

非法第三方支付刑法规制

——“聚合方式”行为实质认定方法的提出

李丞铭

中南财经政法大学刑事司法学院, 湖北 武汉

收稿日期: 2024年3月5日; 录用日期: 2024年3月21日; 发布日期: 2024年4月24日

摘要

非法第三方支付的刑法定性在学界存在观点聚讼、在司法实践中存在“同案不同判”现象, 这源于第三方支付的技术复杂性。以开设网络赌场情形作为切入点, 为准确适用刑法规范, 有必要明晰第三方支付的行为实质、探究第三方支付的具体类型, 从而化约复杂性。常见的“业务模式型”行为实质判断方法不具备认定犯罪的方法论意义, 应当转向“聚合方式型”行为实质判断方法并结合“非法资金支付结算业务”的解释认定非法第三方支付的行为实质。在“聚合方式型”实质认定方法指引下, 对于判断为资金聚合类型的行为应当认定为非法经营罪, 同时, 采取行为共同说认定为开设赌场罪的共犯不存在规范障碍。对于判断为通道聚合类型的行为可以认定为帮助信息网络犯罪活动罪, 掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪的判断应当结合法益和严格的证据标准认定。

关键词

聚合支付, 第三方支付, 非法经营罪, 开设赌场罪

Criminalization of Illicit Fourth-Party Payments

—Proposal of a Methodology for Determining the Materiality of the Act of “Aggregation”

Chengming Li

School of Criminal Justice, Zhongnan University of Economics and Law, Wuhan Hubei

Received: Mar. 5th, 2024; accepted: Mar. 21st, 2024; published: Apr. 24th, 2024

Abstract

The criminal law characterization of illegal fourth-party payments has been the subject of much

litigation in the academic community and the phenomenon of “different judgments in the same case” in judicial practice, which stems from the technical complexity of fourth-party payments. In order to accurately apply the criminal law norms in the case of opening an online casino as an entry point, it is necessary to clarify the essence of the behavior of the fourth-party payment and explore the specific types of the fourth-party payment, so as to simplify the complexity. The common “business model-type” method of judging the substance of the act does not have the methodological significance of determining the crime, and should be turned to the “aggregation mode-type” method of judging the substance of the act and determine the substance of the act of illegal fourth-party payment in conjunction with the interpretation of the “illegal fund payment and settlement business”. Under the guidance of the substantive determination method of the “aggregation type”, acts judged to be of the type of capital aggregation shall be recognized as illegal business crimes, and, at the same time, there is no normative obstacle to adopting the joint theory of acts to be recognized as accomplices to the crime of opening casinos; acts judged to be of the type of channel aggregation may be recognized as crimes of assisting criminal activities in the information network, and the crimes of disguising or concealing the proceeds of crime and the proceeds of crime judgment should be determined in the context of the interests of the law and a strict standard of proof.

Keywords

Aggregated Payment, The Fourth Party Payment, Illegal Business Operation, The Crime of Opening Gambling House

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

第三方支付(又称聚合支付)介于商户和第三方支付之间,以技术手段聚合相关银行、第三方支付等多种支付通道[1]。相较于第三方支付,第三方支付具备更广泛的兼容性、更显著的便利性和更集中的流量性。非法第三方支付平台在网络实名制、交易识别与追踪、分析和取证方面存在着监管难点[2]。通过第三方支付平台结算已经成为大量网络灰黑产的支付结算方式,非法第三方支付具备研究的迫切性。本文所讨论的第三方支付与聚合支付含义相同,所称的“提供第三方支付结算服务”限于搭建第三方支付平台提供资金支付结算服务的行为。

非法第三方支付作为金融领域的专业概念,其在涉刑定性问题的研究方面颇为困难,目前学界的论争激烈且观点纷繁复杂,司法实践观点不一且同案异判。非法第三方支付是否应予以刑事处罚?第三方支付是否存在适法行为?予以刑事处罚的情况下应当以哪一罪名论处?本文旨在解决理论和实践中均认定困难的非法第三支付的刑法定性问题。行文的基本逻辑是,首先通过学界的论争现状和司法机关的裁判现状梳理异同观点并进行评价,在发现行为实质判断这一难点后通过对传统的“业务模式型”区分法的检讨明确向“聚合方式型”区分法的转向;其次通过对行政规范、司法解释、刑法文本的细致探寻和运用多种解释方法界定非法第三方支付的行为类型;最后通过行为类型的具体化,依不同情形分别涵摄到非法经营罪、开设赌场罪、帮助信息网络犯罪活动罪、掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪,以消弭学界争议,提供裁判参考。以上即为本文的问题意识与边际贡献。

