

PROCURATORIAL STUDY



检察研究

江苏省人民检察院◎组织编写

编委会主任◎刘华

2019年·第2辑

前沿探讨

检察机关维护公共利益的非诉讼路径探究

想象竞合犯结构矛盾及反思

检察官惩戒制度体系构建：责任、惩戒与豁免

主题研讨

“套路贷”刑事案件若干疑难问题研究

“软暴力”犯罪中的罪数问题

恶势力犯罪案件的审查认定

检察实务

网络融资刑事治理的困境与出路

试论非法利用信息网络罪司法适用中的问题及解决路径

从检察环节谈错案成因及解决路径

审判中心视野下的检察引导侦查取证机制探索

“捕诉一体”改革背景下检察机关提前介入制度的发展与完善

改革背景下检察机关自行补充侦查权的完善

刑罚交付执行监督机制之困境与进路

民事虚假诉讼检察监督三阶层办案模型研究

公益诉讼

论检察机关行政公益诉讼前程序的完善路径

检察机关行政公益保护的体系化构建

消费领域民事公益诉讼的路径探析

目录 Contents

前沿探讨

检察机关维护公共利益的非诉讼路径探究 / 闵正兵	001
想象竞合犯结构矛盾及反思 / 张 森	008
检察官惩戒制度体系构建: 责任、惩戒与豁免 / 江苏省徐州经济技术开发区人民检察院课题组	013

主题研讨

“套路贷”刑事案件若干疑难问题研究 / 尤之毅 高 爽	021
“软暴力”犯罪中的罪数问题 / 徐贞庆	029
恶势力犯罪案件的审查认定 / 杨康健 魏 娟	034
——从两起赌博案件谈起	

检察实务

网络融资刑事治理的困境与出路 / 王 丹	040
——基于43份司法裁判的实证分析	
试论非法利用信息网络罪司法适用中的问题及解决路径 / 张耀阳 孙永上	047
从检察环节谈错案成因及解决路径 / 吴晓敏	053
审判中心视野下的检察引导侦查取证机制探索 / 王 勇 朱林林 陈 硕	059
“捕诉一体”改革背景下检察机关提前介入制度的发展与完善 / 周绪平 钱林梓	067
改革背景下检察机关自行补充侦查权的完善 / 江苏省泰州市人民检察院课题组	074
刑罚交付执行监督机制之困境与进路 / 江苏省南通市通州区人民检察院课题组	082
民事虚假诉讼检察监督三阶层办案模型研究 / 何安林 周军民	089

“软暴力”犯罪中的罪数问题

徐贞庆*

摘要:“软暴力”犯罪的定罪量刑需要解决好罪数问题。罪数问题的前提是要结合犯罪构成理论确定“软暴力”行为构成相应的犯罪,并对照“软暴力”犯罪的具体表现形式确定行为是否达到需要刑罚处罚的程度。另外,“软暴力”犯罪在犯罪成立阶段和处罚阶段的标准并不一样,需要区别对待。在“软暴力”升级转化为有形暴力的过程中,要从犯罪构成理论和法益侵害的角度判断行为是构成一罪还是数罪,同时还要注意后行为对前行为所产生的影响。

关键词:“软暴力”犯罪 罪数 犯罪构成

最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部于2019年2月28日印发、2019年4月9日施行的《关于办理实施“软暴力”的刑事案件若干问题的意见》(以下简称《意见》),归纳了“软暴力”犯罪的通常表现形式和行为特征,解决了司法机关关于“软暴力”犯罪的认识分歧。“软暴力”是指采用滋扰、纠缠、哄闹、聚众造势等手段扰乱他人正常的工作、生活秩序,使他人产生心理恐惧或者形成心理强制的手段。^①“软暴力”犯罪以有形的硬暴力为后盾,本质在于通过“软暴力”的形式对被害人形成心理强制,在实践中往往是团伙作案,具有重复性、持续性、多次性等特征,涉及敲诈勒索罪、非法拘禁罪、寻衅滋事罪等多个罪名。罪数问题成为司法机关办理“软暴力”犯罪案件经常遇到的一个重要问题。《意见》第9条以“采用‘软暴力’手段,同时构成两种以上犯罪的,依法按照处罚较重的犯罪定罪处罚,法律另有规定的除外”的内容予以规定。上述规定对于司法实践中处理“软暴力”犯罪的罪数问题具有一定的指导意义,但内容过于简单,很多“软暴力”犯罪的罪数问题依然无法解决。“罪数判断是定罪的必经阶段。既然犯罪都有数量属

