

伴随科技进步,利用技术漏洞实施的各种犯罪也随之出现,然而,如何认定利用技术漏洞等手段实施犯罪行为,实践中还存在较大分歧。近日,本刊与辽宁省盘锦市人民检察院共同邀请专家,结合典型案例对此问题进行了研讨。

以假身份证入网 利用技术漏洞牟利应如何处理

- 主持人: 张建升 (人民检察杂志社副主编)
- 特邀嘉宾: 屈学武 (中国社会科学院法学研究所研究员、博士生导师)
侯国云 (汕头大学法学院教授)
刘铁鹰 (盘锦市人民检察院检察长、全国检察业务专家)
吴喆 (辽宁省人民检察院纪检组长)
- 文稿统筹: 倪爱静 张仁秀 摄影: 杨汝泰



案情简介

犯罪嫌疑人李某从2005年6月开始在营口做电话Q吧生意(聊天台)。中国网通江苏省分公司为李某提供电话线路,按照45%的比例给李某提成。2007年12月上旬,李某发现用盘锦“小灵通”卡漫游到辽宁营口拨打自己的声讯台不存在欠费停机的现象。于是,李某来到盘锦市,用32张假身份证在网通营业部购买“小灵通”卡131张,价值1万元。李某将卡安装在131部“小灵通”

中,并将这些“小灵通”分别放在自己及Q吧服务员王某等人家中,昼夜拨打自己的声讯台。通话从2007年12月13日一直持续到2008年1月7日。2008年1月3日,营口网通公司发现通话异常情况,盘锦网通公司报案,盘锦市公安局在营口将二人抓获。

李某辩称,他误以为盘锦的“小灵通”漫游到营口,网通公司不停机就是自己不欠费。同时,用假身份证是为了能多买卡,但已经实际付出购卡的预存话费。盘锦网通本应欠费停机,却因故障没有及时停机,属于放任这种结果

北京市九洲律师事务所

电话:010-58650226/27/28/29
传真:010-58650230
网址: <http://www.jzlaw.cn>
E-mail: jjzhou@vip.163.com

中同律师事务所

主任:杨矿生 执行主任:顾新华
地址:北京市北三环中路甲29号华尊大厦A座18层 邮编:100029
电话:010-82011988/950/951/830
传真:010-82015986

北京市紫光达律师事务所

主任:倪泽仁(nzr.66law.cn)
电话:010-66503598 66503581
网址: www.zgd.cn
地址:北京市西城区后广平胡同38号国英公寓4E 邮编:100035

的发生,其行为属于不当得利,不应用刑法处罚。

中国网通辽宁省分公司支撑共享中心对 131 张卡所产生的话费出具鉴定,按照每分钟 0.3 元的通话费标准计算,共 100 万元。中国网通江苏省分公司依据协议中的收费标准和结算方式,应付给李某代理费用 8 万元。案发时费用尚未给付。

分歧意见

对李某的行为应如何定性,主要存在两种分歧意见:

第一种意见认为不构成犯罪。理由是:本案李某行为不完全符合诈骗罪的行为特征和构成的主客观条件,其主观恶性和行为社会危害性,未达到应受刑罚惩罚的严重程度,在本质上属于民法上的合同之债。

第二种意见认为构成诈骗罪。理由是:李某以虚假、冒用的身份证件办理入网手续并超常规使用小灵通电话,造成电信资费损失数额较大,应以诈骗罪定罪处罚。

主持人:今年年初,许霆利用银行 ATM 机故障恶意取款案引发了社会各界的热议。自此以后,一系列利用对方技术漏洞谋取个人利益的案件频现报端,其中隐含的深层法律问题备受关注。为此,人民检察杂志社与盘锦市人民检察院组织本次研讨会,选取了这样一个典型案例,希望各位嘉宾畅所欲言。

问题一:如何评价李某用假身份证购买小灵通卡的行为?李某行为是否符合诈骗罪的客观构成?该行为是犯罪预备行为还是实行行为?

