

“套路贷”犯罪罪数认定问题探析

梅传强,张嘉艺

(西南政法大学 法学院,重庆 401120)

摘要:“套路贷”犯罪触犯的基本罪名是诈骗罪。由于“索债”行为的多样性,同时又可能触犯寻衅滋事、强迫交易、敲诈勒索、抢劫或绑架等十余种罪名。认定罪数既要立足于法益保护,坚持全面评价,又要注重人权保障,禁止重复评价,还要符合认知规律,做到整体评价。行为人虚构事实、隐瞒真相,设立虚假债务后,通过滋扰、纠缠、哄闹、聚众造势等非法“索债”,目的行为和手段行为分别触犯不同罪名的,择重罪处罚;通过虚假诉讼非法“索债”的,择重罪从重处罚;通过暴力、胁迫、绑架等直接“索债”的,诈骗行为升级为抢劫、绑架等重度侵财犯罪;在侵财犯罪之外侵害被害人其他法益,构成犯罪的,数罪并罚。

关键词:“套路贷”;罪数认定;择重罪处罚;数罪并罚

中图分类号:DF611 **文献标志码:**A **文章编号:**1009-1505(2020)02-0052-11

DOI:10.14134/j.cnki.cn33-1337/c.2020.02.006

一、问题的提出

随着民间借贷不断发展,为牟取非法利益,以民间借贷为幌子,诱骗被害人陷入借贷圈套,进而非法占有他人财物的犯罪悄然出现,日渐猖獗,呈愈演愈烈之势。这类犯罪行为通常有计划、分步骤、渐进式地实施多种行为:首先,通过签订虚假借款协议,制造资金走账流水等方式强立“债权”;然后,又通过肆意认定违约,转单平账等方式不断垒高被害人“债务”;当被害人不愿或者不能归还所谓“债务”时,行为人采取暴力、胁迫或者滋扰、纠缠、哄闹、聚众造势、虚假诉讼等非法手段,软硬兼施,恶意“讨债”,以达到非法占有被害人财物的目的。“套路贷”犯罪侵害了被害人财产权、人身权等合法权益,破坏社会治安稳定,影响人民群众的安全感、幸福感,具有严重的社会危害性。

各地司法机关在惩治这类披着民间借贷外衣的严重侵财犯罪过程中,将其形象地称为“套路贷”犯罪。上海市、浙江省、重庆市司法机关先后出台了依法惩治“套路贷”犯罪的指导意见。

2018年1月,中央决定在全国范围内开展为期三年的扫黑除恶专项斗争,“两高两部”联合发布的

收稿日期:2020-01-19

基金项目:国家社会科学基金重点项目“预防性反恐刑法问题研究”(17AFX017)

作者简介:梅传强,男,西南政法大学教授,博士生导师,主要从事刑法学、犯罪心理学研究;张嘉艺,女,西南政法大学国家毒品问题治理研究中心研究员,主要从事刑法学研究。

《关于办理黑恶势力犯罪案件若干问题的指导意见》(以下简称《指导意见》)明确规定:对于以非法占有为目的,假借民间借贷之名,通过虚增债务、签订虚假借款协议、制造资金走账流水、肆意认定违约、转单平账、虚假诉讼等手段非法占有他人财产,或者使用暴力、威胁手段强立债权、强行索债的,应当根据案件具体事实,以诈骗、强迫交易、敲诈勒索、抢劫、虚假诉讼等罪名侦查、起诉、审判,将以民间借贷为幌子的侵财犯罪列为扫黑除恶专项斗争打击的范围。

2019年“两高两部”联合发布的《关于办理“套路贷”刑事案件若干问题的意见》(以下简称《意见》),肯定了上海市、浙江省、重庆市等地方司法机关对以民间借贷为幌子的侵财犯罪及其关联犯罪的概括性称谓,对“套路贷”作出统一、权威的界定。该《意见》明确规定:“套路贷”是对以非法占有为目的,假借民间借贷之名,诱使或迫使被害人签订“借贷”或变相“借贷”“抵押”“担保”等相关协议,通过虚增借贷金额、恶意制造违约、肆意认定违约、毁匿还款证据等方式形成虚假债权债务,并借助诉讼、仲裁、公证或者采用暴力、威胁以及其他手段非法占有被害人财物的相关违法犯罪活动的概括性称谓。

事实上存在多个行为的交织重叠,性质认定上涉及多个罪名的竞合选择,使得“套路贷”犯罪罪数认定在理论上观点不一,众说纷纭,在实践中疑难复杂,难以把握。近年来,司法机关出台的地方性指导意见,“两高两部”先后发布的《指导意见》和《意见》,为依法惩治“套路贷”犯罪提供了基本的法律政策指引。但对于“套路贷”犯罪罪数认定在理论上仍然观点分歧,实践中缺乏统一标准,各地司法机关审理“套路贷”案件法律适用不统一、案件处理不平衡的情形时有发生。以刑法基本理论为分析工具,结合现有法律规定,对“套路贷”犯罪罪数问题进行探索分析,希望能为司法认定提供参考标准,推动扫黑除恶专项斗争依法深入展开。

二、“套路贷”犯罪罪数认定的现实困境

(一)“套路贷”犯罪自身独特性带来的挑战

行为方式“集群化”是“套路贷”犯罪罪数认定陷于困境的直接原因。“套路贷”犯罪中,行为人基于非法占有被害人财物的根本目的,通常会实施两个阶段、两种类别的犯罪行为:前期的“套路”行为和后期的违法“索债”行为。

