

# **“民刑并行”思路下合同欺诈与 合同诈骗的区分与竞合**

**——以当事人权利救济为核心**

天津市第一中级人民法院 郭雄 聂晓昕

二〇一七年七月四日

# “民刑并行”思路下合同欺诈与 合同诈骗的区分与竞合

## ——以当事人权利救济为核心

### 论文提要：

民刑交叉问题主要包括民刑程序的协调与实体责任的确定两个方面。2015年8月《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》确立了民刑交叉案件中“民刑并行”的新思路。在此思路下，刑法仅对犯罪行为进行评判，其本身不直接调整私法行为，也不规定私法行为的效力。借贷行为构成合同诈骗罪并不必然导致借贷合同无效，借贷合同及其从合同效力的判断与民事责任的确定由民法依照自身标准作出。

在处理合同欺诈与合同诈骗纠纷的解决路径上，应树立以当事人权利救济为核心的基本理念，严格认定合同诈骗犯罪，并在纠纷解决的各个阶段尊重当事人意志，增加当事人参与度，尽力做出更利于维护当事人权利的裁判：首先，赋予当事人在诉讼程序启动上的自主选择权，允许当事人自主选择自力救济进行私下协商、提起民事诉讼或向公安机关报案启动刑事诉讼等多种途径；其次，在民刑诉讼程序并行时，保障当事人相关民事权利不受减损；最后，在刑事犯罪案件的审理过程中重视对被告人财产状况的调查，并在判项中予以明确。

（全文共 9977 字，含注释）

## 主要创新观点：

本文的主要创新观点是：

一、以法秩序的统一性与违法判断的相对性为理论基础，主张合同欺诈与合同诈骗具有同质性，合同诈骗是违法性程度更高的合同欺诈，因而二者的竞合必然存在。在“民刑并行”的思路下，民事诉讼与刑事诉讼的进行应当以互不干扰为原则，民事法律关系、民事法律行为效力的确定及民事责任的分配都应由民法进行判断，不受刑法评价的直接影响。

二、在合同欺诈与合同诈骗纠纷的解决路径上，笔者倡导削弱秩序优先的公权本位思想，树立以当事人权利救济为核心的基本理念，严格认定合同诈骗犯罪，并在纠纷解决的各个阶段尊重当事人意志，增加当事人参与度，尽力做出更利于维护当事人权利的裁判。具体而言：

1. 赋予当事人在诉讼程序启动上的自主选择权，当事人因借贷纠纷遭受财产损失时，可以自主选择自力救济进行私下协商、提起民事诉讼或向公安机关报案启动刑事诉讼等多种途径。

2. 在民刑诉讼程序并行时，保障相关民事权利不受减损，防止裁判者滥用自由裁量权随意否定民事行为效力，损害当事人诉权。

3. 在刑事犯罪案件的审理过程中重视对财产状况的调查，并在判项中予以明确。

以下正文：

## 引 言

民间借贷纠纷中的民刑交叉问题历来是困扰司法实践的难题。某一带有欺骗性质的借贷行为既可能被民法评价为合同欺诈，也可能被刑法评价为合同诈骗罪，从而带来不同的法律效果。民法与刑法具有不同的价值功能，本应在各自体系内发挥作用，协同维护公民的权利与社会的稳定，然而实践中，“许多民刑交叉案件的效果非但不是二者应然效果的简单相加，相反，却导致了民、刑两种责任发生抵牾，从而造成效果限缩，弱化了各自本应发挥的作用”<sup>(1)</sup>。尤在当事人<sup>(2)</sup>既提起民事诉讼，又通过向公安机关报案启动刑事诉讼的场合，由于法律事实与法律主体的同一性，两种诉讼在程序处理与责任承担方面常出现冲突，相互掣肘。2015年8月，《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》（以下简称《民间借贷规定》）的出台，明确了处理民刑交叉案件时“民刑并行”的基本立场，提供了民刑相对独立、相互协作的新思路。本文拟在此基本思路之下，梳理实践中关于合同欺诈与合同诈骗交叉的新旧疑难问题，提出具有可操作性的解决方案。

