

如何解开电信诈骗案件中“引流”行为定性谜团

编者按 近年来,利用通信工具、互联网等技术手段实施的电信网络诈骗犯罪活动持续高发。在司法实践中,关于通过信息网络给他人发送诈骗信息的司法认定问题争议比较常见。最高人民法院、最高人民检察院联合发布了《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》,该解释的颁布明晰了犯罪的构成要件、量化了入罪标准。本期“观点·案例”以一起“引流案”为例,邀请检察官与法学专家对行为人利用网络空间给他人发送诈骗信息这一行为在刑法上的定罪量刑进行深入交流,以期为司法实践提供有益参考。

基本案情 2022年4月初,余某通过上家得知,冒充某网站客服给求职者打电话,再让求职者添加指定的微信,每添加一个微信即可获得相应好处费。后余某将此消息告诉王某、俞某。余某等三人明知上家利用信息网络从事电信网络诈骗等违法犯罪活动,为了非法获利,仍共同出资成立公司,从事拨打电话业务,并招募高某等人为业务员,冒充某网站客服,以推荐工作需要添加微信为由,让求职者添加上家提供的微信号,由此,他们按照添加微信的数量获取提成。经查,2022年4月7日至4月23日期间,余某、王某、俞某共计从上家获得好处费12万余元;上述犯罪团伙关联到3名被害人,被骗金额合计32万余元。

分歧观点一

□付红燕

本案中,余某等三人的行为成立诈骗罪和非法利用信息网络罪的想象竞合,应当按照处罚较重的诈骗罪定罪处罚,理由如下:

首先,《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》明确指出,帮信罪明知的内容是知晓他人利用信息网络实施犯罪,并未要求对于被帮助者实施的系何种信息网络犯罪、通过何种手段实施犯罪具有认识。《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》对于诈骗共犯的明知则要求“明知他人实施电信网络诈骗犯罪”。对比可知,相对于帮助信息网络犯罪活动罪,电信网络诈骗共犯的明知系确切性明知。本案中,余某等三人对上家诈骗行为有确切的明知,且对诈骗团伙的行为手段、操作流程、主要内容等存在较为详细的了解。三人成立公司之后专门从事拨打电话业务,与上游诈骗分子之间形成较为稳定的诈骗的意思联络,达到了与诈骗“通谋”的程度。

其次,诈骗罪对于具体行为没有限定,只要实施虚构事实、隐瞒真相的具体行为,并达到数额或情节要求即可。诈骗罪的共犯要求其必须依附于诈骗罪。本案中,余某等三人明知上家从事诈骗活动,为了非法获利,成立公司专门从事拨打电话业务,犯罪模式为冒充客服,谎称可以推荐工作让求职者添加上家提供的微信号,属于“虚构事实、隐瞒真相”,使被害人陷入错误认识,进而陷入处分财产的现实危险。可见,余某等三人在诈骗犯罪实行的连贯性方面起到了保障、帮助作用,构成诈骗罪。同时,余某等三人通过打电话、添加微信的方式向求职者发布诈骗信息,属于非法利用信息网络为实施诈骗发布信息,构成非法利用信息网络罪,与非法利用信息网络罪的想象竞合,应当依照处罚较重的罪名定罪处罚。

最后,从本案的犯罪数额来看,上游犯罪团伙关联到3名被害人,均系添加了余某等三人提供的微信号被诈骗,被骗金额32万余元,达到诈骗罪“数额巨大”标准,法定刑为“三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金”。余某等三人利用信息网络为实施诈骗发布信息,违法所得12万余元,达到非法利用信息网络罪规定的“情节严重”标准,其法定刑为“三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金”。因此,余某等三人明知他人实施电信网络诈骗,与诈骗团伙形成较为稳定的配合关系,利用信息网络为实施诈骗发布信息,构成诈骗罪和非法利用信息网络罪的想象竞合,应当依照处罚较重的诈骗罪定罪处罚。

(作者单位:河南省安阳市北关区人民法院)

分歧观点二

□蒲阳

本案余某等三人的行为应评价为帮助信息网络犯罪活动罪,理由如下:

一方面,从行为人与诈骗分子的关联程度及对诈骗活动的主观明知情况看,不构成诈骗罪的共同犯罪。在诈骗共犯场合,行为人与诈骗犯罪分子之间的联系相对紧密、固定,联系内容也相对具体,他们之间形成了较为稳定的协作关系。而本案中,被告人以推荐工作为由,骗取他人添加指定微信,虽明知上家从事电信网络诈骗,但未参与后续诈骗活动,实施犯罪的时间仅为十余天,也尚未形成稳定的协作关系。同时,由于被告人未具体参与后续诈骗活动,对上家从事电信网络诈骗等违法犯罪活动只是概括认识,对具体犯罪类型及犯罪形态并不知悉。因此,被告人与诈骗分子的关联相对松散,且主观明知较为概括,对其行为应评价为帮助信息网络犯罪活动罪。

另一方面,从被告人的行为内涵和所处的犯罪阶段来看,该行为不宜评价为非法利用信息网络罪。非法利用信息网络罪与帮助信息网络犯罪活动罪虽然在适用中可能出现重合、交叉,但仍可通过两罪不同行为内涵和犯罪阶段加以区分:

首先,非法利用信息网络罪中的“发布信息”与帮助信息网络犯罪活动罪中的“广告推广”存在区别。非法利用信息网络罪的行为方式,更多体现为对信息技术的运用,而帮助信息网络犯罪活动罪则侧重网络信息技术的提供,同时还涵盖了商业等其他手段的支持,内涵更加丰富。因此,“广告推广”的重点是对潜在诈骗对象做进一步挑选便于后续进行精准诈骗;而“发布信息”则是利用信息平台吸引关注后联系人员,在行为的欺骗性、主动性上均不及前者。其次,犯罪阶段不同。前者是在犯罪预备阶段的帮助行为,后者是实行阶段的帮助行为。犯罪阶段不同,行为人对后续诈骗活动的认知程度也不同,前者是为了实施诈骗等违法犯罪提供帮助,对于诈骗活动有无具体实际开展,其明知程度应低于后者。

本案中,余某等三人在明知上家利用信息网络从事电信网络诈骗等违法犯罪活动的情况下,专门成立公司从事拨打电话业务,冒充客服,谎称可以推荐工作,骗取他人添加指定微信。这一行为并非简单地发布信息,而是通过欺骗手段为后续诈骗引流。同时,后续诈骗活动已同步实施,且关联到了相关案件,因此,无论从行为内涵上还是行为阶段上,评价为帮助信息网络犯罪活动罪更为合适。

(作者单位:江苏省泰州市高港区人民检察院)

□谢敏

本案余某等三人的行为应构成非法利用信息网络罪,理由如下:

从主观方面分析,行为人发送信息的目的系引流,与诈骗分子没有意思联络。根据最高检发布的《关于办理电信网络诈骗及其关联犯罪案件有关问题的解答》第6条的规定来看,对于行为人既非诈骗团伙成员,也未与诈骗分子有直接联系,但是在较长时间内相对稳定地帮助诈骗团伙实施特定行为,形成较为稳定协作关系的,这类行为人对犯罪行为是“心知肚明”的。但本案不属于此情形。余某等三人作案时间较短,不应当认定他们之间形成稳定的协作关系。行为人只是通过信息网络给被害人发送信息达到引流目的,符合非法利用信息网络罪的主观要件。

从客观方面分析,行为人为实施诈骗等违法犯罪活动发布信息,符合《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9条规定的“其他指引访问服务”。本案中,余某等三人利用平台帮助上家发送信息与帮信罪中规定的“广告推广”不一致,其所发送的信息不属于为了扩大犯罪规模所做的推广,也并非投放的广告,他们只是为实施诈骗而发布信息。帮助信息网络犯罪活动罪要求被帮助的对象已着手实施犯罪,而非法利用信息网络罪则发生于犯罪预备阶段。本案中,余某等三人给求职者拨打电话,引导求职者添加微信号,是为诈骗团伙的犯罪创造条件,此时诈骗团伙尚未着手,其行为更符合非法利用信息网络罪的客观要件。

