

个罪研究

网络共犯中的罪量要素适用困境与教义学应对

阎二鹏*

摘要 基于新型网络犯罪“积量构罪”的特性，司法实践中形成了对网络共犯与正犯分别设置罪量要素的操作路径，此种实践理性需要进行共犯教义学原理的释明；学理上就罪量要素的体系性定位存在单一属性思维，然而在事实面向下我国司法实践中的罪量要素却呈现出不法、责任、客观处罚条件、特殊刑事政策事由等多维规范属性；以最小从属性说作为立论前提，将共犯还原为“构成要件符合形态”，确立“违法性判断的相对性”，方可证立网络共犯与正犯分别设置罪量要素的实践理性。

关键词 网络共犯 罪量要素 共犯从属性

DOI:10.19430/j.cnki.3891.2020.01.008

与大陆法系成文法国家“立法定性、司法定量”的立法模式相较，以“立法定性+定量”为典型特色的我国刑事立法模式是教义学中公认的命题，学理中对我国立法条文中的诸如“数额较大”“情节严重”等成文法表述亦因应形成了“罪量要素”的共识。过往文献多对罪量要素的体系性定位及其引发的犯罪主观罪过认识内容予以着墨，而对罪量要素在共犯领域的适用特性则鲜有论及，盖因“共同犯罪是一种违法形态，只解决二人以上共同行为的客观归属问题”^①的共犯教义学命题下，罪量要素似乎就犯罪参与者的入罪层面而言并未有特殊性可言。^②较之传统犯罪，网络犯罪更多的呈现出“积量

* 海南大学法学院教授，法学博士。

基金项目：国家社科基金项目“新型网络犯罪对传统刑事法理论的突破与应对研究”（19BFX062）。

① 张明楷《信息时代的刑事立法》，载《法律科学》2014年第3期，第8页。

② 学理上偶有涉及罪量要素的共犯论适用层面的研讨亦仅限于对共同犯罪人主观层面的影响，即“共同犯罪的认识错误”范畴。参见王彦强《共同犯罪中的罪量要素认识错误》，载《法律科学》2015年第6期。

构罪”之特性，“表现为利用信息网络大量实施低危害行为，累计的危害后果或者危险已达到应处刑罚的严重程度”。^① 与之相关联，犯罪成立之定量因素在网络共犯领域的特性亦逐渐引起司法实务的重视，罪量要素与犯罪参与理论之关联随而进入学理讨论的视野。

一、问题的提出：网络共犯中正犯与共犯罪量要素的分置思考

罪量要素作为犯罪成立的基本要件，在传统共同犯罪中，一般不存在对正犯与共犯分别设置不同之罪量要素的必要性，正犯在因欠缺罪量要素不构成罪的前提下，共犯亦不成立的法理结论应不会发生问题。但在网络共犯中，狭义共犯与正犯在事实上的表现样态以及危险性的比较中均呈现出特殊性，故而引发了刑事司法实践对正犯与共犯分别赋予不同的罪量要素的操作模式。

（一）网络共犯中罪量要素适用的司法路径

较之传统共同犯罪，网络共犯特别是网络空间中的犯罪帮助行为往往同时为多种实行行为提供帮助，即“一对多”的帮助是其常态，而成立犯罪的罪量要素决定了网络帮助的对象往往因为无法达到罪量要求而不构成犯罪，此时，就帮助行为而言，即使其帮助的“一般违法行为”数量巨大，危害性显著，但仍存在共犯成立上的疑虑。为合理应对此种网络共犯现实样态，司法解释通过“补充”具体罪量要素特别是针对网络共犯设置单独之罪量要素的方式来达成对其进行刑事归责的目的。

上述司法适用路径集中出现在2010年之后对危害计算机信息系统安全、网络赌博、传播淫秽电子信息等司法解释中。以“两高”2011年《关于办理危害计算机信息系统安全刑事案件应用法律若干问题的解释》（以下简称《系统安全解释》）为例，该解释围绕非法获取计算机信息系统数据、非法控制计算机信息系统罪、提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪及破坏计算机信息系统罪的司法适用进行了说明。由于此类犯罪在立法条文设置中确立了“情节严重”或“后果严重”等罪量要素，故需要以司法解释统一划定界限作为判定“罪量”大小的依据。以“非法获取计算机信息系统数据、非法控制计算机信息系统罪”为例，该解释第1条即对归属该罪“情节严重”的判断要素进行了列举，这些要素包括获取的不同信息种类数量如“获取网络金融服务的认证信息10组以上或契入身份认证信息500组以上”，所控制的计算机系统数量如“非法控制计算机系统20台以上”，以及违法所得（5000元以上）或者造成的经济损失数额（10000元以上）。对于“明知他人实施上述犯罪进而提供帮助的”行为，该解释第9条亦规定了成立共同犯罪所应具备的独立罪量条件，如“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、费用结算、交易服务、广告服务、技术培训、技术支持等帮助，违法所得5000元以上的”“通过委托推广软件、投放广告等方式向其提供资金5000元以上的”。与《系统安全解释》类似，“两高一部”2010年《关于办理网络

^① 皮勇：《论新型网络犯罪立法及其适用》，载《中国社会科学》2018年第10期，第133页。

赌博犯罪案件适用法律若干问题的意见》(以下简称《赌博意见》)中亦对“明知是赌博网站,而为其提供服务或者帮助”的共犯行为,在入罪门槛上依据不同之行为模式如“提供网络技术支持等服务”“提供资金支付结算服务”“投放与网址、赔率等信息有关的广告”等分别设置“收取服务费数额、提供服务的网站数量、投放广告量”等独立之罪量要素。这些罪量要素与开设赌场罪之正犯构罪所要求之“抽头渔利数额、赌资数额、参赌人数”等量化标准亦形成了分置的操作模式。^①在此种司法操作路径下,网络共犯行为其罪量要求不同于正犯之罪量要求,当正犯因罪量要求达不到相应标准不构成罪时,共犯行为却可能已符合自身之罪量要求因而构成相应犯罪之帮助犯,反之亦然。

