

论中立帮助行为的处罚边界

陈洪兵*

内容提要 传统理论及司法解释一贯认为,只要行为客观上促进了他人的犯罪,行为人主观上也对此明知,就应作为帮助犯受到处罚。这种不加区别的做法可能导致过于限制公民日常生活中的交易、交往自由。近年来,中立的帮助行为原则上不应作为帮助犯受到处罚已经成为国外刑法理论的主流立场。除非行为人违反违禁品管制等相关规定,否则应认为其中立帮助行为并没有制造不被法所容许的危险,不具有帮助行为性,不成立帮助犯。《刑法修正案(九)》针对网络服务提供者责任的规定,并非意味着全面处罚网络中立帮助行为,相反,除非专门用于实施信息网络犯罪,否则,原则上应将提供互联网接入、服务器托管、网络存储、通讯传输、搜索引擎、软件、链接等技术支持的行为排除在刑罚处罚的范围之外。

关键词 中立帮助行为 帮助犯 利益衡量 正当业务行为 网络犯罪

一、问题的提出

2013 年国家司法考试试卷二第 55 题 C 选项为:“乙、丙在五金店门前互殴,店员甲旁观。乙边打边掏钱向甲买一羊角锤。甲递锤时对乙说‘你打伤人可与我无关’。乙用该锤将丙打成重伤。卖羊角锤是甲的正常经营行为,甲不构成故意伤害罪的共犯。”司法部公布的答案是该选项错误,即认为卖铁锤的甲应成立故意伤害罪的帮助犯。该选项所涉问题其实是德、日刑法学界近几十年来的一个热门话题——中立帮助行为的可罚性问题。^①

杂货店老板明知他人购买菜刀是用于杀人而出售菜刀(“菜刀案”),五金店店员知悉他人入户盗窃的计划而出售螺丝刀(“螺丝刀案”),出租车司机了解乘客的杀人意图而载其到杀人现场(“出租车案”),这类通常无害却客观上促进了他人犯罪行为及结果的行为,被德、日和我国台湾地区学者称为“外部中立的行为”、“日常生活行为”、“职业

* 南京师范大学法学院教授。本文系“江苏高校优势学科建设工程资助项目”的成果之一。

① Vgl. Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, C. H. Beck, 2003. S. 207.; [日]山中敬一:“中立的行为による帮助の可罰性”,载《关西大学法学论集》第 56 卷第 1 号(2006 年),第 35 页。

典型行为”、“中性业务行为”等。传统观点认为,只要行为促进了正犯行为及其结果,即客观上具有因果关系,并且行为人对此明知而持希望或者放任态度,即主观上具有帮助的故意,就成立帮助犯。而中立帮助行为往往难以否认客观上的因果性及主观上的帮助故意,^②按照传统帮助犯理论,对中立帮助行为应一律以帮助犯论处。追求法益保护与自由保障之间的平衡是刑法学的永恒主题。^③倘若将上述商品交易、运输服务等中立帮助行为一概作为帮助犯加以处罚,难免导致公民行动的萎缩,甚至整个社会交往的瘫痪。因此,德、日刑法理论界最近几十年来就如何划清不可罚的中立帮助行为与可罚的帮助犯的界限问题展开了深入、持久地讨论。^④虽然理论上还存在分歧,但中立帮助行为原则上不成立帮助犯如今已成为德、日刑法理论界的共识。^⑤而我国刑事立法及司法实务并没有中立帮助行为的概念,一直按照传统共犯的成立条件,不加区别地将中立帮助行为以帮助犯处罚,从而不当地扩大了共犯的处罚范围。

最近涉嫌传播淫秽物品的深圳快播公司的“快播案”以及涉嫌虚假广告的百度公司的“魏则西案”,将网民的目光聚焦于“技术无罪”的网络中立帮助行为。2016年9月13日上午,北京海淀法院一审宣判深圳快播公司及其单位包括CEO王欣在内的四名高管均构成传播淫秽物品牟利罪,^⑥沸沸扬扬的“快播案”看似已经“尘埃落定”,但判决理由及结论并非没有可商榷之处,由该案所引发的保护网络行业的创新发展与打击网络犯罪之间的冲突与协调以及中立帮助行为的处罚边界问题,必将引起人们持久地思索。

二、现状的反思

(一) 立法与司法解释的一贯立场

我国《刑法》第156条规定:“与走私罪犯通谋,为其提供贷款、资金、账号、发票、证明,或者为其提供运输、保管、邮寄或者其他方便的,以走私罪的共犯论处。”最近,《刑法修正案(九)》增设的第287条之二帮助信息网络犯罪活动罪也规定:“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。”我国司法解释也基本上没有中立帮助行为的概念。例如,2001年4月9日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《伪劣商品解释》)第9条指出,“知道或者应当知

② 参见[日]小野上真也:《从犯における客观的成立要件の具体化》,载《早稻田法学会志》第60卷2号(2010年),第192页。

③ 参见张明楷:《刑法原理》,商务印书馆2011年版,第9页。

④ 参见[日]丰田兼彦:《中立的行为による帮助と共犯の处罚根据——共犯论と客观的归属论の交错領域に関する一考察——》,载《神山敏雄先生古稀祝贺论文集》(第一卷),东京:成文堂2006年版,第553页。

⑤ 参见[日]永井善之:《アメリカ刑法における「中立的行为による帮助」》,载《金沢法学》第50卷第1号(2007年),第24页。

⑥ 参见王巍:《快播案宣判 CEO 王欣获刑3年半》,载《新京报》2016年9月14日。

道他人实施生产、销售伪劣商品犯罪,而为其提供贷款、资金、账号、发票、证明、许可证件,或者提供生产、经营场所或者运输、仓储、保管、邮寄等便利条件,或者提供制假生产技术的,以生产、销售伪劣商品犯罪的共犯论处。”^⑦又如,2011年3月1日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《诈骗解释》)第7条;2005年5月11日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《赌博解释》)第4条;2010年2月2日最高人民法院、最高人民检察院《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《淫秽物品犯罪解释》)第6条。等等。可见,立法及司法解释的一惯立场是,“只要行为客观上对犯罪行为有帮助作用,行为人主观上也对此明知,该行为就应当按照帮助犯处理”^⑧。

(二) 上述立场的反思

在深受上述立场影响的情况下,实务中出现以下判例就不足为奇了:出租车司机目睹乘客行凶后仍应乘客要求将其拉至指定地点的,被法院认定成立窝藏罪;^⑨出租车司机明知他人运送毒品而应其要求载至目的地的,被法院认定成立贩卖毒品罪的共犯;^⑩将车间租赁给他人从事金属挂钩脱漆工艺,租赁人违规排放废水的,法院认定出租者构成污染环境罪的共犯;^⑪企业中受雇从事电镀加工,以及受指使排放、倾倒废水的一般雇工,被法院作为单位犯罪中的“其他直接责任人员”追究污染环境罪的刑事责任;^⑫母亲明知儿子有重大犯罪嫌疑,仍为其清洗衣物上的血迹并资助1100元供其逃跑的,被法院认定为窝藏罪;^⑬父母明知儿子杀了人还留儿子在家吃住,也被法院认定成立窝藏罪,^⑭等等。

如果只要想到自己的业务行为或者日常生活行为可能促进他人的犯罪活动,银行就不能提供贷款,债务人就不应按期还债,企业就必须停止向环境污染企业、伪劣商品生产企业提供原材料等,无疑过于限制了公民的自由,“不仅给每个日常生活中的普通人强加了一份防止犯罪的警察义务,还会使当事人产生因为运气不好而成为罪犯的心

⑦ 我国一系列关于办理伪劣商品案件的司法解释中都有关于共犯的类似规定。例如,2013年5月2日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理危害食品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《食品案件解释》)第14条。

⑧ 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3期。

⑨ 参见金希:《中立的业务行为与可罚的帮助行为之界分:以交通运输行为和商品销售行为为视角》,载《浙江万里学院学报》2012年第1期。

⑩ 参见崔道忠:《的士司机搭载犯罪嫌疑人逃离犯罪现场》,载《法制与社会》2014年4月(中)。

⑪ 参见上海市青浦区人民法院(2014)青刑初字第609号刑事判决书。

⑫ 参见浙江省乐清市人民法院(2014)温乐刑初字第487号刑事判决书;广东省茂名市茂南区人民法院(2014)茂南法刑初字第163号刑事判决书;浙江省温州市中级人民法院(2014)浙温刑终字第499号刑事裁定书。

