

论三角诈骗

张明楷*

内容提要:行为人实施诈骗行为时,如果被骗人(财产处分人)与被害人不具有同一性,即属三角诈骗;三角诈骗既具备诈骗罪的本质特征,又完全符合诈骗罪的构成要件;三角诈骗与盗窃罪(间接正犯)的关键区别在于,被骗人事实上是否具有处分被害人财产的权限或者是否处于可以处分被害人财产的地位;诉讼诈骗是典型的三角诈骗,应认定为诈骗罪;对于利用他人的债权凭证非法取得财物的行为,应当正确区分三角诈骗(诈骗罪)与其他犯罪的界限。

关键词:三角诈骗 诉讼诈骗 债权凭证诈骗

一、三角诈骗概说

各国刑法分则对诈骗罪的描述繁简不一,但都没有完整规定诈骗罪的全部构成要件要素。例如,德国刑法第 263 条第 1 款规定:“意图使自己或第三者获得不法财产利益,以给虚假事实制造假象或者歪曲、隐瞒真相的方法,使他人陷入或者维持错误,从而造成他人财产损失的,处 5 年以下自由刑或者罚金。”据此,诈骗罪的成立,除了主观上必须具有不法所有的意图外,客观上必须实施虚构事实、歪曲或隐瞒真相的欺骗行为,导致对方产生或者继续维持认识错误,造成被害人的财产损失。日本刑法第 246 条的规定较为简单:“欺骗他人使之交付财物的,处 10 年以下惩役。”我国刑法第 266 条将诈骗罪的罪状表述为“诈骗公私财产,数额较大”。

但是,各国刑法理论与审判实践普遍认为,诈骗罪(既遂)在客观上必须表现为一个特定的行为发展过程:行为人实施欺骗行为——对方产生或者继续维持认识错误——对方基于认识错误处分(或交付)财产——行为人获得或者使第三者获得财产——被害人遭受财产损失。^[1]“通说认为,交付行为的存在是必要的;交付行为这一要素,是‘没有记述的构成要件要素’。”^[2]对诈骗罪的客观要件做出如此解释,显然不是任意的。

体系解释是一项非常重要的解释方法。法谚云:“使法律之间相协调是最好的解释方法(Concordare leges legibus est optimus interpretandi modus)”。成文刑法应当是正义的文字表述;而正义的基本

* 清华大学法学院教授。

[1] Vgl. , Gunther Arzt \ Ulrich Weber, *Strafrecht Besonderer Teil Lehrbuch*, Verlag Ernst und Werner Gieseking 2000, S.458ff; [日]平野龙一:《刑法概说》,东京大学出版会 1977 年版,第 212 页以下;[日]西田典之:《刑法各论》,弘文堂 1999 年版,第 180 页以下。

[2] 平野龙一:《犯罪论的诸问题各论》,有斐阁 1982 年版,第 329 页。

要求之一是,对于相同的事项应相同处理,对于不同的事项应不同处理。如果解释者不顾及刑法分则条文之间的关系,就可能将原本属于另一条款规定的重罪解释为此一条款规定的轻罪,或者相反,这种解释结论必然有损刑法的正义性。所以,要实现刑法的正义性,就必须使刑法条文之间保持协调关系。从解释论上言,首先,“整体只能通过对其各部分的理解而理解,但是对其各部分的理解又只能通过对其整体的理解。”〔3〕同样,只有将刑法作为一个整体,才能理解各个条文的含义;但对各个条文的理解,又依赖于对刑法整体的理解。其次,解释者对某个用语或条文得出某种解释结论时,常常会心存疑虑,在这种情况下,如果解释结论能够得到其他条文的印证,解释者便会打消疑虑。因为“对一个文本某一部分的诠释如果为同一文本的其他部分所证实的话,它就是可以接受的;如果不能,是应舍弃。”〔4〕再次,在许多场合,面对一个孤立的条文时,解释者难以确定其含义,但只要与其他条文相联系来考虑,就会得出妥当的结论。因为“法律条文只有当它处于与它有关的所有条文的整体之中才显出其真正的含义,或它所出现的项目会明确该条文的真正含义。有时,把它与其他的条文——同一法令或同一法典的其他条款——比较,其含义也就明确了。”〔5〕对诈骗罪的客观要件得出上述解释结论,正是将刑法关于诈骗罪的规定与关于其他财产罪的规定予以比较,进行体系解释的结果。

侵犯财产罪分为两种类型:取得财产的犯罪(取得罪)与毁损财产的犯罪(毁弃罪);取得财产的犯罪又可以分为:违反被害人意志取得财产的犯罪与基于被害人有瑕疵的意志而取得财产的犯罪。抢劫罪、盗窃罪、抢夺罪属于前者;诈骗罪、敲诈勒索罪属于后者。由于诈骗罪与盗窃罪属于两种不同的犯罪类型,所以需要严格区别。首先,并非只要行为人实施了欺骗行为进而取得了财产就成立诈骗罪,因为盗窃犯也可能实施欺骗行为。例如,A打电话欺骗给在家休息的老人B:“您的女儿在前面马路上出车祸了,您赶快去。”B连门也没有锁便急忙赶到马路边,A趁机取走了B的财物(以下简称电话案)。虽然A实施了欺骗行为,但B没有因为受骗而产生处分财产的认识错误,更没有基于认识错误处分财产,只是由于外出导致对财物占有的弛缓;A取走该财产的行为,只能成立盗窃罪。其次,并非只要行为人使用欺骗手段,导致对方将财产“转移”给自己或者第三人,就成立诈骗罪,因为盗窃犯也有间接正犯,盗窃犯完全可能使用欺骗手段利用不具有处分财产权限或地位的人取得财产。例如,洗衣店经理A发现B家的走廊上晒着西服,便欺骗本店临时工C说:“B要洗西服,但没有时间送来;你到B家去将走廊上晒的西服取来。”C信以为真,取来西服交给A,A将西服据为己有(以下简称西服案)。C显然受骗了,但他只是A盗窃的工具而已,并不具有将B的西服处分给A占有的权限或地位。因此,A成立盗窃罪(间接正犯)。不难看出,诈骗罪与盗窃罪的关键区别在于:受骗人是否基于认识错误处分(交付)财产。〔6〕受骗人虽然产生了认识错误,但并未因此而处分财产的,行为人的行为不成立诈骗罪(如电话案);受骗人虽然产生了认识错误,但倘若不具有处分财产的权限或者地位时,其帮助转移财产的行为不属于诈骗罪中的处分行为,行为人的行为也不成立诈骗罪(如西服案)。所以,日本学者平野龙一正确地指出:“交付行为的有无,划定了诈骗罪与盗窃罪的界限。被害人交付财物时是诈骗罪而不是盗窃罪;被害人没有交付财物时,即行为人夺取财物时是盗窃罪。诈骗罪与盗窃罪处于这样一种相互排斥的关系,不存在同一行为同时成立诈骗罪与盗窃罪,二者处于观念竞合关系的情况。”〔7〕

明确了诈骗罪的基本构造,便可以进一步讨论诈骗罪的具体表现形式。通常的诈骗表现为:行为人向被害人实施欺骗行为,被害人产生认识错误进而处分自己占有的财产,最后导致财产损失。在这

〔3〕 金克木:《比较文化论集》,生活·读书·新知三联书店1984年版,第243页。

〔4〕 奥古斯丁在《论基督教义》中所述,转引自[意]艾科等:《诠释与过度诠释》,王宇根译,生活·读书·新知三联书店1997年版,第78页。

〔5〕 [法]亨利·莱维·布律尔:《法律社会学》,许钧译,上海人民出版社1987年版,第70页以下。

〔6〕 本文中的“受骗人”,有时指诈骗罪中的受骗人,有时指盗窃罪间接正犯中作为工具的受骗人,相信读者可以轻易分辨。

〔7〕 前引〔2〕,平野龙一书,第330页。

种场合, 受骗人(财产处分人)与被害人具有同一性(以下简称二者间诈骗)。〔8〕但是, 在诈骗罪中, 也存在受骗人(财产处分人)与被害人不是同一人(或不具有同一性)的现象。这种情况在刑法理论上称为三角诈骗(Dreieckbetrug), 也叫三者间的诈骗,〔9〕其中的受骗人可谓第三人。例如, 丙作为乙的代理人, 就乙的货物买卖与甲进行洽谈, 甲欺骗丙, 使丙处分了乙的货物, 从而导致乙遭受财产损失。丙是受骗人, 也是财产处分人, 被害人却是乙。但甲的行为仍然成立诈骗罪(以下简称代理案)。再如, 丙是乙的家庭保姆。乙不在家时, 行为人甲前往丙家欺骗丙说:“乙让我来把他的西服拿到我们公司干洗, 我是来取西服的。”丙信以为真, 甲从丙手中得到西服后逃走(以下简称保姆案)。在这种情况下, 对甲的行为也应认定为诈骗罪。

