



帮助信息网络犯罪活动罪的适用困境与理论辨析*

——基于司法实践与社会犯罪的启示

王瑞涛¹ 张静茹² 秦冠英³

1. 甘肃省兰州市城关区人民法院，兰州；
2. 中南财经政法大学刑事司法学院，武汉；
3. 甘肃政法大学，兰州

摘要 | 随着网络科技信息的日益数字化，“算法”导致个人隐私信息变得透明，利用网络实施犯罪行为，侵犯刑法保护法益的风险急剧升高。网络诈骗犯罪方式和类型日益增多，成为破坏社会秩序，危害人民群众财产安全的巨大隐患，而类似提供结算服务、技术支持的网络信息帮助行为也为网络空间犯罪大开方便之门，帮助信息网络犯罪活动成为游离于帮助行为与实行行为的边际行为，但自我国刑法增设帮助信息网络犯罪活动罪以来，就其司法实践而言，“两高”仅专门出台过《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》《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）》等规定，而我国刑法并未对本罪作任何实质上的修改和解释。本罪在实践中的适用仍存在诸多困惑，如本罪行为的定性、处罚轻重的依据等问题。故帮助行为是否可以被认作系一种具有潜在风险，因需要提前预防危害而被纳入刑法规范体系的单独犯罪行为，虽与被帮助对象实施的犯罪联系紧密，却与其不成立共犯关系。基于此，是否可以回应帮助行为并不是“帮助行为正犯化”，也不是“量刑规则说”，更不是“帮助犯的正犯化”。因而在司法实践当中，在认定帮助行为的危害程度及判处刑罚时应从这种行为本身出发，而不是将该行为与被帮助者所犯的罪联结在一起，如此也与罪刑相适应原则相一致，能够实现理论与实践的统一与自恰。

关键词 | 帮信罪；帮助行为；正犯行为；共犯行为

Copyright © 2022 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



当法律被制定和施行之后，我们除了应继续探讨它是否应当被制定，以及制定它的正当依据之外，

还应认真研究、讨论如何适用它，以便以实践继续完善它，甚至作为废除它的一面镜子。帮助信息网

*基金项目：2020年甘肃省教育厅项目（2020A-085）；甘肃省科技厅项目（20CX9ZA075）阶段性成果。

络犯罪活动罪（下文简称“帮信罪”）自《刑法修正案（九）》增设以来，成为理论界与实务界的热议焦点，变得尤为激烈。以张明楷教授为代表的学者认为本罪不是帮助行为正犯化的规定，而是帮助犯的量刑规则^[1]，以刘艳红教授为代表的学者则主张本罪是独立罪名，是帮助行为正犯化的罪名^[2]。又如，基于本罪法条内容“明知”的规定，孙运梁副教授在其《帮助信息网络犯罪活动罪的核心问题研究》一文中对“明知”进行了详细论述，最后得出“明知”即明知只能是确知，亦即明确知道、明明知道的观点^[3]。所以，“帮信罪”中帮助行为如何界定，出现了学说理论的多元，与理论存在的争议一样，实践中，该罪同样使司法工作人员在定罪量刑、审理裁判中出现难以认定的难题，陷入各种“迷思”，不仅对“明知”的理解把握存在困惑，也包含对“被帮助对象所犯之罪”认定的疑惑。诸如以哪种视角来理解本罪的设立、怎样认定情节严重、帮助行为与帮助犯的行为区分、本罪与关联犯罪的关系、司法解释就该罪的适用规定是否合理等问题，均值得做更为深入的检讨。

一、案例考察：实践中的困惑

自“帮信罪”进入刑法罪名体系以来，一直是被热议的对象，国内众多学者围绕该罪在理论上展开了激烈论辩，实践上也存在很多困惑。根据我国

刑法修正案（九）以及修正案（十）、修正案（十一）规定的相关内容，其更青睐刑法“维护国家安全和社会稳定的需要”以及“发挥刑法在维护社会主义核心价值观、规范社会生活方面引导和推动作用”^[4]。

（一）本罪中“情节严重”的认定困境

《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：“《两高解释》”）第十二条对刑法第二百八十七条之二第一款规定的“情节严重”作了规定^[5]，其表述有：

“（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；（四）违法所得一万元以上的；（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。”同时，最高人民法院、最高人民检察院及公安部联合发布了《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）》（以下简称“《意见二》”），其中，第九条规定了《两高解释》第十二条中第（七）项规定的“其他情节严重的情形”^[6]，其在逻辑上属于是对解释的解释，对部分情节进行了“量化”，如对收购或出售、出租信用卡等网络设备、密码数量进行了规定，亦对收购、出售、出租他人手机卡、流量卡、物联网卡的数量进行了明确。

对比上述解释与意见，显而易见的是，《两高解释》更倾向于将情节严重的判定与被帮助对象所

[1] 张明楷. 论帮助信息网络犯罪活动罪 [J]. 政治与法律, 2016, 2: 5.

[2] 刘艳红. 网络犯罪帮助行为正犯化之批判 [J]. 法商研究, 2016, 3: 19-20.

[3] 孙运梁. 帮助信息网络犯罪活动罪的核心问题研究 [J]. 政法论坛, 2019, 2: 83-85.

