

非法利用信息网络罪的适用 疑难与教义学表述

孙道萃

(北京师范大学 刑事法律科学研究院, 北京 100875)

摘要:生效案件已经暴露了非法利用信息网络罪的罪质不明、追诉标准阙如、司法竞合处置有失妥当、积极适用的司法导向淡薄等问题。基于“利用信息网络”的行为特质,应明确《刑法》第287条之一的网络独立预备犯之立法旨趣,是一般性罪名,起基础性的规制功能,取代《刑法》第287条发挥司法兜底之用。不宜限制解释“其他、等‘违法犯罪’(信息、活动)”,扩张解释更符合第287条之一法定的相对有限的一般性规制功能。“同时构成其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚”是限制刑罚处罚的提示性规定,本罪在实践中与关联犯罪的实质竞合概率应极低。应确认信息网络安全管理秩序的具体法益内容,固化其释法机能。应明确“情节严重”的具体追诉情形,注重通过案例指导制度提供持续性的司法供给。

关键词:非法利用信息网络罪;司法样本;刑法教义;法律适用

中图分类号:DF622 **文献标志码:**A **文章编号:**1009-1505(2018)01-0042-16

DOI:10.14134/j.cnki.cn33-1337/c.2018.01.006

Dogmatics Interpretations and Judicial Application Difficulties of the Crime of Illegal Use of the Information Network

SUN Dao-cui

(College of Criminal Law Science of Beijing Normal University, Beijing 100875, China)

Abstract: Regarding the convicted cases of illegal use of information network, the following defects of the unclear nature of the crime, the lack of prosecution standards, the improper handling of judicial competition, and the weak orientation of judicial protection of network security have been exposed. The legislative purpose of Article 287-1 as a general offense can be regarded as the legislation mode of independent network crimes based on the behavior characteristics of the “use of information network”. Article 287-1 plays the role of basic regulatory function, and would replace the role of Article 287. The limited interpretation of “the other illegal behavior and crimes or activities” is not fully correct, but expansive interpretation would facilitate the function of Article 287-1, which is relatively limited and general regulatory. The provision of “meanwhile with other

收稿日期:2017-11-14

基金项目:司法部中青年课题“网络犯罪的立法回应与刑法知识转型”(16SFB3020);最高人民检察院理论研究所课题“检察机关保障网络安全机制研究”(GJ2016D41)

作者简介:孙道萃,男,北京师范大学刑事法律科学研究院讲师,博士后,主要从事刑法学研究。

crimes, refer to the provisions of the heavier punishment and conviction” is aimed to limit the application, while the probability of competing with other crimes is very low in practice. The management of network security order is the content of the rechtsgut of Article 287 - 1. It is necessary to activate its explanatory function. The clarification of the meaning of “serious circumstances” is primary, and the case guidance system should be adopted to enhance the judicial supply capacity.

Key words: crime of illegal use of the information network; judicial cases; criminal law doctrine; judicial application

《刑法修正案(九)》第29条^①增设了第287条之一即非法利用信息网络罪,明确对网络犯罪形态中带有预备性质的网络行为予以独立处罚,将刑法规制的时机前移,以适应惩治犯罪的需要^[1]。此举体现立法者严密网络犯罪法网的意图,也对实践中非法利用信息网络的危害行为如何定罪作出一般性规定。当前,陆续有一些非法利用信息网络罪的生效判决公布,它呈现出一定的类型化分布态势。结合具体的案件事实与第287条之一的规定,既可以观察该罪的司法运行现状及其规律,也可以透视在适用中出现一些亟待解决的理论本源问题,包括立法背景与立法原意的理解、罪质把握、法益解释立场等方面。为此,立足刑法教义学,应当全面审视该罪的立法原意并结合司法需要,继续完善非法利用信息网络罪的司法适用。

一、生效案件的司法逻辑与适用疑难巡思

随着非法利用信息网络罪的生效判决陆续公布,通过类型化的分析,可以更客观地显示当前的司法应对逻辑及其暴露的不足,进而也可以对司法实践样态背后的教义学问题进行理性的解构。借此,进一步明确非法利用信息网络罪在司法适用层面存在的“真实”问题,使刑法解释立场与教义学的展开更有的放矢。

(一) 典型司法样本的类型化呈现

根据“北大法宝”与“中国裁判文书网”收录的生效案件,^②从中抽取系列典型的个案与类案,用于观察和透视非法利用信息网络罪的司法运行样态。

1. 设立通讯群组并用于实施诈骗犯罪。案件(1)简介:2016年6月至2016年8月,被告人王某某按照被告人张某某传授的犯罪方法,在网上设立QQ聊天群组,并在QQ聊天群组内发布虚假中奖信息等,吸引被害人向某在博彩网站“W彩”内充值,又通过伪造虚假的中奖单,要求被害人发送盈利分成、充值解冻账户等方式,对被害人实施诈骗。被告人王某某为实施诈骗共发布虚假信息上千条。8月22日,被告人王某某故技重施,骗得被害人王某883元、被害人巩某人3958元。法院认为,被告人王某某利用信息网络为实施诈骗设立通讯群组,发布虚假信息,情节严重,构成非法利用信息网络罪,判处有期徒刑8个月,并处罚金2000元。^③

评析:(1)本罪的“情节严重”的标准不明,间接参用诈骗罪的追诉标准或是隐性规则。根据第287条之一的规定,设立用于实施违法犯罪活动的网站或通讯群组的,情节严重的,构成本罪。本案被告人

^①《刑法修正案(九)》第29条在刑法第287条后增加了二条,分别为第287条之一和第287条之二。本文将《刑法》新增的第287条之一,简称为第287条之一,特此说明。

^②取样时间截止2017年11月14日。

^③参见苏州市相城区人民检察院相刑诉[2016]668号起诉书(指控罪名为非法利用信息网络罪);苏州市相城区人民法院(2016)苏0507刑初687号刑事判决书。

为了实施网络诈骗犯罪,设立QQ聊天群组并在群组中发布虚假信息。QQ聊天群组属于该罪规定的“通讯群组”的具体情形,因此,在不考虑是否达到“情节严重”的前提下,认定构成非法利用信息网络罪不无问题。但本罪的追诉标准并未明确,法院径直接照非法利用信息网络罪论处,不考虑司法竞合问题,是否意味着法院认同本罪与诈骗罪的基本罪形态适用相同的追诉标准,而且犯罪数额是主要的定量因素;否则,径直适用第287条之一的合理性存疑。(2)本罪与诈骗罪的罪量对比难以展开,使竞合关系与诉讼时效问题相互纠葛。在该案中,被告人在非法利用信息网络之际,还另行实施网络诈骗行为,非法利用信息网络与网络诈骗之间明显存在牵连关系。根据《刑法》第266条与《关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(2011年)第1条的规定,涉案金额已经超过3000元的,即构成诈骗罪的基本罪形态,而其法定刑与非法利用信息网络罪的法定刑一致,使其与非法利用信息网络罪客观上不存在“从(一)重处断”的可能。而且,按照特殊法条优于一般法条,诈骗罪才是特殊规定,非法利用信息网络罪从立法原意看应该是一般条款。据此,最有可能是基于新法优于旧法的规则,对本案作出如此的定性。

2. 利用伪基站发送诈骗信息并非法获利。案件(2)简介:2015年3月8日至11日,被告人黄某为谋取非法利益,雇佣徐某、黄某甲使用“伪基站”^①设备向不特定手机用户非法群发诈骗短信,非法获利26211元。法院认为,控辩双方的争议点在于非法利用信息网络罪中的信息网络一般应指互联网,破坏公用电信设施罪、扰乱无线电管理秩序罪、非法利用信息网络罪在本案中存在行为方式的竞合关系,与诈骗罪则构成牵连犯,根据本案的事实和证据,应择一重罪处罚,应以诈骗罪(未遂)定罪处罚。^②

