

“机器能否被骗”之再探讨

郭 航, 赵 爽

(中国青年政治学院 法律系, 北京 100089)

摘要: 我国法律对“机器能否被骗”没有明确规定, 相关立法存在矛盾; 学界的理论探讨局限于“机器没有意识, 是不可能被骗”的事实层面, 将机器这种“物”提高到法律关系主体的程度, 不够合理。对机器的功能及法律性质进行分类研究表明, 机器背后的掌控者能够被骗, 符合普通诈骗罪的犯罪构成要件, 因而, 我国在现有的法律框架下, 没有增设使用计算机诈骗罪的必要。

关键词: 智能机; 骗; 盗窃; 盗窃罪; 诈骗罪; 计算机诈骗罪

中图分类号: D924.35 **文献标识码:** A **文章编号:** 1674-117X(2011)03-0041-04

Rediscussion on “whether Machines can be Deceived or Not”

GUO Hang, ZHAO Shuang

(Department of Law, China Youth University for Political Sciences, Beijing 100089, China)

Abstract: Our legislation on “whether machines can be deceived or not” is not a definite regulation, even being contradictory; and theoretical discussion also confined to the fact level, which “machines out of conscious can't be duped”, is unreasonable for machines with “articles” that are regarded as subjects of legal relationship. The research through classifying machines on function and legal nature shows that controllers behind machines can be cheat, corresponding with elements of ordinary fraud, so there is no need to add computer fraud in our existing legal framework.

Key words: intelligent machines; deception; theft; larceny; fraud; computer fraud

随着智能机(指通过程序设置, 代表人的一定思想意识、能代替人做出一定处分行为的智能化、半智能化电子设备, 及其他具有辅助功能的电子设备, 诸如 ATM 机、自动售货机等)的广泛应用, 有关的犯罪定罪量刑异常困难, 有些行为甚至缺乏详尽立法规制, 引起诸多争议。2006 年, 学界对“许霆案”的争论异常激烈, “机器能否被骗”是此案定性最关键的因素之一, 决定着盗窃罪、信用卡诈骗罪、诈骗罪等罪的区分。目前, 虽有相关立法做出规定, 但没有明确“机器能否被骗”, 且解释前后不一。机器智能化普遍适用, 是未来的发展趋势, 我们需

辨明对智能机实施的犯罪的界限, 以适应社会发展。

一 “机器能否被骗”我国相关立法的矛盾

根据《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第 196 条第 3 款规定:“盗窃信用卡并使用的, 依照本法第 264 条的规定定罪处罚。”即盗窃信用卡后, 无论是在柜台上对人使用, 还是在机器上使用都按盗窃罪处罚, 不使用的不构成犯罪; 而依照 2008 年《最高人民法院、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》(以下简称《批复》):“拾得他人信用卡并

收稿日期: 2011-02-26

作者简介: 郭 航(1988-), 男, 河南镇平人, 中国青年政治学院硕士研究生, 主要从事中国刑法、刑事诉讼法学研究;
赵 爽(1992-), 女, 河南镇平人, 中国青年政治学院学生, 主要从事中国刑法研究。

在自动柜员机(ATM机)上使用的行为,属于刑法第196条第1款第3项规定的“冒用他人信用卡”的情形,构成犯罪的,以信用卡诈骗罪追究刑事责任。”信用卡诈骗中的冒用,本意是指“冒名顶替使用”,由冒充他人身份和使用信用卡两个先后衔接的过程组成。冒用中的“冒”,指行为人冒充合法持卡人的身份。通常表现为未经合法持卡人的同意,行为人以持卡等明示和默示的方法表明自己是合法持卡人。冒用中的“用”,是指行为人利用他人信用卡在柜台或机器上非法获取财物的过程。^[1]总之,所谓“冒用”,指无权使用者拿他人的去用,属于欺骗的范畴,因为刑法中“骗”的含义包括捏造事实和隐瞒真相两种情形,冒用信用卡的人没有经过信用卡所有人授权,是隐瞒真相。

《刑法》196条第3款显然认为盗窃信用卡,并利用信用卡在机器上取款的行为不属于欺骗,而是盗窃,即机器不能被骗;但依《批复》用拾得的信用卡在机器上使用的构成冒用,即机器可以被骗。我们稍加分辨,信用卡的盗窃使用与捡拾的冒用都不是卡所有权人本人使用,属无权使用,本质上都有欺骗的性质,由此可见法律规定的矛盾。这还仅是因信用卡在机器上使用的犯罪规定,对其余非信用卡的情况则没有说明,如在自动售货机中用铁皮冒充硬币的应该如何定性。至此,能看出立法的不足,不仅引起执法困难,更引来了理论界的不同意见。

