

涉非典型“两卡”案如何实现罚当其罪

从补充罪名角度——

严格把握帮信罪认定标准

应当立足于补充罪名的刑法定位来适用帮信罪,即优先适用诈骗罪与掩饰、隐瞒犯罪所得罪等相关罪名,在不构成上述相关犯罪或者无法证实相关犯罪的情况下,才认定帮信罪。

□涂龙科

本期“观点·案例”所研讨案例中,对曾某以帮助信息网络犯罪活动罪定罪处罚,完全符合帮信罪的立法精神。本案的关键依据在于,曾某的上家没有到案,其与上家有无事先通谋、是否约定形成长期固定合作关系无法查清,无法认定为诈骗罪共犯;在不成立诈骗罪共犯的前提下,认定为帮信罪合乎立法原理。

2022年3月22日,《关于“断卡”行动中的有关法律适用问题的会议纪要》(下称《纪要》)中,首次以规范性文件的方式明确了帮信罪和相关犯罪的界分思路,即参加犯罪团伙或者与团伙共同实施犯罪行为的,以共犯论处;其他视行为手段和参与度分别认定为掩饰、隐瞒犯罪所得罪或帮信罪。该规定为区分帮信罪和相关犯罪提供了重要指导,成为当前司法实践中处理此类案件的基本依据。但是,《纪要》只限于涉“两卡”的犯罪认定。因此,如何一般性地区分帮信罪和相关犯罪,在理论上是一个亟待厘清的问题。

刑法增设帮信罪的目的在于通过帮助行为正犯化的立法模式,将之前实践中难以处理的犯罪帮助行为直接作为正犯处罚,从而堵塞处罚漏洞。通过帮助行为正犯化,可以较好地解决在网络空间普遍存在的行为主体一对多、犯意流通单向性、主观明知不具体的情况下,提供帮助者的刑事责任归属问题。据此,帮信罪的规制对象包括以下两类:其一,行为在实质上不构成共犯,但确有处罚必要的。如在部分片面共犯场合,由于我国刑法实体法上不处罚片面共犯,对于提供片面帮助确有相当社会危害性的,可以适用帮信罪予以刑事处罚。其二,共同犯罪无法证实的。如本案中,在逻辑上曾某与上家可能事先有通谋,但是在法律上,由于上家未到案而无法证实,不能认定为共犯,此时可以对到案的帮助者以帮信罪论处。

笔者认为,应从帮信罪和相关犯罪的不同定位出发,实现对上述罪名之间进行理论上的一般性、整体性区分。帮信罪具有特定的规制对象,加之该罪三年以下有期徒刑、拘役的较轻刑罚配

置,该罪属于诈骗罪与掩饰、隐瞒犯罪所得罪等相关罪名的补充罪名。因此,应当立足于补充罪名的定位来适用帮信罪,即优先适用诈骗罪与掩饰、隐瞒犯罪所得罪等相关罪名,在不构成上述相关犯罪或者无法证实相关犯罪的情况下,才认定帮信罪。具体理由如下:

首先,帮信罪和其他犯罪并无本质上的区别。无论是从法益保护、犯罪手段还是从行为发生阶段等角度,都无法彻底、清晰地划定帮信罪和相关犯罪之间的界限。在法益保护上,帮助犯和实行犯侵犯的法益相同,很难加以区分。在行为发生阶段上,帮信罪和共犯都可以发生在事前和事中,帮信行为和掩饰、隐瞒犯罪所得行为同样可以发生在事后。行为手段上,相关几个罪名之间也无本质区别。如与上游网络犯罪相关联的转账、套现等支付结算行为,实质上是一种帮助行为,其行为手段相同。因此,从罪质上区分几个罪名的理论意图很难真正实现,反而可能使罪名之间的相互关系变得更加复杂。

其次,从罪质上区分此罪与彼罪的理论意图,确定不同罪名之间的位阶关系,明确帮信罪的补充定位,可以较为清晰地区分帮信罪和相关犯罪。帮信罪作为补充罪名,只有在行为不构成帮助犯或无法证实存在共同犯罪的情况下才适用,两者之间泾渭分明,界限清晰。有必要明确的是,在办案中要严格把握帮信罪的认定标准,对于无法认定为共犯或掩饰、隐瞒犯罪所得罪的,不能一律以帮信罪论处。要防范帮信罪的不当扩张,避免沦为口袋罪。

