

刑事焦点

◇ 周家琳

推进中国式现代化的一个重要方面就是推进中国式社会治理和犯罪治理的现代化。要实现犯罪治理体系与犯罪治理模式的现代化变革，首先要从轻罪的治理入手。反对增设轻罪的学者往往认为，轻罪的增设可能存在诸多伴生风险：第一，从刑法基本原理的角度看，轻罪增设与刑法的谦抑本性和法秩序定位不符。第二，从刑事司法实践的角度看，轻罪增设加剧了司法资源的紧张程度。第三，从刑罚论的角度看，犯罪附随后果的广泛存在导致“轻罪不轻”的现象。总的来看，上述所提轻罪增设所带来的负面影响，都是因为犯罪的成立范围和处罚范围完全重合。

为了化解轻罪扩张的伴生风险，轻罪的实体治理中应有与重罪不同的处理方式，其中最首要的即是犯罪成立范围和处罚范围的分离，体现在刑事实体法上即为刑法第三十七条所指向的定罪免刑制度。

一、定罪免刑制度在轻罪中的适用具备正当性基础

“违法必究”与“有罪必罚”作为一种传统理念深入人心。然而，定罪免刑制度的存在和适用似乎直白地向国民宣告——并不是所有的犯罪都需要承担刑罚。如此一来，就有必要就两种性质的问题进行更为详细的说明：一是定罪免刑制度的正当性何在？二是定罪免刑制度的优越性何在？

第一，新设轻罪多体现为抽象危险犯，而抽象危险犯中存在行为规范与裁判规范相分离的现象，这是犯罪成立范围和处罚范围分离的根本原因。以面向对象的不同作为区分标准，刑法规范可以被区分为行为规范与裁判规范。行为规范的面向群体为普通国民，主要目标是为国民提供简洁明晰的行为指南；裁判规范的约束对象为司法者，功能是提供详尽的裁判规则以限制司法者的自由裁量权。从抽象危险犯的行为规范上看，其具备定罪必要性。与实害犯相比，其是从一种概率论的角度，将具有高度危险性的行为凝练总结为书面表述，能够直截了当地告知行为人相关领域的禁忌行为。实施这种禁忌的行为人，之所以没有造成相关的实害结果，风险之所以没有现实化，完全是因为偶然因素的作用。国家必须将此类行为规定为犯罪，以彰显其严重的社会危害性，保护国民的安全感进而保护其规划行动的自由。但是，从裁

判规范的角度看，抽象危险行为为毕竟没有造成实害，且实施轻罪行为的为人主观恶性和人身危险性都相对较小，所以在彰显行为本身的禁忌属性的同时，为了能够 and 实害犯相区分，可以采取免除刑罚处罚的手段。

第二，定罪免刑制度的适用并不违反法治的基本精神。有的观点认为，以行为规范与裁判规范的分离作为定罪免刑的理论基础，违背了法治的基本精神。因为行为规范与裁判规范的分离意味着仅向国民公开行为规范的全部内容，而隐瞒裁判规范的部分内容。法治要求法律必须具备公开性和明确性，提倡二者分离实际上是在鼓吹法律可以具备欺骗性和模糊性。但笔者认为，这样的批判似乎并不妥当。法治意为依法而治，尽量在法律适用的过程中摒弃人为操作的肆意因素，提供明确的法律规范以告知行为人可为之事项，使之不会因为未知因素而遭受不利后果。提倡行为规范与裁判规范的分离并未违背上述法治的内涵。首先，对行为规范的要求是明确且通俗易懂，能够让没有受过法学教育的普通国民也能直截了当地得知何种行为被禁止。其次，对裁判规范的要求是明确且专业化，能够约束法律适用者的自由裁量权的同时让其能够考虑个案的特殊因素。最后，国民无法得知裁判规范的内容并不会置其于不合理的危险境地。

二、定罪免刑制度在轻罪中的适用具备优越性

在解决正当性问题之后，我们可以看到同样具备正当性且适用效果与定罪免刑十分相似的其他制度。从与轻罪相匹配的宽缓化的刑事处遇的角度看，在所有非“实罪实刑”的制度中，处于两个端点的是缓刑（虽然科处了刑罚但暂不执行）与免于追诉（不对行为人的所为进行侦查以完全查明事实），而定罪免刑制度则处于二者中间。那么与这些制度相比，定罪免刑制度是否有其独特的优越性？

