

# 论诈骗罪中的财产损失

张明楷

---

**内容提要** 诈骗罪是财产犯罪,倘若欺骗行为不能造成他人财产损失,便不成立诈骗罪;如若欺骗行为具有造成财产损失的危险性,但没有造成现实的财产损失,则成立诈骗未遂(中止)。对于“财产”损失的认定,宜采取以经济的财产说为基础的折中说;受骗者(被害人)基于不法原因给付财物的,存在财产损失;欺骗他人使之免除非法债务的,以及使用欺骗方法取得对方不法占有的自己所有的财产或者实现合法债权的,不存在财产损失。对于财产“损失”的认定,应采取实质的个别财产说;行为人在骗取财产的同时提供相当对价的,应认定为造成了财产损失;行为人就交付财产的用途、财产的接受者进行欺骗因而取得财产的,视受骗者是否存在法益关系的错误认定判断是否存在财产损失。

**关键词** 诈骗罪 财产损失

---

一般认为,诈骗罪的基本构造为:行为人实施欺骗行为——受骗者陷入或者强化认识错误——受骗者基于认识处分(交付)财产——行为人或第三者取得财产——被害人遭受财产损失。<sup>①</sup>问题是,如何理解财产损失在诈骗罪中的地位(是否独立的要素)?何谓“财产”损失(是采取法律的财产说、还是经济的财产说)?如何认定财产“损失”(是对整体财产的犯罪、还是对个别财产的犯罪)?这些都是需要研究的问题。

## 一、“财产损失”

关于诈骗罪中的财产损失,存在两种立法例:一种立法例明文要求诈骗行为造成被害人财产损失。如德国刑法第 263 条第 1 款规定:“意图使自己或第三者获得不法财产利益,以虚构、歪曲或者隐瞒事实的方法,使他人陷入或者维持错误,从而造成他人财产损失的,处五年以下自由刑或者罚金。”瑞士刑法第 146 条第 1 款、意大利刑法第 640 条,也都明文将财产损失规定为诈骗罪的客观要素。上述立法例表明,诈骗罪(既遂)的成立以使被害人遭受财产损失为前提。其一,如果行为人实施的欺骗行为,最终不是使被害人遭受财产损失(不可能使“财产”遭受损失,或者只能使他人遭受财产以外的损失),就不可能成立诈骗罪。其二,如若行为人实施的欺骗行为,原本可能使被害人遭受财产损失,但由于其意志以外的原因,没有使被害人现实地遭受财产损失,则只能成立诈骗未遂。另一种立法例没有明文要求诈骗行为造成被害人财产损失。如日本刑法第 246 条规定:“欺骗他人使之交付财物的,处十年以下惩役。”“以前项方法,取得财产上的不法利益,或者使他人取得的,与前项同。”韩国刑法第 347 条第 1 款的规定也是如此。

由于日本刑法没有明文规定财产损失,所以,刑法理论上存在不同观点。第一种观点认为,诈骗罪

---

• 本文获教育部“新世纪优秀人才支持计划”资助。

① Vgl., Gunther Arzt/Ulrich Weber, *Strafrecht Besonderer Teil Lehrbuch*, Verlag Ernst und Werner Gieseking 2000, S. 458ff; [日]平野龙一:《刑法概说》,东京大学出版会 1977 年版,第 212 页以下;[日]西田典之:《刑法各论》,弘文堂 1999 年版,第 180 页以下;[韩]吴昌植编译:《韩国侵犯财产罪判例》,清华大学出版社 2004 年版,第 99 页以下。

的本质是通过欺骗他人诈取财物或财产性利益,而且仅此就够了,所以,不要求对被害人造成财产损失。<sup>①</sup>另一种观点认为,既然诈骗罪是财产犯罪,只有使被害人遭受财产损失的犯罪才属于财产犯罪,所以,理所当然要求诈骗罪(足以)使被害人遭受财产损失。其中,有的学者将财产损失作为独立的构成要件要素,即在转移财产(包含受骗者处分财产、行为人或第三者取得财产)之外,还必须判断是否造成了财产损失;<sup>②</sup>有的学者认为财产损失不是独立的构成要件要素,如山口厚教授指出,将财产损失作为独立的构成要件要素旨在限定诈骗罪成立范围的观点缺乏法条上的根据。被害人对所转移的财物、利益的丧失本身,就是诈骗罪的法益侵害,所以,没有理由在“转移财产”的要件之外,将财产损失作为独立的构成要件要素。换言之,诈骗罪的法益侵害表现为转移财产,只要转移了财产,就产生了法益侵害,不应在转移财产之外另要求财产损失。所以,问题只是在于能否肯定转移财产本身具有实质的法益侵害性。<sup>③</sup>

在笔者看来,既然诈骗罪是财产犯罪,就应当要求财产损失(未遂时要求财产损失的危险性,既遂则要求现实的财产损失)。至于财产损失是否是独立的要素似乎只是形式问题。如果财产损失是独立的要素,则要求在转移财产之外判断被害人是否遭受财产损失;如果财产损失不是独立的要素,则需要判断转移财产本身是否具有实质的法益侵害性。

我国刑法没有明文要求诈骗罪发生财产损失结果。《刑法》第266条所规定的“数额较大”是指行为人骗取的财物数额较大,并不直接意味着被害人的财产损失数额较大。在此意义上说,似乎只要转移了数额较大的财物就成立诈骗罪。但是,犯罪的本质是法益侵害,诈骗罪也不例外,如果欺骗行为不可能造成被害人的财产损失,就不能成立诈骗罪。所以,应当认为,诈骗罪的成立要求财产损失。<sup>④</sup>至于是在受骗者处分财产与行为人或第三者取得财产的要件中进行实质限定,使转移财产本身具有法益侵害性,还是在转移财产之外另要求财产损失要件,恐怕不是本质问题。

可以肯定的是,至少在通常情况下,只要行为人或第三者基于受骗者的处分行为取得了财产,就造成了被害人的财产损失。只有在例外情况下才需要进一步的判断。而“例外情况”主要指两种情形:一是受骗者所处分的、行为人或第三者取得的是否“财产”?二是被害人虽然丧失了个别财产,但能否认定其财产法益遭受了现实侵害?

## 二、“财产”损失

在此讨论的问题是,如何判断欺骗行为是否造成了被害人的“财产”损失。

### (一)理论学说

既然要求财产损失,就需要明确何谓财产。对此,刑法理论上存在法律的财产说、经济的财产说与折中说。

法律的财产说认为,一切财产犯罪都是侵害财产上的权利的犯罪。换言之,刑法规定财产罪是为了保护民事法上的权利。因此,财产犯罪的成立不以行为造成经济损害为前提,只要侵害了民事法上的权利,即使在经济上没有损害,也成立财产犯罪;反之,只要没有侵害权利,即使造成了重大经济损害,也不能成立财产犯罪。例如,行为人实施诈骗行为,被害人基于不法原因给付的,不成立诈骗罪;第三者从盗窃犯处骗取其所盗财物的,由于没有欺骗原所有权人,不成立诈骗罪。法律的财产说旨在从形式上保护民事法上的权利。但是,该说早已退出历史舞台。因为该说的理论支柱是刑法从属于民法的思想,但从

① [日]牧野英一:《刑法各论》(下卷),有斐阁1951年版,第684页;[日]木村龟二:《刑法各论》,法文社1959年版,第125页。

② [日]前田雅英:《刑法各论讲义》,东京大学出版会1999年第3版,第240页。

③ [日]山口厚:《刑法各论》,有斐阁2003年版,第263页。

④ 如果认为犯罪构成以既遂为模式,则财产损失是构成要件要素;即使认为犯罪构成不以既遂为模式,也要求欺骗行为具有造成财产损失的危险性。

20世纪30年代起,人们不再认为刑法从属于民法,故法律的财产说丧失了理论根据。

经济的财产说认为,作为整体的具有经济价值的利益就是财产,因而是财产犯的保护法益;经济价值一般与金钱价值是等同的,金钱上的得失是判断有无损害的标准。例如,盗窃犯对赃物的占有就是在享受金钱上的利益,故这种占有也是其财产;第三者以代为销售为名骗取该赃物的,成立诈骗罪。同样,被害人基于不法原因给付的,也不影响对其财产损失的认定。再如,没有金钱价值的东西,即使其权利是成立的,也不属于财产;侵害这种权利的,不成立财产犯罪。此外,即使侵害了具有金钱价值的利益,但如果提供了相当对价,没有造成金钱价值整体减少的,也不存在刑法上的财产损失。经济的财产说成为有力学说的重要原因之一,是刑法从属于民法的观念受到批判,刑法的独立性思想受到重视。经济的财产说虽然具有合理性,但也有扩大处罚范围之嫌。例如,根据经济的财产说,债权人实施欺骗方法实现债权的,成立诈骗罪。这可能难以被人接受。

折中说以法秩序的统一性、实质主义与结果无价值论为理论基础,认为财产是法秩序所保护的或者法秩序并不非难的、具有经济价值的利益的整体,刑法上的法益虽然不要求是民事法上的权利,但也不应是民事法上不保护的违法利益;行为人欺骗他人,使他人基于不法原因而给付财物的,不成立诈骗罪;从盗窃犯处骗取赃物的,给原所有权人造成了财产损失,成立诈骗罪,因为在相对于第三者的关系上说,盗窃犯的占有也是法秩序所保护的;无效的债权与不法的劳动力,不管如何具有经济价值,也不属于财产。不难看出,折中说与经济的财产说对一些具体问题的解释是相当接近的。<sup>①</sup>

本文不赞成法律的财产说。从理论上说,法律的财产说的两个基本前提难以成立。

第一,法律的财产说以刑法从属于民法为前提。刑法的从属性观念认为,刑法是对第一次规范(尤其是民法规范)所保护的利益进行强有力的第二次保护,是对不服从第一次规范的行为规定科处刑罚的第二次规范。第一次规范是为了保护社会生活中的一定利益而规定一定的禁止与命令的法律规范,立法机关认为以第一次规范的力量难以完成保护一定利益的任务时,以补充第一次规范的目的而设立的规范便是第二次规范。<sup>②</sup>这种从属性观念得出了两个结论:一是刑法的补充性,即当某种利益完全可以由其他法律保护时,就不得运用刑法进行保护;二是刑法只能保护其他法律保护的利益,如果某种利益不受其他法律保护,刑法也不得进行保护。前一结论是应当肯定的,但后一结论存在疑问:(1)作为规制对象的犯罪行为,已经超出了其他法律的范围;换言之,犯罪行为不是刑法与其他法律的共同规制对象,而是刑法的特定规制对象。(2)刑法并不是对违反所谓第一次规范的行为直接给予刑事制裁,而是根据特定目的判断某种行为是否需要给予刑事制裁;其他法律也不只是向人们发布禁令与命令,也存在制裁措施。(3)有些行为虽然并不违反其他法律,但也可能成为刑法的处罚对象。在一些仅存在刑法效果的方面(如对国家安全的犯罪、对司法的犯罪),刑法起着惟一的决定作用。(4)从历史上看,刑法并不是形成于其他法秩序之后;在一切民族中,刑法都是最基本的、最重要的法的原初形态。换言之,自古以来,刑法就作为第一次规范发挥着机能,后来由于法领域的分化,才出现由各种法律分别或共同保护各种利益的现象。尽管如此,刑法依然兼具自己的独立性格。刑法上的概念大多有自己的特定含义,也不一定受其他法律概念的制约,如刑法上的占有概念就不同于民法上的占有概念。

