

反思帮助信息网络犯罪活动行为之共犯类型

——以罪刑均衡原则为认识导向

杨建民*

Reflections on the Types of Accomplice to Help Information Cybercrime —Cognitive Orientation Based on the Principle of Balance between Criminality and Sentencing

Yang Jianmin

内容摘要:在帮助信息网络犯罪活动罪的理论研究中,关于其行为的共犯类型及《刑法》第 287 条之二第 3 款的量刑适用等基础性问题鲜为学者所关注。在探究《刑法》第 287 条之二第 3 款适用规则之争议的背后,因对行为的绝对化定位导致了规范意义虚化、逻辑悖论等理论困境。究其根本在于两点:其一是形式化正犯概念为实质化判断所带来的思维桎梏;二是双层区分制下的通说认为帮助犯的定位对量刑毫无影响而不在意共犯类型的准确性。有鉴于此,我们应当立足于实质化正犯概念,采取递进式关系模型,扭转一切网络犯罪帮助行为兜底性条款的规范认识。基于罪刑均衡的量刑原则,通过区分网络犯罪帮助

* 中国政法大学刑事司法学院 2018 级刑法学博士研究生。

行为和帮助信息网络犯罪活动行为,我们进而认定帮助信息网络犯罪活动行为的共犯类型为共同正犯。

关键词:帮助信息网络犯罪活动行为 罪刑均衡 实质化正犯概念 共犯体系关系模型 共同正犯

一、引论:问题阐释与论域限定

由于现代信息社会的高速发展,网络犯罪惩治与预防的重要性日益凸显,帮助信息网络犯罪活动罪的刑法条文正是在这样的背景下得以出台。面对何以增设的诸多疑问,有论者解释:“在网络环境下,共同犯罪具有殊于传统共犯的特性,亟须作出专门规制。”〔1〕网络犯罪帮助行为的特性集中体现为两个方面:一是具有相对的独立性,无论是意思联络还是行为本身,正犯和共犯都不再具有紧密的联系性;二是具有极强的危害性,多数学者认为网络犯罪帮助行为的危害性大于实行行为。〔2〕由于网络犯罪帮助行为的上述两个特性,通说认识普遍将其解释为独立设置罪名的原因所在。

在承认网络犯罪帮助行为特性的基础之上,刑法学界对帮助信息网络犯罪活动罪的讨论集中于其与网络共同犯罪之间的关系认识。争议观点大致可以分为两派:“共犯正犯化”与帮助犯的“特殊量刑规则”。〔3〕多数论者认为帮助信息网络犯罪活动行为具有独立的法益侵害性,刑法将其独立成罪,属于“共犯正犯化”。

在共犯正犯化的理论下,正犯是否存在已经无关紧要,即便是为违法行为提供网络犯罪帮助行为符合“情节严重”这一构成要件时,行为人亦可成立帮助信息网络犯罪活动罪。〔4〕亦有少数论者依旧坚持着“特殊量刑规则”的刑法解释立场,以文义解释为出发点,认为“明知他人利用信息网络实施犯罪”需要被

〔1〕 沈德咏主编:《〈刑法修正案(九)〉条文及配套司法解释理解与适用》,人民法院出版社2015年版,第266页。

〔2〕 对于“网络犯罪帮助行为危害性大于实行行为”这一结论,可参见于冲:《网络犯罪帮助行为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;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;于志刚:《网络空间中犯罪帮助行为的制裁体系与完善思路》,载《中国法学》2016年第2期;同前注〔1〕,第268页。

〔3〕 实际上还存在着少数的第三派观点,即“从犯主犯化”。具体内容可参见张勇、王杰:《帮助信息网络犯罪活动罪的“从犯主犯化”及共犯责任》,载《上海政法学院学报(法治论丛)》2017年第1期。

〔4〕 参见于志刚、吴尚聪:《我国网络犯罪发展及其立法、司法、理论应对的历史梳理》,载《政治与法律》2018年第1期;刘宪权、房慧颖:《帮助信息网络犯罪活动罪的认定疑难》,载《人民检察》2017年第19期;梁根林:《传统犯罪网络化:归责障碍、刑法应对与教义限缩》,载《法学》2017年第2期;于冲:《帮助行为正犯化的类型研究与入罪化思路》,载《政法论坛》2016年第4期;阎二鹏:《法教义学视角下帮助行为正犯化的省思——以〈中华人民共和国刑法修正案(九)〉为视角》,载《社会科学辑刊》2016年第4期;于志刚:《网络空间中犯罪帮助行为的制裁体系与完善思路》,同前注〔2〕,第10—12页;同前注〔1〕,第265页以下。

严格解释:只有正犯存在,帮助行为才构成犯罪,是故刑法仅是对帮助行为规定了独立的法定刑而未提升为正犯。^[5]“共犯正犯化”与帮助犯的“特殊量刑规则”之间争论激烈,但却并不否定在共犯领域中帮助信息网络犯罪活动罪的可适用问题,只不过前者主张在共犯理论之外单独定罪,后者则试图限定于共同犯罪领域,争论内容实际上是超出共犯论之外的。因此,笔者无意涉足帮助信息网络犯罪活动罪的定性之争,仅将论域限于共犯论之内,此时二者论调并无不同,即当帮助信息网络犯罪活动行为同时构成另一犯罪的共犯时,均可能适用《刑法》第287条之二第3款之规定。对现行争论的描述,本文意在观察其内部对网络犯罪帮助行为的共犯类型认识。

于志刚教授曾对帮助信息网络犯罪活动罪于刑法典的地位作了如下释明:“帮助信息网络犯罪活动罪可以视为所有为网络犯罪提供信息技术支持行为的兜底性罪名,是立法对于网络犯罪帮助行为的整体性回应。”^[6]由于帮助信息网络犯罪活动罪是网络犯罪帮助行为的兜底性罪名,无论是“共犯正犯化”还是“特殊量刑规则”,二者对网络犯罪帮助行为都采以绝对帮助犯的共犯类型认识,却较少有学者对何以如此认识进行阐释,似乎成为理所当然的共识。^[7]这一现状可能是出于对网络犯罪帮助行为特性的理解所形成的:相对的独立性反映了网络犯罪帮助行为与实行行为在关联性上异于传统犯罪的表征,其所涉及的正是学者们愈发激烈的关于帮助信息网络犯罪活动罪的定位争议;而网络帮助行为极强的危害性却是两方的共识,基本认识为由于网络犯罪帮助行为的危害性远远大于正犯行为,因此需要在立法上进行特殊的技术化处理,将其共犯正犯化或设置特殊量刑规则。但是,对危害性的认识真的仅仅只是对罪名独立化的理由而已吗?这一认识或许仍有商榷之余地。实际上,网络犯罪帮助行为的两个特性彰显了整体研究的两个方向,相对独立性所指向的研究方向不必多言,极大危害性这一特性所要表达的并非仅仅限于罪名是否独立化,网络犯罪帮助行为的共犯类型认识更是其重心所在。网络犯罪帮助行为绝对帮助犯的共犯类型共识正是由于对危害性特性的忽视而导致的。

在网络犯罪帮助行为共犯类型认识的基础上,面对《刑法》第287条之二第3款在共犯论中如何适用的问题,学者间颇有争议。这一争议源于下例的疑

[5] 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;张明楷:《刑法学》(第五版)(下),法律出版社2016年版,第1051页以下;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:《网络空间中犯罪帮助行为的制裁体系与完善思路》,同前注[2],第11页。

[7] 即便在《刑法修正案(九)》出台之前的草案争议中,也有学者径直认定了网络犯罪帮助行为的帮助犯性质。参见苏彩霞、侯文静:“帮助信息网络犯罪活动罪”正当性考量——〈刑法修正案九(草案)〉第29条之评议,载《中南财经政法大学研究生学报》2016年第1期;周光权:《网络服务商的刑事责任范围》,载《中国法律评论》2015年第2期。

问:甲利用网络对其商品进行虚假宣传,乙为其提供广告推广的网络帮助行为,对于乙的行为能否以帮助信息网络犯罪活动罪定罪处罚?

