

帮助信息网络犯罪活动罪客观帮助行为的明确与限定

缪 种

南京理工大学知识产权学院, 江苏 南京

收稿日期: 2024年12月18日; 录用日期: 2025年1月17日; 发布日期: 2025年1月26日

摘 要

本文围绕帮助信息网络犯罪活动罪(帮信罪)展开讨论, 着重分析了帮助行为的明确与限定、与其他相关犯罪的区分、及网络中立帮助行为的处罚立场等问题。随着信息网络技术的进步, 网络犯罪活动日趋多样化, 对帮信罪的认定和处理提出了新的挑战。通过对典型案例的分析, 文章探讨了技术支持、广告推广、支付结算等不同类型帮助行为的法律责任, 以及如何合理界定和限制网络中立帮助行为的处罚范围, 以平衡技术创新与打击网络犯罪之间的关系。文章指出, 网络中立帮助行为的处罚应考虑到技术发展的需求, 避免对无辜服务提供者的过度规制, 同时强调加强对网络犯罪活动的预防和打击, 维护良好的网络环境和社会秩序。

关键词

帮助行为, 罪名竞合, 网络中立帮助行为

Clarification and Definition of the Objective Aiding Behavior in the Crime of Helping Information Network Crimes

Chong Miao

School of Intellectual Property, Nanjing University of Science and Technology, Nanjing Jiangsu

Received: Dec. 18th, 2024; accepted: Jan. 17th, 2025; published: Jan. 26th, 2025

Abstract

This article focuses on the crime of helping information network crimes (helicopter crime), with an emphasis on analyzing the clarification and definition of helping behavior, the distinction from

related crimes, and the punishment stance on neutral helping behavior in the network. With the progress of information network technology, network crimes are becoming increasingly diverse, posing new challenges to the identification and handling of helicopter crime. Through the analysis of typical cases, the article explores the legal liability of different types of helping behavior, such as technical support, advertising promotion, and payment settlement, as well as how to reasonably define and limit the scope of punishment for neutral helping behavior in the network to balance the relationship between technological innovation and the suppression of network crimes. The article points out that the punishment for neutral helping behavior in the network should take into account the needs of technological development, avoid excessive regulation of innocent service providers, and emphasize the prevention and suppression of network crimes to maintain a good network environment and social order.

Keywords

Helping Behavior, Competition of Charges, Network Neutrality Supports Behavior

Copyright © 2025 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. 问题的提出

随着信息网络技术的迅猛进步和人类社会的不断演进,网络空间呈现出日益立体化和普遍化的趋势。网络犯罪活动也逐步从传统的计算机系统犯罪演变为更广泛的信息网络犯罪,其涉及范围不断扩大,犯罪手段不断升级。自帮助信息网络犯罪活动罪(简称“帮信罪”)设立以来,该罪名引起了理论界的广泛讨论,特别是其与传统刑法共犯理论之间的矛盾,导致在宏观上缺乏统一的理论指引,司法机关对本罪的适用存在差异和混乱。

自 2022 年起,司法机关有意识地限缩帮信罪的适用范围,案件数量相比 2021 年减少了近三分之二,尽管如此,帮信罪案件数量仍保持在较高水平。关于本罪中的“帮助行为”,刑法条文采取了“主要行为列举+‘等’兜底”的形式进行不完全列举。然而,网络技术的更新迭代日新月异,网络犯罪中帮助行为的手段和类型也在不断发生变化,呈现多样性的发展趋势。法律的滞后性以及对未来事物预测的局限性,导致司法实践中对“帮助行为”的认定往往存在争议。这促使我们深思:帮信罪对内的帮助行为到底有哪些?对外与相关犯罪混乱的竞合关系如何解决?如何网络中立帮助行为的处罚范围?

2. 帮信罪概述

2.1. 帮信罪的立法背景

随着信息网络技术的迅猛进步和人类社会的不断演进,网络空间呈现出日益立体化和普遍化的趋势,网络犯罪活动也已经逐步从传统的计算机系统犯罪演变为更广泛的信息网络犯罪,其涉及范围不断扩大,犯罪手段不断升级。信息网络犯罪的新样态为司法实践与法学理论均带来了全新的难题与挑战。在司法实践中,发生在网络空间和以网络为依托或手段的犯罪持续增长。

帮助信息网络犯罪活动罪(帮信罪)的适用经历了一个从沉寂到快速增长,再到爆发式增长,最后进入调整的过程。2015 年 8 月,《中华人民共和国刑法修正案(九)》正式设立帮信罪,但在设立初期,这一罪名并未得到广泛应用,2019 年之前全国仅有少数案例,总数不超过百余件,尽管网络犯罪案件数量以年均 34% 的速度增长,但帮信罪的适用比例与实际需求不符,处于较低水平。2019 年,《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》出台，明确了帮信罪中“明知”和“情节严重”等关键要素的具体标准，推动了帮信罪案件数量的增长。2020年10月，国务院在全国范围内启动“断卡”行动，重点打击非法买卖银行卡、电话卡等行为，这一行动极大地促进了帮信罪的司法适用，2021年帮信罪案件数量相较于2019年增长了约百倍，成为仅次于危险驾驶罪和盗窃罪的第三大罪名。2022年开始，司法机关有意识地限缩帮信罪的适用范围，案件数量相比2021年减少了近三分之二，尽管如此，帮信罪案件数量仍保持在较高水平。截至2024年，最高人民法院和最高人民检察院的工作报告均显示，电信网络诈骗及关联犯罪案件比例继续攀升，帮信罪仍然是司法实践中处理的重要罪名之一。

2.2. 帮信罪的立法定位

自帮信罪设立之初，学界就对其立法定位存在诸多争议。尽管已有不少学者进行了深入探讨，但在信息网络犯罪案件数量不断增长、该罪被全面激活的当下，重新审视其立法定位仍然具有重要意义。

总体而言，争议主要集中在两种学说上：“帮助犯正犯化”和“帮助犯的量刑规则”。一种观点认为，“帮信罪”的设立实际上是将传统的帮助犯提升为独立的正犯，即帮助信息网络犯罪的行为本身已经构成了一个独立的犯罪类型，而不再仅仅是主犯的帮助行为。另一种观点则认为，“帮信罪”只是对帮助犯的一种特殊量刑规则，旨在更严格地处罚此类行为，但并未改变其作为帮助犯的本质。

