

双层区分制对网络犯罪帮助行为认定的纠偏与重构

冯卫国 陈本正

摘要: 帮助信息网络犯罪活动罪在规范属性的界定问题上存在悖论,且章节设置不尽合理,在“口袋罪”倾向日趋严重的现实情况下,理应限缩适用甚至非必要不适用《刑法》第 287 条之二。通过双层区分制将网络犯罪帮助行为认定为共同犯罪,符合我国刑法的现行体例,在维护共犯从属性对构成要件定型意义的同时,也妥善处理了网络犯罪帮助行为法益侵害严重程度升格的现象。作为对《刑法》第 287 条之二的纠偏,双层区分制在犯罪事实无法查明等定罪问题、主犯与从犯难以确定等量刑问题上均能有效应对,是回应认定网络犯罪帮助行为实践难题的合理路径。

关键词: 帮助信息网络犯罪活动罪;规范属性;网络空间秩序法益;双层区分制

中图分类号: D924.3 **文献标识码:** A **文章编号:** 1003-0751(2024)07-0073-09

互联网络中的社会行为模式呈扁平化发展格局,依托现代网络工具,犯罪嫌疑人自主或通过“第三方”提供的简单工具或软件即可代替复杂、精密、专业的科层结构,实施网络犯罪行为。由此,提供技术支持或设备服务的网络犯罪帮助行为对于犯罪行为的完成起着越来越重要的助推作用,这种以互联网为纽带,分工配合实施犯罪的方式,大大降低了网络犯罪的门槛和成本^[1]²⁰⁶,成为社会“毒瘤”。2015 年《刑法修正案(九)》将帮助信息网络犯罪活动的行为独立规定成罪,以应对新型网络犯罪形势,回应社会各界的广泛关注。该罪自 2015 年设立后,经历了一段时间的适用空窗期,但随着 2019 年 10 月“两高”《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》的出台,司法适用率显著提升,已成为我国第三大追诉罪名^[2]。然而,一方面,对该罪规范属性的界定不明导致扩张解释泛化与回溯归责趋重,帮信罪逐渐成为网络犯罪“口袋罪”^[3],从根源上影响了网络犯罪帮助行为的定性与处罚;另一方面,从条

文所处章节看,帮助信息网络犯罪活动罪所涉法益应当包括秩序法益,但是其具体指向为何、是否必要,有待讨论。

对帮助信息网络犯罪活动罪规范属性的界定,大体上可分为共犯说与独立说,共犯说项下包括共犯正犯化说、量刑规则说、从犯主犯化说等学说,独立说项下包含正犯共犯化说、积量构罪说与正犯化说等理论^[4]。笼统地讲,共犯正犯化说与量刑规则说虽然是学界的主要观点,但是,前者将行为模式等同于行为类型,将法益侵害严重性等价于法益侵害直接性,在实质合理性方面或存疑点,后者将刑法分则中的独立条文解释为类似于总则中量刑原则的规定,无法妥当协调其观点与刑法体系之间的形式冲突;以积量构罪说为代表的独立说在解释《刑法》第 287 条之二的体系定位方面存在天然优势,但其对共犯从属性的消极态度却有违现代刑法的客观主义立场。总之,自帮信罪设立之初,学界一直争议不断,至今仍未形成通说。至于帮助信息网络犯罪活动罪所涉法益,学界讨论较少,且主要从网络空间秩

收稿日期:2024-04-20

作者简介:冯卫国,男,西北政法大学刑事法学院院长、教授、博士生导师(陕西西安 710122)。陈本正,男,西北政法大学刑事法学院博士生(陕西西安 710122)。

序法益角度展开。但是,在互联网数实相生化格局不断深化的情况下,网络空间秩序法益的内涵可能面临无限扩张的局面。此外,帮助信息网络犯罪活动行为是否必然侵犯秩序法益,是否需要适用秩序法益概念加以规制,均有待论证。

总而言之,帮助信息网络犯罪活动罪在刑法罪刑体系中到底处于何种位置,其究竟侵犯了哪些法益?应当以何种姿态、走哪条路径,才能解决传统网络犯罪认定方法适用乏力的现实困境,全面评价网络犯罪帮助行为的法益侵害性,适应现代网络犯罪治理的现实需求?这些都是必须回答的问题。

一、帮助信息网络犯罪活动罪 合理性存疑

在帮助信息网络犯罪活动罪设立之初,便有大量针对该罪的讨论,大致可分为两类:一类指向规范属性问题,另一类指向犯罪构成、罪数等具体司法适用问题。这两类都是在肯定该罪合理性的基础上进行的解释性研究。可是,“法教义学的展开无疑是以假定现有法律的合法为前提的,但这种假定指向的是整体的法秩序,而不是特定的立法条文本身”^[5]。帮助信息网络犯罪活动罪因应网络时代的犯罪特点而设立,但立法初衷合理并不是罪名设置合理的充分条件,理论界与实务界对该罪的诸多争议或许就从反面说明了《刑法》第287条之二的合理之处。

(一)对《刑法》第287条之二规范属性的界定存在悖论

从世界范围看,在总则中以原则性叙述的方式规定狭义的共犯,在分则中以构成要件的形式具体明确正犯行为,是较为普遍的刑法立法模式^[6]。但是,我国《刑法》第287条之二则将原本由总则统摄的网络犯罪帮助行为纳入分则的规范内容之中,以通常规定正犯的“罪状+法定刑”的立法体例描述共犯行为。这种横贯总则与分则的立法模式,固然是回应风险社会网络安全挑战的新型策略,但也造成了刑法理论与规范体系的诸多不适应,首先就是帮助信息网络犯罪活动罪在刑法规范中的体系地位问题。对此,学界给出了多种解决思路,但争议不断,难以形成稳定、长期的解决方案。

