

金融诈骗罪特别从宽于诈骗罪的再认识

徐光华^{*}

内容提要 金融诈骗罪中的“骗”具有一定特殊性,部分被害人并非完全处于“被骗”的角色,行为人的身份对被害人公开决定了“骗”的程度也相对有限,行为人与被害人的“金融合作”关系决定了刑法不宜过度介入金融诈骗行为。金融风险一定程度上是刑法所容许的风险,不同场域的财产对风险的容忍程度存在差异,防范风险、解决纠纷的举措也不同,刑法对风险的介入也应存在差异。对于金融诈骗罪,历次刑法修正及司法解释的整体方向是逐步从宽于诈骗罪进行处罚,司法实务上亦坚持特别法优先并对金融诈骗行为进一步限缩入罪。基于重法优先而将金融诈骗行为以诈骗罪论处,过度注重安全而忽视了金融市场更需要的效益价值,背离了行为的金融属性特征,制约了金融在助力经济社会发展中的作用。

关键词 金融诈骗罪 诈骗罪 金融属性 法条竞合 特别法优先

目 次

- 一、引言
- 二、金融诈骗罪中“骗”的特殊性
- 三、金融风险一定程度上是刑法所容许的风险
- 四、对金融诈骗罪从宽于诈骗罪处罚符合我国立法与司法实践
- 五、金融诈骗罪的准确适用
- 六、结语

^{*} 华东政法大学刑事法学院教授。本文系2023年度上海市哲学社会科学规划课题“惩罚犯罪与发挥金融活力平衡下的金融诈骗罪适用范围研究”(项目批准号:2023BFX013)的阶段性成果。

一、引言

我国刑法对金融诈骗罪的处罚轻于诈骗罪,刑法理论多肯定金融诈骗罪与诈骗罪是法条竞合。在这一前提下,通说主张特别法优先,认为刑法对金融诈骗罪的处罚轻于诈骗罪是有意为之。反对意见则认为法条竞合应坚持重法优先,并认为刑法对金融诈骗罪的处罚轻于诈骗罪是立法疏漏。^①也有部分学者认为二者是想象竞合,进而主张重法优先,或者认为不必区分想象竞合与法条竞合,承认大竞合论并主张重法优先。^②还有论者指出,金融诈骗罪并不符合诈骗罪的构成要件,二者是对立关系。^③与理论上存有争议形成反差的是,审判实务多坚持特别法优先。

习近平总书记指出,经济是肌体,金融是血脉,两者共生共荣。我们要深化对金融本质和规律的认识,立足中国实际,走出中国特色金融发展之路。^④以普通诈骗罪处罚金融诈骗行为,是社会治理过度刑法化、重刑化的表现,忽略了金融及其助力经济社会发展的意义。刑法必须与其他相关法律保持协同与协作,实现动态性的均衡、有序与最优化结果,这样才能契合现代犯罪治理的应然规律与实际需要。^⑤随着我国近年来法律体系的完善与成熟,应注重刑法之外的部门法解决特定纠纷的积极作用。“应积极回应中国式法治现代化新道路以及民法典时代提出的新要求,构建民刑共治的中国式现代犯罪治理新模式。”^⑥在金融领域,给予纠纷处置的时间与空间,而非简单地予以犯罪化,将有助于更好地发挥金融活力、化解金融风险。尤其是我国金融体系当前还处于发展完善期,注重采用非刑法措施应对风险也有助于完善金融风险的多元化处置机制。刑法对金融诈骗行为的介入应在充分认识金融风险及金融助力经济发展的前提下展开,在惩治金融诈骗犯罪与保持金融发展之间寻求平衡。同时也应坚守法律划出的红线、底线,防止因新业态非法野蛮生长引发规模性、系统性的经济社会风险。^⑦在借鉴域外经验的基础上,还需结合我国金融发展的现状及应对金融风险的能力进行综合权衡。“中国式法治现代化不但坚持社会主义,而且符合中国国情和实际,是法治现代化的中国道路。”^⑧本文拟系统梳理立法、司法解释及审判实务,提炼出金融诈骗罪特别从宽于诈骗罪的法理,使刑法在防范金融风险与发挥金融活力之间保持平衡,这既是优化营商环境对如何限制金融诈骗罪提出的现实任务,也是金融发展对充实金融诈骗罪法教义学提出的理论使命。^⑨

① 参见张明楷:《法条竞合中特别关系的确定与处理》,载《法学家》2011年第1期,第39页。

② 参见陈洪兵:《不必严格区分法条竞合与想象竞合——大竞合论之提倡》,载《清华法学》2012年第1期,第39页。

③ 参见劳东燕:《金融诈骗罪保护法益的重构与运用》,载《中国刑事法杂志》2021年第4期,第25页。

④ 参见《习近平在中共中央政治局第十三次集体学习时强调:深化金融供给侧结构性改革 增强金融服务实体经济能力》,载《人民日报》2019年2月24日,第1版。

⑤ 参见高铭喧:《习近平法治思想指导下中国特色刑法学高质量发展论纲》,载《中国应用法学》2023年第2期,第6页。

⑥ 刘艳红:《民刑共治:中国式现代犯罪治理新模式》,载《中国法学》2022年第6期,第27页。

⑦ 参见黄文艺:《习近平法治思想中的未来法治建设》,载《东方法学》2021年第1期,第30页。

⑧ 张文显:《论中国式法治现代化新道路》,载《中国法学》2022年第1期,第11页。

⑨ 考虑到合同诈骗罪与金融诈骗罪同属于破坏经济秩序的犯罪,本文将合同诈骗罪一并纳入研究。

二、金融诈骗罪中“骗”的特殊性

诸多金融诈骗行为并不完全符合诈骗罪的构造。诈骗犯罪是保护普通财产权这一立法目的下的产物,而金融犯罪针对的主要是一种超个人法益的金融秩序,二者的立法目的存在差异。

(一) 金融诈骗罪中的被害人并非完全处于被“骗”的角色

诈骗类犯罪作为一种互动型犯罪,如果没有被害人的密切配合,行为人的欺诈行为通常不可能实现。部分诈骗案件中,如果被害人已经怀疑、明知风险而仍然决定冒险一试,即便被骗,刑法也应对其相对“弱”保护,甚至不保护。^⑩我国刑法理论与实务也逐步重视被害人过错、对风险的认知在限缩诈骗罪中的意义,认为被害人有“具体怀疑”时,运用危险接受法理对诈骗罪成立范围进行限缩。同时认为,在一般生活领域与在市场、投资、投机和违法领域,被害人的注意义务不同,刑法对其保护也应予以区别对待。^⑪较之生活领域的普通诈骗,在金融诈骗案件中,诸多被害人已经认识到了风险甚至没有认识错误,但仍决定冒险一搏,获取高额投机利益。部分被害主体为银行金融机构,更具有专业的风险识别与防范能力,在追求收益的同时会适度容忍风险,其“被骗”具有一定程度的“自愿性”。^⑫因此,让金融诈骗中的被害人对自身财产损失承担更多的责任,即对其财产权给予较低程度的保护,是刑法在面对金融领域与普通生活领域的财产风险时所作出的不同价值选择。

金融诈骗罪中,被害方并非单纯的受害者,其也有通过金融交易获利的一面,负有较一般生活领域更高的注意义务。例如,部分贷款诈骗案件中,作为贷款方的银行金融机构具备专业的金融知识及风险识别能力,会在一定范围内容忍风险以获取放贷所带来的收益,甚至主动突破已有的贷款规则,通过基金、信托、定向债等方式,绕过金融监管机构对商业银行存贷比及贷款管理等风险管控要求而获取超额收益,或者以信用卡的形式变相发放贷款,降低放贷门槛。部分银行在明知贷款存在重大风险的前提下,迫于银行放贷业绩考核的压力而放贷,这种现象在宏观经济下行压力较大的状况下可能变得更为明显。2021年7月30日,银保监会发布消息称,2021年上半年共处罚机构1420家次,累计罚没11.55亿元,处罚责任人2149人次,主要是针对银行金融机构违规放贷业务。^⑬部分被害人是风险的助推者,是被害与加害的统一。例如,信用卡恶意透支的风险,与发

^⑩ Vgl. Wolfgang Naucke, Der Kausalzusammenhang Zwischen Täuschung und Irrtum beim Betrug-zum Verhältnis zwischen Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik, in: Jürgen Baumann/Klaus Tiedemann (Hrsg.), FS für Peter, 1974, S. 112f, 117f.

^⑪ 参见黎宏、刘军强:《被害人怀疑对诈骗罪认定影响研究》,载《中国刑事法杂志》2015年第6期,第56页。

^⑫ Vgl. Raimund Hassemer, Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik-Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsmerkmals in § 263 StGB, 1981, S. 162f.

