

为电诈集团“提供生活保障行为”司法认定的问题与对策

◆李正山

(河南科技学院, 河南 新乡 453000)

【摘要】电信网络诈骗犯罪成为当前诈骗犯罪的主流类型,在电诈集团犯罪愈演愈烈的当下,应当着重予以打击。但由于电诈集团人员组成与分工的复杂性,在对电诈集团成员进行量刑时,应当根据各行为人的具体行为对诈骗集团实施诈骗行为的直接作用力大小来认定,通过准确适用不起诉、免于刑事处罚或不以犯罪论处等量刑规定实现精准量刑,从而在对电诈集团打击时达到不枉不纵、罚当其罪的法律效果。

【关键词】电诈集团;纯生活保障行为;帮助行为;辅助性工作

一、问题的提出

互联网在近几年的蓬勃发展,为诈骗方式提供了更加便利的方式和渠道,得益于网络空间在与人交际方面的无边界、效率高、成本低、“市场潜力深”等特点,诈骗行为人在境内外招募人员,以组建犯罪集团的形式,明确分工、通力合作,使众多受害者中招,造成了较大的社会危害。电诈集团的组织者、领导者为方便管理、提升诈骗效率,往往通常会组织内部成员进行分工,除了电诈集团中常见的负责招募人员、培训新人、提供话术、安排工作内容等工作,以及从事电诈集团中的代理、队长、聊手、财务等在电诈集团直接实施诈骗构成要件行为的工作外,还有一些电诈集团的成员仅实施了负责购买集团成员生活用品或提供餐食等生活保障类工作。司法实践中,仅实施了生活保障类行为的犯罪人通常会被以诈骗罪的共同犯罪论处。虽然被认定为从犯,但由于电诈集团所实施的诈骗犯罪通常数额特别巨大,当主犯的刑期为十年有期徒刑以上刑罚时,即便从轻甚至减轻了处罚,从罪刑相适应的角度看,其最终刑罚依然较重。本文在聚法网数据库以“诈骗”为关键词,以“近两年”为期检索一次后,再以“生活保障”为关键词,共检索出103个相关案例,刨除无关案例后,本文精选了3个案例具体如下。

〔案例1〕被告人刘某荣明知他人实施诈骗活动,仍为他人做饭提供生活保障,在共同犯罪中起辅助作用,系从犯,依法减轻处罚,被告人刘某荣犯诈骗罪,判处有期徒刑三年,并处罚金人民币1万元。〔案例2〕仇某福明知狄某孝等人在实施电信网络诈骗,虽未直接实施诈骗行为,但仍担任厨师负责该组织内人员的日常饮食,为其提供生活保障,是该电诈集团的组成人员,应对其参与期间该电诈集团实施的全部诈骗行为承担责任。被告人仇某福犯诈骗罪,判处有期徒刑三年,并处罚金人民币二万元。〔案例3〕被告人宋某在犯罪集团开办的专为犯罪集团成员提供生活保障

的超市工作,虽没有直接从事诈骗,但其是为该犯罪团伙成员的生活保障提供帮助,应认定为诈骗共犯,对其所得依法应予没收。被告人宋某在境外参与的犯罪集团是针对境内公民实施网络诈骗的犯罪,其虽有从轻或减轻处罚的量刑情节,但不宜适用缓刑,对其辩护人提出的缓刑的辩护意见,本院不予采纳。被告人宋某犯诈骗罪,判处有期徒刑二年,并处罚金人民币一万五千元。

通过综合分析包括上述三个案例在内的检索结果不难发现,司法实践对电诈集团中仅担任厨师提供餐食、发放生活用品等纯生活保障行为的行为人在量刑时,多数判处了二至三年的实刑,且一般不适用缓刑。虽然电诈集团的社会危害性极大,应当着力谴责用刑,但也有些问题值得关注,如对仅实施纯生活保障行为的人员处以三年左右的实刑是否过重?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《电诈意见(二)》)中的从轻、减轻、不诉等量刑情节应当如何适用?对此,本文将针对上述问题展开论述,以求对司法实践提供参考。

二、纯生活保障行为对诈骗集团实施诈骗作用力明显不足

诈骗罪是典型的财产犯罪,诈骗罪(既遂)的基本构造为:行为人实施欺骗行为——对方(受骗者)产生(或继续维持)错误认识——对方基于错误认识处分财产——行为人或者第三者取得财产——被害人遭受财产损失。从诈骗罪的基本构造来看,各环节均围绕着“诈骗行为”及“财产”,故对电诈集团提供的帮助行为至少要对正犯所涉的诈骗行为及犯罪所得有关联,才能认为实施了满足上述条件的帮助行为的人对诈骗危害结果的实现提供了加功,才可以诈骗罪的共同犯罪论处。在明知他人实施电信诈骗实施特定帮助行为以诈骗罪共犯论处的问题上,《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》(以下简称《电诈意见》)第四部分第3条规定了“主观明知+客观帮助”的共犯认定