对此,张明楷教授提出应当对《刑法》第287条之二第3款进行限制解释:“第3款中的‘同时构成其他犯罪’,是指法定刑高于本条第1款法定刑的犯罪,而不包括法定刑低于本条第1款的犯罪。”〔8〕在这一解释中,相较于帮助信息网络犯罪活动罪而言,如果某一网络犯罪的法定刑低于前者,无论其帮助行为构成共同正犯还是帮助犯,若从一重罪处理,皆违反罪刑相适应之原则。〔9〕这一认识得到了部分学者的支持〔10〕,即便是持“共犯正犯化”观点的论者亦承认其中的罪刑失衡问题,主张采以司法解释的权宜之计贯彻张明楷教授所提出的限制解释。〔11〕依此而言,《刑法》第287条之二第3款无法适用于法定刑低于帮助信息网络犯罪活动罪的相关罪名,如虚假广告罪、传播淫秽物品罪等。不同于张明楷教授对《刑法》第287条之二第3款的限制解释,作为共犯正犯化提倡者的于志刚教授认为,“从一重罪”处罚的规定应当随着帮助行为的统一正犯化而在形式上统一适用。〔12〕面对这一争议,本文的主要目的在于理解《刑法》第287条之二第3款在共犯问题中如何实现理论逻辑上的顺通。因此,应当澄清的是,关注网络犯罪帮助行为共犯类型的研究认识往往受到误解,即被误认为在罪名独立化领域中采取了“帮助犯的特殊量刑规则”这一立场。虽然网络犯罪帮助行为共犯类型的研究前提是共犯关系成立,但共犯类型的确定并不必然排斥在共犯关系之外独立适用帮助信息网络犯罪活动罪这一罪名,同样可以采取共犯正犯化的认识思路。《刑法》第287条之二第3款的争议发生在共犯领域,那也应当在共犯领域被妥适地解决,但这并不代表该罪名只能在共犯领域来理解。所以,我们应当将罪名独立化问题与共犯类型问题分离认识。

如果认真审视《刑法》第287条之二第3款之规定,网络犯罪帮助行为绝对帮助犯的共犯类型限定似乎使刑法适用在共犯论中产生了错位的非融洽状态,即隐有规范意义虚化、逻辑悖论之虞:规范意义虚化是指想象竞合的规范适用近乎无意义;而逻辑悖论则存在两层含义,一指对同一行为进行了二次相反的定性,二指不法意涵与非难程度呈现不当的反向关联。以下疑问随之产生:将网络犯罪帮助行为的共犯类型限定于绝对帮助犯是否合理?是故,有必要通过

〔8〕 张明楷:《刑法学》(第五版)(下),同前注〔5〕,第1055页。

〔9〕 参见张明楷:《刑法学》(第五版)(下),同前注〔5〕,第1055页。

〔10〕 参见王兵兵:《“共犯正犯化”立法质疑——以帮助信息网络犯罪活动罪的增设为视角》,载《苏州大学学报(法学版)》2017年第1期,第106页。

〔11〕 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》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2017年第3期,第127页。

〔12〕 参见于志刚:《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(西北政法大学学报)》2017年第3期,第91页。

对此疑问的回应,重新反思帮助信息网络犯罪活动行为的共犯类型,以实现刑法理论体系之融洽、证成规范设置之意义。

二、绝对帮助犯认识下的理论困境

通说认为,《刑法》第287条之二第3款设立了帮助信息网络犯罪活动罪与其他犯罪之间的想象竞合规则。^[13]对该规则的具体阐述是张明楷教授率先提出的,但有关“共犯正犯化”与帮助犯“特殊量刑规则”的争议并未引起学者的关注。自2017年下半年始,陆续有学者开始关注到这一问题,但并未作为重点研究,仅是在共犯正犯化与帮助犯特殊量刑规则的争议思潮中偶有提及,并且亦未真正认识到绝对帮助犯认识下的理论困境,即上文所提及的规范意义虚化与逻辑悖论。

(一) 刑罚适用导致的规范意义虚化

在前述的限制解释认识下,关于《刑法》第287条之二第3款的适用,张明楷教授认为仅存在下述一种情形可以帮助信息网络犯罪活动罪定罪处罚:

例如,甲提供互联网技术支持的行为,仅成立网络盗窃的从犯,但正犯乙窃取他人数额巨大的财物。此时,乙与甲所适用的法定刑均为“三年以上十年以下有期徒刑”。倘若根据具体案情,认为对甲只能从轻处罚,那么,对甲就应以盗窃罪的从犯从轻处罚。倘若根据具体案情,认为对甲应当减轻处罚,由于盗窃罪的第一档法定刑轻于《刑法》第287条之二第1款的法定刑,故对于甲仍应以帮助信息网络犯罪活动罪论处。^[14]

在应当减轻处罚的情形下,盗窃罪的第一档法定刑因包括了管制之刑而较轻,进而以帮助信息网络犯罪活动罪论处在逻辑上并无不妥。但是,如果具体分析就会发现,当犯罪人能够被科处管制等刑罚时,其行为是否符合帮助信息网络犯罪活动罪中“情节严重”的要求,这不无疑问。实际上,陈洪兵教授的认识为我们提供了相应的思路,他认为虚假广告罪的从犯无法满足“情节严

[13] 以《刑法》第287条之二第3款为代表的立法规范在竞合论上存在争议性。想象竞合规则是多数学者所主张的认识,可参见梁根林:《传统犯罪网络化:归责障碍、刑法应对与教义限缩》,同前注[4],第7页;陈兴良:《快播案一审判决的刑法教义学评判》,载《中外法学》2017年第1期,第25页。亦有学者认为这是属于法条竞合关系,可参见赵云峰:《帮助信息网络犯罪活动罪的立法依据与法理分析》,载《上海政法学院学报(法治论丛)》2017年第1期,第28页。对此,陈洪兵教授认为争议并无意义,主张所谓的大竞合论立场,对法条直接适用即可。参见陈洪兵:《帮助信息网络犯罪活动罪的限缩解释适用》,载《辽宁大学学报(哲学社会科学版)》2018年第1期,第115页;陈洪兵:《〈刑法修正案(九)〉中“同时构成其他犯罪”相关条款的理解适用——“大竞合论”立场再提倡》,载《政治与法律》2016年第2期。在此,本文主张采以想象竞合的规范认识。

[14] 张明楷:《刑法学》(第五版)(下),同前注[5],第1054页。

重”的要求,故主张无须限制解释。^[15]虽然这一认识并不为本文所认同,但他对“情节严重”这一要素的关注意味着,在单量构罪的情形下,帮助信息网络犯罪活动罪与其他犯罪的罪量评价应当具有相当性。依照这一思路,在满足“情节严重”这一构成要件要素时,如果认为行为人可以盗窃罪第一档法定刑予以处罚,则帮助信息网络犯罪活动罪的定罪处罚与之并无不同,仅具有宣示性意义。