^⑬ 参见谢玮:《银行业大额罚单密集落地,涉房贷款违规成“重灾区”》,载《中国经济周刊》2021年第15期,第59页。

卡银行滥发信用卡亦有密切关系。上海市高级人民法院《2015年度金融审判系列白皮书》指出:“一些银行片面追求信用卡业务数量,随意放宽申请人、担保人条件,简化申请手续,致使资信较低或者不具备相应资信的人申领了信用卡,为犯罪埋下诸多隐患。”^⑭有论者指出,对金融领域犯罪应改变传统的危害评价模式,对恶意透支型信用卡诈骗犯罪应限缩犯罪圈。^⑮又如,近年来,我国集资所引发的风险呈现明显上升的趋势。据统计,2017年—2020年全国法院审结的非法集资一审刑事案件的数量分别为11713件、11950件、14164件、15262件,集资诈骗的形式也趋于多样化,^⑯但仍然有大量的投资人甘冒风险。诸多集资诈骗案件中,骗与被骗的角色也是相对的,出资人既是上游集资的被骗者,又是下游集资的诈骗者。在集资类案件中,否认出资者的过错而强化集资人的责任,最终是加重国家责任,干预主义打破了竞争法则,导致市场在刑罚的监控下畸形发展。^⑰对集资诈骗行为,相关规范已认识到出资人对风险的助推作用而强调其应自担风险,而非简单地将其归为被害人。^⑱

诈骗犯罪的行为人在财产交易的沟通过程中操纵交易基础信息,本质上是对信息的操控,而金融诈骗中,被害人对信息的知情度是比较高的,并非纯粹的被骗,入罪应更为慎重。^⑲当所谓的“被害人”有着具体怀疑,而不采取恰当的方式保护自己并助推了风险或不法行为的实现时,甚至可能被认定为犯罪。例如,我国香港特别行政区《放债人条例》第24条规定:“任何人以超过年息60%的实际贷款利率贷出款项,即属犯罪。”我国《民法典》第680条第1款规定:“禁止高利放贷,借款的利率不得违反国家有关规定。”高利放贷甚至还可能被认定为非法经营罪。^⑳放贷人高息放贷,当然知道风险的存在,甚至可能知道借款人存在欺骗,但仍甘冒风险而放贷,刑法就不宜对其财产进行过度保护。在集资诈骗案件中,几乎所有的投资参与者都想以“被害人”的面目出现,但司法机关没有能力以被害人的角度对所有投资人进行全面保护。如果将其认定为被害人,已然与规范保护法益和社会福利发展的目标相背离,与金融学的认知有差异,更与办案现实相脱节。2019年1月,最高人民法院、最高人民检察院、公安部发布的《关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》否认出资者的被害人地位,而将其归为集资参与人,某种程度上是对出资者“愿赌服输”心理的回应。

⑭ 刘勋:《银行别做信用卡犯罪始作俑者》,载《法制日报》2016年6月23日,第6版。

⑮ 参见毛玲玲:《金融领域刑事司法状况的实证考察与启示》,载《法学》2014年第2期,第143页。

⑯ 参见王丽丽:《依法惩治金融犯罪,维护国家金融安全稳定:最高人民法院发布依法惩治金融犯罪工作情况和典型案例》,载《人民法院报》2022年9月23日,第1版。

⑰ 参见高艳东:《诈骗罪与集资诈骗罪的规范超越:吴英案的罪与罚》,载《中外法学》2012年第2期,第437页。

⑱ 国务院《防范和处置非法集资条例》(2021年)第25条第3款规定:“因参与非法集资受到的损失,由集资参与人自行承担。”

⑲ 参见王莹:《诈骗罪重构:交易信息操纵理论之提倡》,载《中国法学》2019年第3期,第240页。

⑳ 《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》(2019年)规定,违反国家规定,未经监管部门批准,或者超越经营范围,以营利为目的,经常性地向社会不特定对象发放贷款,扰乱金融市场秩序,情节严重的,以非法经营罪定罪处罚。

（二）金融诈骗罪中行为人“骗”的程度相对有限

首先,由于前置金融规则的存在,金融交易需要进行相对严格的身份信息验证,行为人的身份对被害人而言通常是公开的,实施欺骗后易被发现。即便使用虚假身份进行诈骗,由于受金融规则约束,也容易被发现。如集资诈骗案件中,通常具有经营的外观或内容,持续时间相对较长,而非“骗了就跑”,出资人易发现集资人身份是否虚假及经营过程中所面临的问题。部分司法解释亦肯定行为人身份公开对认定欺诈类犯罪的阻却或从宽处罚的意义,如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》(以下简称“2018年《信用卡解释》”)将使用真人真卡的恶意透支型信用卡诈骗罪的立案标准提高至5万元,远高于其他类型的信用卡诈骗罪(使用伪造、作废、虚假身份证明骗领的信用卡等)中5000元的立案标准。有判决指出,“即便恶意透支构成犯罪,其产生的负面影响以及侦查需投入的司法成本相较普通信用卡诈骗罪要小得多,故应严格适用其入罪标准”^①。

不同于金融诈骗中行为人的身份相对公开,普通诈骗案件中行为人的身份多是虚构的。理论与实务较为一致的共识是,使用虚假身份骗取他人财物的,无论后续是否归还,一般直接认定为有非法占有目的。^②即便是普通诈骗案件,如果行为人的身份相对公开,纠纷的解决相对通畅,也多限制认定诈骗罪。例如,实践中发生的骗取保障性住房指标、骗取保险基金、抢建违章建筑再恶意骗取补偿款的案件,因为行为人的身份公开,多不认定为诈骗罪。笔者查阅“北大法宝”发现,2013年—2022年一审审结的因“抢建”而被追究诈骗罪刑事责任的仅有103件,且其中多是具有其他严重情节、犯罪数额特别巨大等^③。不可否认,普通诈骗也可能发生在“熟人”之间,但是大量熟人之间的“诈骗”纠纷的解决相对通畅,尤其是损失得以修复的,很多都作为民事纠纷处理。

其次,正是因为行为人身份对被害人公开,其“骗”的程度相对较弱,很难“骗了就跑”,相当一部分金融诈骗的行为人还有“归还”的打算。例如,集资诈骗案件中,行为人在获取集资款后多用于经营,相较于诈骗罪,集资诈骗并非破釜沉舟式的犯罪,大部分集资诈骗案件被告人都未隐瞒真实身份,对于造成出资人的财产损失,主观上都具有一定的抗拒。^④在犯罪行为人身身份公开、金融规则逐步完备的背景下,金融诈骗行为虽然给被害人造成了财产损失,纠纷的解决也相对通畅。例如,有学者对某基层人民法院2014年—2016年审结的恶意透支型信用卡诈骗案件进行实证考察后发现,高达74.67%的犯罪嫌疑人在庭审前能够偿还全部透支款息。^⑤随着大数据、人工智能的运用,各大商业银行在发放信用卡时对持卡人的信息有着较为全面的了解,也都进行了信用卡客户风

^① 浙江省绍兴市中级人民法院(2017)浙06刑终233号刑事裁定书。

^② 参见张明楷:《合同诈骗行为类型的边缘问题》,载《东方法学》2020年第1期,第35页。

^③ 参见广东省湛江经济技术开发区人民法院(2018)粤0891刑初92号刑事判决书。

^④ 参见高憬宏:《审理金融犯罪案件的若干问题——全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会综述》,载《法律适用》2000年第11期,第7页。

^⑤ 参见田宏杰:《恶意透支型信用卡诈骗案实证分析》,载《法学杂志》2018年第12期,第11页。

险识别的相关工作。

实务中,已经逐步肯定纠纷解决对诈骗犯罪的阻却意义,甚至突破既有规定为纠纷的解决提供机会以限制犯罪的成立。笔者查阅了“北大法宝”发现,2013年—2022年被不起诉的合同诈骗案件共4173件,其中2750件是因为行为人与被害人之间达成了纠纷的解决,或者已经赔偿了被害人实际损失。例如,黄金章所经营的企业出现资金风险后,其使用伪造的房产证等骗取多人借款用于经营,后被发现房产证系伪造而逃跑。法院一审认定为合同诈骗罪,二审改判无罪,改判理由是黄金章的现有资产(房产、厂房等)足够支付其所骗取的钱款。判决指出,在经济增速放缓、金融借贷纠纷频发的大背景下,很多企业经营者资不抵债,由此产生的经济纠纷、欺诈类的行为,应适度地降低处罚的机制,尽量限制认定为犯罪,为纠纷的解决提供更多的时间。^{②6}而既往类似案件多认定为犯罪,如“于双宁合同诈骗案”的判决指出:“于双宁现有资产远超过指控的债务数额,对借款完全有偿还能力,这并不能证明其主观上没有非法占有目的”^{②7}。

