

对“机器是不可以被骗的”的批判

聂京波

(西昌学院,四川 西昌 615013)

【摘要】“机器是不可以被骗的”是基于法律分析方法的错误,引起了就机器是否可以被骗的肯定论和否定论的无意义的长期争论,进而强化了法律分析方法的错误,其作用也随着国外计算机诈骗罪立法和我国司法解释的发展而消失,而利用传统的标准完全可以区分盗窃和诈骗,即行为人取得财产是否由能够处分财产的人因为受骗并基于由被骗所致的认识错误而作出的处分行为所致,因而应该立即抛弃这一观点。

【关键词】机器;诈骗;盗窃

【中图分类号】D924.3 **【文献标识码】**A **【文章编号】**1673-1883(2010)04-0098-03

“机器是不可以被骗的”这一结论来源于日本的判例,目的在于针对非法从机器中获得财物的情形区分盗窃罪和诈骗罪,因为机器不可能陷入认识错误而处分财产,所以即使使用了欺骗手段非法从自动柜员机、自动贩卖机、老虎机等机器中取得财产也不能构成诈骗罪,只能构成盗窃罪,在我国为张明楷教授所提倡,^[1]但这一结论在立论之初就存在分析方法上的错误,并且因为国外计算机诈骗罪立法和我国司法解释的发展以及司法实践的复杂化,已经无法再发挥其区别盗窃罪和诈骗罪的作用,应该结合我国的法律实践加以批判、抛弃。

一 “机器是不可以被骗的”存在法律分析方法上的错误,只能得出差强人意的结论

从事实层面分析,机器是否可以被骗,也许是一个有趣的话题,尤其是随着智能化机器的出现,机器开始充当交易的辅助人角色,按照人的实现指令,代人完成一些程序化的交易行为,传统观念中机器的机械形象受到冲击,于是人们开始讨论机器是否有意识的问题,机器是否能够被骗的问题,并因此形成肯定说与否定说的长期争论,而这一问题的最早提出源于日本的判例,否定说是大陆法系的通说。^[2]

从规范层面分析,讨论机器是否可以被骗存在法律分析方法上的根本错误,无论是肯定论还是否定论,依此得出的结论都将是差强人意的。法律从整体上来说是通过规制人的行为来调整人与人之间的社会关系,实现正义的,尽管各个部门法因为其承担的功能,发挥作用的方式有别,有的侧重于分配正义,有的侧重于平均正义,^[3]刑法作为保障法,仅仅从调整法律关系的角度来认识,固然是肤浅的,是对法理学上“法律调整社会关系”的平面化理解,进而导致传统理论将刑法的客体认定为刑法

所保护的犯罪所侵犯的社会关系,作为对刑法作用机理独特性的理解,摆脱这种平面理解的束缚,更加关注刑法的行为规制和法益保护无疑是正当的,^[4]但是刑法通过对行为的规制和法益的保护,最终还是通过刑罚措施校正、修复被犯罪所破坏的符合法秩序要求的社会关系,在行为规制和法益保护过程中,所涉及到的主体只能是人(包括自然人在和自然人集合基础上形成的社会和国家)。其作用原理是行为人不顾刑法评价规范的指示,做出了违背规范要求的意思决定,实施了违法行为,侵犯了他人的利益,由司法机关依据刑法规范裁判刑罚,救济被害法益,恢复符合法秩序要求的社会关系,在此过程中,具有主体意义的始终是作为违法行为主体和受违法行为影响主体的人。讨论机器是否可以被骗完全忽略了人在刑法评价上的主体地位,将犯罪行为的对方指向了其利益受到犯罪影响的人之外的机器,是不可能得到任何有价值的结果的。另外,法律整体对社会关系的调整,刑法对被害法益的恢复,实质上是一种对人的利益的调整,机器本身没有利益可言,既不能在法律上占有任何财产也不能处分财产,“机器是否可以被骗”这种人与机器之间的关系讨论没有任何法律意义。^[5]否定论者,通过证明“机器不能被骗”,扩大了盗窃的范围而缩小了诈骗罪的范围,肯定论者,通过证明“机器能够被骗”,扩大了诈骗罪的范围而缩小了盗窃罪的范围,两者都是为了在确定盗窃与诈骗的界线方面坚持一个具体的结论而慌不择路地以错误的法律思维方式,推导出差强人意的结论。之所以说双方的结论都是差强人意的,是因为随着法律实践的复杂,双方确定的标准不仅自身的自治性难以在争论中确立,而且工具理性也不断动摇。而且这样的立论,将导致行为人利用机器非法取得属于及器所

