

对于电信网络诈骗“黑吃黑”,应当立足于上游犯罪被害人财产保护,予以整体评价

电信网络诈骗“黑吃黑”:定性关键在哪里

编者按 当前,对于电信网络诈骗犯罪活动中出现的“黑吃黑”(俗称“掐卡”行为),司法裁判结果不一,存在诈骗罪、盗窃罪和侵占罪之争,也有主张不予单独评价的。溯源追本,刑法是对法益的保护,甄别“黑吃黑”中的真正被害人,无疑是司法机关精准打击电信网络诈骗犯罪“黑吃黑”乃至所有犯罪“黑吃黑”的基本立足点。本期“观点·案例”选取三个典型案例,邀请法学专家从刑法实质判断入手,深入探讨如何构建电信网络诈骗犯罪“黑吃黑”刑法评价体系,以期为司法实践提供理论参考,敬请关注。



□刘艳红

近年来,为了治理日益多发的电信网络诈骗行为,我国立法和司法大幅提升了预防和惩治力度。尤其面对该类行为的链条化、非接触化特征,“打早打小打全”成为“源头治理”在刑事法领域的体现。例如,2021年6月17日施行的《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的解释(二)》明确提出“对上下游关联犯罪实行全链条、全方位打击”的司法政策。在严厉打击治理电信网络诈骗犯罪的过程中,帮助行为的刑法定性始终是理论和实务关注的焦点问题。不仅帮助信息网络犯罪活动罪(下称帮信罪)的适用范围越来越有争议(如“明知”的认定等),而且由帮助行为引起的其他行为的定性也存在较大分歧。其中,比较典型的是:持卡人明知他人利用信息网络实施犯罪而提供银行卡,构成帮信罪,之后实施“黑吃黑”(俗称为“掐卡”)。通过实质考察帮信行为与诈骗行为之间的法益侵害关联性,对于帮信人私自挂失取现、截留赃款等行为,不宜另外认定为盗窃罪等取得型财产犯罪。

帮信人对卡内存款存在占有关系,持卡人无法转让存款债权

帮信人对外出租、出借银行卡之后,又利用实名持卡人身份对卡内存款实施转账、取现等“掐卡”行为,是否构成财产犯罪、构成何种财产犯罪,银行卡内存款的占有归属是需要分析的第一个问题。在实名持卡人供卡后“掐卡”的场合,如果能够确定实名持卡人对卡内存款仍存在占有关系(实际持卡人对卡内存款不存在占有关系),那么,可以直接排除对持卡人构成盗窃罪等取得型财产犯罪。这具体涉及的是持卡人与卡内存款的关系问题,而不是“赃款”“财产性利益”能否成为财产犯罪对象的问题。

持卡人是中国人民银行《银行卡业务管理办法》明确使用的固定概念,是指申请开办银行卡业务的实名人,持卡人按照银行卡合同具有挂失、取现、转账的权限。在此类案件中,在被害人将被骗的钱款转入该银行卡之后,产生两个法律后果:一是,被害人失去对财物的控制,诈骗犯罪成立既遂;二是,持卡人客观上对卡内财物形成控制,其因实名身份而可以挂失、转账、取现。关于持卡人对卡内存款的占有关系,理论上存在不同认识。一种观点认为,持卡人对存款存在占有,持卡人可以随时查看账户余额、转账、取现,对存款的这种控制支配强度高且具有直接性,银行只不过起着类似保险箱的作用(持卡人占有存款说)。另一种观点认为,对于存款

对应的现金而言,事实上归银行占有并所有;转账、取现等控制支配行为是持卡人凭借实名身份,对存入银行的现金行使存款债权的表现(银行占有存款现金与持卡人占有存款债权说)。这两种观点各有合理之处,比如,第一种观点看似缺少权利关系方面的法理,但它与储户在日常生活中的财产观念是一致的:存款只是储户“放在”银行里的钱,并不意味着储户失去了占有,观念的占有也是占有。而且,刑法第96条进一步将储蓄直接列为公民私人所有的财产,这也说明观念本身为公民私人所有的财产的规范内容提供了基础。

