

【个罪研究】

三角诈骗：肯定立场、构成特征与实践展开

付立庆

【摘要】理论上存在三角诈骗否定论的主张,但其理由不成立:相应犯罪类型无法消解于间接正犯性质的盗窃或者两者间的诈骗之中,认为难以找到三角诈骗中要求处分行为人“处分权限与地位”之充分依据的见解,也不可靠。三角诈骗概念能够准确而直观地说明特定法益侵害的构造,值得肯定,且我国立法上也可找出肯定三角诈骗的实定法依据。主张被欺骗人与处分行为人并非同一人的场合也能成立三角诈骗,是将处分行为理解为纯粹的事实行为、将处分行为人理解为被害人、将财物转移本身理解为财产损失,会导致诈骗罪法益侵害的形骸化。主张处分自己的财产而使他人遭受损失时也构成三角诈骗、表见代理型骗财案即属此种诈骗,在方法论、前提、核心要素理解等方面存在疑问。三角诈骗的构成特征可归结为“被骗者与处分人的同一”以及“处分人与被害人的分离”。

【关键词】三角诈骗;诈骗罪的定型性;被骗者与处分人的同一;处分人与被害人的分离;诉讼诈骗

【作者简介】付立庆,中国人民大学刑事法律科学研究中心教授、博士生导师(北京 100872)。

【原文出处】《政治与法律》(沪),2023.12.61~73

【基金项目】本文系国家社科基金一般项目“诈骗罪的构造及其展开研究”(项目编号:20BFX064)的阶段性成果。

是否存在三角诈骗这一诈骗罪的特殊类型,刑法理论上存在争议。多数说持肯定态度,认为被欺骗人与被害人不同的场合就属于三角诈骗;也存在着否定说,不过其理由是什么、能否成立,值得研究。在肯定三角诈骗的场合,其立论的实质依据是什么,需要进一步结合诈骗罪的定性检讨三角诈骗的构成特征,这其中的关键点在于,要细致分析被骗者与财产处分人是否需要具备同一性、财产处分人与财产被害人是否需要分离。如此才能厘定欺骗行为人之外的被骗者、处分行为人与财产被害人的关系,进而明确行为是否符合诈骗罪的构造。在此之后,具体探讨三角诈骗包括哪些行为类型,既是对三角诈骗肯定说在现象学层面的印证,也是对三角诈骗构成特征在司法实务上的描述和展开。

一、三角诈骗否定论的主张及其反驳

尽管三角诈骗的概念总体上获得了更多认可,但也始终存在着否定这一概念的主张。考察

否定说的主张并对其基本理由进行分析,能为肯定说提供更充分的依据。

(一)否定三角诈骗的主张及其积极理由

日本存在着三角诈骗否定论的主张。如杉本一敏认为,诈骗罪在其构造上,从原理上来说,只能是在二者间成立,并不存在所谓“三角诈骗”。乍看上去像是“三角诈骗”的事例,实则要么仅仅是二者间诈骗,要么应该认为是盗窃罪、侵夺不动产罪的间接正犯。^①论者在讨论时列举了如下四个可能被理解为三角诈骗的事例。

事例1:某收费停车场的管理规程是,管理员B从在该处停车的车主A处拿到钥匙对车进行管理,A来取车时再从B处拿回钥匙。某日,X欺骗B说,“A委托我来取他的车”,拿到车钥匙而开走车。

事例2:A要到商店里买大衣,但合适尺寸的大衣只有该店的仓库里才有,于是在商店交了钱,决定去仓库取大衣。商店售货员给仓库保管员B

打电话告知若是A来了就把大衣给他。X听到了售货员的电话而先行一步来到了仓库,对B说“我是A”而取走了大衣。

事例3:在百货商店刚刚关门之后,X欺骗保安A说,“我的包忘在商店里了,你帮我拿出来”,而导致A将店里的B所有的包拿出来给了X。

事例4:X告诉路过B宅的A,自己是B宅的住户,而让个子更高的A从B宅的柿子树的高枝上摘了柿子给自己。论者认为,欺骗被害人A,结果导致A将其占有的财物转移占有(交付),在该交付虽然伴随着A的“意思活动的自由(行为归属)”,但却欠缺“意思决定的自由(责任归属)”的场合,接受该交付的行为人X成立(日本刑法第246条第1款规定的)诈骗罪。并不占有财物的第三人B受到X欺骗的结果,剥夺了被害人A对该财物的占有,进而将其交付给行为人X的场合,即所谓的三角诈骗的事例中,就剥夺了被害人A对该财物的占有所形成的转移占有的事态来说,对A而言原本就欠缺“意思活动的自由”,A也就不存在“交付行为”,就剥夺了被害人A对该财物的占有这一经过来说无法“行为归属”给A。这不过是X满足了利用道具B的“盗窃罪的间接正犯”构造而已。

事例3和事例4中,行为人能成立盗窃罪的间接正犯,但不能成立诈骗罪。事例1和事例2中,被欺骗者兼处分行为人停车场管理员B、仓库保管员B本身对相应财物具有“占有”,由于交付财物这一行动,就B自身来说,就能同时肯定对其的行为归属与责任归属,这些场合的X就是针对“被欺骗者”兼“处分行为人”兼“被害人”B成立“二者间的”诈骗罪,而不成立“三角诈骗”。^②

我国也有学者认为,“三角诈骗是一个伪命题”,“三角诈骗”理论违背了最基本的刑事法律关系构造,违背了刑事司法实践应当遵守的“循名责实”、从形而上到形而下的操作原则,违背刑法设定诈骗罪基本概念内在的规范要素和外在的认定要求。^③具体而言,从刑事法律关系上看,刑事被

害人应当是指人身权利、财产权利或其他合法权益受到犯罪行为直接侵害的人。在行为人、被骗人和本权利人之间分别有两层法律关系。一是行为人与被骗人之间的法律关系,就这一关系而言,由于管理人具有处分权能,行为人基于欺骗手段而从管理人处骗取财物的自然成立被骗人与行为人两者之间的刑事诈骗关系,受到诈骗行为直接侵害的人是管理人。由此,管理人应是受害人。二是被骗人与实际的财产损害人之间的法律关系,代理人、监护人如按照约定或相关规定已恪尽职守而被骗的,其不需要承担赔偿责任,且依民事法律的规定,其受到的损失还可向委托人、被代理人追偿。^④

