

债权行使与非法占有目的的非法性认定

徐凌波

【摘要】行使债权可以否定非法占有目的的非法性。非法占有目的的非法性,是财产犯罪的构成要件要素,而非一般违法性的提示要素,其评价的是财产犯罪行为所引起的财产转移、变动过程。只有当行为人对被害人拥有合法债权时,以非法手段引起的财产转移过程才被认为合乎民事实体财产秩序,进而否定非法性。实践中认为行使虚假债权、非法债权的行为也能否定非法占有目的,该观点将导致刑法财产犯罪体系内部的价值判断矛盾,进而产生处罚漏洞,应当予以纠偏。在《刑法》新增第293条之一催收非法债务罪的背景下,应将催收非法债务罪理解为财产犯罪的减轻构成。在此基础上,区分虚假债权与非法债权的意义在于,催收前者仍应以抢劫、敲诈勒索罪等重罪进行处罚,只有催收后者才能成立催收非法债务罪。催收非法债务所获得的收益来自被害人合法财产所遭受的损失,根据《刑法》第64条的规定应当优先返还给被害人。

【关键词】占有目的的非法性;虚假债权;非法债权;催收非法债务罪

【作者简介】徐凌波,南京大学法学院副教授。

【原文出处】《中外法学》(京),2023.3.707~724

一、问题的提出

非法占有目的是我国《刑法》中多数财产犯罪的共同成立条件,在实践中对于判断罪与非罪起着决定性作用。其中,非法性是非法占有目的概念的组成部分,但未能得到理论与实践的足够重视。通常认为,当行为人对被害人拥有债权时,即可否定占有目的的非法性。更有甚者,认为即使债权本身非法,其行使行为也可以否定非法占有目的。

诚然,这一观点可以从一系列司法解释中找到佐证。2000年《最高人民法院关于对为索取法律不予保护的债务,非法拘禁他人行为如何定罪问题的解释》(以下简称《非法拘禁罪解释》)明确了第238条第3款中的“索取债务”包括索取赌债、高利贷等法律不予保护的债务。该解释扩张了可以排除非法占有目的的债务范围,只要行为人与被害人之间存在债务,不管是否为合法债务,不管是双方承认的债务还是行为人单方面主张的债务,只要拘禁扣押行为是以索取债务为目的进行的,都可以否定绑架罪的非法占有目的,仅成立非法拘禁罪。2019年《最高人民

法院、最高人民检察院、公安部、司法部关于办理非法放贷刑事案件若干问题的意见》(以下简称《非法放贷意见》)中规定,“为强行索要不合法放贷而产生的债务,实施故意杀人、故意伤害、非法拘禁、故意毁坏财物、寻衅滋事等行为,构成犯罪的,应当数罪并罚”。这进一步巩固了实务的一贯立场,行使非法债权、索要非法债务的行为不成立财产犯罪,仅在手段行为范围内认定人身犯罪、公共秩序犯罪。

然而与之相左的观点在理论与实务中也并不罕见。对于行使债权行为能否排除财产犯罪的问题,我国理论与实践主要存在如下三种立场:①主张只有完全合法有效的债权可以否定非法占有目的,法律不予保护的债权不是财产犯罪的保护法益,因而无论是高利贷还是套路贷,其行使行为应以财产犯罪定罪处罚。^{①②}延续《非法拘禁罪解释》中的一贯立场,认为无论债权合法与否,均可以否定非法占有目的,只能在手段行为的范围内定罪处罚。^③基于2019年《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部关于办理“套路贷”刑事案件若干问题的意见》

(以下简称《套路贷意见》)中关于套路贷与高利贷的区分,认为在法律不予保护的债权中应进一步区分虚假债权与真实但违法的债权,以暴力胁迫手段行使前者的,不排除非法占有目的,仍应以敲诈勒索等财产犯罪定罪处罚,但行使后者则可以否定财产犯罪的成立。^②因对非法债权的范围存在不同理解,司法实践的立场在②③之间左右摇摆,导致了法律适用的不一致。有判决主张对《非法拘禁罪解释》中法律不予保护的债权进行限制解释,例如在徐改革等敲诈勒索案^③中,裁判理由认为“非法债务”应当是真实存在的自然之债,而不能是行为人自行随意捏造或强行勒索的结果。因此行使虚假债权不能否定非法占有目的,以胁迫方式催收虚假债权的,构成敲诈勒索罪。^④也有判决并不区分虚假债权与非法债权,而是认为行使虚假债权的行为同样可以否定非法占有目的,如在王晓霞诈骗案^⑤中,判决认定行为在债权形成阶段成立诈骗罪、敲诈勒索等财产犯罪,在债权行使阶段成立伤害、非法拘禁、寻衅滋事等人身犯罪或公共秩序犯罪,对前后行为数罪并罚。在《刑法》增设第293条之一催收非法债务罪之后,上述对非法债权的不同解释也直接影响催收非法债务罪的理解与适用。在林某某诈骗案^⑥中,法院认定为行使套路贷所形成的虚假债权的行为也应成立催收非法债务罪,与前一阶段的诈骗罪实行数罪并罚。这意味着法院没有在法律不予保护的债权中进一步区分虚假债权与非法债权,而是认为套路贷所形成的虚假债权也属于催收非法债务罪意义上的非法债权。

上述争议的根源在于理论与实践虽意识到行使债权可以出罪,却未体系性地澄清其出罪的实质根据,明确出罪的条件与范围。《刑法》第293条之一催收非法债务罪的增设只是在结论上填补了可能存在的处罚漏洞,而非对教义学问题的回答。在《刑法修正案(十一)》增设了催收非法债务罪之后,也只有在教义学上澄清了行使债权在认定财产犯罪过程中的作用,才能理顺财产犯罪与催收非法债务罪之间的关系。

针对上述问题,本文将首先结合财产犯罪的基

础理论,阐明行使债权出罪的实质根据,主张只有行使合法债权才能否定财产犯罪(第二部分);检讨“行使虚假债权否定非法占有目的”存在体系内在的价值判断矛盾,以及由此产生的处罚漏洞(第三部分);在对高利贷、赌债等法律不予保护债权作出准确界定的基础上,结合《刑法》第293条之一催收非法债务罪,探讨行使非法债权的刑法定性,厘清财产犯罪与催收非法债务罪之间的关系,划定此罪与彼罪的适用范围(第四部分)。

二、行使债权出罪:体系位置、实质根据与适用范围

(一)行使债权是构成要件排除事由而非正当化事由

理论上,行使债权常常被作为权利行使的下位概念来理解,有学者主张即使索取债务的行为客观上符合财产犯罪的构成要件,也可以权利行使作为出罪理由。^⑦但权利行使究竟是否否定了财产犯罪的构成要件,还是作为一项独立的正当化事由否定了行为的违法性,却并未得到澄清。此外,当行使债权否定的是占有目的的非法性时,似乎更容易助长这是一项阻却违法的正当化事由的印象。然而将权利行使作为一项独立的正当化事由,与违法性阶层的一般原理存在矛盾:

第一,在功能主义导向的刑法体系中,违法性阶层的功能在于化解利益冲突。^⑧个人权利与利益只是进行利益衡量时需要考虑的因素,而非自外于正当防卫、紧急避险等法定正当化事由的独立根据。我国《宪法》虽然规定了公民的各项基本权利,但行使权利以尊重他人权利为前提,不能当然地为侵犯他人权利的行为提供正当根据。公民所拥有的基本权利,毋宁是在审查各类正当化事由成立时进行利益衡量所要考察的因素。例如公民拥有生命权,但在受到生命威胁而采取反击手段、侵害他人利益的行为,并非因“行使生命权”而正当化,而是因成立正当防卫而正当化。同理,在财产面临迫近风险时,为保护自己的财产而侵犯他人的人身、财产法益,也非因“行使财产权”而正当化,而只有在符合正当防卫、

