

# 网络帮助犯的全面异化 及归责重构<sup>\*</sup>

秦雪娜

---

**【摘要】**借助互联网的技术特点，共同犯罪中原本处于次要角色的帮助犯展现出强势的法益侵害性，帮助犯对正犯的从属性原理、帮助犯与正犯的意思联络要件、帮助犯与正犯之间的相对性被逐一突破。网络帮助犯的异化现象，在有关网络犯罪的司法解释中有突出体现。面对网络帮助犯的全面异化，需要重新审视传统共犯模式的理论基础，转变普通法万能的保守思维。对包括网络帮助犯在内的“技术性犯罪行为”，应以法律与技术的深入沟通为目标，在致力于刑法法源多元化构建的基础上发展以特别法为导向的专业化规制路径。应妥当处理普通法和特别法的竞合关系，合理把握特别法的立法原则以及在解释适用上的限制条件。

**【关键词】**网络帮助犯 违法独立性 纯粹惹起说 特别法

**【作者简介】**秦雪娜，法学博士，北京理工大学法学院副教授。

**【中图分类号】**D924.1      **【文献标识码】**A

**【文章编号】**2097 - 1125 (2022) 012 - 0079 - 16

---

互联网技术的兴起与应用，深刻地改变了人类的行为方式。根据2022年2月25日中国互联网络信息中心发布的第49次《中国互联网络发展状况统计报告》，截至2021年12月，我国网民规模已达10.32亿，互联网普及率高达73.0%。我国网络基础设施全面建成，互联网覆盖了社会生活的各个领域，并催生了多样化的网络服务平台。<sup>①</sup>以互联网为代表的数字技术，

---

\* 本文系教育部人文社会科学研究青年基金项目“大数据背景下共犯的归责模式研究”(18YJC820052)的阶段性成果。

① 参见李政威《第49次〈中国互联网络发展状况统计报告〉发布：我国网络基础设施全面建成》，《光明日报》2022年2月26日。

正在加速与社会的深度融合，推动人类行为方式的整体变革。在互联网普及的社会背景下，作为社会构成因子的犯罪行为，也逐渐显露出异于传统犯罪的时代特点。其中，共同犯罪中原本处于次要角色的帮助犯，异化现象尤其突出。帮助犯原本对正犯具有从属性，即只有当正犯着手实行犯罪时，帮助犯才具有可罚性。<sup>①</sup> 在传统理化构造之下，帮助犯与正犯之间是“点对点”的相对关系，帮助对象以及帮助故意均有特定的指向。此外，帮助犯与正犯之间的意思联络，也被认为是共同犯罪的应然表现形式。然而，迈入以互联网为技术框架的信息社会，借助双节点互连的技术，帮助犯的选择空间和能量范围扩大，帮助犯与正犯之间的联结关系被稀释，网络帮助犯呈现出强势的法益侵害性、违法独立性、帮助对象不特定以及与正犯意思联络疏离等异化现象。2019 年 10 月 21 日最高人民法院、最高人民检察院发布的《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》明确规定，在追诉帮助信息网络犯罪活动时，如果确因客观条件无法查证被帮助对象是否达到犯罪的程度，但帮助行为自身涉及的数额和后果满足入罪标准的，可单独追究网络帮助犯的刑事责任。这实际上承认了帮助犯具有独立的违法性，在一定程度上认可了“没有正犯的共犯”现象。由此可见，网络帮助犯的全面异化对传统的共犯理论提出了挑战。以此为契机，对共犯的基础理论进行反思，并从法源构建以及归责路径上探索适应网络帮助犯的刑法反应模式，已成为互联网技术背景下刑法理论研究必须回应的课题。

## 一、网络帮助犯的全面异化现象

以互联网为手段或平台为不特定对象的违法犯罪行为提供助力的网络帮助犯，正呈现出不同于传统帮助犯的诸多异化特点，帮助犯既有的理论标签被逐一打破。

### （一）“点对点”的强法益侵害性

在区分制犯罪参与体系下，正犯是犯罪的核心角色，共犯只是次要的。<sup>②</sup> 然而，在互联网普及的社会背景下，借助互联网的技术特点，帮助犯逐渐显现比正犯更为强势的法益侵害性。以实现人际互联、信息互通、资源共享为目标的互联网技术，在适用对象上具有不特定性和多众性特点。因此，当依托互联网的这一特点为犯罪行为提供帮助时，共犯与正犯的关系就

① 参见〔日〕外木央晃 《共犯の基礎理論》，成文堂 2018 年版，第 4 页。

② 参见〔德〕克劳斯·罗克辛 《正犯与犯罪事实支配理论》，劳东燕译，陈兴良主编：《刑事法评论》第 25 卷，北京大学出版社 2009 年版，第 1 页。

不再局限于“点对点”，而是转变为“点对面”的辐射性结构，这将导致网络帮助行为的波及范围无限制扩张，网络帮助犯的法益侵害性呈现聚合式增长的特征。在“快播案”中，作为 QVOD 媒体服务器和播放器软件的提供方，快播公司存在不履行管理职责的放任行为，导致大量用户利用其服务器和播放软件上传、下载淫秽视频，仅半年时间从快播服务器提取的用户分享淫秽视频数量就达 21251 件。<sup>①</sup> 这种依托互联网的帮助行为，在法益侵害上的影响力可见一斑。信息网络犯罪应当将“保护公民个人的基本权利”作为集体法益的价值基准，以具体的法益内涵作为集体法益的前提，<sup>②</sup> 而网络帮助犯正是借由“点对面”的辐射性结构，实现了法益侵害内容的具体化和法益侵害范围的扩大化。此外，信息网络技术在各个领域的普遍应用，导致依托网络技术的不法帮助行为活动场域不断拓宽，角色作用越发凸显。网络帮助犯往往是互联网犯罪利益链条中的最大获利方，这也体现出其强势的不法性。

