

# 诈骗罪中的处分意识：必要性及判别

袁国何\*

---

**内容提要：**处分意识不要说无法妥当区分盗窃罪和诈骗罪，与肯定权利人的同意排除盗窃罪构成要件的主张不相协调。处分是值得保护的财产价值实现方式，财产权是一种自我决定权，财产权的行使须反映权利人的真实意思，故处分意识必要说能够全面反映盗窃罪与诈骗罪的不法类型差异和不法程度差异，权利人的处分意识是构成诈骗罪的前提。在诈骗罪中，权利人的错误认识仅限于动机错误，而不包括对所处分财产本体属性的认识错误。在处分意识的程度要求上，应坚持严格的处分意识说，权利人须明确认识到其处分行为将转移自己对特定数量财产的占有或支配，但不必认识到被处分财产的价值。对财物重量的误认，只是不影响处分意识的动机错误。在一些特别交易类型中，权利人将若干财物组成集合物进行交付，而不在意组成该集合物的个别财物的个数，此时才能例外地承认整体性的处分意识。

**关键词：**诈骗罪 处分意识 利益诈骗

---

## 一、问题的提出

近年来，信息技术高速发展，扫码支付等成为常见的交易、支付方式，财产处分高度自动化、电子化。财产犯罪形式也随之更加多样，新型案件层出不穷。比如，自动售货机、自动取款机、电子支付等普及以来，智能机器广泛取代售货员、银行柜员等成为财产交易的中间环节，直接接受并处理权利人下达的交易指令，于是，犯罪人可利用权利人对其指令之财产意义的无知或误认而实施财产犯罪。机票款案即为适例：行为人声称未收到孙某网银支付的机票款，要求孙某通过ATM机“联网操作”使付款生效；行为人引导孙某在ATM机上先后输入所谓激活码“18356”“280838”，孙某账户内相应钱款遂被转入行为人账户。<sup>〔1〕</sup>由于孙某是将该等数字作为“激活码”输入的，故无处分财产的意思，但此类案件在司法实务中多被认定

---

\* 复旦大学法学院副教授。

本文受到上海市浦江人才计划（18PJC020）资助。

〔1〕 参见王伟等：《网站虚假代售机票案件如何处理》，《人民检察》2013年第12期，第42页。

为诈骗罪。<sup>〔2〕</sup>在该等新型案件中,财产处理的自动化、电子化对处分意识必要说形成了极大冲击。在传统交易中,“财物的占有转移在外观形态上是很明确的,……在财物的转移上通常伴随有转移的意思”。<sup>〔3〕</sup>新型支付方式的出现,使得权利人的客观处分行为和主观处分意愿能够分离,<sup>〔4〕</sup>故有必要检讨:处分意识是否为诈骗罪的必要构成要件要素。

此外,采用新型支付方式,甚至无需输入付款金额、交易密码,犯罪人会利用该特性实施犯罪。例如,顾客购买价值1000元的商品后,采用被动扫码方式结算;收银员输入收款金额时故意多输入一个“0”,致使顾客实际支付了10000元。虽然顾客对支付1000元有明确的处分意识,但能否肯定其对多出的9000元有处分意识,成为难题。问题的关键是,要肯定处分意识,需要权利人认识到哪些要素,是否包括财产的数量。在传统交易中,交易主体多能直观把握交易客体的内容、数量,但在被动扫码支付等情形中,由于“财产性利益的转移欠缺明确性”,<sup>〔5〕</sup>处分人很容易认识不到财产的数量。财产处理的自动化、电子化,迫切要求准确界定处分意识的程度要求。

另外,如果将盗窃罪的对象限定为财物,并在利益诈骗中坚持处分意识必要说,就可能形成处罚漏洞。例如,行为人购买大量支付宝账号、密码等数据后,将他人支付宝账户内余额2万元转入自己账户。由于被害人对转账缺乏处分意识,转账是通过无法被骗的系统完成的,故行为人不构成诈骗罪。支付宝账户内余额属于财产性利益,若将盗窃罪的对象限定为财物,则行为人不构成盗窃罪。随着电子支付等的普及,侵害财产性利益的案件越来越多,应如何协调利益盗窃否定说与处分意识必要说之间的紧张关系,不容忽视。

臧进泉等盗窃、诈骗案,是最高人民法院发布的唯一涉及盗窃罪与诈骗罪界分的指导性案例,其对处理网络钓鱼类案件具有重要的指导意义。该案裁判理由明确指出:“应从行为人采取主要手段和被害人有无处分财物意识方面区分盗窃与诈骗”。不过,法院并未对处分意识必要说加以论证,从而未能消弭处分意识必要说与不要说之争。该案中被害人金某虽未意识到付款金额是30.5万元,但其有明显的付款行为与付款意愿,<sup>〔6〕</sup>在这种情况下为何仍应否定金某有处分意识,裁判理由语焉不详。为准确理解该指导性案例,仍有必要对处分意识是否必要、处分意识如何判别这两个问题展开理论剖析。

## 二、处分意识的必要性

财产处分历来被认为是诈骗罪不成文的构成要件要素,而处分行为是否以处分意识为必要则有争论。我国通说认为,行为人“自觉地”为财产处分,是诈骗罪的突出特点;<sup>〔7〕</sup>基于处分意识必要说的立场,才能承认不作为形式的处分行为,才能对处分能力提出要求,才能避免

〔2〕 例如广东省惠州市中级人民法院(2017)粤13刑终361号刑事裁定书;海南省第二中级人民法院(2016)琼97刑终311号刑事判决书;福建省厦门市中级人民法院(2014)厦刑终字第456号刑事裁定书。

〔3〕 [日]大谷实:《刑法各论》,黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第250页。

〔4〕 参见姜涛、杨睿雍:《新型支付手段下诈骗罪的处分意识再定义》,《重庆大学学报(社会科学版)》2020年第1期,第173页。

〔5〕 前引〔3〕,大谷实书,第250页。

〔6〕 证据显示,金某“点击该链接付款后,其就收到手机短信提醒其建设银行网银被转走305000元”。参见浙江省杭州市中级人民法院(2011)浙杭刑初字第91号刑事判决书。

〔7〕 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2019年版,第501页。

不当扩大诈骗罪的处罚范围。<sup>〔8〕</sup>但是，处分意识不要说也是有力主张。此外，还有主张财物诈骗须具备处分意识而利益诈骗无需处分意识的区别说。<sup>〔9〕</sup>

（一）处分意识必要说能够妥当界分盗窃罪与诈骗罪

盗窃罪是缺乏占有人同意而打破占有的夺取罪，诈骗罪则是基于权利人的同意转移占有的交付罪，打破占有与财产处分之间是互斥关系。<sup>〔10〕</sup>因此，“是否存在处分行为，是区别盗窃罪与诈骗罪的重要因素”。<sup>〔11〕</sup>若采处分意识不要说，则处分行为无法发挥这一界分功能。<sup>〔12〕</sup>一方面，打破占有，可以通过支配他人来实现，行为人可凭借基于欺骗或强制的意思支配而成立盗窃罪的间接正犯。<sup>〔13〕</sup>被利用的工具可以是被害人本人，如行为人欺骗被害人而让后者无意识地移转财物占有，可成立盗窃罪的间接正犯。另一方面，处分行为可以表现为消极的不作为，即在他人取走自己的财物时不予制止。<sup>〔14〕</sup>客观上，盗窃罪、诈骗罪均可以表现为行为人自行取走财物（行为人取），也可以表现为被害人将财物移转给行为人（被害人给）。如果采取处分意识不要说，将难以界分盗窃罪的直接正犯与存在权利人消极处分的诈骗罪，也难以区分盗窃罪的间接正犯与存在权利人积极处分的诈骗罪。不作为的财产处分，须是有意识的。只有当权利人认识到自己需要制止时，其不制止才是不作为的财产处分；未意识到财物属于自己，单纯不制止他人拿走，并不是财产处分。<sup>〔15〕</sup>例如，乙在自家楼下看到甲正将一架钢琴搬上货车，因未认出系自己的钢琴，故未阻止甲。显然，乙的不阻止并非财产处分。

另外，只有考虑权利人的内心态度，才能避免不当结论。处分意识不要说可以不考虑被害人的内心态度，完全以是“行为人取”还是“被害人给”为标准区分盗窃罪与诈骗罪。<sup>〔16〕</sup>但是，这将导致以暴力迫使被害人交付财物也不成立抢劫罪的不当结论。“纯粹从外在表象出发进行区分，……相应的结论基本上是由偶然而非有意义的标准确定的。”<sup>〔17〕</sup>

因此，只有处分意识必要说才能解释盗窃罪与诈骗罪被区别对待的原因。在我国，基于数额标准、入罪情节等方面的差异，对盗窃罪的制裁实质上重于诈骗罪。其原因在于：正是由于诈骗罪中的交付行为是“基于意思的转移”，<sup>〔18〕</sup>诈骗罪才是所谓“自我损害型犯罪”，财产损失在一定程度上可以被归属给被害人。<sup>〔19〕</sup>只有坚持处分意识必要说，才能确保诈骗罪构成要件的确切内涵，才能彰显其自我损害型犯罪的特质。<sup>〔20〕</sup>若秉持处分意识不要说，否认诈骗罪

〔8〕 参见张明楷：《诈骗罪与金融诈骗罪研究》，清华大学出版社2006年版，第160页以下。

〔9〕 区别说是德国的主流见解。Vgl. Tiedemann, in: LK-StGB, 12. Aufl., 2012, § 263 Rn. 118.