紧急避险的成立条件时才能正当化。

第二,即使是在正当防卫、紧急避险等法定正当化事由中,可防卫、可衡量的财产利益也限于所有权等绝对权,而不包括债权这样的相对权。只有符合自救行为的条件时,以违法手段行使债权的行为才会在极其有限的范围内被正当化。德国学者沃尔夫冈·弗里施(Wolfgang Frisch)指出,当债务人拒不履行债务而危及债权人财产利益时,这当然是一种对财产的危险甚至不法侵害,但此时立法者想要限制债权人使用暴力,因此在《德国民法典》第229条设立了自救行为,将债权从正当防卫、紧急避险的适用范围中排除出去。只有在满足《德国民法典》第229条自救行为的条件时,行为才能被正当化,而不能诉诸紧急避险或正当防卫。^⑨日本学者前田雅英也认为,在权利行使与财产犯的名义之下,有关为实现债权等权利而实施的胁迫、欺骗行为的正当化,应该在自救行为的范围内讨论。^⑩

第三,行使债权虽能否定财产犯罪,但其法律效果明显异于正当防卫、紧急避险、自救行为等正当化事由。后者的共同点在于,一旦满足正当化事由的条件,行为的违法性将在整体上被排除,正当行为的相对人有义务容忍该行为人给自己法益造成的损害。^⑪与之相对,债权债务关系的存在,虽能否定财产犯罪,却不能否定暴力、胁迫等手段行为的违法性,受到暴力胁迫的债务人也无容忍义务。在索要债务的过程中,债权人若采用了暴力、胁迫手段,被催收的债务人仍可以实施正当防卫。例如在于欢故意伤害案^⑫中,杜志浩等人为催收债务所使用的暴力、胁迫、非法拘禁等手段仍构成不法侵害。可见行使债权并不能使催收债务的行为方式本身正当化,债务人也没有义务容忍债权人以暴力、胁迫方式实施的催收行为。

诚如学者指出,不同的罪名中,行使不同类型的权利产生出罪效果的体系位置与规则并不统一。^⑬要厘清行使债权的出罪效果与根据,诉诸权利行使这一上位概念意义有限。在财产犯罪中,行使债权通过否定非法占有目的的非法性实现出罪,但并不

能在整体上将行为正当化,该非法性要件只能被理解为财产犯罪的构成要件要素,而非对一般违法性的提示,相应地行使债权也并非正当化事由,而只是否定财产犯罪的构成要件。

(二)债权的存在为财产的变动、转移提供了法律基础

作为财产犯罪的构成要件,非法占有目的的非法性,不同于作为犯罪成立阶层的一般违法性,其审查的标准并非行为是否在整体上合乎法秩序,而仅仅是行为所引起的财产转移和变动是否合乎财产秩序。^⑭行使债权之所以能否定非法占有目的,但不能否定手段行为的违法性,与民法上所理解的债权本质内容有关。王泽鉴指出,债权是一项请求权,而非支配权,它没有赋予债权人支配债务人人身或其行为的权利,^⑮因此债权并不能使行为人的暴力、胁迫手段正当化。“债权人,乃将债务人之给付归属于债权人,使其得受领债务人之给付”,^⑯换言之,债权的存在为财产转移提供了法律基础。

我国《刑法》分则第五章规定的财产犯罪多为取得罪。取得罪的危害结果在于,行为人取得财产而被害人丧失财产。^⑰这一财产变动过程称为财产的转移(Vermögensverschiebung),是财产犯罪的不法类型特征。^⑱但是现代社会中,财富的流动本是经济运行的常态,仅凭财产增减无法成为刑法介入的充分理由。一方面,刑法在设置财产犯罪罪名体系时,没有穷尽所有引起财产转移的行为方式,只有通过符合分则罪名构成要件的行为方式引起了财产转移,才能成立财产犯罪。另一方面,行为所引起的财产转移和变动也只有在不符合法秩序要求时,才需要刑法的介入,而这正是判断非法占有目的非法性的关键。^⑲当行为人拥有债权时,即使行为客观上符合财产犯罪的构成要件,该债权的存在也为财产的转移、变动提供了法律根据,从而否定了占有目的的非法性。

值得注意的是,因行使债权而否定占有目的的非法性,也同时否定了被害人客观上遭受了财产损害。这是因为,被害人的财产损害与行为人的财产

获利,共同构成了财产转移、变动过程的一体两面。当债权人拥有合法债权时,即使以非法手段实现该债权,也可以认为,由于债务归于消灭,债务人并未遭受财产损失。^①理论上观点认为,占有目的非法性判断缺少独立的体系意义。德国学者瓦尔特·佩隆(Walter Perron)指出,若采取经济财产概念,以财产转移是否为法秩序所允许来判断获利目的的非法性,其功能在于修正纯粹的经济财产概念;而在采取法律—经济财产概念时,非法性的判断便与财产损害的判断重合,丧失了独立的意义。^②罗兰德·黑芬德尔(Roland Hefendehl)也认为,在缺少获利目的非法性时,合法的获利与债务清偿相对应,可径直否定财产损害结果。^③我国理论中虽然有观点跟随日本刑法理论将非法占有目的中的获利目的理解为责任要素,但也将非法性的判断与财产犯罪的法益侵害性相关联。张明楷认为,非法占有目的中的“非法性”,应根据财产罪的保护法益进行理解和判断:只要是侵害了财产罪保护法益的,就可以认定行为人的占有目的具有非法性;而法律不予保护的债权,不是财产罪的保护法益,因而以暴力、胁迫手段讨要法律不予保护的债权的,应当成立财产犯罪。^④王昭武持相同见解,认为以财产罪来保护(至少是认可)这种民法上的无效债权,不仅不合法秩序统一性的要求,也难言真正符合财产罪的立法目的以及对法正义的追求。^⑤

不过,行使债权与财产法益侵害之间的关系是间接的。前述观点虽正确地理解了非法占有目的与财产法益侵害实质之间的关联,但仅从保护法益角度难以直接说明,不受法律保护的债权何以不能否定财产犯罪的法益侵害性。主张“不受法律保护的债权不是刑法的保护法益”,或者认为“否定财产犯罪成立意味着刑法通过财产犯罪来保护这些不合法的债权”,均存在逻辑上的断裂。这是因为,直接受到侵害的是被害人的合法财产,而非行为人所拥有的债权。只是,当行为人对被害人拥有合法债权时,可以认为行为人所追求的获利目的并不是非法的,而被害人所遭受的财产减损也不再被评价为构成要件结果意义上的财产损害。因此,尽管损害与获利

是财产转移过程的一体两面,但就行为人的行使债权行为而言,单独从占有目的非法性角度进行审查,在技术上仍是必要的。乌尔斯·金德霍伊泽尔(Urs Kindhäuser)指出,获利目的的非法性属于客观构成要件,它是财产转移的法律属性,只是在司法实践中通常不直接否定损害,而是否定获利的非法性。^⑥

