

## 诈骗罪中“被害人释义学”和信息支配之本质

蔡桂生

**内容提要:**在诈骗罪的认定上,“被害人释义学”以被害人过失充当免除被告人刑事责任根据,这虽然有助于限缩处罚范围,但却存在刑事政策与刑法释义学上的双重缺陷。在刑事政策上,“被害人释义学”既使刑法的规范效力陷于不稳定的状态,又有悖于我国立法者和司法者的立场。在刑法释义学上,它不符合诈骗罪“类型化的间接正犯”之学理结构,而且会造成罪刑失衡。这一观点的出现,乃是更改了“怀疑”的词义和压缩了被害人同意的适用范围所致。词义以及术语含义的改动,增加了公民对于刑事后果的预见难度和刑事不法认定的恣意。在维持被害人怀疑和被害人同意的既有认识框架的前提下,不存在“被害人释义学”的适用空间。诈骗罪以针对财产转移条件的信息支配为其本质特征。在默示诈骗、不作为诈骗以及价值判断等情形中,信息支配论皆有适用的空间。

**关键词:**诈骗罪 被害人释义学 间接正犯 财产转移 信息支配

蔡桂生,中国人民大学刑事法律科学研究中心副教授。

### 一 问题的提出

诈骗案件是司法实践中的多发案件。在诈骗罪理论上,被害人的易受骗性是否影响诈骗行为人的定罪存在争议。较早进入人们视野的是“冒充孙中山案”。

[冒充孙中山案]61岁的王某某满头白发,与孙中山先生在外形上有些相似,他便以此为幌子,常向别人宣称自己就是孙中山,实际上为“大业”并没有真死,今年已有130多岁了。为了假戏真做,他还开办了一家专门“开发宝藏”的公司,鼓动一些老年人来投资。在“高额回报”的诱惑下,有三位老人相继将共计24万元的钱款交给了他。后来,当他再次行骗时被群众当场识破,警方及时将其抓获。<sup>[1]</sup>

[1] 参见赵晓星等:《竟敢冒充孙中山,说今年130多岁》,《检察日报》2004年4月30日第4版。

依照部分观点提出的所谓“被害人释义学”<sup>[2]</sup>的解决方案,此案王某某的行为不宜以诈骗既遂论处,至多构成诈骗未遂或民事欺诈。提出这些主张的理由是:犯罪人的欺骗手法属于非常粗糙、简单的欺骗行为,没有任何技术含量、特别容易被察觉。只有在对方特别轻信的情况下,被骗者才可能产生认识错误、处分财产。被骗者只要具有一般人应有的注意水平,稍微谨慎一点,就能够识破骗局;而且这种愚笨和轻信的被害人还可以寻求其他法律手段、社会措施的保护,因此,可以排除刑法介入的必要性。<sup>[3]</sup>但是,在反对意见者看来,诈骗罪中的受骗者并不限于普通的一般人,同样包括行为不谨慎或者缺乏必要知识的自然人。王某某选择这类人作为诈骗对象,当其欺骗行为足以使这类人陷入认识错误,并且事实上使受骗者不仅陷入认识错误还处分了财产时,就应认定其行为构成诈骗既遂。如果否认行为的欺骗性,将责任完全归于受骗者,便意味着缺乏必要谨慎与知识的人的财产乃至人身法益得不到刑法保护。而这难以为国民所接受。<sup>[4]</sup>

这些针锋相对的观点,不仅牵涉到诈骗罪条款是否保护欠缺谨慎的被害人,还论及刑法的最后手段原则。究竟何种观点更为合理,似乎难以确定。更引人注意的是,这方面的案例以及学理争论还存在进一步扩张的迹象,比如“冒充乾隆皇帝案”。<sup>[5]</sup>在学理上,当诈骗行为的被害人对诈术存有怀疑时,是否成立诈骗罪,<sup>[6]</sup>成为诈骗罪理论上悬而未决的问题。同时,在侵犯公民个人信息罪的认定上,也出现了运用“被害人释义学”的迹象。<sup>[7]</sup>为了澄清误会,梳理学说源流,并促成理论上对于诈骗罪更准确的认识,有必要对“被害人释义学”进行深度分析,为此本文首先论述“被害人释义学”的优劣得失;其次从诈骗罪学理构造的角度,对被告人和被害人之间的沟通交往过程加以分析,以得出诈骗罪的本质性特点;然后基于这一本质性特点,讨论其在诈骗罪相关事例中的运用;最后概括陈述本文的结论。

## 二 “被害人释义学”的得与失

我国司法实务是通过所谓“被害人过错”来体现“被害人释义学”思路的。例如下列

[2] 被害人释义学(Viktimgodmatik)又称为“被害人教义学”。“Dogmatik”一词存在“教义学”“释义学”等不同译法。通常流行的“教义学”这一术语是在仓促情况下被选用的,存在明显的缺陷(参见[德]克劳斯·罗克辛著:《德国刑法学总论》[第2卷],王世洲主译与修订,法律出版社2013年版,第702-703页)。“教义”的封闭性与不可质疑性容易造成义理上的“板结”,从而无法融会新知,与现代法的理性和反思精神格格不入,故本文弃“教义学”而采“释义学”。

[3] 参见申柳华著:《德国刑法被害人信条学研究》,中国人民公安大学出版社2011年版,第426页。

[4] 参见张明楷著:《诈骗罪与金融诈骗罪研究》,清华大学出版社2006年版,第118-119页。

[5] 被害人郑某想开办村镇银行,经人介绍认识了自称金融大鳄索罗斯弟子的万某某,万某某又介绍郑某认识了谎称自己是吃了长生不老药活了300多岁的乾隆皇帝刘某某,掌握着大清皇家的大量资产。万某某也谎称自己是万氏家族的第九代传人,只有通过他才能将皇家的钱解冻出来。被害人郑某信以为真,被刘某某以运作皇家资金购买玉白菜为由骗取222万元。参见郭莉:《诈骗罪客观构成要件中的“事实”》,《北方法学》2018年第4期,第93页。

[6] 肯定的意见,参见车浩:《从华南虎照案看诈骗罪中的受害者责任》,《法学》2008年第9期,第58页;黎宏、刘军强:《被害人怀疑对诈骗罪认定影响研究》,《中国刑事法杂志》2015年第6期,第61页以下;反对观点参见王骏:《论被害人的自陷风险》,《中国法学》2014年第5期,第177-178页。

[7] 参见王肃之:《被害人教义学核心原则的发展》,《政治与法律》2017年第10期,第27页以下。

案件。

[余某某诈骗案]被告人余某某通过网上聊天结识了杨某、魏某后,便以假的姓名、住址、身份和婚姻状况等虚构的情况相告,并以谈恋爱、结婚等为由先后与二人交往,骗取对方的感情和信任。而后被告人亲自到被害人住地约会,用花言巧语进一步迷惑对方,继而虚构银行卡丢失、车祸、妻子死亡等虚假事实,多次向被害人“借款”后中断了与被害人的联系,以达到长期非法占有被害人财物的目的。<sup>[8]</sup>

该案审理中,辩方提出被害人也有一定过错,因而被告人应当从轻处罚。但法院认为,诈骗案件中被害人的过错不能作为对被告人从轻处罚的酌定情节。

就“被害人过错”而言,我国《刑法》并未使用“过错”一词,法学界对于“过错”的认识主要借助了民法中的侵权责任法。依照《民法典》第 1165 条,“行为人因过错侵害他人民事权益造成损害的,应当承担侵权责任。依照法律规定推定行为人有过错,其不能证明自己没有过错的,应当承担侵权责任”。该条由《侵权责任法》第 6 条修订而来,其中“过错”的形态表现为故意和过失两种情形。<sup>[9]</sup>有鉴于此,在刑法中讨论“被害人过错”时,也可以将被害人的主观形态区分为故意和过失两种情形。而《民法典》第 1174 条载明,“损害是因受害人故意造成的,行为人不承担责任”。换言之,被害人在对财产损失危险有明确认识的情况下,仍然转移财产,应当成立被害人同意,进而不认定为诈骗罪。但若被害人只是具有过失,又应当如何处理呢?最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第 2 条指出,“侵权人因故意或者重大过失致人损害,受害人只有一般过失的,不减轻赔偿义务人的赔偿责任”。可见,在人身损害的侵权案件中,受害人的过失无法免除侵权者的赔偿责任。那么,在刑法中,可否通过主张被害人疏于自我保护,而豁免被告人的刑事责任呢?显然,如果作出肯定的回答,则有助于限缩诈骗罪的处罚范围,同时,将相关案件作民事赔偿处理,也可以节约国家刑罚资源,此即所谓“被害人释义学”的主张。然而,仅凭借受害人过失即免除诈骗者刑事责任,看似符合刑罚经济原则,实际上却显得有失公平。有鉴于此,有必要考察“被害人释义学”之源头——德国刑法——关于此问题的讨论。