1. 第一阶段:强立“债权”、垒高“债务”。通常情况下,“套路贷”犯罪的行为人首先对被害人实施各种前后衔接、环环相扣的“套路”,使被害人逐步掉入圈套之中,从而达到强立“债权”、垒高“债务”的目的。其基本模式如下:

(1)制造民间借贷假象。行为人往往以小额贷款公司、投资公司、咨询公司等名义对外宣传,吸引被害人借款,继而以违约金、保证金、中介费、行业规矩等各种名目诱骗被害人签订虚高借款合同、阴阳合同、空白合同或房屋抵押合同、房屋买卖委托书等明显不利于被害人的各类合同,制造民间借贷假象。有的行为人还要求对前述合同办理公证手续,为之后的虚假诉讼、仲裁准备证据。

(2)制造资金走账流水。行为人与被害人签订虚高借款合同后,为了制造将全部借款交给被害人的假象,往往将虚高借款金额转入被害人的银行账户,制造与虚高借款合同一致的银行流水,有的则直接将合同约定的全部“借款”以现金的方式直接交付给被害人,在被害人通过拍照、录音、录像、书面承诺等方式确认实际收到全部“借款”之后,行为人从被害人手上拿走“借款”的虚高部分,形成犯罪行为已经将合同约定的借款全额交付了被害人的假象。实际上,被害人在收到前述合同约定的“借款”后,按照犯罪行为要求,将其中一部分已经交还给了对方。犯罪行为人以民间借贷为幌子非法占

有财物的本质在这里得到明显体现,这些合同和资金走账的流水将成为犯罪行为通过虚假诉讼、仲裁等方式非法占有被害人财物所需要的直接证据。

(3) 单方制造违约。在签订借款合同时,犯罪行为人通常会事先设置各种可由其自己任意解释的违约条款,当被害人在合同约定的期限到期归还借款时,采取制造违约陷阱、刻意躲避还款等方式,使被害人不能依照合同约定还款,故意造成被害人违约,肆意认定其构成违约,导致被害人“债务”数额根据违约条款迅速增长。

(4) 转单平账,继续垒高“债务”。行为人以违约的方式,增加被害人的“债务”数额后,被害人无力偿还时,行为人又采取诱骗、胁迫等方式,由其本人或者自己的公司,或者其指定的关联公司、关联人员再次与被害人签订更大数额的虚高借款合同,为被害人偿还前次“债务”。犯罪行为人通过这种转单平账、迫使被害人以贷还贷的方式继续不断垒高“债务”,使被害人的借款数额在短期内呈几何式倍增。

2. 第二阶段:非法“索债”。行为人实施各种“套路”,垒高“债务”之后,下一阶段的行为就是非法“索债”,以实现非法占有被害人财物的目的。被害人发现被“套路”即上当受骗后,有的不愿归还虚高借款,有的根本无力偿还。在这种情况下,行为人则采取暴力、胁迫、滋扰、纠缠、虚假诉讼等非法手段来达到占有被害人财物的目的。这些手段通常表现为:

(1) “软暴力”行为。对被害人大肆实施滋扰、纠缠、哄闹、聚众造势等足以使其产生恐惧、恐慌进而形成心理强制的行为,如跟踪、电话胁迫、封门堵锁、非法进入他人住宅、聚众闹事等手段。

(2) 强行索取“债务”。采取暴力、威胁、非法拘禁、绑架等暴力手段强行直接向被害人索取虚高“债务”,非法占有被害人财物。

(3) 虚假诉讼、仲裁。以向法院提起诉讼或者向仲裁机构提起仲裁的方式来达到非法占有被害人财物的目的,也是行为人通常采取的手段之一。如上海市静安区人民法院审理的陈某某等人诈骗、敲诈勒索、非法拘禁一案,被害人吕某某欲向陈某某借款15万元,陈某某等人让吕某某写下25万元的借条、签订借款合同后,该犯罪团伙委托律师曹某某向法院提起民事诉讼。曹某某接受委托后,篡改个人借款合同中的借款地点,以虚构的吕某某借得25万元且未归还的事实,向法院提起民事诉讼并申请诉讼保全,要求被害人吕某某归还本金及相应利息。^①

“套路贷”犯罪是传统侵财犯罪披上民间借贷外衣后的新型表现形式,在本质上仍然是非法占有他人财物的侵财犯罪,它包括设套立“债”,非法索“债”两个阶段,由一系列相互关联、衔接的行为构成,有着明显不同于传统侵财犯罪的特征:

一是“套路贷”犯罪客观行为具有集群性。传统侵财犯罪的行为往往具有单一性,一个行为构成一个犯罪。“套路贷”犯罪则通常情况下表现为多个行为:在强立“债权”、垒高“债务”阶段,一般表现为签订合同制造民间借贷假象、虚假支付制造资金走账流水、肆意认定被害人违约、转单平账继续垒高“债务”等多方面的行为;在非法“讨债”阶段,“套路贷”犯罪更是可能包括暴力、胁迫、“软暴力”、虚假诉讼等种种违法犯罪行为。因此,任何一个“套路贷”犯罪案件,在客观上都表现为众多违法犯罪行为组合的行为集群。

二是“套路贷”犯罪的客观行为具有整体性。无论是在布局套路垒高“债务”阶段,还是软硬兼施非法索“债”阶段,都表现为形态不一的各种行为,这些行为从表面上看,也有可能是时空交错异位,互不关联。但是,所有这些行为都是犯罪行为人出于非法占有目的而布局和实施的,都服务于非法占有

