

摘要：帮助信息网络犯罪活动罪（以下简称“帮信罪”）与掩饰、隐瞒犯罪所得罪、犯罪所得收益罪（以下简称“掩隐罪”）到底有什么区别？针对OTC收到赃款被起诉，适用“帮信罪”还是“掩隐罪”更合适？这一问题在理论和实务界有很大争议，因为两罪客观方面都是为上游犯罪提供一定的帮助，存在竞合、交叉关系。由于两罪被判处顶格刑期差别很大，一直以来这也是币圈OTC承兑商尤为关心的问题。本文将从认定“帮信罪”或“掩隐罪”的标准、币圈做OTC承兑商的模式、当事人明知或应知的程度等因素出发，结合具体案例，探究针对OTC收到赃款被起诉，适用“帮信罪”或“掩隐罪”的界限，探究在相关法律法规尚不明确的情况下，如何更好地体现刑法的公平正义，符合罪责刑相适应的原则。

一、“帮信罪”与“掩隐罪”的法定量刑差别较大

OTC商家一旦出现收到赃款被起诉的情况，都希望被判“帮信罪”，而不希望判“掩隐罪”。这是因为，如果OTC承兑行为符合“帮信罪”的构成要件，根据“帮信罪”的法律规定，最高刑期是三年，结合《刑法》第七十二条规定，对于被判处拘役、三年以下有期徒刑的犯罪分子，同时符合条件的，可以宣告缓刑，因此“帮信罪”可以适用缓刑；但是，一旦OTC承兑行为符合“掩隐罪”的构成要件，同时银行账户收到的赃款超过十万又符合“掩隐罪”情节严重规定的，量刑幅度为3到7年，这也意味着刑期超过了三年（不包括三年），无法适用缓刑。

二、实务中认定“帮信罪”与“掩隐罪”标准模糊的原因

实务中，认定OTC承兑商犯罪是“帮信罪”或“掩隐罪”的标准比较模糊，根据我们团队在全国各地办理的OTC承兑商卖币收到赃款的案件，到底适用“帮信罪”还是“掩隐罪”的罪名更合适，各地至今没有形成统一的标准，这主要有以下几个原因：第一，法律的制定具有滞后性。OTC承兑犯罪作为近年来新兴的入罪方式，《刑法》在规定“帮信罪”与“掩隐罪”时，对OTC的承兑行为尚不能有效界定。第二，“帮信罪”和“掩隐罪”客观方面都是为上游犯罪提供一定的帮助，两罪存在竞合、交叉关系，为法律适用造成困难。第三，各地公检法机关对OTC承兑行为的主观明知程度把握不同，部分公检法机关对OTC承兑犯罪的法条适用理解不到位

，容易产生分歧，加之我国并非判例法国家，法官判案是根据法律规定，判例只是一种参考，这也是为什么有些情节高度相似的犯罪，由不同的法官来判，最后的判决结果却截然不同。

三、司法实务中存在对法条的刻板理解，生搬硬套适用法律

从法条上来看，“帮信罪”规定于《刑法》的二百八十七条之二：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，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。掩饰隐瞒罪则规定于《刑法》第三百一十二条：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，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。

实务中，部分公检法机关只根据法条字面意思的理解认为：只要OTC商家这个承兑行为被认为是“支付结算”，就用帮信罪法条，因为帮信罪里面提到了支付结算；如果这个OTC商家的承兑行为被认为是“转移资金”的行为，就可以套用掩隐罪的法条，这显然是违反立法本意，无视商业事实和法律事实的做法。如何解读法条中“支付结算”、“转移犯罪所得”与OTC商家“买卖USDT搬砖套利挣差价”的承兑行为之间的联系？让我们来看一个真实的案例：

