

“套路贷”诈骗“错误认识”的实践偏离及其矫正

张平寿

【摘要】当前我国关于“套路贷”诈骗犯罪“错误认识”的司法界定存在诸多偏差,如回避受骗者是否陷于错误认识而以“套路贷”特征的符合性来认定诈骗罪成立,以对行为人“非法占有目的”的分析取代受骗者“陷于错误认识”的论证,将受骗者是否明知“套路”排除出“套路贷”诈骗罪的影响要素范围,以虚假债权债务的客观形成直接推导被害人主观上存在错误认识等。此类偏差并不具有司法处置上的合理性,不仅与诈骗罪成立要求不相符合,而且实际架空了诈骗罪法定构成要件的司法适用。实践中,应厘清“套路”与“错误认识”的关联性,明晰“错误认识”与交付财产间的因果性。应当围绕“错误认识”要素,对当前司法界定的“套路贷”诈骗犯罪分化处置;严格“错误认识”与“非法占有目的”界分,确立行为人目的与被害人认知的双重评判;坚持刑法有限适度介入,准确把握被害人明知“套路”的法律适用。

【关键词】套路贷;诈骗;错误认识

【作者简介】张平寿,杭州师范大学法治中国化研究中心研究人员,浙江省宁波市象山县人民检察院检察官,法学博士(浙江 杭州 311121)。

【原文出处】《政治与法律》(沪),2020.10.54~68

【基金项目】本文系重庆市社科规划青年项目“网络越轨行为风险评估及分级治理研究”(项目编号:2018QNSH38)的阶段性成果。

“套路贷”系假借民间借贷之名行违法犯罪之实,具有极强的迷惑性和隐蔽性,且往往与黑恶势力违法犯罪相互交织,严重侵犯公民人身财产权益、破坏金融市场和社会稳定。伴随扫黑除恶专项斗争深入开展和“套路贷”犯罪案件相关司法规范性文件先后出台,我国刑事实务部门依照从严惩处“套路贷”犯罪的刑事政策要求,对于“套路贷”犯罪的惩治可谓不遗余力,^①同时,实务部门在犯罪界定、事实查证、权益保障等方面的做法暴露诸多问题。其中,对于“受骗方基于错误认识而处分财物”的忽视或偏离,已较多地成为司法人员将“套路贷”案件以诈骗罪论处时的一种思维倾向,亟待矫正。

一、现状审视:“错误认识”的实践偏离

诈骗罪的基本构造表现为“行为人实施欺骗行为→对方产生或继续维持错误认识→对方基于错误

认识处分财产→行为人或第三人取得财产→被害人遭受财产损失”。^②“错误是诈骗罪的不成文的基本构成要件要素。”^③通常认为,受骗者因受骗陷于错误认识进而处分财物系诈骗罪的核心要素,受骗者处分财物应当属于其错误认识之下的结果。2019年4月最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部(以下简称:“两高两部”)联合发布的《关于办理“套路贷”刑事案件若干问题的意见》(以下简称:《意见》)对于“套路贷”犯罪构成要素、手段特征、行为性质等的具体界定,有利于消除此类案件行为定性、罪数处理、共犯认定等方面理解与认识上的分歧和冲突,然而,对“套路贷”诈骗而言,迎合于惩治需求而在“受骗者错误认识”理解上的某种默契性偏差正逐渐扩大,且正以不同形式在司法实践中显现。

其一,回避受骗者是否陷于错误认识,以符合

“套路贷”特征来认定诈骗罪成立。《意见》对“套路贷”的概念、犯罪手段等进行了详细规定,^④由此为实践中准确厘清“套路贷”构成要素提供了规范性依据。根据《意见》,对于未采取明显暴力或威胁手段的“套路贷”犯罪,一般以诈骗罪定罪处罚。^⑤虽然上述规定有助于对具体案件罪与非罪、此罪与彼罪的司法裁断,但在定罪过程中亦往往不经意给司法人员带来另一种处断思维,即司法人员会不自觉地将对诈骗罪构成要件符合性的判断转移到对“套路贷”构成要素符合性的判断上来,从而在诈骗罪论证的过程中有意无意地搁置或忽略了对受骗者主观错误认识的考量。实际上,此种现象已在“套路贷”诈骗犯罪认定实践中屡见不鲜。例如,在被告人周某诈骗案中,法院认为,被害人实际向周某借款3.5万元,周某假冒他人身份,以“行规”“保证金”“利息”等名义虚增借贷金额,诱使被害人出具金额虚高的收条,制造资金走向流水虚假给付15万元事实,形成虚假债权债务关系,并借助诉讼手段欲实现其非法占有的目的,其行为与民间借贷有本质区别,符合“套路贷”犯罪的法律特征,应当以诈骗罪定罪处罚。^⑥又如,在秦某、汪某等人诈骗案中,法院认为,各被告人以非法占有为目的,利用被害人急于借款的心理,假借民间借贷之名,虚增借贷金额,肆意认定违约,系典型的“套路贷”犯罪,应以诈骗罪论处。^⑦上述案例中,法院对于被告人行为构成诈骗罪的论证,实际上并未围绕行为人实施欺骗、被害人陷入错误认识进而基于错误认识处分财物等诈骗罪基本构造进行,而是基于被告人行为对“套路贷”犯罪特征的符合性,进而得出其构成诈骗罪的结论。

其二,以对行为人“非法占有目的”的分析取代受骗者“陷于错误认识”的论证。在诈骗罪的成立要件中,当事人主观意志的判断系影响其构成与否的重要因素,其不仅包括行为人主观“非法占有目的”的考察,而且涵摄受骗者“陷于错误认识”的判断。然而,在惩治“套路贷”诈骗犯罪的司法实践中,有关受骗者主观上是否存在错误认识往往遭到忽视,取而代之的是以诈骗者的主观非法占有目的来证成“套路贷”诈骗的刑事违法性。如被告人周某某、竺

某某等人诈骗案中,周某某及其辩护人提出,周某某等人在放贷过程中没有虚构事实、隐瞒真相,亦无法占有目的,其行为不符合诈骗罪构成要件,不构成套路贷;法院认为,周某某等人假借民间借贷之名,以“服务费、手续费、续借费”等虚假理由诱使借款人基于错误认识签订金额虚高的相关协议,从而非法占有借款人财物,在借款人未偿还贷款情况下,通过拨打借款人亲戚朋友电话等方式进行催讨,其行为具有非法占有的主观故意,属于“套路贷”行为,应以诈骗罪定罪处罚。^⑧在该案例中,尽管被告方均提出没有虚构事实、不构成诈骗等辩护意见,但判决书并未围绕被害人是否因欺骗而产生错误认识展开针对性分析,而是以被告人意欲占有被害人财物的主观非法目的作为论证要素进而推导出诈骗罪成立的结论。

其三,将受骗者是否明知“套路”排除出“套路贷”诈骗罪的影响要素范围。对欺诈“套路”的明知与否以及明知程度可以反映出受骗者主观上是否存在错误认识以及认识错误的程度,进而有助于司法人员对诈骗罪是否成立作出判断。对此,实践中存在着“受骗者对套路明知与否并不影响诈骗罪成立”的处断立场,甚至以规范性文件形式将其确立为普遍适用性规则。例如,在被告人何某某等人诈骗案中,法院认为,各被告人为获取更多利益,在首次借款的客户中挑选其自认为信誉较好的客户进行重复放贷,此时无论客户是否明知其有“套路”,均不影响各被告人非法占有目的和诈骗罪的认定。^⑨又如,在被告人杨某某等人诈骗案中,法院认为,套路贷的本质是以套路的形式达到非法占有的目的,行为人收取名目繁多的费用,虚增贷款金额,故意设置不平等条款等明显不符合民间借贷习惯,无论对方是否明知,均不影响行为人非法占有目的和诈骗罪的成立。^⑩有地方性司法文件明确规定,“行为人收取名目繁多的费用,虚增贷款金额、故意设置不平等条款等明显不符合民间借贷习惯,无论对方是否明知,均不影响行为人非法占有目的的认定”;^⑪相关负责人在对该文件内容进行解读时认为,即使借款人对协议条款是明知的,但对这个条款是“套路”没有识破,

