

盗窃罪与诈骗罪的区分应当坚持“处分意识必要说”

□ 张添明

关于盗窃罪与诈骗罪的区分，理论上存在“处分意识必要说”与“处分意识不要说”的争论。“处分意识必要说”不仅要求被害人客观上有处分行为，而且主观上具有处分财产的意识。与此相反，“处分意识不要说”不以处分意识为必要，认为只要客观上有被害人的处分行为即可。笔者认为，“处分意识不要说”有诸多不合理之处，“处分意识必要说”仍然是区分盗窃罪与诈骗罪的关键之所在。

一、“处分意识不要说”的反思

近年来，“处分意识不要说”从“少数说”逐渐变成“有力说”，在理论与实务界产生重大的影响。笔者认为，“处分意识不要说”在理论构造与实践适用中存在诸多不足，需要进行反思。

1.“处分意识不要说”在司法实践中不具有可操作性

“处分意识不要说”认为，盗窃与诈骗的区分标准在于被害人的客观行为，至于被害人的主观意愿如何，并不予以考虑。“处分意识不要说”是彻底的“外在行为论”，依据这种观点，盗窃与诈骗的区分就看是不是被害人自己给，是自己给就是诈骗，不是自己给就是盗窃。笔者认为这样的区分标准未免太过随意，不具有合理性。并且这种观点无法解决占有迟缓的问题，例如，行为人甲以借打电话的名义，向乙借用手机，后趁乙不注意便消失在人群中（“借打手机案”）。按照“处分意识不要说”的观点，乙存在客观的主动交付行为，所以应当按照诈骗罪论处。但本案中乙并没有将手机转移占有给甲，乙只是出现了占有的迟缓（占有的松弛），甲的行为应当构成盗窃罪。

2.“处分意识不要说”忽略了财产转移的主要要素

按照通说的观点，如果一个人要取得占有，则必须存在客观上的占有行为（体素），和伴随物理的行为意图（心素）。刑法上的占有，也是体素与心素的统一，即占有人必须客观上有占有的行为，主观上必须具有占有的意思，二者缺一不可均不构成刑法上的占有。例如，毒贩甲趁乙不注意，在乙过安检之前将毒品放入乙的背包中，后过安检时乙被查出携带毒品。乙虽然客观上是占有该毒品，但主观上没有占有的意思，所以乙并不构成非法持有毒品罪。

既然刑法上的占有必须“主客观相统一”，那么刑法上转移占有的行为也必须是二者间相统一的行为。按照“处分意识不要说”的观点，只需要关注处分人的客观行为，不需要考虑处分人主观上有没有转移财产占有的意思，如此一来将导致占有的转移只有客观行为，却没有主观的转移占有意识，这并不符合主客观相统一原则。

3.“处分意识不要说”是错误借鉴德日刑法的产物

有学者受到德日刑法理论的影响，主张应

当采纳“处分意识不要说”的观点。笔者认为，这完全是由其立法模式所决定的。德国《刑法》第242条第1款规定：“意图为自己或第三人不法占有，盗窃他人动产的，处5年以下自由刑或罚金刑。”由此可见，德国《刑法》将盗窃罪的行为对象限定在有体物，而不包含财产性利益。但诈骗罪的规定与此不同，德国《刑法》第263条第1款规定：“意图为自己或第三人获得不法财产利益，以欺诈、歪曲或隐瞒事实的方法，使他人陷入错误之中，因而损害其财产的，处5年以下自由刑或罚金刑。”也就是说，诈骗罪的行为对象包括财产性利益在内。在进行财产性利益的处分时，德国主流观点之所以认为不需要处分意识，正是为了填补处罚的漏洞。例如行为人为免除自己债务的文件让喝醉酒的被害人签字（“签字案”）。倘若采取“处分意识必要说”，被害人并没有意识到自己签署的文件是免去行为人债务，没有处分财物的意思，因此行为人不构成诈骗罪。又由于盗窃罪的行为对象仅限于有体物，不包括债权债务这一财产性利益，行为人不构成盗窃罪，这样只能认定其为无罪。所以，在处分财产性利益时德国主流观点之所以持“处分意识不要说”，实际上是为了避免处罚上的漏洞。同样，日本《刑法》第235条将盗窃罪的行为对象限定为“财物”，而第246条第2款认为“不法利益”是诈骗罪的行为对象。在日本出现了乘客没有购买全程价款的车票，在下车出站时车站工作人员又没注意，乘客因此而逃票的案件（“乘车逃票案”）。和德国主流观点相似，日本部分学者和裁判官为了处罚此类案件，对诈骗罪采取了“处分意识不要说”的立场，以防对该类行为作无罪处理而导致处罚的漏洞。

