

【专题：刑民交叉】

刑事诈骗与民事欺诈：界定与辨析

谢望原

【摘要】英国《2006年诈骗罪法案》将诈骗犯罪由结果犯变更为行为犯值得关注和研究。民事欺诈的行为构造与刑事诈骗的行为构造基本吻合。以非法占有目的和民事救济可能性来区分刑事诈骗与民事欺诈并不妥当。必须严格依据刑法规定与相关司法解释认定涉案行为性质,先检测涉案行为是否符合诈骗犯罪的表象构成要件,再进一步检测是否存在排除犯罪性或责任的辩护事由。可从以下方面把握涉案行为性质:从国家刑事司法政策立场正确把握涉案行为性质;交易主体是否真实且具有实质内容;行为人是否有真实合法履约行为;不能履约是否有合理解释或事出有因;是否有足额担保;被害人是否了解或知道交易中的虚假信息;是否已进入民事处理程序或者已通过民事诉讼程序结案。

【关键词】刑事诈骗;民事欺诈;表象构成要件;诈骗犯罪具体认定

【作者简介】谢望原,中国人民大学刑事法律科学研究中心研究员、法学院教授(北京 100872)。

【原文出处】《政治与法律》(沪),2024.12.48~61

无论是刑法学理论研究还是刑事司法实践,在两大法系刑法理论中,人们都极其关注刑事违法与民事违法的界限。英国学者在讲到民事违法(civil wrong)与刑事违法(criminal wrong)区别时指出,民事违法行为与刑事违法行为在两个方面存在重要区别。其一,民事违法行为人的责任总是(几乎没有例外)以行为人违法行为所造成的损失为根据,法律乃根据受害方的选择而发挥作用(并进行诉讼),也就是说,民事诉权完全由意思自治决定。其二,当刑事违法行为发生时,犯罪人就要受到刑事追诉,这与赔偿民事违法行为的被害人则是完全不同的事情,即使被害人得到了完全补偿或者他希望终止诉讼,也不会影响刑事诉讼照样进行。民事违法行为与刑事违法行为的区别,就在于其根据不同:前者依赖于民法,后者依赖于刑法。民法主要涉及个人之间的权利与义务;刑

法则是要界定个人对社会的责任。同一行为可能既是民事违法行为又是刑事犯罪。^①刑事违法与民事违法最令人困惑的问题,可能就是刑事诈骗与民事欺诈。所以,如何区分刑事诈骗与民事欺诈,从而正确划分罪与非罪的界限,尤为引人关注。

一、刑事诈骗与民事欺诈概念界定

(一)刑事诈骗

虽然自然犯中的大多数具体犯罪在世界各国刑法中规定的概念与构成要件大体相同(比如中国刑法上的故意杀人罪和英美刑法上的谋杀罪定义与构成要件大体相同),但是关于诈骗类犯罪,中国刑法与外国刑法(特别是英国刑法)的规定有明显差异。鉴于我国学术界对德日刑法关注更多,对德日诈骗犯罪已有较多了解,本文对学界关注较少的英国诈骗犯罪进行分析,以求有助于深

入了解当今国际社会关于诈骗犯罪的立法与司法动态。

1. 英国的诈骗犯罪

根据英国《2006年诈骗罪法案》^②(由英国女王在2006年11月8日颁布,正文16条,附表3个)第1条第(1)款和第(2)款规定,以虚假陈述诈骗、以不披露信息诈骗和以滥用身份诈骗的,构成诈骗罪。《2006年诈骗罪法案》第2-4条规定,所谓“以虚假陈述诈骗”,是指:有下列行为之一的,就是以虚假陈述诈骗——(a)不诚实地作虚假陈述,或者(b)通过作虚假陈述,意图——(i)使自己或者使他人获利,或者(ii)造成他人损失或者使他人陷于损失之危险。所谓“虚假陈述”,是指:(a)不真实的或者欺骗性的,以及(b)行为人知道其所言所为是或者可能是不真实的或具有欺骗性的。这里所称“陈述”,是指对事实或法律的陈述,包括对下列人员心理状态的陈述:(a)作陈述的那个人,或者(b)任何其他。“陈述”,可以是直白的,也可以是含蓄的。此外,那些(或含有其内容的)以任何形式服从于有意用来接收、传递信息或者对(有或没有人为干涉)信息作出反应的方法或策略,均可以视为陈述。

所谓“以不披露信息诈骗”,是指(a)具有披露信息的法律义务而不诚实地不对他人披露信息,以及(b)不披露信息而意图——(i)使自己或者他人获利;或者(ii)造成他人损失或者使他人陷于损失之危险。

所谓“以滥用身份诈骗”,是指:(1)有下列情形之一的,是以滥用身份诈骗——(a)具有被期待保护他人财务利益(financial interests)的身份或者具有不做出损害他人财务利益的身份;(b)不诚实地滥用其身份,以及(c)通过滥用身份,意图——(i)使自己或者他人获利,或者(ii)使他人受损或陷于受损之危险。(2)滥用身份诈骗可以由作为构成,也可以由不作为构成。其中,“获利”与“受损”的含

义是指:(a)获利与受损的范围,仅限于货币与财产;(b)包括临时性的与永久性的获利与受损;并且,“财产”是指动产与不动产(包括有形和其他无形财产)。

此外,《2006年诈骗罪法案》第5条规定:“获利”,包括通过使一个人获得某种东西来获利,也包括通过使一个人失去某种东西来获利;“受损”,包括使一个人得不到他本来可能得到的东西,也包括使一个人失去他所拥有的东西。《2006年诈骗罪法案》规定的诈骗犯罪值得关注的要点在于以下方面:

其一,将以前规定在《1968年盗窃法案》和《1978年盗窃法案》(the Theft Acts 1968 and 1978)的8个欺诈类犯罪调整合并重新加以规定。^③除规定以虚假陈述诈骗、以不披露信息诈骗、以滥用身份诈骗这三类诈骗犯罪外,该法案第11条还规定了“不诚实地获得服务(罪)”,其本质上也是诈骗,即骗取服务。《2006年诈骗罪法案》将所有以欺诈手段骗取财物或利益的行为,统一归纳到诈骗罪系列。

其二,改变了英国关于诈骗犯罪的法律立场——将诈骗罪由结果犯变更为行为犯。在英国刑法史上,和西方各国刑法规定一样,诈骗犯罪从来都是结果犯。但由于诈骗犯罪在当代社会愈演愈烈,对公民财产构成的威胁与日俱增(中国情况更是如此),立法者毅然将该类犯罪由结果犯变更为行为犯。毫无疑问,这反映了英国刑法积极预防犯罪的刑事政策立场。这一刑事政策立场值得我国立法者、司法工作者乃至刑法学术界密切关注。