因而也是“陷入了错误认识”,借款人是否明知协议内容并不能改变“套路贷”的定性。^⑫

其四,基于虚假债权债务的客观形成,直接推导出被害人主观上存在错误认识。诈骗犯罪中,行为人虚构事实、隐瞒真相系犯罪成立的客观行为要素,亦是被害人陷于错误认识的必要前提,两者通常具有前因后果关联。“套路贷”犯罪中的签订虚高借款协议、制造虚假资金走账流水、故意制造违约等行为实际上属于虚构债权债务事实,而行为人对于虚构借贷事实之真实意图的隐瞒亦完全契合诈骗罪之隐瞒真相的要求。因此司法实务中,对于行为人实施了《意见》中指出的“套路贷”虚假债权债务形成的常见手法和步骤的,往往均直接以其造成被害人陷入错误认识而认定诈骗罪成立。如在被告人高某等人诈骗案中,法院认为,高某等人以低息为饵向被害人放贷,签约时以所谓“砍头息”“手续费”“行业规矩”等与被害人签订借款金额虚高的协议,放款后制造虚假银行流水不足额给付,收款时以虚构理由肆意认定对方违约,诱使当事人支付高额违约金,被害人江某、陈某因此而被骗取了高于实际借款的各种费用,故对高某及其辩护人提出的高某等人没有虚构事实、隐瞒真相且被害人主观上没有产生错误认识等辩护意见不予采纳。^⑬

二、理性辨析:“错误认识”司法处置的正当性质疑

由于当事人的行为动机、目的及对特定事物的明知等主观要素在证伪或证成上的困难,无论行为人抑或被害人,在对其涉案行为主观方面的陈述上,均存在基于案件自身利害关系而向司法人员提交有悖于真实案情陈述的可能。由此,作为司法证明的有效替代,由客观基础事实推导待证事实的刑事推定在司法实践中得以广泛运用。“套路贷”极易引发非法拘禁、敲诈勒索、寻衅滋事等违法犯罪,其迷惑性和隐蔽性通常让被害人难以通过合法途径得到救济,故其严重的社会危害性往往使司法人员产生偏重打击、简化证明、强化效率的内心冲动。实际上,对于“套路贷”诈骗犯罪“错误认识”的司法理解与考量,已经流露出实务部门在此类案件处置过程中重

客观、轻主观、严厉惩治的某种偏好,从打击效果上看,其有助于实现刑法的社会保护和秩序维护价值,且顺乎民意。尽管如此,“套路贷”案件中对受骗者主观“错误认识”的有意无意轻视或忽视,其本质上是刑事法秩序优先、效率优先的体现,反映出案件处置对社会效果的片面追求及对法律效果的轻视。

(一)根据“套路贷”特征符合性认定诈骗罪,会架空诈骗罪构成要件

“套路贷”是近年来我国民间借贷资本活跃、金融贷款渠道不畅等背景下产生的新型违法犯罪行为,在现行法中并无明确表述。根据《意见》对“套路贷”概念的界定和其犯罪手法、步骤的描述,“套路贷”犯罪行为特征主要表现为通过制造虚假给付事实等虚增借贷金额、故意制造违约或肆意认定违约、恶意垒高借款金额、软硬兼施索债等,其手段与后果的多样性决定了“套路贷”触犯的罪名不仅包括诈骗罪,亦可能涉及敲诈勒索、非法拘禁、寻衅滋事、虚假诉讼等罪名。“套路贷”既非法律概念也非规范的政策概念,而是办案实践中对假借民间借贷之名非法占有他人财物的类型化违法犯罪的概括性称谓。从《意见》对“套路贷”的行为概括来看,以低息、无抵押、无担保等为引诱、制造资金走账流水、设置违约陷阱、恶意垒高借款金额等行为在诈骗、敲诈勒索、抢劫、虚假诉讼等犯罪中均可能出现,同时,“套路贷”中使用暴力、威胁等非法方法索债的行为亦可能属于非法拘禁、敲诈勒索、抢劫、寻衅滋事等犯罪的手段。

显然,“套路贷”属于类型化的违法犯罪,其行为特征并非是对刑法某一具体罪名之构成要件要素的详细揭示,而更多体现为一种犯罪学意义上特定危害现象的征表与总结。

实际上,《意见》对“套路贷”犯罪的界定呈现出以下特点。一是重客观行为描述,轻主观认知阐释。换言之,在“套路贷”犯罪认定过程中,《意见》侧重于以行为人是否存在签订虚高借贷协议、制造资金流水记录、肆意认定违约、转单平账等客观行为为基准对“套路贷”构成与否进行判断,而较少将行为入动机目的、非法占有意图、被害人主观认知程度等

因素吸纳其中。二是重行为人犯罪实施表现,轻被害人情境应对反映。《意见》在界定“套路贷”概念、行为特征时,均立足于犯罪实施者角度详细规定了“套路贷”借贷引诱、协议签订、虚假给付、恶意垒高、非法索债等各个环节的客观行为手段,但对“套路贷”的成立在被害人方面是否需要其某种特定行为或错误认识并未提及。三是重套路设置过程,轻取财手段要求。《意见》指出的“套路贷”借款引诱、制造资金流水痕迹、肆意认定违约、垒高借款金额等均属于行为人对“套路”的具体设计安排,虽规定了“软硬兼施索债”的债权实现相关内容,但非常简略,且主要针对债务催讨环节,对于催讨前被害人已经交付财物的情形则缺乏相关取财手段的表述。“套路贷”本质上属于以非法占有为目的的侵财型犯罪,行为人获取财物的手段往往对罪与非罪、此罪与彼罪的区分具有关键性影响,如抢劫罪中以暴力或以暴力相威胁当场取得财物、寻衅滋事罪中强拿硬要获取财物、诈骗罪中被害人陷入错误认识主动交付财物等,但在《意见》有关罪名区分、罪数处置的指引中较少体现出对取财手段的强调。

根据通说,行为人欺诈行为、被害人产生错误认识、被害人基于错误认识而交付或处分财产、行为人获得或使第三者获得财产、被害人遭受财产损失是诈骗罪的基本构成要件要素。^⑩以此为标准,基于《意见》所界定的“套路贷”概念所体现出的“套路贷”诈骗之构成要素,显然并不完全与通说诈骗罪基本构成要件要素相吻合,有关诈骗罪所要求的“被害人错误认识”以及“基于错误认识交付财产”,至少在《意见》所界定的“套路贷”概念中并未得到有力反映,从而致使诈骗罪基本构成要素无形中遭到削减;若依此适用,则必然会因缺乏对被害人主观认知等方面的考量,进而造成司法实践中“套路贷”诈骗犯罪打击范围的极度扩张。其实质是在犯罪认定中以“套路贷”的构成要素取代了诈骗罪的构成要素,不仅造成了诈骗罪法定构成要件要素的在司法实践中的修改,而且在一定程度上体现出司法权对诈骗罪立法规定的过度扩张性解释,进而形成对立法权的侵蚀和罪刑法定原则的违背。并且,从《意见》对“套

路贷”特征的界定来看,其所指称的“套路贷”犯罪的构成及适用范围实际已经大大超出通常诈骗罪的成立限度,若全然根据危害行为对“套路贷”特征的符合性而将其以诈骗罪论处,一方面将导致诈骗罪扩张而无辜者易受到刑事追究,另一方面可能将原本符合寻衅滋事、敲诈勒索等其他犯罪特征的“套路贷”或本应以数罪处罚的“套路贷”一律均以诈骗罪处置,造成罪责刑不相适应的结果。前述案例表明,直接以犯罪行为符合“套路贷”特征而论证其构成诈骗罪的案件已非个别现象,反映出司法人员以“套路贷”构成要素取代诈骗罪构成要素的思维倾向,从后果来看,必定造成诈骗罪法定构成要件被“套路贷”构成要素所架空,以及诈骗罪“被害人错误认识”要件要素的消解,明显违反罪刑法定原则。^⑪