可是, 各国刑法均没有明文规定三角诈骗。那么, 刑法理论与审判实践何以肯定三角诈骗行为构成诈骗罪呢? 联系我国的刑法规定、刑法理论与司法实践, 可以从以下几个方面做出回答:

首先, 从实质上分析。三角诈骗与二者间诈骗对法益的侵害没有任何区别。在二者间诈骗的情况下, 通常是被害人直接处分自己占有的财产(包括自己占有且所有和自己占有但并非所有两种情况), 处分财产的原因是行为人的欺骗行为; 处分财产的结果是使自己的财产遭受损失, 具体表现为将自己的财产转移为行为人或者第三者占有。同样, 在三角诈骗的场合, 虽然被害人没有处分财产, 也没有产生认识错误, 而是由受骗人处分财产, 但受骗人处分财产的原因仍然是行为人的欺骗行为, 处分财产的结果是使被害人的财产遭受损失, 具体表现为将被害人的财产转移为行为人或者第三者占有。诈骗罪的本质是侵犯财产, 刑法规定诈骗罪的目的是为了保护法益, 而三角诈骗与二者间诈骗一样, 本质上都侵犯了公私财产, 被侵犯的财产都受到刑法的保护; 不可能因为受骗人与被害人没有同一性, 而否认三角诈骗侵犯了公私财产; 也不能因为受骗人处分财产, 而对被害人的财产不予刑法上的保护。

其次, 从构成要件符合性上分析。在三角诈骗的场合, 行为人主观上明显具有故意和非法占有的目的(不法所有的目的), 所以, 关键是要说明三角诈骗行为完全符合诈骗罪的客观要件。下面按照前述几个环节来分析。(1) 行为人实施了虚构事实、隐瞒真相的行为。如在保姆案中, 甲虚构了自己受乙之托取走西服的事实。(2) 虽然被害人没有产生认识错误, 而是处分财产的受骗人产生了认识错误, 但是, 刑法条文并没有规定只能由被害人产生认识错误。因为在现实生活中, 财产处分人既不必然是财产的所有人, 也非必须是财产的占有人(如代理案), 所以, 只要具有财产处分权限或者地位的人产生认识错误进而处分财产即可。(3) 虽然被害人没有处分财产, 但受骗人处分了财产。刑法同样没有将诈骗罪中的财产处分人限定为被害人。因为, 一方面, 诈骗中的处分行为, 并非仅指民法上作为所有权权能之一的处分, 而是意味着将财产转移给行为人或第三者占有, 即由行为人或第三者事实上支配财产。〔10〕所以, 不要求财产处分人具有转移所有权的意思。例如, 甲没有返还的意图, 却隐瞒真相向乙借用轿车, 乙将轿车交付给甲后, 甲开车潜逃。乙只有转移占有的意思, 但甲的行为依然成立诈骗罪。另一方面, 在财产关系日益复杂的情况下, 财产的单纯占有者乃至占有辅助者, 都可能处分(交付)财产。例如, 丙将自己的财物委托给乙保管, 其间, 丙给乙打电话, 声称第二天派丁取回自己的财产。偷听了电话的甲第二天前往乙处, 声称自己是丙派去的丁, 乙将自己占有而归丙所有的财物交付给甲。处分财产的乙并不享有所有权, 只是事实上占有了财产, 但这并不影响甲的行为成立诈骗罪。所以, 即使不是财产的所有人, 也完全可能因为认识错误等原因而处分财产。(4) 受骗人基于认识错误处分财产的行为, 使得行为人或者第三者获取了财产。(5) 表面上由于受骗人基于认识错误处

〔8〕 如后所述, 受骗人与财产处分人必须具有同一性, 否则难以区分诈骗罪与盗窃罪的界限。

〔9〕 Vgl. Wessels \ Hillenkamp, *Strafrecht Besonderer Teil/2*, 23. Auf., C. F. Müller 2000, S. 251; [日] 京藤哲久:《三者间诈骗》, 载阿部纯二等编:《刑法基本讲座》第5卷, 法学书院1993年版, 第199页。

〔10〕 前引〔2〕, 平野龙一书, 第330页。

分财产的行为,导致被害人遭受财产损失,但受骗人与行为人并非共犯,故被害人的财产损失应归责于行为人的诈骗行为。既然三角诈骗行为完全符合诈骗罪的主客观要件,司法机关就没有理由将其排除在诈骗罪之外。^[11]

最后,从刑法的相关规定上分析。显而易见的是,刑法分则关于金融诈骗罪的规定,事实上包含了三角诈骗的情形。例如,刑法第194条将“冒用他人的汇票、本票、支票”规定为票据诈骗罪的一种情形。在此,行为人所冒用的汇票、本票、支票具有真实性,而不是指使用伪造、变造的汇票、本票、支票。行为人甲冒用乙的汇票、本票、支票通过银行职员丙取得现金时,丙是受骗人,乙是被害人,但甲的行为依然成立票据诈骗罪。再如,刑法第196条将“冒用他人信用卡”规定为信用卡诈骗罪的一种表现形式,行为人甲冒用乙的信用卡时,特约商户(加盟店)或者银行职员丙是受骗人,但遭受财产损失的是乙,尽管如此,仍然成立信用卡诈骗罪。票据诈骗罪与信用卡诈骗罪,都是诈骗罪的特殊表现形式,在刑法没有将票据诈骗、信用卡诈骗规定为独立犯罪时,司法实践就一直将这种行为认定为普通诈骗罪,理论上也没有任何异议。这说明,普通诈骗罪原本包括三角诈骗。在票据诈骗罪与信用卡诈骗罪从诈骗罪中分离出来之后,规定票据诈骗罪、信用卡诈骗罪的条文与规定普通诈骗罪的条文形成特别法条与普通法条的关系。可以肯定的是,凡是符合特别法条的行为,都必然符合普通法条。既然如此,冒用他人汇票、本票、支票与冒用他人信用卡的行为,就不仅符合票据诈骗罪、信用卡诈骗罪的构成要件,而且符合普通诈骗罪的构成要件(只是依据特别法条优于普通法条的原则而不以普通诈骗罪论处而已)。概言之,冒用他人汇票、本票、支票与冒用他人信用卡的三角诈骗行为,仍然符合普通诈骗罪的构成要件,因此,诈骗罪包含了三角诈骗的情形。

由上可见,三角诈骗的三角是指行为人、受骗人(第三人)与被害人。^[12]问题是,在三角诈骗中,财产处分人应当是谁?是必须由受骗人处分财产才成立诈骗罪,还是必须由被害人处分财产才构成诈骗罪?国外的少数观点认为,财产处分人必须是被害人。^[13]但如前所述,诈骗罪的最基本特征之一是,行为人实施欺骗行为,使受骗人基于认识错误而处分财产。既然财产处分人必须基于认识错误,而产生认识错误的人为受骗人,那么,只有当受骗人处分财产时,才符合诈骗罪的构成要件。如果受骗人没有处分财产,而是由未受骗的人处分财产,则不可能成立诈骗罪。^[14]因此,在三角诈骗中,财产处分人只能是受骗人,或者说,三角诈骗的受骗人必须同时是财产处分人。但应说明的是:在二者间诈骗中,被害人处分的是自己占有的财产;而在三角诈骗中,受骗人处分的既可能是自己占有的财产,也可能是自己没有占有的财产;之所以如此,是因为受骗人具有处分被害人财产的权限或者处于可以处分他人财产的地位。

