

# 帮助信息网络犯罪活动罪与他罪交叉或竞合时的问题及认定

巩静怡

中国海洋大学法学院, 山东 青岛

收稿日期: 2023年4月20日; 录用日期: 2023年5月23日; 发布日期: 2023年5月30日

---

## 摘要

帮助信息网络犯罪活动罪在司法适用中存在本罪优先适用的现象, 这会导致对帮助行为刑罚的不当轻化。并且在帮助行为人将银行卡挂失取现的情况中, 罪数应当为一罪还是数罪存在问题。文章结合共犯理论分析得出, 应坚持片面共犯理论确立共犯优先适用的标准, 并且在涉及其他罪名一罪还是数罪并罚时, 结合牵连犯的标准从一重适用。

## 关键词

帮助信息网络犯罪活动罪, 共犯从属性, 情节严重, 牵连犯, 片面共犯

---

# Issues and Determinations on When the Crime of Aiding and Abetting in the Commission of Cybercrimes Crosses or Competes with Other Offences

Jingyi Gong

Law School, Ocean University of China, Qingdao Shandong

Received: Apr. 20<sup>th</sup>, 2023; accepted: May 23<sup>rd</sup>, 2023; published: May 30<sup>th</sup>, 2023

---

## Abstract

There is a phenomenon of priority application of Crime of Aiding and Abetting in the Commission of Cybercrimes in the judicial application, which leads to inappropriate lightening of penalties for

aiding behavior. Furthermore, in cases where the aider and abettor report the loss of a bank card and withdraws money, there is a question of whether the number of crimes should be one or multiple. Through an analysis based on the theory of complicity, the article concludes that the standard of priority application of complicity should be established based on the unilateral complicity theory, and when involving multiple charges, the standard of involvement in the crime should be taken into consideration for sentencing.

## Keywords

Crime of Aiding and Abetting in the Commission of Cybercrimes, Complicity by Attribute, Severity of Circumstances, Criminal by Association, Unilateral Complicity

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 引言

帮助信息网络犯罪活动罪是 2015 年《刑法修正案(九)》中新增罪名, 该罪名的设立有助于提前介入网络犯罪, 对于公民的合法权益和互联网秩序起到了很好的维护作用。2019 年 11 月, 最高人民法院、最高人民检察院联合发布《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》, 在该解释中, 列举了行为人主观明知和情节严重的具体情形, 在一定程度上为刑事司法提供了便利, 导致本罪立案数量的急剧增加; 2020 年 10 月 10 日“断卡”行动开始之后, 帮信案件呈现出“井喷”式增长。据最高人民检察院通报, 2022 年上半年检察机关起诉的帮助信息网络犯罪 6.4 万人, 虽然较之 2021 年起诉该罪名的数量有所下降, 但整体仍在高位运行。在司法实践中, 对帮助信息网络犯罪活动罪的适用仍存在诸多疑难争议问题, 例如, 如何理解和把握刑法第 287 条之二第 1 款规定的“情节严重”, 如何区分帮信罪与诈骗罪共犯, 以及如何对帮助信息网络犯罪活动罪的社会危害性、正确贯穿宽严相济刑事政策进行恰当评价。对上述问题, 存在着理论上争论不休, 实践中处理不一的情况, 这既影响了法律统一适用, 也影响了案件处理效果, 因此强化本罪研究, 形成统一的认识和标准是很有意义的。

## 2. 本罪的构成要件

刑法规定, 明知他人利用信息网络实施犯罪, 仍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。

### 2.1. 客体

本罪规定于刑法分则的妨害社会管理秩序罪一章, 保护的法益是公共社会管理秩序。该罪行侵害不是单一法益, 而是多重法益。人们的生活与网络联系愈加密切, 具有公共属性的网络空间日益成为人们娱乐的重要平台。因此, 对于现在社会而言, 在网络空间实施犯罪无异于在破坏社会公共秩序。帮信罪的行为人通过提供技术帮助促进他人实施犯罪活动, 虽然不会对社会所保护法益产生直接的伤害, 但在整个网络犯罪环节中所起到了都非常关键作用。因此, 本罪不仅对社会管理秩序产生损害, 也会有损其他公民的合法权益。本罪在本质上是提供帮助的行为, 因此可能同时对下游犯罪行为结果的实现产生作

用, 侵犯的对象应当也包括其下游犯罪所侵犯的对象。由于在网络平台中的匿名化, 因此使得在此空间实施犯罪更加便利, 网络犯罪更加多样性, 也促使传统犯罪也向网络空间中转移。因此, 该罪行的下游犯罪种类繁多, 客体也多样。

