

武大
刑事法
论坛

WUHAN UNIVERSITY FORUM ON CRIMINAL LAW

武汉大学刑事法研究中心 主办
刘明祥 主编

中国人民公安大学出版社



第一卷



D914.04
17/1

武汉大学刑事法研究中心 主办

武大刑事法论坛

(第一卷)

WUHAN UNIVERSITY FORUM ON CRIMINAL LAW

学术顾问: 马克昌
主 编: 刘明祥
副 主 编: 林亚刚



中国人民公安大学出版社
· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

武大刑事法论坛. 第1卷/刘明祥主编. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2005.6

ISBN 7-81109-096-1

I. 武... II. 刘... III. 刑法—文集
IV. D914.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 054378 号

武大刑事法论坛 (第一卷)

WUHAN UNIVERSITY FORUM ON CRIMINAL LAW

刘明祥 主编

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京蓝空印刷厂

版 次: 2005 年 6 月第 1 版

印 次: 2005 年 6 月第 1 次

印 张: 22.25

开 本: 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

字 数: 447 千字

印 数: 0001 ~ 2000 册

ISBN 7-81109-096-1/D·091

定 价: 48.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 侵权必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

www.jgclub.com.cn

武大刑事法论坛

编辑委员会

学术顾问 马克昌

主 编 刘明祥

副主编 林亚刚

编 委 (以姓氏笔画为序)

皮 勇 刘明祥 刘艳红 许发民

林亚刚 莫洪宪 康均心

执行编辑 陈家林

发刊词

社会主义法治国家的建设离不开刑事法制度的完善，而健全的刑事法制度又以一定的理论成就为基础，以社会的实际情况为依据。近年来，我国的刑事法学研究取得了长足的进展，新的成果不断涌现，研究方法日趋多元，学术积淀日益深厚，但毋庸讳言，摆在广大刑事法研究者面前的任务还很艰巨。一方面，瞬息万变的科学技术与日新月异的社会变迁，给刑事法研究开辟了新的领域，带来了新的课题；另一方面，传统领域内的基础理论也有与时俱进、进一步深化与反思的必要，而我国刑事法研究的整体水平距离时代的要求和世界先进水平还有较大的差距，因此我们不能盲目地为已取得的成绩沾沾自喜，相反，更应该看到眼前的不足和历史的重托。如何让刑事法理论更好地适应现实社会的客观需要，如何在尽可能短的时间内实现跨越式发展，这是我们刑事法学者必须理性面对的问题。为了能给广大刑事法学者提供一个交流的平台、一处展示研究成果的园地，经过长期的酝酿和筹划，在中国人民公安大学出版社的鼎力支持之下，我们创办了《武大刑事法论坛》，这是武汉大学刑事法研究中心开展学术交流的一个平台。

《武大刑事法论坛》扎根于山清水秀、风景如画的武大校园。长期以来，几代武大学人在刑事法园地辛勤耕耘，取得了令人瞩目的成就，也形成了自己的学科特点。我们寄希望于这一出版物能显露特色、形成优势、创出自己的品牌。

《武大刑事法论坛》主要刊登“中国刑法学”、“外国刑法学”、“比较刑法学”、“刑事政策学”、“刑事诉讼法学”、“犯罪学”、“监狱学”等学科领域的研究论文。我们的宗旨是以极大的兴趣和热情关注刑事法领域的重大理论和现实问题，遵循“百花齐放、百家争鸣”的方针，提倡在学术研究过程中，独立思考，自由对话，对不同理论观点、学术风格兼容并蓄。无论是知名学者的通识宏论，还是青年学子的创新之见，只要言之成理、持之有故，我们都乐于采用。

