

CPI

第9卷

刑事法判解

Criminal Precedents and Interpretation

陈兴良 / 主编

【个罪研究】

- 诈骗罪研究

【刑法适用】

- 罪刑相当原则的司法实现
- 论同种数罪的并罚
- 五论慎杀
- 死缓的法律适用问题研究
- 论盗窃信用卡并使用

【案例研究】

- 擅自向金融机构开立单位存款帐户用以担保个人贷款的定性分析
- 财产能否成为盗窃罪对象问题研究
- 医学需要的胎儿性别鉴定行为属于非法行医

CPR&I

刑事法判解

第100卷 1号 第1期

【刑事法】

【刑事法】

【刑事法】

【刑事法】

【刑事法】

【刑事法】

【刑事法】

【刑事法】

【刑事法】

【刑事法】

【刑事法】

【刑事法】

D914
20/9



刑事法判解

Criminal Precedents and Interpretation

陈兴良 / 主编 周光权 / 副主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑事法判解. 第9卷/陈兴良主编. —北京:法律出版社,
2005.6

ISBN 7-5036-5642-5

I. 刑… II. 陈… III. 刑法—判例—研究—中国
IV. D924.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 052441 号

©法律出版社·中国

责任编辑/张旭辉

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法学学术出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶松

开本/787×960毫米 1/16

印张/11.25 字数/220千

版本/2005年7月第1版

印次/2005年7月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

销售热线/010-63939792/9779

传真/010-63939777

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-5642-5/D·5359 定价:20.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

● 主编简介

主 编： 陈兴良，男，汉族，1957年生，浙江义乌人。北京大学法学学士（1981），中国人民大学法学硕士（1984）、法学博士（1997）。1984年至1997年在中国人民大学法学院任教，先后任助教、讲师、副教授、教授，1984年被评为博士生导师。自1998年至今任北京大学法学院教授、博士生导师、法学院副院长。兼任北京大学刑事法理论研究所所长、中国法学会刑法学研究会副会长、中国犯罪学研究会副会长。主要研究领域为中国刑法学、刑法哲学。主要科研成果包括：《刑法哲学》、《刑法的人性基础》、《刑法的价值构造》、《本体刑法学》等，发表论文近200篇。系国家教委首批跨世纪优秀人才（1997），享受国务院政府特殊津贴（1997）；获全国杰出青年法学家称号（1999），获教育部高校青年教师奖（2001），北京市优秀教师（2004）；教育部社会科学委员会委员（2004），国家社会科学基金项目学科评审组专家（2004）；新世纪“百千万人才工程”国家级人选（2004），教育部“长江学者”特聘教授（2004）。

副主编： 周光权，男，汉族，1968年生，重庆市人。四川大学法学学士（1992），中国人民大学法学博士（1999）。1999年起在清华大学法学院任教，现为副教授。兼任中国法学会刑法学研究会副秘书长。主要研究领域为中国刑法学、刑法思想史。主要科研成果包括：《刑法学的向度》、《法治视野中的刑法客观主义》、《刑法诸问题的新表述》等，发表论文90余篇。获第七届北京市哲学社会科学优秀成果二等奖（2002）；第三届“胡绳青年学术奖”（2003）；清华大学“学术新人奖”（2004）；中国青年法律学术奖（法鼎奖）银奖（2005）。

○约稿函

《刑事法判解》是由北京大学法学院陈兴良教授任主编、清华大学法学院副教授周光权任副主编，法律出版社出版的刑事法学类连续出版物。

自第7卷始，《刑事法判解》进行了适度改版。

改版目的：使出版物更为贴近司法实务，更具有针对性，更能够解决实际问题；同时，在更短的周期内能够刊发更多作者的稿件。

改版范围：涉及内容选题、文章篇幅、版式诸方面。

改版后的栏目：包括【个罪研究】、【刑法适用】、【刑事诉讼法适用】、【刑事审判资料】、【审判实务】、【问题与争鸣】、【判例研究】、【案例研究】等。

我们始终如一地坚持的编辑宗旨是：“反映刑事司法领域的新问题，提出指导司法实务的真见解”。

我们诚挚地欢迎关心中国刑事法制进程的同仁向《刑事法判解》惠赐大作，稿件篇幅不限，但以不超过2万字为宜。我们承诺：自收到作者投稿之日起1个月内，无论刊用与否，都会将稿件处理意见告知作者。但因人力所限，来稿恕不退还。大作一经采用，即付稿酬。

