

计算诈骗犯罪数额时是否将犯罪成本扣除

新知洞见

□郑毅



犯罪成本有广义和狭义之分。广义的犯罪成本是指，行为人为顺利实施犯罪，实现犯罪既遂所必须付出的代价，分为物质成本和非物质成本；而狭义的犯罪成本仅指物质成本。

在诈骗类犯罪中，狭义的犯罪成本以支付对象是否是被害人区别，又分为直接成本和间接成本。直接成本指被害人之外的第三方为支付对象，是行为人为实施诈骗犯罪所必然产生的直接支出，如行为人为购买作案工具、伪装道具，以及用于租用场地、交通工具和雇用他人的支出等；而间接成本指被害人反向交付的财产。在司法实践中，能够影响诈骗类犯罪数额认定的主要是物质成本，即狭义的犯罪成本。

“案发前归还”并不是一个确定的刑法学概念，而是司法实践中长期存在的一种习惯性表述。1991年4月23日，最高法院在《关于审理诈骗案件如何认定诈骗数额问题的电话答复》(以下简称《答复》)中指出，“在具体认定诈骗犯罪数额时，应把案发前已被追回的被骗款额扣除，按最后实际诈骗所得数额计算。”《答复》所指的“案发前追回”与“案发前归还”近似。此后，在一系列规范性文件先后出现了“案发前归还”的表述。

如何准确区分犯罪成本

笔者认为，“案发前归还”是指，行为人在诈骗类犯罪既遂之后、犯罪事实被侦查机关发现之前，主动或被追返还给被害人的物质利益，其与犯罪成本尤其是间接成本之间存在本质区别，主要表现在以下几个方面：

第一，“案发前归还”与犯罪成本所处的时间节点不同。归还属于事后返还，发生于诈骗类犯罪既遂之后。也就是说，行为人应当先实施诈骗的实行行为，待实行行为终了，被害人陷入错误认识、处分财产，行为人实际控制财产之后才有归还财产的可能。如果行为人在向被害人转移物质利益时，诈骗的实行行为尚未终了，被害人尚未处分财产，行为人没有实际取得对财产的控制权，且行为人意图转移的物质利益是被害人处分财产的前提，则行为人这种先期交付物质利益的行为就不属于“案发前归还”，而是支付犯罪成本。

第二，行为人在归还财产和支付犯罪成本时所持的主观心态不同。“案发前归还”属于行为人在诈骗类犯罪既遂后对被害人所做的事后弥补，其归还的目的主要在于修复被侵害

●犯罪成本与“案发前归还”在时间节点、主观心态和行为对象等方面存在本质区别，不能混同。

●关于犯罪成本，应当正确认识其对认定财产损失的制约作用，区分不同情况，作出相应的处理。

的法律关系。而在支付犯罪成本时，行为人的目的不是弥补被害人所受的财产损失，而是获取被害人的信任，加快犯罪进程，尽快实现犯罪既遂，具有明显的主观恶性。

第三，“案发前归还”和犯罪成本所针对的行为对象不同。“案发前归还”和犯罪成本都涉及物质利益的给付和接受，两者的给付主体一致，都是诈骗类犯罪的行为人，但接受主体却有不同。反对给付与“案发前归还”的接受主体是被害人，直接成本的接受主体是独立于行为人和被害人之外的第三方。

如何正确处理犯罪成本

第一，诈骗类犯罪的数额应当体现被害人所受的财产损失。根据刑法第266条的规定，诈骗公私财物，数额较大的，构成诈骗罪。只要行为人骗取了数额较大的财物就构成诈骗罪。但是，诈骗罪毕竟属于财产犯罪，其侵犯的法益是被害人对财物的所有权或占有权，在诈骗既遂的情形下，侵犯法益必然损害被害人的财产权益，如果诈骗行为不可能给被害人造成财产损失，就不成立诈骗罪。

因此，在认定诈骗类犯罪

时，应当将被害人因诈骗行为遭受的财产损失纳入诈骗类犯罪的犯罪构成要件体系作整体评价，该体系可以简化为：行为人实施欺骗行为—被害人陷入错误认识—被害人基于错误认识处分财产—行为人取得财产—被害人遭受财产损失。