2. 非法第三方支付刑法规制的论争现状

提供第三方支付结算服务是否需要承担刑事责任存在不同的观点。有学者持肯定说,认为“搭建第三方支付平台以帮助他人收款的行为本身就是无法经得起合法性推敲”[3],这种观点对第三方支付平台提供支付结算服务的行为缺少实质的分类判断;在区分说中,有学者认为“能够推定创建行为属于中立的帮助行为,创建者就不应为平台参与的犯罪承担刑事责任”[4],这种排除犯罪成立的观点毋宁说是对共同犯罪的排除,但论者认为这是对刑事责任的排除,这忽视了可能涉及帮助信息网络犯罪活动罪(以下简称“帮信罪”)和非法经营罪的情形;有学者认为资金、信息聚合类型违反国家规定,通道聚合并不违反国家规定,在排除虚构交易情形时应当否定刑事责任的承担[5]。这种观点提供了刑法规制的新视角,但是其文中提出的性质认定方法和排除刑事责任的认定方法存在问题。

在承认非法第三方支付结算需要承担刑事责任的前提下,对搭建第三方支付平台提供支付结算服务的行为如何定性,理论上表现为不同的态度,存在成立非法经营罪、上游犯罪共犯、帮信罪、掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪(以下简称“掩隐罪”)等不同观点,关于罪数的判断方面也存在差异。有学者认为应当定性为帮信罪或上游犯罪的共同犯罪[6];有学者认为应当依据行为人身份、主观心态、行为等因素分流程分阶段判断,第三方支付洗钱均具备构成上述犯罪可能性[7];有学者肯定非法经营罪的成立,认为第三方支付平台不具有支付许可牌照,符合非法经营罪的相关规定[8];有学者否定非法经营罪的成立,认为第三方支付平台不能成立非法经营罪[3];有学者认为搭建行为和帮助转账的两个行为成立牵连关系,应当认定为掩隐罪[9]。

在我国的司法实践中,对搭建第三方支付平台提供支付结算服务的刑法定性也出现了不同的观点。笔者以“第三方支付”“聚合支付”“支付结算”为关键词在北大法宝数据库做两两交叉模糊检索,查找到2019年至2023年刑事案件共有261个。综览收集的裁判文书,同样是“明知赌博网站性质,仍为其提供支付结算服务”的情形,锦恩公司至尊宝平台为赌博网站搭建支付通道,管理、监督资金的流动情况,被认定为帮助信息网络犯罪活动罪[10];叶某等成立彩拓公司研发具有支付结算功能的平台,以注册的空壳公司申请账户,为网络赌博APP等提供资金支付结算服务,法院认定其成立非法经营罪,但从判决书中并不能得出该第三方支付平台是通道聚合还是资金聚合的结论,法院的论证不足;¹林某甲自建非法“第三方支付”系统,以虚构支付结算情形的方式为赌博网站提供资金支付结算服务,法院认定为非法经营罪与开设赌场罪共犯的想象竞合,成立非法经营罪;²郭某向他人购买第三方支付结算系统,招募码商通过在拼多多虚构交易的方式供赌客充值,为赌博网站提供支付结算服务,法院认定其成立非法经营罪,并没有讨论其是否成立开设赌场罪共犯。³

由此可见,学界存在观点聚讼,司法实践中同案不同判。这源于学界和实务界对搭建第三方支付平台提供支付结算服务的实质分类判断不足,对其行为性质认定存在差异,甚至存在不充分评价的问题。而且在部分认定为非法经营罪的案例中,很多司法机关都没有对第三方支付平台提供支付结算服务是否属于非法经营罪中的“非法资金支付结算业务”这一行为类型进行明确描述。因此有必要对搭建第三方支付平台提供支付结算服务的行为本质做出实质判断,对其类型进行明确拆分,以此才能准确区分罪与非罪、此罪与彼罪。

