

被害人目的落空与诈骗罪

基于客观归责理论的教义学展开

陈毅坚^{*}

摘要 被害人所追寻的目的因被欺骗而落空的特殊诈骗案件,典型表现为捐赠诈骗、乞讨诈骗等,实践中主要存在约定的使用目的落空和其他目的落空两种类型。被害人目的落空案件应否被纳入诈骗罪的可罚性范围内,教义学上存在较大分歧。学说主要对诈骗罪客观构造中的欺诈行为、财产处分、财产损失等要件进行规范化理解,但这导致了诈骗罪客观构造的复杂化和犯罪认定的模糊化。应当承认捐赠诈骗等案件符合诈骗罪的客观构成要件,并进一步讨论损失结果的客观归责问题。捐赠诈骗的欺诈行为制造并实现了法上不被允许的风险;这种风险制造的行为,导致被害人出现的错误缺乏法益关联性,其同意有效;在利他情形下,被害人有意愿的自我损害应由被害人自我答责,排除损失的客观可归责性,从而排除诈骗罪的可罚性。

关键词 被害人目的落空 诈骗罪 捐赠诈骗 客观归责 自我答责

近几年,我国学者围绕诈骗罪展开财产犯罪的教义学研究,然而对以捐赠诈骗、乞讨诈骗、赠与诈骗等为典型,涉及被害人财产处分目的落空的案件的研究却极少。^{〔1〕} 实践中此类犯罪层出不穷,编造可怜身世进行乞讨、假借结婚欺骗礼金、假冒和尚兜售祈福卡等屡见不鲜;随

^{*} 中山大学法学院副教授。本文系国家社科基金一般项目“互联网视角下的持有型犯罪研究”(项目编号:17BFX070)的阶段性成果。

〔1〕 学界专门研究捐赠诈骗的著述虽较少,但也有学者在讨论财产损失时涉及本论题。“目的落空”,德语为 Zweckverfehlung,目前在汉语著述中译法较为混乱。有学者使用“目的失败”,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251页;蔡桂生:“论诈骗罪中财产损失的认定(接下注〔1〕)”

着互联网的普及,虚假的网络个人求助和慈善众筹平台上的诈骗也日益严重。这不仅引发了社会诚信危机,影响了公益事业发展,甚至消费了慈善爱心等道德热情。然而,应如何评价这种被害人目的落空案件,是否应将其纳入诈骗罪的可罚性范围之内,教义学上存在较大分歧。“将募款诈欺与乞讨诈欺涵摄在诈欺罪构成要件之下,始终是刑法法理上极大的难题。”^{〔2〕}可以说,被害人目的落空的可罚性是检验诈骗罪诸多概念和客观构造的试金石。

一、判例:被害人目的落空的主要案型

被害人因被欺骗而目的落空的案件^{〔3〕}在实践中比较多发,本文首先介绍德国法院典型案例。总体上,诈骗捐赠存在以下两种类型:其一是双方约定的使用目的落空,对使用目的的约定存在明示和默示两种情形;其二是约定使用目的之外的目的落空。

(一)双方约定的使用目的落空

1.“无用杂志行善案”^{〔4〕}

本案的被告人声称为了特定行善目的义卖销售杂志,而购买者对订阅杂志本身并没有兴趣,只是为了支持所谓行善目的而订购。高等法院判决认为,购买人存在财产损失,因为杂志对她而言没有价值,而这种有意识导致的损失也因为其寻求的社会目的没有实现而得不到补偿。因此,本案成立诈骗罪。

2.“高价产品捐赠案”^{〔5〕}

本案的被告人从残疾人加工厂购买该加工厂生产并印有加工厂标识的袋装产品,然后雇佣销售人员以七倍的价格转卖给他人,其中四分之一的收入作为销售人员的回扣,同时残疾人工厂领导也获得了少量回扣。被告人禁止销售人员在销售时声称收入用于残疾人加工厂,

〔1〕 接上注〔1〕及排除——以捐助、补助诈骗案件为中心”,《政治与法律》2014年第9期,第54页。有学者使用“目的不达”,参见王钢:《德国判例刑法分论》,北京大学出版社2016年版,第225页。我国台湾地区学者一般使用“目的偏离”,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”,王玉全等译,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》,台湾新学林出版股份有限公司2006年版,第222页;王效文:“不法利益与刑法中的财产概念”,载刘艳红主编:《财产犯研究》,东南大学出版社2017年版,第446页。也有学者使用“目的欠缺”,参见古承宗:“捐助欺诈与施用诈术”,《月旦法学教室》2015年第1期,第23页。本文倾向于采用“目的落空”的表述,参见陈兴良主编,周光权、车浩副主编:《刑法各论精释(上)》,人民法院出版社2015年版,第472页。

〔2〕 许迺曼,同上注,第222页。

〔3〕 被害人基于不法原因给付而被骗的案件,本质上也是被害人所追寻的不法目的落空的情形,但一般在财产概念、被害人不法行为和不法原因给付中加以讨论,本文所称被害人目的落空并不包括不法目的的落空。有关被害人因不法行为而受骗是否成立诈骗罪,参见陈洪兵:“不法交易与诈骗罪”,《中国刑事法杂志》2013年第8期,第38—43页。

〔4〕 Vgl. OLG Düsseldorf NJW 1990, 2397.

〔5〕 Vgl. LG Osnabrück MDR 1991, 468.

而且销售者每次都会得到一份某企业协会认可的雇员证明。购买人虽然都认识到销售价格高出实际价值,但认为这属于募捐活动,因而出于回馈残疾人加工厂的目购买该袋装产品。这种袋装产品每周大概能卖出100袋,但其销售收益并没有回馈到该残疾人加工厂。

地方法院认为:首先,被告人没有对产品来源作出准确说明,从而使购买者对事实存在错误的印象,而这个恰恰在被告人的故意范围之内;其次,因为购买者期望的社会目的没有实现,其存在财产损失。因此,本案成立诈骗罪。

3.“等价杂志行善案”〔6〕

本案的行为人声称自己是监狱释放人员,曾经因为麻醉品犯罪入狱,为了支持自己再社会化而销售杂志。其中一位被骗者从行为人处订阅了杂志,因为他平时也会偶尔或者定期地购买该杂志,而现在订阅的价格也并没有提高。但实际上行为人并非刑满释放人员,最终所谓行善的目的并没有实现。高等法院驳回一审判决,认为被骗者并没有遭受损失,她获得了与其处分相等值的对价支付,其所追求之目的落空并不重要,其错误想法只是纯粹的动机错误。因此,本案不成立诈骗罪。

4.“慈善劝捐提成案”〔7〕

本案的被告人成立了经税务局认可并登记的“障碍人士救助协会”,为了更快达到较大数量的成员,被告人聘请了专业广告商、劝捐者来帮忙。约定每招募一个成员,劝捐企业可以获得成员首次会费的80%,以及此后缴费的20%作为回扣。劝捐企业以被告人的名义发布广告,并直接与潜在的会员进行商谈。每个劝捐招募人拥有会员证,并且穿着统一的会员制服,以便在商谈时让他人以为他们也是会员,并且是在为慈善做事,而这也是被告人主观上所意图的。为此,被告人支出的广告和管理成本,第一年总共占98.5%,第二年占61.5%,第三年占81.3%。

德国联邦最高法院认为,诈骗罪保护的是财产损失,间接故意地对劝捐的性质进行欺诈,本身并不足以产生财产损失的效果。会员关于管理费用、劝捐费用高低的错误,并不是由被告人引起的,被告人和劝捐企业都没有明确地对此作出说明。而且,提成之外的绝大多数会费最终确实被用于该慈善机构。因此,本案不成立诈骗罪。

(二)约定使用目的之外的目的落空

“攀比案”：〔8〕本案的被告人是募捐征集者,其在捐赠名单上的已捐款项中分别填入了虚假的款项,目的是希望以此提高捐赠者的捐赠热情。由于这种欺诈行为,其中部分捐赠者为了

〔6〕 Vgl. OLG Köln NJW 1979, 1419.

〔7〕 Vgl. BGH NJW 1995, 539.

〔8〕 Vgl. BayObLG NJW 1952, 798.

不在道德上落后于那些所谓的“高尚捐赠者”，而作出了超出其自由意愿和经济实力的捐赠。高等法院认定被害人存在因为欺诈而导致的财产损失，即作出了高于没有欺诈行为时可能作出的捐赠。最终认定成立诈骗罪。

二、学说：诈骗罪客观构造的教义讨论

诈骗罪客观构成要件的基本构造是：欺诈行为——认识错误——财产处分——财产损失。对被害人目的落空的可罚性，学说从诈骗罪客观构造提出了不同的教义学理解。^{〔9〕}

（一）欺诈行为的规范理解

通说认为，欺诈行为是指通过影响他人的想法，从而引起他人对真实性的错误想象。^{〔10〕}此种影响可以通过任何对事实有说明价值的举动来实现，并不限于对特定目的进行欺骗。从欺诈行为角度切入，主要存在否定说和区分说两种立场。

1. 否定说

（1）学说。第一，米奇(Mitsch)认为欺诈行为应具有法益关联性，即欺诈行为和财产损失之间的功能性联系，并且视为客观归责的一种运用形式。欺诈行为在本质上具有损害财产的风险。如果缺乏这种关联性，即使存在财产损失，也不可罚。只有特定的欺诈内容，即对所涉及财产价值有影响的事实，才是符合构成要件的欺诈行为的对象。比如在违法或违反道德的交易中，如果被害人明知不会获得同等价值的对待给付，那么行为人就没有对影响财产价值的事实进行欺诈，从而缺乏具有诈骗罪重要意义的欺诈行为。^{〔11〕}

捐赠诈骗不具有诈骗罪可罚性的理由，不在于被害人所希望的目的实现了还是不正当的目的落空了，而是因为捐款或者支持慈善组织并不会带来财产上的利益，而只有观念上的非物质性价值。被骗者通过捐款将自己财产没有任何补偿地给付出去，其对财产减少的效果是有认识的，而欺诈行为对此并没有隐瞒，并没有就财产处分的财产损失效果欺骗捐赠者。因此，欺诈行为缺乏财产损失的风险，不构成诈骗罪。^{〔12〕}

第二，盖德(Gaede)认为欺诈行为应具有“客观的欺骗适格性”，并非所有不符合真相的欺骗都是诈骗罪意义上的欺诈。从客观归责出发，欺诈行为必须产生法上不正当的风险，并且在

〔9〕 关于被骗者是否被隐瞒了财产处分将产生财产损失的效果，学说在财产损失的认定上存在无意识的自我损害必要说和不要说两种立场，在必要说基础上又发展出了“目的失败理论”。对财产损失意识以及目的落空理论的详细介绍与批判，限于篇幅不在本文展开，请参见陈毅坚：“捐赠诈骗的刑事可罚性研究——以对‘目的失败理论’的批判为中心”，《政治与法律》2018年第4期，第50页。

〔10〕 Vgl. Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 54. Aufl., 2007, § 263, Rdn. 10.

