学号：2016120340210

**黄 冈 师 范 学 院**

**学 士 学 位 论 文**

论文题目： **论偷换二维码的行为定性**

英文题目**: On the Qualitative Behavior of Stealing the Two-dimensional Code**

作 者：

专 业： **法 学**

班 级：

指导教师：

 2020 年 月 日

**郑重声明**

本人的毕业论文（设计）是在指导教师 的指导下独立撰写并完成的。毕业论文（设计）没有剽窃、抄袭、造假等违反学术道德、学术规范和侵权行为，本人愿意承担由此产生的各种后果，直至法律责任；并可以通过网络接受公众的查询。特此郑重声明。

 毕业论文作者（签名）：

2020 年 月 日

**目 录（注意只有一级标题和二级标题，不能出现三级标题）**

**中文摘要** ……………………………………………………………………………1

**英文摘要** ……………………………………………………………………………2

**引言 …**………………………………………………………………………………3

 **一、问题的来源 …**…………………………………………………………………6

（一）案由及案情介绍 ………………………………………………………………6

（二）对偷换二维码行为的不同定性 ………………………………………………6

**二、盗窃罪说** …………………………………………………………………………7

（一）二维码案构成盗窃罪的理由 …………………………………………………7

（二）对盗窃定性的反驳 ……………………………………………………………8

**三、诈骗罪说** ………………………………………………………………………10

（一）二维码案构成诈骗罪的争议………………………………………**…**…**…**…10

（二）二维码案构成诈骗罪的理由…………………………………………………10

（三）不同类型的诈骗及其缺陷 …………………………………………………13

**四、新型三角诈骗之提倡** …………………………………………………………14（一）新型三角诈骗阐释 ………………………………………………………14

（二）新型三角诈骗的必要性 ………………………………………………**…**…15

**结束语** ………………………………………………………………………………17

**参考文献** ……………………………………………………………………………19

**致谢** …………………………………………………………………………………20

**中文摘要（是对论文中心思想的概括，需要对论文的主要内容进行介绍）**

随着互联网技术的发展，二维码支付的普及在给我们的生活带来便捷的同时，一些心术不正的人也绞尽脑汁在这一背景下开始实施各种犯罪行为。因此“偷换二维码”案的数量也在急剧增加，为此也引发了刑法学界较大的争议。有学者认为二维码案属于盗窃罪，甚至是盗窃罪的间接正犯；但是该案并不具备盗窃的性质，因为财产是顾客受骗而处分给行为人的，而不是行为人通过秘密窃取而获得。当然也有学者认为是普通诈骗、双向诈骗或者是传统三角诈骗；虽然该案在本质上虽然属于诈骗的性质，但是上述观点都存在缺陷无法解决本案。而新型三角诈骗则可以完整的解决二维码案，同时能够使得三方当事人在该案中有很好的定位。所谓新型三角诈骗是相对于传统三角诈骗而言的，其在本质上仍属于三角诈骗，且基本流程为：行为人实施欺骗行为，被骗人陷入错误认识，基于错误认识处分自己的财产，行为人获得利益，被害人遭受损失。而在传统三角诈骗中，行为人处分的不是自己的财产，而是被害人的财产。

鉴于此，本文分为四个部分进行论述，第一部分主要是说明问题的来源，介绍案由及案情，通过研究总结刑法学界对偷换二维码行为的不同定性（主要分为盗窃罪说、诈骗罪说、三角诈骗说）；第二部分主要是介绍盗窃罪说，内容包括二维码案构成盗窃罪的理由以及对盗窃罪定性的反驳；第三部分主要是介绍诈骗罪说，内容包括二维码案构成诈骗罪引起的争议、构成盗窃罪的理由以及不同类型的诈骗及其缺陷；第四部分主要是对新型三角诈骗的提倡，内容包括对新型三角诈骗的介绍以及论述新型三角诈骗的必要性。

**关键词：**二维码案；盗窃；诈骗；三角诈骗；新型三角诈骗

**Abstract**

With the development of Internet technology, the popularity of two-dimensional code payment brings convenience to our life. Meanwhile, some people with evil intentions are also racking their brains and starting to carry out various criminal ACTS under this background. As a result, the number of cases of "stealing two-dimensional code" is also rapidly increasing, which has caused great controversy in the field of criminal law. Some scholars think that the two-dimensional destruction case belongs to the indirect principal of theft or even the crime of theft. However, this case does not have the nature of the theft, because is cheated customers and dispose of the property to a person, rather than the offender by secret theft, of course, some scholars think it is ordinary fraud, two-way fraud or the traditional triangle fraud, although the case in essence belongs to the nature of the fraud. However, there are defects in the above viewpoints, which cannot solve the case, while the new triangular fraud can completely solve the two-dimensional code and the three parties have a good positioning in the case. So-called new triangle fraud is compared with the traditional triangle fraud, it still belongs to the fraud triangle, in essence and the basic process is: actor implementation cheating is cheating in misunderstanding, based on misperceptions dispose of his property, behavior person benefit, the victim has suffered losses, and in traditional triangular fraud, actor dispose of the property that is not his own, but the victim's property.