在“掐卡”案件中,上述两种观点均可否定盗窃罪的成立。按照持卡人占有存款说,持卡人直接占有银行卡内的诈骗款,持卡人具有挂失、转账、取现等权利,这些处分行为并未建立新的占有,只不过卡内存款作为不当得利(诈骗违法所得)应当返还被害人。按照银行占有存款现金与持卡人占有存款债权说,卡内转入的存款虽然是实际持卡人的诈骗所得,甚至银行卡及其密码也被实际持卡人占有,但这种“对卡(密码)的占有”没有法律上的意义。因为对银行卡的占有,不等于对卡内现金的占有。正如,盗窃、拾到、抢劫他人银行卡不等于盗窃、拾到、抢劫银行卡内的现金。即便诈骗团伙成员对银行卡以及密码集中统一保管,也不意味着诈骗人直接占有了卡内现金。正如,只有盗窃、拾得、抢劫银行卡并使用的,才能就使用数额分别构成盗窃罪、信用卡诈骗罪、抢劫罪,而非取得银行卡后立即对卡内存款构成上述犯罪的既遂。按照类似案例二处理“黑吃黑”问题,与上述银行卡犯罪的认定存在体系性矛盾。

持卡人出租、出借银行卡,也不意味着转让了存款债权。民法典第540条规定:“债权人可以将债权的全部或者部分转让给第三人,但是有下列情形之一的除外:(一)根据债权性质不得转让;(二)按照当事人约定不得转让;(三)依照法律规定不得转让。”在银行卡管理层面,持卡人的存款债权属于不能转让的债权,只有持卡人是与发卡行订立银行卡合同的相对人,持卡人是唯一的存款债权人。中国人民银行《银行卡业务管理办法》不仅禁止持卡人对外出租、出借银行卡,而且在《关于加强支付结算管理防范电信网络新型违法犯罪有关事项的通知》等文件中对违背上述规则的持卡人实施“5年内暂停其银行账户非柜面业务”等一系列惩戒。因此,发卡银行只承认实名持卡人“以本人名义”使用银行卡,存款债权具有人身专属性。例如,2021年5月25日施行的最高法《关于审理银行卡民事纠纷案件若干问题的规定》认定银行卡盗刷交易的着眼点是,非因持卡人“本人意思”发生的资金减少或者透支数额增加。换言之,实际持卡人对银行卡的使用也必须依赖于持卡人本人。

因此,就存款的控制状态而言,重要的不是银行卡被谁占有,而是银行卡的实名人是谁。实际持卡人的身份不受银行承认:一方面,实际持卡人并不占有该存款;另一方面,也无法对卡内存款取得存款债权(财产性利益),所谓“存款债权的占有、转移”属于似是而非的说法。既然持卡人的“掐卡”行为没



漫画/姚雯

相关案例

案例一

刘某等明知他人利用信息网络实施犯罪而提供银行卡,银行卡被用于电信诈骗转账,刘某发现银行卡有流水后,通过挂失补卡的方式截留了赃款1万余元。最终,刘某被以帮信罪定罪量刑。

案例二

韩某将收买的银行卡提供给境外电信诈骗团伙使用,因获利太少,产生“黑吃黑”想法,投意持卡人从银行卡内陆续取出诈骗所得20余万元。最终,韩某被以帮信罪、盗窃罪并罚。

案例三

农某为他人提供银行卡账户供转账使用,从中获取5%的好处费,在赃款到账后,农某认为该笔钱财是诈骗所得,产生了“黑吃黑”的想法,分三次转账9000元到自己母亲的账户。最终,农某被以掩饰、隐瞒犯罪所得罪判处刑罚。

核心观点:

- 不应只从形式上看银行卡归谁占有:帮信人对实名银行卡具有取款权限,出租出借银行卡不意味着转让了存款债权,“掐卡”行为没有打破原先的占有关系。
- 不应只从形式上看帮信罪的正犯化:帮信罪的本质仍是网络犯罪的帮助犯,卡内赃款是帮信人与诈骗人共同犯罪所得,“掐卡”属于不可罚的事后行为。
- 一旦认定持卡人的行为成立帮信罪(或者诈骗罪共犯),那么,之后的“掐卡”属于本犯的“自掩隐”,不再构成赃物犯罪。