综上,财产犯罪中的非法性审查具有双重性:一是作为犯罪成立阶层的一般违法性,考察的是行为在整体上是否与法秩序相符;二是作为财产犯罪构成要件的非法占有目的的非法性,其关注的仅是行为所引起的财产转移是否具备法律根据。^⑦当财产转移本身合乎财产秩序时,只是否定了财产犯罪的成立,不影响手段行为的定罪处罚。非法占有目的的非法性与财产损害是一体两面的关系,两者是对同一个财产转移过程的评价,非法性侧重于考察行为人是否有法律上的根据保有通过非法手段所增加的财产利益。而债权行使之所以能否定非法占有目的,是因为债权的本质在于债权人得有效受领其所获得的给付,为行为人的财产增加提供了法律基础。以行使债权否定非法占有目的的同时也意味着,被害人没有遭受规范意义上的财产损害。

(三)只有合法有效的债权才能为财产变动提供法律基础

如前所述,行使债权否定财产犯罪的实质根据在于,债权的存在为财产转移、变动提供了法律基础:从被害人一侧看,可以认为其没有遭受规范意义上的财产损害,从行为人一侧看,则意味着其追求财产利益的目的不具有非法性,两者是一体两面的关系。这种出罪效果应仅限于合法有效的债权范围内。法律不予保护的债权在诉讼中不会得到法院的支持,也不能为财产的转移提供根据。若肯定不受法律保护的债权也能够为财产变动提供法律基础,则意味着刑法和民法对财产转移、变动的评价采取了不同的标准,这将引起刑法和民法的不协调。

但是,对于法律不予保护的债权能否排除非法占有目的,理论与实践仍存在较大分歧,有进一步检讨的必要。如前所述,理论与实践的立场大致分为

三种:①只有合法债权能够否定非法占有目的;②任何债权无论合法与否,均可以否定非法占有目的;③区分虚假的债权债务关系与真实但违法的债权债务关系,认为后者也可以否定非法占有目的。其中②③的分歧点在于,在法律不予保护的债权中是否有必要进一步区分出虚假债权与非法债权,并在能否否定非法占有目的的问题上赋予两者以不同的效果,这也是实务中尚未达成共识之处。

在分析上述观点合理性之前,有必要澄清虚假债权与非法债权之间的界限,明确所谓“债权债务关系真实存在但违法”的准确含义。与有体物具有客观的物理实存不同,债权本就是抽象的法律关系,并非感官知觉可以判断其存在的自然事实,而是必须结合民事法律制度的规定加以认定的制度事实。刑法上所谓真实存在的债权、有事实基础的债权,主要是就债之关系的发生原因而言。^⑥根据我国《民法典》第143条的规定,作为双方法律行为的合同有效的条件包括:①行为人具有相应的民事行为能力;②意思表示真实;③不违反法律、行政法规等强制性规定,不违背公序良俗。在默认双方具有民事行为能力的前提下,之所以最终未能形成合法有效的债权债务关系,其原因有二:一是合同的订立并非双方真实意思的结果;二是合同的订立虽是双方真实意思的结果,但违反了法律、行政法规等强制性规定。

这正是司法解释中区分套路贷与高利贷的关键所在。《套路贷意见》指出,“套路贷与平等主体之间基于意思自治而形成的民事借贷关系存在本质区别”。从中可以推知,民事借贷关系是平等主体基于意思自治而形成,而套路贷则并非平等主体意思自治的结果,仅具有民事借贷关系的假象,是虚假的债权债务关系。与之相对,在高利贷债权中,借贷双方关于利率的约定反映了双方的真实意思,但因超出了允许的利率范围因而超出部分无效。与之类似,赌债因自愿参与赌博活动而形成,但因违反了国家禁止赌博的规定而无效。两者则属于真实存在但违法的债权。由此刑法上所谓“法律不予保护的债权”可分为两类:一是以套路贷为代表,债权债务关系未

能反映平等民事主体的真实意思,仅具有借贷表象的,属于虚假债权;二是以高利贷与赌债为代表,债权债务关系虽基于平等主体的意思自治而形成,但因违反法律、行政法规而无效,属于非法债权。若严格按照前述占有目的之非法性判断的实质原理,两类债权均不能为财产的转移与变动提供有效的法律基础,不能否定非法占有目的与财产犯罪的成立。然而,主张这两类债权的行使行为可以否定财产犯罪成立的观点,在理论与实践仍相当有力。因此,除在一般原理层面进行检讨之外,还有必要结合有关司法解释与实务判决具体分析以这两类债权否定非法占有目的的合理性。

三、行使虚假债权行为的刑法定性

在虚假债权的场合,理论与实践提出了区分形成、设立债权与行使、实现债权两个阶段的分析框架。在这一分析框架中,形成债权阶段是认定财产犯罪成立的重点,而对于行使债权阶段的行为,各地法院的判决则并未形成一致意见。在本文看来,主张行使虚假债权可以否定非法占有目的,无论从财产犯罪的理论建构还是具体案件处理上看都存在相当疑问。

第一,否定行使虚假债权行为的非法占有目的,将造成刑法内的价值判断矛盾,导致财产犯罪理论内在体系难以逻辑自治。

在套路贷犯罪案件中,形成债权与行使债权,构成了侵犯公民合法财产的整体过程。而认为虚假债权可以否定非法占有目的的观点,人为地割裂了两者整体性,并导致前后行为在价值判断上的矛盾。在形成债权阶段,虚假债权是行为造成的结果,也是该阶段的行为之所以被评价为违法的核心与关键。在行使债权阶段,虚假债权却又成了否定占有目的非法性的法律根据。正如前文所指出,行为人的获利与被害人的损害,是财产转移过程的一体两面。否定非法占有目的的非法性,便同时意味着,尽管被害人的财产发生了价值减损,但由于是债务的清偿因而无法在规范上被评价为财产损害。这形成了吊诡的局面:虚假债权在刑法上既非法又合法,财产损害既存在又不

存在。更为矛盾的是,行为人通过骚扰、胁迫等方式要求债务人“借新债还旧债”来恶意垒高本金债权,是《套路贷意见》所列举的常见犯罪手法之一。此时行为既是形成债权(借新债),也是行使债权(还旧债)。若仍坚持认为行使虚假债权否定非法占有目的,将导致同一行为的刑法评价自相矛盾。这不仅是学者所批评的刑民关系不协调,^③而且是刑法体系内部对于同一个引起财产损害的过程作出了自相矛盾的价值判断。这无法通过引入违法相对论、违法多元论,缓和解释法秩序统一原理等方式来勉强作为回应。这种价值判断矛盾是任何一个基于理性和逻辑建构的学科体系都应当尽力避免的。

第二,否定行使虚假债权行为的非法占有目的,将使财产犯罪的认定重点集中于债权形成阶段,并造成显而易见的处罚漏洞。

若一概否定行使虚假债权的非法占有目的,则在套路贷犯罪活动中,只有形成债权阶段的行为能够构成财产犯罪。然而刑法在财产法益保护上具有辅助性与片段性,^④现行立法并未将所有侵害财产的行为方式一概纳入既有的财产犯罪构成要件之中。若仅在形成债权阶段考察财产犯罪的成立,则可能出现虽然形成虚假债权,但该形成债权的行为却无法纳入既有财产犯罪规制范围的情况,进而产生处罚漏洞。