关于淫秽电子信息犯罪的司法解释则将罪量要素分置的司法操作路径发挥到了极致。“两高”关于淫秽电子信息犯罪的两个司法解释(2005年和2010年)中均明确,以牟利为目的,利用信息网络制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品的,对于相应淫秽物品犯罪正犯构罪的罪量要素表述为制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽文件数量、实际被点击数、注册会员数、违法所得数额等。而对于典型的网络帮助行为诸如“提供互联网接入、服务器托管、网络存储空间、通讯传输通道、代收费等服务”“通过投放广告等方式向其直接或者间接提供资金,或者提供费用结算服务”等行为,则以“提供服务的网站数量、收取服务费数额、投放广告数量、提供资金数额”等罪量要素作为其构罪标准。不仅如此,在2010年的《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)》中,^②对于网络帮助行为,更依据不同的帮助行为方式在定罪上突破了“共犯”的限制,直接论为正犯处理。如对于“通过投放广告等方式向其直接或者间接提供资金,或者提供费用结算服务”等行为,在成立共同犯罪的前提下,以“提供服务的网站数量、收取服务费数额、投放广告数量、提供资金数额”等罪量要素作为其构罪标准。而对于同质行为如“电信业务经营者、互联网信息服务提供者明知是淫秽网站,提供网络技术支持,并收取服务费”的行为,在设置“收取服务费数额、提供服务的网站数量”等独立之罪量要素的同时,直接以传播淫秽物品牟利罪的正犯论处。换言之,“此时的定性不再明确共犯行为必须要与正犯行为构成‘共同犯罪’,而是直接规定共犯行为的定罪量刑标准,达标即直接适用刑法相应条款”,^③亦即网络帮助行为已被视为实行行为看待。^④

平实而论,将罪量要素在正犯与共犯间分置操作的司法路径具有相当的实践合理性。从实然形态来看,与传统犯罪相较,网络犯罪呈现出“从点对点到一对多乃至多对

① 详见2010年“两高”《关于办理网络赌博犯罪案件适用法律若干问题的意见》第2部分第1款之规定。

② 详见2010年“两高”《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)》第1、6、7条之规定。

③ 于志刚《共犯行为正犯化的立法探索与理论梳理》,载《法律科学》2017年第3期,第87页。

④ 将本质上属于帮助行为的网络共犯行为通过司法解释的途径直接视为“正犯”,固然有其“便利证据采纳”等功利主义考量,但司法上的“共犯正犯化”解释路径已经超越了司法权范畴,必然面临与“罪刑法定”背离、与共同犯罪理论体系冲突等的责难。

多”的模式转换。因此,以“一次性”犯罪为样本的传统犯罪对罪量要素的多表现为数额、物数、人数、次数、时数等不同,在网络犯罪的现实下,则需被替换为“实际点击数”“注册会员数”等反映网络犯罪特性之定量标准。与此同时,“信息时代的违法犯罪呈现产业链化的特征,不但要关注行为人本身违法所得数额、给被害人造成的经济损失数额,而且关注该犯罪链条上下环之间的资金流大小”。^①网络犯罪的“产业链条化”特性决定了刑事立法与司法实践必须对网络犯罪链条中的前置节点予以必要的关注。网络共犯特别是其中的网络技术支持、提供资金或变相提供资金等服务行为显然在网络犯罪的实现中扮演了关键角色。但在网络共同犯罪的实然形态下,对于正犯成立的罪量要素如“实际被点击数”“注册会员数”等一一查证几无可能的现实困境下,大量的网络共犯行为将面临追责困难,故此,通过对正犯与共犯罪量要素分置的做法建构独立的共犯定量评价规则,便成为严密刑事法网的必然选择。^②

(二) 共犯教义学原理下的检验疑问

通过对网络共犯与正犯分别设置不同的罪量要素或不同的判断标准,进而实现网络共犯与正犯在构罪条件上的分置操作模式或许达成了实践层面的意欲效果,但此种司法路径在共犯教义学原理下能否证立值得推敲。

在传统共同犯罪理论下,“共同的犯罪主体”“共同的犯罪故意”“共同的犯罪行为”被解读为共同犯罪成立的三个条件,其中“共同的犯罪行为”意味着“各行为人所实施的行为,必须是犯罪行为,否则不可能成立共同犯罪”。^③显而易见的是,传统的共同犯罪理论由来源于“四要件”的犯罪构成理论体系,在此理论体系下,作为犯罪概念所必须具备的“社会危害性、刑事违法性与应受刑罚处罚性”三个基本特征是通过犯罪构成整体来体现的,至于作为犯罪构成要件中的主观要件或者客观要件本身并不与上述特征一一对应。其中作为犯罪的本质特征的社会危害性,亦是由客观与主观要件进行整体评价,单独具备客观要件或者主观要件都不足以说明其具备严重的社会危害性。申言之,在传统的犯罪构成理论体系下,犯罪客观要件与主观要件没有独立存在的价值意味着“客观与主观的意义与作用并不明确”,^④只有在整体上进行价值判断方能凸显其作为判定社会危害性严重程度的标准。故此,传统的犯罪构成理论体系中的所谓客观要件与主观要件在犯罪成立的意义上是“一荣俱荣、一损俱损”的关系,由此导致犯罪概念的单一性结论就不可避免。犯罪成立与否的整体性判定特质亦集中映射在共同犯罪领

① 于志刚、郭旨龙 《信息时代犯罪定量标准的体系化构建》,载《法律科学》2014年第3期,第131页。

② 有必要说明的是,即使在《刑法修正案(九)》新增的“帮助信息网络犯罪活动罪”之下,上述问题仍有研讨之必要。由于本罪的法定最高刑仅为3年有期徒刑,且在《刑法》第287条之二第3款同时规定了“同时构成其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚”,故基于“罪刑均衡”之需要,网络帮助行为被认定为具体犯罪之共同犯罪的情形仍会大量存在。

