

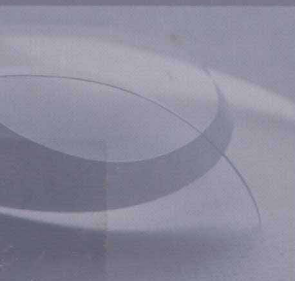
· 当代经济刑法研究丛书 ·

总主编· 顾肖荣 林荫茂

支付方式的演进 对诈骗犯罪的影响研究

ZHIFU
FANGSHI DE
YANJIN
DUIZHAPIAN
FANZUI
DE
YINGYANGYANJIU

秦新承◎著



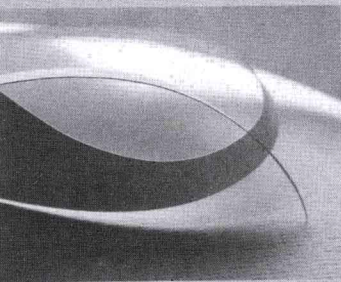
· 当代经济刑法研究丛书 ·

总主编·顾肖荣 林荫茂

支付方式的演进 对诈骗犯罪的影响研究

ZHIFU
FANGSHI DE
YANJIN
DUIZHAPIAN
FANZUI
DE
YINGYANGYANJIU

秦新承◎著



上海社会科学院出版社

图书在版编目(CIP)数据

支付方式的演进对诈骗犯罪的影响研究/秦新承著.
—上海:上海社会科学院出版社,2012

ISBN 978-7-5520-0167-9

I. ①支… II. ①秦… III. ①支付方式—影响—经济—
诈骗—研究 IV. ①F830.73②D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 226338 号

支付方式的演进对诈骗犯罪的影响研究

著 者:秦新承

责任编辑:杨 国

特约编辑:周 河

封面设计:闵 敏

出版发行:上海社会科学院出版社

上海淮海中路 622 弄 7 号 电话 63875741 邮编 200020

<http://www.sassp.com> E-mail:sassp@sass.org.cn

经 销:新华书店

印 刷:上海长城绘图印刷厂

排 版:南京展望文化发展有限公司

开 本:890×1240 毫米 1/32 开

印 张:9.375

插 页:2

字 数:240 千字

版 次:2012 年 9 月第 1 版 2012 年 9 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-5520-0167-9/F·153

定价:35.00 元

版权所有 翻印必究

目 录

导 论	1
一、选题价值	1
二、研究现状	3
三、创新与不足	5
 第一章 支付与支付方式	8
第一节 概 述	8
第二节 支付方式	12
一、商品支付方式	12
二、货币支付方式	16
三、金融票证支付方式	18
四、电子支付方式	24
五、第三方支付方式	30
 第二章 我国支付方式的演进与诈骗犯罪立法	35
第一节 货币支付方式与诈骗犯罪立法	36
一、商品支付方式为主时期诈骗犯罪立法及特点	36
二、货币支付方式下的诈骗犯罪立法演变	38
三、货币支付方式下诈骗犯罪立法特点	46
第二节 金融票证支付与诈骗犯罪立法	48
一、信用卡支付方式与诈骗犯罪立法	48

二、信用证支付与诈骗犯罪立法	55
三、票据支付与诈骗犯罪立法	58
四、金融票证支付方式下诈骗犯罪立法特点	62
第三节 电子支付与诈骗犯罪立法	65
一、电子支付发展概况	65
二、网络诈骗犯罪的特点及趋势	68
三、电子支付方式与相关立法	73
 第三章 境外支付方式与诈骗犯罪立法	79
第一节 英国支付方式与诈骗犯罪立法	79
一、英国支付方式之演进	79
二、英国支付方式与诈骗犯罪相关立法	83
第二节 日本支付方式与诈骗犯罪立法	92
一、日本支付方式之演进	92
二、日本支付方式与诈骗犯罪相关立法	95
第三节 我国台湾地区支付方式与诈骗犯罪立法	112
一、台湾地区支付方式的演进	112
二、台湾地区支付方式与诈骗犯罪相关立法	117
 第四章 支付方式对诈骗犯罪法益的影响	123
第一节 支付方式演进下的诈骗犯罪法益变迁	124
一、犯罪客体与刑法法益	124
二、支付方式的演进与诈骗犯罪法益变迁	128
第二节 法益保护的平衡与完善	135
一、法益保护的平衡	135
二、法益保护的完善	138
第三节 实践与理论的错位	142
一、相关司法解释	143
二、《解释》存在的问题	145

