

序 说

诈骗罪是国民身边最常见的犯罪之一,却并不像盗窃罪、抢劫罪那样具有悠久的历史。在大陆法系国家,虽然罗马法中就存在诈骗罪的原型,但即使在加罗林纳刑法典(*Constitutio Criminalis Carolina*)中,也仅处罚与诈骗相关联的伪造铸币、伪造印章、不正当使用度量衡的犯罪;直到1851年,普鲁士刑法典第241条才将诈骗罪从伪造罪中独立出来规定为财产罪。在英美法领域,作为财产犯罪的诈骗概念,在19世纪以后才得以确立,而且其发展过程相当复杂:从伪造罪、不正当使用度量衡罪中分离出来的一部分,与盗窃罪的一部分相结合,形成现在的诈骗罪。^①我国奴隶制时代的刑法、封建制时代的秦汉刑律中也不见诈骗罪,只是隋唐刑法中可见诈欺官私以取财、诈为官私文书以求财、诈疗疾病以取财等诈骗犯罪。^②

但是,诈骗罪又是一种发展变化十分迅速的犯罪类型。换言之,随着社会政治、经济、文化以及人们生活观念与生活方式等方面的变迁,诈骗犯罪的手段、对象、发生率等必然且立即发生变化。例如,在我国由计划经济转换为商品经济之后,合同成为交易的重要手段,合同诈骗迅速增加;在商品流通发达后,以伪劣商品冒充合格商品的诈骗犯罪频繁发生;同样,随着保险业的发展,保险诈骗罪随之也越来越严重;信用卡使用与

① 参见[日]木村光江:《财产犯论の研究》,313页以下,东京,日本评论社,1988。

② 参见张晋藩等:《中国刑法史新论》,368页、410页、439页、457页,北京,人民法院出版社,1992。

信用卡诈骗几乎同时越来越普遍。“可以说,诈骗罪正是‘社会的一面镜子’。”^①

刑法总是对犯罪作出敏感的反应,因而敏感地反映着社会的变化。我国旧刑法只是在第 151 条、第 152 条规定了诈骗罪与惯骗罪。随着经济体制与经济形势的变化,诈骗罪出现了许多新情况,刑事立法上不可避免地作出了反应。全国人大常委会 1993 年 7 月 2 日颁布的《关于惩治生产、销售伪劣商品犯罪的决定》,实际上将部分诈骗罪规定为新的犯罪类型;全国人大常委会 1995 年 6 月 30 日通过的《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》,将金融诈骗罪从普通诈骗罪中独立出来,从刑事立法上确立了新的犯罪类型;1997 年的新刑法不仅纳入了上述两个决定的全部内容,而且增加了有价证券诈骗罪与合同诈骗罪。

诈骗罪是基于被害人(广义)有瑕疵的意思而转移财产的犯罪。单纯从被害人的意志这一点来衡量,或许其当罚性小于违反被害人意志而转移财产的盗窃罪。可是,诈骗罪属于智能犯,而且渗透到经济交易中,故比盗窃罪的危险更为严重。虽然在经济交易中不得不容忍某种程度的欺诈,但容忍的结局是,诈骗也因此堂而皇之地进入交易世界并具有其根基,这便严重扰乱了交易秩序。所以,日本判例指出:“处罚诈骗罪这样的以侵害他人财产权为本质的犯罪,不只是为了单纯保护被害人的财产权,而且因为采取这种违法手段的行为具有扰乱社会秩序的危险。”^②在德国,也有学者(如 Mezger)认为,诈骗罪的保护法益除财产外还包括财产的法交易中的诚实信用。^③或许也是基于这样的考虑,我国现行刑法将各种金融诈骗罪、合同诈骗罪独立于普通诈骗罪之外,规定于“破坏社会主义市场经济秩序罪”之中;于是,金融诈骗罪、合同诈骗罪的法益不只是财产,还包括金融秩序、市场经济秩序。

① [日]木村光江:《詐欺罪の研究》,12 页,东京,东京都立大学出版会,2000。

② 日本最高裁判所 1950 年 7 月 4 日判决,载日本《最高裁判所刑事判例集》,第 4 卷第 7 号,1168 页。

③ 参见[日]团藤重光:《刑法纲要各论》,3 版,605 页,东京,创文社,1990。当然,德国也有学者认为,保障交易安全与诚实信用,只是处罚诈骗罪的反射效果(Cramer, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, 26. Aufl., C. H. Beck 2001, S. 2052)。

