

【个罪研究】

偷换收款二维码取财行为定性探究

——兼与孙运梁教授商榷

刘明祥

【摘要】对偷换收款二维码非法收取他人钱款案的定性,学界主要存在盗窃罪说与诈骗罪说之争。其中,现有的多种盗窃罪说都试图将此种行为纳入窃取他人占有之财物的范畴,但由于并无直接夺取占有的事实基础,因此不得不采取观念占有的解释路径,并将其贴上“规范占有”的标签,其定性的不合理性不言而喻;现有的多种诈骗罪说,尽管其定性结论合理,但其论证理由和视角均存在缺陷或不足。过去,法学界和司法实务界人士对此类案件的定性,大多没有正确认识到其特殊性在于行为的实质是假冒或替代商家的电子收银员非法收取顾客交付的钱款,与假冒商家的自然人收银员非法收取顾客钱款并无本质的差异,因而应做同样的评价,即应定性为诈骗。

【关键词】偷换二维码;电子收银员;取得财物;假冒;定性

【作者简介】刘明祥,广东外语外贸大学资深教授。

【原文出处】《清华法学》(京),2024.5.5~25

近几年,对偷换二维码取财行为如何定性,成为刑法学界争议的一个焦点。孙运梁教授在《清华法学》2023年第3期发表题为《数字时代财产性利益规范占有的教义学分析——以偷换收款二维码案件为例》的论文,读后颇受启发。但我不赞成其对此类案件的定性结论;同时考虑到此类案件的定性之争,涉及不同财产罪特别是其中的盗窃罪与诈骗罪定性及其区分的基本理念问题,因而撰写此文参与讨论。

一、问题缘起与定性之争

2017年2月至3月间,被告人邹某先后到石狮市等地的多家商场、菜市场的店铺、摊位,趁机将多个店铺、摊位上的微信收款二维码,偷换(覆盖)为自己的微信二维码,从而获取顾客通过微信扫描意欲支付给这些商家的钱款,合计人民币6983.03元。案发后,公诉机关指控邹某构成诈骗

罪,法院判决认定其构成盗窃罪。^①此案的处理情况表明,两个司法机关虽然均认为邹某构成犯罪,但定性结论明显不同。此案之后,又有一些不同地区的司法机关对同类案件(以下简称“二维码案”)^②的定性出现分歧,即有的认定为盗窃罪,有的认定为诈骗罪。有学者“通过检索相关案例发现,司法实务中将二维码案件中的行为定性为盗窃罪占绝大多数。”^③

二维码案在全国各地先后发生以及司法机关对此类案件的定性出现差异之后,此类案件引起了学界的热烈讨论,定性之争也并非仅限于是否定盗窃罪还是定诈骗罪,甚至出现了有罪和无罪的定性分歧。其中,无罪论者认为,偷换二维码非法获取财物固然可能造成他人较大的财产损失,但由于我国刑法没有规定利用计算机诈骗罪,要定相应的财产犯罪存在诸多障碍。若通过扩张解释

有关财产罪的构成要件要素,将其纳入刑事处罚范围,就有导致相关财产罪口袋罪化的危险。因而,目前应做无罪处理。^④但是,我国刑法没有规定利用计算机诈骗罪,并不等于对包含这类行为在内的一些利用计算机诈骗的行为,就不能按诈骗罪定罪处罚。^⑤因而,持无罪论者,在学界仅占极少数。占绝对多数的持有罪论者,对二维码案的定性分歧,虽然主要集中在定盗窃罪还是定诈骗罪两种不同意见上,但也还有少数论者主张定侵占罪,甚至还有论者主张定故意毁坏财物罪。主张定侵占罪的论者中,有的认为,在二维码案中,尽管行为人直接取得商户应收款的行为(前行为)难以被评价为盗窃罪或诈骗罪,但其继续非法占有商户财产的行为(后行为)本来就是侵占行为,有可能构成侵占罪。因为行为人犯盗窃罪或者诈骗罪后占有他人财物的,实际上是可以评价为侵占罪的,只不过作为共罚的事后行为,被包括评价在了先前成立的盗窃罪或者诈骗罪中。一旦先前行为不符合盗窃罪或者诈骗罪,事后的侵占行为就有必要认定为独立犯罪。^⑥但是,此种主张明显与侵占罪的对象不包括行为人自己用非法手段取得的他人财物的通说不符。^⑦另有主张定侵占罪的论者认为,“偷换二维码取财”案与由于汇款者的失误将钱款汇入第三者银行账户的情形很相似,收到款项的第三者依法有返还的义务,若拒不返还就有可能构成侵占罪。基于同样的理由,偷换二维码的行为人对顾客误汇入其账户的款项拒不返还的,也可能构成侵占罪。^⑧但是,这种观点把行为人偷换二维码获取钱款,等同于无过错的收到他人误汇入自己账户钱款的不当得利的情形,明显不合适。^⑨主张定故意毁坏财物罪的论者认为,当顾客扫码支付尽到谨慎注意义务时,此时顾客是善意、无过错的,不是被害人,行为人偷换商家二维码并利用顾客错误支付货款,是以消灭商家债权的行为,成立故意毁坏财物罪。因为《刑法》第275条将此罪的构成要件表述为“故意毁坏

公私财物”,而“债权”能被“公私财物”包容,消灭债权的行为又可以被评价为“毁坏”。^⑩但是,此种主张明显只是从文字表面来解释“毁坏公私财物”的含义,而没有看到此罪的特殊本质是使狭义的财物丧失使用价值和经济价值,消灭债权这种法律权利的行为当然不应当被评价为“毁坏公私财物”。^⑪

综上所述,对二维码案,主张定侵占罪或故意毁坏财物罪的理论缺陷十分明显,且尚未见到司法机关有按这两种罪处理的实例,学界也仅有极少数人采取此种主张。有鉴于此,笔者将论说的重点放在是定盗窃罪还是定诈骗罪上。

二、现有盗窃罪诸说的缺陷

对二维码案,许多论者主张定盗窃罪,但在盗窃的具体对象上又有不同的主张:有的认为,盗窃的对象并无特殊性,依然是事实上在顾客或商家占有之下的财物;有的认为,盗窃的对象不是事实上在他人占有之下的财物,而是商家所享有的债权,或者是商家在规范上占有的钱款。这些观点虽然都试图将偷换二维码取财的行为,纳入窃取他人占有下之财物的范畴,但从笔者下文分别所做的评析不难看出,这根本不具有可行性与合理性。

(一)盗窃普通财物说

持此种主张的论者认为,偷换二维码取财案件与普通的盗窃罪无异,都是行为人以非法占有为目的,将事实上在他人占有之下的财物秘密窃取或转归自己占有。只不过,对此种主张论者行为具体侵害对象的认识有所不同,又可分为“盗窃商家货款说”“盗窃顾客钱款说”^⑫和“盗窃商家商品说”。^⑬鉴于前一种主张已被有些地方法院的判决所认可,且有不少学者和司法人员积极支持,而后两种主张只有极少数学者赞成,为此,笔者仅对前一种主张适当展开评述。

盗窃商家货款说认为,利用偷换二维码的手段获取顾客支付给商家的货款,^⑭完全符合盗窃罪

的构成要件,且盗窃的对象是在事实上已被商家占有的货款。前述福建省石狮市人民法院对邹某偷换二维码取财案的判决理由,明显是持此种主张,认为被告人邹某“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。秘密调换二维码是其获取财物的关键。……微信收款二维码可看作是商家的收银箱,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。”^⑮但是此种主张或判决理由不具有合理性。

首先,尽管我国传统的通说认为,盗窃罪构成要件行为是秘密窃取他人占有的财物,但“秘密窃取是指行为人采用自认为不使他人发觉的方法占有他人财物”。^⑯并非只要其手段具有秘密性或者作案过程含有隐蔽性,就符合了盗窃罪的客观构成要件。况且,用“虚构事实、隐瞒真相”的方法骗取他人财物的诈骗罪构成要件行为,大多也含有秘密性或隐蔽性。可见,上述判决把秘密调换二维码视为行为人“获取财物的关键”,自觉或不自觉地把“秘密调换二维码”与“秘密窃取财物”等同起来,是其判断失误的一个重要原因。事实上,“秘密调换二维码本身不是窃取他人占有物的行为,不是获取财物的关键。……令顾客上当受骗以为是商家收费二维码从而确认支付购物款,这是被告人非法占有他人财物的‘关键’。这个‘关键’在刑法上应当评价为骗取而非窃取。”^⑰一般认为,盗窃罪与诈骗罪区分的关键在于取得财物的手段不同,前者是窃取他人财物,后者是骗取他人财物。窃取是行为人采取自认为不使财物的所有人或管理人发觉的方式,直接将他人占有下的财物转归自己或第三人占有(直接拿走);^⑱骗取则是行为人采用欺骗手段使他人产生错误认识,由其“自愿”将财物交付(或处分)给行为人,从而给

被害人造成财产损失。简而言之,两者的主要差别在于:前者是行为人直接拿走他人占有的财物,后者是被行为人所欺骗的人“自愿”交付(或处分)财物给行为人。如果行为人是基于被其所骗之人的“自愿”交付(或处分)行为而取得他人财物的,除了间接实行(或间接正犯)的情形之外,应认定为诈骗,而不可能成立盗窃。据此来看上述二维码案,既然行为人是通过“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”,即顾客误认被调换的被告人的二维码是商家的二维码,从而扫码“支付”购物款到被告人账户,这就意味着顾客是因被骗而“自愿”交付(或处分)货款给被告人的,当然属于诈骗,而不可能是盗窃。