第二，认定财产损失应综合考量被害人的“得”与“失”，并以造成实质的财产损失作为主要评判标准。在行为人对被害人交付物质利益的情况下，不仅要比较被害人交付的财产与接受的物质利益之间的客观价值，还应重点评价该物质利益相对于被害人的主观价值。因为并非行为人交付的任何财物对于被害人都具有利用可能性，在对“得”(被害人接受的物质利益)与“失”(被害人处分的财产)进行客观的市场价值的比较后，必须综合考虑“得”之于被害人的有用性、交易目的等要素，判断被害人是否有实际的财产损失。

第三，处理犯罪成本时，应正确认识犯罪成本对认定财产损失的制约作用，区别对待。关于犯罪成本能否从诈骗类犯罪的数额中扣除，笔者认为，应当重点关注行为人为支付的犯罪成本对被害人而言是否具有利用可能性，能否帮助其实现预期的交易目的，是否能

够弥补其受到的财产损失，再区别直接成本和反对给付作不同处理，而不能仅仅因为犯罪成本是行为人为实现犯罪既遂所必须付出的代价，就主张一律不予扣除，或者机械地比较被害人丧失和取得的财物的客观价值，不考虑利用可能性，一律将犯罪成本从犯罪数额中扣除。

具体而言，在存在反对给付的情况下，应当根据犯罪成本的不同表现形式，全面审查其对弥补被害人所受财产损失的有效性。如果行为人为支付的犯罪成本对于被害人具有利用可能性，可以实现被害人预期的交易目的，能够有效弥补被害人所受的财产损失，则意味着支出该犯罪成本有助于恢复被害人的法益，相应的，该犯罪成本所对应的财产价值应从诈骗类犯罪的数额中扣除。

在司法实践中，这一类犯罪成本常表现为货币、黄金等形式，可以固定地充当交易媒介，衡量商品价值，具有一般等价物的属性。例如，行为人为被害人购买机床，承诺先期支付部分定金，待被害人交付机床后，再分期支付剩余货款。后行为人为如约向被害人支付了定金，但其在收到被害人交付的机床后，即将机床转卖给他人，并携款潜逃。由于被害人交付机床的目的就是获取机床的对价，行为人为支付的定金能够在一定程度上实现被害人的交易目的，弥补其因交付机床而受到的财产损失，故该定金应从行为人的犯罪数额中扣除。

(作者单位：江苏省苏州市吴中区人民检察院)

□陈志浩

刑事诉讼法第176条第二款明确规定：犯罪嫌疑人认罪认罚的，人民检察院应当就主刑、附加刑、是否适用缓刑等提出量刑建议，并随案移送认罪认罚具结书等材料。但实务中，“重主刑，轻罚金刑”的观念仍存在，特别是对于近年来不断增多的侵犯知识产权刑事案件，在司法实践中存在案件罚金数额认定不统一的现象。

因此，如何准确把握侵犯知识产权犯罪案件中罚金刑适用的标准，已经成为实践中亟待解决的一大难题。笔者认为，精准确定该类案件中的罚金数额，应当遵循全面考量、最优顺序及罪刑均衡三大原则，确保类案的量刑平衡。

第一，全面考量原则应作为确定侵犯知识产权犯罪案件罚金刑数额的第一依据。

首先，司法解释等明确规定确定案件罚金数额需综合考量各类要素。《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释(二)》(以下简称《解释(二)》)和《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释(三)》(以下简称《解释(三)》)对知识产权刑事案件罚金刑适用作了细化，规定罚金数额的确定应考虑违法所得、非法经营数额、给权利人造成的损失数额、侵权假冒物品数量及社会危害性等因素。同时，最高法院《关于适用财产刑若干问题的规定》第2条也对各类案件罚金刑确定的罪刑情节予以明确，违法所得数额、造成损失的大小、被告人缴纳罚金的能力等应予予以考虑。

其次，《解释(二)》及《解释(三)》规定罚金数额“一般在违法所得的一倍以上五倍以下或非法经营数额的50%以上一倍以下确定”。笔者认为，对此处“一般”的理解，应结合条款的系统理解，理解为通常将违法所得、非法经营数额作为参考标准，但在特殊情形下可不依照此规定确定罚金数额。例如，在难以计算行为人的违法所得的情形下，承办人依据非法经营数额定罪量刑，如若一味依据非法经营数额50%以上一倍以下的规定，可能存在行为人因罚金数额过高而没有缴纳能力，反而导致罚金刑无法执行。

