

A Guide to Criminal Justice

张仲芳/主编

本集要目

【刑法适用】

金融诈骗罪的共犯问题

【诉讼实务】

死刑案件被告人以刑讯逼供为由翻供的原因及对策

管辖异议、指定管辖、管辖变更实务问题研究

【司法前沿】

关于人民检察院办理死刑二审案件工作程序的若干问题

【证据运用】

走私犯罪案件鉴定结论应用问题研究

【法律释义】

《关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的补充规定（三）》的理解与适用

【疑案剖析】

被害人自愿交付行为的定性分析

总第33集

刑事司法指南



法律出版社
LAW PRESS CHINA

刑事司法指南

2008 年第 1 集(总第 33 集)

主 编：张仲芳

副主编：彭 东 王 军 聂建华

黄 河 史卫忠

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事司法指南. 2008 年. 第 1 集: 总第 33 集 / 张仲芳主编.
—北京: 法律出版社, 2008. 1

ISBN 978 - 7 - 5036 - 8033 - 5

I. 刑… II. 张… III. ①刑法—研究—中国②刑事诉讼法
—研究—中国 IV. D924. 04 D925. 204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 193289 号

©法律出版社·中国

责任编辑/薛 晗

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/法律应用出版分社

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/A5

印张/6.75 字数/162 千

版本/2008 年 4 月第 1 版

印次/2008 年 4 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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

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

书号: ISBN 978 - 7 - 5036 - 8033 - 5 定价: 19.80 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

《刑事司法指南》
2008 年第 1 集(总第 33 集)

顾问委员会

总 顾 问:高铭暄 陈光中 王作富 姜 伟

顾 问:(以姓氏笔画为序)

卞建林 龙宗智 何家弘 张明楷

陈卫东 陈兴良 郎 胜 赵秉志

梁根林 阎敏才

编辑委员会

主 编:张仲芳

副 主 编:彭 东 王 军 聂建华 黄 河

史卫忠

编 委:(以姓氏笔画为序)

卜大军 卢宇蓉 李树昆 李景晗

张凤艳 张寒玉 张晓津 张希靖

贺湘君 侯亚辉 路 飞

通讯编委:苗生明 张道发 殷玉谈 刘永志

周东曙 苑瑞先 吕景文 宋光文

沙 莎 季 刚 蒋永良 沈雪中

张厚琪 施忠华 黄秀强 王景风

鲍 峰 刘在贤 刘光圣 丁维群

朱 华 朱乾坤 李思阳 潘祥均

孙凡示 杨永华 陈雪梅 李志虎

朱绍银 苟军德 孙金梁 焦甸凉

勇 扎

执行编委:张凤艳

启 事

《刑事司法指南》是由最高人民检察院公诉厅编辑,法律出版社出版的刑事司法业务指导性连续出版物,每年定期出四辑。该书自2000年创立后,针对刑事司法实践中遇到的各类热点、难点问题,进行深入、透彻的分析,提供指导性意见,现已成长为一个高质量的图书品牌,得到广大读者的厚爱和支持。为进一步提高质量,本着突出权威、务实、及时、全面、科学的原则,从本期开始,对栏目进行适当调整。主要设立如下栏目:

1. 刑法适用:就刑法理论、犯罪构成、刑罚裁量、个罪认定等刑事实体问题发表权威意见;

2. 诉讼实务:就刑事诉讼实践中的难点和热点问题进行全面而透彻的研究和分析;

3. 司法前沿:及时提供刑事司法活动的最新动态,反映司法前沿的成熟经验和有益探索;

4. 证据运用:就刑事证据的审查判断方法、各类犯罪的证据证明标准、证据规则的完善等问题进行理论研讨和实务论证;

5. 法律释义:邀请法律专家、立法机关、司法机关有关负责人对刑事立法、司法解释的理解与适用发表评论;

6. 疑案剖析:通过对疑难案例所反映的法律问题进行深入剖析,就证据是否确实充分以及疑难犯罪案件的罪与非罪、此罪与彼罪的认定提供指导性意见;

