

利用智能交易主体侵财行为的定性

杜京珉

华东政法大学刑事法学院, 上海

收稿日期: 2023年12月5日; 录用日期: 2024年1月28日; 发布日期: 2024年2月5日

摘要

互联网技术的发展使我们的生活产生了翻天覆地的变化, 人们不再现实参与交易过程, 智能交易设备、网络交易平台等智能交易主体成为人们进行交易的第一选择。这在给我们生活带来便利的同时, 一些法律风险也暗含其中, “盗骗交织”是利用智能交易主体侵财犯罪的显著特征之一。立法的差异使我们无法生搬硬套德日财产犯罪理论, 我国司法实践常常将关注点放在诈骗罪对自然人受骗并基于认识错误而处分财物的要求, 忽视了盗窃罪对打破他人支配领域的要求, 笔者对此不予认可。笔者认为传统的诈骗罪需要进行理论重构, 应引入预设同意理论, 构建利用智能交易主体侵财的行为全新的定性路径。

关键词

预设同意理论, 诈骗罪, 盗窃罪, 智能交易主体

The Characterization of the Embezzlement of Financial Resources by the Use of Intelligent Trading Entities

Jingmin Du

Faculty of Criminal Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Dec. 5th, 2023; accepted: Jan. 28th, 2024; published: Feb. 5th, 2024

Abstract

The development of Internet technology has made earth-shaking changes in our lives, people no longer participate in the transaction process in reality, intelligent trading equipment, network trading platforms and other intelligent trading subjects have become people's first choice for trading. While this brings convenience to our lives, some legal risks are also implied in it, and “in-

tertained theft and fraud” is one of the significant characteristics of the crime of embezzlement of property by using intelligent transaction subjects. China’s judicial practice often focuses on the requirements of the crime of fraud on natural persons who are deceived and disposes of property based on misunderstandings, and ignores the requirements of the crime of theft to break the domination of others. The author believes that the traditional crime of fraud needs to be reconstructed theoretically, and the theory of preset consent should be introduced to construct a new qualitative path for embezzlement by intelligent transaction subjects.

Keywords

Presupposition Consent Theory, Fraud Crime, Theft Crime, Intelligent Trading Subject

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 问题的提出

信息技术的飞速发展和国民经济的显著提升给我们的生活带来了巨大变革。我国已经迈入了数字经济时代。数字经济不仅改变了传统的生产方式和消费模式，也催生了新的商业模式和组织形式。在数字经济时代，实体交易逐渐被虚拟交易所取代，经济活动越来越智能化、无人化、数据化，智能交易主体成为了交易过程中不可或缺的参与者。

智能交易主体是指具有一定程度的自主性、适应性和学习能力，能够根据预设的目标和规则，在网络环境中与其他主体进行信息交换和协作，从而实现交易目的的一种智能系统。智能交易主体可以是人工智能软件、智能硬件、智能合约等不同形式的存在。例如，支付宝、微信等第三方支付平台就是一种典型的智能交易主体。但支付宝、微信支付等智能交易主体的频繁使用，虽然给人们的生活带来了便利，也催生出大量的新型网络财产犯罪。

面对数字经济时代涌现的新兴财产犯罪，立法的差异使我们无法照搬德日财产犯罪理论来应对我国纷繁复杂的现实情况。利用智能交易主体侵财的行为定性历来有盗窃说和诈骗说两种争议。受到学界中“机器不能被骗”的教义学规则的影响，司法实践中存在着肆意运用盗窃罪来处理问题，而罔顾很多侵财行为根本不符合盗窃罪的行为构造的倾向。数字经济时代背景下，如何定性利用智能交易主体侵财行为，如何解决新型财产犯罪的盗骗争议，关乎着财产犯罪的理论基础和司法实践的未来走向。

