

## 论诈骗罪中的财产处分行为

### ——处分意识不要说之提倡

王 静

**内容提要:**处分行为可谓我国当前诈骗罪的核心要件,国内传统理论过分倚重处分意识要素,且试图无差别融合德国与日本的处分行为理论,有错位与杂糅之嫌。诈骗罪的不法类型并非自我损害犯罪,而是利用被骗人实现财产损害的他人损害犯罪。处分行为所谓的自我损害标识功能与区分功能均建立在人为预设的排他信条之上,其唯一规范功能在于构建财产损害与欺骗行为之间的归责关联,从而将财产损害归责于行为人的欺骗行为。处分行为在我国语境下应表述为任何直接导致财产转移的作为、容忍和不作为,只有直接性要件才是处分行为的本质要件,自愿性要件与处分意识均是为了维持排他信条而人为增加的要素,并不可取。

**关键词:**处分行为 处分意识 直接性要件 自我损害犯罪 排他信条

王静,湖南大学法学院讲师。

### 一 问题的提出

诈骗罪历来是最为重要的财产犯罪之一,在数字时代更是呈现高位运行与迭代更新之势。数字科技与诈骗行为的深度融合,给诈骗罪的司法认定带来挑战。在此背景下,学界围绕诈骗罪展开的研究不胜枚举。从内容来看,无论是以诈骗罪自身为对象,还是以盗窃与诈骗的区分为重点,这些研究基本上聚焦在财产处分行为<sup>[1]</sup>这一不成文的构成要件要素上。不难看出,财产处分行为是我国当前诈骗罪理论的核心所在,既影响诈骗罪不法内涵的理解与成立范围的划定,又决定了诈骗罪与盗窃罪的关系。国内刑法理论对于

[1] 简便起见,下文也可能使用“财产处分”“处分行为”的表述。另外,日本学者使用的“交付行为”一词也指财产处分行为。

财产处分行为的交锋,归根于两个问题:一是什么是财产处分行为,即处分行为的内涵问题;二是是否要求具备处分意识及其内容如何理解,即处分行为的要素问题;此外,随着近年来对德国刑法理论的进一步引入,部分学者也会在此基础上讨论直接性要件与自愿性要件。然而,国内理论存在两方面的疑问:一是理论的错位,即国内理论过分倚重处分意识对于区分诈骗罪与盗窃罪的重要性,基本无视处分行为的客观要素;二是理论的杂糅,即国内理论在日本刑法理论影响下普遍坚持处分意识必要说,但又试图融合德国的财产处分行为理论,忽视了两国立法不同所导致的理论演进差异,致使国内理论与实务将审查重点错放在被骗人的主观侧面,淡化了客观要素对于处分行为成立的限制作用,因而深陷处分意识之争的泥淖,同案不同判的现象屡见不鲜,例如,对于常见的调包案,有的法院定为盗窃罪,有的则定为诈骗罪,<sup>[2]</sup>严重影响司法的公正性与安定性。

处分行为的科学界定不仅影响诈骗罪的理解及其与盗窃罪的关系,也直接影响到实践中案件办理标准的统一性。有鉴于此,本文将立足诈骗罪的不法内涵与归责构造,对处分行为的内涵、要素与功能展开讨论,在此基础上阐释处分意识不要说的合理性,并试图呼吁学界重新思考诈骗罪与盗窃罪的关系。

## 二 处分行为的内涵与要素

诈骗罪在德国属于整体财产犯罪,在我国与日本则被归类为个别财产犯罪。这一差异对于处分行为的理解具有重要影响,但不妨碍中德日刑法理论在诈骗罪构造上存在基本共识,即诈骗罪的(既遂)客观构成要件由一个特定的因果流程构成,处分行为是其要素之一。<sup>[3]</sup>现代刑法中的财产处分概念发端于德国 19 世纪中期,基本上是在诈骗罪的犯罪构成框架下发展出来的。<sup>[4]</sup>从法律继受的历史来看,日本财产处分理论深受德国影响,但在演进过程中基于立法差异进行了本土化调适,因而在内涵与要素上呈现出不同侧重。大抵是因为我国诈骗罪立法更接近于日本,从结果来看,我国财产处分理论在塑造过程中更多关注日本学说,在内涵与要素上发展出相似的学说之争。

### (一) 财产处分行为的内涵

顾名思义,财产处分是指对财产的处分。诈骗罪中的财产处分不要求达到民法上处分的程度,且可以通过不作为实施,例如认可对方拿走财物。对此,中德日刑法理论存在共识,但源于对诈骗罪保护法益的理解差异,其对处分行为的内涵描述各有不同。在德

[2] 前者如“王某平等诈骗案”,重庆市第五中级人民法院(2009)渝五中法刑终字第 122 号刑事裁定书;后者如“陈某梅等诈骗案”,广西壮族自治区南宁市中级人民法院(2008)南市刑二终字第 72 号刑事裁定书。

[3] 国内有学者从交易操纵理论出发,对诈骗罪的构成要件进行中国语境下的重构,即行为人在财产交易沟通过程中操纵交易基础信息对被害人施加影响使其作出有利于行为人的财产交易或安排,进而非法获利,从而将错误认识和财产处分从诈骗罪的构成要件中剔除出去。详见王莹:《诈骗罪重构:交易信息操纵理论之提倡》,《中国法学》2019 年第 3 期,第 240 页以下。本文认为,这里的“财产交易或安排”实质上是财产处分行为的另一种表述,所谓将“财产处分”从诈骗罪的构成要件中剔除出去,只是不再使用这个概念,而不是将这个概念所代表的要素真正剔除出去。

[4] Vgl. Rönnau, Grundwissen - Strafrecht: Der Verfügungsbegriff beim Betrug, JuS 2011, 982, 982.

国,处分行为是指受骗人任何自愿地直接造成财产减损的法律性或事实性的作为、容忍和不作为。<sup>[5]</sup>在日本,处分行为是指由被害人转移其财物或者财产性利益的行为。<sup>[6]</sup>我国传统观点认为,诈骗罪最主要的特点是行为人设法使被害人在认识上产生错觉,以致自愿将自己所有或者持有的财物交付给行为人,放弃自己的财产或者免除行为人的返还义务。<sup>[7]</sup>虽然这里没有使用“处分行为”概念,但这里的“交付”“放弃”“免除”本质上是处分行为的不同形态。近年来,随着日本诈骗犯罪理论的引入,我国刑法学者大都认为,诈骗罪中的处分财产,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。<sup>[8]</sup>不难看出,上述定义在处分行为的“结果”侧面有所不同:在德国,处分行为的结果是直接造成“财产减损”,通说认为对其须从法律经济财产说的视角去认定;<sup>[9]</sup>我国与日本则要求处分行为的结果是导致“财产转移”,对此理论上存在所有权转移说与占有转移说的争议。究其原因,德国刑法典明文规定诈骗罪是整体财产犯罪,其既遂的成立以造成财产损害为必要,后者须以结算(per saldo)的方式计算,即通过比较被害人在处分行为前后的财产状况来确定是否存在财产损害。显然,这里不存在所有权转移说与占有转移说争论的土壤,因为转移所有权或占有的行为本身是不可计算的。相反,我国与日本的主流观点认为诈骗罪是个别财产犯罪,刑法理论围绕个别财产犯罪的法益展开了本权说与占有说的争论,其在诈骗罪中则相应催生了所有权转移说与占有转移说的分歧。<sup>[10]</sup>考虑到我国刑法对诈骗罪与盗窃罪规定了相同的犯罪对象,难以贯彻“诈骗罪是整体财产犯罪,而盗窃罪是个别财产犯罪”的观点,而只能认为二者均为个别财产犯罪,故对于诈骗罪财产处分行为的结果宜以财产转移为内容。

近年来,国内有学者认为,诈骗罪的构成要件中存在两种不同的财产处分行为:一是作为欺骗内容的处分行为,是对欺骗行为的一种限定,属于诈骗罪行为要素的关键内容;二是作为欺骗效果的处分行为,这是由受骗人实际实施的行为,属于诈骗罪的结果要素。<sup>[11]</sup>该观点虽揭示了诈骗罪中的欺骗行为须以处分行为为内容,但其归纳方法难言妥当。详言之,“诈骗罪中存在两个不同处分行为”这样的描述与诈骗罪的客观构造不符。就一个诈骗罪而言,被害人事实上只作出了一个处分行为。该观点所谓的第一种处分行为存在于行为人主观想象中,实际并不存在。况且,该观点自身也认为,第一种处分行为实质上是欺骗行为的组成部分。既然如此,概念上将其归纳为处分行为就存在疑问。如

[5] BGHSt 14, 170, 171; Perron, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 55; Kindhäuser, in: Nomos Kommentar zum StGB, 5. Aufl. 2017, § 263 Rn. 197.

