

诈骗犯罪“案发前归还”规则研究

杜 逸

【摘要】1991年最高人民法院电话答复首次提出诈骗犯罪“案发前追回”的数额扣除问题,后被部分司法解释和规范性文件确立为“案发前归还”规则,直接影响诈骗犯罪数额的计算,在理论和实践中引发了一定争议。“案发前归还”规则属于有利于被告人的推定,扣除诈骗犯罪数额的原因是事实存疑,不能解释为犯罪既遂后的退赃退赔。“案发前归还”规则涉及行为人非法占有目的的认定,应从归还行为的时机、方式、后果等方面综合判断,不宜将案发前归还的数额一概扣除。对于行为人案发前虽未归还财物,但在案证据无法排除欺诈取财时具有归还能力和意愿,案发后即予以归还的,可以存疑扣除相应数额。

【关键词】诈骗犯罪;案发前归还;非法占有;推定

【作者简介】杜逸,北京市人民检察院第四检察部主任,法学博士。

【原文出处】《法律适用》(京),2023.9.85~96

引言

诈骗犯罪作为一种常见的财产型犯罪,犯罪数额的大小直接影响犯罪是否成立与量刑轻重。1991年4月23日,最高人民法院研究室《关于申付强诈骗案如何认定诈骗犯罪数额问题的电话答复》(以下简称1991年《电话答复》)首次提出案发前追回被骗款项的数额扣除问题,即“具体认定诈骗犯罪数额时,应把案发前已被追回的被骗款额扣除,按最后实际诈骗所得数额计算”。此后,部分诈骗类司法解释和规范性文件将“案发前追回”扩展至“案发前归还”,以“行为人实际骗取数额”为标准计算诈骗犯罪数额,在某种程度上确立了“案发前归还”规则。行为人已独立支配被害人财物的情况下,案发前向被害人归还全部或部分财物,相关数额是否一概从诈骗犯罪数额中扣除,理论上存在较大争议,实践中处理方式不一。随着民事经济关系的多样化,诈骗犯罪的反对给付呈现日趋复杂的样态,有必要对“案发前归还”规则进行研究,准确认定诈骗犯罪数额,提升案件办理质效。

一、“案发前归还”规则的定位

我国刑法中的诈骗犯罪包括(普通)诈骗罪、合同诈骗罪、集资诈骗罪、贷款诈骗罪、信用卡诈骗罪等具体罪名。除了1991年《电话答复》之外,“案发前归还”的相关规定包括:(1)诈骗罪。1996年《最高人民法院关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》(以下简称1996年《解释》)第2条规定,利用经济合同进行诈骗的,诈骗犯罪数额应当以行为人实际骗取的数额认定,合同标的数额可以作为量刑情节予以考虑。第9条规定,对于多次进行诈骗,并以后次诈骗财物归还前次诈骗财物,在计算诈骗犯罪数额时,应当将案发前已经归还的数额扣除,按实际未归还的数额认定,量刑时可将多次行骗的数额作为从重情节予以考虑。1996年《解释》被废止后,2011年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称2011年《解释》)未有类似规定,但司法实务中大多延续一贯做法,对案发前已经归还的财物在认定犯罪数额时予以扣除。(2)金融诈骗犯罪。2001年《全

国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》规定,在具体认定金融诈骗犯罪的数额时,应当以行为人实际骗取的数额计算,但应当将案发前已归还的数额扣除。(3)集资诈骗罪。2017年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理涉互联网金融犯罪案件有关问题座谈会纪要》第17条规定,集资诈骗的数额,应当以犯罪嫌疑人实际骗取的金额计算。犯罪嫌疑人为吸收公众资金制造还本付息的假象,在诈骗的同时对部分投资人还本付息的,集资诈骗的金额以案发时实际未兑付的金额计算。2022年《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第8条规定,集资诈骗的数额以行为人实际骗取的数额计算,在案发前已归还的数额应予扣除。(4)信用卡诈骗罪。2018年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第9条规定,恶意透支的数额,是指公安机关刑事立案时尚未归还的实际透支的本金数额。

关于“案发前归还”规则的定位存在两种观点。第一种观点是“事实认定规则说”。该观点认为案发前已经归还的财物是否应在认定诈骗犯罪数额时予以扣除,关键还是应当看案件证据是否足以证明被告人对于案发前已经归还的财物具有非法占有目的,有非法占有目的,不宜扣除;没有非法占有目的,则可以扣除。^①第二种观点是“法律适用规则说”。该观点认为将案发前已经追回的数额一概予以扣除,与既遂后犯罪数额已固化等基本理论存在矛盾之处,故1991年《答复》不应予以参照适用。^②本文赞同第一种观点。事实认定是指司法人员根据证据认定案件事实,法律适用是指司法人员把有关法律运用到已经被认定的案件事实,两者不应混淆。如果将事实认定问题统一做有利于被告人的解释,可能引发“先骗钱再说,是否归还观望而定”的心理误导,不利于依法惩治诈骗犯罪。在我国刑法理论的框架下,“案发

前归还”规则应理解为事实认定规则,扣除相关数额的原因并非突破犯罪既遂原理,而是被骗财物案发前得到全部或部分归还,可以推定行为人对于已归还部分不具有非法占有目的。

(一)“案发前归还”规则属于有利于被告人的推定

诈骗犯罪与民事欺诈的本质区别在于行为人是否具备非法占有目的。刑法意义上的非法占有包括“排除+利用”意思,既包括对涉案财物的非法支配控制(利用意思),更强调对涉案财物的非法处分(排除意思)。行为人通过欺诈手段取得他人财物后,排他性的支配控制已经完成,可以认定具有“利用意思”。但行为人通常辩称因投资失败等客观原因无法归还,给“排除意思”的认定带来较大挑战。实践中,行为人的经营状况、资产状况、钱款用途、与被害人的关系存在多种情形,涉案财物转移占有时的内心活动“晦暗难明”,如何认定“排除意思”成为司法实务中必须面对的问题,迫切需要引入推定规则指导办案。