⑬ 参见黑龙江省大庆市中级人民法院(2003)庆刑二初字第29号刑事判决书。

⑭ 参见安徽省高级人民法院(2004)皖刑终字第215号刑事裁定书。

理,难收对其惩罚改造之效”^⑮。因此,如何划定中立帮助行为的处罚边界成为各国刑法理论界面临的共同课题。

三、理论上的解决方案

应否处罚中立帮助行为,理论上存在全面处罚说与限制处罚说。全面处罚说认为,只要符合传统帮助犯的成立条件,即具有因果关系与故意,就应以帮助犯进行处罚。全面处罚说由于根本不考虑中立帮助行为的特殊性,而不当限制了公民的自由,因此如今在德、日等国极少有支持者。大多数学者认为,从保护现代社会交往中公民的业务自由、日常活动自由考虑,应当限制中立帮助行为的处罚范围。理论界虽然还存在争论,但已基本上属于限制处罚说阵营内部的分歧。^⑯在限制处罚说内部又分为主观说、客观、折衷说与^⑰主观说、客观说、综合说和^⑱主观说、客观说三种。^⑲笔者认为,根据决定中立帮助行为的可罚性是否完全不考虑行为人的主观方面,可将各种限制处罚说分为主观说与客观说两大阵营。

(一)主观说

1. 德国学者 Roxin 的主观说

德国学者 Roxin 可谓主观说的代表。^⑳Roxin 虽然重视行为的主观因素,但又从客观归责论立场,强调中立行为只有制造了不被法所容许的危险才能进行客观归责,进而作为帮助犯予以处罚。在判断中立行为是否制造了不被法所容许的危险时,Roxin 认为应区分两种情形:一是帮助者确实地认识到正犯的犯罪计划的场合,即直接故意或者说确定的故意的场合;二是帮助者只是认识到自己的帮助行为有为他人犯罪所利用的可能性的场合,即间接故意或者说未必的故意的场合。

首先,行为人已经知道正犯具有犯罪的故意仍予以援助的,原则上成立帮助犯。例如,五金店老板出售铁锤时已经知道该人购买铁锤的目的就是用其敲碎别人的脑袋,应成立杀人的帮助犯;知道他人是盗窃集团的头领仍向其出售螺丝刀的,成立入室盗窃的帮助犯。Roxin 指出,尽管所提供的援助行为是他人实施犯罪的前提条件,但如果提供援助者的主要目的是对他人所从事的合法行为予以援助,则提供援助的行为不具有犯罪意义关联性。例如,行为人明知对方系环境污染企业,仍向其供应原材料的,由于所援助的对象是合法行为(制造产品),尽管原料供应行为客观上促进了他人的环境污染

^⑮ 黎宏:《论中立的诈骗帮助行为之定性》,载《法律科学》2012年第6期。

^⑯ 参见前引①,[日]山中敬一书,第37页;前引④,[日]丰田兼彦书,第552-553页。

^⑰ 参见[日]曲田统:《日常的行为と从犯——ドイツにおける议论を素材にして——》,载《法学新报》第111卷2·3号(2004年)。

^⑱ 参见前引⑮,黎宏文。

^⑲ 参见前引①,[日]山中敬一书。

^⑳ 有学者将 Roxin 的观点归为折衷说甚至客观说,但笔者认为,Roxin 教授坚持中立帮助行为可罚与否必须考量行为人的主观认识程度,因此将其归为主观说更能凸显主观说与客观说之分歧所在。

犯罪,但供应原材料的行为本身仍不能被认为具有犯罪意义关联性,因而应由工厂经营者对环境污染独自承担刑事责任(“原料案”)。其次,当援助行为人只是对他人利用该行为从事犯罪的可能性具有认识时,即行为人仅具有未必的故意(间接故意)时,原则上适用信赖原则,除非他人实施犯罪的倾向十分明显。例如,正在前面马路上与人激烈争吵的一方当事人,突然飞奔进店要求买刀,则出售人不难想象该刀可能会用来伤人,此时的出售人就可能被认为是以间接故意帮助他人实施犯罪,而应承担帮助犯的责任(“店前吵架卖刀案”)^②。

Roxin 的主张虽然得到了德国不少学者甚至是判例的支持,但还是广受质疑^③。其问题在于,不仅刑法规定中没有区分确定的故意与未必的故意,而且共犯规定中也没有针对确定的故意与未必的故意设定不同的处罚规则;对于非中立行为,无疑要处罚出于未必故意的帮助,唯独对中立帮助行为设此“特殊礼遇”难以让人信服。此外,行为的性质固然与主观认识存在一定关联,但是否存在主观认识原本应是在解决客观归因之后的主观归责的问题。总之,中立帮助行为的特殊性并非在于行为人的主观方面,而是在于具有中立性的客观行为本身,故只能在违法性阶段解决中立帮助行为的处罚边界问题,企图着眼于行为人的主观方面解决问题的思路可谓南辕北辙。

最近国内有学者撰文认为,对帮助行为“与犯罪意义的关联”不应从主观方面进行限定,而应进行纯客观判断,即取决于帮助行为对主行为的因果影响是一种任意的影响还是达成主行为犯罪目标的手段;由于向他人提供食物并非达成正犯犯罪目标的手段,故不具有犯罪意义关联性;相反,向打算使用螺丝刀犯罪的人出售螺丝刀的,属于正犯实现犯罪目的的手段,故其“与犯罪意义的关联”应得到确认;对于网络中立帮助行为而言,可通过主观上的“明知”与作为客观归责核心的“与犯罪意义的关联性”的合理解释,实现控制犯罪风险与保护互联网产业发展之间的衡平^④。笔者认为,上述“与犯罪意义的关联”说看似新颖,但判断标准仍然比较模糊;而且,为何提供犯罪人食物与出售螺丝刀在犯罪意义关联性上截然不同,也缺乏令人信服的理由;在网络中立帮助行为处罚边界的确定上也未能提出明确的标准。

2. 国内学者的主观说

国内不少学者在解决中立帮助行为的可罚性问题上,强调行为人的主观方面而接近于 Roxin 的主观说。例如,张明楷教授指出,如果只是大体估计对方将来可能实施犯罪行为的,对于日常生活行为不宜认定为帮助犯。反之,向正在斗殴的人出售利刃的,

^② 参见前引①, Claus Roxin 书,第 206 页。

^③ 参见[日]島田聡一郎:《广义の共犯の一般的成立要件——いわゆる「中立的行为による帮助」に関する近時の议论を手がかりとして——》,载《立教法学》第 57 号(2001 年),第 104 页以下;[日]松生光正:《中立的行为による帮助(2)完》,载《姫路法学》第 31·32 合并号(2001 年),第 279 页以下。

^④ 参见阎二鹏:《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。

则成立帮助犯。^{②4}又如,周光权教授指出,日常生活行为是否成立帮助犯,要从客观上看行为是否具有明显的法益侵害性,主观上行为人是否对他人可能实行犯罪有明确认识,从共犯的处罚根据看,行为对正犯行为的影响是否达到了足以被评价为帮助的程度。^{②5}最近有学者明确指出,如果行为人明知他人利用信息网络实施犯罪而提供帮助,就不再是日常生活中的中立帮助行为,而属于帮助犯罪的行为;中立帮助行为与帮助犯的区别在于行为人是否对他人的犯罪行为具有认识^{②6}。

上述学者的观点虽不完全等同于德国 Roxin 教授所主张的确定故意与未必故意二分说,但都强调中立帮助行为人的主观认识对行为可罚性的影响,即不在违法性阶段解决问题,而是企图在有责性阶段找到出罪的通道。然而,按照彻底的结果无价值论,故意不是主观的违法要素,并不影响行为的违法性的有无与大小。^{②7}考虑中立帮助行为人的主观方面,恰恰是我国理论与实务长期存在的不严格区分违法与责任,“在客观要素不能确定或者并不符合构成要件的情况下,考虑行为人有无故意、过失;如有,则反过来认为客观要素已经具备”^{②8}的整体考察的惯性思维的体现。杂货店老板明知他人购买菜刀是为了杀人而向其出售菜刀与朋友明知他人的杀人计划而提供菜刀在对杀人行为的主观认识与意志态度上并无本质差别,不同仅在于客观方面,前者属于正常的商品交易行为,后者系明确援助他人犯罪的行为。撇开中立帮助行为违法性本身的评价,直接借助有责性来解决中立帮助行为的可罚性问题,有悖于从违法到有责认定犯罪的规律,属于典型的“客观不够主观补”的整体思维模式。倘若认为行为人由于没有明确认识到他人的犯罪计划、缺乏帮助故意而不成立帮助犯,则按照过失犯的单一正犯原理,中立帮助行为人虽不成立故意的帮助犯,却完全可能单独成立过失的正犯。可见,主观说并没有从根本上解决中立帮助行为的可罚性问题。诚如黎宏教授所言:“如果说是从主观责任层面进行限定的话,则等于什么也没有说。因为,理论上之所以将中立的帮助行为作为问题单独提出来,就是因为考虑到行为人即便对其为正犯行为提供方便的事实具有认识,但也不一定构成帮助犯”^{②9}。

