网络犯罪的刑法解释空间向度研究

刘艳红*

内容提要　社会空间能够形塑法律事实和法律概念。网络空间的社会性使网络犯罪的事实和概念得以出现和生成。网络犯罪具有计算机作为犯罪对象、计算机作为犯罪主体和计算机作为犯罪工具三种类型。网络犯罪是对传统线下犯罪的进化:由于网络空间中的虚拟性、平台性、智能性、复制性,刑法的空间效力面临虚置危险,犯罪的行为主体转向网络平台,犯罪的行为构造发生松动重组,刑罚的裁量基准愈加重叠多样。对此,刑法应当兼顾立法技术和解释能力。在解释论上,一要认知网络本质,二要重视案件事实。隐喻既是事实分析方法,也是法律解释思想:通过将陌生的线上事物转化为熟悉的线下事物,使案件事实向法律规范靠近;通过释放法律关于线上事物的隐喻含义,将法律规范向案件事实拉近。

关键词　刑法解释　网络空间　传统线下犯罪　网络犯罪　隐喻思想

法律具有空间维度。空间在人类实践中发生着由自然空间向社会空间的转换。[①]网络空间即是在人类科技实践中空间社会化的最新成果,而网络犯罪正是社会空间化的最新产物。在瞬息万变的科技社会中,法律(概念)的科学滞后性(science lag)愈加明显。"变化的科学认知可能会削弱刑事判决的事实基础"[②],"几乎在每一个历史时期,法律和公正都被新科技远远地抛在后面"[③]。例如,《优士丁尼学说汇纂》有云:"父子关系不能证明(Filiatio non potest probari)。"[④]而今的DNA技术或将彻底否定一千多年前依据此格言作出的判决。在网络时代,"法律无法与发展变化的计算机网络同步。当立法机关或者法院解决如何应对一个新产品或者新服务的时候,技术已经又发展了"[⑤]。因此,传统线下法律概念总是迟缓地应对线上新的案件事实。然而,"网络空间不是'法

* 东南大学法学院教授,博士生导师。本文系2017年度国家社科基金重大项目"大数据与审判体系和审判能力现代化研究"(项目批准号:17ZDA131)暨人民法院司法大数据研究基地、江苏高校"青蓝工程"资助成果。

① 参见胡潇《空间的社会逻辑——关于马克思恩格斯空间理论的思考》,载《中国社会科学》2013年第1期。

② Jennifer E. Laurin, *Criminal Law's Science Lag: How Criminal Justice Meet Changed Scientific Understanding*, 93 Texas Law Review 1753 – 1754 (2015).

③ [荷]简·梵·迪克《网络社会》,蔡静译,清华大学出版社2014年版,第136页。

④ 雷立柏编《拉—英—德—汉法律格言辞典》,宗教文化出版社2008年版,第74页。

⑤ William Jeremy Robison, *Free at What Cost? Cloud Computing Privacy under the Stored Communications Act*, 98 Georgetown Law Journal 1197 (2010).

外之地’”⑥。在网络空间相遇的传统线下法律概念与新的线上案件事实绝不会视而不见，擦肩而过，而是可能会发生矛盾，甚至激烈碰撞。二者的和解需要传统刑法概念的新解释与传统刑法学说的新发展。

一、刑法概念的空间形塑：传统犯罪的网络新样态

在信息技术与社会科学的交叉研究中，“网络－学术用语”往往用来表示某一特定的正在被讨论的现代性主题。在传统的“犯罪”这一术语前插入“网络”就形成了一个新的法律概念——网络犯罪。网络犯罪作为一种有害行为，与交通犯罪、毒品犯罪以及青少年犯罪等一样，首先是一个实证性、对策性的犯罪学或者刑事政策学概念。而《中华人民共和国刑法修正案（九）》（以下简称《刑法修正案（九）》）的新增罪名“帮助信息网络犯罪活动罪”，标志着网络犯罪概念的正式使用。这促进了网络犯罪的刑法学化，为教义学的理论建构提供了动力。

