

Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2019.12.004

欢迎按以下格式引用:霍俊阁.网络直播平台帮助犯罪行为的处罚边界[J].重庆大学学报(社会科学版),2021(2):144-154. Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2019.12.004.



Citation Format: HUO Junge. Punishment boundary for online live broadcast platform's aiding act[J]. Journal of Chongqing University(Social Science Edition), 2021(2):144-154. Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2019.12.004.

网络直播平台帮助犯罪行为的处罚边界

霍俊阁

(西南政法大学 人工智能法学院,重庆 401120)

摘要:划定网络直播平台帮助犯罪行为的刑事责任形态和刑事责任边界,应当转变一刀切、等同化的认知模式,采取类型化、个别化的处置模式。依据网络直播平台帮助犯罪行为的积极性、主动性程度,可以将其帮助犯罪的行为划分为对犯罪行为的单纯不作为帮助、对犯罪行为经责令改正后仍不作为帮助、对犯罪行为的作为帮助三种类型。在此基础上,才能进一步澄清网络直播平台帮助犯罪行为的刑事责任形态与具体边界。虽然,在刑事责任形态上,网络直播平台单纯不作为帮助行为应当承担所帮助犯罪的共犯责任;经责令改正后仍不作为的帮助行为,应当承担拒不履行信息网络安全管理义务罪的正犯责任;网络直播平台作为帮助行为,原则上应当承担帮助信息网络犯罪活动罪的正犯责任,例外的应承担所帮助犯罪的共犯责任。但是,在刑事责任追究上,如果网络直播平台的单纯不作为帮助行为成立中性业务行为的,经责令改正后仍不作为帮助行为在正常运营上缺乏义务履行可能性或者在技术上缺乏结果回避可能性的,以及作为帮助行为符合不追诉条件的,应当阻却对网络直播平台的刑法处罚。

关键词:网络直播平台;犯罪帮助行为;信息网络安全;中性业务行为;网络共犯;刑事追诉

中图分类号:D924.3 **文献标志码:**A **文章编号:**1008-5831(2021)02-0144-11

2018年初破获的北京“Peepla”网络直播平台传播淫秽色情信息案,不仅开启了同时追究直播平台和网络主播刑事责任的新纪元^[1],也树立了刑法规制网络直播平台帮助犯罪行为的司法先例^①。尽管理论上认为对负有法定网络安全管理义务却执意提供帮助或怠于履行义务并造成危害

修回日期:2020-12-15

基金项目:国家社会科学基金西部项目“刑罚退出机制的价值确立与实践运行研究”(17XFX009);西南政法大学校级重点项目“司法解释中的出罪及其规范构建研究”(2019XZZD-02);河南省高等学校人文社会科学研究项目“我国刑法立法明确性的系统检视与实现路径研究(1979—2019)”(2021-ZZJH-443)

作者简介:霍俊阁,法学博士,西南政法大学人工智能法学院讲师,Email:2066415231@qq.com。

①本文是在规范刑法层面适用犯罪行为概念的,此处的犯罪行为为仅指具备刑事违法性和有责性的行为,不同于犯罪学意义上的犯罪行为概念。

结果的网络服务提供商进行刑事处罚,并不违背罪刑法定原则或刑法谦抑精神^[2],但实践中以何种罪名、何种归责路径、在何种限度内追究网络直播平台帮助犯罪行为的刑事责任,却是司法机关必然会遇到的棘手问题,也是纷争较多的问题。因为《刑法修正案(九)》对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的增设,不仅使正犯与共犯、作为犯与不作为犯问题相交织,而且引发了共犯责任是否完全被排除,以及各种归责进路之间关系如何的疑问^[3]。相应地,明确网络直播平台帮助犯罪行为的共犯责任与正犯责任范围及彼此界限,成为破解网络直播平台帮助犯罪行为刑事追责难题中无法回避的议题。本文将在界分网络直播平台帮助行为类型的基础上,辩证阐释网络直播平台不同类型帮助犯罪行为的刑事责任形态与边界。

一、网络直播平台帮助犯罪行为的类型解析

当前,网络直播平台对网络主播、直播用户违法犯罪行为的帮助多种多样,既有明知犯罪的帮助也有不明知犯罪的帮助,既有积极作为的帮助也有消极不作为的帮助。但是,由于我国当前刑法没有规定网络服务提供者的过失犯罪,且理论上也“没有必要将处罚扩张到以过失的方式实施的帮助”^[4]³³⁷,故刑法场域所讨论的网络直播平台帮助行为,仅限于明知他人实施犯罪而予以作为或不作为帮助的情形。依据网络直播平台帮助犯罪行为的积极性程度不同,可以将其划分为以下类型。

第一,网络直播平台对犯罪行为的单纯不作为帮助。所谓网络直播平台对犯罪行为的单纯不作为帮助,是指网络直播平台明知网络主播、直播用户实施犯罪行为而不予阻止、处置,但经监管部门责令改正后即停止帮助的情形。根据《网络安全法》《反恐怖主义法》《全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的決定》的规定,互联网直播服务提供者具有保护个人信息、管理发现违法信息等义务^[5],以及《互联网直播服务管理规定》第14条规定的,对违反法律法规和服务协议的互联网直播服务使用者的处置义务。当网络直播空间发生犯罪行为时,网络直播平台应当积极履行相应的作为义务予以阻止和处置。如果网络直播平台不仅不阻止网络直播空间发生的犯罪行为,反而以不作为方式提供帮助,则明显违背了相关法律法规设定的作为义务。即使网络直播平台经监管部门责令后停止了对犯罪行为的帮助,但在当前不作为帮助犯和网络犯罪的处罚体系下仍应当追究其刑事责任。