〔10〕 Vgl. Schröder, Über die Abgrenzung des Diebstahls von Betrug und Erpressung, ZStW 60 (1941), S. 42.

〔11〕 [日] 西田典之：《日本刑法各论》，桥爪隆补订，王昭武、刘明祥译，法律出版社2020年版，第230页。

〔12〕 参见刘明祥：《论诈骗罪中的交付财产行为》，《法学评论》2001年第2期，第69页。

〔13〕 Vgl. Roxin, Strafrecht AT, Band 2, 2003, § 25 Rn. 63.

〔14〕 处分意识不要说也赞同这一观点。Vgl. Kindhäuser, Strafrecht BT, Band 2, 9. Aufl., 2017, § 27 Rn. 40.

〔15〕 Vgl. Otto, Zur Abgrenzung von Diebstahl, Betrug und Erpressung bei der deliktischen Verschaffung fremder Sachen, ZStW 79 (1967), S. 68.

〔16〕 施密特认为，盗窃、抢劫是“拿走犯罪（Wegnahmesdelikte）”，诈骗、敲诈勒索、抢劫性敲诈勒索是“给予犯罪”或“处分犯罪”（Weggabe-oder Verfügungsdelikte）；只要是被害人给的，即便不自愿，也不成立盗窃罪。Vgl. Schmitt, Nehmen oder Geben, ist das hier eine Frage?, in: FS-Spendel, 1992, S. 581.

〔17〕 前引〔15〕，Otto文，第64页。

〔18〕 参见[日]山口厚：《刑法各论》，王昭武译，中国人民大学出版社2011年版，第297页；Vogel, in: LK-StGB, 12. Aufl., 2010, § 242 Rn. 119.

〔19〕 Vgl. Hefendehl, in: MK-StGB, 3. Aufl., 2019, § 263 Rn. 314.

〔20〕 参见王钢：《盗窃与诈骗的区分：围绕最高人民法院第27号指导案例的展开》，《政治与法律》2015年第4期，第36页。

的自我损害型犯罪特征，<sup>[21]</sup>则难以解释盗窃罪与诈骗罪的立法、司法差异。

盗窃罪、诈骗罪分别是针对个别财产、整体财产的犯罪，<sup>[22]</sup>若纯粹从外观上界分二罪，可能无法周延保护所有权。比如，若被害人欠缺处分意识而交付财物，但获得了等价补偿，此时因系“被害人给的”，不构成盗窃罪；又因整体财产未减损，也不构成诈骗罪。

## （二）处分意识必要说与权利人的同意排除打破占有的主张相协调

处分意识不要说也认同，“违反占有人的意思”是成立窃取行为的前提，原占有人的同意具有排除盗窃罪构成要件的功能。<sup>[23]</sup>该等同意须出于行为人的真实意思，故原占有人须具备自然意志，欺骗不影响其效力。<sup>[24]</sup>原占有人的同意势必是主观的，纯粹客观的外在举动不能取代主观的内心意愿。在排除构成要件的权利人同意中，有意义的是权利人内心的效果意思，而非其外在表示。<sup>[25]</sup>即便认为该等同意须表示于外，<sup>[26]</sup>这种表达要求也是在内心意思基础上的进一步限制，而非替代内心意思。权利人的同意不可能是纯粹的客观举动。

再者，同意总是针对一定的对象和行为作出的，只有具备明确的认知才可能就对象和行为作出限定。“单纯看到拿走行为，而未意识到占有的打破取决于自身的行为（不作为），并不能使拿走变成占有处分。”<sup>[27]</sup>例如，将邮票夹藏在书中，而后借走该书。主人的同意只及于图书，而不及于邮票。如前所述，处分行为可表现为不作为，故认定处分行为的关键是，财产变动是否符合权利人的意愿。处分意识不要说也认为，在两人关系中，盗窃罪与诈骗罪之间存在互斥关系，<sup>[28]</sup>财产处分就是排除盗窃罪构成要件的权利人同意之表现，而该等同意的核心恰在于权利人的内心意思，故不能既认为排除盗窃罪构成要件的权利人同意以权利人的认知为前提，又在诈骗罪中坚持处分意识不要说。只要认可处分行为是打破占有的反面，就必须坚持处分意识必要说。

权利人的同意之所以能排除盗窃罪的构成要件，是因为占有让与是行使财产权的一种方式。在很多场合，财产权人处分财产，就是在财产的使用价值与交换价值间做自主选择。当权利人意图发挥财产的使用价值时，就会放弃交换价值，就会要求国家保障财产本身的安全，为其使用财产提供安全的静态财产环境，这是针对个别财产的盗窃罪的功能。当权利人意图发挥财产的交换价值时，就会放弃使用价值，就转而要求国家保护其取得交易对价的权利，为其交易财产提供安全的动态财产环境，这是针对整体财产的诈骗罪的功能。<sup>[29]</sup>

盗窃罪是保护财产的使用价值的，当权利人为换取交换价值而让渡使用价值时，不存在对使用价值的侵害，因此，权利人的同意排除盗窃罪的构成要件。在诈骗罪中，计算财产损失时，之所以要扣除被害人取得的财产，也是因为权利人本来意图实现的就是财产的交换价值。不过，只有当财产使用价值与交换价值之间的转换符合权利人的意愿，这种转换才能被视为对财产权的

[21] 参见蔡桂生：《新型支付方式下诈骗与盗窃的界限》，《法学》2018年第1期，第171页。

[22] Vgl. Tiedemann, in: LK-StGB, 2012, § 263 Rn. 159 ff; 前引 [14], Kindhäuser书, 第27节, 边码62以下。在日本, 仅背信罪被认为是针对整体财产的犯罪, 盗窃罪、诈骗罪都是针对个别财产的犯罪。

[23] 参见前引 [11], 西田典之书, 第168页; 前引 [14], Kindhäuser书, 第2节, 边码44。

[24] Vgl. Kindhäuser, Strafrecht AT, 9. Aufl., 2020, § 12 Rn. 51; 车浩：《盗窃罪中的被害人同意》，《法学研究》2012年第2期，第103页。

[25] Vgl. Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aufl., 1996, S. 374.

[26] 参见前引 [24], Kindhäuser书, 第12节, 边码58。

[27] 前引 [15], Otto文, 第67页。

[28] Vgl. BGHSt 17, 205 (209).

[29] 类似的主张, 参见前引 [20], 王钢文, 第30页。

行使。就财产处分而言，“对于将事实性支配转让给行为人的内在态度，总是决定性的”。<sup>[30]</sup>

总之，财产处分是对作为自我决定权的财产权的行使，处分意识并非财物诈骗中常见的伴随现象，<sup>[31]</sup>而是在法律上肯定处分行为的必备要素。

### （三）处分意识必要说不会广泛造成处罚漏洞

财物占有的转移外观明确，常伴有转移意思；利益转移则非如此，故利益诈骗是否要求处分意识，多有争论。<sup>[32]</sup>德国主流见解认为，处分意识是财物诈骗的必备要素，却非利益诈骗的前提。<sup>[33]</sup>在德、日刑法中，财产性利益只是诈骗罪的客体，而非盗窃罪的客体。有学者认为：“有意不让对方认识到所转移的对象”，是更恶劣、更严重威胁法益的“最典型的诈骗”，处分意识必要说将其排除在诈骗罪之外，可能造成处罚漏洞。<sup>[34]</sup>在利益诈骗中奉行处分意识不要说，则可填补立法漏洞。

既然该等德、日学说旨在填补立法漏洞，援引、继受时必须重视中德、中日实定法上的差别。与德、日刑法不同，我国刑法将盗窃罪、诈骗罪的客体均规定为“公私财物”，一般认为包括有体财物和财产性利益。我国刑法也没有将盗窃罪的构成要件行为界定为“拿走”。鉴于此种立法差别，“在财产犯罪理论的构建上，中国可以有不同于日本、德国的选择”。<sup>[35]</sup>在我国，承认利益盗窃，具有学理和实践可行性。<sup>[36]</sup>

有学者认为，盗窃罪的构成要件行为是打破他人占有并建立自己占有的“拿走”行为，利益盗窃欠缺“打破占有并建立占有”，故不成立盗窃罪。<sup>[37]</sup>不过，当财产性利益并非纯粹的观念关系，而可凭借一定介质予以控制并转移控制时，迫使权利人移转该等控制的行为，就完全可以被评价为“拿走”。例如，在行为人以暴力逼迫被害人通过手机银行转账的场合，将这种迫使被害人转让其对第三人享有的、可凭借一定介质加以控制的债权之行为界定为“拿走”，就是一种具有妥当性的扩大解释。若行为人不是以暴力迫使被害人转账，而是背着被害人暗自转账，就完全可能构成盗窃罪。

的确，部分财产性利益“因为欠缺可转移性”，无法满足“打破占有并建立占有”的特征，从而不能成为盗窃罪的对象。<sup>[38]</sup>但是，不能因此就认为对所有财产性利益均不能成立盗窃罪。以债权为例，一方面，债权是一种要求他人为一定给付的利益，是一种相对权，不可能存在对它的“占有”或“支配”；但另一方面，债权也是可让与的权利，针对这种作为权利客体的债权，完全可能存在对它的“占有”或“支配”，存款债权即为典型。<sup>[39]</sup>使债权人无意

[30] 前引〔10〕，Schröder文，第43页。

[31] Vgl. Lackner, in: LK-StGB, 10. Aufl., 1988, § 263 Rn. 98; 前引〔3〕，大谷实书，第250页。

[32] 前引〔3〕，大谷实书，第250页。

[33] 也有学者坚持彻底的处分意识必要说。Vgl. Hefendehl, in: MK-StGB, § 263 Rn. 301, 328.