（一）社会网络空间滋生网络犯罪

网络空间具有社会性。在空间哲学中，“存在着一门空间的政治学，因为空间是政治性的”：建筑师是空间的生产者，然而，“空间不仅仅是被组织和建立起来的，它还是由群体以及这个群体的要求、伦理和美学，也就是意识形态来塑造成型并加以调整的”⑦。例如，女性地理学的观点之一是，树林等封闭场所都变成了男人的空间，因为女性害怕会在这些地方遭到侵犯。⑧ 在性别维度的透视下，自然的树林显现出其两性权利的隐性本质。因此，空间并不仅仅意味着自然环境，网络空间是一种社会存在形态，而上网是一种社会交往形式；网络空间实质是法律（概念）空间，既发生网络犯罪的事实，也生成网络犯罪的概念。

第一，网络空间因其依附性而成为法律空间。法律地理学的一个侧面，就是从法律的角度理解空间。就网络空间而言，其社会性表现为法律性。网络空间虽然是虚拟空间，但是具有物理的依附性：网络空间所依赖的信息技术和基础设施总是具有国家标签。现代法治国家作为一个具有清晰自然疆域的空间体，是一个法律空间，而网络空间的国家寄生性使其成为具有强力控制色彩的法律场所。

第二，网络空间因其社会性而存有网络犯罪。在互联网与现实社会深度融合的今天，错综复杂的社会关系既几乎同步平移复制于网络空间之中，又与网络空间的工具价值和独立价值发生“化学反应”，而生成或线上与线下相互交织、或独立存在于网络空间的新型社会关系。犯罪作为一种社会现象，自然会以网络犯罪的面孔出现在社会性的网络空间中，而创生于网络空间内部的违法行为也会因其被犯罪化而形成新的具体的

---

⑥ 习近平《在第二届世界互联网大会开幕式上的讲话》，载《人民日报》2015 年 12 月 17 日第 2 版。

⑦ ［法］亨利·勒菲佛《空间与政治》，李春译，上海人民出版社 2008 年版，第 9、52、66 页。

⑧ 参见［英］约翰·仑尼·肖特《城市秩序：城市、文化与权利导论》，郑娟、梁捷译，上海人民出版社 2010 年版，第 354 页。

网络犯罪概念。

第三,网络犯罪(cybercrime),通常与计算机犯罪(computer crime)、计算机相关犯罪(computer – related crime)的概念能够被互换使用。网络与计算机不再被刻意区分的背后,蕴藏着科技进步引发社会观念变革的深刻内涵。1984 年,Sun Microsystems 公司的科学家 John Gage 就提出"网络就是计算机(The Network is the Computer)"⑨。今天,对于一般消费者而言,互联网连接速度比处理器运行速度更加重要;计算机已不是单个裸的计算机,而是以网络为中心的计算机。

总之,网络空间是一种社会空间形态,网络犯罪存在的现实基础是科技性网络空间的社会性。随着计算机网络的发展,计算机与网络在技术上的相互依附与渗透使计算机犯罪和网络犯罪在概念上趋同。一方面,从计算机、计算机系统、计算机信息系统到信息网络的刑法用语的变化,反映了技术发展的社会存在对社会意识(法律制度)的决定作用。另一方面,从"计算机犯罪"向"网络犯罪"转移的历史背景来看,网络犯罪概念必然具有广义性。

(二)网络犯罪在膨胀中类型交错

目前,网络犯罪概念的具体内涵和外延虽然还没有完全一致的表述,但其基本轮廓已经显现。欧洲理事会《关于网络犯罪的公约(2001)》(Convention on Cybercrime)(以下简称《公约》)呼吁将四类九种行为犯罪化:第一类是"侵犯计算机数据和系统的机密性、完整性和可用性的违法行为";第二类是"计算机相关违法行为",包括计算机相关伪造行为和计算机相关欺诈行为;第三类是"内容相关违法行为",包括儿童色情相关违法行为,并辅之以通过计算机系统传播种族主义或者仇外材料的行为;第四类是"侵犯版权及其相关权利的违法行为"⑩。

