

帮助信息网络犯罪活动罪的再探讨

张明楷*

摘要:“共犯的正犯化”以对正犯与共犯采取区分制为前提,帮助行为成立犯罪若不以正犯的存在为前提,则是共犯的正犯化,但帮助信息网络犯罪活动罪因以正犯的存在为前提,故不可能是共犯的正犯化。行为的危害性大、能被独立定罪,以及刑法对帮助信息网络犯罪活动罪规定了独立罪状与法定刑等,都不是共犯正犯化的根据;司法解释的相关规定也并非共犯正犯化的法律依据。以帮助信息网络犯罪活动罪论处的案件之所以多,主要是因为司法机关误解共犯的成立条件、错误适用从旧兼从轻原则、未运用想象竞合原理,以及为了减轻对正犯的证明责任,导致将大量诈骗等罪的共犯认定为帮助信息网络犯罪活动罪。只有在抽象的认识错误、正犯的犯罪性质未能查明等场合,才可能对相关帮助行为以帮助信息网络犯罪活动罪论处;在所谓“一对多”的场合,若各被帮助者的行为没有达到罪量要求,则帮助者的行为也不成立帮助信息网络犯罪活动罪。从立法论上说,废除帮助信息网络犯罪活动罪或许是良策。

关键词:帮助信息网络犯罪活动罪 共犯的正犯化 诈骗罪 共犯

《中华人民共和国刑法修正案(九)》[以下简称《刑法修正案(九)》]增设帮助信息网络犯罪活动罪(以下简称帮信罪)后,笔者曾撰文认为,帮信罪并非共犯的正犯化,只是量刑规则。^①现在,关于帮信罪的规范性质存在激烈争议,需要深入讨论。因为只要采取共犯从属性原理,帮信罪究竟是不是共犯的正犯化便直接影响帮信罪的成立范围。易言之,只要承认共犯的从属性,正确理解和适用《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第287条之二的规定,帮信罪的适用范围就会缩小。但是事实上,2021年以来帮信罪案件持续大幅增长,数量已跃居各类刑事案件第三位,^②其中的真实原因究竟是什么,值得认真探究。只有明确了帮信罪的规范属性与案多原因,才能进一步确定帮信罪的适用范围。基于此,本文对帮信罪的规范属性、案多原因与适用范围发表粗浅看法。

* 清华大学法学院教授

① 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。

② 参见最高人民法院刑事审判第三庭:《关于帮信罪司法治理的调研报告》,《人民法院报》2023年8月5日。

一、帮信罪的规范属性

关于帮信罪的规范属性,即帮信罪是不是共犯的正犯化,理论上存在激烈争论。之所以如此,主要原因可能是对“共犯的正犯化”概念本身存在不同理解。

共犯的正犯化以对正犯与共犯采取区分制为前提。如果采取单一正犯体系,认为所有参与者都是正犯,那么共犯的正犯化概念便没有存在的余地。在区分制体系中,正犯是一次责任,刑法首先抑制的是正犯,正犯不从属于其他犯罪,因而具有独立性;教唆犯与帮助犯是二次责任,二次责任是以正犯的存在为前提的派生性、扩张性的犯罪形态。^①倘若没有正犯,就不可能存在由其派生出来的扩张性的二次责任。区分制体系虽然形式上是对处罚范围的扩大(即所谓刑罚扩张事由),但实际上限制了共犯的处罚范围。限制共犯处罚范围的基本路径是采取共犯从属性原理,即强调教唆犯、帮助犯的成立以正犯的存在为前提(从属于正犯),但正犯并不从属于其他参与者。^②按照“限制从属性说”原理,正犯的存在,是指被教唆或者被帮助的正犯实施了符合构成要件且违法的行为(包括可罚的预备行为)。如果一个犯罪的成立以正犯实施符合构成要件且违法的行为为前提,该犯罪就不是正犯,只能是共犯;^③如果刑法分则规定,一个教唆、帮助行为成立犯罪不以正犯实施符合构成要件且违法的行为为前提,则是共犯的正犯化。

例如,《刑法》第 285 条第 3 款规定了两种行为类型:“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”。前一种行为类型不以正犯的存在为前提,因而属于共犯的正犯化;后一种行为类型则以他人实施了侵入、非法控制计算机信息系统的违法犯罪行为为前提,因而不是共犯的正犯化。^④

《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。”问题是,倘若甲以为乙会利用信息网络实施犯罪而提供帮助,但乙根本没有利用信息网络实施犯罪的,^⑤那么甲是否成立帮信罪?若持肯定回答,则帮信罪是共犯的正犯化。然而,对此不可能持肯定回答。从《刑法》第 287 条之二第 1 款的规定来看,如果他人(乙)没有利用信息网络实施犯罪,行为人甲就不可能“为其犯罪提供……帮助”,不可能符合帮信罪的构成要件。难以想象 B 没有实施杀人行为, A 却帮助了 B 杀人。反过来说,只有当甲明知乙利用信息网络实施犯罪,乙事实上也利用信息网络实施了犯罪,

^① Vgl. Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, C.H.Beck, 2003, S.130;山口厚『刑法総論(第3版)』(有斐閣・2016年)307頁;井田良『講義刑法学・総論(第2版)』(有斐閣・2018年)476頁;松原芳博『刑法総論(第3版)』(日本評論社・2022年)401頁参照。

^② Vgl. Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, C.H.Beck, 2003, S.128.

^③ 当然,按照最小“从属性说”的观点,只要正犯实施构成要件行为即可,但本文采取“限制从属性说”。

^④ 参见钱叶六:《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》,《中外法学》2023年第1期。

^⑤ 按照限制从属性原理,《中华人民共和国刑法》第 287 条之二第 1 款中的“他人利用信息网络实施犯罪”只需要他人的行为在不法层面成立犯罪。

且甲的行为对乙的犯罪起到了帮助作用(与正犯结果之间具有因果性),才有可能认定甲的行为成立帮信罪。显然,帮信罪的成立从属于“他人利用信息网络实施犯罪”,亦即帮信罪的成立从属于正犯。既然如此,帮信罪就不可能是共犯的正犯化。

主张帮信罪是共犯正犯化的观点,主要有以下理由:(1)帮助信息网络犯罪的行为(以下简称帮信行为)本身属于帮助行为,但立法者却将其独立成罪并配置相应的法定刑,这就是帮助行为的正犯化。^①例如,有学者指出:“帮助行为本来是共犯行为,从属于正犯而存在,这里的从属包括罪名从属与处罚从属……只要立法机关对帮助行为设置了独立罪名并规定了独立的法定刑,就是帮助行为正犯化的立法规定。除此以外,没有其他判断帮助行为正犯化的标准”。^②(2)帮信行为经过网络虚拟空间的放大效应,在影响深度、广度上都有着显著提升,能够向多个无关联犯罪人实施的诸多不同性质的犯罪提供帮助。因此,帮信罪的“帮助”与其他罪名的“帮助”并非作用相同、性质相同的概念,两者存在本质上的差别,将其作为正犯行为加以认定,存在一定的合理性。^③(3)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《解释》)没有规定本罪的成立以被帮助对象构成犯罪为前提。例如,《解释》第12条第1款规定:“明知他人利用信息网络实施犯罪,为三个以上对象提供帮助的即可构成本罪”。此外,《解释》第12条第2款还规定:“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”。不难看出,“《解释》更是明确规定在无法查证被帮助对象是否达到犯罪的程度的情况下,只要具备一定的条件,即可构成本罪,这充分表明本罪构成犯罪的独立性,本罪的不法并不依附于被帮助的对象”。^④

显然,主张帮信罪是共犯的正犯化的各种理由,大多脱离了共犯与正犯的区分制体系与共犯从属性原理。这样的“共犯的正犯化”概念,其内涵与外延不具有确定性,值得商榷。理由如下:

第一,帮助行为能够单独定罪或被提升为独立罪名,不是共犯正犯化的判断依据。“单独定罪”的说法可能具有不同含义。如果说对帮助行为单独定罪是指不以正犯的存在为前提,则是共犯的正犯化,但如前所述,帮信罪的成立并非如此。

如若说单独定罪是指帮助犯的罪名可能与正犯不同,则这并不意味着共犯的正犯化,而完全可能是故意、法定年龄等责任要素不同所致。例如,甲误以为乙要故意伤害丙,便将凶器提供给乙,但乙故意杀害了丙。没有争议的是,乙成立故意杀人罪,甲因为缺乏帮助杀人的故意,对其只能认定为故意伤害罪,但这种单独定罪并不是共犯的正犯化。在此例中,根据共犯从属性原理,如果乙没有实施杀人、伤害等行为,则甲的行为并不成立帮助犯。再如,B绑架C后打算故意杀

^① 参见毛政、马松建:《帮助信息网络犯罪活动罪的性质及其适用》,《郑州航空工业管理学院学报》(社会科学版)2023年第2期;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;刘艳红:《网络犯罪帮信行为正犯化之批判》,《法商研究》2016年第3期。

^② 陈兴良:《共犯行为的正犯化:以帮助信息网络犯罪活动罪为视角》,《比较法研究》2022年第2期。

^③ 参见曹化:《帮助信息网络犯罪活动罪司法适用的异化与归正》,《青少年犯罪问题》2023年第3期;黄现清:《正犯化的帮助信息网络犯罪活动罪问题研究》,《法律适用》2022年第7期;孙毅坚、陈梓瀚:《帮助信息网络犯罪活动罪的司法适用——基于正犯性的教义学展开》,《地方立法研究》2021年第5期。

