

数字时代诈骗犯罪认定探微

屈学武*

内容提要：数字时代的诈骗犯罪多利用数字故障作案并可将数字终端——“机器”作为诈骗的对象；其诈骗标的除“财物”外还包括财产性利益。在危害行为与危害结果的因果关系上，数字失误多为“法可容许的风险”，并为危害结果的“条件”而非“原因”，因而它不能阻却特定的危害行为与结果间的因果关系。个别场合，即便数字失误导致了“法不可容许的风险”，也属“多因一果”——故意损害他人财产法益者仍应承担相应犯罪的刑事责任。考量诈骗犯罪的“占有目的”时，应以能够支配某标的物作为“占有”的构成要件；数字时代的诈骗犯多为“机会犯”，据此，在适用刑法分则相关法条对其量刑之际，应同时适用刑法总则的特殊减轻处罚规定。

关键词：数字时代 诈骗犯罪 因果关系 经典罪例

引言：数字时代及其经典罪例概述

据报载，波士顿咨询集团最近的一份研究报告称，中国消费者已经成为世界领先的移动通信、即时通讯以及 Web2.0 服务的使用者，〔1〕中国将成为全球数字巨人。21 世纪以来，我国正日益迈入数字化时代。

所谓数字化，原本包括技术、文化、管理、娱乐等方方面面的数字化，例如数字刷卡机、数字视频、数字电视、数字电话、数字图书、数字音乐、数字教育、数字出版、数字广告等。但是，囿于本文命题需要，本文所指数字化，主要指工作环境、特别是面对公众服务的经营管理方面的数字化。即以互联网的无限联接传输为平台基础，以 PC 机为其基本运作设备，并以数字视频采集及其他各类数字终端器具的大规模采用为其基本工作手段的经营管理或运作环境。这种环境下，无论是接受、发送还是转换有关指令，都是通过 0 和 1 数字串构成的“数字流”并经一定终端（如计算机、POS 机、有关单位的特定工作机甚至 3G 手机等）来传递和实现的。

* 中国社会科学院法学研究所研究员。

〔1〕 Web2.0 是相对于 Web1.0 而言的历史概念。在 Web2.0 中，Web 已由一个单纯的互联网阅读平台，变成可读可写、可编程、可执行的 Web 应用。据此，在 Web2.0 中，每一个互联网阅读者、使用者，又可成为信息源。因而，Web2.0 平台囊括了人们经常使用的许多服务，如博客、播客、拍客、威客、维客、掘客、路客、换客、拼客、P2P 下载、社区分享服务等。总体看，Web2.0 就是以 Flickr、43Things.com 等网站为代表，以 Blog、TAG、SNS、RSS、wiki 等社会软件的应用为核心，依据六度分隔、xml、ajax 等新理论和技术实现的互动式的互联网新模式。

在此数字环境下,有关数字终端对相关信息的处理单位,已从既往的百万、千万字节,跃变为MB(兆)、GB(千兆)、TB(千千兆)字节。有专家预测,目前国人对数字化信息的展望,已不满足于GB、TB级别了,而是进一步地拟将其推进到超高的PB、EB甚至ZB、YB之上。^{〔2〕}

由此可见,在高科技的数字时代,不仅国家、社会管理高度依赖于以有关终端及其运作软件为平台的数字化管理技术;市场经济特别是从事商品及其服务的经营者,更需仰仗数字化管理来提高其工作效率。

然而,数字化的经营管理在节省社会资源、降低工作成本的同时,也难以避免高科技时代的数字技术特别是计算上的失误及其他瑕疵,这一点,无论从“有数字瑕疵的金融机构的ATM机盗出人民币17万元”的许霆案、还是本文行将讨论的案例中,人们都可“窥一斑而见全豹”。请先看以下案例:

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,通话费为每分钟6分钱,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”卡漫游到营口拨打自己的声讯台不会发生欠费停机的现象。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。李某将卡安装在131部“小灵通”中,并将这些“小灵通”分别放在自己及电话Q吧服务员王某等人家中,昼夜拨打李某的声讯台。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,盘锦网通公司报案,盘锦市公安局在营口将二人抓获。

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,按照国家物价局核准的、每分钟0.3元的通话费标准计算,共100万元。按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,江苏网通应因此“漫游通话”付给李某代理费用8万元,案发时费用尚未给付。

中国网通盘锦分公司对大量透支话费但不停机找出两点技术原因:一是盘锦地区“小灵通”软交换业务平台为UT-starcom,与营口网通的“中兴”业务平台在实现漫游后,未能实现无缝连接,^{〔3〕}无法实现实时停机处理;二是营口交换机上传话单路径配置有问题,导致漫游话单未能正确传递给辽宁省分公司联机采集服务器后传递给盘锦公司。

针对以上案情,有学者(包括本人)与刑法实务工作者参与讨论并点评了本案,争议较大。主要观点为:(1)本案行为人并未使用“诈骗”手法,机器也难以成为诈骗的对象,本案行为人还欠缺“非法占有目的”,行为因而不能成立犯罪。盘锦网通所受损失,应属民法上的“合同之债”。(2)电信服务本属看不见、摸不着、没有实物投入的“虚无”财物,不能成为诈骗的标的物,本案因而不能成立诈骗犯罪。(3)本案属于利用电信部门自己失误所造成的数字技术上的较大漏洞而实现的不花钱的白消费,此类技术失误杜绝后,不会再发生类似案件。据此,根据刑法的谦抑性原则,不宜作为犯罪处理。(4)本案行为完全符合最高人民法院《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》第9条之规定,应定性为诈骗罪。^{〔4〕}

综观上述案情及其点评可见,在初步进入数字化时代的中国,完全沿用既往的、传统的解释法来诠释关涉数字错误的有关财产犯罪特别是诈骗犯罪的行为方式、行为与结果间的因果关系、诈骗对象与诈骗标的、“非法占有目的”等犯罪构成要件内容,实在难以理清有关诈骗犯罪之罪与非罪、此罪与彼罪的界限。本文拟结合上述案例,采取“形而下”与“形而上”相结合的理论解析法,就有关问题提出一己之见。

〔2〕 参见唐雷:《谈数字化社会文化的出现》, <http://zhidao.baidu.com/question/7073900.html?fr=qrl>。

〔3〕 “无缝连接”是指能够实时处理的数字业务平台间的相互连接,简单地说就是指无瑕疵、无漏洞的实时数字业务连接。

〔4〕 参见屈学武、刘铁庸、侯国云等:《以假身份证入网利用技术漏洞牟利应如何处理》,《人民检察》2008年第12期。

一、数字时代诈骗犯罪特征探究

(一) 诈骗方式特征：利用数字故障行骗

利用数字故障行骗，是数字时代诈骗犯罪的行为方式之一。按照《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）第266条的规定，“诈骗公私财物，数额较大的”构成诈骗罪。可见，我国现行刑法典并未就诈骗犯罪的行为方式做出叙明罪状式的具体规定。

1. 传统的“欺诈”行为释义

传统观点认为，诈骗罪的构造是：“行为人实施欺骗行为——被害人产生处分财产的认识错误——被害人基于认识错误处分财产——行为人（或使第三者）取得财物——被害人遭受财产损失。”〔5〕可见，就行为人一方而言，其行为方式主要表现为：欺诈与取财（包括财产性利益）。

