

电信网络诈骗独立成罪问题探析

A Study on the Independence of Telecommunications
Network Fraud Crime

高尚宇

GAO Shang-yu

【摘 要】 电信网络诈骗是随着信息技术发展而衍生的一种新型犯罪，现有《刑法》中的任何罪名都不能对该类行为做出适格评价。电信网络诈骗在法益侵害方面具有特殊性和严重性，将其纳入《刑法》既有罪名的适用范围内评价，不利于一般预防和特殊预防效果的实现。目前域外国家已有将电信网络诈骗独立成罪的立法实践，而我国仍只是通过颁行司法解释来探索治理新模式，成效不够明显。为对电信网络诈骗进行更加有效的控制和预防，有必要将其从既有的罪名评价体系中分离出来，独立成罪。且宜将电信网络诈骗视作行为犯，纳入“妨害社会管理秩序罪”的章节之中，并结合现有司法解释的规定，采取叙明罪状的方式进行表述，再总结现有的可用于惩治电信网络诈骗的刑种和刑度，就高选择设置法定刑。

【关键词】 电信网络诈骗 信息法益 行为犯

【中图分类号】 DF62 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206 (2018) 01-0135-13

Abstract: With the development of information technology, telecommunications network fraud comes into being as a new type of crime. However, the existing Criminal Law can not make a proper assessment of this conduct. Legal interests the telecommunications network fraud violated are particular and serious, and it is not conducive for achieving effects of general prevention and special prevention to assess it in the current criminal evaluation system. At present, some other countries have made the legislative practice of the independence of telecommunications network fraud, but our country only issue the judicial explanation for governance, and the effect is not obvious. In order to control and prevent the telecommunications network fraud crime more effectively, this conduct can be separated from the current criminal evaluation system. The telecommunications network fraud should be regarded as behavioral offense and included in the chapter of “crimes against social administration” according to the Criminal Law of People’s Republic of China, and describe the crime in the way of “narrative facts” referred to the stipulation of existing judicial explanation. In addition, summarize the existing penalties and penalty extent that can be used to punish the telecommunications network fraud and set the statutory sentence at a higher level.

Key words: Telecommunication network fraud Information interests Behavioral offense

〔收稿日期〕 2017-06-06

〔作者简介〕 高尚宇，男，1990 年 1 月生，中国海洋大学法政学院硕士研究生，研究方向为刑法学。

2000年以来,随着电信、金融以及互联网产业的发展,电信网络诈骗在我国迅速蔓延。虽然有关部门高度重视并采取了一系列防控措施,但该类犯罪行为并没有得到有效遏制,案件数量仍以每年20%~30%的速度增长,仅2015年一年电信诈骗被骗金额就高达222亿元^[1]。为有效控制和预防电信网络诈骗行为,不少学者呼吁将电信网络诈骗从既有的罪名评价体系中分离出来,独立成罪。^[2]笔者赞成这种做法并认为只有赋予电信网络诈骗独立的法律地位才能更好地威慑此类犯罪。但鉴于以往学者对电信网络诈骗独立成罪的看法尚停留在提议阶段,鲜有学者对此展开深入讨论,因而笔者拟在既有研究的基础上,就电信网络诈骗独立成罪问题做进一步探析。文章将首先从电信网络诈骗的界定着手,继而对现阶段选择适用刑法现有罪名来评价电信网络诈骗行为的做法加以剖析,从而引出电信网络诈骗独立成罪的必要性和可行性,最后就电信网络诈骗罪的具体规范设计做出几点设想。

一、电信网络诈骗的界定

“电信网络诈骗”一词源于2016年12月最高人民法院联合最高人民检察院和公安部发布的《关于办理电信网络诈骗犯罪等刑事案件适用法律若干问题的意见》(下称《电信网络诈骗意见》)这一文件。在此之前,学界和司法实务界并没有对这种新型犯罪形成统一称谓,电信诈骗、网络诈骗、短信诈骗和虚假信息诈骗等都被用来指代该种犯罪行为。

何为电信网络诈骗?学界一般将其定义为以非法占有为目的,利用电话、计算机网络所依托的电信技术的信息传播功能,向社会不特定的人群发布虚假信息,使被骗人陷入错误认识而自愿处分财产,给被骗人造成数额较大的财产损失或者具有其他严重情节的行为。从该定义可以看出,多数学者目前仍是借助诈骗罪的概念来认识电信网络诈骗,认为电信网络诈骗实质上是传统诈骗罪在信息网络世界的蔓延,是诈骗罪的一种新型方式^[3]。如果仅从字面上理解电信网络诈骗,学界的这种普遍认识并无不妥,但从实践中电信网络诈骗的作案手法来看,电信网络诈骗的内涵显然已经超越了传统诈骗罪的定义范围。诈骗罪的基本构造是行为人实施了诈骗行为—对方因诈骗行为而陷入错误认识—基于错误认识产生财产处分行为—行为人或者第三人获得财产收益—受害人遭受

[1] 参见张婷:“全国电信诈骗案每年增速达20%~30%”,载《法制晚报》2016年11月28日,转引自<http://news.163.com/16/1128/10/C6UV6HT200014Q4P.html>,最后访问时间:2017年3月15日。

[2] 如葛磊(2012)提出,应将电信诈骗从诈骗罪中分离出来,单独予以规定;刘爱娇(2013)认为要想从根本上杜绝电信诈骗犯罪,就要从立法上对其做出专门规定,增设“电信诈骗罪”;董邦俊、王法(2016)认为可以参照金融诈骗、保险诈骗等模式将电信诈骗独立成罪,设计合理的犯罪构成要件、合适的刑种以保证罪责刑相适应。

[3] 如杨鸿、苏剑邦(2014)认为电信网络诈骗宜定义为“以非法占有为目的,利用电话、计算机网络所依托的电信技术的信息传播功能,向社会不特定的人群发布虚假信息,骗取公私财物,数额较大的行为”;胡向阳、刘祥伟、彭魏(2010)认为电信网络诈骗宜定义为“以非法占有为目的,虚构事实或隐瞒真相,利用现代通信技术手段发送欺诈信息,骗取数额较大的公私财物,应当承担刑事责任的行为”;葛磊(2012)认为电信网络诈骗宜定义为“以非法占有财物为目的,使用电信设备或通过计算机信息网络、广播电视,在信息空间中传播虚假信息,使受害人由此陷入错误认识而自愿处分财物的行为”。

