

诈骗罪重构: 交易信息操纵理论之提倡

王莹*

内容提要 传统诈骗罪理论中,被害人视角与行为人视角交织重叠,不仅带来相关构成要件要素的解释难题,也破坏了诈骗罪归责关联的完整性与连续性。本文尝试在解构诈骗罪关系犯特征的基础上提倡诈骗罪的不法本质是交易基础信息的操纵,并对其构成要件进行中国语境下的重构: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——行为人非法获利(或被害人遭受财产交易损失)。这一理论重构将被害人角度的构成要件要素如错误认识、财产处分等删除出构成要件,能够凸显行为人信息操纵的归责链条,清晰勾勒诈骗罪的归责路线,并通过信息错误风险管辖思想替代争议颇多的被害人过错、被害人过于轻信等被害人教义学思维限制诈骗罪的可罚性范围。

关键词 认识错误 财产处分 交易信息操纵 信息错误风险分配

我国刑法对诈骗罪采取简单罪状的规定方式,并无对诈骗罪构成要件的立法描述。我国刑法理论借鉴德国刑法诈骗罪理论,将诈骗罪的构成要件行为描述为“以非法占有为目的,虚构事实、隐瞒真相,骗取他人财物的行为”,^①并借鉴德国刑法中诈骗罪的构成要件构造,即行为人欺骗——引起或维持错误——因错误而处分财产——被害人遭受财产损害及行为人获得财产利益;^②并在引入德日刑法诈骗罪理论话语的基础上围绕上述构成要件构造展开对诈骗罪的研究,例如关于构成要件要素方面的理论,如错误理论、财产处分理论、财产损失理论、社会目的落空理论的探讨,以及晚近关于欺骗行为的

* 中国人民大学刑事法律科学研究中心、中国人民大学未来法治研究院副教授。

① 参见高铭暄、马克昌主编《刑法学》,北京大学出版社2016年版,第503页;张明楷《刑法学》(下),法律出版社2016年版,第1000页。

② 限于文章篇幅与主题,本文无意对我国上述诈骗罪的刑法理论通说进行学术史上的追根溯源,但可以肯定的是,我国刑法理论对于诈骗罪的构成要件解释与《德国刑法》第263条的构成要件实在法规定在语言表述上具有高度吻合性。《德国刑法》第263条将诈骗罪规定为“以为自己或第三人非法获得财产利益的目的,通过编造虚假事实或者通过歪曲或者隐瞒事实真相引起或维持错误的行为损害他人财产”。我国刑法理论通说“虚构事实、隐瞒真相骗取他人财物的行为”,其实就是对德国刑法关于诈骗罪的法定构成要件“通过编造虚假事实或者通过歪曲或者隐瞒事实真相引起或维持错误的行为损害他人财产”进行的符合汉语习惯的提炼表述:编造虚假事实是指对事实全部进行虚构,而歪曲事实是指对部分事实进行虚构,二者都可以统摄在“虚构事实”这一概念之下。

不法本质的意思表述价值理论,关于欺骗行为形式的默示欺骗理论的探讨等。以上探讨无疑为中国刑法诈骗罪研究提供了重要的术语工具与理论滋养,推动着我国诈骗罪研究从实在法上的简单罪状出发朝向教义学的纵深发展。但对德国刑法诈骗罪教义学的过分倚重也形成了对其的路径依赖与术语捆绑,无法摆脱德国教义学内部观点冲突、学派林立的困境进行我国诈骗罪理论的创新,例如在行为人将贵重物品混入便宜物品的鱼目混珠类型案件中,深陷财产处分必要性之争而无法提供合理的解答方案。

晚近以来,德日诈骗罪教义学各种理论迭出不穷、竞相争鸣,除了上述已为我国学界所关注的理论外,还有关于欺骗行为的默示型欺骗交易群体共识理论及信息错误风险分配理论、关于不法本质的真相权利侵害或真相义务违反理论,等等。由于默示型欺骗的存在,诈骗罪作为与不作为区分问题也成为旷日持久的无解难题。诈骗罪教义学虚假繁荣的另一面却是诈骗罪教义学的真实匮乏:诈骗罪外观巍峨的教义学大厦缺乏坚实的、统一的教义学基石,以致于这座大厦内部不同理论互相掣肘、支离破碎,面临分崩离析的危险。本文将在对诈骗罪传统教义学全景式描述中揭示传统诈骗罪教义学内部的困境,解构诈骗罪不法内核,并在此基础上尝试对诈骗罪的不法本质及构成要件进行中国语境下的重构。

一、描述:被害人与行为人视角叠加中的诈骗罪教义学图景

(一) 诈骗罪构成要件:被害人视角的诈骗罪教义学图景

传统理论认为诈骗罪属于关系犯(Beziehungsdelikt)。^③以关系犯概念为基点,被害人教义学在诈骗罪领域获得了广泛而深入的发展。关系犯概念由被害人教义学的领军人物之一德国学者 Hassemer 首倡。Hassemer^④认为:行为的可罚性一方面取决于以法益侵害与法益危险为前提的行为人的需罚性,另一方面取决于被害人的需保护性(Schutzbeduerftigkeit)。而当具体的法益侵害危险情势很大程度上是由被害人自己的决定所引起时,就不再符合法定构成要件所预设的法益危险程度,就不再具有需保护性。在需保护性考量上应将犯罪分为干预犯与关系犯,前者是指从概念上来说行为实施前后都不需要以行为人与被害人之间的互动为前提的犯罪,后者是指行为人必须将法益享有者调动起来实施某种有利于其犯罪计划的行为才能够完成的犯罪。在关系犯中,被害人以其对犯罪行为的参与表明了对自我保护的忽视,不具有刑法上的需保护性;而在干预犯中,只要被害人自己不对危险源答责,就一般性地承认刑法上的需保护性。如果被害人对行为人虚构的事实产生怀疑,却不采取可能的措施消除怀疑继续处分财物的,因具有充分的自我保护可能性而不具有诈骗罪的需保护性。^⑤此外,德国学者 Kurth

^③ Vgl. Hefendehl in Joecks/Miebach: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2014, § 263, Rn. 25.

^④ Vgl. R. Hassemer, Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik, S. 54 f., 63 ff., 97 f.

^⑤ Vgl. Hassemer(Fn. 4), S. 152 ff.

借鉴客观归责理论,认为在一些被害人存在典型过错的情形中,对被害人的保护已经超出了诈骗罪的规范保护目的范围。^⑥德国学者 Ellmer 也指出,诈骗罪旨在保护为交易所必要的信赖,如果被害人过于轻率地(严重过失)相信行为人提供的信息作为自己做财产决定的基础,不属于诈骗罪的欺诈行为,不成立诈骗罪。^⑦我国学者近年来也尝试从被害人教义学或自我答责视角探讨被害人怀疑对诈骗罪成立的影响。^⑧实际上,被害人教义学不仅主导了诈骗罪构成要件整体层面关于被害人过错是否排除对行为人归责的讨论,也侵入了构成要件层面,在认识错误、财产处分构成要件要素上开展被害人视角的考察。

1. 认识错误理论

根据诈骗罪的传统构成要件结构,即“行为人虚构事实或隐瞒真相——被害人陷入错误——因错误交付财物或财产性利益——行为人取得财产同时被害人遭受财产性损失”,错误作为行为人欺骗行为与被害人交付财产行为之间的连接环节,就自然而然地将被害人推向诈骗罪教义学的前台。我国刑法虽未如德国刑法那样将错误规定为构成要件要素,但我国刑法理论也采纳上述诈骗罪的构成要件结构,错误理论以及与之相连的被害人教义学也成为我国学界探讨诈骗罪的重要理论资源。

然而错误理论在错误认识内容、错误认识的必要强度、错误判断的标准、欺骗与错误之间的关联等方面都存在争议,^⑨尤以被害人错误认识的界定为甚。例如,可能性理论^⑩认为,被害人认为行为人所表述的事实是可能的或者具有极大可能性时即满足认识错误的要求。德国学者 Amelung^⑪首次将被害人教义学引入诈骗罪错误领域,基于刑法补充性原则,认为在被害人存在其他保护可能时,应对刑法构成要件进行目的性限缩解释,认为在被害人产生具体疑点时就有可能采取预防措施防止受骗,此时就应否定存在诈骗罪的错误。Amelung 认为,在错误问题上,因果关系理论将犯罪仅视为一个行为人给被害人造成损害的单线过程,忽视了在诈骗罪和其他互动型犯罪中被害人也积极参与到犯罪中的现实。“诈骗罪中包含了特定的被害人行为……诈骗罪的构成要件只有人们将受欺骗威胁的财产所有人作为共同行为人才可能理解。”^⑫但是,对于排除错误来说,具体的怀疑显然仍然不够“具体”,故学者曾尝试对怀疑进行“明显是——很可

⑥ Vgl. Kurth, Das Mitverschulden des Opfers beim Betrug, 1984, S. 169 ff.