^①参见:上海市静安区人民法院刑事判决书(2017)沪0106刑初892号。

他人财物的目的,都是非法占有他人财物的具体行为,行为人非法占有目的将行为集群中的每一个组成部分连结为一个整体。

三是“套路贷”犯罪客观行为具有复合性。犯罪行为集群中的各个具体行为都是作为整体行为的一个部分,相互之间的连结具有一定的层次性和结构性、可分析性,而不是堆砌的零散行为。例如,从“套路贷”犯罪的犯意产生、套路布局、组织实施、完成犯罪的角度,可以分为设置套路、确立“债务”和软硬兼施、非法“讨债”两个有机组成部分,每个组成部分又有一系列相互配合、有机联系的众多行为;从实现非法占有他人财物目的的角度,这些不同的行为又可能分为方法行为和目的行为。

传统刑法理论和刑事司法实践通常都以单个的行为、单个的罪名作为对象。作为新近产生和逐渐发展并越来越严重的新型侵财犯罪类型,“套路贷”犯罪客观行为方面呈现出的集群性、整体性、复合性是前所未有的,必将给刑法理论界和司法实务界带来严峻的挑战。

(二)“套路贷”犯罪罪数认定规则模糊

在行为同时触犯数个罪名的情形下如何认定罪数,传统刑法理论和司法实践中的观点和做法历来是观点分歧、莫衷一是。我国刑法及相关司法解释个别条文对于一人触犯数个罪名的情形也明确了处断规则,总体可以分为两种情形:择一重罪处罚和数罪并罚。例如,《刑法》第133条之一规定的择一重罪处罚情形;^①又如,“两高”联合发布的自2016年4月18日起施行的《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》中规定的数罪并罚情形。^②不过,在行为触犯数个罪名时,刑法及司法解释基本都没有明确罪数认定规则。对于犯罪客观表现相对简单的传统犯罪而言,罪数认定的理论标准尚且一直存在争议,司法实践中更是缺乏统一的裁判尺度。对于客观行为呈集群性、整体性、复合性的“套路贷”犯罪,罪数认定的困难可想而知。

1. 地方司法机关对“套路贷”犯罪罪数认定标准的探索。在开展惩治“套路贷”犯罪专项行动之初,一些地方司法机关出台了相关指导意见,但对罪数认定问题并没有明确具体标准。例如,上海市高级人民法院、上海市人民检察院、上海市公安局2017年10月25日联合印发的《关于本市办理“套路贷”刑事案件的工作意见》(沪公通字〔2017〕71号)仅规定:“犯罪嫌疑人、被告人实施‘套路贷’犯罪时,既采用了虚构事实、隐瞒真相的诈骗手段,又采用了暴力、威胁、虚假诉讼等手段,同时构成诈骗、抢劫、敲诈勒索、非法拘禁、虚假诉讼等多种犯罪的,依据刑法的规定数罪并罚或者按照处罚较重的定罪处罚。”但并没有进一步明确在何种情形下数罪并罚,在何种情形下从一重罪处罚。浙江省高级人民法院、浙江省人民检察院、浙江省公安厅2018年3月18日联合印发的《关于办理“套路贷”刑事案件的指导意见》(浙公通字〔2018〕25号)对于“套路贷”犯罪罪数的认定,也作出了同上海市基本相同的规定。由于我国刑法并没有就罪数的认定做出统一而明确规定,上海市、浙江省司法机关的前述规定在罪数认定方面并没有太大的实际意义,没有在罪数认定存在争议的情况下确定操作标准。

随着司法实践的不断深入推进,基于对统一“套路贷”犯罪罪数认定标准的现实需求,有地方司法机关尝试提出了自己的罪数认定标准。重庆市高级人民法院、重庆市人民检察院、重庆市公安局2018年7月4日联合印发的《关于办理“套路贷”犯罪法律适用问题的会议纪要》(渝高发〔2018〕136号)专门针对不同情形,作出了相对较为明确具体的规定:

^①《中华人民共和国刑法》第133条之一第3款:“有前两款行为,同时构成其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。”

^②最高人民法院、最高人民检察院联合发布《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》中规定:“国家工作人员利用职务上的便利,收受他人财物,为他人谋利益,同时构成受贿罪和刑法分则第三章第三节、第九章规定的渎职犯罪的,除刑法另有规定外,以受贿罪和渎职犯罪数罪并罚。”

一是犯罪嫌疑人、被告人是在实施“套路贷”犯罪过程中,采用向人民法院提起虚假诉讼的手段占有被害人财物,同时触犯诈骗罪、虚假诉讼罪的,依照处罚较重的规定定罪从重处罚;

二是犯罪嫌疑人、被告人在实施“套路贷”犯罪过程中,采用暴力、胁迫、威胁、绑架等手段强行索要“债务”,同时构成诈骗罪、抢劫罪、敲诈勒索罪、绑架罪等犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚;

三是犯罪嫌疑人、被告人在实施“套路贷”犯罪过程中,有组织地采用滋扰、纠缠、哄闹、聚众造势等手段强行索取“债务”,扰乱被害人及其近亲属正常的工作、生活秩序,同时构成诈骗罪、寻衅滋事罪、敲诈勒索罪、强迫交易罪、非法侵入住宅罪等犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚;

四是犯罪嫌疑人、被告人在实施“套路贷”犯罪过程中,采用故意杀人、故意伤害、非法拘禁、故意毁坏财物等手段强行索取“债务”,同时构成诈骗罪、故意杀人罪、故意伤害罪、非法拘禁罪、故意毁坏财物罪等犯罪的,依法数罪并罚。