## 2.2. 客观方面

本罪的客观方面包括提供互联网接入、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、支付结算等行为。对于本罪帮助行为认定应当囿于上述六种明确规定的行为之内, 不应将超出本罪规定的帮助行为也纳入其中, 尽管与本罪所列明的行为具有相当危害性, 以保证不会过分扩大本罪的适用范围。因此, 该罪在客观方面应完全限于法条已经明确列举的六种情形。法条所明确规定的“互联网接入行为”, 属于提供互联网接入的行为包括开通宽带、办理流量等, 只有接入互联网通讯信号才能进行上网。当提供互联网接入的技术人员在正常的业务范围内提供技术支持时, 即便在客观上确实为他人的犯罪行为提供了助益, 也不应构成本罪。但是, 当该技术人员在明知他人会利用或者明知他人可能会利用自己的帮助行为进行犯罪活动时, 仍以故意或放任的心态选择为其提供互联网接入时, 就应当构成了本罪。“服务器托管行为”是指网络服务提供者为提高网络服务的访问速度和稳定性, 将自己管理的服务器托管到更高级别的机构中。“网络存储行为”是指将他人的数据通过网络存储起来, 包括直连式、网络附加或存储区域网的存储结构。用户上传到存储空间的内容, 既可以实现上传者本人的取用, 也方便其他人通过链接、网址等方式获取内容。网络存储服务往往与传播淫秽物品罪、侵犯知识产权罪有关。“提供通讯传输服务”指为他人传输数据、信号或内容, 提供传输通道。所有使用网络实现跨地区信息交换的行为都属于通讯传输。“广告推广行为”是指为网络犯罪活动进行宣传, 让更多人知道其内容、软件或联系方式。“支付结算行为”是指为他人提供转账收款帮助。其中, 提供信用卡或银行卡协助上游犯罪人收转网络犯罪所得的情形最为常见。其表现形式较为单一, 银行卡、二维码均可达到支付结算的目的。这也是目前司法实践中惩处最多的帮助行为。

## 2.3. 主体

在刑法中并没有对本罪的主体进行特殊规定, 可以将其分为自然人和单位两类。本罪的犯罪主体包括自然人和单位。按照本罪法律规定的的内容, 本罪主体应当包括单位。这里的单位指的是深度参与犯罪的网络服务提供商, 具体而言, 是指实施上述六种帮助行为的网络服务提供商。由于本罪不属于刑法第 17 条规定的八种犯罪活动, 因此本罪规定的自然人应为年满 16 周岁且具备相应的刑事责任能力的自然人。因此, 帮信罪的犯罪主体应当包括单位和自然人。

## 2.4. 主观方面

本罪在认定行为人主观方面时要求是行为人明知他人利用信息网络实施犯罪行为。对于本罪的“明知”, 包含两个方面的内容。首先, 行为人应对被帮助者所实施犯罪活动是否符合构成要件有概括性的认识, 换言之, 行为人应认识到被帮助者有进行犯罪活动的较大可能性, 但是不必明确认识到被帮助者犯罪行为的具体性质。其次, 行为人应当对被帮助者是通过网络途径进行的犯罪有明确的认知, 而非一般的犯罪行为, 这就排除了行为人明知被帮助者是利用其行为实施非网络犯罪的情形。

## 3. 本罪与他罪行为交叉或竞合时存在的问题

### 3.1. 此罪与彼罪: 适用上的泛化导致本罪轻罚化

由于司法实践中对该罪认定的混乱, 导致该罪案件数量迅速增长, 而该罪适用范围的扩大会导致本

应当认定为其他关联犯罪的犯罪被错误地认定为该罪。在司法实践中，从业者普遍认为，为了体现修法精神<sup>[1]</sup>，应该限定关联罪共同犯罪的成立领域，扩大该罪独立作案的构成领域，以便更好地惩治信息网络犯罪活动。然而，以往的司法机关解读倾向于将互联网犯罪活动的协助行动确定为共犯，而在我国刑事规定将协助行动定罪后，司法机关解读依然生效，这就造成了共犯的优先适用途径与本罪的优先适用途径的结合和纠葛，从而影响了司法实践的公正性和公平性。随着司法实践的改变，共犯优先适用途径被取消，而本罪优先适用途径被确定。然而，互联网共同犯罪的存在并不意味着它的消亡，因此，如何处理本罪与关联罪一起犯的关系，依然是刑法理论面临的一个重要挑战。

在“帮助信息网络犯罪活动罪”案件中，人民法院对犯罪行为的定义面临着多种问题，主要包括欺诈罪、掩饰、隐瞒犯罪所得罪、盗窃罪、银行卡有关犯罪行为、开设赌场罪以及其他证明公文有关犯罪行为等。通过对这些犯罪事实的分析，我们能够看到，在帮助信息网络犯罪行为罪的认定过程中，面临着许多棘手的问题。从案例数目上来看，目前存在较大争议的两类犯罪，分别是“帮助信息网络犯罪”和“诈骗”。当前，通过电信网络的诈骗活动较为频繁，而对通过电信网络的帮助行为更是屡见不鲜。经过对司法判决文书的分析，我们发现，在司法实践中，对于关联犯罪的共同犯罪的认定范围有明显的限制，而对于单独犯罪行为的认定范围则有所扩大，这一点在帮助信息网络犯罪行为罪与欺诈罪的认定纠纷中尤为明显。

帮助信息网络犯罪的行为，在司法实践中常常被认定为该罪，而没有被认定为该罪的关联犯罪。在“帮助信息网络犯罪活动罪”和“欺诈罪”“开设赌场罪”等犯罪案件的初审裁判文书中，85%的案件最终都被定罪，而“本罪”则被认定为一个独立的罪名，但是在“本罪”的认定上，存在着一定的争议。从这一点来看，司法实践对该罪独立构成扩大了。

在一审判决书中，对于本罪与诈骗罪的认定存在显著的分歧，其中有大约7%的判决认定二者应当竞合<sup>1</sup>。但是关键在于，电信诈骗行为被认定为以上两罪竞合后，以重罪诈骗罪定罪处罚的案例寥寥无几。经过调查发现，大多数法院并未将通过信息网络帮助电信诈骗的行为视为诈骗罪的帮助犯，这表明《刑法》第287条之二第3款的规定仍然存在模糊性，无法准确地适用于实际情况。