值得一提的是,张明楷教授与周光权教授最近似乎转向了客观说。例如,张明楷教授指出,如果网络服务商的技术支持行为客观上对他人的信息网络犯罪起到了帮助作用,行为人主观上也认识到了自己的业务行为会对他人的信息网络犯罪起到帮助作用,就以犯罪论处,那么就过分限制了国民的自由,而不利于社会发展。^{③0}周光权教授最近也撰文认为,如果彻底贯彻客观主义立场,就应该通过否定中立帮助犯的客观不法构成

②4 参见张明楷:《刑法学》(第四版),法律出版社2011年版,第385页。

②5 参见周光权:《刑法总论》(第二版),中国人民大学出版社2011年版,第235页。

②6 参见欧阳本祺、王倩:《〈刑法修正案(九)〉新增网络犯罪的法律适用》,载《江苏行政学院学报》2016年第4期。

②7 参见张明楷:《行为无价值论与结果无价值论》,北京大学出版社2012年版,第86页以下。

②8 张明楷:《犯罪构成体系与构成要件要素》,北京大学出版社2010年版,第47页。

②9 前引②5,黎宏文。

③0 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。

要件来限制其处罚范围,即从中立行为是否制造、增加了不被法所允许的危險及危險是否被实现等角度考虑问题^③。

(二) 客观说

1. 德国学者 Jakobs 的溯及禁止论^④

德国学者 Jakobs 提出运用溯及禁止论来阻断中立帮助行为与正犯行为之间的联系,让正犯独自负责。也就是说,虽然行为客观上促进了正犯行为,但如果该行为的意义并非取决于正犯行为,而是本身具有独立的社会意义,则禁止将正犯行为及其结果回溯到之前的促进行为,只能由正犯独自承担责任。据此,明知对方购买螺丝刀的目的是用于入室盗窃仍向其出售的,不成立帮助犯;面包店老板知道顾客购买面包的目的是用其投毒仍向其出售的,不构成杀人的共犯。不过,如果应顾客的要求特制适合于投毒杀人的面包的,成立杀人罪的帮助犯(“特制面包案”)。不过,虽然园艺用品商店出售锄头通常是无害的中立行为,但如果是正在前面马路上与人吵架的一方突然飞奔进店要求购买锄头,则由于锄头被用于伤害犯罪的可能性极大,因而出售锄头的行为能被评价为帮助犯^⑤。可以看出,德国学者 Jakobs 与 Roxin 在中立帮助行为可罚性处理立场上的差异在于,前者认为行为的社会意义不应受行为人的主观认识所左右,而后者认为行为人的主观认识会影响行为社会意义的判定。两者共同之处在于,均认为向正在前面马路上吵架的一方当事人出售菜刀、锄头以及为满足对方投毒杀人的要求而特制面包的构成帮助犯。

2. 假定的代替原因考虑说

德国学者 Frisch 根据客观归责原理,在判断是否存在危險增加问题上考虑假定的代替原因,看正犯是否很容易从第三人处得到同样的帮助。也就是说,偶然的援助行为不属于制造了该当构成要件的不被法所容许的危險的行为;禁止或限制这种随便都能得到的帮助行为,对法益保护并不能产生理想的效果。例如,在出租车司机知悉他人犯罪计划还将犯罪人运至犯罪现场的情形,犯罪人如果不乘坐出租车,乘坐公交车也能到达犯罪现场;知情而出借可用于犯罪的工具,如果这种工具什么时候都可以毫不费力地买到,就应该否定危險增加。正犯自己也能实施同样的行为时也是同样考虑。例如,即使行为人不帮忙将梯子搬到盗窃的现场,正犯自己也能在几乎同一时间将梯子搬到犯罪现场的,应否定危險增加^⑥。

日本学者島田聰一郎也持类似的观点,其指出,在对帮助行为促进正犯结果发生的危險程度判断上,应将现实的因果过程与除去这种行为的状况进行对比,看实际的帮助

^③ 参见周光权:《网络服务商的刑事责任范围》,载《中国法律评论》2015年第2期。

^④ 德语中的“Regreßverbot”一词,在国内有“溯及禁止”、“禁止追溯”、“回溯禁止”以及“溯责禁止”四种译法。参见何庆仁:“溯责禁止理论的源流与发展”,载《环球法律评论》2012年第2期。

^⑤ Vgl. Grünther Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1993, S. 696ff.; Grünther Jakobs, Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation, GA 1996, S. 263ff.

^⑥ Vgl. Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 280ff.

行为对正犯结果究竟具有何种程度的影响;如果介入假定的代替原因,发生同样的结果仍具有高度的盖然性,则应否定危险增加。关于面包事例,知道他人用面包投毒杀人的计划,还向其出售面包,通常不可罚。因为面包在任何地方都能买到,考虑假定的代替原因,应否认危险增加,否定存在物理的因果性。关于出租车事例,出租车司机知悉乘客的抢劫计划,在收费的前提下将乘客运到抢劫现场,如果乘客通过电话很容易招到其他出租车,则应否定物理的因果性^⑤。

国内学者黎宏也持类似的立场,其认为应站在事后的立场上,将有该中立帮助行为与没有该中立帮助行为的情形进行对比,看该行为是否导致了构成要件结果的重大变更,是否增加了正犯侵害法益的危险或者强度;若有这种变更,就能肯定二者之间具有因果关系而成立帮助犯,否则只能宣告无罪^⑥。

笔者认为,假定的代替原因考虑说存在疑问:一是虽然卖给杀人犯菜刀这种帮助行为没有任何不可取代性,但帮助行为本来就不需要具有不可取代性,也不需要具有关键性的客观贡献,即有无可取代性,并不影响帮助犯成立与否。^⑦二是完全考虑假定的代替原因,可能导致不可罚的范围过广。^⑧三是考虑是否存在别的行为介入的可能性,是将行为时还没有现实化的行为与已经现实化的行为相提并论,这也存在疑问。^⑨例如,被害人父亲抢在执行死刑之前的瞬间推开执行人,自己扣动扳机击毙了死刑犯的案件,若考虑假定的代替原因,似乎只能得出否定因果关系的结论。但可以肯定的是,死刑犯是被被害人的父亲开枪打死的,也就是其开枪行为合法则地引起了死刑犯的死亡结果,即便不适用条件关系公式,也可以直接肯定因果关系的成立^⑩。

总之,刑法中的因果关系本来就是现实的行为与现实发生的结果之间的因果关系,以假定的并不存在的“虚拟”行为与结果之间的因果关系取代现实的因果关系的判断并非正确的思路。所以,“在判断作为的帮助行为是否促进了正犯的行为及结果时,既应当禁止附加他人犯罪的假定替代条件,也应当禁止附加正犯犯罪的假定替代条件”^⑪。

最近有学者撰文指出,在对中立的帮助行为的可罚范围进行界定时,原则上不应考虑主观方面,而应当从客观方面入手,通过对帮助行为与正犯行为之间的物理、心理因果关系的限定,以限制中立帮助行为的可罚范围。^⑫但因果关系是客观的,杂货店老板卖给杀人犯菜刀与杀人犯的朋友应要求提供菜刀,在帮助行为与正犯行为及其结果之

