

◎共同犯罪主从犯认定

着眼法益侵害程度认定主从犯



王志远

□王志远 刘慧

在共同犯罪案件中,不可避免地要对犯罪分子进行主从犯区分,从刑法第26条、第27条规定中可以看出,刑法对主从犯的认定是以行为人在共同犯罪中所起的作用为区分标准。但是,对于如何认定行为是否起主要作用,没有规定明确标准。因此,办理共同犯罪案件时,主从犯的认定范围如何,有哪些重要因素,值得认真研究。本文以一起生产、销售伪劣产品案为例进行分析,并归纳区分主从犯的判断标准,以便精准打击和惩罚犯罪。

【典型案例】

甲经营某食品公司,为谋取利益,组织工人以鸭肉为原料制作牛肉干并对外销售,案发时销售额达4亿元。乙明知牛肉干系用鸭肉制作,仍受雇于甲在网上销售,负责网络店铺运营工作,包括销售、咨询解答、售后服务等,案发时其负责的网络销售额达2000万余元,乙工作4个月,工资累计4.8万元。

【争议观点】

司法实践中,对于共同犯罪,除查明构成犯罪外,还需要就各行为人的责任大小进行评价,以确定各行为人的具体量刑。共犯问题所要解决的是不法事实的结果责任归属,在共犯中正确区分主从犯则

是为了划分不同共犯各自应承担的刑事责任,对于从犯参照共同犯罪中实行犯的法定刑予以从宽处罚,使行为人受到的刑罚轻重与其所犯的罪行和应当承担的刑事责任相适应。

上述案件中,甲和乙共同构成生产、销售伪劣产品罪无疑议。但是,对于乙是否应认定为主犯,存有不同意见。有观点认为,生产、销售伪劣产品罪中销售金额是定罪量刑的犯罪构成要素,法益是否受侵害及行为人的责任大小取决于销售金额,销售金额不同所对应的刑罚幅度也不同,这直接表明了生产、销售伪劣产品罪中的销售金额具有影响定罪量刑的意义。就本案而言,乙直接实施了犯罪构成要件的部分实行行为,网络销售渠道均是由其主要负责,销售金额巨大,且销售行为也体现了犯罪的严重危害性,因此,应认定乙在犯罪分工中起主要作用。虽然刑法对主从犯的规定是以行为人在共同犯罪中的作用为主要标准,但同时涵括了行为人在共同犯罪中的分工情况,即以作用分类法为主,以分工分类法为辅。在司法实践中,这两种分类方法难以分割,因为一方面,无法抛开犯罪的分工单纯讨论作用的大小,作用的大小无疑要通过行为人的客观行为体现出来,而犯罪分工就是客观行为的一部分;另一方面,犯罪分工也不能直接等同于作用的大小,有的行为单独作为犯罪看,行为性质严重,但是与同案的主犯相比,作用地位较轻,仍然可能认定为从犯。笔者认为,本案在认定主从犯时,不应仅从犯罪数额看,也不能因乙在销售分工中起到了主要作用,就将其认定为主犯,而要综合考虑其行为对本罪法益的侵害程度。

【法理分析】

司法实践中,对主犯“起主要作用”的判断,通常从主客观两方面进行:从主观上看,主犯的作用表现在促成共同犯罪故意,并使

之强化,包括发起犯意、策划行为等情况;从客观上看,主犯的作用表现为对共同犯罪行为及其危害结果所起的作用和推动作用,包括纠集共同犯罪人、指挥共同犯罪行为、积极参加共同犯罪行为的主要实施者。对次要作用的判断,要根据其参与整个犯罪的情况,如其在整个共同犯罪中所处的地位、参与实施犯罪的程度等。因此,共同犯罪中主从犯的认定,在考虑行为在犯罪构成中的作用、对定罪与量刑影响的同时,还要结合整个犯罪事实考虑犯罪本质、行为本身对法益的侵害程度。具体理由如下:

第一,犯罪的本质是侵害法益的行为,也即行为造成对法益状态的损害。生产、销售伪劣产品罪作为破坏社会主义市场经济秩序罪中较为典型的一种犯罪,其侵害的法益是社会主义市场经济秩序,对行为的评价要考虑行为对法益的侵害程度,而对法益的实质性侵害直接源于犯罪的起意与实行,从这个角度看,甲的作用大于乙的作用。从犯意的产生上看,乙与甲的合意形成较晚,内容片面。乙本来并无破坏市场经济秩序的故意,虽然其明知是假牛肉干,但主观上只具有将销售行为作为一种工作而获取工资的故意。从实行行为看,乙是在甲完成生产行为后,根据要求实施销售行为,并未直接参与生产伪劣产品行为或生产、销售伪劣产品行为的策划。从行为的作用上看,乙受雇于甲,参与部分实行行为,是受甲指使负责网络渠道销售的客服与售后工