[4] 《中华人民共和国刑法（2020年修正）》第二条：中华人民共和国刑法的任务，是用刑罚同一切犯罪行为作斗争，以保卫国家安全，保卫人民民主专政的政权和社会主义制度，保护国有财产和劳动群众集体所有的财产，保护公民私人所有的财产，保护公民的人身权利、民主权利和其他权利，维护社会秩序、经济秩序，保障社会主义建设事业的顺利进行。

[5] 《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》第十条规定：“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。”

[6] 《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）》第九条规定：“明知他人利用信息网络实施犯罪，为其犯罪提供下列帮助之一的，可以认定为《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》第十二条第一款第（七）项规定的‘其他情节严重的情形’：（一）收购、出售、出租信用卡、银行账户、非银行支付账户、具有支付结算功能的互联网账号密码、网络支付接口、网上银行数字证书5张（个）以上的；（二）收购、出售、出租他人手机卡、流量卡、物联网卡20张以上的。”

造成的危害结果相关联，而《意见二》更倾向于将情节严重的判定与帮助行为本身的严重程度相关联，尽管可以将两个规定中的条款设置合理解释为“互补”，但是仍在刑法理论上及实践当中造成极大困惑，产生了解释上的悖论。

“支付结算金额二十万元以上”其要求被帮助行为必须在帮助行为的帮助下结算金额超过二十万元以上，那么，帮助行为的“情节严重”就需要与被帮助对象的能量大小相关联，当被帮助对象是个巨大的相关犯罪团伙，其通过帮助行为支付结算了巨额赃款，据此认定帮助行为属于“情节严重”，反之若是被帮助对象通过帮助行为支付结算2万元赃款，就认定帮助行为不属于“情节严重”，其产生的悖论就是将他人的犯罪行为的危害结果归结于并未实施该犯罪行为的人，显属不当。

“违法所得一万元以上”其要求帮助人因为帮助行为“获利”1万元以上，那么就此可以作出假设，若提供帮助的人遇到的被帮助对象系属“大款”（累积财富较多的人），对方出具的价格更具有交易性且帮助人更擅长“讨价还价”，一般情况下，一张卡卖1000元，但是对方支付给帮助人20000元，所形成的必然逻辑就是非法获利多者，帮信行为的情节就严重，但获利的多少却与对方实际支付能力相关，亦显属不当。如：在“曾某某、周某某帮助信息网络犯罪活动罪”^[1]一案中，曾某某指使周某某办理银行卡和电话卡用于结算，周某某遂委托朋友吴某某办理电话及银行卡，后二人将银行卡及手机卡售卖给他人，该卡共计洗转赃款788781.9元，其中洗转本案涉案赃款299997元，曾某某未获利，

周某某获利3000元，最终法院判决曾某某有期徒刑1年4个月，周某某有期徒刑1年2个月，罚金各2000元。在本案中，若以获利多少判断“情节严重”，那么本案应该如何认定及判决？

“被帮助对象实施的犯罪造成严重后果”其要求被帮助对象实施的犯罪造成严重后果，然后将这种严重后果归结于帮助行为，这与同“支付结算金额二十万元以上”逻辑一样，帮助行为人的危害程度取决于犯罪行为人即被帮助对象“能量”的大小，被帮助对象诈骗数亿钱款或者诈骗数百人帮助行为人情节就严重，反之当被帮助对象一无所获时其情节就很轻，总之，最终确定帮助行为的危害程度大小的因素在于不受他自己行为控制的别人的行为，这在刑法理论和逻辑上是无法自恰的^[2]。

如表1中四种帮助行为的对比，尽管4人之行为各有不同，处罚结果也大体一致，但我们到底出于何种逻辑使每一个人的行为都罚当其罪，类似行为之间的处罚也基本公平？这要求我们在刑法的层面上作出明确回答。A将其名下1张银行卡、U盾、身份证复印件出售给他人，该卡在被用于犯罪过程当中涉案38起，入卡、过卡赃款1163584元，在评价A的行为时，将涉案38起、过卡赃款1163584元归结于A是否合理？（当然在该案中判决结果是相对公正的，这里只是作理论上的假设讨论。）抑或对照B行为，将自己办理的4张银行卡开通网银密码后出售他人从事犯罪活动，其中1张卡涉案5起，过卡赃款937101元，其判决结果1年3个月且罚金10000元却相对较重于A的1年且罚金4000元，此差距亦需要刑法理论上的回应。

表1 四种帮助行为及处罚结果对比^[3]

行为人	帮助行为及获利情况	被帮助对象造成的损害结果	判决结果
A	明知他人可能用于其信用卡从事犯罪活动，仍将其名下1张银行卡、U盾、身份证复印件出售给他人，获利10970元	该卡涉案38起，流入过卡赃款1163584元	有期徒刑1年，罚金10000元
B	明知他人可能用于其信用卡从事犯罪活动，办理4张银行卡开通网银及密码出售给他人，未获利	1张卡涉案5起，过卡赃款937101元	有期徒刑1年3个月，罚金4000元
C	明知他人可能用于其信用卡从事犯罪活动，仍将其名下3张银行卡出售给他人，获利32699元	3人被骗，过卡赃款共计272795元	有期徒刑8个月，罚金30000元
D	明知他人利用银行卡可能从事电信网络诈骗，经人介绍将自己办理的2张银行卡及绑定的电话卡出售给他人，获利1000元	1人被骗，共计向2张卡内转入赃款979770元	有期徒刑1年，罚金8000元