2. 我国的诈骗犯罪

《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)规定了10多个诈骗犯罪。其中金融诈骗罪10个(第175条之一、第176条、第192条至第200条),合同

诈骗罪(第224条)与普通诈骗罪(第266条)各一个。^④鉴于《刑法》第266条句末规定“本法另有规定的,依照规定”,上述12个诈骗犯罪中,前10个金融诈骗罪(《刑法》第175条之一、第176条、第192条至第200条)及《刑法》第224条规定的合同诈骗罪与《刑法》第266条规定的普通诈骗罪之间,具有特别法与普通法的关系,它们之间具有竞合关系,只是因为刑法有特别规定而对金融诈骗罪、合同诈骗罪应当适用“特别法优于普通法”原则。

对于我国刑法上规定的诈骗类犯罪,有学者认为可以分为两类,即(刑事)诈骗罪(包括《刑法》分则第3章第5节规定的8个金融诈骗犯罪、第224条规定的合同诈骗罪及第266条规定的诈骗罪)与“刑事化的民事欺诈”犯罪(包括骗取贷款、票据承兑、金融票证以及非法吸收公众存款罪等),前者皆具有非法占有目的,后者都没有非法占有目的。^⑤不过,这一见解可能有商榷的余地。

首先,将诈骗犯罪划分为刑事诈骗犯罪与刑事化的民事欺诈犯罪,其合理性值得怀疑。因为,刑法规定的很多犯罪(特别是财产犯罪),都可能是刑事化的民事违法行为(如侵占罪,本质上属于民法上的不当得利),既然某一欺诈行为已经被刑法规定为犯罪,就不存在所谓刑事化的民事欺诈。并且逻辑上言之,其他诈骗犯罪同样存在所谓刑事化的民事欺诈问题。

其次,非法占有目的是否为所有诈骗犯罪的必要构成要件,其本身值得推敲。我国刑法规定的骗取贷款、票据承兑、金融票证罪、非法吸收公众存款罪、票据诈骗罪、信用证诈骗罪、信用卡诈骗罪、有价证券诈骗罪、保险诈骗罪、诈骗罪等,其法条中并没有规定“非法占有目的”。有关诈骗犯罪司法解释只对信用证诈骗罪、信用卡诈骗罪(与恶意透支有关时)给出了涉及“非法占有目的”的

解释。^⑥既然法条和司法解释中并无“非法占有目的”明确规定,那么就意味着相关犯罪的法定构成要件并不必然包括“非法占有目的”,而以学理解释将“非法占有目的”强加到法条中并无这一规定的相关犯罪的主观构成要件中,事实上没有法律依据,理论上则是有害的——这样做容易导致罪刑法定原则被任意突破。在笔者看来,凡是法条或司法解释中没有明确规定“非法占有目的”的,检察机关在指控相关犯罪时,不负有证明“非法占有目的”的责任。如果说理论上坚持认为诈骗犯罪一定要有“非法占有目的”,则可由嫌疑人或者被告人(辩方)反证自己没有非法占有目的出罪。

在讲到诈骗犯罪的行为构造时,学术界通常将其描述为:行为人实施欺骗行为(虚构事实或隐瞒真相)——被害人产生错误认识(上当受骗)——被害人基于错误认识处分财产(交付财产)——行为人或者第三者取得财产(非法占有)——被害人遭受财产损失(行为后果)。^⑦

我国刑法并没有以立法或司法解释专门规定刑事诈骗的定义,但学理上通常将普通刑事诈骗界定为:诈骗罪,是指以非法占有为目的,使用虚构事实或者隐瞒真相的欺骗方法,骗取数额较大的公私财物的行为。^⑧有必要说明,《刑法》分则规定了与具体金融和经济活动有关的诈骗类罪名,虽然其概念的具体表述各有不同,但实质上其定义并没有超出普通诈骗罪定义的内涵与外延——这就是所有诈骗犯罪,均是以虚构事实或者隐瞒真相,误导他人产生错误认识,从而直接以欺骗手段非法取得他人钱财。在1997年“刑法”修改之前,这些与经济和金融活动有关的欺骗性违法行为如果涉及犯罪,一般按照诈骗罪来处理。^⑨如果比较我国诈骗犯罪定义与英国诈骗犯罪定义,其突出特点有两个方面:

其一,行为人主观故意内容有所不同。虽然

我国刑法规定的绝大多数诈骗犯罪并不包含“非法占有目的”,^⑩但我国刑法理论上通常强调“非法占有目的”乃是诈骗类犯罪的必要主观构成要件,^⑪不具有非法占有目的就不能成立诈骗犯罪。英国刑法或者强调非法占有意图(目的,下同),或者强调具有使他人受损失或使他人陷入损失之危险意图,换言之,英国刑法规定,行为人主观上具有使自己或者使他人获利的意图,可满足诈骗罪的主观要件,虽然不具有使自己或者使他人获利的意图,但具有使他人损失或者使他人陷于损失之危险意图的,同样满足诈骗罪的主观要件。如果借用英国刑法关于诈骗罪的定义来解释我国刑法中的骗取贷款、非法吸收公众存款等罪,则不难看出,骗取贷款、非法吸收公众存款等罪的行为人即使没有非法占有目的,但显然具有“使他人损失或者使他人陷于损失之危险意图”。应该肯定,我国刑法理论强调诈骗犯罪的非法占有目的有余,而忽视了诈骗犯罪行为有可能不具有非法占有目的,但“具有使他人受损失或使他人陷入损失之危险意图”。这不能不说此乃我国刑法理论认识上的一大缺憾。

其二,英国诈骗罪是行为犯,我国诈骗类犯罪是结果犯或数额犯。就英国诈骗犯罪的成立而言,只要行为人以虚假陈述、以不披露信息和以滥用身份实施诈骗行为,意图使自己或者使他人获利,或者意图造成他人损失或者使他人陷于损失之危险,即构成诈骗罪,并不需要诈骗行为造成了实际损害后果。这与我国诈骗犯罪都是结果犯且要求具体犯罪行为涉案金额或造成的损失必须到达法定数额是大不相同的。

(二)民事欺诈

民事欺诈是相对于刑事诈骗犯罪而言的发生在民商事领域的欺骗行为或欺诈行为。欺诈的基本含义,乃指用虚假的言语或行动来掩盖事实真

相,使人上当,或用狡猾奸诈的手段骗人。^⑫最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》(已废止)第68条指出:“一方当事人故意告知对方虚假情况,或者故意隐瞒真实情况,诱使对方当事人作出错误意思表示的,可以认定为欺诈行为。”毫无疑义,这一规定正是我国最高司法机关对民事欺诈的有权解释。

