

置者，也就是占有人内心的保留性意见是什么，不能被赋予重要的意义和地位，除非这种意见被客观化地表现出来并能够重复检验。因此，即使承认银行或机器设置者内心希望来取款的人都是合法持卡人，不希望非法持卡者使用 ATM 机甚至不希望他们进入取款间，但是，除非这种愿望被客观化地设置为一种可检验的条件和门槛，否则，银行内心怎么想，都不能够代替它在机器上设置的条件；更不能在持卡人满足了银行设置的条件之后，又补充说明道，刚刚给出的同意是无效的。目前在我国南方，一些银行开始使用这样的系统，即储户在办银行卡的时候跟银行商定，银行卡大额刷卡如果超过两千元就发给储户一个短信，只有在储户回复短信确认后，这笔交易才能成功。显然，只有设置了这样一道检验程序，才算是把“不同意非法持卡人使用银行卡”的内心意思，对外客观化为一个公开的预设同意的条件。当然，如果行为人同时又窃取了储户的手机并回复，此时 ATM 机释放出现金，也只能视作银行已经同意占有的转移。^[52]

概言之，即使承认“银行不同意非法持卡者在 ATM 机上取款”，但是这一点也必须表现为一种能够针对“合法还是非法”进行审查的、客观化的外部程序；否则，仅仅作为一种无法诉诸现实检验的内心保留意见，在讨论预设同意的一般性条件时，是没有实际意义的。

(4) 对两种类比性论证的反驳

刑法理论上有这样的论证思路，即通过与其他无异议地构成盗窃罪的行为相类比，从而得出用拾得的信用卡在 ATM 机上取款的行为也构成盗窃罪的结论。这种类比主要表现为两种形式，但是，这两种类比都是站不住脚的。

第一种类比是，用拾得的信用卡在 ATM 机上取款，如同拾得他人的钥匙后用钥匙开门取走财物，都属于盗窃而不是诈骗。^[53] 这个将银行卡比作钥匙的比喻乍看起来很有道理：既然房屋主人绝不会同意未经授权的拾得钥匙者入室取财，那么信用卡所有人也不会同意未经授权的拾得信用卡者在 ATM 机上取款；既然前者构成盗窃罪，后者也应如是。

对此，刘明祥教授从盗窃行为是“取得”而诈骗行为是“交付”来反驳上述类比的不当。他认为，“非法用信用卡在 ATM 机上恶意取款，……实际上是机器把钱送到取款人手中的，并非是取款者将他人占有之下的财物直接拿走。而拾得他人钥匙后用钥匙开门取走财物，则是行为人直接将他人占有之下的财物拿走。直接拿走他人占有的财物与经他人交付拿走其财物，正是盗窃与诈骗的重要区别之所在。”^[54] 但是，这个反驳并没有击中这个类比的要害。因为刘明祥教授的论证，实际上是已经先把“非法从 ATM 机上取款”的行为涵摄到“受骗者陷入错误认识而主动交付财物”的诈骗罪的构成要件结构之下，再以此作为前提条件来展开论证。但是，这个涵摄本身是否正确尚存争议，作为反驳论证的前提也欠缺说服力。

本文认为，上述类比的错误之处关键在于，对于同意主体与功能目的都完全不同的两类现象进行比较。一方面，两类现象中有权同意的主体是不同的。钥匙的合法持有人与屋内财物的占有人往往是同一主体，但是信用卡的持有人与 ATM 内现金的占有人却是两个不同的主体。这直接影响到谁是有权做出财物转移同意的主体。另一方面，银行设置信用卡和 ATM 机的目的和功能，与屋主配置锁和钥匙的目的和功能也是完全不同的。银行设置信用卡是为了方便个人更快捷

[52] 其实，在以便捷作为基本价值取向之外，银行与储户之间还有很多增加安全性的方法可以进一步实施，例如，为了防止小偷同时偷走银行卡和回复确认的手机，储户可以与银行约定特定的回复字符；为了防止小偷从以往手机的短信中看到相同的回复字符，可以预先与银行约定，设立个别化、按一定周期改变的回复字符等等。当然，这些肯定会加大银行卡使用的交易成本，因此，面对为了更安全的使用而愿意更麻烦且支付更多费用的储户群，以及那些宁可承担风险，也不愿意承担麻烦和费用的储户群，银行可以提供多元化的、可选择的服务方式。这些只是笔者的一些构想，无论怎样，人们总是要在安全、便捷与高成本之间作出选择。

[53] 参见李文燕主编：《金融诈骗罪研究》，中国人民公安大学出版社 2002 年版，第 321 页。

[54] 刘明祥：《在 ATM 机上恶意取款的定性分析》，《检察日报》2008 年 1 月 8 日。

地取款（方便他人转移占有）；屋主设置锁和钥匙则是为了防止其他人进入（阻止他人转移占有）。银行在任何持卡人满足 ATM 机的检验条件时都会给出一个同意；而屋主自始至终都不会同意未经许可者进入房屋，无论他是否持有钥匙。因此，一个拾得他人钥匙的人，既然没有得到屋主关于使用钥匙进入房屋的同意，也就更加不会得到屋主对屋内财物转移占有的同意；相反，一个拾得他人信用卡的人，即使没有得到信用卡所有人关于使用信用卡的同意，但是仍然可以因为输入真卡并输对密码而得到银行关于转移现金占有的同意。

