



中国海洋大学
OCEAN UNIVERSITY OF CHINA

硕士学位论文

MASTER DISSERTATION

论文题目: 中韩电信诈骗犯罪刑事立法比较研究

英文题目: A Comparative Study on Criminal Legislation of
Telecommunication Crime in China and Korea

作者: KIM GYUM(金谦)

指导教师: 于阜民

学位类别: 全日制学术型学位

专业名称: 刑法学

研究方向: 中国刑法学



2017 年 5 月 21 日

谨以此论文献给我求学道路上的良师益友

——金谦

中韩电信诈骗犯罪刑事立法比较研究

学位论文答辩日期: 2017.5.21

指导教师签字: 万学军

答辩委员会成员签字: 董和平

李响

任东江

彭华

马爱杰

独 创 声 明

本人声明所呈交的学位论文是本人在导师指导下进行的研究工作及取得的
研究成果。据我所知，除了文中特别加以标注和致谢的地方外，论文中不包含其
他人已经发表或撰写过的研究成果，也不包含未获得
(注：如没有其他需要特别声明的，本栏可空)或其他教育机构的学位或证书使
用过的材料。与我一同工作的同志对本研究所做的任何贡献均已在论文中作了明
确的说明并表示谢意。

学位论文作者签名：^{KIM GYUM}金谦 签字日期：2017 年 6 月 14 日

学位论文授权使用授权书

本学位论文作者完全了解国家有关保留、使用学位论文的法律、法规和学校
有关规定，并同意以下事项：

- 1、学校有权保留并向国家有关部门或机构送交本学位论文的复印件和磁盘，
允许论文被查阅和借阅；
 - 2、学校可以将本学位论文的全部或部分内容编入学校学位论文数据库进行
检索，可以采用影印、缩印或扫描等复制手段保存、汇编本学位论文；
 - 3、学校可以基于教学及科研需要合理使用本学位论文。
- 需保密的学位论文在解密后适用本授权书。

学位论文作者签名：^{KIM GYUM}金谦

导师签字：

签字日期：2017 年 6 月 14 日

签字日期：

2017 年 6 月 14 日

中韩电信诈骗犯罪刑事立法比较研究

摘要

电信诈骗犯罪是随信息通讯技术进步而产生的一种新型犯罪。围绕着这种犯罪现已形成了一条完整的灰黑色产业链。打击预防电信诈骗犯罪不能仅盯着最终实施诈骗行为的犯罪人，应该着眼全过程，将为电信诈骗犯罪提供外围支持的所有关联行为尽可能的纳入刑法的规制范围之内，从源头上根治电信诈骗违法犯罪，切断其利益链条。中韩两国现均面临着严峻的电信诈骗犯罪形势，两国也不约而同的选择通过不断更新刑事法律规定来应对这种形势。中韩两国同受大陆法系立法例影响，同时又毗邻相望，在围绕电信诈骗犯罪的刑事立法方面有很多共同之处，但也存在些许差异。笔者在此围绕两国的刑事立法进行比较分析，以期能够通过刑事立法层面的相互借鉴、取长补短，就完善两国刑事立法，实现对于电信诈骗犯罪的更有力打击提出意见和建议。

本文主体分为五部分内容。第一部分是关于电信诈骗犯罪的概况，主要分析电信诈骗犯罪的概念、特征和种类；第二部分是对中韩两国电信诈骗犯罪及其关联犯罪罪名设置的梳理，比较两国在罪名设置上有何不同；第三部分着重分析中韩两国电信诈骗犯罪及其关联犯罪的构成特征，分析比较两国犯罪构成上的差异；第四部分是对中韩两国电信诈骗犯罪及其关联犯罪刑罚体系的研究，对比分析两国在自由刑、财产刑和资格刑的适用方面有何不同；第五部分是在前文讨论基础之上，对完善中韩两国电信诈骗犯罪刑事立法提出具体建议。此外，在本文的余论部分，笔者还简单就电信诈骗犯罪新手段所引起的法律适用问题做了简单的对比探讨。由于本人知识有限和语言障碍，在对中国法条的理解和对韩国法条的翻译注释方面可能存在不当之处，笔者也会在今后的学习工作中进行更深入的探讨研究，敬请各位老师见谅。

关键词：电信诈骗；罪名；犯罪构成；刑罚

A Comparative Study on Criminal Legislation of Telecommunication Crime in China and Korea

Abstract

Telecommunication fraud is a new type of crime that comes with the progress of information and communication technology. Around this form of crime has now formed a complete gray-black industrial chain. Fight against the prevention of telecommunications fraud can not only stare at the perpetrators of the perpetrators of fraud, Should focus on the overall situation, All related acts that provide external support for telecommunications frauds are included as far as possible within the norm of criminal law, From the source to cure telecommunications fraud crime industry, cut off its interests chain. China and South Korea are now facing a serious situation of telecommunications fraud, the two countries are also invariably choose to continue to update the criminal law to deal with this situation. China and South Korea belong to the civil law countries, but also adjacent to overlooking, in the telecommunications fraud around the criminal legislation has a lot in common, but there are some differences. The author analyzes the criminal legislation around the two countries in order to learn from each other through the criminal legislation level, learn from each other, to achieve a more powerful blow to the crime of telecommunications fraud.

The main body of this article can be divided into five parts. The first part is about the crime of telecommunications fraud, mainly analyzes the concept, characteristics and types of telecommunications fraud; The second part is the combing of the crime of fraud between China and South Korea, and compares the differences between the two countries on the set of charges; The third part focuses on the analysis of the characteristics of telecommunications fraud in China and Korea, analyzes and compares the differences in the composition of crime between the two countries; The fourth part is the study of the penalty system of telecommunications fraud in China and Korea, and compares the differences between the two countries in the application of free punishment, property punishment and qualification punishment; The fifth part is based on the previous discussion on the basis of the proposed improvement of

China and South Korea telecommunications fraud criminal legislation specific recommendations. In addition, in this part of the theory, I also simply on the new means of telecommunications fraud caused by the application of the law to do a simple comparative discussion. Due to my limited knowledge and language barriers, There may be some misconduct in understanding the Chinese law and the translation of the Korean law, I will be in the future study of the work in a more in-depth study, please forgive me teachers.

Key words:Telecommunications fraud; Charges; Crime constitution; penalty

目 录

绪 论	1
一、 选题背景	1
二、 研究内容	1
三、 研究目的	2
第一章 电信诈骗犯罪概述	3
第一节 电信诈骗犯罪的概念	3
一、 电信	3
二、 诈骗罪	3
三、 电信诈骗犯罪	4
第二节 电信诈骗犯罪的特征	4
一、 科技性	4
二、 灵活性	5
三、 非接触性	5
四、 产业性	5
五、 跨区域性	6
第三节 电信诈骗犯罪的种类	7
一、 按照诈骗方式分类	7
二、 按照受害人是否固定分类	8
三、 按照受害人的心理状态分类	8
第二章 中韩电信诈骗犯罪的罪名设置	8
第一节 中国电信诈骗犯罪的罪名设置	9
一、 惩治电信诈骗违法行为的行政法规和部门规章	9
二、 关于电信诈骗犯罪的罪名设置	9
第二节 韩国电信诈骗犯罪的罪名设置	11
一、 关于电信诈骗犯罪的附属刑法条款	11
二、 关于电信诈骗犯罪的罪名设置	11
第三节 中韩电信诈骗犯罪罪名设置的比较	12

一、立法模式之比较.....	12
二、罪名设置之比较.....	12
第三章 中韩电信诈骗犯罪的构成要件.....	13
第一节 中国电信诈骗犯罪的构成特征.....	14
一、中国的犯罪构成理论.....	14
二、中国电信诈骗及其关联犯罪的构成要件分析.....	16
第二节 韩国电信诈骗犯罪的构成特征.....	22
一、韩国的“三阶层”犯罪成立理论.....	22
二、韩国电信诈骗及其关联犯罪的构成要件符合性分析.....	24
第三节 中韩电信诈骗犯罪构成特征的比较分析.....	29
一、犯罪构成（成立）理论之比较.....	29
二、电信诈骗犯罪构成特征之比较.....	30
第四章 中韩电信诈骗犯罪的刑罚体系.....	32
第一节 中国电信诈骗犯罪的刑罚体系.....	32
一、中国刑罚体系概述.....	32
二、中国电信诈骗及其关联犯罪的法定刑.....	35
第二节 韩国电信诈骗犯罪的刑罚体系.....	37
一、韩国刑罚体系概述.....	37
二、韩国电信诈骗及其关联犯罪的法定刑.....	39
第三节 中韩电信诈骗犯罪刑罚的比较.....	41
一、自由刑之比较.....	41
二、财产刑之比较.....	41
三、资格刑之比较.....	42
第五章 中韩电信诈骗犯罪刑事立法的借鉴与完善.....	43
第一节 韩国电信诈骗犯罪刑事立法对中国的启示.....	43
一、罪名设置之启示.....	43
二、刑事责任年龄之启示.....	44
三、资格刑之启示.....	45

第二节 中国电信诈骗犯罪刑事立法对韩国的启示	47
一、罪名设置之启示	47
二、单位主体之启示	47
三、诈骗罪认定标准之启示	48
四、罚金刑之启示	48
余 论	50
参考文献	53
致 谢	56
个人简历、在学期间发表的学术论文与研究成果	57

绪 论

一、选题背景

科技的发展给人类带来许多便利的同时,也产生了很多副作用,其中之一便是随着科技发展而产生的新型犯罪。电信诈骗就是这种新型犯罪的代表,它随着信息通讯以及互联网技术的发展而迅速蔓延,不仅严重干扰了人们的信息生活秩序,还对人们的财产安全产生了重大威胁。

在中国,电信诈骗最早出现与上世纪九十年代,其后便迅速的扩展蔓延。从中国公安部公布的数据来看,从2011年到2015年,公安部门立案侦查的电信诈骗案件数量由10万件飙升至约60万件,并且仍有不断增加的态势。从360互联网安全中心发布的《2016中国电信诈骗形势分析报告》中可以发现,仅在2016年8月,就有4.45亿次的诈骗电话拨出,在同期的骚扰电话中占比13%。从腾讯公司连续三个季度发布的《反电信网络诈骗大数据季度报告》也能发现,在2016年的前三个季度里,电信诈骗犯罪分子拨出的诈骗电话共计43.29亿次,全国收到诈骗短信的人数累计达到11.3亿人次,由此造成的损失共计122亿元。尽管中国政府采取了一些列措施对电信诈骗犯罪进行预防和打击,但仍不能有效遏制电信诈骗犯罪在中国境内的蔓延。在中国的某些地方,因从事电信诈骗犯罪的人数过多,甚至被贴上了“电信诈骗之乡”的标签。¹

在韩国,电信诈骗也呈不断发展的态势。电信诈骗最早于2006年登陆韩国,其后便迅速扩展蔓延。2011年,韩国境内涉及电信诈骗的案件数量达到顶峰,全年共发生了8244起诈骗事件,由此给民众造成了1019亿韩元的财产损失。对此,韩国政府采取了一些列立法和行政措施对电信诈骗犯罪进行打击和预防,电信诈骗犯罪的案件数量也出现了减少的趋势。但这种趋势只是暂时的,由于韩国政府在2014年铲除了对专业技术有要求的网络技术性犯罪系统,相应的犯罪行为愈发困难,所以犯罪人再次向电信诈骗方面集中。在2014年的1月到5月之间,电信诈骗发生2340件,比2013年同期上升了33.3%(1756起→2340起)。而到2015年,电信诈骗立案案件数以上升至7239件,抓获犯罪人数达到16180人,涉案金额已高达1070亿韩元。针对电信诈骗再次增长的现象,韩国电信金融

¹ 王晓易:《揭秘福建电信“诈骗之乡”》, <http://news.163.com/16/0902/15/BVVGL61T000145EH.html>, 2016-09-10。

诈骗防治对策协议会¹特在 2014 年 6 月 30 日向民众发布了提醒电信诈骗的警报。同时在这近三年来，不断有韩国企业因遭受黑客攻击而导致公民的个人信息泄露。²令人担忧的是，这极有可能引发二次犯罪，即利用这些信息进行电信诈骗等犯罪行为。³虽然韩国的相关机构已积极主动的采取措施对电信诈骗犯罪进行预防与打击，但考虑到目前电信诈骗的发展形势以及公民个人信息泄露的严重状况，我们并不能确信韩国电信诈骗犯罪的发生数量会有减少的趋势，反而有极大可能处于会增加的危险之中。

二、研究内容

本文研究的主要内容是中韩两国关于电信诈骗犯罪及其关联犯罪的刑事立法。对两国的刑事法律进行梳理，分析两国的刑事立法中有哪些罪名可以用于惩治电信诈骗犯罪及其关联行为。同时，对两国的犯罪构成理论进行探讨，比较两国电信诈骗犯罪相关罪名在构成特征上有何不同。再次，对中韩两国的刑罚体系进行梳理，并就两国与电信诈骗相关罪名的刑罚设置进行比较。最后，在比较的基础之上，对中韩两国关于电信诈骗犯罪的刑事立法进行分析，找出两国的刑事立法在打击电信诈骗及其关联行为方面的不足，并就各自的完善方法提出几点建议。

三、研究目的

本文通过对比中国两国的刑事立法，目的在于从该层面找出两国在惩治电信诈骗犯罪方面的不足，意图通过两国的相互借鉴、取长补短，实现对电信诈骗犯罪行为的更有力打击。同时，也是希望通过立法层面的研究，使两国司法人员能够就电信诈骗犯罪的行为性质认识达到共识，并在此基础上推动实现两国在刑事司法方面的更深一步合作。

¹ 该协会是按照电信金融诈骗防止对策协议会的规定所成立的协议会，其目的是综合地协调电信金融诈骗相关机构之间的合作体系，制定针对电信金融诈骗犯罪的对策。它由金融委员会、未来创造科学部、法务部、警察厅、海洋警察厅、金融监督院构成。

² 2013 年 8 月至 2014 年 2 月间，通信企业 KT 的网站因黑客攻击导致 981 万多名用户的 1170 多条个人信息被泄露，2014 年 1 月某大型信用卡公司高达一亿件顾客个人信息被泄露（<http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2014/01/08/0200000000AKR20140108167600052.HTML?from=search>）。

³ 为了防止这种危险发生的可能性，检察机关也组建了“个人信息犯罪政府协同调查团”。该调查团的参与者包括政府机构与有关机构（检察、警察、企划财政部、未来创造科学部、安全行政部、广播通信委员会、金融监督院、国税厅、韩国网络振兴院等）、民间领域（三大通信公司、三大门户网站等）。为了切断非法个人信息的提供源泉，该调查团计划重点推动与中国的司法协助，为严惩非法的个人信息市场销售，将重点打击电信诈骗等新型的金融诈骗（http://www.spo.go.kr/spo/notice/press/press.jsp?mode=view&board_no=2&article_no=573137）。

第一章 电信诈骗犯罪概述

第一节 电信诈骗犯罪的概念

电信诈骗犯罪就是通过电信设施实施的诈骗行为，正确界定电信诈骗的概念需要先对电信以及诈骗罪有清楚的认识，再由这两个基础概念推导出电信诈骗犯罪的内涵。

一、电信

电信指利用电子技术在不同的地点之间传递信息。国际电信联盟将电信定义为利用有线、无线、光或者其他电磁系统发射、传输或接受信号、声音、文字、符号、图像或其它任何性质的信息；世界贸易组织将电信定义为以任何电磁方式传递或接收信号；中国在《电信条例》中将电信定义为利用有线、无线的电磁系统或者光电系统，传送、发射或者接收语音、文字、数据、图像以及其他任何形式信息的活动。

二、诈骗罪

《中华人民共和国刑法》（1997年修订，本文以下称《刑法》）第266条采用简单罪状的方式描述诈骗犯罪行为，对于诈骗罪的具体行为方式，法律并没有作出详细说明，因而学者在研究诈骗犯罪时纷纷对诈骗罪的概念进行了描述，现已形成如下几种观点：

1. 诈骗罪是指以非法占有为目的，用虚构事实或者隐瞒真相的欺骗方法，骗取公私财物，数额较大的行为。¹该观点强调行为人的主观目的和客观行为特征，是多数著作、教材和论文采用的概念。

2. 诈骗罪是指以非法占有为目的，采用虚构事实或者隐瞒真相的欺骗方法，使被害人陷入错误认识，从而骗取公私财物数额较大的行为。²该观点强调被害人的主观方面因素。

3. 诈骗罪又被称为欺诈罪或诈欺罪，是指采用欺骗或欺诈手段骗取他人财物或财产上的利益，因而给他人造成财产损失的行为。³该观点从被害人角度出发，将被害人的财产损失作为危害结果并用作衡量诈骗行为社会危害性的标准。

从上述三种观点可以看出，在界定诈骗行为的概念时，一方面需要强调行为

¹ 高铭喧，马克昌：《刑法学》，北京大学出版社&高等教育出版社 2011 年版，第 508 页。

² 欧阳涛，王永昌：《诈骗罪的剖析与对策》，中国人民公安大学出版社 1988 年版，第 16 页。

³ 刘明祥：《财产罪比较研究》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 207 页。

人以虚构事实或隐瞒真相等方法或手段进行诈骗；另一方面也要突出行为人非法占有的主观目的；同时还应强调被害人是因欺诈行为而陷入错误认识并自愿处分财产；最后还要指出诈骗罪的危害结果是被害人的财产损失，不仅包括财物，还包含财产性利益。综上，笔者认为可将诈骗罪定义为：以非法占有为目的，采用虚构事实或者隐瞒真相等欺骗手段，使他人陷入错误认识而自愿处分财产，因而给他人造成财产损失，数额较大的行为。

三、电信诈骗犯罪

电信诈骗犯罪是传统诈骗犯罪在电信时代衍生出的新型犯罪。结合上文对于电信以及诈骗罪概念的理解，笔者认为可将电信诈骗犯罪定义为：以非法占有为目的，利用无线电、电话、计算机网络等现代通信设备向他人发送虚假信息，使他人陷入错误认识而自愿处分财产，给他人造成财产损失，数额较大的行为。对于目前在电信网络中存在的通过骗取或者盗取受害人身份信息以及银行账户信息，再利用这些信息秘密实施转移受害人财产行为，笔者认为其虽然在犯罪行为过程中使用了诈骗的手段，但是受害人的财产损失并不是其基于自身错误认识而实施的财产处分行为导致，不符合诈骗的构成形式，不能简单的将这种犯罪行为冠以电信诈骗的称号。因此，本文在主体部分讨论的电信诈骗犯罪不包括该种类型，而在最后的余论部分会就中韩两国对该种行为的定性作出简单对比。

第二节 电信诈骗犯罪的特征

一、科技性

电新诈骗犯罪的产生和发展都离不开科技的支持，电子通讯和网络信息技术的每一次更新都会促使电信诈骗犯罪产生新的手段。随着互联网金融产业的快速发展和网络社交软件、网络理财产品、网络支付平台的普及，高端科技手段逐步渗透到了电信诈骗犯罪领域，电信诈骗犯罪作案手法日趋智能化、信息化、专业化。从最初的手机短信群发功能以及伪基站，到铁通一号通、400 电话、商务总机，再到电话群拨、网络短信群发、网络电话对接，电信诈骗犯罪的手段总是伴随科技进步而不断更新。在近期，又出现了所谓的“猫池”，它是一个电脑外设，是将相当数量的调制解调器使用特殊的拨号请求接入设备连接在一起，可以同时接受多个用户拨号连接的设备，本来是被用于具有多用户远程联网需求的单位或

