

## 如何准确认定诈骗罪非法占有目的

◇ 郭慧 陶曼

## 【案情】

被告人林某某原系A公司员工,张某某原系A公司员工,担任过总经理、营销主任,黄某某名义上担任A公司副总经理,但并非该公司员工,系霍林郭勒市某某货运公司经理,付某某系黄某某的生意合作伙伴。韩某某系B公司副总经理,祁某某系B公司司机,负责在机场民用项目部开车。

B公司于2014年负责霍市民用机场的全部项目施工。同年6月7日,B公司通过招标,将其负责的机场工程附属工程及总图工程分包给A公司。双方签订了《建设工程施工合同》(林某某为A公司的签约代理人)。被告人林某某、张某某、黄某某、付某某、韩某某、祁某某等人经商议,由祁某某(系黄某某名下霍市某某货运公司的会计)出面与A公司签订《工程项目经营管理协议》和《滨海公司安全生产责任书》。祁某某为该项目负责人,对该项目的经营管理全权负责,单独核算、自负盈亏,并向A公司缴纳管理费。2016年12月,林某某给A公司相关负责人陈某打电话要办理工程款结算事宜。陈某于2016年12月19日办理完承兑汇票后,当天将金额为3201754.46元的双张承兑汇票交给林某某。后林某某将承兑汇票交给张某某,张某某于2016年12月21日贴现人民币3124912元(贴现花费人民币76842.46元),并于同日转给韩某某50万元,祁某某54万元,林某某之子林某50万元,张某某本人分得50万元。

2017年1月25日,被告人林某某将结算说明以彩信的形式发给了黄某某。其后,黄某某多次与林某某、张某某、韩某某、祁某某等人商谈分成事宜,均未果。同年1月27日至30日,张某某通过自己及林某某的账户转给黄某某60万元;韩某某分别于同年4月20日、5月5日转给黄某某100万元。黄某某与林某某等人后就工程款的分配多次沟通协商,未达成一致意见,黄某某于同年10月9日到公安机关报案,称林某某等人并未参与工程的任何施工过程,而将工程款骗走,共被林某某诈骗165万元。

## 【分歧】

本案争议焦点是被告人林某某是否具有非法占有的目的。

## 【评析】

笔者认为,可以从以下五个方面把握:

一、行为是否采取了虚构事实、隐瞒真相的手段

成立诈骗罪客观方面要求行为人实施了虚构事实、隐瞒真相的欺骗行为。从本案查明的事实看,被告人林某某到B公司结算的整个过程中,并未实施虚构事实或者隐瞒真相的欺骗行为。

1.被告人林某某等人到B公司进行工程款结算,原因是合伙人黄某某一直未将账目公示,林某某与黄某某的通话录音显示,林某某多次提到黄某某的账目没有公布的问题,黄某某对此并未否认。

2.被告人林某某到B公司结算时提交了依据真实工程量制作的结算清单,B公司亦是依据该结算清单进行工程款结算。虽然林某某等人绕过A公司与B公司直接进行结算,但是考虑到林某某等人与B公司的挂靠关系,该结算行为的性质实际是施工人借挂靠公司之名行使其应得权益,林某某等人以A公司员工的身份去挂账,并不能评价为刑法意义上的虚构事实或者隐瞒真相的欺骗行为。

二、行为人在取得财物后的处理情况和事后态度

在诈骗罪中,犯罪分子实际取得财物后,往往对诈骗所得财物实施隐匿、挥霍等难以或者无法追回的实际处置,或者采取各种措施逃避被害人追索或者侦查、调查。从本案查明的事实看,被告人林某某并未有前述行为。

1.被告人林某某在与张某某从B公司取得320万元承兑汇票并贴现后,个人并未占有该笔钱款,而是在合伙人之间经商议后平均分配。在工程施工过程中,林某某等合伙人之间也曾进行过类似的平均分配。在案证据证实,黄某某曾让祁某某给林某某4.4万元,给韩某某4万元,张某某5万元,给祁某某一合作价1万元的笔记本电脑,该分配方案侧面印证了林某某等人对工程款平均分配的说法。关于与黄某某进行工程款分配的情况,林某某于2017年1月25日以彩信的形式将320余万元工程款结算后如何支出的明细发给了黄某某,张某某分两次共汇给黄某某60万元,韩某某分两次共汇给黄某某100万元。

