

帮助信息网络犯罪活动罪与共犯之“明知”比较

赵漪萍

华东政法大学, 刑事法学院, 上海
Email: zhaoyiping4747@sina.com

收稿日期: 2021年4月27日; 录用日期: 2021年6月4日; 发布日期: 2021年6月11日

摘要

《刑法》第287条之二规定的帮助信息网络罪活动罪中有关“明知”的认定, 首先要先明确本罪的性质。认为本罪是帮助犯的量刑规则, 则该罪所要求的“明知”与帮助犯的成立要求并无二致; 认为本罪是帮助犯的正犯化, 则该罪所要求的“明知”应根据故意的一般规则来予以明确。在不同视角下, 第287条之二的适用效果可以从反面解释自身的理论逻辑, 从刑事政策打击网络犯罪的目的来看, 共犯正犯化更加有利于刑事政策目的的实现。

关键词

帮助信息网络犯罪活动罪, 明知, 共犯

The Comparison of “Knowing” between the Crime of Helping Information Network Crime and Joint Crime

Yipping Zhao

School of Criminal Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai
Email: zhaoyiping4747@sina.com

Received: Apr. 27th, 2021; accepted: Jun. 4th, 2021; published: Jun. 11th, 2021

Abstract

The identification of “knowing clearly” in the crime of helping information network activities sti-

pulated in Article 287 bis of the Criminal Law should first clarify the nature of the crime. If this crime is considered to be the sentencing rule of aiding the offender, the “knowing” required by this crime is the same as the establishment requirement of aiding the offender. If the crime is considered to be the criminalization of aiding the offender, the “knowing” required by the crime should be clarified according to the general rule of intent. From different perspectives, the application effect of Article 287 bis can explain its own theoretical logic from the opposite side. From the perspective of the purpose of criminal policy to crack down on cybercrime, the accomplice criminalization is more conducive to the realization of the purpose of criminal policy.

Keywords

The Offence of Assisting Cybercrime, Knowing, Joint Crime

Copyright © 2021 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

《刑法》第 287 条之二规定了帮助信息网络犯罪活动罪¹，《刑法修正案(九)》自规定了这一罪名后，学界对于这一罪名的性质问题一直纷争不断，司法实务对该罪的处理也存在着较为混乱的局面。2019 年 10 月 21 日最高人民法院、最高人民检察院公布《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》(以下简称《解释》)，“两高”出台的司法解释对帮助信息网络犯罪活动罪的主观明知推定规则和入罪标准作了较为全面、系统的规定，此举在一定程度上起到了对网络犯罪“全链条”进行惩治并“打早打小”的积极作用。《解释》第十一条有关“明知”的情形规定虽是列举，却回避了关于此罪的“明知”认定的问题。在《解释》颁布之前的裁判文书反映出对本罪的理解偏差和适用误区的问题，如本罪的过于保守的司法倾向、司法竞合问题认定标准混乱、判断“情节严重”的标准不一等，在《解释》颁布之后更为重要的问题是缺少揭示本罪刑法教义学分析与司法适用的互动，尤其体现在对于本罪“明知”的判定。

2. 帮助信息网络犯罪活动罪本质之争与追寻

首先明晰本罪的性质是要明晰共犯、以及帮助犯之“明知”的简要含义。所谓共犯，有狭义、广义之分，狭义的共犯指的是帮助犯与教唆犯；广义的共犯是对我国刑法中共同犯罪人的简称。因帮助信息网络犯罪活动罪的理论争点在于其与帮助犯的关系，故而此处对共犯一词作狭义理解，仅讨论本罪与帮助犯之“明知”的比较问题区分。帮助犯之“明知”其实质是帮助犯的故意问题。大陆法系通说认为，成立帮助犯，要求具有“帮助的双重故意”。第一重故意被称为“指向帮助的故意”，即帮助犯必须故意为正犯之犯行提供帮助；第二重故意被称为“指向以正犯之构成要件行为侵害法益的故意”，即帮助犯故意通过正犯实施的符合构成要件的行为来侵害该构成要件所保护之法益。