财产损失^{〔4〕}。电信网络诈骗的构造与传统的诈骗犯罪不同,其行为人在犯罪过程中固然会采取一定的诈骗手段,但最终受害人财产损失的发生是否基于这种诈骗行为则有所区别。起初的电信网络诈骗确实符合诈骗罪构成,行为人的财产取得源于受害人“自愿”的财产交付。然而随着信息通信和电子金融技术的进步,现已出现了在骗取受害人个人身份信息和信用卡信息后再通过盗刷、汇款、转账等方式获取财产利益的行为。^{〔5〕}在这种新型的犯罪行为中,受害人虽然基于行为人的诈骗行为陷入了一定的错误认识,但是这种错误认识尚未达到使受害人“自愿”做出财产处分行为的状态,并不符合诈骗罪的构成,不应以诈骗罪予以评价,因此,也就不能简单依托诈骗罪的认定思路来界定电信网络诈骗行为。

在笔者看来,电信网络诈骗与传统诈骗二者应是交叉关系而非包含关系。电信网络诈骗在实施过程中固然会采取“骗”的手段,但不应要求财物的取得必须直接基于“骗”这种行为,只要行为人通过信息网络实施了散布诈骗信息的“骗”,不论其财物的取得是否直接基于这种“骗”,都应该被视为电信网络诈骗。因此,笔者认为,电信网络诈骗宜被界定为“利用电子通信网络和设备向不特定的多数人发送诈骗信息,诱使受害人汇款、转账或借此攫取受害人的个人信息,再通过盗刷、汇款、转账等方法,获取财产利益的行为”。

二、对电信网络诈骗既有罪名评价体系的回顾与批判

电信网络诈骗是伴随信息通信技术进步而出现的一种新型犯罪,犯罪手段具有多样性和复杂性。我国目前并没有将电信网络诈骗独立成罪,惩治该种行为时仍需借助其他罪名进行适格评价。在此,笔者将对电信网络诈骗的既有罪名评价体系进行总结,并就其中存在的问题进行分析。

(一) 既有罪名评价体系回顾

为对电信网络诈骗的既有罪名评价体系做出准确分析,笔者以“中国裁判文书网”为检索数据库,以“刑事案件”为检索的案件类型,以“一审”为检索的审判程序,以“判决书”为检索的文书类型,再分别以“电信网络诈骗”“网络诈骗”“电信诈骗”为关键字,对2016年至今的法律文书进行全文检索,分别得出92条、262条和402条结果(检索日期:2017年5月8日)。在对这些结果进行仔细梳理后,笔者发现司法实践中可用于评价电信网络诈骗的罪名包括诈骗罪^{〔6〕}、信用卡诈骗罪^{〔7〕}、盗窃罪^{〔8〕}、招

〔4〕 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2011年版,第889页。

〔5〕 参见刘可:“市民点一下网址被转走11万”,载《北京日报》2016年4月11日,第6版。

〔6〕 如《广东省珠海市中级人民法院刑事判决书》,(2016)粤0402刑初1516号;《海安县人民法院刑事判决书》,(2016)苏0621刑初374号;《泉州市泉港区人民法院刑事判决书》,(2016)闽0581刑初719号,这三份判决书中行为人均以诈骗罪论处。

〔7〕 如《无锡市惠山区人民法院刑事判决书》,(2016)苏0206刑初500号;《株洲市芦淞区人民法院刑事判决书》,(2016)湘0203刑初36号;《潢川县人民法院刑事判决书》,(2017)豫1526刑初30号,这三份判决书中行为人均以信用卡诈骗罪论处。

〔8〕 如《龙岩市新罗区人民法院刑事判决书》,(2016)闽0802刑初459号;《广州市海珠区人民法院刑事判决书》,(2016)粤0105刑初359号;《酒泉市肃州区人民法院刑事判决书》,(2016)甘0902刑初138号,这三份判决书中行为人均以盗窃罪论处。

摇撞骗罪^{〔9〕}、敲诈勒索罪^{〔10〕}、妨害信用卡管理罪、侵犯公民个人信息罪、扰乱无线电通信秩序罪和掩饰隐瞒犯罪所得罪。由于后四种罪名主要用于惩治电信网络诈骗的关联犯罪，其行为人只是参与实施了电信网络诈骗的部分环节，并且主观上难以认定其与电信网络诈骗的主犯具有共同故意，因此这几项罪名在本文中不视为评价电信网络诈骗的罪名。

（二）既有罪名评价体系批判

如上所述，能够用于评价电信网络诈骗的罪名主要包括诈骗罪、信用卡诈骗罪、招摇撞骗罪、敲诈勒索罪和盗窃罪。从判决书说理来看，罪名的选择适用具有一定的逻辑，且各罪的具体适用都能找到一定的理论依据。但仔细分析后会发现，这种罪名评价体系始终存在如下两个难以克服的问题。

1. 罪名适用混乱

以行为人通过冒充国家机关工作人员骗取受害人信息，再利用这些信息对受害人信用卡实施盗刷、汇款或转账的电信网络诈骗为例。按照刑法牵连犯理论的一般理解，冒充国家机关工作人员的招摇撞骗行为为方法行为，对受害人信用卡实施盗刷、汇款或转账的信用卡诈骗行为属于目的行为，在选择适用罪名时需要“从一重处断”。简单从刑期设置看，信用卡诈骗罪是重罪，应该适用该罪来评价这种犯罪行为，但是信用卡诈骗罪属于结果犯，行为人必须通过犯罪行为获得了数额较大的财产利益才能构成既遂，而招摇撞骗罪属于行为犯，行为人只要实施了冒充国家机关工作人员进行招摇撞骗的行为就构成既遂。假设行为人在此仅实施了冒充国家机关工作人员骗取受害人信息的行为，因意志以外的原因而未继续实施盗刷、汇款和转账行为，此时作为方法行为的招摇撞骗已经既遂，作为目的行为的信用卡诈骗却未遂，在这种轻刑罪名既遂与重刑罪名未遂的情况下，如何选择适用罪名才真正符合“从一重处断”的基本原则？这基本依赖于个案司法人员的自由裁量，因当前对这种实质重罪的判断尚缺乏明确的理论依据。如此，就不能排除司法人员因主观认识的不同而对犯罪情节做出取舍并选择适用不同罪名的可能，导致行为评价与法律适用的不统一。