第二种类比是，用拾得的信用卡在 ATM 机上取款，如同使用伪币在自动售货机上取走财物。既然后者无异议地构成盗窃罪，前者同样也应该构成盗窃罪。^{〔55〕}

但是，这也是一个不正确的类比。因为“在自动售货机的情形，所有人要求的是真正的货币，而购买人所投入的却是一个伪币。在自动柜员机的情形，所有人所要求的固然是一个真正的提款卡，然而无权使用者所插入的提款卡也是一个真正的提款卡，是银行所要求的提款卡。”^{〔56〕}由此可见，使用伪币在自动售货机上取物与使用他人信用卡在 ATM 机取款，由于机器设置者预设同意的条件不同，二者也无可比性，前者构成盗窃罪，后者不构成盗窃罪，是十分正常的结论。事实上，真正能够和拾得的信用卡取款相提并论的，应该是行为人用拾得的钱去自动售货机买东西。但是在这种情形下，自动售货机的设置者根本不会去关心顾客的钱是怎么来的，而只会关心其所投入的是否为真正并且足额的钱币。“只要投入的是真正且足够的钱币，取走货物就不会该当窃取这个要素。”^{〔57〕}同理，只要信用卡使用者插入的是真正的信用卡且密码正确，也就谈不上盗窃 ATM 机所递出的现金。

（5）小结

本文认为，银行是 ATM 机内现金的占有人，银行同意现金占有转移的客观条件中并不包括取款者的身份，只要使用者插入真卡并且输入正确密码，银行就同意现金的转移。由于存在一个现金占有转移的同意，因此就排除了盗窃罪客观构成要件中的“打破占有”。至于是否构成其他犯罪及其理由，已经超出了本文主题框架的范围，此处只略述一二。一方面，主张构成信用卡诈骗的观点具有一定合理性，但是说服力仍有待补充。除非在学理上重新阐释信用卡诈骗罪与诈骗罪的关系，充分证明信用卡诈骗罪并非是相对于诈骗罪的特殊法条，而是具有不同于诈骗罪基本结构的独特结构，否则，目前相关司法解释和一些学者主张构成信用卡诈骗罪的观点，在逻辑上就难以自洽。其次，至少可以考虑侵占罪。既然 ATM 机吐出的现金属于无人占有（既不属于银行占有也不属于储户占有）的状态，那么行为人取走该现金就可以按照侵占罪处理。不过，这仅仅是在行为人操作 ATM 机使之向外吐钱的行为确实在刑法上难以评价（既不构成盗窃罪也不构成信用卡诈骗罪）的时候所采取的下策，因为毕竟侵占罪的法定刑较之盗窃罪和信用卡诈骗罪尚有差距，而且之前的行为不予评价，也容易导致在刑事政策上的误导。总之，对非法使用他人信用卡在 ATM 机上取款的行为如何准确性的问题，尚有待进一步深入研究。

4. 使用信用卡利用自动柜员机故障恶意取款的，构成盗窃罪

本文认为，使用自己或他人的银行卡，利用 ATM 机故障的取款行为构成盗窃罪。适例是影响巨大的许霆案。

关于许霆案构成盗窃罪，国内多位学者已经有较为深入的论证。^{〔58〕}由于文献检索的便利性，

〔55〕 参见甘添贵：《刑法之重要理念》，台湾瑞兴图书股份有限公司 1996 年版，第 382 页。

〔56〕 前引〔45〕，黄荣坚书，第 185 页。

〔57〕 蔡圣伟：《刑法问题研究（一）》，台湾元照出版公司 2008 年版，第 325 页。由于台湾并没有关于盗用信用卡的规定，因此不会出现盗用信用卡按大陆刑法直接构成盗窃罪的结果。

〔58〕 参见前引〔38〕，陈兴良文；张明楷：《许霆案的刑法学分析》，《中外法学》2009 年第 1 期。

已有的理由这里不再赘述。需要补充的一点是，在讨论取走自动售货机中的商品的案例时，国外刑法理论的通说认为，行为的正当化需要具备两个条件：一是顾客必须按照规定插入通用并被认可的钱币；二是机器本身必须按照规定功能正常地运转。只有在满足这两个条件的前提下，预设的同意才开始发挥作用。^[59]应该说，上述两个条件同样适用于自动取款机的场合：一是插入真卡；二是 ATM 机运转正常。因此，在没有满足这两个基本条件的前提下从 ATM 机中取走财物，都视作行为人未得到银行的同意，因而构成盗窃罪。就第二个条件而言，银行对 ATM 是否能正常工作提出了明确要求（不同于对持卡人的身份无要求）。例如，我国的《银行磁条卡自动柜员机（ATM）应用规范》中规定，合格的 ATM 机应能提出自检要求，“当 ATM 接受银行卡后，先进行 ATM 自检，当发现有关部件不能正常工作时，不应提供相应的操作选择。”“根据基本的金融规则，银行管理者仅同意存款人取出与其存款额相应的现金，不会同意取款额超出存款额的情形。这一点也为存款人所知。许霆的行为不可能得到银行管理者的同意，相反违反了银行管理者的意志。”^[60]因此，当机器出现技术故障和瑕疵时，银行同意他人取款的条件已经不可能被客观化了，此时行为人还对机器进行操作，使之向外吐出现金，但是没有付出相应的对价时，就构成盗窃罪。^[61]

依照这个理由得出结论，不仅见于德国等大陆法系国家学者的论述，也见于英美法系一些法官的判词。例如，澳大利亚最高法院在 Kennison v. Daire 案中作出如下判决，“银行同意你取款，但是你的取款方式只能按照银行卡上面的使用条款来进行。如果你违反银行预定的所同意的取款方式，就超出了银行的同意范围来进行取款。”^[62]就利用柜员机故障恶意取款的行为而言，没有一个银行会同意这种取款是合法的，因而许霆的取款显然是违反财产所有人或者占有人的意志的。^[63]

