

Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2019.05.002

欢迎按以下格式引用:姜涛,杨睿雍.新型支付手段下诈骗罪的处分意识再定义[J].重庆大学学报(社会科学版),2020(1):170-184.Do:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2019.05.002.

Citation Format: JIANG Tao, YANG Ruiyong. Redefinition of deliver awareness of fraud crimes under new payment methods[J]. Journal of Chongqing University(Social Science Edition), 2020(1):170-184. Do: 10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2019.05.002.

# 新型支付手段下诈骗罪的 处分意识再定义

姜涛,杨睿雍

(南京师范大学法学院,江苏南京 210023)

**摘要:**处分意识概念的内容是指被害人对外处分行为能够产生的财产减损效果的认识。因此,学界中有关处分意识是否必要的争论实际上均坚持处分意识必要说的立场。新型支付方式的发展和诈骗罪的构造要求真正、彻底的处分意识不要说,这种处分意识不要说要求坚持处分行为判断中的客观标准。因此,在新型支付方式发展的背景下,要以客观标准来判断财产损失的实质及其与财产危险的关系。处分意识不要说下的错误认识包括处分表达的错误和处分动机的错误;其中处分动机的错误又包括处分对象和处分目的的错误。在判断被害人是否产生错误认识时,要结合一般观念、被害人处境等因素进行规范性判断。

**关键词:**诈骗罪;处分意识;处分意识不要说;处分行为;错误认识;意思表示

中图分类号:D924.35

文献标志码:A

文章编号:1008-5831(2020)01-0170-15

## 一、问题的提出

近年来,随着新型支付方式的发展,一些疑难案件开始出现并对理论研究和司法实践提出了挑战,如下所述的4个案例便是其中的典型。

案例1(机票款案):2010年7月,孙某预订机票时,客服要求孙某以网银汇款的形式支付。虽然孙某将票款成功汇至相应账户,但对方声称未收到,需通过ATM机操作使付款生效。孙某遂按其引导,在ATM机上输入“激活码”(实际上是转账数额),相应钱款被转出。随后,行为人数次以相同的理由和方法引导孙某完成转账操作,孙某总共损失32万余元<sup>[1]</sup>。

案例2(亲密付案):2017年7月,马某通过某网站预订机票,随后收到短信称航班取消,可改签或

修回日期:2019-05-14

基金项目:国家社会科学基金重点项目“刑法体系的合宪性控制研究”(17AFX018)

作者简介:姜涛(1976—),男,河南南阳人,法学博士,南京师范大学法学院教授,博士研究生导师,主要从事刑法学研究,Email:jiangtao4010@163.com;杨睿雍(1993—),男,山西运城人,南京师范大学法学院刑法学硕士研究生,主要从事刑法学研究。

退票。马某要求改签,对方声称需通过支付宝支付300元改签费,要求马某在支付宝中添加其他账号为好友并开通“亲密付”。操作完毕后,其支付宝中的7000元被全部刷走<sup>[2]</sup>。

案例3(虚假链接案):2010年5月至6月间,行为人在淘宝网开设虚假店铺,并在交易过程中将虚假链接发给买家。买家误以为是官方链接而点击付款,并认为货款会汇入相关公用账户,但该货款通过预设程序直接进入行为人账户(诈骗事实)。在某次“交易”后,行为人得知买家账户内有大量存款,就以未看到付款为由,发给买家一个交易金额为1元的链接,谎称买家点击后,即可查看付款成功的记录。实际上,该链接植入支付305000元的程序,买家点击链接后,其钱款被行为人占有(盗窃事实)<sup>[3]</sup>。

案例4(置换二维码案):2017年2月至3月间,行为人乘无人注意之机,将相关店铺、摊位上的微信收款二维码掉换(覆盖)为自己的,从而获取顾客通过微信支付给商家的钱款,共计人民币6983.03元<sup>[4]</sup>。

学界对上述4个案例的讨论围绕“诈骗罪与盗窃罪的界限”展开<sup>[5-7]</sup>。有学者认为,诈骗罪属于自我损害型犯罪,因此区分界限在于诈骗罪需要确定被害人具有处分行为,而处分行为包含处分意识<sup>[5]</sup>;反对的学者则认为,“自我损害”只是一种便于理解的标签,并非所有诈骗案件中都有处分意识,区分的关键不在于处分意识<sup>[7]</sup>。由此可见,这些案例的争议虽然是围绕诈骗罪与盗窃罪的定罪选择而展开,但其最核心的分歧是诈骗罪中处分意识的相关问题。本文拟以新型支付方式的发展为背景,对诈骗罪中的处分意识进行分析。

## 二、处分意识的概念之争与立场选择

对处分意识的研究由来已久,在研究成果上已形成了数种理论。从当前研究成果来看,学者们在研究处分意识时对作为前提的处分意识的概念并没有达成共识。因此有必要在学界既有研究成果的基础上廓定概念前提,为处分意识的研究提供理论基础。只有这样,才能有效地展开研究,进而得出妥当结论。

### (一)处分意识必要的不同表述

诈骗罪的成立需要被害人的处分行为向来无可争议。在大陆法系国家中,法国和日本分别在其刑法典中明文规定了诈骗罪的成立需要被害人存在交付(处分)行为;德国和意大利虽未在刑法典明确规定,但理论上的通说和司法判例一般仍认为交付(处分)行为是一种不成文的诈骗罪构成要件要素;我国理论上的通说亦认为被害人交付(处分)财物是诈骗罪的必备条件<sup>[8]</sup>。中国台湾地区学者指出,处分行为是诈骗罪与盗窃罪之界限<sup>[9]</sup>。这一论述在精准定义诈骗罪特点时也提出了一个问题:处分行为必要是否意味着处分意识也必要?针对这一问题,学界历来就争议颇多。目前学界形成了如下几种观点。

第一,处分意识不要说。该说认为,只要财物外形上的占有转移为被害人所知,那么就属于诈骗罪的认识错误,被害人据此做出的行为就是处分行为<sup>[10]</sup>。很显然,在处分意识不要说的语境中,处分意识是指对所转移财产的认识。被害人无需认识到所转移财产的有关事项,只需认识到财物外形转移即可成立处分行为,进而构成诈骗罪。

第二,严格的处分意识必要说。持此说者认为,除了处分行为的转移效果,被害人还要认识到作为处分对象的财物的种类、数量、重量、价格或价值等要素方可成立处分行为<sup>[11]</sup>。同样显而易见的是,在

严格的处分意识必要说的语境中,处分意识的内容不仅包括被害人实施的具有转移财产占有的行为意义,还包括所实施的行为所针对对象的全方位认识。即被害人必须在对客观行为的对象和行为意义都有着清晰认识的情况下,客观行为才能被评价为处分行为,进而构成诈骗罪。

第三,缓和的处分意识必要说。缓和的处分意识必要说认为被害人无需对财产产生全面认识,只需产生一定程度的认识即可。但是在具体的程度上,不同学者有不同的观点。例如,日本学者认为,即便对于所转移财产的价值、内容、数量存在错误,也是处分行为<sup>[12]</sup>。我国学者则认为,受骗者认识到财产种类时才具有处分意识<sup>[13]</sup>。关于被害人对财产的质的认识错误是否妨碍处分意识的成立,前者持肯定观点,而后者则认为只有量的认识错误才属于诈骗罪的认识错误<sup>[10]</sup>。由此可见,缓和的处分意识必要说内部仍然存在分歧。