### 一、案例聚焦：合同欺诈与合同诈骗的诉讼困境

案例一：甲1为A公司主要负责人，A公司由于经营不善，无力偿还银行贷款。甲1遂采用编造工程项目、隐瞒A公司实际经营状况的方式，骗取B公司信任，与B公司签订合作协议，套取B公司资金1000万元，部分用于归还银行贷款，部分用于实际经营，并于期限届满之前归还本息。

案例二：甲2为A公司主要负责人，A公司由于经营不善，无力偿

---

(1) 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》，载《法学家》2015年第2期，第77页。

(2) 注：为表述方便，本文所称当事人，指借贷纠纷中的被骗人；本文所称行为人，指借贷纠纷中的行骗人。

还银行贷款。甲 2 遂采用编造工程项目、隐瞒 A 公司实际经营状况的方式，骗取 B 公司信任，与 B 公司签订合作协议，套取 B 公司资金 1000 万元，部分用于归还银行贷款，部分用于实际经营，经营虽有获利但期限届满前未能归还全部本息。

案例三：甲 3 为 A 公司主要负责人，A 公司由于经营不善，无力偿还银行贷款。甲 3 遂采用编造工程项目、隐瞒 A 公司实际经营状况的方式，骗取 B 公司信任，与 B 公司签订合作协议，套取 B 公司资金 1000 万元，全部用于归还银行贷款，并于期限届满之前通过套用 C 公司资金归还 B 公司本息。

案例四：甲 4 为 A 公司主要负责人，A 公司由于经营不善，无力偿还银行贷款。甲 4 遂采用编造工程项目、隐瞒 A 公司实际经营状况的方式，骗取 B 公司信任，与 B 公司签订合作协议，套取 B 公司资金 1000 万元，全部用于归还银行贷款，期限届满时 A 公司无力归还本息。

案例五：甲 5 为 A 公司主要负责人，A 公司由于经营不善，无力偿还银行贷款。甲 5 遂采用编造工程项目、隐瞒 A 公司实际经营状况的方式，骗取 B 公司信任，与 B 公司签订合作协议，同时由 C 公司提供担保，套取 B 公司资金 1000 万元，全部用于归还银行贷款，期限届满时 A 公司无力归还本息。

案例六：甲 6 为 A 公司主要负责人，A 公司由于经营不善，无力偿还银行贷款。甲 6 遂采用编造工程项目、隐瞒 A 公司实际经营状况的方式，骗取 B 公司信任，与 B 公司签订合作协议，套取 B 公司资金 1000 万元，全部用于归还银行贷款，期限届满时 A 公司无力归还本息，遂套用 C 公司资金归还 B 公司本息。后甲 6 在 A 公司已经长期没有实际经营的情况下，多次通过“借新还旧”、“拆东墙补西墙”的方式支付各方借款与高额利息，后终于资金链断裂，无力归还。

以上各案例的法律评价如下表所示：

	案例一	案例二	案例三	案例四	案例五	案例六
是否产生纠纷 (通常情况)	否	是	否	是	是	是
民法评价 (救济方法)	合同欺诈	合同欺诈	合同欺诈	合同欺诈	合同欺诈	合同欺诈
	可撤销	可撤销	可撤销	可撤销	可撤销/ 担保责任	可撤销
刑法评价	无罪	无罪	无罪	合同 诈骗罪	无罪	合同 诈骗罪

