

诈骗罪与敲诈勒索罪的竞合研究

——以单一行为型案件为中心的考察

于改之 邹宏建

摘要:对于兼具欺诈与敲诈因素的单一行为型案件如何处理,实践中一直存在较大争议。认为诈骗罪与敲诈勒索罪属于互斥关系的主张,会导致行为要素与结果要素的混淆、被害人视角与行为人视角的抵牾等问题,难以为司法实践提供逻辑严密、体系一贯的解决方案。应当坚持修正的“竞合论”,肯定诈骗罪与敲诈勒索罪能够成立某一罪名的既遂与另一罪名的未遂的想象竞合。这有利于行为人视角的复归,贯彻全面评价原则,构建具有正当性与可操作性的判断标准。根据修正的“竞合论”,在定性时,应当先审查行为能否被同时评价为欺诈与敲诈,以认定行为的性质;再按照客观归属理论考察财产处分是属于欺诈因素还是敲诈因素所制造的风险的实现,以决定最终的处断结论。

关键词:想象竞合;法条竞合;敲诈勒索罪;诈骗罪

DOI: 10.19836/j.cnki.37-1100/c.2024.02.013

一、问题的提出

虽然从概念构成来看,敲诈勒索罪与诈骗罪之间似乎泾渭分明——诈骗罪指的是行为人虚构事实、隐瞒真相,令被害人陷入错误认识进而“自觉地”处分财物;而敲诈勒索罪则是指行为人以恶害相威胁,令被害人在被强制状态下不自主地处分财物。但实际上,对于敲诈勒索罪与诈骗罪之间的关系问题,学理上一直存在诸多争议。这尤其体现在对欺诈并勒索财物行为的定性问题上。有观点认为,敲诈勒索罪与诈骗罪之间不可能发生竞合,因此,在定性欺诈并勒索财物行为时,应按照诈骗罪或者敲诈勒索罪加以处理(下文简称为“互斥论”)^①。也有观点认为,敲诈勒索罪与诈骗罪之间存在竞合关系,对于欺诈并勒索财物的行为,应按照想象竞合或者法条竞合处理(下文简称为“竞合论”)^②。鉴于诈骗罪与敲诈勒索罪在“数额较大”“数额特别巨大”的认定标准上存在较大差异,且两罪的法定最高刑也并不相同,因此,明确两罪之间的关系,对于其在欺诈并勒索财物案件中的妥当适用至关重要。而通过收集分析实践中的典型案例可以发现,不仅学界对于两罪的关系众说纷纭,司法实践中在处理

基金项目:国家社科基金一般项目“法域协调视域下权利滥用行为的刑法评价研究”(22BFX039);国家留学基金委2023年国家建设高水平大学公派研究生项目(留金选[2023]49号)。

作者简介:于改之,法学博士,上海交通大学凯原法学院教授,上海交通大学廉政与法治研究院执行院长(上海 200030; yugz@hotmail.com);邹宏建,华东政法大学、埃尔朗根-纽伦堡大学联合培养博士研究生(上海 201620; rechtjian@163.com)。

① 潘星丞:《兼有欺诈与勒索因素的刑事案件之司法认定——从以被害人为中心的因果分析结构转向以被告人为中心的事实认定结构》,《政治与法律》2014年第6期;刘润泽:《论欺诈索财行为的定性》,《甘肃政法学院学报》2020年第4期;西田典之:《日本刑法各论》(第6版),王昭武、刘明祥译,北京:法律出版社,2013年,第238页。

② 认为两罪属于想象竞合的主张,参见大谷实:《刑法讲义各论》(新版第2版),黎宏译,北京:中国人民大学出版社,2008年,第263页;张明楷:《诈骗罪论》,北京:法律出版社,2021年,第157页;陈洪兵:《财产犯罪之间的界限与竞合研究》,北京:中国政法大学出版社,2014年,第310页。认为两罪属于法条竞合的观点,参见张少会:《论诈骗罪与敲诈勒索罪的区分》,《人民论坛》2012年第14期。

欺诈并勒索财物类案件中的单一行为型案件时,也存在较大的分歧^①。

案例1:盛某某等虚构损害索财案^②。因为葡萄收购纠纷,被害人打了被告人盛某某一耳光,盛某某在耳朵并无伤势的情况下,通过使自己耳膜穿孔(自我伤害)并在耳朵中滴入黄鳝血的方式,伙同他人伪造伤势,获得了轻伤的鉴定结论。之后,被告人一方提出高价赔偿请求,以拖延调解限制被害人参与村委会换届竞选。被害人在不知真相的情况下与被告人达成和解,赔付了被告人人民币16.5万元。对于本案,检察院认为,被告人利用伪造的轻伤来要挟被害人,在主观上具有迫使被害人作出赔偿让步的非法占有目的,客观上使被害人产生了认识错误和被追究刑事责任的恐惧心理,同时符合诈骗罪和敲诈勒索罪,属于想象竞合,择一重罪处罚,应认定为敲诈勒索罪。但法院并未认可想象竞合的结论,而是指出,敲诈勒索罪中据以要挟被害人给付财物的理由,既可以是真实存在的理由,也可以是人为编造或制造的虚假理由。以编造或人为制造的理由要挟对方给付财物或者减少自己的支出,虽然其中存在欺诈的成分,但并不影响敲诈勒索罪的构成^③。

案例2:龚某某等虚构损害索财案^④。龚某某等被告人搭乘营运摩托车,在车辆行驶过程中,故意摇晃摩托车致使车子倒地,并以摔倒在地受伤为由要求被害人将其送至某医院治疗。被告人后以赔偿医药费为由,索要被害人数额较大的财物。对于本案,一审法院认为行为人构成诈骗罪。对此,检察院抗诉提出,原审判决定罪错误,行为人隐瞒真相、利用医生告知严重伤情的手段均能让被害人产生恐惧心理,在既有欺诈因素又有恐惧因素的情况下,行为属于敲诈勒索罪与诈骗罪的想象竞合,择一重罪处理,应认定为敲诈勒索罪。二审法院虽然没有赞同抗诉意见所提出的“竞合论”主张,但是采纳了“原判决定罪错误”的抗诉意见,改判行为人构成敲诈勒索罪。

案例3:王某某等虚构恶害索财案^⑤。被告人王某某自称是“黑社会”人员,向多名被害人称,有人雇其对被害人加以报复,如果想要解决这些事情,需要给其一些财物。多名被害人因此向王某某提供的账户内汇入了数额较大的财物。对于本案,一审法院判决被告人构成敲诈勒索罪。而检察院的抗诉意见指出,被告人的行为同时具有欺诈和恐吓性质,使被害人陷入错误认识并产生恐惧心理,应成立敲诈勒索罪和诈骗罪的想象竞合犯,择一重罪处罚,应以诈骗罪追究其刑事责任。对此,二审法院则支持了一审判决,其认为,诈骗罪、敲诈勒索罪的犯罪构成不同,被告人的行为不能同时触犯以上两个罪名,行为人只构成敲诈勒索罪。