③ 参见高铭暄、马克昌主编《刑法学》(第六版),北京大学出版社、高等教育出版社2013年版,第163页。

④ 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41页。

域,传统理论将共同犯罪的成立条件形式上区隔为主体、主观方面、客体三部分,但每一个成立条件亦伴随“犯罪”的评价特色,如共同犯罪的主体必须是二个以上达到刑事责任年龄、具有刑事责任能力的自然人或者单位,客观方面具备共同的犯罪行为,主观方面具备共同的犯罪故意。逻辑延伸的结果便是,共同犯罪的成立意味着共同犯罪中的所有参与者均成立犯罪,故“共同实施的情节显著轻微危害不大的行为不成立共同犯罪”就是其必然的逻辑结论。具体在帮助犯の場合,当正犯由于实行行为无法满足罪量要求无法构罪的前提下,帮助犯自然也不成立。这种被当代学者称之为“整体认定共同犯罪”^①的理论显然是将共犯的罪量要素与正犯的罪量要素进行一体化评价,两者不存在分别设置的逻辑可能。以传统的共同犯罪理论对上述司法解释进行检验会发现,网络共犯领域中将共犯与正犯的罪量要素分置的司法路径无法获得理论上的支持,对加攻于“一般违法行为”的帮助行为自始即无法获得共同犯罪的处遇资格,此种司法操作路径自会遭遇法理正当性的责难。

当然,传统的共同犯罪理论在共同犯罪的认定路径上明显的弊病日益显示出教义学上的逻辑体系缺陷,在当代刑法学理及司法实务中已成为共识,其支持者已寥寥无几。与之对应的是,在阶层犯罪论体系的指引下,“犯罪”概念的多义性命题成为共识,以不法与责任两大支柱建构犯罪论体系的路径已获得支配性地位。反映在共犯论领域,即将共同犯罪还原为不法层面的犯罪,共同犯罪仅解决对法益侵害结果的客观归属问题,对行为人责任要素的判断则必须进行个别判断,而非一体判定。在共同犯罪的认定方法上,“客观不法”的共犯论主张以“正犯为中心”围绕正犯应当具备之条件决定共犯的成立问题,“共犯的处罚在某种意义上也是以正犯行为为前提的”。^②围绕共犯处罚根据的探讨直接催生了上述教义学命题。按照通行之理解,共犯的处罚根据与正犯一样在于对法益侵害结果的因果性,“因为通过自己或他人的行为而与所引起的法益侵害或法益侵害的危险之间存在因果关系”^③而形成的因果共犯论被视为通说。故正犯是直接侵害法益,而共犯是通过正犯的介入间接侵害法益的观念认知成为共识,这种共识同时也意味着“相对于实施所谓的主行为而言,参与是依附(从属)的”。^④在此种认知下,犯罪参与者中“正犯作为一次责任类型、共犯则作为二次责任”的观念得到确立,“为了成立共犯,必要的是要充足了对于正犯的从属性要件”^⑤的共犯从属性原则成为当代共犯教义学中的基本命题。既然正犯的存在是共犯得以成立的前提,那么正犯应当具备什么要件才能满足从属性的前提要求即“要素从属性”问题就成为从属性理论下无法回避之内容。纵观当今大陆法系共犯教义学的研讨来看,对于要素从属性问题对应阶层的犯罪论体系形成了最小从属性说、限制从属性说与极端从属性说和夸张从属性说四种学

① 张明楷《共同犯罪的认定方法》,载《法学研究》2014年第3期,第4页。

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

③ [日]西田典之《共犯理论的展开》,江溯、李世阳译,中国法制出版社2017年版,第3页。

④ [德]金德霍伊泽尔《刑法总论教科书》,蔡桂生译,北京大学出版社2015年版,第395页。

⑤ [日]山口厚《刑法总论》(第3版),付立庆译,中国人民大学出版社2018年版,第323页。

说。在这些学说之下，正犯所满足的条件伴随“构成要件符合性”“违法性”“有责性”“客观处罚条件”的部分具备或是全部具备存在成立范围上的差别，而共犯亦伴随正犯成立范围的不同而影响其成立与否。尽管当下学理对采纳何种共犯从属性理论仍存在激烈争论，但在“违法连带性、责任个别性”的一般犯罪论共识下，对要素从属性问题的论争主要表现为限制从属性说与最小从属性说的分歧。换言之，作为共犯成立前提的正犯行为范围仅表现为“不法”层面的分歧，与责任判断无涉，“共同犯罪是不法形态”即形成其逻辑结论。

将上述共犯教义学原理贯彻到罪量要素的司法适用中可以发现，是否可以将共犯与正犯的罪量要素分别设置取决于相关罪量要素究竟应如何进行体系性定位，如果罪量要素归属于“责任”或客观处罚条件等与不法判断无涉之范畴，则就共犯成立而言，其属于需个别判断之要素，故上述司法操作路径可以得到证立。反之，若罪量要素归属于与不法相关联之要素，则会“连带”判断，进而影响共犯之成立，则对正犯与共犯分置罪量要素的做法就会遭遇论理上的困境。

二、问题核心：罪量要素的犯罪论体系性定位释疑

围绕刑法总则第13条“但书”所形成的中国特色的“定性+定量”的刑事立法模式决定了定量因素作为某一行为构罪条件之一的定位，从而使“犯罪”之成立不仅包含质的要求，亦必须具备程度要求。国内学理上将这些影响犯罪成立的程度方面的要素归纳为“定量因素”或“罪量要素”，并对其在犯罪论体系中的定位展开论争。

（一）学理面向下罪量要素的单一属性定位

对罪量要素进行犯罪论体系中的单一定位是多数学者的惯常分析路径，如何解决罪量要素与主观罪过之关联是其最终叙事目的，而具体逻辑论证又明显地呈现从传统犯罪构成理论向阶层犯罪论体系渗透的思维转型。如陈兴良教授早期针对传统的犯罪构成理论提出的“罪体、罪责与罪量”的犯罪构成理论体系构想中，“犯罪构成要件是行为侵害法益的质的构成要件与量的构成要件的一体。质的要件包含犯罪构成客观要件（罪体）与主观要件（罪责），而表明法益侵害的量的要件是所谓罪量，是在具备犯罪构成的本体要件的前提下，表明行为对法益侵害程度的数量要件”。^①论者提出上述主张意在表明犯罪成立的“罪量”要件独立于罪体要件，进而无须罪责所涵射，最终将罪量要素排除在行为人主观认识之外，不影响主观罪过之成立。上述主张就犯罪论体系而言，仍然是在传统的“四要件”犯罪构成框架内，论者虽然提出了“犯罪构成的本体要件和罪量要件”^②的命题，但其作用只不过是将其影响法益侵害的量的要件独立在主客观要件之外，因