美国于 2006 年批准了该《公约》,其有关法律规定亦反映了《公约》的基本内容,⑪但也有自己的一套话语。美国司法部认为,网络犯罪是个可膨胀的概念,有必要涵盖越来越多的各种各样的与计算机相关的违法行为。⑫ 根据计算机在特定犯罪中所扮演的角色,网络犯罪可分为三种类型:一是计算机作为犯罪对象(the object of a crime)的网络犯罪。它以计算机本身及其存储的信息为犯罪目标。二是计算机作为犯罪主体(the subject of a crime)的网络犯罪。它意指计算机是犯罪的物理场所或者侵害的源头和原因,例如蠕虫病毒等的侵犯。三是计算机作为犯罪工具(a criminal instrumentality)的网络犯罪。它以更加复杂的行为方式实施传统的犯罪行为,如盗窃、诈骗等。⑬ 美国的网

---

⑨ David D. Thornburg, *The Network is the Computer: The Changing Direction of Classroom Computing*, 2009, at http://www.tcse – k12.org/pages/network.pdf (Last visited on October 1, 2016).

⑩ Amalie M. Weber, *The Council of Europe's Convention on Cybercrime*, 18 Berkeley Technology Law Journal 431 (2003).

⑪ *See* 18 U.S.C.A. §§1030, 1362, 2252B, 875(b), 1951, 1028, 1028A, 1343, 1956-1957, 1343, 1029, 2251-2252, 2423, 1465-1466A, 875, 793, 2511, 2701, 1037; 15 U.S.C. §§52, 6821, 1644.

⑫ *See* Catherine Pelker et al., *Computer Crime*, 52 American Criminal Law Review 795 (2015).

⑬ *See* Eric J. Bakewell et al., *Computer Crime*, 38 American Criminal Law Review 485-486 (2001); Michael W. Carroll & Robert Schrader, *Computer-Related Crimes*, 32 American Criminal Law Review 185-186 (1995).

络犯罪三分法值得我国借鉴。

第一，与欧洲的分类法相比，美国的三分法类型化效果更好。《公约》按照网络犯罪所侵犯的法益种类进行分类，然而其第二、三、四类可以统一划归美国的“作为犯罪工具的计算机”这一类。而且，美国划分方法的特别之处在于，将病毒等攻击作为单独一类。随着信息网络的发展和网络犯罪的升级（例如，2017 年 5 月，全球爆发电脑勒索病毒 WannaCry），单独划分出“作为犯罪主体的计算机”的意义将更加突出。

第二，美国的三分法与我国网络犯罪的刑法规制体系相融洽：（1）非法侵入计算机信息系统罪、非法获取计算机信息系统数据、非法控制计算机信息系统罪与破坏计算机信息系统罪，暂可归入计算机作为犯罪对象的网络犯罪。（2）破坏计算机信息系统罪、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与提供侵入、非法控制计算机信息系统的程序、工具罪，可能属于计算机作为犯罪主体的网络犯罪。（3）现行《刑法》第 287 条关于利用计算机实施有关犯罪的规定，可以直接对应计算机作为犯罪工具的网络犯罪。

第三，网络犯罪的三类对应了三种刑法需要侧重保护的计算机（信息网络）法益：（1）计算机作为犯罪对象的网络犯罪侵犯的是计算机系统、信息网络和计算机数据的机密性、完整性和可用性。（2）计算机作为犯罪主体的网络犯罪体现了计算机系统、信息网络作为科学技术，应当为人类正当使用，而不应被滥用。（3）刑法规制计算机作为犯罪工具的网络犯罪，是为了保护利用计算机实施传统犯罪行为所侵犯的那些法益。

概言之，网络犯罪的概念在国际上一直被宽泛理解和广义使用，而我国刑法也对网络犯罪采取了三分法。需要注意的是，在三分法之下，各类型的网络犯罪并不互斥，同一种网络犯罪行为可能会同时属于这三种类型。即使按照《公约》的法益种类分类法，将网络犯罪分为侵犯计算机数据和系统的机密性、完整性和可用性的网络犯罪和以计算机为犯罪工具实施传统犯罪行为的网络犯罪，也会存在分类的交叉问题。这一方面是因为当下的分类标准尚存缺陷，另一方面也反映了网络犯罪现象的复杂性导致网络犯罪类型之间相互交错。

