

# 共犯最小从属性说之再提倡

## ——兼论帮助信息网络犯罪活动罪的性质

王昭武

**【摘要】**限制从属性说以正犯行为同时具有构成要件该当性与违法性作为共犯的成立前提,因而面临无法有效应对新型网络共同犯罪的危机。为解决这一危机,该说中有着眼于帮助对象必须是他人的“犯罪”,主张帮助信息网络犯罪活动罪只是“帮助犯的量刑规则”的,也有以刑法分则条文的定罪机能为根据,提出“帮助犯正犯化”说的。但是,共犯的违法性不从属于正犯,正犯合法之时共犯亦可能违法,正犯违法之时共犯亦可能合法,因而应采取最小从属性说。在该说看来,帮助信息网络犯罪活动罪在属于独立罪名这一意义上,具有正犯性,而在只有为他人“犯罪”提供帮助才能成立犯罪这一意义上,又具有共犯性,因而是一种介于正犯与共犯之间的“混合归责模式”。这种理解虽然看似违反形式逻辑,但其恰恰是对刑法第287条之二的忠实解读,且完全符合司法解释主张原则上应从属于正犯犯罪,但在严格限制的前提下可以仅从属于正犯实行行为的态度。

**【关键词】**帮助信息网络犯罪活动罪;最小从属性说;帮助犯的正犯化;帮助犯的量刑规则;混合归责模式

**【作者简介】**王昭武,法学博士,云南大学法学院教授,博士生导师。

**【原文出处】**《政法论坛》(京),2021.2.165~179

**【基金项目】**本文系2018年度国家社科基金项目“网络恐怖主义犯罪与中国体系化的法律应对研究(项目编号:18BFX092)”的阶段性成果。

### 引言

关于共犯的性质,虽然大陆法系国家已经普遍承认共犯的从属性,且以限制从属性说为通说,但从属程度的论争一直未曾停止。笔者曾于2007年在国内率先倡导最小从属性说,主张共犯只需从属于正犯的构成要件行为,无需正犯行为具有违法性<sup>[1]</sup>。这一主张虽然得到了部分学者的支持<sup>[2][3][4]</sup>,但似乎丝毫无损限制从属性说的通说地位。不过,随着刑法修正案(九)增设帮助信息网络犯罪活动罪等网络犯罪,这种学说之间的对立又体现于如何应对网络共同犯罪,尤其是直接关系到如何确定帮助信息网络犯罪活动罪的性质及其成立条件。

刑法第287条之二规定,“明知他人利用信息网络实施犯罪,为其犯罪提供互联网接入、服务器托管、网络存储、通讯传输等技术支持,或者提供广告推广、支付结算等帮助,情节严重的”,构成帮助信息

网络犯罪活动罪。最高人民法院、最高人民检察院《关于办理非法利用信息网络、帮助信息网络犯罪活动等刑事案件适用法律若干问题的解释》(法释[2019]15号,以下简称《司法解释》)也针对本罪做了具体规定。网络犯罪之帮助行为的入罪问题突出体现了网络共同犯罪不同于传统共同犯罪的新特点:(1)帮助犯可能同时面对多个甚至无数个帮助对象,其与正犯之间未必存在犯意联络;(2)在具体犯罪中,与正犯相比,往往是帮助犯发挥主要作用;(3)正犯行为具有隐蔽性,很多时候难以确定正犯,或者即便能够确定正犯,但其行为却很可能没有达到刑事违法性的程度。面对网络共同犯罪的这种异化,继续采取限制从属性说势必面临诸多帮助行为难以入罪的困境。作为这一问题的解决路径,“量刑规则”说坚持限制从属性说,主张本罪只是“帮助犯的量刑规则”<sup>[5]</sup>,但本罪是以独立法条独立地处罚网络犯罪的

帮助行为,因而该说与法条之间的冲突显而易见;“正犯化”说强调第287条之二的独立定罪机能,主张本罪是“帮助犯的正犯化”<sup>[6]</sup>,但法条明文要求帮助对象必须是他人的“犯罪”,因而该说又难以对此做出合理的解释。尤其是,这两种观点均与《司法解释》的态度相抵牾:首先,《司法解释》第11条与第12条第1款分别规定了推定行为人主观上存在“明知”他人“犯罪”的7种情形,以及推定“为其犯罪”提供帮助“情节严重”的7种情形,这里仍然坚持的是极端从属性,没有采取绝对的“正犯化”;同时,第12条第2款又特别规定,“实施前款规定的行为,确因客观条件限制无法查证被帮助对象是否达到犯罪的程度,但相关数额总计达到前款第二项至第四项规定标准五倍以上,或者造成特别严重后果的,应当以帮助信息网络犯罪活动罪追究行为人的刑事责任”,这显然又吸收了最小从属性说的观念,没有采取限制从属性说。

针对这种现象,可以从最小从属性说的视角来解决问题。本文拟从以下几个方面进行论证:其一,论证最小从属性说的合理性;其二,对“正犯化”说与“量刑规则”说进行评析;其三,在此基础上再运用最小从属性理论分析本罪的性质。

### 一、最小从属性说之再提倡

笔者之所以再次倡导最小从属性说,是基于对限制从属性说在网络共同犯罪中所面临的入罪困境的反思。两说的根本对立点在于:成立共犯,是否应以正犯违法为前提?限制从属性说之所以要求正犯具有违法性,是因为其理论根基在于违法的连带性。如果我们应该放弃违法的连带性转而正面承认违法的相对性,那么,限制从属性说的理论根基就已经崩溃,其理论本身的合理性也理应受到质疑。如此,就可以采取最小从属性说。对于最小从属性说的内容与意义,笔者在此前的文章中已经做了论述<sup>[7]</sup>,这里仅集中论证两个核心问题:应当正面承认违法的相对性、采取最小从属性说不会不当扩大共犯的成立范围。

#### (一)应当正面承认违法的相对性

违法的连带性,是指对正犯的违法性评价连带地作用于共犯,不存在正犯合法而共犯违法或者正

犯违法而共犯合法的情形。限制从属性说的核心观点是,各犯罪参与者之间“违法连带作用、责任个别作用”,共犯的违法性评价从属于正犯(违法性评价的从属性),因而参与他人的合法行为的,并无作为共犯处罚之必要。与之相对应,违法的相对性,是指犯罪参与者之间的违法性评价未必一致,不仅存在正犯违法而共犯合法的情形(承认“无共犯之正犯”),甚至还存在正犯合法而共犯违法的情形(承认“无正犯之共犯”)。

#### 1. 正犯违法并不必然导致共犯违法

现在,仍然有部分学者以“行为共同说”以及“法益侵害说”为理由,主张彻底的违法连带性,认为共犯和正犯之间属于“一荣俱荣、一损俱损”的关系,两者在违法上具有连带性和一致性<sup>[8][P.507][9]</sup>。但是,这两点理由均不足以证明违法连带性的合理性。

首先,就“行为共同说”这一论据而言,第一,按照“行为共同说”的理解,共同犯罪是数人通过实施“共同行为”而实现各自的犯罪,原本与违法性这种价值评价无涉,以行为共同说来论证违法连带性,实际上是先将“行为共同”偷换成“违法行为共同”,然后再以“违法行为共同”来支撑“违法连带”,其论证的前提以及逻辑都存在疑问<sup>[10]</sup>。第二,行为共同说的立场是,在正犯与共犯的故意内容不一致的情形下,虽然可以就“共同行为”成立共同犯罪,但应分别成立与其故意内容相对应的犯罪。例如,王某欲入户盗窃,张某知情提供入户盗窃的工具,但王某却利用该工具实施了入户抢劫。在此类案件中,不管我们认为王某与张某二人究竟属于盗窃罪还是抢劫罪的共同犯罪,但最终却只能分别认定王某构成抢劫罪、张某构成盗窃罪<sup>[11]</sup>。要成立某罪,无疑应具有该罪的违法性,既然是“分别成立与其故意内容相对应的犯罪”(张某、王某分别成立盗窃罪、抢劫罪),理应分别具有相应犯罪的违法性(张某、王某分别具有盗窃罪、抢劫罪的违法性),又何以能够说“两者在违法上具有连带性和一致性”?相反,这种做法一方面就共同犯罪的本质采取行为共同说,同时又坚持违法的连带性,这之间理应不具有理论上的自洽性。