这两种观点反映了对该罪名法律地位的不同理解。在信息网络犯罪日益猖獗的背景下，明确“帮信罪”的立法定位不仅有助于统一司法实践中的认识，还能更好地指导相关案件的处理，确保法律适用的准确性和一致性。因此，继续深入研究和讨论这一问题具有重要的现实意义。

2.2.1. 否定“量刑规则说”

关于“帮助信息网络犯罪活动罪”(简称“帮信罪”)的立法定位，存在不同的学术观点。有学者认为，通过对现行法律进行解释即可应对网络犯罪，无需新增罪名。然而，《刑法修正案(九)》已经增设了该罪名，因此应当在现有刑法体系内对其进行理论研究。

张明楷教授认为，刑法增设本罪并不意味着帮助行为从此独立成罪，其本质上仍为帮助犯，从属于网络犯罪的正犯^[1]。分则条文为其设置了独立的法定刑，使帮助行为不再适用总则中有关共犯的处罚规定。行为人成立本罪不仅要求明知他人实施犯罪，还需被帮助的人实际实施了犯罪行为。至于他人的身份、是否被查获、是否有责，不影响行为人成立帮助犯。然而，这一学说值得商榷。

首先，若将本罪视为帮助犯的量刑规则，则会导致总则中的共犯规定被虚置。对于帮助行为人，只能依照本罪定罪处罚，无法依照帮助犯的规定从轻、减轻或免除处罚^[2]。这种解释实际上架空了共犯的一般原理^[3]。尽管黎宏教授提出，如果行为人既构成本罪又构成其他较重犯罪的帮助犯时，仍需按照总则中的共犯理论处理，但这依然难以自圆其说^[4]，因为这实际上还是将本罪作为正犯对待，排除了行为人同时构成共同犯罪的可能性。

其次，量刑规则说建立在共犯从属性的基础上，要求被帮助的正犯至少在不法层面实施了符合构成要件的行为。这意味着需要查处被帮助的正犯的犯罪行为，但在互联网背景下，行为人可能面临“一对多”的局面，产业链上下游之间没有明显的犯意联络，导致认定帮助犯困难重重，不利于打击网络犯罪帮助行为。

最后，该观点与司法解释的精神相悖。《信息网络犯罪解释》规定，即使无法查清被帮助的行为是否达到犯罪标准，只要帮助行为满足数额、情节等条件，仍可构成帮信罪。这表明司法解释更侧重于帮助行为对法益的侵害程度，而非依赖被帮助的犯罪行为。因此，从立法本意来看，认为本罪是一个独立的罪名更为合适，能够更好地适应互联网时代的犯罪特点，确保法律的有效实施。

2.2.2. 认可“帮助行为正犯化”

1) 理论基础

在传统共同犯罪理论中,共犯不能独立存在,必须对应相应的正犯,对共犯的处罚应依照《刑法》总则的相关规定。所谓“共犯行为正犯化”,即将原本依附于正犯的共犯行为独立出来,作为实行行为加以规制,不再适用原本正犯行为的构成要件。笔者认为,将“帮助信息网络犯罪活动罪”(简称“帮信罪”)认定为共犯行为的正犯化更为合理。

通常而言,共犯的处罚依据在于行为人通过正犯的行为引起法益侵害或构成要件该当事实。换言之,帮助犯的刑事可罚性基础在于其自身对法益造成了实际侵害。然而,在网络犯罪“一对多”或“多对多”的产业链结构下[5],传统共同犯罪理论要求的意思联络前提显得过于苛刻。为了摆脱对正犯行为的依赖,立法增设了本罪。通过这种安排,帮助行为具有独立的罪状和法定刑,不再被视为某一具体犯罪的帮助犯,而是具备了独立的违法性评价基础。

此外,即便坚持认为本罪为附属罪名,运用片面共犯理论处理此类案件时也会遇到不少问题。片面帮助犯是指行为人有意帮助正犯实施犯罪,但正犯并不知晓自己的犯罪是在他人的帮助下完成。成立片面帮助犯不要求行为人间有明确的意思联络。该理论虽然降低了共同犯罪成立的条件,在现实空间中应用可能并无不当,但在网络空间中,可能会导致对帮助者的量刑过重。因此,刑法增设本罪,将帮助行为独立出来,不仅解决了片面共犯理论在网络空间应用中的矛盾,还确保了法律适用的公正性和合理性。

2) 法律效果

立法将信息网络犯罪的帮助行为提升为正犯行为,意味着行为人成立该罪并不依赖于具体的正犯行为。在双方无意思联络的情况下,无论正犯的行为是否构成犯罪,提供帮助的行为人都应以本罪认定。然而,在双方有意思联络的情况下,行为人也可能构成正犯所实施犯罪的帮助犯。此时,对于行为人的定性应当择一重罪论处,这是《刑法》第287条之二的规范应有之义。

既然本罪已经作为独立罪名存在,理论上就可能存在从犯。换言之,教唆他人实施本罪的(即引起他人犯罪故意并实施帮助行为的),可以成立本罪的教唆犯;帮助他人实施本罪的(即为帮助行为提供进一步帮助的,也称间接帮助行为),可以成立本罪的帮助犯。这些行为是否构成犯罪,则需司法实践中结合具体案情由审判人员判断[6]。

对行为人进行量刑时,应从正犯的角度考量。如果行为人仅成立本罪,则不再适用总则中关于从犯的一般规定。但在多人共同实施帮助行为从而构成本罪的共同犯罪情况下,仍可根据其在共同犯罪中所起的作用大小,区分主犯、从犯等角色。被认定为从犯的,可以根据《刑法》规定,从轻、减轻或免除处罚。此外,本罪还可依据犯罪形态的不同,成立犯罪预备、未遂等,并依法适用相应的量刑规则。

3. 帮助行为的明确

对于现有的典型帮助信息网络犯罪活动的行为,确实需要进一步分类处理。一部分可以帮助行为与被帮助行为构成共同犯罪,可以利用共同犯罪理论进行分析;另一部分由于不能构成共同犯罪,则应当单独分析。根据这一思路,并结合《刑法》关于帮助信息网络犯罪活动罪的具体规定,可以详细分析每一类帮助行为。