## （二）突破从属限制的违法独立性

在区分制犯罪参与体系下，共犯和正犯被定位为从属关系。<sup>③</sup> 英美法系学者多用“代理关系”或“承继责任”来解释共犯现象，即将正犯视为共犯的代理人，<sup>④</sup> 或认为共犯责任是从正犯承继而来，故实体上共犯不能独自构成犯罪，<sup>⑤</sup> 诉讼程序上亦不能先于正犯被定罪。<sup>⑥</sup> 然而，网络帮助犯的出现，正在不断突破共犯从属性这一基本原理。以我国近年来的刑法修正案为例，《中华人民共和国刑法修正案（七）》增设的提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪本质上属于网络帮助行为，但根据本罪的罪状表述，帮助的对象是“违法犯罪行为”，即在正犯行为违法但尚不构成犯罪的情况下，网络帮助行为可单独构成犯罪。又如，《中华人民共和国刑法修正案（九）》将典型的网络帮助行为正犯化，单独增设了帮助信息网络犯罪活动罪，并将本罪的对象限于“他人利用信息网络实施的犯罪行为”。然而，

① 参见北京市海淀区人民法院（2015）海刑初字第 512 号刑事判决书。

② 参见敬力嘉《信息网络犯罪中集体法益保护范围的扩张与限度》，《政治与法律》2019 年第 11 期，第 64～68 页。

③ 参见〔日〕小島秀夫《幫助犯の規範構造と処罰根拠》，成文堂 2015 年版，第 45 页。

④ 参见 Joshua Dressler, Reforming Complicity Law: Trivial Assistance as a Lesser Offense?, *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 5, 2008, p. 434.

⑤ 参见 Robert Weisberg, Reappraising Complicity, *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. 4, 2000, p. 224.

⑥ 参见 David Lanham, Accomplices, Principals and Causation, *Melbourne University Law Review*, Vol. 12, 1980, p. 490.

2019年11月1日起施行的《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》，将本罪的适用范围扩大至无法查证被帮助对象是否达到犯罪程度，但帮助行为本身满足入罪标准的情形，可谓直接突破立法要求承认了“没有正犯的共犯”。<sup>①</sup> 刑法条文及司法解释对共犯从属性原理的全面突破，以及网络帮助犯呈现的违法性独立的现象，对重新审视共犯的理论基础提出了现实需求。

### （三）帮助对象即正犯的非特定性

在传统的共同犯罪关系中，帮助犯指向的对象（即正犯）具有特定性。帮助犯对正犯实施的犯罪行为及结果，有具体且特定的认识。然而，通过互联网平台，帮助犯可以同时在不特定多数人实施的犯罪行为提供辅助。例如，TOX是一款专门用于勒索比特币的软件，任何人都可以直接从网站上下载，TOX软件提供方不限制用户范围，但会跟踪用户安装轨迹，并收取用户勒索赎金的20%。<sup>②</sup> 这种帮助者特定、帮助对象不特定的结构，是网络帮助犯的典型特征。然而，对不特定人的违法行为进行帮助，在共犯的认定上还存在理论争议。日本的“Winny案”较为典型，Winny是为连接到互联网的计算机提供数据交换服务的软件，许多用户在利用该软件进行CD、DVD等知识产品复制信息的交换时，并未获得著作权人的许可，从而侵害了日本知识产权法律所保护的公众送信权。该案件的争议在于，Winny软件的提供方是否构成侵犯公众送信权罪的帮助犯。对此，控诉审判判决Winny软件提供方无罪，理由是其作为中立的技术软件提供方，仅认识到软件被他人用于实施违法行为的可能性和盖然性还不够，只有在软件自身是专门用于或主要用于违法行为的场合，才能作为帮助犯处罚。由于判决要求网络帮助犯对正犯行为具有一定程度的特定性认识，就这一点提出了比一般共犯情形更加严格的要求，因此引起争议。<sup>③</sup> 可以说，网络帮助犯在

① 既有司法解释也存在类似规定。如根据2010年《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理网络赌博犯罪案件适用法律若干问题的意见》和2011年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理危害计算机信息系统安全刑事案件适用法律若干问题的解释》的相关规定，网站、群组的建立者、管理者，互联网接入、服务器托管、网络存储空间、通讯传输通道、软件开发、信息服务以及其他技术支持的提供者利用互联网实施不法帮助，在入罪要求上不以正犯构成犯罪为必要。

② 参见 Syed Taha Ali, Dylan Clarke and Patrick McCorry, Bitcoin: Perils of an Unregulated Global P2P Currency, in Bryce Christianson, Petr Švenda and Vashek Matyáš, eds., *Security Protocols XXIII*, Cham: Springer International Publishing, 2015, pp. 283–293.

③ 参见【日】小島秀夫 《幫助犯の規範構造と処罰根拠》，成文堂2015年版，第204页。

帮助对象以及在主观故意上的非特定性和模糊性，加深了网络帮助犯刑法归责的理论复杂性。

#### （四）弱化乃至取消的犯意联络

共同犯罪的参与人主观上具有意思联络，是共同犯罪通常的表现形式，这也是从共同犯罪的“共同性”出发容易被归结的主观条件。然而，互联网参与主体广泛且不特定，准入门槛基本无实名限制，在互联网上实施的行为又具有即时性，这些技术特点导致网络帮助犯与被帮助的正犯之间通常不存在主观上的意思联络，事实上也难以实现“点对点”的逐一联络。此外，网络犯罪链条的精细化和独立化分工，导致上下游犯罪人往往互不相识，对犯意联络的侦查取证极其困难。于是，在互联网语境下，犯意联络不再需要被作为共同犯罪的成立条件。<sup>①</sup> 针对网络帮助犯的成立，上述刑法修正案以及司法解释仅要求网络服务和网络技术提供者单方明知他人利用互联网实施违法犯罪行为即可，未要求双向的意思沟通。虽然对参与人之间意思联络的要求在理论上逐渐向共同正犯类型退守，但正如植松正教授早年所言，教唆犯、帮助犯以及共同正犯同属于共同犯罪的参与类型，若对共同正犯来说相互之间的了解以及意思联络是主观成立要件，从立场的一致性出发，就没有理由否定共犯和正犯之间意思联络的必要性。<sup>②</sup> 综上，这种客观上突破共犯对正犯的从属性限制、主观上欠缺共犯与正犯意思联络的网络帮助犯，已经明显呈现出对共同关系的疏离现象，应当如何诠释共同犯罪的共同性是互联网技术对刑法教义学提出的崭新课题。

