

# 帮信罪与拒履网安义务罪适用差异研究

——以刑法网络治理模式为视角

马松建, 孙常啸

(郑州大学 法学院, 河南 郑州 450001)

**摘 要:** 帮助信息网络犯罪活动罪的司法案件数量和学术讨论热度远超拒不履行信息网络安全管理义务罪, 教义学分析无法充分解释二罪差异。实证分析二罪理论文献及司法解释文件, 发现国家对拒不履行信息网络安全管理义务罪的网络治理效能抱有期待。适当转变司法治理思维, 减少直接性控制, 承认社会个体治理能力, 建立“共建共享共治”的多元网络治理格局, 既符合我国的社会发展趋势也具备政策基础。多元治理利于调动网络安全管理义务人网络专长, 及时处理信息。即使无法完全采取多元治理模式, 也应对帮助信息网络犯罪活动罪的体系突破进行限缩, 防止其持续膨胀。

**关键词:** 帮助信息网络犯罪活动罪; 拒不履行信息网络安全管理义务罪; 网络社会治理; 多元共治

中图分类号: D924

文献标识码: A

文章编号: 1672-1217 (2024) 04-0046-11

收稿日期: 2024-04-20

**作者简介:** 马松建 (1963-), 男, 河南鄢陵人, 郑州大学法学院教授, 博士生导师;

孙常啸 (1999-), 男, 河南许昌人, 郑州大学法学院硕士研究生。

DOI:10.16284/j.cnki.cn37-1401/c.2024.04.006

2015 年颁布实行的《中华人民共和国刑法修正案 (九) 》增设三款专门治理网络的犯罪, 近十年以来, 帮助信息网络犯罪活动罪 (下称帮信罪) 与拒不履行信息网络安全管理义务罪 (下称拒履网安义务罪) 在后续学术研究、司法解释规定和司法适用方面呈现出截然不同的命运: 一方面, 以中国裁判文书网为平台检索二罪, 2015 年起至今八年时间内, 帮信罪案件数量高达 37534 例, 而拒履网安义务罪仅 4 例。帮信罪有着明显的兜底化趋势, 拒履网安义务罪则被弃之若敝履, 二罪的司法实务境遇可谓天壤之别; 另一方面, 中国知网平台以罪名全称以及 “cssci、北大核心、AMI” 为条件进行高级检索, 可得出分别存在 84 篇和 33 篇以帮信罪或拒履网安义务罪名称为题目文章的较高水准研究文献数<sup>①</sup>。条款诞生至今, 帮信罪经历数次起伏, 成为案发量居高不下的 “口袋” 条款, 而拒 “不履行义务罪” 几乎沦为 “僵尸” 条款。事实上, 该罪的多元间接治理模式和前置行政要件设置可能使其更加具有治理网络社会的潜力。

## 一、罪名当前状况分析

### (一) 教义学视野下二罪的差异分析

自刑法修正案 (九) 颁布施行初期, 拒履网安义务罪就面临着 “过度犯罪化”<sup>②</sup>、“社会义务分工错位影响行业前景”<sup>③</sup> 等质疑, 低迷的法律适用状况和司法关注度证明该罪并未如论证批判一般给网络社会造成严重负面影响。有学者认为, 客观角度分析二罪都为网络犯罪提供帮助, “责任模式之间存在适用范围部分重合”<sup>④</sup>。也有学者认为, 拒履网安义务罪的 “平台责任” 模式实质是从身份角度规定特殊主体的责任承

① 数据检索时间截止至 2023 年 5 月 19 日 00 时 00 分。

② 皮勇: 《论网络服务提供者的管理义务及刑事责任》, 《法商研究》2017 年第 5 期, 第 14-25 页。

③ 车浩: 《刑事立法的法教义学反思——基于〈刑法修正案 (九) 〉的分析》, 《法学》2015 年第 10 期, 第 3-16 页。

④ 涂龙科: 《网络服务提供者的刑事责任模式及其关系辨析》, 《政治与法律》2016 年第 4 期, 第 108-115 页。

担,填补帮信罪可能存在的责任空缺,“建立了‘单项双轨三核’应对模式”<sup>①</sup>。从教义学角度总结二罪差异,可得出身份差异说、罪过差异说以及行为差异说。持身份差异说论者认为,帮信罪不存在特殊身份要求,而拒不履行网安义务罪的犯罪主体必须具有网络服务提供者的身份。该观点着眼于二罪的衔接关系,试图以帮信罪为主,拒不履行网安义务罪为辅组建网络帮助型犯罪的打击网,但单一身份主体差异无法解释帮信罪未排除拒不履行网安义务罪主体时,二者间形成的重合关系。此外,“网络服务提供”特殊身份的内涵的定义也不无疑问,域外实质观点以服务者媒介性质和管理控制权限为判断界定标准<sup>②</sup>,这与我国形式性身份认定存在不同。罪过差异说论者着眼于主观要素差异,多数观点认为二者皆为故意<sup>③</sup>。但故意内部存在差异。帮信罪故意中明知存在推定要素。拒不履行网安义务罪之“拒”字说明主观上的明知和希望追求,当然需排除间接故意<sup>④</sup>。但仅以文义解释结论界定罪过并不具有充分的说明力。也有学者主张拒不履行网安义务罪为过失犯罪,认为本罪同消防责任事故罪皆存在“违反前置性法规”和责令改正而不履行的行为模式<sup>⑤</sup>。但消防责任事故与拒不履行网安义务罪相反的罪过其实都是体系解释结合刑法第十五条第二款规定得出的结论。行为差异论者认为帮信罪是积极的作为型犯罪<sup>⑥</sup>,拒不履行网安义务罪为消极的不作为犯罪<sup>⑦</sup>。但事后才知晓用户将网络服务用于犯罪却不加以阻止并不能完全排除帮信罪的成立可能。

综合来看,二罪其实在构成要件要素各方面均存在一定程度重合,不能提供具有本质性差异的区分标准。随着修正案(九)罪名的具体实施,学术理论探讨的重心主要从二罪的学理差异探讨转向各为中心的学理可行性研究以及实务规则探究。