1.共犯正犯化说存在多重疑点

“帮助行为正犯化”是当前学界的一种主要观点,是指“刑法分则条文直接将某种帮助行为规定

为正犯行为,并且设置独立的法定刑”,正犯化后,帮助行为的定罪不再依共犯从属性原理,而是以正犯实施特定行为为前提;量刑也不再受限于总则对从犯的“应当从轻、减轻处罚或者免除处罚”的规定;同时,作为正犯行为,网络犯罪帮助犯拥有属于自己的帮助犯、教唆犯等共犯^[6]。但是,这样会带来以下三种自相矛盾的解释困境。

第一,帮助行为的正犯化最直接的效果是帮助行为违法性的成立不再依附于正犯行为的违法性。然而,《刑法》第287条之二明确指出“明知他人利用信息网络实施犯罪”,“为其犯罪提供……等帮助”的,才构成本罪,这表明本罪的成立最起码要以被帮助者(正犯)的行为违法为前提,难以认为其属于帮助行为的正犯化。对此,有学者指出,共犯从属性是指罪名从属性和处罚从属性,而非实行从属性,对帮助信息网络犯罪行为的帮助犯定位与保护法益的独立性并不矛盾^[4],因此,“只要立法机关对帮助行为设置了独立罪名并规定了独立的法定刑,就是帮助行为正犯化的立法规定”^[7]。但是,在共犯从属性范畴中仅保留罪名从属性与处罚从属性,虽然完成了帮信罪之共犯正犯化的理论证成,但游离于共犯从属性体系的实行从属性概念该如何安置,尚未明了。质言之,如果认为实行从属性仍然是共犯正犯化的必要影响因素,就意味着帮信罪的认定依然需要被帮助者实施了符合构成要件的不法行为,那么对共犯从属性的重新界定并无实际意义;但如果否认实行从属性在共犯正犯化中的影响地位,那么是应当彻底放弃这一概念,还是将其归入其他理论模块?对此,有学者对规范属性与自然属性做出区分,将实行从属性从规范属性范畴挪移至自然属性范畴,认为共犯正犯化讨论的是帮助行为的规范属性问题,而实行从属性是帮助行为的自然属性,不能以正犯化后的帮信行为仍然具有帮助性质为由否认帮信罪的正犯化属性^[7]。表面看来,这放松了共犯正犯化的认定标准,开拓了刑法规范体系的解释空间,有利于缓解刑事法律的滞后性,但从本质上讲,在共犯论中,共犯与正犯的差异体现且仅体现在行为的实行性方面,正犯行为是构成要件的该当性行为,共犯行为是没有实施构成要件,但为实施构成要件的行为加功的行为,至于共犯行为与正犯行为的罪名是否一致、处罚依据是否相同,都不影响各自行为性质的认定,即便是一般的共犯行为,也完全可能适用与正犯行为不同的罪名、法定刑^[8]。因此,实行从属性是共犯从属性的核心内容,也是共犯行

为正犯化的重要判断标准。

第二,持共犯正犯化说的学者认为犯罪空间位移、犯罪类型异化是网络时代犯罪行为的典型特征,也是“帮助型正犯立法逐渐在网络犯罪领域适用和推广”的主要原因^[9]。但无论是“一对一”向“一对多”的形式转变,还是“线下”向“线上”的媒介变迁,都是网络帮助行为较之传统帮助行为在行为模式上的独立,而行为模式并不能等同于行为类型。行为模式是根据行为主体、对象、发生时间、发生地点等抽象出的事实概念,行为类型是根据行为与行为、行为与结果之间的逻辑关系抽象出的刑事规范概念。刑法意义上的行为,是指行为主体实施的客观上增加法益危险值的身体活动^{[10]186},其以法益为基底,那么,在此基础上形成的“正犯行为”之概念,以及属于正犯或不属于正犯的评价标准,都应当围绕法益展开,而不能由行为模式的独立直接被证成。

第三,混淆了法益侵害严重性与法益侵害直接性。有学者认为,相较于传统社会熟人之间的共同犯罪,网络犯罪的弥散化、疏离化、技术化特征使得技术支持行为具有很强的经营性,行为模式也从“一对一”向“一对多”转换,帮助行为逐渐独立于正犯行为^[7],且较实行行为而言,帮助行为查处难度低,这些网络犯罪的新特征使得网络犯罪的帮助行为具有升格为正犯行为的时代必要性^[11]。但是,从刑法规范看,《刑法》分则首先以法益类型作为10个章节的划分依据,其次以行为类型作为400余条罪名的划分依据,最后才以社会危害性的严重程度作为法定刑幅度的划分依据。从刑法理论角度讲,不论是犯罪论-刑罚论的范畴安排,还是违法-有责、构成要件-违法-有责等阶层思想,都强调了规范评价的层次与顺序。互联网及其衍生技术在大力解放了生产力的同时,也不可避免地增强了利用技术手段实施的网络犯罪行为的社会危害性,但共同犯罪解决的是不法层面的问题,不涉及责任、刑罚等领域,法益侵害的直接性是区分正犯与共犯的真正标准,只有在完成了违法性的判断后,才涉及对法益侵害严重性的考量。因此,共犯正犯化说以法益侵害严重性取代法益侵害直接性,有偷换概念之嫌。

