

有效益的交易:合同诈骗罪规范目的的证成

——以骗逃部分铁路运费案为分析重点

蔡道通

内容提要:合同诈骗罪“兜底条款”如何理解与解释,存在的争议焦点之一是怎样看待合同诈骗罪“列明”行为的价值以及其是否具有构成要件的意义。骗逃部分铁路运费的行为,能否以合同诈骗罪的“兜底条款”定罪处刑,目的解释是可否入罪判断需要坚持的最为重要的解释原则,目的论限缩是填补刑法隐蔽性漏洞的有效方法。符合规范保护目的的行为,应当通过目的论限缩将其出罪化。合同诈骗罪所涉的市场秩序与公私财产损失,是指没有交易目的或者基础、欠缺交易效益与效率前提下的市场秩序与财产损失。有效益或者有效率的、合乎交易目的的合同欺诈行为,不属于合同诈骗罪的规制范围。源于罪刑法定原则的要求,目的解释只应当用于出罪化。经济犯罪的刑法教义学研究 with 规范目的的理解,离不开社科法学智识的浸润、滋养与支撑。否则,经济犯罪的刑法解释与司法适用,就有可能违反基本的经济规律与经济法则而走向谬误。骗逃部分铁路运费的行为,不应当按照合同诈骗罪的“兜底条款”定罪处刑。

关键词:合同诈骗罪 兜底条款 目的解释 目的论限缩 目的论扩张

蔡道通,南京师范大学法学院教授。

一 引发问题的案例与本文的立场

骗逃部分铁路运费的个案背景是:为吸引日本、韩国等国外货源过境中国,铁路系统通过政策倾斜规定,相比于单纯的出口货物,一个集装箱的过境货物可享受五到七折的优惠。^[1]某货代企业通过制作虚假的国际货物到达海运提货单,填写虚假的货物运单信息,将本是

[1] 参见黄何:《合同诈骗罪“兜底条款”的新认识——兼议连云港货代业骗逃运费案的罪与罚》,《大连理工大学学报(社会科学版)》2018年第3期,第88页。

国内出口的货物伪造成过境货物进行虚假申报(出口套过境),骗逃(由于出口套过境而少交的)铁路运费846余万元。法院根据刑法第224条第5项“兜底条款”的规定,判处涉事的企业、直接负责的主管人员和其他直接责任人员合同诈骗罪。^[2] 尽管该案已经尘埃落定,但围绕该案的法律适用及其学理依据,在学术界仍然存在争议。

反对适用“兜底条款”的学者认为,合同诈骗罪保护的是合同秩序,只要合同被实际履行,欺诈并不涉及对合同秩序的彻底破坏。履行合同的欺诈获利,不符合合同诈骗罪“兜底条款”同类解释的要求,不构成合同诈骗罪。^[3] 还有论者认为,骗逃部分铁路运费的行为性质应当受铁路法规范制约。铁路法明确对不同行为规定了不同法律后果,有的情形规定“构成犯罪的,依法追究刑事责任”,但对骗逃部分铁路运费的行为,则没有规定刑事责任条款。结合铁路法与刑法列明行为可以类型化的最大公约数的限制,完全可以得出对骗逃部分铁路运费的行为,不应当按照刑法第224条第5项规定的“以其他方法骗取对方当事人财物的”而成立合同诈骗罪的结论。^[4] 相反,主张适用合同诈骗罪“兜底条款”定罪处刑的观点则认为,合同诈骗罪“兜底条款”是明确的,不属于扩张性规定,综合其他特别诈骗罪的条文规定,可以得出只要行为符合合同诈骗罪的项前构成要件,就应当按照该罪定罪处罚的结论,不需要也不可能对该罪的“兜底条款”作出最严格的限制解释。^[5] 也就是说,“只要是利用经济合同实施的诈骗行为,符合合同诈骗罪的构造,具有诈骗故意与非法占有目的,倘若不符合前四项的规定,就必然符合第5项的兜底规定”。^[6] 按照这一逻辑与思路,合同诈骗罪的列明行为是没有实质意义的。总而言之,在赞同论的学者看来,合同诈骗罪“兜底条款”既没有不明确的地方,也没有限缩解释的余地。刑法立法完全可以不列明相关行为方式,刑法的列明行为并无实质的价值,刑法的项前规定就是合同诈骗罪的成立条件,足以认定骗逃部分铁路运费行为符合合同诈骗罪的构成要件,当然可以成立犯罪。

对于骗逃部分铁路运费的行为,即便如赞同成立合同诈骗罪论者所主张的,不存在合同诈骗罪“兜底条款”适用的正当性疑问(不过这里仍然需要回答刑法列明规定是否属于构成要件本身一部分的问题),那么,是否只要形式上符合构成要件的行为,就可以顺理成章地套用普通诈骗罪的逻辑,按照合同诈骗罪项前规定的构成要件定罪处刑,而无视合同诈骗罪的规范保护目的的特殊性以及“兜底条款”解释要求?答案应当是否定的。陆某销售假药案、王某军收购玉米案等引发社会广泛关注的案件,提供了很好的分析样本,也为进一步思考和准确界定经济犯罪的规范保护目的提供了契机。“面对无法停止的犯罪化趋势,刑法中法定的出罪事由相对供应不足”^[7]的现实,也是目前经济犯罪面临的基

[2] 参见徐州铁路运输法院“刑事判决书”(2015)徐铁刑初字第24号。该院判处的其他类案还有,“刑事判决书”(2015)徐铁刑初字第22号;(2015)徐铁刑初字第33号;(2015)徐铁刑初字第24号;(2015)徐铁刑初字第47号;(2015)徐铁刑初字第34号。

[3] 参见黄何:《合同诈骗罪“兜底条款”的新认识——兼议连云港货代业骗逃运费案的罪与罚》,《大连理工大学学报(社会科学版)》2018年第3期,第88页。

[4] 参见蔡道通:《经济犯罪“兜底条款”的限制解释》,《国家检察官学院学报》2016年第3期,第92页。

[5] 参见张明楷:《合同诈骗行为类型的边缘问题》,《东方法学》2020年第1期,第46-47页。

[6] 张明楷著:《刑法学》(第六版),法律出版社2021年版,第1086页。

[7] 孙国祥:《民法免责事由与刑法出罪事由的互动关系研究》,《现代法学》2020年第4期,第156页。

本状况。目的解释作为一种解释原则,同时也是一种解释方法,应当在经济犯罪的认定中发挥其应有的作用。“以肯定的方式表达,目的解释方法因此是讯问立法政策(或法律政策)的目的、法律规定所依据的‘想法’、‘设定的目标’、‘目的’、‘灵魂’、规范的‘政策’的解释方法;以否定的方式表达,目的解释意味着解释者不是奴隶般毫无思想、形式主义以及‘盲目评价’地不再以探究的规范文字和空洞的概念为指引,而是按照(经常是多个的)法律规定的目的去‘探究’法律规定。”^[8]对于骗逃部分铁路运费的行为,无论是肯定可以成立合同诈骗罪的观点,还是否定可以构成合同诈骗罪的理由,既涉及对铁路法类型化行为及其后果的认识,也关涉合同诈骗罪列明行为对于该罪构成要件认定是否具有价值与意义的理解,更与合同诈骗罪的法益保护或者规范目的到底是什么的准确界定有关。一个行为如果从最终的结果看,契合刑法的规范保护目的,对法益保护没有根本性的危险或者实害,就应当依据欠缺实质违法性而出罪化。