有打破银行的占有,更没有打破实际持卡人的占有,也就不成立盗窃罪等财产犯罪。

帮信人与诈骗人存在共犯联系,卡内赃款系共同犯罪所得

实名持卡人明知他人利用信息网络实施犯罪而为其提供银行卡,首先构成帮信罪。根据刑法第287条之一,帮信罪是为共犯帮助行为独立入罪所新增的罪名,从定罪量刑的独立性上看,可以说是正犯形态。但从帮助行为的内容上看,本罪必须与诈骗罪等被帮助的网络犯罪直接挂钩,它又具有共犯性质。如果行为人明知他

人要实施网络犯罪活动而提供相应的帮助,但是他人后来没有实施该犯罪活动或者没有凭借其提供的帮助,那么行为人不构成帮信罪,因为这种帮助行为并未对网络犯罪正犯提供实质性帮助,不具有实质的可罚性。基于法益保护目的,脱离了对网络犯罪正犯的帮助,帮信罪的法益损害会随之降低,只有帮助了正犯的帮信行为,损害的保护法益才因为受正犯的影响达到了入罪门槛。在帮信罪的归责过程中,也要坚持以正犯为中心并分析其因果性,需要确认帮助行为与正犯不法之间的因果性,帮信罪的帮助行为必须是通过为正犯的帮助造成相应的法益损害后果。帮助者明知正犯的

行为与结果,并希望或者放任这种结果的发生,可认定成立帮助犯,并根据帮助犯的正犯化适用帮信罪,从而将“帮助正犯”作为刑事入罪的实质标准。

就此而言,帮信罪不是脱离电信网络诈骗犯罪的完全独立犯罪,虽然帮信罪在立法上是帮助行为的正犯化,但帮助犯的本质不变,帮助行为与被帮助的网络犯罪之间仍然存在共犯关系。否则,无法合理解释“明知他人利用信息网络实施犯罪”“为其犯罪提供……帮助”等明文限定的共犯关联要素。而且,若抛弃法益侵害的因果关联性,帮信罪有沦为“出租出借银行卡罪”“促进违法犯罪实施罪”的口袋罪风险。承认帮信罪与诈骗罪等网络犯罪正犯之间的共犯关系,符合文义解释与目的解释的要求,能够妥当解决帮信行为的实质可罚性问题。那么,被害人将钱款转入诈骗人指定的银行卡内,诈骗罪(正犯)既遂,帮信罪(帮助犯)也既遂,诈骗罪的既遂并非因为诈骗人占有了存款或存款债权,而是因为帮助犯通过实名持卡人身份获得了取款权限,银行卡内的钱款属于正犯与帮助犯的共同犯罪所得。帮信人收到犯罪所得之后“掐卡”,属于共犯内部的拒绝分赃行为,在犯罪既遂之后没有产生新的法益侵害,应当认定为不可罚的事后行为。

根据帮信人与诈骗人的实质共犯联系,帮信行为应构成帮信罪抑或诈骗罪的共犯,本质上是共犯的量刑分配问题。若帮信人明知他人利用信息网络实施犯罪,仅向他人出租、出售信用卡,未实施其他行为,共犯作用相对小,以帮信罪论处;如果帮信人与诈骗团伙形成了稳定帮助关系,共犯作用相对更大,则以更重的诈骗罪共犯论处。因此,“掐卡”案件,能评价帮信人帮助行为(帮信罪或者诈骗罪),帮信人将卡内赃款据为己有,不额外成立新的盗窃罪,案例一的司法认定是正确的。

帮信人私自截留取现,不构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪

在行为人提供银行卡并帮助取现的情形中,认定帮信罪与掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪的区别在于:前者本质上是网络犯罪正犯的帮助犯,要求持卡人事前“明知”;而后者仅是事后明知卡内存款是犯罪所得,进而代为转账、取现。2022年3月22日最高检第四检察厅等部门发布的《关于“断卡”行动中有关法律适用问题的会议纪要》也对此予以明确:行为人向他人出租、出售信用卡后,在明知是犯罪所得及其收益的情况下,又代为转账、套现、取现等,或者为配合他人转账、套现、取现并提供刷脸等验证服务的,可以掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪论处。所以,帮信罪与掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪是互斥关系。帮信人的行为或者构成帮信罪,或者构成诈骗罪共犯,在他人诈骗罪既遂之后“黑吃黑”的,取现行为是不可罚的事后行为,对自己参与的犯罪所得,转移行为(本犯的“自掩隐”)不构成掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪。

