

帮助信息网络犯罪活动罪的适用困境及其克服*

于改之** 陈博文***

内容提要：帮助信息网络犯罪活动罪面临“明知”认定不清、“犯罪”界限不明、共犯处理不一、竞合处断混乱的适用困境。究其原因，关键在于帮信罪的性质——“违法连带性”的认定及其判断规则亟待明确。“违法连带性”具有事实与规范的双重属性。事实层面，应考察帮信罪主体是否为上游犯罪提供了必要条件或支持、行为之间因果链的紧密程度以及行为在物理和精神上对犯罪的直接影响。规范层面，应以规范保护目的为指引，评估帮助行为对整个犯罪行为链的功能性贡献。“明知”涵盖对行为“违法连带性”的认知，并对整体法秩序的损害有认识；帮助行为可以分为“强连带性”“部分连带性”及“弱连带性”三个类型；在竞合的场合下，宜将帮信罪与诈骗罪等认定为想象竞合关系。

关键词：帮助信息网络犯罪活动罪 共同犯罪 违法连带性 规范保护目的

帮助信息网络犯罪活动罪（以下简称“帮信罪”）是近年来我国适用频率持续上升的三大罪名之一，其立法宗旨在于确立帮助犯对于正犯的“违法连带性”。尽管理论界与实务界对帮信罪的探讨愈加深入，但其适用依然存在不少疑难问题。本文拟检讨具体案例中的共性问题，挖掘其司法困境及其背后的深层逻辑，并在此基础上，以法秩序的规范保护目的为基础，探讨帮信罪的正当性依据，进而从事实与规范两个层面建构帮信罪的司法适用规则，解决其司法适用中面临的具体疑难问题。

一、帮信罪的司法适用困境

我国《刑法》第287条之二对帮信罪采取了简明罪状的立法方式，《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《帮信罪解释》）、《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（二）》[以下简称《电诈意见（二）》]、《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、公安部刑事侦查局关于深入推进“断卡”行动有关问题的会议纪要》（以下简称《“断卡”会议纪要》）等先后细化了该罪的认定规则。

* 本文系国家社科基金一般项目“法域协调视域下权利滥用行为的刑法评价研究”（项目编号：22BFX039）阶段性研究成果。

** 上海交通大学特聘教授、博士生导师，上海交通大学廉政与法治研究院执行院长。

*** 上海交通大学凯原法学院博士研究生。

然而,上述司法解释和规范性文件目前尚未达到预期效果。尽管一直追求限缩帮信罪的适用范围,但在实际案件数量上并未体现出这一趋势。^[1] 实践中,同案不同判的现象也凸显了法官在适用帮信罪时所面临的司法困境。

(一) “明知”认定不清

帮信罪中主观“明知”的认定,承载了构成本罪与否,以及与他罪间构成要件界分的功能。^[2] 然而,由于“明知”依然沿袭“综合认定”的思路,对该罪构成要件要素的细化并没有使实践摆脱其证明的约束,反而可能加剧其争议性。

首先,“明知”意涵语焉不详。其一,虽然理论上观点明确区分刑法总则中的“明知”与分则中的“明知”,存在形式区分说^[3]及实质区分说^[4]的分野,但上述学说均有缺陷。前者导致对“明知”含义的理解陷入重复、循环的解释困境,而后者面临难以有效支撑总则与分则“明知”之间的本质性差异的质疑。其二,“明知”与“故意”在概念上高度纠缠,理论研究^[5]与司法实践^[6]中皆有所体现。其三,“知道”的程度尚未达成共识,认识的可能性程度较高^[7]或可能性程度较低的认识^[8]兼而有之。

其次,“明知”的推定标准不一。具体有三种观点:一是“应当知道”。此为刑事推定惯常采用的标准。例如,认定行为并非正常社会活动所需,进而推定行为人应当存在“明知”。^[9] 又如,行为人反复高频地实施同一动作,也会被推定为此类情形。^[10] 二是“可能知道”。典型情形是,承担转移资金任务的行为人,仅对该钱款“不干净”存在概括故意,但对上游犯罪的具体情况并不知情。^[11] 三是“知道可能”。例如,在一些案件中,承担结算工作的行为人在收到银行卡

[1] 根据最高人民法院发布的《检察机关打击治理电信网络诈骗及其关联犯罪工作情况(2023年)》,2023年1月至10月,全国检察机关共起诉电信网络诈骗犯罪3.4万余人,同比上升近52%。当前,起诉帮助信息网络犯罪活动案件仍高位运行。此外,2021年以来帮信罪案件数量持续大幅增长。根据最高人民法院的调研结果,其案件数量已跃居各类刑事案件第三位。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》,载《人民法院报》2023年8月25日,第4版。

[2] 根据《“断卡”会议纪要》第4条,认定“明知”的基本方法为“综合审查”,即“认知能力+既往经历+生活环境+交易对象”的认定模式。除此之外,在证据特征的示例上,《“断卡”会议纪要》规定了“跨省或多人结伙批量办理、收购、贩卖‘两卡’”等7种类型,《帮信罪解释》第11条规定了7种“明知”情形,《电诈意见(二)》设置了两条兜底条款,总计16种类型。

[3] 形式区分说又称“注意规定说”,即分则中的“明知”皆是对总则“明知”的提示性重申。参见张明楷:《刑法分则的解释原理(下册)》,高等教育出版社2024年版,第673-676页。

[4] 实质区分说认为,总则“明知”与分则“明知”不仅形式上不同,在实质层面上也应区分:前者指向故意,后者则可能涵盖更广泛的主观状态。其分为如下两大主要阵营:其一,主张分则“明知”否定的是违法性,而总则“明知”是在具备违法性的前提下否定有责性。参见陈兴良:《刑法分则规定之明知:以表现犯为解释进路》,载《法学家》2013年第3期。其二,主张总则“明知”侧重行为人对自己行为及其可能结果的主观认识,而分则“明知”则侧重对特定犯罪构成要素、犯罪对象或自身状况的主观认知。参见张少林、刘源:《刑法中的“明知”、“应知”与“怀疑”探析》,载《政治与法律》2009年第3期。

[5] 形式区分说仍将“明知”等同于“故意”,而实质区分说虽然明确指出总则“明知”系指故意而分则“明知”未必是故意,但其一味将总则“明知”等同于故意的观点也备受质疑。参见邹兵建:《“明知”未必是“故犯”——论刑法“明知”的罪过形式》,载《中外法学》2015年第5期。

[6] 参见河南省沁阳市人民法院(2021)豫0882刑初322号一审刑事判决书;广东省深圳市中级人民法院(2019)粤03刑终第1317号刑事附带民事裁定书。

[7] 如陈兴良教授主张,在认定刑法分则规定的“明知”时,必须从确切性认识的意义把握“明知”的内容。参见陈兴良:《刑法分则规定之明知:以表现犯为解释进路》,载《法学家》2013年第3期。

[8] 参见[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论(第1卷):犯罪原理的基础构造》,王世洲译,法律出版社2005年版,第294页。

[9] 参见江苏省无锡市锡山区人民法院(2021)苏0205刑初262号一审刑事判决书。

[10] 参见河南省沁阳市人民法院(2021)豫0882刑初322号一审刑事判决书。

[11] 参见辽宁省新民市人民法院(2021)辽0181刑初152号一审刑事判决书。

异常、被冻结的消息时产生怀疑，但仍没有中断行为；^[12] 行为人借出银行卡时，知道借用方可能涉嫌违法犯罪但碍于各方面原因没有拒绝的情形。^[13] 上述最终皆被推定为“明知”。可见，关于“明知”的争议，一直未能达成普遍共识，进而司法实践中只能依照《“断卡”会议纪要》第5条“主客观相统一”为准则，通过客观事实推定主观明知。但是，“推定”也在事实上降低了控方的举证和说服责任，^[14] 将存疑风险转移到被告人身上，悖离了由控诉一方排除合理怀疑的证明标准。^[15] 综上，“明知”遭受的多数非议，恰恰来自刑事推定既有缺陷。

