竞合视角下盗窃罪与诈骗罪关系研究

吴学斌 涂安杰

摘 要: 传统的互斥论难以处理实务中的疑难案件,应当重视犯罪之间的竞合,主张一体理论。盗窃罪与诈骗罪之间不能排除成立想象竞合的可能。盗窃罪是一切以非法占有为目的的转移型财产犯罪的兜底性条款,而诈骗罪是拥有被害人表面上同意的转移型财产犯罪,两者在违反被害人真实意思、侵害他人财产上存在竞合。盗窃罪中的"未取得被害人同意"属于表面的构成要件要素,并不为其违法性与有责性提供依据,只是为了将侵犯同类法益的两罪相区分。诈骗罪与盗窃罪之间不是对立关系,而是法条竞合中的位阶关系,即诈骗罪是盗窃罪的特殊法条。

关键词: 诈骗罪;盗窃罪;法条竞合;兜底条款;位阶关系
中图分类号:D924.35 **文献标识码:**A **文章编号:**1004-9142(2024)05-0154-11

一、问题的提出:盗窃罪与诈骗罪互斥论之弊端

通说认为,诈骗罪是基于他人有瑕疵的意思处分财产、转移占有的犯罪。[①]而盗窃罪是违反他人的意思,取得他人占有财物的犯罪。因此,两者都属于财产犯罪中的转移罪,其区别在于,诈骗罪属于表面上得到被害人同意的交付罪,而盗窃罪则是未经被害人同意的盗取罪。[②]根据学界的分类,转移罪包括夺取罪与交付罪,盗窃罪、抢劫罪等是完全违背被害人意愿的犯罪,属于前者,而诈骗罪、敲诈勒索罪等是被害人"自愿"交付的犯罪,属于后者,两类罪名的不同之处在于财产发生转移的原因,故学界产生了争议:二者之间能否存在竞合,若是存在竞合,是法条竞合还是想象竞合?

虽然德国的通说承认盗窃罪与诈骗罪的竞合,但互斥说乃是当下中国及日本学界的通说。如张明

作者简介:吴学斌,深圳大学法学院教授,法学博士;
涂安杰,深圳大学新型犯罪与疑难案件研究中心主任助理。

① 松宫孝明:《刑法各論講義》(第 5 版),成文堂 2018 年版,第 244 页。

② 前田雅英:《刑法各論講義》(第 5 版),东京大学出版会 2011 年版,第 324 页;山口厚:《刑法各论》(第二版),王昭武译,中国人民大学出版社 2011 年版,第 198 页。

楷教授指出:“本书不承认诈骗罪与盗窃罪的竞合,相反认为二者处于相互排斥的关系,所以,需要通过处分意识区分诈骗罪与盗窃罪。”①日本学者山口厚认为,盗窃罪与诈骗罪的区别取决于交付行为的有无:“认为两者存在竞合,不能决定究竟适用何者;因为两罪的法定刑相同,因此既不能说盗窃罪重于诈骗罪,应优先适用盗窃罪;也不能说诈骗罪重于盗窃罪,应优先适用诈骗罪;更不能在承认两罪竞合的基础上,认为无论适用哪一罪均可。”②台湾学者林东茂教授也质疑道:“德国不少刑法学者认为,车库案例③中的甲,同时成立盗窃罪的间接正犯与诈骗罪。但这二者间究竟是法条竞合,还是想象竞合?若认为二者是法条竞合,二者的法定刑相同,又如何判断究竟何者为特别法,何者为一般法?在此情况下,又以何标准去判断优先适用?倘若认为两罪属于想象竞合,但此时被破坏的法益只有一个?又难以自圆其说。”④显然,在上述学者看来,盗窃罪与诈骗罪属于对立之关系。但是,上述观点在以下案件中会得出有失公允的结论。

案例 1:A 有一传家之宝夜明珠,B 觊觎已久,某日 A 出门,仅剩其老父在家,待 A 回家时,发现夜明珠已经不翼而飞,老父也因脑溢血发作而昏迷不醒。事后 B 黑市销赃时被人告发,但不能查明 B 的夜明珠究竟是从 A 家中盗窃而来,还是从 A 的老父手中骗取。

案例 2:A 教唆 B 去 C 的住所诈骗 C 的钱财,并且说“能骗多少骗多少”,但 C 正好外出,B 便将 C 住所中的财物全部盗走。

案例 3:A 认为 B 是正常人,对 B 施展诈术,让 B 将家中财物交给自己,B 遂将财物全部交付给 A。事后查明,B 乃是外表正常的高度精神病人,在案发时无处分能力,A 以诈骗罪之故意,行盗窃罪之实。

根据两罪互斥论,这三个案件均难以得出妥当结论。案例 1 属于盗窃罪或诈骗罪事实不清之情形。由于互斥论认为两者处于对立关系,如果出现既不能证明行为人得到“被害人的同意”,又不能证明行为人没有得到“被害人同意”的情况,则既不符合盗窃罪的犯罪构成,又不符合诈骗罪的犯罪构成,此时只能按照“事实存疑有利于被告”之原则,认定行为人不构成犯罪,倘若如此,便会出现行为人明明给被害人造成法益侵害,却又逍遥法外之情况。令人难以接受,却是现代法治国罪刑法定原则与互斥理论相结合所得出的必然结论。

案例 2 则涉及到共犯逾越的问题。所谓共犯逾越,是指正犯所违反之行为超越、脱离了共犯原本所教唆或帮助的范围,也称之为共犯过剩。⑤ 按照互斥论,盗窃罪与诈骗罪之间没有重合之处,在案例 2 中,A 与 B 不成立共同犯罪。但若否定 A 与 B 成立共同犯罪,则意味着对 A 的行为不能作为犯罪处理。因为按照如今的通说“因果共犯论”与“限制从属性”,共犯的处罚依据在于惹起了符合构成要件的违法性,或者说惹起了由构成要件这一框架所框定的违法性,而并非只要惹起了法益侵害这一意义上的违法性即可。⑥ 根据此说法,没有构成要件该当性便没有共犯的处罚,因此只有当 B 的犯罪行为全部或部分满足了 A 教唆犯罪的构成要件之时,才能对 A 加以处罚。在本案中,如果 B 听从 A 的指示,使用诈术将 C 的财物骗走一部分时,A、B 构成诈骗罪的共犯,都将被科处诈骗罪的刑罚。而当 B 听错时,A 却因 B 的认识错误而只能认定为无罪。可这样处理的结果是:如果 B 仅对 C 实行了诈骗行为,骗取了价值 5000 元财物,A 与 B 成立诈骗罪的共同犯罪;而 B 趁 C 不在,将 C 的财物一扫而空,对 C 造成的财产损