从罪责刑相适应角度分析,行为人的引流行为系诈骗犯罪的预备阶段,契合将网络犯罪预备行为为独立入罪的情形。对于已经设立独立罪名的预备行为就应以该独立罪名进行定罪。因此,给被害人发送信息的引流行为属于为上家的诈骗创造条件,其行为属于犯罪预备,将该行为评价为非法利用信息网络罪,符合立法目的。

对于办理此类案件,笔者认为,应当建立“两步走”思维:

第一步,严格区分帮助信息网络犯罪活动罪和非法利用信息网络罪。具体而言,可以从网络信息外延、行为发生的阶段等进行区分。当行为人在预备阶段为他人实施犯罪提供帮助,应以非法利用信息网络罪定罪处罚;行为人在实行阶段为他人实施犯罪提供帮助的,应以帮助信息网络犯罪活动罪定罪处罚;若行为人在预备阶段为他人提供帮助之后,又在实行阶段提供了帮助,此时行为人后续的帮助行为变成了实行行为,应以帮助信息网络犯罪活动罪论处。

第二步,在认定为非法利用信息网络罪之后,是认定为本罪还是诈骗罪共犯,可考虑以下几个方面:(1)行为人非法所得的来源,有无共同瓜分诈骗金额。(2)行为人发送的信息是否有直接导致被害人财产损失或者对被害人财产产生紧迫危险。(3)行为人与他人有无事前通谋,即是否在较长时间内相对稳定地帮助诈骗团伙实施特定行为。(4)若行为人的预备行为是为自己后期诈骗行为所服务,可根据牵连犯和吸收犯原理,认定为法定刑较高的诈骗罪即可。若是行为人的预备行为是为他人后期诈骗行为所服务,则成立诈骗罪共犯。

(作者单位:安徽省合肥市蜀山区人民检察院)

分歧观点三

运用罪责刑相适应原则 分析行为法律性质

犯罪数额择一重罪处罚 从行为客观表现与

综合评价「发布信息」 以主观明知与行为阶段

专家评案

依据“规范分类+定型处理”确定推广引流所涉罪名



袁彬

以法定犯罪构成要件为核心合理区分非法利用信息网络罪、帮助信息网络犯罪活动罪和具体犯罪的共犯,是解决此类行为定性的前提,应从以下两个方面进行:一是以合理的法律关系明确犯罪构成要件的法定边界,二是以合理的罪刑关系明确犯罪构成要件的具体界限。

手段上多利用信息网络;二是在功能上主要对犯罪活动的实施起帮助作用。总之,为犯罪活动进行的推广引流实际上是利用信息网络对犯罪活动进行的帮助行为。对此类行为是定非法利用信息网络罪、帮助信息网络犯罪活动罪还是具体犯罪的共犯,常常很棘手。其根源在于三个犯罪之间的法律界限不甚清楚。笔者认为,以法定犯罪构成要件为核心的合理区分非法利用信息网络罪、帮助信息网络犯罪活动罪和具体犯罪的共犯,是解决此类行为定性的前提,应从以下两个方面进行:

第一,以合理的法律关系明确犯罪构成要件的法律边界。作为非法利用信息网络罪、帮助信息网络犯罪活动罪,刑法理论上通常将前者的立法描述为预备行为的实行犯化,将后者的立法描述为帮助行为的正犯化。按照这一理论逻辑,非法利用信息网络罪、帮助信息网络犯罪活动罪与具体犯罪之间是特别法与一般法的包含关系,构成非法利用信息网络罪、帮助信息网络犯罪活动罪都可能同时构成相对应的具体犯罪的共犯。但这种描述只是形象化的描述,并不精准。从司法机关的相关规定来看,这三个犯罪之间的关系正趋向于不断独立。

例如,最高人民法院发布的《关于办理电信网络诈骗及其关联犯罪案件有关问题的解答》(下称《解答》)就提出要审查行为人对所帮助犯罪行为的认知程度、审查双方意思联络和行为联系的紧密程度以“准确区分帮信罪等关联犯罪与诈骗罪共犯的界限”,显然其侧重于三个罪名构成要件之区别。