值得注意的是樊文博士的反对意见。他认为，利用机器故障取款是违反银行意志的观点，是“对于银行的所有转移意志和支配转移意志之间没有作出区分”；这种行为“违反的是银行‘内心实在’的所有转移意愿，而这种意愿是民法上的意愿，而 ATM 机上银行设定的是支配转移的意愿，只要他没有突破或者破坏 ATM 机的自动控制系统，而正确使用自己的借记卡取款，银行在支配转移上是完全同意的。”^[64]这段论述中的“所有转移意愿”是指银行在知道真实情况下的意愿，而“支配转移意愿”则是指机器上表现出来的意愿。这个区分是正确的。但是，不正确的是，当机器设备出现故障时，它所运转出来的对现金的处理，已经脱离了银行通过程序的控制，再也无法表现出银行之前在机器的程序上所设定的那个“支配转移意愿”了。

三、同意与盗窃陷阱

“盗窃罪中的同意在实践中的意义，突出表现在所谓‘盗窃陷阱’的场合。”^[65]所谓“盗窃陷阱”，是指物主做好了充分的准备，引起犯罪嫌疑人来窃取财物，当嫌疑人一旦取得财物，则可以（通过视频录像或指纹检验等方式）证明嫌疑人的罪责（在有警察协助的情形下也常被称作

[59] Vgl. MK—Schmitz, 2003, § 242 Rn. 84.

[60] 前引 [58]，张明楷文。

[61] Vgl. LK—Russ, 1992, § 242 Rn. 36.

[62] 一些英美法系的案例介绍，参见 [澳] Hugoc Jat:《英美法系下的许霆案》，载谢望原、付立庆主编：《许霆案深层解读——无情的法律与理解的诠释》，中国人民公安大学出版社 2008 年版，第 306 页。

[63] 参见陈兴良：《判例刑法学》，中国人民大学出版社 2009 年版，第 342 页。

[64] 樊文：《对 T 恶意利用 ATM 机故障恶意取款案理论和实务处理上的再评析》，载《刑事法判解》第 10 卷，北京大学出版社 2009 年。

[65] Kindhaeuser, Strafrecht BT, 2008, § 242 Rn. 47.

警察圈套)。〔66〕因此要想能够成功证明，财物所有人必须对于占有的转移持一种同意的态度；需要强调的是，这种情况下的同意是对财物的占有转移的同意，而不是对财物的所有权转移（所有权归属变化）的同意。

在盗窃陷阱的场合，理论上遇到的第一个问题是，设置陷阱者根本没有也不会对外表达出对占有转移的同意意思，而是藏之于内心，这种场合下的内心许可能否被视作一种同意？对这个问题若持肯定回答，那么行为人有可能构成未遂或无罪；若持否定回答，则应认为这种没有公布出来的内心意思是无效的，因此不影响盗窃罪既遂的成立。与此相对应，第二个问题是，在行为人根本没有意识到这是个“盗窃陷阱”，也因此不会意识到陷阱设置者的同意意思时，同意是否还对他的行为产生影响？影响的程度是什么？是排除盗窃罪的整个构成要件（无罪），还是仅仅排除既遂（未遂）？对此，有深入探讨的必要。

（一）盗窃陷阱中的同意是否需要对外宣示

首先，没有争议的是，同意必须要有意思表示。但是这种表示是不是要通过某种形式在外部表现出来，存在争议。对此分为意思方向说和意思表示说。意思方向说认为，同意只要作为被害人的内心意思存在就足够了，不要求一定要在外部表现出来，关键的问题是一个能够接受行为的意思先已存在。例如，德国学者 Mitsch 认为，盗窃罪中的同意并不以对外公开宣示为必要。被害人的意思即使没有说出来，而仅仅存在于内心，也具有排除构成要件该当性的功能。例如，T 偷走了 A 的摩托车，其实 A 内心一直希望自己的旧摩托车被偷走，然后借此去申请保险赔偿，但是 T 对 A 的想法并不知情。T 在实施行为时，仍然是抱着打破 A 对摩托车的占有状态的认识。但是，由于 A 的内心同意，已经主动放弃了对摩托车的占有状态，因此 T 在客观上永远不可能实现违背被害人意愿的“打破占有”的效果。〔67〕相反地，意思表示说认为，同意当中所显现出来的自己决定并不纯粹是法益主体个人内心层面上的东西，作为社会法律层面上的内容，其必须具有作为社会存在的轮廓和实体，因此，它必须体现于外。〔68〕我国学界对此也有不同看法。例如，黎宏教授认为，从同意就是行使自主决定权的立场出发，由于被害人的自主决定权只要在其内心受到保障就可以了，因此，意思方向说妥当。〔69〕与此相对，冯军教授则支持意思表示说，因为同意的有效性需要同意以某种形式表现于外部，存在于被害人内心的同意因为缺乏可判断性，很难与法律后果联系起来。如果认为只需要被害人内心的同意，那么，行为人关于被害人同意的错误就都会成为构成要件的错误，从而为排除故意扩大范围。〔70〕

笔者赞成一种有限制的意思表示说。首先，法益主体仅仅在内心对某行为表示赞同是不够的。因为法律并非要保护纯粹的精神性过程，一种没有表现出的思想并不是真正的意思表示，而且很难查明法益所有人的真实意思，在法律后果上无从确定。一个要求明确宣告的同意，宣告人必须对行为表示理解和同意——在结果犯中，对于行为和作为构成要件的结果都必须表示同意。作为一种“有限制的意思表示说”，或者是“减弱的意方向说”，也就是二者的中间立场，是笔者支持的。这里的中间立场是指，不一定要有一个非常明确的说明方式，只要同意人的意思表示能够让人明白，能够比较容易地从中推出结论就可以了。〔71〕例如，参与朋友打架斗殴的人，就是以沉默的方式同意了由此带来的可能的身体伤害。因此，现在的意思表示说多数主张放宽对意

