

随着经济社会不断发展,民商法、行政法等部门法日趋成熟,既涉及刑事犯罪,又牵涉前置法问题的情形越来越多,实践中出现大量“民商刑交叉”“行刑交叉”类疑难案件——

# 刑事违法性判断必须遵循法秩序统一性原理



“持卡人到场”应评价为参与转移犯罪所得

□蒲阳

为遏制电信网络诈骗犯罪的高发态势,司法机关开展了“断卡”行动,严厉打击整治非法出租、出售、买卖电话卡、银行卡等违法犯罪行为。一般而言,如果行为人只是单纯提供银行卡,未参与转账行为,可只认定为帮助信息网络犯罪活动罪;如果不仅提供了银行卡,还帮助人脸识别验证(俗称“刷脸”)转移资金,代为线下取款的,应当认定为掩饰、隐瞒犯罪所得罪。司法实践中,存在上述情形以外的情形,即行为人按照上家要求,事前提供银行卡号,其本人也携卡来到作案现场,但现场操作转账全部由对方完成,行为人未实施刷脸等帮助行为。一方面,上家希望转账时对方有所控制,防止其恶意挂失银行卡并“黑吃黑”,故要求其到现场;另一方面,行为人到场可以随时应对转账过程中出现的问题,如刷脸验证和取款等,确保转账迅速和顺利。在不少案件中,由于转账比较顺利,并不需要行为人在现场刷脸,这就导致了上述情况的发生。对于这种并非单纯提供银行卡,但也未提供刷脸等帮助行为的情况,如何认定行为性质存在较大争议。

有观点认为,对此应当认定为帮助信息网络犯罪活动罪。其一,行为人提供银行卡等帮助行为时,电信网络诈骗并未既遂,而当被诈骗资金转入行为人提供的相关银行账户后,行为人在现场,却无任何行为,并未提供刷脸等帮助,不构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪。其二,行为人是否有刷脸行为,刷脸是用于登录还是用于转账等,在证据上难以证明。不同银行,不同的交易习惯,对于触发人脸识别验证有不同的设置,没有统一的标准,也难以查询到留存记录。对于是否刷脸的事实,只有行为人自己的供述来证实,属于孤证,并且还可能造成处理上的不公。态度好、主动供述的,反而可能会被按更重的掩饰、隐瞒犯罪所得罪定罪,而态度不好、不供述的,则以更轻的帮助信息网络犯罪活动罪处理。其三,还可能涉及涉案数额认定的混乱。刷脸所对应金额应当认定为掩饰、隐瞒的数额,但没有刷脸的是否就不认定,如何查明是什么时候刷脸,刷脸后转账多少金额等。这些情况在实务中几乎不可能查清。因此,依据证据存疑有利于被告人的原则,应对涉案数额予以区分。笔者认为,对于并非单纯提供银行卡的行为,应当认定为掩饰、隐瞒犯罪所得罪。行为人不但提供了银行卡,而且本人也到了转账现场。与单纯提供两卡的情形不同,行为人提供银行卡的目的就是为了帮助上游犯罪人员转账,并且其本人到现场能够确定转账行为的发生,即使没有实施刷脸、取款等行为的,也对掩饰、隐瞒电信网络诈骗所得资金起到实质帮助作用。

首先,资金转入行为人银行账户时上游犯罪已经既遂。通说认为电信网络诈骗罪的既遂,并不要求必须亲手控制,对于电信网络诈骗团伙所控制的人或组织控制财物的,即可以认定为既遂。也就是说,当行为人到现场被控制以后,电信网络诈骗资金转入其卡中,上游犯罪就已既遂。在这之后,行为人只要参与了掩饰、转移赃款的,就应当认定为掩饰、隐瞒犯罪所得罪。

