

# 帮助信息网络犯罪活动罪的 教义学分析

## 共犯从属性原则的坚守

钱叶六\*

**摘要** 帮助信息网络犯罪活动罪系堵截性罪名,其设立并非对传统共犯评价模式的否定,而仅仅是对无法按照总则中共犯规定但又有处罚必要的网络帮助行为所做的类型化的应对。在性质上,本罪属于刑法分则规定的特殊帮助犯,而非共犯行为的正犯化。本罪的成立,仅要求被帮助对象(正犯)实施符合构成要件的违法行为即可(限制从属性说)。依据因果共犯论,在“一对多”型共同犯罪的场合,应对各个正犯的违法的量予以累加,并据此判断是否达到可罚的违法程度。本罪中的“帮助”,不仅指直接的帮助,也包括间接的帮助(帮助的帮助)。明知他人利用信息网络实施电信诈骗、开设赌场等犯罪而提供帮助的,属于上游网络犯罪的帮助犯与本罪的竞合,应从一重罪处断。掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪系在他人犯罪既遂之后对其赃物的处置,而非对本犯实施的实行行为进行协力或加功(即非事前或者事中的帮助),与违法结果之间不具有因果性,因而不能与本犯形成共犯关系。

**关键词** 特殊帮助犯 共犯从属性 因果共犯论 间接的帮助 竞合

### 一、问题的提出

为因应渐趋严重的网络犯罪态势,严密惩治网络犯罪的刑事法网,《刑法修正案

\* 华东师范大学法学院教授。本文系作者主持的国家社科基金项目“法秩序统一视野下刑民交叉问题体系性研究”(项目编号:20BFX055)的阶段性成果。

(九)》第29条(《刑法》第287条之二)专门增设了帮助信息网络犯罪活动罪。<sup>〔1〕</sup>该罪增设后,直至2019年10月21日最高人民法院、最高人民检察院《关于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》(以下简称《网络犯罪解释》)发布前,实践中适用该罪名的案件数量相当有限。但在这之后,特别是自2020年10月10日国务院在全国范围内开展“断卡”专项行动以来,帮助信息网络犯罪活动罪条款被“充分激活”,其适用呈现出急速扩张趋势。<sup>〔2〕</sup>然而,关于该罪的理解与适用,刑法学界和实务界存在一些较大的争议或困惑,影响了该罪的统一适用,主要表现在以下几个方面:①关于《刑法》第287条之二第1款的性质,形成了共犯行为正犯化说、量刑规则说和独立构罪说等诸多见解的分歧,而该问题直接关系到帮助信息网络犯罪活动罪的成立条件与范围。②基于“违法原则上连带,责任个别作用”的原理,对于被帮助对象(正犯)实施的“犯罪”,应做“违法意义上的犯罪”理解这一点逐渐达成共识。对于正犯实施的违法行为(罪量)是否必须达到定罪的程度,却是见仁见智。③对于明知他人实施信息网络犯罪而为其提供帮助的,何种情况下仅仅构成本罪,又在何种情况下同时与上游关联犯罪的共犯形成竞合关系,其界限并不明确。尤其是,由于学界和实务界对本罪与相关上游犯罪之间关系的解释力不足或存在认识上的偏差,使得本应按照竞合犯处理的情形,有时却只以本罪论处,其结果就是——不仅造成了《刑法》第287条之二第3款的虚置,而且还可能导致重罪行为的轻罚化。<sup>〔3〕</sup>④对实施信息网络犯罪者的帮助予以帮助(帮助之帮助、间接帮助)的可罚性有无及其法理依据何在,学理上的论证仍不充分。⑤本罪与掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪的界限。

基于以上问题意识,本文拟以我国立法规定、司法解释及规范性文件和司法判决为根据,立足《刑法》第287条之二第1款系刑法分则对特殊帮助犯的罪与罚所做的特别立法之基本立场,从共犯从属性原理出发,重点对本罪的构成要件要素展开教义学分析,并就“对网络帮助行为的帮助”的认定、本罪与共同犯罪以及与掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪的界限等问题进行论析。

〔1〕 该条规定:“明知他人利用信息网络实施犯罪,为其犯罪提供互联网接入、服务器托管、网络存储、通讯传输等技术支持,或者提供广告推广、支付结算等帮助,情节严重的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金。单位犯前款罪的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依照第一款的规定处罚。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。”

〔2〕 据最高人民检察院统计数据,2021年前三个季度全国起诉帮助信息网络犯罪活动罪7.9万余人,同比上升21.3倍;据最高人民法院统计数据,2021年1月1日至11月15日人民法院审结帮助信息网络犯罪活动案件4.7万余件。另外,笔者以帮助信息网络犯罪活动罪为关键词,在“案件名称”栏对中国裁判文书网上刊载的裁判文书进行了搜索,结果显示自2015年11月1日至2019年10月20日这近四年的时间里共有相关案件数量48起,而自2019年11月21日至2022年12月20日这3年时间里,相关案件数量达22924起。

〔3〕 参见欧阳本祺:“帮助信息网络犯罪活动罪的适用方法:从本罪优先到共犯优先”,《中国应用法学》2022年第1期,第110—111页。

## 二、帮助信息网络犯罪活动罪的性质:特殊帮助犯的罪与罚之分则规定

### (一)教义学上的论争及其归结

如何理解《刑法》第 287 条之二第 1 款规定的帮助信息网络犯罪活动罪的性质,学界存在帮助行为正犯化说、帮助犯的量刑规则说和独立构罪说等学说的争议。对本罪性质的不同认识直接影响到其成立条件与范围,因而有必要在学理上加以厘清。

帮助行为正犯化说认为,《刑法》第 287 条之二第 1 款系将原本作为他人(正犯)实施的网络犯罪的帮助行为提升为实行行为(正犯行为),并设立了独立的罪名和法定刑。该说在学界是多数说,<sup>[4]</sup>在解释论上有以下几点归结:①该帮助行为具有独立的实行行为性和可罚性,实施该帮助行为的行为人是正犯,而非帮助犯,因而也就不具有对上游犯罪的实行从属性。只要行为人实施了帮助行为,就成立帮助信息网络犯罪活动罪,至于被帮助对象是否实行了犯罪,在所不问。②由于该帮助行为本身属于正犯行为,因而两人以上共同帮助他人实施信息网络犯罪的,构成帮助信息网络犯罪活动罪的共同正犯;教唆或者帮助他人实施帮助信息网络犯罪活动行为的,属于对帮助信息网络犯罪活动罪(正犯)的参与,成立本罪的教唆犯与帮助犯;③独立构成本罪的场合,不再适用《刑法》第 27 条关于帮助犯(从犯)“应当从轻、减轻或者免除处罚”的处罚原则,而是直接依据《刑法》第 287 条之二第 1 款规定处以刑罚。

帮助犯的量刑规则说主张,《刑法》第 287 条之二第 1 款的规定不属于帮助行为的正犯化,而是对作为上游网络犯罪的帮助犯的量刑规则所做的特别规定。即该帮助行为并没有因为刑法分则条文的规定而被提升为正犯行为。相反,其依然是帮助犯。该说主要为张明楷、黎宏二位学者所主张。依照该说,可以得出如下结论:①关于本罪的成立,应坚持共犯的从属性原理。只有正犯(被帮助对象)着手实施了符合构成要件的违法行为,才成立本罪。如果正犯没有接受帮助或者虽然接受了帮助,但没有进一步地着手实施违法行为的,帮助者不成立犯罪。②由于本罪规定的不是正犯行为,而属于帮助行为,因而教唆他人实施该行为,属于帮助犯。单纯帮助他人实施帮助行为的,而没有对正犯结果起作用的,不受处罚。③本罪虽然是帮助犯,但由于刑法分则对本罪规定了独立的法定刑,因而不再适用《刑法》第 27 条关于帮助犯(从犯)的处罚规定。<sup>[5]</sup>

独立构罪说指出,《刑法》第 287 条之二第 1 款既非对帮助犯的量刑规则的规定,亦非共犯行为正犯化现象,而是对独立的妨害信息网络安全管理秩序罪进行的规定,该罪与上游犯罪的