其次,就“法益侵害说”这一论据而言,第一,其逻辑是,既然共犯无法直接侵犯法益而只能通过正

犯间接地侵犯法益,那么,我们就不可能独立于正犯来单独评价共犯的违法性,因而不可能存在正犯违法而该正犯的教唆犯或者帮助犯合法的情形<sup>[9]</sup>。然而,正如教唆他人杀害自己的情形那样,如果共犯因为存在某种违法阻却事由,导致正犯侵犯的法益对共犯而言不具有要保护性,那么,虽然正犯行为因为侵犯了法益而可能成立犯罪,但共犯行为却因为没有侵犯法益而不可能成立犯罪<sup>[12](P.407)</sup>,我们应该以行为人的具体情况为基础,个别地、实质地判断其行为之违法性的有无及其程度。因而,“共犯是通过参与正犯的实行行为,间接地侵害或者威胁法益”与“正犯和共犯的违法性就应当是一致的”之间并无必然的因果关系,相反是存在极大疑问至少是尚需深入论证的问题,何以能够不经论证而“理直气壮”地由前者直接推导出后者?可以说,其理论逻辑颇为牵强。第二,虽然共犯只有通过正犯才能实质性地侵犯法益,但是,刑法对正犯行为的评价并不能直接反射到对于共犯行为的评价上,“不论是正犯或共犯,国家处罚他们的前提,都是被处罚者本身违法且有责地,以其行为实现被刑法宣告为可罚的不法实施情状”<sup>[13]</sup>。由此可见,主张共犯的不法完全源于正犯不法的绝对的“违法连带性”是有违个人责任原则的。

因此,限制从属性说的论者现在大多认为,违法的连带性仅具有“正犯合法,则共犯亦合法”这一消极意义<sup>[14](P.424)</sup>,承认“正犯违法并不必然导致共犯违法”(承认“无共犯之正犯”)。

## 2. 正犯合法并不必然带动共犯合法

作为犯罪成立要件之一,违法性之有无直接决定行为人的性质,因而,违法性的评价对象只能是行为人本人的行为及其结果,以及“共犯行为”——诸如共同犯罪那样,虽然是他人的行为而非行为人本人亲自实施的行为,但可以被实质地评价为行为人本人之行为的行为——及其结果;并且,违法性是一种规范性的价值评判,具有具体性、实质性以及非类型性。因此,我们不能因理论上需要采取“违法的连带性”而完全无视司法实务中实际存在的正犯与共犯的违法性评价不一致的情形。具体而言,司法实务中,无疑存在虽然正犯因为具有违法阻

却事由而阻却违法,但共犯却因为不具有这种违法阻却事由而仍然违法的情形。例如,甲充分预见到丙会对自己实施侵害,遂准备凶器伺机反击,并叫来乙做帮手,将刀交给乙,让乙先去丙处等候,自己随后与其会合。当乙随身携刀到达丙处时,被丙误认为是甲,丙劈头盖脸突然对乙拳打脚踢,乙出于防卫意思仓促之间用刀捅死了丙。对于此案,日本最高裁判所判定,“在共同正犯的场所,是否成立防卫过当,应通过分别探讨各个共同正犯是否满足了(紧迫性等)要件而决定,即便某共同正犯成立防卫过当,这一结果也并不当然适用于其他共同正犯,即其他共同正犯并非当然成立防卫过当”<sup>①</sup>。换言之,就正当防卫的紧迫性而言,完全可能存在这样的情况:正犯行为因为具有紧迫性而阻却违法进而可能成立正当防卫,但其他共犯却因为不具有紧迫性而不能阻却违法进而不能成立正当防卫<sup>[15](P.357)</sup>。

## 3. 共犯的违法性不从属于正犯

大多数情况下,共犯与正犯在违法性评价上是一致的,教唆他人杀人的也具有故意杀人罪的违法性,帮助他人实施正当防卫的往往也成立正当防卫。但是,尽管“正犯违法,但共犯合法”尤其是“正犯合法,但共犯违法”的现象只有在特殊情形下才会出现,但是,我们不能因为并非普遍现象就完全无视这种现象的存在,对于所谓违法的连带性,“至多只能说这是经验上的通常现象,却不能说这是思考伦理的必然结论”<sup>[13]</sup>。因此,在共同犯罪的违法性判断中,违法的连带性不过是一种通常现象,并不意味着不存在“正犯的违法性不连带作用于共犯”这种特殊情形,但通常不等于全部,我们不能将这种通常现象视为理所当然的前提甚至是必须遵守的规则,相反,我们更应该理性冷静地看待这种现象,正面承认违法的相对性,防止以偏概全。

(二)采取最小从属性说不会不当扩大共犯的成立范围

虽然最小从属性说与限制从属性说都承认责任的个别化,但两说之间的根本区别在于,最小从属性说还承认违法的相对性,不要求成立共犯以正犯违法为前提,因而对该说的最大质疑是,会不当扩大共犯的成立范围。然而,最小从属性说既不会必然

扩大更不会不当扩大共犯的成立范围。

首先,在司法实务中,运用共犯的最小从属性理论处罚共犯,不能被简单地评价为“不当地”扩大了处罚范围。例如,就帮助信息网络犯罪活动罪而言,设立本罪的最大理由在于,尽管与传统的帮助行为相比,很多时候,信息网络犯罪的帮助行为对于完成犯罪起着决定性作用,其社会危害性甚至明显超过正犯,但我们往往无法查证正犯行为是否具有违法性。那么,面对这种现象,采取限制从属性说的代价是,要么对这种帮助行为束手无策甚至转而主张不具有可罚性,要么轻易地承认“帮助犯的正犯化”,放弃共犯的从属性,反而在更大程度上扩大“共犯”处罚范围。在此意义上,相反我们倒可以说,采取最小从属性说不仅能够坚守共犯从属性,一定程度上防止处罚范围的过度扩大,还能够有效应对当下不断变异日益复杂的网络共同犯罪,防止因采取限制从属性说而可能出现的处罚漏洞,实现有力规制网络犯罪帮助行为的目的。

这种情况在现实生活中也时有体现。例如,日常生活中经常会遇到这样的情况:居民小区的水电工收受部分居民的小恩小惠之后,通过在电表或者水表上“做手脚”,帮助部分居民“偷电”或者“偷水”的,虽然累计金额可能达到“数额较大”的程度,但由于单个居民“偷电”或者“偷水”的金额往往很小,而且,通常也难以查证这些居民之间存在犯意联络。这样,水电工是否构成盗窃罪(或者诈骗罪)的帮助犯就会成为问题。按照限制从属性说,由于正犯的行为不具有刑事违法性,因而只能认定水电工不成立帮助犯。然而,尽管单个居民的行为不具有刑事违法性,但无疑属于盗窃行为(或者诈骗行为),如果采取最小从属性说,就能够有效规制此类行为。由此可见,与对此类行为“无能为力”相比,回应司法实务的现实需求,积极地规制那些已经达到可罚性程度的共犯行为,就不能够被简单地评价为“不当地”扩大了处罚范围。

其次,这一点在理论上也能得到论证。第一,最小从属性说要求共犯从属于正犯的构成要件该当行为,共犯的处罚就已经受到了构成要件的制约;而且,要成立共犯,在从属于正犯的实行行为的基础