二 刑法解释的“目的论扩张”与“目的论限缩”

在理论上目的解释可以分为目的论扩张与目的论限缩。目的论扩张与目的论限缩在刑法上的功能、地位与作用有重大差别。对刑法而言,目的论扩张因规范目的的正当而无限扩张刑法文本的文义范围,将相关行为纳入本难以被涵盖的刑法规范中,因有类推嫌疑而不能被刑法解释所允许;目的论限缩因行为契合刑法规范保护目的,而必须对构成要件进行限缩或者必须对刑事违法性作实质判断而出罪化。骗逃部分铁路运费的行为,是发生在具有一定行政色彩,但本质上属于商事主体与商事主体之间的商事交易领域的行为,^[9]属于民刑交叉或者行刑竞合案件,本身就存在判断上的难题。“民事欺诈属于民事不法,刑事欺诈属于刑事犯罪,两者之间虽存在重大区分,但在司法实践中却极易混淆。”^[10]合同诈骗罪能否成立的司法认定,必须考虑鼓励市场交易、促进交易效率、保护交易效益这一商事法律的价值定位与目的追求。刑法规制商事领域合同诈骗行为的目的是为了保证合同(管理)秩序与合同安全,保障交易效益。只有在此前提下,“公司财产损失”才能得到正确解读与准确确定。本质上具有合目的性、有合理对价的有效益的交易行为,即便有欺诈,也属于前置法足以调整的行为,不能套用普通财产犯罪公私财产损失的标准和逻辑,来解释该罪中的“非法占有目的”与财产损失,而应当通过目的论限缩将其出罪化。

(一) 刑法解释要防止超越基本文义的目的论扩张入罪化倾向

目的论扩张指规范的事实构成可能太窄,以致根据规范目的必须囊括的某些事实不能被涵摄于其中而予以延展,其出发点在于解决规范文义与其目的之间的紧张关系:文义表达范围过于狭窄,拘泥于文字适用法律不能达到所追求的调整目标。重要的是,任何超

[8] [奥]恩斯特·A. 克莱默著:《法律方法论》,周万里译,法律出版社 2019 年版,第 118-119 页。

[9] 参见蒋大兴:《商事关系法律调整之研究——类型化路径与法体系分工》,《中国法学》2005 年第 3 期,第 98 页。

[10] 陈兴良:《民事欺诈与刑事欺诈的界分》,《法治现代化研究》2019 年第 5 期,第 1 页。

越文义的“解释”事实上都是以漏洞认定为前提的。由于现行法律的规范目的可能更加广泛,对于法律漏洞应当以类推来补充。因此,目的延展是法律类推的一种类型。^[11] 在学理上,目的论扩张针对的是一种制定法漏洞中的“开放型”漏洞而选择的一种解释方法。“‘开放型’漏洞出现在制定法对特定类型案件没有设定适用原则的场合,虽然根据制定法自身的目的,这种规则本应被包含。”^[12] 为此,目的论扩张主张应当“将刑法的字面含义充分利用到极致”。^[13]

处罚必要性往往成为目的论扩张的实质性理由。“在考虑用语可能具有的含义的同时,还必须考虑处罚的必要性。对于一个行为而言,其处罚的必要性越高,将其解释为犯罪的可能性越大,但如果行为离刑法用语核心含义的距离越远,则解释为犯罪的可能性越小。”^[14] 但问题是,无论是当下的刑法理论还是司法实践,我们许多时候牢记的是上述认识的前半句即“处罚的必要性”,而忘记了后半句即“解释的可能性”,尤其是在注重实质正义的司法语境中。这种基于处罚必要性的考量以及价值模板一致性的认知,是建立在法律目的追求基础上的“路径依赖”与目的正当。因此,常常表现为这样的情形:面对具有处罚必要性的行为,会将解释可能性很小的条文文义不断地扩展其外延与范围,尽可能地将某些行为囊括在现有的刑法范围内。实践中就出现了许多不断突破刑法规范文义基本边界,以扩张解释的名义,行类推适用实质的司法案件。甚至有些司法解释也在不断地“榨干”刑法条文的文本含义,而不断延伸刑法规制的范围。^[15] 这样的解释结果与司法判决直接动摇了刑法的安定性与可预期性,对罪刑法定原则产生了不当的冲击。目的论扩张本质上是一种类推思维在刑法上的运用。“类推的思维如下:尽管待处理的案件没有被某个(或多个)法条的文义涵盖,对于该法条,属于‘否定的候选’,但是仍然依据该法条的模式评价待处理的案件。因为待处理的不受调整的案件与产生疑问的法条所依据的‘价值模板’一致,以至于按照肯定的平等原则(同样问题作同样处理),对其(尽管缺少文字上的支持)进行类比(按照意旨进行相同的)评价,因此能够保障实现法律‘评价体系’中‘无矛盾性’。”故而,类推所表达的“是不合文字但合法律目的的法律发现,其依据的古老格言是:‘意义相同的地方,遵循同样的规则’”。^[16]

然而,“刑法领域,它放弃了禁止基于类比来证立可罚性的禁令(这是迄今为止法的安定性最坚固的堡垒)”。^[17] 应当说,这一认识是罪刑法定原则的自身逻辑要求,“它的目的不仅是要设立国家在刑罚上的权力,而且要限制国家在刑法上的权力,它不仅要保护国家免遭罪犯侵害,而且要保护‘罪犯’免遭国家侵害;它不仅要保护公民免遭罪犯侵害,而且要保护公民免遭检察官侵害,成为公民反对法官专断和法官错误的大宪章”。^[18]

[11] 参见[德]魏德士著:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2005年版,第387页。

[12] [德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》(全本·第六版),黄家镇译,商务印书馆2020年版,第473页。

[13] [德]拉德布鲁赫著:《法学导论》,米健译,商务印书馆2013年版,第143页。

[14] 张明楷著:《刑法分则的解释原理》,中国人民大学出版社2004年版,第18页。

[15] 相关的分析参见张明楷:《〈刑法修正案(十一)〉对司法解释的否认及其问题解决》,《法学》2021年第2期;周光权:《论通过增设轻罪实现妥当的处罚——积极刑法立法观的再阐释》,《比较法研究》2020年第6期。

[16] [奥]恩斯特·A. 克莱默著:《法律方法论》,周万里译,法律出版社2019年版,第172-173页。

[17] [德]拉德布鲁赫著:《法哲学导引》,雷磊译,商务印书馆2021年版,第180页。

[18] [德]拉德布鲁赫著:《法学导论》,米健译,商务印书馆2013年版,第141页。

因为一旦刑法中允许目的论扩张的解释,“对将来刑法中弹性规定的诸如此类的解释将会成为一种灾难。如今,受到法律字面含义的约束、因这种字面含义的限制,并且充分利用这种字面含义的解释方法,很可能和新刑法的精神背道而驰,并意味着法律政策上的极大危险”。^[19]从这个意义上说,“刑法是行使国家权力的一种形式,因而也就是一种政治”。^[20]限制目的论扩张在刑法中具有特别重要的意义。“之所以如此,是因为刑事正义区别于普通正义,其更重视形式性,强调刑法的形式价值,追求形式正义,理由是柔弱的个体无法对抗强大的国家机器,即限制公权力是刑法的第一要义。”^[21]所有犯罪的司法认定,无论是对实质正义还是程序正义的追求,都是为了最大可能地有限度地适用国家刑罚权。罪刑法定原则与无罪推定原则,都是一种付代价的法治理念与制度设置。在刑法中,源于罪刑法定原则的制约,目的论扩张如果远远逾越规范基本文义而形成事实上的类推适用,则为刑法解释所不允许,无论其处罚必要性有多大。因此,“开放型”刑法漏洞填补的基本规则与要求是,“除非制定法有特别规定,‘所有的行为均不受刑罚’”。^[22]相对于自然犯而言,由转型时期的经济活动“超前性”与行为性质判断的复杂性特征所决定,必然会呈现出刑事立法一定程度的滞后性与规制的必要性需求,经济犯罪认定中的“目的论扩张”往往会表现得更为明显。