例如《套路贷意见》虽然将“恶意垒高本金”作为常见的套路贷犯罪行为方式,但却没有明确这类行为应当成立何种罪名。在恶意垒高本金的场合,债务人究竟是出于何种原因而接受这种不平等的债权债务关系安排存在多种可能性。若放贷人采取了欺骗或胁迫手段,成立诈骗罪、敲诈勒索罪自无疑问,但若债务人原本已陷入财务困境,只有通过借新还旧才能缓解,此时行为人只是利用了客观存在的财务危机以获取高利,便不在我国财产犯罪的规制范围内。再如《套路贷意见》还将“制造资金走账流水等虚假给付事实”列为常见的犯罪手法,但要成立诈骗罪,仅有证明材料上的弄虚作假尚不充分,行为人必须完整地实现了通过欺骗行为使得被害人陷入认

识错误、作出财产处分的因果链条。诚如陈兴良指出,“如果没有诈骗的性质,即使存在虚构银行流水等情形,也不能认定套路贷犯罪”。^⑤而实践中行为人伪造银行流水、制造虚假给付事实则常常是在被害人的配合下完成的,被害人也知道该银行流水并不能反映双方真实的债权债务关系。有学者指出,在债务人明知有套路而继续借贷,或因为认知能力弱而借款,使自己置身于极为不利的民事法律关系中时,不宜以诈骗罪追究放贷人的刑事责任。^⑥在这些情况下,尽管存在伪造材料等弄虚作假的行为,但被害人之所以愿意配合行为人制造虚假流水、接受对自己并不平等的债权债务关系的真实原因,才是判断行为人行为定性的关键。此时,被害人之所以配合,并不是因为陷入认识错误,而是因为财务状况陷入困顿。我国《民法典》第151条便将“利用对方处于危困状态、缺乏判断能力等情形,致使民事法律行为成立时显失公平的”规定为与欺骗、胁迫并列的导致法律行为可被撤销的事由。这类行为方式虽然形成了虚假债权,但并不符合诈骗罪或敲诈勒索罪的构成要件。从比较法的角度看,国外立法例通常会在诈骗罪、敲诈勒索罪之外设置专门的罪名对此类行为予以规制。例如《德国刑法典》第291条规定利用他人的危困、无经验、判断力不足或其他严重的意志缺陷以获取财产利益的,构成暴利罪(Wucher)。相反,我国《刑法》则仅规定了诈骗罪与敲诈勒索罪。行为人利用被害人已经存在的客观或主观困境而获利的行为,尽管形成了虚假债权,却不在现行刑法的规制范围内。若将财产犯罪的认定完全集中在债权形成阶段,完全否认行使虚假债权的行为同样可以成立财产犯罪,便会产生本可以避免的处罚漏洞。即使刑事立法针对行使阶段增设催收非法债务罪以填补处罚漏洞,也并未改变“行使行为无非法占有目的”的基本逻辑,无法反映行使行为所具有的侵害公民合法财产的法益侵害本质。

第三,前述体系上的价值判断矛盾与实践中的处罚漏洞互为表里。

虽然,从审查分析技术上可以将套路贷犯罪活

动区分为形成债权与行使债权两个阶段,并分别讨论各阶段的行为定性。但是,应当同时认识到形成与行使虚假债权构成了完整的侵害财产过程。加之,我国的财产犯罪理论与实践通说目前尚未接受“财产危险也可以构成财产损失”的观点,仅形成虚假债权尚不构成现实的财产损失,而终归要通过行使虚假债权的行为才能够终局性地导致被害人遭受现实的财产损失。因此有学者认为,套路贷的不法评价重心,不在设立债权,而在索要债权,因为形成虚高债权并不会给借款人造成财产损失的结果或紧迫危险。^②若主张行使虚假债权的行为无非法占有目的,则将割裂这一过程的整体性:在评价形成行为时,债务人所遭受的财产减损虽构成财产损失,但引起损害的行为却可能不符合财产犯罪的构成要件;在评价行使行为时,债权人所使用的手段虽符合暴力、胁迫的要件,但债务人的减损却不再被视为财产损失。最终正是这种评价上的割裂与矛盾制造了处罚上的缝隙与漏洞,形成了法律干预的真空,并最终演变为滋生黑恶势力的温床。

因此,要体系性地填补上述处罚漏洞,关键在于恢复形成与行使虚假债权行为的整体性,肯定两阶段行为在侵犯公民合法财产的法益侵害方向上具有一致性。当然,这并不意味着要推翻区分形成与行使阶段的分析框架,将形成与行使债权的整体过程视为刑法上的一行为。要维系前后两阶段的整体性,最为根本的是使前后行为在刑法上得到一致的评价。这就必须转变“虚假债权排除非法占有目的”的实践立场。在处理套路贷等虚假债权案件时,便应当按照如下思路分步骤进行审查:

(1)债权的形成是否是平等主体意思自治的反映,若非债务人真实意思的结果,则该债权属于仅具有民间借贷表象的虚假债权。

(2)就形成债权阶段的行为,应考察债权人所实施的侵害债务人意思自由的行为是否符合相关罪名的构成要件。理论上观点认为,虚假债权与被害人的认识错误是表里一体的关系,^③这便将形成虚假债权的行为仅仅限定在了诈骗的范围内,而忽略了

能够形成虚假债权的行为方式并非仅限于欺骗。形成虚假债权的方式分为两种:一是完全不存在债务人真实意思,所有证明债权存在的文书、银行流水均系债权人单方伪造,这些行为涉嫌的并非财产犯罪,而是伪造文书类犯罪,只是我国《刑法》并不在一般意义上处罚伪造私文书的行为。二是债务人的意思存在瑕疵,若该瑕疵是由债权人通过欺骗或胁迫方式引起的,则债权人涉嫌诈骗罪、敲诈勒索罪;若该瑕疵仅是债权人利用债务人客观存在的危困情况或主观上的判断能力缺乏,由于我国《刑法》尚无对应的罪名,基于罪刑法定原则不宜以犯罪处理。

(3)就债权行使阶段的行为,行使虚假债权的行为不能排除主观的非法占有目的,根据行使行为的具体方式,可分别成立敲诈勒索罪或抢劫罪,若行为人通过诉讼来行使虚假债权,则还涉嫌虚假诉讼罪。即使前述形成虚假债权的行为不符合财产犯罪的构成要件,也不影响行使虚假债权的行为成立财产犯罪。若前后两阶段行为均符合财产犯罪的构成要件,由于两者在侵犯公民合法财产的方向上具有法益同一性,应当根据牵连犯的规则^④从一重处断,并以债务人实际损失的财产计算数额。

四、行使非法债权行为的刑法定性

相比于虚假债权,行使非法债权场合的刑法定性问题要更为复杂。一方面,虽然赌债、高利贷被笼统地归为法律不予保护的债权,但两者的内部组成较为复杂,既有非法也有合法的部分,要准确认定行使行为的性质,需先就债权的合法性作出准确判断。另一方面,行使非法债权的刑法定性也将影响到正确处理财产犯罪与新增的催收非法债务罪之间的衔接关系。因此下文将在准确区分高利贷与赌债中的非法债权与合法债权的基础上,讨论行使非法债权行为的刑法定性。

(一)高利贷

受到国家在治理高利放贷活动中的政策调整影响,司法解释有关高利贷债权的定性几经变化,这使得判断高利贷中债权合法性的判断规则较为复杂:在刑事领域,最高人民法院、最高人民检察院先是在