通过梳理上述案例可以发现,对于单一行为型案件,一方面,检察院与法院往往意见不一。检察院认为,应当肯定诈骗罪与敲诈勒索罪成立想象竞合;而法院则认为诈骗罪与敲诈勒索罪之间属于一种互斥关系,行为人仅构成敲诈勒索罪或诈骗罪。另一方面,在法院内部,对于以何种标准来判断行为人构成敲诈勒索罪还是诈骗罪,观点也并不统一。例如,在龚某某等虚构损害索财案^⑥中,一审法院可能更加重视行为人的心理状态,进而认定被告人构成诈骗罪;而二审法院则更加关注被害人处分财产时的心理状态,改判被告人构成敲诈勒索罪。

实践中之所以会存在上述分歧,在很大程度上是因为理论界尚未形成共识,为司法实务部门提供

① 笔者以“欺诈”“勒索”为关键词,通过北大法宝在刑事案件中进行同段检索,共收集到763份案由为“诈骗罪”“敲诈勒索罪”“招摇撞骗罪”的裁判文书(最后检索日期为2022年3月1日)。经过逐份阅读及参考北大法宝的“参照”级别的材料,选取了其中具有较大争议(例如检察院抗诉、被告人上诉)的单一行为型案例,作为本文的分析对象。之所以选取单一行为型案件,是因为此类案件能够最为直观地反映出敲诈勒索罪与诈骗罪之间的关系争议。

② 浙江省金华市中级人民法院(2018)浙07刑终604号刑事判决书。

③ 如果法院认为该行为属于想象竞合,一般会在判决书中明示。但在本案判决书中,只是明确了行为人的行为构成敲诈勒索罪。因此可以推断,法院采取的其实是“互斥论”的立场。

④ 福建省泉州市中级人民法院(2017)闽05刑终1203号刑事判决书。

⑤ 河北省承德市中级人民法院(2017)冀08刑终208号刑事判决书。

⑥ 福建省泉州市中级人民法院(2017)闽05刑终1203号刑事判决书。

一套体系化、规范化的判断方案,以解决兼有欺诈与敲诈要素案件的刑事责任认定问题。譬如,检察院与法院的不同见解,就是理论上“竞合论”与“互斥论”之争的具体体现。虽然“竞合论”中的想象竞合论一度被认为是我国刑法理论中的主流见解^①,但近年来也有不少学者提出了诸多有力的论据以反对“竞合论”,并试图在“互斥论”的基础上构建妥当的界分标准^②。故而,“竞合论”与“互斥论”之间的争论实际上尚无定论。再如,法院通过行为人实施行为或被害人处分财产时的心理状态来确定罪名,体现的正是“互斥论”中两种不同的判断思路。而这两种思路是否可取,亦亟待探讨。因此,非常有必要结合单一行为型案件,重新审视诈骗罪与敲诈勒索罪之间的关系:二者之间能否竞合?如果存在竞合关系的话,又应当如何处断?

二、“互斥论”之批评

将敲诈勒索罪与诈骗罪归为互斥关系的“互斥论”混淆了行为要素与结果要素,会引起被害人视角与行为人视角的抵牾,有待商榷。另外,为了明确行为究竟是构成诈骗罪还是敲诈勒索罪,“互斥论”内部还提出了不同的判断标准。但这些不同的判断标准背后的法理依据也同样难以经得起推敲。

(一)行为要素与结果要素的混淆

从诈骗罪的客观构成要件来看,可以将其分为下列四个要素:行为人实施欺诈行为、受骗人产生错误认识并基于该错误认识而处分财产、行为人或第三人取得财产、被害人遭受财产损失。而在与诈骗罪进行比较的意义上,同样可以将敲诈勒索罪分为下列四个要素:行为人实施胁迫行为、被害人陷入恐惧心理并基于该恐惧心理而处分财产、行为人或第三人取得财产、被害人遭受财产损失。二者间的各要素比对见下表:

诈骗罪	敲诈勒索罪
①行为人实施欺诈行为	①行为人实施胁迫行为
②受骗人产生错误认识并基于该错误认识而处分财产	②被害人陷入恐惧心理并基于该恐惧心理而处分财产
③行为人或第三人取得财产	③行为人或第三人取得财产
④被害人遭受财产损失	④被害人遭受财产损失

对此,没有任何争议的是,要素①均属于行为要素,要素③及要素④均属于结果要素。而对于要素②,“互斥论”者显然是将其作为了行为要素^③。为了证成两罪的互斥关系,其指出,从犯罪构成来看,在诈骗罪中,被害人对于财产处分是“自愿的”,心理上不会受到强制;而在敲诈勒索罪中,被害人却受到了高度的精神强制^④。因此,不可能出现被害人在处分财产时既是“自愿的”,又是受到精神强制的情形,两罪不可能发生竞合。从这种推论不难看出,被害人基于何种心理状态处分财物,被“互斥论”者作为了判断两罪关系的根据。而一般来说,只有行为要素才有明确行为性质、确定不同罪名界限的作用,尤其是在侵犯财产类犯罪中,立法者其实是按行为样态的不同将其划分为不同罪名。因

① 陈兴良、陈子平:《两岸刑法案例比较研究》,北京:北京大学出版社,2010年,第41页;张明楷:《诈骗犯罪论》,第157页;陈洪兵:《财产犯罪之间的界限与竞合研究》,第310页。

② 刘润泽:《论敲诈索财行为的定性》,《甘肃政法学院学报》2020年第4期;潘星丞:《兼有欺诈与勒索因素的刑事案件之司法认定——从以被害人为中心的因果分析结构转向以被告人为中心的事实认定结构》,《政治与法律》2014年第6期。

③ 在研究诈骗罪时,对于要素②,学界也存在行为要素说与结果要素说的争论。参见西田典之:《日本刑法各论》(第7版),桥爪隆补订,王昭武、刘明祥译,北京:法律出版社,2020年,第231页;邹兵建:《诈骗罪中处分行为的体系位置与内容构成》,《政治与法律》2022年第4期。

④ 刘润泽:《论敲诈索财行为的定性》,《甘肃政法学院学报》2020年第4期。

此,“互斥论”实际上是以是否存在某个结果要素来判断行为不法的性质,这存在下列弊端:

首先,把要素②作为行为要素,将使得被害人的心理状态能够影响行为人的行为的性质,这不符合刑法条文以被告人作为标准的对话者的表述模式。刑法中举止规范的内容,是要求被告人不去做违反举止规范的事情。只有刑法上的举止规范,才能决定被告人是否构成刑法上的不法,以及构成何种类型的不法。如果认为被害人的心理状态对于行为性质的认定会发生影响,那么被告人在刑法上是否应负某种责任以及应负多大的责任,便不再取决于其是否违反了刑法规范,而是取决于被害人在被告人作出相应行为之后的具体表现。这并不合理。

其次,“互斥论”将要素②作为行为要素,意味着其将被害人的行为视作行为人的行为,这存在理论逻辑上的漏洞。在刑法中,除非有共同的犯意形成,抑或是行为人将他人作为行为媒介或犯罪工具以实现“支配”,否则并不能够将他人行为在规范层面评价为行为人本人的行为。但是,在欺诈并勒索财物类案件中,并不会出现上述情形。毕竟,无论是诈骗罪中被害人陷入错误认识而处分财产,还是敲诈勒索罪中被害人受到心理强制而交付财物,不能否认的是,行为人对被害人并不具有“支配”关系。即便被害人的意思存在瑕疵,其行为也是其意志的体现。从民法上看,也是如此。在被害人因为被欺诈或者胁迫而签订合同的场合,并不会否认被害人意思表示的存在。

最后,按照“互斥论”的立场,在判断诈骗罪或敲诈勒索罪的未完成形态时会得出不合理的结论。如果将被害人的行为视作行为要素,那么当行为人实施了指向财产处分的欺诈或者胁迫行为后,若被害人没有陷入错误认识或恐惧心理而处分财物,便只能认定行为不符合构成要件,行为人无罪。而这显然违反了一般认知和理论上的通说见解。毕竟,当行为人实施了指向财产处分的欺诈或者胁迫行为后,便制造了导致财产损害发生的风险。此时,应当构成犯罪未遂而非不构成犯罪,否则,将极其不利于对财产法益的保护。

(二)被害人视角与行为人视角的抵牾

第一,如果严格贯彻“互斥论”的思路,在处理欺诈并勒索财物案件时,便会理所当然地基于被害人的视角,以被害人的主观心理状态来判断行为人究竟构成诈骗罪还是敲诈勒索罪。但这极易导致在案件认定过程中,欺诈行为或敲诈行为的定型性被忽视。以上文所述的龚某某等虚构损害索财案^①为例,法院之所以认为行为人构成敲诈勒索罪,在很大程度上是因为,其认可检察院抗诉意见中的这一理由:行为人隐瞒真相、通过医生告知严重伤情的手段使得被害人产生了恐惧心理。但殊不知,在该案中,根据被害人的口供可以发现,行为人根本没有向被害人发出恶害威胁以实施胁迫索财的行为,双方完全是在自由协商的情况下确定了具体的赔偿数额。

第二,“互斥论”基于被害人视角审视敲诈勒索罪与诈骗罪的关系,有违法教义学的基本原理。刑法的任务在于,通过惩罚侵犯法益的行为以确证行为规范的效力,进而实现对法益的保护。而从一般预防的角度来看,如果根据被害人处分财物时的心理状态来界定行为的性质,根本不能为民众提供明确的行为规范指引。无论是诈骗罪中的欺诈行为还是敲诈勒索罪中的威胁行为,其应当指的都是行为人的行为。被害人基于何种心理处分财产,对于行为人的行为性质不会产生任何影响,只会影响犯罪的既遂、未遂形态。

第三,或许是意识到被害人视角的局限性,许多“互斥论”者并不赞同以被害人的主观心理状态来判断行为人的行为性质。他们强调,在很多情况下,被害人的心理状态是难以查明的,而以其决定行为人的行为性质,会使得判断充满恣意性;此外,这在定罪逻辑上并不合理,有逻辑推论的回溯之嫌^②。有“互斥论”者就明确指出:“犯罪事实的认定必须以被告人为中心,以被害人为中心的犯罪结构

^① 福建省泉州市中级人民法院(2017)闽05刑终1203号刑事判决书。

^② 刘润泽:《论敲诈索财行为的定性》,《甘肃政法学院学报》2020年第4期。

只适用于被害人学,而非刑法学。”^①但是,如果真如上述“互斥论”者所言,需要将视角从被害人转向行为人或者被告人,那么作为其立论的基础,即从被害人视角所得出的敲诈勒索罪与诈骗罪是互斥关系的结论,也同样是不能成立的。总之,“互斥论”中被害人视角与行为人视角的抵牾是难以避免的。

(三)判断标准的体系与逻辑缺陷

由于根据行为人的主观心理状态来判断行为性质的方法存在诸多不足,大多数“互斥论”者在将判断视角转移至行为人的基础上,试图根据行为人所实施行为的客观样态来判断行为性质。在考察行为本身的客观样态时,其强调,需要重点关注,究竟是欺诈行为还是敲诈行为对于被害人处分财物具有决定性作用^②。而因为敲诈行为对交付财物而言有更强的作用力,故应当明确敲诈行为的终局地位。只有当行为人没有通过敲诈行为索财,且虚构的事实足以使被害人认为存在交付义务的正当依据时,行为人才构成诈骗罪^③。本文认为,这一标准有待商榷。

一方面,认为与欺诈行为相比,敲诈行为对被害人交付财物有更强的作用力是没有任何根据的。第一,在欺诈并勒索财物类案件中,何者对于财物处分具有更强的作用力,本身就是需要具体判断的问题,并无定论。例如在娄某某、郭某某等虚假举报索财案中,行为人通过制作虚假举报材料,虚构向纪检部门举报村干部被害人邹某违法犯罪的行为,以私了为由向被害人索要财物^④。对此完全可以认为,被害人是因为陷入错误认识而处分财物。其误以为,交付财物就可以将其与行为人之间的矛盾“私了”。第二,从作用力的上限来看,敲诈行为的上限其实更低。敲诈行为不能达到完全压制被害人反抗的程度,否则,便不再构成敲诈勒索罪,而是涉嫌抢劫罪。但是,一些巧妙的骗局往往能够使得被害人在行为人被捕后,都未察觉自己曾上当受骗。第三,无论是敲诈勒索罪还是诈骗罪,都不应否认被害人是因为行为人的行为而招致了自我损害。虽然从外观上看,诈骗罪中的被害人似乎是“自愿”地交付财物,但这完全是因为其陷入了错误认识。也就是说,所谓的“自愿”交付财物与受到强制交付财物不过是两罪在外观表象上的差别,就实质的因果流程而言并无二致。其实,无论是欺诈行为还是敲诈行为,都足以使得被害人在具有意思瑕疵的情况下处分财物。第四,如果认为敲诈行为较欺诈行为而言,对于被害人处分财物具有更强的作用力,那么出于犯罪预防的考虑就应当认为,对于敲诈行为的刑罚处罚力度应当大于欺诈行为,因为敲诈行为所制造的财产法益侵害风险较欺诈行为更高。但实际上,两个罪名的第一档及第二档法定刑并不存在差异,且诈骗罪的法定最高刑还高于敲诈勒索罪。

