

# 网络平台运营者成立帮助犯的条件

崔星璐

(北京师范大学法学院, 北京 100875)

**[摘要]** 对于网络平台运营者而言, 只要用户利用网络平台实施了故意犯罪, 就可能产生帮助犯的刑事可罚性。尽管理论和实践普遍认为网络平台运营者能够成立用户犯罪的帮助犯, 但是, 其中具体的成立条件仍然有待澄清。运营网络平台的行为成立用户所实施之主行为的帮助犯, 需要满足2个条件: 平台运营者对网络平台的运营必须对用户借助平台所实施之主行为具有客观上可归责的帮助作用; 平台运营者必须具备相应的帮助故意。因此, 有必要分别从这2个方面对网络平台运营者之帮助犯的成立条件进行澄清。

**[关键词]** 帮助犯; 网络平台; 帮助作用; 帮助故意; 中立帮助行为

**[中图分类号]** D 914

**[文献标识码]** A

**[文章编号]** 1008 - 889X (2024) 02-0044-09

## 一、帮助作用的概念及其客观归责

### (一) 帮助作用的多重解释

根据日常用语的习惯, “帮助作用”的含义是“支持”或者“促进”<sup>[1]5</sup>。如果对“帮助作用”采用这种方式理解, 那么即便是单纯的建立和维护网络平台, 就已经表现为一种对用户行为的帮助作用了。并且, 当文献中的诸多观点认为, 帮助作用“在相当程度上是无色的”<sup>[1]5</sup>, “无论如何, 任何使主要行为以其具体形式成为可能或扩大其法益侵害的后果的行为”<sup>[1]6</sup>都能够被认定为帮助作用时, 恰恰也契合了这一概念的口语含义。但是, 如果人们就此满足于这一结论, 那么在帮助犯的客观构成要件的问题上, 也就满足于因果性了。一旦考虑到所谓的中立帮助行为, 这个结论立刻就会显得有问题<sup>[2]</sup>。

在有关中立帮助行为的讨论中, 主流观点提倡的是一种区分原则<sup>[3]</sup>。这种区分原则基本上可以这样表述: 如果帮助者有意识地支持犯罪行为, 或者依德国联邦最高法院的表述, 帮助者

“完全就是为了让犯罪行为得以实施”, 那么中立的帮助行为就是可罚的, 更准确地说, 此时帮助者的行为必然已经丧失了中立性<sup>①</sup>。通过对“有意识地促进犯罪”的要求, 就确保了“任何人都不会因为仅仅猜测可能被用于犯罪而在日常的、并非社会所不期望的行为面前望而却步”<sup>②</sup>。

在中立帮助行为的案件中否定帮助犯的刑事责任, 根本的理由在于这类行为具备社会适当性<sup>[4]147</sup>, 因为在这些案件中, 帮助者的贡献并没有“以法所不允许的方式升高(用户之后所实施的构成要件被实现的)危险”<sup>[5]</sup>。在此, 客观归责理论的运用十分明显。继而, 可以从以下3个角度来阐释这种论据: 第一种可能的角度是, 中立的帮助行为由于前面所提到的理由, 一开始就不被认为存在帮助作用<sup>[6]436</sup>。正如如果一个在客观上不可归责的行为就不被认为是“符合构成要件的行为”<sup>[7]</sup>, 一种客观上不能归责的支持或促进就不是成立帮助犯所要求的帮助作用。第二种可能性是, 虽然承认存在帮助作用, 但是通过否认这种帮助作用客观上的可归责性而在这种案件中否定帮助犯的客观构成要件符合性, 正如

**[收稿日期]** 2023 - 09 - 12

**[基金项目]** 国家留学基金“国家建设高水平大学公派研究生项目”(CSC202206040074)

**[作者简介]** 崔星璐(1995—), 女, 内蒙古包头人, 博士生, 主要从事网络犯罪研究。

① BGH, Beschl. v. 20. 9. 1999 - 5 StR 729/98 (LG Bremen) = NStZ 2000, 34.

② BGH, Urteil vom 22. 1. 2014 - 5 StR 468/12 = NZWiSt 2014, 139 Rn. 29.

教义学在结果犯的场所区分了因果关系和客观归责一样。第三种可能的阐释是，将前面所提到的理由置于主观构成要件，亦即帮助故意中加以考虑。这种阐释的出发点是：在将客观归责理论运用于帮助犯时，一个很明显的特征是，许多影响归责的因素事实上与故意有关。主流观点在中立帮助行为中区分帮助者“确定地知道被帮助者在实施犯罪”和“仅仅认为被帮助者可能实施犯罪”，就是基于帮助者的主观内容<sup>[4][144]</sup>。德国学者普茨克（Putzke）指出：“仅仅完全依据客观情况进行决定是偏颇的。正确的做法是，……让这一决定也取决于帮助者是否知道所造成危险的严重性。”<sup>[8]</sup>既然如此，人们当然可以提出，为什么不承认客观构成要件符合性，继而在稍后的主观构成要件层面处理该问题呢？当司法实践和学术理论都提倡对中立帮助行为进行类型化考察<sup>[9]</sup>，并且认为不存在纯粹的中立行为时<sup>[11]90</sup>，那么，起决定性作用的就是主观的因素。