### (一)德国法中“被害人释义学”及相关批评

“被害人释义学”的观点受到德国学者许迺曼(Bernd Schünemann)的影响。在 20 世纪 70 年代的德国,许迺曼教授和阿梅隆(Knut Amelung)教授是最先探讨“被害人释义学”的学者。许迺曼教授指出,应当“将被害人……不应该也不必要受到保护的行为方式,在构成要件所允许的解釋范围内,排除于可罚性范围之外”;做如此的排除乃是立足于刑法的补充性原则,而“补充性原则……植根于社会契约论,人民只想在保护彼此自由的必要限度内放弃自由……刑法最后手段的特征,建立在两个独立的支柱上面,也就是和最后手

[8] 参见陈兴良、张军、胡云腾主编:《人民法院刑事指导案例裁判要旨通纂》,北京大学出版社 2018 年版,第 1184-1185 页。

[9] 参见王全弟主编:《债法》,复旦大学出版社 2010 年版,第 442-444 页。

段相对的,是较温和的国家保护手段,以及法益持有人可能的和可被期待的自我保护”。在诈骗罪上,“根据我的看法,从被害人学准则(的视角出发),这必须要看被害人是不是在有具体怀疑的情况下,而眼睁睁地进行投机交易,这样他的投机期待就不应受保护,也不需受保护……因为个人的怀疑……意指:个人不是因错误的理解,而是有意识地在不确定的情况下去做决定”。<sup>[10]</sup>

主张“被害人释义学”的论者还援引德国刑法学者瑙克(Wolfgang Naucke)的观点<sup>[11]</sup>作为支撑。瑙克认为,“无论如何,刑法不得鼓励愚笨和疏离生活,不该贬低个人可能的主动性,……在智力缺陷可以消除的情况下,刑法应该明确,缺乏智力上的训练缺乏到哪种程度就不应(通过赋予刑法保护的方式)给予容忍。……人们必须将容易发现的欺骗和容易避免的认识错误从可罚性前提条件中排除出去。……这种愿望最好通过对诈骗罪中欺骗和认识错误之间的因果关联加以衡量来实现”。<sup>[12]</sup>瑙克在这里所主张的,不是在欺骗行为本身上考虑被害人的共同责任,而是在欺骗行为和认识错误的“相当因果关联”上加以个案性的考察。“只有被害人一方难以识破的欺骗是可罚的,但是,需要依照客观的标准来衡量被害人,这个客观的标准,便是‘人们’本来能够和必须怎样做。”<sup>[13]</sup>申言之,以具体个案中的理想人格作为评判的客观标准,如果被害人过于不谨慎,以至于按照该标准显得愚笨,就排除相当的因果关联;如果他的不小心并不显得愚笨,则应肯定相当的因果关联,进而可能使得行为人入罪。这其实已经不是诈骗罪中特有的、通过考虑“被害人过错”来排除欺骗行为之认定的狭义“被害人释义学”了,而是也能常见于其他犯罪中的、凭借否定相当因果关系以出罪的方案。

不同于瑙克的“相当因果关联说”,德国埃尔默(Manfred Ellmer)博士主张对诈骗不法加以限缩的观点更接近“被害人释义学”。他认为,财产在法益序列中属于较低级别的法益,因此,如果要将涉及损害财产的日常事件除罪化,就要对诈骗行为不法的成立提出更为苛刻的要求,即诈骗不法应限制在那些具有特定危险性程度的举止之上。<sup>[14]</sup>具体而言,“作为行为人角度的‘说谎’概念,是和作为被害人角度的‘值得保护的信赖’这一概念互相对应的。这两个互补的概念,组成了第 263 条<sup>[15]</sup>的行为不法。仅当被害人相信了被告人言辞的真实性,且这种信任值得保护的时候,该说谎才成为第 263 条的欺骗”。<sup>[16]</sup>而在认定信任是否值得保护这一问题上起关键作用的,是被害人一方可否主张其有“正当信赖”。只有信赖者没有违背其注意和控制的职责,亦即其“疏忽”未达到刑法上“轻

[10] 参见[德]许迺曼:《刑事不法之体系:以法益概念与被害者学作为总则体系与分则体系间的桥梁》,王玉全、钟豪峰、张姿倩译,载许玉秀、陈志辉合编《不移不惑献身法与正义:许迺曼教授刑事法论文选辑》,我国台湾地区新学林出版股份有限公司 2006 年版,第 207-208、210-211、221-222 页。

[11] 参见申柳华著:《德国刑法被害人信条学研究》,中国人民公安大学出版社 2011 年版,第 426 页。

[12] Naucke, Der Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Irrtum beim Betrug, in: Baumann/Tiedemann (Hrsg.), Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, 1974, S. 109, 117 f.

[13] Naucke, Der Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Irrtum beim Betrug, in: Baumann/Tiedemann (Hrsg.), Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, 1974, S. 109, 119.

[14] Vgl. Ellmer, Betrug und Opfermitverantwortung, 1986, S. 273.

[15] 《德国刑法典》(Deutsches Strafgesetzbuch)中的诈骗罪条款。

[16] Ellmer, Betrug und Opfermitverantwortung, 1986, S. 273.



率”的程度,才可以主张其有“正当信赖”。<sup>[17]</sup>

然而,德国刑法学中的“被害人释义学”,既不符合立法者的可能意思,也没有为判例所接受。首先,德国诈骗罪条款之原型是1851年《普鲁士刑法典》(*Preussisches Strafgesetzbuch*)第241条。参与过该立法的戈尔特达默(Theodor Goldammer)针对被害人的注意能力指出:“需要考察的问题是,法律是否对认知能力或者被骗者的注意力做了特定考虑?换言之,如果有正常的注意力就可以不出错,或者依照被骗者个人的注意能力,倘若略微谨慎一点也能够避免错误,是否也成立诈骗?立法者对此是否做出了相应考虑,答案是否定的。……只要证实认识错误的原因乃是欺骗性的行为,就已经足够,即使这个认识错误可能是个容易避免的错误也无妨。”<sup>[18]</sup>可见,即便被骗者不太谨慎因而陷入了骗局,处分了财产,但只要其他条件具足,被骗者的这个过失或者过错,并不会妨碍被告人成立诈骗罪。其次,“被害人释义学”也未得到德国判例的认可。1986年,德国联邦法院刑三庭曾指出:“如果被骗者当时是想得到有效的药品,那么,在(欺骗行为)引发错误这个问题上,轻信同样也没有起到任何……作用。”<sup>[19]</sup>2003年,德国联邦法院再次指出:“受‘被害人释义学’启发,有人提出,没必要对陷入怀疑的被害人施加保护,从而可以限制诈骗构成要件的适用,但是,这种方案在《刑法典》第263条的文字表述中找不到任何根据。该条(诈骗罪条款)保护财产以免于受到欺骗方式的侵害,而(这种方案)在取消该种刑法保护上,也不适当地走得太远了。”<sup>[20]</sup>

除了立法和判例,在刑法学理上,知名学者罗克辛(Claus Roxin)也对“被害人释义学”持审慎的怀疑态度,他认为“被害人释义学”的观点当然是有其功劳的,它使得“需保护性”成为解释学上目的性地限缩不法的理由,像一眼就能看穿的伪造假币由于其缺乏危险性而不能危及货币流通的安全;明知危险还有意置身于其中者,对应的行为人并不成立侵犯;而有责任地引起他人攻击者,其防卫权也需要受到限制。这些都是可基于被害人的共同答责而免除行为人刑罚的例子。在不免除刑罚的情形下,被害人的共同答责也经常能减轻量刑,交通事故中的被害人过失即是。<sup>[21]</sup>但是,“被害人释义学”之提倡弊大于利,理由在于:立法者在确定当事人行为是否可罚时,并不以可否期待被害人采取自我保护措施为其出发点。将特别轻率的被害人排除出刑法保护的范畴,是修改了法律,而不是在解释法律。立法者从未表态说,愚笨的轻信者不受刑法保护。当被害人误认为对方声称事项可能为真,并因此处分了财产之时,即便他的怀疑有些明显,也不能排除认识错误的认定。此外,刑法作为“最后手段”,是指在国家有更温和的手段以解决社会冲突时不适用刑罚,但不代表只要公民能自我保护,就该放弃刑罚权。国家投用刑罚资源的初衷即是为了使公民免于自我保护。如果要按照“被害人释义学”所声称的来做,那么,就将使得猜疑、不信任和保安思想成为受提倡的社会生活准则,从而限缩了法忠诚的公民自由。

[17] Vgl. Ellmer, Betrug und Opfermitverantwortung, 1986, S. 278, 284.