此外,在持卡人不明知他人实施电信网络诈骗时,有两种情形需要补充说明。情形一:持卡人在提供银行卡时,不知道是用于转移犯罪所得,事后才知道卡内转入的是赃款,进而产生占为己有的意图,实施挂失取现、转账等行为。此时,取现、转账等行为仅构成侵占罪。这是因为上述行为不属于“代为取现”,持卡人主观上不具有为诈骗人掩饰、隐瞒的犯罪故意,仅具有侵占财产的故意。虽然侵占罪是亲告罪,但不影响对卡内存款(他人的诈骗所得)的追缴。情形二:持卡人提供银行卡时,知道是用于转移犯罪所得,之后通过取现等方式将赃款据为己有(案例三)。此时,按照《最高人民法院关于审理掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益刑事案件适用法律若干问题的解释》第10条第2款,该行为属于提供资金账户协助转移资金,构成掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪,持卡人主观上具有协助掩饰、隐瞒的故意。即便之后又截留该卡内赃款,也是赃物犯罪的事后不可罚行为,不再单独评价。

总之,在帮信案件中,需要准确认定持卡人的主观明知内容,一旦认定持卡人主观上明知他人利用信息网络实施诈骗罪而为其犯罪提供银行卡等帮助,则可以认定为帮信罪或者诈骗罪的共犯(帮信人),后续的“黑吃黑”行为没有侵害诈骗人的财产法益,不再另外认定盗窃罪、诈骗罪。对掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪的认定,也要区分持卡人“明知”的内容及其时间,因为它们决定了“取现”等行为的法益侵害连接性和行为主观罪责内容。

相关司法解释摘录及印证

2005年6月8日《最高人民法院关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的解释》第7条规定:“抢劫赌资、犯罪所得的赃款赃物的,以抢劫罪定罪,但行为人仅以其所输赌资或所赢赌债为抢劫对象,一般不以抢劫罪定罪处罚。”据此,赃物属于抢劫罪的对象,但当参与赌博者抢劫自己输掉的赌资时,这种“黑吃黑”不认定为抢劫罪,因为不具有值得处罚的法益侵害性。帮信案件中的“掐卡”行为,也因缺少实质法益侵害而不另外构成盗窃罪。

2021年4月15日《最高人民法院关于审理掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益刑事案件适用法律若干问题的解释》第6条规定:“对犯罪所得及其产生的收益实施盗窃、抢劫、诈骗、抢夺等行为,构成犯罪的,分别以盗窃罪、抢劫罪、诈骗罪、抢夺罪等定罪处罚。”这里的“等”包括侵占罪;对犯罪所得实施侵占行为,构成犯罪的,以侵占罪定罪处罚,不另外评价为赃物犯罪。

2021年5月25日《最高人民法院关于审理银行卡民事纠纷案件若干问题的规定》第15条第2款规定:“本规定所称网络盗刷交易,是指他人盗取并使用持卡人银行卡网络交易身份识别信息和交易验证信息进行网络交易,导致持卡人账户发生非因本人意思的资金减少或者透支数额增加的行为。”这表明持卡人“本人的意思”在卡内存款的转账、取现等交易中具有核心意义,只有持卡人人才是存款债权行使的主体。

(作者为中国政法大学刑事司法学院教授)

·观察·

需要探寻“非法财产秩序”溯源保护刑法法理

电信网络诈骗犯罪中的“黑吃黑”,实质是共同对上游犯罪被害人财产的非法占有

□曾宪文

目前,司法实践中对于电信网络诈骗犯罪过程中出现的“黑吃黑”(俗称“掐卡”)侵财行为,存在给予刑法评价和不予刑法评价的两种裁判方式,而在给予刑法评价的裁判方式中,又因持卡人、银行和持卡人银行卡内资金的占有关系不同而分别认定为诈骗罪、盗窃罪或侵占罪。显然,这一“类案不同判”现象不符合公正司法的要求,也与建构中国式刑事司法现代化的方向相悖。

