

【个罪研究】

从互斥到并行:民事欺诈与刑事诈骗关系再反思

江 溯

【摘要】以往尝试界分民事欺诈与刑事诈骗的讨论,其本质上是将军事欺诈与刑事诈骗视为互斥的两组构成要件。然而,当以是否契合于逐一检验构成要件及构成要素的犯罪审查思路作为考察标准时,则能够发觉,在犯罪审查过程中,需要对行为人可能该当的构成要件以及具体的构成要素逐一加以检验,用以界分二者的互斥构成要素并不具有被额外标识的必要,相关界分讨论反而偏离了构成要件的功能所在,并致使限缩诈骗犯罪可罚性的任务过度依赖于少数构成要素。在基于“三阶层”犯罪论体系所展开的犯罪审查思路下,无须讨论民事欺诈与刑事诈骗构成要件之间的关系。相应地,行为是否构成民事欺诈与刑事诈骗的判断也应当被视为两套并行的审查程序。

【关键词】民事欺诈;刑事诈骗;互斥关系;犯罪审查

【作者简介】江溯,北京大学法学院研究员。

【原文出处】《政法论坛》(京),2024.6.140~150

在当下关于刑民交叉问题的探讨中,民事欺诈与刑事诈骗的关系是一个极具争议的焦点。无论是在司法实务还是在刑法理论上,对于二者的关系,均存在巨大分歧,由此形成了两种主要学说:第一种学说是“互斥说”,即认为二者是相互排斥的关系;第二种学说是“并行说”,即认为二者是相互平行的关系。本文尝试在现有理论的基础上,对民事欺诈与刑事诈骗的关系进行重新定位。

一、“互斥论”的既存困境

(一)“互斥论”的立场设定

在形式逻辑的范畴中,存在着所谓的择一联结,其以非a即b的陈述形式呈现出来,a与b同时仅可能有一者成立,二者并无可能同时成立或者不成立。^①而这种描述两个概念的择一联结关系,在刑法中也常常被用来描述两个构成要件之间的关系,即如果一个行为不可能同时实现两个构成要件,则通常认为这两个构成要件存在互斥关系。倘若认为两

个构成要件之间属于相互排斥的关系,就意味着对于这两个构成要件,不需要处理复杂的竞合问题。因此,立法者或者司法者倾向于通过立法或者解释使两个构成要件之间处于互斥的关系,即通过立法或者解释的方式在构成要件中加入相互排斥的构成要素,从而使得两个构成要件形成互斥关系。^②当前,在我国理论与司法实践中,围绕民事欺诈与刑事诈骗,存在着诸多如何界分二者的讨论。笔者认为,这种界分的讨论,实际上也是在预设二者互斥关系的基础上展开的。

关于如何界分民事欺诈与刑事诈骗的讨论,存在着内部视角与外部视角。就内部视角而言,其以刑事诈骗的构成要件为基准。根据所选取构成要素的多寡,又可以进一步区分为单一标准与综合标准。在单一标准中,当前理论与司法实践的有力观点认为,民事欺诈与刑事诈骗的差异在于非法占有目的有无,倘若行为人具备非法占有目的则构成刑事

欺诈,反之,则构成民事欺诈。^③综合区分标准则往往着眼于民事欺诈与刑事诈骗在多个构成要素之间的差异,包括非法占有目的有无,以及欺骗内容与欺骗程度。^④就外部视角而言,当前主要观点是围绕民事救济的可能限度加以展开,以被害人是否存有民事救济的可能性作为区分标准。^⑤

上述观点均认为某一或者某些构成要素仅为民事欺诈或者刑事诈骗所具备,由此得以区分二者。以非法占有目的为例,倘若一行为具备非法占有目的,也就意味着该行为不构成民事欺诈,而倘若一行为不具备非法占有目的,则意味着该行为不构成刑事诈骗,而构成民事欺诈。因此,在非法占有目的被视为刑事诈骗的构成要素的同时,非法占有目的的不具备也被作为民事欺诈的构成要素。因此,界分民事欺诈与刑事诈骗的讨论实际上就是通过在民事欺诈与刑事诈骗的构成要件中分别设置相互排斥的构成要素,从而使两个构成要件之间形成互斥关系,即“一个行为如果被认定为刑事诈骗,则不可能是民事欺诈;反之亦然”^⑥。

虽然,在上述相关讨论中,也有学者指出,民事欺诈与刑事诈骗应当属于包容关系,即民事欺诈与刑事诈骗是一般与个别的关系,刑事诈骗是民事欺诈中的不法程度更高的部分。^⑦但是,上述观点实质上仍未脱离互斥论的范畴。相关讨论区分了广义的民事欺诈与狭义的民事欺诈,即在肯定刑事欺诈为广义的民事欺诈即《民法典》第148条所包容的基础上,又提出了狭义民事欺诈概念,即不构成刑事诈骗的民事欺诈。因此,讨论又回归至界分狭义的民事欺诈与刑事诈骗。

(二)“互斥论”的方法困境

界分民事欺诈与刑事诈骗的重要意义在于,通过标识出处于矛盾关系的构成要素,从而提醒司法者在司法审查时着重关注特定构成要素,从而划清行为可罚与不可罚之间的界限,避免刑事处罚范围的不当扩大。然而,这一思路的根本问题在于背离了犯罪审查的逻辑。在诈骗罪的构成要件中,对于

构成要件该当性的认定,存在着严格的审查步骤和检验顺序,其目的在于最大程度地避免遗漏,确保所有与刑法可罚性的评价有关的重要问题都能够逐一得到审查。^⑧然而,当前的界分思路,在一定程度上是“只见树木,不见森林”,将限缩刑罚处罚范围的任务赋予少数几个构成要素,而与逐一对各构成要素进行检验的犯罪审查思路相背离。具体而言,这一思路的问题体现在:

其一,这一思路预设了行为人要么构成民事欺诈,要么构成刑事诈骗。正如有学者指出,刑事诈骗与民事欺诈的成立边界完全重合,且能够通过民事调整的有效限度逆推诈骗罪的成立范围。^⑨然而,一方面,在个案中,行为人既可能仅仅构成民事欺诈,也可能连民事欺诈也不构成。因而,界分思路忽略了后一种情形,从而对后者的审查过于繁琐或者出现不当入罪。另一方面,从我国立法来看,认为刑事诈骗与民事欺诈的成立边界完全重合与体系解释相冲突。我国《治安管理处罚法》第49条同样对诈骗公私财物的行为做出了规定。因此,如果在界分二者时,忽视治安管理处罚法中诈骗行为的成立范围,那么以民事调整的有效限度来逆推刑事诈骗成立范围这一思路,会必然混淆行政欺诈与刑事诈骗的界限,致使刑事欺诈的成立范围不当扩张。

其二,这一思路忽视了犯罪构成要件审查所固有的检验顺序,即原本用以区分二者的特殊构成要素在构成要件审查过程中有其固定的审查顺位,但却因被作为区分标准,往往先于或者晚于其他所有构成要素进行审查。当前的“互斥论”的思路,在预设了民事欺诈与刑事欺诈的互斥关系后,又尝试找寻部分特殊的构成要素作为区分二者的标准,实际上是将特定的构成要素从犯罪审查步骤中剥离出来,从而打乱了诈骗罪成立既有的检验顺序。由于预设了行为构成民事欺诈,要么构成刑事诈骗,对于行为的审查自然只限于二者存在差异的构成要素,而无须对其构成要素进行检验。在相关讨论中,我们也可以看到这种立场对于诈骗罪构成要件的消

解。例如在诈骗罪的成立中,应当遵循行为人-被害人双方关系、欺骗行为、非法占有目的、财产损失的检验顺序。^⑩有学者指出,当前对于非法占有目的的体系位置等问题的讨论,对于区分民事欺诈与刑事诈骗并不具有太多借鉴意义。^⑪

倘若认为互斥论的立场并不影响对诈骗罪的构成要素逐一进行检验,那么随之而来的问题是,既然互斥构成要素与其他构成要素均属于诈骗罪的构成要件,其在适用时均应逐一受到检验,且在不具备时无须进行后续的检验步骤,那么是否有必要区分互斥构成要素与其他构成要素。在犯罪审查中,倘若一行为可能同时该当多个构成要件,那么不同构成要件的每一构成要素均需要先后受到检验,那么在这一过程中,我们所标识出的界分二者的互斥构成要素,就无法在犯罪审查过程中得到体现。

其三,这一思路将构成要件以外的要素作为诈骗罪的成立依据。如前所述,既然“互斥论”预设了行为要么构成民事欺诈,要么构成刑事诈骗,那么自然可以从行为成立民事欺诈的结论中推导出行为不构成刑事诈骗,反之亦然。在这一思路影响下,理论与司法实践便自然可以借助于刑法体系之外的标准来对行为是否构成刑事诈骗进行判断。因此,在界分民事欺诈与刑事诈骗的讨论中,也不乏外部视角的观点,被害人的救济可能性就是其中的代表性观点。例如有学者认为,“出借人可以通过抵押物受偿方式实现自己的债权,因此行为人不构成合同诈骗罪”^⑫。同样,在司法实践中,这一观点也具有重要影响力,例如在“黄某诈骗案”中,是否具有民事救济可能性就被作为区分二者的标准。^⑬

通常而言,诈骗罪作为定式犯罪,其构成要件被认为已经将行为的内容全部描述,而与敲诈勒索罪等开放的构成要件相区别。如果不能明确所谓救济可能性在诈骗罪构成要件中的体系地位,那么便不应当在检验行为是否构成诈骗犯罪时对其进行审查。对于救济可能性,无法以刑法的补充性或最后手段性加以证成,二者并非限制刑法处罚范围的“万

能钥匙”,其所强调的是,立法者在其他手段无法有效达成法益保护的目时,才能够将一种损害法益的举止置于刑罚之下。^⑭但被害人的民事救济可能性这一观点实际上忽视了刑法最后手段性所指向的主体,而将对国家刑罚权的限制转换为对被害人的限制,从而致使被害人不得不在穷尽救济可能之后才能诉诸刑法手段。

(三)“互斥论”的具体质疑

1. 单一区分标准之质疑

(1) 非法占有目的的正当性疑问

通常认为,刑事诈骗既包括诈骗罪,也包括金融诈骗犯罪。因而,以非法占有目的作为区分民事欺诈与刑事诈骗的标准,是以非法占有目的作为诈骗犯罪所共有的主观构成要件要素为前提的。然而,这一前提并不存在天然的正当性。

从我国立法来看,非法占有目的作为主观构成要件,仅被立法者明文规定于集资诈骗罪、贷款诈骗罪等特殊诈骗犯罪之中,并未在诈骗罪中加以明文规定。从司法解释来看,非法占有目的主要在金融诈骗犯罪中加以讨论。例如2017年最高人民检察院《关于办理涉互联网金融犯罪案件有关问题座谈会纪要》中指出:“是否具有非法占有目的,是区分非法吸收公众存款罪和集资诈骗罪的关键要件。”又如,2001年最高人民法院《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》中指出:“金融诈骗犯罪都是以非法占有为目的的犯罪。”有学者指出,在认定特殊诈骗罪时,根据刑法与司法解释的相关规定,可以从中抽离出非法占有目的的内核,但是却未能说明为何该内核可以从特殊罪名中反向推导至一般诈骗罪,并作为区分民事欺诈与刑事诈骗的标准。^⑮在非法占有目的本身作为诈骗罪的主观构成要件就存在疑问的情况下,再将其从金融诈骗与民事纠纷的区分标准拓展为民事欺诈与刑事诈骗的区分标准,就无异于“沙上建塔”。