[18] Goldammer, Die Materialien zum Strafgesetzbuche für die Preussischen Staaten, Teil II, 1852, S. 544 f.

[19] BGHSt 34, 199, 201 f.

[20] BGH, NStZ 2003, 313, 314.

[21] Vgl. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl. 2006, § 14 Rn. 22 ff.

即便在可期待受害人自保之场合,期待犯罪人放弃侵犯或许更为合理,毕竟法律应当站在受害人而非犯罪者一边。<sup>[22]</sup> 其他多数学者则直接对“被害人释义学”提出了批评,诸如有论者指出,“诈骗禁令不仅保护理性权衡的人免于遭受欺骗,也保护对相关的特定事实具有主张(权利)的任何人免于陷入错误的认识,不管他处于怎么样的精神状态”。<sup>[23]</sup> 如果通过“被害人释义学”以剥夺略有疏失的被害人享有刑事保护,那将“使一个原本开放的、充满基本信任的社会,变成一个被相互猜忌心理所充斥的社会。在这里,每个人都不得不对别人处处留神、时刻提防”。<sup>[24]</sup>

## (二)我国学界对“被害人释义学”的质疑

尽管“被害人释义学”在国际上尚属新生事物,似乎应当予以鼓励,但是,在笔者看来,前述批判与质疑才是合理的。诈骗罪的条款应该得到普遍的贯彻,只要被告人实施了诈骗行为,因而使被害人陷入认识错误并造成了财产损失,就应该依法处理,而不应当计较被害人思虑是否周全。在刑事案件中,法院是评定被告人是否遵守刑法规范的司法机关。法治教育的重点应该是要求行为人遵守刑法规范,而非要求被害人去诉诸私力救济以自保。那种主张首先考虑被害人有无轻率以判断“正当信赖”,然后再考虑被告人是否成立“欺骗”的观点,不仅违反了案件发生时先有被告人的欺骗行为,后有被害人理解正误这一问题的时间顺序,而且也不符合“被告人欺骗行为→被骗者的认识错误→财产损失”这一司法审查顺序。结合“冒充孙中山先生案”来看,在案发当时的社会背景下,一般民众参与社会融资并不算新鲜事,虽然绝大多数人不会真的相信孙中山先生 130 多岁,但这并不妨碍人们抱着投机心理参与融资,这其实是相信被告人的融资活动及其收益。被告人没有真实的产业和投资,使得其集资具有非法牟利的目的,此时成立诈骗类犯罪并非不可能。

从总体上看,我国学者对“被害人释义学”提出质疑的观点可以归纳为以下几个方面。第一,根据受骗者的情况来判断欺骗的程度,会导致作为构成要件要素的“欺骗行为”丧失统一标准,从而使诈骗罪的构成要件丧失定型性,不利于维护罪刑法定原则。虚假表示行为在具体的事态下足以使人陷入或者维持处分财产的认识错误时,便达到了诈骗罪中的欺骗程度。正如前田雅英教授所言,“能否称为欺骗行为,应客观地判断,不受被害人特别容易受欺骗等因素左右。对方实际上是否受骗则作为错误问题来处理”。<sup>[25]</sup> 第二,“被害人释义学”是国家怠政的体现,有悖刑法公正观念。国家垄断刑罚权即旨在免除国民自我保护的义务,而“被害人释义学”却否认这种义务豁免。其基本逻辑是:当你有能力自我保护时,国家就不保护你。这意味着行为人与被害人都是基于过错而致损害结果时,仅仅谴责被害人一方。这显然是颠倒是非。第三,“被害人释义学”有可能

[22] Vgl. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl. 2006, § 14 Rn. 19 ff.

[23] Kindhäuser, Betrug als vertypete mittelbare Täterschaft, in: Schulz/Vornbaum (Hrsg.), Festschrift für Günter Bemann zum 70. Geburtstag, 1997, S. 339, 358; Kindhäuser, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 5. Aufl. 2013, § 263 Rn. 37; Küper, Strafrecht Besonderer Teil, 7. Aufl. 2008, S. 289.

[24] [德]希伦坎普:《被害人教义学今何在?》,陈璇译,《比较法研究》2018年第5期,第196页。

[25] 张明楷著:《诈骗罪与金融诈骗罪研究》,清华大学出版社2006年版,第85页。

演变成鼓励犯罪的理论。根据该理论,犯罪人只要发现被害人对法益有自我保护方面的懈怠就可以为所欲为。因为既然被害人本人可以更好地保护法益,那么法律就无需对其进行保护。据此,当被害人忘记为财物上锁或女性醉卧街头时,犯罪人都可以肆无忌惮地加以侵犯。第四,“被害人释义学”与我国立法者和司法者所持的立场不符。在司法实践中,被害人本来能够保护法益但刑法仍给予保护是常见现象,如被害人因忘记关家门而被盗,或因轻信来历不明的短信、电话而被诈骗,并不影响刑法对相关犯罪的处罚。在立法上,刑法甚至会预先考虑权利人对法益危险的懈怠,在罪名设置上加强对法益的保护,如处罚侵占他人遗忘物的行为就是保护那些容易遗忘财物的人。若承认“被害人释义学”,则刑法中的很多罪名都没有设立的必要。<sup>[26]</sup> 第五,“被害人释义学”以被害人自我保护可能性作为可罚性的基础。行为人面对谨慎的甲与轻率的乙,甲在对诈术产生怀疑后检验了行为人的说法,但仍未识破,在半信半疑情况下处分了财产;而乙在对诈骗产生怀疑后,有办法验证但就是不去验证,也是在半信半疑情况下处分了财产。按照“被害人释义学”的观点,甲仍然值得刑法保护,因此行为人成立诈骗既遂;对乙则只能成立诈骗未遂。但是,甲乙是怎样的人并不应该影响行为人相同行为的评价意义,如果刑法有时候回应,有时候不回应,规范效力就将处于一种极不稳定的状态。第六,“被害人释义学”仅以诈骗罪这类以加害人与被害人互动作为前提的“关系犯”为论证场域是存在问题的,因为自我保护可能性并非仅在“关系犯”中才会发生。例如,打算非法入侵住宅的行为人谎称是煤气公司的检修人员,以检查煤气为由要求屋主开门,此时,按照合理期待,屋主应查验其身份后再开门。非法侵入住宅罪本身并非“关系犯”,但此时也涉及认识风险与回避风险进行自我保护的问题。“被害人释义学”仅将“关系犯”作为论证场域而未将涉及被害人配合的“干预犯”(如故意杀人罪)也纳入讨论范围,缺乏说服力。<sup>[27]</sup>

以上质疑大体可以概括为“使刑法的规范效力陷于不稳定的状态”和“有悖于我国立法者和司法者的立场”两个方面,显然,这主要是从刑事政策角度的批评。在刑法释义学上值得进一步探讨的是,被害人具有过失之时,诈术施用者的行为究竟是否可定性为诈骗?