## （二）立场阐明

上述3种关于中立帮助行为为何不成立帮助犯理由的阐释，前两种没有实质上的区别。因为不管是笼统地否定帮助作用，还是区分（以因果关系为标准的）帮助作用及其客观归责，都是在客观构成要件层面上考虑行为的社会适当性或者没有升高风险这一特征。由于所考虑的因素是相同的，即主行为的实施是否能够在客观上归咎于对网络平台的运营，因此，两者的区别只是在哪个术语的标签下进行思考罢了<sup>[10]51</sup>。第三种可能性则与前两种阐释方案有着明显的区别。这种方案所提出的问题是：考虑到其中包含着、甚至主要是主观的因素，是否应当将其作为一个纯粹的故意的认定问题，在主观构成要件中加以处理。

笔者认为前两种方案更值得赞同，并且如前所述，它们之间没有很大的区别。理由在于：通说将客观归责理论定位于客观构成要件层面，即便该理论实际上包含了对主观因素（例如特别认识<sup>[11]521</sup>）的考虑，那么，对于帮助犯而言，完全也能够基于主观的因素而否定客观构成要件符合性。一旦考虑到正是由于在帮助犯的客观构成要件的认定中运用了客观归责理论，才导致人们在这方面不满足于因果关系的存在，情况就更

是如此了。当人们在中立帮助行为的案件中基于前述理由而否定客观归责时，实质上反映出仅仅是因果性地促进了主行为的实施，还不足以将主行为的实施评价为帮助者的“作品”而归咎于他。因此，不应将问题迟滞到主观构成要件的阶段再进行处理<sup>[10]45</sup>。

从一种更实质的角度来看，这种安排的根据在于对客观构成要件功能的理解。犯罪行为的客观构成要件应当确定可罚的行为与允许的行为之间的外部界限<sup>[12]4</sup>。如果主观方面的要素对于这种界限的确立是必不可少的，那么这些要素就对客观构成要件具有意义<sup>[11]528</sup>。从这一角度出发，要么是不能单纯由于投入和维护网络平台这一虚拟基础设施而认定帮助作用，要么即便出于不同的概念界定而认定了帮助作用，这种帮助作用也不能符合客观构成要件，因为它在客观上是不可归责的。因此，为了证立帮助犯的客观构成要件，必须引入其他实质性的视角<sup>[6]435</sup>。

## 二、证立帮助作用之客观归责的实质视角

根据前面所提出的标准，运营网络平台的行為只有在升高了用户实施犯罪的风险并且这种升高必须为法所不允许时，才能满足帮助犯的客观构成要件。

### （一）具有犯罪性指向的网络平台

如果所运营的网络平台具有一种外在可识别的犯罪性指向<sup>[6]436</sup>，并且相关的主行为恰好落入这种犯罪性指向的范围内，那么一种原本只是因果性的帮助作用就能够被进一步认为是客观上可归责的。需要注意的是，这类平台虽然主要存在于所谓的“暗网”<sup>[13]</sup>，但也能够在明网上找到。如果再做更细致地观察，能够将具有犯罪性指向的网络平台又分为2类：一类是专门促进特定犯罪的网络平台，另一类是不局限于促进特定犯罪的网络平台<sup>[6]437</sup>，也可以分别称为专门化的犯罪性平台和未专门化的犯罪性平台。此外，还必须考虑到用户所实施的主行为超出平台原始的犯罪性指向的案件。

1. 专门化的犯罪性平台。如果网络平台具备特定的犯罪性指向，换言之，该平台具有一种

促进用户实施特定类型的犯罪行为的客观目的,那么就存在一种客观上可归责的帮助作用。属于这种情况的主要有下列几种情形:(1)平台本身的名称或者声誉就已经点明了它所想要促进的犯罪。例如,暗网上的一个名为“Dutch Drugs”(荷兰毒品)的网站,该网络平台就明显具有针对毒品交易的犯罪性指向<sup>[6]435</sup>。(2)虽然平台的名称本身是中性的,并且在潜在的犯罪群体中也不享有声誉,但运营者在设计平台时专门建立了关于特定犯罪的子目录,或者在其平台中专门开辟了一个区域,使得对该犯罪感兴趣的潜在用户在那里互相发现对方和开展交流讨论<sup>[6]436</sup>。例如,在一个名为“Dream Market”(梦想市场)的暗网平台上,商品和服务被分为“数字商品”(Digital Goods)、“毒品”(Drugs)、“毒品用具”(Drugs Paraphernalia),而在“毒品”这一类别下,又存在巴比妥类、苯丙类、大麻、解离剂、摇头丸、阿片类、处方药、RC类、类固醇、兴奋剂、减肥等具体的毒品种类<sup>[14]</sup>。(3)网络平台运营者通过一定的方法对用户进行筛选,从而只允许具有实施特定犯罪行为的潜在意愿的用户访问平台或者平台中的特定区域。例如,一些淫秽色情平台会对用户进行所谓的贞操测试,用户必须先上传符合要求的淫秽视频,才会被允许在平台上下载或浏览他人上传的淫秽视频<sup>[6]436</sup>。(4)当用户实施了特定类型的犯罪行为后,网络平台对用户进行奖励。在以上4种情形中,都能够认定网络平台具有明显的针对特定犯罪的犯罪性指向。除了这4种情形之外,如果网络平台为非法商品或服务提供认证,例如,将一些违禁品的卖家标记为有信誉的,那么平台运营者就是用自己的信誉为出售违禁品的用户进行了背书,从而升高了违禁品交易发生的危险,此时就能够认定平台运营者为用户所实施的违禁品交易类犯罪提供了一种客观上可归责的帮助作用。