第二,法律的财产说以违法一元论为前提。违法一元论认为,违法是对整体法规范、整体法秩序的违反,故任何违法行为都是对整体法秩序的破坏。于是,民法上的违法行为,在刑法上必然是违法的;反之,不违反民法的行为,肯定也不违反刑法。因此,以违法一元论为前提的法律的财产说便认为,没有侵害民法上的权利的行为,由于缺乏民法上的违法性,不可能成为刑法上的财产罪。但是,各种法律基于其固有的目的而产生不同的法律效果;目的不同,违法性的内容便不同。“虽然从形式上说,刑法上的违

① 关于上述三种学说的具体内容,参见张明楷:《法益初论》,中国政法大学出版社2003年修订版,第525页以下。

② 参见[日]宫本英修:《刑法大纲》,弘文堂1935年版,第3页;[日]泉二新熊:《日本刑法总论》,有斐阁1936年版,第178页;[日]泷川幸辰:《犯罪论序说》,有斐阁1955年版,第4页。

法性是指对刑法规范(评价规范)的违反,但是,由于形式的违法性是刑法规范作出否定评价的事态的属性评价,故其内容便由刑法的目的来决定。将什么行为作为禁止对象,是由以什么为目的而禁止来决定的。在此意义上说,对实质的违法性概念、违法性的实质的理解,由来自于对刑法的任务或者目的的理解。”<sup>①</sup> 刑法的目的是保护法益,因此,刑法只能将违反这一目的的事态作为禁止对象(当然要同时考虑过度的介入可能对国民自由的侵害),所以,刑法所规定的构成要件,都是对违反保护法益目的事态所作的记述。既然如此,刑法上的违法性便与其他法律上的违法性存在区别。因此,在财产犯罪理论中,刑法没有必要原封不动地以民法为基础确定其构成要件。

从实践上说,法律的财产说已经不适应复杂的财产关系,不能有效地保护财产与财产秩序。例如,根据法律的财产说,行为人实施诈骗行为,被害人基于不法原因给付的,不成立诈骗罪;第三者从盗窃犯处骗取其所盗财物的,由于没有欺骗原所有权人,不成立诈骗罪。这显然不利于保护财产秩序。经济的财产说虽有可取之处,但至少存在两个方面的缺陷:一是不利于保护财产所有权人的财产,导致对单纯占有的保护超出了对财产所有权的保护。例如,根据经济的财产说,由于盗窃犯对赃物的占有具有金钱上的价值,故所有权人从盗窃犯处骗回被盗财物的,只要没有提供相当对价,就使盗窃犯在金钱上遭受了损失,属于刑法上的财产损失。债权人以欺骗方法实现债权的,也成立诈骗罪。这显然有本末倒置之嫌。二是过于扩大财产罪的处罚范围,至少与中国的国情、刑事政策不相符合。例如,根据经济的财产说,欺骗妓女,使其与自己发生性行为的,也存在财产损失,构成诈骗罪。这可能难以被国民接受。折中说适当限制了处罚范围,总体思路具有可取性,但从我国的情形来看,其个别具体结论尚存疑问。例如,根据折中说,使用欺骗方法使他人基于不法原因而给付财物的,不存在财产损失,故不成立诈骗罪。如后所述,这一结论在我国缺乏妥当性。

笔者认为,诈骗罪的法益首先是财产所有权及其他本权,其次是需要通过法定程序恢复应有状态的占有;但是,如果这种占有没有与本权者相对抗的合理理由,相对于本权者恢复权利的行为而言,则不是财产犯的法益。<sup>②</sup> 所以,与此相适应,在“财产”损失问题上,本文采取以经济的财产说为基础的折中说(类似于但不完全同于上述的经济财产说)。原则上,只要造成了他人经济损失,就可以认定为财产损失。但是,如果造成他人经济损失的行为挽回了更大法益,则不能认定为财产损失。例如,第三者从盗窃犯处骗取赃物的,侵害了盗窃犯的占有,造成了财产损失,成立诈骗罪。因为在相对于第三者的关系上说,盗窃犯的占有也应得法秩序保护。反之,所有权人从盗窃犯处骗取被盗财物的,则不存在财产损失。因为盗窃犯的利益不能与所有权人的利益相对抗。欺骗妓女使其与自己发生性行为的,由于性行为本身不是经济利益,所以,妓女没有遭受财产损失,对方不成立诈骗罪。但是,在妓女已经获得嫖宿费用之后,嫖宿者使用欺骗手段骗回所给付的嫖宿费的,妓女存在财产损失,嫖宿者的行为构成诈骗罪。

在通常情况下,只要转移财产就可以认定为财产损失。所以,下面就几种特殊情形展开讨论。

## (二)不法原因给付与诈骗罪

当行为人实施欺骗行为使受骗者陷入认识错误时,受骗者也可能同时基于不法动机处分财产。例如,行为人将头痛粉冒充毒品予以出卖。一方面,受骗者如果知道是头痛粉就不会购买,因此,受骗者将头痛粉误认为是毒品而购买是行为人的欺骗行为所致。另一方面,购买毒品的行为本身具有不法性,所以,受骗者交付财物购买“毒品”也是基于不法原因。于是,产生了以下问题:受骗者基于不法原因处分财产的,是否存在财产损失,应否认定对方的行为构成诈骗罪?

德国的判例认为,行为人使用欺骗手段,使对方陷入错误并基于不法原因给付财产的,不影响诈骗

① [日]山口厚:《刑法总论》,有斐阁2001年版,第92页以下。

② 参见张明楷:《法益初论》,中国政法大学出版社2003年修订版,第577页以下。

罪的成立。例如,行为人将没有效能的、原价为30-40芬尼<sup>①</sup>的堕胎药诈称为有效的堕胎药,以10马克的价格卖给某孕妇。由于堕胎是犯罪,故孕妇为购买堕胎药品而支付金钱的行为属于不法原因给付。德国法院认定被告人的行为成立诈骗罪。<sup>②</sup>在法国,行为人使用欺骗手段使他人基于不法原因给付财物的,既不承认“受骗者没有财产损失因而不成立诈骗罪”的主张,也不接受“欺骗行为没有达到刑法所要求的欺骗行为的程度”的观点,而是认定为诈骗罪。<sup>③</sup>日本的审判实践也持肯定态度。如日本大审院的判决指出:“虽然在民法上不能请求其返还,但并不因此而妨碍诈骗罪的成立。因为既然以欺骗手段使他人陷入错误而交付财物,那么,其行为就不法地侵害了他人财产权。”<sup>④</sup>日本最高裁判所将赌博诈欺认定为诈骗罪,因而表明了相同态度。<sup>⑤</sup>

日本刑法理论上,只有极少数学者持否定说。如泷川幸辰博士指出,基于不法原因给付时,给付者是为了实现法所禁止的目的,因而处于法的保护之外;既然不存在应受法保护的财产,就不发生财产损失,所以,基于不法原因给付时应否认诈骗罪的成立。<sup>⑥</sup>但是,绝大多数刑法学者都持肯定说。肯定的理由大体如下:第一,在不法原因给付的场合,“由于所交付的财物、财产性利益本身不具有不法性,所以,认定诈骗罪的成立也不是不可能的。”<sup>⑦</sup>第二,在不法原因给付的场合,“如果对方不受欺骗就不会交付财物,所以,可以认为受骗者基于欺骗者的行为而作出了不法原因给付,能够认定诈骗罪的成立。”<sup>⑧</sup>第三,虽然基于不法原因给付者“没有民法上的返还请求权,但在刑法上值得保护”。<sup>⑨</sup>第四,“在这种情况下,由于不法的原因只是存在于受益者,所以,应适用(日本)民法第708条但书的规定,承认给付者具有返还请求权。因此,可以认定诈骗罪的成立。”<sup>⑩</sup>即通过否认给付者的行为属于不法原因给付,肯定行为人的行为成立诈骗罪。第五,财产损失不是诈骗罪的独立要件,所以,财产转移本身就具有法益侵害性;既然不法原因给付时基于认识错误转移了财产,当然成立诈骗罪。<sup>⑪</sup>

我国台湾地区学者一般也持肯定说。如有学者指出:“交付之原因,出于不法之事实,双方对此均有认识,但交付者为此不法原因之交付,由于受行为人之欺骗,在行为人仍属以诈术使人交付财物,无碍其诈欺罪之成立。如甲骗乙可代购咖啡,甲(应为乙——引者注)信以为真,给付款项,甲诈取而去,自应成立诈欺罪。如以伪品冒充真咖啡,出售诈财亦同。”<sup>⑫</sup>

笔者赞成肯定说。第一,“在诈骗不法原因给付物的情况下,由于诈骗行为在前,被害人的不法原因给付在后,没有行为人的诈骗行为被害人就不会处分财产,故被害人的财产损失是由行为人的诈骗行为造成,这就说明行为人侵犯了他人财产,当然成立诈骗罪。”<sup>⑬</sup>第二,虽然从为了实现不法目的的角度而言,被害人处分财产是基于不法原因给付;但是,被害人处分财产的更重要原因是行为人的欺骗行为,所以,应当认定欺骗行为造成了被害人的财产损失。第三,诈骗罪是基于被害人有瑕疵的意思而取得财物,至于被害人交付财产的动机,则不影响诈骗罪的成立。第四,虽然一般来说,基于不法原因给付财物

① 芬尼是德国以前的辅币单位,等于百分之一马克。

② 参见[日]林干人:《财产犯の保护法益》,东京大学出版会1984年版,第118页。

③ [日]浅田和茂:《恒光彻(不法原因给付の法理と诈欺罪、横領罪の成否)》,载《法律时报》第65卷第13号,第259页。

④ 日本大审院1910年5月23日判决,载《大审院刑事判决录》第16辑,么906页。

⑤ 参见日本最高裁判所1935年11月28日判决,载《最高裁判所刑事判例集》第14卷,1246页。

⑥ [日]泷川幸辰:《刑法各论》,世界思想社1951年版,第157页。

⑦ [日]平野龙一:《刑法概说》,东京大学出版会1977年版,第220页。

⑧ [日]大塚仁:《刑法概说(各论)》,有斐阁1996年第3版,第253页。

⑨ [日]前田雅英:《刑法各论讲义》,东京大学出版会1999年第3版,第155页。

⑩ [日]西田典之:《刑法各论》,弘文堂1999年版,第195页。另参见[日]大谷实:《刑法各论》,成文堂2001年版,第165页。

⑪ 参见[日]山口厚:《刑法各论》,有斐阁2003年版,第268页。

⑫ 褚剑鸿:《刑法分则释论》,台湾商务印书馆1995年2次增订版,第1234页。

⑬ 张明楷:《法益初论》,中国政法大学出版社2003年修订版,第606页。

后,给付者没有返还请求权<sup>①</sup>,但是,在给付之前,被害人所给付的财产并不具有违法性。第五,从刑事政策的角度来考虑,如果在被害人基于不法原因给付财产时否认其财产损失,进而否认行为人的行为构成诈骗罪,那么,不仅不利于预防诈骗犯罪,而且给诈骗犯人指明了逃避刑事制裁的方向与手段。在此问题上,我国存在两种对立的司法解释,需要展开讨论。

最高人民法院 1991 年 4 月 2 日《关于贩卖假毒品案件如何定性问题的批复》指出:“贩卖假毒品的犯罪案件,应根据不同情况区别处理:明知是假毒品而以毒品进行贩卖的,应当以诈骗罪追究被告人的刑事责任;……。”最高人民法院 1994 年 12 月 20 日《关于执行〈全国人民代表大会常务委员会关于禁毒的决定〉的若干问题的解释》第 17 条也规定:“明知是假毒品而冒充毒品贩卖的,以诈骗罪定罪处罚。”由于非法持有毒品、吸食毒品、贩卖毒品都具有不法性,所以为了购买毒品而支付财物的行为,属于基于不法原因给付。显然,上述两个司法解释表明,行为人实施欺骗行为,使他人产生认识错误并基于不法原因交付财物的,成立诈骗罪。