〔66〕 参见前引〔11〕，Rengier 书，第 2 节，边码 33。

〔67〕 支持该理论的德国学者有 Mezger, Noll, Schmidhauser, Jakobs 等。

〔68〕 持这种观点的学者在德国刑法学界占据了大多数，包括 Jescheck, Weigend, Lenckner 等。

〔69〕 参见黎宏：《被害人承诺问题研究》，《法学研究》2007 年第 1 期。

〔70〕 参见冯军：《被害人承诺的刑法涵义》，《刑法评论》2002 年第 1 卷。

〔71〕 参见前引〔1〕，Baumann/Weber/Mitsch 书，第 17 节，边码 113。

思表示的严格限制，被害人的同意既可以用明示的方式也可以用默示的方式表现出来。当被害人看到有人要损坏其物品时，能够实施却不实施阻止行为，就是在以一种有说明力的行为显示他的同意；当被害人面临殴打时，能够反击或者躲避，却既不反击也不躲避，就是以默示的方式表示接受由此发生的身体伤害。相反，如果被害人既没有用明示也没有用默示的方式表示出同意，仅仅是在内心存在愿望的话，那么不能认为这里存在一个同意，行为人要为他的行为承担责任。

站在限制的意思表示说的立场，在盗窃陷阱的场合，事实上陷阱的设置者确实不可能对外公开宣布自己的同意意思，那也失去了设置陷阱的意义。但是，应该这样来看待这个问题，陷阱的设置者明明已经知道（甚至注视着）行为人在实施“打破占有”的行为，但是仍然容忍和接受了行为人的行为，这种容忍既不是出于恐惧或强制的理由，也不是没有反抗的能力，这就与上一段所说的“面临殴打时能够反击或躲避却既不反击也不躲避”是一样的，都是在以一种默示的方式表示出同意。因此，盗窃陷阱中的同意并非是无从推定的内心感觉，而是可以推定出来的一种默示的同意表示。

（二）行为人是否需要认识到同意的存在

与同意是否需要对外宣示相对应的问题是，盗窃罪中的行为人是否需要知道同意的存在？一般来说，主张意思表示说的人往往也会主张认识必要说，即行为人对同意的存在必须具有认识（认识必要说）。相反地，主张意思方向说的人往往会认为，行为人对同意的存在不要求具有认识（认识不要说）。〔72〕在行为人没有认识到同意的场合，在认识必要说看来，就成立既遂犯；而在认识不要说看来，就不应该成立既遂犯。

例如，财产所有人明知有人在偷窃他的汽车，但是他为了失窃后得到保险从而能换买新车，反而希望小偷把车偷走。按照认识必要说，只有行为与同意的内容一致的时候，也就是符合同意人最初做出的指示时，行为才可以合法化。这必须要求行为人对同意是明知的或可以认识的。只有在这个前提下，同意人才能对所发生的事情有足够的控制，并在适当时间之内通过撤销同意来阻止行为。〔73〕因此，行为人既然不知道有同意，就要成立盗窃既遂。冯军教授也持相近的看法，他认为，行为人认识到同意的存在是主观的正当化要素。〔74〕相反地，按照认识不要说，这种情况不成立犯罪，或者最多只成立盗窃罪未遂。例如，黎宏教授就认为，只要客观上存在被害人的同意，行为人即便没有意识到该同意，也不能说发生了违反被害人意思的侵害财产权的具体危险，所以，该行为只能看作为不能犯，不能受到处罚。〔75〕

本文认为，当行为人对同意没有认识时，同意仍然能起到排除不法构成要件的功能，但最多只能排除结果不法，却不能排除行为不法。换言之，就结果不法（无价值）的部分来说，同意不需要被行为人所认识；就行为不法（无价值）的部分而言，同意必须被行为人所认识。因此，行为人没有认识到同意存在时，可能成立未遂，但不可能无罪；也正是在这一点上，与行为人完全认识到同意存在时的无罪效果相区别。这是由于，当法益所有人表示同意时，他是在对自己的法益做出有益于自己人格的处分，在这种情况下，不复存在刑法保护的客体，因而不可能成立既遂；这是考虑到结果不法已经被消除的一面。但是，没有法益损害的结果，并不等于不存在应被评价为不法的行为。行为人在不知道同意的情形下与行为人知道自己已得到对方同意的行为显然不同，前者主观上仍然保持着侵犯他人法益的故意，客观上也存在着受主观认识支配的不法行为，简言之，行为不法的部分没有因为被害人的同意而消除，因此，应按未遂处理而保持可罚性。

〔72〕 参见张明楷：《刑法格言的展开》，法律出版社1999年版，第262页；前引〔69〕，黎宏文。

〔73〕 参见前引〔1〕，Baumann/Weber/Mitsch书，第17节，边码113。

〔74〕 参见前引〔70〕，冯军文。

〔75〕 参见前引〔69〕，黎宏文。

采取这样的处理方案的理由在于,一方面,在行为人对同意不知情的情况下,也就是行为人与被害人双方没有意思沟通的情况下,行为人的客观行为只受到他自己的主观故意的支配,被害人的想法不可能干扰行为人的行为,更不能要求法律秩序改写行为人的行为性质。这就是必须对行为认定未遂而不可能认定为无罪的原因。另一方面,基于对被害人自我决定权的尊重,他可以支配自己能够支配的东西,那就是法秩序认可为他所控制的财物。被害人对这个财物做出放弃、摆脱以及各种处分形式的意思决定,包括希望借他人之手实现这个愿望,都是属于允许支配的范围,对这个被害人主动追求的结果,法秩序应当予以承认。就此而言,就不再可能存在一个法益损害的结果了。这就是只能成立未遂而不可能认定为既遂的原因。