评析:(1)“信息网络”作为重要的客观要件要素的内涵和外延有待明确,并左右此罪与彼罪的区分。利用伪基站与“利用信息网络”是否等同存疑。在技术层面,利用伪基站与利用信息网络不能完全等同。而其关键是对第287条之一的“信息网络”的理解,是否应结合网络预备危害或危险行为的立法旨趣进行判断,并作出具有专属性的解释,此乃本罪适用的技术前提。如果对“信息网络”作出限缩解释,则进一步缩小本罪的适用范围,也降低司法竞合的可能性。(2)利用计算机信息系统与利用信息网络之间存在代际差异,触发第287条与第287条之一的适用逻辑顺序问题。《刑法》第287条规定,利用计算机实施犯罪的,根据分则有关罪名定罪处罚。第287条之一对非法利用互联网的一般行为作出单独规定,并牵扯出非法利用信息网络作为一般预备行为与作为特定手段行为的实质区分问题。进而,第287条、第287条之一共同作为一般性的规定可能发生重合,并与其他特殊规定可能发生竞合问题。当前,实践中对非法利用互联网实施诈骗行为的,按照诈骗罪定罪处罚,符合第287条的相关规定,但无形中压制或限制第287条之一的适用,毕竟第287条之一是“新法”。为此,应明确第287条与第287条之一的内部适用序位,以及与其他罪名的外部适用关系。

3. 利用信息网络发布销售违禁物品、管制物品等其他违法犯罪信息。案件(3)简介:2014年4月以来,被告人苏某通过QQ和微信多次发布管制刀具、弓弩、枪支等管制器具的销售图片约7000多张,小视频4部,并销售弓弩12把、宝剑2把、管制刀具50余把、“快排”气枪1支。法院认为,被告人苏某非法利

^①经浙江省公安司法鉴定中心检验,该“伪基站”共非法收集用户手机IMSI号45742条。中国移动通信集团某分公司出具《关于伪基站的情况说明》,证实每个IMSI号对应的用户一般的通信中断时长为8至12秒。

^②参见浙江省常山县人民检察院常检刑诉(2015)291号起诉书(指控罪名为破坏公用电信设施罪);浙江省常山县人民法院(2015)衢常刑初字第195号刑事判决书。[类案有浙江省金华市婺城区人民法院(2015)金婺刑初字第1296号刑事判决书;浙江省金华市中级人民法院(2016)浙07刑终572号刑事裁定书。]

用信息网络,通过QQ和微信向不特定的大众发布销售违禁物品、管制物品的信息,情节严重,其行为已构成非法利用信息网络罪。^①

评析:(1)“其他”违法犯罪信息的范围有待明确。尽管本案被告人的行为客观上完全符合第287条之一第1款第2项的规定。但问题在于“其他违法犯罪信息”作何限度的解释。例如,利用信息网络发布实施涉毒犯罪信息,实践中已有公安机关以涉嫌构成非法利用信息网络罪立案侦查。^②(2)通过司法经验确立追诉标准不妥。“情节严重”的认定标准直接影响罪与非罪的界限,追诉标准不明却可能导致非法利用信息网络罪与其他犯罪发生竞合时被“弃用”。例如,诈骗罪属于典型的数额犯,当出现非法获利等数额情节的,诈骗罪往往是定罪的首选。这充分说明本罪追诉标准的重要性,并间接影响犯罪竞合的处置选择。

4. 利用伪基站为实施违法犯罪活动发布信息。案件(4)简介:2015年10月,被告人李某、俞某使用“伪基站”设备^③冒充农业银行95599号码发送违法信息的短信。一审法院认为,被告人李某、俞某违反国家规定,擅自设置、使用中国移动通信无线电频率发送违法广告短信,对公用电信设施并不产生损害,而是干扰无线电通讯秩序,情节严重,构成《刑法修正案(九)》修改后的扰乱无线电通讯管理秩序罪。检察机关抗诉认为,原审被告人的行为既构成扰乱无线电通讯管理秩序罪又构成诈骗罪,系手段与目的竞合,属于想象竞合犯,应从一重罪处罚。根据《关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第5条的规定,^④应认定为第266条规定的“其他严重情节”,以诈骗罪(未遂)定罪处罚。二审法院认为,被告人利用“伪基站”为实施诈骗活动发布信息,数量达5000条以上,情节严重,构成非法利用信息网络罪。根据《关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第5条的规定,亦构成诈骗罪。依法应择一重罪处罚,构成诈骗罪(未遂),原判决的认定有误。^⑤

评析:(1)“等”违法犯罪活动的解释限度问题。第287条之一第1款第3项规定的“为实施诈骗等违法犯罪活动”具有概括性,扩张解释或限缩解释的分歧在个案中已有体现。(2)未能激活第286条之一所保护法益的解释功能。利用信息网络发布违法信息的行为与其他具体实施的犯罪行为之间的犯罪竞合问题始终存在。对此,通过想象竞合犯原理或溯及力规则予以解决是必然的。但是,第286条之一作为新罪名,其立法意图及具体法益所应有的区分罪与非罪、此罪与彼罪的功能并未得到释放,特别

^①参见河北省景县人民法院景检公诉刑诉(2016)105号起诉书(指控罪名为非法利用信息网络罪);河北省景县人民法院(2016)冀1127刑初108号刑事判决书。

^②苏州警方在破获的一起公安部毒品目标案件中,发现600多名遍布全国各地的吸贩毒人员,聚集在一个名叫“名流汇”的网络平台,公开交流吸毒感受以及毒品交易。参见姜贞宇:《非法利用网络信息 涉毒领域首次办理》,http://www.sohu.com/a/166111497_448384,访问日期:2017年8月23日。

^③经浙江省金华市无线电监测站检测,该“伪基站”发射设备发射频率是在中国移动公司的专用频率上。经其某分公司检测,发送该短信导致17899个移动通信用户通信受阻,导致正常通信中断累计时长298.31小时。

^④根据第5条的规定,利用发送短信、拨打电话、互联网等电信技术手段对不特定多数人实施诈骗,诈骗数额难以查证,但发送诈骗信息五千条以上的、拨打诈骗电话五百人次以上的、诈骗手段恶劣且危害严重的,属于“其他严重情节”,以诈骗罪(未遂)定罪处罚。

^⑤参见浙江省义乌市中级人民法院(2016)浙0782刑初481号刑事判决(指控罪名为破坏公用电信设施罪);浙江省金华市中级人民法院(2016)浙07刑再5号刑事判决书。[类案有浙江省金华市金东区人民检察院金东检刑诉(2016)309号起诉书(指控罪名为非法利用信息网络罪)、浙江省金华市金东区人民法院(2016)浙0703刑初314号刑事判决书;浙江省金华市婺城区人民法院(2015)金婺刑初字第1296号刑事判决、浙江省金华市中级人民法院(2016)浙07刑终572号刑事裁定书。]

在与计算机犯罪、网络犯罪的区分上更明显。

5. 同时构成其他犯罪的司法处置。案件(5)简介:自2014年5月以来,被告人邹某、彭某利用网络平台群发各种诈骗短信,骗取他人钱财。法院认为,《刑法修正案(九)》在本案审理期间已施行,被告人邹某等利用信息网络为实施诈骗等违法犯罪活动发布信息,情节严重,符合非法利用信息网络罪的犯罪构成要件,根据从旧兼从轻原则,应以非法利用信息网络罪定罪处罚。^①检察机关提出抗诉认为:一是邹某、彭某为实施诈骗行为,利用信息网络发布诈骗信息,情节特别严重,构成诈骗罪(未遂)。二是虽又构成非法利用信息网络罪,但按照择一重罪处断原则,仍应以诈骗罪认定。原审被告人的辩护人均提出,两原审被告人的行为同时构成非法利用信息网络罪,比较两罪的法定刑,原判定性为非法利用信息网络罪正确。二审法院认为,原审被告人邹某单独或伙同原审被告人彭某以非法占有为目的,采用虚构事实、隐瞒真相的手段骗取他人财物,情节特别严重,构成诈骗罪,同时,又构成非法利用信息网络罪。应依照处罚较重的诈骗罪(未遂)定罪处罚。^②