模式,电诈集团共犯的认定时间,应在正犯既遂前实施。在本质上,帮助行为与正犯的诈骗行为应有物理上的促进关系或心理上的因果性;在主观上,最少存在概括的明知。详言之,主观上行为人应明知他人实施电信网络诈骗犯罪,对诈骗具体危险有概括性明知,客观上电诈集团正犯既遂前,至少实施了《电诈意见》第四部分第3条中八项行为之一,且该帮助行为对诈骗集团成员实施诈骗行为有物理上的促进关系或心理上的因果性。即明知他人实施电信网络诈骗行为还提供上述八项行为中的一种或多种帮助的,均认定为共同犯罪。本文仅论述行为人实施该八项行为在电诈集团中以共同犯罪论处的情况,并不包含实施该八项行为的行为人被认定构成帮助信息网络犯罪活动罪与掩饰、隐瞒犯罪所得罪等其他犯罪的情形。

《电诈意见》第四部分第3条所设置的八项行为中,第一项至第六项、第八项主要列举了提供通信工具、交易卡片、结算账户、个人信息、诈骗软件与设备、技术支持、支付结算、套现和取现等几类较为具体的行为类型。这几类行为从帮助电诈集团实施诈骗工作准备工具制造条件(提供通信工具、交易卡片、结算账户、个人信息、诈骗软件与设备),到电诈集团诈骗着手、实行过程中的具体帮持(技术支持、支付结算),再到骗得被害人财产后帮助转移诈骗所得而套现、取现的行为,全面涉及了电诈集团从准备实施诈骗犯罪到骗得财产转移赃款的全过程:帮助诈骗预备——帮助诈骗实施——帮助赃款转移。如前所述,诈骗犯罪属于财产犯罪,第一项至第六项、第八项所列举的帮助行为全流程地涉及了电诈集团实施诈骗犯罪的各项要件,并为电诈集团诈骗目的的最终实现提供了直接的作用力。

值得注意的是,《电诈意见》第四部分第3条对第五项、第七项、第八项直接使用了“提供……帮助的”“帮助……的”的表述方式,更加明确了该3项行为在诈骗共犯中的帮助性质,但该3项行为间对诈骗集团实施诈骗作用力依然存在明显的区别。第五项行为系行为人为电诈集团提供电信网络技术服务与支付结算业务上的帮助,国家之所以专门出台打击电信网络诈骗的相关法规,就是因为电信网络诈骗造成了传统诈骗不可比拟的不特定、大面积的法益侵害结果。因此,第五项中行为人与诈骗实行行为的关联性极强,作用力极大。第八项规定的是帮助诈骗正犯将诈骗所得转移、套现、取现的行为,该类行为是诈骗环节中被害人基于错误认识处分财产后,行为人或第三人取得财产使得被害人遭受财产损失的重要行为,是实现电诈集团终极目的的关键一步。第七项行为类型中,《电诈意见》将“提供资金、场所、交通”与“提供生活保障”并排罗列,站在社会生活的视角看,“提供生活保障”这一行为类型包含了提供衣、食、住、行、财物、基本生活资料等内容,似乎有含义

重叠的嫌疑,但在电信诈骗的语境下,将提供资金、场所、交通与提供生活保障的行为区分开具有一定的合理性。首先,在电诈集团成立初期,为其提供资金,使电诈集团购买设备、招募人员、发放工资有了必要的物质基础,这无疑充当了诈骗分子的“金主”与“天使投资人”,为电诈集团的成立提供了重要的经济基础。其次,为躲避打击,电诈集团选址往往具有隐蔽性,司法实践中许多电诈集团甚至将窝点设置到境外。此时,电诈集团帮助提供合适的场所以逃避侦查尤为重要。最后,电诈集团为方便人员管理,会将所招募的工作人员集中于诈骗窝点,为安全起见,电诈集团会提前规划好接送人员的路线,以点对点的形式接送集团的工作人员。若集团窝点在境外,还会选择难度更高的偷渡方式帮助电诈集团工作人员出入境,此时,为电诈分子提供交通的帮助行为对电诈集团的壮大与发展可谓功不可没。而“提供生活保障”的行为与《电诈意见》第四部分第3条列举的其他行为相比,对直接实现诈骗罪构成要件的作用力与原因力明显不足。从电诈集团案例检索结果中可知,为电诈集团中提供生活保障的行为,主要包括为工作人员做饭、购买和发放生活用品,该类生活保障类行为系保障电诈集团人员基本的生理、生活需要的行为,该行为不会直接提升诈骗成功概率,也不会对诈骗人员实施诈骗提供积极的促进作用。例如,看守所的民警给对抗侦查的犯罪嫌疑人提供饮食,该犯罪嫌疑人吃饱喝足后继续对抗侦查。我们不会认为该犯罪嫌疑人对抗侦查是因为饮食等生活需要得到了满足,从而认为民警对该犯罪嫌疑人对抗侦查的行为提供了帮助,进而认为看守所民警因此涉嫌职务犯罪,否则便匪夷所思。即便认为电诈集团提供纯生活保障的行为在客观上维持了电诈集团人员的生理、生活需要,进而保证了电诈集团的正常运转而具有可罚性,也不能否认该类行为对实施诈骗罪在构成要件的作用力与原因力上的不足。因此,在对电诈集团中实施了纯生活保障行为的人,在量刑时应当与其他共犯人员进行明显的区分。