创办《武大刑事法论坛》于我们而言是一个艰难的选择，但我们仍对这株学术园地新苗的破土感到由衷的喜悦，同时对它充满信心与期待。我们有决心通

过自己的加倍努力，将其办出特色，办出水平。当然，除了主办者的决心和毅力，更需要全体同仁的爱护与扶持。让我们祝愿它早日成为一棵绿叶成荫、硕果累累的大树，以其独特的风姿展现在法学园林之中，为繁荣我国的刑事法学作出应有的贡献。

马光昌

2005年5月1日

目 录

发刊词	马克昌 \ 1
理论前沿	
论诈骗罪中的财产处分行为	张明楷 \ 1
刑法国际化视野下的 1997 年刑法立法考察	苏彩霞 \ 45
基础理论	
反思刑罚功能的有限性和负面性	张绍谦 \ 73
共同正犯客观行为的理论基础与规范分析	林亚刚 何荣功 \ 87
论抽象的事实认识错误	黎 宏 \ 100
限制加重原则具体适用问题研究 ——以有期徒刑之罪的并罚为例	陈 航 \ 113
合目的论与我国刑法解释	王安异 \ 125
犯罪论体系的性质及其机能	赵 慧 \ 143
论义务冲突中“义务”的来源	黄旭巍 \ 153
不真正不作为犯构造新论	张亚军 \ 163
国外刑法	
简论英美刑法中的犯罪要素	谢望原 \ 173
论英国刑法中的犯罪故意	王雨田 \ 190
可罚的违法性理论 ——评析与借鉴	程 皓 \ 203

国际刑法

论普遍管辖的实践障碍及其克服

黄俊平 \ 217

网络犯罪与安全

论网络犯罪与我国网络安全立法之发展

——《中华人民共和国计算机信息系统安全保护条例》

施行 10 年回顾

皮 勇 \ 240

刑法空间效力原则在网络空间的适用及其面临的挑战

——一个比较的分析

杨彩霞 \ 252

犯罪学

西方犯罪学理论的构建和评价

莫洪宪 张鸿巍 \ 270

青少年犯罪：一种精神心理解释

康均心 \ 280

犯罪中心主义与被害人学的产生与发展

高维俭 \ 297

刑事政策学

论刑事政策

王良顺 \ 310

博士论文摘登

法条竞合类型论

安 翱 \ 320

征稿启事

346

论诈骗罪中的财产处分行为*

张明楷**

理论前沿

内容提要：诈骗罪中受骗者的财产处分行为在其“认识错误”与行为人的“取得财产”之间起连接作用，并具有区分诈骗罪与盗窃罪的机能，财产处分者必须是受骗者，在两者间诈骗的情况下，财产处分者既可能是财产所有者，也可能是财产的单纯占有者。三角诈骗的成立，要求受骗者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。处分财产，是指受骗者基于认识错误将财产转移给行为人或第三者占有，不要求有转移财产所有权或其他本权的意思表示。处分行为既可以表现为直接交付，也可以表现为间接交付；既可以是法律行为，也可以是事实行为；既可以是积极的举动，也可以是忍受与不作为。处分行为本身必须导致财物与财产性利益的直接转移（直接性要件）。处分行为以具有处分意识为前提，但对处分意识应该缓和理解。处分行为的有无还必须联系刑法上的占有概念进行认定。

大陆法系国家的刑法理论与审判实践普遍认为，除了行为对象与行为人的故意与目的之外，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：