推定是指司法人员运用逻辑、日常经验法则从已知的基础事实推断出待证事实,并允许反证推翻的一种证明方法。我国刑事诉讼法强调,司法机关负有查明案件事实真相的义务。如果能够查明一个或多个明显异常的基础事实,结合社会认可度较高的日常经验法则,可以推出难以证明的某个待证事实,同时允许反证推翻。从推定事实是否有利于被告人的角度看,诈骗犯罪的推定可分为不利于被告人的推定与有利于被告人的推定。一类是不利于被告人的推定。行为人做出有罪供述(如自始无履约能力、将骗取的款项用于赌博、消费挥霍等),与其他证据相互印证的,可直接认定非法占有目的。根据2010年《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第4条等规定,即使行为人拒不认罪,也无其他直接证据,如果查明存在“集资后不用于生产经营活动或者用于生产经营活动与筹集资金

规模明显不成比例,致使集资款不能返还”“肆意挥霍骗取资金”“非法获取资金后逃跑”等基础事实,行为人无法作出合理解释的,同样可以认定具备非法占有目的。^③另一类是有利于被告人的推定。“案发前归还”规则虽然未冠以“推定”之名,但实际上体现了推定的原理。行为人骗取他人财物之后,即使存在一定的有罪证据,如果能够证明“案发前归还”这一基础事实,根据“能消费、转移财物仍予以归还”的日常经验法则,原则上可以得出行为人对该部分财物不具备非法占有目的的结论,按照“存疑有利于被告人”处理。与此类似,2007年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》第9条规定,国家工作人员收受受托人财物后及时退还或者上交的,不是受贿。如果能够证明行为人在有能力办理相关事项的情况下,案发前退还或者上交财物,原则上可以阻却受贿故意的认定^④。

(二)“案发前归还”规则不能解释为犯罪既遂后退赃退赔

诈骗犯罪的退赃退赔是指犯罪分子将犯罪所得的赃款赃物,直接退还或者采取折价方式直接赔偿被害人的行为。退赃退赔可能跨越刑事立案前后,也可能引发不予追究刑事责任的后果,容易与“案发前归还”规则发生混淆。有观点认为,“案发前归还”属于行为人在诈骗类犯罪既遂后对被害人所做的事后弥补,其归还的目的主要在于修复被侵害的法律关系。^⑤本文不赞同该种观点。诈骗犯罪的退赃退赔发生在犯罪既遂之后,属于酌定量刑情节的范畴,与“案发前归还”规则存在本质区别。^⑥具体来说,两者区别主要包括:

其一,犯罪数额的认定不同。我国刑法理论中,犯罪既遂是指行为人所实施的行为已经齐备了刑法分则对具体犯罪所规定的全部构成要件。通常认为,诈骗犯罪的犯罪构成包括“行为人基于非法占有目的实施欺诈行为→对方陷入错误认识→对方基于错误认识处分财物→行为人或第三人

取得该财物→被害人遭受经济损失”。对于诈骗罪的既遂标准,理论界主要存在“占有说”“控制说”“失控说”等不同观点。通说认为,诈骗罪既未遂形态的区分应该以行为人是否已经实际控制公私财物为标准。“实际控制”意味着行为人对财物的占有达到持续平稳的程度,该种状态达成的同时即构成诈骗罪的既遂,哪怕只是一过性的状态。^⑦退赃退赔不会影响诈骗犯罪数额的认定。行为人基于非法占有目的实际控制被害人财物,犯罪构成的全部要件已经齐备,无论事后发生何种情形,只会影响刑事责任大小,不可能改变刑法对于已然犯罪的否定性评价。与之相对,“案发前归还”规则对犯罪数额产生“全有或全无”的影响,案发前归还全部财物的,扣除数额后“归零”,从根本上阻却诈骗犯罪的成立;归还部分财物的,可以扣除相应数额。

其二,行为人“出罪”的原因不同。《刑法修正案(十一)》对挪用资金罪、非法吸收公众存款罪规定了特殊法定从宽情节,行为人具备退赃退赔情节的,可以从轻、减轻甚至免除处罚。但是,退赃退赔情节对于诈骗犯罪“出罪”的影响力有限。根据2011年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第3条规定,诈骗财物价值在“数额较大”这一量刑档,且具备全部退赃退赔、认罪悔罪等多个从宽情节的,才能综合评价为犯罪“情节轻微”在整体上缺乏可罚性,做出相对不起诉决定或免于刑事处罚。^⑧但是,“案发前归还”规则的适用情形下,即使行为人骗取财物属于“数额巨大”“数额特别巨大”,缺乏其他法定减免情节的,仍然可以扣除数额做出罪处理,此时出罪的原因只能是事实存疑而非“情节轻微”。

二、“案发前归还”规则的适用

“案发前归还”规则应结合非法占有目的来把握,将未能归还财物的根本原因理解为实现非法占有目的。我国刑法中,诈骗、盗窃、抢夺等常见

侵犯财产犯罪均以非法占有为目的构成要件,但只有诈骗犯罪确立了“案发前归还”规则。原因是盗窃罪、抢夺罪转移占有时完全违背被害人意志,不予归还的意图极为明显,此时犯罪既遂形态已经固定,案发前归还的,仍需将相应数额计算在整体数额内。诈骗罪的转移占有基于被害人瑕疵的处分意志,需要证明行为人意图“永久排除权利人支配控制”而非“暂时排除权利人支配控制”,这种心理活动只能通过客观行为表现出来。通常情况下,只要能够查明“案发前归还”这一基础事实,原则上可以阻却非法占有目的,但也不排除例外情况。

(一)“案发前归还”以扣除犯罪数额为原则

1. 时机:被害人财物转移占有之后,刑事立案之前

“案发前归还”发生在被害人财物转移占有之后,这也是“归还”的字面含义。诈骗犯罪案件中,除了被害人向行为人给付财物之外,还会出现行为人反对给付的情形。以被害人财物转移占有为时间节点,反对给付可以分为三类:(1)事前的反对给付。行为人为了骗取被害人对其具有履约能力的信任,首先给付其少部分财物作为“诱价”,进而诱骗其支付更大数额的钱款。(2)事中的反对给付。行为人虚构标的物的价值,取得被害人信任从而骗取其支付的价款,同时提供价值较小且与售价明显不对等的财物。(3)事后的反对给付。行为人在已经独立支配被害人财物后,又将全部或部分财物归还原主。按照对“案发前归还”规则的理解,事后反对给付包括两种情形:其一,在案证据足以证明行为人欺诈取财时具备非法占有目的,反对给付属于犯罪既遂后的退赃退赔,不能扣除相应数额。其二,由于反对给付的存在,导致在案证据无法证明行为人欺诈取财时具备非法占有目的,可以存疑扣除相应数额。