[1] 参见兰州市C区人民法院（2021）甘0102刑初845号刑事判决书。

[2] “提供互联网接入”“服务器托管”“网络存储”“通讯传输”“广告推广”“支付结算”等帮助行为与上述情形一致，不再一一阐述。

[3] 案例均来源于“中国裁判文书网”，经过筛选、整理、编写形成此表格。

（二）不同行为的区分困境

任何犯罪行为最终均要落在刑罚之上，反言之，我们可以从刑罚来观察行为的区别。但是在当前的实践中，因本罪在刑法理论上的争议导致此行为与彼行为之间存在难以区分的情况，致使适用本罪时产生困惑。在刑法理论中，社会危害程度的大小取决于主观恶性、客观行为以及损害后果。我国刑法第六十一条亦规定：“对于犯罪分子决定刑罚的时候，应当根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度，依照本法的有关规定处罚。”^[1]

1. 帮助行为的共犯适用

依照正犯共犯化理论，在刑法上将狭义的共犯行为（帮助行为、教唆行为）视为正犯行为（实行行为），直接承担正犯的刑事责任，有学者认为立法上将帮助行为正犯化，也就是将二次责任升至一次责任的正犯，体现了立法者对网络帮助行为的特殊评价，此有益于法益保护^[2]。该观点可以作为解释帮助犯罪的正犯化理由，然而在实践中出现的情形是，某些帮信犯罪是以团伙形式出现的，其有完整的组织运行体系，而这种情形是否可以依然按照类似二次责任上升为一次责任的逻辑，将其成员理解为“共犯的共犯”，这在理论上并未有明确的定论，本文将在下文对此作进一步的讨论，此处更多关注的是“团伙形式”的帮信犯罪。

在“洪某等51人帮助信息网络犯罪活动罪”一案中^[3]，被告人洪某等人分别通过成立金融或网络科技公司等方式，招募大量人员从事“接粉”、推送虚假信息“吸粉”，谋取非法利益。首先，按照刑法共犯理论，在组织形式上该犯罪团伙层级分明、分工明确、结构稳定，具有成立共犯的一切条件，然而将类似的行为解释为共犯，是否与帮助行为本身已构成共犯存在冲突，以现有的刑法理论是否对此能够提供严谨而又充分的逻辑解释，仍值得商榷；其次，若以共犯理论划分该犯罪组织中相关人等的责任，被帮助人所实施的损害结果是否应当由该犯罪团伙予以整体承担，在该案中，法院所查明的具体案情，仅限于团伙中个人的非法获利数额，该团伙的帮助行为造成了巨大损害后果，并未全部查明或帮助行为尚未造成损害，那么此情况下各个成员的处罚应由何决定？最后，在本案中，首要分子洪某被判处有期徒刑2年8个月且罚金30000元，一般参与人员罪最轻被判处有期徒刑1年，缓期2年

执行，且执行罚金3000元，按照刑法共犯理论可以完美解释成员之间的处罚差异，但就成员的处罚整体而言偏重，该情形应当以何种理论解释亦无定论。

2. 帮助行为的恶性比较

尽管同属帮助行为，但行为之间仍然存在明显差异，其必然地成为恶性大小以及处罚轻重的主要依据。以“收购、出售、出租、出借银行账户及提供其他配套设备或服务”等情形为例，在实践中，在排除数量的干扰下，收购他人银行账户及配套设备的是否其恶性必然地大于出售自己的情形，出售自己银行卡及配套设备的其恶性是否必然要小于收购他人的情形，出租自己银行账户及配套设备的其恶性是否必然要小于出售自己的情形。具体有：^[4]

在“徐某犯帮助信息网络犯罪活动罪”一案中，徐某明知他人利用银行卡实施犯罪仍将自己实名办理的4张银行卡出借给他人从事电信网络诈骗活动，其卡被用于电信诈骗2起，涉案金额280万余元。

在“郎某某、封某某犯帮助信息网络犯罪活动罪”一案中，朗某某明知他人利用银行卡实施犯罪仍收购他人银行卡四件套共计4套转售给他人用于犯罪活动，其购的卡被用于诈骗犯罪，被帮助对象致使14人被骗，入卡赃款169万余元。

在“李某某犯帮助信息网络犯罪活动罪”一案中，李某某明知他人可能用其信用卡从事犯罪活动，仍将其名下1张银行卡、U盾、身份证复印件出售给他人实施犯罪，该卡涉案38起，流入结算赃款116万余元。

在以上三个案例中，若以各自行为作为判定其恶性大小及处罚轻重的依据，应当具有可靠性，然而以现有刑法理论及立法看来，其可能在判处结果上有所差距，即以《两高解释》第十二条作为依据，以上三人的行为均属于“情节严重”，此仍然出现了上述的悖论，不以行为人为本身作为恶的大小，而是以他人的犯罪损害结果，此不属于帮助行为人

[1] 《中华人民共和国刑法（2020年修正）》第六十一条。

[2] 孙运梁. 帮助信息网络犯罪活动罪的核心问题研究[J]. 政法论坛, 2019, 2: 88.