⑦ Vgl. Ellmer, Betrug und Opfermitverantwortung, 1986, S. 93 f, S. 97.

⑧ 参见缓泽昆《诈骗罪中被害人的怀疑与错误》,载《清华法学》2009年第5期;王骏《论被害人的自陷风险——以诈骗罪为中心》,载《中国法学》2014年第5期;黎宏、刘军强《被害人怀疑对诈骗罪认定影响研究》,载《中国刑事法杂志》2015年第6期。

⑨ Vgl. Hoyer in Rudolphi/Horn/Samson/Guenter/Hoyer: Systematischer Kommentar zum StGB, 8. Aufl., § 263, Rn. 62.

⑩ Vgl. Giehring, Prozessbetrug im Versaeumnis und Mahnverfahren-Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsbegriffs in § 263 StGB, GA 1973, 1, 10 ff., 16 ff.

⑪ Vgl. Amelung, Irrtum und Zweifel des Getauschten beim Betrug, GA 1977, 1, 17.

⑫ Amelung(Fn. 11), GA 1977, 1, 17.

能——较弱的很可能——较弱的不可能——不可能——明显不是”的等级划分。^⑬

关于被害人怀疑对于认识错误的影响,我国有学者指出,在存在论上“怀疑”与“信任”是互斥的,被害人存在怀疑时就不可能再发生认识错误,从而认为被害人怀疑阻隔了欺诈行为的法益侵害风险,能够排除欺骗行为与财产损失之间的归责关联。^⑭但亦有学者质疑这种理论不具有理论和实务上的可操作性,而且损害刑法的安定性机能。^⑮笔者认为这一质疑是有道理的。对同一种欺骗行为,不同的被害人根据其自身的受教育程度、经济状况及利益观会产生不同的心理反应,而认识错误构成要件要素要求对被害人心理事实层面进行检验,就使得诈骗罪的构成要件符合性判断成为一个取决于被害人主观方面的问题。可见,事实的心理学意义上的错误概念损害诈骗罪构成要件不法定型化机能。而如果采取所谓规范的错误概念,认为被害人事实上的怀疑程度并不重要,关键是处分行为与欺骗行为之间具有归责关联,^⑯则错误认识作为诈骗罪构成要件要素本身的必要性就成为疑问。

2. 财产处分理论

通说将诈骗罪理解为自我损害的犯罪,自我损害的特征体现于被害人交付财产行为,因此德国刑法认为财产处分行为属于不成文的构成要件要素。^⑰我国传统刑法理论也认为,构成诈骗罪要求被害人“自愿地”或者“自觉地”交付财产,^⑱晚近学说更是在沿袭德国诈骗罪的构造基础上将财产处分行为视为诈骗罪的构成要件要素。^⑲财产处分是指被害人积极引起财产减损的行为,或对该行为的容忍或者不作为。^⑳关于处分行为的界定以及与盗窃罪转移占有的区别同样众说纷纭。^㉑处分行为仅是客观上引起财产减损的被害人的行为或其对财产减损的容忍,还是要求其在实施上述行为时具有指向财产减损或变动的意识即财产处分意识?对此分别有财产处分意识必要说、区别说与财产处分意识不要说。

(1) 财产处分意识必要说^㉒: 诈骗罪的行为画像就是对被害人作出经济决定的信息基础进行操控;在这一错误基础上被害人自由地作出决定,因此被害人是作为人这一决

^⑬ Vgl. Giehring(Fn. 10) , S. 19.

^⑭ 参见前引^⑧ 纣泽昆文。

^⑮ 参见前引^⑧ 王骏文,第164页,第178页;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85页。

^⑯ Vgl. Pawlik, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S. 227 ff.

^⑰ Vgl. RGSt 47, 151 (152 ff.); 49, 16 (19); 64, 226 (228); 70, 225; 76, 82; BGHSt 14, 170 (171 ff.); Tiedemann in: Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Aufl., § 263, Rn. 96; Kindhäuser in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Nomoskommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Aufl. 2017, § 263, Rn. 195 – 196.

^⑱ 参见高铭暄、马克昌主编《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2010年版,第569页。

^⑲ 参见前引^① 张明楷书,第1000-1004页。

^⑳ Vgl. Tiedemann(Fn. 17) , § 263, Rn. 97; Kindhäuser(Fn. 17) , § 263, Rn. 197.

^㉑ 日本刑法关于处分行为及处分意识必要性的争论,参见刘明祥《财产犯罪比较研究》,中国政法大学出版社2001年版,第221-237页。

^㉒ Vgl. Tiedemann(Fn. 17) , § 263, Rn. 5.

定主体,而非仅作为(错误与财产处分的)因果连接点参与到诈骗罪构成要件之中。在这种对诈骗罪构成要件结构的理解中,被害人作为自由决定的主体当然需要具有处分意识。(2)区别说^{②③}:该说在针对实物的诈骗罪中要求被害人具有处分意识,在针对财产性利益的诈骗罪(债务诈骗)中则不要求被害人的处分意识。因为在实物诈骗中,处分意识是区分财产转移属于诈骗罪的处分还是盗窃罪的占有转移的关键;而在债务诈骗中,被害人往往对自己的债权或财产性利益的放弃并没有现实的认识,因而不存在交付意识和行为。(3)财产处分意识不要说^{②④}:该说认为,处分行为仅仅是错误与财产损失之间的连接构造,只要能够将被害人的处分行为归责给欺骗行为即可,因此,不需要被害人具有处分意识。例如行为人对被害人谎称商品订购单是“商品购物目录”而让其在上面签字,被害人虽然没有处分意识,但仍成立诈骗^{②⑤}。

针对在一种商品包装中加塞入更贵的另一种商品,例如普通酒箱中塞入茅台酒的情形,处分意识必要说认为,此时成立诈骗还是盗窃,即被害人基于行为人的欺骗行为处分财物还是因为欺骗行为容认转移占有发生,取决于被害人的内心意思指向,即是否具有处分意识。柜台收款员的处分意识仅针对其在款台能够通过扫码等方式识别出的商品,因此对暗藏的茅台并无处分意识,故成立盗窃而非诈骗。区别说要求对实物诈骗具有处分意识,因此结论同上述处分意识必要说;对于债务诈骗则不要求处分意识,若在普通酒箱中塞入茅台酒在款台结账作为债务诈骗讨论则不需要处分意识,即可否认为被害人基于行为人的欺骗免除了其对茅台应支付的价款?但由于此处行为人与被害人之间并未针对茅台订立买卖合同,因此也不存在针对债务的诈骗。针对该案,处分意识不必要说内部又分化为严格的处分意识不要说与宽缓的处分意识不要说。严格的处分意识不要说认为上述收款员的行为属于处分,而行为人在普通酒箱中塞入茅台酒并未取得对茅台的占有,因而属于诈骗。而宽缓的处分意识不要说则认为虽然不要求处分行为必须在处分意识下作出,但上述收款员的行为本身不属于处分行为,处分行为针对的仅是在款台能够被识别出的商品,对未识别出的商品并不涉及所有权或占有的转移。可见,处分意识不要说在实物诈骗中面对诈骗罪与盗窃罪的界分显得有些力不从心:若彻底贯彻其处分意识不要说立场,就必然在茅台案中得出诈骗罪的结论,但显然该案因缺乏行为人与被害人就隐藏的茅台的信息沟通,不符合诈骗罪沟通犯的特征,认定为盗窃罪更为合理;为了避免这一结论,宽缓的处分意识不要说只能跳过处分意识直接否定处分行为,但这恰恰是等于放弃了该说的立场转向处分意识必要说:若认为收款员的处分行为针对的仅是在款台能够被识别出的商品,实际上就是对处分意识提出了要求。

但若坚持处分意识必要说,在债务诈骗中寻找被害人的处分意识就成为一个无法

^{②③} Vgl. BGH v. 11. 3. 1960-4 StR 588/59, BGHSt 14, 170 (172); Perron in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, 29. Aufl. 2014, § 263, Rn. 60.

^{②④} Vgl. Kindhäuser(Fn. 17) , § 263, Rn. 223-224.

^{②⑤} Vgl. BGH 22 88, Hamm NJW 65, 702; Kindhäuser(Fn. 17) , § 263, Rn. 223; Perron(Fn. 23) , § 263, Rn. 60.

