

网络帮助行为刑事处罚的规范判断

李 森*

内容提要：网络时代下如何处理网络帮助行为的归责是理论中的核心问题。学界现有的研究方向主要集中于帮助信息网络犯罪活动罪的性质之争与中立帮助行为理论的应用，但均无法真正解决网络帮助行为的归责问题。一方面，帮助信息网络犯罪活动罪的性质之争未能揭露网络帮助行为作为共犯从属性原则的例外的本质；另一方面，中立帮助行为的概念及理论本身存在诸多争议。有必要转换研究思路，经由规范判断的方法论，辅之以针对网络帮助行为的事实性分类，通过多重检验规则的构建进行判断：如果帮助行为专门指向违法犯罪行为，则应从规范评价上直接肯定归责。如果帮助行为并非专门指向违法犯罪行为，则需要考察行为人对不法行为是否具有特殊认知，由此肯定归责。在反向的判断标准上，如果帮助行为符合行业规范，则应当否定归责。

关键词：网络帮助行为 帮助信息网络犯罪活动罪 中立帮助行为 规范判断

一、问题的提出

在网络时代下，传统犯罪的网络化与广泛化日益成为刑法学研究的前沿问题，需要学界投入更多精力关注并深入讨论。^{〔1〕} 在相关领域中，尤为引人关注的是帮助犯在网络时代的异化问题：其一，网络帮助行为的法益危害性高于正犯。网络帮助行为与正犯之间的关系由传统的“一对一”变成“一对多”，单一的帮助行为可以同时参与多个正犯行为，危害性甚于正犯。其二，网络帮助行为的独立性突破了传统观念下共犯的从属地位。一方面，网络帮助行为可以同时支持多个正犯，但在我国“定罪定量”立法背景下，正犯却未必都能达到入罪标准，此时将网络帮助行为入罪与通说所持的限制从属性说相抵触；另一方面，帮助者与正犯之间的意思联络几近于无，

* 李森，中国人民公安大学法学院讲师。

〔1〕 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》，载《法学》2017年第2期。

帮助者可能对其所帮助的具体犯罪类型并不知情，而按照我国的实定法规定与传统共犯理论，共同的犯罪故意以及意思联络是成立共同犯罪不可或缺的要件，因此将无法认定帮助者构成相应帮助犯。^{〔2〕}

上述网络帮助行为的异化特征给刑法学界带来了严峻的挑战，争议主要集中在两个方面：一是帮助信息网络犯罪活动罪的性质应当如何理解。由于本罪实际上包括了所有的网络帮助行为，故而对其性质的讨论实质上是对网络帮助行为异化现象的一种回应，并产生了诸如“帮助行为正犯化”“帮助行为的相对正犯化”以及“量刑规则说”等一系列学术观点。二是以中立帮助行为作为问题开端，对网络帮助行为的可罚性及处罚范围展开研究。^{〔3〕}在此，由于帮助信息网络犯罪活动罪的罪状规定缺乏定型性，尤其在网络帮助行为具有职业性、日常性的场合，其将与中立帮助行为理论的内容相重合。

综合上述，学界现行的两条研究路径，要么通过探讨帮助信息网络犯罪活动罪的罪名性质对网络帮助行为在共犯中的“角色”进行探讨，要么借助中立帮助行为理论对网络帮助行为的处罚范围展开研究。本文将以上述问题意识作为研究的基点，通过对学界现有研究成果的检视分析，形成自身的解决方案，以求在网络帮助行为的研究上有所推进。

二、现有研究的争议与不足

（一）网络帮助行为的性质之争

1. 观点争鸣

网络帮助行为的性质之争源于《刑法修正案（九）》中对于帮助信息网络犯罪活动罪的规定。对此，主要有如下三种类型的观点：

一是帮助行为正犯化说。该说认为，因为网络帮助行为与正犯行为在关系上的疏离化，所以我国刑法通过规定帮助信息网络犯罪活动罪将网络帮助行为直接提升为正犯行为，使其不再根据参与的正犯定罪而是单独定罪，有利于对网络帮助行为实现针对性打击。^{〔4〕}

但是在这一学说的内部又存在一定的分歧。部分观点认为，由于立法对于网络帮助行为直接规定了独立的分则罪名及其“实行行为”，在主观上只要求帮助行为人的单方明知，并且具有独立的“严重情节”入罪标准，无需受到共犯从属性原则的限制。^{〔5〕}此种观点可称为“彻底的帮助行为正犯化说”。而另有观点指出，网络帮助行为仍可以放在共同犯罪框架之内讨论，并试图通过共犯从属性原则继续发挥限制处罚的作用，该种观点可称为“部分的帮助行为正犯化说”。虽然网络帮助行为已经经由帮助信息网络犯罪活动罪的规定成为独立的罪名，但是其实质上仍是

〔2〕 参见高铭喧、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社2019年版，第162页。

〔3〕 参见陈洪兵：《网络中立行为的可罚性探究——以P2P服务提供商的行为评价为中心》，载《东北大学学报（社会科学版）》2009年第3期；车浩：《谁应为互联网时代的中立行为买单？》，载《中国法律评论》2015年第5期；刘艳红：《网络中立帮助行为可罚性的流变及批判——以德日的理论和实务为比较基准》，载《法学评论》2016年第5期；邹兵建：《网络中立帮助行为的可罚性证成——一个法律经济学视角的尝试》，载《中国法律评论》2020年第1期。

〔4〕 参见陈兴良：《网络犯罪的刑法应对》，载《中国法律评论》2020年第1期。

〔5〕 参见于冲：《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。

一种帮助行为，仍需受到共犯从属性原则的限制。^{〔6〕}

不过，在面对网络帮助行为所参与的正犯尚未达到罪量要素的情形时，如何维持共犯从属性原则将成为问题。这一点在《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》（下文简称《非法利用信息网络、帮助信息网络犯罪活动解释》）之后，变得尤为引人注目。^{〔7〕}有观点认为，《非法利用信息网络、帮助信息网络犯罪活动解释》的这一规定等于在实质上承认了“没有正犯的共犯”现象。^{〔8〕}为此，持“部分的帮助行为正犯化说”观点的论者提出了两种解决方案。第一，共犯的不法叠加说认为，作为通说的限制从属性说仍应得到坚持，所以关键不在于共犯从属性原则本身，也不在于罪量要素的体系定位，而在于如何评价多次、连续的共犯行为。可以将网络帮助行为看作为一个规范性的整体，实现共犯的不法叠加，如果共犯达到了刑法相关罪名所要求的罪量标准，便具有了充足的可罚性。^{〔9〕}第二，最小从属性说认为，应当否定限制从属性原则的通说立场，并改采最小从属性说，由此可以使得共犯的违法性不从属于正犯，正犯合法时共犯可以被认定为违法，而正犯违法时共犯可能合法，实现网络帮助行为在共犯从属性上的部分突破。^{〔10〕}