我国完全不需要借鉴德国、日本的做法，我国的司法实践认为盗窃罪的行为对象包含财产性利益。因此，无论是“签字案”还是“乘车逃票案”，在我国均符合盗窃罪的构成要件。更为重要的是，各国对刑法分则的规定都不相一致，如果不加区分地用德日刑法的理论来指导中国的司法实践，这就好比南橘北枳，其结果一定是水土不服。

二、处分意识的必要性

处分意识的必要性应当从处分行为的本体构造以及盗窃与诈骗的关系来进行探讨。

1.不存在脱离处分意识的处分行为

处分行为是一种财产转移行为，其在本体上就应当由客观要素与主观要素构成，客观要素就是处分人是否有财产的处分权限，而主观要素就是处分财产的意识。处分行为需要处分意识并非刑法理论所独创，民法上同样也有处分行为这一概念。民法上的处分行为是指直接作用于某项财产权利的法律行为。例如转移物的所有权、让与债权等都是处分行为。而

民法上的处分行为没有争议地要求处分人主观上必须存在处分意识。因此，无论是从民法角度还是从刑法角度去理解，处分行为都离不开处分意识。除此之外，有的持“处分意识不要说”的学者认为诈骗罪的成立虽然不需要处分意识，但处分人必须认识到自己行为转移的是财产。这种观点虽然冠以“处分意识不要说”之名，但已经脱离了“处分意识不要说”的实质内涵。

2.在盗窃与诈骗的互斥关系下必须坚持“处分意识必要说”

构成要件从整体上规划出了可罚性的轮廓，具体地设定了此罪与彼罪之间的区别。在刑法分则中存在大量的互斥的构成要件，即对立的罪名，行为符合此罪就不构成彼罪。互斥的构成要件可以分为形式的互斥与实质的互斥。形式的互斥是指立法者如果将两个含有共同不法要素的构成要件变成互斥关系，在立法技术上有意识使其中一个构成要件加入额外的排斥要素，使得两者“水火不容”。例如，我国刑法第二百六十四条规定的盗窃罪与刑法第二百七十条所规定的侵占罪就是形式上的互斥关系，前者的构成要件行为是盗窃，后者的构成要件行为是代为保管的他人财物非法占有为己有。而实质的互斥是指虽然立法上并未使得这两个构成要件形成互斥关系，但基于刑法理论与之前的判例将两个罪名解释为互斥关系，例如我国刑法第二百六十四条规定的盗窃罪与刑法第二百六十七条规定的抢夺罪就是实质互斥关系，刑法理论与司法判例基于秘密、非公然、乘人不备等要素使得两罪形成互斥关系。同样，盗窃罪与诈骗罪也属于实质的互斥关系。盗窃罪属于主动取得型犯罪，被害人财物的损害是来自于行为人的单方窃取，因此盗窃罪属于“他人损害犯”。与此相反，诈骗罪之所以会给被害人造成财产损害，是因为被害人基于行为人的欺诈，从而陷入错误的认识，“自愿”地处分了财产，所以诈骗罪也被称为“自我损害犯”。处分意识作为诈骗罪不成立的构成要件要素，在盗窃与诈骗之间划出了一条不可逾越的鸿沟，使得两罪一直处于泾渭分明的状态。

三、第三方支付下处分意识的识别

在第三方支付下的侵权案件中，被害人与行为人的“互动”是通过“中介平台”进行的，第三方支付平台作为“中介平台”能否被识别，如何产生处分意识，需要我们进行规范的识别。

