

网络犯罪参与行为性质的界定

——最小从属性说的提倡与运用

吴沛泽¹

【摘要】 随着网络信息技术的发展，刑事立法对网络犯罪进行了特别的规制。随之而来的便是学界对于网络犯罪参与行为性质的界定。共犯正犯化抑或实质共犯论的观点并不可取，该观点不仅动摇了共犯参与理论的根基，而且有扩张处罚范围之嫌，不利于实现刑法保障人权的基本原则。对于网络共犯的异变，坚持传统共犯身份认定模式，将网络犯罪参与行为认定为狭义的共犯既能正确解读刑法总则与分则中的相关规定，又能对刑法理论与司法实践做出有效回应。坚持共犯从属性是解决网络犯罪参与行为的基本前提。鉴于网络犯罪主体间的特殊性，将最小从属性说作为基本法理更为妥当，即只要正犯实施了符合构成要件的行为，网络帮助行为即可成立，而并不以正犯具备违法性为必需。量刑环节中，应判断网络犯罪各参与人当属主犯或是从犯。通过以最小从属性说为理论基础的身份认定与以共犯双层区分制度为立论前提的合理量刑是解决网络犯罪相关难题的理性之举。

【关键词】 网络犯罪 网络共犯 共犯从属性 最小从属性说

【中图分类号】 D914 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 1000-8691 (2022) 03-0150-11

网络时代中，信息技术的发展导致了网络共犯的异变，网络帮助行为主要体现为危害性的不断增强与传统共犯从属地位的不断突破。随着帮助信息网络犯罪活动罪的出台，共犯行为正犯化的理念也得到了部分学者的大力支持。所谓共犯正犯化，是指原本并非刑法分则条文明确指向的行为类型，被直接当作实行行为独立对待。¹这一立法实践无疑对传统的共犯理论产生了巨大的挑战，使二者呈现出一种看似“对立”的紧张关系。网络共犯异化的现实虽然对传统共犯理论造成了一定的冲击，但所谓共犯正犯化的理念只是在刑事立法的实践下披上了一层时代的面纱。究其实质，网络犯罪的参与行为依然没有突破共犯从属性的基本原理。换言之，网络犯罪参与行为的成立依然要求存在正犯的实行行为。故传统教义学视角下的共犯归责模式仍可以有效解决这一时代命题。与此同时，由于互联网的跨地域等特征，网络帮助行为的对象往往并不固定，因此网络上的共犯通常是“一对多”的关系。²在此背景下，网络空间中许多正犯的真实身份往往难以查明或正犯本身欠缺刑事违法性，这给共犯成立范围的界定制造了又一难题。在坚持传统共犯理论的基础之上，限制从属性说与最小从属性说之间的取舍就成为了解决上述问题的关键抉择。若固守限制从属性说，众多网络共犯行为就面临着无法入罪的尴尬局面，所以最小从属性说的提倡与运用就成为新时代背景下必然的选择。因此，有必要对共犯正犯化现象进行反思与批判，在坚持传统共犯理论的立场下，分析限制从属性说的缺陷并倡导最小从属性说的运用。

一、帮助行为正犯化的时代背景

新时代背景下的网络安全呼吁着网络犯罪刑事规制的建立，也使刑事立法针对上述现象进行了不断的修正与完善。两高在2010年颁布的《关于办理利用互联网、移动通讯终端、声讯台制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释（二）》[以下简称《淫秽电子信息若干问题解释（二）》]第4条、第5条就将达到入罪标准的网站建立者和直接负责的管理者认定为传播淫秽物品牟利罪和传播淫秽物品罪。《淫秽电子信息若干问题解释（二）》将具有独立性的网络犯罪

¹作者简介：吴沛泽，男，云南大学法学院博士研究生，主要从事刑法学研究。

基金项目：国家社会科学基金项目“网络恐怖主义犯罪与中国体系化的法律应对研究”（项目号：18BFX092）的阶段性生活成果

帮助行为直接作为独立的正犯行为予以评价，这是帮助行为正犯化的首次司法确认。2015年8月29日全国人大常委会通过的《刑法修正案（九）》第287条之二又增设了“帮助信息网络犯罪活动罪”，这一条文被视为帮助行为正犯化的典型立法实践。从《淫秽电子信息若干问题解释（二）》的首次司法确认到《中华人民共和国刑法修正案（九）》[以下简称《刑法修正案（九）》]的典型立法实践，立法者将帮助行为正犯化作为制裁网络犯罪的关键路径之一。随之而来的问题便是传统共犯理论如何回应当下的立法范式以及在司法实践中如何调动规范去实现合理的定罪量刑。在量刑规范化改革成果的基础上，如何借助大数据人工智能技术，融入实证要素构建精准量刑的实现路径，确保量刑充分体现罪责刑相适应原则，已是当前实践与理论的重要课题。³

（一）网络犯罪参与行为的特点

网络犯罪不同于传统犯罪，其犯罪空间的隐蔽性、行为方式的虚拟性等特点给犯罪的认定及量刑制造了难题。网络犯罪的参与行为也体现出了异于传统共犯行为的特殊之处。

1. 网络帮助行为危害性的增强

当前网络犯罪的分工愈发细化，技术帮助行为往往为法益侵害提供了重要帮助。这种帮助可以说在网络违法犯罪中处于核心的地位，也使其成为网络违法犯罪高发的源头，其社会危害性已经极大地超越了个体网络违法犯罪行为。如一般人由于受到知识水平的限制往往难以实现网络犯罪，但外界提供的技术支持会使被帮助者轻易地完成犯罪行为。在开设网络赌场、传播淫秽信息、实施网络诈骗等犯罪活动中，技术帮助行为不仅起到了推波助澜的作用，同时也是整个犯罪活动中的关键环节。