其次,还应当看到,如果说被告人窃取了“顾客支付给商家的款项”(或货款),那就必须证明商家事实上已收到或已支配控制(事实上已占有)该款项(或货款)。因为只有这样,商家的该款项(或货款)才能成为被窃取的对象。为了证明被告人盗窃了商家已占有的货款,上述判决用一个形象的比喻来做论证,提出微信二维码可看作商家的收银箱,“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”。但是,即便如此,其行为也并非当然构成盗窃罪,而是只有在商家事实上仍然还占有(或支配控制)着被调换的行为人的收银箱的场合,才有可能构成此罪。如商家在租赁的或自己的房屋内开设的店铺,处于较为封闭的状态,被调换后的行为人的收银箱放置在这种店铺内,商家一旦关闭并锁上店门,行为人若不破坏门锁等设施,就无法进入拿走所替换的收银箱。这种被替换后的行为人的收银箱,由于其放置的场地在商家支配控制的房屋内,这就决定了商家事实上已占有(或支配控制)这种收银箱及箱内所装的钱款。若行为人趁商家不注意而将其拿走,或者在其关门闭店后设法进入店内拿走,无疑是秘密窃取了商家已占有的财物,其

性质是盗窃。但如果商家是在很大的开放式菜市场仅占一个与他人紧挨着的摊位卖菜,商家的收银箱与相邻的卖菜者的收银箱并排摆放着,收银箱是空的(还未收到顾客的钱款)时,行为人用自己的收银箱予以替换,使顾客和商家误以为是商家的收银箱,而将购货钱款投入其中,行为人将装有顾客钱款的收银箱拿走,并将钱款占为己有的,这属于诈骗而不是盗窃。因为行为人拿走的自己的收银箱并不在商家的占有(或支配控制)之下,相反,是把顾客投入进他自己支配控制的收银箱中的钱款拿走了,这完全符合诈骗罪的本质特征。二维码案具有诈骗性质的根本理由在于,行为人是在偷换商家二维码之后,顾客才往他所替换的自己的二维码的账户付款的,相当于是顾客本来将想要投到商家收银箱中的购货款,投进了被行为人恶意替换的他自己的收银箱,而这种收银箱与上述后一种被调换后的行为人的收银箱相同,箱内所容纳的顾客投入的钱款始终不在商家的占有(或支配控制)下,行为人拿走他自己的收银箱及顾客投进去的钱款,其性质是骗取,即是由于顾客的交付(或处分)间接获取钱款,而不是直接从顾客或商家的占有之下拿走钱款的。

另外,还有论者用与上述调换收银箱相似的例子,即在商家的收银柜或钱袋挖破一个洞,使顾客支付的钱款掉进自己的钱柜或钱袋中去,以此来论证盗窃罪成立。^⑩但与上述例子一样,只有在行为人的钱柜或钱袋事实上仍在商家支配控制(或占有)的范围内时,行为人避开其耳目拿走掉进自己的钱柜或钱袋中的钱款,才可能构成盗窃罪。因为商家的钱柜或钱袋事实上只是顾客所付钱款掉进行为人钱袋的一个通道,它本身并未存放顾客所付的钱款,相反,行为人的钱袋装进并存放着顾客的钱款。若行为人的钱袋不在商家支配控制范围内,那就意味着商家始终并未占有顾客支付的钱款,而只能认为行为人事事实上占有了钱袋里的钱款。二维码案与此例的不同还在于顾客的钱

款是直接支付到行为人账户的,并未经过商家的账户,也就是行为人收取顾客支付款项并不以商家的账户为过道,顾客一旦扫码支付,商家事实上根本不可能支配控制(或占有)其支付的钱款,因而,二维码案的性质,不可能是盗窃商家的钱款。

总而言之,行为人偷换商家的二维码,获取顾客意欲支付给商家的货款,这既不具有“窃取他人占有的财物”的特性,也由于商家始终都没有占有(或支配控制)顾客所支付的货款,决定了盗窃商家货款说没有存在的前提条件。

(二)盗窃债权(财产性利益)说

持此说的论者认为,行为人偷换商家的二维码,意味着窃得商家的债权人地位,法律后果是将商家对顾客的债权转移给自己享有。其“对商家债权的这种侵害行为符合盗窃罪的构成要件,属于盗窃债权(财产性利益)”。^⑪只不过,行为人偷换二维码时,其盗窃行为尚属预备,仅取得了债权人的身份地位,还未取得实际的财产性利益;当顾客开始向行为人的账户支付钱款时,其盗窃行为才进入实行阶段,其账户收到钱款时,盗窃罪既遂,其不仅享有了债权,并且实现了债权。^⑫但是,此说明显不具有合理性。

首先,盗窃罪的特点决定了债权等财产性利益不能成为其侵害对象。德日等将“财物”与“财产性利益”明确区分开来作为不同财产罪侵害对象的刑法,明文规定盗窃罪的侵害对象仅限于财物(不包含财产性利益)。我国刑法虽无这样的明文规定,但从中外刑法区分不同财产罪并规定轻重不同的法定刑,不难看出立法者所采取的区分标准或其关注的重点,同样能得出盗窃罪的侵害对象不可能是债权等财产性利益的结论。众所周知,在刑法规定的财产罪中,非法取得他人财产的犯罪类型(取得罪)占绝大多数。取得罪中转移占有的夺取罪,以是否违反被害人的意思转移财产的占有为依据,分为盗取罪和交付罪。前者(如盗窃罪、抢劫罪)以违反被害人的意思转移财产的占

有为成立条件,后者(如诈骗罪、敲诈勒索罪)则以被害人基于有瑕疵的意思而交付(或处分)财产为构成要件。自古以来,盗取罪(或盗罪)的一大特征是直接夺取(或拿走)他人占有下的财物,作为盗取罪基本类型的盗窃罪的行为表现是秘密窃取,通常是避开财物所有者或管理者的耳目偷偷地拿走其财物。而债权是一种法律权利,债权固然可以通过转让或让与等途径从甲转移给乙,但通常必须有权利人甲的相应行为才能发生转移,乙不可能不通过甲或其他相关人的行为而直接夺取(或拿走)。可是,盗窃罪的“窃取”行为,具有“侵害占有并拿走”、^②或者“打破占有并建立新的占有”^③这样的基本特征。作为法律权利(或观念)的债权,无疑不能被人直接夺取(或拿走),正因为如此,债权等权利“不能成为窃盗罪的窃取客体,已是不争之论”^④。

其次,在二维码案中,“就商户对顾客的货款请求权(债权——笔者注)来说,被告人并没有使之产生任何转移。换言之,即使认为商户丧失了货款请求权,但该请求权既没有转移给顾客,也没有转移给被告人,因而被告人对此不可能存在盗窃。”^⑤因为“在行为人偷换商家二维码之后、顾客尚未付款之前,债权仍然只存在于顾客和商家之间,债权的‘占有’并没有被打破。尽管顾客一旦扫码支付履行债务,相应款项将进入行为人的账户,造成商家的财产损失,但是……不论是在顾客扫码支付之前,还是扫码支付之后,并不存在商家针对顾客的债权的转移的现象”,即商家对顾客的债权并未被盗窃。^⑥那么,能否认为被告人盗窃了商家对银行(或微信、支付宝)的债权,或者顾客对银行(或微信、支付宝)的债权呢?有论者持肯定主张。^⑦但是,顾客扫码支付之后,所付款项即进入被告人在银行(或微信、支付宝)的账户,并未进入商家的账户,商家也就不可能对银行(或微信、支付宝)享有该款项的债权,盗窃商家对银行(或微信、支付宝)的债权之说,当然无存在的空间或余

地。至于说顾客扫码时,其意欲支付给商家的特定数额的钱款,由于还在其所存放的银行(或微信、支付宝)的账户上,其对银行(或微信、支付宝)无疑仍享有债权,当其实施完支付行为后,该钱款就转移到了被告人账户,被告人因而对银行(或微信、支付宝)享有该笔钱款的债权,这被许多论者误以为被告人盗窃了顾客对银行(或微信、支付宝)的该债权。但是,这种债权的转移是顾客基于有瑕疵的意思(误认)而“自愿”作出的支付行为所导致的,“不是被告人违反顾客的意志直接……将债权转移给自己占有……因此,被告人的行为不成立对顾客的银行(或微信、支付宝——笔者注)债权的盗窃”。^⑧就商家对顾客的支付货款请求权即债权而言,“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(指示顾客扫码付款即为其处分行为——笔者注)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……‘盗窃债权说’难以成立”^⑨。

再次,上述“盗窃债权说”认为,行为人偷换商家二维码,就意味着窃得商家的债权人地位,法律后果是将商家对顾客的债权转移给自己享有,也就等于窃取了商家的债权。但是,行为人偷换二维码通常是在商家和顾客的交易之前,二者之间尚不存在交易,当然也就不存在债权债务关系,根本无债权可供行为人盗窃。持上述主张的论者对此可能已有认识,于是提出行为人偷换二维码仅仅是盗窃债权的预备行为,当顾客开始向行为人的账户支付钱款时,其盗窃债权的行为才进入实行阶段,其账户收到钱款时,盗窃罪既遂,其不仅享有了债权,并且实现了债权。然而,一方面认为偷换二维码就是窃得了商家的债权人地位,已将商家对顾客的债权转移给自己,另一方面却认为这还只是盗窃债权的预备行为,即盗窃债权的行为还未开始实行。这种说法本身有内在的矛盾,不能自圆其说。因为窃得商家的债权人地位,当