1.被騙的不是第三方支付平台

传统诈骗罪中被害人的处分意识，都是由真实客观存在的人而作出的，那么由此产生的问题是，在新型支付方式下，作出处分意识的是不是第三方支付平台？笔者持否定回答。在笔者看来第三方支付平台与ATM机一样，都只是一种“机械装置”，不可能产生意识。意识是

能动的产物，第三方支付平台只是“冷冰冰”的一套程序，程序不能成为被骗的对象，诈骗罪始终是针对人实施的犯罪。除此之外，还有学者认为：“新型支付方式运作原理与ATM机几乎相同，因而新型支付平台是具有识别功能且代替人脑开展业务的‘机器人’，其同样可以成为被骗的对象。”笔者认为，第三方支付平台是否会被骗，与第三方支付平台是不是机器人没有任何关系。自动取款机和第三方支付平台只是货币流通的一个平台，就是一个机械装置，根本就不具有识别功能，更别说能代替人脑开展业务。人类与它们之间没有任何的交流沟通，它们也没有任何的自主意识，其完全是依靠人类所设定的程序进行行为。

2.被騙的是第三方支付平台的管理者

有学者在解决拾得他人的信用卡在ATM机上取钱这一难题时，引入了“预设的同意”理论。“预设的同意”是指：“在符合占有人预先设置的特定条件时，即推定占有人同意对财物的转移行为。”行为人拾得他人的信用卡在ATM机上取钱并未违反机器设置者的意志，只要行为人在持卡和输入密码等程序性、技术性环节上没有瑕疵，取款行为就得到了银行的同意，因此这种行为不能以盗窃罪论处，而应构成信用卡诈骗罪。笔者认为“预设的同意”理论也完全可以适用在第三方支付下的侵权案件。以“支付宝转账案”为例，行为人徐某使用其所在单位派发的手机时，发现支付宝账户是其同事马某的，支付宝账户中显示有5万余元。徐某通过工作时获取的马某支付宝账户的密码，分别两次转账1.5万元到刘某的账户，后徐某通过刘某进行取现。在该案中，被害人马某基于自由意志设置了支付宝密码，这就相当于告诉第三方支付平台的管理者，只要输入正确的支付密码取现，第三方支付平台的管理者就应当进行支付。这种处分意识是一种转移占有的概括意识，只需要满足程序性条件即可。行为人可以认定其符合程序性的支付条件，所以这种行为应当以诈骗罪论处。

【本文为2020年度国家社科基金重点项目“认罪认罚从宽制度的刑法应对研究”（20AFX012）的阶段性研究成果】

（作者单位：西南政法大学法学院）

公正与效率论坛

责任编辑 唐亚南
电子邮箱 xsxz@rmfyb.cn
llzk@rmfyb.cn

关于不经常发生应税行为的界定

□ 刘玉敏 李 靓

续12个月内仅发生一次应税行为，能否认定为“不经常发生应税行为的企业”。

笔者认为，依法纳税是每个企业、公民的义务。小规模纳税人纳税是国家扶持小微企业发展的企业税费优惠政策，能否适用应依据法律及相关政策予以审查认定。具体如下：

一、可以选择小规模纳税人纳税的政策及相关依据

《中华人民共和国增值税暂行条例》第一条规定，在中华人民共和国境内销售货物或者提供加工、修理修配劳务以及进口货物的单位和个人，为增值税的纳税人，应当依照本条例缴纳增值税。通讯公司作为经营通讯工程安装、维修、机房场地维修等业务的有限责任公司，为增值税纳税人。

《关于统一增值税小规模纳税人标准的通知》（财税〔2018〕33号）第一条规定，增值税小规模纳税人标准为年应征增值税销售额500万元及以下。《增值税一般纳税人登记管理办法》第二条第一款规定，增值税纳税人（以下简称“纳税人”），年应税销售额超过财政部、国家税务总局规定的小规模纳税人标准（以下简称“规定标准”）的，除本办法第四条规定外，应当向主管税务机关办理一般纳税人登记。第四条规定，下列纳税人不办理一般纳税人登记：（一）按照政策规定，选择按照小规模纳税人纳税的；（二）年应税销售额超过规定标准的其他个人。该办法第七条规定，年应税销售额超过规定标准的纳税人符合本办法第四条第一款规定的，应当向主管税务机关书面说明。国家税务总局发布的《关于〈增值税一般纳税人登记管理办法〉（国家税务总局令43号）的解读》第三条第（二）项明确，不办理一般纳税人登记的纳税人范围中规定，选择按照小规模纳税人纳税的政策依据有两个，一是根据《中华人民共和国增值税暂行条例实施细则》第二十九条规定，非企业性单位、不经常发生应税行为的单位可选择按照小规模纳税人纳税；二是根据《营业税改征增值税试点实施办法》（财税〔2016〕36号文件印发）第三条第（二）项明确，年应税销售额超过规定标准但不经常发生应税行为的单位和个人工商

