

# 网络犯罪参与行为刑事责任模式的教义学塑造<sup>\*</sup>

## ——共犯归责模式的回归

王霖

(海南大学法学院,海南海口 570225)

**摘要** 我国网络犯罪归责模式经历了从正犯向共犯正犯化归责模式的演变。网络犯罪共犯正犯化的解释模式与立法范式是实质正犯理念的本土化误用,导致规范体系解释的进退维谷、网络犯罪阈限的间接延展、共犯参与类型的弱化销蚀。这并非化解网络共犯归责困境的妥适之途。当前应立足我国共犯立法体例,整合共犯教义学智识资源,建构契合共犯双层分类标准的共犯归责模式,采用最小从属性说弥合参与行为处罚间隙,选择行为共同说疏通犯意联络障碍,从而对正犯化的共犯行为予以正本清源,实现共犯归责模式的理性回归。

**关键词** 共犯行为正犯化;共犯归责模式;最小从属性;行为共同说;网络犯罪

中图分类号:DF611 文献标识码:A 文章编号:1005-9512(2016)09-0030-13

DOI:10.15984/j.cnki.1005-9512.2016.09.003

当下中国已全面进入网络时代,在网络技术应用重塑现代生活的同时,网络犯罪亦如影随形。较之传统犯罪,网络犯罪呈现出的犯罪主体离散性、行为方式虚拟性及犯罪结果泛化性的特征。这不仅在犯罪学意义上提供了某种新的犯罪类型样本,也提出了若干在传统刑法教义学视阈下需要直面的难题,网络犯罪参与行为即为典型体现。信息时代的网络安全呼唤着网络犯罪规制对策的建立与完善。在迈进第三网络代际的背景之下,如何疏通网络共犯的刑事归责路径,如何选择网络共犯行为的责任模式,共犯理论资源是否已然应对乏力,这些问题都需要研究者审慎地思索与解答。既有之共犯教义学智识框架、体系在网络共犯场合,应予以扬弃抑或坚持,此一课题不仅关涉宏观层面上新型犯罪与传统法教义学之关系,亦可在微观层面上提供一条检验共犯教义学命题的理想途径。

### 一、网络犯罪归责模式的代际演变:从正犯归责到共犯正犯化归责

目前我国已完成了一代、二代网络技术的更新换代,正处于实现三代网络的过渡时期。<sup>①</sup>网络犯

---

作者简介:王霖,海南大学法学院刑法学专业博士研究生、海南大学犯罪研究所研究员。

<sup>\*</sup> 本文系2016年海南省研究生创新科研课题“抽象危险犯认定路径之困局与突围”(课题编号:Hyb2016-02)的阶段性研究成果。

<sup>①</sup> 李怀胜:《三代网络环境下网络犯罪的时代演变及立法展望》,《法学论坛》2015年第4期。

罪的演变规律成为信息时代宏阔历史变迁的现实投影。回望我国网络犯罪的形态异化过程,检视网络犯罪刑事归责模式,对于把握网络犯罪异动规律,从而合理建构规制对策具有裨益。

### (一)正犯责任模式的搭建与共犯责任模式的补充

第一网络代际是计算机技术初步形成后所促生的网络空间雏形时期。“网络只是把所有的终端或者说网民联接到一起,无论是网民之间还是网民与网络之间,均无法实现互动,只是信息的交换。”<sup>②</sup>第一网络代际的现实情境使得彼时的网络犯罪具有明显的时代烙印,以侵入局域网、破坏系统内部架构、盗取毁损系统信息为主要形态。网络犯罪多以将系统作为攻击靶标的单独正犯行为出现,共犯现象尚不突出而未为立法者过多关注。我国网络犯罪罪状体系最初建构于我国《刑法》第二百八十五条第一款、第二百八十六条以及第二百八十七条三个条文之上。这三个条文上的罪状均采用了对典型系统攻击行为的正犯立法范式。第二百八十五条将对特定网络系统的侵入作为规制对象,第二百八十六条旨在保障网络系统的安全运行。同时,第二百八十七条对第一代际下零星显现的“网络技术+传统犯罪”的最低网络犯罪变异版本给予了立法关注。可以看出,那时的网络犯罪刑事立法体例仍未系统梳理并整合预测出网络犯罪的异动态势,因此立法上采用第二百八十七条“补充规定”的形式将上述网络犯罪变异形态诉诸“本法有关规定定罪处罚”。随着第二网络代际的到来,百度贴吧、微博平台、个人博客、网络P2P等技术的应用使得网络空间功能使命实现了从以“联接”为主向以“互通”为主的过渡。提供犯罪技术、智力支持的网络犯罪帮助行为明显增加,之前的这三条罪状体系面对网络犯罪的客观情境与刑事规制的现实诉求,日渐显现出捉襟见肘的窘境。对此,我国刑法予以及时回应,《中华人民共和国刑法修正案(七)》于我国《刑法》第二百八十五条之后增设两款三罪,第二百八十五条第二款明确将非法侵入、获取、控制计算机信息系统及内部信息的行为规定为犯罪。同时,面对网络犯罪技术支持行为的增多,最高人民法院、最高人民检察院(以下简称:“两高”)通过出台相关司法解释对共犯归责漏洞进行弥补。“两高”于2004年发布的《关于办理知识产权侵权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第16条之规定,以及“两高”于2005年出台的《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条之规定,均体现对网络犯罪提供技术、资金等帮助行为所构建的共犯归责模式。总而言之,第三网络代际之前我国网络犯罪形成以正犯归责为主导,共犯归责为辅助的责任模式体系。

### (二)“共犯正犯化”责任模式的异途演进

第三网络代际的到来型构出当下网络社区的现实情境,网络空间的“虚拟性”日渐淡化,取而代之的是生活、办公、娱乐领域与网络空间的全方位叠加。“互联网+”、“大数据流”、“物联网”、“云计算”等技术的实际运用,为“网络社区”环境的形成提供了框架。网络参与主体互动更加紧密,网络主体“一对多”现象使得网络帮助行为的实害后果被无限放大,网络犯罪参与行为出现两个向度的异化变形。其一,正犯实施了尚未构成犯罪的轻微违法行为,网络参与行为将该正犯行为的危害后果进行放大,从而达到入罪标准。其二,借助网络空间的匿名属性,网络参与者在未与正犯进行犯意沟通的情况下即可实施片面援助行为。这种网络参与行为的异动变形对共犯理论形成冲击,例如网络片面帮助犯情形下如何对参与者之间的犯意联络进行疏通,网络帮助犯对危害结果的作用大于正犯时如何实现二者罪责关系的协调?面对网络共犯行为的如此异化变动,共犯教义学也发出了理论回应——“共犯行为正犯化”的归责路径使帮助行为摆脱对正犯行为的依附作用,应当成为刑事立法应对网络共同犯罪现实挑战的最佳回应。<sup>③</sup>在我国,这种思考方式日益获得学者支持,并为司法解释及刑事立

