



THE FOREFRONT OF JUSTICE

THE LATEST CASES AND MATERIALS
OF BEIJING COURTS

审判前沿

新类型案件审判实务

总第55集

北京市高级人民法院研究室/编

兼具欺骗与胁迫性质的取财行为之定性——房某等人招摇撞骗案相关法律问题研究

盗窃犯罪中文物等级和文物价值的审查与认定——李某甲等入盗窃案相关法律问题研究

夫妻共同遗嘱的效力认定——沈某某诉朱某一、朱某二、朱某三继承纠纷案相关法律问题探讨

离婚时两限房分割疑难问题辨析——马某诺、马某德、李某某诉黄某某分家析产纠纷案相关法律问题探讨

融资租赁合同中的承租人能否成为保险诈骗罪的犯罪主体——刘某保险诈骗案相关法律问题分析

强迫交易与随意殴打型寻衅滋事的司法认定——陈某强迫交易案相关法律问题分析



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



THE FOREFRONT OF JUSTICE

THE LATEST CASES AND MATERIALS
OF BEIJING COURTS

审判前沿

新类型案件审判实务

总第55集

北京市高级人民法院研究室/编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

审判前沿:新类型案件审判实务.总第55集/北京市
高级人民法院研究室编.--北京:法律出版社,2017(2018.1重印)
ISBN 978-7-5197-1859-6

I. ①审… II. ①北… III. ①审判—研究—中国—丛
刊 IV. ①D925.04-55

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第318956号

审判前沿——新类型案件审判实务.总第55集
SHENPAN QIANYAN—XINLEIXING ANJIAN
SHENPAN SHIWU. ZONG DI-55 JI

北京市高级人民法院研究室 编

策划编辑 戴 伟
责任编辑 程 岳
装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 天津嘉恒印务有限公司
责任校对 王菊萍
责任印制 胡晓雅

编辑统筹 法律应用·大众读物出版第一分社
开本 720毫米×960毫米 1/16
印张 17.5
字数 316千
版本 2017年12月第1版
印次 2018年1月第2次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

上海分公司/021-62071639/1636

西安分公司/029-85330678

深圳分公司/0755-83072995

重庆分公司/023-67453036

书号:ISBN 978-7-5197-1859-6

定价:32.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编辑委员会

主任：杨万明

副主任：王明达 吉罗洪 高晓陵 安凤德 马 强
刘 毅

委员：（按姓氏笔画排列）

王宜生 朱 军 李瑞翔 李颖丽 杨 艳
杨柏勇 杨 越 张仲侠 张农荣 杭 涛
单国钧 赵德云 娄宇红 袁丽忠 雷运龙
薛 强

编辑部

主编：马 强

副主编：张农荣 刘书星

编辑：凌 巍 刘晓虹 项利军 胡浩立 赵 彤
张新平 王 晨 熊 鹏 彭 春 张霖元
阚道祥

目 录

案例研究

- ◆兼具欺骗与胁迫性质的取财行为之定性
 - 房某等人招摇撞骗案相关法律问题研究 张小旭(1)
- ◆盗窃犯罪中文物等级和文物价值的审查与认定
 - 李某甲等人盗窃案相关法律问题研究 陈艳飞(11)
- ◆其他人身侵权与医疗侵权共同作用造成人身损害的民事案件审判思路
 - 石某某等人诉北京市红十字会急诊抢救中心医疗侵权案相关法律问题研究 陈晓东 宋晓佩(18)
- ◆网络购物合同成立相关问题研究
 - 陈某与北京世纪卓越信息技术有限公司网络购物合同纠纷案相关法律问题研究 侯 军 郑慧媛 张霖元(29)
- ◆担保物权人能否依据《民事诉讼法》第 227 条规定提起案外人异议探析
 - 中车公司申请案外人异议案相关法律问题研究 袁 楠(42)
- ◆用人单位迁址时经济补偿金的认定及支付
 - 朱某诉北京舰船之窗模型有限公司劳动争议纠纷案相关法律问题研究 田雅娟 王苗苗(50)
- ◆验收合格但尚未交付的建筑工程因自然灾害毁损产生修复费用的风险负担规则辨析
 - 金石中心诉天强公司建设工程施工合同案相关法律问题研究 张 鹏(61)
- ◆股东清算责任抗辩事由的审查
 - 北京顺东混凝土有限公司诉北京市彩兴木器福利厂、袁某某股东损害公司债权人利益责任纠纷案