2. 中央司法机关对“套路贷”犯罪罪数认定标准的规定。2018年1月,“两高两部”联合发布的《指导意见》要求对“套路贷”犯罪触犯的不同罪名分别对待,根据行为的具体情况,构成何种罪就以何种罪追究的规定,显然没有充分考虑到“套路贷”犯罪具有的集群性、整体性、复合性特征,在法律理论上存在一定障碍,也不符合司法实践中通常的实际做法。

2019年“两高两部”联合发布的《意见》,对于《指导意见》关于“套路贷”犯罪罪数认定标准的规定,作出了明显调整。《意见》规定,实施“套路贷”过程中,未采用明显的暴力或者威胁手段,其行为特征从整体上表现为以非法占有为目的,通过虚构事实、隐瞒真相骗取被害人财物的,一般以诈骗罪定罪处罚;对于在实施“套路贷”过程中多种手段并用,构成诈骗、敲诈勒索、非法拘禁、虚假诉讼、寻衅滋事、强迫交易、抢劫、绑架等多种犯罪的,应当根据具体案件事实,区分不同情况,依照刑法及有关司法解释的规定数罪并罚或者择一重处。

《意见》特别强调对于“套路贷”犯罪要注重从整体上把握,一般情况下认定为诈骗罪,是一个重大进步。但是,在犯罪嫌疑人、被告人多种手段并用,触犯数个罪名的情形下,如何确定罪数,《意见》又回到了“依照刑法及有关司法解释的规定数罪并罚或者择一重处”的规定。在刑法没有明确何种情形数罪并罚、何种情形择一重处的情况下,实际上也没有明确认定罪数的标准。根据最高人民法院刑事审判庭权威人士解读,最高司法机关对“套路贷”犯罪的罪数认定问题之所以仅作出原则性规定,理由在于“‘套路贷’的表现形式不胜枚举,不同犯罪手段的组合、不同的犯罪情境都可能导致案件定性或罪数处断截然不同。所以,对于不同案件,应当根据具体案件事实,区分不同情况,依照刑法及有关司法解释的规定确定罪名和罪数”^[1]。

但刑事司法不仅关系到依法惩治犯罪,也关乎人权保障,面对“套路贷”这种新类型、“集群式”犯罪,各地司法机关对统一罪数认定标准的需求非常急迫,因而最高司法机关更应该出台具体明确的裁判标准。如果不能澄清“套路贷”犯罪中的罪数适用问题的法律政策界限,势必会造成案件处理中同案不同判、罪责刑不相适应的问题,影响到扫黑除恶专项斗争的权威性,对司法公正和司法公信力造成损害。

三、“套路贷”犯罪罪数认定的理论指引

(一) 罪数认定的价值定位

“罪数判断是一个规范问题,规范问题不是天然存在的,而是源于有目的的设置,脱离罪数的规范目的来判断罪数,会陷入一系列困境。”^[2]判断行为人实施的行为构成一罪还是数罪,并不是罪数认定

的最终目的。罪数判断的根本目的在于判定行为的可罚性,即应当科处一个刑罚还是数个刑罚,这是罪责刑相适应的刑法基本原则所决定的。

“正义是社会制度的首要价值,正像真理是思想体系的首要价值一样。”^[3]刑事法律制度作为社会制度的重要组成部分,正义当然也是其首要价值。以规定犯罪与刑罚为根本内容的刑法,其正义性最终落脚到对犯罪人科处的刑罚的公正性上,也就是罪责刑相适应。因而,当今世界各国将罪责刑相适应原则作为刑法基本原则,刑事司法也以其为基本目标。我国《刑法》第5条也以立法的形式确认了罪责刑相适应的基本原则,可以将该条文理解为,刑罚的轻重,应当与犯罪的社会危害性和行为人的责任程度相适应,其基本要求是一罪一罚,数罪数罚。换言之,既不能一罪多罚,也不能多罪一罚。否则,便是罪责刑不相适应。其经典表述是,“一罪一刑、有罪必罚是罪刑法定和罪刑相称原则的要求,符合‘公正’这一法律最高理念。”^[4]

罪数论作为架在犯罪论与刑罚论之间的桥梁,其功能就在于当行为人实施的行为符合数个构成要件时,准确判定应当以一罪定罪处罚,还是应当数罪并罚,避免一罪数罚或者数罪一罚,以对行为人科处与罪责相适应的刑罚,实现刑法的正义价值。因此,确定罪数的过程,并不是简单的逻辑运算过程,而是一种价值平衡,终极目标是司法公正。包括“套路贷”犯罪在内的犯罪罪数认定基准、原则以及标准等问题,都应当围绕罪责刑相适应这一根本目的展开。

(二)“套路贷”犯罪罪数认定的基本原则

罪责刑相适应原则要求对行为人判处的刑罚与行为的社会危害性和行为人的责任程度相当。当行为表面上触犯符合数个犯罪构成要件,在认定罪数时,需要考虑一个重要内容:全面评价犯罪事实和行为人的责任程度,并禁止重复评价。这是罪数认定应当遵守的基本原则。唯有如此,才能避免对行为科处的刑罚畸轻畸重或者偏轻偏重,实现罪责刑相适应这一根本目的。