[6] 参见曾根威彦=松原芳博「重点課題 刑法総論」(成文堂,2008年)125頁;〔日〕西田典之著:《日本刑法各论》(第7版),王昭武、刘明祥译,法律出版社2018年版,第231页;等等。

[7] 参见高铭喧、马克昌著:《刑法学》(第十版),北京大学出版社、高等教育出版社2022年版,第509页。

[8] 代表性学者如张明楷著:《诈骗犯罪论》,法律出版社2021年版,第211页;黎宏著:《刑法学各论》(第二版),法律出版社2014年版,第329页。

[9] Vgl. Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht Besonderer Teil 2 - Straftaten gegen Vermögenswerte, 44. Aufl. 2021, § 27 Rn. 560; Perron, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 82.

[10] 国内有学者更为激进地提出,刑法上的处分行为不限于占有转移,还包括持有的转移。详见蒋铃:《论诈骗罪中的处分行为》,《政治与法律》2012年第8期,第52页。

[11] 参见邹兵建:《诈骗罪中处分行为的体系位置与内容构成》,《政治与法律》2022年第4期,第61页。

后文所示,这里所说的第一种财产处分行为毋宁说是处分行为归责关联功能的体现。

## (二) 财产处分行为的要素

德国主流观点认为直接性要件(Unmittelbarkeit)、处分意识(Verfügungsbewusstsein)与自愿性要件(Freiwilligkeit)是财产处分行为的基本要素,而我国受日本诈骗犯罪理论的影响,将重心向处分意识倾斜,较少论及直接性要件与自愿性要件。对于同一个构成要件要素,中德日为何存在如此显著的差异?进一步而言,财产处分行为究竟要具备哪些要素?为此,有必要对三者的内涵先作了解。

### 1. 处分意识

德日处分行为理论的差异演进集中体现在处分意识要素上。德国通说采取的是处分行为二元说,即在财物诈骗(Sachbetrug)的场合处分意识必不可少,否则无法将诈骗罪与盗窃罪区分开来,在财产性利益诈骗(Forderungsbetrug)的场合则无需处分意识,因为盗窃罪的对象仅限于财物,不存在区分二者的需求。<sup>[12]</sup>虽然日本刑法对两罪的规定与德国相似,但日本多数观点采取的是一元的财产处分概念,这是因为,“无论对象是财物还是财产性利益,要成立诈骗罪,无疑都要求存在由受骗者实施的交付行为,因此,对于二者的主观要件也应该做同样的理解”。<sup>[13]</sup>在处分行为一元说下,日本主流观点认为受骗者必须具备处分意识,“如果广泛地承认‘无意识的处分行为’的话,则很难将诈骗罪区别于采取欺骗手段的盗窃罪”,<sup>[14]</sup>不同学者之间只是对处分意识的程度要求有别。

处分行为一元说在我国得到了广泛认可。我国针对所有财产犯罪使用的都是“公私财物”一词,且通说认为财产性利益可以成为盗窃罪的对象,故既不存在德国学者认为处分行为一元说可能造成处罚漏洞的担忧,也毋须像日本学者那样竭力论证利益盗窃不可罚以支持处分行为一元说。一言以蔽之,我国刑法对两罪的规定扫除了贯彻处分行为一元说的障碍。在处分行为一元说下,处分意识必要说是我国当下的主流观点,理由在于,行为人的行为是否导致受骗者基于认识错误产生处分财产的意思进而处分财产,是区分盗窃罪与诈骗罪的关键。<sup>[15]</sup>与日本类似,我国多数学者对于处分意识的内容做了不同程度的缓和理解,面对新型支付方式的兴起,有学者主张进一步放宽缓和程度,结论与处分意识不要说几近相似。例如,对于最高人民法院于2014年发布的第27号指导案例“臧某泉等盗窃、诈骗案”,其认为根据处分意识缓和说可以认定被害人具有处分意识,应以诈骗罪定性为宜。<sup>[16]</sup>

可见,尽管中德日刑法理论对于处分意识是否必要以及缓和程度采取了不同立场,但对于其功能却存在基本共识:处分意识的主要功能在于区分诈骗罪与盗窃罪,换言之,处

[12] Vgl. Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht Besonderer Teil 2: Straftaten gegen Vermögenswerte, 44. Aufl. 2021, § 27 Rn. 546; Rengier, Strafrecht Besonderer Teil I: Vermögensdelikte, 24. Aufl. 2022, § 213 Rn. 71.

[13] [日]桥爪隆:《论诈骗罪的交付行为》,王昭武译,《法治现代化研究》2020年第3期,第194页。

[14] [日]松宫孝明著:《刑法各论讲义》(第3版),王昭武、张小宁译,中国人民大学出版社2018年版,第213页。

[15] 参见张明楷著:《诈骗犯罪论》,法律出版社2021年版,第241页;冯军、梁根林、黎宏主编:《中国刑法评注》(第2卷),北京大学出版社2022年版,第2514-2515页。

[16] 参见李森:《人工智能时代新型支付方式与诈骗罪处分意识》,《西北民族大学学报(哲学社会科学版)》2021年第5期,第99页。

分意识之所以(至少在财物的场合)必不可少,是由两罪的区分需求所决定的。

## 2. 直接性要件

直接性要件是处分行为的客观要素,指在被害人的行为与财产减少(转移)之间不存在行为人进一步的行为。直接性要件在德日刑法学界处于通说地位。<sup>[17]</sup>不同的是,德国刑法理论在适用直接性要件与处分意识时主客观分明:若被害人的行为客观上不具备直接性,由于自始不存在处分行为,无须进一步审查处分意识。例如,在欺骗行为只是导致占有松弛的情形,被害人的行为缺乏直接性要件,故根本不存在一个适格的处分行为,因而不必讨论被害人是否存在处分意识。日本刑法理论虽然也区分占有的转移与占有的松弛,但不少学者认为这种区分完全可以在受骗者的认识范围内予以解决。<sup>[18]</sup>例如,行为人在西装店试穿夹克,趁店员不注意而偷偷逃走的,不构成诈骗罪而只构成盗窃罪,因为店员虽然同意行为人试穿夹克,但这只是放松了对夹克的占有,并没有发生基于被骗者之意思对占有的终局性转移。<sup>[19]</sup>换言之,只要受骗者没有对终局性转移占有予以认可,便不能认定存在处分行为,不构成诈骗罪。我国与日本相似,对类似的案件事实也基本是通过区分占有的转移与占有的松弛来解决,并且认为在多数情况下必须看处分者的意思内容。<sup>[20]</sup>虽然有学者已将直接性要件引入国内,<sup>[21]</sup>但并未得到理论与实务的重视与适用。可以看出,针对同样的案件事实,德国刑法理论审查直接性要件这个客观要素,而中国和日本则在受骗者认识范围内予以解决。这进一步表明,在中国和日本,处分意识是处分行为的主体要素,对于处分意识的理解直接决定了处分行为的范围。

## 3. 自愿性要件:反思与摒弃

德国刑法理论与实务认为,处分行为的本质是由被害人作出的自我损害的“给的行为”(Gebeakt),从这一本质出发,虽然交付财物的行为是基于错误作出的,但必须是自愿发生的。<sup>[22]</sup>由此,处分行为要求具备自愿性,这里的自愿性区别于处分意识。不同于日本刑法理论几乎不提及自愿性要件,我国会经常使用“被害人‘自愿地’交付财物”这类表述。<sup>[23]</sup>不过,我国刑法理论对其内涵并无论述,且实务对自愿性与处分意识几乎不加区分。例如,最高人民法院在前述臧某泉等盗窃、诈骗案中指出,应从行为人采取主要手段

[17] 参见 Kindhäuser/Böse, Strafrecht Besonderer Teil II: Straftaten gegen Vermögensrechte, 11. Aufl. 2021, § 27 Rn. 44; [日]大谷实著:《刑法讲义各论》(新版第2版),黎宏译,中国人民大学出版社2007年版,第245页。

