

不作为诈骗的成立范围与归责展开

付立庆^{*}

内容提要 被害人负担基础信息搜集的场合,属于对财产自负其责,反向划定了不作为诈骗的大致成立范围。在特殊场合要排除被害人对信息搜集的负担,这是讲求底层逻辑;同时,又要区分不同领域、结合风险大小与被害人的风险认知及其信息搜集能力等,分配与其相适应的信息搜集负担,这是注重分层思维。被害人不承担或者已经进行了信息搜集时,脱离了被害人的管辖范围,这时要以作为义务为核心,限定地检讨不作为诈骗的成立与否。行为人对于关乎财产的基础信息相对于被害人具有优势地位,并且双方之间存在特别信任关系,或者是先行行为创设了不被允许的危险时,此时的未告知就是对法益侵害结果进程或者结果原因的支配,能评价为不作为的欺骗行为。立足“特定条件下对基础信息的优势地位”这一归责依据进行递进式审查,能够保证处罚不作为诈骗的例外性,在冒领社会保险等领域体现对诈骗罪成立范围的限缩。

关键词 不作为诈骗 被害人信息搜集 特别信任关系 先行行为
基础信息优势地位

DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.2026.03.010

目次

- 一、引言
- 二、被害人信息搜集负担与不作为诈骗的成立范围
- 三、作为义务来源的类型化理解与结果支配说的基本立场
- 四、不作为诈骗的具体归责依据
- 五、优势地位说标准下不作为诈骗的认定
- 六、结语

^{*} 中国人民大学刑事法律科学研究中心教授。本文系2023年度教育部重点研究基地重大项目“数字经济时代财产安全的刑法保障研究”(项目批准号:23JJD820005)的阶段性成果。

一、引言

因为未说明真相而导致他人产生或者维持认识错误进而处分财产的场所,能否认定为诈骗罪,实务处理不尽一致,但总体上较为克制。即使是定罪的场所,通常也未点明行为方式。

以较为典型的冒领养老金和多领失业保险金的场合为例。根据相关审计结果,2024年,全国25省2.83万名职工违规领取养老待遇达5.19亿元。⁽¹⁾其中,除了通过提供虚假病历或篡改档案提前退休等方式,积极虚构事实的情形之外,也存在单纯隐瞒不再符合领取条件的真相,利用被害人误以为该条件继续存在的错误而领取社保金的情形。如,在领取失业保险金期间找到工作,却隐瞒已重新就业的真相而继续领取,实践中有多个判决认定为诈骗罪。⁽²⁾再如,隐瞒家属死亡的事实,继续使用其社保卡领取卡里银行代发的养老金的场合,即便只是单纯没有上报家属死亡的事实而继续领取养老金,并无明确的积极作为,也有司法机关认定为诈骗罪。⁽³⁾

不过,实务对类似行为的诈骗认定总体上采取克制的态度。比如,家属违规替服刑人员领取养老金的场合,或者是故意多领失业保险金的场合,实务上更关注保险金的追回,以及通过信息平台的构建与完善来确保社保基金的安全、避免类似现象发生,而通常未对违规领取者按诈骗罪处理。⁽⁴⁾为此,检察机关还会动用检察建议、公益诉讼等方式,督促社保行政部门规范履行监管职能,从机制建设上杜绝冒领社保情形的发生,而较少向人民法院起诉。上述处理涉及的理论课题是:骗取养老、医疗、失业等社会保险金或者其他社会保障待遇的手段,是否包括不作为方式?进一步说,行为人未说明真相而予以隐瞒的场合,被害人的财产损失何时由被害人自负其责,何时能将之归属于行为人的不作为?

不作为诈骗的讨论需要先明确两个问题,一是是否承认不作为诈骗这一犯罪类型。对此,少数观点否定存在不作为诈骗,其理由各有不同。强调罪刑法定的论者认为,肯定说容易导致诈骗罪构成要件界限的无限扩张,不作为领域也不可能存在成立诈骗罪所要求的获利目的。⁽⁵⁾强调罪刑均衡的论者认为,我国应严格控制不真正不作为犯的成立范围,确立“重罪只能作为”的规则;我国诈骗罪的法定最高刑是无期徒刑,属于重罪,应

(1) 参见侯凯:《国务院关于2024年度中央预算执行和其他财政收支的审计工作报告》,2025年6月24日在第十四届全国人民代表大会常务委员会第十六次会议上。

(2) 参见广东省佛山市顺德区人民法院(2016)粤0606刑初4691号刑事判决书;浙江省杭州市下城区人民法院(2017)浙0103刑初25号刑事判决书;广东省东莞市第一人民法院(2019)粤1971刑初4343号刑事判决书;广东省惠州市惠城区人民法院(2023)粤1302刑初1710号刑事判决书。

(3) 参见吉林省双辽市人民法院(2016)吉0382刑初77号刑事判决书;吉林省洮南市人民法院(2018)吉0881刑初110号刑事判决书;吉林省蛟河市人民法院(2016)吉0281刑初111号刑事判决书;吉林省四平市铁西区人民法院(2016)吉0302刑初59号刑事判决书;山西省平定县人民法院(2021)晋0321刑初50号刑事判决书。

(4) 参见张博:《服刑期间,他还在领“养老金”》,载《检察日报》2025年7月29日,第5版。

(5) 德国学者迈耶、瑙克、格伦瓦尔德等的观点。岩間康夫「不作為による詐欺罪について——態様等価性の観点から」愛媛法学会雑誌22卷3=4号(1996年)第130頁以下参照。

该否定不作为形式的诈骗罪。⁽⁶⁾ 强调行为的规范属性的论者认为,尽管诈骗罪中的欺诈行为可以表现为不作为,但整体上的骗取行为是违反刑法禁止规范的积极活动,只能视为作为而非不作为。⁽⁷⁾

上述理由难以成立。其一,通过讨论保证人地位的发生根据,完全可能限制诈骗罪构成要件的扩张倾向,且不作为犯中也存在目的已获得一般认可。其二,认为“重罪只能作为”的观点与故意杀人罪也可能由不作为犯构成这一共识相悖,该论者主张的“把一些需要处罚的不纯正不作为犯解释为作为犯和过失犯”,或者会造成处罚漏洞,或者与行为人的实际心态不符。其三,作为犯与不作为犯的区分,与其说在于违反的是禁止规范还是命令规范,不如说在于以何种方式违反禁止规范或命令规范。有告知义务而未告知,导致他人维持认识错误,进而处分财产、遭受损失的场合,其未告知就是当为而不为的欺骗。认为行为方式可以是不作为却不构成不作为犯,也有自相矛盾之嫌。总体上,对不作为诈骗的全面否定立场受到批判,⁽⁸⁾ 无论德国、日本还是我国,通说都承认诈骗罪可以由不作为构成,关键是其具体把握。

二是应当从何种维度理解不作为诈骗。我国学界一种代表性观点认为:诈骗罪的行为方式分为虚构事实与隐瞒真相,前者通常是言词方式,也可能是举动方式,但都属于作为构成的诈骗罪,隐瞒真相则是不作为构成的诈骗罪。⁽⁹⁾ 但是,这种形式化理解不便界定,也难言合理。其一,虚构事实与隐瞒真相往往无法截然分开。比如,冒充债权人而将自己的银行卡号发给债务人致使其错误汇款的,就既可说是虚构了自己是债权人的事实,也可说是隐瞒了自己并非债权人的真相,按上述理解会导致无从确定其行为方式。其二,并未积极陈述谎言而仅是隐瞒真相的场合,究竟属于默示表示虚假事实的作为犯,还是属于没有告知真相的不作为犯,本身值得探究。比如,对没有付款能力却隐瞒这一点而订购商品的场合,完全可认定为欠缺支付能力却表现为具有支付能力的作为犯。⁽¹⁰⁾ 其三,认为不作为诈骗等同于隐瞒真相,容易将单纯利用他人认识错误的场合纳入处罚范围,导致诈骗罪法网扩张。总体上,非要在形式上划分的话,则“虚构事实只能以积极的形式即作为方式表现出来,而隐瞒真相既可以是作为的形式,也可以是不作为的形式”⁽¹¹⁾ 这一说法更为准确;不过,是虚构事实还是隐瞒真相,终归只是侧重表层事实维度的形式化描述,要确定不作为诈骗的归责问题,应该在排除被害人自负其责的前提下,从实质角度入手加以考察。

(6) 参见高艳东:《不纯正不作为犯的中国命运:从快播案说起》,载《中外法学》2017年第1期,第79-83页。

(7) 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2023年版,第2511页。

(8) 我国学者对否定说的批判,参见张明楷:《诈骗罪论》,法律出版社2021年版,第82-84页;温登平:《论不作为的诈骗》,载江溯主编:《刑事法评论》(第41卷),北京大学出版社2018年版,第507-512页。