由这一司法解释可以看出,民事欺诈具体表现为两个方面:一是行为人以积极的作为故意“告知对方虚假情况”,即欺骗对方,对他人进行误导或诱使他人陷入错误认识,如房地产商为了推销其正在建设中的地产项目,在广告宣传中编造市政府将在其地产项目周边建设大型公园和小学,诱使他人购买住房,但事实上市政府并无该规划;二是以消极的不作为“故意隐瞒真实情况”,即负有说明真相义务的人不如实告知相对人真相,任由受害方误入歧途,上当受骗。例如,商家销售商品时负有说明自己商品真实情况的义务,如果买家把商家售卖的某种仿制商品当作真实的某品牌商品时,商家就有义务提醒买家,并告知其商品系仿制商品。如果商家不履行告知义务,任由买家陷入错误认识而把仿制商品当作某品牌真实商品购买,则商家就构成民事欺诈(甚至可能构成刑事诈骗)。对于前述民事欺诈行为,相对人可以依据《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第148条规定处理,即一方以欺诈手段,使对方在违背自己真实意思的情况下实施的民事法律行为,受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构撤销。如果欺诈方给相对人造成损害的,相对人可以依据《民法典》第577条和第1165条追究欺诈方违约责任和侵权责任。^⑬

民事欺诈可能是侵权行为也可能是违约行为。所谓民事侵权行为,是指行为人侵害他人财产和其他合法权益且依法应承担民事责任的行

为。欺诈性民事侵权,是指行为人以欺骗行为造成他人权益受到损害。例如,经营者提供商品或者服务过程中,以假乱真、以次充好,以虚假的“清仓价”“甩卖价”“最低价”或者其他欺骗性价格标示销售商品来欺骗消费者。所谓违约行为,是指合同当事人不履行合同义务或履行合同义务不符合约定条件的行为。欺诈性违约,是指合同当事人签订、履行合同过程中的欺诈行为违反了合同约定,并造成了实际损失。例如,在经营者对消费者提供商品或者服务有欺诈性违约的情况下,依照《中华人民共和国消费者权益保护法》第49条的规定,经营者应当承担损害赔偿责任。

值得注意的是,《民法典》规定的“欺诈”是指对交易事项的欺诈,不包括对交易无关事项的欺诈。交易事项,是指在进行买卖、交换等经济活动中,涉及的具有实质内容的具体事宜和需要处理的内容,包括商品或服务的详细信息、交易价格、支付方式、交货方式和时间、售后服务政策等。由于“欺诈”规定在民法总则中,既可以适用于合同领域也可以适用于侵权领域。

民法学理论认为,民事欺诈的成立必须满足以下四个要件:其一,欺诈行为人有欺诈的故意或恶意。所谓欺诈的故意,是指明知自己的陈述是虚伪的,并会导致对方陷入错误认识,而希望或放纵这种结果的发生。欺诈方告知虚假情况或隐瞒真相,不论是否使自己或第三人获利,均不影响恶意构成。其二,欺诈行为人实施了欺诈行为。所谓欺诈行为,是指欺诈人故意陈述错误事实或故意隐瞒真实情况,并使他人陷入错误认识的行为。所谓故意陈述错误事实,就是刻意进行虚假陈述;所谓故意隐瞒真实情况,是指行为人有义务向他人如实告知真实情况而故意不告知。其三,被欺诈人因受欺诈而陷入错误。所谓错误,是指对合同内容及其他重要情况的认识缺陷。构成欺诈,

一般必须是被欺诈人的错误认识与欺诈人的欺诈行为之间具有因果关系。其四,被欺诈人因错误作出了意思表示(如交付财物等)。如果被欺诈人的意思表示并不是因欺诈行为而作出的,也不构成欺诈。换言之,被欺诈人的意思表示与欺诈行为之间具有因果联系。^⑬

从以上民事欺诈的构成要件来看,其与刑事诈骗的构造要件基本吻合。可以肯定,刑事诈骗正是建立在民事欺诈的基础之上,甚至可以肯定:刑事诈骗的成立,以民事欺诈存在为前提。换言之,民事欺诈乃是刑事诈骗的前置行为。所以,陈兴良教授所言极是:“刑法中的诈骗是在民法中的欺诈的基础上演变而来的,对于刑法中的诈骗罪的理解必须以民法中的欺诈为背景进行考察。”^⑭

二、刑事诈骗与民事欺诈界分的主要见解与评析

(一)主要见解

鉴于刑事诈骗与民事欺诈的复杂性,长期以来,学者们对于民刑交叉^⑮涉及的刑事诈骗与民事欺诈区分投入了大量研究精力。就刑法学研究而言,关于刑事诈骗与民事欺诈界分思路,主要存在两种路径:一是强调以非法占有目的为核心,实质限定诈骗罪的成立范围;二是以民事救济可能性为标准,确定民事调整的有效范围。^⑯就其具体论述而言,主要有以下几种代表性观点。

其一,陈兴良教授认为,民事欺诈和刑事欺诈都以欺诈为其行为特征,民事欺诈可以分为民事违约的欺诈和民事侵权的欺诈;与之对应,刑事欺诈可以分为虚假陈述的欺诈犯罪和非法占有的刑事诈骗。对于民事欺诈和刑事诈骗之间的区分,应当从欺骗内容、欺骗程度和非法占有目的这三个方面进行界分,从而为正确地认定刑事欺诈犯罪提供刑法教义学的根据。^⑰

其二,黎宏教授认为,刑事诈骗与民事欺诈的

界限关键在于:一是看行为是否发生在民事法律关系中。民事诈骗是在民事法律关系中发生的,这种民事法律行为可能因为诈骗而部分或者全部无效;诈骗罪虽然可以引起刑事责任和民事责任,但不产生民事法律关系。二是看行为人实施该行为时是否具有非法占有目的。诈骗罪主观上必须具有非法占有目的,这种主观目的在客观上通常表现为行为人通过虚构事实的方法使对方产生错误认识而自愿交付财物,从而非法占有他人财物。而民事诈骗是通过夸大事实等诈骗行为而使对方产生错误认识,进行对自己不利而对诈骗行为人有利的行为,其本质是不法获利。三是看客观上是否有虚构主要事实。诈骗罪与民事诈骗行为客观上都有欺骗行为,但二者在本质上存在不同。诈骗罪行为人虚构的是主要事实,是决定被骗方作出判断的主要依据,被骗方交出财物的行为是建立在完全虚假的事实基础上,而民事诈骗中行为人只是虚构了辅助事实,不足以影响被骗者的判断能力从而作出违背自己真实意思的交付财物的决定。^{①9}

