

# 网络型诈骗罪的拟制处分行为

姜涛\*

**摘要** 处分行为是诈骗罪的教义学核心,被骗人信以为真并“自愿”处分财产是诈骗罪有别于盗窃罪的关键。随着线上支付的发展,诈骗罪的行为构造发生变化,由此带来诈骗罪之处分行为的教义学更新:在非金融机构网络支付的情况下,诈骗罪由传统的二人转模式转向行为入、被骗人、被害人的三角诈骗模式,以财物的占有之转移为主轴,被骗人与被害人是分离的,第三方支付平台才是关键性被骗人,这种转移占有不是占有的弛缓,需要被骗人具有假定的处分意识。被骗人对财产的转移占有应当以第三方支付平台的支付完成为标志,这种支付是犯罪的实行行为。基于预设的同意之法理,被骗人必须有处分权限,这种处分权限是区分盗窃罪的间接正犯与三角诈骗的关键。三角诈骗其实是诈骗罪的间接正犯,并无单独强调的必要。

**关键词** 诈骗罪 处分行为 处分权限 三角诈骗 非金融机构网络支付

## 一、面临的问题

诈骗罪中处分行为的认定,是刑法理论与司法实践共同面临的教义学难题。随着互联网金融的快速发展及非金融机构网络支付对传统支付方式的改变,<sup>[1]</sup>财产犯罪由线下转到线上,行为人欺骗第三方支付平台实施侵财犯罪的数量暴增(本文将之简称为网络型诈骗罪),被

\* 南京师范大学法学院教授,中国法治现代化研究院研究员。本文系国家社科基金重点项目“刑法体系的合宪性控制研究”(项目批准号:17AFX018)的研究成果。

[1] 在互联网时代,非金融机构支付呈现出快速发展态势。“网络支付是互联网金融的核心构件,也是推动互联网金融发展的技术诱因。”“中国的非银行支付在国际上取得领先水平,并孕育了阿里巴巴、腾讯等互联网金融巨头。中国人民银行《2015年支付体系运行总体情况》数据显示,全部支付业务总金额是4383.16万亿,非现金支付已远超现金支付,占78.7%(3448.85万亿)。”参见李建星、施越:“电子支付中的四方关系及其规范架构”,《浙江社会科学》2017年11期,第59页。

害人往往在“不知情”的情况下,被转移财物的占有,遭受严重的财产损失。这直接导致诈骗罪的处分行为模式突遇“变脸”,行为人实施犯罪的模式正由传统的“行为人与被害人的二人转结构”转向“行为人、被害人与被骗人(第三方支付平台)的三角转结构”或“行为人、被害人与被骗人(用户与第三方支付平台)的三角转结构”,这使得财产犯罪之间的界限更为模糊,也使网络型诈骗罪的教义学建构成为客观必需。

就刑法教义学的精细化发展来说,区分诈骗罪与其他财产犯罪(主要是盗窃罪)的界限至为重要,它是构成要件明确性的要求,如果区分错误,由于诈骗罪的入罪标准高,而法网却没有盗窃罪严密,就会罚及无辜或罚不当罪。德日刑法均有诈骗罪的规定,并把“处分行为”解释为诈骗罪中的积极构成要件。日本学者认为,盗窃罪与诈骗罪的区别关键在于是否因被欺骗而陷入认识错误,进而基于处分意识处分财产,“被骗者基于处分行为将财产直接转移给他人占有的构成诈骗罪,行为人利用自己的行为将财产的占有转移给自己时构成盗窃罪。”〔2〕我国学者亦借鉴德日理论并结合司法实务作了很多深入的研究,其中,“法律的财产说”“纯粹的经济财产说”与“法律——经济的财产说”以及“个人的财产说”与“整体的财产说”是有关财产损失有无、大小的判断,涉及的问题是应否把支付对价物品的行为解释为财产损失,以及盗窃、抢劫的物品和违法物品是否属于刑法保护的财产;“处分意识必要说”“处分意识不必要说”与“处分意识修正说”是有关被害人的财产处分行为及诈骗罪与盗窃罪界限的争议;“三角诈骗”与“新三角诈骗”是对被害人与处分权人分离的研究。此外,占有的事实性与规范性理论、被害人的同意理论等,都致力于从教义学上把盗窃罪与诈骗罪的界限区分得更为明晰、准确,更富司法操作性与可接受性,也更能满足罪刑法定、刑法正义的要求。

这些研究在丰富诈骗罪的教义学知识的同时,也面临新的疑问:上述研究只是在延续德日学界的争论,或是结合最新司法个案展开的碎片化研究,并没有结合当前发展迅速的非金融机构网络支付的性质进行分析,而当下国内学者对盗窃罪与诈骗罪界限的研究,关注非金融机构网络支付的成果仍然付之阙如。第三方支付平台支付是非金融构建的一种无现金支付、结算、消费的交易方式,是通过计算机来完成的。就民事性质来说,这是一种“第三方担保交易模式”,其运作实质是通过在买方与卖方之间设立中介性过渡账户,使汇转款项在中间平台实现支付托管性流转,这种汇转款所处置的都是买方与卖方对银行的债权或者客户预存的备付金。同时,第三方支付需要非金融机构与各大银行签约,用户的支付账户与密码关联银行卡,输入之后可以直接调出用户的银行账户内资金或将资金直接转入用户的银行账户,这种支付是实现财物或财产性利益之占有转移的关键。需要注意的是,非金融机构网络支付下财产犯罪不是“劣马论言良驹,粗物诈称精品”是否属于欺诈的争议,也非“妓女对嫖资有无请求权”的财产权益属性之争,更非债务人“盗窃借款凭证意图免除所付债务”所涉获利意图与取得意思的界限之争,而是呈现出一种不同于传统线下财产犯罪的全新教义。如果固守传统的刑法学教义,则无法合理回应非金融机构网络支付下新型财产犯罪的司法实务的需求,也无助于实现刑法理论的创新。

〔2〕 (日)大谷实:《刑法讲义各论》,黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第244页。

面对科技发展带来的挑战,诈骗罪的基本教义学不能固步自封。从近年的研究成果来看,我国学者主要是结合德日两国的刑法理论来研究诈骗罪的处分行为,并将其作为诈骗罪的积极构成要件,使之成为有别于其他财产犯罪的重要标准,这已经成为学界共识。就网络型诈骗罪而言,往往是盗骗交织,被害人与被骗人分离。有的是以办理其他业务骗取他人支付宝账户密码,有的是植入木马程序窃取他人支付宝账户密码,有的是骗取他人手机借助验证码获取他人支付宝账户密码,有的是直接调换他人付款二维码……这些被害人将财物或财产性利益“拱手送人”,往往只是把财产支付或消费的权限送人,并非真实地把财产交付于他人,故由此引发了谁是被骗人,第三方支付平台能否被骗,犯罪的实行行为为何等的争议,这些争议的核心在于,第三方支付平台的线上支付是什么性质的处分行为。不过,这些新发展、新问题在我国当前刑法学理论中并没有被认真对待。

与以往研究不同,本文主要聚焦于非金融机构网络支付与诈骗罪中处分行为的关系,并以网络型诈骗罪的拟制处分行为为主线进行讨论。诈骗罪、盗窃罪的构成要件之间是互斥关系,当明确了哪些情况成立诈骗罪后,两者的界限自然泾渭分明。立足于这一研究主题,笔者提出“预设的同意+假定的处分意识”二元的“拟制处分行为说”,并以财物占有的转移时间为主轴界定财产犯罪的实行行为,明确非金融机构网络支付与诈骗罪的拟制处分行为之间所产生的各种教义学问题,从而为司法实践中频发的盗骗交织案件提供最佳的视野俯角。

## 二、非金融机构网络支付带来的教义学创新

在大多数情况下,不是刑法理论改变刑法实务,而是刑法实务改变刑法理论。在非金融机构网络支付快速发展的时代,人们之间的交易成为一种无现金交易,比如支付宝等第三方支付平台的出现,导致盗骗交织问题更为突出,行为之间的“叠加效应”频现,<sup>[3]</sup>把本属于盗窃罪的事实解释为诈骗罪,或者相反。这就带来了盗窃罪与诈骗罪的区分难题,从而也留下了学术创新的空间。

### (一)五个新型案件的分歧

在某种意义上,线上犯罪的新发展,导致传统刑法理论有关诈骗罪之“处分行为”的基本教义有被“连根拔掉”的风险,以下五个案例及由此引发的观点分歧,就表明了这一风险的客观存在。

案例1:2015年3月11日晚,被告人徐某某使用单位配发的手机登录支付宝时,发现可以直接登录原同事、被害人马某的支付宝账户,该账户内显示有5万余元。次日下午1时许,在浙江省宁波市海曙区柳汀新村某理发店,徐某某利用其工作时获取的马某支付宝密码,使用上述手机分两次从该账户转账1.5万元到刘某的中国银行账户,后刘某从银行取现1.5万元交给徐某某。检察院与法院之间存在观点分歧,检方以徐某某犯盗窃罪,向法院提起公诉。法院以