在以上所描述的情况中,网络平台运营者不再仅仅扮演单纯的基础设施提供者的角色,而是以法所不允许的方式升高了用户实施特定犯罪行为(例如贩卖毒品)的风险:一个把犯罪性指向“写在脑门上”的网络平台,提高了潜在行为人相互遇见的机会,由此升高了需要他们相互配合才能实施的犯罪被实施的几率。“在此,具

体而言,一种帮助作用就存在于对犯罪意愿者之间的相互联系的便利化”<sup>[6]438</sup>。而通过对用户进行过滤、展示历史上买家对供应商的评论、建立信托体系等举措,平台运营者往往还为有实施犯罪行为的意愿或潜在意愿的用户营造了一种安全感,即他们的犯罪行为不会被发现,并由此或隐晦或明显地促进了用户去实施犯罪行为,因为实施犯罪的心理门槛被降低了<sup>[6]438</sup>。

2. 未专门化的犯罪性平台。如果网络平台具有犯罪性指向,但是并不专门促进特定类型的犯罪行为,而是笼统地指向任意的违法犯罪活动,那么情况就有所不同。以电子商务平台为例,一些具有犯罪性指向的电子商务平台,并不专门针对某种类型的非法交易,而是一般性地允许各种类型的违禁品和非法服务在其平台上被交易。对于这类网络平台而言,所有活跃在该平台上的犯罪行为,都能够认定平台运营者在其中提供了客观上可归责的帮助作用<sup>[6]439</sup>。否则,就会导致恰恰是那些提供可以被用于实施多种犯罪的贡献的平台却不被处罚<sup>[6]439</sup>,这在刑事政策上是不可接受的。

3. 超出平台原始的犯罪性指向的案件。一旦用户所实施的主行为超出了平台原始的犯罪性指向,对于平台运营者而言,原则上就不存在可归责的帮助作用了。例如,在专门贩卖毒品的网络平台上进行武器交易,或者在传播一般性的盗版影视作品的网站上传播淫秽视频。在这些例子中,用户所实施的犯罪行为对于平台运营者而言是“超限”的<sup>[15]</sup>。理由在于,对于潜在的武器交易的买卖双方而言,一个专门针对毒贩和瘾君子的网站并没有为他们提供除了基础设施以外的任何助力,通过该平台所实施的非法武器交易完全是一种偶然。对于那些具备犯罪性指向但又未专门化的网络平台而言,用户所实施的让运营者意想不到(超出其可能的认识范围)的或者运营者明确想要避免的犯罪行为,也适用同样的结论。

## (二) 外观中立的网络平台

并非只有在非法平台(具有犯罪性指向的平台)上才存在非法的内容,合法的、具备中立外观的网络平台也可能存在非法的内容。例如,不论是国内的淘宝、拼多多,还是国外的



Amazon、eBay 等电商平台，都可能存在非法的商品或服务，在哔哩哔哩、抖音、YouTube 等国内外的社交媒体和内容分享平台上也经常出现侵犯知识产权或侮辱性的内容，微博、X 等社交媒体平台上则经常出现网络暴力。对于这些发生在中立平台的犯罪行为而言，一般无法认定平台运营者为用户的主行为提供了客观上可归责的帮助作用。因为，目前为止所指出的认定犯罪性平台提供了可归责的帮助作用的论据的核心内容，并不同样存在于外观中立的网络平台。外观中立的网络平台既没有提高潜在的犯罪意愿者相互遇见的几率，也不会为他们创设任何额外的安全感。相反，这类平台往往会采取一系列合规举措防止用户滥用其所提供的服务，这反而为主行为制造了障碍。但是，如果平台运营者根据其他用户的举报投诉，或者自己已经意识到了有用户在借助其所提供的服务实施犯罪行为，但却没有采取适当的措施加以阻止，那么情况就有所不同。这基本上涉及不作为的问题，本研究限于篇幅只能暂时搁置。

### （三）关于帮助作用的客观归责的总结

尽管从文义上看，因果性地支持和促进就能够被认定为帮助作用，但是，客观构成要件符合性的认定还进一步要求这种因果性的支持和促进能够在客观上被归责于帮助者（在此即为网络平台运营者）。网络平台运营者如果仅仅为用户的主行为提供了因果性的支持，但这种支持没有以法所不允许的方式升高主行为实现的风险，那么就不具有客观构成要件符合性，因此也就不成立帮助犯。

## 三、主观构成要件：帮助故意

对于认定帮助犯而言，更大的困难可能存在于帮助故意的认定。根据通说，帮助犯必须具备双重故意，申言之，即指向主行为的故意和指向

帮助作用的故意<sup>[16]27</sup>。但要注意的是，帮助犯的成立与共同正犯不同，并不要求帮助者与主行为之间存在共同计划，换言之，只要帮助者单方面提供客观上可归责的帮助作用，并且具备双重的帮助故意，就能够成立帮助犯。我国学术界长期存在争议的“片面帮助犯”<sup>[17]</sup>的法律形象，不但是能够存在的，而且是帮助犯的常态。如果帮助者不是“片面的”，而是与主行为存在所谓的双向意思联络，这种意思联络接近于共同正犯所要求的共同计划，那么此时的帮助者（在进一步检验其是否具备行为控制的前提下）经常能够成立共同正犯。