概括来说,尽管存在着细微差异,但可以认为以上否定说主张的积极理由是相通的,即刑法上的被害人与民法上的被害人(损失承担者)并非同一人,外观上像是三角诈骗的场合,实质上或者是欺骗者与受到欺骗的管理者(处分人)两者间的诈骗即普通诈骗,或者是盗窃等罪的间接正犯。这也可以称为否定说的正面理由、形式理由。

(二)否定说的消极理由

三角诈骗否定说依赖的消极理由是,无法找到三角诈骗中要求处分行为人“处分权限与地位”的充分依据。如杉本一敏提出,关于“三角诈骗”存在着的两种理论构成方式都未展示出成立三角诈骗所要求的权限、地位要件的“论理上的必然理由”,进而三角诈骗概念就欠缺独立存在的必然性。

第一种学说是,“被欺骗者”A,在具有对“处分行为人”兼“被害人”B的财产的处分权限、地位时,A与B不是一人也能肯定诈骗罪的成立,据此为诉讼诈骗以及其他三角诈骗奠定基础。如有学者认为,“由于属于被欺骗者的裁判所处在能够对应处分行为人的财产加以处分的地位,若是其命令实施处分行为,处分行为人就被赋予了实施处分行为的义务”,这一场合的“财物的交付,处在被欺

骗者的意思支配之下……唯有在存在这一关系的场合,才不要求被欺骗者与处分行为人是同一人”。这是日本20世纪60年代至20世纪80年代一些学者的主张,属于少数说。处分行为人B处在被欺骗者A的意思支配、强制下,由B之手所实现的物理性的交付是受A之左右的,也就是说,关于交付的“意思决定”的部分由A分担、交付这一“外在事实之实现”的部分由B分担,能肯定两者处在这种关系,就能评价为A、B作为一个整体构成了所谓的“被欺骗者=交付者”,因此,这种场合能够找出与通常诈骗同等的构造。从这一立场出发,A没有处分权限和地位的话,就不能肯定“A与B的一体性”,就会丧失与两者间诈骗事例之间的同质性,认定诈骗罪就有困难。从而,从第一说的理论构成来看,就能很好地说明,要肯定三者间的诈骗罪,则A的“权限、地位”是不可欠缺的要件。但在杉本一敏看来,本说的问题主要在于,如果认为仅有“因A的强制所自动发生的B的交付行为”这一关系是必要的,A就不需要具有“适法的”处分权限、地位,针对B仅具有事实上的违法强制力就已经够了。要想说成是A、B两者“事实上”是一体的,没有必要使A之处分行为的“法的”效果归属于B这种关系。

与之相对,第二种学说认为,在“被欺骗者”兼“处分行为人”C具有对“(财产上的)被害人”D的财产的处分权限、地位时,C与D不是一人也能肯定诈骗罪的成立,据此为诉讼诈骗以及其他三角诈骗奠定基础。这一理解是现在的多数说。由此见解出发,裁判所的裁判(判决、支付命令等)本身被理解为是财物、财产性利益的处分(交付)行为。此说对前述第一种学说进行如下批判:就诈骗罪的成立而言,其构造上必不可少的是在被欺骗者的意思决定过程中,能肯定“因受欺骗而陷于错误,自身实施交付”这一“与动机形成之间的密切关联”,从而被欺骗者与处分行为人就必须是同一个人。^⑤由于诈骗罪是让对方产生交付财物之动机

的犯罪,德国学者韦尔策尔(Welzel)将其称为“动机形成犯”。^⑥

在杉本看来,以第二种学说这样的三角诈骗的理论构成为前提,也不意味着要求权限、地位要件的理由是从诈骗罪的构造中必然得出的。并且,第二种学说会以违反诈骗罪本质的形式导致该罪的处罚范围“扩大”。第二种学说认为,被欺骗人兼财产处分人C具有被害人D的财产处分权限的话就能肯定三角诈骗,但是,诈骗罪的必要条件是转移占有行为。夺取占有犯罪类型中的转移占有是指成为问题的财物“现实地转移了”,这不是只有对相应财物具有“法律上的处分权限”才能完成的事情。对相应财物实际上没有“事实上的占有”(所持)是不行的。第二种学说主张,比如,在诉讼诈骗的场合,被欺骗人(裁判所)的权限虽是由法律所授权的,但既然被授权的处分条件得到了满足,由于被害人不得不忍受该处分的结果,在此限度内肯定财产的处分权限也是可以的,从而会肯定诈骗罪的成立。然而,在判断诈骗罪的成立时首先成为问题的是,被第二种学说命名为“处分(交付)行为人”的裁判所,是否“占有”了相应的财物。对于裁判所而言,肯定其对于判决、执行之对象物的“占有”,按照一直以来的刑法上的占有概念来看很牵强。确实,通过强制执行而看作是裁判所、执行官取得了财物的占有,也有余地这样来看,但裁判所与执行官并不是通过强制执行而暂时地剥夺他人的占有,并非直截了当地单纯实施了自己占有物的“交付”。根据第二种学说,即便是欠缺对财物的“事实的占有”(从而财物的交付也是不可能的),也会因处分行为人对财物具有观念上的“权限、地位”,从而肯定成立针对财物的诈骗罪。这不得不说是脱离了、无视了针对财物的第1款诈骗罪作为“夺取占有罪”的本质。在杉本看来,第2款诈骗罪(利益诈骗罪)虽在比较有限的场合得以成立,但从“权利”这一夺取对象的性质上看,通常虽是具有“两者间诈骗”构造的事例,但