^① 陈兴良：《作为犯罪构成要件的罪量要素》，载《环球法律评论》2003年秋季号，第276页。

^② 在此体系下，犯罪本体要件与罪量要件统一形成了“犯罪构成要件”，这和传统的犯罪构成理论体系并无质的差异，因为即使在后者看来，犯罪构成要件也不可能是不包括“罪量”要素的纯粹的“四要件”。

此不可避免的仍会夹杂传统犯罪构成理论的弊病;^① 而从论者的上述论证来看,罪量是作为影响法益侵害程度的要素存在的,但此种认知与我国司法实践中对“犯罪情节”所列举的情形不乏影响责任程度,甚或基于特殊刑事政策事由的现实规定不符,如此的司法实践无法得到证立;除此之外,所有的“罪量”要素均排斥在行为人主观认识之外,不符合构成要件与故意内容原理,亦可能因为“要求行为人对超出故意范围的不法负责”而遭致责任主义的非难。

在传统犯罪构成理论体系式微、阶层犯罪论体系逐渐渗透的学术背景下,对罪量要素的研讨亦开始实现相应的转型。如部分学者主张直接借鉴日本刑法学中的“可罚的违法性理论”阐释我国《刑法总则》第13条“但书”之规定,从而为罪量要素的体系性定位提供理论基础。当然,在可罚的违法性理论下,不同学者对缺乏可罚违法性行为的出罪路径层面存在构成要件阻却与违法阻却立场的争议,前者认为其是不具有构成要件类型性的预想的最低违法性标准的行为,否定构成要件该当性;^② 后者则认为“所谓缺乏可罚的违法性,是指符合构成要件的行为缺乏实质的违法性,不值得在刑法上予以处罚。因而,必须把可罚的违法性在理论体系上的位置放在违法性论之中”。^③ 与上述论争对应,罪量要素之判断即被归类为构成要件该当性或者违法性阶层的问题,不符合罪量要素的行为因为构成要件不该当或者欠缺违法性而予以出罪。无论是采用何种路径出罪,罪量要素均被视为影响犯罪成立“不法”程度的要素而存在。与之类似,国内部分学者虽不认可可罚的违法性理论,但在结论上亦承认罪量要素影响行为不法性判断的体系性定位。^④ 如张明楷教授将刑法分则中所规定的“情节严重”“情节恶劣”等罪量要素解读为“整体的评价性要素”,在“构成要件是违法类型,构成要件所描述的事实的违法性,必须达到值得科处刑罚的程度”的前提下,主张“情节严重”与“情节恶劣”作为整体的评价性要素,是表明法益侵害严重程度的客观的违法性要素。但论者做出上述逻辑结论的出发点则在于违法与责任的阶层犯罪论体系下的辩证关系,即“行为人只应对能够归责于他的违法行为及其结果承担责任”,故论者所提出的作为罪量要素的“情节严重”中的情节并不是指任何情节,只能是指客观方面的表明法益侵害程度的情节。^⑤ 从罪过主观认识内容去反推“罪量”要素的内容在路径上是存疑的,故意的认识内容只能是表现法益侵害程度的客观情节,不代表作为犯罪成立条件之一的“罪量”要

① 有必要说明的是,陈兴良教授在嗣后的论文中对之前的学术观点做出了修正,进而主张“在阶层的犯罪论体系下,将数额、情节等罪量要素作为客观处罚条件来看待是妥当的”。参见陈兴良:《刑法的明确性问题:以〈刑法〉第225条第4项为例的分析》,载《中国法学》2011年第4期。不过,与其早期观点类似的主张亦为其他学者所认可,如刘艳红教授提出的“犯罪构成要件可以分为质的构成要件和量的构成要件”的观点即是如此。参见刘艳红:《情节犯新论》,载《现代法学》2002年第5期,第119页。

② 参见〔日〕大塚仁:《犯罪论的基本问题》,冯军译,中国政法大学出版社1993年版,第121页。

③ 〔日〕大谷实:《刑法讲义总论》,黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第314页。

④ 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2016年版,第114页。

⑤ 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241页。

素也必然是客观方面的情节。“即使是在两阶层或三阶层体系中，构成要件也并不完全是客观的，也存在主观的构成要件要素或主观的不法要素，撇开这些因素，也无法对构成要件进行整体性评价。”^①因此，对罪量要素内容的解读与阶层的犯罪论体系之间并无必然关联，司法实践中大量存在的关于犯罪主观方面“情节严重”的罗列情形自然无法得到合理之说明。

与上述学者不同，另有学者主张移植德国刑法中的“客观处罚条件”理论，将我国刑法中情节犯与数额犯关于情节与数额的要求视为客观处罚条件。^②德国刑法学界虽对客观处罚条件之内涵、存在范围等存有争议，但在犯罪论体系的定位中则一致地将其作为构成要件符合性、违法性、有责性之外的影响其刑罚适用的条件进行阐释，故其与不法和责任判断无涉，自然不是进行主观归责的对象。从其立法初衷来看，“通常而言，人们是出于刑事政策的考虑，将客观处罚条件从不法和罪责的关联之中单化出来的”。^③客观处罚条件概念的提出一方面基于此种要素“并非主观归责的对象”而来，另一方面亦有着限制刑罚处罚范围的功能，从而与“罪量要素”的中国化语境相合，学理上将之进行移植便顺其自然。但形式上的相似性无法掩盖两者之间在内容构造上质的差异：由于德日学理中将客观处罚条件定位为与不法、责任无涉的独立的影响刑罚介入的要素而非犯罪成立的要素，故从消弭犯罪论体系之内在弊病及立法“当罚性”与司法“需罚性”之间的冲突着眼，这种影响刑罚介入的因素只能是一种“例外”的存在。^④与之相反，我国刑法中的“定量”因素是直接影响犯罪成立与否的要素，且对于犯罪成立与否而言是一种“原则性”存在，并非“例外”。^⑤无论是立法中明确规定的如“数额”或者司法解释所补充的对各种“情节严重”中相应的列举情形，与行为不法或者结果不法相关是其主要表现样态，不可能与不法判断无涉，与之对应，将这些影响客观不法的要素排斥在行为人主观认识之外亦会引发责任主义的非难。