第五章 支付方式对诈骗犯罪主观和主体方面的影响	150
第一节 支付方式对诈骗犯罪犯意的影响	151
一、票证支付方式对金融诈骗罪犯意的影响	151
二、预付卡支付对诈骗罪犯意认定的影响	155
三、过失能否成为诈骗犯罪的犯意	162
第二节 支付方式对诈骗犯罪主体要件的影响	163
一、诈骗罪主体的立法演进	163
二、支付方式对诈骗罪主体的立法影响	164
三、打击单位犯罪的现实困境与出路	167
第六章 电子支付方式对诈骗犯罪客观要件的影响	170
第一节 诈骗罪的非纯正数额犯趋势	170
一、诈骗罪：纯正数额犯	171
二、司法解释的突破	174
三、关于小额涉众诈骗	177
第二节 第三方支付方式对被害人行为特征的影响	183
一、交付与处分的区别	184
二、是交付而不是处分	190
三、是“不受胁迫地交付”，而不是“自愿交付”	195
第三节 信用卡支付方式对“交付意识”必要说的影响	199
一、“交付意识”必要说的重要地位	199
二、认定诈骗不需交付意识：以机票款诈骗案为例	204
三、对必要说主要理由的分析及对交付要件的重新建构	208
四、结论与余论	212
第七章 新型支付方式与诈骗犯罪的司法认定	215
第一节 消费积分支付与诈骗犯罪的司法认定	215
一、消费积分支付及其主要特点	215

二、典型案例及认识分歧	218
三、法理分析	221
第二节 虚拟货币支付与集资诈骗的司法认定	225
一、虚拟货币支付方式概述	225
二、典型案例对比分析	232
三、虚拟货币对集资诈骗罪认定的影响	235
第三节 预付卡支付对诈骗犯罪司法认定的影响	240
一、预付卡支付及其主要特点	240
二、预付卡支付与诈骗行为性质认定：典型案例对比 分析	243
三、预付卡支付方式对诈骗罪犯罪形态认定的影响	249
 第八章 当前支付方式下诈骗犯罪的立法、司法完善	256
第一节 诈骗罪的立法完善	256
一、将诈骗罪调整为非纯正数额犯	256
二、刑法条文完善构想	259
第二节 金融诈骗犯罪的立法、司法完善	260
一、金融诈骗罪的立法、司法完善	261
二、集资诈骗罪的立法、司法完善	265
第三节 增设罪名、罪状惩治诈骗犯罪相关行为	268
一、增设制作、传播用于非法目的的计算机程序罪	268
二、立法打击买卖真实信用卡的行为	271
 参考文献	277
 后 记	291

导 论

一、选题价值

诈骗犯罪大多表现为交易形式,支付是交易的必要组成部分。数千年来,各国支付方式无不经历了从商品支付到货币支付,再由货币支付衍生出票证支付以及今天的各种电子支付的发展演变路径。尤其是近 40 年来,在计算机、互联网技术的强力推动下,电子支付方式得以迅猛发展,并引起全球支付方式的全面革新。“巧合”的是,同一时期也是各国诈骗犯罪刑法条文频繁变动的时期:日本现行刑法制定于 1907 年,其诈骗犯罪相关条文历经 80 年而保持不变,但却在近 25 年内被 4 次修改;成文法是英国惩治诈骗犯罪的法定依据,40 年来同样被 5 次修改、增删。2006 年,以制定法作为惩治诈骗犯罪法定依据的英国更是将诈骗犯罪及伪造、变造有价票证等诈骗犯罪相关行为从其他法律文件中剥离,分别制定专门的刑事法案;我国台湾地区现行“刑法”制定于 1935 年,仰仗条文的高度概括性,诈骗罪条款在保持 60 余年不变的情况下仍能有效指导司法、惩防犯罪,但这一稳定状态也被近 15 年来的三次重大修改所改变。我国刑法亦不例外:1979 年以来的 33 年里,诈骗犯罪刑法条文不仅历经了由一拆十的重大变迁,此后立法机关又陆续出台修正案增设罪名、补充罪状,通过前置刑法手段阻击诈骗犯罪,如:针对信用卡诈骗犯罪形势增设妨害信用卡管理罪、增加信用卡诈骗罪罪状;针对 POS 机在透