2. 量刑规则说面临形式合法性难题

量刑规则说认为,《刑法》第287条之二的规定是针对网络犯罪帮助行为设立的特殊的量刑规则,对符合本条规定的帮信行为不再适用总则关于共犯的从宽处罚的处理原则^[8]。量刑规则说主张适用帮助信息网络犯罪活动罪不产生脱离共犯从属性认

定网络犯罪帮助行为的法律效果,因而与《刑法》第287条之二的文字表述更为契合。此外,量刑规则说的主要支持者张明楷教授始终强调淡化“共同犯罪”的概念,主张以不法为重心、以正犯为中心、以因果性为核心处理数人参与犯罪的现象^{[10]500},这样共同的犯罪故意就不再是认定共同犯罪的必要元素,共同犯罪意思联络的淡化也就不再影响网络帮助行为的认定,也就与帮信罪规范属性的界定无关。因此,从实质合理性的角度看,量刑规则说是妥当的。但问题在于,量刑规则说难以与“刑法”第287条之二在整个刑法规范体系中的位置形成良好的契合、对应关系。具体来讲,《刑法》总则与分则是抽象与具体、一般与个别、普遍与特殊的关系,这是不争的事实。其中,“刑法分则条文中的犯罪均是以单独的正犯为模板加以规定的”^[12],对于网络犯罪帮助行为,既然立法将其从总则关于共同犯罪的规定中挪移至分则,并为其赋予了独立的罪状与法定刑,就理应同时赋予其与其他分则罪名平等的法律地位。甚至张明楷教授自己也曾指出,“我国刑法总则之所以没有使用正犯概念,是因为分则条文规定的均为正犯”^{[10]508},但他又主张《刑法》第287条之二不是正犯,而只是量刑规则,这不免有自相矛盾之嫌。

3. 共犯独立性说有违客观主义立场

与上述在共犯从属性的框架内讨论帮助信息网络犯罪活动罪规范属性的学说不同,有学者认为,共犯行为的刑事违法性来源于其自身属性,具有天然的独立性,共犯责任是与正犯责任相并列的“一次责任”,因此,需要对帮助信息网络犯罪活动罪“进行从属性祛魅”,以规范违反说为基础,证成该罪的独立性^[3]。共犯从属性说与共犯独立性说对立的根源在于所持刑法基本立场——客观主义与主观主义的不同。如果认为刑事归责的基础或刑罚处罚的对象是行为人的外在行为与实害,那么,由于共犯行为本身并不能直接造成法益侵害事实或法益危险结果,因此,只有当被帮助者或被教唆者实施了具有一定程度的法益侵害性的行为,共犯行为才因与正犯行为的关联关系而具备可罚性。如果认为刑事归责的基础是犯罪人的危险性格或危险人格,人的外在行为只具有表征该种性格或人格的作用,那么,由于共犯行为本身已然能够表明共犯者的危险性格,因此无论被帮助者或被教唆者是否实施特定行为,均不影响共犯行为的可罚性^[13]。主观主义刑法这种以行为人为基本指向、倾向国家本位、强调目的刑与

教育刑的规范理念,与德主刑辅、义务本位的传统儒家文化相契合^[14],但其过于关注行为人之恶性,注重对社会的防卫,隐含着权威主义的风险,不但与现代刑法宗旨相违背,也与近代以来倡导的人权保障之自由主义理念和刑法谦抑的精神完全背道而驰^[13]。更为根本的是,人类现有科技水平尚不足以实现对个体危险性格、危险人格的准确评估,即便存在教唆、帮助等外在行为,如果脱离具有锚定作用的、直接造成法益侵害的正犯行为,单纯依靠共犯行为,最多只能在抽象层面肯定行为人对规范的背反态度,而无法得出包括定什么罪、量什么刑在内的更为具体的实在内容。因此,客观主义的刑法立场仍然是讨论共犯问题、厘清帮助信息网络犯罪活动罪规范属性的理论前提^①。

从以上讨论可以看出,帮助信息网络犯罪活动罪的规范属性,存在自相矛盾的解释困境:否认实行从属性,有违条文基本规定,且混淆了行为模式与行为类型、法益侵害严重性与法益侵害直接性这两对关系;肯定实行从属性,又难以解释该罪独立成条的现实;肯定共犯独立性,则有悖于刑法客观主义的基本立场。

(二) 帮助信息网络犯罪活动罪的章节设置不尽合理

帮助信息网络犯罪活动罪被规定于《刑法》第六章妨害社会管理秩序罪中的第一节扰乱公共秩序罪当中,这表明,该罪侵害的法益应当为秩序类法益,或者最起码以秩序类法益为主。但是,这又会带来以下言说困境。

第一,网络帮助行为所侵害的究竟是何种秩序类法益,模糊不清。有学者认为,以拒不履行信息网络安全管理义务罪、非法利用信息网络罪和帮助信息网络犯罪活动罪为代表的新型网络犯罪以其独立于传统犯罪的不在场性、手段的特殊性、积量构罪属性等异于传统犯罪的罪行特点,侵害了独立的公共法益——网络空间秩序法益^[15]。但是,将“网络空间”作为秩序法益的一部分,似有不妥。从“城市吸引犯罪”转变为“网络吸引犯罪”^[16],犯罪学以其特有的视角见证了互联网嵌入社会生活的印迹。与互联网给当今社会带来的巨大变革类似,在中国城市化进程中,出现了大量乡村社会未曾遇见的新问题、新风险,并由此带来了于当时而言的“新型”犯罪类型。然而,即便是在“城市吸引犯罪”阶段,也未曾有过“城市空间法益”的概念。这是因为,“城市”社会与“网络”社会这类表述的宏观性、抽象性并不会