比较而言,笔者认为非法利用信息网络罪、帮助信息网络犯罪活动罪和具体犯罪的共犯之间是交叉关系,应以此为前提考量三个罪名构成要件之差异。其中,非法利用信息网络罪与帮助信息网络犯罪活动罪之间存在交叉关系,前者包括但不限于利用信息网络帮助他人实施信息网络犯罪活动(也可以是帮助他人实施其他犯罪),后者也是包括但不限于利用信息网络帮助他人实施信息网络犯罪(也可以不利用信息网络进行帮助)。同时,非法利用信息网络罪、帮助信息网络犯罪活动罪与具体犯罪的共犯之间也存在交叉关系,前两个犯罪可以是但不限于具体犯罪的共犯。在此基础上,解决为犯罪活动推广引流行为定性的关键在于正确认定三个罪名在构成要件上的差异。

第二,以合理的罪刑关系明确犯罪

构成要件的具体界限。罪刑关系对定罪量刑均有影响。从处罚上看,非法利用信息网络罪、帮助信息网络犯罪活动罪属于轻罪,且两罪的法定刑完全相同。相比之下,刑法对具体犯罪的共犯处罚可能较为严厉。基于罪刑关系均衡的考虑,对具体犯罪共犯的认定标准应当严于非法利用信息网络罪、帮助信息网络犯罪活动罪的认定标准,使其犯罪的危害性与刑罚处罚的严厉性保持相对均衡。正因为如此,《解答》对诈骗罪共犯规定了较之于帮信罪等关联犯罪更为严格的主观和行为条件。在此基础上,基于罪刑关系的合理平衡,三个罪名在犯罪构成要件上的区分主要体现在两个方面:一是非法利用信息网络罪、帮助信息网络犯罪活动罪与具体犯罪共犯的区分,既要考虑主观意图又要考虑行为条件,前两罪的成立在主观上只要求利用者、帮助者对犯罪的明知达到概括的认识程度即可;具体犯罪的共犯的成立在主观上则要求利用者、帮助者对犯罪人的明知必须达到明确的认识程度且利用者、帮助者与具体犯罪的实行犯之间具有事前或者事中的犯意联络,在客观上要求利用行为、帮助行为与具体犯罪行为之间形成一个相互配合、相互作用的整体。二是非法利用信息网络罪与帮助信息网络犯罪活动罪的区分重点是行为,审查两罪的行为是否存在交叉,在不交叉的范围内按照行为类型分别定罪,在交叉的范围内则看以哪个罪名进行定罪能实现更充分的评价。按照这一区分,对为犯罪活动进行的推广引流行为,依据其主观和客观条件的不同,可构成不同的犯罪。

以犯罪构成要件事实为基础的定型处理

以法定犯罪构成要件为核心的规范分类为非法利用信息网络罪、帮助信息网络犯罪活动罪和具体犯罪的共犯三者之间的区分提供了规范依据。但是,对为犯罪活动进行的推广引流行为究竟按哪个罪名进行处理,还需要依据犯罪构成要件的具体事实进行确定。本案中,行为人涉案事实具有两个特征:一是行为人明知上家利用信息网络从事电信网络诈骗等违法犯罪活动,但与上家没有具体的犯意沟通;二是行为人只是推广引流,没有更进一步参与上家的行为,只是收取固定的推广引流费用。基于这两个方面的事实,笔者认为,对本案涉案行为以非法利用信息网络罪进行定罪更为妥当。

第一,对涉案行为不宜定诈骗罪的共犯。如前所述,基于我国司法机关对此种情况下的诈骗罪共犯规定了较为严格的标准,不仅要求行为人在明知上必须达到相对明确的程度,而且在意思联络上要求行为人与具体犯罪的实行犯之间具有事前或者事中的犯意联络,还要要求行为人的推广引流行为与具体犯罪的行为之间形成“较为稳定协作关系”。本案中,行为人对上家从事电信网络诈骗等违法犯罪活动只具有概括的认识,也与上家在具体犯罪实施上缺乏事前或者事中的意思联络,同时行为人没有参与上家的任何行为,且推广引流行为前后只持续了十余天,难以认定其形成较为稳定的协作关系,不应认定其行