完成的任务: 例如, 在行为人对被害人谎称商品订购单是“商品广告目录”而让其上面签字的案例中, 被害人根本未认识到其签字的文件涉及到财产处分(误以为是商品广告目录订购单), 当然不存在处分意识, 很难认定存在诈骗罪的处分行为, 而根据德国刑法盗窃罪的行为对象不包括财产性利益, 本案也不成立盗窃罪, 导致可罚性漏洞。为此, 处分意识必要说中也出现对处分意识作宽缓化理解的声音,^{②⑥} 提出实现欺骗与财产损失之间的归责, 受骗的被害人不需要认识到其处分行为具有财产变动的相关性, 只要认识到自己实施或未实施任一客观上导致财产减损的行为即可, 即作为行为人欺骗行为的配合行为来理解: 行为人通过欺骗使得被害人作出不同寻常的行为。但这实际上等于放弃了处分意识必要说的立场。

前述左支右绌的财产处分要件理论以及甚嚣尘上的财产处分意识必要性的争论也经由日本学界传至我国。针对实物诈骗, 我国多数说持处分意识必要说, 认为在茅台酒案中不存在对茅台酒的处分意识, 成立盗窃而非诈骗。^{②⑦} 必要说中个别学者采取种类与数量处分别说, 认为对于行为人混入同种商品的被害人(如在普通酒中塞入同种酒)具有处分意识, 成立诈骗; 对于混入不同种商品则无处分意识(如在方便面箱中塞入照相机则对照相机无处分意识), 成立盗窃。^{②⑧} 另有学者认为处分行为等同于转移占有行为, 重点是对占有状态的改变或对财物的支配, 而财物的价值、数量、种类等特征与支配力无关, 属于民法上的交易内容, 不是刑法上“转移占有”的内容, 并据此认为财物的价值、数量、种类等特征不是处分意识的内容。在照相机案中, 店员只要认识到自己要转移占有的是眼前的包装盒及其中的财物即具有处分意识, 因此构成诈骗罪。^{②⑨} 但该观点与上述德国处分意识必要说中的宽缓化说一样, 实际上是对处分意识必要说的放弃。针对债务诈骗, 我国学者以必要说不会导致德国刑法上的处罚漏洞为由倾向于采纳处分意识必要说。^{③⑩}

虽然通说区别说能够得出相对合理的结论, 但针对实物诈骗要求处分意识而针对债务诈骗则不要求处分意识, 等于在诈骗罪中贯彻两个财产处分行为概念, 或者说在诈骗罪中缺乏一个具有教义学逻辑一致性的财产处分概念。遗憾的是, 仅有个别学者感受到传统学说中财产处分要件的教义学困境, 如 Schmidhäuser^{③⑪} 的诈骗罪构成要件构造中放弃了财产处分要件, 仅由欺骗行为、错误及评价为财产减损的被害人行为三个环节组成。Pawlik^{③⑫} 也认为对于诈骗罪真相义务违反与财产放弃之间的归责关联来说, 并不

^{②⑥} Vgl. Hefendehl(Fn. 3) , § 263 , Rn. 290.

^{②⑦} 参见王作富主编《刑法分则实务研究(中)》(第3版), 中国方正出版社2007年版, 第1115页; 周光权《刑法各论》, 中国人民大学出版社2008年版, 第132页。

^{②⑧} 参见前引① 张明楷书, 第1003-1004页; 柏浪涛《论诈骗罪的处分意识》, 载《东方法学》2017年第2期。

^{②⑨} 参见前引②⑧ 柏浪涛文。

^{③⑩} 参见前引① 张明楷书, 第1003页。

^{③⑪} Vgl. Schmidhäuser , Der Zusammenhang von Verm. gensverfügung und Vermögensschaden beim Betrug (§ 263 StGB) , Festschrift fuer Tröndle , 1989 , 309 f.

^{③⑫} Vgl. Pawlik(Fn. 16) , S. 221 f.

需要将财产处分行为作为单独的归责要素,仅需对错误要件进行规范理解即可。然而令人诧异的是,上述学说并未引起德国学界重视,围绕着财产处分要件的教义学机会主义在德国诈骗罪教义学中不仅得以产生,而且长期得以维系。可见,传统诈骗罪构成要件中,财产处分作为连接错误与财产损失的一个环节,其概念亟待教义学的反思与重构。

(二) 诈骗罪不法本质: 行为人视角的诈骗罪教义学图景

《德国刑法》第263条将诈骗罪规定为“以为自己或第三人非法获得财产利益为目的,通过编造虚假事实或者通过歪曲或者隐瞒事实真相引起或维持错误的行为损害他人财产”。^③德国通说将诈骗罪的构成要件行为浓缩为欺骗行为(Täuschen)。而德国刑法对于欺骗行为不法本质的理解,代表性的有意思表示价值说、真相权利侵害或真相义务违反说。由于欺骗行为不法本质主要解决如何看待诈骗罪的行为不法问题,上述学说自然也是从行为人角度进行其理论建构。

1. 意思表示价值说(Erklärungswert)

该说基于对诈骗罪沟通犯实质的理解,认为所谓欺骗行为就是撒谎,即表述或者传达虚假信息的行为。欺骗行为的不法本质是违背事实的意思表述(即谎言),并通过意思表示对被害人的认识施加影响。欺骗是指表述某种错误的不符合事实的信息,即具有意思表示价值(Erklärungswert)的行为。^④意思表示价值说将欺骗分为明示型欺骗与默示型欺骗。^⑤前者指以言辞、书面材料或表意性符号性行为如某种手势、点头或者摇头进行虚假意思表示,而后者是指虽不存在积极的虚假意思表示,但根据特定交易情境,从行为人的行为之中推导出虚假意思表示。缄默也可以被认为是一种虚假意思表示(默示的欺骗)。积极的虚假意思表示认定较为简单,而如何在行为人的缄默或其它非表意行为之中发现意思表示价值,需要规范地判断。通说的判断标准是交易群体共识说(Verkehrsanschauung):即在交易对方没有作出明示的意思表述时,根据交易惯例或者规定该交易类型的法律,应当如何进行理解。^⑥交易群体共识说的理论根据是错误风险分配(Irrumsrisikoverteilung)理论:即在不同交易类型中如果发生错误信息理解或对行为进行了错误解读,根据交易惯例应该由谁来承担错误的风险。^⑦例如,买卖交易中,卖方大大超出市场价格向买方要高价,就使得对方产生该价格符合市场价格的错误认识,满足了默示欺骗的事实上的前提条件,但是否属于符合构成要件的欺骗行为,则

^③ 德国学界对《德国刑法》第263条诈骗罪构成要件规定也时有批判,认为该构成要件描述不够完整,逻辑上存在重叠,并且互相矛盾。Vgl. Tiedemann(Fn. 17), § 263, Rn. 7. 例如, Hilgendorf教授指出,“事实”这一构成要件要素的误导性:事实本身不可能真实或者虚假,只有对于事实的说明才可以是真实或虚假,因此,并非事实而是对事实的说明才是构成要件要素。Vgl. Hilgendorf, Tatsachenaussagen und Werturteile im Strafrecht, 1998 S. 133 ff.

^④ Vgl. Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, S. 72; Kühl in Lackner/Kühl, Kommentar zum StGB, 29. Aufl. 2018, § 263 Rn. 6.

^⑤ 我国学者在引入意思表示价值理论时曾译作明确性欺诈与作出事实性说明的欺诈,参见赵书鸿《论诈骗罪中作出事实性说明的欺诈》,载《中国法学》2012年第4期。

^⑥ Vgl. Lackner in Leipziger Kommentar zum StGB, 10. Aufl., § 263, Rn. 29.

^⑦ Vgl. Lackner(Fn. 36), § 263, Rn. 29; Hoyer in SK(Fn. 9), § 263, Rn. 42.

要视该交易关于价格市场合理性的风险分配规则而定。由于一般来说这一风险在买卖合同中由买方来承担,因而不属于诈骗罪的欺骗行为^{③⑧}。

意思表述价值说虽然是关于诈骗罪不法本质的通说,但本文以为存在以下缺陷:

第一,将诈骗罪欺骗行为界定为虚假意思表示,简单来说就是撒谎,是一种现象的描述,是对诈骗罪存在主义的界定而非规范的界定。显然,虚假意思表示或者撒谎本身并不包含刑事不法内容,本身并非犯罪行为。这种存在主义的概念无法为区分一般的谎言与诈骗罪的谎言提供标准。

第二,意思表述价值说对欺骗行为的规范界定体现于默示的欺骗理论,即认为在缺乏积极的虚假意思表示时也可以根据交易惯例推导出来虚假意思表示,根据民事交易中的错误风险分配规则认定欺骗。对此学界提出质疑,来源于民事交易中的错误风险分配规则是否能够作为界定诈骗罪刑事不法的标准? 根据不同商业交易类型特有的信息风险分配来确定的交易群体共识是一种民法上的构造,民法上的风险分配旨在交易双方之间妥当地分摊经济风险,而刑法的任务在于将具有社会危害性的行为界定或解释为刑法上的特定构成要件。^{③⑨} 在法定犯领域,刑法之外的法律规范对于刑法上的空白构成要件有填充的作用,可以为刑法法定犯的判定提供标准,但在诈骗罪这种自然犯中,可否从民法上的错误信息风险分配推导出诈骗罪的刑事不法值得思考: (1) 民法上的错误信息风险分配与刑法上的欺骗不法何者是先在的,即到底是谁决定谁? (2) 即使认为民法上的错误信息风险分配是先在的规则,也未必就可以从中推导出刑法上的欺骗行为: 风险分配的后果首先是民事上的后果如违约赔偿责任,为何此外还要求刑事责任的承担? 行为人在交易信息沟通中并未积极传递虚假信息,交易对方从行为人的缄默或其他行为之中推导出错误信息,因而导致损失的,为何需要缄默方来承担错误信息的刑事风险? 从客观归责角度来看,行为人并未主动创设错误信息的风险(如通过言语或者表意性动作进行虚假意思表示),只是在交易中未揭示该错误风险,由于行为人并非像在背信罪那样对被害人的财产损失负有保证人地位从而负有揭示错误风险的义务,因此被害人应当自己承担信息错误的风险;而实际上被害人完全可以通过补充追问轻易排除该错误风险。

2. 真实义务违反或真相权利侵害说

与上述通说关于欺骗行为的不法实质在于违背事实真相的意思表述这种存在主义的理解不同,一些德国学者尝试从规范主义的路径对诈骗罪进行建构。例如 Kindhaeuser 提出诈骗罪的不法实质在于对与财产决定相关的真相权利的侵犯; 同样遵循这一规范建构路径的 Pawlik 主张,诈骗罪的不法实质在于对财产管理相关的真实义务的违反。

^{③⑧} Vgl. Lackner(Fn. 36) , § 263 , Rn. 29; Hoyer(Fn. 37) , § 263 , Rn. 42.