3. 非法第三方支付的实质判断

“在犯罪认定中,基于事物本质所做的实质判断是不可或缺的。”[11]对搭建第三方支付平台提供支

¹ 参见浙江省杭州市西湖区人民法院(2020)浙0106刑初388号刑事判决书。

² 参见杭州市西湖区人民法院(2020)浙01刑终406号刑事判决书。

³ 参见上海市闵行区人民法院(2022)沪0112刑初881号刑事判决书。

付结算服务行为的类型性认定应当把握行为实质进行判断。

3.1. “业务模式型”区分判断方法的质疑

提供第三方支付结算服务的行为类型拆分方式最常见的是“业务模式型”区分方法。有学者认为应当根据运营模式和文义解释把控非法经营行为的认定，其文中将第三方支付分为单纯集成模式、支付转接模式、机构直清模式、“二清”模式[2]；有学者采取的“聚合通道、网购商城通道、话费通道和跑分通道等”[12]、“跑分平台模式、资金二清模式等”[13]与其在本质上相同。但是以上分类方法并不妥当，在一些案件当中，这几种行为模式会存在重合的现象，每种模式并非完全独立。通过“业务模式”界定第三方支付结算服务似乎仅是对其的形式分类，无法提供有益于司法实践的参考。例如，大多“跑分”型非法经营行为与“二清”型具有相同的行为模式。比如在虚构交易的情形当中，聚合支付平台收取的资金是经过上游支付渠道的清算才得以进入平台控制的商户账户中，然后聚合支付平台经过第二次清算将资金结算给赌博网站，这种“跑分”类型的行为模式其实就是资金“二清”。可能会存在反驳意见称这种分类方式只是“认识第三方支付”意义上的介绍性的区分，似乎不具备指导司法实践的功能。但依笔者的观察，有学者以这种区分方式判断“提供第三方支付结算服务”是否合法，例如有学者认为“跑分平台等第三方支付平台本身就没有从事资金结算业务的合法可能性”[3]并进而认为“搭建第三方支付平台以帮助他人收款的行为本身就是无法经得起合法性推敲”[3]。虽然该学者并没有明确表示其对“业务模式型”区分方法的支持，但她对第三方支付平台的实质认定确实采用了以某一“业务模式”推导至整体的方法，这种方法是“从特殊到一般”的推导方法，并不合理。

3.2. “聚合方式”区分判断方法的意义与展开

在司法实践中，对“第三方支付结算业务”的实质判断关键意义在于确定其是否属于非法经营罪中的“违反国家规定”。而对于空白罪状的具体参照规范来说，非法经营罪规定的前三类构成要件行为有具体描述，故只需要国家规定中存在明确的一般禁止规定即可[14]。根据1997年中国人民银行《支付结算办法》第6条“银行是支付结算和资金清算的中介机构。未经中国人民银行批准的非银行金融机构和其他单位不得作为中介机构经营支付结算业务。但法律、行政法规另有规定的除外”可以确定未经批准第三方支付平台不得作为中介机构经营支付结算业务。根据2010年中国人民银行《非金融机构提供支付服务管理办法》之规定，非金融机构提供支付服务应当取得《支付业务许可证》，未经中国人民银行批准，任何非金融机构和个人不得从事或变相从事支付业务。根据2017年1月《中国人民银行支付结算司关于开展违规“聚合支付”服务清理整治工作的通知》中“聚合支付定位于收单外包机构，是支付工具的聚合，依托于银行、第三方支付从事支付、结算、清算服务之外的支付衍生服务，不得以任何形式经手特约商户结算资金，不得从事或变相从事特约商户资金结算”可以确认，未取得牌照的第三方支付的收单外包机构，禁止从事资金聚合业务。2017年6月《最高人民法院办理涉互联网金融犯罪案件有关问题座谈会纪要》(下称《座谈会纪要》)对支付结算业务做出了具体界定，支付结算业务(也称支付业务)是商业银行或者支付机构在收付款人之间提供的货币资金转移服务。上述规范仅对涉及资金转移的支付业务做出禁止性规定，而未提及不涉及资金转移的情形。因此不持牌的第三方支付的收单外包机构开展通道聚合(即提供支付接口的单纯链接)，业务不涉及资金转移的情况并不涉及非法经营行为，而资金聚合属于非法经营罪的“违反国家规定”。可以认为，聚合支付平台在仅限于通道聚合的情形中并不会涉及对上游犯罪的支付、结算、清算服务，在此情形下聚合支付平台所从事的支付结算帮助是一种支付结算服务的衍生服务，不会涉及非法经营行为，但是满足帮助信息网络犯罪活动罪“支付结算帮助”的客观构成要件。支付结算服务应当与支付结算衍生服务区分开，这不仅便于准确判断通道聚合的行为性

质，而且在开设赌场罪共犯的判断中也尤为重要。有检察官在对聚合方式的区分中额外提及了“信息聚合”形式^[5]，但本文仅以搭建第三方支付平台提供支付结算服务的行为作为研究对象，不论及非法第三方支付平台中可能涉及的侵犯公民个人信息等情形。

综上，窃以为将第四方支付的性质区分为通道聚合(即提供支付接口的单纯链接)下的支付结算衍生服务或资金聚合下的支付结算服务便足以确认提供第四方支付结算服务是否属于非法经营行为。