上,共犯自身还得满足违法性、责任等犯罪成立要件,因而从理论上讲,采取最小从属性说并不必然导致处罚范围的扩大。第二,例如,在教唆医师实施正当外科手术行为等情形下,医师的外科手术行为当然属于正当行为不具有违法性。然而,教唆人的行为之所以不具有违法性,不是因为被教唆者的行为合法而连带地合法,而是对其教唆行为的违法性进行独立评价的结果是,教唆人只是与被教唆人(医师)共同实施了某种正当行为(正当外科手术行为),这种教唆行为本身并未引起任何对教唆人而言的违法结果,并没有实现教唆犯本身的不法。

由上可见,“共犯行为是否具备违法性,必须从法秩序的观点,判断共犯行为的主、客观条件,始能得出共犯行为是属合法或实质违法之结论”<sup>[13]</sup>。因此,我们有必要承认违法的相对性,进而采取最小从属性说。

## 二、帮助信息网络犯罪活动罪既不是“帮助犯的正犯化”也不是“帮助犯的量刑规则”

对于帮助信息网络犯罪活动罪的法律性质,存在“正犯化”说与“量刑规则”说之间的对立。其中,“正犯化”说的部分学者虽承认本罪属于“帮助犯的正犯化”,但同时认为本罪是以中立的帮助行为作为规制对象,进而对“帮助犯的正犯化”这种立法模式提出批判。这种对立直接涉及本罪的成立条件,因而首先有必要对这些观点进行评析。

### (一)帮助信息网络犯罪活动罪不是“帮助犯的正犯化”

“正犯化”说认为,“共犯行为正犯化是指原本并非刑法分则正条明确指向的行为类型,被直接当做实行行为独立对待,不再考虑原来的实行行为是否构成犯罪”“其实是独立化”,本罪的定罪量刑均取决于帮助行为本身的犯罪情节而独立于正犯的犯罪情节;而且,伴随网络犯罪帮助行为从属性的弱化及其社会危害性的显著提升,共犯行为的正犯化这一立法模式必然成为立法制裁网络犯罪的“唯一出路”,帮助信息网络犯罪活动罪正是这种理论的典型实践<sup>[6]</sup>。该说得到了多数学者的赞同<sup>[16][17][18][19][20]</sup>。该说的主要根据在于:(1)本罪不仅规定了独立的罪名,还规定了独立的法定刑,因而属于独立的犯罪,网络

犯罪的帮助行为当然属于本罪的正犯行为；(2)被帮助的行为常常仅属于一般违法行为，而且，网络犯罪的不同环节的人员之间往往没有明确的犯意联络，因而将网络犯罪的帮助行为予以正犯化可以避免对帮助犯的追责障碍；(3)不同于现实世界的犯罪，在网络共同犯罪中，帮助行为往往不限于“一帮一”，而更多地表现为“一帮多”或者“多帮多”，即便帮助行为本身的社会危害性未必很大，但由于存在这种特殊的帮助关系，在网络犯罪利益链条中，其社会危害性就很可能大于甚至远大于正犯行为，简单地采取现实世界犯罪的认定思路，仍然按照帮助犯处理，就难以体现其特别的危害性，因而，如若不予以正犯化，很可能造成罪刑失衡。由此可见，在“正犯化”说看来，帮助信息网络犯罪活动罪是通过分则条文将符合法律规定的网络帮助行为直接提升为正犯，尽管法条中使用了“帮助”这一用语，但这种帮助行为已经与其他犯罪的正犯行为没有任何区别。

然而，要认定本罪属于这种绝对意义上的帮助犯的正犯化，至少需要满足两个条件：其一，从定罪角度来说，帮助犯被正犯化后，就不再具有从属性，帮助行为成立犯罪不以正犯行为构成“犯罪”为前提；其二，从量刑角度来说，帮助犯被正犯化后，就不再适用刑法第27条对从犯“应当从轻、减轻处罚或者免除处罚”的规定，而直接按照分则条文规定的法定刑处罚。基于下述理由，本文以为，帮助信息网络犯罪活动罪虽然属于独立的犯罪，但并非上述论者所谓“帮助犯的正犯化”。

### 1. 成立本罪以正犯行为构成“犯罪”为前提

一般来说，刑法分则条文规定的是独立的犯罪，条文所规定的行为也是正犯行为，只要实施了构成要件行为就应成立该罪。然而，就帮助信息网络犯罪活动罪而言，即便行为人实施了为他人提供广告推广等技术帮助这种行为，如果该他人的行为不构成“犯罪”，仍然不能认定行为人成立本罪。第一，按照刑法第287条之二第1款之规定，“明知他人利用信息网络实施犯罪，为其犯罪提供……帮助”是成立本罪之前提，这实际上就从主观与客观两个方面做了可罚性的限制。成立本罪，客观上所要求的“技术支持”，只能是针对“他人的犯罪”，在他人根本没有

利用该技术，或者虽利用了该技术但没有进一步实施犯罪的，不仅没有处罚的必要性，从罪刑法定的角度来看，原本也不能成立本罪。第二，这一点也得到了《司法解释》的确认。按照《司法解释》第12条第1款的规定，只有同时满足以下两个入罪条件，才能被认定为“情节严重”：(1)必须是明知他人正在利用信息网络实施网络赌博、网络诈骗等“犯罪”，却仍然为其“犯罪”提供了网络技术支持等帮助；(2)必须具有《司法解释》所规定的7种特定情形之一。而且，对于前述《司法解释》第12条第2款的规定，按照《司法解释》制定机关相关人士的解读，“认定帮助信息网络犯罪活动罪，通常以帮助对象实施的行为构成犯罪为前提”，在例外情况下可以适用本款，不要求对象构成犯罪，但对此应作严格限制<sup>[21]</sup>。由此可见，本罪的成立原则上必须从属于正犯的犯罪，只有在特殊情况下才能够以提高罪量要求为条件而例外地不从属于正犯的犯罪，但至少必须从属于正犯的实行行为。

### 2. 不采取“帮助犯的正犯化”也不会导致罪刑失衡

第一，按照“正犯化”说的逻辑，由于网络帮助行为的作用可能大于正犯行为，因而对帮助行为予以正犯化就能够避免罪刑失衡<sup>[18][19]</sup>。然而，与诈骗罪、盗窃罪等犯罪相比，本罪规定了相对较轻的法定刑，即便作为本罪的正犯处理，也未必能实现该说所追求的所谓罪刑均衡。并且，即便是在网络犯罪中，特定犯罪参与人的具体不法程度仍然取决于具体案件事实，与犯罪参与类型本身没有必然联系，帮助行为的作用也未必总是大于正犯行为，将犯罪行为实际的社会危害性大小、刑罚处罚力度以及犯罪参与类型混为一谈不仅在方法论上存在问题<sup>[20]</sup>，而且，按照其逻辑，如果通过正犯化即能避免所谓罪刑失衡，那么，对那些作用小于正犯行为的帮助行为而言，势必又会顾此失彼，引起相反意义上的罪刑失衡。第二，我国采取的是“作用为主兼顾分工”的共犯立法体例，因而完全可以将“定性”与“定量”区别开来，先“定性”再“定量”。亦即，在处理具体案件时，先按照网络犯罪参与者的行为类型，将帮助行为认定为“帮助犯”，解决“定性”问题；然后，具体考察帮助人在该

网络共同犯罪中的作用大小,决定其属于主犯或是从犯,从而解决“定量”即量刑问题<sup>[19]</sup>。因此,这里所谓“罪刑失衡”实质上是一个脱离我国共犯规定的“假性问题”。