有学者认为,拒不履行网安义务罪“应当以网络虚拟空间这一特征为事实前提,以维护网络空间秩序这一法益为核心”,将保护网络虚拟空间秩序视为目的<sup>⑧</sup>;有观点从风险社会对刑法谦益的影响角度,认为“强制施与网络服务提供者刑法上的管理义务,以促使网络服务提供者积极参与维护信息网络安全,这显然是预防刑法的逻辑。”<sup>⑨</sup>;还有学者认为“网络服务提供者的帮助行为在法律的规定下成为了拟制的正犯行为,在刑法规范评价方面具有了独立的意义。”<sup>⑩</sup>,既改变网络共同犯罪的正犯和意思联络难题,又避免责任倒挂怪象;存在研究结论强调“考量网络服务行业发展现实环境与尊重网络服务行业发展的客观规律”,适当发挥网络服务提供者技术优势,打击犯罪<sup>⑪</sup>;也有研究者考察域外成果后,探讨拒不履行网安义务罪与刑事合规的结合可能性,“如果说拒不履行信息网络安全管理义务罪本质上是刑事合规规则,那么其目的更倾向

①于志刚:《网络空间中犯罪帮助行为的制裁体系与完善思路》,《中国检察官》2016年第13期,第80页。

②郭娜娜:《日本网络平台服务提供者的法律责任与义务——以“违法有害信息的媒介责任”为中心》,《东南法学》2020年第1期,第137-147页。

③参见高铭喧、马克昌:《刑法学(第七版)》,北京:北京大学出版社、高等教育出版社,2016年,第535页。周光权:《刑法各论(第三版)》,北京:中国人民大学出版社,2016年,第355页。

④谢望原:《论拒不履行信息网络安全管理义务罪》,《中国法学》2017年第2期,第238-255页。

⑤李本灿:《拒不履行信息网络安全管理义务罪的两面性解读》,《法学论坛》2017年第3期,第138-145页。

⑥刘艳红:《网络中立帮助行为可罚性的流变及批判——以德日的理论和实务为比较基准》,《法学评论》2016年第5期,第40-49页。孙道萃:《网络片面共同犯罪的制裁边界:兼议“快播”案》,《浙江工商大学学报》2016年第4期,第52-60页。

⑦参见刘宪权:《论信息网络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》,《政法论坛》2015年第6期,第96-109页。

⑧李世阳:《拒不履行网络安全管理义务罪的适用困境与解释出路》,《当代法学》2018年第5期,第70页。

⑨何荣功:《预防刑法的扩张及其限度》,《法学研究》2017年第4期,第141页。

⑩董德华,马嘉阳:《拒不履行信息网络安全管理义务罪之“义务”的合理性论证及类型化分析》,《法律适用》2020年第21期,第84页。

⑪李立丰,项艳:《拒不履行信息网络安全管理义务罪争议问题分析——基于法教义学的视角》,《山东警察学院学报》2019年第6期,第8页。

于督促网络服务提供者建立一种处理违法内容的常态化机制”<sup>①</sup>。由此观之，虽然诸多学者在拒履网安义务罪立法目的和价值方向问题上百家争鸣，但通过“刑事责任”督促企业履行“改正义务”从而发挥网络服务提供者作用基本受到各方一致认同（见图 1）。

2023/5/14 10:35

View Citation Burst History

### Top 25 Keywords with the Strongest Citation Bursts

Keywords Year Strength Begin End 2016–2022

|      |      |      |      |      |  |
|------|------|------|------|------|--|
| 罪刑法定 | 2016 | 0.69 | 2016 | 2016 |  |
| 主体分类 | 2017 | 0.33 | 2017 | 2017 |  |
| 法律义务 | 2017 | 0.33 | 2017 | 2017 |  |
| 不作为犯 | 2018 | 0.53 | 2018 | 2018 |  |
| 企业犯罪 | 2018 | 0.53 | 2018 | 2018 |  |
| 制度完善 | 2018 | 0.53 | 2018 | 2018 |  |
| 行政处罚 | 2018 | 0.53 | 2018 | 2018 |  |
| 监管失职 | 2018 | 0.53 | 2018 | 2018 |  |
| 犯罪化  | 2018 | 0.53 | 2018 | 2018 |  |
| 违法信息 | 2018 | 0.36 | 2018 | 2018 |  |
| 管理义务 | 2017 | 0.36 | 2018 | 2018 |  |
| 刑事合规 | 2017 | 0.36 | 2018 | 2018 |  |
| 刑事责任 | 2019 | 1.02 | 2019 | 2019 |  |
| 主体责任 | 2019 | 0.49 | 2019 | 2019 |  |
| 团队计酬 | 2019 | 0.49 | 2019 | 2019 |  |
| 立法建议 | 2019 | 0.49 | 2019 | 2019 |  |
| 故意犯罪 | 2019 | 0.49 | 2019 | 2019 |  |
| 网络传销 | 2019 | 0.49 | 2019 | 2019 |  |
| 恐怖主义 | 2019 | 0.49 | 2019 | 2019 |  |
| 罪过形式 | 2019 | 0.49 | 2019 | 2019 |  |
| 行政犯  | 2019 | 0.49 | 2019 | 2019 |  |
| 改正义务 | 2020 | 0.69 | 2020 | 2020 |  |
| 片面共犯 | 2021 | 0.66 | 2021 | 2022 |  |
| 刑事追诉 | 2021 | 0.66 | 2021 | 2022 |  |
| 网络共犯 | 2021 | 0.66 | 2021 | 2022 |  |