另一方面,也存在相反的(准)司法解释。最高人民法院研究室 1991 年 3 月 12 日《关于设置圈套诱骗他人参赌获取钱财的案件应如何定罪问题的电话答复》指出:“对于行为人以营利为目的,设置圈套,诱骗他人参赌的行为,需要追究刑事责任的,应以赌博罪论处。”最高人民法院 1995 年 11 月 6 日《关于对设置圈套诱骗他人参赌又向索还钱财的受骗者施以暴力或暴力威胁的行为应如何定罪问题的批复》指出:“行为人设置圈套诱骗他人参赌获取钱财,属赌博行为,构成犯罪的,应当以赌博罪定罪处罚。参赌者识破骗局要求退还所输钱财,设赌者又使用暴力或者以暴力相威胁,拒绝退还的,应以赌博罪从重处罚;致参赌者伤害或者死亡的,应以赌博罪和故意伤害罪或者故意杀人罪,依法实行数罪并罚。”这两个司法解释之所以不将赌博诈骗认定为诈骗罪,主要原因可能是,受骗者参与“赌博”的行为也是非法的,不能将其视为被害人。据此,行为人实施欺骗行为,使他人产生认识错误并基于不法原因给付财物的,不成立诈骗罪。

但是,后两个司法解释存在疑问。赌博,是指就偶然的输赢以财物进行赌事或者博戏的行为。偶然的输赢,是指结果取决于偶然因素,这种偶然因素对当事人而言具有不确定性,至于客观上是否已经确定则无关紧要;偶然因素既可以是将来的因素,也可能是现在或者过去的因素。即使当事人的能力对结果产生一定影响,但只要结果有部分取决于偶然性,就是赌博。如果对于一方当事人而言,胜败的结果已经确定,则不能称为赌博。<sup>②</sup> 赌博诈骗,是指形似赌博的行为,输赢原本没有偶然性,但行为人伪装具有偶然性,诱使对方参与赌博,从而不法取得对方财物的行为。这种行为同样成立诈骗罪。即使认为被害人参与赌博是违法行为,其因为“输”而交付财物属于不法原因给付,也应得出相同结论。因为诈骗罪的成立并不要求对方的财产处分行为出于特定动机,况且行为人客观上设置了不法原因;如果没有行为人的诈骗行为,被害人不会产生认识错误,也不可能处分自己的财产。因此,笔者认为,赌博诈骗行为完全符合诈骗罪的构成要件。而且,设置圈套诱骗他人获取钱财的,不符合赌博的特征(因为输赢不具有

① 基于不法原因给付财产后,是绝对没有返还请求权还是存在例外,在国外也存在不同观点:第一种学说认为,应当区别违法原因与不道德原因。如果基于违法原因给付,就不得请求返还;如果基于不道德的原因给付,就可以请求返还。第二种学说认为,应当以维持现状对公共秩序是否有利来决定是否返还。如果维持现状对公共秩序有利,就不得请求返还;如果维持现状对公共秩序不利,则可以请求返还。第三种学说认为,应当以双方当事人的背德性的程度来决定是否返还。如果给付者一方的背德性大或者与对方相等,则不得请求返还;如果给付者一方的背德性小,则可以请求返还(参见[日]浅田和茂:《恒光彻〈不法原因给付の法理と诈欺罪、横領罪の成否〉》,载《法律时报》第 65 卷第 13 号,第 258 页)。

② 张明楷:《刑法学》,法律出版社 2003 年第 2 版,第 823 页。

偶然性)。所以,本文不赞成最高人民法院关于赌博诈骗的上述解释结论。<sup>①</sup>

### (三)免除非法债务与诈骗罪

行为人使用欺骗手段,使他人免除法律不予保护的非法债务的,是否存在财产损失?例如,A欠B10万元赌债。B索要赌债时,A采取欺骗手段使B免除了10万元赌债。A的行为是否就免除的赌债成立诈骗罪?再如,甲男以嫖娼并支付费用的意思与卖淫女乙发生性行为,但性行为结束后,甲男发现自己身无分文,便采取欺骗手段,使乙免除嫖宿费用(非法债务)。甲男的行为是否就其免除的非法债务成立诈骗罪?

德国曾有如下判例:两名被告人与一名妓女发生性交后,以伪造的货币支付了嫖宿费。虽然州法院认定被告人的行为成立诈骗罪,但德国联邦法院的判决(BGHSt 2,573)指出:“被告人的上诉指责该有罪判决,主张妓女的财产没有受到侵害。该上诉理由是正当的。在法律上,性交并不存在可以估算为金钱的任何价值。因此,妓女委身于人的行为本身并不是财产处分行为。对于‘顾客’而言,也不是财产上的利益。基于这样的理由,妓女对‘顾客’所具有的费用‘请求权’,与通过违反公序良俗的法律行为所取得的价值也不是同一的。因此,欺骗妓女使之免除嫖宿费用的,并不是实施了诈骗行为。”<sup>②</sup>显然,州法院采取了经济的财产说,认定被告人的行为构成诈骗罪,但联邦法院并非如此。

韩国曾发生如下案件:被告人甲本来不想给酒吧小姐任何费用,但表面上和酒吧小姐约定支付卖淫费用而与之发生性交。甲用窃取的信用卡刷卡的方式,摆脱了支付嫖宿费用。原审法院认为不能成立诈骗罪,而韩国大法院的判决指出:“原审对上述公诉事实,以贞操不能成为财产罪的对象,而且其卖淫费用是违背善良的风俗而不是法律上受保护的经济利益为根据,判决被告人甲以欺诈的手段摆脱卖淫费用的行为不构成诈骗罪。一般来说,之所以不能从经济上评价男人与妇女之间的性行为以及妇女和相对方之间达成的以取得钱财或者财产上利益等为对价实施性行为的约定行为,是因为该契约本身是以违背善良风俗以及其他社会秩序为内容的无效的法律行为。但是,由于诈骗罪对象上的财产上利益,不一定意味着私法上保护的经济上的利益,因此,妇女以收到钱财为前提而卖淫时,该行为的费用相当于诈骗罪对象的财产上利益,而且欺诈妇女进而脱离性行为的费用时,成立诈骗罪。”<sup>③</sup>显然,原审法院对财产损失采取的是法律的财产说或折中说,而大法院采取的是经济的财产说。

对于类似的案件,日本审判实践上存在两种不同判例。例如,对于使卖淫者免除嫖宿费用的案件,就存在两种对立的判决。日本札幌高等裁判所1952年11月20日的判决否认诈骗罪的成立。案情是,被告人嫖娼并饮食住宿后,采用欺骗手段使对方免收上述费用(其中嫖娼费1000日元,其他费用3230日元)。原审裁判所认定被告人共诈骗了价值4230日元的财产性利益,将嫖娼费计算在财产损失之内。但札幌高等裁判所判决指出:“本来卖淫行为是违反善良风俗的行为,这种契约是无效的,故被告人并不因此负担嫖娼费债务;对于欺骗卖淫者使其免除嫖娼费的,不能认定为取得了财产上的不法利益。所以,对上述1000日元不成立诈骗罪。”<sup>④</sup>据此,使对方丧失非法的财产性利益的,不能认定为造成了财产损失。

日本名古屋高等裁判所1955年12月13日的判决则肯定诈骗罪的成立。案情为,被告人两次嫖娼,但使用欺骗手段使对方免收了2500日元的嫖娼费。原审认定,卖淫契约违反公序良俗,不能认定被告人获得了财产上的不法利益,因而不成立诈骗罪。但名古屋高等裁判所的判决指出:“即使原审认定

① 事实上,司法实践中也不乏将赌博诈骗认定为诈骗罪的案例。例如,新加坡公民吴某进入中国境内后,纠集内地一些不法分子,从互联网上搜寻富商,打着招商引资的幌子,诱引富商到高档宾馆,然后设置赌博骗局,做手脚骗得富商300余万元。某市人民法院以诈骗罪判处吴某等人徒刑。参见葛建国:《赌局“鸿门宴”》,载《法律服务时报》2003年7月4日第16版。笔者认为,应当肯定这种判决的合理性。

② [日]平野龙一编:《判例教材 刑法各论》,东京大学出版会1980年版,第182~183页。

③ [韩]吴昌植编译:《韩国侵犯财产罪判例》,清华大学出版社2004年版,第13页。

④ 日本《高等裁判所刑事裁判特报》第2卷第24号,第1276页。

的契约违反公序良俗,根据民法第91条是无效的,但民事上的契约是否有效与刑事上是否有责任,是本质不同的问题,二者没有任何联系。像诈骗罪这样的以侵害他人的财产权为本质的犯罪之所以受到处罚,并不只是为了单纯地保护被害人的财产权,还因为以这种违法手段所实施的行为有扰乱社会秩序的危险。而且在扰乱社会秩序这一点上,签订卖淫契约时采取欺骗手段与在通常交易时采取欺骗手段,没有任何差异。……嫖娼费也可以成为刑法第246条第2项的诈骗罪的对象,故认定不成立诈骗罪的原审判判决适用法律有误,这种错误显然影响了判决。”<sup>①</sup> 据此,使对方丧失非法的财产性利益的,也能认定为造成了财产损失。

与审判实践相对应,日本刑法理论上也存在两种不同观点。持否定说的有平野龙一、大塚仁、曾根威彦等教授。平野龙一教授指出:“诈称嫖宿后支付金钱而使对方实施卖淫行为,然后使用欺骗手段使对方免除嫖娼费的,由于这种劳务与债权本身具有不法性,故应认为不成立诈骗罪。”<sup>②</sup> 大塚仁教授指出:“使妇女卖淫后,欺骗妇女使其免收嫖娼费的,由于卖淫行为违反公序良俗,在民法上不承认这种对价请求权,所以不构成诈骗利益罪。”<sup>③</sup> 曾根威彦教授指出:“使女性实施卖淫行为后,欺骗女性使之免除卖淫对价的,应否认诈骗罪的成立。因为,在这种场合,在行为人实施欺骗行为之前就已经产生了不法原因;既然卖淫行为因违反公序良俗而不承认具有民法上的代价请求权,那么,根据法律的、经济的财产说的立场,刑法上便没有对之进行保护的必要。这里的问题是免除事后的支付。既然利益(对价请求权)本身是通过卖淫行为取得的,是不法的,那么,就无效的债权而言,应认为没有财产上的损害。”<sup>④</sup> 概言之,持否定说的学者都认为,诈骗利益罪中的利益,必须是合法的利益;如果骗取了不法利益,则没有造成财产损失,所以不成立诈骗罪。

持肯定说的有大谷实、前田雅英等学者。大谷实教授指出:“关于使用欺骗手段,使人卖淫,免除支付‘卖淫费’的行为,是否成立诈骗利益的问题,存在否定说与肯定说的对立。在这种场合,在如果不受欺骗就不会实施违反公序良俗的卖淫行为或犯罪行为这一点上,与上述情形(指基于不法给付的情形——引者注)相同,认为值得刑法上保护的肯定说是妥当的。在这种场合,诈骗利益罪的对象,是提供卖淫行为或犯罪行为的劳务。这一结论,也适用于通过欺骗行为免除支付基于情人契约的生活费或者基于卖淫契约的卖淫费的情形。这种场合的诈骗利益罪的对象,是生活费或卖淫费的支付这种财产上的利益。”<sup>⑤</sup> 前田雅英教授针对这种案件指出:“刑法上的诈骗罪的成立与否,应独立于民事上的效果进行判断。诚然,基于明显违反公序良俗的卖淫契约的债务,在刑法上的保护必要性相当低,但不应认为其通常缺乏值得作为诈骗罪处罚的法益侵害性。”<sup>⑥</sup> 概言之,持肯定说的学者认为,不能以是否违反民法为根据决定有无财产损失。