其次,对持卡人的行为应当进行一体化的实质把握。行为人提供银行卡的目的就是为了帮助上游犯罪人员转账,其本人也在现场能够确定转账行为的发生,并随时准备提供刷脸等帮助行为。因此,对于持卡人准备进行转账时进行一体化评价,不应割裂开来只看诈骗资金到账前和到账后有哪些行为。行为人到场的重要原因,就是随时做好准备在转账遇到问题时进行刷脸验证或者去银行取款。实施电信网络诈骗需要迅速转移资金,因此即使前期行为人已经提供了卡号和密码,其本人不到现场,上游犯罪人员也不会开始接收并转移电信诈骗资金。这就说明行为人到场对于后续转账的重要性,是上游犯罪人员实施犯罪的必要条件。行为人单纯提供银行卡,不参与后续环节,仅是对接诈骗资金提供帮助,而到场则是对转移诈骗资金提供帮助。即使行为人没有实施刷脸等行为,其到场也是对掩饰、隐瞒犯罪所得的重要的实质性帮助。

再次,行为人主观认识程度超越了仅提供银行卡的情形。单纯提供银行卡,对上游人员从事犯罪活动是一种模糊、概括的认识,对于上游人员如何利用该银行卡,实际上是一种漠不关心的主观心理状态,即放任危害结果的发生,但具体是什么结果在所不问。而帮助刷脸转移资金或代为线下取款的人员,现场接触了转移资金的过程,能够对资金性质有更为具体的认识。其主观上能够认识到转账资金来路不正,自己帮助转账的行为会导致该笔资金损失的发生。因此,行为人为人提供银行卡并到场参与转账的,即使没有帮助刷脸或代为取款,行为人的主观认知与后者是基本相同的。这种认识程度和认识内容已经超越帮助信息网络犯罪活动罪的主观认知。

最后,刷脸只是印证行为人掩饰、隐瞒犯罪所得的证据补强。如前所述,行为人到现场就是提供了实质帮助,因此刷脸验证并非是一个独立的构罪事实,不需有完备的证据锁链予以证实,也不与具体的犯罪数额关联。在此基础上,行为人在如果供述其刷脸验证,只是对掩饰、隐瞒等帮助行为从证据上的加强,是否刷脸不是判断行为性质的关键要素,也不会影响到掩饰、隐瞒犯罪数额的认定。

(作者单位:江苏省泰州市高港区人民检察院)

为和其他违法行为类型交叉重合、刑事立法既定性又定量的立法特点,由此决定了必须重视个别罪保护法益对构成要件解释的指导作用,对刑法规定的犯罪构成要件进行独立的实质性解释,才能准确认定行为的刑事违法性。例如,要注意区分行政管理秩序与个罪保护法益(如虚开增值税发票罪是否要求以“骗取抵扣国家增值税”为目的),在行刑衔接时要给行政处罚留下空间(如伪造一本机动车驾驶证的行为是否成立伪造身份证件罪)。

其次,要坚持区分性判断规则。司法人员讨论不同类型行为刑事违法性判断规则时,应当注意区分不同类型问题的争议焦点,予以针对性回应。例如,在民刑交叉领域,对于侵害传统的物权与新型权益(如民法典规定的数据、虚拟财产、公民个人信息权益等)行为的刑事违法性,在认定时有必要予以区分;再如,在行刑交叉领域,应当区分究竟是空白刑法的补充规范(如违反……规定)问题,还是“治安处罚—刑罚”二元制中一般违法行为和刑事违法行为的界限问题等。

再次,要坚持变动性判断规则。近年来,随着我国经济转型、生态目标转型、社会治理方式转型等,刑事立法出现活跃期。刑事法律的频繁修订,犯罪圈的调整,必然会对行为的刑事违法性认定产生重大影响。例如,刑法修正案(八)新增危险驾驶罪,将“醉酒入刑”,刑法修正案(十一)修改药品犯罪时,新增妨害药品管理罪,将部分原来被认定为生产、销售、提供假药、劣药罪的行为纳入该罪处理范围等。这就要求我们不能用一成不变的眼光解释刑法,而是要充分考虑法益的变动性,既要重视刑法增设新罪、条文内容修改给具体罪名犯罪构成要件解释带来的变化,如刑法修正案(十一)将骗取贷款罪入罪门槛作了调整,将给银行或者其他金融机构“造成重大损失或者有其他严重后果”修改为“造成重大损失”,删去了“其他严重后果”的规定,使本罪成为结果犯,也要及时关注信息社会中,新兴经济业态、新型权益变化过程中,对于各类权益的动态平衡保护问题,如近年来民法典、公民个人信息保护法有关“已公开公民个人信息二次处理”的相关规定,对于侵犯公民个人信息罪认定的影响。总之,在法秩序统一性指导下,司法人员应当立足动态法益保护,对个案中的具体犯罪构成要件作出开放性的解读。