需要向从多用户提供电话拨号联网服务的单位，如邮电局、税务局、海关、银行、证券商、各类交易所、期货经纪公司、工商局、各类信息呼叫中心等，但由于其使用方便、成本低廉，现已成为电信诈骗犯罪人十分常用的诈骗用具。

二、灵活性

电信诈骗犯罪的诈骗方式极为灵活，犯罪人总是能够紧跟社会热点，不断设计新的骗局。由于电信诈骗犯罪可通过虚拟的电信网络实施，受害人无法第一时间察觉犯罪人的行为性质和动向，这给犯罪人布置骗局留下了机会。犯罪人既可以冒充国家机关的工作人员，以受害人牵扯违法犯罪活动为由进行诈骗，也能够冒充电信、银行等机构的工作人员，以优惠业务的办理为诱饵实施诈骗，还能够冒充受害人的亲属、朋友、同学，以发生意外急需用钱为由进行诈骗。总之，电信诈骗犯罪的行为人在骗局的布置上极为灵活，可以根据受害人的职业和习惯自由确立，不用受到任何现实因素的限制。

三、非接触性

与传统诈骗犯罪的行为方式相比，电信诈骗犯罪的的行为人不用与受害人进行直接接触或面对面的交流，而是采取了一种远程的、非接触性的行为方式向受害人传递诈骗信息。电信诈骗犯罪行为实施诈骗行为主要借助于两条渠道，一条是通信线路，另一条是银行网络。行为人先通过信息网络建立与受害人的联系并向其传递虚假信息。在受害人有回应的情况下，再不断进行蛊惑，引导受害人向指定账户做出财产处分的行为。当受害人将财产转入行为人的指定账户后，迅速切断与受害人之间的联系，并通过银行网络迅速对账户中的财产进行转移。行为人在整个犯罪行为的实施过程中，不需要与受害人进行直接接触，从最开始的发送诈骗信息到最后阶段的财产转移，行为人均可以信息网络完成。

四、产业性

早期的电信诈骗犯罪，只是在团伙内部对人员进行分工。随着犯罪的不断发展变化，电信诈骗犯罪组织开始呈现出产业化特征，电信诈骗组织成员的分工明确，相互配合，形成一个专事诈骗行为的产业链。电信诈骗组织一般都包括总负责人、话务中心、开立账户的小组和提取现金小组，在涉外的电信诈骗犯罪组织中，还设有专门负责兑换、汇款的小组。总负责人负责协调诈骗组织的所有犯罪行为，负责管理和分配电信诈骗组织的收入，是整个电信诈骗组织的核心和灵魂；

话务中心成员专门负责向受害人拨打诈骗电话以及发送诈骗信息,负责与受害人沟通、联系,引导受害人逐步陷入认识错误并自愿作出财产处分行为,该部分成员是电信诈骗组织的主力,是诈骗犯罪能够得逞的关键;由于电信诈骗犯罪受害人的钱都会被汇往预先开设的账户上,如果这些账户以正常的方法开设,那么这些人犯罪之后极有可能会被追踪,因此诈骗组织往往利用所谓的“假账户”,也就是实际上账户开设者本人并不使用的、借用他人名义开设的银行账户。开设账户的小组就专门负责与有意向出借银行账号的人接触,寻觅到合适的人后开设账户,并向提取现金的小组兜售这些账户;提取现金小组的成员与话务中心成员有直接联系,他们的作用就是将受害人转账的钱及时提取为现金,该小组主要以小组的总负责人即提取总负责人为中心,由提取组与转达人构成。该小组成员也是电信诈骗组织的重要力量;兑换、汇款小组一般存在于跨境电信诈骗组织之中,他们往往处于电信诈骗组织的管理阶层,负责管理其他小组成员的犯罪活动。汇款是电信诈骗犯罪的最后一个阶段,该小组成员将从现金提取组或转达人那里获得的现金,通过专门的非法兑换机构洗钱,然后将其汇给总负责人或者组织的各部分成员。电信诈骗犯罪组织的各个小组相互独立,各自负责,各个小组的成员大都只跟自己的上下线进行联系,不了解整个犯罪组织的性质以及主要从事的犯罪行为,但通过成员之间这种简单的单线联系方式,依然可以构成一条电信诈骗的产业链条,推动电信诈骗犯罪活动的实施。

五、跨区域性

由于电信网络的超时空性,使诈骗犯罪行为的实施摆脱了地域的限制,电信诈骗组织成员的藏身地、诈骗行为的实施地、受害人住所地以及取款地不必局限在一定的地域范围内,犯罪行为可跨区域实施。电信诈骗犯罪组织成员往往广泛分布在不同地区,分工配合,彼此之间依靠电信网络进行联络。以2011中国大陆警方组织侦办的“9.28”特大电信诈骗犯罪为例,电信诈骗组织将拨打诈骗电话的地点设置在印度尼西亚、泰国、老挝、缅甸、菲律宾、越南、马来西亚、新加坡,将改号网络平台搭建在中国台湾、山东、福建、广西,将转移赃款的地点设置在中国台湾、印度尼西亚、马来西亚、泰国,在此基础上对中国境内人员实施诈骗,受骗人群涉及中国31个省份。

第三节 电信诈骗犯罪的种类

一、按照诈骗方式分类

根据诈骗方式（即虚构事实的内容）的不同，我们可以简单将电信诈骗分为两种类型，其一是“冒充身份型”，即犯罪人员假借各种身份以骗取受害人信任，进而实施诈骗行为；其二是“提供补偿型”，利用受害人的逐利心理，承诺给予受害人一定的利益或者权利，以此诱骗受害人步入骗局并交付财产。¹具体类型见下表：

【表 1】电信诈骗犯罪的具体类型

诈骗类型		诈骗方式简介
冒充身份型	冒充运营商	冒充通讯运营商的客服人员，谎称积分兑换现金等业务实施诈骗。
	冒充领导	冒充领导，多以给客户、红包为借口，要求转账进行诈骗。
	冒充快递	冒充快递人员，以购物货款未付，需先付货款再提货为由，进行诈骗。
	冒充医保社保机构	冒充医保社保工作人员，以发放医保金、社保金为借口，诱骗受害人通过 ATM 转账来激活受领银行卡或缴纳保证金来进行诈骗。
	冒充有关机关	冒充政府、企业机构以及公检法机关，以办理相关业务为借口，进行诈骗。
	冒充商家客服	冒充购物网站等客服人员进行退款等操作从而诈骗。
	冒充银行	冒充银行客服人员，进行积分兑换、额度提升等方式诈骗。
	冒充学校	冒充学校领导、老师，已发放奖学金为借口，诱骗学生转账。
	冒充亲友	冒充亲友，以发生意外、没钱治病、借款等为借口进行诈骗。
提供补偿型	办理违法业务诈骗	多以提供代开发票、色情服务、查询隐私等违法违规业务为借口进行诈骗。
	推销假冒伪劣商品	以较低的价格销售假冒伪劣商品，进而进行诈骗活动。
	发送虚假中奖信息	谎称用户在某活动中获取了巨额奖金，以缴纳税费、手续费以及保证金等名义要求用户进行转账活动
	充值优惠诈骗	增值业务服务商以打折、优惠、促销等为借口骗取用户办理无用的扣费业务，造成用户花费损失。
	推销假冒医药保健品	通过向老年人推荐假冒的医药保健品进行诈骗

¹ [韩]赵浩大：《电信诈骗的形成与对策》，《韩国 contents 学会论文集》第 7 期第 12 卷，第 178 页。

	金融理财诈骗	以高额的理财回报为诱饵，诱骗受害者在钓鱼网站或直接转账的方式购买基金、股票等金融理财产品，从而进行诈骗。
--	--------	--

二、按照受害人是否固定分类

根据电信诈骗的受害人是否固定，我们可以将其分为“无差别的受害类型”与“受害人固定型”两种。

“无差别的受害类型”是指受害人不固定，犯罪人员随机向人群发送诈骗信息，在此基础上进一步选定受害人。这种诈骗行为又可以细分为两种情形：其一，犯罪分子利用伪基站、“猫池”等的信息发送设备，无差别的向外发送诈骗信息。诈骗行为人往往通过一定的技术手段将信息发件人更改显示为电信运营商、银行或者其他官方部门，借以诱惑财产保护意识较低的受害人上当受骗；其二，犯罪分子使用改号软件、VOIP 电话等向某个号段或者某个地区的电话进行撒网式攻击。行为人会通过修改接收方的来电显示，冒充司法工作人员、电信业务人员或者银行工作人员等，利用普通民众对这些职业人员的信任，引导受害人将银行卡金额逐步转移到其指定的“安全账户”。

“受害人固定型”是指犯罪人员利用事前掌握的具体信息，选择特定受害人后再实施诈骗行为。这种电信诈骗行为具有较强的选择性和针对性，往往通过非法途径获取潜在被骗者的具体信息之后，才逐步实施。这种类型的电信诈骗犯罪往往会根据受害人的不同情况，选择采用不同的诈骗方法，成功率较高。

三、按照受害人的心理状态分类

根据电信诈骗的犯罪人员对受害人的诈骗形态，电信诈骗可以分为“积极诈骗型”与“消极诈骗型”。所谓的“积极诈骗型”是犯罪人员向受害人承诺为其积极地提供利益以欺骗受害人，上文列举的“提供补偿型”诈骗行为多属此类。而“消极诈骗型”是指利用受害人试图避免自己财产损失的心理欺骗受害人，多数“身份冒充型”的诈骗行为采用的是这种方式。

第二章 中韩电信诈骗犯罪的罪名设置

由于电信诈骗犯罪现已呈现产业化的作案形式，各个犯罪成员分工负责、各司其职，彼此之间缺乏意思联络，所以很难采用共同犯罪理论对电信诈骗集团的

全部成员予以一致评价,而是需要根据其具体从事的行为性质进行判断,选择适用合适罪名。对此,笔者认真梳理了中韩两国制定的涉及规范电信诈骗犯罪及其关联犯罪的法律文件,总结两国在法律规范中设置的可用于惩治电信诈骗犯罪及其关联犯罪的罪名种类并进行分析比较,以期两国在完善法律规范、惩治电信诈骗犯罪方面作出贡献。

第一节 中国电信诈骗犯罪的罪名设置

一、惩治电信诈骗违法行为的行政法规和部门规章

虽然在《中华人民共和国电信条例》《全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的决定》以及《互联网信息服务管理办法》等法律文件中多少有些涉及电信诈骗行为法律责任的内容,但这些内容本质上仍属于行政处罚或者关于承担民事责任的规定,真正对电信诈骗犯罪进行刑事处罚的法律文件只有《刑法》。中国《刑法》是专门用来规制犯罪行为法律,在刑法之外并没有其他法律对犯罪行为作出规定或记载,只有在刑法中有所说明的行为才能被称之为犯罪行为。

二、关于电信诈骗犯罪的罪名设置

由于电信诈骗犯罪现已呈现产业化的特点,从公民个人信息的获取到具体诈骗行为的实施,再到最后诈骗所得的转移,都有专门的小组或部门负责,这些部门成员不用就电信诈骗犯罪行为的实施进行意思沟通和联络,仅需对本部门的行为负责。因此不能仅用诈骗类罪名去评价整个电信诈骗产业的成员,而是要根据各部门成员的主观认识和客观行为表现来判断其行为的性质,选择适用适当的罪名。笔者以电信诈骗犯罪行为的行进过程为依据,对中国《刑法》分则规定的罪名进行了详细梳理,认为能够对电信诈骗犯罪或者相关联犯罪行为进行评价的罪名包括如下几种:一是《刑法》第 265 条规定的“诈骗罪”;¹二是《刑法》第 274 条规定的“敲诈勒索罪”;²三是《刑法》第 278 条规定的“招摇撞骗罪”;³四

¹ 《刑法》第 265 条: 诈骗公私财物, 数额较大的, 处三年以下有期徒刑、拘役或者管制, 并处或者单处罚金; 数额巨大或者有其他严重情节的, 处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。本法另有规定的, 依照规定。

² 《刑法》第 274 条: 敲诈勒索公私财物, 数额较大或者多次敲诈勒索的, 处三年以下有期徒刑、拘役或者管制, 并处或者单处罚金; 数额巨大或者有其他严重情节的, 处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, 并处罚金。

³ 《刑法》第 278 条: 冒充国家机关工作人员招摇撞骗的, 处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利; 情节严重的, 处三年以上十年以下有期徒刑。冒充人民警察招摇撞骗的, 依照前款的规定从重处

是《刑法》第 177 条规定的“妨害信用卡管理罪”；¹五是《刑法》第 252 条规定的“侵犯公民个人信息罪”；²六是《刑法》第 286 条之一的“拒不履行信息网络安全管理义务罪”；³七是《刑法》第 287 条之一的“非法利用信息网络罪”；⁴八是《刑法》第 287 条之二的“帮助信息网络犯罪活动罪”；⁵九是《刑法》第 288 条规定的“扰乱无线电通讯秩序罪”；⁶十是《刑法》第 311 条的“掩饰、隐瞒犯

罪。

¹ 《刑法》第 177 条第 2 款：有下列情形之一，妨害信用卡管理的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处一万元以上十万元以下罚金；数量巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处二万元以上二十万元以下罚金：

（一）明知是伪造的信用卡而持有、运输的，或者明知是伪造的空白信用卡而持有、运输，数量较大的；

（二）非法持有他人信用卡，数量较大的；

（三）使用虚假的身份证明骗领信用卡的；

（四）出售、购买、为他人提供伪造的信用卡或者以虚假的身份证明骗领的信用卡的。

窃取、收买或者非法提供他人信用卡信息资料的，依照前款规定处罚。

银行或者其他金融机构的工作人员利用职务上的便利，犯第二款罪的，从重处罚。

² 《刑法》第 252 条之一 违反国家有关规定，向他人出售或者提供公民个人信息，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。

违反国家有关规定，将在履行职责或者提供服务过程中获得的公民个人信息，出售或者提供给他人的，依照前款的规定从重处罚。

窃取或者以其他方法非法获取公民个人信息的，依照第一款的规定处罚。

单位犯前三款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照各该款的规定处罚。

³ 《刑法》第 286 条之一：网络服务提供者不履行法律、行政法规规定的信息网络安全管理义务，经监管部门责令采取改正措施而拒不改正，有下列情形之一的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金：

（一）致使违法信息大量传播的；

（二）致使用户信息泄露，造成严重后果的；

（三）致使刑事案件证据灭失，情节严重的；

（四）有其他严重情节的。

单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。

⁴ 《刑法》第 287 条之一：利用信息网络实施下列行为之一，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金：

（一）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、通讯群组的；

（二）发布有关制作或者销售毒品、枪支、淫秽物品等违禁物品、管制物品或者其他违法犯罪信息的；

（三）为实施诈骗等违法犯罪活动发布信息的。

单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照第一款的规定处罚。

有前两款行为，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

⁵ 《刑法》第 287 条之二：明知他人利用信息网络实施犯罪，为其犯罪提供互联网接入、服务器托管、网络存储、通讯传输等技术支持，或者提供广告推广、支付结算等帮助，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。

单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照第一款的规定处罚。

有前两款行为，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

⁶ 《刑法》第 288 条：违反国家规定，擅自设置、使用无线电台(站)，或者擅自使用无线电频率，干扰无线电通讯秩序，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。

单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。

罪所得、犯罪所得收益罪”。¹

第二节 韩国电信诈骗犯罪的罪名设置

一、关于电信诈骗犯罪的附属刑法条款

韩国的刑法体系与中国不同，在刑法典之外，还有很多特别刑法和行政刑法。在惩治电信诈骗犯罪方面，韩国《刑法》是主要依据。但在《刑法》之外，还有多项法律涉及对于电信诈骗犯罪相关行为的刑事处罚，包括《关于制止和严惩窝藏犯罪收益等的法律》《电子签名法》《有关促进信息通信网的利用与信息保护的法律》《电子金融交易法》《通信秘密保护法》《个人信息保护法》《关于返还电信金融诈骗损失资金的特别法》等。

二、关于电信诈骗犯罪的罪名设置

笔者同样以电信诈骗犯罪行为的行进过程为依据，对韩国《刑法》分则规定的罪名以及上述各附属刑法中的刑罚规定进行了详细的梳理，认为能够对电信诈骗犯罪相关行为进行评价的罪名主要包括如下几种，一是《刑法》第 347 条规定的“诈骗罪”；²二是《刑法》第 350 条的“恐吓罪”；³三是《刑法》第 118 条的“冒充公务员罪”；⁴四是《关于制止和严惩窝藏犯罪收益等的法律》第 3 条的“窝藏和伪装犯罪收益罪”；⁵五是《个人信息保护法》第 19 条和第 59 条第 3 项的“侵犯公民个人信息罪”；⁶六是《有关促进信息通信网的利用与信息保护等的法律》

¹ 《刑法》第 311 条：明知是犯罪所得及其产生的收益而予以窝藏、转移、收购、代为销售或者以其他方法掩饰、隐瞒的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。

单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。

² 韩国《刑法》第 347 条【诈骗】①欺骗他人得到财物的交付或获取财产性利益的人，处 10 年以下的惩役或 2000 万元以下的罚金。（1995.12.29.修订）

②以前款的方法使第三人得到财物的交付或获取财产性利益的人，其刑罚与前款的规定相同。

³ 韩国《刑法》第 350 条【恐吓】①恐吓他人得到财物的交付或获取财产性利益的人，处 10 年以下的惩役或 2000 万元以下的罚金。（1995.12.29.修订）

②已前款的方法使第三人得到财物的交付或获取财产性利益的人，其刑罚与前款的规定相同。

⁴ 韩国《刑法》第 118 条【冒充公务员身份】谎称自己拥有公务员身份，并行使相应职权者，应处以 3 年以下拘役或 700 万韩元以下的罚金。（1995.12.29.修订）

⁵ 韩国《关于制止和严惩窝藏犯罪收益等的法律》第 3 条【犯罪收益等的隐匿、伪装】①有下列各号的 1 项中行为者，处以 5 年以下的拘役或 3000 万韩元以下的罚金。

1.伪装取得的犯罪收益与财产处置的事实者；2.伪装犯罪收益产生原因者；3.助长特定犯罪，或以将其伪装成合法取得的财产为目的，隐匿犯罪收益者。

⁶ 在《个人信息保护法》出台以前，韩国保护个人信息的法律，分为公共机构与民间机构两个领域。公共机构要根据公共机关个人信息保护的相关法律行动，相关的个别法律有《电子政府法》、《居民登记法》、《投诉处理法》、《国家公务员法》、《公职人员伦理法》、《刑法》等。近年来随着民间机构在信用、医疗、金融、通信等生活领域中对个人信息的收集与利用越来越频繁，韩国也出台了各种法律制度保护群众隐私，规范

第49条第2项的“诈取公民个人信息罪”；²七是《电子签名法》第32条第4项的“转让、接受转让电子证书罪”；³八是《电子金融交易法》第6条第3项的“转让、接受转让介质媒介罪”。⁴