图 1

以甲的行为模式为例，笔者以上述六个案例罗列了可能出现合同欺诈与合同诈骗交叉的典型情形及其法律后果。甲 1—甲 6 在代表 A 与 B 签订合作协议的过程中均采用了编造工程项目、隐瞒 A 公司实际经营状况的手段，这既是民法中欺诈的方式，也是刑法中的诈骗方法。在民法上，甲采取欺诈手段，使 B 陷入错误认识而与 A 签订合作协议，向 A 提供资金，A 与 B 之间的合作协议属于“一方以欺诈的手段，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同”，也即是说，合同欺诈的认定与 A 最终是否按照约定归还本息、以何种方式归还本息无关，亦与 A 是否提供担保无关，仅要求 B 因受欺诈而与 A 签订合约即可。因此，甲 1—甲 6 的行为均构成合同欺诈，依照《中华人民共和国合同法》第五十四条第二款、第五十八条（《中华人民共和国民法总则》第一百四十八条、第一百五十七条）之规定，B 均可请求人民法院或者仲裁机构予以撤销，要求 A 返还财产或折价补偿，或要求 A 承担违约责任。仅在案例五中，B 还可要求 C 承担担保责任。但在刑法的视野下，甲的行为性质则因 A 公司是否归还本息、如何归还本息产生差异。案例一、案例三中 A 最终归还了 B 的本息；案例二中 A 虽未能偿还全部本息，亦未按照合同约定的用途使

用资金，但其经营行为可以视为积极履约的行为；案例四中 B 可以通过 C 的担保弥补自己的损失，因而均无法认定甲对于 B 公司提供的 1000 万元具有非法占有目的，甲均不构成合同诈骗罪。但在案例四、案例六中，甲则有可能构成合同诈骗罪，受到刑事追诉，其因犯罪行为所获得的一切财物都应退赔被害人 B。此时，甲的欺诈行为不仅侵害了 B 缔约过程中的意思形成自由，造成了 B 的经济损失，还同时侵害了市场秩序，从而引发了民法与刑法上的双重否定评价，出现了民刑交叉中最典型的民刑竞合<sup>(3)</sup>的情形。

基于上述案例中甲的不同行为、对甲行为的不同的法律评价及 B 可能选择的不同救济路径，可以归类总结合同欺诈与合同诈骗在诉讼中的常见问题如下：

困境一：罪与非罪的区分。认定某一合同欺诈行为是否构成合同诈骗罪是解决此类民刑交叉问题的前提与基础。实践中不乏出现“合同纠纷犯罪化”与“合同诈骗纠纷化”的错误做法。一方面，一些属于合同纠纷的案件被不当立案、起诉。在批准逮捕与审查起诉阶段，公诉机关对大比例的合同诈骗的犯罪嫌疑人做出不予批准逮捕或不予起诉的决定<sup>(4)</sup>。在刑事审判阶段，亦有大量无罪宣判的案例<sup>(5)</sup>（如案例二、案例五之情形）。另一方面，一些构成合同诈骗的案件被作为民事争议处理，导致犯罪分

---

(3) 民刑交叉，指民事案件与刑事案件在法律事实、法律主体方面存在完全重合或者部分重合，从而导致案件的刑事、民事部分之间在程序处理、责任承担等方面相互交叉和渗透的情形。依据完全重合与部分重合的区分，民刑交叉呈现出民刑竞合与民刑牵连两种形式。在民刑竞合的情形下，行为人的同一法律行为在民法与刑法范畴内被给予不同的法律评价。

(4) 第一份样本来自天津市东丽区人民检察院。2010 年至 2014 年，该区检察院 5 年中办理的合同诈骗案件共计 39 件 51 人，提起公诉 27 件 30 人，作出不起诉决定 2 件 4 人，建议公安机关撤销案件 10 件 15 人。参见王伟波：《合同诈骗案件罪与非罪的认定》，载《法制与社会》2015 年 11 月（中），第 297 页。第二份样本来自广东省广州市人民检察院。2003 年至 2007 年，广州市人民检察院共受理公安机关提请批准逮捕的合同诈骗嫌疑人 904 人，其中批准逮捕 640 人，不（不予）批准逮捕 196 人。受理移送起诉 710 人，提起公诉 526 人。参见广东省广州市越秀区人民检察院课题组：《合同诈骗罪的司法实务研究》，载《法学杂志》2009 年第 10 期，第 86 页。