由于帮助信息网络犯罪活动罪无法适用于法定刑低于《刑法》第287条之二第1款的犯罪,同时在唯一具有适用可能的情形中也仅具宣示性意义,换言之,《刑法》第287条之二第3款规范被虚化,其适用近乎无意义。

(二) 帮助犯定位的逻辑悖论

1. 对同一行为进行了二次相反的定性

对于《刑法》第287条之二第3款的适用问题,张明楷教授提出如下认识:“行为符合第287条之二第1款的规定,同时构成另一犯罪的共同正犯,另一犯罪的法定刑高于《刑法》第287条之二第1款的法定刑时,应当按照另一犯罪的共同正犯论处。”^[16]作为“共犯正犯化”支持论者的吴情树教授亦认可这一认识:“该罪的设立并不排除该行为同时可以构成其他犯罪,只要行为人实施本条规定的行为,既可能触犯该罪,有可能触犯其他犯罪,成为其他犯罪的共同正犯或者(共同)帮助犯,从而形成想象竞合关系,要择一重罪处断。”^[17]

从表面上看,二位教授依从了“从其重罪”的适用原则,但在共犯类型的描述上,一方面将犯罪人之行为视为符合帮助信息网络犯罪活动罪之构成要件该当性的行为,暗含着帮助犯的基本定性;另一方面却又认可行为人在另一罪名下可以定性为共同正犯。疑问在于:一个行为如何能够被同时二次进行相反的共犯类型定性?虽然帮助信息网络犯罪活动罪与其他犯罪分属两个罪名,但是其行为同属于一个犯罪活动之中。无论行为所涉罪名性质如何变化,但行为本身在犯罪中的作用重要程度却是客观实在的事实,其所涉共犯类型不以意志认识为转移。显然,共犯类型的确定与具体罪名无涉。本文认为,阐述这一认识的例证即作为共犯本质问题讨论的行为共同说:共犯理论关注于行为的共同性,共犯者可以成立各自之罪名。虽然共犯理论承认构成要件该当性对正犯成立的意义,但从评价逻辑来看,形成了由整体犯行评价,经共犯类型确定,到个人责任评价的过程。整体犯行评价以单一罪名为基础评价标准,罪数论的判断

[15] 参见陈洪兵:《帮助信息网络犯罪活动罪的限缩解释适用》,同前注[13],第115页。实际上,这一认识并未解决相关的理论困境,同样会导致规范意义虚化。

[16] 张明楷:《刑法学》(第五版)(下),同前注[5],第1054页。

[17] 吴情树:《网络帮助行为入罪化路径及其适用——以帮助信息网络犯罪活动罪为中心展开》,载《人民检察》2018年第7期,第13页。

则发生在个人责任评价阶段。换言之,共犯类型的确定是发生于罪数竞合之前的,不可能通过罪数来分别确定共犯类型。从这一角度来说,对于网络诈骗行为,整体犯行评价是以诈骗罪为基础,在确定共犯者的共犯类型后,在适用罪数竞合理论分别进行个人责任评价。因此,即便共同正犯与帮助犯的区分基准众多,但遵循某一区分基准将其定位帮助犯时自然排除了共同正犯的成立。如果认为作为绝对帮助犯的网络犯罪帮助行为能够成立另一犯罪的共同正犯,实际上形成了逻辑上的悖论。

2. 不法意涵与非难程度呈现不当的反向关联

在前述于志刚教授的“统一适用”认识下,即便是法定刑低于本罪的虚假广告罪的帮助犯,也应以较重的帮助信息网络犯罪活动罪论处。但是,如若回归对区分制的最初理解,正犯与共犯的区分系基于对不法意涵的差异化认识。区分基准的形式化抑或实质化,根本目的在于合理界定共犯的范围,以期实现共犯不法意涵低于正犯的理论体系目标。非难程度是对不法意涵的规范评价,不法意涵愈强,非难程度愈高,帮助犯因不法意涵不及正犯而在非难程度上相应弱化。于志刚教授将网络犯罪帮助行为的共犯类型认定为帮助犯,同时,“统一适用”的认识却认可虚假广告罪的帮助犯可成立帮助信息网络犯罪活动罪,造成了帮助犯的量刑高于正犯的问题,这实际上表明了不法意涵与非难程度呈现不当的反向关联。在此,应当释明的是帮助信息网络犯罪活动罪的适用情形。适用情形是指与犯罪源的关系的呈现,既包括“一对一”,也包括“一对多”。从“一对多”的对接关系来看,似乎帮助行为的不法意涵可以超过正犯行为。但实际上,这一理解却是似是而非的。因为共犯类型的不法意涵反映于单一犯行中,不能以其对单一犯行之外的整体评价适用于单一犯行之中。特别是,学者们并不反对在“一对一”的对接关系中适用帮助信息网络犯罪活动罪。此时,如果网络犯罪帮助行为者仅针对正犯提供帮助,显然无法以“一对多”的对接关系理解其不法意涵。若是依旧认为网络犯罪帮助行为成立帮助犯的不法意涵高于正犯,难以论证其正当性根据,即不法意涵愈弱,非难程度愈高,这很难说是基于逻辑所得出的关联性认识。

(三) 认识延伸:困境背后的原因探析之意义

上述理论困境的产生都源于以下认识,即网络犯罪帮助行为的共犯类型为绝对帮助犯。虽然认识到这一点,但不必然能够直接解决上述困境:在解释论与立法论的刑法学研究中,基于解释优先的理念,如果能够在解释层面通过反思共犯类型使上述困境得以化解,自然是最佳选择;如果绝对帮助犯的共犯类型在逻辑层面是成立的,那或许应该在立法层面考虑规范逻辑的重塑。因此,需要追问的是,何以确定网络犯罪帮助行为的共犯类型属于绝对帮助犯?本文认为,绝对帮助犯的定性源于下述两个维度的原因:横向维度中,对于正共犯区

分基准的认识受限于形式化正犯概念的思维桎梏;纵向维度中,对于正犯体系与主犯体系两大共犯体系关系模型的建构存在认识误解。

三、横向维度的归正:形式化正犯概念的桎梏及破解

从正共犯区分基准的学术史来看,正犯概念从形式到实质的发展是理论嬗变的趋势。无论是作为德国通说的行为支配理论,还是作为日本通说的重要作用说,均属于实质化正犯概念。与之相对应的形式化正犯概念以构成要件为基础,认为“直接实施符合构成要件的定型的实行行为者是正犯,除此之外的行为加工者都是共犯”。^[18]在此,形式化正犯概念仅指严格的形式客观说。在学术史上,形式客观说经历了“严格的形式客观说”到“规范的实行行为说”的发展。前述仅以构成要件符合性为正犯认定标准的便是“严格的形式客观说”。周光权教授曾对严格的形式客观说评述道:“形式客观说坚持实行行为的观念,对于坚守罪刑法定立场具有特殊意义,但略显僵化,其可能将间接正犯以教唆犯处理,将共谋共同正犯排除在正犯之外,以帮助犯处理,造成帮助犯和共谋共同正犯的区分困难,明显不妥当。”^[19]