第三节 中韩电信诈骗犯罪罪名设置的比较

一、立法模式之比较

中韩两国虽同受大陆法系立法模式影响，但两国的刑法体系却有较大不同。韩国在继受大陆法系刑法体系的同时，又适当的吸收了诸多英美法系的规定，除在刑法典中设置一些列条款对犯罪行为进行评价外，还将部分涉及犯罪与刑罚的条款注入了其他法律规范中。而中国则是采取了统一刑法典的立法模式，将所有犯罪与刑罚条款集中于刑法典之中，并随着社会发展不断对其进行补充和完善，但是不在其他法律规范中规定刑罚条款。针对电信诈骗这种新型犯罪，中国选择通过刑法修正案和司法解释的形式来不断丰富罪名种类和扩大某一相关罪名的外延，韩国则是选择通过颁布一系列的特别刑法和行政刑法来规制这种新型犯罪。

二、罪名设置之比较

电信诈骗犯罪的实施大致需要经过这样的流程，首先是通过非法途径获取公民的个人信息；再者是传递虚假信息进行“钓鱼”；然后是实施具体的诈骗行为；最后是对诈骗所得财产的转移。在电信诈骗犯罪实施的第一个步骤上，中国《刑法》通过设置“侵犯公民个人信息罪”进行预防，韩国则是分别在《个人信

这些行为，相关的个别法律有：《有关促进信息通信网的利用与信息保护的法律》（信息通信领域）、《有关利用与保护信用信息的法律》（个人信用信息领域）、《有关金融实际交易与秘密保障的法律》（个人金融信息领域）、《保健医疗基本法》（个人医疗信息领域）、《教育基本法》（个人教育信息领域）等。

¹ 韩国《个人信息保护法》第19条【接受提供个人信息者的使用和提供行为禁止】禁止接受提供个人信息者将提供个人信息者的信息以目的以外用途使用或向第三方提供个人信息。

第59条（禁止）禁止处理个人信息者或以前处理过者一下行为。③没有正当权限或超过职权范围的权限毁损、消灭、变更、伪造、泄露个人信息的行为。

² 韩国《有关促进信息通信网的利用与信息保护等的法律》第49条之2【禁止用欺骗的手段收集个人信息等】①任何人不得用诈骗的手段收集他人的信息、或诱导别人提供信息。

³ 韩国《电子签名法》第31条之4【禁止转让、出借电子证书】对违反第23条第5项规定者做出了处罚规定，即以方便他人使用为目的，向他人转让、出借电子证书，或以使用为目的，接受他人向转让、出借的电子证书者，应处以三年以下拘役，或3000万韩元以下的罚款。（2001.12.31修订）

⁴ 韩国《电子金融交易法》第6条③任何人使用、管理介质媒介时，在其它法律没有做出特别规定的情况下，不得做出以下各种行为。但根据第18条规定，当介质媒介是一种预付电子支付手段，或在转让电子货币、提供担保时所必须要做出这些行为时则不在此列（2008.12.31修订）1. 转让介质媒介或接受介质媒介转让的行为；2. 付出一定利益以获得介质媒介的转让，或以获得利益为目的出借介质媒介的行为；3. 将介质媒介作为抵押权的行为；4. 为第1种至第3种行为做中介的行为。

息保护法》和《有关促进信息通信网的利用与信息保护等的法律》中设置“侵犯公民个人信息罪”和“诈取公民个人信息罪”进行预防。在电信诈骗犯罪实施的第二个步骤，中国《刑法》设置了“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”和“扰乱无线电通讯秩序罪”四种罪名进行打击预防，韩国则没有通过刑事立法的方式对这方面行为进行处罚；在电信诈骗实施的第三个步骤，即诈骗行为的具体实施方面，中国刑法设置了“诈骗罪”“敲诈勒索罪”和“招摇诈骗罪”进行预防，韩国则是设置了“诈骗罪”“恐吓罪”和“冒充公务员罪”进行预防。在此需要强调的是，如果其他步骤行为的实施者跟该步骤诈骗行为的具体实施人之间存在意思联络，其行为是为了给该步骤行为的实施者提供帮助，则应该以共同犯罪进行对待，以具体诈骗行为实施人的行为性质对其进行评价；在电信诈骗犯罪实施的第四个步骤上，中国《刑法》设置了“妨害信用卡管理罪”和“掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪”进行预防，韩国则是通过在《关于制止和严惩窝藏犯罪收益等的法律》中设置“窝藏和伪装犯罪收益罪”，在《电子签名法》中设置“转让、接受转让电子证书罪”和在《电子金融交易法》中设置“转让、接受转让介质媒介罪”进行预防。

第三章 中韩电信诈骗犯罪的构成要件

中国的刑法学界习惯将成立犯罪所必须具备的条件称之为“犯罪构成”，但这一概念在德、日的刑法学界并没有体现，不过显而易见的是，中国的“犯罪构成”就是德、日刑法学界所言的犯罪成立条件。中韩两国奉行的是不同的犯罪构成理论，中国目前使用的“四要件”理论，引自于上世纪五十年代的苏联，现已经过数十年的研讨、修正与发展，形成了较为成熟的理论体系，并在中国的司法实务界发挥着良好作用。¹韩国适用的犯罪“三阶层”犯罪成立理论源自于德日，经过几代学者的演绎，目前也在韩国司法界发挥着重要作用。但两种犯罪构成理论不同的思维方式势必也会造成两国司法人员对某一行为是否构成犯罪产生不同认识，所以笔者在此对比分析中韩两国的电信诈骗犯罪及其关联犯罪的构成理论，以期能够为两国司法人员在行为是否构成犯罪的问题上形成理论共识作出贡献。

¹ 高铭喧、马克昌：《刑法学》，北京大学出版社&高等教育出版社 2011 年版，第 49 页。

第一节 中国电信诈骗犯罪的构成特征

一、中国的犯罪构成理论

中国的犯罪构成源自于犯罪的概念，它是犯罪概念的具体化。中国《刑法》第13条对犯罪的概念作了清楚的界定，¹这一界定从总体上划清了罪与非罪的界限，而犯罪构成就是分清罪与非罪、此罪与彼罪界限的具体标准。在中国，区分罪与非罪的标准就是犯罪构成，认定犯罪成立的依据就是犯罪构成的事实。²犯罪构成就是按照中国刑法的规定，决定某一具体行为的社会危害性及其程度而为该行为构成犯罪所必需的一切客观和主观要件的有机统一。根据中国刑法，任何一种犯罪的成立都必需具备四个方面的要件，即犯罪客体、犯罪客观方面、犯罪主体和犯罪主观方面。

（一）犯罪客体

犯罪客体，是指刑法所保护但被犯罪行为所侵害的社会主义社会关系，它是构成犯罪的必备要件之一。³行为之所以被评价为犯罪，首先就是因为它侵犯了某种社会关系，若侵犯的社会关系的重要性越大，则就可以表现出更大的社会危害性，反之亦然。社会关系是人们在共同生活、生产中形成的相互关系，它涉及人们生活的各个物质、精神领域，但能够被犯罪侵害以及为刑法保护的社会关系仅是其中最重要的一部分，它包括国家安全、公共安全、市场经济秩序、公民人身权利和民主权利、财产所有权、社会管理秩序、国防利益、国家廉政建设制度、国家机关正常管理秩序、军事利益等。

（二）犯罪客观方面

犯罪客观方面，是指刑法所规定的、说明行为对刑法保护的社会关系造成损害的客观外在实施特征，具体表现为危害行为、危害结果以及行为的时间、地点、方法、对象。⁴危害行为是指在人的意志或意识支配下实施的危害社会的身体动静，它既可以作为方式来实施，也可以不作为的方式实施，它是一切犯罪在客观

¹ 《刑法》第13条【犯罪概念】一切危害国家主权、领土完整和安全，分裂国家、颠覆人民民主专政的政权和推翻社会主义制度，破坏社会秩序和经济秩序，侵犯国有财产或者劳动群众集体所有的财产，侵犯公民私人所有的财产，侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利，以及其他危害社会的行为，依照法律应当受刑罚处罚的，都是犯罪，但是情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。

² 马克昌：《刑罚通论》，武汉大学出版社2007年版，第309页。

³ 高铭喧、马克昌：《刑法学》，北京大学出版社&高等教育出版社2011年版，第52页。

⁴ 高铭喧、马克昌：《刑法学》，北京大学出版社&高等教育出版社2011年版，第60-61页。

方面都必须具备的要件。危害结果有广义与狭义之分，广义的危害结果是指由行为人的危害行为的一切对社会的损害事实，它包括危害行为的直接结果和间接结果，属于犯罪构成的结果与不属于犯罪构成的结果；狭义的危害结果是仅指作为犯罪构成要件的结果，通常也是对直接客体所造成的损害事实。特定的时间、地点、方法以及对象，则是某些犯罪成立在犯罪客观方面必须具备的要件。需要指出的是，危害行为与危害结果之间的因果关系，是研究和认定犯罪客观方面中的危害行为与危害结果的一个重要问题，但刑法因果关系只是危害行为与危害结果之间的联系，并不是犯罪客观方面的要件。

（三）犯罪主体

犯罪主体是指实施危害社会的行为并依法应承担刑事责任的自然人和单位。

¹自然人主体是中国刑法中基本的、最具有普遍意义的犯罪主体，因为任何犯罪最终都是由自然人去实施的，只有自然人才具有实施犯罪的认识和意志。单位犯罪主体则是自然人犯罪主体的必要补充，因为有些犯罪是单位成员为了单位利益并以单位名义实施的。

自然人主体是指具备刑事责任能力并实施了严重危害社会行为的自然人。与自然人刑事责任能力相关的因素主要有两个，一是刑事责任年龄因素，二是精神状态因素。关于刑事责任年龄，中国《刑法》第17条规定，不满14周岁的，是完全不负刑事责任年龄的阶段；已满14周岁不满16周岁的，是相对负刑事责任年龄阶段，只对故意杀人、故意伤害致人重伤或死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投放危险物质这八种犯罪行为负责；已满16周岁的，是完全负刑事责任年龄。关于精神状态，根据中国《刑法》第18条规定可知，行为人在因精神病理而丧失辨认和控制自己行为能力的作用下实施的犯罪行为，不负刑事责任，该部分行为人为完全无刑事责任的精神病人；如果行为人为间歇性精神病人或者非精神病性的精神障碍人，其在精神正常期间实施的犯罪行为，需要负担刑事责任，这部分行为人为完全负刑事责任的精神病人；而处于中间状态的精神障碍人，即尚未完全丧失辨认和控制自己行为能力的精神病人实施犯罪行为的，可以从轻或者减轻处罚，这部分行为人为限制刑事责任能力的精神障碍人。²

单位主体不具有普遍性，仅有部分特殊罪名可由单位构成。单位犯罪中所说

¹ 于阜民：《刑法学》，科学出版社2013年版，第103页。

² 高铭喧、马克昌：《刑法学》，北京大学出版社&高等教育出版社2011年版，第86-92页。

的单位，实际上是一种被刑法限定在法定范围内并由一定成员组成的有机整体，既是一种被法律化、人格化的组织形式，它必须是依法批准设立、成立或者注册登记并具有独立承担责任能力的公司、企业、事业单位、机关或者团体。在确定单位是否为犯罪主体时需要考虑两个因素，一是在主观上是否具备为本单位谋取利益的目的，如果不是为了单位谋取利益，而是为了个人谋取利益，则不宜将单位作为犯罪主体；二是实施的危害社会行为是否为法律明确规定的能够由单位实施的行为，如果单位通过自然人实施的危害社会行为不在刑法规定的罪名范围内，则不能将单位作为犯罪主体。¹

（四）犯罪主观方面

犯罪主观方面，是指犯罪主体对自己的行为及其危害社会的结果所抱的心理态度，即行为人的罪过。行为人的罪过是指行为人对犯罪行为实施所持的故意或者过失的心态，是一切犯罪构成都必须具备的主观要件之要素。犯罪的故意是指行为人明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且希望或者放任这种结果发生的一种主观心理态度，希望是直接故意，放任是间接故意。犯罪的过失是指行为人应当预见到自己的行为可能会发生危害社会的结果，但因为疏忽大意而没有预见或者已经预见但轻信能够避免的一种心理态度。²

二、中国电信诈骗及其关联犯罪的构成要件分析

（一）诈骗罪的构成分析

该罪指以非法占有为目的，采用虚构事实或者隐瞒真相等欺骗手段，使他人陷入错误认识而自愿处分财产，因而给他人造成财产损失，数额较大的行为。诈骗罪的基本构造是：行为人实施欺骗行为——受害人产生错误认识——受害人基于错误认识而处分财产——行为人或第三人取得财产——被害人遭受财产损失。

³该罪名属于兜底性条款，在行为不宜评价为其他特殊诈骗罪时，会选择适用该罪名。本罪的客体是公私财物的所有权；本罪在客观方面表现为用虚构事实或者隐瞒真相的欺骗方法，骗取公私财物，数额较大或者情节严重的行为。虚构事实是指编造某种根本不存在或者根本不可能发生的，足以使他人受蒙蔽的事实，骗取他人财物。隐瞒真相是指隐瞒客观上存在的事实情况，既可以是隐瞒部分事实

¹ 于阜民：《刑法学》，科学出版社 2013 年版，第 133-140 页。

² 赵秉志：《新刑法教程》，中国人民大学出版社 1997 年版，第 136 页。

³ 张明楷：《刑法学》，法律出版社 2015 年版，第 889 页。

真相，也可以是隐瞒全部事实真相。关于电信诈骗犯罪的数额标准，中国最高人民法院进行了最严格的解释。在 2016 年 12 月 20 日发布的《关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见》中规定，诈骗数额达三千元以上、三万元以上和五十万元以上的，应当分别认定为“数额较大”“数额巨大”和“数额特别巨大”。关于电信诈骗犯罪的情节标准，中国最高人民法院同样在上述司法解释中作出了说明，即“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”可以认定为“其他严重情节”。当数量达到上述标准的十倍以上时，认定为“其他特别严重情节”，以诈骗罪（未遂）定罪处罚。本罪的主体为一般主体，即年满 16 周岁、具有刑事责任能力的自然人。本罪的主观方面是直接故意，且以非法占有为目的。

由于中国目前并没有就电信诈骗犯罪设置相应罪名，所以中国司法机关在处理该类行为时往往会选择适用该罪名。在中国的司法环境中，电信诈骗犯罪通常被认为是诈骗罪的一种新类型。

（二）敲诈勒索罪的构成分析

该罪是指以非法占有为目的，以威胁或者要挟的方法，强索公私财物的行为，数额较大或者多次敲诈勒索的行为。¹本罪侵犯的客体较为复杂，不仅涉及公私财物的所有权，还涉及他人的人身权利或者其他利益。本罪在客观方面表现为通过使用威胁或者要挟的方法，使受害人产生畏惧心理，并在这种畏惧心理的作用下作出违背自己意志的财产交付行为。根据相关司法解释，敲诈勒索以两千元到五千元为“数额较大”，以三万元到十万元为“数额巨大”，以三十万元到五十万元为“数额特别巨大”，以两年内实施三次以上为“多次”。本罪的行为主体是一般主体，即年满 16 周岁、具有刑事责任能力的人。本罪在主观方面表现为直接故意，并且是以非法占有为目的。

笔者认为，当犯罪行为向受害人传递以敲诈勒索钱财为目的诈骗信息时，可以分析认定其是否构成敲诈勒索罪或者诈骗罪。究竟是认定为诈骗罪还是认定为敲诈勒索罪，按照法条竞合的处理原则确定一个罪名处罚。

（三）招摇诈骗罪的构成分析

¹ 于阜民：《刑法学》，科学出版社 2013 年版，第 352 页。

该罪是指冒充国家机关工作人员进行招摇撞骗的行为。本罪侵犯的客体是国家机关的威信及其正常活动。本罪在客观方面表现为行为人实施了冒充国家机关工作人员进行招摇撞骗的行为,这里的招摇撞骗就是指行为人利用人们国家机关工作人员的信任,假冒其身份或职务炫耀并骗取非法利益。本罪的主体是一般主体,即年满 16 周岁并具有刑事责任能力的自然人。本罪在主观方面表现为故意。一般而言,本罪的行为人具有骗取某种非法利益的目的,如骗取钱财、地位、荣誉、待遇等。

笔者认为,当犯罪行为人以骗取钱财为目的向受害人传递自称为国家机关工作人员的诈骗信息时,可以分析认定其是否构成招摇撞骗罪或者诈骗罪。究竟是认定为诈骗罪还是认定为招摇撞骗罪,按照法条竞合的处理原则确定一个罪名处罚。

(四) 妨害信用卡管理罪的构成分析

该罪是指违反国家信用卡管理法规,在信用卡的发行、使用等过程中,妨害国家对信用卡的管理活动,破坏信用卡管理秩序的行为。信用卡是指由商业银行或者其他金融机构发行的具有消费支付、信用贷款、转账结算、存取现金等全部或者部分功能的电子支付卡。刑法中的信用卡与目前金融机构所谓的银行卡,虽名称相异,但涵义相同。本罪的客体是国家的信用卡管理秩序。本罪在客观方面表现为实施了妨害信用卡管理的行为。本罪的主体是任何已满 16 周岁、具有刑事责任能力的自然人。本罪的主观方面表现为故意。

电信诈骗犯罪的实施具有非接触性,犯罪分子多通过银行转账的形式获取受害人的财物,所以信用卡便成为犯罪的重要工具。为了防止公安机关通过信用卡信息获取案件线索,行为人往往会选择伪造或使用他人的信用卡,进而扰乱信用卡的管理秩序。针对这种行为,最高人民法院在颁布的《关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见》中特别强调对于非法持有他人信用卡且数量较大,但是没有证据证明其从事电信诈骗犯罪活动的犯罪人,可以妨害信用卡管理罪追究刑事责任。笔者认为,对于非法持有他人信用卡且从事电信诈骗犯罪活动的犯罪人,应当按照诈骗罪追究其刑事责任。但是,不宜同时认定妨害信用卡管理罪而实行数罪并罚。定一罪而不定二罪的理由是:该场合中,诈骗行为与妨害信用卡管理行为构成牵连犯关系,适宜按照一个法定刑较重的罪名定罪处

罚。

（五）侵犯公民个人信息罪的构成分析

该罪是指以窃取或者其他方法非法获取国家机关或者金融、教育、交通、电信、医疗等单位在提供服务或者履行职责过程中获得的公民个人信息，出售或者非法提供给他人，情节严重的行为。该罪针对的是为电信诈骗犯罪提供个人信息的行为，司法机关在处理电信诈骗犯罪集团中的负责收集公民个人信息的人员时，可根据行为人的主观状态，考虑援引该项罪名规定对其进行处罚。对于使用非法获取的公民个人信息进行电信诈骗，要数罪并罚。本罪侵害的客体是公民的个人信息权和公民身份管理秩序。个人信息权是指个人信息所有者对其个人信息享有的自由支配、控制、并排除他人侵害的权利，其内容包括信息的决定权、封锁权、查询权、更正权、保密权、删除权以及报酬请求权。本罪在客观方面表现为以窃取或者其他方法非法获取国家机关或者金融、电信、交通、教育、医疗等单位在履行职责或者提供服务过程中获得的公民个人信息，出售或者非法提供给他人，情节严重的行为。本罪的主体是一般主体，单位也可构成本罪。本罪在主观方面表现为故意，即明知公开、泄露他人信息会侵犯他人的权益和危害社会，却仍然去实施这种行为的心理状态。

