

从帮信罪探查网络中立帮助行为的出罪化路径

张博雅

(山东大学, 山东 青岛 266237)

【摘要】网络信息时代,不少人喜欢借助网络来帮助人,因不知帮助对象的身份和作为而实际帮助其进行了违法犯罪行为,从而给他人或社会带来危害,此即网络中立帮助行为。该行为人是否认定为犯罪人的共犯,成为法学界的二难难题,出罪与入罪,皆有负面效应。对这一问题,建议遵从“限制处罚说”,对网络中立帮助行为的利益与风险进行合理的衡量。对帮信罪和拒不履行信息网络安全管理义务罪的构罪要件,要合起来分析,据此而分类分析网络服务提供者,借以为其出罪化提供更为明确和合理的依据。

【关键词】帮信罪;网络中立帮助行为;拒不履行信息网络安全管理义务罪;限制处罚说

在如今的网络信息时代,网络由于能给人带来精准和便捷而覆盖到生产生活的每一个角落,人们的绝大多数社会交往和娱乐活动都在网络上进行。对于网络上的各种活动和讯息,人们会抱有肯定、否定抑或中立的态度,采取帮助、阻抑抑或放任的举措。在网络环境下,一些为第三方提供技术或服务帮助的行为,尽管并非出自恶意,不追求利益,也有可能对他人造成损害或助长违法行为,甚至被犯罪分子恶意利用,此即网络中立帮助行为,这给法学界带来难题。出罪还是入罪,既有法条和法学理论,皆有难以自洽之处。对中立的帮助行为是否归责、如何归责是刑法理论上一项重要的问题,特别是与共犯理论、犯罪本质理论等问题密不可分,进一步增加了其认定的复杂程度。在如今网络信息技术发展日新月异的时代,网络犯罪中,中立帮助行为在整个流程中所起的助推作用愈发显著,时常有不法分子利用网络技术以及平台之便利,对诸多不特定的网络犯罪活动提供帮助并从中渔利。这一现状使得对网络中立行为的认定难题渐渐浮出水面。

基于现有学理和司法实践研究现状,虽然《刑法修正案(九)》出台之后有了帮助信息网络犯罪活动罪(以下简称帮信罪)对网络帮助行为进行规制,但由于对网络中立帮助行为没有统一的定义,对网络中立帮助行为的可罚性也没有明确标准,网络中立帮助行为是否应被纳入刑罚范围、如果应被纳入刑法范围,何种情况下应对其进行规制仍是一个存在争议尚待解决的问题,司法实践中对于网络中立帮助行为的处罚通常会按照共犯或者是精确到传统帮助犯进行认定,造成处罚范围不当扩大,导致相关主体积极性降低,不利于大数据背景下的经济发展与社会进步。

本文采用案例分析法、价值分析法、逻辑实证研究法、经验实证研究法、比较法等方法,创新性地从快播案出发认定网络中立帮助行为的自身独立性,依据不同提供网络服务主体类型,根据帮信罪同拒不履行信息网络安全管理义务罪构罪要件的重合性,探讨了网络中立帮助行为的出罪化路径的认定问题。

一、网络中立帮助行为的认定

要想知道什么是网络环境下的中立帮助行为,首先要明确什么是中立帮助行为。根据北京市海淀区人民法院刑事判决书(2015)海刑初字第512号刑事判决书对深圳市快播科技有限公司、王欣等传播淫秽物品牟利案的判决(以下简称“快播案判决书”),中立帮助行为,指外表上属日常生活范围,不追求非法目的,但客观上又对他人的犯罪起到促进作用的行为。换言之,这些行为往往本身不具有犯罪性与可罚性,不追求非法目的,但客观上促进了犯罪结果的发生。德国学者认为“中立帮助行为”是“外部的中立行为”“日常的行为”“职业典型的”行为、“习惯的业务活动”等^[1]。日本学者把“中立的帮助行为”称为“日常的行为”^[2]。我国台湾地区的学者常把“中立帮助行为”认定为是“日常生活中的中性行为”^[3]。在我国大陆地区,不同的学者都给出了自己的定义,如“外表无害的‘中立’行为”^[4]也即“日常生活行为”。

对于网络环境下的中立帮助行为,由于互联网接入等技术支持已经成为司空见惯的一项技术服务工作,其本身中立无害而属于典型的中立帮助行为^[5],例如为他人实施网络犯罪活动提供网络连接、信息传递、资源共享、平台交易等网络服务的行为^[6],因而可以概括为是中立帮助理论在网络犯罪领域的具体应用。