^④ 陈兴良:《共犯行为的正犯化:以帮助信息网络犯罪活动罪为视角》,《比较法研究》2022年第2期。

害C,15周岁的A知道真相并提供了用于杀害C的凶器,B利用该凶器杀害了C。按照《刑法》第17条以及1999年12月9日最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的规定》,B的行为仍然成立绑架罪,但A的行为仅成立故意杀人罪。这也可谓单独定罪,但不意味着共犯的正犯化。

倘若说单独定罪是就“一对多”的情形而言,即行为人对多数人提供帮助,但被帮助的人只是一般违法而不构成犯罪,这也不能为共犯的正犯化提供根据。例如,持共犯正犯化观点的学者指出:“在一对多帮助情形下,尽管多数被帮助者仅停留在普通违法而不构成犯罪的程度,但帮助行为应当能够单独定罪。司法解释规定,在被帮助者(正犯)可能不成立犯罪时,帮助者可以构成帮信罪,这更加确定了这一点”。^①在本文看来,这一观点存在疑问。一方面,对一般违法的帮助行为明显不符合《刑法》第287条之二的“为其犯罪提供……帮助”的规定,既然如此,就不可能对帮助者的行为适用第287条之二认定为帮信罪,否则就违反罪刑法定原则。另一方面,《解释》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”。这采取的就是“限制从属性说”。

第二,帮助行为不具有罪名从属性与处罚从属性,不是共犯正犯化的判断依据。共犯的正犯化意味着帮助行为成立犯罪并不从属于正犯,或者说不采取实行从属性原理;共犯与正犯区分制体系中的共犯从属性,强调的是实行从属性。亦即共犯的成立以正犯实行犯罪(包括可罚的预备行为)为前提。只要帮助行为成立犯罪以正犯实行犯罪为前提,就不是共犯的正犯化。如前所述,成立帮信罪以其他人实施电信网络犯罪为前提(实行从属性),所以帮信罪不可能是正犯,也不可能是共犯的正犯化。

有学者指出:“对于我国刑法分则中的帮助行为相对正犯化立法,除了正犯着手实行犯罪情形下的帮助行为原则上成立犯罪以外,还可以且应当例外性地处罚特定情形下犯罪预备阶段的帮助行为。倘若按照张明楷教授的观点,将帮助信息网络犯罪活动罪……理解为‘帮助犯的量刑规则’,那么根据共犯的从属性原理,相关犯罪的处罚范围就必须仅限于帮助行为成立帮助犯的情形,而不能包括被帮助者尚未着手实行犯罪情形下但具有法益侵害危险性的帮助行为(预备阶段)。这显然不当限制了相关犯罪的处罚范围,从而使帮助行为正犯化立法丧失了应有的价值。”^②在本文看来,这是对共犯从属性或实行从属性的误解。国外刑法理论的通说,只是讨论从属性的有无与程度,其中从属性的有无就是实行从属性问题。^③日本学者平野龙一教授将共犯从属性分为实行从属性(肯定)、要素从属性(限制)与罪名从属性(否定)来讨论,同时指出:“既然正犯造成了值得作为预备罪处罚的危险程度,通过教唆、帮助行为使之发生这种危险的,也应当作为教唆犯、帮助犯处罚,这是基于从属性原理理所当然得出的结论”。^④这也是日本刑法理论

^① 毛政、马松建:《帮助信息网络犯罪活动罪的性质及其适用》,《郑州航空工业管理学院学报》(社会科学版)2023年第2期。

^② 熊亚文:《从共犯论到法益论:帮助行为正犯化再审视》,《法学》2021年第8期。

^③ Vgl. Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, C.H.Beck, 2003, S.127ff; 团藤重光『刑法綱要総論(第3版)』(創文社・1990年)375頁。

^④ 平野龙一『刑法総論 III』(有斐閣・1975年)350—351頁。

的通说。^① 概言之,正犯实行了可罚的预备罪时,肯定教唆犯、帮助犯的成立,也是共犯从属性、实行从属性的应有之义。^② 因此,以被帮助者实施了可罚的预备罪为前提肯定帮信罪的成立,依然是“共犯从属性说”的内容,而不是共犯正犯化的结论与理由。

罪名从属性讨论的问题是,对共犯是否必须适用与正犯相同的罪名与处罚条文。这个意义上的正犯与共犯的关系,其实是“犯罪共同说”与“行为共同说”之争。^③ “完全犯罪共同说”已被淘汰,不管是“部分犯罪共同说”还是“行为共同说”,都没有要求共犯的罪名从属于正犯,即“共犯的罪名不一定从属于正犯”。^④ 反过来说,即使共犯的罪名与正犯不同,也不意味着共犯被正犯化。例如,甲对乙声称入户盗窃,让乙在门外望风,但甲入户后实施了抢劫行为,乙对此不知情。在此例中,正犯者甲的行为成立抢劫罪,但对帮助者乙的行为只能认定为盗窃罪,两者的罪名与法定刑都不同,但不能据此认为乙是正犯,也不能认为乙是共犯的正犯化。在本例中,乙的盗窃犯罪仍然从属于甲的犯罪行为。

处罚从属的概念似乎没有存在的必要。因为从责任刑角度来说,对共犯与正犯完全可能适用不同的法定刑,不存在处罚从属的问题;从预防刑角度来说,对共犯与正犯的预防必要性大小是分别判断的,而不可能一方从属于另一方。如果说处罚从属是指正犯受处罚时,共犯才受处罚,则采取了责任共犯论与极端从属性的观点,本文难以赞成。倘若说对帮助犯原本要适用《刑法》总则第 27 条的规定从宽处罚,但《刑法》第 287 条之二却对帮信罪规定了独立的法定刑,因而是共犯的正犯化,则这个意义上的共犯正犯化,正是本文所称的量刑规则。亦即,刑法规定对共犯适用正犯的法定刑,而且不适用总则关于共犯从宽处罚的规定。例如,《刑法》第 244 条规定了强迫劳动罪的构成要件与法定刑,其中第 2 款规定:“明知他人实施前款行为,为其招募、运送人员或者有其他协助强迫他人劳动行为的,依照前款的规定处罚”。适用该规定以被帮助者实施了符合强迫劳动罪构成要件且违法的行为为前提,因而不是共犯的正犯化,只是量刑规则。换言之,对某个犯罪的处罚不适用刑法总则关于共犯的从宽处罚规定,不意味着该犯罪就是共犯的正犯化。因为共犯没有被正犯化时(如《刑法》第 244 条第 2 款),也可能不适用刑法总则关于共犯的从宽处罚规定。反之,只要帮助行为成立犯罪以正犯的存在为前提,即使对该帮助行为规定了独立法定刑,该帮助行为也不是共犯的正犯化。

有学者就共犯正犯化指出的一个理由是,“在网络犯罪的帮助行为正犯化以后,虽然本罪是拟制的正犯,但仍然具有正犯的属性。因此,教唆他人实施本罪之帮助行为的……应当是本罪的

^① 大谷實『刑法講義總論(新版第 4 版)』(成文堂・2012 年)445 頁;川端博『刑總論法講義(第 3 版)』(成文堂・2013 年)603 頁;西田典之(橋爪隆補訂)『刑法總論(第 3 版)』(弘文堂・2018 年)422—426 頁;前田雅英『刑法總論講義(第 7 版)』(東京大学出版会・2019 年)330 頁;山中敬一『刑法總論(第 3 版)』(成文堂・2015 年)983 頁;高橋則夫『刑法總論(第 3 版)』(成文堂・2016 年)476 頁;山口厚『刑法總論(第 3 版)』(有斐閣・2016 年)329—330 頁;井田良『講義刑法学・總論(第 2 版)』(有斐閣・2018 年)541—544 頁参照。

^② 在日本刑法中,因为处罚预备犯是极为例外的现象,所以平野龙一等教授用“实行从属性”来表述共犯从属性的含义。换言之,平野龙一等教授所称的实行从属性与通说所讲的共犯从属性是一个含义,都包括帮助行为对预备罪的正犯的从属性。

^③ 平野龍一『刑法總論 III』(有斐閣・1975 年)364 頁;西田典之(橋爪隆補訂)『刑法總論(第 3 版)』(弘文堂・2018 年)429 頁以下参照。

^④ 平野龍一『刑法總論 III』(有斐閣・1975 年)365 頁。

教唆犯而不是本罪的帮助犯”。^①但在本文看来,这一点也不是共犯正犯化的判断标准。因为不管行为人教唆他人实施帮信行为是成立教唆犯还是成立帮助犯,帮信罪本身都以正犯实施了电信网络犯罪为前提。况且,否认帮信罪是共犯的正犯化,只是否认帮信罪的成立不以正犯的存在为前提,而非否认帮信罪也可能成立独立的罪名。当帮信罪成为独立的罪名时,教唆他人实施帮信罪的当然不是帮助犯。

第三,帮助行为的社会危害性大,不是共犯正犯化的判断依据。共犯是否被正犯化,只能按照刑法分则规定进行判断,而不是按具体行为的危害大小进行判断。对故意杀人、放火等严重犯罪实施的帮助行为,社会危害性也大,但该帮助行为并不当然属于正犯,因为共犯是否被正犯化,原本就不是以社会危害性大小为标准确定的。况且,帮信行为在影响深度、广度上显著提升,能够向多个无关联犯罪人实施的诸多不同性质的犯罪提供帮助,虽然是部分事实,却并非全貌,更不是《刑法》第287条之二对帮信罪成立条件的规定。《刑法》第287条之二对帮信罪规定的最高刑仅为3年有期徒刑,倘若这种帮助行为构成其他犯罪的帮助犯,则完全可能被判处高于3年有期徒刑的刑罚。这表明,以社会危害大为由主张帮信罪是共犯正犯化的观点与刑法规定相冲突。此外,“‘正犯化说’提出本罪具备独立的法益侵害性质的重要论据,即本罪行为人往往采取‘一对多’的帮助形式,其本身具有较大的社会危害性与实践情况产生了矛盾”。^②亦即,实践情况是,一对多的帮助并不是最常见的情形。因此,以社会危害性大为由主张帮信罪是共犯正犯化的观点,其实是将部分事实强加于规范,难以被本文接受。在现实生活中,任何行为人都可能向多个无关联的犯罪人实施的诸多不同性质的犯罪提供帮助。不管是普通犯罪的帮助行为还是网络犯罪的帮助行为,本质上都是对正犯结果起促进作用。在此意义上,各种帮助行为并无本质差别。退一步说,即使认为帮信行为与其他帮助行为存在差别,但以正犯的存在为前提这一点是完全相同的。既然如此,就不能以帮信行为更加严重为由,认为帮信罪是共犯的正犯化。