* 徐贞庆,江苏省江阴市人民检察院检察员。

① 参见黄京平:《恶势力及其软暴力犯罪探微》,载《中国刑事法杂志》2018年第3期。

性,犯罪的个数当然是定罪过程中必须讨论的问题。”^①对“软暴力”犯罪准确地定罪量刑首先需要解决好罪数问题,除《意见》规定的相关内容外,处理好“软暴力”犯罪中的罪数问题,还需要把握好以下三个方面:

一、前提——“软暴力”行为应当构成犯罪

“罪数评价是针对犯罪而言的,不能脱离这点来谈论罪数评价。”^②行为人虽然实施了多个“软暴力”行为,但是只有一个“软暴力”行为构成犯罪的情况下,就不存在罪数问题。《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》)第17条规定:黑恶势力为谋取不法利益或形成非法影响,有组织地采用滋扰、纠缠、哄闹、聚众造势等手段侵犯人身权利、财产权利,破坏经济秩序、社会秩序,构成犯罪的,应当分别依照《刑法》相关规定处理。《意见》第5条、第7条、第8条都强调“同时符合其他犯罪构成要件的”才能以相应的罪名处罚。也就是说,以“软暴力”实施侵犯他人人身权利、财产权利的行为并不一定构成犯罪,只有构成犯罪的行为才能依照《刑法》的规定处理。“软暴力”不同于有形暴力,暴力程度相对较轻,表现形式相对较弱,无论是对人身还是对心理的强制程度均低于有形暴力。根据我国《刑法》第13条规定,情节显著轻微危害不大的行为不认为是犯罪。可见我国《刑法》对犯罪行为采取的是“定罪+定量”的模式,只有达到较高不法程度的违法行为才能被认定为犯罪行为。因此,在对“软暴力”犯罪行为进行罪数评价前必须确定“软暴力”的行为已经达到了《刑法》规定的相应犯罪的程度。

那么如何判断“软暴力”行为是否达到犯罪的程度呢?首先,要结合犯罪构成理论,确定“软暴力”行为在形式上符合特定犯罪构成的基本要件,也就是要具有构成要件符合性。其次,就是要结合“软暴力”行为的具体特点,判断其行为是否达到需要刑罚处罚的程度。刑罚作为最严厉的处罚手段,具有谦抑性,在适用其他法律可以达到处罚目的的情况下一般不会适用刑罚。“软暴力”犯罪的暴力形式主要为语言暴力、精神或心理强制,形式上具有非暴力性,行为人通过实施一定的行为来对被害人精神状况产生一定的强制力,如对被害人及其家人的人身安全进行威胁、干扰被害人及其家人正常生产经营活动和生活秩序、雇佣老人或妇女坐板凳堵门堵路等。归纳起来,“软暴力”犯罪行为具体表现有以下四种形式:以强硬的态度、威胁的言语对他人进行恐吓,使对方不敢反抗;长期滋扰他人生产、生活;集体展示黑恶势力的组织力量、标识,暗示自己具有一定的黑恶势力背景,使被害人不敢反抗;通过组织或雇佣网络“水军”,在网上威胁、恐吓、侮辱、诽谤、滋扰被害人或影响舆论监督和公众知情权。^③上述归纳的“软暴力”行为均应认定

