

偷换二维码行为的刑法定性

蔡 颖

【摘 要】关于“二维码案”中偷换二维码行为的刑法定性,学界主要存在盗窃说与诈骗说之争。其中,盗窃说忽视了占有的事实基础而难以成立;诈骗说错误地将顾客设定为被骗人而导致无法解释的疑问。应当从商家受骗的角度对“二维码案”进行重新抽象和考察。在交易中,商家除处分商品以外,还要处分基于合同产生的债权。行为人通过偷换二维码对商家进行欺骗,导致其误认二维码的权属关系,并基于该错误,积极指示或者消极接受顾客按照违背其真意的方式履行合同,造成其合法债权无意义地消灭,行为人获得利益。这属于“以债权实现为对象的诈骗”,正确把握这一诈骗类型具有重要的理论和实践意义。

【关键词】“二维码案”;诈骗罪;盗窃罪;以债权实现为对象的诈骗

【作者简介】蔡颖,北京大学法学院。

【原文出处】《法学》(沪),2020.1.124~137

【基金项目】本文系国家社科基金重大项目“构建中国特色案例制度的综合系统研究”(项目号:16ZDA068)的阶段性研究成果。本文得到国家留学基金资助(201806010196)。

一、“二维码案”的理论困境

诈骗罪和盗窃罪是常见的财产犯罪类型。通说认为,诈骗行为最突出的特点在于被骗人基于错误“自觉地”处分财物或者财产性利益;盗窃行为的基本特征则是行为人“秘密窃取”了被害人的财物。^①但在实践中,特别是在新型支付手段下,行为人的行为可能既有欺骗性又有秘密性,这使得行为的定性出现困难,“二维码案”则是这一类情况的典型。

[案例]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调换(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。^②学界针对类似案例早已展开讨论,但未能达成共识。原因在于,从形式上看,本案兼具了盗窃罪和

诈骗罪的特征,从不同的角度出发可以得出不同的结论。当下,学界和实务界的观点主要可以分为盗窃说和诈骗说两大阵营。

盗窃说从偷换二维码行为本身的秘密性出发,认定行为人构成盗窃罪,根据盗窃对象的不同又可以分为“盗窃货款说”和“盗窃债权说”。“盗窃货款说”认为行为人窃取了本应属于商家的货款。^③该说面临的问题是,商家对货款并无事实上的占有,被害人不可能被窃取没有占有的财物。“盗窃债权说”认识到了“盗窃货款说”的问题,并提出修正方案,认为行为人窃取了本应属于商家的债权。^④但是,“二维码案”中的权利义务主体均具有明确性,不能被窃取。

诈骗说从顾客陷入认识错误这一事实出发,认定行为人构成诈骗罪,根据最终的受害人不同又分为“一般诈骗说”和“三角诈骗说”。“一般诈骗说”认为顾客既是受骗者,又是受害者。^⑤但是,无论对案件事实进行实然观察还是对民事法律关系进行应然分析,都难以认为顾客遭受或者应该遭受损失。如

果认为顾客受骗即是受害,则是在基本立场上采用了形式的个别财产说,该说存在诸多疑问,已不被理论和实务所接受。“三角诈骗说”对一般诈骗说的缺陷进行修正,认为顾客既是处分人,也是财产所有人,而商家是受害人,“二维码案”属于新类型的三角诈骗。^⑥然而,该说虽然冠有三角诈骗之名,但其根本特征已不再是三角诈骗所特有的受骗人和受害人相分离,而是财产所有人和受害人相分离。这样的改变是否影响三角诈骗的成立还需要进一步论证,该说的理论基础难说牢靠。另外,现有诈骗说几乎都以顾客是受骗人为前提,这一判断是任意地扩张解释诈骗罪中“错误”要件而得出的结论,其本身难言妥当。

不难看出,不论是盗窃说还是诈骗说,都已走入困境,难以自圆其说地解释“二维码案”,应当对两种学说进行充分检讨,以寻找第三条路径。本文分别对盗窃说和诈骗说的理论困境进行展开,并基于此对案件事实进行重新抽象,借本案来发现一种未被重视的诈骗形式:“以债权实现为对象的诈骗”。

二、盗窃罪诸说:漏洞和批判

“二维码案”中,顾客支付货款的行为是自愿进行的,不存在违背其意思的财物转移,因而不能成为盗窃罪的受害者。基于此,盗窃说认为商家是盗窃行为的受害者。下面分别展开盗窃说中的“盗窃货款说”和“盗窃债权说”。

(一)作为判例意见的“盗窃货款说”:理由与辩驳

盗窃说中,最直接且容易理解的认定方式就是作为判例意见的“盗窃货款说”。本文第一部分所提到的案件的审理法院认为,行为人构成盗窃罪,商家是盗窃的受害者,盗窃行为的对象是货款。证成“盗窃货款说”的具体理由如下。

“首先,被告人邹晓敏采用秘密手段,调换(覆盖)商家的微信收款二维码,从而获取顾客支付给商家的款项,符合盗窃罪的客观构成要件。秘密调换二维码是获取财物的关键。其次,商家向顾客交付货物后,商家的财产权利已然处于确定、可控状态,顾客必须立即支付对等价款。微信收款二维码可看作商家的收银箱,顾客扫描商家的二维码即是向商家的收银箱付款。被告人秘密调换(覆盖)二维码即是

秘密用自己的收银箱换掉商家的收银箱,使得顾客交付的款项落入自己的收银箱,从而占为己有。”^⑦判决理由主要从秘密性和对收银箱的类比来进行展开,具有一定的说服力,但上述理由并不能成立。

一方面,关于秘密性,判决从行为人调换二维码行为的秘密性推导出行为人的行为符合盗窃罪客观要件,难言妥当。盗窃罪虽在现象上及一般人的印象中通常表现为“秘密窃取”,但盗窃罪的客观要件中是否包括秘密性是存在争议的。^⑧即使认为盗窃罪的客观方面表现为“秘密窃取”,也不能仅因行为人调换二维码的行为具有秘密性就得出行为人构成盗窃罪的结论。原因在于,其一,诈骗罪的客观方面同样可能表现出秘密性。通说认为,诈骗罪的客观方面表现为“用虚构事实或者隐瞒真相的欺骗方法,骗取公私财物”。^⑨其中,“虚构事实、隐瞒真相”都可以通过秘密的方式进行。比如在交易之前,秘密地对被害人要交付的财物进行调包,行为人也可能构成诈骗罪。^⑩其二,一般而言,盗窃罪中所谓的“秘密窃取”是指“采用自以为不使他人发觉的方法占有他人财物”,^⑪具有决定性作用的是转移占有这一实行行为本身的秘密性,其他环节的秘密性并不重要。“二维码”案中,虽然顾客和商家并未意识到行为人偷换了二维码,但本案中直接侵害法益的实行行为并非转移二维码的行为,而是转账行为。换言之,行为人的秘密性并未体现在实行行为上,而是体现在预备行为上,预备行为是否具有秘密性不会影响实行行为本身的性质。再看转账行为本身,该行为是在顾客和商家都知晓的情况下进行的,作为实行行为的转账行为不具有秘密性。因此,难以认为行为人的行为属于“秘密窃取”。