然而，如何理解这里之“欺诈”？就此，《德国刑法典》通过第263~265条b等多个法条做了较为明确的规定。例如，该法第263条针对普通诈骗行为做了较为具体的描述，即“意图为自己或第三人获得不法财产利益，以欺诈、歪曲或隐瞒事实的方法，使他人陷于错误之中，因而损害其财产的”，构成普通诈骗罪。对此，我国刑法学界通常将其具体诠释为：刑法上的“欺诈”是指虚构事实或者隐瞒事实真相的行为。其中，虚构事实，通常采取“作为”方式。如本案行为人采取的、在假证贩子手中买来32张完全“虚无之人”的假身份证、〔6〕并持此假身份证件到盘锦网通营业部申请小灵通入网许可的行为，即属“虚构事实”型的、表现为“作为”方式的传统意义的“欺诈”行为。隐瞒事实真相则以“不作为”方式居多。如本案行为人明知从盘锦漫游到营口的小灵通卡不存在欠费停机的现象，却故意“隐瞒”了这一关键事实，以令自己没完没了地拨打小灵通电话。此即表现为“不作为”方式的欺诈。

具体而言，李某采取了将卡安装在131部“小灵通”中，并将这些“小灵通”分别放在自己及电话Q吧服务员王某等人家中，昼夜拨打李某自己的声讯台的方式来非法骗取财产性利益。“通话从2007年12月13日一直持续到2008年1月7日”，测算一下可知，按照电信部门通行的每分钟0.3元的通话费标准计算，同时拨打131部电话的场合，每分钟将耗资39.3元。鉴于其131张小灵通卡之总值仅仅1万元，则在其同时拨打131部电话的情况下，其仅仅有权拨打254分钟电话、约4个多小时。行为人却拨打了37440分钟、约624小时之久，合计损耗电信资费100多万元。

然而，对此超时37100分钟以上的无偿拨打电话行为，是否被害人在受骗后仿佛“自愿”地交付财产的结果？实践中有争议。须知，正常情况下，预付话费有无余额，能否继续消费？消费者自己固然可以通过专门的电信服务热线查询；但电信部门内载的数字系统终端——机器也能判定。而且，在无故障、无余额的场合，该终端还能帮助实现实时停机。而今，由于机器失灵未能实现实时停机，这种情况下，本案还符合被害人在受骗后错误地处分财产（或财产性利益）的要件规定性吗？特别是，有观点还认为，有漏洞的软硬件与智能上有瑕疵的“人”总归不一样，无论如何，笨人可以（甚至常常）成为被诈骗的对象，而有漏洞的软硬件合成的数字终端能成为诈骗的对象吗？简言之，机器能成立为诈骗罪的对象吗？

2. 机器可否成立数字诈骗的对象

按照国内外传统观点，“机器是不能被骗的，即机器不可能成为诈骗罪与金融诈骗罪中的受骗

〔5〕 张明楷：《外国刑法纲要》，清华大学出版社1999年版，第637页。

〔6〕 关于在路边假证贩子处购得32张身份证，系完全虚无之“人”的纯粹假身份证的事实，以及后文述及的行为人之自述、自称等内容，均为有关案情介绍者在现场提供的后续案情。

者。”〔7〕然而，在有关数字终端愈来愈成为数字化时代经营者向消费者提供商品或商品服务之辅助“执行人”的今天，传统观点已经愈来愈无立足之地。不少学者认为“这种观念未必不可改变”，因为当今的事实已然表明“机器是可以被骗的，因为机器是代为人从事某些特定业务的，骗机器实际上也就是骗人”。〔8〕有关专家还从民商法角度支持了这一主张，认为“在现代生活中，已经出现了由机器代行交易的情形，也就是由机器代行商业辅助人的角色”，因而，“机器代行交易时也可能被欺骗。例如，用假币在自动贩卖机上购物，机器未能识别假币而成就交易，就属于机器受骗的情形。再如，用非法复制的借记卡在柜员机上成功取款，也属于机器受骗的情形”，因而，“机器受骗的实质就是其所有人受骗”。〔9〕

除上述学理见解外，某些国家或者地区之刑法典还就机器受骗问题做了明确的诈骗犯罪规定。例如按照《德国刑法典》第 265a 条的规定，“意图无偿地骗取”而在自动售货机中投入类似硬币的金属片或以虚假或无效的电话卡/交通卡骗得“自动售货机中的货物”/“使用电话或者交通工具”等行为，都构成特定的诈骗犯罪。此外，《奥地利刑法典》、我国《澳门刑法典》等也分别对诸如此类的、以机器为直接诈骗对象的诈骗犯罪行为做了规定。如《奥地利刑法典》第 149 条所规定的“支付骗取罪”、我国《澳门刑法典》第 213 条所规定的资讯诈骗罪，等等。

综上所述，现代社会中，当有关数字终端在事实上充当着特定交易或者经营者之执行人的场合，由于机器系统难免出现软、硬件系统的漏洞，因而，在一时难以辨识或者核实相对人发来指令的真实性、有效性的场合，不排除机器“受骗”的情形。为此，本文十分赞同上述“机器受骗的实质是背后的‘所有人’在受骗”的观点。在此前提下，至少从形式意义看，一桩数字诈骗案在受骗对象上可能发生下述任何情况：（1）受骗的对象仅仅是人；（2）受骗的对象仅仅是机器；〔10〕（3）受骗对象既包括人也含机器。

尽管如此，对本案，本文的立场却是：本案之受骗对象仅仅是人，不含机器。有关具体理由，将在下文详解。

3. 本案与诈骗犯罪的符合性检视——对高法扰乱电信管理秩序案件“解释”的法理评析

最高人民法院 2000 年 5 月 12 日发布的《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 9 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 266 条的规定，以诈骗罪定罪处罚”。根据《解释》规定来检视李某的行为，可见：

首先，本案符合《解释》要求的“以虚假的身份证件办理入网手续并使用移动电话”的条件。因为：李某在得知特定地点之间的漫游电话欠费停机系统已不工作后，特地在假证贩子处购买了虚假的“身份证”，并且他正是以此 32 张完全虚假的身份证来骗得电信部门之入网许可的。对此，有观点认为“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”。〔11〕对此，本文的观点是：电信不是公安，其不具有甄别身份证真假的手段与设备，也不负有侦查他人身份之职责义务。因而，就一般情况而言，电信方面仅能凭申请人有无身份证之形式要件来考量其是否予以入网许可。而实践中，要求电信部门去逐一甄别该 32 张乃至所有申请人身份证之真伪，也是不现实的。这也是上述《解释》第 9 条仅仅要求“以虚假的身份证件办理入网手续”、并不过问被害人一方是否真的“受骗”的基本缘由之一。

其次，李某的行为符合《解释》所要求的“使用移动电话”的特征。在骗得电信部门的网络支

〔7〕 张明楷：《许霆案的定罪与量刑》，《人民法院报》2008 年 4 月 1 日第 5 版。

〔8〕 阮齐林、黎宏等：《利用 ATM 机故障恶意取款应如何处理》，《人民检察》2008 年第 4 期。

〔9〕 陈甦：《失灵柜员机取款案的民法分析》，中国法学网，<http://www.iolaw.org.cn/showarticle.asp?id=2251>。

〔10〕 指从形式意义看，诈骗行为的直接对象是“机器”，即这里不包括实质意义上的、机器背后的人。

〔11〕 参见前引〔4〕，屈学武等文。

配权后,李某又同时“使用”了131部能在全省范围内漫游拨打电话的小灵通。而此类小灵通,本质上亦属C网(CDMA制式)、G网(GSM制式)之外的固网移动电话。

最后,李某的行为大大超过了《解释》所要求的“造成电信资费损失数额较大”的入罪标准。李某以其连续26天昼夜不停地拨打盘锦网通的、有漏洞的小灵通漫游号码的行为,导致了电信部门损失电信资费100万元的严重危害后果。可见,其不仅“造成电信资费损失数额较大”、简直是损失巨大。其行为因而完全符合我国《刑法》第266条的规定,理应以诈骗罪定罪处罚。