主持人:《最高人民法院关于审理扰乱电信市场管理秩序案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》)第九条规定:“以虚假、冒用的身份证件办理入网手续并使用移动电话,造成电信资费损失数额较大的,依照刑法第二百六十六条的规定,以诈骗罪定罪处罚”。李某行为能否适用本解释调整?该行为是否符合诈骗罪的犯罪构成?

屈学武:李某的行为完全符合《解释》第九条的规定,应以诈骗罪定罪处罚。具体而言,李某购买假身份证的行为,属于诈骗犯罪的“预备”行为;其诈骗“实行”行为则由下列两项“自然意义”的行为合成:(1)虚构事实、致令对方作出错误的财产处分决定的行为。李某以虚构的身份,令“盘锦网通”信为真有其人,从而错误地同意为其开通小灵通服务。就李某而言,其之所以用 31 张假身份证入网,目的在于骗打电话后逃避追缴欠款。否则,如果李某使用的是真实的身份证,一般而言,其所欠话

费就很容易被追缴,行为人也就不大会大肆骗用巨额的电信资费。(2)非法“转换”本属电信部门独家掌控的小灵通漫游电话支配权的行为。李某在采用欺骗手法骗得入网许可后,在明知盘锦小灵通存在计费系统技术漏洞的情况下,昼夜不停地拨打了 26 天该漫游电话,致使其以 1 万多元的电信服务费用,非法获取了价值 100 多万元电信资费服务。从而,电信部门关于这 100 万元的电信服务支配权,也就被李某以欺骗入网并昼夜不停拨打计费系统有漏洞电话的手法,不法地转换为“自己”支配了。

吴喆:李某用假身份证购买小灵通卡,使电信部门不能真实掌握谁是小灵通的使用者,不便于欠费追索,是违反小灵通卡买卖规定的行为,具有一定的欺骗性。这一行为是为李某后来恶意欠费做准备的,是犯罪的预备行为,后续的恶意拨打声讯台造成电信部门巨额损失的行为是实行行为,符合《解释》第九条的相关规定。

刘铁鹰:尽管李某用假身份证入网确实具有一定的欺骗性,但另一方面,网通公司在售卡及开通小灵通业务时没有严格审查也是一个不容忽视的因素。李某持他人身份证(假身份证)购买小灵通卡时,盘锦网通并没有对李某所提供身份证的真实性做出审核就予开通,事实上是认可了李某用假身份证入网这一事实。因为通常情况下,实施预付话费制下的小灵通,用户提供身份证件真假与否与网通公司的营业利润是无关系的,只与用户的消费安全挂钩,网通公司对用户提供什么样的身份证通常不进行审查。如此,尽管本案李某存在所谓“虚构事实、隐瞒真相”行为,但网通公司并未受此虚构事实所欺骗,而是明知对方可能存在虚假因素仍自觉自愿接受,并开通小灵通业务,最终致合同成立,目的是促进网通公司的话费销售。因此,我认为本案李某行为不能适用《解释》第九条的观点。

侯国云:我赞同刘检察长的观点,李某行为不能以诈骗罪论处。《解释》出台于 2000 年,当时还没有话费预存业务,也没有“话费不足事先提醒、欠费就停机”的功能,实行的是先打电话后缴费的制度,所以要求用户购买手机时必须登记身份证号码,以防止打完电话之后又不交费,电话费无法追回现象的发生。所以,在当时情况下,对使用假身份证办理入网手续又拒绝缴费的行为以诈骗罪论处是正确的。随着电信技术不断改进,出现了需要预存话费的小灵通业务和欠费停机功能,因此,开通小灵通业务时的身份证登记制度,其形式意义就更大于实质意义,即使行为人使用假身份证开通小灵通业

务,由于小灵通实行的是预存话费制,在电信公司欠费停机功能正常的情况下,是不会造成任何损失的。

问题二:本案中李某行为指向的对象是什么?如何区分行为目的和动机?李某在主观方面是直接故意还是间接故意?