### 3.“正犯化”说存在不当扩大处罚范围之虞

采取“帮助犯的正犯化”这种立法模式,就意味着以帮助行为为圆心又重新向外扩展了新的犯罪圈,可能会进一步处罚原本意义上的间接帮助行为乃至再间接帮助行为,而间接帮助行为的可罚性本身是存在争议的;而且,帮助行为是一个相对宽泛的概念,其本身缺乏定型性,往往需要由被帮助的行为来反向确定其内容与作用,这与罪刑法定原则的明确性要求存在内在的冲突,势必导致犯罪圈的不当扩大。正因为如此,“正犯化”说的部分论者才会主张对本条的适用进行“目的性限缩解释”,以避免本罪“沦为网络语境中新的‘口袋罪名’”<sup>[20]</sup>。对此,该说的积极主张者的态度是,技术帮助行为极大地降低了网络犯罪的犯罪门槛,“面对逐渐高发的网络犯罪及其‘帮助’行为,再强调刑法的谦抑性和最后性稍显不合时宜”<sup>[18]</sup>。不可否认,采取“正犯化”说的确有助于抑制网络犯罪的多发态势,但是,这种做法强调的是行为的“必罚性”,其附随效果必然是,存在不当扩大处罚范围的危险,进而有可能过度限制网络空间的公民行为。

### (二)帮助信息网络犯罪活动罪的实行行为不属于“中立的帮助行为”

“正犯化”说的部分论者认为,为上网用户提供互联网接入等技术上的支持或者帮助,这种帮助行为本身不会危害社会,其性质是中立无害的,因而本罪是“错误地”将原本不应该入罪的中立帮助行为入罪;而且,将这种原本在理论上就存在极大争议的中立帮助行为直接作为正犯予以处罚,会在对中立帮助行为的惩罚与社会存续进步之间形成紧张关系,最终有可能阻碍甚至窒息整个互联网行业的发展,因而应该对本罪所采取的“帮助犯的正犯化”这种立法模式持批判态度(“中立的帮助行为”说)<sup>[16][17]</sup>。鉴于中立的帮助行为与一般的帮助行为在可罚性上差异巨大,前者入罪标准也远比后者严格,因此,准确地界定本罪的实行行为的性质就至关重要。基于下

述理由,本文认为,本罪的实行行为不属于“中立的帮助行为”,亦即,本罪规制的是那些具有可罚性的帮助行为,而不是不可罚的“中立的帮助行为”。

#### 1. 不应纯客观地认定本罪之实行行为的性质

“中立的帮助行为”说完全是从客观方面来认定本罪的实行行为的性质,但这种做法既不符合第287条之二的明文规定,也不符合中立的帮助行为理论。基于法条的规定,只要对行为人在帮助行为当时的主观态度是否属于“明知”进行严格认定,原本就完全可以将中立帮助行为排除在本罪的规制对象之外,因而,本罪行为属于中立的帮助行为就不过是一个“伪命题”。而且,要认定为中立的帮助行为,至少必须是“行为人并不追求非法目的”<sup>[5]</sup>。一个行为的特征是由其所服务的目的来确定的<sup>[22][P.155]</sup>,当帮助者“明知他人利用信息网络实施犯罪”却仍然提供了相应帮助之时,其行为就已经违背了“技术中立”的伦理要求,不能否定行为人存在非法目的。

#### 2. 本罪的实行行为即便在客观上也未必都是中立的帮助行为

随着信息网络犯罪的分工日益细化,网络犯罪已经形成一个完整的黑色产业链,滋生出专门用于违法犯罪的程序、工具或者其他技术支持、帮助,例如,将来电显示设置为“110”等特定号码。这些行为根本不是社会的正常需求,而属于专门对违法犯罪提供帮助的行为。而且,即便事前不知情,但在实施网络帮助行为的过程中“明知”他人利用网络实施犯罪之后,却不立即停止帮助行为,也不在技术上采取有效应对措施,或者“接到举报后不履行法定管理职责的”,甚至“经监管部门告知后仍然实施有关行为的”,此类行为也不可能是中立的帮助行为。因而,将网络服务提供者的帮助行为一概贴上“中性”或“技术中立”的标签既不客观也过于武断。在当下的网络社会,是否真正存在所谓纯粹的技术中立的帮助行为,至少笔者对此是抱有极大疑问的。

#### 3. 中立的帮助行为与刑事可罚性之间并无绝对的排斥关系

即便认为本罪的帮助行为原本属于中立的帮助行为,但中立的帮助行为与刑事可罚性之间也并无绝对的排斥关系,在一定条件下,“中立的帮助行为”

也可以构成犯罪,这已经成为学界共识。然而,这种满足一定条件的帮助行为还能被谓为中立的帮助行为?就本罪而言,技术帮助行为要成立本罪,就必须达到“情节严重”的程度,但在法理逻辑上,中立行为与“情节严重”原本是不可能共存的概念,能被认定属于“情节严重”的行为根本就不可能是中立的帮助行为。

(三)帮助信息网络犯罪活动罪不是“帮助犯的量刑规则”

尽管多数学者认为帮助信息网络犯罪活动罪属于典型的“帮助犯的正犯化”,但是,张明楷教授却就此提出了颇具个性化的观点。张明楷教授认为,本罪只是规定了“帮助犯的量刑规则”。黎宏教授亦对此持赞同态度。帮助犯的量刑规则,按照张明楷教授的解释,是指法条虽然对该帮助行为规定了独立的法定刑,但这并不意味着帮助犯已经被“正犯化”,其性质仍然是帮助犯,只是不再适用刑法总则关于帮助犯(从犯)的处罚规定。这种观点源于张明楷教授对刑法分则关于帮助犯的规定存在帮助犯的绝对正犯化、帮助犯的相对正犯化与帮助犯的量刑规则等三种情形的解读。<sup>②</sup>具体就本罪而言,帮助犯的量刑规则的意义在于,(1)由于网络犯罪的技术帮助行为在性质上仍然是帮助犯,那么,按照限制从属性说,该行为成立犯罪就必须以正犯行为违法为前提;(2)针对该帮助行为的教唆行为不成立教唆犯而仅成立帮助犯;(3)对他人的网络犯罪提供技术帮助者如果构成犯罪,只能直接适用本罪之法定刑,而不得再适用刑法总则关于帮助犯(从犯)的减免规定<sup>[5]</sup>。

“量刑规则”说强调网络犯罪的帮助行为固有的帮助犯性质,重视共犯从属性理论对共犯成立范围的制约意义,要求网络犯罪的帮助行为达到“可罚性”的程度,无疑是符合刑法的谦抑性理念的。但是,本罪首先是一个独立的罪名,而不是“帮助犯的量刑规则”。

1. 本罪是以网络犯罪的帮助行为作为实行行为的独立罪名

第一,判断某种行为是否属于刑法上的独立罪名,按照通说观点,取决于刑法是否对该行为直接规定了独立的罪状与法定刑<sup>[23][P.510]</sup>。尽管将本来的帮助

行为独立入罪会扩大处罚范围,甚至有违背共犯从属性之虞,但是,既然本罪已经规定了独立的罪名与独立的法定刑,我们就不能通过所谓“实质性解释”而使立法降格,否定刑法增设了一个独立的罪名。因而“量刑规则”说存在以解释否定立法之嫌,会有损法律评价的可预测性以及法的安定性<sup>[24]</sup>。第二,如果本罪只是帮助犯的量刑规则,仍然以帮助犯论处,那么,帮助者就理应不成立独立的犯罪,而应该按照正犯所犯之罪定罪,只是不以正犯所犯之罪量刑,而直接适用第287条之二的法定刑,但这样势必造成定罪与量刑的分离,不符合定罪量刑的司法逻辑;反之,如果认为仍然应以本罪定罪量刑,则难以想见强调本罪属于量刑规则究竟有何意义。更重要的是,按照刑法第287条之二的规定,对此类帮助行为应该按照帮助信息网络犯罪活动罪定罪量刑,“这一点是立法明文设定的不可逾越的解释障碍”<sup>[25]</sup>,因而“量刑规则”说的这种解释是存在根本性疑问的。第三,刑法第287条之二第3款规定,“有前两款行为,同时构成其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚”。这显然是有关竞合犯的规定。只有一行为同时触犯数个罪名时才能按照竞合犯处理,因而第3款的规定也清晰地表明,第1款规定的是一个独立的犯罪。