（二）事实面向下罪量要素的多维属性归结

上述学者对我国刑事立法中“罪量要素”的学理探讨最终将其对应犯罪论体系中的单一定位予以归属，在结论上多少有些“应然判断”的意味，但从事实面向来看，我国刑事司法实践中所存在的罪量要素的多样性事实特征则凸显了其多元定位的空间。

首先，针对构成要件行为不法或者结果不法提出的“罪量要素”是最为典型和常见

① 王莹 《情节犯之情节的犯罪论体系性定位》，载《法学研究》2012年第3期，第138页。

② 参见熊琦 《德国刑法问题研究》，台湾元照出版公司2009年版，第99页以下。

③ [德]金德霍伊泽尔 《刑法总论教科书》，蔡桂生译，北京大学出版社2015年版，第52页。

④ 学理中最常论及的归属于“客观处罚条件”的适例也仅限于德国刑法中参与斗殴罪中的“严重后果”、针对外国的犯罪中的“外交关系或对等关系的存在”、破产犯罪中“破产程序的开始”，以及日本刑法中事前受贿罪中的“事后就任”等屈指可数的条文。参见柏浪涛 《构成要件符合性与客观处罚条件的判断》，载《法学研究》2012年第6期，第131页。

⑤ 在《刑法总则》第13条“但书”的指引下，即使未规定情节的个罪亦完全可能按照但书之规定出罪，如对于罪质最为严重的故意杀人罪亦存在因“情节显著轻微危害不大”不作为犯罪处理的司法判例，这从反向说明了“罪量要素”的普适性。

的,因而是影响犯罪成立的“不法”层面的判断要素。^①反映违法性程度的事实要素可能指向行为,亦可能指向法益侵害结果,如对于盗窃罪中“使用破坏性手段盗窃公私财物,造成其他财物损毁的,以盗窃罪从重处罚”的司法解释,即将特殊的行为方式作为提升其不法内涵的情形予以规定,而“盗窃残疾人、孤寡老人或者丧失劳动能力人的财物”则是通过特定行为对象凸显其不法性程度,这些事实要素均是附着于行为本身的,体现行为不法程度的要素。与之对应,通过对结果不法要素的量定亦是司法实践中的惯常做法,如盗窃、诈骗等罪中的“数额较大”的具体标准,制造毒品罪中的“毒品数量”、贪污贿赂犯罪中的“数额”、组织、利用邪教组织破坏法律实施罪之“造成严重社会影响的”等规定。在对结果不法量定的罪量要素规定中,除基本构成要件结果之外,亦存在以加重结果作为犯罪成立与否之“情节”判断标准,如刑讯逼供罪中的“导致犯罪嫌疑人、被告人自杀、自残造成重伤、死亡,或者精神失常”之规定。上述罪量要素从根本上而言是附着于行为或者结果的,影响的也是法益侵害程度的判断,故应归属于“不法”层面的判断要素。

其次,将某些征表行为人“主观罪过”程度的要素作为“情节严重”情形之一进行列举,如走私普通货物、物品罪中的“一年内曾因走私被给予二次行政处罚后又走私的”、逃税罪中的“经税务机关依法下达追缴通知后,补缴应纳税款,缴纳滞纳金,已受行政处罚的,不予追究刑事责任;但是,五年内因逃避缴纳税款受过刑事处罚或者被税务机关给予二次以上行政处罚的除外”、刑讯逼供罪中的“刑讯逼供3人次以上”、盗窃罪中的“多次盗窃”等表述。^②上述罪量要素从根本上而言是征表行为人主观恶性、人身危险性程度高低之要素,因为就评价为构罪的盗窃行为而言,“多次”本身并不代表其法益侵害程度的高低。如果说“责任”涉及的是对于行为人做出不法行为的原因的评价问题的话,那么,在本质上,“责任就是对于行为人为合法行为的期待可能性”。^③果如此,则“多次”实施类似行为、受过行政处罚后又实施不法行为的情形在规范意义上代表对其可谴责性程度更高、对行为人为合法行为的规范期待程度更高,换言之,上述罪量要素体现的是对行为人的主观“非难”程度,即有责性程度高低的要素。

再次,我国司法实践中还存在一些基于特殊刑事政策事由对影响犯罪成立与否进行规定的情形。如司法实践中将未成年人“案发后如实供述盗窃事实并积极退赃”与其他因素一起作为“情节显著轻微,危害不大”的情形,将未成年人“盗窃其他亲属财物但

① 下文涉及具体罪量要素的例证,均出自相关司法解释的规定,恕不一一注明出处。

② 对上述征表行为人主观恶性的罪量要素的体系性归属,在学理上还存在争议,部分学者基于“主观违法性要素”的主张,力主其归属于不法构成要件要素。参见王强《罪量因素:构成要素抑或处罚条件》,载《法学家》2012年第5期,第33页。笔者不赞同此一立场,一者,主观违法性要素打破了“违法客观、责任主观”的犯罪论体系共识,会引发犯罪构成理论体系的结构变动;二者,将上述要素归属为不法构成要件要素,意味着行为人主观上对作为其评价前提的客观事实有认识,这会导致“记忆力差、未认识到行为对象和行为的复数性的行为人反而会受到法律的优待的荒诞结果”。参见王莹《情节犯之情节的犯罪论体系性定位》,载《法学研究》2012年第3期,第63页。