<sup>②</sup> 于志刚:《网络犯罪的代际演变与刑事立法、理论之回应》,《青海社会科学》2014年第2期。

<sup>③</sup> 参见于志刚:《网络犯罪与中国刑法应对》,《中国社会科学》2010年第3期。

法所采纳。基于此种理念的持续推动,我国刑法在搭建网络犯罪罪状体系时不断将共犯行为作正犯化处理从而独立成罪。我国《刑法》增设第二百八十五条第三款的“提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪”,将为正犯提供技术或工具支持的帮助行为单独入罪作正犯处罚,这是我国网络犯罪共犯正犯化立法范式的首次尝试。“两高”于 2010 年出台的《关于办理利用互联网、移动通讯终端、声讯台制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释(二)》(以下简称:《淫秽电子信息解释二》)第三条至第六条即是共犯正犯化解释范式的运用。《中华人民共和国刑法修正案(九)》(以下简称:《刑修九》)中的部分罪名则将正犯化立法范式进一步泛化适用。《刑修九》增设非法利用信息网络罪,将设立用于实施违法犯罪活动的网站、通讯群组的行为,发布有关制作或者销售违禁物品、管制物品或者其他违法犯罪信息的行为,为实施诈骗等违法犯罪活动发布信息的行为单独设罪。该条使用预备行为实行化的方法前置刑法介入节点,有利于实现对部分犯罪行为的提前预防。<sup>④</sup>同时应当注意,上述设立网站、通讯群组以及发布信息的行为也是诈骗罪、传授犯罪方法罪、销售毒品、枪支淫秽物品等违禁品类犯罪的帮助行为。因此该罪在进行“预备行为实行化”的同时亦“暗度陈仓”地实现了“帮助行为正犯化”的效果。《刑修九》还增设帮助信息网络犯罪活动罪,将网络服务者的互联网介入、服务器托管、网络存储、通讯传输、提供广告推广、支付结算等帮助行为独立考察,“完成了信息网络服务者帮助犯正犯化的规范建构,从而有效地超越了在传统共犯结构下分析业务行为刑事归责的局限性”。<sup>⑤</sup>《刑修九》上述两项罪名的增设将“共犯行为正犯化”归责模式的立法范式运用发挥到了极致。

通过反观我国网络犯罪刑事规范体系的建构完善过程,笔者发现网络犯罪归责模式呈现出两条发展线路。其一,面对网络共犯行为的异化,网络主体“一对多”现象的出现导致网络帮助行为对犯罪结果的实质贡献远远超过正犯行为,共犯行为正犯化责任模式逐渐泛化运用于司法解释及网络立法之中。其二,网络服务者的监督、管控作用逐渐为社会所强调。对于网络服务者以不作为形式对正犯行为予以帮助的现象,其作为义务体系的建构与不作为行为的认定成为对其刑事归责的基本路径,并以正犯归责模式予以体现。上述两条归责线路是立于不同层面对当今网络犯罪异动现象所进行的回应。前者基于刑法教义学层面,力图通过共犯理论创新破解网络犯罪参与行为的制裁困局;后者则准确把握网络犯罪主体的变动,将网络服务者不作为帮助行为作为考察中心并进行正犯化归责,从而将其纳入制裁视阈。上述两种归责模式虽出发点不同,但共同征表出一个实质演进方向即网络共犯行为正犯化归责模式,可谓殊途同归,协同推进。

## 二、“共犯正犯化”归责模式的教义学反思

### (一)共犯正犯化的理论阑珊——实质正犯概念的学理脉络梳理

在我国,近年来关于网络犯罪的司法解释以及《刑修九》相关罪名的增设均体现了“共犯正犯化”思考方式对立法活动的持续渗透和推动。网络共犯行为正犯化是将具有独立性的技术帮助行为扩张解释为相关犯罪的实行犯,从而不再依靠共犯理论对其评价制裁,而是直接视之为“正犯”,径直通过刑法分则中的犯罪构成对其进行评价制裁。<sup>⑥</sup>网络共犯行为正犯化为诸多学者提倡,并转化为立法范

<sup>④</sup> 参见《法工委解读〈刑法修正案九〉涉网络条款》,http://www.npc.gov.cn/npc/fzgzwyh/2015-11/18/content\_1952070.htm,2016年3月1日访问。

<sup>⑤</sup> 刘宪权:《论信息网络技术滥用行为的刑事责任——〈刑法修正案(九)〉相关条款的理解与适用》,《政法论坛》2015年第6期。

<sup>⑥</sup> 参见前注<sup>③</sup>,于志刚文。

式,其旨在化解网络时代下网络行为“一对多”现象与共犯作用超越正犯作用后的罪刑匹配困局。这种解释方式或立法范式无疑对我国刑法总则上关于共犯的规定形成冲击,甚至在一定程度上架空了既有的共犯理论,打破了正犯—共犯的二元区分格局。共犯体系的建构与正犯概念的确定具有直接关联,要实现“共犯正犯化”的真实解读与正确反思,首先应对其推演路径进行回溯思考,对正犯概念的理论纠结予以脉络梳理。

正犯概念存有扩张正犯概念与限制正犯概念之争。扩张的正犯概念将对犯罪实现起任何作用的人都作为实施了符合构成要件的实行行为人。<sup>⑦</sup>“不问参与形式如何,只要是参与了犯罪的人,都是正犯。”<sup>⑧</sup>因此,教唆行为与帮助行为的行为人本质上仍为正犯,只是基于“刑罚限制事由”将其例外作为共犯处罚。限制的正犯概念则认为:“正犯只是亲自实行符合构成要件的行为人,仅仅通过不符合构成要件的行为共同惹起结果,不能给正犯奠定基础。”<sup>⑨</sup>因此,共犯只是以修正的构成要件介于正犯的行为才被处罚,此即所谓“刑罚扩张事由”。限制正犯概念重在通过构成要件定型区隔出犯罪参与人类型,从而贯彻罪刑法定原则。源于上述两种正犯理念的推动,共犯立法体例产生了单一制与区分制的并立格局,并以区分制的共犯立法模式为主导。德国、日本共犯立法体系即为区分制理念推动建立的。但在区分制的共犯体系之下,如何厘清正犯与共犯之间关系又成为必须首先解决的问题,对此观点林立、学说繁杂。最初,形式客观理论将正犯限定为亲自实施符合构成要件的行为人,不亲自实施构成要件而只是对构成要件作准备或支持行为的人是参与者。<sup>⑩</sup>严格坚持此说导致“本质上对于法益侵害实现有支配力的人不必负责,而本质上对于不法侵害实现没有支配力的人却要负责”的不当后果,因而此说渐失支持。<sup>⑪</sup>随后,学者又试图从主观犯意入手对正犯与共犯进行界分,<sup>⑫</sup>但此说抛弃行为对法益侵害的客观作用而仅从主观角度加以区分往往得出不当结论,也为学界所弃。之后,学界主流学说逐渐跳开形式区分标准向实质区分标准过渡,以行为对法益侵害的作用来对正犯与共犯加以区分,形成了重要作用理论、必要性理论、同时性理论、优势理论、规范的综合判断理论以及犯罪事实支配理论等等,其中,以犯罪事实支配理论为有力学说。