具体而言,李某在路摊上多次购买假身份证的行为,应属诈骗犯罪的“预备”行为,而其诈骗“实行”行为则由下述多项行为合成:

第一,虚构事实并隐瞒网通小灵通在特定地区欠费不停机的真相,致令对方产生错误认识、并作出错误的财产处分决定的行为。本案中,李某以其虚假的32个“人”的身份去电信部门请求“入网许可”的行为,便是其“着手”实施诈骗犯罪的“实行”行为的开始;而入网之际,他又隐瞒真情不报的行为可谓其诈骗实行行为的继续。

当地电信部门正是基于受骗后的系列错误认识:错误地以为行为人真的是想令自己的131张小灵通卡获得入网许可、并会按其预付之大致额度拨打电话;错误地以为现实生活中真有这么活生生的32个“人”、因而即便超支,也可及时追回欠款;还错误地以为单位有着欠费即停机的正常工作系统等——正是基于诸此多多的错误认识,电信部门才最终错误地处分了其电信服务支配权——仿佛“自愿地”将有关131张小灵通卡的小灵通服务支配权“交付”给了行为人。由此可见,本案中,产生错误认识并错误地处分财产者乃为网通营业部有关人员而非机器。

论及至此,有人很可能驳斥上述“隐瞒真相”说太过牵强:明明是电信部门自己导致了欠费不停机,购卡人有何“告知”义务?对此,本文的回答是:首先,本案行为人是先知情、后去买卡的。在此前提下,倘若行为人知情而无白打电话的故意,就该在入网申请时,如实告知电信部门人工通知其停机;抑或作为业内人士,他也可在初略测算后、在打足话费或者略微超支时,自己主动停机。然而实情却是:行为人知情却仍有让对方“停机”的决意,^[12]据此,“告知”义务便产生。因为作为业内人士,李某心知肚明:惟有如实告知真相,自己方才可能通过电信部门的补救措施或人工通知方式实现实时停机。而现实中,李某却一直隐瞒真情不报不说,还以其4小时的电信资费一气拨打了624小时的电话,一直至案发为止。

第二,非法转移本属电信部门独家掌控的小灵通漫游电话支配权并获取非法利益的行为。诈骗罪的行为人除了要以虚构的事实骗取对方信任以外,还得“取财”,即获取财产或财产性利益。

如上所述,传统意义的诈骗,是被害人在受骗的场合,仿佛“自愿地”将有关财产支配权利“交付”行为人。本案其实也是这样,盘锦网通在产生错误认识后,错误地转移了网通有关电信服务支配权,即令李某获得了小灵通入网许可。其直接结果是令李某骗购到131张小灵通卡,总计10000元。这样,假如李某就按其预付的1万元电信资费拨打电话的话,即便因为盘锦网通的漏洞令其超支拨打若干数额的电话,只要其不是“故意”的,则其虽然具有欺诈入网的行为,仍未触犯刑法。然而李某在采用欺骗手法骗得入网许可后、竟在明知盘锦小灵通存在计费系统技术漏洞的情况下,无休无止地拨打该漫游电话。从而,李某也就以此欺骗手法,将价值百万余元电信资费的电信服务支配权不法地转移给“自己”了。

对此,还有观点认为,上述《解释》第9条的规定,是在电信“还没有什么漏洞”的情况下制定的,因而不应用于本案情况。对此,笔者的回答是:其一,《解释》出台于2000年,当时电信部门的移动电话正处于模拟电话与数字电话、后付费电话与预付费电话并行发展时代,特别是预付费电话,起步还只有几年,而作为新兴的高科技产业,无论是软件还是硬件配套设置上,都不可避

[12] 这一点,可从其入网后,即同时以131部小灵通手机没完没了地拨打该漫游电话直到案发时止为证。

免地会存在（绝不输于现在的）数字漏洞。因而，所谓高法司法解释出台之际，电信部门还没有什么漏洞的提法不能成立。更何况，迄今为止，高法并未对该《解释》第9条的适用情况，设置过任何“受限”性条件规定。

（二）诈骗标的特征：财物及财产性利益

诈骗标的即诈骗罪的侵害对象。对此，鉴于我国《刑法》第266条明确规定“诈骗公私财物，数额较大的”构成诈骗罪。可见，我国刑法上的诈骗标的物为公私“财物”。

所谓财物，一般认为其既包括资财、也包括物品。其中“物品”通常表现为实物形态；资财则既可表现为实物形态、也可表现为非实物形态的财产性资源。例如，电力、煤气等即为非实物形态的财物，其也可成为诈骗罪、盗窃罪的对象。

但是，通说认为，盗窃的标的物应限定为动产，尽管高法曾经出台过“盗窃的公私财物，包括电力、煤气、天然气等”之司法解释，^{〔13〕}但盗窃的标的物仍然难以包括不动产或者某些表现为商品服务形式的财产性利益。由是，实践中虽然时见“支付性诈骗”案件，却未见“支付性盗窃”案件发生。

诈骗罪则恰恰相反，就各国刑事立法例看，诈骗的标的物并不排除不动产；此外除财物外，诈骗之标的还可包括财产性利益。所谓财产性利益，狭义而言，它仅指财物以外的有其财产价值属性的利益。此类利益既可表现为积极利益，也可表现为消极利益。积极利益是指取得权益之类的、能增加经济价值的利益；消极利益则是指免除债务之类的、因减少财产损失而产生的利益。^{〔14〕}而诸此财产性利益，在当今数字化时代，更多地表现为有关经营性服务所产生的利益。

所谓经营性服务，是指依法取得经营资格的经营者的，以盈利为目的，利用其技术、知识、信息、劳务、场所、设施等向消费者提供服务以收取费用的行为。例如有关电信服务、信息服务、咨询服务、中介服务、律师代理服务等。这些服务显然无以成为盗窃案的标的，却可以成立为诈骗案的标的。惟其如此，德国、瑞士、奥地利等大陆法系国家，才在其诈骗类犯罪中明确规定：意图为自己或第三人获得不法财产利益或意图非法获利而行骗者，构成该类犯罪，^{〔15〕}而对盗窃罪，这些国家则采用了盗窃“他人的动产”一词，以示二罪在侵害对象上的区别。

但我国刑法上的规定却不然。按照我国《刑法》第264条的规定，盗窃罪的侵害对象与诈骗罪的对象均是“公私财物”。由是，至少从字面上看，二罪在犯罪对象规定性上并无区别。这一点，可以说正是我国刑法在诸此财产犯罪规定上失诸于罪状描述过于笼统之所在。

论及至此，有人可能反诘：既然财产性利益是指“财物以外”的有其财产价值属性的利益，而我国《刑法》上的诈骗标的物规定却限于“财物”本身，这是否意味着我国刑法上之诈骗标的就不包括财产性利益呢？对此，本文的回答是否定的。这是因为：

首先，从学理上看，根据我国刑事立法的本旨及其《刑法》第13条的犯罪定义规定可见，要确保数额较大的“国有财产或者劳动群众集体所有的财产”、确保“公民私人所有的财产”不至于“合法地”被套入犯罪分子的腰包，理当对诈骗犯罪之“财物”做出广义解释，即这里所谓财物，除资财与物品外，还应包括财产性利益。当然，即便是“广义”，在此也是有其限度的。对此，本文赞同下述观点，即“财产性利益必须能够以一定数额的金钱计算，具有经济价值”为限；“利用

〔13〕 参见最高人民法院1997年11月4日发布的《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第1条第（三）款的规定。