二、三角诈骗与盗窃罪的界限

在三角诈骗的情况下,虽然受骗人与被害人不是同一人,但是,(三角)诈骗罪的成立,不仅要求受骗人与财产处分人是同一人,而且要求现实的财产处分人(第三人)具有处分被害人财产的权限,或者处于可以处分被害人财产的地位。^[15]一方面,如果受骗人不具有处分财产的权限与地位,就不能认定其转移财产的行为属于诈骗罪的处分行为;另一方面,如果受骗人没有处分财产的权限与地位,行为人的行为便完全符合盗窃罪间接正犯的特征。如前述西服案中的C,不具有将B的西服处分给A

[11] 如后所述,有些三角诈骗可能不是构成普通诈骗罪,而是构成合同诈骗罪、金融诈骗罪。本文所说的诈骗罪,在许多场合包括这些特殊的诈骗罪。

[12] 这里的被害人,不仅包括自然人,也包括法人等单位。就特殊诈骗罪而言,行为人也可能是单位。

[13] 参见[日]团藤重光:《刑法纲要各论》,创文社1990年第3版,第614页。

[14] 前引[1],Gunther Arzt \ Ulrich Weber书,S.498f;西田典之书,第188页。

[15] 前引[1],Gunther Arzt \ Ulrich Weber书,S.499;[日]大谷实:《刑法各论》,成文堂2001年版,第156页。

的权限或地位,所以,A的行为不成立诈骗罪,而是盗窃罪的间接正犯。再如,10余人参加小型会议。散会前,被害人B去洗手间时,将提包放在自己的座位上。散会时B仍在卫生间,清洁工C立即进入会场打扫卫生。此时,A发现B的提包还在会场,便站在会场门外对C说:“那是我的提包,麻烦你递给我一下。”C信以为真,将提包递给A,A迅即逃离现场(以下简称会议案)。在本案中,清洁工C没有占有B的提包,他也不具有处分该提包的权限或地位。换言之,C是A盗窃提包的工具,而不是诈骗罪中的财产处分人。因此,A的行为不成立诈骗罪,只能成立盗窃罪。

显然,受骗人是否具有处分被害人财产的权限或地位,成为区分诈骗罪与盗窃罪间接正犯的一个关键。可以肯定的是,当受骗人具有法律上的代理权时,必然具有处分被害人财产的权限或地位(如前述代理案);基于同样的理由,银行等金融机构的职员依据金融凭证等支付现金时,也具有处分被害人财产的权限或地位。所以,在这种情况下,很容易认定为三角诈骗。换言之,凡是能够从法律上直接认定受骗人具有处分被害人财产的权限或地位时,均能认定为三角诈骗。但是,如果仅限于法律上的处分权限与地位,便过于缩小了诈骗罪的成立范围。例如,上述保姆案中的保姆丙,在法律上并不具有处分乙的财产的权限或地位,如果因此而认定为盗窃罪,恐怕难以被人们接受。所以,除了法律上的处分权限或地位外,只要受骗人事实上具有处分被害人财产的权限或者地位,就可以认定为诈骗罪。但问题是,根据何种标准认定受骗人在事实上具有处分被害人财产的权限或地位?对此,德国、日本的刑法理论上存在不同观点。

第一种观点可称为主观说,其内容是以受骗人是否为了被害人而处分财产为基准:如果受骗人是为了被害人而处分财产,则行为人的行为构成诈骗罪;反之,行为人的行为成立盗窃罪。^[16]在保姆案中,丙是为了被害人乙而交付西服的,所以,甲的行为构成诈骗罪;在会议案中,C是为了行为人A而交付提包的,所以,A的行为成立盗窃罪。这诚然是一个标准,或许在许多情况下也能得出正确结论,但是,将“为了谁处分”这种主观的要素作为标准恐怕是不妥当的。^[17]因为单纯根据不属于被害人的受骗人的心理状态决定行为人的行为性质,有悖犯罪构成的基本原理。

第二种观点称为阵营说,其内容是以受骗人是与行为人的关系密切还是与被害人的关系密切为标准,换言之,以受骗人是属于行为人阵营还是属于被害人阵营为标准。如果受骗人属于被害人阵营,则行为人的行为成立诈骗罪;反之,则成立盗窃罪。^[18]根据这一观点,在保姆案中,由于交付西服的丙属于乙的阵营,所以甲的行为是诈骗;而在西服案中,C属于A的阵营,是A盗窃的工具,所以,A成立盗窃罪。但是,一方面,在会议案中,C是否属于A的阵营,还难以断定,他可能是一位“中立者”。另一方面,虽然阵营说确实提供了区分标准,但其内容似乎与诈骗罪的本质要素缺乏必然联系。

第三种观点称为授权说,其内容是,受骗人在被害人概括性授权范围内处分财产时,肯定其行为属于处分行为,因而行为人的行为构成诈骗罪;反之,受骗人处分财产的范围超出了被害人的概括性授权时,则不属于处分行为,因而行为人的行为成立盗窃罪。^[19]根据这一观点,在保姆案中,根据社会的一般观念,可以认为丙交付西服没有超出乙的授权,因而甲的行为成立诈骗罪。而在西服案与会议案中,由于B根本没有也不可能对C有任何授权,故A的行为成立盗窃罪。但是,如何判断是否授权以及授权范围,还需要具体标准。

在本文看来,阵营说与授权说基本上处于表里关系。在三角诈骗中,受骗人不是被害人。受骗人之所以客观上能够处分被害人的财产,是因为根据社会的一般观念,他事实上得到了被害人的概括性授权。或者说,在当时的情况下,如果排除诈骗的因素,社会一般观念认为,受骗人可以为被害人处分

[16] 参见日本最高裁判所1970年3月26日判决,载日本《最高裁判所刑事判例集》第24卷第3号,第55页。

[17] 前引[2],平野龙一书,第344页。

[18] Vgl. Schroeder, über die Abgrenzung des Diebstahls von Betrug und Erpressung, ZStW.60,3.

[19] 参见[日]山口厚:《诈骗罪中的处分行为》,载《平野龙一先生古稀祝贺论文集》上卷,有斐阁1990年版,第441页。

财产。例如,在保姆案中,如果排除诈骗因素,社会一般观念定会认为,保姆丙应当或者可以将西服交付给甲干洗。进一步追问的是,在何种情况下,社会的一般观念会认为,受骗人得到了被害人的概括性授权?对此,阵营说提供了一个具体标准,即考察受骗人接近谁的立场,如果接近被害人的立场,则行为人的行为属于三角诈骗;如果接近行为人的立场,则行为人的行为属于盗窃罪。但是,笔者认为,一方面,在不存在其他重要因素的情况下,只要能够认定受骗人属于被害人的阵营,就可以认定为三角诈骗(如下所述,存在例外);只要能够认定受骗人不属于被害人的阵营,便可以认定为盗窃罪(间接正犯),至于受骗人是否属于行为人阵营,则在所不问。例如,在会议案中,难以认定C属于A的阵营,但由于C肯定不属于被害人B的阵营,所以,C不具有处分B的财产的权限或地位,故A的行为成立盗窃罪。另一方面,阵营说并不是惟一的具体标准,也不是绝对正确的标准。因为在某些案件中,即使断定受骗人属于被害人阵营,也可能因为其他因素而否认受骗人具有处分被害人财产的权限与地位。以德国的一个判决为例。A要借用B的私家车但被拒绝,于是A前往B所住的公寓,欺骗公寓主人C说:“我得到了B的许可来取其车钥匙。”C将B的房间打开后(在德国,公寓主人持有居住者房间的钥匙)从B的房间取出钥匙交给A。A使用该钥匙开走了B的私家车(以下简称公寓案)。德国法院认为,C不具有将B房间的车钥匙交付给A的权限,于是,认定A的行为成立盗窃罪。在本案中,如果要问C是接近A的立场还是接近B的立场,恐怕是接近B的立场。因此,如果对阵营说进行缓和的理解,A也可能成立诈骗罪。但是,由于C并不是B的车与车钥匙的占有者,也不是占有辅助者,明显不具有将B的车钥匙交付给A的权限,因此,A不成立诈骗罪。上述判决就是基于这样的见解。^[20]