[4] 参见刘宪权、房慧颖:“帮助信息网络犯罪活动罪的认定疑难”,《人民检察》2017 年第 19 期,第 9—11 页;于冲:“帮助行为正犯化的类型研究与入罪化思路”,《政法论坛》2016 年第 4 期,第 166 页;陈洪兵:“帮助信息网络犯罪活动罪的限缩解释适用”,《辽宁大学学报(哲学社会科学版)》2018 年第 1 期,第 109—112 页。

[5] 参见张明楷:“论帮助信息网络犯罪活动罪”,《政治与法律》2016 年第 2 期,第 3—4 页;黎宏:“论‘帮助信息网络犯罪活动罪’的性质及其适用”,《法律适用》2017 年第 21 期,35—37 页。

帮助犯是部分竞合关系,如此立法能解决按共同犯罪惩治遇到的司法实务困难,有效惩治积量构罪型网络犯罪。……从犯罪作用来看,网络空间中某些犯罪的帮助行为的社会危害性已经远远超过了实行行为的危害性,这种比实行行为更严重的社会危害性不可能为从属性行为所具有,只能是其自身已具有的独立犯罪的性质。因此,将该行为仍按照帮助犯定罪处罚,不能做到罚当其罪,不利于有效遏制网络犯罪。从罪刑单元的结构来看,该罪被设置了独立的法定刑,不受上游犯罪的法定刑的影响,不可能是上游犯罪的帮助犯的量刑规则。<sup>〔6〕</sup>

本文认为,所谓的“独立构罪说”可以归入到共犯行为正犯化说的阵营。第一,可以肯定的是,我国刑法分则所有条文都是以独立、完整的罪刑规范对相关具体犯罪进行了明确规定,在性质上它们都属于独立的犯罪。至于刑法分则条文对相关具体犯罪的帮助行为的罪刑规范的设置(如帮助信息网络犯罪活动罪,帮助恐怖活动罪,提供侵入、非法控制计算机信息系统工具、程序罪,等等),究竟是应解释为共犯行为的正犯化抑或帮助犯的量刑规则,则是另一个层面的问题,这和承认它们属于独立的犯罪这一点并不矛盾。从本罪的适用来看,《刑法》第287条之二第1款将帮助信息网络犯罪活动罪规定为一种独立的犯罪,因此,对他人实施的网络犯罪提供帮助的,即便可能被认定为上游犯罪如电信诈骗、开设赌场、非法经营等的共犯,也不能否定该帮助行为可以同时构成帮助信息网络犯罪活动罪。由此看来,独立犯罪说的提出实际意义不大。

第二,在独立构罪说看来,本罪作为原本具有帮助性质的犯罪,因其自身在犯罪产业链条中所具有的“积量构罪”、显著的社会危害性和地位独立性等特点,立法上才将之设立为独立的犯罪,并配置独立的法定刑。这种独立的罪刑单元的设置表明不再将本罪行为视作为帮助行为,对其法定刑的独立配置也就不能解释为帮助犯的量刑规则。简单归纳一下论者的观点,本罪是一种独立的犯罪,对其认定不再坚持共犯从属性原理,这不正是帮助行为正犯化的结论吗?!

仔细甄别学理上有关帮助行为正犯化说与帮助犯的量刑规则说之论争,其焦点在于帮助信息网络犯罪活动罪究竟是对正犯所做的规定还是对特殊帮助犯的罪与罚(量刑规则)进行的特别立法?由此关联到以下两点:一是本罪的成立,是行为人实施了信息网络帮助行为即为已足,还是必须以被帮助对象实行了信息网络犯罪行为为前提。二是对该款规定的“帮助行为”进行教唆或者帮助的,是作为帮助信息网络犯罪活动罪(正犯)的教唆犯或者帮助犯予以处理,还是仅仅作为上游犯罪的帮助犯进行归责?

## (二)特殊帮助犯的分则立法与实行从属性原则的坚守

依笔者之见,《刑法》第287条之二第1款并非表明网络犯罪的帮助行为被提升为正犯行为,而是刑法分则条文对特殊帮助犯的罪与罚的特别规定。相较于传统意义上的帮助犯,其特殊性在于:本罪是对无法按照总则中共犯规定但又有处罚必要的网络帮助行为进行的堵截性规定或者补充性规定,旨在有效斩断网络犯罪利益链条,从而解决各类传统犯罪向互联网迁移

〔6〕 参见皮勇:“论新型网络犯罪立法及其适用”,《中国社会科学》2018年第10期,第130—131页。

而给打击网络犯罪带来的困难。具体言之,在客观上,行为人为他人实施的网络犯罪提供了帮助,即其行为与正犯结果之间存在因果性;在主观上,行为人明知他人会实施网络犯罪。但由于诸如对帮助对象实施的犯罪性质不明知、帮助者与帮助对象的犯意不一致等原因,不能将行为人作为相关犯罪的共犯进行处罚,才有必要依照帮助信息网络犯罪活动罪定罪处罚。但是,在教义学上,本罪依然具有帮助犯的性质,仍要遵循共犯的实行从属性原则,即本罪的成立仍以帮助对象实施了“犯罪”为前提。

### 1. 教义学上的分析

第一,从文义解释出发,本罪的成立应以被帮助对象实施信息网络犯罪为前提。《刑法》第287条之二第1款规定:“明知他人利用信息网络实施犯罪,为其犯罪提供互联网接入、服务器托管、网络存储、通信传输等技术支持或者提供广告推广、支付结算等帮助……”根据该规定,要成立本罪,在客观上就要求是为他人实施的“犯罪”提供互联网接入、服务器托管、网络存储、通信传输等技术支持或者提供广告推广、支付结算等帮助。在被帮助的他人没有实施一定的信息网络犯罪的时候,至少从罪刑法定原则的角度来看,不能成立本罪。〔7〕

第二,根据当然解释,本罪的成立亦应以被帮助对象实施信息网络犯罪为前提。在犯罪的基本构造上,本罪和相关网络犯罪的帮助犯一样,客观上都表现为“对他人实施的网络犯罪予以帮助”。两者的主要界限在于:帮助者对他人实施的网络犯罪的性质是否存在明知。在行为人对被帮助对象实施的犯罪存在明知而与对方在特定犯罪形成共犯关系的场合,除了一些严重犯罪(如故意杀人罪、劫持航空器罪、绑架罪、抢劫罪等)的预备犯之共犯有独立处罚的必要以外,前者对后者的实行具有从属性,只有被帮助对象着手实行犯罪时,才有处罚帮助犯的必要。〔8〕相较而言,帮助信息网络犯罪活动罪作为补充性或堵截性罪名,立法者配置的法定刑最高也只有三年,在其被独立适用的场合,显然属于轻罪的范畴。根据“举重以明轻”的解释规则,既然对通常属于相对较重犯罪之电信诈骗、网络开设赌场等罪的帮助犯的认定,都要坚持实行从属性原则,作为轻罪范畴之帮助信息网络犯罪活动罪这种特殊帮助犯的成立,就更要坚持该原则了。

第三,对刑法分则条文进行体系性解释,也能得出本罪不属于帮助行为正犯化的结论。从帮助行为被规定为独立犯罪的立法例来看,主要有两种模式:一是刑法明确规定,只要行为人实施了特定的帮助行为就可以成立犯罪,而不以被帮助对象着手实施犯罪行为为前提。例如,《刑法》第120条之一第1款规定,资助恐怖活动组织、实施恐怖活动的个人的,或者资助恐怖活动培训的,处五年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利,并处罚金。由此规定可知,只要行为人对恐怖组织、人员或者对其恐怖活动培训提供了资助,就成立帮助恐怖活动罪。至于被资助的个人或者组织是否现实地实施了杀人、绑架、放火或者爆炸等恐怖活动,在所不问。因此,本罪在性质上属于帮助行为的正犯化。之所以如此立法,乃是因为“恐怖活动组织实施