2. 网络帮助行为独立性的增强

网络犯罪主体呈现出离散性的特点，故网络共犯的帮助行为也表现为“一对多”的行为样态。被帮助对象往往是不特定的人群，被帮助行为完全可能指向不同的犯罪，甚至还可能是不具备刑事违法性的一般违法行为，如行为人面向广大网友出租电话号码并提供呼叫转移等服务供租用者实施电信诈骗活动。同时，网络共犯与正犯之间也存在意思联络的分离，即帮助者往往与实行行为人没有犯罪的意思联络。

（二）传统共犯理论与实定法之间的紧张关系

帮助犯独立定罪处罚的立法模式对传统的共犯理论提出了巨大的挑战，使二者呈现出一种看似“对立”的紧张关系。过去，围绕着共犯的本质存在着共犯从属性说与共犯独立性说之间的对立。新派刑法学主张独立性说，认为仅凭独立于正犯之外的共犯行为自身的犯罪性就能够予以处罚；而旧派刑法学采用从属性说，认为共犯的处罚在某种意义上也是以正犯行为为前提的。⁴传统共犯理论通常认为共犯“必须依存于一个正犯的主行为，始足以成立”⁵。换言之，共犯的成立至少需要存在正犯的实行行为。“帮助信息网络犯罪活动罪”将帮助者的行为直接予以刑法上正犯实行行为的评价，其背后体现出的更多是网络犯罪帮助行为独立性的特点。可以说，该罪的增设早就已经突破了共犯的从属性原理。

不可否认，“帮助行为正犯化”的理念经过立法实践而得到了立法者以及部分学者的认可。该理念在得到形式合法性的同时，也在实质正当性的层面上留下了足够的解释空间。尽管实定法的规定给共犯参与的一般原理制造了解释与运用上的障碍，但在最终结论不与现行刑法条文发生冲突的情况下，应将传统教义学视角下的基本理论贯彻至具体法条的适用上，从而减少实定法本身与法教义学若干共识性命题的冲突。

二、帮助行为正犯化的反思与批判

面对网络帮助行为危害性、独立性等异于传统帮助行为的特点，部分学者认为帮助行为正犯化理念的实践是解决网络犯罪

的合理路径，即站在帮助行为正犯化规定独立实行行为的立场下，不再考虑原来的实行行为是否构成犯罪。应当承认，这种通过法益保护前置、构成要件扩张的手段确实可以有效制裁网络犯罪相关问题。但更应该警惕的是，帮助行为正犯化理念的大行其道在不断扩大犯罪圈的同时，也会衍生出共犯参与类型的弱化、共犯立法规定的解释障碍、传统共犯理论的崩溃等新的问题。

（一）帮助行为正犯化的体系障碍：中国共犯立法规定的检验

在当今大陆法系共犯领域，无论是主张一元或二元论犯罪参与体系之学者，无不以正犯概念作为其体系构建之基点。⁶如若还原帮助行为正犯化的真实面目，首要的任务便是对正犯的概念进行准确的解读。

关于正犯的认定存在限制正犯概念与扩张正犯概念两种基本立场。扩张的正犯概念认为只要对犯罪实现起任何作用的人都是正犯。“无论参与形式如何，只要是参与了犯罪的人，都是正犯。”⁷而限制的正犯概念认为正犯是指那些亲自实行符合构成要件的行为人，仅仅通过不符合构成要件的行为共同带来结果，不能给正犯奠定基础，因此处罚共犯又可以视为“扩张的处罚事由”。由此可见，在扩张的正犯概念立场下，教唆犯与帮助犯由于对犯罪的实现当然地贡献了自己的作用，从而本质上仍为正犯。但在限制的正犯概念立场下，只有亲自实行构成要件的行为人才会被认定为正犯。限制的正犯概念在维护构成要件稳定性、实现构成要件定型机能的同时，也引发了新的问题，即没有亲自实行构成要件，但对法益侵害的实现具有支配力的行为人只能被认定为参与人。为了对各行为人进行合理的定罪量刑，德、日的学界主流观点逐渐放弃了形式的区分标准，而采取了如重要作用说、犯罪事实支配说等实质的判断标准。

可以看出，德、日学界态度的转变主要由德、日共犯立法体系的特点所致。德、日刑法在共犯的分类上采取了单层次的认定，即以正犯为核心形成了“正犯—教唆犯—帮助犯”的参与体系。这种单层分类的刑法体系不仅体现出由强至弱的递减的规范评价，也体现出了由重至轻的量刑标准。具体而言，“正犯是共同犯罪的定罪和量刑中心，其不仅具有定罪的价值而且具有评价参与人刑罚轻重的功能——正犯是共犯的处刑基础，共犯依照正犯之刑处断或者减等处罚”⁸。因此，正是由于这种单层分类的刑法体系使实质正犯的概念逐渐被学界接受。但反观中国的共犯立法模式，这种对共犯进行实质性考察的做法并不完全是合理的本土化选择。

根据《刑法》第26条、第27条的规定可以看出，中国对于共犯采取了明显有别于德、日的双层区分制度，即分工分类（正犯、共犯）与作用分类（主犯、从犯）的分类标准。前者试图解决共同犯罪中各参与人的身份认定问题，后者则是为了解决量刑的问题。双层分类标准最大的优势在于将行为类型的判定与行为科刑的考量区隔审查、脱钩处理。⁹在具体的案件中，正犯可以从犯，而帮助犯也可以是主犯。例如，帮助者将他人上传的淫秽电影予以广范传播或宣传，即使该行为人的传播行为是造成法益侵害的关键步骤，在身份认定上也应该认定为帮助犯，而在作用分类标准下认定为主犯。行为的认定与刑罚的裁量本就是不同阶段的任务，并无必要一次性地完成对二者的判断。帮助行为正犯化的思路其实是根据客观违法层面上的作用大小来作为共犯与正犯的区分标准。¹⁰这种试图同时解决参与人行为定型机能与作用评价机能的实质判断路径，不仅无视中国总则中关于共同犯罪的相关规定，与中国的双层区分制度并不契合，同时也存在明显的体系性弊端。由此可见，有些学者认为“形式共犯论”无法对参与人进行合理量刑的观点难以成立。首先，“一步走”的解决共犯归责模式是对形式共犯论的过分要求；其次，形式共犯论中的“形式”是一种对构成要件行为的“形式”审查，即对实施符合构成要件行为的人认定为正犯，对实施了帮助行为的人认定为帮助犯，这里强调的是一种行为上的定型分析。行为的定型判断与作用规范判断二者并无矛盾。帮助行为共犯化的理论阐释不仅是犯罪阶层理论得出的必然结论，也是与中国共犯分类体系相抵牾的必然结果。