支型信用卡诈骗犯罪中的推动作用而修改刑法第 225 条;等等。显然,支付方式的演进对诈骗犯罪及相关行为的立法变动产生了直接影响。

研究各国、各地区诈骗犯罪刑法条文在支付方式演进历程中的变化,有助于我们更加清楚地认识支付方式影响诈骗犯罪立法的一般规律。同时,在当前各国主要支付方式趋同的大背景下,研究支付方式较为发达国家或地区的相关法律,对于进一步完善我国诈骗犯罪相关立法具有非常重要的现实意义。但毋庸置疑,立法只是支付方式影响诈骗犯罪的一个方面,而且是最为直观、表象的一个方面。除此之外,支付方式对诈骗犯罪是否还存在其他的、更深层次的影响?事实上,在司法实践方面,很多影响诈骗犯罪正确认定的疑难问题都与支付方式有着非常紧密的联系。比如,同样是通过秘密虚增数额实施的侵财犯罪,对于将虚增银行账户金额的行为定性为盗窃,从未引起过实践争议,而对于利用虚增消费积分套取财物的行为,实践中却存在不同看法;同样是通过秘密转移占有的方式获得财物,对于普通财物通常认定为盗窃,而对于预付卡却存在着盗窃和诈骗两种可能;通过欺骗手段取得他人财物的,通常被认定为诈骗既遂,但在利用出售预付卡骗取财物的诈骗犯罪中,行为人虽已骗得他人购卡款,却不能认定为既遂,甚至在很长时间内,犯罪形态可能一直处于不确定状态。显然,上述司法问题的出现与消费积分支付、预付卡支付等新型支付方式有着紧密关联。

毫无疑问,一种现象对其他事物最深层的影响莫过于理论影响。长期以来,关于诈骗犯罪的理论争议在两个问题上比较集中:一是主观犯意问题;二是交付(处分)意识的必要性问题。关于这两个理论问题,尽管存在多数人认可的理论通说,但反对观点一直并未停息,这说明通说观点也可能存在不尽合理之处。支付方式既已对诈骗犯罪的立法、司法产生影响,那么以支付方式为视角进行研究能否推动上述两个理论问题的解决呢?事实上,对于很多借助新型支

付方式实施的诈骗犯罪,虽未引起刑法理论界或司法实务部门的关注和争议,但笔者发现,案件中存在的一些被忽视的现象却对理论通说形成直接挑战。比如,在利用信用卡支付实施的诈骗犯罪中,尽管行为人根本没有挪动资金的想法或意愿,但却在意识清醒的情况下亲自操作,将资金拱手送人。这一现象直接动摇了交付(处分)意识必要说的通说地位。而之所以对诈骗犯罪的犯意问题争论不休,问题之一在于各方选择或认定的评价标准并不一样。而这也与支付方式有着紧密联系。显然,以支付方式为视角对上述争议焦点展开探讨,有助于推动理论问题的深入研究甚至解决。此外,实践做法与理论通说之间的矛盾、司法解释突破刑法规定却未受质疑或非议的现象,都与支付方式存在千丝万缕的联系,这些也进一步坚定了笔者从支付方式的角度研究诈骗犯罪的想法。

二、研究现状

诈骗犯罪是最古老、最常见的犯罪之一。数百年来,不同时代、不同法系、不同国家甚至不同领域的专家、学者从不同角度对诈骗犯罪进行了深入、全面的研究,也取得了丰硕的成果。诈骗犯罪也是核心特征最为突出的犯罪之一。因此,关于诈骗犯罪的研究不可谓不透彻。仅以我国为例,关于诈骗犯罪,无论是类罪还是个罪,无论是主观、主体还是客观、客体,也无论是从行为人角度还是被害人角度,甚至个罪构成要件下的要素问题,都有大量学者进行过专门、深入的研究,相关论著可谓汗牛充栋。这些研究成果为推动立法完善、解决司法难题以及丰富理论观点等都起到了非常重要的作用。