第二,网络直播平台对犯罪行为经责令改正后仍不作为帮助。在网络直播平台对犯罪行为的不作为帮助中,与经监管部门责令后即予以阻止、处置的单纯不作为帮助相对应,还存在着经监管部门责令改正后仍不阻止、不处置的不作为帮助情形,此即网络直播平台对犯罪行为经责令改正后仍不作为帮助的情形。如某网络直播平台因纵容网络主播淫秽表演而被监管部门责令改正,但其拒不改正而继续纵容淫秽表演的,即属于经责令改正后仍不作为帮助犯罪的行为。根据《网络安全法》《反恐怖主义法》《互联网视听节目服务管理规定》《互联网信息服务管理办法》规定,监管部门对网络直播平台享有行政执法权,其发出的责令改正通知属于行政处罚措施。因而,网络直播平台经责令改正后仍不作为帮助犯罪的行为,属于突破前置规范约束的二次违法行为。因其危害社会的意志程度和加功他人犯罪行为的强度,明显高于遵从前置规范的单纯不作为帮助行为,故追究其刑事责任的必要性更大。

第三,网络直播平台对犯罪行为的作为帮助。作为是帮助犯罪的传统方式,也是帮助积极性最高的方式。网络直播平台对犯罪行为的作为帮助,指的是网络直播平台明知网络主播、直播用

户实施犯罪而积极主动提供帮助的情形。对于此类行为,即使法律没有规定网络服务提供者的信息网络安全管理义务,也需要追究其刑事责任。这不仅是因为作为帮助犯罪行为的刑事归责不需要借助作为义务实现,而且在于作为帮助犯罪行为征表了行为人较强的人身危险性。而在法律已然设定网络服务提供者作为义务的情形下,更应当追究网络直播平台作为式帮助犯罪行为的刑事责任。

二、网络直播平台帮助犯罪行为的刑事责任形态

依照现行刑法规定,网络直播平台违反国家规定的法定义务需要承担的刑事责任类型,大致包括所参与和帮助犯罪的共犯责任,拒不履行信息网络安全管理义务罪的正犯责任,以及帮助信息网络犯罪活动罪的正犯责任^[6]。但在网络直播平台违反其法定义务而帮助犯罪的上述三种情形中,究竟何种类型的帮助行为需要承担共犯责任,何种类型的帮助行为需要承担正犯责任,又如何界分其正犯责任与共犯责任,则是司法认定中需要进一步理清的争议问题。

(一) 共犯责任:网络直播平台单纯不作为帮助的刑事责任形态

从刑法教义学角度来看,网络直播平台单纯不作为帮助犯罪的行为,在特定条件下应当承担所帮助犯罪的共犯责任,但不能构成拒不履行信息网络安全管理义务罪和帮助信息网络犯罪活动罪的正犯。

第一,网络直播平台单纯不作为帮助行为,与犯罪实施者具有意思联络时,应当承担所帮助犯罪的共犯责任。其一,网络直播平台单纯不作为帮助犯罪的行为,存在承担所帮助犯罪共犯责任的客观事实基础。虽然网络直播平台仅以不作为方式参与他人实施的犯罪行为,但正是其不履行犯罪阻止义务的不作为消除了他人实施犯罪的平台障碍,使其犯罪实施变得更加容易。而刑法之所以处罚帮助犯,就是因为帮助行为促进了法益侵害^[7]。因而,网络直播平台单纯不作为帮助犯罪的行为,在规范意义上仍属于值得处罚的加功他人犯罪行为的帮助行为,具备承担所帮助犯罪共犯责任的客观事实基础。其二,在与犯罪实施者具有意思联络时,网络直播平台单纯不作为帮助犯罪的行为,才存在应当承担所帮助犯罪共犯责任的主观事实基础。因为不仅理论上的通说认为,“为了成立共同犯罪,共同犯罪人之间必须存在意思联络”^[8],而且我国司法机关对网络犯罪帮助行为成立片面共犯也只是一种有限承认^[9],并未普遍肯定网络犯罪中片面共犯的成立。所以,网络直播平台单纯不作为帮助犯罪的行为,仅在与犯罪实施者存在意思联络的情况下,才具备成立帮助犯的主客观事实基础,才能追究其所帮助犯罪的共犯责任。

第二,网络直播平台单纯不作为帮助行为,不应当承担拒不履行信息网络安全管理义务罪的正犯责任。从客观方面而言,拒不履行信息网络安全管理义务罪“‘经责令而拒不改正’要件”的设置意味着,犯罪的成立与监管部门的整改命令之有无、是否执行联系在一起^[10]。行为人只有在已经违反网络安全管理行政义务的前提下,进一步违反经监管部门责令采取改正措施而拒不改正的刑事义务时,其行为才可能受到刑法的评价^[11]。而网络直播平台对他人犯罪行为的单纯不作为帮助行为经监管部门责令改正后即予以停止,并没有进一步违反其刑事义务,故不存在成立该罪所需的客观事实。而且,在主观上,由于经监管部门责令采取改正措施而拒不改正,属于拒不履行信息网络安全管理义务罪故意的认识内容之一^[11];相应的,对拒不改正结果的追求则是成立本罪故意所需的意志内容之一。但是,网络直播平台单纯不作为帮助犯罪的行为,主观上并没有追求拒不改正的态