（二）帮助行为正犯化的适用障碍：入罪过程中的实践困境

在中国双层区分制的共犯分类背景下，帮助行为正犯化的理念不仅会架空刑法总则中的相关规定，还会在罪名适用的过程中产生新的问题。

1. 刑法目的的考量

在帮助行为正犯化的观点下,帮助行为的单独入罪既源于其行为的独立性和类型化,又源于其不法内容的独立性与严重性。但若脱离了正犯的实行行为,众多网络帮助行为独立的社会危害性究竟源于哪里不无疑问。如果认为将帮助行为提升为实行行为是为了实现标签化的预防功能的话,这就表明帮助行为正犯化的理念只是单纯为了契合中国关于网络犯罪帮助行为的立法而忽略了刑法的目的与立法的初衷。

根据通说,刑法的主要目的是保护法益。如果把保护法益理解为刑法的第一机能、目的就会从客观的法益侵害这样的犯罪结果或者危险(法益侵害说)来寻求处罚依据、把握犯罪的本质。由此而论,坚持所谓的“无结果(未侵害法益)则无犯罪”的原则是妥当的。¹¹对此,有学者认为帮助信息网络犯罪活动罪仅仅是为网络帮助行为规定了量刑规则。¹²网络帮助行为究竟是帮助行为还是实行行为不能仅从形式上进行判断,更要进行该行为是否侵害了法益的实质判断。如行为人甲为了给他人提供一个传播淫秽信息的空间而建立了一个网站,但并没有人上传淫秽信息,如果认为甲的行为构成帮助信息网络犯罪活动罪的话,首先需要回答的问题是甲的行为究竟侵害了什么法益。在无正犯实行行为的情况下,甲单纯提供一个网站的行为客观上并没有侵害任何法益,所以对于甲的行为不应该以犯罪论处。

帮助行为的成立需要存在正犯的实行行为,这一基本立场在司法实践中也得到了明显的体现。法院的判决书关于网络犯罪中被帮助者的表述可以大致分为三类:(1)在判决书中针对正犯使用了“已判决”或“另案处理”的表述。(2)在判决书中针对正犯的行为使用了“违法犯罪活动”的表述。(3)在判决中未提及到正犯的行为,只是针对共犯使用了“明知其行为可能被用于犯罪活动”之类的表述。

通过分析上述三类判决书的表述,可以认为第一类和第二类判决书都是明确表明了共犯的成立必须依托于正犯,或是至少需要存在正犯的实行行为。在第三类判决书中,判决书对于共犯使用了“明知其行为可能被用于犯罪活动之类的表述”,看似是在正犯尚未着手实施犯罪之时,便对帮助犯进行处罚。这也许会被认为是帮助行为正犯化的典型司法实践。但在判决书中,无论是检察机关的指控还是人民法院的审理查明,基本上都指出了在被告人实施了帮助行为之后被帮助者所实施的犯罪事实或违法事实。所以不能盲目地认为刑法第287条是将尚未造成法益侵害的帮助行为当成正犯来进行处罚。换句话说,即使帮助者是在被帮助者实施犯罪之前或在犯罪准备阶段为其提供帮助,但刑法也往往在被帮助者实施了不法行为之后才介入。由此可见,第三类判决书依然认为帮助信息网络犯罪活动罪的成立需要存在正犯的实行行为。

如在“梁某某、赵某某开设赌场罪”一案中,被告人梁某某欲开设网络赌场,被告人苏某某将购买的“记分小助手”软件卖给梁某某,为其在互联网上开设赌场提供技术支持。山西省平遥县人民法院认为被告人苏某某明知被告人梁某某购买软件用于开设赌场,仍将软件出售予被告人梁某某并最终形成网络开设赌场的事实,其行为已构成帮助信息网络犯罪活动罪。¹³显然,被告人苏某某是在梁某某开设赌场之前为其提供的用于赌博的软件,但苏某某罪名的成立是建立在梁某某最终实行了开设赌场这一行为之上。处罚苏某某并不是因为苏某某单纯地为他人提供技术帮助,其违法性主要还是源于梁某某开设赌场的行为。由此可见,帮助信息网络犯罪活动罪的行为人依然是帮助犯,并没有因为刑事立法的规定而被提升至正犯。作为共犯,其成立的前提依然是需要存在正犯的实行行为。

有鉴于此,帮助信息网络犯罪活动罪的构成要件行为在本质上依然是帮助行为,并非是帮助行为的正犯化,正犯实行行为的存在当然就是该罪成立的前提条件。一方面,在法益保护原则的指导下应坚持无法益侵害便无犯罪的实质判断,另一方面,刑罚的一般预防也需要受到责任主义的制约。在责任主义原则的要求下,刑事政策中一般预防的立法动因并不能成为帮助行为正犯化规定认定的唯一依据。正如有学者所指出的,通过“正犯化”的立法方式或许对立法者而言是最“便宜”的选择,但可能并非是最好的选择。¹⁴