#### （五）以共犯归责的罪刑失衡现象

帮助犯作为共同犯罪的次要角色，原则上是从犯并采取必减制。但如前所述，借由互联网的扩散性，网络帮助行为对法益的侵害能量呈辐射性扩张，如若固守帮助犯的狭义定性，在很多情况下都将面临罪刑失衡的问题。详言之，我国刑法总则将从犯规定为从宽处罚情节，而在共同犯罪中起到“辅助作用”是从犯的法定特征之一。因此，如果着眼于犯罪参与的角色特点，将利用互联网实施的帮助行为一律定性为帮助犯，就难以避免《中华人民共和国刑法》第27条从宽处罚情节的适用。如此一来，网络帮助犯呈现的强势违法性与帮助犯原则上从宽处罚的结局之间，就存在不均衡的问题。换言之，在互联网语境下，网络帮助犯能够“反客为主”，起到比个体正犯更为关键的作用，产生比正犯更大的法益侵害性，而依赖共同犯罪中帮助犯

① 参见刘仁文、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》，《法律科学（西北政法大學學報）》2017年第3期，第124页。

② 参见〔日〕外木央晃《共犯の基礎理論》，成文堂2018年版，第252页。

的认定路径,适用以从犯处罚的量刑情节,对其违法性评价明显不足。<sup>①</sup>此外,在互联网技术构架下,网络帮助犯可以面向多数不特定的正犯实施帮助行为,这种“点对面”的扇形结构导致无法在每一起共同犯罪案件中分别追究网络帮助犯的刑事责任,从而无法准确完整地还原其作为帮助犯累计的不法和责任。考虑到上述问题,刑法修正案相继出现了“帮助行为正犯化”的立法解决方案。然而,为避免现象立法,对帮助行为正犯化的设立条件尚需作出限制,传统的共犯归责模式与特殊犯罪构成的碰撞,也产生了选择和适用上的新问题。

## 二、网络帮助犯的现有归责模式及其困境

针对网络帮助犯的刑法归责,目前存在依赖于解释路径的“传统的共犯模式”、处于探索阶段的“共犯行为正犯化”的立法模式以及“以共犯责任为基础、以正犯责任为补充”的并合模式三种基本立场。但这三种归责路径在理论基础、具体设置和适用效果等方面,均面临着各自无法解决的问题。

### (一) “共犯行为正犯化”的刑法分则模式

应对网络帮助犯的异化现象,最直接的方式是在刑法分则设置独立的罪名。近年来我国刑法修正案的突出特点之一,就是针对网络服务、网络技术提供方的不法帮助行为,增设帮助信息网络犯罪活动罪、拒不履行信息网络安全管理义务罪以及提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪等独立的犯罪构成。有学者指出,这种专门性规定对惩治网络犯罪来说,是为利器,具有重大的理论研究及实践意义。<sup>②</sup>

“网络帮助犯正犯化”的立法模式,存在诸多理论难题需要解决。虽然学界对上述刑法修正案新增的罪名是否属于“共犯行为正犯化”尚存争议,<sup>③</sup>但必须承认的是,如果已经用独立的罪状和法定刑规制,这种依托于

① 参见于冲 《帮助行为正犯化的类型研究与入罪化思路》,《政法论坛》2016 年第 4 期,第 169 页。

② 参见胡云腾 《谈〈刑法修正案(九)〉的理论与实践创新》,《中国审判》2015 年第 20 期,第 23 页。

③ 参见张明楷 《论帮助信息网络犯罪活动罪》,《政治与法律》2016 年第 2 期,第 2~16 页。张明楷教授将刑法分则关于帮助犯的规定分为绝对正犯化、相对正犯化与量刑规则三种情形,并在此基础上提出,帮助信息网络犯罪活动罪只是规定了帮助犯的量刑规则,即该条虽然对网络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。

互联网的帮助犯至少在形式上具备了刑法评价上的独立主格。据此，网络帮助犯呈现“点对面”的强势的法益侵害性、共犯对正犯从属关系的脱离、共犯与正犯意思联络上的疏离以及以从犯论处导致的罪刑失衡等问题，都可以在独立的犯罪构成以及法定刑的包裹下，得到一定程度上的化解。然而，以个别立法模式应对网络帮助犯的异化现象，被指摘存在诸多隐忧。第一，该模式混淆了共犯和正犯的类型界线。“共犯行为正犯化”的路径被认为是对共同犯罪基本理论立场的违背，除了混淆正犯和共犯的概念，并无任何实益。<sup>①</sup> 第二，它不合理地扩大了共犯的处罚范围。由于帮助犯本身是刑罚处罚的次级对象，如果在分则中直接将其正犯化，处罚“共犯背后的共犯”将不再受到限制，而刑罚的触角延伸至“间接帮助”，就存在可罚性泛化、违背刑法谦抑性的嫌疑。<sup>②</sup> 第三，中立帮助行为的出罪空间被压缩。有学者认为，如果将指向不特定人的网络帮助行为一律正犯化，会为网络管理者和使用者设定过多不恰当的法律义务，进而阻滞网络科技的发展。第四，它存在草率的现象立法问题。摆脱网络帮助犯的共犯属性，直接进行激进的正犯化立法，被批评有损刑法立法的严谨性。<sup>③</sup> 第五，独立的犯罪构成无法体现网络帮助犯原本是共犯的属性，导致在累犯等具体问题的适用上产生了衔接障碍和评价缺漏。

## （二）回归共犯责任的刑法总则模式

有观点主张，不应过分关注网络帮助犯的技术标签，应当坚守共同犯罪的区分制参与体系，回归刑法总则的共犯归责模式。<sup>④</sup> 至于共犯在网络环境下呈现的异化现象以及由此对传统共犯归责模式提出的难题，在共犯模式下亦可得到很好的解决。