第四,《解释》关于帮信罪的相关规定,不是共犯正犯化的判断依据。《解释》第12条的文字含义或许是帮信罪的成立不依附于被帮助的对象,或者说不从属于正犯。但是,帮助行为是否、能否正犯化只能由刑法决定。换言之,帮信罪是不是共犯的正犯化,应当以刑法规定为依据,而不能以司法解释为依据;当司法解释不符合刑法规定时,就更不能以司法解释为依据。如前所述,《刑法》第287条之二的规定清楚地表明,只有当行为人为他人实施信息网络犯罪提供帮助时,才成立犯罪,这便否认了共犯的正犯化。

综上所述,主张帮信罪是共犯正犯化的各种观点,都难以成立。^③或许有人认为,否定与肯定帮信罪是共犯正犯化的学者在不同意义上使用了共犯的正犯化概念,因而形成了不同结论,无所谓对与错。但应当承认,只能在共犯与正犯的区分制体系中基于共犯从属性原理判断帮信罪是不是共犯的正犯化。

^① 陈兴良:《共犯行为的正犯化:以帮助信息网络犯罪活动罪为视角》,《比较法研究》2022年第2期。

^② 周振杰、赵春阳:《帮助信息网络犯罪活动罪实证研究——以1081份判决书为样本》,《法律适用》2022年第6期。

^③ 还有学者以帮助信息网络犯罪活动罪的行为社会危害性大为由采取“独立构罪说”。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。尽管持上述观点的学者也否认帮助信息网络犯罪活动罪是共犯的正犯化,但“所谓的‘独立构罪说’可以归入到共犯行为正犯化说的阵营”。参见钱叶六:《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》,《中外法学》2023年第1期。

除共犯“正犯化说”之外,还有学者采取了“二重性说”：“从帮助信息网络犯罪活动罪作为刑法罪名所体现的独立性来看,帮助者与被帮助者是否存在意思联络、被帮助者是否被抓获归案、被帮助者是否被最终认定有罪,均不影响对帮助者的定罪量刑。但是,从帮助信息网络犯罪活动罪的依附性来看,仍然有一关键要素不容忽视,即客观上需存在他人利用信息网络实施犯罪活动,主观上需明知他人利用信息网络实施犯罪活动”。^①这一观点中的“依附”概念,表达了“从属性”的含义,但既然成立帮信罪依附于正犯,即客观上需要存在他人利用信息网络实施犯罪活动,就表明帮信罪不具有独立性,因而不存在共犯的正犯化。况且,“二重性说”存在明显的逻辑缺陷;^②“依附性”概念也未能正视问题的症结。

总之,刑法虽然规定了帮信罪的构成要件与法定刑,但没有将其提升为正犯。当然,认为刑法对帮信罪的规定属于量刑规则,并不是说帮信罪不可能成为独立罪名,也不是说帮信罪都是其他犯罪的共犯,更不是说实践中不可能有行为成立帮信罪,^③只是说帮信罪的成立以正犯的存在为前提,对帮信罪的认定要采取共犯从属性原理;在成立帮信罪的前提下,对其量刑不再适用刑法总则关于共犯从宽处罚的规定,因而是量刑规则。

有学者针对“量刑规则说”提出的异议是：“……对于下游犯罪行为难以查明,而帮助行为从整体评价上具备应受刑罚处罚的严重社会危害性,这种情形本属于帮助信息网络犯罪活动罪的行为类型,可是根据量刑规则说却无法将其评价为构成该罪。因此,量刑规则说同样不能够完全反映帮助信息网络犯罪活动行为独立入刑的内在理论逻辑。”^④这一异议难以成立。一方面帮信罪的成立以正犯的存在为前提,如果不能查明正犯,就不可能认为帮助行为本身整体上具备应受刑罚处罚的严重社会危害性,当然不可能以帮信罪处罚。另一方面,只要证据表明,帮助行为对某个正犯的构成要件行为与结果起到了促进作用,且正犯符合相应罪量要素,当然就能认定帮信罪的成立。至于正犯是否具有责任,以及正犯是否被抓获,都不影响行为成立帮信罪(当然也不影响帮助行为成立其他罪的共犯)。

还有学者指出,“量刑规则说”的“不足在于,下游帮助行为人在上游网络犯罪者实施实行行为前或正犯结果出现后提供帮助行为的,便不能以该罪认定”。^⑤这一异议存在误解,理由如下:(1)采取“共犯从属性说”时,共犯行为当然可能发生在正犯实施实行行为之前。例如,甲事前故意向正犯提供凶器,正犯利用该凶器杀人的,甲无疑成立故意杀人罪的帮助犯。帮信罪也是如此,因此认为帮信罪是量刑规则不会导致事前帮助不成立犯罪。(2)如果帮助行为发生在正犯结

^① 于冲:《帮助信息网络犯罪活动罪的独立性与依附性》,《国家检察官学院学报》2023年第1期。

^② 参见张明楷:《论教唆犯的性质》,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第21卷),北京大学出版社2007年版,第76页。

^③ 有学者认为,帮助信息网络犯罪活动罪侵害的法益是信息网络秩序,如果使其沦为其他罪名的共犯形态,不符合本罪在刑法分则中的体系地位,参见曹化:《帮助信息网络犯罪活动罪司法适用的异化与归正》,《青少年犯罪问题》2023年第3期。但在本文看来,帮助信息网络犯罪活动罪与其他犯罪的共犯不是对立关系,完全可能构成想象竞合。主张帮助信息网络犯罪活动罪对正犯的从属性,也并不意味着帮助信息网络犯罪活动罪不可能独立成罪,至于独立成罪的帮助信息网络犯罪活动罪究竟侵犯了什么法益,则是另一问题,但无论如何回答,与其从属于其他正犯并不矛盾。

^④ 李明鲁、皮勇:《网络空间犯罪中的公共秩序法益研究——从帮助信息网络犯罪活动罪的独立性切入》,《海南大学学报》(人文社会科学版)2023年第5期。

^⑤ 刘仁文、汪恭政:《网络犯罪帮助行为的刑法认定》,《法治研究》2023年第2期。

果出现之后,当然不可能成立帮信罪,只能成立掩饰、隐瞒犯罪所得等罪。^①换言之,认为在正犯结果出现后提供帮助的也成立帮信罪,不符合《刑法》第287条之二第1款的规定。

二、帮信罪案多的原因

《刑法》第287条之二第3款规定:“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。”据此,只要他人实施电信诈骗、开设网络赌场犯罪,行为人明知且提供技术支持等帮助的,就同时成立诈骗罪、开设赌场罪的共犯,应当依照诈骗罪、开设赌场罪定罪处罚。由于大多数被帮助之罪的法定刑重于帮信罪的法定刑,帮信行为通常会构成其他罪的共犯,以帮信罪论处的案件应当比较少,但现实状况是,以帮信罪论处的案件却特别多。那么,帮信罪案多的原因何在?在本文看来,并不是因为帮信罪的定罪起点低,而是因为将应以其他罪的共犯处理的行为认定为帮信罪。之所以如此,主要有以下3个方面的原因。

(一)实体上的原因

1.共犯的认定存在偏差

根据当今占支配地位的因果共犯论,“之所以处罚共犯,是因为其与他人引起的法益侵害之间具有因果性”,这一理论也称为“惹起说”。亦即,所谓共犯,是指将其他参与者作为媒介而间接地侵害法益的行为。因此,受侵害的法益相对于共犯者自身而言,也必须是应受保护的”。^②所以,只要正犯实施电信网络诈骗行为,帮助者对之提供了帮助,间接地侵害了他人的法益,并且对之具有故意,就成立诈骗罪的共犯,而不会以帮信罪论处。司法机关之所以将原本构成其他犯罪共犯的情形认定为帮信罪,主要是因为没有合理运用因果共犯论,而且对共犯故意的理解与认定存在偏差。

传统刑法理论认为,成立共同犯罪必须具备3个条件:(1)“共同犯罪的主体,必须是两个以上达到刑事责任年龄、具有刑事责任能力的人或者单位”;(2)“构成共同犯罪必须二人以上具有共同的犯罪行为……各行为人所实施的行为,必须是犯罪行为,否则不可能构成共同犯罪”;(3)“构成共同犯罪必须二人以上具有共同的犯罪故意”。^③显然,上述观点实际上采取了责任共犯论与“完全犯罪共同说”。^④据此,倘若没有查明正犯是谁,就不可能知道正犯是否达到责任年龄,是否具有责任能力,是否具备犯罪故意,以及帮助者与正犯是否具有共同的犯罪故意,因而不可能认定帮助者与正犯者构成共同犯罪。^⑤例如,当某人在缅甸实施电信诈骗,而甲在国内为其电信诈骗提供了银行卡时,由于不能查明“某人”是否达到责任年龄、甲与“某人”是否具有明确的意思联络,即使查明国内多名被害人因为“某人”的诈骗而向甲提供的银行卡汇款,也不能认定甲与“某人”构成诈骗罪的共犯,于是,将甲的行为认定为帮信罪。概言之,将诈骗、开设赌场等罪的共犯以帮信罪论处,是导致帮信罪的定罪多的一个重要原因。具体而言,缩小共犯范围、扩大帮

^① 当然,如果事前有通谋,则依然可能成立共犯。

^② 西田典之(橋爪隆補訂)『刑法總論(第3版)』(弘文堂・2018年)361頁。

^③ 高铭暄、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2022年第10版,第162~164页。

^④ Vgl.Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, C.H.Beck 2003, S.133.