“案发前归还”发生在公安机关正式立案之前。关于如何理解“案发”,理论界主要存在以下

观点:第一种观点是“立案说”,即公安机关立案的时间。第二种观点是“发现说”,即犯罪事实被司法机关、主管单位或者有关单位发现的时间。第三种观点是“程序启动说”,即单位或个人向办案机关举报、控告、报案、扭送以及犯罪嫌疑人投案等能够引发程序启动的时间节点。^⑨本文赞同第一种观点。其一,从司法解释的规定来看,2018年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第9条涉及“恶意透支”型信用卡诈骗罪,该条将“案发前”明确界定为“公安机关刑事立案时”,对其他诈骗犯罪具有参考借鉴意义。其二,从推定的原理来看,刑事立案意味着国家强制权力的正式介入,公安机关对犯罪嫌疑人进行讯问或采取强制措施后再行归还财物的,均属于退赃退赔的范畴。即使公安机关立案后尚未进行讯问采取强制措施,被害人在此时间段追索财物时,通常会向其透露已报案的情况,足以对行为人的心理形成极大震慑,此后再行归还财物的,已经丧失了主动性和自愿性,不能阻却非法占有目的。当然,如果有证据证明公安机关已经立案,但行为人不知相关情况,主动归还财物的,仍然可能因事实存疑扣除诈骗犯罪数额。其三,从司法证明的角度来看,受到侦查工作流程等因素的影响,被害人报案、公安机关受理、内部审批、正式立案等时间节点并不一致,甚至出现被害人“多头”报案的情形,“程序启动说”“发现说”均存在证明难度较大的缺陷。与之相对,刑事立案作为法定诉讼程序,以立案决定书的证据形式出现,在司法证明方面更具有可操作性。

2. 方式:行为人向被害人归还财物

第一种是“一对多”诈骗犯罪案件。“一对多”是诈骗犯罪中的特殊情形,行为人在一定的时期内连续多次、针对多人实施诈骗行为,在最后一次骗取被害人财物后,案发前可能向其归还财物,有的甚至全额归还,以此维系诈骗犯罪模式的持续

进行。例如,在一起集资诈骗犯罪案件中,行为人以某公司名义谎称可以投资某农业项目,与多名被害人签订投资理财合同,承诺保本付息,虚构“经营”模式可持续的假象,在诱骗被害人投入大量钱款之后,向部分被害人归还“本金”和一定比例的“利息”,由于双方钱款往来是一个交替往复的动态过程,诈骗数额应以案发时实际未兑付的金额计算。^⑩又如,在一起合同诈骗犯罪案件中,行为人使用虚假身份从多家汽车租赁公司骗租汽车,将汽车GPS装置拆除,后抵押给他人获得数额较大的抵押款,除将少部分抵押金用于支付租赁费以维持继续骗租汽车的目的,其余大部分抵押金用于个人挥霍。行为人并无实际经营活动,部分归还行为只是为了维持、扩大骗局,应以被害人案发前的实际损失计算犯罪数额。再如,电信网络诈骗犯罪具有“匿名化”“非接触化”等特点,原则上对被害人所有财物均具备非法占有目的。但是,有的行为人以“藏品、保健品销售”“资格证书培训”为名实施诈骗,与被害人签订包含退费条款的“合同”。为了防止部分被害人报案,行为会对诈骗对象进行背景调查,有选择地向提出要求的部分被害人退款,案发前成功获得退款的,可以考虑将相关数额予以扣除。

第二种是双方互负义务的诈骗犯罪案件。行为人与被害人事前约定了归还款项的内容,被害人交易目的落空后索要钱款,一旦案发前归还财物,难以认定对该部分数额具备非法占有目的。例如,在一起贷款诈骗犯罪案件中,行为人持虚假的房产证、收入证明和户籍证明等文件,与银行签订汽车消费借款合同、抵押合同。此后,行为人用上述骗取的贷款25万元向汽车销售有限公司购买汽车1辆。行为人骗取贷款后,银行多次催讨,行为人曾分三笔归还银行贷款1.8万余元。之后,银行又多次催讨未果向公安机关报案,至此银行贷款尚有24万余元没有追回,案发后又追回该汽车。该起案件中,对贷款诈骗犯罪数额的认定,主

要以行为人所得数额而非交付数额为准,看行为人在案发前有多少贷款仍未归还。^⑪又如,在一起诈骗犯罪案件中,行为人通过中间人向被害人谎称能帮助被害人家属做“出罪”处理,但需“运作费”200余万元,承诺事项无法完成即退款。后被害人家属被依法追究刑事责任,被害人表达不再需要“运作”并退款的请求。行为人随即通过中间人陆续退款至被害人,期间被害人向公安机关反映行为人涉嫌诈骗的情况,但在公安机关立案前全部退款完毕。

第三种是双方存在特殊关系的诈骗犯罪案件。行为人与被害人存在前期经济往来或熟人关系,被害人发现被骗后未刑事报案,而是直接向行为人索要财物,案发前归还财物的,难以排除行为人“骗用”相关钱款的辩解。例如,在一起信用卡诈骗犯罪案件中,行为人系在校学生,以其正在银行社会实践、需要扩充业务量或办理银行卡在商场购物可打折等各种借口,说服多名同学办理银行卡并承诺申领成功后即予销户,或以报考公务员需要充人数等借口骗得同学的证件后擅自申请银行卡等方法,非法取得数十名被害人的银行卡并更改持卡人信息,尔后频繁通过取现、消费累计透支30万余元。因部分被害人发现其名下的银行卡被透支,即要求行为人及时还款。行为人案发前通过家人将套取的全部款项归还。该案中,行为人与被害人系同学关系,案发后并未逃匿、失联,在公安机关介入前通过家人归还全部款项,难以认定具有非法占有目的。又如,在一起诈骗犯罪案件中,行为人因赌博拖欠巨额债务,采取欺诈手段骗取被害人甲、乙投资款,后两名被害人发现投资项目系虚构,行为人于案发前归还部分钱款。该案中,行为人与被害人甲系前同事关系,认识期间多次向甲拆借资金。行为人与被害人乙系朋友介绍结识,二人亦存在多次经济往来。在此情况下,很难排除行为人对该部分款项系“骗借”的辩解。

