

# 帮助信息网络犯罪活动罪定性研究

●肖雅芝



**[摘要]** 随着信息网络技术的快速发展,“网络社会”已成为大家讨论的焦点话题。围绕着“网络社会”展开的一系列犯罪活动与传统犯罪模式大不相同,给立法和司法实践提出了新的挑战。在信息时代下,网络犯罪因网络隐蔽且传播辐射广的特性,在实践中难以被侦破。因此,打击信息网络犯罪成为我国目前亟须解决的问题。为了应对网络犯罪的问题,我国《刑法》增设了帮助信息网络犯罪活动罪,也出台了相关司法解释用以解决实践中的疑难问题。然而,对于帮助信息网络犯罪活动罪的性质问题一直存在争议,主要存在多种学说。为了厘清帮助信息网络犯罪活动罪的性质,本文从法益侵害角度入手分析其性质,以期给实践裁判量刑提供一定的参考。

**[关键词]** 帮助信息网络犯罪活动罪;帮助行为正犯化;量刑规则说

在《刑法修正案(九)》第29条中,专门增设了帮助信息网络犯罪活动罪,新增的帮助信息网络犯罪活动在学术界如同平地惊雷,引发了广泛的讨论。从知网检索的数据来看,关于帮助信息网络犯罪活动罪的文献在2018年后出现井喷式增长。究其原因,是因为新法实行3年后,司法实践中积累了一定量的案件样本,足以支撑学者们进行实证研究。

笔者认为,对于帮助信息网络犯罪活动罪的分析应当从行为定性入手,但不应当局限从立法模式去解释该犯罪,而是应当结合法益侵害的角度综合考量共犯行为理论来判断该罪的定性问题。

## 帮助信息网络犯罪活动罪现有理论

目前,大部分人支持的学说是帮助行为正犯化学说。该学说认为立法者根据维护社会秩序的需要,将部分严重侵害社会法益的帮助行为通过立法将其确定为正犯行为,不再以帮助行为量刑,而是按照法律规定独立的定罪量刑,不再适用总则编关于从犯的量刑规则。但是在该学说内部又根据值得单独科处刑罚的必要性,分为帮助行为绝对正犯化学说和帮助行为相对正犯化学说。

## 帮助信息网络犯罪活动罪量刑困境

帮助行为绝对正犯化学说强调,根据帮助行为的严重性,把单独的帮助行为提升为正犯,与其他正犯没有任何区别,但在分则条文表述中使用的是“帮助”“协助”等词语

的情况。

例如,张三明知李四要伤害王五,给李四提供帮助,提供详细的作案计划以及作案工具,但是最后李四并未实行作案行为。此案中,因为李四没有实施作案行为,所以张三不构成犯罪。但是,在帮助行为被正犯化之后,其帮助行为本身就是个实行行为,只要实施了帮助行为即入罪。此时就不需要根据其他正犯的行为来进行判断。张三的行为可以独立定罪。

该学说的主要理论依据“共犯独立说”。“共犯独立说”是过度的伦理主义或过度关心社会防卫的产物。若按照“共犯独立说”,其对人主观上的“恶”的打击面过广,易陷入主观归罪的陷阱,如同“文字狱”时期,只因个人思想上有恶意,将其行为一律归于犯罪,不区分行为和结果之间是否存在因果关系,很明显这与现代《刑法》重预防轻打击是相悖的。

而从《刑法》基本原则角度来看,正犯并未实施犯罪,未导致危害结果,在对帮助行为定罪量刑亦有违罪刑相适应原则,也不由让人生疑:为何不依据《刑法》上的所有犯罪却仅凭教唆犯、从犯强调其恶性?而善恶本就是主观判断,善恶的标准自古以来就在不断变化。过分强调主观恶性是否有违《刑法》谦抑性原则,这也令人深思。

帮助行为相对正犯化学说强调,对于到底能不能提升为正犯不可以“一刀切”,要独立判断帮助行为是否进行处罚需要结合现实当中的帮助行为对法益的侵害程度。如张三偶然得知李四在组织传销,自发地在大街上发小卡片招募传

销人员，但李四并不知情，且李四也并未组织传销。待张三招募的传销人员即将转手给李四时，被公安机关抓获。此案中张三的行为导致社会秩序受到影响可以构成协助犯罪，此时即使李四并未实行犯罪性行为也不影响张三的犯罪认定。但若张三不是以在大街上发广告的方式，而是以针对特定人(如给特定人发短信)的方式招募传销人员，此时并未导致的社会秩序受到影响，张三的招募行为本身没有侵犯《刑法》所保护的法益且李四也并未实行犯罪行为，此时，因未造成任何社会秩序混乱而不可能将其行为以犯罪论处。这就是帮助行为相对正犯化的模式。