- 相关法律问题研究 蒙 瑞(71)
- ◆对违法行政许可的审查
- 建材公司诉国家某总局申请撤销行政许可案相关
法律问题研究 马宏玉(81)
- ◆执行审查程序中“一事不再理”原则的适用及当事人
权利救济途径研究
- 王某不服法院驳回异议申请裁定申请复议案相关
法律问题研究 刘旭峰(92)

疑案探讨

- ◆民事惩罚性赔偿债权在破产程序中的清偿顺位
- 王某某诉北京秦丰房地产开发有限公司破产债权
确认纠纷案相关法律问题探讨 容 红(98)
- ◆夫妻共同遗嘱的效力认定
- 沈某某诉朱某一、朱某二、朱某三继承纠纷案相关
法律问题探讨 梁 良(103)
- ◆离婚时两限房分割疑难问题辨析
- 马某诺、马某德、李某某诉黄某某分家析产纠纷案
相关法律问题探讨 杨 路(108)

案例分析

- ◆融资租赁合同中的承租人能否成为保险诈骗罪的犯罪
主体
- 刘某保险诈骗案相关法律问题分析 白月涛 陈艳飞(113)
- ◆强迫交易与随意殴打型寻衅滋事的司法认定
- 陈某强迫交易案相关法律问题分析 刘砺兵(121)
- ◆新闻媒体的记者、编辑人员在职务犯罪中主体身份的
认定
- 邱某非国家工作人员受贿案相关法律问题分析 杨立军 孔晶晶(127)
- ◆出具鉴定意见的多个鉴定人出庭程序
- 卞某故意伤害附带民事诉讼案相关法律问题分析 王庆刚(130)
- ◆未投保交强险机动车发生交通事故时登记车主的责任
认定
- 佟某甲、佟某乙等诉洪某、刘某等机动车交通事故

责任纠纷案相关法律问题分析	赵 志 刘 璨(133)
◆诉讼中的不当言论是否构成名誉侵权	
——李某诉某交通安全委员会、文某名誉权纠纷案相关	
法律问题分析	刘 宇(141)
◆家庭承包模式下经营权人死后所获承包收益能否被继承	
——史某诉某村经济合作社土地承包经营权纠纷案相关	
法律问题分析	孙静波(146)
◆移动号码资源权能分析与非实名登记情况下号码使用权	
主体判断	
——毕某诉中国移动通信集团某公司服务合同案相关	
法律问题分析	龙 琨(151)
◆为套取银行贷款签订的商品房买卖合同的法律效力如何	
认定	
——某房地产公司诉高某商品房销售合同案相关法律	
问题分析	李春香(157)
◆经营者将无法享受官方售后服务的商品描述为“行货”	
构成对消费者的欺诈	
——唐某某诉世纪卓越公司买卖合同纠纷案相关法律	
问题分析	郑慧媛(161)
◆串通招投标不正当竞争行为民事责任的构成要件、证明	
责任分配原则及证明标准	
——智程景颐公司诉北京现代公司等串通投标案相关	
法律问题分析	魏 嘉(165)
◆保险近因原则在“多因致损”保险案件中的适用	
——王某诉某保险公司财产保险合同纠纷案相关法律	
问题分析	刘 芳 石 菲 李 慧(171)
◆终止的外观设计专利可视为美术作品受著作权保护	
——特普丽公司诉广州和畅公司侵害著作权纠纷案相关	
法律问题分析	马晓琴(177)
◆涉及个人隐私的政府信息是否公开应进行利益衡量	
——陈某某诉某工商分局信息公开告知案相关法律问题	
分析	董 巍(181)
◆程序瑕疵对行政行为的影响	
——冯某诉某派出所不予处罚决定案相关法律问题分析	冯德梅(186)

观点争鸣

- ◆涉村委会与村民代表会议决议之撤销权探析 赵 纳(191)
- ◆离婚调解协议约定签字即生效后原告能否撤诉 王建宏(195)
- ◆债权人能否对债务人与第三人恶意串通的股权质押行为行使撤销权 胡昌明(200)