(2) 非法占有目的的肥大化趋势

以非法占有目的作为区分狭义的民事欺诈与刑

事诈骗的单一标准,固然为司法实践区分二者提供了简明的操作指南,但却使非法占有目的承受了过多的功能期待,进而使得过多的内容被放置于非法占有目的中。非法占有目的作为一种内心事实,司法上的认定往往是借助于对客观事实的推定来实现的。因而,理论或司法实践往往“暗渡陈仓”,在肯定非法占有目的作为界分标准的基础之上,将大量本应在客观构成要素中加以考察的内容延后至非法占有目的加以考察。例如欺骗行为这一要素,有讨论指出,行为人往往虚构关键事实,在一定程度上体现出行为人的非法占有目的。^⑩然而,这一观点实则将欺骗行为与非法占有目的相混淆。在司法实践中,也可见此类观点,例如梁甲、梁乙信用卡诈骗案,裁判理由指出,对非法占有目的的判断应重点考察行为人在申领信用卡时有无虚构事实、隐瞒真相的行为等方面因素。^⑪又如财产损失这一构成要素,有学者主张应当通过考察对价与被害人财产处分之间的相当性、充分性来判断行为人是否存在非法占有目的。^⑫在司法实践中,也存在类似观点,例如在陈某诈骗案中,主审法官指出,行为人与被害人之间给付金钱款的差额是判断行为人是否存在非法占有目的的重要依据。^⑬该观点同样是将两个不同的构成要素相混淆。因此,在相关讨论中,不同的构成要素被嵌套在一起,这不仅说明了单一构成要素作为区分标准的不足,更说明刑事诈骗的构成要件被简化,存在不当扩张犯罪成立范围的可能。

(3)非法占有目的的碎片化状况

以非法占有目的为例,当前司法判例或者司法解释中对于非法占有目的的认定,基本上是在在司法实践的经验总结的基础之上。为了应对社会治理需要,对于如何认定非法占有目的的具体情形,相关规范性文件也在不断扩充,致使呈现出“打补丁”的特征。

当前对于非法占有目的的认定虽然关注到现实素材的多样性,但却未能整合为统一整体,这使得理论和实践为了应对具体问题而不断将特殊情形纳入

非法占有目的的判断之中。然而,不同视角的累加并非进步,反而进一步导致构成要件符合与否的判断丧失明确性与安定性,特别是在不同的司法解释存在一定分歧或矛盾且缺乏明确的位阶的情况下,将使得司法者参照援引哪一司法解释,完全取决于司法者个人的价值判断,缺乏必要的限制。^⑭相应地,当前部分理论研究往往停留于对案例群的类型化区分,但这类讨论主要是将司法实践中的个案决定整合起来,指出司法者在特定案件中是以某些要素作为判断标准,而在其他案件中则是以另一些要素作为判断标准,由此为法院的裁判结果背书。

2.综合区分标准之质疑

在以单一标准界分民事欺诈与刑事诈骗之外,还存在通过综合区分标准来界分二者的路径,它主要是从“欺骗行为”“欺骗程序”“非法占有目的”三个构成要素加以展开。^⑮诚然,相比于单一标准,综合标准尝试借助多个构成要素来区分二者,释缓了单一构成要素的压力,特别是在司法实践中,也能够更好地提醒司法者不要过度关注单一构成要素的出罪功能,从而重视各构成要素的共同作用。因此,在民事欺诈与刑事诈骗的界分上,综合标准似乎具有更高的合理性,但是受困于互斥论的视角,其仍具有不可忽视的漏洞。

就三组区分标准的关系而言,倘若认为三组区分标准在界分民事欺诈与刑事诈骗时共同发挥作用,即认为民事欺诈与刑事诈骗在三组构成要素上均存在差异,则将不可避免地导致评价漏洞的产生。具言之,可以认为,此时广义的民事欺诈属于母项,在对民事欺诈与刑事诈骗进行界分时,首先根据欺骗行为所指向的内容将涵盖二者的虚构事实的行为区分为两个不相容子项,而后在此基础上对既有子项再依据错误程度、非法占有目的依次进一步划分出不同的不相容子项。而在所划分出的最终几个子项中,则存在着既无法为民事欺诈也无法为刑事诈骗所涵摄的行为。例如,对于一个指向整体事实的欺骗行为,其并未达到使他人陷入错误认识的程度,

从而无法构成刑事诈骗,但与此同时,由于其指向了整体事实而非个别事实,也不能构成民事欺诈。由此,一行为因具备了不法程度更高的构成要件,反而连较轻的构成要件也无法符合,显然与大众的一般法感情相违背。

反之,倘若认为上述综合标准仅仅是平行关系,即在对民事欺诈与刑事诈骗界分的过程中所能够采取选取的不同标准之间相互补充的作用,即在个案中当某一标准难以区分民事欺诈与刑事诈骗的情况下,司法者可以选取其他标准对行为属于民事欺诈还是刑事诈骗进行判断。然而如前所述,诈骗罪的构成要件的判断存在逻辑上的检验顺序。各标准均处于或然性的地位不仅仅意味着在诈骗罪的构成要件审查中采取了耦合式的思路,并且这一思路也违背了形式逻辑的要求。民事欺诈与刑事诈骗作为一组处于矛盾关系的概念,二者外延之和应当囊括了广义的民事欺诈,然而同时依据三组标准划分二者,就意味着各子项之间存在着交叉重合的关系,违背了“子项不相容”的要求。