笔者认为，对于侵犯公民个人信息且从事电信诈骗犯罪活动的犯罪人，应当按照诈骗罪追究其刑事责任。但是，不宜同时认定侵犯公民个人信息罪而实行数罪并罚。定一罪而不定二罪的理由是：该场合中，诈骗行为与侵犯公民个人信息行为构成牵连犯关系，适宜按照一个法定刑较重的罪名定罪处罚。

（六）拒不履行信息网络安全管理义务罪的构成分析

该罪是指网络服务提供者不履行法律、行政法规规定的信息网络安全管理义务，经监管部门责令采取改正措施而拒不改正，致使违法信息大量传播，或者致使用户信息泄露，造成严重后果或者致使刑事案件证据灭失，情节严重或者其他严重情节的行为。¹ 该罪名是《刑法修正案（九）》新增加的一项罪名，其针对的是一个特殊主体——网络服务提供者，它是指通过信息网络向公众提供信息或者为获取网络信息等目的提供服务的机构，包括网络上的一切提供设施、信息和中介、接入等技术服务的个人用户、网络服务商以及非营利组织。电信诈骗犯

¹ 邱赛兰：《拒不履行信息网络安全管理义务罪的构成特征探析》，载《经济师》2016年第10期，第85页。

罪不同于传统诈骗罪的一个重要特征就是诈骗信息的传播依赖于电信网络,电信网络的发展也为诈骗行为的进化与发展提供了土壤,只有电信网络服务的提供者积极主动的采取措施才能从根本上阻止诈骗信息的传播,如果电信网络服务的提供者在明知是诈骗信息的情况下,仍允许其在电信网络中传播,将会给人民财产造成巨大威胁。司法机关在处理重大的电信诈骗案件时,可同时对于电信网络服务提供者的行为进行调查,如果其存在拒不履行职责行为,应援引该法条对其进行处罚。本罪侵害的客体是国家网络安全的管理制度。本罪在客观方面表现为三个方面:一是行为违法,即网络服务提供者不履行法律、行政法规规定的信息网络安全管理义务;二是拒不改正,即经监管部门责令采取改正措施而拒不改正;三是产生后果,即导致了违法信息大量传播、用户信息泄露并造成严重后果、刑事案件证据灭失情节严重或有其他严重后果的产生。本罪的主体是特殊主体,即年满 16 周岁具有刑事责任能力的网络服务提供者,单位也可构成本罪。本罪在主观方面表现为故意,过失不可能构成本罪。

笔者认为,对于拒不履行信息网络安全管理义务罪行为人且与从事电信诈骗犯罪活动的犯罪人预先通谋的,应当按照诈骗罪共犯追究其刑事责任。

(七) 非法利用信息网络罪的构成分析

该罪是指利用信息网络设立用于实施诈骗、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,或发布有关制作或者销售毒品、枪支、淫秽物品等违禁物品、管制物品或者其他违法犯罪信息,或为实施诈骗等违法犯罪活动发布信息,情节严重的行为。本罪侵害的客体是国家网络安全管理制度。本罪在客观方面表现为利用电子信息传输的通道实施违法犯罪活动,情节严重的行为。该行为在电信诈骗犯罪中主要表现在两个方面:一是设立用于实施诈骗、传授犯罪方法等违法犯罪活动的网站、通讯群组的;二是为实施诈骗等违法犯罪活动发布信息的。本罪的主体是一般主体,即年满 16 周岁具有刑事责任能力的人均可构成本罪,单位也可构成本罪。本罪在主观方面表现为故意,过失不可能构成本罪。

笔者认为,对于设立用于实施诈骗、传授犯罪方法等违法犯罪活动的网站、通讯群组且从事电信诈骗犯罪活动的犯罪人,应当按照诈骗罪追究其刑事责任。但是,不宜同时认定非法利用信息网络罪而实行数罪并罚。定一罪而不定二罪的

理由是：该场合中，诈骗行为与非法利用信息网络行为构成牵连犯关系，适宜按照一个法定刑较重的罪名定罪处罚。对于非法利用信息网络行为人与从事电信诈骗犯罪活动的犯罪人预先通谋的，应当按照诈骗罪共犯追究其刑事责任。

（八）帮助信息网络犯罪活动罪的构成分析

该罪名是指明知他人利用信息网络实施犯罪，仍为其提供帮助，情节严重的行为。本罪侵害的客体是国家网络安全的管理制度。本罪在客观方面表现为在明知他人利用信息网络实施犯罪活动的情况下，仍为其犯罪提供互联网接入、服务器托管、网络存储、通讯传输等技术支持或者提供广告推广、支付结算等帮助，情节严重的行为。本罪是结果犯，需要达到“情节严重”才能构成，但何为“情节严重”，有待于法律或司法解释作出明确的规定。本罪的主体是一般主体，即年满十六周岁具有刑事责任能力的自然人，单位也可构成本罪。本罪在主观上只能由故意构成，过失不能构成本罪。

笔者认为，实施了帮助信息网络犯罪活动行为的犯罪人若与电信诈骗犯罪人预先通谋，应当按照诈骗罪共犯追究其刑事责任。

（九）扰乱无线电通讯秩序罪的构成分析

该罪是指违反国家规定，擅自设置、使用无线电台（站），或者擅自占用频率，经责令停止使用后拒不停用，干扰无线电通讯正常进行，造成严重后果的行为。在部分电信诈骗犯罪的实施过程中，存在非法使用“伪基站”、“黑广播”等干扰无线电通讯秩序的情况，对于实施这些行为的犯罪分子，可适用该罪名进行处罚。当然，若行为人与诈骗犯罪分子之间存在诈骗行为实施的意思联络，则同时构成诈骗罪，按照处罚较重的规定进行定罪处罚。本罪保护的客体是国家的无线电管理制度。本罪在客观方面表现为违反国家规定，擅自设置、使用无线电台（站），或者擅自占用频率，经责令停止使用后拒不停止使用，干扰无线电通讯正常进行，造成严重后果的行为。本罪的主体是一般主体，凡达到刑事责任年龄且具备刑事责任能力的自然人，均能构成本罪，单位亦能成为本罪的主体。本罪在主观方面表现为直接故意，即明知其擅自设置、使用无线电台（站），或者擅自占用频率的行为会干扰无线电通讯的正常进行。间接故意和过失均不构成本罪。

笔者认为，若犯罪人的行为构成扰乱无线电通讯秩序罪并与电信诈骗犯罪人

存在预先通谋的，应当按照诈骗罪共犯追究其刑事责任。笔者且认为，对于擅自设置、使用无线电台（站），或者擅自占用频率且从事电信诈骗犯罪活动的犯罪人，应当按照诈骗罪追究其刑事责任。但是，不宜同时认定扰乱无线电通讯秩序罪而实行数罪并罚。定一罪而不定二罪的理由是：该场合中，诈骗行为与擅自设置、使用无线电台（站），或者擅自占用频率行为构成牵连犯关系，适宜按照一个法定刑较重的罪名定罪处罚。

（十）掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪的构成分析

该罪是指行为人明知是犯罪所得及其产生的收益而予以窝藏、转移、收购、代为销售或者以其他方法掩饰、隐瞒的行为。电信诈骗犯罪具有明确的分工，部分犯罪分子专门负责转移诈骗犯罪收益，对于这部分犯罪成员，如果其主观上不知其为电信诈骗犯罪所得收益，但客观上确实为其提供了转账、套现和提取等服务的，司法机关可援引该罪名对其进行处罚。若与电信诈骗犯罪分子存在意思联络，则属于同时触犯其他法律，按照处罚较重的规定进行定罪量刑。本罪侵害的客体是司法机关的正常活动。本罪在客观方面表现为行为人实施了窝藏、转移、收购、代为销售或者以其他方法掩饰、隐瞒犯罪所得及其产生收益的行为。本罪的主体是一般主体，即年满 16 周岁、具有刑事责任能力的自然人，单位也可构成本罪。本罪的主观方面表现为故意，行为人必须知道其掩饰、隐瞒的是他人的犯罪所得或收益，不是一般的违法所得，同时，这种明知的程度只要达到可能即可，不要求其必须知道。

笔者认为，若犯罪人的行为构成掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪并且与从事电信诈骗犯罪活动的犯罪人预先通谋的，应当按照诈骗罪共犯追究其刑事责任，不在单独将其认定为掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪。

第二节 韩国电信诈骗犯罪的构成特征

一、韩国的“三阶层”犯罪成立理论

韩国的犯罪构成理论是移植与德日的“三阶层”理论，即判断某一行为是否构成犯罪，需分三个阶段进行。一是构成要件符合性判断，二是违法性判断，三是有责性判断。构成要件符合性专事入罪判断，违法性和有责性专事出罪判断。

（一）构成要件符合性

构成要件是指在罪刑法规中所规定的各个犯罪的行为类型和特征，概括的说就是指犯罪类型和特征的记述。人类行为要想成为可罚的犯罪行为，首先需要符合刑法各条文或其他附随刑法各处罚条款所规定的法律上的构成要件。无论怎样在实质意义上能够视为是犯罪的反社会的法益侵害行为，只要其没有符合法律规定的构成要件，就不能成为处罚对象，这也是罪刑法定原则之效力的缘故。¹构成要件符合性的判断是违法性和有责性判断的前提，只要符合构成要件的行为，原则上就能够犯罪，只有在个别例外的情况下才能阻却违法或责任。构成要件的要害可分为两个方面，一是客观地构成要件要素，二是主观的构成要件要素。客观的构成要件要素是因果关系（韩国《刑法》第 17 条）。²主观的构成要件要素包括故意（韩国《刑法》第 13 条）、³过失（韩国《刑法》第 14 条）、⁴事实上的错误（韩国《刑法》第 15 条）。⁵⁶

（二）违法性

如果说构成要件包含有作为不法之根据的各个犯罪类型，违法性便是从整体法秩序的立场确定不法的范畴。⁷违法性是行为在具备构成要件符合性之后所应具备的第二个无价值属性，它是指符合构成要件的行为人的行为与法秩序之间存在矛盾和冲突。符合构成要件的行为在一般情况下原则上是违法的，但如果存在正当行为（韩国《刑法》第 20 条）、⁸正当防卫（韩国《刑法》第 21 条第 1 款）、⁹紧急避难（韩国《刑法》第 22 条第 1 款）、¹⁰自救行为（韩国《刑法》第 23 条第 1 款）¹¹以及被害人承诺（韩国《刑法》第 24 条）¹²时，¹即使是符合构成要件

¹ [韩]金日秀、徐辅鹤著，郑军男译，《韩国刑法总论》，武汉大学出版社 2008 年版，第 97-98 页。

² 韩国《刑法》第 17 条【因果关系】任何行为在没有与作为犯罪要素的危险发生相连接时，不能因其结果受处罚。

³ 韩国《刑法》第 13 条【犯意】没有认识作为犯罪成立要素的事实之行为，不予处罚。但是法律有特别规定的除外。

⁴ 韩国《刑法》第 14 条【过失】因怠慢正常的注意义务没有认识作为犯罪之事实的行为，不以重的犯罪处罚。

⁵ 韩国《刑法》第 17 条【事实的错误】①没有认识到成立特别重的犯罪之事实的行为，限于在其误认具有正当理由的情况下不予处罚。②在因其结果加重刑罚的犯罪中不能预见其结果发生时，不以重的结果处罚。

⁶ 张霞：《韩国犯罪论体系形成的启示》，《法学论坛》2015 年第 1 期，第 157 页。

⁷ [韩]金日秀，徐辅鹤著，郑军男译，《韩国刑法总论》，武汉大学出版社 2008 年版，第 98 页。

⁸ 韩国《刑法》第 20 条【正当行为】依法令的行为、因业务的行为以及其他不违背社会常规的行为，具有相当的理由时不予处罚。

⁹ 韩国《刑法》第 21 条【正当防卫】①为了防卫对自己或他人的法益发生现在不当侵害而实施的行为，具有相当的理由时不予处罚。

¹⁰ 韩国《刑法》第 22 条【紧急避难】①为了避免对自己或他人法益发生的现在为危难而实施的行为，具有相当的理由时不予处罚。

¹¹ 韩国《刑法》第 23 条【自救行为】①依法定程序无法保全其请求权的情况下，为了避免无法实行或者明显难以实行请求权的行为，具有相当的理由时不予处罚。

¹² 韩国《刑法》第 24 条【被害人承诺】依照有权处分人的承诺损害其法益的行为，除法律有特别规定的以

的行为亦基于容许规范而被正当化，从而阻却违法性。

（三）有责性

责任是指行为人尽管处于能够做出符合规范的决定的境地，却没有依照规范行动而是实施了其他行为，因而具有了非难可能性。² 刑罚最终是以对行为人个人的非难为前提，而仅以不法行为的构成要件符合性和违法性尚不能把刑罚进行正当化，还要进一步把行为人所实施的不法还原为行为人的责任。³ 与此相关的评价阶段一般叫做责任或者有责性。与此相关的前提有责任能力（韩国《刑法》第9条、第10条、第11条）、⁴ 不法意识的存在（韩国《刑法》第16条）⁵ 和免责事由的不存在（韩国《刑法》第12条）⁶。⁷

二、韩国电信诈骗及其关联犯罪的构成要件符合性分析

（一）诈骗罪的构成分析

该罪是指通过欺骗他人，使本人或者第三人获得财物或财产性收益的行为。从韩国的司法实践来看，多数电信诈骗犯罪会被判处该罪名。诈骗罪的成立需要满足以下几个条件，首先客观条件包括：1. 有欺骗的行为；2. 明显会获得财物、财产利益；3. 被骗者存在错觉；4. 存在处置财产的行为；5. 产生了财产损失。⁸⁹ 主观构成条件必须满足存在故意与非法获利的意志。¹⁰ 在电信诈骗犯罪中，行为人向受害人拨打电话，谎称国税厅、银行等金融机构的职员，或警察局、监察厅等调查机构的职员，声称为了账户的安全考虑，需要受害人输入金融信息，那么嫌疑人的这些行为完全可以视为诈骗行为。如果行为人的这些诈骗行为，让受害人

外不予处罚。

¹ 张霞：《韩国犯罪论体系形成的启示》，《法学论坛》2015年第1期，第157页。

² 金昌俊：《韩国刑法总论》，社会科学文献出版社2016年版，第122页。

³ [韩]金日秀，徐辅鹤著，郑军男译，《韩国刑法总论》，武汉大学出版社2008年版，第98页。

⁴ 韩国《刑法》第9条【刑事未成年人】未满14岁的人行为不予处罚。

韩国《刑法》第10条【心神障碍人】①因心神障碍没有辨别事物的能力或者意思决定能力的人，其行为不予处罚。

②因心神障碍事物辨认能力或意思决定能力微弱的人。其行为减轻刑罚。

③对于已经预见发生的危险并自意引起心神障碍状态人的行为，不适用前两款的规定。

韩国《刑法》第11条【聋哑人】聋哑人的行为，减轻刑罚。

⁵ 韩国《刑法》第16条【法律的错误】误认为自己的行为依照法令不构成犯罪的行为，限于在其误认为具有正当理由的情况下不予处罚。

⁶ 韩国《刑法》第12条【被强迫的行为】被无法抵抗的暴力或者对自己活亲属的生命、健康无法防御的危险胁迫的被强要的行为，不予处罚。

⁷ 张霞：《韩国犯罪论体系形成的启示》，《法学论坛》2015年第1期，第157页。

⁸ 李载相：《<刑法>专论》，博英社，第347页。

⁹ 对于诈骗罪的构成条件，有其他学者认为，诈骗罪的成立必须从结构上满足如下的条件：欺诈行为→被骗者的错觉→财产处置行为→产生财产损失→损失与获利的资料同质性→存在故意（非法获利的意志）（裴宗大：《<刑法>专论》，弘文社，2010，447页）。

¹⁰ 李载相：《<刑法>专论》，博英社，347页。

陷入错觉,受害人通过自动提款机或网络银行输入了个人信息,最终实现了现金转账,那么在行为人的欺骗行为与受害人错觉、财产处置行为之间存在着种因果关系。但如果受害人并没有转账,而只是输入了几种金融信息以加强账户的安全性,结果这些金融信息被犯罪分子所掌握时,那么这些金融信息能否成为诈骗罪的对象——财产利益,¹就值得商榷了。这些金融信息虽仅是单纯的数字,可诈骗犯罪行为如果输入了这些数字,并向自己的借名账户转账,就会发生相应的存款损失,因此有学者认为,应该将金融信息视为一种财产利益。²要将电信诈骗行为定为诈骗罪,必须存在受害人有意进行处置财产的行为。³这种处置行为应当是在受害人陷入错觉时进行的。反过来说也就是受害人对财产的处置行为必须是按照受害人的意愿进行的。对于财产处置行为的成立究竟是否需要受害人的“处置意愿”,学界存在几种对立的看法。有观点认为,受害人处置财产行为中必须存在受害人的处置意志,⁴对于这个问题大法院也采取了相同的立场。⁵主观上需要有被骗者的处置意志,即被骗者认识到了处置结果,客观上存在在这种意志下支配的行为。相反也有见解认为,只要存在客观上财产的减少即可,并不一定需要受害人的处置意愿。⁶

(二) 恐吓罪的构成分析

该罪是指通过恐吓他人的方式获得财物或财产性利益的行为。大部分电信诈骗犯罪分子在进行诈骗行为时,会声称要退款给受害人或受害人信用卡欠款滞纳金,但有时犯罪分子也会恐吓受害人,他们向受害人拨打电话,声称绑架了受害人的子女、家人,要求受害人汇款。有的还表示如果受害人不汇款,就会揭发他

¹ 无论积极的利益、消极的利益、暂时的利益还是永久的利益都属于财产利益,因此不仅所有权、债权属于财产利益,债务的免除、债务履行的延期、债务接管的同意、劳务的提供等都属于财产利益(李亨局,《<刑法>专论》,法文社,2007,377页)。从判例来看,在诈骗罪的构成要件中,所谓的财产利益,并不一定是司法上有效的,只要从外观上来看能取得财产利益,就可以认定为财产利益(大法院,1975.5.27宣告,75DO760判决)。

² 洪胜熙:《围绕借名账户产生的电话金融诈骗的法律争议》,比较刑事司法研究第11卷第2号,韩国比较刑事法学会,32页。

³ 处置行为是指会导致财产损失的行为与不作为。对财物的处置行为意味着财物占有的转移,行为者默认、甚至忍受财物被转移的事实也可以称为处置行为(李载相,前掲书,第342页)。

⁴ 林雄:《<刑法>专论》,法文社2005年版,第350页;孙东权:《<刑法>专论》,栗谷出版社2012年版,第371页;陈季浩:《<刑法>专论》,大王社1985年版,第322页;金正哲:《New <刑法>solution》,图书出版社2009年版,第641页。

⁵ 通过欺骗他人,使受害人陷入错觉,诱发其处置行为,攫取货物或财产利益,诈骗罪就可成立,这里所谓的“处置行为”是指财产上的处置行为,主观上要求被欺骗者存在处置意愿,即认识到了处置结果,客观上要求存在在这种意愿支配下所采取的行为(参照大法院1999.7.9宣告99do1326判决)。

⁶ 产生财物的交付,并不一定要存在财物的实际移交,也包括财物落入犯人实际的支配之下,陷入自由处置的状态。对财产利益的处置行为是指使他人获利的一切行为(李载相,前掲书,342页)。