主持人:故意是认识因素与意志因素的有机统一,行为要成立故意犯罪,前提条件是对“行为会发生危害社会结果”的明知。本案中,行为人辩称“误以为不停机就是不欠费,这么做是为了提高业务量,并非直接占有话费,”其对行为社会危害性的认识因素如何(认识程度)?其对危害后果的意志因素如何?

屈学武:根据李某的一系列行为可得知本案之犯罪对象是针对网通提供的电信服务所产生的电信资费。

刑法中的“故意”都是相对于其“行为”所导致的“危害社会的结果”之意识和意志因素而言。就意识因素看,作为一个电话Q吧业务的经营者,李某显然明知其昼夜不停地拨打计费系统有漏洞的、欠费不停机的漫游电话,会导致电信部门巨额话费损失的“结果”,因而李某对其危害后果是有其认识的。再从意志因素看,无论是李某以众多的虚假身份入网的行为,还是其昼夜不停地拨打漫游电话的行为,实质都是“希望”在超出预付话费的情况下“无偿”地打电话。因而本案行为人对其行为会发生电信资费损失的结果,在意志因素上也是积极追求,其主观心态上应属直接故意。即,在超出预付话费的情况下,无偿拨打漫游电话。至于行为人辩解是为了“提高通话量、以实现继续经营”、“使其Q吧获得更多的利润分成”等,这都不是刑法意义的目的,而是致令行为人去追求“无偿拨打电话”目的的内在心理动因。

刘铁鹰:我认为,本案的犯罪对象是李某根据合作协议应得之“利润分成”而非“电信资费”。犯罪目的是犯罪行为追求的结果,本案李某行为追求的结果是:在其发现盘锦网通存在技术缺陷可以利用后,便利用其与江苏网通的合作协议,恶意拨打盘锦网通漫游电话,转给江苏网通受益,其本人则从江苏网通获利部分中得到个人的经济利益。因此,无偿拨打盘锦网通漫游电话,进而占有网通公司电信资费不是李某追求的目的,而是其实现目的的一个过程,或者说是一个手段;而通过上述手段获得利润分成才是李某所有行为的最终目的。因此,本案的犯罪对象是应得之回扣费,而不是网通之电话费;李某的犯罪目的是辗转获取利润分成,而不是直接占有话费。应当说,这种间接占有财物的行为方式与诈骗罪中一般要求行为人直接非法占有他人财物是有区别的。

吴喆:成立故意犯罪的前提条件是行为人对“会发生危害社会结果”有明知。本案中,虽然李某行为的目标指向并不是直接“骗取”网通公司话费,而是通过获取话费分成的方式辗转、间接地侵占话费,但是,其在主观方面是积极追求无偿享受网通公司电信服务——就认识因素而言,李某应当能够认识到昼夜拨打电话会造成网通公司巨额电信资费损失的必然性;就意志因素来讲,其虽然不是很迫切、很强烈的希望网通公司电话资费损失结果的发生,但是认识到损失结果必然发生却仍然实施昼夜拨打行为,说明非难可能性严重,应当说具有犯罪的直接故意。

问题三:如何评价对方错误对犯罪的影响?如何评价本案之因果关系?

主持人:本案中,行为人辩称“盘锦网通本应欠费停机,却因故障没有及时停机,属于放任这种结果的发生,其对话费属于不当得利”的观点应否得到支持?李某使用假身份证购买小灵通卡的行为,具有一定的欺骗性,但仅此购买行为尚不能造成对方电信资费损失。该行为与网通公司巨额电信资费损失之间是否存在因果关系?如果网通公司没有技术漏洞,李某行为就不可能造成对方巨额损失,如何理解对方错误对犯罪的影响?