(5) 被控合同诈骗的被告人被宣告无罪的典型案例可参见广西壮族自治区高级人民法院（2015）桂刑经终字第 46 号刑事判决书、天津市滨海新区人民法院（2014）滨刑初字第 4 号刑事判决书、北京市高级人民法院（2014）高刑终字第 534 号刑事判决书、广东省佛山市中级人民法院（2005）佛刑二初字第 79 号刑事判决书、江苏省高级人民法院（2002）苏刑再终字第 004 号刑事判决书等。

子借民法之名逃避刑法制裁。因此，在合同欺诈与合同诈骗的对比中明确合同诈骗罪的认定标准，确立公众与司法机关均可借以预判的规则十分重要。

困境二：单一行为与复合行为的性质认定。数个无罪的行为可能会复合成为一个有罪的行为。甲 3 通过套用 C 的资金归还 B 本息的行为是单一行为，甲 6 多次套用他人资金“借新还旧”的连续行为则是数个甲 3 行为的复合行为。甲 3 最终归还了 B 的本息，其骗取 B 融资的行为不构成合同诈骗罪。甲 6 在明知 A 公司没有实际经营也不具备盈利能力情况下，连续借款并许以高息，举新债还旧债的行为构成合同诈骗罪<sup>(6)</sup>。与之相类似的是单一的借款行为与复合的非法吸收公众存款的行为。最高人民法院公报案例中指出，“单个的借款行为仅仅是引起民间借贷这一民事法律关系的民事法律事实，并不构成非法吸收公众存款的刑事法律事实，因为非法吸收公众存款的刑事法律事实是数个‘向不特定人借款’行为的综合，从而由量变到质变<sup>(7)</sup>”。因此单个行为与多个行为应当被分别对待，分别由民事法律和刑事法律进行调整。由此产生的问题是，刑法对于复合犯罪行为的评价与民法对单一民事行为的单独评价是否会产生影响？刑事被告人能否以其部分行为的民事裁判结果为依据，主张其行为仅构成民事欺诈而无罪？

困境三：民刑竞合时民法评价与刑法评价的相互影响。现实中，民刑竞合的行为可能依民法与刑法得到不同评价，还可能分处民事诉讼与刑事诉讼的不同阶段，从而带来实体认定与程序操作的诸多难题。例如，已经通过民事诉讼程序解决的借贷纠纷能否被认定为刑事犯罪？若认定

---

(6) 对于以虚构工程项目、夸大履约能力、提供虚假担保等方式“借新还旧”、“拆东墙补西墙”的连续借债行为是否构成合同诈骗罪，实践中有不同的观点。笔者认为构成合同诈骗罪。借款方长期将获得的借款全部用于归还欠款而没有任何实际经营行为，不具有通过经营状况的改善获利从而支付本息的可能性，其连续借款不是以维持经营、改善经营为目的，而是以归还借款填补漏洞为目的。举新债还旧债的方式虽能在短期内保证资金供应的连续性，但面对巨额高息，终有一天会由于资金链断裂而无法偿还部分本息，因此，借债的行为不能认定为积极的履约行为，可以认定借款方对于各项借款均具有概括的非法占有目的。

(7) 参见最高院案例《最高人民法院公报》2011 年第 11 期，“吴国军诉陈晓等民间借贷、担保合同纠纷案”。



为犯罪是否属于重复评价？刑法对合同诈骗罪的认定是否对合同的民事效力产生影响？出借人能否对被生效刑事判决认定为合同诈骗手段的合同提起撤销之诉，或要求借款人承担违约责任，要求担保人承担担保责任？

## 二、误区校正：违法判断的相对性与诉讼程序的独立性

上述困境大多源于我们在处理民刑交叉案件时的两大误区：其一，总是试图将合同欺诈与合同诈骗行为区分开来，把民事违法与刑事违法区分开来，从而将某行为完全归入民法或刑法体系内由该体系予以调整。其二，在民事纠纷处理过程中过多地依赖、让步于刑事法律，存在“重刑轻民”、“先刑后民”的思想偏向。而事实上，这两种做法都是不必要甚至是错误的。

