

“文玩诈骗”类刑事案件实证问题研究(下)

徐清 蔡莹

刑法疑难

数额。在犯罪既遂形态下,直接损失数额是受害人交付财物时,犯罪嫌疑人想获取的,充分体现了非法占有目的;在交付过程中,即便是由于受骗人以外的原因造成的损失,也是犯罪人的欺骗行为造成的,故仍可归责于犯罪人。相反,合同标的额在犯罪嫌疑人只骗得保证金、预付款或者订金、鉴定费的情形中不能准确反映社会危害性大小。犯罪所得额则有可能造成放纵犯罪的后果。在合同诈骗罪未完成形态下,应以合同标的额来确定犯罪数额。此时受害人的实际损失和犯罪嫌疑人的实际所得并不存在,合同标的额最能反映犯罪嫌疑人主观上希望占有的数额,较为科学。

在具体金额认定中,证据的采纳和采信也是主要的审查难点。由于此类案件本身普遍存在受害人遍布全国无法逐一收集陈述、涉案公司内部人员流动性强、到案嫌疑人存在不同程度的避重就轻等先天不足,加之初期部分侦查人员对物证、书证等客观证据的收集意识不足、取证不规范,给司法人员在证明标准的把握上带来一定难度。从刑事立法来看,刑法确立的是一种客观化的证明标准即“事实清楚,证据确实、充分”,要求据以定案的每个证据都必须具有证明力,案件事实需要有足够的证据加以证明。但2012年通过的刑法又将“排除合理怀疑”这一主观性的证明标准要求纳入证明标准,使之成为“证据确实、充分”的三大法定条件之一,体现出立法者希望从主观方面的角度进一步明确“证据确实、充分”的含义,更为具体化的立法意图,在司法实践中将主观标准与客观标准相结合运用。具体适用时,有以下方面需要重视:1.单个证据具备证明力和证据能力。特别是对单个证据的真实性审查,如受害人对业务员的辨认是否存在张冠李戴的情形。2.证据之间相互印证。如在业务员辩称自己记不清经手的受害人情下,通过扣押的办公电脑、工作手机等作案工具等方式查明业务员的手机号码、微信聊天记录,来印证受害人对相关业务员的辨认笔录。3.直接证据得到其他证据的补强。如在业务员供认,但受害人未制作笔录的情况下,是否有公司账册、后台电子数据来印证业务员的提成、业绩情况。4.全案证据形成完整的证明体系,排除合理怀疑,得出唯一、排他的结论。如对业务员提出的“挂单”辩解内容的核实、排除,对司法审计报告所依据的电子数据、账本记录、受害人报案笔录等检材的筛查,查证其来源、收集程序的合法性和规范性,将电子数据、银行明细、报案笔录、书面协议等证据相互印证来夯实审计基础。

(四)涉案人员的处理

作为有组织的集团性犯罪,此类案件具有层级多、环节多、人员分工不同的特点,导致在打击活动中,不同办案部门对涉案人员的处理产生分歧,主要集中在:对业务员、网页美工等工作人员是否采取强制措施?不同层级工作人员犯罪金额如何认定?上述分歧若不统一,会造成处理上的不均衡,进而影响司法公信力。

从公司的人员组成来看,通常包括高层管理人员、鉴定师、部门主管、业务员、后勤服务人员等,这些人员往往各司其职、分工协作、关联紧密,对犯罪的完成均起到不同程度的帮助、推动作用,因此是否成立共同犯罪,关键还是要根据具体情节来判断各自的主观明知及参与程度。

防治对策

近年来,公安机关针对此类犯罪多次开展专项打击行动,集中查处了数百名犯罪嫌疑人,起到了一定的震慑作用,但从打击合力上来看,尚有一些问题亟需解决,且刑事处罚作为事后处罚,并不能从根本上实现预防和减少此类犯罪的目的。故笔者立足于检察职能,结合办案实际,提出以下建议和对策:

(一)引导侦查取证,夯实证据基础

鉴于此类案件涉及人员众多、手段复杂、组织结构严密、不供率较高等特点,侦查初期的证据收集是否到位及规范对案件事实认定具有重要意义,也决定了后续诉讼周期的长短。检察机关作为刑事诉讼的中间环节,起到承前启后的关键作用,特别是在捕诉一体的检察改革背景下,在审查批捕环节充分发挥引导侦查取证作用,通过提前介入、捕后继续侦查取证意见等方式,引导侦查机关及时收集“话术”资料、合同文本、手机通信记录、公司账册、POS机绑定账户的银行流水等能反映主观非法占有目的、资金去向的关键性客观证据;并通过纠正违法通知书等监督手段规范侦查机关对公司后台电子证据的提取、受害人的辨认工作,力争在案件移送审查起诉前解决好证据的确实充分问题和合法性问题,从源头上提高办案质效,增强打击合力。

(二)加强协调磋商,统一适用标准

侦查、起诉、审判三阶段在证明标准、法律适用标准上趋于一致,才能确保处理结果趋于平衡,彰显司法公信力。因此,应加强公检法之间的配合协作,通过召开联席会议、组织案例研讨会等方式共同研究法律适用疑难,统一执法标准,明确此类案件中主犯以外的其他参与人非法占有目的的证明标准和定罪量刑标准,既要考虑犯罪嫌疑人个人业绩金额,也要从其犯罪组织中所处的层级、作用和实际获利情况等方面综合考量,共同推动解决对业务员、财务、网页美工等工作人员的处理尺度等方面的执法分歧,统一执法标准确保精准打击。

(三)推动追赃挽损,化解社会风险

此类案件由于涉及面广、受害人众多且涉案金额巨大,易引发群体性信访风险及舆情风险。因此检察机关在案件受理后,应主动联系侦查机关及时收集风险信息,对潜在风险作出准确预测及制作预案,根据不同等级及时向上呈报。对有集中来访要求的受害人,抓住受理案件、退回补充侦查、移送法院起诉的三个办案关键节点,集中听取意见、及时通报案件办理情况,安抚受害人情绪。同时高度重视受害人追赃挽损的关键诉求,在讯问犯罪嫌疑人时,充分运用宽严相济政策,可适时引入认罪认罚从宽制度,积极推动后续追赃挽损工作进度。确保此类案件在检察环节均得到有效稳控,实现法律效果、政治效果、社会效果的三个统一。

(四)加强行政监管,实现源头防控

对于此类犯罪应当打早、打小,犯罪嫌疑人开始实施犯罪时,都会在商务写字楼租赁场地、注册公司、招募员工、进行培训、网上钓鱼等,都要通过工商、税务、派出所、街道办事处等基层行政执法部门,且受网监部门监测,因此可以依靠上述基层行政执法机关开展先行监控,进行由下而上的防范。同时此类案件背后折射出文玩流通领域普遍存在文玩价值、拍卖结果、收费标准的三大不确定性,导致该行业游走于灰色地带,而目前对应的行业监管尚存空白,文玩售卖、鉴定机构基本无准入门槛,缺乏相应的行业监管,以至于此类犯罪在低成本、高收益的刺激下不断蔓延,不少受害人维权无门。因此需要工商、文物局、消费者协会等相关部门充分运用行政、经济等多种手段通过设置行业准入门槛、建立长效行业监管机制等手段加强行业监管、进行源头预防。

(五)开展普法宣传,增强防范意识

当前文玩诈骗案件的高发,与文玩收藏者的自我防范意识薄弱也存在一定关系,不法分子正是牢牢抓住了文玩收藏者想卖高价、一夜暴富的心态,设下骗局引人入局。为此,检察机关可以通过梳理典型案例,围绕文玩诈骗案件的犯罪手法、表现形式等内容,以案例宣传展板、法治课堂相结合的方式,深入群众开展防范文玩诈骗的法制宣传教育,也可以借助电视、广播、微博、微信公众号等多种媒体渠道,定期推送防范材料,充分利用各街道小区的社区电子显示屏、公益广告、宣传栏等载体予以刊登播放,从而扩大法制宣传影响力,提升公众的自我防范意识,引导树立正确的文玩投资理念。

