

金融诈骗罪特别从宽于诈骗罪的再认识

前沿聚焦

□ 徐光华 (华东政法大学刑事法学院教授)

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,主张特别法优先,反对意见则认为应坚持重法优先,并认为刑法对金融诈骗罪的处罚轻于诈骗罪是立法疏漏。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。

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。诈骗罪是保护财产权这一立法目的下的产物,而金融诈骗罪针对的主要是一种超个人法益的金融秩序。

(一)金融诈骗罪中的被害人并非完全处于被“骗”的角色

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。部分被害人并非金融消费者,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”。被害方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。

(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。其次,正是因为行为人为被害人公开,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被害人还有“归还”的打算。

(三)行为人与被害人“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。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态度接纳更多的金融消费者、助力经济发展。

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。例如,信用卡恶意透支案件中,行为人恶意透支并非直接逃跑,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。绝大部分案件中,犯罪嫌疑人会在1至5年的时间内,逐渐形成“慢性”恶意透支,案发后大部分嫌疑人能够筹钱还款。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。

金融风险一定程度上是刑法所容许的风险

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。

(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金融风险,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。

(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要求通过所谓风险溢价即回报率的方式予以补偿。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。

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

(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。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。但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。

(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年至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。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,扩大理解金融诈骗罪而限制诈骗罪的认定。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。

(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。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具有非法占有目的,并且实务上对司法解释所规定的各种推定非法占有目的的情形作了进一步限制。

(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》第五条第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。此外,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”。

金融诈骗罪的准确适用

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。

(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。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”。

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。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。

(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。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。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。也有部分案件过于限制了金融诈骗罪的适用范围,忽略了行为实质上具有金融属性而将其认定为财产犯罪。

(三)部分忽略行为金融属性特征的观点应得到修正

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“欺骗”行为,成立盗窃罪。据此,捡到他人信用卡后,对机器使用的,成立盗窃罪;对人使用的,成立信用卡诈骗罪。事实上,无论是对机器还是对人使用信用卡,都是破坏了信用卡管理秩序。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。

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。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。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,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。

(原文刊载于《中国法学》2024年第1期)

法界动态

“新兴生物医学科技伦理治理框架的完善”国际研讨会举行



本报讯 记者黄洁 日前,“新兴生物医学科技伦理治理框架的完善”国际研讨会在中国人民大学法学院举行。

中国人民大学副校长王铁表示,生物科技的发展给人类带来众多机遇的同时也引发了科技伦理治理挑战,实现科技创新高质量发展与有效伦理及法律治理的良性互动是一个全球性问题。完善新兴生物医学领域的治理框架是对党的二十大报告“加强重点领域、新兴领域、涉外领域立法”的贯彻落实。本次国际研讨会对于推动科技创新、促进科技向善、加快形成新质生产力具有重要意义。

中国人民大学法学院教授石佳友表示,本次国际研讨会横跨法学、医学、伦理学、哲学、生命科学、认知科学等多个学科,是一场跨文化的交流对话,从中西文化的不同视角探讨了个人权利、天下观、风险社会应对等重大议题,形成了一系列有益的讨论成果。

第十四届Moot Shanghai国际商事模拟仲裁庭竞赛举行



本报讯 记者余东明 3月4日至7日,由华东政法大学、上海政法学院共同主办的第十四届Moot Shanghai国际商事模拟仲裁庭竞赛举行。

上海政法学院院长刘晓红在闭幕式致辞时表示,Moot Shanghai促进了国际法律实践的交流与合作,来自世界各地的法学院校一同探讨在当前国际局势下国际仲裁人才培养模式,又一次为国际仲裁人才交流搭建桥梁,为海内外法学生提供了高质量的实践交流平台。上海政法学院愿与来自世界各地的法律人进行广泛深入的交流,也期待此次赛事能够为中国商事仲裁的国际化提供助力。

Moot Shanghai作为上海政法学院知名国际化品牌,十四年来坚持初心,不断推动学校应用型涉外仲裁实务人才的培养,提升学校的国际影响力和知名度,致力于为全球的法律学子搭建提升商事争议解决能力和建立友谊的平台,为来自世界各地的法律人提供涉外法治人才交流渠道,传播法治精神,共同推进国际法律人才培养迈向新的高峰。

中国政法大学研究生文科综合实验教学中心揭牌成立仪式举行



本报讯 记者黄洁 近日,中国政法大学研究生文科综合实验教学中心揭牌成立仪式举行。研究生文科综合实验教学中心的建设基于新文科创新型人才培养和实验教学体系建设的需要,以提升人才培养综合素质和专业能力为核心,在统合学校各学科专业的实验室建设需求的基础上统一规划、整合实施、集中建设而成。