同时存在着可认为是交付人与被害人分离的情形。所谓“三角诈骗”,不过是此种情形下成立第2款诈骗罪的一个别称而已。^⑦

(三)否定说的理论反驳与肯定说的立法依据

应该认为,否定说的上述积极理由和消极理由都难以成立。

就前者而言,要看到和承认的是,不能将所有的包含第三人处分行为的场合都一概按照“间接正犯性质的盗窃”或者“两者之间的诈骗”处理。在三角诈骗否定论者杉本一敏所举的相关四个事例中,事例3与事例4按照盗窃罪的间接正犯处理固然没有疑问,但那是因为事例3中的保安、事例4中的路人与被害人的财产没有任何关联,不能认为这是基于被害人的错误意思而处分财产。但假如是在保姆案的场合,洗衣店主欺骗保姆“你家主人要将阳台上的那套高档西服拿到我的洗衣店里去洗”而成功拿到了西服。其一,不能将保姆理解为行为人实施盗窃行为的纯粹工具,因为这时存在着加害者与被害一方的互动,被害一方既产生了认识错误,也基于错误而导致了财产转移乃至被害人的损失。其二,也不能将该事例理解为是二者间的诈骗,因为既然是负责雇主日常起居的保姆,就一般性地获得了处理包括其洗衣服在内的日常生活事务的授权,由此造成的后果就应该由授权者承担,保姆不承担任何损失,认为保姆虽非民法上的被害人但属于刑法上的被害人,不过对于刑法上“被害人”的形式化理解,进一步说不过是将财产转移本身理解为刑法上的被害,这和实质财产损害是诈骗罪的法益侵害的立场之间无法兼容。同样的道理,在前述的事例1和事例2中,就既不能理解为是间接正犯性质的盗窃,也不能将停车场管理员或者仓库保管员作为被害人而认为其构成两者间的诈骗。应该认为,诈骗罪场合的刑事被害人与民事被害人应该一体化理解而不能割裂,在此前提下,试图否定三角诈骗概念而将其消解于两者间诈骗或者间接正犯之盗窃的主

张就并不可取。^⑧

就后者而言,三角诈骗的场合之所以要求处分行为人具有“处分权限与地位”,是因为唯有这样,才能够将处分行为人实施的财产转移行为规范评价为财产权人“基于受到欺骗后的瑕疵意思而实施的财产转移(交付)”,才符合诈骗罪的基本构造,才能够将处分人处分财产造成的结果归属给处分行为之外的财产损失承担者,即被害人。至于杉本一敏提出的诉讼诈骗场合将裁判所理解为处分人时其并未事实上占有财物的问题,也并非不能解决:在“控制与支配”的意义上,承认“占有”不是纯粹的事实概念而是具有规范属性即可。进一步讲,尽管在关于第三人是否具有处分权限的判断上存在着“法律权限说”,“事实效果说”“阵营说”等的对立,但终究不能将具体标准上的争议(具体何种标准更为合理另当别论)上升到在第三人确实具有处分权限时的行为归属与结果归属上——就应该肯定具有处分权的第三人(即处分行为人)的财产转移行为(即财产处分行为)及其效果。这样说来,从“处分权限、地位”根据不足、标准不明等消极角度否定三角诈骗概念,同样是不足取的。

事实上,肯定三角诈骗不但有形式和实质上的理由,而且存在立法依据。在甲冒用乙的支票而通过银行职员丙取得现金时,或者A在银行柜台针对职员C冒用B的信用卡时,丙或者C是被欺骗者,而乙或者B是遭受财产损失的被害人。以上场合,根据《中华人民共和国刑法》(以下简称:《刑法》)第194条或者第196条,分别属于“冒用他人的支票”与“冒用他人信用卡”的行为,应分别构成票据诈骗罪与信用卡诈骗罪。这两个金融诈骗罪都是诈骗罪的特别类型,与诈骗罪之间是特别法与普通法的关系,以行为符合普通法即诈骗罪的构成要件为前提。就此来看,我国立法肯定了被欺骗者与被害人不同场合的三角诈骗成立特殊的诈骗罪,也就意味着在立法上认可了三角诈骗

这一特殊类型。^⑨

二、三角诈骗的构成特征之一：被骗者与处分人之间的同一

肯定了一些诈骗行为类型无法归结为两者间的诈骗或者间接正犯性质的盗窃、三角诈骗概念有其存在的必要性之外,需要进一步提炼三角诈骗这一诈骗类型的构成特征。从所涉及人物的关联关系来看,除了作为行为人的欺骗人之外,具体包括被欺骗者与财产处分人以及被害人之间的关系,进一步则可分为“被骗者与财产处分人之间的关系”以及“财产处分人与被害人之间的关系”两个命题。后者笔者将在下一节中具体讨论;就前者而言,则要求被骗者与处分人之间具有同一性,即是同一人。

(一)被欺骗者与处分行为人非同一人时不能构成三角诈骗

关于三角诈骗场合被欺骗者与处分行为人之间的关系,三角诈骗肯定说的通常理解是,被欺骗者与处分行为人必须是同一人,被欺骗者(=处分行为人)与被害人之间具有何种关系时能够肯定诈骗罪才是问题所在(第Ⅰ学说)。这是学说上的绝对多数说,笔者也持此种立场。

与之相对,在日本的刑法理论上还存在这样一种学说,其认为被欺骗人与处分行为人不是同一人也可以(第Ⅱ学说),欺骗甲而导致乙交付也是可能存在的。团藤重光即持此种立场,并认为所谓的诉讼诈骗(Prozeßbetrug)就是这样的一种场合。^⑩这种主张也被评价为有力少数说。^⑪根据这一思考方法,三角诈骗就是被欺骗人具有何种权限、被欺骗人与处分行为人(=被害人)之间具有何种关系时,能够成立诈骗罪的问题。研究者认为,这两种不同的学说对处分行为(交付行为)的理解不同。第Ⅰ学说带有这样一种倾向,其将处分行为理解为基于意思的法律行为,认为其是多少具有观念性的行为;与之相对,第Ⅱ学说则带有将处分行为理解为一种事实性行为的倾向,认为其是

从一般理解的处分行中扣除处分权限(其成为导致财物转移之法律效果的根据)而剩下的内容。^⑫但这种理解受到了批判,而第Ⅱ学说也存在问题,不能获得认可。

其一,诈骗罪是以对方实施伴随转移财物(财产性利益)之效果的行为为媒介的财产犯,应据此将诈骗罪与盗窃罪(尤其是间接正犯形式的盗窃罪)加以区分。此处所说的对方的行为,并不是财物(财产性利益)的单纯事实上的转移行为,而必须是基于对方的转移意思的转移行为。像日本那样将诈骗罪理解为针对个别财产的犯罪予以构成的话,在不要求财产损害发生的场合,若是将处分行为消解为事实行为,诈骗罪与盗窃罪将变得无法区分。