另一方面,即使虚构的事实足以使被害人认为其存在交付义务的正当依据,也不能以此认定行为人不构成敲诈勒索罪。第一,这违反了犯罪认定的基本逻辑。假如行为人原本就具有索财的正当根据,这种权利行使行为因为能够阻却行为人获取财物目的的违法性,故而不构成敲诈勒索罪。但是,当行为人凭借虚构的取财根据索取财物时,因为权利基础自始不存在,当然可以认定其所追求的利益具有违法性,因此也就不存在排除敲诈勒索罪成立的理由。第二,之所以会提出此种主张,还是因为“互斥论”以被害人的视角来考虑问题。在其看来,诈骗罪与敲诈勒索罪分别对应被害人“无意识的自我损害”与“有意识的被迫损害”,而当虚构的事实足以使被害人认为其存在交付义务的正当依据时,被害人所做的其实就是一种“无意识的自我损害”。这和“互斥论”者所提倡的基于行为人视角确定行为性质的立场背道而驰。第三,或许会有“互斥论”者辩解称,按照这种标准,实际上做到了从行为人的视角出发判断行为性质。例如,即使被害人实际上没有陷入错误认识,但从行为人的视角来看,

① 潘星丞:《兼有欺诈与勒索因素的刑事案件之司法认定——从以被害人为中心的因果分析结构转向以被告人为中心的事实认定结构》,《政治与法律》2014年第6期。

② 邹兵建:《欺骗并胁迫而索财行为之定性研究》,《南都学坛(人文社会科学学报)》2014年第5期。

③ 刘润泽:《论敲诈索财行为的定性》,《甘肃政法学院学报》2020年第4期。对于并未肯定敲诈行为的终局地位,但同样要求考察虚构事实的行为是否能为索财提供根据的,可参见邹兵建:《欺骗并胁迫而索财行为之定性研究》,《南都学坛(人文社会科学学报)》2014年第5期。

④ 辽宁省丹东市中级人民法院(2019)辽06刑终131号刑事裁定书。

虚构的事实足以使被害人认为其具有交付义务,那么行为人也构成诈骗罪。但是,这种辩解漏洞百出。对此,我们完全可以继续追问,当被害人没有陷入错误认识,而是基于恐惧心理交付财物时,难道应认定行为人仅构成诈骗罪未遂吗?说到底,仍然是这种标准的底层逻辑存在缺陷。“互斥论”者意识到,如果像司法实践中某些法院的做法那样,以被害人的具体心理态度为判断标准,将导致行为的性质受到不同被害人差别化的主观因素的影响。因此,为了从规范层面提炼出一般化的定性规则,他们试图引入行为是否足以使被害人认为存在交付义务这一判断。但殊不知,这一判断标准仍然没有摆脱被害人视角,因为其根本目标就在于,区分被害人是“无意识的自我损害”还是“有意识的被迫损害”。

三、修正的“竞合论”之提倡

在“竞合论”中,存在想象竞合说与法条竞合说两种不同的主张^①。法条竞合说因为有违立法者原意,难以说明犯罪构成要件之间的包容与被包容关系^②,无法全面评价不法内容,存在诸多不合理之处。而就想象竞合说而言,由于其着眼于两罪既遂的竞合,根本难以回应被害人是如何在处分财产时既是“自愿的”、又是受到精神强制的这一质疑。另外,以往有部分想象竞合说以及实践中部分检察院的主张,确实没有坚持从行为人视角出发^③,以至于被学者批评,想象竞合说容易落入主观判断的泥淖,以被害人交付财物时的主观心理状态作为确定竞合与否的关键^④。基于此,本文主张修正的“竞合论”:第一,虽然认为诈骗罪与敲诈勒索罪能够成立想象竞合关系,但主张只可能出现某罪的未遂与另一罪既遂的竞合,而不可能发生两罪既遂的竞合^⑤。第二,在具体判断时,基于行为人视角,将其所实施的行为本身作为评价重心,先审查行为能否被同时评价为欺诈与敲诈,以明确行为的性质;再通过客观归属理论判断财产损失结果是欺诈因素还是敲诈因素所制造的风险的实现,以决定最终的处断结论。

(一)有助于行为人视角的复归

在诈骗罪中,作为构成要件要素的欺诈行为一般被认为是虚构事实、隐瞒真相的行为;而在敲诈勒索罪中,行为人所实施的胁迫行为则被称作以恶害相威胁。因而从内涵来看,欺诈行为与胁迫行为并不属于排斥关系。从现实生活中实际发生的案件来看,也是如此。以陶某某、吴某某敲诈勒索财物案为例。该案案情大致为,行为人先是查找商品描述中含“极限词”的店铺,后由陶某某负责购买商品、申请退款,由吴某某负责向淘宝投诉并附已向某市市场监督管理局投诉的图片(系其PS)及QQ联系方式。待商家主动添加QQ后,由陶某某与商家聊天,告知对方只有支付一定的费用才能撤销向市场监督管理局的投诉(实际上并不存在该投诉行为),部分商家因此交付财物^⑥。对于这个案件,或许有论者会认为,行为人虚构的事实并未指向财产处分,虚构事实的行为与财产处分之间不具有因果关

① 法条竞合说的主张,参见张少会:《论诈骗罪与敲诈勒索罪的区分》,《人民论坛》2012年第14期。

② 陈兴良主编:《刑法各论精释》(上),北京:人民法院出版社,2015年,第591页。

③ 参见林幹人:《刑法各论》,东京:东京大学出版会,2008年,第265页。转引自张明楷:《刑法学(下)》(第5版),北京:法律出版社,2016年,第1019页;检察院的主张,参见福建省泉州市中级人民法院(2017)闽05刑终1203号刑事判决书、浙江省金华市中级人民法院(2018)浙07刑终604号刑事判决书。