度,无法自足本罪的罪责要件。

第三,网络直播平台单纯不作为帮助行为,无法构成帮助信息网络犯罪活动罪的正犯。从主观上看,虽然网络直播平台单纯不作为帮助犯罪的行为,满足本罪所要求的故意这一罪责要件。但是,不作为的行为方式却使其在客观上,无法自足帮助信息网络犯罪活动罪的罪体要件。因为,根据体系解释,在拒不履行信息网络安全管理义务罪只能表现为不作为的情况下,本罪只能以作为方式实施^[12]。否则,将导致二者规制范围的重合。而且,依据同类解释规则和犯罪构成要件的定型性,刑事立法列举的提供互联网接入、服务器托管、广告推广等作为式帮助方式,也决定了本罪只能以作为方式实施。因此,网络直播平台单纯不作为帮助犯罪的行为,与帮助信息网络犯罪活动罪在行为方式上的互斥关系,决定着其无法符合本罪的罪体要件。如果认为网络直播平台单纯不作为帮助犯罪的行为,也构成本罪的正犯,则会打破本罪行为要件的同类性和定型性。

(二) 正犯责任:网络直播平台经责令改正后仍不作为帮助的刑事责任形态

就第二种帮助情形而言,在满足拒不履行信息网络安全管理义务罪所要求的,“致使违法信息大量传播”,“致使用户信息泄露,造成严重后果”等罪量要件的前提下,网络直播平台经责令改正后仍不作为帮助犯罪的行为,应当承担本罪的正犯责任,而不应当承担帮助信息网络犯罪活动罪的正犯责任和所帮助犯罪的共犯责任。

第一,网络直播平台经责令改正后仍不作为的帮助行为,满足拒不履行信息网络安全管理义务罪的罪量要件时,应当承担本罪的正犯责任。首先,网络直播平台经责令改正后仍不作为帮助犯罪的行为,符合本罪的罪体要件。因为,本罪的罪体要件为,网络服务提供者不履行法律、行政法规规定的信息网络安全管理义务^[13]。而网络直播平台本身既属于互联网直播服务提供者,其经责令改正后拒不改正而继续实施不作为帮助犯罪的行为,也属于不履行信息网络安全管理义务的行为。其次,网络直播平台经责令改正后仍不作为帮助犯罪的行为,符合本罪的罪责要件。因为,经监管部门责令改正后,网络直播平台显然会知悉其负有信息网络安全管理义务;而在被责令改正后继续不作为帮助犯罪的行为事实,则征表了其故意不履行信息网络安全管理义务的主观心态。这恰好属于本罪在罪责要件上所要求的,行为人需明知具有信息网络安全管理义务而有意拒不履行的主观心理状态^[13]。

第二,网络直播平台经责令改正后仍不作为的帮助行为,不应当承担帮助信息网络犯罪活动罪的正犯责任。虽然曾有论者指出,“拒不履行信息网络安全管理义务罪中的个别情形也可以构成帮助信息网络犯罪活动罪”^[10]。似乎,网络平台经责令改正后仍不作为帮助犯罪的行为,具有承担帮助信息网络犯罪活动罪正犯责任的可能。但如前述所言,本罪实行行为是作为的行为方式,而网络直播平台经责令改正后仍不作为帮助犯罪行为是不作为的行为方式,这种行为方式的互斥性决定着网络直播平台的此类帮助犯罪行为,无法自足帮助信息网络犯罪活动罪的罪体要件,不应当承担本罪的正犯责任。

第三,网络直播平台经责令改正后仍不作为的帮助行为,也不会因按照处罚较重的规定定罪处罚而承担所帮助犯罪的共犯责任。尚存疑问的是,依据本罪第3款的规定^②,网络直播平台经责令改正后仍不作为帮助犯罪的行为,会不会因按照处罚较重的规定定罪处罚而承担其他犯罪的共犯

^②《中华人民共和国刑法》第286条之一第3款规定:“有前两款行为,同时构成其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。”

责任?笔者认为,并不存在这种可能。一方面,当所帮助犯罪的法定刑等于或低于本罪时,需以处罚较重的拒不履行信息网络安全管理义务罪论处。因为,网络直播平台此时起到的仅是辅助作用,属于与他人共同犯罪中的从犯。而根据《最高人民法院关于常见犯罪的量刑指导意见》的规定,对于从犯应当综合考虑其情况予以从宽处罚,减少基准刑的20%~50%或者50%以上,或者依法免除处罚。这在所帮助犯罪的法定刑等于或低于拒不履行信息网络安全管理义务罪时,必然会导致承担所帮助犯罪共犯责任的处罚力度,轻于承担本罪正犯责任的处罚力度。另一方面,当所帮助犯罪的法定刑高于本罪时,依然需要按照处罚较重的拒不履行信息网络安全管理义务罪定罪处罚。其逻辑在于,单位直接责任人员的刑事责任是单位犯罪刑事责任总量的一个分量^[14]。即单位犯罪的刑事责任量是单位内部各直接责任人员刑事责任量的总和。那么,采取公司化、团队式运营的网络直播平台,就不可避免地会导致两个或多个主体来分担网络直播平台的刑事责任总量。但单位犯罪的刑事责任总量是一定的,直接责任人员实际需要承担的刑事责任量会随着人数的增加而递减。因而,网络直播平台的直接责任人员人数越多,其内部各直接责任人员所承担的处罚力度就越不可能重于拒不履行信息网络安全管理义务罪正犯的处罚力度。换言之,网络直播平台经责令改正后仍不作为帮助犯罪的行为,不存在承担所帮助犯罪共犯责任的可能。