第四,被害人只要对财物转移的外观事实和财产本身有一定认识,就应当认定具有处分意识,但需要产生何种程度的认识则没有明确说明<sup>[5]</sup>。

纵观几种学说可以看出,学界对于处分意识的研究呈现出混乱而多样的特点,根本原因在于对作为前提的“处分意识”这一概念的内容理解存在偏差。上述四种学说分别在两个意义上使用“处分意识”的概念。其一是被害人对客观行为可能产生的财产减损效果的意识,其二是对作为处分对象的财产的意识。“严格的处分意识必要说”“缓和的处分意识必要说”与“择一的处分意识必要说”(指前述“最后一种观点”,因目前学界并未对此种观点命名,为简化行文,本文称其为“择一的处分意识必要说”)使用的“处分意识”概念同时包括了上述两个意义。其区别在于对后一个意义上的“处分意识”存在不同程度的理解。“处分意识不要说”则是在后一个意义上使用“处分意识”的概念。因此,传统的“处分意识不要说”与“处分意识必要说”争论的焦点实质上是是否需要产生意识。这也解释了为什么“处分意识不要说”和“择一的处分意识必要说”两种观点在内容上保持一致,但是却各自宣称处分意识不要和处分意识必要。进一步比较,可以发现这四种观点对于处分意识在“被害人对客观行为能够发生转移财产效果的认识”意义上的使用均持肯定态度。核心分歧在于是否在“作为行为对象的财产的认识”这一意义上使用处分意识。

“处分意识必要说”和“处分意识不要说”均认为被害人需对其客观行为所产生的效果有认识才构成处分行为。这样的结论与前述“虚假链接案”在司法实践的结论一致。司法实践认为:行为人利用信息网络,诱骗他人点击虚假链接来窃取财物构成犯罪的,以盗窃罪定罪处罚;虚构商品或者服务,欺骗他人点击付款链接而骗取财物的,以诈骗罪定罪处罚。实际上,在诱骗他人点击虚假链接与虚构商品欺骗他人点击付款链接两种情形中,均是被害人的客观行为导致财产的损害。这也意味着两者的行为在计算机转账的场合,都被计算机系统认定为能够产生财产处分效果的行为。但区别在于前者中的“他人”点击的是虚假链接,点击链接时其没有处分财产的意图;后者中的“他人”点击的则是付款链接,点击链接的目的就是为了付款,存在处分意图。由此也可以看出,在传统理论中,无论学说之争有多么激烈,都没有超出“被害人对处分行为必须有认识”的框架。如果将“处分意识”的概念理解为对处分行为可能产生的财产减损效果的认识,那么可以说传统理论均是处分意识必要说的拥趸。

## (二) 处分意识不要说的提倡

随着社会的发展,出现了以“机票案”为代表的“不知情交付”的欺诈性取财案件。从“机票案”中可以看出此类案件都有一个共同点:行为人利用欺诈行为使得被害人在不知情的情况下实施了能够产生财产转移效果的行为。这样一来,学界有关诈骗罪中处分意识的争论和研究就更加复杂。一种更彻

底的“处分意识不要说”开始出现。有学者认为,不能要求被害人必须具有“财产处分意识”<sup>[7]</sup>。而在持相同观点的实务机关论者看来,“机票案”在司法实践中无一不以诈骗性质认定;由于财物系被害人主动“拱手相送”而不是被他人拿走,因此不是盗窃罪;又由于行为人没有使用强制力,因此也就不属于抢劫、抢夺、敲诈勒索等犯罪。财物被他人拿走属于盗窃罪,而如果是被害人主动“拱手相送”则属于诈骗罪<sup>[14]</sup>。可见其区分诈骗罪和盗窃罪的标准在于被害人的客观行为,至于被害人的主观意愿则在所不问。作为一种与传统理论大相径庭的观点,这一学说自然受到了诸多批评。在反对的学者看来,强调处分意识的最大意义在于区分盗窃罪和诈骗罪。例如,日本学者就认为“作为诈欺和盗窃的分水岭的处分意思是必要的”<sup>[15]</sup>。我国学者也认为,离开处分意识就难以区分诈骗罪与盗窃罪的间接正犯<sup>[11]</sup>。支持的学者进一步补充,因为在占有迟缓的场合需要排除诈骗罪、只有具有处分意识才能处分财产等原因,所以要坚持处分意识必要说<sup>[16]</sup>。

然而,这一观点值得商榷。正如我国学者所指出的,批评处分意识必要说仅依靠客观处分为行为无法区分盗窃罪与诈骗罪的观点并未切中要害,因为只要是区分标准,适用之后总有一个结论,所争议之处无非是结论是否妥当<sup>[17]</sup>。更重要的是,处分意识是否必要应当由诈骗罪的结构和适用对象决定。更彻底的处分意识不要说出现的背景,正是新型支付方式的出现使得被害人的客观行为和主观意愿能够分离。在这一背景下,被害人对财产减损的效果可能存在四种状态:有行为有意愿、有行为无意愿、有意愿无行为、无行为无意愿。在有行为有意愿的场合,当然可以认为被害人存在处分行为,同样的,在无行为无意愿的场合,也就当然地认为被害人不存在处分行为。问题的难点,亦即传统理论与新理论的冲突之处在于有意愿无行为和有行为无意愿两种情形如何认定。这一问题的实质在于如何理解“处分行为”的概念。具体来说,对处分行为的理解分为主观和客观两个角度,主观角度更强调被害人的意愿,而客观角度更强调实际发生的客观效果。传统理论无疑更强调主观角度,而新理论则更强调站在客观角度去理解。本文认为新理论更妥当,亦即本文的立场是坚持更彻底的处分意识不要说。

首先,诈骗罪的规范文本并不要求从主观角度去理解处分行为进而要求处分意识必要。纵观各个国家和地区的立法实践,在德国刑法中,诈骗罪系指行为人为了非法获取利益,通过虚构和隐瞒的方法使他人陷入或维持错误,导致其财产损失;在日本刑法中,其内容则是“欺骗他人使之交付财物”;在韩国刑法中,诈骗罪是指“欺骗他人而接受他人交付之财物或者取得财产上之利益”;我国刑法的规定则十分简略,仅规定了“诈骗公私财物”(台湾地区则认为“意图为自己或第三人不法之所有,以诈术使人将本人或第三人之物交付者”属于诈骗罪)。可以看出,各个国家和地区刑法均未明文规定“处分行为”是诈骗罪中构成要件要素。尽管在域外的立法实践中有“交付”的要求,而“交付”的概念在我国也往往与“处分”同时混用,但两者存在区别:交付行为并不等于处分行为<sup>①</sup>。事实上,作为一种典型的财产犯罪,诈骗罪的标签始终是欺诈行为。比较相关立法即可看出:各个国家和地区刑法有关诈骗罪规定的相同之处在于强调行为人通过欺诈方法实现被害人的财产减损,而没有强调处分行为在欺诈行为与财产减损的因果关系中的地位。

其次,无论是从事实的角度还是规范的角度,脱离处分意识的交付举动完全能够实现财产减损的效果。如我国学者所言,诈骗案件的“自愿”只是一种表象,并非是被害人真实意思的表达<sup>[7]</sup>。可见,