再次,有利于实现罪刑相适应。在有的场合,帮助犯的刑期和帮信罪的刑期差异较大,如网络上危害国家安全、危害公共安全等罪重的帮助犯,基于实行犯的严重罪责,即使是帮助犯也可能被判处较重的刑罚,但只要认定为帮信罪,刑罚就可能大幅减轻。因此,在适用过程中,构成共同犯罪的,就应当以帮助犯处罚;无法认定为共犯的,再依法认定为帮信罪,真正做到罚当其罪。明确帮信罪的补充罪名定位,还可以防止出现刑期倒挂现象。如实践中以行为人为人提供刷脸等验证服务作为认定掩饰、隐瞒犯罪所得罪的重要标准,由于网络犯罪涉及金额通常都较大,动辄升高到该罪的三年以上有期徒刑法定刑档次,造成下游犯罪被告人比诈骗、赌博等上游犯罪被告人刑期更重的倒挂现象。如果对帮信罪作为补充罪名加以适用,而不是机械地以某一具体行为手段来区分帮信罪和掩饰、隐瞒犯罪所得罪,就可以较好地避免刑期倒挂现象的出现。

(作者为上海社会科学院法学研究所教授)

新类型轻罪案件增多。检察机关在坚持全链条、全方位打击电信网络诈骗的同时,仍然要全面貫徹少捕慎诉慎押刑事司法政策,准确甄別行为人在犯罪团伙中的地位作用,突出打击重点,区别对待处理。在审查逮捕阶段,对于初犯、偶犯的帮信罪分子,应结合其主观认知、地位作用等情况,准确评估“社会危险性”,对确无逮捕必要的犯罪嫌疑人,依法适用非羁押强制措施。在审查起诉阶段,要综合考虑作案手段、所起作用、社会危害性等情况,对确有起诉必要的,依法提起公诉。

本案曾某触犯罪名本身是新类型轻罪,实施犯罪行为时间不长,系初犯,主观恶性并不大,也能够认罪认罚,对其采取逮捕强制措施,既不能体现认罪认罚从宽的精神,又会增加诉讼成本,还不利于改造和回归社会,因而对其采取非羁押强制措施更加有利于实现办案的“三个效果”。

【经验分享】

1. 积极发挥派驻公安机关系查监督与协作配合办公室前端引导侦查作用。本案案发后,公安机关、检察机关根据侦查监督与协作配合工作机制,及时就案件定性及侦查取证方向等问题开展跟踪式会商,引导侦查,提出取证方向和重点,包括尽快固定现场证据;由刑事技术中队和反诈专业队共同对犯罪现场进行勘验;强化勘验现场与言词证据的印证关系;注重对主观明知和现场查封设备的作用等证据的收集,注重对犯罪嫌疑人社会危险性证据进行收集固定。

2. 运用数字技术有效降低审前羁押率。本案中,检察机关通过运用数字监控成果“非羁押”,有效解决了异地涉案人员非羁押人数日渐增加后人员的监控问题,大大提高了监管效能,为少捕慎诉慎押刑事司法政策的落地提供了具体技术保障。

(作者为浙江省杭州市富阳区人民检察院检察长)

基本案情

2021年6月,曾某在上游犯罪分子(未到案)要求下,以从事网络直播的名义,伙同他人(另案处理),向某电信公司申请办理了12个套餐,共60个固定电话号码,并约定“上家”每月支付其工资9000元以上,还可获得相应提成。后来,曾某在明知上家从事信息网络犯罪活动的情况下,仍按其要求安装了电话交换机。此后4天时间内,犯罪分子通过电话交换机作案30起,骗取金额达100余万元。案发后,曾某尚未实际获利。侦查机关对曾某以涉嫌诈骗罪立案,经某区检察院审查后认为,曾某的行为构成帮助信息网络犯罪活动罪,有起诉必要。2021年12月3日,法院依法公开审理本案,曾某当庭表示认罪认罚。最终,法院采纳检察机关的量刑建议,以曾某犯帮助信息网络犯罪活动罪,判处有期徒刑十个月,缓刑一年,并处罚金人民币2000元。



喻海松



涂龙科



桑涛



研讨嘉宾:

喻海松 最高人民法院研究室刑事处处长
涂龙科 上海社会科学院法学研究所教授
桑涛 浙江省杭州市富阳区人民检察院检察长

【研讨问题】

- 厘清非典型“两卡”案的本质;
- 帮助信息网络犯罪活动罪与相关犯罪竞合处断原则;
- 帮助信息网络犯罪活动罪与诈骗罪共犯认定问题;
- 帮助信息网络犯罪活动罪与掩饰、隐瞒犯罪所得罪的界分。