7. 来稿选萃:从来稿中选择有独到见解的观点刊登,就刑事司

法活动的具体问题提出有针对性的解决办法；

8. 文书选登:精选优秀起诉书、公诉意见书、抗诉书、判决书等刑事诉讼文书范例进行选登。

《刑事司法指南》编辑部非常感谢八年来关注本出版物的专家学者、司法工作人员及热心读者,并热忱欢迎大家多提宝贵意见,继续提供各类解决刑事司法实务中热点、难点问题的文章、案例和优秀诉讼文书。来稿请详细注明作者真实姓名(署名听便)、工作单位、通信地址、邮政编码和“专投本刊”,并请自留底稿。凡寄送的案例和诉讼文书,必须是已经发生法律效力的刑事案件,并在寄交稿件时附寄有关的裁判文书。来稿一律不退,如需退稿,请声明并付足邮资。

来稿请寄:北京市北河沿大街147号最高人民检察院公诉厅《刑事司法指南》编辑部收(邮编:100726)。

目 录

【刑法适用】

- 金融诈骗罪的共犯问题 张明楷(1)
试析行贿犯罪涉及的三个问题 陶建平 郑勇(28)

【诉讼实务】

- 死刑案件被告人以刑讯逼供为由翻供的原因及对策
..... 岳宗毅(42)
管辖异议、指定管辖、管辖变更实务问题研究 朱华(56)
宽严相济刑事司法政策实践要素探析
..... 叶亚玲 邓德禄(74)

【司法前沿】

- 关于人民检察院办理死刑二审案件工作程序的
若干问题 王光月 梁现锋 刘明超(99)

【证据运用】

- 走私犯罪案件鉴定结论应用问题研究 刘红欣(123)

【法律释义】

- 《关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的补充

规定(三)》的理解与适用…………… 韩耀元 张玉梅(130)

【疑案剖析】

被害人自愿交付行为的定性分析 …………… 余双彪 周颖(142)

【2008 年刑事法律法规汇编】

【刑法适用】

金融诈骗罪的共犯问题

张明楷*

目 次

一、理论前提

二、金融诈骗罪的身份犯与共犯

(一)不成立金融诈骗罪的情形

(二)一般主体成立金融诈骗罪、金融机构工作人员成立 其他犯罪的情形

(三)可能成立金融诈骗罪共犯的情形

三、金融票证的伪造者与使用者的共同犯罪

对于金融诈骗罪的共犯,应当没有例外地适用刑法总则关于共同犯罪的规定。例如,甲与乙共同故意对银行实施贷款诈骗行为的,应以贷款诈骗罪的共同犯罪论处。本文不讨论这类现象。在司法实践中,一般主体与金融机构工作人员相互勾结实施犯罪

* 清华大学法学院教授、博士生导师。

的情况较为普遍与复杂,刑法理论对这类共犯的处理又存在不同学说,所以需要特别研究。此外,由于金融诈骗大多表现为利用伪造的金融票证骗取财物,所以,伪造金融票证的人或非法取得伪造的金融票证的人与使用伪造的金融票证的人之间,在何种情况下成立共犯,也值得特别关注。

一、理论前提

金融诈骗罪是普通诈骗罪的特殊类型,要了解和认定金融诈骗罪及其共犯问题,首先必须把握普通诈骗罪的构造。

各国刑法分则对诈骗罪构成要件的描述繁简不一。比较完整地规定诈骗罪构成要件的是瑞士刑法第146条第1款。该款规定:“以使自己或他人非法获利为目的,以欺骗、隐瞒或歪曲事实的方法,使他人陷入错误之中,或恶意地增加其错误,以致决定被诈骗者的行为,使被诈骗者或他人遭受财产损失的,处五年以下重惩役或者监禁刑。”据此,诈骗罪的成立,除了主观上必须具有非法占有的意图以外,客观上必须满足:(1)实施欺骗等行为;(2)使受骗者陷入或者强化认识错误;(3)受骗者做出行为人期待的财产处分行为;(4)受骗者或者其他(被害人)遭受财产损失。其他国家的刑法一般没有完整地规定诈骗罪的全部构成要件。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,以虚构、歪曲或者隐瞒事实的方法,使他人陷入或者维持错误,从而造成他人财产损失的,处五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,客观上必须满足:(1)实施虚构、歪曲或隐瞒事实的欺骗行为;(2)导致对方陷入或者继续维持认识错误;(3)造成被害人的财产损失。日本刑法第246条第1项的规定较为简单:“欺骗他人使之交付财物的,处十年以下惩役。”韩国刑法第347条第1款也是如此规定:“欺骗他人而接受他人交付之财物或者取得财产上之利益的,处十年以下劳役或者二百万元以下罚金。”英国1968年《盗