因为其为人类社会的生存环境带来实质变革这一事实而有所动摇。当今互联网几乎进入社会生活的所有领域,网络空间秩序的涵摄范围与物理空间或现实空间几乎等同,数实相生化的互联网发展格局使得网络空间秩序法益的内涵过于抽象、外延过于宽广,任何对人有价值的利益都可能涵盖其中,任何侵犯人的利益的行为都可能被处罚,这将导致处罚范围的不确定,损害法的安定性。

第二,是否需要以侵害秩序类法益证成网络犯罪帮助行为的违法性,存在疑问。首先,行为对象的复数性并不必然导致其侵害法益类型的公共性。“个人法益与公共法益的区分,并不是以行为对象的数量来决定的”,“最重要的判断标准就是个人对该法益是否具有处分权限”^[17]。《刑法修正案(九)》增设帮助信息网络犯罪活动罪的一大原因是,传统的认定方式难以应对帮助行为从“一对一”向“一对多”“多对多”的模式转变^[1]²⁰⁷。虽然帮助信息网络犯罪活动罪的行为对象通常为复数,看似独立地侵犯了公共法益,但以具体的行为对象为基本单元进行行为分解后不难发现,网络帮助行为所涉法益实则为细分行为所涉罪名法益的可简单拆分的、线性的集合。例如,甲电信诈骗,乙侵犯公民个人信息,丙同时为两人提供支付转账工具,丙的网络犯罪帮助行为对象有二,但其侵害的法益分别链接到了诈骗罪、侵犯公民个人信息罪的法益当中,而这些法益均为个人法益。此外,从罪刑关系的角度看,完全可依想象竞合理论实现对丙违法行为的全面评价,似乎没有增设新罪名的必要。其次,现实中某罪的行为对象通常为复数也并不等于该罪的成立以行为对象的复数性为必要条件。《刑法》第287条之二以“情节严重”为入罪要求,但并没有规定对象的复数性。换句话说,“对象的个数”只是情节严重的一种情况,即便对象为一个,但只要满足诸如数额等条件,依然能够认定为帮信罪。但是,在对象为一个的情况下,将帮信行为侵害的法益解释为公共法益,并不妥当。再次,该章节其他罪名中规定的行为类型对其所属罪名形成了刑事违法性上的一一对应关系,即该种类型的行为只能由该罪处罚,取消该罪名,则无论行为的法益侵害程度有多严重,也不能以犯罪论处。但是,帮助信息网络犯罪活动行为与《刑法》第287条之二并不能形成严格的对应关系,相同类型的行为,只要满足诸如诈骗罪等罪名对情节严重的要求,在没有《刑法》第287条之二规定的情况下,也能以犯罪论处。因此,在一定程度上,

《刑法》第 287 条之二与该章节其他罪名的体系关系不太协调。最后,由于秩序法益的抽象性特点,除非必要,应限制其使用。“法益概念自起源时起即被定位为是一种利益,即使抽象的‘超个人法益’也是通过强调利益归属体现利益实质。”^[18]秩序作为系统内的一种状态,是利益的前置性条件,而非利益本身,在以法益侵害性作为违法性实质的客观主义立场下,对法益的侵犯仍应以是否损害了具体的利益为标准,否则有可能重新落入刑法工具主义的窠臼,刑法之自由保障机能将受到严重限制,甚至导致刑法根本立场的转变^[18]。

二、回归双层区分制是评价网络犯罪帮助行为的可行路径

帮助信息网络犯罪活动罪规范属性界定存在悖论,章节安排不尽合理,日趋严重的“口袋罪”倾向也使该罪偏离了《刑法修正案(九)》的立法初衷,对《刑法》第 287 条之二的限缩适用甚至非必要不适用或许成为理性的选择。与此相适应,回归双层区分制成为评价网络帮助行为的可行方法。

(一)我国《刑法》采用的是双层区分制

双层区分制是处理共同犯罪问题的一种思路,以名溯义,其由“区分”和“双层”两部分构成。区分制解决的是正犯与共犯的关系问题,其“在体系论与价值论上均区分正犯与共犯”^[19];与之相对的是单一制,其以因果关系作为刑事违法性的主要判断依据,“凡对构成要件的实现作出原因性贡献的每一个人,均为正犯”^[20]。在区分制的基础上,双层制解释了不同参与人分类标准之间的对应关系,认为分工分类与作用分类是不同层次的分类标准,二者并行不悖,互不干扰;与之相对的是主张分工分类法与作用分类法并无本质不同的等同关系说。从《刑法》规范来看,我国采取的是双层区分制。

第一,我国《刑法》在正犯体系问题上,采用的是区分制正犯体系。有学者认为,区分制正犯体系或难以体现罪刑均衡,或与单一制正犯体系中的主犯概念相似,在正犯概念日趋“臃肿”的情况下,以单一制处理共同犯罪问题,具有合理性^[21]。笔者认为,上述观点事实上难以成立。首先,我国《刑法》没有使用“正犯”这一概念,是因为分则中规定的均为正犯^{[10]508}。因此,不能以条文中没有“正犯”的明文表述为由,否认其区分正犯与共犯的立法态度。其次,《刑法》第 29 条对教唆犯作出了明

