

违法提供资金账户行为惩处体系的完善

文/贾亚强 孟鑫鹏

内容提要 实践中,我国对违法提供资金账户行为的惩处呈现出刑罚先行的特征。结合我国国情和经验做法,应当充分发挥行政处罚优势,逐步释放金融、信用惩戒的作用,实现由依赖单一处罚手段向体系化惩处模式的转变。为此,需要限缩适用刑事处罚,充分运用行政处罚与各类惩戒措施,优化衔接机制,明确不予处罚范围,逐渐形成由轻至重、层次递进的体系化惩处模式。保证各类惩处措施能够精准适用,引导规范资金账户的使用管理,实现从治罪到治理的提升。

提供资金账户通常是指提供具备资金接收转移功能账户的行为,常见类型有租售、出借银行账户和支付账户。尽管我国刑法第一百九十一条将提供资金账户列为洗钱罪的5种基本行为样态之一,除洗钱罪外实施该行为还可能构成多种犯罪,主要有帮助信息网络犯罪活动罪(以下简称帮信罪),掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪(以下简称掩饰、隐瞒罪),妨害信用卡管理罪和以诈骗罪为代表的上游犯罪。自“断卡”行动开展以来,因违法提供资金账户而构成帮信罪的刑事案件激增,2023年,帮信罪案件数量已跃居全国各类刑事案件第3位,涉案人员呈现低龄化、低学历、低收入的特征,初犯人员占比较高。^①由此引发的争议有:除了刑事处罚这一社会治理的“最后一道防线”外,是否还有其他有效的治理途径?

一、趋向与嬗变:违法提供资金账户行为的危害及规制历程

资金账户作为支付结算功能的载体,一方面在便利资金融通方面发挥着重要作用,另一方面却常被作为违法犯罪工具帮助实施犯罪或帮助实现赃款转移。提供资金账户本身

并不必然产生危害结果,但却会增加产生违法犯罪的风险,这一风险随着网络犯罪和洗钱犯罪的高发态势不断攀升,与之对应的法律规制也趋于严厉。

(一)危害加深:从引发民事纠纷到成为电信诈骗帮凶

在相当长的时间内,向他人提供资金账户的主要危害为容易引发民事纠纷,较为常见的是因账户提供人和实际使用人不同而产生的责任分配问题,鲜少有因提供资金账户而入刑的案例。近年来,电信网络诈骗呈现高发态势,资金账户几乎成为接收转移犯罪资金的必备工具,“现阶段电信网络诈骗持续高发的原因之一,就是大量银行账户、支付账户被出租、出卖、出借给违法犯罪分子,被用于转移涉诈资金,为犯罪提供作案工具和转账通道”。^②相关刑事犯罪案件数量猛增,提供资金账户行为的危害已经由主要引发民事纠纷转变成成为电信网络诈骗、洗钱等犯罪的帮凶。

(二)惩处趋严:从立法空白到严厉惩处

我国对违法提供资金账户行为的惩处逐渐趋于严厉,具体可以分为3个阶段:

第一阶段,立法空白时期。我国对资金账户的管理起

①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2023年8月5日《人民法院报》。

②王爱立主编:《中华人民共和国反电信网络诈骗法释义》,法律出版社2022年版,第96页。

始于银行账户,而对银行账户的管理又起始于信用卡账户。1996年中国人民银行出台信用卡业务管理办法,首次明确信用卡账户仅限于本人使用。

第二阶段,初步立法时期。1997年刑法修改时首次将提供资金账户列为洗钱罪的行为方式之一,1999年银行卡业务管理办法中明确银行卡包括信用卡和借记卡,首次规定银行卡不得出租转借。2003年人民币银行结算账户管理办法规定了出租转借银行账户行为对应的罚则。