[18] 参见曾根威彦=松原芳博「重点课题 刑法各论」(成文堂,2008年)125页;[日]桥爪隆:《论诈骗罪的交付行为》,王昭武译,《法治现代化研究》2020年第3期,第189页。亦有学者未使用“直接性要件”一词,例如:[日]西田典之著:《日本刑法各论》(第7版),王昭武、刘明祥译,法律出版社2018年版,第229页以下。

[19] 参见[日]西田典之著:《日本刑法各论》(第7版),王昭武、刘明祥译,法律出版社2018年版,第231页;杨秋野:《日本刑法诈骗罪中的处分行为》,载魏昌东、顾肖荣主编《经济刑法》第18辑,上海社会科学出版社2018年版,第98页。

[20] 参见冯军、梁根林、黎宏主编:《中国刑法评注》(第2卷),北京大学出版社2022年,第2516页。

[21] 参见张明楷著:《刑法学》(第六版),法律出版社2021年版,第1307页;王钢:《德国刑法诈骗罪的客观构成要件——以德国司法判例为中心》,《政治与法律》2014年第10期,第40页。亦有学者反对直接性要件,详见刘明祥著:《财产罪专论》,中国人民大学出版社2019年版,第193页。

[22] Vgl. Hefendehl, in: Münchener Kommentar zum StGB, 3. Aufl. 2019, § 263 Rn. 280 ff.; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil 2: Straftaten gegen Vermögenswerte, 44. Aufl. 2021, § 15 Rn. 667.

[23] 参见高铭喧、马克昌著:《刑法学》(第十版),北京大学出版社、高等教育出版社2022年版,第509页;刘明祥著:《财产罪专论》,中国人民大学出版社2019年版,第191页。

和被害人有无处分财物意识方面区分盗窃与诈骗,若被害人基于错误认识而“自愿”交付财物,盗窃行为只是辅助手段的,应当认定为诈骗;更有法院在裁判文书中载明处分意识应当解释为被害人“自愿”将财物转移给他人占有。<sup>[24]</sup> 针对此,有学者指出我国现有诈骗罪研究对自愿性要件的重视不足,往往将其作为处分意识的内容加以讨论。<sup>[25]</sup> 本文认为,自愿性是一个纯属多余的要件,不应成为我国诈骗罪财产处分行为的要素,理由如下:

首先,德国理论对自愿性概念的界定十分模糊。处分行为的自愿性究竟何指,是讨论其是否必要的前提问题,理论对此恰恰存在分歧。自愿性要件确立于 1952 年的“冒充没收案”(Pseudo-Beschlagnahme),<sup>[26]</sup> 在该案中,行为人谎称是刑事警官“扣押”了被害人当前的财产,被害人只得容忍行为人拿走财物。联邦最高法院在判决中只是简单提及处分行为必须建立在一个“虽然是由错误导致的,但内在自愿的意志决定”基础上,而没有进一步说明其内涵。不仅如此,除了财产处分行为,被害人承诺和犯罪中止也要求自愿性。对于后者所要求的自愿性究竟应从规范还是心理意义上来理解,理论有充分讨论;而对于处分行为的自愿性,唯一能确定的是,这里的自愿性是指内在自愿的意志决定,如果被害人觉得不允许反抗或者反抗没有任何意义时,则毫无产生一个自愿的意志决定的余地。相较而言,自愿性要件理论的不足显而易见。

其次,自愿性要件是对诈骗罪不法内涵的误解。如前所述,自愿性要件是从诈骗罪的自我损害特质得出来的,但这一观点难言妥当。犯罪的本质是行为人有责地实施不法行为,故犯罪的不法必然是由行为人的行为而非被害人的行为决定的;相应地,诈骗罪的不法内涵应当是由行为人的欺骗行为而非被害人的处分行为塑造。因此,如后所述,“自我损害犯罪”这一标签是对诈骗罪不法本质的误解。欺骗行为才是诈骗罪所禁止的权益侵害类型,但欺骗行为本身无法造成任何财产损害,需要藉由被骗人的财产处分这一媒介行为,将欺骗行为所蕴含的导致财产损害的危险转化为现实的财产损害。在此意义上,诈骗罪的不法类型是利用被骗人实现财产损害的他人损害犯罪。正如德国学者金德霍伊泽尔(Urs Kindhäuser)所言,诈骗罪是间接正犯的一种类型,财产处分行为体现为被害人对转移占有的同意,这里的同意是存在瑕疵的,与自愿性无关。<sup>[27]</sup>

再次,自愿性要件是为了区分盗窃与诈骗而人为制造的概念。在“冒充没收案”中,德国联邦最高法院以两罪处于排他关系为前提,认为区分的关键是被害人的内在意愿,而被害人的财产处分相当于一个具有排除盗窃罪效果的“同意”行为,必须建立在自由的意志决定基础上,这便是所谓的自愿性要件。显然,自愿性要件建立在两罪互斥的基础上,这是一个以结果导向的考量:人们必须区分诈骗与盗窃,故需要一个专门的自愿性要件。这样的论证无疑倒果为因,因为诈骗罪与盗窃罪处于何种关系,应当是构成要件解释的结

[24] 参见安徽省肥西县人民法院(2020)皖 0123 刑初 85 号刑事判决书。

[25] 参见王钢:《盗窃与诈骗的区分——围绕最高人民法院第 27 号指导案例的展开》,《政治与法律》2015 年第 4 期,第 39 页。

[26] BGH NJW 1952, 782 Nr. 8.

[27] Vgl. Kindhäuser, Betrug als vertypete mittelbare Täterschaft, in: Joachim Schulz (Hrsg.), Festschrift für Günter Bemann zum 70. Geburtstag, 1997, S. 353.

果,而不是其前提。在此意义上,德国联邦最高法院的论证方法存在疑问。此外,人们为何一定要通过各种解释来区分这两罪,而拒绝考虑通过竞合论来处理两罪的关系?这个问题始终没有得到回答。在这种情况下,单纯为了区分两罪而人为增加自愿性要件这一不成文的构成要件要素,更难令人信服。

最后,自愿性要件的适用范围相当狭窄且存在争议。自愿性要件在德国仅在冒充没收或扣押这类情形中作为独立的要素被认可,难以一般化。这类案件成立盗窃罪的结论在理论上也饱受争议。不少学者认为,冒充没收的行为应当构成诈骗罪,而不是盗窃罪。<sup>[28]</sup>况且,德国通说对于“冒充没收案”的处理方式在我国难以获得赞同。例如,行为人从网上购买“警服”和不锈钢仿真手铐预谋冒充人民警察向嫖客索要钱财,按照实务的见解,这里主要涉及诈骗罪、敲诈勒索罪与招摇撞骗罪的区分,基本不会认定为盗窃罪。<sup>[29]</sup>理论上,有学者明确认可这类情形中被害人的行为属于财产处分行为,因而成立诈骗罪。<sup>[30]</sup>

据此,自愿性这一要件在理论上存在缺陷,且实务适用十分有限,不应成为财产处分行为的要素之一。一个行为即便不完全是自愿做出的,但只要具有直接导致财产转移的效果,也可能属于财产处分行为。

综上所述,中德日刑法理论与实务对于处分行为内涵与要素的理解呈现差异性。在我国语境下,诈骗罪是个别财产犯罪,故应认为财产处分行为的结果是导致财产转移,而非财产减损;“自愿性”是对诈骗罪不法内涵的误解,不应纳入我国处分行为的要素之中。由于处分行为的内涵与要素无法割裂理解,下文仍须结合其功能进一步考察处分意识与直接性要件是否属于本质要素,从而明确其全部内涵。

### 三 处分行为的功能与批判

处分行为的功能与根据可谓一体两面。从现有分散的研究中,可以将处分行为的功能归纳为三方面:一是自我损害标识功能,即彰显诈骗罪的自我损害特征;二是连接功能,即构建认识错误与财产损害(转移占有)之间的因果关联;三是区分功能,即划定诈骗罪与盗窃罪的界限。

#### (一) 自我损害标识功能:规范审视与功能否定

所谓的自我损害标识功能起源于德国,近年来也被引入国内。<sup>[31]</sup>诈骗罪的特点是行为人为人不是自己从外部造成财产损害,而是藉由一个陷入认识错误的他人造成财产损害的

[28] Vgl. Mitsch, Strafrecht Besonderer Teil 2 - Vermögensdelikte/Teilband 1, 2. Aufl. 2002, § 7 Rn. 79; Kindhäuser, in: Nomos Kommentar zum StGB, 5. Aufl. 2017, § 242 Rn. 54; Vogel, in: Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, 12. Aufl. 2012, § 242 Rn. 126.