[3] 当我们认为一件事对你有利,另一件事也对你有利,这时有可能使原本对你不利的第三件事,因为第一、二件事对你有利而变得有利,这就是产生了叠加效应。

被告人徐某某犯诈骗罪,判处有期徒刑7个月,缓刑1年,并处罚金3000元。<sup>〔4〕</sup>其中,法院判决的基本逻辑是,被欺骗的虽是支付宝公司,但财物受损的却是支付宝用户,故支付宝公司显然不应承担任何责任。<sup>〔5〕</sup>

案例2:2010年5月至6月间,被告人臧某某、郑某某、刘某分别以虚假身份开设无货可供的淘宝网店铺,并以低价吸引买家。2010年6月1日,被告人臧某某在江苏省昆山市满X星网吧上网期间,在淘宝上注册名称为“金钱决定生活”的虚假网店,后被告人郑某某以出售女装的名义,用这种方式骗取被害人金某人民币195元。2010年6月1日,被告人郑某某成功骗取受害者金某195元后,发现金某的中国建设银行的网上银行账户余额超过305000元,且没有每日支付限额,于是电话告知被告臧某某来预谋下一步的犯罪计划。被告臧某某来到网吧后,以还没有看到受害人金某付款成功的记录为由,发送事先使用电脑程序编写的显示支付1元,但实际支付305000元的链接,谎称在受害者金某点击这个链接支付一元时,他们就可以看到付款成功的记录。受害者金某在被告人的诱导下点击了虚假链接,其建设银行网银账户的305000元立即通过臧某某预设的计算机程序,经由上海市信息服务有限公司的支付平台转移到被告人臧某某在福州海阳光信息技术有限公司注册的“kissal23”账户。法院依据盗窃罪对其定罪处罚。<sup>〔6〕</sup>

案例3:2011年7月9日1时许,被告人王某、程某某经事先预谋,在互联网上各申请一个临时QQ号,在网上9158等聊天室发布虚假广告,谎称可以有激情视频聊天服务,寻找作案目标。后王某通过临时QQ号与被害人邵某某聊天时,谎称付费1元即可以参与激情视频聊天,并要求邵某某传发其所有的网银卡余额截图,以表示其有支付能力。后王某根据邵某某发出的网银卡余额截图,知晓邵某某网银卡余额达10万余元。程某某便在王崎事先编写好的软件程序中填写盗取数额98000元,王某将该软件程序发给了邵某某。邵某某按照王某所告知的账号及登陆口令打开登陆,并在支付页面显示付款1元的情况下,输入了自己的网银卡号及密码,予以确认。被告人王某、程某某利用此软件程序按照之前设置好的盗取数额将邵某某网上银行内的人民币98000元盗走。被告人王某、程某某供认起诉书指控的犯罪事实,但辩解其行为应当构成诈骗罪。两审法院均认定被告人的行为是在被害人完全不知情亦违背其意志的情况下实施,财物转移是基于秘密窃取行为,被告人王某、程某某的行为应认定为盗窃罪。<sup>〔7〕</sup>

案例4:2016年6月,黄某以帮马某办理信用卡为由,骗取马某的支付宝账号及密码、京东商城账号及密码。随后,黄某以办理信用卡需要走流水为由,使用马某的蚂蚁花呗、京东白条等在网络平台套现或消费,先后骗取马某共计人民币11万余元。2017年4月案发后,经查,

〔4〕 参见浙江省宁波市海曙区人民法院(2015)甬海刑初字第392号刑事判决书;浙江省宁波市中级人民法院(2015)浙甬刑二终字第497号刑事判决书。

〔5〕 参见石坚强、王彦波:“将他人支付宝账户内资金私自转出构成诈骗罪”,《人民司法》2016年第11期,第17页。

〔6〕 参见浙江省高级人民法院(2011)浙刑三终字第132号裁定书。

〔7〕 参见江苏省盱眙县人民法院(2011)盱刑初字第463号刑事判决书;江苏省淮安市中级人民法院(2012)淮中刑二终字第33号裁定书。

黄某以帮他人办理信用卡、提升支付账户信用额度等理由,获取被害人支付账户和密码后套现消费,涉案金额共24万余元。后黄某被法院认定构成诈骗罪。<sup>〔8〕</sup>

案例5:2017年2月至3月间,被告人邹某某先后到石狮市沃尔玛商场门口台湾脆皮玉米店、章鱼小丸子店、世茂摩天城商场可可柠檬奶茶店、石狮市湖东菜市场、长福菜市场、五星菜市场、洋下菜市场,以及晋江市青阳街道等地的店铺、摊位,乘无人注意之机,将上述店铺、摊位上的微信收款二维码掉换(覆盖)为自己的微信二维码,从而获取顾客通过微信扫描支付给上述商家的钱款。经查,被告人邹某某获取被害人郑某、王某等人的钱款共计人民币6983.03元。法院认为,被告人邹某某的行为不符合诈骗罪的客观构成要件,其以秘密手段掉换商家二维码获取财物的行为,符合盗窃罪的客观构成要件,应当以盗窃罪追究其刑事责任。<sup>〔9〕</sup>学界则有学者认为,二维码案被告人的行为成立三角诈骗。<sup>〔10〕</sup>就本案来说,无论是法院判决为盗窃罪,抑或学界主张以三角诈骗理论定诈骗罪,或者直接认定为诈骗罪,都没有以非金融支付机构为被骗人来展开教义分析,有再次商榷的必要。

## (二)案件引发的法理思考

诈骗罪的处分行为如何界定以及诈骗罪与盗窃罪的界限问题仍是上述案件的争议焦点。从司法实务来看,盗骗交织案件既存在欺骗行为(包括两头骗),也存在利用对方的被骗自愿处分他人财产的行为,这就产生行为人的行为成立盗窃罪或诈骗罪的争议。行为人骗取他人账户密码,或者先运用木马病毒链接取得他人账户、密码,后冒用他人账户密码支付、结算与消费时,是欺骗了第三方支付平台,还是在被害人不知情的情况下转移了用户的债权呢?如果不能对这些问题形成精确地教义解释,就会带来两种混淆困境。

一是被骗人与被害人的混淆。在案例1中,法院认为,行为人输入他人支付宝用户名和密码,将他人支付宝账户内资金私自转出,因实施了虚构其为支付宝用户本人或得到用户授权的事实,从而让支付宝误以为转账行为是用户的意思表示,该行为应以诈骗罪定罪处罚。<sup>〔11〕</sup>这是运用三角诈骗理论得出的结论,认为被骗人是支付宝公司。在案例4的黄某诈骗案中,法院虽然认定被告人构成诈骗罪,但分析路径却与案例1不同;法院认为支付宝中蚂蚁花呗、借呗等功能均具有财产属性,均可以在淘宝中直接购买相应的物品,黄某采用了欺骗手段获取他人的支付宝账号和密码,也就意味着掌握了他人放置财物的箱子和钥匙,亦符合诈骗罪中被害人陷于错误认识交付财物(具有财产属性的支付宝账号和密码)的情形。就此而言,它是用户而不是非金融支付机构为被骗人展开的教义分析。

二是预备行为与实行行为的混淆。对盗窃罪等夺取型、自损型财产犯罪来说,财物占有的转移是必要条件,财物占有的转移时间也是区分财产犯罪实行行为与预备行为的标准,但是上述案件中却存在混淆现象。在案例2、案例3和案例5中,法院均认为,行为人实施了欺骗行

〔8〕 参见江苏省南通市崇州区人民法院(2017)苏0602刑初503号刑事判决书。

〔9〕 参见福建省石狮市人民法院(2017)闽0581刑初1070号刑事判决书。

〔10〕 参见张明楷:“三角诈骗的类型”,《法学评论》2017年第1期,第24—25页。

〔11〕 浙江省宁波市中级人民法院(2015)浙甬刑二终字第497号刑事判决书。

为,导致对方受骗,但被害人受骗并非行为人占有被害人财物的决定性因素,被害人也无处分意识,所以行为人构成盗窃罪。在案例5的生效判决中,法院认定行为人秘密掉换二维码是其获取财物的关键,但没有对商家或顾客实施虚构事实或隐瞒真相的行为,不能认定商家或顾客主观上受骗;顾客既不是受骗者,也不是受害者,商家是受害者但不是受骗者。<sup>[12]</sup>在案例3中,法院立足于“最直接的手段说”认为,在诈骗与盗窃手段交织使用的犯罪中,认定构成盗窃犯罪或是诈骗犯罪,关键要看行为人使用该方法是否使对方陷入错误认识进而对其财产作出处分,将之“自愿”交给行为人。虽使用欺骗方法,但只是为盗窃行为创造条件,并未使对方基于认识错误自愿交付财物的,仍应认定为盗窃罪。<sup>[13]</sup>作为最高人民法院确立的第27号指导性案例,案例2中法院生效判决采取的裁判理由是:“对既采取秘密窃取手段又采取欺骗手段非法占有财物行为的定性,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。如果行为人获取财物时起决定性作用的手段是秘密窃取,诈骗行为只是为盗窃创造条件或作掩护,被害人也没有‘自愿’交付财物的,就应当认定为盗窃;如果行为人获取财物时起决定性作用的手段是诈骗,被害人基于错误认识而‘自愿’交付财物,盗窃行为只是辅助手段的,就应当认定为诈骗。”<sup>[14]</sup>可见,第27号指导性案例采取的是“决定性作用的手段说”,其与“最直接的手段说”只是表述方式的差异,没有实质区别,两者都侧重判断行为人获取财物的关键性手段,以明确犯罪的实行行为是什么。然而,这种分析并没有以财物或财产性利益的占有转移为主轴,存在把预备行为当成实行行为的问题。