(二)以“客观套路”推导“错误认识”的论证思维不具有司法处置的合理性

据《现代汉语词典》解释,“套路”是指编制成套的武术动作,或成系统的技术、方式、方法等。^⑫网络流行语境下的“套路”则暗含贬义,泛指经过精心编制的、用来迷惑人的说法或做法,甚至诡计陷阱等。^⑬可见,“套路”一词原本是中性的,并不必然与违法犯罪相关联,即便在贬义上使用,所谓“迷惑人的说法或做法”“诡计陷阱”亦不当然与诈骗画等号。例如,以借打电话为名获得他人手机后当场携机逃离的情形,若行为人系乘被害人不注意而偷偷离开则应以盗窃论处,若系不管被害人能否发现公然逃离则应以抢夺定性。又如,行为人假装购买商品、要求售货员将商品交给其挑选、随后携商品逃离的行为,对其往往并不能以诈骗罪处罚,而是视情形构成盗窃罪或抢夺罪。显然,在上述情形中以借打手机为名取得手机后逃离、以购买挑选商品的名义拿得商品后逃走均属于行为人事先编制、迷惑被害人的诡计陷阱即犯罪实施的“套路”,行为过程虽具有欺骗性手段,被害人亦存在一定错误性认识,但由于行为人最终取得控制财物的方式是基于秘密窃取或公然夺取,被害人也无因错误认识而主动交付财物的意思表示,因而完全存在以盗窃罪或抢夺罪进行定性的可能。由此,“套路”犯罪并不当然成立“套

路”诈骗犯罪。前述骗购商品而逃离的案例中,行为人以欲购买挑选商品的名义从售货员处取得商品,该“套路”仅为其后续实施盗窃或抢夺创造了有利条件,售货员此时并未丧失对商品的控制,亦无交付商品给行为人的主观意图,行为人真正实现对商品的占有所依靠的是“套路”之外的秘密窃取或公然夺取手段,属于存在“套路”的犯罪。因此,司法实践中必须有效区分“套路贷”诈骗犯罪与借贷过程中存在“套路”的其他财产性犯罪。前者不仅要求存在“套路”,亦要求“套路”须构成行为人取得财物的实现手段,即行为人须因行为人“套路”产生错误认识进而对其财物实施处分;后者“套路”的存在通常仅为行为人进一步实施其他财产性犯罪创造了时机或条件,或仅构成其他财产性犯罪的预备行为,行为人取得被害人财物主要依赖于“套路”以外的其他手段。

诈骗罪属于财产交付型犯罪,其与盗窃、抢夺、抢劫等财产取得型犯罪的一个重要区别在于,前者财物取得依赖于被害人错误认识下的主动“自愿”交付,犯罪实施体现出加害与被害的双方互动与配合,后者财物取得则是行为人单方意志下被害人主观不知或被动丧失下的结果。因此,对于诈骗罪的认定,在考察行为人是否存在虚构事实等欺骗行为的同时,必须对受骗方的认识错误性和行为互动性加以辨识,即一方面必须审查行为人是否基于非法占有目的实施欺骗行为,另一方面要探究受骗者是否存在基于错误认识而交付财物。申言之,“套路贷”诈骗的认定必须同时对行为人主观非法占有目的和被害人主观错误认识进行考量。显然,虚假债权债务的客观形成与被害人主观上的错误认识,在“套路贷”诈骗犯罪认定中属于视角不同、功能互异的两种独立要素。通过收取“砍头息”“保证金”、制造资金走账流水、肆意认定违约等“套路”形成虚假债权债务,是对行为人虚构事实、隐瞒真相等欺骗行为的客观反映,其主要功能在于为分析行为人是否存在非法占有主观目的提供判断路径。被害人错误认识则是被害人基于对客观事实的不了解或误解而产生的认识偏差,其在诈骗罪中的功能主要在于为判断被害人是否主动“自愿”交付财物提供依据。虚假债权

债务的形成虽可能是被害人不明真相而在错误认识支配下对行为人欺骗予以配合的结果,甚至虚假债权债务的形成会导致被害人陷入错误认识的程度进一步加深,然而两者之间的此种逻辑关联并非总是必然存在,被害人明知虚假债权债务而仍予配合形成的情形在实践中并不少见。具体案件中,相关司法文件规定的所谓“套路”的表现行为,如事先收取“砍头息”“保证金”、制造资金走账记录、转单平账、以贷还贷等,有些均是在被害人同意或明知下进行,甚至并不违背行为实施时被害人的主观意志,这也是实践中行为人往往以此提出其并未实施欺骗、被害人并无错误认识进而其行为不构成诈骗罪之辩解的主要原因。许多借贷双方都是事先言明、明码标价,不存在所谓的欺诈和“套路”,不具体问题具体分析,将造成“套路贷”刑事打击面过广。故单纯根据虚假债权债务的客观形成推定被害人主观错误认识的存在,甚至以对行为人“非法占有目的”的分析取代对被害人“主观错误认识”的衡量,不具有妥当性。

(三)将“明知套路”纳入“陷于错误认识”的范围,与诈骗罪成立要求不相符合

《意见》将未采用明显暴力或威胁手段的“套路贷”案件一般以诈骗罪论处,认为其整体上表现为以虚构事实、隐瞒真相手段骗取财物,从而实际上将“套路”作为诈骗犯罪实施的主要行为表征,行为人在借贷过程中一旦存在“套路”,将被作为认定其实施虚构事实、隐瞒真相的重要依据。甚至有观点认为,无论“套路”有多少、有没有几种并用,都不影响“套路贷”认定,“套路不深”不等于没有“套路”,^⑧进而将“套路”作为判断“套路贷”诈骗犯罪的关键路径。笔者认为,虽然“套路”既体现着行为的客观危害性和行为人的主观恶性,也必然对借款人是否陷入错误认识进而交付财物产生重要影响,即借款人对“套路”的不明知通常将造成其陷入错误认识,对“套路”的明知则可能推导出其并未受到欺骗、主观上不存在“错误认识”之结论,然而,在套路贷行为中,即使借款人(被害人)对“套路”中签订阴阳合同、协议条款等具体行为要素是明知的,也并不宜都认定为陷入错误认识。例如,行为人在支付借款时,以

“保证金”“行规费”“砍头息”等名义从借款总额中扣除部分金额,但签订的借贷协议所载明的借款数额仍为未扣除的借款总额,从而造成双方债权债务虚高。此情形下,即使认定行为人对所扣除金额具有非法占有目的,但借款人对部分金额以何名义被扣除、金额虚高借贷协议与实际支付金额不符等事实均有明确认识,很难说其同意以“保证金”等名义扣除部分借款系基于错误认识下的结果。同样,在行为人恶意垒高借款金额的场合,借款人对“以贷还贷”、不断签订金额更大的虚高借贷协议等亦往往明知,甚至在主观上明确追求,一律认定为“陷入错误认识”未免牵强。

按照上述所引司法实务界观点,即使借款人对协议条款是明知的,但对这个条款是“套路”没有识破,因而也是“陷入了错误认识”。然而,笔者认为,这种将明知“协议条款”与明知“套路”截然分开、以对“套路”性质的错误认识取代对“套路”事实的错误认识之做法明显存疑。其一,“套路”是指成系统的技术、方法等,在“套路贷”诈骗中则表现为一系列迷惑被害人并致其产生错误认识的手段、方式,包含借贷协议条款规定内容在内的犯罪手法、步骤与“套路”其实构成了不可分割的一体两面,前者为后者的内容,后者系前者的载体;对于协议条款等行为手段的认识即代表着对“套路”的认识,很难想象在被害人已经对“套路贷”签订虚高借款协议、制造资金流水、设置违约陷阱、转单平账垒高金额等犯罪手段已经存在明确认识的情形下,其竟然对“套路”还缺乏明确认识。其二,根据《意见》,“套路贷”是相关违法犯罪活动的概括性称谓,故“套路”一词在司法领域本身即蕴涵着实务部门对借贷中相关不法手段的否定性价值判断,体现出对此类行为性质的负面评价,也正是基于此,司法实践中往往以“套路”的存在直接推定出借人具有非法占有的目的。因此,“套路贷”案件中的“套路”实质上体现出司法对行为人欺骗手段的归纳总结,发挥着对事实性质的法律界定功能,而所谓“借款人对‘套路’没有识破”实际上就是“借款人对行为人危害行为的法律性质没有识破”。诚如行为人对其危害行为之法律性质或意义