① 张明楷:《诈骗犯罪论》,法律出版社 2021 年版,第 228 页。
② 山口厚:《問題探究 刑法各論》,有斐阁 1999 年版,第 148 页。
③ 甲说自己是乙的熟人,找乙的保姆借车,乙的保姆不知甲是骗子,将汽车借给甲。
④ 林东茂:《一个知识论上的刑法学思考》(增订三版),中国人民大学出版社 2009 年版,第 143 页。
⑤ 林钰雄:《新刑法总则》(九版),元照出版有限公司 2021 年版,第 459 页。
⑥ 西田典之:《共犯理論の展開》,成文堂 2010 年版,第 18 页。

失更为严重之时,A 反而不成立共犯了。显而易见,这样的结论有违公平正义,也不可能得到民众的赞同。有学者可能认为,上述案例可以适用错误论以解决 A 的教唆错误问题,从而对 A 也以诈骗罪定罪处刑。但此种观点并不妥当,因为"刑法学中所讨论的错误,并非主观面与客观面之间存在不一致的所有情形,而是限于故意犯的成立与否成为问题的场合。客观面发生了某种重大的事项,主观面对一定的事态具有认识时,主观面的这种认识,可否认为是与该客观事实相对应的故意,才是刑法中的错误论的问题。"①由此可见,在涉及共犯逾越时,只有其构成的犯罪在规范上处于包含关系时,才可能构成犯罪。如果相关的罪名并非处于任何一种包含关系中,则无法认定为犯罪。这也是现今罪刑法定原则与自由保障原则下所必需的牺牲。质言之,如果认为盗窃罪与诈骗罪是互斥关系,则在共犯对正犯的盗窃行为没有故意之时,根据共犯从属性原理,不能让共犯对正犯实施的盗窃行为负责,对 A 也就不能以盗窃罪定罪处罚。

案例 3 则属于行为人对被害人的处分意识存在认识错误的情况。按照互斥理论,因为 B 并无处分意识,A 只能成立诈骗罪的未遂。但是,A 毕竟已对 B 的财产所有权造成了现实侵害,对 A 的行为以诈骗罪未遂论处总给人以重罪轻罚之感。

我国有学者为了避免两罪互斥说在共犯逾越及认识错误时所产生的处罚漏洞,故指出,我国《刑法》第 23 条第 2 款规定,对未遂犯只是"可以"比照既遂犯从轻或者减轻处罚,因此,在上述案例中,法官量刑时完全可以考虑到行为人已经造成了被害人财产损失的事实,对行为人判处不低于既遂犯的刑罚。② 但是,论者的处理方式有失偏颇:第一,此种观点的言下之意是,先将行为人的行为评价为未遂,但处罚时按照既遂犯对待,这恐怕是自相矛盾的。法秩序之所以对行为人以未遂论处,就是为了让行为人仅承担未遂的责任,从而得到减轻处罚。如果对行为人不减轻处罚,未遂犯的规定便丧失了意义,因此,以既遂犯的刑罚来处理未遂犯的观点,恐怕不符合未遂犯的初衷。③ 第二,论者的观点在逻辑上存在自相矛盾之处。既然行为人仅仅是未遂,那么司法机关为何要考虑其行为造成了被害人财产损失?如果行为人的行为给被害人造成了财产损失,又怎会是未遂?按照互斥论的观点,行为人的诈骗行为与取得财物之间,并没有刑法上的因果关系,故司法机关只能以未遂论处,且应当认为行为人的行为没有给被害人造成财产损失。第三,论者的理由难以得到我国司法解释的认同。2013 年 4 月 2 日两高《关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》第 12 条规定:盗窃未遂,具有下列情形之一的,应当依法追究刑事责任:(一)以数额巨大的财物为盗窃目标的;(二)以珍贵文物为盗窃目标的;(三)其他情节严重的情形;诈骗罪的司法解释亦同。④ 因此,当行为人没有以数额巨大的财物、珍贵文物为目标且无其他严重情节时,根据我国司法解释,行为人不成立犯罪,而非论者认为的能够被"判处不低于既遂犯的刑罚"。第四,即使承认上述观点,在我国当前的司法解释下,互斥理论仍会产生处罚漏洞。盗窃罪与诈骗罪的司法解释均认为,在目标数额为 3 万元至 10 万元且未遂时,才应定罪处罚。因此,在案例 2 中,如果 A 教唆 B 去盗窃 25000 元现金,B 却骗取了 25000 元现金时,A 不会被认定为犯罪。而当 A 教唆 B 去盗窃 1000 元现金,B 也仅盗窃他人 1000 元财物时,二者却会成立盗窃罪的共同犯罪。显而易见,在侵害了他人相同法益且数额更大的情况下,法院竟然无法作出有罪判决,这是何其不公?最后,按照共犯理论,论者的观点会形成处罚漏洞。论者指出,在甲教唆乙诈骗丙的财物,但丙因精神病发作而丧失意思决定能力,乙的行为实际上符合盗窃罪的案例中,乙虽然取得了财物,但是却误以为是自己诈骗行为的结果,故而构成诈骗未遂。甲也构成对诈骗未遂的教唆犯。⑤ 然而,按照通说实行从属性,要