^⑤ 参见前引②,[日]岛田聪一郎书,第57页以下;[日]岛田聪一郎:《正犯·共犯论的基础理论》,东京大学出版会2002年版,第365页以下。

^⑥ 参见前引⑤,黎宏文。

^⑦ 参见林钰雄:《新刑法总则》(第4版),台湾元照出版公司2014年版,第483-484页。

^⑧ 参见前引②,[日]小野上真也书,第173页。

^⑨ 参见[日]照沼亮介:“共犯の处罚根据论と中立の行为による帮助”,载《神山敏雄先生古稀祝贺论文集》(第一卷),成文堂2006年版,第585-586页。

^⑩ 参见张明楷:《刑法学》(第五版),法律出版社2016年版,第186页。

^⑪ 温登平:《论帮助犯的因果关系》,载《甘肃政法学院学报》2015年第6期。

^⑫ 参见孙万怀、郑梦凌:《中立的帮助行为》,载《法学》2016年第1期。

间的物理因果关系上并无不同。事实上,对于中立帮助行为而言,往往难以否认客观上因果关系的存在。^{④③} 因而难以通过限定因果关系来限制中立帮助行为的处罚范围。

3. 德国学者 Hefendehl 的利益衡量说

德国学者 Hefendehl 提出,在帮助犯客观要件的解释问题上,应从利益衡量的角度对其进行限制性解释,以此限制中立帮助行为的处罚范围。具体而言,就是将受德国基本法所保障的潜在帮助者的行为自由与被害人的利益保护之间进行权衡。为了消除法益保护与行为自由之间的紧张关系,应在犯罪行为所侵害的法益重要性与对潜在共犯者行为自由的限制程度之间寻求平衡。当行为本身还不存在威胁法益的明显倾向时,即本身无害的前提行为被他人的犯罪行为恣意利用时,属于正犯的故意行为导致的自我答责的领域,其前提行为应属于受基本法所保障的一般行为自由的范畴。不过,若与共犯存在共谋关系,或者援助者对于应受保护的法益存在特别的注意义务,以及存在需要保护的特别重要的法益时,为了保护法益,对自由的剥夺才是合理的。此外,存在刑法第 138 条所规定的知情不举罪以及第 323 条 c 的不救助罪的场合,以及在职务外所知悉的被科予刑事诉讼法上的强制追诉义务的场合,知情的相关情节也应予以考虑。因为在这些场合,法律明文规定,在特别重大犯罪发生的场合存在通告义务以及在事故或公共危险发生时存在救助义务,由此对公民自由的限制才是合理、合法的^{④④}。

可以看出,囿于《德国刑法典》第 138 条知情不举罪以及第 323 条 c 不救助罪的规定,德国学者在考量中立帮助行为的可罚性时不得不顾及其现行法的规定。我国刑法并不存在类似的规定,故而我们在考量中立帮助行为的可罚性时,只需在自由保障与法益保护之间进行权衡,看行为本身是否达到了值得作为帮助犯科处刑罚的危险程度,从而判定是否存在作为帮助犯客观要件的帮助行为。Hefendehl 虽然没有提出具体明确的标准,但其利益衡量的思路具有借鉴意义。

(三) 本文的立场——基于利益衡量的客观说

之所以讨论中立帮助行为的可罚性问题,是因为客观上的因果关系(物理的因果性)与主观上的帮助故意往往难以否定,但一律处罚中立的帮助行为,恐会阻碍正常的社会交往。因此,要否定中立帮助行为的可罚性,只能从否定帮助犯的客观构成要件即违法性入手。客观要件包括行为、结果与因果关系(因果关系是否属于客观要件还存在争议)。由于正犯是利用了中立行为的帮助造成了法益侵害结果,故否认“结果”行不通。是否能够否认存在因果性呢?德国学者大多从客观归责即行为是否制造了不被允许的危險的角度排除中立帮助行为的可罚性。而客观归责论与作为日本通说的相当因果关系说,只是名称不同而没有实质性的差异。^{④⑤} 日本学者提出,对于从犯的相当因果关系,其实就是帮助行为性的判断,其标准就是看是否制造了作为相当因果关系基础的

^{④③} 参见前引②,[日]小野上真也书,第 192 页。

^{④④} Vgl. Roland Hefendehl, Missbrauchte Farbkopierer, JURA 1992, S. 376 f.

^{④⑤} 参见[日]丰田兼彦:《共犯の一般的成立条件について》,载[日]川端博等編集:《理论刑法学の探究》,成文堂 2010 年版,第 6 页。

不被法所容许的危险。^{④⑥} 其实所谓相当因果关系说,就是从与结果具有条件关系的众多原因中挑出对结果具有重要贡献、值得以刑罚予以评价的原因力。^{④⑦} 是故,否定中立帮助行为的相当因果关系即帮助行为性也不失为一种思路。

笔者认为,考虑到自由保障与法益保护之间的权衡,否定帮助行为本身应是排除中立帮助行为可罚性的主要路径。因为“社会生活中几乎所有的行为都可以成为犯罪的帮助行为”^{④⑧}。例如,作为商品销售的领带、水果刀、扳手、铁钉等,虽然均属于生活用品,却也可能置人于死地,但不能因为这些商品可能用于杀人,就要求出售者必须审查购买者的品行并要求购买者保证不用之杀人方才出售,否则必然导致社会生活的瘫痪。再则,根据不作为犯的义务来源二分说——法益保护义务与危险源监督义务,^{④⑨}一方面,难以认为出售日常用品的五金店老板对被害人负有法益保护义务,另一方面,因为出售的系日用品,也难以认为出售者负有危险源监督义务。当然,如果出售的是国家管制的枪支、刀具、毒鼠强等违禁品,因为法律或者行业规范已经对购买者的资格以及出售者的审查义务进行了相应规定,如果违反相关规定,则违反了危险源监督义务,而可能成立杀人的帮助犯或者单独正犯(如违规销售枪支罪)^{⑤⑩}。

需要指出的是,虽然大多数学者认为,向正在店前吵架的一方出售菜刀或者铁锤的,成立杀人或者伤害的帮助犯。但笔者认为,即便是店前吵架而使得法益侵害的危险出现紧迫的场合,五金店老板也不负有法益保护义务与危险源监督义务,不应要求其必须拒绝出售菜刀,因为使用其出售的菜刀杀人,完全属于他人“自我答责”的领域。^{⑤⑪} 否则,不仅菜刀不能出售,连拖把、扳手等只要有可能用于伤人的物品都不能出售,这无疑过分限制了商人的经营自由,变相地科予其防止犯罪的警察义务。虽然德国学者 Jakobs 的大多数观点值得赞同,但认为出售为他人特制的适于投毒的面包成立帮助犯的观点也存在疑问。此种情形即便肯定帮助犯的成立,也不是因为具有物理的因果性,而是因为答应为他人特制适于投毒面包的行为本身强化了他人的杀人犯意,而有肯定存在心理的因果性的余地。

总之,笔者认为,商品交易行为、日常生活行为一方面可能被利用来实施犯罪而侵害法益,但另一方面,这类行为体现了公民的日常交易交往的自由;为在自由保障与法益保护之间寻求平衡,只要不违反相关法律、法规和行业规范的要求,行为人就不负有法益保护义务与危险源监督义务,此时应当尊重和保护公民的交易交往自由,对这种行

^{④⑥} 参见前引②,[日]小野上真也:《从犯における客観的成立要件の具体化》,载《早稻田法学会志》第60卷2号(2010年),第185页以下。

^{④⑦} 因果力本身具有程度之分,其实已经得到了学者的认可。参见[日]西田典之:《刑法总论》(第二版),弘文堂2010年版,第362页;前引⑤,周光权书。

^{④⑧} 于冲:《帮助行为正犯化的类型研究与人罪化思路》,载《政法论坛》2016年第4期。

^{④⑨} 参见[日]大塚裕史:《刑法总论的思考方法》(第4版),早稻田经营出版2012年版,第474页。

^{⑤⑩} 参见陈洪兵:《共犯的处罚边界》,载《北大法律评论》2015年第1辑,北京大学出版社2015年版,第133页。

^{⑤⑪} “自我答责原则要求每个人仅为自己的行为答责,仅在直接行为人不能承担刑事责任时,幕后者才可以间接正犯论”参见前引②,何庆仁文。

为不宜评价为帮助行为,不具有帮助行为性,不符合帮助犯的客观构成要件,不待考虑行为人有无认识及认识的程度,就可直接否定帮助犯或者正犯(如窝藏罪)的成立。

四、中立帮助行为的类型化分析

为具体划定中立帮助行为的处罚边界,笔者将中立帮助行为大致分为商品交易型、商业服务提供型、民事契约型、企业从业人员协力型、网络服务提供型五种类型,尝试进行类型化研究。