支付方式直接涉及国家经济命脉。自古以来,支付方式从来都是国家机关和相关领域学者关注和研究的重点、热点甚至焦点,即便是历史最为悠久的商品支付亦不例外——尽管已经作为一种主要的

支付方式退出历史舞台,但商品支付并没有从社会生活中消失,而是发展演变为互联网领域的“换客现象”和经贸领域的“易货贸易”,再次引起人们的关注和研究。货币支付、票证支付以及各种电子支付方式是当今占各国最主要地位的三类支付方式,人们对这些支付方式研究的重视程度更是无需赘述。但应当指出的是,关注、研究支付方式的专家、学者大多来自金融、经贸领域,极少有刑法领域的学者。而且,上述学者对支付方式的研究大多从政治经济学、民商法、经济法或者实践操作的角度展开,如《货币的法本质》、《网上支付与电子银行》、《电子支付工具基本问题探讨》以及《电子货币与虚拟货币》,等等。将支付方式与刑法结合展开研究的论著极为少见,从支付方式的角度研究诈骗犯罪的更是难觅踪影。同样,刑法学界也鲜有学者从支付方式的角度研究、审视犯罪现象或刑法理论。当前,也有一些涉及支付方式与诈骗犯罪的学术论著,但大多表现为对与某种支付方式相关的诈骗犯罪个罪的研究,如与信用卡诈骗、票据诈骗相关的论文、著作。显然,这些论著对于支付方式的关注不仅非常单一,其研究重点也往往局限于刑法条文所规定的罪状,很少顾及支付方式的特性。此外,在传统诈骗犯罪所形成的惯性思维的束缚下,很多刑法学者往往容易忽视新型支付方式所带来的诈骗犯罪诸多方面的变化,从而影响了观点的合理性。如票据、信用卡支付方式的产生、发展使得金融秩序成为金融犯罪的主要法益,但很多学者仍将行为人对财产法益遭受侵害的态度作为评价犯意的标准。

综上,尽管支付方式与诈骗犯罪得到相关领域专家、学者的高度重视并取得了丰硕的研究成果,尽管支付方式从立法、司法以及理论三个层面对诈骗犯罪产生现实、深远的影响,但总体来看,学界对支付方式与诈骗犯罪的研究仍是两条平行线:经济学者研究支付方式,刑法学者研究诈骗犯罪,鲜有学者将两者结合起来展开研究。

三、创新与不足

本书的创新主要体现在以下三个方面:

第一,研究视角上,从支付方式发展演变的角度审视、归纳诈骗犯罪相关立法规律。新型支付方式一经出现即为诈骗犯罪所利用,由此催生新的刑法法益。为了更好地保护新生重要法益,立法者不得不增设相应罪名,如票据诈骗罪、信用卡诈骗罪等。为了使新生重要法益免受实际侵害,立法者又必须适时完善刑法,通过前置刑法手段打击诈骗犯罪相关行为,如伪造金融票证,非法运输、持有信用卡等行为等。根据这一规律,同时借鉴境外立法经验,提出完善我国诈骗犯罪立法以及司法的建议。

第二,研究方法上,突出理论与司法实践的紧密结合。首先,全书紧紧围绕司法实践,从已决判例或实际发生的案件中提出问题;以判例对比的方式分析问题;在理论分析的基础上提出解决实践问题的方案。其次,根据通说理论查找司法实践中存在的问题。如根据某诈骗犯罪司法解释的规定,可以得出无论金融诈骗的数额或次数多少,行为都可以不是犯罪这一明显违背刑法理论的结论。再次,在理论指导的基础上,提出符合立法规律、契合实践需要的立法、司法完善建议。如根据通说认可的金融诈骗犯罪的主要法益以及该法益的特性,提出将金融诈骗罪立法模式由数额犯调整为行为犯的观点。