(三) 原则上的正犯与例外的共犯责任:网络直播平台作为帮助的刑事责任形态

就第三种帮助类型而言,在刑法教义学层面,网络直播平台作为帮助犯罪的行为,满足帮助信息网络犯罪活动罪的罪量要件时,原则上应承担本罪的正犯责任。但从刑罚处罚根据来看,如果所帮助犯罪的正犯责任,轻于网络直播平台所欲承担的帮助信息网络犯罪活动罪正犯责任时,则应例外地认为其仅需承担所帮助犯罪的共犯责任。

第一,网络直播平台的作为帮助行为,符合帮助信息网络犯罪活动罪的罪量要件时,原则上应承担本罪的正犯责任。尽管可以无争议地认为网络直播平台作为帮助犯罪行为,符合帮助信息网络犯罪活动罪的罪体要件,但此类行为是否均符合本罪的罪责要件,则需要进一步澄清。因为,帮助信息网络犯罪活动罪的当前定位存在共犯行为正犯化与量刑规则之争。如果认为本罪属于共犯行为正犯化,则本罪在罪责上不要求帮助者与被帮助者之间存在意思联络,即网络直播平台明知而作为帮助犯罪的行为符合本罪的罪责要件。如果认为本罪是量刑规则,则本罪在罪责上仍要求帮助者与被帮助者之间存在意思联络。换言之,只有网络直播平台与犯罪实施者具有意思联络时,其作为式帮助犯罪行为才满足本罪的罪责要件。

相对而言,认为帮助信息网络犯罪活动罪属于共犯行为正犯化的主张,更具合理性。除共犯行为正犯化论者已经言及的理由外,还存在以下合理根据。首先,定罪与量刑的双重规定内容,决定着帮助信息网络犯罪活动罪只能是共犯行为正犯化。从刑法条文内容来看,有关帮助信息网络犯罪活动罪的规定,不仅涉及刑罚适用问题还涉及罪名选择问题,即本罪第3款规定的“依照处罚较重的规定定罪处罚”。如果将帮助信息网络犯罪活动罪定位为量刑规则,显然无法合理解释为何量刑规则能够指导定罪。只有将本罪定位为共犯行为正犯化,才能同时涵盖定罪与量刑的规定。其次,认为帮助信息网络犯罪活动罪是量刑规则的观点,会引起帮助犯处罚体系的失衡。例如,如果认为本罪属于量刑规则,则会认为帮助他人实施拒不履行信息网络安全管理义务罪的应受刑法处罚,但帮助他人实施更为严重的帮助信息网络犯罪活动罪的却不构成帮助犯,不应受到刑法处罚。因为“帮助正犯的,是帮助犯”^{[15]419},帮助共犯的不是帮助犯。

第二,受帮助的犯罪的正犯责任,轻于帮助信息网络犯罪活动罪的正犯责任时,应例外地认为网络直播平台作为帮助犯罪行为需承担所帮助犯罪的共犯责任。根据前述分析,通常情况下网络平台的共犯责任不会重于特定犯罪的正犯责任,所以,网络直播平台作为帮助犯罪的行为,不会因按照处罚较重的规定定罪处罚而构成所帮助犯罪的共犯,不会承担所帮助犯罪的共犯责任。但需要明确的是:网络直播平台所帮助犯罪的正犯责任,轻于帮助信息网络犯罪活动罪的正犯责任时,能否例外地承担所帮助犯罪的共犯责任?曾有论者认为,如果提供互联网技术支持等帮助的行为虽构成另一信息网络犯罪的共同正犯或帮助犯,但另一信息网络犯罪的法定刑低于帮助信息网络犯罪活动罪的法定刑时,不应当以帮助信息网络犯罪活动罪论处,否则将违背罪刑相适应原则^[16]。

此时,网络直播平台作为帮助犯罪的行为,应当承担所帮助犯罪的共犯责任。除贯彻罪刑相适应原则的考虑外,还在于犯罪预防和报应正义根据对刑罚适用的指导。一方面,在所帮助犯罪的正犯责任轻于帮助信息网络犯罪活动罪时,例外承认网络直播平台作为帮助犯罪行为的共犯责任是实现刑罚犯罪预防目的的需要。因为,相比较而言,在共同犯罪中处于实行地位(被帮助者)的正犯,所冒的风险和所获得的收益较处于帮助地位的网络直播平台更大,而“既然他获得了一份对他较大冒险的报酬,那么对他的刑罚也应当相应增加”^[17]。换言之,作为帮助者的网络直播平台的刑罚应当轻于正犯的刑罚。否则,将导致正犯的高风险高收益低刑罚成本现象,这必然不利于刑罚对直接实施犯罪者的预防。另一方面,当所帮助犯罪的正犯责任轻于帮助信息网络犯罪活动罪的正犯责任时,例外承认网络直播平台作为帮助犯罪行为的共犯责任,是追求刑罚报应正义的需要。如果认为此时网络直播平台仍需承担帮助信息网络犯罪活动罪的正犯责任,极易导致对网络帮助行为的处罚力度明显重于线下帮助行为的失衡现象,这有违同类行为同等处理的刑罚正义理念。即使认为,借助网络特性实现“一对多”帮助的帮助行为,具有超越实行行为的危害性^[9],也无法得出网络帮助行为的刑事责任必然重于实行行为的结论。因为,网络直播平台帮助犯罪行为与线下“一对多”帮助犯罪行为具有相同的社会危害性,但线下“一对多”帮助行为的刑事责任显然不会重于正犯。因此,从刑罚根据角度而言,此时应例外地认为,网络直播平台作为帮助犯罪的行为需承担所帮助犯罪的共犯责任。