北京法院参阅案例

- ◆北京法院参阅案例第 25 号:邵某诉贾某、杨某、北京娜多姿服装服饰有限公司、中国人民财产保险股份有限公司北京市分公司九五五一八营销服务部、北京骏马客运有限公司、中国太平洋财产保险股份有限公司北京分公司机动车交通事故责任纠纷案 (209)
- ◆北京法院参阅案例第 26 号:黄某诉任某、中国太平洋财产保险股份有限公司北京分公司机动车交通事故责任纠纷案 (215)
- ◆北京法院参阅案例第 27 号:来某诉刘某、中国人寿财产保险股份有限公司北京市分公司机动车交通事故责任纠纷案 (220)

热点问题聚焦

- ◆关于公有住房案件纠纷法律适用问题的调查研究 北京市石景山区人民法院课题组(225)
- ◆有限责任公司股权善意取得的适用范围 李威娜(234)

法律文书之窗

- ◆北京市石景山区人民法院民事判决书 (2012)石民初字第 5580 号 (241)
- ◆北京市顺义区人民法院刑事判决书 (2015)顺刑初字第 201 号 (248)

司法文件

- ◆北京市高级人民法院民一庭关于审理第三人撤销之诉案件适用法律若干问题的研讨纪要 (257)
- ◆北京市高级人民法院民一庭关于审理婚姻纠纷案件若干疑难问题的参考意见 (263)

【案例研究】

兼具欺骗与胁迫性质的取财行为之定性 ——房某等人招摇撞骗案相关法律问题研究

张小旭*

裁判要旨

1. 行为人的主行为是冒充民警的欺骗行为,其并未实施积极的胁迫行为,被害人的恐惧心理源自于认识错误。

2. 被害人虽伴有恐惧心理,但为避免违法责任而交付财物的行为具有一定的对价性,符合交易性质,系消极的自损行为,其具有交付的意思自由,故应认定为招摇撞骗而非敲诈勒索。

一、据以研究的案例

被告人房某、刘某、付某经预谋后,于2013年12月30日20时许至31日3时许,由房某、付某在北京市朝阳区××酒店×室内,使用伪造的人民警察证冒充北京市公安局朝阳分局治安大队民警,以“抓嫖罚款”的方式,先后骗取被害人吴某(女,20岁)人民币19万元、被害人迟某某(女,22岁)人民币9万元。

一审法院经审理认为:被告人房某、刘某、付某无视国法,以非法占有为目的,冒充人民警察骗取他人钱财,其行为损害了公安机关的形象,扰乱了社会公共秩序,触犯了刑法,均已构成招摇撞骗罪,且属情节严重,依法应予惩处。

一审法院据此判决:1. 被告人房某犯招摇撞骗罪,判处有期徒刑4年6个

* 北京市朝阳区人民法院刑二庭法官,法学硕士。

月。2. 被告人刘某犯招摇撞骗罪,判处有期徒刑4年。3. 被告人付某犯招摇撞骗罪,判处有期徒刑4年。4. 责令三被告人分别退赔被害人吴某人民币19万元、被害人迟某某人民币9万元。5. 在案之人民币4万元及冻结被告人房某、刘某、付某中国工商银行卡内存款用于执行本判决第四项。宣判后,三被告人均提起上诉。

二审法院经审理,依法裁定驳回上诉,维持原判。

二、相关法律问题研究

冒充民警假借查处违法行为使他人交付财物的案件在司法实践中十分常见,本案中行为人故意发布招嫖信息,而后冒充民警对前来提供性服务的被害人实施“抓捕”,并利用被害人害怕被追究法律责任的心理,使其交付财物。从本案的审理过程及结果来看,侦查、公诉、审判机关对于被告人的定性问题是不存在分歧的。但是,这并非意味着这类案件已经没有争议了。通过梳理司法实践中审理的冒充民警抓捕违法行为获取财物的案件后笔者发现,这类案件的共同点在于:被告人先使用欺骗的手段,而后利用被害人害怕被追究法律责任的恐惧心理来使其交付财物,行为人的取财手段兼具欺骗与胁迫因素。对于这种行为,司法实践中有的定性为招摇撞骗,有的定性为敲诈勒索,缺乏统一的标准。^①