3.3. 判断方法的补充：对“非法资金支付结算业务”的解释

根据前文表述，在明晰提供第四方支付结算服务的本质为资金聚合下的支付结算服务后，便可以确认其已满足非法经营罪的“违反国家规定”，但认定提供支付结算服务的行为是否属于非法经营行为还需要明确该行为的具体类型，从而避免认定非法经营罪时的恣意性。根据《座谈会纪要》有关规定，未取得支付业务许可从事支付结算业务以非法经营罪追究刑事责任的具体情形有：“未取得支付业务许可经营基于客户支付账户的网络支付业务、经营多用途预付卡服务”。另外，《最高人民法院 最高人民检察院关于办理非法从事资金支付结算业务、非法买卖外汇刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称“《支付解释》”)对“非法从事资金支付结算业务”作出了具体解释，规定了四种情形，其包括：(一)使用受理终端或者网络支付接口等方法，以虚构交易、虚开价格、交易退款等非法方式向指定付款方支付货币资金的；(二)非法为他人提供单位银行结算账户套现或者单位银行结算账户转个人账户服务的；(三)非法为他人提供支票套现服务的；(四)其他非法从事资金支付结算业务的情形。《支付解释》对“非法从事资金支付结算业务”这一堵截式构成要件进一步明确的做法一定程度上保证了明确性要求，但《支付解释》在解释该堵截式构成要件时采取了兜底条款，又带来了解释论上的难题。

对于《支付解释》所规定的“其他非法从事资金支付结算业务”应当如何认定是一个问题。姜涛教授指出，司法解释中的兜底条款有悖司法解释的本质与功能，司法实践对量刑的兜底条款一般是拒斥适用^[15]。排除适用的做法具备合理性，值得进一步研究。但排除适用不可避免地造成客观现实的无限性与刑法规范的有限性之间的冲突。笔者认为，对司法解释的兜底条款的解释与刑法分则中的兜底条款解释方法不应当相同，因为刑法分则的兜底条款发挥着补充漏洞的功能，而司法解释是对兜底条款的明确化因应，两者功能的不同就决定着解释方法上应当存在差异。相较于刑法分则中兜底条款的“同类解释规则”，对司法解释中的兜底条款应当采取更为严格的限制解释。就本文的论题来说，应当对“其他非法从事资金支付结算业务的情形”进行目的性限缩解释。依据传统观点，非法从事资金支付结算业务破坏了社会主义市场经济秩序，该表述过于抽象化。支付结算类非法经营罪的规范保护目的在于确保经济活动中资金转移的安全，以避免犯罪活动中利用非法支付结算工具进而侵害其他个人或集体法益的情形。因此应当以“支付结算管理秩序”作为规范保护对象。这种限制解释的观点可以得到司法解释的间接支持，《座谈会纪要》规定明确指出：“未取得支付业务许可从事该业务的行为……破坏了支付结算业务许可制度，危害支付市场秩序和安全，情节严重的，适用刑法第二百二十五条第(三)项，以非法经营罪追究刑事责任。”因此“其他非法从事资金支付结算业务的情形”条款的适用应考虑该情形对支付结算管理秩序的威胁或损害，在不涉及对支付结算管理秩序的侵害时应当排除该兜底条款的适用。

因此，根据上述文件以及对兜底条款的解释可以认为，非法资金支付结算业务的具体类型包括：非法开立账户；经营多用途预付卡业务；虚构支付结算情形；公转私、套取现金；支票套现以及其他破坏支付结算管理秩序的支付结算情形。

3.4. 小结

“业务模式型”区分方法本身存在矛盾，而且不具备认定犯罪的方法论意义，应当在刑法定性判断

中予以摒弃。通过对第三方支付相关的行政规范与司法解释的观察可以得出，目前的法律规范仅对涉及资金转移的支付业务做出禁止性规定，而未提及不涉及资金转移的情形。因此，可以抽象提炼出“通道聚合/资金聚合”为区分的“聚合方式型”行为实质认定方法，非法经营罪的成立仅在“资金聚合”情形中得以可能。此外，为避免认定非法经营罪时的恣意性，应当根据司法解释以及对于司法解释中兜底条款的限制性认定规则，将“资金聚合”情形的行为细化为非法开立账户、经营多用途预付卡业务、虚构支付结算情形、公转私、套取现金、支票套现以及其他破坏支付结算管理秩序的支付结算情形。以此便可以对搭建第三方支付平台提供支付结算服务的行为类型做出准确的认定，通过此判断方法得出的中间结论是：“该非法第三方支付行为是‘通道聚合’情形下的支付结算衍生服务行为”抑或“该非法第三方支付行为是‘资金聚合’情形下的某具体类别的支付结算服务行为”，从而便于进一步的行为定性。