通过上述学理脉络梳理,可以看出德、日刑法理论经历了从形式正犯概念向实质正犯概念的缓慢转变。这种转变是共犯教义学的理性选择,但其根本原因却根植于德、日单层区分制下的共犯立法体例。德、日刑法对参与人的划分主要采纳单层分类,即以正犯为核心确立犯罪参与人的分类体系。在正犯—教唆犯—帮助犯的三层分类体系中,体现的不仅是规范评价由强至弱的阶层递减,也是刑罚裁量的由重至轻。这种单层的分类方法将分工分类法与作用分类法合二为一,试图实现参与类型与参与程度规范评价的同时与同一。“正犯是共同犯罪定罪和量刑的中心,其不仅具有定罪的价值而且具有评价参与者刑罚轻重的功能——正犯是共犯的处刑基础,共犯依照正犯之刑处断或者减等处罚。”<sup>⑬</sup>这种将分工定型机能与作用评价机能集于一身,试图一揽子解决定罪与量刑的单层分类

⑦ 参见张明楷:《外国刑法纲要》,清华大学出版社2007年版,第301页。

⑧ [日]高桥则夫:《共犯体系和共犯理论》,中国人民大学出版社2010年版,第5页。

⑨ 马克昌:《比较刑法原理——外国刑法学总论》,武汉大学出版社2006年版,第569页。

⑩ [德]约翰内斯·维塞尔斯:《德国刑法总论》,李昌珂译,法律出版社2008年版,第333页。

⑪ 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。

⑫ 主观标准之下又存利益说与故意说的分立。前者将为了实现自己的利益而实施行为的作为正犯,为了实现他人的利益而实施行为的作为共犯。后者则将以实施自己行为的意思而实施行为的作为正犯,以加功他人的行为的意思而实施行为的作为共犯。依主观标准区分共犯与正犯容易产生不当结论。如佣人依主人之意将主人的婴儿溺死,依利益说或故意说均会对佣人的行为得出共犯而非正犯的结论。

⑬ 钱叶六:《双层区分制下正犯与共犯的区分》,《法学研究》2012年第1期。

体系无疑制造了共犯罪刑失衡的困局。例如,行为人虽未参与构成要件的完整实施,但对危害结果的发生却起着关键作用,若将其评价为共犯则会对其科处轻刑,从而有违罪刑均衡之要求。正是为了消解这一困局,共犯与正犯的区分才被迫由形式标准向实质标准过渡。或者说,正犯概念的实质化是德、日共犯教义学面对立法现实所选择的无奈之举。“在实质客观说之下形成所谓共犯行为正犯化的逻辑结论存在明显的体系性弊端,为求得量刑的合理性而舍弃构成要件的定型性”。<sup>⑭</sup>我国刑法明显有别于德、日共犯立法体例中单层区分标准,“我国刑法对共犯人同时采用了分工分类(正犯、组织犯、教唆犯和帮助犯)和作用分类(主犯、从犯)两种不同的分类标准”。<sup>⑮</sup>这种双层分类标准将共犯、正犯的类型与其科处刑罚进行脱钩处理。正犯、帮助犯、教唆犯只是依据分工标准划分出来的参与模型,对其科处的刑罚不存在德、日刑法中规范评价递减的规律。如此,即便一个行为首先依分工分类标准被评价为帮助行为之后,仍可依据作用分类标准被评价为主犯,从而实现定罪与量刑的先后区隔考量和刑罚准确匹配。

据此考察我国的现状可知,目前我国网络犯罪“共犯正犯化”理论的兴起及其对网络犯罪立法范式的持续渗透,与我国共犯双层分类标准并非契合,甚至是对我国共犯立法体系的一种误读。可以说,网络犯罪“共犯正犯化”解释路径及立法范式是基于化解网络犯罪参与行为定罪与量刑匹配失衡这一“假性问题”而建构的异化之途。有学者认为:“现实空间中的帮助犯不可能加剧正犯的社会危害性,自身的社会危害性程度也不可能超越正犯行为。在网络世界中这一切都发生了改变。”<sup>⑯</sup>基于此种考量,当帮助犯对危害结果发生所具有的作用大于正犯时,与其相匹配的刑罚也应大于正犯,因此“帮助行为由于社会危害性的升高,应当摆脱共犯地位的束缚予以正犯化处理”。<sup>⑰</sup>但笔者认为,这是误将我国共犯双层分类标准等置为德、日单层分类标准后得出的不当结论,从而,基于此结论所构想出的网络共犯刑罚匹配失衡困局也就丧失了合理前提。网络技术的进步特别是进入第三网络代际之后,网络参与主体捆绑更加紧密,网络帮助犯对犯罪结果所创造的贡献通过网络空间的放大器作用往往会超越正犯,如深度链接行为、网络软件著作权侵权行为、网络病毒软件提供行为等均是其适例。以网络平台服务者为例,单独正犯通过网络平台上传一部淫秽色情视频的行为往往危害有限,但网络平台服务者通过平台的联接与传播功能却能将此危害结果实现几何级放大。网络平台服务商的帮助行为无疑对有关法益形成了更为严重的侵害。无视网络犯罪参与行为的这种异动变形无异于掩耳盗铃,但这种异动变形是否真的意味着既有共犯立法体系已无法有效应对,既有共犯教义学智识资源已无法整合出妥适的归责路径,网络共犯行为正犯化的解释路径或立法范式才是有效的破解灵药,仍有待进一步思考。笔者认为,对上述问题都应给予否定回答,借助我国共犯双层分类标准可以建构冲破网络共犯异化困局的解围路径。双层分类标准的最大优势在于将行为类型的判定与行为科刑的考量区隔审查、脱钩处理。首先对参与行为进行类型性考量,保证罪刑法定的实现,然后进行参与作用的实质规范评价,解决罪刑均衡问题。这样的两步分层考察充分保障了对行为者定罪的准确与科刑的均衡。例如,行为人利用某网络平台上传一部淫秽色情视频,网络平台服务商通过平台优势为众多潜在浏览者提供下载传播服务,网络平台服务构成正犯传播淫秽物品罪的帮助行为,且其帮助传播行为比正犯对法益侵害的程度更为严重。对于这种网络共犯的异化变形现象,在我国共犯双层分类标准的立法体例之下能够获得定罪与量刑的均衡匹配方法如下:首先,依据参与类型分类

<sup>⑭</sup> 阎二鹏:《共犯行为正犯化及其反思》,《国家检察官学院学报》2013年第3期。

<sup>⑮</sup> 同前注<sup>⑭</sup>,钱叶六文。

<sup>⑯</sup> 同前注<sup>⑮</sup>,于志刚文。

<sup>⑰</sup> 同前注<sup>⑮</sup>,于志刚文。

标准对上述技术帮助行为进行定型分析,认定为帮助犯,完成行为定型判断;然后,进入参与程度分类标准进行行为作用的规范评价,将对侵害法益发挥主要作用的帮助行为认定为主犯,从而完成行为科刑判断。如此,经过分工分类标准与作用分类标准的双层考察,能够实现网络共犯行为的准确定罪与均衡处刑。“共犯行为实行化”思考路径将共犯行为作解释论或立法论层面的正犯化处理,这是在误解我国共犯分类体系基础上衍生出的异化之途,是将共犯定型标准与作用标准混淆考量,是将正犯概念实质化理解后的不适当选择。