**Key words：**Two-dimensional code case; Theft; Fraud; triangle fraud; new type of triangle fraud

**引言（主要包括四个部分）**

随着现代科学技术发展，金融电子业务普及，二维码的使用也逐渐成为潮流，并在生活中发挥着各种各样的功能。但正如一个硬币有两面，通过扫描二维码付款的方式在带来便捷的同时，有些心术不正的人也在利用二维码实施各种犯罪行为。近年来，二维码案的发生层出不穷，行为人通过偷偷更换二维码，使不知情的顾客扫码付款，从而使本应进入商家账户的钱款进入到行为人手中。但是对于该案的定性却有很大的争议。本文首先根据研究分析二维码案主要的争议焦点，并从争议点入手，首先说明为什么有人认为构成盗窃罪，又对构成盗窃罪的理由进行驳斥。其次论述为什么构成诈骗罪并说明理由，但诈骗罪内部也有很多种观点，通过说明二维码案若定性为其他类型诈骗存在的缺陷，再结合二维码案本身得出其更加符合新型三角诈骗的结论。从而给类似案件一定的指导和借鉴意义。

（一）问题的缘起

二维码案虽说是在互联网技术迅猛发展、二维码支付非常普及的背景下发生的，但是并不能因此而否定互联网技术和二维码支付的发展。而这一案件的发生首先是由于行为人心术不正，企图通过犯罪行为而不劳而获；其次是商家自己未能好好的看管和检查二维码，使行为人有机可趁。二维码案中由于行为人是在商家不知情的情况下更换二维码，与盗窃罪的本质特征“秘密性”相符，因此在学术界引起的争议主要集中在盗窃罪说和诈骗罪说之间。而根据受骗人处分财产的对象不同，也有学者分别提出了传统三角诈骗与新型三角诈骗。由于二维码案定性的争议较大，因此，本文主要围绕这几个罪名进行论述，以便对二维码案更好的定性。

（二）课题的研究现状（介绍当前学术研究现状）

随着二维码案的普及，这方面的著述也在不断的增加。目前我了解到学者们对二维码案的定性主要集中在盗窃罪说、两者间的诈骗罪说、传统三角诈骗说和新型三角诈骗说。

首先，就盗窃罪说而言，学者们的工作给了我们很多启发。如柏浪涛教授在《论诈骗罪中的“处分意识”》（载《东方法学》2017年第2期）中提出行为人构成盗窃罪，盗窃对象不是商家的财物，而是商家针对顾客的债权。周铭川教授在《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）中提出无论是在社会观念上还是在所有权意识上，至少在顾客扫码支付的那一瞬间，钱款属于商家所有和占有，行为人通过秘密手段将商家的财物转移为自己非法占有，应当成立盗窃罪。刘项南在《偷换二维码取材行为的本质分析》（载《人民检察》2018年第8期）中提出将商家的账户比喻为一个箱子，在顾客把钱即将投入到商家箱子的一瞬间，被行为人秘密窃取到自己的箱子中。王康辉在《偷换商家支付二维码行为的刑法学识别》（载《哈尔滨学院学报》2018年第12期）中提出偷换二维码行为具有违反被害人意志，通过转移占有的方式秘密窃取商家财产性利益的特点，完全符合盗窃罪的行为特征。这些研究提出了债权也能成为盗窃罪的对象，以及行为人偷换二维码的秘密性，和行为人违反他人意志转移财产。我们应该肯定上述成就，但是财产性犯罪都是在违背他人意志的情况下实施，因此该案不一定就是盗窃罪。且盗窃罪的秘密性应当是转移财产行为的秘密性，而秘密偷换二维码本身并不会导致财产发生转移。商家也从未占有过顾客应当支付的钱款和债权，因此盗窃罪说不可取。

其次，就两者间的诈骗罪说而言。学者们也做出了很多贡献。如黄川南教授在《偷换二维码收取钱款行为定性—一般诈骗说之肯定》（载《江西警察学院学报》2019年第1期）中提出行为人欺骗的对象是顾客，交付钱款的也是顾客。虽然最终的法律后果由商家承担，但商家实际上是民事法律关系上的受害人，顾客虽未有损失，但却属于刑事关系上的受害人。张庆立在《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）中提出行为人利用偷换的二维码实施了诈骗行为，使顾客陷入了处分财产的错误认识处分了自己的财物，行为人取得财物，顾客遭受损失。在本案中，应将刑法上的受损人、刑事诉讼法中公诉案件中的被害人认定为顾客，而将民法上的最终受损人认定为店家，作出对上述概念的明确界分。这些研究认为行为人偷换二维码的行为是欺骗行为，顾客作为被骗人处分财产，商家遭受损失，因此二维码案构成诈骗罪，这个结论是正确的，我们应该肯定。但是诈骗罪内部也有分类，如果二维码案属于两者间的普通诈骗，那么被骗人是顾客还是商家？如果是顾客，则他还需要向商家支付钱款，违背公平原则；如果是商家，也是不妥的，因为商家没有权利处分顾客的财产。至于认为商家是民事上的被害人而顾客是刑事上的被害人，也是将案件复杂化了，因为顾客支付钱款获取商品后，就已经退出了买卖合同，很难说他是刑事上的被害人，因此该说也存在缺陷。

最后，就三角诈骗说而言。部分学者的研究也很值得我么学习。如阮齐林教授在《“二维码替换案”应定性诈骗》（载《中国检察官》2018年第1期）中提出顾客将被告人的二维码当作商家收款二维码，扫码付款。犯罪对象为顾客电子账户中的电子钱币，该电子钱币的占有转移是由顾客以扫码支付方式的交付（处分），符合诈骗罪构成要件。被骗交付人（顾客）与蒙受损失人（商家）不是同一人，属于三角诈骗，仍是诈骗性质。张明楷教授在《三角诈骗的类型》（载《法学评论》2017年第1期）中提出二维码案中被告人的行为成立三角诈骗。但并不是传统类型的三角诈骗， 而是新型三角诈骗，即被告人实施欺骗行为，受骗人产生认识错误并基于认识错误处分自己的财产，进而使被害人遭受损失。上述研究很好的使行为人、被骗人顾客、受害人商家在该案中有很好的定位。但不管是传统三角诈骗还是新型三角诈骗在本质上都属于三角诈骗，由于本案中被骗人顾客处分的是自己的财产，不同于传统三角诈骗中处分的是被害人商家的财产，因此传统三角诈骗说也不妥，二维码案完全符合新型三角诈骗的结构特征，因此将该案定位为新型三角诈骗更为合适。

