

# 以权利外观获取他人财物行为的定性<sup>1</sup>

熊誉<sup>2</sup>

**摘要：**以权利外观获取他人财物的案件存在三方关系，即行为人、受骗人与受害人三方。在其行为定性上，学界与实务界存在侵占类犯罪与诈骗类犯罪的争议。侵占类犯罪说认为，该行为是违反受害人意志非法占有其财物，因此构成侵占类犯罪。诈骗类犯罪说，该行为是欺骗他人而获得财物且造成损失，符合诈骗类犯罪的构成要件。产生这些争议的原因是违法性判断基准不同。违法一元论认为违法性的判断是统一的，因此针对同一事实，部门法必须做出相同的违法性判断。违法多元论认为，不同部门法可以依据其目的做出不同的违法性判断。本文认为，在违法性判断基准上应该选择违法多元论。违法多元论符合部门法差异性目的的需求，也没有违反法秩序统一原则。因此，在以权利外观获取他人财物行为定性问题上，民法表见代理等信赖保护利益制度的成立并不影响刑法的判断结论，也不会出现由于诈骗类犯罪的判断结论而导致合同无效的问题，新型三角诈骗也为其提供理论模型，因此可以考虑将其定为诈骗类犯罪。

**关键词：**权利外观；违法性判断基准；合同效力；新型三角诈骗；刑民交叉

<sup>1</sup> 本文系黄明儒教授主持的国家社科基金项目“风险社会背景下行政犯扩张及其适用限缩研究”【19BFX061】的阶段性成果。

<sup>2</sup> 熊誉，男，广东梅州人，广东外语外贸大学博士研究生。研究方向：刑民交叉。

## 一、问题的提出

案例一：南京某石化公司驻扬州办事处的一名职员李某（其职务是收账员）冒用本公司的名义与扬州某公司签订了一份买卖合同。合同上所盖“南京某石化公司扬州办事处”印章系李某伪造。扬州公司为了稳妥起见，要求李某盖上总公司的章。于是，李某就将“扬州办事处”几个字遮住，以蒙混过关。合同签订后，扬州公司按照合同约定支付预付款 80 万元。<sup>3</sup>

案例二：甲对乙享有若干金钱债权，因经营需要甲将自己的债权转让与丙但未通知乙。债权到期后乙不知情而继续对甲归还欠款，甲明知自己无接受清偿的权利而收下乙的“欠款”后便与丙断绝联系。<sup>4</sup>

案例三：被告人邹晓敏先后多次到石狮市沃尔玛商场门口台湾脆皮玉米店、世茂摩天城商场可可柠檬奶茶店、石狮市湖东菜市场等处，将被害人郑某、王某 1 等人店里的微信二维码调换为自己的微信二维码，骗取到店消费顾客本应转账至被害人微信账号的钱款共计人民币 6983.03 元。<sup>5</sup>

以上三个案例的共同特点是：第一，行为人都伪造出其具备占有他人财产的权利表象或外观，例如案例一中李某通过伪造买卖合同的方式营造出其具有占有扬州公司预付款权利表象。第二，行为人都利用这种表象或外观非法占有他人的财产，例如案例二中甲利用其之前对乙的债权人身份非法收取乙的债务履行款，案例三中的邹晓敏伪造对顾客收取债权的“二维码”而诱骗顾客对自己付款。第三，财产损失的承受者并非他人而是权利表象或外观指向的实际权利人，例如案例一中受害者是单位，案例二中则是丙，案例三则是商户。

这种通过权利外观获取他人财物的行为在司法实践中长期存在，然而案件的定性在实践及理论中存在侵占类犯罪与诈骗类犯罪的争议，最终导致“同案不同判”的现象。例如，法院在处理袁妙玲案<sup>6</sup>中认为其“客观上采取的是虚构事实、隐瞒真相的欺骗手段，使被害人叶某旺陷入错误认识而自愿交付财物……虽然叶某旺与众恒公司之间产生了表见代理的民事法律关系，但该关系的形成是因为袁

<sup>3</sup> 案例引自：郭立锋.表见代理与合同诈骗罪[J].中国刑事法杂志,2004（05）:51-56.

<sup>4</sup> 案例改编自：高磊.论清偿效果之于三角诈骗的认定[J].政治与法律,2018(05):52-64.

<sup>5</sup> 案例引自中国裁判文书网，案号：（2017）闽 0581 刑初 1070 号

<sup>6</sup> 被告人袁妙玲原系东莞市众恒装饰工程有限公司（以下简称众恒公司）的出纳员，负责管理公司的日常支出、收支公司货款等。2011 年 10 月 8 日，袁妙玲以众恒公司的名义向叶某旺借款 120 万元，叶某旺将 1096500 元存入众恒公司的账户，袁再从该账户将款项转出，并以众恒公司名义向叶某旺出具了借据（约定同年 11 月 8 日前归还），在借据上加盖公司公章并冒签法人代表叶某连签名。同年 11 月 21 日，袁妙玲又以同样方式向叶某旺借款 1258200 元，叶某旺将 1205355 元转入众恒公司账户（借据上约定同年 12 月 5 日前归还）。同年 12 月 9 日，袁妙玲通过众恒公司转账 83 万元给叶某旺，经叶某旺及生效民事判决确认是上述两笔借款的归还款项，后袁无力偿还剩余的 1471855 元并逃匿，叶某旺遂要求众恒公司归还剩余款项，众恒公司于 12 月 19 日向公安机关报案。案例引自中国裁判文书网，案号：（2015）东二法刑初字第 174 号

妙玲的犯罪行为引发，众恒公司自始至终都没有承诺或自愿承担债务，且涉案款项在到账当天即被袁妙玲全部转出归个人使用，众恒公司对涉案款项并未实际控制、支配……（故而）表见代理不能成为犯罪阻却事由，应当以诈骗罪对被告人袁妙玲定罪处罚。”然而，法院在处理徐磊案<sup>7</sup>却认为：“安信公司、爱康美公司在内的大客户有理由相信被告人代表联通公司收费，缴纳的也是通信费用，构成表见代理，被告人收取该6万元后予以截留的行为与被告人截留其它通信费的行为性质并无本质区别，也不应以有无出具联通公司的发票作为区别的依据，其侵吞的均是本单位财产，应认定为职务侵占，而非诈骗。”笔者认为，此现象的出现有两个维度的原因：从现象上看，以权利外观获取他人财物的案件在我国出现并扩张的历史较短，一定程度上属于新鲜事物<sup>8</sup>，故而实务部门对其处理难免有措手不及。从深层上看，此类案件涉及的核心问题是刑民交叉案件在实体上的关系问题，解决此问题的核心是对法秩序统一性问题的界定与论述。

探讨以权利外观获取他人财物案件之正确定性并非只有理论上逻辑自治之意义，其根本上是为了实现刑法中法益保护原则。刑法的根本目的在于保护法益，即通过一般预防与特殊预防相结合的方式，修复被行为所破坏之法益，并且使其免于再次遭受破坏。其中，罪刑相适应原则是法益保护原则得以实现的重要条件，其要求对行为人的定罪量刑必须与其所破坏的法益和人身危险性相适应。<sup>9</sup>这一切的前提是“正本清源”，即对行为人的行为适用正确的法律条款，进而才能对其正确量刑，以实现罪刑相适应与罪刑法定之原则。

## 二、以权利外观获取他人财物行为之概念与定性争议

为了厘清两种学说各自的论证逻辑，下面笔者将在定义行为概念的基础上具体剖析争论观点的主要依据，并对此类观点进行简单的评析。

### （一）以权利外观获取他人财物行为概念

本文讨论的以权利外观获取他人财物中的“权利”指占有他人财物的权利。法律禁止任何以违法手段占有他人财物的行为，因而对他人财物的占有皆需有合

---

<sup>7</sup> 被告人徐磊是联通公司员工，平时就是负责包括安信公司、爱康美公司在内的大客户业务，而且在实践中已形成客户向其个人支付通信费用的惯例。其多次向安信公司、爱康美公司在内的大客户虚构“充三个月话费送三个月话费”的优惠活动骗取其缴纳费用，前后共计6万元。法院最后判处其成立职务侵占罪。案例引自中国裁判文书网，案号：（2015）杭上刑初字第780号

<sup>8</sup> 笔者在“无讼”案例中搜索关于“表见代理”的刑事案件，发现2009-2013年5年中仅仅出现15例以权利外观获取他人财物的案件，但2014年-2018年5年间却出现了102例，2019年一年则出现21例，故而此类案件在我国的扩张历史较短。

<sup>9</sup> 张明楷.刑法学（第五版）[M].法律出版社:北京,2016:62-67.

法原因所形成的权利，如基于有效的合同所形成的债权，或基于委托关系所产生的代理权等等。若无合法原因而取得他人财物，则对该财物占有不具有合法性，进而可能成立无权占有或不当得利返还等问题。<sup>10</sup>所谓权利外观是指“某一事实上不存在的权利在外部呈现出存在的表象”<sup>11</sup>，包括但不限于：表见代理人的代理权表象、债权准占有人的债权表象<sup>12</sup>、无或限制处分物权人的处分权表象<sup>13</sup>等等。这些表象的存在使相对人有理由相信行为人具有要求自己交付财物或占有自己财物的权利，因此权利外观可以作为行为人欺骗他人财物的手段。综上所述，所谓以权利外观获取他人财物，是指行为人客观上不具有要求他人交付财物或占有他人财物的权利，通过虚构事实或隐瞒真相的方式使善意的受骗人陷入错误认识，受骗人误以为行为人具有占有自己财物的权利而处分财物与行为人，行为人取得他人处分与自己的财物，造成受害人损失。需注意的是，以权利外观获取他人财物的案件中，受骗人与受害人并非系同一人。由于行为人是利用权利外观欺骗他人，因而在外观下往往有真实的权利人或不利后果的最终承担者，例如表见代理关系中的“被代理人”、受让债权准占有人转让债权的真正债权人、无权处分关系中的真实物权人等等。因此以权利外观获取他人财物的案件中往往存在两层关系，第一层关系是利用权利外观的行为人与受骗人之间的关系，第二层是利用权利外观的行为人与真正权利人或不利后果承担者（即受害人，下同）的关系。两层关系所呈现的是行为人与受骗者、受害人的三角关系。以图一详细说明：

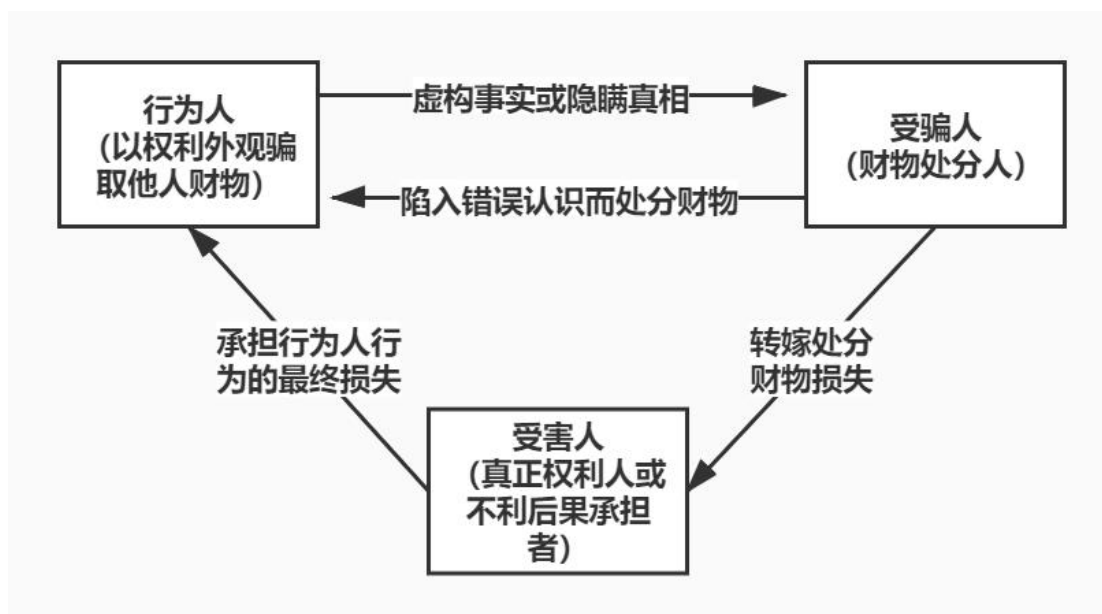
---

<sup>10</sup> 参见王泽鉴.民法物权[M].北京大学出版社:北京,2009:53-58.