二、民事欺诈与刑事诈骗的并行视角

如前所述,“互斥论”的努力难言成功。归根结底,问题的关键并不在于如何准确地划分民事欺诈与刑事诈骗的界限,而在于自始我们便无必要将二者并置讨论。

(一)基于犯罪审查的论证

在与“三阶层”犯罪论体系相适应的犯罪审查过程中,倘若行为人的行为可能符合多个构成要件,司法者对于每一个构成要件都应当单独地加以审查。在某一构成要件的审查过程,其结论仅能为行为人的行为是否符合此构成要件,而不可能从中得出行为人的行为符合其他构成要件与否的结论。而且司法者也必须根据阶层化与体系化的思考,有步骤地对各犯罪构成要件要素加以检验,从而避免做出错误或者偏颇的判决。

互斥论的问题在于:一方面,通过建构两个构成要件之间的互斥要素,将犯罪成立与否的问题转化

为单一互斥要素的具备与否的问题,致使犯罪审查的过程被压缩为单一或者部分构成要件的审查过程。另一方面,通过建构互斥要素,互斥论实际上将应当分别进行的两次不同构成要件的审查放在同一审查过程中进行,通过判断某一互斥构成要素的存否,判断行为究竟符合处于互斥关系之中的哪一构成要件。如果暂且忽视不同诉讼程序之间的区隔,当一行为可能构成民事欺诈与刑事诈骗时,那么通常而言,应当首先审查不法程度更高的刑事诈骗的构成要件。^②因此,在后的民事欺诈的审查结论并不可能回溯的影响刑事诈骗的审查。相应地,这就意味着在刑事诉讼程序中无需对行为人的行为是否构成民事欺诈进行判断。^③经由并行视角所确立的诈骗犯罪的审查思路,确保了仅以刑法所规定的犯罪构成要件作为判断刑法是否介入的根本标准,避免在犯罪审查过程中出现行为是否构成民事欺诈对行为的刑事可罚性产生干扰的情形。

归根结底,立法者基于法益保护的意思,将必须透过刑法加以保护的人类生活中重要的利益或者价值,以构成要件的方式加以明确化、类型化。因而,刑事诈骗的构成要件仅取决于其结果不法与行为不法。^④在此意义上只能依据诈骗犯罪的结果不法与行为不法来解释诈骗犯罪的构成要件,其他要素并不能影响刑事诈骗构成要件的建构。通过并行视角观察民事欺诈与刑事诈骗二者的关系,并不是认为犯罪审查程序能够影响到构成要件之间的关系,而是旨在说明,当民事欺诈与刑事诈骗的界分标准无法在犯罪审查过程中得以体现时,围绕二者关系的讨论实际上已然偏离了构成要件的功能所在。

(二)基于民刑交叉的论证

基于并行的视角来理解民事欺诈与刑事诈骗,在犯罪审查中先对行为是否属于刑事诈骗进行审查,正契合我国司法实务中对民刑交错案件的处理规则。民事欺诈与刑事诈骗的界分问题,其主要是为了解决涉及民事纠纷与刑事诈骗的案件定性问题。对于涉及民事欺诈与刑事诈骗罪界分的案件,

其属于由同一法律事实引起的同一法律关系,只能归属于刑事或民事范畴,但刑、民违法性难以定性的案例,从而归属于前述同一法律事实引起的刑民交错案件。对于此类案件的诉讼程序,当前司法机关主要采取“先刑后民”的思路。^⑤因此,将民事欺诈与刑事诈骗分别进行审查,而不关注其构成要件上所存在的差异,正与“先刑后民”的处理规则相契合。

就“先刑后民”的处理规则而言,存在着“一体化模式”与“移送模式”,前者指被害人可以在刑事诉讼程序中提起附带民事诉讼,并在刑事判决之后由法院进行处理,或者在法院对公诉案件作出判决之后,再行提起民事诉讼,后者则指在民事诉讼程序中,倘若案件涉嫌犯罪,则需暂停审理并将案件移送至公安机关或者检察机关。^⑥在不同模式中可以看出,在诉讼程序上,对于行为人行为是否构成刑事诈骗的审查,始终先于对行为是否构成民事欺诈的审查,正与“并行论”下对于行为符合何种构成要件的审查思路相契合。而从案件审理结果来看,倘若行为人被判构成刑事诈骗,根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第93条的规定,对于已生效的刑事判决所认定的事实,在民事诉讼程序中可以直接予以认定。就此而言,仅要求在后的民事诉讼的审判者直接认定刑事判决已决事实,也肯定了民事诉讼作出法律评价的独立性,即认为对刑事诈骗与民事欺诈审查是独立进行的。若行为人被判不构成刑事诈骗,即当刑事诉讼程序出现宣告无罪、不起诉等无罪性质的结论时,原民事纠纷当事人需要另行提起民事诉讼。虽然这在一定程度上拖延了民事纠纷的解决,但与“不告不理”原则相适应。就民事欺诈而言,一方面,受欺诈一方当事人可以选择撤销其所实施的民事法律行为;另一方面,在民法上,民事欺诈受到法律行为制度与侵权责任制度的双重规制,受欺诈一方当事人既可以主张侵权一方当事人承担欺诈侵权责任,也可以主张其承担缔约过失责任,由当事人决定是否另行起诉或者基于何种请求权起诉,保障了当事人自由选择救济