3.1. 技术支持行为

帮助信息网络犯罪活动罪中的技术支持型帮助行为,指的是为他人的违法犯罪活动提供互联网接入、服务器托管、网络存储和通讯传输等技术支持的行为。这类帮助行为通常需要较高的专业技术知识,并且能够极大地促进他人利用网络实施违法活动的的能力,使得这些活动能够在虚拟空间中迅速扩展和持续

运作。提供技术支持型的帮助行为在实践中多体现为给实施网络诈骗、网络赌博、网上传播淫秽物品违法犯罪行为提供搭建网站、服务器托管和网站维护等帮助。

第一种形式为提供帮助者以搭建网站等技术手段作为自己的职业，将搭建的网站和服务器等出售给他人。例如，一些个人或组织将网站建设作为一种职业，批量生产和出售网站及服务器资源给有需求的客户，而不问这些资源最终是否被用于合法或非法目的。这种模式类似于制造业中的商品生产——开发者制作产品(如网站或服务器)，然后无差别地销售给任何愿意购买的人。

第二种形式的帮助行为与第一种不同，它更侧重于为特定的违法犯罪活动提供定制化的服务。这种帮助行为不是简单地将技术作为一种商品批量出售，而是针对特定的购买者及其犯罪意图，提供专门设计和量身定制的技术支持和服务。这类行为的特点在于高度的专业性和针对性，帮助者通常清楚了解客户的具体需求，并根据这些需求来设计、开发和提供相应的工具和技术。

提供技术支持型帮助行为可以根据其主客观表现分为“售卖服务”型和“量身定制型”。这两种形式在行为的性质、目的以及法律评价上有着明显的区别。下面将对这两种形式进行综合讨论，而不分点列出。

对于“售卖服务”型的帮助行为，这种模式可以形象地称为批量出售技术服务。在这种情况下，提供者将自己的技术服务作为标准化商品无差别地出售给任何有需求的购买者。从客观上看，提供者通过制作网站、提供其他技术支持等手段牟取利益，只要有需求者均可以购买这类服务，并且该服务可以向多人多次提供。出售之后，提供者仅会提供最基本的安装、调试及售后服务，而不会进一步为购买者提供定制化的服务。因此，在客观行为上，这类帮助行为并未延伸至后续的具体违法犯罪活动中，提供的帮助更像是流水线式的产品，双方之间的交流较少，各取所需。

相比之下，“量身定制型”的帮助行为更为复杂。这类行为是为了他人的网络犯罪活动“私人化”地制作网页、手机应用程序(APP)、提供维护等服务。首先，在主观认识层面上，提供帮助者完全知悉对方的用途，并根据对方的要求设计、制造网站或提供其他帮助。这种贴切的帮助行为必须知道对方的行为意图和整体计划，以提供全面的服务。因此，提供帮助者不仅清楚自己行为的性质，也明白对方行为的性质及可能的结果。其次，在意志层面，提供帮助者通过提供完整的服务，希望对方能够利用这一帮助实现目标。这种帮助行为以“服务客户”为终极目标，意在通过自己的行为促进被帮助者实现最终目的。最后，在客观层面，这类帮助行为提供的工具完全贴合被帮助者的犯罪目的，能够在整个犯罪过程中充分发挥作用。

综上所述，“量身定制型”的帮助行为在主客观方面都可以放在共同犯罪中讨论，与被帮助者成立共同犯罪，同时也符合帮助信息网络犯罪活动罪的构成要件。当一个行为同时构成两罪时，适用想象竞合的原则，择一重罪处罚。这种方式不仅强调了提供者明知故犯的主观恶性，还体现了其在犯罪过程中的积极作用，从而更加准确地反映了法律对于此类行为的评价标准。

3.2. 广告宣传行为

广告推广型的帮助行为在帮助信息网络犯罪活动罪中虽然相对少见，但其特点鲜明，对违法犯罪活动起到了显著的助推作用。这类行为主要通过为他人的犯罪活动提供宣传推广服务来实现，既包括线上的推广方式，也涵盖线下的推广手段。根据推广的方式和目标的不同，可以将广告推广型帮助行为分为两类：平面发散型和垂直型。

平面发散型推广利用自身经营的平台为他人的犯罪活动做宣传，类似于传统广告公司的运营模式。其推广服务呈现流水线批量化的特点，能够大范围、无差别地帮助推广犯罪活动，扩大犯罪的影响范围。这种类型的帮助行为主要依赖于平台进行大规模的推广服务，第一种形式为引流，第二种为直接推广。

这种推广行为通过平台进行大范围的推广服务,实现了多对多的帮助,具体表现为引流(如网页弹窗广告)和直接推广(如垃圾短信)。这种方式不仅扩大了犯罪活动的影响范围,还使得更多的潜在受害者暴露在风险之中。生活中我们浏览网页时跳出的广告弹窗即为引流行为,平常收到的“垃圾短信”即为直接推广行为,这种广告推广平台只要接到订单就无差别帮助推广,可以实现多对多的帮助,扩大数个被帮助者的犯罪影响范围。

与平面发散型不同,垂直型推广是直接针对上游犯罪行为进行推广,通常具有更强的针对性和深度参与性。这种推广行为更像是公司中的工作人员为完成业绩而进行的活动,它垂直延伸公司的行为,类似传销活动中通过发展下线获得提成。这种推广行为可类比为公司中的工作人员做业绩的行为,其垂直延伸公司的行为,类似传销活动通过发展下线获得提成,公司像大树的主干,各个业务员向其根系不断发展纵深。此种推广不像第一种的平台推广能够实现多对多推广,而是一对多的推广,并且是针对性地对一定的对象进行推广,而不是像前一种的“广撒网”式推送广告、群发短信。

广告推广型帮助行为的两种典型形式——平面发散型和垂直型,在法律评价上存在显著差异,特别是在主观认知、意志因素以及客观行为上的不同决定了它们是否构成其他犯罪的帮助犯或仅成立帮助信息网络犯罪活动罪。以下是对此两种行为的综合分析:

