

帮助转移赃款过程中“黑吃黑”的刑法定性

□祁婷婷

帮助转移赃款中“黑吃黑”的行为刑法应当予以规制，刑法不仅保护所有权属范围内的权利内容，也应当保护稳定的占有关系。行为人将自己控制的卡内他人转入的赃款非法占有的行为，因未转移占有且不符合“秘密窃取”等手段特征，不构成盗窃罪。诈骗罪和侵占罪除了在犯罪构成要件上存在差异，非法占有产生的时间也是区分二者的一个重要标准。第三人介入的诈骗案件，被害人处分财产的认定在明确被害人丧失的“债权”与被告人获得的财产具有同一性的基础上，须进一步界定被害人是否作出了财产转移的决定，而不应过分重视实际交付的事实行为。

【案情】

公诉机关：上海市静安区人民检察院。

被告人：汤家。

2021 年 3 月，被告人汤家经与汤强（已判刑）等人共谋，明知相关资金来源于网络违法犯罪活动，由汤强在网络接单，由被告人汤家等人通过银行卡、手机等帮忙转账并获取佣金。截止 2021 年 3 月 31 日，被告人汤家为帮助转账所办理的桂林银行卡内转入钱款 50 余笔，共计 34 万余元，其中查明有两笔共计 1.54 万元系被害人李尔被敲诈的部分钱款。

2021 年 5 月 15 日，被告人汤家被公安机关抓获，到案后，其未作如实供述。庭审中，被告人汤家如实供述了上述犯罪事实。

另外公诉机关还指控，在此期间，被告人汤家与汤强预谋将卡上部分钱款占为己有。经查，该卡上有 8 万余元已转入汤家本人的账户。

【审判】

上海市静安区人民检察院认为被告人汤家以非法占有为目的，秘密窃取他人财物，数额巨大，应当以盗窃罪追究刑事责任；被告人汤家明知是犯罪所得而予以转移，应当以掩饰、隐瞒犯罪所得罪追究刑事责任。被告人汤家在判决宣告前一人犯数罪，应当数罪并罚。

上海市静安区人民法院经审理认为，现有证据不足以认定被告人汤家构成盗窃罪，经查，被告人汤家在本案侦查阶段曾供述其与汤强预谋将银行卡内部分钱款占为己有，但庭审中又予翻供，同案犯汤强、唐家粤现均亦供称被告人汤家将相关钱款如数向指定账户进行了转账，否认其有所谓拿其他人“黑钱”的情况。同时，同案犯汤强、汤平的供述、相关转账记录及被告人汤家的当庭供述可以证实，将钱款转到微信、支付宝账户，取现，或由同案犯之间相互转账，均系掩饰、隐瞒犯罪所得犯罪的一个环节，将上述相应钱款直接认定为被告人非法占有的钱款，证据不足，故对该节指控罪名，不予认定。

被告人汤家与他人结伙，明知是犯罪所得而予以转移，其行为已构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪。公诉机关指控被告人汤家犯掩饰、隐瞒犯罪所得罪罪名成立。被告人汤家在庭审中自愿认罪，如实供述自己掩饰、隐瞒犯罪所得的罪行，可酌情从轻处罚。据此，以掩饰、隐瞒犯罪所得罪判处被告人汤家有期徒刑一年，并处罚金人民币八千元；违法所得责令退赔，缴获的犯罪工具予以没收。

一审宣判后，被告人未提出上诉，公诉机关亦未抗诉，判决现已生效。



资料照片

【评析】

本案对被告人构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪并无争议，本案判决事实部分关于盗窃一节，因证据不足没认定，但是笔者认为即便检察院指控相关事实成立，也未必构成盗窃罪。如果现有证据能够证实被告人汤家与汤强预谋将卡上部分钱款占为己有，那么本案被告人在帮助转移赃款过程中“黑吃黑”的行为是否能用刑法予以规制？如果可以，那么上家将钱款打入被告人卡内，被告人将卡内钱款占为己有的行为能否认定为盗窃罪？与司法实践中常见的将出借（卖）银行卡给下家后，又“掐卡”占有卡内钱款的行为是否有异？被告人汤家与同案犯预谋将卡上钱款占为己有的故意产生在落实赃款转移前无疑，但是非法占有目的产生的时间还是存在两种可能，即上家将赃款打进被告人卡前和卡后，那么对于可能构成的诈骗罪和侵占罪，二者除了在犯罪构成要件上存在差异，非法占有产生的时间对二者的甄别又有怎样的影响？本案涉案赃款由上游犯罪被害人直接打入被告人卡内，那么这种第三人介入的案件，被害人处分财产的认定与传统诈骗犯罪被害人被动交付财产是否有区别？下文逐一进行分析：

一、帮助转移赃款过程中“黑吃黑”的行为是否构成犯罪？

“黑吃黑”并不是刑法上的概念，是对于以非法手段针对非法行为进而获取利益的俗称。以非法占有为目的的定义“黑吃黑”案件必不可少的因素，那么使用非法手段获取的财产利益是否能成为刑法保

护的对象？笔者认为刑法打击财产型犯罪，应着眼于打击“非法占有”的主观恶性，而非仅应对所有权属范围内的“合法财物”权利内容进行保护。不同于民法强调保护对象的合法性，刑法有其独立的评价标准，除了对法益保护之外，还强调对占有秩序的维持，即使是基于非法手段获取的财产利益，也不允许所有者之外的第三者采取非法手段夺取或侵害。遵循刑法评价的基本原则，“黑吃黑”因行为人的主观恶性及其客观行为的危害性，确有必要进行刑法规制的必要。