在世界范围内,像我国刑法这样,将各种具体的金融诈骗行为系统地类型化在刑法典中,实属罕见。我国刑法关于金融诈骗罪构成要件的规定,大体上存在以下特点。

首先,即使一些国家的刑法特别规定了部分金融诈骗罪,也不是将金融诈骗罪规定为普通诈骗罪的特别类型,而是规定为普通诈骗罪的补充类型,即将不符合普通诈骗罪的构成要件的行为,补充规定为独立的犯罪类型(如德国刑法第 265 条、第 265 条 b)。而我国刑法显然是将金融诈骗罪作为普通诈骗罪的特别类型予以规定的。正因为如此,在研究、认定金融诈骗罪时,应予充分注意的是,金融诈骗罪原本属于诈骗罪,或者说,规定金融诈骗罪的法条与规定普通诈骗罪的法条,处于特别法条与普通法条的关系,而特别法条的适用以符合普通法条为前提。所以,只有符合普通诈骗罪构成要件的行为,才可能因为具备其他特别要素而成立金融诈骗罪。

其次,我国刑法对金融诈骗罪的规定,大多使用普通用语,而没有使用规范用语;而且,对金融诈骗罪罪状的表述都比较具体、复杂。这就需要解释者与适用者透过字面含义,发现刑法的真实含义。

最后,由于刑法对金融诈骗罪的分类细致,对金融诈骗罪的构成要件规定得相当具体,必然出现理解上的困难、解释上的分歧。对此,解释者应当耐心地、细心地通过归纳刑法的规定,提升新的刑法理论,以指导司法实践,而不应以旧刑法时代形成的刑法理论命题为标准,衡量刑法关于金融诈骗罪刑事立法的得失。

但是,我国刑法学忽视体系解释的现象比较严重,其突出表现之一,便是不考虑相关条文之间的关系。这一点在金融诈骗罪的研究领域也相当明显。例如,有人认为刑法第 193 条第 5 项所规定的“其他方法”包括事先合法取得贷款、事后拒不归还的行为。这种解释不仅没有考虑贷款诈骗罪与普通诈骗罪的关系,而且忽视了刑法第 193 条第 5 项“以其他方法”之后的“诈骗贷款”的表述。再如,在司法实践中,只要行为人故意使用了伪造的票据,就会被认定为票据诈骗罪;即使行为人与金融机构的负责人、具体经办人串通,也不例外,几乎不考虑行为人欺了谁、骗了谁。可是,既然行为人没有欺骗金融机构的任何人,就不可能认定为“进行金融



票据诈骗活动”。解释者应当知道：使刑法相协调是最好的解释方法；而要使刑法相协调，就必须将刑法作为一个整体，尤其要注重相关条文之间的关系；只有将刑法作为整体，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；孤立地解释一个条文，不可能得出妥当结论。

我国的汉语字面含义法学现象过于普遍，不少解释者完全按照法条的字面含义解释法律，将法条的字面含义等同于法律的真实含义。这一点在金融诈骗罪的研究领域也不例外。例如，不考虑诈骗罪的特点，对“使用”、“冒用”等概念作字面含义解释；不考虑财产罪的特点，对“骗取信用证”作字面含义解释；不考虑条文的性质，对“盗窃信用卡并使用”作字面含义解释；如此等等，举不胜举。可是，这种做法不可能发现刑法的真实含义。解释者应当懂得：语言是不准确的，常常包含一些可能被误解的因素；仅仅抓住文字的字面含义，并不能揭示刑法条文的真实含义。刑事立法是将正义理念与将来可能发生的生活事实相对应，从而形成刑法规范；刑事司法是将已经发生的社会生活事实与刑法规范相对应，从而形成刑事判决。所以，“通晓正义的诸方面，或者如果人们愿意，通晓自然法，是法律解释的一个必要的基础；解释犹如法律本身，也服务于正义，正义的各种原则表现在实在法的解释里”^①。活生生的正义需要从活生生的社会生活中发现，或者说，解释者必须联系社会生活事实理解正义理念。不仅如此，即使解释者单纯根据法条文字得出的结论具有正义性，也只是一般正义；而刑法的适用除了实现一般正义外，还必须在具体的个案中实现个别正义。“我们必须维护正义的一般品质，也要保留它兼顾个性与特性的能力。尽管先例或成文法无论多么苛刻也应当得到严格遵守，但公正与良知的良好规诫同样应当得到尊重，而后者在很多时候都不能拘泥于文字。”^②所以，作为解释者，心中当永远充满正义，目光得不断往返于刑法规范与生活事实之间；^③而不能大脑一片空白，目光仅往返于法条文字