第三阶段,从严惩处时期。中国人民银行分别于2016年、2019年发布通知,规定对提供资金账户的行为可以采取信用惩戒、限制业务措施。2020年,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、工业和信息化部、中国人民银行联合发布《关于依法严厉打击惩戒治理非法买卖电话卡、银行卡违法犯罪活动的通告》,明确凡是实施非法出租出售银行卡的人员必须立即停止一切违法活动,在期限内投案自首,否则将严厉惩处。2019年至2022年最高人民法院、最高人民检察院等相关部门发布多部规范性文件,明确了提供资金账户行为适用帮信罪的惩处规则,提供资金账户类帮信罪案件开始大量出现。2022年反电信网络诈骗法(以下简称反诈法)第三十一条进一步明确任何非法买卖、出租支付账户和银行账户的行为均属违法。

二、当前惩处模式的不足

电信网络诈骗犯罪的猖獗使得提供资金账户行为的危害愈显,惩处体系却尚待完善。2022年反诈法生效前,惩处该行为主要依赖于刑事处罚,主要通过帮信罪的延伸适用来实现,呈现出刑罚先行的特征。反诈法生效后,行政处罚的空缺得以填补,惩处体系基本建立,但各惩处措施的适用范围并不明确,衔接机制亟待完善。

(一)刑事罪名主观明知认定以及关联罪名界分争议较大

帮信罪的主观明知认定存在争议。实践中,一些案件仅以行为人供述自己“认为对方可能从事犯罪活动”“感觉对方从事的是违法活动”就认定行为人明知他人利用信息网络实施犯罪。^①实际上,明知用于违法或明知可能用于犯罪都不等同于明知用于犯罪,三者故意的内涵和程度上差异巨大。从犯罪构成角度,帮信罪和掩隐罪的主观构成要件都是故意而非过失,掩隐罪要求明知是赃物及其收益,帮信罪要求明知对方利用信息网络实施犯罪。如果行为人出于过失而

提供资金账户,则不应认定为犯罪。

司法实务中,关联罪名的界分也存在较大争议。1.帮信罪与洗钱罪的区分。当资金账户被用于洗钱罪规定的上游犯罪,但行为人的主观明知存疑时,二者会出现不易界定的情况。但由于当前帮信行为的上游犯罪主要为电信诈骗案件,不在洗钱罪上游犯罪之中,因此在实践中两者交集不多。2.帮信罪与掩隐罪的区分。掩隐罪兼具赃物犯罪和反洗钱的双重属性,^②被视为没有上游犯罪限制的、一般化的洗钱罪,目前与帮信罪产生了较大争议。从主观认定角度,行为人往往仅有提供资金账户的明确故意,多对账户的后续使用持放任态度,不关心账户资金来源和去向,也很难区分是直接收取被害人转账还是帮助转移赃款。从客观行为角度,一般认为,帮信行为发生在上游犯罪实施过程中,掩隐行为则发生在上游犯罪完成后,但提供资金账户的行为人往往既接收被害人转账,也很快将钱款转出,既符合帮信罪中地提供结算帮助要求,也具备掩饰、隐瞒特性,导致了两罪界定困难。3.帮信罪与上游犯罪共犯(以诈骗罪为代表)的区分。实践中资金账户常被用于接收被害人转账,帮助行为客观存在,能否认定帮助犯主要取决于行为人的主观明知。一般认为,与上游犯罪存在通谋方可认定为共犯,但通谋的证成难度较高,如果明知对方实施某类特定犯罪而帮助,但确未达到通谋程度,则容易陷入帮信罪与上游犯罪帮助犯的争议。4.帮信罪与妨害信用卡管理罪的区分。提供隐含了持有状态,实践中大多数帮信行为人为提供的是自己名下信用卡,区别于妨害信用卡管理罪要求的持有他人信用卡达到一定张数,争议相对较小。

(二)行政处罚存在交叉,适用标准尚不统一

反诈法设置了“两层三组”的惩处规则。第一层是直接规定,由第三十一条、第四十四条(第一组)明确规定,提供资金账户行为本身属行政违法,面临行政处罚;第二层是间接规定,由第二十五条和第四十二条(第二组)、第三十八条(第三组)明确,为电信诈骗提供帮助的行为,予以行政处罚。