（三）传统研究存在的不足

随着二维码案的兴起，学术界在引起巨大争议的同时，学者们也对该问题展开了很多研究。其中有许多值得我们学习的地方，同时也存在着一些不足。首先是因为在二维码案中，行为人是在没有人知情的情况下秘密更换的，一些学者就抓住“秘密性”的特征，从而认为符合盗窃罪秘密窃取的特征，因此构成盗窃罪。其次是未能区分二维码案中到底谁是受害者，虽然商家和顾客都有被骗的性质，但最终的受害人只有一个。最后是由于二维码案中被骗人处分的是自己的财产，而现存的有些研究混淆了被骗人处分财产的对象，因而也混淆了传统三角诈骗和新型三角诈骗。

（四）本文的写作宗旨和研究方法

写作宗旨：本文通过对二维码案的研究，希望进一步明确对二维码案的定性，缓解理论界的争议。提高普通民众的警惕性，以期在日常生活中加强对自己二维码的看管，定期检查是否被更换。同时希望新型三角诈骗这个新观点受到刑法学界的关注和重视，认可并接受这一结论。

研究方法：本文以一个具有较大争议的现实案例为出发点，综合运用比较分析以及案例研究的方法，再结合财产犯罪的相关理论知识，对盗骗交织型刑事案件的争议焦点进行研究，从而明确诈骗罪与盗窃罪的界限，为新型三角诈骗的到承认贡献自己的力量，进而为司法实务中认定此类案件提供一定的参考意见。

一、问题的来源

（一）案由及案情介绍

随着现代科学技术发展，金融电子业务普及，二维码的使用也逐渐成为潮流，并在生活中发挥着越来越重要的功能。通过扫码添加好友，扫码支付钱款，扫码骑摩拜等应用如雨后春笋般涌现。而以手机二维码支付为主的方式也开始走进大众生活，这种支付方式不仅具有安全性、还十分便捷，因而在现实生活中被广泛运用。正如一个硬币有两面，某些心术不正的人正是看中了这一契机，绞尽脑汁用尽各种办法在这一背景下实施各种“新型”犯罪行为。

就在2019年6月26日，湖北武汉一机电市场内，商家发现自家店内支付宝收款二维码被人调换，3000元灯具货款因此进入行为人的支付宝账户中[[1]](#endnote-1)。对于上述偷换二维码的行为（下文简称二维码案），犯罪分子到底是构成盗窃罪还是诈骗罪？

（二）对偷换二维码行为的不同定性

二维码案的空前普及在刑法学界也引起了较大的争议，学者们也众说纷纭，有的认为该行为符合盗窃罪的构成特征，也有的认为应当构成诈骗罪。第一种观点内部又分为普通盗窃和盗窃罪的间接正犯；第二种观点内部又分为普通诈骗（二者间的诈骗）、双向诈骗、传统三角诈骗和新型三角诈骗。笔者认为该行为构成新型三角诈骗，这也是张明楷教授提出的一种新观点。

认为是盗窃罪的主要代表人物有周铭川教授、柏浪涛教授等。周铭川教授认为，无论是在社会观念上还是在所有权意识上，顾客扫码付款的一瞬间，钱款就属于商家所有和占有。行为人通过秘密手段破坏商家对财物的占有，完全符合盗窃罪的构成特征[1]。柏浪涛教授认为，行为人在偷换二维码后，就说明其取得了债权人的地位，当行为人收到钱款，则盗窃罪就既遂了[2]。

认为是诈骗罪的主要代表人物有张庆立教授、阮齐林教授等。张庆立教授认为行为人偷换二维码属于虚构事实，从而使顾客陷入了处分财产的错误认识，行为人因此取得财物，顾客遭受损失[3]。阮齐林教授认为该案中犯罪对象为顾客电子账户中的电子钱币，该电子钱币因顾客被骗而转移到被告人账户中，符合诈骗罪的构成要件[4]。

认为是新型三角诈骗的主要代表人物是张明楷教授，他认为二维码案中被告人的行为成立三角诈骗。根据传统三角诈骗和新型三角诈骗的区别和对该案的分析，该案不属于传统类型的三角诈骗，而是另一种新类型的三角诈骗[5]。

二、盗窃罪说

根据《中华人民共和国刑法》第二百六十四条规定：盗窃罪是以非法占有为目的，盗窃公私财物数额较大或者多次盗窃、入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃公私财物的行为。其基本流程是 ：行为人基于不法所有的目的→针对他人财物实施秘密窃取行为→破坏他人对财物的控制支配关系→使自己或第三人对该财物建立起新的控制支配关系。在司法实践中，偷换二维码案大多被认定为盗窃罪，如例1：石狮市人民检察院将二维码案以诈骗罪提起公诉，石狮市人民法院认定被告人邹某某成立盗窃罪；例2：佛山市禅城区人民法院将二维码案于2017年6月8日判处被告人犯盗窃罪，均判处有期徒刑1年，并处罚金人民币5000元。在某种程度上来说，判决也加强了其裁判说理[[2]](#endnote-2)。

**（一）**二维码案构成盗窃罪的理由

1、行为人本质上属于秘密窃取

支持盗窃罪说的学者认为该案中行为人是在商家和顾客均不知情的情况下，偷偷更换二维码，针对本应进入商家账户的钱款实施秘密窃取行为，违背商家意志非法占有财物，属于用秘密窃取的方式转移他人财物。同时也是属于在他人没有感知的情况下非法占有他人财物的行为，符合盗窃罪平和性的行为特征，故成立一般盗窃罪[6]。