2. 观点争议和评析

利用智能交易主体侵财犯罪的显著特征之一是“盗骗交织”。持盗窃说的学者认为智能交易主体依据交易规则进行相应的行为不存在被骗的问题，智能交易主体接到指令后进行验证，若符合验证条件则交付财物，在此过程中不存在被欺骗的行为。另外，“机器不能被骗”属于诈骗罪分析中既定的教义学规则^[1]，因此行为人利用智能交易主体侵财中不存在被欺骗的行为，该行为属于违背被害人意愿的秘密的窃取行为，应当认定为盗窃罪；持诈骗说的学者认为行为人隐瞒了其不是真实账户持有人，使得智能交易主体通过了身份识别验证，误认为系权利人本人的操作行为，从而交付了财物。行为人利用智能交易主体欺骗了其背后的权利人，智能交易主体基于认识错误而交付了财物，因而该行为构成诈骗罪。

笔者认为,作为财产犯罪中的两个高发犯罪类型,传统的盗窃罪和诈骗罪易于区分,但是智能交易主体的介入改变了作案方式,我们应该在传统界分方法的基础上针对新的犯罪模式重新进行理论构建。通常是否存在处分行为是区分盗窃罪和诈骗罪的重要依据,但在利用智能交易主体侵财犯罪的案件中,处分行为往往借助网络的外衣隐蔽起来,对该行为的定性造成误导。下文笔者分别就盗窃说和诈骗罪进行评析,回归盗窃罪和诈骗罪的行为构造,厘清利用智能交易主体侵财行为本质,并对其进行定性。

2.1. 盗窃说

盗窃罪要求以非法占有为目的,通过秘密窃取手段,打破他人的占有并建立起新的占有。因此,盗窃罪客观构成要件的一个重要特征是“打破占有”。所谓打破占有,是指在违反或至少是未得到占有人同意的情况下,对之前占有状态的取消[1]。如果在一些情形下,被害人对财物脱离自己占有和支配持同意的态度,那么此时就不存在“违背被害人的意愿”的情形,谈不上“打破占有”,那就不存在盗窃行为。

被害人同意与作为违法阻却事由的被害人承诺不同,其可以在判断入罪构成要件阶段就作出罪处理。另外,盗窃罪中的被害人同意具有事实属性,即便是因欺骗而作出的同意同样有效。因此,“被害人同意”与“打破占有”之间是互斥的关系,“同意”在盗窃罪客观构成要件该当性判断阶段即可认定出罪。

我们可以将盗窃罪的行为对象分为具体的财物和财产性利益。有关盗窃罪的行为对象是否可以是财产性利益,我国刑法一些条文对此作出了回应,例如我国刑法第196条第3款(盗窃信用卡并使用)、第265条(盗接他人通信线路、复制他人电信号码或者明知是盗接、复制的电信设备、设施而使用)及第287条(利用计算机实施盗窃)的主要行为对象都是财产性利益。因此,不同于德日刑法中关于财产犯罪的一些规定,在我国刑法语境下,财产性利益可以成为盗窃的对象。

当盗窃罪的对象是实体的财物时,这需要行为人侵入他人支配控制的领域,打破原有的占有,建立全新的占有,其行为模式往往表现为“拿走”。而当盗窃罪的对象是财产性利益时,盗窃罪的行为构造需要进行一定程度上的重构,这是因为财产性利益具有可以被非法消灭和再造及交易过程涉及第三方的特征。因此,传统盗窃罪的行为模式无法适应以财产性利益作为盗窃对象的盗窃行为。

如上文所述,盗窃实体物要求“打破占有”即破坏他人控制支配的领域。如果想要以盗窃罪定性,行为人的行为就必须具备破坏他人的支配领域的行为特征。有学者将盗窃财产性利益的实行行为称之为僭权[2]。具体来说,僭权的行为构造为侵入他人支配控制财产性利益的领域,将他人的财产性利益消灭,并为行为人自己或第三人创设新的财产性利益。

综上,无论是盗窃实体财物还是盗窃财产性利益,盗窃罪的显著特征是破坏他人的支配领域,在盗窃实体财物中表现为打破占有,在盗窃财产性利益中表现为僭权。因此,利用智能交易主体实施的侵财行为,若要以盗窃罪定性,必须满足破坏权利人支配领域这一条件,具体表现为非法侵入智能交易主体的系统内部,对该系统中存储、处理或者传输的与财产性利益有关的数据进行删除、修改、增加等操作的行为。这类行为被认定为盗窃罪是没有任何争议的。而司法实践中,大部分利用智能交易主体实施侵财犯罪的行为,并不存在对他人支配的信息系统的破坏,整个侵财行为的过程并未违背智能交易主体的正常运行程序,因此将这种行为以盗窃罪定性是不合理的。