〔14〕 参见刘明祥：《财产罪比较研究》，中国政法大学出版社2001版，第38页。

〔15〕 德国、奥地利、瑞士、日本等国，都在事实上将诈骗犯罪设置成了“类犯罪”，起码可谓二级类犯罪。其往往由普通诈骗罪与多个特定的诈骗“个罪”构成。如《奥地利联邦共和国刑法典》上的诈骗类犯罪除普通诈骗罪外，还包括严重的诈骗罪、职业性诈骗罪、诈骗性数据处理滥用罪、支付的骗取罪、因贫困而诈骗罪、保险滥用罪等。

骗取的财物的再生经济利益不是此处所说的财产性利益”。〔16〕

其次，从司法解释的规定性上看，如上所述，最高人民法院关于扰乱电信市场管理秩序案件的司法《解释》第9条已经明确：“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266条的规定，以诈骗罪定罪处罚”。照此看，人们或可说司法解释上其实已经确认“财产性利益”可成立为诈骗罪的侵害对象了。当然，从法律规定的严谨性、周延性上讲，刑法修改之际，还有必要将此内容正式纳入《刑法》第266条的罪状之中。即：宜将现行《刑法》第266条修改为“诈骗公私财物及财产性利益，折合数额较大的”，构成诈骗犯罪。〔17〕

二、数字失误能否阻却危害行为与危害结果的因果关系

本文所指“数字失误”，主要指软件编程人员在编制有关数字终端之应用程序的过程中、难免发生的数据计算错误或软件设计漏洞等情况。可见，此类失误乃属非故意性“失误”；而且，除非故意为之或者严重不负责任，多数情况下，此类失误还属编程过程中难免发生的失误。

显而易见的是：编程上的错误，会导致数据操作的失败，进而造成人们发布指令无效。另一方面，虽无编程上的数据“错误”，但软件设计有其“漏洞”的场合，也容易导致数据访问失常或数据传输（因遭致他人或者病毒的截获或修改而）失败。

因而，当含有数据失误的数字应用程序之运作终端面向社会并服务于公众时，问题便会产生。众所周知的许霆案中，银行的ATM机就是通过数字操作系统来接受和回应指令的。然而，在其数据程序或者传输有其失误的场合，银行的ATM机竟然发生了取1000元人民币、仅扣1元钱的怪事。不仅如此，此前、之后还发生了多起类似案例，如曲靖版、昆明版、宁波版的“许霆案”，等等。

针对诸此案例，国内刑法学术界、实务界乃至一般社会公众中，都出现了罪与非罪、此罪与彼罪的争议，当然更多的争议集中在量刑畸重上。这当中，在不同罪名的争议中，学人之间起码在以下方面达致了共识：其一，此类行为都涉嫌触犯有关侵犯财产法益的犯罪，如盗窃罪、诈骗罪、侵占罪等；其二，均承认案情与数字计算或者传输上的失误有关，准确地说，即其与数字技术支持的应用系统出现运作或者传输上的“故障”有关。为此，某种意义上，人们甚或可以说，没有诸此数字失误，就没有此类案件的发生。

那么，有关数字失误能够阻却相关危害行为对其危害结果的因果关系吗？换言之，在有数据失误的场合，究竟是数字失误还是危害行为是产生危害结果的原因？对此，本文的立场是：就一般意义看，数字失误不能阻却有关危害行为与危害结果间的因果关系。主要理由是：

（一）发生于数字系统的“失误”实为危害结果的“条件”而非“原因”

无论是许霆案，还是针对本文研讨的案例，都有观点认为，没有银行ATM机或者盘锦网通的数字漏洞，就没有相关危害结果的发生，行为人因而不当承负刑事责任。这样一来，导致危害结果的“原因”似乎不是实施了特定盗窃或者诈骗犯行的行为人而是数字漏洞或者数字错误。

对此，本文的观点是：一方面我们认可某种意义上看，“没有诸此数字失误，就没有此类案件发生”的观点；另一方面，我们坚持：即便是“无此即无彼”，这种场合，数字失误也仅仅是有关危害结果的条件，而非原因。因而，它纵然可以减轻引发此类危害结果发生的行为人的刑事责任，却不能阻却其刑事责任。这是因为：

〔16〕 林淑蓉：《合同诈骗罪的对象问题之探讨》，《华商》2008年第7期。

〔17〕 当然，出于维系刑法典的稳定性考量，也可通过立法或司法解释的方式，将“财物”解释为包括财产性利益，从而令其一体适用于所有的普通诈骗犯罪案件。

1. “无此即无彼”者只能推导出“此”为“彼”形成的必要条件而非充分条件

形式逻辑之“无Q则无P”的假言推理表明：Q乃P的“必要条件”。但“必要条件”的场合，无Q虽然一定无P，但“有Q却也未必有P”——这也是必要条件假言推理的重要特性之一。本案情节正是如此：一方面，在本案特情下，无盘锦网通的技术漏洞，就一定不会发生本案之损失后果；另一方面，仅有盘锦网通之数字漏洞，没有人为了的欺骗性操作，盘锦网通也不会遭致如此巨额损失。由此可见，盘锦网通的数字漏洞，只是致其遭受巨额损失的必不可少的外在“条件”，但因“有其漏洞也未必会发生上述巨额损失”，因而其漏洞所形成的“条件”并非结果发生之“充分”根据——不是“充分根据”，它就不能成为对结果发生有其内在根据的、有其原因力的条件。有鉴于此，盘锦网通的技术漏洞，不可能成为导致网通巨额电信资费损失的刑法意义的“原因”。〔18〕

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，因而李某之系列行为，与其所导致的网通巨额话费损失结果之间，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”。实践中，最常见的例子有“如果物体摩擦，则会生热”。这当中，“物体摩擦”乃“生热”的充分条件而非必要条件。也就是说，只要物体摩擦，一定会生热。虽然它也有其“必要”条件要求，例如摩擦着的物体周遭环境温度需在绝对0度K°以上，否则分子会停止运动，摩擦也不会生热。将其“如果……则”公式置换为本案情节即为：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，则有其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，恰恰是李某的行为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决定作用力的条件。换言之，李某的行为乃是盘锦网通遭致巨额损失的充分根据，行为与结果因而具有刑法意义的因果关系，尽管该因果关系也以一定“条件”（即盘锦网通的数字漏洞）为外因。但此一“外因条件”仅能成为减轻行为人罪责的因素，不能成为阻却责任的要素。这一点，也如任何一个行为人都不能以受害人自身“疏于防范”为借口去损害他人的合法权益一样。〔19〕更何况，根据我国民法、刑法的相关规定，实践中，即使被害人自身疏于防范，就是被害人乃为相对愚笨的傻子抑或为不满16周岁的限制民事行为能力人等，行为人都不得以“被害人自己蠢笨”、未能很好防范为“借口”去行骗（或者行盗）他人，因而骗花、骗用骗（盗）得他人财产数额较大、触犯刑律者，仍然构成相关犯罪。

2. 有关犯罪原因与条件的刑法学分析

国内外刑法学界关于刑法因果关系的理论，林林总总算下来至少有10余种。围绕此一议题，国内刑法学界已聚讼多年，但迄今为止，大陆法系的“相当因果关系说”仍为德国、日本等大陆法系国家包括国内多数刑法学者首肯的观点。

相当因果关系说是相对于“条件说”、“原因说”的因果关系论。条件说的基本观点是：凡可能发生结果的“一切条件”均为结果发生的原因，惟其如此，“条件说”又被称之为“全条件等同说”。〔20〕也就是说，所有的条件 = 原因。可见，条件说在事实上泯灭了“条件”与“原因”的界限，无限地扩大了应负刑事责任的范围，殊不可取。“原因说”又称为“原因条件区别说”。认为