* 本文是作者承担的国家社会科学基金项目《金融诈骗犯罪疑难问题研究》的阶段性成果之一。

** 清华大学法学院教授、博士生导师。

行为人实施欺骗行为——对方陷入或者继续维持^①认识错误——对方基于认识错误处分（或交付）财产——行为人取得或者使第三者取得财产——被害人遭受财产损失。^②“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’。”^③日本判例主张，“成立诈骗罪，要求被欺骗者基于错误实施某种财产处分行为”。^④旧中国的判例指出：“诈欺取财罪之构成要件，在行为者欺罔他人，使其陷于错误，而为交付，从而取得本人或第三者所持之财物是也。故本罪之成立，要以加害者有不法而取得财物之意思，实施诈欺行为，被害者因此行为致表意有所错误，而其结果为财产上之处分受其损害，若取得之财物不由于被害者交付之决意，不得认为本罪之完成。”^⑤英美刑法理论也认为，成立诈骗财物罪，除了主观上必须故意或者轻率地实施欺骗行为，不诚实取得财物并怀有永久性剥夺他人财产的意图之外，客观上必须存在欺骗行为，欺骗行为必须作用了人的大脑，行为人或第三者取得了财物（结果），欺骗行为与被禁止的结果之间必须存在因果关系。^⑥本文仅讨论诈骗罪中的被骗者（或被害人）的财产处分行为。

一般来说，处分行为，是指受骗者基于认识错误将财产转移给行为人或第三者的行为。旧中国1928年刑法与1935刑法使用的都是“交付”一词。日本刑法第246条使用的也是“交付”一词，但在刑法理论上，几乎没有区别地使用“交付”、“处分”这两个概念。^⑦由于诈骗罪的对象除了狭义的财物之外，还包

① 在他人已有错误的情况下，英美刑法要求强化错误。事实上，强化错误与继续维持错误的本质意义相同，所以本文除少数场合外，通常在相同意义上使用这两个表述。

② Vgl. Gunther Arzt/Ulrich Weber, Strafrecht Besonderer Teil Lehrbuch, Verlag Ernst und Werner Gieseking 2000, S.458; [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；[韩]吴昌植编译：《韩国侵犯财产罪判例》，清华大学出版社2004年版，第99页以下。财产损失是否是既遂要素，还存在争议。

③ [日]平野龙一：《犯罪论の诸问题各论》（下），有斐阁1982年版，第329页。

④ 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。

⑤ 大理院1013年上字第34号，褚剑鸿：《刑法分则释论》，台湾商务印书馆1995年2次增订版，第1239页。

⑥ Janet Dine & James Gobert, Cases & Materials on Criminal Law, 2nd. ed., Blackstone Press Limited 1998, PP. 391-393; Richard Card, Criminal Law, 14th ed., Butterwords 1998, PP. 303-316.

⑦ 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230页。在1995年实行用语平易化之前，日本刑法第246条的表述是“欺罔他人骗取财物”。但在1995年以前，日本刑法理论就普遍使用“处分行为”一词。

括财产性利益^①，故“处分”似乎比“交付”更为贴切。所以，本文一般使用“处分”概念。

一、处分行为要素的根据与机能

在国外刑法理论上，极少数学者认为，处分行为不是诈骗罪的构成要件要素，如日本学者内田文昭指出：“‘处分行为’本身，并不是诈骗罪的独立成立要件，只不过可以作为确认‘利益转移’的因果性契机。”^②但刑法理论的通说与审判实践，都将处分行为作为诈骗罪的构成要件（以既遂为模式）要素。我国刑法理论虽然较少使用“处分行为”概念，但大都认为被害人必须“自愿地交付财产”，这便是处分行为。如前所述，处分行为作为诈骗罪构成要件要素，并没有成文刑法的明文规定；通说之所以将它作为不成文的构成要件要素，是因为有以下两个方面的主要依据：第一，诈骗罪与敲诈勒索罪一样，以行为人基于他人有瑕疵的意思而取得财物或者财产性利益为构成要件要素。^③在诈骗罪中，处分行为是在“欺骗行为”以及基于欺骗行为引起“认识错误”，与行为人“取得财产”之间起连接作用的要素。如果缺乏受骗者的处分行为，即使行为人取得了财产，也不能认定为“骗取”了财产。^④第二，在以被害方（广义）的处分行为为构成要件要素这一点上，诈骗罪与违反被害人意思而取得财物的盗窃罪相区别。在以财物为对象的场合，由于诈骗罪要求处分行为，所以盗窃罪与诈骗罪处于相互排斥的关系，而不会竞合。也因为如此，处分行为存在与否，成为区分诈骗罪与盗窃罪的关键。易言之，由于处分行为这一要素，具有区分行为人是基于被害人的意思取得财产，还是违反被害人的意思取得财产的机能，所以形成了如下关系：如果对作为诈骗罪要素的处分行为作狭窄的理解，盗窃罪的成立范围就宽；反之，如果对处分行为作宽泛的肯定，就扩大了诈骗罪的成立范围，进