(9) 参见陈兴良:《口授刑法学》(第2版下册),中国人民大学出版社2017年版,第286-287页;马克昌主编:《百罪通论》(下卷),北京大学出版社2014年版,第772页。

(10) 日本最高裁判所1968年6月6日决定,最高裁判所刑事判例集22卷6号435页参照。其根据是,“对商品买受进行订货,除非特别存在相反的情况,通常的理解是,这种订货就包含着支付货款的意思表示”。

(11) 王作富主编:《刑法分则实务研究》(第5版中册),中国方正出版社2013年版,第957页。

二、被害人信息搜集负担与不作为诈骗的成立范围

讨论不作为诈骗的处罚范围,首先要剔除应由被害人自身负责的情形。唯有明确被害人在涉及财产的基础信息搜集中的角色、框定可能成立不作为诈骗的初步范围,才能在此基础上进一步厘定行为人的负责范围。⁽¹²⁾

(一) 风险分配与被害人的基础信息搜集负担

被害人自我答责是人类社会共通的归责逻辑,并非纯然的舶来品,⁽¹³⁾其强调在行为人与被害人之间的风险分配,有助于限制犯罪的成立范围。具体到诈骗罪而言,强调一定场合下的被害人自我答责,也符合其自我损害型犯罪、沟通型犯罪的特征——如果无限保护被害人的利益,反而会对正常的商业交往造成不合理的限制。⁽¹⁴⁾故而,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。而一旦承认被害人应当为结果自我负责,“其效果绝不仅仅是行为不构成犯罪,而是行为根本就不为法律所禁止”⁽¹⁵⁾。这里所说的被害人(严格说是“潜在被害人”,本文约定俗成简称为“被害人”)信息搜集,不是一种义务,而是一种负担。负担概念源自德国民法,可暂且定义为“对自己的义务”,对其的“违反”并不违法,而只是给负担者带来法律上的不利。⁽¹⁶⁾被害人本应自行搜集相关信息却并未搜集时,该行为本身并不违法,却通常能排除另一方的保证人地位与刑法上的归责基础;并且在民法上,除非能够肯定存在重大误解等例外场合进而行使撤销权,否则被害人仍需受合同约束。

被害人所负担搜集的信息,应该限定为有关处分行为的基础信息,即构成财产转移的基础或者合理缘由、关涉财产转移条件的信息。比如商品买卖的场合,标的物的种类与特性、取得的前提条件、交易类型以及价格等,即属于此。“一旦被害人对此类信息产生了认识错误,便有可能导致自己在交易过程中处于明显的不利地位,进而蒙受财产上的损失。”⁽¹⁷⁾

(二) 被害人信息搜集负担的分层

对于信息搜集负担的分配而言,交易习惯具有重要参考意义。我国学者提出,在并未

(12) 有学者认为,保证人义务的射程范围应与“他人行动余地被予以不当缩减之范围”相互中和,保证人并不对超出这一范围的事由负有答责性。参见张梓弦:《先行行为型保证人义务的法理基础及射程厘定》,载《法学》2023年第6期,第63-65页。

(13) 事实上,被害人自我答责思想在我国具有历史实践基础,其不但直接规定于刑律之中(如,元代刑律中“自害”这种杀人罪的排除性规定),还作为先例在古代司法实践中得到遵循(如,清代刑案中“自跌致死”不追究他人刑责的做法)等。参见朱晓艳:《论我国刑法中的被害人自我答责》,载《法学家》2024年第1期,第28-31页。

(14) 这是德国学者弗里希的论断。参见赵书鸿:《论诈骗罪中被害人的共同答责》,载《清华法学》2024年第6期,第57页。

(15) 陈璇:《社会治理视角下刑法归责模式的现代转型》,载《中国社会科学》2025年第7期,第124页。

(16) 参见[德]乌尔弗里德·诺依曼:《负担与刑法归责》,方子轩译,载江溯主编:《刑事法评论》(第50卷),北京大学出版社2025年版,第204页。我国刑法学者对此种分类的认可,参见何庆仁:《归责负担与刑法不法》,载《中外法学》2025年第1期,第129页。

(17) 张正宇:《论不作为诈骗刑事处罚范围的认定》,载《法学杂志》2020年第6期,第87页。

制造和实现法益风险的前提下,交易习惯可以阻却构成要件,这是对当事人作为交易主体所享有自由的尊重,也是在刑法领域尊重生活常识的体现。⁽¹⁸⁾ 笔者也认为,交易中有隐匿行为若符合交易习惯则可以直接否定说明真相的义务,进而否定行为的欺骗性。2023年发布的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》第2条规定:“下列情形,不违反法律、行政法规的强制性规定且不违背公序良俗的,人民法院可以认定为民法典所称的‘交易习惯’: (一) 当事人之间在交易活动中的惯常做法; (二) 在交易行为当地或者某一领域、某一行业通常采用并为交易对方订立合同时所知道或者应当知道的做法。”不过,交易习惯的内容仍然过于笼统,需要在承认其存在并加以参考的前提下,正面为被害人的信息搜集负担确定一个具体的分配规则。

为此,既要讲求风险分配的底层逻辑,又要注重分层思维,如此才能实现法益保护与权利保障间的平衡。底层逻辑是指,基于公正性的要求,在特殊场合排除被害人对信息搜集的负担。这样才能软化一概要求被害人履行信息搜集负担的严格主张,从而在个人生活等重要领域中实现对法益的周到保护。分层思维是指,基于公平性和可操作性要求,分配给被害人相应的信息搜集负担,从而防止一概不要求被害人搜集信息可能导致的处罚范围过大,并合理划定诈骗罪的成立范围。因而,有必要围绕财产交付所处不同领域的风险状况,结合法益的重要程度、风险的客观情状、被害人的风险认知及其信息搜集能力等,决定是否以及在何种程度上分配给被害人信息搜集负担。

我国曾有学者主张,生活、市场、投资和投机领域中诈骗罪的范围呈现不断缩小的状态,“大致可以说,生活中个人无注意义务;市场中双方平分注意义务;投资中出资者负主要注意义务;而投机者要负全部注意义务”⁽¹⁹⁾。笔者大致认同上述论断,但又认为,一般市场交易与一般投资领域有时难以明确区分,从而可以一并考虑;具有特殊风险的投资领域则另当别论;而公共服务领域的被害人信息搜集负担应该专门构建。

第一,在个人生活领域,被害人原则上不被课予信息搜集负担,这是公正性的绝对要求和底层逻辑的明确体现。这一领域涉及个人生存与安全,关乎基本生活秩序,且被害人并不以追求经济利益为目标。因此,对于个人生活领域,刑法要实行家长主义,不因智商高低而作出取舍,而是给予每个人同等保护。⁽²⁰⁾ 这一领域中,结果的重大性导致财产损害的风险溢出了被害人的管辖范围,需要进一步考察行为人是否处于保证人地位。比如,被害人到黑龙江五常出差,路过米店时以为该店出售的高价米(米价高于普通米而略低于五常大米)就是著名的“五常大米”而购买,店家听到了买者自言自语“买点五常大米”,清楚其产生了认识错误而没有澄清。对于粮食这一生活必需品而言,在否定被害人自身对大米产地的基础信息搜集负担的前提下,应该以行为人的告知义务为中心检讨是否构成不作为的诈骗。

(18) 参见周光权:《论基于民事交易习惯的出罪》,载《政法论丛》2025年第1期,第146-149页。

(19) 高艳东:《诈骗罪与集资诈骗罪的规范超越:吴英案的罪与罚》,载《中外法学》2012年第2期,第432页。

(20) 支持生活领域的被害人无需尽到谨慎注意义务的观点,参见黎宏、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,第67页。