<sup>11</sup> 丁晓春.权利外观原则及其类型研究[J].安徽大学学报（哲学社会科学版）,2009,33（05）:43-49.

<sup>12</sup> 所谓债权准占有人是指依照债法已无债权仍然具有债权表象的人。例如A对B具有债权，A将债权转让C后依照债法则A丧失债权，但若B不知晓债权转让之事实，则B对A进行清偿则仍然可以发生债权消灭的效果，C只能依照不当得利对A进行追偿而不可让B对自己再次进行偿债。参见杨志琼.权利外观责任与诈骗犯罪——对二维码案、租车骗保案、冒领存款案的刑民解读[J].政法论坛,2017,35（06）:32-45.

<sup>13</sup> 这里的“处分权”指无或限制处分权人将其占有的，或仅具有占有外观的财物进行无权处分的行为，例如车辆承租人将车辆出售、抵押，盗窃他人财物后将他人财物出售，管家将主人家中的房产出售等等。参见杨志琼.权利外观责任与诈骗犯罪——对二维码案、租车骗保案、冒领存款案的刑民解读[J].政法论坛,2017,35（06）:32-45.



(图一)

## (二) 以权利外观获取他人财物行为之定性争议

### 1. 侵占类犯罪说

所谓侵占类犯罪并非单单刑法第二百七十条所规定的侵占罪,而是在三角关系中,基于行为人与受害人之间关系,或者说行为人对受害人所成立的一切犯罪之统称。其具体罪名包括:侵占罪、盗窃罪、职务侵占罪、贪污罪(除诈骗方式外实施,下同)等一系列以平和方式进行的,违反他人意志而非法取得或维持占有他人之财物所成立之罪名。侵占类犯罪说的论证逻辑大致如此:行为人之所以能骗取他人财物,关键在于利用了他人对其权利外观所产生的信任。具体而言,这种权利外观之所以能给与他人充分信任感,使受骗人“心甘情愿”处分财物与行为人,关键在于其背后有真正权利人或损失最终承担者的“兜底”,如表见代理下的单位或其他权利人等。因此,行为人表面系在欺骗他人钱财,实际是在挖受害人“墙角”,因而应该将行为人的行为理解为违反受害人意志而侵害受害人财物之行为。<sup>14</sup>以侵占类犯罪说的观点评价上述三个案例:案例一中职员李某的行为构成职务侵占罪,因为李某欺骗扬州公司的行为实际造成了其单位南京公司的损失,故其行为的实质是违反单位意志非法占有单位财物,符合职务侵占的构成要件;<sup>15</sup>案例二中原债权人甲的行为构成侵占罪,因为债务人丙未收到债权人变更通知而对原债务人履行债务的行为具有法律效力,故损失由新债务人乙承担。

<sup>14</sup> 参见郭立锋.表见代理与合同诈骗罪[J].中国刑事法杂志,2004(05):51-56.

<sup>15</sup> 参见郭立锋.表见代理与合同诈骗罪[J].中国刑事法杂志,2004(05):51-56.

甲应当归还而不归还原本属于乙的财产，可以构成侵占罪；<sup>16</sup>案例三中，偷换二维码的邹某构成盗窃罪，因为顾客虽然受到欺骗但其支付行为仍然有效，损失由商家承担，故邹某实际是违反商家意志非法占有商家的财物，构成盗窃罪。<sup>17</sup>这类观点并不是空穴来风，其理论基础为违法一元论，该观点在刑民交叉问题上的表现是刑法与民法在违法性评价中必须保持一致。侵占类犯罪说者认为，在民法层面上，行为人是利用权利外观欺骗并占有他人财物，所以权利外观所指向之单位、被代理人或其他受害人等，可能基于表见代理、雇佣人替代赔偿等制度或一般社会观念而承担相关合同义务或者履行替代赔偿责任，而受骗人受信赖保护制度的保护而不会遭受经济损失。基于刑法与民法违法评价统一性原则的逻辑，刑法认定被害人时不可与民法认定的不利后果承担者相悖，因此不可将受骗人认为是刑法中的受害者，而应该将不利后果的终局承担者认定为受害者。因此，这类案件实际是行为人以非法方式取得或维持占有被害人财物之行为，故而对被害人应成立侵占类犯罪而非对受骗人成立诈骗类犯罪。<sup>18</sup>

## 2. 诈骗类犯罪说

针对以权利外观获取他人财物的行为定性上，理论界与实务界另外存在着诈骗类犯罪说。诈骗类犯罪说因其涉及的法律关系复杂，论证难度较高，故而在实务界处于弱势地位。但该说能够客观反应事实，正确适用法律，符合精细化适用刑法的趋势。

诈骗类犯罪指的是一切利用通过虚构事实或隐瞒真相的方式，使他人陷入错误认识，他人基于瑕疵意识处分财物而造成损失一类的犯罪。具体包括普通诈骗、合同诈骗、保险诈骗等一般或特殊形式诈骗类犯罪。诈骗类犯罪说论证逻辑大致如此：行为人虚构自己具有占有被害人财物的权利（即利用权利外观），使被害人陷入错误认识（误以为行为人可以要求自己交付并占有自己财物），被害人基于瑕疵意识处分财物造成被害人损失。<sup>19</sup>由于被害人知晓行为人实际没有占有自己财物的权利便不会交付财物，故而行为人的欺骗行为与被害人处分财物并且造成损失具有因果关系，构成诈骗类犯罪。<sup>20</sup>以诈骗类犯罪的观点评价案例一、二、三，则案例一构成合同诈骗罪，案例二、三构成普通诈骗罪。因为只要案例一中的扬州公司知晓李某没有与自己签署买卖合同，案例二中的丙知晓甲已经将债权

<sup>16</sup> 参见杨兴培，“三角诈骗”的法理质疑与实践批判[J].东方法学,2019(04):55-69.

<sup>17</sup> 参见邹晓敏盗窃一审刑事判决书。引自中国裁判文书网，案号：（2017）闽0581刑初1070号

<sup>18</sup> 参见杨志琼.权利外观责任与诈骗犯罪——对二维码案、租车骗保案、冒领存款案的刑民解读[J].政法论坛,2017,35（06）:32-45.

<sup>19</sup> 参见游成婧.表见代理与诈骗罪的民刑并行分析[J].法学杂志,2019,40(05):132-140.

<sup>20</sup> 参见刘伟.民刑交叉案件中表见代理行为的刑事法律判断[J].中国刑事法杂志,2014(01):38-42.

转让与乙，案例三中的顾客知晓商户“二维码”是他人伪造，则不可能将财物交付与行为人，故行为人的欺诈行为与受骗者交付行为具有因果关系，行为人构成诈骗类犯罪。该论理论依据为违法性评价多元论，其在刑民交叉案件中的表现即为刑法与民法在违法性评价上可以具备多元性。违法多元论认为，民法和刑法虽然都致力于构建良好交易秩序，但其价值取向不同，调整方式不同，所以在违法性判断上会得出不同的结论实属正常现象。<sup>21</sup>在行为人以权利外观获取他人财物的评价上。民法认定行为人成立表见代理或以其他制度保护善意受骗人的信赖利益有两个层次的目的：第一层次，使善意受骗人“得其所欲”，填补其损失；第二层次，加强其他市场主体对此种交易模式之信赖，减少不必要的审核成本，维护交易安全，促进交易效率，繁荣市场经济。刑法认定此行为构成诈骗类犯罪，其目的在于从保护财产法益，禁止社会成员通过非法方式占有他人财产，降低社会为保护财产而投入的成本。既然两者在价值取向上，调整模式上各有差异，则不应该以一方成立而否定另一方的成立，而应该承认两者可以同时成立。也就是说，表见代理的成立或其他受害人可以“得其所欲”法律效果的成立具有其特别的构成要件，诈骗类犯罪的成立也具有其构成要件，只要符合其构成要件则两者可以同时成立，不应该以民法的评价结论否认刑法的评价结论。

### 三、争议之焦点——违法性评价基准

“刑法和民法的评价不一致还可能体现为某一追求、实现特定利益的行为在民商事规则上能够找到相应依据，但是所欲实现的利益内容及行为过程受到刑法否定评价，即民商‘合法形式’的外观与刑法的实质判断可能不一致”。<sup>22</sup>因此，侵占类犯罪说与诈骗类犯罪说的争议核心是——民事判断结论是否应该成为刑事判断的事实依据，该争议的背后实际是违法性判断是否应该具备统一性的问题。对于该问题的判断在学界有两种基本观点，第一种认为违法性判断应该具备统一性的违法一元论，第二种认为违法性判断不必具有统一性的违法多元论。

#### （一）违法一元论

违法一元论认为违法性的判断应该具备统一性，即刑法领域中被认定为违法的行为在民法领域不得对其予以保护。反之，在民法领域被认定为合法的行为则在刑法领域中不得认为其构成犯罪，否则会造成法秩序冲突。该论又具体区分为严格违法一元论及缓和违法一元论，严格违法一元论认为“对作为犯罪成立要件

<sup>21</sup> 参见张明楷.无权处分与财产犯罪[J].人民检察,2012(07):5-12.

<sup>22</sup> 简爱.从刑民实体判断看交叉案件的诉讼处理机制[J].法学家,2020(01):116-129+194-195.

之一的违法性的评价应从全体法秩序的立场进行统一的理解。例如刑法上被评价为违法的行为，民法等其他法领域要统一地认为违法；刑法以外的法的领域评价为违法，刑法上也要作与其他法领域统一的违法之理解。”<sup>23</sup>缓和违法一元论在刑法的违法性与其他法的违法性之上设计了一个“一般违法性”的概念贯通全局，进而得出：所有违反法律的行为都具有“一般违法性”，但是具有“一般违法性”的行为在刑法中不一定是可罚违法性的行为。例如，盗窃一只铅笔具有“一般违法性”，同时违反了刑法与其他部门法的规定。但同时，由于刑法在入罪上具有定量要求，故而该行为在刑法上不具有可罚违法性。<sup>24</sup>

违法一元论的理论基础是德国的恩吉施教授提出的法秩序统一理论。他把法秩序存在的矛盾分为四种，其中与违法一元论关系最密切的是规范的矛盾。<sup>25</sup>恩吉施教授认为，如果一个行为在规范中同时被命令或允许、同时被禁止或命令、同时被命令与不被命令、同时被以不可协调的方式命令，即某行为同时存在合法与违法的评价，则人们的生活将无所适从，因为没人可以同时做出相反的两种行为，这是存在论的基本观点。因此，法秩序必须具有统一性，不能因为法律内部的部门区分造成评价不一的情况。<sup>26</sup>恩吉施的观点虽然有利于维护法律体系内部的逻辑自洽，但是在实践中不具有可操作性。例如，卖淫嫖娼行为违反了《治安管理处罚法》但不违反刑法，通奸行为有可能违反民法中配偶忠实义务但不构成犯罪。为此，后续学者以“一般违法性”理论完善恩吉施的法秩序统一理论。代表性观点源于日本“一厘案”。<sup>27</sup>关于此案，日本大审院则认为：刑法具有谦抑性，故而只有具备高度社会危害性的行为在刑法中才具备可罚违法性。以此观之，“一般违法性”理论实际是将刑法违法性区分为“一般违法性”与“可罚刑法违法性”，两者之间仅仅具有量上区别而不具备质的区别。例如通奸行为本质上也是违反刑法的行为，但由于量上没有达到可罚性而不构成犯罪，若行为人的通奸行为达到了事实婚姻的程度，则有可能构成重婚罪。<sup>28</sup>对比两者，虽然缓和一元

<sup>23</sup> 陈少青.法秩序的统一性与违法判断的相对性[J].法学家,2016(03):16-29+175-176.

<sup>24</sup> 参见王骏.违法性判断必须一元吗?——以刑民实体关系为视角[J].法学家,2013(05):131-147+179.

<sup>25</sup> 还有三种分别是：技术的矛盾、评价的矛盾以及原则的矛盾。其中恩吉施认为，技术的矛盾能够在人们讨论和熟知的事实中被发现。同一术语在法秩序的不同位置，其概念阐释存在不同，这是可以被设想的。例如占有概念，在民法和刑法上是不同的，而过失的概念同样如此（其标准一个更客观，一个更主观）。法律概念具有相对性，这种“必要的矛盾”是不得不被容忍的。评价的矛盾体现在对于一个较轻的犯罪，施加了一个比其更重的犯罪还要严重的法律后果，或者与之相反。原则的矛盾在每一个法秩序中都能寻找踪迹，即法律的整体或部分根据相互对立的基本原理被设立出来。参见陈少青.法秩序的统一性与违法判断的相对性[J].法学家,2016(03):16-29+175-176.