另一方面,关于收银箱的类比,判决将二维码类比为收银箱,将钱款^⑫转入被替换的二维码就等于放入了被替换的收银箱,这样的类比并不合理。的确,假设行为人在商家不知情的情况下将收银箱换成行为人的收银箱,商家对该收银箱本身具有占有和支配,也就实际占有了该收银箱中的财物,这使得商家可能成为盗窃罪的受害人。但是,本案与上述情况存在本质区别。本案中,行为人调换的是支付用的二维码,顾客将货款直接转入行为人的二维码所对

应的账户。在此场合,商家自始不能取得对货款的占有和支配,不能成为盗窃罪的受害人。“盗窃货款说”最大的问题也在于此,即,顾客直接将货款从自己的账户转入行为人的账户中,商家从未真正支配、占有货款,如何可能被盗取?商家不可能被窃取其没有占有的财物。

为了弥补这一漏洞,有观点认为,“我们可以将偷换二维码案件解释为,顾客支付给商家的钱款,无论在社会观念上还是在所有权上,至少在扫码支付的那一瞬间,就已经属于商家所有和占有,行为人采取偷换二维码的手段,将商家所有和占有转变为自己非法占有,正符合秘密窃取的本质特征。”^⑩但是,这样的理解虚化了占有的事实性基础,使得盗窃罪的构成要件定型性受到冲击。

占有是人对财物事实上支配、管理的状态,刑法中的占有只能是事实上占有,而不能只是观念上的占有。^⑪不可否认,在一些情况下,对占有的理解具有观念化的倾向,例如,车主把自行车放在路边,准备夜里回来骑,其还是对该自行车保持占有。^⑫但是,刑法对观念上占有的承认并非漫无边际的,即使承认上述观念上的占有,其建立和维持都以事实控制力为前提。不论是财物难以触及的占有(比如家中的物品)还是财物随时可及的占有(比如兜里的现金),占有人对财物都具有事实控制力,其区别仅仅在于事实控制力的大小而已。^⑬换言之,如果主体对财物没有事实控制力,则不可能构成刑法上的占有。现实生活中,银行账户、支付账户是个人的私有领域,个人对自己的账户中的钱款具有绝对的、排他的支配。在“二维码案”中,货款直接从顾客的账户转移至行为人的账户,就是从顾客绝对支配的领域转移到了行为人绝对支配的领域,商家对该笔货款不可能具有任何事实上的支配力。因此,商家不具有观念上占有货款的前提条件。另外,如果承认商家在转账的瞬间占有该货款,还会出现一些荒谬的结论。例如,顾客在转账的瞬间取消操作,由于商家在这一瞬间占有货款,顾客未经其允许取消转账,就是未经商家允许转移其财产的占有,构成对该货款的盗窃罪或者抢夺罪,这明显不符合一般人的法感情。

上述观点的不当之处在于将新型支付手段与传统交易进行简单类比。在传统交易中,财物需要交付,交付瞬间可能存在双方共同占有该财物的情况。比如进行现金交付的瞬间,现金同时处于交易双方之手,双方都支配、占有该现金。但是在新型支付手段下,货款要么在付款方的账户内,要么在收款方的账户内,不存在交付这一中间阶段,因此也不存在付款瞬间商家占有货款的可能性。用传统思维来理解新型支付手段不具有合理性。

(二)“盗窃债权说”对“盗窃货款说”的“修正”

为了解决“盗窃货款说”的问题,有学者提出了“盗窃债权说”。该说认为,“二维码案”中行为人构成盗窃罪,属于盗窃的直接正犯,盗窃的对象是商家的财产性利益(享有针对顾客的债权)。^⑭相对于“盗窃货款说”,“盗窃债权说”对案件的理解更具合理性,但该说同样存在疑问。

一方面,债权并非实体性的财物,而是依据交易双方的合意形成的规范产物,只要双方合意未发生改变(比如解除合意等),债权债务关系就不会发生改变。二维码仅仅是债权人实现债权的手段,二维码被偷换不过是支付通道被劫持,这并不会导致交易双方合意的改变,也不会影响合同债权的权属关系。因此,在“二维码案”中,在顾客支付货款以前,商家一直都享有这一权利,即使行为人偷换了二维码,也还是只有商家才有权请求顾客履行合同义务,行为人并未获得任何债权,其自始至终都不具有请求顾客支付货款的权利。不可否认,一些不记名的债权凭证,如购物卡、礼品卡等,不论被谁持有都可以直接用于购物,的确可以成为盗窃罪的对象。不过,这是因为相关债权完全依附于卡片或电磁数据,并未指向一个确定的主体,持有卡片就意味着占有相关债权,转让卡片就意味着转让相关债权,卡片或电磁数据可以被视为债权的实体化,其特征已经和现金相近,更接近实体的财物。但“二维码案”中的债权是合同债权,权利义务主体都具有明确性,并不依附于二维码,不会因为二维码被偷换而发生债权转移。

另一方面,“盗窃债权说”认为,偷换二维码意味着窃取了商家的债权人地位,法律后果是将商家针

对顾客的债权转移给自己享用。^⑧换言之,行为人通过偷换二维码窃取了商家的债权人地位,进而窃取了商家的债权。如果彻底贯彻“盗窃债权说”的逻辑,行为人偷换二维码后,已经成功取得了债权人地位,此时应该认为债权已经发生了转移,犯罪已经既遂。但是,论者又指出,行为人在偷换二维码之时,其盗窃行为尚处于盗窃罪的预备,此时行为人仅取得了债权人的身份地位,尚未取得实际的财产性利益。当顾客开始支付时,行为人进入着手阶段,当行为人收到钱款,犯罪即告既遂。^⑨换言之,论者也承认,即使债权人地位发生了改变,债权也并未转移,在顾客完成支付之前商家一直都享有债权。回顾整个交易过程,在顾客付款之前,商家一直享有债权,在顾客付款之后,债权已经因为商家的处分行为而消灭。总之,债权从未发生过转移,行为人自始至终都未取得过债权,并不存在论者所主张的行为人“不仅享有了债权,而且实现了债权”的情况,“盗窃债权说”难以成立。