正是由于形式客观说在间接正犯、共谋共同正犯的正犯性解释领域的疑难,部分日本学者支持对实行行为进行规范的评价和理解,即采以规范的实行行为说。如前田雅英教授认为:“正犯是指自己实施了实行行为从而引起结果的人。不限于通过自己之手直接实行的人,‘能与此等同视之的人’也是正犯。”^[20]实际上,规范的实行行为说已经走向了实质化正犯概念。^[21]实质化正犯概念并不否定具备构成要件符合性的人成立正犯,而是在此基础上追求正犯认定范围的合理扩张,规范的实行行为说显然符合这一特性。因此,规范的实行行为说的相关支持者采取的是实质化正犯概念。

然而,由于形式化正犯概念判断更为简单明确,即便在正犯概念实质化的浪潮下依旧具有一定的学术市场:在中国语境下,形式化正犯概念并未式微,相反与实质化正犯概念呈现分庭抗礼之势。形式化正犯概念的影响可谓深远:从下文的论述中我们可以观察到,不仅其支持者以此为理论基础构建了双层区分制这一共犯体系关系模型,同时,即便是以实质化正犯概念构建自身共犯理论

[18] 陈家林:《外国刑法理论的思潮与流变》,中国人民公安大学出版社、群众出版社2017年版,第502页。

[19] 周光权:《行为无价值论的中国展开》,法律出版社2015年版,第289页。

[20] 前田雅英:《刑法总论讲义》(第六版),曾文科译,北京大学出版社2017年版,第287页。

[21] 参见同前注[20],第288页注释部分;蔡桂生:《构成要件论》,中国人民大学出版社2015年版,第381页。特别应当注意的是,在前述著作注释部分中,前田雅英教授作了如下论述:“必须实质地理解‘实行行为’。此外,也可以表述为行为人必须在一定程度上支配着结果的发生。在此意义上,认为支配了行为的人是正犯的行为支配说,与此并没有实质性差异。”

的学者也不免受制于这一思维桎梏。在此一部分,仅先对实质化正犯概念的相关论者的思维桎梏展开论述。

虽然诸多学者在论述时并未明确提及何以认为网络犯罪帮助行为的共犯类型为绝对帮助犯,但还是有论者为我们展示了一种“显而易见”的逻辑:

重回法条,我们可以发现,当行为人在明知他人利用信息网络实施犯罪时,不管是为他人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,还是提供广告推广、支付结算等帮助,都显而易见地带着共同犯罪中帮助犯的影子,或者可以这样说,行为人的上述行为在实质上就是共同犯罪中的帮助行为。^[22]

这一论断隐隐将网络犯罪帮助行为与帮助犯二者间的“帮助”一词含义同一化,带有形式化正犯概念之烙印。无论是提供互联网接入、服务器托管、网络存储、通讯传输等技术支持,还是提供广告推广、支付结算等帮助,由于均不完全具备构成要件符合性,故而被归入帮助犯之范畴。这一印象可以追溯至对网络本体意义的把握。

网络通过对犯罪对象、犯罪工具、犯罪空间的影响,进而体系性地改变刑法的认知,网络犯罪帮助行为主要涉及关于犯罪工具与犯罪空间的认知。纯粹以是否属于提供工具、空间为标准认定是否成立帮助犯,这显然是形式化正犯概念的理解。虽然张明楷教授就正共犯区分标准采取“犯罪事实支配理论”,即实质化正犯概念,认为“犯罪事实支配理论与重要作用说并没有明显区别”^[23],但是他对帮助犯进行细化区分时显然依旧受制于形式化正犯概念的思维桎梏:将提供犯罪工具、犯罪场所等物质性层面视为有形之帮助行为,将提供建议、强化犯意等精神层面视为无形之帮助行为。^[24]无论是犯罪工具还是犯罪空间,传统帮助犯的认定以行为的非必要性的核心理念,这一思维惯性延续至网络犯罪帮助行为的共犯类型认定。在形式化正犯概念认识下,提供工具并非符合构成要件之行为,无论有无,犯罪依旧可以实施。网络工具化致使甲故意为乙提供通讯软件这一网络工具用以群发诈骗信息、实施诈骗行为时,诈骗本身可以不通过网络而实施,甲提供工具这一行为仅仅只是对犯罪的实施有所加功而非决定性作用。网络作为犯罪空间的帮助犯认定亦遵循了这一思考路径。

虽然实质化正犯概念是为了解释间接正犯、共谋共同正犯的正犯性而诞生的,但是其实质化的区分标准导致在一般共同正犯与帮助犯的区分范围上亦与

[22] 张春:《刑法修正案(九)第二十九条规定的网络犯罪问题研究》,载《人民司法(应用)》2016年第19期,第87页。

[23] 张明楷:《刑法学》(第五版)(上),法律出版社2016年版,第392页。

[24] 参见同前注[23],第419页。

形式化正犯概念不同。以实质化正犯概念的视角来看,形式化正犯概念可能不当地弱化了犯罪工具、空间的不法意涵强度,致使本应被认定为共同正犯的参与者被认定为帮助犯。在形式化正犯概念的理解下,犯罪过程被抽象化,关注焦点集中于实行行为人本身而在有意无意间淡化了对其他犯罪参与者的形象描述。这种强调与淡化的比对意在突出实行行为在犯罪过程中的作用重要性,从而形成了“非实行行为”弱不法意涵的固化印象。但是这一固化印象未必准确,网络空间的理解即是例证:网络空间显然属于非实行行为大量发生的场所,但这些行为依旧可能具有强不法意涵。在不作为犯领域的义务来源论述中,张明楷教授明确提出,当法益的危险发生在行为人支配领域,且行为人可以排除危险时,肯定其具有实质的法义务。^[25]但是,张明楷教授显然没有将这一认识贯彻于对网络空间的不法意涵认识。网络运营者可能因对自身所有的网络空间具有绝对的管理权限而表明对空间的支配力达到了可以排除危险性的程度,在明知他人犯罪而以不作为方式提供帮助,无法否定其具有实质的法义务。在此,对危险性的排除支配意味着,一旦履行作为义务则犯罪无法实现,从而行为人可能成立不作为的共同正犯。如果依旧固守提供犯罪工具、空间成立帮助犯的刻板印象,必然导致认定进程在一定情形下不当弱化行为的不法意涵,从而有违罪刑均衡原则。

面对形式化正犯概念的思维桎梏,破解之道显然在于坚持和贯彻实质化的正犯概念。虽然对于实质化正犯概念之理解存在犯罪事实支配理论、因果流程支配理论、结果原因支配理论等诸多学说,但其核心概念均以行为对犯罪的作用重要性即支配性为基础性认识。即便是雅各布斯所主张的看似与许内曼的结果原因支配理论截然相反的管辖理论,其实际上亦是“以支配思想为基础”。^[26]但是,这并不意味着对支配理论的理解具有一致性,特别是以对共谋共同正犯承认与否的问题为代表,德日两国的学术通说对支配性的含义理解存在重大的差异性。作为德国犯罪事实支配理论的集大成者,罗克辛对于共同正犯的界定的时点限定于实施阶段,他认为“只有在实施过程中发挥共同塑造作用的人,才能共同支配实施过程”。^[27]虽然机能性支配的理解意味着共同正犯并不一定要分担实行行为的一部分,但一定要在实行阶段参与到犯罪过程之中(如在实行行为人实施犯罪时进行远程通讯指导)。显然,在罗克辛所主张的犯