二是量刑规则说。该观点指出，帮助信息网络犯罪活动罪属于典型的量刑规则，故对网络帮助行为的处罚判断，要根据共犯从属性的原理、相关犯罪的保护法益和相关行为是否侵犯法益及其侵犯程度得出合理结论。^{〔11〕}因此，即使不增设本罪，依靠刑法教义学中对于帮助犯的认定也能够妥善处理对网络帮助行为的处罚。^{〔12〕}在量刑规则说的立场中，网络帮助行为的违法性来自其所帮助的正犯，而不具有独立的违法性，其处罚判断与一般的帮助犯认定无异，只需要遵循刑法总则中关于共犯的规定，同时受到共犯从属性原则的限制。^{〔13〕}

三是混合的归责模式说。该种观点强调，本罪既不是帮助行为正犯化的立法规定，也不是量刑规则，而是一种介于正犯与共犯之间的混合归责模式。其中正犯性质表现在帮助行为已然独立成罪，而共犯性质则表现在本罪的构成要件行为是帮助行为，原本的正犯行为“他人利用信息网络实施犯罪”即作为构成要件嵌入本罪的罪状之中。应基于帮助信息网络犯罪活动行为的独立性和参与性明确其行为性质，既不应沿用传统的思维以共犯的模式进行评价，也不应完全忽视其犯罪参与的性质完全以单独犯的模式进行评价。^{〔14〕}具体而言，混合的归责模式说认为，“他人利用信息网络实施犯罪”属于本罪的客观处罚条件，该条件是作为构成要件嵌入本罪的构成要件之

〔6〕 参见王华伟：《网络语境中帮助行为正犯化的批判解读》，载《法学评论》2019年第4期。

〔7〕 该解释第12条第2款规定：“实施前款规定的行为，确因客观条件限制无法查证被帮助对象是否达到犯罪的程度，但相关数额总计达到前款第二项至第四项规定标准五倍以上，或者造成特别严重后果的，应当以帮助信息网络犯罪活动罪追究行为人的刑事责任。”

〔8〕 参见秦雪娜：《区块链技术背景下参与犯的转型与刑法的体系应对》，载《法律科学》2020年第5期。

〔9〕 参见王华伟：《网络语境中的共同犯罪与罪量要素》，载《中国刑事法杂志》2019年第2期。

〔10〕 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》，载《政法论坛》2021年第2期。

〔11〕 参见张明楷：《论帮助信息网络犯罪活动罪》，载《政治与法律》2016年第2期。

〔12〕 参见张明楷：《刑法学》（下），法律出版社2021年版，第1383-1384页。

〔13〕 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。

〔14〕 参见王肃之：《论网络犯罪参与行为的正犯性——基于帮助信息网络犯罪活动罪的反思》，载《比较法研究》2020年第1期。

中，与共犯的从属性无关，并试图通过行为人的主观认知作为归责的核心要素实现对网络帮助行为的主观归责。^{〔15〕}

2. 争点提炼与本文立场

纵观上述诸种观点，其核心争点在于：网络帮助行为是否能够被视为帮助犯的一种，并受到共犯教义学理论的约束。该争点可细化为如下两个问题：如何认定网络帮助行为的共同意思联络，如何解决网络帮助行为与共犯从属性原则的冲突。

就前一个问题而言，若按照帮助行为正犯化说的一贯立场，帮助者的行为已然成为独立的正犯行为，便不再要求其与被帮助的正犯之间具有意思联络。若按照量刑规则说等观点的理解，通过肯定片面帮助犯，亦可解决欠缺意思联络的问题。而即便是对片面共犯肯定说持否定态度的学者，也不得不通过共同意思联络缓和说的提出对网络帮助行为的可罚性予以肯定。^{〔16〕}显然，共同意思联络的欠缺并不会成为解决网络帮助行为处罚的障碍。

真正的障碍在于如何理解网络帮助行为与共犯从属性原则的冲突。通过梳理上述三种观点，可以发现，根据是否要求遵从共犯从属性原则，上述观点又可分为泾渭分明的两派立场：共犯从属性说与共犯独立性说。概言之，在帮助行为正犯化说中根据是否遵守共犯从属性原则可区分为“彻底的帮助行为正犯化说”与“部分的帮助行为正犯化说”；而量刑规则说的立论则建立在维持网络帮助行为传统共犯属性的基础之上；混合归责说中将正犯的要求视为客观处罚条件，实质上否定了共犯从属性原则。站在共犯从属性的立场，为了应对网络帮助行为的异化，又不得不提出最小从属性说以及不法的叠加说等观点对现有共犯理论的不足不断地进行修正；站在共犯独立性说的立场上，网络帮助行为无需受共犯从属性原则限制，正犯是否构罪与帮助行为的入罪判断无关，从而实现了网络帮助行为入罪判断的彻底独立。

不过，在共犯从属性说与共犯独立性说之争中，试图以共犯独立性说或者从属性说统一解释网络帮助行为与现实帮助行为的观点存在问题。

共犯独立性说的问题在于，整体性地调整共犯处罚根据，虽然有助于合理地处理网络共同犯罪所面临的某些问题，但是将会导致传统共同犯罪处罚范围的过度扩张。换言之，在共犯的处罚根据上由从属性转向独立性，出于体系性思考的需要，将会使之在所有的共同犯罪中一体适用，所以，这种做法虽然部分地调整了网络犯罪处罚范围，却也必然会带来处罚范围被过度扩张的问题。

在网络帮助行为中意图贯彻统一的共犯从属性原则同样存疑。最小从属性说主要存在如下两个方面的缺陷：一方面是最小从属性说的内在理论难以自洽。构成要件作为违法的类型，和违法性之间存在“烟与火”的关联性。在从属性判断中，即便是强调构成要件的从属，也不可避免地涉及违法性的从属问题。最小从属性说片面强调构成要件的从属性，而忽视构成要件与违法性之间的关联性质，存在难以克服的理论缺陷。^{〔17〕}另一方面，最小从属性说天然地倾向于共犯独立性说，具有不当扩大共犯处罚范围的潜在风险。按照最小从属性说的观点，即使正犯的行为属于

〔15〕 参见王莹：《网络信息犯罪归责模式研究》，载《中外法学》2018年第5期。

〔16〕 参见吕翰岳：《互联网共同犯罪中的意思联络》，载《法学评论》2017年第2期。

〔17〕 参见邓毅丞：《共犯正犯化背景下的从属性困境及理论应对》，载《中外法学》2019年第3期。

正当化行为，共犯仍然可以具有可罚性，如此一来，共犯的不法评价已经相当程度地独立于正犯不法的认定。也正是在这个意义上，认为最小从属性说实际上接近于共犯独立性说是富有见地的。^{〔18〕}