〔7〕 参见黎宏,见前注〔5〕,第35—36页;王昭武:“共犯最小从属性说之再提倡——兼论帮助信息网络犯罪活动罪”,《政法论坛》2021年第2期,第169页。

〔8〕 参见钱叶六:“共犯与正犯关系论”,《中外法学》2013年第4期,第771页。

的犯罪具有极大的法益侵害性,恐怖活动组织具有实施恐怖活动犯罪的极大危险性,一般预防与特殊预防的必要性大,所以,将这种抽象危险的帮助行为规定为犯罪具有正当性”。〔9〕二是刑法明确规定,仅仅实施了帮助行为还不足以成立帮助犯,而必须是被帮助对象实施了相应的犯罪行为。如《刑法》第284条之一第1款规定了“组织考试作弊罪”,第2款规定“为他人实施前款犯罪提供作弊器材或者其他帮助的,依照前款的规定处罚”。在解释论上,该款是针对组织考试作弊罪的帮助犯所做的分则规定(而非帮助行为的正犯化),其成立应以帮助对象实施了组织考试作弊行为为前提。假若被帮助对象没有实施组织考试作弊的行为,则没有处罚这里的帮助者的必要。

此外,刑法中还存在对同一犯罪的不同行为类型分别作共犯行为正犯化和特定帮助犯的量刑规则的规定,典型的立法例是《刑法》第285条第3款关于提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪的规定。该款规定:“提供专门用于侵入、非法控制计算机信息系统的程序、工具,或者明知他人实施侵入、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,依照前款的规定处罚。”不难看出,该款前半句关于提供专门侵入、非法控制计算机信息系统的程序、工具而成立本罪的规定,无要求被帮助者实施侵入、非法控制计算机信息系统的行为,因而属于帮助行为正犯化;而后半句关于该罪的成立则要求他人实施了侵入、非法控制计算机信息系统的违法犯罪行为,因而属于特定帮助犯的量刑规则。

具体考察《刑法》第287条之二第1款的规定,明显采用了上述第二种立法模式,属于刑法分则规定的帮助犯之范畴。

第四,《网络犯罪解释》相关规定亦明确要求“正犯实施了犯罪”。〔10〕该解释第12条第2款中“确因客观条件限制无法查证被帮助对象是否达到犯罪的程度”、第13条中“被帮助对象实施的犯罪行为可以确认”等规定都隐含了这样的要求:帮助者要成立帮助信息网络犯罪活动罪,其前提是被帮助对象实施了“网络犯罪”且得到了确认。仅有帮助者的帮助行为如提供技术支持等,但被帮助对象未实施犯罪的,或者虽然帮助者提供了技术支持等帮助,但被帮助对象没有实际利用该技术的,帮助者就不能成立帮助信息网络犯罪活动罪。简言之,《网络犯罪解释》中上述规定非常明确地提出了共犯具有对正犯的从属性之要求,这实际上也是正面否定了本罪的规定属于帮助行为正犯化的解释论。

〔9〕 张明楷:《刑法学》(第6版),法律出版社2021年版,第903页。

〔10〕 《网络犯罪解释》第12条第1款规定:明知他人利用信息网络实施犯罪,为其犯罪提供帮助,具有下列情形之一的,应当认定为刑法第二百八十七条之二第一款规定的“情节严重”:(一)为三个以上对象提供帮助的;(二)支付结算金额二十万元以上的;(三)以投放广告等方式提供资金五万元以上的;(四)违法所得一万元以上的;(五)二年内曾因非法利用信息网络、帮助信息网络犯罪活动、危害计算机信息系统安全受过行政处罚,又帮助信息网络犯罪活动的;(六)被帮助对象实施的犯罪造成严重后果的;(七)其他情节严重的情形。第2款规定:实施前款规定的行为,确因客观条件限制无法查证被帮助对象是否达到犯罪的程度,但相关数额总计达到前款第二项至第四项规定标准五倍以上,或者造成特别严重后果的,应当以帮助信息网络犯罪活动罪追究行为人的刑事责任。第13条规定:被帮助对象实施的犯罪行为可以确认,但尚未到案、尚未依法裁判或者因未达到刑事责任年龄等原因依法未予追究刑事责任的,不影响帮助信息网络犯罪活动罪的认定。

## 2. 实质根据

从因果共犯论来考察,并未直接参与犯罪实行行为的共犯之所以也要受处罚,其实质根据在于:其通过对正犯的实行行为的参与、协力或者加功,间接地惹起了侵犯法益的结果。立足于这一立场,一方面,通常情况下,在仅有帮助者实施了帮助行为而被帮助对象尚未实施犯罪的情况下,该帮助行为对刑法法益的侵害还很抽象、微弱,因而并没有独立处罚的必要。至于在解释论上,要使刑法分则条文独立成罪的帮助行为能够解释为共犯行为正犯化现象,一定是该行为具有极大的法益侵害性,一般预防与特殊预防的必要性大。但网络犯罪帮助行为一般具有中立性和业务性的特点,如果不依托于正犯的违法行为,其本身是无害的。因而,在仅有帮助者的帮助行为,但被帮助对象没有实施犯罪行为,或者虽然被帮助对象实施了相关网络犯罪,但实际上未利用行为人为提供帮助的场合,均无处罚这里的“帮助者”的必要。

另一方面,在帮助者实施了帮助行为,被帮助对象实施了预备行为,但后来因故未能着手实行犯罪的场合,帮助者的行为属于对预备犯的帮助。从我国严格限缩预备犯的处罚范围的司法实践来看,预备行为一般不具有可罚性。既然对正犯实施的预备行为一般都不予处罚,遑论要处罚作为预备行为的帮助了。

综上,在解释论上,帮助信息网络犯罪活动罪系由刑法分则条文对网络犯罪的帮助行为所做的类型化规定,对之不能做共犯行为正犯化的理解,相反应将之解释为一种特殊的帮助犯。所以,本罪的成立应遵照共犯从属性原理,只有在正犯实施了“犯罪”,并且帮助行为与正犯结果之间存在因果性或者说对正犯结果起到了作用的情况下,才有处罚帮助者的必要;只是有时行为人与被帮助对象的故意内容不同,根据个人责任原则,对他们应分别认定为不同的犯罪(共犯的罪名独立性原理),这些应成为我们对帮助信息网络犯罪活动罪的教义学分析的逻辑起点。

## 三、“犯罪”的理解与共犯的要素从属形式

基于上述分析,要成立帮助信息网络犯罪活动罪,必须是被帮助对象利用信息网络实施了“犯罪”。而这里的“犯罪”应具备犯罪成立的哪些条件,直接涉及到共犯对正犯的要素从属形式问题,值得探讨。

### (一) 违法意义上的“犯罪”与限制从属形式

传统共犯理论基于犯罪必须是齐备犯罪成立的全部要件这种传统的一元犯罪概念的立场而主张,既然教唆犯是教唆他人犯“罪”、帮助犯是帮助他人犯“罪”,那么,要成立帮助犯,不仅要求正犯行为存在不法,而且,还要求正犯具有责任(正犯达到刑事责任年龄且具有刑事责任能力)。从要素从属形式的角度来分析,这可以说是采取了极端从属形式。一直以来,该见解在我国都居于通说地位,并深刻影响着司法实践。但是,近年来,随着“以违法和责任”为支柱的阶层式犯罪论体系日益被学界所推崇和共犯理论研究不断的深入,极端从属性说所存在的违背“责任个别原则”以及对间接正犯做了不当定位进而导致轻罪重罚等诸多缺陷逐渐为学界

所认识,摒弃极端从属性说而转向支持限制从属性说成为越来越多学者的选择,即共犯的成立仅需正犯实施了符合构成要件的违法行为即可,而不要求正犯具有责任,因为责任是个别的,正犯是否具有责任不影响共犯的成立。<sup>[11]</sup>从实务来看,对于教唆或者帮助刑事未成年者实施符合构成要件的违法行为,已有一些司法判决采取了限制从属形式的立场,如在“宋某教唆 13 周岁的谢某盗窃案”<sup>[12]</sup>“陆某华帮助谢某某(15 周岁)盗窃望风案”<sup>[13]</sup>等案中,法院判旨明确肯定了两者的共犯关系成立。