其二,成立诈骗罪时被欺骗人与处分行为人不是同一人也可以,这种思考方法蕴含的意思是,处分行为人是被害人,财物的转移本身就是被害。诚然,从被理解为是针对个别财产之罪的诈骗罪的构成来看,将财物转移本身理解为被害也是可能的,但能将这样的构成予以正当化的,终究是限定在实施了财物转移行为的人身上能肯定实质性被害的场合。现实中另外存在着遭受财产损害的实质被害人,却对此置之不理,将现实中未遭受财产损害的人作为被害人而肯定诈骗罪之成立,就连这样的情形也予以正当化,是行不通的。^⑬若是重视“没有被害就没有犯罪”这一一般原则,就算是坚持对个别财产犯罪这一构成,为了维持诈骗罪作为财产犯罪的特性,就应着眼于实质的被害者现实地所遭受的侵害,将其作为诈骗罪的被侵害对象加以把握而理解诈骗罪的构成。只有通过这样的构成,即便被认为是针对个别财产之犯罪的诈骗罪,也才能避免在无法肯定财产上损害的场合认可诈骗罪的成立、使诈骗罪“变质”的危险,才不会脱离其作为财产犯罪的特性,才可能使处罚范围保持恰当。^⑭

其三,根据有力少数说,必要的是,被欺骗者所陷入的错误传递给处分行为人,在此基础上处

分行为人实施了处分行为,结局就是处分行为人也陷入错误。从而,所谓的被欺骗者就仅意味着欺骗的直接对手而已,实质来说,并不属于被欺骗者与处分行为人具有不同的人格,不能称为三角诈骗的构造。这一见解的修正说(大塚仁教授的主张)将财产的“处分行为”与“交付”概念加以区别,被欺骗者实施“财产的处分行为”,其结果是,受其约束的其他人实施“交付”,比如诉讼诈骗来说,裁判所实施的是财产处分行为,而败诉者实施“交付”行为。但在山中敬一看来,这一见解将“交付”看作财产处分行为的单纯结果,这一点是不恰当的。“日本刑法第246条第1款所要求的交付,正是基于瑕疵意思的处分行为,而不是作为某个其他人处分行为之结果的一种对财物的单纯事实上的转交。”^⑤

(二)要求被欺骗者与处分人同一的理由

从正面来看,之所以要求被欺骗者与处分行为人是同一人,其核心理由在于,“否则无法保证行为人就事实进行欺骗和他人财产处分之间的因果关联”。^⑥具体来说,只有被欺骗者与处分行为人是同一人,才可能符合诈骗罪“因受到欺骗而处分财产”,“进而使行为人一方获得财产,被害人一方遭受财产损失”这一构造。在受到欺骗者与处分行为人并非同一人时,由于难以肯定“受到欺骗而处分了财产”,就已经与诈骗罪的基本构造产生了偏离。换言之,要是处分行为人自身没有陷入错误,就无法肯定欺骗行为与处分行为之间的因果关系了。

在诉讼诈骗的场合,财产外观上的“交付者”虽是被害人,但此时的“交付者”并不能评价为“处分者”,而不过是处分行为的“辅助者”。^⑦该处所说的交付行为,仅是指单纯事实上的行为,不具有作为诈骗罪成立要件的独立意义。比如,在被欺骗人将物品配送委托给快递人员的场合,处分行为人终究是被欺骗人,而实际上交付物品的人(不知情的快递人员),并非处分行为人。^⑧仍回到诉

讼诈骗的场合。一者,被害人并未被骗产生认识错误。二者,“处分行为”应该是可处分可不处分之时基于认识错误而形成了处分的动机,而在诉讼诈骗场合将被害人理解为处分行为人时,却无法满这一要求:此时受到法院(错误)判决的被害人已没有选择不支付的自由,所以,纯粹外观上的“交付”就不能规范地评价为“处分”。同时,在规范性而非事实性地理解“处分行为”时,处分行为者是否“占有”所处分的财物就不是决定性的。“这种观点是基于只有占有者实施的转移占有的行为才属于交付行为这种理解,而按照我的立场,原本就不需要采取这种限制。”^⑨诉讼诈骗的场合,尽管法院并未成为请求权对象的被害人财物的占有者或者共同占有者,但就相应财物的占有转移来说,在遵循诉讼制度的限度内,法院是具有终局决定权的主体,其有效裁判具有导致被害人财产转移的法律效果,就仍然具备实施处分行为的前提。^⑩概括来说,成立三角诈骗要求被欺骗者与处分行为人具有同一人格(能够被规范地评价为是同一个人),其与被害人可以是不同的人。据此,在诉讼诈骗的场合,裁判所既是被欺骗者又是处分行为人,败诉者则是被害人。被欺骗者陷入错误,基于此而实施处分行为,“这一动机关联则是同一人格之中的心理的因果经过”,^⑪即基于诈骗罪构造所要求的因果关系。

三、三角诈骗的构成特征之二:处分人与被害人之间的分离

除了被欺骗者与财产处分人具有同一性这一点之外,三角诈骗的另一个构成特征是,财产处分人与被害人之间的分离,即行为人通过欺骗行为使被欺骗者处分了被害人的财产。要明确的是,要求两者之分离的理由及其含义。

(一)要求处分人与被害人分离的理由与形式含义

受到欺骗的财产处分人与被害人之间的分离(不是同一人),也是三角诈骗的一个特征。比如,

行为人欺骗停车场看管车辆备用钥匙的管理员说,车主将私家车借给自己兜风,从而骗取钥匙将车开走的,虽然直接处分被害人财产的管理员本身并没有损失,但是德国联邦最高法院仍然认定行为人构成诈骗罪。^②之所以要求三角诈骗场合处分人与财产被害人之间的分离,其原因就在于,如果处分人本身也是财产的损失者即被害人,则是典型的二者间的诈骗,无须借助三角诈骗的理论框架予以说明。处分人与被害人的分离在形式上的含义是,两者是不同的主体。

(二)处分自己财产而使他人遭受损失时不能构成三角诈骗

财产处分人与被害人相分离的实质内容是,处分人处分的是被害人(而非处分人自己)的财产。处分人与被害人虽然形式上分离,但若处分行为人处分的不是被害人的财产而是自己的财产并致使被害人遭受财产损害的场所,不能成立三角诈骗。