不法叠加说的问题在于难以满足司法实务的需求。如果能够查实被帮助正犯的罪量数额，此时可能将会以重罪的帮助犯而非帮助信息网络犯罪活动罪加以认定；然而需要按照帮助信息网络犯罪活动罪论处的帮助行为，通常正是被帮助对象实施的具体罪量因素无法查明的情形。罪量因素根本难以查明，恰恰是当下信息网络犯罪的常态现象。因此，如果不顾及司法实践中的具体情况，将数额难以查明但造成严重危害后果的涉众型帮助行为一律排除在处罚范围之外，将会导致设立本罪的立法意图无法体现。^{〔19〕}

综合上述，共犯独立性说与从属性说的观点更多是在“非此即彼”的关系上看待网络帮助行为的认定，如此必将导致要么彻底倒向独立性说，要么不断地对从属性说进行修正。但彻底的独立性说与各种从属性的修正说均在不同程度上存在缺陷，并不足取。

有观点指出，在一般的共同犯罪中应坚持共犯从属性原则，而网络帮助行为仅作为共同犯罪中的一种例外情形于实质上遵循共犯独立性说的立场，如此可以摆脱共犯从属性的约束，对网络帮助行为进行有效的打击与预防。^{〔20〕}本文大体上赞同这种理解思路，但与之不同的是，网络帮助行为作为共犯从属性原则的例外，并非倒向共犯独立性说的立场，仍应受到部分从属性原则的限制。概言之，网络帮助行为的异化特征与处罚需要要求其在共犯从属性原则下有一定突破，故与一般的共犯有所不同；但帮助信息网络犯罪活动罪的规定又要求网络帮助行为必然需要依托于一定的正犯行为，参与者实施的网络帮助至少要依托于一个刑法分则所明确的犯罪行为，并且需要对此有着明确的认知。

一方面，如果对网络帮助行为的处罚认定标准要求与现实空间中的帮助犯相一致，必然会导致出现处罚漏洞和证明困难等问题。例如，我国出现众多的跨国电信诈骗案件，其中的正犯通常身处国外无法归案，同时其犯罪证据难以收集，犯罪金额难以查明，若严格依照共犯从属性的原理，就无法将诈骗团伙中的积极参与者认定为帮助犯。另一方面，虽然网络帮助行为在一定程度上突破了原有的共犯从属限制，但是并不意味着走向独立性说的立场。基于帮助信息网络犯罪活动罪的罪状规定，网络帮助行为必然需要依托于正犯行为而存在。故而即便是共犯从属性原则的否定说也不得不予以承认，网络帮助行为无论是在犯罪学的现象上还是在刑法条文的规定上，都无法离开对应的正犯行为而实现真正的独立。并且，为了限制网络帮助行为的处罚过度，共犯从属于正犯的归责限制仍需得到重视，特别是在司法实践的部分案件中，存在根本不清楚被帮助对象究竟实施了何种犯罪的情形，此时若承认对参与者的刑事处罚，将面临处罚范围过滥的指责。^{〔21〕}

〔18〕 参见前引〔9〕，王华伟文。

〔19〕 参见喻海松：《新型信息网络犯罪司法适用探微》，载《中国应用法学》2019年第6期。

〔20〕 参见劳东燕：《首例“微信号解封”入罪案的刑法分析》，载《人民检察》2021年第6期。

〔21〕 参见张磊、张萌：《帮助信息网络犯罪活动罪司法适用问题研究——以131份判决书为视角》，载《青少年犯罪问题》2021年第4期。

此种立法上的例外现象并非为我国独有，域外刑法中也有类似的规定。英国在 2007 年的《严重罪行法》第 45 条规定，即便正犯尚未实施特定的犯罪，相应的共犯行为也予以犯罪化，从而实现了对网络共犯的定罪处罚不再依附于正犯的处罚现象，使之能够以本罪进行定罪处罚。同时，为了本罪的处罚范围不至于泛滥，要求行为人在主观认知上至少要达到“相信”恶意软件等网络帮助行为会被他人用之于特定的犯罪。^{〔22〕}

（二）网络帮助行为与中立帮助行为理论的纠缠

学界对于网络帮助行为的另外一大争论集中在，将网络帮助行为作为中立帮助行为加以讨论。由于帮助信息网络犯罪活动罪将为他人实施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、支付结算等具有日常性、中立性的帮助行为均纳入刑法的处罚范围，故有学者在本罪出台之初便明确指出：“因此可以说帮助信息网络犯罪活动行为是典型的中立帮助行为。”^{〔23〕}并试图通过中立帮助行为的相关域外、域内研究对网络帮助行为的可罚性以及实务部门的处理方向展开探讨。^{〔24〕}即便如此，对于现有的研究而言，利用中立帮助行为理论来研究网络帮助行为，其实并未跳脱出传统的中立帮助行为的研究框架及结论。在刑法的明文规定下，网络帮助行为的可罚性已无异议。而现有的观点在讨论如何限定网络帮助行为的处罚范围时，却仍然使用中立帮助行为中的主观说、客观说以及综合说等已有研究成果，并将之套用到网络帮助行为的情境之下进行分析并得出结论。^{〔25〕}

本文认为，中立帮助行为理论难以解决网络帮助行为的相关问题。将网络帮助行为的探讨与中立帮助行为相结合将会给本已复杂的问题平添不小的难度：一是因为中立帮助行为的概念及理论本身即存在一定的缺陷，不可一概而论；二是中立帮助行为较强的主观说倾向将使得其处罚范围过于广泛。

首先，中立帮助行为理论不仅无法概括网络帮助行为，同时其自身也存在一定的问题。网络帮助行为在种类上具有复杂性，其中不仅仅有具有中立性质的帮助行为，也可能有非中立性质的帮助行为，试图通过中立帮助行为理论去囊括所有网络帮助行为的做法有把复杂的问题简单化之嫌。中立帮助行为理论自身的缺陷在于：一方面，从中立帮助行为理论的概念来看，中立帮助行为只是一种事实性描述，其概念范畴具有较强的概括性、混杂性和不确定性，所以其定义及行为种类等内容存在较大的不确定性。^{〔26〕}另一方面，从中立帮助行为的理论作用上看，其中包含理论中的诸多问题，对其处理不可一概而论。试图将部分帮助行为冠以“中立性”的“帽子”，以这一形式要件来排除可罚性的做法，等于以某种不罚的先行价值判断作为论证理由，存在循环论证的嫌疑。^{〔27〕}因此，试图以中立帮助行为作为一个统一的标准对此类问题予以“一揽子”式的

〔22〕 参见〔英〕丹尼斯·J. 贝克：《网络犯罪——运用总则规制网络犯罪》，陈建苏译，载江溯主编：《刑事法评论》第 43 卷，北京大学出版社 2018 年版，第 437 页。