采用限制从属形式,是建立在对犯罪概念的多元化之理解和认知的基础上的,即刑法中的犯罪通常是指违法、有责意义上的犯罪,但有时候是指与行为人的责任无关,为刑法所禁止的侵犯法益的客观违法行为(违法意义上的犯罪)。<sup>[14]</sup>而教唆他人犯罪、帮助他人犯罪中的“罪”,就指的是仅指符合构成要件的违法行为。<sup>[15]</sup>我国一些刑法条文为违法意义上的犯罪提供了教义学上的根据。例如,《刑法》第 20 条第 3 款规定:“对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪,采取防卫行为,造成不法侵害人伤亡的,不属于防卫过当,不负刑事责任。”由于正当行为不能向不正当行为让步,所以,对于未达到刑事责任年龄、无责任能力的人的不法侵害,完全可以进行正当防卫。易言之,上述条款中的“暴力犯罪”所指的是“不法意义上的犯罪”,<sup>[16]</sup>即便是未达刑事责任年龄之人或者精神病人实施的杀人、绑架、抢劫、强奸等严重危及人身安全的违法行为,同样也可实施正当防卫。

再如,对于作为《刑法》第 312 条规定的掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪的上游“犯罪”,学界一般解释为“违法意义上的犯罪”。<sup>[17]</sup>2015 年 5 月 29 日《最高人民法院关于审理掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪刑事案件适用法律若干问题的解释》第 8 条规定:“认定掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪,以上游犯罪事实成立为前提。……上游犯罪事实经查证属实,但因行为人未达到刑事责任年龄等原因依法不予追究刑事责任的,不影响掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪的认定。”该解释对《刑法》第 312 条“明知是犯罪所得”“犯罪所得收益”规定中的“犯罪”的理解就包括行为主体未达到刑事责任年龄,依法不被追究刑事责任的情形。可见,实务上也将这里的“犯罪”做违法意义上的犯罪来理解。

本文认为,对于帮助信息网络犯罪活动罪中的“犯罪”,也宜理解为违法意义上的“犯罪”。亦即,本罪的成立,仅需被帮助对象客观上实施了侵犯法益的构成要件行为即可,至于帮助对

[11] 参见张明楷,见前注[9],第 557 页;周光权:《刑法总论》(第 4 版),中国人民大学出版社 2016 年版,第 362 页;钱叶六,见前注[8],第 776 页。

[12] 参见北京市海淀区人民法院刑事判决书,(2012)海刑初字第 1096 号。

[13] 参见江苏省苏州市金阊区人民法院刑事判决书,(2012)金刑二初字第 0105 号。

[14] 参见张明楷,见前注[9],第 118 页;黎宏:《刑法学总论》(第 2 版),法律出版社 2016 年版,第 53 页。

[15] 参见钱叶六:《共犯论的基础及其展开》,中国政法大学出版社 2014 年版,第 193—194 页。

[16] 参见张明楷,见前注[9],第 118 页。

[17] 参见张明楷,见前注[9],第 1446 页;付立庆:“违法意义上犯罪概念的实践展开”,《清华法学》2017 年第 5 期,第 76 页。



象是否达到刑事责任年龄在所不问(限制从属形式)。<sup>[18]</sup>《网络犯罪解释》第13条对此给予了明确:“被帮助对象实施的犯罪行为可以确认,但……因未达到刑事责任年龄等原因依法未予追究刑事责任的,不影响帮助信息网络犯罪活动罪的认定。”

## (二)共犯对正犯行为违法程度的从属

帮助信息网络犯罪活动罪的成立是否要求被帮助对象行为的罪量达到定罪(刑事违法)的程度,涉及到共犯对正犯行为的违法程度的从属问题。对此,主要存在严格解释论和扩张解释论的对立。

严格解释论继承了传统共犯理论对违法程度的从属性的观点,认为此处的“犯罪”应限定为符合我国刑法规定犯罪构成的、被认定为相应罪名的犯罪行为,<sup>[19]</sup>即应达到定罪程度或者可罚违法程度的行为。最高人民法院研究室周加海主任也认为,刑法对第287条之二作了不同于第285条第3款、第287条之一的规定,前者条文中仅规定了“犯罪”,后者条文中却规定了“违法犯罪”,我们显然不能对立法的差异视而不见。因此,被帮助对象是否到案、其犯罪事实是否完全查清,对帮助信息网络犯罪活动罪的适用并无绝对的影响,但本罪的成立应以被帮助对象已利用帮助行为实施网络犯罪,且已达到相应犯罪的入罪条件为前提,否则会造成刑事打击面过于扩大,需要避免。<sup>[20]</sup>

扩张解释论则认为,对这里的“犯罪”应做扩张的解释,即不仅指犯罪行为,而且还包括刑法分则行为类型但尚未构成犯罪的行为。如陈洪兵指出,“为有效打击网络犯罪帮助行为,……没有必要固守只利用网络帮助实施犯罪的他人行为达到罪量的要求且经查证属实,才能认定帮助信息网络犯罪活动罪的成立”。<sup>[21]</sup>

本文赞同严格解释论,即被帮助对象所实施的必须是刑法分则规定的、达到刑事违法程度的行为,即存在他人利用信息网络实施了刑法分则规定的侵害法益的行为,且达到立法或者司法解释规定的数额、情节、后果等罪量标准。

首先,对刑法分则中不存在与之相对应犯罪的违法行为提供帮助的,帮助者不可能构成本罪。在我国严格区分行政处罚与刑事处罚的二元处罚机制之下,依据违法行为与犯罪的现象是否存在一一对应,可将违法行为区分为两种情形:一是刑法分则条文中不存在与之相对应的犯罪之一般违法行为,如吸毒、嫖娼、卖淫、赌博等;二是刑法分则条文中存在与之相对应的犯罪之一般违法行为,如伤害、诈骗、盗窃等行为。此种意义上的违法与刑事法上的犯罪不存在质的不同,而仅有量的差异。可以肯定的是,对于不存在与之相对应犯罪的一般违法行为如吸

[18] 参见黎宏,见前注[5],第37页;张明楷,见前注[9],第1383页。

[19] 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102页;王华伟:“网络语境中帮助行为正犯化的批判解读”,《法学评论》2019年第4期,第136页。

[20] 参见周加海:《帮助信息网络犯罪活动罪的司法适用——首期实务刑法论坛研讨综述》,载微信公众号“民主与法制周刊”,2022年1月29日上传。

[21] 陈洪兵,见前注[4],第112页。

毒、卖淫等,行为人为之提供帮助的,不能认定为帮助犯。<sup>[22]</sup>因此,行为人利用信息网络为卖淫女招嫖发布广告的,仅仅属于对他人利用信息网络实施的“违法行为”的帮助,而非对他人“犯罪”的帮助。如果将之解释为对网络“犯罪”的帮助,明显违背罪刑法定原则。

其次,对刑法分则中存在对应犯罪但罪量未达犯罪程度的一般违法行为提供帮助的,帮助者一般不成立本罪。《刑法》第287之二第1款规定,明知他人利用信息网络实施犯罪,为其犯罪提供互联网接入等帮助……,构成帮助信息网络犯罪活动罪。既然这里明确要求他人实施的是网络“犯罪”,那么,就要求被帮助者的行为罪量必须达到犯罪的程度。以诈骗行为为例,行为的违法的量达到需要刑法规制的刑事违法程度则属于犯罪,反之,属于一般违法行为。因此,帮助他人实施网络诈骗,但他人只骗到了800元。此种情况下,作为“第一次责任”之正犯的诈骗未达到数额较大的标准而不能被定罪处罚,何以有处罚作为“第二次责任”之共犯行为的必要呢?<sup>[23]</sup>

但是,在“一对多”“多对多”的共同犯罪场合,个别地考察,即便共犯所协力、加功的正犯行为的违法性均未达到定罪的程度,但如果所有的正犯行为之违法的量累积起来达到刑事违法(定罪)的程度,亦应肯定共犯的成立,这样的解释结论完全符合因果共犯论的旨趣。析言之,作为参与人的帮助者,由于其对每个直接行为人的行为及其惹起的结果均具有协力、加功作用,即其行为与正犯行为及其结果之间存在因果性,故而应将所有被协力、加功的行为人惹起的结果归责于该帮助者。如此看来,只要众多直接行为人的违法结果累积起来达到值得刑罚处罚的程度,其作为共犯便具备了可罚的违法性。这种解释论与其说是对限制从属性说的抛弃而转向支持最小从属性说,毋宁说是对限制从属原则的坚守。<sup>[24]</sup>