### 三 诈骗行为之互动关系与信息支配

在本文看来,“被害人释义学”之所以在被害人有过失的时候出现误判,除刑事政策的原因外,更是由于论者对诈骗罪的学理结构(尤其是其中被告人和被害人之间的互动关系)缺乏深刻认知。

#### (一) 诈骗罪具有“类型化的间接正犯”之结构

在刑法理论上,间接正犯是指利用他人、以他人充当“行为媒介”或“犯罪工具”进而实现犯罪的情况。实际执行者的行为由于欠缺客观或主观上的某种条件不具有完整的犯

[26] 第二、第三及第四种观点,参见庄劲:《被害人危险接受理论之反思》,《法商研究》2017年第2期,第58页。

[27] 第五和第六种观点,参见王骏:《论被害人的自陷风险》,《中国法学》2014年第5期,第163-164页。



罪性,幕后操纵者则利用了这种“欠缺”以实施行为,进而在满足其他条件时,应当承担完整的刑事责任。<sup>[28]</sup> 与之类似,在诈骗罪中,行为人并非违反被害人的意思进而侵犯被害人的权益并造成了损失,而是利用被害人自己之手造成了其财产的减少。在刑法上,基于自己之意处分利益的情形,通常依照被害人同意的法理,行为人不受刑罚处罚。但是,刑法借助诈骗罪的条款却不仅规定了财产受损的内容,而且使得被害人依照自己的意思处分财产的情形不发生阻却构成要件的效果,此时,行为人基于欺骗行为需要对被害人发生的认识错误(欠缺故意)承担责任,而正是该认识错误,使得被害人处分自己财产所发生的“自损”,可以视作诈骗行为人侵犯他人财产的“他损”,进而归属于诈骗行为人。相对于被害人,行为人处于利用错误的意识支配地位,因此,诈骗罪属于刑法分则所规定的“类型化的间接正犯”。<sup>[29]</sup> 有鉴于此,被害人过失是否影响被告人诈骗罪的成立,也可以参考被利用者存在过失时,利用者能否成立间接正犯的刑法总则理论来判断。

在有关间接正犯的理论,被利用者的过失不影响意思支配的成立。就过失本身而言,多数说(意志要素必要说)认为,过失分为“疏忽大意的过失”和“过于自信的过失”两种。在疏忽大意的情形下,有故意者成立意思支配,较容易理解。例如,甲出于放纵而试图向稻草人射击,乙尽管看见甲要射击的稻草人其实是流浪汉丙,但仍然把自己的猎枪借给他,乙便应当基于甲的疏忽大意而成立杀人罪的间接正犯。在过于自信的场合,幕后者明知结果“几乎确定要发生”或“很有可能发生”,而实际执行者(过失者)则只认为结果可能发生,并轻信可以避免。凭借这种优越认知,幕后者成立意思支配,理由是:轻率地相信不会发生恶果者,缺乏相应的抑制动机。相比之下,幕后者追求结果发生,或者至少是认真地预见到了结果的发生,而正是利用他人轻信可以避免的心态成立犯罪支配。<sup>[30]</sup> 尽管“意志因素必要说”(下称“必要说”)的理论说服力不如“意志因素不要说”(下称“不要说”),<sup>[31]</sup> 但是,无论是“必要说”,还是“不要说”,在过失不影响利用者成立意思支配的结论上并无区别。只是在“不要说”看来,“轻信可以避免”的“犯罪工具”和“疏忽大意者”的一样,均是“未确切认识”到结果发生的危险,而利用者凭借对危险的“确切认识”成立犯罪支配。

如果仅凭被利用者的过失便可否定被告人的意思支配,那将在案件处理中出现一种不合理的现象。比如以下三种情形:(1)某甲欲借某乙之手杀某丙,于是递给某乙一把枪,某乙不慎以为枪未上膛,结果如某甲所愿,某丙被杀死;(2)某甲欲借某乙之手杀某丙,于是递给某乙一把枪并谎称枪未上膛,某乙有充分理由地相信了某甲所言,没有任何疏失地开枪,某丙被杀死;(3)某甲知道某乙想杀害某丙,便递给他一把枪,某乙于是杀害了某丙。在第(2)种情形中,由于某乙没有违反注意义务,故其完全没有责任,某甲应当

[28] 参见张明楷著:《刑法学》,法律出版社 2016 年版,第 401 页;[德]金德霍伊泽尔著:《刑法总论教科书》,蔡桂生译,北京大学出版社 2015 年版,第 410 页。

[29] Vgl. Kindhäuser, Betrug als vertypete mittelbare Täterschaft, in: Schulz/Vornbaum (Hrsg.), Festschrift für Günter Bemann zum 70. Geburtstag, 1997, S. 339, 351 f.

[30] Vgl. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil II, 2003, § 25 Rn. 64 f.

[31] 参见蔡桂生著:《构成要件论》,中国人民大学出版社 2015 年版,第 246-248 页。



承担杀害某丙的全部责任;而在第(3)种情形中,由于某乙知情,某乙应当承担完整的刑事责任,某甲则根据情况承担共犯或共同正犯的责任。第(1)种情形中某乙的过失行为是介于第(2)种的不知情和第(3)种完全知情的中间形态。如果某乙的过失可以否定某甲的刑事责任,则在第(1)种中某甲不承担任何刑事责任,然而,在就某甲行为而言性质更严重的第(2)种和性质更轻缓的第(3)种中,某甲却分别承担全部或者部分的责任,由此,便出现了处罚漏洞或罪刑失衡:行为更严重和更轻缓者均有责任且需处罚,而其中间形态却毫无责任。退一步说,在第(1)种情形中,如果某甲并非有意,而是出于过失地递给某乙枪支,某甲尚需要承担过失责任,可令人疑惑的是,某甲故意递给某乙枪支的情形难道不比某甲过失的情形更严重吗?<sup>[32]</sup>有鉴于此,认为故意行事的某甲无罪难以服众。换言之,仅有被害人过失,并不足以免除故意诈骗之行为人的刑事责任。

## (二)被害人的怀疑不影响被告人诈骗的成立

在理论上,由“被害人释义学”所引发的进一步争论在于,当被害人对于被告人陈述是否真实有所怀疑时,仍然将自己的财产处分给对方,是否能排除故意诈骗者的刑事责任?例如,在“仿制手表案”中,某甲将一名牌手表的仿制品冒充真货出售,尽管顾客某乙对该手表的真伪存在怀疑,但仍然从某甲处买下了这只“优惠价”的手表。<sup>[33]</sup>欧洲大陆刑法理论多认为,单凭被害人的怀疑,无法认定其具有故意,也就不能否定其认识错误的存在。原则上,只要被害人认为行为人表达的“事实”可能是真实的,并因此处分了财产,就应当认定行为人引起了被害人的认识错误。特别是在被害人认为相应表达为真的可能性大于其为假的可能性时,尤其如此。<sup>[34]</sup>英美刑法中同样有观点指出,“假如受害人对于被告人的误导有一点相信,他开始对真相进行调查,但没有发现他的欺骗行为,他仍然是基于信赖这个误导而交出自己的财物,符合诈骗罪的目的”。<sup>[35]</sup>可见,“怀疑”或“半信半疑”都不影响被害人认识错误和被告人诈骗行为的认定,在某种程度上已经成为学理上的共识。

但是,我国学界面相对相同情形的案件却产生了不同意见,比如针对“周某龙假虎照案”就引起了激烈讨论。<sup>[36]</sup>

[周某龙假虎照案]被告人周某龙担任陕西镇坪华南虎调查队向导,了解到如果发现大型猫科动物踪迹会得到奖励。2007年9月,周某龙用模型拍摄华南虎照片,并告知林业局称其拍到了活体华南虎。10月,周某龙向省、县林业部门陈述了自己的拍照经过,并让后者看了照片。省林业厅奖励周某龙现金2万元。之后,周某龙所拍虎照被疑有假,引起广泛争议。

就此案有观点指出,“如果能够证明受骗者已经对照片真假产生怀疑,但是最终还是

[32] Vgl. Kindhäuser, Betrug als vertypete mittelbare Täterschaft, in: Schulz/Vornbaum (Hrsg.), Festschrift für Günter Bemann zum 70. Geburtstag, 1997, S. 339, 343 f.

[33] Vgl. Kindhäuser, Strafrecht Besonderer Teil II, 5. Aufl. 2008, § 27 Rn. 31.