③ 黄荣坚《基础刑法学》,台湾元照出版公司2006年版,第636页。

其他亲属要求不予追究的”情形不作为犯罪处理；又如将诈骗罪中“行为人认罪悔罪且取得被害人谅解的”“诈骗近亲属的财物，近亲属谅解的”免于刑事处罚或不作为犯罪处理等规定。显而易见的是，“犯罪后的态度”“取得被害人谅解”都是作为案外因素存在的，而作为影响犯罪成立条件的因素在理论上只能是对已然犯罪行为有影响的不法或者责任要素，因此，上述影响犯罪成立的因素只能被归类为基于特殊的刑事政策原因所提出的“阻却犯罪事由”，这一类事由也只能用客观处罚条件进行解释。有疑问的是对“违法所得数额”的归属问题，司法实践中大量存在以“违法所得数额”作为影响犯罪成立的罪量要素进行规定之情形，但违法所得数额是否影响行为的不法程度值得商榷。违法所得数额从其本义来看，是指向行为人的不法获利，因而与法益侵害结果欠缺逻辑关联，“我们可以说违法所得数额多社会危害性更大，但绝不能说违法所得数额少社会危害性便小”^①的观念成为学理上的共识。当然，这一共识也并非绝对，如就盗窃、诈骗等“数额型”财产犯罪而言，违法所得数额与被害人遭受的财产损失数额大体上是一致的，故在此类犯罪中其与行为不法程度是直接关联的，故应将其视为影响犯罪成立的“不法”层面的判断要素。相反，在多数犯罪中，违法所得数额与行为不法程度的判断并无必然关联，故将其归属于客观处罚条件是合适的。

综上，在我国立法及司法实践的现实面向下，影响犯罪成立的“罪量要素”并非如理论所设想的那样仅具有单一属性，如果与阶层犯罪论体系对应，其亦可能呈现出影响不法、责任或仅作为客观处罚条件的规范属性。

三、难题化解：最小从属性说之下罪量要素分置的教义学证成

既然罪量要素在我国司法现实面向下可能呈现出影响不法、责任或者是作为客观处罚条件的规范属性，那么，在共犯从属性原理的教义学共识下罪量要素于犯罪参与领域的适用亦会伴随其规范属性的不同，而影响共犯成立范围。

（一）应对路径选择

我国与大陆法系国家对“罪量要素”的不同立法和司法处置模式进而影响到共同犯罪原理之适用问题，在国内被极个别学者认识到并提出了教义学应对路径。按照该论者之主张，在共犯从属性原理下，当正犯之实行行为因欠缺相应立法的罪量要素要求而不构成犯罪时，得出共犯人难以承担共犯之责的结论明显有违相同行为相同处理的原则，有失公允。而作为舶来品的大陆法系共犯理论是没有考虑罪量问题的犯罪论原理，因此在采行大陆法系共犯理论的前提下，就不能将罪体和罪量不加区分地运用到我国共犯问题的解决中。在此一认知下，论者提出了罪体与罪量分离的参考路径，即“先将罪量要素暂时抽出，先用共犯理论解决行为类型层面的共犯认定、客观归责问题，然后在此基础上，根据罪量要素标准，解决责任承担的具体方式和轻重问题”。^②笔者无意否认罪体与罪量要素在功能构造上的差异，即罪体要素从横向角度征表个罪行为的类型化，

^① 张明楷、黎宏、周光权《刑法新问题探究》，清华大学出版社2003年版，第182页。

^② 王强《罪量要素的价值属性在共犯中的应用》，载《中国刑事法杂志》2012年第12期，第15页。

而罪量要素则从纵向角度的行为程度差别意义上决定犯罪成立与否，但如何圆说“罪量要素与罪体、罪责并非是处于同一层次的可并列的要素”^①进而得出“共同犯罪的判断与罪量要素所决定的公权力处置措施（分工）的判断是前后两个位阶的判断”^②的逻辑论证过程则有待商榷。

显而易见的是，无论对罪量要素如何进行体系性定位，在我国的立法现实下，其都是影响犯罪成立的要件之一，亦即属于犯罪成立条件之内容，换言之，是否符合罪量要求是决定犯罪成立与否包括与一般违法行为相区别的重要标准。既然行为类型与行为程度的区别均是影响犯罪成立的因素，那么，在规范意义上就都是公权力（刑罚权）的发动前提，从公权力处置措施的角度来确定其存在位阶关系的理由并不充分。与之相较，德日等大陆法系国家刑事立法中虽未有“定量”要素之规定，但与我国一样面临“微罪出罪”的问题，在法律适用路径上无论是定位在实体法阶段抑或是程序法阶段，都只是其表象，实质上都是对罪量轻微行为的非犯罪化处遇。过往学者过于夸大我国刑事立法与德日等大陆法系国家对于影响犯罪成立之定量因素的上述处理模式，而未意识到在相同的有待规制调控的社会事实下，对罪量轻微行为事实上的出罪是不同立法模式所共同面临的问题。既然在事实上对犯罪成立而言无论采行何种立法模式，在结论上都不可能将罪量轻微的行为予以犯罪化，那就意味着在诠释犯罪成立条件的在犯罪论体系的构造上都必须将罪量要素囊括在内。前文所述的德日刑法中的实质违法性理论、可罚的违法性理论与客观处罚条件等理论正是在此基本认知下意图在解释论中为“罪量”要素找寻其体系性位置。以实质违法性理论为例，在此理论下，违法性判断不再是单纯的“违反法律的禁令或命令”是与否的形式化判断，相反，在“一种法益的侵害或者危害，只有在它与规范共同生活的法律制度的目的相冲突时，才是实质违法的”观念下，实质违法性为行为不法的等级性分类提供了空间。^③由此，违法性成为包含质与量的统一体，通过对不法程度的层级划分，违法性完成了从单一定性到定性与定量的多元转变，也解释了量化思维在分析行为构成与法的价值判断是否相符时的积极意义。“比如超越某些法律赋予的权力范围造成损失的违法行为，比起那些完全没有任何法律根据的违法行为来说，如防卫过当行为与一般的故意伤害行为相比，其违法性程度要低一些”^④这样的认知较之形式违法性的理解就更为准确。