### (三)附条件地对正犯违法程度证明要求的降低

依据《刑法》第287条之二第1款和《网络犯罪解释》第12条的规定,对于帮助信息网络犯罪活动罪的成立,除了要求帮助行为本身具备“情节严重”之外,基于共犯的从属性原理,还要求正犯的行为达到定罪的程度(学理上称为“双重罪量要素”)。但是,鉴于网络犯罪参与人的身份的虚拟性和行为的隐蔽性、跨区域性的特点,作为上游环节的正犯及其行为的社会危害性程度因客观条件的限制而不能被查实是常有之事。而从实际来看,正犯行为的社会危害性程度往往都很严重,如在电信诈骗犯罪的场合,往往被害人众多,涉案总额一般都是特别巨大;尤其是在“一对多”场合,帮助对象涉案金额往往大得惊人,此种情况下,如果因客观上无法查证正犯及其行为的社会危害性程度而一概否定帮助犯的成立,无疑会造成对网络帮助行为惩治力度的减弱,从而不利于预防网络犯罪。为此,有必要通过减轻司法机关的证明责任,以解决

[22] 例外的是,刑法亦有将对一般违法行为之教唆或者帮助规定为独立犯罪的情形,如教唆他人吸毒罪、容留他人吸毒罪、容留卖淫罪等,因而,在教唆他人吸毒或者为他人吸毒、卖淫提供场所等的情况下,应依法认定为犯罪。

[23] 在限制从属性原则之下,主张帮助对象的行为要达到刑事违法的程度,与在诉讼上能否证明帮助对象的行为达到犯罪这一点,则是不同层面的问题。后文对此将有进一步的论述。

[24] 参见钱叶六:“共犯处罚根据再思考”,《环球法律评论》2021年第1期,第142页。

网络共同犯罪证据收集困难的难题,从而有力打击整个犯罪链条。正是基于这一考虑,《网络犯罪解释》第12条第2款做了例外规定:“实施前款规定的行为,确因客观条件限制无法查证被帮助对象是否达到犯罪的程度,但相关数额总计达到前款第二项至第四项规定标准五倍以上,或者造成特别严重后果的,应当以帮助信息网络犯罪活动罪追究行为人的刑事责任。”

仔细分析该规定,有一点可以肯定的是:要成立本罪,以被帮助者实施的违法行为的量达到了定罪的程度为必要。只是考虑到网络犯罪证据的查证困难而附条件地降低了对正犯罪量的证明要求——因客观条件限制无法查证被帮助对象是否达到犯罪的程度,但如果帮助行为符合《网络犯罪解释》第12条第2款规定的情形或者造成特别严重后果等情形的(比在查清正犯罪量达到定罪标准时帮助行为构罪所要求的“严重情节”提出了更高的要求),也应认定为帮助信息网络犯罪活动罪。依笔者之见,在解释论上,这种对正犯罪量程度的证明要求的降低,并非是对正犯行为的违法性达到定罪或刑事违法程度的否定,而只是在确因客观条件限制无法查证正犯是否达到犯罪程度的情况下,藉由帮助者行为所具备的“严重情节”而对正犯行为达到刑事违法程度所做的一种推定而已。

#### 四、对网络犯罪帮助行为之帮助的可罚性

网络犯罪利益链中的帮助者不仅包括为上游犯罪提供帮助行为的直接帮助犯,背后还可能存在为该直接帮助犯提供帮助的行为人,理论上称为“帮助的帮助”或者“间接的帮助”。以涉“两卡”犯罪为例,提供两卡者存在向上游犯罪的正犯提供“两卡”的上游环节的“卡商”(以收购、倒卖银行卡为业务、赚取差价的人员)和向中游环节的卡商提供“两卡”的“卡农”(自行或者经组织前往银行、营业厅或者通过信息化手段开办银行卡、电话卡的人员)。例如:

2021年2月以来,被告人宾某某、陈某在明知他人将银行卡用于信息网络犯罪的情形下,被告人宾某某将自己名下的3张银行卡及配套手机卡出售给“李波”,并介绍被告人陈某从刘某、李某3、谢某处收购5张银行卡及配套手机卡出售给“李波”。通过上述交易,“李波”支付宾某某好处费2万元,再由宾某某转给陈某好处费1.15万元,由其再分配给下家。经核实,上述银行卡事后共计汇入非法资金3,460万余元。<sup>[25]</sup>

本案中,对于直接为正犯提供帮助的“卡商”(陈某)而言,其成立帮助信息网络犯罪活动罪自当不存争议,但是,对于向“卡商”提供“两卡”的“卡农”(刘某、李某3、谢某),是否可以根据其对于上游环节的正犯的间接帮助而认定为帮助犯?学理上值得探讨。

上述问题涉及到对帮助犯的帮助之可罚性的问题。对此,我国学界一般持肯定态度,其理由却不尽一致。有学者基于严重犯罪的帮助具有可罚性的立场指出,我国刑法没有间接帮助的规定,对帮助犯的帮助能否按照帮助犯处理,不能一概而论。《刑法》第27条规定:“在共同犯罪中起次要作用或者辅助作用的,是从犯。”这里只说从犯在共同犯罪中起次要作用或者辅

[25] 参见上海市青浦区人民法院刑事判决书,(2021)沪0118刑初977号。

助作用,并未限制帮助从犯(帮助犯),事实上帮助帮助犯起的作用当然是辅助性的,从理论上来说,并非不能作为从犯来处理。实际上对严重犯罪的帮助帮助犯,例如,对劫持飞机者的帮助者予以帮助,如不作为从犯处理,就会轻纵犯罪,但一般来说其帮助行为毕竟是较轻的,对结果的原因力也是较小的,所以即使作为从犯处理,也应比直接从犯处理更轻。至于那些情节显著轻微的帮助帮助犯,自然可以不作为从犯论处。<sup>[26]</sup>

另有学者基于因果共犯论的观点承认间接帮助的可罚性,如刘凌梅指出,帮助犯的处罚根据在于间接地侵害法益。而间接帮助犯,也可以通过直接帮助犯而间接地对正犯的实行行为提供援助侵害法益。同时,间接帮助犯中的“间接”,仅指行为人与实行行为人的联系方式,虽在一定意义上决定着其对帮助行为的社会危害性程度,但绝不意味着在共同犯罪中所发挥的作用或者主观恶性就必然小于直接帮助者。如受帮助犯的委托为实施抢劫的正犯者提供枪支的间接帮助犯,其作用显然与直接帮助犯的作用无异。因此,从理论上应肯定间接帮助犯的可罚性。<sup>[27]</sup>张明楷也指出,单纯帮助他人实施帮助行为,而没有对正犯结果起作用的,就不受处罚。<sup>[28]</sup>言下之意,如果帮助他人实施帮助行为,对正犯结果起作用的,就有可能受处罚。

本文认为,上述两种观点只是分别从教义学和因果共犯论的角度论证了间接帮助的帮助之可罚性,其旨趣并无二致。依据因果共犯论,帮助犯作为扩张的处罚事由,其受罚的根据在于其通过正犯的实行行为、间接地引起侵犯法益的违法结果。因此,只要帮助者所提供的帮助行为与正犯惹起的结果之间具有因果性,就可以认定为“帮助”。至于这里的“帮助”,是对正犯的直接帮助(正犯背后的共犯)抑或对正犯的帮助之帮助(共犯背后的共犯)的样态表现,在所不问。具体到涉“两卡”犯罪来说,能够为网络犯罪链条上游环节正犯提供帮助的不只是向上游犯罪提供两卡的“卡商”,而且还包括向中游环节的卡商提供“两卡”的卡农。实际上,卡商所供之“两卡”源自卡农,没有卡农的供卡行为,卡商对上游犯罪之正犯也就无卡可供。在此意义上,虽然卡农不是在为上游正犯提供直接帮助,但其向卡商所提供“两卡”的行为与上游实施的网络犯罪之间存在因果性,或者说对正犯的行为及其结果起到实际作用,因而有处罚的必要。具体而言,如果间接帮助行为人对正犯实施的犯罪性质存在明知,其便同时构成帮助信息网络犯罪活动罪和相关具体犯罪的共犯的竞合,从一重罪处断。间接帮助行为人虽对他人实施网络犯罪这一点具有明知,但如果对其实施的犯罪性质不存在明知,仅需认定帮助信息网络犯罪活动罪一罪。