其次要区别帮助信息网络犯罪活动罪中的“明知”与共同犯罪人之间的“明知”之关键在于对本罪的性质的认定。我国对于共同犯罪的概念的表述十分简单，简要的规定给刑法理论对于“共同犯罪”的犯罪体系采用单一制抑或区分制留下了探讨的空间，理论的争执也给司法实践带来了极大的挑战。讨论

¹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，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。

帮助网络信息犯罪活动罪的性质和其“明知”与共犯的比较，必须放在共同犯罪的大框架之中，否则没有比较、区分可言，故讨论我国共犯体系的归属是首要条件。单一制与区分制本是基于各个国家、地区的司法理论、实践差异，分化发展出的两种分析共同犯罪的工具，体现了国家、地区在刑法立法上是否区分正犯与共犯的基本立场。扼要来说，在犯罪论层面单一制依据等价说，在共同犯罪上不区分正犯、共犯，只要系对构成要件实现有所贡献者，一律以正犯来处理，之后再根据贡献大小给与量刑区别。区分制则不同，划分正犯和共犯，在刑罚上也有不同的评价，如图1的一次划分。

共同犯罪在犯罪论层面接受单一制的立法体系，对于帮助网络信息犯罪活动罪的定性推导得出“正犯的共犯化”的定论，这一结论笔者持否定态度，既然区别了正犯、共犯，在基本概念上已经接手区分制。单一制偏向主观主义，将犯罪的成立简化为因果贡献，就会导致构成要件的定型化功能被直接放弃；区分制偏向客观主义，共犯从属说强调行为人为客观行为并使其从属于正犯实行行为而处罚，从而区分正犯与共犯。本罪在犯罪论层面接受区分制的立法体系，对于正犯与共犯的关系和共犯处罚基础，又区分出共犯从属说和共犯独立说，如图1的第三次划分。

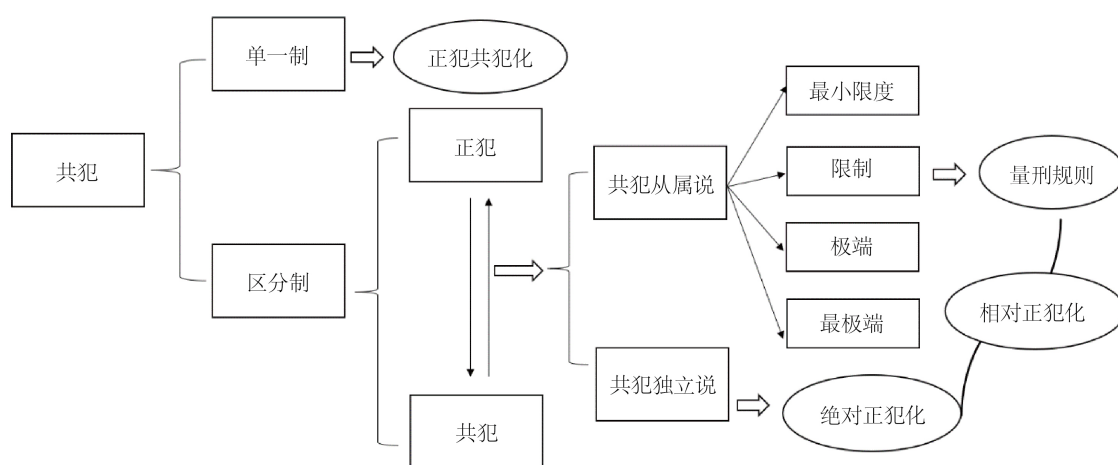


Figure 1. A schematic representation of the criminal system of joint crime
图1. 共同犯罪的犯罪体系图示