2、行为人破坏了商家对财物的控制支配

周铭川教授认为由于行为人获取商家财物的手段，在本质上属于秘密窃取，因此无论是在社会观念上还是在所有权意识上，他认为顾客扫码付款的一瞬间，钱款就属于商家所有和占有。至于支付的钱款是否首先进入商家账户而在商家账户停留或长或短的时间，完全不会影响钱款应当属于商家所有和占有这一事实的认定。因为我们没有理由要求所有人或占有人必须时刻将财物紧握在手中以保持最紧密的物理支配，同样也没有理由要求商家时刻保持对其财物的物理性支配。本案中行为人通过秘密手段破坏商家对财物的占有，完全符合盗窃罪的构成特征，因此应当成立盗窃罪。

3、行为人的盗窃对象是财产性利益（债权）

柏浪涛教授认为，行为人在偷换二维码后，就说明其取得了债权人的地位，法律后果是商家将其对顾客的债权转移给行为人占有。因为这种转移占有违背了商家的意志，符合盗窃罪的特征，因此构成盗窃罪。而在行为人偷换二维码时，其盗窃行为属于预备行为，对商家的债权仅有侵犯的危险，还没有实际取得财产性利益；而当顾客开始准备向行为人的账户支付钱款时，盗窃行为就进入了实行阶段；最后当行为人收到钱款，则盗窃罪就既遂了。

4、行为人属于盗窃罪的间接正犯

间接正犯是指行为人通过强制或欺骗手段直接支配实施者，从而支配构成要件实现的情形。若体现在二维码案中则是指行为人通过偷换二维码，使顾客产生错误认识，从而将顾客作为工具使其将自己的财产转入行为人账户中，属于利用顾客的不知情而使商家受损，因此构成盗窃罪的间接正犯。

（二）对盗窃定性的反驳

虽然上述观点对一些事实的现状陈述不无道理，但笔者认为将二维码案定性为盗窃罪是不妥的。理由如下：

1、具备秘密性不一定就属于盗窃罪

虽说秘密窃取属于盗窃罪的行为特征，但并非只要具备秘密性就属于盗窃罪，公开盗窃也开始得到承认[7]。例如：行为人在半夜偷偷溜进孤寡老太太的家里，希望窃取财物，而当行为人在翻找财物时，声响太大吵醒了老太太，但是她并不敢阻止，仅仅只是哀求行为人不要拿走她的财物，但行为人对此置若罔闻，继续翻找，最后找出200元拿走。此案中如果认为具备公开性就成立抢夺罪而不成立盗窃罪的话，行为人公然入户抢走财物，数额不满500元的，由于抢夺行为未达到数额较大的标准，难以认定为犯罪，显然不符合立法精神。但如果认定为盗窃行为，至少可以认定为“入户盗窃”类型的盗窃罪。同时张明楷教授也认为，如果将盗窃罪仅仅限定为秘密窃取的话，则在处罚上必然也会存在空隙，从而造成不公正的现象。除此之外，盗窃罪的秘密窃取是针对直接取财手段的秘密性，行为人偷换二维码虽然具有秘密性，但是并非秘密的取财和转移财物。因此行为人秘密更换二维码的行为，并非构成盗窃罪[8]。

2、商家从未真正占有过货款

同时笔者认为根据生活经验和公序良俗，在商家和顾客的买卖交易中，顾客始终没有义务检查二维码是否属于商家所有，也不需要清楚二维码账户的具体权属关系。二维码是由商家自己提供，应当由商家自己尽审查核实义务，在二维码形状、头像和昵称相似的情况下，让顾客审查是很困难的一件事，如果该义务让顾客承担，无疑违背了买卖合同中的公平原则。因此顾客在按照商家的指示扫码支付货款后，二者之间的买卖合同义务已经履行完毕，商家才是本案的受害者。如果认为构成盗窃罪，则应当证明行为人窃取了商家的财产，但是在该案中顾客在扫码后钱款就直接从顾客的账户进入了行为人账户中，商家从未真正占有控制过货款，何来盗窃？因此认为此种行为无异于在商家的收银台下挖个洞放一个纸箱[9]，使本应属于商家的钱进入行为人手中的说法并不正确。因为顾客采取的是电子二维码支付，而非实物货币，商家也从来没有真正将财物占有过，因此认为顾客在扫码支付的瞬间，商家就占有财物的理论不成立，占有时间的长短以及紧密程度也不应在讨论的范围内。

3、行为人并没有取得债权人的地位

虽然笔者并不否认盗窃罪的对象包括财产性利益（债权），但是对于柏浪涛教授提到的“行为人实施偷换二维码的行为后，就取得了债权人的地位”并不认可。理由如下：（1）假如行为人取得了债权人的地位，则行为人就可以向顾客主张本应由商家主张的债权，但二维码案中，顾客扫码付款后与商家的权利义务关系就终止了，因此行为人不可能向顾客主张债权[10]。（2）其次在顾客付款之前，商家就一直享有请求顾客支付钱款的权利，不会因为偷换二维码就丧失。由于二维码既不是债权本身，也不是债权的凭证，行为人也不可能仅因偷换行为就取得了财产性利益[11]。（3）顾客从来都没有将自己的银行债权转移给商家占有，商家也没有陷入错误认识而将自己对顾客的付款请求权处分转移行为人，因此行为人不可能盗窃商家的债权。

4、该案并不属于盗窃罪的间接正犯

所谓正犯是指在共同犯罪中起到了实质支配作用的人，但是正犯并不仅仅局限于行为人自己直接的行为动作，还可以是将他人作为媒介，如利用他人的合法行为、有其他故意犯罪者或者是不知情等其他情形而实施犯罪。本案中如果认为构成盗窃罪的间接正犯，则是行为人利用顾客的不知情，将顾客当作工具，通过顾客的合法付款行为实施犯罪，那么作为被利用者的顾客应该是盗窃行为的直接实施者，从而造成商家损失。笔者认为上述说法并不正确，理由是：（1）间接正犯并不否认共犯的成立，利用者与被利用者完全可能成立共犯，显然本案中如果将行为人和顾客二人都认定为盗窃罪是不成立的，因为顾客从来都没有盗窃商家的财物。（2）如果按上述假设理解，是否所有的三角诈骗都可以看作是间接正犯？（3）除此之外，只有当顾客没有处分商家财产的权限或地位，而行为人是完全违背他人意志取得对方占有的财物时，才成立盗窃罪的间接正犯。本案中，虽然商家对顾客享有应收债权，在债权还未特定化转移之前，钱还是在顾客账户中，其仍然是具有处分权限的，因此盗窃罪间接正犯不能成立。