最后，通过事实推定“明知”存在经验主义风险。当下，所谓的推定，基本是以司法解释等规范性文件所列举的情形作为推定“明知”的参照，但事实上仍在不断扩张其外延。究其原因，大概是为了限缩本罪适用范围，“明知”的证明标准不断增高，所以只能通过不断对“明知”进行扩张解释来平衡认定难度。

（二）“犯罪”界限不明

当前对于帮信罪构成要件的解释，实践中形成了两条主线。一方面，信息网络犯罪案件形式日益多样化和复杂化，为避免漏罚，帮助行为的界限逐渐模糊；另一方面，为防止罪名适用的泛化倾向，不少案例采取了限缩解释。这种在“扩张”与“限缩”之间的立场分歧，不仅导致了司法实践中同案不同判的情况出现，还进一步加大了法官在适用本罪时的难度。其具体表现如下：

一方面，限缩适用帮信罪已成为当前司法实务的主流倾向。其一，本罪的成立通常以被帮助行为已构成犯罪为前提。关于“为他人犯罪提供帮助”中“犯罪”的理解，存在两种观点。一种对“犯罪”持严格解释，认为应将本款中的“犯罪”限定为已符合我国刑法构成要件并被认定为相应罪名的犯罪行为。^[16] 另一种则将“违法”情形于例外情况下类属“犯罪”行为。但是，在帮助信息网络犯罪活动的对象是否达到犯罪的程度难以查实的场合，一律将帮助对象限制为犯罪，将导致设立帮信罪的立法本意难以体现。^[17] 总之，这种观点仍以上游犯罪构罪为主要原则。其二，立法设置了较高的入罪门槛，避免了本罪滑向抽象危险犯的风险。具体体现在，本罪设置了“情节严重”的核心要件，且司法解释逐步细化其认定的具体标准。情节的严重性，是从实质的违法性或处罚条件层面限定本罪的处罚范围，^[18] 其既是界定犯罪行为是否达到刑罚追诉标准的重要因素，也属于犯罪构成中的定量要件。《帮信罪解释》规定了帮助行为的具体量化标准，如帮助次数、金额、犯罪所得及社会影响等，意图通过量化标准防止司法机关在具体案件中对“情节严重”进行随意解释，确保刑罚适用具有合理的尺度。其三，对于帮助者及被帮助者存在双向意思联络的情形，通常不作为本罪处罚，这限缩了本罪的成立范围。相关实证研究显示，在发现行为人明知下游犯罪的具体情况并与下游犯罪人有双向意思联络的情形下，认定为本

[12] 参见陕西省汉中市汉台区人民法院（2021）陕0702刑初134号一审刑事判决书。

[13] 参见湖南省益阳市赫山区人民法院（2021）湘0903刑初590号一审刑事判决书。

[14] 参见周光权：《明知与刑事推定》，载《现代法学》2009年第2期。

[15] 参见劳东燕：《认真对待刑事推定》，载《法学研究》2007年第2期。

[16] 参见王华伟：《网络语境中帮助行为正犯化的批判解读》，载《法学评论》2019年第4期。

[17] 参见喻海松：《网络犯罪的立法扩张与司法适用》，载《法律适用》2016年第9期。

[18] 参见张慧：《网络犯罪相关罪名法律适用问题研究》，载《现代法学》2019年第4期。

罪案件数量为零。^[19] 此即说明司法实践中谨慎把握适用本罪的倾向。

另一方面,扩张解释被视为防止立法原意落空的关键举措。其一,尽管理论上强调帮助对象应限于犯罪行为,但根据《帮信罪解释》第12条,^[20]对于未达到犯罪标准但涉案数额巨大的情况,仍然存在构罪空间。此外,司法实践中已存在诸多对“犯罪”作出扩张解释的案例。例如,行为仅为帮助网络赌博走账^[21]或帮助“跑分”^[22],提供帮助的行为人皆以帮信罪论处。其二,尽管“情节严重”提升了犯罪门槛,但仍面临“口袋化”的风险。《帮信罪解释》第12条第7款设立了“其他情节严重的情形”作为兜底条款。然而,前六款分别从犯罪人数、支付结算金额及违法所得等具体角度进行了规定,对第7款进行同类解释时有待明确参考标准。其三,虽然从主观要件上排除了双向意思联络的情形,但“明知”的认定仅需概括性认识即可。从《帮信罪解释》第11条关于“明知”的认定规则来看,只要求行为人对被帮助行为存在潜在危险性有所认知。

(三) 共犯处理不一

第一,“正犯化”的前提不统一。帮助行为的正犯化在理论上并非统一的概念,其可以分化为帮助行为正犯化和片面帮助犯的正犯化。前提的不统一,极易导致观点不一致。例如,在诈骗罪与帮信罪交织的案件中,一些案件中的帮助行为被视为上游犯罪的一个组成部分,^[23]但其他类似案件中的行为人则被排除在上游犯罪的组织结构外。^[24]

第二,本罪与上游犯罪的关系未被妥当认识。其一,二者处罚关联性的问题尚存争议。为彰显《刑法》第287条之二的处罚独立性,有观点认为,正犯是否构成犯罪,与网络帮助行为是否构成犯罪,并无直接的处罚关联性。^[25]然而,“犯罪”是否仅限于上游犯罪本身的犯罪成立,以及本罪的成立是否必须与上游犯罪的成立相联动,同时这种关联性是否最终会影响到处罚的合理性,这三者之间的关系仍然存在争议。一方面,如果取消与上游犯罪行为间的处罚关联性,那么又当如何准确界定帮助行为的法益侵害性程度?另一方面,从《帮信罪解释》第12条应当认定为“情节严重”的几种情节来看,原则上应当在被帮助对象的情节被查证属实后才能进一步认定帮信罪的行为人是否达到“情节严重”的程度,仅在客观无法查证的情况下,才例外地可以根据总计数额追究帮助人的刑事责任。因此,处罚关联性仍旧十分紧密。其二,将本应认定为正犯或共犯的情形不当归类为帮信罪。有观点认为,刑法增设帮信罪以来,宜对帮信罪适用共同犯罪处理的情形作出适当限制,扩大帮信罪的规制范围,从而彰显修法精神。然而,共犯理论强调正犯与共犯之间的协作关系和责任共担,此举违背了共犯理论中的责任分配原则。同时,过度扩大帮信罪适用范围的做法,可能导致对网络犯罪的整体应对策略偏离正轨。如果司法实践中过度依赖

[19] 参见皮勇:《新型网络犯罪独立性的教义学分析及司法实证》,载《政治与法律》2021年第10期。

[20] 《帮信罪解释》第12条:“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。”