扫黑除恶专项斗争的背景下出台了《套路贷意见》，将严重侵害债务人利益的行为从高利贷中分离出来，随后又于2019年末出台了《非法放贷意见》将经营性的放贷活动整体上纳入非法经营罪的规制范围内，体现了国家在政策上转向严厉规制高利放贷活动的立场。^⑤在民事领域，2020年最高人民法院修订了《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》(以下简称《民间借贷规定》)，其中第25条规定，双方约定利率超过合同成立时一年期贷款市场报价利率4倍的利息债权，人民法院不予支持。同时《民间借贷规定》第13条第3项将“未依法取得放贷资格的出借人，以营利为目的向社会不特定对象提供借款的”列为认定借款合同无效的事由。上述司法解释对高利贷债权合法性的判断产生了较为复杂的影响，在判断时应当遵从如下思路：

其一，立足《套路贷意见》的基本精神，严格区分套路贷与高利贷，准确查明双方有关利息的约定是否是其意思自治的反映。在双方订立借款合同的过程中，若存在通过欺骗、胁迫或者利用他人危困境地而违背一方意思的情形，由此形成的债权则应归为虚假债权，而非真实但非法的高利贷债权。

其二，在以双方意思自治为基础的民间借贷关系中，则应进一步区分普通的民间借贷与经营性的放贷活动，以确定究竟应当适用《民间借贷规定》第25条有关允许利率范围的规定，还是应当适用第13条第3款认定借款合同整体无效。

对于普通的民间借贷关系，利息债权的合法性主要取决于双方约定利率是否在允许的区间范围内。根据2020年《民间借贷规定》第25条的规定，合法利息债权的基准是一年期贷款市场报价利率(LPR)的4倍，超出这一基准的利息债权为非法债权。而对于经营性的放贷活动，除了在刑法上将被纳入非法经营罪的处罚范围外，在民法上也相应地将由此形成的借款合同整体上认定为无效。在这种情况下，与普通的民间借贷关系不同，经营性放贷活动所形成的债权债务关系在整体上归为无效，亦即其利息债权全体被评价为非法，并非只有实际年利

率超过36%的利息债权才属于非法债权。《非法放贷意见》第5条第2款规定，“非法放贷行为人实际收取的除本金之外的全部财物，均应计入违法所得”。这从侧面印证了，当《非法放贷意见》将经营性放贷活动纳入非法经营罪的处罚范围内时，被评价为非法的，不再是超出利息基准的超额利息，而是未经批准的经营性放贷活动本身，由此形成的利息债权应在整体上评价为非法。

随着催收非法债务罪的增设，刑法理论上有关观点认为，虽然最高人民法院在2020年修改了《民间借贷规定》，放弃了原本以年利率24%、36%为线分别划定“合法区”“自然债务区”“非法区”的所谓“两线三区”做法，但在2019年《非法放贷意见》中仍然用实际年利率超过36%作为认定非法经营罪“情节严重的标准”。因此仍可以一年期贷款市场报价利率的4倍与年利率36%为基准，将高利贷中的非法利息债权分为相对违法和绝对违法的部分，其中催收相对违法债权的，仅成立催收非法债务罪；催收绝对违法债权则应根据手段行为的严重程度分别认定构成敲诈勒索罪或抢劫罪。^⑥这一观点便混淆了普通民间借贷与经营性放贷活动在刑法上的不同评价。根据《非法放贷意见》，实际年利率超过36%是在经营性放贷活动的场合用以判断行为是否达到非法经营罪的“情节严重”标准的，并不适用于普通民间借贷关系。对于经营性放贷活动而言，所有利息债权均属违法；对于普通民间借贷关系而言，只要超出1年期贷款市场报价利率的4倍便属于非法债权，两者均不存在区分相对违法与绝对违法的空间。

(二) 赌债

2005年《最高人民法院关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》(以下简称《办理两抢案件意见》)第7条第2款规定，“行为人仅以其所输赌资或所赢赌债为抢劫对象，一般不以抢劫罪定罪处罚”，确立了实务有关赌债的一般处理规则。实务中便有观点认为该条意味着赌债可以否定非法占有目的。在闫占华等开设赌场、寻衅滋事、抢劫案^⑦中裁判理由认为，结合《办理两抢案件意见》第9条第

5款有关“行为人为索取债务,使用暴力、暴力威胁等手段的,一般不以抢劫罪定罪处罚”的规定可以表明,无论行为人索要的是合法债务还是非法债务,均可以否定行为人的非法占有目的。然而,这一理解并不符合《办理两抢案件意见》的原意。《办理两抢案件意见》第7条是有关毒品、假币、淫秽物品等特殊对象的规定,否定抢劫罪的理由在于这些特殊类型的财物被排除在抢劫罪的犯罪对象之外,而非行使赌债可以否定非法占有目的。因此有必要准确辨析《办理两抢案件意见》中的“赌债”概念与实践中的内涵与外延均不确定的赌债概念。

司法实践常在最宽泛的意义上将所有涉赌债权均称为“赌债”,具体而言包括以下三种情形:①通过赌博活动的输赢所形成的债权债务关系,参赌者自愿参加赌博活动并承认通过输赢形成的赌债,这是狭义上的赌债。根据赌博活动的具体方式,这种狭义上的赌债可以进一步分为两种情形:一是以已经特定化的“赌资”为对象的赌债。参赌者将金钱置于赌桌之上、将自己的金钱兑换成赌场或赌博网站的筹码、点数。通过这种方式,参赌者整体财产中的一部分转化为特定化的“赌资”。按照赌局的规则,赢者有权拿走这部分赌资,输者则必须愿赌服输放弃权利主张,由此形成赌债。出于禁赌的目的,这种特定化的赌资将成为《刑法》第64条或《治安管理处罚法》第11条追缴的对象。二是以参赌者整体财产中任意的、非特定化的部分为对象的赌债。参赌者在赌局中没有将自己整体财产以某种方式特定化为“赌资”,通过赌博活动的输赢产生了由输者在事后交付财物的债权。赌债仅对应于一定数额的金钱,但未与参赌者的整体财产分离。参赌者即使输掉赌局、欠下赌债,在没有事实上履行赌债之前,其整体财产中与赌债金额相对应的部分并不会自动成为刑事或行政没收的对象。②赌博借贷,债权人向债务人提供借款,而债务人将所得借款用于赌博活动。根据债权人对参赌活动的主观认识可进一步区分为债权人明知甚至以资助赌博为目的提供借款,^③与债权人对此毫不知情两种情形。③在赌博活动中,开

设赌局者或参赌的一方以暴力或胁迫方式迫使另一方设立债权债务关系,在赌局中参赌者发现另一方作弊而以暴力、胁迫方式索要损失费。^④对于上述三类“赌债”,在债权效力上应当区别对待:

首先,情形③中通过暴力胁迫方式设立的债权债务关系,即使发生在赌博活动中,也归为虚假债权而不是非法债权。此时债权债务关系虽与赌博活动有间接的关系,但赌博仅是暴力、胁迫行为的导火索甚至借口,而非债权形成的原因。若仅因其与赌博活动有关而将之归为赌债,并援用《办理两抢案件意见》否定财产犯罪的成立,则意味着被害人仅因参与被禁止的赌博活动便陷入财产不受法律保护的境地,从而滑向早已过时的“自陷禁区”规则。同时,实务判决虽将这类债权称为赌债,但也没有简单地套用《办理两抢案件意见》的规则,例如在前文中的徐改革等敲诈勒索案、曾建、张林华开设赌场、寻衅滋事、抢劫案^⑤中,对于参赌者在赌局中因作弊被发现而被迫设立的赌债,法院认定以暴力、胁迫方式行使此类赌债的行为成立敲诈勒索罪或抢劫罪。

