**提供银行卡并刷脸转账取现行为的认定**

 **----浅谈掩饰隐瞒犯罪所得罪与帮助信息网络犯罪活动罪的界分**

安徽金亚太律师事务所高级合伙人 孙宝华律师

**一、问题的提出**

 提供银行卡并配合刷脸转账取现行为的定性，在司法实践中存在很大的争议。根据刑法的规定，帮助信息网络犯罪活动罪是指**明知他人利用信息网络实施犯罪，为其犯罪提供互联网接入、服务器托管、网络存储、通讯传输等技术支持，或者提供广告推广、支付结算等帮助，情节严重的的行为。掩饰隐瞒犯罪所得是**明知是犯罪所得及其产生的收益而予以窝藏、转移、收购、代为销售或者以其他方法掩饰、隐瞒的行为。由于大部分电信网络诈骗的上游犯罪未查清，对下游仅仅提供信用卡并刷脸转账取现行为，是构成掩饰隐瞒犯罪所得罪还是帮助信息网络犯罪活动罪，由于认定标准不明晰导致适用罪名十分混乱。

2022年3月22日，最高法、最高检和公安局联合发布了《关于“断卡”行动中有关法律适用问题的会议纪要》，纪要明确提出，“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。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。”自该会议纪要下发后，部分司法机关即形成了思维惰性，将提供银行卡并配合刷脸取现的行为均认定为掩饰隐瞒犯罪所得，这种一刀切又必然导致部分案件可能存在适用法律错误、轻罪重判的问题。

**二、提供银行卡并刷脸套现行为认定的司法困境**

2023年最高人民检察院工作报告显示，起诉非法买卖电话卡和银行卡、帮助提款转账等犯罪从2018年137人增至2022年13万人。统计数据显示，帮助信息网络犯罪活动罪已成为我国发案率第三高的犯罪。而据统计2020年至2021年间，安徽省查处的帮助信息网络犯罪活动罪行为类型中，提供银行卡帮助转账取现行为占全部帮信犯罪案件中的25%左右。[[[1]](#footnote-0)]但对此类型案件的定性，各地司法机关各有不同的评判标准。

**（一）定性为帮助信息网络犯罪活动罪**

湖南省长沙市中级人民法院（2021）湘01刑终1082号刑事裁定书显示，2020年10月至 2021年1月期间，被告人龚威为获取非法利益，在明知他人实施信息网络犯罪活动的情况下，将其名下4张银行卡出租给李某使用，并多次帮其在长沙市岳麓区的银行ＡＴＭ机上取现，非法获利人民币1万元。一审法院以帮助信息网络犯罪活动罪对龚某定罪处罚。长沙市人民检察院认为本案定性错误，龚某的行为构成掩饰隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪，并依法提起抗诉。长沙市中院审理认为**龚某对上游犯罪的具体内容明知程度较低**，一审以帮助信息网络犯罪活动罪对龚威定罪量刑并无不当，维持了一审判决。

将提供银行卡并转账套现的行为认定为帮助信息网络犯罪活动罪的判决还有甘肃省平凉市中级人民法院（2021）甘 08刑终193号二审刑事判决书、安徽省泗县人民法院（2021）皖1324刑初555号刑事判决书、西安市雁塔区人民法院（2022）陕0113刑初873号刑事判决书、天津市红桥区人民法院（2022）津0106刑初260号刑事判决书、湖南省宜章县人民法院（2022）湘1022刑初122号刑事判决书等等。

**（二）定性为掩饰隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪**

通过检索情况来看，法院将提供银行卡并转账套现的行为以掩饰隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪定罪处罚的案例更多。

 安徽省蚌埠市中级人民法院（2022）皖03刑终153号刑事裁定书认定，掩饰隐瞒犯罪所得构成要件中的“明知”包括明知肯定是赃物和明知可能是赃物。上诉人黄某先后办理十张银行卡进行大额资金的非法转账活动，且在其银行卡多次被冻结的情况下安排其他人帮助其转账，应当认识到涉案资金可能是犯罪所得，应认定其主观上明知。该案被骗被害人的钱款转入上游诈骗犯罪嫌疑人指定的账户后即失去了对被骗钱款的控制权，上游诈骗犯罪嫌疑人也即取得了对所骗钱款的控制权，所骗钱款已经是犯罪所得。黄某明知是犯罪所得而予以转移，其行为构成掩饰隐瞒犯罪所得罪，而不是构成帮助信息网络犯罪活动罪。