抛开上述行为人冒充国家机关工作人员的复杂情形，单以其通过私下的盗刷、汇款或转账行为实现电信网络诈骗为例。在通过这种行为方式实施的电信网络诈骗中，行为人发送诈骗信息的直接目的指向的是受害人的身份和信用卡信息，在受害人相信诈骗信息内容而点击链接的情况下，行为人可通过该链接向受害人的智能终端植入木马病毒，并借以截获受害人信息，然后再利用这些信息对受害人信用卡实施盗刷、汇款或转账。在行为人的犯罪行为既遂，成功获取非法利益的情况下，因行为符合信用卡诈骗罪或盗窃罪的犯罪构成，司法实践中不乏将其评价为这两个罪的案例^{〔11〕}。而在行为人的犯罪行为未遂，只是发送了含有木马链接的诈骗信息，并没有藉此实施进一步的盗刷、汇款或转账行为时，根据《电信网络诈骗意见》以及先前由最高人民法院联合最高人民检察院于2011年3月颁布的《关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（下称

〔9〕 如《晋江市人民法院刑事判决书》，（2016）闽0505刑初114号，在此判决中行为人被认定为构成招摇撞骗罪。

〔10〕 如《丰宁满族自治县人民法院刑事判决书》，（2016）冀0826刑初82号；《景德镇市昌江区人民法院刑事判决书》，（2016）赣0202刑初152号，这两份判决书中行为人以敲诈勒索罪论处。

〔11〕 参见前注〔6〕〔7〕。

《诈骗问题解释》),若行为人发送的诈骗信息数量达到了法律规定的标准,则可按照诈骗罪(未遂)定罪处罚^[12]。司法实践中也多选择适用诈骗罪来对该种未遂行为进行评价^[13]。在笔者看来,不论行为人最终是否通过犯罪行为获得了财产利益,根据主客观相一致的原则,应对其做始终如一的评价,即若将行为人通过盗刷、汇款或转账方式获得财产利益行为评价为信用卡诈骗罪或盗窃罪,那么就应该将其只发送了诈骗信息而未及时实施盗刷、汇款或转账的行为评价为信用卡诈骗罪或盗窃罪的未遂,而不是适用司法解释的规定将其评价为诈骗罪未遂。

现阶段,诈骗罪是惩治电信网络诈骗犯罪所适用的主要罪名,在各类案件中,该罪名的适用率在85%左右^[14]。但电信网络诈骗的犯罪构成与传统诈骗罪不同,特别是在新型的电信网络诈骗中,其取财方式更加多元复杂,不再是简单依赖受害人做出“自愿”的财产处分行为。既有的司法解释忽视了电信网络诈骗在行为方式上的特殊性,采用拟制方式将其纳入诈骗罪评价范围内考量,导致了司法人员在罪名选择时陷入了两难境地,不知是应遵循司法解释规定适用诈骗罪,还是该遵循犯罪构成理论适用其他罪名。

2. 量刑选择困难

虽然电信网络诈骗多以诈骗罪加以定性,但有关诈骗罪的系列量刑规范却并不能很好地回应电信网络诈骗行为。在诈骗罪的判定和基准刑的选择上,我国刑法主要采取的是数额标准。^[15]而对于数额认定问题,学界多主张采用“双重标准说”,即根据诈骗犯罪的不同形态坚持不同的数额认定标准,在诈骗罪既遂的情况下,诈骗数额是指行为人

[12] 《关于办理电信网络诈骗犯罪等刑事案件适用法律若干问题的意见》[法发(2016)32号]第2部分第4条规定:实施电信网络诈骗犯罪,犯罪嫌疑人、被告人实际骗得财物的,以诈骗罪(既遂)定罪处罚。诈骗数额难以查证,但具有下列情形之一的,应当认定为刑法第二百六十六条规定的“其他严重情节”,以诈骗罪(未遂)定罪处罚:1. 发送诈骗信息五千条以上的,或者拨打诈骗电话五百人次以上的;2. 在互联网上发布诈骗信息,页面浏览量累计五千次以上的。具有上述情形,数量达到相应标准十倍以上的,应当认定为刑法第二百六十六条规定的“其他特别严重情节”,以诈骗罪(未遂)定罪处罚。《关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》[法释(2011)7号]第5条规定:利用发送短信、拨打电话、互联网等电信技术手段对不特定多数人实施诈骗,诈骗数额难以查证,但具有下列情形之一的,应当认定为刑法第二百六十六条规定的“其他严重情节”,以诈骗罪(未遂)定罪处罚:(一)发送诈骗信息五千条以上的;(二)拨打诈骗电话五百人次以上的;(三)诈骗手段恶劣、危害严重的。实施前款规定行为,数量达到前款第(一)、(二)项规定标准十倍以上的,或者诈骗手段特别恶劣、危害特别严重的,应当认定为刑法第二百六十六条规定的“其他特别严重情节”,以诈骗罪(未遂)定罪处罚。

[13] 如《十堰市茅箭区人民法院刑事判决书》,(2015)鄂茅箭刑初字第00570号;《温州市龙湾区人民法院刑事判决书》,(2016)浙0303刑初992号;《深圳市南山区人民法院刑事判决书》,(2016)粤0305刑初1137号,在这三份判决中,行为人都仅实施了大规模的诈骗信息发送行为就被法院认定为构成诈骗罪。

[14] 笔者对以“电信网络诈骗”为关键字的92条检索结果进行统计,共计有78件案例选择适用诈骗罪。

[15] 我国《刑法》第266条对诈骗罪规定了三个量刑档次,即“数额较大的”,适用“三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金”;“数额巨大”或有“其他严重情节的”,适用“三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金”;“数额特别巨大”或者有“其他特别严重情节的”,处“十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产刑”。