但共犯归责模式的回归，在效果上并不理想。其一，纯粹的共犯模式存在操作不现实、法律评价不充分的隐忧。借助互联网技术平台，网络帮助犯可以同时为不计其数的犯罪人提供不法帮助。如果依赖于传统的共犯模式归责，意味着要在每一起具体的共同犯罪事实中，分别确定网络帮助者的共犯责任，这在用户普遍、零散且具有隐蔽性的互联网语境下，并不具有现实的可操作性。即便能够对网络帮助者的共犯责任进行数次准确的认定，最后还

① 参见阎二鹏 《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，第103～110页。

② 参见刘艳红 《网络犯罪帮助行为正犯化之批判》，《法商研究》2016年第3期，第21页。

③ 参见刘艳红 《网络犯罪帮助行为正犯化之批判》，《法商研究》2016年第3期，第22页。

④ 参见王霖 《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》，《政治与法律》2016年第9期，第30～42页。

需要通过罪数问题对其刑事责任进行“汇总”。由于网络帮助犯可以通过一次行为实现对多数不法行为的帮助,这种情况在罪数类型上属于“一行为、数法益”的想象竞合犯,最终只能从一重罪处罚,不能作为共犯重复问责。但是,针对网络帮助犯“点对点”的强势的法益侵害性,仅认定为一次较重的共犯责任,无法实现对其不法的全面评价。其二,“双层区分制”虽然可以解决网络帮助犯的刑罚需求,却忽视了其在罪质上的特殊性。有观点主张,衍生于德日刑法的正犯和共犯类型,与我国刑法特有的主犯和从犯概念原本就不具有对应关系。即便在定性上属于帮助犯,如果对侵害结果发挥了重要作用,也可以在量刑上将其作为主犯处罚。据此,虽然帮助犯借由互联网技术导致法益侵害的能量扩大,仍然可以保留其共犯的基本定性,只要在量刑阶段将其认定为主犯实现罚当其罪即可。据此,网络帮助行为正犯化的立法模式的必要性和科学性均存在疑问。<sup>①</sup>然而,借助互联网用户的公共性,以互联网为手段或平台,对不特定主体实施的违法犯罪行为进行规模性辅助的帮助犯,其所呈现出来的异化特点绝非仅仅涉及量刑的轻重,而是首先反映在违法性上的质变。并且,这种以量刑为主的“双层区分制”,本身属于扩张正犯概念的思维模式,在基本立场上已经背离了区分制犯罪参与体系的初衷。其三,固守传统共犯模式的做法并未直面技术发展对刑法本身的变革要求。基于网络共犯的异化特点,在以传统的共犯形式归责时,尚需对共犯的理论基础进行深入的省思,在以互联网为核心力量的社会变革当中也不能拒绝刑法归责模式的更新,否则将会陷入因循守旧的被动处境。

### (三) 以共犯责任为基础、正犯责任为补充的并合模式

考虑到两种归责模式各自的优势以及问题,学界提出了以共犯责任为基础、正犯责任为补充的并合模式。有观点主张,对于网络帮助犯的刑法规制总体上应当坚持以共犯路径为主、其他路径为辅的观念。具言之,即便在网络环境下,共犯模式也是应对网络帮助犯的最佳路径,其他路径只有在共犯路径失效或不能实现罪刑均衡时才得以适用。<sup>②</sup>

作为折中立场的并合模式,尚需致力于外部关系的构建和内部关系的平衡。并合模式作为妥协的立场,很容易被各方所接受。然而,妥协的负面效果经常是问题的回避和态度的不明朗。因此,将“共犯行为正犯化”的立法模式与既有的共犯模式并合的观点,尚有很多问题需要直面和处理。一方

① 参见刘仁文、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》,《法律科学(西北政法大学学报)》2017年第3期,第128页。

② 参见杨彩霞《多元化网络共犯行为的刑法规制路径体系之重构》,《法学家》2019年第2期,第38页。



面，并合模式不仅需要平衡两种模式的内部关系，而且需要合理解决两种模式各自存在的问题。详言之，采取并合式的“主辅路径”需要说明以何者为主、以何者为辅的配比依据及其合理性。将“共犯行为正犯化”当然地视作辅助的路径并没有充分的理由，而且会面临能否全面回应网络帮助犯异化现象的质疑。将拟制正犯类型仅作为防止量刑不均衡的兜底罪名，也不免存在重量刑、轻罪质的本末倒置之嫌。此外，如果主张将共犯责任作为网络帮助犯归责的主要路径，那么网络帮助犯呈现的强势的法益侵害性、独立的违法性、帮助对象的不特定性以及帮助犯与正犯意思联络的稀释等异化特点，均需立足于共犯的基础理论作出有力的回应。即便主张“共犯行为正犯化”的立法模式只具有补充地位，也必须就单独立法的必要性、法理基础以及构成条件等问题构建体系化的规则。另一方面，并合模式还需要考虑外在法源的构建问题。若认同针对网络帮助犯仍有设置拟制正犯的必要，由于涉及互联网这一特殊的技术领域，为了更好地体现网络帮助犯在犯罪构成上的独立性和专业性，有无必要与其他网络犯罪行为一起，在刑法之外以单独立法的形式统一规制，从而在法源建设上形成刑法与特别法源的并合结构，也是需要考虑的问题。但目前对网络帮助犯的刑法归责的探讨，主要是围绕刑法内部的归责模式，对于包括网络犯罪在内的特殊领域的单独立法问题，在统一刑法的模式下很大程度上被忽视了。

### 三、网络帮助犯的刑法归责模式重构

网络帮助犯无法轻易否定在刑法总则上的共犯定性。然而，为有效应对特殊领域的专业性犯罪行为，实现法律与技术的深入沟通，还应在妥当处理竞合关系的基础上，以刑法法源的体系化构建为载体，发展以特别法为主导的专业化规制路径。