① 井田良、丸山雅夫:《ケースタディ刑法》(第 4 版),日本评论社 2015 年版,第 125 页。

② 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。

③ 张明楷:《论具体的方法错误》,《中外法学》2008 年第 2 期。

④ 2011 年 3 月 1 日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第五条。

⑤ 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。

处罚共犯的教唆行为,正犯必须实施了诈骗的着手行为。[①] 但是在该案例中,正犯没有实施诈骗罪的着手行为,故不能处罚共犯的教唆行为,而只能以无罪论处。

综上,盗窃罪与诈骗罪互斥理论在事实不清、共犯偏离以及认识错误的情形中,存在处罚上的漏洞,有必要重新思考两罪之间的关系。

二、盗窃罪与诈骗罪可以构成想象竞合

德国学界早在 30 年前便已经发觉"把任何的两罪设计或解释成排他互斥时,将无法避免地造成许多刑事政策上所不能忍受的刑罚性漏洞。"[②]故德国学界已经放弃抵触说,转而主张单一性说。[③] 而随着德日刑法教义学的不断引入,我国部分学者逐渐转变观点,开始注重犯罪之间的竞合研究。目前的有力说认为,财产犯罪间的许多罪名均存在竞合的可能[④],但对于诈骗罪和盗窃罪之间的关系却仍然存在争议,本文赞成单一性说,认为诈骗罪与盗窃罪存在竞合关系。

林东茂教授认为两罪无法构成想象竞合的观点并不妥当。盗窃罪与诈骗罪完全可以构成想象竞合。一方面,离开案件事实空谈两罪能否想象竞合是毫无意义的。通说认为,法条竞合时只有一个法益侵害事实;想象竞合时则有数个法益侵害事实。[⑤] 在脱离具体案件的情况下,我们根本无法判断两个条款是否为想象竞合;以盗窃罪和故意杀人罪为例,在一般人眼中,二者不会有竞合的可能,但是当行为人在明知被害人心脏病发作之时,将其数额较大的救心丸偷走,就应当成立盗窃罪与故意杀人罪的想象竞合犯。因此在具体案件中,绝大部分看似毫不相关的法条都可能成立想象竞合,离开具体案件,判断两个法条是否可能构成想象竞合是没有意义的。

另一方面,在各国司法实践中,确有盗窃罪与诈骗罪想象竞合的案例发生。如该案例:张某发现邻村王某家长期无人,而其房前屋后有杨树 15 棵,遂产生利用杨树骗取财物的念头,对宋某说自己有 15 棵杨树出售,并将其带到王某的树木处,现场商谈价格,以价格 1.1 万元成交。次日,宋某带人将杨树砍伐运走。[⑥] 显而易见的是,虽然是宋某直接带人将树木砍伐运走,但张某的行为构成盗窃罪的间接正犯当无疑问,因为"对于并非是自己取得对财物的占有,而是让第三人直接取得占有的情形……与行为人自己窃取财物,然后交给第三人的情况,在实质上并无不同。"[⑦]问题在于,对于宋某而言,张某的行为是否成立诈骗罪?我国有民法学者认为:"赃物适用善意取得有利于维护正常的社会生活和生产经营秩序。在交易相对人善意且已经支付了合理对价的情形下,如果不考虑交易相对人的保护而一概予以追赃,甚至将相对人支付的对价作为赃款予以追缴,也可能极大地影响交易安全和企业的正常经营活动。因此,在赃物交易的情形下,如果符合善意取得的构成要件,则应当通过善意取得制度对交易相对人予以保护,以维护正常的生产和交易秩序。[⑧] 依此逻辑,在无权处分的情况下,应当对善意的相对人给予特殊保护,所以应当认为买树人合法地获得了树木,不存在财产损失,故张某的行为不对买树人成立诈骗罪,仅以盗窃罪论处即可。另有刑法学者指出:"窃取他人所有的财物后,利用所盗窃的财物骗取财产所有者的其他财物的,属于两个行为触犯两个罪名,但如果实质上指向的是一个财产,则属于狭义的

① 西田典之:《共犯理論の展開》,成文堂 2010 年版,第 16 页。
② 蔡圣伟:《刑法问题研究(一)》,元照出版公司 2008 年版,第 250 页。
③ 黄常仁:《刑法总论:逻辑分析与体系论证》,新学林出版股份有限公司 2009 年版,第 198 页。
④ 张明楷:《犯罪之间的界限与竞合》,《中国法学》2008 年第 4 期;陈洪兵:《财产犯罪之间的界限与竞合》,中国政法大学出版社 2014 年版。
⑤ 山口厚:《刑法总论》(第 3 版),付立庆译,中国人民大学出版社 2018 年版,第 390 页。
⑥ 崔永峰:《出售他人树木骗取钱财行为之定性》,《人民法院报》2008 年 1 月 30 日,第 6 版;类似的案件,参见万剑:《以欺骗他人实施犯罪的行为如何定性》,《西部法制报》2011 年 10 月 22 日,第 4 版。
⑦ 大谷实:《刑法講義各論》(新版第 5 版),成文堂 2019 年版,第 276 页。
⑧ 王利明:《论赃物的善意取得——以刑民交叉为视角》,《清华法学》2024 年第 1 期。

包括一罪,从一重论处。”①

前述观点值得商榷,张某成立盗窃罪与诈骗罪的想象竞合犯,原因如下:第一,在本案中,其指向了两个财物,一个是树木所有人的树木,另一个是宋某的财物,因而有成立两罪的可能。② 第二,此时张某的行为并不属于包括的一罪。所谓包括一罪,是指在外形上存在复数的法益侵害事实,但属于能够通过一个法条的适用将其包括地评价的场合。③ 然而,此时行为人的行为,并不属于包括的一罪中的共罚的事后行为。二者(诈骗行为与盗窃行为)是同时发生的,故不存在所谓的事后行为。第三,此时宋某并未获得树木的所有权。论者认为,应当对善意的相对人给予特殊保护,认为买受人合法地获得了树木,因而不存在财产损失。但是,买受人真的“合法”地获得了树木的所有权吗?我国《物权法》第 107 条规定了遗失物不适用善意取得,却没有提及赃物的善意取得问题。彼时的立法机关在立法理由中指出:“之所以不规定赃物的善意取得,立法考虑是,对被盗、被抢的财物,所有权人主要通过司法机关依照《刑法》《刑事诉讼法》《治安管理处罚法》等有关法律的规定追缴后退回。”④此条款也为《民法典》第九章“所有权取得的特别规定”全部继受。由此可见,立法者认为赃物在任何情况下均不适用善意取得制度,买受人的树木在有关机关追缴后仍然需要退还给所有权人。因此,善意购买的第三人无法获得赃物的所有权。最后,受骗者的交换目的基本未能实现时,宜认定为诈骗罪。⑤ 根据诈骗罪的通说“个别的财产说”,宋某获得的树木,即使不被司法机关以赃物没收或者返还给王某,也处于一种随时可能被王某取回或者没收返还的状态,在这种情况下,很难认为是达成了宋某的交换目的。正如台湾学者林东茂所言:从表面上看来,购得之物虽合于市价,或低于市价,但占有人却无法安心享有。这是财产上的具体危险,财产损害固然尚未发生,可是很可能随时出现,用市价买到一个具有重大瑕疵的物品,支出与收入极不均衡,所以有财产上的减损。因为具体的危险,其实也是一种财产损害。⑥ 因此,台湾的司法判例也认为,在甲冒充钢筋的所有人,将之卖给废物回收商的案例中,甲成立盗窃罪的间接正犯与欺诈取财罪,从一重处断。⑦