④ 刘润泽:《论敲诈勒索行为的定性》,《甘肃政法学院学报》2020年第4期。

⑤ 虽然学界对于敲诈勒索罪所保护的“附属法益”或“次要客体”的内容尚存争议,但基本都肯定了敲诈勒索罪的保护法益是“复数法益”或“复杂客体”。参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第10版),北京:北京大学出版社、高等教育出版社,2022年,第521页;周光权:《刑法各论》(第4版),北京:中国人民大学出版社,2021年,第151页。因此,完全有可能出现一个行为侵犯数个法益的情形。另外,并不能认为这种对于数个法益的侵犯可以被敲诈勒索罪所包容评价。若行为人的欺诈行为侵犯了敲诈勒索罪所保护的附属法益,而被害人却是基于错误认识处分财物,在此情形下,如果认为两罪存在法条竞合中的包容关系进而将其认定为敲诈勒索罪,将会因为无法归属处分结果而得出成立敲诈勒索罪未遂这一不合理的结论。

⑥ 浙江省嘉兴市南湖区人民法院(2019)浙0402刑初167号刑事判决书。

联。但这一观点显然存在问题,其错误地将行为人伪造投诉图片的行为视作欺诈行为,而这其实只是诈骗罪的预备行为。诈骗罪中的欺诈行为,“是旨在使对方产生能够引起财产处分行为的认识错误的虚构事实或隐瞒真相的行为”^①。因此,行为人后续通过QQ联系被害人,称收到财物便会撤销投诉的行为才是本案中的欺诈行为。故而,在本案中,行为人的行为既可以被理解为,行为人虚构了自己已经向市场监督管理局投诉,且商家支付费用后自己会撤销投诉这一事实以欺诈被害人;也可以被理解为,行为人借助虚假的不撤销投诉进而引起公权力机关施以处罚这一后果,向被害人发出胁迫。也就是说,行为人所实施的行为完全可以同时被评价为欺诈与敲诈行为。

故而,当虚构的事实能够被评价为恶害,或者恶害的内容并不真实时,就可以认为欺诈与胁迫行为存在部分重叠,而这并不取决于受到欺诈或胁迫的被害人的心理状态如何^②。正是基于这一观点,诈骗罪及敲诈勒索罪中的要素^③就能够被归为结果要素,而非行为要素。如此也就避免了“互斥论”者将其作为行为要素所引起的被害人视角与行为人视角抵牾的问题。

对此,有反对意见认为,考虑到敲诈勒索罪的特点之一是强制攫取,诈骗罪的特点之一是平和攫取,那种认为敲诈勒索罪行为要素中的威胁、要挟包容利用虚构的事实进行威胁、要挟,并且诈骗罪中被害人基于认识错误交付财物可以包容被迫交财的观点,是值得商榷的^④。而实际上,该观点是通过对欺诈或者敲诈行为进行限缩解释,使得二者成为一种互斥关系。但是,这一观点很难经得起推敲,其存在以“实然”限制“应然”的逻辑悖论。即使强制攫取与平和攫取是使两罪得以区分的重要特征,但这种特征其实源于对事实的经验性总结,也就是实践中这两类犯罪案件的多发状态。当不存在其他价值层面的考量时^⑤,不应仅依据这种事实上的状态特征去反向制约规范层面的评价。

(二)有助于贯彻全面评价原则

“竞合论”以禁止重复评价(Doppelverwertungsverbot)与全面评价(Ausschöpfungsgebot)两项基本原则为根本遵循^⑥。其中,全面评价原则指的是,在有罪判决中,当确定被告人的刑罚时,必须考虑待评估事实中所包含的与刑罚评估有关的任何事实,而无论该事实对罪犯的刑罚裁量是否有利^⑦。根据这项原则,在欺诈并勒索财物类案件中,因为诈骗罪与敲诈勒索罪之间存在部分交叉关系,便不能仅适用一个法条,否则其他构成要件中的非交叉部分就不能得到评价。

因此,一方面,从行为人视角来看,只有通过想象竞合,欺诈、敲诈的故意,欺诈与敲诈行为才能够得到全面评价。以上文所述的陶某某、吴某某敲诈勒索财物案^⑧为例。无法否认的是,行为人既具有欺诈的故意又具有敲诈的故意。其在和商家联系的过程中,认识到自己的言语表述能够使得被害人陷入精神强制状态,也认识到自己的行为能够使得被害人陷入错误认识,并希望基于上述任意一项原因(错误认识或者精神被强制)使得被害人的财产被侵害。这些故意的内容,都能够体现出行为人的不法与罪责程度,不应在评价时被忽略,否则会影响裁判结果的公正性。同时,也只有通过想象竞合将这些内容予以全面评价,才能够有效发挥裁判的明示机能(Klarstellungsfunktion)。

另外,承认此类案件既存在欺诈又存在敲诈,对于共犯的认定同样具有意义,有助于避免处罚漏洞。以陶某某、吴某某敲诈勒索财物案为原型并稍作改动,假使陶某某令吴某某向店家称,若店家向

① 邹兵建:《诈骗罪中处分行为的体系位置与内容构成》,《政治与法律》2022年第4期。

② 或许会有论者认为此时体现的是法条竞合中的交叉关系。但是这种观点其实是混淆了法条之间的中立关系与交叉关系,并不可取。更进一步的批评,参见张明楷:《法条竞合与想象竞合的区分》,《法学研究》2016年第1期。

③ 陈兴良主编:《刑法总论精释(下)》(第3版),北京:人民法院出版社,2016年,第638页。

④ 例如,认为不对欺诈或者敲诈行为进行限缩解释会导致相关案件中的行为被重复评价,即基于避免重复评价的考量。但是,正如下文所述,在相关案件中,认为欺诈或者敲诈行为能够重叠并不会导致重复评价,反而有助于实现全面评价。

⑤ 徐凌波:《犯罪竞合的体系位置与原则——以德国竞合理论为参照》,《比较法研究》2017年第6期。

⑥ Vgl.Puppe: Die Lehre von der Tateinheit, JuS 2017, S.638.

⑦ 浙江省嘉兴市南湖区人民法院(2019)浙0402刑初167号刑事判决书。

其交付财物就撤销投诉,也即,吴某某对于投诉系伪造并不知情。那么,“互斥论”因为未做到全面评价而将使得吴某某与陶某某无法成立共同犯罪。因为在上述被改动的案件中,陶某某的行为使得被害人以为其具有交付财物的根据,按照“互斥论”的判断标准,只能认定陶某某实施的是诈骗行为,仅构成诈骗罪。但是,由于吴某某只具备敲诈勒索的故意,仅实施了勒索被害人的行为,即使按照行为共同说,也没有办法认定其同陶某某成立共犯,而这显然不合理。