第二,在一般市场交易领域,或者是风险水平较低的投资领域,被害人通常只需被课予最容易的信息搜集负担,这时,分层思维开始体现。在上述领域,被害人追求一定的经济利益,但由于存在相对成熟的市场以及日常的交易习惯可以期待与依靠,作为一个理性的市场主体或者投资主体,仅需要负担最容易的信息搜集。(1)对于未公开的信息,被害人仅负担搜集可经形式审查获取的基础信息。如,在以投资为目的的房屋购买过程中,对于房产登记信息,购买者需要通过查验对方的产权证明等方式确认出卖者属于房屋的所有权人,在未进行相应确认时(比如一房两卖的场合,出卖者已经将房屋出卖并过户给其他人),就不能肯定出卖者行为在刑法上的欺骗性。(2)对于已经公开的信息,被害人搜集该信息并不困难时,应该肯定其信息搜集负担。比如,在一起涉及矿产投资的合同纠纷案件中,甲方并未披露部分案涉矿点在自然保护区内、无法进行开采这一事实,致使乙方签订合同后合同目的无法完全实现、造成损失。对此,一审法院认为,虽然转让标的存在重大瑕疵,但自然保护区在双方签署合同之前已经客观存在,且经过国家职能部门确定并予以公示,属于全面公开的信息,甲方无法隐瞒,(21)从而强调了乙方的信息搜集负担。最高人民法院在终审判决中虽认定甲方因提供的地质资料与实际不符导致合同目的不能实现,应承担相应的股权回购费用,(22)却未涉及其中提供不实资料的事实是否构成刑事欺诈的问题,相当于认为这仅限于民事责任,否定了成立不作为诈骗的可能性。(3)某一信息因被害人认为重要从而属于基础信息的场合,应进行上述同样的理解。比如,购买的二手车是否属于“事故车”,购买者可能因为价格优势等原因并不重视这一点,若其重视这一事项,就应该通过自行询问来确认这一信息。具有询问的负担而未去询问的,就不能认为对方未告知真相的行为在刑法评价上具有意义。以上这些场合,作为市场参与者或者一般投资者的被害人,均需以审慎的“理性人”标准参与其中,合理承担相应的商业风险。

第三,在风险投资领域,被害人对风险有更明确的认识,应分配给其更多的信息搜集负担。这时刑法对其财产的保护需进一步退后,分层思维更为明确。金融投资属于典型的具有较高风险的投资行为。对于金融市场的安全维护而言,经济的、行政的监管手段与措施更为重要,为了适应金融创新,对金融诈骗的认定也要更加克制。(23)所以,尽管“从刑事政策上考虑,把不作为的金融诈骗行为犯罪化则不利于交易自由这一现代商法原则的实现”(24)这样的说法过于绝对,但是,确实要承认刑事立法对于金融诈骗罪的被害人应采取弱保护的刑事政策立场。如,在集资诈骗的场合,被害人面临巨额回报之诱惑,对于投资的高风险理应有充分认识,因此,集资诈骗的财产犯罪面向因受其金融犯罪面向的作用,而表现出不同于生活领域或一般市场领域诈骗犯罪的特性,被害人的财产权只是

(21) 参见西藏自治区高级人民法院(2017)藏民初10号民事判决书。

(22) 参见最高人民法院(2018)最高法民终588号民事判决书。

(23) 参见刘宪权:《论互联网金融刑法规制的“两面性”》,载《法学家》2014年第5期,第82-91页。

(24) 刘远:《金融诈骗罪研究》,中国检察出版社2002年版,第235页。

金融诈骗罪的附属法益。⁽²⁵⁾ 从而,集资诈骗罪的成立不但要求向社会公众募集资金,而且入罪标准也远高于普通诈骗,未达到该罪的数额标准时也不应再按照普通诈骗处理。

第四,在涉及古玩、字画、玉器等投机的场合,巨大的机会收益伴随着很高的投机风险,对此投机者有明确的认知,有理由向其分配更多的信息搜集负担。这也构成了投机场合的交易习惯,即对古董等的属性自行鉴定,“买者自慎”。投资是寻求长期增值和稳定回报,伴随着较低的风险承受能力。与此不同,投机则侧重于短期利润,伴随着更高的风险,甚至具有较为明显的“赌博”性质。除非能肯定行为人存在明示或者默示的作为性质的欺骗,购买者由于单纯的判断错误而购买假货并由此承受经济损失的场合,属于投机失败,不能以出售者没有告知真相为由追究其不作为诈骗的刑事责任。比如,“赌石”系珠宝行业术语,是一种翡翠原石交易方式,流行于滇缅和缅泰边境一带,具有投机性质。在此种交易中,如果不存在对原石的人工造假(如皮壳、芯子、颜色、掩盖残缺、挖空增透、天窗等方面的造假),则即便是成交价虚高,一般也被认为符合交易规则,而不是诈骗犯罪。⁽²⁶⁾

第五,社会保险等公共服务领域具有不以获利为目的的公共福祉属性,并且具有保障基本生存、通常是被动加入、本身风险不大等特点,应对公共服务机构这一被害人课予尽可能多的信息搜集负担,这是可操作性的绝对体现,也是分层思维的最高要求。社会保险金等公共财产完全可能并且也应该通过行政、民事等手段予以保护,以体现刑法的谦抑性,公平性要求在此可考虑退场。同时,公共服务机构具有更通畅的信息搜集渠道和更强大的信息搜集能力,应被课予更多的信息搜集负担——能够通过政府公共信息平台等途径正常获得的信息,应该否定行为人刑法上的告知义务。事实上,在与社会保险相关的法律法规中,已存在由相应政府机构搜集相关基础信息的明确规定。比如,《社会保险法》第57条第3款规定,公安机关应当及时向社会保险经办机构通报个人的出生、死亡以及户口登记、迁移、注销等情况。《社会保险经办条例》第8条及第26—28条等也都有进一步的详细规定。尽管《社会保险经办条例》第9条和第25条对于自身健康状况变化、相关人员死亡等信息,也规定了行为人或其家属的告知义务,但此等告知义务不能直接等同于刑法上的作为义务。由于“社会保险经办机构应当对用人单位和个人提供的参保信息与共享信息进行比对核实”(《社会保险经办条例》第9条),在参保人员(或者其亲属)未将应该告知的事项及时告知、而社保经办机构能够通过其他部门的信息共享从政府平台正常获得相关信息时,仍属被害人未进行信息搜集,相应风险仍停留在被害人管辖范围之内。只有因个人未报告而导致公安、民政等相关部门未能在共享平台上更新相关信息,财产损害的风险才可能溢出被害人的管辖范围,进而需由行为人管辖和负责。

(25) 参见劳东燕:《金融诈骗罪保护法益的重构与运用》,载《中国刑事法杂志》2021年第4期,第15-19页。

(26) 参见《刘某某被诉诈骗案——赌石行为的性质认定》,载最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭编:《刑事审判参考》(总第141辑),人民法院出版社2024年版,第61-68页。该案中,一审法院以证据不足为由认定行为人无罪,二审期间检察机关撤回抗诉被法院准许。

（三）被害人信息搜集负担分层的可行性与作用范围

上述几种领域的区分标准并非总是泾渭分明。即便如此,只要承认不同领域欺诈行为的需罚性与刑法介入的必要性存在差异,就不能否定分层本身。通过“是否关涉基本权利、基本生活”“是否以获利为目的、是否形成了成熟的市场”“交易是否具有较高风险且被害人对此具有认识”“是否具有投机乃至赌博的性质”“被害人是否具有公共资源所保障的信息搜集能力”等方面的考量,能够为被害人信息搜集负担的分层提供总体标准,从而避免一体化所带来的僵化结论。

即使被害人被课予基础信息搜集负担,但在行为人的先行行为创设出不被允许的危险时,属于被害人负责与行为人负责的竞合,不能直接得出因被害人负担信息搜集故不能归责于行为人的结论,需进一步结合归责依据判断行为人是否处在保证人地位。

三、作为义务来源的类型化理解与结果支配说的基本立场

通过刑罚方式强迫行为人实施一定的积极作为,属于对其行动自由的干涉,为使归责理由正当化,需要在被害人不应自负其责的场合,以作为义务为内容正面检讨行为人是否处在保证人地位。对作为义务的来源要实质把握,其存在不同类型,并且最终均可以统一于结果支配说的基本立场。

（一）作为义务来源的形式理解与实质化主张

我国传统观点对作为义务的来源采取形式理解,认为不作为犯中的作为义务是“特定法律义务”,来源包括:法律明文规定的义务、职务或业务上要求的义务、法律行为引起的义务、先行行为引起的义务。⁽²⁷⁾这被称为形式四分说,类似的主张还包括将诚实信用原则也当成来源之一的形式五分说,或者剔除“法律行为引起的义务”的形式三分说。除此之外,德国学者阿明·考夫曼将作为义务来源与法益的需保护性相关联,区分了对受损法益负有保障义务和负有危险源管理义务这两种保证人类型,即保护保证人和监督保证人,这一立场也被称为“功能二分说”。⁽²⁸⁾但是,正如我国学者所说,“当自身法益陷入危险状态或遭受侵犯时,对该法益的救助或保护义务如何转移给特定的他人,这本来是确定作为义务来源的核心问题,却通过该主体处于负有危险源管理义务或法益保护义务的保证人地位而被循环论证。在这个意义上,功能二分说并未彻底摆脱形式三分说的弊端,从法益保护的视角来看,也无法为保证人的选定提供最终的理论根据”⁽²⁹⁾。总体上,形式说本身描述性地划定了从中能够挑选出肯定作为义务之行为的范围,却未能给出具体场合是否存在作为义务的明确判断标准,更无法体现限缩作为义务进而确保不作为犯处罚之例外性的价值诉求。为限定处罚,形式说往往在作为义务之外导入等价性要件。⁽³⁰⁾

(27) 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第10版),北京大学出版社、高等教育出版社2022年版,第64-66页。

(28) Vgl. Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 2. Aufl. 1988, S. 283.