实际取得的财产数额；在诈骗未遂的情况下，诈骗数额是行为人意图骗取的财物数额^{〔16〕}。由于电信网络诈骗是针对不特定多数人的犯罪，其在犯罪未遂的情况下数额往往难以认定，所以《电信网络诈骗意见》明确了犯罪认定的情节标准，即若行为人发送的诈骗信息、拨打的诈骗电话或者在互联网上发布的诈骗信息页面浏览量达到一定的数量标准，就以诈骗罪（未遂）定罪处罚。该项司法解释是针对电信网络诈骗的特殊情况而设立的，它使得电信网络诈骗在涉案数额难以认定的情况下依然具备入罪可能性，但如此将情节标准强行嵌入数额标准之中将不可避免地产生如下问题：

（1）《诈骗问题解释》中有明确规定，在诈骗未遂情况下，只有以“数额巨大”的财物作为诈骗目标或者具有“其他严重情节”的，才应当定罪处罚^{〔17〕}。假设电信网络诈骗行为人主观上意欲骗得“数额巨大”的财物，但客观上发送的诈骗信息数量却未及“其他严重情节”的标准。此时若依据情节标准判断，行为将不构成犯罪，这意味着部分以“数额巨大”的财物作为诈骗目标的电信网络诈骗行为人将逃脱法律制裁。

（2）在诈骗罪未遂的情况下，假设电信网络诈骗行为人主观上分别以“数额巨大”和“数额特别巨大”的财物为目标，但客观上传播的诈骗信息数量却相反，分别达到“情节特别严重”和“情节严重”的标准，此时若仅以诈骗信息的传播数量为标准来衡量行为的社会危害性，有轻纵犯罪之嫌。

（3）在诈骗数额难以认定的情况下，《电信网络诈骗意见》选择以诈骗信息的传播数量作为情节标准来衡量诈骗行为的社会危害性。当情节严重时，处“三年以上十年以下有期徒刑”；当情节特别严重时，处“十年以上有期徒刑或者无期徒刑”^{〔18〕}。该标准忽略了“三年以下有期徒刑、拘役或者管制”这一量刑单位的适用，使得对电信网络诈骗的量刑单位断档，不利于打击、预防小范围电信网络诈骗的产生与发展。

此外，如前一部分所言，当行为人实施的电信网络诈骗行为并没有直接指向受害人的财产权益时，存在适用信用卡诈骗罪和盗窃罪的司法空间。概言之，在行为人通过欺骗方式获取受害人身份和信用卡信息并藉此实施盗刷、汇款或转账行为时，可以适用信用卡诈骗罪或者盗窃罪；而在行为人仅通过发送诈骗信息的欺骗方式获取受害人信息但没有及时实施盗刷、汇款或转账行为时，则被评价为诈骗罪（未遂）。罪名适用上的混乱也造成了量刑单位选择上的困难。即在行为既遂的情况下，可根据犯罪情节判处“五年以下有期徒刑或者拘役”“五年以上十年以下有期徒刑”“十年以上有期徒刑或者无期徒刑”（信用卡诈骗罪）以及“三年以下有期徒刑、拘役或者管制”“三年以上十年以下有期徒刑”“十年以上有期徒刑或者无期徒刑”（盗窃罪），而在行为未遂的情况下，可根据情节判处“三年以上十年以下有期徒刑”“十年以上有期徒刑或者无期徒刑”（诈骗罪）。虽然在行为被评价为诈骗罪时是按照未遂处理的，但是如没有其他从轻、减轻情节，未遂犯依然要在法律规定的范围内进行量刑。因此，未遂犯在这里一般没有适用“三年以下有期徒刑、拘役或者管制”的空间，而既遂犯却可能根据数额的多少适用“五年以下有期徒刑或者拘役”或者“三年以下有期徒刑、拘役或者管制”，这样的量刑

〔16〕 参见赵秉志：《当代刑法学》，中国政法大学出版社2009年版，第629页。

〔17〕 参见前注〔12〕，[法释（2011）7号]第5条第1款：诈骗未遂，以数额巨大的财物为诈骗目标的，或者具有其他严重情节的，应当定罪处罚。

〔18〕 参见前注〔12〕，[法发（2016）32号]第2部分第4条规定。

安排明显与《刑法》“总则”第23条规定的内容相违背^{〔19〕}。

在笔者看来,上述问题产生的原因就在于法律将电信网络诈骗犯罪盲目混同于传统的诈骗罪与其他刑事犯罪。事实上,电信网络诈骗在行为方式上的特殊性和复杂性决定了其与其他刑事犯罪在认定和既遂的判断上应采用不同的标准。将电信网络诈骗纳入传统诈骗罪或其他刑事犯罪的适用范围之内考量,不仅不利于实现对电信网络诈骗是否成罪以及是否构成既遂问题的判断,也容易造成其他罪名需要不断通过司法解释进行扩张的现象,浪费立法资源。

三、电信网络诈骗独立成罪的必要性与可行性

电信网络诈骗是不同于诈骗罪、信用卡诈骗罪、盗窃罪等传统犯罪的一种新型犯罪。现阶段,将电信网络诈骗从既有罪名评价体系中分离出来独立成罪,不仅必要,而且可行。

(一) 电信网络诈骗独立成罪的必要性

既有罪名评价体系存在的上述问题可以说是电信网络诈骗独立成罪必要性的一种体现。而换种角度从电信网络诈骗自身来看,将其独立成罪也是很有必要的,其必要性体现在如下四个方面。

1. 法益侵害的特殊性

“法益是指根据宪法的基本原则,由法所保护的、客观上可能受到侵害或者威胁的人的生活利益。”^{〔20〕}犯罪的本质是对刑法所保护的法益的侵害。电信网络诈骗侵害的法益不同于传统诈骗罪与其他相关犯罪,有必要对其做出特殊规定以回应法益保护的需要。

电信网络诈骗作为传统诈骗犯罪和其他类型犯罪在信息网络时代衍生出的新类型,其对公民的财产法益侵害是显而易见的,但同时也对公民的信息法益产生了严重威胁。从刑法角度看,刑法意义上的信息法益是指基于刑法规定,受刑法保护的信息主体所享有的信息权利^{〔21〕}。电信网络诈骗对公民信息法益的侵害主要表现在以下三个方面:

一是对信息安全法益的侵害。我国在《宪法》《民法》《商业银行法》《居民身份证法》以及刚刚生效的《网络安全法》等诸多法律中都提到要保护公民的个人信息安全,《刑法》也设置了“侵犯公民个人信息罪”和“拒不履行信息网络安全管理义务罪”来响应公民的信息安全保护诉求。基于对法律保护的信任,公民有理由相信自己的信息处于一个安全的环境之内,但是电信网络诈骗的产生和泛滥使得公民对此种信任产生了严重怀疑。电信网络诈骗行为人为了提高骗局的迷惑性,十分注重收集和运用公民的个人信息。这种收集和运用是对公民信息安全的严重侵犯。同时,在电信网络诈骗所获不法利益的刺激下,公民信息已演变为一种商品,围绕该商品也已形成了交易黑市。电信网络诈骗的发展将极大地扩张黑市需求,引诱更多的人实施侵害公民信息的犯罪行为,进而会对公民的信息安全产生更加严重的威胁。

〔19〕 《刑法》第23条第2款规定:对于未遂犯,可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚。

〔20〕 张明楷:《法益初论》,中国政法大学出版社2003年版,第167页。

〔21〕 参见皮勇、黄琰:“试论信息法益的刑罚保护”,《广西大学学报(哲学社会科学版)》2011年第1期,第44页。

二是对信息环境法益的侵害。任何公民都有权享有舒适、有序的信息环境,《刑法》中“扰乱无线电通讯秩序罪”的设置与完善表明了该种利益是应由刑法保护的。电信网络诈骗犯罪的产生,使信息空间中充满了虚假信息,严重污染了信息环境。电信网络诈骗行为人在信息空间中大肆传播虚假信息,不仅使人们不断受到虚假信息的侵扰,而且又让人们对其他信息的真实性产生怀疑,使人们不敢接听陌生人电话、不敢回复商业邮件、不敢点击购物链接,严重扰乱了信息秩序。

三是对信息资源法益的侵害^[22]。信息资源虽然是虚拟的,但也是有限的。《刑法》通过设置“非法利用信息网络罪”来禁止“设立用于实施诈骗、传授犯罪方法、制作或者销售违禁物品、管制物品等违法犯罪活动的网站、通讯群组”,这在一定程度上反映了刑法对公民信息资源利益的保护。电信网络诈骗行为人向不特定的人群发送虚假信息、拨打诈骗电话、大量注册域名建立诈骗网站,会造成信息网络通道的拥堵,侵犯公民享有的信息资源法益。

当然,刑法的谦抑性原则要求其在法益保护方面保持适当的克制,凡是适用其他法律或者较轻的制裁方法足以抑制某种违法行为、保护某种合法权益时,就无须将其规定为犯罪或者采用较重的刑罚^[23]。且有部分学者认为将电信网络诈骗独立成罪,会过分强调对信息法益的保护,导致财产法益的中心地位虚化,同时刑法已通过修正案形式增设了非法利用信息网络罪等来保护公民的信息法益,再设立以信息法益保护为核心的电信网络诈骗罪有重复立法之嫌,浪费立法资源^[24]。笔者不认同这种看法,因为随着信息通信技术的进步,信息法益已经成为人们日常生活中不能忽视的一项基本利益。刑法不断修正,增加保护信息法益的罪名,恰恰说明了信息法益的重要性,侵犯公民信息法益的行为已经不能简单交由民法和行政法调整,刑法需要做出及时有力的回应。虽然刑法增设了多项涉及信息法益的罪名,但这些罪名只适用于单纯侵犯公民信息法益的犯罪,而电信网络诈骗是一种复行为犯罪,其不仅包含侵犯公民财产法益的行为,还包括侵害公民信息法益的行为。在电信网络诈骗既有的罪名评价体系中,更多关注的是其侵财属性,侵害信息法益的行为往往作为方法行为而被吸收,不能成为定罪量刑考量因素。因此,虽说刑法增设了保护公民信息法益的罪名,但是在处罚电信网络诈骗行为人时这部分罪名并没有适用的空间,且诈骗罪、信用卡诈骗罪以及盗窃罪等的适用也没有充分考虑到行为对信息法益的侵害。采用现有的任何刑法罪名来评价电信网络诈骗,都容易造成对部分法益保护诉求的忽略,不符合罪责刑相适应的刑法基本原则^[25]。

2. 法益侵害的严重性

电信网络诈骗犯罪采用的不是传统犯罪“一对一”的作案形式,而是采用“一对多”的方式,同时将不特定的多数人作为犯罪对象,以乱枪打鸟、遍地撒网的战术实施。电信网络诈骗犯罪现已成为社会公害,每个公民都可能遭遇犯罪行为的侵害。据360手机卫士发布的《2016中国电信诈骗形势分析报告》显示,2016年8月,360手机卫士共为全国用户拦截各类骚扰电话34.43亿次,其中诈骗电话共计4.45亿次,占

[22] 参见葛磊:“电信诈骗罪立法问题研究”,《河北法学》2012年第2期,第109页。

[23] 参见张明楷:“论刑法的谦抑性”,《法商研究》1995年第4期,第55页。

[24] 参见陈家林、汪雪城:“网络诈骗犯罪刑事责任的评价困境与刑法调适——以100个随机案例为切入”,《政治与法律》2017年第3期,第72页。

[25] 参见田腾飞:“电信诈骗犯罪的刑法规制与防范”,《公民与法》2015年第3期,第9页。

到当月骚扰电话拦截总量的13%，每天可拦截诈骗电话1435万次。据腾讯公司连续四个季度发布的《反电信网络诈骗大数据季度报告》显示，在2016年的四个季度里，全国收到诈骗短信的人数共计11.49亿人次，电信网络诈骗行为人拨出的诈骗电话共计50.19亿次，由此造成的损失共计169.4亿元。通过这些数据可知，电信网络诈骗犯罪已呈现极度的扩张和蔓延趋势，不仅给公民的财产安全带来威胁，还严重侵犯了公民的信息法益。