(二) 刑法目的解释理应限于目的论限缩

“目的性限缩”所表明的是,当涉及超出法律目的、不为目的所涵盖的文义时,对法条以违背法律文义的方式进行限制,这时目的性考量也起到决定性的作用。^[23]目的论限缩的功能在于将合乎规范保护目的而不应当处罚的、没有实质法益侵害的行为予以出罪化。申言之,目的论限缩针对的是这样的情形:“按照文义解释的目的使人们看到规范的最大适用范围。不过,根据其条文,规范常常包含了规范目的不应当包含的生活事实。在这种情况下,忠实于文字规范适用可能导致结果与法律所追求的目的相反。”^[24]这种处罚漏洞在学理上称为隐蔽性漏洞。而隐蔽性漏洞恰恰是目的论限缩所要解决的关键问题。

隐蔽性漏洞是立法中常见的法律现象,“即制定法虽然含有可适用于这类案件的规则,但根据该规则的意义和目的,它在这里不适合适用,因为在评价上这一规则恰好没有虑及此类案件的特质。这种漏洞的出现是由于缺乏限制性规定。之所以是‘隐蔽性’漏洞,是因为至少乍看之下并不缺乏可以适用的规则”。^[25]作为对隐蔽性漏洞的填补手段,目的性限缩体现出来的基本特征是“与明确的条文相背”。在这里,规范目的相对规范文义的优先地位特别明显。重要的是:目的性限缩不是修正规范目的,而是通过修正文义来

[19] [德]拉德布鲁赫著:《法学导论》,米健译,商务印书馆 2013 年版,第 143 页。

[20] [美]马库斯·德克·达博:《积极的一般预防以及法益论——一个美国人眼里的德国刑法学的两个重要成就》,杨萌译,载陈兴良主编《刑事法评论》第 21 卷,中国政法大学出版社 2007 年版,第 466 页。

[21] 杨春然著:《最后手段原则规则化研究》,人民出版社 2020 年版,第 2 页。

[22] [德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》(全本·第六版),黄家镇译,商务印书馆 2020 年版,第 475 页。

[23] 参见[奥]恩斯特·A. 克莱默著:《法律方法论》,周万里译,法律出版社 2019 年版,第 124 - 125 页。

[24] [德]魏德士著:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社 2005 年版,第 375 页。

[25] [德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》(全本·第六版),黄家镇译,商务印书馆 2020 年版,第 474 页。

实现规范目的,是在“有思考地服从”中践行着立法的规范含义。^[26]可以说,因为立法在表述条文时忽视了根据目的需要进行限制或者规定“例外条款”,“所以必须根据可认识的规范目的来限制条文的含义。因此人们称为‘例外漏洞’”。^[27]因而,目的论限缩的基本立场就是,需要对某法定规则作出与其文义方向相反的,但根据制定法内在目的属于必须的限制,而这种限制在制定法文本中却未被包含。这种漏洞的填补是通过附加规则意义所要求的限制来完成的。借此,因为规则明确的文义过宽而导致适用范围过大的制定法规则,将被限制在根据法律调整目的或其意义脉络的适用范围内,我们称之为“目的论限缩”。^[28]

目的论限缩所要表达的是,当刑法规制某种行为欠缺实质违法性而符合规范保护目的的状况下,刑法解释如何填补立法漏洞,进而使得刑法适用更符合刑法规制某种行为的目的。从这个意义上说,“如果证实明确的文字没有明确地表达真正的规范意旨,那么修正性地背离明确的文字不仅被允许,其实更是一种要求”。^[29]目的论限缩的正当性在于:不同类的事件应做不同的处理,也就是说评价上要求差异化处理。这一要求要么是源自被限制之规范自身的意义和目的,要么是根据其他规范具有优先性的目的(如果不如此,其目的即不能达成),也即根据“事物本质”,再或者是制定法中针对特定案件类型有优先适用效力的固有原则。^[30]

(三)目的论限缩是经济犯罪认定中司法出罪化的有效方法

可以说,正是刑法理论与司法实践对刑法隐蔽性漏洞的忽视,以及对目的论限缩解释方法的认识欠缺或者能力不足,导致司法实践中出现违背“天理、国法与人情”案件的不当判决。比如,对国家税收安全与税收征管而言,没有任何税收“流失”可能性的虚开增值税专用发票的虚开行为,能否成立虚开增值税专用发票罪?如果离开对刑法规范保护目的的界定,因为这种虚开行为在形式上完全符合该罪的构成要件,一定能得出可以入罪的结论。然而,正如学者分析,虚开增值税专用发票罪,只有“以骗取国家税款作为其非法的构成要件要素,才能正确界定其性质”。^[31]这是一种通过对规范保护目的的界定,进而对构成要件进行限缩,以达到出罪结论的解释路径与方法。可以说,正是通过目的论限缩的解释方法,使得刑法规范所遗漏的本不应当规制的“例外行为”,因其契合刑法的保护目的而得以出罪化。“在该意义上,可以称为目的不支持的文义多余,其应当通过违背文义却符合法律目的的方式排除。”^[32]

目的论限缩立场的选择与运用体现了解释者的法治担当与司法能力。正如学者指出的,“法学方法论是典型的政治力的中心,因为法律人正是政治力的‘随从人员’,并且法律人是以这样的角色在做决定的……政治必然参与法学,所以没有纯粹法学的方法学,因

[26] 参见[德]魏德士著:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2005年版,第375-376页。

[27] [德]魏德士著:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2005年版,第386页。

[28] 参见[德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》(全本·第六版),黄家镇译,商务印书馆2020年版,第492页。

[29] [奥]恩斯特·A. 克莱默著:《法律方法论》,周万里译,法律出版社2019年版,第196页。

[30] 参见[德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》(全本·第六版),黄家镇译,商务印书馆2020年版,第493页。

[31] 参见陈兴良:《虚开增值税专用发票罪:罪名沿革与规范构造》,《清华法学》2021年第1期,第15页。

[32] [奥]恩斯特·A. 克莱默著:《法律方法论》,周万里译,法律出版社2019年版,第166页。

此,方法的决定也就是政治的决定”。^[33] 比如,对人体健康有益无害的真药,即便属于刑法修正前的药品管理法与刑法所规定的“假药”,解释者也不应当将其解释为属于销售假药罪规制的对象;没有任何税收流失可能性的虚开增值税专用发票的行为,司法者也不应将其解释为虚开增值税专用发票犯罪行为。从这个意义上说,刑法修正前的生产、销售假药罪以及现行的虚开增值税专用发票罪是存在隐蔽性漏洞的,解释者、司法者可以也应当通过目的论限缩来限制相关犯罪的规制范围,哪怕刑法不作修改或者修正。