①王立志认为,“交付”更强调客观上的转移财产占有关系,而“处分”则意味着除了转移财产占有关系的客观行为之外,还必须具有内在转移占有并让他人支配的意思。用英语中的“receive”(“收到财物”,强调客观的收到)和“accept”(“接受财物”,强调内心的接受)做一个简单的类比更能说明这种区别。

诈骗罪中被害人的“处分行为”很难说是真正合乎被害人真实意思表示的“处分行为”。“意思表示”的概念源自民法。如“意思表示”其名所示,内部意思和外部表示共同构成了这一概念,其含义是将意欲产生法律效果的内心意思表示于外部<sup>[18]</sup>,亦即基于内部意思而做出外部表示<sup>[19]</sup>。从“意思表示”的概念可以看出,真实的意思表示包含被害人真实的内部意思和外部表示。那么瑕疵的意思表示就包括内部瑕疵、外部瑕疵和内外均瑕疵。其中,外部错误被称为“表示错误”,尽管表示行为与行为人的内部意思不一致,但基于交易安全等原因,其行为仍然可能被认为有效<sup>[20]</sup>。从“机票案”即可看出,行为人的欺诈行为确实可能会导致被害人外部表示与内部意思不一致,但是外部表示又能发生转移效果的情形。在这种情形中,被害人的所谓“处分行为”实际上就是指的是能够发生转移效果的行为。这样一来,被害人的处分意识和处分行为就出现了分离。这种更彻底的“处分意识不要说”也就获得了更充分的合理性证成。

最后,新型支付方式不断发展的背景也要求坚持处分意识不要说。在传统理论产生的时代,财产犯罪的对象通常只是财物。财物的损失表现为交付,被害人交付财物时往往都能意识到行为的意义,交付行为只能是自愿交付。据此,通说认为只要被害人非因受欺诈而自愿交付财物就不构成诈骗罪<sup>[21]</sup>。但是随着新型支付方式的出现,财产的直接交付通常由计算机系统做出<sup>[22]</sup>。这就使得操作人往往只能认识到粗糙的信息<sup>[7]</sup>,很难如同财物时代那样对行为的意义产生清醒的认知,非自愿交付情形开始出现。以“虚假链接案”为例,法院生效裁判认定秘密窃取是财产损失的原因而构成盗窃罪,诱骗被害人点击虚假链接只是辅助手段<sup>[3]</sup>。尽管被害人的确不知情也非自愿,但据此就认为被害人点击链接只是辅助手段显然与事实不符。因为正是这一行为直接、现实地导致了财产损失。在这种非自愿交付的情形中,财产的减损是由被害人行为直接引起的,这也就决定了诈骗罪的结论比盗窃罪更适合。从盗窃罪的罪状来看,无论是我国刑法还是其他国家和地区的刑法,均强调“盗取”或者“窃取”的行为。显而易见的是,这些行为只能以物为对象,不能以人为对象。强调以物为对象就意味着盗窃罪中的财产减损只能由行为人的行为直接导致。非自愿交付情形中,财产减损的效果由被害人的交付行为直接导致,而非是由行为人的行为直接导致。这符合诈骗罪中“行为人欺诈被害人,使其实施直接导致财产减损行为”的罪状。在新型支付方式不断发展的背景下,非自愿交付情形不断增多,处分意识不要说既囊括了传统理论所针对的财物诈骗,也能够有效应对新出现的非自愿交付情形。因此,处分意识不要说更符合新型支付方式发展的需求。

### (三)小结

比较域外刑事立法可以看出,诈骗罪的规定均强调“欺诈”或者“欺骗”的行为要素,部分国家和地区将行为结果规定为被害人因受到欺诈而为交付行为。“交付”的概念通常适用于财物。在交付财物时,无论是交付行为本身还是行为的意义通常都很容易被意识到,这也意味着交付通常为有意识交付。“处分意识必要说”即由此而来。但随着新型支付方式的出现和普及,无意识的非自愿交付逐渐增多,这一基础遭受了挑战。在非自愿交付情形中,作为交付人虽然没有意识,但其基于行为人欺诈而为的交付行为也符合诈骗罪罪状。这也说明,处分意识是否必要并非是诈骗罪显著区别于其他犯罪的标志。因此,处分意识不要说更合理。

## 三、处分意识不要说视域中的处分行为

处分意识往往被认为在“占有迟缓”情形出现的场合也能发挥作用,因为处分意识必要说能够有

效甄别“占有迟缓”与“占有转移”<sup>[16]</sup>。本文认为,这一结论是论者倒果为因的产物。实际上,区分“占有迟缓”与“占有转移”概念的目的是合理限定处分行为进而避免诈骗罪范围的不当扩大<sup>[5]</sup>。其区分的前提是存在一些财物虽然在事实上完成了占有转移,但在规范层面结合社会秩序内容来判断的话,那么这种事实上的转移并非是真的占有转移。出现这种事实结果与规范评价相背离的原因就在于“占有”概念不只是一个事实性概念,而是一个兼具事实要素和规范要素的概念<sup>[23]</sup>。在判断“占有”是否成立时,既需要认定是否具有事实层面的控制力,也需要结合社会一般观念和规范性秩序来判断<sup>[24]</sup>。由此可见,无论是区分“占有迟缓”和“占有转移”的目的还是方法,都与处分意识无关。与其说处分意识能够有效区分“占有迟缓”和“占有转移”,毋宁说是在区分已经完成的前提下进行的分析。“占有迟缓”之所以能够在事实上发生支配转移,但规范上仍然被评价为被害人占有,是因为其所依靠的也是社会一般观念和规范性秩序进行的客观判断,与被害人的主观意识并无关系。因为“占有迟缓”或者“占有转移”在诈骗罪的构成要件中是结果性要素,而非欺诈行为与损害结果之间的因果关系要素。当然,这种客观判断的过程在当前网络支付手段不断发展的背景下显得并不简单,这就导致了学者试图用处分意识来辅助判断的尝试。但是无论这一过程如何艰难,处分行为的判断都应当是客观的,不能只依靠被害人的主观判断,尤其是在当前的时代背景中。

在处分行为的判断中,无论是“占有转移”还是“占有迟缓”均以犯罪对象占有财物为前提,但财产并非仅能以财物的形式展现出来。这一问题在传统理论中即有所显露。例如银行存款的性质认定问题。一方面,银行现实地、物理地支配着存款现金;另一方面,存款人在观念、法律上占有着存款<sup>[25]</sup>。这种矛盾使得如何界定存款性质出现了争议<sup>[26]</sup>。新型支付手段则使类似问题带来的困扰进一步增多。此外,如我国学者所言,处分意识不要说的提出,是德国学者弥补立法中不处罚盗窃财产性利益的漏洞而为的不得已之举<sup>[17]</sup>。这一表述说明处分意识不要说在犯罪对象为财产性利益的场合更能发挥作用。这样一来,无论是新型支付手段不断发展导致财产减损效果难以减损的现状,还是本文坚持的处分意识不要说的立场,都要求明确财产,特别是财产性利益减损效果的判断标准,而这一判断标准应当是客观的。