1. 所谓新型三角诈骗主张及其实例

我国学者张明楷为了解决偷换二维码案件(偷偷以自己的二维码覆盖商家用于收款的二维码等场合)的定性,提出了新类型的三角诈骗:具有处分权限的受骗人基于认识错误处分自己的财产,却导致被害人(第三者)遭受财产损失。^③这种主张的特色在于,维持了三角诈骗所要求的“被欺骗人与处分行为人是同一人”的构造,而其与传统三角诈骗的不同之处在于,被欺骗者所处分的是自己的财产而非他人(被害人)的财产,因此重要的不是判断其是否具有处分权限和处分地位,而是要讨论被欺骗者对于自己财产的处分能否由被害人承担后果。最近,也有学者认同三角诈骗的这一新类型,并且认为表见代理型骗财案即属于此种诈骗——被骗者是相对人,其处分自己的财产而使得被代理人遭受财产损害而成为被害人。^④对此,值得讨论的是如下案件。

2013年至2015年,被告人杨涛在担任湖北省

武汉统建城市开发有限公司(以下简称:统建公司)东方雅园项目售楼部销售经理期间,为骗取他人财物,明知公司并未决定对外销售东方雅园项目二期商铺,对到项目部咨询的杨小莉等九人虚构了商铺即将对外销售的事实,要求被害人将订购商铺的款项汇入其个人银行账户,其还利用其保管的购房合同、房屋销售专用章、副总经理印章与被害人签订房屋买卖合同,骗取共计1011万用于赌博等挥霍。^⑤

在判断被告人的行为性质时,本案审理机关认为,行为人对其所在单位是否构成表见代理不影响对行为人的定罪。但笔者不赞同这一意见。这是因为,行为人是否对其单位构成表见代理直接决定着案件中的被害人确定,这是笔者坚持的民事刑事被害人一体说立场所得出的当然结论。^⑥本案中,被告人本身具有统建公司东方雅园项目部销售经理的身份,在统建公司并未决定出售东方雅园二期商铺也未授权其出售该批商铺的情况下,其向杨小莉等九人虚构东方雅园二期商铺将出售的事实,与这些人签订认购协议,可谓是“超越了代理权”;同时,被告人与相对人签订购房合同时还提供了其保管的购房合同、房屋销售专用章、副总经理印章等,使得杨小莉等人有充分理由信任自己是在与统建公司签订合同,这符合《中华人民共和国民法典》第172条(按照行为时的法律,则符合《中华人民共和国合同法》第49条)所规定的“相对人有理由相信行为人有代理权”。据此,行为人与所在单位构成了表见代理关系,“代理行为有效”。从而,(表见)代理人的代理行为的后果就应由被代理人承担,被代理人(统建公司)就是本案中(民事上以及刑事上一体化的)被害人。由此,即便购房款并未实际进入被代理人的银行账户而是进入了被告人所指定的其个人账户,在被代理人确定性地要对代理结果承担民事责任的前提下,也能够认为,行为人是利用职务上的便利骗取了被代理人(本单位)的财物(应收账款),理应

构成职务侵占罪。

本案中,被告人以职务侵占罪被逮捕、被告人及其辩护人也主张其行为构成本罪,这是有理由的。两审法院以行为人的主要行为特征是“欺骗”、购房款并未实际进入统建公司账户为由而认定被害人为购房人、行为性质是诈骗罪,^⑧实际上是罔顾表见代理的法律事实而割裂地理解民事上的被害人与刑事上的被害人,令人遗憾。前述学者认为表见代理型诈骗成立新型三角诈骗,实际上是看到并认可了表见代理这一法律事实对于刑事被害人认定的实质性作用,这一出发点可谓找准了病症;只是就此转而认可“处分自己财物而导致他人财产损失”的所谓新型三角诈骗,则是开错了药方。

2. 新型三角诈骗之否定

为了维护诈骗罪的基本构造及其定型性,要求欺骗行为致使他人产生(或强化)认识错误,并基于认识错误而处分财产,进而使被害人遭受财产损失。其中,只有在“被欺骗者”与“处分行为人”是同一人的情况下,才能肯定欺骗行为(引起的认识错误)与处分行为之间的因果关系,才能被评价为“因被骗而处分财产”。就三角诈骗而言,同样需要被欺骗者与处分行为人是同一人,其与两者间诈骗的区别只是在于,处分的是他人而非自己的财产。新型三角诈骗的主张坚持了被欺骗者与处分行为人需要具备同一性的立场,这值得肯定;但又认为在处分自己的财产而使得他人遭受损失时也成立诈骗,则有待商榷。可以说,这一主张固然精巧,却连主张者自身也认为“只是一种尝试”,“或许……走了一条弯路”,^⑨而这样的主张也未获得学说上的广泛认可。

在笔者看来,这种所谓的三角诈骗新类型,在方法论、前提、核心要素的理解和理论本身上都值得商榷,蕴含着损害诈骗罪定性的巨大风险,也就难以获得认同。第一,在方法论上,为了使偷换二维码案得到妥当处理,提出新类型三角诈骗的处理模式,而不是以新类型三角诈骗作为共识和前

提,据以分析案情后得出诈骗罪的结论。换言之,新型的三角诈骗说虽然通过扩张诈骗罪外延的方式,可解决此类案件中存在的争议,但没有办法给出足以支撑论证结论的论据。第二,在前提上,新型三角诈骗理论以顾客作为被骗人处分自己的财产而使被害人遭受财产损失为分析工具,可是,行为人与顾客之间未发生针对财产决策的具体意思沟通,行为人只是抽象地使顾客(以及商家)陷入行为错误,故不应肯定被告人欺骗了顾客。在商家明示交付渠道的条件下,顾客更无义务对支付渠道之真假予以追查,故无所谓陷入认识错误。^⑩第三,在核心要素的理解上,成立(新型)三角诈骗需要被骗者的处分行为,而在二维码案中,即便能肯定顾客是被骗人,从欠缺成立处分行为要求的处分意思的角度讲,顾客的扫码支付行为也不应理解为处分行为。第四,在理论上,素材同一性(Stoffgleichheit)要求是根据诈骗罪作为财产转移罪的特征推导出的,要求财产损失与行为人的获利目的之间具有同一性。将素材同一性从被害人所遭受的财产损害中剥离,作为被骗者财产处分的一部分,则背离了素材同一性要件最初产生的根据,在事实上取消了这一要件对于诈骗罪成立范围的限制作用。^⑪总体上,新型三角诈骗说为了解决个案而颠覆对“三角诈骗”概念的既有共识,动静过大,且得不偿失,应予否定。