三、诈骗罪诸说:缺陷和质疑

不难发现,认为“二维码案”中行为人构成盗窃罪的学说已陷入无法突破的困境,应将目光转向诈骗说。在认为“二维码案”中的行为人构成诈骗罪的阵营中,现有学说几乎都将顾客认定为受骗人,即“顾客受骗说”。根据最终受害者的不同,“顾客受骗说”又分为“一般诈骗说”和“三角诈骗说”。但“顾客受骗说”本身的立足点难以成立,其下属的“一般诈骗说”和“三角诈骗说”也各自存在疑问。

(一)“顾客受骗说”的前提不成立

“顾客受骗说”的立足点是,顾客是受骗人、处分人,这无法成立,因为顾客尽管事实上陷入了认识错误,但这并不属于构成诈骗罪所要求的“错误”。该说认为顾客是受骗人的依据在于,如果顾客知道真相,就不会扫二维码,行为人也不会得逞。^⑩换言之,“顾客受骗说”采用了“若知真相,即无交易”的标准来判断处分人是否陷入错误。但是,“若知真相,即无交易”立足于被害人瑕疵同意理论中的全面无效说,该判断标准是从文意上对“错误”要件进行直接解读所得出的结论,通过简单的条件公式来确定“错误”的范围,将“错误”要件和其规范意涵相割裂,这

样的理解导致诈骗罪的处罚范围过宽,难以被接受。例如,日本通说在承认上述条件公式的同时,通过错误的重大性来限定同意无效的范围——即使存在欺罔、错误,如果这对于被害人的意思决定来说并不重要,同意的有效性也难以否定。^⑪然而,所谓重大性这一标准本身具有模糊性,特别是在诈骗罪的场合,如果不将错误与法益本身进行结合,更是难以判断。

因此,法益相关的错误说也占据着重要的地位。例如,认为在“二维码案”中适用条件公式来认定顾客是否存在“错误”的张明楷教授在教科书中也指出,通过法益相关的错误说对全面无效说中“错误”的范围进行适当限制“原则上是妥当的”。^⑫法益相关的错误说认为,诈骗罪并非直接地、一般性地保护个人的支配自由,而是保护他的财产。如果在欠缺与法益相关的错误的场合还认定存在意思瑕疵而处罚行为人,则保护的不再是相关财产法益,而是“意思决定的自由”本身。因此,仅仅是产生了与财产相关的意思瑕疵,被害人才会被标定为诈骗罪的被害人。^⑬如果贯彻法益相关的错误说,诈骗罪中的“错误”就仅限于法益的性质、种类、范围等方面,诸如目的、动机等错误均被排除在外。^⑭但是,按照这样的理解,“错误”的范围又失之过窄。法益和自我决定并非完全分离的存在,法益的处分自由是法益的构成要素。^⑮从被害人(法益主体)的视角来看,“财产法益是个人发展的工具,它的可转让性就是这种工具理性的集中体现……这种工具性表现在,它是在抽象意义上由立法者提供的个人行动机会的存储器,是个人潜能的贮水池。”^⑯因此,财产法益的物质性价值本身并没有意义,只有当其与法益主体的自我决定相连接,并为法益主体提供了实现自我的可能性,才产生了有意义的价值。法益相关的错误说只重视财产本身的物质性价值,而忽视财产对法益主体自我实现的工具性价值,只重视对财产本身的保护,而忽视对法益主体利用财产进行自我实现的保护,这是本末倒置的。所以,应该对法益相关的错误说进行一定的修正,在诈骗罪的场合,与生命·身体等“该存在本身”被保护不同,财产是作为“交换手段、目的达成手段”被保护的,在“财产交换”“目的达

成”这一点上如果存在错误,也可以因此认为存在法益相关的错误。^②因此,具体到“二维码案”中,判断顾客是否陷入“错误”,应当考察顾客的交易目的是否达成。这需要结合民法上对交易双方的责任分配进行判断。如果顾客需要承担最终的损失,则其交易目的无法实现,反之,则可以认为其交易目的已经达成。有观点认为,顾客基于错误支付财产,其交付行为并没有实际完成买卖合同的履行,因此就是一种损害,^③商家的亏损是基于顾客的不当得利而致,这类损失可以通过民事追索而弥补。^④按照上述观点,最后的损失应当由顾客承担,不应认为顾客达成了交易目的。不过,本文认为上述观点不能成立,顾客按照商家的要求支付货款并获得商品后,义务已经履行完毕,权利也得到了实现,交易目的已经达成,其并没有产生与法益有关的错误。

首先,二维码背后的权属关系并非顾客的认识内容。认为顾客是受骗人的逻辑在于,顾客一般都默认二维码的户主是商家,但“二维码案”中的二维码已被替换为行为人的二维码,顾客对二维码的权属关系发生了认识错误,可以认为顾客陷入了“错误”。这只是对现象进行了归纳总结,并不具有规范意义。交易中,顾客的义务并不是往商家的账户中转账,而是向商家指定的账户中转账。顾客向二维码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。对顾客而言,重要的事实是商家指定了哪一个二维码,而非该二维码账户的具体权属关系,即使二维码的户主不是商家,也不会影响顾客的义务履行。比如,商家张贴的二维码并非自己的,而是自己亲人的账户,甚至是用以捐赠的公益账户,无论顾客是否清楚该二维码账户的具体权属关系,只要顾客往该账户中转账,都认为顾客已履行了义务,而不能认为顾客存在“错误”。就算“二维码案”中顾客并未正确认识二维码背后的权属关系也不会妨碍顾客履行义务,二维码背后的权属关系并非顾客的认识内容。

其次,顾客无核实义务。有观点认为,二维码虽表面上难以分辨真伪,但是由于其中往往包含了头像、名称、位置等信息,顾客可以此为依据,向商家进行确认,要求顾客进行确认并未增加顾客的义务,而

是符合当下社会观念和 risk 社会理念的,由此得出顾客存在“错误”的结论。^⑤这样的观点试图让顾客负担额外的审查义务,不利于交易的效率和稳定。一方面,确认支付界面所体现的户主信息极其有限,行为人完全有可能使用与商家相同的头像、名称等信息,这使得顾客的审查难以完成,难以很好地防止诈骗犯罪。而且,即使要求顾客承担审查二维码的义务,最合理的审查方式还是向商家询问,最终审查二维码的主体还是商家,赋予顾客审查义务并不具有实质意义。另一方面,二维码由商家提供,商家自然有义务审查二维码的真实性。现在交易制度的效率性建立在相互的信赖之上,如果将审查义务分配给顾客,会造成交易中的信赖不复存在,使得交易效率大大降低,不利于市场的健康运作。从本质上说,认为顾客有审查义务的观点混淆了审查可能性和审查义务,按照该说的逻辑,谁的行为可能回避结果就由谁负担审查义务,那么,商家不仅可以更好地保护其二维码不被替换,还可以要求查验付款界面审查二维码的真实性,因此,也可以得出应由商家承担审查义务的结论。^⑥同一个理由出发可以得出相互矛盾的结论,足以说明审查可能性不能成为划分责任的标准,审查可能性与审查义务之间并无直接联系。