图 1

无独有偶，对帮信罪立法价值的探讨同样在火热朝天进行中：有学者以信息网络犯罪规制难度高为论据，认为帮信罪对网络犯罪帮助行为独立入罪，斩断利益链条<sup>②</sup>，从而阻断“网络犯罪的生态体系中，妨害信息网络安全管理犯罪与相关犯罪之间紧密的同生互利关系”<sup>③</sup>；也存在一种较为独特的观点将帮信罪定性为帮助犯量刑规则<sup>④</sup>，论者认为该罪成立仍以共同犯罪通行的共犯从属性理论为必要条件；有论者针锋相对的指出，网络空间对犯罪理论造成异化的时代背景下，“法益保护的严苛化和前置化也因此成为我国立法者乐于采取的重要手段”不得已选择正犯化模式以严密法网，填补网络共犯漏洞，“严谨性还有待强化”<sup>⑤</sup>。更有学者直接指出本罪的目的就是提前打击犯罪<sup>⑥</sup>。较之拒履网安义务罪相对一致的立法目的认识，帮信罪的立法价值争议明显。唯一达成一致的意见，是帮信罪旨在遏制愈演愈烈的网络犯罪态势，而这一活动绕不开关联犯罪成立与否和刑罚轻重的共同犯罪限制难题。这一结论也与研究文献统计分析数据相符合。近八年与“帮助信息网络犯罪活动罪”主题关联性最强的关键词为“正犯性”、“预备犯”、“网络共犯”。（见图 2）基本是在网络时代犯罪背景和刑法总则基本犯罪构成如何派生应对等问题的范围内展开讨论。总的来说，通过分析理论界主流观点的研究重心，可以发现：一方面，立法者期待通过拒履网安义

① 孙禹：《论网络服务提供者的合规规则——以德国《网络执行法》为借鉴》，《政治与法律》2018 年第 11 期，第 59 页。  
② 喻海松：《新型信息网络犯罪司法适用探微》，《中国应用法学》2019 年第 6 期，第 150-165 页。  
③ 皮勇：《论中国网络空间犯罪立法的本土化与国际化》，《比较法研究》2020 年第 1 期，第 148 页。  
④ 张明楷：《论帮助信息网络犯罪活动罪》，《政治与法律》2016 年第 2 期，第 5 页。  
⑤ 刘艳红：《网络犯罪帮助行为正犯化之批判》，《法商研究》2016 年第 3 期，第 22 页。  
⑥ 郭旨龙：《预防性犯罪化的中国境域——以恐怖主义与网络犯罪的对照为视角》，《法律科学》2017 年第 2 期，第 144 页。

务罪，赋予网络服务提供者一定的义务，激活社会层面网络治理主体的治理能力，为网络犯罪的治理寻找一位合适的帮手。通过与具体网络生活距离更近、更有处理经验的社会主体，解决国家难以直接管理的琐碎、复杂与细节问题，从根源降低网络不法行为发生的可能，减轻国家的网络治理压力；另一方面，帮信罪的适用状况，代表着网络环境下部分犯罪发生变形，现存刑法规范无法完全满足打击犯罪的需求，必须通过扩大解释和颁布司法解释的方式扩展罪名规范的适用范围，才能做到维持整体刑法体系稳定性与满足打击网络领域新型犯罪需求之间的平衡。两条款在构成要件的主客观要素以及违法性上本身存在一定重合<sup>①</sup>。但是，在面对犯罪现象时，相较于以行政程序前置规定方式赋予平台义务的社会主体治理，我国更习惯于通过直接设立刑法规范、颁布司法解释的方式进行实现对犯罪的刑事打击。

问题根源多元社会去中心化司法治理模式的陌生感使司法系统一开始就未将该罪视为办案活动的座上宾。

2023/5/14 10:28

View Citation Burst History

### Top 25 Keywords with the Strongest Citation Bursts



图 2

#### （二）司法解释对比视野下二罪的差异分析

以研究成果文献量为指标，可以认为学界对帮信罪与拒不履行网安义务罪所怀研究热情存在明显差异，且这一差异与二罪的司法系统实际案件办理数量差呈正相关。但出人意料的是，拒不履行网安义务罪与帮信罪的冷热差异并未蔓延司法解释文件领域，相反，在司法解释性质关联文件数量上，拒不履行网安义务罪要远超帮信罪。司法解释是最高司法机关为使各级司法机关更好适用法律、社会更好理解法律而颁布的补充说明，是法律的理解使用说明书。司法解释的数量，反映了国家对相关法律规范以及该领域法律适用治理效果的重视。司法解释的方向则侧面体现着国家治理策略，有助于理解该法律规范在治理体系中的定位。

<sup>①</sup>陈洪兵：《论拒不履行信息网络安全管理义务罪的适用空间》，《政治与法律》2017年第12期，第35-43页。

目前为止,排除指导性案例,二罪关联的司法解释文件共可检得九部<sup>①</sup>。以规定罪名内容为标准进行分类,发现对二罪共同作出规定文件四部,规定帮信罪文件两部,规定拒履网安义务罪文件三部。(见表1)

表 1

|                                                                             | 帮助信息网络犯罪<br>活动罪            | 拒不履行信息网络安全<br>管理义务罪       |
|-----------------------------------------------------------------------------|----------------------------|---------------------------|
| 《最高人民法院、最高人民检察院办理非法利用信息网络帮助信息网络犯罪活动等刑事案件适用法律若干问题的解释》,简称《非信帮信司法解释》           | 《非信帮信司法解释》<br>第十、第十一条      | 《非信帮信司法解释》<br>第一、二、四、五、六条 |
| 《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见》,简称《三部门电诈意见》                  | 《三部门电诈意见》<br>第六条           | 《三部门电诈意见》<br>第七条          |
| 《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见(二)》,简称《三部门电诈意见2》              | 《三部门电诈意见2》<br>第八、第九、第十条    | 无                         |
| 《最高人民法院刑事审判第三庭、最高人民检察院第四检察厅、公安部刑事侦查局关于“断卡”行动中有关法律适用问题的会议纪要》,简称《会议纪要2022》    | 《会议纪要2022》第一、<br>第二、第五、第八条 | 无                         |
| 《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》,简称《个信刑事司法解释》                    | 无                          | 《个信刑事司法解释》<br>第五条         |
| 《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部印发〈关于依法惩治妨害新型冠状病毒感染肺炎疫情防控违法犯罪的意见〉的通知》,简称《两高两部新冠防控意见》 | 无                          | 《两高两部新冠防控意见》<br>第二条第(六)款  |
| 《最高人民检察院关于印发〈最高人民检察院关于支持和服务保障浙江高质量发展建设共同富裕示范区的意见〉的通知》,简称《浙江共富示范区意见》         | 无                          | 《浙江共富示范区意见》<br>第一条第5款     |
| 文本篇幅(条)                                                                     | 10                         | 10                        |
| 文件数量(部)                                                                     | 4                          | 5                         |