回归被告人房某等人招摇撞骗案,本案中被告人取得财物的行为在外观上看既有“骗”的成分又有“胁迫”的因素,因此欲对被告人的行为进行正确的定性,关键在于厘清招摇撞骗罪与敲诈勒索罪的区别,以将本案中这一兼具欺骗和胁迫性质的行为完整纳入应有的犯罪构成要件之中。从本案及相关案例的司法实践来看,对于兼具欺骗与胁迫性质的取财行为的定性争议,主要涉及诈骗类犯罪(包括招摇撞骗罪)、敲诈勒索罪。其中,当招摇撞骗行为所针对的对象是财产时,被告人的行为在本质上是一种诈骗行为,此时的招摇撞骗罪与诈骗罪属于一般罪名与特殊罪名的关系。因此,本文以诈骗罪这一普通罪名为基础展开讨论,对实践中存在的“兼具欺骗与胁迫性质的取财行为”的定性问题展开集中分析。

① 同样是冒充民警查处违法行为,认定为招摇撞骗的有:(2012)海刑初字第217号被告人杨洪波招摇撞骗案、(2014)朝刑初字第1206号被告人李雪东等四人招摇撞骗案、(2014)朝刑初字第1027号被告人李彬、史志斌招摇撞骗案;认定为敲诈勒索的有:(2008)石刑初字第00355号被告人袁宝石等人敲诈勒索案、(2016)京0105刑初65号被告人辛忠良等人敲诈勒索案、(2013)朝刑初字第142号被告人王文涛等人敲诈勒索案。其中,被告人王文涛敲诈勒索案,公安机关以抢劫罪立案侦查,检察院以招摇撞骗罪提起公诉,法院认定构成敲诈勒索罪,集中反映了这类兼具欺骗与胁迫性质取财的犯罪行为在定性上的复杂性。

（一）诈骗罪、敲诈勒索罪的罪名分析

基于两罪名中的行为人在主观上均以非法占有为目的,因此,下面仅对这两个罪名在客观构成要件方面的相关理论做一个简要的梳理与分析。

1. 诈骗罪

诈骗罪,是指行为人以非法占有为目的,使用欺骗方法,骗取数额较大的公私财物的行为。在客观构成要件方面,通说认为诈骗罪的基本构造为:行为人实施欺骗行为——对方产生(或继续维持)错误认识——对方基于错误认识处分财产——行为人或第三者取得财产——被害人遭受财产损失。^①因此,在诈骗罪的犯罪结构中,其不法构成要件中的各个构成要件要素之间必须存在接续性的原因与结果上的关联。^②

首先,作为诈骗罪构成要件要素的欺骗行为,必须是引起他人陷入处分财产的认识错误的行为,即如果交易的对方知道真实情况便不会实施该财产处分行为。^③在程度上要求欺骗行为必须足以使对方产生错误认识,其判断需结合一般人的认识水平与被害人的知识、经验等特殊情况加以综合判断。

其次,被害人产生或维持错误认识系行为人的欺骗行为所致。若行为人虽有欺骗行为却并没有使被害人产生错误认识,被害人基于其他理由而交付财物的人,不构成本罪。受骗者对行为人所诈称的事项无须确信无疑,有所怀疑仍然处分财物的,不影响诈骗罪的成立。^④

再次,被害人基于错误认识处分财产:一方面,必须存在基于被骗者的瑕疵意思表示,财物的占有发生了终局性的转移,即行为人不必再做其他违法行为,即可导致处分者或第三人的财产损失。^⑤另一方面,被害人需要具有处分意思,如果被害人针对失去的财物并无处分之意,行为人不成立诈骗罪,而是成立他罪。

最后,行为人或第三者取得财产,包括积极财产的增加和消极财产的减少。^⑥被骗者处分财产的行为,必须造成其本人或第三者的财产损失,且这种损失必须与行为人所得之物形成对等关系。

2. 敲诈勒索罪

敲诈勒索罪,是指以非法占有为目的,对他人实行威胁,索取公私财物数额

① 张明楷:《刑法学》(第四版),法律出版社2011年版,第889~890页。

② 林山田:《刑法各罪论》(上册)(修订五版),北京大学出版社2012年版,第314页。

③ [日]西田典之:《日本刑法各论》(第三版),刘明祥、王昭武译,中国人民大学出版社2009年版,第150页。

④ 张明楷:《刑法学》(第四版),法律出版社2011年版,第891页。

⑤ 林山田:《刑法各罪论》(上册)(修订五版),北京大学出版社2012年版,第320页。

⑥ 参见陈兴良:《规范刑法学》(下册),中国人民大学出版社2008年版,第776页。

较大或者多次敲诈勒索的行为。敲诈勒索罪的基本构造是:对他人实行威胁——对方产生恐惧心理——对方基于恐惧心理处分财产——行为人或者第三者取得财产——被害人遭受财产损失。^① 与诈骗罪相同,该罪也要求构成要件各要素之间存在先行后续的因果关系,方能成立。