## 2. 量刑规则的理论逻辑和功能定位不清晰

按照王华伟博士的论证,量刑规则这一概念源于德国,其原本是指德国刑法典中那些区别于加重(或减轻)构成要件的刑罚加重(或减轻)事由。张明楷教授这里所谓“量刑规则”,其意义仅仅在于规定刑罚的适用,而不影响定罪本身,因而已经不再是德国刑法语境下的“量刑规则”<sup>[26]</sup>。姑且不论刑法是否会“一反常态”地专门设置这样一种无关定罪仅涉及量刑的分则条文,至少就本罪而言,其逻辑是很难让人理解的:按照“量刑规则”说,帮助犯的量刑规则是指当对某人的网络犯罪帮助行为“仅适用我国《刑法》第287条之二第1款的规定”时,就仅仅适用第287条之二第1款规定的法定刑,而不再适用刑法第27条的规定。值得注意的是,该说同时坚持共犯从属性,主张此类帮助行为成立犯罪仍然以被帮助行为具有违法性为前提<sup>[5]</sup>。那么,既然此类帮助行为成立犯罪

以被帮助行为具有违法性为前提,行为人又是明知他人实施网络犯罪而提供帮助,帮助者势必应同时成立正犯之罪的帮助犯,因此,按照其逻辑,理应不存在“仅适用我国《刑法》第287条之二第1款的规定”的情形。

### 3. 量刑规则与帮助行为正犯化的区分标准不明确

在我国刑法分则条文中,将帮助行为独立入罪的做法并不鲜见,为何有的条文可以成为独立的正犯化条文,而有的条文则只是量刑规则?对此,“量刑规则”说的解释是,要得出合理结论,只能根据共犯从属性原理、法益理论等进行实质判断,而不能进行纯形式的判断<sup>[5]</sup>。但是,这种解释方法过于重视实质解释而忽视了作为解释之基础的形式解释,而且没有明确的区分标准。对刑法第287条之二的解释,必须遵循刑法解释的基本规则,并且符合正犯与共犯的区别标准等共同犯罪基本原理,不能以是否可以服务于自己的结论为标准,一会将其解释为量刑规则一会又将其解释为构成要件,<sup>[26]</sup>因此,这种解释显然是一种“强硬”的解释<sup>[17]</sup>,甚至可以说是一种先有结论然后再为之找寻理论根据的做法。

### 4. “量刑规则”说无法实现弥补处罚漏洞之立法目的

在网络犯罪中,尽管网络技术帮助的作用很多时候甚至超过正犯,但是按照传统共犯理论,只有确定正犯构成犯罪才可能处罚帮助行为人。有鉴于此,从立法机关对本罪的解读来看,立法者的出发点在于,有必要通过减轻司法机关的证明责任,以解决网络共同犯罪证据收集困难的难题,从而有力打击整个网络犯罪链条,<sup>③</sup>其立法目的在于,通过增设帮助信息网络犯罪活动罪,将处罚范围提前,从而弥补既往只要无法查明正犯行为构成犯罪(或者具有违法性)就无法处罚帮助行为这一处罚漏洞<sup>[27](P.206)</sup>。然而,按照“量刑规则”说,如果不能查明正犯行为具有刑事违法性就不能处罚帮助行为。那么,问题又会回到原点,仍然难以实现严密刑事法网、弥补处罚漏洞的立法目的。因为,实务部门面临的困难是,很难查证正犯行为达到了刑事违法性的程度。事实上,该说认为,如果采取“以不法为重心、以正犯为中

心、以因果性为核心”这种共犯理论,即便没有刑法第287条之二,司法机关原本也是能够依据传统共犯理论有效规制此类网络犯罪的帮助行为的<sup>[5]</sup>。这实质上已经承认,在该说看来,除了“不再适用刑法总则关于帮助犯(从犯)的处罚规定”之外,设立本罪别无其他实质意义。因此,如果认为本罪只是规定了一种量刑规则,无疑只突出了本罪的“刑罚设置功能”而淡化了分则条文的最重要的功能即“罪名设置功能”<sup>[17]</sup>,无法实现刑法通过新设罪名以“加大对帮助信息网络犯罪的打击力度,体现帮助行为的独立社会危害性”的立法旨趣<sup>[21]</sup>。

### 5. “量刑规则”说会不当限制本罪的适用范围

“量刑规则”说以向虚假广告罪提供帮助为例指出,由于本罪的法定刑高于虚假广告罪的法定刑,因而只能适用虚假广告罪;并且,在此基础上进一步提出,应该对第287条之二第3款做限制解释,要求第3款中“其他犯罪”必须是法定刑高于第1款之法定刑的犯罪,换言之,如果认为还包括法定刑低于第1款之法定刑的犯罪,这不仅违反罪刑相适应原则,也违反罪刑法定原则<sup>[5]</sup>。这种结论显然是以“帮助犯就是从犯”这种大陆法系刑法的共犯理论为前提的。按照其逻辑,在我国刑法中,也应该对帮助犯一律适用刑法第27条第2款。但是,不同于大陆法系刑法理论,我国刑法总则关于从犯的量刑规定并非仅针对帮助犯而设,更不意味着“帮助犯就是从犯”,完全是根据教唆犯、帮助犯等共犯参与形态在共同犯罪中的作用大小来决定究竟是主犯还是从犯,因而,不仅教唆犯既可能是主犯也可能是从犯,帮助犯也同样既可能是从犯但也可能是主犯<sup>[28]</sup>;而且,在网络共同犯罪中,帮助者很多时候对犯罪起主要作用,属于主犯,因而也不应该对帮助犯一律按照从犯处罚。因此,将第287条之二第3款中的“其他犯罪”限于“法定刑高于该条第1款法定刑的犯罪”,不仅会不当限制本罪的适用范围,更是违反罪刑法定原则的。

### 三、帮助信息网络犯罪活动罪是“混合归责模式”

研究帮助信息网络犯罪活动罪,需要解决的问题是,确定本罪的性质,进而在此基础上进一步明确本罪的成立条件及其适用。

(一)性质:帮助信息网络犯罪活动罪是介于正犯与共犯之间的“混合归责模式”

有关帮助信息网络犯罪活动罪的性质,前面已经从理论上论证本罪既不是“帮助犯的正犯化”,也不是“帮助犯的量刑规则”。要真正确定本罪的性质,还需要立足于立法者的立法目的,并结合《司法解释》的态度。

首先,“立法机关正是以传统共同犯罪理论为根据增设帮助信息网络犯罪活动罪的”<sup>[5]</sup>,倘若没有查明正犯构成“犯罪”,就不可能认定帮助者构成帮助犯。按照立法机关的解释,在网络共同犯罪中,往往是“一对多”实施帮助,由于网络犯罪隐蔽性强,参与者相互之间未必认识,很多时候根本无法证明参与者之间存在犯意联络,因而无法认定帮助者与被帮助者之间存在共同的犯罪故意,进而无法对帮助者按照帮助犯处理<sup>[29](P.165)</sup>。为此,刑法修正案(九)增设本罪,正是出于功利主义立法观或者积极的刑事立法观,试图通过降低网络帮助犯的入罪门槛,将那些网络犯罪帮助行为独立入罪,以求更加精确地打击此类帮助行为<sup>[30]</sup>。显然,本罪是以网络犯罪的帮助行为作为实行行为的独立犯罪,具有“正犯性”。