① 庄劲:《机能的思考方法下的罪数论》,载《法学研究》2017年第3期。

② 刘刚:《论罪数评价》,载《法律科学》2011年第3期。

③ 参见卢建平:《软暴力犯罪的现象、特征与惩治对策》,载《中国刑事法杂志》2018年第3期。

为达到犯罪的程度,应当结合具体的犯罪构成适用刑罚予以处罚。

二、误区——区分标准与处断标准的混淆

罪数问题,是以犯罪论与刑罚论为评价前提,探讨如何对具体行为事实进行评价,主要处理两个问题:一、在犯罪成立阶段,被告所犯之罪究属一罪抑或数罪?二、在犯罪处罚阶段,对于已成立之数个犯罪,应如何予以处罚?^①可见,罪数问题存在犯罪成立和处罚阶段,两个阶段区分的标准并不一致。在犯罪成立阶段,根据罪刑法定原则,对具体的“软暴力”行为应当根据刑法规定的各种犯罪类型,以及刑罚效果全面地评价,穷尽一切的判断手段,毫无遗漏地进行犯罪构成要件该当性之判断,如具有一罪之构成要件该当性,即应成立一罪;如具有数罪之构成要件该当性,即应成立数罪。在犯罪处罚阶段,则需要根据具体情况具体分析。

实践中,在办理“软暴力”犯罪案件时经常会发生将罪数的区分问题和罪数的处断问题搞混的情形。例如,行为人以非法拘禁的方式实施敲诈勒索。根据犯罪构成理论,行为符合非法拘禁罪和敲诈勒索罪的犯罪构成,应当数罪并罚,这忽视了犯罪之间的牵连关系。出现此类问题的关键在于没有准确理解罪数的区分标准和罪数的处断标准。当前,“以犯罪构成要件说作为区分一罪与数罪的标准,已成为当代我国刑法学界大多数人的共识。”^②在处理“软暴力”型犯罪时,首先应当依据犯罪构成标准对事实涉嫌的罪名进行确定,确定多个罪名之后,再依据罪数的处断原则进行处罚。也就是说,区分是处断的手段、前提,处断是区分的目的、结果。犯罪构成作为区分罪数的标准,虽然可以用来说明事实构成几个犯罪,但并不能说明数罪中相互之间的关系,也并不意味着“一罪一罚”和“数罪并罚”的必然结果。连续犯、牵连犯、想象竞合犯等情形虽然符合数个犯罪构成,但实践中一般都按一罪处断。例如,在“软暴力”型的寻衅滋事罪中,行为人基于概括的故意在一定时间内连续以“软暴力”的方式对多人实施寻衅滋事行为,从犯罪构成的角度来说,连续的行为无疑构成数个寻衅滋事罪,但无论在理论上还是在司法实践中均认为此类行为属于连续犯,应当按一罪处断。

三、难点——暴力升级转化中的罪数问题

“软暴力”犯罪虽不直接表现为有形暴力,但主要以组织的势力、影响和犯罪能力为依托,以有形暴力为后盾,且是一种随时可以实现的暴力。实践中,不少“软暴力”犯罪行为的暴力程度会不断升级,最终转化为有形暴力。在暴力程度的转化升级过程中,罪数问题成为司法实践中的一个难点。例如,行为人先以“软暴力”的方式对被害人进行敲诈

^① 参见甘添贵:《罪数理论之研究》,中国人民大学出版社2008年版,第7页。

^② 刘宪权:《罪数形态理论正本清源》,载《法学研究》2009年第4期。

勒索,在被害人不就范的情况下,暴力程度不断升级,最终行为人以强暴力压制被害人,迫使被害人屈服,交出财物。对于此类案件如何认定,实践中存在分歧:有人认为,行为人涉嫌敲诈勒索罪,应以敲诈勒索罪定罪处罚;有人认为,行为人涉嫌敲诈勒索罪(未遂)、抢劫罪,应当数罪并罚;有人认为,行为人涉嫌抢劫罪,敲诈勒索行为已经被抢劫行为所吸收,不需要再单独进行评价,应以抢劫罪定罪处罚。可见,在暴力的转化升级过程中,由于行为性质发生变化,单一的犯罪构成有时难以全面评价案件事实,如何处断,需要根据不同的情况作出不同的处理。