【(2020)浙0783刑初220号】

【案情介绍】2018年11月以来，被告人余某等人在冯某（另案处理）的介绍下，明知银行卡系被他人用于实施犯罪活动，仍利用自己及他人的身份信息在平安银行、浦发银行、兴业银行、招商银行等多家银行办理银行卡，并使用该银行账户为虚拟币诈骗平台提供资金转移帮助，同时将部分收益上交给冯某。被告人余某等人在发现银行卡因涉嫌犯罪被公安机关冻结后，通过更换银行卡的方式仍继续进行资金转移工作，并试图从已冻结的银行卡中将冻结款项取出占为己有。经查，虚拟币诈骗平台以高额回报为诱饵吸引被害人投资虚拟货币，被告人余某等人为华洋OTC平台的承兑商，使用平台个人账号接收订单，同时使用与该账号绑定的个人银行卡收取被害人转入的资金，百余名被害人将被骗资金转入被告人余某等人的银行账户内，被告人余某等人经核对订单信息与转入资金一致后确认订单，个人账号内相对应的USDT数字货币即被扣除，尔后被告人余某等人使用被害人转入的资金在火币网上购买USDT数字货币，再将购买所得的数字货币转移至上家指定的提币地址，并将提币截图上传至华洋OTC平台，经平台审核放行后，个人账号内的USDT数字货币即被“冲正”，该数字货币实际经华某（均另案处理）等人结算审核后被返佣给诈骗公司、代理商、直播间等。被告人余某等人在确认订单、买币的过程中通过赚取差价方式获取收益，犯帮助信息网络犯罪活动罪被一审法院判处有期徒刑六个月至

一年不等。

【案例评析】司法界往往存在生搬硬套法条的理解，认为OTC商家的借卡行为是“支付结算”行为，所以定帮信罪。而从流水上看OTC商家的资金快进快出、或者平进平出，就是“转移资金”的行为，定掩隐罪。显然，这种抓法条关键词定罪的做法，看似“罪刑法定”，但实则扭曲了案件事实和法律适用。比如本案中，被告人作为OTC平台承兑商，用自己的银行卡为虚拟币诈骗平台提供资金转移的帮助，被定了帮信罪，并没有定掩隐罪。

四、谁对“赃款”明知或者应知的程度更高，谁的罪责更重

刑法应当讲究公平正义原则与罪责刑相适应的原则。在没有直接证据证明OTC商家知道是赃款的情况下，根据2009年发布的《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》，推定谁对“赃款”明知或者应知的程度更高，谁的罪责更重，举个真实的案例来说明：

【(2021)鲁17刑终442号】

【案情介绍】2020年9月，被告人孙某等人，经预谋分工，由孙某负责运营管理，汪某投资，蒋某负责人员招聘及后勤保障，通过“绿洲平台”接单，使用银行卡接收上游犯罪所得，将钱款直接或者转存不同银行卡后在虚拟货币平台上购买USDT币，再将购买的USDT币转给上游犯罪人员，来获取“绿洲平台”的返点从中牟利。被告人孙某以成立的四川蜀侠传媒有限公司为依托，先后招募李某等人为组长，唐某等人为组员，陈某等人作为员工。被告人孙某等参与分红，被告人李某等组长按照自己及组员银行卡流入资金金额获取提成，被告人唐某等组员按照自己银行卡流入资金金额获取提成。被告人在明知平台要求交易前“测卡”、短时间内完成交易、收款银行卡经常出现冻结等异常现象的情况下，仍利用自己名下银行卡接收上游犯罪所得进行买卖USDT币活动。一审法院以被告人孙某等犯掩饰、隐瞒犯罪所得罪，判处有期徒刑三到四年不等。孙某等人不服，提出了上诉。主犯孙某坚持无罪辩护，其认为我国法律不禁止公民交易虚拟货币，民众自担风险参与买卖虚拟货币并不构成犯罪，其作为OTC商家并不与固定买家交易，而是平台随机分配，商家对买家资金的性质和来源并不知情，因买卖虚拟货币导致银行卡冻结属行业正常现象，商家试卡也是行业习惯，故不构成犯罪。