的不正当的男女关系或其家人的罪行。对于这种声称绑架、进行恐吓的行为，可适用该罪名进行处罚。这里所谓的“恐吓”是指犯罪分子为了获取财物或财产利益，以暴行、胁迫为手段，告知受害人自己将会作出一定的危害行为，使其产生畏惧心理。¹所谓的“胁迫”是指限制他人决策自由，或告知受害人某种危害，使受害人产生畏惧心理，以至于妨碍其决策自由。所谓的“危害”，既可以是现在，也可以是未来的，危害内容也没有限制。²如果受害人在犯罪分子的恐吓下感到恐惧，且发生了汇款等财产处置行为，就会产生财产损失。如果犯罪分子获得了汇款，骗取到了钱财，犯罪事实就会成立。

上文中这种声称绑架、胁迫受害人类型的电信诈骗中，最大问题的就是诈骗罪与恐吓罪的成立关系。大多数人的意见是，在具体的事实关系中，在受害人决策形成过程中，“欺骗”与“恐吓”之中究竟哪种要素所产生的影响更大，就按照哪种罪行处罚。³当犯罪分子声称绑架了受害人的子女、家人，或声称要曝光受害人的不正当男女关系、犯罪事实时，受害人感到畏惧，因而产生了财产处置行为，这时我们可以认为欺骗强化了恐吓，或影响了恐吓，因此可以肯定恐吓罪名的成立。而如果受害人面对这种恐吓时，只是误以为子女、家人真的被绑架了或真的存在不正当男女关系，但并没有感到畏惧，而做出了处置财产的行为时，就可以肯定诈骗罪的成立。但在大部分声称绑架、胁迫型的电信金融诈骗中，一般犯罪分子并没有真的绑架受害人的家人，只是为了欺骗受害人而告知受害人自己将会对被绑架者实施暴力、威胁等一定的危害，因此在诈骗罪与恐吓罪的适用问题上的确会发生一些混乱。

（三）冒充公务员身份罪构成分析

该罪是指假冒公务员并行使其职权的行为。如果电信诈骗犯罪分子冒充公务员身份、行使公务员职权就会构成“冒充公务员身份罪”，罪名成立须满足两个条件：其一，犯罪分子冒充了公务员的身份；其二，犯罪分子行使了公务员的职权。对于仅仅冒充公务员身份、并没有行使职权的行为，应按照《轻犯罪处罚法》第1条第8款处罚。⁴但在电信诈骗中，犯罪分子并非警察或检察官等，却谎称

¹ 郑永一，《〈刑法〉专论》，博英社2008年版，第345页。

² 郑真娟：《国际电话金融诈骗的刑事法争论》，载《法学研究》2011年第41卷，第345页。

³ 金一秀、徐宝学：《〈刑法〉专论》，博英社2007年版，第478页；李载相，前揭书，第345页。

⁴ 韩国《轻犯罪处罚法》第1条【轻罪】符合下列各号中“1”类罪行的犯罪分子，应处以10万韩元以下的罚款、拘留或罚金。（2007.5.17修订）⑧（谎称官职名）虚构国内外的官职名、阶级、勋章、学位及其它法律所规定的名称或称号，或并无相应资格，却使用法律所规定的制服、勋章、纪念章以及其它徽章或

自己有公务员的身份，骗取受害人的信任，使他们更容易处置自己的财产，符合冒充身份的类型，可按《刑法》第 118 条的规定追加量刑。

（四）窝藏和伪装犯罪收益罪构成分析

该罪是指伪装有关取得、处分犯罪收益等事实或伪装有关犯罪收益的产生原因以及以助长特定犯罪或伪装为合法取得财产为目的、窝藏犯罪收益等的行为。根据《关于制止和严惩窝藏犯罪收益等的法律》第 2 条第 1 款中的规定，¹所谓的“特定犯罪”是指“以取得不当的财产利益为目的所实施的附表中规定的重大犯罪”，而附表中包括《刑法》第 347 条规定的“诈骗罪”与第 350 条规定的“恐吓罪”。该罪在客观上表现以下三种情形：一是伪装有关取得或处分犯罪收益等事实的；二是伪装有关犯罪收益产生原因的；三是以助长特定犯罪或伪装为合法取得财产为目的，窝藏犯罪收益等。在电信诈骗犯罪中，如果犯罪人确实存在取得不当财产利益的故意，那么就构成该罪。

（五）诈取公民个人信息罪的构成分析

该罪是指使用欺诈的方法收集他人个人信息或诱导别人提供信息的行为。在电信诈骗的初期，犯罪分子利用信息通信网，面向非特定人群，无差别地拨打电话，用诈骗的手段收集他人信息、或诱导他人向其提供信息时，可适用该罪名。该罪是一种抽象危险犯，只要实施了行为，犯罪即告完成。该罪在主体上没有限制，即任何人在互联网上实施了上述行为，均可构成该罪。

（六）侵犯公民个人信息罪的构成分析

该罪是指处理个人信息者超越权限使用公民的个人信息、将公民信息提供他人或者在没有正当权限或超越职权范围的权限毁损、消灭、变更、伪造、泄露个人信息的行为，为了利益或者其他不正当目的接受他人提供的公民个人信息也构成本罪。该罪主要针对的是处理个人信息者，目的是防止这部分人实施侵犯公民个人信息的行为。

（七）转让、接受转让电子证书罪

该罪是指以方便他人使用为目的，向他人转让、出借电子证书或者以方便自

类似物品的人。

¹ 韩国《关于制止和严惩窝藏犯罪收益等的法律》第 2 条（定义）本法用语定义如下：1. “特定犯罪”是指以取得财产上不正当利益为目的，由附表（以下称“严重犯罪”）和第 2 号(2)规定的犯罪行为。若严重犯罪、第 2 号(2)规定的犯罪及其他犯罪，处于根据《刑法》第 40 条规定的想想竞合关系的，应当包括其犯罪。外国人在大韩民国境外所做的行为，在大韩民国境内相当于严重犯罪或第 2 号(2) 规定行为，也根据行为地的法令相当于犯罪的，应当包括其犯罪。

已使用为目的,接受他人转让、出借电子证书的行为。目前网上银行、手机银行已经非常普及,要利用电子银行服务,就需要电子证书。电子证书是一种网络交易的印章证明,确认用于电子签名的信息是否属于签名的用户后,证明这一点的电子信息,它保存在使用者的硬盘或软盘里,用来标识用户的身份信息。有权发放个人数字证书的机关是指依据《电子签名法》具有能够管理和保证公正交易的公信力,而且具备能够安全构建认证系统的人力、技术能力、资金能力的机构,由行政安全部部长指定。电子证书的使用范围四类,一是网上银行、网上证券交易、投保及贷款服务、企业金融服务;二是网上购物、企业间信息流通、各种网上预订、货物运输、电子税单、电子贸易等电子商务;三是行政事务、批准认可申请、税收行政、电子公证及证明内容、进出口通关、电子申请、电子招标等公共部门事务;四是其他大学行政事务、无线网络、网上约购、电子邮件收发等。如个人在开设、转让借名账户时,将电子证书一同转让,以方便借名账户的购买者使用网上银行,就触犯了该罪名。

(八) 转让、接受转让介质媒介罪

该罪指转让、出借、抵押介质媒介的行为,它针对的犯罪对象是介质媒介的收集人和出借人。《电子金融交易法》明确地规定了电子金融交易的法律关系,为了确保电子金融交易的安全性与可信赖性,韩国于2006年4月28日制订了该部法律,并于此后进行了三次修订,其中2008年12月31日的修订目的之一就是应对利用借名账户进行电信诈骗的行为,加强了对借名账户相关行为的处罚。

¹对于以获取财产利益为目的,开设、销售借名账户与现金卡的犯罪人员,我们可以按照该法第6条第3款的规定进行处罚。²在其它法律没有做出特别规定的情况下,在使用、管理介质媒介时,转让介质媒介或接受介质媒介转让,付出一定利益获得介质媒介的转让或以获利为目的出借介质媒介,将介质媒介作为抵押权者,处以3年以下的拘役或2000万韩元以下的罚款(该法第49条第4款第1项-第3项)。³从严格意义上来讲,单纯的存款账户(借名账户)并不属于该法

¹ 洪胜熙,《围绕借名账户产生的电话金融诈骗的法律争议》,载《比较刑事司法研究》第11卷第2号,第39页。

² 韩国《电信金融交易法》第6条【介质媒介的选定、使用与管理】③在其它的法律没有做出特别规定的情况下,任何人使用、管理介质媒介时,不得做出以下各种行为。但根据第18条规定,当介质媒介作为一种预付的电子支付手段,或在转让电子货币、提供担保时必须做出这些行为时则不在此列(2008.12.31修订)1.转让介质媒介或接受介质媒介转让的行为;2.付出一定金钱以获得介质媒介的转让,或以获得利益为目的出借介质媒介的行为;3.将介质媒介作为抵押权的行为;4.为第1种至第3种行为提供中介的行为。

³ 韩国《电子金融交易法》第49条【处罚规定】④对于有以下各行为者,处以3年以下的拘役或2000万

第2条第10款中所指的“介质媒介”，¹可是在自动提款机上利用现金卡提取存款时，存款账户就又符合其规定。借名账户的名义出借人大部分都是流浪人、老人、身份不明的人，他们本人并没有意识到自己的账户被用于犯罪行为，因此很难向其追究故意的责任，也很难根据该法第3条或“诈骗罪”、“恐吓罪”的从犯进行处罚。²³在电信诈骗犯罪中，电信诈骗犯罪分子通常会利用借名账户，至于该行为是否违反《电子金融交易法》第6条（介质媒介的选定、使用与管理）规定的问题尚待商榷，⁴但如果出借借名账户者将自己开设的借名账号、密码、现金卡、身份证等，转让或不正当出借给负责收集借名账户的中介人或电信诈骗犯罪分子，可适用该罪名进行处罚。

第三节 中韩电信诈骗犯罪构成特征的比较分析

一、犯罪构成（成立）理论之比较

从前文对中国“四要件”理论以及韩国“三阶层”犯罪成立理论的描述可看出，两种犯罪构成理论存在重大差异。中国的“四要件”理论遵循的是一种平面式的耦合关系，在行为符合四个构成要件的情况下，原则上就构成了犯罪。韩国的“三阶层”理论遵循的是一种递进式的逻辑关系，行为符合构成要件只是一种形式判断，是构成犯罪的前提，在此基础上还需要进行违法性和有责性的实质判

韩元以下的罚款。（2008.12.31 修订）1.违反第6条第③项第1号的规定，转让介质媒介或接受介质媒介的转让者；2.违反第6条第③项第2号的规定，出借介质媒介或接受介质媒介的出借者；3.违反第6条第③项第3号的抵押人或收当人；4.违反第6条第③项第4号，提供中介者。

¹ 韩国《电子金融交易法》第2条第10款：“介质媒介”是在电子交易上指示交易或为了确保用户及交易内容的真实性与正确性使用的下列中的一个手段或信息。①电子式卡及跟电子式卡同样作用的信息；②《电子签名法》第2条第4号电子签名生成信息及第7号证书；③注册于金融公司的用户编号；④用户的身份信息；⑤使用①②的时需要的密码。

² 韩国《电子金融交易法》第3条【适用范围】①该法除了在其他法律上有特别规定之外适用于所有的交易；②第5章规定不适用于在第2条第3号3和4上的金融公司；③下列的各号的规定不适用于根据电子交易的频率、公司的规模，由总统令指定的金融公司。1.对第21条第2项的人力、设施、电子设备等信息技术部门和电子金融业务，由金融委员会制定的标准；2.第21条第4项的制定和提交信息技术部门计划；3.第21条之2的指定保护信息负责人；4.第21条之3的分析及评价电子金融基础设施脆弱点。

³ 一般来说，转让是指将权利、物品转让给他人的行为，刑法中的解释应当更严格一些，将明文规定向不利于被告人的方向过度解说或类推不符合罪刑法定主义原则，《民法》中将转让与租借视为两个概念。为了积极应对利用“借名账户”施行犯罪的行为，2008.12.31 修订了旧的《金融交易法》，新增了禁止“以金钱为媒介，出借介质媒介与接受介质媒介出借的行为”（第6条第3项第2号、第49条第4项第2号），由此可见旧的《金融交易法》中所指的转让，并不包括单纯出借介质媒介的行为，或临时让别人使用的行为。

⁴ 韩国《电子金融交易法》第6条【介质媒介的选定、使用与管理】①金融公司有选定、使用、管理介质媒介的义务，也有确认用户的身份、权限、指示交易的内容的义务；②金融公司签发介质媒介业务时，仅限用户提出申请的时候，先确认用户的身份，再签发介质媒介。但在下列的各号的情况下，未经过确认用户身份，也可以签发介质媒介。1.预付电子支付手段 或 第16条第1项规定的电子货币；2.为了更新介质媒介，根据总统令，得到用户的同意；3.在其他法律没有做出特别规定下，任何人使用、管理介质媒介时不得做出以下的行为，但根据第18条的规定，当介质媒介作为一种预付电子支付手段，或在转让电子货币、提供担保时必须做出这些行为时则不在此列。

断。相对于韩国的“三阶层”理论来说,中国的“四要件”理论在实际运用中简洁、易操作,将行为论与犯罪论结合在一起,避免了许多逻辑的矛盾与错误,但是另一方面也是由于逻辑简单,缺乏层次判断,导致容易忽视对行为人出罪事由的判断,在罪与非罪认定标准上存有一定程度的混乱。“四要件”理论与“三阶层”理论各有利弊,两者的比较也是近些年来中国学者的研究热点。但是,目前对于这两种理论比较研究仍多停留在理论层面,在司法实践中的表现孰优孰略还没有定论。“四要件”理论在中国司法实践中一直发挥着重要作用,到目前为止少有刑事司法人员对该理论提出争议。而韩国的“三阶层”理论也同样指导韩国刑事司法的稳步进行。正如平野龙一教授认为的那样,犯罪构成理论只是一种逻辑上的思考方式,不存在唯一正确的理论,只要大方向是正确的,这个理论体系就是完美的。司法人员在面对具体的犯罪行为时,不必过分纠结于逻辑上该如何进行演绎推理,而是要多重视案件表现出的细节,仔细分析并得出合适结论才最为合适。¹

二、电信诈骗犯罪构成特征之比较

虽然中韩在犯罪构成理论上采取的是不同的观点,但是不论何种理论体系,在分析具体行为是否构成犯罪时都不能忽视如下几个问题,一是行为是否产生和存在;二是行为是否对法益造成侵害;三是行为主体是否具备责任能力;四是行为人的主观状态。下文中笔者也将围绕这四个问题对中韩电信诈骗犯罪的构成特征进行简单的比较。

(一) 行为

从中国围绕电信诈骗犯罪设置的罪名来看,电信诈骗犯罪的行为包括用虚构事实或者隐瞒真相的欺骗方法,骗取公私财物,数额较大或者情节严重的诈骗行为;使用威胁或者要挟的方法,使受害人产生畏惧心理,并在这种畏惧心理的作用下作出违背自己意志的财产交付的敲诈勒索行为;冒充国家机关工作人员进行招摇撞骗的行为;非法使用“伪基站”“黑广播”等干扰无线电通讯秩序的行为;违反国家有关规定,向他人出售或者提供公民个人信息,窃取或者以其他方法非法获取公民个人信息的行为;网络服务提供者不履行法律、行政法规规定的信息网络安全管理义务,经监管部门责令采取改正措施而拒不改正,致使诈骗信息大

¹ [日]平野龙一:《刑法的基础》,东京大学出版会1969年版,第249页。

量传播,或者用户信息泄露造成严重后果的行为;设立用于实施诈骗的网站、通讯群组的或为实施诈骗等违法犯罪活动发布信息的行为以及帮助行为;窝藏、转移、收购、代为销售或者以其他方法掩饰、隐瞒电信诈骗犯罪所得及其产生收益的行为。

从韩国围绕电信诈骗犯罪的罪名设置来看,韩国的电信诈骗犯罪的行为包括欺骗他人,使本人或者第三人获得财物或财产性收益的行为;通过恐吓他人的方式获得财物或财产性利益的行为;假冒公务员并行使其职权的行为;伪装有关取得、处分犯罪收益等事实或伪装有关犯罪收益的产生原因以及以助长特定犯罪或伪装为合法取得财产为目的、窝藏犯罪收益等的行为;超越权限使用公民个人信息或者泄露个人信息行为以及明知是泄露信息而接受提供的行为;用欺诈的方法收集他人个人信息或诱导别人提供信息的行为;转让、出借电子证书或者以方便自己使用为目的,接受他人转让、出借电子证书的行为;转让、出借、抵押介质媒介的行为。

(二) 法益

法益,近似于中国犯罪构成理论中所言的客体。在中国,电信诈骗犯罪的实施将会对如下法益产生影响:公私财物的所有权、公民的人身权利、国家机关的威信及其正常活动、国家的信用卡管理秩序、公民的个人信息权和公民身份管理秩序、国家网络安全的管理制度和司法机关的正常活动。

法益,存在于韩国犯罪构成理论之中,违法性判断实为法益侵害判断。韩国电信诈骗犯罪的实施将会对如下法益产生影响:公民的财产权益和人身权益、公务员的威信和正常活动、介质媒介的管理秩序和公民的信息权益。

(三) 主体

1. 自然人主体

中韩两国法律均承认 14 周岁以下未成年人不具有刑事责任能力,不用承担刑事责任。但中国《刑法》还有规定,已满 14 周岁不满 16 周岁的人为限制行为能力人,需要对八种犯罪行为负责,而与电信诈骗相关的罪名均不再这八种罪名之列,因此在中国,14 到 16 周岁的未成人参与实施电信诈骗犯罪的,不需要承担任何刑事责任,其行为也不会被评价为犯罪。韩国《刑法》在 14 周岁这一刑事责任年龄的标准之外,没有再设置其他年龄界限,超过 14 周岁的未成年人实

施的所有犯罪行为均需要承担刑事责任，包括参与实施的电信诈骗行为，需要根据主观认识判断其行为性质，并为其选择适当的罪名进行评价。

2. 单位主体

从中国《刑法》第 30 条可知，单位可以成为犯罪主体，对于法律规定为单位犯罪的，应当负刑事责任。在电信诈骗犯罪活动所能触犯的刑法罪名中，有多项可由单位构成，包括“扰乱无线电通讯秩序罪”“非法获取公民个人信息罪”“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掩饰”和“隐瞒犯罪所得或犯罪所得收益罪”。单位如果触犯这些罪名，将采取双罚制，即对单位处罚罚金，也对直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚。

从韩国《刑法》第 9 条到第 16 条的规定可知，韩国目前只承认自然人的犯罪主体地位，单位不具有犯罪能力。在围绕电信诈骗犯罪设置的罪名中，均没有对单位的犯罪主体身份作出规定，因此，单位不可能成为电信诈骗犯罪的主体。