2.2. 诈骗说

处分行为往往起到了划分盗窃罪与诈骗罪的作用。诈骗罪中,被害人基于认识错误处分了财物。诈骗罪是行为人欺骗他人,使其发生认识错误,他人出于有瑕疵的意思而为交付行为,从而向行为人或者第三人转移了物或者利益的占有[1]。诈骗罪表现为被害人(被骗人)主动交付(处分)财物,因而是典型的自我损害型犯罪。

诈骗罪中的“处分意识”与盗窃罪中的“被害人同意”将诈骗罪中的处分行为与盗窃罪中的窃取行为划分开来，避免了盗窃罪与诈骗罪的规范保护目的发生重叠，对财产法益进行了周密的保护。

笔者认为，行为人和受骗人之间虽然不存在现实的“交流互动”，看似不满足诈骗罪中“骗”的要求，但我们可以对诈骗罪的行为构造进行一定的改造，以适应数字经济背景下交易行为智能化的趋势。在此之前，我们需要对一些学者就对该类侵财行为以诈骗罪来定性所提出的质疑作出回应。上文所述，该类行为的定性争议主要集中在是否存在自然人受骗的情形。笔者认为，“机器不能被骗”的教义学规则应当坚持，并为其赋予新的解释路径——行为人利用智能交易主体进行侵财行为时欺骗的不是智能交易主体，而是智能交易主体背后的指令设置者。预设同意理论的引入无疑是对上述质疑最好的回应，同时也为将利用智能交易主体侵财行为定性为诈骗罪提供了理论支撑。

在数字经济时代，侵财犯罪借助网络的外衣花样频出，为了有效应对这些犯罪，我们需要深入研究经济模式的变化与新型犯罪的发展规律。我们需要准确理解新型财产犯罪的本质特征及发展趋势。预设同意型诈骗作为一种新出现的诈骗模式，它诞生于智能科技发展和交易模式创新的双重背景。这种诈骗模式并没有改变传统诈骗罪对处分行为的要求，其在理论上是自洽的，而且呼应了现今司法实践中业已有的裁判规则。因此，笔者认为我们应积极接受这一诈骗类型并将其运用于实践案例的分析，对相关行为性质进行妥当认定。下文笔者将详细展开论述。

3. 重构“机器不能被骗”的阐释路径

在利用智能交易主体侵财的案件中，往往存在三方法律主体，典型的行为结构为行为人冒用权利人的名义向智能交易主体发送指令，进而非法占有他人的财物。因此，“机器能否被骗”的问题在厘清三方主体间法律关系中是无法回避。

从事实角度来看，现代脑科学以及人工智能的研究还不能证明机器具备自我思考的能力，目前我们无法从物理层面解释意识的本质和起源。机器意识的可判定性和可验证性无从得证，因为我们没有一个统一且客观的意识判定标准，也没有具有信服力的意识验证方法。机器是否具有意识，目前只能依赖于我们的直觉和假设，而非科学的证据和逻辑；从价值角度来看，人工智能机器意识的产生会给人类社会带来颠覆性的变革，无论是人类伦理还是人类安全都将面临无法预测的风险。如果我们肯定机器具有自我意识，那么我们就要承担与之相应的义务和责任。这样我们就可能陷入道德和法律的困境，甚至引发人机冲突。

因此，“机器不能被骗”的教义学规则应当被坚守，人工智能机器应定位为辅助人类发展的“工具”。简而言之，现阶段的认知水平无法考证机器是否具有自我意识，而未来机器智能发展的趋势也无法被全然预测。出于对人类自身的保护，“机器不能被骗”的教义规则不如说是一个基于人类理性，降低人类未来生存风险所必须遵循的假定。