#### （一）宏观建构——刑法法源的体系化与专业化

应对特别领域的特殊问题，应致力于刑法法源的体系化以及专业性构建。对于网络帮助犯在内的依托专业技术的犯罪行为，要实现刑法归责的理性、适应与高效，刑法自身必须与专业领域进行深入的互动与融合。从宏观、长远的角度出发，实现这一良性互动、突破局限的方式，可能是在全面但不专精的统一刑法之外，认可适用于特殊领域的单行法以及专业性较强的附属刑法等其他法源的价值。基于网络违法行为的技术性和复杂性，无论是以判例法为主的普通法国家，还是重视成文法的大陆法系国家，都明显呈现以特别法为主的专业化规制路径，如德国《电信服务法》、奥地利《电子通信法案》、美国《友好家庭互联网接入法》等单行法对网络服务提供者的涉

罪情形及处罚作出了专门规定。<sup>①</sup>再以日本为例,为专门禁止对互联网的不当访问行为,立法机关在《禁止不正当访问行为等相关法律》这一特别法中增设了不正当访问罪。<sup>②</sup>相较之下,我国是以统一刑法的方式,在刑法分则第六章第一节扰乱公共秩序罪中以 6 个条文、7 个罪名(包括选择性罪名)规制计算机和网络相关的犯罪行为。除此之外,并没有制定专门的单行刑法和附属刑法。<sup>③</sup>事实上,在我国刑法的法源体系中,也并不存在真正意义上的附属刑法,现行有效的单行刑法也只有《全国人民代表大会常务委员会关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》。笔者以为,在刑法法源的宏观建构上不应固守笼统的单一模式。对于特殊领域、新兴领域,特别是专业领域而言,集不同梯度的违法行为及法律责任于一体的附属刑法以及具有灵活性和针对性的单行刑法,不仅具有较强的体系性和专业性,也更有利于对特殊领域违法行为的整体规制和预防。换言之,就我国现状而言,重点不在于防止法源泛化导致的现象立法问题,而是在于如何起步实现刑法法源的体系化和专业化,这应当成为积极立法观在我国的发展方向之一。

## (二) 具体路径——以特别法为主导的竞合归责模式

宏观层面刑法法源的体系化与专业化,需要微观层面犯罪构成的特殊化来支撑。以保留普通法上的基本定性为根底,发展具有针对性的特殊犯罪构成,应成为刑法应对包括网络帮助犯在内的“专业性犯罪行为”的主体思路。

### 1. 以共犯归责的普通法地位及其理论基础重构

针对网络帮助犯的刑法归责,刑法总则的共犯模式居于普通法地位。至于将网络帮助犯以共犯归责的理论障碍问题,需要立足于共犯处罚根据的其他理论可能性。

#### (1) 以共犯归责的普通法保留

在设计网络帮助犯的刑法归责路径时,应保留以共犯归责的普通法地位。如前文所述,应对网络帮助犯在内的依托专业技术的犯罪行为,在刑法法源的宏观建构上,着力促进将法律规制与专业问题深度融合的特别法法

① 参见[德] 乌里希·齐白《比较法视野下网络服务提供者的责任》,王华伟、吴舟译,陈兴良主编《刑事法评论:犯罪的阶层论》第 37 卷,北京大学出版社 2016 年版,第 191~222 页。

② 参见[日] 渡边卓也:《ネットワーク犯罪と刑法理論》,成文堂 2018 年版,第 2~4 页。

③ 为应对信息技术带来的新生问题,近年来我国陆续颁布了《中华人民共和国网络安全法》《中华人民共和国数据安全法》《中华人民共和国个人信息保护法》,但在这些法律中就网络关联犯罪行为并未设置独立罚则,只是惯例性地设置了援引条款,并非真正意义上的附属刑法。

源，以及以此为背景的特别法条款。但作为网络帮助犯的本原，刑法总则规定的共犯模式处于普通法地位，因此，对网络帮助犯的共犯定性仍然需要保留，这至少在以下两个方面具有积极意义。其一，以共犯归责的普通法保留，有利于对行为性质的连贯性评价。若基于特别犯罪构成的构建以及适用，完全忽视网络帮助犯在普通法上作为其他犯罪的共犯的基本定性，必然导致在罪数、累犯、再犯等问题的认定和处理上，出现罪质连贯性的脱节与混乱。所以，面对技术领域、专业领域、新兴领域的犯罪行为，在刑法法源多元化发展的过程当中，应保留刑法上的普通法定性，这样一来，在通过特别法的分支实现刑法专业化的同时，也能无后顾之忧地维持对行为性质的连贯性评价。其二，以共犯归责的普通法保留，可以弥补普通法和特别法之间的立法漏洞。由于在规制领域、规制对象、规制行为等方面呈现出来的特殊性，在入罪标准和法定刑的设置上，特别法和普通法之间往往存在差距。当立法难以完美地掌握这种差距时，普通法适用的保留将成为弥补立法漏洞的重要手段。

#### （2）以纯粹惹起说作为共犯归责的理论基础

以纯粹惹起说作为共犯的处罚根据，可消除将网络帮助犯以共犯归责的理论障碍。第一，根据纯粹惹起说的基本立场，共犯具有独立于正犯的违法性。关于共犯的处罚根据，摆脱了责任共犯论和不法共犯论在团体责任上的痼疾，大陆法系刑法学界整体上转向了因果共犯论。立足于区分制犯罪参与体系，在因果共犯论内部存在修正惹起说、混合惹起说和纯粹惹起说三条解释路径。其中，作为主流观点的混合惹起说和修正惹起说，基于个人责任原理否定了共犯对正犯有责性的从属，但在一定意义上仍保留了共犯对正犯违法性的从属。问题在于，无论有责性还是违法性均是法价值层面的评价，而价值判断理应因人而异，并无必然从属于他人之说，那种视共犯依附于正犯的不法评价而存在的观点，同样与彻底的自我答责原理相龃龉。<sup>①</sup> 因此，在共犯的处罚根据上，遵从法治国要求改良的纯粹惹起说才是合理的立场，即共犯的处罚根据在于，通过正犯该当构成要件的自然意义上的行为实现了自身对法益的侵害。据此，共犯只是在最低限度上从属于正犯该当客观构成要件的行为事实和结果事实，至于规范意义上的违法性和有责性，理应在共犯和正犯之间独立判断。<sup>②</sup> 从纯粹惹起说的这一基本立场出发，完全可能存在正犯不违法但共犯违法的现象，即“没有正犯的共犯”。网络帮助犯呈现的