笔者认为《刑法》第287条之二第1款并不是帮助行为正犯化，而是《刑法》分则中特殊的量刑规则。从我国开展“断卡”专项行动以来，各省市严厉打击帮助信息网络犯罪活动罪。近几年来，我国检察院以帮助信息网络犯罪活动罪罪名提起公诉的案件有所上升。实践中对于帮助信息网络犯罪活动罪的法条适用五花八门，从司法审判结果来看，该罪的适用呈现出急速扩张趋势，引发了学界广泛的讨论。在这一趋势下，对于该罪的判断更应当从其实质进行判断，而非仅仅简单依据法条增设而断定其属于帮助行为的正犯化。

笔者认为，根据正犯从属性理论，帮助者提供帮助，正犯切实实行了符合构成要件的违法行为时，才成立本罪。如果正犯完全没有行动，仅仅只是帮助者提供了帮助行为，没有造成实际损失，无危害后果的，帮助者也不成立犯罪。根据因果关系理论亦可得出该结论，试想一下，某人只是向主犯提供帮助，且这一帮助行为没有促进最后危害结果的发生，危害结果与帮助行为之间甚至都没有因果关系，那么这一帮助者实在不应受到惩罚。总之，本罪虽然是帮助犯，但由于《刑法》分则对本罪规定了独立的法定刑，因而不再适用《刑法》总则关于帮助犯(从犯)的处罚规定。故而该条款应当定位为特殊的量刑规则。

## Q 帮助信息网络犯罪活动罪量刑规则探索

在对帮助信息网络犯罪活动罪进行实质判断时，应当结合《刑法》教义学、共同犯罪的基本原理以及法益侵害理论综合判断。

### (一)从教义学上进行分析

《刑法》第287条之二第1款规定，本罪的成立行为人在客观上实施为他人犯罪提供互联网接入等法律规定的行为，就意味着在被帮助的他人没有实施一定的信息网络犯罪行为的时候，是不满足法条规定之“为其犯罪提供”这一要件。那么，从罪刑法定原则的角度来看，是不能成立本罪的。

从体系解释角度来看，在网络犯罪的司法解释相关规定中指出，“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”，以及“被帮助对象实施的犯罪行为可以确认”这两大规定，都说明帮助者要成立帮助信息网络犯罪活动罪，其前提是被帮助对象实施了“网络犯罪”行为并且得到了确认。

帮助者只是提供技术支持等，但被帮助人没有犯罪行为，或者帮助者提供技术支持或者其他帮助，但被帮助者实际上并未使用技术的，不能构成帮助信息网络犯罪活动罪。因此，网络犯罪的司法解释实际上否定了该犯罪条款属于帮助行为刑事定罪的解释理论。

### (二)从因果共犯论进行分析

共犯之所以要进行处罚，是因为其行为也构成侵犯合法利益的风险。如果共犯的处罚根据与正犯的处罚根据相同，那么，对于共犯在什么阶段可以作为未遂犯处罚和对于正犯在什么阶段可以作为未遂犯处罚这一问题的答案应当基本上是相同的。

对于并未直接参与该犯罪的共犯而言，其所受到的处罚是基于该行为给正犯提供的帮助所间接侵害到了相关法益。基于这一立场，可以得出如下结论：首先，在仅有帮助者实行了帮助行为，但是被帮助者尚未着手实施犯罪的情况下，此时该帮助行为并未造成实质的损害，因此，此时单独对帮助犯进行处罚是没有必要的。而从前述分析中可以得知，根据我国《刑法》的立法模式，往往只有在法益侵害极高的情况下，才有必要对这一帮助行为进行处罚。而常见的网络犯罪帮助行为都是中立性的技术中立。如果帮助犯是被正犯恶意利用，该帮助行为本身是不具有危害性的。所以，被帮助者(正犯)未实施犯罪行为的，当然就更不应当处罚帮助犯了。

### (三)从立法意图角度进行分析

立法者之所以要增设帮助信息网络犯罪活动罪，这是时代发展带来的犯罪更新。在传统的共同犯罪中，正犯和从犯往往都是熟悉的人，在现实中有交流沟通。在案件侦查中，公安机关能够从一个犯罪人身上顺藤摸瓜找到其他的犯罪人。但是随着网络的快速发展，信息网络犯罪与传统犯罪的特点大不相同。