[29] 参见江西省萍乡市中级人民法院(2021)赣03刑终6号刑事判决书。

[30] 例如张明楷著:《诈骗犯罪论》,法律出版社2021年版,第217页。

[31] 参见周光权著:《刑法各论》(第四版),中国人民大学出版社2021年版,第143页;王钢:《盗窃与诈骗的区分——围绕最高人民法院第27号指导案例的展开》,《政治与法律》2015年第4期,第30页以下。

结果,因而被归纳为是“自我损害犯罪”,<sup>[32]</sup>即诈骗罪中的财产损害是基于被害人意志产生的,从而与盗窃罪这一他人损害罪是对立类型。正是从诈骗罪自我损害犯罪的特性出发,应认为处分行为是必不可少的构成要件要素。由此,处分行为的第一个功能是将诈骗罪限定在自我损害的情形。自我损害犯罪看似是对诈骗罪形象的描述,实则是一个似是而非的概念。可以肯定的是,“自我损害犯罪”中的“自我损害”不同于总则中排除犯罪人归责的“自我损害”,其描述的是受到欺骗的被害人通过自己的行为而遭受损害的事实。言下之意,自我损害似乎就是指受骗者的处分行为。然而,敲诈勒索罪的成立也以处分行为为必要,但我国刑法理论几乎不会认为敲诈勒索罪也是自我损害犯罪。进一步而言,诈骗罪中的财产损害外观上确实是由被害人自己造成的,但规范而言,这一损害应归责于行为人,而非被害人这个所谓的自我损害者。在此意义上,诈骗罪是具有间接正犯性格的他人损害罪。<sup>[33]</sup>德国学者金德霍伊泽尔指出,将诈骗罪刻画为自我损害犯罪,是对诈骗罪归责构造的一个根本性误解。<sup>[34]</sup>据此,不能因为财产处分是诈骗罪必不可少的构成要件,便将诈骗罪视为是自我损害的一种形式。

既然如此,为什么理论仍会固守诈骗罪是自我损害犯罪,盗窃罪是他人损害犯罪?原因在于,假如不坚持这样的犯罪形象,两罪的区分就不可能实现。对此,德国学者伦吉尔(Rudolf Rengier)曾言:“作为他人损害罪的盗窃罪与作为自我损害罪的诈骗罪之间的界限就是窃取行为与财产处分行为的区分。”<sup>[35]</sup>如此看来,这两个法律构造并不是从两罪的本质推导出来的,而是源自于区分的需求,自我损害这个描述对于区分两罪实际上并无作用。具言之,按照通行的定义,凡是存在财产处分行为的场合,便能够认定这是一个自我损害,进而成立诈骗罪。这表明,只要存在财产处分行为,就能够肯定诈骗罪的成立,完全无须另将其描述为自我损害犯罪。诚然,这样一个标签突出了诈骗罪的实现需要被害人事实上的共同作用,但如后文所示,这一特性是由诈骗罪的归责构造决定的,而非自我损害犯罪这个标签。况且,根据什么样的标准来确定这种事实上的共同作用,这一标签也没有给出任何答案,人们必须反过来借助那些用来认定处分行为的要素来确定。既然如此,自我损害犯罪成了一个充满误解且毫无规范功能的标签。处分行为并不具有刻画所谓自我损害的功能,反过来说,这个标签并不能为处分行为的必要性提供合理依据,更不能由此特性得出处分意识是处分行为必不可少的要素。

## (二)连接功能:处分行为归责关联功能的证成

从诈骗罪(既遂)的构造可以看出,财产处分是认识错误与财产损害之间的连接点,构建了二者之间的因果关联,因为认识错误作为内心事实,自身无法造成财产损害这个外部事实,而是需要一个媒介行为,即被害人的财产处分行为。

[32] Vgl. Hefendehl, in: Münchener Kommentar zum StGB, 3. Aufl. 2019, § 263 Rn. 300.

[33] 相似观点,参见蔡桂生:《诈骗罪中“被害人释义学”和信息支配之本质》,《环球法律评论》2023年第3期,第151-152页;付立庆:《诈骗罪中处分行为的认定困境与机能定位》,《法学评论》2023年第5期,第162页。

[34] Vgl. Kindhäuser, in: Nomos Kommentar zum StGB, 5. Aufl. 2017, § 263 Rn. 47.

[35] Rengier, Die harmonische Abgrenzung des Raubes von der räuberischen Erpressung entsprechend dem Verhältnis von Diebstahl und Betrug, JuS 1981, 654, 654.



虽然刑法理论对此着墨不多,但不意味着毫无争议。例如,德国学者埃泽尔(Albin Eser)认为,处分行为不仅是连接点,而且是先前的认识错误向后面的财产损害发展的转化站。<sup>[36]</sup>日本学者林干人认为,即便没有被害人的财产处分行为,认识错误与财产损害之间也可能存在因果关系。例如,行为人通过欺骗行为转移被害人的注意力,趁机拿走财物的,虽然认识错误与财产损害之间存在因果关系,但并不构成诈骗罪。财产处分是连接主观与客观之间而非认识错误与财产损害之间的桥梁,因而是必不可少的。<sup>[37]</sup>

少数说的观点具有启发意义。可以肯定的是,认识错误与财产损害之间不仅仅是条件意义上的因果关系,例如在占有松弛的情形中,被害人的认识错误与财产损害之间也有因果关系,但中德日刑法通说皆否认这里存在处分行为。如前所述,诈骗罪的本质是他人损害,诈骗罪所保护的是被害人的财产免受欺骗行为的侵害,只有当财产损害可以完全归责于行为人的欺骗行为时,才成立诈骗罪。不过,不同于盗窃罪这类典型的他人损害犯罪,诈骗罪的实施以被害人的共同作用为必要。假如缺乏这一媒介行为,欺骗行为客观上不可能造成他人任何财产损害,故也不可能归责。试想,行为人只是欺骗性地说一句“把你的电脑借我用几天吧”,电脑并不会自己转移给行为人,而是需要由被害人交给行为人或者同意行为人自己拿走。因此,诈骗罪的归责结构是,已经发生的财产损害是由被害人基于认识错误作出的财产处分造成的,但由于行为人通过欺骗行为影响了被害人的判断基础,直接造成法益侵害的处分行为应当视为行为人的作品归责于行为人,故已经发生的财产损害应当归责于行为人。从这一结构可以看出,财产处分不仅仅是认识错误与财产损害之间的因果连接点,也是构建了欺骗行为与财产损害之间的归责关联,财产损害是欺骗行为内在的危险藉由财产处分行为的现实化。具体到处分行为的要素,欺骗行为与损害之间的归责关联是由直接性要件来实现的。直接性要件要求被害人的行为与财产损害之间不得介入行为人的进一步行为,这就确保了财产损害必然是欺骗行为所蕴含的危险的现实化。这反过来说明,处分行为以直接性为前提是诈骗罪归责结构的必然要求,与区分需求无关。假如缺乏直接性,实际发生的财产损害便不能算到被害人的处分行为上,进而不能归责于行为人的欺骗行为。

这同时表明,通说所要求的处分意识并非从诈骗罪归责构造得出的要素。因为处分意识对于构建这一归责关联并无作用,只要能够证明客观上被害人的行为与财产损害之间没介入行为人的进一步行为,不管被害人是否认识到行为的具体内容,都不影响将财产损害归责于欺骗行为。例如,在饱受争议的“激活码案”中,行为人冒充机票订购客服人员,欺骗被害人在ATM机上输入“激活码”,而“激活码”其实是财产转移的对应金额。这里,被害人财产转移的结果无疑是输入“激活码”的行为直接导致的,这一行为又是基于由行为人的欺骗行为所产生的认识错误作出的,因此,被害人财产转移的结果应归责于行为人的欺骗行为。虽然被害人没有认识到输入“激活码”的行为具有转移财产的效果,但这不影响诈骗罪的客观归责。

由此可见,财产处分行为作为诈骗罪的构成要件要素之一,其规范功能是将财产损害

[36] Vgl. Eser, Strafrecht IV (Schwerpunkt: Vermögensdelikte), 4. Aufl. 1983, Fall-Nr. 12, Rn. A2, A16.