由此看来,判断受骗人事实上是否具有处分被害人财产的权限或地位,并不是仅仅取决于其是否属于被害人阵营或是否接近被害人的立场,还需要考虑其他因素。如受骗人是否被害人财物的辅助占有者,受骗人转移财物的行为(排除被骗的因素)是否得到社会一般观念的认可,受骗人是否经常为被害人转移财产,如此等等。再来考察德国的一个判例。乙租用丁所经营的车库,将自己的私家车停放在该车库内,丙为车库的管理员。依照惯例,乙将第二把钥匙交给丙持有。甲与乙关系密切,甲曾征得乙的同意,多次从丙处得到车钥匙将车开出。某日,甲欺骗丙说得到了车主乙的认可,向丙索取车钥匙。甲得到了丙所持有的乙的车钥匙后,使用该钥匙将停在车库的乙的私家车开走,据为己有(以下简称车库案)。德国法院认定甲的行为成立诈骗罪。^[21]法院之所以认定为诈骗,并不仅仅因为丙属于乙的阵营,还考虑到了丙是乙的私家车的辅助占有者,乙丙以往的关系导致该车的出入事实上几乎完全委托给丙。因此,与公寓案有所不同,本案认定为诈骗罪是妥当的。基于这一理由,如果在公寓案中,C与B的关系密切,B平时不在家时,经常由公寓主人C将B的财物交付给他人,则应认定A的行为构成诈骗罪。

综上所述,(三角)诈骗罪的成立,要求受骗人具有处分被害人财产的权限或者处于可以处分被害人财产的地位;如果受骗人不具有这种权限与地位,其将被害人财产转移给行为人的行为,便不属于诈骗罪中的财产处分行为;由于不具有处分行为,行为人的行为就只能成立盗窃罪。所谓具有处分被害人财产的权限或地位,不仅包括法律上的权限或地位,也包括事实上的权限或地位。受骗人事实上是否具有处分被害人财产的权限或地位,应根据社会的一般观念,以其事实上是否得到了被害人的概括性授权为基准;至于是否得到了被害人的概括性授权,则应根据受骗人是否属于被害人阵营、是否财物的占有者或辅助占有者、其转移财产的行为外表上(排除被骗的因素)是否得到社会一般观念的

[20] 前引[2],平野龙一书,第345页。

[21] Volker Krey, *Strafrecht Besonderer Teil*, Band 2, 12. auf., Verlag W. Kohlhammer 1999. S. 218.

认可、受骗人是否经常为被害人转移财产等因素进行判断。^[22]

三、诉讼诈骗

诉讼诈骗概念有广义与狭义之分。广义的诉讼诈骗,是指欺骗法院,使对方交付财物或者财产上利益的一切行为;狭义的诉讼诈骗,是指行为人将被害人作为被告人而向法院提起虚假的诉讼,使法院产生判断上的错误,进而获得胜诉判决,使被害人交付财产或者由法院通过强制执行将被害人的财产转移给行为人或者第三者所有。^[23]例如,甲伪造内容为乙欠甲人民币 10 万元的借条,向法院提起民事诉讼,要求法院判决乙向甲归还 10 万元。法院的法官认为借条具有真实性,做出了由乙向甲归还 10 万元的判决;由于乙拒不执行判决,法院通过强制执行,将乙所有的 10 万元财产转移为甲所有。显然,乙是被害人,但他并没有产生任何认识错误,也没有基于认识错误处分财产。这便属于狭义的诉讼诈骗。^[24]但是,甲的行为使法院的法官产生了认识错误,法官不仅有权做出上述判决,而且有权决定强制执行。概言之,法官具有处分被害人财产的法定权力。所以,法院的法官(在我国,还可能是审判委员会的成员)是受骗人,也是财产处分人。正因为如此,刑法理论公认,诉讼诈骗是三角诈骗的典型形式。^[25]

德国、日本等国的刑法,并没有将诉讼诈骗规定为独立的犯罪,但是刑法理论的通说与审判实践均认为诉讼诈骗成立诈骗罪。^[26]只有极个别学者心存疑问,下面先对该疑问进行分析。

日本学者团藤重光针对诉讼诈骗构成诈骗罪提出了一直就存在的两个疑问:第一,在以形式现实主义为前提的民事诉讼制度之下,法院认识到当事人的主张虚假时,也必须受此拘束而做出一定的判决,那么,利用这种诉讼制度提出虚假主张的行为能否成为诈骗罪中的“欺骗他人”的行为?第二,作为被害人的败诉方,是在知道法院误判的同时,不得已服从判决而向胜诉方提供财物(或财产上的利益)的。那么,这是否属于任意的“处分财产”?特别是,因为被害人没有任意提供财物而由法院强制执行时,能否说被害人实施了处分财产的行为?^[27]

针对第一个疑问,以往的学者们从不同角度做出了回答。例如,有学者指出,法院受当事人的欺骗性诉讼行为的约束,在必须决定如何判决的范围内,即使法官个人心理上并没有产生错误,行为人也欺骗了法院。^[28]有学者认为,即使不是欺骗法院,但法院根据原告的欺骗性诉讼行为而受法律上的

[22] 日本曾有这样的判例:对 A 的房屋设定了抵押权的 X,行使自己的权利,通过不动产转移的强制执行,将房屋的所有权转移给了自己。但是, A 将以前制作的已经失效的与 L 之间的调解书正本,提交给简易裁判所申请给付执行令,欺骗该裁判所的候补书记官,得到了执行令,向执行官提出执行令使其强制执行,将房屋转移为 L 占有。判决指出,“在受骗人与财产上的被害人不是同一人的场合,应当要求受骗人具有可以为被害人处分财产的机能或者地位”,“执行官不具有处分 X 的财产的机能与地位”。于是,没有认定 A 的行为成立诈骗罪(日本最高裁判所 1970 年 3 月 26 日判决,载日本《最高裁判所刑事判例集》第 24 卷第 3 号,第 55 页)。但是,日本学者平野龙一指出:“在这种场合,执行官具有转移占有的权限。……认为不成立诈骗罪,也是有疑问的。”(前引[2],平野龙一书,第 347 页)。在本文看来,即使根据日本法律,执行官不具有法定的处分权限,但也具有事实上的处分权限,故认定为诈骗罪更为妥当。

[23] [日]曾根威彦:《刑法各论》,成文堂 2001 年第 3 版,第 151 页。

[24] 根据买卖合同,甲欠乙 500 欧元,由于甲拒绝偿还,乙便向法院起诉。开庭审理时,甲违背事实,辩称未签订任何买卖合同;乙由于没有证据,被法院判决败诉。德国刑法理论认为,甲的行为属于广义的诉讼诈骗的一种情形(前引[21],Volker Krey 书, S. 223)。

[25] 参见[日]山口厚:《问题探究 刑法各论》,有斐阁 1999 年版,第 155 页。

[26] Vgl., Schoenke \ Schroeder \ Cramer, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Auf., Verlag C. H. Beck 2001, S. 2075f; 前引[21], Volker Krey 书, S. 223ff; [日]大冢仁:《刑法概说(各论)》,有斐阁 1996 年第 3 版,第 248 页以下。这些书中都分别介绍了德国、日本将诉讼诈骗认定为诈骗罪的诸多判例。

[27] 前引[13],团藤重光书,第 614 页。

[28] 参见[日]泉二新熊:《日本刑法论各论》,有斐阁 1931 年增订 42 版,第 816 页以下。

约束,在必须决定如何判决的范围内,与被欺骗而陷入错误具有同价值的关系。^[29]现在,学者们一致认为,法官完全可能成为处分财产的受骗人。因为即使采取形式真实主义,法官仍应根据事实做出判决;法官得知当事人的虚假主张后,也有做出正确判决的相应途径;所以,法官根据当事人提出的虚假证据做出错误判决,显然是受欺骗的结果,故不可否认其为受骗人与财产处分人。^[30]我国的民事诉讼究竟是采取形式真实主义、还是实质真实主义,抑或是二者的统一,还难以以下结论;但不管采取哪一种主义,在诉讼诈骗的场合,都可以肯定法官的误判是行为人的欺骗行为所致。因为既然采取形式真实主义时,可能存在对法官的欺骗行为;那么,在采取实质真实主义时,更加可能存在对法官的欺骗行为;基于同样的理由,采取二者的统一主义时,也会存在对法官的欺骗行为。