该判决有一个值得注意的要点，就是行为人提供多张银行卡之后，在银行卡多次被冻结的情况下仍继续实施转账行为，足以认定其主观明知涉案资金系犯罪所得。但对于仅仅提供一次银行卡并帮助取现的情形，能否认定其主观确定明知上游实施了网络犯罪，还值得商榷。

1. **被查证属于被诈骗资金的部分定性为掩饰隐瞒犯罪所得罪、未被查证属于涉案资金的部分定性为帮助信息网络犯罪活动罪**

部分法院认为行为人同时实施了两个犯罪行为，一是为提供银行卡供上游犯罪接收犯罪所得，二是为在上游犯罪实施既遂后为其转移犯罪所得，应当以帮助信息网络犯罪活动罪与掩饰、隐瞒犯罪所得罪进行数罪并罚。

吉林省长春市中级人民法院（2022）吉01刑终154号刑事裁定书认定，上诉人贾某明知他人利用信息网络实施犯罪，仍收购、出售银行卡并发展下线出售银行卡，为犯罪提供支付结算帮助，情节严重，其行为已构成帮助信息网络犯罪活动罪；明知是违法犯罪所得而帮助取现、转移，其行为已构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪。被告人李某、张峰玮明知他人利用信息网络犯罪，仍收购、出售银行卡或发展下线出售银行卡，为犯罪提供支付结算帮助，情节严重，构成帮助信息网络犯罪活动罪。二被告明知是违法犯罪所得而帮助取现、转移，其行为构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪。

**行为人收购并出售银行卡后再帮助转账取现，收购并出售银行卡的行为构成帮助信息网络犯罪活动罪，帮助转账取现的行为构成掩饰隐瞒犯罪所得罪，并没有争议。但假如行为人并未收购他人银行卡，而是提供的是自己的银行卡被用于实施上游犯罪，也被用来转移赃款。这种情况，对于行为人而言，出于一个概括的犯罪故意，实施了一个提供银行卡的行为，属于典型的一行为触犯数罪名，属想象竞合从一重，应以掩饰隐瞒犯罪所得一罪定罪处罚。**

**（四）定性为非法经营罪**

刑法第225条规定，非法从事资金支付结算业务，扰乱市场秩序，情节严重的，构成非法经营罪。一般来说，将帮助支付结算行为定性为非法经营的，大都是涉及到支付平台问题，因为一般人仅仅提供银行卡帮助刷脸取现，很难与扰乱市场秩序发生关联。如江西省宜春市中级人民法院（2021）赣刑终210号二审刑事判决书就认定，第四方支付平台未取得支付许可证，利用银行账户进行资金转移，发生了资金聚合，该行为属于非法经营罪中非法从事资金支付结算业务行为。同时符合帮助信息网络犯罪活动罪中的提供支付结算帮助要件的，属于法条竞合，按照特别法条优于一般法条的原则，以非法经营罪定罪处罚。

**三、掩饰隐瞒犯罪所得罪与帮助信息网络犯罪活动罪的界分**

由于提供大多数提供银行卡并帮助刷脸转账取现的行为只涉及掩饰隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪及帮助信息网络犯罪活动罪。根据刑法的规定，帮助支付结算型帮助信息网络犯罪活动罪是明知他人实施犯罪，而提供帮助支付结算取现；掩饰隐瞒犯罪所得罪是明知是犯罪所得及其收益而予以掩饰隐藏，自然也包括转账、取现等行为。同样是提供银行卡，如何界分两个罪名的关键就在主观明知的内容及行为实施的阶段。