平面发散型推广中,双方并没有深入地交流沟通,特别是第二个案件中,购买服务者只需要充值金额、事先编辑短信内容,推广平台就可以自动向海量的手机用户发送短信,甚至对信息内容都不进行审核,并不知晓被帮助者利用该推广行为实施何种具体犯罪活动,更不会知道详细的犯罪步骤。其次,在意志上,其目的也不是促进被帮助者实现犯罪目的,而在于牟利。只要被帮助者购买推广服务并支付费用后,平台就会发送广告、短信,并不会在意最终是否有人上当受骗,在不存在主观上共同犯罪的故意。在客观上,这种帮助行为具有独立性,只是他人犯罪之工具,并没有将作用延伸至后续的犯罪。因此,该种多对多的平面发散型广告推广行为因为缺乏主观上的认知和故意,行为上也没有交织延续,也就不能构成其他犯罪的帮助犯,只能成立帮助信息网络犯罪活动罪。

相比之下,垂直型推广则较为复杂。公司中的员工一般来说对公司的业务活动具有较为清晰的认知,并且在搜索被推广对象时也有针对性。主观上,帮助犯要具有双重的帮助故意:第一个层面是帮助人实施犯罪行为的故意,第二个层面是帮助他人实现犯罪构成要件的故意。公司员工当然知道公司实施的行为性质,并且基于职业道德完成工作目标,即便动机是为了获得报酬,但在刑法上评价,其意志是促进公司完成犯罪。并且在客观行为上,通过适用话术等手段骗得他人信任,向他人推广,延续了上游的犯罪行为,具有更深的参与性。因此,一般而言,公司内部的垂直型推广可以构成帮助犯,成立共同犯罪。但是通常员工作为“螺丝钉”的角色,发挥的作用较小,是从犯,应从轻或者减轻处罚,也同时成立帮助信息网络犯罪活动罪,适用想象竞合的规定。现实中还存在涉世未深的年轻人在求职时因为缺乏辨别能力不慎触犯刑法的情形。因此,对于垂直型的推广帮助行为,倘若知悉被帮助者的行为性质以及结果,并且该帮助行为已经与被帮助者所涉罪名的实行行为延伸交织的,可以成立其帮助犯;倘若仅为“螺丝钉”角色,对被帮助者的行为缺乏认识,也并未进一步帮助实施犯罪行为的,则只能认定为帮助信息网络犯罪活动罪。

总的来说,这两种类型的广告推广型帮助行为因其不同的主客观特点,在法律评价上有明显的区别。平面发散型由于缺乏主观认知和故意,且行为上没有交织延续,只能成立帮助信息网络犯罪活动罪;而垂直型则可能构成帮助犯,成立共同犯罪,具体情况还需结合个案进行详细分析。

3.3. 支付结算行为

支付结算型帮助行为是《解释》颁布后帮助信息网络犯罪活动罪最常见的行为方式之一,主要表现

为给其他网络犯罪提供银行卡、支付宝账户等帮助他人进行资金转移。这种帮助行为已经形成了一条成熟的产业链条，上游为专门进行大量银行卡买卖的卡商，下游为向卡商出售个人或他人少量银行卡的卡农，同时还可以提供操作转移资金的帮助行为，已经独立发展成庞大的黑灰产业。

支付结算型帮助行为可以初步划分为上下游，类似于日常生活中的批发商和零售商。上游“批发商”即卡商负责大量收购他人银行卡及信息，随后批量出售给其他网络犯罪行为人；下游的“零售商”即卡农则通过自己在不同银行开设银行卡、动员身边亲朋好友开设银行卡，随后出售获利。¹卡农的帮助行为也可以对应卡商，一种为单纯向其他收购者出售自己的银行卡或者其他资金账户，另一种为提供银行卡之后继续按照他人的要求进行提取资金或者帮助操作转账等行为，提供进一步的帮助。向他人提供银行卡等支付结算帮助行为并不能提供“私人定制”式的服务，提供银行卡的行为仅仅是为他人流转资金提供了“工具”，由使用者决定如何使用该工具，出售银行卡者最多在其指示下继续进行资金划转、取款等行为，一般不会深入参与犯罪。卡商和卡农的行为模式差别不大，仅在规模上有显著差异，可以同时讨论其主客观要件。

在客观行为上分析，出售、收购银行卡的行为人通常以较高的价格买卖银行卡及配套的资料，再向其他的网络犯罪者提供银行卡等资金账户，他人可以利用这些账户进行资金的转移，亦或是进一步按照他人的要求操作账户帮助划转资金或者提取资金。如果是卡商，还有大量持有他人银行卡的行为。根据《意见(二)》第7条规定，收购、出售信用卡、银行账户等行为可以构成帮助信息网络犯罪活动罪；若同时还存在大量持有他人银行卡的行为，则同时构成妨害信用卡管理罪。此外，《意见(一)》第3条第5项规定，提供信用卡或者账户之后，还继续帮助转账、提现的，应以掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪认定。在行为要件上分析构成上述犯罪是合理的，“卡商”、“卡农”的行为具有连续性，可能触犯不同的罪名。

在主观要件上看，买卖银行卡、后续根据要求帮助资金划转和提现的行为人与上游的犯罪者并无深入的沟通交流，特别是底层的卡农，仅仅为了获取非法利益而将自己的银行卡高价出售给他人，有的甚至不知对方姓名，交易完成之后立刻删除联系方式，无法再次联系，实务中也常常无法查出上游的收购者，仅能惩处出售银行卡的卡农。在提供资金划转和提取资金的帮助行为中，操作者也并不知晓对方的具体用途，只是按照对方的要求进行操作，只知道对方频繁转移资金大概率用于违法犯罪活动，但对于具体的犯罪计划一般并不知悉，在整个犯罪体系中属于最底层的螺丝钉角色，发挥工具作用。

总的来说，支付结算型帮助行为因其主客观特点，在法律评价上有明显的区别。卡商和卡农的行为虽然在模式上相似，但在规模上有显著差异。卡商往往涉及更大规模的银行卡买卖和持有行为，可能触犯多个罪名；而卡农则多为个体行为，主要集中在出售银行卡和简单操作层面。对于卡商和卡农的定罪处罚需结合具体行为和主观意图进行综合评判，确保法律适用的准确性和公正性。