## (二)共犯正犯化的适用抵触——归责模式的思维困局

德国、日本正犯概念从形式判断向实质判断转化演进根源在于其单层的共犯分类立法体例。罔顾中国与其这种立法体例间的差异,对我国共犯进行实质化判断,并非合适之举,其结果也许非但水土不服,标本皆未治,还可能衍生新的困惑。

### 1.法规体系的解释协调困境

近年来,基于共犯正犯化思维方式的持续渗透与促推,“两高”相继出台了若干涉及网络共犯的司法解释。通过对这些条文进行梳理,可以发现共犯正犯化的解释范式非但不能有效化解网络共犯异化问题,还会制造出新的共犯体系性解释困局。《淫秽电子信息解释二》第三条至第六条即是共犯正犯化解释范式的体现。上述条文所涉四项行为均为网络犯罪的帮助行为,依据共犯理论本应认定为传播淫秽物品罪或传播淫秽物品牟利罪的帮助犯,但上述条文将其以分则传播淫秽物品罪或传播淫秽物品牟利罪予以处罚。然而,这种解释范式又衍生出新的共犯认定困局。上述四项帮助行为在转化为正犯进行定罪处罚的同时,法条为其设置了罪量因素加以限定。以《淫秽电子信息解释二》第六条第一项为例,网络服务商的帮助行为必须达到“为五个以上淫秽网站提供上述服务的”罪量标准才可以正犯进行入罪。但这种一方面将网络共犯予以正犯化处罚,另一方面又对其设置罪量情节的入罪模式,与我国刑法总则上的共犯规定发生抵触,制造了新的定罪困惑。如果实施网络犯罪帮助行为未达到为其设置的罪量情节而不能认定为正犯,但直接实施传播淫秽物品的正犯行为又构成犯罪,此时能否将网络服务商的行为认定为正犯的帮助犯加以处罚呢?如果不以帮助犯予以入罪,考虑到其未达致对其正犯化的罪量标准因而只能作无罪处理,无疑放纵了犯罪。但将该帮助行为认定为共犯,则与法条本身共犯行为正犯化的意旨相违背。可见,上述司法解释并未契合我国刑法总则上共犯的规定,在架空我国刑法总则上共犯规定的同时亦会衍生新的定罪困惑。这种陷入严格依法条或导致无罪结果而回归共犯归责模式又将违背法条意旨的进退维谷态势,根源就在于共犯行为正犯化并非我国共犯体系的原生问题,盲目将正犯概念予以实质化并套用于我国试图破解的网络共犯行为异化现象并非合适之举。

### 2.网络犯罪界阈的间接延展

《刑修九》增设我国《刑法》第二百八十七条之一的非法利用信息网络罪,将设立用于实施违法犯罪活动的网站、通讯群组的行为,发布有关制作或者销售违禁物品、管制物品或者其他违法犯罪信息的行为,为实施诈骗等违法犯罪活动发布信息的行为单独设罪。上述三类行为均是为实施特定犯罪而进行的准备活动,因此该罪是通过预备行为实行化的立法范式将原来的形式预备行为作为实质预备罪进行处罚,实现了前置刑法介入时点、扩张刑法守备范围的目的。同时该罪中设立网站、通讯群组和发布信息的行为也可评价为正犯行为的帮助行为。以该条第三项规定的“为实施诈骗等违法犯罪活动发布信息的”行为为例,若甲为了帮助乙实施诈骗行为,将乙用于实施诈骗的虚假信息通过自己经营的网站进行发布传播,甲发布虚假诈骗信息的行为无疑可以评价为正犯乙的帮助行为。因此,非法利用信息网络罪在适用预备行为实行化立法范式的同时,亦“暗渡陈仓”地实现了帮助行为正犯化的附加效果。不可否认,前置刑法触角对网络犯罪行为进行提前规控的做法有助于抑制网络犯罪的多发态势。但共犯行为正犯化的附加效果则可能导致网络犯罪成立范围的不当延展,产生应对网

络犯罪行为矫枉过正、网络空间行为萎缩的危险。该条第三项将原“为实施诈骗等违法犯罪活动发布信息的”帮助行为转化为正犯后,原实施发布信息的行为即已符合该罪的构成要件,这意味着以帮助行为为圆心又重新圈定了新的犯罪界限。为发布信息进行准备的行为将成立该罪的预备犯,为发布信息提供帮助的行为将成立该罪的帮助犯,这就间接实现了将法益侵害轻微的预备行为之预备以及间接帮助行为进行了入罪处理。这一弊端也存在于《刑修九》增设帮助信息网络犯罪活动罪中。该罪将网络服务商明知他人实施犯罪而提供互联网接入、服务器托管、网络存储、通讯传输等技术支持以及广告推广、支付结算等帮助行为作为犯罪予以处罚。上述几项行为从行为外观来看均为对他人犯罪予以援助的网络帮助行为,该罪的设置直接实现了网络服务参与行为的正犯化转换,从而连带形成以该网络“共犯行为”为基点重新建立网络犯罪共犯处罚界限,甚至“将本来还存在理论争议的中立帮助行为,一下子提升为正犯处罚了”。<sup>⑮</sup>这种盲目扩大帮助行为正犯化的适用范围,将帮助信息网络犯罪活动行为加入其中的做法,从立法技术上看显得过于草率,不符合现代刑事法治发展的基本精神。<sup>⑯</sup>

### 3. 共犯参与类型的弱化销蚀

“随着传统的共犯行为被实行行为化,共犯和正犯的区分逐渐模糊。由此导致的进一步结果是,区分共犯和正犯所具有的限制处罚范围的功能也逐步被侵蚀。”<sup>⑰</sup>共犯行为正犯化的解释方式或立法范式根源于实质正犯概念的教义学支撑。而实质正犯概念使得以区分制为蓝本建构的共犯参与体系被打破。由此,共犯与正犯的界限发生位移,正犯范畴的扩张带来了共犯区域的不当缩小,某种程度上共犯成为了共犯体系的“候补队员”。限制正犯概念促推下所构建的区分制,其引以为傲的依据构成要件定性机能精耕细作的共犯参与类型被持续稀释。同时,反观实质正犯立场内部,亦是“山头”并立。虽然在日本重要作用说取得了有支配力学说的地位,在德国犯罪事实支配理论取得了有支配力学说的地位,<sup>⑱</sup>但是如何理解其所建立的标准仍然见仁见智。相同的案件事实依不同人之观念会有不同的结论,这与形式客观说所昭示的依据构成要件参与形式所建立的共犯类型相比,有失精准。就此意义而言,形式正犯概念能够最大限度地维持构成要件的定型性机能,保障罪刑法定原则的实现。因此,于教义学内部回归形式正犯概念并以之为基础搭建网络犯罪参与行为的共犯归责模式,不失为契合我国共犯立法体例的有益尝试。正如学者所言:“如果某个理论最大程度的符合了解释规则和人们的基本范式,那么这个理论就有了最大的解释力。”<sup>⑲</sup>