3. 后果:被害人实际获得财物

我国司法解释和规范性文件采取“被追回的被骗款额”“已归还的数额”等表述,意味着被害人实际获得的财物可以用货币计算数额。其一,案发前归还的财物可以是财产性利益。我国刑法中的财物包括货币、物品和财产性利益等形态。案发前被害人虽未获得货币,但获得可以用货币计算且能够实现物品、财产性利益(债权、股权),同样可以认为“案发前归还”。行为人出具“空头”欠条、借条,但被害人实际上没有获得偿付的,不能扣除相应数额。^⑩其二,案发前归还的财物可以是违法所得。“一对多”诈骗犯罪案件中,行为人通常采取“拆东墙、补西墙”的作案方式,使用骗取的部分被害人的财物偿还另一部分被害人,对于案发前已经实际获得财物的被害人,该部分数额可以从诈骗犯罪数额中扣除。值得注意的是,对于案发前归还的非法财物是否应予以追缴,要根据2011年《解释》第10条规定,视被害人获取财物时是否“明知是诈骗财物”而定。其三,案发前归还的财物应以刑事立案时计算数额。归还股权、股票、房产等财物的情况下,财物价值随着市场、企业经营等因素的变化而变化,确定时间节点对于犯罪数额认定具有重要意义。诈骗罪实际上是以被害人经济损失为构成要件的犯罪,应当将损失数额的计算时间节点确定为立案时。如2012年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理渎职刑事案件适用法律若干问题的解释(一)》第8条把“渎职犯罪或者与渎职犯罪相关联的犯罪立案时”确定为计算实际财产损失的节点。

(二)“案发前归还”以不予扣除犯罪数额为例外

推定建立于高概率联系——日常经验法则的基础上,“案发前归还”被以往的大量实践证明为真,但仍然具有一定的不周延性,所以必须确认是否在特殊情况下发生低概率事件,否则有可能得出错误结论。^⑪“案发前归还”规则虽未设定例外

条款,但暗含了“有证据证明的除外”的情形。因此,不能仅凭案发前归还被害人财物这一客观表象,将相关数额一概予以扣除,而是要具体问题具体分析,甄别出犯罪既遂后退赃退赔的情形。主要包括:

1. 事前、事中行为足以认定非法占有目的

在案证据证明行为人骗取他人财物时具有非法占有目的,足以排除“骗借”“骗用”钱款等辩解的,即使案发前已经全部或部分归还,也不应扣除相应数额。常见情形包括:其一,行为人“无中生有”诈骗公共财物。在伪造材料骗取拆迁补偿、医疗保险、退耕还林款等情况下,即使案发前主动归还财物的,也不应扣除相应数额。例如,在一起诈骗犯罪案件中,行为人以其经营的某房产咨询公司为依托,伙同他人与一些房屋户主相串通,虚构借贷关系进行虚假诉讼,通过骗取调解书、执行裁定等法律文书将房屋分户,到房产登记部门将20余处共600多平方米的房屋分为50余户,利用某市《城市房屋拆迁补偿管理条例》对较小面积房屋给予增补住房面积的拆迁补偿政策,骗取政府的拆迁补偿款,应全额认定诈骗犯罪数额。^⑫又如,在一起诈骗犯罪案件中,行为人以办医保报销、补贴等名义,借用多名医保参保人员的居民身份证和银行卡,用于伪造虚假住院病历等医保报销资料。后将上述人员的虚假住院资料拿到医疗保障局和保险公司,办理医保结算和大病保险理赔,共计骗取医疗保险金和大病保险100万余元,诈骗所得由参与各方按比例分成,非法占有目的明显。其二,行为人骗取素不相识的被害人财物,事后亦没有民事救济渠道。在一起诈骗犯罪案件中,行为人使用伪造的身份证虚构姓名,与多名被害人处对象,期间,以收取彩礼、定亲钱、购买黄金首饰等名义骗取甲、乙等被害人钱款25万余元。后行为人又以类似手段骗取丙钱款14万余元。因长期以各种借口不与丙共同生活被发现其诈骗行为,行为人归还丙各种损失共计17万余元,其中15万

余元系从甲、乙等人处诈骗所得。^⑤再如,在一起诈骗犯罪案件中,行为人伙同他人商议以诈赌的方式骗取被害人钱财,遂在某酒店利用可透视牌控制赌局输赢,骗取被害人钱款9万余元。被害人在赌局结束后发现被骗,经双方协商,约定偿还被害人6万元现金,后行为人支付了被害人4万元。因约定偿还的6万元未能履行到位,被害人遂报警。上述案件中,行为人非法占有他人财物的意图明显,涉案财物一经交付即宣告诈骗犯罪完成,不宜扣除诈骗犯罪数额。

2. 行为人事后逃匿或逃避归还资金

行为人骗取被害人财物后逃匿或逃避归还资金,如更换联系方式、“拉黑”被害人、携款潜逃境外、转移资产等,足以认定行为人具有非法占有的目的。此后,被害人通过各种手段找到行为人,无论是否归还财物,均以财物转移占有时的数额认定诈骗犯罪数额。^⑥例如,在一起租车诈骗犯罪案件中,行为人采取冒用他人身份证、伪造驾驶证等方式,租赁高档汽车转卖牟利。由于租车公司的汽车装有GPS,行为人拆除GPS后再将车重新组装出售。其中,一辆汽车系私家车挂靠租赁公司对外出租,除租赁公司安装的GPS之外,车主自己还安装有GPS装置,后通过自己安装的GPS找到车的具体位置。行为人于案发前归还了该汽车。该案中,行为人在假冒他人身份租车、拆除涉案汽车的GPS装置时,就已体现出明显的非法占有目的,因此相关车辆价值均应计入诈骗犯罪数额。