然就是取得了债权,若尚未取得债权,肯定不能说已处于债权人地位。既然盗窃行为已取得债权(已将商家的债权转移给自己),怎么又说这种盗窃债权的行为还处于预备状态(未进入实行阶段)?况且,行为人偷换商家的二维码之后直到其账户收到顾客支付的货款,他并未再实施其他任何行为,为何将顾客实施付款行为时视为行为人实行盗窃行为的起点,并且盗窃的还是商家的债权?“如果行为人盗窃的是商家对顾客的债权,则行为人获得的并非是‘货款’,而只是一种‘请求顾客支付货款的请求权’,显然行为人已经获得了‘货款’……而非请求顾客支付货款的权利。”^⑧

此外,按上述“盗窃债权说”,顾客向行为人的账户支付货款之后,商家对顾客相应的债权随之消灭或丧失,这意味着行为人不仅盗窃了商家的债权,而且已实现债权。笔者也不否认,尽管顾客支付的货款到了行为人的账户(并未到商家账户),商家对顾客相应的债权确实会随之消灭。这是因为在通常情况下,按交易惯例和民众的观念,认为顾客已向商家指定的账户支付了款项,已履行其应尽的付款义务,同时也意味着商家已对货款作出了处分决定,并且顾客已协助其实施了处分货款的行为,只是由于商家的过失才使顾客支付的款项误入行为人账户,因此,顾客不承担再付款的义务(商家对顾客的该项债权已丧失)。但不能以行为人的账户收到了顾客支付的款项,因而使商家对顾客的该项债权消灭,就认为是行为人窃取了该债权,才导致这样的危害结果发生。因为第三者账户收到顾客支付的款项,还可能是商家误将没有过错的第三者之账户当作自己的账户,而指示顾客向该账户付款的情形,这也可能使商家对顾客的该项债权消灭,善意收到顾客支付款项的第三者,能被认定为盗窃了商家的债权吗?显然不能。这种善意收到顾客所付款项的第三者,只是一种不当得利者。由此可见,收到顾客支付的款项并导致商家该债权消灭,并不等于收到顾客

款项的第三者(含偷换二维码的行为人)盗窃了商家的债权。收到款项的第三者是否构成犯罪乃至构成何种犯罪,关键要看其是通过何种途径或手段获取该钱款的。没有采取非法手段获取的,如上述商家误认无过错的第三者的账户为自己账户的情形,善意收到款项的第三者,就只是一种不当得利,只要其返还该钱款,即无违法犯罪可言;但如果采取非法手段获取的,则应以其采取的是何种非法手段来定性。如果采取暴力胁迫手段,迫使顾客将钱款支付到自己或第三者账户的,可能构成抢劫或敲诈勒索罪;采取欺骗手段使顾客将钱款支付到自己或第三者账户的,则可能成立诈骗罪。就二维码案而言,上述持“盗窃债权说”的论者后来认为,被告人“偷换二维码的行为,形成受领权的权利外观,受领了债务人(顾客)的给付货款,实现了债权,同时导致债权人(商家)的债权消灭”。^⑨既然行为人是通过偷换二维码假冒受领人,“受领了债务人(顾客)的给付货款”,那就表明其不是直接从顾客手中(或钱柜中)“拿走”货款的,不存在直接夺取占有的问题,当然不可能构成盗窃罪,而假冒受领人受领顾客的“给付货款”,则符合诈骗罪由受骗者的交付或处分行为取得财物的特征,可能构成诈骗罪。

(三)盗窃商家规范占有的货款说

持此说的论者主张,偷换收款二维码取财行为的实质,是盗窃商家规范占有的货款。其有代表性的论者孙运梁教授认为:“在买家扫码支付之际,在规范意义上,货款已经交付给商家,商家占有了货款,同时,货款通过行为人偷换的二维码转移到行为人的账户,行为人以非法占有为目的,以平和手段转移了商家占有的货款,从而成立盗窃罪。”^⑩其主要理由有二:①商家的收款二维码放置在收银台上,顾客扫码支付货款,按照社会观念、交易习惯,货款即已分配至商家支配领域,由商家占有。行为人侵入他人支配领域,窃取了商家的货款,打破了商家对货款的占有,建立了自己对货

款的占有,无疑是存在货款的转移占有,符合盗窃罪的行为定型;②偷换收款二维码案中存在两个债权,一是商家对顾客的债权(请求顾客支付货款),二是作为给付标的物的债权(货款),即商家对该货款在支付宝或微信等支付平台的债权。行为人转移占有的对象是后者,即商家对顾客债权的标的物(对支付平台的债权)。③简而言之,二维码案中,商家已占有顾客作为给付标的物的债权(货款),行为人转移占有了这种已被商家规范占有的货款,符合盗窃罪的构成要件。此说也很值得商榷。

其一,作为法律概念的占有,无疑应从法律规范的立场来做解释,从此种角度而言,刑法中有关财物的占有也属于规范的占有。当然不能仅以“占有”的字面含义是“掌握”或“控制”,就将某人占有的财物解释为仅包含其拿在手上、放在拎包中或者其手能触摸、眼能看到的财物,而应当意识到,在某些场合,即便财物放置在离占有者或管理者较远的地方,也应从刑法规范的立场,认定其占有着财物。如某人将出故障的汽车停放在离家几公里的偏僻路边,尽管车主离开现场之后,事实上对该车的管控力较弱,但仍应认定其占有着该车。并且,还应当看到,不同法律规范中“占有”的含义,可能会有较大差异。例如,刑法学对财物占有的规范解释,十分注重其事实性,通说认为只有事实上掌握控制着财物,才能认定为占有了财物。但民法学的解释十分宽泛,除此种情形(事实上占有)之外,还包含法律观念上占有(如继承占有)。刑法学通说则不承认这种观念占有。如人死在荒野处,其生前携带的贵重财物,民法理论认为已被其继承人占有,而刑法通说认为属于无人占有之物。若偶然路过的第三者将这种财物拿走,在日本等规定有侵占脱离占有物罪的国家,可能成立此罪;④在没有规定此罪的我国,则不构成犯罪。⑤如果按民法的观念占有论来认定夺取占有的犯罪,第三者在荒野处拿走死者生前携带的贵重财

物,就存在夺取占有(夺取继承人对财物占有)的问题,应认定为盗窃罪。但这与惩罚盗窃罪的立法宗旨相悖,且与民众有关盗窃的基本观念不符,显然不具有合理性。正因为如此,中外刑法理论通说认为,作为直接夺取占有的盗窃罪中的占有,只能是对财物的事实性占有,即必须是人在事实上掌握控制财物的情形。所谓规范占有,也应该是从刑法规范的视角,来解释或判断谁在“事实上”掌握控制着财物,而不能将事实上没有掌握控制财物者,说成是在“规范上”占有财物。也就是对占有做的所谓规范解释或规范判断,必须以是否有掌握控制财物的事实为基础,不能做违反这种事实的判断或认定。持“盗窃商家规范占有的货款说”的论者正是犯了这种错误,一方面认为,“顾客所支付的钱款自始至终也没有实际进入到商家的收款账户,因此从纯粹的事实性角度来看,顾客对微信或支付宝的债权并没有现实化地转移给商家。”另一方面却又认为,“从规范论的视角来看,我们仍然可以论证,在顾客扫码支付钱款的短暂时点,人们观念上会认为顾客已经将对微信或支付宝的债权转移给了商家”。⑥这种所谓“规范的视角”或规范的判断,由于与客观事实不符,明显不妥当。

其二,孙运梁教授认为,“商家的二维码放置在收银台上……顾客扫码支付之后,社会规范上即承认货款由商家支配、占有”。因为“非实体的货款已流转商家支配空间,相当于给付了现金,放进商家收银台。正是由于收款渠道被置换,被行为人‘偷走了’。”⑦但是,仅因二维码放置在收银台上,顾客扫码付款就在“社会规范上”被认为,“货款已流转商家支配空间,相当于给付了现金,放进商家收银台”,这种所谓商家已规范占有货款的说法,与前述石狮市法院对邹某偷换二维码取财一案的判决理由所用的“秘密用自己的收银箱换掉商家的收银箱”的比喻如出一辙,同样是忽视了二维码虽在商家的收银台或视线范围内,

但被偷换后的行为人的二维码并非是放置货款的收银箱,而只是指引顾客向其账户付款的电子信
息,顾客所付钱款并未“放进商家收银台”,而是进
到了行为人在微信或支付宝即第三方支付平台的
账户中,也就是事实上“在顾客扫码支付之前,货
款由顾客占有;在其扫码支付之后,货款进入行为
人账户,由行为人控制和支配。可见,商家从未对
商品的货款予以控制和支配,肯定商家对货款的
占有极为困难。即便采纳所谓‘观念占有’的概
念,一般人也会认为,商家从未在观念上占有相应
货款,从而也就无法说成是行为人的行为破坏(转
移)了商家对货款的占有。”^③即不能说商家的货款
“被行为人‘偷走了’”。