致信处：清华大学法学院

致信人：周光权

邮编：100084

电子邮件：gqzhou@mail.tsinghua.edu.cn

注释体例

全文采页下注，每页重新编号。格式为：作者；书名；出版社及出版年份；页码。

范例

〔著作类〕张明楷：《刑法分则的解释原理》，中国人民大学出版社2004年版，第21页。

〔主编类〕陈兴良主编：《刑法学》，复旦大学出版社2003年版，第113页。

〔译注类〕[日]大塚仁：《刑法概说》（各论），第3版，冯军译，中国人民大学出版社2003年版，第56页。

〔杂志论文类〕季卫东：“程序比较论”，载《比较法研究》1993年第1期。

〔文集论文类〕周光权：“特殊防卫权研究”，载陈兴良主编：《刑事法评论》（第13卷），中国政法大学出版社2003年版，第586页。



卷首语

我2005年4月28日晚上在北航法学院进行了一场“罪刑法定司法化”的讲演。讲演过后的提问阶段,一位听众向我提了这么一个问题:为什么目前我国法学家都纷纷开始关注司法问题,这里的学术意义何在?我对此作了以下回答:我国法学家从关注立法到关注司法的学术视角的转变,正好反映了我国法治建设的历史进程。我国的法治建设经历了一个从以解决无法可依问题为主的立法中心到以解决有法必依问题为主的司法中心的演进。在20世纪80年代,我国开始了法治建设的进程,这个时期我国刚从十年浩劫中走出来,社会生活基本上处于一种无法可依的状况,在这种情况下,我国以1979年刑法、刑事诉讼法的颁布为标志,开始了一个大规模的立法运动。在这里,我之所以采用“运动”一词,是想表明这场立法活动法律制定的数量之多、持续时间之长,都是前所未有的。由于我国处于社会转型时期,社会生活变动剧烈,法律也不得不随之而修改。在80年代第一轮大规模立法以后,在90年代后期又开始了以法律修改为主的第二轮大规模的立法活动。尽管制定出来的法律未必完美无缺,但毕竟基本上解决了无法可依的问题,极大地推动了我国法治建设的发展。但随着立法活动的完成,司法的重要性日益凸显。只有通过卓有成效的司法活动,法律才能被适用于解决各种社会纠纷,在现实生活中发挥其应有的作用。在这种情况下,我国司法体制与法治目标的不适应性逐渐突出,因而我国启动了司法体制改革。尽管司法体制改革尚未完成,但正是通过司法体制改革,学者的关注点开始投向司法领域。可以说,从关注立法到关注司法,这种学术重心的转变,既反映了我国法治建设的进程,也是我国学者理论自觉的真实反映。

《刑事法判解》就是一种以推进我国司法的法治化为目标学术努力之一,尤其是以刑事法的判例与解释为研究的重心。本卷的内容虽然主要涉及刑事司法问题,但作者都能够从法理高度进行探讨,因而具有较强的学术性。

在“个案研究”栏目中,周光权的“诈骗罪研究”一文,对诈骗罪进行了较为细致的分析,对于我们正确理解诈骗罪的本质特征具有重要意义。该文将诈骗行为分解为以下4个环节:一是欺诈行为;二是对方错误;三是处分行为;四是财产损害。在此,对犯罪人来说,实施的是欺诈行为,对方错误是欺诈行为所造成的他人(或者第三人)主观上认识错误这样一种结果。而就受骗人而言,实施的是基于主观认识错误的处分行为,即交付财物,而财产损害只不过是这种处分行为的结果。由此可见,诈骗行为是由诈骗人与受骗人双方的行为构成的。惟有如此,才能对诈骗罪加以正确的把握。