为构成诈骗罪的共犯。

第二,对涉案行为不宜定帮助信息网络犯罪活动罪。如前所述,帮助信息网络犯罪活动罪与非法利用信息网络罪的主要区别在于行为的方式不同。具体到本案,涉案人员的推广引流行为究竟是非法利用信息网络罪中的“发布信息”行为还是帮助信息网络犯罪活动罪中的“广告推广”行为?从文义上看,“发布信息”和“广告推广”都强调的是信息推广,但“发布信息”比“广告推广”的范围更大,可以包括“广告”以外形式的推广。从形式上看,本案的推广行为不是以“广告”的形式进行,而是以冒充客服、谎称可以推荐工作需要添加微信为由,难以纳入“广告推广”的范围。因此,对本案行为不宜定帮助信息网络犯罪活动罪。

第三,对涉案行为定非法利用信息网络罪更为妥当。对非法利用信息网络罪中的“发布信息”,《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9条明确将“利用信息网络提供信息的链接、截图、二维码、访问账号密码及其他指引访问服务”行为纳入其中。这里的“指引访问”就是“推广引流”。同时,《关于依法惩治网络暴力违法犯罪的指导意见》第5条明确规定:“基于蹭炒热度、推广引流等目的,利用互联网用户公众账号等推送、传播有关网络暴力违法犯罪的信息,符合刑法第二百八十七条之一规定的,以非法利用信息网络罪定罪处罚;依照刑法和司法解释规定,同时构成其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。”这是关于推广引流行为涉嫌刑事犯罪的最直接规定。按照该规定,为犯罪活动进行的推广引流行为可纳入非法利用信息网络罪中的“发布信息”范围。据此,对涉案行为定非法利用信息网络罪更为妥当。

(作者为北京师范大学刑事法律科学研究院教授、博士生导师)

案例一:以诈骗罪定罪

2021年8月至12月,关某为获取非法利益,在明知上家实施诈骗活动的情况下,组建QQ群,将从上家获取的电话号码发送至QQ群,组织群内成员郭某、曾某、孙某等人假冒某网站客服,使用自己的号码拨打求职者电话,利用话术让对方添加上家提供的微信号,添加后即为完成一次任务,获取相应佣金,以此帮助上家实施诈骗活动。郭某等人拨打求职者电话100余条至2000余条不等,并造成多人被骗20余万元,郭某等人非法获利5万余元。法院审理后认为,被告人关某等七人应当以诈骗罪的共犯论处。

案例二:以帮助信息网络犯罪活动罪定罪

2020年12月,车某通过聊天软件认识上家,得知可以以某公司客服的名义通过电话向“客户”推广“贷款业务”,通过添加“客户”为好友来获取。2021年3月,车某组织代某、王某共同招揽人员推广此业务,并通过抽取下线成员成功引流的提成来获取,造成多人被骗12万余元。马某、于某、李某、刘某直接或间接在上述人员的组织下从事该活动。法院审理后认为,被告人马某等人明知他人利用信息网络实施犯罪,仍通过拨打电话的方式为他人引流,提供“广告推广”等帮助,其行为已构成帮助信息网络犯罪活动罪。

案例三:以非法利用信息网络罪定罪

2019年以来,以董某、刘某(均已起诉)为首的电信诈骗集团,雇用多名话务员冒充某网站工作人员,以向求职者介绍工作为由,将被害人“引流”到境外诈骗团伙的圈套中,魏某在该电信诈骗犯罪集团中担任话务员,共同实施诈骗行为,魏某在诈骗窝点工作期间共拨打诈骗电话3500次以上。法院认为,魏某明知或应当明知自己为上家所进行的电话指引访问是为了实施诈骗等违法犯罪活动,仍发布诈骗信息进行引流,情节严重,构成非法利用信息网络罪。

(案件提供:安徽省合肥市蜀山区人民检察院 谢敏)

类案判决