[34] 参见前引〔11〕，西田典之书，第231页；Tiedemann, in: LK-StGB, 2012, § 263 Rn. 118; Mische, Unbewußte Verfügungen: Zur Spannung zwischen Unrechtsgehalt und Tatbild des Betrugs, 1987, S. 54 f.

[35] 李强：《财产犯罪法律规定的比较分析——以日本、德国、中国刑法为对象》，《法学评论》2019年第6期，第82页。

[36] 参见黎宏：《论盗窃财产性利益》，《清华法学》2013年第6期；张明楷：《论盗窃财产性利益》，《中外法学》2016年第6期；马寅翔：《限缩与扩张：财产性利益盗窃与诈骗的界分之道》，《法学》2018年第3期。

[37] 参见徐凌波：《虚拟财产犯罪的教义学展开》，《法学家》2017年第4期，第51页以下；刘明祥：《论窃取财产性利益》，《政治与法律》2019年第8期，第64页。

[38] 参见李强：《财产犯中财产性利益的界定》，《法学》2017年第12期，第51页。

[39] 区分作为利益的债权与作为权利客体的债权，受益于笔者与施鸿鹏的探讨，他提出债权具有作为利益与作为权利的双重面向。

识地免除债务，或许不成立盗窃罪；但使存款人无意识地转账，则完全可以构成盗窃罪。

无论财产性利益表现为何种形式，通过强迫或欺骗使被害人处分财产性利益，总是可能的、容易想象的，因而，抢劫、诈骗财产性利益多会被规定为犯罪。当财产性利益的形式有限时，往往很难不通过被害人而破坏其对财产性利益的支配并建立自己的支配，因而，立法者不太会将财产性利益也规定为盗窃罪的对象。特别是，早期的财产性利益多有一定载体，如存折、提单等，盗窃这些载体本身即可在德国、日本构成盗窃罪。然而，“随着经济交往方式的变化，特别是自动化、电子化交易方式、操作方式的不断发达，不通过权利人的处分行为也可以转移财产性利益变得并非不可能。”<sup>[40]</sup>在今天，很多交易无需人的参与，行为人完全可能在不强制或不欺骗被害人的前提下，破坏其对财产性利益的支配，并建立自己的支配。此时，就不应像早期德国、日本的立法者那样，放弃将利益盗窃作为盗窃罪来处罚。

如前所述，针对缺乏可转移性的财产性利益，难以成立盗窃罪，坚持处分意识必要说，就有可能就该类财产性利益形成处罚漏洞。不过，存款、第三方支付账户中的余额等最常见的财产性利益，恰恰是可转移的，可通过盗窃罪予以保护。缺乏可转移性的财产性利益，在其被有意识地处分时，可适用诈骗罪加以保护。部分缺乏可转移性的财产性利益，如劳务，恰恰不大可能被无意识地处分。因此，仅在极少数情形中，即针对能被无意识处分且缺乏可转移性的财产性利益，才可能因坚持处分意识必要说而造成处罚漏洞。但是，诈骗罪并非财产犯罪的兜底罪名，若为填补微小的处罚漏洞，彻底或部分放弃处分意识必要说，使诈骗罪丧失“自我损害型犯罪”属性从而无法表现其独特的不法内涵，这在刑法教义学上是得不偿失的。像德国、日本对待计算机诈骗那样，承认处罚漏洞并通过立法填补，才是更值得赞赏、更符合罪刑法定原则的选择。

#### （四）处分意识不要说的论证存在方法论瑕疵

处分意识不要说的部分论证，是建立在有瑕疵的方法论基础上的。有学者指出，在前述机票款案中，“由于财物系被害人主动‘拱手相送’而不是被他人拿走，因此案件性质无关盗窃；……在司法实践中，此类案件无一不以诈骗性质认定”；<sup>[41]</sup>处分意识必要说难以解释这一点，故应改采处分意识不要说。<sup>[42]</sup>但问题在于，“日常语义中所理解的网络诈骗、新型诈骗……不一定落入刑法所定义的诈骗罪构成要件范围之内”。<sup>[43]</sup>某类案件是否成立诈骗罪，应当是判断的结论，而非判断的论据。以“在司法实践中，此类案件无一不以诈骗性质认定”为由，否定处分意识的必要性，混淆了实然与应然，系以经验判断替代规范判断。

如前所述，有学者认为，“有意不让对方认识到所转移的对象”，是更危险、更应谴责的法益侵害，不应被排除在诈骗罪之外。但是，行为方式更危险、更应谴责，并不意味着其成立诈骗罪，论以盗窃罪或许更能严厉惩处。即便不承认利益盗窃，也不应为了填补漏洞而恣意改造诈骗罪的构成要件。“窃取财产性利益不成立盗窃罪”，不是该等行为成立诈骗罪的充分条

[40] 李强：《财产性利益犯罪的基本问题》，法律出版社2020年版，第155页。

[41] 秦新承：《认定诈骗罪无需“处分意识”：以利用新型支付方式实施的诈骗案为例》，《法学》2012年第3期，第156页。

[42] 参见前引[4]，姜涛等文，第173页；张忆然：《诈骗罪的“处分意思不要说”之提倡：“处分意思”与“直接性要件”的功能厘定》，《中国刑警学院学报》2019年第3期，第30页。

[43] 徐凌波：《置换二维码行为与财产犯罪的成立》，《国家检察官学院学报》2018年第2期，第36页。

件；盗窃罪与诈骗罪互斥，却不互补。<sup>[44]</sup> 如果否认利益盗窃可以成立盗窃罪，则基于意思的交付行为还具有划定利益诈骗罪与不可罚的利益盗窃之界限的意义。<sup>[45]</sup> 处分意识的有无决定着法益侵害类型的差别，不能为了避免处罚漏洞而在利益诈骗中放弃处分意识必要说，进而将利益盗窃作为利益诈骗予以处罚。为了填补处罚漏洞而发展起来的区别说，恐有恣意之嫌。彻底否定处分意识的必要性，将导致盗窃罪与诈骗罪的关系彻底混乱，无疑得不偿失。

平野龙一指出：“处分行为、交付行为不以意思表示为必要，事实行为即可。……而且也包含没有意识到交付的内容的情况。”<sup>[46]</sup> 或许是受此影响，有学者认为：占有是指事实上的占有，对财物的处分行为之内容是转移财物的占有，“所以，只要有事实上的处分行为就够了，既不要求意思表示，也不要求是有意识的”。<sup>[47]</sup> 但是，平野龙一所谓的“事实行为”是与意思表示、法律行为相对应的概念，而非有意行为的反面；处分行为“包含没有意识到交付的内容的情况”这一点，也不是从被处分对象的事实性中推导得出的。所以，不能因为占有是事实性的，就认为转移占有的处分行为是事实行为，无需有意识。占有的事实属性是相对于规范属性而言的，并不是指占有是纯客观的。即便认为占有是纯客观事实，也不意味着转移占有的处分行为是纯客观的，就像财物的客观性不意味着转让财物无需意思要素一样。

综上，应在诈骗罪中坚持彻底的处分意识必要说。

### 三、处分意识的认识内容

脱离具体内容而肯定的处分意识必要说，是空洞的，难以发挥界分功能。比如，有人认为，在网络条件下，被害人主动在陌生链接中输入支付账号及密码，以为支付的是0元的被害人通过支付出让了权限，应肯定其处分意识。<sup>[48]</sup> 如此过分宽泛地认定处分意识，完全无法发挥处分意识的界分功能。可见，与处分意识必要性问题同等甚至更加重要的是，肯定处分意识需以认识到哪些要素为前提。

对该问题的回答，须结合处分行为在诈骗罪中的下述功能展开：处分行为连接着认识错误与财产损失，建构了财产减损与被害人间的归属关联，维持着诈骗罪作为自我损害型犯罪的特征。<sup>[49]</sup> 不过，所谓“财产减损与被害人间的归属关联”，并不是要“将被害人与行为人并列视为诈骗罪的共同行为人”，也不旨在论证被害人存在“对自我保护的忽视，不具有刑法上的需保护性”。<sup>[50]</sup> 强调诈骗罪系自我损害型犯罪，不是指被害人须对其财产损失自我答责。在行为归属（Zurechnung zur Tat）的意义上，“‘归属’，意指‘将事件经过作为自主的行为予以看待’”。<sup>[51]</sup> 所谓“财产减损与被害人间的归属关联”，是指财产减损是由被害人的自主行为导致的，强调的是造成财产减损的被害人之处分行为是有意且自愿的。<sup>[52]</sup> 在此意义上，只有

[44] 参见张明楷：《三角诈骗的类型》，《法学评论》2017年第1期，第20页。

[45] 参见前引〔18〕，山口厚书，第299页；前引〔8〕，张明楷书，第160页。

[46] [日]平野龙一：《刑法概说》，东京大学出版会1977年版，第214页。转引自前引〔8〕，张明楷书，第159页。

[47] 前引〔41〕，秦新承文，第157页。

[48] 参见蒲阳：《骗得他人网络支付信息侵权应属诈骗行为》，《检察日报》2020年7月24日第3版。

[49] Vgl. Hefendehl, in: MK-StGB, § 263 Rn. 314.