### （一）民事违法与刑事违法判断的相对性

传统观念中，民法与刑法属于不同的部门法体系，二者的界限泾渭分明。与此相对应，民事违法行为与刑事犯罪行为也总是两个互不干涉的独立范畴。但是近年来，随着法秩序统一性原理的确立与普及，民事违法与刑事违法的关系已经被修正了。

法秩序的统一性，是指由宪法、刑法、民法等多个法领域构成的法秩序之间互不矛盾，更为准确地说，这些个别的法领域之间不应作出相互矛盾、冲突的解释。所以，“法秩序的统一性”意指违法的统一性或者违法的一元性。<sup>（8）</sup>违法一元论中又区分为严格的违法一元论与缓和的违法一元论。缓和的违法一元论认为，“法律为国民提供行为规范，对于同一法律事实，各个法域之间不应出现解释上的矛盾或冲突，因而应在整体法秩序视野下统一解释违法性，坚持违法判断的统一性；不过，由于违法性的表现形式存在各种类别与轻重阶段，各法域所要求的违法性程度

---

（8）【日】松宫孝明：《刑法总论讲义（第4版补正版）》，钱叶六译，中国人民大学出版社2013年版，第81页。

各不相同，刑法上的违法性必须具有值得科处刑罚的‘质’与‘量’，具有可罚的违法性，因而也承认违法判断的相对性。”<sup>(9)</sup> 缓和的违法一元论是当下通说，笔者亦赞同此立场。

法秩序的统一性要求在法秩序所追求的目的上统一，意味着“行动基准的统一性和无矛盾性”<sup>(10)</sup>，但并不排斥各部门法领域的特性，因而也并不与违法判断的相对性截然对立。坚持在法秩序统一性原理下进行违法相对性的判断，对于民刑交叉问题具有重要意义。具体到合同欺诈与合同诈骗的关系上，这一原理至少有三层含义：第一，民事上违法的合同欺诈行为可能由于缺乏值得科处刑罚的“质”与“量”而在刑事上合法，不被认定为犯罪，但构成刑事犯罪的合同诈骗行为必定是在民事上违法的合同欺诈行为，且是违法性程度较高的欺诈；第二，各个法领域的判断具有不同的含义与效果，不能相互排斥，亦不能相互替代，因而，民法评价与刑法评价相互交叉、相互竞合的情形是必然存在的；第三，反映在法律后果上，不涉及刑事犯罪的民事违法行为仅产生民事责任，涉及刑事犯罪的行为人则不仅要受到刑法制裁，还会因其行为本身被民法所禁止而承担相应的民事责任。

## （二）“民刑并行”框架下诉讼程序的独立性

“先刑后民”既不是民事诉讼的基本规则，也不是刑事诉讼的基本规则，而是在长期司法实践中形成的一种习惯性做法。1985年“两高一部”《关于及时查处在经济纠纷案件中发现的经济犯罪的通知》、1987年“两高一部”《关于在审理经济纠纷案件中发现经济犯罪必须及时移送的通知》、1997年最高人民法院《关于审理存单纠纷案件的若干规定》、1998年最高人民法院《关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》在不同程度上确立并重申了民刑交叉案件中“先刑后民”的处理方式。这不仅意味着程序上刑事诉讼优先于民事诉讼，还意味着实体上

---

(9) 王昭武：《法秩序统一性视野下违法判断的相对性》，载《中外法学》2015年第1期，第174页。

(10) 郑泽善：《法秩序的统一性与违法的相对性》，载《甘肃政法学院学报》，2011年第4期，第65页。

刑事判决的效力高于民事判决，刑事判决的内容对民事判决产生拘束力，且在合同行为被认定为合同诈骗时，合同归于无效。

“先刑后民”体现了公权优先的价值观念，在实践中也带来了许多问题。一方面，有的行为人为了逃避受害人的追偿而向公安机关自首，也有一些民事合同的被欺诈者为了尽快获得赔偿或发泄内心怨恨利用报案恐吓欺诈者，可能出现恶意利用司法的投机行为，造成司法资源不必要的浪费。另一方面，由于犯罪行为对民事合同的否定性评价以及民事案件因刑事判决未作出而久拖不决等原因，当事人的经济权益反而更容易受损。