在客观构成要件方面,其要求行为人使用胁迫手段,使对方产生恐惧心理,进而交付财物。此处的胁迫程度应是没有达到足以压制被害人反抗的程度,只要足以使被害人产生恐惧心理即可,即行为人是基于一定的意思自由而交付财物。胁迫行为是以恶害相通告,使对方产生恐惧心理。这种恶害不以实际发生为必要,恶害内容也不要求具有实现可能性危险,即使行为人认知其所通告的恶害并无实现的可能,或行为人并无实现恶害的决意等,只要行为人所通知的恶害内容,足以使被害人产生恐惧即可。^② 被害人交付财物的行为系出于恐惧心理而为之。若行为人虽有胁迫行为,但被害人非出于恐惧而是其他缘由交付财物的,则不能肯定敲诈勒索罪的成立。

3. 两罪的区分:是否基于意思自由处分财物

由以上论述可知,诈骗罪与敲诈勒索罪都是行为人在非法占有目的的支配下,通过加害方与被害方的互动关系实现犯罪构成要件,即加害方实施了指向财物的行为,被害人基于“有瑕疵”的意思而交付财物。通说均承认两者区别在于诈骗罪是被害人基于被欺骗产生的错误认识而处分财产的行为,在处分意思上存在瑕疵,但是这种瑕疵是认识错误的瑕疵,在意思自由上是不存在压制的。敲诈勒索罪被害人基于胁迫行为产生的恐惧心理而交付财物,被告人的在处分意思上同样存在瑕疵,但有别于诈骗的是此时被害人不是因为陷入认识错误而处分财物的,而是因为意思自由受到一定程度的压制。因此,从理论上讲,诈骗罪和敲诈勒索罪在构成要件上是不存在交叉或重叠关系的两个独立的罪名,界分两罪之时,我们需要考察的是行为人采用的是何种手段以及被害人是基于何种心理而交付财物的。

然而,实践中被告人的行为在性质上并不是非此即彼的,如被告人王某涛等人敲诈勒索案中,被告人的行为兼具了欺骗、胁迫,甚至暴力的因素:被告人编造了警察的身份将被害人拘禁起来并以此为要挟向其索要财物。因此在这种情况下,透过复杂因素纠集的行为方式,必须追问被告人进行处分财物的行为时是基于错误认识而自由地处分了财物还是基于恶害威胁形成的心理压制而处分了财物,这是解决问题的关键所在。在该案中,通过被害人陈述“对方包括那个女的

① 张明楷:《刑法学》(第四版),法律出版社2011年版,第868页。

② 参见林山田:《刑法各罪论》(上册)(修订五版),北京大学出版社2012年版,第324页。

在内都身穿警服,我也不知是真是假”,我们知道被害人对于被告人警察身份的真实性是存在怀疑的,被害人并没有相信被告人的欺骗行为,因此也就不存在基于相信而产生的错误认识,被害人之所以交付财物是因为其实施了违法行为而被拘禁,若不交付财物对方就要将他“拉到公安局”。^①

如前所述,在诈骗罪中并不需要被害人对欺骗行为百分之百的确信,行为人心存怀疑但仍然交付财物的,不影响诈骗罪的成立。在敲诈勒索罪中,胁迫行为是以恶害相通告,使对方产生恐惧心理。这种恶害不以实际发生为必要,恶害内容也不要求具有实现可能性危险。因此,诈骗的成立也有可能没有完全陷入错误认识,而敲诈勒索也不排斥欺骗因素的存在。类似于这种欺骗与威胁成分夹杂混同的情形,到底是认定为敲诈勒索还是诈骗,是一个理论上难以肃清,实践中更是难以认定的问题。下面结合被告人杜某起敲诈勒索一案来加以分析:

案例一(杜某起敲诈勒索案):^②被告人杜某起系被害人李某某的前夫,其为还债而向李某某借款,后被拒绝。2008年2月初,被告人杜某起因急于还债,遂以债主的名义给李某某发手机短信,虚构其被债主绑架需要钱还债的事实,威胁李某某交2.3万元赎人。同年2月8日19时许,在北京市海淀区某小区门前路边,被害人李某某委托王某将人民币2.3万元交给被告人杜某起。被告人杜某起驾车逃离,后发生交通事故,于同日被抓获。检察院以敲诈勒索罪提起公诉,法院判决被告人杜某起犯诈骗罪,判处有期徒刑1年6个月,缓刑2年,罚金人民币2000元。