### （一）指向主行为的帮助故意

不同于2015年《刑法修正案（九）》新增的帮助信息网络犯罪活动罪，帮助犯的刑事责任要求一种指向特定的主行为的帮助故意。这意味着，帮助者必须在了解主行为的构成要件要素的基础上故意提供帮助作用<sup>[11]102</sup>。对于网络平台运营者而言，仅仅认识到自己所运营的网络平台存在被用于支持犯罪行为的可能性，无论如何是不够的<sup>①</sup>。因为，对于成立帮助犯而言，“参与者……虽然不是必须认识到实行的所有细节，但是必须了解具体化的行为的重要或主要特征”<sup>[18]</sup>。事实上，支持在刑法中增加新的罪名来应对网络犯罪的观点也正是考虑到帮助犯在主观方面过于严格的要求，导致无法追究非法促进犯罪的平台运营者作为帮助犯的刑事责任，导致了刑事处罚漏洞的存在<sup>②</sup>。因此，需要精确地描述主行为的哪些要素是帮助者必须认识到的重要要素，哪些则是其无需了解的细枝末节。

人们可以用主观归责或者“归责于故意”<sup>[16]27</sup>这个术语来描述这个问题。对这个问题的回答必须结合具体案件并且考虑所有的事实情况。重要的是，帮助者在由其所因果性升高的风

① Kulhanek, in: Beck'scher Online – Kommentare StGB, 56. Edition, Stand: 01. 02. 2023, § 127 Rn. 50.

② BR – Drucks 147/21, 1; Eisele Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 3. Mai 2021, Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Strafbarkeit des Betreibens krimineller Handelsplattformen im Internet und des Bereitstellens entsprechender Server – Infrastrukturen (BT – Drs. 19/28175).

险的范围内是否认识到了主行为实施的可能性,一种对细节的不了解或者误认是无关紧要的。这里所说的无关紧要的细节,具体而言是指那些对主行为的不法不发生影响的事实情况<sup>[16]28</sup>。例如,一个知道自己所运行的网络平台被用于所有类型的虚假文件交易的平台运营者,其认识就覆盖了所有类型的虚假文件的交易,包括身份证件(《刑法》第二百八十条第三款)、国家机关的公文证件(《刑法》第二百八十条第一款)和有价票证(《刑法》第二百二十七条)。除非,他凭借他所采取的合理措施,能够令人信服地相信某些特定类型的虚假文件不会在该平台上被交易。如果所经营的是一个综合性的、未专门化的犯罪性网络平台,那么只要用户利用该平台所实施的犯罪对于熟悉此类平台的人而言是不意外的,平台运营者就具备了指向这种主行为的帮助故意。对于外观中立的网络平台而言,只要平台运营者基于足够具体且可靠的提示认真地考虑了其服务被用于支持犯罪的可能性<sup>[10]21</sup>,那么就能够认定其运营者具有间接故意。这种间接故意最终是否意味着运营者应当承担帮助犯的刑事责任,还需进一步对平台运营者的责任限制进行分析。

## (二) 指向帮助作用的帮助故意

帮助故意除了必须指向正犯的主行为之外,还必须指向帮助作用本身。申言之,网络平台运营者必须有意识地提供帮助作用,他必须认识到在客观构成要件层面所要求的构建因果性和客观归责的全部事实情状<sup>[1]110</sup>。据此,在这方面,决定性的因素是对客观归责的认识和意志<sup>[10]154</sup>。一个有意在自己所运营的网络平台上设置一个名为“毒品”的板块的运营者,就有意识地升高了毒品犯罪被实施的风险,因此,该运营者所提供的帮助作用就不仅仅是客观上可归责的,而且也是主观上可归责的<sup>①</sup>。此种运营行为本身就已经表现为一种对主行为的客观上可归责的帮助作用。因此,对这种运营行为本身的认识也就足以满足指向帮助作用的故意。有意识地运营传播色情内容的网络平台的运营者,就不仅具备指向主行为(用户所实施的传播淫秽物品的行为)的

故意,而且也具备了指向帮助作用(促进用户传播淫秽物品)的故意。如果网络平台具有专门化的犯罪性指向,那么只要用户所实施的主行为处于该平台的犯罪性指向的范围内,就适用此结论。如果平台的犯罪性指向没有专门化,那么所有在运营者想象范围内的帮助作用都能被归责于故意。但是,如果网络平台的外观是中立的,那么就只有在平台运营者明确认识到有用户在实施违法行为(直接故意)或者掌握了关于违法行为的足够线索且能够采取阻止措施(间接故意)的情况下,才能认定具有指向帮助作用的故意。

如果网络平台运营者所提供的帮助作用在客观上就已经是不可归责的,那么对这种单纯的因果性支持的认识就不能成立指向帮助作用的故意。例如,某非法武器平台的运营者支持非法的枪支通过其平台出售给他人,之后买家利用所购买的枪支实施了故意杀人。此时,对于枪支的非法交易(《刑法》第一百二十五条第一款)而言,平台运营者具有帮助故意,但是,对之后的故意杀人罪(《刑法》第二百三十二条)而言,运营者所提供的帮助作用无论是在客观上还是在主观均无法归责。因为,在一种评价的视角下,购买和持有枪支虽然是非法的,但是购买者却有可能将枪支用于合法用途,例如正当防卫<sup>[6]440</sup>;并且,购买者亦即故意杀人罪的行为人自身的自我负责性就已经是一种充分的规范上的保证<sup>[19]117</sup>。换言之,法秩序能够期待他不将枪支用于非法用途<sup>②</sup>;促进枪支非法交易的平台的运营者因此并没有以法所不允许的方式升高故意杀人被实施的风险。在此,也可以援引信赖原则作为论证的依据<sup>[19]117</sup>。这类案件中,关键在于帮助作用在客观上的可归责性。人们可以说,那些对于客观构成要件而言不可或缺的事实要素,恰恰也就是在判断主观归责时必须要求帮助者具备知与欲的“重要的要素”,除此之外的其他要素则属于不重要的细节。在处理这一问题时所遇到的困难,本质上与结果的客观归责领域所遇到的

① LG Karlsruhe Urt. v. 19. 12. 2018 - 4 KLS 608 Js 19580/17, BeckRS 2018, 40013 Rn. 333.