户可选择按照小规模纳税人纳税。本案中，通讯公司2020年第三季度申报增值稅收入6571625元，系由其主营业务收入发生的应税行为，申报额度超过了财政部、国家税务总局规定的小规模纳税人标准，应在所属申报期结束后15日内办理一般纳税人登记，或向主管税务机关提交其符合政策的书面说明。

二、关于“不经常发生应税行为”的认定依据

《中华人民共和国增值税暂行条例实施细则》第九条规定，条例第一条所称单位，是指企业、行政单位、事业单位、军事单位、社会团体及其他单位。通讯公司属于经营性企业，为实施细则规定的单位中的一种。2010年2月10日，国家税务总局发布国家税务总局令22号《增值税一般纳税人资格认定管理办法》，该办法于2010年3月20日开始实施，其中第五条第一款规定，下列纳税人不办理一般纳税人资格认定：（一）个体工商户以外的其他个人；（二）选择按照小规模纳税人纳税的非企业性单位；（三）选择按照小规模纳税人纳税的不经常发生应税行为的单位。出台该办法时，国家税务总局发布了《关于明确〈增值税一般纳税人资格认定管理办法〉若干条款处理意见的通知》（国税函〔2010〕139号），对通知内“不经常发生应税行为的单位”和“不经常发生应税行为”进行了定义，该通知明确“不经常发生应税行为的单位，是指非增值稅纳税人；不经常发生应税行为是指偶然发生增值稅应税行为”。国家税务总局令22号《增值税一般纳税人资格认定管理办法》虽然被废止，但“选择按照小规模纳税人纳税的不经常发生应税行为的单位，可以不办理一般纳税人资格认定”这一规定，在《中华人民共和国增值税暂行条例实施细则》第二十九条和《营业税改征增值稅试点实施办法》（财税〔2016〕36号文件印发）第三条中进行了明确规定。

关于“不经常发生应税行为”的具体标准，除国家税务总局发布的《关于明确〈增值税一般纳税人资格认定管理办法〉若干条款处理意见的通知》（国税函〔2010〕139号）外，《国家税务

总局关于全面推开营业税改征增值稅试点有关税收征收管理事项的公告》（国家税务总局公告2016年第23号）第二条第二款第（六）项规定，增值稅小规模纳税人偶然发生的转让不动产的销售额，不计入应税行为年应税销售额。《国家税务总局关于旅店业和餐饮业纳税人销售非现场消费食品增值稅有关问题的公告》（国家税务总局公告2013年第17号）规定，旅店业和餐饮业纳税人销售非现场消费的食品，属于不经常发生增值稅应税行为。

参照上述规定，对于“不经常发生应税行为”的应认定为，首先，对于经营性企业的增值稅纳税人不属于“不经常发生应税行为的单位”。其次，对与经营性企业的增值稅纳税人，其正常经营发生的应税行为不属于“不经常发生应税行为”，其“偶然发生的增值稅应税行为”可以不计入应税行为年应税销售额。也就是说，对于纳税人偶然发生的销售无形资产、转让不动产的销售额等非主营业务，为偶然发生的应税行为，可以不计入年应税行为年应税销售额。

三、关于“不经常发生应税行为”的审查认定

本案中，通讯公司系经营性企业，系增值稅纳税人，该公司不属于“不经常发生应税行为的单位”。作为经营性企业，其在2020年第三季度发生的增值稅应税行为，是其主营业务收入发生的应税行为，不属于偶然发生的应税行为，通讯公司主张其连续12个月内仅发生一次应税行为，属于“不经常发生应税行为的单位”，无事实和法律依据。