作,显然,这是对销售的帮助行为,该行为对市场经济秩序的侵害程度较小。

第二,以销售金额作为区分主从犯的标准容易导致严重的罪责刑不相适应。本案中,乙并非积极、主动参与犯罪,而是为了获取工资,根据岗位要求从事销售工作,且并无大额绩效提成。因此,相较销售金额而言,乙的行为具有参与时间短、获利少的特点,如果将其认定为主犯,其可能被判处十五年有期徒刑以上刑罚,与现实情况相比难言罪责刑相当。

【类案参考】

共同犯罪中主从犯认定,不仅要考虑行为在犯罪构成中的作用、对定罪与量刑的影响,还应当结合整个犯罪事实考虑犯罪的本质和行为本身对法益的侵害程度。一是不应单纯分析构成要件的符合性及据此认定行为的作用大小。如以犯罪数额作为构成要件的犯罪中,不能拘泥于犯罪数额,要综合考虑行为人的参与情况、犯罪数额在全部犯罪所得中的比重、分赃或获利情况等。二是要综合认定犯罪分工,不能因为行为人在某项分工中起主要作用,就认为其在整个犯罪中起主要作用,而要结合犯意的提起、犯罪阶段的发展与全部犯罪事实考量,比较其与他在共同犯罪中的作用、地位,综合评价其在整个犯罪中所起的作用,通过刑罚的个别化实现罪责刑相适应。

(作者分别为中国政法大学刑事司法学院教授、山东省临沂市人民检察院第一检察部四级检察官助理)

共同犯罪中主从犯认定标准:

- 一是不应单纯分析构成要件的符合性及据此认定行为的作用大小;
- 二是综合认定犯罪分工,要结合犯意的提起、犯罪阶段的发展与全部犯罪事实考量。

◎主刑与附加刑适用

新旧法交替时附加刑适用应“附随主走”



张虎

□张虎 李虎 何钦佩

在新旧刑法交替期间,从旧兼从轻原则的准确适用对定罪量刑有着重要意义。但是,司法实践中,个案究竟如何适用从旧兼从轻原则却时常存在争议。较为典型的是,旧法对某一罪名未规定附加刑,新法虽然降低其幅度内主刑的最高刑却又增设了附加刑。而这一立法上的修改将该罪的刑罚从原先单一主刑转变为同时科处主刑、附加刑,进而导致刑罚轻重比较存在困难,那么主刑与附加刑能否分别适用?本文以一起职务侵占罪案为例阐述此类案件适用原则。

【典型案例】

2013年1月至2020年12月期间,乙作为某民营企业管理人员,利用职务便利,非法占有公司财物,数额较大。2021年5月21日,公安机关刑事立案侦查。同年10月19日,移送检察机关审查起诉。同年11月19日,该案被提起公诉。同年12月7日,法院判决乙犯职务侵占罪,判处有期徒刑十一个月,并处罚金人民币3000元。

【争议观点】

2021年3月1日,刑法修正案(十一)正式施行。职务侵占罪刑档被三分化,且创设了“并处罚金”的附加刑。因刑法的修改,司法实践中,出现大量行为发生在新法实施前的未决案。如上述案例中,在职务侵占金额为数额较大的法定刑框架内,新规定的最高刑为有期徒刑三年,轻于旧规定对应的最高刑有期徒刑五年。依据从旧兼从轻原则,主刑适用新法,即判处三年以下有期徒刑或者拘役。但罚金刑的设立,系新法对旧法“从无到有”的创设性规定,故针对是否适用新法“并处罚金”的规定,存在不同理解。有观点认为,主刑、附加刑应拆分,各自依据从旧兼从轻原则处理,即双向从轻处理,更符合禁止溯及既往或禁止事后罚的宗旨,有利于保障人权。因此,本案不应判处罚金刑。笔者认为,判断新旧法关于某一犯罪法定刑的轻重,应优先考虑主刑的轻重,新法的主刑轻则适用新法,此时新法规定的附加刑应当一并适用。

【法理分析】

对于这类新旧法交替期间,出现主刑变轻而新增附加刑的情况,应以主刑的轻重比较为准,主刑与附加刑的新旧法适用应当保持一致。具体理由如下:

附加刑对主刑具有依附性。我国采用主刑、附加刑的二分法刑罚体系。主刑是对犯罪人适用的主要刑罚方法,能独立适用。附加刑是补充主刑适用的刑罚方法。作为附加刑之一的罚金刑,其主要存在四种适用方法:一是罚金与主刑为地位同等的选择项。如刑法第277条规定的妨害公务罪,