其三,陈少青副教授认为,在区分民事欺诈与刑事诈骗时,应考虑“意思自治”是否被彻底击穿。简言之,在合同领域,意思自治与合同自由属于处理纠纷的基本原则,当事人基于合同约定解决纠纷。根据刑法补充性原则,只要通过民法领域的意思自治能够解决问题,就不需要刑法的介入;如果成立刑事诈骗,则一定是在通过当事人的意思自治无法处理的场合,换言之,“意思自治”被彻底击穿。对于诈骗罪需采取限缩解释行为路径,将非法占有目的的内核,即民事救济可能的基本丧失,纳入欺骗行为的认定中,以此区分民事欺诈与刑事诈骗。行为人针对“财产给付的基础事实”“民事救济的重要事实”进行虚构、隐瞒,导致被害人陷入失去民事救济可能的高度风险的行为属于

刑法上的欺骗行为,构成诈骗罪。^{②0}

(二)简要评析

前引我国学者的见解,在一定程度上为正确区分刑事诈骗与民事欺诈方面提供了积极思路,但仍有一些问题让人感到困惑。

陈兴良教授在讲到依据“欺骗程度”来区分民事欺诈和刑事诈骗时,他指出:“在民刑交叉的案件中,如果行为人采用的欺骗手段达到了使他人产生认识错误并处分财物的程度,则构成诈骗罪;如果行为人虽然采用欺骗手段,但并没有达到使他人无对价交付财物的程度,则只是民事欺诈,尚不构成诈骗罪。”^{②1}陈兴良教授这一观点的最大疑点在于:其所说的“对价”是指与交易对象(如一幅画作)真实价值相等的对价,还是只要相对人付出了“对价”——包括与交易对象严重不成比例的对价?如果是前一种情况(与交易对象真实价值相等的对价),当然不属于刑事诈骗(这是常识);如果是后一种情况——行为人的欺诈行为导致相对人获得的所谓“对价”严重不成比例的,则很可能构成诈骗罪。比如,行为人将一幅赝品画作冒充历史悠久的古代名人画作卖给他人,将本来价值仅数百元的赝品以百万元价格卖给他人,这完全可能构成诈骗罪。所以有学者指出,行为人有无对价交付,与刑民区分没有必然联系。^{②2}

此外,陈兴良教授还特别强调以是否具有非法占有目的来区分民事欺诈与民事诈骗,然而事实上,无论是刑事诈骗还是民事欺诈,其共性正是使用欺骗方法或手段,非法骗取他人财物,二者都具有非法占有他人财物的目的或意图。司法工作者李风林与段凰在讲到诈骗犯罪与民事欺诈的相同点时指出:“诈骗犯罪与民事欺诈有诸多相同点:行为人主观上都具有欺骗故意,意图使对方陷入错误认识,以谋取一定的非法利益……两者都对受害人的财产不法占有。”^{②3}其所谓“以谋取一定

非法利益”,显然可以理解为“以谋取一定非法利益为目的”,而所谓“两者都对受害人的财产不法占有”,当然包括客观上不法占有行为和主观上不法(非法)占有目的。所以付立庆教授指出,试图通过“非法占有目的”来区分诈骗罪与借贷纠纷、民事欺诈之间的界限,更多可能是先有结论之后的描述性确认,缺乏足够的可操作性,过度倚重“非法占有目的”要件在实务认定中的作用,^⑩并不能准确区分刑事诈骗与民事欺诈。^⑪

黎宏教授所持观点在以下方面可能值得推敲:首先,强调“民事欺诈发生在民事法律关系中”固然不错,但认为“诈骗罪虽然可以引起刑事责任和民事责任,但不产生民事法律关系”则未必确当。因为,当诈骗犯罪涉及附带民事诉讼时,行为人的诈骗行为与被害人的损失之间就存在民事法律关系,只是因为此种情况下民事违法与刑事违法发生重合,所以刑事法律关系与民事法律关系也发生重合,而附带民事诉讼正是基于这种民刑法律关系重合进行的制度设计。其次,诸多刑事诈骗也可能发生在“民事法律关系”中。比如信用卡诈骗中的“恶意透支”行为,“透支”本来是信用卡的本质属性,行为人(持卡人)依约取得信用卡后,就与发卡银行形成了特定民事法律关系,即依照约定,持卡人享有约定的透支权利和如约及时归还透支款项的义务,发卡行负有允许持卡人透支义务和催收持卡人消费款项,并依法采取法律措施的权利。而信用卡诈骗罪的“恶意透支”行为,正是在发卡行与持卡人形成特定民事法律关系后发生的。其他如合同诈骗罪、骗取贷款罪等,也均可能发生在民事法律关系中。再次,强调以“客观上有无虚构主要事实”作为区分刑事诈骗与民事欺诈的重要根据之一,这固然有一定道理,但其难以与民法理论所谓“欺诈是指对交易事项的欺诈”真正区分开,因为“交易事项”正是指的民商

事交易中具有实质内容的基本事项,其与所谓虚构的“主要事实”可能重合。

陈少青副教授的见解有一定新意,他从意思自治原理出发,强调只要通过民法领域的意思自治能够解决问题,就不需要刑法的介入;将民事救济可能的基本丧失,纳入欺骗行为的认定中,以此区分民事欺诈与刑事诈骗。^⑫他在后续研究中援引了《刑事审判参考》第1342号指导案例判解来证明自己的观点。^⑬无疑,陈少青副教授力求限制国家刑罚权的扩张、避免以刑事手段干预经济纠纷的出发点和初衷值得充分肯定。但问题在于:无论是刑事诈骗还是民事欺诈,它们都以违反意思自治为前提,而意思自治又必须受到法律原则的约束或限制。由于诈骗犯罪属于公诉罪的范围,公民个人无权对涉嫌诈骗犯罪的行为是否应当被追诉作出决定或选择。换言之,对公诉犯罪是否进行刑事追诉,不属于公民个人意思自治的范围。对于执法和司法机关及其工作人员而言,对某一行为是否作为刑事案件立案查处,关键就是要考察该行为是否构成犯罪(符合犯罪构成要件)。假如涉案人员认为能够或者自愿按照民事救济程序来解决涉及欺诈的民商事纠纷,但公安机关或检察机关认为涉案行为事实足以成立诈骗犯罪的,它们不仅可以而且应当依职权提起刑事追诉。否则,就是严重渎职(甚至涉嫌犯罪)。此外,由于其主张“民事救济可能的基本丧失”,才可以按照刑事诈骗来处理,这可能会导致放纵诈骗犯罪的后果。因为现实生活中,很多足以成立诈骗犯罪的场合(特别是骗取贷款、贷款诈骗、合同诈骗等),其民事侵权或违约部分均可按照民事救济程序来处理。