首先,需要判断暴力升级后是否超出特定犯罪的构成范围,如果没有超出一罪的定罪范围,则只需以一罪定罪处罚。以非法拘禁为例,行为人在实施非法拘禁的过程中,实施各种“软暴力”,进而升级转化为“硬暴力”,但是只要没有出现“致人伤残、死亡”的结果,就没有超出非法拘禁罪的定罪范围,只需要按照非法拘禁罪定罪处罚即可。如果出现致人重伤或者死亡的结果,则需要视情况不同分别对待。如果行为人的过失行为导致重伤、死亡结果的出现,则依然在非法拘禁罪的评价范围内,无须援引他罪处理。但是如果行为人是故意实施了导致他人重伤或者死亡的行为,并且有相应的结果出现,则超出了非法拘禁罪的评价范围。根据《刑法》的规定,应当分别按照故意伤害罪或者故意杀人罪定罪处罚。

其次,在“软暴力”升级转化后超出特定的犯罪构成范围,一罪无法评价时,则需要从法益侵害性的角度判断是以一罪处罚还是数罪并罚。“罪数的判断标准,应当立足于犯罪的本质,而犯罪的本质,即为法益的侵害性,因此,罪数的认定,应以法益为本。”^①一般来说侵害一个法益成立一罪,侵害数个法益成立数罪。但是,有时一罪保护数个法益,对行为以一罪评价即能全面评价行为侵犯数法益的事实,实现刑法保护法益的目的时,则只需要以一罪处断。以上述的敲诈勒索案为例,无论是敲诈勒索还是抢劫侵害的法益,都包括被害人的财产权。当暴力程度升级后,敲诈勒索转化成为抢劫,行为侵害的法益也由财产权扩大到人身权,抢劫罪保护的法益包括财产权和人身权,因此,本案以抢劫罪定罪处罚即可。如果暴力转化升级后,侵害的法益发生变化,仅定一罪无法全面评价案件事实,则需要数罪并罚。

最后,在“软暴力”升级转化的过程中,要注意后行为对前行为的影响,实现重罪重罚、轻罪轻罚,不违背罪责刑相适应的原则。例如,行为人进入被害人家中实施“软暴力”行为对被害人生活不断进行滋扰,实现索要非法债务的目的,之后“软暴力”不断升级转化为有形的暴力,对被害人实施了强奸行为。一般认为,行为人的行为构成敲诈勒索罪和强奸罪,而且应当数罪并罚。但是,司法实践中的个案总是具有特殊性。一般来说,行为人是先实施敲诈勒索行为,既遂之后再实施强奸行为。两者之间具有明显的间隔,互

^① 郭莉:《罪数判断标准研究》,载《法律科学》2010年第5期。

不影响,数罪并罚即可。但是,如果行为人在实施敲诈勒索的过程中“软暴力”不断升级转化为有形暴力,并实施了强奸行为,之后继续利用被害人不敢反抗或者不能反抗的状态,取走之前敲诈勒索时索要的财物。在这种情况下,行为人通过实施强奸这种暴力行为已经彻底压制了被害人反抗并进而取走财物,此时将其行为再评价为敲诈勒索已明显不当,而应认定为抢劫。由于两个行为分别侵犯了两个不同的法益,应当数罪并罚。其中抢劫行为符合《刑法》规定的入户抢劫的情形,法定刑应当在十年以上。

二 胁迫力的方法归类

胁迫力的方法归类,是指根据胁迫行为的手段、方式、内容、对象、时间、地点、场所、环境、条件、后果等因素,对胁迫行为进行定性、分类、评价。胁迫力的方法归类,是刑法理论中的一个重要问题,也是司法实践中一个经常遇到的问题。胁迫力的方法归类,对于认定胁迫行为的性质、情节、后果,以及确定刑罚的轻重,都具有重要的意义。