上述规定在适用时可能会面临竞合问题。试举一例:甲将银行账户提供给乙,帮助乙用于电信网络诈骗资金接收转出,但尚未达到犯罪程度,此时对甲应该如何处罚?首先,甲违反第一层不得向他人出租银行账户的禁止性规定;其次

^①喻海松:“帮助信息网络犯罪活动罪的司法限定与具体展开”,载《国家检察官学院学报》2022年第6期。

^②王新:《洗钱罪的理论及司法认定研究》,北京大学出版社2024年版,第126页。

应用

由于为电信诈骗提供帮助,同样适用第二层的规定,但第二层两组都是规制为电信网络诈骗提供帮助的行为,所以同样都可以作为处罚依据。上述问题在实践中也有体现,比如,某市2024年8月作出的3份行政处罚决定书,行为人皆实施了违法向他人提供银行账户的行为,且账户被用于诈骗活动,但公安机关作出行政处罚的依据却各不相同。

(三)金融、信用惩戒偏重于惩处,警戒教育作用有限

对提供资金账户的惩戒措施包括金融惩戒和信用惩戒,主要发展脉络如下:2016年中国人民银行发布《关于加强支付结算管理防范电信网络新型违法犯罪有关事项的通知》(以下简称2016通知),首次建立对买卖银行账户和支付账户、冒名开户的惩戒机制,内容为5年内暂停银行账户非柜面业务、支付账户所有业务,3年内不得新开立账户,人民银行将上述单位和个人信息移送金融信用信息基础数据库并向社会公布。

2022年反电信网络诈骗法第三十一条对惩戒措施进行确认,并且在受惩戒群体中增加从事电信网络诈骗活动或者关联犯罪受过刑事处罚的人员,此外还明确对惩戒措施可以进行申诉。

2024年公安部、国家发展和改革委员会、工业和信息化部、中国人民银行制定《电信网络诈骗及其关联违法犯罪联合惩戒办法》(以下简称惩戒办法)对惩戒措施进一步细化,对不同类型的惩戒对象有针对性地分级惩戒,其中,对实施电信网络诈骗及其关联犯罪被追究刑事责任的行为人惩戒期限为3年,经设区的市级以上公安机关认定的惩戒对象,惩戒期限为2年。关于信用惩戒,除将有关惩戒对象信息纳入金融信用信息基础数据库外,还增加将其纳入“电信网络诈骗”严重失信主体名单,共享至全国信用信息共享平台,并通过“信用中国”网站对严重失信主体信息进行公示。

从金融惩戒和信用惩戒的发展脉络不难看出,二者都侧重于惩处功能,警戒教育作用相对有限,强调惩罚性,对预防性关注不够。此外,从性质上看,二者更接近于行政处罚,增加了被惩戒人负担、减损了其利益,符合行政处罚的特征,与行政处罚所要求的“制裁性、处分性、不利性、法定性”确有契合之处。由此带来的两个问题:一是,金融、信用惩戒与刑事处罚或行政处罚的叠加适用是否超出必要限度、是否符合比例原则;二是,惩戒的教育预防作用发挥

不足,虽然联合惩戒强化了对提供资金账户行为“惩”的打击力度,但可能会削弱“戒”的最终目的(预防犯罪、教育违法者)。

(四)免于惩处条款不明确

根据反电信网络诈骗法第三十一条规定,任何单位和个人不得非法买卖、出租、出借银行账户、支付账户。在日常生活中,亲友之间基于信赖关系互相借用银行账户并非罕见,如果不加区分予以惩处,极有可能导致打击面过大。除此之外,一些特定行业基于交易习惯或信任也存在有将支付账户交予他人保管使用的情况,反电信网络诈骗法未对此作出区分。