4. 严格限定对网络中立帮助行为的处罚

4.1. 网络中立帮助行为的特殊性

网络中立帮助行为属于中立帮助行为的下位概念，故在对其概念界定前，应先行对中立帮助行为的含义予以厘清。

关于中立帮助行为的定义，目前学界并未达成统一意见。张明楷教授认为，中立帮助行为是指一种表面无明显致害性的“中立”行为，但是在客观上帮助了正犯^[7]。陈洪兵教授则认为，中立帮助行为入罪基于实现自身合法利益的意志而实施了帮助行为，其并不偏袒于任何一方，保持了主观上的中立性。^[8]周光权教授则认为，中立帮助行为通常表现为“日常生活行为”，外表与生活行为并无二致。另有学者

¹江苏省扬州市江都区人民法院(2020)苏1012刑初834号刑事判决书。

认为，中立帮助行为的“中立”只是就外表而言，将行为人的主观色彩排除在外^[9]；正是由于中立帮助行为所具有的生活性、反复性特点，才使得其区别于普通的帮助行为。

虽然学界对于中立帮助行为的概念界定并未统一，但是总体上基本遵循了“主观层面外表中立”与“客观上的帮助行为”相互统合的界定路径。本文认为，中立行为的可罚性建立在中立帮助行为人有认识到违法犯罪的可能性这一基础之上。若认为其主观毫无偏袒，也便意味着其失去了认识的可能，这与人类生理规律相违背。因此，本文认为张明楷教授的概念界定方式更具有合理性，同时结合其他的界定方式，将中立帮助行为的含义建立在主观认识可能性这一基石之上：中立帮助行为是行为人实施的某种日常生活行为，表现为“外表的无害性”，但其为正犯实施违法犯罪活动提供了客观上的帮助；同时，行为人对与其业务相关的违法犯罪活动具备认识的可能性。

4.1.1. 对共犯从属性理论的突破

实行行为的刑事可罚性在于其对于法益造成了现实危险，或使得刑法所保护的法益陷入到了危险的状态当中。在共同犯罪理论下，共同犯罪亦是不法的形态，也即共犯行为符合某种犯罪的构成要件且违法。因此在认定共同犯罪时，应先行考虑各行为人分别符合何种犯罪构成要件，以及法益侵害结果的出现是由哪些人的行为所共同导致^[10]。简而言之，共同犯罪中共犯之行为应予刑事规制的原因同样在于共犯行为造成了法益侵害的现实危险或者使得法益陷入到了现实的危险境遇当中。但共犯所造成的法益侵害结果是依托于正犯行为而产生，或者借助于正犯之行为而得以最终实现。

但是网络中立帮助行为则对传统共犯理论下共犯的从属性理论造成了冲击。如在快播案中，播放器的用户在使用播放器的过程中，部分视频播放的行为会产生将视频自动上传网络存储空间的后果，而用户在使用播放器的过程中也可以主动选择将视频上传网络空间。但是对于快播播放器的使用者而言，在使用过程中无论因何种原因导致视频的上传，如果上传数量相对较少，无论如何均不可对其予以刑事处罚，其行为甚至缺乏治安处罚的必要性与可行性。但是海量用户的上传行为累积后，又在客观上对社会公共管理秩序等法益造成了现实的侵害。此时如果对播放器的研发运营主体进行刑事规制，所将面临的问题之一即本案缺乏正犯，由此导致了依托于传统共犯理论对快播平台研发与运营主体定罪时无法入罪问题的出现。

4.1.2. 意思联络的缺失

传统共犯理论要求共同犯罪中正犯与帮助犯之间存有一定的意思联络。传统的共同犯罪理论将其称之为“共同的行为意思”。所谓“共同的行为意思”，一般表现为共同的犯罪故意，司法实践过程中则仅要求其具有共同实施相关行为的意思。

但是对于网络中立帮助行为，通常情况下是由专门的网络服务提供者所提供，如电信运营商、缓存服务提供者、搜索服务提供者等相关主体。帮助人、受助人依托于网络虚拟空间，双方都采用虚拟的身份来开展相关活动，对彼此信息并不了解。前述主体所提供的网络服务，在无犯罪行为出现时属于合法的网络服务行为，仅有在犯罪行为出现后方才转变为网络中立帮助行为。对网络中立帮助行为的实施主体与网络犯罪的直接实施者而言，双方缺乏相当的必要交流，没有形成像传统中立帮助者与正犯之间的意思联络。

4.1.3. 法益侵害程度的提升

在传统的共犯理论下，对于帮助犯的刑事处罚力度对比于正犯而言往往相对较低。究其原因在于，共同犯罪中帮助犯所造成的法益侵害性以及人身危险性均相对较低。但是对于网络环境下的中立帮助行为而言，情况则有所不同，法益侵害性的提升是一个重要因素。

对于传统的非网络世界的中立帮助行为，帮助者与受帮助者基本呈现出一对一的单线关系。例如出

租车司机将正犯运送到犯罪行为发生地等。但是在网络空间范围内，相关网络服务者所提供的中立帮助行为往往直接面向广大网民提供。仍以快播案中的快播播放器服务为例，快播播放器所提供的视频云存储、分享以及播放等功能，客观上可以“服务”于所有利用网络传播淫秽色情视频的不法主体。网络中立帮助行为往往被反复利用，表现为“单个行为 × 反复利用”的样态，客观上达到了“情节严重”的效果，呈现“积量致害”的特征。而受助人利用网络技术“一对多”的技术特性，使得低危害性的违法行为能够大量、反复地对不特定人群实施，使得帮助行为的危害性不断叠加上升。

4.2. 网络中立帮助行为处罚立场现有理论的再思考

4.2.1. 我国传统共同犯罪理论与网络中立帮助行为不匹配

我国传统共犯理论要求成立共同犯罪的，参与者与正犯之间应有意思联络，且每个行为人都应具备相应刑事责任能力。首先，在网络时代，网络中立帮助行为的主体主要是网络服务提供者，其与正犯之间往往只有提供和接受服务，以及支付和收取服务费的往来，再没有其他多余联络。具体而言，相较传统帮助行为发生质变的那些网络帮助行为，结构表现包括分离射线型^[11]。处于结构中心的帮助者的行为是中立行为，有用户将其用于犯罪，但是也有用户将其用于合法用途，因而难以说此类帮助行为与被帮助者的犯罪行为具有共同性。这类帮助者更在意自身的经济利益，而对用户实施何种行为漠不关心或听之任之，因而难以证明双方具有犯意联络。其次，网络犯罪往往表现为团伙犯罪，正犯众多且可能遍及世界各地，因此及时查明侦办所有正犯极其困难，这就阻碍了正犯刑事责任能力等情况的查明。据此我国传统共同犯罪理论在处理网络空间中的中立帮助者与被帮助者的刑事责任问题时明显乏力。这对于处理网络空间的正犯而言，影响不是很大，因为即使无法查明双方的犯意联络，正犯行为依然可以单独构成犯罪。但对于网络中立帮助行为而言，则不然。在我国传统共同犯罪理论背景下，在《刑法修正案(九)》生效之前，当值得刑法处罚的网络中立帮助行为不能单独构成犯罪时，便难以被刑法制裁，成为刑事法网的漏网之鱼。