其次,根据刑法第287条之二的明文规定,正犯构成“犯罪”是本罪的成立前提。按照文义解释,正如《司法解释》第12条第1款所规定的那样,这里的“犯罪”是指刑法分则规定的应当受到刑罚处罚的行为。不过,对于《司法解释》第12条第2款的特别规定,制定机关的相关人员的解读是:根据刑法的明文规定,构成帮助信息网络犯罪活动罪,一般应该以正犯行为构成犯罪为前提<sup>[31](P.104)</sup>,但是,鉴于网络共同犯罪隐蔽性强,不仅是被帮助人,被害人也可能具有不特定性,往往难以掌握整个犯罪链条、查证整个犯罪事实,不仅如此,与现实世界的犯罪相比,在网络犯罪中,由于可以针对多个甚至无数个不特定的对象提供帮助,帮助行为的实际作用可能远远大于单个的正犯行为,因此,为体现立法本意,作为例外规定,第12条第2款明确在特殊情况下本罪可以不要被帮助对象构成“犯罪”,但同时对此作了一定限制:(1)必须确实是因为客观条件所限而无法完全查明正犯行为是否已经达到犯罪的程度;(2)在此基础

上,提高入罪标准,要么是数额标准达到五倍要么是造成了特别严重的后果。<sup>④</sup>而且,通过查阅“裁判文书网”与“无讼网”,分析直至2019年底有关本罪的150个案例(2019年度50个、2018年度58个、2017年度32个、2016年度8个、2015年度2个)可以发现,所有案例均明确要求帮助对象实施网络“犯罪”。因此,无论是从对法条文义的解读,还是从《司法解释》以及实际判例的态度来看,本罪都不是彻底的“帮助犯的正犯化”,其成立仍然必须从属于正犯的“犯罪”,具有“共犯性”。

由上可见,帮助信息网络犯罪活动罪是介于正犯与共犯之间的“混合归责模式”(“混合归责模式”说)。<sup>⑤</sup>

(二)成立条件:帮助信息网络犯罪活动罪的成立从属于正犯的实行行为

如何理解作为本罪成立前提的“犯罪”将直接决定本罪的适用范围。原本来说,既然立法者是以传统共犯理论为基础设置本罪,那么,对本罪性质的解读,就理应采取传统共犯理论即极端从属性说,要求正犯行为既具有违法性也具有有责性。但是,如此一来,势必又会陷入立法之前的入罪困境:如果无法查明正犯行为构成犯罪,就无法处罚帮助者;更何况作为一种学说,“极端从属性说”已经只具有学说史上的意义<sup>[32]</sup>。而且,“帮助行为正犯化”说正是基于对限制从属性说无法应对新型网络共同犯罪的质疑,才主张本罪的本质是独立性。如此,我们就需要根据网络帮助行为的现实情况作出适当改变,转而采取最小从属性说,主张成立本罪只需从属于正犯的实行行为。

#### 1.必要性:严密法网的现实需求

要有效遏制网络犯罪,首先需要加大对网络犯罪的帮助行为的打击力度。然而,由于网络世界的虚拟性以及信息网络犯罪本身的隐蔽性,往往只能抓获实施帮助行为的人,而无法抓获实施正犯行为的人,或者即便能抓获正犯,但很多时候根本无法查明其具体罪量,无法判断其行为是否达到刑事违法性的程度。也就是说,网络共犯领域呈现出来的客观事实是:传统共犯样态被颠覆,“无正犯之共犯”(正犯不违法而共犯违法)的情形普遍存在。这样,要

有效惩治网络犯罪的帮助行为,就有必要正面承认“无正犯之共犯”。为此,就需要在理论上采取最小从属性说。

## 2. 可行性:理论基础是最小从属性说

网络犯罪的最大特点在于,由于行为人可以对多个乃至无数个特定或者不特定对象实施帮助行为,行为人根本无法掌控自己的帮助行为的危害结果,其行为的危害结果极可能被无限放大,特别是在司法实务中,虽然被帮助者的行为本身可能不具有刑事违法性或者无法查明具有刑事违法性,但帮助行为累计下来的违法程度却可能远远超过能够查实的正犯行为,进而达到入罪标准。如此,固守限制从属性说,不承认“无正犯之共犯”,势必造成众多网络帮助行为根本无法入罪的困局。

相反,最小从属性说正面承认违法的相对性,不仅承认“无共犯之正犯”,也承认“无正犯之共犯”。按照最小从属性说,成立共犯,只要正犯行为能够被评价为实行行为即可;并且,处罚共犯的理由不在于其参与了他人的“违法的”实行行为,而在于其“违法地”参与了他人的实行行为。共犯之所以被认定具有违法性,完全是因为刑法将其行为本身评价为违法,而非因为正犯行为违法而连带地认定共犯行为违法,因而,尽管共犯本身无法直接侵犯法益,只能通过正犯行为间接地侵犯法益,但对共犯而言,正犯行为不过是共犯侵犯法益的中介行为,是在共犯的教唆或者帮助下,代替共犯去实现教唆或者帮助行为本身所内在的侵犯法益的危险,因而真正需要考察的是,正犯行为是否代为实现了共犯行为本身所内含的法益侵害危险。换言之,这种中介行为是否具有违法性,原本应该取决于该正犯行为是否实现了正犯本身的法益侵害目的——侵犯了对正犯本身而言具有要保护性的法益,但是,其结论不会直接影响共犯的违法性,因为不管正犯是否具有违法性,只要正犯行为最终侵犯了对共犯而言需要保护的法益,与该法益侵害之间存在心理上或者物理上的因果关系的共犯行为就当然具有违法性。在此意义上,是否处罚共犯,最终取决于作为中介行为的正犯行为是否代为实现了共犯的法益侵害目的,而不取决于该正犯行为是否具有违法性。因此,是否处罚

共犯不以正犯具有违法性为前提。如此,网络犯罪的帮助行为成立本罪,就可以以最小从属性说作为理论基础,仅从属于正犯的实行行为。

## 3. 妥当性:《司法解释》的认可与判例的适用

首先,成立本罪只要从属于正犯的实行行为即可,这也符合《司法解释》的态度。对于《司法解释》第12条第2款的特别规定,制定机关的相关人员的解读是,这实质上是将刑法第287条之二第1款中作为帮助对象的“犯罪”进行了扩大解释,将那些尚未达到违法性程度的行为也包括在内。因为,如果不考虑网络共同犯罪的现实情况,完全按照传统共犯理论来考察网络共同犯罪,继续主张只有正犯行为成立犯罪才能处罚网络帮助行为,就根本无法体现通过增设本罪以重点打击网络犯罪帮助行为的立法目的——之所以需要增设本罪,正是因为往往无法查证正犯行为是否具有违法性是否能够成立犯罪<sup>[90]</sup>。因此,在予以严格限制的前提下,“帮助实施刑法分则规定的利用信息网络实施刑法分则规定的行为也可以例外地构成犯罪。”<sup>[91]</sup>不过,需要强调的是,这里的行为必须是某个具体罪名的构成要件行为,而不得是一般违法行为。也就是说,《司法解释》的制定者虽然原则上采取的是极端从属性说,但面对网络犯罪的现实也不得不做出某种观念上的改变,在一定条件下接受最小从属性说的理念,以实现严密刑事法网的立法目的。