[37] 林干人「詐欺罪における处分行為(上)」法学セミナー 39卷3号(1994年)87頁以下参照。

归责于行为人的欺骗行为,而不仅仅是在认识错误与财产损害之间构建因果关联,后者归因只是完成前者归责的基础。据此,处分行为的连接功能是藉由直接性要件而非处分意识构建财产损害与欺骗行为之间的归责关联。在这个意义上,处分行为亦具有限制欺骗行为的功能,即并非所有虚构事实、隐瞒真相的行为都是诈骗罪中的欺骗行为,后者必须以受骗者的处分财产为指向。

### (三) 区分功能:排他信条的批判与两罪竞合的肯定

刑法理论习惯于区分犯罪构成。普珀(Ingeborg Puppe)曾指出,刑法分则理论花费了大量的精力,“将各个犯罪构成彼此区分开来,而不是与非犯罪行为区分开来,要么是通过某个构成要件要素进行限缩解释,要么是通过引入一个新的构成要件要素,即不成文的构成要件要素,来构建它们之间的排他关系”。<sup>[38]</sup>这种以区分为导向的思维方式也深刻塑造了诈骗罪理论。诈骗罪与盗窃罪处于非此即彼的排他关系,几乎是刑法理论不可撼动的信条。由此出发,区分功能成为财产处分行为最显著的功能,甚至决定了其内涵与要素。不过,排他信条在理论上不乏否定的声音。虽然否定说的支持者不多,但其洞察到区分功能的根本问题是:诈骗罪与盗窃罪是否必然处于排他关系?不同于德国不少学者批评区分二者的理论为“思维游戏”,<sup>[39]</sup>我国诈骗罪的追诉标准整体要高于盗窃罪,故两罪的关系问题关乎行为的可罚性与量刑轻重。综合而言,学界主要是从犯罪构造、体系解释、刑事政策等方面说明排他信条的合理性。在本文看来,这些理由难以成立。

首先,诈骗罪与盗窃罪的犯罪构造并非“天然的”非此即彼。排他信条的有力根据在于,诈骗罪与盗窃罪呈现不同的犯罪形象。德国通说着眼于处分行为与窃取行为,认为诈骗是自我损害犯罪,盗窃是他人损害犯罪,但通说又认为处分行为是从诈骗罪自我损害犯罪的特质得出来的,以便区分具有他人损害特质的窃取行为,这明显是一个循环论证。中日刑法理论认为财产处分与窃取行为在概念上互相排斥;行为人不可能同时既拿走他人的财物,又让他人处分财物给自己。然而,这个观点也经不起推敲。不管是窃取,还是财产处分,都是边界模糊的概念。如前所述,在“冒充没收案”中,被害人给的行为,也可以认定为行为人的窃取行为;相反,行为人拿的行为,也可以认定为被害人的默示的财产处分。因此,行为人完全可能同时既拿走他人的财物,又让他人处分财物给自己。德国为了使利益盗窃的行为可以通过诈骗罪处罚而贯彻二元的财产处分概念,本身就说明窃取行为与财产处分并非“水火不容”。可见,诈骗与盗窃的排他关系并非建立在两个概念的互斥上,而是通过人为调整财产处分概念来与窃取行为进行区分。这种人为调整至今都未能成功地在两罪之间划出一条毫无争议的界限,不仅如此,这种做法本身也存在疑问。一方面,这种做法在解释方法上有舍本逐末之嫌。以处分意识为例,很显然,处分意识是一个为了区分两罪而人为增加的要素。否则,如何能解释,在财产性利益诈骗的场合,德国主流观点以及不少日本学者主张放弃处分意识?<sup>[40]</sup>在此意义上,诈骗罪与盗窃罪之间存

[38] Puppe, Exklusivität von Tatbeständen, JR 1984, 229, 229.

[39] Dreher, Das Strafrecht hat seine eigene Methode, GA 1969, 56, 56.

[40] 参见 Rengier, Strafrecht Besonderer Teil I: Vermögensdelikte, 24. Aufl. 2022, § 13 Rn. 71; [日]大谷实著:《刑法讲义各论》(新版第二版),黎宏译,中国人民大学出版社 2007 年版,第 250 页。

在互斥关系就不是解释的结果,而成为解释的前提或者解释的目的。如此,财产处分行为的解释,就不得不受到邻近犯罪(主要是盗窃罪)构成要件的影响。但是,如前所述,这种解释方法存在疑问。犯罪构成要件的解释,应当首先以相关犯罪的保护法益出发,而不是受制于与其他犯罪构成要件的区分。正因如此,日本主流观点认为,没有任何理由对于财产处分行为在财物诈骗与利益诈骗的场合做不同的解释。<sup>[41]</sup>另一方面,这种做法又落入前述循环论证的窠臼。该观点认为,诈骗罪与盗窃罪存在排他关系,是因为两罪的特征性要素是互相排斥的,不可能在同一个犯罪事实中同时存在。但是,这种互斥性恰恰是基于通说对财产处分的解释所实现的,而该解释又受到了排他信条的影响。这导致排他信条是人们在排他观念指导下解释财产处分所得的结果,也就是说,这个所谓的排他信条是从人们预设的排他观念下产生的。由此可见,不管是所谓两罪犯罪构造的对立,还是处分行为与窃取行为概念的互斥,均是人们带有排他偏见地解释诈骗罪犯罪构成要件的结果,而非自始存在。

其次,体系解释并不必然得出诈骗罪与盗窃罪处于排他关系。我国刑法理论认为,盗窃罪与诈骗罪处于排他关系是体系解释的必然结果。<sup>[42]</sup>在本文看来,刑法理论不断诉诸体系解释的做法存在两方面的问题:其一,两个犯罪处于何种关系,应当是解释的结果,而不是解释的前提或目的。例如,人们断然不会以故意杀人罪与故意伤害罪必须处于排他关系来指导两罪犯罪构成的理解,而是对二者解释之后再加以判断。对比敲诈勒索罪与抢劫罪的关系,这一做法更难以自圆其说。通说认为,敲诈勒索罪与诈骗罪均属于基于被害人意志瑕疵的犯罪,而抢劫罪与盗窃罪同属于违背他人意志的犯罪。如此,敲诈勒索罪与抢劫罪的关系原则上应当同诈骗罪与盗窃罪的关系一致。但吊诡的是,刑法理论不是像对待诈骗罪与盗窃罪那样,先将敲诈勒索罪与抢劫罪对立起来,再以此指导敲诈勒索罪的犯罪构成的解释,认为其恐吓行为必须不能达到压制被害人反抗的程度;相反,刑法理论认为两罪具有同类性,是法条竞合的关系。<sup>[43]</sup>这不禁令人生疑:为什么敲诈勒索罪与抢劫罪是法条竞合的关系,而诈骗罪与盗窃罪必定是排他关系?退一步讲,即便固守排他信条,为什么需要调整的是诈骗罪中的财产处分行为,而非盗窃罪中“窃取”行为?其二,犯罪构成要件要素的解释固然要考虑体系性,但体系解释不以避免构成要件之间的重叠为目标,刑法理论承认想象竞合便是力证。既然如此,人们以避免重叠的方式来精确地界分所有构成要件,这种尝试不免徒劳无益。过于强调诈骗罪与盗窃罪之间不可能产生交织,必定会迫使诈骗罪构成要件的解释削足适履:理论会一直调整诈骗罪构成要件要素,直至两罪之间的排他关系产生为止。

最后,刑事政策难以为区分诈骗罪与盗窃罪提供充分的根据。有学者认为,区分诈骗罪与盗窃罪在刑事政策上具有价值。<sup>[44]</sup>然而,为什么诈骗罪与盗窃罪产生重合不符合刑

[41] 参见[日]山口厚《问题探究 刑法各论》(有斐阁,1999年)148页;[日]桥爪隆:《论诈骗罪的交付行为》,王昭武译,《法治现代化研究》2020年第3期,第187页。

[42] 参见王钢:《盗窃与诈骗的区分——围绕最高人民法院第27号指导案例的展开》,《政治与法律》2015年第4期,第36页。

[43] 参见张明楷著:《刑法学》(第六版),法律出版社2021年版,第1335页。

[44] Vgl. Lackner, in: Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, 10. Aufl. 1989, § 263 Rn. 105.