① 参见〔日〕小島秀夫《幫助犯の規範構造と処罰根拠》，成文堂2015年版，第139页。

② 参见秦雪娜《共犯处罚根据的全新定位——改良的纯粹惹起说之提倡》，《环球法律评论》2015年第5期，第87页。

独立的违法性特征，也因此获得了理论基础上的支持。<sup>①</sup> 第二，作为纯粹惹起说的理论归结，共犯的成立并不要求正犯具有特定性。罗克辛教授从教唆犯和帮助犯的差异出发，主张帮助犯的成立不要求正犯的特定性。<sup>②</sup> 然而，对教唆犯和帮助犯的差异化解释有违背共犯的统一性之嫌。根据改良的纯粹惹起说，共同犯罪的本质是参与人之间对构成要件事实的客观归属。据此，只要帮助行为与正犯行为及其结果之间具有刑法上的因果关系，就可以确定帮助行为与正犯行为具有犯罪的共同性。换言之，正犯行为只是共犯行为与法益侵害结果之间的介入事实，正犯特定与否的问题原本就与帮助行为的结果归责无关。第三，纯粹惹起说对共犯的理论定位，排除了参与人之间意思联络的必要性。正犯特定与否的问题反映到主观方面，就涉及共犯故意的认定以及共犯与正犯之间的意思联络问题。有观点认为，在共犯对正犯没有特定性认识的情况下，承认共犯具有犯罪故意，存在扩大帮助犯处罚范围的风险。<sup>③</sup> 然而，有见解仍然主张，共犯的成立不需要对正犯行为及其结果有明确、具体且详细的认识，共犯和正犯之间的意思联络也不是必要的。<sup>④</sup> 事实上，只要承认共同犯罪解决的是客观上的结果归属问题，那参与人之间主观上的意思联络就只是通常表现，而非必要条件。因此，网络帮助犯与帮助对象之间意思联络的疏离，根据纯粹惹起说亦可获得解释。

综上，以网络帮助犯的异化现象为契机，通过以往受到忽视的纯粹惹起说重构共犯的处罚根据，能够解决对网络帮助犯以共犯归责的理论基础问题。但是，依赖刑法总则的共犯归责路径，尚无法回应网络帮助犯全面异化的立法需求。

## 2. 设置独立犯罪构成的特别法路径及关联问题

在社会的全面转型期，社会分工越来越专业化、精细化。与此相应，犯

① 值得注意的是，为应对新型网络共同犯罪，个别学者开始主张共犯的最小从属性说，提倡共犯和正犯不法判断的独立性。参见王昭武《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》，《政法论坛》2021年第2期，第165～179页。问题在于，如果在更深层次的共犯处罚根据这一命题上不彻底转向纯粹惹起说，共犯的最小从属性说必然成为无本之木。

② Claus Roxin, Zur Bestimmtheit des Teilnehmersatzes, in Festschrift für Hanns Karl Salger, 1995, S. 136, 转引自〔日〕豊田兼彦《不特定者に対する帮助犯の成否》，《立命馆法学》2009年第5・6期，第581页。

③ 参见〔日〕園田寿《Winnyの開発・提供に関する刑法的考察》，《刑事法ジャーナル》2007年第8期，第60页。

④ 参见〔日〕佐久間修《Winny事件にみる著作権侵害と帮助罪》，《ビジネス法務》2004年第9期，第68页。

罪行为表现出越来越强的专业性。因此，通过特别法设置专业领域的特殊犯罪构成，是实现刑法良好规制效果的重要路径。

#### （1）特别法的必要性及立法原则

针对网络帮助犯设置特别犯罪构成的必要性。首先，全面评价侵害聚合法益的不法性。如前文所述，网络帮助行为“点对面”的辐射性结构产生了强势的法益侵害性。这种借助互联网平台通过一次帮助行为即可对不特定的多数正犯提供帮助的聚合模式，违法性远大于传统共同犯罪案件中个别帮助犯责任的总和，加之网络帮助行为呈现的技术性、产业性以及不法获利性，多次共犯责任的认定无法满足刑法规制的需求。正因为这种强势的法益侵害性，针对网络帮助犯有条件地设立独立的犯罪构成，不存在变相扩大处罚范围的问题，也非盲目的现象立法。其次，解决罪量无法确定的现实困境。针对“一对多”的网络帮助行为，如果拘泥于传统的共犯归责模式，就意味着要分别、准确地认定每一起共同犯罪案件中网络帮助者的共犯责任，这种将“点对面”剥离为数个“点对点”的归责方式，在面向广泛、参与隐蔽的互联网环境下并不现实，而且会导致选择性司法、模糊性司法现象，这也是我国司法实务对网络帮助犯以共犯归责时存在的现实问题。<sup>①</sup>最后，推动刑法法源的专业化变革，提升整体的一般预防效果。对网络帮助犯在内的依托互联网平台或技术并呈现异化特点的犯罪行为，在具备必要性的前提下设置独立的犯罪构成，并逐步发展以专门立法为载体的特别法路径，不仅可以推动刑法法源朝向“一体多翼”的专业化方向发展，而且有利于从整体上实现行为规制的一般预防效果，还能避免统一刑法中特殊罪名的庞杂。综上，特别法路径不仅不应受到排斥，还应成为刑法发展的主体路径之一。

针对网络帮助行为设置特别罚则，应遵循法律与技术的一般规律。一方面，刑法归责必须深入互联网的技术特点。刑法合理归责的前提是了解并遵循归责对象的基本规律。因此，对互联网犯罪的刑法规制必须契合互联网技术特点并考虑技术的发展趋势。《中华人民共和国刑法修正案（九）》中关于网络犯罪的新增罪名，在犯罪构成的设置上比较简洁、表述上比较模糊，尚未深入网络技术的专业特性。如新增的帮助信息网络犯罪活动罪，在司法适用中引发了诸多争议，被质疑已成为“口袋罪”。另一方面，要合理把握保护法益与鼓励技术发展之间的关系。法律干预和技术中立的冲突，在刑法上以“中立的帮助行为”是否可罚的形式被提出。有观点主张，互联网已成为当下社会存续和进步的重要产业，如果课予互联网服务提供方过重的法