笔者认为，“机器不能被骗”是一种基于应然和实然的前提假设，这一教义学规则应该被坚守。那么在面对预设同意型诈骗罪时，为了应对争议唯一合理路径就是“揭开机器的真面目”，探求行为本质，运用解释学来证明“机器的管理者被骗”，在此基础上对传统诈骗罪进行合理的行为重构。为了给预设同意型诈骗罪的认定提供正当性依据，我们应该对“机器之管理者被骗”进行合理的论证，并对其成立的前提条件予以限定。

3.1. 预设同意型诈骗的生成基础

随着信息技术的不断发展，智能交易主体的智能性不断提升，全然不同于传统意义上的机器。在行为人通过智能主体实施交易行为的过程中，智能主体已然不再是纯粹的工具，而是担任了电子代理人的角色。

代理是民法中的基本制度。根据发生的原因，我们将代理分为两类，分别是法定代理和意定代理。法定代理的代理权来自于法律规定，意定代理又称委托代理，其代理权是由他人授权的。在现代分工的社会，人们从事交易活动不再现实参与，通过他人实施相应的活动是扩张私法自治的表现形式。无论是公司还是个人，均可以通过代理人代其实施各种法律行为，通过扩张私法自治的范围，来满足社会生活的需要。我国《民法典》第 162 条也规定，代理人可以在代理权限内以被代理人的名义实施民事法律行为，相关民事法律行为对被代理人同样发生效力。

智能代理的自主性和独立性随着人工智能科技的进步和人类对便利性的需要而不断提高，智能交易主体在交易活动中逐渐扮演越来越重要的角色，但是现代的智能交易主体还无法取代人类在现实交易中的地位：虽然它能够学习并作出决定，但是机器人却没有自由意识，不能将自己看作有过去和未来的存在，也不能掌握权利和义务的概念[3]。因此，在“电子代理人”的法律问题上，尽管有“工具论”“法人论”“电子人论”等不同观点，但是“工具论”仍然占据主流地位，即认为电子代理人只是使用人表达意思的一种智能化工具，不具有独立法律人格[4]。

电子代理交易模式中，权利人通过事先设定的交易程序，利用电子代理人自主地进行交易行为。在这一过程中，权利人不会对任何一个该机制下缔结的合同均存在特定的意思表示，但是只要该机制的运作流程、交易对象符合权利人事先设定的程序，那么其结果就是被权利人所承认的。

在整个交易过程中，当事人通过预设的程序控制和传递交易信息，智能交易主体在此过程中只是传达信息或执行程序的工具，这实际上仍然是自然人或法人的意志延伸[5]。由此不难看出，权利人通过对自动交易机制所包含的交易内容和程序设定，就已经对该机制可能面对的交易有了“概括的意思表示”[6]。因此，在电子代理交易模式下，权利人的同意并不取决于其是否亲自参与交易，而取决于行为人是否通过了权利人事先设置的验证程序。只要智能交易主体按照权利人预设的程序处理交易，那么其就相当于权利人的工具，代表权利人的意志。因此，交易所产生的法律后果应当归属于权利人。

3.2. 预设同意型诈骗的理论阐释

上文所述的电子代理制度有助于我们清晰阐释预设同意型诈骗罪的行为构造。与一般诈骗罪相比，预设同意型诈骗罪中的被害人同意是在诈骗行为之前就已经存在的，而不是在诈骗中形成的。因此，有人会认为这不是传统意义上的诈骗。但是通过合理的解释，不难发现这些差异并不是行为本质上的差异，而只是表现形式上的差异。预设同意型诈骗罪需要对传统诈骗罪进行合理的行为重构，但这并未超出人们的期待和预测可能性，下文笔者将详细展开论述。

3.2.1. 预设同意型诈骗的行为构造

为了提高电子代理交易模式下的交易效率和降低运营成本，管理者会采用预设交易程序的格式化方式，这种交易类似于“机器自动执行”，即“机器自动完成任务”，且这种“自动执行”具有正当性依据——行为人只要实施了满足机器管理者预设的程序条件的行为，机器就会自动执行指令，交付财物。机器自动交付财物的行为可被推定为基于机器管理者意愿所实施的事实“处分行为”，无论该处分行为是否与机器管理者真正的主观意愿相符并不重要。这一交易前提为“预设同意”理论的发展奠定了基础。