[34] 参见王钢著:《德国判例刑法·分则》,北京大学出版社2016年版,第202页。

[35] 郭自力著:《英美刑法》,北京大学出版社2018年版,第436页。

[36] 参见陕西省安康市中级人民法院(2008)安中刑终字第91号刑事判决书。

舍弃本可以充分使用的自我保护手段,而基于投机心理贸然投身风险,从而遭受财产损失,国家就没有必要再大费周折对其保护了。这种投机的心理不宜再被看作是‘陷入错误’。诈骗者的行为与结果之间因为客观归责的流程中断而只能成立诈骗未遂”。<sup>[37]</sup> 该观点将被害人产生怀疑却舍弃自我保护的情形判定为诈骗者诈骗未遂,值得商榷。首先,如果被害人出现了怀疑,就能够排除认识错误,会导致过度架空诈骗罪条款的效果。因为在诈骗案中,被害人产生怀疑的情形是极为常见的。其次,“怀疑”的语言含义,一般指的是“疑惑”“不很相信”<sup>[38]</sup> 这种较低度的不信任。在讲究罪刑法定的刑法学中,不轻易改动刑法概念的含义是重要准则。“怀疑”与“确信(完全错误)”之间,只有量差,没有质差。将“怀疑”这种“错误留存”的心态解释为“没有错误”,已经突破了公民的预测可能性这一底线。<sup>[39]</sup> 在“周某龙假虎照案”中,从相关工作人员要求周某龙汇报,以及要求将照片上报鉴定的做法之中,<sup>[40]</sup> 也可看到当事方不能说完全没有怀疑,只是这种怀疑是不足以认定为故意的,因为没有鉴定,所以无法确知真假。如果只要当事方略有点“怀疑”,就认定其“揣着明白装糊涂”,从而认定其需要自我答责,则具有过高要求当事方智力和低估社会现实复杂性的嫌疑,这会使得诈骗罪条款效力被架空。而该案二审判决的结果也肯定了被告人构成诈骗罪。

### (三) 认知到财产损失依然转移财产成立被害人同意

我国主张“具体怀疑论”的观点与许迺曼教授的论点如出一辙。许氏原文是:“从被害人学准则……必须要看被害人是不是在有具体怀疑的情况下,而眼睁睁地进行投机交易,这样他的投机期待就不应受保护,也不需要保护。”<sup>[41]</sup> 我国学者认为,当被害人针对被告人陈述信息的真实性体现为投机心态的“具体怀疑”之时,便可以认定法益主体是在放弃法益,进而否认被害人陷入认识错误,从而排除了被告人诈骗罪的成立。<sup>[42]</sup> “具体怀疑论”的主张者甚至根据社会交往的不同领域,将诈骗发生领域划分为无需具有谨慎注意义务的一般生活领域和应当具有谨慎注意义务的市场、投资、投机和违法领域,对前者实施无差别的严格保护,对后者适用被害人自我答责,从而限缩诈骗罪的处罚范围。<sup>[43]</sup>

然而,本文认为前述论点并不具有新颖之处。该观点实际上未能认识到“怀疑”发展到一定程度也会发生质变,进而不适宜再被称作“怀疑”。只有当事方知悉了与案情相左的资料或证据,产生很大的怀疑,以致可以确知情况不再真实时,才可以认定当事方所产生的相反认识已经达到了可以认定为故意的程度,此时他再接受这种显然之风险,给予对

[37] 车浩:《从华南虎照案看诈骗罪中的受害者责任》,《法学》2008年第9期,第58页。

[38] 参见中国社会科学院语言研究所编:《现代汉语词典》,商务印书馆2016年版,第566页。

[39] 参见王骏:《论被害人的自陷风险》,《中国法学》2014年第5期,第178页。

[40] 参见陕西省安康市中级人民法院(2008)安中刑终字第91号刑事判决书。

[41] [德]许迺曼:《刑事不法之体系:以法益概念与被害人学作为总则体系与分则体系间的桥梁》,王玉全、钟豪峰、张姿倩译,载许玉秀、陈志辉合编《不移不惑献身法与正义:许迺曼教授刑事法论文选辑》,我国台湾地区新学林出版股份有限公司2006年版,第221-222页。

[42] 参见猴泽昆:《诈骗罪中被害人的怀疑与错误——基于被害人解释学的研究》,《清华法学》2009年第5期,第113页以下、第120页。

[43] 参见黎宏、刘军强:《被害人怀疑对诈骗罪认定影响研究》,《中国刑事法杂志》2015年第6期,第64页以下。

方财物,才需要自我答责。<sup>[44]</sup> 此时之“怀疑”亦不再是低度的不信任,不再配称为“怀疑”而具有了更多“明知”的意味。在社会经济生活的不同场合,当然风险各异,具体划分出有无谨慎义务的领域,也只是不同领域认定“信任”的标准存在区别所致,并不代表在社会经济交往中通过理性的“认识程度”来界分“怀疑”和“故意”的做法存在失当之处。在刑法释义学中,随意改动法律概念的词义,当属于严重的失误。“怀疑”只能是“怀疑”,不能滥用形容词,使其借助所谓的“具体怀疑”而变异为“故意”。正如许迺曼教授将“怀疑”直接定义为“个人不是因错误的理解,而是有意识地在不确定的情况下去做决定”或者“眼睁睁地进行投机交易”<sup>[45]</sup>所表明的那样,除非改动“怀疑”之文义,不然就没有所谓“被害人释义学”的应用空间。

就怀疑产生质变的“程度”而言,国际上有观点指出,只要被害人认为对方陈述可能真实,即足以判定被害人发生了认识错误。<sup>[46]</sup> 换言之,只要被害人认为对方的陈述有可能是真的,就不能认定被害人有故意。依照这种观点,在被害人需要达到的认识“程度”问题上,并不需要被害人认识到对方陈述的虚假可能性大于50%,才可成立故意,而是只需其对对方陈述的真实性产生了强烈怀疑,以至于从理性上讲,他必须放弃将财物处分给对方,便可认定故意。<sup>[47]</sup> 反之,在被害人产生怀疑的情况下,如果他对财产的处分仍然处于按照当时当地情况合乎情理的范围,则不成立故意。我国最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家工商行政管理局《关于依法查处盗窃、抢劫机动车案件的规定》就“特殊条件下的故意”指出:“本规定所称的‘明知’,是指知道或者应当知道。有下列情形之一的,可视为应当知道,但有证据证明属被蒙骗的除外:(一)在非法的机动车交易场所和销售单位购买的;(二)机动车证件手续不全或者明显违反规定的;(三)机动车发动机号或者车架号有更改痕迹,没有合法证明的;(四)以明显低于市场价格购买机动车的。”可见,被害人已经认识到被告人行为的欺骗性,而仍然交付财物,故应当适用被害人同意的法理。同时,由于被害人缺乏据以使被告人成立意思支配的认识错误,被告人难以成立诈骗罪。比如,在“假装残疾案”中,<sup>[48]</sup> 如果不考虑具体数额,即应认定被害人同意或者缺乏“认识错误”。但是,如果被告人未能认识到被害人的同意,那么,在被告人的行为仍然属于陈述虚假信息时,可以成立未遂犯。

[44] Vgl. Kindhäuser, Betrug als vertypete mittelbare Täterschaft, in: Schulz/Vornbaum (Hrsg.), Festschrift für Günter Bemann zum 70. Geburtstag, 1997, S. 339, 358; Rengier, Problematik der objektiven Zurechnung im Besonderen Teil, in: Schünemann u. a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, 2001, S. 811, 822; Harbort, Die Bedeutung der objektiven Zurechnung beim Betrug, 2010, S. 85 ff., 192.

[45] [德]许迺曼:《刑事不法之体系:以法益概念与被害者学作为总则体系与分则体系间的桥梁》,王玉全、钟豪峰、张姿倩译,载许玉秀、陈志辉合编《不移不惑献身法与正义:许迺曼教授刑事法论文选辑》,我国台湾地区新学林出版股份有限公司2006年版,第222页。

[46] Vgl. BGHSt 34, 199, 201 f.

[47] Vgl. Rengier, Problematik der objektiven Zurechnung im Besonderen Teil, in: Schünemann u. a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, 2001, S. 811, 822 f.; Kindhäuser, in: Nomos Kommentar-Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2013, § 263 Rn. 178.