4. 非法第三方支付定性判断

对搭建第三方支付平台提供支付结算服务的行为类别做出准确的认定之后便可以进行定罪的流程审查，有学者对第三方支付平台洗钱行为的定罪提出了流程式的判断标准，在其文中首先判断行为人与第三方支付平台的关系，再判断平台管理者与上游犯罪的关系，然后判断掩隐罪与帮信罪，最后判断平台建立过程中是否构成其他罪名(非法经营罪、侵犯公民个人信息罪等)，讨论数罪并罚等罪数问题[6]。这种流程式的判断方法存在判断准确性和便捷性的优势，但是因为论证对象与其文存在差异，故不可照搬照抄。搭建第三方支付平台提供支付结算服务的行为定性难点在于非法经营罪之确定，实践中常见的问题是开设赌场共犯之成立与非法经营罪的认定选择。因此应当在对提供支付结算服务进行类型性的实质分析之后，优先判断是否成立非法经营罪，其次判断开设赌场罪的共同犯罪，再次判断确定为支付衍生服务的行为是否成立帮信罪，最后判断是否成立掩隐罪，并讨论其中的罪数问题。

4.1. 非法第三方支付情形的非法经营罪判断

“提供第三方支付结算服务”是否涉嫌非法经营罪存在观点分歧。有学者持肯定论，认为第三方支付平台不具有支付许可牌照，符合非法经营罪中的相关规定[8]。有学者持否定论，认为第三方支付平台不能成立非法经营罪[3]。以上观点均不妥适，既然第四方平台的聚合方式的不同，就应该类型性地对其适法抑或非法进行判断。部分持否定论的学者认为，非法经营罪侵犯的法益应是市场参与者的利益[9]。有学者认为，非法经营罪侵犯的法益是社会主义市场经济秩序这一法益[3]。对于非法经营罪的保护法益来说，如果非法经营罪所侵害的仅限于“市场秩序”等，那么入罪就缺乏现实的危害性，对于那些明显破坏国计民生、扰乱国家战略大计的非法经营而言，尚且可以理解，但是对于那些超越经营范围、未经许可的非法经营行为，则难以作为入罪的理由，否则会使行政违法与刑事犯罪的界限不明[16]。而且市场秩序的表述过于抽象。从目的解释的角度看，支付结算类非法经营罪的规范保护目的在于确保经济活动中资金转移的安全，以避免犯罪活动中利用非法支付结算工具进而侵害其他个人或集体法益的情形；从体系视角进行考察，非法经营罪被定位于扰乱市场秩序罪这一节；因此应当以“支付结算管理秩序”作为支付结算类非法经营罪的保护法益。

因此，应当根据前文所述，拆分“聚合方式”并结合“具体行为”进行非法经营罪的判断。具体而言，“提供第三方支付结算服务”在仅限于“通道聚合”的情形中应当排除非法经营行为。前文所述的案例中，锦恩公司只是提供支付接口的单纯链接，聚合方式为“通道聚合”，具体行为类型是提供资金支付的衍生服务，不成立非法经营罪；林某甲非法设立第三方支付平台，虚构支付结算情形，聚合方式为资金聚合，破坏了支付结算管理秩序，成立非法经营罪；郭某非法设立第三方支付平台，虚构支付结算情形，聚合方式为资金聚合，破坏了支付结算管理秩序，成立非法经营罪。有部分案件忽略了成立非

法经营罪的可能，例如在薛某、刘某诈骗案⁴中，非法第三方支付平台的管理员可以对聚合支付平台的账户资金直接提现，这就意味着该平台并非单纯提供支付接口的单纯链接，而有可能成为资金聚合，具备构成非法经营罪的可能性，法院的判决缺乏对此情形的论证。

4.2. 非法第三方支付情形的开设赌场罪共犯判断

传统观点认为，共同犯罪的成立要求行为人有共同行为与共同故意[17]。有学者认为林某甲案在法院的论证中并没有提及是否存在双向的意思联络，因此是否成立开设赌场罪的共犯是存在疑问的[9]。笔者认为，在该问题上采取行为共同说并没有障碍，《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》(以下简称“《赌博意见》”)规定：“明知是赌博网站，而为其提供下列服务或者帮助的，属于开设赌场罪的共同犯罪，依照刑法第三百零三条第二款的规定处罚：……为赌博网站提供资金支付结算服务，收取服务费数额在1万元以上或者帮助收取赌资20万元以上的。”这体现了共同故意的消解。但应当对《赌博意见》中的资金支付结算服务做限制解释，将前述非资金聚合下的具体行为予以排除，换言之，没有事前通谋⁵的支付结算衍生服务不应当成立共犯。因此，在前文所述的案例中，锦恩公司为赌博网站提供资金支付结算衍生服务，不属于《赌博意见》规定的支付结算服务，而且没有证据证明存在事前通谋，不能以开设赌场罪的共犯论处。在林某甲非法经营案中，认定其为开设赌场罪的共犯没有障碍。