有人的财产构成犯罪,而机器的所有人利用机器骗取他人财产的,却难以受到法律追究的不公平,如有人利用机器实行赌博欺诈,难道受害人只能认为是受了机器的骗而自认倒霉吗?所以有论者质疑“否定本质上是‘人与人的对话’将客户多取钱的行为以盗窃罪论,只看ATM机和客户之间的事实关系,撇开了机器背后的人的意思,客户多取钱要找他;那么如果是客户少取到了钱或者取到了假币,那只能找机器?岂不是求助无门?难道银行真的是只赚不赔?”^[6]

“机器是不可以被骗的”基于法律分析方法的错误,引起了就机器是否可以被骗的肯定论和否定论的无意义的长期争论,进而强化了法律分析方法的错误。

二 “机器是不可以被骗的”已经无法满足合理划定盗窃和诈骗边界的构成要件类型化作用,其工具理性动摇

在大陆法系国家,长期以来“机器是不可以被骗的”被奉为区分利用自动贩卖机、老虎机等机器犯罪构成盗窃还是诈骗的公认标准,在判例上广泛适用,但随着利用计算机诈骗的出现,不得不增加了利用计算机诈骗罪,其中最富争议的就是利用他人信用卡在ATM机上取款的行为。根据“机器是不可以被骗的”的传统法理,既然机器不可能被骗,那么ATM机出钱就不能理解为是基于认识错误处分财产,而根据诈骗罪的构成,必须是财产的实际占有人由于行为人的欺骗产生认识错误,在错误认识支配下交付财产给行为人,这样非法利用他人信用卡在ATM机上就只能构成盗窃罪,依据“机器是不可以被骗的”得出的这一结论却与立法格格不入。实际上“各种针对机器的犯罪行为,可能构成诈骗罪、也可能构成盗窃罪,这种细微的区别不仅造成理论的繁琐,同时也引起实践的困难。因此,大陆法系国家往往将之作为计算机诈骗罪进行规定,并涵盖了部分原本属于盗窃罪的行为类型”。^[7]在我国刑法中,本来就有信用卡诈骗的规定,但是由于受大陆法系“机器是不可以被骗的”理论影响,主流观点长期以来,将冒用他人信用卡限制解释为在柜台上用他人信用卡取钱,而不包括在ATM机上取款,与一般人的常识完全背离,近年来随着电子商务法的发展,英美法系“电子代理人”的观念日益受到关注,越来越多的学者开始否定“机器是不可以被骗的”,并以此将冒用他人信用卡的行为一律认定为诈骗,无论是在柜台上取钱还是在ATM机上取款,并且其认定最终被最高法院所接受。2008年5

月7日,《最高人民法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》认为“拾得他人信用卡并在自动柜员机(ATM机)上使用的行为,属于刑法第一百九十六条第一款第(三)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。”但需要指出的是,无论是大陆法系的立法变化还是最高检察院的上述皮肤都不能承认“机器是可以被骗的”,《德国刑法典》第263条a规定:“意图使自己或第三人获得不法财产利益,以对他人的计算机程序做不正确的调整,通过使用不正确的或不完全的数据,非法使用数据,或其他手段对他人的计算机程序做非法影响,致他人的财产因此遭受损失的,处5年以下自由刑或罚金。”《日本刑法典》第246条规定:“向他人处理事务使用的电子计算机输入虚伪信息或者不正当的指令,从而制作与财产权的得失或者变更有关的不真实电磁记录,或者提供与财产权的得失或者变更有关的不真实的电磁记录,或者提供与财产权的得失、变更有关的虚伪电磁记录给他人处理事务使用,取得财产上的不法利益或者使他人取得的。”,两部法典对于计算机诈骗罪的罪状描述中都没有涉及被骗者,最高人民检察院在批复中也没有阐明具体理由,而且笔者认为,在机器是否被骗问题上,否定论自然被国外的立法和我国的司法解释所否定,肯定论也不能作为一个普遍适用的标准。