[21] 参见甘肃省环县人民法院(2021)甘1022刑初113号一审刑事判决书。

[22] 参见云南省贡山独龙族怒族自治县人民法院(2022)云3324刑初52号一审刑事判决书。

[23] 参见山东省安丘市人民法院(2020)鲁0784刑初26号一审刑事判决书。

[24] 参见黑龙江省齐齐哈尔市富拉尔基区人民法院(2022)黑0206刑初89号一审刑事判决书。

[25] 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》,载《中国刑事法杂志》2017年第6期。

帮信罪处理此类行为，那么可能导致实际主导或重要参与的犯罪分子仅受到相对轻微的刑罚。

（四）竞合处断混乱

第一，帮信罪的构成要件未能有效发挥明确指导作用，导致与他罪间的界限难以厘清。例如，对于无事前通谋的帮信行为与诈骗罪共犯的区分存在显著困难。从立法原意来看，在“一对多”或“多对一”案件中，证明共犯故意极为困难，因此在仅具概括性故意的情况下，宜将行为认定为帮信罪并适当降低法定刑幅度，以实现罪刑均衡。从理论上讲，依据此立法设计，罪名界限应当清晰明确。然而，共犯教义学的理论演变在实践中对立法原意造成了两难困境。一是立法原意落空致使共犯角色区分困难。有观点认为，即使没有形成共谋，只要帮助行为对犯罪结果的发生有实质性的助力，就应当认定为片面帮助犯，^[26]即使帮助者与正犯之间没有形成直接的共谋关系。^[27]此时，区分构成帮信罪的正犯还是上游犯罪的片面帮助犯十分困难。二是以“存在充分的共同意思表示”来区分共犯故意的观点受到冲击。当下，许多观点认为，企图从是否存在“通谋”“充分的意思联络”、是否专门为他人“量身定制”、是否情节严重等方面区分帮信罪与诈骗等罪的共犯，有悖共犯原理、责任主义及罪刑均衡原则，实不可取。^[28]从因果共犯论的角度，只要帮信行为在客观上与他人利用信息网络实施犯罪的行为及其结果之间存在因果关系，且行为人主观上对此有所认识，并且该行为违反了国家法律法规或行业的禁止性规定，原则上就不能排除其作为诈骗等罪共犯成立的可能性。同样，从主观故意上区分此罪与他罪也变得不太可行。例如，支付结算型帮信犯罪与掩饰、隐瞒犯罪所得罪的区分。通常，帮信罪的支付结算发生时点是在犯罪整体流程的后期，而掩饰、隐瞒犯罪所得罪的发生阶段也基本如此。此外，二者在手段与目的上也基本一致，在手段上都涉及通过转移、隐藏资金或资产来协助犯罪分子逃避法律追究，而其目的也都在于帮助犯罪分子巩固非法所得、规避追踪或掩盖犯罪事实。理论上常见的区分方式是，通过认定行为对象及上游犯罪是否查证属实，先行判断能否排除掩饰、隐瞒犯罪所得罪，再行判断是否构成帮信罪。^[29]但这种区分方式有待商榷。一是查证上游犯罪属实与否，往往依赖于全面且明确的证据支持，但在实际操作中，犯罪链条复杂、证据获取困难，导致无法有效排除掩饰、隐瞒犯罪所得罪的适用。二是行为对象的界定在资金流转的多环节中常常不清晰，特别是在涉及多层次资金转移时，很难明确资金的具体用途是用于支付结算还是掩饰犯罪所得。因此，这种区分方式在理论上虽有逻辑性，但在实践中如何操作还有待进一步探索。

第二，竞合认定混乱加剧了同案不同判的现象。其一，若不考虑竞合关系，同样的实行行为可能被认定为截然不同的罪名。例如，同样是帮助上游犯罪人实施诈骗这一行为，可能形成完全相异的结论：一类是行为人同时被判处诈骗罪和帮信罪；^[30]也有一类是在同一个案件中，部分行为人被判处诈骗罪，部分行为人被判处帮信罪；^[31]更有行为人直接被判处单独一罪的情

[26] 参见[日]大谷实，《刑法总论》，成文堂2009年版，第308-309页。

[27] 参见[日]山口厚：《刑法总论》，有斐阁2011年版，第289页。

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

[29] 参见上海市第一中级人民法院课题组：《网络支付结算型帮助行为的刑法规制——兼论帮助信息网络犯罪活动罪的理解与适用》，载《中国应用法学》2022年第1期。

[30] 参见江苏省睢宁县人民法院（2020）苏0324刑初532号一审刑事判决书。

[31] 参见甘肃省瓜州县人民法院（2021）甘0922刑初67号一审刑事判决书。

形。^[32] 在帮信罪同掩饰、隐瞒犯罪所得罪交叉的情形中，也有类似的判决情况。其二，法条竞合与想象竞合的观点“交锋”激烈。不少观点认为，帮信罪与诈骗罪等构成法条竞合，^[33] 并以构成要件的重合作为认定依据。然而，认为帮信罪与诈骗罪等构成想象竞合的观点也不在少数。支撑这一点的理由是，如果行为人与被帮助人存在紧密的犯意联络，依据共犯从属性说可构成想象竞合。^[34] 当然，也有基于共犯独立性说否定想象竞合以意思联络为前提的观点。此中观点各异，致使同类案件中认定的罪名各不相同。

二、帮信罪司法适用困境产生的原因

上述司法困境表面上看似各自独立，但其背后的共同根源在于帮信罪性质的模糊不清。无论是“明知”标准的模糊、构成要件解释的分歧、罪名界分与竞合规则的混乱，还是共犯认定标准的不明确，都源于帮助行为与上游犯罪之间的关系尚未被准确界定。特别是行为规范间关系模糊不清，难以判断是不法之间的连带还是相互独立，这直接影响了司法裁量的基本立场。

(一) 帮信罪性质之争

关于帮信罪的性质，主流观点有帮助行为正犯化说与量刑规则说之争。除此之外，还有累积犯说、不作为犯说、法益论说等观点。从学说对立的角度来看，影响力最大的仍是上述两种主流观点。

1. 帮助行为正犯化说

帮助行为正犯化说将原本作为帮助犯处理的辅助行为，根据其在犯罪中发挥的关键作用，并基于特定立法目的，上升为正犯。帮助行为正犯化说的提出，根植于现代网络犯罪的发展背景，特别是网络犯罪的规模化、组织化和复杂化，进而导致传统的共犯认定模式难以覆盖所有实际存在的犯罪行为。因此，有观点认为，帮信罪的设立并非对传统共犯评价模式的否定，而仅是对无法按照总则中共犯规定但又有处罚必要的网络帮助行为所作的类型化应对。^[35] 传统的共犯与正犯的一对一关系已转变为—对多关系，共犯行为脱离正犯制约成为独立犯罪的趋势增加。^[36] 更有观点认为，网络犯罪的帮助行为在网络犯罪产业链上的参与性不应作为肯定其共犯性的充分理据，宜避免继续以共犯教义学为指导阐释帮信罪。^[37]

虽然大多数观点都肯定帮信罪在罪刑认定上的独立性地位，但也不否定其仍旧具备共犯从属性，其中以主张限制从属性说立场的观点居多。对于该说，反对观点也不在少数。有观点质疑，刑法作为国家施加于个人的强制手段，在网络这样一个发散性、随意性极强的平台中，将出于违法或者犯罪动机或故意的帮助行为一律犯罪化并不合理。^[38] 此外，本罪立法动因的合理性仍需商榷，因为在帮助行为正犯化之前，作为共同犯罪中的帮助行为，其入罪原本即可通过犯罪参与