文规定,“这就要求必须在理论和实践上准确地界定教唆犯和正犯之间的界限”^[20]。再次,单一正犯体系主张所有共同犯罪参与者均因“一次责任”定罪处罚,不以“法益侵害的直接性”为标准,不在功能层面区分共同犯罪的中心行为与附随行为,这使定罪过程随意性较大,易导致处罚范围的不确定。此外,既然教唆犯、帮助犯等在区分制中被认为是共犯的行为与正犯行为,均为“一次责任”,那就意味着,事实意义上的共犯行为在规范层面被赋予了独立地位,这难免与上文所述的共犯独立性理论存在类似之处,均违背了现代刑法所坚持的客观主义立场^{[10]508}。最后,刑法理论的发展与刑法规范的进步不仅体现在对人权保障之立场的转变与坚持,同时也体现在理论结构与规范体系的细致、精巧之中。相较于只在量刑层面对不同参与人之行为进行区分的单一制,区分制正犯体系觉察到了共同犯罪参与行为之间的事实差别,并赋予其规范意义,“彰显了犯罪参与行为在不法上所存在的规范层级上的差异,使其在定罪层面即受到本应获得的差异性价值评判”^[22],在解释技术上更加精致、更具层次。

第二,我国《刑法》在参与人分类的对应关系问题上,采用的是双层区分制。首先,从条文上看,我国《刑法》不同于日本等国刑法存在如“帮助正犯的,是从犯”这种明确限定了分工分类与作用分类之间对应关系的规定,因而存在进一步解释的空间。其次,《刑法》第 27 条规定:“在共同犯罪中起次要或者辅助作用的,是从犯。”该条文最有可能成为实质客观说的规范依据,但是,从其将“辅助”与“作用”连用这一点可以看出,所谓“辅助”并不是指分工分类当中的“帮助”,即不是指对正犯行为的物理性或心理性的“加功”,而是指在共同犯罪中所具有的辅助地位。再次,互互联网扁平化格局使得帮助犯的法益侵害性升格,帮助犯不再必然是从犯,而有相当大的概率在共同犯罪中起主要作用。“传统的共犯归责的固有思维把帮助行为作为从犯对待,而忽略了行为类型与作用的大小之间并没有逻辑上的对应关系。”^[9]社会生活作为复杂系统具有多样化、不可预测等特点,注定了行为类型与参与程度之间无法形成稳定的相当性^[20]。主张分工分类与作用分类是等同关系的学说难以适应现代社会刑事风险的新类型、新样态。最后,双层区分制的核心思想是将分工分类法与作用分类法划分在不同层次,前者解决定性(定罪)问题,后者解决定量(量刑)问题,以实现对犯罪行为的分层评价。区分制的优势在于

能够精准把握共犯参与行为的事实差异,并在不法评价阶段即对这种差异作规范处理,那么,正犯的认定标准也应当是“先于量刑阶段的事前判断”^[22]。相反,等同关系说在共同犯罪问题上混淆定罪与量刑两个不同的刑法评价过程,略显笼统。

(二) 双层区分制合理控制了刑事打击的广度与深度

网络犯罪帮助行为的刑法规制痛点主要体现在两个方面:一是传统的共犯定罪思路难以处理正犯不到案或罪行查不清等情形,难以解决侦办难、取证难、打击成本高的问题^{[1]207};二是传统的共犯量刑思路无法适应网络帮助行为法益侵害严重程度升格的现状^②。

关于第一个痛点,正犯存在性难以被查明与帮助犯法益侵害严重程度的升格存在本质不同,前者需要由刑事诉讼法、侦查技术等理论回答,而后者才是真正意义上应由刑法解决的问题。作为实体法,刑法的关注点在于,行为人的行为是否构成犯罪、是否承担刑事责任、是否科处以及科处多大程度的刑罚等实质问题;作为程序法,刑事诉讼法的关注点在于如何收集、运用证据,准确、及时地查明犯罪事实,保证刑法的顺利实施^[23]。较之传统犯罪行为,网络犯罪的“线上”进行使得证据的搜集、固定,甚至罪行的发现等变得困难重重。惩罚犯罪、治理犯罪虽然需要依靠刑法,但不能仅仅依靠刑法。刑法的目的与任务是保护法益,法益侵害性是刑法介入民众社会生活行为的起点、前提。在被帮助者行为的法益侵害性无法查明的情况下,单纯因为“正犯一定存在”这种“内心确信”而追究帮助者的刑事责任,甚至借助于刑法规范类型性地取消帮助行为对正犯的依附地位,难免有主观归罪的嫌疑。对此,双层区分制以“直接实施构成要件行为”作为正犯与共犯的界分标准,坚持共犯法益侵害的间接性,肯定网络犯罪帮助行为对正犯行为的依附性,限制了刑事处罚范围的过度扩张,坚守了刑法的客观主义立场,合理控制了刑事打击的广度。

关于第二个痛点,网络帮助行为法益侵害程度升格与传统刑法理论对帮助犯处理方法的不相适应,的确是刑法亟待解决的难题。上述帮助行为正犯化理论也正是对该问题的一种回应,即通过分解网络犯罪帮助行为与被帮助者的正犯行为,赋予该类型帮助犯独立地位,限制《刑法》总则关于从犯从轻、减轻乃至免除处罚之规定的适用,从而加大处罚力度。例如,有学者认为“在技术服务上提供帮助