笔者持否定说。首先应当指出的是,如果行为人原本没有支付嫖宿费的意思,欺骗卖淫女使之提供性服务的,不属于骗取财产性利益的行为。因为诈骗罪属于侵犯财产罪,如果所骗取的利益不具有经济价值,就不能认为侵犯了被害人的财产。只有具有经济价值的利益,才可能成为诈骗罪对象的财产性利益。<sup>⑦</sup> 即使认为性服务是一种劳务,但单纯的劳务本身应排除在财产性利益之外。其次,如果行为人原本打算支付嫖宿费用,与对方实施性行为后,采取欺骗手段使对方免收嫖宿费的,可以认定为欺骗对方使其免除行为人的非法债务。非法债权并不能与非法债务人相对抗。卖淫者享有的“债权”既不是合法

① 日本《高等裁判所刑事判例集》第5卷第11号,第2018页。

② [日]平野龙一:《刑法概说》,东京大学出版会1977年版,第220~221页。

③ [日]大塚仁:《刑法概说(各论)》,有斐阁1996年第3版,第253页。

④ [日]曾根威彦:《刑法各论》,弘文堂2001年第3版,第149页。

⑤ [日]大谷实:《刑法各论》,成文堂2001年版,第165页。

⑥ [日]前田雅英:《刑法各论讲义》,东京大学出版会1999年第3版,第238页。

⑦ 在我国,作为财产罪对象的财物,应包含财产性利益。参见张明楷:《财产性利益是诈骗罪的对象》,载《法律科学》2005年第3期,第72页以下。



的本权,也不存在需要通过法定程序恢复应有状态的占有,故欺骗行为没有侵害卖淫者的财产法益,或者说卖淫者没有财产损失。前述日本名古屋高等裁判所的判决指出:“像诈骗罪这样的以侵害他人的财产权为本质的犯罪之所以受到处罚,并不只是为了单纯地保护被害人的财产权,还因为以这种违法手段所实施的行为有扰乱社会秩序的危险。而且在扰乱社会秩序这一点上,签订卖淫契约时采取欺骗手段与在通常交易时采取欺骗手段没有任何差异。”但是,诈骗罪属于财产罪,而不是扰乱社会管理秩序的犯罪,否则,以欺骗手段获得他人爱情等行为也会构成诈骗罪,这难以为人们接受。持肯定说的学者主要以卖淫者遭受了经济损失需要刑法保护为理由,但是,既然卖淫者原本就不应当取得经济利益,也就不能认定其遭受了财产损失。第三,不将免除非法债务的行为认定为诈骗罪,与相关案件的处理协调一致。例如,行为人使用赌博诈骗的方法使他人欠下所谓赌债,而事后并没有实现“请求权”的,不宜认定为诈骗既遂(当然可能构成诈骗罪未遂),因为被害人没有遭受现实的财产损失。如果行为人事后实现了赌债的“请求权”,取得了被害人交付的财物,则应就取得的财物成立诈骗罪,不宜认定为数个诈骗罪。再如,行为人为了非法取得他人不动产,采取欺骗手段使他人作出了交付不动产的意思表示。但如果没有进行不动产的转移登记,则既不宜就财产性利益认定为诈骗既遂,也不能就不动产本身认定为诈骗既遂,而应认定为诈骗不动产未遂。也就是说,单纯骗取了不法债权的,不宜认定为犯罪。与此相适应,单纯使对方免除非法债务的,也不应认定为诈骗罪。第四,对免除非法债务的行为主张无罪,与前述基于不法原因给付不影响诈骗罪成立的观点并无矛盾。因为在基于不法原因给付的场合,受骗者所交付的财产本身并不具有非法性,而且受骗者之所以交付财产,是由行为人的欺骗行为所致。因此,完全可能在这两个问题上得出不同结论。

#### (四)行使权利与诈骗罪

行为人将欺骗行为作为其行使权利的手段,从而取得财物的,是否成立诈骗罪?下面区分两种情形进行讨论。

##### 1. 以欺骗方法取得对方不法占有的自己所有的财物的,是否成立诈骗罪

例如,乙盗窃了甲的一部手提电脑,甲采用欺骗手段将该手提电脑骗回。根据法律的财产说,甲的行为不成立诈骗罪。因为乙虽然遭受了经济损失,但其在民法上对该手提电脑并不享有任何权利;由于其权利没有受到侵害,故甲的行为不成立诈骗罪。但是,根据经济的财产说,甲的行为成立诈骗罪,因为甲的欺骗行为使乙遭受了财产损失。甲的行为只有在符合自救行为等阻却违法事由的成立条件时,才不成立犯罪。笔者认为,甲的行为不成立诈骗罪。因为乙虽然占有了甲所有的手提电脑,但这种占有不能与所有权者甲相对抗,所以,相对于甲行使权利的行为而言,乙对该手提电脑的占有不是刑法所要保护的法益。不过,第三者丙骗取乙所占有的该手提电脑的,成立诈骗罪。因为丙的行为不是行使权利的行为,而且乙的占有可以与丙的诈骗行为相对抗。

但是,有两种情形与行使权利的外表相似,却存在实质区别。第一,如果B盗窃了A的此财物,而A采取欺骗方法骗取了B的彼财物的,应认定为诈骗罪。例如,B盗窃了A的一台价值1万元的手提电脑后,A采取欺骗手段骗取B的1万元现金。虽然B对该手提电脑的占有是非法的,而且相对于A行使权利的行为而言,B对手提电脑的占有不是刑法所保护的法益。但是,B对自己所有的1万元现金则是合法占有,相对于任何人的行为来说,都是刑法保护的法益。B并不因为盗窃了A的价值1万元的手提电脑就丧失了自己原本所有的1万元现金。A通过欺骗手段取得B的1万元现金的行为,不是行使权利的行为;也不能因为B盗窃了A的手提电脑,就认为A有权采取任何方式获得B的价值相当的财物。果真如此,则没有财产秩序可言。第二,以欺骗方法取得对方合法占有的自己所有的财物的,应认定为诈骗罪。例如动产质押的情况。债务人或第三人(出质人)将其动产(质物)移交债权人(质权人)占有,将该动产作为债权的担保。《担保法》第66条规定:“出质人和质权人在合同中不得约定在债务履行届满质权人未受清偿时,质物的所有权转移为质权人所有。”因此,在出质人将质押物移交质权人占有时,出质人仍然对质押物享有所有权。假如出质人在债务履行期尚未届满时,以欺骗手段骗回该质押物的,

应如何处理?根据我国的所有权说(诈骗罪的法益为财产所有权),由于出质人享有所有权,所以其行为没有侵犯质权人的所有权,而是骗回了自己所有的财产,理当无罪。但是,根据法律的财产说、经济的财产说以及折中说,出质人的行为构成诈骗罪。因为质权人对质押物的占有是合法的,出质人的诈骗行为导致质权人遭受了财产损失。笔者认为,质权人对质押物的占有可以与出质人的欺骗行为相对抗,因而值得刑法保护的法益,出质人骗取质押物的行为当然成立诈骗罪。而且,由于质权人具有合法占有的权利,出质人骗取质押物的行为不是行使权利的行为,故不能以行使权利为由宣告无罪。<sup>①</sup>

## 2. 以欺骗方法实现自己债权的行为(狭义的行使权利),是否成立诈骗罪

具有从对方取得财产的正当权利(如享有到期且无抗辩理由的债权)的人,为了实现其权利而使用了欺骗手段的,是否成立诈骗罪?例如,A借1万元现金给B使用,但B长期未归还,A反复催讨也无济于事。于是,A采取欺骗手段,骗取了B的1万元,而且不再向B主张权利。A的行为是否成立诈骗罪?

德国的审判实践上,除了在两次世界大战之间的一段时期,部分判决对行使权利的行为予以处罚外,都不处罚狭义的行使权利的行为。例如,被告人以子弹碎片导致脚行走不便的虚假理由申请并领受了战伤者年金,但实际上,被告人患有肺病,而其肺病是由于战争中的寒冷与食物不足所致。原审认定被告人的行为成立诈骗罪,但德国联邦法院1955年10月11日的判决指出,虽然被告人实施了欺骗行为,但在法律上仍有战伤者年金请求权,因而并不违法。于是撤销了原审的有罪判决。又如,被告人实际上是从军时因交通事故受伤,但其谎称因炮弹受伤而领受战伤者年金。德国不来梅上级地方法院1962年6月20日的判决指出,根据法律规定,即使在从军时因交通事故受伤,也能领受战伤者年金;被告人虽然实施了虚假申请行为,但由于其在法律上具有战伤者年金请求权,故不视为取得违法的财产性利益,进而宣告被告人的行为不构成诈骗罪。反之,如果行为人不具有法律上的权利而以行使权利的名义实施诈骗行为的,则成立诈骗罪。例如,女被告人因为与其丈夫处于分居状态中而没有得到扶养金,她明知自己在法律上没有资格领取从军者家属援助金,但却以其丈夫名义提供虚假证书,领取了援助金。德国最高法院1918年1月8日的判决,以被告人没有领受权利为由认定被告诈骗罪的成立。<sup>②</sup>

德国刑法理论也一直主张狭义的行使权利的行为不成立诈骗罪。例如,在20世纪初,德国刑法理论上广泛采取的学说是:如果具有形式的“法的请求权”,即使立证困难,也缺乏违法性,不成立诈骗罪。二战后,狭义的行使权利的行为不可罚的结论几乎没有争议。如Roxin教授指出,刑法的适用只能限于维持社会生活秩序上不可避免的场合,只有对社会产生了重大侵害才能科处刑罚。因此,侵害私法上的所有权的权利的行为,并不都成立刑法上的侵犯财产罪。所以,问题在于,刑法对何种侵害、在何种范围内对所有权的秩序进行保护。具体地说,违反归还义务而存续的所有权,相对于正当的权利者而言,就不值得保护。因此,通常不处罚行使权利的结论是妥当的。<sup>③</sup>

日本大审院曾于1913年12月23日作出判决,对狭义的行使权利与诈骗罪的成立与否提出了三项处理原则:其一,在法律上享有从对方取得财产的正当权利,使用欺骗手段行使权利,在其权利范围内取得财产的,不成立诈骗罪。其二,在上述情形下,超出其权利范围取得财产的,如果该财产在法律上具有可分性,则仅就超出部分成立诈骗罪;如果该财产在法律上不具有可分性,则就整体成立诈骗罪。其三,即使行为人具有正当权利,但如果没有实现权利的意思,单纯以行使权利为借口,或者基于与正当权利没有任何关系的其他原因,骗取对方财产的,就取得的财产整体成立诈骗罪。<sup>④</sup>

就第三项原则而言,日本刑法理论基本上没有争议。因为行为人虽然具有正当权利,但如果没有实现权利的意思,便不属于行使权利的行为,理当成立诈骗罪。笔者也赞成这一原则。除上述理由外,还

① 参见张明楷:《骗取自己所有但由他人合法占有的财物构成诈骗罪》,载《人民检察》2004年第10期,第26页以下。

② 参见[日]木村光江:《财产犯论の研究》,日本评论社1988年版,第344~345页、第345页、第326页。

③ 同②,第355页、第378页。

④ 日本《大审院刑事判决录》第19辑,第1502页。

因为没有实现权利的意思或者基于与正当权利没有任何关系的其他原因实施诈骗行为,意味着行为人在骗取对方财产后,仍然会主张自己原有的权利,同时意味着对方遭受了财产损失。