其三,如前所述,孙运梁教授认为,偷换二维
码取财行为的性质是盗窃商家规范占有的货款,
其理论根据是行为人转移占有了商家对顾客债
权的标的物(货款),并提出偷换二维码案中存在着两个债权,一是商家对顾客的债权(请求顾客
支付货款),二是作为给付标的物的债权(货款),
即商家对该货款在支付宝或微信等支付平台的
债权。行为人转移占有的是后者而不是前者,自
认为这是一个理论发现。但在笔者看来,两个债
权说本身存在疑问。商家对顾客固然享有请求
支付货款的债权,作为顾客给付标的物的货款一
旦到达商家的账户,其债权即已得到实现。若因
行为人偷换二维码,使顾客意欲支付给商家的货
款到了行为人的账户,只可能是收到该货款的行
为人相对于为其开设账户的微信或支付宝等第
三方支付平台享有债权。而孙教授却认为,“在
规范意义上,顾客占有的对支付宝或微信的债权
转移到商家,由于行为人偷换了二维码,该债权
(货款)被行为人所窃取,转移到了行为人的支付
宝或微信账户上。”^④其认定“顾客占有的对支付
宝或微信的债权”(货款)已“转移到商家”的依
据是,“刑法上的占有是一种分配关系,既然买家付
了款,商家就已经规范地占有了货款”。^⑤但是,

按这种逻辑推论,有时会得出很不合理的结论。
例如,由于买家弄错了汇款账号,将本想支付给
商家的货款汇到了第三者账户。若按买家付了
款商家就占有了货款来判定,因商家既然已占有
了买家付的货款,买家也就不必与第三者交涉返
还所误汇钱款之事,更不必再向商家付货款了。
但这显然与法律的要求、交易的惯例和民众的观
念不符。另外,顾客意欲支付给商家的货款(在
支付宝或微信的债权),“由于行为人偷换二维
码,该债权(货款)被行为人所窃取,转移到了行为
人的支付宝或微信账户上”,这种说法也没有事
实依据。如前所述,顾客意欲支付给商家的货
款,无论是在支付前还是在支付后,均未经过也
未进入商家在支付宝或微信的账户,商家对这类
支付平台并不享有债权,也无法掌握控制该货
款,认为商家占有了该货款(或享有该债权)不符
合客观事实。正是由于该债权(货款)并未被商家
享有或占有,也不存在从商家账户“转移到了行
为人的支付宝或微信账户上”的问题,从而也不
可能得出行为人盗窃了商家占有的货款的结论。

其四,孙运梁教授及其他支持“盗窃商家规范
占有的货款说”的论者都意识到,前述“盗窃债权
说”把债权特别是商家对顾客的债权(请求支付货
款)作为盗窃罪的对象,明显不具有合理性。^⑥要
认定偷换二维码取财行为的性质为盗窃,就必须
另找路径。若能论证商家已占有顾客支付的货
款,将商家的货款作为盗窃的对象,既与“打破占
有并建立新的占有”的盗窃罪的构成要件理论相
符,又能在一定程度上克服其他盗窃罪说的缺陷,
无疑是一种最佳选择。但由于“商家对货款并无
事实上的占有,因此不能成立以商家货款为对象
的盗窃”。^⑦为了解决这一难题,持此说的论者提
出,尽管商家对货款并无事实上的占有,但从规范
的视角或作规范性的评价,即可肯定商家已规范
性的占有了顾客支付的货款。^⑧论证商家已规范
的占有货款,则主要是从两方面来做:一是将顾客

扫码支付货款视为在法律规范上是将自己对微信或支付宝的债权处分给了商家,商家享有这种债权就等于占有了货款。^④二是实际上从“观念占有”的立场,来论证商家在微信或支付宝上对顾客支付的货款享有债权,从而占有了货款。其中,有的论者认为,“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”;^⑤另有的论者认为,“在顾客扫码支付钱款的短暂时点,人们观念上会认为顾客已经将对微信或支付宝的债权转移给了商家”^⑥还有的论者认为,按民事交易的规则和民众的观念,“既然买家付了款,商家就已经规范地占有了货款”。^⑦总之,尽管商家事实上并未占有顾客支付的货款,但上述论者却按社会的观念或民众的观念来肯定商家占有了货款,并将这种“观念占有”与“规范占有”相等同。姑且不论肯定商家占有了货款是否确实是社会的观念或民众的观念,即便确实如此,将这种与客观事实相违背的观念,说成是具有规范性也并不合适。并且,采用这种观念的占有或“纯粹规范化的占有概念,最终会取消盗窃行为的定型化,在解释论上掏空盗窃罪的构成要件,或者将构成要件面目模糊化,使得盗窃罪缺乏根据地变为一个具有兜底和堵截性质的损害他人利益罪。”^⑧“这样一来,所有不能被其他财产犯罪的构成要件所涵摄的案件,几乎都可以认定为盗窃罪。”^⑨其所带来的不良后果不难想见。

三、现有诈骗罪诸说的不足

对二维码案,也有一些学者主张定性为诈骗,只不过视角和论证理由有所不同。有的认为属于普通类型的诈骗,有的认为属于特殊类型的诈骗。前一种主张主要包含“顾客被骗人说”和“店家被骗人说”;后一种主张则主要包括“三角诈骗说”“间接正犯诈骗说”“双向诈骗说”和“债权实现诈骗说”,如此等等主张或观点,定性或结论虽然可取,但其视角和论证理由存在缺陷。笔者将在下文

文分别予以评说。

(一)普通类型的诈骗

持此种主张的论者认为,二维码案的性质,实际上就是一种普通类型的诈骗。并且,由于受骗者与受害者相同,因而成立仅有行骗者与受骗者的两者间的诈骗。只不过对受骗者和受害者是顾客还是店家,“又可以具体细分为顾客被骗人说和店家被骗人说。前者以顾客的支付行为具有明显的处分行为为根据,将诈骗行为界定在行为人与顾客之间,并认为顾客既是被骗人,也是财物受损人。……后者将店家的指示付款行为认定为财物处分行为,并将诈骗行为界定在行为人和店家之间,认为店家同时是被骗人和财物受损人。”^⑩其中,前者占多数,不少司法人员持此种立场,认为“偷换商家支付二维码的取财行为,其实质就是行为人通过隐瞒二维码被更换的欺骗行为,使顾客即被害人陷入认识错误并基于该认识错误处分了自己的财产,从而遭受了损害,符合诈骗罪的犯罪构成”,^⑪也就是完全符合普通类型诈骗罪的构成要件。^⑫但是,无论是“顾客被骗人说”还是“店家被骗人说”,都存在明显的缺陷。

第一,二维码案中,与案件直接相关的人员,除了行骗的被告人之外,还有顾客和店家双方,他们之间存在买卖关系,被骗子骗走的虽然是货款,但在通常情况下,是在店家在场时,顾客当面扫码支付货款被支付到骗子账户上去的。因此,无论是将这种案件评价为属于被告人与顾客两者间、还是被告人与店家之间的诈骗,都意味着未将店家和顾客的行为均纳入案件之中,即没有对案件作出完整的评价,存在遗漏某一方的相关行为的问题。如认为是被告人和顾客两者间的诈骗,就没有对顾客是基于店家的明示或暗示而向被告人偷换后的二维码上的账户(被告人的账户)付款作评价。

第二,上述“店家被骗人说”认为,二维码案属于被告人和店家两者间的诈骗,那就等于是将顾客向行为人账户付款这一客观事实排除在外,认

定为店家因受骗而直接向被告人账户付款。因为作为普通类型的两者间的诈骗,只能是被骗者(被害人)直接向行骗者(行为人)交付或处分财产,否则,就没有交付或处分财产的被害人了。持此说的论者为了解决这一问题,就“将店家的指示付款行为认定为财物处分行为”,实际上是将“指示付款行为”等同于“直接实行付款行为”,这明显与客观事实不符,当然不具有科学合理性。

第三,上述“顾客被骗人说”认为,二维码案中顾客是受骗人。如果从顾客不知道被告人偷换了店家的二维码,自己扫码支付的货款实际上支付到了被告人账户上(并未支付到店家账户上)而言,由于其对这一客观事实无认识,很容易被视为其产生了认识“错误”。但是,在顾客采取转账形式付款的场合,只要其按店家指定的账户付了款,就算履行了义务。至于店家弄错了账户,导致顾客的货款误付到了第三者账户,不是顾客的操作失误(如输错了号码等)所致,而只能视为店家存在认识错误,并由其对自己的“错误”造成的后果负责,不能归责于顾客。在二维码案中,顾客按店家指定的二维码账户转账付了款,履行了自己应尽的义务,并不存在操作失误的问题。按交易惯例和民众的观念,不能要求顾客对店家二维码是否被偷换、二维码上的收款账户是店家自己的账户还是其亲戚朋友的账户有认识,因此,即使对这些事实无认识,也与诈骗罪中因受骗而对处分财产的事实产生误认的“错误”有实质的差别。可见,“‘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”。^⑤

第四,上述“顾客被骗人说”还认为,二维码案中顾客是“财物受损人”即受害人。“其理由是:顾客得到了商品,却并未将货款付至店家的账号,顾客支付行为未完成,店家对顾客仍然具有债权请求权或者不当得利的商品返还请求权,顾客仍需

要再支付货款或者退还商品,故顾客为财物受损人。”^⑥但是,正如前文所述,顾客按店家的指示扫二维码支付货款,就算履行了付款义务,店家向顾客交付商品,这笔交易即告完成。由于顾客对自己的货款被支付到被告人账户并无过错,店家对顾客不再具有支付货款的请求权,也就是其该项债权已丧失,顾客当然不需要“再支付货款”;又由于其已履行支付货款的义务,店家也按约向其交付了商品,无疑也不存在“退还商品”的问题。正是因为顾客的货款虽然支付到了被告人的账户上,店家并未收到货款,但由于顾客是按店家的指示转账付款的,顾客不承担责任。顾客支付的货款尽管已被被告人占有,但其收到了等值的商品,并无财产损失。店家向顾客交付了商品,而其货款被被告人所占有,也就是没有收到货款,遭受了货款损失。可见,将顾客视为“财物受损人”与客观事实不符。