<sup>26</sup> 参见卡尔·恩吉斯.法律思维导论[M].郑永流译.北京:法律出版社,2014:8-44.我不一一指出

<sup>27</sup> 当时某烟草种植人违反（旧）烟草专卖法，消费了应向政府缴纳的价值一厘的烟草叶。日本大审院认为该种植人无罪，理由是基于共同的生活观念，刑罚制裁的依据必须是法律所保护的法益被侵害，同时有必要通过刑法施加刑罚；在公民的共同生活中，对于仅带来零细损害的不法行为，刑罚不予关注。基于法律不理细小之事的理念，如果被害法益极其轻微，动用对权利存在高度破坏性的刑法，不符合比例原则，在法益极其轻微的场合，是“不能用大炮打小鸟”的。参见王彦强.可罚的违法性论纲[J].比较法研究,2015(05):108-124.

<sup>28</sup> 参见陈少青.法秩序的统一性与违法判断的相对性[J].法学家,2016(03):16-29+175-176.



论在一定程度承认了刑法与其他法律在立法目的差异,但其创造性提出的“一般违法性”概念却在形式上填补了该差异,因而其本质上也坚持了违法一元论观点,认为刑法与其他法律对同一事实的违法判断上必须具备一致性。

违法一元论是侵占类犯罪说的根本依据。侵占类犯罪的基本逻辑是:行为人以权利外观获取他人财物的三角关系中,由于表见代理或其他信赖利益保护机制的调整,使受骗人避免损失而将“祸水”引流至受害人(即单位或其他不利后果的承担者),因而行为人不能对受骗人成立犯罪。将其代入违法一元论的逻辑则可以得出:表见代理或其他信赖保护机制的成立与否与诈骗犯罪成立与否不可兼容,否则违法性判断会出现不一致之处。因为“刑法的违法判断需遵从民商事规则对权利外观的维护,典型观点如民法中保护善意第三人合法权益的表见代理、善意取得等制度与诈骗类犯罪不能共存。”<sup>29</sup>所以,行为人利用权利外观获取他人财物的行为只能成立对最终受害人的犯罪,诸如职务侵占、贪污、盗窃、侵占等。不仅在本文讨论的以权利外观获取他人财物定性问题上,在其他以刑民交叉类案件中,违法一元论也在影响着案件定罪量刑。典型案例诸如帅英骗保案等,<sup>30</sup>本案以违法一元论的原理则将得出“帅英无罪”的结论。因为按照保险相关法律规定,保险合同成立两年后除斥期间经过,合同瑕疵消灭。由于刑事判断结果不得以民事判断结果相冲突,故而帅英无罪。<sup>31</sup>再如“租车两头骗”案<sup>32</sup>中,对于行为人出售骗取车辆的行为,违法一元论者则会以该行为符合善意取得标准而认定其不构成对车辆善意取得人的犯罪。<sup>33</sup>

## (二) 违法多元论

违法多元论认为违法性的判断可以根据部门的立法目的不同而得出不同的

<sup>29</sup> 简爱.从刑民实体判断看交叉案件的诉讼处理机制[J].法学家,2020(01):116-129+194-195.

<sup>30</sup> 帅英于1998年、2000年两次为母亲投保中国人寿保险公司的“康宁险”,该险种要求被保险人年龄在70岁以下。但在第二次投保时,帅英母亲已有77岁高龄。2003年帅英母亲身故后,保险公司向受益人帅英理赔保险金27万元。该案案发后经过了极其复杂的程序处理:四川省达州市渠县人民检察院决定不起诉,公安机关要求复查,达州市人民检察院复议后指定大竹县人民检察院提起公诉,大竹县人民法院判决宣告帅英无罪,达州市人民检察院向达州市中级人民法院提起抗诉,上报至四川省高级人民法院,后上呈至最高人民法院,达州市人民检察院最终决定不起诉。参见温行健.刑民交叉实体问题破解途径探究——以“帅英骗保案”为基点[J].刑事法评论,2018,42(01):641-661.

<sup>31</sup> 参见高铭喧,曹波.保险刑法规范解释立场新探——基于缓和违法一元论的展开[J].中国应用法学,2019(03):1-1.

<sup>32</sup> 例如:曹忠合同诈骗案2013年1月30日至同年2月27日期间,被告人曹忠在与南通吉欣汽车运输有限公司汽车租赁部、上海爱梦汽车租赁有限公司等汽车租赁公司签订、履行租车合同过程中,以租车自用为名,骗得牌号为苏F8P722丰田凯美瑞、沪J11637别克君越、苏F303BQ广本雅阁、苏FEG433丰田RAV4、沪N91822奥迪A6等汽车5辆,并伪造个人身份及车辆行驶证等资料,将上述车辆质押给倪贵金、杨正辉、苏劲松等人,得款人民币41.9万元,这些钱款被其用于归还个人借款及挥霍。经启东市价格认证中心鉴定,上述5辆汽车合计价值人民币83.3815万元。参见陈兴良.合同诈骗罪的特殊类型之“两头骗”:定性与处理[J].政治与法律,2016(04):39-51.

<sup>33</sup> 参见林虹,李亮,黄艳洁.汽车租赁中实施“两头骗”的行为人构成何罪[J].人民检察,2018(16):49-50.

结论。该观点主张“承认法秩序的多义性，将违法性在民法、行政法、刑法等领域相对或多义地把握。也就是说，在违法性判断方面，刑法与民法、行政法中的判断是相对独立的、多元的，并没有必然的联系。”<sup>34</sup>例如，违禁品或赃物在民法中不能得到保护，在刑法中却能被认为是财产犯罪所保护之法益<sup>35</sup>。

1925年希佩尔在其刑法教科书中提出了“刑法的独立性”概念，学界认为这是违法相对性理论出现之标志。随后该理论很快得到迈耶、麦茨格、弗兰克、布伦斯等学者的支持，其中布伦斯更是将此概念予以改进而运用于财产法益的保护之中。该理论不仅在德国得到支持，而后日本学者诸如前田雅英、山口厚等更是将该理论贯彻于日本刑法解释体系之中，现已得到日本绝大部分学者之认可而成为通说。<sup>36</sup>例如，山口厚教授在评价违反日本劳动法时认为“实施属于劳动法上违法的罢工等劳动争议行为时所作出的构成要件该当行为，只要该行为属有助于正当利益的，仍可能阻却刑法上的违法性，劳动法上违法这一点本身对于判断刑法上的违法性阻却并没有直接影响。”<sup>37</sup>以此观之，其他法中违法之行为，并不当然在刑法中是违法之行为，刑法的违法性判断具有独立性。

违法多元论是诈骗类犯罪说的理论基础。诈骗类犯罪立足于案件之客观事实，即行为人以权利外观虚构事实或隐瞒真相使相对人陷入错误认识，受骗人基于错误认识处分财物之客观事实。由于违法多元论突破了违法性判断形式或逻辑上一致性的思想禁锢，故而刑事定性可以直接根据案件事实及构成要件进行判断。本文讨论的案件当然符合诈骗类犯罪之构成要件<sup>38</sup>，所以应该以诈骗类犯罪之规定定罪处罚，不可因为民事上表见代理或其他信赖保护制度等价值性判断的影响导致刑事认定“失真”，转而以其他不符合案件事实或构成要件之罪名对其进行定罪处罚。<sup>39</sup>违法多元论不仅影响以权利外观获取他人财物的案件定性，在上文所举例之其他刑民交叉案件亦同。例如“帅英骗保案”，以违法多元论的观点，不同部门法可以对同一事实作出不同的判断。合同有效是民法对“帅英案”作出的法律评价，其并不影响刑法对案件的定性。“帅英案”的帅英以非法占有的目的，通过隐瞒真相的方式使保险公司对其母年龄陷入错误认识，保险公司因错误认识而为其母承保并在约定事实发生后支付保费，符合保险诈骗的构成要件，故而帅英应该构成保险诈骗罪。

<sup>34</sup> 吴镐飞.法秩序统一视域下的刑事违法性判断[J].法学评论,2019,37(03):47-57.

<sup>35</sup> 参见王骏.违法性判断必须一元吗?——以刑民实体关系为视角[J].法学家,2013(05):131-147+179.

<sup>36</sup> 参见简爱.从“分野”到“融合” 刑事违法判断的相对独立性[J].中外法学,2019,31(02):433-454.

<sup>37</sup> 山口厚.刑法总论（第三版）[M].付立庆,译.中国人民大学出版社:北京,2018:189.

<sup>38</sup> 即“（1）实施欺骗等行为；（2）使受骗人陷入或强化认识错误；（3）受骗者作出行为人期待的财产处分行为；（4）受骗者或者其他（被害人）遭受财产损失。”参见张明楷.金融诈骗与金融诈骗罪研究[M].清华大学出版社:北京,2006:7.

<sup>39</sup> 参见简爱.从刑民实体判断看交叉案件的诉讼处理机制[J].法学家,2020(01):116-129+194-195.

### （三）违法多元论之提倡

违法一元论认为法秩序内部应该具备统一性的观点具有理论与逻辑上的自洽性，在一定程度上也能防止国民对不同部门法产生违法性认识混乱，因而该理论具有相当之优点而得到国内外学界与实务界不同程度的支持。但是，法律不应该过分追求理论与逻辑自洽性，而应以实事求是的方式适用，否则终会脱离客观事实，不可避免走上形而上的道路。<sup>40</sup>违法一元论正是追求抽象意义上之正义与理论上的逻辑自洽而导致以下两个方面的理论缺陷。该理论在处理部门法交叉问题时，过分追求逻辑形式统一而忽视部门法之间差异，导致处理结论既不符合法律规定，也无法对司法实践产生正面影响。因此，违法一元论存在严重缺陷而应予以放弃。笔者认为，关于对部门法交叉问题的处理应该准守以下原则：首先，应该立足事实，尊重了部门法的差异性目的，不可使处理结论违反法律规定。其次，法秩序统一的观点仍然应该坚持，但法秩序的统一并非以逻辑形式的表层实现，而应该在法律目的上贴近法秩序统一之真义。最后，理论在实务的运用必须简单明晰，不应留下模糊矛盾之处而“制造”不必要的疑难问题。综上所述，笔者认为在违法基准的判断上应该提倡违法多元论，具体理由如下：

其一，违法多元论尊重了部门法的规差异性规制手段与独特性价值，与法律规定更相吻合。不同部门法基于不同的规制手段而产生不同的法律效果，在违法内容上自然存在不同。<sup>41</sup>刑法的目的在于保护法益，<sup>42</sup>即保护“根据宪法的基本原则，由法所保护的、客观上可能受到侵害或者威胁的人的生活利益”。<sup>43</sup>法益虽包括了个人法益与超个人法益，但个人法益并非“私益”，而是不特定人的利益。<sup>44</sup>也就是说，刑法保护法益所使用的手段集中于公共领域而非私人领域，更非“当事人领域”。故而英美刑法学界有学者认为：“我们的法律制度将犯罪视作加害于社会整体（the entire society）的行为而不只是针对特定被害人（particular victims）的行为。”<sup>45</sup>一方面，刑法设置罪刑条款以昭示犯罪后果以预防犯罪，实现整体性法益保护目的；另一方面，刑法对违法并值得谴责之人施加惩罚以恢复被行为人伤害的法益，实现具体性法益保护的目。<sup>46</sup>这两方面目的的实现都是对公共领域的调整，而非私人领域上的调整。民法的规制手段则主要集中在私人领域，即一方面通过《民法典》的物权编、侵权责任法编等分编保护个体利益不受侵害，另一方面通过合同编、婚姻家庭编等分编促使社会财富增加与引导社

<sup>40</sup> 参见陈洪杰.法律如何治理——后形而上法哲学反思[J].法制与社会发展,2017,23(04):38-51.

<sup>41</sup> 参见王骏.不同法域之间违法性判断的关系[J].法学论坛,2019,34(05):64-77.

<sup>42</sup> 参见张明楷.刑法学（第五版）[M].法律出版社:北京,2016:22-24.