从实然角度看,不能奢望刑法不停地修改或者修正。“借助‘目的性限缩’的方法,以违背法律文义的方式,使某个条文不涵摄特定的案件,尽管该案件的事实因素属于法律构成要件的肯定候选,即属于法条的概念核心。出现这种情况的前提是:法律规定得过于笼统。因此,依据现行法的法律目的,对于所讨论的案件,法条遗漏了例外规定。”^[34] 骗逃部分铁路运费行为能否构成合同诈骗罪,目的论限缩方法同样是重要的分析工具。

三 有效益的交易才是合同诈骗罪法益保护内容

学者对合同诈骗罪的法益保护内容基本持大致相同的立场。有观点认为,本罪中“市场交易秩序和公私财产分别为主次要保护的法益”,^[35] 或者表述为“财产所有权关系和市场交易安全秩序”。^[36] 有观点认为,“刑法规定本罪,是为了保护市场秩序与对方当事人的财产”,^[37] 或者“既包括市场秩序的内容,也包括他人的财产”。^[38] 还有观点认为,“本罪侵犯的是复杂客体,既侵犯了国家对经济合同的管理秩序,也侵犯了公私财产所有权”,^[39] “在财产犯罪或经济犯罪中,法益侵害性通常具体化为被害人的财产损失”;^[40] “合同诈骗行为必然造成市场经济运行活动混乱,破坏正常的市场流转和交易秩序;同时,合同诈骗行为也必然损害正常的债权债务关系,直接侵害公私财产所有权。”^[41] 总而言之,都认为合同诈骗罪的法益保护限于市场(合同)秩序与公私财产所有权。但是,应当注意的是,这些结论都是用单纯的财产犯罪中对财产损失的逻辑与标准,来解释合同诈骗罪中公私财产的损失与保护问题。可以说,现行的司法实践中之所以出现只要合同履行中有骗取(欺诈),对方当事人有财产损失,只要能够证明有“虚构事实、隐瞒真相”,就可以证明行为人有刑法上的“非法占有目的”,就要按照合同诈骗罪“兜底条款”定罪处刑,与这种不妥当的法益保护的界定与认识有密切关系。

上述认识与结论带来的直接后果往往表现为:第一,用普通诈骗罪的认识与逻辑对待

[33] 顾祝轩著:《制造“拉伦茨神话”:德国法学方法论史》,法律出版社 2011 年版,第 259 页。

[34] [奥]恩斯特·A. 克莱默著:《法律方法论》,周万里译,法律出版社 2019 年版,第 149-150 页。

[35] 李振杰:《合同诈骗罪中非法占有目的的认定》,《人民司法》2019 年第 10 期,第 63 页。

[36] 王作富主编:《刑法分则实务研究》,中国方正出版社 2006 年版,第 798 页。

[37] 张明楷著:《刑法学》(第六版),法律出版社 2021 年版,第 1083 页。

[38] 马克昌主编:《百罪通论》,北京大学出版社 2014 年版,第 456 页。

[39] 《刑法学》编写组、贾宇主编:《刑法学》(下册·各论),高等教育出版社 2019 年版,第 102 页。

[40] 周光权:《“刑民交叉”案件的判断逻辑》,《中国刑事法杂志》2020 年第 3 期,第 8 页。

[41] 魏东著:《案例刑法学》,中国人民大学出版社 2019 年版,第 104 页。

合同诈骗罪,根本不考虑发生在市场领域的语境与相应的市场法则,以及市场主体的交易行为所涉的交易总量与行为人履行合同的的比例与程度。认为只要有欺诈,只要达到立案标准,就可以按照合同诈骗罪“兜底条款”定罪处罚。这样的认识,就将存在合理对价、且履行了绝大部分交易义务的行为所涉及的有履行诚意与履行基础的情况,与刑法第 224 条列明条款的最大公约数“没有履行诚意或者履行基础”以及“既无履行诚意也无履行基础”的无效益交易(诈骗)等同起来,完全无视普通诈骗罪与合同诈骗罪发生场域的差异,以及刑法不同的规制目的和容忍度,也违背了同类解释要求的比例原则。第二,只要有欺诈,只要对方有损失,往往不考虑是否存在对价,是否合乎交易目的,以“用合法形式掩盖非法占有目的”来解释行为人“非法占有目的”的认定问题,这样将生活领域的刑法保护逻辑与标准简单套用在市场领域中的欺诈行为。根据这一逻辑,双方当事人之间订立契约的行为是“合法形式”,欺诈行为人内心骗取相对人财产利益的立约动机是“非法目的”。通过套用此推导过程即可得出一般民事欺诈行为都属于“以合法形式掩盖非法目的”的荒谬结论。^[42]直接的后果是,导致民事欺诈、商事欺诈与刑事诈骗的混同,以及刑法对不应当规制的商事欺诈行为的刑事介入。第三,竞合论思维甚嚣尘上。比如,如果行为人的合同诈骗行为达不到该罪的立案标准,但达到诈骗罪立案标准,认为可以按照普通诈骗罪定罪处罚的认识。这种不考虑行为发生领域差异性而简单进行竞合处理的问题在于,“在这种情况下,如果允许替代性地选择一般法,实际上这将会使特别法(以及立法者借此意欲达到的目的)变成空想”。^[43]作为经济领域的特别诈骗罪,无论在何种意义上,都不能按照竞合原理而在普通诈骗罪与特别诈骗罪之间择一重处,否则立法只需要一个(普通)诈骗罪,就足以解决所有领域的诈骗犯罪,根本没有特别立法的必要。正是经济犯罪的特殊性决定了该领域诈骗罪与普通诈骗罪择一重处的不合理性。

出现这种结果最为直接的原因,是用普通自然犯的认识逻辑与标准,简单套用于商事领域中作为法定犯的经济犯罪。学者在研究消费者权益保护问题时指出,“消费者权益保护法以保护消费者的权利与利益为依归,故而,应以私法而不是行政法、刑法等公法视角理解第 49 条的‘欺诈行为’概念”。^[44]这种认识对理解商事领域的合同诈骗罪具有重要的方法论指导意义。其实,作为法定犯的入罪认定,一旦忘记行为发生的领域与市场本身具有的规则与规律,包括对非法占有目的的理解,以及对公私财产的损失和对市场秩序的认识,必然会发生认识与认定上的偏差。行为发生的场域不同,行为的立法容忍度、司法宽容度乃至归责原则,以及社会接受度可能都有不同,^[45]用生活领域的刑事标准,对待市场领域,尤其是商事领域的行为,一定会带来灾难性的不当结果。