(三) 盗窃陷阱中的未遂与既遂

按照本文观点,在行为人没有认识到同意存在的场合,同意最多只能排除结果不法,但不能排除行为不法;换言之,行为人至少成立未遂,但不可能无罪。正如德国学者 Mitsch 指出的,“这种教义学上的安排,特别有助于解释和认定一些‘盗窃陷阱’的案件。”如果按照纯粹的结果无价值的立场,认为即使行为人没有认识到同意存在,也丝毫不影响同意效力,从而认定无罪的话,那么所有的盗窃陷阱就完全丧失了实践意义。笔者所说的“至少成立未遂”,意味着在某些情形下也可能成立既遂。盗窃陷阱的形式和设计者的意图不同,行为人对财物的控制方式不同,构成既遂还是未遂也不能一概而论,需要区分不同情况。

一种可能性是,被害人希望通过发生财物的占有转移这一事实,来证明盗窃犯或疑犯的存在;此时,由于同意(表现为希望占有丧失的心理状态)的存在,行为人成立未遂。例如,医院里发生了多起财物失窃事件,院方怀疑是内部人员作案。为了证实是“内鬼”所为,保安部门在医护休息室的柜子里,悄悄放置了一个装有现金的钱包。结果钱包里的现金果然不翼而飞,后来在护士甲的抽屉里,发现了这些已经预先做了记号的现金。在这个案例中,医院要想达到验证自己怀疑为真的目的,就必须依赖于行为人确实将现金取走,也就是必须要有允许占有转移的同意。由于业已存在同意,就不可能再达到既遂,应按盗窃未遂处理。^[76]当然,一般情况下这种财物占有的丧失只是暂时的,因为被害人在证实了自己的怀疑之后,可能会向行为人摊牌来索回财物或报警。但无论怎样,要想走到这一步,前提必须是原财物占有人同意甚至希望自己的财物的占有发生转移。这个排除盗窃罪客观构成要件的同意,使得行为人只能构成盗窃罪的未遂。^[77]

另一种可能性是,陷阱设计人设置了防护和监控措施,目的是希望通过拍摄到行为人并利用所得到的信息(例如拍摄下来的视频)去抓捕行为人并证明其罪责。在这种情况下,被害人其实并没有对财物占有的转移表示出同意。陷阱设计人之所以没有在行为人实施行为时阻扰,并不是希望行为人实现占有转移;设计人真正希望的,毋宁说是能够完整地证明行为人实施这一占有转移的过程。因此这里并不存在能够排除客观构成要件的同意,行为人对此构成盗窃罪的既遂。^[78]例如,张某怀疑保姆庄某偷窃自己家中财物。为了获得证据,张某在离家之前将隐藏的电脑摄像头对准了存放现金的抽屉。后张某通过电脑的视频监控发现,庄某从抽屉中取走数张钞票,于是立即报警。警察到现场后调出视频,庄某承认了盗窃的事实,并将赃款交出。^[79]本案中,张某设计盗窃陷阱的目的是为了取得视频证据,而非真正同意现金被取走,因此庄某构成盗窃罪

[76] 换言之,证明行为人有罪的前提是,行为人必须建立起对特定财物的占有。被害人设置特定的被盗物这一行为本身,就征表出一种对占有转移的同意。这里需要特别强调的是,这种情况下是对占有转移的同意,而不是对财物转移(所有权归属变化)的同意。

[77] 参见前引[65], Kindhaeuser 书,第242节,边码47。

[78] Vgl. NK-Kindhaeuser, 2010, § 242 Rn. 43.

[79] 参见《房东“钓鱼”视频记录保姆盗窃》,《东南早报》2009年11月5日。

的既遂。

四、盗窃罪的间接正犯与三角诈骗：同意视角下的新界分

盗窃罪与诈骗罪之间的界限，特别是盗窃罪的间接正犯与三角诈骗之间的区分，是刑法理论上的一个重大争点，对于司法实务也具有重要意义。这个问题简化成典型案例就是：行为人甲使用欺骗手段，通过第三人丙来得到乙的财物。一直以来，刑法理论处理这个问题，大多从诈骗罪切入，探讨第三人丙是否有足够的根据去“处分财物”。〔80〕不过，既然是探讨两罪之间的界限，就没有理由把思路固定在诈骗罪之“处分财物”的要素上；研究的起点同样可以从盗窃罪中的“打破占有”要素来加以展开；从不同的角度切入同一个问题，既可以增加论证说理的丰富性，也完全可能得出一些新的结论。接下来，本文就主要以盗窃罪（而非诈骗罪）为坐标系，以财物权利人的同意（而非第三人的处分）为中心来讨论两罪的界限问题。

（一）国外刑法理论上的观点争论

1. 阵营归属理论。所谓阵营归属理论，是指只要第三人与被害人之间存在一种事实上的接近关系，就可以把第三人看作处于被害人的阵营之中，此时第三人的处分就被视为有效，行为人成立诈骗罪而非盗窃罪。德国的多数法院判决和相当一部分主流文献支持这种观点。〔81〕

2. 客观权限理论。所谓客观权限理论，是指第三人的财产处分必须处于法律赋予的权限之内。只有在具体的事务中被被害人授予权限的第三人，才能够代表被害人对占有的取消做出有效的同意；也只有他的意愿，才是必须为被害人承认和接受的。〔82〕按此，当第三人在受到欺骗的情况下，把本来无权处分的财物，交付或任由他人取走时，其同意是无效的，对此成立盗窃罪而非诈骗罪。