4.2.2. 传统帮助犯理论与可罚的网络中立帮助行为不契合

鉴于上述问题，即我国传统理论，难以打击网络中立帮助行为，有论者认为应当抛弃我国传统共同犯罪理论，转而采取德日的帮助犯理论。采取限制从属性说，帮助犯的成立要件是，帮助行为、不法行为及其结果、二者之间的因果关系，以及帮助者的帮助故意^[12]。首先，如上所述，以被帮助者是否实行着手为标准，可罚的网络中立帮助行为既包括对他人犯罪预备行为的帮助，也包括对他人实行行为的帮助。如果是对犯罪预备的网络中立帮助，根据传统帮助犯理论，无法对该网络中立帮助行为进行制裁，因而传统帮助犯理论缩小了网络中立帮助行为的处罚范围。其次，传统帮助犯的成立只要求对他人的犯罪有确切认识或者有怀疑，而不要求对他人犯罪的认识程度。网络中立帮助行为人对于其所服务的用户可能实施犯罪存在认识，且对其犯罪漠不关心。在用户着手履行的情况下，传统帮助犯的另外两个成立要件也满足。因而根据传统帮助犯理论，只要被帮助者着手实行，网络中立帮助行为全面可罚。这显然扩大了网络中立帮助行为的处罚范围。再次，传统帮助犯理论并没有考虑到网络中立帮助行为的特殊发生背景，即其与不履行网络安全保障义务的一体两面性。最后，如前所述，网络中立帮助行为不同于普通帮助行为，也不同于传统物理空间中的中立帮助行为，其对于正犯犯罪的实施甚至可以起到决定性作用，因而，网络中立帮助行为并非当然地与帮助犯相关联，其成立网络犯罪的哪一种共犯的问题，需要加以研究才能得出答案，而传统帮助犯理论显然无法回答网络中立帮助行为是否以及何时成立共同正犯的问题。由此可见，传统帮助犯理论要么不当缩小了网络中立帮助行为的处罚范围，要么不当扩大了网络中立帮助行为的处罚范围，而且也没有考虑到网络中立帮助行为的特点及不作为背景，因而传统帮助犯理论并非制裁可罚的网络中立帮助行为的最佳选择。

4.2.3. 传统中立帮助行为理论与网络中立帮助行为不匹配

有论者直接将前述中立帮助行为的限制处罚理论，适用于网络中立帮助行为的限制处罚。但是，中立帮助行为理论要么是在主观认识程度上限制处罚范围，要么是在因果关系方面限制处罚范围，要么是在这两个方面同时对处罚范围加以限制。本文所持的中立帮助行为限制处罚范围说也不免落入这种思维定式之中。但是首先，网络技术支持、广告推广，以及支付结算等是网络时代最常见的业务活动，网络服务提供者作为网络时代经济飞速发展注入了新鲜活力，必须对比传统中立帮助行为，更加严格限制网络中立帮助行为的处罚范围，以避免对网络业务活动自由造成过度限制。其次，如前所述，网络中立帮助行为确实对正犯犯罪起到了至关重要的作用，因而难以否认前者对后者在因果性上有重大贡献。如果适用传统中立帮助行为处罚范围客观说或综合说，多半会得出网络中立帮助行为全面可罚的结论。而主观说对于帮助者确知的要求，显然与中立性矛盾。最后，如前所述，网络中立帮助行为频繁发生在网络服务提供者不作为的背景下。虽然传统中立帮助行为中也可能发生在不作为的情形中，如司机在认识到车上的乘客前往目的地极有可能是要去实施犯罪之后，没有对其加以劝阻或责令其下车，仍将其送达目的地的。但是因为传统中立帮助行为中行为人与被帮助者之间往往有现实空间中的密切接触，所以考虑到传统中立帮助行为人自身的安全，其往往缺少阻止对方犯罪的期待可能性。在另一个角度而言，没有制止犯罪行为的能力或可能性，赋予其司机等传统中立帮助行为人积极制止犯罪的作为义务就是不合理的。因而传统中立帮助行为理论中往往没有涉及不作为的讨论。所以传统中立帮助行为理论对于限制发生在不作为背景下的网络中立帮助行为处罚范围而言，贡献有限。

4.3. 限制帮助信息网络犯罪活动罪中立帮助行为的处罚范围

人类对社会生活的干预范围逐渐扩大，网络服务者在其中扮演了不可或缺的角色。其在提供服务过程中不可避免地会制造出各种风险，从而对网络秩序乃至社会治安造成冲击。作为处罚网络中立帮助行为的主要罪名之一，帮助信息网络犯罪活动罪的恰当适用将推动网络空间秩序的规范重构。基于网络中立帮助行为的特殊性，本文尝试从宏观微观两个层面分别对本罪的处罚范围予以限制。

4.3.1. 宏观层面：不作为义务来源的限定

提供中立网络帮助行为的网络服务商，绝大部分服务提供者所提供的服务行为属于能够便利社会生活、提升商业效率以及公民生活质量的中立行为。对于其所提供的服务行为，不仅被法规范所明确允许，同时也被社会公众所广泛的期待。而对于能够评价为帮助信息网络犯罪活动罪下中立帮助行为的相关服务行为，多数情况下是通过不作为形式提供的中立帮助行为。换言之，在出现帮助信息网络犯罪活动之前，相关能够被评价为中立帮助行为的服务行为就已经存在。之所以相关服务行为最终发展为了帮助信息网络犯罪活动罪下的中立帮助行为，核心原因是由于中立帮助行为主体未能尽到自身的规范义务。因此对于网络服务者是否需要因自身所实施的中立帮助行为承担刑事责任，需要对网络服务提供者的义务来源予以判断。