中国政法大学校长马怀德表示,研究生文科综合实验教学中心建设和投入使用是学校研究生教育历史上的一件大事,对于学校研究生培养起到重要的推动作用,要建好、用好、运维好研究生文科综合实验教学中心,不断提升研究生培养质量,突出研究生培养特色。研究生文科综合实验教学中心包括文科综合大数据教研平台、4K超清演播室(法治文化工作坊)、文科融合工作坊、文科综合教学研讨区(大数据、融媒体展示区)等功能区域,可满足相关大数据与人工智能实验、小型演出交流、实务讨论、案例教学、模拟研讨以及课程录制、文化宣传、访问访谈等方面的需求。

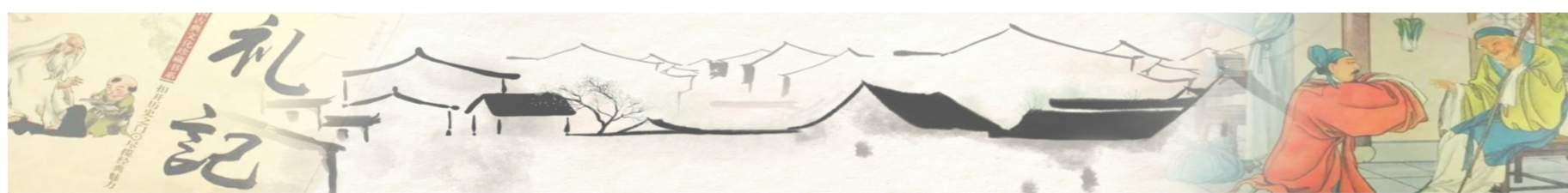
西北政法大学深化校风学风建设专题工作会议举行



本报讯 记者孙立昊 为进一步落实立德树人根本任务,强化学生纪律教育,优化校风学风建设工作,深入推进本科教育教学评估工作提质增效,近日,强化学生纪律教育暨深化校风学风建设专题工作会议在西北政法大学举行。

西北政法大学党委副书记郭武军表示,各学院要切实提高政治站位,强化责任担当,高度重视学生纪律教育和优良校风学风建设的重要性、紧迫性,要持续强化基层党建引领,凝聚“三育人”合力,充分发挥教师在课堂教育和思想政治教育工作中的重要作用;要不断优化育人机制,创新育人理念,着力提升学校思想政治教育工作的针对性和实效性,不断增强学生的政治认同、文化认同、情感认同,切实提高育人工作质效水平。

西北政法大学副校长马朝琦表示,各学院要以此次会议为契机,统一思想,凝聚共识,常态化推进学生纪律教育、优良校风学风建设工作;要进一步明确责任,强化工作推进落实,切实做到不打折扣、不留死角;要广泛深入开展教育,以培养学生严明纪律意识和优良校风学风为目标,努力营造全员参与共建的良好校园氛围。



《礼记》中关于敬老的礼仪

法学洞见

□ 郝铁川 (河南大学法学院教授)

《礼记》中的《内则》《乡饮酒义》等篇记载了许多尊老、敬老的礼仪,对后世中华礼仪特色的形成影响较大。归纳下来,主要有如下十项:

第一,定期举行敬老宴会。这是一个古老的礼仪。《礼记·内则》说,招待老人的宴会,有虞氏时代叫燕礼,夏代叫饗礼,商代叫食礼,有虞氏在上库设宴款待国老,在下库设宴款待庶老。夏后氏在东序设宴款待国老,在西序设宴款待庶老。殷人在右学设宴款待国老,在左学设宴款待庶老。周人在东郊设宴款待国老,在虞库设宴款待庶老。周人遵循古制而三礼兼用。年满五十岁的老人就可以参加在乡学中举行的敬老宴;年满六十岁的老人就可以参加在王官小学中举行的敬老宴;年满七十岁的老人就可以参加在大学中举行的敬老宴。从天子到诸侯都适用这条规定。史学家杨宽先生在《西周史》中指出,《礼记》所说的敬老宴和《仪礼·乡饮酒礼》都是同一个礼仪,起源于氏族聚会的会食风俗,旨在尊长和养老,军事民主制时期演变为商量大事的贵族议事会,古希腊和古罗马演变为贵族养老院,而中国还没有走到那一步。

第二,不同年龄的老人拜见君主时可以采取不同的叩拜礼仪。《礼记·内则》说,八十岁的老人精力已衰,在拜受君命时,只要跪下去连叩两次头就可以了。盲人行动不便,也可照此办

理。九十岁的老人越发体衰,可以让他人代替自己拜受君命。

第三,不同年龄的老人在饮食方面可以享受不同的待遇。《礼记·内则》说,五十岁以上的老人,可以不吃粗粮而吃细粮;六十岁以上的老人没有肉就不吃,所以要常备有肉;七十岁以上的老人饿得快,每顿饭要多做一份,以备零食;八十岁以上的老人,要常吃珍美的食品;九十岁以上的老人,其住室中要经常存有食品,无论他走到哪里,随身都备有饮食。