[50] 参见王莹：《诈骗罪重构：交易信息操纵理论之提倡》，《中国法学》2019年第3期，第250页。

[51] Hruschka, Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen, ZStW 110 (1998), S. 586.

[52] 同上文，第602页。

当处分人认识到其处分行为的财产意义时,方能肯定其处分意识。对处分行为之财产意义的认识,有三项前提:其一,客体认知,即清楚地认识到所处分的财产究竟是什么;其二,前提认知,即清楚地认识到所处分的财产在被处分前是何种状况;其三,后果认知,即清楚地认识到处分财产的后果是什么。对其他要素的认知,则并非肯定处分意识的前提。

### (一) 处分意识的必要内容

#### 1. 客体认知

财产处分总是对具体财产的具体处分,只有当处分人意识到其处分的对象存在时,才能肯定针对该对象的处分意识。没有疑问的是,当权利人完全没有意识到客体的存在时,无法肯定处分意识。例如,甲从商店货架上取下一瓶茅台酒,拿在远离店主一侧的手中,店主因视线受阻,未发现甲手中的茅台酒,故在甲未结账离开时未予阻止。店主的这种不阻止显然并非有意识的财产处分,尽管正是该行为在客观上导致店主丧失了对茅台酒的占有。

在很多情形中,权利人往往不是对被侵害的财产全无认识,而是仅认识到部分财产,或者仅认识到财产的部分属性,此时就需要明确,当权利人认识到财产的价值、种类、数量等属性中的哪些属性时,才能肯定权利人的处分意识。这实际上涉及的是客体认知的程度问题。对此,存在着严格的处分意识说与缓和的处分意识说之争,笔者将在下一部分处理该等问题。

#### 2. 前提认知

在财物诈骗中,被害人对财物的处分实际上是对财物之占有的处分,而占有转移的前提是存在占有。欠缺占有就不可能转移占有,同理,欠缺对占有的认识就不可能存在对占有的有意识处分。只有当权利人认识到财物归自己占有时,其转移或放弃该占有的客观行为才能被视为对财产权的行使,才属于有意识的处分行为。在利益诈骗中,被害人对财产性利益的处分,可能表现为转让或放弃该财产性利益,也可能表现为转让或放弃对财产性利益的支配。此时,要肯定被害人的处分意识,须首先肯定被害人认识到自己享有或支配着被处分的财产性利益。

是故,在下述案例中,不应认为收银员具备处分意识:顾客M结账时将钱包遗落在超市收银台;顾客K发现该钱包后,正在结账的T谎称系自己的钱包,K遂将钱包放回收银台,T随后带上钱包离开;收银员信以为真,故未阻止T携带钱包离开。<sup>[53]</sup>有人认为,收银员因受T欺骗而误以为钱包归T占有,故未将钱包作为遗忘物带走保管,其在T带走钱包时的不介入是一种财产处分。<sup>[54]</sup>实际上,基于商店对其领域内全部财物的概括占有,顾客M离开后,钱包作为遗忘物归商店占有,收银员系占有辅助人。收银员因受T欺骗而没有意识到自己是钱包的占有辅助人,其虽未阻止T携带钱包离开,却从无将商店对钱包之占有转移给T的处分意识。是故,T应成立盗窃罪。<sup>[55]</sup>

#### 3. 后果认知

有意识的处分人既须认识到被处分的“财产”,也须认识到对财产的“处分”。只有当权利人清楚地意识到其行为将导致自己丧失对财物的占有、对财产性利益的享有或支配时,其放弃或转让的行为才能被视为对作为自我决定权之财产处分权的行使。

通常,如果被害人没有意识到自己的客观行为会导致自己丧失对财物的占有、对财产性利

[53] Vgl. OLG Hamm, Abgrenzung von Diebstahl und Betrug, NJW 1969, 620 (620).

[54] Vgl. Hefendehl, in: MK-StGB, § 263 Rn. 327.

[55] 参见前引[53], OLG Hamm文,第620页。



益的享有或支配，就不应认为该等客观行为是被害人有意意识的处分行为。在前述机票款案中，孙某以为在 ATM 机上输入的仅是激活码，不会使自己对银行的存款债权被转移给他人，故不能肯定其处分意识，行为人不构成诈骗罪，而应成立盗窃罪。<sup>[56]</sup>若被害人以为自身行为仅将导致占有松弛，就仍应否定其对占有丧失、占有转移的处分意识。<sup>[57]</sup>例如，将手机借给行为人，允许其在近处打电话时，手机主人并无向行为人转移手机之占有的处分意识，行为人趁机溜走时应成立盗窃罪。<sup>[58]</sup>但是，将手机借给行为人，允许其到 2 公里外使用时，手机主人就有将手机之占有转移给行为人的处分意识，该处分意识不会因自认为将在一定时间后回复占有而被排除，故谎称有归还意图的行为人应成立诈骗罪。

在一些情形中，处分行为可能表现为事前的概括性授权，此时，只有当被害人意识到该行为的概括性授权特征及其财产性意义，方可肯定被害人的处分意识。近年来，第三方支付平台为了便利家人间共同结算而推出了“亲密付”功能，一旦某账户为他人账户开通了亲密付，后者即可在前者设定的额度内自主消费，无需前者确认即从前者账户内扣款。然而，并非所有用户都熟知亲密付功能，因此，屡有用户被欺骗为犯罪分子开通亲密付从而遭受损失的案件发生。例如，王某、刘某联系吕某，谎称拟购买价值 1.5 万元的商品，并谎称需在支付宝开通亲密付才能进行大额转账。吕某信以为真，遂为王某账户开通了亲密付，额度为 1.5 万元。随后，刘某利用亲密付从吕某支付宝账户转走 1.15 万元。法院认定，王某、刘某构成盗窃罪。<sup>[59]</sup>尽管开通亲密付的行为的确使行为人可以在限额内自主支取款项，客观上具有财产处分意味，但是，由于被害人并不了解亲密付的实际功能，没有意识到其行为具有概括性授权的实际财产意义，所以，应否认被害人对 1.5 万元额度内的资金有处分意识。<sup>[60]</sup>

不能机械地理解诈骗罪的“自我损害型犯罪”特征，不能仅基于“被害人因防范意识不足而未能有效保护自身财产安全”这一点，就将案件以诈骗罪定案。特别是，不应以“主动在陌生链接中输入自己的账号和密码等与财产性利益紧密相关的重要事实，应当认识到自己的余额可能会因此被他人使用”，“被害人虽然没有直接处分自己的支付账号余额，但其通过支付出让了权限”等为由，在被害人明显缺乏付款意图时，仍肯定其处分意识。<sup>[61]</sup>例如，王某在 QQ 上谎称零支付刷单可领取佣金，并在向某咨询时套取了向某的支付宝花呗额度信息。随后，王某让向某在手机上安装其自行开发的“小海代付”APP，再发给向某一个虚假代付链接，让向某复制到“小海代付”里完成代付。向某见页面显示支付金额为 0 元，遂放心输入支付宝账号、密码。向某按要求将支付宝验证码发给王某后，收到花呗扣款 1500 元的短信。<sup>[62]</sup>考虑到被害人是因为页面显示的支付金额为 0 元而输入账号、密码的，其输入账号、密码的行为显然不能被认为是有意识的财产处分。如果被害人没有清楚地认识到发送验证码给行为人将给自己带来何种财产影响，就必须将行为认定为盗窃罪。不应因被害人“对自我保护的忽

[56] 类似的主张，参见王立志：《认定诈骗罪必需“处分意识”：以“不知情交付”类型的欺诈性取财案件为例》，《政法论坛》2015 年第 1 期，第 128 页。

[57] 参见前引〔18〕，山口厚书，第 301 页；前引〔24〕，车浩文，第 104 页。

[58] 参见广东省佛山市高明区人民法院（2007）佛明刑初字第 130 号刑事判决书。

[59] 参见浙江省杭州市下城区人民法院（2017）浙 0103 刑初 95 号刑事判决书。

[60] 类似的案件，亦有法院认定为诈骗罪。参见四川省成都市中级人民法院（2020）川 01 刑终 399 号刑事裁定书；海南省儋州市人民法院（2018）琼 9003 刑初 354 号刑事判决书。

[61] 参见前引〔48〕，蒲阳文。

[62] 参见江苏省泰州市高港区人民法院（2020）苏 1203 刑初 33 号刑事判决书。

视”，而将类似利用木马程序获取被害人支付账号、密码进而完成支付的案件认定为诈骗罪。

## （二）处分意识的非必要内容

就肯定被害人的处分意识而言，除上述认知外，无需对其他内容有准确认知。即便处分人就财产受领者的身份存在误认，或者没有意识到将遭受财产损失等，也都只是动机错误，无碍于对处分意识的肯定。