刘铁鹰:诈骗罪的突出行为特征是“骗”,就是通过虚构事实或者隐瞒真相的方法欺骗被害人,使对方产生错误认识,从而“自愿”地交出财物,这种财物被犯罪分子非法占有、支配控制的状态,是犯罪分子制造假象行使“欺骗”手段的结果。本案中李某用假身份证购买“小灵通”电话卡的行为也有一定的欺骗性,但是,网通公司巨额电信资费损失的结果并不是李某用假身份证购买“小灵通”电话卡造成的,事实上,仅此购买行为尚不能造成网通公司电信资费损失,而是由于网通公司技术上的缺陷——在特定条件下出现了欠费不停机的状况造成的,也就是说任何人包括李某用在内,即使用真实身份证购买电话卡,在相同条件下也可以欠费继续使用电话。因此,李某用欺骗手段购买电话卡的行为与网通公司巨额电信资费损失这一结果之间没有必然的因果关系。

屈学武:没有盘锦网通公司的技术漏洞,李某之行为就不可能造成其巨额电信资费损失,李某因而不构成刑事犯罪的观点,颠倒了刑法上有关因果关系的条件与原因关系。首先从形式逻辑学的假言条件判断(以下简称假言推理)看,无Q则无P的假言推理表明:Q乃P的必要条件,然而必要条件推理的场合,虽然“无Q一定无P”,但“有Q未必有P”也是必要条件假言推理的重要特

性之一。将其置换为本案情节即是：一方面，在本案特情下，无盘锦网通的技术漏洞，就一定不会发生盘锦网通之巨额电信资费损失之后果；另一方面，并非一定会发生盘锦网通百万电信资费损失的结果。就此意义看，盘锦网通的技术漏洞，虽是导致其巨额损失必不可少的外在“条件”，但是，这一条件并不是结果发生的“充分”根据，因而它不能成为具有推动结果发生之内在根据的、有“原因力”作用的条件。

反过来看，倒是李某的行为恰恰符合充分条件假言推理的要求。李某之系列行为，与其所导致的网通巨额话费损失之结果间，具有刑法意义的因果关系。充分条件假言推理的公式表达为：如果 Q→则 P，其“中文表达式”为：“如果……则”，当然它也是有一定必要条件要求的。可见，在充分条件假言推理的逻辑结构中，如果 Q 就一定 P。将其置换为本案情况则为：如果李某骗得盘锦网通小灵通的电信使用权后，就昼夜不停地漫游拨打该电话 20 多天，则有技术漏洞的盘锦网通一定会遭致巨额电信资费损失。由此可见，李某的行为恰好符合形式逻辑学上的充分条件假言推理，行为因而属于对其危害结果之发生具有“充分”作用的“原因力”条件。换言之，李某的行为对于盘锦网通的损失结果之间具有刑法意义的因果关系，虽然该因果关系乃因一定“条件”引起。但是，这一条件仅能成为减轻行为人罪责的因素，不能成为阻却其责任的因素。因此，本案行为人是应当得利的辩解是不应支持的。

刘铁鹰：我认为，李某对通话资费，既不属于不当得利，也不属非法占有，而是民法上的合同之债。网通公司负责通话费消费管理，并以通知或停机方式向用户告知消费情况。用户在没有接到缴费通知的情况下，有权按照电信服务合同的约定使用网通公司指定的业务，拖欠通话费用是合同中用户的权利。电信用户与网通公司依据合同拖欠通话资费的行，在法律没有规定为犯罪的情况下，合同之债并不因数额巨大而发生犯罪性质的转化。

侯国云：本案一个不容忽视的细节是，李某之所以打这么多电话，是电信部门的技术漏洞引起的，并不是李某故意采用技术手段造成的。李某主观上确实存在占便宜心理并在此心理驱使下实施一系列故意行为，但网通公司的技术疏漏不是李某故意制造的，网通公司因技术疏漏而获得的超额利润也是不应受到法律完全保护的。不能不管网通公司是否有过错，不利后果都由消费者单方承担。