3. 一般预防效果的实现

一般预防，是指通过对犯罪人适用一定的刑罚，对社会上的其他人，主要是指对那些潜在犯罪人产生阻止其犯罪的作用，多数学者将此看作刑罚的主要目的之一^{〔26〕}。一般预防效果的实现依赖于刑事立法内容的完备，要将现实生活中发生的具有严重社会危害性的行为尽可能规定为犯罪，还要为这些犯罪行为配置合理的刑罚体系，使罪与刑相互适应、相互协调^{〔27〕}。将电信网络诈骗从既有的罪名评价体系中分离出来，设为单独的罪名并配置相应的法定刑，不仅有利于统一对电信网络诈骗的认识，减少司法认定方面困难，还有利于对潜在犯罪主体产生直接威慑，保证刑法一般预防效果的实现。

4. 特殊预防效果的实现

特殊预防也是刑罚主要目的之一，它是指通过对犯罪施加一定的刑罚，削弱或者剥夺行为人再犯罪的能力^{〔28〕}。现阶段，电信网络诈骗仅被视为诈骗罪、信用卡诈骗罪、盗窃罪等传统犯罪的网络异化，而沿用传统罪名评价电信网络诈骗，并不能对该种犯罪行为产生适格的评价，容易出现低估其社会危害性的状况。沿用传统罪名评价各类电信网络诈骗行为，没有实现罪责刑相适应的刑法基本原则，极易使具有较大社会危害性的电信网络诈骗行为人承担较轻的刑事责任，不能实现对犯罪行为人的有效改造，容易导致行为人在刑期届满之后重新走上违法犯罪的道路。

（二）电信网络诈骗独立成罪的可行性

在电信网络诈骗独立成罪的可行性方面，域外成熟的立法例以及域内的刑法立法模式和司法探索均为电信网络诈骗的独立成罪奠定了基础。

1. 域外立法例的借鉴

在将电信网络诈骗罪作为一项独立犯罪进行处罚的问题上，已有国家做出探索。美国在2003年1月颁布的《反垃圾邮件法》中规定，为欺骗他人而在24小时内传递2500封以上的电子邮件，30天内传递25000封以上的电子邮件，1年内传递250000封以上的电子邮件的，或者在一年内，通过违法发送电子邮件而给一人或多人带来累计超过5000美元损失或给自己带来累计超5000美元收益的，可判处三年以下有期徒刑或罚金，两种处罚方式可同时运用。韩国在2011年9月颁布实施的《关于返还电信金融诈骗损失资金的特别法》中规定，对以电信金融诈骗为目的实施的引诱他人在信息处理装置上输入信息、命令的行为又或利用取得的他人信息诱导他人在电脑等信息处理设备输入信息、命令的行为，处以10年以下的惩役或1亿韩元以下的罚金。域外的这两部法律都将电信网络诈骗作为独立一罪看待，这可成为我国设立电信网络诈骗罪的有力借鉴。

〔26〕 参见陈兴良：“刑罚目的新论”，《华东政法学院学报》2001年第3期，第6页。

〔27〕 参见李希慧：“论刑罚的目的及其实现”，《法治研究》2011年第2期，第24～26页。

〔28〕 参见前注〔26〕，陈兴良文。

2. 现有立法模式的根基

纵观世界各国立法,关于诈骗罪的立法模式主要有两种,一是单一模式,二是分立模式。单一模式指只概括规定一种诈骗罪,借以包容社会生活中的所有诈骗现象。例如俄罗斯《刑法》,除在其第159条规定了普通诈骗罪外,没有再规定特殊类型的诈骗犯罪。分立模式指在普通诈骗罪之外,还规定了多项特殊诈骗罪。世界上多数国家采用的是分立模式,比如日本,在欺诈罪之外,又规定了准欺诈罪和电子计算机使用欺诈罪;比如德国,在诈骗罪之外,又规定了诈骗救济金罪、诈骗保险金罪、骗取货物或入场券罪、信贷诈骗罪等^[29]。

我国关于诈骗罪的立法模式经历了从单一模式向分立模式的转变。1979年《刑法》只规定了一种诈骗罪,但现行的1997年《刑法》在诈骗罪之外,又规定了12种特殊类型的诈骗罪^[30]。从这些罪名的设置中可以看出,我国《刑法》对于特殊类型诈骗罪的分类并没有严格、统一的标准,能够决定犯罪分类的元素包括客体、行为、对象等。这种复杂的分类标准使得电信网络诈骗独立成罪具备了现实可能性。设置电信网络诈骗罪并不违背现行《刑法》关于特殊类型诈骗罪的分类标准。

3. 司法部门的有益探索

2011年4月最高人民法院联合最高人民检察院颁布了《诈骗问题解释》,该解释首次对电信网络诈骗做出说明,规定将“发送诈骗信息五千条以上的”和“拨打诈骗电话五百人次以上的”认定为诈骗罪的“其他严重情节”,达到该标准10倍以上的,认定为“其他特别严重情节”,均按照诈骗罪(未遂)处罚。2016年12月最高人民法院再次联合最高人民检察院和公安部颁布的《电信网络诈骗意见》,将“在互联网上发布诈骗信息,页面浏览量累计五千次以上的”纳入了电信诈骗的认定情节之中,同时,对电信网络诈骗的数额认定进行了严格解释,将传统诈骗犯罪数额标准的最低限额认定为电信网络诈骗的标准,还确立了多项针对电信网络诈骗的酌情从重情节。司法解释的特殊说明,为电信网络诈骗独立成罪做出了有效的探索,为该罪在情节认定、刑罚设定上奠定了基础。

四、电信网络诈骗独立成罪的具体设想

在笔者看来,《刑法》“分则”中具体规范的设计主要包含三方面内容:一是罪质的界定,即将罪名安置于何种章节之中;二是罪状的表述,即如何对犯罪行为进行陈述或表达;三是刑罚的设定,即为具体犯罪配置何种刑罚和刑度。下文中,笔者将围绕这三方面内容对电信网络诈骗罪的具体规范设计进行探讨。