二 “机器能否被骗”学术界相关理论探讨的不足

对机器能否被骗,能否构成普通诈骗罪,学界主要有以下论断:

观点一认为:自然人“因受欺骗而处分财产”是普通诈骗罪的本质特征,被智能化的“机器本身并不能受骗”,机器背后的人可能受骗,且机器是代人处分财物,人处分财物具有间接性。^[2]我国也专门设立了信用卡诈骗罪,保护的主体包括财产性利益和财物,其与诈骗罪是交叉竞合关系,不能完全用诈骗罪来解释,故机器不能被骗也能成立信用卡诈骗罪。^[3]观点二认为:机器没有意识,不能被骗,^[4]利用计算机等机器非法占有他人财产的,主张成立盗窃罪。正如张明楷教授指出:“行为人捡拾他人信用卡后,在ATM机上取款的,应认定为盗窃罪。因为持他人的信用卡在ATM机取款的行为,属于违反被害人的意志,以平和方式将他人占有的财物转移为自己占有的行为,且这种行为没有欺骗任何

人,也没有任何人陷入认识错误处分财产,故不构成诈骗罪与信用卡诈骗罪。”^[5]观点三认为:有必要肯定智能化机器被骗的可能性,^[6]对机器实施欺诈,可构成诈骗罪。

前两个观点都是以机器不能被骗为前提展开论述的,分歧主要是对信用卡诈骗罪的解释及与诈骗罪关系问题上,观点一似乎以德日的犯罪体系为根据来解释我国的理论,并且过分关注机器诈骗的特殊性,忽视了法律对同一概念前后应该一致的要求,做了不恰当解释;观点二认为信用卡诈骗罪是普通诈骗罪的特殊规定,具有较强的说服力,但没有解释明白智能机在处分财物时的地位问题;观点三认为机器能像人一样被骗。这些观点共同点是在论证上都直接着眼于机器本身,以“骗”作为起点和核心。故这些论点是否成立,关键是对“骗”是否解释合理。

从事实层面讲,“骗”的字面含义指行为人用虚假的言语或行动掩盖事实真相,使受动方陷入认识错误做出与其本意不符的表示,必须至少存在两方。一方实施使对方陷入错误的行为,另一方须具有以意识为基础的理解判断能力,能对对方的行为做出反应,否则不会发生认识错误与否的可能,承认骗的存在就必须承认意识的存在。从哲学看,意识是人脑的功能,是大脑对客观世界的主观反映,机器即使再智能化,再接近人脑的结构和作用,也不具有大脑结构,根本就没有意识存在,没有意识的机器当然不会出现认识上的错误,就不能成为被骗的对象。

从这个角度讲,“机器不能被骗”的说法无疑正确,表明在对机器非法取财的过程中,不存在被欺骗的对象。上述三种观点都是从事实的视角对“机器能否被骗”做出的回答,但这些说法没看到隐藏在机器背后人和人之间法律关系的存在,没有从更深层次解释机器在人与人交往中的作用,不够全面。故“机器不能被骗”的表述只不过是事实的客观描述,并不能因此否定对智能机实施的侵犯财产行为成立诈骗罪的可能。从法理上讲,法律主要规范社会中人的行为,故对“机器能否被骗”从事实层次进行分析已不能充分满足对智能机实施财产侵犯行为解释的要求,需从法律关系的新视角,从更深层面进行阐释。

三 在现有法律框架下,无增设使用计算机诈骗罪之必要

对机器实施的侵犯财产的行为之所以难定性,

主要是因机器种类多样,造成机器的功能和法律性质复杂。反过来,以此进行分类研究,这也为解决“机器能否被骗”问题找到了突破口。

(一)智能机的工作原理及法律性质

对机器,首先可分为一般的机器和智能机:一般的机械无特殊性,只是代替手工的工具;智能机则不同,能够代表人的一定思维。以智能机为对象,依能不能处分财物,可分为仅具有防护措施的机器,如智能锁和能做出处分行为的机器,以ATM机为代表。智能机的工作原理是通过编码组成程序运转,这些程序是固定的。操作只要符合程序的预设条件,智能机就能做出积极的反应,这些反应就视为机器控制者的思想表达。