的错误认识通常对犯罪认定并无影响一样,在“套路贷”诈骗犯罪认定时,也不应对借款人主观上是否认识到行为人的欺骗属于“套路”作出要求,借款人陷于错误认识乃是构成“套路”组成要素的行为人各种欺骗行为所致,至于该欺骗行为是否构成司法评价上的“套路”与借款人错误认识形成与否并无直接关联。“套路”属于一种对行为性质的专业性司法评判,不法行为是否构成“套路”的辨别,对于普通公众来说,必然要求其具备相当的认识能力与知识背景,若以被害人是否识破“套路”为标准对其是否“陷入错误认识”进行衡量,必将造成因“套路”普遍难以识破而引发“套路贷”诈骗犯罪成立范围的过度扩张的现象。

我国司法实务部门对于“套路贷”犯罪的打击是在全国扫黑除恶专项斗争的形势下展开的,由于“套路贷”犯罪往往与黑恶犯罪相互交织,惩治“套路贷”犯罪亦通常被视为深入配合、推进扫黑除恶专项斗争、体现黑恶犯罪打击成效的重要手段。如2018年“两高两部”联合发布的《关于办理黑恶势力犯罪案件若干问题的指导意见》明确将假借民间借贷之名,通过虚增债务、肆意认定违约等手段非法占有他人财产的“套路贷”犯罪列入刑事打击范围;《意见》更是直接提出其出台即是基于深入开展扫黑除恶专项斗争的需要;相关省市“套路贷”犯罪司法规范性文件的出台亦大多与配合打击黑恶犯罪存在关联。^⑩在开展扫黑除恶专项斗争背景下,基于办案、考核等压力,为追求打击成效而忽视甚至不当理解法律规范本意之现象时有发生。将借款人是否明知“套路”排除于“套路贷”诈骗犯罪认定的考虑范围,不纠结于“明知”的司法证明显然有利于严厉惩治此类犯罪,不仅满足了借款人因遭受不法侵害而产生的报复情感,而且一定程度上豁免了其“自陷风险”的借款行为所招致财产损失的责任承担,同时可因免除控方对借款人是否主观明知之查证责任的而有力提升刑事追究的效率,并因处罚范围的扩大而在打击数量上有助于彰显实务部门的惩治效果。然而,此种明显简单粗暴式的司法处断无疑将社会效果凌驾于法律效果之上,虽有利于社会控制和秩序维护,但

与诈骗罪的刑法规范本意相去甚远。

三、认识澄清：界定“错误认识”需明确的相关问题

“套路贷”的概括性称谓源于实践，其主要是对现象的描述，属于犯罪学层面的概念。^⑨司法实践中所称“套路贷”中的“套路”虽有迷惑、欺骗之意，但成立刑法教义学意义上的诈骗罪必须要求受骗者基于行为人欺骗而陷入错误认识进而处分财物，因此作为内涵与外延并不清晰的司法经验总结性犯罪学称谓，包含“套路”的“套路贷”在行为人未采取明显暴力或威胁手段时，是否必然构成“套路贷”诈骗犯罪仍值得商榷。笔者以为，实践中对于“套路贷”诈骗的准确界定与规制，必须紧密围绕诈骗罪基本构成要件素，着力把握与受骗者错误认识相关的问题。

（一）厘清“套路”与“错误认识”的关联性

尽管“套路”的存在与被害人是否陷入错误认识并无必然逻辑关联，但“套路”作为行为人实施“套路贷”的迷惑性、欺骗性手段，往往确实给被害人造成错误认识的结果。从《意见》对“套路贷”之“套路”手规定的规定来看，笔者认为其可分为以下几类。一是借贷引诱型“套路”，即吸引借款人向行为人借款的“套路”，如以低利息、快速放款、无担保、无抵押等对有资金需要的被害人（借款人）进行引诱，其实际属于行为人实施“套路贷”前的宣传行为，尚未进入到“套路贷”正式实施阶段，且该“套路”以行为人放贷给借款人为主要内容，并非以非法占有借款人财物为直接目的，因而严格来说其并非属于“套路贷”犯罪实施的手段行为，具体案件中是否存在上述引诱行为，并不会对“套路贷”的是否构成产生影响。借贷引诱型“套路”的作用主要在于诱使被害人产生借款意图与动机，即使导致其产生误以为无抵押、无担保等错误认识，该错误认识亦会因借贷过程中行为人是否要求提供抵押、担保等而得到修正。更重要的是，该错误认识与“套路贷”犯罪中被害人财物的交付并无直接关联。故借贷引诱型“套路”及其是否造成被害人错误认识，对“套路贷”的罪与非罪、此罪与彼罪等并无实质性意义。二是损害明知型“套路”，即被害

人对行为人“套路”的目的与内容等均存在明确认识，且内心清楚“套路”实施必将给自身带来财产损失。例如，行为人以“砍头息”“中介费”“行规费”等名义在交付借款时扣除部分金额，致使被害人获得的实际借款金额少于协议金额，被害人对该扣除款被行为人收取及自身不能获得的事实是明确知晓的；在恶意垒高借款金额の場合，被害人对于转单平账、以贷还贷方式不断叠加借款金额以及自身需按该虚高借款数额对行为人进行偿还的后果均有认知；在债权债务实现的索债阶段，行为人通过诉讼、仲裁甚至暴力、威胁等“套路”实施的索债行为中，被害人对行为人提出的财产要求、具体数额及自己面临的财产损失等通常亦不存在错误认识。三是行为明知、目的未知型“套路”，即被害人对于作为“套路”的手段行为在主观上明知，但对于行为人实施该行为的真实意图存在错误认识。例如，行为人以公司规定、行业规矩等为理由要求被害人签订书面借款数额远大于实际借款数额的虚高借款合同或阴阳合同，并声称不会按该合同金额向被害人索要欠款；行为人按虚高借款合同的金额将钱款打入被害人账户后，采取各种手段将部分资金收回，但在银行资金转账记录上形成了与借款合同一致的证据，等等。对上述“套路”，被害人对于签订虚高借款合同、制造资金走账流水等过程以及其实际收到的借款金额要低于书面凭证反映的借款金额，均有清楚认识，但却误以为签订虚高借款合同、制造虚假给付凭证只是所谓的“行规”或“内部规定”，对于行为人实际是欲通过此手段为后期索要虚高债务、提起诉讼等固定证据的真实目的并未察觉，因此可以说是陷入了错误认识。四是行为未知型“套路”，即被害人对于行为人实施的“套路”所反映的虚假内容并不知晓，以为其确实存在，从而形成错误认识。如行为人故意在被害人按约定时间还款时拒接电话或失去联络，或借口“平台升级”“系统故障”等，造成被害人无法按期还款导致逾期违约；或故意以协议约定为由，以被害人所提供的证件、资料不全而认定其违约等。此类情形中，被害人往往因对未按期还债的事由缺乏真实了解，以为自己确实属于逾期还款，或认为自己