《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》第六条规定：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。根据该司法解释，可知犯罪所得及其收益，也可成为侵财对象。本案被告人帮助转移的赃款来源于网络违法犯罪活动，且数额较大，被告人“黑吃黑”非法占有的行为理应构成侵财犯罪，当然，还需要结合具体案情，才能对被告人的行为定性作出精准判断。

二、非法占有自己控制的卡内钱款不构成盗窃罪

司法实践中，将出借（卖）银行卡给下家后，又“掐卡”占有卡内钱款的行为认定为盗窃罪，“掐卡”是行为入用自己的身份证办理银行卡后，将卡交给下家，由下家实际控制卡，行为入再通过挂失、补办新卡等方式，将卡内钱款据为己有。那么，同样是出借银行卡帮

助转移赃款，本案的定性与“掐卡”行为是否一致？

判断是否盗窃罪首先要明确两个必要性前提：一是盗窃罪为主动获取型的财产犯罪，行为入侵害的是“他人占有的财物”；二是依据刑法通说理论，盗窃罪的成立要求“秘密转移财物”。首先，从占有角度分析，刑法意义上的占有在于确认财产被现实控制支配的事实。“掐卡”行为入将卡交于下家，由下家占有控制卡，卡内钱款相对于行为入，属于“他人占有”；本案上游犯罪被害人将赃款打入被告人银行卡后，银行卡自始至终由被告人汤家实际控制占有，下家对银行卡并无支配力，被告人“自己占有”卡内钱款。因此被告人将自己卡内钱款占为己有不符合盗窃罪犯罪对象为“他人占有的财物”这一特点。其次，从秘密窃取角度，即行为入自认为没有被所有人、保管人发现。“掐卡”行为入通过秘密挂失补办新卡的方式切断银行卡实际使用者对卡内存款的事实占有，将下家占有的钱款转移到自己的控制之下，偷偷挂失补卡、更改密码及取款的行为可以认定为秘密窃取；而本案中被告人因自己占有银行卡，将自己卡内的钱款转移到另外一种卡，钱款始终在自己的占有之下，不符合盗窃罪“秘密窃取”这一特征。

因此，本案被告人非法占有自己控制的银行卡内的赃款的行为，并没有采用秘密窃取的方式，钱款在自己的控制下，并没有排除他人对财物的支配转移占有，公诉机关认为构成盗窃罪的指控不当。

三、非法占有目的产生的时间

决定构成侵占罪还是诈骗罪

本案被告人汤家与同案犯预谋将卡上部分钱款占为己有，以上家转账时间为界，那么非法占有目的产生的时间存在两种可能，第一种是在上家钱款进账前，被告人汤家和汤强已经商议好侵占上家转来的赃款，第二种是上家将钱款转入被告人银行卡后，被告人临时起意将钱款据为己有且拒不退还。那么非法占有目的产生的时间不同对本案的定性是否有影响？上游犯罪被害人直接将钱款打到汤家卡中与传统诈骗罪中的被动交付行为能否划等等号？

第一种情形，被告人汤家虚构事实真相，假借帮助下家“洗钱”的名义预谋将上游犯罪的赃款占为己有，使下家（被害人）陷入错误认识，本案的特殊性在于被告人获利财产来源于第三人，并不是由被害人直接交付财产，那么是否影响诈骗罪的成立？首先，诈骗罪具有自损型财产转移的性质，汤家的卡号是被骗人提供给第三人，第三人将赃款转入至汤家的卡内也是经被骗人的“授意”；其次，本案被骗人丧失的“债权”与被告人获得的财产具有同一性，即被告人的获利是从被骗人财产中直接获得的。被骗人通过指示交付的方式做出了财产转移的决定，那么本案可以认定为被害人基于错误认识处分了“自己”的财产，被告人汤家与同案犯这种预谋截留赃款的行为此时的行为构成了诈骗罪，适用《中华人民共和国刑法》第二百六十六条之规定。

第二种情形，被告人汤家在帮助转移上家赃款后，落实赃款转移前，临时起意产生将卡上部分钱款占为己有的目的。侵占罪是一种化“合法占有”为“非法占有”，数额较大且拒不退还的行为。首先，占有关系的判断影响侵占罪的定性。前文已界定上游犯罪被害人将赃款转入被告人卡内，被告人答应帮助转账，即对卡内资金具有代为保管的权利，形成了委托关系，行为入此时为“合法占有”。其次，认定行为入“拒不退还”，可以从其主观上不想退还，客观上以实际行动表明不退还的意思着手，本案被告人以非法占有为目的偷偷转移卡内资金，被告人此时便由“合法占有”变为“非法占有”。最后，值得一提的是，理论界有学者认为，侵占罪的代为保管需要有“合法来源”，笔者认为“合法”具有相对性，涉案钱款虽然为赃款，但被告人是通过合法的方式占有，可认定为有“合法来源”。因此，被告人临时起意将卡上部分钱款占为己有的行为，符合侵占罪的构成要件。

因此，在“黑吃黑”案件中，非法占有产生的时间导致诈骗罪和侵占罪的区分。在上游犯罪赃款进卡前，预谋截留赃款行为应被认定为诈骗罪。帮助转移赃款过程中，落实赃款转移前，临时起意产生将卡上部分钱款占为己有且拒不退还的行为应当被认定为侵占罪。

（文中人物均化名）

（作者单位：上海市静安区人民法院）