2.被告人林某某在得到工程款后,没有故意逃避与其他合伙人联系的行为。林某某虽然在分配工程款时未告知黄某某,但后来将该笔款项的去向情况都向黄某某进行了详细告知。

三、行为人与被害人之间的真实关系

综合在案证据分析,本案并不能得出黄某某一人进行施工而无其他合作、合作方,被告人林某某等人只是帮忙、由黄某某给付一定的好处费这一唯一的结论,林某某、张某某、韩某某、祁某某等人在工程施工过程中确实起到了一定作用,从林某某的供述、韩某某等证人证言以及整个施工过程来看,林某某等人与黄某某确实存在一定的合伙或合作关系,双方围绕工程款产生的纠纷属于民事法律纠纷。虽然因为各合作方的身份问题(林某某等人均在A公司或B公司担任职务),林某某等人没有与黄某某签订书面合伙、合作协议,并不能据此认定几人不存在合伙、合作关系。

四、案件发生的起因

本案涉案工程名义上是由A公司承建,实质上是由以祁某某的名义承揽并由被告人林某某等人施工的挂靠工程。在建设工程领域中,以挂靠形式承揽工程的现象较为常见。本案中,无论A公司与祁某某签订的合同内容,还是A公司出具的证明、被告人陈述、证人证言来看,以祁某某的名义签订合同的工程项目,是典型的借用他人资质的挂靠工程。被挂靠的A公司除收取管理费外,并不参与工程的实际施工和管理。

综上,本案无法认定被告人林某某具有非法占有的目的。

建筑施工领域挂靠乱象,不仅严重扰乱了市场秩序,还导致出现大量的法律纠纷。从本案被告人林某某等人的身份情况来看,也可看出A公司对员工的管理方面存在一定漏洞。本案归根结底是由企业违法挂靠、对建筑工程施工的日常监管不力、对员工管理不严格引起的各方权利义务不明,实际施工人利益争议而产生的纠纷。涉及的法律关系有发包人与被挂靠人之间名义上的合同关系,被挂靠人与挂靠人之间的无效合同关系,发包人与实际施工人之间形成的事实合同关系。如实际施工人不是一个人,还涉及个人之间的利益结算关系。发包人与承包方、承包方与挂靠方的权利义务已经按照合同履行完毕。黄某某与林某某等人各执一词而就利益争议不能达成一致意见,也正是由于有该利益争议的存在,才导致了本案的发生。

刑法的谦抑性原则要求必须在其他救济手段明显不充分、不足以保护法益时,才能考虑适用刑法。这就要求要更严格地考虑适用民事主体之间的经济纠纷,一般的欺骗行为与刑事犯罪的界限,只有在用民法、行政法等法律无法进行调整,不足以保护受害人的合法权益,且行为人的相关行为达到了严重程度或严重的社会危害性时,才能适用刑法进行规制。本案中,在发包方与承包方、承包方与挂靠方的权利义务已经终结,被告人也未逃匿的前提下,报案人黄某某与被告人林某某等人的利益争议应通过民事救济途径予以解决,不宜动用刑法解决此类纠纷。

(作者单位:最高人民法院;内蒙古自治区霍林郭勒市人民法院)

## 毒品犯罪上下家及共同犯罪的认定

## 刑事焦点

◇ 陈星颖

众所周知,毒品犯罪往往链条过长,在毒品犯罪中,可能会涉及毒品犯罪的上家以及下家刑事责任如何认定的问题。然而,在司法实践中,毒品犯罪往往较为复杂,犯罪链条过长可能导致对其上家、下家刑事责任的认定存在差异化,且司法解释对该类情形并未有明确的规定,毒品犯罪的上下家是否成立共犯,逐渐成为司法认定的难点。因此,为了更有效地打击毒品犯罪,有必要从理论以及实务的视角,将毒品犯罪的上下家及共同犯罪的认定予以进一步明确。

## 一、毒品的上家、下家应当成立共同犯罪

毒品犯罪的上家通常指的是毒品的提供者,而下家则是毒品的接收者。这种角色的划分有助于理解犯罪链条的各个环节。毒品犯罪的上下家虽然在《全国法院毒品案件审判工作会议纪要》(以下简称《昆明会议纪要》)中有所涉及,但只是针对毒品上下家犯罪的死刑适用问题,而未涉及是否成立共犯的问题。