(作者为北京市人民检察院第一分院检察官、全国十佳公诉人)

司法人员应当以具体法益为指导,根据刑法具体罪名的犯罪构成要件,对刑事违法性进行实质性判断。讨论不同类型行为刑事违法性判断规则时,应当注意区分不同类型问题的争议焦点,予以针对性回应。在法秩序统一性指导下,立足动态法益保护,对个案中的具体犯罪构成要件作出开放性的解读。



□陈禹程

随着我国经济社会不断发展和民商法、行政法等部门法日趋成熟,既涉及刑事犯罪,又牵涉前置法问题的情形越来越多,实践中出现了大量“民商刑交叉”“行刑交叉”类疑难案件。同时,由于包括刑法在内的各部门法先后都进入了立法活跃期,如何全面、准确理解刑法与前置法的关系,成为刑事定罪无法回避的重要问题。

近年来,我国刑法领域越来越广泛地适用法律秩序统一性原理作为探讨此类问题的重要理论进路。理论界围绕法秩序统一性与刑事违法性判断问题,提出了违法相对(多元)论、(缓和的)违法一元论、质量区分等不同方案,实务界也越来越重视法秩序统一性原理的运用。例如,2022年12月,“两高”联合发布《关于办理危害生产安全刑事案件适用法律若干问题的解释(二)》(下称“《解释(二)》”),《解释(二)》起草者指出,“坚持法秩序统一性要求”是解释研究起草的总体原则之一。最高人民法院在第35批第192号指导性案例“李开祥侵犯公民个人信息刑事附带民事公益诉讼案”中,明确提出“将‘人脸信息’认定为公民个人信息遵循了法秩序统一性原理”。此外,不少涉及新型权益保护、行刑交叉类型案件中,实务界人士也开始重视前置法问题,避免刑事违法性认定与民商法、行政法规定相矛盾。

源于德国的法秩序统一性,是指“由宪法、刑法、民法等多个法域构成的法秩序之间互不矛盾,更为准确地说,在这些个别的法域之间不应作出相互矛盾、冲突的解释”。法秩序统一性要求刑法与民商法、行政法等前置法对于同一行为在不同法域不应作出相互矛盾的评价。在我国,由于刑事立法采取了统一刑法定、自然犯与法定犯一体化的立法模式,且刑法与前置法的立法修订很多时候并不同步,可能存在“立法时差”,故在刑法立法修订、司法适用的过程中,应当重视刑法与前置法的协调,避免法秩序内部矛盾、冲突。

法秩序统一性是合法性的统一,须区分法律行为的合法性和有效性

首先,法秩序统一性是合法性的统一,而非违法性的统一。关于法秩序统一性是指违法性的统一还是指合法性的统一,存在理论争议。违法性统一观点认为,刑法与前置法的违法性判断必须保持一致。但是,在我国立法司法语境中,将“前置法的违法性”作为判断“前置法与刑法交叉”类型中行为