三、惩处模式的比较法研究

(一)我国台湾地区:修改法律规制

1.2023年“洗钱防制法”修改前的惩处模式

我国台湾地区有提供人头账户的说法,一般是指金融账户持有人,将账户提供他人,他人再利用该账户从事多元犯罪的情形。

在电信诈骗尚未呈现高发态势的时期,我国台湾地区倾向于严格认定提供人头账户是否达到犯罪标准,后随着电信诈骗泛滥且与提供人头账户行为关系愈加密切,有罪判决逐渐增多。在具体的罪名上,此前多认定为帮助诈骗罪,后来则以认定为帮助洗钱罪较多。基本的裁判逻辑是:其一,一般人都知道将账户密码交予他人有被用于犯罪的可能性;其二,被告人认知能力达到了一般人的认知水平;其三,被告人仍将账户密码交予第三人;由此,认定被告人对被帮助实施的犯罪有不确定之故意。不过,上述判定逻辑被批评为“有罪产生器”,^①意为法官依靠这一逻辑批量生产罪犯。上述判定逻辑的主要问题在于主观明知的证成过于牵强。值得注意的是,我国台湾地区对洗钱罪对上游犯罪的限制较小,并未严格限定犯罪类型。

2.2023年“洗钱防制法”修改后的惩处模式

2023年6月14日我国台湾地区“洗钱防制法”修改,设无正当理由收集账户罪和无正当理由提供账户罪,将提供人头账户行为单独列为犯罪。在修法理由中提到“现行实务难以其他犯罪之帮助犯论处,惟主观犯意证明困难”。无正当理由提供账户罪有以下几个要点:(1)作出禁止性规定,将无正当理由提供账户行为直接入罪,禁止任何人将资金账户提供给他人使用。(2)规定例外规则,符合一般商业、金融

^①徐伟群:“有罪产生器——提供人头账户如何构成诈骗罪/洗钱罪帮助犯?”,载《台湾法律人》2022年第8期。

交易习惯或基于亲友信赖关系或其他正当理由的不受禁止性规定限制。(3)规定行政处罚前置,即提供资金账户的行为人要先由警察机关裁处告诫,被告诫5年后再次犯者同样要先裁处告诫。(4)仅有3种情况可直接刑事处罚,即期约或收受对价、交付提供账户3个以上、告诫后5年内再犯。量刑为处3年以下有期徒刑、拘役,单处或并处100万以下罚金。(5)规定金融惩戒措施,在一定期间内,暂停或限制该账户、账号全部或部分功能,或关闭。(6)明确金融惩戒程序有相关部门予以明确。(7)建立个案通报机制,警察机关在对行为人裁处告诫时如果知悉存在需要救助的个人或家庭,应通报社会福利机构。

(二)德国:设有轻率洗钱罪

德国刑法第261条第6款设有轻率洗钱罪,在主观上只要达到轻率即可入罪。在德国刑法中,轻率是一种故意与过失的结合,^①被称为严重的过失,^②即指违反必须严重看待的义务、草率鲁莽地忽视明显而得以认知的现实可能性。有学者进一步解释:不只是违反了注意义务,还造成了极度危险的状态,与一般过失的区别就在于行为所造成的极度危险状态。^③如果将主观心态的变化作线性理解,轻率是一种从过失向间接故意过渡的主观心理。立法者认为设立轻率洗钱罪的理由在于避免证明的困难与保证洗钱犯罪的有效追诉。

以德国法院2014年的判决为例:被告人以200欧元的价格出借银行账户,后该账户被用于接收电信网络诈骗资金14000欧元。该行为被德国地方法院认定为构成轻率洗钱罪。被告人提出的抗辩是与他接触的人员声称自己的银行账户遭到了冻结,他是出于好意才以200欧元的代价将银行账户借给对方。德国地方法院认为,尽管被告人对于该笔金额是否源自犯罪没有确切认知,但无论如何应该可以认识到与他接触的人员后面有一个犯罪网络,他们的目的在于借由被告人的账户非法转移钱款,被告人所提抗辩不能成立,其仍构成轻率洗钱罪。^④