〔23〕 刘艳红：《网络犯罪帮助行为正犯化之批判》，载《法商研究》2016 年第 3 期，第 19 页。

〔24〕 参见前引〔3〕，刘艳红文。

〔25〕 参见陈洪兵：《网络中立帮助行为可罚性探究》，载《学术论坛》2021 年第 2 期。

〔26〕 参见王华伟：《中立帮助行为的解构与重建》，载《法学家》2020 年第 3 期。

〔27〕 参见〔日〕龟井源太郎：《Winny 事件日本最高法院裁决与“中立行为”论》，钱日彤译，载《法治社会》2021 年第 1 期。

解决注定将面临挫折。这是因为，中立帮助行为是否可罚以及如何划定其处罚边界的问题，本质上不是一个解释论问题，而是一个立法论问题或是刑事政策问题。^{〔28〕}在此需要一种综合性的价值判断，对案例本身的特点予以分门别类式的讨论。但是如此一来，所谓的中立帮助行为这一概念还有几分存在的必要将面临质疑。

其次，正是承接自上述理论的先天不足，需要警醒的是中立帮助行为理论中具有较强的“主观说”倾向。一方面，在实务界中，中立帮助行为下的主观说占据处理方法中的主流地位，这一倾向不仅在近年来的相关司法解释中有所体现，同时也基本反映在司法实务部门的实际操作中。^{〔29〕}但这一倾向有不当扩张网络帮助行为的处罚范围之嫌。主观说的出发点其实是放弃了对帮助行为客观危害性的考察，从而将决定帮助犯成立与否的关键交由行为人主观故意的认定。这样的做法将会进一步增大错案发生的概率，故而有必要对主观说的理论持警惕态度。另一方面，为迎合实务界的做法，理论研究中亦有积极从客观说转向主观说的倾向。但是，客观主义的基本刑法立场仍然有必要在我国刑法研究中加以强调，特别是为避免错案发生，最为重要的一条是要坚持刑法的客观主义立场，只有在这一立场指导下，司法人员才能形成相应的刑法方法论，在实体法上实现防范错案以及限制刑罚不当扩张的协调一致。^{〔30〕}从此意义上而言，在类似中立帮助行为的问题上，如果能够在客观方面对行为的处罚边界做出限定，便不应当将相应的问题拖延至主观方面加以解决。

三、规范判断视角下的网络帮助行为归责

（一）视角的转化

经过上文的分析可以发现，当前我国学界在网络帮助行为研究中所采取的两条理论进路均未能达到预期的理论效果。故有必要转换思考问题的角度，为研究打开一个新局面。

纵观学界关于帮助信息网络犯罪活动罪性质的争论以及中立帮助行为的探讨，其实是从两个不同的侧面对网络帮助行为的归责问题展开讨论。在帮助信息网络犯罪活动罪性质的讨论中，所涉及的核心问题在于网络帮助行为是否应遵循共犯从属性原则。而共犯从属性原则的本质意义在于通过正犯与共犯之间建立起归责上的关联性，限定共犯的不法范围，确定结果能否最终评价为共犯的“作品”。^{〔31〕}也就是说，对于共犯从属性原则是否需要予以坚持的探讨，其实是由于帮助犯缺乏行为的定型性，在客观上无法有效地限制其归责范围，而尝试通过共犯从属性原则在客观上予以一定的归责限制。所以，如果将共犯从属性原则作为一项归责标准来看待，在此主要讨论的其实是网络帮助行为的归责问题。同样，中立帮助行为理论与网络帮助行为问题的纠缠的实质也是因为网络帮助行为中的部分参与行为具有较强的中立性质，由此带来其处罚范围上的不明确性，故而尝试通过中立帮助行为理论中的部分结论去解决目前面临的问题。所以，从这一部分研

〔28〕 参见前引〔3〕，邹兵建文。

〔29〕 参见何萍：《共同犯罪司法扩张现象之批评——以律师与当事人形成共犯为视角》，载《法治研究》2021年第1期。

〔30〕 参见周光权：《刑法客观主义与防止错案》，载《东北师范大学学报（哲学社会科学版）》2017年第3期。

〔31〕 参见何庆仁：《共犯论中的直接—间接模式之批判——兼及共犯论的方法论基础》，载《法律科学》2014年第5期。

究的出发点来看，其所需要解决的关键在于如何限定网络帮助行为的归责范围。

总而言之，刑法教义学作为如何评价犯罪事实的规范学，在归责问题成为刑法不法之核心的今天，其所要解决的是根据现行有效的评价标准确定行为人的答责范围。^{〔32〕}秉承这一基本理念，本文即试图转换问题的视角，直接对网络帮助行为的归责问题展开研究，在现有的针对网络帮助行为事实分类的研究成果基础上，通过规范判断方法论指引下的归责理论建构，提出一个妥当的判断标准。

（二）网络帮助行为的类型化处理趋势

为了在网络帮助行为问题上得出妥当的处罚结论，对其作类型化处理是较为通行的处理思路，特别是应当在实证调研后，对现实中发生的网络帮助行为的行为类型进行归纳与总结，最终根据行为的不同特征进行归类，并提出具有针对性的解决方案。

有论者为了兼顾网络帮助行为多样性，采取对司法判决进行归纳、总结的方法，建立起一种具有法律规范意义的理论分类。^{〔33〕}并在对现有的大量司法判决加以收集、考察后指出，现有的网络帮助行为可以分为如下三种情形，并应根据不同的类型予以不同的处罚标准。第一种类型对于所帮助的下游犯罪促进极大，直接对应于我国《刑法》第285条中的提供专门用于侵入、非法控制计算机信息系统的程序、工具犯罪；第二种类型的行为对下游犯罪实行行为有部分促进作用，对应第285条中的明知他人实施侵入、非法控制计算机信息系统的违法犯罪行为而为其提供程序、工具犯罪；第三种类型的行为帮助下游犯罪前后期，直接对应我国《刑法》第287条之二的帮助信息网络犯罪活动罪。对于上述的三种行为分类可以针对性地提出不同的处罚根据：对于第一类提供专门用于侵入、非法控制计算机信息系统的程序、工具的行为，可以独立评价帮助行为的危害性；对于第二类、第三类行为，仍要求对帮助下游犯罪应具备“明知”要素以及应查实下游犯罪的不法性。^{〔34〕}