法定刑为“三年以下有期徒刑、拘役、管制或罚金”,判罚模式为“主刑或罚金”;二是并处或单处罚金。如刑法第287条之二帮助信息网络犯罪活动罪,法定刑为“三年以下有期徒刑或拘役,并处或单处罚金”,判罚模式为“主刑+罚金”或“罚金”模式;三是可以并处罚金。如刑法第293条规定的寻衅滋事罪,其中一档法定刑为“处五年以上十年以下有期徒刑,可以并处罚金”,判罚模式为“主刑+罚金”或“主刑”;四是并处罚金。

从附加刑与主刑的搭配方式可以看出,第一种模式的罚金刑具有独立性,可以单独适用。第二种模式的罚金刑具有依附性与独立性双重属性,或依附或单独适用。后两种模式的罚金刑具有明显的依附性,以主刑存在为前提,附加刑为主刑的备选补充。其中第四种模式中,附加刑不是备选适用而是必选适用。从职务侵占罪的罪刑规定看,其附加刑对主刑具有必然依附性。

适用“主附一体”符合法律逻辑。法律判断是法律人的基本思维方式之一,在法律逻辑学体系中具有重要位置。司法权在本质上是一种判断权。法律条文是法律命题的语句承载。法律条文的设置存在固有的法律逻辑。因此,可借助法律判断及命题成立与否的逻辑方法,分析职务侵占罪法律条文的适用方式。复合命题是命题类型

的一种,以其他命题作为组成成分。依据各子命题之间的关系,又可分为联言命题、选言命题等。联言命题的联结词为“并且”,用逻辑符号表达为A∧B(A合取B),该命题成立的条件为A、B均成立。选言命题的联结词为“或者”,用逻辑符号表达为A∨B(A析取B),A、B成立其一,则该命题成立。

回归职务侵占罪,可对“数额较大”的刑罚条文进行命题解构。“三年以下有期徒刑或拘役”为命题A,其中A命题中存在“三年以下有期徒刑”(A1)与“拘役”(A2)构成的选言命题,即A=A1∨A2。“并处罚金”为命题B,职务侵占罪数额较大的法定刑,为由A、B两个命题构成的联言命题,用逻辑符号表示为(A1∨A2)∧B。联言命题的成立以子命题均成立为前提,即职务侵占罪的法定刑的适用以A、B同时适用为前提。逻辑符号表现为A1∧B、A2∧B两种,对应的判罚方式为“有期徒刑+罚金”“拘役+罚金”两种。因此,当罚金刑(B)与主刑(A)同时适用时,该法定刑命题才符合法律逻辑。

【类案参考】

对于新旧法交替时,出现主刑变轻而新增附加刑或附加刑变重的情况,应以主刑的轻重比较为准,主刑与附加刑不能分别适用新旧法,而应当一体适用新法“主刑+附加刑”。

(作者单位:湖北省枣阳市人民检察院)

新旧法交替时主刑与附加刑适用原则:

对于出现主刑变轻而新增附加刑或附加刑变重的情况,应以主刑的轻重比较为准,并一体适用新法“主刑+附加刑”。

从「个案智慧」到「类案经验」:案例规则的凝练与运用

析,总结办案要点与经验,促进「个案智慧」转化为「类案经验」,为司法实践提供有益参考。为司法实践准确适用法律、精准办理案件,本版以三个典型案例为研究对象,以争议问题为导向,通过法理分析、类案检索、司法经验,是消解法律适用分歧,平衡司法能动性、谦抑性的内修之法。为助力编者按 司法实践中,同案不同判的现象仍有存在,从办案思路看,面对疑难案件时,求助于先例经验成

案例规则的凝练与运用

案例规则的凝练与运用

◎网络侵财案件办案要点

网络盗刷套现属冒用信用卡



李勇

现),从张某手机绑定的银行信用卡以购物消费的名义套现5200元,后姚某将5200元转给王某。

【争议观点】

司法实践中,盗用他人支付宝、微信侵财的行为既可能构成盗窃罪,也可能构成信用卡诈骗罪,关键在于辨析盗刷行为方式符合哪一种法益侵害的行为类型。常见的类型有:(1)余额转移型,即被害人从被害人的支付宝或微信余额中秘密将钱款转移。这种情况下,支付宝、微信只是支付通道,相当于“电子钱包”,属于违背被害人的意志改变占有。实践中,此类行为认定为盗窃罪已逐步达成共识。(2)绑定转移型,即被害人的支付宝或微信绑定了银行卡,被害人冒用持卡人的名义从绑定的银行卡内转移资金到被害人的支付宝或微信账户内,再转移到被告人本人的支付宝或微信账户内。这种情形下,前行为是冒用信用卡的信用卡诈骗行为,后行为是盗窃行为,是从一重处断盗窃罪,还是定信用卡诈骗罪,实践中存在一定争议。本案不同于前两种常见类型,属于绑定套现型。对于王某的行为