(二)特殊类型的诈骗

1.三角诈骗说

此说认为,二维码案存在受骗者与受害者不同一的现象,是一种发生在行骗者、受骗者与受害者三者之间的诈骗,即属于三角诈骗。其中,有论者认为属于传统的三角诈骗,也有论者认为,属于与传统三角诈骗有点差异的新型三角诈骗。持传统三角诈骗说的论者认为,顾客是受骗人,商家是被害人,顾客受骗后通过处分自己对银行的债权,而使行为人获得对银行的债权,同时使商家(被害人)丧失本该属于其对银行的债权。并且,从规范的视角,可以将顾客扫码付款(处分自己对银行的债权),视为对商家财产或银行债权的处分。^⑦持新型三角诈骗说的论者认为,二维码案的特点是被告人通过偷换二维码实施欺骗行为,使顾客(受骗人)产生认识错误并基于认识错误处分自己的财产,进而使商家(被害人)遭受财产损失。其与传统三角诈骗“唯一的不同是,新类型的三角诈骗是受骗人处分自己的财产,传统类型的三角诈骗是

受骗人处分被害人(第三者)的财产”。^⑤但是,无论是哪一种三角诈骗说,都存在难以自圆其说的弊病。

其一,两种三角诈骗说,都将顾客视为受骗人。但正如前文所述,严格来说顾客只是对商家的二维码被偷换,自己付款到达的账户并非是商家的账户没有认识。由于顾客实际上是按商家指定的账户支付货款的,已履行其应尽的义务,不属于诈骗罪中对处分财产的事实有错误认识的情形,因而,顾客并不是受骗人。如果支付财产者不是受骗人,三角诈骗也就不可能成立。

其二,上述传统的三角诈骗说认为,顾客因受骗实际上处分了商家在银行的债权,从而使商家遭受财产损害,成为受害人。但是,如前所述,顾客意欲支付给商家的货款在银行(或微信等第三方支付平台)账户上时,顾客对银行或第三方支付平台享有债权,一旦支付完毕该款项就到了被告人在银行或第三方支付平台的账户,被告人对该款项在银行或第三方支付平台享有债权,商家对顾客支付的该货款在银行或第三方支付平台从未享有过债权,顾客根本不可能处分商家不享有或不存在的该债权。为了解决这一难题,有论者用债权准占有的适用来做解释,认为“顾客处分自己的银行债权与处分商户的货款在清偿效力发生时同时发生”,且由于清偿效力的产生使得商户失去自己的货款,这意味着“受骗人基于认识错误处分被害人的财产”。^⑥然而,“不能因为在结果上由商家承担财产损失,就认为是顾客处分了商家的债权。”因为“债权准占有仅仅是为了保护善意第三人所做出的制度安排,并不意味着……(顾客)拥有处分被害人(商家)财物的权利,也不能据此就将……(顾客)和被害人(商家)视作一个归责整体。”^⑦

其三,上述传统的三角诈骗说认为,顾客实际上处分了商家在银行的债权,如上所述,这并不符合客观事实。况且,即便这一点能成立,也无法解释顾客为何能处分商家在银行的债权,并成为三

角诈骗的受骗人。因为按通说,三角诈骗中的被骗处分第三者财产的受骗者,必须具有处分第三者财产的权限或地位。而在二维码案中,顾客与商家可能过去不相识、今后也很难再相见,仅仅只是一次性的交易,就认定顾客有处分商家财产的权限或地位根据何在?上述新型三角诈骗说,肯定顾客处分的是自己的财产,这固然与客观事实相符,能避免出现传统的三角诈骗说无法合理解释的该问题。但是,该说不能合理说明为何顾客处分自己的财产,可以与三角诈骗中的被骗人处分第三者(被害人)财产同等看待。

其四,刑法理论的通说认为,三角诈骗中的被骗人不是被害人,被害人不是被骗人,这是其不同于两者间的诈骗的特殊性。如果被害人是被骗人,指使第三者帮助其交付或处分自己财物的,则不属于三角诈骗。例如,被告人甲欺骗公司老板乙,谎称晚上有重要的客人要宴请,提出到乙家为其取高档西服晚上穿,乙给其保姆丙打电话,告诉其将新西服交给来取的人。甲随后到乙家,丙将乙的新西服交给甲拿走,甲据为己有。此例中的乙是被骗人也是被害人,由于丙是按乙的指示将西服交给甲的,是协助乙交付财物,乙对向甲交付财物起决定作用。正因为乙既是被骗人,又是对交付财物起决定作用的人,所以,不属于三角诈骗。众所周知,刑法理论上提出三角诈骗概念,就是为了要把这类诈骗与间接正犯的盗窃区分开来。这两类案件通常都是由第三者将财物交给行为人的,并且财物的所有者都不知情,均未指示第三者将自己的财物交给行为人。唯一的不同在于间接正犯盗窃的场合,第三者并不具有交出他人财物的权利或地位,而三角诈骗的场合,第三者具有这种权利或地位。正因为如此,才可以在财物的所有者(被害人)未受骗的条件下,第三者受骗并将其财物交给行骗者,视为与其自己受骗相当,且损害结果也由其承担。可见,在财物的所有者(被害人)受骗的场合,即便是由第三者交付或处分财

物,也不能视为三角诈骗。上述两种三角诈骗说,都不否认二维码案中的商家误以为被行为人偷换后的二维码仍是自己的二维码,客观事实也确实如此,这就意味着商家是受骗人。并且,顾客是按商家的指示扫码付款的,这与上述甲骗乙而从丙手中拿走乙西服的案件极为相似,显然与三角诈骗有重大差异,而与两者间的诈骗更接近。

2. 间接正犯诈骗说

此说认为,“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。”^③

但是,此说忽视了间接正犯概念是为了克服区分正犯与共犯的犯罪参与体系带来的定罪与处罚上的相关弊病而提出来的。就定罪而言,如果行为人教唆或帮助无责任能力人杀人,由于实行杀人的无责任能力人不构成犯罪,对利用(教唆或帮助)其杀人的有责任能力的行为人,往往难以单独按故意杀人定罪。即便是做过度扩张解释勉强定此罪,按故意杀人罪的教唆犯特别是帮助犯来处罚利用者,往往处罚会过轻,明显不具有合理性。^④正因为如此,采取区分制立法体系的德日等国,要么是在刑法上明文规定,对间接正犯以正犯论处,要么是在理论上做这样的解释。但即便是在德日等国,尽管在诈骗案特别是三角诈骗案中,必定有行为人利用被骗者交付或处分财物的行为,甚至被骗者也可能是在完全无过错时交付财物,但似乎没有人把这种利用行为与利用无过错的人实行侵害法益的间接正犯同样看待。这是因为,如果同样看待,许多案件就都有可能要被认定为间接正犯的诈骗;更为重要的是这样认定不仅毫无必要,而且与间接正犯的认定规则相冲突。

就二维码案而言,行为人已实施偷换二维码的行为,使商家误认为被偷换的二维码是自己的,并指示顾客扫码付款,这足以表明行为人已实行作为诈骗罪的构成要件的“欺骗”行为。在采取区分制立法体系的德日等国,对其按诈骗罪的直接正犯认定不成问题;在采取单一正犯立法体系的我国,对行为人按诈骗罪定罪处罚更不会有任何障碍。并且,对已着手实行诈骗罪的构成要件行为者,不按诈骗罪的直接正犯而以诈骗罪的间接正犯来认定,这也明显违反区分制体系下间接正犯的认定规则。^⑤

3. 双向诈骗说

此说认为,在偷换二维码案中,行为人既成立对顾客的诈骗罪,也同时成立对店家的诈骗罪,两罪之间存在想象竞合关系。此说论者所持的理由或根据又有所不同:一是“店家和顾客都受骗说”,认为行为人偷换二维码的行为同时欺骗了店家和顾客,使两者对二维码皆陷入认识错误,顾客基于认识错误并按同样基于认识错误的店家的指示扫码付款,店家又基于认识错误将商品交付给顾客,行为人获取财物,店家遭受损失。^⑥二是“两个阶段诈骗说”,认为偷换二维码存在两个阶段的诈骗:第一阶段以顾客为被害人,以商户为工具,骗取的财物就是顾客支付的货款;第二阶段则以商户为被害人,以顾客为工具,使商户处分了对顾客的债权这一份财产性利益。^⑦但是,若要认定行为人对顾客和店家均分别成立诈骗罪,就必须证明顾客和店家都既是被骗人又是被害人,而此说对此不可能作出合理的论证。

正如前文所述,按交易惯例和民众的观念,不能认定二维码案中的顾客对作为诈骗罪构成要件的事实有误认,因而不存在顾客因被欺骗而处分财产的问题,这就决定了顾客不能成为诈骗罪中的被骗人,相对于顾客的诈骗罪也就不可能成立。加之,上述两种双向诈骗说,都不否认顾客最终并未遭受财产损失,并且不属于诈骗未遂未遭受财