[25] 参见同前注[23],第158页以下。

[26] 孙运梁:《从因果支配走向客观归责——不纯正不作为犯的归因与归责》,载《法学评论》2016年第2期,第103页。

[27] 克劳斯·罗克辛:《正犯与犯罪事实支配理论》,劳东燕译,载陈兴良主编:《刑事法评论》第25卷,北京大学出版社2009年版,第53页。

罪事实支配理论中,并无共谋共同正犯存在的空间。^[28]然而,日本司法与理论所承认的共谋共同正犯,其发生时点在实施阶段之前,这一概念体现出日本刑法对于机能性支配的理解则更加实质化。如山口厚认为局限于实行行为的分担型共同正犯带有形式正犯概念的色彩,对于共谋共同正犯的解释应当着眼于实质正犯概念更为合适。^[29]高桥则夫更是明确地指出,实质正犯概念下支配性的判断阶段不能仅局限于实行阶段,“应当根据犯罪的实施过程(预备阶段、未遂阶段、既遂阶段),在各个时点,来判断应将各个共动者归属为何种类型”。^[30]面对将共谋共同正犯概念引入中国刑法学的学术倡议^[31],一直存在反对的声音。观察其内在的认识逻辑,反对理由大致可分为两派:其一是立足于罗克辛的犯罪事实支配理论而反对共谋共同正犯^[32];其二是承认共谋共同正犯认定标准与中国刑法学组织犯主犯认定的同质性,只不过是因正犯体系与主犯体系的关系问题而不得不排斥其在中国刑法学语境下的引入^[33],或是认为其概念的引入并无实益。^[34]后者成为共谋共同正犯否定论的主流认识。从这一角度来说,日本学者对于支配理论判断更加契合中国刑法学的认识。对于后者所认为的引入障碍,后文将试图建构更为合理的共犯体系关系模型以对其加以化解。

综上所述,支配性的认定标准包括观察共犯者对犯罪发生的影响程度、在

[28] 参见廖北海:《德国刑法学中的犯罪事实支配理论研究》,中国人民公安大学出版社2011年版,第202页;同前注[27],第53页。在此,应当注意的是德国学术通说与司法认识的割裂。在2015年一则对卢旺达种族大屠杀的判例中,对于被告人作为市长传达屠杀命令行为的判断,检察机关以间接正犯起诉,法兰克福州高级法院认定其成立帮助犯,德国联邦普通法院第三刑事法庭则最终以共同正犯定罪处罚。检察机关关于间接正犯的起诉意见正是根据罗克辛的理论所得出的结论,但德国司法的最终结论明显承认此种情形下共同正犯的成立。参见后藤启介「ジェノサイドにおける「行為支配」と「破壊する意図」:ドイツ連邦通常裁判所ルワブコンベ事件判決を契機として」,《亜細亚法学》2017年52卷1号,108页以下。

[29] 参见山口厚:《刑法总论》(第三版),付立庆译,中国人民大学出版社2018年版,第335页以下。

[30] 高桥则夫:《共犯体系和共犯理论》,冯军、毛乃纯译,中国人民大学出版社2010年版,第268页。根据其注释内容,“一般认为,未遂阶段等于实行的着手时期。但是,也可能个别地考虑,就会认为,即使存在实行行为,也尚未达到未遂阶段”。

[31] 参见刘艳红:《共谋共同正犯的理论误区及其原因》,载《法学》2012年第11期;刘艳红:《共谋共同正犯论》,载《中国法学》2012年第6期。

[32] 参见方军:《共谋共同正犯否定论》,载《政治与法律》2015年第5期。

[33] 参见刘明祥:《从单一正犯视角看共谋共同正犯论》,载《法学评论》2018年第1期;陈洪兵:《二人以上共同故意犯罪”的再解释——全面检讨关于共同犯罪成立条件之通说》,载《当代法学》2015年第4期;姜涛:《事前通谋与共同犯罪成立》,载《中国刑事法杂志》2014年第5期;阎二鹏:《共谋共同正犯理论中国化的障碍及其解释对策》,载《中外法学》2014年第4期;刘芳、王志远:《日本共谋共同正犯理论困境、成因及其启示》,载《辽宁大学学报(哲学社会科学版)》2011年第1期。

[34] 参见张开骏:《共谋共同正犯理论的反思》,载《中国法学》2018年第6期。

犯罪中的参与程度和对危害结果的贡献程度。这意味着,实质化正犯概念的认定并不仅仅限于事中犯罪参与程度的考察,同样对事前犯罪计划的形成、事后危害结果的实现等予以考量,共犯者在任一时间段内具有实质的作用重要性,即可被认定为正犯。与之相对应的,如果在这三个时间段内均无法确认其共犯者的作用重要程度已达到正犯成立的最低限度,则仅能将其认定为共犯。在此认识的基础上,共谋共同正犯的成立即是因其对犯罪发生的影响程度而具有支配性地位。对于网络犯罪而言,刑法显然不能再因行为人作为工具、空间的提供者而径直认定其成立帮助犯,而是必须在具体案情中考察行为人的行为是否对犯罪具有支配性及其程度。这种支配力在结果实现这一阶段中体现得最为明显:对于正犯而言,虽然结果实现具有偶然性,但结果实现之要素依旧由正犯所支配,无帮助犯之行为亦不影响结果的实现;对于结果实现阶段的共同正犯而言,正是因共同支配了这一“实现”的结果性要素而成立其正犯性。前文已述,网络犯罪帮助行为具有极大的社会危害性,表现之一即危害范围的扩张,这是由结果实现的角度所产生的认识。传统犯罪可能因网络犯罪帮助行为而异化致使结果实现的泛化,从这一角度来说,没有网络犯罪帮助行为就没有泛化的结果实现。因此,应当承认网络犯罪帮助行为亦可能在犯罪过程中具备支配性而构成共同正犯。

四、纵向维度的选择:共犯体系关系模型的误解及其澄清

在形式化概念理解下,面对将网络犯罪帮助行为共犯类型的帮助犯认识,相关支持者或许不以为然。这一认识产生的缘由可以追溯至共犯体系关系模型的建构。共犯体系关系模型的建构是中国刑法共犯论中的独特问题,其核心问题在于,正犯体系与主犯体系存在何种关系?

面对这一问题,我们需要回归对正犯体系和主犯体系的区分基准进行理解。主犯和从犯以作用重要性为区分基准,被称为“作用分类法”。而对于正犯与从犯的区分基准,形式化正犯概念采以“分工分类法”之称谓,实质化正犯概念则实际采用了“作用分类法”的含义理解。正犯体系认识的不同导致了学者对中国刑法共犯体系的不同认识:通说认为刑事立法采取了混合分类法,以作用分类法为主,兼采分工分类法^[35];如张明楷教授、杨金彪博士等学者则认为仅是采取了作用分类法,正犯即主犯,帮助犯即从犯。^[36]这进而影响了双方对共犯体系关系模型的构建。在主流争论中基本形成了两种共犯体系关系模型:

[35] 参见马克昌主编:《刑法》(第四版),高等教育出版社2017年版,第141页以下;高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第六版),北京大学出版社、高等教育出版社2014年版,第172页。

[36] 参见同前注[23],第450页;杨金彪:《分工分类与作用分类的同一——重新划分共犯类型的尝试》,载《环球法律评论》2010年第4期,第56页。

其一是交叉型关系模型,正犯与主犯之间非对应关系而是呈现交叉现象:正犯既有可能是主犯,也有可能是从犯,共犯亦然;其二是重合型关系模型,将主犯等同于正犯,从犯与胁从犯等同于帮助犯。^[37]其中,交叉型关系模型又根据犯罪参与体系的不同而分为单一正犯概念的交叉型关系模型,以及形式化正犯概念的交叉型关系模型。由于帮助犯属于二元犯罪参与体系下的概念,而单一正犯概念的交叉型关系模型采取的是一元犯罪参与体系,其所谓的“交叉”不过是形式上的交叉,实则排斥正犯体系,展现的是一种人为将二者体系强行进行比较与关联的思考逻辑。因此,在此仅讨论形式化正犯概念的交叉型关系模型如何影响网络犯罪帮助行为成立帮助犯的绝对定位。