于犯罪事实的整体评价而言,此种帮助行为发挥了举足轻重的作用”,是帮助行为正犯化合理性的主要方面^[9]。但是,以犯罪事实支配理论为主要内容的实质客观说虽然是德、日刑法通说,但其“获得生命力的本质原因在于,德、日刑法类型地规定了正犯、教唆犯和帮助犯,对参与人类型与参与程度的规范评价,在单一层次的一体解决”^[24],这与我国共犯制度的客观情况并不相同。正犯化处理思路是对德、日实质作用说的误读,也是对我国双层区分制架构下规范体系的水土不服^[25]。帮助行为正犯化理论以帮助行为在犯罪中的整体作用为由肯定其正犯化,实则是以“定性+定量”的方式解决“定量”问题,虽然能够应对法益侵害严重程度升格的现实情况,但难免有画蛇添足之嫌。相比较而言,双层区分制在不对现行法律规范做出大调整、不对当前刑事制度做出大变动的情况下,将帮助犯这一分工类型与从犯这一作用类型区分开来,在保证定性准确的基础上,实现了对网络犯罪帮助行为的处罚升格。此外,网络帮助行为所链接的正犯行为纷繁复杂,从侵犯公民个人信息罪等轻罪到利用信息网络实施的诈骗罪等重罪均可能涉及。较之多层级的法益侵害严重性,帮助信息网络犯罪活动罪3年以下有期徒刑、拘役、单处或并处罚金的法定刑配置,略显单一,难以适应多变的罪刑结构。双层区分制以总则规定的形式,将网络犯罪帮助行为的处罚基准重新挪移至其所对应的正犯罪名中,具有较强的适应性与可解释力。

三、双层区分制在司法实践中的具体应用

(一) 网络犯罪帮助行为之定罪

在《刑法》第287条之二的罪刑框架下,网络犯罪帮助行为的认定具有罪名上的优先适用性、违法性评价上的独立性等特点。但如上文所述,该罪存在诸多不合理之处,应限缩适用甚至非必要不适用,而双层区分制作为有效替代路径,在具体应用时可以在继承的基础上对网络犯罪帮助行为的认定思路做出不同程度的调整。

第一,《刑法》第287条之二将原本由总则统摄的对网络犯罪帮助行为的认定转移至分则具体个罪中,虽然有第三款“同时构成其他犯罪的,依处罚较重的规定定罪处罚”作为罪名限定条件,但不可避免地产生了应优先适用帮助信息网络犯罪活动罪的

适用倾向,加上实践中被帮助者的犯罪行为较难查清,罪行关联错综复杂,且量刑过程影响因素较多,在审判人员案多人少的现实压力下,难免会存在忽略比较或难以比较不同罪名之间刑罚量的差异的情况,进而导致帮助信息网络犯罪活动罪适用“口袋化”的倾向。双层区分制是以总则为依托、针对共同犯罪问题做出的制度安排,因此,不同于以分则具体条文为基础的帮助信息网络犯罪活动罪,网络犯罪帮助行为的罪名确定应以正犯所犯罪名为准,在能够查明被帮助者犯罪行为的情况下,应对帮助行为适用正犯之罪名,以纠正罪名上的适用误区。

第二,仅当可以查明被帮助者确实实施了犯罪行为时^③,帮助者才可能定罪处罚。所谓被帮助者确实实施犯罪,指的是被帮助者的犯罪行为已经实施,不包括可能实施犯罪(即犯罪行为尚未实施但有实施的可能性)。从立法背景角度讲,帮助信息网络犯罪活动罪设立的目的之一是解决网络犯罪帮助行为侦办难、取证难的问题;从刑法规范体系层面看,《刑法》第287条之二是针对总则关于共犯规定在网络犯罪领域的特殊化。因此,只要还承认帮助信息网络犯罪活动罪的合理性,就必须肯定帮助犯在违法性评价上相对于正犯的独立性。但如果跳出帮助信息网络犯罪活动罪的框架,网络犯罪帮助行为的违法性认定就不再受制于《刑法》第287条之二的特殊化规定,而是基于违法性的本质——法益侵害性来判断。对被帮助者可能实施犯罪的,由于犯罪行为尚不存在,也就无法对任何法益造成侵害,那么所谓的“帮助行为”也就自然不具有法益侵害性,故不应以犯罪论处。例如乙欲进行电信诈骗,从甲处购得银行卡数张,但乙尚未使用即案发,由于乙尚未实施诈骗行为,也就不存在正犯行为,甲出售银行卡的行为也就无法对诈骗罪所保护的法益构成侵害,不应以犯罪论处^④。需要注意的是,此处的“可能实施犯罪”容易与危险犯中的“危险”混为一谈。“结果”是犯罪的构成要件之一,在坚持违法性的实质是法益侵害的前提下,“结果”指的就是行为给刑法所保护的法益造成的现实侵害事实和现实危险状态。然而,此处的“危险”并非指作为行为属性的危险,更不是指行为人的危险,而是作为结果的危险,即行为所造成的法益侵害随时可能发生的“现实状态”。换言之,即便是危险犯,也强调了法益侵害的现实性,而“可能实施犯罪”实际上就是尚未实施犯罪,只是具有实施犯罪的可能性,这种可能性显然不同于现实性。

第三,对于网络犯罪帮助行为,依据双层区分制与依据帮助信息网络犯罪活动罪这两种认定方法,在主观故意的认定问题上不存在实质差异,本无需赘述,但考虑到帮助信息网络犯罪活动罪中“明知”的认定本就是争议焦点、难点之一,针对其主观罪过形式的各种观点较为混乱,故在此针对实践中出现的典型问题,做简要说明,以求明确。