确实未按约定提供借贷所需材料而构成违约,由此自愿向行为人支付高额违约金或惩罚赔偿金等,殊不知上述“套路”完全与客观事实不符,或根本难以成立。

根据诈骗罪的基本构造,欺骗行为必须使受骗的对方陷入或继续维持认识的错误。^④没有实施欺骗因而被害人亦不存在错误认识,或即使实施了欺骗但被害人未陷入错误认识,因并不符合诈骗罪特征而通常难以成立诈骗罪,至少不可能构成诈骗罪的既遂。对于当前地方的司法解释性文件所规制的“套路贷”犯罪中的借贷引诱型“套路”属于“套路贷”犯罪正式实施之前的行为,实际具有为“套路贷”犯罪实施创造机会与条件的作用,因为该“套路”实施时其后的“套路贷”犯罪究竟会以何形式呈现尚不明朗,诈骗、敲诈勒索、寻衅滋事乃至至于抢劫等犯罪均可成为其发展样态,所以“套路”的非定型性决定了借贷引诱型“套路”不应视为“套路贷”诈骗犯罪的手段行为,即使其实施让被害人产生了一定错误,亦不属于诈骗罪所要求的被害人错误认识。对前述“套路贷”犯罪中的损害明知型“套路”,被害人对于“套路”实施过程及自身将来可能面临的财产损害后果均存在明确认识,甚至该过程与结果并不违背其主观意志,故此时所谓的危害行为虽有“套路”之名,但对被害人来讲并无“错误认识”之实。也正是基于此种认识,实践中已存在因此类“套路”并未导致被害人错误认识进而排除“套路贷”成立的案例。如赵恒等人敲诈勒索案中,法院认为,各被害人借款时均为自愿,借款时已知出借周期、逾期利息、实取款项和利息多少等情况,借款后又多次逾期、还款后再反复借款,各上诉人收取的“逾期费”虽较高,但也存在免除部分逾期费的情节,故其恶意设计套路等证据不足,不符合“套路贷”的法律特征,不构成“套路贷”。^⑤真正造成被害人陷于错误认识且可能左右犯罪成立与此罪与被罪区分的“套路”是行为明知、目的未知型“套路”和行为未知型“套路”,这两者中,前者系被害人对“套路”行为的真实意图存在错误认识,后者系被害人对“套路”内容的真实性存在错误认识,且错误认识均在“套路贷”实施过程中产生,并

实际影响到被害人财产损失的发生。

(二)明晰“错误认识”与交付财产的因果性

受骗者基于错误认识处分财产是诈骗罪构成要件要素的重要表征,该错误认识不仅要求必须存在受骗者主观认知,而且要求其与被交付财产存在因果逻辑关联。错误认识在诈骗罪中起承上启下作用,其须与处分财物相关联,如果与处分财物无关,则不能认为是诈骗罪的错误认识。“被害人的财产处分行为,是被害人陷入错误认识的外在表象。”^⑥显然,要求受骗者处分财产须与错误认识有关,实际上是对诈骗罪取财手段的限制性要求,从而将受骗者无错误认识而处分财产、被胁迫处分财产、有错误认识但该认识与处分财产无关等情形下转移财产占有的行为排除出诈骗罪成立范围。如前所述,在损害明知型“套路”和借贷引诱型“套路”中,因为被害人并不存在错误认识,或被害人错误认识并不具有诈骗罪要求的定性意义,所以单纯此种“套路”所引发的被害人财产转移或交付难以构成诈骗罪错误认识下的交付。

行为明知、目的未知型“套路”属于被害人明知“套路”内容却不知“套路”意图的情形,在行为人实施“套路”的真实目的方面,行为人实际隐瞒了日后欲以虚高借款合同、虚假给付凭证等向被害人索要虚高借款金额的恶意,从而造成被害人陷入了制作此类凭证只是行业规矩、内部规定而不会被用以索要虚高欠款等错误认识,那么此种错误认识支配下的财产交付是否均构成“套路贷”诈骗犯罪中的骗取财物呢?笔者以为不能一概而论。其一,当行为人向被害人索要虚高借款金额,被害人主观上乃保持对“套路”行为的明知状态时,后者对财产的转移交付不应构成诈骗罪的“财物被骗”。被害人对“套路”行为与内容的明知,意味着其主观上对虚高借款合同、虚假给付凭证等反映的虚假债权债务以及该债权债务要高于实际借款金额的事实并不存在错误认识,在明知双方真实借款金额的情形下,如其仍以虚高借款金额向行为人支付钱财,显然并非基于“陷于错误认识”而交付财物,对此若以诈骗罪论处则无疑有违诈骗罪的要义。实务界有观点认为,是否构成

诈骗罪主要在于行为人是否具有非法占有目的,是否实施了足以使被害人陷入认识错误的欺诈行为,被害人主观上是否“明知”并不影响诈骗罪认定。^④该论点以行为人实施欺诈为中心,将明知欺骗而交付财产纳入诈骗罪既遂认定范围,漠视错误认识在欺骗与处分财物间的承上启下功能,对被害人错误认识的范围不加限定,将被害人因欺骗陷入错误认识进而基于错误认识处分财产的诈骗罪要素,简单分解为被害人因欺骗存在错误认识与被害人处分财产,从而忽略了两者间前因后果之逻辑关联性的要求,得出的结论显然有失偏颇。实践中被害人实质上并不存在所谓的“被欺骗”是新型“套路贷”案件中出现的新问题,^⑤对此不以诈骗或诈骗既遂论处,是否亦不能构成其他犯罪呢?笔者以为,此种情形下是否涉嫌犯罪必须结合行为人取得财物的手段进行分析,对于虚高借款等财物的非法占有,如系行为人通过暴力、胁迫、非法拘禁等手段实现的,则完全存在以抢劫、敲诈勒索、绑架、寻衅滋事等罪予以追究刑事责任的可能。其二,当行为人向被害人索要虚高借款金额,被害人因记忆等因素已丧失对“套路”行为的明知时,其对财产的转移交付应认定为基于错误认识而交付,行为人对财产的获取应认定为诈骗。如尽管在签订虚高借款合同、制造资金转账流水等虚假给付记录时,被害人对虚高借款金额与实际借款金额不一致存在清楚认识,但时过境迁,在后来行为人依上述凭证向其索要虚高欠款时,被害人因记忆不清等原因,误以为其当时向行为人所借款项的金额就是该虚高欠款数额,从而对其实际借款金额发生错误认识,在此情形下向行为人交付了高于实际借款金额的钱财,显然被害人对于虚高部分钱款的交付构成基于错误认识而交付,被害人错误认识与其财产交付之间存在因果关联,行为人由此获取财物应属于诈骗既遂。

对于行为未知型“套路”,行为人“套路”所反映的内容或过程与客观实际并不一致,会造成被害人在并未违约或逾期还款情形下误以为自己确实存在违约或逾期事项,进而自愿向行为人交付高额违约金、赔偿金等。显然,被害人对于财物的处分,是建

立在行为人拒接电话、失去联络、随意编造违约事由等“套路”行为致使被害人对是否违约或逾期等事实存在错误认识的基础之上,且该事实认识错误与被害人对违约金等财物的处分之间存在直接因果关联,故符合诈骗罪关于被害人基于错误认识处分财物的要求。值得注意的是,对行为未知型“套路”下的财物获取以诈骗论处,是以被害人主动交付或自愿交付财物为前提的。如果被害人虽对违约与否等事实存在错误认识,但拒不接受违约后果,进而在行为人向其索要违约金、赔偿金等钱款时予以拒绝,在此情况下行为人采取暴力、威胁、非法拘禁等手段以违约金、赔偿金为名取得被害人财物的,仍可能触犯抢劫、敲诈勒索、绑架等罪名。

四、路径回归:“套路贷”诈骗“错误认识”的司法矫正

我国司法实践对于“套路贷”犯罪的惩治具有深刻的社会政治背景并呈现出强烈的刑事政策需求,基于配合“扫黑除恶”专项斗争深入开展、有效遏制“套路贷”犯罪高发态势、维护金融秩序及社会和谐稳定等目标追求,对“套路贷”犯罪进行全链条全方位打击并从严从重惩治已成为常态立场,进而如何对“套路贷”犯罪实现及时有力惩治并体现打击的政治与社会效果往往成为司法人员关注的重点,以致罪与非罪、此罪与彼罪、一罪与数罪的区分等法律适用问题时常有意无意地遭到轻视。显然,“套路贷”诈骗犯罪认定中前述有关被害人“错误认识”的司法偏差正是此类现象的一个缩影。然而,刑法实施不只在着力社会保护,亦同时兼具人权保障机能,限制刑罚权恣意行使以保障公民免受国家权力不当侵犯始终是刑法最重要的基本价值。因此,对于“套路贷”诈骗中被害人“错误认识”的司法认定,必须抛弃片面追求政治、社会效果的价值选择立场,在坚守罪刑法定和诈骗罪基本构造的前提下,应充分审视并发挥被害人“错误认识”要素对于定罪量刑的影响性功能,进而实现“套路贷”诈骗犯罪认定的理性回归。