事政策的利益并不清楚。事实上,对于盗骗交织的案件,刑法理论迄今都没有提出一个令人信服的区分方法,令个案适用深受其累,这于刑事政策反而不利。因此,所谓的刑事政策利益只是一个恣意的、空洞的概念,既可以用来支持通说,也可以用来反对通说。

基于此,若抛开排他信条,诈骗罪与盗窃罪完全可以发生竞合。正如德日均有学者提出,诈骗罪实质上是将盗窃罪的间接正犯类型特别地予以构成要件化,因此,绝对地划定两罪的界限显然是难以做到的。<sup>[45]</sup> 区分需求的消失,也使得处分行为最重要的区分功能失去用武之地。

综上所述,处分行为所谓的自我损害标识功能与区分功能,均是在预设的排他信条指导下解释的结果,并不可取。处分行为的唯一功能在于构建财产损失与欺骗行为之间的归责关联。这一功能由直接性要件来实现,被骗人是否具有处分意识以及是否完全出于自愿并无影响。这表明,只有直接性要件才是处分行为的本质要件,自愿性要件与处分意识均是为了维持排他信条而人为增加的要素,并无必要。基于此,处分行为在我国语境下应表述为任何直接导致财产转移的作为、容忍和不作为。

## 四 处分意识不要说之提倡

在处分意识是否必要的问题上,有三个问题需要进一步展开讨论:其一,处分意识的内容什么?这是讨论处分意识必要与否的前提。其二,被骗人主观上缺乏处分意识,但行为客观上具有直接导致财产转移的效果时,是否成立诈骗罪?或者说,处分意识不要说的合理根据是什么?其三,在具体案件类型中,如何运用处分意识不要说合理确定行为的性质,尤其是妥当处理诈骗罪与盗窃罪的关系?

### (一) 处分意识的内涵:区分说

学界对于处分意识是否必要的争论如火如荼,但对于处分意识的定义并不清楚。归纳起来,学界对于处分意识的理解存在两种不同的路径。

第一种路径是将处分行为的主观面细分为以下两个层面:一是受骗者对于占有转移的外观是认可的;二是受骗者对于处分内容、价值是存在认识的。日本通行的处分意识不要说与必要说均要求受骗者对财物的占有被转移这一外观事实存在认识,必要说另要求受骗者交付财物时需要对自己所交付的财物的内容、价值等存在认识。<sup>[46]</sup> 以超市调包案为例,不管行为人混入或替换的商品与原商品是否同种类,受骗者对于占有转移的状态是认可的;若按照处分意识不要说,都可以认定存在处分行为,若按照处分意识必要说,则视缓和程度不同结论不同。显然,这种意义上的处分意识不要说并非完全撇除主观层面,仅仅根据客观方面来认定处分财产,而是要求受骗者认识到占有转移的状态。

第二种路径是对处分行为的主观面不加区分,统称为处分意识。德国和我国基本采

[45] 参见 Kindhäuser, Betrug als vertypte mittelbare Täterschaft, in: Joachim Schulz (Hrsg.), Festschrift für Günter Bemann zum 70. Geburtstag, 1997, S. 353; [日] 桥爪隆:《论诈骗罪的交付行为》,王昭武译,《法治现代化研究》2020 年第 3 期,第 193 页。

[46] 参见 [日] 桥爪隆:《论诈骗罪的交付行为》,王昭武译,《法治现代化研究》2020 年第 3 期,第 192 页。

取了这种路径。这种路径之下,不同学者的表述也不尽相同。例如,德国学者黑芬戴尔(Roland Hefendehl)认为,处分意识是指被害人对于转移财产的行为是否有认识,即对于处分行为本身是否有意识。<sup>[47]</sup> 我国有学者认为,作为处分行为主观要素的处分意思,是指对转移财物的占有或财产性利益及其引起结果的认识。<sup>[48]</sup> 有学者认为,处分意识首先意味着被害人必须认识到财产移转的外在事实,其次还必须认识到这种财产移转与自己或者自己支配之下的他人财产相关的性质。<sup>[49]</sup> 还有学者则认为,只有当行为人认识到其处分行为的财产意义时,即行为人清楚地认识到所处分的财产、该财产在处分前的状况及其后果,才能肯定处分意识。<sup>[50]</sup>

对于处分意识的理解不同,常常导致处分意识不要说与处分意识必要说的争论失焦。例如,有的学者主张被骗人只需认识到财物外形上的占有转移即可,因而认为处分意识不要说相对合理。<sup>[51]</sup> 有的学者批判处分意识不要说的错误在于撇除主观处分意识,仅仅根据客观方面来认定处分财产。<sup>[52]</sup> 显然,两位学者对于处分意识的理解不同,前者所说的处分意识不要说明显与日本的主流观点相似,并非要求被骗人没有任何认识,而是无需对财产细节有认识,后者则是对被骗人的主观面不加区分,统一冠名为处分意识。再如,我国一部分学者主张处分意识必要说,但认为被骗人在财产处分时只需要认识到自身财产被转移的状态,无需认识到财产的种类、数量、价格等要素。<sup>[53]</sup> 不难看出,这类处分意识必要说实质上与日本的处分意识不要说相同。

本文认为,日本的区分说具有合理性。处分行为表现为任何直接导致财产转移的作为、容忍和不作为。这里的作为、容忍和不作为本质是由受骗者作出的刑法上有意义的行为,因而必定是在人的意识支配下的身体活动。这里的有意性与处分意识是两个不同程度的要素,前者只表明被骗人有意识地实施了某种行为,其要求被骗人对于该行为的外观是有认识的;至于被骗人是否认识到该行为具有处分的性质以及被处分的财产细节,这是处分意识的内容。这种区分类似于刑法区分行为的有意性与犯罪的故意,前者只是表明行为人基于自己的意志实施了某种行为,后者则要求进一步认识到自己的行为会发生危害社会的结果。举例来说,“骗取签名案”是被骗人缺乏处分意识的典型适例。在本案中,签名行为是承担债务的客观行为,受骗者对于签名行为的外观无疑具有认识,只是对于签名所具有的处分性质欠缺认识。由此可见,即便是通说认为不存在处分意识的场合,被骗人也不是毫无意识,相反,被骗人对于转移财产的外观行为——前者是默认拿走,后者是签字行为——是存在认识的。这表明,处分行为的主观面的确可以进一步区分为处

[47] Vgl. Hefendehl, in: Münchener Kommentar zum StGB, 3. Aufl. 2019, § 263 Rn. 414.

[48] 参见张明楷著:《刑法学》(第六版),法律出版社2021年版,第1308页。

[49] 参见王钢:《盗窃与诈骗的区分——围绕最高人民法院第27号指导案例的展开》,《政治与法律》2015年第4期,第36页。

[50] 参见袁国何:《诈骗罪中的处分意识:必要性及判例》,《法学研究》2021年第3期,第139页以下。

[51] 参见陈洪兵:《盗窃罪与诈骗罪的关系》,《湖南大学学报(社会科学版)》2013年第6期,第135页。

[52] 参见柏浪涛:《论诈骗罪中的“处分意识”》,《东方法学》2017年第2期,第99页。

[53] 参见柏浪涛:《论诈骗罪中的“处分意识”》,《东方法学》2017年第2期,第103页;李森:《人工智能时代新型支付方式与诈骗罪处分意识》,《西北民族大学学报(哲学社会科学版)》2021年第5期,第98页。

分行为的有意性与处分意识。

基础概念的混乱可能导致争论的错位。既然处分行为的有意性与处分意识在理论上与客观上均得以区分,便不宜混淆在一起,否则可能会造成处分意识不要说与必要说“理论表面打架,观点实质相同”的局面。照此区分,处分行为的有意性是指受骗者基于自己的意思实施某种行为,这便要求其认识到该行为的外观;处分意识则是指受骗者对其有意实施的行为是否具有处分的性质以及被处分财产的细节具有(某种程度)的认识。据此,本文所说的处分意识不要说并非完全撇除被骗人的主观侧面,而是指被骗人仅须认识到财产转移的外观即可,不要求对处分行为的性质与内容具有认识;处分意识必要说则是指被骗人在认识到财产转移外观的基础上,必须对处分行为的性质与内容具有(某种程度)的认识。