就毒品犯罪而言,其上下家之所以较难认定,往往在于绝大多数上家与下家从未谋面,他们在彼此交流沟通的过程中,一般通过隐语进行。就算一方被抓,对案件的侦破仍然面临着较大的障碍。之所以如此大的障碍,就在于司法实践对上下家的认定存在较为割裂的局面。转换思路,即便从未谋面的毒品上下家,根据我国刑法第二十五条的规定,也可以认定为共同犯罪。根据刑法第二十五条的规定,共同犯罪成立的核心条件包括:主体要件、主观要件、客观要件。

首先,主体要件要求共同犯罪必须由两个或两个以上的达到法定刑事责任年龄、具有刑事责任能力的人构成。就毒品犯罪的上下家而言,只要达到刑事责任年龄,具有刑事责任能

力,就符合主体要件要求。值得注意的是,如果一方主体是单位,另一方主体是自然人,也符合成立共同犯罪主体性的要求。

其次,主观要件要求共同犯罪人必须有共同的犯罪故意。通说认为,共同的犯罪故意一般是指就某类犯罪行为达成一致。对于该合意也未必要求一致,但对共同故意的判断应该认定二人是否有共同犯罪的意思联络,且必须发生在犯罪既遂前,即事前通谋。具体在毒品犯罪中,上家是毒品的贩卖者,而下家则是毒品的购买者。通说一般认为,上家与下家成立的罪名无需一致。例如,贩毒者构成贩卖毒品罪,而购毒者是否构成贩卖毒品罪取决于其主观目的。如果购毒者以卖出为目的进行购买,且达到非法持有毒品罪的人罪数量标准,则构成非法持有毒品罪。

最后,客观要件要求共同犯罪人必须有共同的犯罪行为。从表面上来看,毒品犯罪的上家与下家实施的行为可能不相一致,甚至在某些情形下会存在性质各异的情况。但是从实质上来说,该类行为都是整个犯罪链条上的环节,即便有所差异,也不影响共同行为的成立。

## 二、应以“行为共同说”确立各自的罪名

然而,成为问题的是,“共同犯罪”的“共同”需要达到何种程度?特别是在毒品犯罪的上下家的认定中,更复杂。如果按照传统的完全犯罪共同说的观点来说,上家与下家必须同时触犯相同的罪名时,才能成立共同犯罪。例如,上家是以贩卖毒品的故意实施了贩卖的行为,下家则是以自吸的目的购入了数量较大的毒品,则上下家因为罪名不同难以成立共同犯罪。这显然不合理。

虽然部分犯罪共同说对完全的犯罪共同说有所修正,认为各个犯罪人之间需要存在共同犯罪的意思联络即可,且在犯罪重合的范围内成立共同犯罪。然而,如何证明该种意思联络不仅困难,而且在通常情况下也难以

实现。此外,两起犯罪在何种程度上属于“重合”,也存在较大的争议。行为共同说认为,二人以上通过共同行为以实现各自企图的犯罪人,也可构成共同犯罪。行为共同说更注重行为人的主观意图和共同行为的作用,即便这些行为可能涉及不同的犯罪构成要件或犯罪事实。

具体就毒品犯罪的上下家而言,虽然实施的构成要件可能存在不同,也未必具有具体的意思联络,甚至各个行为人在实施行为时,所处的地位、具体的分工、参加的程度、参与的时间等均不相同,但他们的行为都是为了指向相同的目标,从而紧密相连,有机配合,各自的行为都是整个犯罪活动的组成部分。因此,根据行为共同说认定其成立共同犯罪较为妥当。

例如,就运输毒品犯罪而言,如果人体运输者明知他人带有毒品,并为之形成共同运输的意思联络,则与贩毒者构成共同犯罪。对于分段运输者,如果与指使者或雇佣者有共同犯罪的意思联络,也可以构成共同犯罪。然而,分段运输者之间彼此不认识,可能难以构成共同犯罪,但是分段运输者彼此与上家之间依然可以成立共同犯罪。