② 这一点也表现在非法持有枪支罪和利用非法持有的枪支实施其他犯罪的罪数关系上,理论和实践都要求数罪并罚。

难题是一致的。

### （三）关于帮助故意的总结

对帮助犯的双重故意的认定，实则是一个主观归责的问题。这个问题的解决模式，就是将客观归责的理论应用于主观领域。对于认定指向主行为的帮助故意而言，决定性的因素是帮助者是否认识到自己所提供的支持有可能被用于支持该类型的犯罪行为；更具体地说，这要求帮助者认识到主行为的不法。对于认定指向帮助作用的故意而言，所要评估的是帮助者是否认识到构建帮助作用的客观归责的事实情况。如果网络平台具有犯罪性指向，那么通常前述双重故意都能够得到认定，即便运营者是通过全自动的计算机系统进行运营的。如果网络平台具有中立的外观，那么至少必须有足够的线索来证明主行为以及帮助作用客观上的可归责性，才能认定间接故意，这种间接故意最终是否能够产生帮助犯的刑事责任，还需讨论关于网络平台运营者的责任限制的规定<sup>[20]</sup>。

## 四、网络平台的责任限制规定及其刑法上的效力

### （一）限制网络平台之责任范围的必要性

作为网络服务提供者的类型之一，网络平台运营者为大多数网络犯罪的实施提供了必要的虚拟基础设施，网络平台运营者又通常具备制止用户实施网络犯罪的能力，这使得平台责任成为规范网络环境、打击网络犯罪的理想着力点。如何界定平台责任的内容和范围也成为网络犯罪刑事政策和教义学研究的“风暴眼”<sup>[21][116]</sup>。但从另一个角度看，不能向网络平台运营者施加不平衡的监管责任。非理性地扩大平台运营者的责任范围，不利于互联网产业的创新和发展，甚至会剥夺网络空间的活力，出现侵害言论自由、隐私权、经营自由等基本权利和自由的问题<sup>[22-23]</sup>。施加平台责任和治理网络犯罪，必须与保护网络平台经营者及网络用户的基本权利和自由相平衡。因此，网络治理先行的欧盟为包括网络平台运营者在内的网络服务提供者制定了限制责任的规定，使得网络服务提供者免于承担不确定的、过于宽泛的法律责任，例如“避风港”规则等。

这些责任限制的规定虽然主要在民法和经济法的领域被讨论，但基于法秩序的统一性，可以思考其是否对刑事责任也发生影响<sup>[24]</sup>。

### （二）比较法考察：以《德国电信媒体法》第七条第二款、第十条为参照

既然应当对网络平台运营者的法律责任予以一定的限制，那么这种责任限制的规定的具体内容为何？笔者在此从德国法切入，以比较法研究的方法探讨域外网络治理先行国家对这一问题的解决方案，以便为下文讨论我国的法律体系在这一问题上的制度安排提供参照。

为了贯彻《欧盟电子商务指令》第十二条至第十五条的要求，德国立法者在《德国电信媒体法》（TMG）第七条至第十条中对网络服务提供者的法律责任作了规定。考虑到欧盟法相对于其成员国的国内法具有更高的效力，从规定的内容来看，《德国电信媒体法》第七条至第十条与《欧盟电子商务指令》第十二条至第十五条是且必须是一致的。有鉴于此，以《德国电信媒体法》的规定作为参照，实则也反映了欧盟法对这一问题的态度。

1. 主机服务提供商的责任特权的内容。《德国电信媒体法》将网络服务提供商分为互联网接入服务提供商、主机服务提供商和内容服务提供商3种类型。其中，主机服务提供商是指仅仅对用户上传的信息进行技术性的、自动化的加工处理的网络服务提供商，例如将信息存储在自己的主机服务上，供其他网络用户访问或下载。对于主机服务提供商而言，其所存储和加工的信息是“他人的”，而非“自己的”，用户也明白自己所浏览的信息并不是由服务器的运营者所提供的。相反，内容服务提供商则是互联网内容的提供者。根据这种分类，本研究的讨论对象即网络平台运营者主要以主机服务提供商的角色出现，少数情况下也可能属于内容服务提供商，后者如从事自营活动的电子商务平台、自己购买版权后上传影视作品网络视频平台（如腾讯视频、Netflix）等。

当网络平台运营者作为自身不提供内容的主机服务提供商时，《德国电信媒体法》第七条第二款和第十条分别为其提供了2个责任特权：（1）平台没有义务对他人所上传的信息进行一



般性检查。这意味着,单纯对他人所上传的信息进行技术性的自动化处理或者向公众开放这类信息的网络平台运营者,并不对该信息的合法性承担保证义务。(2)作为主机服务提供商的网络平台运营者在对信息的违法性缺乏认识的情况下,不因该信息而承担责任,并且也没有义务对信息的合法性进行检查<sup>[25]</sup>。