基于传统的不作为犯罪理论，义务来源较为固定。就帮助信息网络犯罪活动罪下中立帮助行为的作为义务来源而言，主要体现为法规范规定的义务。如《帮信解释》中就明确规定，中立网络帮助行为实施主体在主管部门明确告知停止相关行为时，或经过举报后仍旧不履行管理职责的情况下，即可以认定为“明知”。

因此从不作为犯罪的义务来源来看，我国当前针对帮助信息网络犯罪活动罪的作为义务来源判定，主要通过法律规范以及管理性法律法规来寻觅。换言之，即直接从立法规定中“摘取”网络服务主体的作为义务来源，以相关规范条款为参照确定网络服务主体作为义务的范畴。但是对于此种简单的从法律规范中寻觅义务来源的方式，基于网络管理法规、行政法律法规所设定法律义务的复杂性与多样性，在

客观上仍旧有可能造成在判定帮助信息网络犯罪活动罪过程中，因作为义务来源过于广泛，继而产生对中立帮助行为入罪的扩大化结果。这最终所导致的问题仍旧是网络服务者主体承担过于繁重的审慎注意义务，影响网络服务的提供以及网络技术的发展。

对此本文认为，基于不作为犯罪构成理论，对于是否应对网络中立帮助行为予以处罚，判定其构成不作为的中立帮助犯罪，可以引入保证人理论。即通过保证人理论作为网络中立帮助行为人义务来源以及可罚性的分析依据。

对于保证人地位的构建，主要有两种类型：一种是对危险源具有监督义务的监督保证人，即监督人的保证人地位；另一种则为保护某种利益免受侵害的保护保证人，即保护人的保证地位^[13]。从帮助信息网络犯罪活动罪的入罪角度予以分析，客观上应采取前述两种理论中的后一种保证人理论作为义务来源的依据。究其原因在于，保护人的保证地位之含义是在犯罪行为发生之前，对法益无助状态以及危险源具有支配作用的人具有的作为义务，较为典型的如小区当中饲养大型犬的业主对于大型犬所造成危险的管控防范作为义务。但对于网络服务主体而言，其与广大用户以及实施帮助信息网络犯罪活动罪的相关主体之间，无疑不具有业主与大型犬的支配管控关系，同时也更加不能够认为当前我国网络空间环境内的法益处于危险以及无助状态当中。因此对于帮助信息网络犯罪活动罪下中立帮助行为的作为义务来源判定而言，应基于监督人的保证人地位理论寻获作为义务的来源，继而判定实施网络中立帮助行为的相关主体是否构成不作为的帮助信息网络犯罪活动罪。

4.3.2. 微观层面：行为主体类型化的对应规制

如前文所言，从实践角度出发，网络中立帮助行为的主体具有多元化特征，具体包括内容提供者、缓存服务提供者等多种类型。对于不同类型的网络服务提供者而言，由于其所提供的网络服务不同，因此客观上其所负担的义务也应有所差异。从本罪的犯罪构成要件出发，基于对网络服务者所提供服务类型之不同，本文认为对于网络中立帮助者的规制规则可做从以下四个方面分别设计。

1) 针对网络内容提供者

对网络内容提供者而言，遵循其他普通互联网参与主体的刑事规制路径予以规制即可。究其原因，基于本罪的构成要件，本罪实行行为中包括服务器托管、网络存储、通讯传播、提供广告推广等帮助行为。因此，从犯罪构成要件角度出发，除提供广告推广帮助行为以外，单纯地向互联网空间内提供违法犯罪信息内容之行为，难以评价为构成本罪的实行行为。但有必要针对提供广告推广之帮助行为予以类型化分析。具体而言：首先，如果广告并非由行为人设计、制作，客观上行为人难以评价为“内容提供者”。此种情况下讨论行为人是否构成本罪的特殊身份前提丧失。其次，如果行为人所制作设计的广告中包含有违法犯罪信息，或者与正犯存有犯罪意思联络，则其提供广告之行为，客观上已经脱离了“中立帮助行为”的范畴，亦不属于本文所讨论的对象。最后，如果行为人自行设计并制作了合法合规的广告，在缺乏与正犯意思联络的基础上，帮助正犯将相关广告投放进入到市场当中，此时即便行为人投放广告之行为在客观上帮助了正犯的相应犯罪，但是此时因期待可能性的缺乏，无疑不能够对行为人科处刑罚。

2) 针对网络连接服务主体

本文认为，提供网络连接服务的中立帮助行为，客观上不具有刑事可罚性。究其原因，网络连接服务的相关主体所提供的网络连接、基础设施搭建等服务，属于互联网领域的基础性服务，服务对象涵盖社会生活当中的全部对象，且借助其电信网络基础设施以及网络信号传递的数据信息具有海量性特征。即便赋予此类网络中立帮助者相应的规范义务，如对传递的数据信息内容予以违法性审查等，客观上相应网络帮助行为的实施主体也难以承担。同时对于提供网络接入服务的相关主体，如中国电信、中国移

动等,单纯从帮助信息网络犯罪活动罪的客观构成要件出发,恐怕前述主体将全部被界定为信息网络犯罪的中立帮助犯,这无疑是十分荒谬的。故对于网络接入等服务行为,即便在从客观犯罪构成要件角度出发,应认定其构成帮助信息网络犯罪活动罪,但是由于相应行为主体无法在客观上承担相应的实时监督、事先审查等刑法规范义务,缺乏期待可能性,不应将此类行为作为可罚的中立网络帮助行为。

3) 针对网络搜索服务主体

网络搜索服务客观上已经成为了广大网民日常生活中所必须使用的网络服务之一。针对网络搜索服务提供者主体,其何种情况下构成帮助信息网络犯罪活动罪,亦应区分情况予以探讨。

在提供的普通网络搜索检索服务过程中,搜索服务提供者基于特定的数据检索协议获取相应数据,并将其反馈提供给予用户。网络搜索服务提供者在依据用户检索关键词等要求提供检索数据的过程中,所提供的数据同样具有海量性特征这与提供网络信号介入服务者的服务类似。因此,网络搜索服务提供者客观上无法完成对大量数据的事先审查。对于一般检索而基于一般数据算法所自然获取的检索结果,本文认为不应苛责网络搜索服务主体存在“中立帮助行为”的刑事责任。