另一方面,从被害人的视角来看,只有将两罪评价为想象竞合,才能够对结果不法实现全面评价。有“互斥论”者称,“在一行为同时具有诈骗与勒索因素的场合,则属于:同一行为针对同一法益主体、侵害同一法益的事实”^①。之所以会提出此种观点,可能是因为其对于敲诈勒索罪的法益理解存在偏差。按照通说,敲诈勒索罪的法益不仅包括财产法益,还包括被害人的意志形成和决定自由^②。而这有别于诈骗罪。一般认为,诈骗罪中的法益仅为财产法益,而不包括忠诚及信赖或者知悉真相的权利,更与财产处分的自由无关^③。因此,如果不按照想象竞合进行处理,在“互斥论”者认为行为人构成诈骗罪的场合,被害人受到精神强制背后所涉及的、其意志形成和决定自由被侵害这一法益侵害事实就没有办法得到全面评价。

同时,还有必要澄清的是,即使被害人不可能既自愿(陷入错误认识)又被强迫地处分财物,但被害人意志形成和决定自由被侵害,与被害人陷入错误认识并不冲突。换言之,被害人基于何种心理态度处分财物,只是影响犯罪既遂或者未遂的判断,这仅说明在这类案件中,诈骗罪与敲诈勒索罪不能够同时既遂。但无论最后通过客观归属理论决定将财产损失归属于欺诈抑或是敲诈,所得出的敲诈勒索罪既遂或未遂的结论,都不违反犯罪停止形态的一般原理。因为,意志形成和决定自由作为敲诈勒索罪的附属法益,其被侵害只能够对于犯罪未遂的认定发挥作用^④。

(三)判断标准具有正当性与可操作性

根据本文所主张的修正的“竞合论”,在定性兼具欺诈与敲诈因素的索财案件时,需要按照以下步骤进行判断:(1)从客观上看,行为是否既属于欺诈行为又属于敲诈行为;(2)财产损失的结果应当归属于欺诈因素还是敲诈因素。其中,步骤(1)解决的是本案是否属于兼具欺诈与敲诈因素的案件这一问题。如果行为只属于欺诈或者只属于敲诈,那么只需要按照诈骗罪或者敲诈勒索罪一罪处理即可。步骤(2)解决的是如何处断这一问题。如果财产损失结果是欺诈因素所制造的风险的实现,那么案件就属于敲诈勒索罪未遂与诈骗罪既遂的想象竞合,择一重罪以诈骗罪既遂处罚;如果财产损失结果是敲诈因素所制造的风险的实现,那么案件就属于敲诈勒索罪既遂与诈骗罪未遂的想象竞合,择一重罪以敲诈勒索罪既遂处罚^⑤。

其一,上述步骤非常重视客观判断。以往实践中的想象竞合说过分倚重被害人的主观心理状态。在部分情况下,行为人只是利用了欺诈行为对被害人所造成的心理强制状态获得财物,而其言语表达或者外在的客观行为根本不能被评价为以恶害相通告,但因为被害人实际上陷入了被强制的心理状态,行为人也会被认定为敲诈勒索罪。这种认定思路表现为:被害人陷入精神被强制的状态→行为人利用了这一状态→行为人具有敲诈的故意→行为人实施了敲诈行为。这违反了从客观到主观的判断顺序,背离了客观主义的刑法基本立场,不利于刑事规则主义的生成。而按照步骤(1),便能够避免上

① 潘星丞:《兼有欺诈与勒索因素的刑事案件之司法认定——从以被害人为中心的因果分析结构转向以被告人为中心的事实认定结构》,《政治与法律》2014年第6期。

② 周光权:《刑法各论》(第4版),北京:中国人民大学出版社,2021年,第151页。

③ Vgl.Schönke/Schröder/Perron, 30. Aufl. 2019, StGB § 263 Rn. 1-2.

④ 蔡桂生:《敲诈勒索罪中“被害人恐惧必要说”之证伪及其出路》,《苏州大学学报(法学版)》2019年第4期。

⑤ 因为欺诈因素与敲诈因素并存于同一行为中,故可以认为,这一行为创设了两种针对财产处分的不同风险,既包括被害人陷入错误认识进而“自愿”地处分财产的风险,也包括被害人陷入精神强制状态进而处分财产的风险。从被害人视角来看,被害人不可能既“自愿”又被强制地处分财产,那么财产处分这一结果就只能归属于欺诈因素和敲诈因素中的一种。

述问题。其要求从客观上根据社会生活经验判断,行为人所实施的行为,是否既属于旨在使对方产生能够引起财产处分行为的认识错误的虚构事实或隐瞒真相的行为,又属于旨在使对方陷入能够引起财产处分的心理强制状态的以恶害相威胁的行为。因此,如果行为人并没有实施以恶害相威胁的行为,即使被害人陷入了精神被强制的状态,也不会被认定为敲诈勒索罪。

其二,上述步骤非常重视规范判断。步骤(2)要求借助客观归属理论,从规范层面考察财产处分结果能够归属于哪一种因素所制造的风险。根据客观归属理论的第三项规则,应当判断结果是否正好是对行为人所创设的不允许风险的实现。当行为人虽然为受保护的法益创设了某种风险,但若结果的出现却并非对该风险的实现,就应当排除结果归属。在这种情况下,故意犯罪会呈现出未遂的形态^①。因此,在欺诈并勒索财物类案件中,需要按照客观归属理论,判断财物处分的结果究竟是对欺诈还是敲诈所制造的风险的实现。这虽然离不开客观经验法则,但这种判断与存在论层面纯粹考量被害人基于何种心态处分财物相比,更具规范论层面的色彩。例如,当欺诈行为使得被害人认为其具有交付财物的正当根据时,在规范层面就可以认为,结果是对于欺诈所制造风险的实现。因为,在存在交付财物的正当根据时,规范所倡导的是,被害人应当交付财物,以促进他人权利的实现、双方利益的平衡以及公权力的正常运行、社会秩序的维护。故而,被害人在其认识到具有交付财物义务的场合拒绝交付财物,并不是受到规范所鼓励的行为。此时,即使被害人陷入了意志不自由的状态,但是这种意志不自由的状态,在规范层面对于财产处分并不具有任何价值。换言之,避免被害人在此种意志不自由的状态下处分财物,已经超出了敲诈勒索罪的规范保护目的,故而只能认定其属于敲诈勒索罪未遂与诈骗罪既遂的竞合,择一重罪以诈骗罪论处^②。

四、修正的“竞合论”之实践检验

本文根据索财事由的不同,将实践中颇具争议的案件,划分为“虚构损害”类案件、“虚构恶害”类案件、“虚假举报”类案件。而上文所述的具体判断步骤,能够为司法实践判断上述类型案件提供较为明确的判断标准。

(一)“虚构损害”类案件

上文所述的盛某某等虚构损害索财案^③与龚某某等虚构损害索财案^④都属于此类案件。在这类案件中,应注意如下两点:

其一,应当判断行为人的行为是否既属于敲诈行为又属于欺诈行为。例如,在龚某某等虚构损害索财案中,被害人虽然有可能因为行为人的行为陷入尴尬、窘迫的境地,但是根据被害人的口供及判决书所描述的具体细节可以发现,行为人自始至终根本未实施任何以恶害相胁迫的行为。因此,该判决书中检察院的抗诉意见是有待商榷的。因为,即使被害人因为行为人的行为产生了医疗费用负担巨大的恐惧心理,也不能认为没有实施敲诈行为的行为人成立敲诈勒索罪。

另外,此种类型还涉及实践中较为多发的交通碰瓷类案件。以袁某某、郭某某交通碰瓷索财案为例。在该案中,行为人多次故意引起交通事故,并以此向被害人索赔。对此,法院的判断思路是,根据行为人是否以被害人属于无证驾驶、酒后驾驶相威胁,来认定行为人构成敲诈勒索罪还是诈骗罪^⑤。

^① Vgl. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl. 2006, §11, Rn. 69.