① [德]H. 科殷：《法哲学》，林荣远译，213页，北京，华夏出版社，2003。

② [美]本杰明·N. 卡多佐：《法律的成长 法律科学的悖论》，董炯、彭冰译，86～87页，北京，中国法制出版社，2002。

③ 张明楷：《刑法分则的解释原理》，序说，1页，北京，中国人民大学出版社，2004。

与汉语字典之间。

我国刑法学界对金融诈骗罪刑事立法的批判也从未停止,形成了“研究某条文的结局必然批判某条文”的现象。例如,有人一直批判刑法第196条第3款的规定,认为对盗窃信用卡并使用的应以信用卡诈骗罪论处。再如,有人批判刑法第196条没有规定使用变造的信用卡,因而存在漏洞。又如,有人批判刑法第198条将预备行为规定为实行行为。如此等等,不胜枚举。概言之,我国刑法学界习惯于用各种既定的理论命题判断刑事立法合理与否(甚至用旧刑法时代形成的各种理论命题判断新刑法的得失),而不考量理论命题是否符合现行刑事立法;用各种既定的理论命题推演案件结论,而不考虑结论的妥当性。可是,这种自觉或不自觉地将某种理论命题作为不可动摇的真理的做法,难以取得理论创新成果;而没有创新就没有发展,这或许是我国刑法学比较落后的重要原因。解释者应当明白:非正义的解释结论并不是刑事立法本身得出的,而是解释者得出的;所以,解释者应当反思自己的解释方法与观念,而不是批判刑事立法。刑事立法的发展、社会生活事实的变化,必然导致刑法理论的变化;以固定不变的理论为依据,要求刑事立法与社会生活事实适应固定不变的理论,是本末倒置的做法。

正是基于上述考虑,本书将“行为人实施欺骗行为——对方陷入或者继续维持认识错误——对方基于认识错误处分财产——行为人取得或者使第三者取得财产——被害人遭受财产损失”作为金融诈骗罪的基本构造,以“心中永远充满正义、目光不断地往返于刑法规范与生活事实之间”、“与其批判刑法不如解释刑法”为解释观念,对金融诈骗罪的疑难问题展开研究。第一章研究诈骗罪的基本问题,论述诈骗罪的基本构造及其基本要素。之所以专设此章,是因为在笔者看来,如果仅以刑法第192条至第198条的规定为依据,不将金融诈骗罪作为诈骗罪的特别类型展开讨论,必然导致许多疑难问题不能解决。第二章研究金融诈骗罪的共性问题、一般问题、宏观问题。第三章研究各种具体金融诈骗罪的个性问题、特殊问题、微观问题。之所以将金融诈骗罪分为两个部分研究,是因为在笔者看来,如果在论述每个具体的金融诈骗罪时,都分别讨论法益、要件、形态、共犯、罪数、处罚等问题,既会叠床架屋,又易自相矛盾。将共



性问题与个性问题分开论述,正是为了避免这种现象。

尽管笔者倾力探讨了金融诈骗罪的刑法规范及其他相关法规范,尽管笔者竭力收集了各种金融诈骗案例,尽管笔者尽力借鉴了国外刑法学的解释方法,但由于刑法对金融诈骗罪的规定相当具体,由于现实的金融诈骗案件相当复杂,由于笔者的解释能力相当有限,本书就诈骗罪的基本问题所提出的各种理论观点、对金融诈骗罪的疑难问题所提出的各种解决方案,也不可能尽如人意,各种理论观点之间可能存在矛盾,各种解决方案之间或许存在冲突。若能获得刑法理论界与司法实践界同仁的不吝赐教,笔者会感激不尽。