### 1. 对财产受领者的认知

不同于日本刑法的规定，我国刑法第266条没有要求被骗者有“交付”行为。因而，在我国，诈骗罪中的处分行为不仅可以表现为占有转移，也完全可能表现为抛弃。在后一情形中，处分人无需认识到自己抛弃的财产将被他人取得。例如，A冒充古董专家欺骗C，使C以为自己所藏清代龙票系赝品，并唆使C将龙票扔到室外垃圾桶，A随后从垃圾桶中取走龙票。就肯定处分意识而言，只要C认识到其抛弃行为将使自己丧失对龙票的占有即可，而无需认识到A随后将取得该龙票。即便在日本，也有学者认为，欺骗占有人使之一度放弃财物，而后自己取得该财物的，如果行为人正是由于受骗者的放弃才取得占有的，应论以诈骗罪。<sup>[63]</sup>

进而言之，在财产处分行为是转移占有时，对财产受领者的存在及具体身份的认识，并非处分意识的必要内容。无论财物占有的受让者是谁，都无碍于行为的占有转移性质，因此，有学者认为，处分人虽然需要认识到“将自己的财物（货款）转移占有给一个人”，但无需认知“接受者的身份特征”。<sup>[64]</sup>实际上，处分人不仅无需认识到财产接受者的具体身份特征，也根本无需认识到存在财产接受者。诚然，只有当处分人认识到有人将取得对被处分财物的占有时，其行为才是有意识的占有转移。但是，就肯定财产减损与被害人间的归属关联而言，对“有人将取得被处分财物的占有”这一点的认识，在规范上是过剩的。要肯定财产减损与被害人间的归属关联，只需处分人知晓财产处分行为对自己的财产意义，而无需关注该行为对他人的财产意义。被处分财物会否被他人占有、会被何人占有，恰恰是处分行为对他人的财产意义，故而，对这一点的认识是肯定处分意识所不必要的。因此，无论处分行为是抛弃占有还是转移占有，只要处分人认识到其处分行为将使自己丧失对被处分财物的占有，即为已足。

在备受关注的偷换二维码案中，<sup>[65]</sup>由于顾客清楚地知道转账行为将使自己丧失对微信或银行的存款债权，甚至明确地知道该存款债权将被转移给收款码的主人，所以，无论其是否误以为店主是收款码的主人，都应当认为顾客的转账行为是有意识的财产处分。因而，行为人无法就顾客对微信等的存款债权成立盗窃罪。但是，行为人也无法就顾客对微信等的存款债权成立诈骗罪，因为顾客“转账的根本原因并非该二维码是商家的二维码，而是商家指示顾客转账到该二维码”。<sup>[66]</sup>顾客根本不关心、也没有义务关心收款码究竟是何人所有，他根本没有错认重要的交易事实，他对收款码主人身份的误认根本没有对其财产处分行为产生影响。此外，行为人也无法就商家针对顾客的货款请求权成立诈骗罪，原因在于：尽管商家系因错误认识而指示顾客转账，但他没有认识到该指示具有让与债权的财产意义，故该指示并非有意识的处分行为。若认为商家的指示行为使自己对顾客享有的货款请求权被让与给行为人，或许可以

[63] 参见前引〔18〕，山口厚书，第298页。

[64] 参见柏浪涛：《论诈骗罪中的“处分意识”》，《东方法学》2017年第2期，第105页。

[65] 该案的简要案情为，邹某将奶茶店等商家设置的收款二维码调换成自己的收款码，获得顾客本应转给商家的钱款共计6983元。参见福建省石狮市人民法院（2017）闽0581刑初字第1070号刑事判决书。

[66] 蔡颖：《偷换二维码行为的刑法定性》，《法学》2020年第1期，第129页。

检讨行为人是否就商家针对顾客的货款请求权成立盗窃罪，这需要结合盗窃罪的构成要件加以考虑。不过，这已非处分意识问题。

## 2. 受损意识

最后，必须区分处分意识与受损意识。受损意识是诈骗罪中所不必要的，<sup>[67]</sup> 否则，就难以说明诈骗罪对财产法益的侵害。除捐赠诈骗等情形外，被害人之所以会为处分行为，恰恰是因为其认为自己不会遭受财产损失。就肯定处分意识而言，权利人必须认识到处分行为的直接意义，而非其终极影响，即处分人须认识到处分行为将导致个别财产减损，但无需认识到该行为将导致整体财产减损。是故，在得到返还的承诺后将手机借给他人带到2公里外使用的场合，应当肯定被害人的处分意识，他欠缺的仅仅是受损意识。

## 四、处分意识的程度要求

在具体判别处分意识时，存在广泛分歧的是，对处分客体的认识究竟需要多具体。一方面，诈骗罪中的被害人不可能对全部事实存在清楚的认知，否则，他就不是“基于错误认识”处分财产的“受害人”。另一方面，他也不可能对处分客体全无认识，这是盗窃罪中被害人的特征。“在毫无认识与存在完全认识这两者之间，必须找出交付行为的主观要件。”<sup>[68]</sup> 特别是在区分诈骗与诈术盗窃时，核心争论即在于处分意识要求对处分客体有何种程度的认知。

### （一）处分意识程度要求的出发点

就处分意识的程度要求而言，存在着严格的处分意识说与缓和的处分意识说之争。前者认为，处分者必须对所处分财物的内容有全面认知，包括交付的对象、数量、价值等。<sup>[69]</sup> 后者则主张，处分者认识到其处分了一定种类、一定性质、一定外观的财产即可，不必认识到财产的真实价值、数量，<sup>[70]</sup> 甚至在对财物的种类存在认知偏差时也可以肯定处分意识。<sup>[71]</sup>

在诈骗罪中，被害人系基于错误认识而为处分行为。错误认识既可以表现为积极的误认，也可以表现为消极的无认识，<sup>[72]</sup> 因此容易形成如下认识：“基于意思的占有转移”不应“限于就所转移的物或财产性利益不存在任何错误的场合”，只要受骗者基于其意思作出了一定的财产处分，“即便对所转移的物或财产性利益的价值、内容、数量存在错误，也可认定存在‘基于意思的占有转移’”。<sup>[73]</sup> 但是，论者也意识到，“没有被认识到的物的移转也有作为‘违反了占有人的意思’来看待的可能”，<sup>[74]</sup> 亦即，针对未被认识到的那部分财物有成立盗窃罪的余地。在此意义上，有必要清晰界定诈骗罪中认识错误所能覆盖的范围。

如前所述，财产处分发挥着建构财产减损与被害人间归属关联的功能，而此种归属的前提

[67] 参见前引〔15〕，Otto文，第69页。

[68] 前引〔18〕，山口厚书，第299页。

[69] 参见周光权：《刑法各论》，中国人民大学出版社2016年版，第126页。

[70] 参见前引〔8〕，张明楷书，第165页以下；吴光侠：《〈臧进泉等盗窃、诈骗案〉的理解与参照：利用信息网络进行盗窃与诈骗的区分》，《人民司法》2015年第12期，第20页；黎宏：《电信诈骗中的若干难点问题解析》，《法学》2017年第5期，第170页。

[71] 参见前引〔18〕，山口厚书，第302页；前引〔64〕，柏浪涛文，第103页。

[72] 参见前引〔24〕，Kindhäuser书，第26节，边码3以下。

[73] 参见前引〔18〕，山口厚书，第302页。

[74] 〔日〕山口厚：《从新判例看刑法》，付立庆、刘隽、陈少青译，中国人民大学出版社2019年版，第218页。

是，被害人在认识到其处分行为对自身之财产意义的前提下，自愿实施该行为。诈骗罪的“自我损害型犯罪”特征，不是来自于处分行为的客观意义，而是来自于被害人为处分行为的自主性，即来源于被害人对作为处分客体的个别财产之损失的“知情同意”。由此，在诈骗罪中，被害人的处分行为必须是在准确地、具体地认识到被处分财产的前提下作出的，对具体被处分的客体之占有或支配的丧失必须是被害人有意且自愿的，否则，就只能将财产损失界定为他人损害，而非“自我损害”。进而言之，尽管诈骗罪的被害人必定存在错误认识，但该错误认识不包括处分人关于作为处分客体之财产本体属性的法益错误，而仅限于处分人关于“为什么作出财产处分”的动机错误。<sup>[75]</sup>