① 对此，笔者将另撰文探讨。

② [日]内田文昭：《刑法各论》，青林书院1979年版，第309页。

③ 与此相对，盗窃罪、抢劫罪是违反被害人的意思夺取财物。如果认为抢劫罪的对象包含财产性利益，并认为，抢劫财产性利益的犯罪不要求被害人的处分行为，那么，财产处分行为就是诈骗罪与敲诈勒索罪的共通要件。

④ 参见[日]福田平：《刑法解释学的基本问题》，有斐阁1975年版，第204页。

而盗窃罪的成立范围就相应地缩小。^①

对于上述两方面的根据,也有学者提出异议。首先,关于处分行为的因果关系作用。持异议的学者指出:“即使没有处分行为,错误与损害之间也可能有因果关系。例如,通过欺骗行为使对方将注意力转移他处,从而乘机夺取财物时,就明显具有因果关系,但尽管如此,也不能认定为诈骗罪。”^②其次,关于诈骗罪与盗窃罪的区别。持异议的学者指出,一方面,根据上述见解,在对象是财物的场合,处分行为的有无成为区分诈骗罪与盗窃罪的关键。但是,诈骗罪的对象不仅限于财物,而且可以是财产性利益。在对象为财产性利益的场合,处分行为要件成为区分有罪与无罪(因为在日本,盗窃财产性利益不成立盗窃罪)的基准。“但是,在对象是财物的场合与对象是财产性利益的场合,不应当将处分行为要件的内容作不同的解释。”^③另一方面,以盗窃与诈骗竞合时在罪数论上难以处理为由,而不承认盗窃与诈骗的竞合的观点,是存在疑问的。“在德国,诈骗与盗窃竞合时,多数见解认为是想象竞合。但是,在这种场合,由于实质上只有一个法益受侵害,故该见解存在疑问。如果认为是法条竞合,那么,以何种犯罪处断使成为问题。有学说认为,由于盗窃罪重于诈骗罪,故应以盗窃罪处断。但是,认为盗窃罪重于诈骗罪是没有理由的。像这样的在法条竞合时难以判断两个罪中的哪一个罪优先,从而排除适用另一罪的情形,也可能存在于其他场合……不管怎么说,只有决定了盗窃罪、诈骗罪各自独立的成立范围后,才能明确两罪的关系。所以,认为只要行为成立盗窃罪它就不符合诈骗罪的成立要件的前提观点,是没有理由的。”^④

那么,将处分行为作为构成要件要素的根据何在呢?持上述异议的学者指出:“处分行为要件,必须由诈骗罪固有的本质、目的提供根据。刑法规定诈骗罪是通过确保公正交易来保护财产。因此,仅仅基于错误产生财产损失还不足以成立诈骗罪,其间必须介入被害人关于财产转移的意思决定。被害人因受欺骗而

① 参见[日]井田良:《处分行为(交付行为)の意义》,载西田典之、山口厚:《刑法の争点》,有斐阁2000年版,第174页。在德国、日本、韩国等国家,在以财产性利益为对象的场合,如果不存在受骗者的处分行为,并认为“盗窃财产性利益”不可罚时,那么,处分行为的存在与否,就成为区分诈骗罪与盗窃财产性利益的不可罚行为的关键。如果对作为诈骗罪要素的处分行为作狭窄的理解,盗窃财产性利益的不可罚的范围就宽;反之,如果对处分行为作宽泛的肯定,就扩大了诈骗罪的成立范围,进而因盗窃财产性利益而不可罚的范围就缩小。