综上所述,行为人除了盗窃王某的树木外,亦对宋某构成诈骗罪。因而,本案中张某的一个行为,同时成立盗窃罪的间接正犯与诈骗罪,构成想象竞合,应从一重处罚。可见,盗窃罪与诈骗罪之间不能排除成立想象竞合的可能。事实上,“此类行为与行为人窃取财物后,转卖第三人的情况并无不同,行为人还省却了财物的两次转移之累。”因此,此类窃取并销赃的行为,既构成盗窃罪,又构成诈骗罪。⑧

三、盗窃罪与诈骗罪之关系:法条竞合之证立

盗窃罪和诈骗罪之间除了可能构成想象竞合之外,更为重要的是,二者是法条竞合之关系。下文将从犯罪之间的关系及其处罚疏密程度切入,对二罪的法条竞合之关系予以证立。

(一)犯罪之间的关系及其处罚疏密程度

首先,刑法处罚的疏密程度取决于立法者对各个犯罪之间关系的设定。除像诈骗罪与故意伤害罪

① 张明楷:《刑法学》(第四版),法律出版社 2011 年版,第 898 页。值得注意的是,张明楷教授随后修正了其观点。

② 张明楷:《刑法学(下)》(第六版),法律出版社 2021 年版,第 1323 页。

③ 川端博:《刑法總論講義》(第 3 版),成文堂 2013 年版,第 643 页。

④ 全国人大法工委:《物权法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社 2007 年版,第 195 页。

⑤ 周光权:《刑法各论》(第四版),中国人民大学出版社 2021 年版,第 144 页;须之内克彦:《刑法概說各論》,成文堂 2011 年版,第 165 页。

⑥ 林东茂:《一个知识论上的刑法学思考》(增订三版),中国人民大学出版社 2009 年版,第 143 页。同样,德国学界和司法判例认为,在部分情况下,对财产的具体危险可以等同于财产损失。参见王钢:《德国刑法诈骗罪的客观构成要件——以德国司法判例为中心》,《政治与法律》2014 年第 10 期。

⑦ 陈子平:《刑法各论(上)》(四版),元照出版公司 2019 年版,第 597—598 页。

⑧ 西田典之著、桥爪隆补订:《日本刑法各论》(第七版),王昭武、刘明祥译,法律出版社 2020 年版,第 251 页;同样的观点,参见黄荣坚:《刑法问题与利益思考》,中国人民大学出版社 2009 年版,第 51 页。

这类在犯罪类型和法益侵害性上根本没有任何关联的构成要件关系之外,刑法中行为方式相近的犯罪之间的关系大致可以分为以下三类:

1. 纯粹的互斥关系,即两种犯罪的构成要件没有交集,并且二者的范围也并非紧密相接。这种关系往往存在于以下情形:立法者在刑法中规定了甲罪与乙罪,并且为乙罪规定了具有独立内容的积极要素,从而使乙罪与甲罪区分开来,但是甲罪与乙罪之间却还有第三种情形,而第三种情形又没有罪名可以规制。例如,在 1998 年《德国刑法典》修改前,其第 246 条第 1 款规定:"若某人将他已经占有或者支配的他人动产,非法据为己有,则处 3 年以下有期徒刑或者罚金,若他是受委托保管该物,则处 5 年以下有期徒刑或者罚金。"在侵犯他人所有权的行为中,盗窃罪代表的是以侵犯他人占有的方式侵犯所有权的犯罪类型,余下的则是以不侵犯他人占有的方式侵犯所有权的行为类型。但是,由于彼时的《德国刑法典》第 246 条第 1 款为侵占罪附加了行为人必须事先已经占有财物这一积极要素,侵占罪就无法囊括以不侵犯他人占有的方式侵犯所有权的全部情形,如行为人将他人的遗失物、遗忘物等非法据为己有的行为,既不属于将他已经占有或支配的他人动产非法据为己有,也不属于以侵犯他人占有的方式侵犯所有权的犯罪类型。因此,在取得型财产犯罪中,盗窃罪与侵占罪只是单纯相互排斥关系,而不存在非此即彼的择一关系。①

2. 互斥且择一关系,即两种犯罪的构成要件虽然相互排斥,却存在非此即彼的选择关系。这种关系是指立法者在刑法中规定了甲罪与乙罪,并且在乙罪中规定了一个直接对甲罪所包含的某一构成要件要素予以排除的消极要素,从而导致两罪的范围既相互排斥又紧密相接,成为非此即彼的关系。例如,台湾地区"刑法"第 289 条规定了受嘱托或得承诺之堕胎罪,成立此罪必须"受怀胎妇女之嘱托或得其承诺";其第 291 条又规定了未受嘱托或未得承诺之堕胎罪,成立此罪必须"未受怀胎妇女之嘱托或未得其承诺"。这就使得堕胎行为要么符合台湾地区"刑法"第 289 条的规定,要么符合其第 291 条的规定,二者必居其一。

3. 重合关系,即两种犯罪的构成要件在内容上有重叠之处,属于法条竞合关系。这种关系的典型表现形式是立法者在刑法中规定了甲罪与乙罪,但是对乙罪既未附加积极描述的要素,也未添加消极排除的要素,而是使之成为能够涵盖某一种犯罪类型全部表现形式的兜底性条款。如我国《刑法》第 262 条规定了拐骗儿童罪,但并未对拐骗儿童的主观要件做出任何限制,而通说认为,拐卖妇女儿童罪必须以出卖为目的,故在教义学上可以认为,拐骗儿童罪的构成要件可以完全包含《刑法》第 241 条的拐卖儿童罪。