（四）主观状态

在此方面，中韩的规定相同，即不论行为人参与实施的电信诈骗犯罪活动的哪一具体行为，都已故意为要件，都要对自己实施行为的犯罪性质有清楚的认识，过失均不构成犯罪。

第四章 中韩电信诈骗犯罪的刑罚体系

第一节 中国电信诈骗犯罪的刑罚体系

一、中国刑罚体系概述

中国的刑罚体系经历了一个从少到多、从不统一到统一、从不完备到基本完备的发展过程。在中国的民主革命时期，各革命根据地和解放区人民政府颁布的刑事法规中规定的刑罚种类有死刑、无期徒刑、有期徒刑、拘役、劳役、剥夺政治权利、罚金、没收财产等。在 1949 年新中国成立后，由于没有制定完备的刑事法律，所以各地法院在刑罚适用上存在着混乱现象。因此，在 1956 年的最高人民法院将刑罚整理归纳为十种：死刑、无期徒刑、有期徒刑、劳役、管制、驱逐出境、剥夺政治权利、没收财产、罚金和公开训诫，从而实现了中国刑罚种类的统一。作为新中国第一部刑法典的 1979 年《刑法》，在对过去刑罚适用种类进

行比较的基础上,参考借鉴了世界各国的立法例,确定了中国刑罚的主刑和附加刑的刑罚结构体系,将所有的刑罚方法归入这两类之中。随后,1997年修订的《刑法》继续保留了1979年《刑法》的刑罚体系。

(一) 主刑

主刑又被称为基本刑,是对犯罪行为人适用的主要刑罚方法,它只能独立适用,不能相互附加适用,不能对一个罪名适用两个或其以上的主刑。根据中国刑法第33条可知,主刑包含以下五种方式:管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑和死刑。

1. 管制,它是对犯罪人不予关押,但限制一定的人身自由,依法实行社区矫正的刑罚方法。管制是一种开放型的刑罚方法,是最轻的主刑,为中国《刑法》所独创,它产生于中国的民主革命时期,新中国成立后被继续留存使用。在同犯罪的长期斗争中证明,管制是一种行之有效的刑罚方法,它主要针对的是犯罪较轻、应当判刑而又不必关押的犯罪分子,将其放在群众中进行监督改造,可以少捕人,减轻国家负担。管制的期限为三个月以上两年以下,数罪并罚的情况下不得超过三年。

2. 拘役,它是剥夺犯罪人的短期自由,就近实行劳动改造的刑罚方法。拘役属于短期自由刑,是三种自由刑中严厉程度最轻的一种,它与刑事拘留、民事拘留和行政拘留都属于短期剥夺自由的强制方式,但是它们在性质、适用对象、适用机关和适用的法律依据上都存在差异。拘役是介于管制与有期徒刑之间的主刑,它将两者从刑期上衔接起来,从而给人民法院处理那些罪行较轻、需要关押,但又不宜剥夺较长时间人身自由的犯罪分子,提供了适当的刑种。拘役的期限为一个月以上六个月以下,数罪并罚的情况下不得超过一年。

3. 有期徒刑,它是一定期限内剥夺犯罪人的人身自由,并强制其参与劳动改造的刑罚方法。有期徒刑是中国的刑罚体系中适用范围最为广泛的刑罚方法,中国的刑法分则规定的所有罪名,均可以适用有期徒刑。有期徒刑的量刑幅度大,其期限是六个月到十五年,可以根据罪行的轻重选择适用。在中国的审判实践中,适用这一刑罚方法的比适用其他方法的都多。有期徒刑的期限为六个月以上十五年以下,数罪并罚的总和刑期不满三十五年的,不超过二十年;数罪并罚的总和刑期在三十五年以上的,不超过二十五年。

4. 无期徒刑，它是剥夺犯罪人的终身自由并强制其参与劳动改造的刑法方法，它是中国三种自由刑方式中最为严厉的一种，严厉程度仅次于死刑。无期徒刑在刑事司法中会被作为死刑的替代刑种，对于那些罪行严重，但具有减轻情节而不必判处死刑的犯罪分子，可以考虑适用无期徒刑。无期徒刑在中国刑罚体系中也是适用范围较为广泛的一种，在刑法分则设置的 451 个罪名中，有 99 个罪名可以适用这种刑罚方法。

5. 死刑，它是剥夺犯罪人生命的刑罚方法，是中国刑罚体系中最为严厉的刑罚方法。死刑包括两种执行方式，一是死刑立即执行，二是死刑缓期两年执行。死刑主要适用于罪行极其严重的犯罪分子。死刑的存废问题是近些年来中国刑法学界关注的热点，在学者的呼吁下，中国也在不断减少死刑罪名。截至目前，在中国刑法分则规定的罪名中仅剩余 46 项可以适用这种刑罚方法。

（二）附加刑

附加刑又被称为从刑，是相对于主刑的另一种刑罚方法，作用是补充主刑适用。附加刑可以独立适用，也能附加于主刑适用。在附加于主刑适用时，可以同时适用两种以上。附加刑是中国刑罚体系中重要的一部分，具体包括三种方式，即罚金、剥夺政治权利和没收财产。

1. 罚金，它是人民法院判处犯罪人向国家缴纳一定数额金钱的刑罚方法。从法律性质上讲，罚金是一种刑罚方法，而非经济制裁、民事制裁或行政处罚。罚金属于财产刑的范畴，它是以强制犯罪人（包括自然人和单位）交纳金钱为内容的刑罚方法。罚金有选处、单处、并处、并处或单处四种适用方式。罚金数额有比例制、倍数制、比例兼倍数制、特定数额制以及抽象罚金制五种方式进行确定。关于罚金的裁量原则，中国刑法第 52 条有规定，“应当根据犯罪情节决定罚金数额”，根据本条规定，罚金数额应当与犯罪情节相适应。

2. 剥夺政治权利，它指剥夺犯罪人参加国家管理和政治活动权利的刑罚方法，它是中国刑法规定的一种资格刑，既可以附加适用，也能够独立使用，但需要注意的是，一旦选择独立适用，就不能再适用其他刑罚方法。剥夺政治权利的适用对象较为广泛，不仅适用于危害国家安全的犯罪，也适用于普通的刑事犯罪。剥夺政治权利的效力及于主刑的执行期间，附加剥夺的从主刑执行完毕之日或者假释之日起计算。剥夺政治权利的期限为一年以上五年以下，但是对于死刑缓期

执行和无期徒刑减为有期徒刑的，应附加剥夺三年以上十年以下的政治权利。

3. 没收财产，它是指将犯罪分子个人所有财产的一部或全部强制无偿地收归国有的刑罚方法，它虽然与罚金一样，同属于财产刑，但是它适用的内容更加广泛，罚金仅可以适用于金钱，但是没收财产可涉及其他财物。从中国刑法分则规定的内容来看，没收财产只能附加适用，不能够单独适用。

二、中国电信诈骗及其关联犯罪的法定刑

（一）诈骗罪的刑罚规定

诈骗罪能够适用的刑罚方法较为多样，包括无期徒刑、有期徒刑、拘役、管制、罚金和没收财产。根据最高人民法院联合最高人民检察院和公安部专门出台的《关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见》可知，当电信诈骗犯罪的数额达到人民币三千元时，可选择适用三年以下有期徒刑、拘役和管制，罚金可单独适用，也可附加于上述三种刑罚方法适用；当诈骗数额达到人民币三万元或者有“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”以及“在互联网上发布诈骗信息，页面浏览量累计五千次以上的”，适用三年以上十年以下的有期徒刑，并处罚金；当诈骗数额达到人民币五十万元或者电信诈骗犯罪人发送的诈骗信息、拨打的诈骗电话或者在互联网上发布的诈骗信息的浏览量达到了上述标准的十倍以上的，适用十年以上有期徒刑或无期徒刑，并处罚金或者没收财产。

（二）敲诈勒索罪的刑罚规定

构成本罪需要承担的刑罚方式有：有期徒刑、拘役、管制和罚金。当敲诈勒索的数额在人民币二千元至五千元以上或者在二年内敲诈勒索三次以上的，适用三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；当敲诈勒索的数额在人民币三万元至十万元以上或者有其他严重情节的，适用三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；当敲诈勒索的数额在人民币三十万元至五十万元以上或者有其他严重情节的，适用十年以上的有期徒刑，并处罚金。

（三）招摇撞骗罪的刑罚规定

构成本罪需要承担的刑罚方式有：有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利，其中有期徒刑分为两个档次，情节一般的适用三年以下，情节严重的适用三年以上十年以下。这里的情节严重一般是指：多次实施招摇撞骗的；招摇撞骗所得非

法利益巨大的；造成被骗人精神失常、自杀等严重后果的或有严重损害国家机关和形象，有恶劣政治影响的。

（四）妨害信用卡管理罪的刑罚规定

构成本罪的需要承担的刑法方式有：有期徒刑、拘役和罚金。其中数量较大的，适用三年以下有期徒刑、拘役，并处或者单处一万元以上十万元以下的罚金；数量巨大或者有其他严重情节的，适用三年以上十年以下有期徒刑，并处二万元以上二十万元以下罚金。

（五）侵犯公民个人信息罪的刑罚规定

构成本罪需要承担的刑罚方式有：有期徒刑、拘役和罚金。其中情节严重的，需要承担三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节特别严重的，承担三年以上七年以下的有期徒刑，并处罚金。单位犯罪的，对单位判处罚金，并对其他主管人员或者直接责任人员依照上述的规定进行处罚。

（六）拒不履行信息网络安全管理义务罪的刑罚规定

构成本罪需要承担的刑罚方式有：有期徒刑、拘役、管制和罚金。本罪不同于上述其他犯罪，刑罚的严厉程度较轻，有期徒刑的上限为三年，罚金可并处也可单处。单位犯罪的，要对单位判处罚金，并追究单位主管人员和直接责任人员的刑事责任。

（七）非法利用信息网络罪、帮助信息网络犯罪活动罪的刑罚规定

这两项罪名需要承担的刑法方式相同，包括有期徒刑、拘役和罚金，其中有有期徒刑的上限为三年，罚金可单独适用，也可附加适用。单位触犯这两项罪名时，要对单位判处罚金，并追究其主管人员和直接责任人员的刑事责任。

（八）扰乱无线电管理秩序罪的刑罚规定

构成本罪需要承担的刑罚方式有：有期徒刑、拘役、管制和罚金。该项罪名属于情节犯，达到情节严重的标准时才构成犯罪，适用三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；达到情节特别严重的标准时，适用三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。单位犯罪的，要对单位处以罚金，并对其主管人员和直接责任人员按照上述标准追究刑事责任。

（九）掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪的刑罚规定

违反本罪需要承担的刑罚方式有：有期徒刑、拘役、管制和罚金。对于情节

一般的，选择适用三年以下有期徒刑、拘役、管制和罚金，罚金也可附随前三种刑罚方法适用；情节严重的，适用三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。而在情节的判断标准上，中国确立了以数额为主，兼顾行为次数、行为对象、行为后果等因素的多层次标准，其中数额在人民币三千元至一万元以上是，可作为入罪的情节标准，数额达到人民币十万元以上时，可作为情节严重的标准。单位犯罪的，要对单位处以罚金，同时按照上述标准追究单位主管人员和相关直接责任人员的刑事责任。

第二节 韩国电信诈骗犯罪的刑罚体系

一、韩国刑罚体系概述

韩国在朝鲜时代就已经存在依据大明律的笞、杖、徒、流、死五刑制与针对具有一定身份的犯罪人所实施的闰刑这种身份刑。在韩国的旧刑法中设置了死刑、惩役、禁锢、罚金、拘留、科料和没收这七中刑罚，而现行刑法在旧刑法的基础之上又增加了资格丧失、资格停止两种资格刑，进而现共有存在九种刑罚。尽管韩国的现行刑法没有将现有的九种刑法方法做主刑和附加刑的区分，但根据韩国刑法第四十九的规定可知，没收原则上是其中唯一的附加刑。

（一）主刑

韩国从功能方向理解主刑的概念，将能够独立宣判的刑罚的统称为主刑。主刑可以附加适用，不受种类和个数的限制。根据韩国刑法分则及各特别刑法与行政刑法的处罚规定可知，在其刑法第 41 条设置的九种刑罚方法中，如下几个可作为主刑：

1. 死刑

死刑是指通过剥夺犯罪人的生命将其从社会中永久排除的刑罚，是只有在无法持续犯罪人生命这种不得已的情况下才能够适用的终极刑罚。韩国的刑法体系中关于死刑的条款比较多，散见于刑法典和特别刑法、行政刑法之中。

2. 惩役

惩役是把犯罪人羁押在监狱内并强制其进行劳役的刑罚。惩役具体无期和有期两种形式，有期惩役的期限在一个月以上至三十年以下，但加重处罚时可延长至五十年；无期惩役为终身刑，但经过十年之后可以进行假释。

3. 禁锢

禁锢又可称为名誉拘禁，是把犯罪人羁押于监狱内，剥夺其自由的刑罚。禁锢与惩役不同，其并不强制性的附加劳动义务，但如果犯罪人提出申请，也可对其科处劳役。禁锢同样可分为有期和无期两种方式，无期属于终身刑，有期禁锢的期间在一个月以上十五年以下，但是加重刑罚时可延长至五十年。禁锢性原则上只针对像过失犯或政治犯等不具有廉耻犯性质的犯罪，但多项刑事特别法突破了这一原则，诸如政治性很强的国家保安法、集市法等特别刑事法，对于具有政治犯性质的犯罪多数之规定了惩役刑，而没有规定禁锢性。

4. 资格丧失

资格丧失是名誉性的一种，是指一旦被判处一定的刑罚，作为其附随效果就会丧失一定资格的刑罚。韩国刑法分则中并没有独立判处资格丧失的条款，其只能依据刑法第四十三条的规定行使，即在被判处死刑、无期惩役或无期禁锢时，犯罪人自动丧失以下资格：一是成为公务员的资格；二是公法上的选举权和被选举权；三是从事依法所应具备的公法上业务的资格；四是担任法人的理事、监事或者经理及其他有关法人业务的检察人员或财产管理人员的资格。

5. 资格停止

资格停止是指在一定期间内停止一定资格的全部或部分的刑罚，它包括当然停止和宣告停止两种形式。当然停止针对的是被判处有期徒刑和有期徒刑的犯罪人，在其刑罚执行完毕或免除之前将停止以下资格，一是成为公务员的资格；二是公法上的选举权和被选举权；三是从事依法所应具备的公法上业务的资格。宣告停止是通过判决宣告剥夺犯罪人在一定期限内的资格全部或部分，其期限为一年以上十五年以下，自判决宣告之日起开始计算；如果与有期徒刑或有期徒刑并科时，则自惩役或禁锢执行终了或免除之日起开始起算。

6. 罚金

罚金是对让犯罪人向国家缴纳一定数额金钱的刑罚，它的目的不是让犯罪人承担财产上的痛苦，而是通过使其承受财产上得痛苦，限制其日常生活、活动以及自由，已达到报应、一般预防和特殊预防的目的。韩国刑法对于罚金规定了具体的数额，罚金的下限为五万元，上限没有限制，交由刑法分则以及各刑事法律来规定。罚金需要在判决确定之日起三十日内缴清，如果不能缴清，犯罪人将会

被留置于劳役场进行劳役，留置期限为一日以上三年以下。

7. 拘留

拘留是指将犯罪人羁押于监狱内，剥夺其短期自由的刑罚，它是最为轻缓的自由刑，羁押期限在一日以上三十日以下。

8. 科料

科料是财产刑的一种，也是强制要求犯罪人向国家缴纳一定金钱的刑罚。科料的数额在两千元以上五万元以下，其与罚金相比不仅数额少而且只对比较轻微的犯罪才进行科处。同样，不按时缴清科料的犯罪人，也将被留置于劳役场进行一日以上三十日以下的劳役。

（二）附加刑

附加刑是指只有附加在主刑上才能宣判的刑罚。韩国的现行刑法并没有对刑罚种类做主刑与附加刑的区分，只在其第 49 条中认定了没收的附加刑地位，因此韩国的附加刑只有没收这一种类型。

没收是指为了防止犯罪的反复或组织从犯罪中获得利益的目的，剥夺与犯罪行为相关的财产并将其收归国有的刑罚，它也是财产性的一种，原则上附加于其他刑罚适用，但如果行为人不能被判定为有罪且具有没收条件时，可以单独宣告适用。是否对犯罪人的财产进行没收主要依赖于法官的自由裁量，但对贿赂、毒品犯罪中牵扯财物的没收属于必要没收。

二、韩国电信诈骗及其关联犯罪的法定刑

（一）诈骗罪、恐吓罪的刑罚规定

韩国刑法对这两种罪名设置的刑罚种类与幅度相同，基础刑均为十年以下惩役或两千万元以下罚款，同时，也可以并处十年以下的资格停止。常习犯者可加重其罪原定刑罚的二分之一，即十五年以下惩役或三千万元以下罚金。根据韩国《有关加重处罚特定经济犯罪的法律》第 3 条的规定可知，当犯罪人通过实施诈骗以及恐吓行为而犯罪分子所攫取的财物或财产利益超过五亿韩元时，需要对其加重处罚，其中获利五十亿韩元以上时，处以五年以上惩役；获利五亿韩元以上、不足五十亿韩元时，处以三年以上惩役。同时，可并处相当于获利金额以下的罚金。

（二）冒充公务员罪的刑罚规定

韩国刑法对该罪名配置的刑罚方法包括惩役和罚金。根据韩国刑法第 118 条的规定可知,触犯该罪名的,需要负担三年以下惩役或七百万韩元以下罚金。对于只假冒公务员身份、没有行使公务员职权的犯罪人,按照《轻犯罪处罚法》第 1 条第 8 项的内容进行处罚,即处以拘留或者十万韩元以下罚金。

(三) 窝藏和伪装犯罪收益罪的刑罚规定

韩国刑法对该罪名配置的刑罚方法包括惩役和罚款,根据韩国《关于制止和严惩窝藏犯罪收益等的法律》第 3 条的规定可知,触犯该罪名的,需要承担五年以下惩役或三千万韩元以下罚款;预谋或阴谋实施该犯罪的,处以两年以下的惩役或一千万韩元以下罚金。根据该法的第 6 条可知,触犯该罪的惩役和罚金可并处。根据该法第九条可知,法人代表、法人或个人的代理人、雇佣人和其他从业人员,对其法人或个人业务处罚该项罪名的,除处罚其行为人之外,对其法人或个人处罚该条文的罚款。但法人或个人为防止其违反行为而予以相当注意并监督相关业务的除外。

(四) 侵犯公民个人信息罪的刑罚规定

该罪应承担的刑法方法为惩役和罚金。根据韩国《个人信息保护法》第 71 条规定可知,对于将公民个人信息用于其目的之外的个人信息使用者或者向第三方提供个人信息者以及为利益或不正当目的接受提供个人信息者,以及没有正当权限或超过职权范围的权限毁损、消灭、变更、伪造、泄露个人信息的处理个人信息者好以前处理过者,要处以五年以下惩役和五千万韩元以下的罚款。

(五) 诈取公民个人信息罪的刑罚规定

该罪应承担的刑罚方法为惩役和罚金。韩国《有关促进信息通信网的利用与信息保护等的法律》第 49 条第 2 款第 1 项的规定“任何人不得用诈骗的手段收集他人的信息、或诱导别人提供信息,”违反该规定的需要按照同法第七十二条的规定,处以三年以下惩役或三千万韩元以下的罚款。

(六) 转让、接受转让电子证书罪的刑罚规定

该罪名适用的刑罚方法为惩役和罚金。韩国《电子签名法》第 23 条第五项规定,“任何人不得以方便他人使用为目的,向他人转让、出借电子证书,也不得以使用为目的,接受他人转让、出借的电子证书”。同法第 31 条第 4 项规定,对违反第 23 条第 5 项规定者做出了处罚规定,即“以方便他人使用为目的,向