4.3. 非法第三方支付情形的帮助信息网络犯罪活动罪判断

根据《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“《网络诈骗意见(二)》”)中第9条规定，为网络犯罪提供网络支付接口帮助的，构成帮助信息网络犯罪活动罪。对于帮信罪的规范体系定位笔者采帮助行为正犯化的观点，此处涉及帮助行为正犯化与中立帮助行为的讨论，中立帮助行为是“从外表看通常属于无害的，与犯罪无关的、不追求非法目的行为，客观上却又对他人犯罪行为起到了促进作用的情形。”[18]有学者认为帮助信息网络犯罪活动罪与中立帮助行为无涉[19]。笔者对此观点并不认可，就本文所研究的行为对象而言，在资金聚合提供支付结算服务的情形中，因为该行为并非正当业务行为，不存在成立中立的帮助行为之可能，行为人应成立一般化的帮助行为；但以通道聚合方式提供支付结算衍生服务的情形中，可能会依具体情形成立中立帮助行为⁶，这就需要讨论中立帮助行为的“全面处罚说”与“限制处罚说”的问题。全面处罚说罕见支持者，限制处罚说内部存在主观说、客观说、综合说的分野，笔者对此问题采取客观归责为基础的综合说，林钰雄教授认为：“对中立帮助行为的检验重点在于客观归责法则中的‘制造法所不允许的风险(含可容许的风险)以及行为人的特殊认知’”“如果行为人并不知道正犯的计划或用途，或者仅止于相当模糊的臆测，即不成立帮助犯。”[20]基于中立帮助犯的讨论，有学者对明知采取了严格限制的标准，认为“明知分为确知与应知：确知的判断标准是被帮助者的明显犯罪性及帮助行为的相当关联性；技术支持、帮助对象系利用信息网络实施犯罪且超过中性业务行为总量半数以上的，推定为应知。”[21]这类严格限制的观点在2019年《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

⁴山东省泰安市人民法院(2019)鲁09刑终191号刑事判决书。薛某联系刘某，意图购买能够后台操作用户盈亏的“微交易”平台，刘某在明知薛某购买平台会用于实施诈骗行为的情况下，仍购买符合要求的平台并卖给薛某，同时出售银行卡及U盾供薛某提现使用。后刘某让杨某3把上海“环讯支付”里面的“新融合科技”、“靓凡商务有限公司”两个商户聚合到一起，然后把这个聚合支付平台接到了臻品天下里面以安装支付通道，客户入金的钱会直接到三方支付公司环讯的资金池里，只有薛某利用管理员权限才能发起提现。刘某提供维护服务，收取提成及手续费。

⁵根据《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》，对于帮助他人利用信息网络实施犯罪按共同犯罪的帮助犯处理的，宜限于事前通谋的情形。

⁶比如搭建通道聚合平台，仅提供单纯的支付接口的链接，既不存在沉淀资金的可能也不实际接触资金，从外表看的确属于无害的，与犯罪无关的、不追求非法目的行为，客观上却又对他人犯罪行为起到了促进作用的情形。

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《帮信解释》)发布前被实务界采纳,因此2019年之前的帮信罪案例并不多。但《帮信解释》对明知的认定采取了形式推定的方式,结合日常经验法则判断,这就造成了帮信罪案例的井喷式增长。网络犯罪与现实犯罪具有明显的异质性,网络犯罪的不法样态可能并不明显。因此对网络犯罪中的明知不应当采取严格的限制标准,但也不应当采取宽泛的认定形式。对于“明知”宜限于“明知可能”他人利用信息网络实施犯罪,而“可能明知”的情形应当被排除。因为“通道聚合”和“资金聚合”都需要提供支付接口的链接,因此两种情形本身都符合了帮信罪的客观构成要件。前述案例中郭某明知他人利用信息网络实施犯罪,成立帮信罪,非法经营罪的成立前文已论证,因此应以想象竞合择一重罪以非法经营罪论处。锦恩公司的“通道聚合”的案例中,从口供、运营模式等方面可以推定行为人的明知,从而认定其成立帮助信息网络犯罪活动罪。