最后,从民事关系上看,“二维码案”中的损失由商家承担。《民法总则》第149条规定:“第三人实施欺诈行为,使一方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为,对方知道或者应当知道该欺诈行为的,受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。”反之可以认为,如果相对方不知道且不应知道该欺诈行为,则受欺诈方不得请求撤销。之所以规定“受欺诈方”不得请求撤销,是为了保持该交易结果的稳定性,不得将受欺诈造成的损害转嫁给善意的相对方。“二维码案”中,交易的最终结果是,顾客(往错误的二维码中)支付货款,获取商品;商家处分商品,未收到货款。要保持这样的交易结果,商家就不得请求撤销相关民事行为,不能将损害转嫁给善意的顾客。这样理解背后的法理依据在于,“二维码案”可以准用表见代理的规则,将二维码类比为表见代理人,为了保护善意相对人(顾客),由具有可归责性的被代理人(商家)承担最后的财产损失。^⑦总之,

二维码被偷换的风险由商家承担,顾客的义务仅仅在于按照商家的指示处分财产,一旦履行义务,就获得了商品或者针对商品的债权请求权,达到了交易目的,即使最后商家未收到货款,也并不影响顾客交易目的的达成。

综上,二维码背后的权属关系并非顾客的认识内容,顾客并无核实义务,即使存在与之相关的错误,也不影响顾客履行义务,造成的损失由商家承担。因此,“二维码案”中,对二维码背后的权属关系的认识错误不会影响顾客达成交易目的,不属于诈骗中的“错误”,顾客不能被评价为受骗人,“顾客受骗说”难以成立。但是,“顾客受骗说”是当下学界的有力学说,有必要对其具体观点,即“一般诈骗说”和“三角诈骗说”分别进行检讨。

(二)“一般诈骗说”的误区

“一般诈骗说”认为,从诈骗罪的构成要件上来看,“二维码案”中,“行为人调换二维码冒充是店家的二维码的欺骗行为——顾客误以为是店家的二维码而陷入错误认识——顾客扫码支付处分了财产——行为人获得财产。这恰恰是诈骗罪的行为构造。”^⑧但是,通说认为,诈骗罪的基本构造不仅包括上面四个部分,还包括“被害人遭受财产损失”。^⑨在“二维码案”中,遭受财产损失的是顾客还是商家,是区分“一般诈骗说”及“三角诈骗说”的关键点。然而,“一般诈骗说”似乎并不关注谁是最终的受害者,而认为刑法中的受害人是“合法权益为犯罪行为所直接侵害的人”。^⑩在该说看来,刑法关注的是“行为”本身,本案的欺骗行为直接指向的对象是顾客,只要顾客因受骗完成了财产转移,诈骗行为即告成立。“至于最终的赔偿关系,都不应该是刑法对犯罪行为定性所需要关注的问题。”^⑪上述观点同样存在疑问。

一方面,“一般诈骗说”认为刑法中的被害人是“合法权益为犯罪行为所直接侵害的人”,将诈骗罪中的处分人直接等同于受害人,这样的观点否认了处分人和受害人相分离的可能性,将财产权主体视为“间接受害人”,否认了其在刑法评价中的意义,进而否认了三角诈骗的独立意义。^⑫但是,一般诈骗与三角诈骗的区分有利于解释刑法分则的规定,在实体法上更准确地区分诈骗罪与盗窃罪,以及在程序

法上区分被害人与证人等。^⑬从前述的财产法益的工具性价值来看,在一般诈骗中,处分人处分自己的财产,是利用自己的财产来进行自我实现;在三角诈骗的情况下,处分人处分被害人的财产是为了实现被害人的目的。这足以造成两者之间的本质区别。例如,甲要求其保姆乙将财物交给丙,而丙让丁去乙处领取,用以抵消丙欠丁的债务。丁为图方便,谎称自己是丙而领取了该财物。本案中,按照处分人和被害人不能分离的观点来看,判断丁的行为是否属于诈骗的关键在于,欺骗行为是否使得乙处分财产的目的落空。乙的目的是按照甲的要求将财物交付给丙。由于丁的欺骗行为,乙基于错误将财物交付给丁,这造成了乙的目的落空,因此丁构成诈骗罪。这样的结论明显是不合理的。因此,考察财产支付的目的是否得以实现,应该站在财产所有人——甲的视角,甲要求乙处分该财物的目的是履行甲相对于丙的债务,是否由丙亲自领取并不重要。本案中,丁实际上是代替丙行使了债权,相对地,甲也履行了债务,达成了处分目的,丁不构成诈骗罪。因此,“一般诈骗说”认为的将处分人等同于受害人的观点是不合理的,在诈骗罪中,处分人和受害人进行分离有其必要性和合理性,三角诈骗有存在的独立意义。

另一方面,在财产损失的认定上,“一般诈骗说”采形式的个别财产说,该说的基本主张是,如果没有欺骗行为,被骗人就不会支付财物,因此,被骗人因为行为人的欺骗行为而丧失了该(具体)财物的使用、收益、处分等本权的事实机能。^⑭其中,对价的支付不过是诈骗的手段而已,是否存在对价并不影响诈骗罪的成立。^⑮形式的个别财产说不仅过分扩大了处罚范围,而且将财产与财产权人的交易目的、自我实现等割裂,与司法实践和刑法主流理论不相符。我国《刑法》规定了生产、销售伪劣产品罪,从该罪的构成要件不难看出,被害人也是陷入认识错误而购买相关产品,但同时行为人提供一定价值的反对给付,正是因此,一般认为该罪的社会危害性等相对诈骗罪较小,刑罚也较轻。如果站在形式的个别财产说的立场,所有的生产、销售伪劣产品的场合,行为人都通过欺骗行为使被害人丧失了(具体的)货款的使用、收益、处分的事实机能,就与一般诈骗罪没有