第二，最优顺序原则应作为确定侵犯知识产权犯罪案件罚金刑数额的第二依据。

《解释(三)》第十条第二款规定的罚金数额计算方法，应当按顺序依次选择，而不能任意选择。即违法所得是第一考量要素，在违法所得不能确定时，选择按非法经营数额作为第二位考量要素，在前述二者都不能确定的情况下，方可选择按量刑幅度对应的限额罚金幅度确定。例如，非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪案件，在不能确定违法所得、非法经营数额的情况下，仅能依据假冒注册商标标识数量定罪量刑时，才能依照《解释(三)》规定的对应档次的限额罚金幅度确定罚金数额。

如上所述，违法所得作为第一位考量要素，准确理解违法所得的涵义直接关系到罪与非罪的认定，亦关系到罚金数额的确定。然而，何为违法所得，相关司法解释并未作出明确规定。笔者认为，侵犯知识产权犯罪案件中的违法所得应理解为获利数额，也就是扣除成本后的利润，这才符合法律及司法解释关于违法所得的定义。在侵犯知识产权罪的罪名中，非法经营数额、销售金额、违法所得数额是三个不同的概念，刑法修正案(十一)将销售假冒注册商标的商品罪的构罪标准由“销售金额数额较大”改为“违法所得数额较大或者有其他严重情节”更是能够证实三个概念的区分，否则该修改将失去意义。

第三，罪刑均衡原则应作为确定侵犯知识产权犯罪案件罚金刑数额的第三依据。

刑法第5条规定，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。罪刑均衡原则作为刑法三大基本原则之一，不仅要体现在主刑上，作为附加刑的罚金同样适用。罪刑均衡原则依靠全面考量得以实现，故罚金刑的基准事实是“涉案金额”。

笔者认为，罚金刑量刑依据“涉案金额”应分三步走：首先，根据基本犯罪构成事实相应的法定刑幅度内确定量刑起点；其次，根据其他影响犯罪构成的犯罪数额、犯罪次数、犯罪后果等犯罪事实，在量刑起点的基础上增加附加刑确定基准刑；最后，根据量刑情节调节基准刑，并综合全案情况，依法确定宣告刑。例如，在刑法修正案(十一)修改销售假冒注册商标的商品罪构罪标准前，现有司法解释对于销售假冒注册商标的商品案件中“数额巨大”的认定，在已售和待售情况下是同一的，即根据2004年《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释(二)》第8条，将货值达到25万元认定为“数额巨大”。但实际上，侵犯知识产权犯罪案件中的侵权产品尚未销售，其构成刑法上的未遂情节，且因待售情况下侵权产品未实际流入流通领域，对知识产权的法益损害相对于已经销售的情况是不加区分地同适用同一个量刑幅度和同一标准的罚金刑，将造成明显的罪刑失衡。

(作者单位：浙江省绍兴市越城区人民检察院)

三个原则精准确定知识产权案件中罚金数额

寻衅滋事罪与故意毁坏财物罪如何区分

□张佩佩 郭树合

【基本案情】
聂某等10人系山东省泗水县圣水峪镇某村村民。2019年12月2日，山东水隆建筑有限公司(以下简称“水隆公司”)与该村村民委员会签订了流转255亩土地用于花卉种植项目的承包经营权出租合同(出租期限5年)。之后，水隆公司向该村村民委员会足额支付租赁费用，但一直没有施工。2021年2月19日晚，水隆公司在没有预先公示项目施工手续和时间的情况下，安排大车清运泥土。聂某等数十名村民听到施工噪音后，怀疑水隆公司盗采村内沙土资源，为保护村集体利益，陆续自发到施工现场聚集，并与水隆公司项目工作人员黄某发生争执，聂某等10名村民合力将黄某的车掀翻，造成车辆受损。经物价鉴定，被毁车辆损失价值8479元。对于聂某等10人行为的定性，存在两种不同意见。

【分歧意见】
第一种意见认为：聂某等10人的行为应当定性为寻衅滋事罪。根据两高《关于办理寻衅滋事刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》)规定，寻衅滋事罪是指行为人“无

事生非”或“借故生非”，任意损毁公私财物，破坏社会秩序，情节严重的行为。本案中，水隆公司在施工前与该村村委会签订了土地流转合同并已足额支付承包费，且已查明水隆公司项目的合法性，黄某作为水隆公司工作人员，在本案中亦无任何过错。聂某等10人为发泄情绪，将黄某的轿车掀翻，损毁价值达到了情节严重的标准，其行为构成寻衅滋事罪。