三、网络直播平台帮助犯罪行为的刑事责任边界

在规范层面上,尽管网络直播平台帮助犯罪行为,均应当承担相应的共犯或正犯责任;但在实际处罚中,仍有必要理清刑法处罚网络直播平台帮助犯罪行为的具体边界,明确其刑事责任追究的阻却事由,防止网络直播平台的刑法处罚泛化。

(一) 网络直播平台单纯不作为帮助的刑事责任边界

依据传统刑法理论,行为人主观上具有帮助他人实施犯罪的故意,客观上促进了犯罪实施的,均应当构成帮助犯,似乎网络直播平台单纯不作为帮助犯罪行为不存在阻却刑事责任的可能。其实不然,当前理论界和实务界的发展倾向中,已然透露出可能阻却此类行为刑事责任的迹象。基于刑法处罚合理性和促进网络科技发展的考虑,我国越来越多的论者开始主张限制技术帮助行为的处罚范围。而在限制处罚的方法选择上,“越来越多的国家和地区法院逐渐开始接受‘技术中立原则’来考察、评价技术行为构成的网络帮助犯”^{[18]23}。可以说,“中性业务行为确定了行为可罚与不

可罚的边际,是对传统的帮助犯理论的修正和例外”^[18]¹⁰⁸。因此,将中性业务行为理论应用于共犯责任下的帮助犯罪行为中,则可以确定网络直播平台单纯不作为帮助犯罪行为可罚与不可罚的边际,实际划定其刑事责任边界。

鉴于中性业务行为的判断标准还存在主观标准说与客观标准说的分歧^[19]。如何判断网络直播平台单纯不作为帮助犯罪行为是否属于中性业务行为,就成为划定其共犯责任边界的核心。就限制网络技术帮助行为处罚范围的宗旨而言,对网络直播平台单纯不作为帮助犯罪行为是否属于中性业务行为的判断,应当挣脱主客观的立场之争,转而依据行为的刑法处罚必要性展开。

第一,网络直播平台的单纯不作为帮助行为,未违反行业义务、行政法义务等前置性规范义务的,应当认定为中性业务行为,阻却其共犯责任。因为,从有关网络直播平台的前置性规范来看,并非所有的网络直播平台单纯不作为帮助犯罪行为,都会违反前置性规范义务,仍有部分单纯不作为帮助行为符合前置性规范义务。以《互联网直播服务管理规定》第14条规定为例,依据该条规定,网络直播平台应当对违反法律法规的网络直播服务使用者,视情采取警示、暂停发布、关闭账号等处置措施。而这一视情采取处置措施意味着既可以是视情选择处置措施的种类,也可以是视情决定是否立即采取处置措施。如果网络直播平台视情认为可以不立即采取处置措施的,不能认为其单纯不作为帮助犯罪行为违反了该处置义务。那么,对未违反前置性规范义务的网络直播平台单纯不作为帮助犯罪行为,自然不存在予以刑事处罚的必要性,此时应认为其属于中性业务行为。这不仅取决于刑法的后置保障法地位,也源自维护法秩序统一性的考虑。

第二,网络直播平台的单纯不作为帮助行为,虽违反前置性规范义务,但被社会公众所允许的,也应当认定为中性业务行为,阻却其共犯责任。这一逻辑在于,“犯罪是以其他社会成员不能容忍的方式满足需要的方式。是不是不能容忍,当然只有社会其他成员最清楚”^[20]。那么,对于普通社会公众所容忍和允许的满足需要行为,就不能认为其符合犯罪行为的本质逻辑,司法机关不应将其认定为犯罪而加以刑事制裁。如果刑事制裁被广泛运用于对道德中性行为的处理,普通公众就会认为,对道德的行为来说,甚至对可容忍的行为来说,刑法是一个混乱不堪的指引^[21]。这不仅无助于刑法行为指引功能的实现,也将困扰刑法裁判功能的发挥。因此,应当将获得社会公众允许的网络直播平台单纯不作为帮助犯罪行为评价为中性业务行为,阻却其共犯责任。客观归责理论提出的“在允许性风险中排除归责”^[22]的主张,也印证了获得社会公众允许的网络直播平台单纯不作为帮助犯罪行为缺乏刑法处罚必要性的论断。

第三,网络直播平台的单纯不作为帮助行为虽不为社会公众所允许,但符合我国刑法第13条但书规定的,也应当认定为中性业务行为,阻却其共犯责任。这是因为,不仅当前的司法实践充分肯定了我国刑法第13条但书的出罪功能^[23],而且现行的部分司法解释也明确认可了我国刑法第13条但书的出罪功能,如《关于审理拒不支付劳动报酬刑事案件适用法律若干问题的解释》即对此进行了认可。对但书出罪功能的实践肯定与规范确证,意味着符合我国刑法第13条但书规定的行为必然不具有刑法处罚必要性。亦即,符合我国刑法第13条但书规定的网络直播平台单纯不作为帮助犯罪行为,即使为社会公众所不允许,也不能给予刑事处罚。因此,应当将符合我国刑法第13条但书规定的网络直播平台单纯不作为帮助犯罪行为认定为中性业务行为,阻却其共犯责任。