1. 全面评价原则。全面评价原则是指当行为表面上符合数个犯罪构成时,在罪名的选择适用上,应当全面反映犯罪的社会危害性和行为人的责任程度,不能出现涵盖不全的情况。倘若行为人在数个犯罪故意的推动下实施了数个危害行为,对行为人以一罪处罚,就会造成罪责失当的问题。例如,在“套路贷”犯罪中,行为人对被害人实施“套路”、垒高“债务”之后,采取非法拘禁的方式迫使被害人归还“借款”,这种情形,行为人明显实施了两个各自具有独立社会危害性的行为,其主观具有诈骗和非法限制被害人人身自由的两个犯罪故意,如果以一罪定罪处罚,就不能全面评价行为的社会危害性和行为人的责任,必然造成数罪一刑的结果,违背了罪责刑相适应的基本原则。在我国台湾地区,有学者主张,“有多数构成要件被实现时,在个别构成要件中,虽然有专属之法律效果,但却欠缺整体评价的最终法律效果,因此,刑法对于多数规范被实现的情况,其法律效果的判断,必须在个别构成要件规定以外,另行再行规范之。”^[5]

2. 禁止重复评价原则。罪数认定中的禁止重复评价,是指行为表面上符合数个犯罪构成时,禁止对同一犯罪构成事实的社会危害性、行为人的罪责予以两次或两次以上评价。“由于行为人的犯罪行为有可能实现数个构成要件,这种状况究竟为一行为或数行为,是成立一罪还是数罪,在刑法的评价上应有可数性,如此才能决定行为人的行为究竟属于犯罪单数抑或犯罪复数,避免一罪数罚;否则,对于同一行为人可能数次加以处罚,则无疑意味着罪责扩张,而与罪刑相适应原则相违背。”^[6]同数罪一刑造成的罪责刑不适应的原理相同,倘若对行为人基于一个犯罪故意而实施的数个行为,实现数个犯罪构成的情形以数罪处理,就有可能对行为人的罪责或者行为进行重复评价,造成刑罚重于犯罪的不当后果。在“套路贷”犯罪中,行为人对被害人实施“套路”、垒高“债务”之后,采取威胁、胁迫的方式非法占有被害人的财物,其行为符合诈骗罪和敲诈勒索罪的构成要件,但是如果以诈骗罪和敲诈勒索

罪对行为人数罪并罚,就违背了禁止重复评价原则。原因在于行为人的罪责只有一个,即占有被害人财产。采取数罪并罚的处断方式,则重复评价了行为人的主观罪责。

3. 整体评价原则。一般而言,“套路贷”犯罪外在行为数量众多,有的前后相连,有的交叉重叠,有的时空交错,但他们并不是互不关联、各自独立存在的散在现象,而是被同一个内核所吸附,这个内核就是非法占有目的。正是它将“套路贷”犯罪的各种客观行为整合为一个整体。一个“套路贷”犯罪案件,无论涉及多少事实、多少行为、多大金额、多少情节,其基本形态一般是一个由非法占有他人财物目的所统领的目的行为和各种手段行为组成的有机组合体。无论是理论研究还是司法实践,都必须正视这个特点。只有从整体出发,才能正确认识各个局部行为的性质、地位、作用;只有在整体的框架内,才能更好地把握局部,避免出现顾此失彼的尴尬局面。这是唯物辩证法的基本要求。假如脱离“套路贷”犯罪的整体性,无视各种具体犯罪行为之间的内在联系,孤立看待每一个具体的“套路”行为、非法“索债”行为,无异于盲人摸象,不仅难以正确认识“套路贷”犯罪的本质和危害,而且注定会被各种碎片化的行为所淹没、所遮盖,必然事倍功半,甚至南辕北辙。当然,在“套路贷”犯罪中,时而也有行为人超出非法占有财物目的而实施侵害被害人其他合法权益的行为,如为了灭口将被害人杀害,为了泄愤砍伤被害人,这类不为非法占有型侵财犯罪构成所必要的行为,应在侵财犯罪的整体以外另行评价。

需要特别指出的是,全面评价原则体现刑法的秩序价值,禁止重复评价原则体现刑法的人权保障价值,整体评价原则体现刑法的科学价值。在罪数认定的实践过程中,全面评价原则和禁止重复评价原则可能会产生冲突。在这种情况下,应当做出符合刑法主流价值取向的抉择。在这一意义上,刑法应当是保守的、谦抑的,在个人自由与社会秩序产生矛盾的情况下,刑法应当优先选择个人自由^[7]。

(三) 罪数认定的基本标准

1. 罪数标准之理论分歧。刑法理论中有关罪数的判断标准却是众说纷纭,主要有以下几种学说^{[8]470-471}:(1)行为标准说。主张以行为个数为区分一罪与数罪的标准。凡行为人实施了一个行为,为一罪;实施了数个行为,为数罪。^①(2)法益标准说。主张以法益保护结果的个数为区分标准。(3)因果关系标准说。主张以因果关系的个数作为区分标准。(4)犯意标准说。主张以故意(包括故意与过失)的个数作为区分标准。(5)法规标准说。主张以犯罪行为触犯法条的个数作为区分标准。(6)构成要件标准说。主张以法律法规中规定的构成要件为区分标准。(7)广义法律要件说。主要以构成要件为根据,将完成两个以上的构成要件的行为事实(如牵连犯),在《刑法》上规定按一罪论处,或在适用上作为包括的一罪处断,而例外作为一罪。申言之,本来是数罪,因为是一人实施,在观念上视为一罪。(8)犯罪构成标准说。主张以犯罪构成的个数为标准确定犯罪的单复:具有一个犯罪构成的,构成一罪;具备数个犯罪构成的,构成数罪。