## 三、网络共犯行为入罪困境的破解——共犯归责模式的建构与提倡

共犯正犯化责任模式是承继德、日正犯实质认定标准的中国本土性运用。面对网络共犯的异化现实,共犯正犯化的解释路径与立法范式并未有效弥合网络犯罪立法疏漏同现实情境之间的沟壑,亦未能妥贴化解网络共犯异化变形对传统共犯理论形成的归责乏力与体系冲击,反而衍生出新的规范体系疑问与实务认定困惑。“普通刑法既能适用于几世纪前的偷马行为,也能适用于当今汽车与飞机的时代,自可适用于未来之信息化社会,于计算机犯罪而言并无动辄制定特别规范之必要。”<sup>⑳</sup>因

<sup>⑮</sup> 车浩:《谁应为互联网时代的中立行为买单?》,《中国法律评论》2015年第1期。

<sup>⑯</sup> 刘艳红:《网络帮助行为正犯化之批判》,《法商研究》2016年第3期。

<sup>⑰</sup> 于改之、蒋太珂:《刑事立法:在目的和手段之间——以〈刑法修正案(九)〉为中心》,《现代法学》2016年第3期。

<sup>⑱</sup> 张伟:《我国犯罪参与体系下正犯概念不宜实质化——基于中、日、德刑法的比较研究》,《中国刑事法杂志》2013年第10期。

<sup>⑲</sup> [德]沃斯·金德豪伊泽尔:《适应与自主之间的德国刑法教义学——用教义学来控制刑事政策的边界?》,蔡桂生译,《国家检察官学院学报》2010年第5期。

<sup>⑳</sup> 参见廖有禄:《计算机犯罪的刑法问题》,《“中央”警察大学学报》(台北)1997年第31期。

此,在审慎检视网络共犯异化现象的同时回归并立足于我国共犯立法体系,通过共犯教义学资源的整合探寻网络共犯归责的本土模式是值得尝试的。

### (一)参与归责之间隙弥合:最小从属性的选择

网络共犯行为异化最明显的特征在于共犯对正犯的传统依附格局被打破。现实空间中的共犯与正犯通常存在“一对一”的关系,而网络主流犯罪模式是“一对多”关系。<sup>②4</sup>共犯行为的此种异化变形对传统共犯归责模式形成冲击,即正犯行为虽符合构成要件但并不具备实质违法性,网络帮助行为将正犯行为放大并造成法益侵害结果,对该帮助行为如何进行共犯归责评价呢?

#### 1.限制从属性的显性缺陷——归责尴尬

共犯从属性是大陆法系为限定共犯成立范围所构建的理论,即共犯成立依存于正犯实行行为的存在。<sup>②5</sup>在坚持共犯从属性立场的内部还存在从属程度的讨论,迈耶以共犯成立所需依赖的正犯条件为标准划分出四项从属类型,包括最小从属性、限制从属性、极端从属性以及夸张从属性。<sup>②6</sup>以往传统观点依据我国《刑法》第二十五条“共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪”,以及第二十六条“教唆他人犯罪的,应当按照他在共同犯罪中所起的作用处罚”之规定,认为我国采纳了极端从属性立法体例。“所谓教唆,就是唆使具有刑事责任能力没有犯罪故意的人使他人产生犯罪故意。”<sup>②7</sup>也就是说,要成立共犯必须正犯行为符合犯罪构成,从三阶层出发也应具备构成要件符合性、违法性与有责性。但共犯是违法形态,<sup>②8</sup>共犯理论旨在明确法益侵害的行为归属并非取决于参与人的有责与否。极端从属性与夸张从属性虽然严格廓清并限定了共犯的成立范围,但混同了违法形态的客观判断与个体责任单独判断的法则。因此,现今学界关于共犯从属性内讨论的问题主要是限制从属性与最小从属性间的争议,并以限制从属性为有力学说。

限制从属性贯彻了“客观违法、主观责任”的刑法通识,同时亦实现了“违法共动”的共犯观念。有学者将共犯理解为“二次责任形式”,认为“构成要件该当性以及违法性展示了行为的客观属性,只要无法肯定这些属性,即不要求刑法之介入”。<sup>②9</sup>但限制从属性无法合理回应现实存在“违法相对”现象。例如参与自杀行为,甲受乙请托重伤乙,甲作为正犯其行为无疑具备构成要件符合性及违法性,但乙的教唆行为因利益阙如原则并不成立共犯。这与日本《刑法》第202条直接形成解释冲突,<sup>③0</sup>“违法相对性”的出现使得限制从属性所坚持的“违法连带”无法得到完全贯彻。对此,部分学者对限制从属性进行修正,对“违法连带”予以松绑,承认“原则上违法是客观的、连带的,但例外的专属于一身的情况也是存在的,即正犯行为合法而共犯行为违法,或者正犯行为违法而共犯行为合法”。<sup>③1</sup>但是这种修正无疑使得限制从属性体系逻辑的一致性被打破。同时,限制从属性对于形式违法行为

<sup>②4</sup> 参见前注<sup>③</sup>,于志刚文。

<sup>②5</sup> 针对共犯的成立是否依存于正犯的实行行为,共犯领域形成独立性说与从属性说两大阵营的对立。独立性说关注共犯行为自身违法性与可谴责性,认为共犯行为本身是行为人反社会性格的征表,对结果发生具有原因力,因此共犯的成立无需正犯实行行为的存在。从属性说则认为共犯行为的定性明显有别于正犯行为,其犯罪性也低于正犯行为。因此只有附加于正犯的实行行为方可成立共犯。独立性说是过度的伦理主义与社会防卫思想的结果。参见张明楷:《外国刑法纲要》,清华大学出版社2007年版,第308页。

<sup>②6</sup> 参见[日]山口厚:《刑法总论》,付立庆译,中国人民大学出版社2012年版,第311页。

<sup>②7</sup> 高铭暄、马克昌:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2007年版,第193页。

<sup>②8</sup> 张明楷:《刑法学》,法律出版社2011年版,第349页。

<sup>②9</sup> 同前注<sup>②6</sup>,山口厚书,第313页。

<sup>③0</sup> 日本《刑法》第202条规定,教唆或帮助他人自杀,处6个月以上7年以下惩役或者监禁。参见《日本刑法典》,张明楷译,法律出版社2006年版,第75页。

<sup>③1</sup> [日]平野龙一:《刑法总论》,有斐阁1975年版,第358页。

以及“利益纠葛状态”利用行为的共犯归责存在解释困境。例如甲受乙教唆而重伤自己。对甲而言其重伤自己的行为符合构成要件但因利益阙如而不具违法性。若将限制从属性理论一以贯之,则会得出乙实施教唆行为不成立共犯的不适当结论。也许有学者会借由间接正犯理论对此“利用行为”予以正犯归责,但这将与德、日共犯区分制立法体例背后的限制正犯理念发生根本冲突。因此,面对违法相对性问题,限制从属性基于弥补归责漏洞考量所进行的例外承认抑或间接正犯思考路径均非妥适,亦从本源上动摇了理论自身的合理根基。违法性的判断永远是相对的,因为违法性判断是一种实质、具体、价值判断,必须依赖于“在特定环境、情境下”对具体行为人的行为选择作出价值上的正面或负面评价。<sup>②</sup>最小从属性将共犯的成立仅限定为正犯构成要件的合致,正犯行为的违法性与共犯的成立进行切割判断,因此对于正犯合法而共犯违法抑或正犯违法而共犯合法的“违法相对”现象,能够予以妥贴的学理回应。