总而言之,在认定毒品上下家共同犯罪时,无论各共同犯罪人是否悉数到案,均可依照行为共同说理论,并结合在案证据来认定毒品共同犯罪的成立。此外,共同犯罪与单独犯罪的不同在于各共同犯罪人之间存在意思联络,但这种意思联络不是绝对的,而是相对的,且完全按照各自的犯罪罪名来进行定罪处罚。此外,即使组织犯、教唆犯、帮助犯相互之间没有意思联络,但只要与实行犯之间存在意思联络,也可以成立共同犯罪。

## 三、需要根据主犯、从犯理论进一步确立各自刑事责任的大小

虽然可以根据行为共同说简化毒品犯罪上下家之间共同犯罪的认定,但是还需要进一步确定行为人在共同

## 审前涉案财物处置法律监督应当尽快实现法治化

## 问题探讨

◇ 张云霄 张伟龙

审前刑事涉案财物处置法律监督实践的突破与强化应首先彻底更新办案机关及其人员的思维理念,真正树立“人财并重”的刑事司法价值导向,具体而言:第一,办案机关应当革新传统的司法理念,在注重依法惩治犯罪的同时,充分认识到尊重和保障包括犯罪嫌疑人在内的公民的财产权的宪法地位和重要意义,真正做到人身权利保障与财产权利保障并重,将宪法关于公民财产权的保障要求落到办案实处。第二,审前刑事涉案财物处置必须改变侦查机关“一家独大”的现象,更加强调现代刑事诉讼所要求的司法审查模式,切实贯彻现代刑事诉讼所要求的“控审分离原则”,突出强调审前刑事涉案财物处置的合法性、公平性的问题,进一步提升公民在刑事案件办理中的安全感与获得感。第三,检察机关自身应当高度重视审前涉案财物处置法律监督对于维护和促进公平正义的重要性,不断强化法律监督的意识和力度,切实将其纳入到整个法律监督体系中加以审视和对待,不断拓展法律监督的渠道,从宣传培训、业务考评、专项行动开展等多个

维度予以发力,全面提升审前刑事涉案财物处置法律监督的地位。

审前刑事涉案财物处置法律监督更需法治的完善作为坚实保障。法治的首要在于“有法可依”,而且要求“于法明确”,最大限度地划定公权力运行的边界、降低公权力被恣意适用的数值。此外,根据“法律保留原则”的基本要求,对于涉及公民财产权益这一重大权利及其审前刑事涉案财物处置法律监督等的话题,不能随意由行政机关或者司法机关在各自领域进行所谓的“立法”,而是通过国家法律层面予以正式回应,统一规定与具体阐明,为检察机关法律监督工作提供坚实的法律依据,从根本上清除各类关于涉案财物处置“土政策”的生产土壤,最大限度地保障审前刑事涉案财物处置工作在法治的轨道上运行。为此,笔者建议在刑事诉讼法修改中应当尽快明确审前涉案财物处置的基本程序,具体而言:

其一,我国刑事诉讼法修改应当尽快增加对“物”的强制措施,在“强制措施”一章中明确搜查、扣押、查询、冻结、查封等对“物”强制措施内容,使其受到强制措施程序规则的约束;并且明确规定检察机关对“物”的强制措施适用依法拥有审查权,由检察机关签发审批令状后,再由侦查机关等具体执行,进一步限缩侦查机关等对于审前涉案财物处置的自由裁量权,改变

侦查机关“自我授权、自我启动、自我实施”的现象,进一步增强检察机关法律监督的刚性与公信力。

其二,我国刑事诉讼法的修改应当明确犯罪嫌疑人、被告人、被害人及利害关系人等相关人员依法享有的最基本的“三项权利”,即依法被告知权、程序参与权及法律救济权。具体而言:第一,检察机关应当在审前依法向犯罪嫌疑人、被告人以及被害人等告知其刑事涉案财物处置情况及其享有申请法律监督的权利,使其有效地了解涉及自己利益的涉案财物的“流向”。第二,真正赋予公民制衡办案机关的必要权利和手段,降低其于涉案财物处置法律监督申请的“门槛”,真正畅通公民申请法律监督的渠道,即只要相关人员提出法律监督的申请并附有相应的证据线索材料,检察机关应当依法启动法律监督程序,对审前刑事涉案财物处置的各项工作进行实质性审查,并且可以通过“检察听证”的方式,进一步调查核实相关情况,及时作出法律监督结论。第三,相关人员对于检察机关所作出的监督结论有异议的,可以在法定期限内申请复议一次,从而最大限度地保障公民对于审前刑事涉案财物处置法律监督的程序权利和实体权利。