### (一) 新型支付方式时代的困境

在前述“置换二维码案”中,控方以诈骗罪向法院提起公诉,但法院认为被告人没有实施欺诈行为,商家或顾客也没有受骗;相反,其通过秘密置换二维码获得财产的行为构成盗窃罪<sup>[4]</sup>。与实践中的争议类似,学界就本案的定性争议亦分为两种观点:诈骗罪和盗窃罪。主张诈骗罪的学者分别提出了受骗人因行为人的欺诈而处分自己财产导致他人受损的“新型三角诈骗”<sup>[6]</sup>“出于维护交易习惯以及无过错消费者利益的考虑而将商家作为受害人,进而造成民事受害人与诈骗对象分离”<sup>[27]</sup>等主张来支持自己的观点。本文无意评价此类观点是否合理。但可以确定的是,上述主张已经超越了传统学说对诈骗罪的理解。因为传统理论中作为财产损失结果的“占有转移”是财物的损失标准。如我国学者所言,新型支付手段带来了非现金化和支付关系复杂化;非现金化导致财产性利益在财产概念中所占比例日益扩大,冲击了以财物为基础的传统理论。支付关系的复杂化则使得利益主体多元化,这给财产损害的认定带来了困难<sup>[22]</sup>。

例如,在“置换二维码案”中,一个显而易见的事实是商家遭受了财产减损。如果认同这一结论,那么随之而来的问题就是商家的财产减损是以何种方式发生的?亦即商家究竟损失的是商品还是应收货款的债权?又或者是顾客以扫码形式支付的货款?就商品而言,是由商家在误认收款二维码的情

况下交付于顾客,而商家的错误认识恰恰是由行为人的行为引起的;因此,如果认为商家损失了商品,那么行为构成诈骗罪。就应收货款的债权而言,商家既没有转移也没有消灭债权,债权系由置换二维码的行为转移至行为人,行为人借此取得了给付请求权并获得了顾客的给付;因此,如果认为商家损失了债权,那么行为就构成针对财产性利益的盗窃罪。就顾客以扫码形式支付的货款而言,顾客错将置换后的二维码视为商家二维码而完成支付行为,以致商家遭受了无法收到货款的损失;因此,如果认为商家损失了货款,那么行为构成新型三角诈骗形式的诈骗罪<sup>②</sup>。<sup>[6]</sup>这三种结论在现有理论的框架下均存在一定的缺陷。首先,如果认为商家损失商品,行为构成普通形式诈骗罪,就面临着“素材同一性”审查的问题<sup>[28]</sup>。在本案中,行为人获得的显然不是商品。其次,如果认为商家损失了债权,那么面临的质疑则是债权凭证的转移通常并不意味着债权的转移。因此,很难说商家债权的损失是由置换二维码的行为造成的。最后,如果认为商家损失了货款,构成了三角诈骗刑事的诈骗罪,那么其问题在于没有足够的理论支撑,有为了得出结论而设置条件之嫌<sup>[29]</sup>。本文认为,要确定商家的财产减损形式,必须把视角置于整个交易过程中。在一般交易过程中,商家把商品交付给顾客的同时获得了对顾客的债权请求权,随后商家获得顾客支付的同时债权消灭。可见,商家的财产经历了从商品到债权再到顾客支付货款的转变。在这一流程中商家的财产经过了两次转变,先后呈现出三种形式。商家的财产损失则是在第二次转变——从债权到顾客支付货款——过程中发生的。由此来看,商家损失的财产是以债权形式表现出来的。

那么商家的债权是如何损失的呢?商户的债权在顾客完成支付后就已经归于消灭。尽管支付的对象并非真正的债权人,但按照民法理论,仍然能够视为债务人已经履行<sup>[30]</sup>。由此来看,商户的损失是由行为人通过行为获得债权人地位而造成的。因此,“置换二维码案”中的行为应当构成盗窃罪。对此的潜在质疑在于如果认为置换二维码的行为是盗窃罪的实行行为,那么该行为并不会直接造成商户的损失。而一旦认为商户的损失是由顾客支付行为导致的,那么认定为三角诈骗类型的诈骗罪似乎是一个更妥当的选择。

这就涉及财产性利益的损失问题。相较于财物,财产性利益的转移和取得不容易确定<sup>[31]</sup>。因此,学界目前对于财产性利益的减损结果的界定存在分歧。有学者认为,尽管行为人事事实上获得了利益,但只要被害人没有丧失债权请求权,就不能认定行为人侵害了财产性利益<sup>[32]</sup>;持反对意见的学者则认为,行为人只要在事实上已经现实、具体地获得了财产性利益,被害人的财产性利益无法实现就应当认为被害人产生了损失<sup>[31]</sup>。此外,德国学界和司法判例在有限的范围内也承认,财产危险在特定情形下可以认为产生损失,亦即等同损失的危险<sup>[33]</sup>。由此可见,学界当前关于财产损失结果认定的争议主要集中在两个问题上:(1)财产性利益存在但实际上难以实现的情形可否视为财产损失;(2)何种程度上的财产危险状态可以被视为财产损失。因此,处分行为的认定也应当从这两方面入手。

## (二) 财产性利益损害的实质

作为潘德克吞体系中民事权利的根本,无论是物权还是债权都无法直接适用于刑法。据此,我国学界通说认为,刑法上的财物损害以其事实占有被打破为标志。反对此观点的学者亦认为占有是一种隐性的构成要件要素,打破占有造成占有的转移是一种基本的构成行为<sup>[34]</sup>。原因就在于“占有”更强调事实状态,保持这种事实状态是能够充分行使物权的基础。那么,占有的具体内容是什么呢?学者

②新型三角诈骗系张明楷教授提出的三角诈骗的其他类型。

在阐述非法占有时指出,非法占有在事实上侵害了对财物的支配力与支配状态以及被害人能够利用财物获得经济价值的现实可能性<sup>[35]</sup>957。据此,可以说占有的内容包括了对财物的支配状态以及利用的可能性。类比到财产性利益中,可以认为财产性利益的内容包含了对事实上的支配力以及利用其获得经济价值的可能性,亦即财产性利益应当具有经济价值和支配可能。因此,无论是侵害被害人对财产性利益的支配力还是侵害被害人利用财产性利益获得经济价值的可能性,都应当被评价为财产性利益损害。判断被害人是否对财产性利益具有事实上的支配力较为简单,判断对财产性利益的实现可能则比较复杂,因此需在实现可能的判断上明确标准。

财产性利益实现要求相对人履行相应的积极义务,而积极义务的作为内容是复杂的,包括了数额、时间、方式等。由于这种复杂性,学者们的观点出现了自相矛盾的情形,例如有学者认为在行为人逃交餐费的场合,逃单行为导致餐厅在事实上很难索要餐费,因而其财产性利益已经遭到侵害;而在评述为了赖账而盗窃欠条的行为时又声称欠条的丢失最多会导致债权人追溯过程变得艰难,但不至于导致债务的免除,债权人也不会因此受到现实的、具体的损失<sup>[31]</sup>。本文赞同为了赖账而盗窃欠条的行为不会发生财产性利益损害的结果,但理由与前述学者不同。逃交餐费案与盗窃欠条案最大的区别在于场合不同。在餐厅消费的一般规则中,通常是在离开餐厅前付款。行为人未离开餐厅时,餐厅的财产性利益有相当大的可能实现,而一旦行为人离开,餐厅在事实上已经无法索要餐费。尽管还有司法救济等其他手段,但采取这些手段所付出的成本往往高于餐费数额。结果就是无论是否选择救济手段,餐厅在事实上都要遭受财产损失。可见,行为人是否离开餐厅是餐厅的财产性利益能否实现的一个关键因素。但在借贷关系的场合,欠条并不具有同等的重要性。因为借贷合同属于实践合同,债权人必须将款项支付给债务人时合同才成立。即便债务人到期没有偿还债务,债权人诉诸法院寻求司法机关的救济,也难以仅凭借欠条实现财产性利益<sup>[36]</sup>。如果考虑到在欠条缺失但存在支付凭证的情况下还可以以不当得利纠纷提起诉讼的话<sup>③</sup>、<sup>[37]</sup>,那么可以说欠条在借贷关系的场合并不重要。更遑论除司法机关救济之外,债权的实现还有其他无需欠条的方式,这些方式在借贷关系中均属常见手段。因而对于行为人盗窃被害人欠条的行为,宜认定为被害人未遭受财产性利益的损害。