在当前的司法实践中，认为联合犯罪行为的原则仍然基于传统的联合犯罪理论，即只有当犯罪行为人到达刑责年龄段，具有刑责力量，并且存在事前的共谋时，才能被确认为联合刑事犯罪。研究表明，只有当行为人与他人进行了事先的协商和配合，才能形成联合犯罪行为。因此，在排除共同犯罪的情况下，审判实践会确认这些行为构成了促进信息网络犯罪进行活动罪，而不是诈骗罪。即使检察官建议承认诈骗罪，法官也不会接受这种建议。比如“郑某军诈骗案”，公诉机关指控被告人郑某军为诈骗罪，但法院认为已有证据无法认定其事先有通谋，因此不构成共同犯罪。总之法院排除诈骗罪认定其构成帮助信息网络犯罪活动罪之根本理由仍是对片面共犯的否认。

### 3.2. 罪数认定上：一罪与数罪适用不一

在规制帮助信息网络犯罪活动罪的过程中，时常会出现一种俗称“黑吃黑”的行为。该行为是指帮助行为人将自己实名的银行卡卖给上游犯罪主体后，上游犯罪人后用该卡实施犯罪行为，因此有犯罪所得流入该银行卡中，此时，帮助行为人将银行卡挂失，并将违法所得取出的情形，即帮信罪案件中提供银行卡的行为人将违法所得提现的行为。比如，有案件中，A经常向网络诈骗人员提供银行卡，并且提前复制好银行卡号，以便等网络犯罪违法所得流入银行卡后将资金取现。此种案件会产生两个司法适用问题：第一，将违法所得到取现的行为该如何定性？是盗窃罪、侵占罪、还是信用卡诈骗罪？第二，此

<sup>1</sup>统计方法为：描述关键词从文书中抽取“竞合|从一重罪处罚|从一重处罚|依照处罚较重的规定定罪处罚|第287条之二第3款”，限定段落为“本院查明|本院认为”。

案件应当用上述其中一种罪名处罚，还是与帮助信息网络犯罪活动罪数罪并罚？

对于第一个问题，首先应当否定诈骗罪的适用。第一，从犯罪构造上来说，成立信用卡诈骗罪的其中一个构成要件就是要具备冒用他人信用卡的行为。其核心内涵是持卡人使用的是与自身身份不相符的银行卡。而在此类案件中，取现的行为人正是银行卡的申领人，而非是冒用他人信用卡的人；第二，在这个案件中，没有出现基于错误认识处分财物的行为，银行所办理的业务均为合法的正当履职行为；第三，对于银行的审核义务不应有过高的要求。因为银行对资金的占有仅仅为辅助性的占有，而非实质上的归属。只要银行工作人员按照资金流转的正常程序进行帮助取现，并没有受到欺诈，就不可能构成诈骗罪。对于本行为不成诈骗罪的认识学界较为统一。其次，对于是否构成侵占罪，学术界分为两派。有学者认为行为人应当成立侵占罪，理由如下：实际存款人可以在可控范围内有限的支配存款，但这并不意味着实际存款人就是存款债权的占有人，因为这种支配仅被视为在存款名义人的授权下行使债权，并不能认为实际存款是存款占有人。因此，存款的名义人可以对存款进行支配。其次，对银行来说，存款名义人将银行卡挂失并且提现的行为，是正常的行使债权的行为，而非侵财犯罪行为。但在此案中，由于该存款本身属于实际存款人所有，因此应当具有归还义务，若行为人不予归还且数据较大的情形下，应当成立侵占罪。但是也有学者认为，本行为应当成立盗窃罪，因为盗窃罪就是违背财物占有人的意志，并且以和平的方式改变原来的占有关系。刑法保护的是一种平稳的财产秩序，因此即使是违法犯罪所得的赃款，其他人也不能任意抢夺，以违法的方式改变其占有。

因此可以得出，对于挂失银行卡取现的行为如何定性存在争议。

对于第二个问题，本罪对于以盗窃的一罪，还是应当盗窃罪和帮信罪数罪并罚有诸多争议。如果只定盗窃一罪，那么就是认为行为人主观上的非法目的仅有侵吞他人钱财这一个目的，对于先前的提供银行卡帮助他人实施的犯罪行为仅是盗窃他人财产的手段，因此，根据牵连犯的处罚原则，应当从一重罪论处，只定为盗窃罪。如果认为应当以盗窃罪和帮信罪数罪并罚的处理方式是妥当的，则是因为从客观行为上看，行为人实施了符合帮信罪的行为和盗取他人财产的行为，主观上也各有符合两种罪的主观明知，并且侵犯了两个法益，因此应当数罪并罚。

## 4. 本罪所涉共犯理论之厘清

### 4.1. 共犯从属性与共犯独立性

共犯正属性理论认为，共犯的成立和可罚性取决于正犯，不应脱离正犯单纯讨论共犯的社会危害性。平野龙一教授将共犯的从属性划分为实行、要素和罪名三类<sup>[2]</sup>。实行从属性意味着正犯的犯罪行为是共犯成立的基础，只有在正犯犯罪时才能考虑共犯。要素从属性表示要建立共犯，正犯必须进行了实行行为。但至于正犯的行为需达到何种程度，此时又可以具体分为三种类型：极端从属性，需要正犯的犯罪行为达到该当性、违法性和有责性；限制从属性，即正犯行为只需满足构成要件的该当性和违法性；最小从属性则要求正犯行为仅需犯罪行为是符合刑法条文的构成要件即可，也就是说只需符合构成要件的该当性即可。共犯所成立的罪名要求与正犯相符。