案件(6)简介:2016年6月,被告人黄某某建立名为“穆斯林礼拜”的微信群,通过语音在该微信群中教他人做礼拜,该微信群有100余人。2016年8月,黄某某在名为“梁堡道堂文化学习”的微信群中讲解《古兰经》里有关古尔邦节宰牲目的的内容,该微信群里有100余人。一审法院认为,被告人黄某某构成聚众扰乱社会秩序罪。二审法院认为,上诉人黄某某明知微信群里人数众多;微信群并非宗教活动场所,在非宗教活动场所不能从事宗教活动,却私建微信群,进行讲经、教经等非法宗教活动,扰乱正常的宗教活动管理秩序,违反我国有关宗教事务管理的法律法规的规定,社会危害性大,构成非法利用信息网络罪。聚众扰乱社会秩序罪在客观方面必须同时符合“情节严重”“致使工作、生产、营业和教学、科研、医疗无法进行”和“造成严重损失”三个条件。上诉人黄某某的行为并不具备这些成立条件,故不构成聚众扰乱社会秩序犯罪。^③

评析:(1)“情节严重”的内容呈空白状态,导致本罪与关联犯罪的竞合基本被“虚置化”。目前,第287条之一与诈骗罪(第266条)、破坏公用电信设施罪(第124条)、扰乱无线电通讯管理秩序(第288条)的竞合现象较为常见。然而,非法利用信息网络罪是新罪名,有关立案追诉标准的司法解释尚未出台,在理解并认定“处罚较重”时缺乏比对基准。例如,根据想象竞合犯的原理,在情节特别严重的诈骗罪(未遂)与非法利用信息网络罪之间,首先应准确认定究竟何者才是“一重罪”,才能具体确认是否满足适用第287条之一第3款的前提。而且,遵循从旧兼从轻的处断原则,除非属于诈骗罪的基本罪形态(3年以下有期徒刑),否则,应首先援引作为新罪、轻罪的第287条之一。然而,在“从一重罪”规则

^①参见浙江省宁波市海曙区人民检察院甬海检公诉刑诉(2015)235号起诉书[指控罪名为诈骗罪(未遂)];浙江省宁波市海曙区人民法院(2015)甬海刑初字第258号刑事判决书。

^②参见浙江省宁波市中级人民法院(2016)浙02刑终51号刑事判决书。[类案有内蒙古自治区通辽市科尔沁区人民检察院以科检公诉刑诉(2016)306号起诉书(被指控罪名为诈骗罪)、内蒙古自治区通辽市科尔沁区人民法院(2016)内0502刑初339号刑事判决书;湖北省宜昌市西陵区人民检察院以宜市西检刑诉(2016)151号起诉书(指控罪名为非法利用信息网络罪)、湖北省宜昌市西陵区人民法院(2016)鄂0502刑初208号刑事判决书;湖北省宜昌市西陵区人民检察院宜市西检刑诉(2016)124号起诉书(指控罪名为非法利用信息网络罪)、湖北省宜昌市西陵区人民法院(2016)鄂0502刑初175号刑事判决书;湖北省宜昌市西陵区人民法院(2016)鄂0502刑初180号刑事判决书(指控罪名为盗窃罪)、湖北省宜昌市中级人民法院(2016)鄂05刑终277号刑事裁定书。]

^③参见新疆维吾尔自治区伊宁县人民法院(2016)新4021刑初388号刑事判决书(指控罪名为聚众扰乱社会秩序罪);新疆维吾尔自治区高级人民法院伊犁哈萨克自治州分院(2017)新40刑终78号刑事裁定书。

下,非法利用信息网络罪往往作为备选,导致其与相关罪名的司法竞合基本流于形式。原因为:一是非法利用信息网络罪的最高法定刑是3年有期徒刑,不具备作为“重罪”的潜质;二是非法利用信息网络罪是一般规定,即使与相同法定刑的罪名发生竞合,在特殊规定优于一般规定的法条竞合适用原则下,也难被启用。(2)非法利用信息网络罪承载“兜底”处罚的功能期许。当非法利用信息网络罪与其他关联罪名(如聚众扰乱社会秩序罪)发生竞合时,如果其他更重的罪名因不符合法定追诉标准而无法援引的,则非法利用信息网络罪往往异化为“兜底”罪名。对有社会危害性而无明文规定或规定不足的情形,发挥刑罚处罚的“兜底”作用,这显示非法利用信息网络罪在网络犯罪形态中担当一般性罪名的角色。

(二) 非法利用信息网络罪的适用问题透析

第287条之一作为新增的罪名,在制定之际,便存在立法必要性的质疑一面。这是因为担心会发生第287条之一与现有规定之间出现功能重合等问题。实际上,从非法利用信息网络罪的司法适用样态看,这些相关问题也被进一步暴露出来。

通过对生效判决的类型化分析,可以发现,该罪目前在实践中主要存在以下几个突出问题。具体而言:(1)对非法利用信息网络罪的立法功能预设缺乏周全判断。目前,对《刑法修正案(九)》增设第287条之一的立法意图仍有争议。而且,由于未能明确第287条之一所保护的具体法益是一般性的网络安全管理秩序,以至于尚未有意识地将其实定位为一般性、基础性的纯正网络轻罪罪名,对部分罪状的解释立场与限度缺乏相应的共识。同时,也未客观地对待其内在的网络“兜底罪名”之特定属性。(2)对非法利用信息网络危害行为的罪质理解存在误区。非法利用信息网络行为,首先是具有预备性质的网络行为,同时也可以作为其他犯罪的网络方法。因此,非法利用信息网络作为网络实质预备行为的独立性,与其作为关联犯罪的网络方法的依附性,二者存在定罪逻辑的对立性:一方面,非法利用信息网络是典型的“网络手段型犯罪”中的危害行为方式,该行为具有明显的依附性,在判断上往往依附于正犯或主犯。另一方面,一些非法利用信息网络行为具有高度的危害性或危险性,应作为独立的网络危害或危险行为加以处罚。在理解和适用非法利用信息网络罪时,始终需要解决这一看似冲突的犯罪化立场,而其本质指向本罪的立法原意,也即非法利用信息网络罪究竟是一般规定还是特殊规定及其适用边界。这也是本罪面临司法竞合问题的重要诱因。(3)追诉标准阙如引发定罪标准不统一的深层隐患。非法利用信息网络罪的追诉标准仍未法定化,对于该罪的三款法定情形究竟应当如何适用,实践中并不统一,只能在个案中根据实际情况做出判断,不利于法制的统一与个别正义的司法实现。而且,追诉标准的阙如,意味着此罪与彼罪的界限主要依靠刑法解释,也间接加剧实践中对本罪的罪质理解、罪状认定的不统一局面。为了准确把握本罪的罪质与罪状内容,应尽快明确法定的追诉标准。(4)司法竞合问题的处置思路略有偏颇。基于非法利用信息网络的行为属性具有双重性,第287条之一与第287条、其他关联罪名的竞合问题,从立法之时便注定存在。一方面,非法利用信息网络罪是典型的轻罪,且只有一档法定刑,当其与诈骗罪等关联罪名竞合时,由于追诉标准不明、危害结果不便于具体确认等,容易在司法竞合中沦为不折不扣的“替补罪名”,援引率偏低,竞合问题客观上被“虚化”。另一方面,当非法利用信息网络罪与其他更重的罪名发生竞合时,更重的罪名出现不符合追诉标准等情形的,非法利用信息网络罪却发挥着兜底之用,竞合问题又客观上被“异化”。这使非法利用信息网络罪的竞合问题变得更扑朔迷离。(5)慎重适用本罪的司法保守倾向凸显。当前,由于非法利用信息网络罪是新罪名,司法解释及其适用规则尚付阙如,司法机关往往选择消极等待;而且,司法机关在

保护新型网络安全法益时,仍基于传统的思维惯性、司法定罪的便宜性、僵硬的规则主义等考虑,往往遵循传统刑法原理与司法规律,并援引传统罪名,间接弱化网络罪名的司法保护意义与观念导向。

从司法实践所呈现的对本罪的理解偏差和适用误区看,不仅暴露对罪质的理解不当、犯罪竞合的司法处置失真、具体罪状适用依据不明等疑难问题,也揭示出本罪的刑法教义学分析与司法适用的联动明显不足。为此,应反思本罪的司法适用现状,通过教义学阐明和把握罪质,明确追诉标准等,促进司法适用。