^{③⑨} Vgl. Hoyer(Fn. 37) , § 263 , Rn. 43; Kasiske: Die konkludente Täuschung bei § 263 zwischen Informationsrisiko und Informationsherrschaft , GA 2009 , 364 f.

Kindhaeuser 认为:诈骗罪是导致财产损害的人身自由犯罪。诈骗罪的行为不法在于被迫的自我损害,即受到行为人的影响而丧失财产处分自由,按照行为人的意愿处分财产。而行为人对此行为不法负责的原因在于,其通过侵入他人财产自由行动空间而获得了对该行动结果的管辖(Zustaendigkeit)。但该管辖并非仅来自于纯粹事实上的行为人的认知优势,这种认知优势及对认知优势的利用必须在规范上是不被允许的,即来源于对被害人真相权利的侵害。^⑩被害人的真相权利根据对信息风险的责任可以分成两类:一类权利是要求禁止对信息情况作不利于被害人的变动(即禁止信息伪造或误导),另一类权利是要求对被害人的知识状况进行改善(即存在说明义务时主动进行更充分的告知说明)。^⑪但是,何时认知优势及其利用不被法律规范所允许呢?显然并不存在普遍的要求真相的权利,撒谎本身并不导致刑事责任。为此,该说进行了如下的所谓真相权利的建构:真相权利产生于作为交易双方的行为人与被害人的沟通关系,即通过沟通形成对特定信息通告或者错误纠正的信赖。^⑫它并不是一种像人身自由与生命权那样的绝对权利,后者是一种消极合作的利益,即不允许他人侵犯的法益,而前者是一种积极合作的利益,即要求他人提供真相的权利。

Pawlik 从纯粹规范角度的自由理论出发,将诈骗罪理解为广义上的侵害人身自由的犯罪。诈骗罪的不法内容与可罚根据是损害被害人要求尊重其财产管理自由的权利。这种自由权利是一种与财产管理有关的知情权——真相权利(Wahrheitsrecht)。在此基础上,Pawlik 对真相权利进行了保证人地位角度的重构:诈骗罪的行为人相对于被害人处于防止错误信息的保证人地位。该保证人地位分为两类:一类是组织的保证人地位,即行为人通过与被害人沟通产生消除沟通中的错误信息的义务、交易中的交往安全义务,以及引起错误认识的先行行为产生的义务;一类是体制的保证人地位,即行为人接受社会福利或诉讼服务等产生的对国家的防止错误信息的保证人地位^⑬。

Pawlik 沿用 Jakobs 的纯粹规范主义的组织管辖与体制管辖的术语,从自由理论出发对真相义务进行了抽象而牵强的构造,将欺骗的本质视为真相义务的违反,认为诈骗罪的行为人具有真相义务或者说明义务这种保证人地位,违反之则成立诈骗罪,无论是以明示的方式还是以默示抑或不作为的方式。有学者质疑该说不当地扩大了保证人地位的范围,混淆了诈骗罪作为与不作为的界限。^⑭这一批判并未触及真相义务违反说的核心,因为对保证人地位进行自由理论与纯粹规范主义的建构将诈骗罪改造成义务犯恰恰是该说的一大理论特色。关键是这种理论特色即义务犯改造是否具有合理性。由于不存在行为人对被害人的绝对真相义务(例如刑事诉讼程序参与者对于证言存在绝

⑩ Vgl. Kindhäuser, Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug, in ders.: Abhandlungen zum Vermögensstrafrecht, 1. Aufl. 2018, S. 171.

⑪ Vgl. Kindhäuser(Fn. 17), § 263, Rn. 64.

⑫ Vgl. Kindhäuser(Fn. 17), § 263, Rn. 93.

⑬ Vgl. Pawlik(Fn. 16), S. 139 ff.

⑭ Vgl. Tiedemann(Fn. 17), vor § 263, Rn. 25.

对的真相义务) ,这种真相义务始终来源于行为人自己的信息沟通行为 ,因此诈骗罪从本质上来说并非义务犯 ,而是支配犯。

以上两说在批判传统诈骗罪教义学基础上尝试引入全新的视角理解诈骗罪的不法本质 ,但其教义学缺陷也同样明显:

第一 ,真相权利的来源: 与计划经济不同 ,去中央化结构的市场经济中 ,频繁的商品交换需要社会关系的匿名化 ,因此在交易双方中存在一个基本的不信任关系 ,而非信任关系。故而无论传统意识表述价值说还是真相权利说都同意原则上交易双方有必要各自搜集尽量充分的交易信息 ,各自承担信息错误的风险。因此 ,何以从这种普遍的不信任关系基础中推导出一种对真相的特别的信赖 ,即要求真相的权利从何而来?^⑤ 这是该说的真正难题。Tiedemann 质疑真相权利有循环论证之嫌: 要求真相的权利是从诈骗罪所推导出来的 ,是诈骗罪在社会文化的意义上界定了交易双方要求真相的权利 ,如果再试图从这种真相权利违反中尝试界定诈骗罪的欺骗行为 ,显然只会走入一个死循环。根据该说 ,真相权利是一种相对权利 ,不像人们对生命或身体法益所享有的绝对权利 ,这种权利在被侵害之前并不存在 ,在被侵害时才产生。然而这种真相权利建构恰恰是对真相权利的否定: 法律上的权利从来都是一种制度化的相对稳定而抽象的构造 ,是先于侵害它的行为而存在的。如果一种“权利”必须依赖于每一次侵害才得以证成 ,那么它就不是“权利”。

第二 ,真相权利说不过是交易群体共识理论与错误信息风险分配理论的重新表述 ,并未实现理论上的超越。虽然真相权利说认为 ,欺诈的内容与时点并非从行为人偶然的表述或沉默之中推导出来 ,而是从来自于沟通关系的信息义务之中推导出来 ,但这种所谓依存于特定沟通关系的信息义务在 Kindhäuser 看来仍来源于特定商业交易的期待。这与意思表述价值说的交易群体共识说实质上并没有区别。真相义务违反说存在与其理论近亲真相权利侵害说类似的困境 ,即无法令人信服地证立真相义务或真相权利的来源。就像不存在一个类似于绝对生命权、健康权的真相权利 ,也不存在脱离具体交易沟通情境的真相义务。除了个人对于国家的体制的真相保证人地位 ,其余的保证人地位皆产生于特定的信息沟通情境 ,取决于行为人的沟通行为(例如是否从其沟通行为中产生错误信息风险) 。

如果真相权利或义务始终必须根据交易类型中的信息沟通情境加以决定 ,则真相权利说或真相义务说就成为多余的理论构造——法律意义上的权利或者义务显然是一种制度化的相对稳定而抽象的构造 ,而不是根据具体交易情境来确定的具体行动指南。人们并不是根据前在的相对定型化的权利与义务确定诈骗罪的不法; 换句话说 ,诈骗罪的不法本质并非真相权利的侵犯或者真相义务的违反 ,而应当有更加直接的、构成性

^⑤ Kindhäuser 本人也承认现代商业交易的基调是不信任的 “在一个去中心化的商品交换关系中 ,信息知识在商业竞争中具有重要意义 ,甚至本身是一种资本 ,在商业交易中双方都可以运用自己的信息优势。”但另一方面又认为 “没有一定程度的信任社会关系不可能得到发展 ,不依赖他人提供的信息人们无法行使通过财产赋予他们的自由。” Vgl. Kindhäuser(Fn. 17) , § 263 , Rn. 6. 因此 ,法律必须保护符合利益的对真实信息的信任 ,但并不施加普遍的真相义务。