显而易见的是,上述三种立法模式所产生处罚漏洞的可能性依次递减。详言之,首先,纯粹互斥关系最容易产生处罚上的漏洞。因为在这种情形中,虽然乙罪中的积极要素能够使其与甲罪相区分,但是这种做法得不偿失,因为该要素往往不能保证乙罪的犯罪构成要件范围完全包括某种行为类型中除甲罪以外的其他全部可罚行为,故两者之间极易形成刑法条文所无法涵盖的空白地带。以前述 1998 年《德国刑法典》修改前所规定的侵占罪与盗窃罪为例,侵占罪的对象必须是"已经占有或者支配的他人动产",盗窃罪的对象必须是"他人占有或者支配的动产",则在行为人"侵占"他人的遗失物、埋藏物之时,因为其既非"已经占有或者支配的他人动产",又非"他人占有或者支配的动产",故行为人不成立犯罪。如此一来,这形成了让人难以接受的处罚漏洞。因此,德国立法者在 1998 年修法时,在侵占罪附加了一个明示的补充条款,将之适用在"其他规定对此犯行并未设有更重之处罚"的情形,因此,在《德国刑法典》修改以后,侵占罪成为了一种截堵构成要件。

其次,在互斥且择一的关系中,由于甲罪与乙罪的犯罪构成要件非此即彼,"天衣无缝",因此在一般情况下,刑法的处罚范围能够毫无遗漏地包含某一行为类型的全部情形。可以说,这是我国刑法典中最常用的立法模式之一,如《刑法》第 114 条、116 条、118 条所处罚的均是"尚未造成严重后果",而第

① 陈璇:《论侵占罪处罚漏洞之填补》,《法商研究》2015 年第 1 期。

115条、117条与119条处罚的均是“致人重伤、死亡或者使公私财物遭受重大损失”的“严重后果”。受立法排他互斥概念的影响,理论界也均认为,各个罪名之间的关系也应当是势不两立的对立关系,在教科书中,随处可见某罪与其相关犯罪的界限等字样。① 这样的立法与思维方式,确实具有相当的合理性,但是在实际应用上也会引起诸多问题。以台湾地区“刑法”中的堕胎罪为例,如果现在可以证明被告曾经为他人实施堕胎行为,但是无法查明在实施堕胎行为时,究竟有无受到孕妇的嘱托或承诺(如孕妇已经去世等),在认为二者是排他互斥的情形下,无法对行为人定罪处刑。但是这样的结论显然让人难以接受,因为法院之所以无法作出轻罪的有罪判决,原因竟然是被告人可能在客观上更为严重地侵害了法益!而此时“有可能存在更严重的法益侵害性”这个对行为人不利的评价,竟然能够让行为人免于处罚,这不但是一种评价上的自相矛盾,更存在处罚上的漏洞。

最后,重合关系所形成的处罚网络最为严密。以拐骗儿童罪与拐卖儿童罪为例,在一些案件中,重合关系和互斥且择一关系在犯罪认定的结论上可能并无差别。但是在部分案件中,由于重合关系中的两种犯罪在一定程度上相互包容,因此即便无法查明行为人内心真实想法,因为拐卖儿童罪的行为模式被拐骗儿童罪所包含,也可以适用拐骗儿童罪将行为人入罪。因为拐卖儿童罪包含拐骗儿童罪的全部构成要素,符合拐卖儿童罪的犯罪构成必然符合拐骗儿童罪的犯罪构成,只不过基于“特别法优于普通法”的法条竞合原理,在可以同时适用两个法条的情况下,优先适用拐卖儿童罪而已。正是这种“法条适用可能性的保留”为某一行为类型布下了可以堵塞一切漏洞的法网,使得在抽象事实错误、共犯偏离等情况下,行为人依然可以构成拐骗儿童罪。由此可见,在立法上将某一类型犯罪设置为普通与特殊(而不是非此即彼)的关系有助于填补处罚上的漏洞。

(二)诈骗罪是盗窃罪的特殊法条

如前所述,德国学界在认识到犯罪之间排他互斥关系的弊端后,对其进行了大规模批判,立法者为了避免处罚漏洞,先后在《德国刑法典》的各组互斥构成要件中,将其中不具有构建不法功能的互斥要素删除,而将之转变为基本构成要件与加重构成要件的关系。②

具体至盗窃罪与诈骗罪,由于二者法定刑相同,故不可能是基本的犯罪构成与加重的犯罪构成之关系,但是,鉴于盗窃罪的定义具有极强的开放性,其逻辑构造也具有高度之概括性,故盗窃罪可以成为非法取得他人占有物的财产罪的兜底规定,即凡是值得科处刑罚的非法取得他人占有财产的行为,一定符合盗窃罪的构成要件。因此,盗窃罪与其他转移型犯罪的区别在于:盗窃罪的实行行为只有取财一个,而其他犯罪的客观实行行为不仅仅是取财。如诈骗罪必须要有实施诈术与他人交付财物的过程;抢夺罪要有实施暴力之行为;敲诈勒索罪则要提出让他人心生恐惧的要求等。因为上述罪名均处于侵犯财产罪一章中,其侵害的法益都是财产权,而它们的实行行为又多于盗窃罪,故在教义学理论上可以认为,盗窃罪是一切以非法占有为目的的转移型财产犯罪的兜底性条款。只要我们将“窃取”要素定义成“未得占有人允许改变占有关系”,而删除“秘密”“非公然”或“和平”等限制,就可以认为,诈骗罪是在盗窃罪的基础上,使用了欺骗手段,获得了他人表面上的同意转移财产的犯罪,它比仅仅以非法占有为目的的盗窃罪多出了“被害人表面上同意”的要素,因此两罪不是“势不两立”的对立关系,而是属于法条竞合中的位阶关系。我们不应当说,因为行为人使用诈术,违背了他人意愿获得了他人的财产,所以行为人的行为不能构成盗窃罪,只能构成诈骗罪;而应当说,行为人违背了他人意愿并获得了他人的财产,可以构成盗窃罪,但是因为使用了诈术,取得了他人表面上的同意,因此应当认定为诈骗罪。③ 正因为如此,在各国,均有学者将二者认定为竞合关系。即便在认为二者为互斥关系的日本,也有学者持此种观点。④ 一如学者所言:“盗窃罪及其逻辑构造的开放性之特色,使得大陆法系刑法学界无一例外地形成