罪数认定标准的各种理论学说,既有区分,又有联系,也各有优劣利弊。有学者认为,“自然行为说无法将一罪与数罪加以正确区分。因为自然行为是一种‘裸’的行为,在这种行为观念中行为与动作都难以区分。法律行为说未能将犯意考虑进去,而犯意,这里尤指概括的犯意,足以对行为人的个数判断发生影响。犯罪结果(法益保护)本身是一个内容广泛的概念,在各种犯罪形态中,一罪与数罪的区分标准也难以完全取决于犯罪结果。在区分一罪与数罪时,不考虑犯罪的客观因素而只依据犯意,难念失之虚妄。以罪名作为区分一罪与数罪的标准存在明显缺陷,法律标准说也不能正确地区分一罪与数

^①所谓行为,分为两种:独立的行为和不独立的行为。不独立的行为须与独立的行为相结合,才能形成独立的行为;根据行为的观念的不同,又区分为自然行为和法律行为。参见马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社2010年版,第611-612页。

罪”^[8]472。

刑法本以保护法益之安全为其主要任务,犯罪乃系对于法益加以侵害或危险之行为,故罪数的认定当以法益之侵害作为评价的基本标准。原则上,侵害一个刑法所具体保护之法益,为一罪;侵害数个刑法所保护之法益,为数罪^[9]20。为了保护法益而诉诸刑罚、并且构成要件该当性依据每个被害法益而被评价的认识来看,可以认为,在决定构成要件评价的次数时,法益保护的个数就成为重要基准。在此意义上,就可以说是“一个法益保护一个犯罪”。罪数判断表面上是一种技术判断,但本质是一种价值选择的认识,认为以侵害法益的个数作为罪数判断的主要标准是最为妥当的,契合了刑法保护法益的根本任务。正因为如此,对罪数的认定立足于法益判断,采用法益标准,这是解决绝大多数争议问题的有效途径。

2. “套路贷”犯罪罪数认定之理论标准。“套路贷”犯罪是传统诈骗犯罪假借民间借贷外壳的升级版,表现形式纷繁复杂,采取单一标准不可能圆满解决罪数认定中的所有问题。因此,在坚持以法益保护为主要标准的同时,应坚持全面评价、禁止重复评价、整体评价,采取“复合式”罪数判断标准,综合考虑法律行为、犯罪构成、法益保护三个方面进行具体判断。

首先,如果行为人实施的是一个法律行为,那么只能认定为一罪,不必再根据犯罪构成和法益保护标准继续作进一步判断。

其次,行为人实施的是多个具体行为时,应当紧紧抓住“非法占有被害人财物目的”这一核心,将为非法占有被害人财物而实施的所有行为作为一个整体考察,将各个具体行为根据其性质分别归类为目的行为和手段行为。在目的行为同手段行为分别侵害不同法益、具备不同犯罪构成要件,触犯不同罪名,但数罪并罚违背禁止重复评价原则的情况下,应择一重罪处罚。例如,行为人设置套路确立虚假“债权”后,通过虚假诉讼非法占有被害人财物,实施了数个行为,侵犯了数个法益,但是,虚假诉讼的行为如果在诈骗罪中进行了评价,则成立虚假诉讼罪就缺乏客观要件;反之,如果虚假诉讼行为作为虚假诉讼罪的客观行为,则诈骗罪的构成就缺乏了非法占有财物的行为要件,对行为人数罪并罚就违背禁止重复评价原则,破坏刑法人权保障机能。因此,只能择重罪处罚。与此相反,在对目的行为和手段行为分别定罪,不导致重复评价的情况下,即排除了数罪并罚的障碍,对行为人依法应数罪并罚。例如,行为在“套路贷”犯罪中,为了逼取“债务”,非法拘禁被害人的,应当以诈骗罪和非法拘禁罪数罪并罚。

最后,“套路贷”犯罪的行为人在实施非法占有他人财物的过程中,侵犯了被害人财产利益以外的其他法益,而这种行为又不属于构成非法占有类财产犯罪的必要要件,属于侵财犯罪的“溢出”行为、“超出”行为,则该行为应单独成立犯罪。例如,行为人在实施“套路贷”犯罪,为劫走被害人财物将其杀害,既侵犯了被害人财产权又侵犯了其生命权,但是,这两个法益的侵害,都被抢劫罪“以暴力方法抢劫他人财物”的客观要件所包含,只能作一次性评价,认定为抢劫罪;如行为人在“套路贷”犯罪中出于泄愤或者灭口而杀害被害人,就应当以具体的侵财犯罪和故意杀人罪数罪并罚。

四、“套路贷”犯罪罪数认定的实践标准

“同一行为人在同一司法程序中,表面上触犯了多个构成要件。这些构成要件只是‘表面上’被触犯,它们可能是非此即彼的竞争,也可能是并行不悖的共融。”^[10]对“套路贷”犯罪的罪数认定,只要立足于法益保护,坚持全面评价、整体评价、禁止重复评价原则,在罪责刑相适应原则指导下,就能得到科学合理解决。

