

网络犯罪参与行为刑事责任模式的教义学回归

——共犯归责模式的回归

王霖

(海南大学法学院,海南海口 570225)

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。网络犯罪蔓延、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

分类号:DF611

文献标识码:A

文章编号:1005-9512(2016)09-0030-13

10.15984/j.cnki.1005-9512.2016.09.003

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。这不仅在某种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。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互进。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归责模式,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,此一课题不仅关涉网络犯罪归责之正当性,亦可在微观层面上提供一条检验共犯教义学理论的理想途径。

从正犯归责到共犯正犯化归责

技术的更新换代,正处于实现三代网络的过渡时期。网络犯罪参与行为即为典型体现。

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。2016年海南省研究生创新科研课题《网络危险犯认定路径之困局与突破》(项目编号:2016-02)的阶段成果。《法学论坛》2016年第9期。

" 基于此, 而独立成罪 " 我 工具罪 \$ 将为正犯提供 正犯化立法范式的首次尝试 " # 内 合制作 ! 复制 ! 出版 ! 贩卖 ! 传播淫秽电子信息 淫秽电子信息解释二) 第三条至第六条即是共犯正 修正案 (九) ' (以下简称 & 刑修九) 中的部分罪名则将正犯化立 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 ! 通讯群组时 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 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 提前预防 " ④ 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 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 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 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 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 分析业务行为刑事归责的局限性 \$ " ⑤ & 刑修九 ' 上述两项罪名的增设将 # 共犯行为正犯化 \$ 的立法范式运用发挥到了极致 "

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 " 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 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 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 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 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 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 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 其纳入制裁视阈 " 上述两种归责模式虽出发基点不同, 但共同征表出一个实质演进方向即 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

共犯正犯化的理论阑珊 ((实质正犯概念的学理脉络梳理

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 \$ 的立法逻辑和推动 " 网络正犯化是将具有独立性的技术帮助行为扩张 理论对其评价制裁, 而是直接视之为 # 正犯 \$ 径直通过 制裁 " ⑥ 网络共犯行为正犯化为诸多学者提倡, 并转化为立

工委解读, 刑法修正案九 - 涉网络条款 ', /001233444+817+L9Q+7838173TWLW41/3! "%&[882

论信 行为的刑事 ((, 刑法修正案 (九) 相关条款的理解与适用 ' & 政法论坛 ' ! "% 年第 * 期 "

③

在化解网络

式或立法范式无

犯理论,打破了正犯(共

实现对#共犯正犯化\$的真实解读与

论纠结予以脉络梳理"

概念存有扩张正犯概念与限制正犯概念之争"扩张的

为实施了符合构成要件的实行行为人"⑨#不问参与形式如何,共

\$⑩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

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

要件的行为共同惹起结果,不能给正犯奠定基础"\$⑪因此,共犯只是以修正的构成要件介

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

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

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

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

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"⑫严格坚持此说导致

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

不当后果,因而此说渐失支持"⑬随后,学者又试图从主观犯意入手对正犯与共犯进行界

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

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

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

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"

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

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

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

已(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

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

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格

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

⑬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

&页"

出版社!"&"年版,第%页"

,武汉大学出版社!"*年版,第%*页"

斯...论',李昌珂译,法律出版社!"\$年版,第)))页"

鸟&扩张...的建构((兼评对限制正犯概念的反思性检讨',&中国法学'!"**年第)

之下又存利...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

已"后者则将...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

犯与正犯...不当结论"如佣人依主人之意将主人的婴儿溺死,依利益说...的行为得出共犯而

论"

双...的区分'&法...期"

制造了共犯。在网络犯罪中，网络帮助犯起着关键作用，在网络犯罪中，网络帮助犯是一困局，共犯与正犯的区别。网络共犯教义学面对立法现实所选择的结论存在明显的体系性弊端，为求得量刑的公平，于德意志共犯立法体例中单层区分标准，我国刑法对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，其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，对其科处的刑罚不存在德意志刑法中规范评价递减的规律。如此，即便一个行为首先依据分工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考量和刑罚准确匹配。

考察我国的现状可知，目前我国网络犯罪中共犯正犯化理论的兴起及其对网络犯罪立法范式的渗透，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。可以认为，网络犯罪中共犯正犯化的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，其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。基于网络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。但笔者认为，这无异于将我国共犯双层分类标准等置为德意志单层分类标准后得出的不当结论，从而，基于此结论所建构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，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格平台服务者为例，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盖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，既有共犯教义学知识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。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化解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处刑罚隔审查、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定罪与量刑的准确匹配。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地位，将该视频推荐给其他用户，构成正犯传播淫秽物品罪的帮助行为，且其社会危害性大于正犯。对于这种网络共犯的异化变形现象，在我国共犯立法中，定罪与量刑的均衡匹配方法如下：首先，依据参与类型