其次,这一理念也已经在司法实践中得到运用。例如,2012年6月,被告刘某等人成立郑州信之达科技有限公司,主要从事短信推广业务与网站编辑业务。在2016年7月至8月期间,刘某等人在明知他人要求发送的招聘类短信涉嫌诈骗的情况下,仍为他人提供短信传输通道,共帮助他人发送注册名为“58同城”“58赶集集团”的招聘类短信16257条。对此,浙江省龙泉市人民法院判定,被告刘某等人“明知他人利用信息网络实施诈骗犯罪,仍为他人犯罪提供通讯传输的技术支持,情节严重,其行为均已构成帮助信息网络犯罪活动罪”。<sup>⑥</sup>在该案中,就正犯行为而言,依据最高人民法院、最高人民检察院关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释(法释[2011]7号)的规定,如果不能查明正犯发送的短信是诈骗短

信且达到相应数量(5000条以上),或者不能查明实际骗得财物达到相应金额(3000元以上),就不能认定正犯行为具有刑事违法性。但就案件事实本身来说,尽管能查明被帮助者的行为属于诈骗行为,但可能由于无法一一查实具体金额,判决书中并未对此做出进一步的事实认定。那么,按照限制从属性说或者极端从属性说,既然无法认定被帮助者的诈骗行为已经达到刑事违法性的程度,就不能处罚刘某等人的帮助行为。但是,在本案中,被帮助者的行为涉嫌诈骗罪,属于诈骗罪的实行行为,按照最小从属性说就可以毫无障碍地认定被告刘某等成立帮助信息网络犯罪活动罪。换言之,该判决只有采取这种理念才有直接判定刘某等人成立本罪之可能。

(三)适用:对第287条之二第3款的适用不应设置特别限制

根据刑法287条之二第3款的规定,信息网络犯罪的帮助行为“同时构成其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚”。在确定本罪性质属于“混合归责模式”,并且论证了成立本罪仅需要从属于正犯的实行行为之后,下面还有必要进一步研究这种理解对本款适用的意义。

对于像本罪这样明知他人实施犯罪而为其提供帮助的情形,尽管我国传统共犯理论基于刑法第25条的规定不承认片面的共犯,但在以往的司法实践中,不少司法解释规定,只要行为人明知他人实施犯罪而提供帮助的,即可以成立共同犯罪,例如,最高人民法院、最高人民检察院关于办理组织、利用邪教组织破坏法律实施等刑事案件适用法律若干问题的解释第13条、关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释第7条,等等。对此,《司法解释》制定机关的相关人员指出,此前之所以需要采取这种解决方法,是因为刑法并未将相关犯罪的帮助行为独立入罪,但是,既然刑法已经将网络犯罪的帮助行为独立入罪,为了更好地体现立法精神,就需要适当扩大帮助信息网络犯罪活动罪的适用范围,同时,对于这种行为成立相应犯罪之帮助犯的情形进行适当限制<sup>[30]</sup>。

这种做法是以“帮助信息网络犯罪活动罪已经将帮助行为独立入罪”为根据,来限制可以“适用共同犯罪以帮助犯论处”的网络犯罪的帮助行为。然

而,我们没有理由为了“扩大帮助信息网络犯罪活动罪的规制范围”,就需要“对帮助信息网络犯罪活动适用共同犯罪处理的情形作出适当限制”,因而这一理由显然不足以回答:为何仅对本罪否定片面的帮助犯?而且,这种做法未必“也是当下司法具体案件的做法”。因为,不少判例在判决书中明确指出,“依据最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见的相关规定,明知他人实施电信网络诈骗犯罪,为其制作、销售、提供‘木马’程序和‘钓鱼软件’等恶意程序的,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,或者提供支付结算等帮助的,以共同犯罪论处,对其参与期间该诈骗团伙实施的全部诈骗行为承担责任。另外,刑法第287之二明确规定,构成帮助信息网络犯罪活动罪,同时构成其他犯罪的,应依照处罚较重的规定定罪处罚。”<sup>[31]</sup>这也就是说,无论是否存在“通谋”,帮助犯都应该对其参与期间诈骗团伙实施的全部诈骗行为承担罪责。

因此,帮助行为人“明知他人利用信息网络实施犯罪”,仍然为其提供技术等帮助的,在成立本罪的同时,只要能够查明对方实施了相应犯罪的构成要件行为,就应同时成立相应犯罪的帮助犯,两罪属于想象竞合的关系,“依照处罚较重的规定定罪处罚”。那么,除了要求构成想象竞合犯的行为必须是同一帮助行为这一理所当然的条件之外,就不应再对本款之适用设置其他特别限制:既不能如“量刑规则”说那样将本款中“其他犯罪”限于法定刑高于本罪之法定刑的犯罪,也不能将构成帮助犯的情形限于帮助犯与正犯存在通谋的情形。

#### 四、对可能的质疑的一点回应

根据最小从属性说而主张的帮助信息网络犯罪活动罪是介于正犯与共犯之间的“混合归责模式”这种观点,最可能遭受的质疑就是,这种观点不仅违背共犯的一般理论更违反形式逻辑。

的确,一种行为既是正犯又是共犯,从表面上看甚至是自我矛盾的。然而,虽然对法条的所有解释都应当以某种刑法理论为指导,但显然不能为了得出某种在理论上符合既有逻辑的结论,而削足适履地要求法条的规定去与既往的某种理论观念相符。

相反,一切解释都只能是立足于刑法条文的既有规定,以最大限度地符合条文文意为根本,结合司法实践的做法,做出相对更为合理的解释。

就帮助信息网络犯罪活动罪而言,“正犯化”说与“量刑规则”说分别强调了本罪的正犯性、共犯性。但作为一种解决问题的路径,都只是强调了本罪性质的一面,并试图通过理论解释来消解另一面,以追求理论的一致性与逻辑的一贯性。具体而言,这两种观点都是建立在限制从属性说的基础上,“量刑规则”说关注本罪行为的“可罚性”,力图继续坚持限制从属性,主张本罪不过是针对帮助犯的一种“量刑规则”;相反,“正犯化说”强调本罪行为的“必罚性”,认为限制从属性说已经无法应对网络共同犯罪,尤其是无法解释本罪,主张本罪属于帮助犯的“正犯化”。应该说,这两种针锋相对的观点都各自建立在切实的论据之上,无疑都有其合理的一面,但同时也有其片面的一面。

但如果改变既往思路,采取最小从属性说,在网络共同犯罪中不再“先入为主”地坚持“非正犯即共犯”这种适用于现实世界的共同犯罪的一般观念,而是直接承认本罪既具有正犯性的一面同时又有共犯性的一面,就能妥善解决上述两种学说所面临的不符合立法规定或者不符合《司法解释》精神的困境。其一,“混合归责模式”说这种看似矛盾的观点恰恰是对刑法第287条之二的忠实解读。本罪是为了应对广泛存在于网络世界的“无正犯之共犯”现象,加大对网络犯罪的帮助行为的处罚力度而设立,在本罪是以这种帮助行为作为实行行为的独立犯罪这一意义上,本罪无疑具有“正犯”的性质,这种立法上所确定的正犯性是不容回避的,也是不能否定的;同时,更值得重视的是,尽管本罪是以独立的罪名来独立地处罚网络犯罪的帮助行为,但立法者仍然坚持了谦抑性,要求帮助的对象必须是他人的“犯罪”,这是法条对本罪成立前提的明文要求,更是理论解释不可逾越的界限,因而在成立犯罪仍然必须从属于正犯的“犯罪”这一意义上,同样不能否认或者回避本罪所具有的“共犯”性质。当然,也有观点认为,之所以要求正犯行为构成犯罪,不是基于共犯从属性理论的要求,而是因为本罪的构成要件明文要求被