② [日]林干人:《詐欺罪における处分行为》,载芝原邦尔等:《刑法理论の现代的展开——各论》,日本评论社1996年版,第213页。

③ [日]林干人:《刑法各论》,东京大学出版会1999年版,第237页。

④ 同②,第214页。

导致错误的结果——实际上不是自由的，作为自己的意识，必须具有自由地就财产处分作出决定的意识，必须基于这种意识转移财产。另外，财产转移的意思是主观的内容，财产损害是客观的内容。处分行为要件作为连接这一主观的内容与客观的内容之间——不是错误与损害之间——的要素是必要的。”^①

上述观点就通说的两个根据提出了异议，但并没有否认处分行为要件，而是提出了其他根据（以下在本问题范围内简称“少数说”）。本文认为，处分行为的要素作为既遂标志是必须的，而且上述几个方面的根据并不矛盾。

首先，处分行为并不只是单纯地在因欺骗行为而产生的认识错误与财产损害（或行为人取得财产）之间起连接作用，而且还表明了认识错误的内容。因为处分行为是基于认识错误实施的，所以认识错误的内容必须是关于处分财产或转移财产的认识错误，而不是一般意义上的认识错误。换言之，只有当行为人的欺骗行为使受骗者陷入或者继续维持处分财产的认识错误，并基于该认识错误处分财产，从而使行为人或第三者取得财产时，才可能成立诈骗罪的既遂。如果只是要求有处分行为，而不限定认识错误的内容，那么，要么不能划定诈骗罪与盗窃罪的界限，要么不能说明诈骗罪的未遂。例如，行为人声称被害人的女儿在马路上出车祸，趁被害人外出时取走其住宅内的财物。虽然其欺骗行为使被害人产生了认识错误，但该认识错误的内容并不是处分财产，仅此便可以否认诈骗罪的成立。如果仅仅根据没有处分行为而得出不成立诈骗既遂的结论，那便意味着该行为可以成立诈骗未遂，但事实上并非如此。通说认为处分行为在认识错误与取得财产之间起连接作用，“少数说”认为，处分行为在财产转移的意思与财产损害之间起连接作用。两者其实并不矛盾，只不过“少数说”强调说明了“认识错误”仅限于处分财产的认识错误。由此看来，如果受骗者的认识错误与财产处分无关，那么，即使其将财产交付给他人，也不能视为处分行为。例如，顾客隐瞒真实意思试穿西服时，售货员只是让顾客试穿而将西服交给顾客，即使顾客趁机穿着西服离开商店，其行为也不成立诈骗罪。因为售货员所产生的不是处分西服的认识错误，所以其让顾客试穿西服并不属于处分行为。由处分行为限定认识错误的内容，进而使处分行为连接认识错误与财产损害，也能充分说明诈骗罪的本质以及刑法规定诈骗罪的目的。

其次，确定一个犯罪的构成要件内容时，不可能不考虑该罪与相关犯罪的关系。惟此，才能在避免处罚空隙的前提下，使分则各条文所规定的构成要件形成各自的分工。倘若不考虑犯罪之间的关系，那么，要么会导致处罚的漏洞，要么会形成条文之间不必要的交叉重叠。如果在确定盗窃罪的构成要件内容时，不考虑其与诈骗罪的关系，就可以认为所有的诈骗罪都是盗窃罪的间接正犯，因为诈