对于第二项原则,日本刑法理论界存在争议。有的学者赞成该项原则<sup>①</sup>,但也有学者反对该项原则。因为财产的可分与不可分并不一定明确;而且,可分时仅就超出权利范围部分成立诈骗罪,而不可分时则就整体成立诈骗罪,这本身也不尽合理。<sup>②</sup>在笔者看来,上述日本判例作出的第二项原则,或许是基于政策的考虑,以预防类似犯罪。虽然在许多情况下,难以分割财产的量,但是,从观念上说,区分是完全可能的。所以,笔者认为,应坚持对超出正当权利范围的部分认定为诈骗罪的立场。

至于第一项原则,日本刑法理论界的争论更为激烈。第一种观点认为,以欺骗方法行使权利的行为不成立诈骗罪。其中,有的学者认为这种行为不符合诈骗罪的构成要件<sup>③</sup>;有的学者认为这种行为阻却违法性<sup>④</sup>。第二种观点认为,以欺骗方法行使权利的行为构成诈骗罪。有的学者指出,即使行使权利,但由于采用了欺骗行为这种不相当的方法,所以仍然成立诈骗罪。<sup>⑤</sup>第三种观点认为,以欺骗方法行使权利的行为原则上成立诈骗罪,但如果其行为处于相当性的范围之内,则阻却违法性。<sup>⑥</sup>具体理由是,上述行为符合诈骗罪的构成要件,而且,以欺骗手段行使权利本身也不具有妥当性。所以,只要不存在自救行为、正当防卫等违法性阻却事由,就应认定为诈骗罪;但是,当行为人具有行使权利的正当目的、没有超出权利范围、而且其手段具有社会的相当性时,则阻却违法性。<sup>⑦</sup>第四种观点认为,对以欺骗手段行使权利的行为,应当进行实质的判断,然后得出是否构成诈骗罪的结论。判断的基准不只是手段的社会相当性,而且要综合以下各种因素:一是权利性的有无。如果具有正当权利,则无罪的可能性较大;但是,如果虽然享有权利却超出了权利的行使范围,就不能认为在整体上具有行使权利的目的。二是手段的必要性。在具有权利的情况下,需要考虑有无自行骗回的必要性,这需要根据行为状况的紧急性、法律侵害的程度、被害人的态度等进行判断。三是手段的相当性。需要考虑行使权利的行为在何种程度上被社会一般观念所允许。<sup>⑧</sup>

第一种观点与德国的学说相同。第二、三种以行为无价值为基础,认为为了行使权利所实施的欺骗行为不具有社会相当性,所以具有违法性。但是,该观点存在两方面的疑问:一方面,该观点只考虑了手段行为的不合理性,而没有考虑刑法规定诈骗罪的目的;也可以说只考虑了行为无价值,而没有考虑结果无价值,与刑法规定诈骗罪的目的不相符合。倘若彻底坚持这种观点,那么,只要实施了欺骗行为,即使并不骗取财产的,也成立诈骗罪。另一方面,这种观点同时认为,如果欺骗行为具有社会的相当性,则不成立诈骗罪。可是,任何欺骗行为都不具有社会相当性,因为欺骗行为都不是历史地形成的社会秩序范围内的行为。所以,第三种观点表面上似乎可以将部分行使权利的欺骗行为排除在诈骗罪之外,但实际上并非如此。第四种观点在日本刑法处罚范围比较宽泛的前提下具有合理性,但在中国采用这种观点可能为时尚早。所以,笔者赞成第一种观点。因为,既然行为性质属于行使自己的合法权利,就表明行为本身没有侵犯对方的财产,不能认定对方存在财产损失。虽然行使权利的手段具有欺骗性质,但不能仅根据这种手段性质认定行为构成诈骗罪,如同不能仅根据暴力、胁迫性质认定行为构成抢劫罪一样。

① [日]大场茂马:《刑法各论》(上卷),中央大学1922年第11版,第171页;[日]江家义男:《刑法各论》,青林书院1963年增补版,第313页。

② [日]大塚仁等编:《大コンメンタル刑法》(第13卷),青林书院2000年第2版,第120页。

③ [日]小野清一郎:《新订刑法讲义各论》,有斐阁1949年第3版,第255页。

④ [日]泷川幸辰:《刑法各论》,世界思想社1951年版,第158页。

⑤ [日]牧野英一:《刑法各论》(下卷),有斐阁1951年版,第688页。

⑥ [日]大塚仁:《刑法概说(各论)》,有斐阁1996年第3版,第277页。

⑦ 参见[日]大谷实:《刑法各论》,成文堂2001年版,第172页。

⑧ [日]木村光江:《财产犯论の研究》,日本评论社1988年版,第515页以下。另参见[日]前田雅英:《刑法各论讲义》,东京大学出版会1999年第3版,第253页。

### 三、财产“损失”

#### (一)对个别财产的犯罪与对整体财产的犯罪

财产犯罪可以分为对个别财产的犯罪与对整体财产的犯罪。就对整体财产的犯罪而言,应当将财产的丧失与取得作为整体进行综合评价,如果没有损失,则否认犯罪的成立。就对个别财产的犯罪而言,只要存在个别的财产丧失就认定为财产损失,至于被害人在丧失财产的同时,是否取得了财产或是否存在整体的财产损失,则不是认定犯罪所要考虑的问题。一般认为,盗窃罪、抢劫罪属于对个别财产的犯罪,背信罪是对整体财产的犯罪。至于诈骗罪是对个别财产的犯罪还是对整体财产的犯罪,则取决于各国刑法的规定及其解释。

就诈骗罪而言,主要是下列两种情况需要讨论:其一,行为人对受骗者交付的财产提供了相当对价(反对给付)时,应否认定存在财产损失?例如,行为人出卖的羊毛衫本来是混纺的,其真实价格为300元一件,但行为人欺骗购买者,谎称其羊毛衫由纯羊毛制造,可事实上仍以每件300元的价格销售。在这种情况下,能否认定受骗者存在财产损失?如果认为诈骗罪是对整体财产的犯罪,一般不会认定存在财产损失(但也不尽然);如果认为诈骗罪是对个别财产的犯罪,一般会认定存在财产损失(但也有例外)。其二,行为人就交付财产的用途对财产接受者进行欺骗时,是否存在财产损失?例如,行为人声称灾区募捐,受骗者交付了财产,但事实上行为人并不是为灾区募捐,而是将所“募捐”的财产转移给了自己的亲友。受骗者虽然对财产的用途存在认识错误,但就自己将财产无偿交付给他人并不存在认识错误。在这种情况下,受骗者是否存在财产损失?行为人的行为是否成立诈骗罪?

德国、瑞士等国刑法将诈骗罪规定为对整体财产的犯罪,但是,刑法理论与司法实践上,并不是像人们想象的那样,只是根据财物的客观价值判断有无财产损失。另一方面,日本刑法没有要求诈骗行为导致财产损失,所以,一般认为诈骗罪属于对个别财产的犯罪。日本的通说认为,受骗者由于交付财物而丧失个别财产时,就是诈骗罪中的法益侵害。但是,如后所述,在这点上,仍然存在形式判断与实质判断的争论。

#### (二)对受骗者交付财产提供相当对价的情形

由于德国刑法将诈骗罪规定为对整体财产的犯罪,所以,德国的判例原则上认为,财产主体所具有的金钱价值的总额因为处分行为而减少时,就存在财产损失。因此,一般来说,如果行为人实施欺骗行为,使被害人交付财产,而行为人提供的反对给付少于被害人交付财物的金钱价值时,就存在财产损失。但在具体认定时,要以行为当时的被害人的个别的财产关系为根据(个别化原则)。

例如,被害人表示缔结支付确定保险费的保险合同,尽管行为人也保证缔结这样的合同,但行为人所属的公司是相互保险公司,行为人使被害人加入了负有支付追加金义务的保险。加入支付确定的保险费的保险的,如果在支付保险费后发生了事故,加入者就成为单纯的接受保险金的债权人;而加入相互保险的,一方面成为接受保险金的债权人,另一方面在某些场合还负有支付追加金的义务。对此,德国帝国法院1887年的一个判决指出,关于作为诈骗罪要件的“损失”,可能有两种观点:一种观点认为,被害人基于认识错误处分财产时,即如果知道真相就不会处分财产时,不管这种处分在客观上是否给被害人的财产带来了不利,都属于造成了财产损失。另一种观点认为,仅此还不能认定为损失,只有当被害人处分财产的行为在客观上对其财产造成了侵害时,才能认定为损失。

后一种观点是正确的。前一种观点将财产的构成要素的变更本身视为损失,但是,这种变更本身是一切交易的必然结果,原则上存在于所有的交易中,不能直接将其作为刑法上的损失。否则,就无视了刑法条文要求诈骗罪发生损失的规定。姑且不谈赠与等行为,在一般的交易中,被害人的给付与行为人的反对给付是一体化的,在认定是否发生了财产损失时,仅仅考虑被害人一方交付了财产是不够的,必须将被害人财产价值的减少与因此而导致的财产价值的增加进行客观比较。财产(不管是积极的还是消极的)是人的财产关系的总体,必须从整体上考虑。这里的“整体”是指,只有其金钱上的整体价值减

少时才是受到损失,增加时才是获得利益。但是,是否发生了财产损害,要根据行为当时的被害人的个别的财产关系来决定。除了金钱以外,其他的财物并不是对一切人都具有相同价值,也不是一切人都可以同样利用;尽管如此,个别化原则也并不意味着完全根据被害人的恣意或爱好来认定财产损失。如果现实上提供给被害人的物,可以利用于被害人的合同目的,则不存在损失。于是,是否产生了财产损失,不是由被害人是否利用来决定,而是由被害人能否利用来决定。根据上述立场,德国帝国法院对上述案件作出了以下判断:被害人虽然负有支付追加金的义务,但相互保险中事先支付的保险费加上追加金,在许多情况下少于确定支付的保险费。另一方面,作为对被害人不利的因素,重要的是该保险公司的财产状况,因此不能一概断定有无损失,事实审还必须就上述情况作进一步调查。<sup>①</sup>

此后的判例都适用个别化原则,即法院除了考虑金钱价值的减少外,还同时考虑金钱价值以外的市场情况、个人的利用可能性、个人的资产状况等。例一,进口黄油的价格原本高于国产黄油价格,被告人却将进口的黄油冒充国产黄油并以国产黄油价格出卖。但是,被害人以进口黄油销路不好为由,想购买的是国产黄油。法院认定被害人存在财产损失,被告人的行为构成诈骗罪(BGHSt 12,347)。例二,被告人使用欺骗手段,使对方购买其不能阅读理解的杂志。法院认为,所购买的杂志对于被害人而言没有实质价值,因而存在财产损失,被告人的行为成立诈骗罪(BGHSt 23,300)。例三,被告人为榨乳机的贩卖者,在对K实施贩卖行为时,原本没有减价出售但声称减价出售。在贩卖时,被告人知道K陷入经济困难,而且K还负有其他债务,会陷入财产危机。被告人对B实施贩卖行为时,B携带的金钱不够,但被告人谎称减价使B购买。B为了支付货款,不得不借款。法院认为,被告人的行为造成了被害人的财产损失。换言之,受骗者为了履行与被告人之间的合同而不得不从事其他不利的经济交易时,应认定被告人的行为造成了财产损失(BGHSt 16,321)。<sup>②</sup>