(29) 李世阳:《保证人地位发生根据的体系重构》,载《现代法学》2025年第4期,第118页。

(30) 参见肖中华:《刑法总论》,中国人民大学出版社2025年版,第159页。

不过,通过等价性限定不真正不作为犯的处罚范围,不意味着必须在作为义务之外单独判断等价性。事实上,很难发现“有保证人地位但并不等价”的具体事例,与其说等价性本身多余,不如说,在检验是否具有保证人地位时,已经将等价问题一并考量在内了。⁽³¹⁾由此,有必要在形式说之外对于作为义务的实质来源进行探讨。

在保证人地位实质化的理论发展中,涌现出了众多学说。先行行为说主张,不作为者在实施相应不作为之前,基于故意或者过失的先行行为,自行设定了指向法益侵害的因果进程,即可奠定保证人地位的基础。⁽³²⁾事实承担说(也称具体依存性说)认为,作为义务发生根据的核心在于,存在着因保护职责的承担而形成的事实上的保护状态,由此产生“依存性”。⁽³³⁾结果原因支配说认为对法益侵害结果发生原因的支配是保证人地位的根据,其试图通过支配概念统合所有保证人类型,⁽³⁴⁾并将结果原因的支配分为对脆弱法益的支配和对危险源的支配。⁽³⁵⁾排他支配说主张,基于自身意思,掌控了已经发生的因果经过而获得排他支配的场合,能够肯定该不作为与作为之间的等价性;即便不是基于支配意思,能够肯定支配领域性的场合,代替“支配意思”而要求的是,“只有不作为者才应该作为”这一规范要素。⁽³⁶⁾

从上述简单梳理中可以看出,先行行为说、事实承担说乃至结果原因支配说的核心缺陷在于,试图通过单一标准而确定作为义务,难以涵盖作为义务的不同情形。对作为义务的实质来源应进行二元而非一元的考察。排他支配说强调的“排他支配”与“支配领域性”就是不同标准,在方法论上值得借鉴。不过,“排他性”要求可谓多余——既然作为犯都不要求排他性,作为义务的根据中就不应该包括排他性。⁽³⁷⁾

(二) 作为义务来源的不同类型与实质依据

结合刑法上作为义务来源的不同类型,从不同路径推导出其实质依据,能避免单一路径之下可能的遗漏和放纵;而只有厘清其背后不同原理,才能为作为义务提供合理的实质依据。

1. 由社会分工原理所导出的预定的作为义务

排他支配说强调“支配领域性”,在诸如亲子、建筑物的所有人或管理者那样,“基于特定身份关系、社会性地位,而在社会生活上持续性地负有保护义务”的情形下,行为

(31) 参见林钰雄:《刑法与刑诉之交错适用》,中国人民大学出版社2009年版,第280页。

(32) 参见周光权:《刑法总论》(第4版),中国人民大学出版社2021年版,第111-117页;王莹:《论犯罪行为人的先行行为为保证人地位》,载《法学家》2013年第2期,第122-129页。

(33) 我国学者主张的“支配行为说”认为,行为人为防止结果发生而自愿实施了具有支配力的行为,是判断作为义务的实质标准。参见冯军:《刑事责任论》(修订本),社会科学文献出版社2017年版,第45-47页。据此,即便具有形式义务,只要没有开始防止结果发生的支配行为,就没有作为义务。这与此处的事实承担说是相通的。

(34) 参见[德]班德·许乃曼:《不纯正不作为犯及以不作为实施犯罪之形式》,王莹译,载梁根林主编:《当代刑法思潮论坛》(第一卷):《刑法体系与犯罪构造》,北京大学出版社2016年版,第227-231页。

(35) 山口厚『刑法総論(第4版)』(有斐閣,2025年)93頁以下参照。

(36) 西田典之(橘爪隆補訂)『刑法総論(第4版)』(弘文堂,2025年)132頁参照。

(37) 山口厚『新判例から見た刑法(第3版)』(有斐閣,2015年)第40頁参照。我国学者对于排他支配说的质疑,参见姚诗:《不真正不作为犯的边界》,载《法学研究》2018年第4期,第115-116页。

人能被课予作为义务。这一结论本身值得支持,其可理解为从社会分工的规范化角度划定作为义务的依据——此等场合,由于双方之间建立起了特别关系,行为人因为社会分工而被筛选为命令规范的接收者,形成了预定的作为义务。如,刚刚产子的母亲完全不管孩子而致其饿死的场合,对该母亲即能基于社会分工或者说双方之间的特别关系所产生的作为义务而肯定不作为杀人。⁽³⁸⁾而且,在行为人了解并且接受了上述角色定位的前提下,要求行为人通过积极作为保护法益,就不属于对其自由的侵害。相反,父亲邀请无家可归的同事长期在家居住,两人都掌握房间的钥匙、知道孩子的位置和家里的危险源且同事也与孩子关系亲密的场合,即便父亲与同事主观上都有支配意愿、客观上都有对脆弱法益或者危险源的掌控能力(在此意义上能够肯定两人均处在支配地位),但同事既没有从社会分工的意义上被分配管控风险的义务,也没有因自己的先行行为而导致法益侵害危险的发生,就不处在保证人地位,孩子面临危险时不予救助,若没有见危不救罪的立法,就只是道义责任的不履行。

2. 由自由原理所导出的具体的作为义务

能够肯定实质作为义务的场合,还包括先行行为创设了法益侵害危险的情形,对此可以从自由原理中获得说明。英国哲学家约翰·密尔提出的关于自由的两条格言是:个人的行动只要不涉及自身以外其他人的利害,就不必向社会负责交代;对于对他人利益有害的行动,个人则应当负责交代,并且承受社会的或是法律的惩罚。⁽³⁹⁾从自由原理中可以推导出,行为人的先行行为创设了法益侵害的危险时,就“应当负责交代”,也就是产生了通过相应作为避免危险现实化的具体的义务,要求其采取积极的法益保护措施的主张也能由此正当化。可以说,自由原理所导出的具体的作为义务,是“不得由自身管辖领域外溢任意形态之风险”⁽⁴⁰⁾这一规则的核心内容。先行行为作为行为人自身的身体行动,正可谓是其自身管辖领域的最典型呈现。如果说社会分工产生的作为义务是团结义务,则先行行为产生的义务是尊重义务,即保证自己的自由行使不得侵害他人权利领域。

先行行为产生作为义务,与创设了危险的先行行为所直接构成的作为性质犯罪,二者之间的区别在于:前者是非故意地造成了导致结果发生的危险。如,意外提供了有毒食物导致他人中毒的,提供者负有救助义务;但在故意给他人提供有毒食物的场合,直接构成作为的故意杀人。

(三) 作为义务的发生根据与结果支配说立场

事实上,以上两种情形下,分别能够肯定对结果进程的支配与对结果原因的支配,⁽⁴¹⁾由此,可以统一归结为结果支配说的立场。具体来说,由于不作为与结果之间的因果关

(38) 松原芳博『刑法総論(第4版)』(日本評論社,2025年)109頁参照。

(39) 参见[英]约翰·密尔:《论自由》,许宝騄译,商务印书馆1959年版,第112页。

(40) 张梓弦:《基于领域性支配的保证人义务:反思与重塑》,载《中国法学》2024年第6期,第231页。

(41) 有论者强调作为义务的不同类型,并将其分为对结果发生原因的支配、对结果发生进程的支配及对结果发生领域的支配。参见张明楷:《刑法学》(第7版),法律出版社2026年版,第226页。不过该论者也承认,上述区分并不绝对,有的类型可能相互交叉,在其《刑法学》(第6版)第198页中,还明言“其中第三种类型大体上是前两种类型的重合”。

系需要通过结果回避可能性来体现,则特别关系场合的不作为对因果进程的支配就体现为:一方面,在从社会角色、社会分工的意义上可以期待只能由行为人实施相应作为时,也就是从规范意义上排除了期待其他人实施作为的可能性,这就可以说成是行为人规范地控制了因果进程;另一方面,先行行为产生作为义务是由于其创设了不被允许的危险,从而体现了对结果发生原因的支配。例如,行为人目击了有人在山中的湖里溺水而且旁边无人的场合,在没有其他人救助的意义上虽存在(排他的)支配,但之所以不能肯定保证人地位,就是因为他人溺死的危险并非由行为人所设定,行为人并不存在对结果发生原因的支配。⁽⁴²⁾在能够肯定对于结果进程或者结果原因之支配的意义上,进而就能肯定是不作为导致了法益侵害结果,具备了与作为导致结果之间的等价性,以此为由要求不作为者通过积极作为保护他人的法益,就不是对其自由的侵犯。这就是等价性理念指导下作为义务的发生根据,可将这种立场称为“结果支配说”。但要明确,对结果的支配存在不同类型,背后对应着不同原理。对诈骗罪等具体犯罪中不真正不作为犯的作为义务,也应以这样的理解为基础而展开。