第四,对老人的后事要早做准备。《礼记·内则》说,对年满六十岁的老人,做子女的要为其准备需要一年时间才能做好的丧葬用品;对年满七十岁的老人,就要为其准备需要一季时间才能做好的丧葬用品;人到了八十岁,就要为其准备需要一个月时间才能做好的丧葬用品;人到了九十岁,就要为其准备需要一天时间才能做好的丧葬用品。只有纹、纷、帛、冒,这些东西做得快,所以死后再做也不迟。

第五,对不同年龄的老人,要着重注意满足其生理的特殊需求。《礼记·内则》说,人到了五十岁就开始衰老;到了六十岁饭没有肉就不吃不饱;到了七十岁没有丝绵就会感到身上不暖;到了八十岁没有人暖被窝就睡不暖和;到了九十岁即使有人暖被窝也睡不暖和了,还要增加些暖壶之类的措施。

第六,不同年龄的老人可以在不同的地方拄杖。《礼记·内则》说,五十岁以后可以拄杖于家;六十岁以后可以拄杖于乡;七十岁以后可以拄杖于国;八十岁以后可以拄杖于朝;九十岁以后,天子若有事询问,就应派人到他家请教,还要带上好吃的。

第七,君主对不同年龄做官的老人,要给予不同的照顾。《礼记·内则》说,大夫到了七十岁,就可以不在朝里侍候,可以告老退休,遇到丧事只要身穿孝服就行,其他礼数全免;八十岁以后,天子要每月派人前去问安;九十岁以后,天子每天要派人送去食品。

第八,君主对不同年龄的平民老人要给予不同的政策优待。《礼记·内则》说,到了五十岁的平民老人,就可以不服劳役;六十岁以后就不服兵役;七十岁以后就不再参与应酬宾客的活动;八十岁以后连祭祀丧葬这类重要的事也不用参与了。家有八十岁以上老人者,可以豁免家中一名成员的劳役;家有九十岁以上老人者,可以豁免全家成员的劳役。盲人的待遇同此。

第九,关于养老的目的。《礼记·内则》引用曾子之口说,孝子的养老,首先在于使父母内心快乐,不违背他们的旨意;其次才是言行循礼,使他们听起来高兴,看起来快乐,使他们起居安适,在饮食方面尽心侍候周到,直到孝子死而后已。所谓“终身”孝敬父母,不是说终父母的一生,而是终孝子自己的一生。所以,虽然父母已经去世,但他们生前所爱的,自己也要爱;他们生前所敬的,自己也要敬;就是对他们喜欢的犬马也都是如此对待,更何况对他们爱的人呢!

第十,关于天子敬老的目的。《礼记·内则》说,五帝时代的主要目的是效法老人,以他们为榜样;三代时期除了有效法的含义以外,还在养老典礼上请他们训话。五帝时代着重于效法老人,没有设下“乞言”这个节目,只是把他们的优良德行记载下来,成为敦厚之史。三代时期养老也效法老人们的德行,但在养老典礼临近

结束时要请他们训话,留下宝贵意见,但这样做也不是硬性强迫,而是随老人们的自愿。三代时期也要把老人的善言厚德记录下来,成为敦厚之史。

古代尊老、敬老的主要原因,是因为那个时代老人在生产和生活方面所具备的智慧较之年轻人丰富。人类学家玛格丽特·米德就在《代沟》一书中提出了著名的“三喻文化”,即前喻文化、并喻文化(也有人译成同喻文化)和后喻文化。要而言之,前喻文化指的是年轻人要向长者学习,后喻文化则倒过来,年长者要向年轻人请教,并喻文化是指不管什么年纪都要一起学习。前喻文化,即所谓“老年文化”,是一切传统社会的根本特征。在这样的环境中,生产和生活相对简单,经验十分宝贵,而老人多见多识广,经验丰富,因此,那个时期曾经流行“谁的胡子多,谁的智慧就多”的说法。老人是整个社会公认的行为楷模,更是年轻一代的行为标准。老一代传授给年轻一代的不仅是基本的生存技能,而且还包括他们对生活的理解、生产生活方式以及简朴的道德是非观念。礼仪是时代的标志和记忆,也随着时代的变化而更新。到了工业化时期,现代科技知识和传统习惯此起彼伏,老年人和年轻人各有千秋,因此并喻时期到来了。到了信息化时代,年轻人在掌握新知识、新理念方面,较之老年人有优势,因而老年人会倒过来向年轻人请教一些新知识,因此后喻时期到来。这道理犹如毛主席在20世纪50年代接见中国留苏学生说的那样:世界是你们的,也是我们的,但是归根结底是你们的。你们青年人朝气蓬勃,正在兴旺时期,好像早晨八、九点钟的太阳。希望寄托在你们身上。