如果承认“机器是可以被骗的”不但与普通人的常识相悖,而且造成诈骗罪范围的无限扩大。如果承认在ATM机上未经许可使用他人信用卡输入窃取的他人密码取钱,认为是欺骗了智能化的ATM机,使得ATM机基于错误实施了支付行为构成诈骗,那么在商场里捡得他人的智能化存包箱的開箱卡,然后用卡打开受害人存包箱,取出其存在箱子内的贵重物品,存包箱基于电磁感应,错误的打开,将受害人的贵重物品至于行为人控制下,也构成诈骗;再进一步,偷看了他人密码,然后打开别人的密码箱,从中取出受害人的数额较大钱财,也属于密码箱认识错误,将受害人的财物置于可被行为人控制的境地,也构成诈骗罪;再进一步,所谓一把钥匙开一把锁,在某种程度上普通的锁也有一定智能型,它通过对钥匙的识别来决定是否打开,那么有人利用“万能钥匙”打开别人门锁进入他人房间内,取得财物也只能认定为诈骗罪了,因为是门锁受了“万能钥匙”的骗而将财物置于行为人可以随意拿取的境地。这样,就只有那些使用最原始的破坏手

段,撬门别锁,用重物砸开ATM机等机器取得财物才构成盗窃罪了,这显然是不可思议的。

三 在利用智能化机器非法取财的情形下,利用传统的标准完全可以区分盗窃和诈骗,即行为人取得财产是否能够处分财产的人因为受骗并基于由被骗所致的认识错误而作出的处分行为所致

智能化机器各种各样,有的是基于安全保护的需要而设置,如密码箱、保险柜、密码感应门等,有的是主要基于财产处分的需要而设置,同时还有必要的安全保障作用,如自动贩卖机、ATM机,交易者输入密码正确或者操作符合指令,就会有物品或金钱被支付,这时机器发挥的是财产处分作用,如果输入密码错误或者操作不符合指令,就不能完成交易,这时机器发挥得的是帮助其所有人或管理人处分财产的作用。如果是前者,则是行为人在和机器的所有人或管理人交易,这时假如机器故障,其所有人或管理人不知道,听任机器工作,或者机器无故障,但是行为人是非法使用人,机器不能识别,而其所有人或管理人事先既无法设置相应的防范程序,事中又不知道该情况的存在,则意味着其所有人或管理人被骗,做出错误的处分行为,导致行为人取得财物,属于诈骗,而我国刑法上的信用卡诈骗尤其是最高人民检察院对拾得他人信用卡在ATM上使用、大陆法系国家的利用计算机诈骗罪正是这种情景。而基于安全保护的需要而设置的机器,如密码箱、保险柜、密码感应门等,设计人在设计之处并无用于交易的考虑,并非为未来的交易预先设置一系列程序,通过机器向符合操作要求的任何人交付财产,那么行为人用密码打开这些装置的行为中,就没有行为的处分意思,也不存在占有人的

的受骗问题,而是违背占有人的意志窃取由机器保护的财产,另外设计机器的主要目的是帮助支付,但由于出现故障,导致安全漏洞,安全保护功能丧失,行为人利用安全漏洞而不是正常交易取得财产也不存在占有人的受骗,而是违背占有人的意志窃取由机器保护的财产。^[7]