<sup>43</sup> 张明楷.法益初论[M].中国政法大学出版社:北京,2000:167.

<sup>44</sup> 参见夏勇.刑法与民法——截然不同的法律类型[J].法治研究,2013(10):32-37.

<sup>45</sup> John M. Scheb & John M. Scheb II .Crimina Law[M].Wadsworth Publishing Company:California,1999:6-7.

<sup>46</sup> 参见张明楷.刑法学（第五版）[M].法律出版社:北京,2016:62-66.

会关系健康和谐发展。因而,民法的价值主要体现在私人领域方面,即使其有促进公共利益的一面,但其落脚点一定是在对私人领域的直接调整上进行的。<sup>47</sup>刑法与民法规制的领域是不同的,法律效果也具有差异。违法多元论则同时尊重了这两方面的需求,如在“帅英骗保案”中,违法多元论认为帅英与保险公司签订的保险合同即使有效也不能阻却帅英保险诈骗罪的成立。因为《保险法》关于投保年龄与真实年龄不符而产生的可撤销权的除斥期间规定<sup>48</sup>是为了督促保险公司积极查实被保险人的真实年龄,防止保险公司滥用优势地位,将年龄不符所造成的风险完全转嫁给“外行”的投保人而使合同权利义务出现实际的不对等,最终损害投保人的权利。所以,除斥期间的规定是为了保护诚实善意的投保人不受保险公司侵害,其规制领域在私不在公。然而,刑法关于保险诈骗罪的规定,是防止行为人通过不诚实方式获得财富,将保险互助互济的根本目的扭曲为一种“一夜暴富的赚钱手段”。<sup>49</sup>刑法必须惩罚虚假投保而获益之人,才能促使民众诚信投保,减轻保险公司的审核成本,推动我国保险行业的健康发展。因此,不能拿保险法在私人领域保护“老实人”的规定作为否认诈骗类犯罪成立的“挡箭牌”,阻止刑法在公共领域进行规制,故而应该允许刑法与民法对同一事实做出不同法律效果的判断,这样才更符合法律的根本目的,也符合司法实践结论。

其二,违法多元论更加贴合法秩序统一之真意。法秩序统一是违法一元论所追求的秩序,也是违法多元论所支持的秩序,但两种统一秩序的表现形式各有不同。违法一元论所支持的是静态统一,即禁止不同法领域对同一事实做出不同的指令与评价。<sup>50</sup>违法多元论所支持的是动态性统一,即“只要不是目的论的矛盾,不同的概念解释和违法判断均属于法秩序能够容忍的矛盾。”<sup>51</sup>也就是说,所谓的法秩序统一性,并不是各个法域形式上的一致或逻辑学上演绎的一致,而应该是实质目的的一致性的要求。<sup>52</sup>所谓实质目的的一致,即实现了法律所追求的终极效应。例如法律对动态交易安全与静态权利保障的矛盾,这两种利益诉求本身就客观存在于法秩序之中。但法律对两者的保护根本上都是为了实现公平正义,实现整体经济增值,改善人民生活。将法秩序的统一认为是形式、逻辑意义上的静态统一忽略了现实中多元利益的诉求,其充满了形而上地自然法学派的理想,而无实定法基础,也不符合司法实践的要求。因此,法秩序的统一应该解释为一种实质的、根本目的上的统一,而非要求不同部门法做出相同违法性判断的形式

<sup>47</sup> 参见夏勇.刑法与民法——截然不同的法律类型[J].法治研究,2013(10):32-37.

<sup>48</sup> 1995年《中华人民共和国保险法》第53条规定:投保人申报的被保险人年龄不真实,并且其真实年龄不符合合同约定的年龄限制的,保险人可以解除合同,并在扣除手续费后,向投保人退还保险费,但是自合同成立之日起逾二年的除外。

<sup>49</sup> 参见温世扬、武亦文等.保险法(第三版)[M].法律出版社:北京,2016:132-147.

<sup>50</sup> 参见卡尔·恩吉施、郑永流译.法律思维导论[M].法律出版社:北京,2004:199-211.

<sup>51</sup> 简爱.从“分野”到“融合”刑事违法判断的相对独立性[J].中外法学,2019,31(02):433-454.

<sup>52</sup> 参见卡尔·拉伦茨、陈爱娥译.法学方法论[M].商务印书馆:北京,2003:46.

性统一。<sup>53</sup>因此,违法多元论并没有对法秩序统一理论做出反对或排斥,反而是对该理论予以细化和完善。例如,重婚罪要求行为人与两人以上保持婚姻关系,但民法只承认法律婚姻关系而不承认事实婚姻关系,所以理论上只能有两种情况可以成立重婚罪,第一是行为人与两人以上均在我国内地登记结婚的情形<sup>54</sup>;第二是行为人在内地或境外分别与两人以上登记结婚的情形。然而,实践中长期存在具有法律婚姻关系一方与他人存在事实婚姻而被判重婚罪的情形,如方伍峰重婚案<sup>55</sup>与法兰克·巴沙勒·米伦等重婚案<sup>56</sup>中,最高法均认为行为人与他人具有法律婚姻关系的情况下与第三人保持事实婚姻关系符合重婚罪构成要件。违法一元论者便认为此类判决破坏法秩序统一性而应予以纠正。<sup>57</sup>笔者则认为,这恰恰说明了统一的法秩序内部本来就存在着不同的利益诉求,承认多元利益诉求而做出多元法律评价不妨碍其根本目的的统一性。民法否认事实婚姻的目的在于确立婚姻的合法性,便于国家管理,维护婚姻的严肃性,有效保障婚姻当事人的合法权益。<sup>58</sup>刑法将事实婚姻纳入重婚罪构成要件则同样是为了维护一夫一妻、互相忠诚、禁止重婚这种为法律所保护的善良社会风俗。<sup>59</sup>所以,刑法与民法虽然对事实婚姻得出两种不同的法律效果,但是其根本目的是一致的。故而我们应该承认,利益诉求是多元的,部门法多元的利益做出的回复也是多元的,因而其法律效果也是多元的,但最终目的是一致的。违法多元论回应了多元,但无忽视一致的目的,符合法秩序统一理论,应该予以提倡。

其三,违法多元论可以打破刑法从属性理论,有助于妥当处理刑法与其他法域的实体与程序关系。违法一元论主张者将刑法定义为其他部门法的“从属法”,

<sup>53</sup> (日)山下純司、島田聡一郎、穴戸常寿.法解釈入門[M].有斐閣:東京:109.

<sup>54</sup> 我国各地婚姻登记处长期未联网状态,故一人与多人登记结婚的现象客观存在,案例如王某乙重婚案:姚某某诉称,其与被告人王某乙于1986年5月17日登记结婚,1988年1月23日生育一女王甲。2014年起,被告人王某乙与方某某在自诉人名下的房屋内以夫妻名义共同生活,同时被告人王某乙借故提起离婚之诉,致自诉人在不知情的情形下被法院判决离婚,然判决书生效前,两人就在上海市杨浦区办理了结婚登记。被告人王某乙的行为已触犯《中华人民共和国刑法》第二百五十八条之规定,构成重婚罪。案例选自中国裁判文书网,案号:(2016)沪0110刑初135号

<sup>55</sup> 1989年11月,方伍峰参军入伍后与原籍同村女青年王某恋爱。1993年7月27日,方伍峰与王某在原籍按当地风俗举行了结婚典礼。当时,因方伍峰未到结婚年龄(距婚姻法规定的结婚年龄差4个半月),故未到结婚登记机关办理结婚登记手续。此后,二人以夫妻名义同居生活,次年,王某生一女孩。1995年8月,方伍峰结识了部队驻地附近的小学教师李某。1996年2月10日,方伍峰与李某登记结婚,并于1996年底生一女孩。后王某向部队告发方伍峰重婚。案例引自:《刑事审判参考》【第10号】

<sup>56</sup> 被告人法兰克·巴沙勒·米伦于1991年8月24日在英国与被害人JOSEPHINE MILLEN注册结婚且婚姻关系一直延续至今。2005年,法兰克·巴沙勒·米伦到广东省广州市做生意期间,认识被告人罗敏婷并产生感情。罗敏婷在明知法兰克·巴沙勒·米伦已经注册结婚的情况下,双方仍以夫妻名义同居于广州市越秀区淘金东路112号(即御龙亭C座)805房。2006年下半年,法兰克·巴沙勒·米伦、罗敏婷举办婚宴,宴请双方亲朋好友,公开他们之间的夫妻关系。后法兰克·巴沙勒·米伦和罗敏婷在广州市生育2名儿女。2013年2月26日,法兰克·巴沙勒·米伦、罗敏婷向公安机关投案。案例引自:刑事审判参考【第967号】

<sup>57</sup> 参见王良顺.论重婚罪中的“有配偶”和“结婚”[J].中国刑事法杂志,2012(01):55-59;魏汉涛.以客观解释论解读重婚罪[J].海南大学学报(人文社会科学版),2006(02):222-226;张光君.重婚罪的司法衰微及理论回应[J].中国刑事法杂志,2010(11):40-45.

<sup>58</sup> 参见张雅维.刑民法律冲突视角下的重婚罪认定[J].山东社会科学,2020(06):188-192.

<sup>59</sup> 参见张雅维.刑民法律冲突视角下的重婚罪认定[J].山东社会科学,2020(06):188-192.

而行为只有违反其他诸如民法、行政法等部门法，且无法为其所规制的行为，方能以刑法规制。<sup>60</sup>换句话说，即其他部门法是刑法的“前置法”，判断违反刑法的行为首先应判断行为是否违反“前置法”之规定。<sup>61</sup>这样便容易导致两个极端，第一是“先民后刑”，即刑法的处理结论无条件依赖于民法，甚至在刑事程序必须待民事程序结束后方能予以启动；第二是“先刑后民”，即对待刑民交叉案件时以“此案无法以民事手段解决”为由而为刑事全部“接管”，并且禁止民事程序再对其进行“插手”。<sup>62</sup>这两种方案均不能合理、便捷、清晰解决刑民交叉案件，前者可能最大限度尊重了被害人权益，但导致案件复杂冗长，甚至有“以民代刑”或“还了钱就不用判刑”之嫌。后者虽然对司法机关而言快捷便利，但可能导致被害人权利遭到损害，例如诈骗案的受害人无法利用民事程序主张违约责任，行使担保权利等等。因此，应该承认刑法的独立性，承认在某些情况下刑法可以做出与其他法不同的结论，如此便可在程序上实现“刑民并行”，即刑事程序与民事程序相互独立运行，独立根据各自规制手段对案件进行规制，得出独立的法律结论。例如一方面允许诈骗案受害人对诈骗者主张违约责任，对担保人行使担保权利；另一方面对诈骗案的行为人定罪处罚，两者独立运行。当然，有人可能认为这样会导致重复的司法认定，但这其实可以通过既判力制度解决。如《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第10条与《人民检察院刑事诉讼规则》第437条均规定，经过法院生效判决所认定的事实为免证事实。如此便既能保证司法效率，又能使案件处理兼顾如诈骗罪被害人获得充分补偿及社会大众对严惩行骗人等多方利益诉求。

## 四、定性之我见——诈骗类犯罪之倡导与展开

回到本文以权利外观获取他人财物案件的定性上，笔者认为对案件进行正确定性不应该囿于违法一元论而将事实进行粗糙“加工”，以致其严重偏离客观事实。反之，我们或许可以尝试以违法多元论之观点区别讨论案件中的民事问题与刑事问题，以“桥归桥，路归路”的方式处理刑民交叉问题。在这种状态下，我们不难发现侵占类犯罪因在违法基准判断上选择违法一元论具有的各种缺陷，也可以清晰看到诈骗类犯罪因在选择违法多元论而更具有提倡之意义与价值。

---

<sup>60</sup> 参见王骏.不同法域之间违法性判断的关系[J].法学论坛,2019,34(05):64-77.

<sup>61</sup> 参见夏伟.在程序与实体之间：财产犯罪中的刑民交叉问题研究[D].东南大学博士学位论文,2019:79-89.

<sup>62</sup> 参见王林清,刘高.民刑交叉中合同效力的认定及诉讼程序的构建——以最高人民法院相关司法解释为视角[J].法学家,2015(02):75-91+178.