共犯从属说有四种不同程度的从属形式，从“三阶层”和“不法与罪责以外的犯罪成立要件”四个要素依次考察从属程度[1]。最小限度从属形式，共犯在违法性阶层不依附正犯，故无法绕开帮助犯可能是正当防卫这一逻辑问题；极端从属形式，共犯在罪责阶层依附正犯，故无法绕开帮助犯帮助的是无责任能力人，从而免责这一逻辑问题；最极端从属形式，共犯所有要素皆依附正犯，故无法绕开正犯中止，共犯即刻中止的逻辑问题；限制从属形式，共犯在不法层面依附共犯，在罪责阶层不依附，此说法较为合理，也是共犯从属性的通说理论。共犯独立说在坚持区分制的前提下，对应的是“双层次区分制”，在按照分工分类标准对于共犯人的关系进行界定，认为共犯行为就是实行行为之外的行为；然后，对于它们在共同犯罪中的作用，按照作用分工法再一次对正犯和共犯进行认定[2]。如此一来，正犯可以认定为从犯，共犯也可以认定为起主要作用的主犯。

基于不同理论框架下，对于帮助网络信息犯罪活动罪条文设置的定性问题形成了两种主流学说。第一种观点是量刑规制说，认为该条文的设置按照共犯从属性的限制从属形式，只能认定为是帮助犯的量刑规则说，本罪的成立仍然需要正犯着手实施犯罪[3]，代表学者是张明楷教授、黎宏教授。第二种观点是共犯正犯化说，认为该条文的设置以其独立社会危害性足以证明该罪名事实上是将信息网络犯罪的帮

助犯予以正犯化[4]，代表学者是于志刚教授、刘艳红教授。另有学者在前述两种理论的基础上，提出了具有折中色彩的帮助犯相对正犯化的观点。在进行逻辑体系分析时，有两个目的：首先是比较本罪的“明知”与传统共犯区别，要放在不同的理论背景下理解，勿模糊论述，坚持一以贯之；由理论转向实践，到了图1第三层二阶划分，考虑的问题就不再是选择从属说还是独立说，继而选择量刑规则说还是共犯正犯化说，而是应该考虑如何正确运用理论去协助本罪逃脱司法适用难的困境。

在高速发展的信息时代背景下，网络空间的虚拟性、中性技术的出现、客观对象的不特定性，让网络犯罪往往是以多人参与的形式呈现，各环节之间形成联系紧密的犯罪链条。在此种特殊的犯罪形式中，犯罪的主观构成要件往往呈现出单向性、片面性的特点，帮助信息网络犯罪活动罪由于其本就有重重理论冲突和观点展示，其主观要件的认定就尤为困难。这种困难集中反映在“明知”的认定上。量刑规则说视角下本罪的“明知”认定和共犯正犯化视角下本罪的“明知”认定存在显著差异，以下将对此展开分析。

3. 量刑规则视角：本罪“明知”与共犯之间“明知”的区别

刑法中所要求的“明知”，就是对主观构成要件的要求，也就是故意的认识要素。共犯中帮助犯的“明知”也就是帮助故意的认识要素。如前所述，成立帮助犯要求所谓的“双重故意”，相应的，其故意的认识要素也具有双重性：其一是认识到自己的行为为正犯提供了帮助；其二是认识到自己的行为将借由正犯的构成行为实现法益侵害。

量刑规则视角下，帮助信息网络犯罪活动罪没有“破格”被提升为正犯，《刑法》第287条之二的意义仅仅是使得网络犯罪的帮助犯在量刑上不适用总则第27条关于从犯的规定。据此，为他人犯罪提供互联网技术支持的行为在犯罪类型上依然是网络犯罪正犯的帮助犯，该罪所要求的“明知”与帮助犯的成立要求并无二致。具体而言，应当从以下四点加以把握：第一，帮助人应当认识到被帮助人利用信息网络实施犯罪。这一点的实践意义在于，若行为人主观上认为被帮助人实施的并非犯罪行为(包括认识到是违法行为，但未认识到是犯罪行为)，就不能成立帮助犯，也就不能适用第287条之二。第二，帮助人应当认识到被帮助人利用信息网络实施的具体的犯罪类型，即具体的构成要件类型。例如，被帮助人利用网络实施诈骗的，被帮助人就必须认识到自己的帮助行为将以诈骗这种方式实现对他人财产法益的侵害，若帮助人误以为被帮助人将要实施的是传播淫秽物品牟利罪，则不能成立帮助犯，亦不能适用第287条之二。第三，帮助人应当认识到自己的行为对被帮助人的犯罪实现具有帮助作用。若帮助人未认识到自己提供的网络服务对被帮助人的犯罪发挥了帮助作用，则不能成立帮助犯，亦不能适用第287条之二。第四，帮助犯应当认识到自己的帮助行为将通过与被帮助人的行为发生共同作用，以特定的构成要件所禁止的形式造成法益侵害的后果。若帮助人认为被帮助人的犯罪最终不会达到既遂，而是仅会停留在未遂阶段，则不能论以帮助犯，相应的也就不能适用第287条之二。