[32] 参见河南省永城市人民法院（2021）豫1481初956号一审刑事判决书。

[33] 参见广东省深圳市宝安区人民法院（2021）粤0306刑初519号一审刑事判决书。

[34] 参见劳东燕：《首例“微信号解封”入罪案的刑法分析》，载《人民检察》2021年第6期。

[35] 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》，载《中外法学》2023年第1期。

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

[37] 参见张伟：《帮助信息网络犯罪活动罪的教义学展开》，载《比较法研究》2023年第1期。

[38] 参见刘艳红：《网络犯罪帮助行为正犯化之批判》，载《法商研究》2016年第3期。

论的渠道实现。^[39] 还有观点认为,从其参与行为的结构出发理解为“正犯行为共犯化”更为妥当。^[40]

总而言之,帮助行为正犯化说的优势与不足均较为显著。其主要优势在于有效弥补了传统共犯理论在处理此类行为时的局限性,可以动态调整刑罚配置,有效回应日益严重的网络犯罪行为的规制需求。但是,其缺点同样存在。其一,帮助行为正犯化说可能导致刑罚的不均衡。特别是在正犯行为未被查证或正犯的社会危害性较低的情况下,帮助行为却因其独立评价而被严厉处罚,这可能导致刑罚的不合理和不均衡。其二,削弱共犯理论的内在逻辑。共犯理论强调的是行为人与正犯之间的共谋关系,以及通过这种关系所产生的共同犯罪意图。帮助行为正犯化在一定程度上削弱了这种逻辑,将原本需要依附于正犯的帮助行为独立评价为正犯行为,这可能导致刑法体系内逻辑的不一致,破坏刑法的统一性和协调性。

2. 量刑规则说

量刑规则说认为,帮信罪仅是对帮助犯的量刑规则,要求以正犯的行为为前提。易言之,只有在正犯实施了符合构成要件的不法行为的情况下,才可能成立本罪。^[41] 而帮助行为正犯化说是指法律将共犯行为规定为正犯行为,《刑法》第287条之二只是对帮助犯的量刑规则进行了独立规定,并不改变其作为帮助犯的性质。^[42]

量刑规则说的理论优势在于:其一,保留了共犯体系的内在逻辑和法律传统。刑法中共犯理论的核心在于,所有共犯的违法性均源于正犯行为的违法性。量刑规则说通过坚持正犯行为的前提性,确保了帮助行为依然处于共犯体系内,避免了刑法内部逻辑的断裂。其二,量刑规则说在某种程度上限制了刑罚权的扩张。在网络犯罪的复杂环境中,帮助行为的处罚独立性可能被夸大,从而导致刑罚的不当扩张。量刑规则说通过将帮助行为的定罪和量刑严格依赖于正犯行为,避免了对帮助行为的过度解读。然而,该说在理论上也遭受了不少批判。有观点认为,量刑规则说与帮助行为正犯化说并无明显的观点分歧。尤其是,理论上以共犯从属性原理和法益侵害程度作为区分两说的标准,存在不明确性和理由不足。^[43] 还有观点认为,该说致使立法原意降格的同时,忽视了正犯行为与帮助行为之间的复杂性。一方面,此论断很大程度上消解了本罪的立法价值,^[44] 在帮助犯(从犯)原本具有内在合理根据和灵活均衡的“从轻、减轻或免除处罚”原则之外,另外设立一个独立的、相对固化及轻缓的刑罚适用规则就完全没有实际意义。^[45] 另一方面,量刑规则说坚持帮助行为的定罪必须依赖于正犯行为的犯罪成立,这种依赖性在现代网络犯罪中,可能忽视了正犯行为与帮助行为之间的复杂互动关系。

(二) 学说争点的进一步分析

上述学说虽然试图从不同角度解释帮信罪的性质,但其核心目标都是解决该罪处罚的正当性

[39] 参见阎二鹏:《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》,载《社会科学辑刊》2016年第4期。

[40] 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》,载《比较法研究》2020年第1期。

[41] 参见张明楷:《论帮助信息网络犯罪活动罪》,载《政治与法律》2016年第2期。

[42] 参见黎宏:《论“帮助信息网络犯罪活动罪”的性质及其适用》,载《法律适用》2017年第21期。

[43] 参见王华伟:《网络语境中帮助行为正犯化的批判解读》,载《法学评论》2019年第4期。

[44] 参见阎二鹏:《帮助信息网络犯罪活动罪:不作为视角下的教义学证成》,载《社会科学战线》2018年第6期。

[45] 参见王华伟:《网络语境中帮助行为正犯化的批判解读》,载《法学评论》2019年第4期。

问题,即在立法层面寻求合理性。然而,这些学说显然未能有效应对帮信罪在司法实践中的复杂性,尤其是主流的帮助行为正犯化说。从微观视角来看,该说传统的共犯论无法区分中立帮助行为和(帮信罪中)一般帮助行为之间的本质差别,内含了扩大共犯责任的危险。^[46]从宏观视角来看,如果将针对不特定人的帮助行为一律正犯化(犯罪化),将会赋予网络管理者和使用者诸多不恰当的义务,从而阻滞网络科技的发展。^[47]批评观点不无道理。问题的产生与研究焦点始终困顿于与共犯教义学范畴紧密相关。诸说虽然试图从不同角度解释帮信罪的性质,但最终都不约而同地回归到对共犯处罚正当性的追问。

当前,解决共犯处罚依据的学说主要有以下几种。其一,行为支配论。即在共同犯罪中,若利用他人实施犯罪并从中获得帮助,则被认定为共同正犯。此外,通过利用他人实施的行为来达到犯罪目的,也可以被认定为共同正犯。其二,准用共犯说。该说认为,教唆、帮助始终是间接引起构成要件该当事实。^[48]其三,因果共犯论。该说认为,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,即共犯是以其他犯罪参与者为媒介而间接地实施了法益侵害行为。^[49]其四,违法共犯论。该说认为,基于共犯与正犯行为的因果关系,前者推动后者完成了违法性事实。其五,责任共犯论。该说认为,共犯行为除了引起正犯实施该当构成要件且违法的行为事实,亦使正犯陷入罪责。^[50]若进一步聚焦,可以发现,上述各说得以实现的前提是,共犯与正犯在构成要件上存在明显的区分。但是,在帮信罪中这一前提并未满足。

该结论的得出,或可见于下述三个案例:(1) A 利用在职期间掌握的银行系统漏洞窃取资金。B 在不知情的情况下为 A 开发了一种加密软件,用于隐藏资金流向。事后, A 告知 B 这笔资金是合法投资收益, B 随即协助将资金转移至多个离岸账户。(2) A 策划了一起金融诈骗案, B 作为同伙直接接触受害者并骗取资金。C 是一名金融顾问,在得知 B 的行为及其与 A 的关系后,主动提供建议并协助设计更复杂的资金转移方案。^[51](3) A 与 B 共同策划执行网络诈骗, A 实施诈骗操作, B 负责获取并传递受害者信息。C 在知晓 B 的计划(但不知 A 的存在)后,为 B 提供网络技术支持,帮助建立虚假网站,并在明知其诈骗目的后继续维护。C 虽未完全参与策划执行,但在明知诈骗目的后仍提供了关键支持。^[52]上述三个案例的处理可归纳为以下争议:(1) 帮信罪主体应被视为上游犯罪的正犯或承继共犯,抑或仅在承继后的行为中成立帮信罪的正犯;(2) 帮信罪主体应被视为上游犯罪正犯的共犯还是帮信罪的正犯;(3) 帮信罪主体应被视为上游犯罪正犯、帮信罪正犯、上游犯罪共犯还是帮信罪共犯。这些争议通过传统的“行为人在犯罪中的作用”“分工”及“法益侵害性”等工具,难以得出令人信服的结论。根本原因在于,帮信罪在这类案件中尚未形成“完整”的构成要件涵摄,司法实践中普遍倾向于仅基于行为本身来判断,即仅在法律规定有明确限时才可以对共犯进行处罚。^[53]我国传统区分认定共同犯罪的方法也认

[46] 参见刘艳红:《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》,载《法学评论》2016年第5期。

[47] 参见刘艳红:《网络犯罪帮助行为正犯化之批判》,载《法商研究》2016年第3期。

[48] 参见[日]山口厚:《刑法总论》,有斐阁2007年版,第300页。

[49] 参见[日]西田典之:《共犯理论の展開》,成文堂2010年版,第15页。

[50] 参见陈家林:《外国刑法理论的思潮与流变》,中国人民公安大学出版社2017年版,第511-516页。

[51] 该案例的问题在于, B 的行为虽然在 A 的指导下进行,但 C 对 B 的帮助是否已超出单纯的共犯行为,进入了帮信罪的独立范畴,这种角色的交叉与复杂性使得 C 的地位难以界定——C 是否应该被视为上游犯罪正犯的共犯,还是独立的帮信罪正犯?