3. 主观权限理论。所谓主观权限理论，是指只要第三人主观上相信，当他处分财物时，他是处在一个客观上有权限根据的范围内活动，那么，这对于成立诈骗罪就已经足够了。〔83〕按照这种看法，如果第三人得到的是一般的、概括的授权，并没有得到涉及具体财物及其处理事务的授权，但只要其主观上自认为有权去处理财物而将财物交付或任由行为人取走，此时，财物所有人就必须接受这个行为所带来的不利后果，因为在授权之初他就应该考虑到可能出现的错误。

4. 审核义务理论。所谓审核义务理论，是指第三人仅仅是单纯地主观上确信自己对财物有支配权限是不够的，除非他对于代理权限的事实条件已经尽了审查和检验的义务，在此基础上的主观确信就可以支持一个有效的同意。〔84〕但整体上而言，它其实是主观权限理论的一种修正和变式。

5. 主观善意理论。所谓主观善意理论，是以第三人是否为了被害人的利益而处分财物作为基准，如果第三人是为了被害人而转移财产，则行为人的行为构成诈骗罪；反之，行为人的行为成立盗窃罪。这主要是根据日本的司法判决发展出来的一种理论。〔85〕

〔80〕 参见张明楷：《论三角诈骗》，《法学研究》2004年第2期。

〔81〕 Vgl. Schönke/Schröder/Cramer/Perron, 2010, § 263 Rn. 66.

〔82〕 德国学者 Roxin、Schünemann、Samson、Kindhäuser 和 Günther 等支持这种观点。

〔83〕 德国学者 Otto、Weber 等持这种看法。

〔84〕 Vgl. SK—Hoyer, 2002, § 242 Rn. 63.

〔85〕 参见日本最高裁判所1970年3月26日判决，载日本《最高裁判所刑事判例集》第24卷第3号，第55页。转引自前引〔80〕，张明楷文。

（二）目前国内学界的主要观点

近年来，国内学界对盗窃罪的间接正犯与三角诈骗的区分问题，也进行了深入讨论。比较有代表性的是，张明楷教授从三角诈骗罪的成立条件入手，讨论两罪界分的问题。与德日刑法理论的通说一样，他也赞成受骗人具有处分被害人财产的权限或者处于可以处分被害人财产的地位时，行为人构成诈骗罪（三角诈骗）而非盗窃罪（盗窃罪的间接正犯）。“如果受骗人不具有这种权限与地位，其将被害人财产转移给行为人的行为，便不属于诈骗罪中的财产处分行为；由于不具有处分行为，行为人的行为就只宣告成立盗窃罪。”对于所谓具有处分被害人财产的权限或地位，张明楷教授提出法律上的权限或地位与事实上的权限或地位的可选标准。法律上的权限或地位是容易理解的，那什么是所谓事实上的权限或地位？按照张明楷教授的总结，“受骗人事实上是否具有处分被害人财产的权限或地位，应根据社会的一般观念，以其事实上是否得到了被害人的概括性授权为基准；至于是否得到了被害人的概括性授权，则应根据受骗人是否属于被害人阵营、是否财物的占有者或辅助占有者、其转移财产的行为外表上（排除被骗的因素）是否得到社会一般观念的认可、受骗人是否经常为被害人转移财产等因素进行判断。”〔86〕

从上述论述看，张明楷教授赞成的观点，似乎是多种理论的综合体。在客观权限理论之外，则由阵营归属理论、主观权限理论以及一般社会观念等来加以补充。但是，这样的一种过于全面的组合性观点，既包含了一般性标准，又加进了个别化举例，难以对其进行一般化的抽象。虽然能够满足完整性的要求，但是也容易丧失理论标准的明确性和排他力。整体上来说，本文对张明楷教授的观点持二分之一赞成的态度，即在强调法律上的权限这一点上是一致的，但是对于阵营理论和社会一般观念的主张则不能够赞同。

（三）同意视角下的观点评析

在上述国内外各种观点之中，阵营归属理论目前得到很多学者的青睐，占据着有力的地位。但是，当以盗窃罪为讨论平台，在同意的视角下进行考察时，一些难以自洽的问题就暴露出来。这些问题同样表现在主观权限理论以及主观善意理论之中。

首先从盗窃罪而不是诈骗罪的构成要件出发，去考察“甲使用欺骗手段，通过第三人丙来得到乙的财物”的行为性质，会得出这样的结论：如果行为是在没有得到被害人乙的同意的情况下打破占有，则构成盗窃罪；反之，如果行为得到了被害人乙的同意，则不构成盗窃罪。因此，问题的关键在于被害人乙的主观意愿。而阵营归属理论、主观权限理论和主观善意理论，包括张明楷教授强调的所谓“社会一般观念”等因素，恰恰是在考虑问题的时候，切断了与被害人（财物占有人）主观意愿的联系，这与盗窃罪中的同意原理存在抵牾。以阵营归属理论为例，由于所谓“外部联系”缺乏规范基准（特别是，有时候具有不愉快的联系，反而证明恰恰不属于被害人的阵营），因此，判断属于哪一个“阵营”的标准，最终必然追溯到第三人的内心态度，究竟是倒向被害人与行为人之中的哪一方，或者从社会一般观念出发，从外部考察第三人倒向哪一方。但是，完全依赖于第三人的内心态度或社会一般观念的外部考察，这相当于是用第三人的意愿或社会一般观念代替了原财物占有人的意愿，这样的论证方式在逻辑上就脱离了已被普遍承认的关于“（违反占有人意愿）打破占有”的解释。〔87〕换言之，不能仅仅因为第三人认为自己或社会一般观念认为第三人归属于被害人的阵营之中，就简单地代替了被害人维持占有的意愿。

退一步讲，即使在第三人与被害人形成共同占有关系的场合，矛盾一样存在。一方面，就共同占有与同意的关系来看，本文前面已经指出，在未得到全部共同占有人同意的情况下，仅有其

〔86〕 前引〔80〕，张明楷文。

〔87〕 Vgl. MK-Schmitz, 2003, § 242, Rn. 100.