德国刑法理论的通说认为,诈骗罪(既遂)的成立要求财产价值的减少,财产价值的增减,通过一般的市场价值与个别的价值两个阶段的判断来决定。首先将行为人因欺骗行为所取得的财产与其提供的对价在纯客观价值上进行比较,如果取得的财产价值高于提供的对价,则受骗者存在财产损失;如果二者相等,则客观地比较受骗者就所处分的财产与所接受的对价的主观价值,如果受骗者所处分的财产的主观价值高于所接受的对价的主观价值,则受骗者存在财产损失。因为并非任何财物对于所有人都具有相同的价值,所以,在进行客观价值的比较之后,必须通过权衡财物对被害人的有用性、目的等要素,判断财物对被害人的主观价值的增减。

德国刑法理论的少数说认为,诈骗罪(既遂)的成立不要求财产价值的减少。其中,人的财产概念(personaler Vermögensbegriff)认为,法益是法规范所保护的人对客体(对象)的事实上的支配关系。因此,财物或者所有物等对象不是法益,所有权人与财产的占有者等主体也不是法益,财产主体与对象的现实的关系才是法益。财产是人格发展手段,对其价值不能进行数量考虑,不能进行客观评价。所以,财产价值的减少不能作为财产损失要件。即使具有金钱价值的财产状态没有减少,但欺骗行为引起了违反具体交易的客观意义、目的与本质的财产状态时,通常能认定为财产损失。在存在反对给付的场合,问题不在于财产价值的减少,而在于反对给付是否符合被害人设定的目的。如果反对给付不符合被害人设定的目的,就存在财产损失。但是,人的财产概念并不明确,而且导致财产犯罪的保护法益是人格发展自由的一个侧面,这并不合适。动的财产概念(dynamischer Vermögensbegriff)认为,对财产的保护,既包括保障财产增加,也包括确保财产本身;在复杂多变的经济状态下,停滞意味着后退,所以,财产概念必须向在经济发展与经济活动中起作用的财产要因扩展。换言之,即使财产没有减少,但没有给被害人带来客观上可以期待的财产增加,也应认定为财产损失。不过,动的财产说没有得到多数学者的认同。<sup>③</sup>

① 以上参见[日]林干人:《财产犯の保护法益》,东京大学出版会1984年版,第49~50页。

② 以上参见[日]伊藤涉:《诈骗罪における财产の损害(一)》,载《警察研究》第63卷第4号,第27页以下。

③ 同②。

人的财产说与动的财产说不要求财产价值的减少,这便与德国刑法将诈骗罪规定为对整体财产的犯罪、明文要求诈骗罪造成财产损失不相符合,因此,在德国成为少数说。但是,如果认为诈骗罪是对个别财产的犯罪,人的财产说与动的财产说明显具有合理因素。

日本刑法没有将诈骗罪规定为对整体财产的犯罪,日本的判例没有言及财产价值的增减,而且,对诈骗罪的处罚范围似乎略宽于德国。日本判例认为,在如果没有欺骗行为对方就不会交付财产的情况下,由于交付财产是由欺骗行为所致,所以,交付财产本身就是财产损失。例如,行为人将在市场上均有销售、容易购买的电动按摩器,谎称为市场上难以购得的特殊治疗器而贩卖,即使其提供的商品与受骗者交付的金钱价值相当,但由于缺乏被告人标榜的功效,认定成立诈骗罪。<sup>①</sup>又如,谎称烧酒的酒精含量高于实际含量而出卖的,即使出卖价格与实际的烧酒价格相当,也构成诈骗罪。<sup>②</sup>反之,被害人接受非医生的诊断,以其所定价格购买了药品的,由于所购入的药品适合治疗被害人的疾病,所以不认为存在财产损失,因而不认定为诈骗罪。<sup>③</sup>

关于诈骗罪中的财产“损失”,日本刑法理论界主要存在以下不同观点。虽然牧野英一、木村龟二等少数学者认为,诈骗罪(既遂)的成立不以造成财产损失为必要,“但通说要求被害人产生某种财产上的损害。在这种必须产生财产上损害的通说中,应否将损害理解为被害人整体财产的减少,又存在争论。”<sup>④</sup>形式的个别财产说认为,日本刑法没有将诈骗罪规定为对整体财产的犯罪,而且刑法对骗取财物与骗取财产性利益采取了相同的规定方式,因此,诈骗罪(包括骗取财物与骗取财产性利益)是对个别财产的犯罪,财物的交付(丧失)、财产性利益的转移(丧失)本身就是财产损失。因为在如果不受欺骗就不会交付财物的情况下,被害人由于受欺骗而交付财物时,就导致被害人丧失了使用、收益、处分财物的利益;在如果不受欺骗就不会转移财产性利益的情况下,被害人由于受欺骗而转移财产性利益时,就导致其财产性利益的丧失,即使整体财产没有减少,对被害人而言也是财产损失。所以,只要基于行为人的欺骗行为丧失财产,就存在财产损失。即使行为人提供的反对给付与被害人交付的财产价值相当甚至超过了后者的价值,也不妨害诈骗罪的成立。<sup>⑤</sup>不难看出,形式的个别财产说认为,只要被害人交付了财物、转移了财产性利益,就是财产损失,而不要求实质的财产上的损失。实质的个别财产说认为,从日本刑法对诈骗罪与背信罪的不同规定可以看出,诈骗罪是对个别财产的犯罪,而且,既然诈骗罪是侵犯财产罪,就要求有实质的财产上的损失。单纯的交付财产并不等于财产损失,需要从实质上判断是否存在法益侵害。<sup>⑥</sup>财产价值减少说认为,诈骗罪与背信罪一样,都是对整体财产的犯罪;将诈骗罪与背信罪的区别对待,缺乏实质理由。<sup>⑦</sup>诈骗罪的成立以被害人的整体财产减少为必要,反之,就不成立诈骗罪。<sup>⑧</sup>但是,持财产价值减少说的学者,并不认为应仅就损失与利益进行客观上的金钱价值比较,而是主张既比较客观价值,也比较主观价值。如主张此说的宫本英修博士指出:“诈骗罪除了取得财物或得到利益的结果之外,还要求有造成他人财产上损害的事实。……就此而言,问题在于,在有偿地进行欺骗的场合,应当以何种方法判断损害的有无。对此,要进行如下判断:(1)首先将财产与对价进行纯客观的价值比较;(2)其次,二者相等时,要稍微客观地比较从被害人的主观地位来考虑所形成的价值;(3)最后,即使是纯主观的情形,当事人之间特别以此为条件而应予认可时,也要通过比较以此为基准的价

① 日本最高裁判所 1959 年 9 月 28 日判决,载《最高裁判所刑事判例集》第 13 卷第 11 号,第 2993 页。

② 日本大审院 1932 年 5 月 23 日判决,载《大审院刑事判例集》第 11 卷,第 665 页。

③ 同②,第 772 页。

④ [日]大塚仁等编:《大コンメンタル刑法》(第 13 卷),青林书院 2000 年第 2 版,第 106 页。

⑤ [日]福田平:《刑法各论》,有斐阁 2002 年全订第 3 版增补,第 250 页。

⑥ [日]前田雅英:《刑法各论讲义》,东京大学出版会 1999 年第 3 版,第 240 页。

⑦ [日]林干人:《刑法各论》,东京大学出版会 1999 年版,第 150 页以下。

⑧ [日]泷川幸辰:《刑法各论》,世界思想社 1951 年版,第 152 页。

值来决定。”<sup>①</sup>折中说认为,诈骗财物罪属于对个别财产的犯罪,诈骗利益罪则既包含对整体财产的犯罪,也包括对财物以外的个别财产权的犯罪。就诈骗财物罪而言,只要受骗者处分了财物,就应认为存在财产损失,而不要求被害人整体财产的减少。就诈骗利益罪而言,应区分不同情况判断是否存在财产损失:针对个别财产权实施诈骗行为时,只要能够认定如果没有欺骗行为被害人就不会转移债权等个别财产权,那么,转移个别财产权时,就造成了财产损失;针对整体财产实施诈骗行为时,只要没有给被害人的整体财产造成损害,就不能认定为诈骗利益罪。<sup>②</sup>

笔者认为,首先,形式的个别财产说存在疑问。因为在行为人提供了反对给付的情况下,如果不进行实质的判断,只要行为人通过欺骗手段使受骗者交付了财产就成立诈骗罪,必然导致处罚范围过于宽泛。例如,某商店并不向未成年人出售商品,但未成年人A冒充成年人购买商品,店员X误以为A是成年人,便将商品交付给A。根据形式的个别财产说,如果X没有受骗,就不会将商品交付给A,所以,A的行为成立诈骗罪;即使A在购买商品时支付了货款,也不影响诈骗罪的成立。这显然不合适。所以,必须从实质上判断被害人是否存在财产损失。折中说就对个别财产的诈骗罪而言,采取的是形式的个别财产说,因而存在同样的缺陷。其次,日本的财产价值减少说与德国的通说相同。虽然日本刑法没有像德国刑法那样,将诈骗罪规定为对整体财产的犯罪,但日本的财产价值减少说将诈骗罪解释为对整体财产的犯罪。可是,不管是按照德国的判例与学说,还是按照日本的财产价值减少说,在行为人提供了反对给付的情况下,都不是仅就被害人交付的财产的客观金钱价值与行为人提供的(被害人得到的)反对给付的客观金钱价值相比较,而是要进一步根据受骗者(被害人)的交易目的、所交付的财产与得到的财产的主观价值等进行权衡。最后,日本的实质个别财产说与财产价值减少说、德国的整体财产说也没有原则区别。因为实质的个别财产说主张从实质上判断被害人丧失财产是否形成财产损失、法益是否受到侵害,所以,必须联系被害人的交易目的、财产对被害人的可利用性等进行判断。而这一点与整体财产说的判断没有实质的区别。例如,实质的个别财产说主张,在行为人提供反对给付的场合,“所应比较的是受骗者在从事该交易时所意欲获得的利益与给付的利益”,而不是客观比较“被害人丧失的利益与得到的利益的金钱价值”。<sup>③</sup>这一点与德国的判例、学说以及日本的财产价值减少说具有一致性。

我国刑法没有像德国、日本刑法那样,明文要求财产损失,但如前所述,由于诈骗罪是侵犯财产罪,要求财产损失实为理所当然。虽然从法律条文上理解,不应将诈骗罪理解为对整体财产的犯罪,但应采取实质的个别财产说。至于个别财产的丧失能否评价为财产损失或法益侵害,则不能仅就被害人交付的财物和其得到的财物之间的客观金钱价值进行比较,而应当联系受骗者或被害人的交易目的等进行判断。

诈骗罪的特点是制造并利用受骗者的认识错误侵犯被害人的财产,如果能够肯定受骗者因为行为人的欺骗行为产生了法益关系错误,进而处分了财产,就表明造成了财产损失。在财产法益中,法益处分行为的社会意义的错误,就是法益关系的错误。因为与生命、身体法益本身值得保护不同,财产法益在交换经济条件下是作为经济的利用、收益、交换的手段而予以保护的;特别是金钱,并不是其价值本身值得保护,而是作为交换手段、实现目的的手段而值得保护。而且,通过财产的给付所欲取得的不仅是经济利益,也包含社会目的的实现,所以,法益处分的社会意义具有重要性。如果受骗者就“财产交换”、“目的实现”具有认识错误,则应当肯定存在法益关系错误。即受骗者所认识到的“财产交换”是否已经实现、处分财产所欲实现的“目的”是否已经达成,是判断受骗者是否存在法益关系错误的基本标准,也是判断有无财产损失的基本标准。换言之,如果受骗者的财产交换失败、处分财产的目的没有实现,就意味着存在财产损失。在行为人提供了反对给付的情况下,反对给付的属性是财产交换的重要条件,如