(二) 网络直播平台经责令改正后仍不作为帮助的刑事责任边界

由于网络直播平台在经监管部门责令后仍不作为帮助犯罪的行为明显超出了价值中立立场而

无成立中性业务行为之可能,故不应继续从行为客观属性方面划定其刑事责任边界,而应转从后续的刑法处罚逻辑中获知其刑事责任边界。从拒不履行信息网络安全管理义务罪的构成要件来看,追究网络直播平台经责令改正后仍不作为帮助犯罪行为之正犯责任的逻辑在于网络直播平台能够履行阻止网络主播、直播用户实施犯罪的信息网络安全管理义务;但经监管部门责令改正后仍以不作为方式拒不履行,以致本罪危害结果发生。是故,确定网络直播平台此类帮助犯罪行为承担拒不履行信息网络安全管理义务罪正犯责任的边界,可以从义务履行可能性和结果回避可能性两方面入手。

1. 网络直播平台在运营上缺乏义务履行可能性时应阻却正犯责任

根据《互联网直播服务管理规定》第8条的相关规定,作为互联网直播服务提供者的网络直播平台,自成立之初就应当具备即时阻断互联网直播中的犯罪行为传播,履行信息网络安全义务的技术能力。否则,网络直播平台就因欠缺法定技术条件而无法取得运营资质。因此,在技术上,网络直播平台不会因缺乏履行信息网络安全管理义务的可能性而阻却其拒不履行信息网络安全管理义务罪的正犯责任。

需要讨论的是,网络直播平台在正常运营上缺乏履行信息网络安全管理义务可能性时,是否阻却其拒不履行信息网络安全管理义务罪的正犯责任?曾有论者认为,网络服务商以网络服务行为规避重大法益侵害危险需要耗费大量的人力财力并可能使其无法继续生存为由,放任法益侵害结果发生的,不能免责^[24]。依此而言,网络直播平台经责令改正后仍不作为帮助犯罪行为,不能因正常运营上缺乏义务履行可能性而阻却刑事责任。也有论者认为,“网络服务提供者的作为义务,应以采取当前的技术措施不会实质性增加网络服务提供者的运营成本或系统与网络的负担为限”^[25]。故网络直播平台经责令改正后仍不作为帮助犯罪行为,在正常运营上缺乏义务履行可能性的应当阻却刑事责任。相比较而言,网络直播平台在正常运营上缺乏履行信息网络安全管理义务可能性时,阻却其拒不履行信息网络安全管理义务罪的正犯责任更为妥当。因为,在正常运营上缺乏义务履行可能性时,阻却网络直播平台经责令改正后仍不作为帮助犯罪行为之正犯责任,是坚持现行刑法所持规范责任论立场的必然要求。从我国刑法第16条的规定可以看出,我国刑法实际采取了规范责任论的立场^{[15]242}。而从规范责任论的立场而言,对网络直播平台进行刑事归责时,应当切实考虑其履行信息网络安全管理义务的现实可能性。换言之,如果网络直播平台在技术上具有履行信息网络安全管理义务可能性,但在正常运营中又丧失这种可能性的,应当否定其刑事责任。因为,网络直播平台在正常运营上履行信息网络安全管理义务之不能,实质上等同于没有义务履行可能性,仍无法期待其采取措施维护信息安全。

2. 网络直播平台在技术上缺乏结果回避可能性时应阻却正犯责任

由于“不作为犯的实行行为性由结果防止(回避)可能性与作为义务构成”^{[4]82}。故追究网络直播平台拒不履行信息网络安全管理义务罪的正犯责任时,除分析其是否具有义务履行可能性之外,还应当进一步考察其是否具有本罪危害结果的回避可能性。而按照刑法理论上的多数意见,如果在案件中能够证明即使行为人遵守义务,结果可能也难以避免的,就不能将该结果归责于行为人^[26]。因此,在网络直播平台履行信息网络安全管理义务也无法防止避免本罪危害结果发生的情形下,应当否定其经责令仍不作为帮助犯罪行为之正犯责任;反之,则应当追究此类帮助行为拒不履行信息网络安全管理义务罪的正犯责任。但是,此处言及的网络直播平台对本罪危害结果的回

避可能性,只能是技术上的回避可能性,而不包括运营上的回避可能性。因为拒不履行信息网络安全管理义务罪规定网络服务提供者的信息网络安全管理义务时,已经预设了履行义务与避免危害结果发生之间的逻辑关系。一般而言,只要网络直播平台在正常运营中,能够实际履行《互联网直播服务管理规定》所规定的即时阻断、违法处置等信息网络安全管理义务,就有回避危害结果发生的可能。因此,网络直播平台在正常运营上具备信息网络安全管理义务的履行可能性时,不会缺乏运营上的结果回避可能性。换言之,网络直播平台只有在技术上缺乏本罪危害结果回避可能性时,才阻却其拒不履行信息网络安全管理义务罪的正犯责任。