中一个占有人的同意并不能排除“打破占有”。也就是说，即使第三人属于共同占有人，他的同意也不能排除“打破占有”。但是，另一方面，一般而言，各个共同占有人往往又能够被评价为处于同一“阵营”中。此时，按照阵营归属理论以及张明楷教授所支持的“一般社会观念”，作为“同一战壕里的战友”，只要其中一个占有人（由于受骗）同意他人转移占有，就具有处分地位，就能够排除盗窃罪的“打破占有”。但这与前述结论之间就出现了矛盾和冲突。例如，甲乙两人合开一家音像店，行为人谎称得到甲的同意，从乙手中取走大量影碟离开。在这个案例中，甲乙二人对影碟属于共同占有关系，按照“取消共同占有必须得到所有占有人同意”的原则，上述情形构成“打破占有”。相反，按照阵营理论，只要是得到了与甲属于同一阵营的乙的同意，就可以排除“打破占有”。显然，在这个问题上，阵营理论与（关于共同占有的）同意理论之间是不兼容的。^{〔88〕}

同理，只考虑第三人的想法或社会一般观念而忽略被害人（财物权利人）的真正意思，这个批评意见，不仅针对“阵营理论”，也同样适用于“主观权限理论”和“主观善意理论”。

（四）本文的观点：客观权限+审核义务

首先，从同意视角出发，最稳固的标准来自于客观权限理论。只有第三人在客观上处于正当许可的范围内活动，他才算是代表了被害人（财物权利人）同意转移占有的意思。也就是说，要么第三人得到了被害人关于财物处理的全权委托，要么法律或制度上给他的意思活动提供了支持，只有在这些情况下，第三人才算是代表了被害人转移占有的意愿，才能够排除盗窃罪中的“打破占有”，转而成立三角诈骗。必须具备处分权限这一点，也为很多日本学者所支持。例如，西田典之认为，“在三角诈骗中，被诈骗人必须具有处分被害人财物的权限。例如，A向B谎称C院子里的皮球为自己所有，而让B替其拿走皮球，由于B在事实上与法律上均没有处分C院子里的皮球的权限，因而A构成盗窃罪的间接正犯，而并不构成诈骗罪。还有，A向公寓管理人B谎称自己是居住者C的父亲而让B用钥匙打开C的房间，并拿走C的财物，由于B并无处分权限，因而A的行为仅构成（住宅侵入罪与）盗窃罪。”^{〔89〕}

其次，在客观权限理论之外，可以补充进审核义务理论。有些学者将客观权限理论的逻辑贯彻到底，使其成为唯一的判断标准。例如，Schmitz认为，一种超出了授权范围的、仅仅是假想或推测的权限，即使第三人已经尽到了对代理权限的核对义务，由于始终未与财物原占有人的主观意愿保持一致，也不能否决“打破占有”的成立，对此都应认定为盗窃罪。^{〔90〕}但是，这种看法存在疑问。承认客观权限理论最稳固，并不意味着必须将其逻辑贯彻到底；从同意的角度去考虑这个问题，也不意味着必须对于所有未得到被害人明确同意的转移都否定其效力。如果全部涉嫌三角诈骗的案例，都必须遵循客观权限理论的严格标准去认定，那恐怕就不是在处理所谓三角诈骗与盗窃罪区分的问题了。因为一个得到被害人明确授权的、由第三人做出的占有转移的决定，其实与被害人本人在现场直接表示同意毫无差异；但是，这样一来，就不存在所谓的三方关系了，第三人在这里仅仅是一个传声筒，实质上这种场合是一个非常清楚的、行为人欺骗了被害人（以第三人为其意思的忠实执行者）而取得财物的诈骗罪案例。换言之，按此逻辑，只有那些在法律关系上能够准确地将第三人与被害人合二为一，进而可以将所谓的“行为人—第三人—被害人”的三角关系，清晰明确地折合成为行为人—被害人两方关系的场合，才能认定为诈骗罪，其余则全部按盗窃罪处理。但是，这样处理的最终结果，就是在理论上使得所谓“三角诈骗”的模型完全丧失了意义。基于这一点，有必要在客观权限理论之外，再增加审核义务的标准。审核义

〔88〕 Vgl. MK-Schmitz, 2003, § 242, Rn. 100.

〔89〕 [日] 西田典之：《日本刑法各论》，刘明祥、王昭武译，中国人民大学出版社2007年版，第156页。

〔90〕 Vgl. MK-Schmitz, 2003, § 242, Rn. 100.

务理论是主观权限理论的一个加强版，它不仅要求第三人自认为得到了被害人的授权，而且必须是对这种关于授权的认识进行了审查和检验。一般来说，能够自认为自己得到授权的第三人，至少是得到了财物所有人的概括性授权，只是在对具体财物的具体事务的处理上自己是否有权限，产生了错误认识。