[3] 案例来自中国裁判文书网，并进行了整理和改编。

[4] 此处3个案例均来源于对中国裁判文书中案例的整理和改编。

的可控范围。对比之下,《意见二》关于银行卡数量5张以上的规定,显属合理。“提供互联网接入”“服务器托管”“网络存储”“通讯传输”“广告推广”“支付结算”等帮助行为论证逻辑与上述情形一致,不再一一赘述。

综上所述,针对本罪适用,在理论界对于“明知”“犯罪”等展开了激烈讨论,但是对于帮助行为本身的适用即“情节严重”“恶性大小”等却鲜有提及,结合当前理论研究现状及实践适用考察,应当可以确认关涉本罪适用的难点与疑惑以及理论的争论一直不曾停止,仔细梳理总结起来,其均源于对本罪实质的认识不清。纵观刑法理论界,大多数的讨论焦点集中于本罪本质系属“帮助犯的量刑规则”或“帮助行为正犯化”,而所有的实践适用问题也是围绕这两个理论所出现的,换句话说,即这两种理论具有根本上的缺陷,无法将帮助行为本身作为一个社会犯罪行为去进行考察。

二、理论辨析:学说的论争

就目前刑法理论界而言,对于本罪“本质”的观点可以分为:“量刑规则说”^[1]与“帮助行为正犯化说”^[1],上述观点均是以不同的视角尝试对本罪的实质作出自恰的解释,但无论哪种观点都没能跳出“刑法学”所设定的这一理论体系,两者都试图在解答困惑的同时,利用刑法解释体系和话语、逻辑在反方向上寻找本罪的归依,这种思路所形成的内部解释具有严密、周延的特点,但却存在极大的“漏洞”,对于该罪存在的全部困惑并不能作出恰当的解释与回应。

(一)“量刑规则说”理论辨析

“量刑规则说”是以张明楷教授为代表的学者的观点,其认为,本罪不是帮助行为正犯化的规定,而是帮助犯的量刑规则。该观点的论证点大致如下:第一,根据《刑法》第287条之二规定,成立本罪要求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、通讯传输、网络储存等技术支持,或者提供广告推广、支付阶段等帮助,即“明知他人实施犯罪”+“帮助行为”,也就是客观构成要件的帮助行为必须指向他人实施的刑法规定的侵害法益的行为^[2]。如果被帮助对象并未去实施犯罪,那么帮助行为就不能被评价为犯罪,否则有违背罪刑相适应原则的嫌疑,故本罪的成立与否仍然受到共犯的制

约;第二,对比刑法第107条规定的“资助危害国家安全犯罪活动罪”,成立第107条规定的犯罪需要被资助者实施相应的犯罪^[3],只有当被帮助对象实施犯罪,使值得保护的法益受到具体的、紧迫的危险时,才处罚帮助犯,因而此罪的成立需要被帮助人实施相关条文规定的犯罪,故独立的法定刑不是本罪系属独立罪名的根据;第三,对照“帮助行为正犯化说”即帮助犯独立性观点,结合我国刑法共犯理论,帮助犯既可能是从犯,也可能是胁从犯,但从刑法第27条、第28条来看,帮助犯只能存在于共同犯罪当中,这表明帮助犯难以独立构成犯罪,如果帮助犯采取独立性说,那么当被帮助的人没有犯罪时,将难以对帮助犯进行评价,此亦将与共犯理论产生明显冲突^[4]。

依据上述论点,结合张明楷教授的观点,可以认为其出发点均是建基于否认传统共同犯罪理论,并认为只要坚持以不法为重心、以正犯为中心、以因果关系为核心,而不以法律为中心^[5],同时采取限制从属说,就可正确评价帮助行为。但是,上述观点明显存在理论阐述上的缺陷与不足。

帮助行为不等于帮助犯的行为。在理论上,甚至是实践当中,总在本罪的帮助行为认定当中混淆帮助行为与帮助犯的行为,刑法第287条展现的语言结构是:“明知……实施犯罪+为其提供……技术支持,或等帮助”,可以看出此处的帮助并非共同犯罪当中的帮助,共同犯罪中的帮助所形成的是帮助犯,侧重犯罪“角色”以及责任承担的划分,而此处的帮助却仅仅是指帮助,侧重于这种行为本身的明确和强调。况且,刑法第287条第三款规定:“有前两款行为,同时构成其他犯罪的,依照处罚

[1] 孙运梁. 帮助信息网络犯罪活动罪的核心问题研究[J]. 政法论坛, 2019, 2: 81.

[2] 同上注第82页。

[3] 《中华人民共和国刑法》第107条规定:“境内外机构、组织或者个人资助实施本章第一百零二条、第一百零三条、第一百零四条、第一百零五条规定之罪的,对直接责任人员,处五年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利;情节严重的,处五年以上有期徒刑。”

[4] 张明楷. 论帮助信息网络犯罪活动罪[J]. 政治与法律, 2016, 2: 7.

[5] 张明楷. 共同犯罪的认定方法[J]. 法学研究, 2014, 3: 24.