因而，越来越多的学者对“先刑后民”原则提出批判，主张“民刑并行”的处理模式，实务界出于实践中的诸多困境，亦不乏赞同之声。2015年《民间借贷规定》出台，正式明确了处理民刑交叉案件时“民刑并行”的新原则。依照《民间借贷规定》的精神，民事纠纷与刑事犯罪的诉讼程序具有相对独立性，应以“民刑并行”作为处理民刑交叉问题的基本原则，以“先刑后民”或“先民后刑”为例外，易言之，选择“民刑并行”、“先刑后民”还是“先民后刑”取决于所涉及的民、刑案件之间的具体关联关系，取决于一个诉讼是否需要以另一个诉讼的审理结果作为前提和依据。刑法仅对犯罪行为进行评判，其本身不直接调整私法行为，也不规定私法行为的效力，因而，对于民法主体合意的效力性评价应依照民法自身的标准作出。合同是否有效，在体系上并不当然受到合同诈骗罪是否成立的影响，而应首先依据民事法律规范，并结合合同行为与犯罪行为的关联程度等进行综合判断和具体分析。

### 三、路径选择：以当事人权利救济为核心

合同是市场经济的主要载体。在大力发展市场经济的今天，准确认定并恰当处理合同纠纷与合同犯罪对于维护市场主体意思自由与财产权利、保障市场交易秩序、促进经济健康发展至关重要。笔者主张，在处理合同欺诈与合同诈骗等民刑交叉问题时，应当削弱秩序优先的公权本

位思想，树立以当事人权利救济为核心的基本理念，严格认定合同诈骗犯罪，并在纠纷解决的各个阶段尊重当事人意志，增加当事人参与度，尽力做出更利于维护当事人权利的裁判。

### （一）合同欺诈与合同诈骗的区分

《刑法》第二百二十四条规定，构成合同诈骗罪在主观上要求“以非法占有为目的”，在客观上要求有诈骗行为，并在具体诈骗行为的规定上采取了列举加兜底的方式。从立法技术的运用上看，兜底条款体现了立法者对于将合同诈骗方式列举穷尽的底气不足，而司法实务更是印证了合同诈骗行为的多样性与隐蔽性。为此，实务界存在两个带有必然性的倾向，一种是严格按照刑法规定的上述列举情形认定合同诈骗，无视兜底条款的存在；另一种则是过度解读兜底条款的功用，力求扩大合同诈骗罪所包含的情形范围。无疑，以上两种倾向都失之偏颇，没有掌握好合同纠纷与合同诈骗之间的界限。

合同欺诈与合同诈骗的本质区别在于是否具有非法占有目的。合同欺诈的行为人以签约为目的，其存在欺诈意思的同时还存在真实的交易意图，夸大履约能力等欺诈行为均是为了增加对方的信任感，促使交易成功。合同诈骗犯罪的行为人则是意图以签订、履行合同为名非法占有对方财物。当然，在签订、履行合同的过程中，行为人的主观目的可能发生变化，由民事欺诈恶性转变为合同诈骗。但既然是“骗取当事人财物”，就意味着在对方当事人交付财物前，行为人需以非法占有目的实施欺骗行为。也即，非法占有目的可以产生于合同签订过程中，也可以产生于合同履行过程中，但必须发生在对方当事人交付财物以前。作为超过的主观要素，行为人的非法占有目的无法进行直接认定，而需以主客观相统一为原则，在考查和分析合同签订、履行全过程的基础上综合认定：



图 2

以图 2 为基础，提炼认定合同诈骗的五个切入点：

1.履约能力。正常情况下签订合同的前提必然是双方具有履约的能力和条件。一方在完全不具备履约能力和条件的情况下（资金短缺、负债累累、缺乏履约资质、无实际经营行为等）签订合同是认定构成合同诈骗的重要依据；