〔11〕 Vgl. Mitsch, Strafrecht Besonderer Teil 2, 2. Aufl., 2003, § 7, Rdn. 38.

〔12〕 Vgl. Mitsch, a.a.O., § 7, Rdn. 36 ff.

犯罪结果中实现。如果欺诈不是指向财产,而被害人恰恰就是在这个方面出现错误,则缺乏客观的欺诈性质。反之,如果行为人是针对财产处分对象的使用进行欺诈,则在这种没有意识的自我损害中,可以承认存在财产关联性,从而肯定欺诈行为。^[13]

第三,古承宗主张“施用诈术否定论”,认为“评价重心应该提早至于‘施用诈术’此一不法要件范畴,并且得出行为人根本未实现施用诈术的结论”。行为本身包含了结果、作用的风险性。“只是单纯地透过被害人的错误,并不会促使任何财产上的损害结果。”诈术行为所引起的侵害作用是“让被害人使自己遭受财产损害”,其“内含了两种风险,一者为‘使他人陷于错误的风险’;二者为‘引发财产损害的风险’”。被害人认识到捐出去的款项并没有对应的交换价值时,“行为人施用诈术之行为实际上并没有内含财产损害的风险,以至于无法再论为实现构成要件行为”,从而不构成诈骗罪。^[14]

(2)评析。第一,论证思路上偷梁换柱。米奇和盖德虽然都自称借助于客观归责理论,但在论证时并没有遵循客观归责的基本进路。不是讨论对归责结果的确定,却转而对作为构成要件的欺诈行为进行解释,将归责的含义并入到构成要件的解释中,这在论证思路上存在纰漏。

第二,使用概念的内涵模糊。否定说使用“客观的欺骗适格性”解释欺诈行为,要求作为构成要件的欺诈行为应适合于造成损失,具有财产损失的风险。但一方面,这个概念比较模糊,何为适合于造成损失,缺乏明确标准。实际上,如果被害人因为行为人的欺诈行为而被骗了,产生了错误,那么这个欺骗行为就明显是适合于欺骗的。另一方面,这也不符合犯罪的检验流程。认定犯罪通常首先检验的是行为、结果和结果的归责。比如故意杀人罪,首先认定是否有杀人行为,而不是杀人行为是否具有杀人的适格性。是否具有适合于杀人的特性,要么通过被害人的死亡,要么通过因果关系、客观归责的排除来加以说明,而不是反过来先赋予客观行为结果的适格性。

第三,构成要件认定过于提前。根据通说,诈骗罪在客观上必须表现为一个特定的行为发展过程,即存在欺诈行为,进而导致被害人的错误而处分财产,因此产生财产损失。^[15]而否定说则要求在检验欺诈行为这一构成要件要素的时候,就已经蕴含着是否存在损失、能否客观归责等内容,在认定欺诈行为时已经一并地认定了是否存在财产损失。只有具备损失风险的欺骗才是欺诈行为,赋予欺诈行为排除可罚性的内容,这会导致诈骗罪构成要件的认定更为复杂、难以把握,也导致了成立诈骗罪的检验过于提前,淡化了后续构成要件的意义。因此,此种

[13] Vgl. Gaede, in: *Leipold/Tsambikakis*, Anwaltskommentar StGB, 2011, § 263, Rdn. 24.

[14] 参见古承宗,见前注[1],第25页。

[15] 参见张明楷,见前注[1],第8页;陈兴良等,见前注[1],第407页。

对诈骗行为的实质化理解并不妥当。

2. 区分说

(1) 学说。第一,格劳(Graul)主张对欺诈概念作目的性限缩。其明确区分人类在交换交易中是经济人(homo oeconomicus),而在捐赠领域是慈善人/利他人(homo beneficus)。作为具有诈骗罪重要性的欺诈行为必须在这两个领域都有所反映。因此,欺诈行为必须指向“财产处分的客观目的”。在经济交易中,欺诈针对被害人财产的损害性,而在慈善捐赠中,则针对社会目的是否实现。导致与约定的给付目的没有关联的动机错误,不构成诈骗罪,比如“攀比案”的欺诈行为对欲实现的社会目的并没有影响,应区别对待。^{〔16〕}

第二,梅尔茨(Merz)从答责领域的界限进行论证。其认为财产处于理性的自我决定中,他人自我决定的行为不可以归责于行为人。欺诈行为是否排除被损害者的自我答责性,必须从诈骗罪的保护法益即财产进行考察。只有与被欺骗者的财产有重要关系时,才具有诈骗的性质。捐赠诈骗中,要肯定具有诈骗性质的欺诈,就必须要求被害人所追求的目的是交易的基础,捐赠目的必须具有财产上的重要性。因此,捐赠诈骗是否可罚取决于作为交易基础的目的是否实现。捐款的具体使用的目的就属于交易的基础;而“攀比案”中捐赠者只是为了得到声誉,募捐者无法对此产生任何影响,就不属于交易的基础,不构成诈骗罪。^{〔17〕}

第三,赫兹伯格(Herzberg)主张应排除社会相当的欺诈行为。其认为社会相当性是开放的构成要件,即没有完整描述犯罪行为的不法,而要求特殊的违法性要素加以补充才能确定不法。成立诈骗罪,行为人对被害人谋求实现的目的进行的欺诈必须被评价为是可以非难的。赫兹伯格借用了德国强制罪的法理,认为行为人的行为只是单纯的不正派还不够,而必须“对他人的决意自由有重大的侵犯,从而需要通过刑法进行谴责”。^{〔18〕}比如“攀比案”中,篡改捐赠名单是不正派的骗术,但考虑到道义价值上的目标设定,还不能说具有可非难性,因此是社会相当的,不可罚。欺诈行为是否可罚没有一般性标准,可非难性的判断必须取决于具体个案的事实。^{〔19〕}

第四,金德霍伊泽尔(Kindhäuser)在功能性的财产概念基础上对欺诈行为进行规范化理解。连接点在于“真相权”(Recht auf Wahrheit),即真相是自由的前提,被害人有对真实信息的请求权。该请求权的基础可能是法律规定,也可能基于自治。自治的反面就是有权要求的

〔16〕 Vgl. *Graul*, Wider die Zweckverfehlungslehre beim Vermögensschaden, FS-Brandner, 1996, S. 813ff.

〔17〕 Vgl. *Merz*, „Bewußte Selbstschädigung“ und die Betrugsstrafbarkeit nach § 263 StGB, 1999, S. 125ff.

〔18〕 BGHSt 17, 328 (332).

〔19〕 Vgl. *Herzberg*, Bewusste Selbstschädigung beim Betrug, MDR 1972, 93, 95ff.

信赖,说谎一般情况下就侵害了真相权。^{〔20〕} 诈骗罪要求的是被欺骗者必须存在因侵害其真相权而导致的错误,因此,要求被害人对自我损害没有意识。捐赠者有权利知道真相,其反面就是有权要求有利于自己或募捐的信赖。相反,如果欺骗的是捐赠者的名字或捐款金额的高低,则不是为了有利于募捐,而是为了记账的目的,因此,为了提高声誉而捐赠了比较高的款项,捐赠者的信赖没有被侵害,捐赠者没有真相请求权,从而不构成诈骗罪。^{〔21〕}

(2)评析。第一,交易目的的确定本身缺乏明确性。格劳判断欺诈行为的标准是基于给付的客观目的。但所谓目的的社会意义,在任何情况下的捐赠都存在,即使出于攀比、为了提升个人声望等也具有社会意义。梅尔茨主张目的必须是交易的基础,但所谓交易基础都是被建构出来的,比如“攀比案”中作为交易基础的目的,到底是提升声誉,还是为了可能提升声誉而创造出他人得到救济的状况,很难准确判断。因此,容易导致适用者的恣意,破坏法律的确定性。

第二,借用开放构成要件和社会相当性等范畴,会造成诈骗罪认定的更大困难。一方面,开放的构成要件本身现在基本上已被否定。^{〔22〕} 德国刑法强制罪所要求的可非难性,是对行为法律无价值的描述,对不法类型的描述则缺乏定型化。同时,将社会相当性作为开放构成要件的判断根据并不合理。^{〔23〕} 而且,社会相当性行为必须通过以保护法益为导向的解释来获取,将欺诈行为社会相当性的认定借助于作为一般条款的开放构成要件加以解决,容易导致法的不确定性。另一方面,认为对捐款数额高低的欺诈是社会相当的,也不能为一般民众所接受。因为即使是为了慈善的目的,捐赠诈骗的被害人仍是被有意识地欺骗了,进而使其产生处分财产的动机,很难被认为是社会相当的。而且乞讨诈骗中,乞讨者或街头艺人往往把自己的钱放进钱夹,这主要不是为了对捐款数额高低进行欺骗,而是为了打破路人的心理障碍,使人们觉得自己不是第一个捐款的人,诱使路人捐款,这也无法认为是社会相当的。

第三,将诈骗罪的保护法益理解为真相权,缺乏实证法基础。诈骗罪的保护法益是财产,但并非任何形式侵害财产的行为都需要刑法加以保护。将诈骗罪认为是违反真相权的行为,违背了其作为财产犯罪的本质。而且,真相到底应当如何判断,这“必须发明哲学上的违法性判断标准,因为根本不存在‘真实法典’”。^{〔24〕} 因此,在捐赠诈骗中,“回溯到事实上完全不确定的‘自主’的想法,或一个(在刑法之外也没有被准确规定的)‘要求真实的权利’,那么将找不

〔20〕 Vgl. Kindhäuser, Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug, ZStW 103 (1991), 398, 406.