鉴于此,本期“观点·案例”,邀请中国政法大学刑事司法学院院长刘艳红教授结合典型案例,运用实质刑法学原

理,阐述刑法应否及如何评价电信网络诈骗犯罪中“黑吃黑”行为,以期为司法实践提供理论参考。读完刘艳红教授的专稿,本人受益匪浅,难掩“众里寻他千百度”之感。为避免引发理论争议,刘艳红教授的专稿隐藏了诸多在我看来值得深度挖掘并予以公开的思想火花,正好利用专版所剩不多的空白,写写选题策划的读后感。当然,在电信网络诈骗“黑吃黑”刑法评价问题上,我们的方向一致,但某些具体论断可能有别。

在电信网络诈骗犯罪“黑吃黑”问题上,当前的司法实践已经给刑法法理界抛出了一个重大问题——刑法如何评价“非法财产秩序”?这里的“非法财产秩

序”,是指上游电信网络诈骗犯罪被害人的财产在电信网络诈骗犯罪参与人之间形成的非法流转秩序。对于这种“非法财产秩序”,刑法无疑应当给予评价,但需要选择好评价的路径。

目前刑法理论和司法实践中存在这样一种认知,表现为以“前黑”为被害人、“后黑”为侵害人”模式,由此引发了诈骗罪、盗窃罪与侵占罪之争。应该说,这种认知模式需要前置性地解决以下问题:一是否遵循了刑法保护法益原则,二是将财产关系评价置于“前黑”与“后黑”之局部而非上游犯罪被害人与“前黑”“后黑”之整体的正当性何在。在第一个问题上,众所周知,刑法介入

是为了保护法益,即只有在法益受到侵害或侵害之虞时才可启动作为最后保护手段的刑法。显然,在“前黑”与“后黑”之局部上,无论是“前黑”对“后黑”,抑或“后黑”对“前黑”,均不存在可以主张法律保护的利益。如果没有需要法律保护的利益,刑法介入的必要性何在?在第二个问题上,可谓窺豹一斑,以局部取代整体的定罪思维,利弊俱有,其合法性与逻辑性亟须解释和论证。这种定罪思维,不仅体现在电信网络诈骗犯罪“黑吃黑”上,夸大一点说,可能体现在整个刑事司法中,因为这种定罪思维容易对接刑事指控,很容易让刑事司法人员在不自觉中陷入其中,但是,其与系

统观念在刑事司法领域的贯彻落实和最近最高检提出的“三个善于”不相符合。对于电信网络诈骗中的“黑吃黑”,如果仅截取“前黑”与“后黑”之间的财产流转“片断”,其在形式上完全符合取得型财产犯罪的构成要件,而且这种侵财方式也为刑法所禁止,自然会得出相应结论。问题是,作为刑法所禁止的这类行为,到底是侵害了谁的利益?如果循此思路追问,不难发现只有上游犯罪被害人才是真正的财产权利人,才享有值得刑法给予保护的利益。可以说,是存在的上游犯罪被害人财产利益被侵占的事实,掩盖了以“前黑”为被害人、“后黑”为侵害人”模式的实质缺陷,而让其似乎名

正言顺。因此,顺着这一分析逻辑,对于“黑吃黑”行为的刑法评价,可能更需要建立一个以上游电信网络诈骗犯罪被害人财产为起点、贯通“黑吃黑”全过程的整体评价模式。这种整体评价模式,在此暂且称之为“非法财产秩序”溯源保护。

就刑法如何评价“黑吃黑”引发的“非法财产秩序”,其实有关抢劫赌资等司法解释及相关案例已有所涉及和启示,这在刘艳红教授的专稿中有充分阐述。或许,现在需要做的,只是提炼和归纳。

“纵使万变黑吃黑,不离苍生血汗钱。执此善念论刑罚,下一体同归为罪。”期待本期讨论能为司法机关有效处理电信网络诈骗犯罪中“黑吃黑”侵财行为提供有益参考。