另有观点则指出，按照网络帮助行为的行为结构以及参与者的主观心态的不同，可以分为如下两种：一种为“漠不关心”的分离射线型帮助。这种网络帮助行为的帮助者所帮助的对象完全不固定，同时也并不从属于任何一个受助者，其客观上为所有受助者提供无差别的同类型服务，主观上对受助者的具体意图甚至犯罪意图持漠不关心的态度。另一种则是所谓“心照不宣”链条型帮助，这种帮助行为在客观上具有较高的独立性，在主观上对其所帮助的“用户”的作为及意图达到了心知肚明的程度。^{〔35〕}在上述分类的基础上，对不同种类的行为进行归责的重心标准亦不相同。在前者中，由于帮助行为的指向对象既可能是违法行为，也可能是具有合法性的日常生产经营行为，所以客观层面并非考察重心，刑事可罚性的关键被放在行为人的主观认知上。而在后者中，链条型网络帮助行为就是网络共同犯罪中固定的一环，帮助者所帮助的对象有极大概率将实施犯罪，社会危害性和行为危害性极高，所以对链条型帮助行为的主观心态的考察并非重

〔32〕 参见何庆仁：《共同犯罪归责基础的规范理解》，载《中外法学》2020年第2期。

〔33〕 参见邓矜婷：《网络空间中犯罪帮助行为的类型化——来自司法判决的启发》，载《法学研究》2019年第5期。

〔34〕 参见前引〔33〕，邓矜婷文。

〔35〕 参见江溯：《帮助信息网络犯罪活动罪的解释方向》，载《中国刑事法杂志》2020年第5期。

点,刑事可罚性的认定将更集中于其客观行为。〔36〕

纵观上述两种观点,对于网络帮助行为仅仅进行事实层面的类型化处理显然有所不足:一是不同学者的分类根据不同,将会造成分类标准的混杂繁复;二是事实上的分类虽然在犯罪学上有其意义,但是这样的做法可能会使人们对案件处理的合理性存疑,毕竟刑法作为规范学而非事实学,需要确立一个规范标准用以明确规制不同的行为类型。

(三) 规范判断视角在共犯判断中的必要性

本文在此尝试引入规范归责视角来对网络帮助行为进行判断。在此,共同犯罪作为不法形态的一种,与作为当代刑法教义学最突出的特征之一的归责理论之间的联系必然极为紧密。〔37〕学界现有的研究将规范判断的视角引入共犯归责问题并非罕见。例如,有观点指出,如果想要创建一个能够同时考虑到案件的特殊性的共犯的一般理论框架,客观归责论作为归责框架将可以胜任这一任务。〔38〕

不过,本文并不打算原样照搬以罗克辛等人为代表的客观归责论,而尝试以一种规范判断的方法论对网络帮助行为的归责问题建构评价标准。在此首先需要指出的是,对网络帮助行为进行客观归责并不代表着要采用客观归责论,这是因为,“客观归责”与“客观归责论”原本便是不同意义上的两种概念,有必要将二者予以区分。〔39〕概言之,“客观归责论”则是作为一种因果关系理论甚至于客观不法理论而存在,而“客观归责”与“构成要件”等词语概念相类似,是一个并没有显著学派色彩的通用概念,指的就是客观构成要件符合性的判断问题。所以,并不能将“客观归责”与罗克辛等人所建构的“客观归责论”划等号。

那么,要解决帮助犯的归责问题,重要的是对帮助行为引发的结果进行规范评价,以考察其是否足以在刑法上评价为行为人的“作品”,而非全盘接受以罗克辛为代表的客观归责论。这不仅是因为客观归责论本身所存在的诸多问题,同样也是因为规范判断在帮助犯的归责问题上具有决定性的意义。〔40〕因此,本文着眼于规范判断在帮助犯中的重要性,强调的是一种规范判断方法论的应用。

一方面,在帮助犯的归责问题上,规范判断的视角不可或缺。在理论研究上,通过规范判断与规则建构,能够实现对于帮助犯等共同犯罪处罚的合理化,这将会是理论上的重要前进方向。〔41〕而在司法实务中,规范判断的实践意义则显得尤为重要。在我国的实务案件中,常常会出现因欠缺规范判断而得出错误结论的相关案例。典型的案例如“律师诈骗案”,代理案件的律师吕某某,明知被告人存在犯罪事实,仍然为其提供辩护行为,被主审法院认定与被告人构成共同犯罪,这样的定案结论,其说理及裁判结果值得商榷。〔42〕亦有观点指出,就实务上共同犯罪的认定

〔36〕 参见前引〔35〕,江溯文。

〔37〕 参见何庆仁:《归责视野下共同犯罪的区分制与单一制》,载《法学研究》2016年第3期。

〔38〕 参见〔日〕丰田兼彦:《论共犯的一般成立要件》,王昭武译,载《法治现代化研究》2018年第6期。

〔39〕 参见陈璇:《论主客观归责间的界限与因果流程的偏离》,载《法学家》2014年第6期。

〔40〕 详尽批评可参见〔德〕沃尔夫冈·弗里施:《客观归责理论的成就史及批判——兼论对犯罪论体系进行修正的必要性》,陈璇译,载《国家检察官学院学报》2020年第1期。

〔41〕 参见周光权:《客观归责论与实务上的规范判断》,载《国家检察官学院学报》2020年第1期。

〔42〕 参见前引〔29〕,何萍文。

而言，规范思考也是重要的分析工具：正犯、教唆犯、帮助犯的成立，都要以制造风险为前提条件，将那些连帮助作用的因果性都不存在的行为剔除出共犯成立的范围，从而实现妥当的处罚。^{〔43〕}

另一方面，规范判断理念代表了客观归责论的基本方法论。客观归责论的支持者指出，客观归责论的独特价值是对规范判断、价值判断的特别提示，是否赞同客观归责论或是其中的下位规则并不重要，如若肯定了规范判断、价值判断的积极应用以及理论价值，便可以认为是肯定了客观归责的方法论。^{〔44〕}同样，尽管有相当一部分学者不赞同“客观归责论”，但是却并不妨碍其使用“客观归责”这样一个中立性概念，同时也无法拒绝规范判断方法在诸如中立帮助行为等问题上的积极适用。总之，客观归责的概念不分学术派系或观点均可使用，但是客观归责所带来的规范判断标准与具体方法并非一成不变。不过需要注意的是，尽管规范判断的标准有别，但这并不意味着规范判断完全因人而异。规范判断作为规范学科特有的思维方法，虽然包含了一定程度的价值判断，但是其所建构的标准仍然是依据一定的规则而形成，其本身具有相当的明确性与确定性。因此，与具有较强主观倾向性的价值判断不同，规范判断在最大程度上避免了可能存在的价值冲突，实现了标准上的统一与明确。^{〔45〕}

四、网络帮助行为归责的规范标准建构

本文尝试对于网络帮助行为的类型化区分，通过规范判断的方法论对网络帮助行为提出判断标准。解决网络帮助行为的不法认定问题，关键是在刑法思考上形成规范判断的理念和方法论，至于如何构建其中的下位规则，则应根据行为的具体状况做出针对性的安排。

综合学界的现有研究，网络帮助行为根据其客观的指向对象性质，可以分为专门指向违法犯罪的帮助行为与非专门指向违法犯罪的帮助行为。对于前者，可以独立评价帮助行为的危害性；而对于后者，则要求对帮助下游犯罪具备“明知”要素以及查实下游犯罪的不法性。^{〔46〕}由此，通过正、反面的检验规则的构建对网络帮助行为的归责进行规范判断。