针对第二个疑问,以往的学者和现在的学者从不同角度进行了回答。以往的学者主张财产处分人必须是被害人,所以认为,应当将败诉方(被害人)基于法院判决交付财物的行为,与任意的处分行为同等看待。如有的学者说,虽然败诉方没有陷入认识错误,但必须服从判决,应当与陷入错误同样考虑;在强制执行时,由于转移财物的占有并不违法,应与任意的处分行为同等看待。^[31]有的学者则提出,对于败诉方根据法院判决转移自己占有的财物的行为,应当视为准处分行为。^[32]但是,仅以可以“同等看待”,或者可以“视为准处分行为”为由,将败诉方转移财产的行为认定为任意的财产处分行为,不仅过于牵强,而且有类推解释之嫌。所以,现在的学者一般认为,财产处分人不是败诉方,而是受欺骗的法院或者法官。如平野龙一指出:“在这种场合(指诉讼诈骗的场合——引者注),法院是被欺骗者,同时也是交付者,而且法院具有使被告(指诈骗性民事诉讼中的被告即被害人——引者注)将财物交付给原告(指诉讼诈骗的行为人——引者注)的权限,因此成立诈骗罪。”^[33]这种观点得到了广泛认同。^[34]德国也一直将法院或法官视为财产处分人。^[35]如后所述,本文也赞成这一观点。

在我国,诉讼诈骗已经不是罕见现象,而且有不断增加的趋势。^[36]但对诉讼诈骗能否以诈骗罪论处,理论上与实践上都存在不同看法,下面逐一进行分析。

第一种观点认为,诉讼诈骗行为不成立诈骗罪,也不成立其他犯罪,主要理由在于诉讼诈骗的故意、行为与客体都不符合诈骗罪、合同诈骗罪的构成要件。首先,诈骗罪是直接故意犯罪,具有非法占有的目的;而诉讼诈骗人的主观心理状态不符合这一要件。其次,“诈骗罪的犯罪人使用虚构事实或者隐瞒真相的欺骗方法,使对方产生错觉,信以为真。从而‘自愿地’交出财物。而诉讼欺诈的对象不是对方(被害人)而是法院,法院判决对方败诉,交出财产时,对方也不是自愿的,而是被迫,系慑于法律威严之故。”最后,“诈骗罪侵犯的客体是财产所有权,合同诈骗罪侵犯的是复杂客体,即市场经济秩序和财产所有权。诉讼欺诈侵犯的客体是民事诉讼的正常秩序。”结论是,诉讼诈骗行为虽然“危害程度绝不亚于诈骗犯罪,但从犯罪构成理论分析并不构成诈骗罪、合同诈骗罪,由于没有相应条款加以

[29] 参见[日]牧野英一:《刑法各论》下卷,有斐阁1951年版,第678页。

[30] 前引[26],大家仁书,第250页;[日]曾根威彦:《刑法的重要问题》(各论),成文堂1996年增补版,第188页;等等。还有学者做了更为具体的分析。如西田典之指出:“法院在明知虚伪的同时又必须做出A(指诉讼诈骗的行为人——引者注)胜诉的判决,是极为有限的。即实际上只限于B(指诉讼诈骗中的被害人——引者注)在口头辩论时缺席,因此认可原告的主张的所谓拟制自白的场合。在这种情况下,根据辩论主义,即使法院明知A的主张是虚假的,也必须做出A胜诉的判决。但是,由于B是在明知缺席就败诉的情况下而缺席,故也可能认为,因被害人承诺而缺乏诈骗罪构成要件符合性,不成立诈骗罪。于是,在此外的场合,根据自由心证主义,在民事诉讼中,由于证据的评价取决于法院的自由心证,故对法院的欺骗行为是完全可能的。”(前引[1],西田典之书,第189页)。

[31] 前引[29],牧野英一书,第680页以下。

[32] [日]小野清一郎:《新订刑法讲义各论》,有斐阁1950年第3版,第256页。

[33] 前引[1],平野龙一书,第217页。

[34] 参见[日]前田雅英:《刑法各论讲义》,东京大学出版会1999年第3版,第234页;前引[1],西田典之书,第198页;前引[23],曾根威彦书,第151页;等等。

[35] Vgl., Harro Otto, Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte, 6. Aufl., Walter de Gruyter 2002, S. 250.

[36] 打开任何一个网站搜索,都会发现许多诉讼诈骗的实际案例。

刑事处罚,根据‘法无明文规定不为罪’的原则,只能按无罪处理。”〔37〕

但是,上述三个方面的理由难以成立。首先,行为人实施诉讼诈骗行为时,是为了通过民事诉讼非法取得他人财物,其主观上当然明知自己的行为会发生使他人财产遭受损失的结果,并且希望这种结果发生,所以具有诈骗罪的直接故意与非法占有目的。诚然,“诉讼欺诈必须经过诉讼这一特定阶段才能实现其非法企图。由于当事人的诉讼地位不同,发生的诉讼阶段不同,当事人伪造证据的动机也多种多样,且伪造的证据要在法庭审理过程中经对方当事人的质证。能否得逞,最后取决于法官的认定。”〔38〕但是,这一特点并不能成为否认诉讼诈骗行为人的直接故意与非法占有目的的理由。

其次,将“行为人直接欺骗被害人并且由被害人处分财产”作为诈骗罪的客观要件,存在许多问题:(1)过于夸大三角诈骗与二者间诈骗的区别。虽然被害人交付财产是被迫的结果而不是被骗的结果,但如前所述,法院是具有权限的财产处分人,而法院之所以处分被害人的财产,是行为人的欺骗行为所致。这与二者间诈骗只是表现形式有异,客观构造(欺骗行为——认识错误——处分财产)完全相同。(2)将诈骗罪限定为二者间诈骗,进而将三角诈骗排除在诈骗之外,缺乏法律根据,因为刑法并没有要求受骗人与被害人为同一人。换言之,只要对刑法有关诈骗罪的规定进行文理解释,就不可能将三角诈骗排除在外。(3)上述观点不当地将有限的事实强加于刑法规范。诚然,通常的诈骗都是行为人直接欺骗被害人并且由被害人处分财产,可这只是有限的事实或者说只是部分诈骗犯罪事实,而不是刑法规范。解释者不能将自己所知的部分事实强加于法律条文,认为法律条文所规定的就是自己所知的部分事实。既然刑法规范完全包含了诉讼诈骗,现实中的诉讼诈骗也需要刑法规制,就没有理由将诉讼诈骗排除在诈骗罪之外。

最后,认为诉讼诈骗没有侵犯他人财产,并不符合事实。或许可以认为诉讼诈骗行为同时侵犯了民事诉讼的正常秩序,但当其行为使被害人不得不转移财产时,就侵害了被害人的财产;即使行为没有得逞,也威胁了被害人的财产。例如,被告人甲承包了某机关的装修工程,在工程结束并从该机关收取了所有费用之后,打印了一份说明书,然后让该机关加盖公章,该机关工作人员乙发现说明书内容完全真实,便在说明书上加盖公章。但甲立即在说明书的预留空行处加印了该机关尚欠其300万元工程款的内容,然后向法院提起诉讼,要求该机关偿还所欠的300万元。一、二审法院判决该机关如数偿还(以下简称工程案)。笔者相信,一般人都不会否认被告人的行为侵犯了该机关的财产。换言之,认为诉讼诈骗没有侵犯被害人的财产,是不符合客观事实的。

第二种观点认为,诉讼诈骗行为不成立诈骗罪,但如果其行为符合其他犯罪的构成要件,则以相应犯罪论处。如最高人民检察院法律政策研究室2002年10月24日《关于通过伪造证据骗取法院民事裁判占有他人财物的行为如何适用法律问题的答复》指出:“以非法占有为目的,通过伪造证据骗取法院民事裁判占有他人财物的行为所侵害的主要是人民法院正常的审判活动,可以由人民法院依照民事诉讼法的有关规定作出处理,不宜以诈骗罪追究行为人的刑事责任。如果行为人伪造证据时,实施了伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章的行为,构成犯罪的,应当依照刑法第280条第2款的规定,以伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪追究刑事责任;如果行为人有指使他人作伪证行为,构成犯罪的,应当依照刑法第307条第1款的规定,以妨害作证罪追究刑事责任。”