上述逻辑分析说明，即使在德日等大陆法系国家刑事法理中亦面临如何对影响犯罪成立的量的因素在犯罪论体系中定位的问题，因此，如果说罪体要素与罪量要素在规范意义上的功能构造上有所差别，那么，此一差别也必须从影响行为之不法、责任以及客观处罚条件的意义中去寻求，前述学者关于我国罪量要素的研讨也正是此一思维路径的体现。与之对应，对罪量要素在共犯领域的适用在教义学层面亦必须回归至作为共犯成立前提的共犯从属性原则下探讨。

① 付立庆 《犯罪构成理论：比较研究与路径选择》，法律出版社2010年版，第113页。

② 王强 《罪量要素的价值属性在共犯中的应用》，载《中国刑事法杂志》2012年第12期，第15页。

③ 参见 [德] 罗克辛 《德国刑法学总论》，法律出版社2005年版，第390页。

④ Vgl. Krupelmann, Bagatelldelikte, Untersuchung zum Verbrechen als Steigerungsbegriff, Berlin 1966, S. 30. 转引自王莹 《情节犯之情节的犯罪论体系性定位》，载《法学研究》2012年第3期，第132页。

(二) 最小从属性说下的解读

如所周知,在当下大陆法系共犯教义学原理中,共犯从属性俨然成为构建其理论体系的基本原则,并获得我国多数学者的认可,^①而对其争议点则集中在从属性程度即要素从属性问题中,在此领域内主要体现为限制从属性说与最小从属性说之间的论争。如前文所述,限制从属性说下“违法连带判断、责任个别判断”成为其核心要义,故正犯具备构成要件该当性、违法性,共犯即成立,最终是否可罚需再进行有责性的个别判断。违法的连带性判断意味着“正犯违法则共犯违法、正犯不违法则共犯不违法”的结论,将此结论套用至罪量要素的共犯论适用中,罪量要素若归属于构成要件该当性或者违法性层面的判断要素,则必然影响共犯之成立范围。相应的,在前述关于网络共犯的司法解释中,将影响正犯成立的罪量要素和影响共犯成立的罪量要素分别设置的做法也将与限制从属性说产生抵牾。

限制从属性赖以建构的前提即“违法的连带性”在当今德日大陆法系共犯论领域显然已受到强有力的挑战,“对限制从属性原则的正确性的怀疑,至今都未停止”。^②需要进行“违法相对性”判断的适例被不断提及,如甲教唆乙对甲自己进行重伤害,乙无疑成立故意伤害罪的正犯,就甲而言,无论何种学说最终均认可其无罪的结论,即甲的行为不具有违法性,对比甲乙的情形可以看出,此种场合成立“正犯违法,但共犯不违法”的情形;相反,甲教唆乙对乙自己进行重伤害时,乙的行为属于对自己身体的处置,不具有违法性,无论何种学说均认为,此时甲的行为应构成犯罪,即甲的行为具有违法性,此时出现了“正犯不违法而共犯违法”的情形。^③上述适例说明,共犯的违法性以正犯的违法性为基础的“限制从属性说”无法一以贯之,面对逻辑自洽性的责难,支持限制从属性理论的学者不得不对自身的理论进行部分修正,承认特定情形下违法相对性,进而对“违法是连带的”做例外性补充,即违法的连带性仅具有“正犯不违法,则不成立共犯”这一消极的意义。^④显然,这样的理论修补并不能令人满意,故学理上将要素从属性理论的意义建构在“如果正犯没有实施该当构成要件的行为,就不能处罚共犯”这一意义上的最小从属性说的主张就成为自然之理。^⑤在最小从属性说之下,仍维持了共同犯罪是解决犯罪参与者客观面对结果的归责问题这样的共识,只不过其强调了“违法相对性”的观念,违法性需要个别判断,与限制从属性说对应的“共同犯罪是违法形态”相较,最小从属性说对应的则是“共同犯罪是构成要件符合形态”。

如果将共犯视为“构成要件符合形态”,且将其理解为纯粹之“行为模式”或者

① 少数学者基于“单一正犯”立场否定共犯从属性说的本土化运用。参见刘明祥《论我国刑法不采取共犯从属性说及利弊》,载《中国法学》2015年第2期,第282页。

② [德]冈特·史特拉腾韦特、洛塔尔·库伦《刑法总论I:犯罪论》,杨萌译,法律出版社2006年版,第326页。

③ 参见[日]曾根威彦《刑法学基础》,黎宏译,法律出版社2005年版,第139页。

④ 参见王昭武《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》,载《法学》2007年第11期,第103页。

⑤ 参见[日]前田雅英《日本刑法总论讲义》(第6版),曾文科译,北京大学出版社2017年版,第294页。

“行为类型”，则影响行为不法程度的诸如数额、情节等定量因素则可统统归入构成要件该当性判断之后的层面，进而无碍共犯之成立。换言之，最小从属性说之下，共犯仅仅在“构成要件该当层面”的判断从属于正犯，正犯只需具备构成要件该当性共犯即可成立，也就是正犯之行为只要符合刑法分则构成要件的“行为模式”“行为类型”规定，对其进行加攻之共犯即告成立。而此一基本立场对罪量要素的共犯领域适用来说至关重要：由于将构成要件符合性仅理解为行为模式、行为类型意义上的该当性判断，故其必然是形式化、中立性的判断，影响不法程度、责任程度及其他不属于行为类型意义的犯罪成立条件都在构成要件符合性判断之外。故对于数额、情节等罪量要素而言，由于其与构成要件符合性所确定的行为性质、行为类型无关，因而都无须从属于正犯进行判断。^①在此基本认知下，罪量判断是在共犯成立基础上对犯罪参与者进行的个别化判断，正犯与共犯本身是否满足罪量要求影响其最终是否构罪，却不影响在“构成要件符合形态”意义下共同犯罪之成立。对于司法实践中大量存在的共犯加攻多个因正犯不符合罪量要求而无法构罪能够追究共犯刑责的情形，在上述基本立场下，“构成要件符合形态”意义上的共犯已然成立，将客观结果归责于他自然没有问题。^②与之对应，由于罪量要素本身与“行为类型”定位的“构成要件该当性”判断无涉，因而在共犯领域应当分别、独立判断，故在逻辑上，前述网络共犯司法解释将正犯与共犯分别设置不同的罪量要素进而实现分置的操作路径亦可得到证立。此一结论与前述学者及司法实践中的做法基本相同，但在逻辑论证上回归到了犯罪构成理论体系和共犯教义学中的基本命题中。