[48] 健康青年某甲假装残疾在闹市乞讨。行人某乙经过天桥时,一眼就看出甲是假装残疾乞讨,但是为了摆脱某甲的纠缠,丢下五十元后匆匆离去。参见黎宏、刘军强:《被害人怀疑对诈骗罪认定影响研究》,《中国刑事法杂志》2015年第6期,第60页。



#### (四) 以危险认识和危险操纵作为成立意思支配的根据

依照学理通例,足以认定正犯的犯罪支配分为三种:以行为支配为其内容的直接正犯、以意思支配为其内容的间接正犯和以功能支配为其内容的共同正犯。<sup>[49]</sup> 我国学者针对以“正犯支配”(意思支配)作为诈骗罪的认定标准提出了不同意见,认为支配犯罪事实的是正犯,没有支配犯罪事实的是共犯,正犯才是需要对犯罪结果负责的人。这完全是在循环论证,即正犯是要负责的人,要负责的人才是正犯;“自我决定权”对被害人及行为人的意义完全被忽略了。<sup>[50]</sup> 这种批评性的观点诉诸“自我决定权”作为其论证理由,实际上是忽视了“自我决定权”也应当建立于“危险认识”这一前提之上。一旦当事人确切地认识到规范效力落空的可能,<sup>[51]</sup> 即应采取措施避免规范所反对的结果,否则,便应认定行为人为人侵害了法益或者被害人“同意”法益侵害。缺乏对于规范效力落空可能性或者法益受损危险的认识,就无法认为当事人的决策是“自我决定”的表现。就促使他人自杀或自伤的场合而言,有观点明确指出,在该种情形下,“局外人比直接执行者更好地预见到了结果出现的危险”。比如,如果甲提供海洛因给乙,而乙自己注射海洛因后死亡,那么,乙对于可能出现的死亡仅具有过失,而甲基于更优越的风险认知,成立故意杀人的间接正犯;除非乙也具有足以成立间接故意的危险认识,才能否定甲的意思支配,一旦乙对于危险拥有较之于甲更多的认知,乙就足以成立犯罪支配。<sup>[52]</sup>

以危险认识为前提的意思支配,同时意味着规范效力的贯彻过程受到了行为人的单方面操纵。结合诈骗案件而言,则是该操纵使得财产处于濒临损失的状态。在被告人与被害人意思互动过程中,“被告人为了引诱受害人交出他的金钱和财物,可能会提出好几种说辞和借口,其中一些是真的,但有些说辞是假的。这些说辞都进入了被害人的脑海中,致使被害人受到误导,从而交出自己的钱或物。假如这其中有一个谎言起了‘控制性’的作用,诱导他人交出自己的财物,或者对骗取财物作出了实质上的贡献,尽管这个谎言不是唯一的诱因,由于受害人已经相信这种诱导,就符合诈骗罪的信赖要件”。<sup>[53]</sup> 行为人针对双方的意思互动过程拥有支配或控制地位,不仅代表着行为人在分工上成立诈骗罪(正犯),而且意味着在作用上其属于主犯。意思支配的结构可以容易地说明,针对年幼以及精神耗弱等欠缺责任能力者发布欺骗性信息致其财产损失的情形,原则上应成立诈骗罪。

在诈骗罪的意思支配结构中,若说被害人的举止对于判断和认定被告人的诈骗行为具有意义的话,那也只能将这种举止限制在被告人的“危险认识”中。换言之,限制在其了解范围内和事前估计之中。被告人在欺骗被害人时,只要他事先略有准备,自然也会根据其被害人的了解和判断,根据不同被害人的不同信息储备,因人而异地采取他认为可能“有效”的不同犯罪手段和信息表述(即进行“危险操纵”)。在被告人针对被害人进行

[49] Vgl. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil II, 2003, § 25 Rn. 38 ff.

[50] 参见王骏:《论被害人的自陷风险》,《中国法学》2014年第5期,第166-171、177页。

[51] 在结果犯中,规范效力落空的可能即为法益损害的危险。在诈骗案件中为财产受损的危险。

[52] Vgl. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil II, 2003, § 25 Rn. 75.

[53] 郭自力著:《英美刑法》,北京大学出版社2018年版,第436页。



了解和判断的过程中,被告人会对被害人将来的可能举止和反应进行“预估”(其内含于“危险认识”之中)。这种“预估”的被害人举止,会影响到被告人究竟要采取什么样的诈术(即“危险操纵”)。这样,在被告人所采取的诈术(欺骗行为)之中,我们也就可以发现他所“预估”的被害人举止。这种“预估”的举止,借助被告人这一“中介”,也间接地成为刑法关注的对象。但是,被告人眼中的被害人“可能”举止,属于被告人进行诈骗之时尚未发生的事情,自然不同于被害人在被告人采取了诈骗行为之后的真实反应。它只能算是被害人真实反应在被告人脑海中的“预演”。因此,在诈骗行为的认定上,不取决于被害人事后采取了哪一种举止,而只能受制于被告人事先所“预估”的被害人“可能”举止。以被害人的这种可能举止为内容的“被害人释义学”,不同于通常所讨论的、以被害人(事后的)真实举止为内容的那种狭义“被害人释义学”。以被害人的这种可能举止为内容的“被害人释义学”,充其量只可以称为受制于被告人行为的“有限的被害人释义学”,而这是无法作为一个独立的出罪范畴来推广适用的。

#### (五) 诈骗罪中的意思支配应针对财产转移中的交往沟通过程

任何形式的诈骗罪,即如“虚构事实、隐瞒真相”所言,皆以侵害被骗方要求真相的权利为其行为不法的内容。<sup>[54]</sup> 在欧洲中世纪刑法中,诈骗罪即与伪造罪混杂在一起,不作区分。<sup>[55]</sup> 在当代诈骗罪中,诈骗罪仍属于典型的沟通交往型犯罪,因此,违反保持信息真实性的义务必须体现在意思支配之中,只有这样,才意味着被告人凭借信息上的伪造对交往沟通过程施加了操纵,并促成被害人对事实的错误认识。因此,诈骗罪中所特有的意思支配是一种信息支配。信息支配是诈骗罪的本质特征。信息支配以信息伪造为前提,信息伪造并非欺骗成功造成认识错误后的结论,欺骗行为本身即意味着信息的伪造,没有信息的伪造就没有欺骗行为。事实上的支配意味着规范上的负责。信息支配者原则上必须为使用或不使用该信息所造成的结果承担责任。<sup>[56]</sup>

然而,到18世纪末的法国革命后,经济自由之重要性超越真相权利之保护,人们才将财产而非信息真实性升格为诈骗罪的主要法益,诈骗犯罪正式成为财产犯罪。<sup>[57]</sup> 对于“理性的经济人”的强调,使得并非随便某一信息优势就足以成立诈骗意义的信息支配,而只有针对现代社会中理性的财产转移条件所实施的信息支配,才能构成诈骗罪中的信息支配,而这时被害人则在财产转移上失去了对于意思互动过程的支配。像顾客某甲误以为魅力十足的女销售员某乙将在花瓶交易后与之同去用餐,因此买下了昂贵花瓶的案

[54] Vgl. Kindhäuser, in: Nomos Kommentar-Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2013, § 263 Rn. 146.

[55] Vgl. Mittelalterliches Kriminalmuseum, Justiz in alter Zeit, 1984, S. 304.

[56] Vgl. Kasiske, Die konkludente Täuschung bei § 263 StGB, GA 2009, S. 360, 367. 我国学界对诈骗罪中信息支配似乎有误解。有观点指出,“诈骗罪中,当双方信任关系升高时,存在认知优势的欺诈人处于特定的保证人地位,他有义务避免因自己行为而给被害人财产造成损害的危险。但欺诈人却利用自己认知上的优势,积极控制和支配了这种危险,从而造成了被害人财产的损害”。(赵书鸿:《意思说明与说明义务违反:论诈骗罪中的欺诈行为》,载刘志伟、王秀梅主编《时代变迁与刑法发展》,法律出版社2015年版,第615页)该种表述忽略了对沟通交往过程(及其中的被害人理解)的信息操纵。倘使诈骗行为缺乏针对沟通交往过程的操纵,又如何使之有别于背信类犯罪(例如,《刑法》第169条之一“背信损害上市公司利益罪”和第185条之一“背信运用受托财产罪”),并使得诈骗从背信行为中区别出来呢?

[57] Vgl. Kindhäuser, Strafrecht Besonderer Teil II, 7. Aufl. 2013, § 26 Rn. 6 f.