实质化正犯概念致使正犯体系与主犯体系的判断标准趋同,但在通说地位的竞争中却未能胜过形式化正犯概念下的交叉型关系模型,归根结底在于重合型关系模型的弊端未能得到妥当解决。虽然重合型关系模型论者试图将正犯与主犯、帮助犯与从犯实现完全对应,但却承认了刘明祥教授的批判:“在德国和日本实行犯必定被认定为正犯,但在我国并不一定就是主犯,还可能成为从犯甚至是胁从犯。”^[38]在“正犯即主犯”的逻辑下却又承认正犯可以成立从犯,其矛盾之处显而易见。^[39]张明楷教授亦是承认:“应当注意的是,我国刑法与司法实践中关于主从犯的区分基准,比国外的正犯、教唆犯与帮助犯的区分基准更为实质。所以,在国外属于共同正犯的,在我国依然可能仅成立从犯。”^[40]但是,主犯体系何以更为实质的疑问却并未得到确切解答。从表面的逻辑自洽角度而言,重合型关系模型因这一缺陷而不敌形式化正犯概念下的交叉型关系模型。

因此,钱叶六教授在形式化正犯概念的交叉型关系模型认识下构建了“双层区分制”的共犯理论:将分工分类法作为第一层次,以正犯体系理论解决共犯者的定罪问题;将作用分类法作为第二层次,以主犯体系理论解决共犯者的量刑问题。^[41]因此,定罪过程中被认定为正犯的共犯者,可能在量刑过程中依照从犯之规定予以处刑。与德日刑法理论相比,双层区分制理论更具中国刑法独特的本土化意味:钱叶六教授强调德日刑法的单一区分制混淆了共犯定罪和量刑的功能与界限,远不如双层区分制理论在量刑问题上的灵活和圆满。^[42]在双层区分制的理解下,网络犯罪帮助行为的帮助犯认定如喻海松博士所言那般顺理成章:

[37] 参见周啸天:《正犯与主犯关系辨正》,载《法学》2016年第6期,第119页。

[38] 刘明祥:《主犯正犯化质疑》,载《法学研究》2013年第5期,第116页。

[39] 参见钱叶六:《双层区分制下正犯与共犯的区分》,载《法学研究》2012年第1期,第134页。

[40] 同前注[23],第450页。

[41] 参见同前注[39],第127页。

[42] 参见同前注[39],第129页。

与传统犯罪不同,网络环境中的帮助犯在共同犯罪中所起的作用具有一定的特殊性和复杂性,并非只起次要和辅助作用,也可能起主要作用。因此,对于行为人帮助他人实施刑法第二百八十五条、第二百八十六条规定的行为的,应当根据其其在共同犯罪中的作用予以认定,既可以认定为主犯,也可以认定为从犯。^[43]

显然,双层区分制理论将帮助犯的认定形式化,不再与不法意涵相勾连,转而建立主犯与不法意涵强弱之间的对应关系。在此认识下,于志刚教授对《刑法》第287条之二第3款的适用解释成为可能:帮助信息网络犯罪活动罪的帮助犯认识仅仅是一种形式性表达,因其在虚假广告等犯罪活动中的强不法意涵而可能被认定为主犯,从而被追究更为严厉的刑罚。

虽然坚持中国刑法的理论自信与本土化思潮是法学研究所应当坚持的一种应然态度,但是,双层区分制理论却走向了另一种极端:对共犯体系功能的曲解。这种曲解表现为将定罪与量刑进行阶段性的绝对分离,从而赋予正犯体系与主犯体系单功能意义。对于共犯体系的作用,金阿普菲尔(Kienapfel)提出了“共动二重性”一说,其认为:

共动者(参与者)的法律规制存在两个基本问题。第一,是构成要件的范围问题,即从多种多样的共动者中使谁成为可罚的问题。第二,是量刑问题,即适应各共动者的不法、责任进行适当的量刑及刑罚的个别化是否可能的问题。^[44]

可以看出,在金阿普菲尔的理论构造中,赋予了共犯论定罪与量刑的双重功能。二元犯罪参与体系由于认为各共犯者在不法层面存在性质差异,故而设置了共犯体系根据犯行性质由重到轻的落差走向。由于定性上的差异,基于罪刑均衡之原则,量刑上的差异成为必然。然而,双层区分制理论的论者却并未看到这一逻辑的顺承,忽视了定罪对量刑的作用之所在。机械地结合正犯体系与主犯体系,这一方式实际上将正犯体系进行了虚化,名义上通过正犯体系揭示参与者以何种形式参与共同犯罪。但这一揭示并无实际意义,正犯体系所发挥的作用却是与一元犯罪参与体系的定罪功能相当,其所本应承载的量刑功能

[43] 喻海松:《〈关于办理危害计算机信息系统安全刑事案件应用法律若干问题的解释〉的理解与适用》,载《人民司法(应用)》2011年第19期,第32页。

[44] 同前注[30],第17页。对于共犯论的双重功能,国内学者亦有所认识,参见同前注[37],第123页。

却未在定罪阶段发挥作用,单凭主犯体系自由裁量,量刑过程亦是略显粗糙。^[45]相较于双层区分制理论迫使量刑阶段单一化的理解,传统共犯体系的双功能认识实际上将量刑阶段双层次化:在定罪阶段实现第一层次的初步量刑;在量刑阶段于初步量刑的范围内进行第二层次的精细量刑。这一优势在于限制了法官的自由裁量权,降低量刑的任意性;在形式限制下实现对实质的综合判断总好过仅从实质侧面所进行的量刑擅断。欲使正犯体系与主犯体系在理论和实务中实现真正协调,必须正视共犯体系的“共动二重性”。如果人为对共犯体系的不同形式限定性地赋予不同的功能,从而试图形成一个新的共犯体系,有可能仅仅是机械的理论构造,乃至造成“四不像”的不良后果。

直言之,上述批评的目的显然在于提倡实质化正犯概念。然而,以实质化正犯概念为基础构建的重合型关系模型的弊端始终是难以回避的。对此,周啸天教授站在坚定的实质化正犯概念立场上提出,在违法与责任的犯罪论体系层面理解正犯体系与主犯体系的关系,构建所谓的“递进式关系模型”,即在违法层面适用正犯体系,在责任层面适用主犯体系。^[46]正如前述,重合性关系模型的主张者如张明楷教授并未有效地阐释主犯体系与正犯体系在实质化判断标准上有什么差异,对这一差异性特征的辨析终究需要回归共犯体系的适用层面予以认识。张明楷教授强调了“共同犯罪是不法形态”^[47]的重要观念,周啸天教授却一针见血地指出主犯体系何以更为实质:“我国主犯、从犯的划分更为实质,其不仅包含违法的内容,而且包含责任的内容,例如,胁从犯就是因为期待可能性的减少而获得了量刑优待。”^[48]传统的正犯体系被适用于违法层面,认为正犯与共犯的差异在于违法性的不同,责任对于共犯类型的区分并无意义;而区分制下的主犯体系更关注责任对共犯类型的影响。^[49]正是由于对责任的