① [日] 林干人：《诈欺罪における处分行为》，载芝原邦尔等：《刑法理论の现代的展开——各论》，日本评论社1996年版，第215页。

骗行为利用了不知情的受骗者或被害人。同样，如果在确定抢劫罪的构成要件内容时，不考虑其与敲诈勒索罪的关系，就可能放弃对抢劫罪中的暴力、胁迫性质与程度的要求，从而将所有的敲诈勒索行为归入抢劫罪。因此，要求事先分别独立的确定盗窃罪与诈骗罪的构成要件，再考察两者之间的关系，是不合适的。相反，人们在确定诈骗罪的构成要件内容时，必须考虑其与盗窃罪的关系。一方面，不要在诈骗罪与盗窃罪之间形成处罚空隙，使具有可罚性的行为游离于刑法规制之外。因为将值得处罚的行为排除在刑法规制之外，不利于实现刑法保护法益的目的。另一方面，也要避免诈骗罪与盗窃罪的竞合。因为过多的竞合关系虽然可能减少处罚空隙，但不利于案件的处理，进而可能导致处罚不公平。如果认为盗窃罪与诈骗罪之间存在竞合关系，那么，“这个看法会陷入困境。因为不在构成要件上清楚的区分盗窃罪与诈骗罪，必然要面对竞合论处理上的难局。如果认为同时是盗窃罪与诈骗罪，那么，究竟是法条竞合，还是想象竞合？假如认为是法条竞合，要用什么标准决定哪一个法条必须优先适用？倘若认为是想象竞合，又该如何圆说：被破坏的法益只有一个？”^① 稍有不当，就会违背刑法的正义理念。所以，通说为了避免诈骗罪与盗窃罪的竞合而将处分行为作为构成要件要素，也具有合理性。

最后，在德国、日本、韩国等国家，“在对象是财物的场合，处分行为的有无，成为区分诈骗罪与盗窃罪的关键；在对象为财产性利益的场合，处分行为要素成为区分诈骗罪与无罪的基准”，并无不当之处。处分行为在对象不同时所起的作用不同，是因为刑法的规定，即由于德国、日本、韩国等国家刑法规定诈骗罪的对象可以是财物与财产性利益，而盗窃罪的对象只能是财物，所以形成了上述局面，并不是因为通说对处分行为作了不同解释才形成上述局面。实际上可以作以下表述：在对象是财物的场合，处分行为的有无，成为区分诈骗财物与盗窃财物的关键；在对象为财产性利益的场合，处分行为的有无，成为区分诈骗财产性利益与盗窃财产性利益的基准。如果刑法处罚盗窃财产性利益的行为，则处分行为要素在两种情况下都是区分诈骗罪与盗窃罪的基准；但由于德国、日本、韩国等国家的刑法不处罚盗窃财产性利益的行为，所以在对象为财产性利益的场合，处分行为要素成为区分诈骗罪与非罪的基准。笔者主张财产性利益也可能成为盗窃罪的对象，所以即使少数说的上述主张具有合理性，在我国肯定处分行为具有区分诈骗罪与盗窃罪的机能，也无不妥之处。

二、财产处分者必须是受骗者，并具有处分财产的权限或地位

诈骗罪的基本构造是行为人实施欺骗行为，使受骗者产生认识错误并基于该认识错误处分财产，因此财产处分者必须是受骗者。如果财产处分者不是受骗

① 林东茂：《诈欺或窃盗——一个案例的探讨》，载《刑事法》第43卷第2期。

者，而是受骗者之外的第三人，就不能认定财产处分者基于认识错误处分了财产，因而不符合诈骗罪的特征。所以，财产处分者必须是受骗者（理论上对此存在争议，下面会具体讨论）。

在财产处分者（受骗者）与被害人为同一人的情况（两者间的诈骗）下，财产处分者既可能是财产所有者，也可能是财产的单纯占有者。

首先，当财产处分者为财产所有者时，即使其没有占有财产，也可能处分财产。例如，乙从市场购买一件古董后交由丙长期保管。某日，甲冒充警察，声称该古董与某项犯罪有关，需要扣押。乙信以为真，于是打电话给丙，要求丙将古董交给甲，甲将古董据为己有。事实上，该古董与犯罪没有任何关联。从表面上看，是由丙将古董交付于甲，似乎丙是财产处分者，但事实上并非如此。因为丙没有受骗，丙只是根据所有者乙的指示将古董交给甲；而乙是古董的所有者，也是受骗者和财产处分者，乙也有权让丙将古董交给甲。所以，真正处分古董的是乙而不是丙；丙只是乙处分财产的辅助者。此案表明，只要财产处分者是财产的所有者，即使其没有占有财产，也可以处分财产。