网络共犯的形态异动将限制从属性的理论软肋进一步凸显,“网络空间改变了帮助行为在共同犯罪中所处的物理结构和评价地位,甚至已经在一定程度上超越了共同犯罪的框架”。<sup>③</sup>在第三网络代际之下正犯行为仅具备构成要件符合性而无实质违法性的现象已成为常态,这无疑对处于通说地位的限制从属性理论形成冲击。忽视网络共犯对正犯行为的危害放大作用无异于置网络空间于法外飞地,无法为国民权益提供周延的刑法保护。但若固守限制从属性说,又无法为众多网络共犯行为提供合理的入罪路径。反观最小从属性学说,其主张共犯的成立以正犯行为具有构成要件符合性为充足,共犯对正犯依存条件的减格为网络共犯异化变形带来的刑事归责困境提供了合理的解围之途。因此,面对第三网络代际背景下网络共犯行为的异动变形,于共犯教义学内部对从属性理论进行适时变轨而选择最小从属性,既是跨越网络犯罪现实情境同刑事法律调控迫切需求之间沟壑之桥梁,亦是消解网络共犯异动对共犯教义学冲击并建构共犯归责模式之有益尝试。

## 2. 最小从属性的假性缺陷——入罪扩张吗

限制从属性向最小从属性的转轨使得共犯对正犯的依存程度有所减格,未免使人存在一定疑虑:以最小从属性说为基础建构共犯归责模式是否将带来共犯成立范围的松弛、是否会使网络帮助行为不当纳入共犯的归责范围。限制从属性说的支持者通常批判最小从属性说使得教唆医生实施正当外科手术行为、教唆家长对子女实施正当惩戒行为也成立教唆犯。<sup>④</sup>因此,他们认为最小从属性只会不当扩大共犯的处罚范围。<sup>⑤</sup>对此种疑虑与批判,笔者持否定态度。

首先,最小从属性并不一定扩张共犯的成立范围。对于共犯本质问题的讨论,无论主流的部分犯罪共同说抑或行为共同说均主张在构成要件相重合的范围内成立共犯,即构成要件行为的共同。<sup>⑥</sup>因此,共犯的成立只需正犯实施符合构成要件的实行行为已充足,并无进一步要求正犯之行为具有实质违法性的必要。对于学者认为若坚持最小从属性会使得利用正当行为的场合也成立共犯的质疑,笔者认为并不妥当。最小从属性说虽然将共犯对正犯的依存限度予以减格,使得正犯对共犯成立的牵制角色弱化,但这并不等同于共犯成立范围的扩张。“正犯具有实行行为,即便其违法性被阻却,但由于产生了侵害法益的结果,所以也能认可与其处于从属关系的共犯。但该教唆行为是否值

<sup>②</sup> 参见任海涛:《共同犯罪立法模式的比较研究》,吉林大学出版社 2011 年版,第 177-178 页。

<sup>③</sup> 于志刚:《网络空间中犯罪帮助行为的制裁体系与完善思路》,《中国法学》2016 年第 2 期。

<sup>④</sup> [日]内藤谦:《刑法讲义总论(下)》,有斐阁 2004 年第 2 版,第 1354-1355 页。

<sup>⑤</sup> [日]高桥则夫:《共犯体系与共犯理论》,成文堂 1988 年版,第 144 页。

<sup>⑥</sup> [日]堀内捷三:《刑法总论》,有斐阁 2004 年版,第 253 页。

得处罚则是另外的问题。”<sup>37</sup>“违法阻却的有无,应当依照该违法阻却事由的宗旨根据各个行为人而做个别判断。”<sup>38</sup>有学者坦率承认:“严格来说,共犯只需从属于该当构成要件的行为,共犯是否违法,应当在正犯与共犯之间分别探讨。如此说来,最小从属性乃至因果共犯论,或许更妥当吧。”<sup>39</sup>正犯行为符合构成要件仅是共犯成立的必要而非充分条件。对于教唆父母训诫孩童的行为是否构成故意伤害罪的教唆犯,帮助警察拘留他人的行为是否构成非法拘禁罪的帮助犯,还需进一步考察行为是否具备实质的违法性与有责性。上述被利用的“正犯行为”均是社会相当性范围内的适格行为,从而阻却实质违法性,而“教唆行为的违法性应当独自进行判断,在这些场合,应当作为具有社会相当性的情况而否定教唆行为具有违法性”。<sup>40</sup>因此,立于最小从属性立场之上建构网络共犯归责模式,同时对参与行为的实质违法性进行独立判断,并不会带来网络共犯成立范围的过度扩张。

其次,最小从属性契合我国的共犯立法体例。我国共犯立法体例采用了分工分类法与作用分类法并立的双层分类标准。分工分类标准注重共犯行为类型的区隔,通过构成要件对参与行为进行类型性评价,完成行为类型的形式判定。作用分类标准则是在分工分类标准之后进行的规范性实质判定,通过考察各参与人在共同犯罪中的作用实现主从犯划分。反观最小从属性理论,共犯行为的成立前提在于正犯行为的构成要件符合性,无需对正犯行为进行实质违法性判定。这种思考路径贯彻了构成要件的形式认定标准,有助于构成要件定型性机能的发挥及罪刑法定原则的实现。因此,以最小从属性理论为基础建构网络共犯归责模式,将与我国共犯立法体例保持本质上的契合性。对于采用最小从属性“会使得是否处罚完全流入法官的恣意判断领域,也使犯罪构成丧失固守罪刑法定原则定型机能”的批判并不合理。<sup>41</sup>从限制从属性向最小从属性的转轨并不会丧失共犯成立范围的明确边界。面对网络共犯的异动变形,其在弥补限制从属性所导致的归责疏漏的同时,亦可兼容立法体例的双层分类标准,因而更具合理性。

## (二)意思联络的障碍疏通:行为共同说之提倡

关于共同犯罪的本质问题,刑法学界存在犯罪共同说与行为共同说之争。犯罪共同说内部又分化出完全犯罪共同说与部分犯罪共同说两种理论。前者主张“共犯关系仅仅就同一犯罪类型存在”。<sup>42</sup>后者认为“数人所共同实施数罪,纵然不属于相同的构成要件,但是在不同的构成要件之间,如果存在同质重合的关系时,就可以成立共同正犯,不必要求是同一或者特定的犯罪”。<sup>43</sup>完全犯罪共同说虽然严格限定了共犯的成立范围,却忽视了法益共同侵害的客观事实,<sup>44</sup>因此已乏支持者。行为共同说内部又存在主观主义行为共同说与客观主义行为共同说的分立。前者认为共同犯罪乃行为人主观恶性借助共同行为的外部征表,其成立仅要求前构成要件的自然行为具有共同性即可。客观主义行为共同说则认为,“既然是共同实行,构成要件的重要部分就必须是共同的,但各自成立的不同正犯可能是不同的犯罪”。<sup>45</sup>由于主观主义行为共同说立足于行为人刑法之上,脱离构成要件来考量共犯