2. 责任特权的前提条件。网络平台运营者享有责任特权有2个条件:(1)“他人的”信息。实践中的困难是,如何界定网络平台运营者属于主机服务提供商还是内容服务提供商。因为,并非只要信息由用户所提供,网络平台运营者就必然属于主机服务提供商。如果网络平台运营者不再仅仅对该信息进行技术性的自动化处理,而是对该信息进行积极的加工处理,将这种原本是“他人的”信息变为平台运营者“自己的”信息,那么其角色就会转变为内容服务提供商,相应地也就会丧失前文所提到的责任特权<sup>①</sup>。这种现象在德国法被称为“自有化”(Zueigenmachen)。根据德国的文献和司法裁判,如果网络平台公开表示对其平台上所发布的内容负责,或者存在一种可归责的外观,即平台认同该第三方的内容,那么就存在“自有化”的情况<sup>②</sup>。第一种情况意味着网络平台经营者以某种方式交流或示意其对出现在其网站上的内容负责;第二种情况的关键则在于经营者通过其行为或交流给人以支持或赞同在其网站上发布的第三方内容的印象。简而言之,关键在于对于客观中立的第三者看来,平台是否打算对相关内容承担责任<sup>[26]</sup>。如果前文所提到的责任特权也会对刑事责任产生影响,那么这种“自有化”的判断就对刑法同样具有意义。并且,基于法秩序统一性的考虑,民法上关于“自有化”的判断规则应当也被刑法所接受。(2)对信息的违法性缺乏认识。根据《德国电信媒体法》第十条第一款第一项,网络平台运营者享有责任特权的第二个前提条件是对信息的违法性缺乏认识。申言

之,平台运营者对具体的违法内容没有积极的认识<sup>[27]</sup><sup>③</sup>。根据德国的主流观点,仅仅是应当认识到信息的违法性(Kennenmüssen),并不会导致责任特权的取消<sup>[28]</sup>。结合网络平台运营者没有义务对用户所上传的信息进行一般性审查的义务这一点,就意味着即便相关信息的违法性相当明显或者已经在平台内被大量传播,也只能认为网络平台运营者应当认识到信息的违法性,但仍不足以取消其责任特权。

### (三)“避风港”规则在我国刑法中的可适用性

不同于德国法和欧盟法,在网络服务提供者的责任限制问题上,我国实定法并无明确规定。相反,随着近年来网络犯罪愈演愈烈,行政机关和司法部门都越来越多地强调平台应当履行监管义务。根据《网络安全法》《全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的规定》《互联网信息服务管理办法》以及一些中央部委的部门规章,与域外限制网络服务提供者的责任的做法相反,我国对包括网络平台在内的所有网络服务提供者施加了宽泛的审查义务<sup>[21]</sup><sup>118</sup>。虽然《民法典》第一千一百九十五条和第一千一百九十七条对网络服务提供者的侵权责任作了规定,在私法领域确立了“避风港”规则和“红旗”规则<sup>[29]</sup><sup>17</sup>,这似乎间接地表明,如果网络服务提供者在接到侵权通知后采取了“必要措施”,就无需对其用户的侵权行为承担责任,除非该内容的违法性如此明显,像红旗一样飘扬<sup>[29]</sup><sup>18</sup>。但是,这是否意味着立法者免除了网络服务者的主动审查义务,以及这一规则是否且如何适用于刑法领域,并无明确的法律规定。

有学者从“避风港”规则的实质合理性和法秩序统一性的立场出发,认为刑法教义学应当吸纳这一规则<sup>[24]</sup><sup>1449</sup>。但是,这种观点必然会受到以下反驳:(1)在缺乏有力的补充证据的前提下,民事法律中的责任规则并不当然适用于刑法领域,因为民事侵权法律制度在设计时是以侵

① BGH, Urt. v. 12. 11. 2009 - I ZR 166/07 (OLG Hamburg) marions-kochbuch. de = GRUR 2010, 616; Härtling, Internetrecht, Köln 2017, Rn. 2515; Hoffmann, Zivilrechtliche Haftung im Internet, MMR 2002, 284.

② BGH, Urt. v. 19. 3. 2015 - I ZR 94/13 (KG) = GRUR 2015, 1129 Rn. 36; Härtling, Internetrecht, Köln 2017, Rn. 2517.

③ BGH, Urt. v. 23. 9. 2003 - VI ZR 335/02 (LG Karlsruhe) = NJW 2003, 3764.

权损害赔偿或者不作为（即停止侵权）的义务为落脚点的，而刑法则以刑罚为法律后果，并且受到罪责原则和最后手段原则的约束<sup>[6]441</sup>。（2）“避风港”原则的基本精神与当前存在的关于网络服务提供者的行政责任的部门规章相悖。例如，原国家工商行政管理总局颁布的《网络交易管理办法》第二十六条规定，第三方交易平台经营者应当对通过平台销售商品或者提供服务的经营者及其发布的商品和服务信息建立检查监控制度；原国家食品药品监督管理总局颁布的《网络食品安全违法行为查处办法》第十条也规定，平台对平台上的违法行为需要建立食品安全自查和食品安全投诉举报处理等制度。对于这种现象，有学者直言不讳道：“在公法的阴影下，避风港精神存在被架空的可能。”<sup>[30]</sup>公法规范无疑也是法秩序的重要组成部分，在刑法本身不存在明确规定的情况下，忽略前述公法上的明确规定，径直将私法上的“避风港”规则引入刑法，恐怕难言符合法秩序的统一性，也难言符合立法者的目的。