的因素决定着诈骗罪的不法。因此,应该放弃从一个先于财产交易信息沟通行为的权利义务构造中发现诈骗罪不法的努力,将目光集中在财产交易信息沟通行为本身。

二、解构:关系犯与自我损害概念误区

诈骗罪传统教义学认为,与盗窃罪这种他人损害财产的财产犯罪不同,诈骗罪是被害人自我损害的财产犯罪,被害人因发生认识错误而成为被行为人利用的工具。^{④⑥} 行为人通过与被害人之间的信息沟通与被害人发生互动关系,被害人积极地参与到诈骗罪之中,因此,诈骗罪属于关系犯或者沟通犯。^{④⑦} 然而自我损害型犯罪是一个具有歧义的概念,虽然表面上看,诈骗罪被害人通过财产处分进行了自我损害,但是从规范上来说,该处分行为应当归责给行为人的欺骗行为,因而并非自我损害型犯罪,而是如同其它犯罪那样是一种他人损害型犯罪^{④⑧}。

(一) 关系犯概念之谬误

类似的,关系犯概念也是具有误导性的概念。首先,干预犯与关系犯区分的思想基础是被害人教义学基石的被害人需保护性概念,二者的区分缘于其需保护性上存在重大差别:关系犯的被害人以其对犯罪行为的参与表明了对自我保护的忽视,不具有刑法上的需保护性;而干预犯的被害人一般性地具有刑法上的需保护性,除非其自己对危险源答责。然而,这一思想基础本身就是存在疑问的。学界在对被害人教义学进行反思时质疑,可罚性(部分)取决于被害人需保护性的观点有违刑事立法精神。^{④⑨} 或者说,被害人需保护性是一个立法问题,而不是一个法律解释问题。既然立法者创制了某种构成要件,就一般性地肯定了所有被害人的需保护性,除非存在自我答责情形。其次,所谓关系犯与干预犯概念,不过是构成要件现象类型层面的一种区分,在归责的意义上二者之间并没有区别:实际上任何一种有被害人的犯罪都存在行为人与被害人之间的交互关系,只不过这种交互关系在通常情形下表现为行为人主动行为——被害人被动接受这样一种关系(例如故意杀人罪中被砍杀),被害人一般不加功于构成要件实现的过程,只有在例外情形下如被害人自我危险行为或者被行为人逼迫或诱骗进行自我危害而加功于构成要件实现过程(例如故意杀人罪中被害人在行为人逼迫或诱骗下自杀)。在上述通常情形下不考虑被害人对归责的影响,而在例外情形下则须考虑被害人行为对归责的影响,即根据客观归责中自我答责规则考虑此时是否阻断对行为人的归责而由被害人自我答责。即使是所谓关系犯,行为人将被害人按照其犯罪计划调动起来加入其犯罪过程,但被害人的行为仍然可以一般性地归责给行为人。尽管其忽视了自己

^{④⑥} Vgl. Kindhäuser(Fn. 17) , § 263 , Rn. 45ff. ; Kargl: Die Bedeutung der Entsprechungsklausel beim Betrug durch Schweigen , ZStW 119 (2007) S. 255 f.

^{④⑦} Vgl. Tiedemann(Fn. 17) , § 263 , Rn. 4; Hefendehl(Fn. 3) , § 263 , Rn. 25.

^{④⑧} Vgl. Pawlik(Fn. 16) , S. 241 f.

^{④⑨} 参见[德]罗克辛《德国刑法学总论》,王世洲译,法律出版社2005年版,第393页。

保护,但在客观归责理论的意义上忽视自我保护并不等于自我答责。显然没有理由认为关系犯不适用客观归责理论,或者在关系犯中对客观归责理论行为人与被害人之间的风险分配进行完全不同的考量。因此,只有当被害人因其参与应对法益侵害危险源自自我答责时,即对风险具有更好的认知或支配时,才可以排除归责。在这一点上关系犯与干预犯并无也不应有所不同。

如前所述,对诈骗罪关系犯的传统理解,认为传统的因果关系理论将犯罪仅视为一个行为人给被害人造成损害的单线的过程,这种单线的因果进程不符合诈骗罪和其它关系犯中被害人也积极参与到犯罪中的现实,倡导将被害人教义学引入诈骗罪错误理论、财产处分理论,甚至主张诈骗罪的行为必然包含被害人的行为,将被害人与行为人并列视为诈骗罪的共同行为人。^{⑤①}相应的,诈骗罪被害人教义学视角下的传统通说将被害人角色带入构成要件,从而将被害人的错误认识、财产处分行为纳入到构成要件检验的范围。

然而为何需要在构成要件中考察被害人的行为及行为主观方面,仅以诈骗罪属于关系犯为由试图给予解释并不能令人信服。严格说来,所有存在被害人的犯罪都是关系犯:在这些犯罪中,被害人作为构成要件行为指向的对象或对象的权益享有者都需要被考虑,例如在故意杀人罪中,要将被害人作为杀人这一构成要件行为之对象(即人)来加以考察,在盗窃罪中要将被害人作为盗窃这一构成要件行为之对象财物的所有者或占有者来加以考察。这种考察都是附属于行为人视角的考察,即作为行为对象这种被动维度的考察,而不是在主动的归责环节上加以考察。而传统诈骗罪则对被害人进行主动维度的考察:由于将被害人财产处分作为其客观构成要件中的独立一环,即不是像其它犯罪在构成要件中嵌入行为对象这样一个名词,而是嵌入被害人行为这样一个动词,造成了必须将被害人置于“行为人动作+被害人动作”这样的归责关联中审查的假象。但是,诈骗罪与其它关系犯相比并不存在足以支撑这种不同归责路径的特殊之处:诈骗罪的特殊之处不过在于,这种普通犯罪中的被害人参与归责进程的例外情形在诈骗罪中成为常态,即行为人实现构成要件结果必须通过对被害人施加影响使其同意财产情况的变动,即作为被利用的工具将财产交付给行为人或者对财产的变动进行容忍。但诈骗罪中,被害人对损害因果进程的参与只是诈骗罪事实层面因果进程中的特有环节,仅此而已,这种特有环节作为事实因果关系的表象并不会改变规范层面归责的本质与宗旨:归责是将行为结果作为行为人的作品归属给他,始终是对行为人的归责,而非对被害人的归责,在诈骗罪中也不能例外,即使在该犯罪中,这一作品的最终完成需要被害人的配合(而这恰恰也是诈骗罪行为人作品中的一部分)。尽管被害人一般性地参与了诈骗罪的行为过程,但只要其对风险(即可能造成被害人财产损失或行为人非法获利的错误信息)的认知与支配并不优于行为人,就不能视为自我答责排除对行为人的归责。也就是说,除非被害人根本就没有受到行为人所制造的错误信息风险的影响(即按照传统术语来说没有发生错误认识),否则行为人始终具有更强的风险认知与支配。被

^{⑤①} Vgl. Amelung(Fn.11),S.17.

害人在诈骗罪中必不可少的参与正是行为人信息操纵的中间结果,是对行为人进行归责的中间环节。被害人在诈骗罪中所扮演的角色只能是一个客体,而非共同主体。

(二) 被害人角色还原

迄今为止,诈骗罪教义学在构成要件中嵌入被害人的错误认识、处分行为(以及与之相关的处分意识)要素并对该要素进行构成要件符合性审查,是对被害人角色的严重误解,也破坏了对行为人归责的完整性、连续性,并冲淡了对行为人因信息操纵而归责的主旨:

第一,关于错误认识理论:错误理论将被害人认识错误视为构成要件要素,就需要考察被害人对行为人表述或其它表意性行为以及缄默的理解情况,以判断其是否属于“认识错误”。但是,如上文所述,对同一种欺骗行为,不同的被害人根据其自身的教育程度、经济状况及利益观会产生不同的心理反应,而认识错误构成要件要素要求对被害人心理事实层面进行检验,就使得诈骗罪的构成要件符合性判断偏离了以行为人为中心的轨道,在很大程度上依赖对被害人主观方面的认定。例如:甲分别向乙、丙、丁虚构对交易来说具有基础性的信息,乙完全相信甲表述的信息,丙对甲表述的信息将信将疑,丁对甲表述的信息大多持怀疑态度,三人都与甲进行交易并导致财产损失。不论乙、丙、丁具体相信度或怀疑度的差异,甲以相同方式虚构相同信息,三人在其交易基础信息的虚假表述影响操纵下进行交易,皆可对甲进行归责。只有当行为人对交易基础信息的操纵完全未影响被害人的交易决定,被害人出于其它的原因进行财产交易时才可以排除归责。

第二,关于财产处分理论:体现诈骗罪自我损害特征的被害人财产处分同样被传统通说作为不成文的构成要件要素,这就产生了关于财产处分概念与财产处分意识必要说的种种纷争与乱象。被害人将财物交给行为人的行为,究竟属于诈骗罪的处分财产的行为,还是盗窃罪转移占有行为的间接正犯行为(被害人作为帮助行为人完成转移占有行为的被利用的工具),在外观上很难予以区分,因此,必须转而求助被害人的内心是否具有所有权或占有权让与的意思。处分行为似乎必然要求处分意识的存在,但是这样一来,就必然干扰了对行为人归责的完整性与连续性,使得诈骗罪的成立与否变成一个受制于被害人内心想法的问题。诈骗罪因而成为一个在行为人与被害人两极之间徘徊不定的犯罪建构。