其次,情形②中的赌博借贷,也不属于《办理两抢案件意见》中的赌债,而应当根据债权人对参赌目的是否具备明知来区分合法与非法债权。^⑥当债权人并不知晓参赌目的时,双方形成的借贷关系以意思自治为基础,则应根据前述有关民间借贷中债权合法性的判断规则,端看双方约定利率是否超出了允许的利率范围,或出借者是否在从事经营性的放贷活动。此时债权人的本金债权与允许范围内的利息债权属于合法债权。当债权人明知参赌者的借款目的,其提供借款便旨在资助参赌者继续参与被法律禁止的赌博活动。以此目的提供借款在民法上构成不法原因给付,应适用不法原因给付的规则,给付者(即提供借款的放贷者)无权要求返还。尽管从约定利息的角度看这种情形也属于高利放贷,但与一般的高利贷不同,放贷人出借的本金属于不法原因给付,放贷人因此不仅无权主张超过规定的高息债权,也无权主张其本金和利息债权。

最后,情形①通过赌博活动的输赢所形成的狭

义赌债属非法债权,但应与《办理两抢案件意见》中的赌债有所区别。《办理两抢案件意见》中的赌债应当仅限定在以已特定化的赌资为对象的赌债范围内。以参赌者整体财产中对应金额为对象的赌债,不能适用《办理两抢案件意见》中“以所赢赌资或所输赌债为对象的抢劫行为不成立抢劫罪”的规定。理由有三:第一,从文义解释角度看,《办理两抢案件意见》中“赌债”是与“赌资”相对应的概念。赌博犯罪相关司法解释曾多次对赌资作出明确定义。2005年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第8条规定,赌资是指“赌博犯罪中用作赌注的款物、换取筹码的款物和通过赌博赢取的款物”。2020年《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理跨境赌博犯罪案件若干问题的意见》第5条沿用了这一定义,并将虚拟货币等新形式的赌资纳入其中。由此定义可知,赌资是从参赌者整体财产中被分离出来、经过特定化的财产组成部分,而非参赌者的整体财产。作为对应概念的赌债,也宜作同样的特定化理解。只有以赌资为对象的债权才属于此处的赌债,以避免将参赌者的财产全体视为刑事或行政追缴没收的对象。第二,从体系解释角度看,《办理两抢案件意见》将所赢赌资与所输赌债作为特殊类型的抢劫对象来处理,否定财产犯罪的理由并非“行使赌债债权否定非法占有目的”,而是赌债对于输掉赌博的债务人而言,不构成抢劫罪的对象。“所输赌债并非抢劫罪对象”这一规则仅适用于输掉赌博的债务人,而不适用于赢得赌博的赌博债权人,不能用于佐证“行使赌博债权可以否定非法占有目的”。第三,从刑事政策合理性的角度看,“所赢赌资或所输赌债并非抢劫罪对象”这一出罪规则事实上形成了参赌群体在同一笔赌资之上无论输赢均可放手争抢、任意一方均不构成财产犯罪的法外空间。有学者指出,在该空间内,“我国刑法在赌资问题上,实际上放弃了当事人间的占有保护”。^④若过于宽泛地理解该规则中的赌债概念,将造成公民财产权的保护真空,在解释上应当尽量限制该规则的适用范围。

综上,《办理两抢案件意见》有关“以所赢赌资或所输赌债为对象的抢劫行为,一般不以抢劫罪论处”的规定,与本文所主张的行使非法债权不能否定非法占有目的的立场并不矛盾。《办理两抢案件意见》中的赌债是与赌资相对应的概念,仅指通过赌博活动的输赢所形成的,以特定化的赌资为对象的债权债务关系。只有输掉赌博活动的债务人以经过特定化的赌资为对象实施抢劫的案件中,才能适用《办理两抢案件意见》第7条的出罪规则。除此之外,仍然应当按照债权合法性判断的一般规则判断赌博活动中所发生的各类债权关系及其对非法占有目的认定的影响。真正属于本文所要讨论的非法债权的赌债仅限于两类:一是通过赌博活动输赢所形成的,以债务人未经特定化的整体财产为对象的狭义赌债;二是出借人以资助赌博为目的而向参赌者提供的赌博借贷。

(三)行使非法债权:财产犯罪还是催收非法债务罪?

行使非法债权应否排除非法占有目的的问题,关系到准确理解催收非法债务罪与抢劫、敲诈勒索罪等财产犯罪之间的关系。对此,主要存在两种可能的解释方向:①行使非法债权否定非法占有目的,因此财产犯罪与催收非法债务罪构成互斥关系,不可能同时成立。②行使非法债权不能否定非法占有目的,财产犯罪与催收非法债务罪可以同时成立并发生竞合。

第一种理解在司法实践中广泛存在。2021年《刑法修正案(十一)》正式施行后不久,对于许多尚在上诉期内的案件,如蔡开通等寻衅滋事、开设赌场案^⑤等二审判决均基于从旧兼从轻的原则将原审认定的寻衅滋事罪改判为催收非法债务罪。可见,实务主要是将催收非法债务罪理解为寻衅滋事罪的替代,并不认为催收非法债务的行为人主观上具有非法占有目的。这似乎也符合催收非法债务罪被规定在《刑法》第293条之一置于寻衅滋事罪之后的体系定位。同时理论上也有观点援引民法上的自然债务概念为非法债权否定非法占有目的提供理论基础。

该观点认为在自然债务的场合,虽然法律拒绝为债权的主张提供强制执行保障,但倘若债务人事实上履行了债务,法律也认可债务履行的效果。^④然而主张非法债权可以否定非法占有目的,仅成立催收非法债务罪的观点,存在两方面的问题:

其一,否定催收非法债务罪的侵财属性将造成涉案财物处置上的不合理。虽然催收非法债务罪的增设填补了处罚上的漏洞,但却并未回答催收所获得的涉案财物应当如何处理。根据《刑法》第64条的规定,犯罪分子违法所得的一切财物,应当予以追缴或责令退赔;对被害人的合法财产应当及时返还;违禁品和供犯罪所用的本人财物,应当予以没收。没收的财物和罚金,一律上缴国库,不得挪用和自行处理。如前所述,否定占有目的的非非法性将同时否认被害人的合法财产遭受的损害,若认为催收非法债务不存在非法占有目的,则催收所获得的收益就应当作为违法所得上缴国库。实践中涉及民间借贷的刑事案件往往既有成立敲诈勒索的事实,也有高利放贷后非法催收的事实。在王卫东寻衅滋事罪、非法拘禁案^⑤等判决中,法院通常仅对成立敲诈勒索罪的套路贷部分适用责令退赔,而对于高利放贷后再通过非法催收获得的利益则适用追缴。然而若债务人自愿履行了该非法债务,债权人所获得的收益作为其违法所得收归国有,尚有合理性;但若债务人是在债权人的暴力、胁迫下而倾尽所有,由此受到的损失最终也没能返还给被害人而是被收归国有,这种理解是否真实地反映了非法高利放贷活动所具有的社会危害性则存在疑问。

其二,自然债务概念不能用以说明债权人以暴力方式行使非法债权行为而发生的财产转移符合财产秩序。最高人民法院曾在2015年《民间借贷规定》第26条规定,“借贷双方约定的利率未超过年利率24%,出借人请求借款人按照约定的利率支付利息的,人民法院应予支持。借贷双方约定的利率超过年利率36%,超过部分的利息约定无效。借款人请求出借人返还已支付的超过年利率36%部分的利息的,人民法院应予支持”。理论上因而将年利率