(三)日本:设立专门法规

2003年左右,日本的电信诈骗逐渐增多,且其犯罪手法也多借由他人提供的手机和银行账户完成。为此,日本制定了手机业者确认本人身份及防止不当使用手机法(2005

年)、金融机关确认顾客身份及防止账户不当使用法(2004年)。其中后者第16条之一第3项明确禁止将银行账户提供给他人使用:“非通常之商业交易或金融交易或其他正当理由,而仅让渡、交付或提供存款账簿者,处50万以下罚金。”2007年日本修订犯罪收益移转防止法,将“不正当交付账户罪”上述内容并入第27条,金融机关确认顾客身份及防止账户不当使用法废止。后犯罪收益移转防止法经2011、2014两次修改,2016年开始实行。

日本现行犯罪收益移转防止法第28条第2项规定:若以交付或提供他人作为目的者,向金融机构开户以取得金融账户、提款卡及账户必要资料者,或收受该他人所交付或提供前述物品,处1年以下有期徒刑,并处或单处100万日元以下罚金(第1项);若知悉第1项钱款之目的,再为转让或交付,或受转让或交付者,同第1项之处罚(第2项);以犯前2项之罪为业者,则可处3年以下有期徒刑,单处或并处500万以下罚金(第3项);为使人犯前2项之罪,而劝诱或以其他方式为诱引者亦同第1项之处罚(第4项)。

日本直接将提供资金账户行为列为犯罪,不要求资金账户造成危害结果,进而摆脱了对主观明知证明的困境。还需要引起注意的是,日本将以提供资金账户为业作为加重情节,实际上也是将卡头或卡商作为惩治重点。

(四)比较与启发

1. 刑法规制提供资金账户行为面临主观明知证明困境

行为人向他人提供资金账户,交付后行为业已结束,后续账户如何流转或使用已超出了行为人掌控,除非行为人主动认可,否则很难证明其对后续犯罪存在明知。进一步讲,即使行为人不但提供资金账户,而且还实施了帮助刷脸、转账等行为,认定其对资金及被帮助行为的性质存在明知也并非易事。实际上,此类案件行为人多会以不清楚账户用途进行辩解,这更加深了主观明知证明的困境。

对上述困境存在两种解决思路:一是,德国采取的通过立法将洗钱罪对象认识要素扩张至轻率的办法,设立轻率洗钱罪,将故意降低为只要达到重大过失即可。这种做法也为瑞士、西班牙、比利时所采用。^⑤二是,日本所采取的行为犯或抽象危险犯方案,即不需要证明有实害结果或具体危险

①王芳凯:“评介德国洗钱罪的最新修正”,载《月旦法学杂志》2022年第9期。

②[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第731页。

③恽纯良:“德国重大过失洗钱罪裁判分析(上)”,载《月旦法学杂志》2023年第8期。

④恽纯良:“德国重大过失洗钱罪裁判分析(上)”,载《月旦法学杂志》2023年第8期。

⑤刘孝敏:“洗钱罪对象认识要素的证明困难与扩张路径”,载《中国刑事法杂志》2025年第1期。

应用

直接将提供资金账户行为规定为犯罪,从根本上消除入罪对被帮助行为性质主观明知的依赖。

2. 提供资金账户行为的治理需要建立多元惩处体系

我国台湾地区从最初2006年就已经出现因提供人头账户而入罪的案例,直至今日较为普遍的对上述行为定罪处罚,学界和社会上关于人头账户的可罚性及罪责的争论至今尚未平息,提供人头账户案件、电信网络诈骗的案件仍然大量存在,可谓治罪而未治理。2023年,我国台湾地区增加设立无正当理由提供账户罪,同时配套规定了行政处罚的前置适用,明确金融惩戒内容及相关程序,引入社会救助力量并建立个案信息通报机制,明确基于信赖关系的人之间提供资金账户行为,不受禁止性规定的限制。但上述惩处措施的具体效果如何,还有待进一步观察。