(一)围绕“错误认识”要素,对当前司法界定的“套路贷”诈骗犯罪分化处置

根据《意见》,对于未采用明显暴力或威胁手段

的“套路贷”，一般认定其属于虚构事实、隐瞒真相的骗取财物行为，以诈骗罪定罪处罚；“套路贷”常见犯罪手法和步骤即“套路”主要表现为制造民间借贷假象、制造资金走账流水等虚假给付事实、故意制造违约或肆意认定违约、恶意垒高借款金额、软硬兼施“索债”等。司法实践中，“套路贷”诈骗的认定并不要求具备上述全部犯罪手法和步骤，只要通过一种或多种方式设置“套路”形成虚假债权债务即可认定为“套路贷”，即“套路有多少、有几种并不影响‘套路贷’的认定，‘套路不深’不等于没有‘套路’”。^⑤实务部门此种对“套路贷”的宽泛化界定以及以“套路”推断“诈骗”的认定路径，无疑使“套路贷”诈骗在构罪条件上更易于司法人员作入罪处置，从而满足了“套路贷”犯罪打击数量和效率的追求。

如前所述，“套路”之本义决定了其并不当然与“诈骗”画等号，其虽可能属于“套路贷”诈骗的危害行为表现，但亦可能是行为人实施其他违法犯罪的迷惑性手段，故在实施“套路”情形下行为人完全存在涉嫌他罪的可能。从主观错误认识角度出发，行为人实施了“套路”，亦并不必然意味着被害人因为“套路”而陷于错误认识进而处分财产，后者出于追求借款之目的而在明确认识“套路”手段前提下作出财产处分的情形在实践中并不鲜见。显然，超越诈骗罪有关被害人错误认识的基本构造而以有关司法文件界定的“套路贷”特征认定诈骗罪成立之路径缺乏实定法的基础，更会造成司法处置上的严重不当。笔者以为，当前司法实践对于“套路贷”诈骗犯罪的手段表现、行为特征等内容的界定，因轻视乃至忽视对被害人主观错误认识的考量，不仅造成“套路贷”诈骗认定与普通诈骗罪认定的模式冲突，而且有不当地扩大“套路贷”诈骗的犯罪圈范围之虞，实践中应建立由“套路”转向“错误认识”的判断路径，对相关司法文件所界定的“套路贷”诈骗犯罪进行合理处置。

其一，以“套路”能否导致“错误认识”为标准，将不能引发“错误认识”的“套路”行为排除出“套路贷”诈骗犯罪的范围。诈骗罪的成立以被害人陷入错误认识而交付财产为必要。《意见》等司法文件对于“套

路贷”犯罪之“套路”的描述，实际将诸多不能造成被害人错误认识的“套路”纳入其中，从而使此类“套路”行为面临被以诈骗罪追究刑事责任的风险。第一，以保证金、中介费、安装费、调查费等名义向被害人收取高额费用致使被害人获得的实际借款金额少于协议金额的“套路”，并不属于欺骗行为，被害人对于收取费用的性质、数额及自己财产的丧失并未发生错误认识。第二，行为人实施转单平账、以贷还贷方式与被害人不断签订金额虚高“借贷”协议从而恶意垒高借款金额的“套路”，虽然存在占有被害人财产的“恶意”，但被害人对于借款金额的增加与虚高及需按虚高金额进行偿还的后果并未产生错误认识。第三，在被害人明知债务虚高或不应偿还情形下，行为人实施软硬兼施索取债务的“套路”，此时若被害人交付财产，则该交付显然并非基于错误认识。上述三种“套路”由于缺乏虚构事实、隐瞒真相致使被害人产生错误认识的欺骗性质，在被害人交付财产的场合，不应单纯依据上述“套路”存在的事实而对行为人取财行为以诈骗罪论处，如行为人放贷行为另涉嫌非法经营等其他罪名，可以他罪论处。当然，若行为人依据虚高债权债务凭证，借助诉讼、仲裁等手段而从被害人处取得财产，则因虚假诉讼罪可同时触犯诈骗罪的刑法规定，该取财行为仍可能成立诈骗罪。

其二，以“错误认识”是否导致“财产交付”为标准，实现当前“套路贷”诈骗犯罪的区别定性。诈骗罪中被害人对于财产的主动交付系其错误认识支配下的结果，错误认识与财产交付须存在前因后果的逻辑关联，对于“套路贷”诈骗罪的认定亦须遵循该原则。当前相关司法文件界定的“套路贷”犯罪属于类型化违法犯罪的概括性称谓，作为办案实践的经验总结与提炼，其内涵及行为表征与诈骗罪构成要件要素的定型化要求之间实际存在较大差异。因此，围绕诈骗罪基本构造有关财产交付与被害人错误认识的逻辑要求，宜对目前司法部门归纳的“套路贷”诈骗行为作定性的不同处置。一是不应以犯罪论处的情形。例如，对于制造民间借贷假象的借贷引诱型“套路”，即以低息、无抵押、无担保、快速放款

等方式引诱被害人借款的“套路”,此种“套路”的功能主要在于为“套路贷”实施创造条件与机会,属于“套路贷”实施前的准备行为,即使短暂造成被害人对是否低息、是否要求抵押等产生错误认识,因为其内容主要体现为“放款给被害人”的引诱,而非直接“获取被害人财产”,与被害人财产交付并无直接因果关联,所以不应单纯据此以诈骗罪或他罪论处。二是应以诈骗罪论处的情形,包括诈骗既遂与未遂。例如,在行为人故意制造资金走账流水等虚假给付凭证后,被害人误以为确实存在凭证所记载的债务而给付财物或拒绝给付;行为人故意制造违约、肆意认定违约情形,被害人误以为其确实存在违约事项而给付财物,或被被害人识破而拒绝给付;行为人引诱被害人签订空白协议后自行填写对被害人不利条款,或采取催促、欺瞒等方式让被害人未能仔细审阅协议条款即签订协议,后持上述协议要求被害人偿还虚高借款,被害人因误以为需履行协议而交付财物,或拒绝履行。三是应以他罪论处的情形。根据《意见》,实施“套路贷”未采用明显暴力或威胁手段的,一般以诈骗罪论处。然而,未采用明显暴力或威胁手段的“套路贷”并不一定符合诈骗罪的构成要求。例如,被害人根据虚假债务凭证或虚高借款协议而误以为虚假债务确实存在,或误以为虚假违约情形确实发生,但又拒绝交付财物,行为人采取滋扰、纠缠等手段索债,^②或以向法院起诉相要挟,致使借款人交付财物。该类情形中,滋扰、纠缠以及向法院起诉等行为并未体现明显的暴力或威胁,被害人交付财物亦非因为认识错误而主动交付。笔者认为,对于滋扰、纠缠下的交付,应根据不法行为有无侵害公共秩序,分别以强拿硬要型寻衅滋事罪或敲诈勒索罪论处;对以提起诉讼为要挟获取财物的行为,其取财并无任何合法性依据,应以敲诈勒索罪定性。