上述案件并不是“边缘案件”,相反,由此引发了盗窃罪与诈骗罪区分的争议及司法实务上的混淆。第三方支付平台支付的特点是,涉及用户备付金或其对银行的债权,以及通过支付账户与密码来完成交易。这种第三方支付平台的介入,为线上犯罪带来可乘之机,模糊了盗窃罪与诈骗罪的界限,从而带来一系列的争议问题:(1)谁是被骗人的争议,是用户抑或第三方支付平台,其确立的标准是什么,如何认识受骗人的处分意识。(2)被骗人的处分行为是什么,即财产犯罪的实行行为是取得他人支付宝账户密码的行为,抑或冒用他人账户密码通过第三方支付平台支付、结算、转账的行为。(3)第三方支付平台有无处分财产的权限,基于这种处分权限实施的处分行为的性质是什么,其法理根据何在,这种被骗人与被害人的分离,是三角诈骗,抑或诈骗罪的间接正犯。

形成争议的根本症结并不在于处分行为在盗窃罪与诈骗罪区分上的功能如何,<sup>[15]</sup>而是没有结合非金融机构网络支付的特点、功能,从教义学上确定谁是关键性的被骗人和实行行为,从而正确定位非金融机构网络支付框架下诈骗罪的拟制处分为。刑法理论素有注意规

[12] 参见福建省石狮市人民法院(2017)闽0581刑初1070号刑事判决书。

[13] 江苏省淮安市中级人民法院(2012)淮中刑二终字第33号裁定书。

[14] 朱敏明、刘宏水:“从处分意识区分网络钓鱼类刑事案件的定性”,《人民司法》2013年第12期,第18页。

[15] 正因如此,本文并没有系统梳理学界以往有关诈骗罪之处分行为、处分意识等研究成果,而只是结合诈骗罪与盗窃罪的通常区分标准,立足于非金融机构支付的情况展开教义分析,这种教义分析并不影响传统诈骗罪的教义学成果。

定与法律拟制的区分,民法理论有自然血亲与拟制血亲的差别,合同法理论中也有现实交付、简易交付、占有改定、指示交付与拟制交付的对应,这都对本文提出的诈骗罪之假定处分行为的概念具有启发性。拟制处分行为专指第三方支付平台基于预设同意的处分权限,在他人输入支付口令(如账户密码)的情况下,基于假定的处分意识,实现财物或财产性利益之占有转移的处分行为。这种拟制处分行为同样是主观的处分意识与客观处分行为间的有机统一,尽管其处分的是被害人的利益,但从规范上应当被评价为被骗人的处分行为。同时,根据非金融机构网络支付蕴含的“预设的同意”“假定的处分”的法理,被骗人的处分意识与处分行为都是一种法律拟制,系行为人诈骗的利用工具,构成诈骗罪的间接正犯。面对非金融机构网络支付的快速发展,第三方支付平台的拟制处分行为在盗骗交织案件中具有举足轻重的地位,它不仅能够合理区分盗窃罪与诈骗罪的界限,体现存疑有利于被告人原则,而且在法律系统内部可以正确处理刑民交叉带来的民事诉讼难题,为司法实践中频发的盗骗交织案件提供最佳的视野俯角和更具可接受性的教义学解答方案。以下,本文将围绕诈骗罪之拟定处分行为的各种组成要素予以详尽论证。

### 三、假定的处分意识与处分意识的教义学厘清

“处分意识”本属于诈骗罪中约定俗成的犯罪构成要件,是指处分人意识到将自己占有的财物或享有的财产性利益转移给对方占有或享有,<sup>[16]</sup>在非金融机构网络支付的情况下,被骗人是第三方支付平台,其处分意识是一种假定的处分意识。

#### (一)处分意识有坚守的必要

诈骗罪的处分行为涉及的首要问题是,诈骗罪的处分意识还要不要?学界通说认为,诈骗罪系被害人意志有瑕疵的自损型罪,而盗窃罪则属于违反被害人意志的他损型罪,客观上是否违背被害人意志并不是区分两罪的关键,被骗人主观上有没有处分意识才是区分二罪的分水岭。

但是,最近有学者指出,“诈骗罪是一种‘交往沟通型’犯罪,需以被告人和被害人之间发生沟通和交往为前提,这使得被害人的行为具有‘自愿’的表象,但这种表象,并不能说明处分意识乃是诈骗罪的必要要素,也不是在所有的诈骗案件中,被害人都有处分意识。被害人所具有的意识,只需为‘就财产决策事项加以沟通’的意识。”<sup>[17]</sup>即,否认诈骗罪之处分意识在个罪构成要件中的意义,或者以此为基础,主张在诈骗罪中以行为人与被害人之间的沟通与交往替代处分意识,这就是应对非金融机构网络支付情况下盗骗交织犯罪提出的新观点。

笔者认为,这一观点值得商榷。固然,诈骗罪是一种行为人与被害人之间的交往型犯罪,但面对非金融机构网络支付的快速发展及其所带来的盗骗交织问题,否定被骗人的处分意识,主张“就财产决策事项加以沟通”的观点只是老话新说。处分意识作为诈骗罪的积极构成要件,本就要求行为人与被骗人之间就财产决策事项加以沟通,但是反过来,就财产决策事项有

[16] 柏浪涛:“论诈骗罪中的‘处分意识’”,《东方法学》2017年第2期,第97页。

[17] 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170页。

沟通并非意味着具备处分意识,例如甲打电话给乙谎称去收购乙收藏的古董,并就该古董谈好价格,但甲其实是想去确认该古董是否为真以及具体的存放地点,然后趁乙不在家之际,潜入家中取走古董。对此,甲与乙之间自然就财产决策事项有沟通与互动,但乙对该古董却并没有处分意识,甲的行为并不成立诈骗罪。

此外,主张取消诈骗罪之处分意识的学者,也并未正确理解受骗者的行为构造及其实质内涵。诈骗罪能作为区别交付型犯罪与夺取型犯罪的典例就在于其处分行为,如果将处分意识排除在处分行为之外,那么无疑是将处分人视为冰冷的机器。以诈骗罪与盗窃罪的界限为例,盗窃罪专注于对财产所有权和占有本身的保护,而诈骗罪侧重于禁止行为人用虚假信息误导权利人,以至于因不合理处分而蒙受财产损失,两者的关键区别在于,受骗者是否基于认识错误处分(交付)财产。在盗骗交织案件中,就需要判断这种处分行为对财物或财产性利益的占有转移是否最为关键,虽使用欺骗方法,但只是为盗窃行为创造条件的,那么欺骗行为在财产转移占有中所起的作用就不是决定性的,该行为仍应认定为盗窃罪。

在非金融机构网络支付的情况下,坚持处分意识必要说,把处分意识界定为被骗人实现财物或财产性利益之占有转移的意识,乃是一般性讨论,若将其生搬硬套到线上犯罪就会存在疑问。面对作为“例外的”的非金融机构网络支付,要想正确认定受骗人的处分意识,就需要认真对待被害人、被骗人与第三方支付平台之间的关系,厘清第三方支付平台能否被骗及它是何性质的处分行为。

## (二)第三方支付平台可以被骗

第三方支付平台能否被骗?这是对被骗人的认识能力与意志能力的判断,也是采纳假定的处分意识理论解释被骗人的处分意识的前提。

对此,有肯定说与否定说之分,主张肯定说的学者认为,“输入他人支付宝用户名和密码,将他人支付宝账户内资金私自转出。行为人因实施了虚构其为支付宝用户本人或得到用户授权的事实,从而让支付宝误以为转账行为是用户的意思表示,该行为应以诈骗罪定罪处罚。”<sup>〔18〕</sup>主张否定说的学者则指出,“我国刑法和相关立法、司法解释明确规定了ATM机等机器可以成为信用卡诈骗的被骗对象,但由于上述规定属于法律拟制性规定,因而不能当然推断出所有机器均可以成为诈骗类犯罪被骗对象的结论。无论是根据罪刑法定原则,还是根据一般人对诈骗犯罪对象的理解,目前支付宝等第三方支付平台都不能成为诈骗犯罪的对象。且从技术层面来分析……使平台确信是本人或者他人得到授权使用的凭证就是通过账户、密码的验证,支付宝平台不可能进行现实的人身或者其他验证,只能根据通过验证的指令进行支付,不会陷入所谓的错误认识。”<sup>〔19〕</sup>笔者赞同肯定说,理由如下:

其一,就第三方支付来说,被骗的并不是机器,而是机器后的操作人员,并不存在机器被骗的问题。主张盗窃罪的学者也不否定支付宝公司的运作流程,即“根据支付宝的运作流程,支

〔18〕 石坚强等,见前注〔5〕,第17页。

〔19〕 吴波:“秘密转移第三方支付平台资金行为的定性——以支付宝为例”,《华东政法大学学报》2017年第3期,第100页。



付宝之所以将账户资金转账到行为人指定的银行账户,是基于之前支付宝公司与支付宝用户所签订的服务协议。根据服务协议的约定,只要用户输入正确的用户名和密码,支付宝公司就有义务按照操作指示将账户资金用于支付或转账,支付宝公司按指示转账是正当履行合同的行为。”〔20〕这是问题的关键,即支付宝公司虽然是借助于网络并通过账户与密码操作的,但这种操作也需要专职人员审核,是存在被骗的情况的。就此而言,认为“支付宝平台不可能进行现实的人身或者其他验证,只能根据通过验证的指令进行支付,不会陷入所谓的错误认识”的说法便是错误的。

其二,符合欺骗行为的实质。欺骗行为的实质在于使受骗者陷入认识错误或持续陷入错误而处分财产。〔21〕传统诈骗是“二人转”模式,需要行为人与被骗人之间“斗智斗勇”,三角骗是第三方支付平台基于用户预设的同意,行为人冒用用户的手段欺骗第三方支付平台,使其信以为真并转账结算,尽管它们都是依赖数据信息来完成,且数据信息是客观真实的,但这正是线上犯罪与线下犯罪的区别,线上犯罪并不需要很高的骗术,是一种技术性骗术,被骗人实施的是一种基于假定的处分意识而为之的拟制处分行为。从规范层面判断,冒用他人账户密码本就是一种欺骗,且能带来财物或财产性利益之占有转移的效果。另外,认为支付宝等第三方支付平台不可能进行现实的人身或者其他验证,进而否定其不可能被骗也不符合逻辑。就骗取自动取款机而言,这一论证也许是成立的,但就第三方支付来说,它需通过人工审核才能完成,比如,网上购物使用支付宝支付时,用户是把备付金提交给支付宝公司的,如果遇有退货等情形,支付宝公司则会在通过审核后,将备付金退还给用户。

其三,不能以机构没有现实的认识能力与意志能力否定其被骗。一如我们所知,刑法学早期否定法人犯罪,但随着现代公司制度的快速发展,当代刑法及刑法理论转而承认法人犯罪,肯定法人的犯罪能力与刑罚能力。与之相似,应当从规范上肯定第三方支付平台有认识能力与意志能力。固然,在行为人冒用他人账户密码的情况下,支付宝公司已尽到合理的审查义务,此种情况存在被骗人与被害人的分离,支付宝公司取得用户预设的同意而处分用户财产,行为人构成诈骗罪的间接正犯,即行为人把支付宝公司等第三方支付平台作为利用工具,进而取得被害人对银行的债权。

其四,具有刑法体系上的一致性。我国刑法和相关立法、司法解释明确规定了ATM机等机器可以成为信用卡诈骗的被骗对象,司法实务中也有此类判决。〔22〕诈骗罪与信用卡诈骗罪之间是一般与特殊的关系,立足于体系解释的立场与方法,既然立法及司法解释承认信用卡诈骗罪中机器可以被骗,缘何又否定诈骗罪中机器不能被骗?同时,认为上述规定属于法律拟

〔20〕 同上注,第99页。

〔21〕 参见张明楷:“论诈骗罪的欺骗行为”,《甘肃政法学院学报》2005年第3期,第2页。

〔22〕 比如,被告人李某于2012年8月在购得新手机号码后,发现该手机号码绑定被害人号码原使用人姚某的支付宝账户。被告人李某遂利用该手机号码重置支付宝账户密码,并利用支付宝账户与信用卡的绑定关系,通过支付宝账户进行网上消费或转账取现,共计人民币15000余元。法院以信用卡诈骗罪判处李某有期徒刑七个月,并处罚金人民币20000元。参见上海市金山区人民法院(2013)金刑初字第52号刑事判决书。

制而不是注意规定,这一观点不能成立,刑法及司法解释对信用卡诈骗罪的规定属于个罪犯罪构成的定型化,并不是在个罪构成要件中特别强调什么,或提醒注意什么,因此与法律拟制或注意规定无关。

### (三) 被骗人的假定的处分意识

线上犯罪多属于被骗人与被害人分离的情况,且关键性被骗人为第三方支付平台,如案例 1 中的情形,这种分离在规范层面上体现为被骗人转移意思与转移占有的分离。当被骗人负有转移他人债务的义务时,他基于交易习惯或惯例而转移他人债务,从而给他人带来财产损失的,就反映出一种假定的处分意识,即行为人在他人符合程序性条件的情况下自动而为的一种转移占有的概括意识,这种概括意识的形成并不需要沟通与互动,只需要满足某种程序性条件即可,如输入正确账户与密码等。

以保姆案为例,甲假冒洗衣店的员工来取西装,保姆乙误以为真,就把西装交给甲,结果甲取走西装据为己有。就保姆而言,其转移意思与转移占有是分离的,这种基于被骗的转移占有行为,只不过是行为人实施诈骗利用的工具。这种转移意思与转移占有的分离,在线上支付中更为常见,也是互联网金融的风险之一。以支付宝支付为例,当行为人输入账户与密码请求支付、结算时,支付宝公司处分的是用户对银行的债权,虽非处分自己的财产,但却是基于三方协议而具有处分权限,也就是存在转移意思与转移占有的分离,把不应该转移占有的债权转移了。此时,第三方支付平台是行为人实施诈骗的利用工具,行为人成立诈骗罪的间接正犯。

在被骗人与被害人分离的情况下,被骗人处分的是被害人的财物或财产性利益,所以需要回答被骗人处分行为的根据何在。笔者认为,被骗人对财物占有转移的同意,既非“基于认识错误而自愿处分财物”的传统教义所能涵盖,<sup>[23]</sup>也非“当具有同意能力的被害人基于真实的意思表示放弃其具有处分权限的法益时,这种同意就是刑法上有效的同意”这一最新教义所能解决。<sup>[24]</sup>主要有四点理由,第一,这种同意处分的是被害人的财物或财产性利益,如案例 1 和案例 4。第二,这种同意是基于预设的条件,即账户与密码输入正确,至于是谁输入账户密码,这种账户密码是如何获得的,并不影响被骗人的同意,因而被骗人有处分财物或财产性利益的权限。第三,基于事先约定或法律规定等,这种同意带来的处分效果由被害人承担,被骗人本身并不需要为此担责。第四,被骗人的同意与物理空间中的真实的意思表示不同,它只是一种假定的同意,具有“自愿”“真实”将财物或财产性利益的占有转移的效果,但又不属于意思自治的范畴,因为它也是基于受骗而为的有瑕疵的意思表示,并不具有出罪的正当性。就此而言,在被骗人与被害人分离的情况下,需要提出“被骗人的假定的处分意识”的基本教义。

同意在个罪的教义学上具有区辨意义。在人身犯罪中,同意往往是出罪事由,并不需要区分同意的原因,但就财产犯罪而言,同意并不必然是出罪事由,而是区分不同犯罪的构成要件内容,就诈骗罪与盗窃罪的区分来说,被骗人的同意往往具有分水岭的意义。被骗人的处分意

[23] 参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》(第 7 版),北京大学出版社、高等教育出版社 2016 年版,第 504 页。

[24] 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》2017 年第 1 期,第 67 页。

识有现实的处分意识与假定的处分意识之分,前者体现在线下犯罪中,是一种纯事实判断意义的处分意思,是基于受骗自愿将财物或财产性利益的占有拱手让与他人的处分意思,是现实、自愿的。后者则发生在线上犯罪中,是一种规范判断意义上的处分意思,如预设财物的占有转移的条件,待条件实现后,即做出财物占有之转移的意思表示与行动。如银行对承兑汇票的兑现,只要行为人出示盖有银行和签名的汇票即可,至于这种签章是盗窃来的,还是伪造的,银行则并无审查的义务。同理,银行自动取款机的运作也体现了假定的处分意识,即只要行为人插入信用卡并输入正确的密码,自动取款机就会将债权兑换为现金。