通讯公司作为增值稅纳税人，其申报增值稅收入为6571625元，申报额度超过了财政部、国家税务总局规定的小规模纳税人标准，向主管税务机关提交其符合政策的书面说明。税务机关经审查认定其不符合关于选择按照小规模纳税人政策纳税，对其作出《不予受理通知书》并无不当，并向其发出《税务事项通知书》，通知其办理一般纳税人登记符合法律规定。（作者单位：长春铁路运输法院）

法治论坛

保险机构先行赔付因第三方侵权行为产生的医疗费的处理

□ 张 冰 孙明放

一、社会保险经办机构先行支付医疗费用的条件

社会保险法第三十条规定：“下列医疗费用不纳入基本医疗保险基金支付范围：（一）应当从工伤保险基金中支付的；（二）应当由第三人负担的；（三）应当由公共卫生负担的；（四）在境外就医的。医疗费用依法应当由第三人负担，第三人不承担或者无法确定第三人的，由基本医疗保险基金先行支付。基本医疗保险基金先行支付后，有权向第三人追偿。”因第三人侵权，导致参保人员受到伤害而支出的医疗费用，应由第三人依法承担相应的赔偿责任。社会保险经办机构不应从基本医疗保险基金中支付，如果第三人不承担或无法确定第三人的医疗费用，或者因第三人逃逸等情形无法确定时，为了及时保障参保人员的合法权益，社会保险法才规定由基本医疗保险基金先行支付该参保人员的医疗费用。在司法实践中，参保人员申请执行后，如果人民法院采取了相应执行措施，穷尽了执行手段和方法，在查明被执行人确无可供执行的财产，暂时无履行能力的情况下，依法作出了终结本次执行程序的裁定，就应当认定符合由基本医疗保险基金先行支付的条件。例如，2023年11月5日，王某驾驶机动车三轮车将刘某撞伤，负事故的主要责任。刘某住院期间共支出医疗费用5万余元。后刘某提起民事诉讼，法院判决王某赔偿刘某4万余元医疗费用以及其他各项经济损失共11.2万余元。刘某申请执行后，王某外出务工，现找不到王某，也未发现其有可供执行的财产，法院依法终结本次执行程序。刘某即向县医疗保险中心申请给付基本医疗保险金，县医疗保险中心认为，因第三人侵权产生的医疗费用应当由第三人负担，不属于基本医疗保险基金支付范围，作出不予支付的决定，刘某依法提起行政诉讼。

二、社会保险经办机构先行支付医疗费用的范围

本案中，县医疗保险中心作为社会保险经办机构是否应向刘某支付因王某侵权产生的医疗费用，存在以下两种观点：

第一种观点认为，县医疗保险中心仅应对按照责任比例由刘某自己承担的医疗费用部分审核后，根据有关规定予以支付。因无法证明第三人王某没有履行能力，故对王某承担的医疗费用部分不应由基本医疗保险基金先行支付。第二种观点认为，法院已经终结本次执行程序，可以认定为第三人王某没有履行能力，县医疗保险中心不仅应对刘某自己承担的医疗费用部分审核后支付，还应对王某承担的医疗费用部分审核后支付，故应判令县医疗保险中心履行相应的支付义务。其履行先行支付义务后，有权向王某追偿。

笔者同意第二种观点。

《社会保险基金先行支付暂行办法》第二条规定：“参加基本医疗保险的职工或者居民（以下简称个人）由于第三人的侵权行为造成伤病的，其医疗费用应当由第三人按照确定的责任大小依法承担。超过第三人责任部分的医疗费用，由基本医疗保险基金按照国家规定支付。前款规定中应当由第三人支付的医疗费用，第三人不承担或者无法确定第三人的，在医疗费用结算时，个人可以向参保地社会保险经办机构书面申请基本医疗保险基金先行支付，并告知造成其伤病的原因和第三人不承担医疗费用或者无法确定第三人的情况。”由此可知，在发生第三人侵权的情形下，应当由第三人按照确定的责任大小承担医疗费用。问题是如何认定“确定的责任大小”，笔者认为，一般应根据人民法院的生效判决确定。当确定第三人承担全部赔偿责任时，其承担全部的医疗费用，基本医疗保险基金不予支付；当确定第三人承担部分赔偿责任时，其根据责任比例承担相应的医疗费用，基本医疗保险基金对该部分不予支付。如果发生第三人不承担或者无法确定第三人的情形时，则由基本医疗保险基金对人民法院生效判决确定的应由第三人承担的医疗费用按照有关规定先行支付。