## （一）侵占类犯罪说之缺陷分析

第一，侵占类犯罪说架空了事实。侵占类犯罪说在处理案件的时候存在架空事实与法律依据的严重弊端，因此不可避免的带来处理方式粗糙以及结果无法正确反映事实和法律适用依据出现错误的严重弊端。本文讨论案件的客观事实是：以权利外观获取他人财物是通过虚构事实隐瞒真相而使他人陷入错误认识，他人基于错误认识而将财物直接处分给行为人而造成受害人损失。在整个过程当中，受害人并未有控制财物的时刻，故而利用权利外观的行为人不可能成立对受害人的犯罪。反观违法一元论。首先，其论者认为刑事判断结论不得违背民事判断结论，故而在讨论案件时不得已将“加工事实”作为定性所依据的事实。其次，在讨论以权利外观获取他人财物的案件时认为行为人符合民法“表见代理”或其他信赖保护制度的相关规定，损失最终由单位承担。最终，此类案件的事实被“加工”为了：行为人明知他人将财物转移给自己是信任自己所具有的权利外观，知晓自己的行为会使受害人替自己“背锅”，因此行为人实际就是在受害人的“钱柜”中挖了一个“洞”，然后引导他人将自己的财物投进“洞中”，自己则将“洞中”掉出的财物拿走，受害人承担最终损失。<sup>63</sup>因此，行为人实际是违反受害人意志非法占有其财物，应该评价为侵占类犯罪。<sup>64</sup>这种所谓“挖洞”转移说是实务法官对“二维码”案定性为盗窃罪的论证理由。“挖洞”说认为，行为人偷换二维码实际是在商户的“钱柜”中“挖了一个洞”，使得顾客付给商户的钱通过“洞”掉进了行为人的“钱袋”中。<sup>65</sup>但是，以权利外观获取他人财物的实现是基于他人受骗后的处分行为，而非行为人对受害人财产的侵占行为，更非行为人“在受害人收款箱中挖洞”而让相对人财物落入行为人自家“钱袋”的行为。所谓“挖洞”转移说既不符合事实，也是对表见代理制度精神的误读。一方面，“挖洞”转移的前提是受害人至少对财物存在一瞬间的控制，但现实是受骗人受骗而交付的财物自始处于行为人控制，受害人对财物从未有过任何控制地事实及控制可能性。<sup>66</sup>另一方面，表见代理或其他信赖保障制度的精神是对相对人的保护而非改变财物实际占有状态的制度，故而表见代理或其他信赖保障制度不足以推翻受害人从未占有财物之事实。定罪量刑应该以事实为依据，以法律为准绳。以违法多元论观点，民事判断结论并不影响刑事判断结论，因而我们可以坚持以客观事实作为刑事定性的依据。所谓客观事实即具有证据证明且符合程序法的事实，而非经过其他法律“加工”过的事实。<sup>67</sup>而真正事实则是受骗人受骗后产生错误

<sup>63</sup> 参见杨兴培. “三角诈骗”的法理质疑与实践批判[J]. 东方法学, 2019(04):55-69.

<sup>64</sup> 参见郭立锋. 表见代理与合同诈骗罪[J]. 中国刑事法杂志, 2004 (05):51-56.

<sup>65</sup> 参见张明楷. 三角诈骗的类型[J]. 法学评论, 2017, 35(01):9-26.

<sup>66</sup> 参见张明楷. 三角诈骗的类型[J]. 法学评论, 2017, 35(01):9-26.

<sup>67</sup> 参见张明楷. 案件事实的认定方法[J]. 法学杂志, 2006(02):30-34.

认识,进而将自己占有的财物转移给至行为人占用,行为人以非法占有的目的接受了受骗人处分之财物,因而该财物的移转方式应该评价为“受骗处分”而非“挖洞移转”。

第二,侵占类犯罪说无法做到罪责刑相适应。所谓罪责刑相适应原则指的是定罪量刑必须结合行为人的社会危害性、主观恶性与人身危险性而确定。<sup>68</sup>罪责刑相适应原则是现代刑法的基本原则,也为我国刑法所采纳并施行<sup>69</sup>。现代刑法的罪刑相适应是在批判继承以贝卡利亚、边沁与费尔哈巴为代表的古典功利论者提出的罪刑均衡原则与龙勃罗梭、加罗法洛与菲利为代表的刑事实证学论者提出的刑罚个别论原则的基础上产生的。<sup>70</sup>该原则的适用有两方面的积极意义。一方面,可以有效修复行为所破坏的社会关系,起到一般预防的效果,如贝卡利亚所言:“犯罪对公共利益的危害越大,促使人们犯罪的力量越强,制止人们犯罪的手段就应该越强有力”。<sup>71</sup>另一方面,可以对行为人进行有效地改造。具体而言即通过现代心理学、行为认知学等现代科技手段精准分析行为人的主观恶性与人身危险性,针对性进行矫正,实现个别化预防犯罪之效果。<sup>72</sup>侵占类犯罪说者将利用权利外观获取他人财物之行为评价为侵占类犯罪,将事实上的三角关系简化成行为人与受害人的双边关系,虽然便于实务的操作,但有可能出现罪责刑不相适应原则的后果。例如,在案例一所描述的单位成员以权利外观获取他人财物的案件中,有人认为应该定职务侵占罪,因为行为人所构成的表见代理阻断了对受骗人成立的犯罪,故行为人实际是违反单位意志而非法占有单位财物,成立对单位的犯罪即职务侵占罪。<sup>73</sup>这便产生了罪责刑不相适应的情形。职务侵占罪最高法定刑依照第二百七十一条规定仅有十五年,且最低入罪标准也在15万元以上。<sup>74</sup>侵占类犯罪中的贪污罪虽最高法定刑为死刑,但是入刑标准也在3万元以上。单位人员以权利外观获取他人财物的行为在客观上与诈骗、合同诈骗等诈骗类犯罪的构成要件及法益侵害性完全一样的,都是通过欺诈他人的方式非法获取他人错误处分之财物,都对财产法益造成了侵害。<sup>75</sup>但反观诈骗类犯罪,不论是普通诈

<sup>68</sup> 参见高铭暄、马克昌主编.刑法学(第九版)[M].北京大学出版社:北京,2019:46-47.

<sup>69</sup> 《刑法》第五条:刑罚的轻重,应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。

<sup>70</sup> 郑延谱.从罪刑均衡到罪责刑相适应——兼论刑法中“人”的消隐与凸显[J].法律科学(西北政法学报),2014,32(06):52-62.

<sup>71</sup> 贝卡利亚.论犯罪与刑罚[M].黄风,译.中国大百科全书出版社:北京,1993:65.

<sup>72</sup> 参见郑延谱.从罪刑均衡到罪责刑相适应——兼论刑法中“人”的消隐与凸显[J].法律科学(西北政法学报),2014,32(06):52-62.

<sup>73</sup> 参见杨志琼.权利外观责任与诈骗犯罪——对二维码案、租车骗保案、冒领存款案的刑民解读[J].政法论坛,2017,35(06):32-45.

<sup>74</sup> 结合《最高人民法院 最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第十一条:“刑法第一百六十三条规定的非国家工作人员受贿罪、第二百七十一条规定的职务侵占罪中的‘数额较大’……按照本解释关于受贿罪、贪污罪相对应的数额标准规定的二倍、五倍执行。”与第一条:“贪污或者受贿数额在三万元以上不满二十万元的,应当认定为刑法第三百八十三条第一款规定的‘数额较大’”两条之规定,职务侵占罪数额较大的标准在15万——100万之间,故职务侵占罪最低入罪标准为15万。

<sup>75</sup> 参见游成婧.表见代理与诈骗罪的民刑并行分析[J].法学杂志,2019,40(05):132-140.



骗罪亦或是合同诈骗罪，最高法定刑均是无期徒刑，最低入刑标准则分别为 3000 元<sup>76</sup>及 5000<sup>77</sup>。两者对比便可明显发现，行为人被定性为职务侵占罪的法定刑在一定程度上是低于诈骗类犯罪法定刑的。这种情况并非笔者臆想，而是在广泛存在于司法实务中。笔者以“表见代理”为关键词在“无讼”搜索有关刑事案例。经过统计筛选后发现，在 2020 年及 2019 年两年中共有 26 个单位人员利用权利外观获取他人财物行为的案例。其中，共有 9 个案例的辩护人提出行为人应该构成职务侵占罪而非构成诈骗类犯罪，最终有 3 个（分别为：康步青诈骗罪<sup>78</sup>、吴春泉案<sup>79</sup>、伍永顺诈骗案<sup>80</sup>）为法院所采纳而更改检察院关于诈骗罪的起诉而改为职务侵占罪。其中，伍永顺案的被告人关于不成立诈骗类犯罪而成立职务侵占罪的辩护理由在二审中得到法院支持，进而将一审法院对其三年两个月有期徒刑的量刑改为一年。不仅是单位成员以权利外观获取他人财物的行为，其他以权利外观获取财物的行为都可能造成罪责刑不相适应的结果。例如侵占类犯罪论者便认为案例二中的行为人构成侵占罪而非诈骗罪。众所周知，侵占罪不论是入罪标准还是最高法定刑，均大大轻于诈骗类犯罪。这便与罪责刑相适应原则的根本目的产生矛盾，从一般预防的角度而言，罪责刑相适应原则要求定罪量刑必须与行为人的法益侵害性相适应，不论是单位成员亦或非单位成员，其利用权利外观欺诈他人财物的行为与利用普通方式欺诈他人财物行为在法益侵害程度上均无差异。侵占类犯罪论者仅仅因为行为人在手段上利用了单位或其他主体的权利外观行骗的特殊情形，便使行为人受到较轻的处罚，不仅不利于警示人们在市场经济下应该恪守诚实守信、恪尽职守等义务，反而因为不合理地给予此类犯罪者“减刑金牌”而在一定程度上鼓励人们通过权利外观获取他人财物。从特殊预防的角度而言，行为人所具备的单位成员身份或其他身份所形成的权利外观的特殊情形并无表明其特殊预防性低的特点。利用权利外观或不利用权利外观的行为人在骗取他人财物上的主观要件完全相同，均具有非法占有的目的，在人身危险性方面

<sup>76</sup> 《最高人民法院、最高人民检察院关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第一条：诈骗公私财物价值三千元至一万元以上、三万元至十万元以上、五十万元以上的，应当分别认定为刑法第二百六十六条规定的“数额较大”、“数额巨大”、“数额特别巨大”。各省、自治区、直辖市高级人民法院、人民检察院可以结合本地区经济社会发展状况，在前款规定的数额幅度内，共同研究确定本地区执行的具体数额标准，报最高人民法院、最高人民检察院备案。

<sup>77</sup> 《最高人民法院、公安部关于经济犯罪案件追诉标准的规定》第六十九条规定：“以非法占有为目的，在签订、履行合同过程中，骗取对方当事人财物，涉嫌下列情形之一的，应予追诉：个人诈骗公私财物，数额在五千元至二万元以上的。”

<sup>78</sup> 案例引自中国裁判文书网，案号：（2018）闽 0681 刑初 602 号

<sup>79</sup> 案例引自中国裁判文书网：（2019）鲁 1725 刑初 149 号

<sup>80</sup> 2016 年 11 月 26 日，被告人伍永顺趁曹泽辉坐牢期间，在曹泽辉未授权其收取客户购房尾款的情况下，利用曹泽辉的授权委托书，收取谢某、刘某 1 等人的购房尾款，共计骗取 16.4 万元。后伍永顺将收取的购房尾款中的 6 万元用于支付该栋住房电梯的定金费用，2 万元修路费，还支付 1 万元给“黑黑”，抵消曹泽辉与“黑黑”之间的债务。剩余欠款用于个人赌博、吸毒等挥霍。一审法院认为，上诉人伍永顺以非法占有为目的，采取虚构事实和隐瞒真相的手段，骗取被害人谷某 1、谷某 2 的财物，数额较大，其行为已构成诈骗罪。伍永顺不符提出上诉，二审法院认为上诉人伍永顺向购房户收取购房尾款的行为属于民法意义上的表见代理，不构成诈骗罪。案例引自中国裁判文书网，（2020）湘 04 刑终 100 号