三、重构:作为交易基础信息操纵的诈骗罪

如前所述,传统诈骗罪教义学的构成要件构造受到德国诈骗罪实在法规定与拘泥于实在法规定的诈骗罪教义学影响,被害人视角与行为人视角交织重叠,不仅带来相关构成要件要素的解释困境,也破坏了诈骗罪归责关联的完整性与连续性。而传统诈骗罪不法本质的理论却是如同在其它犯罪那样以行为人为视角展开的。如果将意思表示价值说、真相权利或义务说视为诈骗罪底层理论,将客观构成要件构造及认识错误、财

产处分理论视为表层理论,显然行为人维度的底层理论与被害人维度的表层理论之间存在理论裂缝,使得传统诈骗罪教义学陷入在行为人、被害人之间跳跃失焦的困境。而这一理论裂缝不仅长期为德国学界所忽视,也不得不因法定构成要件通过错误要素、财产损失要素对被害人角色的捆绑而被忽视。我国《刑法》第266条对诈骗罪仅规定了“诈骗公私财物,数额较大”的简单罪状,却因全盘移植德日诈骗罪理论而继受上述重大的理论瑕疵。因此,有必要摆脱传统诈骗罪教义学的理论与术语桎梏,重构我国的诈骗罪不法本质理论及重塑诈骗罪构成要件。

(一) “交易基础信息操纵说”之提倡

如前所述,诈骗罪的不法本质理论虚假意思表示说属于存在主义角度的现象描述,未能从规范角度刻画诈骗罪的不法核心。其在默示型欺骗方面的错误信息风险分配规则也无法证立。真相权利或真相义务说试图构建一种类似生命权、财产权或者上述权利的保证人义务即真相权利或真相义务的努力也被证明是失败的。只要不存在类似于生命权、财产权那样的绝对的真相权利,就不存在真相义务,也不存在针对真相的保证人地位。人们不应从一个先于财产交易信息沟通行为的权利义务构造中寻找诈骗罪不法,而应该在财产交易信息沟通行为本身发现诈骗罪的可罚性根据。

真相权利说与真相义务说的理论贡献在于,将财产法益理解为财产管理自由,该自由的行使以对财产损失处分的事实基础的真相为前提,因此,欺骗就成为对与财产相关的自由侵害或者对财产自由行使前提的侵害。^① 诈骗罪既非单纯的财产犯罪,也非纯粹的自由犯罪。如果财产交易中具有基础性的信息真实客观,则被害人就是自由地作出财产决定,无论是否从该交易中获利,都必须承担该交易的后果。但如果财产交易中具有基础性的信息是不真实的错误信息,被害人依此作出财产决定就是不自由的,由此产生的财产减损将引发两个法律上的后果:第一个后果是民事上的后果,即由谁来承担财产减损,这是民事合同中的缔约过失或违约赔偿责任所要解决的问题。第二个后果是在第一个法律后果的基础上所引发的刑事责任问题,即可将该财产减损的法益侵害后果归责给谁,对其按照诈骗罪定罪处罚。

关于第一个民事上的法律后果,在合同订立、履行过程中作虚假信息表述、制造错误信息,因此引起对方损失的,或者虽然未积极进行虚假信息表述,但违反交易惯例期待,例如在现货交易中未支付价款即取货(通过取货行为假装已付款)、在高档场所消费而无支付意愿与能力,因此违反合同义务(上述交易惯例上的期待一般会被合同法定型化为合同上的义务)或违背诚实信用原则(在没有定型化为合同义务时则可以根据商业交易惯例主张该原则)应当承担缔约过失责任或违约责任。^②

^① Vgl. Vogel: Betrug durch konkludente Täuschung: „Recht auf Wahrheit“ oder kommunikative Verkehrssicherungspflichten? Keller-GS (2003), S. 319.

^② 参见《合同法》第42条关于缔约过失的责任,第54条关于因重大误解或欺诈、胁迫而显失公平的合同效力,第60条关于诚信原则及第107条关于违约责任的规定。

对于第二个法律后果即刑法上的归责问题,需要分两种情形加以探讨:第一种情形,错误信息是交易一方即行为人所制造,包括以言辞、动作的方式(点头、摇头、作OK的手势或者摆手)表述,也包括利用交易中的计量工具来加以表述(例如操纵秤、电表等计量工具),行为人就创设了一个交易中可能导致交易财产损失的错误风险,交易对方即被害人在该错误信息影响下实施的财产交易即是不自由的,因而不属于财产处分,而是错误信息在交易过程中的风险实现。第二种情形即德国刑法中的默示型欺骗情形,错误信息并非交易一方所制造,而是交易对方根据交易情境推导出来,例如,在现货交易中,根据对方取货行为推导出其已付款,在高档消费场所从对方正常消费而推导出其具有支付意愿与能力,则这种错误风险就不应由对方承担。

我国有学者尝试在“赎表案”中引入默示型欺骗理论^{⑤3}:甲和友人乙到当铺赎回自己典当的手表,店员错将他人典当的名表取出欲交给甲。甲欲如实相告时,乙向甲使眼色,并佯装说还有要事办理,催促店员快些处理。甲会意即拿走名表。该学者认为,若甲的错误认识尚未定型,准备进一步核查,乙声称“还有要事待办,快点吧”,加上甲的配合性缄默,让对方得到了“整个交易没有错误”的信息,由此导致店员不再怀疑,真正陷入认识错误。甲乙共同成立默示型的作为诈骗罪。在质押典当合同中,承典人在典当期间有对质押物进行保管的权利和义务,在出典人赎回时具有返还质押物的义务。承典人未对质押物进行核对将他人的质押物返还给出典人甲,甲、乙并未向承典人对交易具有决定或基础性意义的信息进行虚构,乙声称“有事待办”虽属信息虚构,但该信息与交易本身无关。承典人从这一信息之中并不能当然地推导出整个交易没有错误的信息,即便可以推断出该信息,该信息错误属于质权人的风险管辖范围,不应由甲、乙承担该错误信息的风险。因此,甲、乙不成立默示型欺骗的作为诈骗罪。由于不能一般化地从民法中的诚信原则推导出保证人地位,二人也不成立不作为诈骗罪,二人行为属于民事上的不当得利,在符合侵占罪的其它构成要件要求时成立侵占罪。

类似的,在“捷安特自行车案”^{⑤4}中,卖方误以为买方已付款而容忍其拿走货物的情形中,买方的行为也不成立默示型欺骗的诈骗罪。根据合同法以及现货交易商业惯例,在买卖合同中,买方接受标的物时应当支付对价。如果买方仅接受标的物而不支付对价,而对方仅从接受标的物这一行为之中推导出其已支付对价的错误信息,由于是未付款的买方违反了交易惯例中的付款期待,而卖方基于对该期待的信赖从接受标的行为之中推导出错误信息,因此,这种错误信息的风险应当由买方来承担,即卖方得以以不当得利要求返还标的物或者在提出支付请求被对方拒绝时主张违约赔偿责任。这也是民法上的错误信息风险分配规则。但是,卖方在交付标的物时也应要求对方给予对价,因卖方疏忽未要求支付,卖方也违反了现货交易(一手交钱一手交货)商业惯例要求支付对价的期待,但为何这种对角色信赖的违反不会对风险分配产生影响?如果错

⑤3 参见蔡桂生《缄默形式诈骗罪的表现及其本质》,载《政治与法律》2018年第2期。

⑤4 参见李方政、张理恒《不作为诈骗罪的认定》,载《人民法院报》2011年12月29日。

误信息风险分配说认为既然卖方遭受了损失,而对方并未遭受损失,卖方就应当为该损失承担风险,那么这种风险也就只能是纯粹的损失填补的经济风险。如果以此作为归责的根据就是一种纯粹的结果责任:从买方接受标的物这一交易情境之中推导出买方已付款的错误信息,属于卖方的风险管辖范围,并不属于买方。在买卖双方都违反交易规则的期待时,仅仅因为卖方遭受损失而对买方进行归责,是一种违反罪责原则和普遍的归责原理的结果责任。可见,民事上的错误风险分配与刑法上的风险管辖与归属是两个不同的范畴。前者是基于损失填补与公平原则思想进行经济风险的分担,而后者是基于风险创设或者风险源管辖追究刑事责任以达到一般预防与特殊预防的目的。因而仅根据民事上的错误信息风险分配规则与诚信原则对诈骗罪进行刑事归责是错误的。民事交易中错误信息风险分配与诈骗罪的错误信息风险分配所分配的是不同的风险,默示型欺骗的错误信息风险分配规则说犯了偷换概念的逻辑错误,因而是一个“错误的”理论。因此,甲的行为不属于所谓默示型诈骗罪,但在乙、丙夫妇要求返还而拒不返还的,可以成立侵占罪,并不会导致可罚性漏洞。