4.4. 非法第四方支付情形的掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪判断

根据《网络诈骗意见(二)》中第9条的规定,为网络犯罪提供网络支付接口帮助的,构成帮助信息网络犯罪活动罪,第11条规定,使用网络支付接口为网络犯罪提供转账帮助的,构成掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪。另外根据2021年《最高人民法院关于审理掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益刑事案件适用法律若干问题的解释》第10条的规定,明知是犯罪所得及其产生的收益而采取窝藏、转移、收购、代为销售以外的方法,如居间介绍买卖,收受,持有,使用,加工,提供资金账户,协助将财物转换为现金、金融票据、有价证券,协助将资金转移、汇往境外等,应当认定为刑法第312条规定的“其他方法”。从时间节点上看,掩饰行为发生在上游犯罪既遂之后。开设赌场行为本身即涉及资金的支付结算,行为人在帮助赌博网站的赌资收取与结算的过程中可能存在的掩饰行为仍在开设赌场的评价范围,对掩饰行为不应当重复评价。在帮助赌博网站的赌资收取与结算后有转账、取现等行为,则可以认定为掩隐罪,以数罪并罚论之。

有学者认为:“非法第四方支付包括两个行为:前一行为是为网络犯罪聚合支付通道、接入支付接口的技术性帮助,后一行为是利用该支付接口帮助网络犯罪转账。”^[9]并认为两行为成立牵连关系,对前述的林某甲非法经营一案应认定为掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪^[9]。该问题涉及罪数的判断。首先,即便通说支持牵连犯的概念并且司法实践中牵连犯被广泛使用,但不应当采取牵连犯的概念。原因不仅体现在概念原生地和移植地的消亡命运^[22],也体现在理论层面的“从一重处断”原则所体现的主观主义思想^[23]。更体现在司法实践中处罚原则的多重性⁷与判断标准的混同性⁸。其次,即使在采取牵连犯概念的立场下,本案也没有成立牵连犯的可能。无论是资金聚合还是通道聚合,都必须聚合支付通道、接入支付接口,如前所述,仅提供支付接口的单纯链接本身就不违法,因此更不用论及牵连关系。但在此存在帮信罪与掩隐罪的区分判断,也就是说,通道聚合情形下的支付结算衍生服务在何时应当成立掩隐罪?笔者认为,应当判断该行为是否存在对“国家对犯罪所得、犯罪所得收益的司法追查权”的实质侵害,“并且有充分的证据证明被帮助者的行为构成犯罪”^[24]。以前述案例的锦恩公司帮信案为例,“由于全案缺乏赌客证言、赌博网站的流水及网站的情况说明,认定构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪的证据亦没有达到确实、充分程度”^[10],因此无法认定为掩隐罪。

⁷针对一些理论上认为属于牵连犯的情形,我国刑法分则也针对具体罪名规定了“从一重”、“从一重重”或者“数罪并罚”等不同的处罚方式,并没有关于所谓“牵连犯罪”的统一处罚方法。实践中也并非全然采取“从一重”原则处断。例如,孙某明知他人利用银行卡实施网络犯罪,仍办理、收购银行卡用于支付结算,而且帮助他人实施转账行为。司法机关认为孙某提供银行卡的行为构成帮信罪,转账的行为构成掩隐罪,而且以数罪并罚论之,参见江苏省扬州市中级人民法院(2021)苏10刑终178号刑事判决书。

⁸对于牵连犯的判断标准,存在主观说、客观说、折中说,我国在主客观相统一的原则指导下,存在牵连意图与因果关系统一说、折中的犯罪构成要件说、牵连意图与直接关系说等多种学说。

5. 结论

学界对于非法第三方支付平台的刑法定性存在观点聚讼,司法实践中存在同案不同判的现象。司法机关对搭建第三方支付平台提供支付结算服务的实质分类判断不足,对其行为性质认定存在差异,甚至存在不充分评价的问题。为认定行为类型实质的“业务模式型”区分方法本身存在矛盾,而且不具备认定犯罪的方法论意义,根据相关的行政规范与司法解释提炼的“聚合方式型”行为实质认定方法具备认定犯罪的妥适性,在结合司法解释以及对于司法解释中兜底条款的限制性认定规则下,非法第三方支付的行为实质得以准确认定。在对提供支付结算服务进行类型性的实质分析之后,应采取流程式的犯罪审查方法。首先,判断是否构成非法经营罪,确认该行为属于资金通过平台转移、非法开立账户、经营多用途预付卡业务、虚构支付结算情形、公转私、套取现金、支票套现以及其他实质相当的情形,并侵害了支付结算管理秩序的法益;其次,判断是否构成开设赌场罪的共犯,资金聚合情形下的支付结算行为采取行为共同说认定并没有规范障碍,但没有事前通谋的支付结算衍生服务不应当成立共犯;再次,判断是否构成帮信罪,在资金聚合提供支付结算服务的情形中,行为人应成立一般化的帮助行为,但以通道聚合方式提供支付结算衍生服务的情形中,可能会依具体情形成立中立帮助行为。对于“明知”宜限于“明知可能”他人利用信息网络实施犯罪,而“可能明知”的情形应当被排除;最后,掩隐罪的判断应当结合法益和严格的证据标准认定,网络赌场提供非法第三方支付的情形没有成立牵连犯的可能。