三、刑事诈骗的具体认定

就一般情况而言,特别是根本不存在合法交易的单纯诈骗场合,刑事诈骗与民事欺诈的区分

并不困难。二者区分的难点,就在于既存在真实交易成分,又存在欺诈成分的场合。对此,我认为英国学者关于“民事违法行为与刑事违法行为的区别,就在于其根据不同——前者依赖于民法;后者依赖于刑法”^③的论断,为我们正确区分刑事诈骗与民事欺诈提供了理论根据。这就是说,要正确区分刑事诈骗与民事欺诈,必须回到刑法与民法关于诈骗犯罪与民事欺诈的法律规定本身,也就是说,要严格依据刑法与相关司法解释规定,以诈骗犯罪的构成要件为依据,同时充分考虑国家刑事司法政策精神,从而最终确定涉案行为是否构成诈骗犯罪。

就具体操作而言,一般应当首先检测涉案行为是否符合诈骗犯罪的表象构成要件,^④对于符合表象构成要件的涉案行为,再进一步检测是否存在排除犯罪性或刑事责任的辩护(defenses)事由。对于那些不符合诈骗犯罪表象犯罪构成要件的行为,当然不能按照诈骗犯罪论处;对于那些虽然符合诈骗犯罪表象构成要件,但具有或存在排除犯罪性或刑事责任的辩护事由的涉案行为,也不能按照诈骗犯罪论处。结合我国刑法规定和司法解释以及刑法与民法学基本理论,大体上可以从以下方面来把握涉案行为是否构成诈骗犯罪。

(一)从国家刑事司法政策立场正确把握涉案行为性质

与西方国家刑法和刑事司法明显不同的是,我国特别强调和重视刑事司法政策在认定犯罪过程中的作用。在有关正确处理诈骗犯罪方面,最高人民法院和最高人民检察院制定过一系列具有刑事司法政策指导意义的司法文件。最高人民检察院办公厅《关于对合同诈骗、侵犯知识产权等经济犯罪案件依法正确适用逮捕措施的通知》第二部分指出:“认定经济犯罪,必须严格依照刑法规定的犯罪基本特征和犯罪构成要件,从行为的社

会危害性、刑事违法性、应受惩罚性几个方面综合考虑。……尤其要注意区分合同诈骗罪与合同违约、债务纠纷的界限……不能把履行合同中发生的经济纠纷作为犯罪处理;……”最高人民检察院《关于充分发挥检察职能服务保障“六稳”“六保”的意见》第3部分指出:“依法慎重处理贷款类犯罪案件。在办理骗取贷款等犯罪案件时,充分考虑企业‘融资难’‘融资贵’的实际情况,……不苛求企业等借款人。对于借款人因生产经营需要,在贷款过程中虽有违规行为,但未造成实际损失的,一般不作为犯罪处理。对于借款人采取欺骗手段获取贷款,虽给银行造成损失,但证据不足以认定借款人有非法占有目的的,不能以贷款诈骗罪定性处理。”最高人民法院《关于优化法治环境促进民营经济发展壮大的指导意见》第3条规定:“严格区分经济纠纷与违法犯罪。严格落实罪刑法定、疑罪从无等刑法原则……依法认定民营企业正当融资与非法集资、合同纠纷与合同诈骗……罪与非罪的界限,严格区分经济纠纷、行政违法与刑事犯罪,坚决防止和纠正利用行政或者刑事手段干预经济纠纷,坚决防止和纠正地方保护主义,坚决防止和纠正把经济纠纷认定为刑事犯罪、把民事责任认定为刑事责任。”

诸如此类的司法文件还有很多。这些具有刑事司法政策指导意义的司法文件,为正确区分诈骗犯罪与民事欺诈指明了方向。其基本要求就是严格遵守罪刑法定原则,从严掌握诈骗犯罪认定标准,绝不可以由果到因反向推定(即不可以认为只要有损害结果就认定具有刑法因果关系)、客观归罪。

(二)交易(合约)主体是否真实且具有实质内容

在因合同纠纷引起的涉诈骗犯罪案件中,交易(合约)主体是否真实且具有实质内容,乃是判断是否涉及诈骗犯罪的重要依据。

交易(合约)主体真实,要求交易(合约)双方当事人以真实身份而不是虚假身份从事经济活动;具有实质内容,是指双方交易(合约)标的是真实存在的。不仅2002年5月22日最高人民检察院办公厅《关于对合同诈骗、侵犯知识产权等经济犯罪案件依法正确适用逮捕措施的通知》第二部分把合同纠纷中“当事人双方主体真实有效,行为客观存在”作为判断是否构成合同诈骗犯罪的依据,而且《刑法》第224条第1项明确规定,“以虚构的单位或者冒用他人名义签订合同”是合同诈骗罪的首要表现形式。2022年2月23日修改的最高人民法院《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2条明确将“不具有房产销售的真实内容”“不具有销售商品、提供服务的真实内容”“不具有发行股票、债券的真实内容”“不具有募集资金的真实内容”“不具有销售保险的真实内容”等行为,解释为具有诈骗性质的非法吸收公众存款行为。^③

(三)行为人是否有真实合法履约行为

在现代社会中,人们之间的商务交易活动都必须依法进行,一旦形成了约定(无论是口头合约还是书面合约),双方当事人都必须真实合法履约。如果一方当事人没有任何合理合法理由而不履行合约义务,则可能构成诈骗罪。比如,A向B借车回老家,说好3天后归还所借轿车。但A将B的车借到手后开到外地以很低价格卖掉了。A不仅不依法履行归还所借车辆义务,而且将他人汽车擅自卖掉,这当然构成诈骗罪。

值得注意的是,双方当事人达成合约之后,其履约行为必须是合法的。如果以违法行为欺骗性履约,依然可能构成诈骗罪。比如,A向地产开发商B订购一套商品房。B将违反规划设计的违章建筑作为正常商品房卖给A。但由于是违章建筑,刚建成后便被管理部门强令拆除。后来B因

不能交付A所买商品房而携款潜逃,那么B的行为可能成立诈骗罪。

所以,2020年12月21日最高人民检察院发布的第24批指导性案例检例第91号“温某某合同诈骗立案监督案”在“指导意义”部分强调“注重从项目真实性、标的物用途、有无实际履约行为”等方面来判断是否成立诈骗罪,^④是非常有道理的。

(四)不能履约是否有合理解释或事出有因

在现实经济活动中,双方当事人出现违约情况是在所难免的。违约是否涉及诈骗罪,关键要看违约方的具体情况属何种性质。2023年10月13日最高人民检察院《关于全面履行检察职能推动民营经济发展壮大的意见》指出:“要准确认定合同诈骗罪主客观方面……要注重从项目真实性、履约能力、履约行为表现、未履约原因等因素判断行为人主观上是否具有非法占有目的。”如果一方当事人恶意违约,比如,当事人具有《刑法》第224条第4项规定的情况即“收受对方当事人给付的货物、货款、预付款或者担保财产后逃匿的”,或者有2022年2月23日修改的最高人民法院《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7条规定的8项情形之一的,^⑤则分别构成合同诈骗罪和集资诈骗罪。