<sup>37</sup> [日]前田雅英:《刑法总论讲义》,东京大学出版社2006年版,第426页。

<sup>38</sup> [日]西田典之:《共犯的处罚根基》,《刑法杂志》27(1)。转引自周啸天:《最小从属性说的提倡:以对合法行为的利用为中心》,《法律科学》2015年第6期。

<sup>39</sup> [日]平野龙一:《刑法总论》( ),有斐阁1975年版,第358页。

<sup>40</sup> [日]大谷实:《刑法总论》,黎宏译,中国人民大学出版社2009年版,第372页。

<sup>41</sup> 陈洪兵:《最小从属性说与极端从属性说批判——兼质疑王昭武先生倡导的最小从属性说》,《南京农业大学学报》2008年第2期。

<sup>42</sup> [日]夏目文雄、上野达彦:《犯罪概说》,敬文堂1992年版,第253页。

<sup>43</sup> [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241页。

<sup>44</sup> 参见张明楷:《外国刑法纲要》,清华大学出版社2007年版,第305页。

<sup>45</sup> [日]前田雅英:《刑法总论讲义》,东京大学出版会1998年版,第394页。

成立范围无疑使得共犯成立缺乏明确性,支持该学说者甚少。

目前刑法学界主要存在的是部分犯罪共同说与行为共同说之间的争论,<sup>④</sup>二者分歧主要源自如何理解共犯的成立条件。部分犯罪共同说注重犯罪构成主客观要件的相同,表现为“数人一罪”;而行为共同说注重各参与者客观行为的相同,数人共同实施行为实现各自犯罪,赞同“数人数罪”。<sup>④</sup>如前所述,在第三网络代际之下正犯行为具备形式违法性而欠缺实质违法性已成常态,固守犯罪共同说将致使参与行为无法作共犯论处。同时,部分犯罪共同说要求参与人对实施特定犯罪存在共同故意加以确定,这需要考证共同实施特定犯罪的主观犯意联络。面对网络共犯的异动变形,参与人主观犯意疏通的判断存在现实困境,部分犯罪共同说将使网络共犯刑事归责面临路径障碍。

### 1. 网络共犯“明知”的判定困境

首先,“明知”内涵模糊,归责路径受阻。《刑修九》增设的帮助信息网络犯罪活动罪将“明知他人利用信息网络实施犯罪”而为其提供技术支持、广告推广、支付结算等情节严重的帮助行为加以入罪。对于如何理解罪状表述中作为“明知”内含的“他人……犯罪”,研究者之间存在争议。有观点认为对明知“这一主观认识对象的内容必须进行严格解释,应当限定为符合我国刑法相应规定犯罪构成的、应当被认定为相应罪名的犯罪行为”。<sup>④</sup>也有观点认为“该罪中的‘犯罪’不是指具备全部构成要件意义上的犯罪,而是指犯罪行为意义上的犯罪,因而不具备刑事责任能力人实施的信息网络知识产权违法行为、具备刑事责任能力人实施的达不到特定犯罪情节或者结果要求的信息网络知识产权违法行为”均可构成该罪。<sup>④</sup>可以看出,第一种观点与部分犯罪共同说的主张不谋而合。如果将成立共同犯罪所要求的参与者认识内容限定为对特定犯罪的认识,将无法对参与者之间未形成特定共同犯意的情形提供妥贴的入罪路径。反观行为共同说,共犯成立的认识内容应以参与者对符合客观构成要件行为的认识为限。因此对于网络共犯而言,只需参与人对正犯符合客观构成要件的行为存在认识即可。前述第二种观点与行为共同说具有契合性,更为妥当。

其次,“明知”认定模式混乱,入罪界限不明。传统共犯理论无力破解横亘于网络共犯归责路径上的犯意疏通障碍,因此借由立法范式的转化将网络共犯予以正犯化处理,从而釜底抽薪地将“犯意联络”判定困局移转为对他人犯行“明知”的认定问题。这一思路从“两高”《淫秽电子信息解释二》中可窥见一斑。如前所述,其第三条至第六条将网络共犯予以正犯化处理。同时,其第八条对明知的判定方法进行了规定:“(一)行政机关书面告知后仍然实施上述行为的;(二)接到举报后不履行法定管理职责的……(五)其他能够认定行为人明知的情形。”该条第一项可以总结为“明知=行政告知+违抗实施”。这种明知的认定模式一定程度上制造了网络犯罪的入罪混淆。《刑修九》将“网络服务提供者不履行法律、行政法规规定的信息网络安全管理义务,经监督管理部门责令采取改正措施而拒不改正”的行为规定为拒不履行信息网络安全管理义务罪;同时,我国《刑法》第二百八十七条之二又将“明知他人利用信息网络实施犯罪”而为其提供技术支持、广告推广、技术结算的行为规定为帮助信息网络犯罪活动罪,因此,依据“明知=行政告知+违抗实施”的明知认定模式,若某网络存储服务接到行政告知,其所运营的存储器中具有他人上载缓存的淫秽色情信息,而该网络服务商仍然继续提供服务器存储业务,此时该网络服务商的业务行为究竟应认定为拒不履行安全管理义务罪还是帮助信息网络犯罪活动罪,即存在争议。对此,有学者指出《淫秽电子信息解释二》所构建

<sup>④</sup> 参见张开骏:《共犯从属性理论的体系建构》,《清华法学》2013年第6期。

<sup>④</sup> 参见黎宏:《共同犯罪行为共同说的合理性及其应用》,《法学》2012年第11期。

<sup>④</sup> 同前注⑤,刘宪权文。

<sup>④</sup> 刘科:《帮助信息网络犯罪活动罪探析——以为网络知识产权犯罪活动提供帮助的犯罪行为为视角》,《知识产权》2015年第12期。

的上述明知认定模式“明显混淆了明知而实施帮助的刑责与不履行法定义务的刑责两者之间的区别,从而导致可能出现的法条适用的重合”。<sup>⑤</sup>笔者认为,上述明知认定模式叠床架屋式的构建虽然是导致归责混淆的直接原因,但问题根源在于共犯正犯化解释模式或立法范式被泛化运用的同时,网络共犯异动变形后的犯意疏通问题并未得到实质性的化解。将此问题包装改造为正犯化后的“明知”认定问题也只是缓解了暂时性“阵痛”。同时,共犯正犯化的立法范式可能引导立法机关面对网络共犯的异动变形不断进行“现象立法”增补归责漏洞,这会导致网络犯罪体系的臃肿庞杂。因此,笔者认为以解明“明知”的认定方法为契机,以行为共同说为基础重构明知认定模式,才是排除犯意联络障碍,破解网络共犯归责困局的有效之道。

## 2.网络共犯“明知”的判定方法

正是为了化解网络共犯的意思联络难题,共犯正犯化的解释路径与立法范式才会大行其道。因此,运用行为共同说在对“正犯化”后的“共犯行为”予以本真面目的还原时,必须疏通参与人之间的“犯意联络”,实现“明知”内核的明晰。如前所述,“明知”的内容从行为共同说立场来看应限定为参与人是否对他人符合客观构成要件的行为存在认识。第三网络代际之下,个人网络活动或者网络服务商正常业务行为都可能无形中为网络犯罪提供技术援助。因此,网络共犯成立与否关键在于判断参与人提供技术支持的同时是否符合客观构成要件之正犯行为存在借用的认识(以下简称“借用认识”),“借用认识”正是“明知”判定的内核。因此,笔者于下文中将“明知”的判断等置为对“借用认识”的判断,从而实现共犯意思联络问题的正本清源。《刑修九》以共犯行为正犯化的立法范式将“明知他人利用信息网络实施犯罪”为其提供技术支持、广告推广、支付结算等情节严重的帮助行为规定为帮助信息网络犯罪活动罪。以行为共同说对该正犯化的共犯行为进行解构还原首先需要搭建“明知”的合理认定路径,提供“借用认识”的判断方法。以下笔者拟从实定判断与推定判断两个层面展开论述。