在“刑法适用”栏目中,臧德胜的“罪刑相当原则的司法实现”站在实证与实际的立场上,对罪刑相当的司法化问题进行了讨论。由于作者本人在法院工作,对司法实践有着切身的感受,因而本文的视角是独特的,结论也具有启发性。陈平璽、朱铁军的“论同种数罪的并罚”一文,对同种数罪是否并罚的问题作了新探讨。传统观点认为在我国刑法中同种数罪是不并罚的。司法实践中也是这么做的。但同种数罪之不并罚虽有司法便利之利而有司法粗放之弊。尤其是由于它限制了数罪并罚原则的适用,违背了刑法分则对具体犯罪的法定刑是为犯一罪而设置的原理,人为地提高了刑法分则的法定刑。不仅如此,同种数罪不并罚,也使得罪数理论中的诸多概念,例如徐行犯、接续犯、连续犯、惯犯等丧失其存在的基础。因为只有在同种数罪并罚的语境下,这些概念才有存在的意义。本文在对同种数罪并罚问题的探讨中,虽未全盘肯定,但也提出了在某些特定情况下,例如同种数罪中存在不同的犯罪形态或者行为人在同种数罪中处于不同地位的情形下应当并罚。这种探讨当然是具有积极意义的,但也会带来问题,例如甲杀害乙丙而既遂,按照一般做法不并罚;但甲杀乙未遂杀丙既遂则并罚。那么,在上述两种情形下在量刑上如何协调,就是一个值得研究的问题。崔敏教授的“五论慎杀”,可谓激愤之作。作者从云南丽江对一起抢劫、盗窃价值不菲的兰花而对两名被告人判处死刑的案件出发,对慎杀问题再一次作了发聋震聩的大声疾呼。其情溢于言辞之中,令人动容。这个案件提出了人的生命价值问题,人命真的不如几盆兰花值钱吗?国人的生命价值观确实有待改善。在《刑事法判解》第7卷,曾经发表过崔敏教授的“四论慎杀——从一起故意伤害案的判决再谈死刑的适用”一文,表达了崔敏教授对死刑的一些真知灼见。今年2月23日,崔敏教授给我来信曰:“近日看到云南丽江对‘兰花大盗’判处了死刑。这可真是视人命为草菅,应验了那句‘草菅人命’的成语。在‘国家尊重和保障人权’已写入宪法的今天,竟然又出现了如此蔑视人权的判决,我感到无以名状的悲哀。遂又提笔写了‘五论慎杀’一文,现送你审阅,或可在《刑事法判解》发表。”对于崔敏教授这种对慎杀原则的一如既往的维护精神,作为学者,我们应当给予最大的敬意。杨志斌的“死缓的法律适用问题研究”,也是站在司法角度,对慎杀原则的进一步展开。死缓制度本身就是慎杀的产物,但由于死缓适用条件在刑法上规定得极其概括,因而杀之慎与不慎就完全取决于司法机关。司法权在死刑问题上之大,由此可见一斑。本文对死缓适用中的一些问题作了探讨,我认为具有积极意义的。王丹的“论盗窃信用卡并使用”一文,对盗窃信用卡并使用的问题结合司法实践进行了法理上的分析。从我国刑法第196条第3款的规定来看,盗窃信用卡后的使用行为,实际上是一种不可罚的事后行为。因此,盗窃信用卡是盗窃罪的表现之一,对此应以盗窃罪论处。当然,由于信用卡本身的特殊性,盗窃信用卡并使用的行为在定罪中存在一些值得研究的疑难问题,本文对此的探讨具有一定的现实意义。

在“刑事诉讼法适用”栏目中,高一飞的“评我国辩诉交易的实践”一文,结合具体案例对辩诉交易制度进行了有益的探讨。辩诉交易是美国广泛采用的一种司法制度。对于实现诉讼效率具有重大意义。我国刑事诉讼法学界对这一制度进行了介绍,在司法实践中也有大胆的尝试,本文对此进行了评述。我认为,辩诉交易制度中体现的协商性、和解性以及刑事诉讼的谦抑性等法律理念都是值得赞许的。当然,在我国推行辩诉交易制度还会受到实事求是等理念

的障碍。张华的“刑事简易程序适用问题研究”一文,对司法机关在刑事简易程序适用中的若干疑难问题作了探讨,对于司法实践中刑事简易程序的适用是有参考价值的。陈瑞瑞的“论令状搜查”一文,主要对外国的令状搜查制度作了介绍,并对我国刑事诉讼搜查制度进行了考察,这种比较法的方法之引入是十分必要的。