(三)行为人与被害人有“金融合作”关系

普通诈骗罪规制的是生活领域的诈骗行为,更多是单纯的“骗与被骗”关系。而具有市场交易性质的诈骗行为由合同诈骗罪规制,具有金融交易性质的诈骗行为由金融诈骗罪规制。

1. 金融诈骗中的行为人与被害人多是金融合作关系

金融诈骗中的交易双方是为了实现特定金融目的的合作关系,交易主体通过金融交易实现获利目的、助力经济社会发展。有学者以集资诈骗罪为例指出:“被害人并没有被骗,甚至是对诈骗方的行为完全知情。期望在资金链断裂之前本息全回,像接力棒一般把损失留给后来者,冒险投机的心态是最终成为所谓‘被害人’的主要原因。”^{②8}在被害人自陷风险时,如果行为人的行为除了“助益”于风险的现实化,还“助益”于获利目的的实现,那么,各方之间就是一种“合作”关系。针对集资诈骗罪的实证研究表明,当出资人与集资人的关系越密切,其出资额越高,资金回报率也越高,其介入集资人经营领域的可能性也越高。^{②9}过度处罚行为人在一定程度上就是限制集资活动,不但无助于保护被害人的财产,还与被害人获利目的产生了抵触。^{③0}金融交易各方的“合作”关系决定了修复损害比追究刑事责任更符合交易各方主体的利益诉求,也有助于金融业务以更为开放的姿态接纳更多的金融消费者、助力经济发展。部分金融诈骗犯罪,由于涉案人数众多、资金数额过大,事后加大刑罚处罚的力度不利于金融合作关系的修复,也影响经济、社会秩序的稳定。有数据显示,2013年—2015年北京市检察机关办理非法吸收公

②6 参见最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办:《刑事审判参考》(总第124集),法律出版社2020年版,第61-69页。

②7 辽宁省调兵山市人民法院(2013)调刑初107号刑事判决书。

②8 刘伟:《集资诈骗罪的司法困境与罪群立法完善》,载《政治与法律》2021年第5期,第41页。

②9 参见刘练军:《被害人教义学在刑事司法中的适用——以集资诈骗罪为中心》,载《厦门大学法律评论》2017年第1期,第41页。

③0 参见王骏:《论被害人的自陷风险——以诈骗罪为中心》,载《中国法学》2014年第5期,第176页。

众存款与集资诈骗案件共计 141 件 506 人,涉案金额总计 159.54 亿余元,涉及投资人达 73693 余人,而资金返还比例仅在 10%—30% 左右。实务上多是尽量给予行为人更多的时间与机会筹措资金返还被害人,如果过度强调刑法的介入可能不利于损失的弥补。^{③①}

诸多金融诈骗案件中,被害人在一定范围内容忍受骗及风险,既是为了继续维系合作关系以获取收益,也符合金融助益经济社会发展的国家需要。2020 年以来,针对特殊人群因受疫情影响无法及时还款的情况,诸多银行提供账单延期、费用减免、征信保护等支持保障服务。这些做法就是为纠纷、风险的化解提供多元化的解决路径,限制信用卡诈骗罪的成立,也有助于更好地维系发卡银行与持卡人的金融关系。诸多行为即便形式上符合金融诈骗罪的构成要件,实务上通常也不会以诈骗罪的思维来理解金融诈骗罪,而是会限制入罪。例如,《保险法》赋予了保险人合同解除权。^{③②}“帅英案”中,帅英通过故意篡改年龄、找他人代为体检等方式为其母投保。后其母因病身故,保险公司向帅英支付 27 万元。虽然帅英使用欺骗手段并骗取了保险赔偿,但法院认为其不构成犯罪,因为保险公司未在合同成立之日起二年内解除合同,该保险合同受法律保护。^{③③}如果认为帅英构成保险诈骗罪,不可抗辩条款防止保险人滥用优势地位的规范目的、为处在弱势地位的投保人提供保护的立法价值就会被架空,而且会进一步加剧保险人滥用优势地位的可能。^{③④}既然《保险法》向投保人、被保险人倾斜保护,以更好地发挥保险的价值,刑法也应限制将上述行为认定为保险诈骗罪。

2. 金融交易各方的金融合作关系决定了对金融诈骗罪的认定应注重结果导向

财产犯罪理论对于非法占有目的内涵的学理阐释在一定程度上难以满足这一要素在金融诈骗罪中的界分功能。例如,信用卡恶意透支案件中,行为人恶意透支后并非直接逃跑,而多是在透支时过高预估了自己的偿还能力,或者经济状况突然恶化,或者长期透支养成了不良的消费习惯,导致难以归还透支款。有学者对 2014 年—2016 年某基层检察院办理的 150 件恶意透支型信用卡诈骗案件进行分析后发现,绝大部分案件中,犯罪嫌疑人 1 至 5 年的时间内,逐渐形成“慢性”恶意透支,案发后完全不还款的情形较少,大部分嫌疑人能够筹钱还款。^{③⑤}还有学者以非法吸收公众存款罪为例指出,2013 年—2019 年北京市法院一审审结的 813 件非法吸收公众存款罪的案件中,吸收资金行为存续时间超过 1 年才案发的占比高达 65.4%。^{③⑥}之所以司法机关不提前、主动介入,本质上还是基于结果主义的导向,只有导致资金不能归还才引起司法机关的介入,这突破了《刑法》第 176 条对非法吸收公众存款罪所要求的“有非法吸收公众存款的行为就构成

③① 参见田向红、吴春妹等:《涉众型非法集资犯罪的司法认定》,载《国家检察官学院学报》2016 年第 3 期,第 100 页。

③② 《保险法》第 16 条第 2 款规定:“投保人故意或者因重大过失未履行前款规定的如实告知义务,足以影响保险人决定是否同意承保或者提高保险费率的,保险人有权解除合同。”该条第 3 款规定:“自合同成立之日起超过二年的,保险人不得解除合同;发生保险事故的,保险人应当承担赔偿或者给付保险金的责任。”

③③ 参见何海宁:《难倒法官的骗保案》,载《南方周末》2005 年 4 月 14 日,第 6 版。

③④ 参见陈少青:《刑民交叉实体问题的解决路径——“法律效果论”之展开》,载《法学研究》2020 年第 4 期,第 79 页。

③⑤ 参见前注 ②⑤,田宏杰文,第 11 页。

③⑥ 参见劳佳琦:《非法吸收公众存款罪的刑罚力度、效度与限度》,载《中国刑事法杂志》2021 年第 4 期,第 58 页。

犯罪”。有论者对山西省2013年—2015年的1038个非法集资案件进行梳理后发现,绝大多数案件最初都是以民事纠纷起诉,被告一般也较为配合,能够出庭应诉,但随着起诉的人数越来越多,无法归还出资人相应款项,法院才发现案件涉嫌非法集资犯罪。^{③⑦}

在金融诈骗案件中,对“非法占有目的”的判断不仅强调结果主义,实务中还多置身于更长的时间范围来判断是否造成损害结果,充分给予行为人修复损害的机会。相应地,即便行为人获取财物时没有基于非法占有目的,事后产生非法占有目的而造成了损害结果,也可能构成金融诈骗罪。有学者认为,行为人透支信用卡时不具有非法占有目的,但在发卡银行催收后产生非法占有目的,超过透支期限仍不归还的,只能作为债务纠纷处理,否认事后的非法占有目的。^{③⑧}笔者对此持反对意见,认为可以在一定范围内肯定行为人的非法占有目的而认定为信用卡诈骗罪。如果是单纯的不归还透支款,危害性相对较小、救济渠道较为充分,可以作为民事纠纷处理;但如果以携款潜逃、转移资产等方式逃避返还透支款的,则可以认为有非法占有目的。我国刑法对信用卡诈骗罪的处罚显著轻于普通诈骗罪,一概否认事后非法占有目的以限制信用卡诈骗罪,不利于对被害银行的保护,会导致金融风险的无限扩张。

三、金融风险一定程度上是刑法所容许的风险

随着人类社会由农业社会向工业社会及至风险社会的演进,犯罪日益增加,与风险社会相伴而生的预防刑法理论却使得刑法日益工具化。^{③⑨}但是,包括金融风险在内的部分风险有其发生的必然性,对经济社会发展亦有益处,刑法应适度容忍。金融投资行为获得收益的本质在于其承担了对未来不确定的风险,金融风险也是金融发展与创新的推动力量。过度重视刑法对金融风险的介入还会忽略其他手段的作用,例如,较之刑法,民法是社会治理的基础性法律手段,具有自治性协商性强、政府干预代价小、错误修复成本低等优势。^{④①}