^② 这只是客观情况下的一般判断。如果个案中存在某些被害人本身的特别因素使得其陷入精神被强制状态进而处分财物,还是需要认定为属于敲诈勒索罪既遂与诈骗罪未遂的竞合。

^③ 浙江省金华市中级人民法院(2018)浙07刑终604号刑事判决书。

^④ 福建省泉州市中级人民法院(2017)闽05刑终1203号刑事判决书。

^⑤ 贵州省贵阳市中级人民法院(2020)黔01刑终374号刑事裁定书。

虽然这符合最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于依法办理“碰瓷”违法犯罪案件的指导意见》第2条的规定,即行为人故意制造交通事故,进而利用被害人违反道路通行规定或者其他违法违规行为相要挟的,以敲诈勒索罪定罪处罚^①。但是本文认为,仍然有必要揭示其背后无法被认定为诈骗罪的真实法理依据。根据该案的案情可以发现,在被害人属于酒后驾驶、无证驾驶的情况下,行为人基本上是通过追尾被害人引发交通事故而索取财物的。而一般来说,追尾意味着要在交通事故中承担全部或主要责任。因此可以认为,在被害人酒后驾驶、无证驾驶的情况下,行为人的行为其实难以使得被害人陷入错误认识进而处分财物。也就是说,此类行为中并不存在欺诈的因素,行为人不构成诈骗罪,只构成敲诈勒索罪。

其二,需要考察行为人的行为是否足以让被害人误以为其具有交付财物的正当根据。例如,对于盛某某等虚构损害索财案,可以认为,行为人的行为足以使被害人认为其具有赔偿义务。因此,该案成立诈骗罪既遂与敲诈勒索罪未遂的想象竞合,最后应以诈骗罪既遂论处。而对于交通碰瓷类案件,实践中却时常忽视对这部分内容进行更为细致的分析。上文论及的袁某某、郭某某交通碰瓷索财案中的一起索财事件为例,被告人郭某某等人驾驶宝马牌轿车在贵阳市某家居城附近故意碰撞被害人张某驾驶的小型货车制造“交通事故”,进而以张某负交通事故主要责任为由,索要车主被害人熊某人民币8800元。对于这一事件,法院认定行为人构成诈骗罪。而本文认为,判决书中还应当明确行为人郭某某碰瓷行为的欺诈程度。因为只有该碰瓷行为足以使得被害人认为其应当承担赔偿责任时,行为才成立诈骗罪既遂与敲诈勒索罪未遂的想象竞合,进而能够以诈骗罪既遂处罚。

(二)“虚构恶害”类案件

上文所述的王某某等虚构恶害索财案^②就属于此类案件。在该案中,应当认为,行为人所实施的行为兼具敲诈与欺诈的性质。一方面,行为人让被害人误以为,只要交付财物,就能够避免行为人对其加以报复;另一方面,声称要报复被害人,也足以使得被害人陷入精神被强制的状态。因此,可以肯定行为人既构成敲诈勒索罪又构成诈骗罪。紧接着,便需要按照步骤(2),判断该案属于哪一罪名的既遂与哪一罪名的未遂的竞合。

根据判决书所介绍的案情,行为人并没有具体描述“报复”的内容,但是,因为行为人称自己是“黑社会”成员,而当“黑社会”成员称其将实施“报复”行为时,即使不清楚“报复”的内容为何,包括被害人在内的社会一般人都会不由自主地联想到,该行为可能关乎其本人及家属的重大人身安全。而当恶害涉及重大人身安全时,一方面,法规范并不期待被害人此时还能够进行理性地分析、辨别消息真假。另一方面,因为生命、身体权益相较于财产权益更为重要,交付财物也符合法规范的一般预期,也即以较小的损失避免更大的损失。因此,应当将结果归属于行为中敲诈因素所制造的风险,将本案认定为敲诈勒索罪既遂与诈骗罪未遂的想象竞合,并以敲诈勒索罪既遂处罚行为人。

另外,还需注意的是,虽然都表现为行为人利用虚假的恶害向被害人索要财物,但是在有些案件中,因为行为人并没有以虚假的恶害相胁迫,也即行为只具有欺诈的因素而不具有敲诈的因素,因而,即使虚构的是危及他人人身安全的恶害,行为人也只构成诈骗罪。换言之,如果行为人假称,其能够帮助被害人抵御来自第三方的威胁生命或身体健康的侵害,并以此向被害人索要财物的,只构成诈骗罪^③。例如,行为人伙同他人,谎称被害人王某在工程承包中得罪了宋某,宋某要找人对其报复,并称

① 按照本文的主张,该条中“违反道路通行规定”的行为必须同“其他违法违规行为”性质相同。也就是说,只能是与事故无关的违反道路通行规定的行为。以与事故相关的“违反道路通行规定”的行为相要挟的,构成敲诈勒索罪未遂与诈骗罪既遂的想象竞合,应以诈骗罪既遂论处。

② 河北省承德市中级人民法院(2017)冀08刑终208号刑事判决书。

③ Vgl. NK-StGB/Urs Kindhäuser, 5. Aufl. 2017, StGB § 253 Rn. 51.