3. 行为人事后非基于自愿归还财物

关于“案发前归还”的行为人心态,存在两种理解:一种认为可作广义解释,只要是在案发前“(失而)复得”的财物(金额),不论是主动归还还是被动追回,都应从犯罪数额中扣除;另一种认为应作狭义解释,所谓“归还”应指主动归还。^⑦本文赞同第二种观点,行为人对于归还财物的心态不能是被动的,即体现出积极或容许归还的态度,行为人本不愿意归还财物,受到客观因素影响被动归

还的,相关数额不应予以扣除。^⑧相关司法解释和规范性文件使用“应当”“应予”扣除数额等绝对化表述,可以理解为此处的“案发前归还”系行为人自愿、主动归还,并不涉及行为人非自愿归还的数额认定,与犯罪既遂理论并不存在矛盾冲突。

主要包括以下情形:一是被害人以向公安机关举报相威胁,行为人被迫归还财物,但被害人拿回钱款后觉得不解气,遂向公安机关报案。例如,在一起诈骗犯罪案件中,行为人从事废旧金属收购业务,与两名废品收购业主有业务往来。行为人伙同他人经预谋,以假金属冒充钛丝出售以诈骗钱财,诈骗两名业主钱款共计5万余元。后一名业主发现骗局后,声称要将行为人扭送公安机关,行为人因害怕被处罚,退还所诈骗的钱财。该案中,行为人与他人预谋实施犯罪,应全额认定诈骗犯罪数额,案发前退款只能作为退赃退赔情节。再如,在一起诈骗犯罪案件中,行为人以帮助他人办理银行信用贷款为由,网上联系被害人帮助刷银行流水。后被害人向他人银行卡内转账7万元,行为人利用网银转账的方式将此7万元转出。被害人随即报警并网上告知行为人。在得知被害人报警后,行为人向该张银行卡内转回2万元,其余5万元被行为人取走。该案应全额认定犯罪数额。二是行为人得知有关机关、单位正在调查,被迫归还财物。例如,在一起保险诈骗犯罪案件中,行为人系D保险公司核损员,为谋取非法利益,与他人合谋,先后3次将他人委托修理的轿车与其他车辆相撞,制造虚假交通事故并向D保险公司理赔,骗得理赔款共计47万余元后使用。后保险公司在检查过程中,发现多起车险赔案存在诈骗嫌疑,随即展开内部核查。行为人在获悉公司发起调查后,即联系其他涉案人员并以本人名义退还了第三起事故理赔款22万余元,尚有25万元无法退还。该案中,行为人之所以归还财物,根本原因是为了逃避刑事处罚,与到案后被迫归还并无本质区别,所退赃款应作为犯罪数额予以

认定,退赃行为可作为量刑情节予以考虑。^①三是被害人采取伤害、殴打、拘禁、抢夺、窃骗等方式追回财物。例如,在一起诈骗犯罪案件中,行为人采取伪造担保物等手段骗取被害人借款20万余元。后被害人上网搜索到担保物的信息,认为自己被诈骗,行为人声称钱款已用于投资无法归还。被害人遂持水果刀前往行为人家中以实施伤害相威胁,行为人被迫退回尚未挥霍的钱款10万余元,应全额认定诈骗犯罪数额。

4. 行为人事后以其他名义归还财物

部分诈骗犯罪案件中,行为人事后将所骗财物实际用于被害人,但并非以被骗事由归还,而是以其他名义借贷给被害人、请客供被害人花销等,形成了新的给付事由,相应数额不应予以扣除。^②例如,在一起诈骗犯罪案件中,行为人冒充国家机关退休人员身份,虚构“解冻民族资产”“联合国搬迁项目”等大型工程,骗取公司员工信任后,以公司资金困难等名义骗取多名被害人78万余元。上述款项部分用于房租、购买办公用品等开支,部分财物用于和被害人一起租房、吃饭等共同支出,由此共用的财物是否应从犯罪数额中扣除存在争议。^③该案中,无论从行为人主观心态还是被害人的感知来看,相关支出都是一种新的赠予或债权,与先前发生的诈骗行为并无因果关系,属于犯罪既遂后处分财物,应全部认定诈骗犯罪数额。

三、“案发前归还”规则的延伸

行为人骗取他人财物后,案发前仍未予以归还的,原则上可以认定具备非法占有目的,以骗取财物的全部数额认定。然而,诈骗犯罪案件的事后行为极其复杂,可能出现双方达成归还协议等情形,有时距离刑事立案还有相当长一段时间。无论诈骗犯罪发生在何领域、以何手段实施,均应遵循“归还能力→归还意愿”的递进式判断思路,结合行为人的资产状况、事后筹款行为、未还款原因等因素综合考量,不能简单依据“案发前未归还财物”认定非法占有目的。^④对于案发前虽未归还

财物,但在案证据无法排除行为人欺诈取财时具有归还能力和意愿,案发后即予以归还的,仍然可以存疑扣除相应数额。司法实践中,应注意以下特殊情形:

(一) 行为人案发前提出归还请求

有的诈骗犯罪案件中,行为人采取欺诈手段骗取他人钱款,案发前向被害人提出归还请求,甚至双方已经达成归还协议,但直至案发尚未实际归还。对于此类案件应重点审查以下方面:一是行为人的资产状况。行为人无任何资产或者仅有少量资产而重复抵押,不足以“覆盖”被骗财物数额,不影响非法占有目的认定。行为人虽然缺乏足额现金,但存在对外债权或能够“变现”的其他类型财产,不能简单认定其缺乏归还能力。例如,在一起贷款诈骗犯罪案件中,行为人首先以公司名义购买某市信用社综合楼(价款为360万元),后利用虚假的房屋产权证明,重复抵押获取银行贷款200万元,其中100万元用于炒期货并发生亏损,另外100万元用于购买某塑料有限公司。经银行多次催要,行为人均未还款。后行为人欲通过转让该塑料有限公司,实施“以贷还贷”,转让过程中因银行不同意而案发。该案中,行为人采用欺诈手段获取银行贷款,贷款后擅自改变贷款用途,并未将贷款用于偿付贷款,而是用于购买固定资产和炒期货,导致案发时尚拖欠银行大量贷款。但行为人拥有信用社大楼和某塑料有限公司等资产,从数额上与贷款并非明显不成比例,并且积极寻找偿还贷款途径,认定其主观上具有非法占有目的证据不足。^⑤二是归还请求的内容。还款请求应当包括还款主体、方式、数额、期限、担保物等内容,不能是概括、随意的或者包含欺诈成分,这是判断行为人是否具备真实归还意愿的重要依据。行为人资金链早已断裂,无力偿还被害人钱款时会出具虚假还款承诺书、计划书,对挽回被害人的经济损失并无意义,属于拖延被害人报案的一种手段。如果将这种行为排斥在刑法制裁