二、非法利用信息网络罪的适法理据展开

非法利用信息网络罪是新增罪名,在当前实践中暴露出诸多问题,首先源于本罪的司法解释规则迟迟未能出台,也因法教义学的解构不到位。应准确把握非法利用信息网络罪的立法背景、功能预期、罪质定位等,以完善其司法适用。

(一) 罪质界定与功能定位

应立足网络技术代际的演进格局,确立“信息网络”在网络2.0时代的主导地位,进而准确认识本罪所具有的一般性地规制非法利用信息网络危害行为的功能及保护信息安全的基础性地位。

1. 第287条之一的罪质释明。关于第287条之一的罪质,从其规定看,主要包括:(1)轻罪形态。本罪的最高法定刑是3年有期徒刑,通常认为这是典型的轻罪^[2]。轻罪的立法定位,显示了该罪所保护的具体法益,相比于其他网络犯罪而言更次要,相应地,非法利用信息网络危害行为所造成的危害结果也相对更轻。基于这点,可以认为本罪原则上是用来一般性地规制那些利用网络实施违法犯罪活动且具有较大社会危害性的行为;但是,如果引发其他严重后果的,可能需要援引《刑法》的其他罪名加以规制。由此,轻罪的设置也决定其客观上具有一定的兜底效果。而且,从生效案件看,非法利用信息网络罪确实发挥一定的“兜底”之用。(2)情节犯构造。本罪的成立要求“情节严重”,因而是情节犯。这体现立法者限制处罚和严格控制处罚范围的基本立场,以确保正常利用信息网络服务与生产生活不受限制。对明显属于行政违法行为范畴的,或明显属于重大危害或危险情形的,均不应当纳入到本罪的规制序列,而应由行政处罚或其他罪名具体对接。更应指出的是,“情节严重”是否具体明确,也直接影响司法适用的明确性,并已经在生效案件中得到反映。(3)独立预备犯的立法性质。在立法修订期间,有观点认为,第287条之一可以理解为其他犯罪的“预备行为”,并按照相关犯罪的预备犯处理。^①然而,受限于共犯从属性理论,增设本罪可以对具有较大社会危害性的一般网络预备行为进行实质处罚,同时也降低司法证明难度^[3]。在此基础上,尽管都属于非法利用互联网,但实施特殊犯罪、危害更重或《刑法》作出特殊规定的,根据罪责刑相适应原则,原则上不应适用第287条之一。然而,当前司法实践中的一些做法,有违非法利用信息网络罪的罪质:一是扩大本罪的功能范围,延伸到所有利用网络实施违法犯罪的情形,不论一般与特殊的关系,以至增加犯罪竞合的频次;二是对罪状进行限制解释,缩小本罪的司法适用意义,甚至在司法解释不明之际,束之高阁。然而,从立法本意与法理逻辑看,非法利用信息网络罪有其独立的规制范围,主要指向非法利用信息网络实施违法犯罪活动中的较轻情形。

^①参见全国人大常委会法工委刑法室编:《刑法修正案(九)草案向社会公众征求意见的情况》法工委刑字[2015]2号,2015年1月4日。

2. 第287条与第287条之一的逻辑适用序位。《刑法》第287条规定:“利用计算机实施金融诈骗、盗窃、贪污、挪用公款、窃取国家秘密或者其他犯罪的,依照本法有关规定定罪处罚。”从立法的网络代际看,第287条属于典型的“计算机技术犯罪”,是当时技术背景下的历史产物。同时,相比于《刑法》第285条、第286条的规定,第287条提供开放性的兜底规定,为将计算机作为手段实施犯罪的情形明确法律适用的原则和依据^[4]。但是,第287条的立法局限性非常明显,主要为:(1)“利用计算机”的规定属于早期计算机技术犯罪立法的时代产物。当前,已是信息网络独领风骚的新代际,大数据时代、人工智能时代也加速成型。因此,计算机技术犯罪早已是过去式,信息网络犯罪才是当前的主流,“利用计算机”与“非法利用信息网络”已经处在两个完全不同的网络代际,应当对其作出实质区分与适用,原则上后者可以包含并逐步取代前者。这正是《刑法修正案(九)》启动修改的动因所在。(2)第287条规定的“依照本法有关规定定罪处罚”中的“有关规定”已发生变化。在《刑法修正案(七)》《刑法修正案(九)》施行前,“有关规定”在逻辑上仅限于第285条、第286条以外的非计算机犯罪规定。但是,目前既包括第285条第2、3款、第286条之一、第287条之一、第287条之二等规定的专门网络罪名,也原则上包括所有的传统罪名。由此,在适用关系上,第287条与第287条之一必然存在逻辑排位问题,何者优先适用也进一步使犯罪竞合现状变得更复杂。

从第287条与第287条之一的立法背景等看,在新形势下,二者的关系应为:(1)在制裁网络“手段型”犯罪形态时,首先存在“利用计算机”与“非法利用信息网络”的网络技术代际差异。承前所述,后者在网络代际层面明显超越前者。或者说,在信息网络时代,传统的“利用计算机”已经在技术层面表现升级为或大多表现为“非法利用信息网络”,计算机信息系统运行安全也往往表现为更具包容性的信息网络安全。基于这些新型网络“手段型”犯罪行为的外部特征,第287条之一因与当代网络立法背景与时代接轨,其专属性的适用优势得以体现。(2)在制裁网络“对象型”犯罪形态时,两个罪名的功能看似重叠,但所处的网络代际存在本质差异,相应地,计算机信息系统安全与信息网络安全是两个不同网络代际的产物。应当强调指出,第287条指向的是非计算机犯罪罪名所保护的纯正的网络安全法益,与第287条之一对非法利用互联网行为的一般性规制,二者之间可能会发生司法竞合,引发适用序位“孰先孰后”问题。根据从旧兼从轻原则,一般应当优先适用第287条之一。(3)在面对网络“空间型”犯罪形态时,虽然“网络空间”这一人类“第五空间”具有开放性与兼容性,但“利用计算机”与“非法利用信息网络”的代际差异将被进一步放大,后者在技术层面、应对新型犯罪等方面具有绝对的优势,第287条之一更吻合新的网络时代需要。由此,第287条与第287条之一之间是逐步被取代与取代的逻辑交替关系。

3. 第287条之一的体系功能定位。在澄清“非法利用信息网络”的网络代际属性及其与利用计算机作为犯罪手段的实质罪质差异,以及计算机信息系统运行安全与信息网络安全的内部关系等因素后,可以得出第287条之一的立法功能与司法定位不同于第287条。概言之,第287条之一的功能主要包括:(1)补强性规定。第287条之一规定的“信息网络”已经在网络代际层面超越第287条规定的“计算机(系统、信息系统)”。“信息网络”原则上包括“计算机、计算机系统、计算机信息系统”。对此,《网络安全法》(2016年)第65条第1款规定:“网络,是指由计算机或者其他信息终端及相关设备组成的按照一定的规则和程序对信息进行收集、存储、传输、交换、处理的系统。”显然,“网络”具有极强的概括性和包容性,传统计算机信息系统只是网络的一个组成部分。因此,在适用序位上,第287条之一是立法理念升级后的绝对补强性规定,甚至在相当范围内已经取代第287条的“兜底”功能。第287条之一原则