只需要8000元,他们可以出面“摆平”此事,被害人王某因此向行为人等人交付了财物8000元^①。

(三)“虚假举报”类案件

在这类案件中,行为人往往是通过虚构自己向相关部门举报、投诉被害人违法犯罪行为的事实,并以撤销举报投诉、“私了”为由,向被害人索要财物。上文所述的陶某某、吴某某敲诈勒索财物案^②,以及娄某某、郭某某等虚假举报索财案^③就属于这一类型。因为不难认定,声称不撤销举报、投诉的行为能够使得被害人陷入意志不自由的被强制状态,以及表示收到钱后“私了”、撤销举报足以使被害人陷入处分财物的错误认识,故而可以肯定行为兼具欺诈与敲诈因素。因此,需要重点考察的便是步骤(2)中将结果归属于何种风险的判断。

对此需要重点考虑以下两点:其一,被害人是否存在相关的违法犯罪行为。如果被害人不存在相关的违法犯罪行为,即使其最后交付了财物,也只能认定行为人构成敲诈勒索罪既遂与诈骗罪未遂的想象竞合。因为此种情况下,基本可以肯定被害人是为了避免相关的举报、威胁对其带来的其他方面的负面影响而处分财物。也就是说,财产处分这一结果是敲诈因素所制造的风险的现实化。其二,被害人如果存在相关的违法犯罪行为,行为人是否让被害人知悉,其属于违法犯罪行为的相对方。因为在通常情况下,只有在违法犯罪中被侵害的一方,才有资格要求补偿。而如果被害人并不知晓行为人属于违法犯罪行为的相对方,那么其便没有认识到交付财物的正当根据,那么同样可以认为,被害人是由于对违法犯罪行为被揭露所带来的负面后果的恐惧而处分财物,财物处分结果应当归属于敲诈因素,行为应当被认定为敲诈勒索罪既遂与诈骗罪未遂的想象竞合。相反,如果被害人存在相关的违法犯罪行为,同时,行为人的言语举止足以使得被害人认为其属于违法犯罪行为的相对方。那么此时,从规范的视角来看,因为被害人具有补偿行为人的义务,拒绝向行为人交付财物会阻碍利益衡平的实现,不为规范所提倡。因此,被害人此时的意志不自由状态对于财产处分而言不具有任何意义。财产处分是对于敲诈因素所制造风险的现实化,行为人构成诈骗罪既遂与敲诈勒索罪未遂的想象竞合。

据此,在陶某某、吴某某敲诈勒索财物案中,因为行为人的行为使得被害人认为其属于被害人虚假宣传行为所涉及的相对方,对方向自己索财具有一定的根据,而自己也有向对方交付财物的义务。故而,行为人构成诈骗罪既遂与敲诈勒索罪未遂的想象竞合,应以诈骗罪既遂论处。而在娄某某、郭某某等虚假举报索财案中,虽然该案因为意志以外的因素未能既遂,只能构成敲诈勒索罪未遂与诈骗罪未遂的想象竞合。但假如最后被害人交付了财物,那么则可以认为,因为行为人并非被害人违法犯罪行为的相对方,被害人完全是基于对调查程序所带来的不利影响的恐惧而处分财物,危害后果是敲诈因素所制造的风险的实现,行为属于敲诈勒索罪既遂与诈骗罪未遂的想象竞合。

五、结语

对实践中欺诈并勒索财物类案件的妥当处理,有赖于理论上对诈骗罪与敲诈勒索罪的关系进行深入探讨,并构建系统的、规范的定性规则。鉴于“互斥论”的诸多问题,将两罪理解为想象竞合关系,复归行为人视角,并将判断重心置于客观、规范层面的考察,才是值得倡导的解决方案。本文旨在围绕欺诈并勒索财物类案件中的单一行为型案件,就敲诈勒索罪与诈骗罪的竞合关系展开研究。而在实践中,还存在许多与之相关的多行为型案件。对于此类案件,是像德国刑法理论通说一样认定为想象竞合,还是考虑将两罪理解为吸收或牵连关系,这涉及对想象竞合犯、牵连犯及吸收犯成立条件及界限的探讨,甚至关乎整个“竞合论”的体系建构,是值得进一步深入探讨的问题。

^① 张明楷:《诈骗罪与金融诈骗罪研究》,北京:清华大学出版社,2006年,第121页。

^② 浙江省嘉兴市南湖区人民法院(2019)浙0402刑初167号刑事判决书。

^③ 辽宁省丹东市中级人民法院(2019)辽06刑终131号刑事裁定书。

A Study on the Concurrence of Crime of Extortion and Fraud —A Study on Single-Act Cases

Yu Gaizhi¹ Zou Hongjian²

(1. Koguan Law School, Shanghai Jiao Tong University, Shanghai 200030, P.R.China;

2. Criminal Law School, East China University of Political Science and Law, Shanghai 201620, P.R.China)

Abstract: There has always been considerable controversy in Chinese judicial practice over how to handle single-act cases that involve both fraud and extortion elements. This is primarily because the academia has not yet reached a consensus on the relationship between the crimes of extortion and fraud, and many researchers have not been able to provide a systematic and standardized judgment scheme for judicial practice on how to properly distinguish between the two crimes. The crime of fraud and the crime of extortion are mutually exclusive. This leads to confusion between behavioral elements and result elements, and conflicts between the victim's perspective and the offender's perspective, making it difficult to provide a logically rigorous and systematic solution for judicial practice. With the view that the two crimes are overlapping of legal provisions, it is difficult to explain the relationship between the inclusion and being included among the Tatbestand of the crimes, and it is impossible to fully evaluate its illegal content, which has many disadvantages. We should adhere to the modified theory of concurrence and affirm that the crime of fraud and extortion can establish the ideal concurrence of one crime and the attempt of another crime. According to the modified theory of concurrence, when handling a case of requesting property with elements of fraud and extortion, it is necessary to judge: (1) Whether, from an objective point of view, the conduct can be regarded as both fraudulent and extortionate; (2) According to objective imputation, should property losses be attributed to elements of fraud or extortion? Among them, the purpose of step one is to determine whether the case contains elements of both fraud and extortion. If the behavior is only fraud or only extortion, then it only needs to be treated as one crime of fraud or extortion. The purpose of step two is to draw a final qualitative conclusion about the offender. If the risk created by the fraud factor materializes into property losses, then the case is the ideal concurrence of the crime of attempted extortion and the crime of completed fraud. The crime with a heavier penalty among the two should be chosen, and the completed crime of fraud should be punished. If the risks created by the factors of extortion materialize into property losses, then the case is the ideal concurrence of the crime of completed extortion and the crime of the attempted fraud. The crime with the heavier punishment should be chosen among the two crimes, and the crime of completed extortion should be punished. The above judgment steps place great emphasis on objective judgment and normative judgment. This is conducive to the return of the offender's perspective, the implementation of comprehensive evaluation principles, and the construction of legitimate and operable judgment standards. Based on the above judgment steps, we can effectively solve the difficult problem of identifying "fictitious harm" cases, "fictitious evil harm" cases, and "false reporting" cases in practice.

Keywords: Ideal concurrence; Legal provision concurrence; Crime of extortion; Crime of fraud

[责任编辑:李春明]