第三方支付平台的假定的处分意识对区分诈骗罪与盗窃罪的重大。根据客观决定主观的法理,处分行为的核心是对财物或财产性利益的转移占有,而转移占有是一种事实判断基础上的规范判断。正像理论界讨论直接故意与间接故意区分时,把具有造成结果发生必然性的行为解释为直接故意的表征,如甲作为吊车司机,看到乙在吊车下面,心想把吊车放下看看能否把他砸死,结果乙真被吊车砸死,这不是基于甲的主观意思来评判其是否为直接故意,而是作一种客观评价。再如,行为人的主观意志自然也需要根据因果关系进行判断,这种立足于规范判断而得出的处分意思,显然不是一种物理上的处分同意,而是一种假定的处分意识。就线上支付来说,如果行为人冒用被害人的支付宝账户与密码,看似被骗人没有把账户内的债权转移占有的意思,但就非金融机构网络支付来说,只要行为人输入的账户与密码正确,则第三方支付平台就无权拒绝支付或转移用户的债权。这种假定的处分意识在非金融机构网络支付的情况下,不仅可以避免把不符合传统诈骗罪之构成要件的行为解释为盗窃罪,有利于贯彻落实存疑有利于被告人的原则,而且在法秩序一致性层面,也能够消除民事责任与刑事责任之间的法律冲突,即在确保刑事判决之既判力的前提下,正确认定财产犯罪的受害人与第三方支付平台的民事责任。

综上,非金融机构网络支付并没有改变诈骗罪的传统教义,受骗人在主观层面仍需要有处分意识,但认定受骗人的处分意识需要以财物或财产性利益的占有转移为主轴,把第三方支付平台解释为被骗人,其处分意识是一种基于预期的同意而产生的假定的处分意识,属于诈骗之客观要件的核心内容。

#### 四、主要手段说与处分行为的教义学匡正

根据客观决定主观的法理,诈骗罪之处分意识的相关问题是,如何确定财产犯罪的处分行为。处分行为作为诈骗罪的积极构成要件,在非金融机构网络支付的情况下,具体体现为把用户对银行的债权进行转移,是一种“转移权利”的行为。<sup>[25]</sup>就诈骗罪而言,这种处分行为与诈骗罪的实行行为直接相关,在盗骗交织的情况下,如果错把预备行为当成实行行为,就会带来

[25] 参见王俊:“非法占有目的的不同意义——基于对盗窃、侵占、诈骗的比较研究”,《中外法学》2017年第5期,第1381页。

认识上的错乱。因此,在理解盗骗交织中财产犯罪的实行行为时,应当坚持主要手段说,以财物或财产性利益的占有转移为主轴进行判断。

### (一)主要手段说与实行行为意义上的处分

财产犯罪的本质是转移占有或毁灭,在非金融机构网络支付的情况下,财物或财产性利益的转移是以债权实现方式呈现的,行为人对财产的转移占有应当以第三方支付平台的支付完成作为标志。第三方支付平台的支付、结算等是由人来具体操作的,所以在冒用他人账户密码的情况下,自然属于欺骗。

盗骗交织犯罪必定是复合行为,区分处分行为的主次十分必要,即对欺骗行为与盗窃行为在财产转移占有中的作用大小进行评判,以区分起决定作用的、直接相关的行为,并把这种行为作为个罪定性的依据。相反,如果不区分欺骗与盗窃,以明确哪种行为是主要行为,则容易造成盗窃罪与诈骗罪区分上的混淆。就案例4来说,则会存在两种解释,一是,因被害人并没有现实的处分行为,故行为人的行为成立盗窃罪;二是,因被害人把账户与密码(一种财产占有的权限与地位)告知行为人,其具有处分的可能性认识,故行为人的行为成立诈骗罪。笔者认为,线上诈骗与线下诈骗的行为模式不同,后者以行为人与被骗人之间的交往与沟通为中心;前者则是借助于账户密码,以行为人与第三方支付平台之间的交往与沟通为中心,而行为人与被害人之间的交往与沟通只是实行行为的“前夜”,可以界定为犯罪的预备行为。

单一的盗窃或诈骗行为都是一种独立的行为,并不存在预备行为与实行行为的划分,盗骗交织则存在欺骗行为与秘密状态下的占有行为的结合,如行为人想偷他人家里的财物,先打电话把被害人骗出家门,然后入室盗窃,这种情况的欺骗只是盗窃行为的辅助行为,并不具有决定性意义,后期将他人占有的财物转移为自己或第三人占有才是决定性的实行行为,因而仍然构成盗窃罪。再如,甲骗乙说,你把你身边的包给我,乙不问究竟就把丙放在车站座位上的包给了甲,这种没有处分财产意识的行为自然难以构成诈骗罪。尽管这种也属于盗骗交织,但甲骗乙拿包给他只是盗窃罪的辅助条件,起决定作用的乃是甲利用乙的错误认识取走丙的财物,属于盗窃罪的间接正犯。对此,理论界多认为乙并无处分他人财产的地位与权限,而将其解释为无效处分,因而认定为盗窃罪。其实,这种有关处分权限的主张存在疑问,在这种行为构造中,骗是次要行为,行为人是借助于无知者之手盗窃财物,无知者的这种传递是辅助性的,偷才是主要行为,两者存在明显的主次区分。这种主次作用的划分与行为人的处分权限及其处分地位有关,如果行为人利用不具有处分权限者的行为占有他人财物,则构成盗窃罪的间接正犯,如果他人有处分权限,则属于诈骗罪的间接正犯。

如何判断行为人的处分行为,德国刑法理论与实务认为,“财产处分必须是‘直接’造成财产减损,也即被害人基于错误认识的作为、容忍或不作为应当无须行为人采取进一步的举动就足以造成财产减损。相反,如果被害人的行为只是使得行为人取得了造成被害人财产减损的机会或可能性,则不能认定被害人处分了财物。例如,行为人欺骗被害人,使被害人让其进入家中,然后伺机窃取了屋内财物的,成立盗窃罪。因为被害人受骗让行为人进屋只是造成了方便行为人实施盗窃的机会,并没有处分财产。即便是行为人通过欺骗造成了被害人对财物占

有的弛缓,而后再自己取走财物的,也应当成立盗窃罪而非诈骗罪。”〔26〕我国司法实务判例主张以行为人获得财产的决定性行为作为定性的关键,如果欺骗是决定性的,便定诈骗罪,相反,如果盗窃是决定性的,则定盗窃罪。显然,这是一种主要手段说的立场。该说主张,“应当通过对非法占有财产起主要作用的手段定性,是欺骗行为的为诈骗,是秘密窃取行为的为盗窃。”〔27〕指导性案例第27号也兼采主要手段说与处分意识必要说来论证盗窃与诈骗的区别。何为犯罪的主要手段,学界一般引用日本学者山口厚的观点,即交付(处分)的行为,必须是能直接转移财物或财产性利益的行为,这就是处分行为的直接性要求。〔28〕这里的“直接性要求”是指“行为人不必要就被骗财产做出另一违法行为”。〔29〕在盗骗交织型犯罪中,主要手段说无疑是具有解释力的。

笔者认为,何为主要手段,是对财产犯罪之实行行为的判断,即决定财物占有的转移的行为,其在网络支付的背景下具有特定内涵,有给予再界定的必要,被骗人的处分权限也是一样。网络支付作为一种新型支付手段,是借助于支付宝等第三方支付平台实现的无现金流转、消费等,未来必定会成为一种应用更为广泛的支付手段。《非银行支付机构网络支付业务管理办法》第2条规定:“本办法所称网络支付业务,是指收款人或付款人通过计算机、移动终端等电子设备,依托公共网络信息系统远程发起支付指令,且付款人电子设备不与收款人特定专用设备交互,由支付机构为收付款人提供货币资金转移服务的活动。”网络支付的特点在于客户可以根据支付账户发布支付指令,并不需要证明“你是谁”,也不需要身份验证,因而账户与密码对于网络支付来说具有特殊意义。该办法第3条还规定:“本办法所称支付账户,是指获得互联网支付业务许可的支付机构,根据客户的真实意愿为其开立的,用于记录预付交易资金余额、客户凭以发起支付指令、反映交易明细信息的电子簿记。支付账户不得透支,不得出借、出租、出售,不得利用支付账户从事或者协助他人从事非法活动。”可见,账户与密码意味着财产的占有。传统刑法理论对财产的占有的界定是以“物理上的占有”或“观念上的占有”为标准。〔30〕近年来,学界开始关注规范性的占有概念。〔31〕其实,观念或规范上的占有应当包含占有权限的内容,就线上犯罪而言,账户与密码虽然不能等同于财产的占有,但却是一种权限的占有,就像自行车被停在楼下一样,我们对它其实是一种观念上的权限占有,而不是一种物理上的现实支配。