孙某的“不知情辩解能成立么？二审法院认为，孙某等人的供述、银行转账明细、商家接单规则等证据证实，上诉人孙某等人要求其员工在“绿洲平台”注册用户并均绑定十余张银行卡，在平台交易前进行“测卡”，且员工需在接收到转账后15分钟内放币。各上诉人应当知道接受的资金来路不正。另外，孙某等人的多张银行卡均被冻结止付，且部分员工因涉嫌诈骗被公安机关调查，孙某等人仍利用自己名下

银行卡接收上游犯罪所得进行买卖USDT币活动。综上，足以认定各上诉人应当知道转给其接收的资金系犯罪所得，仍然以购买虚拟货币USDT的方式帮助上游犯罪掩饰、隐瞒犯罪所得，依法构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪。故各上诉人及辩护人关于不构成犯罪或不明知系犯罪所得的上诉理由及辩护意见均不能成立，不予采纳。

【案例评析】本案中，被告人利用自己名下银行卡接收上游犯罪所得买卖USDT币，从中赚取差价，之所以定掩隐罪，并非单纯认为这一犯罪行为符合转移资金的手段要求，更重要的是，法院认定孙某等人频繁“测卡”，15分钟内放币的行为，以及团队成员已经有人被公安机关调查，部分银行卡已经被公安机关冻结，孙某等人依旧进行USDT币买卖的行为，足以认定被告人是高度明知其接收的资金是犯罪所得，而仍然进行买卖币活动。因此，行为人主观明知程度对于案件定性有先决影响！

关于‘掩隐罪’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》明确了：“明知”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。后面还列举了几种明知的情形，比如：其一，知道他人从事犯罪活动，协助转换或者转移财物的；其二，没有正当理由，通过非法途径协助转换或者转移财物的；其三，没有正当理由，以明显低于市场的价格收购财物的；其四，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；其五，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；其六，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。

分析了法条之后，我们再来对应币圈做OTC承兑商的模式，根据该模式来判断到底用“帮信罪”合适，还是量刑更重的“掩隐罪”合适。两罪的明知推定除了依据司法解释以外，还应当结合行为人的工作背景、文化水平等因素综合考量，而不是僵化的套用法条，仅凭银行流水和涉案资金的流入就去定罪。结合我们团队大量的办案经验，实务中OTC承兑商构成“应当知情”被起诉的模式，可以分成以下几种情况：其一，经常交易、经常被冻卡，疏忽审核的情况下，在交易所正常价格出；其二，疏忽审核，也搞不清楚对方身份，场内入，场外出；其三，进出都通过场外，只不过用的是境内的聊天软件；其四，在境外聊天软件上去找买家进行交易；其五，帮助境外聊天群上的买家，接到他们打过来的资金，然后去交易所帮其买币。这五种模式并不是一刀切的，有些重要因素也没有考虑进去，比如对资金审核的时间长度、现金还是转账、对交易对手身份的知晓程度、对交易对手买币的意图的分析等等。目前可以明确的是：通过境外聊天软件帮助不明身份的人买币、或者把币卖给这些人，一旦这些人的资金出现问题，属于对赃款应当知情，构成“掩隐罪”。至于其他情况，需要具体问题具体分析。

最后的话：

我们认为，刑法应当具备谦抑性。如果OTC承兑商用自己的实名账户收款，挣到的钱就是符合行情的经营所得，并没有超额的掩饰隐瞒的分赃，应当对OTC承兑商类比常规按照五五开的那些洗钱、销赃犯罪去酌情从轻考虑定罪与量刑。刑法设置任何一个法条都是基于法益保护的角度，反过来说，任何犯罪都必然侵犯了法益。因此，司法人员更要坚守法益侵害立场，对行为人作出客观公正的评价。只有这样才能更好地体现刑法的公平与正义，符合罪责刑相适应的基本原则。