[52] 该案例的问题在于, C 的角色地位处于上游犯罪正犯、帮信罪正犯和帮信罪的共犯之间的灰色地带。此时,分析出案件中何者为正犯或何者为共犯,显然十分困难。

[53] 参见[日]桥爪隆等:《刑法总论》,有斐阁2012年版,第357页。

为，正犯是构成要件实现过程中的核心人物，当正犯造成了法益侵害结果（包括危险）时，只要参与人的行为对该结果作出了贡献，该参与人就属于不法层面的共犯。^[54]因此，当共犯被视为独立犯罪且缺乏明确的构成要件“形象”时，行为人在犯罪中的角色地位难以确定，也无法据此明确其相应的处罚规则。

此外，各种学说对帮信罪性质的讨论亦未能脱离扩张的正犯概念。在此，量刑规则说与帮助行为正犯化说体现了相同的意涵。根据扩张性的正犯概念，教唆和帮助行为本质上被视为正犯。因此，若某行为不符合刑法中对教唆和帮助的构成要件，则应回归原理，将其视为正犯。^[55]然而，尽管扩张的正犯概念为处理复杂案件提供了理论框架，但它无法清晰界定共犯与正犯之间的界限。这种模糊性，不仅导致帮信罪性质的学理争议，也难以有效解决上述三个案例中行为人在共同犯罪中的角色问题。

三、帮信罪的适用困境之克服

（一）以帮信罪的规范保护目的为载体

在处理帮信罪中复杂的正犯与共犯角色分配问题时，传统的共犯理论往往难以应对那些涉及网络犯罪等新型犯罪形态的案件。此时，不妨将处罚依据的讨论转移到帮信罪规范保护目的的视角。法规范是通过命令行为人为或者不为某一行为以实现一定的规制目的，^[56]规范保护目的作为一种法解释学上妥当的方法论，有利于答案的探寻。

帮信罪的规范保护目的不仅是严密法网、填补法律漏洞。从立法原意来看，该罪的设立旨在解决两个核心问题。其一，网络犯罪的实行行为高度分工且相对独立，若按照共犯处理，网络犯罪各环节人员之间通常缺乏明确的犯意联络。其二，从犯罪的组织结构来看，网络犯罪中的帮助行为相比传统帮助行为，社会危害性甚至可能超过实行行为。很多网络诈骗的帮助者，才是整个网络犯罪链条中获益最大的主体，有的案件中犯罪所得数额惊人。^[57]综上，本罪的立法宗旨在于：绕过共犯认定，降低证明门槛，解决共犯角色中罪刑不均衡的难题。从整体法秩序的视角来看，帮信罪的规范目的是保护信息网络的公共管理秩序，防止信息网络被不法分子利用。综合来看，帮信罪的本质实际上就是在搭建帮助信息网络犯罪行为同上游犯罪间的联系。依据共犯教义学，共犯的处罚依据以正犯为介质。此时，帮信罪的设立就是通过立法确立共犯对于正犯的“违法连带性”，即共犯的违法性从属于正犯行为的违法性。^[58]在帮信罪增设之前，对于犯意联络没有直接证据证明、但客观上提供了技术支持或其他帮助的行为人，因其达不到共犯认定的条件，故其司法认定存在一定的困难。而帮信罪的立法目的正是力图解决这一司法实践中的实际难题。因此，本文认为，本罪可以通过类似法律拟制的方式，重新建立共犯与正犯之间的“违法连带性”。

[54] 参见张明楷：《共同犯罪的认定方法》，载《法学研究》2014年第3期。

[55] 参见〔日〕松宫孝明：《刑法总论讲义》，成文堂2017年版，第263页。

[56] 参见于改之：《法域冲突的排除：立场、规则与适用》，载《中国法学》2018年第4期。

[57] 参见臧铁伟主编：《中华人民共和国刑法修正案（九）解读》，中国法制出版社2015年版，第205-208页。

[58] 参见〔日〕大谷实：《刑法讲义总论》，黎宏译，中国人民大学出版社2008年版，第364页。

有鉴于此,可以得出以下结论:(1)帮信罪的立法动因在于堵截因达不到共犯认定条件而产生的漏洞,尤其是对于那些达到法益侵害性程度,但是无法完全证明实行行为对正犯的依赖性这一系列行为类型,^[59]需要通过增设新罪,使其能够在证明标准上脱离正犯行为而独立构成犯罪。此时,根据其设计,必然存在部分无法被准确证实为共犯关系的实行行为,在违法连带性上补强效力。实质上而言,这部分行为与正犯之间的违法连带性程度,无法得到合理的证实,甚至可能是无的状态。(2)帮信罪的立法动因,决定了其不排斥与其他罪名存在竞合空间,因为许多行为在降低证明标准前,是满足上游犯罪正犯及共犯标准的。帮信罪的部分实行行为本就是上游犯罪(例如,赌博罪、诈骗罪等)中分离出来的,这部分行为既可以认定为上游犯罪共同犯罪中的实行行为,也可以认定为帮信罪中独立的实行行为,实属二者的构成要件“重合片段”。

进而,从上述结论中得到的启示是:(1)不同实行行为对于上游犯罪正犯的违法连带性具有强弱之分。例如,本应同上游犯罪成立共同正犯的,违法连带性最强。至于帮信罪自身的帮助犯,违法连带性最弱。因为,与正犯的距离越远,从属性共犯的犯罪性就越稀薄。^[60]此时,其犯罪性的补强依靠所谓的“正犯化”加以拟制。(2)帮信罪的主体在整体犯罪流程中承担的角色,既可能是共同正犯;又可能是上游犯罪的帮助犯,或被认定为帮信罪的正犯;也可能是帮信罪的帮助犯。角色定位的不同,是由帮助行为同上游犯罪的正犯之关系强弱所决定的。(3)在整体犯罪认定中,帮信罪主体行为的法益侵害性和最终量刑,仍然以“共犯”角色为中心来决定。因为帮信罪设立的大背景是,网络犯罪“分工细化”与利益链条惩治的需求。^[61]因此,“共犯”角色在多大程度上被“正犯化”是决定其处罚必要性的关键。角色本身离正犯越紧密(违法连带性强),正犯化的程度就越低,甚至可以是“共同正犯被单独正犯化”;角色本身离正犯越疏离(违法连带性弱),正犯化的程度就越高,此时便是彻底的“帮助行为被正犯化”。