四、治罪与治理:从刑罚先行到多元体系惩处

如前所述,违法提供资金账户行为的惩处模式历经刑罚先行、侧重治罪的发展阶段;反电诈法生效后,其创设的两层三组行政处罚及确认的金融惩戒为惩治违法提供资金账户行为提供了更多的法治保障。从社会治理角度看,借由反电诈法建立的多元惩处体系比倚重刑事处罚更有优势。“应对网络犯罪黑灰产业链,要靠刑事惩治开路,更要靠健全相应的前置行政法律法规建立长效”,^①“尽管刑法在黑灰产治理中作用明显、效果突出,然而单一维度依赖刑事法规制则只能治标,尚难治本”。^②

(一) 排除非法的事由:确立以信赖关系为基础的例外规则

信赖关系是一种至少在外观上值得信任的关系,在信赖关系中,可以天然假定行为人有足够的理由相信对方。具体到提供资金账户行为,就是相信对方不会将资金账户用作非法。上文提及的我国台湾地区规定“符合一般商业、金融交易习惯或基于亲友信赖关系或其他正当理由不受禁止性规则限制”以及日本“非通常之商业交易或金融交易或其他正当理由”本质上都属于确认信赖关系可以作为排除非法的例外规则。信赖关系可以来源于亲属血缘关系,也可以来源于长期稳定的交易习惯,或者人际关系如师生、朋友关系。信赖关系并非可以无限延伸,越靠近否定的边界,行为人主张存在信赖关系时需要履行的注意义务就越多。

我国在立法上未确认信赖关系可作为排除非法的事由,反电诈法第三十一条对提供资金账户行为作了完全的禁止性规定,要求任何单位和个人不得非法买卖、出租、出借银行账户、支付账户、互联网账号,未提及基于信赖关系提供资金账户的情形,这有可能会造成打击面过大的问题,并且在实际的执行上也可能遭遇困难。实际上,对于信赖关系,有关规范性文件曾有提及:2022年《关于“断卡”行动中有关法律适用问题的会议纪要》(以下简称2022纪要)提到“特别是对于交易双方存在亲友关系等信赖基础,一方确系偶尔向另一方出租、出售两卡的,要根据在案事实证据,审慎认定明知”,此外相关立法释义也认为,对亲友间日常出借的情况要与被用于电信网络诈骗的情况相区分。^③

综上,以信赖关系为基础的例外规则具备充足的合理性和广阔的适用空间,但立法尚未对此予以明确,虽然相关规范性文件和立法释义中有所提及,但真正完全落实还需要通过完善立法来实现。

(二) 区别于行政处罚:体现惩戒措施的独特价值

惩戒措施的惩和戒并非割裂存在,以戒为目的的惩与以惩为目的的戒,在治理效果方面的长远性、稳定性确有所不同。在行政处罚与刑事处罚均已完备的情况下,惩戒措施应该追求的是小惩大戒。为此应当注意以下几个方面。

其一,保证过惩相当。惩戒办法第2条规定,联合惩戒应当遵循依法认定、过惩相当、动态管理的原则。对行为人进行惩戒时不宜一刀切,而应根据其行为危害程度衡量惩戒措施。比如,根据分级惩戒要求,实施电信网络诈骗及其关联犯罪被追究刑事责任的惩戒期限为3年,但是在共同犯罪案件中,主从犯作用发挥不同,对应的惩戒措施也应该有所区别。另外在惩处的时间间隔上也要充分考虑惩处效果,对于时间久远的案件,尽管形式上符合惩戒条件,但是从行为人回归社会的角度也不宜进行追溯。

其二,加强矫正教育。惩戒的目的在于预防,因此应加大对行为人的宣教力度。比如,对被判处社区矫正的行为人可以在矫正过程中加入相关教育内容,保证行为人可以知悉提供资金账户行为的危害。对一般违法行为人,在宣布实施惩戒前也应进行充分的警戒教育。