如何判断网络直播平台在技术上是否具有回避本罪危害结果的可能性呢?对此,应结合网络直播技术从实验开发到推广应用的产生过程予以考察。如果能够回避本罪危害结果发生的网络直播技术尚未开始研发,或虽已研发但处于实验阶段的,应认为网络直播在技术上缺乏结果回避可能性,阻却其正犯责任。因为,在实验开发及其之前的研究计划阶段,即使某种直播技术能够回避本罪危害结果发生,但其回避效果并未得到实践数据的证实,能否切实取得回避危害结果发生的预期效果尚不明朗。而遵循事实存疑有利于被告原则,应当认为此时网络直播平台在技术上缺乏回避危害结果发生的可能性,应当阻却其拒不履行信息网络安全管理义务罪的正犯责任。

(三) 网络直播平台作为帮助的刑事责任边界

就网络直播平台作为帮助犯罪行为刑事责任边界的划定而言,不仅因其超越了中性业务行为范畴而无法从行为客观属性上予以划定,而且因其是明知他人实施犯罪而予以作为帮助,也无法从刑法处罚逻辑中确定,故只能从刑事责任的追究程序中厘定其刑事责任边界。依据我国刑事诉讼法第12条规定的法院定罪原则,及第16条规定的依法不追诉原则,以撤案、不起诉、终止审理、宣告无罪等为内容的不追诉措施,在刑事诉讼程序中实际划定了网络直播平台作为帮助犯罪行为的刑事责任边界,不追诉措施的适用条件即为此类行为刑事责任的阻却标准。需要明确的是,确定网络直播平台作为帮助犯罪行为的刑事责任边界,是就其可罚事实本身的讨论而非对可罚事实证明标准的讨论,不应当将因证据不足不追诉的情形作为阻却此类行为刑事责任的标准。

具体而言,可以从以下方面,依据不追诉措施的适用条件划定网络直播平台作为帮助犯罪行为的刑事责任边界。

第一,网络直播平台作为帮助行为符合强制性不追诉条件时,应阻却刑事责任。所谓强制性不追诉条件是指依法不应当追诉的情形,这集中体现在刑事诉讼法第16条、第177条第1款,2020年7月修正的《公安机关办理刑事案件程序规定》第186条,以及2019年12月30日起施行的《人民检察院刑事诉讼规则》第365条的规定中。根据上述规定,在网络直播平台作为帮助犯罪行为已经构成犯罪的前提下,如果其具有“犯罪已过追诉时效期限”“经特赦令免除刑罚”,“依照刑法告诉才处理的犯罪,没有告诉或者撤回告诉”,“犯罪嫌疑人、被告人死亡”,“其他法律规定免于追究刑事责任”五种情形之一的,则公安机关应当做出撤销案件、检察机关应当做出不起诉、法院应当做出终止审理或宣告无罪的不追诉决定。而从程序效果来看,这些不追诉决定实际阻却了对具有上述情形的网络直播平台作为帮助犯罪行为的刑事责任追究。相应的,上述五种强制性不追诉条件,就构成了网络直播平台作为帮助犯罪行为的刑事责任追究边界。换言之,网络直播平台作为帮助犯罪行为符合上述五种强制性不追诉条件时,应当排除承担正犯或共犯责任。

第二,网络直播平台作为帮助行为符合裁量性不追诉条件时,可以视情阻却其刑事责任。现行

的刑事法律规范、司法解释及司法规范性文件中,除存在强制性不追诉情形外,还存在着可以做出不追诉决定的情形,此即裁量性不追诉条件。当前,有关裁量性不追诉条件的规定,主要集中在刑事诉讼法第177条第2款、第282条,2019年12月30日起施行的《人民检察院刑事诉讼规则》第370条、第469条,《关于在部分地区开展刑事案件认罪认罚从宽制度试点工作的办法》第9条、第13条中。但在上述裁量性不追诉条件中,就已满足犯罪成立全部要件的网络直播平台作为帮助犯罪行为而言,只有在其具有“依照刑法规定免除刑罚”“可能判处一年有期徒刑以下刑罚且有悔罪表现的未成年人”“认罪认罚+重大立功”“认罪认罚+涉及国家重大利益”四种情形之一时,刑事司法机关才可以视情做出撤案或不起诉的不追诉决定。从不追诉对刑事责任的程序性阻却而言,可以说,网络直播平台作为帮助犯罪行为符合裁量性不追诉条件时,可以视情阻却其正犯或共犯责任。

四、结语

涉网络直播平台犯罪的蔓延趋势,网络直播平台与网络主播、直播用户之间的利益交错,使网络直播平台提供的技术支持等帮助行为逐步进入刑法的评价视域。在网络直播平台提供的帮助行为中,既存在正当合法的提供网络直播服务的情形,也存在明知他人实施犯罪仍提供作为或不作为的技术帮助的情形。而无论是从强化刑法法益保护还是从促进网络直播平台健康发展而言,均应当将此类行为纳入刑法规制范畴。但在传统刑法体系与网络刑法体系融合所带来的网络帮助行为作为犯与不作为犯、正犯与共犯责任相互交织的情况下,实现对网络直播平台帮助犯罪行为的刑事归责,必须明确网络直播平台各类帮助犯罪行为的刑事责任形态与归责路径。而且,在具体的司法裁判中,对网络直播平台帮助犯罪行为的刑事责任追究必须保持谨慎、克制的态度,应当渐次从行为客观属性、刑法处罚逻辑、刑事责任追究程序角度合理划定其刑法处罚边界,以避免干扰网络直播技术的发展。此外,还应当进一步构建规范认定网络直播平台帮助行为所需的证据规则,以保障对网络直播平台帮助行为刑法处罚边界划定的类案一致。