（一）行为具有专门的违法指向性时：肯定归责

当网络帮助行为具有专门的违法指向性时，帮助行为在客观上即可奠定不法的主要根据。而在主观层面，参与者对于所帮助的正犯无需有清晰的认识，只要认识到正犯将可能实施违法犯罪行为即可，同时需要认识到帮助行为的违法指向性。这是因为此类帮助行为虽然仅为整个网络共同犯罪中的一环，但该行为自始便专门指向促进各种违法犯罪行为，虽然不专属于特定的正犯，但是其行为在客观上具有较强的独立性，甚至于本身便可能属于违法行为。因而从一般预防的刑法目的上看，当参与者实施的网络帮助行为“专供”违法犯罪行为时，便是通过其帮助行为直接违背了相应的社会行为规范，而具备自身特有的规范违反性，可以认定为独立地创设了法所不容许的风险。

在此种类型的网络帮助行为中，所谓的专门违法指向性行为又可区分为如下两种：一种是网

〔43〕 参见前引〔41〕，周光权文。

〔44〕 参见周光权：《客观归责方法论的中国实践》，载《法学家》2013年第6期。

〔45〕 参见陈兴良：《刑法教义学中的价值判断》，载《清华法学》2022年第6期。

〔46〕 参见前引〔33〕，邓矜婷文。

络帮助行为本身即属于违法违规行为。典型如“网络黑灰产犯罪”中的“黑产”，“黑产”是指直接违反相关法律法规的网络违法犯罪行为。^{〔47〕}“黑产”一般包括诸如窃取并提供他人网络账号密码的行为、研制“钓鱼”或虚假网站等行为。典型案例如“提供恶意呼叫软件案”，行为人委托他人开发“云呼”“挂机宝”等软件并上传至网络供他人下载安装使用，通过上述软件搭建一个以互联网为依托的恶意呼叫平台，并以此意图牟利，其所提供的技术服务为正犯所利用，造成50台以上无线移动电话机不能正常运行的恶果。^{〔48〕}本案中，提供技术服务并搭建恶意呼叫平台的行为原本便属于违法违规行为，其行为一经实施便具备显著的违法性，故而属于典型的专门指向违法犯罪的帮助行为，可以在客观层面实现归责。同样，在诸如“空包网”的案件中，亦可出现根据相同情况肯定结果的归责。^{〔49〕}由于“空包网”没有实物寄送，仍然为正犯提供虚假快递物流服务，是一种非正常的商业行为，违反了相关邮政法律法规，故这种行为本身即具有违法违规属性。^{〔50〕}但是，也有违法违规的帮助行为用于部分合法行为的场合。典型如“出售提供改号软件案”，本案中的改号软件技术本身具有非法性，尽管如此，改号软件仍有可能被公民个人用于合法的用途，例如通过改号软件避免个人信息泄露的情形亦时有发生。^{〔51〕}在上述类型的案件中，改号行为的应用本身即属于违法行为，尽管可能被用于对部分合法行为实施帮助，但是仍可基于其参与行为本身的不法性，肯定对此类行为的结果归责。这是因为，行为本身所具有的违法违规特性，虽然无法查证被帮助的正犯行为均构成犯罪，但帮助行为本身具有十分严重的社会危害性，只要参与者意识到其帮助行为的主要用途在于违法犯罪，则应当肯定对其的归责。这样的做法也可以在司法解释中得到印证，亦即在前述《非法利用信息网络、帮助信息网络犯罪活动解释》第12条第2款中规定，例外情况下虽然无法查证被帮助对象构成犯罪，但帮助行为本身具有十分严重的社会危害性，达到独立刑事惩处的程度，也能够予以相应的刑事处罚。^{〔52〕}

另一种则是网络帮助行为中的参与手段具有一定的技术中立性，并非违法违规行为，但是自行为实施伊始，便专门或者主要指向违法犯罪行为，而不用或者少用于合法的用途。例如，在部分成体系化的网络诈骗、赌博犯罪中，众多参与者为诈骗、赌博行为的正犯提供诸如网络存储、网络链接、广告推广、服务器托管以及消费结算等一系列网络技术服务，并链接成一个成体系化的具有产业分工的犯罪团伙，其中参与者提供的网络技术服务主要甚至专门指向诈骗、赌博等犯罪行为。在“聊天软件赌博案”里，行为人通过研发“多聊”等即时通信软件，对接棋牌游戏平台，提供登录接口，放任赌博人员在APP上创建群组，为棋牌赌博提供技术服务。^{〔53〕}本案中行

〔47〕 参见喻海松：《网络犯罪黑灰产业链的样态与规制》，载《国家检察官学院学报》2021年第1期。

〔48〕 参见杨毅：《操控恶意呼叫软件构成破坏计算机信息系统罪》，载《人民司法》2021年第5期。

〔49〕 电子商务和物流业的快速发展催生一种全新的灰色产业，一种专门代发空包裹、提供虚假物流服务的网站，统称“空包网”。

〔50〕 参见庄永康等：《以升级代理为由获取微商客户代理费如何定性》，载《人民检察》2020年第20期。

〔51〕 改号软件属于一种VoIP技术，该技术可以将封闭的通信系统改变为开放的通信系统，剥夺电信运营商对电话号码的唯一分配能力，亦即在向通信系统发送信息或来电时，通信系统上将显示相应被任意造设出的号码。参见刁雪云：《电信网络诈骗中改号软件提供行为的刑法认定》，载《人民检察》2020年第9期。

〔52〕 参见周加海、喻海松：《〈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〉的理解与适用》，载《人民司法（应用）》2019年第31期。

〔53〕 参见周芬：《新型网络犯罪技术行为的司法认定》，载《中国检察官》2021年第5期。

为人提供聊天软件等技术服务的行为本身并非违法犯罪行为，其技术手段具有中立性质，但是从研发的通信软件等网络服务的主要用途来看，技术手段专门提供给赌博人员使用。从这个意义上看，尽管参与者研发的相关网络技术手段具备一定的中立性，但是技术手段自始指向赌博服务，故而在性质上与专门指向违法犯罪的帮助行为无异，自其实施之后在客观上便足以认定具有违反法规范的风险。

（二）实施中立性质的行为具有特殊认知时：可以归责

然而在司法实践中，网络帮助行为并非专门指向违法犯罪行为的情形更为多发，特别是帮助行为在技术特征及指向对象上均具有中立性质，多处于法规范的“模糊地带”，导致对其处罚与否则面临诸多争议，此时与上述直接违反法规范的帮助行为相较，需要借助行为人主观上的特殊认知加入判断。