^⑤ 立法机关正是以传统共同犯罪理论为根据增设帮助信息网络犯罪活动罪的。参见郎胜主编:《中华人民共和国刑法释义》,法律出版社2015年第6版,第505~506页。

信罪范围的司法现象,与司法机关对犯意联络、事前通谋、明知的理解与认定密切相关。

首先,即使行为人明知他人实施电信诈骗行为而提供了帮助,司法机关仍以缺乏犯意联络为由认定为帮信罪,不少学者也对此持肯定态度。

例如,有案件的判决指出:“二被告人的行为……均是被明确告知其交易对象涉嫌电信网络诈骗犯罪仍与其继续交易,在没有证据证明其与上家有共同诈骗的意思联络的情况下,应当以帮助信息网络犯罪活动罪对二被告人定罪处罚”。^①又如,在另一起案件中,被告人许某、赵某供述称,其知道电信网络诈骗需要电话卡和银行卡,但仍以有偿办理电话卡的方式召集多人办理500余张电话卡并提供给他人,为他人实施电信网络诈骗活动提供帮助。诈骗犯利用许某、赵某提供的手机号码骗取李某72万元人民币。案发后,人民法院认为许某、赵某的行为构成帮信罪。^②对第二起案件的判决持肯定态度的人指出:“本案中,二被告人与被帮助对象不存有犯意联络,不宜以诈骗罪论处。”^③还有学者指出,行为人虽然实施了帮助行为,但如果只是简单的“明知”而不是充分的意思联络,应排除共犯的成立。^④

在本文看来,即使要求犯意联络,在正犯知道有人帮助自己诈骗,帮助者也知道为自己为他人实施诈骗提供帮助时,也难以否认帮助者的行为构成诈骗罪的共犯。上述判例与观点不仅采取“完全犯罪共同说”,而且要求正犯与帮助犯之间直接联系乃至相互谋议,这便不当缩小了共犯的成立范围。退一步说,即使认为上述判决中的帮助者只是单方明知电信网络诈骗犯罪而提供帮助,因而属于片面共犯,也不能否认其构成诈骗罪的共犯。即使采取“完全犯罪共同说”的教科书也承认:“单方面帮助他人犯罪,他人不知道的,在社会生活中是客观存在的,问题是如何处理才好。由于毕竟是帮助他人犯罪,比较起来,还是以从犯处理为宜。”^⑤既然如此,就不能以缺乏犯意联络为由,否认上述二被告人的行为成立诈骗罪的共犯。

还有学者指出:“意思联络,强调的是下游帮助行为人对上游网络犯罪者实施实行行为的认识……选择上游网络犯罪的共犯来认定时,要考虑意思联络。具体而言……下游帮助行为人至少要对上游网络犯罪者的实行行为有认识,只有这样,下游帮助行为人才能满足帮助犯的主观成立条件。”^⑥可是,既然只要帮助者提供帮助时对正犯者的实行行为“有认识”(即明知)即可,就没有必要使用犯意联络或者意思联络的概念。因为“犯意联络”排除了片面共犯(“明知”并不排除片面共犯),导致司法人员误认为,只有在双方就实施犯罪进行联系、谋议时才成立共犯,进而不当限制了共犯的成立范围。事实上,在甲对乙的电信诈骗提供帮助时,乙也知道有人为自己提供了帮助,这当然成立共同犯罪;至于是否知道“谁”对自己提供了帮助,则不可能影响共犯关系的成立。

其次,即使行为人明知他人实施电信诈骗行为而提供了帮助,司法机关仍以缺乏通谋为由认定为帮信罪,学术界也存在类似观点。

例如,虽然公诉机关认定郑某明知他人实施电信诈骗行为而提供银行卡,进而以诈骗罪的共

① 河南省永城市人民法院(2021)豫1481刑初786号一审刑事判决书。

② 参见江苏省南京市六合区人民法院(2021)苏0116刑初11号刑事判决书。

③ 李永超、王丽:《帮助信息网络犯罪活动罪主观明知与情节严重的认定》,《人民司法·案例》2021年第35期。

④ 参见杨彩霞:《网络服务提供者刑事责任的类型化思考》,《法学》2018年第4期。

⑤ 高铭暄、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2022年第10版,第165页。

⑥ 刘仁文、汪恭政:《网络犯罪帮助行为的刑法认定》,《法治研究》2023年第2期。

犯提起公诉,但人民法院判决指出:“被告人郑某客观上无虚构事实、隐瞒真相的行为,主观上不具有非法占有被害人财物的目的,在案证据亦不能证明被告人郑建军与诈骗犯罪嫌疑人有事前通谋的行为,其行为不符合诈骗罪的构成要件,故公诉机关指控其犯诈骗罪的罪名不能成立”。^①又如,某判决针对公诉机关指控的诈骗罪一案指出:“被告人李某立、刘某只是通过贩卖银行卡的方式进行牟利,并未实施网络诈骗犯罪行为,也未分得诈骗赃款,主观上并无以非法占有为目的诈骗他人的直接故意,客观上也未实施通过虚构事实或隐瞒真相的方法,骗取被害人财物的行为,且无证据证实二被告人与具体实施诈骗行为的行为人有预谋、通谋、商量等犯意联络,故二被告人的行为不符合诈骗罪的构成要件,不构成诈骗罪”。^②在刑法理论上,一种比较流行的观点是,对于为他人利用信息网络实施犯罪提供技术支持等帮助认定为共犯的,宜限于行为人与利用信息网络实施犯罪者存在事前或者事中“通谋”的情形。行为人主观上仅具有“明知”,但对后续实施的信息网络犯罪未实际参与的,原则上宜以帮信罪论处。^③

上述判决与观点所称的通谋,既可能与意思联络的含义相同,也可能比意思联络的要求更高。但在本文看来,将谋议、共同策划意义上的通谋作为成立共犯的前提,并不妥当。理由如下:

其一,刑法理论公认,共同犯罪分为事前通谋的犯罪与事前无通谋的犯罪,既然存在无通谋的共犯,那么,要求帮信行为成立共犯以通谋为前提,就不合适。况且,“通谋”有不同的含义,但一般来说“明知”就是通谋。(1)就事前共犯而言,通谋既可能指各共犯人就实施何种犯罪、犯罪的目标、方法、时间、地点等进行了策划、商议,也可能只是明知。例如,甲准备盗窃汽车,让乙提供盗车工具,甲利用乙提供的工具盗车既遂。虽然乙只是认识到甲要盗车,并没有与甲就如何盗车进行策划、商议,但依然构成盗窃罪的共犯。(2)事中共犯中的通谋,客观上存在不同的情形,但从成立共犯的角度来说,也只需要明知,而不需要谋议。例如,乙实施抢劫行为,在以暴力压制被害人的反抗后,甲出现在现场,甲说明了真相后,乙参与取得财物。这种一方说明真相、另一方知情后实施相应犯罪行为的情形,也可谓一种通谋,但也只是意味着明知。(3)就“事后共犯”而言,必须存在事前通谋,否则不可能成立共犯。但在这个意义上的事后共犯其实也是事前共犯。例如,《刑法》第 310 条第 1 款规定了窝藏、包庇罪的构成要件与法定刑,第 2 款规定:“犯前款罪,事前通谋的,以共同犯罪论处”。其中的通谋也不要求事前就正犯将要实施的犯罪本身进行谋议。例如,乙在杀害仇人前要求甲事后为自己提供虚假身份证件以便逃匿,甲只要表示同意就构成故意杀人罪的共犯。即使甲事后没有提供虚假身份证件,也成立故意杀人罪的共犯,因为其同意提供虚假身份证件的行为,强化了乙的犯意,与乙的杀人结果之间具有心理的因果性。不难看出,只要知道并同意正犯提出的要求,或者知道正犯将要实施某种犯罪而主动提出事后予以窝藏、包庇等,就属于事前有通谋。^④因此,即使认为成立共犯以通谋为前提,也只是意味着行为人明知他人实施某种犯罪仍然提供帮助。

其二,上述判决要求帮助犯实施虚构事实、隐瞒真相的行为,更是难以成立。帮助行为本来

① 河南省汝阳县人民法院(2019)豫 0326 刑初 420 号刑事判决书。

② 湖北省黄石市下陆区人民法院(2018)鄂 0204 刑初 224 号刑事判决书。

③ 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;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。

④ 参见张明楷:《刑法学》(上),法律出版社 2021 年第 6 版,第 504~505 页。

就不是符合刑法分则规定的构成要件的行为,只是对正犯结果起到促进作用的行为。因此,认定一个行为是否成立共犯,应首先判断正犯的行为是否符合构成要件且违法,然后判断帮助者的行为是否对正犯结果起到了促进作用,再判断帮助者是否明知上述事实,如果得出肯定结论,就成立共犯。^① 上述判决将帮助犯作为正犯判断,不符合共同犯罪的基本原理。

概言之,主张成立共犯要求意思联络或通谋(谋议)的说法,其实是要求参与人之间必须有共同商议或策划。可是,从因果共犯论的角度来说,只要认定帮助者的行为对正犯结果的发生起到了作用,主观上对之有故意,就成立共犯。双方是否有共同商量、策划等情节,对共犯的认定都是多余的。