在“问题探究”栏目中,邓英华的“罚金刑执行难的实证研究”一文,针对目前司法实践中广泛存在的罚金刑执行难的问题,采用实证方法进行了分析,尤其作者提出罚金刑的执行和实现不应当是其主要目的,而应是一种手段,一种使犯罪人复归社会的良好手段,我国的罚金刑从立法到执行都应当进一步走向轻缓化和人性化的理念,是值得赞许的。黄河的“交通肇事罪司法解释评析”一文,对有关交通肇事罪的司法解释涉及的疑难问题进行了研究,提出了作者本人的见解,对于正确地理解关于交通肇事罪的司法解释具有一定的帮助。吴波的“票据诈骗罪争议问题探析”一文,对票据诈骗罪认定中的疑难问题进行了探讨,尤其是关于票据的使用与冒用等问题的分析,都是十分可取的。林维的“抢劫罪责任年龄研究”一文根据抢劫罪的不同情形,例如特别物品抢劫罪、转化型抢劫罪和拟制型抢劫罪的刑事责任年龄问题进行了细致研究,对于正确适用刑法第17条第2款具有重要意义。

在“疑案争鸣”栏目中,专门探讨了张进强驾车撞人致死案,该案既涉及事实认定问题又涉及法律适用问题,一审法院以过失致人死亡罪判处,而二审法院则改判为故意杀人罪。由此可见,这是一起疑难案件。孙运策和陈轶的论文分别对本案进行了分析,孙文认为本案应定过失致人死亡罪,陈文认为本案应定故意杀人罪,分别支持了一审与二审的判决。这里主要涉及的过失与故意的区分问题,我相信这一争鸣式的探讨对读者是会有启发的。

在“案例研究”栏目中,郝茂林的“擅自金融机构开立单位存款账户用以担保个人贷款的定性分析”一文,对两起涉及挪用公款的案例进行了研究,主要涉及以公款存款账户担保形式构成的挪用公款罪中的有关法律问题。康伟的“虚拟财产能否成为盗窃罪对象问题研究——对一起网络兵器失窃案的分析”一文,主要探讨了虚拟财产能否成为盗窃罪的对象问题,这种探讨是具有针对性且具有前瞻性的。邓楚开、王绿英的“非医学需要的胎儿性别鉴定行为属于非法行医——陈某非法行医案分析”一文,涉及非医学需要的胎儿性别鉴定行为之定性问题。这是一个当前正在讨论的问题,社会公众对于非医学需要的胎儿性别鉴定行为的犯罪化争议甚大,而本文则认为通过扩大解释可以直接将这种行为涵括在非法行医罪中以该罪论处。这种观点是否可取,值得展开讨论。

本卷是《刑事法判解》的第9卷,我相信随着《刑事法判解》的逐卷推出,必将形成其独具特色的实践品格,从而推动我国法治的发展。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋春寓所

2005年5月4日

○ 目录

I	卷首语	陈兴良
【个罪研究】		
01	诈骗罪研究	周光权
【刑法适用】		
17	罪刑相当原则的司法实现	臧德胜
32	论同种数罪的并罚	陈平建 朱铁军
40	五论慎杀	崔 敏
48	死缓的法律适用问题研究	杨志斌
55	论盗窃信用卡并使用	王 丹
【刑事诉讼法适用】		
62	评我国辩诉交易的实践	高一飞
79	刑事简易程序适用问题研究	张 华
85	论令状搜查	陈珊珊
【问题探究】		
95	罚金刑执行难的实证研究	邓英华
108	交通肇事罪司法解释评析	黄 河
122	票据诈骗罪争议问题探析	吴 波
128	抢劫罪责任年龄研究	林 维
【疑案争鸣】		
138	张进强驾车撞人致死案	
141	张进强的行为构成过失致人死亡	孙运梁

- 148 张进强的行为构成间接故意杀人
——以刑事推定作为区分间接故意与过于自信过失的
辅助手段 陈 轶

【案例研究】

- 155 擅自在金融机构开立单位存款账户用以担保个人贷款的
定性分析 郝茂林
- 160 虚拟财产能否成为盗窃罪对象问题研究
——对一起网络兵器失窃案的分析 康 伟
- 168 非医学需要的胎儿性别鉴定行为属于非法行医
——陈某非法行医案分析 邓楚开 王绿英

○【个罪研究】

诈骗罪研究

■ 周光权*

目次

- 一、行为
- 二、对象
- 三、故意
- 四、认定

诈骗罪,是指以非法占有为目的,欺骗他人,根据被欺骗者的处分行为取得财物或者财产性利益的行为。

诈骗罪虽然是常见、多发型犯罪,但是司法机关在适用该罪过程中,遇到很多较为复杂的问题,例如,什么是欺骗他人使之陷入错误,骗取和盗窃如何区分,招摇撞骗和诈骗之间是何关系,诉讼诈骗行为以诈骗罪处理是否妥当等?本文拟结合这些问题进行讨论。