〔18〕 从刑法意义看，笔者较为赞同后文行将论证到的“适当条件说（又称相当因果关系说）”。据此，虽然“必要条件”与“充分条件”在形式逻辑学上均谓之“条件”，但从刑法视角看，“充分条件”正是具有原因力作用的“适当条件”。而根据“适当条件说”，在所有的条件中，惟有“适当条件”能成立为引起结果发生的“原因”。

〔19〕 此一推理，也适用于许霆案。有鉴于此，银行之ATM机发生了数字故障，仅为导致银行现金损失之“条件”，而非“原因”，导致损失的“原因”仍在行为人许霆的盗窃犯罪行为。

〔20〕 参见〔德〕汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社2001年版，第341页以下。

一切可能发生结果的事实，都应当区分原因与条件：条件永远是条件，不可能转化成原因。^{〔21〕}按照这种观点，对“结果”之发生具有“充分”作用力的其他所有“条件”都难保不被剔除于“原因”层面之外。据此，此说又逆向地缩小了应负刑事责任的范围，仍不可取。

相当因果关系说。又称适当条件说。顾名思义，并非所有的条件都等同于原因；也非所有的条件都不能转化为原因，而是当其条件“适当”时，该条件可以成立为导致结果发生的原因。而适当与否的评价机理在于：凡属发生结果的条件要成立为原因，必须与其结果间有相当的关系，该一“条件”方为适当条件，从而才有可能被评价为导致危害结果发生的、刑法意义的原因，行为与结果间也才有刑法上的因果关系。^{〔22〕}

然而，在相当因果关系说之中，如何理解这里的“相当性”仍有争议。学界有主观说、客观说和折衷说三种不同主张。^{〔23〕}简单地说，主观说是相对于行为人本人而言，指以行为人本人能否（或应否）认识到其行为会发生相应的危害结果为标准。^{〔24〕}例如当胸一拳打去会致人死亡的后果，如行为人主观上根本认识不到，则条件（即“当胸一拳”行为）与结果间没有相当性，该条件因而不能成立为发生危害结果的原因。反之，如其能够认识到，则行为与结果间有相当性，行为因而成立为导致结果发生的原因。客观说则是相对于社会上一般人的认识水平而言，即以客观的、社会上一般人的认识水平能否认识到行为会发生相应的危害后果为标准。即如当胸一拳朝老髦年高之人打去、很可能招致老者非死即伤的后果，此后果如一般人能够认识到，行为人就该认识到。据此，无论行为人本人是否真的认识到，行为均与后果间有相当性，行为因而成立为其危害结果发生的原因。

折衷说是折衷于主观说与客观说之间的观点。“折衷”论者认为，“主观说”过于强调主观，有时可能失诸刑法的公允。特别是领悟力愈高、认识能力愈强者，就愈易于遭致刑罚的惩罚。另一方面，过于强调“客观说”也可能有失公允于智商低于常人者。因为尽管常人都能认识到某一行为会发生特定的危害后果，但该一相对“迟钝”之人就是认识不到，而按照“客观”论，大家能够认识，他/她就该认识，刑法因而定要确认其“行为”所生发的“条件”与危害结果间有“相当性”，该一“条件”因而也就转化成了犯罪“原因”。

可见，主客观说均有其有失公允之处，独有折衷说能扬长避短，相对公平公正地确认行为与结果间有无相当性。当然，即便持此折衷说，也难以做到完完全全的“中庸”。因为折衷说本身也存在以主观说为主或以客观说为主的折衷说。对此，本文较为赞同以客观说为主的“折衷”说来认定有无“相当性”。据称，今日之日本也较通行此类“折衷说”，而“在这种情况下，因果关系被分成了两个层次来考虑：第一层次是根据条件说确定事实因果关系；第二层次是根据相当说确定法律因果关系”。^{〔25〕}

借此考量法来分析本案可见：其一，根据条件说，既然所有的条件 = 原因，条件即原因，而本案行为人之行为起码是促成危害结果发生的条件之一，则本案李某之行为，也理所当然地与盘锦网通之巨额电信资费损失结果之间具有事实上的因果关系。其二，根据相当因果关系说中的折衷论来分析，本案李某之行为与其结果间有其相当性，李某的行为与结果间因而存在刑事法律上的因果关系。

具体而言，根据上述“折衷说”可见，社会上任何一般人——即便其不属于电信企业之“圈

〔21〕 参见张灏编：《中国刑法理论与实用》，台北三民书局1980年版，第116页。

〔22〕 参见前引〔20〕，耶赛克等书，第3350页以下。

〔23〕 参见〔日〕野村稔：《刑法总论》，全理其、何力译，法律出版社2001年版，第133页以下。

〔24〕 括号中的“应否”认识，是相对于过失犯罪的相当性而言。鉴于本文研讨的对象仅在诈骗犯罪，因而这里之“能否认识”只是相对于故意犯而言。但因过失犯罪之过失行为与结果间也存在有无刑法意义的因果关系问题，因而过失行为与危害结果间也存在有无相当性问题。

〔25〕 陈兴良：《从归因到归责：客观归责理论研究》，《法学研究》2006年第2期。

内”人士，都很难称其不知道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危害“结果”。再结合李某本人之主观情况看，如上所述，李某乃是专营Q吧的业内人士，就此角度看，他可不是一个纯粹的电信企业“圈外”之人，他因而更是不发生“不知道”（其行为会导致网通巨额电信资费损失）的问题。除非他是一个限制民事行为能力人。退一步说，就算他心怀侥幸地“误以为”不停机就代表他本人不欠费，那也只能误以为到电信部门因而不能追回其花销的巨额话费，但这显然不代表一个圈内人士还不知道电信部门将因之遭致巨额电信资费损失的后果。恰恰相反，作为一名专营Q吧的从业人员，他完全知道：任何一条漫游电信之传输，都是由众多人等共同加功进行电信传输服务、设备服务、漫游服务、维护服务到结算服务完成的。由是，它固然有其利润收入，更需要大宗资金投入和成本支出。

（二）此类数字失误多属“法可容许的风险”而非“法不可容许的风险”

对上述结论，有人可能质疑：难道导致数字失误的“责任人员”之责任行为与特定的危害结果之间就无“相当性”吗？如其有，该一数字失误是否能够阻却行为人之危害行为与结果间的因果关系呢？此一问题，实则牵涉到诸此数字失误，究属法可容许的风险还是不可容许的风险问题，需要逐一梳理。

1. 法可容许的风险与不可容许的风险

所谓法可容许的风险，是指在现有经济技术及生活条件下，某种程度的风险属于日常生活中的普通情况，^{〔26〕}换言之，人们在参与或从事现代化的社会生活、工作的过程中，在着眼于正常而高效率的生活、工作的同时，不可避免地会承担某些（自然灾害以外的）意外或者失败性风险。对此，根据行为的社会效用性、合理性及其不可避免性，在法益遭致侵害的场合，也于一定范围内为法律所容许。^{〔27〕}例如行驶在高速公路上的司机就无须考虑“步行者会突然窜到车道中央”；^{〔28〕}而长期从事高科技实验者，更会碰到形形色色的、难以避免的失败风险。

而所谓法不可容许的风险，对故意犯而言，它“更多地表现在行为是否为法所禁止之上。一种故意行为只要被法所禁止，其所造成的风险必然是法所不允许的，因而应予归责。而过失犯中的法不可容许的风险则应当根据注意义务是否得以遵守加以判断，在没有遵守注意义务的情况下造成的风险，就是法不可容许的风险”。^{〔29〕}

2. 数字失误多为难以避免的“法可容许的风险”