他人转让、出借电子证书，或以使用为目的，接受他人向转让、出借的电子证书者，应处以三年以下拘役，或 3000 万韩元以下的罚款。”

（七）转让、接受转让介质媒介罪的刑罚规定

本罪应承担的刑罚方法为惩役与罚金。根据韩国《电子金融交易法》第 6 条第 3 款规定可知，任何人将自己开设的借名账号、密码、现金卡、身份证等，转让或不正当出借给负责收集借名账户的中介人或电信金融诈骗犯罪分子，如果违反该项规定，可按照本法第 49 条的规定处以三年以下的惩役或两千万韩元以下的罚款。

第三节 中韩电信诈骗犯罪刑罚的比较

一、自由刑之比较

自由刑是指剥夺或限制犯罪人身体自由为内容的刑罚。在中国的刑罚体系中，有期徒刑、无期徒刑、拘役和管制均属于自由刑，其中前三种是对犯罪人自由的剥夺，最后一种是对犯罪人自由的限制。在韩国的刑罚体系中，没有限制犯罪人人身自由的刑罚，只有剥夺其自由的刑罚，包括惩役、禁锢和拘留三种形式。

在自由刑的适用种类方面，中国可采用无期徒刑、有期徒刑、拘役和管制，而韩国能够采用的自由刑为惩役和禁锢，并且禁锢只适用于处罚因过失而取得、转让、运输、保管赃物的行为和仅冒充公务员身份但未行使公务员职权的轻犯罪行为。所以，从自由刑的适用种类上来看，中国在处罚电信诈骗行为时，能够选择适用的自由刑种类更为丰富，韩国适用的自由刑种类相对单一。

在自由刑的适用幅度方面，中国最高可为剥夺犯罪人终身自由的无期徒刑，最低可为限制人身自由的管制刑，而韩国最高虽同样为无期惩役，但最低为一年以下的禁锢刑。韩国的禁锢虽然不要求犯罪人参与劳役，但是仍需要将犯罪人羁押在监狱之中，剥夺其人身自由。中国的管制并不强制剥夺犯罪人的自由，只是对其进行了适当的限制，在强制力度尚不及韩国的禁锢刑。对比之下可以看出，中国为电信诈骗犯罪配置的自由刑幅度上稍显大于韩国。

二、财产刑之比较

财产刑是以剥夺被告人财产为内容的刑罚。在中国的刑罚体系中，罚金和没收属于财产刑。在韩国的刑罚体系中，财产刑包括罚金、科料和没收三种形式。

虽然从两国刑法规定的种类数量来看,韩国规定的财产刑种类多于中国,但由于韩国刑法规定的科料本质上只是金额较少的罚金刑,而中国并没有就罚金刑再做细分,因此,在财产刑的种类方面,两国事实上规定了相同的种类。

在财产刑的适用种类方面,中国更为丰富。从电信诈骗犯罪相关罪名的刑罚配置中可以看出,中国刑法不仅仅规定了罚金这一种形式,还在诈骗罪中规定了没有财产这种刑罚,而韩国刑法在与电信诈骗犯罪相关罪名的刑罚配置中,只要求了罚金这一种形式,并没有就没收作出规定。因此,在财产刑的适用种类方面,中国更为丰富。

在财产刑的适用幅度方面,中国的适用幅度更大。中国并没有就罚金的数额作出规定,具体金额需要根据犯罪情节来确定。¹而韩国在刑法总则中明确规定了罚金的下限,在刑法分则以及各行政刑法和特别刑法中就各类罪名规定了罚金的上限,在一般情况下,即便没有犯罪事实的存在,犯罪人在犯罪行为实施前也能就罚金的范围作出判断。韩国虽然就诈骗罪和恐吓罪在犯罪所得超过五亿韩元时,对罚金不做上限规定,但在五亿韩元以下时,仍要受刑法分则规定的上限限制。对比中国的罚金数额不难发现,韩国的罚金数额存在断档,并且当诈骗所得不及五亿韩元时,其罚金的适用幅度小于中国。

在财产刑的适用方法上,中国多采用附加形式,韩国多采用独立行使。中国将罚金列为附加刑,虽规定其可以单独适用,并且在关于电信诈骗犯罪的刑罚规定中,也提到可以“单处罚金”,但司法实践中单处的比例并不高,罚金更多的仍是附加于主刑适用。韩国在刑法中明确了罚金为主刑,并且在具体罪名中也将罚金与其他刑罚作平行排列,以“或”来链接罚金与其他刑罚,罚金具有自由刑替代措施的意义。因此,在财产性的适用方法方面,中韩可谓差异明显。

三、资格刑之比较

资格刑是剥夺犯罪人一定身份资格的刑罚。中韩两国对资格刑的命名不同,中国以内容来命名,有剥夺政治权利和驱逐出境两项资格刑;韩国以资格的剥夺方式来命名,有资格停止和资格丧失两项资格刑。在关于电信诈骗犯罪资格刑的适用方面,中韩有如下不同:

在资格刑的适用范围方面,韩国大于中国。韩国刑法规定,可对诈骗罪、恐

¹ 以发生于宁波的巨额电信诈骗犯罪为例,电信诈骗主犯参与诈骗金额高达 602 万元,法院据此对其判处罚金 65 万元。

吓罪适用资格停止；中国只在招摇撞骗罪的刑罚规定中规定剥夺政治权利，对于其他性质的电信诈骗行为不适用资格刑。

在资格刑的内容方面，韩国较为丰富。中国的资格刑主要针对公法上的权利，即剥夺选举权与禁止担任公职。韩国的资格刑也强调对公民选举权以及担任公职权利的剥夺，但除此之外，还剥夺其担任有关法人的理事、监事或者总经理及其他有关法人业务的监察人或者财产管理人的资格，这里的法人单位不限于国有性质单位。

在资格刑的适用方法上，韩国而更为灵活。中国在规定适用附加剥夺政治权利的资格刑时，是对规定政治权利的全部剥夺。韩国在决定适用资格停止这一刑罚时，可有选择性的停止资格的全部或一部，适用方法更加灵活。¹

第五章 中韩电信诈骗犯罪刑事立法的借鉴与完善

第一节 韩国电信诈骗犯罪刑事立法对中国的启示

一、罪名设置之启示

虽然从围绕电信诈骗犯罪设置的罪名种类和数量上看，中国较韩国更为立体和多样，但是笔者看来，韩国分别在《电子签名法》和《电子金融交易法》中设置的“转让、出借电子证书罪”和“转让、出借介质媒介罪”对中国的刑事立法依然具有借鉴意义。

“转让、接受转让电子证书罪”和“转让、接受转让介质媒介罪”这两项罪名的设置是为了预防行为人转让、出借自己的电子证书或银行账户，从而为其他犯罪提供条件。电信诈骗犯罪是一种依托于电信网络的犯罪行为，在犯罪行为实施过程中，犯罪人不与被害人直接接触，诈骗所得的财物是受害人通过银行转账、汇款等形式划入犯罪人账户，所以银行的账户信息往往是电信诈骗犯罪重要的破案线索。对电信诈骗犯罪的调查，往往会先从银行账户着手，如果不能保证银行账户信息的真实性，将会给电信诈骗案件的侦破带来巨大的难度。加强对银行账户的管理，保障银行账户信息的真实性在一定程度上也有利于增加电信诈骗犯罪的实施难度，遏制电信诈骗犯罪的发展。中国《刑法》在维护银行账户的管理秩序方面规定了“妨害信用卡管理罪”，但该罪处罚的是以非法持有他人数量较大

¹ 韩国《刑法》第44条【资格停止】①停止前条记载中资格的全部或部分，其期间为1年以上15年以下。

的信用卡为代表的严重扰乱信用卡管理秩序的行为，并不对公民个人转让、出借个人信用卡的行为进行处罚，这意味着其不能对银行账户个人信息的真实性作出真正有力的保证，电信诈骗犯罪的组织成员完全可以从他人处购买或借来银行账户。笔者认为只有将银行账户的转让、出借行为规定为犯罪，禁止任何人将自己的银行账户转让、出借，才有利于防范以银行转账为必要条件的电信诈骗犯罪。因此，笔者建议借鉴韩国《电子签名法》与《电子金融交易法》的规定，将公民违法转让、出借个人信用卡的行为纳入中国《刑法》，规定在“妨害信用卡管理秩序罪”项下，或者单独设置转让、出借信用卡的罪名，禁止任何公民转让、出借个人信用卡的行为。

二、刑事责任年龄之启示

刑事责任能力是行为人辨认以及控制自己行为的能力，具备这种能力的行为人才实施犯罪行为，并为自己的行为承担刑事责任。¹中国《刑法》将 14 周岁和 16 周岁作为划分刑事责任能力的两个标准，14 周岁以下的为完全不负刑事责任年龄阶段，对任何犯罪行为都不承担刑事责任；14 周岁到 16 周岁为相对负刑事责任年龄阶段，这种相对是指行为人只用对故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投放危险物质罪承担刑事责任；16 周岁之上为完全负刑事责任年龄的阶段，对所有的犯罪行为都要承担刑事责任。这样的划分标准意味着 14 到 16 周岁之间的少年不在电信诈骗犯罪的主体范围之内，其参与实施的任何电信诈骗行为都不会被评价为犯罪，不用承担刑事责任。

随着中国人民物质生活水平的提高，青少年的身体发育和心智成熟已经明显提高。据统计数据和实践经验证明，中国未成年人犯罪的平均年龄约在 15.4 岁，较上世纪八十年代提前了近 1 岁，其中有不少未成年人在 11、12 岁的年龄就开始实施违反活动，14 岁便走上犯罪道路。²而在电信诈骗犯罪领域也已经出现了低龄化的趋势，现实的司法实践中早已出现未满 16 周岁的青少年参与实施电信诈骗犯罪活动，甚至担任电信诈骗组织的核心的情况。在中国台湾警方于 2009 年破获的一个电信诈骗集团中，“业绩王”竟是一个只有 13 岁的柯性少女。³在 2014 年 11 月福建思明警方破获的以“刷信誉返利”为手段的电信诈骗犯罪团伙

¹ 高铭暄、马克昌：《刑法学》，北京大学出版社&高等教育出版社 2011 年版，第 84 页。

² 张远煌：《从未成年人犯罪的特点看现行刑法制度的缺陷》，载《法学论坛》2008 年第 1 期，第 19 页。

³ 陈璟春：《台破获一起诈骗集团 13 岁女孩成客服“业绩王”》，
http://news.xinhuanet.com/tw/2009-11/06/content_12396002.htm，2017-02-11。

中，最小的犯罪嫌疑人仅 15 岁。¹在海南警方于 2013 年破获的一个电信诈骗团伙中，年龄最大的 20 岁，最小的也仅 13 岁。²从这些现实的案例中可以看出，16 周岁以下的少年已经具备了实施电信诈骗犯罪的能力，如果仍坚守 16 岁这条刑事责任年龄的界限，将会使大量的电信诈骗犯罪分子逃脱法律的制裁，也有可能导致电信诈骗的组织者吸收更多 16 周岁以下的少年从事电信诈骗犯罪活动，不利于刑法预防和打击电信诈骗犯罪效果的实现。对此，笔者认为可以借鉴韩国关于刑事责任年龄的立法例，将刑事责任年龄的标准统一划定在 14 周岁，超过 14 周岁的行为人都要对自己的犯罪行为负责。这样，就能对 14 到 16 周岁之间的电信诈骗犯罪人进行处罚，避免其成为漏网之鱼。

三、资格刑之启示

资格刑，又称名誉刑、能力刑或权利刑，作为刑罚体系组成部分的资格刑，具有轻缓性、多样性、经济性、非物质性与可恢复性等特征。³诈骗罪和恐吓罪是韩国在处罚电信诈骗犯罪时适用的主要罪名，而针对这两个罪名，韩国法院均可以依据《刑法》第 353 条宣告适用 10 年以下的资格停止。中国只在招摇诈骗罪中设置了资格刑，但招摇撞骗罪在处罚电信诈骗犯罪时并不会被经常适用，在适用较多的诈骗罪以及其他关联罪名中，中国并没有设置资格刑。在笔者看来，这可能是由于中国资格刑的内容有限，在处罚电信诈骗犯罪行为时难以发挥作用导致。因此笔者建议，中国可参考韩国刑法规定的资格刑，丰富资格刑内涵、扩大资格刑的适用范围，在此基础上将其纳入惩治电信诈骗及其关联犯罪的刑罚体系之中。

在资格刑的内容方面，中国可考虑增加剥夺犯罪人从事特定职业或实施特定活动的权利。从世界各国的刑事立法例来看，对犯罪人从事特定职业或者实施特定活动权利的剥夺，是资格刑的主要内容，例如《意大利刑法典》⁴《法国刑法典》⁵《德国刑法典》¹和《俄罗斯联邦刑法典》等，²都有类似的规定。中国的目

¹ 曾毓慧，思文政，黄财武：《骗子三兄妹用“刷信誉返利”诈骗 最小嫌犯 15 岁》，<http://fj.qq.com/a/20141114/013435.htm>，2017-02-11。

² 林书喜：《临高 16 青少年盗 Q 号骗千人 13 岁诈骗人员称好玩》，<http://news.hainan.net/hainan/shixian/qx/lingao/2013/01/17/1249694.shtml>，2017-02-11。

³ 李海滢、麻锐：《腐败犯罪控制视野下的资格刑研究》，载《法学杂志》2009 年第 7 期，第 49 页。

⁴ 《意大利刑法典》第 31 条：“一切针对滥用权力，违反与某一公共职能，公共服务或第 28 条 37 项列举的职务有关的义务，非法从事某一职业、技艺、产业、贸易或行业，或者违反有关职责义务而实施的犯罪的处罚，均意味着暂时褫夺公职或暂时禁止从事某一职业、技艺、产业、贸易或行业。”

⁵ 《法国刑法典》第 131 条规定：“如所从事的职业性或社会性活动提供的方便条件被故意用来准备或实行犯罪，禁止从事此种职业或社会活动。”

前的资格刑主要是指剥夺政治权利,这里的政治权利是指公民参与国家管理和政治生活的权利,而对于该权利的剥夺并不会从根本上影响犯罪人的再犯罪的资格和能力。³韩国的资格停止虽然也强调对犯罪人公法上权利的剥夺,但是还提到要停止公民“担任法人的理事、监事或者经理以及其他有关法人业务的检查人员或财产管理人员的资格”,这里的法人不同于中国,不限于国有性质的法人单位,也有一定的剥夺犯罪人从事特定职业或者实施特定活动权利的性质。就电信诈骗犯罪来说,犯罪人实施犯罪行为离不开对公民个人信息的获取和对信息通讯秩序的扰乱两种行为,因此在惩治电信诈骗犯罪分子时,应着重削弱其获取公民个人信息的能力和滥用信息通讯网络的能力,禁止其从事与公民个人信息有关的服务行业和通讯服务行业,才能有效的削弱其再犯的能力。

在资格刑的适用范围方面,中国可从如下两方面考虑。首先从事电信诈骗的犯罪分子在存有共谋、意思联络的情况下,会以共犯身份评价为“诈骗罪”“敲诈勒索罪”和“招摇诈骗罪”,所以应对这些罪配置资格刑。其次,存在于电信诈骗产业之中,但与具体的诈骗行为人缺乏意思联络的犯罪人,可被评价为“转移、隐瞒犯罪所得或犯罪所得收益罪”“侵犯公民个人信息罪”“扰乱无线电通讯秩序罪”“非法利用信息网络罪”“帮助信息网络犯罪活动罪”和“拒不履行信息网络安全管理义务罪”,而在这些罪名中,除了第一项(“掩饰、隐瞒犯罪所得或犯罪所得收益罪”)受犯罪人职业、行为因素影响不大外,其与各项罪名规范的犯罪行为都会受到犯罪人职业因素的影响,若犯罪人从事的是与信息、网络以及通讯服务有关的行业,则其犯罪能力就将大大增加,因此,对于这些罪名,也应当考虑设置资格刑。

在资格刑的适用方式上,中国可考虑借鉴韩国的做法,建立资格刑的分离制度。电信诈骗犯罪是一种经济犯罪,对其适用资格刑应以剥夺民事权利为主。中国可在完善资格刑内容的基础上进行权利性质的区分,针对不同性质的犯罪判处剥夺不同性质的权利,防止造成刑罚过剩的问题。

¹ 《德国刑法典》第70条规定,“对由于滥用职业和行业,或严重违反有关义务,发生违法行为而被判处刑罚,或因无责任能力或不能排除无责任能力而未被判处刑罚的,对行为人和其行为进行全面考查后,认为继续从事某一职业或职业部门的业务,或行业或行业部门的业务,仍有发生违法行为危险的,法院可禁止该人……执行职业、职业部门的业务,或行业、行业部门的业务……”

² 《俄罗斯联邦刑法典》第47条:“剥夺担任一定职务或从事某种活动的权利。”

³ 黄烨:《论经济犯罪资格刑的设置》,载《法学杂志》2011年第9期,第57页。

第二节 中国电信诈骗犯罪刑事立法对韩国的启示

一、罪名设置之启示

对比中韩两国关于电信诈骗犯罪的罪名设置可以发现,中韩最大的差异在于对为电信诈骗犯罪提供信息传播服务的行为打击力度不同。针对这种行为,中国分别设置了“扰乱无线电通讯秩序罪”“非法利用信息网络罪”以及“帮助信息网络犯罪活动罪”,同时为督促信息网络服务者积极履行职责防止诈骗信息传播或公民信息泄露,还专门超前性的设置了“拒不履行信息网络安全管理义务罪”。韩国则对这种行为的打击力度较小,暂时还没有刑事法律可对这种行为予以惩治。

近些年来,电信诈骗犯罪的产业特征愈发明显,出现了部分犯罪人仅负责向外传播信息的情况。由于缺乏与电信诈骗主犯之间的意思联络,该部分犯罪人的共犯身份难以认定,不能适用诈骗类罪名对其进行处罚。但是这部分犯罪人的行为是电信诈骗实施不可或缺的环节,如果不能对其进行刑事处罚,极容易放纵这种行为,进而引起更大规模的电信诈骗犯罪。笔者认为,韩国可在这方面学习借鉴中国的做法,将更多的传递虚假诈骗信息、扰乱公民通讯秩序的行为纳入刑法的规范范围之内,同时为督促信息网络服务者及时履行安全管理义务,也有必要学习中国设置一定的刑事处罚条款。

二、单位主体之启示

中国《刑法》第30条规定,对于单位实施的危害社会的行为,法律规定为犯罪的,单位需要承担刑事责任。在围绕电信诈骗犯罪设置的罪名中,有六项明确规定可以由单位实施,分别是“侵犯公民个人信息罪”“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”“干扰无线电通讯秩序罪”和“掩饰、隐瞒犯罪所得或犯罪所得收益罪”。而目前韩国《刑法》只是对于具有自然意思的责任能力人规定了其作为能够处罚的行为之主体。¹也就是说只有自然人才能成为犯罪的主体,单位不具有实施犯罪以及承担刑罚的能力。但在笔者看来,单位不仅具有犯罪能力,还具有承担刑罚的能力。首先,单位可以通过其机关形成单位意识,单位组成人员在这种单位意识裹挟下实施的行为应该归属于单位。虽然单位成立于适法的目的之下,行为应该受到章程的约