〔21〕 Vgl. Kindhäuser, a.a.O., 403ff.

〔22〕 参见张明楷:《刑法学》(第五版),法律出版社2016年版,第118页。

〔23〕 参见刘艳红:《开放的犯罪构成要件理论研究》,中国政法大学出版社2002年版,第166页。

〔24〕 许迺曼,见前注〔1〕,第239页。

到刑事政策上合理的解决方案”。〔25〕

第四,对不同类型的处分行为作出不同评价,缺乏可操作性。关于经济人或慈善人的区分,只是基于法感觉的论断,缺乏教义学的论证;实际上,人类在进行行为选择时,都同时存在数个动机,“如果一个行动或者有意识的愿望只有一个动机,那么它就是不同寻常的,而不是普遍性的”,〔26〕很难判断到底哪个动机具有决定性意义,这种区分在实际操作上存在困难。

3. 小结

诈骗罪欺诈行为的对象必须是事实,包括外部事实和内在事实。〔27〕在捐赠诈骗中,虚构或隐瞒获得的捐赠数额高低、募捐者的职业等属于对外部事实的欺诈,可经由客观观察者加以检验;而欺诈捐款将用于特定目的的意图,则属于对内在事实的欺诈。因此,对欺诈进行规范化的理解,赋予超出其文义内容的内涵,这种目的论限缩并不可取,是“与文义脱钩”的,“从文义出发,欺诈行为并不允许进行价值考察,通过对错误事实的描述,就是欺诈行为”。〔28〕无论是掩盖计划的使用目的、说明虚假的捐赠额度等明示的欺诈行为,还是没有明确说明捐赠的社会目的、没有说明捐赠的职业性等默示的欺诈行为,都符合诈骗罪的欺诈行为要件。

(二) 财产处分的保护范围

1. 学说

部分学者将被害人目的落空视为财产处分的保护范围问题。弗里施(Frisch)指出,目的是财产处分的一个要素,被害人所追寻的利益是否被行为人充分地接受,“只能是关于财产处分的规范重要性的问题”。〔29〕弗洛伊德(Freund)认为将财产作为静态的状态加以保护不仅不可能,而且在经济上也不必要。问题的实质不是财产保护的射程范围,而是哪些处分行为是应该被保护的。行为自由是被第一位规范(primäre Norme)认为具有需保护性和应保护性的,与财产相关的处分是行为自由的外化。诈骗罪作为刑法的第二位规范(sekundäre Norme),只能在保护财产处分的意义上被理解。而捐赠则是为维持被认可的特定社会亚系统而服务的。〔30〕许迺曼(Schünemann)的被害人教义学也将问题定位在财产处分的保护范围上,“在当事人交易目的之外,刑法还要去保护某些头脑想着次要问题的人,这在刑事政策上是

〔25〕 许迺曼,见前注〔1〕,第222页。

〔26〕 (美)马斯洛:《动机与人格》(第3版),许金声等译,中国人民大学出版社2012年版,第8页。

〔27〕 参见陈兴良等,见前注〔1〕,第409页。

〔28〕 Harbort, Die Bedeutung der objektiven Zurechnung beim Betrug, 2010, S.112.

〔29〕 Frisch, Funktion und Inhalt des „Irrtums“ im Betrugstatbestand, Zur dogmatischen Bedeutung des Opferverhaltens in § 263 StGB, FS-Bockelmann, 1979, S. 667.

〔30〕 Vgl. Bergmann/Freund, Zur Reichweite des Betrugstatbestandes bei rechts-oder sittenwidrigen Geschäften, JR 1988, 190, 192f.

不理性的”，〔31〕被害人具有自我保护的期待可能性时，排除行为的需罚性和应罚性。〔32〕

2. 评析

第一，财产处分不应超越构成要件内部归责范围。财产处分是作为内在事实的错误与作为外部事实的财产损失之间的必然联系，其所解决的是，基于错误的财产减损应该归属于行为人还是被害人，这是构成要件内部的法定归责问题。不能赋予财产处分超越纯粹归责的功能，否则只会使构成要件的运用更加复杂化、也缺乏明确性。

第二，处分行为的值得保护性无法从法益侵害原则推导出来。财产处分保护范围的观点从实质上考察处分行为的值得保护性。如果财产处分是不值得保护的，则刑法不介入。但根据通说，刑法的目的就是保护法益，法益侵害就是其应当在法律上被谴责。如果法益侵害不能被谴责，刑法就不加以保护。诈骗罪的法益是财产，首先要考察的是，财产损失是否以法律上应谴责的方式所导致。财产损失是由处分行为所形成的减损和可能存在的补偿构成的。因此，从法益的角度出发，处分行为只是引起法益损害，但对具有引起法益侵害性质的处分行为应否保护则是另一个层面的问题。

第三，财产处分值得保护性的判断标准模糊。如何判断财产处分的值得保护性，如何评价社会系统是被认可的，如何确定被害人自我保护的期待可能性，捐赠的社会要素为何影响被害人的应保护性和需保护性，都没有确定的标准，容易产生恣意解释。因此，财产处分是否在社会上、道义上具有正当价值，不应该影响刑法的评价。〔33〕用值得保护性的考量代替构成要件，违反了罪刑法定的明确性原则，是不被允许的。〔34〕

三、转向：从客观构造到客观归责

（一）学说源流

1. 溯责禁止

溯责禁止最早由弗兰克(Frank)提出，这种理论认为，并非结果的所有条件都评价为原

〔31〕 许迺曼，见前注〔1〕，第240页。

〔32〕 国内有关被害人教义学及其运用的最新研究，请参见车浩：“被害人教义学在德国：源流、发展与局限”，《政治与法律》2017年第10期，第2—16页。在被害人存在怀疑时，将被害人教义学运用于诈骗罪的追究请参见车浩：“华南虎照案看诈骗罪中的受害者责任”，《法学》2008年第9期，第51—60页。

〔33〕 Vgl. Roxin, Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?, in: Hefendehl (Hrsg.), Dogmatische Fundamente, 2005, S. 135.

〔34〕 Vgl. Harbort (Fn. 28), S.116.

因。宾丁(Binding)曾指出诈骗罪中被害人有意志的自我损害可以中断因果关联。^{〔35〕}普吕尔(Pröll)基于溯责禁止的思路,认为诈骗罪可以通过间接正犯来实施,被害人必须对实现法定构成要件所属的所有犯罪情状存在认识欠缺。如果只是对某一犯罪情状缺乏认识,则仍存在因果关联。被害人的错误属于客观构成要件,在捐赠诈骗中,虽然被害人认识到财产损失,但这是基于错误而产生的结果,他对自己发生错误却没有认识。因此对被害人错误这一客观构成要件缺乏认识,被害人的行为并不中断因果关联。^{〔36〕}

这种观点混淆了间接正犯成立的条件和范围。诈骗罪成立间接正犯,是将被害人作为工具而使其产生作为构成要件结果的损失。首先,被害人必须存在认识上的缺陷,从而能够肯定行为人的意思支配;其次,损失必须是基于错误而导致。所以间接正犯只能够针对导致损失上的认识进行支配,而对于错误本身有无认识并不能进行支配,对陷入错误本身并不成立间接正犯。

2. 功能性关联

部分学者要求,诈骗罪构成要件的欺诈行为、认识错误和财产损失之间除了单纯的因果关系之外,还必须存在功能性关联。如果虚构的事实是真实的,而被害人仍会处分财产,损失仍会出现时,被害人认识到了其行为具有财产损失的效果,那么欺诈和损失之间就缺乏功能性关联,原则上应否定诈骗罪。因为从保护目的可推导出,只有欺诈行为给被害人作出财产减损的处分行为提供动机,并且掩盖处分将带来进一步财产损失的效果,才成立诈骗罪。^{〔37〕}作为对原则上不可罚的限制,有学者认为应该例外地采用目的落空理论。^{〔38〕}

应当说,客观归责理论在这个时期还处于萌芽阶段,对这种功能性关联的认识是模糊的。从现在的学说看来,捐赠诈骗之所以不构成诈骗罪,并不是缺乏要件之间的功能性关联,而是缺乏损失与欺诈行为的客观可归责性。

(二) 理论转向

1. 套用客观归责之名

随着客观归责理论逐渐被接受,学说多次提出从答责领域的角度解决诈骗罪问题的思路。但此时,结果归责的理论并没有得到真正贯彻,而是转化为对欺诈行为和财产损失的规范化理解或目的论限缩,在判断的实质流程上违背了客观归责的基本思路。

〔35〕 Vgl. Binding, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil I, 2. Aufl., 1902, S. 352.