第二种意见认为：聂某等10人的行为应当定性为故意毁坏财物罪。故意毁坏财物罪是指故意毁坏公私财物，数额较大的行为。聂某等10人的供述一致证实，水隆公司在施工前未在村内公示经营合法手续和施工进度，且在夜间生产活动，聂某等10人误以为水隆公司盗采村内沙土资源，其毁财行为的动机不是无事生非、借故生非，而是出于对村集体利益的保护，其行为符合故意毁坏财物罪的犯罪构成。

【评析意见】
笔者同意第二种观点，理由如下：

从客观方面看，聂某等10人毁坏他人财物价值8000余元，均已达到了寻衅滋事罪情节严重

和故意毁坏财物罪数额较大的标准，对聂某等10人行为定性的关键是主观方面的认定，在如果有确实充分的证据证实聂某等10人主观动机系逞强斗狠、炫耀暴力的情况下，应保持刑法谦抑性，对达到故意毁坏财物罪罪标准的，直接按照故意毁坏财物罪认定。寻衅滋事罪和故意毁坏财物罪如何准确区分，笔者认为可以从以下几个方面进行考量：

第一，准确把握两罪所保护的法益。寻衅滋事罪属于刑法分则第六章“妨害社会管理秩序罪”，故意毁坏财物罪属于第五章“侵犯财产罪”。这决定了在司法实务中，认定寻衅滋事罪必须以破坏社会秩序作为出发点和落脚点，该罪名主要保护的是整体的社会秩序，是社会公众对于稳定社会秩序的安全感。这是寻衅滋事罪与以特定个体、特定物品为犯罪对象的故意毁坏财物罪的最基本区分点。

第二，准确把握行为人的犯罪动机。根据《解释》第一条规定，寻衅滋事罪的行为人主观方面系为寻求刺激、发泄情绪、逞强耍横等，无事生非，以及因日常生活中偶发的矛盾纠纷，借故生非。无事生非意味着被害人

对案件的发生并无过错，行为人纯属任性胡来，借任意毁坏财物来寻求精神上的刺激，追求和树立针对包括被害人在内的人逞强耍横的威风、心理优势。借故生非，意味着被害人可能对矛盾纠纷的引发有很轻甚至是微不足道的责任，但行为人为为了显示己方势力，小题大做，借题发挥，实施与常理常情背离的毁坏财物行为。所以，《解释》规定日常生活中偶发的矛盾纠纷，如果矛盾系由被害人故意引发或者被害人对于矛盾激化负有主要责任，则作为排除行为人为人系借故生非的法定理由。因此，准确判断被害人在矛盾纠纷引发中的责任也成为准确考察行为人的主观动机，进而准确认定行为人是否构成寻衅滋事罪的前提。

对于因日常生活中偶发矛盾纠纷引发的故意毁坏财物行为，要着重审查案发起因方面的证据，区分矛盾纠纷双方当事人的责任，准确判断行为性质。

本案中，通过调取案发起因方面的证据，证实水隆公司项目本身具有合法性，且在施工前已足额支付承包费，村民与公司之间素无矛盾纠纷。本案之所以发生，是由于公司在施工前未向村民充分公示，告知项目施工合

法和施工进度，且选择在夜间施工，村民怀疑水隆公司盗采村内沙土资源，在不知情的情况下，出于对村集体利益的保护，实施了本案中的毁财行为。聂某等10人并非逞强斗狠、发泄情绪、追求扭曲的精神刺激，其行为不符合寻衅滋事罪的犯罪动机，应当以故意毁坏财物罪对其定罪处罚。

第三，重视考察行为人的品格证据。行为人的品格虽然不能作为一个罪名构成要件的法定要素，但有助于增强对于相似罪名认定的内心确认，比如行为人在外务工，有的常年在家务农，均无前科劣迹，平时表现良好。结合聂某等10人在本案中的具体行为表现，很难认定其主观上具有寻衅滋事的动机，这对于本案行为人为行为性质的准确认定提供了参考。

(作者单位：山东省泗水县人民检察院、山东省人民检察院)