2.订约过程。订约过程中一方的欺诈行为如果涉及到合同主要条款（包括担保），使对方就是否作出签订合同这一重大决定产生错误认识，合同欺诈行为就会上升为合同诈骗行为；

3.履约行为。签订合同后双方理应依约履行，即使出现履行瑕疵，履约行为也应当是明显且确定的，缺乏连续性和确定性的履约行为或者完全没有履约行为都预示着合同诈骗的可能；

4.意思联络。合同就是一具将双方绑定的“法锁”，在合同签订、履行过程中一方有义务随时将出现的情况通知对方，这既是民法诚实信用原

则的彰显，也是顺利履行合同、维护双方利益的需要。如果一方在签订、履行合同时故意隐瞒真相甚至虚构事实，破坏双方真实意思的联络，那么，以非法占有为目的的主观故意就极有可能已经产生；

5.违约表现。合同因一方违约无法继续履行时，若违约方承担违约责任、返还对方价金或者标的物、积极弥补损失，则其行为仍属民事范畴调整。若违约方挥霍、挪用合同中取得的对方财物甚至携款潜逃，消极对待违约所致损失，造成损失难以挽回，则应属合同诈骗。

## （二）合同欺诈与合同诈骗的竞合

在诸如案例四、案例六等民刑竞合的情况下，民法与刑法因价值观念与规范体系的差异而提供了不同的处理方式：民法以平等关系原则为基础，旨在以正面的制度设计引导交易安全、高效进行。合同欺诈时，民法通过行为人对相对人的损害赔偿或者折价返还来修补损失，更侧重于经济补偿。刑法则是“建立在个人服从国家强制力的从属关系原则基础上的”<sup>(11)</sup>，旨在对反面破坏社会秩序的行为进行打击。合同诈骗罪保护的是市场秩序与对方当事人财产的双重法益，刑法认定犯罪所产生的刑事责任多侧重于对行为人的惩罚，对被害人的补偿并不是首要目的。民法的补偿功能与刑法的惩罚功能的区别很大程度上影响着当事人的行为选择，由于民事救济途径与刑事救济途径各具优势，当事人基于纠纷的具体情况可能作出不同的选择以寻求自身利益最大化。因此，在纠纷解决的过程中，应当赋予当事人足够的选择权。

### 1.赋予当事人在诉讼程序启动上的自主选择权

当事人因借贷纠纷遭受财产损失时，可以自主选择自力救济进行私下协商、提起民事诉讼或向公安机关报案启动刑事诉讼等多种途径。虽然合同诈骗犯罪是国家公诉案件，但在被害人没有报案的场合，公权力不宜主动追诉。毕竟，借贷行为符合合同诈骗罪的构成要件，并不意味着行为人必然承担合同诈骗罪的刑事责任。若当事人（被害人）选择采

---

(11)【德】克劳斯·罗克辛著：《德国刑法学总论》（第1卷），王世洲译，法律出版社2005年版，第4页。

用民事途径等其他方式解决纠纷，便是做出了无需通过认定犯罪来挽回损失的意思表示，在刑法上构成对其财产法益受侵害之结果的追认与同意，依据被害人同意理论，能够产生阻却违法性的效果，从而阻却犯罪的成立。同时，当事人作出民事诉讼等其他选择多是因为其他途径能够提供更完整、更有力的救济途径，更利于挽回损失，恢复交易秩序，因而也不存在扰乱市场秩序的问题。