〔26〕 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,第41页。

〔27〕 黄培伦、黎宏:“应以处分行为和处分意识的有无区分诈骗与盗窃”,《人民检察》2017年第11期,第51页。

〔28〕 (日)山口厚:《从新判例看刑法》(第2版),付立庆、刘隽译,中国人民大学出版社2009年版,第190页。

〔29〕 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155页。

〔30〕 参见刘明祥:“论刑法中的占有”,《法商研究》2000年第3期,第35页。

〔31〕 参见车浩:“占有概念的二重性:事实与规范”,《中外法学》2014年第5期,第1180页。

试想行为人取得他人账户密码,但没有转移占有账户内财产性利益的情况,显然该行为只是为实施犯罪做准备,正如行为人骗取他人房间的钥匙,但并没有入室取走任何财物一样。同理,偷换二维码只是为后续诈骗行为做准备,属于犯罪的预备行为,单纯地偷换二维码并不能完成占有他人财物的行为,因而并不是犯罪的实行行为。行为人后续冒用他人输入账户与密码的支付、消费或转账才是实行行为,且是一种典型的诈骗,即以欺骗手段骗取第三方支付平台的信任,让其自愿地把账户内的债权转移给自己或第三人。而第三方支付平台则是行为人实施诈骗的利用工具,只是因为其已经取得了被害人预设的同意,只要输入正确的账户与密码即可转移其债权,所以第三方支付平台在账户与密码正确时,有权处分用户的债权,进而使用户的财产性利益受到损失,成为了诈骗罪的被害人。

非金融机构网络支付的特点是无现金交易,脱离权限的财产占有是无意义的,行为人使用支付宝转账、消费、借贷需要的是账户与密码,因此,有无支配、管理与处分他人财物或财产性利益的权限,并实现财物的占有的转移,是判断犯罪之实行行为的关键。在非金融机构网络支付的场合,被骗人在错误状态下处分财物,往往存在两个阶段,一是受害人将账户密码告诉行为人或者行为人以各种手段取得账户密码,在这一阶段上,可以说行为人即获得了对诈骗财物或财产性利益的控制可能性,而不是必然性。二是行为人冒用被害人账户密码欺骗第三方支付平台,将被害人的债权转给自己或第三人,两种行为既存在先后关系,也存在主次之分。被害人把自己的支付宝账户与密码,因对方的欺骗而自愿告知行为人,行为人因此获得处分财物或财产性利益的权限,而不是现实地从被害人处取得了财物或财产性利益之占有转移。就案例4来说,此类犯罪行为由“骗取支付宝账户密码”“冒用支付宝账户密码,欺骗第三方支付平台而使用支付宝花呗购买商品、取现”两个行为组成。其中,第一个行为只是实现财物或财产性利益之占有的转移的辅助条件,并非关键性的,属于财产犯罪的预备行为,第二个行为才是实现财物或财产性利益之占有的转移的关键条件,是财产犯罪的实行行为。其中,第二个行为里存在诈骗罪的基本教义,即行为人冒用他人支付宝账户密码实施欺骗,第三方支付平台基于预设的同意,只要请求支付的账户密码符合程序性、技术性要件,则必然会同意将财物或财产性利益之占有转移给他人。就此而言,两种行为之间存在吸收关系,依据吸收犯“主行为吸收次行为”的处理原则,案例4整体上符合诈骗罪的构成要件。

比较有争议的问题是,行为人一般会采用事先使用电脑程序编写的数额不符合的链接,诱导被害人进行点击,之后通过预设的计算机程序,将财产转移到行为人或第三人的账户,比如案例2;或者,通过购买木马软件,发送假网站截图、假邮件等方式,引诱被害人登录虚假网站,偷窥被害人支付宝账号、密码及验证码后,登录被害人支付宝账户将其财产转移到行为人或第三人的账户,比如案例3;再者,更换店家的收款二维码,把财产转移占有,比如案例5。对于被害人来说,虽然被诱骗输入账号和密码,或点击链接,或按照二维码付款,但其目的是解除对支付宝账户的监管,或者根据指示交付货款等,并非是陷入错误的认识之后向行为人自愿交出财物。所以在这类犯罪中,取得被害人账户密码是违背被害人意志的,行为人在取得上述账户密码后,冒用他人账户密码欺骗第三方支付平台,会导致第三方支付平台陷入错误认识,因而又

有欺骗行为。如果以财物或财产性利益的占有转移作为界定实行行为的标准,那么欺骗行为是主要手段,构成诈骗罪而不是盗窃罪。就此而言,目前司法实务中对上述有关案件的定性存在错误。

## (二)当以财产占有的转移为主轴确定实行行为

在非金融机构网络支付的情况下,行为人与被骗人之间的信息不对称程度已非线下支付所能比拟。线上支付的特点是技术化、程序化。在“二人转”模式下,诈骗必定是行为人与被害人(被害人)之间的互动与沟通,但在“三角骗”模式下,互动与沟通可能存于行为人、被害人与被骗人之间。其中,行为人与被害人、被骗人的关系又有两种模式,一是被害人与被骗人同时被骗(两头骗),如案例4;二是被害人账户密码被盗,但第三方支付平台被骗,如案例1。

正是这种三角关系带来了财产犯罪之实行行为与预备行为的混淆。对此,笔者主张以财物的占有转移为主轴来确定财产犯罪的实行行为,以走出这种混淆。行为人获取他人支付宝账户密码,就获得了处分财物或财产性利益的权限与地位,但这只是犯罪的“前奏”,行为人冒用他人账户密码,骗取支付宝等第三方支付平台,使其陷入错误而处分用户的债权的行为,才是诈骗罪之实行行为的核心。如果把预备行为当成实行行为,就会在案例5的类似情形中得出盗窃罪的结论。

是占有转移抑或占有弛缓?这对确定财产犯罪的实行行为具有终局意义。山口厚指出,“如果为了取得占有,(交付行为的)对方还必须再实施占有转移行为的,就不足以称之为交付行为。这种情形不是‘占有的转移’,而不过是出现了‘占有的弛缓’。”<sup>[32]</sup>国内学者指出,诈骗罪中的“交付(处分)行为必须是使占有转移的行为,仅有使占有变得弛缓的行为是不够的。”<sup>[33]</sup>或者说,“占有人必须清楚地认识到,他的同意意味着将失去对某件确定的财物的占有。当允许他人接触财物的占有人并没有意识到,他将终局性地丧失财物的占有,而仅仅意识到是占有的松弛时,欠缺同意。例如,把商品交给顾客端详,或者交由顾客去试衣间试衣服,交付人都不是从终局性地占有丧失的立场出发去交付财物,如果顾客把商品直接带走,就是打破了他人的占有。”<sup>[34]</sup>以案例4为例,行为人骗取被害人账户密码后,只是造成被害人对财物的占有的松弛,并非财物的占有的转移。行为人冒用他人支付宝账户密码,骗取第三方支付平台,把被害人占有的“债权”转移给自己或第三人,这才是具有关键性的实行行为。

在网络支付中,行为人的行为构造不同于传统诈骗行为,而是需要借助第三方支付平台。第三方支付平台处分他人债权的限定性条件就是预设的账户与密码,当行为人通过欺骗取得他人账户与密码后,也就取得了处分他人财产性利益的权限,对被害人而言,这是一种占有松弛,正像把房门药匙交给了行为人,并不意味着是把房门内的财产交给行为人一样。行为人骗取账户、密码的行为只是为犯罪做准备,是财产犯罪的预备行为,之后输入账户与密码支付、转

[32] (日)山口厚:《刑法各论》(第2版),王昭武译,中国人民大学出版社2011年版,第197—198页。

[33] 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。

[34] 车浩:“盗窃罪中的被害人同意”,《法学研究》2012年第2期,第104页。

账或消费的行为,才是真正转移占有的行为,也是财产犯罪的实行行为。

在诈骗的三角结构中,也有可能是被害人与第三方支付平台同时被骗,如案例4,但这种被骗又区分主次。就线上犯罪而言,它需要借助非金融机构网络支付来完成,没有这种支付,行为人就无法实现对财物或财产性利益的占有转移。学界一般认为,被欺骗者基于处分行为而交付财物,行为者领得财物的,构成诈骗罪既遂,<sup>[35]</sup>故判断诈骗罪的实行行为必须以财产转移占有为主轴。行为人骗取或窃取他人账户密码,只是实现财产转移的第一步,输入账户密码欺骗第三方支付平台,借助第三方支付平台的结算与周转把债权转移,才是实现财产转移占有的关键。就此而言,谁是被骗人,财产犯罪的实行行为是什么,都必须以对财物的占有转移具有决定性意义的非金融机构网络支付为中心来进行逻辑展开。

## 五、预设的同意与三角诈骗的教义学解答

与盗窃罪的意志违背性相比,诈骗罪属于更为轻缓的犯罪,即基于被骗人的同意而完成犯罪。根据客观决定主观的法理,这种同意在线下犯罪中往往表现为一种现实的财物占有的转移,但在线上犯罪中则体现为一种对银行的债权的转让,两者的犯罪方式明显不同。故,如何认定被骗人的处分权限及其法理根据,就是接下来必须回答的问题。