其三,引入救助机构。行为人往往出于获利目的提供资

①喻海松:“网络犯罪黑灰产业链的样态与规制”,载《国家检察官学院学报》2021年1期。

②喻海松:“网络犯罪黑灰产业链的样态与规制”,载《国家检察官学院学报》2021年1期。

③王爱立主编:《中华人民共和国反电信网络诈骗法释义》,法律出版社2022年版,第216页。

金账户,但实际上从中获得的钱财往往只有几百几千元,不可否认的是,部分行为人生活确实存在困难。对此我们可以借鉴相关地区经验,引入救助机构参与,更好地帮助行为人回归社会。

其四,加强信息共享。金融惩戒涉及了4个主体,且决定和执行分属政法机关与金融机构两个系统,因此形成运行良好的信息共享和通报机制至关重要。对此可以进一步通过立法完善程序衔接,建立有多个机关共同参加的个案通报机制,保障信息畅通,确保惩戒措施的恰当适用。

(三)拓展适用边界:形成以行政处罚为核心的惩处体系

形成以行政处罚为核心的惩处体系,既需要把之前因达不到刑事立案标准而无法处罚的案件运用行政处罚加以规制,从而进一步严密法网;同样也需要把之前处于刑行交界模糊地带、适用刑事处罚勉强的案件作降格处理,优先适用行政处罚,充分拓宽行政处罚的适用范围。

1. 充分适用反电诈法以严密法网

反电诈法出台前,部分地区存在以金融惩戒代替行政处罚、适用网络安全法处罚非法提供资金账户的情形,今后,需要依照相关规定执行。此外,需要统一适用反电诈法的尺度。当前,各地区在适用法律及惩罚尺度上存在差异,这主要是由于反电诈法三组规定存在一定竞合关系引起。除了在外部与刑事处罚形成层层递进的惩处体系,反电诈法内部的两层三组行政处罚也需要根据行为危害性的大小依次进行配置适用。根据相关释义内容,反电诈法第三十八条为电信网络诈骗活动提供帮助中的“提供帮助”是指对未实施某一电信网络诈骗活动提供的一般帮助行为,通常情况下,作为共同犯罪中的帮助犯在交通住宿费用结算招募人员等方面提供支持。^①依据上述解释,提供资金账户行为不属于第三十八条规定的提供帮助情形,因此,在实践中可优先适用第一层的两卡惩戒条款,如明确上游犯罪涉及电信诈骗可适用第二层的灰黑产防治条款,减少第三十八条适用。同样,这一问题的解决有赖于进一步完善立法或解释。

2. 谨慎适用明知推定以限缩刑罚

主观见之于客观,行为人对账户用途与去向是否存在明知是区分行政处罚与刑事处罚的关键。尽管行政处罚与刑事处罚的界限存在于主观与客观两个方面。但客观界限容易区分,如构成帮信罪需要达到情节严重,见之于行为是否达

到一定的流水数额或者资金账户数量,证明这些事实较为容易,基本不存在模糊地带。主观界限则不清晰,行为人的主观心态往往是一种高度盖然性的推论。此外,上文提及德国刑法规定的轻率洗钱罪,就是针对过失到故意间的模糊地带而设立。另外,对明知推定规则把握的松紧会直接影响到模糊地带是归属刑事领域还是行政领域。在缺少行政处罚的时期,刑事处罚向下延伸占领这片模糊地带有一定合理性,但如今反电诈法的生效使得行政处罚的规定已较为完备,并且行政处罚又具有执法成本和效率上的优势,因此必须通过进一步严格明知推定规则,减少刑罚适用,加大行政处罚适用力度。