由此可见,为了保障财产性利益的实现,义务人均会受到权利人设置的一定限制,这种限制即是约定俗成的交易模式。例如,在“置换二维码案”中,交易模式是同时完成商品和货款的交换,财产性利益几乎是在产生的瞬间实现的;在普通餐厅中,顾客消费完毕如不付款不会被允许离开餐厅;在借贷关系中,借款人会在借出前综合考量贷款人的信用、偿还能力等。这些限制一旦被突破,财产性利益就已经事实上无法实现。例如,我国刑法典正是以是否突破银行或金融机构的限制来判断贷款诈骗罪的成立。至此,本文的立场已经逐渐清晰:被害人的财产性利益是否发生损害,应当根据社会一般观念,结合特定财产性利益情形判断被害人为保障财产性利益实现而设置的限制是否被突破,进而得出结论。

### (三) 危险状态何以等同于财产损失

“等同于损失的财产危险”系德国刑法学界的概念,市场经济中,财产有具体危险时,就足以影响市场主体的判断进而减损其经济价值<sup>[33]</sup>。财产危险状态与财产损失的区别决定了财产减损的原因认定,前述“亲密付案”即说明了这一点。在该案中,被害人受到欺诈而开通“亲密付”功能,其账户内的

③实际上,在我国司法实践中,不当得利纠纷与借贷纠纷两者之间具有相当高的关联度,有相当多的不当得利纠纷案,都是从借贷案件,尤其是民间借贷案件转化而来。



部分资金就处于随时可以被提取的状态。如果认为这一状态等同于财产损失,那么被害人开通“亲密付”功能的行为就是处分行为;如果认为这一状态仅仅是财产危险状态,那么被害人开通“亲密付”功能的行为就不是处分行为。再加上占有转移和财产遭受紧迫危险之间的区别本身并非泾渭分明。因此,一个现实的问题即是应当确立什么样的标准,即究竟这种危险达到何种程度才能被认定为财产损失。如其概念所示,德国学界和司法判例确立的是两个标准:作为前提的特定情况以及作为危险程度的紧迫的具体危险。本文认为这一标准值得商榷。即便行为人的行为在完成后只造成了损失的危险而没有直接导致损失,但是如果这种损失无需其行为人的进一步行为就必然发生损失,那么就应当被评价为造成了财产损失。

以“亲密付案”和“置换二维码案”为例。在“亲密付案”中,行为人通过欺诈手段使被害人开通“亲密付”功能,其对于被害人支付宝内的一定数量的财产就取得了支配的地位。这也意味着被害人的财产处于危险状态,但无论这种危险如何具体如何紧迫,都无法等同于财产损失。因为要从危险状态进一步变成财产损失都必须要求行为人的进一步提取或转出行为。一旦行为人采取了进一步行为,那么就变成了这进一步的行为导致了被害人的财产损失而非被害人自己的处分行为导致的。所以此种危险状态不能认为等同于财产损失的危险。相反,在“置换二维码案”中,行为人完成置换二维码的行为之后,被害人的财产充其量只能称之为处于危险状态中而很难评价为紧迫或者具体的危险。但是,这种状态下,只要商户与顾客的交易正常进行,行为人无需进一步的行为即可使被害人的财产损失。所以此种危险状态可以被认为等同于财产损失的危险。尽管行为人置换二维码的行为只是获得了债权凭证,但是这一凭证的实现无需行为人的进一步行为即可必然实现,因此,认为行为人置换二维码的行为直接导致了被害人的财产损失更为合理。

据此,判断财产危险是否等同于财产损失时,区分的标准应当确立为:财产危险与财产损失之间是否存在直接性。当财产性利益的危险与损失的现实结果之间存在直接性关系时,那么就属于等同于损失的财产危险。否则,财产危险就不等于财产损失。直接性的判断可以结合是否需要进一步的行为、因果关系是否具备高度盖然性来确定。

## 四、处分意识不要说视域中的错误认识

在诈骗罪的基本行为模式中,被害人的错误认识和处分行为之间存在因果关系。因此,在判断行为人是否构成诈骗罪时必须要看处分行为的产生是否基于错误认识。

### (一) 错误认识的概念重塑

尽管上述结论的得出并不费力,事实上也能够得到公认。但这种公认仅仅停留在结论层面。错误认识的概念、具体内容以及判断标准鲜少得到学者的关注。从概念层面上看,错误认识在当前学界研究中往往被作为“处分意识”来研究。具体说,学者并没有正视错误认识在诈骗罪基本行为模式中处分意识的因果关系。研究某一事实是否符合诈骗罪的构成要件的正确逻辑应当是按照诈骗罪的基本行为模式:首先判断被害人是否因为行为人的欺诈行为产生了错误认识,如果结论是肯定的再进一步判断被害人是否因错误认识进行了处分行为。但目前学界的研究忽略了这种因果关系的判断<sup>[10-11],[38]198</sup>。从内容上看,研究者的定义也往往是抽象的。例如,有学者认为处分意识就是被害人对财物各要素的认识<sup>[9]</sup>。如果将此处错用的“处分意识”概念理解为正确的“错误认识”概念,那么从表面上看,对错误认识这一定义是非常明确的,其详细总结了财物的种类、数量等要素。然而,包括种

类、数量、重量等在内的所有要素只是财物本身的性质。这一定义也只是对此种性质的总结和梳理,在处分意识内容的划定上仍然不够明确,也就无法提供一个妥当的标准。

就“错误认识”而言,这一概念由两个词语组成,分别是“错误”和“认识”。“认识”是作为主体的人对客观世界的认知程度,是一种事实性概念;“错误”是对“认识”与客观世界不符合时的否定性评价,是一种价值性概念。显而易见的是,作为个体的人不可能对客观世界形成完全的认知。因此,在理解“认识”概念时必须限定其所针对的客观世界的范围和内容,且在这种限定范围内,人必须存在正确认识的可能性;否则,在不可能产生正确认识的前提之下,判断认识是正确还是错误就失去了意义。因此,判断被害人对某一事项的认知是正确还是错误,不能只依靠事后的判断,而必须结合被害人在当时场景下的认知能力来确定。只有在存在正确认识可能性的场合,被害人产生了与客观世界不符合的认知,才能认为其产生了错误认识。当然,上述结论是从语义上来为错误认识划定范围,只是在事实论的角度描述了“认识”的内容,即人在何种情况下对客观世界产生的认知能够称之为“认识”。仍然需要探讨的是如何判断诈骗罪行为模式中的错误认识。