三、诈骗罪说

（一）二维码案构成诈骗罪的争议

显然，盗窃罪说无法解决二维码案的问题，于是一部分学者开始将目光集中于诈骗罪说。但是仍然支持盗窃罪说的学者认为二维码案不应该构成诈骗罪，理由是：（1）诈骗罪要求行为人实施虚构事实、隐瞒真相的欺骗行为。但是该案中行为人从未对顾客或者是商家有过正面交流更未实施过虚构事实、隐瞒真相的行为，而仅仅是偷偷更换了二维码。（2）诈骗罪要求被骗人具有处分意识。具体到二维码案中，顾客基于交易习惯支付钱款时，主观上以为商家提供的是自己的二维码，自己应该扫码付款；客观上也按照商家的指示扫描二维码支付了货款。而商家主观上也并没有意识到二维码已经被行为人所调换，一直以为是自己的二维码，客观上也没有要求顾客扫描行为人的二维码支付货款。商家和顾客均被欺骗，都不知道二维码是行为人所有，对于财物落入行为人的账户没有任何感知，即二者也都不具备诈骗罪所需的处分意识，因此该行为不构成诈骗罪，而是应该构成盗窃罪。

（二）二维码案构成诈骗罪的理由

根据《中华人民共和国刑法》第二百六十六条规定，诈骗罪是指以非法占有为目的，诈骗公私财物数额较大的行为。其基本流程是指行为人实施欺骗行为→被骗人陷入错误认识→基于错误认识处分财产→行为人或第三者获得财产→被害人遭受财产损害。笔者认为二维码案的整个过程都完全符合诈骗的基本流程，并且针对上述争议，从以下几方面说明理由。

1、行为人存在欺骗行为

通过虚构事实或者隐瞒真相，使对方陷入处分财产的错误认识的就是欺骗行为。虚构事实是行为人积极虚构不存在的事实，向他人传递虚假的信息，让他人陷入错误认识；隐瞒真相指行为人利用其优势地位通过消极不作为的方式隐瞒客观事实的真相[12]。行为表现方式多种多样，包括语言、文字欺骗或者是明示、默示的虚假举动表示。二维码案中，行为人在偷换二维码后，掩盖或偷换了真实的收款账号，其实质是欺骗他人将自己当作收款人并给付钱款，从而坐等本应进入商家账户的钱款进入自己的账户，其行为和诈骗行为中典型的冒名顶替行为没有太大的区别。

因此虽然此前行为人和商家、顾客均无正面交流，但行为人伪造“二维码仍属于商家所有”的行为就属于一种假象，是一种虚构事实的欺诈行为。若仅凭行为人偷换二维码，无论偷换多少张，本身都不会的得到一毛钱，因此足以说明行为人是骗而不是窃。同样的例子如下：行为人通过互联网建立了一个虚假的募捐网站，用“钓鱼”的方式坐等他人的捐款，该案中行为人与被害人互不认识也不存在任何的交流，但是你能说这些网上捐款者没有受骗，而是行为人窃取了本应进入合法募捐网站的捐赠款吗？

2、顾客具备处分意识

所谓处分意识指的是行为人具有自己要将其占有的财物或享有的财产性利益转移给他人占有或享有的意识。具体而言，处分意识分为处分意识不要说和处分意识必要说 [13]p491。处分意识不要说是指只需客观上的处分行为即可成立诈骗罪，而处分意识不是必须的。处分意识必要说是指要成立诈骗罪要求被骗者主观上具有处分财产的意识，客观上具有处分财产的行为。而处分意识必要说又可分为两种内容：一是严格论者，具体是指处分者除了要对将要转移占有的财产和财产性利益具有认识之外，还必须要对处分的财物内容具有全面的认识，如价值、数量、对象等。二是缓和论者，具体是指被骗者需要对自己是将财物处分给第三人占有，以及处分财物的性质、种类具有认识，才成立诈骗罪。而不要求对财物的数量、价值、对象等具有完全的认识，否则该行为只成立盗窃罪。例如行为人甲在超市内偷偷将方便面箱子打开取出两袋方便面，放入一台相机，到收银台后未说实情，导致收营员只收了一箱方便面的钱。如果采取处分意识不要说，行为人甲的行为构成诈骗罪，这种观点会导致诈骗罪成立范围很宽，而盗窃罪成立范围很窄。又如行为人乙将超市低档相机的二维码撕下，与高档相机的二维码掉包，到收银台后未说实情，导致收银员只收了低档相机的钱。前述两个案例如果采取处分意识必要说严格论者，则乙的行为构成盗窃罪，这种观点会导致盗窃罪成立的范围很宽，诈骗罪成立的范围很窄。但如果采取处分意识必要说缓和论者，则甲的行为构成盗窃罪，而乙的行为构成诈骗罪，这种观点可以很好的帮助我们区分诈骗罪与盗窃罪的本质：诈骗罪是行为人基于对方瑕疵的认识处分财产进而取得财产的犯罪，而盗窃罪则是完全违背对方意志取得财产的犯罪。