(二) 共犯“违法连带性”判断的一般性规则

共犯从属性的本质是共犯对于正犯的“违法连带性”,而“违法连带性”的强弱是形成帮信罪具体行为类型“轮廓”的主线。详言之,这种“违法连带性”体现为共犯行为在何种程度上增强了正犯行为的危害性,或在何种程度上成为正犯行为得以实现的重要条件。

对于“违法连带性”强弱的判断,融合了事实判断与规范(价值)判断。在事实层面,应优先考察共犯行为与正犯行为之间的实际联系,包括评估共犯行为在多大程度上为正犯行为提供了实质性支持,以及是否显著增加了正犯行为成功实施的可能性。然而,单靠事实层面的考量往往不足以全面揭示共犯行为的处罚依据,因此规范判断的介入尤为重要。规范判断不仅考虑事实上的关联性,还涉及行为在法秩序和社会价值中的定位。此外,规范判断还需评估共犯行为在整个犯罪链条中的功能性贡献。具体规则如下:

[59] 最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于办理网络赌博犯罪案件适用法律若干问题的意见》等司法解释虽也能解决对这类行为的定性问题,但在具体犯罪情节的认定、主犯的认定等问题上仍存在一定困难。因此,在《刑法修正案(九)草案》研究修改过程中,有关方面建议在刑法中对各种网络犯罪帮助行为作出专门规定。参见臧铁伟主编:《中华人民共和国刑法修正案(九)解读》,中国法制出版社2015年版,第207-208页。

[60] 参见[日]大塚仁:《犯罪论的基本问题》,冯军译,中国政法大学出版社1993年版,第297页。

[61] 参见喻海松:《网络犯罪二十讲》,法律出版社2022年版,第158-159页。

1. 事实层面：共犯与正犯的实际联系

在刑法理论中，通常认为帮助犯作为狭义共犯，其成立和可罚性前提是正犯实施了一定行为。包含实行从属性、要素从属性和罪名从属性三方面内容的共犯从属性说，已经成为通说。共犯的成立大多依赖于一系列存在论上的因素，这些因素共同构建了共犯与正犯之间的实际联系。判断共犯对正犯的“违法连带性”时，事实层面主要依据以下三个方面：

其一，共犯行为是否为正犯行为提供了必要的条件或支持。这一点突出地反映了双方“违法连带性”的事实特征。观察现实空间中的事实进展，是进行刑法评价的基本路径，体现为正犯行为无法在没有共犯行为的情况下顺利进行。若明确肯定这一点，帮信罪的主体则是狭义共犯中的帮助犯形象，其可罚性的基础高度依赖于上游犯罪人是否成立正犯。比如，为犯罪提供互联网接入、服务器托管，这些行为通常是犯罪得以进行的基本条件，此时行为主体作为推动事实进展不可或缺的一环，体现了共犯关系中的“强连带性”。若否定这一点，那么帮信罪中的行为人大概率与上游犯罪人是较为独立的合作关系。在帮信罪中，比如，行为人仅提供了普通的广告推广服务或基础的技术支持，这些行为虽然在某种程度上推动了上游犯罪的进行，但并非不可替代或必不可少，体现了较弱的“违法连带性”特征。

其二，在经验层面，共犯对于正犯的“违法连带性”，还通过双方行为之间的因果链条紧密度来体现。教唆犯、帮助犯是刑罚扩张事由，既然将结果归属于正犯须以因果关系为前提，那么，对于帮助犯而言，也必须要求其帮助行为与（正犯）结果之间具有因果性，否则，就与帮助犯的这种刑罚扩张事由明显不相契合。^[62] 根据这种因果性，共犯行为在实质上对正犯行为的结果起到了直接且关键的推动作用，共犯行为与正犯行为之间的因果链条可以被视为紧密的，这强化了共犯对正犯的“违法连带性”。例如，如果行为人提供了加密通信工具，使得上游犯罪人能够规避侦查、顺利完成网络诈骗，那么该行为与网络诈骗的最终成功之间有紧密的因果关系。在这种情况下，共犯的行为直接促成了正犯行为的实现，这意味着行为人的可罚性在很大程度上依赖于正犯行为的成功，因为其行为在因果链条中起到了关键作用。

其三，在物理和精神层面，共犯行为对正犯行为的直接影响程度，决定了共犯在多大意义上与正犯具有“违法连带性”，即共犯行为是否显著增加了正犯行为实现的可能性。在共犯教义学中，帮助行为既可以是无形的，也可以是有形的。^[63] 在物理层面，共犯行为对正犯行为的直接影响程度通常体现在共犯是否提供了正犯行为所必需的资源、工具或条件。例如，如果行为人提供了大量的服务器托管服务，使得网络犯罪可以长期且稳定地运行，那么这种行为在物理层面上显著增加了正犯行为实现的可能性。在精神层面，共犯行为对正犯行为的直接影响可以体现为对正犯的心理支持或意志强化。例如，行为人可能通过持续的技术支持（如提供加密通信工具）使正犯感到更加安全和隐秘，从而更坚定地实施犯罪。相反，实践中也存在帮信罪的实行行为在事实层面对上游犯罪的“违法连带性”较弱的情形。例如，在“一对多”的情形下，行为人为多个网络诈骗团伙提供了支付结算服务，但每个团伙仅使用了该服务来处理极少量的资金流转，此时行为人提供结算的行为在物理层面的“违法连带性”较弱。

[62] 参见张明楷：《刑法学》，法律出版社2021年版，第499-500页。

[63] 参见张明楷：《刑法学》，法律出版社2021年版，第564页。

2. 规范层面：法秩序的规范保护目的

共犯关系中的规范判断，主要是为了弥补事实层面行为类型界定不足的问题。一方面，仅以帮信罪中行为人是否推动了正犯行为为依据，容易狭隘地理解“帮助”的含义。例如，如果上游犯罪人未能成功使用帮助者提供的帮助，而是通过其他方式达成犯罪，这种情况下的“参与”是否仍有效、“违法连带性”是否仍存在，值得怀疑。因此，仅依靠因果关系是否成就为核心的事实判断是不够的。另一方面，“情节严重”是帮信罪的核心要件，但即便满足此要件，帮信罪的实行行为通常仍属于日常行为的范畴。理论上虽然可以通过各种论证将二者区分开，但在实践中仍会出现大量入罪的情况。日常行为是否也对正犯存在“违法连带性”，其程度如何，这正是规范视角发挥作用的地方。

如何透过规范视角重新定义“帮助”的含义？事实上，这是主流学说（结果的促进说）的短板。该说的一个关键立足点是，只有帮助犯的行为对于结果在具体形态上发生修正、改动时，才可以认定有这种因果性贡献。^[64]在为正犯提供帮助，正犯却没有借助这一机会而采取其他方式既遂，但是共犯的行为在事实上确实提高了结果成功的机会的情形中，惹起说和不法参与说是存在争议的。对此，德国刑法理论进一步发展出了风险增高理论和抽象危险理论两种路径。按照风险增高理论，“帮助”的定义最为狭窄，上游犯罪未利用帮助行为的情况会被排除在外。而抽象危险理论的问题在于，即使行为对结果发生没有具体影响，也容易被视为“帮助”，其定义范围最广。这两种理论，过窄和过宽的定义都不利于简化司法认定。事实上，这两个学说的分歧正是源于对共犯“违法连带性”的不同理解。