区别,生产、销售伪劣产品罪不具有独立存在的价值,这样的理解并不符合现行《刑法》的相关规定。不仅如此,在商品交易中,财产所有人通过处分财产来实现自己的目的,只要存在交易,就会存在财产转移,如果将处分财产和造成损失等同,所有交易都会造成交易人的损失,这等于架空了通说中诈骗罪中“被害人遭受财产损失”这一构成要件。形式的个别财产说可能会认为,根据我国《刑法》第266条规定,诈骗罪的构成要件是“诈骗公私财物,数额较大”,其中并未明文规定《德国刑法典》中的“致生他人财产之损害”,^⑩“被害人遭受财产损失”这一要件并不符合我国立法现状,我国更适合形式的个别财产说。^⑪从立法上看,我国刑法将诈骗罪规定在“侵犯财产罪”一章中,因而财产损失至少可以是不成文的构成要件要素,具有界定罪与非罪的机能。^⑫从司法实践上看,最高人民法院2010年《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第5条第3款规定,“集资诈骗的数额以行为人实际骗取的数额计算,案发前已归还的数额应予扣除……”如果按照形式的个别财产说,在集资诈骗中,被害人交付的财产应全部计入骗取的数额中,归还的财产不过是“诈骗的手段”,没有理由扣除。只有基于实质的个别财产说或整体财产说,对财产损失进行整体考察,认为行为人在案发前归还的数额并未造成被害人的财产损失,才会主张应当扣除案发前已归还的数额。因此,立法和司法的立场是实质的个别财产说或整体财产说,形式的个别财产说未得到实务的认可。具体案件中,应当实质地考察财产所有人是否存在财产损失,如果对方提供了反对给付,且满足了财产所有人的交易目的,则不存在财产损失。^⑬“二维码案”中,顾客得到了商品,并未遭受财产损失,不可能成为诈骗罪的被害人,“一般诈骗说”不能成立。

(三)“三角诈骗说”的改良和不足

为了解决上述“一般诈骗说”的问题,有学者将目光转向了三角诈骗理论。通常而言,三角诈骗是指处分人因为行为人的欺骗行为陷入认识错误,处分了被害人的财产,即财产处分人与被害人不一样的情况。^⑭如果将“二维码案”理解为三角诈骗,就会认为,顾客被冒用的二维码欺骗,处分了本应给商家

的财物,造成商家的损失。顾客是处分人,商家是受害人。该说面临的最大障碍在于,一般而言,三角诈骗中被害人是被处分财产的所有人,因而才能成为受害人。但是,“二维码案”中,顾客处分的是自己账户中的钱款,尽管“应当”转移给商家,但是在处分之前顾客仍然是该钱款的所有人,难以认为商家遭受了财产损失。从这个角度来看,三角诈骗的理论难以运用到“二维码案”中。为了解决上述问题,“新类型的三角诈骗说”提出了一种新类型的三角诈骗,该说认为,在三角诈骗中,处分人处分的财产由被害人所有这一点并不重要,即使没有这一点,也不会改变被害人、被害人以及行为人的地位。在满足下列条件的时候,行为人的行为仍然构成三角诈骗:“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)处分了自己的财产,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。”^⑮“新类型的三角诈骗说”的确可以很好地说明“二维码案”,但该说本身成立依据并不充分。首先,在三角诈骗中,受骗人往往具有处分受害人的财产的事实或者法律上的权限或者地位。^⑯只有具备了这样的地位,才能将前者的行为算作后者的损失。然而,“二维码案”中,顾客和商家仅仅存在交易关系,是合同相对方,无论从何种理论出发,都不能认为其具有上述的权限或者地位。其次,确定诈骗罪的受害人,应该与诈骗对象进行关联性思考。如果认为货款是诈骗的对象,由于顾客是货款的所有人,那么只有顾客可能成为受害人,商家与货款之间并无直接关联,不能成为受害人。“新类型的三角诈骗说”一方面将货款确定为诈骗对象,另一方面将商家确定为受害人,这是自相矛盾的。最后,从本质上看,新类型的三角诈骗最大的特点已经不再是三角诈骗所特有的处分人和受害人相分离,而是财产所有人(顾客)和受害人(商家)相分离。从这一点上来看,“新类型的三角诈骗说”与传统的三角诈骗仅在名称上具有相似性,其核心已经发生了变化,不具有可类比性。如果认为该说能够成立,则应当进行更为深入的论证。

为了提供更充分的依据,“新类型的三角诈骗说”试图从其他案例的论证中探求成立的必要性和可行性。例如“家具案”中,丙家具公司厨具部门的从业人员甲,伪装成该公司的会计,向购买家具的乙收取家具款后据为己有,德国法院认为甲的行为构成三角诈骗,顾客乙是受骗人和处分人,家具公司是受害人。^⑧然而,本文认为,“家具案”与“二维码案”具有本质的区别,不能进行类比。在“家具案”中,顾客乙的交易目的是履行合同义务,即将财产交付给家具公司。但是,家具公司并未明确指示将货款支付给甲,^⑨所以甲是否会将钱上交给家具公司是乙需要认识的内容,乙对甲的身份的误认足以成立诈骗罪中的“错误”。如果乙基于错误支付了财产,造成了交易目的落空,也就发生财产损失,甲构成诈骗罪,而且是直接诈骗。反之,在“二维码案”中,商家不论通过明示还是暗示的方式,都明确指定顾客将款项转入一个具体的(被替换后的)二维码,在这样的情况下,顾客履行义务的方式是转账到商家指定的账户中,对顾客来说,需要认识的是商家指定了哪一个二维码,而不是该二维码账户的具体权属关系。

因此,“二维码案”和“家具案”具有本质区别,不能以解决“家具案”的方式来解决“二维码案”,不仅如此,“家具案”中行为人也不一定构成三角诈骗,认为行为人构成直接诈骗的观点更为妥当。总之,难以通过对“家具案”的处理推导出“新类型的三角诈骗说”具有合理性,也难以根据“家具案”证明“二维码案”中行为人构成三角诈骗。

四、“以债权实现为对象的诈骗说”之提倡

如前文所述,关于“二维码案”存在多种认定方案,且各方案均存在一些无法化解的矛盾。关于盗窃说,顾客自愿交付财物,不可能成为盗窃的受害人;商家对货款并无事实上的占有,也不能成为盗窃的受害人,因此盗窃说不可能成立。诈骗说将顾客预设为受骗人,然而顾客既未陷入刑法意义上的错误,又未遭受损失,而且其处分行为是基于自己的财产所有权而并非三角诈骗中受害者赋予的处分权,因此诈骗说也不能成立。按照这样的逻辑,似乎“二维码案”就成了刑法规定的漏洞,落在了刑法规制范围之外。^⑩但实际上,上述讨论忽略了商家作为处分

人(受骗人)的可能。之所以忽略商家受骗的可能,是因为一般认为顾客并未欺骗商家,商家处分商品的意思不存在瑕疵,因而不能被认定为受骗人。然而,这样的看法仅关注到商家对商品的处分,而未注意到其对合同债权的处分。