① [日]宫本英修:《刑法大纲》,弘文堂1935年版,第370页。

② [日]团藤重光:《刑法纲要各论》,创文社1990年第3版,第620页;[日]大塚仁:《刑法概说(各论)》,有斐阁1996年第3版,第256页。

③ [日]西田典之:《刑法各论》,弘文堂1999年版,第192页。

果行为人就反对给付的属性实施了欺骗行为,就表明受骗者具有法益关系的错误,行为人就所取得的财产成立诈骗罪。例如,行为人谎称某种商品具有特殊作用,受骗者以为该商品具有某种特殊作用才购买时,由于受骗者购入的商品并不具有特殊作用,其交换目的没有实现。即使行为人的出售价格与不具有特殊作用同类商品价格相同,也应认定受骗者存在财产损失。<sup>①</sup>正如日本最高裁判所1959年9月28日的判决所言:“即使提供价格相当的商品,但在告知了事实真相后对方将不付金钱的场合,故意就商品的效能等作违反真实的夸大说明,使对方误信商品的效能,而接受对方交付的金钱时,就构成诈骗罪。”<sup>②</sup>

我国司法实践中,也存在将提供反对给付的欺骗行为认定为诈骗罪的判例。例如,夏某与白某合伙低价购买《中国政府全书》、《中华人民共和国新编劳动人事政策法规全书》等书,然后以市委纪律检查委员会、市劳动和社会保障局等名义,向20个街道办事处、乡政府等单位推销。夏某被某区法院以诈骗罪判处拘役6个月。<sup>③</sup>夏某与白某按定价出卖了书,因此可以说,夏某与白某在实施欺骗行为取得书款的同时,提供了反对给付(书)。但是,被害单位原本并不需要这些书,只是由于夏某、白某以市委纪律检查委员会、市劳动和社会保障局等名义推销,被害单位才购买,而这些书对于被害单位并无利用可能性,所以,应当认定被害单位存在财产损失。当然,由于我国的刑事政策倾向于缩小处罚范围,所以,对于提供了反对给付的诈骗罪的认定不可能与德国、日本完全相同。换言之,在行为人提供了反对给付的场合,我国司法实践上或许应当适用限制诈骗罪的成立范围。但是,实践中盛行的完全不顾及法益主体的意志、目的,绝对以财物的客观金钱价值认定有无损失以及损失数额的做法,有悖于刑法的法益保护目的。

笔者的初步看法是,即使行为人提供反对给付,但受骗者的交换目的基本未能实现(包括反对给付缺乏双方约定的重要属性)时,宜认定为诈骗罪。例如,某市几家医院的8名医生,打着“肝病专家免费义诊”的旗号,私自到某乡为肝病患者义诊。在不到两天的时间里,该乡先后有200名群众接受了“义诊”。结果,有138人被查出患有乙肝。其中绝大多数人根据医生的意见购买了医生带来的200多元一盒的“肝得治”。最多者一次购买了2800元的“肝得治”。如此高比率的乙肝患者引起了当地政府的重视,经县医院派员检查,138人中,只有29人患有甲肝或者乙肝,其余109人均为健康。<sup>④</sup>诚然,109人在交付金钱的同时,获得了“肝得治”药品。然而,即使该药品属于有效药品,但相对于没有患肝病的109人来说,可谓废品。所以,109人交付金钱的目的完全没有实现,应认定其存在财产损失,医生的行为成立诈骗罪。再如,谎称组织他人去新、马、泰旅游,使他人交付了相当的旅游费用,但实际上组织他人去了越南旅游的,也应认定为诈骗罪。反之,如果受骗者的交换目的基本得以实现(如行为人提供的反对给付并不缺乏双方约定的重要属性),则没有必要认定为诈骗罪。例如,酒巴安排员工在网上充当女性与男性聊天,在男性同意见面后,员工将男性电话告知酒巴女服务员,由女服务员以见面为由约男性到酒巴。女服务员故意点高档食饮品,最后由男性支付。如果男性来酒巴只是为了与女服务员见面,应认为男性支付饮食费用的目的基本实现,不宜认为对其造成了财产损失。前述将混纺羊毛衫谎称为纯羊毛制作,仍以混纺羊毛衫价格出售给消费者的,虽然在德国、日本会认定为存在财产损失进而认定为诈骗罪,但在我国认定为诈骗罪恐怕还难以为人们接受,因为购买者的交换目的基本得到了实现(除非购买者根本不穿混纺羊毛衫)。但是,如果经营者乙因为混纺羊毛衫销路不好,而只经营纯羊毛衫,批发商甲将混纺羊毛衫谎称为纯羊毛衫出售给经营者乙的,即使仍按混纺羊毛衫价格出售,也应认定经营者乙存在财产损失,甲的行为成立诈骗罪。

### (三)就交付财产的用途、接受者进行欺骗的情形

① 参见[日]山口厚:《问题探究 刑法各论》,有斐阁1999年版,第165页以下。

② 日本《最高裁判所刑事判例集》第13卷第11号,第2993页。

③ 刘玲玲、张黎媛:《盗用政府机关名义卖书属诈骗》,载《北京日报》2000年11月2日,第9版。

④ 张桂辉:《医生走穴 罪过罪过》,载《法制日报》2001年5月28日,第5版。



这是指受骗者虽然就自己将财产交付给他人不存在认识错误,但就所交付财产的用途、财产的接受者存在认识错误的情形。其中又可以分为单方给付与双方给付两种情形。

### 1. 单方给付

例如,行为人甲声称为灾区募捐,受骗者乙交付了财物,但事实上甲并不是为灾区募捐,而是将所“募捐”的财物交给了自己的亲友(单方给付的情形)。与这种募捐诈骗相类似的,还有乞讨诈骗、救济金诈骗、补助金诈骗、奖励金诈骗等情形。在受骗者没有就交付财产期待任何反对给付的情况下,是否存在财产损失?甲的行为是否成立诈骗罪?

对于类似上述募捐诈骗的单方给付的案件,德国判例指出,即使受骗者没有期待任何反对给付,也可以说存在财产损失。<sup>①</sup>德国刑法理论上,只有极少数学者否认上述募捐诈骗之类的案件存在财产损失,其理由是,捐赠者没有期待物质的对价,并且知道自己的捐赠会造成自己客观的、经济上的损失时,在此限度内不可能存在欺骗。因为诈骗罪中的财产损失,以受骗者没有认识到损失为条件(无意识的自己加害, *unbewusste Selbstschädigung*)。在募捐诈骗的场合,受骗者已经认识到自己的财产损失,对方的行为当然不成立诈骗罪。但是,德国刑法理论的通说认为,类似募捐诈骗的行为成立诈骗罪。在这种场合,受骗者处分财产不是出于经济利益的考虑,而是为了实现社会目的;如果处分财产的社会目的得以实现,处分财产就成为实现主体社会目的的手段,当然无所谓财产损失;反之,如果受骗者处分财产的社会目的失败,就应认定为财产损失(目的失败论, *Zweckverfehlungslehre*)。<sup>②</sup>

日本判例在此问题上的立场,相当于德国的“目的失败论”。例如,行为人基于县的认可指令进行地震后的重建工程,工程完工后提出虚假内容的工程竣工精算书,领受过高的补助金。日本大审院 1932 年 2 月 2 日的判决指出:“领受发放的不当过高的补助金时成立诈骗罪。”<sup>③</sup>再如,行为人提供虚假的建筑面积精算书,领取农业仓库奖励金,也被认定为诈骗罪。<sup>④</sup>但是,如果行为人通过欺骗手段取得住宅补助金的行为,符合公营住宅法的行政目的,则否认诈骗罪的成立。<sup>⑤</sup>又如,对于提供虚假材料,骗取多额预算,使多额预算由被告人等任意支配消费的行为,也不只是单纯认定为财产法规的违反行为,而是同时认定为诈骗罪。<sup>⑥</sup>然而,对于虚报人工费,将领取的人工费用于广告、通信等方面的,由于人工费与广告费、通信费属于同一类项目,所领取的费用实现了同一社会目的,故否认诈骗罪的成立。<sup>⑦</sup>由此可见,行为人虽然不当取得补助金、预算,但如果没有严重脱离其原本用途的,并不成立诈骗罪,因而与德国的“目的失败论”相当。<sup>⑧</sup>

日本刑法理论一般也采取“目的失败论”的立场。如有学者指出,行为人通过欺骗手段取得不支付对价的财产的行为是否成立诈骗罪的问题,应当作为被害人基于错误处分了法益时能否评价为法益侵害的问题来考虑。作为一般原则,存在法益关系的错误时,即处分者并不明知自己放弃了什么时,应认定处分行为无效;如果就与诈骗罪的保护法益无关的事项存在错误,则处分行为有效。在约定反对给付时,受骗者对反对给付存在认识错误的,当然属于法益关系的错误;在没有约定反对给付的场合,如果受骗者对于交付财产的社会目的存在错误,即使其认识到交付财产会给自己造成经济损失,但如果其没有认识到交付财产的社会意义,也应认定为法益关系的错误。因为在交换经济下,财产法益是作为经济的利用、收受、交换的手段而值得保护的,受骗者在交付财产时,不仅要实现其经济利益,而且要达成其社

① Bay ObLG, *Neue Juristische Wochenschrift* 1952, 798.

② 参见[日]伊藤涉:《诈骗罪における财产の损害(三)》,载《警察研究》第 63 卷第 6 号,第 43 页以下。

③ 日本《大审院刑事判例集》第 12 卷,第 11 页。

④ 日本大审院 1936 年 3 月 5 日判决,载《法律新闻》第 3986 号,第 9 页。

⑤ 日本奈良地方裁判所 1963 年 6 月 27 日判决,载《下级裁判所刑事判例集》第 5 卷第 6 号,第 589 页。

⑥ 日本最高裁判所 1955 年 11 月 18 日判决,载《最高裁判所刑事判例集》第 9 卷第 12 号,第 470 页。

⑦ 日本名古屋高等裁判所金泽支部 1952 年 5 月 27 日判决,载《高等裁判所刑事裁判特报》第 30 卷,88 页。

⑧ 同②,第 34 页。

会目的。当然,如果受骗者的错误仅与非经济的事项有关(如骗取爱情),则不成立诈骗罪。因此,以募捐为名取得他人财物的,由于他人对交付财物的社会意义存在认识错误,导致其意欲的社会目的没有达成时,存在财产损失,应当认定为诈骗罪。<sup>①</sup> 还有学者指出,由于交付财产不仅要实现经济利益,而且要达成经济以外的社会目的,所以,只要没有达成目的,受骗者交付财产就没有意义,此时便产生了财产损失。<sup>②</sup> 不难看出,这种观点的实质也是“目的失败论”。

笔者认为,在受骗者就所交付财产的用途、财产的接受者存在法益关系的认识错误时,即使受骗者没有期待反对给付,也应认为存在财产损失,对方的行为应成立诈骗罪。

首先,从财产损失的角度而言。在以募捐为名取得他人财物的场合,受骗者之所以捐献(处分)财产,是行为人的欺骗行为所致。受骗者处分财产与行为人的欺骗行为之间具有明显的因果关系。正如“目的失败论”所主张的,受骗者捐献财产,并不只是单纯地将自己的财物转移为他人占有,而是为了援助特定的弱者(社会目的或社会意义)。所以,受骗者处分的财产能否援助特定的弱者,成为受骗者的社会目的是否实现、是否存在财产损失的关键。当财产用于实现主体的社会目的时,表明财产的价值已经实现,当然不能认定为财产损失;但是,财产未能用于实现主体的社会目的时,就应认定为财产损失。