### (一)预设的同意与被骗人的处分权限

车浩在区分盗窃罪的间接正犯与三角诈骗时采取客观权限与审核义务标准,就客观权限的意义,他指出,“只有第三人在客观上处于正当许可的范围内活动,他才算是代表了被害人(财物权利人)同意转移占有的意思。也就是说,要么第三人得到了被害人关于财物处理的全权委托,要么法律或制度上给他的意思活动提供了支持,只有在这些情况下,第三人才算是代表了被害人转移占有的意愿,才能够排除盗窃罪中的‘打破占有’,转而成立三角诈骗。”<sup>[36]</sup>这一观点延续了德日国家学者的学说。<sup>[37]</sup>诈骗罪中被骗人必须有处分权限,这是一种能够将财物或财产性利益交付给他人的权利,它可以基于法律规定、合同约定、事先授权、工作职责或社会生活的观念等形成,如果无处分权限而处分他人财产,则构成盗窃罪的间接正犯。

从理论上说,被骗人基于处分权限而处分财产,就是基于预设的同意而处分他人财产,如第三方支付平台对用户债权的处分,这种情况构成诈骗罪的间接正犯。试举生活中的两例子

[35] 周光权:《刑法各论讲义》,清华大学出版社2003年版,第128页。

[36] 车浩,见前注[34],第119页。

[37] 德日不少学者主张这一观点,如西田典之认为,“在三角诈骗中,被诈骗人必须具有处分被害人财物的权限。例如,A向B谎称C院子里的皮球为自己所有,而让B替其拿走皮球,由于B在事实上与法律上均没有处分C院子里的皮球的权限,因而A构成盗窃罪的间接正犯,而并不构成诈骗罪。还有,A向公寓管理人B谎称自己是居住者C的父亲而让B用钥匙打开C的房间,并拿走C的财物,由于B并无处分权限,因而A的行为仅构成(住宅侵入罪与)盗窃罪。”参见(日)西田典之:《日本刑法各论》,刘明祥、王昭武译,中国人民大学出版社2007年版,第156页。



以证明,一是名画诈骗案,甲在某总经理乙上班后到乙家,对其妻丙谎称:“我是甲新聘任的办公室主任,他让我回家拿产权属于公司但放在家里的一幅百万画作去拍卖”,丙没有多问就把画给了甲,结果被甲据为己有。二是保险诈骗案,某公司为其董事长甲购买奔驰汽车一辆,并在保险公司投了盗窃、抢劫险,由于甲赌博欠下巨债,遂将车开到黑市变卖抵债。之后,甲对某公司称车辆被盗,某公司遂向保险公司索赔成功。上述两例的共同特点是,被骗人与被害人不同,属于三角诈骗,但被骗人对财物或财产性利益基于社会生活的观念或合同约定都具有处分权限,因而行为人均构成诈骗罪的间接正犯。其实,国外也有这样的判例,被告人伊某对被害人严某主张自己对严某保管的四十五头水貂享有权利,当伊某取走水貂时,被害人严某并没有制止。对此,法院认为,“严某在水貂被取走时没有制止,能够肯定严某的默许的同意。虽然被告人伊某的主张被认定为虚假的要求,但被告人取走水貂时存在严某的默许的同意。因此,伊某的行为不是盗窃罪中的窃取行为。”〔38〕

在线上支付的情况中,对于第三方支付平台来说,只要合同的相对方满足了预设同意的条件,如拥有支付宝账户与密码、微信钱包的密码等,该第三方支付平台就会被认为是有支付权限的。然而,实际上行为人可能是骗取了用户支付宝账户、密码,第三方支付平台由此陷入错误认识,且基于错误认识而自愿处分了用户的债权,这完全符合诈骗罪的成立要件。就第三方支付平台的支付、结算而言,平台与用户事先以协议方式约定好各自的权利、义务,包括设定好账户与密码等,只要用户输入账户与密码,就符合了之前预设的限制性条件,第三方支付平台就应该根据这种指令完成债权转让;而且这种债权转让是无时空限制的,不需要面对面,也无需核实用户真实身份。第三方支付平台对债权的转让,就是依赖这种以协议方式确立的预设的同意,也正是这种预设的同意,确立了行为人在冒用他人账户、密码进行支付、消费、结算而给用户带来损失的情况下,用户与第三方支付平台的民事责任承担方式,即由用户本人承担此法律后果,第三方支付平台基于被骗不承担任何赔偿责任,除非行为人的冒用等行为是由第三方支付平台的系统性、技术性风险本身所造成,因为支付宝公司作为一个第三方支付平台,完全是按照支付系统正常的程序来操作的。

诈骗罪的处分行为排除了成立其他财产犯罪的可能,但也保留着与时俱进的开放性。在非金融机构网络支付的情况下,被骗人基于预设的同意处分了被害人的债权,而这种被害人与被骗人的分离,则构成了非金融机构网络支付背景下的另一教义学难题,即三角诈骗理论。

## (二)对三角诈骗理论的法理反思

如前所述,第三方支付平台的介入,使诈骗罪突破了传统的“二人转”模式,成为“三角骗”,且往往盗骗交织。故主张以三角诈骗理论认定二维码案等构成诈骗罪,是一种有力的理论观点,〔39〕受到众多学者的关注,也为一些司法裁判所采用,如案例1。笔者认为,三角诈骗其实

〔38〕 (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43页。

〔39〕 涂龙科:“网络支付环境下盗窃罪适用扩张的路径、弊端及其限制研究——基于司法裁判实践的析”,《法学杂志》2017年第6期,第47—48页。

是诈骗罪的间接正犯,并无单独存在的必要。

在诈骗罪中,如果受骗人(财产处分人)与被害人不是同一人(或不具有同一性),这种情况在理论上称为三角诈骗(Dreieckbetrug)。三角诈骗既具备诈骗罪的本质特征,又完全符合诈骗罪的构成要件;三角诈骗与盗窃罪(间接正犯)的关键区别在于,明确被骗人事实上是否具有处分被害人财产的权限或者是否处于可以处分被害人财产的地位。<sup>[40]</sup>该观点因张明楷等学者的持续关注正逐步成为有影响力的学术主张。三角诈骗理论中最典型的莫过于“保姆案”,即行为人谎称是洗衣店员工欺骗保姆将雇主的衣物拿去干洗,保姆因被骗而将雇主的西服拿给行为人。<sup>[41]</sup>行为人实施了骗术,保姆因被骗而陷入错误认识,处分的虽是他人财产,但保姆对雇主的衣物有一定的处分权限,如替雇主洗衣,只是她处分的财产所有权并不归属于自己。

三角诈骗理论也试图解决非金融机构网络支付下的财产犯罪,以案例5为例,主张三角诈骗的学者指出,“二维码案被告人的行为成立三角诈骗。但是,这里的三角诈骗并不是传统类型的三角诈骗,而是另一种类型的三角诈骗,即被告人实施欺骗行为,受骗人产生认识错误并基于认识错误处分自己的财产,进而使被害人遭受损失。”<sup>[42]</sup>这一基本教义把顾客解释为受骗人,把店家解释为受害人,理由是:“受骗人具有向被害人转移(处分)财产的义务,并且以履行义务为目的,按照被害人指示的方式或者以法律、交易习惯认可的方式(转移)处分自己的财产,虽然存在认识错误却不存在民法上的过错,但被害人没有获得财产,并且丧失了要求受骗人再次(转移)处分自己财产的民事权利。在二维码案中,顾客因为购买商品,具有向商户支付货款的义务,顾客根据商户的指示扫二维码用以支付商品对价时,虽然有认识错误但并不存在民法上的过错,商户却遭受了财产损失。”<sup>[43]</sup>

笔者认为,行为人实施欺骗,用自己的二维码替换掉商家的二维码,然后让顾客信以为真而付钱,此时,顾客被骗,但处分的是店家的债权(财产性利益),这一结论是正确的,但分析路径却有商榷的余地,这也正是三角诈骗理论的疑问。

其一,把二维码支付界定为转移自己的财产是一种误读。在我国刑法中,诈骗罪与盗窃罪的犯罪对象包括财产与财产性利益,债权就是财产性利益的种属。就二维码支付来说,店家与客户都享有对银行的债权,且这种债权的实现是通过第三方支付平台的交付、结算、转存等完成的,顾客购买商品后刷二维码处分的不是财产,而是把自己对银行的债权转移给店家,店家再借助二维码下的债权,通过第三方支付平台实现这种债权。在案例5中,当客户收到对方的货物之后,他应给予店家的就是债权,但由于受骗(二维