疑案分析

广东省深圳市龙华区福城街道：

精心组织群众性禁毒宣传活动

禁毒折页等宣传品，累计派发宣传品2000余份，有效延伸了禁毒宣传触角，潜移默化地增强群众识毒能力和防毒意识。

美团外卖骑手禁毒宣传进万家

拓宽禁毒宣传群体。充分发挥广大骑手“走千条路、进万家门”的职业优势，福城街道扩大禁毒宣传覆盖面。在禁毒宣传月期间联合美团外卖开展禁毒宣传活动，100余名美团骑手参加此次活动。同时，还鼓励广大骑手关注“中国禁毒”“广东禁毒”微信公众号及微博账号，使其充分发挥职业优势，积极化身

禁毒宣传“先锋队”，通过随餐配送的方式将禁毒知识宣传单送到每一个用餐客户手中，让客户在用餐的同时也能了解到禁毒知识。这些举措进一步拓展了禁毒宣传的渠道和范围，普及了禁毒知识和法律法规，提高了外卖行业从业人员的识毒防毒意识，激发了他们参与禁毒的热情，为深入推进禁毒宣传工作奠定了良好的基础。

流动宣传车助力禁毒宣传

新增禁毒宣传途径。福城街道打造了“禁毒宣传车”，进行禁毒流动宣传。“禁毒宣传车”停靠在各社区人流密集处，

滚动播放禁毒宣传视频，同时工作人员向周边居民、务工人员发放禁毒宣传页，讲解毒品知识及毒品危害性、涉毒违法犯罪后果，此外，还会让居民、务工人员关注“广东禁毒”短视频账号。随后工作人员利用“禁毒宣传车”可移动的特性，沿各社区主要道路循环播放禁毒知识、传递禁毒声音，实现禁毒宣传教育无死角。

北部协同共治之家禁毒宣传阵地

发挥禁毒宣传阵地功能。发挥龙华区北部协同共治之家禁毒宣传阵地功能，积极发动街

道职能部门、社会企业、辖区居民等各方力量配合参与禁毒宣传。福城街道工作人员利用宣传阵地，邀请辖区居民群众和企业员工到北部协同共治之家参观，通过“传统+智能”的讲解方式，利用禁毒智能机器人、VR禁毒教育和毒驾模拟等解锁智慧讲解新模式，通过喜闻乐见的形式、通俗易懂的语言动员居民群众和企业员工积极参与到禁毒工作中来，提高禁毒知识及工作的知晓率。

多部门联动，禁毒宣传进入富士康

开展“福城第一课”宣传教

不能因好奇心而涉毒。通过这些举措，提高了广大职工对毒品的认知，他们纷纷表示，经过学习已对毒品的危害有了深刻的认识，今后会积极向亲朋好友宣传禁毒防毒知识，带动身边人珍爱生命、远离毒品。

未来，福城街道将继续创新思路，利用多载体、多形式开展系列禁毒宣传活动，引导居民积极参与到禁毒工作中来，为营造辖区健康安全“无毒”生活，构建“无毒”社会贡献力量。要继续按照“经常性、广泛性、多样性、针对性”的禁毒宣传工作方针，坚持“以人为本、突出重点、广泛参与、面向全民、贴近群众、注重实效”的理念，运用一切有利于禁毒宣传工作的力量和条件，强化禁毒宣传预防教育，夯实禁毒基础，不断提高辖区内广大人民群众群众的禁毒意识，努力形成“全民抵制毒品、参与禁毒斗争”的社会氛围。

(孟继刚)

(形象宣传)

为加大毒品宣传预防教育力度，广东省深圳市龙华区福城街道高度重视，决定在辖区范围内组织开展全民禁毒集中宣传活动，精心组织群众性禁毒宣传活动，广泛发动各部门力量参与，积极宣传报道，动员辖区群众参与禁毒中来，全力推动新一轮禁毒宣传取得新成效。

结合疫情防控现状，防疫禁毒两不误

防疫与禁毒宣传两不误。由于近期疫情形势严峻，为更好地开展禁毒宣传工作，结合街道疫情防控要求和禁毒宣传的特点，福城街道工作人员在小区出入口、城中村村口、商场超市出入口疫情防控测温点及核酸检测点等近80处人流量较大的地方张贴禁毒宣传海报，禁毒宣传视频二维码供来往群众学习。同时，发挥社区防疫力量“一员多能”的功效，让值守人员在查验场所码和行程卡的同时发放