首先,排除规定诉讼程序的《三部门网信犯罪刑诉意见》和确认新罪效力的《两高刑法补充罪执行(六)》文件,剩余《非信帮信司法解释》以及《三部门电诈意见》具有实质意义。其中,《非信帮信司法解释》分别于第一至六条规定拒履网安义务罪主体、责令改正、信息传播、造成严重后果、情节严重以及其他严重情节,于十一条和十二条规定帮信罪的典型行为与“严重情节”具体内涵。而《三部门电诈意见》中帮信罪与拒履网安义务罪相关规定分别为文件第三部分“全面惩处关联犯罪”的(六)、(七)条。其次,帮信罪两部关联文件中,《三部门电诈意见2》八、九、十条则是面向上述《非信帮信司法解释》帮信典型行为、严重情节规定在实务应用过程中涌现新问题的再解释。而《会议纪要2022》分别于第一、二、五、八条规

①九部文件如下:《最高人民法院、最高人民检察院办理非法利用信息网络、帮助信息网络犯罪活动等刑事案件适用法律若干问题的解释》,简称《非信帮信司法解释》;《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见》,简称《三部门电诈意见》;《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见(二)》,简称《三部门电诈意见2》;《最高人民法院刑事审判第三庭、最高人民检察院第四检察厅、公安部刑事侦查局关于“断卡”行动中有关法律适用问题的会议纪要》,简称《会议纪要2022》;《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》,简称《个信刑事司法解释》;《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部印发〈关于依法惩治妨害新型冠状病毒感染肺炎疫情防控违法犯罪的意见〉的通知》,简称《两高两部新冠防控意见》;《最高人民检察院关于印发〈最高人民检察院关于支持和服务保障浙江高质量发展建设共同富裕示范区的意见〉的通知》,简称《浙江共富示范区意见》;《最高人民法院、最高人民检察院关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的补充规定(六)》,简称《两高刑法补充罪执行(六)》;《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理信息网络犯罪案件适用刑事诉讼程序若干问题的意见》,简称《三部门网信犯罪刑诉意见》。

定明知推定情形、严重情节人数、关联犯罪竞合以及“售卖四卡”的认定方向。最后，拒履网安义务罪的三部关联文件分别为《个信刑事司法解释》（第九条）、《两高两部新冠防控意见》（第二条第（六）款）以及《浙江共富示范区意见》（第一条第5款）。三部文件各以一条内容的文本篇幅规定互联网网络服务平台在公民个人信息泄漏和新冠防控虚假信息扩散情况下应承担的责任，以及共同富裕建设过程中的网络综合治理责任。从解释文件条文计算结果看，拒履网安义务罪与帮信罪基本持平，只是文件数量多、涉及领域广。拒履网安义务罪既包含具体应用的细化规范，又涉及突发事件应对、社会问题治理以及社会发展计划落实。与之相比，帮信罪的文件关涉范围较为狭窄，皆为犯罪条款应用阶段的细化规范，甚至存在对于司法解释实际运用问题进行补充的二次司法解释，唯一的外向关联是电诈犯罪打击治理。不难发现，拒履网安义务罪的规范制定资源投入量略高于帮信罪，且治理收益期望要大于帮信罪，这一结论似乎与拒履网安义务罪“僵尸化”趋势的结论背道而驰。

刑法罪名条款僵尸化指“刑法中长期‘闲置’尚未适用，或虽偶有适用，但频率极低、案例极少，未来也将持续未用、罕用、弃用状态，且不涉及国事类重大法益的罪名。”<sup>①</sup> 简要总结，“僵尸化”罪名需满足惰性、长期性、确定性以及非国事性四个特征要件，问题在于论者对“僵尸化”定义的四个特征并非完美无瑕。首先，论者通过事实描述和经验性总结，对“僵尸化”的前两要件——“惰性”和“长期性”的理解较为准确，应加以肯定，长久懒惰的罪名显然不符合国民对刑法的基本期待。但“确定性”与“非国事”则存在讨论的空间，且其中逻辑不乏矛盾之处。“确定性”强调罪名的僵尸化趋势稳固不变，论者认为“政治局面相当安定、经济发展预期平稳、社会治安总体可控”因此相当长时期内僵尸化罪名的适用状况不会发生改变。但问题在于我国刑法学晚近十余年以来的两大发展主线之一，就是风险社会背景下风险刑法教义理论的建设<sup>②</sup>。政治安定与经济增长并不会使社会生活停滞，反而会作为社会关系的摇篮，加剧社会的发展变化，网络发展带来的网络犯罪便是例证之一。然而，最大漏洞来自非国事性特征，国事犯罪难以想象，设立罪名正是为高悬在上，示而不用。法益重大本身不是逆僵尸化判断的特殊判断理由，为国家权力保护提供担保、发挥宣誓威慑，以及立刑以期无刑的过程中国事犯罪已发挥作用。因此，问题不在国事犯与僵尸化罪名是否存在例外一般关系，而在惰性与非国事特征对于分则罪名的作用理解未采取统一标准。一方面，认为罪名条款使命只是司法应用，罪名案例少适用少即是僵尸化；另一方面，又在特殊情况下对罪名条款僵尸化做缩小解释，认为无司法案例也不属于僵尸化的惰性范畴。

总结推论，拒履网安义务罪存在三个矛盾：第一，司法文件制定机关，也即高级司法机关、国家机关的治理期待与实际案件办理机关对拒履网安义务罪态度存在矛盾；第二，拒履网安义务罪蕴含的潜力和治理可能性与该罪名司法“僵尸化”的无作为现状的矛盾；第三，拒履网安义务罪“僵尸化”评价的内在逻辑矛盾。