述技术帮

行行为作用的规

断 "如此,经过分工分类

处刑 "# 共犯行为实行化 \$思考路

国共犯分类体系基础上衍生出的异化之迹,

实质化理解后的不适当选择 "

共犯正犯化的适用抵触 ((归责模式的思维困局

日本正犯概念从形式判断向实质判断转化演进根源于其单层的共犯分类立法

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,其结果也许非但水上
皆未治,还可能衍生新的困惑 "

见体系的解释协调困境

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

" 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

,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

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

岁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

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

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

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 \$罪量标准方

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

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

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,

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

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

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

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

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

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

非合适之举 "

犯罪界阈的间接延展

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# 为实施违法犯

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

网路通讯发布行为等# 行为# 增设罪 " 上述三类行为均是为实施特定犯罪

行化的立法范式将原来的形式预备行为作为实质预

扩张刑法守备范围的目的 " 同时该罪中设立网站、通

正犯行为的帮助行为 " 以该条第三项规定的# 为实施诈骗

与信息# 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

网站进行# 传播,甲发布虚假诈骗信息的行为无疑可以评价为正犯

信息网络# 在适用预备行为实行化立法范式的同时,亦# 暗渡陈

效果 " 认为,前置刑法触角对网络犯罪行为进行提前规制的做法有助于抑制网络犯罪

势 " 在共犯# 加效果# 网络犯罪成立范围的不当延展,产生应对网

律

为矫枉过正

真检视网络

网络共犯归责的

参与归责之间隙弥合

共犯行为异化最明显的特征在于

存在#一对一#的关系,而网络主流犯罪模式

犯归责模式形成冲击,即正犯行为虽符合构成要件但

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许

判从属性的显性缺陷 ((归责尴尬

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

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

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 " 以往传统

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

,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

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 " \$+ 也就是说,要

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

去形态, 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

长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

新的法则 " 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

并以限制从属性为有力学说 "

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 "

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,

肯定这些属性,即不要求刑法之介入 \$" 但限制从属性无法合理回应现实存在# 违法相对 \$

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

教唆行为因利益阙如原则并不成立共犯 " 这与日本&刑法'第 !!! 条直接形成解释冲突, *

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

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

犯也是存在的,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 \$" *

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

志刚文 "

共犯行为与 共犯理论 从属性说两大阵营的对立 " 独立性说关注共犯行为自身

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

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

理想的结果 " 参见张明楷 &外国刑法纲要',清华大学出版社 !"" (年版,第

口厚书,第 () 页 " 中国人民大学出版社 !""! 年版,第) && 页 "

克昌 & 高等教育出版社 !"" (年版,第 ') 页 "

刑法学',法 出版社 !""& 年版,第) # ' 页 "

,山口厚书,第 () 页 "

去'第 ! " 教唆或帮助他人自杀,处 一个月以上 (年以下) 或者监禁

版,第 龙一 (% 年版,第

在纠葛状态下的行为符合构成要件，教唆行为不成立共犯的不成立共犯，但这将与德国共犯区分制立法宗旨相悖，限制从属性基于弥补归责漏洞考量所引发的理论困境，从根本上动摇了理论自身的合理根基。违法性的判断永远是一个价值判断，必须依赖于在特定环境、情境下对具体行为人的行为进行评价。最小从属性将共犯的成立限定为正犯构成要件的合致，正犯行为的违法性进行切割判断，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性难以妥贴的学理回应。

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。在第三网络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之地，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条件，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。在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法选择最小从属性，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，也是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。

最小从属性的假性缺陷（入罪扩张吗）

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对正犯的归责范围无限扩张？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防卫、教唆家长对子女实施正当惩戒行为也成立教唆犯。因此，他们认为最小从属性只会不自觉地扩大处罚范围。对此种疑虑与批判，笔者持否定态度。

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。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违法性。正犯对违法性的支配是共犯成立的前提，而非必要条件。违法性的判断是一个价值判断，必须依赖于在特定环境、情境下对具体行为人的行为进行评价。最小从属性将共犯的成立限定为正犯构成要件的合致，正犯行为的违法性进行切割判断，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性难以妥贴的学理回应。

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

是另外的,

" §有学者坦率地

与共犯之间分别探讨 "如

要件仅是共犯成立的必要而非充分

犯,帮助警察拘留他人的行为是否构成非法

违法性与有责性 " 上述被利用的# 正犯行为 均是社会

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

教唆行为具有违法性 \$" ④因此,立于最小从属性立场之上建构网络共犯归责

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 "

,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

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

,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

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

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

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

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

生# 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

的批判并不合理 " ⑤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

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

类标准,因而更具合理性 "