刑事违法性前提的逻辑基础,并不成立。例如,在“民刑交叉”类型法律事实中,虽然民事领域区分违法行为和合法行为,但这种区分与刑事领域差别极大,民事违法行为并非判断民事法律关系的关键,民事法律行为效果也与刑事违法性并无必然关联;在“行刑交叉”类型法律事实中,由于行政法与刑法的目的性质和价值追求不同,行政违法性的主观要件与刑事违法性的责任要件存在重大差异,我国刑法中“空白刑法规范”对行政法规范的“依附”并不意味着刑事违法性从属于行政违法性,行政违法性的前置判断反而可能导致行政犯刑事违法性判断的“形骸化”。一个行为在不同法领域当然可以被作出不同评价,在刑事领域,应当通过对犯罪构成要件的实质性解释,对刑事违法性作出独立判断。法秩序统一的真正对象应当是合法性,即其他法领域的合法行为在刑事领域具有合法性,或者说不具有刑事违法性,以避免法秩序内部的矛盾冲突。

其次,区分法律行为的合法性和有效性。法秩序统一性要求,其他法领域的合法行为,无论如何不能被评价为具有刑事违法性的犯罪行为。但在有的场合,极易混淆法律行为的有效性与其合法性。具有法律效力的行为,不一定是法秩序中的合法行为,一个行为的有效性不能够成为阻却刑事违法性的理由。以之前热议的某保险诈骗案为例,围绕该案中行为人为虚构投保人年龄投保,二年后索赔的行为是否成立保险诈骗罪,曾引发较大争议。有观点根据保险法中的“两年不可抗辩条款”,认为在保险合同有效的情况下该行为不构成刑法上的保险诈骗罪。这种观点便是混淆了民事行为的有效性和合法性,进而影响了对刑事违法性的认定,因为保险合同有效并不意味着对行为人的欺骗行为进行了合法性评价,并不影响其行为构成保险诈骗罪。

从法律概念的相对性理解法秩序统一性

在法秩序体系中,“法概念共有”现象

并不鲜见。不少观点从刑法的从属性出发,认为“从属内容包括了法概念的从属”,刑法和民法、行政法共同使用的概念术语,原则上应当作相同的解释。但是,法概念统一性并非法秩序统一性的内在要求,法律概念的相对性更有利于实现法秩序的协调统一。

首先,法概念不统一,并非规范矛盾,也不属于法秩序统一性需要排除的矛盾。即使是最先建构起法秩序统一性体系的德国学者恩吉施教授也认为,“法概念不统一”(同一法律术语在不同的法领域中的解释不尽相同)属于“制定法技术的矛盾”而非“规范矛盾”,是必须容忍的矛盾。

其次,基于目的解释、体系解释,法秩序统一性并不要求刑法中使用的相关概念必须遵循前置法界定,而是应当由刑事司法人员根据个罪构成要件,进行独立、实质判断。法律概念是构成法律规范的重要因素,法律概念要根据具体法律规定的目的、意义与体系地位对之进行解释,这也被称作“法律概念的相对性”。刑法中的法律概念表现为构成要件要素,“从刑法的角度来看,对法律概念的解释会直接影响到被评价的行为是否符合构成要件,继而决定了该行为是否具备构成要件所昭示的违法性”。对于刑法用语的解释,只有置于刑法条文、规范保护目的、法益以及体系等具体语境中,才能得到合理结论,体系解释并不等于对同一用语作出完全相同的解释,不能试图将一个用语的定义适用于所有法条,法概念的相对性或者说多义性,才是体系解释的必然要求。

法秩序统一性指导下判断刑事违法性时,要坚持实质性、区分性、变动性的判断规则

首先,要坚持实质性判断规则。司法人员应当以具体法益为指导,根据刑法具体罪名的犯罪构成要件,对刑事违法性进行实质性判断。在我国,全部罪名都规定在一部刑法中,存在自然犯和法定犯一体化、犯罪行