## 二、治理模式视角下二罪现实困境溯源

司法审判适用是罪名条款存在的唯一价值么？显然，条款的价值集具体审判适用、国家政权正当性担保等审判外作用于一身，并非局限于某种单一作用形式。法律是国家立法机关制订，能够反映国家的意志，是国家直接实现社会治理目的的最重要的手段之一。帮信罪与拒履网安义务罪的三对矛盾反映从教义学内部到司法观念的矛盾，最终发展为依法治国时代背景下司法治理模式的矛盾。虽然在推进社会主义治理体系、治理能力现代化规划的引领下，刑事部门法取得长足进展，但出于思维惯性、司法实务便利等原因，学界和实务界对网络新兴领域刑法的社会治理模式仍未达成一致意见。这一问题集中体现为刑法社会治理模式选择，在网络领域犯罪治理任务中表现为一元控制与多元治理的矛盾。

<sup>①</sup> 莫晓宇：《刑法罪名“僵尸化”的现象、机理及对策》，《四川大学学报（哲学社会科学版）》2022年第4期，第163页。

<sup>②</sup> 劳东燕：《风险刑法理论的反思》，《社会科学文摘》2020年第1期，第73页。

### （一）一元控制模式

罪名适用量一定程度可以反映犯罪发生的频次，体现司法机关对类案的打击力度，其背后逻辑是刑法通过刑罚与犯罪直接进行沟通，起到特殊预防效果。我国学界对此有较为深刻的理解，“刑法规定的问题十分重要也十分尖锐，它关系到对人生杀予夺问题，因此历来是统治阶级的名副其实的‘刀把子’，历史上任何一个统治阶级都要利用刑法这个武器来维护和巩固自己的统治地位。”<sup>①</sup>，直接打击和特殊威慑被认为是刑法参与社会治理的必经之路。晚近二十年来，随着我国刑法学界刑法理论研究不断深入，“刀把子”理论才逐渐淡出法律政策文件和学术文章典籍，去苏俄化以建立阶层犯罪论体系是我国晚近以来刑法发展的主线之一，即便如此，“刀把子”依然是广大公民和部分法律职业工作者对刑法的主要印象。有学者在去苏俄化议题下讨论刑法工具主义，认为苏俄刑法的社会危害性理论过度强调政治属性，且耦合要件价值判断不利于人权保障<sup>②</sup>，并将此类问题视为刑法工具化的原因。

犯罪论体系不在本文讨论范畴，但将刑法工具化现象的责任归结为苏俄刑法的观点值得进一步讨论。事实上，控制论与工具化倾向的问题源头不是阶级和政治属性，刑法理论的意识形态性、民族性和政治性并不像主张去苏俄化的学者所认为的那样浓厚。<sup>③</sup> 17 世纪自然科学发展和生产技术变革将全社会推向理性时代<sup>④</sup>，科学深刻影响人们思考方式，社会科学研究者认为社会治理如同自然科学探索，发现客观规律并加以应用，即可像操控机器一般实现对社会精密的控制。启蒙时代诞生的理性主义内核的古典刑法思想，可以视为社会整体研究浪潮在刑事法领域的余波。此后建立的刑法体系，也被列入社会控制工具之列，具有外在于社会的地位以实现操控的目的。<sup>⑤</sup> 但随着科学研究深入以及社会生产进化，<sup>⑥</sup>事实证明人类并非是以掌控世界的理性人，诞生于工业时代的理性主义对社会科学的说服力下降，工程式控制逐渐在社会操控中愈显力不从心。网络领域内容多元、发展迅速，立法无论如何也难以做到算无遗策，刑法对网络社会的直接操控总存在漏洞。拒履网安义务罪司法适用遇冷等诸多问题可以总结为网络社会治理变革时代，脱胎于古典刑法思想的客观主义为主、主观主义为辅的刑法体系无法良好融入网络“新土地”。不难得出，“将法律的阶级斗争属性加以强化或夸大，甚至干脆把它理解为阶级斗争的工具或手段，适用刑法要紧跟形势、配合形势”<sup>⑦</sup>的情形，只是刑法内在工具化倾向在特定时代背景下的表现。工具化倾向的根本逻辑正是欧陆“人定胜天”的理性主义和受此影响的古典刑法思想，如不能认清这一点，则去苏俄化只是从一种政治逻辑跳向另一种政治逻辑<sup>⑧</sup>，并不能起到缓解刑法工具主义的作用。变革关键不在“去社会危害”或“价值判断去政治化”，在于改变刑法处于社会操控工具地位以及追求高精度直接操控的工程式思想。

### （二）多元治理模式

社会的多元化治理并非纯粹法教义学概念，而是纯粹教义学在为中国社会与法律实践现代化提供智力支撑而独木难支时<sup>⑨</sup>，引入的法社会学概念。近些年来我国社会科学界的多元治理议题研究取得一定成果。主要观点基本可以总结为网络社会发展和生产生活数字化时代背景下，<sup>⑩</sup>社会权力结构呈现分散和去中心化。具体为控制中心（国家权力机关）与次级单位（私权利社会主体）并存，并赋予次级单位一定自治