学者曾经编写了四个颇具对比性的教学案例<sup>④</sup>〔11〕,这四个教学案例长期以来反复在我国学界对诈骗罪相关问题的研究中被引用〔10,17,39〕。在上述针对此四个案例的研究中均认为各受害人存在错误认识而一致将关注重点集中在被害人是否存在处分意识进而为处分行为上。从表面看,此四个案例中被害人的主观认知与客观事实的确存在偏差,但能否当然地说明被害人存在诈骗罪基本模式中的错误认识?本文对此持否定态度。在诈骗罪的场景中,诈骗罪要求错误认识与处分行为之间存在因果关系,所以被害人产生认知偏差的对象必须是影响处分行为的因素才能称为诈骗罪意义上的错误认识。尽管学界已经就这一问题达成了至少是初步的共识。例如,有学者认为“错误认识限于能够导致受害人错误地处分财产的有关事实”〔40〕,还有学者认为“认识错误的内容必须是处分财产的认识错误”〔35〕<sup>1002</sup>。但在进一步的适用中,学界并没有以此为指引,以错误认识和处分意识之间的因果关系为基础来判断被害人对客观世界的认知偏差是否属于诈骗罪中的错误认识,而是以固有的生活经验认知判断某一错误事实是否导致受害人错误地处分财产。先验性地将处分意识的内容界定为处分财物的数量、种类、形状等为人所能直接认识的外观上的基本特征,然后基于各自不同的经验认知和价值准则进行判断。这就形成了这一问题上见解繁杂、共识难寻的局面。正因如此,不同学说的支持者建构的规则也常常面临其他学说支持者的质疑。例如,有学者在评述教学案例“照相机案”<sup>⑤</sup>〔11〕时指出,由于行为人将照相机隐匿在同一包装盒中,店员根本没有意识到自己的交付对象,因而也就没有对于财产的量产生错误认识;然而,在通过重量统计的场合,该学者却认为错误认识系由计量器具出现差错引起的,货主对于行为人运走的货物有清楚的认识〔38〕<sup>198</sup>。尽管学者没有指明,但可以看出其区分标准的建构是以财产的计量方式为区分。即只有以重量作为计量方式的场合才能认定该类财产属于量的错误认识,而以数量作为统计方式的财物则属于质的区别。然而,提出案例的学者却认为,只有被害人对财物种类的认识错误才是诈骗罪中的认识错误〔11〕。从学者之间的争论就可以看出这种结论的不足之处。事实上,无论是数量还是重量还是种类都只是衡量财产价值的方式和标准,以此作为区分的标准都过于机械和简单,难称妥当。

④分别是“更换价格条形码案”“照相机案”“方便面案”和“邮票案”。

⑤此为前述四个教学案例中的一个,大致案情为行为人在商场购物时从货架上拿走一个照相机,并将另一个照相机包装盒里的泡沫取出并放入前一个照相机,然后拿着装有二个照相机的一个包装盒付款。收银员只收取了一个照相机的款。

综合来看,“错误认识”的定义应当是被害人对其处分行为做出的事实性的客观要素产生的错误认识,且这种客观因素存在正确认识的可能性。

## (二) 错误认识的内容重构

如前文所述,错误认识应当是被害人对处分行为相关事项的认识出现错误。那么,何谓此处的相关事项?本文认为,这一问题可以通过两种理论从不同的视角进行确定。

首先是被害人承诺理论。该理论的一个重要问题即是被害人因受骗而同意在何种程度上能够阻却故意的成立<sup>[41]</sup>。针对这一问题,目前形成了两种思考路径:以欺骗为出发点和以错误为出发点<sup>[42]</sup>。考虑到诈骗罪中欺诈行为与处分行为之间的因果关系以及前一路径的不足,显然应当选择以错误为出发点,基于此形成的法益关联性说得到了我国多数学者的认同<sup>[43]</sup>。根据学者总结,能够否定同意效果的法益关系错误包括纯粹的事实认识欠缺型和规范评价误认型<sup>[42]</sup>。前者系指被害人因对法益相关的事实认识错误而做出了非其本意的同意,包括法益侵害的结果、程度、范围等错误;后者则是指被害人对法益相关的规范评价认识错误而做出了非其本意的同意,包括对行为的性质产生误解的场合<sup>[41]</sup>。

其次是意思表示瑕疵情形。通说认为,诈骗罪中被害人的意思表示出现了瑕疵。如前文所述,“意思表示”这一民法概念包括了内部意思和外部表示,其瑕疵也就包括内部瑕疵和外部瑕疵。对此,民法学者将这种外部表示与内部真意之间偶然、非故意的一致分为表示错误和动机错误<sup>[44]</sup>。换言之,表示错误破坏的是意思的执行,而动机错误破坏的是意思的决策<sup>[45]</sup>。

通过两种理论的结论对比不难看出,尽管一为刑法理论,一为民法理论,但结论有异曲同工之妙。纯粹的事实误认欠缺与动机错误相似,都是基于对事实的认识错误而做出了错误的同意;规范评价误认与表示错误则都是对行为性质产生了误解。这两组类似的结论也构成了诈骗罪的错误认识的内容。从诈骗罪的结构来看,是被害人产生错误认识导致了处分行为。因此,所谓的动机错误就是处分动机的认识错误,而表达错误则是处分表达上的错误。处分表达的错误是非常易于判断的,因此也少有争议。按照我国学者的总结,是指对使用的表意符号的理解错误,诸如口误、笔误之类的情形<sup>[46]</sup>。这样,处分表达错误的判断标准就是被害人是否对相关行为的处分效果产生认识。如果被害人对处分效果有认识,其行为就不属于处分表达错误;如果没有认识,则属于处分表达错误。可见处分表达错误的判断标准是相对简洁而明确的。相较于处分表达的错误,处分动机的错误判断较为困难,因此需要重点探讨。考虑到财产减损效果在财物场合通常被认为是财产转移的效果<sup>[47]</sup>,动机错误实际上就是对作为转移对象的财产的认识和转移结果的认识产生了错误。因此,在判断动机错误认识时要从这两方面着手。

## (三) 错误认识的标准重建

动机错误的内容包括对财产的认识和对转移结果的认识。当然,这是一种外部的视角。如果承认只有理性人的行为才能被认定为处分行为的话,那么就必须承认被害人在处分财产时必然存在一定的目的。从被害人的内部视角来看,转移结果正是其追求目的的产物。正如前文所述,判断被害人的认识是否错误的标准应当是建立在被害人内部视角的规范标准上。因此,在讨论被害人是否产生错误认识的场合,将其对财产和转移结果的认识表述为对行为对象和行为目的的认识更符合内部视角的要求,也更有利于结果的得出。