但是,如果当事人不能履约有合理理由或者事出有因(法律上值得原谅或认可的原因),则不能履约的行为不成立诈骗罪。这主要有两种情形,一是不可抗力,二是经营风险。

所谓不可抗力,是指不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。不可抗力作为法律事实,一般表现为自然事件,如地震、水灾、旱灾、暴风雨雪、疫情等,也包括社会异常状态,如战争、暴乱、军事封锁等。根据《民法典》第180条第1款规定,“因不可抗力不能履行民事义务的,不承担民事责任。法律另有规定的,依照其规定”。^⑥所以,在履

行合同过程中,如果一方当事人因为不可抗力而导致合同不能履行或者不能完全履行的(不能实现合同目的的),即使存在某种欺骗行为,也应当根据具体情况按照民法规定“不承担民事责任”或者按照民法上“另有规定的”情形处理。

《刑法》第16条对不可抗力(包括意外事件)进行了专门规定:“行为在客观上虽然造成了损害结果,但是不是出于故意或者过失,而是由于不能抗拒的原因所引起的,不是犯罪。”所以,签订合同履行过程中虽然存在欺骗情况,但是导致合同不能履行的关键原因是由不可抗力造成的,则不能以诈骗犯罪追究合同当事人刑事责任。比如,A公司为效益良好的大型金属工厂,公司法人代表B因为扩大生产需要向银行申请贷款1亿元。头三年,A公司如约偿还银行本息,但是到了第四年,A公司所在地区发生山洪,造成A公司主要厂区被冲毁,A公司因为生产遭到毁灭性破坏而失去生产收益,进而对尚欠的6000万元本息无法继续向银行归还。对于这样的案件,当然只能按照刑法关于不可抗力的规定不认为是犯罪(骗取贷款罪),即便A公司仍需要承担法律责任,也只能按照民法上关于不可抗力的相关规定来处理。

至于经营风险,正所谓“商场如战场”,市场经济活动风险无处不在。2001年1月21日最高人民法院《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》指出:“对于确有证据证明行为人不具有非法占有目的,因不具备贷款的条件而采取了欺骗手段获取贷款……案发时不能归还贷款是因为意志以外的原因,如经营不善、被骗、市场风险等,不应以贷款诈骗罪定罪处罚。”根据该司法文件精神,即使以欺骗手段获取贷款,如果有证据证明行为人不能履约归还钱款是因为市场经营风险(如因为经营管理不善而导致企业或公司不能正常生产经营、国家政策变化或市场形势突变而导致不能

履行合同等)造成的,此乃事出有因,能够予以合理解释,可以排除非法占有恶意,故对此种情形不能以诈骗犯罪论处。

(五)是否有足额担保

在民商事经济活动中,一方当事人在签订履行合同中虽然有欺骗行为,但提供了足额担保的,也不能按照诈骗犯罪论处。2011年7月20日,最高人民法院《关于被告人陈岩骗取贷款请示一案的批复》指出:“骗取贷款罪,虽不要求行为人具有非法占有目的,但应以危害金融安全为要件。被告人陈岩虽然采用欺骗手段从银行获取贷款的数额特别巨大,但其提供了足额真实抵押,未给银行造成损失,不会危及金融安全。因此,陈岩的行为不属于刑法第一百七十五条之一规定的‘有其他严重情节’,不构成犯罪。”^⑧此后,2023年10月10日最高人民法院发布的“涉民营企业产权和企业家合法权益保护再审典型案例一案例3:蒋启智骗取票据存兑再审改判无罪案”进一步指出:“被告人在申请银行存兑汇票过程中提供了虚假的申请材料,应当予以否定评价,但其提供了足额抵押担保,尚未达到危害金融机构资金安全、给银行造成实际损失、构成犯罪的程度,不构成骗取票据承兑罪。”^⑨

这两个案例虽然是针对《刑法》第175条之一规定的骗取贷款罪和骗取票据承兑罪给出的解释和说明,但是,这两个案例所体现的司法认定原则无疑对处理其他涉诈骗犯罪案件具有指导意义。

有必要说明,这里所说的“足额担保”,应当是指合同签订之时提供了“足额担保”。如果因为市场形势突变等原因,签订合同时提供担保的财物或资产发生严重贬值的,并不影响“足额担保”的有效认定。^⑩因为,以行为当时的实际情况来认定行为性质,此乃法律或法理上的通说。比如,A公司向银行申请贷款5亿元,A用自己旗下的C公司

提供连带责任担保。合同签订之时,审计报告载明当时C公司拥有资产20亿元,且经营状况与盈利情况良好。但是由于国际国内市场行情突变,三年后C公司资产和盈利严重缩水,导致无法履行担保责任,致使贷款银行多年不能收回本息。对此,仍应根据《民法典》第533条规定的因“情势变更”引起的民事纠纷来处理,绝不可以因为时过境迁担保财产严重贬值而将案件升格为刑事诈骗案件。

(六)被害人是否了解或知道交易中的虚假信息

无论是民事欺诈还是刑事诈骗,均是一方当事人以欺骗手段误导相对人,相对人在上当受骗、发生错误认识的情况下交出钱财。所以,如果相对人对行为人提供的事实描述或材料信息具有虚假性的情况了解或知道,在此基础上达成协议或交易的,则不能认定为诈骗犯罪。因为此种情况下达成的交易,符合《民法典》第143条第2项关于民事法律行为的有效条件之“意思表示真实”,因而不存在民事违法性,那么就更不可能存在刑事违法性了。

比如,A水电公司承担了国家重点建设的黄河上游某大型水电站。某银行确认A公司的项目具有极大投资潜力和丰厚回报,主动联系并促成向A水电公司贷款。在知道A水电公司提供的贷款申请材料有诸多虚假信息的情况下,该银行工作人员还进一步向A水电公司提供完善贷款材料模板,该银行工作人员在现场考察核实相关贷款申请提供的信息时,也只是走马观花,并不认真核实其真实性,最后银行贷款10亿元给A公司。后来,因为A水电公司没能如期建成并投产,A公司在前三年支付归还银行本息2亿元后,无力继续还本付息,到案发时,银行尚有约8亿元本金没有收回。公安机关以骗取贷款罪立案查处,并移交

检察机关审查起诉。

在笔者看来,该案不构成骗取贷款罪,仍应按照民事违约纠纷解决为宜。因为,贷款人明知贷款申请材料虚假,为了谋求贷款投资获得丰厚回报而甘愿冒险,虽然借款人提供了虚假贷款材料,但贷款人对此心知肚明,根本不存在上当受骗交出钱财的问题,故本案完全不符合骗取贷款罪的构成要件。刑法理论中有一种“自我答责”学说,^⑧其核心内容是,如果行为人在明知存在风险的情况下,仍然在意思自治前提下自愿冒险,在此情况下招致的损害后果应当由受害人自己承担责任。本案就属于此种情况。