对于商事活动的刑法规制,有几个基本的认识必须明晰。首先,商事活动以鼓励交易、追求经济效益与交易效率为基本定位。因此,贸易本位是商法价值的基础。商法的价

[42] 参见沈伟:《涉嫌诈骗合同效力的司法认定及其处理路径——基于法解释学的解构》,《法学评论》2017 年第 4 期,第 144 页。

[43] [奥]恩斯特·A. 克莱默著:《法律方法论》,周万里译,法律出版社 2019 年版,第 79-80 页。

[44] 朱广新:《惩罚性赔偿制度的演进与适用》,《中国社会科学》2014 年第 3 期,第 105 页。

[45] 参见范健:《商事审判独立性研究》,《南京师大学报(社会科学版)》2013 年第 3 期,第 75-77 页。

值包括了正义、自由、平等、公正、效率、安全和秩序等。但是交易效率价值、交易安全价值和交易公平价值构成了当代商法的三大基本价值。^[46] 这是与日常生活领域财产保护的刑法立场的重大差别。以合同诈骗罪为例,由于当事人双方之间存在合同关系,即使一方当事人在签订、履行合同过程中确有欺诈行为,从而占有对方财物,但若到期准时还款交货,怎么可能再去研究非法占有目的的问题。即便双方发生合同纠纷,如果通过协商或其他途径加以解决,也应当排斥刑法的介入。而在普通诈骗罪中,并不存在这样的权利外观,以至于欺诈一方一经获取对方财物,即可认定非法占有目的。两者之间存在差异,理应区别对待。^[47]

其次,商事法律是以“确保交易公平”“鼓励交易迅捷”“倡导交易确定”和“维护交易安全”^[48]为基本依归。“一个依赖市场作为处理稀缺性的主要制度的社会,不能忽视理性选择对我们关于合同、财产权或侵权责任或过失的理解的贡献。”^[49]因此,商事领域对于欺诈行为的容忍度与法律的可救济制度设计和生活领域诈骗行为的法律反应也是不同的。甚至,“被害人”对欺诈的事实可能存在客观上一定的明知而概括性地接受的态度也必须正视。否则有可能形成这样的局面,即“该欺诈在民法的范畴内属于合法行为,而在刑法的范围内属于违法行为,这显然违反‘法秩序统一性原则’,而且,也有悖于最后手段原则。也就是说,民法或者合同法将欺诈规定为可撤销、可变更的民事行为,使得诈骗禁止所保护的法益很难脱离被害人的态度而独立存在,这构成欺诈行为犯罪化的第二个法律障碍”。^[50]“在现代私法中,欺诈是一个涵义确定、功能多样的法律概念,其规范意义为,恶意诱使他人陷入错误而为意思表示。单纯告知虚假情况或者故意隐瞒真实情况,并不构成私法上的欺诈,因为可能存在对方知道或识破相对人恶意撒谎,其意思形成自由未受侵害,从而根本不需保护的情形。”^[51]换言之,商事领域交易过程中,“法律的职责是确保这一领域内的利益冲突能够得到解决,同时不搅乱秩序的重要核心。当通过谈判、竞争、消磨、施以经济和社会压力这些正常秩序却无法获得结果或提供解决特定纠纷的机制时,法律可以为我们所有人提供一个据以应对的新基础”。^[52]

最后,在商事活动中,对于存在合理对价、合交易目的的行为所引发的刑事法律问题,其有效益的客观状况决定了刑事司法应当保持足够的审慎立场。尊重商事立法价值与刑法特别条款的意义,以及敬畏刑法列明行为的规范价值是正确司法的基本前提。学者指出,在特定领域设置特殊性罪名,其意图绝非扩张普通罪名的适用,恰恰相反,是在于限制其适用范围的过分蔓延,否则这种“特殊”就失去了存在的必要。^[53]同时也应当充分考虑

[46] 参见胡鸿高:《商法价值论》,《复旦学报(社会科学版)》2002年第5期,第86页。

[47] 参见赵丙贵:《市场交易欺诈行为刑法规制的一体化思考——以合同诈骗罪为视角》,《盛京法律评论》2017年第1辑,法律出版社2017年版,第41页。

[48] 参见顾肖荣著:《商法的理念与运作》,上海人民出版社2005年版,第4-10页。

[49] [德]温弗里德·哈斯默尔、乌尔弗里德·诺伊曼、弗兰克·萨利格著:《当代法哲学和法律理论导论》(第九版),郑永流译,商务印书馆2021年版,第532页。

[50] 杨春然著:《最后手段原则规则化研究》,人民出版社2020年版,第323页。

[51] 朱广新:《惩罚性赔偿制度的演进与适用》,《中国社会科学》2014年第3期,第105页。

[52] [美]卡尔·卢埃林著:《荆棘丛:我们的法律与法学》,王绍喜译,中国民主法制出版社2020年版,第191页。

[53] 参见赵丙贵:《市场交易欺诈行为刑法规制的一体化思考——以合同诈骗罪为视角》,《盛京法律评论》2017年第1辑,法律出版社2017年版,第34页。

到,“现代社会是一个追求便捷、高效、经济的社会,从以人为本和经济成本角度考量,能以‘侵权’定性而获得社会效果与司法正义,何必以‘犯罪’定性而舍轻求重呢?商事纠纷的处理向刑事手段靠拢,那会产生巨大的社会负担”。^[54]

综上,合同诈骗罪的法益保护内容,包括对财产损失的理解,不适合、也不应该在普通诈骗罪的意义上解读与适用。合同诈骗罪的规范保护目的应当是最大限度地鼓励交易,且保障合同秩序背后的合目的、有效益的交易。对于合同秩序与财产损失必须在目的论限缩意义上解读。只要合同双方的交易行为合乎彼此的交易目的,存在合理的对价,且在商事活动中其交易具有效益,就在根本上契合合同诈骗罪的规范保护目的而不成立合同诈骗罪,即便有欺诈,也不构成对合同秩序的根本性损害与对方财产的根本性损失,如果属于商事欺诈的范围,动用前置法调整就足矣。其非等价(但仍然属于合理对价)的“骗逃”部分财产就不是合同诈骗罪中的公私财产损失。在合同诈骗罪中,财产损失只是该罪的附随结果,并不构成对合同诈骗罪的决定性影响,它只是构成合同诈骗罪必要的但非充分的条件。只有不合交易目的,且权利义务履行与合同的约定严重不成比例(这正是刑法列明合同诈骗基本类型,以及对“兜底条款”进行限缩解释要义所在),对权利人而言是没有交易效益和交易效率的情形,才是合同诈骗罪中的财产损失,也才构成对合同秩序根本性的破坏,才能构成合同诈骗罪。所以,合目的、有对价、有交易效益的欺诈行为,应当以“目的论限缩”予以出罪。

四 骗逃部分铁路运费的行为仍然是有效益的交易行为

“骗逃部分铁路运费案”的基本事实可以概括为:第一,因政策的差别,过境货物比国内出口的货物运输费用便宜30%到50%,但这些“被骗逃”的部分费用(骗逃行为人履行了50%到70%的义务),是运输企业按照市场需求可以承受的,或者说是铁路运输企业为了吸引货源或者占领市场份额,使得运输能力最大化可以让利、可以承受的部分。这种让利的合同也是铁路运输市场中合同的一种类型。因为,如果它真的是“过境货物”的话,也只能收取这么多的运费。第二,骗逃运费的手段是将本是国内出口的货物伪造成过境货物进行虚假申报(客观存在“虚构事实、隐瞒真相”的“出口套过境”),进而达到少缴运费的目的,但作为交付判断基础的重要事项没有欺诈,且商事救济手段的可能性没有丧失。因此,少缴运费存在有欺诈的事实与证据,即有虚构事实、隐瞒真相的客观事实。但对“虚构事实、隐瞒真相”与“非法占有目的”应当放在市场交易领域进行思考。学者指出,对于诈骗罪宜采取限缩行为路径,将非法占有目的的内核——民事救济可能的基本丧失,纳入欺骗行为的认定中,以此区分民事欺诈与刑事诈骗。行为人针对“财产给付的基础事实”“民事救济的重要事实”进行虚构、隐瞒,导致被害人陷入失去民事救济可能的高度风险行为,属于刑法上的欺骗行为,有构成诈骗罪的可能。诈骗罪成立范围的实质认定应通过限缩行为来实现,重点评价欺骗内容是否与诈骗罪的保护法益具有相关性,是否属