(一) 一罪处罚的情形

1. 择一重罪处罚。(1)关于伴生滋扰、纠缠、哄闹、聚众造势等行为时的处断。行为人实施各种“套路”,使被害人上当受骗,并不断垒高“债务”数额,被害人或者发现上当受骗后不愿归还借款,或者无力偿还。行为人往往采取跟踪、胁迫、封堵被害人家中的门锁、聚众到被害人家中起哄闹事等滋扰、纠缠等手段,迫使被害人还款,从而达到非法占有财物的目的。表面上看,行为人实施的诈骗、滋扰、纠缠、哄闹、聚众造势等是数个行为,扰乱被害人及其近亲属正常的工作、生活秩序,在构成诈骗罪的同时,还可能构成寻衅滋事罪、敲诈勒索罪、强迫交易罪、非法侵入住宅罪等犯罪,应数罪并罚。实际上,根据常识、常情、常理,当被害人发现被行为人“套路”之后,通常都不会自愿归还虚高借款,行为人先前对此也是明知的,因此通常会采取一些纠缠、滋扰、哄闹、聚众造势等手段,否则,就无法实现非法占有被害人财物的目的。换言之,这些手段行为是“套路贷”犯罪的必要条件、必经阶段,没有这些行为,也就没有“套路贷”这样一种违法犯罪现象。滋扰、纠缠、哄闹、聚众造势等手段行为与“套路”行为是相辅相成、无法分割的整体行为,没有先前的“套路”行为,就不会有滋扰、纠缠、哄闹、聚众造势等行为,同样,脱离了滋扰、纠缠、哄闹、聚众造势等手段行为,行为人就很难占有被害人财物,难以实现犯罪目的。在这种情形下,对套路行为和“软暴力”行为作整体评价,择一重罪处理,符合罪责刑相适应和司法公正的要求。正因为如此,《指导意见》第17条规定:“有组织地采用滋扰、纠缠、哄闹、聚众造势等手段扰乱正常的工作、生活秩序,构成寻衅滋事罪、强迫交易罪、敲诈勒索罪,同时又构成其他犯罪的,依法按照处罚较重的规定定罪处罚。”

(2)关于“索债”手段升级为暴力、胁迫、绑架行为时的处断。当被害人不能或者不愿归还借款,行为人采取虚假诉讼、滋扰、纠缠、哄闹、聚众造势等手段仍无法占有被害人财物时,往往会升级行为手段,采取暴力、胁迫、绑架等手段强行索取所谓“债务”。在这种情形下,侵财的轻行为已经转化为重行为,最终目的仍然是非法占有被害人财物,重行为吸收轻行为,择重罪处罚,既符合整体评价的原则,也避免了对同样的构成要件进行重复评价。因此,在“套路贷”犯罪行为人名为索取“债务”,实为非法占有被害人财物过程中实施暴力、胁迫、绑架等行为时,其先前的诈骗、虚假诉讼等轻度侵财行为,演变为敲诈勒索、抢夺、抢劫、绑架等重度侵财行为,轻度行为被重度行为所吸收,应当以根据具体情况分别以处罚更重的敲诈勒索罪、抢夺罪、抢劫罪、绑架罪定罪处罚。为了劫取财物而直接对被害人实施暴力,故意杀害、伤害被害人或者造成被害人死亡、伤害后果的,以抢劫罪定罪处罚。

2. 择一重罪从重处罚。“套路贷”犯罪行为人为人欺骗被害人签订虚高借款合同、垒高“债务”之后,又采用向法院提起诉讼的方式来占有被害人的财物。这种情形既符合《刑法》第264条的规定,具备虚构事实、隐瞒真相,骗取他人财物的诈骗行为特征;又符合《刑法》第307条“以捏造的事实提起民事诉讼,妨害司法秩序或者严重侵害他人合法权益”的规定,具备虚假诉讼的行为特征,同时触犯虚假诉讼罪和诈骗罪两个罪名,系一行为触犯数个罪名,符合想象竞合犯的构成条件,是刑法理论中的想象竞合犯。

“想象竞合犯是指一个犯罪行为而触犯数个罪名的犯罪。具体地说,是基于一个犯意的发动,实施一个犯罪行为,侵犯数个客体,成立数个罪名的情况。”^[11]“想象竞合犯,在犯罪认识上,为数罪;在犯罪评价上,亦为数罪,仅在犯罪科刑上,从其一重处断。”^{[9]109}对此种情形依照处罚较重的规定从重处罚,既是整体评价的必然结果,也符合禁止重复评价的要求。还应当特别注意的是,我国《刑法》第307条之一规定:以捏造的事实提起民事诉讼,妨害司法秩序或者严重侵害他人合法权益的行为,非法占有他人财产或者逃避合法债务,又构成其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪从重处罚。因此,“套路贷”犯罪行为同时符合虚假诉讼罪和诈骗罪构成要件的,依法应当择一重罪从重处罚。

(二) 数罪并罚的情形

在“套路贷”犯罪中,行为人除了采取通常手段外,有的还实施了超出非法占有类侵财犯罪以外的故意杀人、故意伤害、非法拘禁、故意毁坏财物等行为,同时触犯非法占有类侵财犯罪罪名和故意杀人罪、故意伤害罪、非法拘禁罪、故意毁坏财物罪等罪名,当如何认定罪数,也是需要深入分析和阐明的问题。

首先,行为人侵害法益的个数为复数。如前所述,“套路贷”犯罪总体来讲是以民间借贷为幌子,非法占有被害人财物的侵财犯罪,其基本犯罪样态是诈骗罪,当行为人在犯罪过程中直接使用暴力、胁迫、绑架等手段非法占有被害人财物时,其行为升级为敲诈勒索、非法拘禁、抢夺、抢劫、绑架等犯罪。行为人实施超出非法占有类侵财犯罪的故意杀人、故意伤害、非法拘禁等行为,侵害的客体已经完全超出了财产权益的范围,单独、直接侵害被害人的生命、身体健康、人身自由等法益;故意毁坏他人财物的行为,虽然侵害的也是被害人财产权益,但是已完全超出了非法占有的范畴,为诈骗类侵财犯罪所不能包容。不同的罪名涵摄不同的法益,行为人侵害多种法益,具备了成立多种犯罪的基础。