①高铭喧：《中华人民共和国刑法的孕育和诞生》，北京：法律出版社，1981年，第1页。

②陈兴良：《社会危害性理论：进一步的批判性清理》，《中国法学》2006年第4期，第5页。

③参见赵秉志、陈志军：《社会危害性理论之当代中国命运》，《法学家》2011年第6期，第25页。

④参见[美]罗兰·斯特龙伯格：《西方现代思想史》，刘北成、赵国译，北京：金城出版社，2012年，第52页。

⑤参见布莱恩·Z·塔玛纳哈：《法律工具主义：对法治的危害》，陈虎、杨洁译，北京：北京大学出版社，2016年，第1页。

⑥参见彼得·沃森：《20世纪思想史：从弗洛伊德到互联网（上）》，张凤、杨阳译，南京：译林出版社，2019年，第3页。

⑦李光灿：《中华人民共和国刑法论》，长春：吉林人民出版社，1984年，第65-66页。

⑧参见邵六益：《法学知识“去苏俄化”的表达与实质——以刑法学为分析重点》，《开放时代》2019年第3期，第114页。

⑨苏力：《中国法学研究格局的流变》，《法商研究》2014年第5期，第64页。

⑩参见马长山：《数字社会的治理逻辑及其法治化展开》，《法律科学（西北政法大学学报）》2020年第5期，第4页。

权利,实现次级单位在控制中心影响下的社会共治。多元治理核心理念是及时调动公权力外其他社会主体,有效利用社会管理资源,降低日益复杂的现代社会管理难度:农业社会减少家庭村落事务干预,靠赋予家长 and 聚落首领管教权实现间接治理,利用基层能动性解决农业生产问题;<sup>①</sup>工业社会减少生产建设直接管制,通过对企业和经济组织负责人赋予权力、追究责任等方式,间接管理生产生活<sup>②</sup>。总而言之,社会发展复杂化,不同社会组织承担社会功能能力终归有限,组织功能分化以及组织间协调合作是递增趋势。当今,每个人都是某一网络平台组织的参与者<sup>③</sup>,网络平台为代表的社会力量不能再被忽视,这是拒履网安义务罪存在必要性和合理性的现实基础。具有借鉴参考价值的是卢曼的法的社会系统理论,其认为法律是社会系统中的功能子系统,具有操作上的封闭性和认知上的开放性,这种具有自创生性的子系统承担了复杂社会的功能分化。<sup>④</sup>当刑法在内的法律摆脱了社会操控工具的身份,转而作为社会整体系统的子系统之一时,与其他系统互动完成法律的治理任务成为题中应有之义。一方面,厘清刑法治理逻辑,改变启蒙时代以来刑法的工具地位和社会的操控观念。刑法不必孤军奋战,追求算无遗策的社会操控和规则设计。另一方面,衔接多元化社会治理结构的发展趋势,指明法律只能间接影响各子系统,通过和各子系统规则的合作,最终实现对全社会的治理。

风险社会概念的提出一度为刑事惩罚披上国家治理必要性的合法外衣。网络犯罪既威胁着社会安全稳定,又深刻影响全社会对刑法、权利和义务等现代法治国家运行规范概念的认识。犯罪是复杂的社会问题,如以社会安全稳定为终极治理目标,则刑事法治需摆脱传统的惩罚中心,转而风险防范和管理,最后走向综合整体治理。应当认识到包括刑法在内的国家规定义务治理模式只能发挥有限作用,重刑主义、积极制定新罪等积极刑法观念不能胜任电信网络诈骗的治理重任。网络时代社会主体行动力提升,深刻影响社会公共事务处理,个人和社会组织对社会治理参与的深化已成为不可阻挡的历史趋势。社会实际运转过程使得社会权力重新配置,“结构性民主化”<sup>⑤</sup>潮流下社会治理多极化成为现实。网络促进经济发展和犯罪增生只是对社会带来的表层影响,对社会个体活动能力的加权、及社会组织网络的建设成本的降低具有关键意义。接受管理的义务转化为主动管理的权力,个人和组织可以自主决定实施管理措施。传统治理对策从强调法律规范完善到群众防诈宣传教育,内在逻辑都是将公民、社会组织等社会主体作为国家管理活动之消极、被动的受众群体,希冀靠制度限制电信网络使用。犯罪治理中,公民和社会组织不再只作为网络管制对象,被动的接受权利监管和限制。进化为网络社会治理的主体和权利的行使者,真正形成社会合力,建成从事前预防到事中规制再到事后惩罚的完善机制。这代表社会发展中,扬弃“积极自由主义立场”、放弃通过理性人义务齿轮组成社会运转机械<sup>⑥</sup>,从而实现治理观的转型和治理能力的突破。

### 三、治理模式视角下的二罪适用解释

多元共治模式的法律恪守社会子系统职责,需要满足社会系统对法律治理功能的期待。卢曼社会系统论和多元的司法治理模式并非毫无根据的空中楼阁,该理论与我国社会发展规划暗合,政策基础深厚;网络犯罪罪名法益泛化、传统刑法观抬头等问题层出不穷,网络治理理论指导存在现实需求。刑法有必要保持认知领域的开放性,及时根据社会环境调适进化。

#### (一)新时代网络社会治理观念:本土政策基础

①参见吴敬琏:《当代中国经济改革教程》,上海:上海远东出版社,2010年,第83-84页。

②参见周雪光:《组织社会学十讲》,北京:社会科学文献出版,2003年,第116页。

③截至2022年12月,我国网民规模为10.67亿,较2021年12月新增网民3549万,互联网普及率达75.6%,较2021年12月提升2.6个百分点。中国互联网络中心:第51次《中国互联网络发展状况统计报告》,第23页。

④鲁楠,陆宇峰:《卢曼社会系统论视野中的法律自治》,《清华法学》2008年第2期,第73页。

⑤参见乌尔里希·贝克:《风险社会》,张文杰、何博文译,南京:译林出版社,2018年,第235页。

⑥参见以赛亚·伯林:《自由论》,胡传胜译,南京:译林出版社,2011年,第170-183页。

近年来,国家多次颁布强调网络多元共治的政策文件,党的十九大报告重点阐述“打造共建共治共享的社会治理格局”,中共中央发布的《法治社会建设实施纲要(2020-2035年)》以及《法治中国建设规划(2020-2025)》也明确网络经济社会治理的方法依然是法治化,方向依然是建立综合性治理体系。这代表网络治理与社会治理遵循同样的规则,法治化与综合体系建立是网络治理的总体走向。