古典学派客观主义思想是共犯属性的基础。主犯的行为实施是共犯成立的基本条件，已实施并具有实际危险性的主犯行为是共犯产生的原因。林山田教授认为，共犯因故意损害他人权益或帮助他人犯罪而具有刑事可罚性<sup>[3]</sup>，此处可罚性的来源应当是行为人参与了他人实施的犯罪行为，共犯的可罚性需依赖正犯行为存在。共犯独立性说认为，共犯的社会危害性和可罚性与正犯并无太大关联<sup>[4]</sup>。现行刑法遵循“个人责任”原则，教唆者或帮助者应承担自己行为造成的危害后果，即共犯行为本身已经显示出了足够的恶意，无需依赖正犯即可对其进行处罚。该学说基于主观主义刑法思想，认为应当根据犯罪行为

造成的实际损害，分析是何种主观内容促使行为人的行为发生的，例如行为人的行为动机、天生的性格和人格是具有危险性等原因[5]。这种刑法关注共犯的主观恶意、社会性格和危险性，偏向主观主义，与现代刑法的客观主义思潮不符。

## 4.2. 片面共犯理论

传统共同犯罪的成立需要各参与犯罪人之间具备犯意联络，否则将不能以共犯论处。但随着网络空间日益重要，因为各个犯罪者之间互不认识而不具备明确的犯罪意思联络已成常态，因此很难对此情形认定为共同犯罪，从而很难发动刑罚处罚。因此我们必须厘清的前提是，犯罪各行为人相互不存在犯罪意思联络是不是必然不构成共同犯罪？这就涉及到片面共犯的问题。

### 1) 否定说

我国刑法学者基于对片面共犯不具有共犯性的理解不同，主要分以下学说：

单独犯说主张片面共犯不符合传统共同犯罪所规定的共同故意、共同行为，因此不应强行套用共同犯罪理论。该学说主张将片面共犯行为视为单独犯罪，直接依据相应罪名定罪即可，无需适用共同犯罪理论，因为根据实际情况的不同应选择不同的理论来适用，这更符合罪刑法定原则。例如，有学者指出：“虽然片面共犯在形式上看起来像共同犯罪，但由于犯罪意图只存在一人之间，不存在与其他人的共同意图，因此只存在片面犯罪，应按照单独犯罪的标准来审理”[6]。

持间接正犯说观点的学者认为，片面共犯是一种没有任何意思沟通，仅仅是“假他人之手”来实现自己的犯罪意图的犯罪行为形态，与间接正犯没有实质性的区别。有学者赞同道，认为所谓的“片面共犯”行为实质上是利用他人没有共同犯罪故意的犯罪行为，来实现自己的犯罪目的，完全符合间接正犯的成立条件，因此，直接用该行为所涉及的罪名定性是合理的[7]。

拓展的间接正犯说认为，片面共犯的客观违法行为决定了它的刑事违法性，该观点与传统共同犯罪理论存在冲突，无法符合共同犯罪的成立要件。对片面共犯行为的认定无异于是对共犯体系的打破，使得两者无法调和，不如拓宽间接正犯外延的范围，认为片面共犯应该被归入间接正犯当中，从而为其找到合适的理论归属，从而解决犯罪形态无法定性的问题[8]。

### 2) 肯定说

我国刑法学界认为，片面共犯是一种犯罪形态，而片面共犯的成立范围上应有不同的类型，其中包括片面实行犯、片面教唆犯和片面帮助犯等观点。有学者认为，在片面合意的共同犯罪中，帮助犯、教唆犯和实行犯均可构成片面共犯[9]。

学界有片面教唆犯和片面帮助犯的观点。有学者认为，这两种行为无法按照具体罪名应用法条，但基于对实行犯的认知程度，它们成立的基础是从属于实行犯的实行行为，与此不同的是，片面实行犯直接按照刑法分则的相关条文定罪量刑[10]。马克昌教授提出“片面帮助犯说”，认为若一个人暗中帮助他人实施故意犯罪，被帮助者虽不知情，但此时帮助者与他人具有共同犯罪的故意和行为，按照主客观相统一原则，可视为片面共犯。但这种理论仅适用于片面帮助犯的情形，不能泛化到其他类型的片面共犯[11]。

从学术理论上，片面共犯是学术界的传统概念。“片面共犯”成立共犯与否，有肯定说、否定说以及折中说等学说，肯定说认为“片面共犯”是共犯；否定说不承认片面共犯的成立；折中说只承认片面的教唆犯和帮助犯。在我国刑法理论上，不承认片面实行行为和片面教唆行为，对片面帮助行为则持肯定的态度。因此，片面共犯是行为人与正犯之间无需合意，却通过一定行为助力实行者完成犯罪的行为。众所周知，共同正犯的归责规则是部分实行全部责任，其归责理由在于：有相互配合为犯罪行为加功的客观事实，有相互配合为正犯加功的主观认识。而帮助犯的成立，只需要认识到实行行为且主观上有帮忙的意思就足够[12]。片面共犯在刑法理论上有其存在的价值，无论我国刑法理论还是德日刑法理论