2. “情节严重”的认定

《刑法》第 287 条之二规定了“情节严重”的入罪标准。有学者认为网络帮助行为定罪量刑的独立化标准并不需要依赖实行行为入罪量刑的情节要求。¹⁵此观点也将网络帮助行为有了不同种类的定罪量刑标准作为了其获得实质独立性的主要依据。在中国的刑法分则中出现了大量的“情节严重”的表述，例如盗窃罪等。作为整体的评价要素¹⁶，情节严重中的情节是指客观方面的表明法益侵害程度的情节。¹⁷但是共犯不可能独立生成自身的违法性，尤其是在链式扁平型的网络犯罪参与中，众多被帮助者对法益侵害的不断积累极大地提升了共犯的不法程度，所以仅仅针对帮助行为自身样态做出的考察判断不能成为认定情节严重的唯一依据。在帮助行为正犯化的观点下，电信业务经营者、互联网信息服务提供者明知是淫秽网站，仍为其提供互联网接入、服务器托管、网络存储空间、通讯传输通道、代收等服务，可以直接依照服务的淫秽网站数量、收取的服务费数额进行定罪处罚，而不再依赖淫秽物品传播行为本身的文件数量、实际被点击数、注册会员数等定罪量刑标准。然而，帮助行为所依赖的正犯行为当然可以证明该帮助行为所造成的法益侵害。例如，根据相关司法解释，被帮助对象实施的犯罪造成严重后果的应当认定为帮助信息网络犯罪活动罪中的“情节严重”。如果仅仅考察帮助行为所实际获得资金数额或服务数额，并把此当成网络帮助行为入罪的独立标准的话，不仅无法全面衡量行为人所造成的法益侵害结果，也会在判断各参与人违法程度上产生偏差，从而影响量刑。

如在“张某帮助信息网络犯罪”一案中，被告人张磊先后帮助杨某和胡某进行网络犯罪，向其出租钓鱼网站，将朱某在《热血传奇》游戏账号内的 30000 余个元宝和杨某的 13000 余个元宝进行转移并售卖，造成被害人朱某损失人民币 39000 余元、被害人杨某损失人民币 15797.6 元。江苏省太仓市人民法院认为张某的行为构成帮助信息网络犯罪活动罪。¹⁸经法院查明，被告人张磊仅收取人民币 800 元，这一违法所得显然无法达到“情节严重”的标准。如果坚持认为帮助行为量刑独立判断的观点，在此案中就难以将张某的行为认定为犯罪。司法实践的态度表明，在定罪环节中，仅依靠网络帮助行为本身会给罪名的适用造成障碍，对部分行为人无法以犯罪论处。

由此可见，网络共犯形态的异化使学界形成了两种不同的立场：一部分学者放弃了正犯与帮助犯行为类型上的区分，从而“革命性”地采用了实质共犯论的立场；另一部分学者仍坚持网络共同犯罪中帮助犯的共犯身份，并通过对传统教义学的解读与省思来克服网络共犯的相关难题。帮助行为正犯化过分强调对帮助行为的实质判断，在其控制犯罪、维护社会稳定的背后彰显出了浓厚的刑事政策的色彩。法教义学本身是一种较为稳定的存在，但刑法中刑事政策的不断渗透使刑法教义学趋于实质化。在国家权力事实性扩张的前提下，研究刑法的刑事政策化与刑事政策的法治化是必须的，但问题依然在于如何去制约国家权力、防止过度扩张以及如何防止法教义学不会在刑事政策化中完全丧失独立的品格，以至于沦为刑事政策的傀儡。¹⁹帮助行为正犯化只是借助刑事立法披上了一层时代的面纱，该理念只是在法律的规定下具备了形式正当性，但共犯行为的实质内核并没有发生任何变化。由此可见，帮助信息网络犯罪活动罪并没有体现出共犯独立性的立场或观点。

三、理论应对：最小从属性说的提倡

面对网络犯罪的高发，笔者认为，应当坚持网络帮助行为并没有突破共犯的从属性理论这一基本观点。在立足于中国共犯立法体系的同时，应积极整合共犯教义学资源，并充分发挥共犯教义学的理解功能。坚持共犯从属性只是处理网络帮助行为的基本逻辑前提，在此基础上，帮助行为究竟在何种范围内始得成立才是处理网络犯罪参与行为的关键步骤与核心问题。

（一）共犯从属形式的学说梳理

共犯从属性是大陆法系为限定共犯成立范围所构建的理论，共犯从属性说的内部还存在共犯的要素从属性的问题。要素从属性所要讨论的是：为了肯定共犯的成立，正犯的行为必须具备哪些要件，即共犯的成立必须从属于正犯行为的何种成立要件或者要素。²⁰对此，德国学者 M. E. 迈耶以共犯成立所需依赖的正犯条件为标准划分出四项从属类型：夸张从属性说、极端从属性说、限制从属性说和最小从属性说。

上述四种要素从属形式在正犯行为应具备的要件范围上是逐渐限缩的。根据夸张从属性说，正犯的加减身份也会对共犯的

处断产生连带作用，如非国家机关工作人员帮助国家机关工作人员实施非法拘禁行为的也要从重处罚。夸张从属性说由于严重违反了责任主义原则而难以得到采用。极端从属性说认为共犯的成立需要正犯构成要件该当性、违法性与有责性的同时具备。该说虽然在中国实务界和学界得到了广泛的适用，但无论在理论上还是问题处理的具体结论上都存在着难以克服的缺陷。有学者指出了极端从属性说的问题主要包括：（1）极端从属形式混淆了“刑事责任意义上的共同犯罪”与“实质上的共同犯罪”；（2）极端从属形式并没有坚持“因果共犯论”；（3）极端从属形式违背了刑法上的“责任原则”；（4）极端从属形式导致了将部分共犯错认为较重的间接正犯。²¹由此可见，极端从属性说并不可取，该说将犯罪概念做出了单一与形式的机械理解，将有责性纳入到犯罪的实质内涵中，由于其只注意到了犯罪是具备了全部成立要件的行为，却忽视了犯罪的法益侵害本质。