然而,出于社会惯性等原因,刑法领域对网络社会治理的智力支持一定程度与综合化、法治化的社会整体治理战略方向相左,集中表现为“积极刑法观”在学术讨论、司法实践乃至立法领域皆受到不同程度的追捧。事实上,积极刑法观由来已久,本质上与功能主义刑法观、风险刑法观和预防刑法观相似,强调刑法是控制社会的技术方法。<sup>①</sup>积极刑法观实际在“积极”、“适应社会”的修饰下为司法找法、造法的行为背书,这在网络法律规范尚不完善的情况下不可避免的存在突破法律规范、背离罪刑法定法治原则的风险。<sup>②</sup>通过正犯化等前置性立法等司法方法,部分案件确实得到解决<sup>③</sup>,但积极刑法观鼓励刑事司法能动的积极刑法观往往伴随着刑法家长主义、重刑观念和公权力对社会及个人生活的干预。这一模式实现的不是“共建共治共享”而是法律乃至刑法的“独建独治独享”,刑罚权是现代国家内部治理最刚硬的权力,积极刑法观的成功正是迎合了“强政府,弱社会”的刑事依赖心理。建成“人人有责、人人尽责、人人享有”的社会共治体,落实网络时代的“七位一体”综合治理体系,必要扬弃积极刑法观,做到:首先,坚持党的领导完善“社会协同”“科技支撑”和“公众参与”的群防群治格局,主动响应“共建共治共享”发展方略,发挥中国特色社会主义民主政治优势<sup>④</sup>,真正使非官方主体参与治理。其次,明确网络空间始终是现实生活的延伸,需限制“超个人法益”,重视网络犯罪条款法益与“人”之法益的构成性关联。严格区分法益与规范保护的价值,防止以保护社会秩序为名义的法益泛化以及条款兜底化现象发生。

## (二) 刑法二百八十六条之一的多元治理活性解读

最好的社会政策就是最好的刑事政策。较之帮信罪,拒履网安义务罪没有通过直接规定网络犯罪行为样态、法定刑的方式建立刑法与网络犯罪的规制关系,该罪退求其次,承认网络平台的网络治理主体地位,通过刑罚设置督促市场主体履行公共管理义务。拒履网安义务罪属于典型的义务犯和不作为犯罪,刑法规定的犯罪行为一般属于作为犯,不作为犯罪只有在积极作为义务于法有据时才被特别承认。拒履网安义务罪学术的主要成果之一是作为义务类型的探寻,学者从履行的内容、阶段、方式、以及规范性质等角度进行总结,认为该罪义务包括:网络服务和服务信息安全管理义务<sup>⑤</sup>;事前义务与事后义务<sup>⑥</sup>;自审义务与配合义务<sup>⑦</sup>;禁止性义务与命令性义务<sup>⑧</sup>。犯罪违法性实质是法益侵害,不作为犯罪场合,作为义务失格既是侵害法益的原因,也是进一步分析法益性质和受损程度的依据,不作为犯罪对法益保护原则地贯彻体现为作为义务与违法性的实质连接。简言之,如若判断拒履网安义务罪的开放性,重心不在限制行政前置法规的作为义务进而确定构成要件定型行为,而在以构建多元治理体系为政策性目的,对作为义务和法益保护进行实质解释。换言之,结合拒履网安义务罪法益保护目审视行政前置规范的过程,也是筛选前置法以确

① 参见平野龙一:《刑法的基础》,黎宏译,北京:中国政法大学出版社,2016年,第95页。

② 参见刘艳红:《实质出罪论》,北京:中国人民大学出版社,2020年,第18-20页。

③ 广东省东莞市中级人民法院(2020)粤19刑终字第1180号刑事裁定书。快播案,详情见北京市海淀区人民法院(2015)海刑初512号刑事判决书。

④ 参见:《把习近平总书记依法治网的要求落实落细落具体》,《人民检察》2020年第7期,第1页。

⑤ 王肃之:《论拒不履行信息网络安全管理义务的不作为性质——基于保证人路径的反思》,《南大法学》2020年第3期,第95-111页。

⑥ 刘艳红:《网络中立帮助行为可罚性的流变及批判——以德日的理论和实务为比较基准》,《法学评论》2016年第5期,第40-49页。

⑦ 敬力嘉:《论拒不履行网络安全管理义务罪——以网络中介服务者的刑事责任为中心展开》,《政治与法律》2017年第1期,第50-65页。

⑧ 郭娜娜:《日本网络平台服务提供者的法律责任与义务——以“违法有害信息的媒介责任”为中心》,《东南法学》2020年第1期,第137-147页。

证《刑法》286条之一所保护法益的过程。受刑法保护之法益需通过宪法的检验,并能够还原为对“人”之利益的保护,超个人法益只能得到有限承认。因此,虽然拒履网安义务罪位列妨害社会管理秩序章节,但不能简单将其法益总结为网络领域安宁秩序,相反,网络只现实生活载体之一,本罪最终保护的法益可能涉及众多不同社会领域,具有动态性。整理已存在的案件判决,行为要素涉及软件、个人信息数据以及远程电脑等<sup>①</sup>,反映司法机关对拒履网安义务罪之作为义务思路较为局限。未来,司法机关完全可以通过对公共卫生、经济秩序和区域发展等方面的行政前置规范确定拒履网安义务罪的信息内容和整改义务,判断法益侵害和违法性程度,进而作出裁判,使立法机关对该罪建立综合治理体系、广泛服务多社会领域的预期成为现实。除此之外,“采取整改措施”的义务履行行为也需要围绕综合治理体系进行目的性解释。首先,拒履网安义务罪采取义务犯模式,同时属于结果犯。不论是结果无价值还是行为无价值二元论,都承认犯罪核心是法益侵害。拒履网安义务罪虽然赋予网络服务提供者治理权和义务,督促其协助社会治理活动,但本罪成立犯罪的前提依然是造成“致使违法信息大量传播、致使用户信息泄漏”或“造成重大经济损失、严重扰乱社会秩序”等危害结果。考虑到网络服务提供者作为义务履行能力,彻底制止服务使用者利用网络服务实施犯罪行为不具有期待可能,将义务履行方式界定为消除因技术服务造成的刑事风险是适中、可行的选择。其次,以消除技术服务刑事风险的方法作为整改义务履行要求,以整改义务履行的模式达到综合治理体系建立的目的。以此为目的,则整改措施需具有根本性、全面性和长效性:首先,防止技术服务风险导致危害结果发生,或在存在危害结果情况下防止二次恶化发生加重结果,彻底灭绝风险;其次,个案技术风险阻断后,需要对风险整改进行总结记录,排查潜在类似情形,做到对类型性风险的全面应对;最后,考虑借助刑事合规的整改模式建立法定的安全监管整改反馈机制。<sup>②</sup>最后,强调义务履行的最终目的依然是减少犯罪结果发生,义务犯模式体现的行为无价值因素在入罪角度具有决定性意义,出罪需分情况判断:首先,实质考察整改义务的履行是否存在结果回避可能,如无法消除风险,即使发生的危害结果亦不应作为拒履义务犯罪处理;其次,如存在消除刑事风险可能,则肯定拒履网安义务罪成立,整改措施的实际执行情况作为减轻违法性的情节加以考量。