途径的权利。^⑦

此外,虽然有学者认为,在涉及民刑交叉案件时,应当坚持刑民并行的处理规则,^⑧但该观点实则与本文立场的分歧大于共识。一方面,本文同样肯定刑法与民法的评价应当独立进行,而不能相互僭越。另一方面,依照本文观点,我们无须讨论刑事诈骗与民事欺诈的实体关系,因而先刑后民原则并不会导致民法的评价失去意义。有学者在肯定民事欺诈与刑事诈骗互斥关系的基础上指出,对于此类涉及排斥型刑民关系的案件,应当采取先刑后民的处理规则,而对于涉及并存型刑民关系的案件,例如涉及骗取贷款罪等刑事欺诈的案件,则采取刑民并行的处理规则。^⑨然而问题在于,既然民事欺诈与刑事诈骗被认为难以区分,那么即便特定的民事欺诈行为已经被设定为分则罪名,同样难以摆脱这一特征。因此,相关案件中,行为往往同时存在构成刑事诈骗与刑事欺诈的可能,而在对行为逐一检验刑事诈骗与刑事欺诈的构成要件之前,我们无法确定该行为究竟是构成刑事诈骗而适用先刑后民的处理规则,还是构成刑事欺诈而适用刑民并行的处理规则。质言之,该观点实际上是以刑民构成要件关系作为刑民交叉处理规则的区分标准,已然预设了待审查的行为该当民事欺诈或者刑事诈骗的构成要件,从而与犯罪审查思路相悖。因此,问题症结并不在于民事诉讼程序与刑事诉讼程序的先后顺序,而在于实体上对于民事欺诈与刑事诈骗的构成要件关系的不当勾连。

三、民事欺诈与刑事诈骗“并行论”的具体展开

依据本文的立场,我们需要重新重视诈骗犯罪的每一构成要素所具有的限制可罚性范围的意义,而无须依赖于单一构成要素。

(一) 欺骗行为

诈骗罪作为结果犯,意味着客观归责理论能够应用于诈骗罪的构成要件研究之中,即能够在欺骗行为和财产损失之间形成诈骗罪的特殊归责关联,即要求行为人的欺骗行为需要足以创设法所不允许

的风险,使他人陷入错误认识并遭受财产损失。在此意义上,倘若通过是否创设法所不允许的风险对诈骗罪中的欺骗行为加以限缩,可以从以下两个层面着手:首先,就欺骗范围而言,对于如何通过限定欺骗行为来限定诈骗罪的成立范围,由于诈骗罪在日本刑法中被规定为个别财产犯罪,其“财产损失”仅指个别财物或者权利的丧失。^④因此,为了对此加以限定,日本理论与判例提出了“法益关系错误说”的观点,该观点影响了我国相关讨论,即将财产视为“交换手段、目的达到手段”,只要就与此相关联的事实进行欺骗的,便可以认定属于与法益相关的错误,其与“重要事项”互为表里。^⑤这一理论与德国刑法中判定财产损失中的“整体结算原则”与“目的落空”理论相对应。因此,重要事项或者法益关系错误说与其说是限制欺骗行为的观点,倒不如说是财产损失判断问题在欺骗行为中的“投影”。即便诈骗罪在我国规定为整体财产犯罪^⑥,上述理论同样存在应用的可能。财产损失作为结果要素,必须能够被视为行为人欺骗行为的作品,即属于行为人所创设的法所不允许的风险的实现。因此,这意味着,行为人的欺骗行为必须指向被害人的财产损失,从而使得既有的限制欺骗行为的观点在整体财产犯罪的语境下同样有适用的可能。“黄某诈骗案”中行为人在资金用途与抵押财产两方面存在虚构事实、隐瞒真相的行为。但是行为人并未虚构其借款内容、缘由以及还款计划,也并未虚构抵押财产的真实性与借款的偿还能力,其全部资产足以偿还借款。就此而言,并不能认为行为人的欺骗行为指向被害人的财产损失,因而不能认定为成立诈骗罪。^⑦

其次,就欺骗程度而言,行为人的欺骗行为必须足以创设法所不允许的风险,即达到足以使他人陷入错误认识并且造成财产损失的程度。由此可能存在的疑问在于,如此限制欺骗行为是否将导致对于社会弱势群体的保护不足。但笔者认为,一方面,虽然行为人所宣称的内容往往荒诞不经,但是行为人所采取的欺骗手段却往往十分缜密。另一方面,在

通过客观归责理论对欺骗行为加以限制时,不能不将行为人的特殊认知纳入考量之中。在此类案件中,行为人往往精心选取认识能力和判断能力都远低于一般人水平的弱势群体加以欺骗。例如在某冒充历史人物行骗的案件中,行为人不仅利用外貌上的相似性,还大量伪造历史文物、政府文件,并且多以老年人作为行骗对象,^⑧因而同样能够认为其欺骗行为足以使他人陷入错误认识并且造成财产损失。此外,在“王某、黄某某诈骗案”^⑨中,法院也以行为人所采取的作弊手段是否足以掌控输赢结果来对行为人的行为进行认定。

(二)错误认识

通常而言,成立诈骗罪要求被害人因行为人的欺骗行为陷入错误认识,并基于错误认识做出财产处分,因而错误认识同样对于诈骗罪的可罚性具有重要意义。在实践中,在对被害人是否陷入错误认识进行审查时,通常可能存在以下情况:

其一,受骗人并未因行为人的欺骗行为陷入错误认识,倘若被害人认识到了行为人陈述的不真实性,仍实施了财产处分,那么被害人的财产损失就并不处于行为人的答责领域而属于被害人自我答责的结果。例如在“商某等骗取贷款案”中,法院指出,行为人虽然提供了虚假证明材料,但这一行为受到了银行工作人员的指导,银行工作人员并未陷入错误认识,从而不构成骗取贷款罪。^⑩同时,在认定被害人是否陷入错误认识时,不应当忽视交易习惯的影响,例如在“高淑华、孙里海合同诈骗案”中,法院在裁判理由中指出,“‘边干边批、先上车后买票’的情况在房地产行业普遍存在”“作为建筑工程领域的公司,世达公司在签约时对于鑫海公司项目手续未办或不全的情况并非一无所知”。^⑪