[54] 范健:《商事审判独立性研究》,《南京师大学报(社会科学版)》2013年第3期,第77页。

于“作为交付判断基础的重要事项”。^[55] 第三, 托运方骗逃的是部分铁路运费, 而不是全部运费。就运输合同中的运输义务, 铁路运输企业已经履行完毕, 只是托运方的运费部分有“欺诈”, 但已经履行的运费总额仍然不会让铁路运输企业“无利可图”, 仍然是市场可以接受的“对价”。也就是说, 即便是因“出口套过境”被骗, 铁路运输企业仍然可以获得相应的利润, 合同的履行仍然是有效益和效率的, 仍然存在合理的对价。可以说, 对于托运方而言, 这种行为与没有任何履行诚意与履行基础的刑法规定的合同诈骗罪列明行为根本不一样, 托运方履行了主要的合同义务, 即履行了可以让铁路运输企业仍然可以获利的运输费用义务。

从上述的基本事实、证据、市场规则与法理出发, 可以得出如下结论。

其一, 本案乃至类案涉及的交易双方都是有交易对价的, 但根据市场法则, 交易对价不代表一定是等价交易。刑法不应当以“等价”取代“对价”来作为财产损失的认定标准。否则, 在大额的市场交易中, 只要有欺诈, 只要有损失, 就是合同诈骗罪的财产损失, 这样的认定结果, 不仅使得前置法没有适用的任何空间, 而且一定带来数量巨大的合同诈骗罪的司法适用案件集中爆发, 并使得民事责任与刑事责任严重混同。“合同法注重双方当事人的意思表示和对价(而非等价), 即有对价的意思表示一旦成立, 即受合同法保护。对于合同的内容, 即当事人自行设定具体的义务是什么, 合同法通常不关心。因此, 合同规定的货物价格是否合理、具体的履行方式如何, 均由合同的当事人自行决定。这就是说, 社会对自愿性义务之履行并不关心, 只对这种义务的产生方式及违反后的救济方式感兴趣。”^[56]

其二, 托运方的“虚构事实、隐瞒真相”属于行为性非法, 但对交易目的、交易效益没有构成根本性违反, 即便存在骗逃部分铁路运费行为, 其交易合同及其履行过程是合目的的, 也是有市场效率与效益的。交易中托运方确实有欺诈, 但这些欺诈仍然属于商事领域的欺诈, 是行为性非法的欺诈, 但因不符合结果性非法的情形, 仍然属于前置法足以调整的欺诈行为, 不构成刑法意义上对合同秩序背后交易效益与交易目的的根本性利益的损害。这一认识在法教义学意义上的价值在于, 如何确定合同诈骗罪的“非法占有目的”。“欺诈行为的‘非法占有目的’之‘非法’, 可以从两个方面来判断: 一是结果性非法, 即通过无偿或者不对价结果非法取得他人财产; 二是行为性非法, 即通过非法行为方式进行对价交易取得他人财产。两者区别在于: 前者重在揭示结果不对价之非法性, 如通过侵占取得他人财产, 结果就是非法的; 后者揭示的是行为方式的非法性, 结果并非不公平。如采取对价欺诈方式进行交易, 因存在对价的给付与反向给付, 因而交易结果是公平的, 但欺诈行为是非法的。据此, 以结果非法还是行为非法为标准, 可将‘非法占有目的’分为结果性非法占有目的与行为性非法占有目的。”^[57] 原则上, 对于经济领域的合同欺诈犯罪, 只有结果性非法占有目的才具有刑法处罚必要性与正当性。

其三, 现有的铁路法以及其他法律, 足以对托运方的欺诈行为进行规范, 尤其是惩罚

[55] 参见陈少青:《刑民界分视野下诈骗罪成立范围的实质认定》,《中国法学》2021年第1期,第286页。

[56] 杨春然著:《最后手段原则规则化研究》,人民出版社2020年版,第314页。

[57] 彭文华:《对价欺诈交易刑民界限的法教义学分析》,《政治与法律》2021年第2期,第58页。

性赔偿责任的规定。这是必须特别注意的立法内容,也是比较借鉴国外立法、司法与理论而进行入罪化证成必须聚焦、不能忘却的本土资源。此时动用刑法调整,既没有必要,也不正当。在这方面,可以从侵权法规定的惩罚性赔偿制度获得启迪。惩罚性赔偿制度“可以提高惩罚的上限,即可以通过加重处罚吞噬掉行为人因此而获得的收益,进而控制这种行为的发生。所以,这种行为应当由侵权法进行规制”。^[58] 一旦发现托运方的欺诈行为,按照铁路法第19条第2款的规定,不仅有“托运人因申报不实而少交的运费和其他费用应当补交”的规定,而且铁路运输企业还可以“按照国务院铁路主管部门的规定加收运费和其他费用”。因此,铁路运输企业受损害的权益不仅完全可以得到铁路法的救济,还可以因为铁路法惩罚性法律后果的规定,而得到超越一般商事法律标准的额外利益。

据此,本质上仍然是有对价、有效率与效益的交易,且合乎交易目的的行为,又有前置法惩罚性制度的设置,骗逃部分铁路运费的行为,完全可以通过目的论限缩的解释将其出罪化。对于涉及商事领域的合同诈骗罪的认定与处理,国外的类似做法值得借鉴。依瑞士法,刑事法官在判处一起被告人散布淫秽物品案时,本应同时判决将该物品“销毁”。该案涉及一些极具艺术价值的日本雕塑和印刷品。联邦法院认为,鉴于其艺术上的价值,将其销毁太过严苛。如果将其交给美术馆并限定只有艺术专家才能阅览,也能达到法律规定的目的。沃尔夫菲尔斯认为,这里涉及对“销毁”一语的解释,联邦法院基于比例原则做出的解释已经超越了可能的文义边界。此时,法院已经不是在解释法律,而是基于比例原则,在以目的论限缩的方式修正相关的制定法。^[59]

但需要强调的是,本文针对骗逃铁路运费行为的出罪化处理思路,不是在构成要件符合性意义上通过“目的犯”添加的方式而限缩解释出罪,而是在因合乎规范保护目的却不具有实质刑事违法性的层面出罪化。这样更符合市场经济本身的规律与规则,也最大限度地体现了前置法的立法目的、价值追求与功能发挥,将刑法最后手段性的认识真正在个案中得以体现。

五 用社科法学方法拓展经济犯罪的研究视野

客观地说,骗逃部分铁路运费的行为之所以被入罪化,恰恰是我们对于经济犯罪的司法认定以及理论研究方向与方法上出了问题。如果忘却经济犯罪发生的场域以及市场领域本身的规律与规则,就非常容易将法定犯的认定逻辑、标准和自然犯相同对待。在这个方面,社科法学智识的合理运用,对准确认定市场领域发生的相关行为性质,具有重要的智识支持与方法论价值。骗逃部分铁路运费行为的入罪化,既与对刑法规范的形式化理解与规范目的认识的错位有关(比如,只要有欺诈,就认定具有刑法上的非法占有目的),也与对刑法教义学功能与作用的认识偏差有涉。如果只在刑法规范范围内进行循环解释,解释的结果可能符合刑法教义学的形式要求,但可能与前置法的立法目的和功能作用