数字时代的数据传输或运算（即编程）上的失误，实为高科技时代社会人难免付出的风险性代价。因而，除非蓄意制造风险或者未能遵循一般性的编程或设计规则，否则，有关数字漏洞与数字错误的产生，乃与“人无完人、金无足赤”的道理一样——它总会因循科技时代的发展而“与时俱进”地产生着，无法杜绝。这正如美国的微软公司已开发其著名计算机操作系统“视窗”（Windows）多年，可时至今日，它仍然没完没了、且“一如既往”地在产生着形形色色的操作系统的“漏洞”、“故障”一样，这无法避免；另一方面，鉴于附着着风险的行为本身往往蕴含着更高更强的实用价值性、社会效用性，因而为其支付一定风险性代价也是合理的，法当容许。就本案看，在引发本案的原因中，“无缝连接”实际是两种交换平台之间是否完全“兼容”的问题；“路径配置”则是数据编程有无“瑕疵”的问题。而无论是软件间的“兼容”、还是软件编程问题，在非故意（捣鬼）或者未能遵守一般编程规则的场合，二者都属高科技条件下数据计算或者传输方面的难以避免的风险，在性质上还当将此风险划归为“法可允许的风险”。

〔26〕 参见前引〔20〕，耶赛克等书，第694页。

〔27〕 参见马克昌：《比较刑法原理》，武汉大学出版社2002年版，第253页。

〔28〕 前引〔20〕，耶赛克等书，第695页。

〔29〕 前引〔25〕，陈兴良文。

更进一步说,从整个数字电信网络行业看,众所周知,电信行业已从过去的模拟电话迈步到今天的数字电话时代;从先期的“后付费”电话拓展到如今的“预付费”与“后付费”电话并行的年代。今天,伴随着移动电话的进一步升级,如随着3G网移动电话及其他更具灵活性的小灵通“升级产品”的问世,面对着诸多复杂的多媒体与移动电话的“捆绑”运行,各类移动电话的计费系统、方法等,更免不了会出现这样、那样的软件、硬件上的漏洞,这原本在高科技事物发展的情理之中。

然而,近年来,随着五花八门的“数字案件”的曝光,有学者认为,引发诸此数字漏洞案件的“原因”仅为企业被害人自身的“技术漏洞所引起”,这“是可以通过技术改进方法杜绝的”。〔30〕因其可以杜绝,这样的案件就不可能再发生,因而针对诸如此类的案件,就毋须动用刑法来调控。

对此“理想”性观点,笔者不敢苟同。这是因为:高科技产业之开发和创新,总是与设计 and 计算上的失误、失算乃至滞后相联系的。因而所谓只要高科技企业永恒地“杜绝”所有技术漏洞、此类行为就会成为“孤案”、刑法因而毋须介入的想法,既不符合发展中之事物总是利弊相伴的二分法哲学发展观,也不符合辩证逻辑之基本推理。惟其如此,法律才“并不禁止风险,因为风险与利益同在,没有风险也就没有利益,否则,就没有社会发展。”〔31〕

3. 根据刑法上的客观归责原则,引起法可容许风险者,不可归责

客观归责理论,于上个世纪70年代初由德国洛克辛(Claus Roxin)教授创立。而今,该理论已获得德国、日本等多国刑法学界的普遍认同。根据该理论,客观归责原则由以下三个判断标准构成,即:制造了法不容许的风险、实现了法不容许的风险性结果、这个结果为构成要件效力范围所及。〔32〕

反向看,此一理论实际上也很好地解决了排除刑事可责性的情况。也就是说,根据该理论,只要人们所致风险并非人为“制造”的风险、更非“法不容许的风险”,有关责任人等即无刑事责任可言。

(三) 即便一方导致了“法不容许的风险”,也不能阻却故意损害他人财产法益者之刑责

风险,理所当然地是相对于过错、过失行为而言。换言之,风险的场合,都不发生故意导致风险的问题。据此,本文的立场是:即便是责任人引发了“法不可允许的风险”,只要其不是故意为之,则该风险仍然不能阻却故意损害他人财产法益者的刑事责任。根据“各负其责”的原理,责任人等自负其行政责任或者有关过失犯之刑事责任;故意损害他人财产法益者,仍然构成相关刑事犯罪。

再以本文讨论的案件为例。退一步讲,就算本文所讨论的数字失误实属“法不允许的风险”、有关责任人等因而应负有关行政或者刑事责任,此情仍然不能阻却故意损害他人财产法益者的刑事责任,而当各负其责。

例如,假定本案所致风险原本可以避免、假定只是由于被害人(盘锦或者其软硬件协作单位)方面没有谨遵编程或其他规则甚至严重违反了有关业务人员之“注意”义务,从而过失地“制造”出了法所不容许的风险。这种情况下,根据客观归责原则,被害人自身可能涉嫌触犯《刑法》相关过失犯罪,如涉嫌触犯《刑法》第167条所规定的签订、履行合同失职被骗罪、《刑法》第168条第1款所规定的国有公司人员失职罪等罪名。〔33〕

然而,被害人自身构成相关过失犯罪,是因为其严重违反了相关注意义务,制造了法不容许的风险,从而导致了特定的构成要件后果。但是,这未必能够阻却故意损害他人财产法益者的刑事责

〔30〕 参见前引〔4〕,屈学武等文。

〔31〕 前引〔25〕,陈兴良文。

〔32〕 参见〔德〕洛克辛:《客观归责理论》,许玉秀译,台湾《政大法学评论》第50期。

〔33〕 根据2000年5月最高人民法院颁发的有关审理扰乱电信市场管理秩序案件的《解释》第6条之规定,“国有电信企业的工作人员,由于严重不负责任或者滥用职权,造成国有电信企业破产或者严重损失,致使国家利益遭受重大损失的,依照刑法第168条的规定定罪处罚”。而经全国人大常委会颁发的《刑法修正案(二)》第2条修改过的本条内容为:“国有公司、企业的工作人员,由于严重不负责任或者滥用职权,造成国有公司、企业破产或者严重损失,致使国家利益遭受重大损失的,处3年以下有期徒刑或者拘役;致使国家利益遭受特别重大损失的,处3年以上7年以下有期徒刑”。

任。这是因为：“漏洞”毕竟是静态的，其本身绝不可能导致巨额损失后果，惟有人工“作用”于该漏洞，才能导致特定损失。因而此类损失，实出于“多因一果”。其“因”分别为：（1）责任人所致法不容许的风险；（2）行为人所施诈骗行为。这种前后相继实施的多种行为与一个危害结果间的因果关系，在刑法理论上谓之“相继型复杂因果关系”。

由此可见，借被害人之“疏忽大意”来行骗或行盗且数额较大者，依然存在刑法上的可非难性，应予刑事法律上的否定性评价。不同者，只是在此“多因一果”的情况下，前者之刑事责任是过失的、后者是故意的，因而前者所构成者只是相关过失犯罪，后者构成的却是故意犯罪，如诈骗罪、盗窃罪等。

值得强调的是，对类似案例，也有观点认为，动用民法即可解决，不定罪更符合刑法的谦抑性原则。对此，本文的立场是：此类观点实在是刑法谦抑性原则要义的误读。

刑法的谦抑性又称刑法的补充性，是指适用刑法无效或者适用刑法与民法、经济法、其他行政法等效时，则宁可动用民法、经济法而毋须动用刑法。显然，这一刑事政策可贯彻于刑事立法、司法、执法领域。

然而，在刑事司法领域，当某一行为已经被刑法规制为犯罪行为之际，刑法之谦抑性，就仅仅适用于下述任意场合了：（1）行为临界于《刑法》第13条的但书规定时。即其行为既可入罪、也可出罪的场合。这时，检察官、法官可根据刑法的谦抑性原则，对某些可以出罪的案件做出不予起诉或者无罪判决的处理。（2）行为符合《刑法》第37条之规定、对行为人可以适用“有罪免罚”的场合。此时，法官可根据刑法的谦抑性原则，对业已构成犯罪、但“犯罪情节轻微”的被告人仅做非刑罚方法之处分宣告。（3）刑法有特别规定的场合。^{〔34〕}