最后,司法实践还由于对成立共犯所必须具备的“明知”进行不当的限制解释,导致将诈骗等罪的共犯认定为帮信罪。

通过查阅相关判决可以发现,否认共犯的判决对成立共犯所必需的“明知”进行了严格的限定,对成立帮信罪所必须具备的“明知”却进行了宽松的认定。这样的认定方式既自相矛盾,又导致将诈骗等罪的共犯认定为帮信罪。

例如,被告人吴某在李某的带领下到银行办理两张银行卡及U盾,并出售给李某,两张银行卡多次被用于电信诈骗。一审人民法院对吴某“不知道银行卡是要用于诈骗的辩解,不予采信”,但仅认定为帮信罪。二审判决指出:“一审庭审过程中多次供述其知道自己提供给他人的银行卡需要跨省、跨国检验,交易方式明显不正常。根据法律规定,上诉人吴某明知他人使用其银行卡交易方式明显异常,应认定其明知他人利用信息网络实施犯罪,故对此上诉理由和辩护意见不予采纳”,同样肯定了帮信罪的成立。^② 可是,既然不采信吴某不知道银行卡是要用于诈骗的辩解,就表明判决认定吴某知道提供的银行卡可能被他人用于诈骗,这便符合了诈骗罪共犯的主客观条件,但人民法院却认定为帮信罪,这便自相矛盾。

还有一些判决对行为人已经明知的事实使用了“应当知道”的表述。例如,判决认定的事实是,“被告人李某为获利,明知其办理的郑州千丛久网络科技有限公司对公账户可能被他人用于从事网络诈骗等违法犯罪活动,仍将其办理的郑州千丛久网络科技有限公司对公账户卖与他人”。一审判决认为:“被告人李某明知他人利用信息网络实施犯罪,为牟利给他人提供用于违法犯罪的对公账户,给他人提供支付结算帮助,涉嫌转移资金167万余元人民币,情节严重,行为构成帮助信息网络犯罪活动罪。”二审判决指出,“根据李某的认知水平、认知能力、行为方式及其供述,表明其主观上应当知道转卖资金支付结算账户可能被用于实施电信网络诈骗等犯罪行为,仍为他人实施犯罪提供了帮助”,进而肯定了帮信罪的成立。^③ 然而,既然认定李某明知自己提供的对公账户可能被他人用于网络诈骗活动,事实上也是如此,就没有理由否认其行为成立诈骗罪的共犯。此外,事实是“明知……对公账户可能被他人用于从事网络诈骗等违法犯罪活动”,一审判决却认定为“明知他人利用信息网络实施犯罪”,二审判决表述为“应当知道……被用于实施电信网络诈骗等犯罪行为”。这种认定与表述的随意性,旨在将李某的行为认定为帮信罪。

对于共犯人的故意,要根据刑法关于故意犯罪的规定予以解释与判断,不能任意使用一些概

^① 参见张明楷:《共同犯罪的认定方法》,《法学研究》2014年第3期。

^② 参见山东省烟台市中级人民法院(2022)鲁06刑终182号刑事裁定书。

^③ 参见河南省三门峡市中级人民法院(2020)豫12刑终224号刑事裁定书。

念。根据《刑法》第14条的规定,下列几种情形均具备诈骗罪共犯的故意的认识因素:(1)明知他人必然或肯定实施诈骗犯罪而提供帮助,他人实施了诈骗罪的;(2)明知他人可能实施诈骗犯罪而提供帮助,他人实施了诈骗罪的;(3)明知他人必然或肯定实施诈骗、开设赌场等犯罪而提供帮助,他人实施了诈骗罪的;(4)明知他人可能实施诈骗、开设赌场等犯罪而提供帮助,他人实施了诈骗罪的。将诈骗罪共犯的明知限定为上述第(1)种情形明显不合适。不可能认为,上述第(2)(3)(4)种情形是不明知,因而属于过失或者意外事件。况且,“电信诈骗”家喻户晓、人人皆知,难以相信行为人向他人提供银行卡、对公账户时不知他人可能利用它们实施电信诈骗行为(当然,特殊情形除外)。

在具备上述认识因素的前提下,提供帮助的行为人不是希望就是放任诈骗犯罪结果的发生,因而具备诈骗罪共犯的故意。反之,如果没有认识到自己在帮助某种犯罪,也不可能具备帮信罪的故意。此外要强调的是,不能要求提供帮助的行为人具有自己非法占有的目的,只要其认识到正犯可能具有非法占有目的、意图或放任他人非法占有即可。

2. 错误适用从旧兼从轻的原则

不少判决因错误适用从旧兼从轻的原则,而导致将其他犯罪的共犯认定为帮信罪。例如,马某、宋某为他人的电信诈骗提供电信线路服务,人民检察院指控马某、宋某构成诈骗罪,但判决指出:“根据2011年4月8日施行的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第七条的规定,^①被告人马某、宋某的行为确已构成诈骗罪,但2015年11月1日施行的《中华人民共和国刑法修正案(九)》已对该司法解释的规定进行了部分修正,将明知他人利用信息网络实施犯罪,为其犯罪提供通讯传输技术支持,情节严重的行为规定为帮助信息网络犯罪活动罪予以处罚,根据从旧兼从轻的原则,对被告人马某、宋某的行为应按照《中华人民共和国刑法修正案(九)》的规定定罪处罚”。^②类似判决并不少见,^③而且也得到一些学者的支持。^④

但是,上述司法判决与学者观点不无疑问。(1)《刑法修正案(九)》并没有对诈骗罪的构成要件与法定刑作出修改,不论在《刑法修正案(九)》之前或之后,明知他人实施诈骗犯罪而提供帮助的行为,都成立诈骗罪的共犯。既然如此,就不存在对诈骗罪的共犯实行从旧兼从轻的问题。此外,从旧兼从轻是在旧法条与新法条之间的选择,而不是在新法条与旧司法解释之间的选择。(2)刑事立法不可能直接修改司法解释,只可能间接导致司法解释的内容全部或者部分无效。《刑法修正案(九)》增设帮信罪,并不是对《最高人民法院、最高人民检察院关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第7条的修改,也不能认为第7条的规定因为帮信罪的设立而无效。因为增设帮信罪旨在规制不构成诈骗等罪共犯的行为,而不是为了规制诈骗等罪的共犯。(3)不能认为,帮信罪的设立是为了使对帮信行为科处较轻的刑罚,因为这样的理解会造成刑法

^① 该条规定:“明知他人实施诈骗犯罪,为其提供信用卡、手机卡、通讯工具、通讯传输通道、网络技术支持、费用结算等帮助的,以共同犯罪论处。”

^② 江苏省无锡市滨湖区人民法院(2015)锡滨刑二初字第00026号刑事判决书。

^③ 参见江西省吉安县人民法院(2015)吉刑初字第204号刑事判决书、山东省沂源县人民法院(2017)鲁0323刑初46号刑事判决书。

^④ 参见张铁军:《帮助信息网络犯罪活动罪的若干司法适用难题疏解》,《中国刑事法杂志》2017年第6期;杨彩霞:《网络服务提供者刑事责任的类型化思考》,《法学》2018年第4期。

内部的不协调。按照立法机关工作人员的说法,之所以增设帮信罪,一个重要原因是,“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,甚至超过实行行为”。^①既然如此,就没有理由认为,刑法应当对帮信行为科处较轻的刑罚,而应当对其他犯罪的帮助行为科处较重的刑罚;也没有理由主张,刑法应当将其他犯罪的帮助行为规定为从犯,而是应当对帮信行为实行正犯化。

3. 没有运用想象竞合的原理

根据《刑法》第 287 条之二第 3 款规定,帮助行为同时触犯帮信罪与其他犯罪的,应当依照处罚较重的规定定罪处罚。这是关于想象竞合的规定,因为这种情形属于一个行为触犯数个罪名。但是,司法实践却没有合理运用想象竞合的原理,对上述情形仅按帮信罪论处,而没有按其他更重犯罪的共犯处罚。

有学者统计,司法实践扩张了单独成立帮信罪的范围。涉及帮信罪与诈骗罪认定争议的刑事一审判决书中,认定行为人构成帮信罪与诈骗罪竞合的判决书仅占 6.25%。判决书明确认定一行为触犯数罪名,并根据《刑法》第 287 条之二第 3 款之规定,应以重罪诈骗罪定罪处罚的判决书仅有 1 例。^②这说明司法实践对于《刑法》第 287 条之二第 3 款关于想象竞合规定的认识尚未清晰,不能准确对其加以适用。^③

之所以如此,一个重要原因是刑法理论与司法实践一直习惯于讨论此罪与彼罪的区别,因而喜欢讨论帮信罪与诈骗等罪共犯的区分。可是,各种区分标准要么不管用,^④要么曲解共犯成立条件,要么不当限制了诈骗等罪的成立范围,进而不当扩大以帮信罪论处的范围。

例如,有学者主张:“情节严重的信息网络犯罪帮助行为构成帮助信息网络犯罪活动罪,而情节一般的帮助行为仍然属于共同犯罪中的辅助行为,按通常的‘帮助犯’处理,即片面帮助行为”。^⑤这种只是根据字面含义得出的结论,难言妥当。一方面,由于帮信罪的法定刑低,这一观点导致情节严重的帮助行为成立轻罪,情节一般的帮助行为反而成立重罪的共犯,不符合罪刑相适应原则。另一方面,这一观点没有运用想象竞合原理,而是将《刑法》第 287 条之二第 1 款规定的帮信罪与第 3 款规定的其他犯罪的关系视为相互排斥的对立关系,并不合适。