(七)是否已进入民事处理程序或者已经通过民事诉讼程序结案

司法实践中,合同当事人对于发生的民商事纠纷已经提起民事诉讼,甚至人民法院已经就涉案民商事纠纷作出生效判决或裁定,但由于执行不到位或者其他复杂原因,合同当事人或者公安机关又将同一民商事纠纷作为涉嫌合同诈骗或贷款诈骗等犯罪报案或立案查处,这样的情况时有发生,人民检察院或人民法院应当慎重依法处理此类案件,不可轻易作为诈骗犯罪来处理。

首先,必须坚守“一事不再理”原则。“一事不再理”乃是法律上的一项基本原则。虽然我国刑法上没有明确规定此一原则,但是这一原则在我国法学理论上和司法实践中都得到普遍认可。所谓“一事不再理”,其基本精神就是禁止对同一案件事实进行重复评价,从而避免不公正发生。既然人民法院已经对同一涉案事实按照民商事纠纷处理(进入民事诉讼程序),甚至已经作出生效民事判决或裁定,如果没有法定事由并依照法定程序,司法机关就没有理由就同一事实再次提起刑事诉讼。

其次,如果进入民事诉讼程序的民商事纠纷

确实存在犯罪问题,必须严格依照法定程序处理。1998年最高人民法院《关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》(2020年12月29日修改)第11条指出,“人民法院作为经济纠纷受理的案件,经审理认为不属经济纠纷案件而有经济犯罪嫌疑的,应当裁定驳回起诉,将有关材料移送公安机关或检察机关。”根据该司法解释,如果人民法院认为已经受理的经济纠纷案件涉嫌犯罪,就应当驳回原告起诉,将案件移送有行使侦查权的公安机关或检察机关。如果人民法院已经对该案纠纷作为民事纠纷处理完毕,那么就可以推定人民法院并不认为涉案纠纷构成犯罪,故其他任何个人或机关,都不得随意又以该纠纷涉嫌犯罪提起刑事诉讼。^③

其三,如果正在人民法院审理或者人民法院已经作出生效裁判文书的民事案件确实涉嫌犯罪或与犯罪有牵连,也必须严格依照法定程序处理。最高人民检察院、公安部2017年印发并于2018年1月1日起施行的《关于公安机关办理经济犯罪案件的若干规定》第20条规定:“涉嫌经济犯罪的案件与人民法院正在审理或者作出生效裁判文书的民事案件,属于同一法律事实或者有牵连关系,符合下列条件之一的,应当立案:……(三)公安机关认为有证据证明有犯罪事实,需要追究刑事责任,经省级以上公安机关负责人批准的。”这就意味着,即使正在人民法院审理或者人民法院已经作出生效裁判文书的民事案件确实涉嫌犯罪或与犯罪有牵连,有必要进行刑事追诉,也只有在得到省级以上公安机关负责人批准后,公安机关才可以立案查处。根据该规定,对于此类案件,在未经省级公安机关负责人批准之前,公安机关不得擅自以涉嫌犯罪为由立案查处。

四、结语

诚如英国学者安东尼·杜夫教授所言:“同一

行为经常既构成刑事罪过,也构成民事过错。”^④刑事诈骗与民事欺诈正是如此。事实上,区分刑事诈骗与民事欺诈是极其复杂的法律问题,没有一种学说可以一劳永逸地妥善解决此一问题。只有回归刑法和民法关于刑事诈骗与民事欺诈规定的本真,严格按照构成要件来辨析涉案行为,同时充分考虑是否存在排除犯罪性或责任的辩护事由,方可正确界分刑事诈骗犯罪与民事欺诈行为。以往过分强调以是否具有非法占有目的和是否有民事救济可能性来区分诈骗犯罪与民事欺诈已经受到诸多质疑——前者因为民事欺诈同样具有非法占有目的而使其效用大打折扣;后者则因为可能放纵犯罪或破坏罪刑法定原则而并不足取。笔者于本文中在分析评说已有相关学说的基础上提出了如何具体把握涉案行为是否成立刑事诈骗的见解。这些见解并非作者的凭空想象,而是从国家有关正确认定刑事诈骗犯罪的刑事司法实践、有关具体认定刑事诈骗犯罪的司法文件中提炼而成。笔者所主张的观点也许未必成熟,诚恳期待读者批评指正。

注释:

① See Richard Card, Card, Cross and Jones Criminal Law, Oxford University Press, 2008, p. 1-3.

② Fraud Act 2006, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/35/section/2/enacted/data.pdf>, last visited on July 17, 2024.

③ 原来的8个诈骗类犯罪是:通过欺骗获得财产,通过欺骗获得金钱转移,通过欺骗获得金钱好处,通过欺骗手段获得有价证券的执行,通过欺骗获得服务,通过欺骗获得现有付款责任的免除,通过欺骗诱导债权人放弃或等待支付现有债务,通过欺骗获得付款责任的豁免或减轻。See Richard Card, Card, Cross and Jones Criminal Law, Oxford University Press, 2008, p. 500.

④ 《刑法》第175条之一规定的骗取贷款、票据承兑、金融票证罪和第176条规定的非法吸收公众存款罪虽然排列在

《刑法》分则第3章第4节(破坏金融管理秩序罪),但因为这两个罪都会侵害被害人的金融利益,所以本质上应属于金融诈骗类犯罪。通常认为,这两个罪与贷款诈骗罪及集资诈骗罪的区别,就在于行为人是否具有非法占有目的。此外,除了这里所列举的12个诈骗犯罪,事实上《刑法》还规定了一些具有诈骗性质的犯罪,如欺诈发行证券罪(《刑法》第160条),违规披露、不披露重要信息罪(第161条),诱骗投资者买卖证券、期货合约罪(第181条第2款)、骗取出口退税罪(第204条)等。有学者认为,诈骗犯罪是指《刑法》分则第3章第5节规定的8个金融诈骗罪和合同诈骗罪(第224条),普通诈骗罪(第266条),并且这些犯罪都以“非法占有目的”作为主观构成要件,而其他诈骗类犯罪并不要求行为人具有“非法占有目的”。参见赵宝琦:《三个层面区分刑事诈骗与民事欺诈》,载《检察日报》2019年8月9日,第3版。

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

⑥参见2003年11月19日最高人民法院《关于对信用证诈骗案件有关问题的复函》;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》。

⑦参见张明楷:《刑法学》(第6版下),法律出版社2021年版,第1303页。

⑧王作富主编:《刑法》(第7版),中国人民大学出版社,2021年版,第457页。需要说明的是,《刑法》规定的12个具体诈骗类犯罪因其法条构成要件规定不同而具体概念有所不同。这里,仅以普通诈骗罪定义加以说明。