民间借贷纠纷中最核心、最根本的问题是赔偿问题，而在获取赔偿方面，民事救济途径比刑事救济途径更具优势：从受偿范围来看，刑法仅能弥补当事人本金，民法还可以要求行为人支付约定利息、违约金等；从受偿方式与效率来看，刑法执行主要指向被告人本人追赃，民法则兼顾各方利益构建了一个完整的交易生态，当事人除了可以要求行为人承担相应的民事责任以外，还可以要求担保人承担担保责任，更便捷，更高效。此外，行为人在监禁的很长一段时间内无力获得财产，在承担刑事责任的同时就会弱化承担民事责任的能力，从而产生与当事人目的相悖的效果。因此，民事的救济途径在补偿受害人利益方面往往更为全面、有力，能够更为及时、更为合理地解决纠纷，使经济损失降到最低，达到更好的社会效果，也因而成为许多当事人的首选方式。

## **2.在民刑诉讼程序并行时，保障当事人相关民事权利不受减损**

依照《民间借贷规定》第十三条的规定，“借款人或者出借人的借贷行为涉嫌犯罪，或者已经生效的判决认定构成犯罪，当事人提起民事诉讼的，民间借贷合同并不当然无效。人民法院应当根据合同法第五十二条、本规定第十四条之规定，认定民间借贷合同的效力。担保人以借款人或者出借人的借贷行为涉嫌犯罪或者已经生效的判决认定构成犯罪为由，主张不承担民事责任的，人民法院应当依据民间借贷合同与担保合同的效力、当事人的过错程度，依法确定担保人的民事责任”。

“出于维护交易安全、保护信赖利益的需求，公权力介入私权领域，

认定合同无效应秉持限制精神<sup>(12)</sup>，以防止裁判者滥用自由裁量权随意否定民事行为效力，损害当事人诉权。借款人或出借人的借贷行为首先是民法上的欺诈行为，借贷合同及其从合同的效力应依照民法确定。若民法判定借贷合同属于以欺诈方式订立的合同，则当事人享有撤销权，可以自主选择对挽回损失最有利的救济方式。通过民事诉讼已经挽回的损失数额，应当在刑事犯罪的退赔数额中予以扣除。

### 3.在刑事犯罪案件的审理过程中注重对当事人权利的救济

法院在合同诈骗案件中对赃款赃物的处理主要有判决追缴及责令退赔两种方式。这两种处理方式虽在判决主文中被广泛采用，但存在虚置化的倾向，在执行中往往缺乏可操作性，对被害人实际损失的弥补颇显乏力。尽管刑事审判的主要任务应为对罪行本身的查清和处理，但合同诈骗案件中的查扣财产亦应作为法院审理该类案件的应有内容，审查查扣财产的权属及性质对于查清全案事实、尽快弥补被害人损失及保护案外人合法权益不受侵犯具有重要作用。因而笔者建议，对于涉案财产情况的调查应当作为合同诈骗案件法庭调查阶段的一个重要环节予以凸显，法庭应充分听取控辩双方关于涉案财产的意见。对于确属被告人名下且属于赃款赃物的财产或者被害人的财产，依法明确判决追缴或者返还；即使通过审理无法确定涉案查扣财产属于赃款赃物，也应在审限及职权允许的范围内，尽可能查清相关权属情况，以利于提高将来责令退赔判项的执行指向性，以期尽快弥补被害人的损失。

## 结 语

克劳斯·罗克辛教授曾言，“刑法与民法在概念上的明确区别，是19世纪法学的重大成就。但在今日，我们认为此项严格区别是一个错误的概念，刑法与民法的再接近实有必要<sup>(13)</sup>”。在合同欺诈与合同诈骗交叉问题

---

(12) 吴加明：《合同诈骗罪与表见代理之共存及其释论——一起盗卖房屋案引发的刑民冲突及释论》，载《政治与法律》2011年第11期，第50-51页。

(13) 转引自王泽鉴：《损害赔偿法之目的：损害填补、损害预防、惩罚制裁》，载《月旦法学杂志》第122期，2005年7月号。



的处理上，要重视民刑区别，更要重视民刑关联。笔者倡导加强民法与刑法的对话，打破法条区分的思维定势，培养以当事人权利优先的价值共识，充分保障当事人自由选择纠纷解决途径的权利，以最经济有效的方式维护当事人的合法权益，维护社会交易安全与交易秩序，维护诚实信用与社会公义。