[45] 张开骏博士曾尖锐地指出一元犯罪参与体系的弊端,强调了区分过程的不可避免性,即量刑本身就需要对共犯者进行类型区分以适用轻重不同之刑罚,一元犯罪参与体系不仅扩张了法官的自由裁量权,更将区分任务由定罪阶段拖延至量刑阶段,表现了其量刑过程之粗糙。参见张开骏:《区分制犯罪参与体系与“规范的形式客观说”正犯标准》,载《法学家》2013年第4期,第59页。

[46] 参见周啸天:《共犯与身份论的重构和应用》,法律出版社2017年版,第212页以下。

[47] 同前注[23],第383页。

[48] 同前注[37],第122页。

[49] 可以说,正是由于误将正犯体系与主犯体系置于同一层面进行比较认识,已经成为一种学术常态,不仅中国刑法学者迷失其中,即便是作为局外人的日本学者也对此疑惑不解。参见高铭喧:《中日两国刑法典总则若干问题比较研究》,载赵秉志主编:《刑法论丛》(2017年第3卷总第51卷),法律出版社2018年版,第344页;〔日〕大谷实:《日本刑法中正犯与共犯的区别——与中国刑法中的“共同犯罪”相比照》,王昭武译,载《法学评论》2002年第6期。由于这一原因导致中国刑法学共犯论研究的混乱,面对规定主从犯的中国刑法规范,无论是一元犯罪参与体系论者还是二元犯罪参与体系论者,均以此为由论证其犯罪参与体系的成立,其缘由正是由于主从犯的认定发生在责任层面,犯罪参与体系却是在不法层面的判断。

关注,正犯体系下的共同正犯因责任的减少而在主犯体系下可能被认定为从犯。“递进式关系模型”在违法层面主张共犯是从犯、主犯是正犯,随后于共同正犯之中根据责任大小进一步区分主从犯。^[50]因此,虽然“正犯不一定是主犯,但主犯一定是正犯”^[51],共同正犯可能成立从犯。^[52]

在此认识下,共同正犯与帮助犯的区分与中国刑法中的从犯规定相关联:所谓起辅助作用之从犯即帮助犯,起次要作用之从犯即共同正犯。《刑法》第27条第2款规定:“对于从犯,应当从轻、减轻处罚或者免除处罚。”在此规定下,混淆的从犯概念容易致使法官的量刑判断过于随意。根据递进式关系模型的相关原理,共同正犯之支配力与正犯相当,对其适用同一的法定刑是规范适用下逻辑推导的结论,在责任层面根据其大小而对共同正犯之从犯予以从轻处罚,其处罚仍与正犯处于同一法定刑内。实际上,起次要作用之从犯的量刑与起辅助作用之从犯的量刑是在两个不同的量刑幅度内进行的:起次要作用之从犯对应从轻处罚之情节,起辅助作用之从犯对应减轻、免除处罚之情节。应当说,这一对应关系是二元犯罪参与体系所必然得出的结论。正犯与共犯的区分系因其不法意涵存在质的差异性,对于非难程度即量刑亦应体现这一差异性。根据我国《刑法》第62条、第63条之规定,从轻处罚应当在法定刑限度内进行,减轻处罚是指在法定刑以下进行量刑。对起辅助作用之从犯减轻处罚实际上正是体现了正犯与共犯二者质的差异,从轻处罚关注量的差异,从而对应共同正犯之量刑。因此,如果主犯的量刑处于第二量刑幅度,起辅助作用之从犯量刑处于第一量刑幅度;如果主犯的量刑处于第一量刑幅度,起辅助作用之从犯则减等处罚或免除处罚。如张明楷教授所主张的那般:“在犯罪只有一个量刑幅度(一个法定刑)的情形下,减轻处罚没有格的限制,而且可能减为更轻的刑种。”^[53]如果第一量刑幅度仅规定科处有期徒刑,减轻处罚即对起辅助作用之从犯科以拘役之刑。因此,共同正犯之从犯在初步量刑阶段中确定与正犯保持同一法定刑范围内,在精细化量刑阶段适用从轻处罚的量刑情节,最终确定具体刑罚。对于共同正犯之主犯,后续论述中将涉及具体的量刑规则,此处暂不赘述。

五、共犯类型认识的重释——兼及量刑规则

通过上述对形式化正犯概念桎梏的突破与共犯体系关系的澄清,笔者已然

[50] 参见同前注[37],第123页以下。

[51] 同前注[37],第128页。

[52] 关于部分教唆犯在中国司法中存在被认定为主犯的情形,似乎并不符合主犯是正犯的论断。对此,周啸天教授指出:“教唆未成年人的教唆犯,因为属于共同正犯从而有可能被评价为主犯。”参见同前注[37],第128页。

[53] 同前注[23],第581页。

采取了以实质化正犯概念为基础的递进式共犯体系关系模型,并以此为基础重新认识网络犯罪帮助行为的共犯类型。事实上,对于绝对帮助犯之观点的质疑已经表明了本文的基本结论:网络犯罪帮助行为存在成立共同正犯的可能情形。

需要再次强调的是,即便主张帮助信息网络犯罪活动之行为成立共同正犯,根据对此罪名侵害法益是否具有独立性的不同理解,基于“共犯正犯化”的立场也可能成立“共同正犯独立化”的主张,而立足于帮助犯的“特殊量刑规则”同样可能产生“共同正犯的特殊量刑规则”这一认识。正如前述,本文的研究认识仅限于行为危害性领域的理解,实际并未对罪名独立化的问题予以表态。

实质化的正犯概念以及共同正犯的共犯类型立场,实际上重新审视了网络犯罪帮助行为与帮助信息网络犯罪活动行为之间的关系。前文已述,于志刚教授将帮助信息网络犯罪活动罪视为网络犯罪帮助行为的兜底性条款,这意味着网络犯罪帮助行为与帮助信息网络犯罪活动行为系等同关系,但这未必是正确的认识。基于网络犯罪帮助行为与帮助信息网络犯罪活动行为的概念等同性,郭自力教授自言非共犯正犯化论者,其根源在于该论者所认定的帮助信息网络犯罪活动行为突破了共犯的限制而试图将共同正犯纳入其中,既可以成立帮助犯,也可以成立共同正犯。^[54]虽然郭自力教授突破了其他学者的认识桎梏,但仍在“帮助”的语义上存疑。在共犯不法意涵与非难程度呈正向关联的认识基础上,这种涵括式的共犯类型描述实际上对应于成立法定刑高于帮助信息网络犯罪活动罪的犯罪之情形,但却无法解释下述疑问:为何在成立法定刑低于帮助信息网络犯罪活动罪的犯罪之情形下,否定帮助犯的成立而只能认定其共同正犯的成立?再者,如前文所述,将帮助信息网络犯罪活动罪视为帮助犯的情形范围极其狭窄,想象竞合的适用意义近乎于无,帮助信息网络犯罪活动罪的罪名适用主要依赖于共同正犯的成立情形。与其赋予无意义的象征性内容,不如直接明确限缩其适用范围。由此,认为帮助信息网络犯罪活动行为仅成立共同正犯理应是更为妥适的结论。将帮助信息网络犯罪活动罪的成立范围限缩至共同正犯之情形,实际上意味着将网络犯罪帮助行为与帮助信息网络犯罪活动行为的概念相分离,使后者成为前者的下属概念,同样符合所谓“网络犯罪帮助行为存在成立共同正犯的可能情形”的论断。