(二)严格界分“错误认识”与“非法占有目的”,确立行为人目的与被害人认知的双重评判

以对行为人“非法占有目的”的分析取代被害人是否存在“错误认识”的论证,或以行为人制造虚假债权债务等虚构事实行为直接推导被害人主观“错

误认识”,是当前司法实践“套路贷”诈骗犯罪认定中存在的突出问题。被害人是否具有“错误认识”和行为人是否具有“非法占有目的”,属于诈骗罪基本构造中相互独立的不同要素,亦是诈骗罪成立对于行为人主观和被害人主观的各自要求,两者间不存在决定与被决定、推定与被推定的关联,并且行为人具有“非法占有目的”但被害人不存在“错误认识”,或行为人不具有“非法占有目的”但被害人存在“错误认识”的情形完全可能存在。以行为人虚构事实来论证被害人“错误认识”也是如此,虚构事实行为体现的是行为人意欲让被害人陷入错误认识的图谋,被害人陷入错误认识则是虚构事实的结果。在上述图谋与结果之间并不必然存在一一对应关系,虽虚构事实但被害人未陷入错误认识从而诈骗未遂的案例普遍存在。因此,以制造虚假债权债务等虚构事实行为推导被害人存在错误认识的思维过程明显值得疑问。从“套路贷”诈骗的虚构事实过程来看,实际上诸多事实虚构行为是在被害人明知且参与下形成的,如以“砍头息”“调查费”等名义将部分费用从借款本金中扣除并签订虚高借款协议,制造资金走账流水后以各种手段将部分资金从被害人处收回以形成虚假给付事实,通过转单平账、以贷还贷不断恶意垒高借款金额,等等。上述虚构事实行为不仅一般是在被害人配合下完成的,而且被害人对于事实的虚构并未产生认识错误,即使在债权债务实现阶段,被害人也通常对债务虚高具有明确认识,其对财产的交付并非基于错误认识,而是或明知虚高而自愿交付,或是因受到行为人暴力或威胁等手段而被迫交付。因此,虚构事实行为与被害人错误认识之间并不具有因果上的逻辑必然性。

司法实践中,对于“套路贷”诈骗犯罪的界定,必须建立对行为人与被害人主观方面的双重评判路径,在注重行为人“非法占有目的”考量的同时,要对被害人是否存在“错误认识”进行程序与实体上的探求。一是司法解释性规范在界定“套路贷”诈骗的构成要素或行为特征时,应明确将“被害人基于错误认识而处分财产”的内容纳入其中。《意见》第3条对于“套路贷”行为特征的规定主要着重于对行为人如何

虚构事实或制造虚假事实进行描述,对被害人是否由此陷入错误认识并由此处分财产极少涉及,进而导致司法人员往往依据客观“套路”行为的实施而逾越诈骗罪犯罪构成径直认定诈骗罪成立。其唯一有关被害人错误认识的规定内容则是“以‘保证金’‘行规’等虚假理由诱使被害人基于错误认识签订金额虚高的‘借贷’协议或相关协议”,但此处的“错误认识”通常指的是被害人对行为人要求签订虚高借贷协议的真实意图发生错误认识(如行为人谎称签订虚高协议只是公司内部规定或行业规矩,日后并不会以此作为索债依据),并且签订金额虚高借贷协议与交付财产亦非等同,即使被害人因错误认识而签订虚高借贷协议,但在行为人索要虚高金额借款时,被害人亦完全可能因知晓、经历虚高借贷协议的形成过程而对财产交付的性质、原因等并不存在错误认识,从而不构成因错误认识而交付。在当前司法解释广泛扩张我国《刑法》相关规定并对发挥刑法适用起主导作用,甚至部分解释逾越解释权限而违背罪刑法定原则之背景下,对于“套路贷”诈骗犯罪的规范界定更应明文嵌入对被害人“错误认识”的要求,以切实引导司法人员依据法定构成要件正确定罪,防范“套路贷”诈骗的认定偏离诈骗罪基本构造而造成打击失范。二是妥当确立对行为人“非法占有目的”和被害人“错误认识”的认定方式。实践中对于“套路贷”诈骗上述两种主观要素的判定,时常将其混合在一起甚至合二为一,如由于“套路”虚假性和欺骗性,“套路”行为往往同时被作为行为人“非法占有目的”和被害人“错误认识”的判定依据,致使司法人员在依据“套路”认定行为人具有非法占有目的的同时,又当然地认定被害人存在错误认识,进而以对行为人“非法占有目的”的分析取代受骗者“陷于错误认识”的论证。然而,行为人“非法占有目的”与被害人“错误认识”在认定路径上显然应适用不同的判断方式。司法实践中行为人对其主观上的“非法占有目的”通常拒不承认,该犯罪意图难以通过其有罪供述得到体现,故实践中常以刑事推定即“根据法律规定或者经验法则,从基础事实推导出推定事实”的间接证明方式来认定行为人“非法占有目

的”,^②其是在行为人“非法占有目的”并无直接证据证实的情况下根据已查证属实的客观事实推定该目的存在,必须遵循允许行为人反证原则。对于被害人是否存在“错误认识”,显然被害人对此拒不陈述的情形极为罕见,其陈述中一般均可直接反映出该内容,故即便行为人实施了欺骗性“套路”行为,亦不应抛开被害人关于是否存在“错误认识”的陈述而直接依据“套路”行为推定被害人存在“错误认识”,更何况“套路”的实施并不必然会造成被害人错误认识的结果。因此,对行为人“非法占有目的”和被害人“错误认识”,理应采取不同的判定思路,对前者可适用刑事推定,对后者应侧重于对被害人陈述的考察而予以直接证实。三是法院判决在注重“套路贷”诈骗行为人“非法占有目的”分析的同时,须围绕被害人“错误认识”强化论证。作为诈骗罪基本构造的关键要素,有关被害人“错误认识”的说理与阐释在法院判决中并未受到应有重视,其通常被作为“套路”行为的当然结果而在判决结论部分被附带提及,即便庭审中被告方对被害人是否存在错误认识提出质疑,判决对该质疑的回应亦主要通过论证“套路”及“非法占有目的”事实而进行,实际上回避了被告方的质疑。“裁判文书说理是法官不容回避的责任,也是裁判文书的生命力所在”,^③对于具有决定诈骗罪成立之影响性功能的被害人“错误认识”,理应在判决中予以专门阐述。

(三)坚持刑法有限适度介入,准确把握被害人明知“套路”的法律适用

伴随着我国刑法教义学研究的不断深入,有关被害人教义学的理论正逐渐受到关注。“被害人教义学从被害人的视角出发,通过被害人的保护可能性与需保护性这一核心原则展开,对于被害人法益是否值得刑法给予保护作出判断”,^④其试图打破单向度地沿行为人行为去思考刑法问题的传统思维模式,构建一种“行为人—被害人”双维视角下理解刑法的思考模式。^⑤对于诈骗案件而言,其犯罪过程明显呈现出行为人与被害人的互动性,从而成为被害人教义学理论基于被害人需保护性视角,研究刑法保护必要性及其程度、刑事责任承担与量刑的重要

领域。在“套路贷”诈骗中,制造资金流水痕迹、签订金额虚高借贷协议、通过转单平账垒高借款金额等“套路”行为均具有极强的被害人参与性,诈骗得逞在很多情形下正是依赖于被害人的积极配合才得以完成。显然,与盗窃、抢劫、强奸等明显体现行为人单方意志而造成被害人权益损害的犯罪不同,诈骗罪因其形式上被害人财物交付的“主动配合性”,理应从被害人视角去考察其财物处分的真实意愿,以避免将基于当事人意思自治而不值得法律保护的行为纳入刑法制裁范围。因当事人对其权益的自愿处分而造成法益损害行为不受刑法保护的情形广为存在,如经他人允许对其财物进行毁损不构成故意毁坏财物罪,经妇女同意而与其发生性关系不成立强奸罪,应被害人要求而对其人身进行限制不构成非法拘禁罪等。刑法的谦抑性或最后手段性原则要求刑法应将其处罚范围限制在绝对必要的限度之内,在被害人法益不需要保护或不值得保护时,刑罚的触角当保持谨慎与克制,避免造成对当事人意思自治自由的干涉。刑罚谴责的严酷性决定了刑法对社会生活的介入要比其他部门法更为慎重,以防范无节制的刑法家长主义造成对公民自我决定权的压制与否定。有关司法文件对于“套路贷”行为手段的界定,存在着诸多被害人自我意思决定及财产权益自愿处分的特点,如被害人同意以“保证金”“砍头息”“调查费”等名义将部分费用从借款本金预先扣除而签订虚高借款协议,同意以转单平账、以贷还贷等方式垒高借款金额等,此类行为一定程度上体现出被害人对“套路”引发自身财产损失的接受或同意,故刑法在介入时必须充分考量被害人财产处分的自愿性和其权益的需保护性程度,不能片面以被害人客观实际损害结果的形成为依据进行刑事归责。