较重的规定定罪处罚。”既然在同一条法律当中有“例外”的规定，那么在逻辑上就无必要将二者视为同一，既然行为本身已构成其他犯罪，亦同其他犯罪成立共犯，再若将前款行为进行“特殊”规定亦无必要，故在“量刑规则说”视角下，明显将帮助行为与帮助犯的行为进行了等同，从而产生上述难以解释的矛盾。

帮助行为受限于被帮助对象所犯的罪。“量刑规则说”认为，将本罪之所以视为帮助犯的量刑规则，其缘由就在于成立本罪的前提是被帮助对象所犯的罪，帮助行为从属于被帮助者，若当被帮助的人没有犯罪时，将难以对帮助犯进行评价。首先，依此观点，仍然难以对本文上述“情节严重”认定困惑作出恰当解答，一个行为的处罚或者评价需要依赖于别人的行为的认定，这是照此解释产生的最大纰漏，以致在实践当中，帮助行为的独立处罚性与正犯行为关联从属问题依然存在着，主要体现在司法裁决的落脚点往往会回到“正犯”行为“事实从属性”之上而进行认定^[1]。如在相同情形下，当A的被帮助对象诈骗了100万时，A的危害结果就重，处罚就重，责任就大，当B的被帮助对象诈骗了1万或者很少时，B的危害结果就轻，处罚就轻，责任就小，这严重违背了刑法的罪刑相适应原则，行为人应当仅对自己所做的行为进行负责；其次，虽然“量刑规则说”主张参照“资助危害国家安全犯罪活动罪”的立法逻辑，但实际上并不能以被资助者未实施特定的犯罪，资助危害国家安全犯罪活动罪便不能成立的逻辑来推演本罪的成立与否，两者不属同一立法原意，法条结构表述也明显不一致，故两者不具有可比性。据此，将帮助行为的评价与被帮助者具体所犯的罪进行联结以评价，此难以使人信服，且在实践当中具有不可操作性，因为某些诈骗犯罪的行为人归案就是个“难题”。

（二）“帮助行为正犯化说”理论辨析

“帮助行为正犯化说”是以刘艳红教授为代表的学者的观点，其认为，本罪是刑法独立设置、帮助行为正犯化的罪名，而帮助行为之所以被独立纳入法定刑是以该行为本身单独成罪为前提的，刑法在被帮助对象实施的具体犯罪之外单独设置了本罪名。为阐述上述观点及回应“帮助犯量刑规则说”，该理论大致的论点如下：第一，独立的罪名才有独立的法定刑，刑法之所以独立设罪，

是为单独评价某种行为，而不是对刑法总则共犯的补充，单纯地将这种规定视为“帮助犯的量刑规则”会导致重刑罚设置而轻罪名设置功能^[2]；第二，如果将本罪解释为刑法总则之外，对帮助犯的特殊量刑说明会导致刑法总则当中共犯的空置，从而丧失刑法总则对其分则的指导作用^[2]；第三，参照“资助危害国家安全犯罪活动罪”的人罪逻辑并不能说明本罪亦与其相同，若因被帮助者没有实施犯罪，致使帮助行为不能被评价为犯罪的原因不在于帮助行为正犯化，而是因为这种帮助行为本身不具有可罚性^[2]。

依据上述论点，结合刘艳红教授的观点，可以认为其逻辑起点在于刑法总则与分则体系的统一，以及功能的不同划分。应当确定，从刑法内部体系的统一性这一视角可以解释帮助行为独立成罪及正犯化的正当性，但是，不容忽视的是这种解释更像是为本罪独立成罪、独立处罚而寻找正当理由，是一种从反方向的推断过程，故其仍然存在缺陷。

无法完全评价帮助行为本身。为了择出“量刑规则说”下帮助行为的从属性，而认为帮助行为与被帮助对象实施的犯罪一点关系都没有，进而推论如果被帮助者没有实施犯罪则帮助行为就没有评价的必要，这种逻辑的缺陷在于，实践当中有些帮助行为就是在客观上对被帮助对象未能起到帮助作用，甚至被帮助对象未实施任何犯罪，那么，此种情况下，帮助行为就不被作评价，其显然不妥。结合上文实践中的困惑，往往某些出售、出租、收购银行卡或信用卡等的情形，在将卡提供给被帮助对象后，被帮助对象并未实施任何犯罪，此时帮助行为应当作刑法评价，否则有违刑法立法原意，遗漏处罚的嫌疑，不去评价这种帮助行为就是对该行为在犯罪意义上的严重忽视。如类似在A明知B可能利用银行卡从事犯罪而实名办理银行卡4张，并开通网银等，同时将自己的身份证复印件、U盾等以每套50元的价格一并出售给B，后B将上述卡及设备又转卖给了他人的情形中，若以B未实施犯罪，就不评价A的行为，则有违提前打击的立法原意，实质上，

[1] 李彧祺. 帮助信息网络犯罪活动罪反思与前瞻[J]. 广播电视大学学报(哲学社会科学版), 2021, 2: 14.

[2] 刘艳红. 网络犯罪帮助行为正犯化之批判[J]. 法商研究, 2016, 3: 20.