① 高铭暄、马克昌主编:《刑法学》(第十版),北京大学出版社、高等教育出版社2022年版,第523页、540页等。
② 蔡圣伟:《刑法问题研究(二)》,元照出版公司2013年版,第53页。
③ 付立庆:《诈骗罪中被害人同意的法律效果》,《法学》2023年第3期。
④ 高桥则夫:《规范论と理论刑法学》,成文堂2021年版,第464—465页。

了‘盗窃罪为基本犯,诈骗罪、敲诈勒索罪等犯罪为特殊犯’的取得型财产犯罪理论体系。”①

通说认为“盗窃罪是违背他人意志转移财产的夺取罪”,而“诈骗罪是获得他人同意转移财产的交付罪”,但是,通说的观点仅指出了盗窃罪与诈骗罪的外在表现形式区别,却没有从实质上把握二者的违法性。从规范意义上分析,盗窃罪是属于“未取得被害人同意,非法获取他人占有财产之犯罪”,而诈骗罪在规范意义上属于“取得被害人表面同意,非法获取他人占有财产之犯罪”。据此,诈骗罪与盗窃罪在其违法性的本质要素“未取得实质同意的非法获取他人占有财产”上达成一致,由于两罪的法定刑一致,故“未取得被害人同意”并不为盗窃罪的违法性与有责性提供依据②(为违法与有责提供依据的是非法获取他人占有财产),而属于表面的构成要件要素。它的存在,只是为了将侵犯同类法益的两罪相区分。

当然,表面的构成要件要素并非可以毫无限制地运用,而是必须符合一定的条件。有学者指出,数个罪名之间,要认定其中一个罪名中包含“表面的构成要件要素”必须“通过刑法条文的表述可以事先确定,立法者已经使可罚性完整地覆盖了该类法益侵害行为的全体,各具体犯罪类型之间没有间隙地紧密相接在一起”③。由此推断,要承认某一罪名中包含表面的构成要件要素,必须满足两个条件:(1)立法者意欲处罚侵害该类法益的全部行为;(2)既然某一罪名中包含表面的构成要件要素,则必定有其他罪名作为其上位罪名,且这数个罪名所保护的法益中必定包含同种类型的法益。

事实上,只要从规范意义上理解诈骗罪与盗窃罪的犯罪构成,就完全可以满足以上两个条件。一方面,虽然立法者在条文中并未如其他条文一般明示意欲处罚非法取得他人财产犯罪的全部类型④,但是从通说对二者的定义中(诈骗罪属于得到被害人同意的交付罪,盗窃罪属于未经被害人同意的盗取罪)可以看出,学界希望盗窃罪与诈骗罪的处罚范围能够“无缝对接”,从而避免处罚漏洞。而且,难以想象立法者会容忍将非法取得他人占有的财物的行为认定为无罪。因此,认为立法者意欲将可罚性完整地覆盖非法取得他人占有财物的全体,使得各具体犯罪类型之间没有间隙地紧密相接在一起的观点是成立的,这就意味着,盗窃罪可以成为存在“表面的构成要件要素”的数个罪名中的兜底罪名。另一方面,诈骗罪与盗窃罪具有不法核心的同一性,二者同属侵犯财产罪,保护的法益也具有一致性。有学者可能认为,本文之所以提出“竞合理论”,是为了想方设法地将诈骗行为解释为盗窃罪,以便对案例 2 中的教唆人科处刑罚,虽有利于保护法益,但是有违罪刑法定原则。以下文一个对比案例为例:

> 案例 4:A 与 B 商议入户盗窃,A 负责望风,但是 B 入户后却并未实行盗窃,而是直接实行了强奸行为。

此时虽然 B 实行了强奸行为,但是因为 A 并无强奸之故意,故对 A 不能科处强奸罪的刑罚。但是,此案例与案例 2 截然不同,因为盗窃罪与强奸罪侵犯的是财产法益与人身法益,两者之间并无重叠之处;而诈骗罪与盗窃罪却均属侵犯财产的犯罪,其侵害的法益是相同的,二者具有同种不法核心。便如同故意与过失中,行为人不仅对同一法益加以侵害,同时也违背了同一避免义务;又如台湾地区的欺诈与背信犯罪中,行为人均从他人处得利一般,盗窃罪与诈骗罪的不法核心均是将他人财物非法据为己有。⑤ 而在强奸罪与盗窃罪中,二者不具有同种不法核心,因此不能将 B 的共犯逾越之结果归责于 A。

---

① 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。

② 张明楷:《论表面的构成要件要素》,《中国法学》2009 年第 2 期。

③ 陈璇:《论侵占罪处罚漏洞之填补》,《法商研究》2015 年第 1 期。

④ 如我国《刑法》第 205 条规定了虚开增值税发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪后,又在第 205 条之 1 规定了虚开发票罪并规定“虚开本法第 205 条规定以外的其他发票”。此类条文可以被认为,立法者是想对虚开所有类型发票的行为毫无遗漏地加以处罚。

⑤ 黄常仁:《刑法总论:逻辑分析与体系论证》,台北新学林出版股份有限公司 2009 年版,第 335 页。

换言之,A 对 B 侵害被害人人身法益的行为并没有希望或者放任,当然不能成立犯罪。必须强调的是,对共犯逾越予以入罪的观点,只能对那些在规范上处于包含关系的罪名中适用;如果相关的罪名并非处于任何一种包含关系中,则即便无法认定未遂与过失的想象竞合,也不会引发任何的评价矛盾。① 但在案例 2 中,行为人教唆他人去诈骗财物,对被害人财产权的损害均持希望态度,因而在被害人财物遭受损害之时,当然应当对其损害结果承担责任。若根据通说,正犯实行了盗窃行为,侵害了相同的法益,却无法对共犯进行处罚,则难以做到罪刑相适应。显而易见,与通说相比,竞合论更有利于保护法益。