面对郭自力教授关于帮助信息网络犯罪活动罪共同正犯认定可能的理解,刘仁文教授与杨学文博士曾批评道:“我们认为,对罪刑均衡的积极追求当然无可厚非,但是对法条进行解释的时候,还是应当限定在刑法用语可能的语义范

[54] 参见郭自力、陈文昊:《帮助信息网络犯罪活动罪的教义学阐释》,载《通化师范学院学报》2017年第1期,第73页。

围之内为妥,不能以破坏罪刑法定原则为代价换取罪刑均衡。”^[55]虽然本文对帮助信息网络犯罪活动罪共犯类型的具体认识与郭自力教授不同,但依旧面临这一批评的诘问。显然,前述批评的隐含条件是对于“帮助”的日常用语的语义范围相较于刑法用语的语义范围更为狭窄,但这一“条件”并不准确。刑法用语的语义以日常用语为基础坐标进行理解,这是毋庸置疑的,但刑法用语与日常用语的语义范围也往往不相一致,呈现了交错形态:一方面可以通过扩大解释向外延伸,另一方面也可以通过限制解释向内收缩。对于“帮助”的语义,刘仁文教授与杨学文博士将共同正犯的理解视为类推解释而予以批评,但郭自力教授的理解在本文看来则恰恰是一种平义解释,而笔者所主张的共犯类型限于共同正犯的理解则是一种限制性的解释方向。社会民众在日常生活中对“帮助”赋予了更为广泛的含义:分担实行行为的共同行为在社会民众理解中属于“互帮互助”的行为,刑法中认为成立共同正犯,这正是日常用语在语义范围中较之刑法用语更为广泛的例证。再如,甲用手按住乙的双手并捂嘴,丙撕烂并脱下乙的长裤实施奸淫。^[56]在此案例中,法院采取了“被告人甲帮助被告人丙完成犯罪行为”的表述,但显然甲的行为在刑法理论上应当被评价为共同正犯而非帮助犯,可见“帮助”含义之广泛,其外延涵括了共同正犯之行为。因此,将帮助信息网络犯罪活动罪的共犯类型解释为共同正犯并未超出刑法用语的语义范围。

循此逻辑,对张明楷教授限制解释的质疑亦能得以进一步展开。详言之,限制解释以两个前提为基础:一是帮助犯之量刑低于正犯,二是共同正犯与其他共同者应在同一法定刑下量刑。对于这两个前提,前者应当贯彻,后者则应予重构。对于前提之一,由于帮助犯的不法意涵弱于正犯,其非难程度自然相应降低。如果一方面认为帮助犯的不法意涵弱于正犯,另一方面又采以高于正犯的量刑,自然有违罪刑相适应之原则。在此意义上,当网络犯罪帮助行为成立虚假广告罪等法定刑较低的犯罪的帮助犯时,自然无帮助信息网络犯罪活动罪的适用余地。

对于前提之二,其基本逻辑为:共同正犯以“部分实行全部责任”为原则,故各共同正犯承担相同之责任,在此基础上依照刑法规定的处罚原则区分对待。^[57]这一逻辑背后隐含着各共同正犯的作用重要性相当之判断。但是正如前述,网络语境下,传统犯罪的危害性因网络犯罪帮助行为而发生重大变化,既表现为犯罪频率的增长,也表现为危害范围的扩张。正犯固然为犯罪的实施贡献了重要作用,而网络犯罪帮助行为的共同正犯完全可能在作用重要性上更甚

[55] 同前注〔11〕,第127页。

[56] 参见云南省普洱市中级人民法院(2016)云08刑终100号刑事判决书。

[57] 参见同前注〔23〕,第395页以下。

于正犯。在笔者看来,这是一种通过设置共同正犯特殊量刑规则的立法技术,是在逻辑上具有融贯性的立法选择。之所以能利用此立法技术在量刑上实现突破,其解释在于,立法承认原正犯规范对共同正犯于一般情形下对不法意涵在非难程度上的准确反映,但在网络语境的特殊情形下,网络犯罪帮助行为的共同正犯之不法意涵高于其他共同正犯,原正犯规范的法定刑不足以充分评价其不法意涵,因此进行特殊立法突破原正犯规范的法定刑限制以实现评价的充分性。虽然张明楷教授基于罪刑均衡原则而主张限制解释,但也认同罪刑法定原则事实上可以包含罪刑均衡原则。^[58]特殊量刑规则的立法技术的适用使共同正犯的量刑可以超过其他共同者的法定刑,既满足了罪刑均衡原则,也符合罪刑法定原则的要求,无须进行限制性解释。^[59]

综上所述,《刑法》第287条之二第3款的具体适用规则可以阐述如下。

【例1】甲实施虚假广告宣传犯罪,乙为其提供广告推广。

【例2】甲实施电信诈骗犯罪,数额巨大,乙为其提供互联网技术支持,丙负责后勤工作。

在**【例1】**中,虚假广告罪的法定刑低于帮助信息网络犯罪活动罪,乙成立虚假广告罪的共同正犯和帮助信息网络犯罪活动罪,根据“从一重罪”之规定,应以帮助信息网络犯罪活动罪定罪处罚。即,甲因虚假广告罪可能被判处二以下有期徒刑,乙则因帮助信息网络犯罪活动罪可能被判处三以下有期徒刑。

在**【例2】**中可以确定的是,甲成立诈骗罪的正犯,且应以主犯认定处诈骗罪的第二量刑幅度,丙成立帮助犯,且以起辅助作用之从犯认定处第一量刑幅度。此时,乙的行为被认定为何种共犯类型直接影响了对乙的具体量刑。如果依照通说认识而认定网络犯罪帮助行为为绝对帮助犯,那么乙和丙同为起辅助作用之从犯,在诈骗罪的第一量刑幅度内予以量刑。如果认定乙成立共同正犯,乙同时成立诈骗罪(共同正犯)与帮助信息网络犯罪活动罪。诈骗罪之共同正犯的量刑为第二量刑幅度,法定刑高于帮助信息网络犯罪活动罪,根据“从一重罪”之规定,以诈骗罪定罪处罚。此时,甲乙同处于第二量刑幅度,丙处于第一量刑幅度。然后再看责任层面,结合乙是否具备责任轻缓事由而权衡甲乙作用之大小。如果乙成立共同正犯之从犯,则应当在法定刑限度内从轻处罚;如果乙成立共同正犯之主犯,与甲的量刑相当。

就此而言,帮助信息网络犯罪活动罪的共犯类型直接影响了行为人的具体量刑适用。回到网络犯罪帮助行为本身来说,我们应当区分其与帮助信息网络犯罪活动行为的差异,避免形式化的绝对理解。在绝对帮助犯的视角下,网络

[58] 参见同前注[23],第55页注释部分。

[59] 此处所使用的“特殊量刑规则”这一用语并不代表本文采取张明楷教授在罪名独立化问题上的立场,只是意在表明量刑变化。

犯罪帮助行为永远以起辅助作用之从犯的形式存在,从而与主犯分处于两个不同量刑幅度之中。相反,在区分定性的立场之下,网络犯罪帮助行为既可能因其未达到情节严重之程度而成立帮助犯,也有因其对犯罪结果的支配而成立共同正犯,由是,帮助信息网络犯罪活动罪的共犯类型应被认定为共同正犯更为妥适。

(审校编辑 邵博文)