[40] 参见张明楷:“论三角诈骗”,《法学研究》2004年第2期,第93页;张明楷,见前注[10],第9页。

[41] 张明楷,见前注[10],第12页。

[42] 张明楷,见前注[10],第24页。

[43] 张明楷,见前注[10],第25页。

码被偷换)而把本来应当转让给店家的债权转移给行为人,顾客(被骗人)基于受骗处分的是店家(受害人)的债权,而不是自己的财产。

其二,忽视了第三方支付平台的法律地位。电子支付可以四方关系作为统一的法律框架:(1)基于支付委托合同构造资金关系,付款人以付款指令发起付款程序,并由此产生付款机构与付款人的各项权利义务关系;(2)托收关系以托收委托合同为基础,但托收机构执行收款经常另需收款指令及双方的托收约定;(3)付款人与收款人间存在基础关系,电子支付为当中的支付方式,基于未来交易的需要,其应逐步取得与现金支付相当的法律地位;(4)支付服务商间以央行支付系统与网联支付平台为中介成立结算关系,进行资金结算。以支付宝“扫码支付”为例,扫码支付的前提是消费者和商家均在同一第三方支付平台合法注册,且消费者账户上具有较为充足的资金。付款人登陆虚拟钱包,进入“扫一扫”界面→付款人使用钱包的“扫码付”,扫收款人的受领辅助人(多为收银员)提供的订单二维码,确认支付→收款人的收银系统会收到支付成功或失败的结果。<sup>[44]</sup>在四方关系中,第三方支付平台充当着支付、结算的角色,尽管机器不能产生错误认识无法被骗,但第三方支付中的支付、结算等活动仍是由人依据支付口令等完成的,就案例1、案例2、案例3、案例4而言,假冒他人支付宝账户、密码等实施诈骗,也会导致第三方支付平台的工作人员产生错误认识,进而错误地处分他人的债权。而对于案例5来说,行为人偷换二维码不仅欺骗了顾客,而且欺骗了第三方支付平台,把本属于店家的债权通过“顾客+第三方支付平台”转移给行为人占有,因而是一种“两头骗”。

其三,错把预备行为当成实行行为。在上述三角诈骗理论逻辑中,顾客是关键性被骗人,这就存在把本属于辅助性的行为错误地界定为实行行为的情况。如前所述,对被骗人及财产犯罪的实行行为应当以财物或财产性利益的占有转移为主轴进行判断。就第三方支付的性质而言,它是通过债权转让的方式实现的,以二维码支付为例,“商户所收的不是现金之类的款项,而是要将顾客对银行享有的债权转移成自己对银行享有的债权。”二维码偷换案,“顾客正是基于错误认识,将原本需要处分给商户的银行债权处分给了被告人,从而使被告人获得了银行债权。”<sup>[45]</sup>但这并不是最关键性的,这只是犯罪的一种辅助行为或预备行为(如案例4中骗取用户账户与密码),决定债权转移占有的乃是后续的第三方支付平台被骗。即第三方中间支付机构在支付中将顾客存储在其平台的资金按实际消费的等值金额直接转入商家在该平台的账户,在这种三角关系中,第三方支付平台的工作人员可以成为被骗人,行为人把本属于商家的二维码替换为自己的二维码,对于第三方支付平台的工作人员来说,这就是欺骗。第三方支付平台是关键性受骗人,但一般不能把第三方支付平台解释为受害人(除非它没有履行安全管理义务,如导致客户密码被盗),它只是行为人实施诈骗利用的工具。正如有学者指出,“当无法对被害人的同意行为进行主观归属时,可以将背后的行为人视为间接正犯,从而将责任归属于

[44] 参见李建星等,见前注[1],第58页。

[45] 张明楷,见前注[10],第20页。

行为人。”〔46〕

### (三)三角骗应构成诈骗罪的间接正犯

三角诈骗的特点是被骗人与受害人并非同一人,但是,被骗人与受害人并非同一人不是三角诈骗的唯一特征,盗窃罪或诈骗罪的间接正犯也存在被骗人与受害人并非同一人的情况,三角诈骗不过是解释诈骗罪的间接正犯的理论。

区分盗窃罪的间接正犯与诈骗罪的间接正犯,关键要看受骗人有无处分权限,被骗人若无处分权限,便构成盗窃罪的间接正犯,如有,则构成诈骗罪的间接正犯。这种处分权限是根据交易习惯或生活习惯等产生,如顾客根据店家提供的二维码付钱,这是交易习惯,即使该付款在客观上转移了店家的债权,但仍是具有处分权限的。第三方支付平台有权处分用户的债权,也是基于双方协议所形成的预设的同意。同理,就保姆而言,帮雇主洗衣服或照顾生活起居等是生活惯例,其具有处分雇主衣服的权限。盗窃罪的间接正犯之所以不被认定为诈骗罪,学界给出的理由是,受骗人没有处分权限。但是,二维码案等与盗窃罪的间接正犯又不尽相同。

就二维码支付来说,涉及的不仅是债权转让,也涉及第三方平台的支付、结算与消费功能。就二维码偷换案而言,行为人实施的是两头骗,一头骗顾客,一头骗第三方支付平台,顾客刷二维码付钱转让的是自己的债权,处分的是店家的债权,他有转让这种债权的权限,第三方支付平台处分的才是店家的财产权,行为人是诈骗的间接正犯。即行为人利用顾客和第三方支付平台的认识错误而处分第三人财物,两者只是行为人利用的无过错的工具。无论是二维码案抑或“保姆案”,其都不构成盗窃罪间接正犯的理由是,在这种借助于被骗人之手来转移被害人债权的行为里,受骗人有处分的权限。在案例4中,行为人输入他人支付宝用户名和密码,将他人支付宝账户内资金私自转出,因实施了虚构其为支付宝用户本人或得到用户授权的事实,使蚂蚁“花呗”平台陷入错误认识,从而让支付宝公司误以为转账或消费行为是用户本人的意思表示,并基于此错误转让了债权,所以第三方支付平台被当成了利用的工具。就此而言,所谓三角诈骗不过是诈骗罪的间接正犯的外在表现而已,在承认间接正犯的情况下,并无再提倡三角诈骗理论的必要。

如此认定也符合法秩序一致性的要求。刑法学乃是法学的分支,刑法理论必须具有系统论观点的支撑。就刑民交叉案件而言,刑事案件中被害人的认定必须立足于法律系统内的一致性,考虑社会政策的观点。刑事案件中被害人的确定不仅会影响民事案件的处理,也关系到社会正义。就二维码偷换案来说,有学者主张钱并没有到过店家手里,故顾客是被骗人,店家是财产的受害人。这一主张固然能够为诈骗罪的结论提供论证,但这种论证并不具有合理性,这一观点把顾客视为被害人,并不符合法秩序一致性的要求。因为顾客没有义务审查店家的二维码是否属实,这种保障义务应该由店家来承担,所以顾客与第三方支付平台只是行为人作为诈骗罪的间接正犯所利用的工具而已。

解决盗骗交织犯罪的定性,需要认真对待非金融机构网络支付在财产犯罪结构中的核心

〔46〕 李世阳,见前注〔24〕,第67页。

地位。线上支付型财产犯罪是以第三方支付平台为被骗人的财产犯罪,第三方支付平台基于预设的同意事先取得处分用户债权的权限,只要账户与密码正确,第三方支付平台就有权进行债权转让。如果行为人假冒用户,则会导致第三方支付平台因被骗而拟制处分用户的债权,此时用户是犯罪被害人。但这种三角关系的存在,并不属于三角诈骗,因为第三方支付平台不过是行为人实施诈骗的利用工具而已,行为人构成诈骗罪的间接正犯。从永恒的角度来说,任何理论都是错误的,但没有批判理性,错误的理论就会肆无忌惮地引导司法实践走向不正义。就此而言,本文对现有理论及司法实务的批判可能是错误的,但以错误批判、矫正错误,正是理论发展的生命力所在,也许,这正是本文思考存在的意义。

---

**Abstract:** The act of disposition is the core of the doctrine of fraud. The key difference of fraud from theft is that the person has to be deceived to “voluntarily” dispose of property. With the development of online payment, the behavior structure of fraud has changed, which leads to the revision of the doctrine of fraud. In the case of online payment in non—financial institution, fraud has changed from the traditional two—person mode to the triangular fraud mode of the actor, the deceived person and the victim, centered by the transfer of property possession. The deceived person is separated from the victim, and the third—party payment platform is the one that has been deceived. This transfer of possession is not the flaccid possession. Rather, it requires the deceived person to have a presumed awareness of the act of disposition. The transfer of possession by the deceived person shall be marked by the completion of the payment by the third—party payment platform, and such payment is the perpetrating act of the crime. Based on the doctrine of presupposed consent, the deceived person must have the authority to dispose. This kind of authority of disposition is the key to distinguish the indirect perpetrator of theft and the triangle fraud. The deceived person in the triangular fraud is actually an indirect criminal of fraud, and there is no need to emphasize it separately.

**Key Words:** Fraud; Act of Disposition; Authority to Dispose; Triangular Fraud; Online Payment on the Non—financial Institution

---

(学术编辑:车 浩)

(技术编辑:张晓媛)