其次,从被害人承诺的角度而言。如果被害人的处分意识与处分行为(承诺)是有效的,便阻却对方的行为成立犯罪。而在本问题上,被害人的承诺有效与否,关键取决于其是否存在法益关系的错误。盗窃罪中存在利用被害人认识错误的间接正犯,但这种认识错误必须是法益关系的认识错误,而不只是动机的认识错误。诈骗罪实质上是从盗窃罪的利用被害人的法益关系的错误而转移财产的间接正犯中,将受骗者具有处分意识与处分行为的情形分离出来而形成的独立犯罪。<sup>③</sup> 所以,受骗者的处分意识与处分行为是否基于法益关系的错误,便决定了其处分行为是否有效,对方的行为是否构成诈骗罪。在募捐诈骗的场合,受骗者正是为了援助特定的弱者才捐献财产,否则不会“捐献”财产。所以,受骗者所处分的财产能否援助特定的弱者,成为左右受骗者是否捐献财产的关键。由于受骗者对财产的社会目的存在认识错误,而且该认识错误由行为人欺骗行为造成,故应认为受骗者的认识错误属于法益关系的错误,受骗者存在财产损失。

最后,从刑事政策的角度而言。如果对募捐诈骗之类的行为不以诈骗罪论处,则意味着任何人都能够以人道组织或慈善机构的名义募捐财产归个人所有,这显然不利于保护财产,不能有效预防诈骗犯罪。乞讨诈骗愈演愈烈就说明了这一点。有的妇女打扮成孕妇,谎称需要金钱寻找丈夫,请过路人施舍。有的人购买假学生证,制作悲惨的身世招牌,从废品收购处获得一身旧校服,往街边一跪,一个悲惨无助但热爱学习的大学生进入了人们的视线,让过路人解囊。有的人四肢完全正常,却将左手臂藏入贴身内衣,外套的左袖显现出其没有左上肢,使过路人上当。如此等等,不胜枚举。之所以如此,其中的重要原因是行政机关、司法机关没有严格区分乞讨诈骗与普通乞讨行为。在现行法律之下,应当禁止的只能是乞讨诈骗而非普通乞讨行为。禁止乞讨诈骗的法律依据便是治安管理处罚条例关于骗取少量公私财物的规定以及刑法关于诈骗罪的规定。质言之,对于乞讨诈骗数额较大的,应以诈骗罪论处。

基于上述理由,对于那些伪造各种材料骗取奖励金的、伪造材料骗取最低生活保证金的、伪装成灾民骗取他人捐赠的,只要达到数额较大标准的,都应认定为诈骗罪。但是,如果受骗者不存在法益关系的错误,只是就附随事项存在认识错误,则不能认定存在财产损失。例如,行为人的确为了灾民募捐,所募捐的款项确实全部发放给了灾民。行为人在募捐过程中,过路人一般捐赠10元、20元,但行为人为获得更多的募捐款,向过路人谎称:“从募捐开始以来,所有过路人都捐赠了200元以上的现金。”从而

① [日]佐伯仁志:《被害者の错误について》,载《神戸法学年報》1985年第1号,第51页以下。

② [日]菊池京子:《いわゆる乞食詐欺と寄付詐欺における无意识の自己加害について》,载《一桥论丛》第98卷第5号,127页以下。

③ 参见[日]山口厚:《问题探究 刑法各论》,有斐阁1999年版,第149页。如果被害人没有处分意识与处分行为,则利用者的行为成立盗窃罪。

骗取过路人捐赠较多的现金。捐赠者虽然存在认识错误,但其实现了将捐赠款用于灾民的社会目的。因此,捐赠者的认识错误充其量属于动机错误,而非法益关系的错误,募捐者的行为不成立诈骗罪。<sup>①</sup>再如,无生活来源与劳动能力的人,在乞讨时将自己所有的现金放在身边,使过路人误以为该现金由他人捐赠进而解囊相助。由于解囊者援助乞讨者的社会目的没有失败,所以,不存在非法益关系的错误,也不存在财产损失。

## 2. 双方给付

例如,演唱会主办者A谎称演唱会的收益全部捐献给慈善机构,但在观众花钱购票观看演唱会后,A将收益据为己有(双方给付的情形)。A的行为是否成立诈骗罪?其中的关键问题是,在受骗者认识到将财产交付他人的情况下,交付财产的用途、接受者与其交付目的不一致时,是否存在财产损失?

德国曾发生以下双方给付的案件:被告人谎称,某种杂志卖出后的收益是提供给当地医生研修使用,不少人因为受骗而购买。德国法院的判决指出,购买者并不只是为了得到作为反对给付的杂志,而是期待其交付的金钱能够为支援社会做贡献;如果这种期待没有实现,对于购买者而言就存在可以计算的经济损失,因而造成了诈骗罪中的财产损失。<sup>②</sup>据此,即使受骗者获得了金钱上等价的反对给付,但没有实现社会目的,也存在财产损失。

关于双方给付的情形,德国刑法理论中的“人的财产说”主张,应当考虑社会目的等内容,如果受骗者的社会目的失败,则应认定存在财产损失。德国刑法理论的通说则认为,只要反对给付的价值不低于受骗者交付的财产价值,就没有财产损失,而不考虑社会目的的实现与否。例如,行为人谎称自己家庭贫困而贩卖杂志的,只要购买者获得了与其支付的金钱价值相当的杂志,就不存在财产损失。只有在财产价值减少的前提下,才讨论社会目的实现与否的问题。不过,对价是否相当也不只是考虑客观的金钱价值,同样要考虑主观价值。例如,行为人将某地产品冒充灾区产品予以出售,受骗者以支援灾区的意义而购买该产品。如果该产品没有不合适之处,那么,就没有财产价值的减少,因而不存在财产损失。但是,如果受骗者没有使用该产品的必要,只是因为受骗而购买,或者受骗者是专门援助受灾地区的财团时,由于反对给付的价值低于受骗者交付的财产价值,因而存在财产损失。由此可见,在行为人就交付财产的用途、接受者进行欺骗并提供了反对给付的情况下,德国刑法理论通说仍然会肯定诈骗罪的成立。<sup>③</sup>

日本的判例大多肯定上述双方给付的情形存在财产损失,因而认定为诈骗罪。例如,国家根据农地法要将未开垦的土地出卖给农业经营者,但是,没有经营农业意思的被告人购买了该土地。日本最高裁判所1951年4月1日的判决指出,虽然被告人的行为具有侵害农业政策这一国家法益的侧面,但与此同时,也侵害了作为诈骗罪的保护法益的财产权,因此不排除诈骗罪的成立。<sup>④</sup>

日本刑法理论的多数说也采取肯定说(与目的失败论相类似)。日本刑法理论在这方面重点讨论的是,行为人使用欺骗手段,取得公法规制下的某种物品的行为是否成立诈骗罪?例如,没有资格购买配给品的人,使用欺骗手段购买该配给品的,刑法理论一般主张认定为诈骗罪(所谓配给诈骗)。山口厚教授指出:“在与国家的、社会的法益相关的场合,虽然有学说否认成立诈骗罪,但判例的见解是,如果行为侵害了国家等享有的财产权,就没有理由否认诈骗罪的成立,这也是当前学说的一般见解。在为了实现某种积极的行政目的,分配稀少物质以实现具体的规制目的场合,财产的交付与其规制目的的实现之间处于交换关系,就这一点存在欺骗、认识错误时,可以肯定诈骗罪的成立。因此,欺骗县知事取得出卖的

① 参见[日]山口厚:《刑法各论》,有斐阁2003年版,第264页。

② 参见[日]伊藤涉:《詐欺罪における財産の損害(三)》,载《警察研究》第63卷第6号,第40页。

③ 同②,第48页以下。

④ 日本《最高裁判所刑事判例集》第30卷第3号,第25页。日本只有少数判例否认诈骗罪的成立(参见日本东京高等裁判所1962年11月29日判决,载《判例タイムズ》第140号,第117页)。

未垦地的案件,出示伪造的特配指令书,支付公定代金购入没有该特配指令书就不能购买的酒的案件,通过虚假的支付请求书提取查封的存款的案件,都可以肯定诈骗罪的成立。与此相对,就谎报年龄购入限制向未成年人贩卖的物品的案件而言,由于不存在向成人分配稀少物品的特别利益,物品的交付只不过与对价的支付处于交换关系,既然这一点上不存在认识错误,就不成立诈骗罪。此外,伪造医生的证明书,购入没有医生的指示或处方就不能购入的烈性药品的,只要烈性药品的分配不存在特别利益,也可以否定诈骗罪的成立。”<sup>①</sup>再如,前田雅英教授就配给诈骗指出,诈骗罪是对个别财产的犯罪,即使行为人支配了相当对价,但既然取得了原本不能享受配给的财物,就成立诈骗罪,行为人取得了不当的经济利益。作为诈骗罪的保护法益的财产权,当然包含国家为财产权主体的情形。再者,配给诈骗不同于未成年人伪装为成年人购书的案件,配给诈骗行为骗取了一定的经济利益,而不能认为仅侵害了国家作用。<sup>②</sup>

笔者认为,在上述双方给付的场合,如果行为人就给付用途、接受者进行欺骗,导致对方交付目的未能实现的,宜认定为诈骗罪。因为被害人虽然得到了行为人的相当给付,但被害人的给付具有特定的目的,如果这种目的具有公认的经济利益,那么,行为人使用欺骗手段取得原本不能取得的经济利益的,就应认定被害人的目的没有实现,因而存在财产损失。就前述举例而言,由于演唱会主办者 A 谎称演唱会的收益全部捐献给慈善机构,观众便以实现援助慈善机构的社会目的购买入场券;但由于 A 将收益据为己有,所以,观众支付金钱购买入场券的社会目的未能实现。既然交付财产的社会目的没有实现,就应认定为财产损失。所以, A 的行为成立诈骗罪。同样,伪造各种材料骗购经济适用房的,也成立诈骗罪。基于同样的理由,当行为人以提供对价的方式实施欺骗行为,造成他人财产损失的,在计算诈骗数额时,不能扣除行为人提供的对价。例如, A 隐瞒真相,用盗窃的车辆作质押,向 B 借款 15 万元,获得 B 交付的 15 万元现金后,逃之夭夭。应当认定 A 的行为造成了 15 万元的财产损失,而不宜将 15 万元减去车辆价值后的数额作为财产损失数额。

---

**Abstract:** Crime of Fraud is a crime of property. If the fraudulent act could not cause others' property losses, it doesn't constitute Crime of Fraud. If the fraudulent act could cause the danger of property losses, however, it doesn't cause actual property losses, it constitutes attempted Fraud (discontinuance). About the establishment of "property" losses, we should adopt the compromise theory on basis of the theory of economic property. When the victim gives property on account of illegal reason, there exists a property loss. When the actor defrauds others of remitting an illegal debt, there doesn't exist a property loss. When the actor gets one's own property, which the other party illegally occupies, or he realizes legal creditor's rights by using the fraudulent method, there exists a property loss. About the establishment of property "losses", we should adopt the theory of materially individual property. When the actor both defrauds property and provides balanced consideration, we should establish it causes property losses. When the actor defrauds the usage of handed property and the property acceptor, thus he acquires property. We should establish there exists a property loss or not, according to the victim making mistake of the legal interest.

---

[作者单位:清华大学法学院]

(责任编辑:白岫云)

① [日]山口厚:《刑法各论》,有斐阁 2003 年版,第 265 ~ 266 页。

② [日]前田雅英:《刑法各论讲义》,东京大学出版会 1999 年第 3 版,第 243 页。