立场都是通过否定中立行为符合帮助犯的客观不法构成要件,从而否定成立可罚的帮助,但在路径上却各有不同。

最早由德国刑法学大师 Welzel 提倡的社会相当说认为,历史形成的通常社会生活秩序框架内的行为,即使发生了作为行为归结的构成要件的结果,这种行为也不属于该当构成要件的行为;质言之,具有社

^① 参见[日]山中敬一:“中立的行為による幫助の可罰性”,载《关西大学法学论集》56卷1号(2006),第72页。