典型如“网络黑灰产犯罪”中的“灰产”行为，与“黑产”不同，“灰产”行为通常距离正犯行为较远，其既可表现为对违法行为的帮助，也可为合法行为提供帮助，同样也涉及游走在法律边缘地带的行为。一般认为，恶意注册账号的行为属于典型的“灰产”行为，由于我国刑法并未将恶意注册行为规定为犯罪，并且恶意注册行为又并非只能用于违法犯罪，故对其定性难以一概而论。^{〔54〕}此时，网络帮助技术手段本身具有中立性，既可用于合法行为也可用于违法行为，故而对于其行为的归责合理化需借助“特殊认知”才能实现。在考察网络帮助行为是否应当得到归责时，需要经由社会一般人在行为前的观察视角来进行判断，考察其帮助行为是否具有危险性。但是，当行为人具有高出社会一般人的认知时，便需要将这种特殊的主观认知纳入判断行为是否危险的判断资料之中。^{〔55〕}此时，行为人的特殊认知将成为判断行为客观上危险与否，进而决定结果归责与否的关键要素。强调特殊认知在此种类型帮助行为中的重要作用，并不代表着客观归责中风险判断客观化的“褪色”。对此主要有两条论述途径：一种是在“客观”这一概念上动手术，主张特别认知所指向的内心事实原本就是外部世界中客观存在的事实；另一种则是从刑法学的功能主义和刑事政策需要出发，放弃在客观与主观的界分问题上过度纠缠，认为客观归责的主观化实际上是客观构成要件功能化的当然产物。^{〔56〕}本文认为，后一种解释路径更能满足网络帮助行为的归责需求。特别是随着网络时代下技术手段的发展，刑事政策要求刑法必须妥当地对社会的变化做出回应，那么在一个刑事政策性的、目的性的刑法体系中，客观构成要件的刑事政策功能是确定行为容许或禁止的外部边界，只要主观特别认知对于确定这一边界是必要的，并与客观构成要件的刑事政策功能相符，将其纳入客观要件的考察就毫无问题。

不过，还需要回答“特殊认知”的认识内容需要达到何种程度。日常生活中虽然到处存在法益侵害或者犯罪行为的可能性，但对这种可能性的认识并不能使自己的行为超越法所不容许的风

〔54〕 所谓恶意注册账号行为是指，行为人利用从接码平台处取得的手机号和验证码以及从打码平台获得的图像验证码识别、利用公民信息、自动化运行工具和突破安全保护措施的工具，完成整个注册过程和养号过程。参见陈兴良：《互联网账号恶意注册黑色产业的刑法思考》，载《清华法学》2019年第6期。

〔55〕 参见孙运梁：《功能主义视野下的客观归责：以特殊认知为中心》，载《东南大学学报（社会科学版）》2020年第6期。

〔56〕 参见陈尔彦：《德国刑法总论的当代图景与变迁——以罗克辛〈刑法总论教科书〉第五版修订为线索的展开》，载《苏州大学学报（法学版）》2020年第4期。

险。因此,如果只是怀疑网络技术服务的对象可能会滥用其所提供的网络服务实施违法犯罪行为,则并不构成本罪的明知。例如,仅仅怀疑自己的网络技术服务手段可能被他人用于违法犯罪行为,并未创设法所不容许的风险。实践中存在APP软件的开发和监管者通过代理拉群用微信红包结算的方式为赌博活动提供空间与场所的案例,开发APP软件或娱乐网站实际上属于合法行为,如果开发者与监管者并未对他人利用其所开发的软件或网站从事赌博等犯罪违法活动有明确的认识,将否定具备特殊认知,从而难以对其进行定罪处罚。因此,在判断是否具备特殊认知时,参与者需要认识到其帮助行为将会促进违法犯罪行为的发生,并且对他人利用其帮助行为进行犯罪活动存在明确性认识,这一认识事实的基础上仍然实施相应的帮助行为,那么便可以肯定结果的可归责性。^[57]典型案例如“快播案”,快播公司对于其服务器内存在的淫秽视频是知晓的,并且存在淫秽视频这一客观事实也已经由相关执法部门两次明确告知并要求其整改。^[58]由此可以认定,作为网络服务提供者的快播公司对于其技术手段涉嫌违法犯罪行为有了明确的认知,可以对其进行归责。

另外,对于此处的特别认知,需要特别注意其与故意之间的区别,以免造成不必要的混淆。我国刑法的主流观点认为,特别认知与故意之间既有共同点也有不同点,不可一概而论:特别认知必须存在于事前,而对故意的审查是在客观归责之后。^[59]我国台湾地区学者也认为,特别认知是指对于足以支撑法所不容许的风险的认知,这种认知是故意和过失的共同前提。故意是在特别认知的基础上又具有风险意识,过失是虽有特别认知但并无风险意识。^[60]总而言之,特别认知是一种对事实的认知,故意是在此基础上的一种规范性认知,所以二者的侧重点各不相同,特别认知是一种心理认知,故意是对心理认知的规范评价。^[61]所以,在这一阶段对网络帮助行为的归责考察中,主要考察的是网络帮助行为是否创设了危险,从这个意义上而言,特殊认知的加入并未影响这一考察的客观性。有观点断言,即使接纳特别认知概念,客观归责的判断仍然是客观的而非主观的,是特别认知而非行为人的主观故意对行为归责的判断有影响,特殊认知的存在是判断结果归属的重要判断基准之一。^[62]

最后,对于特殊认知在网络帮助行为归责中的重要意义,应当承认,特殊认知作为决定网络帮助行为的不法归责的关键要素已为我国的司法实践认可。^[63]例如在侵犯公民个人信息犯罪的司法解释中,知道或者应当知道他人会利用公民个人信息实施犯罪,仍然向他人出售或者提供公民个人信息的,在入罪要求的罪量判断上便不再要求信息的类型以及数量。显然,我国的司法实务部门通过司法解释的相关规定,使得特别认知等主观要素日益成为对网络帮助行为进行不法归责的重要依据。而在司法实践中也不乏对特殊认知要素的肯定,例如,在“深度链接案”中,行

[57] 参见孙运梁:《帮助信息网络犯罪活动罪的核心问题研究》,载《政法论坛》2019年第2期。

[58] 参见王华伟:《网络服务提供者刑事责任的认定路径——兼评快播案的相关争议》,载《国家检察官学院学报》2017年第5期。

[59] 参见张明楷:《也谈客观归责理论——兼与周光权、刘艳红教授商榷》,载《中外法学》2013年第2期。

[60] 参见周漾沂:《从客观转向主观:对于刑法上结果归责理论的反省与重构》,载《台大法学论丛》2014年第4期。

[61] 参见欧阳本祺:《论特别认知的刑法意义》,载《法律科学》2016年第6期。

[62] 参见周光权:《中性业务活动与帮助犯的限定——以林小青被控诈骗、敲诈勒索案为切入点》,载《比较法研究》2019年第5期。

[63] 参见刘涛:《网络帮助行为刑法不法归责模式——以功能主义为视角》,载《政治与法律》2020年第3期。

为人通过架设“平民解析”网站，绕过优酷公司、爱奇艺公司等著作权人设置的视频作品技术保护措施，调整、优化视频解析程序，将其视频作品以深度链接方式提供给盗版网站，从而向用户提供在线播放服务。实务意见指出，虽然行为人的技术本身既不直接提供作品也不直接面对观众，不具有违法性，但是由于行为人知道向其提出视频解析需求的均是盗版视频网站经营者，故对于相关盗版网站非法传播视频作品具有明知，从而成立侵犯著作权罪的共犯。^{〔64〕}