窃罪法》第15条第1款规定：“以永久性剥夺他人财产的意图，通过欺骗方法不诚实地取得属于他人的财物的，处十年以下监禁。”我国刑法第266条仅将诈骗罪的罪状表述为“诈骗公私财物，数额较大”。

尽管大多数国家的刑法对诈骗罪的构成要件规定得比较简短，但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：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日本的判例主张，“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

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. 458ff; [日]平野龙一：《刑法概说》，东京大学出版社1977年版，第212页以下；[日]西田典之：《刑法各论》，弘文堂2007年第4版，第176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。

③ [日]平野龙一：《犯罪论的诸问题（下）各论》，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。

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。”^①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,不诚实地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,欺骗行为必须作用于人的大脑,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。^②

概言之,成立诈骗罪,既要求有实施欺骗行为的主体,也要求有受骗的自然人,而且要求受骗者基于认识错误处分财产。一般来说,受骗者(财产处分人)与被害人具有同一性(二者间诈骗)。但是,在诈骗罪中,也存在受骗者(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,^③其中的受骗者可谓第三人。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。丙是受骗者,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。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。在这种情况下,对甲的行为应认定为诈骗罪。英美刑法也认为诈骗罪的受骗者与财产被害人不必为同一人。即诈骗罪的成立,“不要求从

① 大理院1913年上字第34号,转引自褚剑鸿:《刑法分则释论》,台湾地区商务印书馆1995年2次增订版,第1239页。

② Janet Dine & James Gobert, *Cases & Materials on Criminal Law*, 2nd ed., Blackstone Press Limited 1998, pp. 391 ~ 393; Richard Card, *Criminal Law*, 14th ed., Butterworths 1998, pp. 303 ~ 316.

③ Vgl., Wessels/Hillenkamp, *Strafrecht Besonderer Teil/2*, 23. Auf., C. F. Müller 2000, S. 251; [日]京藤哲久:“三者间诈欺”,载[日]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。

受骗者手中取得财物。因此,如果被告人(一位保险代理人)不诚实地诱使某人与一家保险公司签订保险合同,而且该行为的结果是这家公司给付被告人佣金的,被告人对所骗取的佣金成立诈骗罪。”^①由此看来,诈骗罪中的受骗者与财产被害人不必为同一人。

需要说明的是,在两者间诈骗中,被害人处分的是自己所有或者占有的财产。在被害人为金融机构等单位时,受骗者必须是具有处分单位财产权限或地位的人员,而非任何职员。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被害人财产的地位。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罪间接正犯的特征。例如,在三角诈骗的情形下,受骗者正在参加 10 余人的小型会议。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 立即逃离现场。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者。因此,A 的行为不成立诈骗罪,只能成立盗窃罪。显然,受骗者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,当受骗者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。金融机构的职员是否具有处分财产的权限,不可一概而论。例如,银行等金融机构的职员依据金融凭证等支付现金时,具有处分被害人财产的权限或地位。

刑法第 266 条关于诈骗罪的法条属于普通法条,刑法第 192

^① Richard Card, *Criminal Law*, 14th ed., Butterwords 1998, p. 310.