胁迫力的方法归类,可以分为以下几种情况:一、根据胁迫行为的手段、方式、内容、对象、时间、地点、场所、环境、条件、后果等因素,对胁迫行为进行定性、分类、评价。二、根据胁迫行为的性质、情节、后果,对胁迫行为进行定性、分类、评价。三、根据胁迫行为的对象、时间、地点、场所、环境、条件、后果等因素,对胁迫行为进行定性、分类、评价。四、根据胁迫行为的手段、方式、内容、对象、时间、地点、场所、环境、条件、后果等因素,对胁迫行为进行定性、分类、评价。五、根据胁迫行为的性质、情节、后果,对胁迫行为进行定性、分类、评价。六、根据胁迫行为的对象、时间、地点、场所、环境、条件、后果等因素,对胁迫行为进行定性、分类、评价。七、根据胁迫行为的手段、方式、内容、对象、时间、地点、场所、环境、条件、后果等因素,对胁迫行为进行定性、分类、评价。八、根据胁迫行为的性质、情节、后果,对胁迫行为进行定性、分类、评价。九、根据胁迫行为的对象、时间、地点、场所、环境、条件、后果等因素,对胁迫行为进行定性、分类、评价。十、根据胁迫行为的手段、方式、内容、对象、时间、地点、场所、环境、条件、后果等因素,对胁迫行为进行定性、分类、评价。