问题四：何谓“违法性认识”？李某是否存在违法性

的认识错误？其是否认识到自己行为的违反了刑法的禁止性规范？

主持人：根据主客观相统一原则的要求，行为人主观上违法性认识的缺乏，是有责性的阻却要素。本案中，李某对其行为会损害到网通公司的话费应当是有认识的，但其对自己行为会违反刑法的禁止性规范（即行为的现实违法性）是否有认识？李某是否认识到自己行为的法益侵害性？

屈学武：就刑法的实然规定看，刑法上的“故意”仅仅是相对于明知自己的行为“会发生危害社会的结果”而言，据此，就一般意义看，刑法上有关“认识因素”的要求，也应当止于“明知自己的行为会发生危害社会的结果”。对有学者提出的“违法性认识必要说”的观点，我认为，违法性认识之必要说，仅仅发生于分则含违法性要求的场合。然而，对照我国刑法分则的规定可见，此类“违法性认识”之“必要”情况，多发生在行政犯的场合。对多数自然犯罪包括诈骗罪，刑法分则并无违法性认识之特别要求。据此，按照刑法总则第十四条和分则第二百六十六条的规定，行为人只要明知其行为会发生危害社会的结果即可。而如上所述，作为专营 Q 吧业务的李某理所当然地知道自己的行为会发生危害社会的结果，因而李某在主观要件上，已经符合故意犯罪的相应规定。

吴喆：根据主客观相统一原则的要求，行为人主观上违法性认识的缺乏，是有责性的阻却要素。本案中，李某对其行为会损害到网通公司的话费应当是有认识的，对其行为的违法性也应当有一定的认识，他试图规避法律，利用假身份证入网逃避法律制裁的行为就足以证明这一点。但其对自己行为会违反刑法的禁止性规范（即行为的现实违法性）不一定有准确的认识。“违法性认识”不要求行为人完全知道其行为违反哪一条法律，应当如何处罚，只要他有一个概括性认识就可以推定他具有违法性认识，即使李某可能认识有偏差，只知道违法，不一定知道该行为是犯罪，也能够认定李某具有违法性认识。

问题五：李某行为是否具有严重的社会危害性和应受刑罚惩罚性？本案若构成犯罪，犯罪数额是多少？属于犯罪既遂还是未遂？

主持人：根据我国刑法第二百六十六条规定，数额既是构成诈骗罪的要件，也是对犯罪人量刑的主要依据之一。本案中，李某拨打声讯台所产生的话费是 100 万元，而给网通公司造成的实际损失是 30 万，李某的应得回扣收入为 8 万余元。李某行为若构成犯罪，犯罪数额

是多少?是犯罪既遂还是未遂?

刘铁鹰:从行为危害结果看,李某行为不具有刑事可罚性,不需要动用刑罚手段进行调整。从经济层面讲,所谓李某行为所造成的100万元电信资费损失,其绝大部分是网通公司的利润,这里盘锦网通应得收益70万元,江苏网通应得收益20多万元,加上李某应得分成8万元,这构成本案损害结果的主要部分。其余部分譬如李某恶意通话过程中盘锦网通的运营成本、江苏网通的线路占用成本,一则很难准确计算,二来也是微乎其微,如果把网通公司自身技术缺陷和管理漏洞因素考虑进来,这样的结果统统由李某承担责任有失公平。至于他通过路旁小广告购买32个假身份证的行为,属于妨害正常社会管理的行为,但也没有达到需要动用刑罚予以惩罚的程度。

屈学武:本案中,李某在骗得盘锦小灵通入网许可后,立即着手实施转换他人财产支配权、为自己“取财”的行为,直接导致了电信部门100万元电信资费损失的结果,可见本案李某行为已构成诈骗犯罪既遂。鉴于本案的犯罪对象原本为“电信资费”而非“回扣”,而小灵通乃为预付性服务,因而其应当预付的金额是多少,其犯罪数额就是多少。至于其可能从江苏电信部门获得的8万元Q吧回扣费,这既不是行为人实施诈骗盘锦网通的直接目的(而是犯罪动机),也并非其作案对象,因而,其回扣之得失,与本罪之犯罪成立及其数额认定无关,只在量刑轻重上有一定影响。