(一) 金融投资的本质就是在风险中获得相应的补偿

风险与收益并存,这是金融行为得以存在的理论基石。例如,企业通过金融手段获取融资以用于生产经营活动而化解资金风险,放贷方则通过资金出借以解决企业经营中所面临的资金需求并获取一定收益。由于企业的经营活动存在风险,放贷方的资金回收就存在不确定性的风险,这种风险就是金融收益的来源。金融交易在很大程度上是对未来的期许,因此存在不确定性,甚至欺诈。金融欺诈只要对金融体制的正常运行没有实质影响就是常态现象。现代金融的发展方向就是不断突破既有规则以容纳更大的风险,

^{③⑦} 参见马云跃:《关于在民间借贷纠纷案件中发现非法集资等犯罪嫌疑情况的调研报告》,山西省法学会2015年“第八届中国中部崛起法治论坛”论文,第2页。

^{③⑧} 参见张明楷:《诈骗罪论》,法律出版社2021年版,第850页。

^{③⑨} 参见刘艳红:《人性民法与物性刑法的融合发展》,载《中国社会科学》2020年第4期,第118页。

^{④①} 参见黄文艺:《民法典与治理现代化》,载《法制与社会发展》2020年第5期,第32页。

以更好地助力经济发展。这也决定了法的安定性对于经济活动具有特殊的意义,商业性风险、企业家的冒险在原则上不受刑事司法的制约。^④在英美国家中,自由市场的基本导向是让刑法适度远离市场交易,19世纪的法学家们希望法律给商人从事交易活动留下更多的自由空间,因为“买主自行当心”的伦理观念十分有力。^⑤可以说,金融与经济的发展,就是不断“瓦解”诈骗犯罪的一个过程。

金融活动如果完全禁止风险则会失去其本质意义。例如,发放信用卡的目的在于通过融资手段促进消费,进而推进经济发展。减少信用卡的发放量,通过严苛的规则限制信用卡的申领、使用,虽然有助于降低逾期风险,但也会制约信用卡自身金融功能的实现。从2008年末到2020年一季度,我国信用卡授信总额从0.98万亿增长到17.57万亿,信用卡贷款交易总额从3.5万亿元增长到38.2万亿元。^⑥这表明,在拉动经济增长、扩大内需中,信用卡业务的开展有着重要的意义。对集资诈骗类犯罪的实证研究表明,风险的必然性、犯罪原因多样性与刑罚局限性之间的矛盾,决定了加强刑罚对治理集资诈骗类犯罪的意义有限。^⑦笔者查阅“北大法宝”发现,2014年—2020年各年度非法吸收公众存款罪一审判决的案件数量为:1214件、1982件、3477件、4936件、5508件、6234件、5544件。可以说,治理非法集资是刑法完不成的任务。^⑧应注重刑法之外的措施,如拓宽融资和投资渠道,鼓励金融创新,构建平等竞争的融资制度,进而从根本上防范非法集资及其带来的风险。^⑨

(二) 金融风险不完全等同于刑法所禁止的风险

金融风险本质上是一种客观存在的不确定性,即市场参与主体面对风险这种客观存在的不确定性时会要求通过所谓风险溢价即回报率的方式予以补偿。^⑩金融风险是因为金融本身对于时间和空间的技术性创新应用而随之带来的不确定性,突破时空限制进行金融创新以实现资本增殖,这是商业社会的发展趋势。“卖者尽责,买者自负”已经成为现代金融交易原则,这有助于金融消费者形成理性谨慎的投资风险观念。

刑法规制金融诈骗犯罪,并不只是保护金融交易方的财产权,其本质上是为维护经济系统的正常运作与其功能的正常发挥。金融市场的逐步成熟必然伴随着对金融风险认识、容忍的提升,对金融风险的防范、纠纷解决能力也基于金融规则的完善而提升,金融风险的治理就不能过度依赖刑法。有论者将金融合同与普通合同进行对比,认为在传

④ 参见[德]克劳斯·梯德曼:《德国经济刑法导论》,周遵友译,载赵秉志主编:《刑法论丛》(第2卷),法律出版社2013年版,第28页。

⑤ See American Law Institute, Comment to § 223.3 at 192.

⑥ 参见《支付体系运行总体情况》,载中国人民银行官网, <http://www.pbc.gov.cn/zhifujiesuansi/128525/128545/128643/index.html>, 2022年11月24日访问。

⑦ 参见前注③⑥,劳佳琦文,第48页。

⑧ 参见黄韬:《刑法完不成的任务——治理非法集资刑事司法实践的现实制度困境》,载《中国刑事法杂志》2011年第11期,第36页。

⑨ 参见刘宪权:《刑法严惩非法集资行为之反思》,载《法商研究》2012年第4期,第126页。

⑩ 参见[美]兹维·博迪、罗伯特·C.默顿、戴维·L.克利顿:《金融学》,曹辉、曹音译,中国人民大学出版社2018年版,第252页。

统合同法看来,合同设定的权利义务限于当事人之间,合同理论也仅需要对单个合同进行分析;而金融法所面对的多是系统性的合同群落,具有多元性、相关性和整体性,对风险更具识别与防范能力。^{④⑧}金融规则的不断完善,也仅是要求金融服务或产品的提供方向交易对象阐明风险,制定风险的防范与解决机制,让金融交易方理性认识风险而非绝对禁止风险。即便是金融市场不断规范、成熟,但诸如金融衍生品、次级信用债券等高风险金融产品,法律也没有否定其存在。例如,商业保险天生具有对赌博的风险性质,与期货、彩票之类的业务相类似,这种“以小博大”的风险是被允许的。但在生活领域与一般的市场运作中,诸如赌博等的“以小博大”则会被禁止。依据财产犯罪的模式来认识金融诈骗罪,仅注意到金融诈骗所造成的财产损失,忽略了金融功能的发挥必然伴随着一定的财产损失风险。^{④⑨}在金融、经济领域,刑法介入应遵循有限性、最后性原则,“先刑后民”的诉讼思路会限制民事纠纷的空间而强制入罪,不利于纠纷的真正解决。截至2022年末,我国银行理财市场投资者数量高达9671.27万,其中个人投资者9575.32万,占99.01%。^{⑤⑩}如此众多的投资者进入金融领域,过度强调刑法对金融风险的防范也是刑法难以承受的。

金融不仅是金融交易各方逐利的场域,贷款、集资、保险、信用卡等金融业务还承担了社会职能。2020年2月24日,银保监会在国务院联防联控机制发布会上表示,一些企业受疫情影响,出现暂时困难,但如果其整体的基本面向好,就可以贷款给它,帮企业就是帮银行自己。^{⑤⑪}对金融交易及金融风险进行严格的管制,虽然有助于降低风险,但也会减少合法交易而限制金融的功能。因此,各国一般不会完全沿用诈骗罪对金融诈骗罪进行解释,对金融诈骗罪的处罚多从宽于诈骗罪。如日本在金融犯罪的预防与惩处中运用了“规制缓和”的理念,认为仅针对最为恶劣的行为科处刑罚,应当建立经济预防、行政制裁、刑罚与民事责任追究相结合的整体性规制模式。^{⑤⑫}我国相关规定对于金融产品的风险容忍度也在提高,例如,2022年《关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》对各类理财、债券、信托产品规定不得保本保息。既往刚性兑付的做法过度强调安全,会损害市场的运行规律,甚至会导致金融机构的坍塌。金融领域犯罪的数量与类型变化受经济金融政策、社会形式与市场状况的影响,应防止刑法成为金融风险防范的主要甚至唯一手段。集资类犯罪案件的爆发式增长与近年国家实施紧缩的货币政策和扩张的财政政策有关,恶意透支型信用卡诈骗案件与近年社会就业困难、银行业信用卡发行政策较为宽松有关,非法金融活动与我国刑事司法中的犯罪化处置有关。^{⑤⑬}

④⑧ 参见陈醇:《金融系统性风险的合同之源》,载《法律科学》2015年第6期,第147页。

④⑨ 参见劳东燕:《金融诈骗罪保护法益的重构与运用》,载《中国刑事法杂志》2021年第4期,第14页。

⑤⑩ 参见《中国银行业理财市场年度报告》,载中国理财网, <https://www.chinawealth.com.cn/zzlc/lcsj/lcbg/20230221/6432896.shtml>, 2023年3月2日访问。