三、社会保险经办机构先行支付医疗费用的追偿

根据社会保险法第三十条第二款的规定，社会保险经办机构在先行支付因第三人侵权产生的医疗费用后享有追偿权。具体而言，有两种情形：第一，第三人不承担时，在人民法院终结本次执行程序后，基本医疗保险基金向参保人员先行支付了本应由第三人支付的医疗费用，如果发现第三人有可供执行的财产，人民法院依法予以执行，参保人员应在执行后根据《社会保险基金先行支付暂行办法》第十一条的规定，主动将先行支付金额中应当由第三人承担的部分退还给基本医疗保险基金，社会保险经办机构不再向第三人追偿。如果个人拒不退还，社会保险经办机构可以从以后支付的相关待遇中扣减其应当退还的数额，或者向人民法院提起诉讼。第二，无法确定的第三人出现后的追偿。当无法确定的第三人出现后，在参保人员起诉第三人时，如果社会保险经办机构先行支付了医疗费用已经包含在参保人员的诉讼请求内，参保人员在得到赔偿后主动退还医疗费用的，社会保险经办机构不必行使追偿权。如果社会保险经办机构先行支付的医疗费用没有包含在参保人员的诉讼请求内，人民法院应将该事实告知社会保险经办机构，其可以以独立请求权的第三人身份提起诉讼，由人民法院合并审理，判令第三人直接向社会保险经办机构支付。当然，社会保险经办机构在先行支付相应的医疗费用后，即使参保人员没有提起诉讼，其也有权以原告的身份行使追偿。

（作者单位：河南省确山县人民法院）



不经常发生应税行为是指纳税人在特定时间段内，非频繁且非定期地进行应税交易或活动。此处“不经常”为相对概念，具体频率可能因地区差异、行业特性及税务部门的解释而有所不同。应税行为的主要包括有偿提供应税劳务、有偿转让无形资产或不动产所有权等。这些行为将产生应税义务，需依据相关税法规定履行纳税义务。例如，某通讯公司于1999年12月23日登记注册成立，系有限责任公司，经营通讯工程安装、维修、机房场地维修等业务。2020年第三季度，通讯公司向税务机关申报增值稅收入6571625元，该笔收入系其经营业务内实施通讯工程完工后取得。2021年7月13日，开具增值稅发票价税合计1057749元。因某通讯公司在2020年第三季度申报的增值稅额超过了500万元，不再符合“增值稅小规模纳税人标准为年应征增值稅销售额500万元及以下”的条件，通讯公司无法继续按照增值稅小规模纳税人申报。2020年11月2日，通讯公司向区税务局递交《说明》，主张其在连续12个月内仅进行过一次税费申报行为，属于不经常发生应税行为单位，请求继续适用小规模纳税人政策纳税。区税务局收到通讯公司《说明》后，作出《不予受理通知书》，通知通讯公司，其申请的选择按小规模纳税人纳税的情况说明事项，经检查不符合受理的条件，决定不予受理。2021年6月4日，区税务局作出《税务事项通知书》，通知通讯公司，其年应税销售额已超过小规模纳税人标准，应在收到本《税务事项通知书》后5日内向主管税务机关办理一般纳税人登记手续。通讯公司收到两份通知书后，对通知事项均不服，向市税务局申请行政复议。市税务局分别作出《行政复议决定书》，维持了《不予受理通知书》和《税务事项通知书》的决定。通讯公司对结论不服，诉讼至长春铁路运输法院（以下简称长铁法院），要求撤销通知书及复议决定，责令区税务局为其办理小规模纳税人登记手续。这个问题主要争议焦点在于：1.通讯公司在2020年第三季度，申报增值稅收入6571625元，超出“增值稅小规模纳税人标准为年应征增值稅销售额500万元及以下”标准，能否继续以小规模纳税人纳税。2.企业连