但是,这一观点忽视了诉讼诈骗行为对被害人财产的伤害,并且误解了诈骗罪的客观构造,不当地将诈骗罪限定为二者间诈骗。当行为人伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章实施诉讼诈骗时,如同伪造印章实施普通诈骗一样,属于牵连犯或者想象竞合犯,应当从一重处罚,即以诈骗罪论处。当行为人在实施诉讼诈骗的过程中,指使他人作伪证时,也属于牵连犯或者想象竞合犯,同样应从一重论处。

〔37〕 潘晓甫、王克先:《伪造民事证据是否构成犯罪》,《检察日报》2002年10月10日第3版。

〔38〕 这是持上述观点的人否认诉讼诈骗行为人具有直接故意与非法占有目的的理由。

第三种观点认为,诉讼诈骗行为成立敲诈勒索罪。如有的学者指出:“虚构债权债务关系,以债权人名义向法院起诉,意图通过诉讼方式(一般称为恶意诉讼),利用法院判决他人败诉而非法占有他人财物的案件,是否可以定诈骗罪,也值得商榷(有的法院是按此罪定的)。因为,理论上一般认为,诈骗罪是指以非法占有为目的,以虚构事实或者隐瞒真相的方法,使被害人在受蒙蔽的情况下自愿地将财物交与行为人。但是,恶意诉讼案件并非如此。首先,既然行为人是虚构债权债务关系,被告明知自己不欠债,不可能受骗而自愿偿还债务。其次,行为人用虚构的事实直接欺骗的对象是法院,意图使法院疏于审查而作出有利于自己的错误判决。但是,行为人的目的并非骗取法院的财物。由此可见,尽管行为人虚构了事实,含有欺骗性,但是,全面来看并不符合诈骗罪的基本特征。……上述行为,不同于诈骗罪,而更接近于敲诈勒索罪。首先,敲诈勒索因是采用威胁或者要挟的手段,强迫他人交付财物,而威胁、要挟的方法是多种多样的。恶意诉讼是要借助法院的判决的强制力迫使被告交付财物,而不是骗取被告的财物。其次,实施诈骗往往是利于被害人的弱点(如贪便宜或缺乏警惕性)行骗,比较容易得逞,社会危害性大。而法官负有审查案件事实判别真伪的职责,具有专业技能,行为人搞恶意诉讼得逞的可能性相对较小。因为,即使一审判决原告胜诉,被告也会提出上诉,争取改判;即使二审判决原告胜诉,被告还可请求检察机关提起抗诉,仍有获改判的机会。由此可见,把恶意诉讼看成是敲诈勒索的一种特殊方式、方法更为恰当。”〔39〕

显然,持这种观点的学者之所以否认诉讼诈骗行为构成诈骗罪,也是因为将诈骗罪限定为二者间诈骗。如前所述,这一解释过于缩小了诈骗罪的成立范围。其次,敲诈勒索罪的基本构造为,行为人实施恐吓行为——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。〔40〕与诈骗罪相似,在敲诈勒索罪中,受恐吓的人与被害人不必是同一人,但受恐吓的人必须是处分财产的人,而且受恐吓的人在处分他人财产时,必须具有处分被害人财产的权限或者地位。〔41〕在诉讼诈骗的场合,虽然被害人交付财产是被迫的,但并不是因为恐惧心理而交付财产。由于法院判决被害人交付财产,故应认定法院是财产处分人,但法院只是受骗而没有受恐吓。所以,对行为人认定为敲诈勒索是相当困难的(例如,将上述工程案认定为敲诈勒索罪,恐怕难以被人接受)。换言之,在诉讼诈骗的场合,认定为诈骗罪所要回答的问题是:为什么行为人没有欺骗被害人也成立诈骗罪?认定为敲诈勒索罪所要回答的问题是:为什么行为人没有恐吓被害人也成立敲诈勒索罪?对于前者,笔者已经作了回答。一旦试图对后者做出回答,就会发现,由于行为人并没有恐吓被害人,故不能认定为二者间的敲诈勒索;由于处分财产的法院没有受恐吓,也不能认定为三者间的敲诈勒索。所以,对于诉讼诈骗而言,与其在敲诈勒索罪方面寻找理由,不如认定为(三角)诈骗罪。此外,虽然诉讼诈骗既遂的可能性不大,但这难以成为否认诈骗罪成立的理由。〔42〕况且,事实上发生了许多诉讼诈骗既遂的案件;对诉讼诈骗未得逞的,也可能以诈骗未遂论处。〔43〕

对上述三种观点的异议,以及前述相关分析,已经表明了本文的立场——诉讼诈骗行为成立诈骗罪。除此之外,还有两点值得说明。

首先,由于法院是审判机关,法官具有做出各种财产处分的判决与裁定的法律上的权限,故诉讼诈骗是三角诈骗的典型形式。正因为如此,否认诉讼诈骗成立诈骗罪,意味着否认三角诈骗成立诈骗罪,这会导致诈骗罪的处罚范围过于窄小。如果否认诉讼诈骗成立诈骗罪,而承认其他三角诈骗成立诈骗罪,则明显不协调。例如,前述保姆案,恐怕没有人会主张无罪,但被骗人与被害人并不具有同一性。或许有人将被骗人丙也视为被害人,因而肯定诈骗罪的成立;其实保姆丙本人如同法官一样,并

〔39〕 王作富:《恶意诉讼侵权更符合敲诈勒索罪特征》,《检察日报》2003年2月10日第3版。

〔40〕 参见前引〔1〕, Gunther Arzt \ Ulrich Weber 书, S. 429ff; 前引〔34〕, 前田雅英书, 第249页。

〔41〕 参见前引〔26〕, 大冢仁书, 第275页。

〔42〕 如果说这是否认诈骗罪的理由,那么它同样也是否认敲诈勒索罪的理由。

〔43〕 前引〔23〕, 曾根威彦书, 第151页。

没有遭受财产损失,现实上主人乙是被害人。也许有人提出,乙不是被害人,因为他完全可以向保姆索赔;可是,即便如此,乙也正是因为遭受了财产损失,才可以向保姆丙索赔;而乙之所以遭受财产损失,当然是甲的诈骗行为所致。同样,在诉讼诈骗中,被害人之所以遭受财产损失,也是因为行为人实施了欺骗性诉讼行为。所以,只要肯定保姆案成立诈骗罪,就没有理由否认诉讼诈骗成立诈骗罪。退一步说,即使认为,因为可以将保姆案中的保姆丙视为广义的被害人,所以肯定诈骗罪的成立,那么,在诉讼诈骗中,也可以将法院的法官视为广义的被害人而肯定诈骗罪的成立。

其次,旧中国刑法没有规定诉讼诈骗罪,但实务上一致肯定诉讼诈骗成立诈骗罪。例如,旧中国最高法院 1939 年上字第 3912 号判决指出:“上诉人提出伪契,对于他人所有之山场林木,诉请判令归其所有,即系向法院施用诈术,使将第三人之物交付于己,虽其结果败诉,仍于行使伪造私文书罪外,成立诈欺未遂罪名。”旧中国最高法院 1940 年上字第 2118 号判决指出:“上诉人因权利人提起民事诉讼向其追取租仔,先后在受诉法院提出伪契,主张受当该田,及已代为赎回,否认付租义务,自系连续行使伪造私文书,以诈术图得财产上不法之利益,既经民事判决胜诉确定在案,其诈欺即属既遂。”^[44]笔者认为,这种司法传统具有借鉴价值。