四、不作为诈骗的具体归责依据

厘定了作为义务实质来源的不同类型,并将其归结为结果支配说的立场之后,需要结合个罪特征明确诈骗罪场合告知义务的来源。在此基础上,就能够进一步提炼出不作为诈骗的具体归责依据,即相应场合保证人地位的具体内容是什么。

(一) 作为义务的不同实质来源在诈骗罪场合的体现

诈骗罪中的作为义务,指行为人负有告知对方相关基础信息、弥补信息落差、避免给被害人造成财产损害的义务。这种对于基础信息的告知义务,也被称为说明义务或报告义务。将作为义务实质来源的基本原理适用于诈骗罪,能够呈现出告知义务的基本面貌。

一般不作为场合因社会分工所形成的特别关系,在诈骗场合具体体现为以信任为基础的特别信任关系。以下场合能肯定双方之间的特别信任关系,进而能肯定诈骗罪中预定的作为义务:(1)私人之间存在特定雇佣或委托关系的场合,如与律师、税务顾问、刑事辩护人、法律顾问等掌握专业知识的人士缔结咨询服务合同;(2)私人之间存在长期合作、合伙关系的场合,如存在合伙人、股东或者是通过持续交易形成的贸易伙伴等关系;(3)公共领域提供社会福利、社会保障等公共福祉的场合,如国家向公众提供养老金、失业救济金等公共性或保障性给付。⁽⁴³⁾(1)和(2)属于社会分工在私人关系场景下的制度安排,也可说是私人之间因特定委托或者长期合作等建立起了相互信任。(3)则是社会分工在公共领域中的制度安排,也可说是公共领域中一方提供公共福祉、另一方提

(42) 松原芳博·前掲注 108 頁参照。

(43) 参见前注,张正宇文,第 86-87 页。

供私人信息等接受福利待遇所需条件的相互信任。在被害人⁽⁴⁴⁾因自身原因产生了认识错误并将处分财产、存在遭受财产损害的危险且其自身并不负担基础信息搜集时,其因对基础信息掌握的欠缺而无法靠自身之力排除认识错误、避免财产损害。这时,被害人的财产法益,相对于其在特定财产交易中存在特别信任关系者而言,就成为脆弱法益。受到特别信任者由此被预设了通过披露信息、澄清对方错误的义务,以防止对方财产遭受损害,而不是利用对方的错误侵害其财产。

在不作为诈骗场合,基于社会分工产生的作为义务,多数情况下表现为基于双方之间特定关系所产生的对他人财产的预定的保护义务。这时成立不作为的正犯,可谓社会分工原理在市场交易中的体现。在少数情况下,则表现为未阻止自己的监督对象实施欺骗行为而致使被害人财产受损。此时的作为义务,不是通常的向被害人告知真相的告知义务,而是对监督对象的监督义务,这时也能从社会分工原理的一般理解中得出成立不作为的共犯的结论。

先行行为能够例外地产生不作为诈骗场合下具体的作为义务。在单次、偶然的交易中,如果行为人的先行行为已经创设出导致被害人产生认识错误而处分财产的危险、并且这种危险不被允许时,仍然有可能肯定其存在具体的作为义务。在诈骗构成要件中,行为人非故意地显示出一种针对诈骗相关事实的非真实主张,之后认识到这种非真实性却放弃澄清;或者是行为人开始时并不存在获利意图,但故意实施欺骗行为,这两种场合都属于这里的先行行为。⁽⁴⁵⁾

(二) 不作为诈骗的归责依据与优势地位说的具体内容

受罗克辛行为支配概念的影响,德国学者卡西斯克认为,诈骗罪中行为人的行为支配可具体化为其对特定信息的支配,诈骗罪属于交往型犯罪,其本质在于行为人利用了自己所具有的信息优势,操纵了与被害人的交往过程,从而使被害人产生认识错误。⁽⁴⁶⁾我国也有学者主张,行为人对基础交易信息具有支配地位并保持缄默,表明其负有信息说明的作为义务,不对该错误信息进行说明与澄清,与积极制造这种错误信息引起交易对方的财产损害具有等价性。⁽⁴⁷⁾这种信息支配说能够限缩保证人地位的范围,总体上值得认可。在此学说的基础上,本文主张,行为人在特定条件下对于基础信息处在优势地位,是不作为诈骗场合产生作为义务的实体依据;处在相应优势地位之下却没有正面告知基础交易信息,就是对作为义务的违反。这种立场,在总体接受信息支配是诈骗罪中欺骗行为本质的意义上,可以归入信息支配说的阵营;而在强调“信息支配”不等于“信息垄断”的意义上,则称其为“缓和的信息支配说”或许更为合适。笔者将此立场完整表

(44) 严谨说来,相应场合称为“相对方”更为合适:其除了包括二者间交易场合的被害人之外,还包括三角诈骗场合的处分人。但因本文未讨论三角诈骗的情形,故而一般直接表述为被害人,相信不至于让读者对此产生误解。

(45) Vgl. Laura Mayer Lux, Die konkludente Täuschung beim Betrug, 2013, S.212-213.

(46) 参见徐凌波:《德国银行卡滥用行为的理论与实务》,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第36卷),北京大学出版社2015年版,第231-232页。

(47) 参见王莹:《隐瞒真相型社保诈骗案之教义学解析》,载《法学》2019年第8期,第28页。

述为“特定条件下基础信息优势地位说”,下文简称为“优势地位说”。

首先,优势地位说的前提是,结合交易习惯以及其他分层风险分配规则,能够得出财产损害风险超出被害人管辖范围的结论。这时,为使归责理由合理化,需要正面考察对行为人的归责依据。在冒领养老金的场合,社保机构如果能较为容易地通过政府信息公开获知相应养老金领取人已经死亡,就不能说财产损害风险已经超出被害人的管辖范围,行为人也就当然不具有保证人地位。

其次,行为人对于基础信息处于较之对方而言的“优势地位”。支配在不作为场合与作为场合,程度上有明显差别,前者只是一种支配可能性,达不到后者事实的支配程度,“支配理论中的支配概念是恣意的”⁽⁴⁸⁾。由此,将对基础信息的“支配”调整为“优势”地位更为合适。优势地位一方面突出未告知真相的行为人与进行了财产处分的处分者之间的信息落差不是些微而是有较明显差距,另一方面也可将处分人掌握一定信息但并未形成信息垄断的情形囊括进来。只要承认后者的场合也可能产生作为义务,就无需要求行为人一方对基础信息的垄断与独占。是否称之为“支配”不过是语言选择上的偏好。笔者考虑到“支配”容易给人造成要求独占之误解,故强调“优势”而非“支配”。对基础信息优势地位的限定,既能够避免对行为人在掌握信息上处在劣势地位时的过度归责,也能避免仅限定行为人处在信息垄断地位时的过窄归责。

基础信息优势地位,是一种以事实判断为基础的规范判断。以事实判断为基础是指,对于涉及财产转移的基础信息,只有行为人客观上掌握了明显更多的事实,而不是被害人、第三人掌握更多事实或者行为人与被害人双方在事实上掌握上势均力敌,才能谈得上行为人对于信息的操控。规范判断是指,被害人客观上尚未掌握更多的基础信息,但其有义务也有能力搜集相应信息的场合,不能得出行为人掌握更多信息、占据优势地位的结论。例如,在一起建筑工程施工合同纠纷的二审判决中,对于营业税、所得税等税金由何方负担的问题,最高人民法院认为,“根据已经查明的事实,《施工合作协议》将《内部承包合同》作为附件,因此,可以推定尚勇知悉《内部承包合同》中何开智与广厦分公司关于税金由承包人负担的约定”⁽⁴⁹⁾。这种将合同附件中的内容“推定”为对方已经知悉的论断,实际上就是认为,被害人应当知道而不知道的,不能主张被骗,不能认定另一方在相应的基础信息上具有优势地位。

再次,只有在“特定条件”下对基础信息具有优势地位,才能产生作为义务。在排除被害人自负其责情形的前提下,这里的特定条件,专指存在着双方之间因社会分工所产生的特别信任关系,或者存在着行为人并非基于获利目的而实施的、具有导致他人错误处分财产危险的先行行为。欠缺以上特定条件,即便是双方之间的信息落差显著,也不能产生告知义务,由此可以避免过度犯罪化。两种特定条件分别对应实质作为义务的两个来源类型,也构成了“基础信息优势地位”的限定要素。