在有些案例中，按照阵营归属理论或纯粹的客观权限理论，都难以得出令人信服的论证过程和结论，而需要求助于审核义务理论。例如，经常被讨论的保姆案。丙是乙的家庭保姆，乙不在家时，行为人甲前往乙家欺骗丙说，“乙让我来把他的西服拿到我们公司干洗，我是来取西服的。”丙信以为真，甲从丙手中得到西服后逃走。在这个案件中，张明楷教授确信，“社会一般观念定会认为，保姆丙应当或者可以将西服交付给甲干洗”，从而肯定保姆具有处分地位而将本案认定为诈骗罪。但是，这个以阵营归属理论为基础背景的分析，因为对于实际生活的粗略概括而存在疑问。事实上，在真实的社会生活中，私人保姆究竟在雇主的家里能够处理哪些事务，双方往往有着大体上明确的约定，而且约定内容往往因人而异，对于这个本来就属于私人领域中的、存在对价给付的服务事项，不能够凭借所谓“社会一般观念”来做出推定。一般来说，雇主会要求保姆清洗衣物，但是在没有明确说明保姆可以将衣物交由雇主指派上门的洗衣店清洗的情况下，这种授权最多只能被认为是一种关于衣物保洁的概括性授权。另一方面，如果按照客观权限理论，既然保姆没有得到雇主的具体授权，她仅仅自以为有权限而将西装交付给对方，不能算是代表了财物所有人（被害人）的意思。因此，行为人甲构成盗窃罪而非诈骗罪。但是，客观权限理论又把实际生活想象得过于精致了。要求雇主对保姆所做的每一个具体事项都有明确的授权，这相当于是把雇主放在了一个“保姆背后的保姆”的地位，实际上也是不现实的。

妥当的理解是，对于那些相对于雇主的概括性授权而言还不够肯定的具体事务，保姆应尽到审查和检验的义务，在此基础上的决定，应被认为是与雇主意思相联系的，尊重了雇主的意愿，因而应被纳入到雇主的容忍范围内。这种审查和检验可以表现为多种形式。例如，如果行为人是雇主家的常客，保姆经常看到行为人到雇主家里，且保姆与行为人也比较熟悉，在这种情况下，对于上门谎称受雇主委托来取走衣物去清洗的行为人，保姆同意其将衣物取走或交付，应认定其已经履行了核实义务，因而行为确定为诈骗罪；相反，如果保姆面对的是一个素不相识，也不知道其与雇主是否有过交往的行为人，那么如果保姆未经任何审核或检验，而直接将衣物交给对方或任其取走，保姆的处分或同意是无效的，在她做决定的过程中，根本没有考虑到被害人（雇主）的意愿，因此她就成了一个行为人违反被害人意愿的工具，对此只能构成盗窃罪而非诈骗罪。不同的是，如果保姆尽到了审查和检验的义务，例如想要打电话给雇主确认，但是行为人将一个在电话另一端由其同伙冒充雇主说话的手机交给保姆接听，或者向左邻右舍问过之后，保姆信以为真，认为行为人的确是雇主派来的，此时，保姆再将衣物交给行为人，她就是三角诈骗中的受骗者而非盗窃罪中的工具。总之，只有在具备概括性授权和尽到审核义务的基础上，第三人对财物的处分或占有转移的同意，才算是基于被害人的立场而受到了欺骗。

（五）小结

本文以盗窃罪为检验平台，以财产权利人的同意为考察视角，主张依照“客观权限+审核义务”的标准对盗窃罪的间接正犯与三角诈骗进行区分。这一主张与以往首先检验诈骗罪、侧重第三人处分权限的研究思路有很大区别，在实际应用上也得出了一些与阵营归属理论相反的结论。“客观权限+审核义务”的标准有两方面的优点。一方面，这两种理论都是以第三人至少得到被害人的概括性授权为前提和基础（客观权限理论要求进一步的具体授权），因此第三人对财物的处置，体现了对于被害人（支配财物的）意愿的尊重。这是从被害人同意的视角出发得出的必然结论。由此可以避免阵营归属理论、主观权限理论、主观善意理论等的弊端，这些观点完全搁置

或代替了对被害人主观意愿的关注，其内容与盗窃罪的本质要素（违反被害人意愿而不是违反被害人“阵营”中某人的意愿）也缺乏必然联系。另一方面，将审核义务理论增加为判断标准的选项，避免了单一的客观权限理论过于狭窄，以至于使所有三角诈骗的案例都简化为两方诈骗的倾向。更重要的是，审核义务理论进一步克服了主观权限理论的弊端，那就是，仅仅有第三人得到授权的自我感觉还是远远不够的，只有通过审核和检验，才能在客观上表现出他对于被害人的财物支配意愿的认同和尊重，在此基础上的决定，体现了诈骗行为利用对方意思瑕疵而不是盗窃行为违对方意思的区别。就重视被害人的意愿这一点而言，审核义务理论与客观权限理论是一致的，都是在同意视角下，通过与被害人意愿取得关联来区分盗窃罪的间接正犯与三角诈骗。

Abstract: The consent of the victim is a very important subject in the field of the general theory of the criminal law. As a justification beyond the legislation, the consent's function of justification has become the common view in the academic of the criminal law. The consent of the victim in the property crimes may affect both the subjective and objective constitutive requirements. According to the dogmatic theory of the criminal law, the objective constitutive requirements of the theft are to transfer the control of the property in violation of the will of the controller. Instead, taking away the property under the consent of the controller could be excluded from its objective constitutive requirements. The integration of the general principle of the consent of the victim and the specific characteristics of the objective constitutive requirements of the theft could achieve some new and independent dogmatic fruits which coordinate the general theory and the specific theory of the criminal law.

Firstly, by applying the theory of the “preset consent”, we can resolve a series of problems effectively occurred in ATM and other self-service machine cases. That is, obtaining property by using counterfeit currency from machines constitutes the theft crime, and withdrawing the real currency after obtaining property by use of real currency from machines constitutes the theft crime against the real currency. Moreover, illegally using other people's credit card to get money from the ATM does not constitute the theft crime, and using a credit card to draw money from the ATM by utilizing the ATM's malfunction constitutes the theft crime. In addition, according to whether there is consent about transferring the control of the property, the accomplished theft and the attempted theft can be distinguished on the theft trap occasions. Finally, to distinguish the indirect principle offender of the theft and the triangle defraud according to the standard of “objective authority + examination obligations” reflects the respect for the will of the victims.

Key Words: the consent of the victim, theft, transfer of control, theft trap