综上,本文得出如下关于诈骗罪不法本质的结论:理解诈骗罪及其本质,需要与其它财产犯罪结合起来加以考虑。在既定的财产权制度中,个体对其财产享有物权或者债权。欲突破现有的财产权利格局取得他人的财产,可能的方式有三种,分别对应于三种不同类型的财产犯罪构成要件:(1)抢劫罪、抢夺罪这种以暴力方式夺取财物的“夺取型”财产犯罪,该类型的财产犯罪中被害人与行为人是对抗的关系,即行为人以暴力压制的方式取得财物,而被害人为保护财物需要对这种暴力予以反抗,此处姑且称之为积极的负相关关系;(2)盗窃罪这种以和平的方式拿走财物的“拿取型”财产犯罪,此时被害人或者对行为发生没有认识或者虽然认识但容忍行为发生,可以认为行为人与被害人是消极相关关系;(3)诈骗罪这种“骗取型”财产犯罪,行为人向被害人施加影响使其交付财产,二者之间是积极的正相关关系。第一种与第二种类型的财产犯罪违背产权让渡的常态,积极的负相关关系与消极相关关系都不是正常的产权让渡关系。而在第三种类型的财产犯罪中,行为人向被害人施加影响使其交付财产则至少在表面上属于正常的产权让渡关系,即行为人支付对价,取得被害人的财物或财产性利益。因此,诈骗罪是发生在正常的产权让渡,即交易背景下的财产犯罪。以上三种类型财产犯罪皆发生于行为人与被害人关系之中,所谓诈骗罪“关系犯”特征,不过是指涉行为人与被害人之间积极的正相关关系,即诈骗罪有异于其它财产犯罪的财产交易背景。因此,理解诈骗罪并不必然通过关系犯概念,只要将其在财产交易背景下进行场景还原,就可以把握其不同于其它类型财产犯罪的不法实质。

由于财产分属于不同的交易主体,欲达成财产交易,交易双方必须进行有关交易对象即财产的信息沟通。^⑤信息作为一种合目的性的知识,是理性选择的前提条件,也是

^⑤ 在此意义上,本文赞同传统诈骗罪教义学将诈骗罪理解为沟通犯的观点,这也是诈骗罪教义学的真正理论内核,但将其更加具体情境化为交易信息沟通。

交易的前提条件。^{⑤⑥} 信息标的物种类与特性、交易类型、价格及其构成等基础性信息对于成功的财产交易来说至关重要。在正常的财产交易中,交易双方在对交易标的物特性、交易目的设定、交易类型等信息进行充分沟通的基础上确定交易价格这一关键性交易因素。实际上,价格确定本身就是一个信息交流与以此为基础的谈判过程。价格不是根据交易双方完全主观的因素,也不是完全根据市场价格,而是以该交易类型的市场价格为基点根据双方议价能力来确定的。

但在现实世界中,交易双方掌握的信息并不是对称的。^{⑤⑦} 信息不对称催生了诈骗罪,但显然并非所有的信息不对称都是诈骗罪,只有上述对交易具有基础性意义的信息(信息标的物种类与特性、交易类型、价格及其构成)不对称或信息错误可能导致交易失败。也就是说,由于对交易基础信息发生错误认识意味着交易失败的风险,即一方获得不应获得的利益(即非法获利),而另一方失去该利益(即财产损失),因此,上述信息错误对于诈骗罪的构成要件结果即通说中的财产损失来说就是一种风险因素。如果交易一方在交易沟通中操纵交易基础性信息,即对这些信息进行虚假表述,积极引起错误信息,就创设了交易失败及财产损失的风险即诈骗罪的风险,而交易对方在该信息操纵影响下进行财产交易、让与财产,就实现了诈骗罪的典型风险。此时,应将信息错误的风险归责给创设该风险的人,即进行信息虚假呈现即操纵信息、弄虚作假的一方(包括以言辞或者动作的方式“虚构事实”)。而如果交易一方未进行积极的信息操纵,交易对方根据特定的交易情境推导出错误的信息,即在所谓默示型欺骗的场合,并不能将该错误信息的风险归责给对方。从刑法上的归责原理来看,原因有二:一是此时行为人没有创设风险行为——未进行信息操纵或曰制造错误信息,进入一个交易本身并非法所不允许的风险创设行为,虽然“任何交易都有风险”,但显然这种风险是日常生活的风险;二是此时行为人仅仅保持缄默或者“隐瞒真相”并无法对被害人进行支配,即使他发现被害人发生了错误认识,并希望其在该错误影响下作出对他有利的财产安排,但这仅仅是行为人的一种主观上的愿望,而不是刑法上有意义的目的设定及其实现。此时错误信息完全产生于被害人自己,其以此错误信息为基础进行的财产决定甚至在某种意义上来说是自由的,是其财产管理自由的行使——他自由地犯了错误,自由地进行了错误推导。虽然财产决定的结果看上去仿佛是不自由的,但财产决定的过程却是自由的。因此,财产决定的不利后果在刑法上的归责只能是归责给被害人自己,而非行为人。

所以,诈骗罪的不法本质是交易基础信息操纵,即创设导致交易决定的错误信息风险,并使得该风险实现。被害人在其中的角色仅仅是作为信息操纵的对象,配合风险实现的工具,是信息操纵归责中的被动一环。从这一诈骗罪不法本质的理解中,可以推导出两个关于传统诈骗罪构成要件要素的关键性认识:

第一,关于错误要素:只要被害人受信息操纵影响实施财产交易导致财产损失,即

^{⑤⑥} Vgl. Rock, Oekonomische Analyse des Betrugs in gegenseitigen Vertragsverhältnissen, 2012, S. 23 f.

^{⑤⑦} Vgl. Rock(Fn. 56), S. 26 ff.

已实现诈骗罪的典型风险,而无论在事实的意义上被害人是否对该信息产生怀疑,以及该怀疑是否达到排除“错误认识”的程度。

第二,关于处分行为及处分意识要素:被害人在信息操纵影响下实施财产交易行为,即将该财产交易导致的损失归责给行为人,毋需考虑被害人实施财产交易时是否具有“处分意识”,也毋需将此种交易行为界定为“处分行为”。被害人受到信息操纵,其进行财产交易的意思基础是不客观的、有瑕疵的,因此,该财产交易就是不自由的。不自由的财产安排不是民法上的“财产处分”。作为派生于民法上的权利概念,传统构成要件“财产处分”要素本质上是一个悖论:一方面认为被害人陷入错误即意思表示基础存在瑕疵,一方面又认为基于错误的财产安排是“财产处分”。

传统诈骗罪构成要件构造“行为人虚构事实、隐瞒真相——被害人发生错误认识——被害人处分财产”是一种对诈骗罪心理事实意义上的描述,而非规范的建构。诈骗罪不法本质的交易基础信息操纵理论凸显行为人制造错误信息风险及风险实现的归责链条,排除了被害人视角的干扰,诈骗罪的欺骗行为仅限于以积极的言辞或表意性动作进行虚假信息表述,即明示型欺骗才是交易基础信息操纵。德日刑法上的所谓默示型欺骗并不是对交易基础信息的操纵,不符合诈骗罪的不法本质。因此,本文不接受德日刑法中的默示型欺骗理论。缄默或非表意的行为不可能成立默示型的作为诈骗罪,仅在具有保证人地位时可能成立不作为诈骗罪。如此一来,德国刑法中默示型欺骗的作为诈骗与不作为诈骗罪之间近乎徒劳的界分难题也迎刃而解。

(二) 新诈骗罪不法本质说之理论优势

诈骗罪的不法本质是在交易沟通过程中对交易基础信息进行操纵,影响被害人进行财产交易从而非法获利。根据这一对诈骗罪不法本质的认识,本文尝试对诈骗罪的构成要件进行重构:诈骗罪是指以非法获利为目的,操纵交易基础信息促使被害人进行财产交易或其它财产安排从而非法获利的行为。上述构成要件从结构上删除了被害人角度的构成要件要素如错误认识、财产处分,对被害人进行如下角色还原:其并非诈骗罪被害人教义学所声称的属于诈骗罪构成要件结果的共同主体,并非规范意义上的因果关系之一环,而仅是信息操纵所影响的对象,被害人进行财产交易或其它财产安排仅是构成要件结果发生的事实意义上的条件。“交易基础信息操纵说”具有以下理论上的优势:

1. 勾勒更加清晰、完整的归责路线

“交易基础信息操纵说”重构以行为人为中心的诈骗罪不法本质,对诈骗罪构成要件进行如下改造:行为人操纵交易基础信息——影响被害人进行财产安排——行为人非法获利(或被害人遭受财产损失)。重构后的构成要件删除被害人角度的构成要件要素错误认识、财产处分等要件,更为清晰地勾勒诈骗罪归责路线。只要行为人对交易基础信息进行操纵,改变被害人的财产交易决定所依据的信息基础,就可以将被害人在此信息基础上实施的财产交易、安排归责给行为人,而毋需考虑被害人内心的主观心理状态,例如是否是暂时的财产占有的移交,还是永久性的财产所有权的转让,以及例如是