## (二) 处分意识不要说的合理性

在明确处分意识的内涵后,另一个重要的理论问题是:被骗人实施可以直接导致财产转移的行为时,主观上缺乏处分意识,是否妨碍诈骗罪的成立?按照处分意识必要说,若受骗者对于处分行为的性质、内容缺乏任何认识,则不能认定存在处分行为,因而不构成诈骗罪,而是成立盗窃罪。处分意识不要说则持相反观点。目前,处分意识必要说是我国的主流观点,只有少数学者主张处分意识不要说。<sup>[54]</sup> 本文认为,若按前文理解处分意识,则处分意识不要说具有合理性。理由如下:

其一,处分意识是纯粹的区分要素,而非诈骗罪的归责要素。前文已指出,处分意识并非从诈骗罪归责构造中得出的要素,而是为了维持排他信条发展出来的。然而,排他信条并非颠扑不破,在区分功能本身是人为增加的情况下,由区分功能得出处分意识的必要性结论更是“空中楼阁”。不仅如此,处分意识是否是诈骗罪中处分行为的要素,应当立足于诈骗罪的不法(归责)构造判断,而不是由邻近的盗窃罪的构成要件来决定。针对处分意识不要说,黑芬戴尔批判指出,若放弃处分意识,则无法完整构建认识错误与财产处分之间必不可少的动机关联,因为将处分行为与结果割裂来看的话,会将那些认识错误与结果无关的案件也包含在内,而这与诈骗罪的自我损害犯罪结构相违背。<sup>[55]</sup> 国内亦有学者从诈骗罪自我损害型犯罪的特性出发,认为处分意识是处分行为必不可少的要件。<sup>[56]</sup> 然而,自我损害犯罪是对诈骗罪不法内涵的误导性描述,不能由此特性推导出处分意识的必要性。虽然为了实现对欺骗行为的归责,受骗者的介入行为必不可少,但其只需能够直接导致财产转移即可,至于受骗者是否认识到所涉财产的性质与内容等,对归责并无影响。处分意识必要说导致处分意识沦为一个纯区分要素,而非诈骗罪的归责要素,对此本文难以赞同。

其二,通说赋予处分意识的功能与直接性要件存在大量重叠。某些案件类型在德国置于直接性要件审查,在中国和日本则是通过处分意识达到相同的结论。例如,在行为入

[54] 参见陈洪兵:《盗窃罪与诈骗罪的关系》,《湖南大学学报(社会科学版)》2013年第6期,第135页;蔡桂生:《新型支付方式下诈骗与盗窃的界限》,《法学》2018年第1期,第171页以下。

[55] Vgl. Hefendehl, in: Münchener Kommentar zum StGB, 3. Aufl. 2019, § 263 Rn. 405, Fn. 1173.

[56] 参见王钢:《盗窃与诈骗的区分——围绕最高人民法院第27号指导案例的展开》,《政治与法律》2015年第4期,第35页;周光权著:《刑法各论》(第四版),中国人民大学出版社2021年版,第143页。

以借打手机<sup>[57]</sup>或者冒充神医的方式将受骗者的钱财调包<sup>[58]</sup>这类典型的缺乏直接性的情形,我国法院基本是以被害人是否具备处分意识作为判断标准。这表明,处分意识的适用范围与直接性要件存在重合。这是通说将处分意识的功能定位于区分诈骗与盗窃的必然结果。申言之,通说认为直接性要件也具有区分的功能,结局是,诈骗与盗窃区分的任务交由处分意识与直接性要件共同完成。这也是为什么有学者认为,直接性要件与处分意识紧密相关。<sup>[59]</sup>然而,直接性要件不同于处分意识,其构建了欺骗行为与财产损害之间必要的归责关联,因而是诈骗罪必不可少的要素,故在与其他犯罪的关系问题上也会发挥重要作用。相反,处分意识仅仅是一个区分要素,并非诈骗罪的本质所需。不仅如此,直接性要件在客观上即可判断,处分意识则需司法机关藉由客观事实对被害人主观状态进行推定,显然,直接性的判定更为简单明了;既如此,我国宜将重心放在直接性要件,不宜将此类案件纳入处分意识范畴将其复杂化。如此,处分意识的适用范围也会极大缩减。

其三,处分意识的纷争乱象从侧面再次说明其是不必要的要素。德国二元处分行为概念的实质是根据两种不同的需求对于处分意识做了区分处理,这表明处分意识是个可有可无的概念。不仅如此,即便是同样持处分意识必要说的学者,对其程度要求也不尽相同。以超市调包案为例,行为人在超市将包装盒内的商品替换成或者混入其他商品,导致收银员只按照包装上的标价结算的,收银员对此是否具有处分意识?我国学者的观点五花八门,有的主张以受骗者是否对被处分财产的种类和性质有认识为标准,<sup>[60]</sup>有的主张应当以商品外包装描述为标准进行区分,<sup>[61]</sup>有的认为收银员只要认识到转移占有的是眼前这个包装盒及其中的财物即可。<sup>[62]</sup>这些不同标准表明,处分意识的内容也是可大可小。究其原因,处分意识是人为增加的主观区分要素,其理解自然也因人而异。这种混乱导致同案不同判时有发生,严重影响司法公正。

其四,处分意识必要说无法妥当处理认识错误的情形。这类认识错误的情形首先表现在,行为人实施了欺骗行为,并误认为受骗人会有意识地处分财产,但受骗人对此毫无认识。例如,A误以为B知道书中夹有名贵邮票,谎称借看一段时间,但其实打算将邮票卖掉;实际上,B并不知道邮票的存在。按照通说,A主观想象的犯罪与客观实现的犯罪不一致,需要考虑因果关系的偏离是否重要。无论如何,A因缺乏盗窃故意不可能构成盗窃罪,问题在于,这里客观实现的犯罪事实能否评价为诈骗罪?这取决于两罪的关系。假如人们坚持排他信条,由于A客观上实现的是盗窃罪的构成要件,故不可能同时评价为诈骗罪。结局是,A只构成诈骗罪的未遂。但这样的结论难以令人信服。本案中,B交出

[57] 例如广东省广州市中级人民法院(2019)粤01刑终2095号刑事裁定书;福建省厦门市中级人民法院(2017)闽02刑终509号刑事裁定书等等。

[58] 例如广东省廉江市人民法院(2018)粤0881刑初445号刑事判决书;广西壮族自治区贺州市(地区)中级人民法院(2019)桂11刑终36号刑事二审判决书;广东省清远市清新区人民法院(2021)粤1803刑初469号刑事判决书。

[59] Vgl. Joecks, Zur Vermögensverfügung beim Betrug, 1982, S. 27.

[60] 详细论述可参见张明楷著:《诈骗犯罪论》,法律出版社2021年版,第233页以下。

[61] 参见王钢:《盗窃与诈骗的区分——围绕最高人民法院第27号指导案例的展开》,《政治与法律》2015年第4期,第36页以下。

[62] 参见柏浪涛:《论诈骗罪中的“处分意识”》,《东方法学》2017年第2期,第103页。这种缓和程度的处分意识必要说与本文所说的处分意识不要说在结论上几乎毫无差别。

书时便产生了现实的财产损害,这一损害应归责于 A 的欺骗行为;B 没有认识到邮票的存在,并不中断这一归责关联。既然 A 主观上有诈骗故意,客观上财产损害归责于欺骗行为,即便 A 存在认识错误,也不应影响构成诈骗罪既遂。再者,假如 B 认识到邮票的存在,A 构成诈骗罪既遂,B 没有认识到,A 反而构成诈骗未遂,然而,没有任何有力的理由能够说明要对 A 在后一种情形中作优待处理。这两种情形中,A 所受到的评价应当是平等的。处分意识必要说在共犯的认识错误中也面临同样的难题。举例来说,甲唆使乙实施诈骗,乙指着丙旁边的一本书谎称是乙的;丙没有意识到这是自己的书,将书交给了乙。同样,如果人们坚持认为盗窃与诈骗之间不存在任何重合,则甲的教唆故意与乙的正犯行为之间的偏离属于重大偏离,甲只能按照教唆未遂处罚。基于同样的理由,这个观点也不合理。处分意识必要说在处理认识错误上的捉襟见肘,再次说明排他信条站不住脚,也说明处分意识是一个多余的要素。相反,认为两罪可以竞合的观点更具有优势,能够较好地处理认识错误的案件。

