

网络犯罪共犯正犯化的立法分析

——以提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪为视角

牟丹阳

北京师范大学 刑事法律科学研究院 北京海淀 100875

摘要：提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪将两种不同的行为模式统一作为共犯正犯化加以规定，并对两种行为模式均实现了帮助犯的绝对正犯化。通过对其加以分析，可以得出一种行为模式由于其自身具有的独立的法益侵害性当然可以完全突破共犯从属理论的限制，实现帮助犯的绝对正犯化，而第二种行为模式由于其相对中立的帮助特质，其成立仍然有赖于相对正犯行为的存在，然而也仅要求相对正犯达到一般违法的程度，本罪行为人即可成立犯罪的结论。

关键词：提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪；正犯化；独立性

提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪是依照《中华人民共和国刑法修正案（七）》所新增的罪名。由于网络空间本身所具有的特殊性，使网络犯罪与传统的犯罪行为在“构成要件的设计、行为的样态、危害结果的形式等方面呈现出差别”，这一现象或有论者称之为“犯罪的网络异化”，而共犯正犯化本身即是这一“异化”的重要表现模式，就如有论者提出，“共犯行为正犯化解读的异化”是“目前关于网络犯罪的司法解释中存在的异化倾向主要体现”之一。而本罪从起行为模式和认定标准上看，显然也同样符合共犯正犯化的理论范畴，而立法上体现出的，对于本罪两种不同行为模式的不同认定标准和处罚标准，恰可以说明共犯正犯化在当前我国刑法之中的不同立法模式，因此，通过对本罪的两种不同行为模式加以分析，并进而明确两种不同类型立法模式之间的差异与标准，对于进一步探讨共犯正犯化相关理论就具有重要价值。

一、本罪行为模式分析

刑法对于本罪规定了两种不同的行为模式，分别为提供专门用于侵入、非法控制计算机信息系统的程序、工具，或明知他人实施侵入、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，情节严重的。对于以上两种行为模式，其主要区别在于提供专门工具和提供一般工具。具体而言，所谓专门工具，根据相关司法解释已明确提出，对此，有论者将其总结为“‘专门’是对程序、工具本身的用途非法性来进行限定的是指行为人所提供的程序、工具是专门用于违法犯罪目的，而不包括

那些既可以用于违法犯罪目的又可以用于合法目的的‘中性程序’”。因此，可以说刑法区分两种不同行为模式，并对全罪加以“情节严重”的限制，其根源在于提供专门工具和提供中性工具之间不同的社会危害性，就如有论者提出，“区分上述两种程序、工具的意义在于被提供者是否实际使用对犯罪成立的影响”。这一论述与在共犯正犯化之中理论界争议较大的，由张明楷教授提出的，将帮助犯正犯化区分为“帮助犯的绝对正犯化”、“帮助犯的相对正犯化”以及“帮助犯的量刑规则”三种不同类型的论述不谋而合。如在本罪中，行为人构成第一种行为模式并不需要存在相对应的正犯行为，即行为人的帮助行为并不以正犯行为的存在与否为前提，可以说实现了帮助犯的绝对正犯化，就如有论者提出，对于上述第一种行为模式“即使没有证据证明被提供者实际使用，也不影响犯罪的成立”。而本罪中的第二种行为模式则与帮助信息网络犯罪活动罪的规定相类似，明确规定了“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”这一主观要件，此类行为是否能说形成了帮助犯的绝对正犯化则存在较大争议。

对此，可以参照理论界关于帮助信息网络犯罪活动罪是否是帮助犯的绝对正犯化的相关探讨，就如有论者指出“而网络共犯通常表现为‘一对多’；由于帮助对象数量庞大，网络犯罪利益链条中的帮助行为实际上往往成为获利最大的环节，按照共犯处理，也难以体现其独特危害性”，而本罪的第二种行为模式具有类似的，“一对多”的特征，也同

样可以据此认定其具有一定程度上的独立的社会危害性。而与之相对的部分论者在论证帮助信息网络犯罪活动罪时指出，“行为人必须是为‘其犯罪’即被帮助的他人的‘犯罪’提供……等帮助，换言之，行为人的违法性还是来自其所帮助的正犯，其自身并不具有独立的违法性”，而本罪的第二种行为模式中既然同意规定了“为他人……提供帮助”的相关内容，则上述论证也同样成立。