第一类智能机具备财物储藏保护功能的法律性质,而第二类智能机除此之外还具备业务交易功能。^[7]前种功能是指通过程序手段为财产加密,保护占有。从技术角度看,具有这种能力的智能机在作用上仅相当于一个保险柜,其目的是保证财富安全。后种功能指从事民事法律关系的双方,通过自愿交付,实现占有和所有权转移,这与传统观念不同。传统交易,是通过人面对面进行的,而与智能机的交易,是通过人机对话方式实现。智能机在交易中发挥着类似交易人员的作用,能独立做出处分,因为智能机使用者设计程序时,就是让机器代表其执行一定的行为,智能机只是忠实执行“雇主”意识,对符合程序要求的指令作出积极反应,有一定处分权,故后一种智能机与客户的互动是“商业交易”性质,受民事法律关系调整,这个特性为我们从法律规范层面讨论人机关系提供了依据。

(二)从法律关系层面考察“机器能否被骗”

法律关系指由法律对社会中人与人的关系进行调整,所形成的权利义务关系,具有属人化特性,主体双方必须是人。不论是机器能被骗的支持者还是反对者,在立论上有一个共同的逻辑前提:机器被当作法律关系中的主体,受法律调整,和人处于同等的法律地位,按这个逻辑,机器也可能被骗。很明显,这种理解不正确。机器作为客体,不能成为法律关系的能动一方,只能附属于其背后的人,通过对智能机的工作原理、法律性质分析,可发现在人机对话中,机器只是处在工具的地位,机器能够被骗本质上反映出的是人与人之间的关系,因机器忠实地执行雇主的命令所引发的活动实际上体现的是客户与雇主的关系。故从这方面看,问机器能否被骗等同于问使用智能机背后的雇主是否能

被骗。总之,从规范意义讨论机器被骗能否成立的问题,实质是探求行为人通过对机器实施的行为能否实现对机器背后掌控者的欺骗。

因机器能否被骗的核心要素是机器在特定情形下被赋予一定程度的代为意思表示,并按照预设的程序代雇主作出一定的行为,只有智能机具有这些功能。故对一般机器通过物理力打开防护措施的行为应认定为盗窃,不存在诈骗的可能。第一类智能机虽能表达一定意思,但无处分财产的能力,行为人通过输入密码打开智能装置,取走财物的行为不能被认定为是诈骗,而是盗窃。因为打开智能装置的行为是利用机器设计者的程序破坏保护功能的,但这类机器本身不具有处分财物的作用,行为人取得的财物不是机器自愿交付的,而“受骗”要求财物由处于错误认识的主体自愿交付。第二类智能机,在技术完备、设计充分的情况下,完全可以按设计者的意思对外界信息做出符合预期的反应,代替设立者完成预先设定的某些行为。此时,不管设立者给予机器预设的处分功能多么有限,也不管机器运行时对外界输入信息是否能准确处理,实现雇主赋予的任务,但这些设计都是机器使用者真实意思表示,机器实施的这些行为符合所有人的意志。若行为人采取虚假手段,输入能使机器积极运转,却违反设计者要求的内容,其实质是违背机器掌控者意愿的。机器掌控者由于信赖机器,而由机器代为做出违背其真实意思的财产处分,在这种情况下所有人存在真实意思和处分行为的不一致,机器背后的人已经被欺骗了,特殊性在于人受欺骗具有间接性,即以智能化的机器作为中介代替人处理财物,而非由人直接处分财物,故对第二类智能机仍然存在诈骗的可能。^[8]

至此,针对机器实行具有欺骗性质非法获得财物的犯罪,在不同条件下,行为具有不同性质。对一般的机器和第一类智能机而言,只可能成立盗窃罪;而对于第二类智能机,存在受骗的可能性。根据使用工具的不同,可作出不同处理:若使用信用卡,可能成立信用卡诈骗罪,其他情形如在自动售货机中用铁片冒充硬币获得物品的行为,仍有传统诈骗罪存在的可能。

(三)智能机被“骗”的条件

针对机器实施侵犯财产的犯罪手段多样,从法律规范角度看,“机器能够被骗”,还有普通诈骗罪成立的可能,这就导致了定罪的复杂性,那么对机器“欺骗”条件是否成立的认定就成为区分非罪与

罪之间重要的因素,本文从以下几个方面界定:

首先,智能机财物处分范围大小必须与“雇主”民事行为能力要求所能从事的民事活动相一致,应符合民法的规定。“人机对话”本质上受民事法律关系调整,实现的是民法上的交易活动,机器的程序设计就是代替“雇主”从事相应的民事行为,体现其意志,所以能欺骗机器背后的掌控人。前提条件是“雇主”首先能够理解这些交易行为的性质,这样才能在欺骗行为破坏了民事法律关系的同时,才会以欺骗的方式侵害刑法所保护的权益,对无民事行为能力的人来说,根本不可能理解其行为的意义,是不存在被骗可能性的。