但对于该主体的刑事责任范围,本文认为应对“提供广告推广帮助”这一中立帮助行为予以特殊考虑。实践过程中,网络搜索服务的提供主体会因广告收益、竞价排名等因素,主动对搜索引擎提供的检索结果进行排名。较为典型的如2016年魏则西案。搜索引擎服务商百度公司在提供肿瘤治疗等相关数据检索服务的过程中,因竞价排名(广告主体为获取搜索引擎所提供检索结果的靠前位置,通过向搜索引擎付费而获取的排名)因素干扰,向魏则西提供了指引性较强的“莆田系”医院,最终导致魏则西因错误选择治疗方案、贻误治疗时机,在耗费大量医疗费用后最终死亡。

对此本文认为,对于搜索引擎在提供检索服务过程中因竞价排名等因素,向使用者提供具有倾向性、指引性的检索结果时,应排除其行为的中立性,在其行为符合帮助信息网络犯罪活动罪的构成要件时,依法对其定罪量刑。

4) 针对网络存储服务主体

针对网络存储服务主体,本文认为应对其类型予以细化讨论。

第一种类型的网络存储服务主体为缓存服务主体,如邮件发送过程中的附件缓存、用户向用户发送信息的缓存(如一方短时间内未接收相应信息,网络服务商主体即需要提供缓存服务,如对微信文件的缓存)。对此本文认为,对于单纯的信息缓存与存储行为,如微信文件、邮件附件等缓存服务行为,客观上基于数据信息的海量性,绝大部分中立的帮助行为均缺乏期待可能性,因此难以评价为帮助信息网络犯罪活动罪。更为重要的是,前述缓存服务在服务的提供过程中,多以用户-用户、用户-服务器为基本的服务模式。在此种商业服务模式,即便网络服务主体试图承担事先的审查注意义务,客观上也将会遭受到用户个人隐私信息保护、个人信息保护等法律法规的限制,因此原则上对于单纯提供缓存服务的网络服务主体,即便其中立帮助行为客观上帮助了网络犯罪,但是由于缺乏期待可能性,仍旧不应定性为帮助信息网络犯罪活动罪。

第二种类型则为通过自身服务器进行缓存的服务主体,又可以细化为单纯储数据信息的网络网络服务商与提供共享功能的网络网络服务商。对于单纯提供数据信息存储的相应主体,与前文提供缓存服务的相应网络服务主体类似,即便不考虑数据海量性的技术审查困难问题,客观上也必须考虑到“相关网络服务主体基于公民个人隐私、个人信息的保护需要以及法规范要求,客观上亦无法对相关数据信息承担事先的审查义务,因此期待可能性缺乏,亦不能够将其网络中立帮助行为界定为帮助信息网络犯罪活动罪行为。

第三种类型是提供数据存储与分享服务的网络服务主体,情况则有所不同。从其服务模式角度出发,同时提供数据缓存、存储以及分享功能的网络服务主体,其服务模式已经脱离了用户-存储、缓存、用

户-用户的服务模式,而是在服务过程中有可能出现一对多的模式。较为典型的如快播案,单一用户上传淫秽色情视频后,海量的用户均可以借助于快播平台所提供的分享、下载服务,下载并观看相应的淫秽色情视频。对于此种同时提供分享、缓存存储服务的网络服务主体,需首先考虑网络缓存、存储服务主体是否明知自身平台当中有着大量的不法存储内容,如果其明知存在大量的不法内容,但依然未能尽到断开链接、删除有关信息等法定义务,则此时应对其中立的帮助行为可罚性予以认可,在满足帮助信息网络犯罪活动罪构成要件的情况下,应予入罪。

5. 结语

本文主要研究了帮助信息网络犯罪活动罪的相关问题,包括帮助行为的明确与限定、与其他相关犯罪的区分、及网络中立帮助行为的处罚立场等问题。通过对典型案例的分析,文章探讨了技术支持、广告推广、支付结算等不同类型帮助行为的法律责任,以及如何合理界定和限制网络中立帮助行为的处罚范围,以平衡技术创新与打击网络犯罪之间的关系。文章提出,网络中立帮助行为的处罚应考虑到技术发展的需求,避免对无辜服务提供者的过度规制,同时强调加强对网络犯罪活动的预防和打击,维护良好的网络环境和社会秩序。综上所述,本文的研究结论为我们提供了有益的启示,有助于我们更好地理解 and 应对网络犯罪活动的挑战。

参考文献

- [1] 张明楷. 论帮助信息网络犯罪活动罪[J]. 政治与法律, 2016(2): 2-16.
- [2] 王凤. 正犯视角下帮助信息网络犯罪活动罪的法律适用研究[J]. 辽宁公安司法管理干部学院学报, 2021(2): 13-18.
- [3] 刘艳红. 网络犯罪帮助行为正犯化之批判[J]. 法商研究, 2016, 33(3): 18-22.
- [4] 黎宏. 论“帮助信息网络犯罪活动罪”的性质及其适用[J]. 法律适用, 2017(21): 33-39.
- [5] 阎二鹏. 法教义学视角下帮助行为正犯化的省思——以《中华人民共和国刑法修正案(九)》为视角[J]. 社会科学辑刊, 2016(4): 73-79.
- [6] 刘宪权, 房慧颖. 帮助信息网络犯罪活动罪的认定疑难[J]. 人民检察, 2017(19): 9-12.
- [7] 陈兴良. 刑法的人性基础[M]. 中国人民大学出版社: 2017.
- [8] 张健一. 解构刑法中的因果关系[J]. 武汉理工大学学报(社会科学版), 2012, 25(6): 943-948.
- [9] 陈兴良. 违法性的中国语境[J]. 清华法学, 2015, 9(4): 5-21.
- [10] 邹兵建. 网络中立帮助行为的可罚性证成——一个法律经济学视角的尝试[J]. 中国法律评论, 2020(1): 109-133.
- [11] 江溯. 帮助信息网络犯罪活动罪的解释方向[J]. 中国刑事法杂志, 2020(5): 76-93.
- [12] 蒋浩天. 在兼收并蓄中呈现差异——读《外国刑法纲要》第三版有感[J]. 人民检察, 2020(15): 71-72.
- [13] 刘艳红. 网络中立帮助行为可罚性的流变及批判——以德日的理论和实务为比较基准[J]. 法学评论, 2016, 34(5): 40-49.