结合二维码案，对于处分意识的理解应当从两个层面进行。第一个层面: 根据处分意识必要说缓和论者（上文已论述其正当性），顾客并非不具有处分意识，而是因为受骗存在错误认识 [14]。该案中，行为人通过偷偷调换二维码虚构事实从而实施欺骗行为，顾客虽然被骗，但在处分财产时知道自己是将钱款支付并转移给商家占有，对于钱款具体的数量、价值、支付对象以及处分的性质也具有完全的认识，故行为人只是基于顾客的瑕疵认识而取得财产。第二个层面：从买卖合同中双方当事人的角度论述顾客具有处分意识。从顾客角度看，顾客有义务支付钱款，同时对自己账户内的余额具有处分的权限和地位，能够消费自然也是具有处分能力，按照交易习惯，顾客扫描商家提供的二维码用以支付货款也能够为大众所理解，因此若顾客没有认识到自己是在向商家付款是不可能的，即顾客具有处分自己财产的意识和行为。从商家的角度看，商家也一直认为是自己的二维码，对于顾客扫码支付的行为并没有异议，商家提供货物或者服务给顾客并收受钱款理所当然。但支持盗窃罪说的学者认为，二维码案缺乏诈骗罪的关键构成要素：处分意识，因此认为二维码案构成盗窃罪。他们认为顾客和商家对于钱款进入行为人账户一事毫不知情，也就是说不知道钱款受领人具体是谁，从而认为顾客没有处分意识[15]。但是笔者认为二者不仅知道而且十分明确钱款的受领人应当是商家，至于钱款最后进入行为人的账户仅仅是因为行为人的欺骗行为使得二者而陷入了错误的认识，而不能说因此说顾客没有处分意识。理由是如果知道二维码已经被调换，无论是顾客还是商家都不会继续允许扫码支付并完成交易。

3、商家遭受损失

二维码案中，顾客在购买商品或者服务并且支付钱款后，双方的买卖合同终结。尽管钱款最终进入了行为人的帐户中，但是顾客对此并没有过错，而是由于商家疏忽大意未经审查，从而使行为人获得财产，商家才是是本案的受害人[16]。原因如下：（1）追缴了赃款后，由于顾客已经获得商品或者服务，不存在损失，所以应该直接将赃款还给商家而不是顾客。由此也可以说明，在刑事诉讼中，商家作为被害人是当事人，而顾客则只能是证人。（2）如果认为行为对象是商品，则可以说商家将商品转移给顾客是一种损失。根据《民法总则》第149条：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。本案中顾客对二维码被偷换一事并不知情，因此商家也不能请求撤销民事法律行为，要求顾客返还商品或是服务（3）如果认为行为对象是银行债权，则可以说顾客将银行债权转移给行为人占有对商家来说是一种损失。

4、符合诈骗罪的犯罪构成

将二维码案放到诈骗罪的犯罪构成中可以得出：（1）诈骗罪的犯罪客体是商家的财产所有权；（2）客观方面是行为人通过偷偷调换把商家的二维码换成自己的二维码，使得被骗人顾客基于错误的认识，以为自己扫的是商家的二维码，从而将自己应当支付给商家的财产转入行为人的账户内的行为；（3）诈骗罪的犯罪主体要求是一般主体，年满16周岁，具有刑事责任能力的自然人。而年满16周岁有身份证才可办理银行卡，未满18周岁不允许开通网银，因此能够使用二维码支付则说明符合诈骗罪的主体条件；（4）诈骗罪的主观方面要求以非法占有为目的，行为人明知换成自己的二维码会使商家的应收账款进入自己的账户内，并且希望自己获益。综上，笔者认为偷换二维码案属于诈骗的性质。

（三）不同类型的诈骗及其缺陷

虽然有一部分学者认为二维码案应当定性为诈骗罪，但是“一千个人眼中，有一千个哈姆雷特”。而根据不同学者的立场和看法，诈骗罪内部又有如下几种学说：普通诈骗、双向诈骗、传统三角诈骗、新型三角诈骗。笔者认为应当构成新型三角诈骗，并说明其合理性以及构成其他类型诈骗存在的不足。

1、普通诈骗说

普通诈骗说也即二者间的诈骗，具体是指行为人直接欺骗被害人，被害人因此陷入错误认识而处分自己的财产，受骗人与受害人均是同一人的情形[17]。该说又可分为两类：一是顾客被骗说，该说认为顾客既是受骗人又是受害人，在行为人偷换二维码后，顾客受骗以为是商家的二维码而处分自己的财产，行为人获利而顾客遭受损失；二是商家被骗说，该说认为商家既是受骗人又是受害人，商家在不知二维码已经被调换的情况下指示顾客扫码支付，使本应进入自己账户的财产进入行为人的账户中，商家遭受损失[18]。但笔者认为，在普通诈骗中，被骗人和被害人应该是同一人，但该案中被骗人和被害人分别是顾客和商家。若采取顾客被骗说，则顾客不仅在遭受财产损失的同时还要再次向商家付款，而顾客本身没有民法上的过错（上文已述），显失公平。如果采取商家被骗说，则商家需要对顾客支付的财产具有处分意识，但是在货款进入商家账户之前，商家对该财产是没有处分权的。因此不管采取顾客被骗说还是商家被骗说，都难以将三人在该案中有很好的定位。

2、双向诈骗说

持双向诈骗说的人认为，行为人偷偷更换二维码，实施虚构事实、隐瞒真相的欺骗行为，使商家陷入错误认识进而提供商品或者服务，顾客陷入错误认识将财产处分给行为人。属于实施一个诈骗行为从而损害两个法益，最终应认定为想象竞合，属于双向诈骗。但笔者认为，行为人实施偷换二维码的欺骗行为后，仅仅是获得了应该属于商家的钱款，并没有获得商家提供给顾客的商品或者服务，因此仅侵犯了一个法益，并不属于双向诈骗。此外，行为人并非欺骗商家使其处分自己的财物，而是欺骗商家使其误以为是自己的二维码而疏于监督防范，以实现骗取本应进入商家账户钱款的目的，因此商家并没有将财产处分给行为人的意识，本案不构成双向诈骗。