二、从帮信罪视域看网络中立帮助行为的出罪化问题

（一）传统共犯理论在网络时代背景下的不适用困境

传统的共犯既要求各犯罪参与人在主观上有共同犯罪的故意（满足认识因素与意志因素的要求），又要求在客观上共同实施了计划的共同犯罪行为。但是在网络时代背景下，各共同犯罪参与人之间的犯罪意思联络逐渐减弱，存在帮助者隐约知晓甚至不知晓他人的犯罪意图、与他人没有明显意思联络也无法认定其具有犯罪的故意但是客观上对犯罪行为人的犯罪行为提供了帮助的情况。

当网络技术服务面向不特定的多数人提供，按理说应当被认定为本身无害且正常的业务经营行为，但是如若被不法分子所利用实施了网络犯罪行为，而网络服务提供者在与不法分子缺乏意思联络的情形下出于自身利益考虑对此种犯罪行为持放任态度，那么这种具有中立性的帮助行为，应当如何对待？^[7]司法实践没有给出明确的回应。

网络中立帮助行为客观上的辅助行为，造成网络犯罪危害结果的发生，存在因果关系，同时基于互联网的虚拟性、广泛传播等特点，此种帮助行为的社会危害性甚至存在比正犯行为的社会危害性更大的可能，具有规制的必要性。

行为自由与法益保护之间的冲突与平衡是刑法需要解决的永恒的课题，二者的碰撞与权衡催生了中立帮助行为理论的出现^[8]。虽然从客观上来看，网络中立帮助行为确实促进了犯罪结果的发生，对法定权益的侵害起到了帮助作用；但网络中立帮助行为的行为人始终存在着基于日常生活需求、开展业务需要等目的而行为的自由，只不过这种自由需要在合理的限度内实现，如果为了保护法益而基于犯罪结果对此类行为进行全面打击，显然加重了行为人的负担，可能会造成网络服务商与用户之间产生一种过度紧张的对立关系^[9]，而司法实践中也存在将网络中立帮助行为者按照共犯或者是精确到传统帮助犯进行认定，造成处罚范围不当扩大的问题，导致网络服务提供主体积极性降低，不利于大数据背景下的经济发展与社会进步。

基于以上分析，有必要对网络中立帮助行为可罚性的范围进行明确，在罚与不罚之间找到一个明确的界限。

（二）帮信罪视域下网络中立帮助行为出罪化理论分析困境

鉴于网络帮助行为的社会危害性之大，有学者建

议将帮助行为提升到正犯行为高度进行处理，这一建议在立法层面得到了回应。

《刑法修正案（九）》中从作为的角度规定了“帮信罪”，还出台了相关司法解释，表明在刑事立法层面正式确认了中立帮助行为的可罚性地位^[10]，也在一定程度上间接证明了中央对于网络中立帮助行为在特定情形下的刑事可罚性持肯定态度，在刑法层面部分解决了网络服务商帮助行为可罚性的法律依据问题。

然而对此罪的设立，学界的存在很大争议。

有学者认为，帮信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；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。

也有学者认为，帮信罪的构罪行为是典型的中立帮助行为，是中立帮助行为的正犯化；帮信罪的增设扩大了对中立行为的刑法干预，堵塞了网络中立帮助行为的出罪之路。

问题在于，能否简单地认为帮信罪就是中立帮助行为的正犯化，或者说，我国刑事立法与司法积极扩张网络中立帮助行为可罚性的做法，是否就意味着走上了全面可罚化的道路？网络服务商在缺乏犯意联络情况下提供的具有中立性质的技术支持服务，虽然因为面向网络犯罪实行者，被犯罪分子实行行为所利用，但同时也面向广大利用互联网进行合法活动的一般社会成员，具有服务社会的一面，是否值得适用帮信罪、动用刑罚来处罚？如果将中立网络帮助行为一味适用帮信罪进行处罚，虽确能减少网络犯罪之发生，但同时也会影响一般社会成员在生产生活中对网络服务的合法使用，增加网络技术的运营成本，影响网络服务提供者的积极性，不利于网络技术的发展。基于此，帮信罪视域下网络中立帮助行为的出罪化路径探索显得尤为重要。

三、从帮信罪视域看网络中立帮助行为在实践中的出罪路径问题

（一）限制处罚说下基于利益衡量的考量

对于中立帮助行为该否惩罚与如何惩罚，德日两国皆存在全面处罚说与限制处罚说两大派。全面处罚说因忽视中立帮助行为的“中立”而不当限制了公民自由，两国支持者都很少。在德国、日本，除个别学者主张全面处罚说外，绝大多数学者都主张限制处罚说。我国学者也多数倾向于“限制处罚说”，因为如