在该案件中,被害人一方面,对行为人的身份产生了认识错误,误以为行为人为债权人,其发信息要求给付金钱款是索债行为;另一方面,由于行为人在短信中以“交钱赎人”相威胁,使得被害人产生了恐惧心理。因此,在认识错误与恐惧心理的共同支配下,被害人交付了财物。此时到底是何种心理主导着被害人交付财物的行为,便是需要回答的。该案判决书指出“被告人杜某起的主观目的是为了还债而诈骗被害人,客观行为是编造并不存在的事实,欺骗被害人,致使被害人自愿交出钱财,其行为完全符合诈骗罪的犯罪构成,并非敲诈勒索的行为。”因此,该案中被告人的“自愿交出财产”是其行为构成诈骗罪而非敲诈勒索罪的关键因素。

在王某涛案和杜某起案两个案例中,行为人均采用欺骗并胁迫的手段索取

① 参见北京市朝阳区人民法院(2013)朝刑初字第142号刑事判决书。

② 载 http://129.0.0.158:18080/cached?type=fycase&q=xs_2008%E5%B9%B4%E6%B5%B7%E5%88%91%E5%88%9D%E5%AD%97%E7%AC%AC01123%E5%8F%B7,最后访问日期:2016年8月2日。

财物,但法院分别以敲诈勒索罪和诈骗罪予以定性。从表面上看,案例中的行为人都编造了一个事由并利用这一前提向被害人索取财物。但是在王某涛案中,行为人的目的是勒索财物,其采取的行为方式是伪装成警察的身份,将实施了违法行为的被害人拘禁,并以“送到公安”对其进行威胁,向被害人索要财物。其目的在于使被害人心理上感到恐惧而交付财物。对于行为人来说,被害人是否相信该虚构的事实并不影响其索财行为,另外,从被害人的角度来说,其支付财物并非出于相信行为人的欺骗行为,而是忌于威胁,被害人能够意识到自己的损害,因此是一种积极的自损行为,而这正好符合敲诈勒索罪的性质。而在杜某起案中,行为人是通过“半欺骗半恐吓的方式”来获取财物的,因此取财的成功与否一方面取决于被害人是否认为其是债权人,即是否因为行为人传递的信息而陷入认识错误;另一方面取决于被害人是否慑于恐吓而主动交付财物,从被害人的角度看,交付财物的行为是偿还应给付的债务,不存在损害,是一种无意识的自损行为,而这恰为诈骗罪的性质。因此,虽然两种行为都是采用欺骗并胁迫的方式取财,但是性质上是存在区别的,不能简单的“一刀切”,在理论上应当细致分析情况的不同,并分别给出处理方案。

(二)兼具欺骗与胁迫性质的取财行为的定性

如上文所述,诈骗罪与敲诈勒索罪在犯罪构造上非常类似,区别在于索财手段以及被害人据以交付财物的心理的不同,即诈骗罪以欺骗为手段使被害人产生错误认识,而敲诈勒索罪以胁迫为手段使被害人产生恐惧心理。然而在司法实践中,被告人的取财行为往往兼具欺骗和胁迫的双重特征,对于该类行为如何定性,是理论界和实务界共同面临的疑难问题。

关于这一问题,目前在理论上出现了诸多分歧,有学者主张欺骗并胁迫而索财行为均构成敲诈勒索罪,理由在于敲诈勒索罪中的胁迫手段,并不排斥虚构恶害向被害人进行通告,因此如果采用诈骗并胁迫的手段索取财物的,同样会使被害人产生恐惧心理,仅以敲诈勒索罪定性即可,无须考虑诈骗罪的适用。^①另有学者认为在欺骗并胁迫而索取财产的场所,成立诈骗罪与敲诈勒索罪的竞合,应根据竞合犯的评价原理进行处罚。^②如日本学者大谷实认为在恶害通告包括诈骗行为的场合,在被害人处分行为的原因中,具有错误和恐惧的竞合,因此,成立诈骗罪和敲诈勒索罪的想象竞合。^③山口厚教授则指出:同时实施欺骗行为与

① 参见[日]大塚仁:《刑法概说(各论)》(第三版),冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第268页。