预设同意是指，在符合占有人预先设置的特定条件时，即推定占有人同意对财物的转移行为[2]。在我国，由于法律未明确规定预设同意，因而导致司法实践中对预设同意的理解存在诸多误区。电子代理人是权利人主观意愿的一种延伸，使权利人可以通过在智能交易主体内预先设定一定的验证条件，将不符合检验条件的人排除在交易之外，行为人实施了符合预设条件的行为即可取得财物。这种情况下，当交易对方满足事先设定的条件时，电子代理人便主动向交易对方作出格式化的同意。其行为过程可以概

括为：权利人预先设定同意转移财物的检验条件→交易对象实施符合交易条件的行为→智能交易主体自动完成财物交付。这一交易过程实际上就是一个信息交换过程，存在权利人与行为人之交流，只不过是以智能交易主体为载体的。在此交易中，权利人对财产转移的主观意愿被客观化、明确化，并通过其事先设定的交易条件得以体现。

显然，预设同意是一种附条件的转移占有的同意，其可以排除盗窃罪的成立，具有区分盗窃罪和诈骗罪的功能。刑法理论中，盗窃罪是取得型犯罪，其成立需要打破占有，违背被害人意志。但在占有人附条件地同意转移财物占有的情况下，并不存在打破占有，因此不构成盗窃罪。当机器自动地进行财物转让或者交付时，往往需要满足机器管理者预先设置的条件，这些条件通过机器上的检验设施和技术装备而被“客观化”地公开，当行为人满足了这些条件时，就推定获得了管理者的同意。与一般诈骗相比，预设同意型诈骗的“交流”看似存在于行为人和智能交易主体之间，实则是行为人与机器管理者之间。基于电子代理制度和预设同意理论，我们可以解构预设同意型诈骗罪的行为结构：权利人事先在智能主体内设置其作出“同意”的条件，并利用固定程序客观化→行为人利用智能主体的漏洞实施“欺骗”行为→智能主体误认为行为人实施了符合程序条件的行为而得出错误判断→智能主体按照预先设置的程序自动将财物交付或转移给行为人→行为人因此获得财物。

在上述交易过程中，智能设备作为智能交易主体的代理或接口，与其他交易主体进行信息交互和财产转移。智能设备根据权利人事先设定的条件，自动执行相应操作。智能主体相当于权利人的电子代理人，通过预先设置的格式化的交易条件确保交易的可靠性和安全性。该格式化的条件平等地适用任何想利用智能交易主体进行交易的人。当他人满足了预设的验证条件，就视为获得了权利人的同意，智能交易主体就自动交付钱款。由于该检验条件是大众普适的，当行为人借助智能设备的系统漏洞或设计缺陷利用欺诈性手段满足了检验条件时，智能设备同样也会交付财物，并且视为取得了权利人的同意。行为人利用智能设备的漏洞或缺陷，以虚假信息诱使智能设备误认为其满足了预设条件而激活了智能设备的操作程序，获得了权利人在智能设备上设置的预设同意，从而获取了财物。此时，行为人表面上“欺骗”了智能设备，实质上则是欺骗了智能交易主体背后的权利人，因此可以构成诈骗罪。

此时智能交易主体的法律地位可以参考德国的占有辅助者制度，即下位者遵从上位者的指示，系上位者的持有工具。智能设备并不具有独立的意思表示能力和法律责任能力，而是作为权利人的占有辅助者，按照权利人的指示或程序，以辅助的方式占有财产。其虽然直接占有财物，但在社会普遍观点中，财物仍处于上位者的控制和占有之下，下位者不具有独立性。因此，智能设备背后的权利人才是真正的被害人。行为人通过欺骗智能设备，实际上是侵犯了权利人对财物的控制和占有。

与传统类型诈骗罪相比，预设同意型诈骗的行为的顺序可能不符合大众一般的认知，预设同意型诈骗罪中的被害人同意不是在诈骗中形成的，而是在诈骗行为之前就已经存在的。传统诈骗罪的行为结构是：行为人实施欺骗行为→受骗人因此产生错误认识→受骗人因错误认识处分财物→行为人取得财物→被害人损失了财产。这一传统行为模式，前后步骤之间环环相扣，有紧密的因果关系——行为人先实施欺骗行为，受骗人因此产生了错误认识并在此基础上处分财物，这符合事物发展的一般逻辑，也契合大众的一般认知。