〔36〕 Vgl. Pröll, Bettelbetrug und verwandte Fälle, GA 1917, 411, 415f.

〔37〕 Vgl. Lenckner, Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Vermögensschaden bei Aufnahme eines Darlehens für einen bestimmten Verwendungszweck, NJW 1971, 599, 600.

〔38〕 Vgl. Rudolphi, Das Problem der sozialen Zweckverfehlung beim Spendenbetrug, FS-Klug, 1983, S. 316f.

第一, 欺诈行为的规范化管理。格劳就一再强调被害人目的落空最终是规范的归责问题;〔39〕梅尔茨也认为对欺诈行为概念的目的论限缩应该通过融合客观归责理论才能得以实现。〔40〕但两者最终都落脚于欺诈行为的规范理解之上, 已如前述。

第二, 财产损失的规范化管理。施摩勒(Schmoller)强调是否成立诈骗罪的关键在于如何在客观归责的框架内区分不同的答责领域。他认为, 并非所有的财产减少都同时自动地被认为是损失, 必须是通过行为人的欺诈行为而遭致的财产减少才能认定为损失。但是, 也存在某些欺诈行为, 不会对被害人的自我答责性产生任何影响, 此时就不能认为存在财产损失。因此, 哪些欺诈行为不会损害被害人的自我答责性, 是问题的关键。但又认为不能将被害人的自我答责性视为客观结果归责的一部分, 而应将之作为结果的财产损失是否存在的前置性问题加以考察。具体区分两种类型: 其一, 被害人单独为其财产处分自我负责的情形, 行为人的欺诈行为没有形成财产损失, 不能排除处分人的自我负责, 比如针对供给或需求高低的事实进行欺诈。其二, 如果欺诈只是针对附随效果, 则仍应肯定被害人的自我负责, 比如对邻居捐赠数额高低的欺诈, 只是一种附随效果, 不能认定为损失。〔41〕可见, 这实质上是对损失概念的规范化管理。一方面将问题确定在答责领域, 但并没有为自我答责性的标准提供更充实的内容; 另一方面又将问题定位于损失的规范化认定, 这对于客观的损失概念而言是不可能的, 对于结果归责而言又是没有必要的。

2. 客观归责的尝试运用

亨吉尔(Rengier)首次直接适用客观归责理论解决目的落空案件, 认为欺诈所针对的事实, 必须是作为交易基础而加以确定的履约目的。当行为人的欺诈行为延伸到与作为交易基础的履约目的无关的那些情况时, 归责关联中断, 比如就捐赠名单进行欺诈, 被害人在攀比的动机下处分, 就是个人的给付行为, 结果在其自身的答责领域之内。〔42〕

哈伯特(Harbort)撰写专著对诈骗罪的客观归责进行详细研究, 〔43〕认为欺骗行为、财产损失等观点都不适合解决目的落空案件, 主张从客观归责中自我答责的自我危险(Selbstgefährdung)角度处理。他认为成立自我答责的自我危险的条件是, 被害人客观上至少轻率地行为, 主观上具备危险接受的意识。可以类比营救损害(Retterschäden)案件, 被害人追求理智的目的, 但对其追求的理智目的无法实现却缺乏认识, 这种目的错误损害了其决定自

〔39〕 Vgl. *Graul* (Fn. 16), S. 819.

〔40〕 Vgl. *Merz* (Fn. 17), S. 193f.

〔41〕 Vgl. *Schmoller*, *Betrug bei bewusst unentgeltlichen Leistungen*, JZ 1991, 117, 125ff.

〔42〕 Vgl. *Rengier*, *Gedanken zur Problematik der objektiven Zurechnung im Besonderen Teil des Strafrechts*, FS-Roxin, 2001, S. 820f.

〔43〕 Vgl. *Harbort* (Fn. 28), S. 109ff.

由,可以排除自我答责。哈伯特将这种理解运用到目的落空案件,认为只要被害人即使认识到损害结果也仍然处分财产是出于理智目的,但其却因被欺骗而没有认识到所追求的理智目的最终无法实现,则排除自我负责的自我危险。

所谓理智目的,就是在被害人看来,捐款能够对接受者有用,对其支持是有意义的,希望值得帮助的人获得捐赠。从客观上看,一个有损害效果的财产处分,即使财产在收支平衡上是负面的,也不是没有意义的损害,仍然是理性的举动。相反,如果特定的接受者没有得到捐赠,这种举动在客观上就是没有意义的。因此,只有约定的履约目的、捐款的使用目的才是理智的目的,直接的履约目的之外的其他动机都不是理智的目的。具体而言,其一,如果被害人所追求的理智目的没有实现,而这正是行为人从一开始就计划好的,则行为人具有优越认识,财产损失就必须归属于行为人。其二,如果是被害人所追求的其他目的没有实现,比如攀比、提升声誉等心理,这些作为行为基础的动机,仅仅是被害人的主观感受,从客观上看并非理性的理由,不是理智的目的。被害人对自己行为的损害效果有认识,则属于自我答责的自我危险,应当排除对行为人的归责。

(三)教义评析

亨吉尔将客观归责理论运用于诈骗罪,实现了研究思路的真正转型,但对捐赠诈骗在风险制造、风险实现和被害人自我答责上的论述仍较为简单。哈伯特则类比适用营救损害于目的落空案件,在认定被害人自我答责自我危险时,被害人所追求的理智目的具有决定性意义,以此判断是否排除自我答责,提出了相对明确的标准。

所谓营救损害,通常是“被告人在被害人还没有认识到危险的情况下实施了某种行为,导致被害人不得不陷入危险。例如,被告人甲对乙家放火,放火燃烧的当时,乙为了救助家中的亲人,冲入燃烧的家中,但由于丧失意识而倒下,终因一氧化碳中毒而死亡”。〔44〕类似的还有被害人从着火的房子中救出有价值的物品,从而导致伤害甚至死亡。笔者认为,捐赠诈骗与营救损害不同,两者不具有可比性,将营救损害的归责标准运用于目的落空案件并不恰当。

第一,营救损害存在法益危险的选择困境,捐赠诈骗则不存在这种选择困境。德国判例认为营救损害排除被害人的自我答责性,因为行为人“在没有被害人参与和同意的情况下,创造了对被害人或其关系紧密人的法益之重大危险,以此制造了有意识自我危险的一种显而易见的可能性,从而为被害人制造了采取危险的救助措施的理智动机”。〔45〕可见,被害人面临两

〔44〕 张明楷:“刑法中危险接受的法理”,《法学研究》2012年第5期,第176页。营救损害是否属于危险接受和自我答责,理论上尚有争议,参见江溯:“过失犯中被害人自陷风险的体系性位置——以德国刑法判例为线索的考察”,《北大法律评论》(第14卷第1辑),北京大学出版社2013年版,第115—142页。张明楷教授认为这种情形不属于危险接受,甲应对乙的死亡承担刑事责任。

〔45〕 BGHSt 39, 322, 325.

种危险的选择;其一是被害人或其亲属生命或财物等受到威胁的法益面临确定的损害;其二是被害人自身生命健康的危险。这类似于《德国刑法》第34条的紧急避险的强制状态。正是因为存在对被害人及其关系密切人的法益的重大危险,从而排除被害人自我答责,应当将损害的结果归属于行为人。可以说,营救损害类似于间接正犯中基于强制的意思支配。而捐赠诈骗的被害人在行为和不行为之间不存在直接的、现实的冲突状况。被害人的行为选择是基于自由意志,只是其意识形成过程因为欺诈而导致捐赠动机的错误。

第二,营救损害属于有意识的自我危险,捐赠诈骗则是有意识的自我损害。有意识的自我损害与有意识的自我危险并不完全相同,“前者的被害人不仅认识到实害结果,而且期待、希望实害结果发生;后者的被害人只是认识到行为的危险,并反对实害结果发生。对结果的评价,必须联系法益主体对法益的态度。在参与被害人的自我侵害的场合,被害人放弃了法益;但在参与被害人的自己危险化的场合,被害人没有放弃法益”。^[46]故前者原则上排除被告人的答责,完全由被害人答责;而后者不能完全由被害人自我答责。^[47]

第三,营救损害与捐赠诈骗所进行的衡量不同。德国判例认为在营救损害中,即使原则上行为人为被害人设置了危险,但是,如果被害人的行为可以评价为是自始没有意义的营救企图,或者是与明显不合比例的冒险相关联的营救企图,则超越了可归责性的界限。^[48]因此,营救损害中必须衡量被害人营救行为目的实现和法益损害两者的盖然性,进而认定营救行为是否出于非理智目的。如果不是具有致死危险的火灾,就会有优势利益得到营救,从而排除自我答责;如果是具有致死危险的火灾,就可以认定为重大的、非理性的营救,不排除自我答责。

而对捐赠诈骗的捐赠者而言,并不是单纯的损失风险。相反,财产的损失是百分之百确定的,即使达到了所追求的目的,捐赠的款项也是绝对会丧失的,因此是有意识的自我损害。而诈骗罪是保护个人法益的犯罪,捐赠对社会的集体利益并非诈骗罪保护的法益,公民从捐赠中获得的愉悦感和幸福感也不属于法益的内容。可见,营救损害是否排除自我答责,取决于营救机会和损害风险之间的衡量;而捐赠诈骗并不是进行两种利益或风险的衡量,而是比较社会对捐赠利益的需求和捐赠者财产使这种需求得以满足的可能性。

第四,理智目的的判断缺乏明确性。冯军教授曾指出,“一个理智的公民,有义务运用他的理智去获得他应该获得的知识。问题的关键在于:一个理智的人被欺骗而实施的行为是否具有一种理性的根据”。^[49]然而,怎样的目的才是理智的并没有统一的标准。如果营救具有致死危险,营救行为就是非理性的;而捐款行为是完全确定的丧失财产法益的自我损害行为,很

[46] 张明楷,见前注[44],第177—178页。

[47] Vgl. Zaczyk, Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten, 1993, S. 25ff.