(作者单位:上海市闵行区人民检察院)

(二)此罪与彼罪——合同

诈骗VS诈骗罪

在受理的同类案件中,其中有近50%的案件侦查机关以诈骗罪立案,但在批捕、起诉、判决中均改变定性为合同诈骗罪。即便在同一办案部门内承办人之间也有不同意见,特别是在骗取鉴定费的情形下,有承办人认为应定性为诈骗罪,理由在于犯罪嫌疑人虽与受害人签订收购协议,但并非在履行该合同过程中骗取受害人拟用于出售的藏品或合同所约定的款项,而是以签订合同作为幌子,继而诱使受害人相信存在高价收购而进行鉴定并支付钱款,该行为更符合普通诈骗罪的特征。之所以存在此罪彼罪的定性分歧,基于合同诈骗罪与诈骗罪之间存在许多共同点:主观上都具有非法占有目的,客观上都采用虚构事实、隐瞒真相的犯罪方法,犯罪后果上都体现了受害人的财物损失。但是两罪的起刑点及影响量刑档次的数额标准不同,罪名适用的分歧将直接影响到案件的处理结果,故有必要厘清二者的界限。

纵观立法沿革,1979年的刑法中只规定了普通诈骗罪,1996年12月最高法院出台的司法解释中将利用“经济合同”诈骗他人财物数额较大的行为以诈骗罪论处,直至1997年的刑法修正案中单列了合同诈骗罪,并置于破坏社会主义市场经济秩序罪一章扰乱市场秩序一节中。可见,合同诈骗罪是从诈骗罪中分离出来,二罪侵犯的法益内容都包含了公私财产所有权的同一性,同时作为隶属于破坏社会主义市场经济秩序类罪下的新罪名,合同诈骗罪还侵犯了新的法益内容——社会主义市场经济秩序。以法益为指导,可以对合同诈骗罪的“利用合同”的本质特性进行实质性解释,从而做到准确区分。合同诈骗罪中的“合同”必须能够体现市场经济秩序,即合同当事人是从事经营活动的市场主体,发生在经济商事领域,合同内容是通过市场行为获取利益。回到此类案件,犯罪嫌疑人以公司的名义与受害人签订合同,合同内容包括收购、代为拍卖、提供展示展览、推广等服务,具有市场经济性质。受害人为了履行合同,将藏品送鉴定以期达到犯罪嫌疑人收购条件,受害人为履行合同所支付鉴定费并非合同标的物或对价款,但也属于为履行合同所支付的必要费用,因此犯罪嫌疑人在履行合同过程中骗取鉴定费的行为仍符合“利用合同”的本质属性,故应定性为合同诈骗罪。

(三)犯罪金额的认定

合同诈骗罪属于数额犯,数额是定罪量刑的重要依据,而刑法第224条中对该罪的数额只做了概括性规定,弹性较大缺乏可操作性,相关司法解释也未作出明确界定,造成实践中对数额的认定标准存在不同理解。目前争议较大的有三类:“合同标的额”说主张以合同诈骗行为所指向的财物数额作为认定标准,其能客观地反映犯罪嫌疑人的主观恶性和诈骗活动的规模;“犯罪造成的直接损失额”说主张以被害方由于受骗而实际交付的财产数额作为认定标准,其最为直接地反映了诈骗行为的社会危害性;“犯罪所得额说”主张以犯罪嫌疑人通过实施合同诈骗行为而实际得到的财物数额作为认定标准,其反映了犯罪嫌疑人非法占有目的的实现程度。

笔者认为,在此类案件办理中,应以犯罪造成的直接损失数额来确定犯罪