（二）限制从属性说的弊端

共犯的成立并不要求正犯具备有责性已经成为了学界的基本共识，此不赘述。因此现今学界在共犯从属形式内部讨论最多的便是限制从属性说与最小从属性说的取舍。网络共犯行为异化最明显的特征在于共犯对正犯的依附程度有所减弱，已经从传统的“一对一”的关系演变为“一对多”的关系。正犯实施了构成要件但不具备刑事违法性的情形已成为常态，若固守限制从属性说，就无法对将正犯的行为与损害后果无限放大的帮助行为进行归责评价。尽管限制从属性说是目前学界的主流学说，但其仍然存在着一理论缺陷。

1. 传统命题下的隐形缺陷

限制从属性说认为要成立共犯，正犯应实施符合构成要件并违法的行为。在绝大多数场合中，限制从属性说与最小从属性说所得出的结论并无分歧，二者都认为在正犯具备违法性时，一般都可以肯定共犯的违法。但在正犯仅实施了符合构成要件的行为时，是否有成立共犯的余地呢？典型的例子便是共犯对合法行为的利用。对合法行为的利用是指利用他人所实施的正当防卫、紧急避险等因为具备违法阻却事由而合法的行为，从而引起一定结果的情形。²²如甲欲报复乙，便教唆乙去杀害丙。其后甲又将乙准备杀害丙这一事实告知丙，让丙做好正当防卫的准备。最终丙基于正当防卫而杀死了乙。对于甲教唆乙杀害丙这一事实而言，无论限制从属性说还是最小从属性说都认为甲的教唆行为是违法的。但由于丙杀害乙的行为是基于正当防卫的前提下，故限制从属性说认为甲不可能构成丙故意杀人的教唆犯。所以最终的结论为限制从属性说认为甲只能成立故意杀人（未遂）的教唆，而最小从属性说则认为甲可以成立故意杀人（既遂）的教唆。但乙的死亡结果与甲的教唆行为之间具有因果关系，仅将甲的行为评价为故意杀人（未遂）的教唆则明显造成了处罚的漏洞。由此可见，限制从属性说在解决如上案例时尚存在疑问。

如果实施了仅符合构成要件的行为人具备了违法阻却事由，行为人当然不构成犯罪。问题是，正犯的违法阻却事由能否连带于共犯？对该问题的不同回答便形成了“违法是连带的”这一传统共识与“违法是相对的”这一晚近观点。对违法阻却事由的判断是实质的判断²³，换言之，违法阻却事由的判断应当回归至各参与人的行为上进行个别的认定。限制从属性说在坚持“违法是连带的，责任是个别的”这一共犯观念的立场下认为正犯的违法阻却事由同时也阻却了共犯的违法性。在上述案例中，丙杀害了乙却不构成犯罪，其背后的正当化依据是法益衡量说。在正与不正的冲突中只能通过损害不法侵害者的利益来解决冲突²⁴，因此在此案中，应受保护的丙的利益优越于不法侵害者乙的利益。基于利益冲突中法益间的衡量，丙正当防卫的行为不构成犯罪是当然的结论。但甲是制造利益冲突之人，甲并不具备任何更为优越的利益，故甲并无违法阻却事由。在其行为制造了刑法所不允许的结果时，应当认为甲可以成立故意杀人罪的教唆犯。由此可见，完全可能存在正犯合法，但是共犯由于不具备违法阻却事由从而违法的情况。

限制从属性说由于过度地重视正犯违法性的有无，而在一定程度上忽视了客观上所造成的法益侵害。有学者认为：“构成要件该当性以及违法性展示了行为的客观属性，只要是无法肯定这些属性，从法益保护的观点出发，不要求将其作为刑法处罚的对象，……从而，肯定将对于法令行为予以援助的行为作为处罚对象的最小从属性说就是不妥当的。”²⁵但刑法不应该只介入于行为具备构成要件符合性以及违法性的场合，而是应该介入于任何法益遭到侵害的场合。所谓刑法的“介入”并不是指罪刑规范最终的适用，而是一种从形式违法到实质违法的判断，在此基础上再决定是否科处刑罚。基于正当防卫从而阻却违法也是经过阶

层判断之后得出来的结论，那为什么利用正当防卫的行为人就不受这种判断的约束呢？无论是法益间的衡量还是利益的阙如都是在刑法介入之后所得出的结论。所以从法益保护原则的角度出发，在产生法益侵害结果之后刑法就有必要行进至参与人内部进行实质违法性的判断。最后的结论只能是由于正当防卫人具备违法阻却事由而合法，但利用者不具备违法阻却事由而违法。

由此可见，违法性的判断必须依赖于“在特定环境、情境下”对具体行为人的行为选择做出价值上的正面或负面评价。²⁶ 限制从属性说将制造利益冲突状态的行为人要么认定为间接正犯，要么认定为不具备违法性的做法不仅导致入罪范围过于狭窄，还可能会造成处罚的漏洞。

2. 网络共犯异化下的显性缺陷

如果说“利用合法行为的违法行为”场合下的做法只是动摇了限制从属性说的理论根基，那么新时代背景中网络共犯的异化无疑更加凸显了限制从属性说的适用缺陷。在网络空间中，正犯行为不具备刑事违法性的现象已成常态。网络犯罪的惩治要求打击将正犯危害性无限放大的共犯行为，但若固守限制从属性说，则会将大量的网络参与行为置于法外之地，从而不利于犯罪打击和刑法保护。如单独正犯在网络平台上传一部淫秽色情视频的行为往往危害有限，但网络平台将众多单独正犯集合在一起，其传播作用将单独正犯本来有限的危害性予以无限地放大。该场合下，即使单独正犯的行为并无刑事违法性，也要对网络平台服务者的帮助行为予以处罚，原因在于：首先网络犯罪帮助者不可能构成某一行为的间接正犯，其次若认为网络犯罪帮助者不具备违法性则严重背离了惩治网络犯罪的初衷。由此可见，限制从属性说已无法回应司法实践的需求。作为刑事裁判实践理性的保障，一种理论的倡导不应该是学者们的自娱自乐，只为了追求逻辑上的自治而无视日益变化的社会现实则会在时代的检验中逐步失去理论的持续生命力。