总而言之,诉讼诈骗是三角诈骗的典型形式,应当以诈骗罪论处。

四、债权凭证诈骗

三角诈骗除诉讼诈骗外,还广泛存在于利用债权凭证骗取他人财物的情形。这里的债权凭证,并不是严格在民商法意义上使用的概念,在本文中包括一切据以取得金钱、其他财产或者进行消费的凭证,如票据、有价证券、有价票证、信用卡、存折、邮政汇款取款通知单等。但是,利用债权凭证取得财物的行为,并非一概属于三角诈骗,其中既有典型的二者间诈骗,也有成立盗窃等罪的情形。对此,应根据诈骗罪(包括三角诈骗)的基本特征区分诈骗罪与其他犯罪。限于篇幅,下面仅就司法实践中经常面临的几种情形进行探讨。

根据刑法第 196 条的规定,信用卡诈骗包括使用伪造的信用卡、使用作废的信用卡、冒用他人信用卡、恶意透支四种表现形式。这几种行为都可能表现为三角诈骗的形式。例如,被告人甲拾取乙的信用卡后,在特约商户丙处冒用乙的信用卡(冒用他人信用卡)。至少在没有透支的范围内,乙是被害人,丙是受骗人,因而属于三角诈骗,而非成立侵占罪。再如,被告人甲与发卡银行乙签订合同,取得自己名义的信用卡。当信用卡中没有资金时,甲隐瞒自己没有归还能力与意图的事实,在特约商户丙处使用信用卡购买大量商品,事后虽经发卡银行催收但拒不归还(恶意透支的一种情形)。虽然国外刑法理论就谁是被害人、甲所骗取是丙的财物(商品)还是乙的财产性利益还存在争议,但通说认为,甲的行为属于三角诈骗。因为根据信用卡的机能与相关规则,当行为人出示信用卡并签名,从特约商户获得商品或者服务后,由特约商户将出卖商品或提供服务的相关记录提交给发卡银行,再由发卡银行向特约商户支付相应的款项。所以,真正的被害人并不是特约商户,而是发卡银行。但是,受骗人却是特约商户,其处分行为使得发行银行承担了支付商品或者服务费用的债务,反过来说,根据金融规则,特约商户处于可以使发卡银行承担债务的权限或地位。因此,行为人的行为属于三角诈骗。^[45]

从前述关于诈骗罪以及三角诈骗的构造可以看出,信用卡诈骗罪中使用伪造的、作废的信用卡、冒用他人的信用卡与恶意透支行为,并不包括在自动取款机上的使用、冒用与透支行为。既然是信用卡“诈骗”罪,那么,就应当有因为受骗而处分财产的人,“机器不可能被骗”,所以,刑法第 196 条中的“使用”、“冒用”应限定为对“人”使用、冒用。换言之,利用信用卡从自动取款机中非法取得财物的,很

[44] 转引自林山田:《刑法各罪论》上册,作者发行 1999 年增订 2 版,第 412 页。

[45] 参见前引[1],西田典之,第 190 页以下。

难认定为“诈骗”，认定为盗窃罪更为合适。例如，将类似硬币的金属片投入自动售货机中，从而取得自动售货机中的商品的行为，不可能成立诈骗罪，只能成立盗窃罪。同样，将他人的信用卡插入自动取款机中提取现金的，也只成立盗窃罪。^[46] 如果将使用他人信用卡在自动取款机上提取现金的行为认定为诈骗罪，那就意味着，即使行为不具有诈骗罪的“因受欺骗而处分财产”的本质要素，也成立信用卡诈骗罪，这便使金融诈骗罪丧失了特别诈骗罪的性质。果真如此，相对于刑法第266条关于诈骗罪的规定而言，刑法关于金融诈骗罪的规定就不是特别规定，而成为补充规定。当刑法关于金融诈骗罪的规定成为普通诈骗罪的补充规定时，根据法条适用的规则，如果某种行为既符合金融诈骗罪的规定（补充规定），又符合刑法第266条的规定（基本规定），就不应适用补充规定（第192条至第198条），而应适用基本规定（第266条），但这本身就违反了刑法第266条关于“本法另有规定依照规定”的规定。换言之，由于刑法第266条明显将金融诈骗罪视为特别规定，所以，只有当某种行为在符合了普通规定的前提下，进一步具备特别规定所要求的特别要件时，才可能符合特别规定。在自动取款机上使用、冒用他人信用卡或者透支的行为，并不符合普通诈骗罪的构成要件，因而也不可能符合金融诈骗罪的构成要件，只能认定为盗窃罪。

根据刑法第196条第3款的规定，盗窃信用卡并使用的，以盗窃罪论处。应当认为，该规定属于法律拟制。即盗窃他人信用卡并使用的行为中，含有冒用他人信用卡的行为；对信用卡本身成立盗窃，对信用卡的使用却属于诈骗。但由于信用卡本身未被评价为刑法上的财物，使用行为导致持卡人遭受财产损失，故刑法将其视为一体以盗窃罪论处。所应注意的是，行为人盗窃他人信用卡、将信用卡上的资金全部使用之后，又利用该信用卡“透支”的行为，则可能另成立信用卡诈骗罪。例如，甲盗窃了乙的信用卡，信用卡中有2万元资金，甲不仅将2万元全部取出，而且在信用卡中没有资金之后，使用该信用卡从特约商户购买商品。后一行为表面上属于恶意透支，实际上并非如此。因为恶意透支只限于持卡人本人透支，而本案中甲的“透支”行为，完全符合冒用他人信用卡的要件，况且后一行为侵犯的不再是乙的财产，而是发卡银行的财产；故后一行为属于前述三角诈骗的情形，应另认定为信用卡诈骗罪。当然，如果甲只是在自动取款机上“透支”，则仅成立盗窃罪（前一行为侵犯了乙的财产，后一行为侵犯了发卡银行的财产）。

盗窃（或者拾取）他人存折后，使用各种欺骗手段（如使用伪造的身份证等）欺骗银行职员，进而支取存款的行为，是司法实践中的常见犯罪。德国、日本等国均认定为盗窃罪（拾取时为侵占罪）与诈骗罪。因为在德国、日本等国，盗窃、侵占罪的成立不以“数额较大”为条件，存折本身被评价为盗窃、侵占罪的对象，因此，行为人就存折本身成立盗窃罪或侵占罪。又由于欺骗银行职员支取存款的行为侵害了新的法益，所以另成立诈骗罪。^[47] 但是，我国刑法规定盗窃、侵占数额较大或者多次盗窃才成立犯罪，因此存折本身难以评价为盗窃罪、侵占罪的对象。然而，存折又是可以支取存款的关键凭证，于是，司法实践中，对于盗窃或者拾取他人存折后，使用各种欺骗手段支取存款的行为，存在不同做法（有的认定为盗窃罪或侵占罪，有的认定为诈骗罪）。形成共识、求得统一是当务之急。

最高人民法院1997年11月4日《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第5条就盗窃罪的数额计算有如下规定：“记名的有价支付凭证、有价证券、有价票证，如果票面价值已定并能即时兑现的，如活期存折、已到期的定期存折和已填上金额的支票，以及不需证明手续即可提取货物的提货单等，按票面数额和案发时应得的利息或者可提货物的价值计算。如果票面价值未定，但已经兑现的，按实际兑现的财物价值计算；尚未兑现的，可作为定罪量刑的情节。不能即时兑现的记名有价

[46] 当然，如果将自动取款机视为人的意思的延伸，或者是人的代理，进而将行为认定为诈骗罪，也不失为一种思路。但这种思路会导致诈骗与盗窃丧失明确界限。

[47] 参见[日]伊藤涉：《有关信用卡的犯罪》，《法学教室》2001年第6期，第43页；日本最高裁判所1950年2月24日判决，日本《最高裁判所刑事判例集》第4卷第2号，第255页。

支付凭证、有价证券、有价票证或者能即时兑现的有价支付凭证、有价证券、有价票证已被销毁、丢弃，而失主可以通过挂失、补领、补办手续等方式避免实际损失的，票面数额不作为定罪量刑的标准，但可作为定罪量刑的情节。”据此，盗窃可以即时兑现的活期存折、已到期的定期存折后，即使没有支取存款，也应按存折上的数额认定为盗窃罪。至于盗窃不能即时兑现的存折，使用欺骗手段通过银行职员支取存款的行为，上述司法解释没有暗示应当认定为盗窃罪还是诈骗罪。这便存在需要讨论的问题。