有鉴于此，笔者认为，根据我国目前的法律现状，无法将“避风港”规则用于刑事责任的认定。换言之，我国的立法者目前尚未为包括网络平台在内的网络服务提供者确立类似德国法或欧盟法的责任特权。这并不意味着笔者反对“避风港”规则等限制网络服务提供者责任的规定用于刑法领域的实质合理性，而是基于当前的法律现实所作的陈述。

在当前的法律状况下，由于无法将前述责任特权（“避风港”规则）适用于我国刑法，因此，对网络平台运营者的责任范围进行限制主要依赖主观构成要件，即犯罪故意，对于帮助犯而言，就表现为对前述双重故意的要求。但是，与德国法不同，网络平台运营者在我国的法秩序中不享有类似德国法或欧盟法的责任特权，因此，不同于在德国法或欧盟法中外观中立的网络平台的运营者通常不会成立帮助犯，外观中立平台的运营者一旦通过主动审查或者用户投诉认真考虑了违法信息存在的可能性，即便这种对违法信息的认真考虑尚不构成积极认识，也能够认定运营者具有间接故意。这种间接故意在德国法和欧盟法的框架下不足以构建平台运营者的刑事可罚

性，但在我国法的框架下却足以产生刑事责任。这样一来，主观构成要件所产生的限制责任的功能就相当有限了。

## 五、结 语

成立帮助犯，需要同时满足主客观2个方面的构成要件。就客观方面而言，需要帮助者为主行为提供了客观上可归责的帮助作用；就主观方面而言，则要求其具备双重的帮助故意，这种双重故意的认定实质上是客观归责在主观层面的运用，可以将其称为主观归责。在认定过程中，关键在于辨认网络平台是否具备犯罪性指向。具备犯罪性指向的网络平台，当用户实施其犯罪性指向范围内的构成要件行为时，通常能够认定网络平台运营者满足帮助犯的构成要件；相反，外观中立的网络平台运营者通常在主客观方面均无法被归责。

犯罪性指向的认定需要综合网络平台的具体运营方式等具体事实，包括平台的名称、平台在相关用户群体中的声誉、平台的功能设计、平台的内容设计等。网络平台的犯罪性指向的实质在于，它不仅在客观上为潜在的犯罪意愿者提供了一个聚集的虚拟场所，而且降低了他们表露犯意的风险，便利了他们之间的相互发现，甚至为他们营造了一种犯罪将不被发现的安全感，从而以法所不允许的方式创设或升高了用户实施相关犯罪行为的风险。

从整体上来看，即便不考虑2015年《刑法修正案（九）》引入的帮助信息网络犯罪活动罪（《刑法》第二百八十七条之二），具备犯罪性指向的网络平台运营者也很容易认定其构成用户所实施的主行为的帮助犯（在其不因该运营行为而承担正犯责任的前提下）。对于外观中立的网络平台，只要能够认定平台运营者对违法信息具有认识（这是一个事实认定的问题），就至少能够以间接故意追究其帮助犯的刑事责任。综上，可以说，即便是在2015年《刑法修正案（九）》颁布之前，对于网络平台运营者促进用户犯罪的现象，也并不存在明显的刑事处罚漏洞，一种帮助犯的刑事责任是完全有可能的。