上对一般利用计算机或信息网络实施违法犯罪活动的行为具有优先介入的优势,第287条的司法提示与指引作用应当退居后位、甚至将被逐步弃用。(2)开放性规定。“信息网络”是网络2.0时代的技术核心,也是信息网络时代的关键内容,是指互联网彻底实现互联互通,信息作为最重要的媒介将互联网与现实物理社会紧密联系在一起,并成为生产生活的重要方式。根据《网络安全法》的相关规定,网络及网络空间极具开放性,富有强大的吸附性、兼容性与平台化特征,信息网络亦是如此。利用“信息网络”作为第287条之一明确规定的客观行为要素,具有一定的开放性,在解释限度上应当采取扩张立场,以确保第287条之一在取代第287条后仍可以发挥一般性的规制效果。(3)一般性规定。第287条曾被公认为是计算机犯罪的兜底规定,是计算机犯罪在刑法分则的提示性规定^[5]。但是,这种判断在信息网络犯罪时代有所削弱。这是因为非法利用信息网络罪在本质上也是一般性规定,一般性地规制信息网络时代的非法利用行为。对于网络“对象型”犯罪、网络“空间型”犯罪形态,尤其是网络“手段型”犯罪而言,非法利用信息网络且情节严重的,应当首先援引第287条之一。例如,最高立法机关的立法工作部门认为,两高《关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第5条第2款,部分地解决网络诈骗犯罪中带有预备行为的行为如何处罚的问题,而第287条之一对这一类相似行为如何处罚作出规定^[6]。这其实比较明确地肯定第287条之一作为网络预备实质犯的一般性定位。除非《刑法》已有相关规定,且不违背罪责刑相适应原则,则应当按照其他规定处理。这也客观上合理限缩了《刑法》第287条原有的兜底作用和提示作用。

从网络代际的更迭看,“非法利用信息网络”与“利用计算机”不同,前者包括利用计算机信息系统、计算机系统、网络、数据、网络空间等与网络有关的情形。在理解第287条之一规定的“利用信息网络”时,应作出扩大化理解,明确第287条之一取代第287条并发挥一般性规制功能,第287条之一的司法适用序位优于第287条。同时,理清其与第287条的逻辑关系,对潜在的犯罪竞合问题开辟了有效的疏解通道,有利于解决第287条之一与关联犯罪的区分问题。

(二)“其他、等‘违法犯罪’(信息、活动)”的范围厘定

根据第287条之一的规定,“非法利用信息网络”是客观方面的主要内容,其行为方式主要包括:一是设立用于违法犯罪活动的网站或通讯群组;二是发布有关制作违禁物品、管制物品或者其他违法犯罪信息;三是为实施诈骗等违法犯罪活动发布信息。其中,后两种分别对违法犯罪信息或活动使用了“其他”或“等”的立法用语。实践中如何解释“其他、等‘违法犯罪’(信息、活动)”的规定,不仅事关客观危害行为的匹配,也是决定罪与非罪、此罪与彼罪的前提。

1. 理论分歧。有观点认为,从第287条之一的立法表述看,利用信息网络行为所服务的,似乎不仅包括所有形式的犯罪活动,也包括一般的违法行为,如此一来,使本罪成为实至名归的口袋罪^[7]。该观点担心扩张解释引发不良效应。也有观点认为,“违法犯罪”的表述实际上仅包括“犯罪”,“违法”属于表述上的赘言,我国以往的立法也有先例。将网络违法行为的“预备行为”予以犯罪化,不仅缺乏正当性,也不符合国际立法潮流^[8]。该观点也持严格的限制解释立场。还有观点认为,基于立法技术的需要,常见的“违法犯罪活动”除了明文列举的,还包括传播宣扬恐怖主义、极端主义信息、侵犯知识产权、传销、侵犯公民个人信息、组织考试作弊等犯罪^[9]。该观点在扩张解释与严格限制解释之间谋求相对折中的立场。诚然,一旦使用“列举+概况”的立法用语结构,则必然引发对“其他”“等”以及所修饰的“违法犯罪信息、活动”这一主语的不同解释立场问题,并已经在当前的审判中有所体现。因此,理论上形成相互对立的解释观点并非偶然。尽管对扩大解释所可能导致的新“口袋罪”之担忧并不无道理,

但也未必完全正确。

2. 严格限制解释的研判。尽管限制犯罪化的解释立意有其合理性,但对“其他、等‘违法犯罪’(信息、活动)”采取严格的限缩解释可能不妥,具体理由为:(1)遵循罪刑法定原则的解释。如果对“其他、等‘违法犯罪’(信息、活动)”作极为严格的解释,特别要求“违法犯罪”实质上是指狭义的“犯罪”,则意味着非法利用信息网络的行为人,必须认识到所服务的对象或利用的主体实施的是刑法意义上的犯罪;同时,作为故意的认识内容,是法定的构成要件要素,是刑事诉讼需要证明的对象事实。然而,第287条之一并未规定利用信息网络主体对所服务的对象是否属于刑法中的犯罪具有“明知”义务,也并未对“违法犯罪信息、活动”作出明确的限定性规定。尤其是考虑利用信息网络的主体对被利用者是否实施属于刑法中的犯罪的认识能力或预见能力差异很大,作过高的认识要求可能超出主体的认识可能性,也明显增加司法证明难度。因此,采取严格解释得出的限缩结论不妥,可能导致实际的适用范围非常有限,增加司法证明的难度,不利于提前介入高度危险的网络预备行为。(2)解释立场应与罪质内容相吻合。对于“其他、等”的理解,也不宜认为“其他、等”完全是虚词表述,进而排斥合理的扩张解释。从立法意图看,因为一些网络技术预备行为具有明显相对偏高的社会危害性与刑法危险性,所以,第287条之一将网络违法犯罪活动中的一般性预备行为予以实行化处罚,不再作为其他犯罪的普通预备行为予以对待,而且单独处罚可以起到显著的事前危险控制的预防早期化效果。但是,如果在解释立场上仅限于规范层面已经明确规定的网络预备行为,则不仅无法发挥第287条之一作为一般性规定的基本功能,也从根本上背离第287条之一的立法本意。毕竟立法层面不可能完全确定技术违法行为的危险必然低于技术实行行为,也不宜事先排除其他的技术违法行为作为预备性行为时能够诱发的潜在危险。严格的限缩解释实质上背离设置第287条之一的真实立法意图,无法发挥介入的前置化与预防的早期化效果。

3. 适度扩张解释的可行性。对“其他、等‘违法犯罪’(信息、活动)”的立法表述,采取合理的扩张解释更可取,理由为:(1)应结合罪责刑相适应原则加以解释。第287条之一是情节犯,只有情节严重的才构成本罪,故而,客观上已经对网络预备行为的处罚范围作出严格的预先控制。同时,本罪的法定刑属于分则中的最低档次,最高法定刑期是3年有期徒刑,属于典型的轻罪。在此基础上,如果要求利用信息网络所服务的对象是刑法规范意义上的犯罪,则非法利用信息网络行为的危害性与危险性普遍很高,甚至可能过度高于所服务的正犯(主犯)行为;否则,既无法确保独立处罚预备行为具有正当性与必要性,也无法与利用信息网络实施其他后续犯罪之间形成合理的犯罪轻重梯度。而且,第287条之一的危害行为与其他正犯或主犯行为之间的“危害性隔离带”被压缩,可能导致罪量的区分度明显不足,甚至诱发罪责刑难以相适应的问题,这就决定了扩张解释有其必要性。同时,为了客观地反映第287条之一作为信息网络犯罪时代的一般性罪名这一定位,为了正确实现第287条之一的基础性规制功能,并在必要的时候担负信息网络犯罪时代的“兜底罪名”之角色,对“其他、等”也应适度进行扩张解释。(2)扩张解释的慎重性。虽然在形式层面不排除任何违法行为和犯罪活动,但为了确保入罪的正当性与处罚的有效性,应当严格入罪的条件。在具体认定时,需要区分“非法利用信息网络”究竟是作为独立的预备行为,还是同时作为其他犯罪的犯罪手段或客观构成要件要素更妥,并根据个案的具体情况区别对待。究其关键,根据罪责刑相适应原则,对相应的犯罪危害结果进行实质判断:如果危害结果明显超出“3年以下有期徒刑”这一刑罚的承载范围,根据以刑制罪思维所倡导的刑罚有效性可以反思和反制定罪的功能^[10],论处非法利用信息网络罪违背了罪责刑相适应原则,系用轻罪规制更重的危

害行为,为了实现罪刑关系的相称性与合比例性,应考虑援引其他刑法规定;毕竟非法利用信息网络罪作为轻罪罪名,无法对利用信息网络造成的更严重危害结果承担相称的规范判断与制裁有效的任务;如果试图援引其他条文时,刑法并无相应的明文规定,根据罪刑法定原则,仍应认为不构成犯罪。随着司法解释明确规定“情节严重”后,将明显缓解“其他、等‘违法犯罪’(信息、活动)”的解释限度问题。