也完全相同,不具有任何表明行为人积极配合改造的特点。将此类行为人定为侵占类犯罪,使其受到较低的量刑结果,并不利于对行为人进行精准化矫正。

当然,有人认为可以将以权利外观获取他人财物者评价为盗窃罪。由于盗窃罪入罪标准与处罚上限均高于侵占罪或职务侵占罪,这样便能实现罪责刑相适应。但是,这将造成另一个问题——对案件事实产生的错误判断。在某种意义上说,“法律人的才能主要不在认识制定法,而正是在于有能力能够在法律的——规范的观点之下分析生活事实。”<sup>81</sup>侵占类犯罪说在评价案件的时候便存在方法错误。论者在评价案例一时便认为,“因表见代理而成立的合同的法律效果,代理人所取得的财物,从一开始就属于被代理人所有,也就是说,代理人占有的是本单位的财物。”<sup>82</sup>在评论案例三的时候便认为,“我们可以将小偷偷换二维码的行为看成是一个偷偷潜伏在商家家里的行为,也可以看成将商家的二维码的钱包挖破了一个洞以后在下面盛放一个钱袋或者一只盆桶,当客户的钱穿过了商家的二维码以后就掉进了小偷的二维码钱袋或者钱盆里。”<sup>83</sup>这种判断实际上是有问题的,因为“判断案件事实的时候不能事先根据其他法律确定案件事实的性质,然后否认案件事实符合犯罪构成要件,而应在考虑刑法与其他法律关系的前提下,准确认定案件事实。”<sup>84</sup>也就是说,我们在判断某行为是否构成犯罪,构成何种类型之罪时,应该首先进行事实判断,然后再将刑法规定的构成要件套入事实中进行是否违法、违反何法的价值判断<sup>85</sup>,即评价案件的过程应该是:事实——构成要件。但是侵占类犯罪说者则不然,其在完成了第一步事实判断的时候将其他法律对该事实的价值判断作为事实的一部分,然后再根据刑法的规定对其作出最终价值判断,既:事实——融入其他法律的价值评判——构成要件。这种评价过程的必然导致为构成要件所评价的事实依据与真实的事实依据存在偏差,最终的评价结果也必然导致偏差。如果依照这种观点评价事实,则所有为其他法律所规制的行为都不存在犯罪的问题。例如A盗窃了B的财产,则A可以被评价为民法的不当得利,刑法并未规定不当得利构成犯罪故A不构成盗窃罪罪,故A不构成犯罪。再如A将假冒伪劣产品销售与B,价值20万元,则A可以被评价为民法中的违约,由于违约行为在刑法中不构成犯罪,故A不构成销售伪劣产品罪或诈骗罪等。<sup>86</sup>毋庸置疑,这是一种很荒谬的逻辑,但侵占类犯罪论者的推论思路却与此不谋而合。例如其将表见代理或其他信赖保护机制下的行为人与最终受害人

<sup>81</sup> 亚图·考夫曼.类推与“事物本质”——兼论类型理论[M].吴从周,译.台湾学林文化事业有限公司:台北,1999:87.

<sup>82</sup> 郭立锋.表见代理与合同诈骗罪[J].中国刑事法杂志,2004(05):51-56.

<sup>83</sup> 杨兴培.“三角诈骗”的法理质疑与实践批判[J].东方法学,2019(04):55-69.

<sup>84</sup> 张明楷.案件事实的认定方法[J].法学杂志,2006(02):30-34.

<sup>85</sup> 依据张明楷教授两阶层犯罪构成体系,构成要件要素不全是事实判断之成分,还有价值判断之成分。笔者对此观点表示赞同,故此处的构成要件是具有价值判断之成分的,下同。参见张明楷.刑法学(第五版)[M].法律出版社:北京,2016:126-129.

<sup>86</sup> 参见张明楷.案件事实的认定方法[J].法学杂志,2006(02):30-34.

的关系作为受害人占有财产的依据,进而认为受害人从一开始就占有了受骗人交付的财产,得出行为人的行为是侵占受害人的财产的结论。然而,表见代理及其他信赖保护制度的本意是通过使善意相对人“得其所欲”<sup>87</sup>的法律效果而保护善意相对人以维护交易安全,<sup>88</sup>并非为了推翻相对人受骗而处分财物的事实。如果表见代理或其他信赖保护制度的法律效果作为评价行为人犯罪的事实依据组成部分,则会出现行为人犯什么罪由善意相对人(即受骗人,下同)事后决定的荒谬后果。例如,依照民法总则《民法典》第一百七十一条第三款之规定,交易相对人有权对无权代理人主张赔偿,所赔偿的数额范围在履行利益之内。<sup>89</sup>表见代理属于无权代理的一种。按照通说观点,表见代理关系中的善意相对人既可以选择让被代理人按照第一百七十二条的表见代理之规定承担合同义务,也可选择让无权代理人依第一百七十一条的狭义无权代理之规定承担赔偿责任。<sup>90</sup>依照侵占类犯罪说的逻辑:若相对人选择表见代理的救助路径,则赔偿义务由被代理人承担,此时行为人构成侵占类犯罪。若相对人选择狭义无权代理的救助路径,则赔偿义务由行为人承担,此时行为人构成诈骗类犯罪。此时,相对人事后选择不同类型请求权成为了行为定性的先决条件。造成这种荒谬结果的原因在于侵占类犯罪说者将价值判断结果即民法的判断结论当定罪依据,违背了刑法定罪量刑应该以事实为依据的基本原则。<sup>91</sup>

第三,侵占类犯罪说在犯罪既遂的时间点判断上不具合理性。侵占类犯罪说主张者将表见代理或其他信赖保护制度下,行为人与受害人形成的代理关系或其他特定关系产生的受害人承担行为人行为责任的法律后果当成刑法评价的事实依据。认为在代理关系或其他特定关系下,行为人骗取受骗人财物的行为实际是“代受害人保管钱财”而不构成犯罪,而后携款逃跑而造成受害人损失行为方才构成犯罪。<sup>92</sup>然而,行为对法益侵害性的判断,应站在行为时的立场,根据客观的因果法则具体地判断行为是否具有导致构成要件结果发生的现实可能性。<sup>93</sup>行为人通过以权利外观获取他人财物的行为是有预谋的犯罪,其通过欺骗等方式诱使他人交付财物时便具有非法占有目的,他人将财物处分给行为人的时候行为人已形成了对财物的控制,受害人的损失(背负了债务或失去请求受骗人给付的权

<sup>87</sup> 所谓“得其所欲”,即在行为人以权利外观获取他人的情形下,为了保护该他人的信赖利益,民法赋予他人可以根据其“预想”的效果而产生相应的法律效力。例如表见代理的“代理人”虽然客观上没有代理权,但民法为了善意相对人的信赖利益,则赋予相对人与真实代理人交易相同的法律效果,实现“得其所欲”的效果。再比如债权转让而未通知债务人,债务人对原债权人归还债权,虽然客观上属于非债清偿,但民法为了保护善意债务人的权利,同样赋予其与归还真正债权人相同的法律效果。参见丁晓春.权利外观原则及其类型研究[J].安徽大学学报(哲学社会科学版),2009,33(05):43-49.

<sup>88</sup> 参见王泽鉴.债法原理(第二版)[M].北京大学出版社:北京,2013:298.

<sup>89</sup> 参见史尚宽.民法总论[M].中国政法大学出版社:北京,2000:52-57.

<sup>90</sup> 参见周清林.自治的异化:论表见代理的后果——兼评“选择权”通说[J].学术论坛,2006(10):112-116.

<sup>91</sup> 参见游成婧.表见代理与诈骗罪的民刑并行分析[J].法学杂志,2019,40(05):132-140.

<sup>92</sup> 参见刘伟.民刑交叉案件中表见代理行为的刑事法律判断[J].中国刑事法杂志,2014(01):38-42.

<sup>93</sup> 参见钱叶六.未遂犯与不能犯之区分[J].清华法学,2011,5(04):63-79.

利)也恰于此刻形成。在此过程中任何人都可以对行为人实行正当防卫以制止法益侵害结果的发生,行为人为窝藏赃物或抗拒抓捕而实施暴力或威胁行为也能评价为事后抢劫。在此过程中,除非行为人确实在取得相对人交付财物并置于受害人控制后临时起意,产生非法占有目的而侵吞该笔财物,否则根本不存在事后“携受害人财产逃跑”这种事实。所以,我们对行为人行为的评价必须针对受骗人受欺诈而处分财物,行为人得到财物的这一过程进行,而不可为了简化法律关系将犯罪既遂过程进行人为推迟,编造一个根本不存在的“携款逃跑”之事实评价案件,导致行为人犯罪既遂的时间点判断上具有不合理性。

## (二) 诈骗类犯罪说之提倡理由

诈骗类犯罪说克服了侵占类犯罪说的缺陷。首先,诈骗类犯罪说立足于基本事实,剥离了与其他法律对案件事实做出的非必要性加工,对利用权利外观获取他人财物的行为进行精准定性,符合刑法精细化适用发展的方向。其次,立足事实适用刑法不仅具有理论上的意义,其确定性也为准确量刑铺设道路。<sup>94</sup>诈骗类犯罪说将此类行为囊括至诈骗类犯罪之中,则可以对其适用诈骗类犯罪的法定刑,突破侵占类犯罪量刑畸轻<sup>95</sup>及起刑点高的不利影响。诈骗类犯罪说不仅可以克服侵占类犯罪说的缺陷,其在司法实践中的适用也具有独特价值。因为表见代理或其他信赖保护机制成立与否决定于事后的司法判定,所以在此之前,其效果实属不确定状态。若将刑事判决结果系于不确定能否成立的表见代理或其他信赖保护机制上,则一方面会损害司法既判力,另一方面会侵害相对人权利。诈骗类犯罪说则相当于在刑事认定中设置“绝缘体”或“防火墙”,防止民事认定结果损害刑事结果的既判力,同时也防止刑事认定结果侵害民事相对人的权利。具体而言:

诈骗类犯罪说可以保护刑事判决的既判力及相对人权利。既判力是一种解决刑事判决生效后既决事由的效力范围及程序安定性等问题一种制度。其理论逻辑大致如此:在刑事终审判决作出后,不论判决是否出现错误,诉权被消耗殆尽,检察官与当事人都不得就同一事实提出上诉或重新审判的要求。<sup>96</sup>该制度的理论基础包括诉权消耗理论、程序安定理论、诉讼经济理论以及权利保障理论等等,在实践中的具体运用表现为“一事不再理”或“禁止重复诉讼”等等。<sup>97</sup>既判力

<sup>94</sup> 参见王桂萍.定罪总论[D].北京:中国政法大学博士论文,2003:23-28.

<sup>95</sup> 笔者所谓罪量刑?轻是从总体考虑。一方面,侵占类犯罪中的职务侵占罪最高法定刑为15年,诈骗类犯罪最高法定刑一般为无期徒刑。另一方面,贪污罪虽最高法定刑为死刑,但司法实践中对侵占相同数额的财物,贪污罪量刑是普遍低于诈骗类犯罪的。所以笔者从总体上得出侵占类犯罪量刑畸轻的结论,但并不排除个别案件定侵占类犯罪会得出量刑更重的结论。

<sup>96</sup> 参见施鹏鹏.刑事既判力理论及其中国化[J].法学研究,2014,36(01):150-170.

<sup>97</sup> 参见李哲.刑事裁判的既判力研究[D].中国政法大学博士论文,2005.