[48] Vgl. BGHSt 39, 322, 326.

[49] 冯军:《刑法问题的规范理解》,北京大学出版社2009年版,第58页。

难说是一种理性的风险。从社会的、道德的标准,为了实现社会认可的目的,就认为捐款行为是理智的,这也并不妥当。退一步讲,在对捐款数额进行欺诈时,问题不在于是否捐款,而是捐多少。如果认为出于攀比等动机的捐赠就是非理智的,那么对于原本希望捐赠的款项,本来为了实现社会认可的目的,为什么因此却又变成非理智的目的。或者说,是否因此只能将超出自己原本希望捐赠的那部分款项视为非理智?显然无法得出明确答案。

四、立场:客观归责理论的适用建构

客观归责是指“在客观上结果对于主体的一定行为的可归属性”,^[50]其“以制造了法所不允许的风险、实现了法所不允许的风险以及结果在构成要件的效力范围之内三个原则为基本内容”。^[51]“在解决刑法分则问题,特别是解决诈骗罪的成立与否问题时,完全应当适用客观归责原理。如果一个人因为他人的诈骗而失去财产,而这种诈骗完全是财产所有者自己造成的,‘被诈骗’可以归责于财产所有者自己,那么通过诈骗获取财物者的诈骗行为就不成立诈骗罪,仅仅可能成立其他犯罪。”^[52]对于捐赠诈骗而言,重点需要解决的是风险制造和被害人自我答责两个层面的问题。

(一)法上不被允许的风险的制造

一个行为如果没有制造法上不正当的危险,则行为人所制造的风险就可以视为是被允许的。^[53]社会中存在具有危险但被允许的行为方式,比如道路交通中的驾驶行为,这种行为并不具有可罚性。被害人目的落空的客观归责首要解决的问题是:行为人针对被害人单方的财产处分所认为重要的事实情况而作出的欺诈行为,是否制造了法上不被允许的风险,抑或可以视为是被允许的。

对此,学界观点并不一致。赫芬德尔(Hefendehl)认为捐赠诈骗缺乏法律上不正当的危险制造行为。从对财产的保护法益出发,只有指向隐瞒财产损害的欺诈行为,才体现为法律上重要的危险。如果被欺诈者认识到了其财产处分行为具有财产损害的性质,则只是侵害了处置自由,因而并没有制造法律上重要的危险。^[54]这种观点本质上放弃了要求无意识的自我损害的不成文构成要件,而是在客观归责的框架内,认定有意识的自我损害排除归责。这使诈骗

[50] 陈兴良:“从归因到归责:客观归责理论研究”,《法学研究》2006年第2期,第70页。

[51] 刘艳红:“客观归责理论:质疑与反思”,《中外法学》2011年第6期,第1216页。

[52] 冯军:“不法原因给付的刑法意义”,载刘艳红主编:《财产犯研究》,东南大学出版社2017年版,第498页。

[53] Vgl. Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., 2006, § 11, Rdn. 65.

[54] Vgl. Hefendehl, in: Joecks/Miebach, MK-StGB, 2. Aufl., 2014, § 263, Rdn. 662.

罪构成要件更为简洁和易于理解,值得肯定。但是认为排除归责的根据在于捐赠诈骗的欺诈行为没有制造法上不被允许的危险,却不恰当。

第一,如果欺诈行为针对的是约定的履约目的,单纯通过引起被害人形成处分财产的错误动机,显然已对财产法益造成了威胁。^[55]认为形成处分动机的欺诈行为只是涉及财产的处置自由,因此并没有对财产形成法律上不正当的危险,这无法为一般的民众所接受。实际上,指向动机错误的欺诈行为,也已经完全超出了对财产最低限度可以容许的威胁。没有这种欺诈行为,就不会引起被害人处分财产的动机错误。即使被害人对这种财产处分的损害性质有明确认识,也无法改变这种性质。而且这种纯粹因为动机的错误而导致的财产处分最终也造成了财产损失。因此,很难说这种欺诈是原则上可以为社会所接受的。

第二,如果欺诈行为针对的是约定的履约目的之外的其他动机,比如利用攀比动机、虚构捐款名单、捐款数额等欺骗行为,也不属于被允许的危险。一个行为是否应当视为被允许,必须通过衡量诸构成要件的各种利益加以确定。^[56]这种利益衡量主要是比较个人利益和整体利益。具体而言,一方面是保护具体被害人对整体的利益,另一方面是允许行为人危险行为对整体的利益。

首先,从保护被害人的角度考察。一方面,被害人的动机具体是什么,对于社会整体而言并不重要。在被害人追求不法目的时,比如基于不法原因的给付,保护此类被害人对于社会整体而言没有任何利益可言,反而会导致事实上对被害人不法目的的支持。与此不同,被害人履约目的之外的其他动机,比如攀比心理、提高声望等,虽然也不值得用刑法均加以保护,却不是法上不正当的目的。即便如此,过多考虑被害人的动机理由,则更多地把诈骗罪的重心放在处置自由,这与财产法益的保护相背离。另一方面,即使当被害人出于与履约目的没有任何关联的任意动机,并信赖此动机会实现时,对被害人的保护并不一定具有特别高位阶的价值。从刑事政策的角度,如果对任何形式的动机错误加以保护,反而将导致刑事可罚性过于扩张。^[57]可见,保护被害人意图实现的履约目的之外的其他动机相关联的个人利益,对社会整体的利益并不高。

其次,从允许行为人的角度考察。允许欺诈行为并不具备社会整体利益,行为人隐瞒被害人动机无法实现的事实,并不能因此视为被允许的行为。如果认为行为人虚假填写捐赠名单具有慈善和道义价值的目标设定,就是社会相当的。那就意味着行为人为了慈善的目的而进行的欺骗行为是被允许的,这显然并不合理。进一步说,如果募捐者并不是出于同情心或道义

[55] Vgl. Bockelmann, Strafrecht Besonderer Teil 1, 2. Aufl., 1982, S.71.

[56] Vgl. Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, § 7, Rdn. 41, 46.

[57] Vgl. Cramer, Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht, 1968, S. 204.

价值,甚至可能出于损害社会的极端主义、恐怖主义等意图。此时,行为人层面没有任何道义价值存在,其欺诈行为显然不具有社会相当性。

因此,行为人对被害人的欺诈,无论针对履约目的或是履约目的之外的正当动机,都不应该视为被允许的危险。捐赠诈骗仍然制造了法上不被允许的危险,而且这种危险也通过财产损失的形式实现了,其可罚性更取决于被害人的自我答责。

(二)被害人自我答责的范畴厘清

根据被害人自我答责,“只要已经发生的损害结果仍然体现着被害人的任意,处在被害人的行为所能支配的领域之内,就存在着被害人对不发生损害结果的优先负责性,就要由被害人自己对所发生的损害结果予以答责”。^[58] 被害人自我答责的客观归责不是在心理学意义上,而是在规范评价意义上的讨论,因而应厘清自我答责相关的几个范畴。

1. 自由答责性和自我答责性

我国学界一般在自我答责性(Eigenverantwortlichkeit)角度研究被害人的客观归责问题。然而,在自我答责性之外,仍应强调被害人的自由答责性问题。自由答责性(Freiverantwortlichkeit)所解决的是,被害人的意思决意在多大程度上确实是没有瑕疵的;而自我答责性所确定的则是,除此之外被害人对损害其自己的法益还要在规范上具有答责性。^[59] 可以说,自由答责性是自我决定权相关联的,“自我决定就是主体基于对自由的普遍承认和尊重而通过行为来决定和实现自己的自由,它是意志自由的客观表现”。^[60] “自我决定权主要是指个人对自己的利益按自己意愿进行自由支配的权利”,^[61]“自我决定是自我答责的前提和根据”。^[62]

因此,自由答责性是自我答责性的前提和条件。缺乏自由答责性当然也缺乏自我答责性。没有自由的答责,则其意思决意存在瑕疵,当然就不能自我答责,不能对损害自己法益的行为结果答责。但如果存在自由答责性,仍然要进一步规范性检验,是否因为被害人自我负责的行为而中断结果归责。比如,自杀者具有自由答责的意思决定,但仍然要判断是否自我答责,也就是“是否亲手地在犯罪事实中转化其自杀决意。”^[63] 被害人亲手转化其具有自由答责的决意而损害自己的法益,就可以成立自我答责。在“天狼星案”中,被害人没有认识到行为的自杀

[58] 冯军,见前注[49],第78页。

[59] Vgl. Hohmann/König, Zur Begründung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit in den Fällen der aktiven Suizidteilnahme, NStZ 1989, 304, 308; Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB Kommentar, 29. Aufl., 2014, Vor § § 211 ff., Rdn. 36.

[60] 冯军,见前注[49],第68页。

[61] 车浩:“自我决定权与刑法家长主义”,《中国法学》2012年第1期,第89页。

[62] 同上注,第95页。

[63] Roxin, Die Sterbehilfe im Spannungsfeld von Suizidteilnahme, erlaubtem Behandlungsabbruch und Tötung auf Verlangen, NStZ 1987, 345, 347f.