其一，通过定罪，告知行为人和其他国民何为禁忌行为，此即相对于不定罪的优势。处于惩罚核心的“痛苦”不是痛苦的实际感觉，而是痛苦、不愉快、不便利的观念。惩罚利用的不是肉体，而是表象。对被告人宣告有罪，宣告其出于自己意志自由的行为遭受否定评价，也属于给被告人造成痛苦的一种方式。通过定罪后的非刑罚处罚措施，补偿受害人及其家属，修复受损的社会关系，此即刑罚无须投入的理由。尤其是在抽象危险犯型的轻罪案件中，由于没有造成实害结果，刑罚投入的必要性进一步减小。同时，在轻罪案件中避免短期自由刑的适用，可以回避其本身具备

的污染效应，此即免刑相对于实刑的优势。

其二，同样是进行有罪宣告但并不实际执行刑事处罚，定罪免刑相较于缓刑可以实现刑事司法领域的帕累托改进。帕累托改进原是来自经济学的理论，意指在没有人变得更坏的前提下，至少有一人变得更好。随着经济分析法学的发展，帕累托改进也可以运用到刑事司法当中。刑罚的执行不可避免地要使一部分人（被告人）受损，而不是在没有人受损的前提下使某些人受益。所以显而易见的是，刑罚的执行本身并不具有帕累托改进的性质。在考虑刑事处遇时，存在着三方利益主体——被告人、受害人、社会。在选择相关制度时，除了应当考虑到多方主体利益最大化，还应注意不应遗漏任何一方利益主体，即博弈论中所指的“局中人”。如果遗漏了相关主体，就有可能在该项程序适用中让被遗漏者“境况变坏”，就达不到帕累托改进。两种制度真正存在差异的地方在于，缓刑制度本身并未考虑被害人利益的修复，而非刑罚处罚措施的重点与优势即在于此。

第三，相较于在轻罪案件中适用刑法第十三条对行为人进行定罪免刑，适用第三十七条定罪免刑制度可以更好发挥行为规范的规制作用。边沁提出了一个原则：权力应该是可见的但又是无法确知的。这样的权力样态能够使规训效果最大化。通过隔离裁判规范（即便是部分隔离），行为人知道何为可为何为不可为，但无法确知实施了“宣称不可为”的行为之后是否会实际遭受刑罚处罚。这里便存在一种确定性与一种不确定性，确定性依附于行为规范之上，而不确定性依附于裁判规范之上。也就是说，即便行为入这次违反行为规范之后被定罪免刑，他也绝不可能产生侥幸心理，因为下次再实施同样的行为就有可能被判处刑罚。而这样的效果只有在定罪免刑制度之中才可能被塑造。而第十三条“但书”条款所起到的作用是划定犯罪成立的边界，与第三十七条所起作用截然不同，二者应当并行不悖。

三、定罪免刑制度在轻罪案件中的适用

在轻罪案件中适用刑法第三十七条，应当注意如下两点：

第一，以对醉驾案件的刑事治理为例，在轻罪案件中应当尽量区分定罪免刑和定罪免刑的情形。2023年12月，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合发布了《关于办理醉酒危险驾驶机动车案件的意见》（以下简称《醉驾意

见》）。“定罪免刑”应适用于行为入确实实施了没有任何正当化事由且具备经验上的高度危险性的行为，主要法律依据为刑法第三十七条；而“定罪免刑”应适用于虽然表面上符合了构成要件，但是经实质解释后连高度危险性要求都不能满足的行为，主要法律依据为刑法第十三条。而理论上讲，定罪免刑的情形应当是抽象危险犯型轻罪案件中的绝对主体，而定罪免刑的情形应属少数。这一结论从《醉驾意见》当中对二类情形的规定方式中也有直接反映。定罪免刑的情形较少，因此《醉驾意见》尽管也存在兜底条款，但对此类情形的规定主要是列举式的；但定罪免刑可能会涉及各种各样的突发因素，因此在补足此类裁判规范的时候最有效的方法并不是将具体情形列举出来，而是总结提炼出突发因素的类型，比如《醉驾意见》第十三条中的“动机和目的、醉酒程度、机动车类型、道路情况、行驶时间、速度、距离以及认罪悔罪表现”。