<sup>①</sup> 参见重庆市第三中级人民法院（2018）渝03刑终36号刑事裁定书。

律义务，最终可能阻碍整个互联网行业的发展，故在处罚上必须节制。<sup>①</sup> 主流见解则认为，网络服务提供者既是中立的服务经营者，也是网络风险管控的义务主体之一，因此，技术中立并非不可罚的绝对理由，关键在于合理限制中立帮助行为的可罚范围。<sup>②</sup> 诚如后者所言，正当的社会角色没有赋予任何人侵害法益的特权。对于网络技术创新的鼓励与对网络违法行为的规制一样，关键在于罚所当罚以及处罚得当。

## （2）特殊犯罪构成的限制条件及竞合规则

并非任何依托互联网实施的不法帮助行为都值得以独立犯罪构成的形式予以规制。结合网络帮助犯的异化表现，在特殊犯罪构成的设立以及解释适用上，应遵循以下基本的限制条件。其一，法益指向的“公共性”与“秩序性”限制。如果网络帮助行为只是局限于个别特定的共同犯罪之中，将行为人为人认定为个案中的帮助犯就能做到充分评价。只有借助网络平台或利用网络技术，在指向的法益上超越了“个体性”、呈现明显的“公共性”特征时，才有必要以超越共犯不法的独立犯罪构成的形式予以规制，这也符合我国当下以公共法益为先导的立法趋势和发展阶段。<sup>③</sup> 其二，帮助对象的“不特定性”与“多众性”限制。网络帮助犯具有的强势的法益侵害性，是建立在以互联网为杠杆、帮助对象大幅扩张的可能性之上的。因此，纳入特别法评价视野的网络帮助犯，应限于辅助的正犯非特定并且具有多众发展可能性的场合。如有学者称，如果帮助的对象扩大且一般化，与单纯的帮助心态相比，已呈现出明显的差别。<sup>④</sup> 所以，应以帮助对象的“扩张性”为关键指针，合理筛选适合以独立犯罪构成归责的网络帮助行为。对于那些虽然利用网络技术实施不法帮助但局限于特定的共同犯罪内部的参与行为，由于辅助的正犯具有特定性，在个体的限制下共犯的违法性无论如何不会超过正犯，并无以特别犯罪构成予以规制的必要。那种将特定共同犯罪内部的网络技术人员单独认定为帮助信息网络犯罪活动罪的做法，<sup>⑤</sup> 已经模糊了特别犯罪构

① 参见车浩 《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，第 49 页。

② 参见梁根林 《传统犯罪网络化：归责障碍、刑法应对与教义限缩》，《法学》2017 年第 2 期，第 10 页。

③ 参见周光权 《积极刑法立法观在中国的确立》，《法学研究》2016 年第 4 期，第 29 页。

④ 参见〔日〕園田寿 《Winnyの開発・提供に関する刑法的考察》，《刑事法ジャーナル》2007 年第 8 期，第 61 页。

⑤ 参见湖南省益阳市赫山区人民法院（2018）湘 0903 刑初 598 号刑事判决书、江苏省仪征市人民法院（2019）苏 1081 刑初 329 号刑事判决书。

成的特殊性，无端招致了对特别立法的性质及其必要性的质疑。<sup>①</sup>其三，基于行为类型的差异设置客观处罚条件。针对网络帮助犯制定特别犯罪构成时，可采用不纯正不作为犯以及纯正不作为犯两种犯罪构成模式。基于作为和不作为的等价性要求，不纯正不作为犯模式限于网络帮助行为在事实上本身就对法益侵害结果提供了相当因果性的场合。对于纯正不作为犯模式，由于是从规范意义上对网络监管方提出法律上的义务要求，在犯罪构成的设置上更要加以严格限制，除了需要依据网络技术特点和社会角色分工对网络辅助者是否具有刑法上的保证义务予以个别审查，以及对其履行义务的技术能力进行具体判别，还要一般性地将行政管理层面的先期“通知+改正”作为客观处罚条件。与“Winny案”中因Winny共享软件“并非专门或主要作为违法用途”被判决无罪不同，<sup>②</sup>“快播案”中相关行为人被定罪的关键理由就在于“多次受到行政处罚后，仍怠于履行删除义务”。<sup>③</sup>

关于特殊犯罪构成与共犯定性的竞合规则。如前文所述，针对网络帮助犯设置特殊犯罪构成，并不否定其原本作为其他犯罪的共犯的基本定性。此时，就需要合理解决其中的罪数关系以及选择适用的问题。一方面，特别法优先的处理原则应作为主体路径。在针对共犯行为设有特别法的情境下，有观点认为应适用重法。<sup>④</sup>有观点不赞同一律适用重法，其主张为实现共犯和正犯之间的刑罚均衡，需要重视对网络帮助犯以共犯量刑的合理性。<sup>⑤</sup>然而，既然特别法意在回应、匹配特殊领域的异化现象，在构成要件以及法定刑的设置上，自然有其特殊要求和特殊考虑。如针对网络帮助犯，特殊犯罪构成的设置以及解释适用以法益指向的“公共性”、帮助对象的“不特定”与“多众性”等限制条件为前提，这种聚合的法益侵害性首先决定了并非所有的网络帮助行为都符合特别法的适用条件，同时也决定了对符合条件的网络帮助犯在刑罚适用上理应高于个别共同犯罪中的帮助犯甚至正犯。这并

① 参见张明楷《论帮助信息网络犯罪活动罪》，《政治与法律》2016年第2期，第2页。当然，帮助信息网络犯罪活动罪存在犯罪构成上的不明确性，这也是导致其适用范围扩大的根本原因。正因为如此，笔者才特别强调针对网络关联不法行为，在发散化设置特殊犯罪构成的同时，还应着力于构成要件的精细化、明确性和技术性，并遵循相当的限制条件。