(一) 商品交易型

国外学者常举的“菜刀案”、“店前吵架卖刀案”、“螺丝刀案”、“特制面包案”、“原料案”均属商品交易型中立帮助行为。根据我国《伪劣商品解释》、《食品案件解释》等相关司法解释,明知他人生产、销售不符合安全标准的食品、有毒、有害食品,假药、劣药等伪劣产品,而向其提供生产所需的原材料的,均成立相应犯罪的共犯。也就是说,明知对方生产、销售的“南京桂花鸭”不符合食品安全标准,而向其供应活鸭的,成立生产、销售不符合安全标准的食品罪的共犯;明知对方系专门生产假冒名牌皮鞋的鞋厂,而向其提供皮革原料的,亦成立生产、销售伪劣产品罪的共犯;明知某钢厂系重污染企业,而向其供应铁矿石的,也会成立污染环境罪的共犯,等等。这恐怕比主观说的代表 Roxin 走得更远。这意味着,原料供应商在供应原材料前,必须认真调查对方企业是否存在生产、销售伪劣商品、污染环境、偷逃税款等犯罪嫌疑,并取得对方保证遵纪守法的书面承诺后方能提供原材料。而这必将使得正常的商业活动趋于萎缩。应当说,商人出售可以在市场上自由交易的商品的行为,并没有制造不被法所容许的危险,不宜评价为帮助行为,不符合帮助犯的客观构成要件,不成立帮助犯^②。

(二) 商业服务提供型

1. 运输服务型

按照相关司法解释,快递公司、邮局、铁路部门、公路运输企业人员,若明知要求运输的系伪劣商品,必须拒绝托运。可是,相关运输法规只是规定不得托运易燃、易爆、易腐蚀的物品,并未规定禁止运输伪劣产品。因为运输法规的规范保护目的仅在于保障运输的安全,防止发生火灾、爆炸、严重腐蚀等事故。要求快递公司人员辨别出伪劣产品并拒绝承运不合常理。此外,要求出租车司机事先审查乘客的品行,只有在乘客保证不到目的地实施行贿、杀人等犯罪方才允许乘坐,恐怕也是强人所难,且过于介入公民的私生活领域。实际上,只要客户交付托运的或者乘客随身携带的物品不是易燃、易爆、具有腐蚀性或者容易腐烂变质的物品,运输企业就无权拒绝托运或拒载。因为打击

^② 参见陈洪兵:《质疑经济犯罪司法解释共犯之规定:以中立行为的帮助理论为视角》,载《北京交通大学学报》(社会科学版)2010年第3期。

生产、销售伪劣商品、行贿、杀人等犯罪并非运输企业的责任^③。

2. 金融服务型

根据《伪劣商品解释》，银行明知借款方系生产、销售伪劣商品的企业，仍向其提供贷款的，成立生产、销售伪劣商品罪的共犯。此外，按照《诈骗解释》，明知客户申领银行卡是为了实施诈骗而为客户办理银行卡的，以及明知客户账户上的钱款系诈骗所得而允许其取款的，可能成立诈骗罪的帮助犯或者掩饰、隐瞒犯罪所得罪。的确，德国判例认为，明知客户要求以匿名方式将账户中的存款转移到卢森堡是为了逃税，而为其办理银行转账业务的，成立逃税犯罪的共犯。^④日本也有判例认为，银行明知对方申请贷款的用途是建造用于卖淫的浴场而提供融资服务的，成立卖淫防治法上的作为独立共犯的提供资金罪。^⑤但笔者认为，上述判例不具有借鉴意义。一是该判例均是根据主观说得出的结论，二是日本存在卖淫法上规定的独立的提供资金罪。

银行贷款法规的规范保护目的在于保证银行资金的安全，银行并没有防止客户犯罪的义务。银行向客户提供贷款服务时，只需审查客户是否符合贷款法规规定的借款条件，而这些条件显然不包括不能生产、销售假冒伪劣商品。易言之，除《反洗钱法》等相关法规规定的义务外，银行在提供融资服务时，并没有防止借款人从事生产、销售伪劣商品犯罪、环境污染犯罪等犯罪的义务，除非这些事实可能影响到银行资金的安全回收。同样，申领银行卡的客户是否会将银行卡用于诈骗等犯罪活动，也不是银行发放银行卡时需要审查的事项。总之，银行职员只要遵守包括防止洗钱的法律、法规在内的银行法相关规范，即便知道对方系生产、销售伪劣商品或者污染环境的企业，即使知道对方申领银行卡是用于诈骗等犯罪活动，其为客户提供贷款、办卡、转账、取现等金融服务的，也不应成立相应犯罪的共犯或者妨害司法罪的正犯。

(三) 民事契约型

按照相关司法解释，债务人明知债权人会将还款用于生产、销售伪劣商品、走私、赌博等犯罪活动或作案后逃亡的路费，按期归还欠款，仍可能成立相应犯罪的共犯或者窝藏罪的正犯。我国司法实践中有这样的案例：刘某杀人后逃至债务人李某家中，告知实情后要求归还欠款。李某遂还钱。对于李某还债的行为是否成立窝藏罪存在争议。有实务人士认为，李某付给刘某钱款，从现象上看属于归还欠款和履行民事义务，孤立地从民法的角度来分析似乎无可厚非，但实质上却是实施了刑法所规定的不得向明知是犯罪的人提供财物，帮助其逃匿的禁止性规范，侵害了社会公共利益。^⑥还有学者认为，本案中李某偿还杀人犯欠款的行为应当构成窝藏罪，理由是，倘若这样的行为不构成犯罪，那么犯罪人完全可能在平时向亲朋好友广施钱款，等到犯罪之后再向欠款人索要，

^③ 参见杜文俊、陈洪兵：《论运输行为的中立性》，载《河南师范大学学报》（哲学社会科学版）2009年第6期。

^④ BGHSI 46, 107.

^⑤ 参见日本大阪高判平成7·7·7判时1563-14。

^⑥ 参见金首峰：《向犯罪分子归还欠款助其逃匿的行为如何定性》，载《江苏法制报》2006年12月13日。

这无疑助长了一种新型作案手法的滋生^{⑤7}。

的确,债务人一方面有还债的义务,另一方面又负有防止犯罪或者不妨害司法的义务。但应认为,即便是犯罪人也有权要求他人偿还债务。不能认为,只要债权人是犯罪的人或者将要犯罪,个人就可以不履行还款义务,银行就可以拒绝支付存款。在此种情形,民事义务与刑事义务存在一定的冲突,应当优先履行民事义务。也就是说,在双方事先存在民事债权债务关系时,应优先履行民事义务。偿还债务的行为,不应成立相应犯罪的共犯或者妨害司法罪的正犯。至于“无疑助长了一种新型作案手法”的担心,完全是杞人忧天。不过,如果双方事先并不存在债权债务关系,而是准备形成债权债务关系,如杀人犯向他人借钱逃跑,由于他人并无必须借钱以与其形成债权债务民事关系的义务,这时应当优先履行刑事义务,主动借钱给他人从事犯罪活动或者助其逃跑的,可能成立有关犯罪的共犯或者妨害司法罪的正犯。

出租房屋者有无阻止房客犯罪的义务值得研究。按照《伪劣商品解释》,明知他人租赁门面是用于销售假烟或生产、销售不符合安全标准的食品,仍出租门面的,成立销售伪劣产品罪、生产、销售不符合安全标准的食品罪的共犯。这恐怕不合适。否则,房东为了有效阻止房客犯罪就必须时刻监视房客的活动,恐怕根本无暇打理自己的生活了。根据作为义务类型的二分说,房东既不负有法益保护义务,也难以认为房屋本身是危险源而负有危险源监督义务。故而,原则上应否认房屋出租者负有阻止房客犯罪的义务。不过,由于我国刑法明确规定了容留卖淫罪与容留吸毒罪。这明显属于“共犯行为正犯化”。立法目的就在于让卖淫者、吸毒者无处卖淫、吸毒。故而,房屋出租者作为空间的管理者,应负有阻止房客在出租屋内卖淫、吸毒的义务。但这可能导致一个悖论:房东不阻止房客在出租屋内伪造货币甚至杀人的,不成立共犯,而不阻止房客实施根本不成立犯罪的卖淫、吸毒行为的,反而应承担刑事责任。这恐怕只能归咎于立法原因。因为,我国立法虽然规定了容留卖淫罪和容留吸毒罪,却并没有规定一般性的知情不举罪和不救助罪。总之,出租房屋或者提供仓储服务的,除负有防止他人利用其提供的场所从事卖淫、吸毒活动的义务外,并不负有一般性的阻止犯罪的义务,不阻止他人利用提供的场所从事犯罪活动的,不成立相应犯罪的共犯^{⑤8}。