24%—36%这一区间内称为“自然债务区”。^⑥在自然债务区间内的利息债权,债务人自愿履行后若再主张返还的,人民法院不予支持。由此看来,其所产生的财产转移效果得到了法秩序的认可,这似乎与行使合法债权否定非法占有目的的情况具有相似性。然而这一观点忽略了刑法和民法关注的是两个完全不同的问题:自然债务无法得到公力救济的强制执行保障,因此债权人要实现债权,完全取决于债务人的履行意愿。民法所承认的,是在债务人自愿履行的场合所发生的财产转移效果。而进入到刑法评价视野中的案件,则是债权人通过暴力、胁迫方式违背债务人的意愿、迫使债务人履行债务。因此自然债务理论完全无法用于评价刑法所关注的行为。无论是否承认自然债务区间的存在,只要双方约定年利率超出了一年期贷款市场报价利率的4倍,即属于非法债权,不能得到法律的强制执行保障,债权人以暴力、胁迫手段行使超出部分的高息债权,均应认为是对债务人合法财产的侵犯,否定非法占有目的缺乏合理性。

而按照第二种理解,行使非法债权不能否定非法占有目的,财产犯罪和催收非法债务罪可同时成立。此时则需要回答另一个问题:既然以暴力、胁迫方式行使非法债权本就可以财产犯罪定罪处罚,增设催收非法债务罪的必要性何在?事实上在《刑法修正案(十一)草案》征求意见期间,主张只有合法债权才能否定非法占有目的的观点便认为,增设催收非法债务罪并无必要。^⑦而在现行法已经设置了催收非法债务罪之后,又应当如何处理其与财产犯罪的关系呢?

对此,有观点尝试对催收非法债务罪的适用范围作限制解释。例如张明楷认为,催收非法债务罪中的非法债务,应当仅限于非法债务中的合法部分,例如高利贷债权中的本金债权与合法利率范围内的利息债权。他指出,本罪中的非法债权,指的并非债权本身非法,而是由高利放贷这一非法行为产生的债权。^⑧诚然,似乎可以在概念上区分非法行为与因非法行为而产生的合法债务。但如果进一步追问,

为什么高利贷行为是非法的,对这一问题的回答当然在于,双方约定的利率违反了国家关于利率管制的规定或是行为人违反国家规定从事了经营性的放贷活动。简言之,因为存在违反法律规定的非法高息,高利放贷才成为非法行为。就此而言,并不存在可以与非法债务相分离的非法行为,也不能仅将其中的合法债务视为非法债务。

本文认为,催收非法债务罪应被理解为财产犯罪的减轻构成。其减轻的根据在于,此类债权债务关系,虽因违反法律、行政法规等强制性规定而无效,但毕竟是以当事人真实的合意为基础而形成的。在债务人自愿履行债务时,无权要求返还,其与以欺骗、胁迫等方式压制当事人意思自治、基于当事人瑕疵意思而形成的虚假债权债务关系相比,在不法程度上有所减轻。如前所述,行使此类债权的行为应否成立财产犯罪是理论上的争议焦点。有相当一部分学者认为,此类债权属于虽无法律基础,但有事实基础的自然债务,其行使行为不应构成财产犯罪,只在手段行为范围内成立相应的人身犯罪。催收非法债务罪的设立可被视为在支持与反对成立财产犯罪的两种观点之间的折中。因此催收非法债务罪中的非法债务应仅限于基于当事人真实意思而形成,仅因违反强行法规定而无效的债权,而不包括基于当事人瑕疵意思而形成的所谓“套路贷”债权,以非法手段行使后者,仍应以抢劫、敲诈勒索等财产犯罪定罪处罚。而对于行使非法债权所获得的收益,其处理应遵循如下原则:行为人以暴力胁迫方式催收非法债务的,催收行为侵害了其合法财产,根据《刑法》第64条的规定,应当及时返还被害人;若债务人自愿履行该非法债务,则应视非法债权设立方式是否构成犯罪而定,若构成非法经营罪或赌博罪,该收益属于犯罪的违法所得则应当予以追缴,收归国库;若不构成犯罪,债务人的自愿履行应当按照不法原因给付规则,否定其返还请求权。

五、结论

1. 非法占有目的中的非法性是财产犯罪的规范构成要件要素。非法性要件的评价对象是财产的转

移变动过程本身,而非引起转移变动的手段。其评价标准则是民事的实体财产秩序。只有合法有效的债权才能否定非法占有目的,法律不予保护的债权则不应否定非法占有目的。形成合法债权的条件有二:一是以平等主体的意思自治为基础;二是没有违反法律、行政法规的相关规定。相应地,法律不予保护债权可区分为虚假债权与非法债权:前者并非基于平等主体的意思自治而形成,后者虽基于双方合意但因违反法律、行政法规而无效。

2. 在符合财产犯罪客观构成要件的前提下,根据所行使债权的不同类型,行使债权行为的刑法定性可细分如下:①行使合法债权的行为否定非法占有目的,不成立财产犯罪,仅在手段行为符合人身犯罪的条件下受到处罚。②行使虚假债权的行为,不否定非法占有目的,成立财产犯罪。若债权形成阶段的行为也符合财产犯罪成立条件的,前后行为基于牵连关系而应从一重处断。③行使非法债权的行为,不否定非法占有目的,既符合财产犯罪也符合催收非法债务罪的成立条件,基于法条竞合优先适用催收非法债务罪。若债权形成、设立行为满足非法经营罪、赌博罪的成立条件,由于形成债权与行使债权阶段行为所侵犯的法益不具有同一性,催收非法债务罪应与非法经营罪、赌博罪实行数罪并罚。

3. 应当根据债权合法性判断的一般规则准确区分高利贷与赌债中的合法与非法部分。在高利贷债权的场合,应区分普通的民间借贷关系与经营性的非法放贷活动,分别适用《民间借贷规定》第25条与第13条第3项的合法性判断规则。在赌博活动中发生的各类涉赌债权,同样应区分虚假债权、非法债权与合法债权,而不能全盘适用《办理两抢案件意见》中有关抢劫特殊类型财物的出罪规则,后者仅限于通过赌博活动的输赢所形成的、以特定化赌资为对象的赌债。

4. 《刑法》第293条之一催收非法债务罪中的非法债权仅限于基于真实意思而形成,但违反法律、行政法规而无效的非法债权,而不包括虚假债权。由于非法债权的形成并不违背双方的真实意思,其行

使行为在不法程度上相比于行使虚假债权有所减轻。违背当事人意思而形成的虚假债权不属于本罪的适用范围,应直接适用财产犯罪的规定,根据其所以采用手段的暴力程度,分别认定为抢劫罪或敲诈勒索罪。催收非法债务的行为不仅扰乱了公共秩序,也侵害了债务人的合法财产,所获得的非法收益应根据《刑法》第64条的规定返还被害人,而非上缴国库。

注释:

①参见张明楷:《刑法学》(第六版),法律出版社2021年版,第1225页。

②参见陈兴良:“套路贷犯罪研究”,《法制与社会发展》2021年第5期,第18—19页;邓毅丞:“‘套路贷’的法教义学检视:以财产犯罪的认定为中心”,《法学家》2020年第5期,第41—42页。

③参见最高人民法院中国应用法学研究所编:《人民法院案例选》(2013年第4辑,总第86辑),人民法院出版社2014年版,第43—44页。

④参见陈斌:“‘网络套路贷’案件定性评析——以温岭‘4.26特大网络套路贷’案为视角”,《中国检察官》2019年第16期,第19页。

⑤参见甘肃省榆中县人民法院一审刑事判决书,(2020)甘0123刑初字第48号。

⑥参见辽宁省建昌县人民法院一审刑事判决书,(2021)辽1422刑初字第257号。

⑦参见邓毅丞,见前注②,第41页。

⑧参见(德)克劳斯·罗克辛:“刑事政策与刑法体系”,蔡桂生译,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第26卷),北京大学出版社2010年版,第263页;(德)克努特·阿梅隆:“罗克辛刑事政策性刑法体系批判”,张志钢译,《南大法学》2021年第3期,第157页。

⑨Vgl. Wolfgang Frisch, Strafrecht, Examenswissen, Examentraining, 2022, § 4, Rdn. 26.