# 依法没收衍生犯罪所得赋能源头治理



□王莉 胡成胜

习近平总书记强调,要切实抓好社会治安综合治理,坚持系统治理、依法治理、综合治理、源头治理的总体思路,这为我们治理经济犯罪提供了根本性的方法论遵循。犯罪所得是司法实务中经常遇到的犯罪“伴生品”,也是经济犯罪涉案财产处置中的常见疑难问题。当前,电信网络诈骗犯罪、毒品犯罪、危害食品安全犯罪等犯罪多因利而生、图利而为,防范和打击此类犯罪当坚持系统观念、源头治理,在严厉惩治的同时,更加注重“打财断血”,既是贯彻“任何人不得从犯罪中获利”的朴素正义观念,又有利于斩断诱使犯罪的经济动因抑或削弱再次犯罪能力。我国刑法第64条所规定的“特别没收”正是该理论的实体制度依据。然而,源于财产性利益的多样性、变化性,实践中犯罪所得也并非一成不变,客观上给追赃处置带来种种困难。依据犯罪所得是否经过掩饰、流转,可以将其划分为基本类型的犯罪所得和衍生类型的犯罪所得。前者是指尚未经过掩饰或者流转,仍然保持着取得时“原貌”的犯罪所得;后者是指已经通过掩饰、流转,不再保持取得时“原貌”,或者在“原貌”基础上衍生出新的财产性收益的犯罪所得。其中,衍生类型犯罪所得在理论和实践中都存在不少争议,争议的焦点大体可以归纳为两方面:一是如何认定犯罪所得;二是如何处置犯罪所得。在此,针对衍生类型犯罪所得的认定和处置规则展开研讨,以期准确甄别和处置犯罪所得提供有益参考。

衍生类型犯罪所得的认定

根据掩饰、流转的方式和掩饰、流转后犯罪所得状态的不同,衍生类型犯罪所得可以分为三种类型,即替代所得、混合所得和增值所得。

所谓替代所得,是指犯罪所得的原始形

态由于流转、毁损等原因已经不复存在,但行为人仍然保有其替代价值的犯罪所得。比如,贿赂犯罪中受贿人事后变卖了其受贿得来的实物,取得相应的变卖价款,且由于法定或者事实的缘故,原始实物已经不可能追回,或者原始实物虽未经流转,但由于自然或者人为的因素已经灭失,而行为人从中获得了相应抵偿款物。

所谓混合所得,是指行为人为掩饰、隐瞒或者利用犯罪所得,将犯罪所得财产与自己或者他人的合法财产相混合后生成的新混合财产。例如,行为人使用犯罪所得的现金与自己原来的合法存款购置的住房。值得强调的是,混合所得的认定应当是犯罪所得因与其他财产混合后失去与原态的同一性为标准,如果虽经混合但仍然保持着原态同一性,则依旧视为基本形态的犯罪所得。

所谓增值所得,是指基本类型犯罪所得所产生的增值收益。例如,犯罪所得产生的自然孳息,行为人为人将犯罪所得钱存入银行所得的利息等法定孳息,以及行为人为人将犯罪所得用于合法经营活动所获得的红利等收益。

增值所得的没收规则

增值所得可分两种情况处理:若行为人利用犯罪所得从事的投资经营活动本身具有违法性乃至犯罪性,则一律予以没收;反之,则宜没收犯罪所得的直接收益。这主要是出于理性治理考虑,正如刑罰的正义理论早已摆脱同态复仇式的朴素观念而转向一种价值相当的理性报应一样。当然,至于何为直接利益仍有进一步探讨的余地。虽然把没收的对象限定在直接收益,客观上仍然留有行为人为人获利的余地,但这只能是理性抗治犯罪选择所不可避免的结果。

混合所得的没收规则

混合所得的没收范围亦应当分为两种情况分别处理:第一种情况是出于掩饰、隐瞒犯罪所得的目的把犯罪所得与合法财产相混合,则应当将混合财产连同其中的合法财产部分一并加以没收。理由是,掩饰、隐瞒犯