意思联络的障碍疏通 行为共同说之提倡

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

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 \$" ⑥

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

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 \$" ⑦完全犯罪共同说

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, ⑧因此已乏支持者 " 行为共同

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

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

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

同的犯罪 \$" ⑨由于主观主义行为共同说立基于行为人刑法之上,脱离构成要件来

第#!* 页 "

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 "

— 周 & ' (% 年版,第 %) \$ 页 "

& 刑法, 中国人民大学出版社 !""' 年版,第) (! 页 "

最小从属性说 & 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

文雄 ! 上野达 & 犯罪概说 ', 敬文堂 & ' ! 年版,第 ! %) 页 "

仁 & 刑法, 冯军译, 中国人民大学出版社 !"") 年版,第 ! # & 页 "

楷 & 清华大学出版社 !"" (年版,第) "" 页 "

推荐 & 中国人民大学出版会 & 页 "

无疑使得，
刑法学界主要存在
犯的成立条件 " 部分犯罪
说注重各参与人客观行为的相同，
在第三网络代际之下正犯行为具备形式违法
参与行为无法作共犯论处 " 同时，部分犯罪共同说要求
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
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
各共犯 # 明知 \$ 的判定困境

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
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
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
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
被认定为相应罪名的犯罪行为 \$ " ! 也有观点认为 # 该罪中的 # 犯罪 * 不是指具备全部构成
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
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
行为 \$ 均可构成该罪 " * 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
犯罪所要求的参与人认识内容限定为对特定犯罪的认识，将无法对参与人之间未形成特定
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人对符合客
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
即可 " 前述第二种观点与行为共同说具有契合性，更为妥当 "

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
流通障碍，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
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
班 " 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
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
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 h 行政
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
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
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
争 # 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行为规定
网络犯罪活动罪，因此，依据 # 明知 h 行政告知 j 违抗实施 \$ 的明知认定模式，若某网络
该罪定罪的逻辑，则网络服务提供者上载缓存的淫秽色情信息，而该网络服务
服务商的业务行为究竟应认定为拒不履行安全管理义务
存在争议 " 对此，有学者指出 & 淫秽电子信息解释二 ' 所

骏 & 共犯从属性理论的体系建构 ' & 清华法学 ' ! " &) 年第 * 期 "

& 共同犯罪共同说的合理性及其应用 ' & 法学 ' ! " & ! 年第 && 期 "

, 刘寅

帮助信息网络犯罪活动罪 (以为网络犯罪提供帮助的犯罪行为为视角 ' & 知识产权 ' ! " & % 年第 &! 期 "

知认定模...
导致可能出现的法...
责混淆的直接原因,但...
异动变形后的犯意疏通问题并未...
问题也只是缓解了暂时性#阵痛\$ "同时,共...
异动变形不断进行#现象立法\$增补归责漏洞,这会...
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...
,破解网络共犯归责困局的有效之道 "

各共犯#明知\$的判定方法

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...
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...
#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...
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...
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...
共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...
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...
行,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...
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...
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...
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

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...
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...
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...
各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...
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...
代在美国 &' '\$年出台的&数字千年版权法'(RaH_)中有所体现 " 作为构建网络服务者责...
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 " ⑤...
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...
一总原则 \$"⑥#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...
去'的表述是服务提供者没有主动寻找)红旗\$之义务\$(第%&!节第()条) " 从中可以...
各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

网络...模式及其关系辨析'&政治与法律'!"&*年第#期 "

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:(&)判断网络服务商主

三方侵权的#存在 ;(!)判断该信息的侵权性是否如此之明显,像#红旗\$一样存在,以不

的判断 " 参见'国斌&网络服务商共同侵权制度之重塑',&法学研究'!"&)年第#期

判断问题" 参见'认识#红旗标准\$&法律适用'!"&年第&!期 "

80 — H. Z:8=7F... 1B:L/0 3H6=C= 68: a60CB:65 (37 C; . ,d9F8;60:98 .8C==,!""*,1+ \$\$(.

网...义务'&中外...期 "

义务 " 虽...
 需要对其设定比...
 对于认定网络共犯的# 借...
 只应通过被动告知进行判断,从而...
 安全监督管理部门的通知或接到其他网络...
 他犯罪行为所利用,此时即可判定网络服务提供者对...
 "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...
 "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...
 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"
 ,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
 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
 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
 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
 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
 ,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
 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
 各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
 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
 比类搜索# 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
 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
 ,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
 罪行为的正犯成立不作为的帮助犯"

四 结 语

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\$,
 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
 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
 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
 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
 异动现象进行# 正犯\$改造包装的简单处理方式,而非破解网络共犯参与行为的长远!妥适
 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
 犯罪还原其参与行为的本真面目" 通过教义
 模式,在化解网络犯罪参与行为归责困境的同时,亦
 的诸多弊端"# 因特网犯罪绝不会强行要求将已经经受
 相反,新的课题应当在被证明过的受法治国家保障的方
 来"\$ 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