3、传统三角诈骗说

三角诈骗是指被骗人和被害人不是同一人的情况。其基本流程如下：行为人实施欺骗行为，受骗人因此而陷入错误认识，基于错误认识处分被害人的财产，行为人获得利益，被害人遭受损失。支持该学说的人认为二维码案完全符合三角诈骗的流程，也不存在其他类型诈骗的缺陷，所以应该构成三角诈骗。但笔者认为：在传统三角诈骗中，被骗人处分的是被害人的财产，也即被骗人具有处分被害人财产的权限。但是二维码案中，被骗人顾客处分的始终是是自己的财产，对于商家的财产被骗人并未处分也没有权限处分。具体来说：（1）就商家的货物或者服务而言，这是由其自己提供给顾客的。（2）就商家对顾客的付款请求权而言，这项权利在顾客付款完毕后就已经丧失了。（3）就商家应得的银行债权而言，在顾客转移之前仍在顾客自己手中，转移之后到达了行为人手中，商家未实际的得到过银行债权，因此顾客处分的始终是自己的银行债权，而非商家的。综上，二维码案并不符合传统三角诈骗的流程。

四、新型三角诈骗之提倡

综上所述，不管是盗窃罪还是普通诈骗、传统三角诈骗都无法完整准确的评价二维码案，似乎刑法出现了漏洞，行为人无法定罪判刑了。但张明楷教授提出了新型三角诈骗，笔者经过研究分析，也认二维码案更加符合新型三角诈骗的结论。

（一）新型三角诈骗阐释

所谓“三角”是指有三方当事人，即行为人、被骗人、被害人。新型三角诈骗在本质上仍属于三角诈骗，其基本流程为：行为人实施欺骗行为，被骗人陷入错误认识，基于错误认识处分自己的财产，行为人获得利益，被害人遭受损失。其与传统三角诈骗主要区别在于：前者中受骗人处分的是自己的财产，而后者中受骗人处分的是被害人的财产。二维码案中，行为人实施偷换二维码的欺骗行为，顾客因此陷入错误认识后处分的是自己的财产，因其不存在过错，商家才是受害人，所以该行为流程完全符合新型三角诈骗的特征[19]。

有学者认为三角诈骗是一个伪命题，因两者间的诈骗和三角诈骗的行为构造在本质上是一样的，所以没有必要提出三角诈骗。但笔者认为区分三角诈骗与二者间的诈骗是十分有必要的。例如：行为人通过捏造事实、虚构证据等方式提起民事诉讼以便于欺骗法官，从而使法官基于错误认识而作出错误判决，导致他人无辜交付或处分财产，行为人得以非法占有他人财产的，属于三角诈骗，与虚假诉讼罪属于想象竞合。显然，此例中行为人并不是通过直接欺骗被害人使其陷入错误认识而处分财产的，所以不属于二者间的诈骗。如果否认三角诈骗，本案则只能构成虚假诉讼罪。当然也有学者认为行为人利用法官的不知情而违背他人意志非法转移他人的财产，从而构成盗窃罪的间接正犯？这显然是不成立的，因为被骗人法官具有处分被害人财产的权限，行为人并不是完全违背他人意志，而是因被骗人陷入错误认识而处分被害人的财产。因此三角诈骗并非是伪命题，承认三角诈骗具有很大意义，同时这也有利于区分三角诈骗和盗窃罪的间接正犯。

（二）新型三角诈骗的必要性

1、承认新型三角诈骗可以更好的对二维码案进行定性

重新梳理二维码案后可知：顾客购买商品或者服务后，有向商家支付对价转移财产的义务，然而在顾客按照商家的指示扫描二维码支付了商品的对价后，钱款并没有进入商家账户内，而是进入了行为人的账户之内。顾客虽然受骗存在错误认识但是并不存在民法上的过错，因为其并没有义务检查二维码是否属于商家所有，该义务应当由商家自己承担，因此商家也丧失了要求顾客再次转移自己财产的民事权利，也不可能按照不当得利再要求顾客返还自己提供的商品或是服务，而只能向行为人追偿。这种情况下，由于顾客还没有将钱款或者是银行债权转移给商家，所以顾客处分的仍是自己的财产，商家是本案的受害人。而传统三家诈骗中被骗人顾客处分的是被害人的财产，因此不属于传统三角诈骗，反而完全符合新型三角诈骗的结构特征[20]，并且合理的评价了三个人在该案中的定位，也弥补了其他类型诈骗犯罪的不足之处。

2、承认新型三角诈骗能够给司法实务界以参考

在司法实践中，由于法院大多将二维码案判为盗窃罪，从而在无形中也加强了盗窃罪结论的权威性[21]。但笔者认为，虽然有些二维码案被法院判为盗窃罪，但并非法院的判决就完全正确，如果二维码案定性为盗窃罪正确的话，刑法学界就不会对此问题有如此大的争议。既然现存的理论都无法完整的评价二维码案件，而新型三角诈骗可以完整正确的解释该案，我们为什么不接受，反而要抱着盗窃罪的几个传统的典型特征不放来强行使案件与该罪名相符呢？虽然也有人质疑新型三角诈骗的必要性，张明楷教授也承认提出这一观点是为了解决二维码案件。但是我们不能无视问题，不能明知不构成盗窃罪而偏要遵从司法判例，否认拒绝新观点。

3、对实体法和程序法具有重大意义

新型三角诈骗在本质上属于三角诈骗，承认三角诈骗在实体上有助于区分诈骗罪和盗窃罪（上文已述）。而在程序上，承认新型三角诈骗，便于更好的定位当事人。如在二维码案中，行为人实施犯罪行为，商家受损是被害人，顾客则是证人。但如果否认新型三角诈骗，本案无法更好的定性，对于三人也很难定位准确，不利于刑事诉讼的进展。