范围之外,被害人亦无法通过民事途径挽回损失。三是案发前未能归还的原因。有的被害人从事高息民间借贷,除了索要本金之外还会主张利息,引发双方对归还数额的争议。案发前未能还款与被害人拒不配合有关,或是行为人筹集、调配资金需要一定时间,需要区分到底是“不欲归还”还是“暂时没有归还”。如果行为人具有偿还能力且未转移、隐匿资产,案发前一直协商还款,认定非法占有目的应当慎重,对于被害人主张的合法利息,可以通过民事途径予以解决。例如,在一起诈骗犯罪案件中,行为人在做墙体保温时认识被害人,以能为被害人在机场办理接送员工及滞留旅客车辆运营为名,先后三次从被害人手中骗取73.5万元。后被害人向行为人借款7万,其余66.5万行为人让被害人去其家取钱。被害人来到行为人家中,当听到行为人只给本金66.5万元,拒绝收取。被害人遂向公安机关报案。该案中,行为人虽然采取欺诈手段骗取被害人购车款,但仍然具备还款能力,主动找被害人提出还款要求。因被害人拒绝收取本金,导致案发前未能归还所骗购车款,难以认定具有非法占有目的。^④

(二)双方案发前达成“债转股”协议

“债转股”即债权转股权,公司的债权人通过将公司的债权转为对公司的股权,从而以代替股东出资的方式实现债权债务的消灭。^⑤有的诈骗犯罪案件中,行为人以公司经营项目为名欺诈借款,被害人向其索要钱款后,行为人声称公司有经营项目但现金流紧张,可将先前的借款协议变更为入股协议,双方约定以“债转股”形式实现债权清偿,即被害人以成为公司股东的形式实现对公司的管理与分红。这类案件应重点审查以下方面:其一,涉案公司的资产状况和经营状况。涉案公司的资产除了现金、基金、土地使用权、知识产权等财产之外,还包括对外债权债务情况,可以比对判断是否属于“资不抵债”。此外,应审查涉案企业是否能够正常生产经营,以及经营规模与被

骗数额是否明显不成比例。有的公司虽存在个别经营项目,但从利润收入来看,根本不具备归还被骗钱款的可能性,可以认定具有非法占有目的。有的企业虽然账面上没有足够资金甚至存在负债,但具有成熟稳定的经营模式和经营收入,足以覆盖被骗钱款数额的,企业股权不能一概认定为无经济价值。其二,行为人是否有权转让涉案公司股权。“债转股”协议一般对转让股权的数额、价格、程序、双方的权利和义务做出具体规定。在明确涉案企业性质的基础上,应当审查行为人在涉案公司的地位和决策影响力。如果行为人对于涉案公司股权缺乏控制力,那么超出自己持有的股权或擅自使用公司印章签订的“债转股”协议并不具备实现可能性。^⑥其三,涉案公司利润的分配情况。涉案公司在正常生产经营的情况下,行为人按照“债转股”协议向被害人实际分配利润的,应当审慎认定非法占有目的。行为人通过隐匿、转移财产等方式,未将公司利润分配给被害人的,可以成为认定非法占有目的的重要依据。例如,在一起诈骗犯罪案件中,行为人系A公司实际控制人,通过伪造承揽合同手段,虚构其承包工程项目等事实,以项目需要公关、扩大生产线、项目已经获批需垫资进场施工等名义,骗取被害人高息借款500余万元。行为人获取钱款后,将钱款用于偿还个人债务、转给密切关系人消费挥霍等,未投入生产经营活动。被害人事后多次向行为人讨要钱款,两人签署了备忘录,内容是:(1)清退A公司的另外两个股东;(2)给被害人A公司30%的股份;(3)由被害人负责给A公司融资;(4)若行为人半年内无法完成,需和被害人成立新公司。半年后,行为人无法清退A公司的原股东,遂在A公司的基础上成立新的公司,约定被害人占股30%。新公司成立的两年间,公司承包过若干工程项目,营业收入达到877万余元,但利润较低,且行为人将仅有的少量利润用于个人消费挥霍等用途,案发前未归还被害人钱款。该案中,行为人控制的A公

司基本无固定资产,长期无经营项目和收入,仍采取虚构承揽项目等手段骗取被害人钱款500余万元,相关款项并非用于实际生产经营,没有产生任何收益的可能性。事后,被害人占股30%的商贸公司虽有少量经营活动,但实际盈利不足以覆盖被骗钱款,发包方转入的项目款亦未归还被害人,可以认定具有非法占有的目的。