(三)三角诈骗构造特征的总结

综上,三角诈骗的构造应理解为,行为人欺骗他人(被欺骗者)致使其产生认识错误并基于认识错误处分被害人的财产,最终给被害人造成财产损害。这里,三角诈骗在构造上的特征主要体现为如下两点:其一,被欺骗者因受骗而处分财产,这要求被骗者与处分人为同一人;其二,处分人与被害人的分离,即处分人处分的是他人而非自己的财产,被害人是最终的财产损失者而非受骗者。这样,欺骗实施者、受骗者(也是财产处分人)与被害人(即财产损失者)三者之间构成的关系,就

是三角诈骗。

四、三角诈骗概念的实践展开

在理论上肯定了三角诈骗类型存在的必然性并且剖析了其构成特征之后,还需要在实务上具体描述三角诈骗的存在样态,即三角诈骗包括哪些事例类型——这既是对三角诈骗肯定说在现象学层面上的印证,也是对三角诈骗构成特征在司法实务上的展开。

(一)诉讼诈骗是三角诈骗的典型类型——诉讼诈骗否定说之反驳

一直以来,诉讼诈骗都被认为是三角诈骗的典型场合。所谓诉讼诈骗,就是针对法院进行虚假的主张并获得有利于自己的裁判,从而从败诉者那里获得财物或财产性利益。比如,并不存在债权却装作存在,将对方告到法院提起请求权之诉,欺骗法院获得认可请求权的判决,进而取得对方的财产,就是典型的诉讼诈骗。关于诉讼诈骗是否构成诈骗罪,除了在不能肯定裁判所的“处分权限”的场合外,日本的判例采取肯定说,通说同样持肯定态度。与之相对,学说上也有否定性的主张。比如,团藤重光认为,这能否说是欺骗存在疑问。民事诉讼制度是采取形式的真实主义或辩论主义,并非以查明历史真相为任务(所认定的事实与客观真实是否一致并不重要),所以,就不问裁判所是否陷入错误(即便知道是虚假的),而不过是局限于当事人的主张而进行裁判。利用这样的诉讼制度,不能说是欺骗的手段。被害人不得不按照判决向胜诉者提供财物时,不能说是存在“交付”。尤其是,被害人被强制执行的场合,并非任意的交付,也难言处分行为。从而诉讼诈骗就不符合诈骗罪的定型。^⑩

不过,肯定诉讼诈骗属于诈骗罪的一种类型的主张逐渐成为学说上的多数,而针对否定说,肯定说也进行了反驳。肯定说认为,民事裁判也追求以符合真相的事实认定为前提而进行裁判,不过是对此有一定的制度限制而已。诚然,即便是

在通常的交易关系中,就算是发觉对方所主张的事实可能是虚假的,由于受到时间的限制,无法提出证据证明其是虚假的(即无法反证),从而就不得不提供财物或者有偿服务等。这些都并非不可能。即便这样的场合,也必须肯定欺骗的行为与错误认识的要件。^⑪就是说,即便是裁判所不得受制于当事人虚伪的主张而做出一定的裁判,也能在法律上得出和陷入错误场合同等对待的关系。^⑫学说上也认为,裁判所是被欺骗人以及处分行为人,可能认为其存在财产处分权限(即三角诈骗的场合)。^⑬认为其属于“类似于任意交付的场合”或者“应该与任意的交付同等对待的事态”,是合理的。从而,就可以通过将裁判所的裁判本身理解为财产处分行为,而解决团藤教授所提出的第二个疑问。^⑭

在我国,随着学说上讨论的增多和研究的深入,实务上逐渐习惯“三角诈骗”的表述,这也出现在一些司法人员的案例评析中。比如,在被告人明知债务人的借款已经全部归还,双方之间的债权债务法律关系已经消灭,仍然故意捏造事实,向法院提起民事诉讼,导致人民法院做出错误判决的场合,在一审法院将本案定性为虚假诉讼罪的前提下,经抗诉,最终二审法院改判被告人构成诈骗罪,并且,在裁判理由中明确提出“单方欺诈型”虚假诉讼行为属于三角诈骗。^⑮实务上对于诉讼诈骗本身属于诈骗罪的一种特殊类型予以认可,实定法上在《刑法》第307条之一明确规定“以捏造的事实提起民事诉讼”,“非法占有他人财产或者逃避合法债务,又构成其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪从重处罚”,也属于对于诉讼诈骗可能构成诈骗罪的立法确认。对于《刑法》修正的以上规定,笔者特意强调如下两点。第一,立法上肯定诉讼诈骗行为构成诈骗罪,这“只是注意规定而不是法律拟制。换言之,虽然在行为构成虚假诉讼罪时可能同时构成诈骗罪,但在行为人提起虚假民事诉讼的行为不构成虚假诉讼罪时也完全

可能成立诈骗罪”。^③第二,基于骗取他人财物的意思提起虚假诉讼而犯罪主体为特殊主体的场合,成立贪污罪或者职务侵占罪,“这不过是诈骗行为和义务犯相结合的情形,最终定罪虽然不是诈骗罪,但其行为性质仍属于‘三角诈骗’基础上对公共财物或公司、企业财产的侵害”。^④总而言之,对于诉讼诈骗这一为立法和司法所认可的诈骗类型而言,三角诈骗的理论构造能够对其进行明快和准确的理论说明。

顺带指出,在理论上,有学者在承认三角诈骗是诈骗罪的特殊类型、诉讼诈骗又是三角诈骗的特殊类型的前提下认为,三角诈骗的情况下,被害人与财产损失人是两个不同的人,诉讼诈骗场合法官是被害人,诉讼的对方当事人则是财产损失人。^⑤如前所述,在笔者看来,三角诈骗场合的被害人与财产损失人是同一人,实际承担财产损失者才是三角诈骗场合的被害人。三角诈骗类型中,受到欺骗而处分财物者是受骗者,但并非财产损失者即受害人。在三角诈骗场合,应坚持民事受害人与刑事被害人的一体化理解,而在诉讼诈骗的场合,法官也仅是受骗者以及财产处分人,诉讼的对方当事人则是财产损失者与刑法上的被害人。

(二)不属于诉讼诈骗的三角诈骗

前述否定三角诈骗的一个理由是,表面上的三角诈骗,要么是两者间的诈骗,要么是盗窃罪等犯罪的间接正犯。应该承认,一些案件中,三角诈骗、两者间诈骗以及(间接正犯形式的)盗窃罪这几者之间的区分确实并不容易,如下面的案件。不过,三角诈骗这一类型不容否定,且当然不限于诉讼诈骗的场合,只要被骗者与财产处分人同一而与财产被害人不同一的场合,就可能成立三角诈骗。