可以想见，笔者提出的上述逻辑结论必然会引发犯罪论体系下“构成要件具有违法推定机能”“构成要件是违法性的征表”等指摘，此一问题涉及阶层犯罪论体系中各阶层的判断要素、判断标准、逻辑关系等宏大叙事，本文无意对其展开置评。意欲表明的基本立场是，在目前占据通说地位的限制正犯概念前提下，正犯与共犯之区隔原本就是按照“行为模式”“行为类型”的标准进行划分，若严格贯彻此一立场，就应当坚持构成要件符合性的形式判断，将作为犯罪成立条件的构成要件还原为“客观轮廓”，“在犯罪种类的意义把行为构成作为一种相对于违法性而独立存在的范畴加以维护”。^③如此既可以保证形式判断优于实质判断，亦可消弭来自不同的阶层犯罪论体系对构成要件该当性与违法性逻辑关系的质疑。至于部分学者提及的“罪量要素置于违法性阶层判断无法解释轻微法益侵害行为与正当防卫、紧急避险等不具有法益侵害性行为在违法性层面的同质性问题”^④的担忧，笔者认为，在以行为的社会危害性程度为等级区分形成的

① 除此之外，最小从属性说还具有诸多体系论上的优势。详见阎二鹏《从属性观念下共犯形态论之阶层考察》，载《法学论坛》2013年第4期，第65页。

② 司法实践中不乏类似的真实案例：如李某系电工，2000年1月至12月间，李某利用自己电工技术，先后帮助20户居民非法改动电表，使电表计量指针变慢，以达偷电目的。李某每次帮助居民改动电表都会得到一定好处。案发时，此20户居民每户偷电数额均未达到盗窃罪的最低定罪数额，但20户偷电数额累计达到1.8万元。参见董玉庭《论数额犯中的虚拟共同犯罪问题》，载《人民检察》2007年第20期，第37页。

③ [德]克劳斯·罗克辛《德国刑法学总论》，王世洲译，法律出版社2005年版，第187页。

④ 王莹《情节犯之情节的犯罪论体系性定位》，载《法学研究》2012年第3期，第129页。

“刑事罚”与“行政罚”的二元制裁体系的现实国情下，恰恰需要采用“多元的违法论”，即肯定对整体法秩序侵害的前提下基于刑法的立场进行相对独立的判断。换言之，不具有刑事违法性的行为并不绝对意味着在整个法秩序层面均被归属于合法行为，相应地，在犯罪论体系中，违法性阶层仅是对“刑事违法性”存否的判断，在此规范意义上，罪量轻微行为与正当防卫、紧急避险等正当化事由在本质上都是不具有刑事违法性的行为，在规范层面上具有同质性。

四、结 语

“传统犯罪的网络异化”或许是时下刑事法理中最为惹眼的词语，如何看待层出不穷的新型网络犯罪与传统刑事法理之间的关系亦成为当下学理讨论中的热点问题。不可否认，犯罪的网络化趋向是网络时代的必然产物，而以“双层空间、虚实同构、算法生态、数字主导”等为典型特征的智能互联网时代特征，^①使得网络犯罪“在相当程度上改变了传统犯罪的不法属性与不法程度”。^②但此种“异化”是否必然意味着刑事法理亦将遭遇“破窗性”颠覆，进而需要进行教义学上的重构则有待商榷。晚近以来，不断有学者在比较新型网络犯罪与传统犯罪之事实表现样态的基础上，断言传统之教义学命题难以应对层出不穷之网络犯罪态势，亦难以实现逻辑自洽。而网络共犯领域可谓学者交锋的主阵地，例如针对网络共犯的特性不断有学者提出在此类犯罪中，存在“双向意思联络弱化导致共犯归责障碍”“网络帮助犯危害性超越实行行为导致‘从犯’评价模式失衡”等现象，故需要对现行之共犯教义学原理进行“改造”。^③针对上述论断，已有学者指出，此类指摘大多是在传统共同犯罪理论上得出的逻辑结论，在采用合理之共犯教义学理论下，这些所谓困境都可以得到化解。^④通过罪量要素在网络共犯领域的适用亦可发现传统共同犯罪理论并非不可动摇之学术真理，更无法对相关司法实践做出合理之解读。相反，维持“以正犯为中心认定共犯”的基本前提下，采用最小从属性说不仅在法理上进一步澄清了违法性判断的相对性，而且对罪量要素在网络共犯中针对正犯与共犯分别设置不同之标准提供了教义学依据。与此同时，对于相关司法解释中存在的“共犯正犯化”倾向因而导致“司法僭越立法”的疑问，在本文的基本立场下，原本对网络共犯即可设置不同于正犯的罪量标准的解读，司法解释亦无必要在“处罚合理性”的目的导向下径行跨越“行为类型”的设定进而直接以实行行为对待，从而与罪刑法定原则相悖。

(责任编辑: 石磊)

-
- ① 参见马长山:《智能互联网时代的法律变革》,载《法学研究》2018年第4期,第20页。
② 梁根林:《传统犯罪网络化:归责障碍、刑法应对与教义限缩》,载《法学》2017年第2期,第3页。
③ 参见于志刚:《共犯行为正犯化的立法探索与理论梳理》,载《法律科学》2017年第3期,第83页;米铁男:《共犯理论在计算机网络犯罪中的困境及其解决方案》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》2013年第10期,第53页;孙道翠:《网络共同犯罪的多元挑战与有组织应对》,载《华南师范大学学报(社会科学版)》2016年第3期,第147页。
④ 参见张明楷:《网络时代的刑事立法》,载《法律科学》2017年第3期,第71页。