(三)“同时构成其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚”的理解

在修改过程中,有观点认为,“利用信息网络”是手段行为,如果一概入罪,会导致和其他犯罪的竞合,建议慎重考虑或者删除^[11]。第287条之一第3款规定,“同时构成其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚”。^①显然,鉴于非法利用信息网络具有行为的双重属性,立法者已经充分预见到本罪与其他关联犯罪之间可能发生竞合关系,也必然成为实践中的首要任务。但应明确的是,基于本罪的立法旨趣与立法内容,本罪与其他犯罪的司法竞合基本不存在。

1. 争议观点的辨正。有观点认为,从第287条之一第3款的规定看,说明“立法者无意卷入,学界因主张严格区分法条竞合与想象竞合,导致在特别关系的法条竞合时,是适用特别法优于普通法,还是重法优于轻法之争的漩涡;而认为不必严格区分法条竞合与想象竞合,只要构成要件行为的主要部分存在重叠,从一重处罚即可。否则,原则上应数罪并罚,以实现罪刑相适应。”^[12]该观点的结论不无道理,但说理上过度扩大法条竞合与想象竞合在第287条第3款规定中的对立程度。

应立足于第287条之一的罪质,对第3款的规定,应进行更全面的解读,主要包括:(1)立法入罪的依据与轻罪的罪质,共同确立本罪对犯罪竞合采取了立法预先控制的模式。从非法利用信息网络罪的立法本意看,旨在实现积极的刑法危险控制,对危险性明显偏高的网络预备行为采取独立、实质处罚,对“预备犯例外处罚原则”进行必要的立法稀释,以避免传统预备犯罪所遵循的处罚原则的失灵。因此,从这点看,第287条之一的适用范围其实相对有限,“情节严重”的规定更强化限制适用的效应。同时,立足于传统预备犯罪处罚的功能定位,第287条之一的犯罪化是刑法介入早期化的典型体现,是对刑法谦抑精神的相应校正,因而适用时稍有不慎,容易导致扩大处罚的不当。基于控制第287条之一可能扩大刑罚处罚的内生风险,才设置“情节严重”并规定第3款,确保第287条之一的适用范围被立法事先严格控制。此举客观上不仅强调第287条之一的适用范围具有专属性,从立法科学性上已经预先降低司法竞合的概率;也极大地限制第287条之一作为典型的轻罪,与其他关联犯罪发生实质竞合的几率。同时,第287条之一这种罪质特征,决定其可能被迫作为兜底罪名之用。(2)以法定刑的配置限制入罪的边界。对于非法利用网络的行为而言,将其作为实质的网络预备行为对待,是因为明显超出一般预备行为的危害性或危险性,但又往往不超过背后的实行行为、主犯行为或正犯行为可能导致的危害结果或危险状态。如若非法利用信息网络行为造成的危害结果或危险状态明显超出轻罪范畴,明显超过3年以下有期徒刑的法定“罚量”配置,则应当弃用第287条之一,避免无法实现“罚当其罪”和造成罪刑失衡等负面效应。据此,应更强调第287条之一是轻罪的本质属性,第3款的规定使其管控的犯罪范围具有公开的法定性与限定性;一旦超过轻罪的罪质范畴,应当选择其他重罪适用。因而,从罪责刑相适应原则的立法理念看,本罪的犯罪竞合概率在实践中其实明显偏低。

2. 提示限制处罚的功能属性及适用意义。就“同时构成其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处

^①例如,两高一部《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》(2016年)规定,构成非法利用信息网络罪、帮助信息网络犯罪活动,同时构成诈骗罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。

罚”的立法规定而言,其实质是提示性规定,是限制处罚的特殊规定,具体言之:(1)行为竞合处置的提示性规定。当某关联罪名的基本罪形态与非法利用信息网络罪的法定刑档次是相同(3年以下有期徒刑)的,理论上可能出现竞合情形。此时,为了凸显立法者增设第287条之一的司法导向作用,应首先考虑是否援引非法利用信息网络罪;因为第287条之一是新法,作为一般性规定发挥基本的规制功能与一定的兜底功能。在法定刑完全相同的情况,应当作为首选,弃而不用,直接使立法的预期意义被极大压缩。同时,第287条之一是轻罪,适用范围具有预先的法定性与限定性,因此,当出现非法利用信息网络罪与其他犯罪的加重形态存在行为竞合时,符合更重犯罪的规定或特别法规定的,应直接援引更重的犯罪,^①否则,与第287条之一的法定刑设置偏低不符。(2)限制处罚的提示性规定。增设非法利用信息网络罪是为了严密刑事犯网,对部分网络预备行为加大的惩治力度,但并非为了采取更严厉的刑事制裁。立法者之所以设置明显偏高的法定刑,是为了既要实现事前的刑事分流,也限制刑罚处罚的严厉性。第287条之一作为一般性规定与轻罪规定,原则上针对所有相对较轻的非法利用信息网络行为,具有优先适用的特权;第3款起限制无必要的入罪处罚或从重罪处罚的分流作用,但凡第287条之一可以规制的,都不宜考虑“重法优于轻法”的犯罪竞合规则或适用数罪并罚规则。例如,在浙江省常山县人民法院(2015)衢常刑初字第195号刑事判决书中,辩护人认为,客观上使用伪基站发送的诈骗短信,只造成移动公司3G用户通信中断8~12秒,也即只造成不特定公众用户正常信息中断数秒,尚未达到危害公共安全程度或不足以危害公共安全;而且,没有直接对公用电信设施进行破坏,因此,不构成破坏公用电信设施罪,可能涉嫌构成诈骗罪、扰乱无线电管理秩序罪或非法利用信息网络罪。主张根据上位法高于下位法、新法优于旧法、从旧兼从轻的原则,应当以非法利用信息网络罪定罪处罚。在不考虑个案中的情节严重程度的前提下,该案在某种程度上反映了第287条之一第3款内在的限制处罚之旨趣。(3)应正确认识当前司法竞合现象的虚化性问题。从生效案件的司法规律看,当利用互联网实施犯罪时,非法利用信息网络罪与诈骗罪、破坏公用电信设施罪、扰乱无线电通讯管理秩序罪等关联罪名之间,往往存在想象竞合犯或牵连犯的关系。按照“从一重罪”的处置规则,非法利用信息网络罪因是轻罪,往往成为备选。实践中频繁出现的犯罪竞合现象,实质上可能是个伪命题,理由为:破坏公用电信设施罪包括行为犯和情节加重犯两个法定刑档次及幅度,分别为3年以上7年以下有期徒刑、7年以上有期徒刑;诈骗罪包括三个法定刑档次及幅度,分别是3年以下有期徒刑、3年以上10年以下有期徒刑、10年以上有期徒刑或无期徒刑;扰乱无线电通讯管理秩序罪包括情节犯和结果加重犯两个法定刑档次及幅度,分别为3年以下有期徒刑、7年以下有期徒刑。从基本罪形态与加重罪形态的法定刑配置看,非法利用信息网络罪与其他关联罪名的竞合概率其实很低。即使属于其他犯罪的基本罪形态,最高法定刑是3年以下有期徒刑,在发生竞合时,也应首先选择第287条之一,发挥该罪的一般性规制作用。

(四) 信息网络安全管理秩序的法益确证与释法意义

在生效判决中,控辩双方对本罪直接侵犯的具体法益已有所争论,并成为此罪与彼罪如何取舍的

^①两高一部《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》(2016年)规定,实施电信网络诈骗犯罪,诈骗数额难以查证,但具有下列情形之一的,应当认定为刑法第二百六十六条规定的“其他严重情节”,以诈骗罪(未遂)定罪处罚:1.发送诈骗信息五千条以上的,或者拨打诈骗电话五百人次以上的;2.在互联网上发布诈骗信息,页面浏览量累计五千次以上的。具有上述情形,数量达到相应标准十倍以上的,应当认定为刑法第二百六十六条规定的“其他特别严重情节”,以诈骗罪(未遂)定罪处罚。