A、B 的行为在客观上均造成了一定的潜在风险，只是这种风险还未转化为实际损害结果。

独立成罪的理由欠缺。“帮助行为正犯化说”对于帮助行为主张独立成罪及处罚的理由并未进行充分说明，类似“独立的罪名才有独立的法定刑，刑法之所以独立设罪，是为单独评价某种行为”。这种逻辑表达好似——因为是 A，所以是 A 的结构，其并未有任何意义，甚至于会陷入循环论证的死结。即便也可能有网络环境下帮助行为的社会危害性将超过实行行为的社会危害性的观点，但仍然无法从根本上说明这种帮助行为本身就是犯罪，而仅仅是作为佐证“帮助行为正犯化说”成立的论据。正如李斯特所言：“即对于一个民族来说，在该时期被视为干扰其生存条件的行为，必须科处刑法。”^[1]这也与恩里科·菲利“每一种犯罪都是行为人的身体状况与社会环境相互作用的结果，由于这些状况和环境对各种犯罪都有一定程度的作用，社会对犯罪现象所能采取的最有效、最有力的防卫措施是双重性的，而且应当采用和实施两种措施：一是改善社会环境，对罪犯进行自然的预防，并以此来代替刑罚；二是永久性或临时性消除罪犯，依据行为人的生物学状况在犯罪过程中的影响几乎是绝对的，或者在一定程度上是大的，或者在一定程度上是可以治愈的来定”^[2]的观点一致，是否需要独立成罪、独立成罪的缘由应当与某种行为本身所产生的危害或风险相关，而这也是对于本罪而言，自始至终缺乏的研究。

因而，综上所述，弄清楚某种行为的本质以及刑法将其纳入惩罚范围之内的缘由是我们研究本罪的理论逻辑的起点和根基，然后再以刑法的理论来研究这种行为，其结果必然是非常自恰的，这是一种正方向的考察。尽管，理论界目前对于本罪争论不休，对于本罪如何适用也极具争议，但是仍稍显“杂乱”，各有说法，莫衷一是，却不具有更大的包容性，并不能全面地认识本罪的“庐山真面目”。同时，不可否认，某些研究和探讨对于我们认识本罪来说的确是很有意义的，如关于“明知”“帮助对象的犯罪”“立法目的”等，就很有学习和借鉴价值，认识总受限于时代，正是这些争议共同推动着我们更全面的认识之形成，故认识帮助行为本身就成为必然的方向。

三、罪名本质：行为的回归

我国刑法的立法目的是：“为了惩罚犯罪，保

护人民，根据宪法，结合我国同犯罪作斗争的具体经验及实际情况，制定本法”，立法任务是：“用刑罚同一切犯罪行为作斗争，以保卫国家安全，保卫人民民主专政的政权和社会主义制度，保护国有财产和劳动群众集体所有的财产，保护公民私人所有的财产，保护公民的人身权利、民主权利和其他权利，维护社会秩序、经济秩序，保障社会主义建设事业的顺利进行。”上述是刑法展开其他立法内容的基础。基于此，将本罪纳入刑法规定范围，亦必然是要实现上述之目的、完成上述之任务。

（一）帮助行为与帮助犯之行为的严谨区分

帮助行为是一种行为，在共同犯罪当中是如此，在本罪中亦是如此。为了更加深入地研究本罪，我们首先需要区分以下几种行为，即“一般的帮助行为”与“本罪当中的帮助行为”，其中“一般的帮助行为”即指共同犯罪当中的帮助行为，这种帮助行为必然地构成共同犯罪中的帮助犯。我国刑法第 25 条规定：“共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。”在共同犯罪当中起主要作用的是主犯，起次要作用的是从犯，帮助犯属于从犯，即系属帮助犯。例如，甲预谋实施盗窃，在与乙共谋后，希望乙能提供撬门的工具，乙也实际提供，甲利用此工具成功实施盗窃的，那么乙的行为就是帮助犯。但是，在本罪中，其罪状表述结构为：“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。”明显该行为系为在客观实际上对被帮助对象的实施行为可能起到促进作用的效果，但实际上提供帮助的人并未知晓被帮助者将实施何种犯罪、是否实施了犯罪，两者存有明显差别，因而“行为对其犯罪能起到帮助作用，不等于就是帮助犯，也不应据此被评价为帮助犯的正犯化。”^[3]综上所述，本罪的帮助行为与帮助犯的行为应做严格区分，两者不是同一概念，不能相混淆，否则刑法第 287 条第 3 款的规定将变得无

[1] [德]冯·李斯特. 论犯罪、刑罚与刑事政策 [M]. 徐久生, 译. 北京: 北京大学出版社, 2016: 20.

[2] [意]恩里科·菲利. 犯罪社会学 [M]. 郭建安, 译. 北京: 商务印书馆, 2017: 55.

[3] 皮勇. 论新型网络犯罪立法及其适用 [J]. 中国社会科学, 2018, 10: 131.

任何意义,因而尽管在法条表述中使用了“帮助”这一表述,但是这种帮助行为与其他犯罪的正犯行为没有任何区别^[1]。故在讨论本罪之前首先应当明确区分帮助犯的行为与客观上对他人实施犯罪起促进作用的帮助行为。

(二) 帮助行为本质与刑法入罪意愿间的平衡

众多学者和研究人员在探讨本罪之时,均有言及网络犯罪的危害程度,如“随着信息传播速度和广度的不断提升,网络帮助犯的活动范围也将继续呈几何倍扩大”^[2]。一方面,信息化时代,犯罪手段不断变化和升级,依托和借助网络、信息进行犯罪所产生的严重危害后果并非是危言耸听,身处国外的犯罪分子依然可以通过信息网络对中国境内的公民进行诈骗,这让公民个人的财产安全极具风险,而信息网络帮助行为对这些犯罪的实施产生了极大促进作用,诚如“不少网络技术帮助行为背后的正犯行为,往往是诈骗犯行为”^[3]。因而,明知他人利用信息网络实施犯罪,而对其提供信息技术、支付结算等帮助的,其行为在客观上制造了一种巨大风险和潜在危害,虽然无法确定被帮助对象是否实施犯罪,但帮助行为为其实施犯罪在客观上提供了一种“可能”,即帮助行为是一种风险,故在风险社会的视角下,风险的管控不再是针对一个具体的违法现象,而是要遇见可能造成破坏的根源,力求避免风险,保障人民的幸福安全^[4]。而且,本罪所涉及的上下游犯罪众多,其中比较常见的犯罪行为有:诈骗、掩饰、隐瞒犯罪所得、盗窃、洗钱、开设赌场、侵犯公民个人信息、非法吸收公众存款、非法控制计算机信息系统程序、传播淫秽物品等。从这