① 参见《刑法》第263条、第264条、第265条、第266条、第267条、第268条、第269条、第270条、第271条、第272条、第273条、第274条、第275条、第276条、第277条、第278条、第279条、第280条、第281条、第282条、第283条、第284条、第285条、第286条、第287条、第288条、第289条、第290条、第291条、第292条、第293条、第294条、第295条、第296条、第297条、第298条、第299条、第300条、第301条、第302条、第303条、第304条、第305条、第306条、第307条、第308条、第309条、第310条、第311条、第312条、第313条、第314条、第315条、第316条、第317条、第318条、第319条、第320条、第321条、第322条、第323条、第324条、第325条、第326条、第327条、第328条、第329条、第330条、第331条、第332条、第333条、第334条、第335条、第336条、第337条、第338条、第339条、第340条、第341条、第342条、第343条、第344条、第345条、第346条、第347条、第348条、第349条、第350条、第351条、第352条、第353条、第354条、第355条、第356条、第357条、第358条、第359条、第360条、第361条、第362条、第363条、第364条、第365条、第366条、第367条、第368条、第369条、第370条、第371条、第372条、第373条、第374条、第375条、第376条、第377条、第378条、第379条、第380条、第381条、第382条、第383条、第384条、第385条、第386条、第387条、第388条、第389条、第390条、第391条、第392条、第393条、第394条、第395条、第396条、第397条、第398条、第399条、第400条、第401条、第402条、第403条、第404条、第405条、第406条、第407条、第408条、第409条、第410条、第411条、第412条、第413条、第414条、第415条、第416条、第417条、第418条、第419条、第420条、第421条、第422条、第423条、第424条、第425条、第426条、第427条、第428条、第429条、第430条、第431条、第432条、第433条、第434条、第435条、第436条、第437条、第438条、第439条、第440条、第441条、第442条、第443条、第444条、第445条、第446条、第447条、第448条、第449条、第450条、第451条、第452条、第453条、第454条、第455条、第456条、第457条、第458条、第459条、第460条、第461条、第462条、第463条、第464条、第465条、第466条、第467条、第468条、第469条、第470条、第471条、第472条、第473条、第474条、第475条、第476条、第477条、第478条、第479条、第480条、第481条、第482条、第483条、第484条、第485条、第486条、第487条、第488条、第489条、第490条、第491条、第492条、第493条、第494条、第495条、第496条、第497条、第498条、第499条、第500条、第501条、第502条、第503条、第504条、第505条、第506条、第507条、第508条、第509条、第510条、第511条、第512条、第513条、第514条、第515条、第516条、第517条、第518条、第519条、第520条、第521条、第522条、第523条、第524条、第525条、第526条、第527条、第528条、第529条、第530条、第531条、第532条、第533条、第534条、第535条、第536条、第537条、第538条、第539条、第540条、第541条、第542条、第543条、第544条、第545条、第546条、第547条、第548条、第549条、第550条、第551条、第552条、第553条、第554条、第555条、第556条、第557条、第558条、第559条、第560条、第561条、第562条、第563条、第564条、第565条、第566条、第567条、第568条、第569条、第570条、第571条、第572条、第573条、第574条、第575条、第576条、第577条、第578条、第579条、第580条、第581条、第582条、第583条、第584条、第585条、第586条、第587条、第588条、第589条、第590条、第591条、第592条、第593条、第594条、第595条、第596条、第597条、第598条、第599条、第600条、第601条、第602条、第603条、第604条、第605条、第606条、第607条、第608条、第609条、第610条、第611条、第612条、第613条、第614条、第615条、第616条、第617条、第618条、第619条、第620条、第621条、第622条、第623条、第624条、第625条、第626条、第627条、第628条、第629条、第630条、第631条、第632条、第633条、第634条、第635条、第636条、第637条、第638条、第639条、第640条、第641条、第642条、第643条、第644条、第645条、第646条、第647条、第648条、第649条、第650条、第651条、第652条、第653条、第654条、第655条、第656条、第657条、第658条、第659条、第660条、第661条、第662条、第663条、第664条、第665条、第666条、第667条、第668条、第669条、第670条、第671条、第672条、第673条、第674条、第675条、第676条、第677条、第678条、第679条、第680条、第681条、第682条、第683条、第684条、第685条、第686条、第687条、第688条、第689条、第690条、第691条、第692条、第693条、第694条、第695条、第696条、第697条、第698条、第699条、第700条、第701条、第702条、第703条、第704条、第705条、第706条、第707条、第708条、第709条、第710条、第711条、第712条、第713条、第714条、第715条、第716条、第717条、第718条、第719条、第720条、第721条、第722条、第723条、第724条、第725条、第726条、第727条、第728条、第729条、第730条、第731条、第732条、第733条、第734条、第735条、第736条、第737条、第738条、第739条、第740条、第741条、第742条、第743条、第744条、第745条、第746条、第747条、第748条、第749条、第750条、第751条、第752条、第753条、第754条、第755条、第756条、第757条、第758条、第759条、第760条、第761条、第762条、第763条、第764条、第765条、第766条、第767条、第768条、第769条、第770条、第771条、第772条、第773条、第774条、第775条、第776条、第777条、第778条、第779条、第780条、第781条、第782条、第783条、第784条、第785条、第786条、第787条、第788条、第789条、第790条、第791条、第792条、第793条、第794条、第795条、第796条、第797条、第798条、第799条、第800条、第801条、第802条、第803条、第804条、第805条、第806条、第807条、第808条、第809条、第810条、第811条、第812条、第813条、第814条、第815条、第816条、第817条、第818条、第819条、第820条、第821条、第822条、第823条、第824条、第825条、第826条、第827条、第828条、第829条、第830条、第831条、第832条、第833条、第834条、第835条、第836条、第837条、第838条、第839条、第840条、第841条、第842条、第843条、第844条、第845条、第846条、第847条、第848条、第849条、第850条、第851条、第852条、第853条、第854条、第855条、第856条、第857条、第858条、第859条、第860条、第861条、第862条、第863条、第864条、第865条、第866条、第867条、第868条、第869条、第870条、第871条、第872条、第873条、第874条、第875条、第876条、第877条、第878条、第879条、第880条、第881条、第882条、第883条、第884条、第885条、第886条、第887条、第888条、第889条、第890条、第891条、第892条、第893条、第894条、第895条、第896条、第897条、第898条、第899条、第900条、第901条、第902条、第903条、第904条、第905条、第906条、第907条、第908条、第909条、第910条、第911条、第912条、第913条、第914条、第915条、第916条、第917条、第918条、第919条、第920条、第921条、第922条、第923条、第924条、第925条、第926条、第927条、第928条、第929条、第930条、第931条、第932条、第933条、第934条、第935条、第936条、第937条、第938条、第939条、第940条、第941条、第942条、第943条、第944条、第945条、第946条、第947条、第948条、第949条、第950条、第951条、第952条、第953条、第954条、第955条、第956条、第957条、第958条、第959条、第960条、第961条、第962条、第963条、第964条、第965条、第966条、第967条、第968条、第969条、第970条、第971条、第972条、第973条、第974条、第975条、第976条、第977条、第978条、第979条、第980条、第981条、第982条、第983条、第984条、第985条、第986条、第987条、第988条、第989条、第990条、第991条、第992条、第993条、第994条、第995条、第996条、第997条、第998条、第999条、第1000条。