(48) 徐万龙:《不作为犯中支配理论的法教义学批判》,载《现代法学》2019年第3期,第202页。

(49) 最高人民法院(2018)最高法民终586号民事判决书。

最后,特定条件下的基础信息优势地位是作为义务的发生根据,对优势地位的滥用就是对作为义务的违反——因行为人违反了保证人义务,这种对基础信息优势地位的利用被称为滥用。在对特定事项负有保证人义务的情况下,只有不利用或者滥用基础信息优势地位的分别,不存在“没有滥用而只是合理利用信息优势地位”的空间。具体而言,行为人在特定条件下对于基础信息处在优势地位时,法益保护依存于其对相应信息的告知,行为人因此负有保证人义务。履行了该义务,即告知了被害人相关基础信息的,属于没有利用信息优势地位;未予告知就是对这一地位的滥用,不被允许地利用了信息落差,违反了保证人义务。行为人故意滥用对于基础信息的优势地位,导致处分人维持或强化认识错误进而处分财产,最终造成被害人的财产损害,就是不作为的诈骗。

(三) 优势地位说的进一步论证

优势地位说能反映欺骗行为的本质,体现不作为诈骗与作为诈骗之间的等价性。这是因为,欺骗行为是诈骗罪的实行行为,需要同时体现其财产犯罪、欺诈犯罪、互动型犯罪的特征;由此,欺骗行为的本质,就不是单纯的虚构事实或者隐瞒真相,而是通过“操纵”双方之间的基础信息落差,导致被害人产生或者维持认识错误而处分财产,进而造成财产损害。这种操纵,在作为场合体现为正面制造了相应信息落差,而在不作为场合则体现为不被允许地利用了信息落差。具体而言,在双方之间存在特别信任关系的场合,被害人因自身或外部原因陷入了处分财产的认识错误,其并不希望出现财产损害结果,而是出于获利等其他目的。这时,根据社会分工原理,被害人对重要事实的认识客观上依赖于行为人,而行为人又意图在被害人的财产损失中非法获利,由此未帮助被害人消除相应危险。这种不作为,就是行为人滥用自身对于基础信息的优势地位而致使被害人维持了认识错误、提升了被害人因认识错误而处分财产的危险,就是在客观上操纵了指向财产法益侵害的因果流程,能够和积极制造了基础信息落差的作为场合同等看待。行为人因自身先行行为而导致被害人产生认识错误的场合,属于针对被害人财产法益“造成了危险”并且“没有去消除危险”,这和作为诈骗场合的“创设了危险”并且因为存在获利目的而“不会去消除危险”之间,不存在实质鸿沟,可以合乎逻辑地肯定其等价性。

优势地位说还能从欺骗行为与认识错误要件之间的互动关系中获得说明,从而体现诈骗罪作为互动型犯罪的特征。处分人也掌握一定基础信息(包括不利于交易的基础信息)而仍然实施处分行为的场合,常常是出于将信将疑的心理状态。通常,“疑”是基于其已经掌握的基础信息,“信”则是基于其未能掌握的基础信息。处分人由于信息落差而处分财产,最终还是因为其未掌握的(同时也是行为人有义务告知的)基础信息在分量、比重上超过了已经掌握的基础信息,也就是本文所说的行为人在基础信息上占据优势地位。从与处分人认识错误因素的关联、互动角度论证优势地位说,契合了诈骗罪的犯罪特征,是对诈骗罪构成要件要素进行体系解释得出的结论。僵硬地要求只有行为人垄断、支配了基础信息时才肯定其作为义务,更容易在接下来的环节中认为处分人的认识错误意味着其确信不疑、存在怀疑时就否定认识错误,这不利于被害人的财产保护,也为各国的司法实践所不采。

五、优势地位说标准下不作为诈骗的认定

至此,需要立足优势地位说,对不作为诈骗的归责进行实践检验,这要遵循“先作为、后不作为”的检验顺序。一则,以欺骗方式积极侵害他人财产的场所,只要行为足以使被害人产生处分财产进而招致损害的认识错误,即可直接肯定欺骗行为,无需另外检讨被害人的信息搜集负担,对此先行检验更有效率。二则,不作为与作为之间的等价性体现于构成要件符合性层面而非可谴责性层面,不作为场合的可谴责性更小,量刑时也要有所差别,⁽⁵⁰⁾“先重后轻”的考察更符合思维逻辑。三则,不考虑是否成立作为性质诈骗而直接聚焦于“隐瞒真相是不作为诈骗”的形式理解,在一些场合(比如犯意先行的无钱饮食场合)反而会因告知义务的否定而得出不构成诈骗罪的结论,不利于法益保护。

(一) 优先成立作为诈骗的情形

只要通过行为、语言或者举止正面传递出虚假信息,足以使他人产生处分财产进而遭受损失的认识错误的,就是作为性质的诈骗。其中,直接传递出虚假信息的,是明示的欺骗,容易把握。比如,通过伪造的武警部队车辆号牌骗免高速公路通行费的,评价重点是积极虚构了符合免交高速费之条件的事实,并使他人产生了认识错误,而不是有支付过路费的特定义务而未履行该义务,属于作为性质的诈骗。⁽⁵¹⁾ 需要根据具体场景结合交易惯例,推断出或者说间接传递出虚假信息的,是默示的欺骗,其容易与不作为诈骗混淆,需要辨析。比如,我国有学者明确主张无钱饮食的场合可能构成不作为方式的诈骗罪,并且对举动诈骗的概念本身提出了质疑。⁽⁵²⁾ 但是,在产生了犯意之后的无钱饮食场合,不是将“没有告知某个东西”,而是将“没有告知的情况下做了什么”理解为实行行为。据此,应该以作为犯的形式来整理无钱饮食的构成:没有支付能力却装作有支付饭钱的意思而点菜的行为属于欺骗行为,由此使得对方误以为是并无异样的个人,基于这一错误而提供饮食就是财物的交付。⁽⁵³⁾ 实务中也已有类似的诈骗罪判决。⁽⁵⁴⁾

通过提供虚假病历或篡改档案提前退休等方式骗取养老保险金的,无疑属于作为性质的诈骗。一开始符合领取社保条件而后丧失领取条件(比如死亡或服刑),家属或者本人在有关社保机构进行领取条件验证时弄虚作假的,也同样属于从正面直接传递出虚假信息,直接构成作为性质的诈骗。

(50) 根据《德国刑法》第13条第(2)项规定,不作为犯可以减轻处罚。我国刑法中虽无类似规定,但理论上也认可这一点,参见蔡桂生:《诈骗罪中“被害人释义学”和信息支配之本质》,载《环球法律评论》2023年第3期,第159页。

(51) 不当地将相应情形理解为不作为性质诈骗的,参见欧锦雄:《不纯正不作为诈骗罪探析——以“骗逃天价过路费案”为切入点》,载《铁道警官高等专科学校学报》2012年第3期,第89-91页。

(52) 参见赵希:《“举动诈骗”概念质疑——兼论刑法中作为与不作为的区分》,载《西部法学评论》2014年第1期,第67-74页。

(53) 参见前注,张明楷书,第89页。

(54) 参见管继方:《小伙吃19家“霸王餐”被判刑九个月》,载《云南法制报》2023年6月19日,第8版。此案判决实际上就是在作为性质诈骗的意义上理解和判定被告人行为。

（二）成立不作为诈骗的情形

在无法正面肯定作为性质诈骗的情形下,如果能够肯定行为人在特定条件下对基础信息具有优势地位并且故意滥用,就可能肯定作为义务,进而肯定不作为的欺骗行为。

1. 因特别信任关系而存在预定的作为义务的场所

一是因存在私人间特定雇佣关系而能肯定持续的特别信任关系的场合。如,被专门聘请的投资顾问没有及时提示风险或者收益机会,目的是希望与自己有关的特定第三人受益,导致聘请人遭受损失或者丧失收益。此时由于可以肯定双方之间的特别信任关系以及投资顾问对相应投资信息的优势地位,就可能肯定其成立不作为的诈骗。

二是因存在私人间长期合作关系而能肯定持续的特别信任关系的场合。如,长期合作的双方在签订合同之后,行为人资产状况恶化,明显欠缺支付能力和支付意思。此时对于相应事实,行为人处在明显优势地位。其并未告知该事实而要求对方交付财物的,在实际导致被害人财产损害时,就能肯定成立不作为诈骗。