此时，不妨结合法秩序的规范保护目的来理解“违法连带性”。所谓法秩序的规范保护目的，即立法者制定法规范时所欲实现的目的，是立法者协调不同利益冲突而形成的价值判断或评价立场。^[65]探求帮信罪在法秩序视角下的规范保护目的，首先需要发现其所要调整的各种利益，然后再分析法律上的判断标准。帮信罪所要调整的利益，有以下两个层面：一是对信息网络这一社会关键基础设施的安全保障。这意味着，立法者在设立帮信罪时，所考虑的并不仅是针对直接实施犯罪行为的主体，而是针对整个犯罪链条中的所有可能对网络安全构成威胁的行为。二是帮信罪的设立反映了对社会公共利益的广泛保护。立法者通过设立帮信罪，意在覆盖那些看似与犯罪结果无直接因果联系，却在整体犯罪结构中扮演重要角色的行为。综合而言，可以确定其规范保护目的在于确保信息网络作为社会关键基础设施的安全性和正当性。为了达成其目的，帮信罪的规范保护显然需要涵盖广泛的行为类型。因此，对于在整体犯罪结构中扮演重要角色的行为，即“违法连带性”较高的行为，应该采取广义的帮助概念。

规范判断不仅要看行为在事实层面的“违法连带性”，还要评估其对整个犯罪链条的功能性贡献。即使一个行为在事实层面上与正犯有一定距离，但如果在犯罪结构中起到了关键作用（比如，显著增加了犯罪的成功可能性），那么在规范层面上，其“违法连带性”应被视为更强。值得一提的是，承继的共犯和片面共犯这两种在共犯教义学中充满争议的情形，常常作为帮信罪中典型的行为类型出现。由于承继的共犯和片面共犯本身存在争议，帮信罪的实际认定也面临相似

[64] 参见 [德] 乌尔斯·金德霍伊泽尔：《刑法总论教科书》，蔡桂生译，北京大学出版社 2015 年版，第 451 页。

[65] 参见于改之：《法域协调视角下规范保护目的理论之重构》，载《中国法学》2021 年第 2 期。

的挑战，多数司法适用中的困难，正是围绕这两种情形的广泛讨论所引发的。

依据共犯“违法连带性”的强弱，帮信罪中存在承继的共同正犯和承继的帮助犯两种类型。承继的共同正犯发生在以下情形：A 得知 B 从事网络诈骗后，最初只是帮助 B 提供网络支付结算服务。随后，随着诈骗活动的深入，A 逐渐承担了更多关键性角色，如主动协调诈骗资金的分配和隐匿，甚至帮助 B 制定诈骗计划的具体细节。在这种情况下，A 与 B 的关系从帮助犯逐渐演变为承继的共同正犯。承继的帮助犯则为以下情形：A 得知 B 从事网络犯罪后，最初并未直接参与犯罪，仅在一次偶然情况下为 B 提供了服务器托管服务，这一行为对 B 的犯罪活动并未产生重大影响。然而，随着 B 的犯罪行为持续，A 逐渐意识到其服务正在被用于非法目的。尽管如此，A 不仅没有停止服务，反而继续在 B 的请求下提供额外的技术支持，如帮助 B 优化网络性能和加密通信。目前，承继的共同正犯否定说在德国占据压倒性优势，在日本也具有很大影响力。该说认为，正犯需要对全部违法事实具有因果关系，因此否定了承继的共同正犯。但帮助犯与正犯不同，不需要与所有的构成要件之间具有因果关系，因此该说认可了承继的帮助犯。^[66] 基于此，该说认为，承继的共同正犯不是帮信罪中通常的手段类型，并且否定了其共犯“违法连带性”。^[67] 这意味着，尽管行为人与上游犯罪在某些情况下存在一定关联，但因未完全融入正犯的行为链条中，帮信罪的成立依据并不具备。然而，承继的帮助犯则不同，其入罪处理在理论上被认可。需要注意的是，承继的共同正犯中的部分行为可以归类为承继的帮助犯来处理。因此，承继的共同正犯并不会因此逃脱刑法的制裁，而是仅对符合承继帮助犯特征的行为进行处罚。同样，帮信罪中的片面共同正犯和片面帮助犯也遵循相同的原则，其入罪参照承继帮助犯的处理规则。

（三）帮信罪中适用困境的纾解

1. 主观明知的认定规则

从大量案例观察，帮信罪与上游犯罪间共犯关系的成立并不特别依赖实行行为本身的危险性。共犯教义学早就意识到了这一问题，通常并不将日常行为排除在潜在地提供帮助的范围之外，而是将判断标准放在支持者的“知”和“欲”上。^[68] 为了规避这一难题，立法上设置了“明知”和“情节严重”作为补充条件。但是，从当前司法实践来看，这一做法并不成功，否则司法解释就不需要尽可能详细地列举“明知”和“情节严重”的具体情形。为了从根源解决这一问题，理论上形成了诸多方案，可归纳为以下两类。其一，精细化帮信罪主观“明知”的刑事推定。例如，对司法解释等规范性文件所规定的 16 种“推知”情形进行精细化处理及审慎化运用，且大多主张允许被告人反证。^[69] 其二，调整明知的内涵，将“可能知道”与“应该知道”排除出“明知”的语义范围，将自认也作为“明知”的涵摄方法；^[70] 或主张采用等同于故意的

[66] 参见陈家林：《外国刑法理论的思潮与流变》，中国人民公安大学出版社 2017 年版，第 575 页。

[67] 需要特别说明的是，虽然在这些情况下否定了帮信罪的成立，但行为人可能仍然构成其他类型的犯罪，如掩饰、隐瞒犯罪所得罪等，这取决于具体行为的性质和对整体犯罪活动的影响。

[68] 参见 [德] 乌尔斯·金德霍伊泽尔：《刑法总论教科书》，蔡桂生译，北京大学出版社 2015 年版，第 453 页。

[69] 参见莫洪宪、吕行：《论帮助信息网络犯罪活动罪的司法扩张与规范适用》，载《贵州师范大学学报（社会科学版）》2023 年第 1 期。

[70] 参见陈本正：《论帮助信息网络犯罪活动罪的司法认定》，载《河南大学学报（社会科学版）》2024 年第 2 期。

“平义说”。^[71]这两种方法其实有着相同的思路,即避免通过经验准则来认定“明知”,而是转向规范化的解读方式。其中隐含的是对“明知”采用严格限定的解释原则。从事实和规范的角度出发,“明知”的认定规则如下:

事实层面,行为人主观上需要对行为的“违法连带性”有所认识。也就是说,实施网络帮助的行为人需要明知自己的行为是依赖于上游犯罪实施的。换言之,如果行为人明知其帮助行为对上游犯罪没有任何推动作用,那么对其进行处罚就没有意义。司法文件中的16种情形实际上基本遵循这一思路。当然,对行为“违法连带性”的主观认识,除了以行为人明知帮助行为的推动作用为基础,还需满足以下两个条件:一是行为人对自身行为与上游犯罪之间的因果关系有认识;二是对自身行为对上游犯罪的影响程度有认识。

规范层面,行为人需要认识到其网络帮助行为对法秩序的损害。如果行为人在抽象意义上对法秩序的破坏没有明确认识,可以推定其不存在“明知”,从而留出一定的免责空间,限缩帮信罪的适用。帮信罪的关键在于行为的社会危害性,其意义不应仅限于对具体行为的判断,而应扩展到对信息网络安全和公共秩序的影响。这种扩展正是规范保护目的的核心,因此评价行为时,不仅要考察行为的具体方式,更要关注其对法秩序的潜在破坏。

2. 帮助信息网络犯罪活动行为的类型化

廓清帮助信息网络犯罪活动行为的类型化可以同时解决三大难题:一是构成要件的解释立场;二是此罪与彼罪的界分;三是共犯的认定。此间,类型化的主线仍然是共犯行为对正犯的“违法连带性”。