性质,意思决意具有重大瑕疵,正是因为其缺乏自由答责,因而不能自我答责。在捐赠诈骗等目的落空案件中,被害人正是亲手转化其损害自身法益的决意。因此,只要确定了被害人的自由答责,确定了被害人意思决意没有重大瑕疵,就可以确定被害人的自我答责。

2. 自由答责性与财产处分的自愿性

客观归责中被害人的自由答责性,不同于诈骗罪中财产处分的自愿性。首先,两者在被害人的认识是否有瑕疵以及瑕疵的重大程度上存在区别。“在自我答责中,被害人必须是在没有重大意思瑕疵的前提下放弃了自身法益”,是完全出于自主意志放弃了利益。而诈骗罪财产处分意义上的自愿性是被害人在知道有选择余地的情况下处分了财产。如果除了交付财物之外别无选择,则非自愿作出财产处分。^[64]

其次,两者在自由意志所针对的对象内容上存在区别。自由答责性针对的是作为构成要件结果的财产损失,是自我答责的自我财产损失;而财产处分的自愿性,针对的是财产处分行为本身,即使对财产处分的财产损失效果有瑕疵,存在错误的理解,也是具有自愿性的财产处分。被害人对财产处分行为是有意识的而且自愿的,但这不指向处分的损失效果;对处分行为具有损失效果的意识有无,则取决于自由答责性。对于诈骗罪,成立自我答责的自我损害,既要求有意识的自愿的财产处分,又要求对财产损失的自由答责,所要解决的就是财产损失是否客观归责于被害人自我负责的财产处分行为。如果财产处分不是自愿的,则没必要进一步讨论是否对财产损失结果的自我答责问题。^[65]

3. 自我答责与处置自由

诈骗罪的法益是财产,处置自由并非诈骗罪的保护法益,诈骗罪并不单纯地保护处置自由。但“这一点并不是绝对的”,^[66]处置自由与自我答责并不是相互冲突的,两者只是不同层面的判断。是否保护处置自由是构成要件解释的结论,而不是前提。因此,不可以因为可能侵害处置自由而否定成立自我答责。自我答责只是回答被害人对财产减损是否自我答责地行为,并不会因为是否存在对处置自由的侵害而受影响。如果能评价为自我答责的损害,则中断对行为人的归责,在结论上就不保护处置自由;如果不能,则结果可以归责于行为人,在结论上也一并保护了处置自由。

(三) 被害人自由答责的判断标准

判断是否自我答责,首先要认定被害人在何种情况下成立自由答责,或者说被害人是否自主地决定法益的侵害。如果被害人对法益侵害是有意识的,是否可能因为错误而偶然地不存

[64] 参见王钢,见前注[1],第204—205页。

[65] 诈骗罪财产处分是否要求自愿性,学界仍有争议,有学者认为自愿性要件是多余的,不应一般化。Vgl. Rengier, Strafrecht Besonderer Teil I, 16. Aufl., 2014, S. 242.

[66] 陈兴良等,见前注[1],第468页。

在答责性? 对此,学界研究主要集中在被害人被欺骗而同意的效力问题上,经常讨论的是基于欺骗而进行的相约自杀是否排除自我答责,因为此时被害人虽认识到自我损害自己的法益,但却基于动机错误而被骗了。不同于被害人的自我危险,基于欺骗而产生自杀动机与捐赠诈骗最为接近,两者都属于被害人的自我损害。

1. 两大理论阵营^[67]

(1) 免责理论。该理论类比《德国刑法》第 16、19、20 和 35 条所规定的符合构成要件的他人损害的刑事答责性。假设自我损害行为是可罚的,那么只有在被害人没有罪责(有责性)地行为时,才排除被害人的自由答责。^[68] 据此,如果只是单纯欺骗捐赠的动机,因为被害人认识到处分的自我损害性质,同时放任此种认识,因此不会排除被害人的自我答责,欺诈行为不可罚。

免责理论最大的问题就在于类比刑法对行为人可罚的犯罪行为的认定。而自杀和财产处分原则上都不可罚,“此处的核心问题不在于被害人是否应当为侵犯他人法益的行为负刑事责任”。^[69] 同时,相比对他人侵害或杀害的同意,免责理论对自己生命的保护在自由意志形成上反而要求较低。其根据在于,相对于他人侵害,自杀的被害人对法益侵害的实施有事实上地控制。如此,则对生命法益的保护反而不如对身体法益或财产法益的保护,显然不合理。

(2) 同意理论。该理论认为,自由答责的判断应根据被害人同意的规则加以确定,尤其考虑对《德国刑法》第 216 条的评价,如果自杀决意符合有效的同意,则成立自由答责。^[70]

同意理论与自杀问题紧密关联,而自杀本身是否可罚仍有争议,因此自杀的参与是否可罚也就存在争议。但捐赠诈骗中处分自己的财产永远都是不可罚的,因此不可能有可罚的参与。同时,“相当一部分自杀行为实际上源自于精神或心理疾病,并且伴随着抑郁或冲动情绪”,^[71]而处分财产并非源于精神或心理疾病。

因此,同意理论是否可以普遍化? 何种情形下对法益侵害的同意才是有效的? 是否任何的动机错误都排除自由答责? 在同意理论内部仍存在全面无效说和法益关联性说的分歧。

2. 全面无效说及其评析

全面无效说认为,只要欺骗行为导致了错误,都影响同意的效力。即使不是法益关系的错

[67] Vgl. Dölling, Zur Strafbarkeit der Mitwirkung am Suizid, FS-Maiwald, 2010, S. 122 ff.

[68] Vgl. Bottke, Suizid und Strafrecht, 1982, S. 250 ff.; Roxin, Die Mitwirkung beim Suizid-ein Tötungsdelikt?, FS-Dreher, 1977, S. 346 f.

[69] Eser/Sternberg-Lieben (Fn. 59), Vor § 211 ff., Rdn. 36.

[70] Vgl. Eisele, Freiverantwortliches Opferverhalten und Selbstgefährdung, JuS 2012, 577, 580; Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2012, § 20, Rdn. 49f.

[71] 王钢:“自杀的认定及其相关行为的刑法评价”,《法学研究》2012年第4期,第157页。

误,同意也无效,一律排除被害人的自由答责。我国学者也认为,被害人受到欺骗,误认了权益处分的目的或意义,或误以为可以获得对价或者其他利益时,都损害了被害人自主决定的权利。全面无效说才是充分保障被害人自主决定权的有力见解,有关法益处分之意义和目的的动机错误同样导致被害人的承诺无效。^[72]

笔者认为,全面无效说及其论据值得商榷。

第一,立足于不恰当的财产概念。论者认为刑法中的法益涵括动态的部分,即权利人自主地对静止的对象物或者客体这些外在条件加以利用、支配以及处分并同时借此发展自身人格、达成自我实现的(潜在)自由。^[73]可见,论者立足于人的财产概念。^[74]人的财产概念认为财产是动态的单元,亦即主体基于对外部工具的支配权力所生的经济潜能。^[75]财产是保障人格在物质领域充分发展的建构人格的统一体,建立在货币的价值尤其是交换价值以及货币使用可能性之上,^[76]财产保护是对人格的间接保护。^[77]然而,人的财产概念最受诟病的就是较之经济的财产概念更为不明确,经济上的目的设定与(纯粹)理念上的错误处置之间的界限模糊,^[78]使财产损失计算的标准更加不确定。根据人的损失概念,在行为目的的确定上,处分者具有完全的自由,只要其目的是合法的、在经济上可以被考察的,那就可以认定为损失。但是,行为人对于处分者所选择的目的,通常并不清楚,因此,认定是否存在诈骗罪的损失完全取决于被害人的任意想法。这种目的思维使得损失概念有过于主观化和不确定的危险。^[79]而且,经济的目的在整体上是很难确定的,人类的目的无法穷尽,这也会带来证明上的难度。^[80]

第二,混淆了自我决定权与财产法益。论者认为所有的动机错误都损害了被害人自主决

[72] 同上注,第159—161页。

[73] 参见王钢,见前注[71],第160页。

[74] 该论者在不法原因给付是否成立诈骗罪时,对财产概念采取的却是法律——经济财产说的观点。参见王钢:“不法原因给付对于认定财产犯罪的影响——立足于财产概念与‘非法’占有的考察”,《法学家》2017年第3期,第136页。

[75] 参见王效文,见前注[1],第445页。

[76] Vgl. *Otto*, Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes, 1970, S. 69; *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte, 7. Aufl., 2005, § 38, Rdn. 7

[77] Vgl. *Winkler*, Der Vermögensbegriff beim Betrug und das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot, 1995, S. 173ff.

[78] Vgl. *Kindhäuser*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, NK-StGB, 5. Aufl., 2017, § 263, Rdn. 273.

[79] Vgl. *Lackner*, in: *Jescheck/Ruß/Willms*, LK-StGB, 10. Aufl., 1988, § 263, Rdn.124.

[80] Vgl. *Hefendehl*, Die Submissionsabsprache als Betrug: ein Irrweg! -BGHSt 38, 186, JuS 1993, 805, 813; *Tiedemann*, Die Subvertionsbetrug, ZStW 86 (1974), 897, 911.