一、行为

本罪在客观方面表现为行为人欺骗他人,并使之处分财物的行为(骗取),其基本构造是实施欺诈行为→使他人产生或者继续维持错误认识→他人由此实施处分(或交付)财产行为→行为人获得或者使第三人获得财产→被害人遭受财产损失。欺诈行为和财物转移的结果之间有相当因果关系时即为已足。

(一) 欺诈行为

欺诈行为,是指虚构事实、隐瞒真相,使他人陷入错误的行为。“虚构事实”,是指

* 法学博士、清华大学法学院副教授。

捏造客观上并不存在或者根本不可能发生的事实。虚构的事实可以是全部,也可以是部分;可以是过去或者现在的事实,也可以是将来的事实。隐瞒真相,是指行为人明知对方已经陷入错误,有义务告知对方某种真实事实,而故意不告知,使对方在受蒙蔽的情况下“自愿”交付财物,例如隐瞒他人已履行债务的事实,再次接收他人财物的行为,或者隐瞒财产抵押的事实而将其出卖的,都可能构成诈骗罪。

欺诈行为的手段、方式没有限制,可以是对事实做出虚假描述,也可以是对事物做出价值判断或者其他意思表示;可以是语言,也可以是动作;可以直截了当地实施,也可以间接、隐讳地告诉被害人。

欺诈行为,原则上必须使一般人产生认识错误,从而做出有关处分财产或者财产性利益的行为。但是,明知被害人特别容易上当受骗,而进行欺骗,虽然一般人不可能被欺骗,但被害人因为贪图便宜,或者有过失而受骗并处分财物的,只要欺骗行为具有招致他人陷入错误的性质,就是欺诈行为。当然,在一般商业惯例许可或者社会容忍范围内对商品作夸张性介绍,而交易本身还有讨价还价余地的,不是诈骗罪中的欺诈,有成立虚假广告罪的可能性。虚假的宣传超越一般商业惯例许可或者社会容忍范围,且由此骗取他人财物的,则可以成为欺诈。

本罪从开始实施欺诈行为时为着手,被害人是否陷入错误不影响诈骗着手的成立。以赌博为名,设置圈套实施诈骗的场合,赌博行为开始就是着手,对方是否陷入错误并将财物投入到赌博活动中,对犯罪成立没有影响;在诉讼诈欺的场合,向法院提起民事诉讼时为着手。

被欺骗者基于处分行为而交付财物,行为者领得财物的,构成本罪既遂。在不动产的场合,现实的转移登记终了时为既遂。着手实施欺诈行为,但由于意志以外的原因未取得财物的,是诈骗未遂,情节严重的,也应当定罪处罚。

(二)对方错误

这里的“对方”,通常是财物的被害人,但是也不限于被害人,包括财产占有人或者所有人,以及其他在法律或者事实上具有处分财产的权限或者处于可以处分财产地位的人。换言之,从本罪的构成要件上看,被诈骗的人和遭受财产损失被害人,可以是不同的人。这是因为诈骗罪的本质是基于他人的意思瑕疵而非法取得财物,所以,只要具有基于处分权人的意思取得财物的事实即为已足,是否基于财物所有人或者占有人的意思取得财物,在所不问。因此,在受骗人和被害人并不同一的“三角诈骗”场合,仍然有成立诈骗罪的可能。欺骗没有财产处分权的人,不可能构成本罪,例如,欺骗登记人员,让其进行消灭抵押权的登记,由于登记人员并没有处分抵押权的权限,所以,欺骗行为即使让对方陷入错误,该行为在刑法上也没有意义,就不可能诈骗。

欺诈行为必须要使对方陷入错误,从而有处分财产的可能性。使对方陷入错误,包括使对方误认为:应当将其占有的财物转移给行为人;或者是自己的财物属于他人所有,应当归还他人;或者是将自己的财物转移他人后会产生更大的回报;以及将自己的财物转移后他人会按承诺时间返还。

实施欺诈行为,但他人被骗以后并没有处分财产,行为人即使最终取得财物,也不是通过欺诈行为得逞的,就不应当构成本罪。例如,假扮顾客选购金银首饰时,对售货员诈称旁边另有顾客需要售货员帮助,待其离开后将财物放入怀中离开商场的,行为人虽然有欺骗售货员的行为,但对方错误以及由此而产生的自愿交付行为都不存在,行为的实质是违反售货员的意思取得对财物的占有,不构成诈骗罪,而构成盗窃罪。