参考文献:

- [1] 匡小颖. 北京查处涉黄网络直播平台入刑第一案[N]. 北京青年报, 2018-1-26(A09).
- [2] 孙道萃. 网络片面共同犯罪的制裁边界: 兼议“快播”案[J]. 浙江工商大学学报, 2016(4): 52-60.
- [3] 杨彩霞. 网络服务提供者刑事责任的类型化思考[J]. 法学, 2018(4): 162-172.
- [4] 前田雅英. 刑法总论讲义[M]. 第6版. 曾文科, 译. 北京: 北京大学出版社, 2017: 337.
- [5] 皮勇. 论网络服务提供者的管理义务及刑事责任[J]. 法商研究, 2017, 34(5): 14-25.
- [6] 孙道萃. 网络直播刑事风险的制裁逻辑[J]. 暨南学报(哲学社会科学版), 2017, 39(11): 60-70, 131.
- [7] 张明楷. 外国刑法纲要[M]. 第2版. 北京: 清华大学出版社, 2007: 328.
- [8] 高铭暄, 马克昌. 刑法学[M]. 第5版. 北京: 北京大学出版社, 2011: 165.
- [9] 于志刚. 网络空间中犯罪帮助行为的制裁体系与完善思路[J]. 中国法学, 2016(2): 5-24.
- [10] 李本灿. 拒不履行信息网络安全管理义务罪的两面性解读[J]. 法学论坛, 2017, 32(3): 138-145.
- [11] 谢望原. 论拒不履行信息网络安全管理义务罪[J]. 中国法学, 2017(2): 238-255.
- [12] 李冠煜, 吕明利. 帮助信息网络犯罪活动罪司法适用问题研究: 以客观归责方法论为视角[J]. 河南财经政法大学学报, 2017, 32(2): 65-72.
- [13] 陈兴良. 规范刑法学[M]. 第4版. 北京: 中国人民大学出版社, 2017: 956.
- [14] 马荣春, 周建达. 论单位共同犯罪的责任追究: 定罪与责任分担[J]. 政治与法律, 2010(2): 34-41.
- [15] 张明楷. 刑法学[M]. 第五版. 北京: 法律出版社, 2016: 419.

- [16] 张明楷. 论帮助信息网络犯罪活动罪[J]. 中国检察官, 2016(7): 79.
- [17] 切萨雷·贝卡里亚. 论犯罪与刑罚[M]. 黄风, 译. 北京: 北京大学出版社 2008: 94.
- [18] 于志刚主编. 共同犯罪的网络异化研究[M]. 北京: 中国方正出版社 2010.
- [19] 李怀胜. 中性业务行为的意义、标准及立场选择[J]. 河南司法警官职业学院学报, 2010, 8(4): 96-99.
- [20] 周国文. 刑罚的界限: Joel Feinberg 的“道德界限”与超越[M]. 北京: 中国检察出版社 2008: 122.
- [21] 哈伯特·L. 帕克. 刑事制裁的界限[M]. 梁根林, 译. 北京: 法律出版社, 2008: 258-259.
- [22] 克劳斯·罗克辛. 德国刑法学总论(第1卷)[M]. 王世洲, 译. 北京: 法律出版社, 2005: 251-253.
- [23] 王华伟. 中国刑法第13条但书实证研究: 基于120份判决书的理论反思[J]. 法学家, 2015(6): 88-100, 176.
- [24] 葛立刚. 网络服务商不作为刑事责任的边界[J]. 西南政法大学学报, 2016, 18(6): 80-87.
- [25] 孟传香. 关于网络服务提供者不作为刑事责任问题的探讨[J]. 重庆邮电大学学报(社会科学版), 2012, 24(6): 26-30.
- [26] 车浩. 阶层犯罪论的构造[M]. 北京: 法律出版社, 2017: 170.

Punishment boundary for online live broadcast platform's aiding act

HUO Junge

(School of Artificial Intelligence and Law, Southwest University of Political
Science and Law, Chongqing 401120, P. R. China)

Abstract: At present, the existing one-size-fits-all, equalized cognitive models in determining criminal responsibility forms and boundaries of criminal responsibility for online live broadcast platforms in helping criminal behaviors must be changed to adopt a typed and individualized disposal model. According to the enthusiasm of online live broadcast platform in helping criminal behavior, the online live broadcast platform's help to the crime can be divided into simple inaction help to the criminal behavior, inaction to the criminal behavior after being ordered to be corrected, and acts to help criminal behavior. On this basis, we can further clarify the criminal responsibility forms and specific boundaries of online live broadcast platforms in helping criminal behavior. In the form of criminal responsibility, online live broadcast platform shall simply bear the accomplice responsibility for the crimes it is assisting; the helping behavior that fails to act after being ordered to correct shall bear the responsibility for the offender who refuses to perform the obligation of manage the information network security; as a helping act, the online live broadcast platform should, in principle, bear the responsibility of crime of helping cybercrime, and the exception should bear the accomplice responsibility of the crime helped. However, in charging criminal liability, if the simple inaction of online live broadcast platform establish a neutral business behavior, or if when being ordered to correct, the possibility of performing obligations or avoiding the results technically is lack, or if a helping act meets the conditions of non-prosecution, criminal punishment on the online live broadcast platform should be prevented.

Key words: online live broadcast platform; help criminal behavior; information network security; neutral business behavior; cyber accomplice; criminal prosecution

(责任编辑 胡志平)