可能有学者质疑,处分意识不要说实质上剔除了处分行为的一个限制要素,可能导致诈骗罪的处罚范围不当扩张。诚然,本文所提倡的处分意识不要说相较于传统的处分意识必要说,确实可能会使诈骗罪的成立范围有所扩大。但是,本文所说的处分意识不要说并不意味着处分行为空洞无物,而是受到两方面的限制:一是客观上须满足直接性要件,由于处分意识与直接性要件的功能存在大量重叠,许多以处分意识为由否定诈骗罪的情形仍然可以通过直接性要件得出相同结论,并不会导致只要存在欺骗行为便径直认定为诈骗罪的武断做法;二是主观上认识到财产转移的外观,若受骗者连行为外观都缺乏认识,即便按照本文主张的处分意识不要说,也无法得出诈骗罪的结论。例如,行为人将超市的商品藏匿在自己的大衣下通过收银台的,应构成盗窃罪而非诈骗罪,因为收银员根本没有认识到占有移转的外观事实。不仅如此,适度扩张诈骗罪的处罚范围也有利于打击电信网络诈骗犯罪,符合当前刑事政策的需求。

综上所述,处分意识只是一个为了区分诈骗罪与盗窃罪而人为增加的要素,并非决定诈骗罪归责的必要要素,这导致处分意识必要说面对现实案件左支右绌,甚至为了满足区分需求削足适履。这种做法不甚理想。反之,处分意识不要说符合诈骗罪的归责构造,能够一以贯之地认定行为性质,且顺应当前打击电信网络诈骗的刑事政策,具有合理性。

### (三) 处分意识不要说的具体适用

需要重申的是,本文所提倡的处分意识不要说并非完全撇除受骗者的主观意思,而是要求受骗者认识到财产转移的外观事实。如果能够肯定受骗者的行为具有直接导致财产转移的效果,受骗者对这一行为外观具有认识时,便可以认定存在处分行为,进而肯定诈骗罪的成立。据此,除受骗者对于被处分的财产具备完全认识的情形以外,以下处分意识存在争议的情形都可认定受骗者实施了处分行为:

第一,受骗者虽然认识到了财产转移的外观事实,但没有认识到这一外观事实具有财产处分的性质或意义。这类情形在信息网络时代常见于各种利用虚假链接或钓鱼软件取财。如行为人冒充客服发送“2 元激活码”木马程序给被害人,被害人在点击过程中,行为人从其账户上窃取了大额现金。在这类情形中,被害人点击链接的行为具有直接导致财



产转移的效果,虽然被害人没有意识到自己的行为具有处分财产的性质或意义,但被害人确实认识到自己在点击某个链接,故存在处分行为。<sup>[63]</sup>

第二,受骗者虽然认识到了财产移转的外观事实,但是没有认识到这种移转所涉及的是自己支配下的财产。前述“钱包案”是适例之一;再如,几名行为人抬着一台钢琴下楼时恰好遇到主人回家,便谎称这是邻居家的钢琴,主人于是看着行为人将钢琴抬走。在这两类情形中,受骗者没有认识到自己对物品的占有,但均认识到了物品被转移的外观,故均能被认可为财产处分行为。

第三,受骗者认识到转移所涉及的是自己支配下的财产,但对于财产的数量、种类与性质缺乏认识。例如,行为人收购粮食时,采用漏记称重记录、少计算称重总额等方法,被害人按照漏记少记的重量收取价款的,在此情形中,受骗者虽然没有认识到被处分财物的实际重量、种类或性质,但对于自己在处分财产具有清楚的认识,故均属于财产处分行为。

本文初步认为,若抛开排他信条的成见,上述情形中受骗者对于所涉财物毫不知情,故行为人的行为可以同时评价为“窃取”他人财物,因而构成盗窃罪与诈骗罪的竞合。我国有学者认为,两罪属于法条竞合关系,竞合时适用特别法即诈骗罪的法条即可。<sup>[64]</sup>对此,本文认为,这类受骗者被骗得毫不自知的情形可谓盗窃罪间接正犯的类型,鉴于我国诈骗罪的定罪量刑数额原则上高于盗窃罪,两者的竞合关系更宜认定为想象竞合,否则会导致这类盗窃罪间接正犯的追诉标准高于普通盗窃罪的不合理结局。

## 五 结语

诈骗罪与盗窃罪处于排他关系,这一立场深刻影响了诈骗罪中财产处分行为的塑造。然而,通过上文分析可以看到,以排他关系指导财产处分行为的解释,存在倒果为因与循环论证的嫌疑。诈骗罪的本质并非自我损害犯罪,而是借由受骗者实现的他人损害罪,若缺乏受骗者的财产处分行为,行为人欺骗行为所蕴含的内在危险则无法现实化,在此意义上,财产处分的功能既不在于标识诈骗罪自我损害的性格,也不在于区分诈骗罪与盗窃罪,而是构建欺骗行为与财产损害之间必要的归责关联。为了实现这一归责关联,财产处分行为必须直接导致财产转移,故直接性要件是财产处分行为不可或缺的要素,而受骗者是否自愿或是否具备处分意识对此并无影响。从某种意义上讲,受骗者被骗而不自知,恰恰是最为典型的诈骗。可见,自愿性要件与处分意识是为了维持排他关系而人为增加的要素,并不可取。处分意识不要说是从诈骗罪归责结构得出的必然结论,能够处理各种认识错误问题,且顺应当下扩大打击电信网络诈骗的刑事政策需求,具有合理性。按照处分意识不要说,诈骗罪与盗窃罪可能发生竞合,这一结论同抢劫罪与敲诈勒索罪处于竞合关系的通说具有兼容性。

[63] 本类情形值得争议的是直接性要件。本案被害人的财产转移虽然是由被害人点击虚假链接这一动作完成的,但实际上是通过预先植入的计算机程序造成的。对此,本文初步认为,在虚假链接已植入木马的情况下,被害人点击行为必然会导致财产损失,这种情形满足直接性要件,进而属于财产处分行为。

[64] 参见付立庆:《诈骗罪中处分行为的认定困境与机能定位》,《法学评论》2023年第5期,第162页。

---

---

## Property Disposition in the Crime of Fraud

### — A Case for the Doctrine of Unnecessity of Disposition Consciousness

[ **Abstract** ] Disposition of property currently constitutes the core element of the crime of fraud in China. Chinese traditional theories overly hinge upon the awareness aspect of disposition, attempting an indiscriminate amalgamation of German and Japanese theories, thereby raising concerns of misalignment and hybridity. The exclusive relationship between fraud and theft has significantly influenced the shaping of property disposition. Nevertheless, to guide the interpretation of property disposition by the exclusive relationship is in essence to guide the interpretation of the constituent elements of fraud by neighboring constituent elements of theft. In essence, fraud is not a self-injurious crime, but rather a crime of causing harm to others through the deception of the victim. Without the victim's property disposal, the danger inherent in the perpetrator's deceptive act cannot be realized. Consequently, the function of property disposal is not to identify the self-injurious nature of fraud or to differentiate between fraud and theft. Its sole normative function is to establish an attributional connection between property damage and deception that attributes property damage to the perpetrator's deceptive act. To establish this attributional linkage, property disposal must directly result in the transfer of property. Therefore, the element of directness is integral to property disposal, and the willingness or awareness of the deceived person regarding the disposal has no bearing on this aspect. In a sense, the most typical form of fraud occurs when the deceived person is duped without being aware of the fraud. In the context of the Chinese jurisdiction, property disposal should be defined as any act, tolerance, or inaction directly culminating in property transfer. The elements of voluntariness and consciousness of disposal are artificially introduced distinguishing factors to uphold exclusivity, a proposition deemed unacceptable. The subjective dimension of property disposal can be further subcategorized into the intention and the consciousness of disposal. The doctrine of unnecessity of disposition consciousness doesn't entirely disregard the subjective intent of the victim but necessitates the victim's recognition of the factual manifestation of property transfer. It is an inevitable deduction from the attribution structure of fraud that can address various issues related to misconceptions and is in line with the contemporary imperative of criminal policy to combat the proliferation of telecommunications and online fraud. According to this doctrine, fraud and theft may occur concurrently and this conclusion is consistent with the broader notion of robbery and extortion being in a competitive relationship. Undoubtedly, the relationship between fraud and theft is a multifaceted issue. This paper merely scratches the surface, suggesting the possibility of the two crimes competing with each other by analyzing the functions and elements of property disposal.

---

---

(责任编辑:贾元)