些行为可以看出,帮助行为所帮助对象的广泛程度,所对相关犯罪的影响巨大,尤其是对诈骗以及掩饰、隐瞒犯罪所得的犯罪行为起着至关重要的作用,这些犯罪同时也涉及刑法对金融管理秩序、公民个人人身权利、财产安全、社会管理秩序、司法活动等法益的保护,因而有必要对这种行为通过刑法规范的方式进行提前打击,以破解无“法”规制具有严重危害及较高风险的新型网络违法犯罪行为的巨大困境^[5]。此外,还有学者认为将本罪帮助行为纳入刑法体系,将实现与国际公约立法趋势的相一致,此亦有一定的合理性^[6]。

总之,本罪的行为具有无可辩驳的潜在危害,即“单个帮助行为社会危害尚可能有限,但帮助行为累计下来的社会危害巨大。可以说,信息网络犯罪的帮助行为相较于传统的帮助行为,其对于完成犯罪起着越来越大的决定性作用,社会危害性凸显,有的如果全案衡量,‘累计’社会危害,明显超过正犯”^[7]。故立法基于本罪的严重危害、巨大风险而将本罪纳入刑法体系,施行打早打小、提前防卫^[8]、提前打击^[9]等理念。

(三) 行为情节及“情节严重”的正确认定

既然帮助行为本身是一种区别于帮助犯的行为且独立的行为,那么,在认定帮助行为的危害程度大小时,从这种行为本身出发,这也与罪刑相适应原则相一致。“在下游的信息网络犯罪相关法益的侵害行为无法定型化的情况下,帮助信息网络犯罪活动行为的法益侵害性,只能回归该行为本身进行独立的刑法判断,而无法借助其他

[1] 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的性质[J]. 政法论坛, 2021, 2: 169.

[2] 张婷. 中德网络帮助犯规制体系之评介反思[J]. 重庆邮电大学学报(社会科学版), 2017, 1: 46.

[3] 张铁军. 帮助信息网络犯罪活动罪的若干司法适用难题疏解[J]. 中国刑事法杂志, 2017, 6: 45.

[4] 于兆波, 刘银平. 风险社会视角下的立法决策观念转变:以权力和权利为中心展开[J]. 地方立法研究, 2017, 1: 83.

[5] 高铭喧, 孙道萃. 网络时代刑法解释的理论置评与体系进阶[J]. 法治研究, 2021, 1: 26-27.

[6] 黄文菊. 帮助信息网络犯罪活动罪的立法解读与司法纠偏[J]. 湖北警官学院学报, 2022, 6: 154.

[7] 喻海松. 新型信息网络犯罪司法适用探微[J]. 中国应用法学, 2019, 6: 160.

[8] 胡云腾. 谈《刑法修正案(九)》的理论与实践创新[J]. 中国审判, 2015, 20.

[9] 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[J]. 法律科学, 2017, 2: 143-151.

犯罪行为进行判断。”^[1]当 A 明知他人利用信息网络实施犯罪而将自己实名办理的 1 张银行卡出售给他人,即便被帮助对象诈骗了 1000 万, A 的危害结果也应当以其出售 1 张银行卡的行为做判断,并进行处罚。对比之下,当 B 明知他人利用信息网络实施犯罪而将自己实名办理的 10 张银行卡出售给他人,即便被帮助对象诈骗了 200 元或未诈骗成功时,那么 B 的处罚一定要比 A 重,因就各自的行为而言,可以将出售 10 张银行卡的行为看作是出售 1 张银行卡的 10 次叠加,同时也是出售 1 张银行卡所造成的风险的 10 倍,故应当予以严惩,如此才不致违背罪刑相适应原则,行为人仅对自己作出的行为进行负责。

同时,就上文涉及的帮助行为的共犯行为问题,依据帮助行为的本质及立法原意,就可以做如下之解释。在一个犯罪团伙中,首要分子出于不正当谋利的目的而成立犯罪组织进行犯罪,尽管整个犯罪组织所表现出来的是帮助行为,但仍然可以刑法共犯理论对其组成人员处以不同的刑罚,而对于首要分子偏重的理由在于帮助行为制造了一种潜在的风险,且以某种组织或者团伙的形式使这种风险的程度被急剧提升了,犯罪团伙的帮助行为在客观上更有可能对他人所实施的犯罪提供便利的帮助,或下游人的行为有可能造成更加严重的损害后果,因而需要做严厉的处罚。同时,在更大程度上,应将这种评价应该归结于首要分子和主要构成人员,而对于一般成员则可比照从轻处罚。