果把各种日常生活行为千篇一律的、机械的视为抽象的帮助犯，这会导致刑罚范围不可接受的过度延伸。

站在法理学角度，网络中立帮助行为的可罚性本质上不是一个纯粹的法的教义学问题，应该从社会利益权衡的角度出发，以预期达到的社会效果进行分析，以刑法谦抑性原则为前提，实现自由保障与法益保护的平衡，遵循行政责任、民事责任前置的原则，只有在情节严重的情况下才应处以刑罚，其中的关键就是界定网络帮助行为是否在某一节点上丧失了“中立性”，这种中立性的丧失主要体现在主观方面的明知和客观方面在关键节点提供了不可或缺的帮助。

（二）基于帮信罪与拒不履行信息网络安全管理义务罪构成要件重合情况进行出罪路径可行性分析

有学者认为，当网络服务提供者经监管部门责令改正后仍拒不改正的，既可以认定为行为人系“明知”他人利用信息网络实施犯罪而提供技术支持，因而成立帮信罪；也可以认定行为人未履行法定管理义务，构成拒不履行信息网络安全管理义务罪，二罪构成要件明显重合，本文对此持肯定态度，基于此对网络中立帮助行为出罪路径进行如下分析：

依据《中华人民共和国刑法（2020年修正）》第二百八十七条之二的规定，帮信罪以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，情节严重为构成要件。在司法实践中，主要的困境在于对“主观明知”与“情节严重”的认定标准不明确以至于不能对网络中立帮助行为进行出罪，笔者认为针对这一司法困境，应该依据不同提供网络服务主体类型，基于帮信罪与拒不履行信息网络安全管理义务罪构成要件重合情况进行出罪化路径认定，具体分析如下：

应当按照主体定位划分不同类型的网络服务提供者，不同的网络服务提供者应当针对各自提供服务的特殊性履行相应的监管义务，对于监管义务的范围，不仅应当由法律法规和行业规范规定，也应当参考网络行业对从业人员要求的相当性程度，视个案具体情况而定。

参考德国和欧盟的法律规定，网络服务商大致可以分为四大类：网络连接服务提供者、网络内容服务提供者、网络信息交换平台提供者和网络内容接收服务商。其中网络内容接收服务商在网络犯罪活动中所起的影响较小；而对于网络内容服务提供者，一般认

为，在网上提供信息内容的行为与在现实空间中发表言论的刑事认定相比并无特殊之处，网络内容服务提供者对其提供的违法内容在满足犯罪构成该当性、违法性以及有责性条件情况下承担责任并无争议，也即该行为刑事责任在网络环境下并不难判断，因此在此主要讨论余下两种主体在网络中立帮助行为可罚性中的认定问题。

结语

在目前的信息化时代，网络服务提供者在网络犯罪中的作用和地位日益增加，越来越多地对正犯犯罪行为有促进作用、然而又具有日常性、生活性、职业性的网络中立帮助行为出现在人们的视野，不断冲击着传统的刑法理论。学界对网络中立帮助行为处罚范围的判断标准仍有许多争议，司法实践中也没有有效的认定措施，中立帮助行为处罚范围的路径选择之路还任重道远。

参考文献：

- [1] 陈洪兵. 中立的帮助行为论 [J]. 中外法学, 2008 (06): 931-957.
- [2] [日] 西田典之. 刑法总论 [M]. 刘明祥, 王昭武译. 北京: 中国人民大学出版社, 2007: 23.
- [3] 林山田, 许泽天. 刑总要论 [M]. 台北: 台湾元照出版公司, 2006: 15.
- [4] 张明楷. 刑法学 [M]. (第三版), 北京: 法律出版社, 2007: 11.
- [5] 张明楷. 论帮助信息网络犯罪活动罪 [J]. 政治与法律, 2016 (02): 2-16.
- [6] 马骏. 网络中立帮助行为探究——兼谈对刑法第287条之二第1款的理解 [J]. 时代法学, 2018 (04): 35-42.
- [7] 杨英法. 矛盾的处理、解决方式问题研究 [M]. 兰州: 兰州大学出版社, 2003.
- [8] 马荣春. 论刑法的和谐 [J]. 河北法学, 2006 (12): 72-74.
- [9] 车浩. 谁应为互联网时代的中立行为买单 [J]. 中国法律评论, 2015 (01): 47-50.
- [10] 马荣春. 中立帮助行为及其过当 [J]. 东方法学, 2017 (02): 2-16.

作者简介：

张博雅（2002.10-），女，山东济宁人，山东大学法学与英语双学位专业2020级学生，主要从事法学研究。