⑤⑪ 参见徐光华:《基于金融风险的特征看金融诈骗罪的适用》,载《人民法院报》2023年4月20日,第6版。

⑤⑫ 参见张小宁:《刑法谦抑主义与规制缓和——以日本金融犯罪的规制为鉴》,载《山东社会科学》2015年第6期,第164页。

⑤⑬ 参见毛玲玲:《金融领域刑事司法状况的实证考察与启示》,载《法学》2014年第2期,第145页。

不同领域风险的差异性决定了刑法介入的不同。例如,刑法对医疗事故罪、交通肇事罪的处罚整体上从宽于过失致人死亡罪。据国家统计局的相关统计,我国每年因医疗事故死亡的人数约为20万人。^{⑤4}《刑法》第335条规定,医疗事故罪的定罪标准为“严重损害就诊人身体健康”或者“造成就诊人死亡”,但实务中,多限制为造成就诊人死亡。笔者查阅“北大法宝”发现,2009年—2021年法院一审认定为医疗事故罪的案件仅有90件,而同一时期,在医疗过程中造成就诊患者死亡,以民事侵权追究医务人员民事责任的一审民事案件就有6985件,该类民事判决多认定医生在治疗过程中存在重大过失。此外,2014年—2020年因交通事故导致死亡的人数分别为:211882人、199880人、226430人、209654人、258532人、256101人、250723人,而以交通肇事罪追究刑事责任的案件数量也明显较少。从形式上看,医疗、交通领域的过失致人死亡案件,都符合过失致人死亡罪的构成要件,但因医疗、交通同时会给生活带来益处,就需要适度容忍其可能存在的风险而限制入罪。近年来,刑法频繁以保护法益的名义介入行政、民事等纠纷,这种“有形的工具主义”发挥到极致就是“哪里有纠纷,哪里就有刑法”^{⑤5}。这一现象在金融领域亦一定程度存在。其本质在于,没有正确认识到金融风险及其所造成的财产损害的特殊性。

四、对金融诈骗罪从宽于诈骗罪处罚符合我国立法与司法实践

关于金融诈骗罪的历次刑法修正及司法解释,其整体方向是逐步从宽于诈骗罪进行处罚。在民商事领域,金融纠纷不同于一般民事纠纷的特殊性也得到进一步认识,近年来针对金融纠纷而专门成立的上海、北京、成渝金融法院即是例证。有些国家在立法上明确区分诈骗罪与金融诈骗罪,对金融诈骗罪的处罚也轻于诈骗罪。例如,《德国刑法》第266b条将滥用信用卡的行为入罪,要求造成损害,并且规定为自诉罪。即便有的国家没有在立法上专门规定金融诈骗罪,司法上对金融、经济领域诈骗犯罪的处罚也从宽于普通诈骗罪。英美法国家,为了防止诈骗罪的适用阻碍商业发展,对于形式上符合诈骗罪的欺诈行为,尽量认定为民事违约。^{⑤6}

(一) 对金融诈骗罪特别从宽于诈骗罪处罚符合立法原意

1979年《刑法》并无金融诈骗罪的规定,对金融诈骗行为是以诈骗罪论处。此后,部分单行刑法对金融诈骗罪作了特别规定,且规定了不同于诈骗罪的处罚规则。例如,1995年全国人大常委会《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》规定了信用证诈骗罪、票据诈骗罪、信用卡诈骗罪、集资诈骗罪等。1997年《刑法》将单行刑法中的金融诈骗罪纳入,同时,在第266条(诈骗罪)规定,“本法另有规定的,依照规定”。即其他“另

^{⑤4} 参见《城市、农村居民主要疾病死因构成》,载中国统计信息网, <https://data.stats.gov.cn/easyquery.htm?cn=C01&zb=A000F02&sj=2020>, 2022年11月16日访问。

^{⑤5} 前注^{③9},刘艳红文,第119页。

^{⑤6} See Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law*, Matthew Bender, 1994, p.510.

有规定”的“诈骗”行为不以诈骗罪论处,理论上也多认为这一规定是肯定了特别法优先。此后的多次刑法修正对诸多金融诈骗罪的处罚进一步从宽,如2011年《刑法修正案(八)》废除了金融凭证诈骗罪、票据诈骗罪、信用卡诈骗罪的死刑,2015年《刑法修正案(九)》废除了集资诈骗罪的死刑。可以认为,对金融诈骗罪的处罚特别从宽于诈骗罪是符合立法原意的。

但是,在1997年《刑法》之后,由于金融诈骗罪与诈骗罪统一规定在《刑法》中,理论上关于金融诈骗罪与诈骗罪究竟应坚持特别法优先还是重法优先的争议渐显。持重法优先的论者认为对金融诈骗罪特别从宽的立法没有“章法”,并对《刑法》第266条诈骗罪中“本法另有规定的,依照规定”进行了限制解释,认为如果金融诈骗行为未达入罪数额,或者犯罪数额特别巨大而认定为金融诈骗罪会违反罪刑均衡的,则只能适用诈骗罪而非适用“另有规定”。^{⑤7}与理论上的争议形成反差的是,司法解释进一步贯彻了立法对金融诈骗罪特别从宽的精神,对金融诈骗罪的立案数额标准、处罚均从宽于诈骗罪。从司法解释的规定来看,对于金融诈骗罪的不同罪名、同一罪名的不同情形,因行为的金融特征不同,处罚上也是区别对待,而非仅考虑财产损失。例如,刑法对信用卡诈骗罪的处罚从宽于贷款诈骗罪,主要原因是信用卡与人们生活关联度更高,应最大限度容忍风险以期发挥其金融功能。又如,使用真人真卡的恶意透支型信用卡诈骗,是使用信用卡的金融功能,而冒用他人信用卡、使用作废的信用卡等,侵犯财产法益的性质更突出,司法解释对前者规定的处罚标准更宽容。

(二) 司法上坚持特别法优先

特别法优先也得到了实务的支持,有论者对2014年—2015年审结的集资诈骗案件研究发现,集资诈骗行为均被认定为集资诈骗罪,部分仅具有“集资”的外观但实为普通诈骗的,也被认定为集资诈骗罪。^{⑤8}实务上不仅坚持了特别法优先,对特别法本身还进行了限制适用。例如,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,集资诈骗罪的追诉标准为10万元,但有数据显示,2018年全国公安机关立案1万余件非法集资案件,平均案值达2千余万元。^{⑤9}笔者梳理2015年—2022年全国法院一审审结的集资诈骗案件发现,普遍案值均在百万元以上,最低の入罪数额为14.25万元^{⑥0}。对于金融诈骗案件,实务中多先依据前置法进行处理,对于未达金融诈骗罪立案标准的案件,不会基于重法优先而以诈骗罪移送司法机关。例如,涉嫌保险诈骗的犯罪线索多由保险公司发现并向公安机关提供,对于保险诈骗未达追诉标准(1万元)的,不会移送公安机关,这也符合经济原则。

实务中还多扩大理解金融诈骗罪而限制诈骗罪的认定。例如,对于合同诈骗罪与诈

^{⑤7} 参见前注①,张明楷文,第43页。

^{⑤8} 参见荣幸:《法条竞合适用规则的实证考察——以诈骗罪与集资诈骗罪为视角》,载《广州市公安管理干部学院学报》2017年第2期,第43页。

^{⑤9} 参见郑赫南:《重拳打击非法集资犯罪,帮群众守好“钱袋子”》,载《检察日报》2019年1月31日,第1版。

^{⑥0} 参见广西壮族自治区北海市海城区人民法院(2015)海刑初307号刑事判决书。

骗罪的界分,实务上较为明显地扩张了合同诈骗罪的范围以实现从宽处罚,诸多案件甚至被认定为合同纠纷。笔者通过对“北大法宝”相关案例的梳理发现,一审认定为诈骗罪而二审改判为合同诈骗罪的案件数量,从2013年的8件增长至2020年的45件。公诉机关以诈骗罪提起公诉,法院认定为合同诈骗罪的现象也较为常见。部分案件虽然认定为诈骗罪,也是行为本身不具有金融属性而非基于重法优先。此外,其他具有欺诈性质的犯罪,也未基于重法优先而适用诈骗罪。例如,贪污罪与诈骗罪等财产犯罪存在竞合,但有学者对中国裁判文书网截至2018年5月审结的18392个贪污案件进行实证考察,未发现贪污行为被认定为诈骗罪、盗窃罪等财产犯罪的。^{⑥1}

(三) 司法上限制解释金融诈骗罪的非法占有目的

司法解释对于金融诈骗罪“非法占有目的”的认定作限制解释,只要没有造成财产损失,或者骗取财物但能够事后返还,多否定非法占有目的。例如,对于恶意透支型信用卡诈骗罪,《刑法》第196条规定,恶意透支后经发卡银行催收且仍不归还的,构成犯罪。2018年《信用卡解释》对此进一步限制解释,“催收”应有两次且应当采用能够确定持卡人收悉的方式,两次催收至少间隔30日,超过3个月不归还的,才构成信用卡诈骗罪。部分地方司法机关还出台规定以限制“非法占有目的”的认定,如2011年12月8日《温州市公检法刑事执法工作联席会议纪要》规定,持卡人拥有房屋、车辆、机器设备等财产所有权而透支信用卡的,即透支持卡人具备实际偿还能力的,不得认定其有非法占有目的。