(四)企业从业人员协力型

按照《伪劣商品解释》等相关司法解释的精神,一般从业人员明知自己的企业生产、销售伪劣产品,为多挣工资而加班加点地干活;明知自己的工厂违规排污严重污染环境,还努力为工厂工作,或者受领导指使直接排放、运输倾倒危险废物;明知本单位偷逃税款,职工还卖力生产等,都可能作为单位的“其他直接责任人员”而被追究生产、销售伪劣产品罪、污染环境罪、逃税罪刑事责任。这并非笔者的臆测,有判例为证:犯罪嫌疑人方某系安徽伯仕化工有限公司副总经理,为降低成本,授意并安排在该公司施工干活

^{⑤7} 参见前引④,孙万怀、郑梦凌文。

^{⑤8} 参见杜文俊、陈洪兵:《容留行为的中立性》,载《国家检察官学院学报》2009年第6期。

的犯罪嫌疑人王某甲等人将清理并用蛇皮袋包装好的化工废料拉走倾倒。之后王某甲指使张某开货车从该公司装满一车化工废料拉到淮河堤坝内倾倒。对于本案,法院认定,方某、王某甲与张某均构成污染环境罪。^⑨又如,被告人倪某为获取非法利益,非法从事电镀生产,先后雇佣被告人彭某甲、邹某、刘某担任操作工。该电镀厂生产期间,产生的电镀污水未经处理,直接排放。法院认定,被告人倪某、彭某甲、刘某、邹某均构成污染环境罪^⑩。

上述判例中,法院将受雇干活的一般从业人员也认定为犯罪可能存在疑问。企业中的一般从业人员只是挣点工资,受领导指派从事具体工作,犹如机器的零部件随时可以被替换,对犯罪事实不具有支配性。根据德国学者 Roxin 的组织权力结构支配理论,幕后实际操纵犯罪过程的权力者,才应作为间接正犯独立承担责任。^⑪事实上,处罚为了生计、受他人指派干活的台前小卒,也难以收到预防犯罪的效果。换句话说,处罚实际操纵犯罪事实的幕后指使者,就完全能够有效地抑制犯罪。值得欣慰的是,已有司法解释意识到了这一点。例如,2013年11月14日最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合发布的《关于办理组织领导传销活动刑事案件适用法律若干问题的意见》就指出,“以单位名义实施组织、领导传销活动犯罪的,对于受单位指派,仅从事劳务性工作的人员,一般不予追究刑事责任。”应该说,该司法解释的精神是完全正确的,值得在司法实务中推广。总之,在单位犯罪中,通常是由领导直接支配了犯罪事实,而受单位领导指使干活的一般从业人员,具有随时可以被替换的特征,无法支配掌控犯罪进程,对犯罪的发生往往不起关键性作用,故对这类从业人员通常不应作为“其他直接责任人员”追究刑事责任。

(五) 网络服务提供型

1. 理论界对《修九》相关规定的评价

一直以来,司法解释秉持的立场是,明知他人利用信息网络实施犯罪而为其提供互联网接入、平台服务等技术支持的,均成立相应犯罪的共犯,如《诈骗解释》、《赌博解释》、《淫秽物品犯罪解释》等。在此惯性思维下,《刑法修正案(九)》增设了拒不履行信息网络安全管理义务罪与帮助信息网络犯罪活动罪。对此规定,肯定论者认为,至此“网络空间帮助行为的提供者,可能作为共同犯罪中的帮助犯被评价和制裁,亦可能独立作为实行犯被评价和制裁,还可能由于具备网络服务提供者身份,而依照‘平台责任’成立拒不履行信息网络安全管理义务罪”^⑫;帮助信息网络犯罪活动罪的增设“不仅具有充分的合理性和必要性,也具有相当的法理基础”^⑬。批评论者则指出,网络服务提供

^⑨ 参见安徽省蚌埠市禹会区人民法院(2014)禹环刑初字第00001号刑事判决书。

^⑩ 参见浙江省乐清市人民法院(2014)温乐刑初字第615号刑事判决书。

^⑪ 参见前引①, Claus Roxin 书,第46页。

^⑫ 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。

^⑬ 刘宪权:《论信息技术滥用行为的刑事责任:〈刑法修正案(九)〉相关条款的理解与适用》,载《政法论坛》2015年第6期。

者的行为属于中立的帮助行为,上述规定不当地扩大了中立帮助行为的处罚范围,过于限制了网络服务提供者的业务自由,可能严重阻碍互联网行业的发展,因而主张对其适用范围进行严格限制。例如,张明楷教授认为,网络平台提供者与连接服务商实施的中立帮助行为,原则上不符合帮助信息网络犯罪活动罪中“情节严重”的要求,只有那些专门帮助他人实施信息网络犯罪的行为,或者提供专门供他人用于信息网络犯罪的技术或者手段的行为,才可能评价为“情节严重”而以该罪论处。^④ 刘艳红教授指出,在帮助信息网络犯罪活动罪中,即使行为人明知正犯意欲实施犯罪,但由于行为人认为自己所实施的行为系正常的交易行为,并没有积极促进正犯犯行的意思,显然难以认定其行为构成帮助犯,帮助信息网络犯罪活动的行为属于典型的中立帮助行为。^⑤ 孙万怀教授主张,即便网络服务提供者主观上具有间接的故意,客观上为用户的非法活动提供了帮助,但根据中立的帮助行为理论,网络服务提供行为应属于不可罚的中立行为,因此会员利用这种服务实施侵犯他人著作权犯罪行为的,应由会员自我负责,而不应让网络服务提供者承担共犯的责任。^⑥ 车浩博士亦担忧,帮助信息网络犯罪活动罪的规定“将本来还存在理论争议的中立帮助行为,一下子提升为正犯处罚了”,此种立法“会不会给网络服务商赋予过重的、实际上也难以承担的审核和甄别的责任?”^⑦

虽然中立帮助行为理论可谓限制帮助信息网络犯罪活动罪适用范围的“利器”,但还是有学者提出质疑,认为该理论在限制、界定网络服务提供者刑事责任问题上存在明显缺陷:一是中立帮助行为理论对可罚的中立行为的界定本身观点众多、争议较大,而且标准本身非常含糊,其可操作性值得疑问。二是在网络空间中,中立帮助行为理论没有区分不同的网络服务提供者,难以和服务分类的刑事责任体系进行对接,无法实现限制刑事责任范围的目的。^⑧ 的确,简单地以网络服务提供者的行为属于中立帮助行为为由否定刑事责任有过于简单化之嫌,网络服务的种类不同,刑事责任亦应区别对待。

2. 网络服务提供者刑事责任的分类评价

关于网络服务提供者的种类,传统观点基本上分为三类:网络内容服务提供商(简称 ICP)、网络连接服务提供商(简称 IAP)以及网络平台服务提供商(简称 IPP)。^⑨ 但现在一般认为,网络服务提供者除传统三种类型外,还包括访问提供者、缓存提供者、托管提供者、软件提供者等类型。^⑩ 《刑法修正案(九)》增设的帮助信息网络犯罪活动罪条文规定的是“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”。近年来爆出的

④ 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。

⑤ 参见刘艳红:《网络犯罪帮助行为正犯化之批判》,载《法商研究》2016年第3期。

⑥ 参见前引④,孙万怀、郑梦凌文。

⑦ 车浩:《刑事立法的法教义学反思:基于〈刑法修正案(九)〉的分析》,载《法学》2015年第10期。

⑧ 参见涂龙科:《网络内容管理义务与网络服务提供者的刑事责任》,载《法学评论》2016年第3期。

⑨ 参见张宁:《P2P网络借贷平台刑事法律风险研究》,载《福建警察学院学报》2015年第1期。

⑩ 参见涂龙科:《网络服务提供者的刑事责任模式及其关系辨析》,载《政治与法律》2016年第4期。

“快播案”、“魏则西案”等热点案件,与网络服务商提供的搜索引擎、深度链接、软件服务有关。故而,笔者将网络服务提供者分以下几种类型进行讨论:(1)网络内容服务提供者;(2)网络接入、服务器托管、网络储存、通讯传输服务提供者;(3)网络平台服务提供者;(4)搜索引擎服务提供者;(5)深度链接服务提供者;(6)软件服务提供者。