从教义学的角度来分析,我国《刑法》第27条关于“在共同犯罪中……起辅助作用”的规定,实际上是指帮助行为与正犯的结果具有因果性。可以肯定的是,该规定只是明确了在共同犯罪中起到辅助作用的亦是帮助犯,而并没有作出必须是直接提供帮助的限定。易言之,即使是间接的帮助,但只要对正犯的犯行及其结果起到实际的作用,亦同样可以构成帮助犯。因此,《刑法》第287条之二第1款所规定的“明知他人实施信息网络犯罪活动而为其提供帮助”

[26] 参见马克昌:《犯罪通论》,武汉大学出版社1999年版,第601—602页。

[27] 参见刘凌梅:《帮助犯研究》,武汉大学出版社2003年版,第159页。

[28] 参见张明楷,见前注[9],第1382页。

中的“帮助”，不仅指直接的帮助，也包括间接的帮助（对帮助犯的帮助）。如此说来，对于涉“两卡”犯罪，不仅要处罚对正犯提供“两卡”的“卡商”，而且还要处罚提供“两卡”的“卡农”。相反，如果将本罪的适用限缩在直接给上游环节之正犯供卡的“卡商”，而不处罚向卡商提供“两卡”的“卡农”，这无异于放纵犯罪，不为我们所认同。

当然，从对正犯的结果所起的贡献或者发挥作用的角度来分析，由于“卡农”对正犯的帮助性表现在其通过卡商（直接帮助者）与正犯发生联系，其对正犯结果的贡献或者作用通常要小于直接帮助者，而帮助行为对正犯结果的影响在相当程度上决定着帮助行为的社会危害性程度，因此，对于向“卡商”供卡的“卡农”的可罚性问题上，实务中应从严把握，在认定是否成立帮助信息网络犯罪活动罪时，要严格审查是否具备“明知”“情节严重”等要件，以彰显罪刑法定原则。同时，应充分考虑到间接帮助犯对结果的作用力更弱的特点，在处罚上一般应比直接帮助犯的处理要宽缓。对于情节显著轻微，不值得刑罚处罚的，可以考虑给予行政处罚或者行业处罚；对于符合《刑法》第37条关于“犯罪情节轻微不需要判处刑罚的，可以免于刑事处罚”的规定之情形，可作出微罪不诉（酌定不起诉）或者免刑判决，以体现罪责刑相适应原则和宽严相济刑事政策。

## 五、帮助信息网络犯罪活动罪与共同犯罪的界限

### （一）本罪与上游犯罪正犯之共犯的竞合

从立法意旨来看，本罪的设立并不意味着对于传统共犯评价模式的否定或者替代，而仅仅是对故意帮助他人实施信息网络犯罪但依照既有共犯规定无法予以规制的情形所做的刑法应对。并且，考虑到本罪所规制的行为客观上通常所具有的业务性，行为人主观上对上游犯罪实施的犯罪性质缺乏明知的特点，刑法对之规定了相对较轻的法定刑。就此而论，本罪是基于“严而不厉”的刑事政策定位而设立的堵截性罪名。因此，在问题的思考上，应坚持如下原则：首先，在他人实施网络犯罪而向对方提供帮助的场合，但凡符合上游犯罪的帮助犯的成立条件的，首先应评价为上游犯罪的共犯。析言之，如果行为人对上游行为人实施的犯罪性质存在明知，就应认定为该罪的帮助犯。其次，该网络帮助行为同时也符合《刑法》第287条之二第1款的构成要件，成立帮助信息网络犯罪活动罪，属于想象竞合犯。根据该条第3款的规定，应以处罚较重的规定定罪处罚。从刑罚配置情况来看，帮助信息网络犯罪活动罪只有一档法定刑，且最高法定刑为3年有期徒刑。而网络犯罪的帮助行为可能触犯的罪名如诈骗罪、开设赌场罪、贩卖毒品罪、非法经营罪等，一般而言，这些罪名都被配置了若干量刑幅度，以供选择，并且最低量刑档次中的法定最高刑一般都达到甚至高于3年有期徒刑。因此，在网络犯罪的帮助行为同时触犯两个罪名时，应从一重罪处断，一般都以上游犯罪的共犯定罪处罚。我国相关司法解释对此予以了明确。<sup>[29]</sup>

[29] 2016年12月19日最高人民法院、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》第4条规定：“明知他人实施电信网络诈骗犯罪，具有下列情形之一的，以共同犯罪论处，但法律和司法解释另有规定的除外……。”

## (二) 帮助信息网络犯罪活动罪的独立适用

基于上述,区分本罪与上游犯罪共犯之界限的关键就在于何种情况下应独立适用本罪。有观点认为,在以往的司法实践中,不少司法解释、规范性文件规定,只要行为人明知他人实施信息网络犯罪而为其提供帮助的,便成立共同犯罪。但是,这是在为相关信息网络犯罪提供帮助的行为未能独立入罪前提下的解决方案。在网络犯罪的帮助行为独立入罪的背景下,宜对帮助信息网络犯罪活动罪适用共同犯罪处理的情形做出适当限制,以扩大帮助信息网络犯罪活动罪的规制范围,彰显修法精神。<sup>〔30〕</sup>具体而言,对于行为人事前或事中未与被帮助对象进行通谋,仅单纯向他人实施信息网络犯罪提供帮助的,而未参与后续的犯罪活动,即使其在提供帮助时明知被帮助对象实施犯罪的具体性质,原则上也不宜以被帮助犯罪的共同犯罪论处。否则,在正犯涉案金额特别巨大的情况下,作为上游犯罪的正犯之帮助犯处理,有违罪责刑相适应原则。<sup>〔31〕</sup>

本文不赞同上述观点。首先,作为狭义共犯之帮助犯的基本构造并没有因为本罪的增设而发生变化,以往能作为某种具体犯罪的帮助犯处理的情形,依然构成具体犯罪的帮助犯。帮助犯的基本构造是帮助他人犯罪,使其犯罪的实行变得更为容易。析言之,通过协力、加功正犯的实行行为,间接地惹起法益侵害的结果。按照因果共犯论,只要帮助者对正犯的行为及其惹起的法益侵害结果具有协力、加工作用,即存在因果性,就可以肯定帮助犯的成立。至于帮助者后来是否深度参与正犯的实行行为,只是客观上反映帮助者参与的程度和对正犯结果的贡献大小情况而已,因而不影响帮助犯的成立。当然,基于责任主义原理,要认定帮助者构成正犯实施的具体犯罪如电信诈骗、开设赌场、贩卖毒品、非法经营的共犯,还要求其主观上具有实施该罪的故意,即对正犯实施的犯罪性质存在明知。否则就只能适用《刑法》第287条之二第1款。这样一来,正犯者和帮助者之间虽成立共犯关系,但由于故意内容不同,根据个人责任原则,对他们应分别认定为不同的犯罪(共犯的罪名独立性原理)。这一解释结论正是体现了共犯是“数人共犯数罪”而非“数人共犯一罪”的本质。

其次,共犯的成立并不一定需要参与者之间存在通谋或者共谋。行为人明知他人犯罪而为其提供帮助的,且该帮助行为对正犯的实行具有实际助力的,就可以成立帮助犯。至于是单方面的帮助还是基于双方的通谋而实施的帮助,在所不问。一方单方面地故意帮助他人实施犯罪的,可以成立片面的共犯。

再次,从参与犯的作用来看,帮助犯一般属于从犯,应当从轻、减轻或者免除处罚。因此,即使所帮助的正犯所实施的行为的法益侵犯程度严重,但如果帮助犯参与正犯行为的程度不深,所起的作用不大,或者获利甚微,例如,明知他人开设网络赌场而出售银行卡给对方,以用于支付结算,正犯涉案金额特别巨大,但行为人后续未有进一步的深度参与行为,获利也极少,此种情况下,可以对帮助者按照开设赌场罪的帮助犯(从犯)论处,予以减轻处罚,如此处理也