（三）行为属行业规范所容许时：不能归责

倘若网络帮助行为并未违反相应的行业规范，同样应排除归责：从社会利益的宏观层面上看，网络帮助行为所提供的技术服务手段能够促进社会的发展，是符合社会发展的总体利益的行为，故有必要将技术保护优先的理念摆在首位，以避免法律风险过度蔓延；^{〔65〕}从行业规范的微观层面上看，网络帮助行为符合网络服务行业中技术手段公开的行业规则，为整体法秩序所许可。基于此，应当认为此种网络帮助行为是一种被允许的风险，应当为刑法规范所认可。

最为典型是日本的“Winny案”，被告人开发了文件共享软件Winny，并在对软件做出反复修改的过程中依次将其于网站上公开，同时，在公开Winny之时作出了“请勿将本软件用于违法文件的交换”的警告话语，但是最终仍然被正犯运用于实施侵犯他人著作权。本案的一审判决认为，Winny的技术本身具有价值中立性，被告人认识到了这类软件的实际利用状况，仍然坚持公布，使得不特定多数人能够利用该软件，等于认可了其他正犯者的犯罪实行行为，由此肯定了被告人具有相应的主观认知，进而认为成立侵犯著作权罪的帮助犯。^{〔66〕}与之相反，本案的二审判决则认为，如果要将在互联网上提供价值中立的软件的行为认定为帮助犯，必须慎重对待，软件的提供者需要对他人利用其软件实施违法行为的盖然性有认识与许可，从而否定构成帮助犯。最高法院支持了二审判决结论，并认为“相关软件的提供行为，要想成立帮助犯，必须要有超越一般可能性的具体侵害利用状况”且“软件的提供者对此要有认识和容忍”。在本案中欠缺后者，即软件提供者不具有认识和容忍要素，所以被告人不构成帮助犯。^{〔67〕}在Winny案中，日本主审法院对于被告人是否具有相应的特殊认知展开了辩论，并形成了相对立的观点，虽然最终排除了对被告人的归责，但是却造成了不小的理论困扰。本文认为，在类似Winny案的案件中，若想排除对于行为人的归责，其实无需在特殊认知的认定问题上钻牛角尖，应尝试从规范秩序统一性的考虑出发，以行为人是否创设法所不容许的风险来讨论是否需要为行为人归责，或许是更为可行的路径。

具体说理如下：一方面，通过互联网将处于开发状态中的软件无偿公开、提供给不特定的多数人，是软件开发时的通常、合理做法，属于行业规范所允许的行为；另一方面，考虑到开发迅捷性的要求，如果对软件的开发行为过度限制，将会造成软件开发的不畅，进而影响到行业的发展，故软件在开发后立刻投入市场是符合社会利益的要求。与本案相类似，在网络服务平台的运营中同样存在其他法规范所允许的相关风险，如果行为符合其他法规范的具体规定，那么从法秩序统一性的角度来看，就有以此进行论证进而排除行为归责的理论空间。例如，在美国、德国等

〔64〕 参见孙秀丽、吴晓峰：《“视频解析”助网站盗版应认定侵犯著作权罪》，载《检察日报》2020年7月28日，第3版。

〔65〕 参见桑本谦：《网络色情、技术中立与国家竞争力——快播案背后的政治经济学》，载《法学》2017年第1期。

〔66〕 参见吴扬传：《论中立帮助行为的司法认定——快播案和winny案的比较分析》，载《法律适用》2017年第12期。

〔67〕 参见储陈城：《限制网络平台帮助行为处罚的理论解构》，载《中国刑事法杂志》2017年第6期。

国家存在的“避风港原则”，该原则最早源自于美国的司法实践，得到广泛认可后为美国的成文法所明确规定。该原则的主要适用原因在于，一味强调网络服务者的网络安全管理义务，将会给其带来沉重的负担，同时也将阻碍网络技术的发展，因而有必要特别为网络服务提供者划定一个承担侵权责任的边界。其在刑法教义学中的核心表现在于所谓“通知+移除”规则，亦即如果网络服务商在接到被侵权者的通知后，不及时采取移除或断开链接等措施，才应对其施加刑事处罚措施，也就限定了网络帮助行为的刑事可罚性。^{〔68〕}“避风港原则”虽然在我国刑法中并无直接规定，但是我国《信息网络传播权保护条例》第 20 至 23 条以及《民法典》第 1195 至 1197 条均确立了网络服务提供者基于“通知+移除”排除侵权责任的规则。因此，可以认为，在平台提供网络服务行为涉嫌构成帮助犯的情形，网络服务提供者在接到通知以后采取了必要删除措施的，其行为是符合其他法规范免责规定的行为，依照法秩序统一原理，行为未创设法所不容许的风险，应当排除网络服务平台的归责。

Abstract: How to define the punishment scope of network helping behavior is the core problem of theoretical research in the network era. The current academic direction mainly focuses on the nature of the crime of helping information network crime and the application of the theory of neutral helping behavior. On the one hand, the debate on the nature of the crime of helping information network crime fails to reveal the nature of the network helping behavior as an exception to the principle of accomplice subordination. On the other hand, there are many controversies about the concept and theory of neutral helping behavior, which also does not help to solve the problem of the penalty limit of online helping behavior. Therefore, it is necessary to change the research perspective and solve the imputation problem of network helping behavior, through the methodology of normative judgement, supplemented by the factual classification of network helping behavior, and the construction of imputation rules to standardize judgment. If the helping behavior specifically points to the illegal and criminal behavior, the responsibility should be directly attributed from the standard evaluation. If the helping behavior is not specifically directed to the illegal and criminal behavior, it is necessary to investigate whether the actor has a special cognition of the illegal behavior, from which the responsibility must be attributed. In the reverse judgment standard, if the helping behavior is in line with the industry norms, it should be negative imputation.

Key Words: network helping behavior, crime of helping information network crime, neutral helping behavior, normative judgement

(责任编辑: 简 爱 赵建蕊)

〔68〕 参见王华伟:《避风港原则的刑法教义学理论建构》，载《中外法学》2019 年第 6 期。