的适用可以维护司法权威、节约司法资源以及保护被告人的权利,应该在实践中予以重视。<sup>98</sup>侵占类犯罪说的定罪依据是表见代理成立与否的认定及当事人对责任承担方的选择,因而会导致刑事认定结论受民事认定结论的影响而出现定性反复的危险。例如,甲利用单位成员产生的权利外观获取乙之财物,案发后由于乙在国外而未收到有关通知而不能协助案件办理。办案机关基于效率,通过其他证据证明甲的犯罪事实后以职务侵占罪犯罪对其定罪处罚,由于甲将财物挥霍一空,故而未追缴出任何财物。乙回国后知晓全程,起诉甲的单位要求其承担责任,但由于诉讼失误(如失误自认或证据未及时提交等)导致败诉,则表见代理不能成立。由于职务侵占罪的被害人只能是单位而不可能是乙,故而乙可以以“有新的证据证明原判决、裁定认定的事实确有错误”为由主张启动再审程序。频繁再审改判本身就是对刑事司法既判力的巨大破坏,不符合现代司法的发展方向,故而学术界时常发出限制再审的呼声。<sup>99</sup>反观诈骗类犯罪说则可以很好保护刑事既判力的稳定,因为诈骗类犯罪说定罪的基础是行为人以权利外观获取他人财物的行为事实,而非对其行为的价值评判,因而定罪基础相对固定,不会出现定罪结论反复的危险。同样以上文案例说明,由于诈骗类犯罪的被害人既可以是单位或其他不利结果的最终承担者,也可以的受骗人乙,所以刑事审判庭不论认定何人为被害人都不会造成改判的风险。如果刑事司法机关认定乙为被害人,则乙既可以通过追缴返还程序向甲主张赔偿,也可以通过民事诉讼程序要求甲履行合同义务或承担违约责任。如果刑事司法机关一开始认定单位为被害人,而后乙因为诉讼失误造成单位表见代理未被法院认定时,则乙可以主张侵权之诉。由于甲的行为属于侵权,再加之甲的侵权行为与其职务具有密切关系,则乙可以《民法典》第一千一百九十一条规定的用人单位替代赔偿制度请求用甲的单位赔偿自己的损失。<sup>100</sup>乙若提起侵权之诉,则大可不必担心诉讼失误,因为按照《民诉解释》<sup>101</sup>的规定,国家机关制作的法律文书推定为事实。由于甲已经为诈骗类犯罪所评价,所以“甲诈骗乙而使其交付财物”的事实已经为刑事判决书所确认,可以作为甲单位侵权的免证事实。

有人可能认为,将甲认定为侵占类犯罪一样可以起到表见代理被推定成立的效果。其实不然,通说认为表见代理的构成要件包括三项:①表见代理人具有代理权之外观;②相对人有合理理由相信该权利外观;③本人(被代理人)具有可

<sup>98</sup> 参见施鹏鹏.刑事既判力理论及其中国化[J].法学研究,2014,36(01):150-170.

<sup>99</sup> 相关代表性观点参见施鹏鹏.刑事既判力理论及其中国化[J].法学研究,2014,36(01):150-170.李哲.刑事裁判的既判力研究[D].中国政法大学博士论文,2005.王耀忠.刑事既判力在我国刑法中的重构[J].法律科学.西北政法学院学报,2002(06):121-126.

<sup>100</sup> 参见王泽鉴.债法原理(第二版)[M].北京大学出版社:北京,2013:272.

<sup>101</sup> 参见最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释第一百一十四条:国家机关或者其他依法具有社会管理职能的组织,在其职权范围内制作的文书所记载的事项推定为真实,但有相反证据足以推翻的除外。必要时,人民法院可以要求制作文书的机关或者组织对文书的真实性予以说明。

归则性。<sup>102</sup>对于这三个构成要件，刑事判决书不可能做出推定。“免证事实”指的是“案件事实”而非“法律的价值判断”，而对表见代理①②③的判定都是一种价值判断，而非事实认定。侵占类犯罪的刑事判决可以证明“行人为有无伪造了相关证件材料”、“相对人与行为人的熟悉程度”、“行为人使用的合同印章是伪造或者真实”的等等事实，但这些事实并不能直接推论出“行为人的权利外观足以使他人信赖”、“相对人善意无过失”、“单位具有可归咎性”等等的价值判断结论。因为这些因素的认定需要结合商业管理、交易习惯以及对未来商业交易安全便捷性影响等因素权衡利弊、综合判断。具体而言，“面对因合同欺诈导致的财产损失，法律应偏重对谁的保护，体现出两种安全理念的博弈。如果法律偏重对宜之成公司的保护，则注重真实权利人拥有的权利安全，维护社会既存的静的权利状态；如果法律偏重对客户的保护，则注重因信赖权利外观产生的交易安全，保障经济发展的动的流通秩序。”<sup>103</sup>例如地产分公司经理持有单位制作的空白合同或者大堂经理在单位的内部的休息室与相对人签约等事实并不能直接得出是否具备权利外观的判断依据，而需要根据商业习惯，并结合判决结果对未来地产公司及银行交易的便捷性与安定性的影响进行综合考虑。这种情况不仅出现于表见代理的认定上，也同时出现于善意取得的认定中。《关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》第十一条规定：“第三人善意取得涉案财物的，执行程序中不予追缴。作为原所有人的被害人对该涉案财物主张权利的，人民法院应当告知其通过诉讼程序处理。”该解释禁止刑事司法机关对善意取得事项作出事实性认定，因为这种认定并非纯粹事实的认定，而是权衡静态利益与动态利益的平衡结果，其与事实并不完全重合，本质上是一种价值判断。这又从另一个侧面说明诸如善意取得这类民事专属制度只有民事程序有能力、有权力进行认定，刑事程序不得染指。所以，刑事判决结果无法直接推论出表见代理或善意取得这种需要权衡利益的价值性判断，其认定依赖于民事判决。反观诈骗类犯罪的刑事认定，其事实的认定可与职务侵权完全重合。因为侵害私权型刑事犯罪与民事侵占本身同源，无论古代中国与古代欧洲，其两者皆处于一体状态，现在虽然对两者采取分开立法的模式，但学界通说也都认为刑事违法与民事侵权在行为本质都是对法益的侵害。<sup>104</sup>民事欺诈构成要件可以包含刑事诈骗，只是刑事诈骗要求具备非法占有目的，但两者立足的客观事实具有相同性，<sup>105</sup>所以诈骗类犯罪认定的相关事实可以直接作为职务侵权诉讼的免证事实。

<sup>102</sup> 参见丁晓春.权利外观原则及其类型研究[J].安徽大学学报(哲学社会科学版),2009,33(05):43-49.王泽鉴.债法原理(第二版)[M].北京大学出版社:北京,2013:298-307.梁慧星.民法总论[M].法律出版社:北京,2017:245-246.

<sup>103</sup> 陈少青.权利外观与诈骗罪认定[J].法学家,2020(02):57-72+192-193.

<sup>104</sup> 参见周雪梅. 刑事犯罪与民事侵权比较研究[D].西南财经大学博士论文,2009.

<sup>105</sup> 徐静. 合同诈骗罪司法认定研究[D].吉林大学博士论文,2011.

综上所述，将行为人以权利外观获取他人财物的行为认定为诈骗类犯罪，既可以在刑事判决与民事判决中间构建“防火墙”或“绝缘体”，防止刑事判决受到民事判决的影响而被改判，也间接保护的相对人权利，拓宽了相对人的救济途径，应该得到坚持与提倡。回到本文开头讨论的三个案例中，其定性上的难题便迎刃而解。

### （三）定性处罚与展开适用

案例一中，南京石化公司办事处李某冒用公司名义并盖上假公章，以此要求扬州公司缴纳 80 万预付款的行为，扬州公司因错误认识而处分财物，造成南京石化公司损失的行为是典型的合同诈骗。首先，应该立足于事实，承认扬州公司如果知晓李某无签订合同权利以及无公司总公司印章，则不会与李某签订合同并将 80 万预付款支付给李某。所以李某的行为是典型的“以非法占有为目的，在签订、履行合同过程中，使用欺骗手段，骗取对方当事人财物，数额较大的”<sup>106</sup>合同诈骗行为。其次，因为李某是南京石化公司办事处收款员，且又伪造了总公司印章，因而扬州公司有相当理由相信李某有权与自己签订合同并收取预付款。换句话说，扬州不存在过错而不应该承担损失，其损失由南京石化公司承担。因此在本案中，李某是新型三角诈骗的行为人，扬州公司是受骗人，南京石化公司是受害人，南京石化公司因表见代理制度而与扬州公司构成特殊关系，所以应该承担扬州公司的损失。

在案例二的“表见债权诈骗案”中，行为人甲明知自己已经将丙的债权转让与乙，自己没有收取丙欠款的权利，但其以隐瞒真相的方式使丙陷入错误认识而处分其财物，造成乙丧失对丙主张债权的权利。甲的行为符合新型三角诈骗的构成要件：首先，甲对丙存在欺诈行为，丙也因为错误认识而处分了自己财物。其次，丙对自己的财物当然具有处分权，但其受骗是因为其不知晓债权人已经变更，故而其具有值得保护的信赖利益，因而损丙不需要承担损失。最后，乙因为法律对表见债权中的善意债务人的保护制度与丙构成特殊关系，使其应该承受丙处分行为的损失。

在案例三的“二维码案”中，邹某某将商户“二维码”置换成自己“二维码”而使顾客陷入错误认识，顾客因错误认识而将钱扫进邹某某账户而造成商户损失。邹某某行为构成诈骗罪，系新型三角诈骗。邹某某是诈骗罪的行为人，顾客是受骗人，商户是受害人。商户因自身疏忽而使顾客错扫进邹某某账户中，故而损失不应由无过错的顾客承担而应由商户承担。换句话说，商户与顾客因社会一般观

---

<sup>106</sup> 张明楷.刑法学（第五版）[M].法律出版社:北京,2016:833.

念而产生新型三角诈骗中特殊关系而客观承担了顾客损失。

诈骗类犯罪说不仅能够适用于本文所列举之三个案例，对于其他以权利外观获取他人财物的案件也能给出完美的处理方案。例如某甲是酒店采购员，长期在数家食材供应商中采购食品，结算方式为记账月结。因工作失误，某甲被酒店解雇而心怀怨恨。因公司未通知供应商某甲被解雇的事实，故而某甲离职后便以公司名义在供应商中采购大量食品转卖后卷款潜逃。此行为若通过侵占类犯罪的逻辑处理，则其至多构成侵占罪。因为甲已经离职，故其缺少雇员（或国家工作人员）身份，无法构成职务侵占罪或贪污罪。其也未破坏他人对财物的占有而建立自己对财物的占有，故其也无法构成盗窃罪，仅能以其非法占有本应由酒店所有的财物为由定为侵占罪，但侵占罪的入罪门槛极高，最高法定刑仅为5年。反之，诈骗类犯罪说为本案提供合理方案。以新型三角诈骗的构造，某甲以公司名义采购食材的行为属于典型的欺诈行为，供应商因为某甲的欺诈行为而错误认识，进而处分大量食材。由于公司未通知供应商甲被解雇的事实，供应商有理由相信甲有权代表公司进行采购，公司因甲的表见代理而与供应商产生特殊关系，故而公司应该承担供应商的损失。再如，在上文提到的“租车两头骗”案例中，租车人便因为其汽车的占有而形成权利外观<sup>107</sup>，故而购买者有理由信任租车人对汽车的所有权而交付购车款与租车人。因此，租车人的行为构成诈骗罪，系新型三角诈骗。租车人为行为人，购车人为受骗人，车辆所有人为受害人，购车人与车辆所有人因社会一般观念而形成新型三角诈骗中的特殊关系。

---

<sup>107</sup> 在民法中，物之占有人可以推定为物之所有人。参见王泽鉴.民法物权[M].北京大学出版社:北京,2009:449-501.



## 结语

法律为了应对日渐复杂且快速发展的社会，分化出不同部门法对不同的利益诉求进行回复。本文讨论的以权利外观获取他人财物的案件则是复杂且丰富的现代社会所展示的一面，因而法律不能再以处理简单社会的方式对此进行回应。为此，我们或许应该从不同部门法的角度分别出发，讨论其违法性问题。如此便会发现，刑事处理结论不必受制于民事处理结论，如案件定为侵占类犯罪亦或诈骗类犯罪不必受制于表见代理是否成立；反之亦然，如合同有效性判断不必受制于合同当事人是否构成诈骗类犯罪。同时，面对社会的高速发展，刑法为了保持其稳定性却不能朝令夕改，故而应该充分发挥解释者的积极性，在文义范围内进行多样性解释，使刑法保护法益与保护人权的作用得到最大限度发挥。因此在处理刑事案件时也不应该囿于传统概念或各类“通说”，只要在文义范围内且有益于司法实践的解释，皆应报之以开放态度，如此方能使刑法焕发强大之生命力。

## 参考文献

### 1. 著作类

- [1] 张明楷. 刑法学(第五版)[M]. 法律出版社:北京, 2016:62-67.
- [2] 王泽鉴. 民法物权[M]. 北京大学出版社:北京, 2009:53-58.
- [3] 高铭喧、马克昌主编. 刑法学(第九版)[M]. 北京大学出版社:北京, 2019:46-47.
- [4] 贝卡利亚. 论犯罪与刑罚[M]. 黄风, 译. 中国大百科全书出版社:北京, 1993:65.
- [5] 亚图·考夫曼. 类推与“事物本质”——兼论类型理论[M]. 吴从周, 译. 台湾学林文化事业有限公司:台北, 1999:87.
- [6] 王泽鉴. 债法原理(第二版)[M]. 北京大学出版社:北京, 2013:298.
- [7] 史尚宽. 民法总论[M]. 中国政法大学出版社:北京, 2000:52-57.
- [8] 参见卡尔·恩吉斯. 法律思维导论[M]. 郑永流译. 法律出版社:北京, 2014:8-44.
- [9] 山口厚. 刑法总论(第三版)[M]. 付立庆, 译. 中国人民大学出版社:北京, 2018:189.
- [10] 张明楷. 金融诈骗与金融诈骗罪研究[M]. 清华大学出版社:北京, 2006:7.
- [11] 小暮得雄、吉田敏雄等编著. 教材刑法判例[M]. 北海道大学图书刊行会:北海道, 1991:67.
- [12] 博登海默、邓正来. 法理学、法律哲学与法律方法[M]. 中国政法大学出版社:北京, 2004:16-26.
- [13] 张明楷. 法益初论[M]. 中国政法大学出版社:北京, 2000:167.
- [14] 温世扬、武亦文等. 保险法(第三版)[M]. 法律出版社:北京, 2016:132-147.
- [15] 应松年、姜明安、马怀德等. 行政法与行政诉讼法学[M]. 高等教育出版社:北京, 2018:8-13.
- [16] 卡尔·恩吉施、郑永流译. 法律思维导论[M]. 法律出版社:北京, 2004:199-211.
- [17] 卡尔·拉伦茨、陈爱娥译. 法学方法论[M]. 商务印书馆:北京, 2003:46.
- [18] (日)山下純司、島田聡一郎、宍戸常寿. 法解釈入門[M]. 有斐阁:东京, 109.
- [19] 韩世远. 合同法总论[M]. 法律出版社:

北京, 2018:3.