〔30〕 参见喻海松:“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163页。陈攀:“帮助信息网络犯罪活动相关适用问题”,《人民司法》2021年第35期,第41页。

〔31〕 参见陈攀,同上注。

不会出现对帮助者处罚过重而产生罪刑不均衡的现象。相反,将原本符合上游犯罪的共犯构造的情形认定为帮助信息网络犯罪活动罪,不仅是对共犯理论构造的破坏,造成理论体系的混乱;而且对于这里的帮助者最多只能判处3年有期徒刑,有时难以实现罚当其罪。

基于上述,本文以为,对于明知他人实施信息网络犯罪而为其提供帮助的,应秉承共犯优先的适用原则;只有在不能评价为上游犯罪的共犯时,才有考虑独立适用帮助信息网络犯罪活动罪的余地。因此,以下情形仅仅成立帮助信息网络犯罪活动罪。

①行为人明知他人实施网络犯罪而为其提供帮助,但其主观上并不知道对方究竟会实施何种性质的犯罪。如行为人明知他人从自己手中收购用于支付结算的银行卡后可能会做“坏事”,却不知道对方究竟会做何“坏事”(如诈骗、开设赌场、非法经营、贩卖毒品等),此种情况下,行为人的帮助行为对正犯的结果具有“助力”作用,并与正犯一起惹起了法益侵害的结果,性质上属于“帮助犯”。然而,由于行为人对他人实施的具体犯罪的性质缺乏明知,根据责任主义原理,其不能成立关联犯罪的共犯,只能成立帮助信息网络犯罪活动罪:

②能够认定行为人明知他人会实施网络犯罪,却难以查明其对他人实施的具体犯罪性质具有明知时,根据存疑有利于被告人的原则,也不能认定为关联犯罪的帮助犯,而只能认定为帮助信息网络犯罪活动罪。

③行为人明知他人实施信息网络犯罪而为其提供帮助,但二者犯意不一致。例如,在“涉两卡”的犯罪中,提供“两卡”的行为人和上游犯罪的正犯进行开设赌场的犯意联络,但实际上,上游犯罪的正犯实施了电信诈骗犯罪。此种情况下,一方面,帮助者虽然有帮助开设赌场的故意,但客观上被帮助对象未实施开设赌场的行为,根据共犯从属性原理,不能认定为开设赌场罪的共犯。另一方面,帮助者虽然客观上为他人的诈骗犯罪行为提供了帮助,但主观上不具有诈骗的故意,根据责任主义原理,显然不能认定为诈骗罪的帮助犯。对于帮助者,只能认定为帮助信息网络犯罪活动罪。

在独立认定帮助信息网络犯罪活动罪时,确实存在正犯实施的网络犯罪(如虚假广告罪)的法定刑轻于帮助信息网络犯罪活动罪的法定刑的情况。为体现罪责刑相适应原则,考虑到其是帮助犯这一点,根据《刑法》第27条对从犯应当从宽的原则,对帮助者适用的处罚宜轻于正犯的刑罚。例外的是,在“一对多”“多对多”的场合,依据因果共犯论的旨趣,由于被帮助的多个对象的违法结果应予归责于帮助者,对帮助者的刑罚完全可以重于各个正犯的刑罚。

### (三) 实践中的两个误区

需要注意的是,应纠正实务中在处理本罪和关联犯罪的共犯的关系上,存在优先适用本罪的误区,这主要表现为以下两种情形。

一是将一些属于竞合犯的情形仅仅认定为帮助信息网络犯罪活动罪,不当地限缩了关联犯罪成立共同犯罪的范围。<sup>[32]</sup> 例如:

从2015年5月开始,“王某2”找到被告人李某宇要求其帮助进行语音平台的软件安装及

[32] 参见欧阳本祺,见前注[3],第108—110页。

技术维护工作,主要是远程配合网络运营商安装服务器,并把彩铃软件安装进服务器内,系统崩溃后的维护工作以及录音格式更改并上传,约定工资为 6000 元/月,至 2015 年 12 月份,李某宇共收到工资 42,000 元。2016 年年初,李某宇因维护彩铃软件的需要听到自己维护的彩铃软件被用于录制“重金求子”诈骗语音后,仍继续帮助王某 2 维护彩铃软件至 2016 年 9 月。期间,李某宇收到工资共计 54,000 元。法院经审理认为,被告人李某宇明知他人利用信息网络实施犯罪,仍为其犯罪提供技术支持,情节严重,其行为构成帮助信息网络犯罪活动罪。关于违法金额的认定,应从被告人明知他人用于犯罪活动时计算。本案中,李某宇自 2015 年 5 月开始做软件安装和技术维护,通过远程控制把彩铃系统软件安装好,至 2016 年初,李某宇在排除故障的过程中听到了“重金求子”类的诈骗语音,才知道安装的彩铃被用于录制诈骗语音,故 2015 年期间李某宇所获取的 42,000 元是其合法收入,李某宇违法所得金额应为 54,000 元。<sup>[33]</sup>

姑且不论李某宇起初在不知道他人实施网络犯罪的情况下为其提供技术支持而收取的报酬是否属于合法收入,但可以肯定的是,本案中被告人李某宇自 2016 年初始,发现其为他人安装并提供维护的软件被用于电信诈骗,仍然继续为其提供帮助。此种场合,如果仅按照帮助信息网络犯罪活动罪进行评价,而不考虑同时成立上游犯罪之共犯,这不仅不能体现其行为对他人财产法益之侵害的参与本质,从而对被告人的行为未能予以充分评价,而且有违罪刑法定原则。因此,妥当的处理思路是应依据《刑法》第 287 条之二第 1 款的规定,认定被告人的行为构成帮助信息网络犯罪活动罪,同时构成诈骗罪的帮助犯,从一重罪处断。

二是由于网络犯罪侦查取证的困难而仅仅止步于对作为上游犯罪的网络帮助行为的查证,而不去努力深挖上游犯罪的正犯行为。但是,如前所述,帮助信息网络犯罪活动罪原本是弥补传统共犯处罚模式规制网络犯罪行为的疏漏而规定的堵截性罪名,绝非对传统共犯评价模式的替代,只有在故意为他人实施信息网络犯罪活动提供帮助而不能被认定为共犯时才考虑独立适用该罪名。但是,实践中这种消极侦查、消极指控的做法会带来“本罪适用的膨胀而抑止其他罪名”的效应,难免会导致对犯罪的打击不力现象,应予纠正。

## 六、帮助信息网络犯罪活动罪与掩饰、隐瞒犯罪所得罪、犯罪所得收益罪的界限

从教义学上,帮助信息网络犯罪活动罪与掩饰、隐瞒犯罪所得罪、犯罪所得收益罪具有不同的犯罪构造。通常情况下,对于两罪的区分并不存在困难。但是,在“涉两卡”网络犯罪产业链中,行为人向实施网络犯罪的他人提供信用卡账户、收款码而被其用于接受账款或者代为转账、套现、取现的,如何区分两罪的界限,是实践中的一大难题。

### (一) 两罪界分的一般性标准

如前所述,帮助信息网络犯罪活动罪本质上是帮助犯,因此对本罪的解释与适用,就不能

[33] 参见江西省余干县人民法院刑事判决书,(2017)赣 1127 刑初 284 号。



脱离刑法中的有关共同犯罪的规定和共犯教义学原理进行讨论。依据因果共犯论,帮助犯受处罚的根据在于对正犯的实行行为进行协力或者加功,间接地实现侵犯法益的结果。所以,要肯定共犯的成立,必须要求行为人的行为与正犯的实行行为及其惹起的结果之间具有因果性,或者说对正犯的违法结果发挥了作用力。但是,因果性是朝向将来进行的,在他人犯罪实施既遂之后“参与”进来的场合,由于行为人对其“参与”之前、他人实施的违法事实及其结果之间不存在任何因果上的联系,因而也就缺乏让行为人就其参与前的行为承担共犯责任的根据。如此说来,帮助犯只能是事前或事中的帮助。具体到帮助信息网络犯罪活动罪来说,其作为一种特殊的帮助犯,其成立应以对他人实施的网络犯罪发挥了作用力为条件。