但在预设同意型诈骗中，权利人为了便捷利用智能交易主体代为进行交易，又为了安全预先设置一定的程序来确保财物处分给符合条件的人。在这一过程中，权利人事先设置程序以对行为人的身份进行检验，行为人满足了检验条件就视作获取了权利人的同意，这就相当于权利人产生了认识错误。这种认识错误与传统的诈骗不同，其不涉及自然人之间现实的交流，是由作为电子代理人的智能交易主体作为交易双方之间的连接。因此，可以说预设同意型诈骗罪是对一般类型诈骗罪行为结构的合理改造。

3.2.2. 预设同意型诈骗的前提条件

在智能交易主体“预设的同意”前提下，表面上行为人欺骗了机器，实际上机器只是其背后管理者的工具，行为人实际上是欺骗了机器背后的管理者，即管理者产生认识错误，并因错误认识而作出了同意交付财物的决定。当然，并不是只要利用了机器进行侵财都构成预设同意型诈骗，其成立需要满足特定的前提条件。

1) 交易主体不是纯粹机械属性的机器，必须具有智能性。

预设同意理论的生成以电子代理制度为基础，智能交易主体是权利人的工具，其是权利人意思表示的延伸，代表着权利人的意志。因此，预设同意型诈骗罪中的交易主体可以代表权利人对外进行意思表示，也即具有一定的智能性。如果只是纯粹机械属性的机器，则不存在权利人通过在交易主体内设置程序的方式预先作出同意的情形。因此，智能性是预设同意型诈骗罪中交易主体必须满足的前提条件。

2) 行为人的欺诈手段使其符合智能交易主体内设置的验证条件。

就行为方式而言，针对智能机器采取物理破坏、利用机器故障或管理漏洞等手段取得财物的，其行为打破了权利人的占有，应当认定为盗窃罪；只有通过冒用他人身份或使用虚假的信息等欺诈手段，利用智能机器程序上的漏洞，使其误以为行为人符合权利人预先设置的检验条件，从而获取财物的，才符合预设同意型诈骗罪的行为特征。

另外，就管理者预先设置的机器程序，如果行为人取走财物的行为实质上并不是因为管理者基于认识错误而处分财物，是打破了管理者对财物的占有，那么其行为就应当评价为盗窃罪。

4. 预设同意型诈骗罪的实践检验

以“陈某信用卡诈骗案”为例，被告人陈某在中国工商银行淮海西路支行 ATM 机上取款时，发现被害人徐某遗留在 ATM 机内的银行卡，陈某趁该卡还停留在取款界面，取出 5000 元现金后离开。该银行卡后来被他人捡到并交给该银行柜台处，徐某领于第二天领回丢失的银行卡。公诉机关指控被告人陈某的行为构成盗窃罪。但是法院认为被告人陈某拾得他人遗留在 ATM 机里的信用卡并使用，符合最高人民法院、最高人民检察院《关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》中“拾得他人信用卡并使用的”系冒用他人信用卡的情形，其行为符合信用卡诈骗罪的犯罪构成要件，故对公诉机关指控罪名予以更正。

此类案件在实践中频发，定型上往往存在争议，主要围绕着是认定为信用卡诈骗罪还是盗窃罪展开。最终法院采纳了陈某的行为构成信用卡诈骗罪的观点。笔者认为可以从以下方面分析陈某的行为。

首先是银行卡中存款的归属问题。信用卡是一种电子支付工具，它由银行或其他金融机构发行，给持卡人提供消费支付、存取现金等服务。通俗来说，银行卡本身并不代表资金，而是相当于银行给客户颁发的身份证明，其存取功能是以客户和银行之间的存款合同为基础的。根据存款合同约定，客户享有把钱款存入银行并可以随时取出相应的钱款的权利。对银行来说，银行可以控制和使用客户存入的钱款，但在客户有取款需求时，银行需要按其要求交付相应的钱款。因此，持卡人将钱存入银行便对银行享有债权，卡中的存款在银行未向持卡人交付之前仍归银行所有。具体到本案中被害人徐某将银行卡遗留在 ATM 机内，此时徐某并未再输入取款指令，银行尚未向徐某交付钱款，此时卡内钱款仍属于银行所有。