条至第198条关于金融诈骗罪的法条属于特别法条。一般来说,特别法条的适用,以行为符合普通法条为前提。因为特别法条的要素不仅完全包含普通法条的要素,而且通过特别要素的增加,或者概念要素的特殊化,缩小了犯罪构成要件。特别法条的构成要件是较狭义的“种”,普通法条的构成要件是较广义的“属”;前者是下位概念,后者是上位概念。因此,特别法条的构成要件的实现,必然包含普通法条的构成要件的实现。^① 因此,金融诈骗罪的构造与普通诈骗罪的构造必须相同,具体表现为:行为人实施金融欺骗行为——对方(如金融机构工作人员等)陷入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——行为人取得或者使第三者取得财产——被害人遭受财产损失。

由上可见,如果处分财产的人知道真相、没有受骗,取得财产的人就不可能成立诈骗罪。换言之,自己“骗”自己的,不可能成立诈骗罪;也不可能出现行为人与受骗者共同欺骗同一受骗者的现象,换言之,不可能出现甲与乙共同欺骗乙的现象。例如,甲伪造、变造的国家有价证券出售给知情的对方乙的行为,不可能成立有价证券诈骗罪。因为有价证券诈骗罪以对方陷入认识错误处分财产为条件,如果相对方明知是伪造、变造的国家有价证券而接收并交付财物给行为人的,就完全不符合诈骗罪的构造。所以,双方明知是伪造、变造的国家有价证券而进行买卖的,不成立有价证券诈骗罪(应成立倒卖伪造的有价票证罪)。^② 再如,甲将伪造的现金支票交给银行职员乙,且讲明真相,乙为了使甲得到现金,仍然将现金交付给甲。乙知道真相、没有受骗。既然如此,甲的行为就不成立票据诈骗罪。乙与甲只能成立贪污罪或者职务侵占罪的共

① 陈志辉:《刑法上的法条竞合》,台北:春风煦日论坛,1998年,第43页。

② 张明楷:《诈骗罪与金融诈骗罪研究》,清华大学出版社2006年版,第746页以下。

犯,而非成立票据诈骗罪的共犯。显然,对于这种“内外勾结”的案件,不能不加区分地认定为金融诈骗罪的共犯。

二、金融诈骗罪的身份犯与共犯

司法实践中,一般主体与金融机构工作人员相勾结,非法取得金融机构财产的案件比较普遍。例如,一般公民与银行工作人员相勾结,使用欺骗方法,以贷款名义,非法占有银行贷款;银行工作人员明知一般公民使用伪造的支票而付款;投保人与保险工作人员相勾结,骗取保险金;如此等等。于是出现了这样的问题:一般主体与金融机构工作人员相勾结非法占有金融机构财物的,应当如何处理?广义的内外勾结的犯罪存在不同情形与性质:一是虽然一般主体外表上采取了类似金融诈骗的手段(如使用伪造的票据),但实际上不可能构成金融诈骗罪的情形;二是一般主体实施了金融诈骗行为,但金融机构工作人员成立其他犯罪的情形;三是一般主体与金融机构工作人员可能成立金融诈骗罪共犯的情形。下面分别讨论。

(一)不成立金融诈骗罪的情形

所谓不(可能)成立金融诈骗罪的情形,是指金融机构具有处分权限的工作人员与一般主体相互勾结,以类似金融诈骗的手段贪污、侵占金融机构财产的行为。

金融诈骗罪必须是使用欺骗手段,使具有财产处分权限或者地位的人陷入认识错误进而处分财产。所以,如果一般主体与金融机构中具有财产处分权限或者地位的工作人员相勾结,非法占有金融机构财产的,由于一般人没有欺骗财产处分者,财产处分者没有陷入认识错误,因而不可能成立金融诈骗罪。只能根据金融机构工作人员的身份与财产性质,分别认定为贪污罪或者职务侵占罪。