第一,网络内容服务提供者。一般认为,对于自行在网络空间生成、上传信息的网络内容提供者,根据生成、上传的信息内容,能够以刑法规定的侮辱、诽谤罪,编造、故意传播虚假恐怖信息罪,编造、故意传播虚假信息罪,传播淫秽物品(牟利)罪,侵犯著作权罪,煽动颠覆国家政权罪等罪名进行规制,其刑事责任的认定与在现实空间发表言论并无特殊之处,因而网络内容提供者并非严格意义上的网络服务提供者,刑法理论一般不进行专门讨论。例如,各大学法学院的公网设置者,自然应对其发布的信息内容负责;在BBS、个人微博、朋友微信圈上发布信息的,发布者也毫无疑问应对其内容的合法性承担责任;对读者发表的评论内容有进行筛选审查的义务,否则会作为内容提供者承担民事或刑事责任。

第二,网络接入、服务器托管、网络储存、通讯传输服务提供者。一般认为,由于网上存在海量的信息,难以期待上述服务提供者能够对违法信息、违法网站进行事前审查、实时监控,即不具有保证人地位。只有在接到权利人的有效通知或者法定监管部门的改正指令后,才负有采取断开连接、移除信息等有效措施的义务。^①在《刑法修正案(九)》草案讨论阶段,曾有学者担心,目前相关监管部门的监管经常越界,处罚标准不够明确,处罚依据也不充分,禁止网络服务商开展正常业务的指令过多,网络服务商如果都执行,相关服务工作将无法开展,也与现代社会信息量大、传输快的特点不相符合,刑法上相关罪名的设置可能阻碍网络科学技术的发展。^②其实,这种担心是多余的。网络服务提供者在享受权利的同时,应当履行一定的义务。只要完善网络监管的相关法律、法规,由法定的监管部门依法发出明确具体的改正指令,就不至于不当干涉网络服务商的经营自由和妨碍网络服务业的健康快速发展。

第三,网络平台提供者。网络平台提供者是设立网络空间供内容提供者发布信息的网络服务商,如提供BBS、微博等网络空间的经营者。网络平台提供者为用户提供在网上搜索信息的工具。在这个平台上,谁上传信息谁就应对信息内容负责。上传违法信息造成法益侵害结果的,只能由违法信息的上传者负责,而不可能由网络平台的提供者负责。也就是说,“在网络空间,危险应分配给上传或者提供信息的人,而不应当分配给网络平台提供者”^③。不过,根据《侵权责任法》第36条以及拒不履行信息网络安全管理义务罪的规定,网络平台提供者在接到权利人的有效通知或者法定监管部门的改正指令后,应采取移除违法信息等有效措施以避免损失的扩大,否则可能承担侵权责

① 参见[德]埃里克·希尔根多夫:《德国刑法学:从传统到现代》,江溯、黄笑岩等译,北京大学出版社2015年版,第366页以下;前引③,张明楷文。

② 参见周光权:《网络服务商的刑事责任范围》,载《中国法律评论》2015年第2期。

③ 前引③,张明楷文。

任甚至刑事责任。^{⑦④} 在平台服务商自己发布信息的情况下,平台提供者同时也是内容提供者,当然应对自己发布的信息内容负责。此外,若平台提供者还提供软件服务,则应根据所提供软件的性质具体确定是否承担责任,如“快播案”^{⑦⑤}、“P2P案”^{⑦⑥}。还有,若平台提供者不再保持中立,而是介入用户的一方,则可能承担共犯或者正犯的责任。

第四,搜索引擎服务提供者。“魏则西案”^{⑦⑦}可以非常形象地说明搜索引擎服务的功能。对于网民而言,面对海量的网络信息,很难直接找到相关的药品、医院评价等的准确信息,百度公司等搜索引擎服务商,利用自己拥有的相当于指示牌或者指引标志的强大的搜索引擎服务功能,在医院、药品等竞价排名中,人为操纵搜索结果,将特定商家排名靠前,从而事实上产生了明确的诱导性和指向性,误导网民关注和点击特定商家的信息,从而实际上起到了广告推广的作用^{⑦⑧}。可见,如果网络服务商利用自己拥有的强大的搜索引擎功能,人为操控竞价排名和点击率,就已经丧失了中立的地位,其因此负有事先审查、事中监控、事后移除的义务,否则可能难逃虚假广告罪及生产、销售假药罪等罪的共犯甚至正犯的刑事责任。

第五,深度链接服务提供者。链接的功能与钥匙的作用类似,点击一个链接就恰如打开了一扇房门,从而为信息的获取提供了极大方便。但链接同时又具有极强的指引性,网民的行为极易为链接所引导。按照对象与形式的不同,链接分为普通链接、深度链接及加框链接。其中深度链接可谓嫁接不同网站、不同文本、超文本之间的技术桥梁。^{⑦⑨} 有学者认为,深度链接行为既构成刑法上的帮助行为,也可在一定条件下认定为相关犯罪的实行行为,具有双重属性,共犯正犯化的单独犯罪模式应是较为可行的司法选择。^{⑧⑩} 还有学者从实然的角度指出,“将视频网站深度链接行为独立评价为侵犯著作权罪,不仅必要,也有相关刑事立法及司法解释的支持。”^{⑧⑪} 另有学者主张,对于提供第一层次链接的行为,平台提供者既然提供了访问中介,就应当有合理的注意义务,对被访问者的内容应当有认识,并承担相应的刑事责任;对于第二层次及其以上链接的,由于服务提供者不再处于直接控制地位,不应当追究平台提供者的内容生成责任;对于平台提供者介入内容生成时,已经不再是单纯的引导用户访问的行为,而是一种实质的传播

⑦④ 参见吕凯、李婷:《网络服务提供者的著作权保护责任》,载《天津法学》2016年第1期。

⑦⑤ 参见前引⑧,车浩文。

⑦⑥ 参见杨彩霞:《P2P软件和服务提供商著作权侵害刑事责任探究:以P2P技术架构为切入点》,载《政治与法律》2016年第3期。

⑦⑦ 参见《杀死魏则西的到底是什么》,载 http://news.ifeng.com/a/20160501/48652040_0.shtml,最后访问时间:2016年6月2日。

⑦⑧ 据称,竞价排名收入(相当于广告收入)已占百度公司总收入的80%以上,竞价排名的投入也因此成为假药销售的主要成本支出。参见于志强、鞠佳佳:《搜索引擎为伪劣药品提供竞价排名行为的刑法思考》,载《山东警察学院学报》2014年第4期。

⑦⑨ 很早就有学者呼吁必须将链接行为的刑法评价机制独立化,予以正犯化的处理。参见于志刚:《网络犯罪与中国刑法应对》,载《中国社会科学》2010年第3期。

⑧⑩ 参见王冠:《深度链接行为入罪化问题的最终解决》,载《法学》2013年第9期。

⑧⑪ 徐松林:《视频搜索网站深度链接行为的刑法规制》,载《知识产权》2014年第11期。

行为,从利益平衡的角度,由平台提供者承担责任并无不妥^②。

笔者以为,既然链接作为访问中介而相当于钥匙,则在明知所链接的网站系违法网站、所链接的作品系未经授权的侵权作品,在能够事先控制而放任时,可能成立帮助信息网络犯罪活动罪的正犯或相关犯罪的帮助犯;若事先并不明知,或者即使明知也无法控制,则在接到权利人的有效通知或者法定监管部门的改正指令后,能够采取有效措施避免损失进一步扩大而不采取的,可能承担相关犯罪的不作为帮助犯或者拒不履行信息网络安全管理义务罪正犯的责任。