其次，当财产处分者不是财产所有者，只是财产占有者时，也可能处分财产。因为如后所述，所谓处分财产，是指将财产转移给行为人或者第三者占有，所以只要占有了财产，即使没有所有权，也可能转移财产的占有。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。正因为如此，在受骗者对财产不享有所有权的情况下，其是否占有财产，就成为区分诈骗罪与其他犯罪的一个重要基准。例如，B进入地铁车厢后，发现自己的座位边上有一个钱包，于是问身边的A：“这是您的钱包吗？”尽管钱包不是A的，但A却说：“是的，谢谢！”于是，B将钱包递给A。如果认为B并没有占有钱包的行为与意思，因此他不可能处分该钱包，那么，A的行为就不成立诈骗罪，只能视钱包的性质认定为侵占罪或盗窃罪。如果认为B已经占有了钱包，则可以认定A的行为成立诈骗罪。

所谓财产的占有者，并不是民法意义上的占有者，而是刑法意义上的占有者，即事实上支配、控制财产的人。至于受骗者是否事实上支配、控制了财产，则需要根据社会的一般观念进行判断。^①

由上可见，财产处分者是否对该财产享有所有权，并不影响诈骗罪的成立。“本罪以使人将本人或第三人之物交付为要件，即其交付之物，不以本人所有为

① 这一问题将在处分行为中详细说明——笔者注。

限，本人持有第三人之物，使之交付，亦然。”^①

问题是，在受骗者与被害人不是同一人的情况（三角诈骗）下，财产处分者与受骗者是否必须同一？换言之，是必须由受骗者处分财产才成立诈骗罪（既遂），还是必须由被害人处分财产才构成诈骗罪（既遂）？国外的少数观点认为，财产处分者必须是被害人，但理由并不相同。

日本学者大塚仁教授认为：“交付财物的人，通常是受骗者本人，但只要处于受受骗者的财产处分行为约束的地位、状态，也可以是与受骗者不同的人。例如，在诉讼诈骗的场合，受骗者是裁判所，但财物的交付者是基于裁判所的命令，现实地提供财物的败诉人等。”^②显然，大塚仁教授是将“财产处分行为”与“交付行为”作为两个不同概念来把握的，即处分财产的是法官，而交付者是败诉者。但是，这种观点难以成立。

首先，诈骗罪中的受骗者的财产处分行为与交付行为完全是在相同意义上使用的概念，在财产处分行为之外另使用意义不同的交付行为概念，既无必要，也不合适。因为诈骗罪的基本构造是通过欺骗行为使对方产生认识错误，对方基于认识错误处分或者交付财产，行为人或第三者取得财产。即使三角诈骗也必须符合这种构造。所以，在处分行为之外使用意义不同的交付行为概念并不妥当。其次，“实质上，大塚仁教授所说的‘交付’，只不过是作为财产处分行为的结果，从属于财产处分行为的事实上的行为，充其量对决定既遂、未遂具有意义。例如，采用欺骗手段，导致接受预订的面包店的店主让店员配送面包时，受骗者、财产处分行为者是店主，事实上‘交付’面包的店员只不过是店主的‘交付’辅助者。通过这种行为导致事实上转移占有时，只不过具有使诈骗罪既遂的机能。”^③如后所述，在处分行为与处分结果之间，完全可能介入处分行为者的辅助者的行为。但在这种场合，不能认为处分行为者的辅助者的行为是处分行为或交付行为。