另外，对于本罪两种不同行为模式而言，将其均作为绝对正犯化加以处罚的立法模式本身仍具有争议。有论者提出：“在网络这样一个发散性、随意性极强的平台中，将出于违法或者犯罪动机或故意的帮助行为一律犯罪化是否合理则需要作进一步探讨”。因此，关于本罪所规定的第二种行为模式，即中立的帮助行为是否可以作为帮助犯的正犯化加以评价，同样是理论界应当重点探讨的问题之一。

二、根据本罪的共犯正犯化理论探索

综合本罪的两种不同行为模式，对于本罪所体现出的在帮助犯正犯化中的相关理论争议问题主要在于将本罪的第二种行为模式作为帮助犯的正犯化加以处罚在理论方面的合理性。

对于这一问题，实际上可以将其解释为帮助犯的正犯化可以在何种程度上脱离共犯从属说的问题。对于共犯从属理论，当前学界较为主流的观点将其表述为实行从属性、要素从属性和罪名从属性三部分。然而，就如有论者所指出的，“在网络共犯罪情态势‘恶性’演变的背景下，帮助行为在网络时代的发展意味着危害性的超越和独立性的突破，导致共同犯罪的传统理论难以实现对网络共犯行为的有效评价和制裁”，因此“有必要对新旧的理论研讨进行系统梳理，对法律实践方向进行整体思考”。那么，区分共犯从属性的三个不同层面并对其分别加以考察，已确定帮助犯的正犯化的两种不同模式，特别是中立的帮助行为的正犯化能否突破上述理论的限制，就可以成为对传统理论加以考察和革新的一种解决思路。

首先，从罪名从属性的角度看，帮助犯的正犯化，无论采取何种形式，即便是如部分论者所提出的“帮助犯的量刑规则”的情形，也在客观上实现了对这一从属性的突破。那么这种突破是否恰当？对此，当前通说理论往往根据“行为共同说”的立场否定罪名从属性对于共同犯罪而言的必要性，那

么，共犯正犯化在形式上实现对罪名和法定刑的突破也当然不至于如部分论者所言“导致刑法总则共犯理论被虚置，刑法总则关于从犯、帮助犯等的规定都会无法适用，从而使刑法总则设立的犯罪一般原理被刑法分则架空，最终丧失其对刑法分则的指导意义”的问题。即便是处于刑事责任个别化和科刑个别化的考虑，通过分则具体罪名的设置将部分共犯行为单独加以处罚，即形成“帮助犯的量刑规则”的立法模式，也不至于对总则关于共犯的规定产生如此重大的破坏，因此帮助犯的正犯化对于罪名从属性的突破应当说是合理的，并且不论何种形式的帮助犯正犯化，只要其罪刑设置本身符合一般性的罪责刑相适应原则，就应当说是可以接受的。

其次，从要素从属性的角度看，当前大陆法系刑法学者主流观点认为应当采取“限制从属说”，即共犯应当满足构成要件的该当性与违法性，但责任应当是个别的。这一从属性实际要求共犯满足于正犯该当的构成要件和违法性。据此，则共犯的正犯化将仅能被限制在帮助犯的量刑规则的程度，除此之外的全部共犯正犯化行为均由于对其帮助行为加以评价的前提脱离了该当与构成要件并违法的正犯行为而在客观上超出了共犯从属理论的限度，属于立法上的特殊现象。然而，如前所述，在网络犯罪时代，共犯的危害性在很大程度上可能超出正犯的危害性，尤其是在我国刑法当前并未对间接正犯加以直接规定的场合之下，若仍将帮助犯正犯化这一立法技术限制在限制从属说的理论要求下，则可能导致某系具有较大社会危害性的犯罪行为难以得到刑法的规制，特别是对于本罪所规定的第一种行为模式，在其提供的“专门工具”本身就具有一定程度的社会危害性的场合，若仍要求接受工具的相对人必须故意实施了利用工具的犯罪行为，则显然难以实现刑法规制犯罪的重要作用。

而对于相对中立的本罪第二种行为模式而言，突破共限制从属说同样有其必要价值。然而由于第二种行为模式是一种相对中立的帮助行为，即“模糊的故意”，“行为人明知正犯的犯罪计划但是没有促进正犯实行的意思”，因此也就有必要对其加以一定程度的限制，不能完全突破限制从属说的限制。将本罪与帮助信息网络犯罪活动罪相结合，可以看出，当前刑法对于此类犯罪行为的规制主要通过要求行为人具有一定的故意的认知要素，即要