（三）最小从属性说在网络犯罪中的具体展开

网络共犯异化是限制从属性理论缺陷得以暴露的社会背景与事实，网络犯罪的惩治也强烈地呼吁着共犯教义学内部从属性理论的适时变轨。相比之下，最小从属性在网络参与行为认定中则显示出了积极的意义，也成为了构建网络共犯归责模式的必然选择。

1. 入罪条件：正犯实行行为及情节严重的法定标准

共犯从属性要求共犯从属于正犯符合构成要件的行为。由于构成要件行为只能是实行行为，因此共犯最终从属的是正犯的实行行为，没有正犯的实行行为即无共犯，至于正犯是否具备违法性则属于下一理论层次的问题。²⁷ 同时，在关于共同犯罪的本质问题而形成的（部分）犯罪共同说与行为共同说的分歧上，行为共同说已成为当下的主流学说。若认为正犯之间只需要具备行为的共同性便可以成立共同犯罪的话，作为狭义共犯的教唆犯与帮助犯也应该贯彻行为共同说的观点。在共同犯罪中，一方面要求各犯罪参与人间“行为”的共同，另一方面又要求共犯的成立需以正犯具备违法性为前提，这便不当地割裂了行为共同说与共犯从属性二者的逻辑关系。²⁸ 最小从属性说认为共犯的成立只要求存在正犯符合构成要件的行为，这与共犯从属性以及行为共同说的基本观点相吻合。

按照刑法第 287 条之二的规定，该罪的成立要求帮助者明知他人利用信息网络实施犯罪，因此怎样理解该条文中“犯罪”就成为了关键的问题。在三阶层犯罪论体系下，传统的观点认为犯罪是具备构成要件符合性、违法性和有责性的行为。但犯罪的成立不以有责性为必要已经成为了学界的共识，故上述观点已经被摒弃。即使持四要件犯罪论体系说的学者也认为刑法中的“犯罪”一语，并不一定是指完全具备某个犯罪构成全部要件的概念，也可能是指具备某种犯罪客观要件即犯罪行为的概念。²⁹ 由此可见，目前对“犯罪”的通常理解是行为人所实施的符合构成要件且违法的行为。

刑法解释学中包含方法论与本体论。刑法解释的本体论作为解释的前提，旨在探究对刑法文本的理解得以可能的基本条件

及程序，从而阐明刑法文本与生活世界之间的基本关系。³⁰ 社会生活的飞速变化影响着人们对刑法文本的理解和解释，故刑法典中“犯罪”一词的实质内涵也会随着社会的发展而不断地变化。网络空间中，正犯行为仅具备构成要件符合性而无刑事违法性的现象已成常态。若坚持认为共犯的成立必须要求正犯的实行行为具备违法性，则大量实施网络帮助行为的行为人就无法成为网络犯罪的共犯，进而导致该罪的适用范围过于限缩。针对这一现象，有学者指出这里的“犯罪”，是指广义上的犯罪，即客观上引起了侵害法益的结果、符合客观犯罪构成的行为，其并不一定要受到刑罚处罚。³¹ 该观点认为帮助信息网络犯罪活动罪的帮助对象并不以刑事违法性为必要，这便体现了最小从属性说的观点。因此广义地理解“犯罪”是面对网络共犯形态异动的理性回应。在中国行政违法与刑事犯罪并存的二元评价模式下，行为人的不法行为要受到定性与定量的双重约束。当行为人实施的违法行为达不到刑法上对“量”的要求时，便被分流至行政违法行为。因此，从行为性质上来理解犯罪并没有违背一般国民的预测可能性。³²

在深度链接网络犯罪类型中，被帮助者构成虚拟世界中众多的点，这些点可能因数额没有达到起刑点而不能入罪。³³ 如单独正犯利用虚假广告实施网络诈骗行为仅造成被害人财产损失 200 元，这显然没有达到诈骗罪的起刑点从而不构成犯罪，但虚假广告的制作者可能面向大量的单独正犯提供服务，使整体上的不法所得达到了数额较大的标准。由此可见网络犯罪帮助犯可以将众多的单独正犯组织并聚拢起来，其对网络和社会秩序的危害已经远远超过每个被帮助者所造成的损害了。这表明，实施了未达到法定罪量标准的违法行为人属于刑法第 287 条之二中的帮助对象。因此按照最小从属性说的观点，帮助信息网络犯罪活动罪的成立不要求正犯必须实施了符合构成要件且具备违法性的行为，只要具备了正犯的实行行为就可以成立网络犯罪的帮助行为。

处罚网络帮助行为除了存在正犯的实行行为外，还必须存在实害结果。根据因果共犯论的观点，共犯的处罚依据在于其通过正犯而引起了违法结果。³⁴ 在因果共犯论内部也有修正惹起说与混合惹起说的争议。前者认为共犯是否违法完全取决于正犯是否违法，即承认共犯的从属性，否认共犯具有独立的违法性。³⁵ 后者认为共犯的违法性来自于共犯自身的违法性和正犯行为的违法性。³⁶ 网络犯罪中正犯行为危害有限而网络帮助行为的危害性却不断增强，若抛开共犯的违法性，正犯所造成的危害有时无法达到值得处罚的程度，很难为处罚共犯提供合理的依据。刑法第 287 条之二要以帮助行为达到“情节严重”这一标准，而“情节严重”应是基于最终结果的全面考察，即应将帮助行为和所帮助的正犯行为作为一个整体进行判断，帮助者对法益的侵害和被帮助者对法益的侵害都应该作为实际损害的判断资料。因此帮助信息网络犯罪活动罪的成立要求存在正犯的实行行为以及帮助行为所造成的实际损害达到了“情节严重”的标准。