其二,被害人陷入错误认识与行为人的欺骗行为之间不具有因果关联性,倘若被害人陷入错误认识并非由行为人的欺骗行为所致,也不能认定行为人构成诈骗犯罪。在“冯某诈骗案”中,法院指出,被害人陷入错误认识的根本原因在于第三方评估公司

所出具的评估价格,且行为人所提出的压低评估价格的要求并不足以成为评估公司随意评估的理由,因而行为人并不构成诈骗罪。^③

(三)财产损失

在现代社会,人们往往愿意牺牲部分利益来换取更高的利益。而哪些利益损失能够被视为诈骗罪中的财产损失,自然存在争议,这使得诈骗罪的成立与否的界限相对模糊。

首先,我国财产犯罪中的“数额较大”所指涉的并非被害人的财产损失,而是行为人的得利数额。在《关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》第4条中指出:“盗窃行为给失主造成的损失大于盗窃数额的。”显然在司法解释中,并未将“数额较大”等同于财产损失。在肯定我国诈骗罪属于整体财产犯罪的基础上,诈骗罪的成立就必然需要被害人的整体财产遭受减损,即被害人遭受了财产损失。因此,财产损失在我国诈骗罪属于不成文的构成要素。

其次,在诈骗罪中肯定“财产损失”的实质判断,并不会引起财产犯罪体系的失调。整体财产犯罪强调的是对被害人整体财产的保护,需要判断行为人在财产处分前后整体财产是否减少。因此,诈骗罪在我国作为整体财产犯罪,表征诈骗罪法益侵害核心的要素应当为“财产损失”而非“欺骗”,否则将使得诈骗罪脱离财产犯罪的特征,而将贪婪、不诚实的行为作为本罪的处罚理由。^④既然我国财产犯罪均属于整体财产犯罪,就意味着“财产损失”成为各财产犯罪不可忽略的共同的构成要素,无论采取形式的判断还是实质的判断,均不会导致财产犯罪体系的不协调。

最后,对于财产损失的考察,应当将被害人通过财产处分所欲达成的目的纳入考量之中。对于整体财产犯罪保护法益,在德国,多数见解采经济财产说或者在此基础上发展而来的法律经济财产说。相应地,在计算财产损失时,德国主要以整体结算原则为判断基准。但是,在部分的情形下,即便行为人财产

在客观上并未遭受减损,仍需要根据被害人的目的、需求等来判断财产损失是否存在,即目的落空理论。其根据在于,刑法对财产加以保护,并非因其具有经济价值或者属于法律规定的某种权利,而在于财产是个人能够从事引导其生活或者形塑其生存条件的事物的总体概念。^⑤因此,在构成要件的解释中,也应当对此加以体现,特别是在财产损失的判断中,应当将被害人交易目的纳入考量之中。^⑥当然,仅有已经外部化、客观化的交易目的,才能够作为财产损失的判断基准。随着经济社会的发展,为了便利经济活动,交易结构往往是格式化的,交易双方无须了解对方的真实信息,仅有能够由第三人从外部观测到的交易目的才是财产损失认定中需要考量的。^⑦在“铁钉棺材案”中,单纯从经济层面并不能认为存在财产损失,而需要考察当事人的交易目的是否存在重大偏离。在本案中,一方面,并未有行业惯例或标准禁止铁钉的使用,况且铁钉制棺本就属于正常工艺。另一方面,当事人双方仅仅达成口头约定,且并未通过书面合同等形式加以强调,特别是成交价格远远低于“整墙整盖”的市场价格,无法体现出当事人对棺材品质有着额外的要求,因此不能认为当事人所希望购买无铁钉拼接的棺材的交易目的已经外部化、客观化,也就无须在认定财产损失时予以考量。^⑧

(四)非法占有目的

一直以来,非法占有目的被视为我国财产犯中的不成文主观要素。倘若希望通过非法占有目的对诈骗罪的可罚性加以限制,就需要对非法占有目的的必要性、含义等问题加以说明,然后才能对司法实践中如何审查非法占有目的展开讨论。

首先,倘若我们能够说明某一构成要素对于建构某一罪名行为不法或者结果不法的意义,就能说明该构成要素在该构成要件中的必要性。在德国刑法中,对于财产犯罪的主观目的,存在着对应于个别财产犯罪的不法领得目的与对应于整体财产犯罪的不法获利目的。在整体财产犯罪中,在被害人产生

财产损失时,法益侵害结果便已经产生,因而不法获利目的不可能指向结果不法,其实际指向的是诈骗罪的行为不法,意在凸显诈骗罪并非单纯造成他人财产损害的犯罪,从而与毁财罪的不法本质加以区别。在我国大多数财产犯罪均属于整体财产犯罪的情况下,以不法获利目的来理解诈骗罪中的非法占有目的更具合理性。