三、纯生活保障行为应视情况适用不起诉、免于刑事处罚或不以犯罪论处

我国《刑法》第27条的从犯概念中并未采用“帮助”一词,但从文义解释的角度来看,将辅助与帮助在文义上做等同的理解不会超出二词本身的含义。许多学者也都持该观点,甚至有学者认为我国《刑法》从犯概念中的“次要”与“辅助”也是同一含义,留其一即可。因此,可以将《电诈意见》第四部分第3条规定的八项帮助行为视为《电诈意见(二)》第十六部分第3款中的“从事辅助性工作”。实际上,在电诈集团分子的量刑问题上,更多地将既实施诈骗的正犯行为又实施了帮助行为的人,或者虽未实施诈骗的正犯行为但实施了数种帮助行为的人认定成主犯。但本文仅探

讨,行为人在实施了《电诈意见》第四部分第3条的行为被认定为从犯的前提下,该如何适用量刑的问题。《电诈意见(二)》第十六部分第3款,特别规定了对在电诈集团与诈骗团伙中从事辅助性工作并领取少量报酬的从犯,在综合考虑从犯在共同犯罪中的地位作用、社会危害程度、主观恶性、人身危险性、认罪悔罪表现等情节后,就可以依法适用从轻、减轻、不诉、免罚以及不以犯罪论处等5种不同的量刑情节。由于该规定的适用细则并未明确,司法实践在对电信诈骗类犯罪从犯量刑时具有较高的随意性,导致电诈集团成员间的量刑不科学。

在当前严厉打击电诈犯罪的刑事政策影响下,司法机关通常会优先选择较重的量刑:如案例1中,郑某辉、张某军、张某担任话务员,利用诈骗话术引导被害人投注,最终被判处3年6个月至4年的刑罚,而刘某荣除了担任厨师外,没有实施其他任何直接对诈骗犯罪有直接作用力的行为,但最终也被判处3年的实刑。量刑程序的严格性与权威性影响着定罪程序的说服力与公信力。若不能根据电诈集团中各行为人对诈骗行为的作用力贡献的不同做出具有区分度的量刑结果,《电诈意见(二)》第十六部分第3款如此层次丰富、覆盖全面的量刑设置将毫无意义。本文认为,实践中可将因实施了《电诈意见》第四部分第3条的行为从而被认定为从犯的行为分为四种情况分别量刑,一是第1项至第3项,属于帮助电诈集团预备实施诈骗犯罪;二是第4项至第6项及第7项中提供资金、场所、交通的行为,属于帮助电诈集团直接实施诈骗犯罪;三是第八项,属于帮助电

诈集团最终实现诈骗目的;四是第7项中的提供纯生活保障的行为。在考察各八项行为对诈骗实行行为的作用力与原因力大小后,按《电诈意见(二)》第十六部分第3款做出层次分明的量刑结果。具体而言,情况二与情况三对诈骗实行行为的顺利进行与诈骗目的的最终实现具有重要作用。因此,即便认定为从犯,也只能在法定刑幅度内予以轻处。情况一是为电诈集团分子实施诈骗准备工具与条件的行为,与情况二、三相比相对较轻,可依法在法定刑以下判处刑罚。情况四中,行为人虽然为电诈集团人员提供了基本生活保障,但该行为并不会直接对被害人的财产损失造成直接风险,应认定为犯罪情节轻微,根据案件所处阶段适用不起诉或免于刑事处罚。若情况4中的行为人同时具备《电诈意见(二)》第十六部分第3款中的其他从轻要件,综合认定没有刑罚必要性的,可不以犯罪论处。

参考文献:

- [1]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(04):2-15.
- [2]刘明祥.再论我国刑法采取的犯罪参与体系[J].法学评论,2021,39(04):83-97.
- [3]宋岱霖,张志莹.量刑规范化改革的完善进路[J].山西省政法管理干部学院学报,2022,35(03):76-80.

作者简介:

李正山(1992—),男,汉族,河南新乡人,硕士,助教,研究方向:刑法学。