均对其存在持普遍认可的态度。

从司法解释上看，片面共犯已为司法主体所接受。上文已述，对于片面共犯在司法解释上的确认主要分为两个阶段：第一阶段是片面共犯的初次确认。如《赌博解释》第4条的规定，指出行为人在意识到他人可能实施赌博犯罪活动时，为其提供资金、网络、费用结算等帮助的，应以赌博罪的共犯论处。第二阶段为片面共犯的司法进一步确认。例如《赌博意见》第2条的规定，该规定更详细的规制了帮助他人开展赌博活动的各项手段。并且2011年《计算机解释》也承认了片面共犯的解释方式，并遵循相同的解释路径。

从刑事立法角度来看，立法机关已经开始承认片面共犯理论。虽然在刑法理论中，对于是否适用片面共犯仍然存在诸多争议，但其逐渐以刑法条文的形式不断涌现于刑事立法当中。在这些罪行里，行为人和被帮助者均无意识联系，仅有单方面提供的帮助行为。显然，立法部门也并未忽略这一现象，而是将其视为犯罪行为加以处理，并且此类片面共犯立法确认的现象一直都存在着。

### 4.3. 牵连犯处断原则

牵连犯是指行为人为实现某个犯罪的过程中，其手段行为或结果行为同时又触犯了其他罪名的犯罪情形。牵连犯一般具有以下特征：第一，行为人仅具有一个犯罪目的，但其所实施的多个行为中可能有若干行为可以独立地评价为犯罪。例如，甲利用职务便利虚开发票骗取公款，其虚开发票罪和贪污罪属于牵连犯的情形。第二，实施的多个行为之间存在牵连关系。对牵连关系的界定是牵连犯的核心与难点。从主客观相一致原理看，行为人在主观上具有牵连的意思，在客观上实施的方法、手段或结果行为与本罪之间具有现实的联系，才能认定为具有牵连性。如果行为人在实施犯罪过程中，所实施的手段行为、方法行为均与其本罪的犯罪目的不相关，即其手段行为的目的并不指向其结果行为，则不能认定为牵连犯，应属于独立的犯罪行为。在司法实践中，对于牵连犯的认定应当审慎分析，确保犯罪事实清楚、证据确凿。在我国的刑法总则中并没有关于牵连犯处罚问题的明确规定，这造成牵连犯处罚原则上的不确定性。尽管刑法总则没有对牵连犯做出具体规定，但是分则具体的罪名中却有相关的规定，针对不同的罪名有相应不同的处罚原则，主要分为以下几类：

#### 1) 从一重处罚原则

从一中处罚原则是指应当按照数罪中其中最重的一个罪来作为对牵连犯的处罚，并依据该罪法定刑的范围对该牵连犯进行合理量刑。由于牵连犯要求行为人须在一个犯罪目的下实施多个犯罪行为，且这数个行为须均构成独立犯罪，因此，该论认为，牵连犯是实质的数罪，只是由于这数个行为之间具有因果上的牵连关系，因此该数行为不是单纯的数罪，而是数行为聚集在一起共同形成的一个整体的犯罪形态。但相比于真正的数罪，牵连犯由于其单一的犯罪目的，因此认为其主观恶性和对社会法益的侵害性都更小。据日本教授所言，“在牵连犯的场所，数个行为之间的犯罪目的、犯罪手段、犯罪原因、犯罪结果均为连续的，是将基于密切相接的数个行为结成一个行为实施的情况。虽然违反了不同的规范并侵害了数个法益，与评价上的一罪不同，但这些法益侵害或规范违反是基于一个或准一个意思的行为，并且其他犯罪行为作为伴随的行为实施，因此减少为一次可罚的责任[13]。”

#### 2) 双重处断原则

双重处断原则主张对牵连犯应当按照行为人所触犯的各犯罪中最重的罪名进行定罪，并主张以最重罪所规定的量刑范围内再予以从重或加重判处刑罚的原则，即“从一重重处断”。这种处罚原则相较于并罚数罪，具有以下优点：a) 本原则有利于依法从重处罚网络经济犯罪；b) 本原则维护了刑事立法与司法解释的一致性；c) 本原则考虑了牵连犯实行了数个犯罪行为的客观事实以及行为人主观上的犯意特

点,更符合科学主张。且本原则的表述更加简明扼要、言简意赅,是较为恰当的表述方式[14]。

### 3) 折中说

该说主张在处理牵连犯时,采取一律数罪并罚或者从一重处断的原则均不够妥当,对牵连犯的处断应当根据具体情况作出具体恰当的分析,可以依据某一特定的标准决定采用哪种原则是最符合牵连犯情况的。该说认为应当为两种类型:其一是标准的双重原则,即对于刑法没有明文规定的牵连犯,适用从一重处断的原则;对于刑法有明文规定或明文规定须处以并罚的牵连犯,应从一重处断,或对数罪进行并罚。其二是以罪行轻重为标准的双重处断原则,即对于一般程度或轻罪的牵连犯,从一重处断,对于危害程度严重或重罪的牵连犯,数罪并罚[15]。

### 4) 数罪并罚原则

该原则主张以数罪并罚的方式规制所有的牵连犯。该观点也有许多支持者。本原则认为,第一,该处断原则符合罪刑相适应的刑法基本原则,也是刑罚目的的必然要求;第二,牵连犯在形式和实质上都属于数罪;第三,对牵连犯实行并罚符合我国立法精神,在我国刑事立法中显示出越来越多的对牵连犯处以数罪并罚的情形;第四,由于受英美法系立法趋势的影响,出现此类情况时应按数罪并罚处理,没有牵连犯的概念。