在一次合法交易中,交易一方不仅要处分自己财产,也会获得对价,后者的直接来源是对合同债权的处分(债权的实现)。因此,交易过程实际上内含两个相互独立的处分行为。以“二维码案”中的商家为例,基于合意,商家享有合同债权,负担合同义务。一方面,为了履行合同义务,商家处分商品;另一方面,为了得到对价,商家处分合同债权,要求顾客按照其指定方式支付货款。这是两个独立的处分行为,应该进行分别审查。典型的诈骗罪往往发生在前者的过程中,例如,顾客使用伪造的支付界面,让商家误认为顾客支付了对价,并基于该错误而交付财物。在此情况下,欺骗行为导致合同自始无效,商家不享有合同债权,也就不存在诈骗债权的问题。但是,在“二维码案”中,顾客和商家之间的买卖合同合法有效,商家享有相对于顾客的合同债权。为了实现合同债权,商家有权指示顾客将货款支付到其指定的二维码的账户中。此时,由于行为人偷换了作为支付通道的二维码,商家误以为置换后的二维码指向的是自己的账户,基于此错误认识指示或者接受顾客打款至错误的二维码,顾客打款后,商家的债权消灭,但其并未按照预期收到货款,因而造成损失。

因此,“二维码案”可以被重新抽象为:行为人通过偷换二维码的行为对商家进行欺骗,导致其误认二维码的权属关系,并基于该错误,积极指示或者消极接受顾客按照违背其真意的方式履行合同,造成其合法债权无意义地消灭,行为人获得利益。其中,商家既是受骗者,又是受害者,其损失的是合同债权,行为人获得的是作为合同债权的具体内容的货款。本文将这一诈骗类型称为“以债权实现为对象的诈骗”。“以债权实现为对象的诈骗”具有三个特点:①被害人享有合法的债权,这是成立此类诈骗的前提。②基于欺骗行为造成的错误,被骗人积极指示或者消极接受债务人按照违背被骗人真实意思的

方式履行合同义务,换言之,被骗人处分的是债权而非财物。^③最重要的是,被害人处分的是自己的债权,但行为人获得的并不是债权本身,而是债权得以实现而产生的财产。债权作为财产性利益,当然可以成为财产处分的对象。但是,在常见的诈骗犯罪中,相关债权在处分前后并不会发生形式的改变,比如欺骗他人使之放弃债权,债权本身的形式并不会发生改变。“以债权实现为对象的诈骗”中,债权经过处分行为转变为现实的财产(还包括服务等),其形式发生了改变。

将“二维码案”的行为认定为诈骗罪存在三个可能的障碍:①“二维码案”中是否存在构成诈骗罪所必需的“交流”;②商家指示、接受顾客付款的行为是否可以被评价为处分行为;③获利与损害之间是否具有素材的同一性。下面将分别进行分析。

其一,关于“交流”,文章开头的判决中指出,“二维码案”中,“被告人并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。所谓‘诈骗’,即有人‘使诈’、有人‘受骗’。本案被告人与商家或顾客没有任何联络,包括当面及隔空(网络电信)接触,除了调换二维码外,被告人对商家及顾客的付款没有任何明示或暗示。商家让顾客扫描支付,正是被告人采用秘密手段的结果,使得商家没有发现二维码已被调包,而非主观上自愿向被告人或被告人的二维码交付财物。顾客基于商家的指令,当面向商家提供的二维码转账付款,其结果由商家承担,不存在顾客受被告人欺骗的情形。顾客不是受骗者,也不是受害者,商家是受害者,但不是受骗者。”^④这一见解的基本逻辑是,诈骗罪作为交往犯罪,其构成以行为人与被骗人之间的“交流”为前提,在“二维码案”中,偷换行为是在商家不知道的情况下实施的,因此属于“对客观事实情状的操控”,并不属于“意思联络与沟通”。^⑤具体地说,行为人与商家、顾客之间均未发生针对财产决策的沟通交流或意思互动,其只是通过操纵二维码抽象地使商家、顾客等人陷入行为错误之中,而并未拿着二维码明确地向对方收钱,因此不存在欺骗。^⑥不可否认,诈骗罪的成立需要以“交流”为前提,但是,一方面,“对客观事实情状的操控”与“意思联络与沟通”

是从不同角度对因果流程的评价,并无互斥关系,例如,在间接正犯的情形中,行为人完全可以通过操控客观事实情状来造成他人的错误认识进而形成意志支配。^⑦因此,即使认为行为人操纵了客观事实情状,也不能直接得出不存在“交流”的结论。另一方面,前述见解将诈骗罪中的“交流”限于言语上的交谈,其范围明显失之过窄。要探求“交流”所包摄的范围,则应该重新审视其规范本质,考察其规范定位。本文认为,“交流”并非独立的犯罪构成要件,其本质是连接欺骗行为与认识错误这两个事实之间的桥梁,是两者之间的因果关系的抽象形象。如果不存在“交流”,就算处分人陷入了认识错误,也是基于其他原因而与行为人的行为无关。由于行为人必须通过传递错误信息才能让被骗人陷入认识错误,所以“交流”的规范特征并不是言语或者书面等外在形式,而是实质的信息传递。如果行为人的行为释放出了错误信息,处分人接收到了该错误信息,就应该认为两者之间存在“交流”。具体到本案中,虽然行为人并未拿着二维码向商家、顾客收钱,但按照现在的交易习惯,摆放在商店收银台附近的二维码就是用以支付货款的二维码,换言之,偷换二维码的行为本身就传达出了“该(偷换后的)二维码是商家收款用的二维码”的信息,商家接收了这个信息而陷入了错误认识并因此指示或者接受顾客往该二维码中转账。这一信息传递的过程就是“交流”。

其二,关于处分行为,刑法理论一般认为,诈骗罪中,财产处分行为必须“直接”导致财产损失。^⑧“二维码案”中,只有当顾客打款后商家的债权才归于消灭,因此本文见解可能面临一个疑问:商家指示或者接受顾客打款的行为能否被认定为处分行为?更进一步讲,是否可以认为顾客才是债权的处分人?然而,上述质疑难以成立。首先,对于合同债权而言,商家是唯一主体,只有商家才能处分、行使该债权。其次,处分行为并不一定是积极举动,可以体现为作为、忍受与不作为。^⑨在后两者的情况下,财产的减损都看似“直接”产生于他人的行为,但一般不会仅因此就认定不存在处分行为。例如,旅客在退房之际骗店家说“今晚一定会回来”而逃避支付住宿费的案件中,店家本来只想(通过接受旅客离开)给