上述四点的理论依据是帮助犯的处罚基础。根据参与理论的通说，帮助犯的处罚基础是从属的法益侵害，即所谓“混合的不法来源”：一方面，帮助犯的可罚性从属于实行人，需从实行人的不法中引导出来；另一方面，帮助犯的可罚性还来自于其在对实行人实现构成要件发挥共同作用时所表现出来的“自己的”法益侵害[5]。上述第一点、第二点和第三点立足于帮助犯不法的从属性方面，第四点则立足于帮助犯不法的独立性方面。

4. 共犯正犯化视角：本罪“明知”与共犯之间“明知”的区别

根据共犯正犯化的观点，本罪的设立使得此类帮助行为成为正犯，不再依附于被帮助人的犯罪行为。据此，本罪所称“明知”，应根据故意的一般规则来予以明确。根据意欲理论和我国《刑法》第14条第

1 款，成立故意要求认识到所有的客观构成要件，并且希望或放任其实现。因此，此时本罪的故意要求行为人认识到：1) 他人利用信息网络实施犯罪；2) 自己为其提供了技术支持或者广告推广、支付结算等帮助；3) 自己的行为对其完成犯罪有帮助作用，并且对此持积极追求或放任的态度。当然，既然作为故意的认识要素的“明知”内容发生变化时，故意的意志要素相应也会发生变化。

具体而言，此时本罪的“明知”与一般的共犯的“明知”存在以下两点主要区别：第一，不同于共犯“明知”的要求，对于正犯化的本罪而言，行为人只需认识到被帮助人利用信息网络实施犯罪，而无需认识到具体的犯罪类型。由此引发的实践意义是，一旦发生被帮助人实行过限，共犯视角下的帮助人对于超出其帮助故意的不法不能成立帮助犯。但是对于正犯化的本罪而言，只要行为人认识到被帮助人实施的是一种“犯罪”行为即为已足，无需进一步认识其具体的构成要件类型，不论具体被帮助人满足的是何种构成要件，均不影响本罪的成立。第二，当“明知”的内容发生认识错误时，两者之间也有所区别。若行为人误以为他人利用信息网络实施犯罪，但实际上他人并未利用信息网络实施犯罪；或者行为人误以为其行为对他人的网络犯罪能起到帮助作用，但实际根本就不可能发挥任何帮助作用，根据前述帮助犯的处罚基础(即“混合的不法来源”)，两种情况均无法成立帮助犯；但对于正犯化的本罪而言，可以成立不能犯。对于不能犯，根据占据主流意见的“印象理论”[6]，只要帮助人的错误并非由于“重大无知”所导致，就仍然具有未遂的刑事可罚性。

需注意的是，“明知”所要求的仅仅是故意的认识要素，根据刑法第 14 条第一款，成立故意还需具备意志要素。因此，帮助人主观上还需具有积极追求或放任的态度。涉及本罪的案件中，行为人往往有侥幸心理，辩称自己不知情、疏于对网站网页管理、或者说只提供中性的网络帮助服务；或者通过证明自己没有获得明显利益、没有共同的犯意联络等等狡辩自己并没有触犯本罪，然而这种狡辩，无法为其“助纣为虐”的行为脱罪。实务中，当缺乏口供的情况下，仍主要取决于案件所拥有的证据是链条是否真实完整，要达到法定的证明标准。