不同于生命、身体等非手段性法益，财产权是一种具有手段性价值的法益。其价值在于作为一种手段满足人的某种需求、达成人的某种目的，因此，处分权是财产权中至关重要、甚至是最重要的内容。在侵犯人身权利的犯罪中，权利人原则上不具有处分其人身权利以换取其他权利的处分权，因此，只需要静态地保护人身权不因他人侵害而发生不利变动。而国家对财产权的保护，势必不能像对人身权的保护那样，仅着眼于保护财产状况不发生变动；国家对财产权的保护，显然不应表现为不顾权利人的意愿而维持现有财产状况。相反，国家既要保护公民财产免遭他人侵害，又要保障公民对其财产的自由处分；必须尊重财产权人的处分意愿，而不能代其作出财产决定。为有效保障公民的财产权，国家还要尽力保障财产处分是财产权人基于正确的认识作出的，需要尽力保障处分权人在交易中作出的财产处分能够达到其目的。概言之，刑法不仅要保障财产的静态安全，即保护“一种静态的财产控制关系”，<sup>[76]</sup>这是抢劫罪、抢夺罪、盗窃罪等夺取型犯罪的规范目的；刑法还要进一步保护财产的动态安全，<sup>[77]</sup>避免财产权人处分了财产却无法实现其目的，这是诈骗罪的规范目的。“在诈骗罪中，财产是作为‘交换手段、目的达到手段’而予以保护的。”<sup>[78]</sup>实际上，在诈骗罪中，就被害人有意识处分的财产而言，根本不存在对“静态的财产控制关系”的破坏，财物的占有、财产性利益的支配根本没有遭受他人的侵害，侵害占有也就当然不是刑法惩治诈骗罪的原因。甚至可以说，适用诈骗罪保护财产之动态安全的前提是，不存在对静态财产控制关系的破坏从而无法成立盗窃罪。正是由于诈骗罪所保护的法益并不是静态的财产控制关系，而是财产作为交换手段、目的达到手段的价值，所以，诈骗罪中的认识错误只能是针对“为什么作出财产处分”的动机错误，而不能是针对“被处分的财产是什么”“被处分的财产有多少”等的认识错误。在诈骗罪中，对“作为‘交换手段、目的达到手段’”的财产的保护，就直观地表现为对财产交换价值的保护。

正是由于盗窃罪与诈骗罪的保护法益不同，将诈骗罪中的认识错误限定为动机错误，并不会与动机错误不阻却同意有效性的一般原理相冲突。某项错误究竟是法益错误还是动机错误，需要在具体构成要件中结合该罪所保护的法益来界定。实际上，将赚钱等动机上的错误称为

[75] “典型的诈骗罪，是使对方陷入‘动机错误’以处分财物或者财产性利益，当时，被害人对于处分该财物是存在认识的，仅仅是存在‘赚钱’等动机上错误。”[日]松宫孝明：《刑法各论讲义》，王昭武、张小宁译，中国人民大学出版社2018年版，第213页。

[76] 参见王骏：《财产性利益盗窃的客观构造》，《政治与法律》2021年第3期，第43页。

[77] 在日本，诈骗罪被视为侵害个别财产的犯罪，但根据实质的个别财产说，判断财产损失时须“同时考虑被害人获得的反对给付是否符合被害人处分财产的目的”（前引[35]，李强文，第81页）。可见，诈骗罪的规范目的是避免权利人因处分个别财产而遭受经济损失。

[78] 前引[18]，山口厚书，第313页。

“动机错误”，乃是立足于盗窃罪而予以归类的。在诈骗罪中，只要“在‘财产的交换’、‘目的达到’这一点上有错误”，只要“对所交付的财产的范围或者价值存在错误的，或者，对反向给付或者给付目的的内容存在错误的”，该等错误就属于诈骗罪中有关法益的错误，<sup>[79]</sup>就不能解除诈骗罪的不法。在误认被处分的财产之价值等场合，被害人存在就转移占有之动机方面的瑕疵，这种瑕疵虽然是诈骗罪意义上的“法益错误”，却是盗窃罪意义上的“动机错误”。这种认识错误虽然无法排除诈骗罪的不法，却能够排除打破占有从而不构成盗窃罪。如上所述，只有在静态的财产控制关系未被打破的情形中，即在被害人仅就为财产处分的动机存在错误认识的情形中，才有进一步适用诈骗罪从而保护财产动态安全的必要。

此外，打破占有与财产处分系互斥关系，故而，在诈骗罪中建构财产减损与被害人间归属关联的财产处分，还具有排除盗窃罪构成要件行为的功能。显然，要在盗窃罪的构成要件层面排除打破占有，被害人的同意就不能存在盗窃罪意义上的法益错误，就必须是在清楚地认知到哪些类别、数量财产的占有、支配将被转移的基础上的“知情同意”。在被害人没有认识到被处分的客体或仅认识到部分被处分的客体时，针对被害人没有认识到的那部分财产，就存在盗窃罪意义上的法益错误，从而无法在构成要件层面排除对该部分财产占有、支配的打破，理当成立盗窃罪。如果以缓和的处分意识说为基础，在被害人未认识到被处分客体的类别、数量时，承认被害人的处分意识，进而肯定诈骗罪的成立，就势必同时肯定互斥的打破占有与财产处分，这会导致本应互斥的盗窃罪与诈骗罪形成竞合。缓和的处分意识说，在将诈骗罪中的错误认识过度扩张到包括对财产本体要素的错误认识时，忽略了财产处分在盗窃罪构成要件中的意义，因而不被采纳。

综上，无论是从处分行为建构财产减损与被害人间归属关联的内在机理出发，还是着眼于盗窃罪与诈骗罪的保护法益差异，抑或为了准确把握被害人的财产处分排除盗窃罪之“打破占有”的意义，均应否定缓和的处分意识说，理应坚持严格的处分意识说。

## （二）对财产具体属性的认识要求

基于严格的处分意识说，要肯定权利人的处分意识，需要处分人意识到自己在处置哪些具体的财产，但无需认识到所处分财产的价值属性。如前所述，财产具有使用价值和交换价值，在很大程度上，财产处分实际上就是为实现财产的交换价值而出让其使用价值。相应地，财产的诸多属性可以区分为财产的本体属性与财产的价值属性。就肯定权利人的处分意识而言，处分人只要意识到自己在处置财产的使用价值以换取交换价值即可，而无需认识到财产的交换价值到底有多大；需要认识到所处分财产的本体属性，而无需认识到所处分财产的价值属性。我国学者在具体判断处分意识时，多结合财产的若干具体属性来展开，因此，下文探讨严格的处分意识说关于财产具体属性的认识要求。

### 1. 对财产价值的认知

存在广泛共识的是，处分意识不以准确认识到财产的价值为前提，单纯对财物价值的认识错误，只是“对占有转移不重要的动机错误”。<sup>[80]</sup>例如，A 撕下某商品包装盒上的价签后去结账，收银员 B 无法看清价格，A 告知 B 以较低价格，随后 B 将该商品以该较低价格卖给 A。收银员对转移该商品的占有并无异议，只是对应当收取多少对价存在错误认识，单纯对价格的

[79] 参见前引 [18]，山口厚书，第 313 页。

[80] 前引 [15]，Otto 文，第 72 页。

认知偏差不影响占有转移意思的真实性，故A成立诈骗罪而非盗窃罪。如果要求处分人认识到商品的真实价值，就是要求其具备受损意识，而后者并非成立诈骗罪所必需。

同样，单纯对财产性利益价值的认识偏差，也不影响对处分意识的肯定。<sup>〔81〕</sup>特别是，很多财产性利益的价值可以用货币等一般等价物予以估算，单纯就这种价值进行欺骗而使原权利人转让财产性利益的，不应否定原权利人的处分意识。例如，B有6枚比特币，A做了一个虚假交易软件，将比特币的实时价格从2万美元下调为1.6万美元，B遂以1.6万美元的单价将全部比特币卖给了A。B对出售6枚比特币有完全的认识，其对比特币价值的认识错误不妨碍其处分意识，故A成立诈骗罪。

## 2. 对财产种类的认识

有学者认为，如果对财产的种类或性质缺乏准确认识，则不能肯定处分意识。例如，若行为人将照相机塞入方便面箱子中，再以方便面的价格结账，则应否定收银员对照相机的处分意识，“因为在根本没有意识到方便面箱子中有照相机的情况下，不可能对照相机具有处分意识”。<sup>〔82〕</sup>无论将他种商品加塞到此种商品的包装中，还是用他种商品替换此种商品包装中的内容，都应成立盗窃罪。<sup>〔83〕</sup>

有学者批评指出，以是否准确认识所处分财物的种类为标准来甄别处分意识，在部分场合难以得出确切的结论。例如，单反相机与卡片机、较贵的单反相机与较便宜的反单相机是否属于同类商品，可能很难回答。<sup>〔84〕</sup>

实际上，即便所认知的财物与实际财物明显属于两类财物，对财物种类的认识偏差，也可能仅仅是影响处分行为有效性的动机错误，从而不妨碍对处分意识的肯定。特别是在没有包装、伪装而直接交付财物的场合，尽管处分人对财物的材质存在误认，但其对处分“这个财物”具有完全的意识。例如，甲将一条水晶手链交给售货员乙，并告知乙这是一条玻璃手链，乙在收取玻璃手链的价款后，将该手链亲手交给甲。乙在交付时知道将导致“这条手链”的占有被移转给甲，只是因误认“这条手链”的材质而对应收取多少价款存在错误认识，乙的行为仍属有意识的处分行为，甲应成立诈骗罪。

在上述案例中，如果行为人以调换手链条形码的方式实施犯罪，也不会影响结论。例如，甲先让售货员乙取出一条水晶手链，再让乙取出一条造型完全相同的玻璃手链，后趁乙不备调换两条手链的条形码，再将水晶手链交给乙结账，乙扫码记账后将该手链交给甲，再将包装盒单独交给甲。在该例中，乙在交付水晶手链时，显然有将“这条手链”的占有移转给甲的处分意识，他在结账时以为该条手链是玻璃手链，只影响他对应收取多少价款的判断。

由此可见，对财物种类也不一定需要有认识。的确，在很多情形中，如果被害人没有认识到财物的种类、性质，就应当否定被害人对该等财物的处分意识，但并不是在所有情形中均如此。对财物种类的认识，在很多场合（特别是在包装物的场合）之所以重要，是因为只有借助于种类、性质等属性才能实现处分客体的特定化、具体化。在处分客体是非包装物等情形中，被处分的对象已经是权利人特定化、具体化了的，对财物种类、性质等的认识就不再影响处分意识。笔者认为，必须从处分人实现处分客体特定化的需求出发，甄别财物的各项属性对

〔81〕 参见前引〔20〕，王钢文，第45页。

〔82〕 前引〔8〕，张明楷书，第167页。

〔83〕 Vgl. Hefendehl, in: MK-StGB, § 263 Rn. 323.