2022 纪要中提到“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”等内容作为明知推定规则。笔者认为,还需要着重考察行为人所提供资金账户是否属于自身。这也是区分卡农与卡商的重要标准。帮信罪的故意认定包括认识因素和意志因素,所谓认识因素是对自身行为性质后果的了解和掌握,而意志因素则是对行为目的的追求。在银行账户实名制规则下,以几百、上千元的收益而去承担自身银行账户失控被用于犯罪的风险很难说是掌握了充足信息后的理性选择。在整个犯罪链条中,账户实名人是容易被查获、风险承担最大的一环,上游电信诈骗等犯罪实施者正是通过使用他人银行账户的方式将自身风险转移。反之,如果行为人只提供他人银行账户,却从未提供自身银行账户,则在相当程度上可以反映出其存在一定避险意识,进而可以说明他对行为带来的后果有相当程度的认识,可以推定为具备主观明知。

(四)把握审慎原则:严格限定刑事处罚适用范围

当前,需要对帮信罪限缩适用已经基本达成了共识,笔者认为,需要限缩的不单是帮信罪这一罪名,也应该限缩运用刑事手段惩处违法提供资金账户行为的范围,否则将此前以帮信罪惩处的案件转为掩隐罪甚至是诈骗罪惩处,更是违背了限缩刑事处罚范围的初衷。

作为惩处违法提供资金账户行为的两个主要罪名,帮信罪与掩隐罪在法律适用上存在诸多争议。比如实践中,被告人的行为模式大多为出售、提供本人银行卡帮助接收转账,

^①王爱立主编:《中华人民共和国反电信网络诈骗法解读》,中国法制出版社2022年版,第249页。

应用

对于银行卡后续被具用为接收还是转出钱款,收款人多数情况下并不关心,也难言具备特别明确的认知。实践中,有的地区判定如果接收被害人钱款则认定为帮信罪,理由是犯罪尚未完成,如果接收经过转手的资金则认定为掩隐罪,理由是犯罪已经既遂,这一做法可能存在客观归罪倾向。此外还有地区根据是否有帮助刷脸转账或者取现等行为作为区分掩隐与帮信的关键,但实际上帮信罪犯罪构成中地提供支付结算帮助完全可以涵盖帮助转账的行为。

对于刑罚的适用,笔者认为,除非在案证据足以充分认定明知,否则均不应认定为犯罪。刑事处罚应主要用于打击卡头、卡商,可将以买卖提供资金账户为业者作为加重处罚的情节。如果将电信网络诈骗等网络犯罪比作一棵毒树,那么卡头和卡商发挥的作用就类似于输送犯罪物料的枝干,卡农只是依附于上面的细枝末节,运用刑事手段打击卡农不但费时耗力,而且只要枝干存在,枝节就会有随时再生的风险。

因此,应当建立完善违法提供资金账户的惩处体系,对基于信赖关系的供卡行为不予处罚,对因贪图小利而供卡的卡农适当施以行政处罚,保证其不会再犯,对卡头和上游犯

罪则要适用刑罚严厉惩处,充分发挥震慑作用。金融、信用惩戒通过发挥自身在预防警戒方面的独特优势与行政处罚和刑事处罚配套适用,共同发挥治理效果。

结语

近年来,违法提供资金账户的犯罪案件大量涌入基层法院,一方面带来了办案压力,另一方面也时常会让人产生疑问——这些看起来有些“懵懂无知”的被告人是否确为刑法打击的对象?除了刑法是否还有其他途径对此予以规制?一方面是打击电信诈骗及关联犯罪迫在眉睫,另一方面是大量人员因“卖卡”涉刑。反电诈法和惩戒办法的实施弥补了行政处罚及金融、信用惩戒的不足,为改善上述局面提供了契机。买卡卖卡活动之所以屡禁不止,还是驱利目的下,对违法提供资金账户行为具有侥幸心理。针对该问题,最终的解决途径是要在多元惩处体系的基础上,摒弃过度依赖刑法观念,有效发挥行政处罚优势,充分释放惩戒措施的作用,加强多部门联动配合,引导全社会形成重视身份信息保护、合理使用资金账户的共识。

(作者单位:天津市红桥区人民法院)