与此相对,掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪是赃物犯罪,其构成要件行为是采取各种方法对本犯实施的犯罪所得及其收益予以掩饰、隐瞒。但与帮助信息网络犯罪活动罪是事前或事中的参与不同,本罪系行为人在他人犯罪既遂之后对其赃物予以处置的行为,属于“事后的帮助”。这种事后“帮助”与本犯的构成要件行为及其惹起的违法结果之间不存在任何因果上的联系,因而也就不能与本犯形成共犯关系。

如此看来,对于向实施网络犯罪的他人提供信用卡账户、收款码而用于收取款项或者代为转账、取现、套现行为之定性,应依据该提供帮助行为发生的时间而定。

## (二)罪数与竞合的认定

关于帮助信息网络犯罪活动罪与掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪的罪数与竞合问题,比较复杂,需要区分具体情形加以讨论。

情形一:明知他人实施信息网络犯罪活动等犯罪而为提供信用卡、收款码而收取款项的,由于该帮助行为与正犯者实施网络犯罪结果之间存在物理的因果性和心理的因果性,属于对正犯者犯罪的实行和完成提供帮助。此种情况下,根据行为人对正犯实施的犯罪性质是否存在明知,依法认定为帮助信息网络犯罪活动罪,或者认定为该罪与正犯者之帮助犯的竞合。相反,在他人犯罪既遂之后,向其提供信用卡、收款码,以为其提供转账、套现、取现等帮助的,构成掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪。当然,如果行为人事前与实施信息网络犯罪活动的他人通谋,就事后为他人的犯罪所得、犯罪所得收益予以掩饰、隐瞒达成合意的,应以共同犯罪论处。这是因为,事前通谋,事后为本犯实施掩饰、隐瞒行为,由于与正犯结果之间具有心理的因果关系,故而构成帮助犯。

情形二:明知他人实施网络犯罪活动而提供信用卡、收款码收取款项;同时,在他人犯罪既遂之后,行为人又受对方的指示,为其犯罪所得、犯罪所得收益办理代为转账、套现、取现或者为配合他人转账、套现、取现而提供刷脸等验证服务等帮助的,此种情况下,行为人事前提供信用卡账户、收款码的行为属于对正犯实施的网络犯罪的参与,构成对正犯者犯罪的帮助;事后又为其代为转账、套现、取现或者为配合他人转账、套现、取现而提供刷脸等验证服务的,属于掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益。行为人先后实施的两个行为侵犯了不同的法益,构成数个独立的犯罪,即分别构成帮助信息网络犯罪活动罪(或者帮助信息网络犯罪活动罪与正犯者之帮助犯的竞合)与掩饰、隐瞒犯罪所得罪、犯罪所得收益罪,应予两罪并罚。

情形三:明知他人实施网络犯罪活动而提供信用卡、收款码,上游犯罪的行为人不仅将该信用卡、收款码用于收取赃款,而且还用于转移赃款,此种情况下,于行为人而言,可以说是出于一个概况的犯罪故意,实施了一个提供银行卡、收款码的行为,属于一行为触犯数罪名,构成帮助信息网络犯罪活动罪(或者帮助信息网络犯罪活动罪与正犯实施的具体犯罪之帮助犯的竞合)和掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪(或者洗钱罪)的想象竞合,从一重罪处断。

情形四:明知他人利用自己的信用卡、收款码帮助他人实施网络犯罪活动者转移赃款而向其提供信用卡、收款码。此种情况下,行为人的行为可以解释为掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪之正犯的帮助。但是,如果行为人主观上对他人利用其提供的信用卡、收款码帮助实施网络犯罪活动者转移赃款的行为这一点缺乏明知,但有证据证明行为人可能知道他人会利用其信用卡、收款码从事网络犯罪活动的,有成立帮助信息网络犯罪活动罪的余地。当然,如果行为人对他人利用其信用卡、收款码实施网络犯罪这一点根本上缺乏明知,根据责任主义,由于行为人缺乏帮助他人实施掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益行为或者帮助他人实施网络犯罪的故意,故而既不能认定为掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪的帮助犯,也不能认定为帮助信息网络犯罪活动罪。

### (三)立法论上的探讨

值得研讨的是,在行为人(甲)事前与实施信息网络犯罪的正犯乙进行通谋,就掩饰、隐瞒其犯罪所得、犯罪所得收益达成合意并在事后实施掩饰、隐瞒行为的场合,由于其行为与正犯结果之间具有心理的因果性,故应成立帮助犯。如果行为人对他人实施的犯罪之性质缺乏明知,就只能成立帮助信息网络犯罪活动罪,最高只能判处3年有期徒刑;但与此相对,如果行为人(丙)在他人犯罪既遂之后,为他人转移犯罪所得或者帮助其转账或套现、取现的,则构成掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪,最高可判处7年有期徒刑。两相比较,前一种情形不仅表现在事后为他人转账或者套现、取现,而且在事前就与他人共谋,却在处罚上可能轻于事后单纯地帮助他人掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得的行为,似乎有违罪责刑相适应原则。

然而,可以肯定的是,对于事前与正犯进行通谋,事后帮助其掩饰、隐瞒犯罪所得的行为人而言,一般而言,其对正犯实施的犯罪性质大都存在明知。换言之,对于事前通谋的情形,大多都是应认定为上游关联犯罪之共犯。因而,可能造成刑罚适用的失衡现象仅仅是极其例外的罕见情形,如帮助者受到了正犯的欺骗而缺乏对正犯犯罪性质的明知。此种情况下,只能认定为帮助信息网络犯罪活动罪。但这似乎已经不是解释论的问题,而是立法论的问题。<sup>[34]</sup>当然,在解释论上能否尝试作如下分析,也值得考虑:对于事前与实施网络犯罪的正犯进行通谋,

[34] 实践中,网络犯罪帮助行为表现为“一对多”甚至“多对多”,因而具有“积量构罪”、社会危害性大的特点。不仅如此,在被帮助对象实施的犯罪性质和危害后果严重的场合,仅仅因帮助者对被帮助对象的性质缺乏明知而只能认定为帮助信息网络犯罪活动罪,最多对其适用3年有期徒刑,的确存在违背罪责刑相适应原则问题。因此,在立法论上,有必要对情节严重的帮助信息网络犯罪活动的行为配置更为严厉的法定刑(可以考虑增设“3年以上7年以下的有期徒刑”)。这样一来,不仅有利于实现本罪刑罚配置的合理性,而且还可以避免上述刑罚适用失衡的现象。

事后帮助其掩饰、隐瞒犯罪所得的情形,应认定为帮助信息网络犯罪活动罪(或正犯者犯罪之帮助犯)和掩饰、隐瞒犯罪所得,犯罪所得收益罪的想象竞合,从一重罪处断。

**Abstract:** The crime of assisting information network criminal activities is a crime of blocking. Its purpose is only a type of criminal law response to the network help behavior that cannot be punished according to the accomplice provisions in the general provisions, instead of negation of the traditional evaluation model of accomplice. In its nature, this crime still belongs to the special accessory crime prescribed in the specific provisions of the criminal law, rather than turning accomplices to principal offenders. This crime is declared only if the aided object (principal offender) commits an illegal act that meets the constitutive requirements (restrictive dependency theory). According to the causal accomplice theory, the illegality of each principal offender should be accumulated, and judge whether it reaches the punishable degree on the occasion of “one to many” joint crime. The term “assisting” in this crime refers not only to direct help, but also to indirect help (help to a helper). Those who knowingly provide assistance to others for using information networks to commit crimes such as telecom fraud and opening casinos belong to the contestation and cooperation between the accomplices of upstream network crimes and this crime, and should be punished as a felony. The crime of covering up or concealing the proceeds of crime and the proceeds of crime belongs to the “assistance” after the completion of another person’s crime, rather than cooperate with or contribute to the execution of the act committed by the offender (i.e. not assist before or during the commission of the offence), and there is no causality between it and the result of the crime, so it cannot form an accomplice relationship with this crime.

**Key Words:** Special Assister; Accomplice Dependency; Causal Accomplice Theory; Indirect Assistance; Concurrence

(责任编辑:车 浩)