5. 基于两种视角对于本罪的评价

有关量刑规则说和共犯正犯化说的学说争议，相关研究已经十分深入，笔者在此无意赘述。无论是量刑规则还是共犯正犯化，两者其实都认可《刑法》第 287 条之二是网络犯罪的帮助行为规定的独立的法定刑，只不过两者在适用逻辑上存在观点分歧。不同于大多数学者或从参与理论的原理，或从网络帮助行为的危害性等角度出发。本文认为在不同视角下，第 287 条之二的适用效果可以从反面解释自身的理论逻辑。如前所述，采取不同的视角会导致第 287 条之二的“明知”认定标准的不同，那么，何种认定标准会产生更好的效益，一定程度上就说明了相关视角的优越性。

量刑规则从逻辑上在一开始选择了保护法益——因果共犯论——共犯从属性的李斯特逻辑推导[7]，据此，成立帮助信息网络犯罪活动罪必须严格遵守帮助犯成立的一般条件，对“明知”的认定要求较高，这尤其体现在要求帮助人认识到被帮助人实施的具体的犯罪类型。由于网络犯罪具有单向性、片面性的特点，实施网络犯罪的行为人和提供网络服务的帮助人之间通常不会发生直接的联络，这一点明显不同于传统的共同犯罪。因此，网络犯罪中帮助人很难准确知晓被帮助人所实施的具体犯罪类型。例如，网络非法交易结算服务的帮助，可以对多种网络犯罪发挥帮助作用，服务提供者尽管知道自己在为非法交易(涉及犯罪)提供帮助，但根本不会去审查使用者具体的用途。此时，严格依照帮助犯的成立条件，就无法认定帮助信息网络犯罪活动罪的成立。

反之，共犯正犯化视角下，适用本罪不要求帮助人认识到被帮助人所实施的具体的犯罪类型，只要认识到自己所帮助的是一种“犯罪”即为已足，这就有效解决了上述刑法规制乏力的问题。但随之而来的，则是刑事可罚性扩张的问题。即便客观上不存在一个“犯罪”行为，只要行为人主观上具有“帮助

犯罪”的故意，就可论以(不能)未遂。

相较之下，从刑事政策打击网络犯罪的目的来看，显然共犯正犯化更加有利于刑事政策目的的实现。但是从法治国的角度来看，越来越多的共犯正犯化体现出立法向“单一制”迈进的趋势，这不仅扩大了刑事可罚性的范围，而且大大弱化了构成要件的定型化功能(而这是我国刑法本就欠缺的)，是应当加以抵制的。因此，表面看来仅仅是教义学上不同观点的争论，其本质则是刑事政策打击犯罪的目的和法治国对刑罚权的限制之间的冲突。笔者认为，从法律适用者的角度来看，正犯共犯化不仅符合立法者的追求，而且其所带来的刑事可罚性的扩张亦在法条文字的界限之内，并不违反罪刑法定原则，应当在司法中予以贯彻。但是从刑法的应然追求来看，共犯正犯化所带来的构成要件功能的弱化，是应当加以警惕和抵制的。

参考文献

- [1] 林钰雄. 新刑法总则[M]. 北京: 大学出版社, 2009: 343.
- [2] 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[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2017, 35(3): 83-92.
- [3] 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.
- [4] 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[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2017, 35(3): 83-92.
- [5] [德]克劳斯·罗克辛. 德国刑法学总论[M]. 王世洲, 译. 北京: 法律出版社, 2013: 101.
- [6] [德]托马斯·魏根特, 樊文. 刑法未遂理论在德国的发展[J]. 法学家, 2006(4): 142-151.
- [7] [德]弗兰茨·冯·李斯特. 德国刑法教科书[M]. 徐久生, 译. 北京: 法律出版社, 2000: 374, 376.