- [20] 张明楷. 刑法分则的解释原理[M]. 中国人民大学出版社:2011, 2011:1-108.
- [21] 高铭喧、马克昌主编. 刑法学(第九版)[M]. 北京大学出版社:北京, 2019:621.

### 2. 期刊类

- [1] 郭立锋. 表见代理与合同诈骗罪[J]. 中国刑事法杂志, 2004(05):51-56.
- [2] 高磊. 论清偿效果之于三角诈骗的认定[J]. 政治与法律, 2018(05):52-64.
- [3] 丁晓春. 权利外观原则及其类型研究[J]. 安徽大学学报(哲学社会科学版), 2009, 33(05):43-49.
- [4] 杨志琼. 权利外观责任与诈骗犯罪——对二维码案、租车骗保案、冒领存款案的刑民解读[J]. 政法论坛, 2017, 35(06):32-45.
- [5] 郭立锋. 表见代理与合同诈骗罪[J]. 中国刑事法杂志, 2004(05):51-56.
- [6] 杨兴培. “三角诈骗”的法理质疑与实践批判[J]. 东方法学, 2019(04):55-69.
- [7] 王小莉. 民刑并存情形下合同效力的认定——从两则仲裁案件说起[J]. 仲裁研究, 2011(02):10-16.
- [8] 郑延谱. 从罪刑均衡到罪责刑相适应——兼论刑法中“人”的消隐与凸显[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2014, 32(06):52-62.
- [9] 游成婧. 表见代理与诈骗罪的民刑并行分析[J]. 法学杂志, 2019, 40(05):132-140.
- [10] 张明楷. 案件事实的认定方法[J]. 法学杂志, 2006(02):30-34.
- [11] 丁晓春. 权利外观原则及其类型研究[J]. 安徽大学学报(哲学社会科学版), 2009, 33(05):43-49.
- [12] 周清林. 自治的异化:论表见代理的后果——兼评“选择权”通说[J]. 学术论坛, 2006(10):112-116.
- [13] 刘伟. 民刑交叉案件中表见代理行为的刑事法律判断[J]. 中国刑事法杂志, 2014(01):38-42.
- [14] 钱叶六. 未遂犯与不能犯之区分[J]. 清华法学, 2011, 5(04):63-79.
- [15] 张明楷. 无权处分与财产犯罪[J]. 人民检察, 2012(07):5-12

- [16]王林清,刘高.民刑交叉中合同效力的认定及诉讼程序的构建——以最高人民法院相关司法解释为视角[J].法学,2015(02):75-91+178.
- [17]张明楷.三角诈骗的类型[J].法学评论,2017,35(01):9-26.
- [18]施鹏鹏.刑事既判力理论及其中国化[J].法学研究,2014,36(01):150-170.
- [19]王耀忠.刑事既判力在我国刑法中的重构[J].法律科学.西北政法学院学报,2002(06):121-126.
- [20]陈少青.权利外观与诈骗罪认定[J].法学家,2020(02):57-72+192-193.
- [21]简爱.从刑民实体判断看交叉案件的诉讼处理机制[J].法学家,2020(01):116-129+194-195.
- [22]陈少青.法秩序的统一性与违法判断的相对性[J].法学家,2016(03):16-29+175-176.
- [23]王骏.违法性判断必须一元吗?——以刑民实体关系为视角[J].法学家,2013(05):131-147+179.
- [24]王彦强.可罚的违法性论纲[J].比较法研究,2015(05):108-124.
- [25]高铭暄,曹波.保险刑法规范解释立场新探——基于缓和违法一元论的展开[J].中国应用法学,2019(03):1-1.
- [26]陈兴良.合同诈骗罪的特殊类型之“两头骗”:定性与管理[J].政治与法律,2016(04):39-51.
- [27]林虹,李亮,黄艳洁.汽车租赁中实施“两头骗”的行为人构成何罪[J].人民检察,2018(16):49-50.
- [28]吴锦飞.法秩序统一视域下的刑事违法性判断[J].法学评论,2019,37(03):47-57.
- [29]简爱.从“分野”到“融合”刑事违法判断的相对独立性[J].中外法学,2019,31(02):433-454.
- [30]王小莉.民刑并存情形下合同效力的认定\_从两则仲裁案件说起[J].仲裁研究,2011,26:10-16.
- [31]李勇忠.刑民交叉案件合同效力如何认定[J].人民检察,2014,22:56.
- [32]黄龙.“诉讼诈骗”质疑[J].法治论坛,2009(04):363-376.
- [33]王飞跃.论诉讼欺诈取财行为的刑法规制[J].政治与法律,2012(11):10-19.
- [34]张明楷.论三角诈骗[J].法学研究,2004(02):93-106.
- [35]方军.诉讼诈骗行为应认定为诈骗罪[J].人民检察,2015(06):71-74.
- [36]秦雪娜.三角诈骗限定之提倡[J].中国刑事法杂志,2012(09):43-53.
- [37]陈洪杰.法律如何治理——后形而上法哲学反思[J].法制与社会发展,2017,23(04):38-51.
- [38]童伟华.日本刑法中违法性判断的一元论与相对论述评[J].河北法学,2009,27(11):169-172.
- [39]刘淑珺.日本刑法学中的谦抑主义之考察[J].刑事法评论,2008(01):278-315.
- [40]郑泽善.法秩序的统一性与违法的相对性[J].甘肃政法学院学报,2011(04):60-70.
- [41]于改之.法域冲突的排除:立场、规则与适用[J].中国法学,2018(04):84-104.
- [42]王昭武.法秩序统一性视野下违法判断的相对性[J].中外法学,2015,27(01):170-197.
- [43]王骏.不同法域之间违法性判断的关系[J].法学论坛,2019,34(05):64-77.
- [44]郭忠.守法义务的回报是什么——守法义务实现的难题和宗教弥补[J].时代法学,2014,12(05):11-17.
- [45]孙国祥.行政犯违法性判断的从属性和独立性研究[J].法学家,2017(01):48-62+176-177.
- [46]夏勇.刑法与民法——截然不同的法律类型[J].法治研究,2013(10):32-37.
- [47]刘艳红.注意规范保护目的与交通过失犯的成立[J].法学研究,2010,32(04):133-148.
- [48]姚诗.交通肇事“逃逸”的规范目的与内涵[J].中国法学,2010(03):90-99.
- [49]王泽群.论我国刑法中的具体一抽象危险犯——从交通肇事逃逸行为的处罚根据入手[J].海南大学学报(人文社会科学版),2009,27(06):630-634+640.
- [50]陈洪兵.交通肇事“逃逸”规范目的的相对性解读[J].东方法

学, 2016(06):53-65.

[51]王良顺.论重婚罪中的“有配偶”和“结婚”[J].中国刑事法杂志, 2012(01):55-59.

[52]魏汉涛.以客观解释论解读重婚罪[J].海南大学学报(人文社会科学版), 2006(02):222-226.

[53]张光君.重婚罪的司法衰微及理论回应[J].中国刑事法杂志, 2010(11):40-45.

[54]张雅维.刑民法律冲突视角下的重婚罪认定[J].山东社会科学, 2020(06):188-192.

[55]王林清,刘高.民刑交叉中合同效力的认定及诉讼程序的构建——以最高人民法院相关司法解释为视角[J].法学家, 2015(02):75-91+178.

[56]刘森、张松.试论刑民交叉案件的“先刑后民”审理模式[J].人民司法, 2012, 05:69-70

[57]谢鸿飞.论法律行为生效“适法规范”——公法对法律行为效力的影响及其限度[J].中国社会科学, 2007, 6:124-142.

[58]叶名怡.涉合同诈骗的民法规制[J].中国法学, 2017, 1:133.

[59]朱广新.论以合法形式掩盖非法目的的法律行为[J].比较法研究, 2016, 4:174-177.

[60]黄忠.违法合同的效力判定路径之辨析[J].法学家, 2010, 6:69.

[61]徐干忠.识别效力性强制规定的方法[J].人民司法, 2011, 12:81-82.

[62]张明楷.法条竞合与想象竞合的区分

[J].法学研究, 2016, 38(01):127-147.

[63]张明楷.规范的构成要件要素[J].法学研究, 2007(06):76-93.

[64]熊誉,张永江.涉合同诈骗案件中合同效力问题探究[J].贵州警察学院学报, 2020, 32(06):38-51.

[65]熊誉,张永江.追缴返还程序对被害人财产权的影响[J].韩山师范学院学报, 2020, 41(05):95-102.

### 3. 报纸类

[1] 吴龙贵.用“假药”是谁的悲哀[N].中国商报, 2014-12-26(P02)

[2] 北飞.用“假药”救命是社会的悲哀[N].民主与法制时报, 2014-12-29(017).

### 4. 硕博论文类

[1]王桂萍.定罪总论[D].北京:中国政法大学博士论文, 2003:23-28.

[2]李哲.刑事裁判的既判力研究[D].中国政法大学博士论文, 2005.

[3]周雪梅.刑事犯罪与民事侵权比较研究[D].西南财经大学博士论文, 2009.

[4]徐静.合同诈骗罪司法认定研究[D].吉林大学博士论文, 2011.

[5]夏伟.在程序与实体之间:财产犯罪中的刑民交叉问题研究[D].东南大学, 2019:72-79.

[6]柳文彬.交通肇事罪司法适用及立法完善研究[D].华东政法大学博士学位论文, 2012:51-57.

**Abstract:** There is a tripartite relationship between the perpetrator, the recipient and the victim in cases of obtaining property by the appearance of rights. In terms of the characterisation of the act, there is a controversy between the academic and practical communities as to whether it is a crime of misappropriation or a crime of fraud. The crime of misappropriation is said to be the unlawful possession of the victim's property against his will, and therefore constitutes a crime of misappropriation. In the case of fraud, it is said that the act of obtaining property by deceiving another person and causing loss is consistent with the elements of fraud. The reason for these controversies is the different bases for judging illegality. The monist theory of illegality holds that the judgment of illegality is uniform, and therefore the sectoral laws must make the same judgment of illegality for the same facts. The pluralist theory of illegality holds that different sectoral laws can make different judgments of illegality according to their purposes. This article argues that the pluralist theory of illegality should be chosen as the basis of illegality judgement. The pluralist theory of illegality is consistent with the need for different purposes of sectoral laws and does not violate the principle of unity of legal order. Therefore, in terms of the characterization of the act of acquiring other people's property by the appearance of rights, the establishment of the trust protection interest system such as the civil law representation does not affect the judgment conclusion of the criminal law, and the problem of invalidating the contract due to the judgment conclusion of the crime of fraud does not arise, and the new triangular fraud also provides the theoretical model for it, so it can be considered as the crime of fraud.

Keywords: appearance of rights; basis for judging illegality; contract validity; new type of triangular fraud; criminal-civil crossover