根据网络帮助行为对上游犯罪“违法连带性”的程度,可以将帮助信息网络犯罪活动行为分为以下三种类型:

第一,强连带性的行为类型。这类行为包括为上游犯罪提供互联网接入、服务器托管及同等类型的技术支持行为。其主要特征是,与上游犯罪形成了互补关系,没有这些帮助上游犯罪无法顺利进行,行为在犯罪流程中具有不可替代的作用。亦言之,这类行为中提供帮助的人和上游犯罪人在角色上是共同正犯。

第二,部分连带性的行为类型。这类行为包括提供网络存储等等类型的技术支持及提供支付结算等等程度的帮助行为。部分连带性的特点在于:(1)行为有一定的可替代性,即通过其他方式也可以实现相应目的,但该行为是最常见的帮助方式;(2)行为的独立性较强,与上游犯罪人并非完全对等的合作关系,提供帮助的人主要承担了部分犯罪流程中的作用。

第三,弱连带性的行为类型。相较于部分连带性,弱连带性的行为在立法中处罚的独立性最高,但在整体犯罪中法益侵害性最低。其类型有提供通讯传输等等类型的技术支持和提供广告推广等等类型的帮助行为。这类行为可替代性最强,在犯罪流程中虽然承担了部分角色,但并非必须由该行为人承担。双方在大部分情况下没有事前和事中的明确犯意联络,是帮信罪立法中主要规制的类型。

基于不同程度的“违法连带性”,前述三个问题具有不同的处理方式。其一,对于强连带性的行为类型,应采取扩张解释的立场。因为这类行为在犯罪中起着关键作用,对法秩序的损害最

[71] 参见冀洋:《帮助信息网络犯罪活动罪的证明简化及其限制》,载《法学评论》2022年第4期。

大,同时证明难度最低,扩张解释带来的风险也较小。但在与其他罪名的区分和共犯认定上,这类行为界限最模糊,因为它往往符合上游犯罪的狭义共犯或共同正犯标准。此时,需进一步结合构成要件和罪量程度来区分是否构成狭义共犯或共同正犯。其二,对于部分连带性的行为类型,应采取限制解释的立场。这类行为具备可替代性,并且类似的技术支持和帮助行为的范围较广,容易被纳入规制范围,使条文有成为“口袋罪”的风险,因此限制解释更为合适。此外,这类行为与其他罪名的界限较为清晰,作为典型的上游犯罪的狭义共犯类型,其“轮廓”较为明确。其三,对于弱连带性的行为类型,无事前通谋型帮信犯罪与诈骗罪共犯、支付结算型帮信犯罪与掩饰、隐瞒犯罪所得罪的区分困难多集中在此类型中。行为类型的高度交叉及可替代性强,导致一行为可能同时符合多个罪名的构成要件。这类问题需要通过竞合论来提供合适的解决方案。

3. 竞合时的处断

强连带性和弱连带性行为,都面临该问题,即它们要么在共同犯罪中的地位与其他罪名交织,要么在构成要件上难以明确区分。此时,完善竞合的认定规则就具有重要意义。然而,对于适用想象竞合还是法条竞合,理论上仍有较大分歧。目前争议最突出的是帮信罪与诈骗罪帮助犯之间的竞合关系。

事实上,从构成要件的对比来看,无事前通谋型帮信犯罪与诈骗罪共犯、支付结算型帮信犯罪与掩饰、隐瞒犯罪所得罪之间的关系,属于交叉型竞合。尽管支持法条竞合的观点很多且各有依据,但往往没有考虑帮信罪本身的特殊性。《刑法》第287条之二第3款明确规定:“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。”这其实是采取重罪优先的策略。对于想象竞合的立场自不必多说,但即使采取法条竞合的立场,也需要运用重法优于轻法的特别规则。此时从量刑上严格主张任一学说已无任何区别。问题也恰恰在于此。根据法定最高刑的对比,帮信罪的量刑通常低于诈骗罪共犯的量刑,^[72]最终可能以处罚较重的帮信罪论处。然而,近年来,帮信罪的认定频率持续居高不下,司法实践中难以明确二者的量刑轻重时,不少选择帮信罪作为最终认定的罪名。大多数情况下,行为人的主观故意不能被另一罪所包含和评价。尤其是帮信罪中的“明知”,是诈骗罪和掩饰、隐瞒犯罪所得罪所不具备的,因此,最核心的要件无法被包容,确定为法条竞合就存在难以克服的障碍。同样,三罪之间所侵害的法益也大多不同。虽然法益相同并不是肯定法条竞合的必要条件,但法益的功能在于指导构成要件的设置,并影响行为违法性的判断。在保护法益不同的情况下,构成要件必然存在一定差异,更不用说罪量和行为规范本身的区别。

因此,在排除数罪并罚的情况下,对于构成要件交叉的罪名,应优先考虑想象竞合关系。此外,在考虑刑罚时,应优先参考《刑法》第287条之二第3款。同时,为了缓解近期帮信罪适用过热的现象,并避免可能带来的风险,应在评估各自行为规范对应的刑罚幅度后,再决定适用何种罪名。

四、结语

帮信罪是刑法研究中,尤其是网络犯罪领域中非常关键的罪名。该罪增设以来,国内学界已

[72] 根据《刑法》第287条之二,帮信罪的量刑幅度为三年以下有期徒刑或者拘役,远低于诈骗罪的法定最高刑。

有不少研究成果，特别是在司法适用方面提出了多种方案，优劣参半。本文认为，要明确帮信罪的构成要件，解决罪名适用和共犯认定的难题，关键在于确定帮信罪与上游犯罪之间的“违法连带性”。对于“违法连带性”，可基于事实与规范两个层面进行判断：在事实层面，在于共犯与正犯关系的紧密度，即共犯行为是否为正犯行为提供了必要的条件或支持，共犯与正犯之间的因果链条紧密度，以及共犯行为对正犯行为的直接影响程度。在规范层面，借助法秩序的规范保护目的，可以确定帮助行为的范围，评估实行行为对整个犯罪链的功能性贡献，从而弥补事实层面行为类型界定的不足。在对帮助信息网络犯罪活动行为进行分类时，可依据上述规则区分为“强连带性”“部分连带性”和“弱连带性”三个行为类型，以解决主观“明知”认定、罪名区分和竞合认定的难题。

Abstract: The crime of helping information network criminal activities faces the application dilemma of unclear identification of “knowing”, unclear boundaries of criminality, inconsistent handling of accomplices, and chaotic treatment of overlapping crimes. The key reason is that the rules of determining the nature of the crime of helping information network criminal activities, i. e. the “joint liability for illegality”, needs to be established. The concept of “joint liability for illegality” has dual attributes of fact and norm. At the factual level, it is necessary to examine whether the subject of this crime has provided necessary conditions or support for the upstream crimes, the closeness of the causation relationship between behaviors, and the direct physical and mental impacts of behaviors on the crime. At the normative level, the functional contribution of aiding behavior to the entire criminal behavior chain should be evaluated for the purpose of normative protection. “Knowing” encompasses the awareness of the “joint liability for illegality” and damage of the behavior to the overall legal order. The helping behaviors can be divided into three types: strong, partial, and weak joint liability behaviors. In the context of overlapping crimes, it is advised to consider the crime of helping information network criminal activities and the crime of fraud and other related crimes as imaginary overlapping relationship.

[责任编辑 邢峻彬]