吴喆:认定通讯类诈骗罪既遂、未遂标准应以行为人是否享受到电信部门的服务为标准,享受到的数额为既遂数额。本案中,李某拨打声讯台所产生的话费100万元已经产生,直接侵害的数额应视为100万,属犯罪既遂;至于给网通公司造成的实际损失多少,是网通公司内部经营核算问题,不是犯罪所侵害的直接标的,不能以李某应得8万元回扣收入尚没有结算就视为犯罪未遂。

问题六:如何把握刑法的谦抑性原则?本案应如何处理?

主持人:本案若对李某以诈骗电信资费100万元定罪量刑,则处刑至少会在十年以上,势必造成罪刑严重失衡。那么,实践中应如何把握罪刑相适应原则?如何理解刑法的谦抑性原则?本案应如何处理?

侯国云:本案李某的主观恶性和行为社会危害性,未达到应受刑罚惩罚的严重程度,倘若动用刑罚手段单方追究本身就处于弱势的消费者责任,不仅显失公平,

也不会收到良好的社会效果和法律效果。而且,李某行为是由网通公司技术漏洞引起的,也是可以通过技术改进方法杜绝的。刑法具有最后手段性、谦抑性和补充性,当以刑罚之外之法律手段亦能防止不法行为时,则应避免适用刑罚。因此我认为,本案不应定李某定罪。

刘铁鹰:如前所述,李某用欺骗手段购买电话卡的行为与网通公司巨额电信资费损失这一结果之间没有必然的因果关系,其行为不完全符合诈骗犯罪行为特征和构成的主客观条件,在本质上属于民法上的合同之债。所以,以《解释》追究李某诈骗罪刑事责任不是严格意义上的罪刑法定,而是用“最相类似”条款追究其刑事责任;不是适用,而是套用。现代刑法对犯罪行为给予刑罚惩治,其目的不是对这种危害社会的行为的简单报复,而是通过刑罚惩治的警戒作用达到制止犯罪,控制社会,进而达到预防犯罪的目的。正是出于此种目的的需要,在刑法制定和适用中要遵循刑法的谦抑性原则,而刑法谦抑性原则的基本涵义就是当一种行为用其它社会规范和调整手段进行调整不足以有效制止该行为再次、普遍性地发生时,才应当考虑动用刑罚的手段予以制止。本案李某行为的结果完全是利用了被害方自身技术缺陷和管理上的漏洞才得以实现的,只要网通公司及时解决技术上的缺陷,加强管理,李某恶意使用他人电话资费从中获利就完全没有可能。既然制止这种行为只需要付出如此低的社会成本,那么对李某行为动用刑罚手段进行调整也就不具有控制社会的普遍意义了。

屈学武:刑法的谦抑性刑事政策首先应贯彻于刑事立法领域,其次是刑事司法、执法领域。然而,在刑事司法领域,当其行为已经为刑法所规制之际,刑法之谦抑性,就只能适用于行为临界于刑法第十三条但书所规定的可入罪、可出罪之场合;抑或,当其行为符合刑法第三十七条的规定,对行为人可适用“有罪免罚”之场合。否则,如行为人之行为已经具备严重的社会危害性,应受惩罚性,且刑法已经将其规定为犯罪行为时,就不得再以“刑法的谦抑性”为由,除却犯罪人之罪行或者有罪免罚。

吴喆:犯罪构成是认定犯罪的法律标准。本案不存在有责性阻却事由,应按照《解释》第九条规定以诈骗罪定罪处罚。电信部门存在过错,可以成为适用特殊减轻的根据。本案可以报请最高法院适用特殊减轻程序,在法定刑以下量刑。

主持人:谢谢各位嘉宾参与今天的讨论。