2. 量刑标准：共犯双层区分标准下的主犯、从犯认定

在传统犯罪中，帮助犯的规范评价和刑罚裁量通常弱于正犯。而在网络犯罪中，网络帮助行为可能会起到相比于正犯更为重要的作用，因此一部分学者为了实现量刑的合理性而采取了共犯行为正犯化的观点。但正如前文所述，帮助行为正犯化理论与中国共犯双层分类制度并非契合。中国共犯立法体例采取了分工分类与作用分类的双层分类标准，前者旨在实现参与行为的类型评价，后者意在通过判断各参与人作用的大小来解决参与人的量刑问题。采用共犯从属理论中的最小从属形式不仅符合中国共犯的立法体系，也可以针对帮助行为实现合理的量刑。最小从属性说认为共犯的成立只要求正犯行为符合构成要件，至于正犯行为有无实质违法性并不影响共犯的成立，这使行为类型性评价的机能得以更好的发挥。作为罪刑法定形式理性含蕴的彰显，采取形式客观说的正犯概念是共犯理论内部的本土选择。故共犯与正犯的认定不应进行价值的、规范的考察，即使帮助犯实行了更为严重的行为，为了维护构成要件的稳定性，该行为依旧构成帮助行为。至于对参与人行为的规范评价，应按照主犯、从犯的分类进行判断，将贡献了更为重要作用的帮助行为认定为主犯，从而实现合理量刑。

分工分类与作用分类的双层分类制度对应的分别是参与人的定性与量刑。最小从属性说的思路便是遵循着形式判断与实质判断的严格区分，一方面基于构成要件定型机能完成对各参与人的定性，另一方面又在形式认定标准之后考察各参与人的作用大小来完成量刑。如网络软件著作权侵权行为、深度链接行为、淫秽网站提供行为等网络犯罪通常有两个特点：一是网络帮助行为为危害结果做出了更为重要的贡献，二是正犯的行为通常不具备刑事违法性。为了实现罪刑均衡，应充分发挥中国双层区分

参与体系的优势。考量网络帮助行为在共同犯罪中的实际作用，若其在犯罪过程中起到主要作用，就应将其评价为主犯，并非只有予以正犯化才能作为主犯处罚。³⁷由此看来，持帮助行为正犯化理念的学者所担心的情况并不会发生，将帮助行为放置到共犯教义学的框架中也同样可以合理地完成网络犯罪参与人的定罪与量刑。

四、最小从属性说的司法检验

刑法教义学的目标是为刑法适用提供理论服务，刑法的适用也可以检验一种理论是否具备合理性。关于共犯的从属形式，中国学界已经基本完成了从极端从属性说到限制从属性说的转变，但面对网络共犯异化的现实，在共犯理论内部进行适时的变轨是当下的必要选择。最小从属性说的运用是解决网络犯罪帮助行为的妥当路径。在司法实践中，法院的判决表明在限制从属性说和最小从属性说之中选择了后者，即司法机关认为在被帮助者实施了符合构成要件但不具备刑事违法性的行为时，帮助者依然构成帮助信息网络犯罪活动罪。例如在尚未查明正犯所实行的行为及经司法机关查明正犯实施的行为无法入罪时，司法机关针对正犯主要表述如下：（1）在判决中，人民法院并未查明正犯的具体身份，而是针对正犯的身份使用了“他人”“客户”等表述。（2）在判决中，由于正犯的行为可能不具备刑事违法性，而对正犯的行为使用了“违法犯罪活动”的表述。

如果坚持限制从属性说的话，由于正犯的行为不具备违法性，就不能肯定帮助犯的成立。但在网络犯罪中，一个单独正犯所实施的行为往往危害有限，但在帮助犯的帮助行为下，危害结果却能无限地放大。同时，在帮助者“一对多”帮助的普遍现状下，通过帮助行为的联接和传播作用，正犯之间的危害程度不断叠加和累积，使帮助行为具备了可罚性。

如在“杨旭、胡凯帮助信息网络犯罪活动罪”³⁸一案中，被告人杨旭、胡凯、王龙等为牟利租住在萧县，为QQ号等发送推广赌博网站的链接类短信。被告人杨旭等在群发短信的同时还将短信在网络上发送给推广短信的客户赚取利润；被告人王龙等在网络上寻找需要发送推广短信的客户；朱某负责为在QQ群寻找客户、并为杨旭提供结算账户进行资金结算。截至案发，被告人杨旭、朱某等共计发送、推送短信约1143万条；被告人胡凯推送短信约557万条；被告人王龙推送短信约330万条；被告人宋帅推送短信约51万条；被告人张俊杰推送短信约18.4万条。安徽省萧县人民法院认为上述被告人构成帮助行为网络犯罪活动罪。在该案中，对于正犯身份的介绍使用了“客户”的表述，该案是典型的行为人实施了“一对多”帮助行为的案例。由于每一个正犯所实施的行为仅仅是赌博网站的运营，在尚未查明正犯所经营赌博网站造成被害人实际财产损失的情况下，由于无法判断正犯的刑事违法性，所以对这些正犯难以进行定罪处罚。但杨某等人为赌博网站进行推广宣传的行为起到了重要的联接作用，使发送、推广的短信数量不断累计，从而具备了可罚的违法性。由此可见，共犯的成立并不需要正犯的行为具备可罚性。

又如“武军成帮助信息网络犯罪”一案中，山东省菏泽市定陶区人民检察院认为被告人武军成在明知“菏泽市共享之家智能科技有限公司集团有限公司”实施传销活动的情况下，为谋取利益，为该公司提供技术支持，为其制作和维护“会员业绩管理系统”和“一卡通买卖网”，并提供服务器供其使用。³⁹首先，他人实施的传销行为并不具备刑事违法性，当然不构成组织、领导传销活动罪，司法机关也并没有将他人的行为以组织、领导传销活动罪定罪处罚。其次，菏泽市定陶区人民检察院明确指出被告人武军成是为他人的传销活动提供帮助，他人的传销活动并未得到另案判决也并未在处理之中。因此，正犯所实行的行为完全可以是不具备刑事违法性的一般违法行为或是尚未查明是否构成犯罪的行为。如果坚持限制从属形式的话，那么对上述案例中的被告人就无法定罪处罚。法院的判决也表明了的帮助信息网络犯罪活动罪中采用了最小从属性说。