## 5. 完善本罪与他罪行为交叉或竞合时存在的问题

### 5.1. 确立可行的共犯优先适用的标准

对于网络帮助行为的刑法规制,本文坚持以坚持共犯为主,其他方式为辅的原则。而坚持共犯优先适用的前提是树立片面共犯的观念并采取限制从属性的理论。当然,共犯优先适用并不等同于共犯唯一适用,因此,在司法实践中我们应当树立明确的标准来选择其中一条规制路径。本文认为,当行为符合不法标准和责任标准时就可以选择关联犯罪的共犯来优先适用。在不法领域中,可以以法益侵害程度的强弱与实行行为方式的区隔来界定关联犯罪共犯与本罪。按照法益论的观点分析,正犯行为侵犯与在帮助行为的法益具有同一性,帮助行为侵犯了被帮助犯罪的保护法益与帮助信息网络犯罪活动的保护法益,较严重的侵害了法益,有必要优先按照关联犯罪共犯进行处理。从实行行为的视角出发,根据刑法规定,法定三类行为方式以内的信息网络犯罪帮助行为可能构成本罪,但存在着同时构成关联犯罪共犯最终想象竞合从一重的可能性;三类行为方式之外的帮助行为不能构成帮助信息网络犯罪活动罪。

#### 1) 依据所侵害法益区分本罪与关联犯罪共犯

我国刑法的整体性目的,即刑法第二条所述,概括为保护法益。实质的法益论认为,对帮助犯的进行处罚依据应该在于,帮助犯的帮助行为通过正犯的实行行为对法益对象产生危险流,从而发生犯罪后果。通过对危险流的分析,可以准确地识别出侵害法益的类型和严重程度,从而将帮助行为和正犯行为划分开来,并将其与相关犯罪活动进行区分:当帮助行为与正犯行为侵害共同的法益时,应当优先适用关联犯罪共犯而非帮信罪;而当帮助行为与正犯行为没有侵害共同法益时,且仅仅侵犯信息网络制度和管理秩序时,则应当将其视为帮信罪。

详细来说,支持互联网犯罪活动的帮助行为不仅侵害了互联网制度和监管,还侵害了社会公共利益和他人财产等其他财产类犯罪行为所保护的利益。当出现这种情况时,由于这种犯罪行为比单纯侵害互联网制度和监管有序的犯罪行为社会危害更大,为更全面地评估帮助行为及其危害结果,应在确定罪名时应优先考虑关联犯罪的共犯。这种罪行的关联犯罪行为有通信欺诈、网上博彩、网上性引诱、网络贷款等,它们都会侵害受害者的财物利益或经济社会秩序。例如,为跨境诈骗犯罪支付结算服务会侵害受害者的财产权益;为跨境赌博、色情犯罪支付结算服务会侵害受害者的社会管理秩序;此外,还会为信

息技术网络犯罪支付技术和广告推广。支付结算等帮助行为属于下游产业链，而为其支付技术和广告推广的则属于上行或者中游产业链，这两种帮助行为都会对法律利益造成严重的侵害，因此，即使帮助犯与其他罪犯没有事前勾结，也可能会因为明知这些帮助行为会侵害与上述正犯手段相同的法律利益而构成上述犯罪行为。

当这种行为仅仅侵犯信息网络系统的法律利益时，就应该被视作一项独立的行为，并得到司法的保护。支持信息网络犯罪进行社会活动罪被列为刑事第六篇破坏公众社会秩序犯的第1节，以此来维护公众社会秩序。因此，为了保护信息网络犯罪进行活动，国家应当加强对互联网的公共制度和管理秩序的建设，以确保其不受到刑事犯罪的侵害。只有这样，才能够公正的将复杂的社会秩序作为参照对象，从而保护社会的利益。随着IT的飞速发展，基于风险社会理论，我国已经制定了一系列具有中国特色的刑事案件，以保护集体法律利益，并严厉打击信息网络犯罪进行活动。本罪的目的是加强刑法网络，因此也有其可单独规制的范围。

大多数情况下，支持信息网络犯罪行为可以被视为共犯，但是，将其作为单独的犯罪行为仍有可能被确认为有罪。例如，即使协助犯只知道自己在协助别人完成犯罪活动，但不清楚犯罪活动的具体类型或情节，或者协助行为人同时协助多人完成犯罪活动，但不清楚每个人具体实施的犯罪类型，也可以被界定为协助信息网络行为罪[16]。

根据《刑法》及其相关解释，罪刑法定原则是刑法最基本的原则上，因此，在促进信息网络犯罪进行活动罪的基本实施手段中，进行技术、广告传播与交易结算三类行为方式是最常见的，它们不仅可以形成本罪，而且还可以与其他相关犯罪构成想象竞合；而其他三类犯罪行为方式则不能满足本罪的要求，因此不能被视为罪刑法定原则的适用。

## 2) 依据行为人主观认识区分本罪与关联犯罪共犯

针对帮信罪的共犯，除了可以以所侵害的法益来区分外，还可依据行为人的主观认识，即按照行为人主观是否明确主观程度与内容区分帮助信息网络犯罪活动罪与关联犯罪共犯。关联犯罪共犯是指行为人能够认识到被帮助者实施的是开设赌场罪、诈骗罪等犯罪；而行为人只要认识到是网络犯罪，此类比较宽泛的范围，则本罪成立。审判实践在认可片面帮助犯的合理性与合法性的前提下，审判实践中原本以本罪定罪的案件，都可认定为关联犯罪的共犯，这可以有效缓解本罪判决数量异常增长情况，解决重罪行为轻罚化的问题。因此，从所侵害的法益来看，行为人为关联犯罪提供帮助的行为确实为法益侵害作出贡献，并且行为人在主观上也对被帮助者所实施的网络诈骗、网络赌博等犯罪行为存在明知时，应当优先以关联犯罪共犯论处。此外，当无法查明帮助行为人是否明知他人犯罪的具体类型时，但至少要有证据和事实表明，帮助人明知自己所帮助的犯罪为网络犯罪时，则可以成为帮信罪。