本文将研究对象限制于“为网络赌场提供第三方支付结算服务”情形,对此行为的涉刑问题有细致的讨论。不足之处在于,为保证问题的聚焦,对行为过程中可能涉及的侵犯公民个人信息罪等未予论述。另外,“聚合方式”型判断方法在目前具有实用性,但伴随着技术的发展和法律的修改,该方法的有效性在未来仍有待检验。

基金项目

中南财经政法大学中央高校基本科研业务费专项基金项目(202310714)。

参考文献

- [1] 叶良芳. 第三方支付平台非法提供资金支付结算业务的行为认定[J]. 人民检察, 2021(20): 43.
- [2] 郑旭江, 刘仁文. 非法第三方支付的刑法规制[J]. 社会科学研究, 2021(2): 125-136.
- [3] 刘梦. “跑分平台”的刑法定性误区及其匡正[J]. 江西警察学院学报, 2021(4): 7-10.
- [4] 梅传强, 隋译锋. 结算帮助行为司法应对与转型——以电信网络诈骗犯罪为例[J]. 警务研究, 2023(4): 15.
- [5] 施净岚, 倪婧. 第三方支付灰黑产业链的刑事风险分析与监管[J]. 上海法学研究, 2020(20): 205.
- [6] 黄卫群, 姜涛等. 帮助他人搭建支付平台用于资金结算如何定性[J]. 人民检察, 2017(14): 42.
- [7] 唐淑臣, 许林逸. 第三方支付洗钱的定罪困境与逻辑重构[J]. 电子科技大学学报(社科版), 2023(1): 43-51.
- [8] 纪文旭, 刘丹. 非法第三方支付犯罪案件及侦防对策[J]. 中国人民警察大学学报, 2023(6): 13.
- [9] 汪维才, 曹翊群. 非法第三方支付行为之刑法教义学分析[J]. 四川警察学院学报, 2022, 34(6): 14-18.
- [10] 蒋佳芸. 第三方支付平台为网络犯罪提供支付结算帮助的定性[J]. 人民司法, 2021(35): 33-36.
- [11] 陈兴良. 刑法教义学中的类型思维[J]. 中国法律评论, 2022(4): 94.
- [12] 邵雷, 王剑辉. 网络洗钱犯罪套路及其破解[J]. 四川警察学院学报, 2022, 34(1): 1-10.
- [13] 李岷檐, 周喜庆, 廖伯聃. 第三方支付洗钱风险防范探讨[J]. 浙江金融, 2023(3): 74-80.
- [14] 张明楷. 刑法学[M]. 第六版. 北京: 法律出版社, 2021: 1092.
- [15] 姜涛. 经济刑法之兜底条款应由司法解释予以明确[J]. 净月学刊, 2017(4): 29-31.
- [16] 王安异, 刘佩璇. 非法经营罪的兜底功能[J]. 江西科技师范大学学报, 2016(4): 49.

- [17] 高铭喧, 马克昌, 主编. 刑法学[M]. 第 10 版. 北京: 北京大学出版社, 2022: 162-164.
- [18] 陈洪兵. 中立行为的帮助[M]. 北京: 法律出版社, 2010: 2.
- [19] 喻海松. 帮助信息网络犯罪活动罪的司法限定与具体展开[J]. 国家检察官学院学报, 2022, 30(6): 107.
- [20] 林钰雄. 新刑法总则[M]. 台北: 元照出版有限公司, 2021: 490.
- [21] 刘宪权. 论信息网络技术滥用行为的刑事责任——〈刑法修正案(九)〉相关条款的理解与适用[J]. 政法论坛, 2015(6): 96.
- [22] 刘仁文. 再论强化中国刑法学研究的主体性[J]. 现代法学, 2023, 45(4): 94.
- [23] 劳东燕. 刑法中客观主义与主观主义之争的初步考察[J]. 南京师大学报(社会科学版), 2013(1): 76.
- [24] 刘宪权, 魏彤. 电信诈骗“外围”帮助行为的刑法定性[J]. 犯罪研究, 2022(4): 11.