⑩参见(日)前田雅英:《刑法总论讲义》(第6版),曾文科译,北京大学出版社2017年版,第208页。

⑪Vgl. Frisch(Fn. 9), § 4, Rdn. 12.

⑫参见最高人民法院指导案例第93号(2018年)。

⑬行使不同类型的权利,其出罪的体系位置并不统一:有的否定财产损害,有的否定非法占有目的,有的则是作为自救行为阻却违法。参见杨绪峰:“权利行使在财产犯罪中的类型化解读——以取回所有物 and 实现债权二分为视角”,《政治与法律》2014年第11期,第37页。

⑭Vgl. Roland Hefendehl, in: Münchener Kommentar zum StGB, Band. 5, 4. Aufl., 2022, §263, Rdn. 1155.

⑮参见王泽鉴:《民法学说与判例研究(重排合订本)》,北京大学出版社2015年版,第382页。

⑯同上注,第383页。

⑰参见张明楷,见前注①,第1301页。

⑱Vgl. Urs Kindhäuser, Zur Vermögensverschiebung beim Betrug, FS-Dahs, 2005, S. 65.

⑲Vgl. Klaus Tiedemann, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Band. 9, 12. Aufl., 2012, § 263, Rdn. 3.

⑳参见(日)山口厚:《刑法各论》(第2版),王昭武译,中国人民大学出版社2011年版,第334页。

㉑Vgl. Walter Perron, in: Schönke/Schroder, StGB, 30. Aufl., 2019, § 263, Rdn. 171.

㉒Vgl. Hefendehl(Fn. 14), §263, Rdn. 1167.

㉓参见张明楷,见前注①,第1225、1250页。

㉔参见王昭武:“法秩序统一性视野下违法判断的相对性”,《中外法学》2015年第1期,第196页。

㉕Vgl. Urs Kindhäuser, in: Nomos Kommentar zum StGB, 5. Aufl., 2017, § 263, Rdn. 369—370.

㉖Vgl. Petra Wittig, Die Absicht der rechtswidrigen Bereicherung, JA 2013, S. 403.

㉗民法上债之关系的发生原因主要有契约(合同)、无因管理、不当得利以及侵权行为四种类型。参见王泽鉴,见前注⑮,第373页。由于刑法上引起关注的债之关系主要发生于借贷关系之中,后三种债之关系的发生原因暂不在本文的讨论范围内。

㉘参见张明楷:“增设新罪的原则——对《刑法修正案十一(草案)》的修改意见”,《政法论丛》2020年第6期,第14页。

㉙参见付立庆:“论刑法介入财产权保护时的考量要点”,《中国法学》2011年第6期,第143页。

㉚陈兴良,见前注②,第10页。

㉛参见涂龙科:“‘套路贷’的刑法规制研究”,《政治与法律》2019年第12期,第40—41页。

㉜参见何龙:“‘套路贷’案件罪名适用的法释义学分

析——以诈骗罪的认定为中”,《法学家》2022年第5期,第148、155页。

③参见邓毅丞,见前注②,第42页。

④在类似的情况下也有使用包括的一罪来处理此时的罪数问题,但无论是牵连犯还是包括的一罪都适用从一重处断的规则,在定罪量刑结论上并无差异。参见张明楷:《刑法的私塾(之三)》,北京大学出版社2022年版,第419页。

⑤有关我国刑事立法与司法解释处理高利放贷活动的立场变化,参见陈兴良:“高利放贷的法律规制:刑民双重视角的考察”,《华东政法大学学报》2021年第6期,第15页。

⑥参见李震:“催收非法债务行为的犯罪认定界分”,《中国政法大学学报》2022年第1期,第254页。

⑦参见新疆维吾尔自治区哈密地区中级人民法院二审刑事判决书,(2020)新22刑终字第100号。

⑧例如芮冬催收非法债务案,参见江苏省泰兴市人民法院一审刑事判决书,(2021)苏1283刑初字第180号。

⑨徐改革等敲诈勒索案,见前注③。

⑩参见四川省巴中市中级人民法院二审刑事裁定书,(2020)川19刑终字第96号。

⑪参见冯洁语:“论赌博借贷的民法教义学构造——以从赌博到赌博借贷的公私法体系透视为线索”,《法律科学》2020

年第4期,第139页。

⑫参见冯洁语:“论赌博借贷的民法教义学构造——以从赌博到赌博借贷的公私法体系透视为线索”,《法律科学》2020年第4期,第141页。

⑬参见福建省泉州市中级人民法院二审刑事判决书,(2021)闽05刑终字第327号。类似案件仅作列举:吴汉城等非法拘禁、敲诈勒索、寻衅滋事案,参见云南省丽江市中级人民法院二审刑事判决书,(2021)云07刑终字第22号;戴某2诈骗、寻衅滋事案,参见上海市第二中级人民法院二审刑事判决书,(2021)沪02刑终字第315号。

⑭参见李震,见前注⑥,第257—258页。

⑮参见江苏省淮安市中级人民法院二审刑事裁定书,(2021)苏08刑终字第14号。类似判决仅作列举:张彪等敲诈勒索、寻衅滋事案,参见福建省泉州市中级人民法院二审刑事判决书,(2021)闽05刑终字第399号。

⑯参见刘勇:“超额利息返还的解释论构成——以法释[2015]18号第26、31条为中心”,《法学》2019年第4期,第169页。

⑰参见张明楷,见前注③,第14页。

⑱参见张明楷:“催收非法债务罪的另类解释”,《政法论坛》2022年第2期,第7页。

Exercise of Claims and the Illegality of Purpose of Illegal Possession

Xu Lingbo

Abstract: The illegality of purpose of illegal possession could be denied when the perpetrator has a legitimate claim against the victim. The illegality of purpose of illegal possession is a requisite element of crimes against property rather than a hint of general illegality of the crime. It is an evaluation of the transfer of property. When and only when the perpetrator has a legitimate claim against the victim, the transfer of property should be considered legal and a crime against property should be excluded. The practitioner's view that the illegal and fraudulent claims may also exclude the illegality of purpose of illegal possession might cause the contradictory of value judgement inside the criminal law system and criminal liability gap. This view needs to be corrected. The new crime of demanding the repayment of illegal debt according to Article 293A of the PRC Criminal Law should be considered as a crime against property, which faces a milder penalty. Under this premise, the distinction of illegal claims and fraudulent claims is significant. This is because demanding illegal claims establishes the crime of demanding repayment of illegal debt according to Article 293A of the PRC Criminal Law, while demanding fraudulent claims fulfills the robbery and blackmail. The illegal benefits are derived from the legal property of the victim and it should be returned to the victim according to Article 64 of the PRC Criminal Law.

Key words: Illegality of Purpose of Illegal Possession; Fraudulent Claim; Illegal Claim; Crime of Demanding the Repayment of Illegal Debt