(一) 罪质的界定

电信网络诈骗侵犯的是复合法益,不仅包括公民的财产法益,还包括公民的信息法益,并且其对信息法益的侵害是第一位的。在现今的信息社会中,信息环境的安全、稳定所能营造的社会价值是难以估量的。行为对信息法益的侵害与公民财产法益遭受侵害

[29] 参见张志勇:《诈骗罪研究》,中国检察出版社2008年版,第58页。

[30] 具体包括集资诈骗罪、贷款诈骗罪、票据诈骗罪、金融凭证诈骗罪、信用证诈骗罪、信用卡诈骗罪、有价证券诈骗罪、保险诈骗罪、合同诈骗罪、骗取出口退税罪、招摇撞骗罪、冒充军人招摇撞骗罪。

具有极大相关性,往往诈骗信息传播数量愈多,受害人的范围就愈广。电信网络诈骗行为主观上意欲获取的财产数额以及客观上实际获取的财产数额都与诈骗信息的传播数量成正比。因此,笔者认为在电信网络诈骗的定性问题上,应以信息法益的考量为主,将其视为信息犯罪。

任何犯罪行为都可视为对某种社会管理秩序的侵犯,^[31]电信网络诈骗也不例外。如上文所言,电信网络诈骗侵害了公民的信息安全、环境和资源法益,但这种法益不同于“侵犯公民个人信息罪”所维护的纯私益性质的法益,其负有一种公共、集体色彩,换种角度审视可称其是对国家信息网络管理秩序的侵犯。从“拒不履行信息网络安全管理义务罪”“非法利用信息网络罪”“帮助信息网络犯罪活动罪”以及“扰乱无线电管理秩序罪”在《刑法》中的位置安排来看,我国《刑法》目前并没有划分专门的章节来规范侵犯国家信息网络管理秩序的犯罪行为,而是将这些行为视为对“公共秩序”的扰乱并纳入“妨害社会管理秩序罪”的章节之中予以调整。“妨害社会管理秩序罪”是我国《刑法》中规模最大的类罪,抛却《刑法》“分则”中其他章节规定的妨害社会特殊管理秩序的犯罪行为,余下的妨害社会日常管理秩序的犯罪行为均在该类罪的包容范围之内。“扰乱公共秩序罪”是该类罪下的最大分支,为妨害其他社会日常管理秩序的类罪所不能包容的犯罪行为均可归入该分支之内。目前,在暂不讨论是否有必要将国家的信息网络管理秩序升格为一项特殊法益并通过设置专门章节予以规定的情况下,有必要遵循刑法现有体系安排,将电信网络诈骗纳入“妨害社会管理秩序罪”中的“扰乱公共秩序罪”之内。

同时,由于行为人在做出诈骗信息的发送行为时,公民的信息法益或者说国家的信息网络管理秩序便遭到破坏,所以笔者认为,应将电信网络诈骗视为行为犯,以诈骗信息成功发送作为犯罪既遂的标志。如果行为人成功做出向不特定多数人发送诈骗信息的行为,就视为犯罪既遂;如果行为人因意志以外的原因而导致诈骗信息未能成功发送,就视为犯罪未遂。

此外,数额应仅作为该罪的酌定量刑情节考量。因为在电信网络诈骗中,行为人意欲获取的财产数额与实际获取的财产数额具有较大的不确定性,认定困难,并且电信网络诈骗实际上是一种低成功率的犯罪,受害人只要具备基本的财产保护意识犯罪分子便很难得逞,因此行为人要保证犯罪有所收益就必须大面积散播诈骗信息、布置犯罪网络,藉此来钓取财产保护意识较低的受害人。在这种情况下,如果仍强调将数额作为定罪量刑的主要考量因素,不可避免会造成对该类犯罪行为惩治的延迟与落后,不利于实现对公民财产、信息安全的保护,也不利于实现对该类犯罪的预防。

(二) 罪状的表述

根据罪状的表述方式和繁简程度,可将罪状分为以下四种:简单罪状、空白罪状、引证罪状和叙明罪状^[32]。简单罪状是指条文中只简单规定罪名或者描述具体罪名的基本构成特征,该种罪状表述方式具有言简意赅、避免繁琐的特点,但是其只适用于构成特征容易被普通人理解和掌握的犯罪。电信网络诈骗的构成特征较为特殊和复杂,不宜使用简单罪状的表述方式。空白罪状是指刑法分则条文没有表明具体犯罪的构成特征,

[31] 参见高铭喧、马克昌、赵秉志:《刑法学》,高等教育出版社、北京大学出版社2011年版,第525页。

[32] 参见黎宏:《刑法学各论》,法律出版社2016年版,第4页。

而是需要通过参照其他法律规范来确定犯罪构成特征。尽管作为刑法现代化过程中所特有的现象,空白罪状数量持续增加,但空白罪状的设立需要其他法律规范的配合。我国目前尚没有完善的民事和行政法规来约束与电信网络诈骗相关的违法行为,通过引用其他法律规范来描述电信网络诈骗犯罪的构成特征缺乏基础,不具有实施的现实可能性。引证罪状是指对某一具体犯罪进行表述时引用同一法律中的其他条款来说明犯罪的构成特征。引证罪状出现在一个刑法条文中有两个刑罚规定的场合,后一处刑罚规定在罪状的表述上会引证前文的规定。适用引证罪状表述的罪名事实上是被引证罪名的加重情形,两种罪名在犯罪的构成特征上具有较多的相似之处,是同类性质的犯罪。电信网络诈骗在构成特征上不同于诈骗罪、信用卡诈骗罪以及盗窃罪等传统犯罪,不能将其简单视为这些犯罪的加重情形,因此,对电信网络诈骗罪状的表述也不能采用引证方式。叙明罪状是指条文对具体犯罪的构成特征有详细的描述。在我国的《刑法》“分则”里,有超过60%的罪名采用的是这种罪状表述方式。这些叙明罪状均以犯罪行为为中心,然后再有选择性地描述犯罪目的、犯罪对象、犯罪客体、危害结果、犯罪情节、犯罪手段、犯罪时间、犯罪地点等犯罪构成要件^[33]。电信网络诈骗是伴随信息通信与电子金融技术进步而出现的一种新型犯罪,采用叙明罪状的方式来表述该类犯罪,有利于使其划清与其他犯罪的界限,加深人们对该种犯罪的认知与理解。