判断帮助行为性质关键看——

明知内容与事前有无通谋

在审查逮捕阶段,对于初犯、偶犯的帮信罪分子,应结合其主观认知、地位作用等情况,准确评估“社会危险性”,对确无逮捕必要的犯罪嫌疑人,依法适用非羁押强制措施。在审查起诉阶段,要综合考虑作案手段、所起作用等情况,对确有起诉必要的,依法提起公诉。

□桑涛

2016年“两高一部”《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》(下称《意见》)规定:实施刑法第287条之一、第287条之二规定之行为,构成非法利用信息网络罪、帮助信息网络犯罪活动罪,同时构成诈骗罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。2022年,《关于“断卡”行动中有关法律适用问题的会议纪要》(下称《纪要》)指出,正确区分信息网络犯罪活动罪、掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪与诈骗罪的界限,应当根据行为人的主观明知内容和实施的具体犯罪行为,确定其行为性质。以信用卡为例:(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,可以认定为诈骗罪。 (2)行为人向他人出租、出售信用卡后,在明知是犯罪所得及其收益的情况下,又代为转账、套现、取现等,或者为配合他人转账、套现、取现而提供刷脸等验证服务的,可以掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪论处。(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。

与普通“两卡”案件不同的是,上

述案件并非通过出租出售信用卡、手机卡即“两卡”为电信网络诈骗提供帮助,而是通过提供租用固定电话号码和改码服务提供帮助,这类非典型“两卡”行为是径行按照诈骗罪的帮助犯定罪,还是同样适用“两卡”犯罪的认定原则,办案中存在一定的争议。

【行为定性问题】

有观点认为,曾某的行为构成诈骗罪共犯,主要理由是,本案不属于《纪要》所规范的内容,因为行为人既没有提供银行卡,也没有提供手机卡,而是明知他人进行电信网络诈骗而直接提供技术帮助,应当根据《意见》处理,即“明知他人实施电信网络诈骗犯罪,具有下列情形之一的,以共同犯罪论处,但法律和司法解释另有规定的除外:1.提供信用卡、资金支付结算账户、手机卡、通讯工具的;……6.在提供改号软件、通话线路等技术服务时,发现主叫号码被修改为国内党政机关、司法机关、公共服务部门号码……”同时,《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)》规定的构成帮助信息网络犯罪活动罪的条件,包括“(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;

人罪范围妥当与处罚幅度均衡

遵循竞合处断规则,要考量——

以及客观上是否参与后续被帮助对象实施的犯罪行为。对此,就“两卡”案件而言,司法实务已达成共识: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,为他人提供信用卡或者转账取现的,可以诈骗罪共犯论处。而在其他情形之下,则应当适用帮助信息网络犯罪活动罪。

上述处理思路当然可以用于非典型“两卡”案。本期“观点·案例”所研讨案例就是适例。本案并非通过“两卡”为电信网络诈骗提供帮助,而是通过提供租用固定电话号码和改码服务提供帮助。就主观明知程度而言,行为人的明知具有概括性,带有一定的放任性质;从参与时间来看,只有四天时间,尚不属于长期合作关系。基于此,对曾某行为认定为帮助信息网络犯罪活动罪更为合适。

罪责刑相适应原则的贯彻落实

罪责刑相适应原则是刑法基本原则。罪名选择本身就是权衡的过程,其中自然包括罪责刑相适应原则的考量。在帮助信息网络犯罪活动罪的竞合处断中,要特别注意防止罪刑倒挂的问题;如果针对法益侵害程度相对较大的帮助行为,以共犯论处亦无可;但对于法益侵害程度相对有限的帮助行为,以共犯论处或者适用掩饰、隐瞒犯罪所得罪等其他罪名,由于现行定罪量刑标准的缘故,可能会导致入罪范围过大或者处罚过重。

如前所述,在对网络犯罪帮助行为可以独立入罪的前提下,自然要切割出一部分帮助行为纳入帮助信息网络犯罪活动罪予以评价。而这一切的关键就在于满足罪责刑相适应原则的要求。就“两卡”案件而言,对于明知他人实施电信网络诈骗犯罪,与之前通谋,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,长期为其提供银行卡或者转账取现,甚至参与利益分成,以帮助信息网络犯罪活动罪论处难以体现法益侵害程度的,则可以诈骗罪共犯论处。相反,对于其他帮助行为,适用帮助信息网络犯罪活动罪足以评价其法益侵害程度的,则宜以帮助信息网络犯罪活动罪论处。