日本学者团藤重光教授指出：“受骗者与交付者不要求是同一人。可以是欺骗甲而使乙交付。”^④川端博教授指出：“如果采取以下观点，即只要有欺骗行为，并且有谁基于欺骗行为产生了‘财产上的损害’，就完全可能成立诈骗罪，

① 褚剑鸿：《刑法分则释论》，台湾商务印书馆1995年版，第1235页。

② [日]大塚仁：《刑法概说（各论）》，有斐阁1996年版，第252～253页。

③ [日]山中敬一：《诈欺罪における他人の财产に対する处分行为について》，载《关西大学法学论集》2003年第52卷第4、5合并号，第480页。山中教授在注释中还指出：“如果一定要说交付者是店员的话，那么，由于店员是通过店主的错误而自己也陷入了错误，受骗者也是店员，被害人是店主，这便符合三角诈骗的构造。”

④ [日]团藤重光：《刑法纲要各论》，创文社1990年版，第614页。

那么,受骗者与处分行为者就不一定必须一致。”^①这两位学者虽然将处分行为与交付行为视为相同概念,但同时认为财产处分者即交付者可以不是受骗者。笔者不赞成这一结论。

首先,在行为人表面上欺骗 A 实际上欺骗了 B 并使 B 处分财产时,应认为受骗者与财产处分者具有同一性,即在行为人欺骗 A,由 A 将欺骗内容转述给 B,由 B 处分财产的情况下,应认为 B 是受骗者与财产处分者,而不能认定 A 是受骗者, B 是财产处分者。例如,甲欺骗代理人乙,乙将受骗内容转述给被代理人丙,丙误信欺骗内容,从而处分财产给甲或第三者的,应当认为丙通过乙的转述而陷入认识错误,并且基于认识错误处分财产,即丙是受骗者与财产处分人,而不能认为乙是受骗者,丙是财产处分人。因为在这种场合,乙只不过是甲的被利用者,而不是真正的受骗者。当然,如果乙是真正的受骗者,并且由其处分财产的,则乙既是受骗者也是财产处分者(非三角诈骗),两者也是统一的。

其次,更为重要的是,诈骗罪的最基本特征之一,是行为人实施欺骗行为,使受骗者基于认识错误而处分财产。既然财产处分者必须基于认识错误,而产生认识错误的人为受骗者,那么,只有当受骗者处分财产时,才符合诈骗罪的构成要件。换言之,受骗者的认识错误,是支配处分财产者的动机过程,这种动机过程,只能是同一人的内部的心理作用过程。如果受骗者没有处分财产,而是由未受骗的人处分财产,则不可能成立诈骗罪。^②因此,在三角诈骗中,财产处分者只能是受骗者,或者说,三角诈骗的受骗者必须同时是财产处分者。但应说明的是:在两者间的诈骗中,被害人处分的是自己所有或者占有的财产;而在三角诈骗中,受骗者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,是因为受骗者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。例如,在诉讼诈骗中,受骗者是法官,财产处分者也是法官,而不是现实的败诉人。法官之所以能够处分败诉人的财产,是因为法律赋予的裁判权使其具有处分他人财产的权限。所以,在三角诈骗中,不仅要求受骗者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。^③一方面,如果受骗者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,如果受骗者没有处分被害人财产的权限与地位,行为人的行为便完全符合盗窃间接正犯的特征。例如,十余人参加小型会议。散会前,被害人 B 去洗手

① [日]川端博:《集中讲义刑法各论》,成文堂1999年版,第122页。

② Gunther Arzt/Ulrich Weber, Strafrecht Besonderer Teil Lehrbuch, Verlag Ernst und Werner Gieseking 2000, S. 498; [日]西田典之:《刑法各论》,弘文堂1999年版,第188页。

③ Gunther Arzt/Ulrich Weber, Strafrecht Besonderer Teil Lehrbuch, Verlag Ernst und Werner Gieseking 2000, S. 499; [日]大谷实:《刑法各论》,成文堂2001年版,第156页。