其次,非法占有目的作为诈骗罪的主观构成要素,并非仅仅是抽象的目的或者意图,对于行为人主观上是否存在不法获利目的,应当从多个方面加以考察:其一,需要行为人出于为自己或第三人获得财产利益的目的。由于获利与损失具有一体两面的关系,因而行为人的获利应当与财产损失同在法律-经济财产说的意义上加以理解。在“黄某合同诈骗案”中,法院对行为人用于期货交易与消费性开支的资金做出了不同的认定,否定了对于前者存在非法占有目的,实际上是以行为人是否追求获利为依据。^④其二,需要行为人主观上所追求的财产利益与被害人所遭受的财产损失具有同质性,即直接关联性。这是因为被害人财产损失并不必然意味着行为人获利,而是存在财产损失向获利发展的中间状态,即被害人已经遭受财产损失,而行为人尚未实际获利。倘若直至行为人实际获利刑法才予以介入,则显然为时过晚。因而,立法上将不法获利目的作为主观的超过要素,而无需客观上实际实现。但是,虽然立法者将“损害-获利”这一过程截断为两个构成要素加以独立判断,但是只有向行为人获利发展的财产损失才有通过诈骗罪加以规制的必要性。例如电信诈骗集团的清洁工,每个月获取固定工资,但是其所获酬劳与被害人因电信诈骗而遭受的财产损失并不具有直接关联性,而仅仅是间接地从被害人因诈骗所处分的财产中获得给付。^⑤其三,行为人所追求的财产利益在客观上是不法的,即行为人对于所获利益并不具有届期且无法抗辩的请求权,而由于诈骗罪作为保护整体财产犯罪,只要行为人所骗取的财物价值并未超出行为人所具有的债权的价值,行为

人实现债权的主观目的并没有明显地与财产分配秩序相抵触。在“曹某诈骗案”中,法院最终依据“但书”规定宣告行为人无罪,但其他无罪观点指出:行为人通过欺骗手段实现债权,财产归属状态与债权债务关系的分配秩序相一致,从而其对财物的占有不能评价为“非法”。^⑥

最后,非法占有目的作为行为人的主观心理事实,在个案中当如何加以判断成为司法实践所关注的重点问题,其作为主观超过要素,并不要求客观构成要素与之相对应,倘若对于行为人主观心理的认定完全依赖于行为人的供述,无疑将轻纵犯罪。因而,司法实践中往往采用推定的方法,在不改变诈骗罪犯罪构成的情况下,从相对容易加以证明的客观事实的成立与否来判断非法占有目的的有无。

在典型案例里,有法院将既有推定非法占有目的的基础事实区分为事前的归还能力、事中的归还表现、事后的财物处分三方面内容。^⑦同样,也有学者将既有的司法解释的判断情形归纳为资金用途、履行能力与履行意愿三类。^⑧此处事前、事后与事中的划分,并非以行为人行为时而是根据行为人取得资金的时间节点进行划分。然而,取得资金并非诈骗罪成立的构成要素。一方面,在交易过程中,一方当事人获取了资金,但并不意味着做出财产处分的当事人遭受了财产损失,其往往同时享有了同等价值的债权。另一方面,固然从当事人通过另一方当事人的财产损失而客观上实际获利这一事实中能够推导出其主观上具有获利目的,但是,一方当事人取得资金并不意味着其实际获利,其也可能背负了同等价值的债务。就此而言,当前对于推定非法占有目的是否存在的基础事实嵌合了财产损失与获利目的的判断内容。因此,应当进一步梳理资金用途、履行能力与履行意愿对于判断财产损失与获利目的的意义。在行为人具有履行能力的情况下,即行为人提供了充足有效的担保,受骗人并不存在财产损失,其所享有的债权因为能够预期得到足额偿付而不能在规范上被评价为危险损失,进而也无需判断行为

人主观上是否具有获利目的。在行为人不具有履行能力的情况下,则应当认为受骗人的财产已经遭受了极度的危险以至于可以认为财产损失已经发生。由此需进一步判断行为人主观上是否具有不法获利目的。就资金用途而言,倘若行为人将资金主要用于正常的生产经营活动,由于存在稳定的收入预期,在一定程度上可以反映行为人主观上并不具有直接通过被害人处分财产为自己获取财产利益的目的;倘若行为人将资金主要用于挥霍消费,而挥霍消费的过程正意味着行为人获利意图的现实化,从而可以推导出行为人主观上具有获利目的。就履行意愿而言,此处并非指行为人的主观心态,而主要是指行为人是否存在逃避履行债务的表现。如前所述,受骗人做出财产处分并不意味着其必然遭受财产损失,而往往是享有同等价值的债权,仅有该债权已经不具有实现可能性时,才可以认为即使受骗人仍拥有法律上的权利,也应当认为受骗人遭受了财产损失。与之相对应,就获利目的而言,行为人取得资金,其同时也获得了相应价值的债务,从而不必然意味着行为人已然获利,但是当行为人通过转移资金、隐瞒债务等方式致使其偿还债务已然不可能时,则同样可以认为行为人已然实际上获利,并从中推导出行为人主观上具有获利目的。

结语

既有的将民事欺诈与刑事诈骗界定为互斥关系的讨论,并不契合于以“三阶层”为基础的犯罪审查思路。相关讨论将界分民事欺诈与刑事诈骗的任务寄托于少数构成要素,不仅扰乱了诈骗罪构成要件中各构成要素之间不可倒置的检验顺序,也在一定程度上混淆了各构成要素之间的界限,甚至有可能扩张刑事诈骗的处罚范围。笔者认为,将目光过度关注于民事欺诈与刑事诈骗之间的关系对于限制诈骗犯罪的范围并无助益。司法实践中对于行为是否符合刑事诈骗或民事欺诈的判断应当分别进行,“并行说”的意义就在于:一方面,重新发掘了诈骗罪构成要件中每一构成要素对于限制可罚性的意义,特

别是能够提醒司法者在个案中对各构成要素均加以仔细审查。另一方面,基于不法程度高低所确立的刑事诈骗与民事欺诈的先后审查关系,契合于我国诉讼法上处理民刑交叉案件中“先刑后民”的程序处理规则,特别是能够兼顾民事法上“不告不理”原则以及请求权竞合问题的处理。

注释:

①参见[德]英格博格·普珀:《法学思维小学堂》(第2版),蔡圣伟译,北京大学出版社2024年版,第274-275页。

②参见蔡圣伟:《论排他互斥的犯罪构成要件》,《东吴法律学报》2010年第4期。

③参见何荣功:《民事欺诈与刑事诈骗的类型化区分》,《交大法学》2023年第1期。

④参见陈兴良:《民事欺诈和刑事诈骗的界分》,《法治现代化研究》2019年第5期。

⑤参见周光权:《“刑民交叉”案件的判断逻辑》,《中国刑事法杂志》2020年第3期。

⑥参见陈兴良:《刑民交叉案件审理的司法规则——实体法与程序法的双重考察》,《中国刑事法杂志》2024年第2期。

⑦参见肖中华、朱晓艳:《经济纠纷背景下的刑事诈骗案件认定》,《法学杂志》2021年第6期。

⑧参见车浩:《体系化与功能主义:当代阶层犯罪理论的两个实践优势》,《清华法学》2017年第5期。

⑨参见陈少青:《民事欺诈与刑事诈骗的界分——以〈刑事审判参考〉第1372号指导案例为中心》,《法学评论》2023年第4期。

⑩参见梁旭、赵子微:《涉诈行为刑民界分的实践困境与规则构建》,《河北法学》2023年第12期。

⑪参见陈少青:《刑民界分视野下诈骗罪成立范围的实质认定》,《中国法学》2021年第1期。

⑫陈兴良:《合同诈骗罪的特殊类型之“两头骗”:定性与处理》,《政治与法律》2016年第4期。

⑬参见中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主编:《刑事审判参考》(总第122集),法律出版社2020年版,第61页。

⑭参见[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论:犯罪原理的基础构造》,王世洲译,法律出版社2005年版,第22页。

⑮参见陈少青:《刑民界分视野下诈骗罪成立范围的实质

认定》，《中国法学》2021年第1期。

⑬参见王勇：《交易型电信网络诈骗罪与非罪辨析》，《人民检察》2023年第9期。

⑭参见中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主编：《刑事审判参考》（总第105集），法律出版社2016年版，第35页。

⑮参见杜邈：《刑民交叉型诈骗犯罪的司法认定》，《中国刑事法杂志》2020年第3期。

⑯参见陈长福、江帆、罗晓楠：《接触式婚恋诈骗中非法占有目的的审查》，《人民司法·案例》2021年第11期。

⑰参见陈少青：《民事欺诈与刑事诈骗的界分——以〈刑事审判参考〉第1372号指导案例为中心》，《法学评论》2023年第4期。

⑱参见陈兴良：《民事欺诈和刑事诈骗的界分》，《法治现代化研究》2019年第5期。

⑲参见陈璇：《刑法思维与案例讲习》，北京大学出版社2023年版，第12页。

⑳参见张明楷：《刑法学》，法律出版社2021年版，第1320页。

㉑参见周光权：《行为无价值与二元论与未遂犯》，《政法论坛》2015年第2期。

㉒参见于改之：《刑民交错案件的类型判断与程序创新》，《政法论坛》2016年第3期。

㉓参见时延安：《刑民交叉案件的处理：类型与规则》，《交大法学》2022年第5期。

㉔参见许德风：《欺诈的民法规制》，《政法论坛》2020年第2期。

㉕参见王利明：《“刑民并行”：解决刑民交叉案件的基本原则》，《中国刑事法杂志》2024年第2期。

㉖参见陈兴良：《刑民交叉案件审理的司法规则——实体法与程序法的双重考察》，《中国刑事法杂志》2024年第2期。

㉗〔日〕萩原滋『刑法概要（各論）』（第3版）（成文堂，2009年）100頁参照。

㉘〔日〕足立友子『詐欺罪の保護法益論』（弘文堂，2018年）204頁参照。

㉙参见江溯：《财产犯罪的保护法益：法律—经济财产说之提倡》，《法学评论》2016年第6期。

㉚参见中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一、二、

三、四、五庭主编：《刑事审判参考》（总第124集），法律出版社2020年版，第67—68页。

㉛参见李京华：《朱永成冒充孙中山诈骗被判刑》，《光明日报》2004年12月12日第A3版。

㉜参见中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主编：《刑事审判参考》（总第90集），法律出版社2013年版，第76—77页。

㉝参见国家法官学院、最高人民法院司法案例研究院主编：《中国法院2023年度案例：刑事案例二》，中国法制出版社2023年版，第105—108页。

㉞中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主编：《刑事审判参考》（总第120集），法律出版社2020年版，第19—20页。

㉟参见（2018）冀0708刑初62号刑事判决书。

㊱参见付立庆：《社会利益与诈骗罪的认定》，《政法论坛》2021年第5期。

㊲参见恽纯良：《诈骗罪中财产损失之判断——“财产危险”概念的回顾与展望》，《台北大学法学论坛》2017年第103期。

㊳参见陈毅坚：《诈骗罪中财产损失的概念与认定》，《政法论坛》2019年第1期。

㊴参见许恒达：《公职欺诈与财产损失》，载陈子平、古承宗等编：《论刑法诈骗罪》，元照出版公司2016年版，第169—171页。

㊵参见（2016）鄂28刑终133号刑事裁定书。

㊶参见中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主编：《刑事审判参考》（总第35集），法律出版社2003年版，第41—42页。

㊷参见古承宗：《刑法分则：财产犯罪篇》，三民书局股份有限公司2018年版，第261页。

㊸参见张璇、杨阿荣、张伟：《使用诈骗手段实现债权的定性》，《人民司法·案例》2022年第29期。

㊹参见中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主编：《刑事审判参考》（总第102集），法律出版社2015年版，第69—70页。

㊺参见陈少青：《民事欺诈与刑事诈骗的界分——以〈刑事审判参考〉第1372号指导案例为中心》，《法学评论》2023年第4期。