据此,盗窃罪中可以包含表面的构成要件要素,则接下来的问题就是,如何将盗窃罪的犯罪构成要素解释为"表面的构成要件要素"。通说认为,盗窃罪是"未经被害人同意的夺取罪",而诈骗罪是"得到被害人同意的交付罪"。按照通说的观点,"同意"与"不同意"是水火不容,势不两立的对立关系,当然不可能认为二者的构成要件中存在"表面的构成要件要素"。但是,通说的观点仅指出了盗窃罪与诈骗罪的外在表现形式,却没有从违法性上把握二者的表现形式,从规范意义上把握两罪的犯罪构成,盗窃罪是"未取得被害人同意,非法获取他人占有财产之犯罪",而诈骗罪是"取得被害人表面同意,非法获取他人占有财产之犯罪"。据此,诈骗罪完全符合盗窃罪的本质要素"未取得实质同意的非法获取他人占有财产",区别仅在于一个"没有取得被害人同意",而另一个"取得了被害人表面的同意",而根据我国《刑法》的规定,盗窃罪与诈骗罪的法定刑完全相同,故我们可以认为,盗窃罪中"没有取得被害人同意"的构成要件,并没有赋予诈骗罪与盗窃罪不同的违法性和有责性,而只是起到与诈骗罪相区分的作用②。由此可以认定,"没有取得被害人同意"属于盗窃罪的表面的构成要件要素。

竞合理论不但具有理论上的合理性,而且具有实践中的可操作性。所谓某种事实"符合"构成要件,是指行为人所实施的某种行为及其所造成的事实拥有了构成要件所要求的全部要素及其内在联系,或者说,行为人所实施的某种行为及其所造成的事实并不缺乏构成要件所要求的内容,而不是指事实与构成要件完全一致。③ 每个案件都是不同的,要求事实与规范完全相同是不可能的。我们在判断事实是否符合规范之时,只要事实符合规范的要求,就可以以此定罪,并不要求二者严丝合缝。一方面,在事实不明的案件中,认为两罪为竞合关系,会避免无罪可定之情况。因为从证据法的角度而言,刑事诉讼的证明对象仅包括有关犯罪构成要件的事实,即"犯罪主体""犯罪客体""犯罪主观方面"与"犯罪客观方面",而"没有……之类的并不属于构成要件的事实一般是不需要证明的"④,根据学界对盗窃罪与诈骗罪的定义("未取得被害人同意,非法获取他人占有财产之犯罪"与"取得被害人表面同意,非法获取他人占有财产之犯罪"),在无法查明真相的情形下(即无法查明究竟是否得到被害人表面同意之时),就无须证明没有得到被害人表面的同意,而可以直接认定行为人成立盗窃罪,以避免产生处罚漏洞。另一方面,在共犯逾越及行为人认识错误的案件中,只要认为盗窃罪与诈骗罪属于法条竞合的关系,就可以按照部分犯罪共同说及限制从属性,将共犯或产生认识错误的行为人以盗窃罪论处,使其能做到罪刑相适应,也可以避免行为人以互斥论来逃避处罚。

综上,盗窃罪与诈骗罪,看似是排他互斥的关系,然而,应当从实质的不法的内涵着手,将盗窃罪与诈骗罪解释成一种位阶关系:即诈骗罪是特殊条款,盗窃罪是一般条款,在行为人取得了被害人表面的同意时认定为诈骗罪,在连被害人表面的同意都没有取得之时,适用盗窃罪。

(三)对可能质疑的回应

对于本文所主张的"盗窃罪与诈骗罪法定竞合论"的立场,以下对可能遭到的质疑进行回应:

林东茂教授与山口厚教授均以诈骗罪与盗窃罪的法定刑相同为由,认为二者不可能存在法条竞合。但是,我国《刑法》第 224 条规定了合同诈骗罪,其法定刑设置与刑法第 266 条诈骗罪并无不同,学界毫

① 蔡圣伟:《刑法问题研究(二)》,元照出版公司 2013 年版,第 78 页。
② 张明楷:《论表面的构成要件要素》,《中国法学》2009 年第 2 期。
③ 张明楷:《寻衅滋事罪探究(上)》,《政治与法律》2008 年第 1 期。
④ 卞建林主编:《证据法学》,中国政法大学出版社 2010 年版,第 234 页。

无疑义地将两罪认为属于法条竞合关系,因此,两罪的法定刑是否相同与两罪是否属于法条竞合并无必然联系。

有学者认为,由于盗窃罪、抢劫罪等属于完全违背被害人意愿的夺取罪,而诈骗罪、敲诈勒索罪等属于被害人“自愿”交付财物的交付罪,财产发生转移的原因不同,故两类罪名也不可能形成竞合。① 而持上述观点的学者又认为,凡是符合抢劫罪的犯罪构成的行为,必然符合敲诈勒索罪的犯罪构成,即承认抢劫罪与敲诈勒索罪的法条竞合关系②,此种观点难免令人起疑。既然诈骗罪与敲诈勒索罪均为交付型犯罪,为何敲诈勒索罪可以与属于夺取罪的抢劫罪形成法条竞合,而诈骗罪与却不能够与盗窃罪形成法条竞合? 可见该学者的观点有自相矛盾之处。在盗窃罪和诈骗罪中,诈骗罪比盗窃罪多出了“取得被害人同意”这一要素以及“交付行为”这一举动,当然也可以认为两者属于法条竞合,将其认为是盗窃罪并不违反罪刑法定原则。

有学者可能会以日本并没有类似学说来否定两罪之间的竞合关系,但是,此种观点并不能够阻碍我国承认两罪存在竞合关系。日本学者之所以不承认诈骗罪是盗窃罪的特殊法条,是因为,在日本,盗窃财产性利益的行为是不可罚的,而诈骗财产性利益是可罚的。如果日本将盗窃罪认为是诈骗罪的兜底条款,则在对财产性利益不能认定具有处分意识的场合,都将一律认定为盗窃罪,这必将极大扩大日本盗窃罪的处罚范围,从而造成处罚不可罚的盗窃财产性利益的行为,引起法条间的矛盾,有违罪刑法定原则。正如西田典之教授所言:“是否存在处分行为,是区别盗窃罪与诈骗罪的重要因素。如果仅限于财物,二罪的区别就仅仅只是犯罪个别化的问题;如果是有关财产性利益,与利益诈骗应受处罚相反,利益盗窃不具有可罚性,因此,有无处分行为就划定了可罚性的界限。为此,确定处分行为的认定要件就很有意义。”③而我国无论是盗窃还是诈骗财产性利益都是可罚的,且诈骗罪与盗窃罪的法定刑相同,故完全可以承认法条竞合,既不会违反罪刑法定原则,又可以避免处罚漏洞。