[58] 杨春然著:《最后手段原则规则化研究》,人民出版社2020年版,第316-317页。

[59] 参见[德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》(全本·第六版),黄家镇译,商务印书馆2020年版,第499页。

发挥、市场经济规律和规则,乃至刑法的理性定位发生“南辕北辙”的错位。可以说,是研究方法上的视野局限,限制了我们在合同诈骗罪“兜底条款”解释上应当具有的想象力与解释力。

社科法学对经济犯罪刑法教义学的价值与意义在于,第一,社科法学有效拓展了我们对经济犯罪发生场域的特殊性认识与经济犯罪背后的真实世界的了解。“一个学者如果忘记了生活本身提出的问题,而沉溺于某个学科的现有的定理、概念、命题,那么就不仅丧失了社会责任感,而且丧失了真正的自我,也丧失了学术……”^[60]对于经济犯罪的研究而言,社科法学与侧重总结规范法律或规则构成要件的“技术法学”相比,“扩展了我们对法律背后的真实世界的理解”。^[61]就保险法、金融法的研究,学者曾经指出,保险法在研究内容上,我们仍主要集中在合同与监管,侧重总结某一法律规定的构成要件;在研究方法上,总是特别喜欢用民法或者合同法的理念与制度结构来评价和诠释保险法制度及其实践,仍主要遵循“法教义学”的研究范式,而忽略了对法律背后的真实世界的理解,难以有效回答现实中的问题。^[62]同样,在金融法研究中,存在三个主要问题:“概念法学”流行,缺乏对真实世界的关注;简单法律移植进路泛滥,忽视中国本土问题;“技术法学”与“社科法学”之间存在张力。^[63]还有学者指出,类似金融法这样的新兴学科,需要关注高度变化的制度因素,需要讨论为什么要监管,需要讨论公共政策,这些都是超越传统民法体系的问题。金融法的学者根本就无法仅仅关注一些法条、规则或原则,势必而且已经开始走出法条和概念,必须持续关注规则、制度的实际变化,关注法律的实际运作,关注经济学中金融理论的发展,关注新的金融法的理论和实践,需要引入经济学等社会科学的理论。^[64]可以说,只有引入社会科学的方法和范式,也才容易摆脱规范法学或者说“法教义学”的片面性理解与解读。金融法、保险法的研究尚需如此,发生在金融、保险领域经济犯罪的解释与司法适用,不更应当有这样的意识与认识?“然而问题的关键是:犯罪化理论的适用需要丰富的经验,但却极少有刑法学者精通社会科学。”^[65]即便都属于经济犯罪,涉及税收征管的犯罪也有其独特性。如果不能准确定位税收的本质与税法的目的,就一定不能理解刑法中逃税罪中构成要件“数额+比例”立法模式的正当性,也可能无法理解刑法第201条第4款“行政程序前置”的合理性。只有对税收的本质以及税法目的有准确的定位,才能理解对第一次发现的演艺明星天价逃税案件没有追究其逃税罪的合法性根据所在。补齐社科法学知识的短板,也应当是刑法教义学在经济犯罪解释中必须正视的问题。

第二,社科法学的智识与刑法教义学的结合才能让经济犯罪的入罪判断更为可靠与合理。社科法学关注的是,“为什么要有某一法律?为什么要有某一监管规则?法律和监管规则是如何形成的?它们是如何执行的?它们的未来如何?它们之间的关系

[60] 苏力:《经济学帝国主义》,《读书》1999年第6期,第80页。

[61] 唐应茂:《金融法中的社会科学》,载《北大法律评论》2016年第2辑,北京大学出版社2016年版,第5页。

[62] 参见何启豪:《国家治理现代化背景下的保险法理论新范式——以保险人作为私人监管者为中心的考察》,《现代法学》2019年第4期,第92-93页。

[63] 参见唐应茂:《金融法中的社会科学》,载《北大法律评论》2016年第2辑,北京大学出版社2016年版,第2页。

[64] 参见苏力:《也许正在发生——中国当代法学发展的一个概览》,《比较法研究》2001年第3期,第4页。

[65] [美]道格拉斯·胡萨克著:《过罪化及刑法的限制》,姜敏译,中国法制出版社2015年版,第95页。

如何?”^[66]这些洞见,对于思考经济领域的合同诈骗罪的刑法教义学的相关问题,有重要启发价值与意义。同时,值得注意的是,刑法教义学的解释离不开社科法学的智识支持。法教义学是“在尊重现有法体系和法秩序的前提下,侧重研究法律规范的效力和适用”;社科法学“则关注法律和社会的关系,侧重研究法律规范的运行过程和社会影响”。^[67]在这个意义上说,正如学者所言,社科法学与法教义学之间并非对立关系,而只不过是法学知识的两个不同面向。社科法学是法的外部性研究,即是在法律之外研究法律;而法教义学则是法的内部性研究,即是在法律之中研究法律。社科法学的发展能够促进法教义学的进步,社科法学可以通过法教义学间接地为法律的司法适用提供理论资源,而法教义学需要从社科法学汲取知识营养。^[68]不同领域与不同学科的智识极大地丰富了法学的解释逻辑与解释方法,更容易得出最为合理的结论。“如同立法者创制的法官法的灵感来源也可以(应当!)是从法外获取的‘政策考量’。这些又应当尽可能地不只是以教义学论证的理论进行整理。”^[69]

第三,社科法学的智识可以有效打破刑法教义学可能形成的学科研究壁垒,打通思考经济犯罪认定中涉及的其他规则与刑法规范、前置法与刑法之间的一体化、体系性解释的渠道。学者曾经就法学教育存在的问题指出,学科之间的人为壁垒“已经严重阻碍了法学知识的发展,乃至整个法学教育体系的创新”。^[70]其实这一认识何尝不是经济犯罪规范解释研究必须正视的问题。比如,经济学的基本常识与知识,对经济犯罪的认定就具有重要作用,否则,缺乏相关的知识运用,就会形成学科自闭症而丧失准确的判断力。正如学者指出,这种“学科自闭症”式的做法会走进死胡同。在这里,只要经济学论证与现行法的基本价值判断相容,法外的考量也应该被纳入。^[71]同时,“生活情况的知识”不仅对法官“理解单个争议的案件,而且对于理解法律规范本身”也不可或缺。比如,在解释反不正当竞争法或卡特尔法时,不能仅依据外行人对竞争运作方式的通常理解,而是应当掌握经济学中竞争理论的基本知识。否则,又如何能理性地理解诸如“不受扭曲的竞争”的构成要件因素?^[72]就刑法规范适用,如果仅仅进行刑法内的教义学解释,而忘却了刑法之外的大量前置法以及不同领域的市场规则与规律,使得刑法的规范评价只在刑法的“孤岛”内进行,就可能产生“只见小岛、不见大陆”的结果,而得出不合理、不科学的解释结论。对此类问题,学者深刻地指出,针对“商业领域的犯罪行为研究(如非法污染,逃税,商标侵权等),显然需要从其他学科(如商业管理学、经济学和信息科技学)中汲取营养”。更为重要的是,“法律和规则必须要在伦理上和经济上都站得住脚,而且要符合大众的正义观念。因此,伦理学、法学的各个领域、历史学和政治学的研究,对于犯罪研究有