### 1. 对行为对象的错误认识

如前文所述,人无法对客观世界产生完全的认识,因而也就无法对财产的所有特征产生认识。事

实上,人也无需对财产的所有特征产生认识。从被害人作为处分人的内部意思来说,个体只需要认识到影响其处分意图的特征即可。然而,人的认识能力并不总是能够满足其产生处分意图的要求。例如,近年来,我国频繁发生的一些“水箱案”<sup>⑥</sup>。[48-50]。在此类案件中,影响货主处分的是货物的重量特征,但是货主无法直接获取这种认识,只能通过计重磅来获取。面对这种现实,应以可能影响被害人处分意图的特征为主,在使用语境中对“认识”的概念作规范性的理解。这样一来,不仅符合被害人内部意思的产生逻辑,也能够妥善解决实践中的问题。但目前学界的理论和学说显然做不到这一点。按照处分意识不要说和择一的处分意识必要说,在“水箱案”中,虽然货主未能认识到货物的数量与重量,但其仍然能够直接对货物产生认识,因而没有产生错误认识。反之,一旦在货物中夹杂其他货物,则无法认定货主对这些未进入自己视野且自己也无从推断其存在的财物具有处分意识,因而行为人的行为构成盗窃罪。假如行为人水箱重量范围内既多装了同种货物,也夹杂了其他货物,这种情形下应当如何评价行为人的行为呢?如果按照处分意识必要说的观点,需要解决的就是严格的处分意识必要说和缓和的处分意识必要说之间的界限。严格要严格到什么程度?缓和又需要缓和到什么程度?就本案而言,影响被害人的是财产的重量特征,除此之外的其他特征无关紧要,那么严格的处分意识必要说就不妥当。但是如果缓和到财产的重量特征,在例如购买照相机这种影响被害人的是数量特征时又无法适用。如果为了求全,缓和到数量和重量特征,那么在影响被害人的是其他特征的场合,是否需要进一步妥协?如果进一步妥协,那么其与严格的处分意识必要说的界限又在何处?

决定财产价值的特征是多种多样的。例如,当财产是照相机时,决定其价值的特征就是数量;当财产是矿产时,决定其价值的特征就是重量;在个别场合,甚至财产颜色也能决定其价值<sup>⑦</sup>。这些特征并不是都能够直接为被害人所认知。在前述“水箱案”中,被害人尽管意识到了自己允许行为人拉走了货物,能够被评价为处分行为;但被害人无法直接判断这一车货物究竟有多重,而被害人在与行为人结算货款时恰恰依靠的是货物的重量而非货物的车数。行为人加装水箱并不会导致被害人对重量产生错误认识,因此不能认为行为人是基于错误认识而为之的处分行为,也就不能认为其构成诈骗罪。而在前述“照相机案”中,收银员是根据其对货物数量的认识来决定是否处分,但是在照相机被统一包装之后,因为收银员通常不会拆开包装盒来检视其中的照相机的数量,也就无法直接判断照相机的数量而只能通过包装盒的数量来判断照相机的数量,行为人往包装盒里放入两个照相机的情况下,收银员处分的仍然是一个包装盒里的货物,并未产生数量认识错误,因此不构成诈骗罪。至于行为人往包装盒里装入的是照相机还是其他货物都不影响这一结论的成立。

即便是只考虑对财物的量的认识,就存在根据重量和数量两种方式,在不同的方式中也存在不同的认知途径,因此不能当然地一概而论。正确的方式应当是参照处分场合的交易规范来确定处分对象所要求的客观特征。只有当被害人需要认识财物的相关特征而又没有产生正确认识时,方能认定其产生错误认识,进而认定行为人构成诈骗罪。处分行为的做出依赖于被害人对财物客观特征的认识,但并非财物的所有客观特征都影响被害人处分意识的产生。因此,在判断被害人是否产生错误认识时,要先判断其对财物相关特征的认识是否属于影响其处分行为的客观特征,如果答案是肯定的才有判断认识正确与否的必要。而这种正误的判断又必须借助处分场合的特定规范来完成。

⑥大致案情为:行为人以自有货车提供运货服务,货主采取先对空车过磅,尔后载满时再次过磅,两次重量差额即为载重。为获取非法利益,行为人给货车加装水箱,空车过磅时加满水,载满过磅时排掉水,以此获取货主的超量货物。

⑦例如同款智能手机,在品牌、型号、配置、外形都一样的情况下,颜色不同,价格往往也不一样。

## 2.对处分目的的认识错误

被害人的处分行为所带来的财产减损效果正是被害人追求其目的的过程。现实的处分结果是否与其主观认知的一致决定了其目的能否实现。换言之,如果被害人其处分财产的目的已经实现,就不能认为其在处分结果上存在认识错误;只有处分财产的效果与自己追求的结果不符时,才能认定其对处分效果产生了认识错误。这一结论不仅适用于交易场合,也适用于其他场合。例如,行为人声称自己身患重病,需要募捐大量的钱来治病,却将募捐所得用于其他消费。所交付财产的实际用途与被害人预期不同,其处分目的并没有实现,行为人的募捐行为构成诈骗罪。

具体到被害人追求目的的过程来看,存在两个阶段:分别是产生目的以及实现目的。同样,错误认识也可能产生于这两个阶段。因而,被害人对目的的错误认识分为两种情形:一种是被害人受行为人欺诈而产生错误目的;另一种则是被害人自主产生的目的但因行为人的欺诈而无法实现。就前一种情形来看,被害人的目的本应当由其自主决定,但行为人往往会虚构事实来诱导或胁迫被害人产生特定目的,进而实施处分财产行为使得行为人获利。典型的情境即行为人虚假宣传的行为。例如,行为人出售笔记本电脑时,为诱使被害人购买,将装有 Intel I3 处理器的笔记本电脑谎称为装有 Intel I7 处理器。基于占便宜的心理,被害人产生了以 Intel I3 处理器价格购买 Intel I7 处理器电脑的目的。很显然,该目的在交易中难以实现。而在后一种情形中,则是被害人自主产生的目的,但是在实现的过程中因为行为人的欺诈而做出了导致目的无法实现的行为或举动。如果被害人尽管受到欺诈,但其目的能够实现时,则不能在规范意义上将其评价为产生诈骗罪中的错误认识。例如,在前述“置换二维码案”中,作为顾客尽管误将其扫描的二维码错认为商户的二维码,但在社会一般观念和交易规则中,顾客已经履行支付义务而能够得到商品。因为交易目的能够实现,所以其对收款二维码产生的认识错误就无法规范评价为诈骗罪中的认识错误。

综合来看,被害人对处分目的的认识错误分为两种:一种是被害人因欺诈行为而产生不当目的;另一种是被害人自主产生的目的因欺诈行为难以实现。只要被害人有两种情形之一,就可以认定其存在对处分目的的错误认识。

## 五、余论

作为一门规范学科,无论是法律规范还是理论学说,都不可能对刑法规范的内容作纯记述性的理解,而必须结合语境对其作规范性理解。有学者指出,研究结论要能提供感觉上妥当且逻辑一致的解释<sup>[24]</sup>。所谓“感觉上妥当”即是对法律概念的解释要符合一般的规范理解。这一问题在“处分意识”的理解上同样存在。无论是基于经验总结还是分析具体案例,得出的结论均能够做到“感觉上妥当”但无法做到“逻辑一致”,也就无法为类似案件的处理提供具有稳定性和可操作性的判断规则。基于这一背景,本文首先以“逻辑一致”为目标,确立“处分意识”的概念内容;其次将“处分意识”这一概念置于诈骗罪的行为模式和逻辑框架中,确定其在诈骗罪构造中的体系性地位;最后根据其适用场景做出分析和解释,寻求一种合理的解释和适用方法。最终目的是为了能够就“处分意识”这一概念在诈骗罪的行为模式和逻辑框架中,得到一种既“感觉上妥当”又“逻辑一致”的适用。

### 参考文献:

[1] 央视网.400 电话成诈骗幌子,订折扣机票被骗 32 万[EB/OL].(2010-09-16) [2018-11-16]. <http://news.sohu.com/>

20100916/n274978731.shtml.