予旅客“延期支付”的利益,却基于错误违背该意思地交付了“免除支付”的利益。^⑤本案中,店家是否交付“免除支付”的利益,完全取决于旅客的行为是短暂出门还是逃跑,但一般不会据此认为店家没有做出处分行为。最后,具体到“二维码”案中,商家指示、接受打款属于实现债权,顾客打款属于履行债务,债权债务本来就是一体两面的关系,因此应该将商家和顾客的行为作为一个整体来理解,不能任意割裂。站在债权实现的角度,顾客打款履约的行为不过是商家实现债权过程中的一环,顾客可以被理解为商家实现债权的“工具”。因此,商家指示或者接受顾客打款之时就开始了处分行为,当顾客打款后,商家的债权归于消灭,处分行为宣告完成。

其三,关于素材的同一性,刑法理论一般认为,行为人获得利益和被害人蒙受损害之间具有素材的同一性。但是,“以债权实现为对象的诈骗”的最重要的特点是,被害人蒙受的损失是债权,行为人获得的利益是债权实现而产生的财产,两者在形式上并不具有一致性,是否可以被评价为具有素材的同一性就成为问题。诈骗罪的成立之所以要求素材的同一性,是因为诈骗罪中,行为人获得利益和被害人蒙受损害都是基于同一个处分行为,^⑥因而必然要求两者之间具有“对应关系”,^⑦但这却并不必然要求两者之间具有形式上的一致性。债权实现本身就是将请求权转换为现实的财产或者服务的过程,正是对债权的处分行为导致了财产形式的转变,因此,尽管财产形式发生了改变,还是可以认为损害与利益之间由同一个处分行为相连,两者之间仍然存在对应关系,具有素材的同一性。上述观点可以通过案例分析来进一步说明。例如,被害人受到欺骗,使用信用卡从行为人处购买手机却买到了模型,行为人获得的是经过结算后的存款,而被害人损失的是透支额度。尽管存款和透支额度都属于债权,但存款可以取现,透支额度不能取现,两者不具有形式上的一致性。如果认为形式上的一致性会影响诈骗罪的成立,那么该案中行为人就不构成诈骗罪。但是,在同样的情况下,如果被害人使用的是借记卡,其损失的是存款,行为人得到的也是存款,行为人构成诈骗罪是没有争议的。明显,被害人在消费过程中使用借

记卡还是信用卡并不会造成刑法认定上的区别,没有理由认为后者构成诈骗罪而前者不构成。不难看出,“以债权实现为对象的诈骗”未超出诈骗罪的构成要件范围,不用对诈骗罪进行扩张解释就能包摄此诈骗类型。不仅如此,借助这一概念,还可以更加准确地理解骗取信用卡一类的案件。

其四,值得一提的是,“以债权实现为对象的诈骗”这一概念与德国刑法中的“履约诈骗”具有相似性,但并不完全等同。“履约诈骗”是为了更准确地计算财产损失而设定的概念。例如,行为人将一条价值100元的高档西裤折价为50元卖给被害人,在订立买卖合同后,在包装裤子的过程中,行为人突然后悔,将一条外观一模一样,却仅价值50元的普通西裤放进包装袋交给被害人。如果进行整体考察,行为人支付了50元,得到了价值50元的西裤,并不存在损失,但这被认为是不合理的。为了准确计算损失,德国刑法区分了“履约诈骗”与“缔约诈骗”。该案被归于“履约诈骗”,被害人处分的财产并非缔约时支付的50元,而是履约过程中所享有并处分的100元的债权,因此能够认定被告人存在损失。^⑧按照这样的区分视角,“二维码案”也可以被视为一种特殊的“履约诈骗”。既然“履约诈骗”是德国刑法中已有的概念,是否可以直接引入,用这一概念来实现“以债权实现为对象的诈骗”的功能?本文认为答案是否定的。首先,“以债权实现为对象的诈骗”这一概念在计算损失方面更具有本质意义。上述西装案中计算损失的逻辑是:诈骗类型为履约诈骗→处分的财产是债权→处分的财产价值100元,因此,需要将“以债权实现为对象的诈骗”作为中间项间接地运用到损失的计算中。反之,如果从“以债权实现为对象的诈骗”的概念出发,只要认定本案属于这一诈骗类型,就可以直接得出该结论。总之,真正决定损失数额的并非交易处于缔约还是履约阶段,而是诈骗对象是财物还是债权。其次,被害人的债权指向的义务人不一定是被告人,所以“以债权实现为对象的诈骗”并不一定都是“履约诈骗”,前者的范围比后者更广,后者无法完全替代前者。例如,前述的骗取信用卡的案件中,行为人的诈骗行为发生在缔约阶段,但骗取的还是被害人享有的债权(透支额度),该案就属

于“以债权实现为对象的诈骗”而不属于“履约诈骗”。最后,“以债权实现为对象的诈骗”是以诈骗对象为根据进行区分所产生的概念,这一区分本来就存在。在现有的研究中,诈骗罪被区分为对财物的诈骗和对财产性利益的诈骗,“以债权实现为对象的诈骗”是后者的子类型,是在现有区分逻辑下进一步细分的结果,是对现有区分体系的推进和精细化。但是,“履约诈骗”是根据交易阶段进行的划分,与既有区分逻辑并不相容,引入这一概念会使得诈骗罪的区分体系更为混乱。综上,尽管“以债权实现为对象的诈骗”与“履约诈骗”具有相似性,但前者更具理论优势,没必要引入后者来代替前者。

综上所述,“以债权实现为对象的诈骗”是指:当被害人享有合法债权的情况下,被害人在实现债权的阶段,基于行为人欺骗行为造成的错误,积极指示或者消极接受债务人按照违背被害人真实意思的方式履行合同义务,造成被害人债权无意义地消灭,行为人或者第三人获得利益。此类案件中,被害人基于错误处分的是债权,行为人获取的是债权所指向的具体财产,两者具有素材的同一性,行为人构成诈骗罪。正确认识这一诈骗类型,在准确把握犯罪性质,正确计算财产损失等方面具有帮助。

注释:

①参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第8版),北京大学出版社2017年版,第503页、第506页。

②参见邹晓敏盗窃案,福建省石狮市人民法院(2017)闽0581刑初1070号刑事判决书。

③同上注;参见周铭川:《偷换商家支付二维码获取财物的定性分析》,载《东方法学》2017年第2期。

④参见柏浪涛:《论诈骗罪中的“处分意识”》,载《东方法学》2017年第2期。

⑤参见刘宪权、林雨佳:《偷换二维码侵财行为应以诈骗罪定性》,载《检察日报》2017年11月6日,第3版;张庆立:《偷换二维码取财的行为宜认定为诈骗罪》,载《东方法学》2017年第2期;蔡一军:《论新型支付环境下财产性质对罪名认定之影响》,载《东方法学》2017年第2期;刘梦雅、张爱艳:《偷换商家支付二维码案的刑法定性》,载《中国检察官》2018年第2