“套路贷”犯罪主要表现为侵财型犯罪,财产法益通常属于被害人能自我决定处分的法益,因此在被害人放弃或承诺放弃该法益时,行为人对于财物的占有一般难以成立财产犯罪;从财产法益的需保护性来看,此时被害人对其财产的权益并不值得刑法保护。被害人请求或许可行为人侵害其法益,表明其放弃了该法益及对该法益的保护,法律没有必

要予以保护。^③对于“套路贷”是否构成诈骗的行为定性,不仅需考虑“套路”行为实施对被害人所造成的财产损害后果,而且应将被害人对其财产的处分态度作为重要的衡量范畴,在其行为表现出其对财产权益的自愿放弃时,“套路贷”行为的刑事当罚性及当罚程度便值得斟酌。具体而言,在被害人因“套路”而陷入错误认识进而处分财产时,其对财产的“主动放弃”不可能代表其真实意思,当然应以诈骗论处;在被害人明知“套路”的场合,其财产交付行为是否属于“错误认识”的结果,则需具体分析。“套路贷”中的“套路”并不当然具有欺骗属性,如果行为人“套路”不具有虚构事实、隐瞒真相之内容,“套路”行为根本就不属于欺骗行为,被害人对“套路”是否明知,并不影响“套路贷”不构成诈骗的属性;在“套路”具有欺骗性质并存在引发被害人错误认识而处分财产的可能时,被害人如系明知“套路”而处分财产,则其主观上不存在错误认识,该处分行为应视作其对于自己财产权益的一种放弃,法律基于尊重当事人财产权的自我决定与处分权能,亦不应对其干涉而强加保护,故此种情形下的“套路贷”,即使存在被害人的财产交付,至多以诈骗罪未遂处置,而不构成诈骗罪既遂。被害人恶意利用行为人“套路贷”而获取财物的情形应如何处理值得特别注意。此处的“恶意利用”是指被害人明知行为人实施“套路贷”而仍与其签订借贷协议进而从后者获取借款并不欲归还的行为。笔者以为,恶意利用“套路贷”从行为人处获取借款属于明知“套路”而骗取财物的情形,可以诈骗罪论处;对于实施“套路”的行为人而言,其行为性质只能构成诈骗罪未遂,但在处罚程度上可进行适当区分。如果行为人本无实施“套路贷”的故意,其“套路贷”行为系在借款人恶意引诱下实施,则因借款人本身存在过错而应对行为人酌情从轻处罚;如果行为人原本即有实施“套路贷”的故意而被借款人恶意利用的,则应对行为人不予从轻。

注释:

^③笔者于2020年6月9日在中国裁判文书网以“套路贷”作为关键词对2017年至2019年刑事一审案件进行了查询,其

数量分别为2017年7件,2018年130件,2019年785件,案件呈爆发性增长态势。

②张明楷:《刑法学(下)》,法律出版社2016年版,第1000页。

③陈兴良主编:《刑法各论精释(上)》,人民法院出版社2015年版,第418页。

④根据《意见》,“套路贷”是对以非法占有为目的,假借民间借贷之名,诱使或迫使被害人签订“借贷”或变相“借贷”“抵押”“担保”等相关协议,通过虚增借贷金额、恶意制造违约、肆意认定违约、毁匿还款证据等方式形成虚假债权债务,并借助诉讼、仲裁、公证或者采用暴力、威胁以及其他手段非法占有被害人财物的相关违法犯罪活动的概括性称谓;“套路贷”的常见犯罪手法和步骤包括但不限于以下情形:制造民间借贷假象,制造资金走账流水等虚假给付事实,故意制造违约或者肆意认定违约,恶意垒高借款金额,软硬兼施“索债”。

⑤《意见》第4条规定,实施“套路贷”过程中,未采用明显的暴力或者威胁手段,其行为特征从整体上表现为以非法占有为目的,通过虚构事实、隐瞒真相骗取被害人财物的,一般以诈骗罪定罪处罚;对于在实施“套路贷”过程中多种手段并用,构成诈骗、敲诈勒索、非法拘禁、虚假诉讼、寻衅滋事、强迫交易、抢劫、绑架等多种犯罪的,应当根据具体案件事实,区分不同情况,依照刑法及有关司法解释的规定数罪并罚或者择一重处。

⑥参见上海市浦东新区人民法院(2019)沪0115刑初3983号刑事判决书。

⑦参见安徽省马鞍山市花山区人民法院(2020)皖0503刑初5号刑事判决书。

⑧参见浙江省绍兴市柯桥区人民法院(2019)浙0603刑初937号刑事判决书。

⑨参见浙江省诸暨市人民法院(2019)浙0681刑初1170号刑事判决书。

⑩参见内蒙古自治区包头市中级人民法院(2019)内02刑终208号刑事裁定书。

⑪参见《浙江省高级人民法院、浙江省人民检察院、浙江省公安厅关于办理“套路贷”相关刑事案件若干问题的纪要》(浙高法[2019]117号)。

⑫余春红:《浙江省公检法就〈关于办理套路贷相关刑事案件若干问题的纪要〉答记者问(下)》,载《浙江法制报》2019年8月14日,第8版。

⑬参见福建省宁德市中级人民法院(2019)闽09刑终578号刑事裁定书。

⑭参见刘明祥:《财产罪专论》,中国人民大学出版社2019年版,第185页。

⑮参见张明楷:《不能以套路贷概念取代犯罪构成》,载《人民法院报》2019年10月10日,第5版。

⑯参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》,商务印书馆2016年版,第1280页。

⑰参见《咬文嚼字》编辑部:《2016年十大流行语》,载《咬文嚼字》2017年第4期。

⑱陈志君、梁健:《论套路贷的打击与防范》,载《法律适用》2019年第20期。

⑲如《关于建立健全严厉打击“套路贷”违法犯罪沟通协调机制的意见》(苏高法[2019]138号)、《关于办理“套路贷”相关刑事案件若干问题的纪要》(浙高法[2019]117号)、《关于办理“套路贷”刑事案件的指导意见》(皖高法[2018]125号)等均将持续推动扫黑除恶专项斗争深入开展作为此类文件制定和出台的主要目标。

⑳参见卢建平:《扫黑除恶专项斗争中如何正确认识套路贷犯罪》,载《人民法院报》2019年4月11日,第2版。

㉑张明楷:《外国刑法纲要》,清华大学出版社2007年版,第579页。

㉒参见山西省长治市中级人民法院(2019)晋04刑终426号刑事判决书。

㉓马卫军:《论诈骗罪中的被害人错误认识》,载《当代法学》2016年第6期。

㉔参见前注⑱,陈志君、梁健文。

㉕参见金懿:《套路贷犯罪案件的刑法定性》,载《犯罪研究》2019年第2期。

㉖余春红:《浙江省公检法就〈关于办理套路贷相关刑事案件若干问题的纪要〉答记者问(上)》,载《浙江法制报》2019年8月13日,第4版。

㉗2018年1月“两高两部”《关于办理黑恶势力犯罪案件若干问题的指导意见》、2019年4月“两高两部”《关于办理实施“软暴力”的刑事案件若干问题的意见》虽将滋扰、纠缠、哄闹、聚众造势等行为纳入“软暴力”范围,但该行为定性系针对黑恶势力犯罪的特别规定,并不能超出黑恶势力犯罪范围而当然适用于所有普通犯罪。

㉘宋英辉、何挺:《我国刑事推定规则之构建》,载《人民检察》2009年第9期。

㉙白泉民:《裁判文书说理的价值及其实现路径》,载《人民法院报》2015年4月8日,第5版。

㉚王肃之:《被害人教义学核心原则的发展——基于侵犯公民个人信息罪法益的反思》,载《政治与法律》2017年第10期。

㉛车浩:《被害人教义学在德国:源流、发展与局限》,载《政治与法律》2017年第10期。

㉜参见张明楷:《刑法学(上)》,法律出版社2016年版,第223页。