在史某、颜某帮助信息网络犯罪活动罪一案中^⑤,检察院指控被告人在寻找兼职工作时通过“××”软件添加了一名做“手机口”的人员,在对方指示下,通过使用手机及电话卡搭建电信设备,帮助电信诈骗人员拨打诈骗电话,并从中获利,应以诈骗罪追究刑事责任。对此,被告人以主观目的是获取报酬,对被害人所交付的财产并没有非法占有的目的,且对于被害人交付的财产的具体数额、财产的流向均不知情,缺乏诈骗罪的构成要件为由,认为其不构成诈骗罪,仅应承担帮助信息网络犯罪活动罪的刑事责任。最终法院也认为,被告人除搭建通信渠道外未进一步实施帮助上游犯罪的行为,与上游犯罪之间的联系也相对松散、不固定,不构成诈骗罪,应以帮助信息网络犯罪活动罪论处。但是,主观故意不仅限于意图和确知,还包括概括故意、择一故意等不确定故意,即帮助者只是笼统地知道被帮助者要实施某种犯罪,并不确切了解其所要实施犯罪的性质、对象、手段以及可能造成的危害结果等^[26]。换言之,行为人并不一定也无需清楚地认识到自己行为的具体性质,只要认识到其帮助行为可能被他人用于犯罪即可,这种犯罪既可能是诈骗、盗窃等财产类犯罪,也可能是开设赌场等秩序类犯罪,但都在行为人明知范畴内^[27]。因此,在史某、颜某案中,主张以帮助信息网络犯罪活动罪论处,就意味着承认被告人知道自己的行为会造成法益侵害结果,而希望或放任这种结果的发生,也就等于承认被告人最起码具有概括的故意;既然已经查明被帮助者实施了诈骗行为,就可以肯定帮助者之帮助行为具有指向诈骗罪的法益侵害性;在主客观要件齐备的情况下,应当认为帮助者的行为能够以诈骗罪论处^⑥。需要强调的是,虽然网络犯罪帮助行为的罪过形式包括不确定的故意,但这并不意味着以网络手段实施的中立帮助行为可罚。这是因为,中立帮助行为是否可罚取决于行为人的业务自由、行为本身的正当用途及其被他人利用所造成的法益侵害结果之间的利益衡量,而不在于行为人是否认识到自己的行为被他人用于犯罪^[28]。

(二) 网络犯罪帮助行为之量刑

共同犯罪的本质是行为共同,即各个人为了实现自己的犯罪,通过利用他人扩张了自己的因果影响力的范围^[29]。因此,共同犯罪之所以“共同”,就在于不同行为以不同的方式与法益侵害结果产生了“共同”的关联,这种关联既包括定性层面的“关联方式”(直接关联、间接关联),也包括定量层面的“关联量”,依据关联方式区分各个参与形态的方法就是“分工分类法”,依据关联量划分不同参与人类型的方法就是“作用分类法”,这两种方法互不影响,各自独立。因此,在双层区分制度框架下,帮助犯既可能是主犯,也可能是从犯,而主犯、从犯的区分则取决于对法益侵害结果的出现所贡献的原因力强弱或加功大小^[30]。犯罪行为在时空环境中表现为犯罪过程,从最初的犯意产生到法益侵害结果实现,由不同的环节构成。对于单独犯罪而言,犯罪过程中的每个必要环节危险流的接收与输送都由犯罪人一人完成,其提供了导致法益侵害结果的全部原因力。但在共同犯罪中,每个必要环节可能由多人完成,由上一环节输送至此的危险流将由多人接收并输送至下一阶段,假设总危险流的量为A,产生分流的环节的人数为M,则每个人只承担了A/M的危险流(假设平均分布),也就是分割了对法益侵害结果所贡献的原因力。因此,主犯、从犯的区分也就是取决于犯罪必要环节中的分流情况。这里有两点值得注意:第一,犯罪过程中的各个环节只有必要与否的差异,而不存在关键与否或重要与否的分别。也就是说,凡必要环节也都是关键、重要环节。以电信诈骗为例,制定犯罪计划、招募工作人员、搭建电诈网站、布置通信群组、接打诈骗电话及接受被骗钱款,任何环节缺一不可,没有通信群组的布置就不可能实现诈骗电话的接打;没有电诈网站的搭建,也就不可能锁定潜在的受害者。第二,共同犯罪理论中的“部分实行全部责任”原则与此处的“分流”现象并不矛盾。“部分实行全部责任”是指,虽然行为人仅实施了部分实行行为,但也要对全部的实行行为所产生的结果承担责任,其讨论的是法益侵害结果的归属问题。而“分流”现象描述的是不同参与行为对法益侵害结果所贡献的原因力问题。二者既有定性、定量之差异,也不在同一语境中。

结 语

网络犯罪帮助行为之所以在司法实践中难以规

制、在刑法理论中讨论繁多,本质原因在于法益侵害严重程度升格与传统共同犯罪认定方式的不相适应。帮助信息网络犯罪活动罪作为立法上的重大尝试,为网络犯罪帮助行为的合理认定提供了思路,但其矛盾点较多,且在司法实践中的“口袋化”倾向严重,应当限缩适用甚至非必要不适用刑法第287条之二。根据双层区分制度,定罪阶段应恪守共犯从属性,如果无法查明、无法证明被帮助者实施了犯罪,则帮助者也应作无罪处理;量刑阶段应放松帮助犯与从犯之间的绑定关系,即便是帮助行为,也可依其在案件中的作用大小以主犯论处,不适用《刑法》第27条从犯从宽处罚的规定。回归双层区分制既能限缩网络犯罪帮助行为的处罚范围,又能灵活处理量刑问题,是立足互联网时代,对新型刑事风险的有效应对策略。

注释

①也正因为如此,下文仅就共犯说项下的争议观点做简要梳理与评述,不再论述独立说的相关内容。②至于共同意思联络的淡化,如上文张明楷教授所述,其完全可以通过以不法为重心、以正犯为中心、以因果性为核心的共同犯罪认定思路予以解决。③之所以使用“犯罪行为”一词,是因为共同犯罪理论解决的是违法层面的问题,只要正犯行为具有违法性,就足以认定帮助犯的法益侵害性,至于被帮助者是否具备责任要素、是否到案等,都不在考虑范围内。④至于甲的行为是否应受行政处罚,则是另一回事。⑤⑥参见(2023)青0123刑初154号判决书。