首先，盗窃或者拾取未到期的定期存折或者其他不能即时支取存款的存折，然后欺骗银行职员，支取他人存款的，应当如何处理？本文的回答是，这种行为属于三角诈骗，应认定为诈骗罪。因为根据《储蓄管理条例》第29条的规定，“未到期的定期储蓄存款，储户提前支取的，必须持存单和存款人的身份证明办理；代储户支取的，代支取人还必须持其身份证明。”因此，盗窃或者拾取他人未到期的定期存折而支取存款的，必然欺骗银行职员，导致银行职员交付被害人的存款，因而形成三角诈骗。基于同样的理由，盗窃或者拾取他人的其他不能即时兑现的存折，欺骗银行职员支取他人存款的，也属于三角诈骗。

其次，盗窃或者拾取他人可以即时兑现的活期存折、已经到期的定期存折后，通过银行职员支取存款的行为，究竟是成立盗窃罪、侵占罪还是诈骗罪？本文认为，正确的结论是后者而不是前者。盗窃或者拾取存折并不等于盗窃、拾取了存折所显示的存款，如果不将存折评价为财物，便难以认定盗窃、拾取存折的行为本身构成盗窃罪、侵占罪。诚然，如果不使用任何欺骗手段便可以利用所盗窃、拾取的存折支取存款，认定为盗窃罪、侵占罪也未尝不可。但应注意的是，利用所盗窃、拾取的存折提取存款的行为，都属于对银行职员的欺骗行为。因为《中国人民银行关于执行〈储蓄管理条例〉的若干规定》第38条规定：“储蓄机构发现有伪造、涂改存单和冒领存款者，应扣留存单（折），并报有关部门进行处理。”这表明，原则上只能由本人支取存款，当他人代存款人支取存款时，必须征得存款人同意，并备有相应证件，否则便属于冒领存款。而盗窃或者拾取他人存折后向银行职员申请支取存款的行为，必然属于欺骗银行职员的冒领行为；如果银行职员发现属于冒领行为，必然扣留存款；银行职员之所以支付存款，是因为行为人的冒领行为导致银行职员误认为其征得了存款人的同意。所以，银行职员支付存款的行为，是基于认识错误将存款人的存款交付给行为人。与此同时，银行职员又具有根据存折支付存款的权限与地位，所以，行为人盗窃或者拾取他人可以即时兑现的活期存折、已经到期的定期存折而冒领存款，导致他人遭受财产损失的，也属于三角诈骗，应认定为诈骗罪。^[48]

最后，盗窃或者拾取他人存折后，通过自动取款机支取存款的行为应如何处理？本文认为，应认定为盗窃罪。对于盗窃存折后从自动取款机支取存款的行为，认定为盗窃罪可能没有疑问。因为这里只有盗窃行为，并不存在使他人受骗进行处分财产的诈骗行为。疑问在于拾取他人存折后从自动取款机支取存款的行为性质。有的司法机关之所以将这种行为认定为侵占，可能是因为存折是拾取的，而且可以凭存折任意支取存款，故拾取存折就如同拾取了存款。但本文仍存疑问。一方面，存折本身并不等同于存款，拾取存折不等于刑法上的侵占遗忘物。另一方面，存款由银行占有，而且是由银行替存款人占有，在刑法上，存款仍然属存款人所有；行为人利用拾取的存折从自动取款机支取存款的行为，属于违反银行与存款人的意志，以不被银行和存款人所知的平和方式将银行占有的、存款人所有的存款转移为自己占有的行为，完全符合盗窃罪的特征。

对于盗窃或者拾取他人储蓄卡（借记卡）后，利用该储蓄卡支取存款的行为，也应当按上述原则区分（三角）诈骗罪与盗窃罪。

盗窃或者拾取他人的邮政汇款取款通知单（以下简称汇款单），然后欺骗邮政职员，提取他人汇款的，属于三角诈骗，应认定为诈骗罪。

[48] 虽然在民法上，存款属银行占有和所有，存款人只是享有债权。行为人利用欺骗手段提取他人存款的行为似乎属于二者间诈骗。但在刑法上，由于存款人丧失了债权，而成为实际的被害人，所以，认定为三角诈骗比较合适。

首先,当邮政职员没有过错因而邮政局不承担“将汇款补兑给汇款人或收款人”的责任时,属于三角诈骗。根据《国内邮政汇兑业务处理规则》第13条的规定,领取汇款时,应由收款人在汇款单上签章,填写本人有效身份证件名称、号码、发证机关等,并验交本人有效证件。委托他人代领时,应凭收款人有效证件及代领人有效证件,由代领人签章领款。收款人为单位时,应加盖与汇款单上的收款单位相一致的单位公章,凭取款人有效证件签章领取。因此,当行为人盗窃或者拾取他人汇款单后,冒领他人汇款时,属于诈骗罪中的欺骗行为;邮政局占有了收款人或汇款人的款项,由于受骗而处分了汇款;同时邮政职员又具有根据汇款单处分汇款的权限与地位;邮政职员的处分行为没有过错,因而并没有导致邮政局承担补兑责任(邮政局没有遭受财产损失),只是导致收款人或汇款人遭受损失。因此,邮政职员是受骗人,收款人或汇款人为被害人。这属于三角诈骗,而不应认定为盗窃罪或者侵占罪。例如,某学校的专职收发员甲,利用自己负责收发工作的便利条件,将他人汇给本校教师乙的5000元汇款单拿走,并以欺骗手段加盖本单位公章后,在邮政局取款时声称乙出国学习,从而取走汇款。汇款单只是一种取款凭证,在我国没有被评价为财物,所以不能认定为盗窃罪。汇款由邮政局占有,实际的所有人为乙或者汇款人,所以认定为职务侵占罪与贪污罪也不妥当。邮政职员具有按汇款单支付汇款的权限,其受欺骗后支付汇款的行为,导致乙或者汇款人财产遭受损失,但乙显然没有受骗,也没有交付财产。因此,甲的行为属于三角诈骗,认定为诈骗罪较为合适。

其次,行为人盗窃或者拾取他人汇款单后,采取欺骗手段使邮政职员支付汇款,因为邮政职员的过错等原因导致邮政局应当承担“将汇款补兑给汇款人或收款人”的责任时,由于直接遭受财产损失的是邮政局,而不是邮政职员本人,故在理论上也属于三角诈骗。即行为人欺骗邮政职员,使邮政职员处分了邮政局的财产,邮政职员为受骗人,邮政局为被害人,同样属于三角诈骗。我国理论界可能认为这种情况属于二者间诈骗,即将邮政职员与邮政局视为一体,都属于被害人。事实上,这种情况在国外被认定为三角诈骗。^[49]不过,这种分歧不会影响案件的性质。

概而言之,信用卡诈骗罪中的冒用、使用、恶意透支行为仅限于对“人”使用;行为人盗窃、拾取他人的存折、储蓄卡、汇款单等债权凭证后,使用欺骗手段通过银行、邮政局等机构的职员取得财产,导致他人遭受财产损失的,属于三角诈骗,成立诈骗罪;但是,利用盗窃或者拾取的债权凭证通过自动取款机提取现金的,应当认定为盗窃罪。

Abstract: As to a swindling act, if the swindled, i. e. the person who has the right to dispose the property in question, and the victims are not the same, the act belongs to the tripartite fraud. With the essence of the crime of swindling, tripartite fraud meets also all the other constitutive requirements of the crime. The key difference between tripartite fraud and the crime of theft lies in that, whether the swindled actually has the right to dispose the property in question or stays in a position enabled to dispose the victims' property. Fraud by lawsuit is a kind of typical tripartite fraud, which should be regarded as the crime of swindling. The act of using others' documents of obligation to acquire property illegally, however, should be properly distinguished between the tripartite fraud and other crimes.

Key Words: the tripartite fraud, fraud by lawsuit, fraud by using others' documents of obligation

[49] 例如,日本学者西田典之在讨论三角诈骗罪时列举的适例是:“行为人欺骗银行的支店长,进而接受了融资时,被欺骗者与处分行为者(交付者)是该支店长,但被害人是银行。”(前引[1],西田典之,第188页)。