首先,分析“借用认识”实定判断——前置告知行为的确立。由于网络服务行为已经实现了对社会生活的全方位渗透,网络服务商的技术支持、广告推广、支付结算等行为不可避免地会被部分网络犯罪行为作为工具加以利用。因此,若要求网络服务商在开展业务行为的同时还应对利用其业务行为实施网络犯罪的情形进行时时监控或主动搜索,无疑会对其构成沉重的运营负担,束缚网络技术的创新与推广。因此,网络服务商对于随时都可能存在的正犯借用行为并不负有主动消除义务。这种思考方式在美国1998年出台的《数字千年版权法》(DMCA)中有所体现。作为构建网络服务者责任体系的主要范本,该法确立的认定网络服务提供者侵权责任标准的“红旗规则”为学界所熟知。<sup>⑥</sup>但“红旗标准”只是浅层规则,“起决定性作用的是‘搜寻侵权信息及通知服务提供者的责任由版权人承担’这一总原则”。<sup>⑦</sup>“美国法院在认定服务提供者知情与否时,也是以上述原则为出发点。《数字千年版权法》的表述是服务提供者没有主动寻找‘红旗’之义务”(第512节第(m)条)。"<sup>⑧</sup>从中可以看出,网络服务提供者只是被动接收其业务服务中可能存在违法行为的告知信息,并不对其负有主

<sup>⑤</sup> 涂龙科:《网络服务提供者的刑事责任模式及其关系辨析》,《政治与法律》2016年第4期。

<sup>⑥</sup> “红旗标准”是在认定网络服务提供者侵权责任时,其“应当知道”的判断标准,包括:(1)判断网络服务商主观上是否知道相关事实(即反映第三方侵权的事实)存在;(2)判断该信息的侵权性是否如此之明显,像“红旗”一样存在,以至于一个普通理性人能够作出构成侵权的判断。参见崔国斌:《网络服务商共同侵权制度之重塑》,《法学研究》2013年第4期;江波、张金平:《网络服务提供者的知道标准判断问题研究——重新认识“红旗标准”》,《法律适用》2009年第12期。

<sup>⑦</sup> See Robert A. Gorman, Jane C. Ginsburg, Copyright Cases and Materials, 7th ed., Foundation Press, 2006, p. 887.

<sup>⑧</sup> 刘文杰:《网络服务提供者的安全保障义务》,《中外法学》2012年第2期。

动搜索之义务。虽然上述原则是用于对民事侵权责任的认定,但对网络服务提供者进行刑事归责时没有理由需要对其设定比民事侵权原则更为严苛的义务要求。笔者认为,美国《数字千年版权法》的上述规定对于认定网络共犯的“借用认识”具有借鉴意义。具体而言,网络服务提供者对正犯行为的“借用认识”应通过被动告知进行判断,从而建立“告知=明知”的明知认定模式。若网络服务提供者接到网络安全监督管理部门的通知或接到其他网络用户的举报或投诉,被告告知其在提供网络服务的同时被其他犯罪行为所利用,此时即可判定网络服务提供者对正犯行为存在“借用认识”,也就是可以认定其“明知”的存在。此后若其仍然未对正犯帮助行为的借用行为进行消除,则可成立相关犯罪的帮助犯。例如,行为人利用某网络论坛上传淫秽色情物品,若该网络论坛运营者在接到网监部门通知后拒不对该信息予以屏蔽处理,即可构成传播淫秽物品的帮助犯。

其次,分析“借用认识”推定判断——中性业务行为的逾越。网络服务行为作为共犯归责困难的一个重要原因在于,从技术服务总体规模来看其属于中性的业务行为。若对网络服务提供者“借用认识”的成立范围进行宽泛划定,将意味着大量中性业务可能进入网络共犯的入罪范围。不过,对于部分网络服务提供者逾越中性业务实施网络共犯的行为不进行刑事归控,则可能导致部分网络服务商打着“技术中立无罪”的旗帜进行违法活动,无疑有碍网络技术的合理运用以及国民权益的周延保护。因此,对于逾越中性业务界限提供犯罪帮助的行为,其成立帮助犯的“借用认识”可通过司法推定途径进行判断。具体地说,可从网络技术服务所支持的具体服务领域、服务领域所获收益、单位时间内某网络信息的点击浏览率等证据加以判定。目前诸多社交网络运营商提供的“热搜榜”、“排行榜”等信息推送服务即是流量算法的运用,将单位时间具有高频点击或浏览率的信息进行选择性的推送。对于此类搜索“排行榜”所显示的信息,网络服务商应被推定为存在“明知”。因此,当某一网络服务行为占有异常的流量或浏览率时,即可通过司法推定认为该服务商对此项业务行为存在“借用认识”。同时,若该业务行为被他人用于特定网络犯罪,网络服务提供商应予以阻止消除,否则将与实施网络犯罪行为的正犯成立不作为的帮助犯。

#### 四、结 语

刑法教义学不应囿于既有的刑事规范体系,不应满足于对立法活动进行滴水不漏的学理“背书”,而应以批判的目光反复考量刑事立法者的每一个举动,运用逻辑思维的理性工具审规范的良善与否,通过理论的对话与周延的思辨遴选出妥善的观点,不辜负对善法良治的实现完成持续促推与牵引的本质使命。从刑法教义学立场考量网络犯罪参与行为,其异动变形虽然借助技术魅影而披上了一层时代纱衣,但共犯行为的实质内核并未发生本质变更。“共犯正犯化”的解释方式和立法范式只是将共犯异动现象进行“正犯”改造包装的简单处理方式,而非破解网络共犯异动现象的长远、妥适之途。故应从共犯教义学出发,整合梳理既有共犯智识资源,借助最小从属性原理与行为共同说理论对网络共犯行为进行匹配分析,对于部分正犯化的网络犯罪还原其参与行为的本真面目。通过教义学智识框架建构完善网络参与行为的共犯归责模式,在化解网络犯罪参与行为归责困境的同时,亦有益于消解共犯正犯化思考路径所衍生的种种弊端。“因特网犯罪绝不会强行要求将已经经受时间考验的教义学工具弃置一旁,完全相反,新的课题应当在被证明过的受法治国家保障的方法框架之内加以解决。”<sup>⑤</sup>也许正本清源的共犯归责模式才是应对网络参与行为异动变形的长远、经济之策。

(责任编辑:杜小丽)

<sup>⑤</sup> [德]埃里克·希尔根多夫:《德国刑法学:从传统到现代》,江朔、黄笑岩译,北京大学出版社2015年版,第421页。