**（一）主观明知**

 事前与上游犯罪份子通谋的，与上游犯罪构成共同犯罪。因此，本文只阐述掩饰隐瞒犯罪所得罪和帮助信息网络犯罪活动罪在没有与上游犯罪事前通谋前提下的明知问题。

 **1、掩饰隐瞒犯罪所得罪的明知问题**

掩饰隐瞒犯罪所得罪是明知是违法犯罪所得或收益，而帮助其将犯罪所得或所得收益予以掩饰隐藏的行为。因此，掩饰隐瞒犯罪所得罪，主观上要求行为人必须明知所掩饰隐瞒的是赃物，即明知确定是赃物或可能是赃物。

关于认定掩饰隐瞒犯罪所得罪的明知，最高人民法院《关于审理洗钱等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》规定，应当结合被告人的认知能力，接触他人犯罪所得及其收益的情况，犯罪所得及其收益的种类、数额，犯罪所得及其收益的转换、转移方式以及被告人的供述等主、客观因素进行认定。具有下列情形的，可以认定被告人明知系犯罪所得及其收益，但有证据证明确实不知道的除外：（一）知道他人从事犯罪活动，协助转换或者转移财物的；（二）没有正当理由，通过非法途径协助转换或者转移财物的；（三）没有正当理由，以明显低于市场的价格收购财物的；（四）没有正当理由，协助转换或者转移财物，收取明显高于市场的“手续费”的；（五）没有正当理由，协助他人将巨额现金散存于多个银行账户或者在不同银行账户之间频繁划转的；（六）协助近亲属或者其他关系密切的人转换或者转移与其职业或者财产状况明显不符的财物的；（七）其他可以认定行为人明知的情形。”

1. **帮助信息网络犯罪活动罪的明知**

与掩饰隐瞒犯罪所得罪明知的内容不同，帮助信息网络犯罪活动罪要求的“明知”是明知被帮助对象实施了网络犯罪。如果行为人确实不知道被帮助对象实施网络犯罪，则不能认定构成本罪。

帮助信息网络犯罪活动罪的“明知”包括确切明知和概括明知。确切的明知即清楚知道被帮助对象实施的网络犯罪的性质、危害等，而知道被帮助对象是利用其帮助行为实施网络犯罪，但不知道其具体性质的，亦不影响“明知”的认定。概括的明知，则是行为人主观上知道他人可能会利用信息网络实施犯罪，只是他人是不是或者会不会利用信息网络实施犯罪以及具体实施什么犯罪处于一种不确定的状态，只要行为人在认识到了这种不确定的状态下，还提供各种各样的帮助，并采取听之任之、不闻不问的态度，就具备了犯罪故意中放任的意志因素，属于间接故意。

本罪的明知应当限定为相对具体的认知，不能泛化为可能明知。可能明知意味着行为人既有可能知道也有可能不知道，如在案证据只能证明行为人可能明知的，则不能认定为行为人明知被帮助对象实施网络犯罪，行为人不构成帮助信息网络犯罪活动罪。如果将可能性认知纳入主观明知的范畴，则绝大多数网络服务提供者都可能成为犯罪主体，无法将中立帮助行为排除在外。境外赌博网站、诈骗网站必须利用电信线路接入境内，对此相关电信服务提供者无疑具有这一可能性认知，但据此认定主观明知，进而适用帮助信息网络犯罪活动罪，明显有悖于一般人认知。[[[2]](#footnote-1)]

《关于“断卡”行动中有关法律适用问题的会议纪要》明确要求，认定行为人是否“明知”他人利用信息网络实施犯罪，应当坚持主客观相一致原则，即要结合行为人的认知能力、既往经历、交易对象、与信息网络犯罪行为人的关系、提供技术支持或者帮助的时间和方式、获利情况、出租、出售“两卡”的次数、张数、个数，以及行为人的供述等主客观因素，同时注重听取行为人的辩解并根据其辩解合理与否，予以综合认定。司法办案中既要防止片面倚重行为人的供述认定明知；也要避免简单客观归罪，仅以行为人有出售“两卡”行为就直接认定明知。司法实践中，广西壮族自治区浦北县人民检察院浦检刑不诉〔2021〕115号不起诉决定书、河南省漯河市郾城区人民检察院漯郾检一部刑不诉〔2021〕Z19号不起诉决定书、陕西省勉县人民检察院检刑不诉（2021）38号不起诉决定书就均以行为人不明知被帮助对象实施了犯罪行为而决定对行为人不起诉。