例如,2011年6月至8月,由于公司工作人员疏于修改人事系统的原始密码,被告人黄某利用在某股份有限公司工作的便利,轻松获取账号和原始密码后,非法登录公司内部未联网计算机的

人事系统,将公司其他员工工资卡号改为其持有的银行账号,骗取公司工资款合计人民币25862元。对于本案,司法机关认为其构成诈骗罪。司法人员认为,虽黄某非法登陆公司人事系统并篡改计算机系统信息的行为具有秘密性,但公司财务人员毕竟是在受蒙蔽情况下,自愿将工资款汇入黄某的账号,即处分行为根本上是因为公司财务人员陷入认识错误而处分财产的,更符合诈骗的特征。^⑥也有可能认为,既然财务人员并没有每次发工资时具体审核银行卡号与公司员工之间对应性的义务,其给被告人替换了的银行卡号发工资的行为也就无所谓基于“认识错误”,从而这就属于是间接正犯性质的盗窃(对象是财产性利益)。不过,笔者也支持将本案定性为诈骗罪。但相关分析未进一步涉及本案诈骗罪的具体构造:是两者间的普通诈骗还是三角诈骗。应该认为,上述案件是三角诈骗类型,受骗者及财产处分人是单位的财务人员,处分的对象是单位职工的工资款(并非现金,而是对银行的债权),受害人是公司本身(或者公司的老板)。该案中,如果不承认三角诈骗类型,则要么是认为单位财务人员既是被骗者也是被害人,从而将刑法上的被害人与民法上的被害人完全对立,要么是肯定间接正犯性质的盗窃罪,而完全忽略本案中欺骗行为的属性及财务人员“自愿”汇入工资款的事实,导致评价的不充分。借助三角诈骗的类型可对本案恰当定性并给出具有说服力的理由。

又如,1999年12月至2000年4月间,被告人李品华、潘才庆、潘才军单独或者结伙驾驶轿车,趁前方外地来沪车辆变道之际,采用不减速或者加速行驶的方法,故意碰擦前方车辆,制造交通事故。尔后,在交通事故处理中,对公安交警部门隐瞒该事故是其故意制造的真相,致使公安交警部门按照道路交通法规规定的路权优先原则,确认对方车辆驾驶员承担事故的全部责任,并在公安交警部门的调解下,由对方车辆驾驶员赔偿被告

人的车辆修理费。赃款均被挥霍。^④本案被告人并未采用威胁或要挟的手段迫使被害人交付欠款,不构成敲诈勒索罪;综合行为人所驾驶的车辆大小(小车)、被撞车辆的大小(货车)、车辆的速度(正常速度)、行为人对车辆的控制能力(技术娴熟)以及行为的结果(轻微碰擦)等案情因素,可以认为,本案的碰擦行为虽有公共危险性但危险程度远低于放火、决水、爆炸、投放危险物质的危险程度,难以构成以危险方法危害公共安全罪。最终司法机关对本案以诈骗罪处理是正确的。确实,行为人的行为性质是以虚构交通事故(故意制造虚假的“交通事故”)来骗取对方钱财,符合诈骗罪的特征。不过,具有一定特殊性的是,本案并非简单发生在被告人与被害人之间,而是有公安交警部门的介入。被告人通过欺骗公安交警部门,致使其对故意制造的事故按过失造成的交通事故对待,并按照交通事故处理的正常程序进行调解,被害人通常在形式上自愿接受调解而将钱款交付给被害人。当然,也存在着有的被害人当时确实不自愿调解或给付钱款,在公安交警部门的强制下无奈接受调解并支付赔款。至少在后者的场合,将公安交警部门定位为被骗者及处分行为人(“处分”是规范意义上的,有别于纯粹事实意义上的“交付”),进而通过三角诈骗的构造加以说明,是更为妥当的。并且,在本案的评析中,相关司法人员也认为这是一种“间接诈骗”,是“诉讼诈骗”的一种。^⑤这实际上也就意味着司法人员接受了三角诈骗的类型。只是,本案发生于1999年12月至2000年4月间,判决于2001年7月,评析意见最早发表于《人民法院案例选》2003年第4辑(总第46辑),当时学界对“三角”诈骗的认识还不充分,故而评析中含混地将其理解为“诉讼诈骗”,而没有出现“三角诈骗”的术语表达,将该案理解为诉讼诈骗本身也并不准确。

五、结语

本文的核心主张虽未超出“应该肯定三角诈

骗概念”这一刑法理论上的通常理解,但本文的价值在于,通过梳理并反驳否定说的主张以及勾勒三角诈骗的构成特征,明确肯定三角诈骗这一概念和犯罪类型的正面意义。具体来说,通过厘定其构成特征,在强调“被骗者与处分人的同一”的基础上,明确“处分人与被害人的分离”这一命题,从而突出对于犯罪认定的实质标准:唯有最终遭受财产损害者才是财产犯罪的被害人,这是实质理解法益侵害概念时理应得出的结论。在上述过程中,本文对“被骗者与处分人不同一也能构成三角诈骗”与“处分人处分自己财产而使被害人遭受损失时也能构成三角诈骗”这两个命题分别进行了细致反驳。

本文表明,三角诈骗概念在说明部分场合下诈骗罪实质法益侵害的构造时既准确又直观,值得肯定。说“准确”,是因为其借助“被骗者与处分人的同一”命题而实现对于行为性质的框定,从而确定行为之“诈骗”属性;说“直观”,是因为其借助“处分人与被害人分离”命题而完成对行为构造的描绘,从而勾勒行为之“三角”外观。至于本文讨论的诉讼诈骗以及此外的其他场合属于三角诈骗的具体体现,则构成了在理论上证成三角诈骗概念后,对该概念的实践展开,也是对该概念的进一步确认。

注释:

①杉本一敏「“三角詐欺”は存在しない——被害者の同意論・被害者への帰属論に基づく“三角関係”の検討」川端博ほか編『理論刑法学の探究④』(成文堂,2011年)205頁参照。

②杉本一敏「“三角詐欺”は存在しない——被害者の同意論・被害者への帰属論に基づく“三角関係”の検討」川端博ほか編『理論刑法学の探究④』(成文堂,2011年)167-205頁参照。