[66] 唐应茂:《金融法中的社会科学》,载《北大法律评论》2016年第2辑,北京大学出版社2016年版,第16页。

[67] 《法教义学与社科法学的对话(上)》,《中国法律评论》2021年第4期,第72页,编者按。

[68] 参见陈兴良:《法学知识的演进与分化——以社科法学与法教义学为视角》,《中国法律评论》2021年第4期,第73页。

[69] [奥]恩斯特·A. 克莱默著:《法律方法论》,周万里译,法律出版社2019年版,第235-236页。

[70] 王利明著:《人民的福祉是最高法律》,北京大学出版社2018年版,第407页。

[71] 参见[奥]恩斯特·A. 克莱默著:《法律方法论》,周万里译,法律出版社2019年版,第236页。

[72] 参见[奥]恩斯特·A. 克莱默著:《法律方法论》,周万里译,法律出版社2019年版,第142-143页。

着重要意义”。^[73]

第四,社科法学的智识以及相关认识提醒我们,必须明晰经济犯罪的研究与解释面临问题的特殊性,必须将经济犯罪放在市场领域去考量,形成经济犯罪解释与认定的特有规则与要求。在当下中国统一刑法立法(自然犯与法定犯混合立法)的语境下,^[74]一方面,我们应当有效正视普通诈骗罪与市场领域中的特别诈骗罪在构成要件、违法性与有责性方面判断依据上的差别,同时需要运用社科法学的智识,形成经济犯罪自身的立法司法逻辑与司法认定规范,而不是简单地将普通诈骗罪推演到特别诈骗罪认定中,更不能认为诈骗罪与特别诈骗罪之间的认定逻辑完全相同。另一方面,对待合同诈骗罪的规范适用,不能忘却丰富而复杂的经济生活本身的规律与法则对经济犯罪判断“要件正义”的意义,“不能违背特定条文的规范目的和体系价值,不能为追求能动适用或创新性适用而损害条文含义的确定性,尤其不能为追求朴素的‘抽象正义’而舍弃法律规范所蕴含的‘要件正义’”。^[75]

总之,刑法学者的使命,应当是善于了解社会生活事实的变化,勇于反省自己的前理解,正确对待自己的偏见,从而使旧法条适应新时代。^[76]因此,必须顺应并尊重市场经济规律,将社科法学与刑法教义学结合起来,用社科法学智识补充丰富经济犯罪刑法教义学的解释,形成经济刑法的基本法理与规则。当然,“法理学是法学中最概括的部分。把个案化约为规则的一切努力,都属于法理学的努力”。^[77]但同样需要注意的是,“法律史、法哲学、法社会学、对社会科学的理论和研究结果的接收、心理学等,可对法律进行理解,但是,其机制(方法、理论)不直接导致对现行法律提出法学问题,而是提出各自专业科学的问题。各种非法学问题和方法的结合构成交叉学科的目标”。^[78]从这一意义上说,社科法学的智识对刑法教义学的价值在于,其提供了解释刑法规范以及某些行为是否应当入罪的多维视角与分析工具。因此,“在社会科学中期望得到的绝不是现成的答案,而只是方法和路径,即因为区别化所以是更好的论证方法和路径。它们因此绝不是思考的替代品,而是思考的激励物。借助于社会科学,只有去揭示所追求的法律规则的社会和经济意义时,实质理性的条件才会具备”。^[79]这些社科法学智识也应成为合同诈骗罪“兜底条款”规范解释与司法适用必须遵循的常识与常理,并成为对合同诈骗罪规范保护目的重新界定的智识支持基础。

[本文为作者主持的 2021 年度国家社会科学基金项目“经济犯罪类型化与刑事违法判断相对性研究”(21BFX175)的研究成果。]

[73] [瑞典]汉斯·舍格伦、约兰·斯科格编:《经济犯罪的新视角》,陈晓芳、廖志敏译,北京大学出版社 2006 年版,第 1 页。

[74] 参见张明楷:《刑事立法模式的宪法考察》,《法律科学》2020 年第 1 期,第 54 页。

[75] 戈峻、刘维著:《创新与规制的边界:科技创新的政策法律调控之道》,法律出版社 2018 年版,第 233 页。

[76] 参见张明楷:《刑法理论与刑事立法》,《法学论坛》2017 年第 6 期,第 16 页。

[77] [美]霍姆斯著:《法学论文集》,姚远译,商务印书馆 2020 年版,第 174 页。

[78] [德]温弗里德·哈斯默尔、乌尔弗里德·诺伊曼、弗兰克·萨利格著:《当代法哲学和法律理论导论》(第九版),郑永流译,商务印书馆 2021 年版,第 532-533 页。

[79] [奥]恩斯特·A. 克莱默著:《法律方法论》,周万里译,法律出版社 2019 年版,第 242 页。

[**Abstract**] How to understand and interpret the “miscellaneous clause” on the crime of contract fraud is a controversial issue in both theoretical and practical circles. One of the focuses of controversy is how to treat the value of “listing” conduct of contract fraud and whether it has the significance of a constituent element. At the same time, how to correctly grasp the normative purpose of the crime of contract fraud is also the key issue in the determination of the regulatory boundary of the crime. The purpose of criminal law regulation of contract fraud in the market field, especially in the commercial field, is to combat the conducts without transaction benefit, namely those that have no transaction sincerity or transaction ability and foundation. The regulatory scope of contract fraud in the market field has logic and rules different from those in daily life. The conduct that conforms to the normative scope of the crime of contract fraud must be based on the common crime of fraud, but the conduct that conforms to the constituent elements of the common crime of fraud does not necessarily conform to the constituent elements of the crime of contract fraud. The legislation on special fraud crimes in the field of market economy, such as the crime of contract fraud, itself indicates the restrictive position of criminal legislation on the regulation of fraud in the market field. The difference between the filing standard of contract fraud and ordinary fraud in quasi-judicial interpretation is a good explanation and proof of this position. In deciding whether the act of evading part of railway freight can be convicted and punished in accordance with the “miscellaneous clause” on contract fraud, teleological interpretation is the most important interpretation principle to be adhered to and the limitation of teleological interpretation is an effective method to stop the hidden loophole in criminal law. The conduct that conforms to the purpose of normative protection should be decriminalized through the limitation of teleological interpretation. The market order and public and private property losses involved in the crime of contract fraud refer to the market order and property losses on the premise of no transactional purpose or basis and lack of transactional efficiency. An effective or efficient contract fraud that meets the purpose of transaction does not fall within the regulatory scope of the crime of contract fraud. According to the requirements of the principle of legality, teleological interpretation should only be used for decriminalization. The criminal law dogmatic research and the understanding of normative purpose of economic crimes are inseparable from the infiltration, nourishment and support by the intellectual knowledge of social science and law. Otherwise, the criminal law interpretation and judicial application of economic crimes may contravene the basic economic law and become fallacious. The act of evading part of the railway freight should not be convicted and punished in accordance with the “miscellaneous clause” on the crime of contract fraud.

(责任编辑:王雪梅)