**（二）上游犯罪是否既遂**

实施掩饰隐瞒犯罪所得行为，必须在上游犯罪既遂之后，这一点没有疑问。但对帮助信息网络犯罪活动罪，到底适用于上游犯罪的事前、事中、事后阶段，则存在争议。

南京市建邺区检察院李勇副检察长认为，帮信罪本质上属于共同犯罪。**刑法中的共同犯罪只有事前共犯、事中共犯，不存在事后共犯，共犯关系只能在既遂之前形成。帮信罪就只能形成于上游犯罪既遂之前，而掩饰、隐瞒犯所得、犯罪所得收益只能形成于上游犯罪既遂之后**。**以既遂与否作为分水岭，提供银行卡、收款码等帮助行为是在上游诈骗等犯罪既遂之前还是之后产生并发挥作用力是判断帮信罪与掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪的根本标准。**[[[3]](#footnote-2)]

但该观点并未得到广泛支持。最高人民法院陈攀法官认为，事前或事中未与被帮助对象进行通谋，仅单纯向他人实施的信息网络犯罪提供帮助，与传统共同犯罪中的帮助犯在结构类型上存在较大差异；在帮助信息网络犯罪活动罪的实质是帮助行为独立入罪的情况下，应当对帮助信息网络犯罪活动适用共同犯罪的情形作出适当限制，彰显修法的精神。[[[4]](#footnote-3)]北京理工大学副教授秦雪娜也认为，帮信罪的主观明知具有较高的概括性，能够涵盖前期的诈骗行为及之后的转移诈骗所得，即行为人明知其帮助行为是被用于掩饰、隐瞒他人犯罪所得及其收益的，也能解释为符合帮信罪的主观构成要件。提供帮助者最后构成帮信罪还是掩隐罪以及可能涉及的罪数问题，根据概括故意的原理，要视被帮助者实际实施犯罪行为的情况而定，还要考虑罪刑是否相适应以及实务的可操作性。[[[5]](#footnote-4)]最高人民法院研究室刑法处处长喻海松也指出，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。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。[[[6]](#footnote-5)]

从司法判例来看，以是否既遂这个时间节点来区分帮助信息网络犯罪活动罪与掩饰隐瞒犯罪所得罪也得不到支持。从实际情况看，绝大多数提供银行卡的帮信行为都发生在网络诈骗犯罪既遂之后，对于单纯出售银行卡而没有提供刷脸转账取现的行为，只要行为人与上游犯罪不存在事前通谋，司法实践中基本都是按照帮助信息网络犯罪活动罪定罪处罚。如果将此种行为也认定为掩饰隐瞒犯罪所得罪，则可能存在罪责刑不相应的情形。

 **四、准确界定提供银行卡并刷脸转账取现行为的性质**

以帮助信息网络犯罪活动罪及掩饰隐瞒犯罪所得罪的界分标准，准确评价行为人提供银行卡并刷脸转账取现行为的性质，必须考虑到行为人的主观认知、行为方式和犯罪对象等情形。

（一）行为人明知被帮助对象实施网络犯罪，但与上游犯罪人事前无通谋的，**若被害人的钱款直接转入行为人提供的银行卡账户，此时被害人是在上游犯罪人的欺骗之下正在处分财产，犯罪尚未既遂，只有当被害人的钱款进入行为人提供的银行卡账户之后，犯罪才属于既遂。此种情形属于行为人在上游犯罪既遂之前的帮助行为，**此时行为人只有单纯提供银行卡的情形，不涉及刷脸转账取现，应认定为帮助信息网络犯罪活动罪。