如何定性,也有不同观点。主张盗窃罪的观点认为,支付宝账户类似于“通行的门”,支付宝账户的密码相当于开门的钥匙,被告人通过支付宝账户转移信用卡内的资金,改变了占有关系,属于盗窃行为;对于银行来说,只要密码正确就支付,并没有发生认识错误,且机器不能被骗。但笔者认为,王某的行为构成信用卡诈骗。

【法理分析】

实行行为本质上属于冒用他人信用卡行为。本案王某盗用他人支付宝绑定的信用卡,以消费购物的名义刷卡套现,可称之为绑定套现型。王某在扫描店铺收款码时,需要在手机支付宝上点击选择使用信用卡,然后以购物的名义扫描收款二维码。根据信用卡运作原理,银行收到用户指令后,向商家垫付贷款,再由持卡人事后向银行还款,即“透支消费”。本案商家收到银行垫付的货款后扣除手续费套现给王某,整个过程属于典型的冒用信用卡,支付宝在这里只是信用卡用户发出消费指令的工具而已。传统的刷卡套现,是通过POS机向银行发出消费指令,本案是通过支付宝及其配套的

收款二维码向银行发出消费指令,本质上都是使用信用卡套现的行为。本案王某获得收款的关键行为,是王某冒用持卡人身份,通过支付宝这个工具,以持卡人身份向银行发出支付指令,银行误以为是持卡人的指令而支付财产,完全符合信用卡诈骗罪中的冒用他人信用卡的行为特征。这一逻辑也得到了司法解释的认可,如《关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(下称《解释》)第5条关于“冒用他人信用卡”情形的规定。

智能机器可以被骗。传统观点认为,机器无法进行沟通,而传统的诈骗罪是交互型(沟通型)犯罪,需要与被害人就财产决策的具体事项发生意思沟通,因此,从机器那里取得财物的行为不成立诈骗罪,只成立盗窃罪。但在智能化时代,移动支付的普及,在信用卡诈骗、贷款诈骗等特殊诈骗领域“机器不能被骗”可能是个伪命题。传统的机器设备是被动反应装置,而今天的智能设备可以进行一定程度的互动沟通,智能设备成为自然人的延伸和代理者,表达自然人的意志,欺骗智能设

备实际上就是欺骗其背后的自然人。司法实践也在一定程度上承认了智能设备可以被骗,如最高检《关于拾得他人信用卡并在自动柜员机(ATM机)上使用的行为如何定性问题的批复》规定,拾得并在ATM机上使用他人信用卡,以信用卡诈骗罪追究刑事责任;《解释》第5条规定在互联网、通讯终端冒用他人信用卡,以信用卡诈骗罪定罪处罚。因此,至少在信用卡诈骗罪、贷款诈骗罪等特殊诈骗罪中应当承认机器可以被骗。

银行具有被害人地位。本案中,王某冒用持卡人身份,骗取银行钱财,被害人只能是银行而不可能是持卡人。即使最后银行因为持卡人的过错而向持卡人主张偿还责任的,持卡人也只是事实上的受害人,而不是刑法上的被害人。《最高人民法院关于审理银行卡民事纠纷案件若干问题的规定》第7条规定,发生网络盗刷交易,信用卡持卡人基于信用卡合同法律关系请求发卡行返还扣划的透支款本息、违约金并赔偿损失的,法院依法予以支持;发卡行请求信用卡持卡人偿还透支款本息、违约金等的,法院不予支持。显然,即使在民事法律关系中,被害人也是银行。

【类案参考】

办理这类案件,需掌握以下三方面要点:

1. 辨析实行行为的类型。实行行为是类型化的法益侵害行为,对于盗刷行为,应区分是余额转移型、绑定转移型还是绑定套现型。传统的刷卡套现,是通过POS机向银行发出消费指令,如果行为人是通过支付宝、微信及其配套的收款二维码等相关工具向银行发出消费指令,本质上符合信用卡诈骗罪中的冒用他人信用卡的行为特征。
2. 确定诈骗事实。盗窃罪是取得型犯罪,属于违背权利人的意志改变占有关系;诈骗罪是交互型(沟通型)犯罪,是权利人陷入错误认识“自愿”处分财物。在智能支付时代,智能设备作为自然人意志的延伸,陷入错误认识“被骗”而处分财物,能够成立信用卡诈骗、贷款诈骗等特殊诈骗罪。
3. 厘清被害人。刑法意义上的被害人是犯罪实行行为直接作用的对象,而不是指危害后果波及的所有人。在行为人冒充持卡人恶意套现的过程中,刑法意义上的被害人和被害人应该是银行。

(作者为江苏省南京市人民检察院法律政策研究室主任、全国检察业务专家)

网络侵财案件办案要点:

1. 仔细辨析实行行为的类型;
2. 仔细辨析是否存在被害人;
3. 辨析被害人是谁。