从目前的信息网络犯罪的模式来看，有以下几个特征：其一，犯罪主体之间是不认识的，甚至完全可能分散在不同的地区、国家，仅仅通过网络联系。其二，在犯罪客观层面，共同犯罪人之间分工明确，各自只承担自己的部分行为，且实行行为和帮助行为具有高度隐蔽性，难以发现。其三，在主观层面，各个犯罪人之间可能不曾有过明确的沟通。在许多情况下，部分共犯人对危害结果的表现作为一种间接故意的心理状态，在实践中难以查证。再加上现阶段的信息网络犯罪大部分都是分散在各个地方，一个帮助犯对接的是多个不特定人，被害人也是不特定的，据此，要想按

照《刑法》规定进行追责，是难以实施的。所以实践中，司法机关只能抓捕实施帮助行为的人，而真正的犯罪人逃之夭夭，难以惩治。

根据传统共犯理论，共犯认定必须以犯意联络为前提。但是，在网络发达的现今社会，犯罪有时候连双向意思联络都没有。很多帮助行为人，实施了帮助行为却不自知就被正犯加以利用。同时，在传统共犯理论中“各行为人所实施的行为，必须是犯罪行为，否则不可能构成共同犯罪”也同样指出了若不能确定正犯的行为，很难认定实施帮助行为的人与正犯构成共同犯罪。因此，如若严格依照传统《刑法》共犯理论无法单独对帮助行为实施者定罪。

笔者认为该理论可以解释帮助信息网络活动犯罪的帮助行为，理由如下：首先，犯罪的本质是侵害或者威胁法益，实施这一侵害法益行为的人就是正犯。正犯在整个犯罪过程中起到的是决定性的作用。因此，在处理共同犯罪案件时，第一步，先根据案件事实情况确认正犯是谁。第二步，再看正犯的行为是否符合犯罪构成要件，只有符合犯罪构成要件，才有惩治的必要。若压根不构成犯罪，仅仅是违反治安管理处罚办法，则根本不需要考虑共犯的问题。第三步，判断是否存在教唆犯、帮助犯等从犯人员。在帮助信息网络犯罪活动犯罪的案件中，犯罪模式有了网络的帮助，已经从最开始的“一对一”变成了现在通过网络辐射进行“一对多”的帮助，被帮助者可能通过网络辐射到任何一个人，所以人员是不特定的。在没有固定帮助对象的时候，帮助者可以根据自己所想，自由发挥为每个接受帮助的人提供一个相应的服务，而他主观上不一定是恶意的。在案件侦查中，司法机关发现很多提供帮助行为的人主观上是无意识的，或者说是无所谓、冷漠的。那么，这种情况下没有犯罪的故意或者压根就不知道是在为犯罪者提供帮助，这样的心理无法在传统的共犯理论下被定性为帮助犯。可是从实际出发，如果不对这样的帮助行为进行限制，信息网络犯罪就难以得到抑制。但若过于严苛的“一刀切”地

将所有中立技术行为全部纳入帮助犯的打击范围，又会导致信息网络发展受限制，这与国际社会推动鼓励网络发展的宗旨相悖。若能够根据“新共犯”理论，则可以解决这一难点。在司法实践中，首先判断正犯是否实际地实施了该犯罪，是否侵害到了相关法益，再看该帮助行为是否对最后的危害结果起到了作用，帮助行为与结果之间是否存在因果关系。采取这种限制从属性说就可以妥善解决帮助行为的问题。

## Q 结束语

综上所述，帮助信息网络犯罪活动罪是我国立法者根据我国国情结合司法实际，针对网络犯罪进行特殊打击所做出的特殊量刑规则，其目的在于针对利用网络犯罪的情况进行严厉打击以维护良好的社会秩序。

## 图 参考文献

- [1]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[J].中外法学,2023,35(01):143-161.
- [2]王昭武.共犯最小从属性说之再提倡——兼论帮助信息网络犯罪活动罪的性质[J].政法论坛,2021,39(02):165-179.
- [3]张伟.帮助信息网络犯罪活动罪的教义学展开[J].比较法研究,2023(01):97-111.
- [4]张明楷.共同犯罪的认定方法[J].法学研究,2014,36(03):3-25.
- [5]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[J].中国刑事法杂志,2017,6(06):38-48.
- [6]陈洪兵.帮助信息网络犯罪活动罪的限缩解释适用[J].辽宁大学学报(哲学社会科学版),2018,46(01):109-117.

## 作者简介:

肖雅芝(1996—),女,汉族,湖南邵阳人,硕士,湖南涉外经济学院,研究方向:刑法学。