

■本期嘉宾

- 李长坤 上海高院刑庭副庭长
- 朱 峰 上海检察一分院第三检察部副主任
- 施净岚 上海浦东检察院检委会专职委员
- 马靖云 上海市律协理事
- 马超杰 上海浦东法院审委会专职委员
- 钱叶六 华东师范大学法学院教授

近年来,电信网络诈骗案件持续高发,进而衍生出诸多上下游关联犯罪,形成了电信网络诈骗的犯罪产业链,在事实的认定、定性的把握、量刑的考量和退赃退赔等方面均对司法实务提出了全新挑战。而涉“引流”和“两卡”行为方面的争议尤为突出,亟待统一裁判思路,促进适法统一,彰显司法公信。本期圆桌论法就来谈谈电诈案件中涉“引流”与“两卡”行为的罪与罚。

为电信网络诈骗犯罪
“引流”的行为如何定性?

施净岚:如果在案证据足以证明按诈骗团伙提供的“话术单”开展“引流”的目的,是为了给上游电信诈骗团伙实施电信诈骗提供帮助,主观明知诈骗并且达到入罪标准,可以认定为诈骗罪共犯。

马靖云:“引流”主要是为电信诈骗提供精准被害人,“引流”行为看似技术中立和类似平台经营,但是从整个电信网络诈骗而言,危害非常大。对该类行为准确定性,应从立法精神、犯罪构成、惩治的犯罪对象等出发和考虑。

马超杰:“引流”行为的主要争议在于认定为诈骗罪还是非法利用信息网络罪,要考虑两个层面:一是定罪层面,二是操作层面。由于“引流”手段方法多种多样,行为人主观明知以及所处层级、分工不尽相同,所以对“引流”案件要具具体案件具体分析。

朱峰:诈骗共犯主观上应当是明知,而不是概括性认知。“引流”人员的刑事责任可结合个案情况加以判断,从行为人的认识能力、获利程度、身份地位等方面了解行为人的明知程度,重点关注获利情况和具体层级。

为电诈等违法犯罪
提供“两卡”等行为如何定性?

施净岚:在办理案件的过程中,应当根据行为人的主观明知内容和实施的具体行为,依照《“断卡”纪要》等规定,确定为电信网络诈骗等违法犯罪提供“两卡”等行为的罪名。

马靖云:围绕“两卡”犯罪中的罪名适用,从共犯原理、刑法处罚意义、犯罪形态等角度出发,对相关行为予以准确评价。

非法利用信息网络罪是预备行为的实行化,帮助信息网络犯罪活动罪是帮助行为的正犯化,掩饰、隐瞒犯罪所得罪以上游犯罪既遂为前提。

马超杰:司法实践中关于“两卡”犯罪主要争议问题在于支付结算型帮助信息网络犯罪活动罪与掩饰、隐瞒犯罪所得罪如何区分,我们可以归纳以下区别:1.主观明知不同;2.

帮助时间节点不同;3.证据证明要求不同。

钱叶六:设立非法利用信息网络罪是基于“打小打早”刑事政策的考虑。帮助信息网络犯罪活动罪是特殊的帮助犯,设立的目的是堵截利用共犯原理处罚可能出现的漏洞。

掩饰、隐瞒犯罪所得罪是明知犯罪所得而予以转移,是在他人犯罪既遂后实施的洗钱行为。

非法利用信息网络罪,帮助信息网络犯罪活动罪,掩饰、隐瞒犯罪所得罪的具体界分应立足于罪名本质。

此外,关于罪数的把握,对于存在概括故意、行为具有连续性的情形,应当从竞合的角度从一重罪处断;对于间隔明显的另起犯意行为,应当数罪并罚。

『引流』与『两卡』行为的罪与罚



资料图片

电信网络诈骗及关联犯罪
如何进行退赃和发还?

施净岚:电信网络诈骗案件追赃挽损工作是电信网络诈骗案件的“最后一公里”,必须对责任认定与追赃挽损路径达成共识。

建议构建与罪责刑相适应的不完全连带责任的退赃原则。

关于发还问题,应当区分被害人与不适格投资人。

马靖云:设立帮助信息网络犯罪活动罪要从电信诈骗共同犯罪中脱离出来独立成罪,不应再为共同犯罪的全部后果承担退赃义务。要求被告人对涉案金额一律承担连带退赃退赔责任,不符合罪责刑相适应原则,并且不利于被告人回归社会。

马超杰:关于退赃退赔,在退赃层面,对于

通过实施犯罪直接或间接产生、获得的违法所得,均应予追缴;在退赔层面,应区分罪名,被告人在非法占有、处置被害人财物时,有向被害人作出退赔的义务。关于

发还,分情况区分处理。

朱峰:关于退赃和发还,从社会效果来看,应不限于仅对违法所得进行退赔,还要在量刑上予以考虑。关于发还,不宜全部没收,可以根据比例原则进行发还。

钱叶六:综合判断和考察各个参与人在共同犯罪中的地位和作用、参与犯罪的金额、实际获利、实际经济情况等因素确定按份责任的比例更为适宜。基于不法原因给付的财产,如让人代为行贿或者消除违章记录而给付遭骗的,不予发还。

李长坤:电信网络诈骗案件占比很高,相关问题在实践中争议很大,除了罪名的界限,还要注意两个问题:

一是注重出罪与入罪的平衡。帮助信息网络犯罪活动和非法利用信息网络罪虽然刑事处罚不重,但是附随后果对行为人的影响严重,应当有所限制。除了要打击犯罪,也要维护秩序,注意保持刑法的谦抑性。

二是应当建立比例连带责任的退赔原则,可按照对后果的原因力确定责任大小。关于发还,有待进一步研讨规则,对于出于严重违法目相关的或犯罪目的的应当没收。