(三)行为人案发前引入第三人代为归还

有的诈骗犯罪案件中,行为人自身没有足额财产,但与其关系密切的第三人(通常为父母等近亲属)承诺代为归还,然而案发前尚未实际归还的,是否认定非法占有目的不能一概而论。这类案件应重点审查以下方面:其一,行为人和第三人的关系。如果行为人自身缺乏资产,但与其关系密切的第三人存在财产继承关系,或是第三人曾经代为归还相当数额财物的,可以认为其有合理理由相信第三人代为还款,审慎认定非法占有目的。例如,在一起诈骗犯罪案件中,行为人系学生,家境殷实,喜好网上赌博,曾欠款百万,由其父母代偿。后以帮被害人(高中同学)代购手机、做项目等名义,陆续“骗取”钱款共计90余万元,用于个人赌博和消费。每次借款成功后,行为人又会偿还之前部分欠款,共计36万余元。行为人欠款过多无法偿还,被害人便找其父母要求代偿,因双方未达成一致,被害人选择报警,案发后行为人父母将欠款全部还清。^④该案中,行为人明知其父母具有偿还能力,且曾经帮助偿还过巨额债务,主观上具有期待代偿的心理预期,且案发前双方就欠款归还问题多次磋商,案发后便清偿所有欠款,故认定非法占有目的证据存疑。其二,第三人的资产状况。应对第三人拥有的资产或提供担保物的价值进行审查,判断是否存在财产瑕疵、重复抵押等情形,是否足以覆盖被骗财物的数额。例如,在一起合同诈骗犯罪案件中,行为人通过朋友介绍认识被害人,谎称自己“串支票”需要大量资金流,通过伪造公司印章、发送虚假支票照片、委托他人

冒充公司财务人员等方式,骗取被害人高息借款近300万元,用于归还他人欠款、日常消费、支付高额利息等。行为人资金链断裂后,即告知被害人钱款已被挥霍,同时表示愿意以自己父亲所拥有的房屋偿还。被害人便伙同多人找到其父母,三方共同签订一份还款协议,约定还款数额(本息高达上千万元)和还款日期,以其父亲名下的房产作为担保,行为人父母以担保人名义签字。签订协议一个月后,行为人自称无力归还任何欠款,向公安机关投案自首。该案中,从偿还能力来看,行为人并无任何财产,其父母的房产已经向他人抵押200万元,不足以清偿本金300多万元,且该处房产为其父母唯一住所,无出售的现实可能性。从偿还意愿来看,房产出售、办理抵押登记均需要房产证,行为人父亲的房产证在抵押权人手中,案发前没有要求抵押人归还房产证,无积极偿还钱款的实际行为。此外,由于三方协议载明的本金、利息数额过高,行为人及其父母亦不认可该份协议的效力,声称受到被害人胁迫而签订。因此,尽管行为人父母案发前签订了代为归还协议,但综合第三人的财产数额、抵押情况、事后表现等考量,难以认定行为人具备归还能力和意愿。其三,行为人对第三人的影响力。即使第三人具备足额财产,如果行为人不具备影响力或未积极施加影响,而是通过拖延、反悔等方式,案发前未归还财物的,不能阻却非法占有目的认定。否则,犯罪分子诈骗钱款挥霍完毕后,由第三人出面签订所谓的还款协议即可脱罪,显然不合情理。

(四)被害人案发前提起民事诉讼

对于经济活动中发生的诈骗纠纷,被害人往往可以选择刑事报案和民事起诉两种救济途径。有的被害人基于种种考虑首先选择民事起诉,通过民事诉讼仍然无法挽回经济损失后,转而向公安机关报案。这类案件应重点审查以下方面:其一,被害人提起民事诉讼的原因。在民间借贷或“一物多卖”型诈骗犯罪案件中,双方签订的合同

往往约定了高额利息或赔偿款,被害人为了获得更多经济补偿或交付标的物提起民事诉讼。对此,应审查行为人是否提出归还钱款的请求、双方商议过程等,不能因被害人提起民事诉讼,一概认定行为人缺乏归还财物的意愿。当然,如果行为人确实缺乏归还能力和意愿,被害人先行提起民事诉讼,事后查明是诈骗犯罪,生效的民事裁判不影响依法追究行为人的刑事责任。其二,行为人是否逃避履行归还义务。行为人拥有一定财产,得知被害人提起民事诉讼后,仍然采取伪造证据、指示他人做虚假证言、转移、隐匿资产等手段,逃避履行合同义务的,不能阻却非法占有目的。例如,在一起合同诈骗犯罪案件中,行为人虚构自己有能力获得某项目经营权等事实,以其控制的公司名义与被害人签订“对赌协议”,约定自己帮助被害人获得项目经营权,被害人向行为人分笔支付费用。如未成功,则被害人可以获得自己控制公司的30%股权。后被害人向行为人转款500万元,该款与行为人公司账户的其他款项混同后被转出、花费,并未用于相关项目。被害人发现自己无法获得项目经营权后,向法院提起民事诉讼主张转让股权,但行为人采取伪造证据等方式逃避履约,导致被害人遭受巨额经济损失。该案中,行为人先是采取欺诈手段骗取对方当事人财物,后在民事诉讼中逃避履行义务,体现出不予归还所骗钱款的意图。其三,刑事立案是否处于民事还款期限内。构成诈骗犯罪的行为,应当是被害人不能通过民事途径进行救济的行为。行为人具备相应的归还能力和意愿,刑事立案时尚未达到最终还款期限的,认定非法占有目的应当慎重。例如,在一起诈骗犯罪案件中,行为人系某回迁安置房(尚未办理房产证)的被安置人,隐瞒房产已出售给他人的事实,与被害人签订房屋买卖合同,分四笔收取被害人购房款共计150万元,将上述钱款用于偿还个人债务等用途。被害人发现“一房二卖”后,向法院提起民事诉讼,法院判决行为人于

判决生效后10日退还购房款及违约金共计200余万元。民事审判期间,被害人同时向公安机关报案,公安机关立案时尚未达到最终还款期限。案发后,行为人父母代为帮助行为人履行民事判决,给付被害人200余万元。该案中,行为人案发前虽然没有履行民事判决,但一直跟被害人商量还款事宜,找人联系出售其父母名下房产用于还款,难以证明其具有非法占有目的。

四、结语

随着经济社会的快速发展和经济活动的复杂化,司法实践中不断出现新型诈骗犯罪,给司法办案带来了新的挑战。考虑到很多诈骗犯罪案件发生在民事欺诈与刑事犯罪的边缘地带,应当认识到“案发前归还”规则的确立具有必要性,但需要准确理解和适用:其一,区分事实认定规则和法律适用规则。部分司法解释、规范性文件具有事实认定和法律适用规则“混搭”的特点,不宜将涉诈骗犯罪数额的条款一概解读为法律适用问题。即使行为人案发前归还财物,也需要结合案件证据情况进行判断,防止犯罪数额认定的“一刀切”。其二,重视诈骗犯罪的事后行为。在非法占有目的的推定方面,司法解释和规范性文件不可能规定得全面而具体,需要确立“事前→事中→事后”的全流程审查思路,除了关注行为人与被骗人的关系、欺诈取财行为之外,还要对事后的反对给付行为进行类型化分析,综合判断行为人的归还能力和意愿,准确认定非法占有目的。