否则，如其行为已经具备严重的社会危害性、应受惩罚性且已为刑法规制为犯罪行为时，司法机关就不得再以“刑法的谦抑性”为由，除却犯罪人之罪行或者有罪免罚，不然，仍属“有法不依”。更何况，本案危害数额巨大，绝非“犯罪情节轻微”者；其情更不可能归于可入罪、可出罪之临界点。因而，对本案，无法提起适用刑法谦抑性原则的问题。^{〔35〕}

三、关于诈骗犯罪主观要件的法理评析

关于诈骗犯罪的主观要件，《德国刑法典》第263条的规定是“意图为自己或第三人获得不法财产利益”的；瑞士与奥地利刑法则规定为“以使自己或第三人非法获利为目的”；俄罗斯、日本、包括我国刑法采取的是简单罪状的立法方式，即刑法上并未就诈骗犯罪之目的做出明确规定。但在我国，刑法解释论上，通说主张以“非法占有目的”作为诈骗罪之犯罪目的，据此，作为“目的犯”的诈骗犯罪在犯罪性质上，当然属于直接故意犯罪。

然而，何谓刑法上的“占有”？各国在立法用语与学说观点上也是各不相同。例如，在类似“占有”概念的使用上，德国刑法采用“支配”即“Gewahrsam”一词，以有别于德国民法上的“占有”（Besitz）。日本刑法则直接谓之为不法“占有”；我国台湾刑法则谓之为不法“所有”，但其判例与学说上仍有其内涵与外延上各不相同的诠释。总体看，大陆法系国家就此问题所持主张大

〔34〕 例如新近正在讨论的《中华人民共和国刑法修正案（七）》第3条第四款明文规定：“有本条第一款行为，经税务机关依法下达追缴通知后，补缴应纳税款，缴纳滞纳金，并且接受行政处罚的，不予追究刑事责任”。此一规定，也是刑事立法上在适用刑法谦抑性原则。

〔35〕 有学人还提出了本案行为人应属欠缺守法期待可能性而作案，故而，因其欠缺责任故意，理应阻却其刑事责任。对此主张，我们不敢苟同。简单地讲，乃因“守法期待不能”所以能令刑法为其洒下“同情”之泪，最根本的还在于它与社会公德或人之自保品性是同质同向的，所以才情既可原、法也当可恕。但像本案行为人这样肆意损人肥己的做法，其情也不可原，法也不可恕，因而本案不发生“守法期待不能”的问题。

致如下：(1)“管有说”，主张无论是他人还是自有之物，只要其实际处于行为人“管有”范围之内，即可谓之“占有”。(2)“事实及法律上支配说”，主张只要行为人在事实上或法律上处于可支配某标的物的状态，即可成立“占有”，因而通过存单、仓单、提单等法律手段的支配，也构成占有。(3)“事实上支配说”，认为惟有在事实上能够支配某标的物，才构成占有。但对此第三说，也出现了针对“事实支配”理解上的差异。一说为单纯的事实支配观点；另说认为，法律支配“不过是事实上支配的法律化而已”。可见后说实已接近上述第二说。(4)支配说，主张刑法上“占有”的要旨还在于支配要素的存在。因而只要能够支配某标的物，就构成刑法上的“占有”。〔36〕

分析上述各项主张可见，上述第(4)说与第(2)说和第(3)说中的非纯粹事实支配说，并无实质意义上的差别。因为支配说所涵盖者不外乎事实上的支配与法律上的支配，不同者仅在称谓上的概括与具体而已。而上述第(1)说，则不免有失于形式逻辑学上的“同语反复”。因为“管有”很难释定“占有”——如此解释显然失之于解释论上的过于抽象与雷同，令人难以了然。加之，就字面意义看，无论是国内传统意义的“占有”还是有学者所主张的“管有”，其实都无法解决在占(管)有与操控相脱离的情况之下、特定财产之“非民事占有人”也可通过转移有关支配权来攫取他人财产或损害他人财产性利益的问题。有鉴于此，本人较为赞同上述第(4)说的观点，主张以非法转移或者转换有关支配权利来诠释刑法上的“非法占有”。

以此“支配说”进一步分析本案可见，本案行为人的确存在非法转移有关支配权利的确定目的。〔37〕理由是：(1)行为人在已知特定地区的小灵通漫游电话停机系统存在故障的情况下，才去假证贩子处购买假身份证并去电信部门虚假入网的。(2)行为人本为专营Q吧的业内人士，他理所当然地知道，若同时拨打131部漫游电话，其话费仅够拨打数小时。而他仍不惜为这数小时的“通话”去“大动干戈”，弄来131台小灵通手机，这岂不是从另一侧面暴露了行为人企图以此131部手机来没完没了地“白打电话”的真面目吗？(3)对本案之李某而言，其之所以用31张假身份证入网，目的正在骗打电话后可逃避追缴欠款。否则，假如真像李某所辩称的“用假身份证是为了多买卡”的话，则其既然可以雇用多名人力以同时开通131部小灵通去昼夜不停地拨打电话26天，又如何不能从其众多佣工中抽出31张真实身份证来“多买卡”呢？反言之，如果李某使用的是真实的身份证，一般而言，在很容易追缴其所欠话费的情况下，行为人也就不骗用那么巨额的电信资费了。退一步讲，假如果真用真实身份证件骗用了大笔电信资费，行为性质也只能是民事侵权而非刑事诈骗，因为使用真实身份入网之事实表明：行为人一开初就没有打完电话即逃之夭夭诈骗他人的犯意。可见，身份的真假，对本案之定性事关重大。

至于行为人自称这么做是为了“提高通话量、以实现继续经营”、也是为“使其所经营的Q吧获得更多的利润分成”等等说辞——这都不是刑法意义的“目的”，而是致令行为人去追求“白打巨额电话”目的之后的内在心理动因而已。因为刑法上的犯罪目的，乃指行为人欲图借助其危害行为所要达到的外在危害后果；而刑法上的犯罪动机，则是指驱使行为人去追求某一外在危害结果的内在心理动因。因而，同种犯罪，犯罪的外在目的相同，内在动因未必相同。例如同样是杀人：图财杀人者，犯罪目的是“杀人”，犯罪动机是“图财”；湮灭罪证杀人者的犯罪目的也是“杀人”，动机却是“湮灭罪证”；报复杀人犯的犯罪目的还是“杀人”，动机却是“报复”，等等。

在诈骗罪的主观要件上，还有观点认为，由于李某并不明知利用电信漏洞白打电话的行为违法，故其欠缺违法性认识，因而不能成立诈骗之故意。其欠费行为应属民法上的“合同之债”。〔38〕

〔36〕 参见陈朴生：《论侵占罪之持有关系》，载蔡墩铭主编：《刑法分则论文选辑》（下），台湾五南图书出版公司1984年版，第759页以下。

〔37〕 本案中，所谓“非法转移盘锦网通电信服务支配权利的目的”，就是行为人具有非法“白打巨额电话的目的”。

〔38〕 参见前引〔4〕，屈学武等文。

对此,本文的观点是,一方面,根据现行刑法的实然规定,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,笔者认为,从一般意义看,此类观点目前仍限于“应然”角度而非刑法的“实然”规定。而这里所谓“一般”,是相对于“特殊”而言。个人认为,违法性认识之必要说,仅仅发生于刑法分则含违法性特别规制的场合。例如《刑法》第399条就对构成徇私枉法罪,设置了行为人务必明知自己的行为是在枉法的特别规定,有鉴于此,行为人务必对自己的行为“违法”有所认识才能成立该罪。然而,对照我国刑法分则的特别规定可见,此类“违法性认识”之“必要”情况,多规制于行政犯罪之中。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规制。据此,按照《刑法》总则第14条和分则第266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,作为圈内人士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。