② 参见〔日〕豊田兼彦《不特定者に対する帮助犯の成否》，《立命館法学》2009年第5・6期，第574页。

③ 参见北京市第一中级人民法院（2016）京01刑终592号刑事裁定书。

④ 参见〔日〕豊田兼彦《不特定者に対する帮助犯の成否》，《立命館法学》2009年第5・6期，第583页。

⑤ 参见杨彩霞《多元化网络共犯行为的刑法规制路径体系之重构》，《法学家》2019年第2期，第37页。

不存在所谓共犯超越正犯的量刑失衡问题，因为这种“聚合的共犯”与“个体的正犯”不在一个层次上，并无可比性，此时特别法的适用，不如说正好实现了罪和刑的均衡。更为重要的是，特别法的适用对于特殊领域的违法行为可以发挥集中的一般预防效果。因此，对于真正符合特别法的适用条件、与共犯定性产生竞合的情形，原则上应视为法条竞合关系，以推动特别法的展开。只有在立法存在明显漏洞，即为特别法设置的法定刑未能匹配其强势的法益侵害性时，才有必要强制性地解读为想象竞合关系，以适用可能成为重法的共犯模式予以补漏。另一方面，特别法的适用不排除对基本法上犯罪性质的还原。特别法在实现法的专精化的同时，并不否定基本法上的犯罪性质。就网络帮助犯而言，即便适用特别犯罪构成以及独立的罪名，在累犯、再犯等涉及犯罪性质连贯性评价的问题上，其原本作为其他犯罪的共犯的基本属性仍然可以作为考虑的内容。

#### 四、结语

互联网技术在便利人类交往的同时，也带来了新的技术安全隐患。要实现互联网的安全使用，需要施展多元对策的组合拳。就法律层面的刑法规制而言，为应对互联网技术普及下传统犯罪的异化，以及随着互联网技术的发展不断出现的新型违法现象，近年来我国立法机关陆续以修正案形式在刑法分则第六章第一节增加了网络相关罪名，初步形成了网络犯罪的罪名体系。但这些罪名在司法适用中的效果并不理想，在应对网络技术性不法方面具有局限性。一方面，刑法法源的单一化导致法律与技术的外部衔接以及部门法之间的内部衔接割裂，加之统一刑法推崇罪状的简明性，对新增的网络犯罪的解释与适用始终缺少必要的技术释义，在适用上很难精准把握。另一方面，固守传统归责路径的保守思维阻碍了特别法的适用与发展。帮助犯在互联网技术影响下的全面异化，对刑法的专业化规制提出了更高的要求。虽然对网络帮助犯以共犯归责的路径可以通过共犯处罚根据理论的调整获得释明，但过于依赖既有的共犯归责模式并不利于刑法通过特别法的路径迈向专精化。总之，对于包括网络帮助犯在内的技术领域、专业领域以及其他特殊领域的犯罪行为，只有注重刑法法源的多元化构建，并致力于罚则设置的特殊化展开，才能够真正实现法律与技术的深度融合，也有利于刑法自身的精巧化发展，因而应成为我国刑法未来的发展方向之一。

（责任编辑：方 军）



**【Abstract】** Currently ,the full utilization of the value of data factor in China is still facing major obstacles. The high cost of obtaining personal information data and the low protection of personal information rights and interests seriously affect the supply and value mining of personal information data resources ,and hinder the cultivation of data factor market. Meanwhile ,the incomplete data property rights restrict the supply of non-personal data controlled by data market subject through the orderly flow , which limits the formation of data factor market and the data value mining. Therefore ,from the perspective of data resource supply , a legal system should be established for data source supplying subject in data factor market , which can reduce the cost of obtaining personal information data ,effectively protect the rights and interests of personal information , and promote the orderly flow of data controlled by data source supplying subject.

**【Keywords】** data factor market; data source supplying subject; personal information rights and interests; legal system establishment

## **The Total Alienation of Cyber Accomplice and the Reconstruction of Its Liability**

**Qin Xuena**

**【Abstract】** Based on the technical features of internet ,the accomplice ,who plays the secondary role in joint crimes ,has shown a strong tendency in the infringement of legal interests. The rule of the subordination of the accomplice ,the requirement of intentional connection among accomplices , and the specificity of the object of aiding , have been overturned one after the other. The alienation of cyber accomplice has been highlighted in the judicial interpretation. Therefore , the traditional mode of taking cyber abettor as the secondary role not only has to re-examine its theoretical basis ,but also needs to change the conservative thought that the general law is universal. As to “technical crime” including cyber accomplice ,

• 134 •

in order to achieve the goal of communication in-depth between law and technology , the path of developing special laws based on the construction of multiple resources of criminal law should be advocated. However , it's necessary to deal properly with the overlapping relationships of general law and special law , and the legislative principles and restrictions of application of special law should also be considered.

【Keywords】 cyber accomplice; independency of illegality; reine Verursachungstheorie; special law

### ***The Tale of Igor's Campaign* in Russian Literary and Cultural Context**

**Liu Wenfei**

【Abstract】 Since *The Tale of Igor's Campaign* , the ancient Rus' heroic epic , was discovered in the 1790s , its authenticity has sometimes aroused fierce debates in academic circles both in and outside Russia. The continuous debates not only contributed to a special study of *The Tale of Igor's Campaign* , but also expanded the world influence of ancient Russian literature. As the “meta-text” and “source-text” in Russian literature , *The Tale of Igor's Campaign* has exerted a lasting and profound influence on the following Russian literature and almost every generation of Russian writers have been inspired by the epic more or less. And such influence has spread widely through literary to other cultural and artistic areas and finally makes this ancient literature classic an immortal monument of Russian culture. Seeing this 12th century's heroic epic in the context of Russian literature and culture , one could summarize the history of its interaction with Russian literature and evaluate the great historical role it plays in the formation of Russian national consciousness and Russian cultural identity.

【Keywords】 *The Tale of Igor's Campaign*; Russian literature; ancient Rus; the study of *The Tale of Igor's Campaign*