求行为人明知相关正犯行为存在,然而仅此一要求尚不足以对此类型的帮助犯正犯化实现完全的限制,因为从根本上讲,此类行为本身具有可罚性的依据仍然部分来源于正犯行为的违法性,就如有论者在论述帮助信息网络犯罪活动罪时提出,此类行为的可罚性边界仍然在于其帮助行为与正犯犯罪结果之间的因果性,“中立的技术帮助行为必须与被帮助者实施的信息网络犯罪活动所造成的犯罪结果之间具有刑法上的因果关系,这是判断中立技术帮助行为是否具有刑事可罚性的首要因素”。据此,则此类帮助行为尚不能完全脱离正犯的违法性要素,而仅能在构成要件该当性上与正犯行为产生脱离。因此,将中立的帮助行为以帮助犯正犯化的立法形式加以规定,仍然必须满足违法性上的从属性,即满足“一般违法从属性说”的要素从属要求,要求至少存在现实中的正犯行为,并且该行为至少达到一般违法行为的程度。

再次,从实行从属性的角度看,不论何种共犯正犯化,都应当可以实现对于实行从属性的脱离。从结果无价值的角度看,在正犯并未着手实行犯罪时,如正犯尚处于犯罪预备或犯意形成阶段时,由于其犯罪本身尚未实行,造成危害结果的可能的危险性还尚未形成,因此也就不能据此对共犯加以处罚,换言之,这一从属性要求正犯行为至少达到未遂阶段,才得以赋予帮助犯刑法上的可罚性。然而,在帮助犯的正犯化的场合下,如在本罪中,行为人将相关工具、程序提供给他人的场合,行为人就已经成立本罪的既遂,对其加以处罚也就不必在要求相关正犯行为必须已经实行。对此,可以认为这种突破实际上是在一定程度上采用了主观主义的立场,即认为在行为人着手实施帮助他人的行为的场合行为人本身的反社会性和犯罪危险性已经体现于外部,而不必在必须要求正犯行为依然着手。同时,鉴于网络犯罪本身的特殊性和在网络犯罪中帮助行为所起到的主导作用,行为人将相关工具提供给他人的行为实际上能够在很大程度上增加相关正犯行为的潜在风险,同时正犯一旦利用该工具实施犯罪行为,则该帮助行为能够在很大程度上增加该正犯行为的危害范围和危害结果,因此这种对风险的增加实际上也可以从另一个侧面构成对帮助犯处罚的

理由,并促使帮助犯脱离实行从属性的限制。

三、结论

通过对提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪的上述分析,以及通过对将本罪与帮助信息网络犯罪活动罪进行对比分析的讨论,可以提出如下结论:

首先,本罪是一种典型的网络犯罪中帮助犯正犯化的立法模式,同时本罪所规定的两种不同的行为模式具有较大区别,但均是较有借鉴意义的帮助犯正犯化立法形式。

其次,从共犯理论的角度看,本罪的两行为模式中,第一种行为模式由于其自身具有的独立的法益侵害性当然可以完全突破共犯从属理论的限制,实现帮助犯的绝对正犯化,而第二种行为模式由于其相对中立的帮助特质,其成立仍然有赖于相对正犯行为的存在,然而也仅要求相对正犯达到一般违法的程度,本罪行为人即可成立犯罪。

参考文献:

- [1] 卢建平,姜瀛.犯罪“网络异化”与刑法应对模式[J].人民检察,2014(03):5-10.
- [2] 阎二鹏.犯罪的网络异化现象评析及其刑法应对路径[J].法治研究,2015(03):48-54.
- [3] 易琦,梁燕宏.提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪的司法认定[J].中国检察官,2018(04):56-59.
- [4] 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.
- [5] 胡云腾.谈《刑法修正案(九)》的理论与实践创新[J].中国审判,2015(20):16-23.
- [6] 黎宏.论“帮助信息网络犯罪活动罪”的性质及其适用[J].法律适用,2017(21):33-39.
- [7] 刘艳红.网络犯罪帮助行为正犯化之批判[J].法商研究,2016,33(03):18-22.
- [8] 刘科.帮助信息网络犯罪活动罪探析——以为网络知识产权犯罪活动提供帮助的犯罪行为为视角[J].知识产权,2015(12):47-52.

作者简介:

牟丹阳(1996—),女,汉族,籍贯:山东日照,学历:硕士,研究方向:刑法学。