⑨例如,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》(已废止)规定,利用经济合同诈骗他人财物数额较大的,构成诈骗罪。

⑩《刑法》规定的诈骗犯罪,只有集资诈骗罪、贷款诈骗罪、合同诈骗罪的法条中规定了“以非法占有为目的”。

⑪参见张明楷:《诈骗犯罪论》,法律出版社2021年版,第329页。

⑫参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》(英汉双语,2002年增补版),外语教学与研究出版社2002年版,第1507页。

⑬《民法典》第577条规定,当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的,应当承担继续履行、采取补

救措施或者赔偿损失等违约责任;第1165条第1款规定,行为人因过错侵害他人民事权益造成损害的,应当承担侵权责任。

⑭参见王利明:《民法总则》(第2版),中国人民大学出版社2020年版,第318-319页。

⑮陈兴良:《民事欺诈和刑事欺诈的界分》,载《法治现代化研究》2019年第5期。

⑯有学者认为民刑交叉是个“伪概念”。持该观点的学者认为,绝大多数刑事案件都会涉及民事法律关系,一旦民刑交叉概念的外延没有严格限定,这个概念就会失去了意义,从该层面上讲,所谓的民刑交叉问题是个伪概念。事实上,刑事领域对民刑交叉的研究,主要集中于对某一行为是构成刑事犯罪并课以刑罚,还是通过民事诉讼途径给予受害人以司法救济。参见李玉林:《民刑交叉案件并行处理原则的理解与适用——以〈九民会议纪要〉第128条的规定为中心》,载《法律适用》2022年第8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》,载《法学评论》2023年第4期。

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

⑲参见黎宏:《刑法学各论》(第2版),法律出版社2016年版,第330-331页。

⑳参见陈少青:《刑民界分视野下诈骗罪成立范围的实质认定》,载《中国法学》2021年第1期。

㉑陈兴良:《民事欺诈和刑事欺诈的界分》,载《法治现代化研究》2019年第5期。

㉒参见陈少青:《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》,载《法学评论》2023年第4期。

㉓李风林、段凰:《黄金章诈骗案——诈骗犯罪与民事欺诈的界限》,载最高人民法院第一、第二、第三、第四、第五刑事审判庭主编:《刑事审判参考》(总第124集),法律出版社2020年版,第65页。

㉔参见付立庆:《财产损失要件在诈骗认定中的功能及其判断》,载《中国法学》2019年第4期。

㉕有学者指出:“非法占有目的作为行为人主观内在的心理事实,对其认定存在一定难度。现有规定对于明确‘以非法占有为目的’的含义和类型起到了重要作用,但相对于形形色色

的实践案例,既有的规定仍然有些捉襟见肘。”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》,载《法学评论》2023年第4期。

②⑨参见陈少青:《刑民界分视野下诈骗罪成立范围的实质认定》,载《中国法学》2021年第1期。

②⑩《刑事审判参考》第1342号指导案例区分民事欺诈与刑事诈骗时认为:“一般来说,构成诈骗罪的行为,应当是不能通过民事途径进行救济的行为。欺骗行为尚不严重,不影响被骗人通过民事途径进行救济的,不宜轻易认定为诈骗犯罪。将能够通过民事途径救济的骗取财物行为排除在诈骗犯罪之外,也符合刑法的谦抑性原则。”参见最高人民法院第一、第二、第三、第四、第五刑事审判庭主编:《刑事审判参考》(总第122集),法律出版社2020年版,第61页。

②⑪ See Richard Card, Card, Cross and Jones Criminal Law, Oxford University Press, 2008, p. 2.

②⑫这里所谓“表象构成要件”,是指从外观来看,某一涉案行为符合法条规定的诈骗犯罪的形式构成要件。

②⑬虽然《刑法》第176条规定的非法吸收公众存款罪其法条描述中没有使用与诈骗有关的语词,但实质上仍属于诈骗犯罪类型。这正如2017年6月2日最高人民检察院公诉厅《关于办理涉互联网金融犯罪案件有关问题座谈会纪要》第14条所规定的,非法吸收公众存款罪与集资诈骗罪的关键区别就在于“是否具有非法占有目的”。

②⑭参见李立众编:《刑法一本通》(第17版),法律出版社2024年版,第473页。

②⑮该条规定的8项情形是: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的;肆意挥霍集资款,致使集资款不能返还的;携带集资款逃匿的;将集资款用于违法犯罪活动的;抽逃、转移资金、隐匿财产,逃避返还资金的;隐匿、销毁账目,或者搞假破产、假倒闭,逃避返还资金的;拒不交代资金去向,逃避返还资金的;其他可以认定非法占有目的的情形。

②⑯这里“另有规定”,是指民法上对不可抗力如何处理的

专门规定。如《民法典》第590条规定:“当事人一方因不可抗力不能履行合同的,根据不可抗力的影响,部分或者全部免除责任,但是法律另有规定的除外。因不可抗力不能履行合同的,应当及时通知对方,以减轻可能给对方造成的损失,并应当在合理期限内提供证明。当事人迟延履行后发生不可抗力的,不免除其违约责任。”

②⑰参见李立众编:《刑法一本通》(第17版),法律出版社2024年版,第339页。

②⑱参见李立众编:《刑法一本通》(第17版),法律出版社2024年版,第340页。

②⑲《刑事审判参考》指导案例第1372号在阐释黄金章不构成诈骗罪的理由时指出:“2011、2012年土地估价报告、房产抵押评估报告证实,黄金鞋模公司房产总价值达1845余万元、个人房产总价值为545余万元。在借款当时,黄金鞋模公司资产扣除银行抵押贷款外,公司资产的余值及其个人房产价值与借款金额可基本持平,黄金章具有还款的能力。”该案例说理中强调“在借款当时”行为人为“公司资产的余值及其个人房产价值与借款金额基本持平。”该案例正是以当事人行为之时的财产(包括抵押担保)状况来判断行为性质的范例。参见李凤林、段凰:《黄金章诈骗案——诈骗犯罪与民事欺诈的界限》,载最高人民法院第一、第二、第三、第四、第五刑事审判庭主编:《刑事审判参考》(总第124集),法律出版社2020年版,第67页。

②⑳参见冯军:《刑法中的自我答责》,载《中国法学》2006年第3期。

㉑安徽省高级人民法院第53号参考性案例的“裁判要点”指出:“对基于同一事实而引起的刑民两种诉讼程序,人民法院应严格审查,区分罪与非罪后依法处理,不应做出刑民并立的判决。”参见杨万明主编:《中国案例指导》(总第14辑),法律出版社2023年版,第152页。

㉒[英]安东尼·杜夫:《多样性的刑法理论》,谢望原译,载谢望原:《刑事政策与刑法专论》,中国人民大学出版社2017年版,第328页。