第三,理论观点上,根据支付方式对诈骗犯罪的影响,在分析传统观点的基础上,提出并论证以下观点:其一,交付行为与交付意识存在脱节现象,因此,认定诈骗犯罪不需要交付意识;其二,诈骗犯罪的犯意应当是针对主要法益而言,不应是一成不变的财产法益;其三,集资诈骗罪中“诈骗方法”的含义需要重新界定,认定该集资诈骗不需要行为具备未经审批情节;其四,诈骗罪中的交付

既可以是让渡财物,也可以是分享财物控制权;其五,诈骗罪立法模式应当转向非纯正数额犯,并增设单位犯罪;其六,应将金融诈骗罪立法模式改为行为犯,并明确打击未遂行为,以体现刑法对秩序法益的保护。

本书也存在以下几方面的不足:

一是资料搜集不够全面,素材运用缺乏深度。诈骗犯罪是世界各国普遍存在的传统犯罪,不同法系的国家对该罪均有深入、全面的研究,但囿于个人外语水平以及素材搜集渠道上的缺陷,本文仅搜集英国、日本及我国台湾地区的资料进行比较研究,这样势必影响资料搜集的全面性。另外,对于搜集的境外素材,主要是从立法或修法的直接原因以及立法技术等层面进行把握和运用,较少考虑该国、该地区法学基础理论、法系特点等深层次的因素,这也使得本书在素材的运用上缺乏深度。

二是体系不够完善。本书涉及多种支付方式与多个罪名,有的支付方式仅对个罪的司法认定产生影响,如虚拟货币与集资诈骗的认定;有的支付方式对某一具体罪名的某个要件产生影响,如预付卡支付对诈骗罪主观方面的影响;也有的支付方式对某类诈骗犯罪的某一要件产生影响,如票证支付影响金融诈骗犯罪的犯意认定;还有的支付方式同时影响诈骗犯罪的数个要件,如电子支付方式对诈骗犯罪的主体、主观以及客观等要件均产生影响。为便于从整体上把握和安排内容,笔者还是以犯罪构成四要件作为本书主要架构。这样,相比单一的个人罪研究,书中各章、节的内容安排就显得松散,体系性有所欠缺。

三是理论分析不够深入。囿于司法实践的惯性思维,加之诈骗犯罪等相关领域法学基础理论功底欠缺,因此,本书更多地着墨于发现和解决实践问题,在理论研究的周延性方面存在不足,对部分理论问题的研究也缺乏深度。例如,尽管认识到不完全归纳法在总结诈骗犯罪被害人特征方面存在天然缺陷,而应从法条出发推理被害人

行为特征,但最终未能就这一想法进行较有成效的深入研究。对此,有待通过进一步研习诈骗犯罪等法学基础理论,增强书中理论观点的协调性,同时对部分观点进行深入探析。

第一章

支付与支付方式

第一节 概 述

支付是一个很寻常的概念,多数人所理解的支付就是经济活动中的一手交钱一手交货。在现金为王、互联网尚未出现或不甚发达的年代,支付媒介基本被局限在货币以及由货币衍生出的票据、信用证等范畴内,支付主体也基本限于买卖双方(票据、信用证支付情况下介入银行等金融机构)。长期以来,由于据以确定支付概念的支付媒介、支付主体、经济关系等基础条件保持稳定,支付的概念也一直没有大的变化,因此也无需进行调整或修正。但从不同的角度、不同的立场出发,支付仍有着涵盖范围大小不一的定义。

广义的支付是指义务的履行。这一概念主要出现在各国民法典关于支付的定义中。如在意大利民法典中,支付(paymento)和作为解除义务的词汇(ademplimento)是可以互换的。在该民法典第四编中,“支付”通常指任何义务的解除,该义务可以是做或不做某事,给出或不给出某物^①。在《法国民法典》中,情况比较类似:根据该法第1238条,支付是指给出某物的义务的履行。但在法典第1234条中,

^① Maria Chiara Mdlaguti, The Payment System in the European Union Law and Practice, Sweet&M2rxwell limited 1997. p. 16.