由此可见，网络共犯的异化并没有宣告传统共犯参与理论的崩溃，面对共犯正犯化理论的异军突起，学界应清醒地认识到网络犯罪立法的精神与网络犯罪帮助行为的本质。刑法第287条之二的规定并没有将网络参与行为上升为实行行为进行处罚，其根本目的还是为了保护正犯所可能侵害到的法益；网络犯罪帮助者仍应认定为帮助犯，其成立需要正犯实施了符合构成要件的行为。在中国的立法现实下，不应过分追求定罪与量刑的一体化。既然刑法第26、27条规定了共同犯罪中的主犯与从犯，就没有必要将网络犯罪帮助者认定为正犯，衍生的理论难题与实践困境也许得不偿失。传统刑法理论无法回应新型网络犯罪的观点难以得到支持，相反，网络共犯领域中仍需共犯教义学原理进行指导。最小从属性说的提倡与运用不是传统教义学面对网络犯罪难题的无奈之举，而是传统教义学内部智识资源的积极整合和大胆尝试。在此基础上，“违法的相对性”“利用合法行为的违法

行为”等传统命题也能够得到合理的解决。

注释：

1 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》，《法律科学》2017年第3期。

2 喻海松：《网络犯罪二十讲》，北京：法律出版社，2018年，第100页。

3(1)王燕玲：《大数据精准量刑的实现方法与路径》，《贵州大学学报（社会科学版）》2020年第4期。

4(2)[日]前田雅英：《刑法总论讲义》（第6版），曾文科译，北京：北京大学出版社，2017年，第290页。

5(3)林山田：《刑法通论》（下册），北京：北京大学出版社，2012年，第17页。

6(1)阎二鹏：《共犯教义学中的德日经验与中国实现——正犯与主犯教义学功能厘清下的思考》，《法律科学》2017年第5期。

7(2)[日]高桥则夫：《共犯体系和共犯理论》，冯军、毛乃纯译，北京：中国人民大学出版社，2010年，第5页。

8(3)钱叶六：《双层区分制下正犯与共犯的区分》，《法学研究》2012年第1期。

9(4)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。

10(1)周啸天：《正犯与主犯关系辨析》，《法学》2016年第6期。

11(2)[日]西田典之：《日本刑法总论》（第3版），刘明祥、王昭武译，北京：中国人民大学出版社，2007年，第22页。

12(3)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。

13(1)参见山西省平遥县人民法院（2018）晋0728刑初字第192号判决书。

14(2)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》，《社会科学辑刊》2016年第4期。

15(3)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》。

16(4)“情节严重”“数额较大”等也是“罪量要素”。有学者将“情节严重”作为罪量要素来解读网络共犯的刑法规定。阎二鹏：《网络共犯中的罪量要素适用困境与教义学应对》，《中国刑事法杂志》2020年第1期。

17(5)张明楷：《犯罪构成体系与构成要件要素》，北京：北京大学出版社，2010年，第241页。

18(6)参见江苏省太仓市人民法院（2017）苏0585刑初1086号判决书。

-
- 19(1)劳东燕：《当代刑法理论中的实质化思潮》，梁根林主编，《当代刑法思潮论坛》（第2卷），北京：北京大学出版社，2016年，第148页。
- 20(2)钱叶六：《共犯论的基础及其展开》，北京：中国政法大学出版社，2014年，第180页。
- 21(3)秦雪娜：《共犯从属性研究》，北京：中国法制出版社，2020年，第182-185页。
- 22(1)周啸天：《最小从属性说的提倡：以对合法行为的利用为中心》，《法律科学》2015年第6期。
- 23(2)[日]大谷实：《刑法总论》，黎宏译，北京：中国人民大学出版社，2008年，第233页。
- 24(3)张明楷：《刑法学》（第5版），北京：法律出版社，2016年，第198页。
- 25(4)[日]山口厚：《刑法总论》（第3版），付立庆译，北京：中国人民大学出版社，2018年，第324页。
- 26(1)任海涛：《共同犯罪立法模式的比较研究》，长春：吉林大学出版社，2011年，第178页。
- 27(2)王昭武：《论共犯的最小从属性说——日本共犯从属性理论的发展与借鉴》，《法学》2007年第11期。
- 28(3)王昭武：《共犯处罚根据论的反思与修正：新混合惹起说的提出》，《中国法学》2020年第2期。
- 29(4)黎宏：《我国犯罪构成体系不必重构》，《法学研究》2006年第1期。
- 30(5)周维明：《刑法解释学中的前理解与方法选择——刑事裁判的实践理性保障》，北京：知识产权出版社，2018年，第38页。
- 31(1)黎宏：《论“帮助信息网络犯罪活动罪”的性质及其适用》，《法律适用》2017年第21期。
- 32(2)孙运梁：《帮助信息网络犯罪活动罪的核心问题研究》，《政法论坛》2019年第2期。
- 33(3)徐松林：《视频搜索网站深度链接行为的刑法规制》，《知识产权》2014年第11期。
- 34(4)黎宏：《刑法学总论》（第2版），北京：法律出版社，2016年，第257页。
- 35(5)黎宏：《刑法学总论》（第2版），第259页。
- 36(6)张明楷：《刑法学》（第5版），第407页。
- 37(1)孙运梁：《帮助行为正犯化的教义学反思》，《比较法研究》2018年第6期。
- 38(2)参见安徽省萧县人民法院（2021）皖1322刑初240号刑事判决书。
- 39(1)参见山东省菏泽市定陶区人民法院（2019）鲁1703刑初369号刑事判决书。