重要争点。为此,应明确非法利用信息网络罪所保护的具体法益内容,发挥其内在的释法功能,并用于区分罪与非罪、此罪与彼罪。

1. 具体法益的规范基础。在明确第287条之一保护的具体法益时,应首先澄清该罪的行为特性及其规范基础,它决定该罪所保护的具体法益。具体地讲:(1)非法利用信息网络的本质是“对一般性的网络安全管理秩序的严重危害”。从具体规定看,第287条之一的客观行为是“非法利用信息网络”,“非法利用”是判断违法性的规范表述,这决定其违法性的内容是一般性的“非法利用”行为违反了国家规定。继而,该行为所严重破坏的应当是一般性或基础性的网络社会安全的管理秩序,而非网络市场管理秩序、网络运行安全、网络财产安全等其他具体或同类法益的网络安全法益情形,如有观点认为第286条之一所侵犯的具体法益是“具备社会公共利益属性的用户信息专有权,也就是具备人格权和财产权属性的、不特定或者多数用户的信息专有权之集合”^[13]。同时,整体意义上的“网络安全”作为新型的非传统的基础安全类型,是包容性极强的抽象概念。一般意义上的网络安全的管理秩序,仅是整体网络安全法益的组成部分,也是网络安全法益与网络社会管理秩序相互交叉的地带,并与其他类型的具体网络安全法益相并列。相应地,如果非法利用信息网络的行,实质上破坏了一般性的信息网络管理秩序的,则涉嫌构成非法利用信息网络罪;当可以确定属于其他具体法益类型的,根据第287条之一第3款的规定,应援引更重的犯罪规定。例如,在浙江省金华市中级人民法院(2016)浙07刑再5号刑事判决书中,法院认为,破坏公用电信设施罪的客体为通讯安全,危害行为表现为直接故意破坏正在使用的公用电信设施;扰乱无线电通讯管理秩序罪的客体为国家对无线电通讯的管理秩序,表现为违反国家规定,擅自设置、使用无线电台(站)或擅自使用无线电频率,通过干扰无线通讯网络对公用电信产生影响且情节严重的行为,对公用电信设施并不产生损害。利用“伪基站”为实施诈骗活动发布信息的,是对信息网络安全管理秩序的破坏,不属于扰乱无线电通讯管理秩序的行为。这说明实践中已经有意识地根据具体法益的内容来处理此罪与彼罪的问题,尽管判决说理仍有待强化。(2)网络预备行为与网络实行行为的法益“当量”差异客观存在。第287条之一对典型且高度危险的网络预备行为进行独立处罚,是在对海量网络技术风险行为进行严格筛选与排除后才确认的,存在范围具有预先的限定性而非普遍性,危害结果或危险性往往低于实行行为。由此,从行为类型的逻辑分层看,对于第287条之一与其他关联罪名而言,存在特殊的网络预备行为与一般的网络实行行为的差异;同时,各自保护的具体网络安全法益及其属性,也存在类型的轻重之别,以及内容的一般与特殊之别。这是第287条之一与其他罪名划清界限的重要依据和标准。(3)非法利用信息网络罪是未来我国网络犯罪体系的基础罪名。相比于其他条文保护的具体法益是计算机信息系统安全或数据安全等,第287条之一取代第287条的地位后,所保护的具体法益内容应是网络安全的公共(一般性)管理秩序。第287条之一保护的是一般性的法益内容,使与其他网络罪名保护的法益相比,它是其他网络罪名的保障性规定,是网络犯罪体系的基础罪名,应具有适用范围的普适性、保护对象的一般性与保护效果的兜底性等特点。例如,第286条之一主要规定网络服务提供者不履行义务后、经监管部门责令改正而拒不改正的情节严重的行为,是典型的网络不作为犯罪,所保护的法益并非一般性的信息网络管理秩序,继而不是基础的网络罪名。第287条之一无法包括那些可能危害网络安全法益的存在根基和危及网络社会的安全基石、甚至可能导致网络安全整体社会管理秩序陷入失控状态的更严重情形。

2. 具体法益的内涵与意义。由上可知,从第287条之一的立法原意、规范表述等看,只有当严重破坏一般性的信息网络安全的管理秩序时,才是第287条之一直接保护的法益。传统的主流理论也认为,

非法利用信息网络罪所侵犯的法益(客体)是信息网络安全的管理秩序^[14]。单纯破坏整体网络安全或其他特殊信息网络安全法益的,均不属于第287条之一的规制范围。在此基础上,这一具体法益的释法功能在于:(1)在“网络手段型”犯罪形态的特定范围内,第287条之一保护的网络安全管理秩序的法益具有专属性,保护的范​​围具有法定性,介入的时机也具有优先性和一般性。在实践中,尽管都利用信息网络(计算机)实施犯罪,但如果是实施诈骗犯罪、公共安全犯罪、危害无线电管理秩序犯罪等的,或者为他人实施犯罪提供技术帮助的,并不直接或主要破坏信息网络安全的管理秩序,而主要破坏如网络市场管理秩序等其他具体或整体的信息网络安全法益。对此,不应一律援引第287条之一,应根据直接侵犯的信息网络安全法益的具体内容加以区分。这进一步澄清一般性的网络预备行为与网络“手段型”犯罪形态之间的适用界限。这里以非法利用信息网络罪与帮助信息网络犯罪活动罪(第287条之二)的区分适用为例:一是从网络危害行为的特质看,前者是网络预备行为的实行化,后者是网络技术帮助行为的正犯化。这种罪质的差异,决定了二者的行为类型的典型特质与具体行为方式的不同,相应地,危害结果及其表现形式也不同。对此,两个条文的罪状表述已经充分予以反映。二是从破坏的具体法益看,前者是一般性、基础性的信息网络管理秩序;后者虽然也涉及信息网络管理秩序,但更主要是指对正常或中立背景下的信息网络管理制度的一种破坏,重点涉及网络中立行为与网络技术帮助行为的差别对待。因此,对于两罪的区分适用,仍应回到犯罪构成要件要素本身,尤其是通过案件事实与行为类型的实质匹配,结合其他案件事实与证据,来确定究竟符合第287条之一还是第287条之二明确规定的行为方式。(2)“网络对象型”犯罪是指以网络安全为对象的犯罪形态,因而,这类犯罪直接指向具体或类型化的信息网络安全法益、数据安全法益或网络安全法益等法益内容,原则上与第287条之一的法益边界是清晰的。只要不属于一般性的信息网络安全管理秩序的情形,原则上都应援引其他网络犯罪或传统罪名。除非因其他罪名达不到法定的追诉标准,第287条之一才可以根据实际情况决定是否发挥“兜底”之用,以避免放纵犯罪,但这种“有罪必罚”的做法是否正当仍需讨论。(3)“网络对象型”与“网络手段型”犯罪形态仍在发展,网络“空间型”犯罪形态正在增量,网络安全法益的内涵及其具体情形也不断变化。但是,非法利用信息网络行为的本质属性不变,其直接危害的对象是网络公共安全与网络空间社会的管理秩序的交叉地带,所直接侵犯的法益是网络社会安全的一般性、基础性的内容。由此,第287条之一被赋予的一般性规制功能,客观上具有很强的时代适应性。

(五)“情节严重”的类型释明

当前,“情节严重”的司法解释尚付阙如,使本罪的追诉标准不明,直接诱发入罪边界的模糊化问题,甚至导致本罪异化为新的“口袋罪”。既制约非法利用信息网络罪的司法适用,也导致本罪与其他关联罪名发生司法竞合。应尽快明确本罪“情节严重”的具体情形,并激活案例指导制度的适法引导功能。