② 同上。

③ 参见[日]大谷实:《刑法各论》,黎宏译,法律出版社2003年版,第206页。

恐吓行为,对方由此交付了物或者财产性利益之时,如果欺骗也是对方感到畏惧的因素,被害人因畏惧而交付财物的,仅成立恐吓罪;反之,在陷入错误的同时,因畏惧而实施了交付行为的,由于只有一个法益侵害——物或者财产性利益的交付,认为属于想象竞合或者法条竞合的均有不妥。^①

台湾学者林东茂认为:两罪分辨的关键之一是被害人的财产处分,必须有处分的意思,而且是出于意思自由,不是因为承受压力。被害人基于心理压力而自行交出财物,依这种压力的大小可能成立不同的罪。如果行为人以未来的恶害而施压,成立恐吓取财罪。^② 这种从构成要件上进行直接排除方法,似乎简单易行,但是这种判断的前提建立在诈骗罪是被害人完全出于意思自由而处分财物,问题在于,陷入认识错误并具有一定心理压力取财就绝对不能构成诈骗罪吗?这是有疑问的。如行为人给被害人拨打电话,谎称他人欲对其实施不法侵害,并以解决问题需要费用为由骗取被害人财物的。^③ 在该案中,被害人交付财物时心里是存在一定心理压力的,因为相信若不“花钱解决问题”便可能被其他人不法侵害而不得不交付,但是被害人是因为被告人的欺骗行为使之陷入认识错误从而交付财物,所以仍然成立诈骗罪。

张明楷教授认为,行为人仅实施诈骗行为,被害人陷入认识错误并产生恐惧心理而处分财产的,应认定为诈骗罪;行为人仅实施胁迫行为,被害人虽陷入一定认识错误,但完全或主要基于恐惧心理处分财产的,应认定为敲诈勒索罪;行为同时具有欺骗与胁迫性质,被害人仅陷入认识错误并基于认识错误处分财产,并没有产生恐惧心理的,应认定为诈骗罪。对方仅产生恐惧心理并基于恐惧心理处分财产,没有陷入认识错误的,应认定为敲诈勒索罪。被害人既陷入认识错误又产生恐惧心理,进而处分财产的,诈骗罪与胁迫罪形成狭义的包括一罪,从一重罪论处。^④

从以上关于欺骗并胁迫取得财物行为的理论探讨可以看出,试图通过对行为的定性(是欺骗行为还是胁迫行为)来确定犯罪构成类型的道路显然是很困难的。笔者认为,由于诈骗罪和敲诈勒索罪均是被害人参与的犯罪,因此可以结合被害人的视角来考察该行为的定性。本文结合案例对以下三种情况进行讨论:

① [日]山口厚:《刑法各论》(第二版),王昭武译,中国人民大学出版社2011年版,第335页。

② 林东茂:《刑法综览》,中国人民大学出版社2009年版,第330页。

③ 参见北京市朝阳区人民法院(2013)朝刑初字第2732号刑事判决书。

④ 张明楷:《刑法学》(第四版),法律出版社2011年版,第889~890页。

1. 行为人以存在对被害人不利的事实进行欺骗,被害人陷入认识错误并伴随有恐惧心理而交付财物的,应认定为诈骗类犯罪

案例二(苏某龙诈骗案):^①在苏某龙等诈骗案中,根据统一安排,先由一线人员通过手机群发器向浙江省绍兴市、嘉兴市、金华市不同号码段手机群发短信,谎称被害人已在某商场刷卡消费,后由一线人员假冒银行卡服务部人员谎称被害人的身份资料已被盗用,让其报警;由二线人员假冒公安金融调查科工作人员谎称给被害人立案,让其拨打“银联中心”电话;廖某某、吴某某、肖某某负责三线假冒银联中心工作人员以给被害人的银行账户升级保护为由,欺骗被害人按三线的要求将自己银行账户的存款通过 ATM 转账的方式转入三线提供的账号内,再通知苏某龙到银行取钱,被告人苏某龙将取得的赃款扣除 10% 后,交给廖某某保管。

在该案件中,行为人实施了欺骗行为,被害人因为轻信而陷入认识错误并随之产生了财物可能面临损害的恐惧心理,因此在寻求“解决”的过程中交付了财物。从被害人的角度来看,其交付财物的缘由是认为自己财物出现了危险,交付的目的是避免这一危险,而在这关键的两个事实上,行为人均发生了错误的认识,因此行为人交付财物的决定性因素是认识错误而非在一定程度上起推动作用的恐惧心理。此外,行为人认为自己交付财物的对象是交给银联中心,对于实然是交付行为导致财产损害的事实缺乏认识,因此应当认定为诈骗罪。