定的权利,不能认为这与法益无关。^{〔81〕} 这种观点实际上混淆了作为理论基础的自我决定权与作为教义学建构的具体保护法益。自我决定权是自我答责的基础,属于“支撑教义学的中层理论”,^{〔82〕}但却不是刑法应加以保护的法益。诈骗罪的保护法益只是财产,其应否囊括这种自由决定权,则是另一个问题。虽然对财产这种对象物的支配、利用以及处分可能会影响人格发展的潜能,但即使人的财产概念的主张者,也认为处分目的并不属于财产本身。因此,自我决定权解决的是被害人与行为人之间责任分配的问题,也就是被害人基于此种自由决定权而做出的财产处分行为所导致的财产损失结果,是否应当归属于被害人。“方法论意义上的法益概念”^{〔83〕}的构成要件解释功能,则是具体构成要件的解释问题,两者处于不同层面。

同时,自我决定权的保护应当与从国家层面的家长主义以及从行为人层面的行为自由之间都取得平衡。一方面,自我决定权与刑法家长主义存在一种保护与不保护之间的适度张力,刑法并非一味地溺爱型地保护被害人的自我决定权。^{〔84〕} 另一方面,自我决定权的保护意味着限制行为人的行为自由。施耐德(Schneider)曾举例,行为人为了尽快地取得遗产,欺骗立遗嘱的亲属会帮他照顾好家里的鸚鵡,从而说服他自杀。如果认为这种欺诈也构成谋杀,显然并不合理。^{〔85〕} 因此,过分地保护被害人的自我决定权,并不符合比例原则,必然导致行为人人行为的萎缩。

第三,结论具有扩张刑罚的危险。论者认为,“被害人如果没有陷入错误就不会做出这种对其而言毫无意义的处分行为”。^{〔86〕} 但是,“仅仅是说,被害人在受到对方欺骗下陷入错误而处分了财产,如果被害人一旦认识到事实真相就根本不会从事交易的话,由此来确定财产损失还是不够的。否则,诈骗罪就从一个财产犯罪被变换成了一个针对交易真实和自由的犯罪”。^{〔87〕} 这“隐含着刑罚扩张的危险”。^{〔88〕} 一方面,刑法只关注实际已经发生的因果流程,也就是被害人在已经出现动机错误时所作出损害自身法益的处分行为,是否应该归责于行为人,应当如何在行为人和被害人之间进行风险和责任的分配。另一方面,即使被害人没有陷入错误,其是否必然不会做出同样的处分行为,仍有疑问。实际上,乞讨诈骗中被害人之所以处分

〔81〕 参见王钢,见前注〔71〕,第160页。

〔82〕 车浩,见前注〔61〕,第103页。

〔83〕 *Roxin* (Fn. 53), S. 15.

〔84〕 参见车浩,见前注〔61〕,第102—103页。我国学者也有从最后手段原则的角度认为被害人的事后态度应影响诈骗罪的认定,参见杨春然:“论法教义学视角下的最后手段原则的规范构成及适用”《中国刑事法杂志》2017年第5期,第24—25页。

〔85〕 *Vgl. Schneider*, in: *Joecks/Miebach*, MK-StGB, 3. Aufl., 2017, Vor § 211 ff., Rdn. 52.

〔86〕 王钢,见前注〔71〕,第160页。

〔87〕 陈兴良等,见前注〔1〕,第468页。

〔88〕 王效文,见前注〔1〕,第445页。

财产,绝大多数情况下是希望能够尽快地摆脱纠缠,对于实际的使用目的,施舍者往往是完全有意识,或者至少是无所谓的。在出于攀比等心理而捐出更高款项时,被害人本来就具有捐款的动机,只是捐出的款项有可能超出了本来的预期,但最终捐款仍被用于有利于社会的目的,很难认为这是一种毫无意义的处分行为。

第四,混同了对象物的交换属性与交换价值。论者强调对象物只有在支配和交换中,才能获得其价值,全面无效说能够充分保障对象物的交换价值。^{〔89〕}一方面,法益关联性说也承认财产法益在交换经济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,并不是其本身的价值值得保护,而是作为交换手段、实现目的的手段值得保护。^{〔90〕}可见,从承认财产具有交换价值本身并不必然推导出全面无效说的结论。

另一方面,我国《刑法》第266条诈骗罪的犯罪对象是“公私财物”,理论上一般认为包括“可以通过金钱计算其价值”^{〔91〕}的财产性利益。作为归属于权利人的外在对象物固然具有交换的属性,原则上可以出于任何目的进行交换,但是这种交换的属性并不等于交换的价值,更不意味着就是刑法规范需要进行保护的交换价值。暂且不论人身法益能否与金钱或财产性利益进行交换,^{〔92〕}即使是诈骗罪对象的财物,也只有在与体现为经济价值的交换物进行交换时,才能体现其交换价值。所谓财产利益中的“交换利益”又被称为“经济利益”,由于财产具有“折换为经济上之金钱价值”之特质,而财产权人可以藉由此等经济价值,依其意愿与他人进行交换活动,进而满足自己在主观上之一定目的。^{〔93〕}在诈骗犯罪中,此所谓“主观上之一定目的”应当限定在经济目的之上,也就是说,作为诈骗罪对象的财物是金钱或者可以折换成金钱的财产,与这种财产进行交换的也应该是能体现为或转换为经济上的金钱价值的物或利益。财产的交换价值并非指跟任何利益、目的交换,比如一夜情、购买违禁品、卖淫嫖娼、行贿受贿等目的,并非财产适格的交换对象。在被害人进行违反道德的、或不法交易被骗时,是否成立诈骗罪尚有争议;即使认定为诈骗罪,也并非刑法因此保护了此种不法的交易及其体现的交换价值,而恰恰是保护了进行交换的作为“干净的钱”(gutes Geld)的财产本身。更进一步说,情感、友谊、道义慈善甚至个人偏好、声望等目的,并无法用金钱加以衡量,应当如何转化成为经济上的金钱价值,没有客观的明确标准,为了这些目的所进行的交换并不体现为财产的交换价值。

〔89〕 参见王钢,见前注〔71〕,第160页。

〔90〕 参见张明楷,见前注〔1〕,第247—248页。

〔91〕 张明楷,见前注〔22〕,第1206页。

〔92〕 并非所有的利益都具有交换功能,从人格的角度出发,某些利益不是自我发展的工具,而是自我发展的基础。参见冯军,见前注〔49〕,第155页。

〔93〕 参见张天一:“对财产犯罪中‘财产概念’之再建构(上)——以‘支配关系’所形成之财产概念”,《月旦法学杂志》2009年第1期,第263页。

因此,不能认为被害人有权处分财产的自由,财产有交换的属性,就当然地认为财产交换过程中就必然体现为交换的价值,甚至是规范所认可的交换价值,刑法也就应该保护此种交换价值。刑法正是通过不保护某些财产交换行为,达到规范公民行为界限的目的,“否则终究会损害不同构成要件的功能区分和定型性”。〔94〕

3.法益关联性说及其修正评析

法益关联性说否认动机错误全面无效,要求错误具备法益的关联性才能影响可罚性。我国大多数学者主张法益关联性说,〔95〕但贯彻该说解决具体事例时,其结论在刑事政策上可能不妥当,因此又不得不扩大法益关联性的范围。具体到诈骗罪,通过财产的给付所欲取得的不仅包含经济利益,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,也应当肯定存在法益关系错误。〔96〕但“为了固守法益关系错误说不惜破坏法益概念的边界,会导致法益关系泛化,危及法益概念的确定内涵,进而损害构成要件的定型性”。〔97〕因此,学者们提出了对法益关联性说的修正。

(1)客观真意说。客观真意说主张,判断基于欺骗的错误同意的有效性时:第一个步骤是,根据法益关系错误说辨识认识错误的性质,在错误同意无关法益时,推定其同意有效;第二个步骤是,判断同意是否基于自由意志作出,即同意的任意性,从一般人的视角、规范地看,法益主体的同意是否存在选择可能性,自由意志是否受到很大压制。〔98〕

可见,客观真意说虽然形式上仍然在同意有效性认定的框架内,但实际上区分了同意效力与客观归责两个层次。其第二个步骤实质上就是规范性的答责性判断,可以说本质上是类似于客观归责的观点。

应当指出的是,客观真意说讨论的“大火烧车事例”〔99〕与“闯火救妻事例”〔100〕本质上并无不同。“闯火救妻事例”被害人所面对的是损害自己法益的危险与损害自己关系密切人的法益的危险,因此是被害人自陷风险的危险接受、利他性与紧急状态错误的结合;“大火烧车事例”同样面临的是对于法益损害危险的衡量,但同时对自身法益损害的危险是出于利他性的目的,也是危险接受、紧急状态错误与利他性目的的结合。在利他性问题上,两个事例并无不同,都

〔94〕 付立庆:“被害人因受骗而同意的法律效果”,《法学研究》2016年第2期,第159页。

〔95〕 参见黎宏:“被害人承诺问题研究”,《法学研究》2007年第1期,第84—104页。

〔96〕 参见张明楷,见前注〔1〕,第248页。

〔97〕 有关法益关系错误说的批判整理,参见付立庆,见前注〔94〕,第161页。

〔98〕 参见付立庆,见前注〔94〕,第163—164页。

〔99〕 汽车着火并有爆炸及烧伤人的危险,驾驶员却向路过的行人求助说要救出被关在车里的驾驶员的妻子,导致救火的行人被烧伤,但实际上被关在车里的只是一条狗。

〔100〕 行为人欺骗被害人说其妻子困在火中,使得被害人为救自己的妻子而闯进着火的屋子,结果屋子里只有一只狗。

是为了营救他人而自陷风险,这并不会因为营救的人与自己关系亲近与否而有区别,因此在同意效力的结论上也不应该有不同。^[101]

与此两类事例不同的,反而是“角膜移植事例”。^[102] 被害人所面临的是自身法益损害和孩子健康损害之间的衡量,是被害人同意的他人损害、紧急状态错误与利他性目的的结合。虽然同样涉及利他性问题,但是母亲对于接受眼角膜手术会对自己身体健康法益造成损害是有意识的,而不仅仅是损害的危险,而且是经同意的他人损害,而不是自我损害。“大火烧车事例”“闯火救妻事例”与“角膜移植事例”都属于对类似紧急状态的错误,在可罚性上的区别主要在于两点:其一,前两者是被害人危险接受,后者是被害人损害;其二,前两者是被害人自我危险,后者是经同意的他人损害。因此,“角膜移植事例”的判断标准应当要求更高。

显然,“角膜移植事例”与捐赠诈骗更为接近,同样是被害人损害与利他性目的的结合,但不同的地方在于捐赠诈骗不存在类似紧急状态中不得已处分自身法益的情状,而且捐赠诈骗是典型的自我损害。两者的区别在于:其一,前者是经同意的他人损害,后者是被害人自我损害;其二,前者存在类似紧急状态的错误,后者则并不存在;其三,前者是对人身法益的同意,而后者是对财产法益的同意。因此,不可能对这几种事例采取单一的标准。在结论上,本文赞同“博爱、利他的动机不足以对法益主体的自由意志和自我决定产生实质影响”,^[103] 利他性目的的存在不应当影响这几种事例行为人可罚性的判断。

(2)行为说。行为说参照违法二元论对行为人进行责任归属的步骤,对被害人同意进行客观归属与责任归属,最终确定同意的有效性和责任的归属。^[104] 虽然从客观归责的角度讨论被害人同意,这个思路值得肯定,但其观点却存在以下问题。

第一,忽视行为人责任和被害人责任的区分。行为说参照行为人归责的原理确定被害人责任归属,与免责理论存在同样的困境。被害人同意解决的核心问题不是被害人是否应该为他人侵犯法益的行为负责,而是考察行为人的行为是否因为被害人的同意而排除法益侵害性。“在损害出现之后,刑法首先关注的是行为人的责任问题,然后才是被害

[101] 我国《刑法》第21条规定的紧急避险中“他人的危险”也并没有要求他人与避险人必须存在紧密关系。Roxin 也是在讨论利他性目的的同意也可能无效时提到了与“大火烧车事例”类似的营救他人妻子的事例, Vgl. Roxin (Fn. 53), S. 585.