期;李勇:《“调包二维码案”别争了,定诈骗!》, <https://mp.weixin.qq.com/s/A4Gfn2z67Gzyjtf1j34GXA>, 2019年12月08日访问。

⑥参见张明楷:《三角诈骗的类型》,载《法学评论》2017年第1期;阮齐林:《“二维码替换案”应定性诈骗》,载《中国检察官》2018年第2期。

⑦同前注②

⑧针对“盗窃是指秘密窃取公私财物”的观点之批判,参见张明楷:《刑法学》(第5版),法律出版社2016年版,第949页以下。

⑨同前注①,高铭喧、马克昌主编书,第506页。

⑩参见李怀胜:《从调包案件看盗窃罪与诈骗罪的区分》,载《中国检察官》2010年第7期。

⑪同前注①,高铭喧、马克昌主编书,第503页。

⑫值得注意的是,此处的“钱款”本质上是对银行或者支付平台的债权,由于“二维码案”中还存在其他债权(如同合同债权),为了避免概念混淆、便于理解,本文参照相关判决书和论文而采用“钱款”“货款”的概念,但这并不代表本文认为“钱款”属于财物,关于“钱款”的性质有必要通过专文进行讨论。

⑬同前注③,周铭川文。

⑭参见刘明祥:《论刑法中的占有》,载《法商研究》2000年第3期。

⑮参见[日]佐伯仁志、道垣内弘人:《刑法与民法的对话》,于改之、张小宁译,北京大学出版社2012年版,第192页。

⑯参见车浩:《占有概念的二重性:事实与规范》,载《中外法学》2014年第5期。

⑰同前注④,柏浪涛文。

⑱同前注④,柏浪涛文。

⑲同上注。

⑳同前注⑥,张明楷文。

㉑参见[日]井田良:《講義刑法学・総論》第2版,有斐阁2018年版,第352页、第353页。

㉒正如后文所述,张明楷教授也认为法益相关的错误说的范围失之过窄,具体如何确定“错误”的范围,则应该进一步具体分析。但可以确定的是,仅仅通过“若知真相,即无交易”的条件公式来判断顾客是否陷入了“错误”的做法过于仓促。同前注⑧,张明楷书,第225页。

㉓参见陈兴良主编:《刑法各论精释》,人民法院出版社2015年版,第415页。

㉔参见马卫军:《论诈骗罪中的被害人错误认识》,载《当

代法学》2016年第6期。

②参见[日]山口厚:《刑法论》(第3版),有斐阁2016年版,第171页。

③车浩:《被害人教义学的理论构建》,梁根林主编:《当代刑法思潮论坛:刑法教义与价值判断》第2卷,北京大学出版社2016年版,第51页。

④参见[日]山口厚:《刑法各论》(第2版),有斐阁2010年版,第268页。

⑤同前注⑤,刘梦雅、张爱艳文。

⑥同前注⑤,蔡一军文。

⑦同前注⑤,张庆立文。

⑧参见叶良芳、马路瑶:《第三方支付环境下非法占有他人财物行为的定性》,载《华东政法大学学报》2017年第3期。

⑨参见杨志琼:《权利外观责任与诈骗犯罪——对二维码案、租车骗保案、冒领存款案的刑民解读》,载《政法论坛》2017年第6期。

⑩同前注⑤,李勇文。

⑪同前注③,陈兴良主编书,第460页;同前注⑧,张明楷书,第1000页;周光权:《刑法各论》(第3版),中国人民大学出版社2016年版,第124-125页。

⑫同前注⑤,张庆立文。

⑬同前注⑤,刘宪权、林雨佳文。

⑭更全面地否定三角诈骗存在的讨论,参见杨兴培、田然:《诉讼欺诈诈骗罪论处是非探讨——兼论〈刑法修正案(九)〉之诉讼欺诈罪》,载《法治研究》2015年第6期。

⑮更全面地支持三角诈骗存在的讨论,参考前注⑥,张明楷文。

⑯参见[日]福田平:《刑法解释学的基本问题》,有斐阁1975年版,第197页。

⑰参见[日]大谷實:《刑法各论》(第5版),成文堂2018年版,第177页。

⑱《德国刑法典》第263条(1)规定:“意图为自己或第三人不法获取财产利益,告以虚伪错误之事实,或扭曲或隐蔽真实之事实,引起或维持错误,致生他人财产之损害,处五年以下有期徒刑或罚金。”参见《德国刑法典》,王士帆等译,元照出版有限公司2017年版,第339页。

⑲日本的形式个别财产说也是从法条规定出发进行推导的。同前注⑲,福田平书,第196页。

⑳参见蔡桂生:《论诈骗罪中财产损失的认定及排除——以捐助、补助诈骗案件为中心》,载《政治与法律》2014年第9期。

㉑参见张明楷:《论诈骗罪中的财产损失》,载《中国法学》2005年第5期;[日]西田典之:《日本刑法各论》(第6版),王昭武、刘明祥译,法律出版社2013年版,第214页。

㉒同前注③,张明楷书,第1006页。

㉓同前注⑥,张明楷文。

㉔具体何种标准来判断这样的权限或者地位,则存在主观说、事实接近说、阵营说以及权限说等观点。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133-135页。

㉕同前注⑥,张明楷文。

㉖公司虽然无法通过语言进行意思表示,但能通过一些特殊的方式进行指定,比如百货公司的收银台中的收银员、在公司会计科室内办公的人员等,只有这些拥有特殊权利外观的人,才能被认为是公司指定的收款人员。至于这一权利外观的判断标准,可以参考民法中的表见代理的成立条件。(同前注②,杨志琼文。)然而,“家具案”中并没有明示厨具部门的甲拥有何种权利外观,因此,不宜与二维码进行简单类比。

㉗参见徐凌波:《置换二维码行为与财产犯罪的成立》,载《国家检察官学院学报》2018年第2期。

㉘同前注②。

㉙同前注⑩,徐凌波文。

㉚参见蔡桂生:《缄默形式诈骗罪的表现及其本质》,载《政治与法律》2018年第2期。

㉛例如,行为人将毒药装在感冒药瓶中,不知情的被害人妻子基于错误认识给被害人喂服毒药致其死亡。

㉜参见王安异、许娇娇:《诈骗罪中利用信息网络财产交付——基于最高人民法院指导案例27号的分析》,载《法学》2015年第2期。

㉝同前注③,张明楷书,第1003页。

㉞参见[日]橘爪隆:《詐欺罪における交付行為について》,《法学教室》2017年6月No.436。

㉟参见[日]山中敬一:《刑法各论》(第3版),成文堂2015年版,第377页。

㊱同前注⑩,徐凌波文。

㊲参见王钢:《德国判例刑法:分则》,北京大学出版社2016年版,第219-223页。