产损失的情形,而是根本不可能遭受财产损失。这同样能决定相对于顾客的诈骗罪不可能成立。因为诈骗罪作为一种非法取得他人财产的犯罪,必定是有可能给他人带来财产损失的,若无这种可能性,当然也就不可能构成此罪。为了解决这一问题,“两个阶段诈骗说”的论者提出,“顾客在第一阶段的诈骗中属于被害人,其遭受了财产损失,即自己原本应当转入商家账户的货款实际上转到了行为人的账户中,此时就这笔货款而言,可以认为顾客存在财产损失”。^⑤但这显然是只有少数学者支持的形式的个别财产损失说的主张,而按作为通说的整体财产说或实质的个别财产说,“既然顾客的交易目的完全实现,就不存在实质的财产损失。”也“不存在整体的财产损失”,因此,“难以承认‘双向诈骗’”。^⑥况且,如果肯定顾客存在财产损失,那就意味着商家并无财产损失,因为行为人在同案中骗取的钱款仅此一笔,若既视为顾客的损失,又认定为商家的损失,那就是对同一种损失作了双重评价。于是,持“两个阶段诈骗说”的论者提出,由于“顾客的这笔财产损失,马上在第二阶段的诈骗罪中得到了填补,即商家基于误以为顾客已经确实向自己完成了付款的这一认识错误,让顾客离店,从而在事实上丧失了再次向顾客请求支付的可能性。正因为如此,从整个案件的终局来看,顾客没有遭受财产损失,而是商家遭受了财产损失。”^⑦这样一来,顾客在第一阶段的财产损失,在第二阶段就没有了,商家在第一阶段没有财产损失,在第二阶段却变为有了,而这种变化是因为商家“让顾客离店,从而在事实上丧失了再次向顾客请求支付的可能性”。这样的解释也很难令人信服。事实上,商家丧失再向顾客请求支付的权利(债权消灭),是因为顾客已按其指示扫码支付了货款,履行了应尽的义务,即便顾客未离店,商家就发现货款被转移到了行为人账户,商家仍然丧失了再次向顾客请求支付的权利。再说,对同一案件中的一笔交易,不从整体来评价,而分

两个阶段来认定,将“从整个案件的终局来看,顾客没有遭受财产损失”的案件,评价为在上一阶段有财产损失,其科学合理性何在?

4. 债权实现诈骗说

此说认为,“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。”这是一种“以债权实现为对象的诈骗”(以下简称“债权实现诈骗说”)。其特点“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”。^⑧

在笔者看来,此说肯定二维码案中的“商家既是受骗者,又是受害者”是可取的,但认为是一种“以债权实现为对象的诈骗”不具有合理性。论者一方面认为“被害人处分的是自己的债权”“蒙受的损失是债权”,另一方面又认为“行为人获得的并不是债权本身”,而是商家“债权得以实现而产生的财产”。众所周知,诈骗罪中被骗者交付或处分的财产,与行为人获得的财产应当具有同一性,但此说论者不得不承认,“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”。^⑨为了解决这一问题,论者举例说明素材的同一性,并不要求形式上同一。例如,被害人因受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。“该案就属于‘以债权实现为对象的诈骗’”,两者同样不具有形式上的一致性,但不影响诈骗罪的成立。^⑩在笔者看来,此例中的行为人以假手机(手机模型)当真手机卖给被骗的受害人,行为人形式上对被骗人享有请求其支付“货款”的债权,被骗人用信用卡向行为人转账付款,行为人取得“货款”,这在形式上可以说

是以“债权实现”的方式骗取“货款”的。并且,被骗人失去的与行为人得到的都是行为人以实现债权之名得到的“货款”,两者在形式上也是一致的。只不过,由于这是以虚假买卖的形式行诈骗之实,实质上行为人对顾客并不享有债权。这是一种很常见的以虚假买卖形式骗取他人“货款”的普通诈骗,将其说成是一种“以债权实现为对象的诈骗”,难免给人以名不符实的印象,实际上是把简单的问题复杂化了。而二维码案中,行为人对顾客连形式上的债权也没有,商家对顾客虽有真实的债权,但充其量只是在其想要实现债权(请求顾客支付货款)的过程中,货款被行为人骗走了,其债权并未得到实现。这与上述行为人对买假手机者存在形式上的“债权”,并且这种“债权”被实现了(骗取到了“货款”)的情形有重大差异。将这种商家的债权并未“得以实现”,行为人无论对商家还是顾客本来就没有债权,根本不存在实现债权问题的案件,说成是“以债权实现为对象的诈骗”案,不仅没有正确揭示这类诈骗的特殊本质,给人以名不符实的感觉,而且还很容易使人误以为行为人是实现自己债权的形式(或名义)来骗取他人财物。

四、“假冒电子收银员诈骗说”之提倡

众所周知,随着计算机科学技术的发展,数字化与无纸化的支付结算已经宣告了一个货币电子化时代的来临,传统商品交易中常用的现金已开始渐进式地退出流通领域。无论是线上还是线下的交易,支付结算更多地体现为电子化。^⑨过去商品交易中支付结算时,收取现金的自然人收银员,也被如今的互联网电子收银员取代。骗取顾客所支付的货款的犯罪案件,在不同时代的表现形式也有某些差异,呈现出一些不同的特点。

例如,李某得知张某已收到自己发送的货物后,打电话给自己聘用的陈某,吩咐其到张某处将3000元货款收回来交给自己。刘某听到后,迅速赶到张某处,谎称是李某派来取货款的,并让李某给

李某打电话确认。张某拨通电话后递给刘,刘某对李某说:“李老板,我是来为你取货款的小陈呀!”说完将电话交给张某,李某误以为是自己派去取货款的陈某,就对张某说:“请你把要付给我的货款交给他。”刘收到货款后据为己有。这类假冒商家收银员非法收取他人货款的案件,在货币电子化时代来临之前较为常见,对其应按诈骗罪定性,是理论和实务上很一致的结论。

本文讨论的偷换商家收款二维码取财的案件,与上述案例实质上相同,也是假冒收银员非法收取他人所支付的货款的情形。不同之处仅在于,行为人是利用计算机信息系统,假冒商家的电子收银员收取顾客支付的货款,上述案例则是假冒自然人收银员收取他人货款。但这不影响定性结论,即同样应该定诈骗。理由主要在于:顾客应当向商家支付货款,商家指示顾客扫描收款二维码,这种收款二维码相当于商家的电子收银员,代替商家直接收取货款。只不过与传统的收取货款有点差异,二维码收取的是电子化的货币,以电子数据的形式被存放(或记载)到银行(或微信等第三方支付平台)为商家开设的账户上,相当于自然人收银员按商家的要求将从顾客那里收到的现金,放到商家的钱柜里。行为人偷换商家的收款二维码,等于是用自己的电子收银员假冒替代商家的电子收银员,非法收取顾客支付的货款,如同上述自然人假冒收银员收取顾客交付的货款。这种以非法占有为目的,冒充商家的电子收银员非法收取商家货款的行为,同上述刘某假冒陈某向顾客张某收取货款的行为,性质完全相同,无疑应当按诈骗罪定性处理。^⑩对于前述否定这种定性的理由,笔者作如下几点回应:

第一,前述福建省石狮市人民法院对邹某偷换二维码取财案的判决认为,“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”。^⑪但是,如上所述,收款二维码在商品交易场合,实际上相当于商家

的电子收银员,发挥与自然人收银员同样的作用。被告人偷换收款二维码的行为,等于是用自己的电子收银员替换或假冒商家的电子收银员,使商家误认被告人的电子收银员为自己的电子收银员,要求顾客扫被偷换的收款二维码支付货款,实际上是指示顾客将货款交付给了被假冒的被告人的电子收银员,如同上述假冒自然人收银案中,老板李某误以为刘某是自己委派的收银员陈某,而要求顾客张某将货款交给刘某。被告人的欺骗行为就是假冒商家的收银员,虚构了这种事实,使商家信以为真,要求顾客将货款交付给了被告人。由于商家主观上有误认,并基于这种误认向被告人交付了财物,明显存在受骗的问题。有论者却认为,邹某偷换二维码一案中,虽然“邹某某确有虚构事实的行为,但是这种虚假信息根本就没有传递到商家的认识视野中,从虚假信息到认识错误再到处分财产的因果联络没有形成”。^②在笔者看来,这是把商家没有识破行为人偷换付款二维码(用自己的电子收银员替换或假冒商家电子收银员)的骗术,视为“这种虚假信息根本就没有传递到商家的认识视野中”,因而商家不存在认识错误(或没有受骗),并基于这种认识错误交付或处分财产。但诈骗犯罪的特点通常就在于被骗者没有识破行骗者虚构的事实(或设置的圈套),因而才向其交付财物。如果其明知事实真相(未受骗),也就不会向其交付财物。^③二维码案也不例外,商家若明知其二维码被偷换(或明知事实真相),当然不会指示顾客扫码付款。

应当注意的是,被告人用自己的电子收银员假冒商家的电子收银员,与上述自然人假冒商家收银员的情形的差异在于,被告人并非是直接以收银员的身份去收取商家的货款,而是利用包含电子计算机信息的收款二维码作为工具,代替自己去收取商家的货款。但由于被告人是以智能化的电子计算机代替其实施收款行为的,与其直接实施收款行为应作同样的评价。如同被告人指使

不明真相的雇员假冒另一商家的收银员,去收取顾客交付的货款后交给自己一样。尽管被告人没有直接去实施收取货款的行为,但由于其是利用不明真相的雇员作为工具去收取货款的,认定其实施了作为诈骗罪构成要件的虚构事实并隐瞒事实真相的欺骗行为,无疑是合理的。