对欺诈行为是否使对方陷入错误的判断,应当结合案件的具体情况按照一般的经验法则从交易的性质、财产的种类、被害人的知识、经验、职业等判断。行为人知道对手特别容易上当受骗而加以欺诈的,或者知道对手谨小慎微不易上当而加以欺骗的,只要对方财产处分有错误感觉,就成立本罪的欺诈;此外,被害者是否有贪图便宜的心理或者有其他过失,都对欺诈的成立没有影响。

实施欺诈行为,但尚未使对方陷入错误,对方只是基于怜悯、不堪烦扰等原因交付财物的,或者为抓住诈骗者的把柄在警方安排下交付财物的,欺诈行为和财物转移之间的因果关系欠缺,构成诈骗罪的未遂。

欺诈行为必须对人实施,使人产生认识上的瑕疵从而交付财物,这才谈得上“对方错误”的问题。对机械实施欺骗行为,例如将金属片投入自动贩卖机购物的行为,捡拾信用卡后从自动取款机中取出现金的行为,^①都只构成盗窃罪。这说明诈骗罪一定是对“人”实施的犯罪。

(三)处分行为

学者指出:“处分行为是诈骗罪中没有记载的构成要素,是区分盗窃罪和诈骗罪的关键。”^②处分行为,是指被害人基于认识上的错觉而“自愿地”交付财物,或者处分财产上的利益。换言之,处分行为表现为直接交付财产,或者承诺使行为人取得财产,或者承诺转移财产性利益,或者承诺免除行为人的债务。因此,将处分行为限定为被害人交付财物,是过于狭隘地理解了诈骗罪中“处分”的含义。

与他人处分财产相对应的是行为人获得财产。行为人获得财产,包括两种情况:一是积极财产的增加,如将被害人的财物转移为行为人所有;二是消极财产的减少,如使对方免除或者减少行为人的债务。使用欺诈方法使自己缴纳应当缴纳的费用,就属于使对方免除或者减少行为人的债务的行为,有成立诈骗罪的可能。

例1,2001年5月至8月,张某为少交铁路运费,编造某市“兴发磷肥厂”、“红光化肥厂”厂名,并使用伪造的公章和化肥购销合同,以发送化肥的名义,通过铁路运输磷矿粉124车,总计7418吨,少交铁路运费38万余元。张某是否构成(合同)诈骗罪?

无论是合同诈骗罪,还是诈骗罪的成立,都会遇到同样的问题:通过欺骗方法免除债务,获得利益,但没有直接从对方手中骗取财物的,是否属于对方处分了财物?有的

^① 行为人利用捡拾的信用卡,通过银行职员的业务行为取得现金的,属于冒用他人信用卡的行为,应当构成信用卡诈骗罪。

^② [日]大谷实:《刑法各论》,黎宏译,法律出版社2003年版,第190页。

学者认为,诈骗犯罪都是以财产为对象,劳务、利益不能成为诈骗犯罪的对象,在我国刑法中所规定的诈骗罪,不包含“服务欺诈”、利益诈骗这样的情形。同时,侵犯财产型犯罪是基于对物权的侵害,而不是基于对债权的侵害,对于债权的侵害原则上属于民事范畴。铁路运输费用应该属于债权,不给、少给运输费用属于合同性质,不属于刑法上诈骗犯罪的范畴。^①

但是,这种观点并不正确。虽然刑法第266条将“财物”规定为本罪对象,但是,将财物扩大解释为财产和利益,并无不妥。就正如刑法第385条将受贿罪限定为索取或者收受他人“财物”的行为,理论上都将财物扩大解释为包括金钱和可以用金钱计算的财物,还包括其他物质性利益。^②难道在受贿罪中将财物解释为包括财产上的利益不违反罪刑法定,在诈骗罪中做类似解释就违反罪刑法定?在虚构事实、隐瞒真相,骗逃铁路运费,以及其他少缴费用(如高速公路通行费)的场合,行为人使用了欺诈方法,使对方陷入错误,对方基于认识错误免除、减少行为人债务的行为,是一种对财产上的利益的处分行为;这种由行为人的欺诈行为所产生的处分行为,使行为人获得利益,使对方受到损害,完全可以成立诈骗罪。惟其如此,对法益的周延保护才可能实现。