2. 行为人编造事实并利用该事实对被害人加以胁迫,被害人基于恐惧处分财产的,应认定为敲诈勒索罪

案例三(唐某等敲诈勒索案):^②在黑龙江省牡丹江市曾发生过一起案件,无业人员廖某和唐某得知一个偏方,吃了之后出现类似于青霉素过敏反应的症状。于是两人合谋,选择一些没有依法办理开设手续的私人诊所为目标,由廖某扮作病人到诊所去输液并要求输青霉素。皮试之后,在输液过程中廖某偷偷服药,片刻即出现“过敏反应”的症状。之后,由唐某纠集数人假装是患者的家属向诊所索要财物。

该案件中,行为人的欺骗行为使被害人陷入认识错误,但行为人的目的不在于使被害人陷入错误认识从而自愿交付财物。欺骗只是胁迫索财的手段,为胁迫创造条件。行为人主要是通过威胁被害人而取得财物的,被害人在此情况下不是自愿而是被迫交付财物。从被害人的角度来看,其目的在于防止违规行为被行为人向有关部门举报因而交付财物,在这一点上被害人并没有发生认识错

① 参见浙江省绍兴市中级人民法院(2010)浙绍刑终字第 271 号刑事判决书。

② 参见朱本欣、郭理蓉:《侵犯财产犯罪司法适用》,法律出版社 2005 年版,第 254 页。

误,即行为人取财的关键不在于被害人的轻信而是被害人存在可以用来要挟的违规行为。被害人在交付财物时对自己财产损害的事实是有认识的,是一种积极的财产自损。

3. 行为人编造事实并胁迫,被害人陷入错误认识并产生恐惧心理,因而交付财物的,应择一重处

案例四(潘某敲诈勒索案):被告人潘某利用现实中存在大量企业老板拖欠工人工资的情况,通过不法手段购得全国老板资料和17张手机卡,向宁波、金华、衢州、嘉兴、上海等地区的企事业老板等百余人发送威胁、恐吓短信,要求被害人将钱款汇入被告人潘某指定的银行账号内。2010年8月31日,肖某在收到内容为“肖经理,你欠的1700元给不给,我打工的就好欺负是吗?今天不把钱给我,我就杀你小孩,杀你全家,你别想跑掉!”的信息后,因其公司正好开除了一个工人,所欠工资也在1700元左右。害怕出事,肖某就把钱如数汇到了这个账号中。被告人潘某用上述方式累计强索的数额达人民币774400余元,其中765700余元因被害人拒付而未果。法院判决被告人潘某犯敲诈勒索罪,判处有期徒刑3年9个月。

按照通说观点,诈骗罪与敲诈勒索罪的区别之一在于被害人基于不同的心理交付财物,而在本案中行为人是出于恐惧心理而交付财物的,故成立敲诈勒索罪。但是欠薪工人采用胁迫的手段向企业主要求给付财物的场合,一般认为在行使债权的权利范围内,尽管采用胁迫手段仍不认定为敲诈勒索罪。^①因此在本案中行为人编造权利事实便是不容忽略的,在刑法上有重要的评价意义。在本案中,被害人交付财物的原因是复合的:首先是被害人存在欠薪的事实,行为人的欺骗行为使被害人误认为潘某是权利主体;其次,行为人以恶害通告相威胁,使被害人产生恐惧心理。从被害人的角度来看,其交付财物是因为其需要向某人履行债务,行为人的欺骗行为使被害人误认为是债权人行使请求权的行为,且若不支付将面临重大恶害,其目的是偿付债务同时保得平安。若本案仅涉及被害人肖某的1700元,则基于被害人对于交付的行为造成自己财产损失的事实缺乏认识,定性为诈骗罪更为适宜。

但本案中行为人索要的财物达人民币774400余元,取得的钱款为8700元,不仅仅是肖某的1700元。若被害人同时基于错误认识和恐惧心理而交付财物,无意识自损和积极自损同时存在时,应当如何处理?关于这种情形,在理论上如何认定存在一定的难度,日本以往的通说认为其成立想象竞合犯,但亦有成立法

^① 参见张明楷:《刑法学》(第四版),法律出版社2011年版,第871页。