否存在对被害人所操纵的信息的怀疑以及怀疑的具体程度。这种诈骗罪的不法建构可以跳过认识错误、处分行为等被害人视角的构成要件要素,无需从被害人角度去进行构成要件符合性的认定,而是从行为人角度将被害人的参与作为信息操纵的中间结果与行为人获利(或作为伴随结果的被害人财产损失)这一最终结果联系起来,从信息操纵引起的客观归责的意义上对行为人进行归责。

2. 强化归责关联

由于“交易基础信息操纵说”凸显归责关联,能够克服司法实践中对诈骗罪仅作“虚构事实、隐瞒真相”的形式化审查的弊端。传统诈骗罪理论建立在诈骗罪不法本质“虚假意思表示说”之上,关注存在主义层面的诸如“虚构事实、隐瞒真相、被害人认识错误、处分财产”等现象而淡化规范层面的归责关联,即易于将行为人虚假信息表述都视为诈骗罪构成要件行为,只要行为人有虚构事实、隐瞒真相行为,被害人遭受财产损失,就形式化地认定成立诈骗罪,而不审查二者之间的归责关联。例如上述“赎表案”中,在承典人误将他人的贵重钟表当作出典人的钟表返还时,出典人的朋友乙“称有事待办”虽属信息虚构,但该信息显然不属于交易信息,承典人从这一信息之中并不当然能够推导出“整个交易没有错误”的信息,也不属于对交易信息的隐瞒或者操纵,因而承典人财产损失并不能归责于甲、乙的行为。

3. 凸显诈骗罪交易信息沟通犯特征

如前所述,本文在解构诈骗罪“关系犯”概念基础上认同诈骗罪的“沟通犯”特征,但将其具化为“财产交易过程中的交易基础信息沟通”。“交易基础信息操纵理论”将诈骗罪理解成财产交易基础信息沟通中对被害人进行信息操纵,将非信息沟通与操纵的行为排除出构成要件范围,能够合理解决“鱼目混珠”“攀比诈捐”等类型案件的定性问题。如“茅台案”中,行为人在普通酒箱中塞入茅台酒,并不是对交易基础信息的操纵,售货员对此一无所知,二者之间也没有信息沟通。因此,传统理论认为属于对物的操纵而非对信息的操纵,不成立诈骗罪。同样,在行为人谎称被害人邻居捐赠高额捐款,被害人出于攀比心理也进行高额捐赠案例(简称“攀比诈捐案”)^⑤中,运用本文所倡导的理论将沟通犯所沟通、操纵的信息限定在交易基础信息范围,也可以得出妥当结论:在针对捐款慈善使用目的的捐款诈骗案中(简称“普通诈捐案”)中,捐赠款物的使用目的即慈善目的,属于捐赠交易类型的基础性信息,行为人对此进行信息虚构,如对被害人谎称用于希望小学建设,但实际上却将善款偿还个人借款,无疑成立诈骗罪;但在“攀比诈捐案”中,行为人谎称被害人邻居捐助高额款项,被害人信以为真,因而捐赠比原本计划金额高出数倍善款的,不成立诈骗罪。并非传统理论所认为的不存在财产损失,而是因为在捐赠交易中,捐赠的数额并非交易基础性信息,行为人并未进行交易基础信息操纵。标的物价格或对价在如买卖合同、租赁合同等普通合同类型中属于交易基础信息,但在捐赠合同或赠予合同中,由于并不期待交易对方支付对价,因而例外地不属

^⑤ Vgl. BayObLG, NJW 1952, 798.

于交易基础信息。^{⑤⑨} 传统理论引入“社会目的落空理论”^{⑥⑩} 试图解决上述案件, 认为在“普通诈捐案”中, 被害人的交易目的即慈善目的属于符合社会正义的目的, 该目的未达成可以视为诈骗罪的财产损害, 成立诈骗罪; 而“攀比诈捐案”中, 被害人交易目的之虚荣心的满足不属于符合社会正义的目的, 该目的不达成则不属于诈骗罪的财产损害, 不成立诈骗罪。但是, 社会目的落空理论在客观经济财产损失与主观个人财产损失概念之间徘徊不定, 如果采客观财产损失说, 无法说明为何在无对价的捐赠合同中被害人也遭受了财产损失; 而如果采个人财产损失说, 则无法说明为何虚荣心的满足不属于个人财产的使用目的。而根据“交易基础信息操纵理论”将沟通犯进行沟通信息的限定, 可以超越传统理论前后矛盾的财产损失概念, 化解传统理论在“普通诈捐案”与“攀比诈捐案”中面临的窘境。

4. 超越诈骗罪被害人教义学以信息错误风险管辖思想限制刑事诈骗的可罚性范围

如前所述, 传统理论进行了从诈骗罪被害人教义学角度区分民事欺诈与刑事欺诈从而限制刑事诈骗可罚性范围的种种尝试。但是, 无论是从被害人需保护性、规范保护目的、一般性的自我答责等总论角度, 还是从错误认识与被害人怀疑程度等分论角度都无法令人信服地说明, 在被害人受行为人信息操纵影响进行交易因而受损时, 为何被害人的轻信与不审慎能够阻止对行为人信息操纵的归责: 被害人无论是否过于轻信及是否发生怀疑, 只要在行为人信息操纵下进行财产交易都属于诈骗罪的典型情形, 都可以将其归责给信息操纵。除非被害人完全未受到该信息操纵的影响, 不同被害人的不同心理反应并不影响信息操纵的归责。

“交易基础信息操纵说”可以摆脱诈骗罪被害人教义学的困境之以信息错误风险管辖思想进行民事欺诈与刑事诈骗罪的界分, 限制刑事诈骗的可罚性范围。由于交易基础性信息的错误对于诈骗罪来说是一个风险因素, 创设错误信息风险并使得该风险在交易过程中实现的人才应当被成立归责, 才是刑法上的诈骗罪。基于经济损失填补的民事错误信息风险分配思想不能作为刑事诈骗罪的归责根据, 因而默示型欺骗应被排除出刑事诈骗罪的范围。例如, 在上述“赎表案”中, 出典人甲及其朋友乙不成立诈骗罪并非是从被害人教义学角度抽象地、程式化地以“被害人(承典人) 存在过错”或“被害人过于轻信”排除归责, 而是从行为人角度论证行为人并未创设交易基础性信息的错误, 承典人从“有事待办”这一信息之中推导出“整个交易没有错误”的信息属于其自己的风险管辖范围, 不对甲、乙归责。

^{⑤⑨} 因此, 捐赠交易的基础理念是“善款无论数额, 皆是爱心表现”。

^{⑥⑩} Vgl. Hefendehl(Fn. 3), § 263, Rn. 836; Perron(Fn. 23), § 263, Rn. 102; BGH 10. 11. 1994 – 4 StR 331/94, NJW 1995, 539.

结 语

传统诈骗罪教义学的构成要件构造叠加了被害人视角与行为人视角,错误认识、处分财产等被害人角度的构成要件要素的嵌入,不仅造成构成要件解释上的困局,也破坏了诈骗罪归责关联的完整性与连续性。我国诈骗罪教义学应当对表面繁荣的德日诈骗罪理论进行整体性反思,避免研究的片段化与理论割据,并逐步摆脱对德国刑法诈骗罪教义学的路径依赖与术语捆绑。本文在解构诈骗罪“关系犯”概念的基础上,将诈骗罪构成要件进行如下重构: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——行为人非法获利(或被害人遭受财产交易损失)。鉴于我国《刑法》第 266 条诈骗罪规定之简单罪状的立法留白,进行上述重构并不会产生诸如牵强解释法条甚至修法的高昂成本,需要的只是学界在比较法研究中去伪存真,并不断进行本土化理论创新与开拓的勇气。

Abstract: It is the overlap of perspectives between the victim and the perpetrator in the traditional criminal theory of fraud that brings difficulty to the interpretation of elements of crime and undermines the completeness and continuity of culpability. Depending on the deconstruction of characters of relationship crime, this paper not only advocates that the essential of crime of fraud is the control of trade information, but also reconstructs the elements of fraud in the context of Chinese criminal law. Firstly, the perpetrator controls the trade information during the transaction processing. Moreover, the perpetrator influences the victim to make a transaction or an arrangement which is beneficial to the perpetrator. Ultimately, the perpetrator gets the profit or the victim loses his property. The reconstruction excludes the victim's defective cognition of elements of crime and dispose of property. In this way, we can emphasize on the liability of controlling the trade information from the perpetrator's perspective, and replace victimological perspective with the perpetrator's perspective in term of governance of risk relating to the error information.

(责任编辑:白岫云)