罪所得本身就具有非法性,行为人或者第三人将自己的合法财产用于掩饰、隐瞒犯罪所得后,其合法财产也因此染上了非法的印迹,退变为供犯罪所用的本人财物,根据我国刑法第64条的规定,理应以没收。第二种情况并非出于掩饰、隐瞒犯罪所得的目的,而是为了利用犯罪所得或者其他合法原因造成犯罪所得与合法财产相混合,那么在对混合财产进行没收时就应该扣除其中的合法财产部分。原因是,特别没收作为犯罪的惩治手段,其适用应当以相关对象具有犯罪性为前提。就具体操作而言,出于保护合法财产权益的考虑,也应视具体情况恰当处理:如果混合财产易于分割,则可以分割后,就犯罪所得的对应部分加以没收;如果强行分割会明显破坏其整体价值,则可以拍卖、变卖后,就价款中犯罪所得对应比例部分加以没收,其余部分仍应当退还行为人或者第三人;如果分割或者拍卖、变卖混合财产都会明显对行为人或者第三人的合法财产权益造成严重损害,则可以经行为人同意后,替代没收其与犯罪所得等额的合法财产。

需要说明的是,倘若混合所得是犯罪所得与善意第三人的合法财产相混合而生成的,没收时应当尽量保护第三人的合法权益。为此,在对混合财产拍卖、变卖时,应当赋予善意第三人优先购买权,假如拍卖、变卖混合财产将对第三人合法财产权益造成严重损害,第三人又无力行使优先购买权,且行为人亦没有其他合法财产可供替代没收,则可以就拍卖、变卖价款中应当没收部分对第三人所受损失给予适当补偿。原因是,特别没收所追求的目的重在行为人为人犯罪所得的取缔,而不是国家对相关财产权益的获得,在取缔目的业已达成的前提下,无论是出于人道关怀还是国家的保护职责,国家权力都应当让位于公民合法权益。

特定物没收不能的没收规则

源于财产性利益的多样性以及流转、变化性,犯罪所得并非始终都具有并保持着有形的状态,对于某些欠缺有形性的犯罪所得,客观上不可能就“特定物”本身径行剥夺,这里姑且称之为“特定物没收不能的犯

罪所得”。特定物没收不能都是由具体事由引起的,根据这些事由出现的时间先后,可以将其分为原始的没收不能和事后的没收不能。

所谓原始的没收不能,是指行为人通过犯罪行为所获得的财产性利益本身不适合没收,主要是针对行为人通过犯罪行为所节约的正常情况下应当支付的费用而言的。例如,行为人为节省的开支、使用的利益、观赏的表演等等。

所谓事后的没收不能,是指行为人通过犯罪行为获取的犯罪所得原本是具有有形性的“特定物”,但在案件裁判时已经不存在或者无法追查,造成不可能就此特定物没收。常见的造成事后没收不能的具体事由有:犯罪所得取得后被毁灭、流转且没有相应的替代财产;犯罪所得被行为人为人消费、丢弃;犯罪所得被掩饰、隐瞒无法追查;犯罪所得被非基于掩饰、隐瞒等非法目的与合法财产相混合,强制分割或者拍卖、变卖会明显对其中的合法财产的所有人造成严重损失;等等。

既然是特定物没收不能,自然是无法针对特定物进行没收,但是,倘若“就此罢休”,客观上又确实让行为人享受到了犯罪所带来的财产性利益。例如,对于特定物原始没收不能的情形,由于不具有有形性,自始无法没收,但是,正常情况下,人们享用这些利益都需要支付相应的对价,然而行为人为人却通过实施犯罪行为无偿享用,因而节约了本应支付的费用,从这个角度讲,行为人为人实际上是获得了收益。又如,对于特定物事后没收不能的情形,犯罪所得虽经与合法财产相混合不宜没收,但行为人为人毕竟享有着混合财产中的犯罪利益,即便犯罪所得被毁灭、丢弃实际上已经不为行为人所享有,但并不能因此否定行为人为人曾经通过犯罪行为取得犯罪所得的事实。

综上,笔者认为,出于对行为人为人从犯罪中取得的财产性利益毫无遗留加以剥夺的正义目的,出现特定物没收不能的情形时,应当没收犯罪人与犯罪所得价值相当的合法财产,即依犯罪行为实施时的价额确定应当没收的等额合法财产。

(作者单位:西南政法大学刑事侦查学院、重庆市人民检察院)