有学者可能认为,本文所主张的是“罪质重合说”,即直接用犯罪的实质取代了对刑法条文的解释、用笼统的法益侵害内容取代了对具体犯罪构成要件要素的界定。根据罪质重合说,当行为人对事实的错误认识涉及多个犯罪构成要件时,即便这些犯罪构成要件在内容上完全不同,只要它们所保护的法益具有共通或重合之处,即可认定成立较轻犯罪的既遂。④ 但是,法益侵害内容的重合并不必然意味着犯罪构成要件内容的重合。就刑法分则的规定而言,法益侵害从来都不是停留在抽象的层面之上,而是必须以各个具体的犯罪构成要件要素为其法定载体。换言之,“我们不能——以结果为导向——把某个犯罪的实质不法内容简单地等同于法益侵害,因为如果我们将关注点仅限定在结果无价值之上,那就会忽视行为无价值,特别是行为样态所具有的从法治国的角度出发对犯罪成立范围加以限制的功能。这是不能容许的。”⑤也就是说,即便两种犯罪侵犯的法益相同,但是如果二者用以体现法益侵害的具体行为要件不相兼容,那么我们也无法从解释论方面认定两罪的犯罪构成要件存在重合之处。

这样的批判确有一定道理,因为一旦摆脱形式犯罪构成要件的制约,随着我们观察犯罪的视角越发抽象化和实质化,各犯罪之间的界限也就愈加模糊,它们之间的共同之处自然也就不断增多。进一步而言,当罪质最终被抽象为“法益侵害”时,所有的犯罪都将毫无例外地处于相互重合的关系之中,那么,立法者为贯彻罪刑法定原则而赋予犯罪构成要件的类型化功能也会随之灰飞烟灭。也即,通过将判断标准提升到罪质层面,从而扩大犯罪重合范围的做法,其实是为了获得满意的结论而对刑法条文内容的刻意“屏蔽”,它必将导致对犯罪构成要件内涵的模糊化和对罪刑法定原则的抛弃,因而是不可取的。

---

① 山中敬一、山中纯子:《刑法概说Ⅱ各论》(第 2 版),成文堂 2023 年版,第 73 页。

② 张明楷:《刑法学》(第六版),法律出版社 2021 年版,第 1330 页;周光权:《刑法各论》(第四版),中国人民大学出版社 2021 年版,第 155 页。

③ 西田典之著、桥爪隆补订:《日本刑法各论》(第七版),王昭武、刘明祥译,法律出版社 2020 年版,第 230 页。

④ 山口厚:《刑法总论》(第三版),付立庆译,中国人民大学出版社 2018 年版,第 234 页。

⑤ 陈璇:《论侵占罪处罚漏洞之填补》,《法商研究》2015 年第 1 期。

但是,本文并未采取“罪质重合说”,而是将盗窃罪中的“未取得被害人同意”定义为表面的构成要件要素,如前所述,共享“表面的构成要件要素”的几个罪名必须具有法益同一性,这便给法益的抽象程度设定了下限,使得罪质不会被抽象为“法益侵害”,如此就避免了“罪质重合说”的弊端,就此而言,“表面的构成要件要素理论”比“罪质重合说”更合理之处在于其始终将立论的根据限定在对法定犯罪构成要件要素的解释上,而并未随意将立论转移至罪质等脱离实定法条文的抽象概念上。该理论通过将刑法规定的某些要素补正解释为无须加以证明、不受罪刑法定原则约束的成分,使得前述本来处于纯粹互斥或互斥且择一关系的大量犯罪,瞬间呈现出相互包容或重合的景象,从而也使案件中存在的处罚漏洞一一得到填补。①

四、结语

排斥关系说的理论根基并非坚不可摧,我国刑法并未明文规定盗窃罪是违背他人意志转移财产,也未规定诈骗是基于他人同意的财产转移,这只是学说为了区别盗窃与诈骗而提出的分界要素,此类学说在处理事实不清、共犯逾越与行为人认识错误的问题时,会遇到无法定罪之现象,产生处罚漏洞。

保护法益与构成要件之间,并非单向度的作用与被作用的关系。解释者有必要立足于现实,目光在保护法益与构成要件之间往返流转。只有这样,解释者对构成要件的解释才能保持必要的开放性,通过解释实现刑法体系自我更新的目标也才能实现。② 无论如何,不经反思地固守盗窃罪与诈骗罪互斥论,这样的做法并不可取。在盗窃罪与诈骗罪的关系上,有必要摆脱思维惯性,另辟蹊径探寻新的理论路径。毋庸置疑的是,诈骗罪中的被害人同意其实是有瑕疵的,只是表面上的同意,换言之,如果被害人得知真相,必然不会同意将财产转移给行为人,在此意义上,诈骗罪中所谓的“被害人的同意”,实质上也是违背了被害人意愿的。因此可以认为,诈骗罪与盗窃罪具有违反被害人真实意思、侵害他人财产占有的共同本质,不同仅在于,盗窃罪是通过行为人本人的窃取行为转移财产的占有,而诈骗罪是借助被骗者这一工具转移财产的占有。故从诈骗罪的理论构造出发,可以将其认为是一种利用被害人的盗窃罪的间接正犯形态,是从盗窃罪分离出来的犯罪。③

最后需要说明的是,本文当然承认区分诈骗罪与盗窃罪的重要性,但是这与承认二者竞合并不矛盾。本文认为,在事实无法查明,或者不承认二罪之间存在竞合将难以妥当处理时,应大胆认为二罪之间存在竞合关系,以盗窃罪定罪处罚,以免出现处罚漏洞。

(责任编辑:新中)

① 陈璇:《论侵占罪处罚漏洞之填补》,《法商研究》2015 年第 1 期。
② 劳东燕:《受贿犯罪的保护法益:公职的不可谋私利性》,《法学研究》2019 年第 5 期。
③ 付立庆:《诈骗罪中处分行为的认定困境与机能定位》,《法学评论》2023 年第 5 期。