帮助行为构成犯罪<sup>①</sup>,即主张这种限制不涉及共犯从属性的问题。但是,正如《司法解释》第12条所示,在司法实务中,如何解释这里的“犯罪”概念,即究竟是违法有责意义上的“犯罪”还是构成要件行为意义上的“犯罪”,实际上讨论的正是作为本罪之成立前提的对象行为的“程度”,事关帮助行为是否成立本罪,因而不能说与从属性无关。其二,这种解读完全符合《司法解释》的态度。如前所述,一方面,《司法解释》原则上坚持传统共犯理论,采取极端从属性说,要求成立本罪必须以正犯行为构成违法且有责意义上的犯罪为前提,另一方面,鉴于网络犯罪中存在大量无法查明正犯行为是否构成犯罪或者是否具有刑事违法性的现象,在第12条第2款又对这里的“犯罪”概念做了扩大解释,在大幅提升罪量要求的前提下,例外地允许仅从属于正犯的实行行为。这种例外规定,实质上采取的就是最小从属性说的观念。

因此,笔者基于最小从属性说所主张的“混合归责模式”说可能遭受的质疑在立法上或者司法上并不成为问题。同时这一主张还可以明确帮助信息网络犯罪活动罪的认定路径:首先,基于“正犯性”,判断行为人是否实施了本罪的构成要件行为;其次,基于“共犯性”,考察帮助的对象行为的性质,至少要求被帮助的行为属于刑法分则条文所规定的某个具体罪名的构成要件行为;再次,基于“可罚性”,看行为人的帮助行为是否达到了《司法解释》所要求的“情节严重”的标准;最后,判断行为人主观上是否存在“明知”。也就是说,不要求正犯行为具有违法性,可以有效避免限制从属性说的入罪困境,回应司法实务要求严密法网之迫切需求;而且,采取这种观点的更大意义在于,在积极的刑事立法观这种大背景之下,能够尽可能地坚持共犯的从属性,体现法治国家刑法通过从属性来划定共犯处罚范围的意义,避免不当扩大处罚范围。

#### 注释:

①参见[日]最决平成4年6月5日刑集46卷4号245页。

②不过,黎宏教授认为,我国刑法有关帮助行为正犯化形式的立法大致存在遵循共犯从属性原则与不遵循共犯从属性原则的帮助行为正犯化等两种形式(参见黎宏:“论‘帮助信息

网络犯罪活动罪’的性质及其适用”,载《法律适用》2017年第21期)。

③张晓娜:“法工委解读《刑法修正案(九)》涉网络条款”,载《民主与法制时报》2015年11月17日第1版。

④绿杰、吴桥滨:“《关于办理非法利用信息网络、帮助信息网络犯罪活动等刑事案件适用法律若干问题的解释》重点难点问题解读”,载《检察日报》2019年10月27日第3版。

⑤需要特别指出的是,也有学者主张本罪是一种介于共犯与正犯之间的“混合归责模式”,但其核心观点是,“他人利用信息网络实施犯罪”属于本罪的客观处罚条件,并且,该条件是作为构成要件要素嵌入本罪的构成要件之中,与共犯的从属性无关(参见王莹:“网络信息犯罪归责模式研究”,载《中外法学》2018年第5期)。首先,虽然结论似乎完全一致,但该学者的研究视角、研究路径、理论旨趣与本文完全不同。而且,该学者对客观处罚条件的理解也是存在疑问的。因为,原本来说,客观处罚条件不属于犯罪的成立要件,不是给可罚性奠定基础的要素,而是对已具有可罚性的行为给与需罚性,属于不法和责任之外的决定刑罚启动的要件(参见柏浪涛:“构成要件符合性与客观处罚条件的判断”,载《法学研究》2012年第6期)。

⑥见浙江省龙泉市人民法院(2017)浙1181刑初字第203号判决书。

⑦吴熠仕、周炜等诈骗罪二审刑事裁定书”[(2018]渝03刑终字第128号)。类似判例参见“孙万波、符培迎诈骗二审刑事判决书”[(2018]鲁17刑终字第431号)、“王登科诈骗罪一审刑事判决书”[(2018]吉05刑初字第32号)、“陈柯、陈龙伟诈骗一审刑事判决书”[(2019]渝0119刑初字第265号)。

#### 参考文献:

[1]王昭武:“论共犯的最小从属性说”,载《法学》2007年第11期。

[2]阎二鹏:“从属性观念下共犯形态论之阶层考察——兼议构成要件符合形态论之提倡”,载《法学论坛》2013年第4期。

[3]周啸天:“最小从属性说的提倡:以对合法行为的利用为中心”,载《法律科学》2015年第6期。

[4]王霖:“网络犯罪参与行为刑事责任模式的教义学塑造”,载《政治与法律》2016年第9期。

[5]张明楷:“论帮助信息网络犯罪活动罪”,载《政治与法律》2016年第2期。

[6]于志刚:“共犯行为正犯化的立法探索与理论梳理——以‘帮助信息网络犯罪活动罪’立法定位为角度的分析”,载《法律科学》2017年第3期。

[7]王昭武:“共犯处罚根据论的反思与修正:新混合惹起说的提出”,载《中国法学》2020年第2期。

[8]黎宏:《刑法总论问题思考》,中国人民大学出版社2007年版。

[9]钱叶六:“共犯违法连带性说的合理性及其应用——基于共犯处罚根据论的探讨”,载《清华法学》2014年第3期。

[10]秦雪娜:“共犯处罚根据的全新定位——改良的纯粹惹起说之提倡”,载《环球法律评论》2015年第5期。

[11]张明楷:“共犯的本质——‘共同’的含义”,载《政治与法律》2017年第4期。

[12]张明楷:《刑法学》(上),法律出版社2016年版。

[13]许泽天:“共犯之处罚基础与从属性”,载《罪与刑·林山田教授六十岁生日祝贺论文集》,五南图书出版有限公司1998年版。

[14][日]林幹人:《刑法総論》(第二版),东京大学出版会2008年版。

[15][日]西田典之:《日本刑法总论》,王昭武、刘明祥译,法律出版社2013年版。

[16]车浩:“刑事立法的法教义学反思——基于《刑法修正案(九)》的分析”,载《法学》2015年第10期。

[17]刘艳红:“网络犯罪帮助行为的正犯化之批判”,载《法商研究》2016年第3期。

[18]于冲:“网络犯罪帮助行为的正犯化的规范解读与理论省思”,载《中国刑事法杂志》2017年第1期。

[19]刘仁文、杨学文:“帮助行为的正犯化的网络语境——兼及对犯罪参与理论的省思”,载《法律科学》2017年第3期。

[20]王华伟:“网络语境中帮助行为的正犯化的批判解读”,载《法学评论》2019年第4期。

[21]喻海松:“网络犯罪的立法扩张与司法适用”,载《法律适用》2016年第9期。

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

[23]陈兴良:《共同犯罪论》,中国人民大学出版社2006年版。

[24]聂立泽、胡洋:“帮助信息网络犯罪活动的规范属性及司法适用”,载《上海政法学院学报(法治论丛)》2017年第1期。

[25]王莹:“网络信息犯罪归责模式研究”,载《中外法学》2018年第5期。

[26]孙运梁:“帮助信息网络犯罪活动罪的核心问题研究”,载《政法论坛》2019年第2期。

[27]臧铁传主编:《中华人民共和国刑法修正案(九)解读》,中国法制出版社2015年版。

[28]阎二鹏:“帮助信息网络犯罪活动罪:不作为视角下的教义学证成”,载《社会科学战线》2018年第6期。

[29]全国人大常委会法工委刑法室编著:《〈中华人民共和国刑法修正案(九)〉释解与适用》,人民法院出版社2015年版。

[30]喻海松:“新型信息网络犯罪司法适用探微”,载《中国应用法学》2019年第6期。

[31]喻海松:《网络犯罪二十讲》,法律出版社2018年版。

[32]张明楷:“共同犯罪的认定方法”,载《法学研究》2014年第3期。