该词仍被用于任何义务的履行^①。也有学者归纳总结了支付的学理定义,认为支付是指经济行为人与人之间由于商品交换和劳务关系所引起的债权、债务关系的清偿,以及资产所有人对资产的所有权及资产保存方式的转变^②。笔者认为,这一概念实际上较前一概念内容更为广泛:“资产所有人对资产的所有权的转变”这一描述将不属于债权债务关系清偿范围的赠与也包含在内,这实际上是将形成权利义务关系或消灭债权债务的支付与客观上转移财产占有的交付等同,而通常情况下,支付是一个与赠与相对应的概念,尤其是不附加任何条件的赠与。因此,从支付的通常含义而言,同时结合本文的研究角度来看,这一概念并不足取。狭义支付概念主要出现在典型的贸易活动中,主要是指基于经济合同所产生的货币支付。如有人认为,根据国际货物买卖合同以及支配国际货物买卖合同的法律,支付是指购买方向卖方支付货款,是买方的基本合同义务^③。也有人认为,支付就是社会经济活动中引起的债权债务清偿及货币转移行为^④。而根据古德的定义,支付可以被认为是在履行货币债务中,任何提供和接受的货币赠与、货币贷款或某种行为^⑤。不难看出,在狭义支付概念中,支付多发生在履行货币债务的过程之中,而支付媒介也仅包括货币及金融票证等衍生品。

然而,近几十年来,电子时代、信息时代、数字时代的逐次演进催生了许许多多完全不同于货币、票据的新型支付媒介:用来支付手机费用的充值卡(也可能只是一张标明账号密码的纸片,甚至干脆只是通过网络得到的一串字符);用来购买各种商品、享受各种服务的

① Maria Chiara Mdlaguti, The Payment System in the European Union Law and Practice, Sweet&M2rxwell limited 1997. p. 17.

② [美] Andrew B. Whinston, Ming Fan 著,李琪、彭晖译:《金融电子商务》,高等教育出版社 2004 年版,第 78 页。

③ 韦薇:《支付系统的风险及风险管理研究》,西南财经大学硕士学位论文,2006 年。

④ 师青红主编:《网上支付与安全》,北京大学出版社 2010 年版,第 2 页。

⑤ 转引自马勇:《电子支付工具基本问题探讨》,《农业网络信息》2008 年第 2 期。

预付卡(也称储值卡);通过玩游戏从商家获赠或者以货币购买的但同时也可以用来购买电子产品甚至实物产品的虚拟货币(游戏点卡);用来支付飞机票甚至享受贵宾服务的里程积分;以及曾被我们当作最古老支付方式而遗忘、抛弃,如今又在经济活动中发挥重要作用的商品支付(亦称易货贸易);等等。它们的诞生改变了我们对传统支付媒介的认识。相应地,支付媒介的革命性变化直接催生了与传统支付方式截然不同的新型支付方式:通过登陆商业银行网站进行的网银支付;通过手机操作即完成购物付款、公共事业缴费、机票酒店预订以及彩票购买等的移动支付;通过固定电话、有线电视操作完成各种缴费或消费支付功能的电话支付、有线电视支付;以及由电子商务催生的专司支付职能的第三方支付;等等。

不难看出,新型支付媒介的出现、支付方式的发展变化对支付的概念产生了重大影响:支付媒介不再是货币的天下,充当支付媒介的除了货币及其衍生物,还可能是Q币、积分、货物甚至是被标准化的一定时间的劳务^①;支付主体也不仅仅完全是负有支付义务的交易一方,还有可能是发行购物卡的非金融结算机构,或者代理支付方进行支付的第三方支付平台。在这种背景下,支付的定义已非传统支付的概念足以涵盖。笔者认为,支付在法学中有着非常丰富的含义,从不同的研究角度定义支付的概念有助于排除非研究范畴因素的干扰。例如,对于研究或者专司支付结算业务的人而言,支付仅指货币给付义务的履行,而不考虑支付的原因行为以及除货币、票据以外的其他支付媒介。对于研究国际贸易支付环境的学者而言,其更多的是关注汇付、托收、信用证等支付方式。本书研究的是不同支付方式对诈骗犯罪构成及认定的影响,由于能够充当支付媒介的财物、财产

^① 这种支付方式在欧美、日本等许多国家的某些地区比较流行,并成为一地区或国家通用货币的重要补充,尤其在通货膨胀、经济低迷、失业率高涨等特定时期对减少通胀、活跃经济、满足居民需要或市场需求发挥重要作用。