第二,对二维码案,前述主张定盗窃罪的司法人员和学者大多认为,“二维码案件不成立诈骗罪,关键在于不存在诈骗罪要求的财产处分行为。”因为“商家让顾客向指定的二维码扫描付款,是为了让顾客将支付款转移给自己占有,‘只有接受顾客支付款即领受债权利益的行为和意识,完全不同于将自己的财产转移给行为人占有的行为和意识’,^④从而也就完全没有规范意义上的处分行为。”^⑤但是,这种主张显然是把诈骗罪中被害人基于错误认识向行为人或第三者交付或处分财产的行为,理解为仅限于将财产转移给对方所有(让对方永久掌握控制)的情形。这无疑是不恰当地缩小了诈骗罪的范围。按刑法理论的通说,“受骗者的处分行为,只要是使财物或者财产性利益转移给行为人或者第三者占有就够了,不要求有转移财产的所有权或其他本权的意思表示。例如,A没有返还的意思,却隐瞒其意图向X借用汽车,得到汽车后逃匿。X只有转移占有的意思,但A的行为也成立诈骗罪。”^⑥在上述假冒商家收银员骗取财物的案件中,商家误认对方是其指派的收银员,要求顾客将货款交给他,尽管商家只是委托他代为收回之后转交给自己,但仍然应当认为,商家有要求顾客向假冒的收银员交付或处分货款的行为,即应认定商家有交付或处分行为,从而应认定被告人的行为构成诈骗罪。利用假冒的商家电子收银员收取顾客货款的二维码案中,商家同样有要求顾客向假冒的电子收银员(被偷换的二维码)交付货款(扫二维码付款)的行为,这就是这种诈骗案中的被害人交付或处分货款的行为。

有必要特别说明的是,之所以要将商家要求

顾客向假冒的收银员(含电子收银员即收款二维码)交付或处分货款的行为,认定为是商家的交付或处分货款的行为,是因为“处分行为既可以表现为受骗者直接将财产处分给行为人或第三者(直接交付),也可能表现为间接交付,即通过辅助者转移给行为人或第三者。”^⑦受骗的商家要求顾客向假冒的收银员(含电子收银员)交付或处分货款,由于只有商家才是受骗人,顾客只是按商家的要求支付了货款,顾客不是受骗人,所以,应认为是受骗的商家在顾客的辅助下间接向被告交付了货款。此外,被告人也可能不是自己直接去向顾客收取货款,还可能是前文所述的指使不明真相的雇员去假冒商家收银员向顾客收取货款,在受骗的商家要求顾客将货款交给收款人时,顾客将货款交给了不明真相的收款人,被告人并未直接收受货款,而是以不明真相的雇员作为工具间接接受了货款。二维码案中的被告人获取对方交付的货款在实质上与此相同,即以被利用的自己的收款二维码(或电子收银员)作为工具,收受顾客支付的货款。只不过电子收银员代为收受后就立刻放到了被告人的账户上,二者几乎是同步进行的。

第三,前述福建省石狮市人民法院对邹某偷换二维码取财案的判决指出,“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”。^⑧一般认为,“诈骗罪属于智力犯罪以及所谓‘交往沟通型犯罪’,被告人需要与对方就财产决策的具体事项发生意思的沟通”,而二维码案中的商家或店主对于被告人单方面操纵的收款渠道变更毫不知情,所以,“认为店主产生认识错误并向顾客发出指示交付的指令,使其错误付款并给自己造成损失,被告人针对店主成立诈骗罪的观点,是存在疑问的”。^⑨这一见解的立点是,诈骗罪作为交往沟通型犯罪,以被告人与被骗人之间有“交流”至少有某种形式的接触为前提,而“交流”只限于语言文字的交流。由

于被告人与被骗人案发前未见过面,也没有语言文字包括网络信息的接触或联络(如打电话、发短信等),因而,不属于“交往沟通”型的诈骗犯罪。但是,这种见解忽视了诈骗罪的被告人与被骗人的“交往沟通”或“交流”,无非是要向对方传递某种错误的信息,使其被误导即产生错误认识,并基于这种错误认识处分财产。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。……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’。”^⑩如前所述,二维码案的实质是被告人利用假冒商家的电子收银员非法收取顾客的货款,电子收银员虽然与自然人收银员从事同样的收银工作,但电子收银员不能像自然人收银员那样与顾客用语言、文字或表情动作来“交流沟通”,只能由智能化的计算机信息系统来与人“交流沟通”。计算机作为一种机器固然不可能被骗,但使用机器的背后的人可能受骗。正因为如此,许多国家刑法都单独规定有利用计算机诈骗罪,我国刑法规定的信用卡诈骗罪就包含部分利用计算机诈骗的情形。如拾得他人的信用卡猜出密码后在自动取款机上取款,虽然并未与银行工作的自然人营业员交流沟通,但由于自动取款机与银行柜台的自然人营业员从事着部分相同的工作,因而可被视为银行的电子营业员。对冒用他人信用卡在自动取款机上取款,与在银行柜台找自然人营业员取款应同样看待,同样应定诈骗性质的犯罪(信用卡诈骗罪)。^⑪当然,不能以诈骗性质的犯罪属于“交流沟通”型的犯罪,冒用他人信用卡在自动取款机上取款,因没有与自然人的“交流沟通”,就否定其成立诈骗性质的犯罪。基于同样理由,利用假冒的电子收银员向顾客收取货款,尽管顾客没有与自然人收银员交流、沟通或接触,但不影响将其与假

冒自然人收银员收取货款做同样的评价,即应肯定诈骗罪成立。

注释:

①参见邹某盗窃案,福建省石狮市人民法院(2017)闽0581刑初字第1070号刑事判决书。

②本文中的“二维码案”,仅指偷换商家的收款二维码并非法获取顾客所支付的货款或服务费的案件。事实上,还有另一类利用他人付款二维码非法取财(如行为人借机将他人手机中的微信收款码换成其付款码,尔后用自己的手机扫描被害人手机的微信付款码获取钱款)的案件,与此类案件既有相似性,也有明显不同的特殊性(参见李森:《利用他人付款二维码侵财案件的定性反思——基于107份刑事裁判文书的实证分析》,载《南大法学》2022年第2期,第107页以下)。这后一类案件不在本文所研讨的“二维码案”的范围内。

③付立庆:《二维码案件中诈骗罪说的质疑与盗窃罪说的论证》,载《浙江大学学报(人文社会科学版)》2022年第1期,第52页。

④参见徐凌波:《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,第47页。

⑤笔者将在下文对此展开论述。

⑥参见张开骏:《偷换商户支付二维码侵犯商户应收款的犯罪定性》,载《上海政法学院学报(法治论丛)》2018年第2期,第117-118页。

⑦持此种主张的论者把盗窃、诈骗等犯罪取得他人财物后掌控赃物的状态等同于侵占罪的侵占行为,但刑法理论的通说认为,侵占罪与盗窃罪、诈骗罪相区别的关键在于,作为盗窃、诈骗对象的财物,是在他人占有或支配控制之下的,行为人采用非法窃取、骗取的方法取得占有或支配控制;而作为侵占对象的他人财物,通常是在行为人的合法占有或支配控制之下,行为人应当返还或交给权利人,但他拒不返还或交出,却予以侵吞。可见,犯罪之后占有、掌控赃物的行为,与侵占罪的侵占行为有质的差异。就二维码案而言,行为人采用非法手段(偷换二维码),使顾客本来想要支付到店家账户上的钱款,却支付到了行为人的账户上,置于其掌控之下。由于行为人是采用非法手段获取顾客支付的钱款的,这也就决定了这种钱款不可能成为侵占罪所侵占的对象,只可能视为盗窃、诈骗等取得占有的犯罪的侵害对象,从而不可能构成侵占罪。

况且,从笔者下文的论述不难看出,对偷换二维码取财行为定罪(诈骗罪)不成问题,因而,持侵占罪主张的前提条件并不存在。

⑧参见胡洁人、王运翱:《“偷换二维码取财”行为性质之争议》,载《山东警察学院学报》2022年第4期,第63-64页。

⑨持此种主张的论者,忽视了二维码案中,行为人账户中收到顾客误汇入的钱款,是其精心实施的偷换二维码的行为直接造成的,具有通过犯罪手段获取财物的本质特征,这与收到款项者对他人误汇钱款到自己的账户上并无过错、收到钱款只是民法上的不当得利有实质的不同,因此,不能将行为人的行为视为拒不返还不当得利,从而也就不能认定为侵占罪。

⑩参见徐剑:《二维码替换案的罪名适用研究》,载《法律适用》2021年第2期,第140页。

⑪我国刑法对侵犯财产的犯罪,并没有像德日刑法那样有明确规定,有的罪侵害的对象仅限于财物,有的罪侵害的对象还包含财产性利益。一般而论,对“公私财物”应从广义上理解为包含财产性利益。但是,对某些具体财产罪而言,其自身的特性决定了“财产性利益”不可能成为其侵害的对象。故意毁坏财物罪就是典型的适例。它的特性就在于行为人不是为了取得或获取他人之物,而是想要毁坏他人之物,即使物的使用价值和经济价值全部或部分丧失。这也就决定了其侵害的对象仅限于狭义的财物,而不包含财产性利益。因为“债权”之类的财产性利益,是法律上的一种权利,是观念性的东西,没有物理的外形,不可能像有体的财物那样被毁坏。债权固然可能被消灭,但债权所涉及的金钱等实物,还依然完整地存在于现实世界中,只是权利人不再拥有债权所涉及的金钱等实物,这同毁坏财物罪可能使被毁坏的对象从现实世界中完全消失,具有本质上的差异。因此,不能认为消灭债权也是故意毁坏财物罪的一种表现形式,从而不能将偷换商家的二维码使商家丧失对顾客之债权的行为,评价为故意毁坏财物。