第二，对轻罪案件适用定罪免刑制度之后，更应该畅通行刑反向衔接的通道。2023年7月14日，最高人民法院印发了《关于推进行刑双向衔接和行政违法行为监督 构建检察监督与行政执法衔接制度的意见》（以下简称《意见》）。《意见》中明确指出，行政执法和刑事司法的反向衔接，是“司法机关向行政执法机关移送行政处罚案件”。在反向衔接的案件之中，出现的问题不同于正向衔接的案件——“不刑不罚、应罚未移、应罚未罚问题成为突出短板，对行政机关违法行使职权或者不行使职权的法律监督质效需要进一步提升”。同时《意见》明确了“反向衔接工作由行政检察部门牵头负责”。当前，有关行刑衔接的相关法律文件都存在位阶过低的问题，应当由更高位阶的规范性文件对此作出规定，且多主体之间应根据该高位阶文件联合出台更加细致的工作细则。在确认反向移送的案件标准时，还需要确认案件反向移送的原因。反向衔接对检察机关来说并不仅是一个简单的程序移交，责任处罚也并不仅是行政机关的工作。若一味强调反向衔接，可能忽视了无须反向的情况或者产生行政处罚倒挂的情况。因此，司法机关对“行政处罚必要性”进行审查是不可或缺的。

【本文为上海市哲学社会科学规划项目“轻罪立法研究”（2022ZFX004）的阶段性成果】（作者单位：华东政法大学刑事法学院）

骗取他人财物后提供相应服务的行为仍构成诈骗罪

◇ 陈洁

【案情】

2023年7月，何某伙同他人招揽十余名话务员成立了一财务咨询公司，该公司运营模式如下：话务员通过公司提供的号码拨打企业相关人员电话（拨出号码显示的归属地为对方企业所在地），通过话术让被害人误以为话务员系当地政府部门工作人员，利用被害人不知道营业执照年报申报补录、作废、注销等业务系政府免费业务的情况，诱导被害人进入公司定制的小程序上填写具体信息并付款。在收集相关信息后，再由工作人员在正规线上渠道转录相关信息。经营期间，该公司除了上述业务外，未开展其他业务。2023年7月至11月，该公司骗取全国各地上千名被害人钱财共计35万余元。

【分歧】

虚构事实使被害人误以为被害人为政府工作人员，通过夸大不及时进行工商营业执照年报的法律后果，致使被害人出于避免不利后果的考虑支付相关费用，收取当事人钱款后进行了营业执照年报申报等录入，该行为是否构成诈骗罪。对此，有如下三种观点：

第一种观点认为被害人没有非法占有故意，不构成诈骗罪。何某成立的公司经营范围中有代理代办业务，被告人虚构事实只是骗取交易机会，属于虚假宣传，是市场经济中的民事行为。

第二种观点认为虽然被告人虚构事实致使商户陷入错误认识，并基于此支付了费用，但是之后被告人提供了年报录入服务，完成了商户年报申报目的，因此商户没有遭到财产损失，本案不构成诈骗罪。

第三种观点认为构成诈骗罪。

【评析】

笔者同意第三种观点，理由如下：

第一，被告人有非法占有目的及虚构事实的行为。非法占有目的是区分民事欺诈和刑事诈骗的关键。根据证据显示，该公司为了制造并利用商户的认识错误侵害其财产实施了以下行为：一是为了寻找对营业执照政策不熟悉的被害人，通过在企查查等网站筛选新成立的企业作为犯罪对象，后期则直接通过非法渠道购买目标客户个人信息；二是为了让被害人以为是本地

政府机关来电，通过购买企业归属地号码，要求话务员使用某一归属地的号码拨打某一地区企业电话；三是公司制定相应的话术对话务员进行培训，通过准确报出商户信息、使用缓慢的语速、严肃正规的腔调以及夸大法律后果等手段，营造话务员是政府工作人员的效果；四是仿照国家企业信用信息公示系统制作命名为“执照商户快审”的小程序页面，诱导商户填写信息并付款。被告人极力营造自己是政府机关人员身份的行为，致使商户出于避免不利后果的考虑支付了相关费用，上述行为体现了被告人的非法占有故意。

第二，商户遭受了财产损失，被告人在事后提供年报申报行为不足以成为诈骗罪构成要件的阻却事由。本案的特殊之处在于被告人在收取商户款项后提供了年报申报服务，该行为直接关联商户是否存在财产损失，进而影响诈骗罪的认定。在我国司法实践中有将提供相当对价的欺骗行为认定为诈骗罪的判例，多数判例和学说认为，在行为人提供了相当对价的情况下，应就被害人交付的财产与得到的商品或服务（相当对价、反对给付）的金钱价值进行比较，同时权衡被害人的目的、所交付财产与得到财产的主观价值，予以认定是否存在财产损失。本案中，营业执照年报申报是免费的，相较于每笔年报298元的费用，利用被害人自身提供的信息进行简便的官方网站申报，该提供服务型反对给付与被害人提供的金钱和行为完全不对等，同样的填报行为在官网上操作就已经完成了申报。同时，被害人是基于避免被告人所称的不及时申报将被列入异常名录、面临罚款、纳入失信名单等法律后果支付了费用，在实操过程中被害人实际承担的不利后果并不存在，被害人基于欺骗行为可免费业务支付了费用可以认定损失产生。也有观点认为补录申报属于犯罪既遂后的行为，不影响诈骗罪的认定。