处分行为包括处分意思、处分举动、处分权限等内容。处分意思是指对转移财产占有或财产性利益及其所引起的结果有认识,对完全没有处分意思的幼儿、高度精神病人实施欺诈行为,取得财物的,构成盗窃罪而不构成诈骗罪。

处分意思,必须具有明确性、具体性,处分者不仅要认识到自己在处分一定的财物,还必须对于自己正在处分的对象的特殊性、具体性有较为清楚的意识。否则,行为人可能成立盗窃罪,而非诈骗罪(意识的处分行为必要性说)。^③

例2,罪犯A在超市乘营业员不注意之机,打开不同价位白酒的外包装,置换商品,将5瓶价值高昂的“五粮液”酒放入价格相对较低的“郎酒”包装盒中,在超市交款台交少量现金给收银员B,骗得价值较高的财物的,是否成立诈骗罪?

由于超市收银员B按照本单位规定对商品外包装上的条形码进行扫描,然后进行收款,其对处分的财物不是“郎酒”,而是已经被调包的“五粮液”酒的事实不知情,对正在处分的财物的特殊性缺乏认识,就谈不上是有“意识的处分行为”,将“五粮液”酒交付给行为人,属于无意识的处分行为,财物交付对于其按照超市规定进行工作的行为谈不上是被欺骗以后交付财物,所以行为人只构成盗窃罪,而非诈骗罪,取得财物的关键手段在于“调包”这种秘密窃取行为。

成立诈骗罪,行为人取得财物和被害人的交付、处分之间必须具有因果关系。但欺骗他人使其抛弃、放弃财物,行为人由此取得财物的,是成立盗窃罪、诈骗罪还是侵占罪,理论上是有争议。不过,我认为,在使他人放弃财物,而行为人能够立即捡拾的场合,

① 类似的看法,请参见尹净:“骗逃铁路运费是否构成合同诈骗罪”,载《人民检察》2005年第2期。

② 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2000年版,第636页。

③ [日]山中敬一:《刑法各论I》,成文堂2004年版,第327页。

仍然以成立诈骗罪为宜,因为被欺骗者的处分行为致使行为者的占有事实上成为可能,行为人事后立即取得财物,从整体上看属于骗取;财产交付并不绝对地以被害人亲手将财物交给行为人为限。当然,欺骗他人,使之放弃财物,而行为人时隔很久才捡拾的场合,是否可以成立侵占罪,还值得研究。^①

(四) 财产损害

比较形式化的观点认为,只要他人基于行为人的欺骗行为交付、处分财物,就成立诈骗罪,没有必要考虑诈骗行为是否给被害人造成了财产性损害。但是,这种观点属于少数说。通说认为,诈骗罪的成立要求有财产的损害发生。至于如何判断财产损失,则存在个别财产损失说和整体财产损失说的争议。

个别财产损失说认为,诈骗罪所造成的损害是被害人个别财产的丧失,没有行为人的欺诈行为,被害人就不会交付财物,财产占有就不会丧失,因交付而丧失占有就是财产损失的内容,即使行为人向被害人支付了相当的对价,也对诈骗罪的成立没有影响。^②整体财产损失说认为,使用欺骗方法骗取财物,但同时支付了相当价值的财物,被害人财产的整体并未受到损害,所以在此场合不成立诈骗罪。^③

单纯从理论上讲,个别财产损失说更为周延。因为对于被害人来说,财物是基于欺骗者的行为而丧失的,由于丧失财物,其对财物的使用、收益、处分的权益自然也丧失,所以存在财产损害。

但是,从司法实务操作的便利上考虑,整体财产损失说并不是毫无合理之处。司法机关往往以诈骗行为人最终给被害人造成的实际经济损失数额作为定罪量刑的标准,因为一方面,在欺骗他人并同时给付对价的场合,交易关系事实上存在。另一方面,在市场经济条件下,财产损害以价值是否实际减少为评价尺度,在有商品交易存在时,即使被害人因为受到欺骗而交付了财产,但是只要对方向其支付了价值大致相当的物品,使其经济目的得到了满足,很难说有较大的实质上财产损害,此时“必须把权利人失去的财产与其所得到的回报两方面结合起来考察,才能最终确定其是否有实质的经济上的财产损害以及损害的多寡。如果只考虑被骗者交付财产这一面,以此作为判断财产损害的根据,完全不看行为人同时向其支付了价值相当的财物这一面,这是不公平合理,也是不能为社会公众所接受的”。^④