再如,有学者提出,行为人专门为诈骗犯制作更改来电显示号码软件的行为,属于“明知且促进型”的帮助行为,以诈骗罪的帮助犯处罚即可;行为人事先制作了改号软件,且在他人购买时出售的行为,则属于“明知非促进型”的帮助行为,应当按照帮信罪论处。^⑥这样的观点也不符合想象竞合的原理。因为不管是专门为诈骗犯制作改号软件,还是事先制作了改号软件后出售给诈骗犯,都对正犯结果起到了“促进”作用,并不存在所谓促进型与非促进型之别,都是一个行为同

^① 黄永主编:《中华人民共和国刑法立法背景与条文解读》(下册),中国法制出版社 2021 年版,第 759 页。

^② 参见湖南省长沙县人民法院(2020)湘 0121 刑初 250 号刑事判决书。

^③ 参见欧阳本祺、刘梦:《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。

^④ 参见张明楷:《犯罪之间的界限与竞合》,《中国法学》2008 年第 4 期。

^⑤ 王爱鲜:《帮助行为正犯化视野下的帮助信息网络犯罪活动罪研究》,《河南大学学报》(社会科学版)2017 年第 2 期。

^⑥ 参见王肃之:《论网络犯罪参与行为的正犯性——基于帮助信息网络犯罪活动罪的反思》,《比较法研究》2020 年第 1 期。

时触犯帮信罪与诈骗罪,应当从一重罪处罚;没有理由按“专门”与否来区分帮信罪与诈骗罪的共犯。^①

又如,有学者指出:“区分诈骗罪共犯与帮助信息网络犯罪活动罪的关键在于行为人是否对被帮助人实施诈骗行为明知,是概括的犯罪故意还是具体的犯罪故意,如果明知他人实施诈骗而对其提供帮助则构成诈骗罪共犯……当行为人的犯意联络无法查清或者行为人仅有间接的、概括的故意时,则应当以帮助信息网络犯罪活动罪定罪处罚”。^②但是,将间接故意、概括的故意排除在诈骗罪的共犯之外,不符合共同犯罪的基本原理。即使是采取“完全犯罪共同说”的传统观点,也没有将间接故意与概括的故意排除在共同犯罪的故意之外。^③这种区分观点也不可能适用于帮信罪以外的情形,并非一般化的可能解决方案。

实体上还因为将其他犯罪(如非法提供信用卡信息罪)认定为帮信罪,^④或者将并不构成犯罪的行为认定为帮信罪(这种情形较少),从而导致以帮信罪论处的案件较多。

(二)证明上的原因

所谓证明上的原因,主要是指电信网络诈骗等上游犯罪(正犯)高发多发、链条复杂、涉及面广、查证难度大,^⑤司法机关难以或怠于收集有关正犯的犯罪证据(或者虽然收集了正犯的证据,但由于前述实体上的原因而不采用已收集的证据),也不证明提供帮助的行为人主观上认识到帮助他人实施了什么具体犯罪。证明负担减轻了,帮信罪的定罪率就提高了。

据学者统计,判决书显示被告人所帮助的正犯行为为犯罪行为的占比为81.8%,但近18%的判决书并未以正犯行为具备刑事违法性作为本罪成立的条件。从正犯行为的具体类型上看,网络诈骗行为的占比为66%,网络赌博行为的占比为13.2%。此外,占比11.4%的被告人并未被明确提出其所帮助的正犯行为类型。在认定为帮信罪的判决中,提及“确实知道”的被告人(45.1%)和“可能知道”的被告人(54.2%)的比例相近。^⑥原本应当描述行为人帮助他人实施了什么犯罪(原本应当描述行为人构成什么犯罪的共犯),但司法文书基本上只采用“被告人明知(知道或者应当知道)他人利用信息网络实施犯罪”的表述。例如,王某某等人所办理的4张电话卡涉及外省6起电信诈骗案件,涉案金额为140324.01元人民币。“公诉机关认为,被告人王某某、陈某某、汪某、张某在知道或者应当知道他人可能实施违法行为的情况下,仍然提供支付宝账户、电话卡、银行卡等通讯、支付结算等帮助,并从中获利……应当以帮助信息网络犯罪活动罪追究其四人的刑事责任。”人民法院的判决指出:“被告人王某某、陈某某、汪某、张某为获取非法利益,明知他人利用信息网络实施犯罪,为其犯罪所得违法资金提供支付宝、银行卡支付结算等帮助,情节严重,其行为已构成帮助信息网络犯罪活动罪,公诉机关指控的罪名成立。”^⑦

不难看出,虽然被帮助的大多数是诈骗罪,但实践中将提供帮助的行为认定为诈骗罪的共犯

① 参见陈洪兵:《帮助信息网络犯罪活动罪的“口袋化”纠偏》,《湖南大学学报》(社会科学版)2022年第2期。

② 戴素君、刘义华:《帮信犯罪与诈骗犯罪的实务界分》,《检察日报》2023年7月18日。

③ 参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2022年第10版,第164页。

④ 参见浙江省龙游县人民法院(2020)浙0825刑初177号刑事判决书。

⑤ 参见最高人民法院刑事审判第三庭:《关于帮信罪司法治理的调研报告》,《人民法院报》2023年8月5日。

⑥ 参见周振杰、赵春阳:《帮助信息网络犯罪活动罪实证研究——以1081份判决书为样本》,《法律适用》2022年第6期。

⑦ 陕西省平利县人民法院(2021)陕0926刑初22号刑事判决书。

较少。这是因为认定为帮信罪是最省事的:既不用证明被帮助者具体实施了什么犯罪,也不需要证明帮助者认识到他人实施了什么犯罪。在司法机关“人少案多”的当下,将诈骗等罪的共犯当作帮信罪处理,成为司法人员的最佳选择。但是,一方面,这种消极调查被帮助的正犯、积极指控帮信罪的做法,必然带来帮信罪的适用膨胀、其他犯罪的共犯明显减少的局面,难免导致对电信诈骗犯罪的打击不力。换言之,要想更加有效打击电信网络诈骗等上游犯罪,就必须积极调查被帮助的正犯。另一方面,这种做法其实也自相矛盾。如果不能查明正犯实施了什么犯罪,就难以证明帮助者帮助的对象、认识的对象确实是实施了犯罪行为而非一般违法行为;果真如此的话,帮助者的行为不仅不成立共犯,也不可能成立帮信罪。

(三)观念上的原因

司法实践的观念是,要限缩其他罪的共犯的成立范围,扩大帮信罪的适用。

一种理由是,为了“彰显修法精神”,应当限缩共犯的成立。例如,有学者指出:以往的司法解释一般规定,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,就成立共同犯罪。但这是在刑法增设帮信罪之前的解决方案;在刑法增设帮信罪之后,宜对帮信罪适用共同犯罪处理的情形作出适当限制,以扩大帮信罪的规制范围,从而彰显修法精神。^①亦即对于帮信行为适用共同犯罪以帮助犯论处的,宜限于“通谋”的情形;对于主观上仅具有明知且对于后续实施的信息网络犯罪未实际参与的,原则上宜以帮信罪论处。^②本文难以赞成上述观点。“修法精神”究竟是什么,是值得研究的问题。(1)不能认为,只要刑法增设了新罪,就要尽量缩小其他犯罪的范围,尽可能扩大新罪的适用范围。因为增设新罪主要是为了填补处罚漏洞,而不是为了缩小其他犯罪的处罚范围,除非以往按其他犯罪处罚违反了罪刑法定原则。^③在以往将为诈骗罪提供帮助的行为认定为诈骗罪的共犯符合罪刑法定原则的前提下,就没有理由因为帮信罪的设立而否认或者限缩诈骗罪共犯的成立。(2)“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,就成立共同犯罪”,这一观点与做法在《刑法修正案(九)》之后都是完全妥当的,并未因帮信罪的设立而过时或者存在缺陷。(3)上述观点基本上否认了《刑法》第287条之二第3款关于想象竞合的规定,难言妥当。(4)上述观点导致案件处理不协调。例如,根据《刑法》第287条之二第1款的表述以及同类解释规则,事前或事中单纯强化他人利用信息网络实施犯罪的心理的,并不成立帮信罪,只能认定为其他(较重)罪的共犯;可是,事前或事中为他人利用信息网络实施犯罪提供技术支持等帮助的,反而只能成立较轻的帮信罪。这很难被认为是公平的处理方案。(5)如前所述,将诈骗等罪的共犯限于具有通谋(谋议)的情形,既不符合共同犯罪的原理,也导致定罪量刑的不协调。

另一种理由是,由于当前为诈骗等罪提供帮助的主要是年轻人,甚至是大学生,因此要按照法定刑较轻的帮信罪论处。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,有违罪刑相适应原则。^④在本文看来,上述理由也不成立。根据《刑法》第27条的规

^① 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。

^② 参见陈攀:《帮助信息网络犯罪活动罪相关适用问题》,《人民司法》2021年第35期。

^③ 例如,刑法增设高空抛物罪,确实是减少了将该行为认定为以危险方法危害公共安全罪的判决,但这是因为以往将高空抛物行为认定为以危险方法危害公共安全罪,原本就违反了罪刑法定原则。

^④ 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。

定,对于从犯“应当从轻、减轻或者免除处罚”。如果将帮助行为人认定为诈骗罪的从犯,具有灵活的处罚空间,无论如何都可以给予适当的处罚。司法机关在办案时要善于适用刑法的明文规定,而不能置刑法的明文规定于不顾,按各种潜规则处理。不少司法人员告诉笔者,因为将被告人认定为从犯进而减轻处罚、免除处罚实在太难,认定为帮信罪很简单,所以,大家宁愿认定诈骗罪的共犯构成帮信罪。可是,认定为诈骗罪的从犯时减免处罚,^①完全符合《刑法》第27条的规定,不应当“太难”,否则就意味着依照刑法定罪量刑太难,表明刑事司法的问题较为严重。司法机关不能在过往的司法实践中不自觉形成的不正当观念为根据,来限制刑法条文的适用。即使认定为诈骗罪的共犯不能免除处罚,也可以减轻处罚,而且可以减轻两档处罚,^②不管行为人参与的诈骗罪数额多么巨大,都可以判处3年以下有期徒刑、拘役或者管制,乃至单处罚金,不必更不应违反共同犯罪的原理与《刑法》第287条之二第3款的规定,一概按帮信罪论处。