- [2] 宋雨,张金英.买机票被骗 邀你开通“亲密付”7000元没了[EB/OL].(2017-08-08)[2018-11-16].<http://www.sanqin.com/2017/0808/312290.shtml>.
- [3] 最高人民法院审判委员会.指导案例27号臧进泉等盗窃、诈骗罪案[EB/OL].(2014-07-05)[2018-11-16].<https://www.chinacourt.org/article/detail/2014/07/id/1334428.shtml>.
- [4] 陈书雄,吴雪萍,李永定.福建省石狮市人民法院(2017)闽0581刑初1070号判决书[EB/OL].(2017-10-27)[2018-11-16].<https://www.chinacourt.org/article/detail/2014/07/id/1334428.shtml>.
- [5] 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[J].政治与法律,2015(4):28-48.
- [6] 张明楷.三角诈骗的类型[J].法学评论,2017,35(1):9-26.
- [7] 蔡桂生.新型支付方式下诈骗与盗窃的界限[J].法学,2018(1):169-181.
- [8] 刘明祥.论诈骗罪中的交付财产行为[J].法学评论,2001,19(2):66-72.
- [9] 林钰雄.论诈欺罪之施用诈术[J].台大法学论丛,2003,32(3):117-148.
- [10] 陈洪兵.盗窃罪与诈骗罪的关系[J].湖南大学学报(社会科学版),2013,27(6):134-141.
- [11] 蒋铃.论诈骗罪中的处分行为[J].政治与法律,2012(8):46-60.
- [12] 山口厚.刑法各论[M].2版.王昭武,译.北京:中国人民大学出版社,2011:299-300.
- [13] 张明楷.诈骗罪与金融诈骗罪研究[M].北京:清华大学出版社,2006:167.
- [14] 秦新承.认定诈骗罪无需“处分意识”:以利用新型支付方式实施的诈骗案为例[J].法学,2012(3):155-160.
- [15] 大谷实,前田雅英.刑法各论[M].东京:有斐阁,2000:159.
- [16] 王立志.认定诈骗罪必需“处分意识”:以“不知情交付”类型的欺诈性取财案件为例[J].政法论坛,2015,33(1):119-131.
- [17] 柏浪涛.论诈骗罪中的“处分意识”[J].东方法学,2017(2):97-106.
- [18] 王泽鉴.民法物权[M].2版.北京:北京大学出版社,2010:266.
- [19] 耶尔格·诺伊尔,纪海龙.何为意思表示?[J].华东政法大学学报,2014,17(5):43-57.
- [20] 梅伟.民法中意思表示错误的构造[J].环球法律评论,2015,37(3):61-78.
- [21] 高铭喧.新编中国刑法学[M].北京:中国人民大学出版社,1998:783.
- [22] 徐凌波.置换二维码行为与财产犯罪的成立[J].国家检察官学院学报,2018,26(2):34-47,172.
- [23] 马寅翔.占有概念的规范本质及其展开[J].中外法学,2015,27(3):739-766.
- [24] 车浩.占有概念的二重性:事实与规范[J].中外法学,2014,26(5):1180-1229.
- [25] 杨路生.刑事法理中存款占有问题的教义学逻辑建构:基于刑民一体化的进路[J].海南大学学报(人文社会科学版),2018,36(3):108-115.
- [26] 陈洪兵.中国语境下存款占有及错误汇款的刑法分析[J].当代法学,2013,27(5):68-79.
- [27] 时延安.个人信息保护与网络诈骗治理[J].国家检察官学院学报,2017,25(6):3-24,169.
- [28] 王钢.德国判例刑法[M].北京:北京大学出版社,2016:229.
- [29] 高磊.论清偿效果之于三角诈骗的认定[J].政治与法律,2018(5):52-64.
- [30] 迪特尔·梅迪库斯.德国债法总论[M].杜景林,卢谦,译.北京:法律出版社,2004:105.
- [31] 黎宏.论盗窃财产性利益[J].清华法学,2013,7(6):122-137.
- [32] 张明楷.论盗窃财产性利益[J].中外法学,2016,28(06):1405-1442.
- [33] 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[J].政治与法律,2014(10):33-54.
- [34] 车浩.占有不是财产犯罪的法益[J].法律科学(西北政法大学学报),2015,33(3):122-132.
- [35] 张明楷.刑法学[M].5版.北京:法律出版社,2016.
- [36] 吴旭莉.民间借贷案件证明过程之分析[J].现代法学,2014,36(3):143-153.
- [37] 李浩.不当得利与民间借贷的交集:诉讼实务中一个值得关注的问题[J].清华法学,2015,9(1):145-160.

- [38]游涛.普通诈骗罪研究[M].北京:中国人民公安大学出版社,2012.
- [39]刘宪权.网络侵财犯罪刑法规制与定性的基本问题[J].中外法学,2017,29(4):925-942.
- [40]王作富.刑法分则实务研究[M].5版.北京:中国方正出版社,2003:1081.
- [41]黎宏.被害人承诺问题研究[J].法学研究,2007,29(1):84-104.
- [42]付立庆.被害人因受骗而同意的法律效果[J].法学研究,2016,38(2):154-170.
- [43]陈毅坚.被害人目的落空与诈骗罪基于客观归责理论的教义学展开[J].中外法学,2018,30(2):414-439.
- [44]冉克平.民法典总则视野下意思表示错误制度的构建[J].法学,2016(2):114-128.
- [45]卡尔·拉伦茨.德国民法通论(下)[M].王晓晔,译.北京:法律出版社2003:514.
- [46]龙俊.论意思表示错误的理论构造[J].清华法学,2016,10(5):117-133.
- [47]郑泽善.诈骗罪中的处分行为[J].时代法学,2011,9(4):50-58.
- [48]屠春枝,项简.水箱过磅前后做手脚,收购废铁赚“黑钱”[N].检察日报,2013-12-25(04).
- [49]黄真真.放空货车水箱盗走10万元钢材[N].南国今报,2014-07-12(07).
- [50]兰良增,吴静怡.男子改装货车水箱盗窃料渣被识破[N].石狮日报,2017-09-18(03).

## Redefinition of deliver awareness of fraud crime under new payment methods

JIANG Tao, YANG Ruiyong

(School of Law, Nanjing Normal University, Nanjing 210023, P. R. China)

**Abstract:** Deliver awareness refers to the victim's understanding of the property depreciation effect that can be generated by deliver behavior. In the academia, "unnecessary deliver awareness" is actually a "necessary deliver awareness" theory. The development of new payment methods and the construction of fraud crimes require a true and thorough unnecessary deliver awareness theory. This theory requires that the objective criteria should be taken in the judgment of deliver action. Therefore, in the context of the development of new payment methods, the essence of property damage and its relationship with property risks should be judged by objective criteria. Erroneous understanding under unnecessary deliver awareness theory includes the error of deliver expression and the error of deliver motive; the error of deliver motive includes the error of deliver object and deliver purpose. When judging whether the victim has erroneous understanding, it is necessary to make a normative judgment based on factors such as general concepts and the plight of the victim.

**Key words:** fraud crime; deliver awareness; unnecessary deliver awareness; deliver behavior; erroneous understanding; meaning and representation

(责任编辑 胡志平)