### (三) 刑法二百八十七条之二兜底化趋势的限缩解读

刑法二百八十七条第二款在诞生之初同样受过冷淡对待,这一局面在配套司法解释颁布后被打破,随着“两卡”专项整治活动宣布启动,帮信罪案件量不断飙升。同时,司法解释性质文件出于实用主义立场,不断扩张帮信罪适用范围,形成对教义学规则体系的突破。此间诸多问题吸引学界注意力,最终使本罪成为在学界和实务界均备受关注、一时间叱咤无两的当红罪名。帮信罪的适用状况变迁反映其具有显著的政策性特征,可以说,本罪原本就是为迎合网络犯罪打击需求而指定的前段关联犯罪打击条款。宏观视角看,线上社会治理当采取间接、综合的策略,司法模式向多元治理转变是大方向。但在短期视角和实用立场,则可以将帮信罪的问题总结为政策对规则突破,有论者总结现状,得出观点——帮信罪事实上改变了传统共同犯罪的要求以降低犯罪打击难度<sup>③</sup>——可谓一语中的。帮信罪的法律集权逻辑,是一元控制模式在司法领域的具体展开,主要表现为法律集权排斥互联网平台等主体,司法机关难以承担网络案件的司法涵摄工作,为填补规则漏洞,只能在经验层面总结帮信罪事实特征,不断更新司法解释,以提升条款的事实涵摄能力。从刑法教义学的视角分析,帮信罪依靠司法解释性质文件完善刑事适用规则,并在“运动式”专项犯罪治理活动帮助下,实现对共同犯罪体系的三重突破:首先,放弃犯意联络要求,帮信罪行为人的主观要素独立判断;其次,取消共犯从属性,使网络帮助行为在客观危害行为划分阶段自成一体;最后,无

<sup>①</sup> 分别参见上海市浦东新区人民法院(2018)沪0115刑初2974号一审刑事判决书、云南省昆明市盘龙区人民法院(2020)云0103刑初1206号一审刑事判决书、江苏省沭阳县人民检察院沭检一部刑诉(2020)827号起诉书。详见:《全国首例拒不履行信息网络安全管理义务案宣判》,载《江苏法治报》2021年5月20日,第6版。

<sup>②</sup> 周振杰:《刑事合规视野中的拒不履行信息网络安全管理义务罪》,《河南警察学院学报》2022年第2期,第56-63页。

<sup>③</sup> 张伟:《帮助信息网络犯罪活动罪的教义学展开》,《比较法研究》2023年第1期,第98-101页。

视帮助行为贡献性与网络犯罪危害结果发生之间的因果联系。从属性突破是独立之罪的必然结果，但忽视犯意联络和因果贡献则显然突破了刑法规则体系，虽然大幅度降低案件事实的涵摄难度，但却不可避免地使本罪成为司法适用中的兜底之罪。当象征确定性的体系规则被刑事政策以相应社会变化之名突破，需要坚守原则条款保证公正，防止功利目的压制个人基本权利。<sup>①</sup> 突破共犯规则的罪名如不结合法益保护原则和目的解释方法，则案件审理结论会因形式司法而缺乏合理性。推定证明责任和简洁的审理工作使司法机关乐意运用兜底条款裁判案件。以电信网络诈骗为例，当前的电诈多采取收集个人信息，量身定制剧本的高精尖作案模式。但近七年来，侵犯公民个人信息罪案件量远低于帮信罪<sup>②</sup>，与个人信息大量泄漏后再用于电诈的现实情况严重不符。这一现象正是司法机关在工作压力下便宜行事，选择帮信罪而不具体判断案件事实和违法性的写照。因此，为限制兜底倾向，避免罚过其罪，必须从法益保护原则角度具体衡量违法性，确判断是否符合刑罚条件。一方面，帮信罪取消翻译联络形成独立的主观要素判断，为避免处罚不当罚之正当行为，必须要求故意要素达到具有违法性的程度，行为人必须对行为的侵害法益性质具备高度确定的明知；另一方面，为将正当业务行为排除在外，在不考察具体因果贡献的情况下，需结合帮助行为的行业准则，界定是否存在不同于行业规范的反常之处。避免轻微过错者背负刑事处罚记录，在具备构成要件明知的主观要素、违反行业规范的客观帮助行为要素后作出裁判，确保所判之罪确是侵害法益的网络犯罪帮助行为。

**A Study on the Difference of Application  
between the Crime of Aiding Information Network Criminal Activities  
and the Crime of Refusing to Perform Information Network  
Security Management Obligations**

——from the Perspective of the Criminal Law Network Governance Model

MA Song-jian, SUN Chang-xiao

(School of Law, Zhengzhou university, Zhengzhou 450001, China)

**Abstract:** The number of cases and research literature of the crime of assisting information network crime activities far exceeds the crime of refusing to fulfill the obligation of information network security management, and doctrinal analysis cannot explain this difference. The state has expectations on the governance efficiency of the crime of refusing to fulfill the obligation of information network security management. Reducing direct control, recognizing the governance ability of social individuals, and establishing a diversified network governance pattern of “co-construction and sharing public governance” are both in line with the development trend and have a policy basis. Multiple governance is conducive to mobilizing the network management expertise of the network security management obligors to deal with illegal information in a timely manner. Limit and reduce the crime of helping information network crime to prevent expansion.

**Key words:** crime of aiding information network criminal activities; crime of refusing to perform information network security management obligations; network social governance; pluralistic co-governance

[责任编辑 治平]

---

<sup>①</sup> 参见高鸿钧：《德沃金法律理论评析》，《清华法学》2015年第2期，第133-134页。

<sup>②</sup> 统计数字分别为13550件及36302件，数据来源：中国裁判文书网