⑫盗窃顾客钱款说认为,二维码案的行为人盗窃的对象是顾客的钱款。因为顾客的真实意愿是将自己的微信或者支付宝中的钱款转移给商家,行为人偷换二维码导致钱款转给了行为人,违背了顾客的真实意愿,侵害了顾客对钱款的占有,因而成立盗窃罪(参见杜牧真:《从犯罪客体看偷换二维码行为的本质》,载《人民检察》2018年第13期,第75页)。但在笔者看来,二维码案中,行为人获取的钱款固然是顾客意欲支付给商家的,但并非是其盗窃所得。行为人偷换二维码的行为虽然对其之后获取顾客钱款起了重要作用,但如果没有顾客扫码支付的行为,行为人不可能获取顾客的钱款。可见,顾

客扫码支付才是钱款到达行为人的账户并被其占有的关键所在。正如前文所述,不能把“偷换二维码”与作为盗窃罪客观构成要件的“秘密窃取”行为相等同,偷换二维码只是其获取顾客钱款的手段中的一个具体环节,即导致顾客误以为是商家的二维码而扫码支付钱款,结果却转汇到了行为人的账户被其获取。而偷换二维码明显是一种掩人耳目的欺骗手段,采用这种手段获取被骗人支付(或处分)之财物的情形,无疑是骗取而非窃取。也就是说,二维码案属于行为人骗取顾客所支付的钱款的情形,而不是盗窃顾客钱款。

⑬盗窃商家商品说认为,二维码案的行为人盗窃的是商家的商品,属于一种特殊的盗窃间接正犯。即“行为人先利用不知情的顾客取得了商户的商品,只不过最终商品归于顾客,与商品价格等值的货币转移到了行为人的手中,这与行为人利用不知情的顾客为自己窃取商品在法律评价上并不存在差异,因此,行为人应当认定为盗窃罪的间接正犯”(参见陈文昊:《“新型三角诈骗”之探讨》,载《大连海事大学学报(社会科学版)》2017年第5期,第49页)。毋庸置疑,利用不知情的第三者作为工具窃取他人财物,确实是一种较为常见的间接实行(或间接正犯)盗窃的情形,当然可能构成盗窃罪。在司法实践中,行为人称他人之物为自己之物廉价卖给对方,不知情的对方付款后直接拿走他人之物的,如上述论者所举的“将邻居家的树木假装自己家的树木卖给外地人”的实例,就属于这种“虚假买卖型”的间接实行的盗窃。其特点是以虚假买卖的形式将他人之物“卖”给第三者,实质上与行为人自己取得该物没有差异,因而应视之为间接实行了盗窃,认定其构成盗窃罪。但二维码案中,并非行为人趁商家不在场,向顾客谎称商家的商品是他的商品并将这种商品卖给顾客,而是商家直接将商品卖给顾客的,双方之间的买卖客观真实,不能说行为人实质上是利用不知情的顾客作为工具而间接实行窃取商家商品的盗窃行为,因此,盗窃商家商品(间接实行盗窃商家商品)说不能成立。

⑭这里的货款是从广义而言的,除了购买货物支付的款项外,还包含支付住店、餐饮等所花的费用。本文中的货款大多是从这种广义而言的。

⑮同前注①,福建省石狮市人民法院刑事判决书。

⑯高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第10版),北京大学出版社2022年版,第506页。

⑰阮齐林:《“二维码替换案”应定性诈骗》,载《中国检察官》2018年第1期,第5页。

⑱利用第三者作为工具窃取他人财物即所谓间接实行

犯(或间接正犯)的情形,表面上是由第三者将他人财物交给行为人(不是其直接拿走),但从实质上可以评价为与其直接拿走无异。

⑲参见杨新培:《“三角诈骗”的法理质疑与实践批判》,载《东方法学》2019年第4期,第61页。

⑳柏浪涛:《民事代理在刑法适用中的意义》,载《华东政法大学学报》2021年第6期,第39页。

㉑参见柏浪涛:《论诈骗罪中的“处分意识”》,载《东方法学》2017年第2期,第106页;许浩:《盗窃与诈骗交织类犯罪的定性问题研究》,载《法律适用》2019年第1期,第118页。

㉒[日]高桥则夫:《刑法各论》,成文堂2011年版,第250页。

㉓参见车浩:《盗窃罪中的被害人同意》,载《法学研究》2012年第2期,第102页。

㉔林山田:《刑法各罪论》(上),北京大学出版社2012年版,第211页。

㉕张明楷:《三角诈骗的类型》,载《法学评论》2017年第1期,第20页。

㉖参见王华伟:《论网络盗窃中的规范占有》,载《国家检察官学院学报》2021年第6期,第107-108页。

㉗参见同上注,王华伟文,第117页。

㉘同前注㉕,张明楷文,第20页。

㉙蔡颖:《偷换二维码行为的刑法定性》,载《法学》2020年第1期,第128页。

㉚孙运梁:《数字时代财产性利益规范占有的教义学分析——以偷换收款二维码案件为例》,载《清华法学》2023年第3期,第73页。

㉛同前注㉙,柏浪涛文,第39页。

㉜同前注㉚,孙运梁文,第59页。

㉝参见同上注,第74页。

㉞参见[日]前田雅英:《刑法各论讲义》,东京大学出版会2011年版,第261页。

㉟参见刘明祥:《财产罪专论》,中国人民大学出版社2019年版,第23页。

㊱同前注㉞,王华伟文,第114页。

㊲同前注㉚,孙运梁文,第72页。

㊳同前注③,付立庆文,第61页。

㊴同前注㉚,孙运梁文,第73页。

㊵同上注,第70页。

㊶参见同上注,第73页。

⑫同前注③,付立庆文,第64页。

⑬参见同前注⑫,王华伟文,第114页、第116页。

⑭参见同前注⑩,孙运梁文,第73页;同前注⑫,王华伟文,第116页。

⑮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,第121页。

⑯同前注⑫,王华伟文,第114页。

⑰同前注⑩,孙运梁文,第70页。

⑱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,第1215-1216页。

⑲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,第129页。

⑳刘梦雅、张爱艳:《偷换商家支付二维码案的刑法认定》,载《中国检察官》2018年第1期,第12页。

㉑李勇检察官在其题为《“调包二维码案”别争了,定诈骗!》一文中就持此种主张。参见同前注⑮,张明楷文,第21页。

㉒同前注⑲,蔡颖文,第130页。

㉓同前注⑲,张庆立文,第129页。

㉔参见孙杰:《更换二维码取财行为的刑法评价》,载《政法论丛》2018年第2期,第120页、第129页。

㉕同前注⑮,张明楷文,第24页。

㉖高磊:《论清偿效果之于三角诈骗的认定》,载《政治与法律》2018年第5期,第59页。

㉗同前注⑫,王华伟文,第104页。

㉘姜涛:《网络型诈骗罪的拟制处分行为》,载《中外法学》2019年第3期,第711页。

㉙参见[日]山中敬一:《刑法总论》(第3版),成文堂2015年版,第865-866页。

㉚间接正犯是以不能认定直接正犯为前提条件的。

㉛参见同前注⑲,张庆立文,第130页。

㉜参见姚培培:《诈称履行受领人取财行为的刑法学分

析——兼谈“偷换二维码案”》,载米良主编:《北外法学》2020年第1期,社会科学文献出版社2020年版,第42页。

㉝同上注,第42页。

㉞同前注⑮,张明楷文,第22-23页。

㉟同前注⑫,姚培培文,第42-43页。

㊱同前注⑲,蔡颖文,第134页。

㊲同上注,第136页。

㊳参见同上注,第136-137页。

㊴参见黎四奇:《二维码扫码支付法律问题解构》,载《中国法学》2018年第3期,第115页。

㊵假冒电子收银员非法收取他人支付钱款的案件,除了非法收取顾客支付的货款或服务费之外,还可能以收取其他费用的名义骗取钱款。如将自己的收款二维码放在违章停放的车辆上,并附上责令交罚款的留言,假冒交警部门的电子收银员收取“罚款”。对类似案件,均应按诈骗定性处理。

㊶同前注①,福建省石狮市人民法院刑事判决书。

㊷董玉庭、杜文辉:《论偷换二维码非法侵犯犯罪行为》,载《山东社会科学》2020年第6期,第176页。

㊸参见[日]西田典之著、[日]桥爪隆补订:《日本刑法各论》(第7版),王昭武、刘明祥译,法律出版社2020年版,第228页。

㊹同前注⑥,张开骏文,第113页。

㊺同前注③,付立庆文,第56-57页。

㊻张明楷:《刑法学》(第6版),法律出版社2021年版,第1307页。

㊼同上注,第1307页。

㊽同前注①,福建省石狮市人民法院刑事判决书。

㊾蔡桂生:《新型支付方式下诈骗与盗窃的界限》,载《法学》2018年第1期,第180页。

㊿同前注⑲,蔡颖文,第135页。

㋀参见2008年4月18日最高人民检察院《关于拾得他人信用卡并在自动柜员机(ATM机)上使用的行为如何定性问题的批复》(高检发释字[2008]1号)。