1. 立法定量的比例性。在理解“情节严重”的定量规定时,应注意的是:(1)应立足于3年以下有期徒刑的法定刑配置,设置相应的入罪情形,确保入罪的当量与直接关联的网络犯罪罪名的处罚当量相一致,也与分则其他配置相同法定刑的罪名的处罚当量保持相当。有观点认为,应对“情节严重”做适当的严格解释^[15]。此举看似有助于防止本罪的“口袋化”的担忧,但第287条之一本就承担一般性规制功能,片面主张严格解释并不足以应对新型的非法利用信息网络行为,仍应回归罪质本身加以把握。(2)应当坚持罪责刑相适应原则、“就低不就高”原则,避免恣意入罪,防止“刑罚攀比”现象的出现,保证入罪标准的正当性,尤其是设定犯罪数额、数量等方面。(3)应确定适合本罪的具体网络定量因素与

定量的判断标准。关于网络犯罪的具体定量因素,既可以包括传统的数额、危害结果等,也可以包括信息数量等相对独立的新型网络因素。网络定量判断标准,是与定量因素相配合的“程度”基准体系,是基于定量因素作出的“罪量”界定,直接决定危害程度和危险系数的梯度。借助定量体系,可以形成符合本罪罪质的定量依据与规范标准,确保“情节严重”的具体情形符合实际情况。

2. 参照样本与追诉情形。应比照相关罪名的立案标准,结合当前的司法经验,科学拟制第287条之一的追诉情形,简言之:(1)参照系数。从体系解释的角度看,第285条第1款、第2款与第3款的基本罪形态与第287条之一的最高法定刑相同,两高《关于办理危害计算机信息系统安全刑事案件应用法律若干问题的解释》(法释〔2011〕19号,简称《计算机犯罪解释》)规定的相关入罪情形可以作为参考对象。根据《计算机犯罪解释》第1条的规定,第285条第2款的“情节严重”包括五种情形,定量因素包括信息数量、计算机数量、财产损失等几种类型。根据《计算机犯罪解释》第3条的规定,第285条第3款的“情节严重”包括六种情形,定量因素主要包括人数或次数、财产损失等。相比之下,第285条第2款的定量标准相比严于第285条第3款。而且,两个罪名的定量因素及标准仍以传统模式为主,但也吸收新型网络定量因素,并形成一些新的标准。由于非法利用信息网络罪与前两个罪名仍有差异,不宜直接套用具体的定量因素及标准。(2)追诉情形的拟制。关于第287条之一的定量因素,有观点认为,信息的传播面(具体包括设立网站、发布信息数量和访问数量、实际点击数、向用户账号发送信息数)、违法所得数额可以作为第287条之一规定的“情节严重”的定罪因素及标准^[9]。另有观点认为,可以结合行为人发布的信息的具体内容、数量、扩散范围、获取非法利益的数额、受害人的数量、造成的社会影响等因素,综合确定是否构成“情节严重”^{[6]227}。这两种观点更具综合性,侧重考察了信息网络安全法益的特性、非法利用信息网络的客观行为类型,设置的定量因素及标准更具网络犯罪时代的专属性。在此基础上,根据非法利用信息网络行为的类型,符合“情节严重”追诉标准的,可以包括以下情形: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、通讯群组的十组以上,或注册会员、账号等达一百人或次以上的;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五百条或组以上,或视频文件十个以上、音频文件五十个以上、电子图片等一百件以上的;为实施诈骗等违法犯罪活动发布信息的五百条或组以上的,或实际被点击次数五千次以上的;非法利用信息网络的,为二十人次以上服务的;违法所得五千元以上或者造成经济损失一万元以上的;曾因为实施违法犯罪而设立通讯群组、发布违法犯罪信息连续受过行政处罚二次以上的;非法利用信息网络,导致五十台以上的计算机信息系统或信息网络或五千台以上为用户提供网络服务的计算机信息系统或信息网络被非法控制或不能正常运行累计一小时以上的;非法利用国家机关或者金融、电信、交通、教育、医疗、能源等领域提供公共服务的计算机信息系统的功能、数据或者应用程序或信息网络的,致使正常生产、生活受到严重影响或者造成其他严重的社会影响;其他情节严重的情形。

3. 激活网络犯罪案例指导制度的适法意义。案例指导制度已经被实践证明是指导司法适用的有效途径。回顾最高人民法院、最高人民检察院各自发布的指导性案例,对新型、疑难、复杂的网络犯罪案件关注度明显不够。在较长时期内,仅有最高人民法院第27号指导性案例对网络型盗窃罪与诈骗罪的区分作出释法说明。直到最高人民检察院发布第9批指导性案例时,才直接涉及计算机犯罪规定的适用,但也主要涉及计算机犯罪罪名与网络诈骗犯罪。《刑法修正案(九)》增设了纯正的网络犯罪罪名,而相关的司法解释又短时期内无法出台,实践中迫切需要网络犯罪方面的指导性案例^[16],对一些

争议问题作出官方说明,明确适法的准确依据和统一尺度。鉴于此,最高人民法院与最高人民检察院应对已经生效案件启动指导性案例遴选工作,围绕争议问题,抽取典型的生效判决,通过发布指导性案例的方式,进一步解决第287条之一在实践中适法不明的司法难题。

三、结 语

从非法利用信息网络罪的立法原意、罪质内涵、法益保护的功能设定看,当前一些生效判决的做法恐有背离之处。而且,司法实践对非法利用信息网络罪的“慎用”,既不当地压制立法预期目标的实现,也可能加大司法机关处置关联罪名的难度。对于网络“对象型”犯罪形态、网络“空间型”犯罪形态,尤其是网络“手段型”犯罪形态而言,非法利用信息网络已经成为这类犯罪当前普遍存在的危害行为方式,其中部分具有极高的刑法危险,将这类预备性的网络危害行为入罪,有助于形成事前一般积极防控效果。诚然,非法利用信息网络罪在实践中形成的司法疑难与教义困题,是从传统犯罪形态过度到网络犯罪形态的进程中不可避免的“阵痛”,也是从传统刑法体系到网络刑法体系的知识转型的“缩影”。为此,首先应通过导入教义学原理,缓解“适用依据不明”的被动局面,但更应加快推动传统刑法知识的网络化转型,以便通盘解决包括本罪在内的新型法律适用问题。

参考文献:

- [1]全国人大常委会法制工作委员会刑法室.《中华人民共和国刑法修正案(九)》释解与适用[M].北京:人民法院出版社,2015:157-158.
- [2]孙道萃.犯罪分层标准的理论体系续造[J].江苏警官学院学报,2016(3):16-22.
- [3]赵秉志.中国刑法的最新修正[J].法治研究,2015(6):5-19.
- [4]高铭暄.中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善[M].北京:北京大学出版社,2012:514.
- [5]张春.刑法修正案(九)第二十九条规定的网络犯罪问题研究[J].人民司法,2016(19):84-88.
- [6]全国人大常委会法制工作委员会刑法室.《中华人民共和国刑法修正案(九)》条文说明、立法理由及相关规定[M].北京:北京大学出版社,2016:229.
- [7]车浩.刑事立法的法教义学反思——基于《刑法修正案(九)》的分析[J].法学,2015(10):3-16.
- [8]欧阳本祺,王倩.《刑法修正案(九)》新增网络犯罪的法律适用[J].江苏行政学院学报,2016(4):124-130.
- [9]喻海松.网络犯罪的立法扩张与司法适用[J].法律适用,2016(9):2-10.
- [10]孙道萃.以刑制罪的知识巡思与教义延拓[J].法学评论,2016(2):109-118.
- [11]赵秉志.《中华人民共和国刑法修正案(九)》理解与适用[M].北京:中国法制出版社,2016:158.
- [12]陈洪兵.《刑法修正案(九)》中“同时构成其他犯罪”相关条款的理解适用——“大竞合论”立场再提倡[J].政治与法律,2016(2):17-28.
- [13]敬力嘉.信息网络安全管理义务的刑法教义学展开[J].东方法学,2017(5):77-88.
- [14]高铭暄,马克昌.刑法学[M].7版.北京:北京大学出版社、高等教育出版社,2016:535.
- [15]苏青.网络谣言的刑法规制:基于《刑法修正案(九)》的解读[J].当代法学,2017(1):15-26.
- [16]孙道萃.网络刑法知识转型与立法回应[J].现代法学,2017(1):117-131.



(责任编辑 陶舒亚)