对上述非典型“两卡”案亦应作类似考量。就上述案例而言,综合考虑行为人的主观明知程度、参与时间长短等因素,特别是尚未实际获利这一情节,应当适用帮助信息网络犯罪活动罪,在“三年以下有期徒刑或者拘役”的幅度内裁量刑罚,以便罚当其罪。基于此,对本案适用帮助信息网络犯罪活动罪并在刑罚裁量上实现妥当处罚,是可取的。

值得提及的是,对于帮助信息网络犯罪活动罪与掩饰、隐瞒犯罪所得罪的界分,也宜从以上两个方面加以把握。作为独立设定的罪名,对帮助信息网络犯罪活动罪罪状的把握还需要回到刑法条文本身。从刑法第287条之二的规定来看,帮助信息网络犯罪活动罪的规制范围不限于帮助行为正犯化的情形,所涉帮助既可以是事前、事中的帮助行为,也可以是事后的帮助行为。不应以时间节点,而应以行为性质对帮助信息网络犯罪活动罪与掩饰、隐瞒犯罪所得罪作出界分。特别是,作此认定之后,可以防止对一些事后帮助的“两卡”案件,由于适用掩饰、隐瞒犯罪所得罪带来的“失之过重”问题。此外,刑法第287条之二对帮助信息网络犯罪活动罪的罪状描述明确包括“支付结算”。据此,对于行为人向他人出售、出租银行卡后,在明知是犯罪所得及其收益的情况下,又代为转账、套现、取现等,或者为配合他人转账、套现、取现提供刷脸等验证服务的,并非要一律径直适用掩饰、隐瞒犯罪所得罪,而宜基于罪刑均衡作进一步考量,即对于适用帮助信息网络犯罪活动罪可罚当其罪的行为,亦可以考虑适用帮助信息网络犯罪活动罪。

综上所述,在帮助信息网络犯罪活动罪增多的背景之下,司法对帮助信息网络犯罪活动罪的限定适用已成共识,但要防止“矫枉过正”,避免对适用帮助信息网络犯罪活动罪以实现罪刑均衡的行为,回归适用掩饰、隐瞒犯罪所得罪或者以诈骗罪共犯处理。可以说,对帮助信息网络犯罪活动罪实现司法的妥当限定,实质意义应为入罪范围的妥当和处罚幅度的均衡。

(作者为最高人民法院研究室刑事处处长)

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,可以诈骗罪共犯论处。而在其他情形之下,则应当适用帮助信息网络犯罪活动罪。

□喻海松

刑法关于帮助信息网络犯罪活动罪的规定在属性上定位为堵截性条款。对此,刑法第287条之二第3款规定,有帮助信息网络犯罪活动行为,“同时构成其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚”。据此,只有在不存在其他处罚较重的罪名适用空间情况下,才可以适用帮助信息网络犯罪活动罪。然而,帮助信息网络犯罪活动罪的刑罚配置为“三年以下有期徒刑或者拘役”,通常轻于被帮助对象所实施的犯罪或者所关涉的掩饰、隐瞒犯罪所得罪等其他犯罪的法定刑。这就使得帮助信息网络犯罪活动罪与相关罪名的界分较为困难,司法实践的做法有时也较为混乱。就上述案件而言,所涉主要问题就是罪名选择适用,司法机关最终选择适用帮助信息网络犯罪活动罪是妥当的,且为类似案件的处理提供了重要指引。

对刑法修正案(九)之前网络犯罪帮助行为刑事规制范围的切割

帮助信息网络犯罪活动罪系刑法修正案(九)新增罪名,所涉情形当然涵括部分此前无法依据既有罪名规制的情形,但也包括对既有犯罪成立范围的部分切割。申言之,在帮助信息网络犯罪活动罪设立之前,司法实务对网络犯罪的帮助行为并非完全束手无策,对相当一部分行为亦可以适用其他罪名或者以共犯论处。基于此,对于当前帮助信息网络犯罪活动罪的竞合处断,不能完全沿袭刑法修正案(九)之前的办案思路,而应当根据刑法条文准确判断所涉行为是否可以转而适用帮助信息网络犯罪活动罪。

特别是,帮助信息网络犯罪活动罪所涉行为,相当部分是从原来的共犯之中切割出来的,故如何界分其与共犯认定的问题至关重要。对于基于帮助行为独立入罪设置的帮助信息网络犯罪活动罪,既然已经对部分帮助犯独立入罪,原则上就要适用独立设置的罪名,即使其与正犯之间存在共犯关系。当然,作为例外以共犯论处的,主要为适用帮助信息网络犯罪活动罪难以罚当其罪的情形。具体到个案需要考虑的因素主要为,主观上是否具有意思联络,