〔84〕 参见前引〔20〕，王钢文，第38页。

处分意识的重要性。

与有体财物不同，财产性利益本身缺乏实在外观，人们通常须凭借一定的媒介来认知、掌控财产性利益。人们在处分财产性利益时，多需借助财产性利益的种类来实现对处分客体的特定化、具体化。因而，要肯定对财产性利益的处分，往往以被害人明确认识到财产性利益的种类为前提。在某种财产性利益被伪装成其他财产性利益时，也应认为权利人对外观上未载明的财产性利益缺乏处分意识。例如，A通过计算机程序篡改了交易页面，让权利人B误以为其卖出的是100枚Q币，实际上卖出的是100枚比特币。B只有处分其看到的虚假交易页面上载明的作为交易对象的Q币的意思，对比特币则缺乏处分意识，故A成立盗窃罪而非诈骗罪。

### 3. 对财产数量的认知

争论最为激烈的是，处分意识是否以准确认识处分对象的数量为前提。有学者认为，只要受骗者认识到其处分了一定的财产，即便没有认识到财产的数量，也应肯定处分意识；无论是在照相机包装盒里再塞入一个照相机，还是在磅秤上做手脚而多装钢材、少称分量，均成立诈骗罪。<sup>[85]</sup>相反，德国学说与实务将对财产数量的准确认识视为肯定处分意识的前提。也有日本学者认为：“在有关不特定物的数量的错误中，对于受骗人所了解的数量超出部分，就应认定为盗窃罪。”<sup>[86]</sup>近来，有学者主张：若财物可随意分割、没有独立包装，则应肯定对超量之物的处分意识；若财物有独立外包装，则应否定对超量之物的处分意识。<sup>[87]</sup>

笔者认为，原则上，只能针对被害人确切认识到的数量之财产，肯定处分意识。在盗窃罪中，是否构成打破占有，只能针对具体财产作逐个甄别。由于诈骗罪中的处分意识就是盗窃罪中排除构成要件的被害人同意，所以，也只能针对具体财产来判定被害人处分意识的有无。从有效保护财产权的角度出发，绝不能因为权利人有处分某个具体财产的意图，而撤去对其全部财产静态控制关系的保护。如果随意肯定概括的处分意识，就无法体现出诈骗罪有别于盗窃罪的“自我损害”特质。在照相机包装盒里再塞入一个同型号照相机时，售货员只有处分一个相机的意愿，行为人就其夹藏的相机成立盗窃罪。<sup>[88]</sup>

不能脱离财物数量抽象地肯定处分意识，这也符合财产权行使的一般逻辑。当权利人想要实现一定的交换价值时，总是用特定数量财物的使用价值进行交换。因而，权利人的财产处分总是针对特定客体进行的，原占有人通常都是明确地只想转移某个或某些特定财产的占有、支配，而不是概括地转移自己占有、支配的全部同类财产。正因此，权利人在处分多个财物时才会进行数量清点。比如，德国联邦最高法院在购物车案<sup>[89]</sup>中判决指出：收银员逐一辨识商品并录入记账系统表明，他只是具体地同意转移被录入系统的商品之占有，而不是概括地同意转移购物车中的任何商品之占有；如果收银员没有认识到购物车中还有其他商品，就不应肯定其

[85] 参见前引〔8〕，张明楷书，第166页。

[86] 前引〔75〕，松宫孝明书，第213页。

[87] 参见张红昌：《论诈骗罪中的处分意识》，《湖北警官学院学报》2010年第1期，第39页；徐光华：《刑法解释视域下的“自愿处分”：以常见疑难盗窃与诈骗案件的区分为视角》，《政治与法律》2010年第8期，第54页；前引〔20〕，王钢文，第38页。

[88] 前引〔20〕，王钢文，第38页。

[89] 该案的简要案情为：A用画报将CD、磁带和袜子藏在购物车底部，再将其他商品堆放在画报上。结账时，A只将画报上的商品拿给收银员。收银员K扫码录入记账系统后，询问A是否还有其他商品，A作否定回答并结账后，将收银台上的商品放回购物车，再推着购物车离开了超市。Vgl. BGHSt 41, 198 (198 f).

对被藏匿在购物车底部之商品的处分意识。<sup>[90]</sup>行为人是将财物掩藏在购物车角落,还是掩藏在所购买的其他财物或其包装之内,并无本质差异,权利人对被夹藏的财物均缺乏处分意识。

在转移财物占有的意义上,重要的是财物的个数等计数单位,而不是财物的重量等计价单位,因为只有前者影响交付行为的个数。交付一条3斤重的鱼和交付一条2斤重的鱼,都只是一个交付行为;而交付两条总重为3斤的鱼,则是两个交付行为。财物的重量不影响交付行为的个数,其只是部分财物的计价单位,只具有厘定财物价值的机能,因而,误认财物重量不会导致权利人欠缺处分意识。

一些财物是不可数的,难以用个数加以量化,对这些不可数财物的占有的转移,必须借助一定的媒介,如一车钢铁、一桶水等。在交付不可数的财物时,重要的也不是这些财物的重量,而是装载这些不可数财物的容器的个数。例如,郝某、黄某在A公司等处收购废铁的过程中,先将车上改装的暗水箱装满水过磅增加货车皮重,伺机偷放掉水后再装货称重,以此暗藏水箱放水的方式,共计多获得26吨废旧钢材。<sup>[91]</sup>A公司人员放行时,其意图是将“这一车钢材”转移给郝某等。这车钢材究竟是18吨还是20吨,都不影响这种占有转移意图。没有准确认识到钢材的重量,只影响对钢材的价值认知。要求认识到钢材的具体重量,实际上是要求处分人具备受损意识,而这是不必要的。

针对财产性利益,要肯定被害人的处分意识,原则上,同样应以对被处分之财产性利益的数量有确切认知为前提。有所不同的是,银行存款等财产性利益,其数额本身也是其价值尺度。在绝大多数交易中,财产权人都高度关注其处分的财产性利益的数额,这不仅是对财产性利益之价值属性的关注,更是对财产性利益本体属性的关心。在转账交易中,转账人势必高度关注其转出的存款债权的数额,而绝不会对转账数额无所谓;转账人的处分意识仅及于他认识到的数额的存款债权,转账人没有认识到的那部分数额财产损失,则不属于“自我损害”。因而,在臧进泉等盗窃、诈骗案中,被害人仅同意支付1元,没有自愿交付巨额财物的意思;<sup>[92]</sup>其只对1元钱有处分意识,对剩余的30.4999万元则不具有处分意识。<sup>[93]</sup>

### (三) 处分意识的具体判断

通常,权利人之所以误认所处分财产的种类、性质或数量,是由于行为人借助外包装或其他遮蔽物实现了对财物的调包或夹藏。在实践中,针对单个财物、非包装物的处分,往往不会在处分意识的判断上发生争论,容易引发争论的往往是被处分的财物有外包装或被掩藏等情形。因此,需要特别重视的是,包装物等情形中应如何判别处分意识。

#### 1. 正确把握主物与从物关系

有学者认为,行为人将乙商品加塞进甲商品包装中,应成立盗窃罪;用乙商品替换甲商品包装中的内容,则成立诈骗罪。<sup>[94]</sup>例如,A在自选商店里打开纸尿裤包装盒,用香烟替换了纸尿裤,再用透明胶重新封起来,随后去结账。收银员B仅收取了纸尿裤的价款。对于该案,有学者认为,收银员有意识且自愿地移转“盒子连同其内容”,其行为是基于错误认识的财产

[90] Vgl. BGHSt 41, 198 (203).

[91] 参见重庆市南川区人民法院(2020)渝0119刑初30号刑事判决书。

[92] 参见前引[70],吴光侠文,第21页。

[93] 参见前引[20],王钢文,第47页。

[94] Vgl. Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht BT, Band 2, 41. Aufl., 2018, Rn. 639.