③参见杨兴培:《“三角诈骗”的法理质疑与实践批判》,载《东方法学》2019年第4期。

④参见杨兴培、田然:《诉讼欺诈按诈骗罪论处是非探讨——兼论〈刑法修正案(九)〉之诉讼诈骗罪》,载《法治研究》2015年第6期。

⑤杉本一敏「“三角詐欺”は存在しない——被害者の同意

論・被害者への帰属論に基づく“三角関係”の検討」川端博ほか編『理論刑法学の探究④』(成文堂,2011年)184-185頁参照。

⑥团藤重光『刑法綱要各論』(创文社,3版,1990年)604頁参照。

⑦杉本一敏「“三角詐欺”は存在しない——被害者の同意論・被害者への帰属論に基づく“三角関係”の検討」川端博ほか編『理論刑法学の探究④』(成文堂,2011年)187-188頁参照。

⑧我国学者对于三角诈骗否定论的细致反驳,参见张明楷:《诈骗犯罪论》,法律出版社2021年版,第146-148页。

⑨参见张明楷:《诈骗犯罪论》,法律出版社2021年版,第144页。

⑩团藤重光『刑法綱要各論』(创文社,3版,1990年)604頁参照。近期的同类主张,富川雅満「詐欺罪における錯誤者と交付・処分者との同一性再考」高橋則夫ほか編『刑事法学の未来——長井圓先生古稀記念』(信山社,2017年)421頁以下参照。

⑪山中敬一『刑法各論』(成文堂,3版,2015年)368頁参照。

⑫京藤哲久「三角詐欺——訴訟詐欺と自己名義クレジットカードの不正使用」阿部純二ほか編『刑法基本講座 第5巻 財産犯論』(法学書院,1993年)200頁参照。

⑬京藤哲久「三角詐欺——訴訟詐欺と自己名義クレジットカードの不正使用」阿部純二ほか編『刑法基本講座 第5巻 財産犯論』(法学書院,1993年)200-201頁参照。

⑭京藤哲久「三角詐欺——訴訟詐欺と自己名義クレジットカードの不正使用」阿部純二ほか編『刑法基本講座 第5巻 財産犯論』(法学書院,1993年)201頁参照。

⑮山中敬一『刑法各論』(成文堂,3版,2015年)368頁。

⑯王钢:《德国判例刑法(分则)》,北京大学出版社2016年版,第209頁。

⑰山中敬一『刑法各論』(成文堂,3版,2015年)373頁参照。

⑱佐伯仁志「詐欺罪の理論的構造」山口厚ほか編『理論刑法学の最前線Ⅱ』(岩波書店,2006年)127-128頁参照。

⑲[日]桥爪隆:《论诈骗罪的交付行为》,王昭武译,载《法治现代化研究》2020年第3期。

⑳山中敬一『刑法各論』(成文堂,3版,2015年)373頁参照。

㉑山中敬一『刑法各論』(成文堂,3版,2015年)369頁参照。

㉒参见王钢:《德国判例刑法(分则)》,北京大学出版社2016年版,第209頁。

㉓参见张明楷:《三角诈骗的类型》,载《法学评论》2017年第1期;张明楷:《诈骗犯罪论》,法律出版社2021年版,第198-209頁。

㉔参见钱叶六:《表见代理型骗财案被害人的认定与罪名辨析》,载《政治与法律》2023年第1期。

㉕参见《杨涛诈骗案——单位职员虚构公司业务、骗取财物的如何定性》,载最高人民法院刑事审判第一、第二、第三、

第四、第五庭主办:《刑事审判参考》总第111集,法律出版社2017年版,第100-101頁。

㉖参见付立庆:《二维码案件中诈骗罪说的质疑与盗窃罪说的论证》,载《浙江大学学报(人文社会科学版)》2022年第1期。

㉗参见《杨涛诈骗案——单位职员虚构公司业务、骗取财物的如何定性》,载最高人民法院刑事审判第一、第二、第三、第四、第五庭主办:《刑事审判参考》总第111集,法律出版社2017年版,第101-107頁。

㉘张明楷:《三角诈骗的类型》,载《法学评论》2017年第1期。

㉙参见蔡桂生:《新型支付方式下诈骗与盗窃的界限》,载《法学》2018年第1期。

㉚参见徐凌波:《置换二维码行为与财产犯罪的成立》,载《国家检察官学院学报》2018年第2期。

㉛团藤重光『刑法綱要各論』(创文社,3版,1990年)614頁参照。

㉜井田良『講義刑法学·各論』(有斐閣,2版,2020年)299頁参照。

㉝山中敬一『刑法各論』(成文堂,3版,2015年)372頁参照。

㉞井田良『講義刑法学·各論』(有斐閣,2版,2020年)299頁参照。

㉟山中敬一『刑法各論』(成文堂,3版,2015年)372頁参照。

㊱参见《朱港春、李俊乐诈骗案——“单方欺诈型”虚假诉讼行为应当如何定罪处罚和正确适用从旧兼从轻原则》,载最高人民法院刑事审判第一、第二、第三、第四、第五庭主办:《刑事审判参考》总第124集,法律出版社2020年版,第53-59頁。

㊲张明楷:《刑法学(下)》(第六版),法律出版社2021年版,第1316頁。

㊳周光权:《刑法各论》(第四版),中国人民大学出版社2021年版,第151頁。

㊴参见陈兴良:《口授刑法学(下册)》(第二版),中国人民大学出版社2017年版,第304頁。

㊵参见《黄某诈骗案——侵入单位内部未联网的计算机人事系统篡改他人工资账号,非法占有他人工资款的行为,如何定性》,载最高人民法院刑事审判第一、第二、第三、第四、第五庭主办:《刑事审判参考》总第89集,法律出版社2012年版,第73-76頁。

㊶参见《李品华、潘才庆、潘才军制造“交通事故”骗取钱财案》,最高人民法院中国应用法学研究所编:《人民法院案例选(分类重排本)》(刑事卷6),人民法院出版社2017年版,第2830-2833頁。

㊷参见《李品华、潘才庆、潘才军制造“交通事故”骗取钱财案》,最高人民法院中国应用法学研究所编:《人民法院案例选(分类重排本)》(刑事卷6),人民法院出版社2017年版,第2833頁。