不同于普通诈骗罪中通过欺骗方式取得财物即是犯罪既遂,金融诈骗罪中行为人使用欺骗手段获取了财物,还需要结合具体情形才能推定其有非法占有目的,并且实务上对司法解释所规定的各种推定情形作了进一步限制。例如,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》规定,携带集资款逃匿的,可以认定为“以非法占有为目的”。而实务上认为,只有完全切断与被害方的联系,骗取他人钱财后更换手机号藏匿、逃离居住地的,才认定为“逃匿”。^{⑥2}如果骗取资金后仅是逃往外地、拒接电话,但没有更换电话号码,法院不认为是“逃匿”,进而不认定为合同诈骗罪。^{⑥3}又如,《刑法》第196条规定,使用虚假的身份证明骗领信用卡的,就推定其有非法占有目的而构成信用卡诈骗罪。但部分案件,只要行为人在申领信用卡时提供了真实有效的联系方式,即便其提供的身份和资信证明是虚假的,也不认为有非法占有目的。^{⑥4}此外,实务中认定金融诈骗罪与其他轻罪存在争议时,也尽量否认非法占有目的而认定为其他轻罪。例如,认定非法吸收公众存款罪与集资诈骗罪存在争议时,多认定为非法

⑥1 参见章桦:《贪污罪“数额与情节”关系实证研究——基于全国18392例量刑裁判》,载《法学》2020年第6期,第178页。

⑥2 参见山西省太原市迎泽区人民法院(2017)晋0106刑初425号刑事判决书。

⑥3 参见福建省宁德市中级人民法院(2017)闽09刑终396号刑事判决书。

⑥4 参见山西省大同市平城区人民法院(2018)晋0202刑初83号刑事判决书。

吸收公众存款罪。^{⑥5} 认定骗取贷款罪与贷款诈骗罪存在争议时,多认定为骗取贷款罪。^{⑥6} 此外,笔者检索“北大法宝”发现,2015 年—2022 年诸多金融诈骗罪不起诉率呈逐年上升趋势(见表 1)。由上可见,司法实务整体上倾向于限制诈骗犯罪尤其是金融诈骗罪的认定。

表 1 2015 年—2022 年部分金融诈骗罪不起诉率

年份 不起诉率 罪名	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
合同诈骗罪	5.59%	4.82%	7.54%	11.50%	14.85%	17.97%	20.42%	21.63%
信用卡诈骗罪	6.69%	8.68%	10.62%	18.69%	25.11%	28.07%	37.89%	39.42%
保险诈骗罪	11.59%	14.48%	15.36%	16.96%	25.26%	30.74%	38.53%	39.61%
贷款诈骗罪	7.22%	6.56%	16.79%	17.40%	19.91%	14.03%	31.64%	32.57%
集资诈骗罪	2.79%	1.80%	4.26%	4.62%	4.62%	7.74%	7.04%	7.92%

(四) 司法上限制金融诈骗罪犯罪数额的认定范围或提高数额标准

限制犯罪数额的认定范围,较为典型的是将归还数额从犯罪数额中扣减。例如,2011 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 5 条第 3 款规定:“集资诈骗的数额以行为人实际骗取的数额计算,案发前已归还的数额应予扣除。”在此基础上,实务中还通过延长办案时间,给予行为人归还所骗取款项的机会。诸多案件即便在刑事立案、提起公诉甚至审判阶段归还集资款项的,也从犯罪数额中扣除,或者将后续归还行为作为否认其非法占有目的的依据,进而认定为非法吸收公众存款罪。又如,对信用卡诈骗罪犯罪数额的认定,早期的司法解释将恶意透支型信用卡诈骗罪的犯罪数额限定为透支的本金及利息,2018 年《信用卡解释》将犯罪数额仅限定为本金。此后,实务上进一步突破 2018 年《信用卡解释》的规定以限制犯罪数额的认定,将归还时间扩大化,或者仅部分归还的也作不起诉处理。笔者查阅了“北大法宝”2019 年—2022 年 150 个恶意透支型信用卡诈骗罪不起诉决定书,其中有 65 个案件仅是部分归还或制定了归还计划也被不起诉。部分地方司法机关出台相应的文件以进一步有利于被告,如 2021 年《四川省高级人民法院、四川省人民检察院〈关于常见犯罪量刑指导意见(试行)〉实施细则(试行)》规定,对于信用卡诈骗罪,行为人在一审判决前归还本金但不符合免于刑事处罚条件的,仍然可以减少基准刑的 50% 以下。而诈骗罪中,即便行为人在案发前归还被害人,仅可以减少基准刑的 30% 以下。部分金融诈骗

^{⑥5} 参见刘伟:《非法吸收公众存款罪的扩张与限缩》,载《政治与法律》2012 年第 11 期,第 42 页。

^{⑥6} 参见最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办:《刑事审判参考》(总第 111 集),法律出版社 2018 年版,第 24-32 页。

案件中,行为人即便没有归还相应的骗取款项,但只要有归还意愿的,也从犯罪数额中将此剔除,进而否认其非法占有目的。^{⑥7}或者,在被害人通过民事诉讼确定了部分被骗款项数额时,也将该数额从合同诈骗罪的犯罪数额中扣减。^{⑥8}

刑法及司法解释对金融诈骗罪的立案及加重构成的数额标准高于诈骗罪,该数额标准在实务中被进一步“拔高”。例如,2018年之前的司法解释规定恶意透支型信用卡诈骗罪的立案标准是1万元,但部分地方的公安机关已经按照5万元的数额标准把握。^{⑥9}即便2018年《信用卡解释》将该标准提高至5万元,实务上对于透支金额超过5万元且不符合司法解释规定的不起诉条件的,也有作不起诉处理的。^{⑦0}又如,2021年《刑法修正案(十一)》对集资诈骗罪的单位犯罪与自然人犯罪采取了相同的立案数额标准10万元,但2022年《浙江省高级人民法院、浙江省人民检察院关于常见犯罪的量刑指导意见(试行)》规定,单位集资诈骗的数额标准按照个人集资诈骗的5倍即50万元执行。此外,对于犯罪数额未达立案标准或加重构成标准的未遂形态,也尽量限制处罚,实务中金融诈骗罪的未遂形态处罚较少。笔者在“北大法宝”查阅了审结日期从1998年11月27日到2022年12月31日的一审裁判文书,以“合同诈骗罪”为案由,检索裁判文书共计89049件,其中未遂被定罪的数量为469件,处罚未遂的比例为0.52%。

综上,可以认为立法、司法对金融诈骗罪的处罚轻于诈骗罪是有意为之。实务上不断突破既有规定对金融诈骗罪从宽处罚,进而倒逼立法与司法解释修正。有学者指出,以我国刑法全部罪名为样本进行比较观察,发现犯罪圈可划分三环结构。其中心部分是可还原为暴力、欺骗、偷窃的典型犯罪,中环部分是典型性较弱的定制之罪,外环部分是犯罪圈的模糊边界。金融诈骗罪属于中环部分的犯罪,其危害性相较于典型的暴力、偷窃、欺骗,危害性更小。^{⑦1}

五、金融诈骗罪的准确适用

经济发展在很大程度上依赖于金融发展。金融制度本身及相关配套制度亦是化解金融风险、处置金融纠纷的重要手段,能为金融纠纷的解决腾出更多的时间与空间。基于重法优先而将诈骗罪适用于金融诈骗行为,是用早期工业社会的诈骗罪教义学理论解读金融风险,过度注重安全而忽视了金融市场更需要的效益价值,未能正确认识金融诈骗罪及其与诈骗罪的差异而扩张了金融诈骗的入罪。这也是社会治理过度依赖刑法的表现,正如有学者所指出的,“即便民法典制定实施以后,社会治理的刑法依赖症依然存在

^{⑥7} 参见广东省四会市人民法院(2017)粤1284刑初143号刑事判决书。

^{⑥8} 参见广西壮族自治区钦州市中级人民法院(2016)桂07刑终7号刑事判决书。

^{⑥9} 参见耿磊:《关于修改〈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〉的决定的理解与适用》,载《人民司法·应用》2019年第1期,第24页。