其三,国家立法机关应当尽快开展涉及刑事涉案财物处置方面的“立、改、废”工作,统一明确刑事涉案财物处置的责任主体、具体标准、规范程序、法律责

## 违规开设场外虚盘配资平台的行为定性

## 司法实践

◇ 谭佳怡 孙唯和

## 【案情】

2018年9月起,被告单位信阳公司在未经证监会批准的情况下,由实际控制人李某等人设立多个具有开立账户、委托交易、证券结算等功能的证券交易分仓软件,为配资投资者开立非实名子账户,以1:3至1:10不等的杠杆比例提供配资资金。投资者交纳保证金并下达交易指令后,被告人李某等人利用分仓软件指令关联至证券账户,进行真实股票交割,从中赚取交易佣金和配资利息。2020年4月起,被告人李某等人对分仓软件重新设置,使得投资者在分仓软件下单的证券交易指令未关联至证券账户,未在证券市场实现真实股票交割,仅在系统内进行虚拟交易,并根据真实证券市场行情予以

结算。经审计,信阳公司收取保证金9100余万元,交易成交金额21亿余元,赚取交易佣金、配资利息等930余万元。

## 【分歧】

本案中,针对2020年4月前开设场外实盘配资平台的行为,由于信阳公司违反《证券法》和《证券经纪业务管理办法》为投资者提供开户、委托交易、清算收交等主要证券经纪服务,属于非法从事证券经纪业务,该节事实认定为非法经营罪并无争议。针对2020年4月后开设虚盘配资平台,导致投资者交易指令和资金不进入真实市场,不发生真实交割,仅在分仓软件内虚拟交易的行为,是否定性为诈骗罪存在两种不同观点:

第一种观点认为,该节事实应构成诈骗罪。

第二种观点认为,开设场外虚盘配资平台多以诈骗罪定罪,但不可一概而论。

## 【评析】

笔者赞同第二种观点,理由如下:

第一,从诈骗罪的主观要件来分析,需具有非法占有公私财物的目的。主观方面属于内在心理状态,需结合外在行为予以判断。本案中,一方面,虚盘配资平台使用证券市场实时数据,投资者系根据真实市场行情自由下单、交易或结算,投资人承担的盈亏风险与正常股票投资并无二致,此情形下犯罪主体不存在肆意占有投资者资金的意图和可能性。另一方面,犯罪主体获取的方式包括投资者充值的保证金、交易佣金、配资利息等,最终都用于后续平台运营,未发现私自分赃、转移赃款或侵吞赃款等情况,难以认定其具有非法占有他人财物的主观故意。

第二,从诈骗罪的客观要件来分析,需具备虚构事实、隐瞒真相的行为。其一,关于于人为操纵问题。若虚盘配资平台有修改K线图、止盈率、插入其他插件等行为,即通过篡改数据等方式幕后干预投资者交易,应视为使用了欺诈手段。本案中,未发现人为篡改交易数据或信息的痕迹,投

罪中所起作用的大小来确定各自刑事责任的大小。这不仅是由我国有关共犯的法律规定所决定的,而且这也是“罪责自负”原则的必然要求。

众所周知,我国共犯的立法与其他国家不太相同。我国采取了“分工分类法”与“作用分类法”相结合的共犯立法模式。其中“作用分类法”就是要确定上下家在共同犯罪中究竟起到何种作用,从而确定彼此之间承担何种刑事责任。在《昆明会议纪要》中,虽然涉及毒品上下家的主犯、从犯的认定问题,但是规定得较为笼统,此处再作进一步的阐释。

首先,应当根据在共同犯罪中所起的作用进行认定。在确定毒品犯罪的上下家已经成立共同犯罪的前提下,那么依然需要根据主犯、从犯的认定规则来进一步确定在共同犯罪中的作用。其中,“在共同犯罪中起主要作用的”是主犯的一种类型。根据《昆明会议纪要》的规定,区分毒品共同犯罪中的主犯和从犯,应当从犯起意、具体分工、出资比例等有毒品比例、约定或者实际分得毒赃的多少及共犯之间的相互关系等方面,准确认定共同犯罪人的地位和作用。例如,在上家尚未形成犯意的情况下,下家不断地怂恿上家贩卖毒品给他后再行贩卖,那么可以认定下家是贩卖毒品的主犯。