结合上文对电信网络诈骗定义的理解以及现有司法解释的规定,笔者认为可将电信网络诈骗的罪状表述为:以不特定的多数人为对象实施下列行为之一,进行电信网络诈骗活动的:(一)发送诈骗信息的;(二)拨打诈骗电话的;(三)在互联网上发布诈骗信息的;(四)以其他方法进行电信网络诈骗活动的。

(三) 刑罚的设定

在主刑方面,可通过考察现阶段能够用于评价电信网络诈骗的几项罪名来确立可适用的刑种和刑度^[34]。当然,由于电信网络诈骗不仅在侵害的法益种类上广于文中所述的几项传统犯罪,而且在法益的侵害程度上重于这些传统犯罪,因此,基于对罪责刑相适应的刑法基本原则的考量,在对电信网络诈骗罪设置具体刑罚时,宜采取就高不就低的方法,适当加重对该类犯罪行为的处罚。具体设置如下:首先,应排除管制刑的适用,将可适用的最低刑种设置为拘役;其次,采用信用卡诈骗罪的刑期分类标准,将“五年”和“十年”作为节点,犯罪情节一般的处“五年以下有期徒刑”,情节严重的处“五年以上十年以下有期徒刑”,情节特别严重的处“十年以上有期徒刑或者无期徒刑”。

在附加刑方面,由于《刑法》“总则”明确规定的有三种,分别是罚金、剥夺政治权利和没收财产,笔者在此就这三种附加刑的适用做出简单论述。首先,对于罚金刑的运用,这主要涉及两方面问题:一是罚金的运用方式,二是罚金的数额限定。鉴于电信网络诈骗的行为人实施犯罪的最终目的是为了谋取财产性利益,罚金对于这种犯罪应具

[33] 参见曲新久:“论我国刑法中叙明罪状的修改与完善”,《河北法学》1992年第4期,第44页。

[34] 按照当前司法实践的做法,在将电信网络诈骗行为评价为诈骗罪或盗窃罪时,可以根据数额和情节来选择适用“三年以下有期徒刑、拘役或者管制”“三年以上十年以下有期徒刑”以及“十年以上有期徒刑或者无期徒刑”;在将电信网络诈骗行为评价为信用卡诈骗罪时,可以适用“五年以下有期徒刑或者拘役”“五年以上十年以下有期徒刑”以及“十年以上有期徒刑或者无期徒刑”;在将电信网络诈骗行为评价为招摇撞骗罪时,可以根据情节选择适用“三年以下有期徒刑、拘役、管制”“三年以上十年以下有期徒刑”;在将电信网络诈骗行为评价为敲诈勒索罪时,可以选择适用“三年以下有期徒刑、拘役或者管制”“三年以上十年以下有期徒刑”以及“十年以上有期徒刑”。

有最直观的威慑作用,因此,在评价该类犯罪时应着重提倡罚金刑的适用,建议采用并处方式,附加于主刑而适用。关于罚金的数额限定问题,现行《刑法》有三种形式:一是不定额罚金制,二是定额罚金制,三是倍比罚金制。鉴于电信网络诈骗犯罪数额难以认定的特点,笔者认为可采用定额罚金制方式,限定罚金数额。在现有的可用于评价电信网络诈骗的罪名中,仅有信用卡诈骗罪采用了定额罚金制的方式,所以可考虑借鉴信用卡诈骗罪的罚金刑刑度,将罚金数额限定在“二万元以上二十万元以下”和“五万元以上五十万元以下”。其次,对于剥夺政治权利刑的运用。由于该刑种目前主要适用于危害国家安全以及犯故意杀人、强奸、放火、爆炸等严重暴力性犯罪的行为人,而考虑到电信网络诈骗行为主观上仅以谋利为目的,客观上的行为不会给国家安全和受害人的生命健康造成重大威胁,因此可排除该刑种的适用。最后,对于没收财产刑的运用。虽然该刑种与罚金刑的属性相似,均属于财产刑,但其针对的是罪行极其严重的犯罪分子,是将犯罪人个人所有财产的全部或者一部无偿征收为国家所有,是一种更加严厉的刑罚方法。现阶段,当电信网络诈骗行为被评价为诈骗罪、信用卡诈骗罪或者盗窃罪时,都存在被判处没收财产刑的可能。考虑到电信网络诈骗对法益侵害的严重程度,笔者认为应保留没收财产刑的适用。

综上,可将电信网络诈骗罪描述为:

以不特定的多数人为对象实施下列行为之一,进行电信网络诈骗活动的,处五年以下有期徒刑或者拘役,并处二万元以上二十万元以下罚金;情节严重的,处五年以上十年以下有期徒刑,并处五万元以上五十万元以下罚金;情节特别严重的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处五万元以上五十万元以下罚金或者没收财产:

- (1) 发送诈骗信息的;
- (2) 拨打诈骗电话的;
- (3) 在互联网上发布诈骗信息的;
- (4) 以其他方法进行电信网络诈骗活动的。

至于何谓“情节严重”“情节特别严重”,可参照电信网络诈骗相关的司法解释进行把握。

参考文献

- [1] 张志勇. 诈骗罪研究 [M]. 北京: 中国检察出版社, 2008.
- [2] 皮勇, 黄琰. 试论信息法益的刑罚保护 [J]. 广西大学学报: 哲学社会科学版, 2011 (1).
- [3] 葛磊. 电信诈骗罪立法问题研究 [J]. 河北法学, 2012 (2).
- [4] 陈家林, 汪雪城. 网络诈骗犯罪刑事责任的评价困境与刑法调适——以 100 个随机案例为切入 [J]. 政治与法律, 2017 (3).
- [5] 田腾飞. 电信诈骗犯罪的刑法规制与防范 [J]. 公民与法, 2015 (3).
- [6] 陈兴良. 刑罚目的新论 [J]. 华东政法学院学报, 2001 (3).
- [7] 张婷. 全国电信诈骗案每年增速达 20%~30% [EB/OL]. [2016-11-28]. <http://news.163.com/16/1128/10/C6UV6HT200014Q4P.html>.

(责任编辑: 李 伟 赵建蕊)