^{⑦0} 参见江西省玉山县人民检察院玉检一部刑不诉(2020)25号不起诉决定书。

^{⑦1} 参见白建军:《犯罪圈与刑法修正的结构控制》,载《中国社会科学》2017年第5期,第69页。

在,把社会问题的治理简单等同为刑法治理的做法依然存在”^⑫。

(一) 金融诈骗罪与诈骗罪是中立关系或法条竞合关系

在诸多金融诈骗案件中,诈骗罪所要求的“骗与被骗”并不存在,金融诈骗罪与诈骗罪是中立关系。例如,银行作为信用卡的发行方,当然知道信用卡恶意透支、逾期的风险,对信用卡的发行规模、申请资质的审核条件、坏账的比例、收回透支款的方式等,进行了较为充分的风险与收益评估并容忍风险,即使出现了诸如恶意透支等风险,也不能认为银行是“完全被骗”。即使部分金融诈骗案件中被害人是“基于错误认识而处分财产”而符合诈骗罪的构成要件,考虑到立法在诈骗罪之外另设立金融诈骗罪是有意为之,也应认为二者是法条竞合而坚持特别法优先。认为金融诈骗罪与诈骗罪是想象竞合,实际上是以诈骗罪来评价金融诈骗行为导致的财产损失,将本该予以降格保护的财产权进行了强化保护。这并不符合刑法立法本意。

实际上,刑法对不同情境下的财产予以差别保护是存在的。例如,对于经济犯罪、贪污犯罪造成的财产损失,刑法对其处罚从宽于普通财产犯罪。又如,国家机关工作人员实施渎职犯罪也可能造成重大财产损失(如国家补贴被他人骗领),主观上对财产损失甚至可能是放任、故意的心态,但对滥用职权罪的处罚也显著轻于财产犯罪。有论者对100件安全事故监管渎职犯罪造成损失(包括财产损失)的案件进行统计分析后发现,在100个样本案件中被判处实刑的只有8件,其余则被判处免刑和宣告缓刑,更没有就财产损失而追究财产犯罪刑事责任的。^⑬对于国家工作人员在履职过程中造成的财产损失,如果以财产犯罪对行为人进行处罚会导致处罚过重,会在很大程度上制约国家工作人员积极行使职权。主张金融诈骗罪与诈骗罪是想象竞合而应重法优先的论者,也多认为欺诈类型的涉财犯罪与诈骗罪是想象竞合,如认为国家工作人员利用职务上的便利窃取、骗取公共财物,未达贪污罪但达到盗窃罪、诈骗罪的定罪数额起点,应以盗窃罪、诈骗罪论处。^⑭由于我国刑法对其他特殊类型的欺诈类犯罪的处罚多轻于诈骗罪,如果彻底贯彻重法优先,这类罪名将无适用的空间。

经济、金融领域的其他欺诈类型的犯罪通常也侵犯财产权利,与诈骗罪是法条竞合,因而对其应坚持特别法优先。例如,销售伪劣产品罪、骗取出口退税罪等,立法上对其处罚较之诈骗罪更为从宽,应坚持特别法优先而不能认定为诈骗罪。有判决指出,只要生产、销售假药,不管行为人是否实际以假药骗得钱财,都不能认定为诈骗罪。^⑮因为销售伪劣产品行为本身有经营的性质,而且行为人的身份是公开的,监管部门对其有着严格的管理、规范的手段与程序,刑法对其处罚也就轻于诈骗罪。当然,如果没有经营性质的销售伪劣产品行为,或者名为销售伪劣产品,但实际骗取的财物远超所销售的伪劣产品

^⑫ 前注⑥,刘艳红文,第32页。

^⑬ 参见刘雪梅、程笑笑:《安全事故监管渎职犯罪的量刑研究——基于100份刑事判决书的实证研究》,载《湖南警察学院学报》2020年第1期,第78页。

^⑭ 参见张明楷:《贪污贿赂罪的司法与立法发展方向》,载《政法论坛》2017年第1期,第9页。

^⑮ 参见最高人民法院刑事审判第一庭、第二庭主办:《刑事审判参考》(总第18集),法律出版社2001年版,第8-12页。

的价值的,实质上不能认定为是经营行为,则可能被认定为诈骗罪。^{⑦⑥}部分司法解释规定,经济、金融领域的欺诈型犯罪与其他罪存在竞合时强调重法优先。^{⑦⑦}对于该类规定的适用范围也应限制解释,不包括与财产犯罪(诈骗罪)的竞合,否则有违刑法对于该类犯罪的处罚特别从宽于财产犯罪的立法精神。例如,销售伪劣产品罪通常会触犯诈骗罪,对销售伪劣产品罪的处罚从宽于诈骗罪是立法有意为之,不能将销售伪劣产品行为认定为诈骗罪。实务中,对于销售伪劣产品罪与诈骗罪的适用关系缺乏统一性,应进一步予以规范。有论者统计,2018年—2020年的全国范围一审审结的生产、销售“三无”产品的案件,被认定为诈骗罪的有28件,被认定为生产、销售伪劣产品罪的有7件。^{⑦⑧}

(二) 应结合行为的“金融”属性来认定金融诈骗罪

认定金融诈骗罪应强调诈骗行为实质上具有“金融”属性,否则,应以诈骗罪论处。保险诈骗罪的法益应当结合保险(尤其是商业保险)的基本特性与保险领域的运作机制来作出界定,不应定位于对保险公司财产权的保护。^{⑦⑨}例如,江某驾驶他人的车辆故意碰撞路边电线杆等,制造虚假保险事故,假冒车主(投保人)向保险公司理赔,法院认为该案中行为人与保险公司之间不存在保险关系,系冒用他人的保险合同实施诈骗,应认定为诈骗罪。^{⑧⑩}就信用卡诈骗罪而言,只有使用了信用卡的金融功能,才能认定为信用卡诈骗罪,否则应认定为诈骗罪。例如,使用伪造的信用卡进行质押担保以骗取他人财物的,并没有使用信用卡的“信用”这一金融功能,只成立诈骗罪。就集资诈骗罪而言,不具有集资经营的内容,以虚构完全不存在的投资事项的方式骗取他人财产,不能认定为集资诈骗罪。例如,陈某等通过虚构集资、承包公路工程等事实,得到好友胡某某等的信任,多次骗取其钱财,并将骗得的钱财用于挥霍,大量购置高档消费品等,法院认定为诈骗罪。^{⑧⑪}对于同一金融诈骗罪,亦应考虑行为的金融属性差异对量刑的影响,如《刑法》对信用卡诈骗罪针对不同情形规定了差异化的处罚规则。

司法实践中,部分案件过度扩张了金融诈骗罪的适用范围,将不具有金融属性特征的行为认定为金融诈骗罪。以合同诈骗罪为例,“合同”必须是市场合同,认定合同诈骗罪要求行为具有扰乱市场秩序的特征。实务中,诸多仅具有合同外观的诈骗行为,完全不具有扰乱市场秩序的特征,也被认定为合同诈骗罪。例如,江某某故意隐瞒其在某小区三套还建指标房已经出售给他人的事实,诱骗被害人与其签订购房协议,骗取购房首付款。该案中,还建房指标并不存在,法院仅以签订了合同便认定为合同诈骗罪。^{⑧⑫}也

^{⑦⑥} 参见湖南省常宁市人民法院(2020)湘0482刑初31号刑事判决书。

^{⑦⑦} 《最高人民法院、最高人民检察院关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(2001年)第10条规定:“实施生产、销售伪劣商品犯罪,同时构成侵犯知识产权犯罪、非法经营等其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。”

^{⑦⑧} 参见刁雪云:《经济刑法中兜底条款的适用研究》,西南政法大学2021年博士学位论文,第47页。

^{⑦⑨} 参见前注^{⑦④},劳东燕文,第19页。

^{⑧⑩} 参见前注^{⑦⑥},最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办书,第9-16页。

^{⑧⑪} 参见浙江省缙云县人民法院(2013)丽缙刑初360号刑事判决书。

^{⑧⑫} 参见湖北省黄石市中级人民法院(2019)鄂02刑终154号刑事裁定书。

有部分案件过于限制了金融诈骗罪的范围,忽略了行为实质上具有金融属性而将其认定为财产犯罪。例如,U盾是网上银行交易工具,与信用卡片相比较,其具有同等的、独立的账户转账、交易、支付功能。但实务中,冒用他人U盾的案件多被认定为盗窃罪,判决仅注意了获取U盾的方式而忽略了使用U盾这一行为的金融功能。^⑧又如,随着微信、支付宝等第三方支付的普及,未经同意使用他人微信、支付宝资金的案件较为突出。微信、支付宝的支付账户与信用卡账户的功能和使用方式相同,对能否据此将其认定为“信用卡信息资料”,进而将该类行为认定为信用卡诈骗罪,笔者持肯定意见。第三方支付机构“支付”的是无形货币,其最根本的来源只能是银行卡账户。我国刑法对信用卡诈骗罪规定了明显从宽于诈骗罪的处罚原则,如果将上述行为认定为盗窃罪,而将使用他人信用卡或信用卡信息资料的行为认定为信用卡诈骗罪,则忽略了行为的金融属性特征,也有违罪刑均衡。