其次,行为人主观故意为复数。行为人在诱使被害人上当受骗之后,超出非法占有类侵财犯罪的范围,实施故意杀人、故意伤害、非法拘禁、故意毁坏财物等行为,其主观故意已不仅仅是非法占有他人财物,而是另外具备了杀人、伤害、非法拘禁、故意毁坏财物等其他犯罪构成要件所要求的主观故意。基于不同的犯罪故意,侵犯不同的法益,行为人的行为更加趋近实质上的数罪。

最后,行为人实施的行为为复数。根据社会公众一般观念,以民间借贷为幌子,非法占有被害人财物的犯罪,在行为上通常可涵盖虚构事实、隐瞒真相的各种设立虚假“债务”的行为以及滋扰、纠缠、哄闹、聚众造势等“软暴力”等非法“索债”行为以及为了取得财物而直接针对被害人实施的暴力、威胁、胁迫、绑架等劫财行为,在这种情形下,行为人根据其行为具体样态可能分别构成诈骗罪、敲诈勒索罪、抢夺罪、抢劫罪、绑架罪等侵犯财产犯罪。当行为人实施的故意杀人、故意伤害、非法拘禁、故意毁坏财物等行为超出前述非法占有类侵财犯罪的构成要件,不为前述财产犯罪构成所必需时,其行为的个数即为复数。

综上,行为人在“套路贷”犯罪中,实施了超出非法占有类侵财犯罪以外的故意杀人、故意伤害、非法拘禁、故意毁坏财物等行为,同时触犯非法占有类侵财犯罪和故意杀人罪、故意伤害罪、非法拘禁罪、故意毁坏财物罪等罪名,属于一个行为人基于实施数个犯罪的故意,实施了数个相对独立、不为某一具体犯罪构成所必需的行为,侵犯了数个法益的情形,满足数个犯罪的构成要件,应当以其触犯的数个罪名并罚。

五、结 语

“套路贷”犯罪是新类型犯罪,基本形态为诈骗犯罪,同时又伴生寻衅滋事罪、强迫交易罪、非法侵入住宅罪、抢劫罪、敲诈勒索罪、绑架罪、虚假诉讼罪、故意杀人罪、故意伤害罪、非法拘禁罪、故意毁坏财物罪等犯罪,涉及十余种罪名,罪数认定疑难、复杂,最高司法机关尽快出台司法解释,明确政策,统一标准,是当务之急。

在法律没有明文规定对“套路贷”犯罪如何适用罪名时,不能简单地采取择一重罪、择一重罪从重或者数罪并罚中的一种处断方式,而应当根据刑法、司法解释规定及其精神,依托罪数基本理论,以罪责刑相适应原则为指导,既要立足于法益保护,对于犯罪所涉及的全部事实进行全面评价,充分运用刑法武器惩治犯罪;又要注重发挥刑法的人权保障机能,切实禁止重复评价;还要尊重认知规律,坚持

整体评价,精准打击“套路贷”犯罪。

参考文献:

- [1]朱和庆,周川,李梦龙.关于办理“套路贷”刑事案件若干问题的意见的理解与适用[N].人民法院报,2019-06-20(5).
- [2]庄劲.机能的思考方法下的罪数论[J].法学研究,2017(3):143-159.
- [3]约翰·罗尔斯.正义论[M].何怀宏,何包钢,廖申白,译.北京:中国社会科学出版社,1988:3.
- [4]储槐植.刑事一体化与关系刑法论[M].北京:北京大学出版社,1997:329-330.
- [5]柯耀程.刑法竞合论[M].北京:中国人民大学出版社,2008:9.
- [6]肖中华,周军,阎颖.论刑法中的禁止不当评价[J].法律适用,2000(3):2-5.
- [7]曲新久.个人自由与社会秩序的对立统一及刑法的优先选择[J].法学研究,2000(2):20-33.
- [8]陈兴良.本体刑法学[M].北京:中国人民大学出版社,2011.
- [9]甘添贵.罪数理论之研究[M].北京:中国人民大学出版社,2008.
- [10]庄劲.罪数的理论与实务[M].北京:中国人民公安大学出版社,2012:6.
- [11]马克昌.犯罪通论[M].武汉:武汉大学出版社,2010:671.

Analysis on the Quantity of Offence of “Fraud Loan”

MEI Chuanqiang, ZHANG Jiayi

(School of Law, Southwest University of Political Science & Law, Chongqing 401120, China)

Abstract: “Fraud Loan” is a new criminal phenomenon that started to appear recently. Its basic form is fraud, but more than ten types of crimes such as provocation, forced trading, extortion, robbery or kidnapping may be committed just because of the diversity of ways of obtaining property. To identify the number of crimes convicted by “Fraud Loan”, three principles should be adhered to. Firstly, all acts of the perpetrators should be evaluated comprehensively so as to maximize the protection of legal interests. Secondly, it is necessary to prohibit repeated evaluation to protect the human rights of the accused. Thirdly, we should make an overall evaluation to conform to the cognitive regulation. When the act of purpose and means of the perpetrators violate different crimes respectively, the heavier one should be chosen. Those who directly “claim debt” through violence, coercion, kidnapping, etc., are escalated into serious crimes such as robbery and kidnapping. If perpetrators violate other legal interests of the victim in addition to the crime of property, they will also be punished for multiple crimes.

Key words: “Fraud Loan”; the quantity of offence; punishment by heavier offence; combined punishments for several offences



(责任编辑 陶舒亚)