例如,甲为国有银行某支行行长,乙为该行信贷员,甲、乙与一般公民丙、丁内外勾结,由丙、丁编造引进资金、项目等虚假理由,

向甲、乙所在银行多次申请贷款。丙、丁取得“贷款”后与甲、乙私分,造成银行损失300余万元。从形式上看,丙、丁具有非法占有目的,采取了“编造引进资金、项目等虚假理由”的贷款诈骗手段,也获取了银行的贷款,似乎完全符合贷款诈骗罪的构成要件。其实不然。因为甲具有处分金融机构财产的权限,但他并没有受欺骗,没有陷入处分财产的认识错误,而是与丙、丁通谋将银行财产进行非法转移;甲、乙将银行资金以“贷款”形式转移给丙、丁,并不是贷款诈骗罪中的处分行为,而是贪污的一种形式。所以,只能认定甲、乙、丙、丁成立贪污罪的共犯。同样,如果甲、乙所在银行为民办银行,甲、乙不属于国家工作人员,则甲、乙、丙、丁的行为成立职务侵占罪的共犯,也不成立贷款诈骗罪。

再如,某民办银行工作人员A,与其朋友B串通后,由B持一张伪造的支票(票面金额2万元)到A所在的银行柜台提取现金,A为该伪造的支票付款,然后二人分赃。事后,A谎称付款当时没有发现是伪造的支票。A虽然只是银行的一般工作人员,但由于A直接将银行现金交付给B,所以,B的行为不可能成立票据诈骗罪。虽然A事后欺骗了银行管理人员,但是,这是在已经造成财产损失后为隐瞒真相所实施的欺骗行为,而不是为了取得财产所实施的使他人陷入处分财产的认识错误的欺骗行为,故B的行为不属于票据诈骗行为。另外,由于A与B基于相互串通而非法占有银行财产,所以B根本不存在票据诈骗行为。显然,A、B只成立职务侵占罪的共犯。

不难看出,在行为不符合诈骗罪的构造,因而不可能认定为金融诈骗罪的情况下,即使有金融机构工作人员的参与,也不可能成立金融诈骗罪的共同犯罪。由此看来,仅以一般主体的行为外观为依据,不考察整体行为是否符合金融诈骗罪的构造,便认定为金融诈骗罪的共犯或者金融诈骗罪与其他犯罪的竞合的做法,是存在疑问的。

可是,司法实践中存在不少仅以一般主体的行为外观为依据,将贪污罪、职务侵占罪的共犯认定为金融诈骗罪的情形。究其原因,主要有二:一是断章取义地理解刑法规定,没有将相关条文的项中规定与项前规定结合起来理解,更没有将金融诈骗罪作为诈骗罪的特殊表现形式予以认定。例如,只要行为人使用虚假的证明文件取得贷款,不管有无受骗者,不管受骗者是谁,都认定为贷款诈骗罪。再如,只要行为人使用伪造、变造、作废的汇票、本票、支票,也不管有无受骗者,不管受骗者是否基于认识错误处分财产,都认定为票据诈骗罪。只要行为人使用作废的信用证,不管其是否与银行工作人员勾结,不管银行工作人员是否具有财产处分权限,都认定为信用证诈骗罪。由此看来,司法机关工作人员应当体系性地阅读刑法,完整地理解刑法条文,正确把握金融诈骗罪的构造。二是为了判处重刑(尤其是为了判处死刑)而将职务侵占罪认定为金融诈骗罪。例如,对于一般主体与非国有金融机构中具有处分权限的工作人员相勾结,使用伪造的票据,造成数额特别巨大财产损失的案件,司法机关工作人员可能明知行为人的行为构成职务侵占罪,但由于职务侵占罪的最高刑为15年有期徒刑,为了判处死刑而认定为票据诈骗罪。显然,应当杜绝这种现象。因为这种“定罪量刑”的做法,不仅违反罪刑法定原则,而且构成犯罪,应当追究相关司法工作人员的刑事责任。

(二)一般主体成立金融诈骗罪、金融机构工作人员成立其他犯罪的情形

1. 一般主体成立金融诈骗罪未遂,金融机构工作人员成立其他犯罪的情形

如前所述,在诈骗罪中,受骗者处分财产必须基于认识错误;如果受骗者在没有认识错误的情况下处分财产,即使行为人取得了财产,也不能认定行为人诈骗既遂,只能认定为诈骗未遂。因为在这种情况下,虽然行为人取得了财产,但不具备诈骗罪的特定因