由于金融活动的复杂性,行为可能具有多重金融属性特征而触犯多个罪名,此时应以行为的主要属性特征决定适用的罪名。只有难以确定行为的主要属性特征时,才可以适用重法优先。如甲欺骗乙为其银行贷款进行担保,获得银行贷款后逃跑,行为同时触犯了贷款诈骗罪与合同诈骗罪。实务中有观点认为甲构成针对银行的贷款诈骗罪,针对乙的合同诈骗罪,或不构成犯罪,担保人的财产损失只能通过民事途径解决。理论上亦有学者主张成立合同诈骗罪,^⑨或者以贷款诈骗罪与合同诈骗罪择一重罪处罚^⑩。该行为事实上破坏了更为特殊的贷款规则,欺骗担保人仅是贷款诈骗的手段,贷款诈骗罪较之合同诈骗罪也更具有特殊性,应坚持特别法优先而认定为贷款诈骗罪。理论上亦有学者主张不同金融诈骗罪之间如果存在竞合关系应属想象竞合,需坚持重法优先。^⑪例如,认为通过使用伪造的银行存单进行抵押而获取贷款的,是贷款诈骗罪与金融凭证诈骗罪的竞合,应择一重。笔者认为,使用伪造的存单只是手段,骗取银行贷款才是行为的本质属性,应认定为贷款诈骗罪而非重法优先。相应地,行为具备同一金融诈骗罪的不同行为类型的特征时,也应就其主要特征进行归类。例如,行为人(实际持卡人)冒用他人的名义办理了信用卡并恶意透支,该行为包含冒用与恶意透支两种属性,但是该行为的主要属性是冒用他人信用卡,成立冒用型信用卡诈骗罪。当然,在以行为的主要属性特征决定适用具体罪名后,在量刑时也应酌情考虑行为所具有的其他金融属性特征。

(三) 部分忽略行为金融属性特征的观点应得到修正

部分观点未结合行为的金融属性特征来认定金融诈骗罪,应予以修正。例如,传统刑法理论多强调机器没有“处分意识”而不能成为被骗的对象,对机器实施“欺诈”行为的,成立盗窃罪。这一观点,已经被沿用至金融诈骗罪的认定中,如有观点认为,捡拾他人信用卡后,对机器使用的,成立盗窃罪;对人使用的,成立信用卡诈骗罪。并进一步

^⑧ 参见浙江省高级人民法院(2014)浙刑三终174号刑事判决书。

^⑨ 参见杨志琼:《贷款诈骗罪担保条款解释适用研究》,载《法学论坛》2018年第1期,第153页。

^⑩ 参见钱叶六:《担保贷款双重诈骗案刑民交叉实体问题研究》,载《法商研究》2018年第5期,第163页。

^⑪ 参见黄荣坚:《刑法问题与利益思考》,中国人民大学出版社2009年版,第207页。

提出,《刑法》第196条第3款所规定的“盗窃信用卡并使用的,成立盗窃罪”应限制解释,其中,“使用”应该是指使用卡内的余额,而不包括恶意透支。恶意透支的,另成立信用卡诈骗罪。^{⑧7}事实上,无论是对机器还是对人使用信用卡,无论是使用卡内余额还是恶意透支,都是破坏了信用卡管理秩序,不必区分对机器、对人使用而成立不同的犯罪,无需区别对待。^{⑧8}实务中,对于捡拾他人信用卡并使用的,并无区分对机器、对人使用,均是以信用卡诈骗罪论处。随着犯罪形式的多样化、金融交易活动对象的“机器化”,认定金融诈骗罪不必固守“机器不能被骗”的传统诈骗罪的思维。有学者通过对200余份诈骗罪裁判文书的梳理发现,尽管处分意识要件在司法实践认定诈骗罪中仍发挥着重要的抓手作用,但随着新型诈骗手段的层出不穷,尤其是网络电信诈骗,其在解释疑难案件时愈加呈现捉襟见肘的窘态。^{⑧9}

部分规范未充分考虑行为的金融属性,应予以修正。例如,《刑法》第196条第3款规定,盗窃信用卡并使用的,成立盗窃罪。但是,2018年《信用卡解释》规定,窃取他人信用卡信息资料并在互联网、通讯终端使用的,属于冒用他人信用卡,成立信用卡诈骗罪。对盗窃实体信用卡并使用和窃取信用卡信息资料并使用的行为进行不同的定性,忽略了行为的共同特征在于破坏了信用卡管理规则。此外,当获取财物的多个行为具有牵连关系,也应主要以主要行为性质来认定具体罪名。例如,通过非法方式获取他人信用卡后再使用的,使用信用卡是获取财物的关键,原则上应依据后行为认定为信用卡诈骗罪。2016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》规定,抢劫信用卡并使用的,成立抢劫罪。但是,后续使用信用卡的行为才是获取财产的关键,应认定为信用卡诈骗罪。

就金融诈骗罪本身及其与诈骗罪的差异,未来还应紧密结合不同金融诈骗行为的特征,对金融诈骗罪作出更符合其金融属性的规定。首先,对于具体金融诈骗罪个罪与诈骗罪的罪刑关系如何进一步合理区分、个别金融诈骗罪的设立是否有必要等,有必要结合行为的金融特征进行调整。例如,市场经济初期,设立合同诈骗罪并规定特别从宽于诈骗罪的处罚原则,有助于缩小犯罪圈而鼓励经济交往。但现今随着经济活动的频繁,具有合同形式、经济活动内容的诈骗已经成为诈骗罪的典型形态,合同诈骗罪特别从宽于诈骗罪的必要性可能需要进一步思考。其次,对于金融诈骗罪的出罪事由,有必要规范化。如对于信用卡诈骗罪,基于实务中恶意透支的数额一般不大,归还的可能性较大,立法以及司法解释不断调整以实现出罪或从宽处罚。对于其他金融诈骗罪,在未来的刑法修正中也应充分考虑弥补被害人损失对于出罪或从宽处罚的意义。

^{⑧7} 参见前注^{⑧6},张明楷书,第910页。

^{⑧8} 参见韩耀元、吴峤滨:《〈最高人民法院关于拾得他人信用卡并在自动柜员机(ATM机)上使用的行为如何定性问题的批复〉的理解与适用》,载《中国刑事审判指导案例》(第1册),法律出版社2009年版,第821页。

^{⑧9} 参见陈心哲、魏汉涛:《三分法:诈骗罪处分意思区分说之提倡》,载《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2021年第5期,第89页。

六、结 语

金融发展的初期,由于公众对金融风险的认知有限,金融规则与制度不完善,以传统诈骗罪的教义学解读金融诈骗罪有其必然性。这一时期,金融的应有作用并没有充分发挥,金融诈骗与普通诈骗的危害性差异较小,将金融诈骗行为认定为诈骗罪亦有一定的合理性。随着我国金融不断发展及其在助力经济发展中作用的提升,包括金融诈骗在内的金融风险也在逐步扩张,但这是金融发展所必然要面对的。对金融诈骗行为以普通诈骗罪论处是对金融风险的零容忍,绝对安全的金融背离了金融的本质,无法发挥金融本身应有的作用。金融发展也必然要求金融风险治理的多元化,包括金融规则的完善,民法、行政法、刑法等不同部门法的综合治理。未来还需要结合我国金融发展与创新、金融消费者及国家对金融风险的认知与容忍,重视金融风险的多元治理,进一步揭示金融诈骗罪特别从宽于诈骗罪的法理,对金融诈骗罪及其与诈骗罪的关系,在立法与司法上进行更为精准的差异对待,使刑法在惩罚金融犯罪与保持金融活力之间保持更优的平衡。

Abstract: The ‘fraud’ in the crime of financial fraud is not entirely equivalent to the crime of fraud. Some victim is not completely in the role of being ‘deceived’. The identity of the actor disclosed to the victim determines the degree of ‘fraud’ is relatively limited, and the ‘financial cooperation’ relationship between the actor and the victim determines that the criminal law should not be excessively involved in financial fraud. To a certain extent, financial risks are the risks allowed by the criminal law. Property in different fields have different tolerance of risk, and their risk prevention and dispute resolution measures are also different, so the criminal law should also be discrepant in the risk intervention. For the crime of financial fraud, the overall direction of the amendments to the criminal law and judicial interpretation is to be gradually more lenient than the crime of fraud for punishment. In judicial practice, it also adheres to the special law priority and further reduces the crime of financial fraud. Punishing financial fraud as the crime of fraud based on the priority of the law excessively focuses on security, ignores the needed efficient value of the financial market, departs from the financial attribute characteristics of the behavior, and constrains the role of finance in supporting economic and social development.

(责任编辑:王 楷)