本案虽然单笔涉及金额小，但被害人范围广、数量多，背后还涉及公民个人信息买卖等黑灰产业，犯罪分子抓住了商户单笔被骗金额较少，不当回事的心理特征，导致诈骗行为不易被发现，一定程度上助长了犯罪分子的气焰。该类行为反映了行为人的主观罪过性，符合诈骗罪的构成要件且具有法益侵害性，应以诈骗罪追究刑事责任。

（作者单位：浙江省三门县人民法院）

电信网络诈骗犯罪中“不特定多数人”的场景化认定

问题探讨

◇ 樊桔玺

根据2022年颁布的《中华人民共和国反电信网络诈骗法》第二条对电信网络诈骗的定义可知，电信网络诈骗罪是指以非法占有为目的，利用电信网络技术手段，通过远程、非接触等方式，诈骗公私财物的行为。2018年颁布的《公安机关办理电信网络诈骗案件指引》（以下简称《指引》）以及2016年颁布的《关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见》（以下简称《意见》）共同规定了电信网络诈骗区别于普通诈骗的三大重要特征：以电信网络为犯罪工具、犯罪对象的非接触性、犯罪对象为不特定多数人。其中，“犯罪对象为不特定多数人”这一特征往往因电信网络诈骗犯罪手段多样性、行为隐蔽性、办案时限限制而成为司法认定的难点。鉴于电信网络诈骗犯罪较之普通诈骗，入罪门槛更低，量刑更为严厉，因此有必要准确认定“不特定多数人”这一特征，以区分电信网络诈骗与传统诈骗，更好地实现电信网络诈骗犯罪的精准打击和罚当其罪。

“不特定多数人”的司法适用规范空白

在电信网络诈骗犯罪中，虽然

《指引》和《意见》指明“不特定多数人”的犯罪对象是犯罪成立不可缺少的客观要件，但并未有明确司法规范对“不特定多数人”进行一个明确的认定。在司法实践中，行为人以群发短信、拨打电话的方式向不特定人进行的诈骗活动，符合“不特定多数人”这一要件，此类行为以电信网络诈骗犯罪论处在司法实践中已达成共识。但是，随着电信网络诈骗手段的不断升级，在诸如微信、QQ、抖音等相对封闭的社交工具内向好友群发消息或在空间、朋友圈发布动态的方式传播诈骗信息以及向不特定单位发送诈骗信息，这类诈骗信息面向对象是否符合电信网络诈骗犯罪中“不特定多数人”要素的认定要求，在司法实践中出现较大争议。“不特定多数人”要素的认定是涉及电信网络诈骗犯罪成立与否的基础性问题，有必要从事实和规范两个方面去探索“不特定多数人”的实质认定标准，以填补司法适用空白。

“不特定多数人”认定的主要学说述评

目前，我国刑法理论界对电信网络诈骗犯罪中“不特定多数人”的普遍认为，是指不特定的多数个人，并不包括单位。单位是个人的集合体，诈骗信息的接收者仍然是

个人，单位是因个人受骗遭受财产损失，因此将单位此类法人主体排除在“不特定多数人”之外具有合理性，“不特定多数人”应仅指自然人。对于“不特定多数人”要素的认定，以往学界主要从“不特定性”和“多数人”两个方面进行要素式审查。依据这一判断路径，在司法实践中对特定区域人群实施电信网络诈骗的行为，难以认定是否属于“不特定多数人”，此类诈骗行为或多或少都具有对象社会开放性、方式公开传播性特征，如果简单地将诈骗行为对象认定为特定的人群而否定其“不特定性”容易陷入形式上和主观主义陷阱。当下关于“不特定多数人”要素的认定问题有众多理论争议，可主要归纳为主观目的说、客观行为说以及主客观结合说等三种学说。