件,便不得认为某乙在刑法意义上操纵了这笔买卖的发生。<sup>[58]</sup>民事活动中确实要求合同缔约方自己担负一定的风险,以取得缔约所需的必要信息。但是,一旦涉及能使缔约目的失败或者缔约严重不能的事实,亦即前述财产转移的条件,则不再属于民法上(缔约方自己所需担负的)必要的信息风险。信息支配意味着行为人通过信息伪造实际上掌控了信息源,进而使得被告人和被害人双方之间就财产转移条件的意思互动过程受到被告人的单方操纵。国际上曾发生如下案件。

[操纵足球比赛案]被告人某甲具有多年体育博彩经验。鉴于其高额盈利,柏林地方博彩商限制了他的购彩机会,并造成了他的巨额亏损。为了扳回损失,他以三千到五万欧元不等的价格成功收买了裁判某乙、某丙和运动员某丁等人,使他们错误裁判和消极比赛以操纵比赛结果,并基于此投注获益。<sup>[59]</sup>

审理此案的法院指出:“期待合同标的未受到合同方违反风俗的任何故意操纵,乃是每一商业往来所不可放弃的基础,故此亦属于相关法律行为之意思表示中连带表示出来的内容。”<sup>[60]</sup>此处“标的未受操纵”,即为财产转移的条件。

## 四 信息支配与具体事例

在诈骗罪的具体形式上,存在着作为形式的诈骗罪与不作为形式的诈骗罪。在作为形式的诈骗罪中,存在明示的诈骗与默示的诈骗之分。信息支配的结构,既适用于通常论及的明示诈骗,也适用于默示诈骗和不作为诈骗的事例。此外,信息支配中的“信息”必须关涉财产转移的条件。这些条件构成了财产转移的基础或者合理缘由。只有财产减少一方出现了针对财产转移条件的误认,才成立诈术施用一方的信息支配。这方面涉及广告宣传语等价值判断的事例。

### (一) 默示诈骗与信息支配

在明示的诈骗中,可以从被告人的言行或陈述本身直接得出错误信息,而在默示的诈骗中,则需要从被告人的言行或陈述中间接推导出相应的错误信息。推导的依据是经济交易惯例和社会交往常识。像某甲出卖某物,就可以推导出某甲拥有该物的所有权。如果他不拥有该物的所有权,那么,这种缺乏权限便与其出售该物的表面信息产生了矛盾。有效的出售即意味着权属上的无争议。在缺乏所有权的场合,尽管出售者拥有事实上的占有,但他仍然利用对权属保持缄默和提供不完整的信息,进而实现了必要信息的伪造。比如下列实例:

[天价大虾案]朱某在一家烧烤店用餐时,点了一份虾,点餐时菜单上标价 38 元,朱某以为是一份虾的价格,不料在结账时,店老板却按每只虾 38 元的价

[58] 同理,上文中“冒充孙中山案”中孙中山的岁数只是噱头,而非理性的财产转移的条件,被害人实际上误信的是投资的“高额回报”和所投资之公司的能力,故该案仍有成立诈骗罪的空间。

[59] Vgl. BGHSt 51, 165, 166 f.

[60] BGHSt 51, 165, 171.

格收费,经过多方协商,朱某给了烧烤店老板 4000 元的餐费后离开。烧烤店的价目单显示“海捕大虾 38 元”,旁边没有标明计价方式是按“一个”还是“一份”,但在价目单的最下方有一行小字“以上海鲜单个计价”的说明。<sup>[61]</sup>

在该案中,尽管烧烤店老板在菜单的底部作出了“以上海鲜单个计价”的说明,但这和正文的内容字体不一致,处于次要显著的位置,而实际上“单个计价”的信息却并非次要信息,它属于财产转移的决定性条件。这类信息只有处于首要显著的位置并且以不易误解的方式表达出来,才能认定店老板没有对信息进行伪造。依照经济交易惯例,若该案中的大虾论个卖,则应在“海捕大虾 38 元”右上角加一星号(※),并对应地在价目单最下方的那行小字前加一星号,以表示说明。而本案店家却未这样做。在未添加星号,也未对印刷字体和位置加以修改的情况下,店老板有义务在朱某点餐时,对“单个计价”的事实口头地予以善意提示。在缺失该提示的情况下,可以认为店老板违反了经济交往惯例和社会交往常识,从而使朱某就财产转移的条件陷入了认识错误。此时,店老板的行为属于默示的诈骗,应承担诈骗罪的刑事责任。

## (二) 不作为诈骗与信息支配

作为形式的诈骗和不作为形式诈骗之区分,在刑法理论上有着重要意义。首先,前者不限犯罪主体,任何具有刑事责任能力的被告人,只要实施了相应的欺骗行为,皆可能成立诈骗罪;而后者则只限于具有相应保证人地位的被告人,不具备刑法上的保证人地位,就缺乏排除相应危险的保证人义务,此时即便对方陷入认识错误、转移财产,行为人也不能成立不作为的诈骗罪。其次,不作为形式的犯罪在学理和判例上皆有酌定减轻处罚的可能。理论上观点指出:“由于不作为表现为当为而不为,缺乏身体的积极活动,其对法益的侵犯性不像积极的作为那样,具有有形的进攻性。不作为对法益的侵犯,表现为没有阻止危害结果的发生;而作为对法益的侵犯,则表现为积极引起危害结果的发生。两者相比较,显然,作为对法益的危害程度要大于不作为的危害……在多数情况下,不作为人对法益受到侵害,在主观上一般都抱有无所谓的消极态度,较少有仇恨社会的复仇心理;而作为犯在主观方面,往往具有敌视法益的心态,甚至积极追求危害结果的发生。所以,在主观可非难性方面,不真正不作为犯往往比作为犯更低。”<sup>[62]</sup>同时,判例上也呈现出作为轻处的趋势,例如,“宋某祥故意杀人案”中的被告人目睹妻子自缢,虽定性为故意杀人罪(不作为),但仅被判处四年有期徒刑;<sup>[63]</sup>“王某兴破坏交通设施案”中被告人实施紧急避险后不阻止交通设施损害,也只被判处三年有期徒刑,并处缓刑三年。<sup>[64]</sup>

作为犯和不作为犯存在构造上的区别,但它们均以信息支配作为其要素。与明示和默示诈骗不同,不作为诈骗无法从其言语、行为本身中直接得出或明确推导出相应的错误

[61] 参见郭莉:《诈骗罪客观构成要件中的“事实”》,《北方法学》2018年第4期,第99页。

[62] 李金明著:《不真正不作为犯研究》,中国人民公安大学出版社2008年版,第328-329页。

[63] 参见刘树德著:《刑事裁判的指导规则与案例汇纂》,法律出版社2014年版,第213页。

[64] 参见最高人民法院刑事审判庭主办:《中国刑事审判指导案例1:总则部分·危害国家安全罪·危害公共安全罪·危害国防利益罪》,法律出版社2012年版,第207页以下。

信息,只有结合其保证人的义务,才可以(间接地)“拟制”出错误信息。此时的信息支配应理解为:尽管行为人只是被动地未阻止对方产生认识错误或者未清除对方已陷入的认识错误,但正因为行为人拥有保证人地位,才使得其相对于被害人的信息优势得以产生维持被害人认识错误的后果;倘若行为人欠缺保证人地位,就无法期待被害人对行为人产生合理信赖,也就不存在行为人对于被害人的信息支配,因而无法成立不作为的诈骗。由此可见,在不作为诈骗的场合,只是出现了信息支配形式的变化,而并未涉及信息支配的存否。<sup>[65]</sup>有疑问的是如下情形。

[顺水推舟案]甲经营白丁画廊,某日,因炒作地皮一夕致富的乙至画廊参观,看上某幅标价为 3 万元的水墨摄影作品,下有“郎”字的签名。乙对艺术虽然一窍不通,但曾听说大师郎静山结合国画山水意境与西洋摄影技术,其山水摄影作品驰名中外,遂不假思索,误以为该作乃郎静山的作品,实则该作乃无名小卒郎竖子的泛泛之作而已。最后乙因误认而向甲以 3 万元购买该作。画廊主甲发现乙的错误,但却不为反对表示,默默结账。<sup>[66]</sup>