根据片面共犯理论，只需行为人能认识到被帮助者的犯罪行为并具有帮助故意，即可成立帮助犯，无需以行为人与正犯间的犯意联络为前提。同时，依据因果共犯论观点，正犯与共犯的差别除了所造成的社会危害性不同外，还在于造成法益损害的方式不同，正犯直接造成危害结果，共犯对危害结果有间接的助益作用[17]。在片面共犯的视角下，行为人通过对被帮助者施加物理的因果作用力，在客观上起到真实有效的促进作用，这是一种借助正犯行为完成的对法益有间接侵害的共犯行为，因此应当运用共犯处罚原则对其进行规制。

实务界、刑法理论彼此都存在误解或者说关于关联犯罪分别有不同的看法。从学界的角度分析，很多学者认为设立帮助信息网络犯罪活动罪主要考量司法实践，这是因为由于侦查手段滞后性，决定了司法人员在面对信息网络犯罪的帮助行为经常出现无法或者很难查处共同故意的现象。此时再处理时就不能再以共同犯罪为依据，在具体定罪处罚时需要按照本罪[18]；司法实践关于这方面分别提出不同观点，认为是基于刑法理论考虑而设立信息网络犯罪活动罪。所以当有很多帮助行为人存在片面帮助时，无法

按照刑法关于共同犯罪的规定,追究行为人的刑事责任,因而需要做出具体规定[19]。但是实务界、学界都忽视了一个问题,即未讨论片面共犯的问题。笔者认为如果否认共同犯罪,则有可能出现罪行不适应的风险,则不如接纳片面共犯理论。虽然实务界与理论界都不存在,关于网络犯罪在具体认定帮助行为人时,更加强调共同犯罪,即关联犯罪。事实上,当前司法实务中尚存在很多难题,但是面对这些难题只要承认片面共犯,即可将问题消解为伪问题。综上关于片面共犯的研究,实践中有很多网络犯罪帮助行为需要刑事制裁,此类关联犯罪均可遵循共同犯罪的基本原理认定为帮助犯并以此定罪处罚[20]。

在网络技术不断发展的背景下,越来越多社会危害性较大的网络犯罪帮助行为已经出现,使得对此行为进行规制非常有必要。片面共犯理论的引入,有助于消除共犯与正犯之间因意思联络缺失的而无法规制的障碍,从而对这种网络帮助行为进行有效的规制。但是目前,片面共犯的司法解释并不多,这对网络犯罪帮助行为的规制并不利。如果期待以“一罪一解释”的模式来扩大片面共犯的适用范围,不仅效率低下,并且会司法资源的浪费。因此,本文认为,为顺应网络社会的发展,最高司法机关应当在共犯总则中树立的片面共犯的司法解释。

## 5.2. 应依据牵连犯从一重处罚

对于行为人将银行卡挂失并将现金取现的行为,在司法适用中存在应当将其认定为盗窃罪还是侵占罪的分歧,并且在一罪还是与帮信罪构成数罪上众说纷纭。本文认为,行为人将银行卡挂失并取现的行为应当认定为盗窃罪,其肯定理由主要包括三个方面。首先,盗窃罪的构成要件是通过非法手段获取(占有)他人财物,其行为本质属于财产犯罪,行为人侵犯了他人的财产权。行为人在明知银行卡中的款项并非自己所有的情况下,仍采取“银行挂失补办新卡并将钱款取现”的方式获取他人财物,因此符合盗窃罪的构成要件。其次,盗窃罪的法规范保护目的是维护财产法益的占有秩序,即保护被盗窃财物的合法占有人的财产权。实际持卡人对银行卡的控制和支配力强于名义持卡人,因此实际持卡人对该款项的掌控力更强,应当认为实际持卡人占有了该款项,是处于优势地位的“事实占有”。最后,盗窃罪行为的类型与预防效果也是肯定盗窃罪的重要理由之一。行为人基于非法占有的目的,破坏了他人对该款的事实占有状态,建立了自己支配的新的不法占有,这种行为符合盗窃罪的构造。对盗窃罪的肯定不仅有利于维护社会财产秩序,也有预防犯罪的效果,可以遏制财产犯罪的蔓延,保护公民的财产安全。

在认定行为人的取现行为为盗窃行为后,我们应继续探讨是否要与帮信罪构成数罪并罚。经过上文分析,本罪是否适用数罪并罚涉及到的牵连犯问题。我国刑法中对于牵连犯的处罚存在多种不同的规定,缺乏固定的处理原则,常常根据具体罪名和行为对法益侵害的大小来灵活处理。本文认为,按照双重处断原则,有具体规定的直接适用该规定,而对于没有明确规定的牵连行为,应按照一般处断原则进行择一重罪处罚,以遵循罪刑法定的原则。