处分。<sup>[95]</sup>

但是，包装里的商品是主物，而非“附属性的内容”，<sup>[96]</sup>包装本身则是附属于主物的从物。在包装物的场合，权利人的处分意识不应被理解为将“包装及其中的所有内容”转移给受让人，而应被理解为将“特定商品及其包装”转移给受让人。毕竟，交易的中心是财物，而不是财物的包装。在这种调包案中，权利人不仅对财物的价值属性存在认识偏差，对“被处分的财物是什么”这一本体属性也存在认识偏差，故应否定被害人的处分意识，对行为人论以盗窃罪。因而，下述见解值得赞同：应当以商品外包装描述为标准，“如果行为人是往密封的、难以观察其内部状况的包装内塞入商品或者调换了其中的商品的，宜认为收银员对于超出商品外包装描述范围的货物不具有处分意识。”<sup>[97]</sup>考察一般交易观念，售货员不只关心其交付的商品是照相机还是手机，势必也关心其交付的究竟是这款照相机还是那款照相机。因此，权利人仅对自己明确认识到的财物有处分意识，行为人无论是用单反相机替换卡片机，还是用 iPhone 12 手机替换 iPhone 8 手机，都应当否定售货员的处分意识，该等行为人均构成盗窃罪。

在日常交往中，非包装物本身就是具体化、特定化的，权利人处分非包装物时无需更具体地明确其想要处分的财物究竟是什么，而只需意识到他要将“这个财物”处分给他人。相反，由于被包装的内容是主物，而包装本身仅是从物，所以，尽管被包装的内容可以千差万别，但权利人在处分包装物时的处分意思则在于将被包装的特定主物处分给他人，而不是将包装中的任何财物处分给他人。

质言之，对于非包装物，处分人是通过财物本身的物理外观来甄别财物的。只要处分人认识到财物本身的物理外观，就应肯定其对“这个财物”的处分意识，而无需认识到该财物的材质、性能等价值属性。对于包装物，处分人是通过包装的物理外观来甄别被包装的财物的。被害人仅对包装所描述的“那个财物”具有处分意识，如果包装中的实际内容与包装上的描述不一致，就应否定被害人的处分意识。<sup>[98]</sup>

对于包装物，处分人的处分意识在于处分特定主物及其包装，而不是处分包装及其内容。但是，调换包装内的商品和仅调换包装上的价签，是不同的。如果是将便宜照相机外包装上的价签换到贵重照相机的包装上，仍应肯定收银员对贵重照相机的处分意识。他对移转“该包装上所载之财物”的占有并无异议，只是因价签被调换而对应当收取多少价款存在误认。<sup>[99]</sup>

## 2. 例外承认整体性的处分意识

在一些特殊的交易中，权利人有意识地将若干财物组成一个整体性的集合物而处分时，可以例外地针对该集合物承认“整体性的处分意识”。此时，权利人例外地不关心集合物究竟由多少个具体财物组成，因而，只要他对交付集合物本身不存在异议，即便没有认识到或者没有准确认识组成集合物的具体财物的数量，也应肯定其处分意识。例如，渔民乙将鱼分装进若干箱子中，并在箱子上标注重量；甲潜入库房后把鱼箱 B 中的几条鱼放进鱼箱 A 里，再买下鱼

[95] Vgl. Fahl, Zwischenprüfungsklausur - Strafrecht: Variationen eines Diebstahls, JuS 2004, S. 888.

[96] 同上文，第 889 页。

[97] 前引 [20]，王钢文，第 37 页。

[98] 同上。

[99] 参见前引 [8]，张明楷书，第 166 页。

箱A,并按鱼箱A标注的重量支付价款后,提走鱼箱A。<sup>[100]</sup>在该案中,乙把鱼箱A交付给甲时,并不关心箱子里究竟有多少条鱼。“拍卖人对箱子内容的一般性的转移意愿可以贴近生活现实地被承认,他只是缺乏对处分的损害属性之意识”。<sup>[101]</sup>因此,对鱼箱A中鱼的价值、重量或大小的错误认识,乃是对占有转移并不重要的动机错误。<sup>[102]</sup>

但是,不应滥用针对集合物的整体性处分意识。单纯将明确数量的财物装在箱子等包装物里进行交付,还不足以构成承认整体性处分意识的充分理由。对于肯定整体性的处分意识而言,至关重要,权利人在交易过程中的确不关心具体财物的个数。如果权利人在交易过程中高度关注组成整体的个体财物的个数,则不能承认整体性的处分意识。

要判别处分人是否关注组成集合物的具体财物的个数,一般交易观念或具体交易类型是至关重要的。若上例中的鱼是按条称重销售的,行为人购买30条鱼并让渔民用鱼箱打包后,又偷偷往鱼箱里放入5条鱼,此时,渔民的处分意识是将30条鱼(主物)及作为容器的鱼箱转让给行为人,而不是想将鱼箱(从物)及其中的任何内容作为整体进行处分。同理,超市在销售整箱可乐(24瓶装)时,也只是想将24瓶可乐(主物)及其包装箱交付给顾客,而显然不是想将箱子(从物)及其中的任何内容处分给顾客。只是因为外包装上已注明商品数量,故售货员不必逐一点算,而绝不是不在乎箱子里究竟有多少瓶可乐。若行为人往箱子里加塞同类可乐,也应构成盗窃罪。

在判断财产性利益的数量对处分意识的影响时,也应结合一般交易观念和具体交易类型来进行,考虑处分人对财产性利益数量的关注程度、该种数量类型是否占有转移的基本单位等因素。只有在例外情形中,如在整体估价、打包出售无形资产、开通一定限额的亲密付权限时,权利人才可能将一定范围内的财产性利益作为一个整体处分给相对人,而不关心这些财产性利益究竟包括多少数额的存款债权、多少股/张的电子证券,等等。只有在这些特定的交易方式下,才能肯定权利人对其财产性利益的整体性处分意识。

## 结 论

盗窃罪与诈骗罪的界分,关键在于被骗者的意思方向,即其究竟是处分财产的占有、支配,还是想保留财产的占有、支配。<sup>[103]</sup>处分行为是权利人行使财产权的表现,只有当权利人有意识地处分财产时,该等财产处分才能被视为是对自我决定权的行使。在诈骗罪中,应当坚持处分意识必要说。

肯定被害人的处分意识,需具备三项前提:(1)认识到被处分的财产具体是什么;(2)认识到被处分的财产系自己占有、支配的财产;(3)认识到处分行为将使自己丧失对财产的占有、支配。肯定被害人的处分意识,不以其认识到财产受领者的身份为必要,也不以其具备受损意识为前提。

在处分意识的程度要求方面,应坚持严格的处分意识说。要肯定处分人的处分意识,处分人须清楚地认识到被处分财物的本体属性,即清楚地认识到被处分的究竟是何种数量的特定财

[100] 参见前引[15], Otto文,第71页。

[101] Vitt, Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. 11. 1992 - 2 Ss 337/92 - 67/92 III, NSiZ 1994, S. 134.

[102] 参见前引[15], Otto文,第72页。

[103] Vgl. Vogel, in: LK-StGB, 2010, § 242 Rn. 119.

物或财产性利益，但无需认识到被处分财物的具体价值。在非包装物的场合，只需要被害人具备将“这个财物”或“那些财物”处分给他人的意识，即便其没有准确认识到“这个财物”或“那些财物”究竟是什么，也应认为被害人具备处分意识。在包装物的场合，被包装的内容是主物，包装系从物。应当依据被害人是否准确认识到作为主物的内容来确定处分意识，而不应认为被害人对包装内任何种类、任何数量的财物均有处分意识。

财物的数量既可以表现为单个财物的个数，也可以表现为装载不可数财物的媒介的个数，还可以表现为财物的重量等。对转移占有而言，具有重要意义数量是前两者。对前两者意义上的数量之准确认知，是肯定处分意识的必要前提。而误认财物的重量，仅系不影响处分意识的动机错误。在特定交易类型中，只有当权利人将一定数量的财物作为整体进行处分，而不关注组成该整体的个别财物的具体数量时，才可以例外地承认整体性的处分意识。

---

---

**Abstract:** The doctrine of unnecessity of disposition consciousness can't properly distinguish steal from fraud, and is inconsistent with the proposition that the right holder's consent shall exclude steal. Disposition is a proper means to realize the value of property and thus worthy of legal protection. Since property right is a self-determination right, the exercise of it must reflect the true intention of the right holder. The doctrine of necessity of disposition consciousness can support the comprehensive expression of differences between steal and fraud in the type and degree of their unlawfulness. Therefore, the right holder's disposition consciousness is a fundamental premise of the constitution of fraud. In the crime of fraud, the right holder's error only refers to the error about motive, in which the defective cognition of disposed property's ontological attributes is not included. With the respect to the degree of disposition consciousness, the standpoint of a strict disposition consciousness should be firmly adhered to. The right holder must clearly understand that his disposition behavior would lead to the transfer of his possession of or domination over a specific amount of property, but needs not be aware of the value of the disposed property. The misunderstanding of the property's weight is just an error about motive, which is irrelevant to the disposition consciousness. In some special types of transactions, the right holder packages several single items into a collection when delivering, without caring about the specific number of individual properties. Only in such situations can the general disposition consciousness as the whole be exceptionally admitted. Only when the victim has an accurate knowledge about the amount, can a conscious disposition of the creditor's right for deposits be affirmed.

**Key Words:** fraud, disposition consciousness, fraud of interest

---

---