在该案中,甲和乙之间不存在合同以及职业上信赖关系,甲也没有创设危险的先行行为,故除非承认诚实信用原则可以作为保证人地位的来源,不然就无法成立不作为的诈骗。但是,诚实信用的义务属于民事活动的义务,诉诸刑法外的义务以成立刑法上的说明义务,会造成诈骗的认定依赖于其他部门法,从而背离罪刑法定所要求的构成要件明确性原则。只有借助对合同缔约目的(即财产转移之条件)的解释,才能认定不作为的诈骗。换言之,只有乙认真地询问甲,该作品的作者是谁,是否为郎静山作品,才可以认为甲对合同标的物来源具有如实说明的保证人义务,进而认定其存在信息支配。

### (三) 价值判断与信息支配

在当事人的言行或所陈述信息中,只有出现了对“事实”的篡改,才可以认定存在信息支配的可能。如果只是声称“好产品自己会说话”,便只属于价值判断,而不为信息支配。在现实生活中,略显疑难的是如下案例。

[销售二手车案]某甲在向某乙销售二手车时,开价甚高,为了促使某乙买下该车,某甲佯称,还有许多顾客对该车感兴趣,价格不能再降了。某乙听信,于是以较高费用购置了该车。<sup>[67]</sup>

在该案中,某甲只是采用了常见的议价技巧,他并未向某乙隐瞒该车的性能配置等决

[65] 在不作为诈骗的场合,不存在作为形式的诈骗中“那种形式”的意思表示内容,之所以也认定诈骗,并非因为其“形式”与作为犯的相同性,而是由于效果上的可类比性。但也有观点认为:“诈骗罪中的欺诈并不是具有意思表示的价值的行为。”(参见赵书鸿:《意思说明与说明义务违反:论诈骗罪中的欺诈行为》,载刘志伟、王秀梅主编《时代变迁与刑法发展》,法律出版社 2015 年版,第 611、615 页)。然而,这一观点有欠准确,毕竟作为形式的欺诈是有“意思表示的价值(即内容)”这种形式的,准确的表述应是“诈骗罪中的欺诈并非皆属有意思表示价值的行为”。

[66] 参见林钰雄著:《刑法与刑诉之交错适用》,中国人民大学出版社 2009 年版,第 293 页。

[67] Vgl. Kindhäuser, Betrug als vertyppte mittelbare Täterschaft, in: Schulz/Vornbaum (Hrsg.), Festschrift für Günter Bemann zum 70. Geburtstag, 1997, S. 339, 354.



定交易的基础性条件,在通常的商业交易中,宣称自己的商品供不应求或畅销,是再经常不过的了,因此,尽管该宣称并不符合现实情况,但也不足以借此肯定某甲对某乙存在对构成理性的财产转移条件(“重要信息”)的虚构或隐瞒,因此,在该种情形下应当否定信息支配。与此类似,商店老板吹嘘商品的疗效,声称“只要用一次,保你年轻十五年”,或经年累月地张贴“最后一天,清仓大甩卖”“库存紧张”的促销字样,皆不属于“理性的经济人”作出购买决断的合理条件,出售者通常不能成立信息支配。例外的情形是,倘若卖家佯称自己商品的疗效系经科学实验证明了的,或者伪造出相应的官方证明文书予以佐证,则可以认为此时其观点超出了单纯的价值判断,可以认定属于诈骗行为。

## 五 结 语

“被害人释义学”首先是在德国关于诈骗罪的讨论中发展起来的,故诈骗罪中的“被害人释义学”为狭义的“被害人释义学”。但在该学说的发源地,狭义的“被害人释义学”在立法和判例上均未得到支持,学界多数观点也没采纳此种主张。因为诈骗罪条款不仅应保护能进行适当理性权衡的人免受欺骗,也应保护对相关的特定事实具有主张权利的任何人免于陷入错误的认识,而不管他处于何种精神状态。法院不是评定公民智商的机构,而是考察被告人是否遵守了法律规范的司法机关。我国理论界同样认为,诈骗罪的条款应当得到普遍的贯彻。只要被告人实施了诈骗行为,使对方陷入认识错误,并造成财产损失,就应该依法处理,而不应计较被害人聪明与否。法治教育的重点应当是要求行为人遵守刑法规范,放弃侵害他人,而非反过来期待被害人诉诸私力救济以自保。盲目贯彻所谓“被害人释义学”,将使公民的日常生活处于夕惕若厉的状态。至于被害人同意,则属于刑法理论中获得公认的出罪事由。而所谓“广义的被害人释义学”,只是相关论者给“被害人同意”另起的名字而已,这种新的命名显得多余。只要维持被害人怀疑、被害人同意的既有认识框架,广义和狭义的“被害人释义学”均无存在的必要。

“被害人释义学”在实际效果上是将被害人过失认定为排除诈骗罪成立的独立事由。但是,这既不合乎我国刑事立法之意思和司法实践中的通常做法,也不符合诈骗罪作为“类型化的间接正犯”的学理结构。基于危险认识和危险操纵的意思支配,施用诈术的被告人通过信息的伪造,就单方面地操纵了双方针对财产转移而发生的意思互动过程,成立信息支配。被告人在实施诈术前,如果考虑到对方可能会信任的信息,在自己的陈述规划中特意加入该相应的信息,并根据此种诱导性陈述骗得被害人交付财物的,则此时被害人的过失不具有独立意义,仍应肯定被告人具有危险认识和危险操纵,从而肯定其诈骗行为(信息支配)的存在。无论是在明示诈骗、默示诈骗,还是在不作为诈骗的情形中,信息支配皆为诈骗罪成立的必要要素。具体而言,在被告人和被害人进行意思沟通的过程中,财产转移的基础和合理理由构成了财产转移的条件。被告人只有针对财产转移的条件进行了信息支配,才有成立刑法上诈骗罪之可能。因此,在被告人运用广告宣传语、议价技巧等价值判断的场合,由于缺乏信息支配,通常不能成立诈骗犯罪。

---

[**Abstract**] In the constitution of the crime of fraud, the so-called “victim dogmatics” denies the responsibility of the perpetrator when the victim violates his duty of care. This approach can certainly limit the scope of punishment. However, it is problematic in terms of both criminal policy and the dogmatics of criminal law. In terms of criminal policy, it destabilizes the validity of the norms on fraud and contravenes the standpoints of legislature and judicature. In the dogmatics of criminal law, the perpetrator of fraud is responsible for the victim’s error; it is exactly because of this error that the victim’s “self-damage” resulting from the disposal of his own property can be recognized as the perpetrator’s “infringement on the property of another person” and thus is imputable to the perpetrator. The perpetrator is the “statutory principal by proxy” stipulated in the specific provisions of the Criminal Law because of his “control over the deed by making use of the error”. According to the legal principle of “principal by proxy”, the negligence of the instrument doesn’t preclude the “control over the deed through knowledge”. The “victim dogmatics” fails to pay adequate attention to the dogmatic structure of the “statutory principal by proxy” of fraud, thus contributing to the imbalance between crime and penalty. The appearance of “victim dogmatics” is the result of the distortion of the meaning of “suspicion” and compression of the judicial scope of “consent by the victim”. The original meaning of “suspicion” (dubitatio) is distrust of a relatively low degree. It doesn’t mean knowing (cognitio) the falseness of information concretely. Advocates of “victim dogmatics” have changed the meaning of “suspicion” in two independent ways. They either replace its meaning, which contains the error of the deceived, with the meaning of “no error”, or artificially add the adjective “concrete” to “suspicion”, so as to accept the “consent by the victim” and preclude the wrongdoings of the perpetrator, but such approaches have already exceeded the limits of the wording set by the criminal law. Besides the wording of “suspicion”, the terminology “fault” is also abused under the “victim dogmatics”. The changing of wording and terminology has made it more difficult for citizens to predict the consequences of criminal law and contributed to the arbitrariness of the judgment of criminal wrongdoings. If the existing cognitive framework of the wording of “suspicion” and the scope of “consent” is maintained, there would be no room for the application of “victim dogmatics”. Since fraud is a crime against property in China, only the kind of “control through information” aimed at the conditions of a rational transfer of property in modern society constitutes the “control through information” in the crime of fraud. The concrete characteristic of the dogmatic structure of “control through information” is that the perpetrator manipulates the process of communication by falsifying the relevant information and thus causes an error in the understanding of facts by the victim. This structure of “control through information” can be applied to the circumstances of fraud through implied statements, fraud by means of omission and situations of valuation.

---

(责任编辑:王雪梅)