[102] 行为人欺骗一位母亲说只有接受角膜移植手术,才能使其孩子免于失明,母亲因此同意将其一个眼角膜切除给孩子,实际上行为人将眼角膜使用于其他目的或者为了报复该母亲而直接扔掉。 Vgl. Roxin (Fn. 53), S. 584.

[103] 付立庆,见前注[94],第166页。

[104] 参见李世阳:“刑法中有瑕疵的同意之效力认定——以‘法益关系错误说’的批判性考察为中心”,《法律科学(西北政法大学学报)》2017年第1期,第75—78页。

人的情况能否对行为人的罪责有所减轻和免除。”^{〔105〕}而正是因为参照行为人归属来判断被害人同意的效力,基本上很难肯定被害人同意的有效性,比如论者关于受胁迫的财产交付和被欺骗的相约自杀等问题,都否定了被害人同意的效力。^{〔106〕}因此在具体结论上,也就与全面无效说没有太大区别。

第二,忽视同意包含了主观心理和外部行为。论者认为同意不是主观心理状态,而是表现于外部的态度,即同意行为。^{〔107〕}但是,将同意视为心理状态,并不意味着不需要考察外部的行为。相反,“承诺的有效性需要承诺以某种形式表现于外部,存在于被害人内心的承诺因为缺乏可判断性,很难与法律后果联系起来”。^{〔108〕}因此,同意仍然主要是被害人内心的心理状态。但与确定行为人的主观心理状态一样,对被害人心理状态的规范认定需要借助于外部的客观事实。实际上,通说在认定被害人同意时,同样要求判断同意的客观方面。比如放弃生命法益中要求被害人亲自终结自己的生命,甚至要求在最后一刻仍控制事态的发展;放弃财产法益中要求被害人有自愿处分自己财产的行为。只有反映为客观的法益处分行为,才能够认识被害人的主观同意心理。

第三,误读客观归责判断的内涵和次序。论者将行为归属、结果归属和责任归属三个阶段的五个要件作为判断同意效力的条件,当且仅当可以对被害人的同意行为进行客观归属和主观归属时,同意的法效果才能归属于被害人本人,接着再考察法益侵害结果是否可以归属于行为人。^{〔109〕}但是,一方面,将归属作为同意有效性的条件,混同了作为排除不法要件的同意与客观归责的自我答责两者,并且倒置了两者的判断顺序。恰恰相反,同意有效性的判断是自我答责性判断的前提和条件,是客观归责的考虑因素之一,自我答责的判断是建立在同意有效性判断之后的。正如阿梅隆(Amelung)指出,将同意有效性的判断与归责权衡问题混淆在一起是传统理论的根本缺陷,应反对那种尝试着在对有效性问题做出回答的同时,就已经对行为人的可罚性进行决定的“软立场”。^{〔110〕}同意效力的确定与责任归属是两个不同层面的问题,对同意效力的判断不应当担负归责判断。在判断了作为排除不法条件的同意之后,仍然要进一步在客观归责框架下判断法益侵害的结果应当由行为人还是被害人来负责的归责问题。即使在同意无效而不排除行为人不法的情况下,仍可能排除行为人的客观归责,同意效力与客观归责应当根据各自的标准独立加以判断。

〔105〕 车浩:“德国关于被害人同意之错误理论的新进展”,《环球法律评论》2008年第6期,第94页。

〔106〕 参见李世阳,见前注〔104〕,第76页。

〔107〕 参见李世阳,见前注〔104〕,第75页。

〔108〕 冯军,见前注〔49〕,第161页。

〔109〕 参见李世阳,见前注〔104〕,第76页。

〔110〕 参见车浩,见前注〔105〕,第94页。

另一方面,人为地割裂对行为人的归属与对被害人的归属,并将对被害人的归属判断前置于对行为人的归属判断,这种区分既不可能也没必要。刑法的归属问题的核心在于判断行为人的归属问题,在对行为人进行客观归属的过程中,也就同时进行了对其他所涉及人的归属判断。如果法益侵害结果不能归属于被害人或其他人,也就应当归属于行为人。这实际上是融合在一起的同一个流程,并不需要分开两个独立的判断流程,最终判断的就是法益侵害的结果能否归属于行为人的问题。

4. 小结

综上,同意有效性与自我答责是两个不同层面的问题。同意有效性的判断是对被害人的主观心理状态进行事实判断,自我答责是对被害人有效地放弃法益的同意行为及其结果是否客观上归属于被害人的自我答责性进行规范判断。

在动机错误或目的错误的情况下,对被害人同意仍然以法益关联性错误作为判断标准。只要导致被害人与法益相关联的错误,则同意无效,行为人的欺骗行为就是实行行为的着手,具有可罚性。反之,如果是动机错误,则同意有效,进而仍要判断是否自我答责。尤其是自由答责,也就是自由意志的体现。如果存在紧急状态错误,由于类似于紧急状态的强制,因此没有自由选择的可能,从而排除被害人自我答责。但是在单纯利他性情况下,则都应当由被害人自我答责。

对自由答责自我损害的判断,不应当适用一般人的标准,也不应考虑是否出于理智的理由、被害人的反应是否可以理解等因素,否则就完全与被害人自由处分自己法益的假设的初衷相违背。因此,应当以被害人为标准,综合考虑案件的全部事实,规范地评价被害人自我放弃法益的行为是否应由被害人自我答责。具体到诈骗罪,其保护法益只有财产,并不保护纯粹的处置自由。捐赠诈骗“实质是骗取他人的施舍。由于施舍者决定将财物施舍给对方,就意味着其放弃了对该财物的所有权,因而不存在侵犯财产所有权的问题。而诈骗罪是一种侵犯财产所有权的犯罪,不侵犯财产所有权的行为,肯定不具备诈骗罪的本质,也不可能构成诈骗罪”。^[11] 捐赠诈骗中,被害人明知财产处分具有财产损失的效果,仍然有意识地自我损害,对财产的减少是应当负责任的,因此是自我答责的。

五、结 论

捐赠诈骗完全符合诈骗罪客观构造中的欺诈行为、认识错误、财产处分和财产损失等要件

[11] 刘明祥:“用抗震救灾名义募捐骗财如何定性”,载《检察日报》2008年7月1日,第003版。当然,笔者认为诈骗罪不是侵犯所有权的犯罪,而是侵犯财产的犯罪。

要素。需要讨论的是结果的客观归责问题。不论是针对约定目的还是约定之外目的,行为人的欺诈行为都制造并实现了法上不被允许的风险;由于被害人没有出现法益关联性的错误,其同意是有效的;但在纯粹利他的捐赠情形下,应当承认被害人自我答责,从而排除诈骗罪的可罚性。^[112]

Abstract: Cases involving failure in the victim's intended purpose because of being deceived are typically represented by charity frauds and begging frauds. In practice, most cases involve failure in achieving an appointed purpose or other purposes. There is a fierce debate about whether such cases should be treated as a kind of punishable fraud in terms of dogmatics. The existing theories focus mainly on the normative interpretation of the objective constitutive elements of fraud, such as act of deception, property disposal and property damage, which leads to complication and confusion in determination of the crime. This study holds that cases such as charity fraud are consistent with the essentials of fraud and proposes principles concerning objective responsibility imputation for property damage. Deception of charity fraud creates and realizes a risk that is not allowed by law, which leads to a lack of legal relevance between the victims' mistakes and their legal interest and therefore the victim's consent is valid. Under the circumstances of benefiting others, the victims should bear the self-responsibility if they are aware of the damage to themselves. The property damage should not be objectively imputed to the perpetrator, making the charity fraud unpunishable as crime of fraud.

Key Words: Failure in Victim's Intended Purpose; Crime of Fraud; Charity Fraud; Objective Imputation; Self-responsibility

(责任编辑:江 溯)

[112] 我国司法实践中,已有判例认定捐赠诈骗只是违法行为,不构成诈骗罪。参见“赖爱春不服赣州市劳动教养管理委员会劳动教养决定案”(赣州市中级人民法院[2005]赣中行终字第32号)。当然,以募捐名义进行的欺骗并非都不可罚,仍有可能构成伪造、变造国家机关公文、证件、印章罪,伪造、变造身份证件罪,破坏计算机信息系统罪,侵占罪,职务侵占罪,招摇撞骗罪等。参见陈毅坚,见前注[9],第66页。