¹ 金昌俊:《韩国刑法总论》,社会科学文献出版社2016年版,第43页。

束,但不能因为行为超越章程就否认行为的存在。既然行为是在单位意识作用下产生的,也就不能因为行为违法就将这种行为归属于单位中的个人。其次,对于单位来说,承担刑事责任能力的形式不必拘泥于生命刑与自由刑,罚金刑和资格刑都能作为有效的刑事制裁手段。

相较于个人,单位在对公民信息资源的占有上以及通讯手段的运用上都具有明显的优势,若单位机关合意决定参与实施电信诈骗犯罪行为,其所能造成的社会危害性将极其严重。所以,笔者认为韩国应借鉴中国的做法,将单位纳入犯罪的主体范围内,实行双罚制,不仅要处罚单位中的主管人员和直接责任人,还要对单位施以一定的罚金或资格限制,削弱该等单位的再犯罪能力。

三、诈骗罪认定标准之启示

诈骗罪是中韩在处罚电信诈骗犯罪时选择适用的主要罪名,因此如何认定诈骗罪对打击电信诈骗犯罪具有重要意义。数额标准是中韩两国在认定诈骗罪时采用的主要标准,只有达到一定的数额才能被认定为诈骗罪。关于数额的确定,目前有“主观说”“客观说”和“双重标准说”等不同的观点。“主观说”认为诈骗罪的数额是犯罪人主观上希望骗得的数额。“客观说”认为诈骗数额是受害人因为受骗而实际交付的财产;“双重标准说”认为诈骗数额应分两种情况,在诈骗既遂的情况下,诈骗数额是受害人实际交付的财产数额,在诈骗未遂的情况下,诈骗数额是犯罪人意欲骗得的数额。但不论采取何种学说,都很难对电信诈骗的犯罪数额作出准确认定。因而中国在数额标准之外又确立一套专门针对电信诈骗犯罪的情节标准,即“发送诈骗信息五千条以上、拨打诈骗电话五百人次以上或者在互联网上发布的诈骗信息浏览人次五千人次以上的”,认定为“其他严重情节”;在数量达到上述标准十倍以上时,认定为“其他特别严重情节”。这样的认定标准一定程度上解决了电信诈骗犯罪认定难的问题,利于将更多的电信诈骗行为纳入法律的惩罚范围内。同时,确立诈骗罪的情节认定标准,也意味着刑罚的效果提前,在诈骗行为尚未得逞的情况下,就可以适用刑法对其行为进行评价,更有利于发挥刑法的预防作用。对此,韩国可借鉴中国的做法,在诈骗罪的数额标准之外另立情节标准,将诈骗信息的传播数量作为定罪的重要依据,实现对电信诈骗行为的提前打击和预防。

四、罚金刑之启示

电信诈骗犯罪是一种经济犯罪，不论犯罪人从事的是电信诈骗产业中的何种职业，其犯罪行为的目的都是为了获得一定的经济利益。电信诈骗犯罪的犯罪人具备“经济人”的两个基本属性，一是自利性，二是理性。犯罪人最终行为的实施也是其在经济利益的驱动下，利益权衡、理性计算后的结果。对于这种经济型犯罪，最好的打击预防方式就是对其适用罚金刑，使其能够直观地感受到犯罪的经济成本，不能因为犯罪而获益，才能对其产生更大的心理威慑。¹因此，在罚金刑的问题上，首先需要解决的是一个“度”的问题，即何种数额的罚金才能对电信诈骗犯罪产生威慑效果；其次也要解决一个适用方式问题，即如何协调罚金刑与自由刑的关系。

在罚金刑的数额问题上，中国更多的是采用无限额罚金制，即刑法不就犯罪的罚金数额作出具体说明，具体数额由法官根据犯罪情节自由裁量。犯罪情节是反映犯罪行为危害性和犯罪人社会危害性的各种事实，它涵盖了多种因素，除了犯罪对象、手段、结果以及时间、地点等必要因素外，还包括犯罪人的经济状况、生活背景、成长经历等因素。根据犯罪情节确定犯罪人的罚金数额，符合罪责刑相适应的基本原则。在韩国，罚金刑也是用来惩治电信诈骗犯罪的重要方法。在罚金的数额问题上，韩国更多的采用了限额罚金制，即在刑法典或各行政刑法、特别刑法中明确了罚金的数额的上限，这种罚金制度更有利于限制法官的自由裁量，也更符合罪刑法定原则，但是也存在一个极大的弊端，即数额上限极容易被犯罪人视为犯罪的成本，如果犯罪人期待的犯罪行为能够获得极大的收益，那么罚金刑的威慑力将不复存在。以诈骗罪为例，韩国刑法典中明确规定，罚金的上限为二千万韩元，对于常习者，也不得判处超过三千万韩元的罚金。但由于电信诈骗犯罪有不同于传统诈骗犯罪的行为方式，其受害范围极其广阔，犯罪所得收益也极其可观，往往能够达到几亿、几十亿韩元，而在这种巨大的犯罪收益面前，诈骗罪的罚金数额就极容易被忽视，不能产生很好的威慑效果。鉴于这种情况，韩国出台了《有关加重处罚特定经济犯罪的法律》，突破了诈骗罪罚金的数额限制，法官可在诈骗犯罪所得收益的数额之下确定具体数额。该部法律的出台不仅是对惩治预防电信诈骗犯罪具有重要意义，而且也意味着韩国的罚金刑开始出现由限额罚金制向无限额罚金制转变的倾向。在笔者看来，随着科技和经济的快速

¹ 叶良芳：《理性选择理论视角下经济犯罪罚金数额的确定》，载《中国刑事法杂志》2013年第5期，第43页。

发展,各类犯罪的收益也将不断增加,如果仍依赖各特别刑法对各类犯罪的罚金数额作出说明,将严重的浪费立法资源,同时也容易造成韩国罚金刑刑罚体系的混乱。因此,笔者建议韩国借鉴中国的罚金措施,取消数额的限制,具体数额交由各案法官根据犯罪情节确定。

在罚金刑的适用方式上,韩国多将罚金作为一种主刑独立适用。在与电信诈骗犯罪相关的罪名中,多用“或”来链接罚金刑与自由刑的关系,这意味可以对参与实施电信诈骗的犯罪人仅判处罚金,而不限制其人身自由。这样的罚金刑运用方式虽然对保护犯罪人的基本人权、减轻国家的刑罚负担有一定的积极作用,但不可否认的是,仅对犯罪人判处罚金刑,而不适用自由刑,很容易使财产上富有的人感觉不到刑罚所能带来的痛苦,特别是对电信诈骗的犯罪人来说,在高额的犯罪利润面前,单纯的运用罚金并不能产生很好的威慑力。韩国虽然在《有关加重处罚特定经济犯罪的法律》中提出,对于诈骗或恐吓数额特别巨大的犯罪人,罚金可以并处方式运用,但是在笔者看来,这样的罚金刑运用方式依旧保守。罚金刑与自由刑并不是非此即彼的关系,而且韩国的刑法总则中也明确了对于一个犯罪行为可以适用多个主刑。因此,笔者认为,在当前严峻的电信诈骗犯罪形势面前,韩国应借鉴中国的做法,放开罚金并处的适用范围,对更多的与电信诈骗有关联的犯罪行为规定罚金可采用单处或者并处两种方式,具体如何适用交由各案法官根据犯罪人的犯罪情节灵活掌握。

余 论

电信诈骗犯罪是依托于电子通讯网络和银行网络实施的犯罪行为,它随着科学技术的进步而不断的发展进化,诈骗手段也在不断更新。在近期,又出现了一种以植入木马病毒或利用虚假网站为手段的电信诈骗案例,犯罪人在向受害人发送的短信中添加链接,在链接中植入木马病毒或者将链接引向虚假的网站,犯罪人用短信内容欺骗受害人点入链接,在受害人点入链接之后则自动开始下载木马病毒或者带其进入虚假网站,之后犯罪人通过启动木马病毒或者引导受害人在虚假网站上进行操作而获得受害人的个人身份信息和银行账户信息,再通过获得的这些信息进行私下的转账或者汇款,进而最终达到了获取财产的目的。这种行为在目前的司法环境中也被习惯的称为电信诈骗犯罪。但是在笔者看来,这种行为

能否被冠以电信诈骗的名义还有待商榷,犯罪人虽然在行为的实施的过程中存在使用欺骗手段的情节,但是这种欺骗手段所获得仅是受害人的身份信息和银行账户信息,诈骗行为在实施完成后并没有直接给受害人造成损失,受害人的财产损失则是由犯罪人利用获得的受害人身份和银行账户信息进行秘密转账或汇款行为造成。究竟何种行为对犯罪结果产生的作用力更强,应该选择何种行为性质来定义整体的犯罪行为,是困扰中韩刑法学界和司法界的难题。

按照中国刑法学中牵连犯理论进行分析,犯罪人前期对受害人信息的非法获取是方法行为,是侵犯公民个人信息的犯罪行为,后期利用这些信息实施秘密转账和汇款行为是目的行为,是秘密窃取公民财产的行为,两种行为是方法与目的的牵连关系。中国刑法理论的通说认为,对于这种牵连犯不实行数罪并罚,应该“从一重罪处罚”,即按照数罪中的最重的一个罪所规定的刑罚进行处理,在该罪所规定的法定刑范围内酌情确定执行的刑罚。¹在中国刑法体系中,盗窃罪较侵犯公民个人信息罪的处罚更为严厉,所以按照通说的观点,应该将上述的电信诈骗犯罪行为定为盗窃罪似乎较为合理。但是在中国目前的法治环境中,立法和司法界都强调对电信诈骗实施严厉的打击,并且在围绕诈骗罪设定了一系列的认定标准和加重情节,将诈骗罪视为打击电信诈骗犯罪的重要武器,而将上述犯罪行为纳入盗窃罪的规范范围之内,似乎有意的规避了诈骗罪的适用,有轻刑化的嫌疑。而在中国的司法实践领域,对于该种行为应该如何选择适用罪名目前也没有统一的观点,“盗窃罪”与“诈骗罪”的审判案例均有存在。²

在韩国,能否将上述的犯罪行为认定为诈骗罪也一度存在很大争议。有学者认为,受害人的金融信息也是一种财产利益,对金融信息的处置也是对财产性利益的处置,并且这种处置并不一定必须经过实际中的交付,只要存在将财物落入犯罪人的自由支配状态下即可。按照这种观点的理解,即可将上述犯罪行为中的引导受害人在虚假信息网站上输入个人信息和银行账户信息的行为定为诈骗罪,但是这种观点并不能得到韩国大法院的支持。还有种观点认为,对于这种行为应该适用韩国刑法中的使用计算机诈骗罪。使用计算机诈骗罪的成立,必须要有在电脑等信息处理设备上输入虚假信息或不当命令,在并无权限的情况下输入、变

¹ 高铭喧,马克昌:《刑法学》,高等教育出版社&北京大学出版社 2011 年版,第 194 页。

² 陕西省晋中市中级人民法院在“(2016)晋 07 刑终 154 号”判决中确认该种行为为“盗窃罪”,重庆市九龙坡区人民法院在“(2015)九法刑初字第 01255 号”判决中认定该种行为为“诈骗罪”。

更信息,进行信息处理的行为。总体来讲,利用他人的ID、密码、身份证号码、银行账号等个人信息,通过网上银行与手机银行获取现金服务或贷款服务的行为,可按照使用计算机诈骗罪进行处罚。但是若犯罪人通过木马病毒和虚假网站,实现在受害人没有财产处置意愿的情况下自主转账、汇款,则由于犯罪人并没有实施信息处理行为,也便不能适用该罪名进行处分。同时由于行为人并不是因为认识错误而自愿处置财产,也不能适用严格意义上的诈骗罪。针对这种情况,韩国又在《关于退还电信金融诈骗受害金额的特别法》中增设立新的处罚条款,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上输入信息、命令的行为,处以10年以下的惩役或1亿韩元以下的罚金。该条款的增设意味着从立法的层面上解决了上述犯罪行为的定性问题,对中国刑事立法也有一定的借鉴意义。

围绕电信诈骗犯罪现已形成了“地下产业链”,各个部分的犯罪成员之间缺乏意思联络,关联性难以认定,所以不能仅依靠诈骗类罪名去评价整个产业组织的成员,而是应该将电信诈骗犯罪的关联行为尽可能的纳入刑法的规范范围之内,对有助于电信诈骗犯罪实施的各种行为进行严厉的打击和监控,切断电信诈骗犯罪的产业链条。中韩两国在电信诈骗犯罪刑事立法方面的侧重有所不同,笔者也是试图通过对两国的刑事立法进行梳理比较,找出两国在电信诈骗犯罪刑事立法方面的优点与不足,以期实现法律上的相互借鉴、取长补短。

由于目前中韩两国关于电信诈骗犯罪的研究多集中在侦查与预防领域,关于刑事立法方面的研究文献较少,加之笔者知识有限和语言障碍,对两国刑事立法的梳理可能存在疏漏,但笔者仍希望本文的研究可以为中韩两国关于电信诈骗犯罪刑事立法的借鉴和完善作出贡献,也希望本文可以起到抛砖引玉的作用,吸引更多的有识之士投入到惩治、预防电信诈骗犯罪的研究中来。

参考文献

中文文献:

- [1]高铭暄、马克昌主编. 刑法学. 北京: 北京大学出版社&高等教育出版社, 2011
- [2]马克昌. 刑罚通论. 武汉: 武汉大学出版社, 2007
- [3]于阜民主编. 刑法学(第二版). 北京: 科学出版社, 2013
- [4]张明楷. 刑法学. 北京: 法律出版社, 2011
- [5]张明楷. 外国刑法纲要. 北京: 清华大学出版社, 2007
- [6]齐文远主编. 刑法学. 北京: 北京大学出版社, 2011
- [7]赵秉志. 新刑法教程. 北京: 中国人民大学出版社, 1997
- [8][韩]金日秀, 徐辅鹤. 韩国刑法总论, (郑军男译). 武汉: 武汉大学出版社, 2008
- [9]金昌俊. 韩国刑法总论. 北京: 社会科学文献出版社, 2016
- [10]张志勇. 诈骗罪研究. 北京: 中国检察出版社, 2008
- [11]欧阳涛, 王永昌. 诈骗罪的剖析与对策. 北京: 中国人民公安大学出版社, 1988
- [12]刘明祥. 财产罪比较研究. 北京: 中国政法大学出版社, 2001
- [13]邱赛兰. 拒不履行信息网络安全管理义务罪的构成特征探析. 经济师, 2016(10)
- [14]张霞. 韩国犯罪论体系形成的启示. 法学论坛, 2015(1)
- [15]高铭暄. 论四要件犯罪构成理论的合理性暨中国刑法学体系的坚持. 中国法学, 2009(2)
- [16]张远煌. 从未成年人犯罪的特点看现行刑法制度的缺陷. 法学论坛, 2008(1)
- [17]李海滢、麻锐. 腐败犯罪控制视野下的资格刑研究. 法学杂志, 2009(7)
- [18]黄烨. 论经济犯罪资格刑的设置. 法学杂志, 2011(9)
- [19]叶良芳. 理性选择理论视角下经济犯罪罚金数额的确定. 中国刑事法杂志, 2013(5)
- [20]葛磊. 诈骗罪立法问题研究. 河北法学, 2012(2)

[21]胡向阳. 电信诈骗犯罪防控对策研究. 中国人民公安大学学报(社会科学版), 2010(5)

[22]吴朝平. “互联网+”背景下电信诈骗的发展变化及防控. 中国人民公安大学学报(社会科学出版社), 2015(6)

[23]张建, 余小海. 电信诈骗犯罪中帮助取款人的刑事责任分配. 法学, 2016(6)

[24]庄华. 我国电信诈骗犯罪的特点和侦查策略思考. 北京人民警察学院学报, 2010(4)

[25]杨鸿, 苏剑邦. 电信诈骗犯罪的法律惩治. 教育教学论坛, 2014(42)

[26]贾俊兴. 电信诈骗犯罪的法律规制: [硕士学位论文]. 吉林: 吉林大学, 2014

[27]朴敬钦. 中韩危害国家安全罪比较研究: [硕士学位论文]. 青岛: 中国海洋大学, 2014

[28]金时永. 中韩两国网络犯罪比较研究: [硕士学位论文]. 大连: 大连海事大学, 2009

[29]史佳鑫. 犯罪构成三要件和四要件的比较研究: [硕士学位论文]. 青岛: 中国海洋大学, 2013

外文文献:

[1]李载相, 刑法专论, 博英社, 2009

[2]裴宗大, 刑法专论, 弘文社, 2010

[3]洪胜熙, 围绕借名账户产生的电话金融诈骗的法律争议, 比较刑事司法研究 第11圈 第2号, 韩国比较刑事法学会, 2010

[4]林雄, 刑法专论, 法文社, 2005

[5]孙东权, 刑法专论, 栗谷出版社, 2012

[6]郑永一, 刑法专论, 博英社, 2008

[7]郑真娟, 国际电话金融诈骗的刑法争论, 法学研究, 2011 第41卷

[8]赵浩大, 电信诈骗的形成与对策, 韩国 content 学会论文集, 第7期 第12卷

[9]Gu Gilmo, 以预防, 打击电信诈骗为目的的中韩合作方案, 比较刑事法研究 第16卷 第2号, 2014

[10] Kang Seongbok. The Legislative Improvement for the Prevention of Telecommunications Financial Fraud(Voice Phishing). Chungbuk National University. A Master' s Thesis, 2013

[11] Lee Syaron. A Study on the Problem for Application of Law of Electonic financial Fraud and the Legislative Improvement. Dankuk University. A Master' s Thesis, 2015

致 谢

作为一名韩国中央政府公派的公务员留学生，我从 2015 年开始，在中国海洋大学法政学院学习了两年刑法学硕士研究生课程。虽然拥有一些工作经验，但因为语言的差异以及学术知识的欠缺，论文还有一定的不足。在论文的撰写过程中，导师于阜民教授对我进行了悉心的指导，提出了很多宝贵的意见，对我的论文写作提供了巨大的帮助。特别是在论文的选题、提纲确定、写作细节等方面提出了重要的指导与建议，没有于阜民老师的指导和帮助，我自己不可能完成这篇论文。在我留学的两年里，无论是学习还是生活上，于阜民老师都给了我很大的帮助与关心。在此，请允许我向导师于阜民教授表示最衷心的感谢！

此外，我要感谢刑法学每一位老师以及陪伴我一起度过留学时光的同学们。作为一名留学生，平时生活中会遇到一些困难，正是老师和同学们的关心与帮助，我才能更好地学习与生活，才能顺利地走到今天。

我还要感谢我的家人以及给我这次留学机会的韩国政府，家人的鼓励与祝福给了我巨大的学习动力！最后，我希望在今后的岁月里，珍惜这段在中国的留学经历，为中韩友好贡献自己的一份力量。

个人简历、在学期间发表的学术论文与研究成果

个人简历

金谦，女，韩国人，1976年3月出生。1994年3月考入韩国国立全南大学中文系专业，1998年2月本科毕业并获得文学学士学位。2000年5月考入韩国大检察厅公务员并工作至今。2014年8月通过考试被选为韩国中央政府公派的公务员留学生。2015年9月开始在中国海洋大学法政学院刑法学专业学习，攻读硕士学位至今。

发表的学术论文

- [1] 金谦.浅议毒品犯罪死刑的限制适用[J].法制与社会.2017(2).