三是因提供社会保障而在公共事务中对于私人领域的个人信息等存在特别信任关系的场合。如,原本因为失业而符合失业保险领取条件,在已经找到工作、不再符合条件时仍继续领取失业保险的场合,国家社保部门与行为人之间存在因提供公共福祉而对私人信息的特别信任,要求社保部门每次发放失业保险金时审核领受者是否符合领取条件既不现实(就业信息目前还无法做到及时在互联网上同步),也不经济。在这样的信任之下,行为人对其失去领取资格的信息具有明显优势地位,此时应具有说明义务,未说明反而从他人的财产支付中获利的,可能成立不作为的诈骗。

此外,双方存在针对特定事项的明确约定,也可能肯定特别信任关系。如,被告人与被害人签订房屋买卖合同时约定,若不能履约应及时告知对方。过后几日,被告人知悉其所售房屋被司法机关查封,不能办理过户,但隐瞒上述事实而收取被害人支付的巨额购房款,后全部用于偿还欠款等个人支出,未办理解除房屋查封和抵押的手续。⁽⁵⁵⁾ 该案中被害人仅被课予对出售者是否拥有房屋产权的信息搜集负担,而对于房屋已经被司法机关查封这一事关交易能否完成的基础事实,行为人具有优势地位,并因签约行为中的明确约定而具有特别信任关系,从而负有如实告知义务,因未告知而导致被害人维持认识错误、处分财产并遭受财产损害的场所,能够成立不作为的诈骗。

2. 因先行行为而存在具体的作为义务的场所

行为人的先行行为导致被害人产生处分财产的危险,且行为人对基础交易信息处在优势地位的场合,能够肯定具体的作为义务。有论者举例认为,首饰店将真金首饰与镀金首饰并陈于橱窗中,顾客以为镀金首饰是真金首饰而提出购买,店员不履行告知义务,以真金首饰价格出售镀金首饰的,属于不作为的欺骗行为。⁽⁵⁶⁾ 不过,论者在此既没有说明该行为为何不直接成立作为性质的诈骗,也没有说明告知义务的具体来源。此种场

(55) 参见北京市大兴区人民法院(2021)京0115刑初1116号刑事判决书,北京市第二中级人民法院(2022)京02刑终351号刑事裁定书。

(56) 参见前注,张明楷书,第1560页。

合,如果是首饰店故意如此陈列,则完全可以理解为作为性质的欺骗行为;若因为疏忽而如此陈列,先行行为本身不能评价为“出于获利意图而正面提供了虚假信息”,从而不属于作为诈骗。对于这种购买首饰的一般市场行为,被害人自身并不被课予实质的信息搜集负担,店员的先行行为导致被害人产生处分财产的危险,且对于该首饰为镀金而非纯金这一基础信息店员具有优势地位,从而就需要告知对方真相以消除错误,否则就成立不作为诈骗。

同样地,故意隐瞒公公死亡的事实而继续使用公公的社保卡、领取卡里银行代发的养老金的场合,⁽⁵⁷⁾如果存在信息共享,社保经办机构可以容易地从医院、交通部门、公安部门或者殡仪馆等渠道得知参保人死亡的信息,就无法肯定家属对参保人死亡这一信息的优势地位;但如果是死者在家中去世并被秘密土葬,未向公安部门进行户口注销的场合,医院、公安、殡仪馆等部门都无法掌握被害人已经死亡的信息,从而该信息长时间未能上传至公共信息共享平台,可以说“让死者死在家里而非医院,选择秘密土葬而非火葬”这一先行行为导致家属对于“参保人是否在世”这一基础信息的掌握处于明显优势地位,可以肯定家属对其公公过世信息的如实告知义务属于刑法上的义务,该义务的故意不履行就构成不作为的诈骗。⁽⁵⁸⁾

(三) 不构成不作为诈骗的情形

根据前述主张,不满足“特定条件下基础信息优势地位”这一不作为诈骗的归责依据的,就不构成不作为诈骗,以此能保证处罚不作为诈骗的例外性,体现对诈骗罪认定的限缩。

1. 因被害人急于进行信息搜集而不构成不作为诈骗

在根据法律法规或交易习惯等被害人被课予基础信息搜集负担的场合,应搜集、能搜集而未搜集所导致的财产损失,只能归属于被害人自身,可以排除不作为诈骗。

如,学界讨论较多的所谓“找零诈骗”情形。店员发生认识错误而多找了零钱(不考虑数额问题),顾客现场意识到了这一点却未对店员说明,径直将所找零钱装进钱包拿回家的,不应肯定不作为的诈骗(或者盗窃)。⁽⁵⁹⁾实务上更为常见的情形是错误记账或者错误汇款的场合。存款账户的名义人偶然发现自己账户中多出了大额存款,明知存款并非自己应得(如明知可能是别人的错误转账或者银行系统出现问题的错误记账)而将钱从银行取出,获取了本不属于自己的钱款,在他人要求退还时谎称本该为自己所有而未予退还。在笔者看来,无论是“找零诈骗”还是错误转账或者错误记账情形下的取款,都是单纯利用他人的错误而非法占有他人财产。由于店员负有数清款项的职责,这是交易惯例,属于风险分配的结果,顾客单纯地发现对方找错钱而领受,仅是简单利用了一个已经存在且其并未参与的错误,其没有保证人地位,也没有通过违反义务的不作为来实

(57) 参见前注,吉林省双辽市人民法院(2016)吉0382刑初77号刑事判决书。

(58) 参见前注,王莹文,第28-29页。

(59) 参见前注,张明楷书,第110-111页。

施欺骗。⁽⁶⁰⁾ 同样,在他人错误转账的场合自不必说,即便是在银行错误记账的场合,取款人也没有任何过错,在银行通过自主行使撤销权对存款余额记录进行修正之前,行为人账户上反映出来的即时存款余额是正当有效的——取款人对存款余额拥有形式上的债权这一点无可否认,进而取款行为本身所表达出的事实陈述便与客观真实情况一致,不存在成立明示或者默示欺诈的空间。⁽⁶¹⁾ 继而,错误转账者与取款人之间没有长期合作关系,银行与客户之间也仅是典型的服务合同,双方都不存在基于社会分工、社会角色的特别信任关系,不存在此种意义上的保证人地位。同时,收款人没有参与到因为错误记账或者转账而产生的风险之中,也不属于因先行行为制造了危险状态而产生的保证人。这样,行为人欠缺刑法上的告知义务,其只是危险的利用者,不成立不作为的诈骗罪。类似场合,刑法的评价重点不在于收取了他人多找的零钱,或者是收到错误转账或记账而未及时说明,也不在于此基础上的取款行为本身,而在于取款之后是否返还,从而仅存在是否成立侵占罪的问题。对此,应认为“不当得利属于侵占罪的发生基础,而非阻却事由”⁽⁶²⁾,在收款人被要求退还而以谎称自己并未多收、有权取款、并未取款或者直接拒绝等方式拒不返还的场合,肯定侵占罪可能更为合理。

在社保领取人员因死亡或者服刑等丧失领取条件而多领的场合,虽然客观上造成了国家社保资金的损失,但主要是社保部门与公安机关、看守所、监狱等缺乏健全有效的协作机制或具体的操作规程,从而导致错误发放,可谓被害人未能进行必要的信息搜集。对此,需要相关部门按照《社会保险法》以及《社会保险经办条例》的有关规定实现信息共享,在此基础上由社保资金管理部门及时作出停发养老金的决定,从而有效避免损失。已经发生损失的场合,社保机构可以通过行政手段(作出追缴决定并申请法院行政非诉执行)、民事手段(以不当得利提起返还财产之诉)等方式追回被冒领的资金;确实无法追回时,需要由政府承担行政监管不力的后果,不能随意“拔高”成不作为形式的诈骗。

2. 因不存在对于基础信息的优势地位而不构成不作为诈骗

在具体交易中因被隐瞒的相应信息不属基础信息,行为人并未对基础信息具有优势地位的,不能肯定其保证人地位。比如,在名为合伙经营二手车生意实为借款并承诺给被害人固定利润的场合,即便被告人最终并未将借款用于二手车经营,并且尚有部分款项未还,也不能以其对此予以隐瞒且造成出借人财产损害为由,追究被告人不作为诈骗的刑事责任。相关案件中,虽然一审法院认定被告人成立诈骗罪,但二审法院最终改判无罪,理由包括在长达4个月的时间内,被害人未对被告人是否经营二手车的事实进行调查,未对资金安全尽到任何注意义务,对被告人借款是否真的用于二手车经营并不在