## [参考文献]

- [1] ERB V, SCHÄFER J. Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch [M]. München: C. H. Beck, 2020.
- [2] 曹波. 中立帮助行为刑事可罚性研究 [J]. 国家检察官学院学报, 2016, 24 (6): 107-121.
- [3] 李思. 论中立的帮助行为之可罚边界 [J]. 刑法论丛, 2017, 52 (4): 170-191.
- [4] 孙万怀, 郑梦凌. 中立的帮助行为 [J]. 法学, 2016 (1): 143-150.
- [5] ROXIN C. Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. 2: Besondere Erscheinungsformen der Straftat [M]. München: C. H. Beck, 2003: 183.
- [6] GRECO L. Strafbarkeit des Unterhaltens einer Handels- und Diskussionsplattform insbesondere im sog [J]. Darknet ZIS, 2019 (9): 434-450.
- [7] FRISCH W. Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion und zur Problematik der objektiven Zurechnungslehre [J]. Goldammer's Archiv für Strafrecht, 2003 (15): 719-743.
- [8] PUTZKE H. Gefahrgeneigte Tätigkeiten-oder: Zur Strafbarkeit berufstypischen Verhaltens Zugleich eine Besprechung von BGH, Urt. v. 22. 1. 2014-5 StR 468/12, sowie OLG München, Beschl. v. 3. 11. 2014-4 OLG 15 Ss 466/14 [J]. Zeitschrift für das Juristische Studium, 2014 (6): 635-647.
- [9] 陈兴良. 论中立的帮助行为 [J]. 东方法学, 2022 (4): 132-145.
- [10] ROXIN C, GRECO L. Strafrecht: Allgemeiner Teil Bd. 1: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre [M]. München: C. H. Beck, 2006.
- [11] GRECO L. Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: Zum "Problem" des Sonderwissens [J]. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 2005, 117 (3): 519-554.
- [12] RENGIER R. Strafrecht Allgemeiner Teil 11. Auflage [M]. München: C. H. Beck, 2019: 4.
- [13] WEBER A. Die Strafbarkeit von Plattformbetreibern im Darknet [M]. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2022: 58.
- [14] WüST M. Die Underground Economy des Darknets: die Strafbarkeit des Betreibens "illegaler" Handelsplattformen [D]. Friedrich: Alexander Universität, 2022.
- [15] 王鹏祥. 论共同犯罪中的实行过限问题 [J]. 河南司法警官职业学院学报, 2010, 8 (3): 99-102.
- [16] 张小虎. 应当构建犯意偏差之片面帮助犯的理论范畴 [J]. 当代法学, 2018, 32 (6): 25-37.
- [17] 韩广道. 论片面帮助犯的成立要件 [J]. 中国刑事法杂志, 2002 (1): 37-42.
- [18] 李国权. 怎样认定网络犯罪中的帮助犯 [J]. 人民论坛, 2017 (3): 104-105.
- [19] FRISCH W. Objektive Zurechnung des Erfolgs-Entwicklung, Grundlinien und offene Fragen der Lehre von der Erfolgszurechnung [J]. JuS, 2011 (19): 116-205.
- [20] 杨立新. 民法典侵权责任编草案规定的网络侵权责任规则检视 [J]. 法学论坛, 2019, 34 (3): 89-100.
- [21] 赵鹏. 私人审查的界限: 论网络交易平台对用户内容的行政责任 [J]. 清华法学, 2016, 10 (6): 115-132.
- [22] 张西明. 从 Non-regulation 走向 Regulation: 网络时代如何保障言论自由 [J]. 法学, 2001 (7): 47-54.
- [23] 王清, 唐伶俐. 网络信息监管与公民、企业基本权利的平衡: 欧盟法院关于斯卡利特公司诉萨班案裁决述评 [J]. 出版科学, 2012, 20 (5): 5-9.
- [24] 王华伟. 避风港原则的刑法教义学理论建构 [J]. 中外法学, 2019, 31 (6): 1446-1468.
- [25] HÄRTING. Internetrecht [M]. Köln: Dr. Otto Schmidt, 2017: 2560.
- [26] SPINDLER G, SCHUSTER F. Recht der elektronischen Medien [M]. München: C. H. Beck, 2019: 18.
- [27] HÄRTING. Internetrecht [M]. Köln: Dr. Otto Schmidt, 2017: 2561.
- [28] GERSDORF H, PAAL B P. Informations und Medienrecht [M]. München: C. H. Beck, 2023: 24.
- [29] 林星阳, 胡延杰. 数字版权时代下短视频平台义务范围研究 [J]. 电子科技大学学报 (社科版), 2023 (4): 1-11.
- [30] 姚志伟. 公法阴影下的避风港: 以网络服务提供者的审查义务为中心 [J]. 环球法律评论, 2018, 40 (1): 100-109.

(下转第 61 页)

- [28] 刘友华, 任祖梁. 消费者权益保护视域下金融APP数据处理的规制研究 [J]. 消费经济, 2022 (1): 19-30.
- [29] 郑佳宁. 论智能投顾运营者的民事责任: 以信义义务为中心的展开 [J]. 法学杂志, 2018 (10): 62-72.
- [30] 王伟. 论金融服务者缔约说明义务违反之私法责任 [J]. 北方法学, 2015 (3): 35-42.
- [31] 马克·范·胡克. 比较法的认识论与方法论 [M]. 魏磊杰, 朱志昊, 译. 北京: 法律出版社, 2012: 376.
- [32] 刘姓. 民事准用制度探析 [J]. 苏州大学学报 (哲学社会科学版), 2016 (4): 81-92.

## On the Suitability Obligations of Financial Technology Companies

SHI Xuesen<sup>1</sup>, CHEN Binbin<sup>2</sup>

(1. Department of Law, Gannan Normal University, Ganzhou 341000, China;

2. School of Law, Huaqiao University, Quanzhou 362021, China)

**Abstract:** Protecting the legitimate interests of investors and maintaining financial stability are important missions of the suitability obligation rule. Currently, while financial technology driven by data and algorithm is boosting the digital transformation of the financial ecosystem, issues such as cross-border services, convergence of user profiles, and homogenization of algorithms have raised concerns among investors about the “prohibition of profit seeking” and “best execution” of financial technology companies, weakening the role of the suitability obligation rule. In order to effectively address the new challenges brought by Fintech, regulatory authorities should reexamine the legitimacy basis of suitability obligations, improve the applicable standards of suitability obligation rules based on the characteristics of products and services provided by financial technology companies, clarify the specific basis of claim rights, and provide a sound legal basis to ensure “seller responsibility” and “buyer responsibility”.

**Key words:** suitability obligation; fiduciary duty; financial technology company; asset management; robot advisor

(责任编辑 冯庆福)

(上接第 52 页)

## The Conditions for the Criminal Liability of Internet Platform Operators for Assisting in Crimes

CUI Xinglu

(Law School, Beijing Normal University, Beijing 100875, China)

**Abstract:** Internet platform operators may incur criminal liability for facilitating user-committed intentional crimes as soon as such crimes are executed via their platforms. Although it is widely accepted in theory and practice that Internet platform operators can be held liable as accomplices to user crimes, the specific conditions for such liability still need clarification. Internet platform operator's liability as an accessory to a user's principal act requires satisfying two conditions: the operator's management of the platform must objectively aid the user's principal act, and the operator must have the corresponding intent to assist. Therefore, it is necessary to clarify the conditions for the liability of Internet platform operators as accomplices from these two aspects.

**Key words:** accomplice; Internet platform; assistance; intent to assist; neutral assistance act

(责任编辑 冯庆福)