参考文献

- [1]全国人大常委会法制工作委员会刑法室.《中华人民共和国刑法修正案(九)》解读[M].北京:中国法制出版社,2015.
- [2]刑事检察工作白皮书(2023).[EB/OL].(2024-03-09)[2024-05-08].https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbh/202403/t20240309_648173.shtml.
- [3]刘子良.帮助信息网络犯罪活动罪的从属性否定与独立性证成:基于规范论的立场[J].河南财经政法大学学报,2024(2):106-118.
- [4]薛铁成.帮助信息网络犯罪活动罪的解释路径:共犯论与非共犯论[J].山东社会科学,2023(10):175-184.
- [5]劳东燕.刑法体系中立法与司法的关系重构[J].法律科学(西北政法大学学报),2024(2):54-66.
- [6]张明楷.论帮助信息网络犯罪活动罪[J].政治与法律,2016(2):2-16.
- [7]陈兴良.共犯行为的正犯化:以帮助信息网络犯罪活动罪为视角[J].比较法研究,2022(02):44-58.
- [8]张明楷.帮助信息网络犯罪活动罪的再探讨[J].法商研究,2024(1):21-41.
- [9]童德华,陆敏.帮助型正犯的立法实践及其合理性检视[J].湖南师范大学社会科学学报,2018(01):41-49.
- [10]张明楷.刑法学[M].北京:法律出版社,2021.
- [11]王爱鲜.帮助行为正犯化视野下的帮助信息网络犯罪活动罪研

- 究[J].河南大学学报(社会科学版),2017(2):39-47.
- [12]刘宪权,王哲.帮助信息网络犯罪活动罪的司法适用[J].人民检察,2022(10):14-18.
- [13]钱叶六.共犯的实行从属性说之提倡[J].法学,2012(11):118-126.
- [14]刘艳红,马改然.刑法主观主义原则:文化成因、现实体现与具体危害[J].政法论坛,2012(3):27-41.
- [15]皮勇.新型网络犯罪独立性的教义学分析及司法实证[J].政治与法律,2021(10):91-106.
- [16]单勇.论网络犯罪的看门人规制[J].南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学),2023(5):57-74.
- [17]张明楷.具体犯罪保护法益的确定依据[J].法律科学(西北政法大學学报),2023(6):43-57.
- [18]魏昌东.中国经济刑法法益追问与立法选择[J].政法论坛,2016(6):156-165.
- [19]何庆仁.归责视野下共同犯罪的区分制与单一制[J].法学研究,2016(3):140-158.
- [20]钱叶六.双层区分制下正犯与共犯的区分[J].法学研究,2012(1):126-143.
- [21]张勇,王杰.帮助信息网络犯罪活动罪的“从犯主犯化”及共犯责任[J].上海政法学院学报(法治论丛),2017(01):12-19.
- [22]秦雪娜.论正犯标准的规范性重构:从“实际作用”转向“规范能力”[J].比较法研究,2020(3):87-100.
- [23]我国的刑法和刑事诉讼制度[EB/OL].(1999-06-21)[2024-05-08].http://www.npc.gov.cn/c12434/c541/201905/t20190522_6166.html.
- [24]刘仁文,杨学文.帮助行为正犯化的网络语境:兼及对犯罪参与理论的省思[J].法律科学(西北政法大学学报),2017(3):123-130.
- [25]王霖.网络犯罪参与行为刑事责任模式的教义学塑造:共犯归责模式的回归[J].政治与法律,2016(9):30-42.
- [26]周舟.论不确定的共同故意[J].青少年犯罪问题,2020(6):50-59.
- [27]陈本正.论帮助信息网络犯罪活动罪的司法认定[J].河南大学学报(社会科学版),2024(2):53-57.
- [28]陈洪兵.网络中立帮助行为可罚性探究[J].学术论坛,2021(2):51-60.
- [29]姚培培.共犯本质论重述——行为共同说的本土化证成[J].中外法学,2022(6):1620-1638.
- [30]王振华.在共同犯罪中起主要作用型主犯的规范认定[J].湘潭大学学报(哲学社会科学版),2023(6):88-94.

The Correction and Reconstruction of the Double Layered Discrimination System for the Recognition of Assistance in Cybercrime

Feng Weiguo Chen Benzhen

Abstract: There is a paradox in defining the normative attributes of the crime of aiding information network criminal activities, and the chapter settings are not entirely reasonable. In the increasingly serious trend of “pocket crime”, it is reasonable to limit or even unnecessary not to apply Article 287-2 of *the Criminal Law*. The recognition of cybercrime assistance behavior as a joint crime through a double-layered distinction system is in line with the current system of China’s criminal law. While maintaining the normative significance of accomplice attributes and constituent elements, it also appropriately handles the phenomenon of increasing the severity of legal interest infringement in cybercrime assistance behavior. As a correction to Article 287-2 of *the Criminal Law*, the double-layered distinction system can effectively address conviction issues such as the inability to ascertain the facts of the crime, and sentencing issues such as the difficulty in determining the principal and accomplices. It is a reasonable path to address the practical difficulties in identifying acts of aiding in cybercrime.

Key words: crime of aiding information network criminal activities; normative attributes; legal interests of cyberspace order; double-layered discrimination system

责任编辑:一鸣 执 中