(60) 参见[德]约翰内斯·韦塞尔斯·托马斯·希伦坎普、扬·舒尔:《德国刑法分论:侵犯财产价值的犯罪》,赵冠男译,法律出版社2023年版,第435、463页。

(61) 参见徐凌波:《欺骗行为的体系位置与规范本质》,载《法学》2021年第4期,第42页。

(62) 郑洋:《数字支付背景下拒不退还错误汇款行为的刑法评价》,载《时代法学》2022年第4期,第51页。

意,其在意的仅是收取固定的利润。⁽⁶³⁾对此,裁判理由虽以被害人未陷入认识错误而交付财物为由否定诈骗罪,但如此理解仍会留下成立未遂的空间;而如果从行为人并未就基础信息处于优势地位这一角度出发,否定包括不作为在内的欺骗行为性,可能更为合理。

行为人的先行行为制造、增加了被害人产生认识错误进而处分财产的危险,但当这种危险与被害人的答责范围重合时,若不能肯定行为人对基础信息的优势地位,则应否定其作为义务。比如,行为人在递交申领低保的相关材料时,因不了解要求而未提交财产证明,工作人员也因疏忽而未仔细检查申报材料,产生了其符合领取条件的认识错误,并为其办理了低保。与被害人负担信息搜集的通常场合不同,上述场合存在着行为人的先行行为,是相应不符合条件的申领行为致使被害人产生了认识错误,可谓出现了被害人负担与行为人管辖之间的某种竞合。在行为人意识到自己欠缺了相应材料且对方也产生了认识错误而未补交时,由于被害人搜集相应信息不存在任何困难,就不应规范性地认为行为人对于相应基础信息处在优势地位,从而就能否定行为人的保证人地位,进而否定其成立不作为诈骗。

3. 因无法肯定特别信任关系或者先行行为而不构成不作为诈骗

在无法将风险分配给被害人的前提下,若双方之间并不存在特别信任关系,也不存在行为人创设了危险的先行行为,则即便能够肯定行为人对于基础信息的优势地位,仍可排除行为人的告知义务,进而排除不作为诈骗。

比如,刘某因病死亡,其妻饶某按照当地风俗举办酒席,收取了礼金4万余元。刘某与前妻所生之子刘小某诉至法院,要求分割刘某遗产和丧葬礼金。对此,法院相关人士认为,丧葬礼金是一种特殊的金钱赠与,不属于遗产范围,可以按照风俗习惯、公序良俗以及公平原则等进行分割。⁽⁶⁴⁾有论者认为,该案中如果饶某向刘小某等人少报收取礼金的数额,把4万余元说成是2万余元,基于法院对本案中民事习惯的认可,该行为不可能构成不作为的诈骗罪。⁽⁶⁵⁾对于这种假设情况,在笔者看来,在肯定刘小某对丧葬礼金具有分割权利的前提下,这种谎报数额属于正面传递出了导致他人产生认识错误的虚假信息,可能构成作为性质的诈骗。问题是,在饶某并未直接谎报而只是未向刘小某说明礼金数额的场合,能否肯定不作为诈骗。本案几乎不存在刘小某自行进行信息搜集(了解丧葬礼金的具体数额)的现实可能性,不属于被害人自负其责的范畴,关键在于能否肯定饶某对刘小某所应分割的财产具有保证人地位。饶某虽是刘小某的继母,但与其并不具有扶养关系,从而并不存在社会角色上的特别信任关系。同时,饶某先前收受礼金的行为属于正常的社会交往,其本身并未创造出不被允许的、导致被害人财产损害的具体危险,不属于能够肯定作为义务意义上的先行行为。由此,即便饶某对于礼金的具体数额这一基础信息具有优势地位,也无法肯定其保证人地位。

(63) 参见海南省第一中级人民法院(2021)琼96刑终247号刑事判决书。

(64) 参见王勇:《丧葬礼金的性质认定及分割原则》,载《人民法院报》2017年6月15日,第7版。

(65) 参见前注,周光权文,第149页。

“五常大米案”中,被害人并不负担大米产地这一基础信息的搜集,进而要在其产生认识错误的前提下考察行为人是否存在告知义务。在双方之间不存在长期合作等特别信任关系的前提下,若也不存在行为人(过失地)将普通大米与明确标为“五常大米”的米并列陈放等制造特定危险的先行行为(故意并列陈放甚至混同的,属于作为性质的欺骗),则不存在刑法上的告知义务,行为人在被害人产生认识错误时的不告知,仅违反了诚实信用原则。

六、结 语

大陆法系刑法学说中有关不真正不作为犯的“作为义务”或者“保证人地位”的研究,由来已久,众说纷纭,但迄今未获更多共识,这也成为刑法总则学理中最具争议性且最晦暗不明的章节。⁽⁶⁶⁾笔者强调,作为义务来源存在不同类型,并从社会分工原理和自由原理出发进行了论证;在此基础上对信息支配说予以缓和,进而提出优势地位说,构建了不作为诈骗的归责依据。由此,可以实现不作为犯基本理论与诈骗罪教义学之间的融通,能够避免将单纯利用他人认识错误取财的行为“拔高”为不作为诈骗,并且能为实务上不作为诈骗认定的克制态度提供理论解释。最后有如下三点需要说明。

其一,要求被害人适当负担基础信息搜集的,应该限于不作为诈骗的场合。不作为诈骗的场合,被害人由于认识局限或外部不利条件而产生了认识错误,属于被害人自陷风险。结合不同领域课予被害人不同的信息搜集负担,以促使其主动从风险中摆脱,并仅在例外场合设定行为人对于被害人财产的保护义务,这是刑法补充性的体现和要求。与之相对,作为诈骗的场合,尽管会对欺骗行为提出要求以限制处罚范围,如要求欺骗行为必须针对人、指向财产转移进而产生财产损害且要足以使被害人产生认识错误,却不会再在规范意义上课予被害人信息搜集负担。“既然不被允许的风险已由行为人创出,只要被害人没有完全识破,被害人主观上就有‘相信’成分即‘错误’存在,刑法就应持续干预。”⁽⁶⁷⁾

其二,关于民事欺诈与刑事诈骗的关系,有观点认为,具有导致被害人陷入失去民事救济可能的高度危险的行为,属于刑法上的欺骗行为,否则就仅是民事欺诈。⁽⁶⁸⁾据此,单纯在家属死亡之后冒领养老金的场合,会由于很容易追回所冒领部分而获得民事救济,进而一概否定其构成诈骗罪。但是,民事欺诈与刑事诈骗属于包容而非互斥关系,刑事司法的任务应是从民事欺诈中挑选出能够成立诈骗罪的行为。⁽⁶⁹⁾限定不作为诈骗的成立范围,应借助于实质理解保证人地位和诈骗罪的其他构成要件要素,而非寄希望于“民

(66) 这是罗克辛的判断。参见陈志辉:《刑法保证人地位法理根据之分析》,载公益信托东吴法学基金会主编:《不作为犯的现况与难题》,元照出版公司2015年版,第294-295页。

(67) 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,第165页。

(68) 参见陈少青:《刑民界分视野下诈骗罪成立范围的实质认定》,载《中国法学》2021年第1期,第285-304页。

(69) 参见前注,张明楷书,第1593-1594页。

事救济的可能性”这种本身具有流动性的标准,否则会在财产犯的认定上导向完全的民法从属性立场,失去刑法的独立品格。

其三,本文侧重于从不作为犯罪的归责依据即作为义务及其违反的角度讨论不作为诈骗的法网范围,并未涉及非法占有目的问题,这是有所考虑的。主观方面对诈骗罪的限定效果十分有限,比如,大量的冒领、多领养老金的场合就很容易肯定相应目的,但此等场合并非一概能肯定包括不作为在内的欺骗行为。客观上从作为义务及其违反的角度对不作为诈骗进行限定更为重要,主观限定本身虽不可否认,但终究只是一种补充,不可颠倒。

Abstract: Where the victim bears the burden of collecting basic information, the case falls within self-responsibility for property and thus, conversely, delineates the general scope within which fraud by omission may be established. In special situations, the victim's sharing of the burden of information collection should be excluded, which reflects an underlying logical approach while also requiring a distinction between different fields and the allocation of the burden of information collection in accordance with the relevant level of risk, the victim's risk awareness, and the victim's capacity to collect information — a layered mode of analysis. Where the victim does not bear that burden or has already collected the relevant information, the matter falls outside the victim's sphere of control. At that point, the existence of fraud by omission should be examined in a limited manner, with the duty to act as the core criterion. Where the actor occupies an advantageous position vis-à-vis the victim with respect to basic information relevant to property, and a special relationship of trust exists between the parties, or a prior act has created a prohibited risk, the failure to disclose constitutes control over the process or cause of the infringement of legal interests and may be evaluated as deceptive conduct by omission. A stepwise review grounded in the attribution basis of 'a superior position regarding basic information under specific conditions' can ensure the exceptional nature of punishment for fraud by omission, embodying a limitation on the scope of establishment of fraud crime in fields such as the improper claiming of social insurance benefits.

(责任编辑:王 楷)