通过上述的阐释,确认了本罪帮助行为系一种具有潜在风险,因需要提前预防危害而被纳入刑法规范体系的犯罪行为,其在客观上首先应是一种单独的犯罪行为,只是这种帮助行为与被帮助对象实施的犯罪联系紧密,却与其不成立共犯关系。基于此,可以回应帮助行为并不是“帮助行为正犯化”,也不是“量刑规则说”,更不是“帮助犯的正犯化”,同时,基于帮助行为单独犯罪的单独性亦可解答司法实践中遇到的困惑,这也为相关法律规定的完善提供了参考。

但是,仍有必要回应一些其他问题,如本罪是否会导致处罚的扩大化等问题。肯定地说,将帮助行为纳入刑法规范体系不会导致处罚范围的扩大。有学者认为对于一些生活中存在的“中立行为”也可能被认定为犯罪,这会扩大惩处范围。一方面,这种观点经不起逻辑的推敲,将“帮助”

说成“中立”,即行为在主观上具有认识、具有故意,但同时又没有故意,这等同于说 A 构成犯罪, A 同时也不构成犯罪,此种认识本身就是一种矛盾^[2]。另一方面,将某种行为认定为犯罪是经过综合判断而得出的结论,是一个完整、严密的论证过程,在刑法理论上是如此,在司法实践当中也是如此,是不是犯罪,是不是中立行为都可以通过具体案情来加以判断。此外,可能存在的另外一种忧虑,是本罪被纳入刑法体系后惩罚面的过大,实际上这也是没有必要的。在本质上,帮助行为就是一种潜在的风险,而不是针对某种实质性损害,入罪原意就是要打击这种行为,降低可能存在的风险,只要正确适用刑法,严格运用证据规则,然后予以综合判断就可避免。

四、结语

“刑法目的是一种主观意愿,体现于刑事立法与司法的全过程,在被刑事立法及司法所追求的同时,又反之对其产生制约与指引的作用”^[3]。故出于社会风险预防的考虑,适时将一种可能影响社会稳定和秩序的潜在风险的行为纳入刑法规范体系之内是十分必要的,这就是本罪的立法原意。同时,刑法的适用是一个不断实践的过程,我们要在实践中不断发现规律、发现法律的漏洞,进而巩固理论,发展理论,使两者形成良性互动。帮助信息网络犯罪活动罪中的帮助行为是一种普遍常见的行为,这种行为在客观上对多种犯罪起着促进作用,具有巨大的社会风险,因而需要用刑法予以规范。但是,作为一种被新纳入刑罚体系的犯罪,在实践中必然会遇到各种困惑,为确保罪名的正确适用,因而有必要进行解惑与辨析,以确保其发挥应有的作用。

(责任编辑:邹文奥)

[1] 陈毅坚,陈梓瀚. 帮助信息网络犯罪活动罪的司法适用: 基于正犯性视角的教义学展开[J]. 地方立法研究, 2021, 5: 105.

[2] 陈毅坚,陈梓瀚. 帮助信息网络犯罪活动罪的司法适用: 基于正犯性视角的教义学展开[J]. 地方立法研究, 2021, 5: 101.

[3] 刘雨筱. 刑法目的及其价值[J]. 广西政法管理干部学院学报, 2019, 6: 102.

Help the Applicable Dilemma and Theoretical Analysis of Information Network Criminal Activity Arime —is Based on Judicial Practice and the Enlightenment of Social Crime

Wang Ruitao¹ Zhang Jingru² Qin Guanying³

1. Lanzhou Chengguan People's Court of Gansu Province, Lanzhou;

2. School of Criminal Justice, Zhongnan University of Economics and Law, Wuhan;

3. Gansu University of Political Science and Law, Lanzhou

Abstract: With the increasing digitization of network technology information, “algorithm” leads to personal privacy information becoming transparent, and the risk of committing criminal acts and violating the interests of criminal law protection increases sharply. The ways and types of network fraud crime are increasingly innovative, Become a huge hidden danger of destroying social order and the safety of people's property, Similar network information assistance behaviors of providing settlement services and technical support also open the door for cyberspace crimes, Helping information network crime becomes a marginal behavior free from helping behavior and practicing behavior, However, since China's criminal law has added the crime of helping information network criminal activities, In terms of its judicial practice, The Supreme People's Court and the Supreme People's Procuratorate has only specially issued the Interpretation on Several Issues concerning the Application of the Law in Handling Criminal Cases such as Illegal Use of Information Network and Helping Information Network Criminal Activities, the Opinions on Several Issues concerning the Application of the Law in Handling Criminal Cases of Telecom and Network Fraud (2) and other provisions, And our country criminal law does not make any substantive amendment and interpretation of this crime. There are still many puzzles in the application of this crime in practice, such as the nature of this crime and the basis of the severity of punishment. Therefore, whether the help behavior can be recognized as a separate criminal behavior with a potential risk and is included in the criminal law standard system because of the need to prevent the harm in advance is closely related to the crime committed by the help object, but it does not establish an accomplice relationship with it. Based on this, whether we can respond to helping behavior is not “helping behavior behavior”, nor “sentencing rules”, nor “helping criminal behavior”. Therefore, in judicial practice, when determining the harm degree of the helping behavior and imposing the punishment, we should start from the behavior itself, rather than connecting the behavior with the crime committed by the helper, which is also consistent with the principle of adaptation to the crime and punishment, and can realize the unity and self-correctness of theory and practice.

Key words: Help letter crime; Help behavior; Criminal behavior; Accomplice behavior