由此,我们不难理解:在司法实务中,对支付相当价值的财物后骗取财物的,原则上都不定诈骗罪,有必要以犯罪进行追究的,按照行为实际构成的罪名处理。例如,生产、销售假冒伪劣商品,明显具有欺骗性质,但其目的是获取非法利润,其行为特质是通过市场交易用提供一定商品的方式取得他人财产,而不是无任何代价地占有他人财物,所

① 尤其是欺骗他人,使之抛弃彩票或者奖券,行为人全凭运气,事后用捡拾的彩票或者奖券兑现了高额现金的,是成立侵占罪,还是诈骗罪,更是值得讨论的问题。

② [日]中山研一:《概说刑法II》,成文堂2000年版,第150页。

③ [日]西山富夫编:《刑法通说各论》,八千代出版株式会社1998年版,第113页。

④ 刘明祥:《财产罪比较研究》,中国政法大学出版社2001年版,第246页。

以,构成生产、销售伪劣商品犯罪,而不构成诈骗罪。当然,单纯利用他人无知或者贪财图利心理,以价值极其低廉的物品冒充价值高昂的商品骗取他人财物的,既不存在实质的商品交易,也不属于向对方支付对价然后取得财物,属于典型的诈骗行为,例如以铝制品冒充白金饰品的,不构成销售伪劣商品罪,而只构成诈骗罪。

按照刑法第266条的规定,诈骗公私财物,数额较大的,才构成本罪。诈骗数额的认定,在司法实践中一直是一个难题。按照司法解释,诈骗数额应当以行为人实际骗取的数额认定。^① 在这里有两个问题值得讨论:(1)诈骗罪犯为确保犯罪得逞,其诈骗手段或者使用的道具等包含一定价值的成本,在计算犯罪数额时,是否要扣除成本,还是将被被害人所交付的财物总额作为犯罪数额而不考虑犯罪成本问题。例如,甲以30万元的价格订购A品牌的最高档次手表,钟表店老板却将A品牌价值2万元的低档手表交给顾客,诈骗数额是30万元,还是28万元,就值得讨论。实践中一般会扣除诈骗犯罪成本,以28万元作为犯罪数额。但似乎以被害人所交付的财物总额作为犯罪数额为宜。(2)在行为人使用欺诈方法获得的财产中,有犯罪人应当得到的部分(正当权利),是否要扣除权利部分计算犯罪数额? 实务的立场是:如果骗取的财物中,哪些属于行为人的权利部分,哪些属于超越权利的部分能够分清,就应当以超越权利部分作为犯罪数额计算。但如果由于诈骗行为所针对的目的物不可分割,犯罪人享有财产权利的比例是多少难以确定的,实际骗取数额应当是行为人使用欺诈方法所取得的财物的全体。不过,如果严格坚持个别财产损害说,既然是犯罪人用诈骗方法取得他人财物,从保护法益的角度看,诈骗犯罪数额应当以被害人交付、处分的全部财物成立诈骗罪,即使在行为人应当得到的部分和超越权利的部分能够分清的情况下,也应如此处理。

二、对象

本罪的行为对象是他人占有的财物,主要是动产,也包括不动产,因为欺骗对方使之对不动产做出处分,行为人就可以取得不动产的占有权。欺骗他人,但直接侵害的是公共利益的,不构成侵害个人财产法益的诈骗罪,例如伪造账簿少缴税款、假报出口骗取国家出口退税款的,分别构成偷税罪、骗取出口退税罪,而不是诈骗罪。

问题是在:基于欺骗人的行为而交付的财物是所谓的“不法原因给付”的场合,是否成立诈骗罪?

例3,甲通过人事局长乙开后门,为丙的儿子安排了工作后,然后对丙诈称乙向其索贿1万元,丙无奈将1万元交与甲,甲迅速将该款消费,其是否构成诈骗罪?

例4,A托B暗杀C,并约定事成之后给B现金5万元,B并未真正杀C,但数日后编造已杀C的事实,从A处拿走5万元现金,B的行为是否构成诈骗罪?

对类似问题,对财产罪保护法益的理解不同,在是否成立诈骗罪问题上就有不同观点。

^① 最高人民法院《关于审理诈骗案件具体应用法律若干问题的解释》(1996年12月24日)。