其次,在程序设计中,智能机具有处分功能。惩罚欺骗行为是因被害人受骗时处分了财产,造成了自身利益的损害,诈骗行为的完成要有被害人财产的自愿交付。诈骗机器不同于直接面对自然人的诈骗,主要在于被欺骗的受害人发生意思错误和交付财产具有间接性。由机器作出处分是机器在接收到外界符合预设程序指令时,做出代所有人交付的反应,体现的是掌控者的意志。否则的话,机器所表现的法律性质只是一种保护功能,与一般机器没有任何差异,利用此种不具有代为交付功能的机器非法取得他人财产的,符合盗窃的特征。因为对不具有处分能力的机器来说,行为人打开这些装置取得财产并不能表明财产是因所有人受骗交付所得。

再次,机器必须运转正常。机器运行状态正常与否和针对机器的财产犯罪类型的定性具有直接关系。在运行正常时,机器的处分行为能代表掌控者的意思。行为人若通过虚假信息让智能机处分财物,是违背掌控者意愿的,构成诈骗。若机器本身出错,程序出现异常或者发生其他功能性障碍,机器所作出的行为必定不能反映出掌控者的真实意思,跟一般的机器没有任何质的差别,跟家庭没有锁门,谁都可能进去拿走财产一样。这时,行为人即使用真实的信用卡取款,也构成盗窃,因智能机已丧失了其应有的能力。若行为人通过自身行为造成机器程序错误发生运行故障,在机器不能按照预定程序运行的情况下,采取非正常手段利用机器取得财产的,也应认定为盗窃,故机器本身有无故障的事实直接影响到犯罪行为的性质。

最后,行为人实施了捏造事实、隐瞒真相的行为。行为人只有对机器采用形式上符合机器程序要求而实质上违背机器掌控者意志的欺骗方式取

得财产的行为,才可能构成对机器掌控者的诈骗。如果行为人本身没有主动实施虚假行为,而是采取符合机器程序运行条件之外的其他行为取得财产的不构成诈骗。所以,不论是盗窃信用卡使用,还是冒用信用卡使用的,尽管形式上符合智能机程序上的要求,但实质上,行为人都不是真正的持卡人,具有欺骗的性质。

总之,对“机器能否被骗”基于法律关系进行深层次研讨,才更符合法律调整社会关系的目的,才能更深刻揭示隐藏在机器背后人与人的权利义务关系的本质特征,在规范意义上可得出机器背后的人能被骗的结论。以此结论为前提,我们也能清楚辨别针对机器实施的一系列犯罪罪名之间的逻辑关系,且在现行法律框架下没有增设使用计算机诈骗罪的必要。立法中,跟计算机有关的犯罪,主要分为以计算机为手段的罪名和以其为犯罪对象的罪名。其中《刑法》第287条属于利用计算机为犯罪手段的范畴;而第285条、第286条则属于以计算机为对象的破坏型犯罪。此外,可对以ATM机等具有处分功能的智能机为对象进行诈骗的犯罪进行归类,除信用卡诈骗罪之外,按普通诈骗罪认定即可,其余对仅有保护能力的智能机实行的侵犯财产犯罪以盗窃罪论处,各罪名相互之间并不矛盾。

参考文献:

- [1] 刘帆. 刑法第196条之“冒用他人信用卡”的司法认定[J]. 大连大学学报, 2009(1): 115-119.
- [2] 刘明祥. 用拾得的信用卡在ATM机上取款行为之定性[J]. 清华法学, 2007(4): 26-27.
- [3] 刘明祥. 再论用信用卡在ATM机上恶意取款的行为性质——与张明楷教授商榷[J]. 清华法学, 2009(1): 79-80.
- [4] 陈兴良. 刑法学的现代展开[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2006: 633.
- [5] 张明楷. 也论用拾得的信用卡在ATM机上取款的行为性质——与刘明祥教授商榷[J]. 清华法学, 2008(1): 93-94.
- [6] 张小虎. 拾得信用卡使用行为的犯罪问题[J]. 犯罪研究, 2008(5): 11-12.
- [7] 黄立, 何田田. 比较法视野中的ATM——以许霆案为研究线索[J]. 法学杂志, 2008(3): 69-72.
- [8] 高国其. 机器诈骗犯罪浅议[J]. 中国刑事法杂志, 2010(3): 34-40.

责任编辑:黄声波