4、对其他类似结构的案例予以借鉴

虽然张明楷教授提出新型三角诈骗是为了解决偷换二维码的问题，但并非只能解决该案。若今后再遇见如下类似案件，都可以按照新型三角诈骗来处理。这一行为模型具体如下：受骗人有向受害人支付债务的义务，且受骗人因受骗具有认识上的错误但是没有民法上的过错，在他按照符合公序良俗的方式偿还债务后，双方的债权债务即终结。受害人无权要求受骗人再次支付，也不能要求按照不当得利返还已经提供的财产或者服务，而只能向行为人追偿。例如：甲、乙两公司一直以来签订买卖合同，并且约定由甲公司员工A将货物送到乙公司后由其负责人B将货款给A，A再交给甲公司。因A私吞货款被开除，甲公司换C运送货物并交代不要代收货款，但C将货物运到后骗B，甲让其代收货款，后C携款逃跑。本案中，行为人C欺骗B，B陷入错误认识后基于清偿债务的目的处分了自己的财产。但甲公司没有收到货款，也不得再要求乙公司再次付款，因此甲公司是受害人。又如：顾客甲在乙商店购买东西，丙趁乙不注意，冒充乙欺骗顾客甲自己是商家而收取货款，后逃跑。本案中，行为人乙实施欺骗行为，被骗人甲基于错误认识处分自己的财产，商家乙没有收到货款，但也无法要求顾客再次支付，商家是本案的被害人。

**结束语（本文内容的总结）**

生活在互联网快速发展的时代，我们既是幸运的，同时又是不幸的。随着手机二维码支付的普及，其也开始以各种形式参与到网络犯罪中，其中最为典型的是偷换二维码，但是对于该案的定性却有很大的争议。

本文首先根据研究分析二维码案主要的争议焦点，并从争议点入手，首先说明为什么有人认为构成盗窃罪，又对构成盗窃罪的理由进行驳斥。其次论述为什么构成诈骗罪并说明理由，但诈骗罪内部也有很多种观点，通过说明二维码案若定性为其他类型诈骗存在的缺陷，再结合二维码案本身得出其更加符合新型三角诈骗的结论，从而给类似案件一定的指导和借鉴意义。

1. **注释（**是对文中某一需要详细说明的地方予以进一步解释或说明，与参考文献进行区分**）标在结语之后，参考文献之前**

湖北省武汉市武昌区人民检察院：“在商家处放自己的收款二维码，男子涉嫌盗窃被起诉”载湖北省武汉市武昌区人民检察院官网http://wc.wh.hbjc.gov.cn/ajjj/201910/t20191031\_1452943.shtml#\_cnbk\_，2019年10月31日访问。 [↑](#endnote-ref-1)
2. 例1参见福建省石狮市人民法院刑事判决书(2017)闽0581 刑初1070号案；例2参见广东省佛山市禅城区人民法院刑事判决书(2018)粤 0604 刑初字33号案。

**参考文献**（著作类的页码需要标在论文中，如[2]p23,论文类页码需要写在参考文献之中）参考文献的顺序是按照在论文中被引用的顺序依次排列

[1] 周铭川.偷换商家支付二维码获取财物的定性分析 [J].东方法学，2017,(2):112-122. [2] 柏浪涛. 论诈骗罪中的“处分意识”[J].东方法学，2017,(2):97 -106.

[3] 张庆立.偷换二维码取财的行为宜认定为诈骗罪 [J].东方法学，2017,(2):123-131.

[4] 阮齐林. “二维码替换案”应定性诈骗[J].中国检察官，2018,(1):03-07.

[5] 张明楷.三角诈骗的类型 [J].法学评论（双月刊），2017,(1):09-26.

[6] 王鑫.对偷换商家二维码案行为性质的认定 [J].法制与社会，2017,(4):54-56.

[7] 王晨柯.偷换二维码案的定性分析 [J].长治学院学报，2019,(3):22-26.

[8] 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[J].华东政法大学学报，2017,(3):103-109.

[9]马超.偷换二维码案的定性分析[D].华东政法大学，2018

[10] 杨兴培.“三角诈骗”的法理质疑与实践批判 [J].法学评论，2019,(4):55-69.

[11] 张开俊. 偷换商户支付二维码侵犯商户应收款的犯罪定性[J].上海政法学院学报（法治论丛），2018,(2):107-119.

[12] 蔡颖.偷换二维码行为的刑法定性 [J].法学Law Science，2020,(1):124-137.

[13] 刘凤科.刘凤科讲刑法之精讲[M].北京:中国商务出版社, 2019.

[14]吴虑.诈骗罪的处分意识研究———以“偷换二维码案”为视角[D].江西财经大学，2018

[15] 薛倩. “偷换二维码”案件的刑法认定 [J].产业与科技论坛，2019,(20):31-32.

[16] 王康辉. 偷换商家支付二维码行为的刑法学识别[J].哈尔滨学院学报，2018,(12):41-45.

[17] 黄川南. 偷换二维码收取钱款行为定性———一般诈骗说之肯定[J].江西警察学院学院学报，2019,(1):87-92.

[18] 刘响. 新型支付方式对侵财类犯罪定性的影响———以“偷换二维码案”等案件为视角[J].广播电视大学学报（哲学社会科学版），2017,(4):08-12.

[19] 程畅. “偷换二维码案”的法律定性———新型三角诈骗理论之提倡[J].江西警察学院学报，2018,(1):107-111.

[20] 王江. 对“偷换二维码案”的重新审视———兼论新类型三角诈骗的合理性[J].华中师范大学研究生学报，2018,(3):41-45.

[21]张圆圆. 盗、骗交织型财产犯罪的司法认定研究———以王某偷换二维码案为例[D].西南政法大学，2017

**致 谢**

 [↑](#endnote-ref-2)