事实上,上述两种理由所形成的判断方法与结论存在明显的疑问。例如,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2022年3月22日《关于“断卡”行动中有关法律适用问题的会议纪要》(以下简称《纪要》)第5条指出:“(1)明知他人实施电信网络诈骗犯罪,参加诈骗团伙或者与诈骗团伙之间形成较为稳定的配合关系,长期为他人提供信用卡或者转账取现的,可以诈骗罪论处……(3)明知他人利用信息网络实施犯罪,仅向他人出租、出售信用卡,未实施其他行为,达到情节严重标准的,可以帮助信息网络犯罪活动罪论处”。可是,既然行为人明知他人实施电信网络诈骗犯罪并提供了信用卡,只要信用卡被用于电信诈骗,就没有理由否认提供信用卡的行为成立诈骗罪的共犯。在此基础上,要求参加诈骗团伙或者与诈骗团伙之间形成较为稳定的配合关系,长期为他人提供信用卡或者转账取现,才以诈骗罪的共犯论处,就不当限制了诈骗罪共犯的成立范围。而且,这样的判断方式与标准根本不可能运用到其他犯罪,不是一般化的可能解决方案。《纪要》第5条(3)采取了模糊表述,倘若行为人明知他人利用信息网络实施诈骗罪,仅向他人出租、出售信用卡,未实施其他行为的,当然成立诈骗罪的共犯。

在刑法增设新罪后,许多司法机关都争先恐后认定新罪。在刑法增设帮信罪后,即使对相关行为应当认定为其他犯罪的共犯,也要认定为帮信罪,唯恐对新罪的认定落伍;网络发达的时代,“类案检索”的做法使得帮信罪的认定越来越多。

三、帮信罪的适用范围

从法理上来说,以帮信罪论处的情形只限于不构成其他罪的共犯的情形,以及根据《刑法》第287条之二第3款的规定,虽然构成其他罪的共犯但按帮信罪处罚较重的情形。^③在此意义上说,帮信罪只是一种具有补充性质的犯罪。下面仅就3种情形略作说明与探讨。

^① 在想象竞合的情形下,如果认定为其他罪的从犯,则对行为人科处的刑罚不得轻于帮助信息网络犯罪活动罪的最低刑。

^② 参见张明楷:《责任刑与预防刑》,北京大学出版社2015年版,第419~421页。

^③ 这种情形并不多见,因为法定刑低于3年有期徒刑的信息网络犯罪较少。但是即使在这种情形下,也应限制帮助信息网络犯罪活动罪的适用。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。

第一,基于抽象的事实认识错误认定为帮信罪的情形。亦即正犯实施 A 罪,但帮助者以为正犯实施 B 罪而提供了帮助,且两罪的构成要件不存在重合之处时,对帮助者应以帮信罪论处。

例如,2020 年 12 月,陈某收到“张喜东”的微信,对方声称需要银行卡等用于博彩网站,陈某便将其名下的两张银行卡及配套 U 盾、绑定的电话卡出售给对方。但是对方后来并非将银行卡等用于博彩网站,而是用于电信网络诈骗,人民法院认定陈某的行为构成帮信罪。^① 可以认为,陈某认识到对方可能利用自己提供的银行卡等开设网络赌场,但对方利用陈某提供的银行卡等实施了诈骗犯罪。由于陈某没有认识到对方实施诈骗罪,因而不成立诈骗罪的共犯;陈某虽然主观上认识到对方可能实施开设赌场罪,但由于对方并没有开设赌场,根据共犯从属性原理,陈某不成立开设赌场罪的帮助犯;由于陈某认识到他人可能实施电信网络诈骗活动,客观上也实施了帮助行为,故成立帮信罪。

需要说明的是,这种独立定罪的情形并不是帮助犯的正犯化,也不意味着帮助行为可以独立成罪。因为陈某的行为成立帮信罪,以正犯的存在为前提,所以陈某的行为构成犯罪依然从属于正犯,只是由于陈某存在抽象的事实认识错误,且开设赌场罪与诈骗罪之间没有重合之处,不能就重合的犯罪成立共犯,因而只能认定为帮信罪。^② 换言之,上述陈某的行为原本不能成立犯罪,但由于帮信罪的成立不要求行为人认识到正犯的具体犯罪类型,故陈某的行为能够成立帮信罪。在此意义上,帮信罪的设立扩大了犯罪的成立范围。

第二,虽然行为人对正犯实施犯罪提供了技术支持等帮助,也能查明正犯利用信息网络实施了某种犯罪,但不能查明正犯的行为究竟符合何种犯罪的构成要件时,也可以认定行为人的帮助行为构成帮信罪。

例如,甲将银行卡提供给乙,知道乙可能利用银行卡实施某种犯罪。某日,被害人丙收到短信通知,显示其银行卡内的 60 万元人民币被转走(丙没有进行任何操作)。司法机关查明,丙的 60 万元人民币转入甲的银行卡,而且查明是乙的行为所致,但因乙在境外,故无法查明乙究竟实施了什么行为造成了上述结果。由于不能查明正犯乙实施了何种犯罪,故不能认定甲的行为构成何种犯罪的共犯。尽管如此,依然能认定甲的行为成立帮信罪。这种情形也并非共犯的正犯化,帮信罪的成立同样从属于正犯的犯罪行为。

第三,存在争议的是,被帮助者的行为并不构成犯罪,只是一般违法行为时,帮助者的行为是否成立帮信罪?

《刑法》第 287 条之二第 1 款明文规定的是“明知他人利用信息网络实施犯罪”。问题是,如何理解其中的“犯罪”? 第一种观点认为,应当遵循共犯从属性原理,将本款的“犯罪”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。^③ 第二种观点认为,对本款的“犯罪”应做扩张的解释,即不仅指犯罪行为,而且还包括符合刑法分则行为类型但尚未构成犯罪(如未达到罪量要求)的行为。^④ 第三种观点认为,对刑法分则中存在对应犯罪但罪量未达犯罪程度的

① 参见甘肃省嘉峪关市中级人民法院(2021)甘 02 刑终 48 号刑事判决书。

② 倘若甲以为乙实施集资诈骗罪而提供帮助,但乙实施的是普通电信诈骗,则甲依然成立诈骗罪的共犯。

③ 参见刘宪权:《论信息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;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。

④ 参见陈洪兵:《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。

一般违法行为提供帮助的,帮助者的行为一般不成立本罪;但在一对多、多对多的共同犯罪场合,即便共犯所帮助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定罪的程度,则应肯定共犯的成立。持此观点的学者认为,这样解释完全符合因果共犯论的旨趣,因为所有被帮助者惹起的结果均应归责于该帮助者;这种解释与其说是对“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。^① 第四种观点采取了相对化的立场:在非正犯化的场合,在查证被帮助对象的行为成立犯罪时,“犯罪”一词系指符合构成要件且违法的行为;在正犯化的场合,在无法查证被帮助对象的行为是否达到犯罪程度时,“犯罪”一词系仅指符合构成要件的行为类型。^②

在本文看来,第二种观点不只是扩张解释,而且是类推解释。因为《刑法》第287条之二第1款的规定,表明了被帮助者必须利用信息网络实施犯罪。既然如此,就不能将尚未构成犯罪的一般违法行为包含进来。即使该一般违法行为与刑法分则规定的行为类型相同,但如果没有达到犯罪数量、情节等要求,就不属于不法层面的犯罪。在所谓正犯者的行为不成立不法层面的犯罪的情形下,帮助者的行为就更不可能构成犯罪,否则就明显不协调。刑法分则在相关法条中分别使用了“犯罪”与“违法犯罪”两个不同概念。帮信罪被帮助的对象是“犯罪”,而《刑法》第285条第3款规定的后一种帮助则是“违法犯罪”,第287条之一使用的是“违法犯罪”。在这种立法例之下,将第287条之二的“犯罪”解释为“违法犯罪”,就不符合体系解释的原理,也有类推解释之嫌。因为被帮助者实施了属于刑法分则规定的行为类型的行为,不等于实施了犯罪。所有的盗窃、诈骗行为都是刑法分则规定的行为类型,但绝不意味着其属于“犯罪”,否则,就混淆了一般违法与犯罪行为。不能为了有效打击网络犯罪帮助行为,就将网络一般违法行为的帮助行为也作为刑法打击对象。

第三种观点并不是对“限制从属性说”的坚守,而是采取了“一般违法从属性说”。(1)按照“一般违法从属性说”,成立共犯并不需要正犯的行为符合构成要件,只要正犯的行为具有一般的违法性即可。^③ 这种观点原本是想通过缓和共犯的成立条件,将部分间接正犯纳入共犯的范畴,从而尽可能限制间接正犯的范围。^④ 但是,一般违法行为的范围并不明确,在正犯不成立犯罪的场合,反而认定共犯成立犯罪,就扩大了共犯的成立范围,故这种观点在日本只是极少数说。^⑤ (2)根据共犯从属性原理,即使被帮助的正犯者为多人,但只要该多人的行为均不成立犯罪,帮助者的行为就不成立犯罪。例如,甲分别帮助乙、丙、丁三人实施了违反治安管理处罚法的殴打行为,后三者分别造成被害人A、B、C轻微伤。在这种情形下,不可能认定甲的行为成立故意伤害