其次是被告人的行为对象。陈某使用他人遗留在 ATM 机内的银行卡取款，表面上陈某“欺骗”了 ATM 机，让 ATM 机误以为陈某是该信用卡的主人从而交付了钱款。实际上银行已经通过实现设置在 ATM 内的程序作出预设同意，虽然银行并没有现实地参与交易过程，但 ATM 机是银行意志的衍生，当陈某满足了银行预先设置的检验条件就视作获取了银行的同意。关于“非法使用他人信用卡在 ATM 机上取款，是否违反机器设置者的意志”在学界也存在争议，笔者认为权利人作出的预设同意应该表现为一种

客观化的外部程序[7]。权利人通过 ATM 机作出预设同意外在条件为“插入信用卡，输入正确的密码即可取得卡内的钱款”，是否是信用卡的合法持卡人不在 ATM 机程序设置的考虑范围内。银行设置 ATM 机的目的在于便捷放款，权利人选择 ATM 机这种取款方式便默认了知晓存在冒用的风险，如果权利人想追求更高的安全性，则应该选择存折这种手续较为繁琐但安全性更高的方式。因此，出于对便捷性的追求，只要行为人插入信用卡输入正确的密码，满足了 ATM 机内设置的客观化的同意条件，即视为取得了银行的预设同意。因此在这一过程中，陈某通过欺诈手段满足了 ATM 机上设置的验证条件，取得了银行的预设同意。陈某的行为对象实质上是银行，ATM 机只是银行意思表示的延伸，是银行的电子代理人。

最后是被告人的行为方式。行为人拾得他人遗留在 ATM 机内的银行卡取款的行为，实质上是利用欺诈手段冒领他人身份，是一种“冒用”行为。被告人陈某在办理业务时发现被害人徐某遗留在 ATM 机内的银行卡，在没有取得徐某同意或委托的情况下输入取款指令，实际上是冒领了徐某的身份，ATM 机误以为是徐某的指令而交付钱款。陈某并未打破银行对该钱款的占有，而是冒用徐某的身份让银行产生了错误的判断，取得了银行的预设同意，因此陈某的行为不是窃取而应该是欺诈。

综上，陈某的行为完全符合信用卡诈骗罪的构成要件，即冒用他人信用卡进行信用卡诈骗活动，依法构成信用卡诈骗罪。

5. 结语

数字经济时代背景下，利用智能交易主体的侵财行为高频发生。“机器不能被骗”的刑法教义学规则无论从实然角度还是应然角度，都应当被坚守。预设同意理论的引入正是适应新时代背景下侵财行为新模式的合理解释路径。我们应该把握新型财产犯罪的本质内核，通过合理解释对诈骗罪的行为模式进行重构，以适应互联网技术的发展和进步而带来的新兴刑法问题。

参考文献

- [1] [日]山口厚. 刑法各论[M]. 王昭武, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2011: 225.
- [2] 马寅翔. 限缩与扩张: 财产性利益盗窃与诈骗的界分之道[J]. 法学, 2018(3): 46-59.
- [3] Gless, S., Silverman, E. and Weigend, T. (2016) If Robots Cause Harm, Who Is to Blame: Self-Driving Cars and Criminal Liability. *New Criminal Law Review*, 19, 412-436. <https://doi.org/10.1525/nclr.2016.19.3.412>
- [4] 陈海晖. 电子代理人的法律分析及在我国的制度设计[J]. 福建论坛(人文社会科学版), 2010(9): 157-161.
- [5] 郑万青. 电子合同若干法律问题探讨[J]. 浙江学刊, 2001(3): 185-188. <https://doi.org/10.16235/j.cnki.33-1005/c.2001.03.041>
- [6] 谢波, 雷裕倩. 电子代理人法律问题探究[J]. 网络法律评论, 2006, 7: 134-140.
- [7] 车浩. 盗窃罪中的被害人同意[J]. 法学研究, 2012, 34(2): 101-121.