其次,应当根据是否组织领导犯罪集团进行犯罪活动进行具体的认定。根据刑法第二十六条的规定,组织领导犯罪集团进行犯罪活动是主犯的另一类型。如前所述,毒品上下家犯罪并不限于单个的自然人犯罪,其完全有存在犯罪集团的可能。例如,起意、策划、纠集、组织、指使、雇用他人参与犯罪等,是主犯。受指使、雇用实施毒品犯罪的,应当根据其共同犯罪中具体发挥的作用准确认定为主犯或者从犯。

总而言之,对于毒品犯罪上下家的主从关系的认定,要紧紧把握刑法第二十六条、第二十七条关于主犯、从犯等相关规定进行具体的认定。不能因其具有累犯、毒品再犯等从重处罚情节,而认定为从犯或者实际上按主犯处罚。

(作者单位:四川外国语大学国际法学与社会学院)

任等,重点规定追缴、责令退赔、返还被害人及没收等实质性的处置程序,切实保障程序法与实体法达到协调统一的立法效果,进一步为检察机关审前刑事涉案财物处置法律监督提供清晰具体的客观标准和依据。在此,以审前返还被害人财物为例,其至少应当具备以下法律条件:(1)被害人提出返还申请且主体明确,根据现有证据可以认定涉案财物权属明确,或者被害人对财物依法享有管理权、控制权;(2)其他当事人及利害关系人对此无异议;(3)返还的财物确属被害人工作、生活急需,若不及时返还,将给被害人生产、生活造成重大影响;(4)先行向被害人返还财物,不会妨碍刑事诉讼程序顺利进行,对于拟返还的涉案财物,后续的刑事诉讼程序不再需要,无需将原物在法庭上出示。这样能够从根本上解决法律规制等的内在逻辑冲突,为检察机关依法开展审前刑事涉案财物处置法律监督提供更加明确、有力的立法保障,切实理顺审判刑事涉案财物处置方面的“公法”与“私法”的关系。

此处需要强调的是,随着刑事诉讼法等基础性法律完善后,就审前刑事涉案财物处置法律监督而言,最高人民检察院还应当尽快修订《人民检察院刑事诉讼法》《人民检察院刑事诉讼涉案财物管理规定》及《人民检察院司法责任追究条例》等相关司法解释和规范性文件,进一步完善审前刑事涉案财物处置法律监督的具体实施内容,从而建构起较为完整的法律监督体系。

(作者单位:中国人民公安大学;河南省三门峡市人民检察院)

资人账户未遭他人操纵,交易是虚拟的但并非虚假。其二,关于交易自由问题。以交易方式来看,若虚盘配资平台有设立“投资导师”、反向推荐“目标股票”、误导、诱骗投资人作出错误判断继而投资行为等的,系典型欺诈。本案中,配资平台无前述情况,投资人系自愿进入交易环节,自主选定股票并自由决定持仓量,其交易意志未受不法干预,当然也未因错误认识交付钱款。以提现方式来看,提现是投资交易的最后环节,若配资平台在投资人盈利后拒绝或限制提现,将投资人陷入“纸面金钱游戏”的,可反向推定有欺诈行为。本案中,配资平台支持提现,投资人只需按照约定支付足额保证金和手续费,即可进行后续操作,且有部分投资人已通过平台提取盈利,与正常证券投资人的提现方式一致。由此可见,犯罪主体不存在欺诈行为,其事先未明确告知投资人存在虚盘,系一定程度上掩盖了相关情况,但投资亏损与否最终取决于持仓股票自身的涨跌,投资人的经济损失并非因虚盘配资行为而生。

综上,本案中犯罪主体开设场外虚盘配资平台的主观要件均不符合诈骗罪的成立条件,行为侵害的是证券市场正常交易秩序,本质上属于非法经营证券经纪业务,全案应认定为非法经营罪。

(作者单位:上海市普陀区人民法院)