^① 参见钱叶六:《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》,《中外法学》2023年第1期。

^② 参见张庆立:《预防性犯罪化视野下帮助信息网络犯罪活动罪立法检视与适用辨析》,《犯罪研究》2022年第4期。

^③ 佐伯千仞『刑法講義〔総論〕(4訂版)』(有斐閣・1981年)338頁;浅田和茂『刑法総論(第2版)』(成文堂・2019年)423頁参照。

^④ 例如,公务员A让妻子B接收贿赂。由于B的行为不符合受贿罪的构成要件,“一般违法从属性说”为了避免使A成立受贿罪的(间接)正犯,便主张A仅成立受贿罪的教唆犯。西田典之(橘爪隆補訂)『刑法総論(第3版)』(弘文堂・2018年)429頁参照。

^⑤ 大塚裕史、十河太朗、塩谷毅、豊田兼彦『基本刑法I総論(第3版)』(日本評論社・2019年)342頁参照。

罪的共犯。只要承认帮信罪并非共犯的正犯化,那么,在被帮助的多人并没有“利用电信网络实施犯罪”的情形下,将帮助行为认定为帮信罪,就没有遵循共犯从属性原理,而是采取了“共犯独立性说”。易言之,第三种观点有自相矛盾之嫌。(3)在被帮助者并非共同犯罪,而是单个人实施不法行为的情形下,将不同的被帮助者的行为“累积起来”认定帮助者的行为达到犯罪的程度,缺乏法律依据与事实根据。(4)不能以因果性取代从属性。不可否认的是,当 A 分别帮助 B、C、D 等人利用电信网络实施一般违法行为时, A 的行为与 B、C、D 等人造成的一般违法结果具有因果性。但是,具有因果性不是成立共犯的充分条件。只有当正犯的行为符合构成要件且违法,帮助行为与正犯结果具有因果性时,才可能成立共犯。而正犯的行为是否符合构成要件且违法,在正犯并非共同正犯的情形下,只能是分别判断,而不能将它们累积起来予以判断。(5)在司法实践中,一对多、多对多的帮助并非帮信罪的主流表现形式,只是少数现象。^① 既然如此,就没有必要为了处罚少数行为而违背共犯从属性原理。换言之,上述第三种观点,也并非一般化的可能解决方案,不可能运用到其他情形。

第四种观点也难以成立。在帮助行为成立共犯而非帮信罪的正犯场合,根据“限制从属性说”,当然要求正犯行为符合构成要件且违法。但是,即使对帮信罪独立定罪,也要求行为人为他人实施“犯罪”提供帮助。如前所述,由于所有的盗窃、诈骗、虚假广告等行为均是符合犯罪构成要件的行为类型,故将“犯罪”一词解释为符合构成要件的行为类型,就属于类推解释。而且,由于帮信罪不是共犯的正犯化,因此,也不存在该观点所称的“正犯化”与“非正犯化”的区分。

基于上述分析,本文赞成第一种观点。只有当被帮助者的行为符合具体犯罪的构成要件且违法(不法层面的犯罪)时,亦即被帮助者的行为符合刑法分则规定的行为类型,且达到立法或者司法解释规定的数额、情节、后果等罪量标准时,帮助者的行为才可能成立帮信罪。如前所述,《刑法》第 287 条之二第 1 款仅规定了帮助“犯罪”,而没有表述为帮助“违法犯罪”。况且,即使第 285 条第 3 款、第 287 条之一规定为“违法犯罪”,也只有限制解释为“犯罪”,才能实现刑法的公平正义性。^② 既然如此,就不应反过来认为《刑法》第 287 条之二第 1 款规定的“犯罪”包括一般违法行为。

《解释》第 12 条第 2 款规定,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 2 项至第 4 项规定标准 5 倍以上,亦即支付结算金额 100 万元以上、以投放广告等方式提供资金 25 万元以上、违法所得 5 万元以上的,或者造成特别严重后果的,应当以帮信罪追究行为人的刑事责任。在本文看来,这一规定只不过是推定方式认定正犯的行为符合构成要件且违法,而不是指帮助一般违法行为的也成立帮信罪。《纪要》也明确指出:《解释》第 12 条所规定的“为 3 个以上对象提供帮助”,应理解为分别为 3 个以上行为人或团伙组织提供帮助,且被帮助的行为人或团伙组织实施的行为均达到犯罪程度。这显然也肯定了上述第一种观点。

^① 参见周振杰、赵春阳:《帮助信息网络犯罪活动罪实证研究——以 1081 份判决书为样本》,《法律适用》2022 年第 6 期。

^② 参见张明楷:《刑法学》(下),法律出版社 2021 年第 6 版,第 1381 页。

四、结 语

适用刑法的过程中总会遇到疑难问题,但无论遇到何种疑难问题,都不要试图通过偏离或者摆脱刑法的基本原则、基本原理的路径来解决。为了从宽处罚,在行为构成诈骗等罪从犯的情形下,不认定为诈骗等罪的从犯,而认定为帮信罪,不仅偏离了刑法的基本原则与基本原理,而且不一定能够实现从宽处罚的目的。用司法实践中的潜规则对抗刑法的基本原则与原理,是不明智的做法。认为帮信罪的社会危害严重,不应认定为其他罪的从犯,只能认定为法定刑最高刑为 3 年有期徒刑的帮信罪,则是自相矛盾的观点。

凡是不在一般化的可能解决方案中寻找的解决方案,都必然是损害刑法公平正义性的方案。司法人员在寻求解决疑难问题的方法时,不能忽略一般化的可能解决方案,而仅注重所谓案件的特殊性。“法的思考的一个特征,不是在考察个别案件的所有具体情况的基础上提出最好的解决方法,而是在一般化的可能解决方案中寻找最好的解决方法。”^①对刑法的解释不能仅考虑该解释结论在特定案件中的适用可能性与妥当性,还要考虑该解释结论在其他案件中的适用可能性与妥当性。评价一个刑法解释是否妥当,要判断该解释是基于什么逻辑(理由)推导出来的,该逻辑(理由)是否成立,该解释对其他类似案件会得出什么结论,该结论是否妥当。^② 为了将帮助行为认定为帮信罪,而将犯意联络、通谋(谋议)、确切知道等作为共犯的成立条件,以及将共犯从属性解释为对一般违法行为的从属性,就不是在一般化的可能解决方案中寻找最好的解决方法,会损害刑法的公平正义性,不应当被采纳。

在任何国家任何时代,总会有 3 种犯罪的发案率位居前三位,至于是哪 3 种犯罪位居前三位,则取决于社会生活事实的变化。没有理由认为,盗窃罪可以位居前三位但诈骗罪不得位居前三位。如果某类案件确实多发,就应通过查明犯罪原因和采取相应预防措施减少该类犯罪,而不是提高认定该类犯罪的成立标准或违反刑法的各种原则来减少犯罪的认定。后一种做法只不过是掩耳盗铃、自欺欺人而已。至于在不提高认定该类犯罪认定标准的同时,是否需要适当采用相对不起诉、判处缓刑或免于刑罚处罚等措施,则是另外的问题。如果电信诈骗案以及相应的帮助案件多发,则需要研究犯罪原因,采取相应的刑事政策,既不能提高诈骗罪的认定标准,也不能提高诈骗罪共犯的认定标准将诈骗罪的共犯认定为帮信罪。

由于大量的帮信罪其实是诈骗罪的共犯,今后更不应当出现对帮信行为既不认定为诈骗罪的共犯也不认定为帮信罪的司法局面,否则就会导致电信网络诈骗更为猖獗。换言之,限制帮信罪的认定路径应当是回归诈骗等罪共犯的认定。由于增设帮信罪是基于对共犯成立条件的误解,且不构成诈骗等罪共犯的帮信行为其实是极少数,原本不必以犯罪论处,因此,从立法论上说,废除帮信罪或许是良策。

^① Gunther Arzt, Einführung in die Rechtswissenschaft: Grundfragen mit Beispielen aus dem deutschen Recht, Luchterhand, 1996, S.6.

^② 井田良『講義刑法学・総論(第2版)』(有斐閣・2018年)60頁参照。

Abstract: “Treating accomplice as principal offender” is premised on the system that distinguishes principal offender from accomplice. If the conduct of aiding can establish a crime that is not premised on the existence of principal offender, it is treating accomplice as principal offender, but the crime of aiding information network criminal activities is premised on the existence of principal offender, thus it cannot be treating accomplice as principal offender. As to the opinions that the harmfulness of aiding conduct is so big that such conduct can be convicted independently, or the criminal law stipulates an independent crime and punishment for aiding conduct etc., they are all not the grounds for treating accomplice as principal offender. Also, relevant provisions of judicial interpretation are not the legal basis for treating accomplice as principal offender. Much more cases are punished with the crime of aiding information network criminal activities, mainly because the judicial organs misunderstand conditions of the establishment of accomplice, the principle of application of the old law with the exception of a less punishment in the new law, the doctrine of imaginative joinder of offenses, or in order to reduce the burden of proof for the principal offender, resulting in a large number of accomplices of the crime of fraud and other crimes to be identified as aiding information network criminal activities. Only when the conduct falls in the category of the error of cognition and the nature of the conduct of principal offender cannot be ascertained, can relevant aiding conduct be punished as the crime of aiding information network criminal activities. In the so-called “one-help-many” occasions, if the conduct of each helped person does not meet the criminal and punishment requirements, the conduct of the aiding person is not established as a crime of aiding information network criminal activities either. From the legislative point of view, abolishing the crime of aiding information network criminal activities may be a better choice.

Key Words: crime of aiding information network criminal activities, treating accomplice as principal offender, crime of fraud, joint offenders

责任编辑 田国宝