主观目的说认为，“不特定多数人”是电信网络诈骗行为人的主观意识，即如果行为入主观上认为自己是以为不特定多数人作为诈骗对象，那么就符合“不特定多数人”要素的要求。电信网络诈骗行为是否指向不特定的多数人，就其本质来讲属于行为人的主观意识范畴，较之客观方面而言，具有较大的抽象性和内隐性，虽然难以被直接感知和把握，但是仍然会通过行为入外向化、客观化的外在行为来体现和反映。主观目的说容易陷入完全

主观定罪的地境，造成定罪逻辑的颠倒和混乱。从本质上来讲，电信网络诈骗犯罪归属于诈骗罪的范畴，在法定构成上行行为人的主观意识应仅限于对诈骗行为的故意上，至于针对犯罪对象本身不特定多数的意识，则不属于行为入应该认知的法定范畴，是对单一过往态的误解，不合理地加重了犯罪人的负担。司法实践也表明，无论是已然确定还是难以认定“不特定多数人”的电信网络诈骗犯罪案件，行为人都很难具体认知到自己行为对象的性质。因此主观目的说也缺乏与犯罪实践的契合性，难以从实质上科学认定“不特定多数人”。

客观行为说认为，“不特定多数人”要素的认定是由行为入散布虚假信息行为所指指向的对象决定的，即“不特定多数人”要素的认定范围是将不特定少数人、特定多数人以及特定少数人排除之后的范围。其中，“多数人”一般指三人以上。客观行为说限缩了“不特定多数人的范围”，缩小了电信网络诈骗犯罪的打击圈，在针对特定小区人员实行网络诈骗活动中，客观行为说认为小区是特定人群的集合体，诈骗行为人不具有随机选择诈骗目标的能力，所以认定特定小区之类的特定人群的集合体并不属于“不特定多数人”的范畴。可见，客观行为说割裂了行为与侵害结果之间的动态变化可能性，将

“不特定多数人”限制在一个静态的形式认定中，不符合电信网络诈骗犯罪理论与司法实践的需要。

主客观结合说认为，将主观目的说的意志外在化表现与客观行为说的诈骗信息传播行为指向对象结合起来来共同认定“不特定多数人”这一要素具有合理性。显然，结合说能够将犯罪的主客观阶段较好地连贯起来，实现主客观形式上的统一，但其同样继承了主观目的说和客观行为说的已有缺陷，且本质上仍是对犯罪过程简单表象的反映，无法体现电信网络诈骗的本质特征。另外，结合说在行为说的基础上进一步限缩了“不特定多数人”的范围，也不利于电信网络诈骗犯罪防控工作的开展。

“不特定多数人”的场景化认定标准

“不特定多数人”的场景化认定是指在客观行为说的基础上，综合考虑犯罪侵害后果不特定范围的现实可能性以及受害者的实际表现来从规范层面实质认定“不特定多数人”这一要素。其中，在场景化标准之下“不特定多数人”中的“不特定”应有两个方面的含义：一是客观上犯罪对象的不特定，二是犯罪侵害结果具有指向不特定犯罪对象的现

实可能性。在认定“不特定多数人”上，只要条件符合其中一个“不特定”，均可认为符合“不特定多数人”这一特征。客观上的犯罪对象不特定在实践中认定容易，运用客观行为说便可以准确认定。犯罪侵害结果具有指向不特定犯罪对象的现实可能性，是针对特定多数人而言，例如，行为人群发诈骗信息给自己的微信好友或发向多数人的微信群，基于社交平台的即时性、传播范围便捷性，以及好友间的社会性均可以认为具有指向不特定犯罪对象的现实可能性，应认定为符合“不特定多数人”这一特征。但犯罪侵害结果具有指向不特定犯罪对象的现实可能性标准不适用特定少数人和不特定少数人，如行为入向两三好友发送诈骗信息，经两三好友传播造成不特定多数人的接收，在行为入没有利用好友的故意下，不能简单地认定该行为符合“不特定多数人”这一特征，只能以普通诈骗罪论处。

总而言之，随着社会的网络化发展，电信网络诈骗犯罪的手段必然会日益多样化，这对准确认定电信网络诈骗犯罪特征带来较大难度，在认定“不特定多数人”这一特征时，应该紧紧把握电信网络诈骗犯罪与普通诈骗犯罪行为过程的区别。在诈骗行为过程中，前者是“不特定多数人”而后者则是“特定对象”。同样在场景化认定标准下，不能简单将行为人的指向对象范围、简单客观行为为指向对象范围，甚至按照最终实际被骗人数作为电信网络诈骗不特定多数人的认定标准。我们需要认真研判案件诈骗行为经过，才能更好地把握“不特定多数人”的认定。

（作者单位：苏州大学王健法学院）