值得研究的是,占有人的意思与行为人取得财产同时性问题,如果严格遵循占有人的被骗与行为人取得财产同时性,则意味着否定在ATM机上恶意取款行为的犯罪性,因为无论是盗窃还是诈骗都要查明受害人的意思,进而判定行为人取得财产是违背受害人的意思还是符合受害人的意思,而ATM机的设置本来就是为了避免每次都要做出具体意思表示的繁琐,提高交易的效率和便捷性,在这种情况下,银行的利益就无法得到切实的保护,所以笔者认为可以采用推定的意思,即根据银行设计ATM机操作程序之初本来的意思以及银行管理的规则,可以推定假如银行工作人员当时在场将会作出何种意思表示。比如对使用他人信用卡的行为,如何密码和卡号都正确,银行工作人员经过初步的形式审查也会同意行为人去取的款项,就可以认为行为人欺骗了银行工作人员,进而取得款项,属于诈骗;对于许霆案中,如果是银行工作人员在场,肯定不会同意徐霆取得超过其实际存款额的款项,不会认同ATM机的吐款,只是因为工作人员不在场,没有发现此种情况发生,而导致财产损失,因而可以推定许霆的行为违背银行的意志,构成盗窃。

总之,“机器是不可以被骗的”基于错误的法律分析方法,其作用随着国外立法和我国司法解释的发展和实践的复杂而消失,并且引起了“机器是否可以被骗”这种无意义的争论,应该立即抛弃。

注释及参考文献:

- [1]张明楷.外国刑法纲要[M].北京:清华大学出版社,2007:540-609.
- [2]刘宪权,杨兴培.刑法学专论[M].北京:北京大学出版社,2007:584-587.
- [3][日]福田平,大冢仁编.日本刑法总论讲义[M].李乔等译.沈阳:辽宁人民出版社,1986:3.
- [4]张明楷.刑法的基本立场[M].北京:中国法制出版社,2002.
- [5]高国其.计算机诈骗犯罪浅议[J].中国形式法杂志,2010,4.
- [6]王智名.“机器是不可以被骗的”终被否定——从“许霆案”到新解释[EB/OL].法律图书馆论文资料库,(2008-6-14)
http://www.law-lib.com/lw/lw_view.asp?no=9150.
- [7]刘斯凡.机器能否被骗的二元分析[EB/OL].正义网-检察日报,(2009-05-04).

Criticism on the Conclusion That Machine Can't be Cheated

NIE Jing-bo

注释及参考文献:

- [1]李江山.抓典型要在“典型”上做好文章[J].领导科学,2007,12.
[2][3]吴合春.抓典型的艺术[M].北京:军事科学出版社,2004:01.
[4]高业.管人有方[M].北京:企业管理出版社,2006:87.
[5]编写组.普通逻辑[M].上海:上海人民出版社,1993:274.
[6]万小遥.怎样提高孩子的学习能力[M].北京:石油工业出版社,2009:174.

Train of Thought in Grasping the Typical Case Logically and Inferentially

ZHU Jue -hua

(School of Economics and Management, Xichang College, Xichang, Sichuan 615013)

Abstract: To grasp the typical case has radiated into the various walks of life as a kind of leadership skill and artistic technique, and has also been advocated and promoted widely as a kind of common used method in work. It is not only involved with the methods and artistic problems of leaders, but also the logical reasoning and scientific methods from the methodology of common sense. Thus, “grasp” here is a systematic project, the process is complex and the conclusion is possibly right or wrong, and the conclusion will get the misleading effect if the typical case is grasped improperly. This article studies how to grasp the typical case from the perspective of logical reasoning. Its aim is to provide some valuable reference for the methods of grasping the typical case.

Key words: Type; Grasp the Type; Induction and Ratiocination

(责任编辑:李 进)

(上接100页)

Abstract: The conclusion that machine can't be cheated has brought about long insignificant debate about whether machine can be cheated or not on the basis of wrong law analysis way, which moreover intensified the mistake in the way of law analysis. With the foreign legislation of fraud by computer and the development of our country's judicial interpretation, the judgment is losing his role. The point that the theft and fraud can be distinguished easily with the traditional norm that whether the property that the——gets is chating from the original owner and the misunderstanding based on that should be abandoned right now.

Key words: Machine; Fraud; Theft

(责任编辑:李 进)