第一章 诈骗罪的基本问题

规定金融诈骗罪的法条与规定普通诈骗罪的法条,处于特别法条与普通法条的关系,而特别法条的适用以符合普通法条为前提。所以,明确普通诈骗罪的基本构造及其基本要素,是研究金融诈骗罪的前提。^①

第一节 基本构造

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(1)实施欺骗等行为;(2)使受骗者陷入或者强化认识错误;(3)受骗者作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,

^① 本章讨论的内容虽然是普通诈骗罪的基本问题,但由于金融诈骗罪是诈骗罪的特殊类型,故也会涉及金融诈骗罪。

除了主观上必须具有不法所有的意图外,客观上必须(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:“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圆以下罚金。”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损害,若取得之财物不

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,本书除少数场合外,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*, Ernst und Werner Giesecking 2000, S. 458ff; [日]平野龙一:《刑法概说》,212页以下,东京,东京大学出版会,1977; [日]西田典之:《刑法各论》,180页以下,东京,弘文堂,1999; [韩]吴昌植编译:《韩国侵犯财产罪判例》,99页以下,北京,清华大学出版社,2004。财产损失是否既遂要素,还存在争议。

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

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,55页。

由于被害人交付之决意,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对诈骗罪的基本构造做出上述解释,显然不是任意的。

体系解释是一项非常重要的解释方法。从解释论上而言,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,又依赖于对刑法这一整体的理解。例如,如果离开了规定“贩卖”、“倒卖”概念的条文,解释者便不能理解刑法第363条所规定的“贩卖”是否包括单纯的出卖行为。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——一比较,其含义也就明确了”^④。其次,只有进行体系解释,才能使各种犯罪的构成要件之间避免交叉与重叠,维持罪与罪之间的协调关系。例如,对抢劫罪构成要件的解释结论,是考虑了其与敲诈勒索罪的关系后才作出的;对抢夺的解释,则取决于对抢夺与抢劫、盗窃之间关系的理解。再次,当解释者对某个用语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,解释者便会解消疑虑。因为“对一个本文某一部分的诠释如果为同一本文的其他部分所证实的话,它就是可以接受的;如果不能,

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

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., Butterwords 1998, pp. 303~316.

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

④ [法]亨利·莱维·布律尔:《法律社会学》,许钧译,70页,上海,上海人民出版社,1987。

是应舍弃”^①。例如,孤立地将刑法第 363 条的“贩卖”解释为出卖时,解释者或许有些不安的感觉,因为贩卖的通常含义是买进后再卖出。但当将“贩卖”解释为出卖能够得到刑法第 155 条、第 240 条、第 347 条的印证时^②,不仅会消除解释者不安的感觉,而且会使解释者坚定其解释结论。最后,面对一些所谓不明确的规定时,可以通过明确的规定来阐释不明确的规定。明确性是罪刑法定原则的要求,但是,要想一部刑法明确到不需要解释的程度,那只是一种幻想。体系解释有利于通过明确的规定阐释不明确的规定。

从实质上说,成文法是正义的文字表述。尽管人们对于正义存在不同的理解,但大体可以肯定的是,正义的基本要求是对于相同案件必须得到相同的或者至少是相似的处理,只要这些案件按照普遍的正义标准在事实上是相同的或者相似的。换言之,对于相同的事项应相同处理,对于不同的事项应不同处理,是正义的基本要求。所以,使刑法条文之间保持协调,使相同的犯罪得到相同的处理,就是正义的;否则就是非正义的。例如,在刑法上,如果某种解释导致严重侵害法益的行为无罪,而轻微侵害法益的行为有罪,或者导致重罪只能判处轻刑,轻罪反而判处重刑,那么,这种解释就是不协调的,因而也是不正义的。要实现刑法的正义性,就必须保持刑法协调性,故“使法律之间相协调是最好的解释方法”(Concordare leges legibus est optimus interpretandi modus.);而要保持刑法的协调,就必须进行体系解释。对诈骗罪的基本结构得出上述解释结论,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, Aneignungsdelikte)与毁损财产的犯罪(毁弃罪, Vermögensschädigungsdelikte);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

① 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,78页,北京,生活·读书·新知三联书店,1997。

② 例如,将祖辈遗留下来的毒品予以出卖的,成立贩卖毒品罪。这说明,贩卖不以买进后再卖出为条件。