在此类“黑吃黑”的案件中,行为人的主观心态分为两类:第一种是行为人主观目的只有一个,就是要通过“黑吃黑”的方法达到窃取他人财物。在此单一的目的支配下,其通过将银行卡出售给他人用于非法活动的行为属于手段行为,该手段行为触犯了帮信罪。刑法第二百六十四条关于盗窃罪的规定中,没有对该罪中出现牵连行为时该如何处罚作出明确规定,因此对于刑法没有明文规定的牵连犯,应适用从一重处断的原则,即只定盗窃罪<sup>2</sup>。此外,从罪责刑相适应角度看,帮信行为法定最高刑为三年有期徒刑,而盗窃数额较大的行为远远超过三年,以盗窃一罪定罪量刑,刑罚也比较适当,足以达到惩罚效果。第二种是行为人先是有帮信罪的故意,等银行卡有汇款流入之后才萌生盗窃的故意。如上述观点所述,对于刑法有明文规定:“同时构成其他犯罪的、应当依据处罚较重的规定处罚”,因此应当依据盗窃罪定罪。

因此,在办理“黑吃黑”案件时,无论是先有帮信罪的犯罪意图还是先有盗窃罪的犯罪意图,都不

<sup>2</sup> 由于构成帮助信息网络犯罪活动罪中,银行卡所涉及的支付结算金额应达到20万的标准。此处默认盗窃金额也达到20万。

应采用数罪并罚的处理方式，而是应该选择其中一种罪名予以处罚，即在盗窃罪或帮信罪中选择其一进行处理。

## 6. 结语

信息技术不断发展，原有的规制手段难以对网络犯罪帮助行为进行有效遏制，本罪的设立在一定程度上缓解了这一难题。但在本罪适用中，在“明知”的程度和内容、帮助行为的范围以及是否达到“情节严重”程度，还有本罪与其他犯罪在罪名与罪数选择上有诸多争议，导致同案不同判的情形较多，司法适用混乱。并且近年来对本罪适用不再持审慎态度，“断卡”行为激活了本罪的适用，司法解释使本罪定罪、审判更加简便迅速，导致本罪适用的迅速增长。在网络帮助行为得到规制的同时，也将司法适用中的问题一一暴露，这也凸显出对网络犯罪帮助行为规定的必要性和紧迫性。因此本文在梳理本罪的司法适用现状之后，结合相关理论逐一对本罪适用问题展开分析并且提出可能的规制路径。

本文立足于司法适用中出现的前沿问题与争议，例如：在会议纪要与《意见(二)》中有关“情节严重”的规定存在的冲突之处，导致在认定“帮助行为”时的混乱与不当扩大；以及实务中出现的“黑吃黑”现象，学界与实务界对于此情形的罪数选择上存在巨大争议。本文立足于实践问题，结合刑法理论知识，除了对本罪中一直存在的适用和认定问题展开讨论，并且对一些较新的争议也表明了自己的立场。本文的梳理具有实践意义，通过考察帮信罪在司法实践中的适用情况，并结合本罪的性质与犯罪特点，总结司法实践中的经验，为司法适用找到统一的标准，通过更加严格细化的规定和解释，以期克服案件办理中的困难，在推动信息技术进步的同时，推动网络信息健康发展。

希望通过本次研究，弥补帮助信息网络犯罪活动罪在司法适用中的缺陷，为科学发挥本罪在刑法中的作用略尽绵薄之力，促进本罪司法适用的公平公正。

## 参考文献

- [1] 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): 63.
- [2] 秦雪娜. 共犯的客观构成要件从属性之提倡[J]. 刑事法评论, 2016(1): 71.
- [3] 马荣春. 论真正身份犯之共犯处罚根据[J]. 法治研究, 2015(1): 63.
- [4] 毛海利. “修正的共犯二重性说”之提倡[J]. 法学论坛, 2016(2): 69.
- [5] 钱叶六. 共犯的实行从属性说之提倡[J]. 法学, 2012(3): 119.
- [6] 杨志壮. 试析片面共犯[J]. 政法论丛, 1997(增刊): 61.
- [7] 赵秉志. “片面共犯”不能构成共同犯罪[J]. 检察日报, 2004(3): 52.
- [8] 肖中华. 犯罪构成及其关系论[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2000: 332.
- [9] 李敏. 论片面合意的共同犯罪[J]. 政法论坛, 1986(3): 62.
- [10] 陈兴良. 刑法适用总论(上卷)[M]. 北京: 法律出版社, 1999: 511.
- [11] 马克昌. 犯罪通论[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1999: 516.
- [12] [日]西田典之. 刑法总论[M]. 王昭武, 刘明祥, 译. 北京: 法律出版社, 2013: 334.
- [13] [日]山中敬一. 刑法总论, II[M]. 东京: 成文堂, 1999: 921.
- [14] 陈兴良. 本体刑法学[M]. 北京: 商务印书馆, 2001: 616.
- [15] 龚铮宏, 刘东妮. 牵连犯之处断原则[J]. 湖南税务高等专科学校学报, 2008(6): 35.
- [16] 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[J]. 河南大学学报(社会科学版), 2017(2): 62.
- [17] 张明楷. 刑法学[M]. 第五版. 北京: 法律出版社, 2016: 394.
- [18] 喻海松. 网络犯罪二十讲[M]. 北京: 法律出版社, 2018: 105.

- [19] 臧铁伟, 主编, 全国人大常委会法制工作委员会刑法室, 编著. 中华人民共和国刑法修正案(九)解读[M]. 北京: 中国法制出版社, 2015: 207-208.
- [20] 余铮, 魏炜. 帮助信息网络犯罪活动罪的法律适用[J]. 人民司法, 2020(7): 52.