（二）行为人明知被帮助对象实施网络犯罪，若被害人的钱款并没有直接进入行为人提供的银行卡账户，而是经过其他转账后再转入行为人提供的银行卡、收款码账户，则是在上游犯罪既遂之后实施的帮助行为，若行为人并无刷脸转账取现等帮助支付结算行为，行为人仍应被认定为帮助信息网络犯罪活动罪。

（三）行为人明知被帮助对象实施网络犯罪，在上游犯罪既遂之后提供银行卡并刷脸取现的，属于掩饰隐瞒犯罪所得行为，应认定为掩饰隐瞒犯罪所得罪。

（四）行为人只是概括地明知被帮助对象实施网络犯罪，提供银行卡并刷脸取现的，由于行为人对上游犯罪主观明知程度较低，对于法益侵害程度相对有限，若不区分实际情况，一律以掩饰、隐瞒犯罪所得罪论处，可能会导致入罪范围过大或者处罚过重，有违刑法罪责刑相适应原则。因此，以帮助信息网络犯罪活动罪处理为宜。正如喻海松法官所言，“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可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。”[[[7]](#footnote-6)]

（五）以犯罪所得来源区分帮助信息网络犯罪活动罪和掩饰隐瞒犯罪所得罪。从犯罪所得来源区分，可将产生犯罪所得的犯罪分为取得利益型犯罪和经营利益型犯罪。[[[8]](#footnote-7)]取得利益型犯罪以非法占有为目的，行为人取得的财产本身就是违法所得，主要表现为诈骗类犯罪。而经营利益型犯罪中行为人的目的是通过非法经营行为获得非法利益，犯罪过程中的流转资金通常大部分仅是涉案钱款，而非犯罪所得，主要表现为非法经营罪、非法吸收公众存款罪、赌博罪等等。如在开设赌场类案件中，行为人收取的手续费、佣金属于犯罪所得，而被害人支付的大部分钱款属于赌资，不属于犯罪所得。因掩饰隐瞒犯罪所得罪的犯罪对象是犯罪所得，并不是涉案财物，因此若能够查实行为人银行卡内的资金并非犯罪所得，即可以排除掩饰隐瞒犯罪所得罪的认定。若行为人利用第三方或第四方支付平台帮助网络赌博资金提供支付结算，有可能构成非法经营罪；若只是提供银行卡帮助转账套现的，则应认定为帮助信息网络犯罪活动罪。

**作者简介：**孙宝华律师（联系电话13855123679），法律硕士，安徽金亚太律师事务所高级合伙人、工会主席、税务犯罪辩护部主任，亚太刑事司法研究所高级研究员。在公安系统及纪委监委从事刑事司法工作二十多年，历经公安刑侦、法制、监察委审查调查等多个工作岗位，具有丰富的刑事案件办案经验。执业以来，专注于刑事辩护，尤其擅长经济类犯罪、职务犯罪及严重暴力犯罪辩护。

1. [] 参见《**安徽省2020-2021年度帮助信息网络犯罪活动罪判决情况大数据研究报告》，载http://www.ahxb.cn/c/1/2022-05-09/7898.html。** [↑](#footnote-ref-0)
2. # [] 喻海松《帮助信息网络犯罪活动罪的司法限定与具体展开》，《国家检察官学院学报》2022年第6期。

 [↑](#footnote-ref-1)
3. [] 李勇《帮助信息网络犯罪活动罪的司法适用误区》，《检察日报》2022年1月18日。 [↑](#footnote-ref-2)
4. [] 陈攀《帮助信息网络犯罪活动罪适用相关问题》，《人民司法》2021年第35期。 [↑](#footnote-ref-3)
5. [] 秦雪娜《立足故意要件定位明晰帮信罪“主观明知”》，《检察日报》2023年2月17日。 [↑](#footnote-ref-4)
6. [] 喻海松《遵循竞合处断原则，要考量入罪范围妥当与处罚幅度均衡》，《检察日报》2023年2月18日。 [↑](#footnote-ref-5)
7. [] 同6. [↑](#footnote-ref-6)
8. [] 莫洪宪、黄鹏：《涉众型经济犯罪违法所得处理问题研究》，《人民检察》2016年第16期。 [↑](#footnote-ref-7)