至于民法上的合同之债,于本案很难“对号入座”。这是因为:其一,本案行为人采用了32张虚假身份证办理入网手续,违反了法律的强制性规定,也当属于“从行为开始起就没有法律约束力”的无效合同;其二,退一万步讲,即便本案存在“有效”合同,李某所购者仍为“预付费”而非“后付费”电话卡,因而它也不可能发生因合同约定而可“赊欠通话费用”的问题,赊欠绝非“合同中用户的权利”。〔39〕据此,既是所谓“合同”中并无任何“赊欠”债务的约定,“合同之债”也就无从谈起。

当然,这样分析,并不排除本案的确存在民事损害与索赔的问题。实际上,一桩案件、特别是人身伤害或侵犯财产类案件,其既涉嫌刑事犯罪、又涉及民事赔偿问题,非常正常。但无论如何,本案虽有其民事损害赔偿问题,也是因其欺诈行为所致无效合同所产生的损害赔偿问题,与合同之债完全无关。

余论:对数字时代“机会犯”的量刑原则

机会犯,全称机会犯罪人,是由德国犯罪学家李斯特和阿谢芬伯格(Aschaffenburg)最先设立的犯罪人类型,指因一时之环境际遇引诱偶发犯意并实施犯罪活动者。广义的机会犯还包括瞬间犯和冲动犯。值得强调的是,既然这里之“机会犯”是以引发犯罪的直接“原因”作为犯罪人分型标准的,这一称谓显然属于狭义的犯罪学概念,而非狭义的刑法学概念。

数字时代的机会犯,则属针对数字漏洞或者数字错误作案的机会犯。为此,一方面,它乃因数字漏洞或者数字错误所致“天赐良机”诱发犯意;另一方面,此类机会犯又非广义的机会犯,即其并不是瞬间犯、冲动犯,而是深思熟虑的犯罪结果。例如许霆案、曲靖版、昆明版的“许霆案”乃至本案等,都属机会犯罪。与凭空产生犯意、自创机会以实现其犯罪目的的蓄谋犯相比,机会犯自有其主观恶性和人身危险性程度上的很大不同。

但是,“机会犯”与“警察圈套”下的犯罪也有主观恶性上的极大不同。在警察圈套的情况下,犯罪机会是警察故意设定的,因而,在美国某些州,被告人可以“警察圈套”为由做合法辩护。〔40〕而机会犯之犯罪“机会”是非故意性的——多由不良的人机环境所致;也可能基于社会或者被害人一方之疏忽大意遭致了犯罪机会。这当中,如上所述,倘若被害人之“疏忽”导致了法不容许的风险,责任人可能构成相关过失犯罪,自当追究其相应的刑事责任。然而,无论被害人本身

〔39〕 同上文。

〔40〕 参见储槐植:《美国刑法》(第二版),北京大学出版社1996年版,第130页以下。

是该负行政责任、民事责任还是刑事责任；也无论其责任程度多大，只要其不是“故意”提供犯罪机会，都不能阻却“机会犯罪人”之故意损害他人财产法益的刑事责任。

但是，从量刑视角看，鉴于我国刑法奉行的是罪责刑相适应的量刑原则，即其既非单纯的“罪与果”之间的刑罚均衡；也非单纯的“罪与行为人”之间的刑罚均衡，而是根据二者的辩证统一来衡量行为人刑事责任的大小，从而确定刑罚的轻重。^{〔41〕}换言之，刑罚应与犯罪行为的“应受谴责性”相均衡，而行为的应受谴责性是主客观的统一。基于此，即便行为所导致的客观损害相当严重，也不代表行为人的主观恶性必然很大。

而数字时代的机会犯，从客观损害角度看，因其往往利用了高科技条件下的数据失误犯罪，所致财产或者财产性利益损害数额往往巨大。^{〔42〕}但是，与一般的“蓄谋犯”相比，“机会犯”的主观恶性却相对小得多，这是因为：（1）蓄谋犯乃凭空萌发犯意，机会犯之犯意启发则肇因于一定“机会”，有一定偶发性；（2）不期而遇的天赐“良机”也在事实上降低了行为人在无机可趁的情况下“再犯”的可能性，从而，其人身危险性也相对较小。据此，“机会”将在事实上降低刑法规范对行为人的非难程度。

再者，一般而言，在通过数字失误实施犯罪的场合，其犯罪手段大都较为单一且极易得手——这也是数字时代机会犯之重要犯罪学特征。诚如本案，行为人虽然骗用了巨额电信资费，但高科技条件下的作案令其极易得手，因而比之于连续犯或者经过惯骗、惯盗、甚而到处流窜作案方才骗花骗用骗得巨款的行为人而言，本案所导致的（损害数额以外的）社会危害性也较小。加之，除了骗打百万元电话以外，本人其实分文未得。因而，对此类犯罪，如果仅按相关刑法分则条文量刑，很可能发生量刑畸重的情况。何况，“法有限而情无穷”的事实，也致《刑法》的确不可能通过一个个的分则特殊犯罪构成规定，将其400多种犯罪所含的五花八门的犯情，都配置出完全得当的法定刑或处断刑来。惟其如此，《刑法》第63条才做出了补救性的、特殊的减轻处罚规定。据此，从一般意义看，对此类利用数字漏洞作案的机会犯，宜掌握在适用《刑法》相关法条之际，同时适用《刑法》第63条第2款特殊减轻处罚规定的原则，^{〔43〕}以便法官能够根据我国刑法上的罪责刑相适应原则，配置出量刑均衡的刑罚裁决来。

〔41〕 详见屈学武：《非法买卖爆炸物罪的定罪与量刑》，《中国案例指导》2006年第1辑，法律出版社2006年版。

〔42〕 本案之犯罪对象，亦即其作案对象明显是冲着盘锦网通（在不明真相的情况下为其）提供的电信服务所产生的电信资费而来。鉴于高法关于电信市场管理秩序案件之《解释》第9条明文规定“造成电信资费损失数额较大的”为构成本罪的起刑点，因而本文主张，在“数额较大”考量上，应以上述《解释》规定的“电信资费”损失数额作为量定罪与非罪的标准；而在衡量“数额加重犯”之际，即在适用《刑法》第266条第二、第三量刑幅度、裁量行为是否构成“数额巨大”或“特别巨大”之际，考虑到被害人一方确有其失查、失误之过，故此时宜以被害人一方所致实际“损害”为准。即：宜于刨除被害人一方所得利润、仅以其所耗实际成本来判断行为人诈骗数额是“巨大”还是“特别巨大”。例如，本文所讨论的案例中，据称，其“给盘锦网通造成的实际损失为30万元”（参见前引〔4〕，屈学武等文），则司法上，宜以此30万元作为认定其构成该“数额特别巨大”的量刑基准。因为根据高法1996年发布的有关诈骗罪之司法解释，“数额较大”的起刑点为2000元以上；“数额巨大”的起点为3万元以上；“数额特别巨大”的起点则为20万元以上。

〔43〕 正是基于此一立场，最高人民法院在2008年8月20日下达了关于核准广东省高级人民法院（2008）粤高法刑一终字第170号、维持第一审以盗窃罪在法定刑以下判处被告人许霆有期徒刑5年，并处罚金人民币2万元的刑事裁定书。