注释:

①参见王元峰:《案发前退款不宜一律在诈骗犯罪数额中扣除》,载《检察日报》2020年4月10日,第3版。

②参见杨柳:《案发前归还的诈骗款不应从犯罪数额中扣除》,载《人民检察》2019年第16期。

③相关规定包括:(1)2001年《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》规定,金融诈骗犯罪具备“明知没有归还能力而大量骗取资金”等七种情形之一的,可以认定为具有非法占有目的。(2)2010年《最高人民法院关于审理非法集资刑

事案件具体应用法律若干问题的解释》第4条规定,行为人使用诈骗方法非法集资,具有“集资后不用于生产经营活动或者用于生产经营活动与筹集资金规模明显不成比例,致使集资款不能退还”等八种情形之一的,可以认定为“以非法占有为目的”。(3)2018年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第6条规定,行为人具有“明知没有还款能力而大量透支,无法归还”等六种情形之一,应当认定为“以非法占有为目的”,但有证据证明持卡人确实不具备非法占有目的的除外。

④对于受贿罪的“及时退还或上交”条款同样存在“事实认定规则说”和“法律适用规则说”的争议。有观点认为“不是受贿”是基于“但书”而成立的;有观点认为收受请托人财物后及时退还不认为是受贿,原因在于缺乏受贿的故意。参见孙道萃:《“收受财物后及时退还”的刑法教义分析》,载《江汉学术》2017年第1期。

⑤参见郑毅:《计算诈骗犯罪数额时是否将犯罪成本扣除》,载《检察日报》2022年8月9日,第7版。

⑥2021年《最高人民法院、最高人民检察院关于常见犯罪的量刑指导意见(试行)》规定,对于退赃、退赔的,应当综合考虑犯罪性质、退赃、退赔行为对损害结果所能弥补的程度,退赃、退赔的数额及主动程度等情况,可以减少基准刑的30%以下。

⑦周光权:《刑法各论》,中国人民大学出版社2011年版,第77页。

⑧2011年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第3条规定,诈骗公私财物虽已达到数额较大的标准,但一审宣判前全部退赃、退赔且行为人认罪、悔罪的,可以根据刑法第37条、刑事诉讼法第177条规定不起诉或者免于刑事处罚。

⑨参见万毅、吕川:《“案发”概念的反思与重塑》,载《人民检察》2021年第2期。

⑩参见陈国庆、韩耀元、宋丹:《〈关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释〉的理解与适用》,载《人民检察》2011年第11期。

⑪朱铁军:《贷款诈骗罪中数额的认定与赃款赃物的处理》,载《人民司法》2020年第20期。

⑫2016年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第12条规定,贿赂犯罪中的“财物”,包括货币、物品和财产性利益。财产性利益包括可以折算为货币的物质利益如房屋装修、债务免除等,以及需要支付货币的其他利益如会员服务、旅游等。后者的犯罪数额,以实际支付或者应当支付的数额计算。

⑬参见杜邈:《刑事推定规则的特征、类型与司法适用》,载《法律适用》2022年第2期。

⑭宋旭:《违法分户骗取拆迁补偿款构成诈骗罪》,载《人

民司法·案例》2011年第22期。

⑮沈晨、刘金生:《骗婚案件中诈骗行为与诈骗犯罪数额认定问题研究》,载《法制博览》2021年5月上。

⑯2010年《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第4条规定,行为人实施“携带钱款逃匿”“隐匿、销毁账目,或者搞假破产、假倒闭,逃避返还资金”“抽逃、转移资金、隐匿财产,逃避返还资金”等事后行为,原则上可以认定为非法占有目的。

⑰潘丙林、赵宇翔:《案发前归还诈骗款不影响犯罪既遂》,载《人民司法》2014年第14期。

⑱2007年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的解释》第9条规定,受贿人收受他人财物后,因自身或与其受贿有关联的人被查处,为掩饰犯罪而退还或者上交的,不影响认定受贿罪。这种归还心态就属于典型的被动心态。

⑲同前注⑰。

⑳如2016年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第16条规定:“国家工作人员出于贪污、受贿的故意,非法占有公共财物,收受他人财物之后,将赃款赃物用于单位公务支出或者社会捐赠的,不影响贪污罪、受贿罪的认定,但量刑时可以酌情考虑。”

㉑参见姚建军:《诈骗案件中“非法占有”的犯罪数额及主观故意的认定》,载《人民法院报》2021年2月25日,第6版。

㉒根据2001年《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》规定,认定是否具有非法占有为目的,应当坚持主客观相一致的原则,既要避免单纯根据损失结果客观归罪,也不能仅凭被告人自己的供述,而应当根据案件具体情况具体分析。

㉓参见牛克乾:《张福顺贷款诈骗案——贷款诈骗罪与贷款民事欺诈行为的区分》,载最高人民法院刑事审判第一庭、第二庭编:《刑事审判参考》2004年第4期(总第39集),法律出版社2005年版,第10页。

㉔参见张勤:《黄钰诈骗案——如何区分诈骗罪与民事欺诈》,载最高人民法院刑事审判第一庭、第二庭编:《刑事审判参考》2020年第8期(总第122集),法律出版社2020年版,第40页。

㉕张勤、钱茜:《真实的债转股可认定为出资》,载《人民司法》2021年第2期。

㉖2006年《公司法》第71条规定,有限责任公司的股东向股东以外的人转让股权,应当经其他股东过半数同意。股东应就其股权转让事项书面通知其他股东征求同意,其他股东自接到书面通知之日起满30日未答复的,视为同意转让。其他股东半数以上不同意转让的,不同意的股东应当购买该转让的股权;不购买的,视为同意转让。

㉗康俯上、高坡、陈召康:《“兜底式”借款诈骗行为的辨析与认定》,载《江苏法治报》2021年10月18日,第7版。