第六,软件服务提供者。软件服务提供者是指使得能从事传播、接收、展示、转寄、缓存、搜索一种或者多种活动的软件提供者。目前实践中广受关注的“快播案”就是适例。检察机关指控,深圳快播公司负责人明知 QVOD 媒体服务器安装程序及快播播放器被网络用户用于传播淫秽视频的情况下,仍予以放任,导致大量淫秽视频在网上传播,因而构成传播淫秽物品牟利罪的帮助犯。对于此案,车浩博士从中立帮助行为理论的角度反对构罪的指控。^③ 涂龙科博士也反对有罪指控,认为,在网络服务体系中,访问软件与网络平台的作用与地位存在差异;访问软件一旦发表,提供者对于用户的使用行为、使用方式就完全失去了支配权,用户对软件的使用独立于软件的提供者,因此软件提供者对用户的使用行为不应承担刑事责任。^④ 还有学者认为,如果“快播案”发生在《刑法修正案(九)》生效之后,完全可以按照拒不履行信息网络安全管理义务罪定罪处罚,发生在之前则难以处理^⑤。

对于“快播案”,北京海淀法院一审判决认为,快播公司负有网络视频信息服务提供者应当承担的网络安全管理义务;快播公司及各被告人主观上均明知快播网络系统内存在大量淫秽视频,并介入了淫秽视频传播活动,放任其网络服务系统大量传播淫秽视频,主观上具有间接故意;快播公司具备承担网络安全管理义务的现实可能却拒不履行网络安全管理义务;因此,快播公司以牟利为目的放任淫秽视频大量传播的行为,构成传播淫秽物品牟利罪。承办法官也指出,快播公司在提供技术服务过程中虽然客观上未对视频内容进行选择,但当其明知自己的技术服务被他人利用传播淫秽视频而成为大量淫秽视频的加速传播工具时,自己有义务亦有能力阻止而不阻止,快播公司因此不再可能获得技术中立的责任豁免;快播公司出于牟利目的,不履行安全管理义务,继续放任他人利用快播网络大量传播淫秽视频,而且自己的缓存服务器也介入传播,应该说在技术使用过程中明显存在恶意,理应承担相应的法律责任^⑥。

笔者认为,日本著名的“Winny 事件”的判旨可为我们所借鉴。被告人开发了一种

② 参见前引③,涂龙科文。

③ 参见前引⑧,车浩文。

④ 参见前引③,涂龙科文。

⑤ 参见孙道萃:《网络片面共同犯罪的制裁边界:兼议“快播”案》,载《浙江工商大学学报》2016年第4期;王肃之:《从回应式到前瞻式:网络犯罪刑法立法思路的应然转向》,载《河北法学》2016年第8期。

⑥ 参见王巍:《快播案宣判 CEO 王欣获刑3年半》,载《新京报》2016年9月14日。

叫 Winny 的文件共享程序软件并挂在网上,可供任何人下载使用。他人通过使用该软件可以轻易地侵入他人网址、链接他人信息而侵犯他人著作权。对于实际利用者已判定成立侵犯著作权罪。一审法院以被告人对于他人利用其软件程序侵犯著作权的事实存在认识、容忍为由,判定其承担侵犯著作权罪帮助犯的责任。二审法院则认为,Winny 软件并非特定用于侵犯著作权的软件,因而属于价值中立的软件,“在互联网上提供价值中立的软件,要谓之已经使得正犯的实行行为更为容易,软件提供者仅仅是对不特定多数人,利用该软件从事违法行为的可能性、盖然性存在认识或者容忍还不够,应认为只有软件提供者超出该程度,在互联网上劝诱下载者仅将该软件用于违法行为或者主要用于违法行为时,才成立帮助犯”,因而判定被告人无罪。终审法院则以考虑到被告人曾在互联网上警告不得用于违法行为,对他人利用其软件实施侵犯著作权的事实不存在认识或容忍为由,认定被告人不具有侵犯著作权罪帮助犯的故意,最终判定被告人的行为不成立侵犯著作权罪的帮助犯。本案的特殊性在于,被告人提供的软件是同时具有有用性的价值中立的东西,而且被告人是面向不特定多数人提供该软件。三级法院均意识到,处罚这种行为有必要附加某种限定条件。尤其值得注意的是,二审法院试图从“允许的危险”的角度,限定帮助行为或者帮助的因果关系。不过,正如裁判官的反对意见所言,若肯定存在具体的侵害利用状况,却否定对此存在认识或容忍,对于这种事实认定,仍有可以异议的余地。^{①7}可见,日本司法实务在认定软件提供者刑事责任的问题上十分谨慎以致犹豫不决。

笔者认为,对于软件服务提供者应否承担刑事责任,不是取决于行为人是否认识到他人利用其软件实施犯罪,而是取决于软件本身的性质。如果软件的基本功能就是用于违法犯罪,如流氓软件^{①8}、专门用于侵入控制他人计算机信息系统的程序软件等,则应肯定成立相关犯罪的帮助犯甚至正犯。倘若软件既可能用于合法的用途,也可能用于非法的用途,这时就应进行利益衡量,若用于合法用途所带来的利益明显超出用于非法用途所造成的损害,则应认为提供软件的行为没有制造不被允许的危险,不存在帮助行为或者正犯行为,不成立犯罪。当然,出于最大限度地保护个人利益的考虑,当权利人正式通知行为人后,行为人能够采取而不采取有效措施以消除或者减少损失的,则可能承担一定的民事甚至刑事责任。

对于“快播案”,应当对使用该快播软件所带来的正当利益与用户利用该软件传播淫秽物品所带来的弊害进行衡量,如果认为正当利益明显超过弊害,以及虽然快播公司在发现他人利用快播软件传播淫秽物品或接到有关部门的整改通知后,有能力采取措施移除淫秽视频,但若因此严重妨碍合法用户对于快播软件的正常使用,则法院在定罪上应当采取谨慎的态度。换言之,只有在两种情形下,法院才可能追究快播公司及相关人员的刑事责任:一是使用该软件所带来的正当利益并不明显超过非法使用该软件所

^{①7} 参见[日]松原芳博:《刑法总论重要问题》,王昭武译,中国政法大学出版社2014年版,第358页以下。

^{①8} 参见于冲:《流氓软件的刑法评价思路及其入罪化思考》,载《云南大学学报》(法学版)2015年第2期。

带来的弊害;二是克服非法使用该软件所带来的弊害,并不因此严重妨害合法用户的正常使用,而且因此投入的成本尚属可以接受的范围内。

结 语

国外理论界最近几十年来轰轰烈烈讨论的中立帮助行为的处罚边界问题,显然没有引起我国刑法理论与实务界的足够重视。一直以来立法者与司法者均认为,只要行为主观上认识到他人的犯罪意图,客观上促进了他人的犯罪,即便行为属于正常的业务行为或日常活动,也难逃帮助犯的刑责。而对于限制中立帮助行为的处罚范围则重视不够。中立帮助行为有其特殊性,即行为在促进他人犯罪的同时,行为本身还具有正常业务行为或者日常活动的一面,因此,在是否处罚中立帮助行为的问题上,必须在打击犯罪以保护法益与保障公民交易、交往自由之间进行利益权衡。除非存在法律、法规或者行业的禁止性规定、规范,否则,通常应认为行为没有制造不被法律所允许的危险,不能谓之帮助行为,不应成立帮助犯。“快播案”虽经北京海淀区人民法院一审宣判快播公司及相关人员构成传播淫秽物品牟利罪,但结论仍有值得商榷之处。对于网络服务商的行为,必须进行提供服务所带来的正当利益与可能带来的传播淫秽物品、侵犯知识产权等的弊害进行充分权衡,以及对于互联网行业创新发展的保护与有效打击网络犯罪之间的冲突进行协调,否则可能“因噎废食”,阻碍日新月异的中国互联网行业的健康、快速发展。

Abstract: Traditional theory and judicial explanation consider that if the action objectively promotes other people's crime, and the actor subjectively knows it, then the actor should be punished as an accessory. This approach may excessively limit citizens' trade and communication freedom in daily life. Recent years, the idea that neutral help behavior should not be punished as an accessory in principle is predominant in foreign criminal theory. If the neutral help behavior does not make dangerous affairs not allowed by the law, which does not belong to help behavior, it should be regarded as the accessory, except the situation that the actor violates contraband control and other relevant stipulations. Stipulating the responsibility of network service providers in the Amendment (IX) to the Criminal Law of the People's Republic of China do not mean that the help behavior of network service should be comprehensively punished, on the contrary, except the crimes specifically on information network, the actions for technical support such as providing internet access, server trusteeship, network storage, communication transmission, search engine, software, interlinkage are excluded from the criminal punishment.

(责任编辑:白岫云)