（三）网络空间中传统犯罪的进化

广义和交织的网络犯罪类型是“互联网 +”行为恶的结果。如上所述，“首先，信息社会中产生的新价值形式需要刑法的保护，特别是与数据和计算机系统的保密性、完整性和可用性相关的新利益。其次，原则上已享受了刑法保护的新的侵害传统价值观的形式，可能要求对刑法进行某些调整”⑭。其中，“对于计算机来说，被用做促进传统犯罪的工具，目前来看，更加常见”⑮。“技术是重塑我们身体符号的主要工具”⑯，而信息技术能够带来特有的“人格的解放和扩大感”⑰，传统线下犯罪因此在网络空间中被放

⑭ 【德】乌尔里希·齐白《全球风险社会与信息社会中的刑法》，周遵友、江溯等译，中国法制出版社 2012 年版，第 308 页。

⑮ Michael Edmund O'Neill, *Old Crimes in New Bottles: Sanctioning Cybercrime*, 9 George Mason Law Review 249 (2000).

⑯ 周丽昀《身体：符号、隐喻与跨界》，载《科学技术哲学研究》2011 年第 5 期。

⑰ 【日】上田宽《犯罪学》，戴波、李世阳译，商务印书馆 2016 年版，第 307 页。

大。对于计算机作为犯罪工具的网络犯罪而言，其是自成一类的犯罪(sui generis) ，或者仅仅是“新瓶旧酒(old wine in new bottles) ”[18]？网络犯罪与传统线下犯罪是否存在本质上的不同，这关系到如何“对刑法进行某些调整”及其调整的程度，关系到是否需要对传统刑法解释进行彻底地重新思考并予以重构。

异化说认为，网络空间是一个全新领域，需要重新思考法律的首要原则。美国有学者主张，网络空间不以自然地域为边界，这彻底颠覆了基于物理空间建立的规则体系。[19]这是较为绝对的异化说。我国相对缓和的异化说是，传统犯罪在网络空间中发生了严重变异，扩张化的司法解释和刑事立法势在必行。[20] 总之，异化说都强调，独立的网络空间生来不同于现实空间，现有的(至少有些) 法律规则不适用于数字时代，因此需要重塑传统的法律规范。异化说虽然充分关注了网络空间的特性与其之于传统犯罪的影响，但也存有缺陷。一方面，绝对异化说的治网方案并不现实。在该说下，独立的网络空间需要独立的网络空间法。虽然各国针对互联网的法律法规渐多渐密，但未见立法者单独创建所谓的与现有法律体系并行的网络空间法体系。相反，计算机仅仅是一个工具而已，网络空间的犯罪应该和现实空间的犯罪以同样的方式受到规制。美国司法部即主张刑法应该是技术中立(technology neutral) 的，不应被改变以适应网络空间的特点。[21]另一方面，缓和异化说显然发现了绝对说的极端性，进而将治网方案改良为刑事立法与刑法解释并用; 但其预备行为的实行化与共犯行为的正犯化的立法建议[22]可能并不高明。

进化说可能是认识网络犯罪与传统线下犯罪之间关系的第二条路径。该说主张，网络犯罪是传统线下犯罪在网络空间的进化而非异化; 网络犯罪与传统线下犯罪的差异更多地是程度问题，而不是性质问题: (1) 网络犯罪是自动化犯罪，增强了行为人的“单兵作战”能力; 网络犯罪是远程犯罪，不同于线下的面对面的犯罪常态，远程与匿名等共同降低了告发可能性，使侦查和逮捕变得困难; 网络犯罪是一对多犯罪，不同于线下常见的一对一犯罪，其增加了行为人的预期收益，扩大了法益侵害规模; 网络犯罪是虚拟环境中的犯罪，数字化的证据存在收集、固定、审查、运用和认定上的困难。[23] (2) 与网络科技的发展阶段相适应，当网络空间的科技特性不足以改变传统线下犯罪的罪质与类型结构时，新的立法是不必要的，但层出不穷的附着专业的科技背景知识的新犯

---

[18] Lenese C. Herbert, *Cybercrimes and Hacking Issues*, SK102 ALI-ABA Course of Study 141 (2005) .

[19] *See* David R. Johnson & David Post, *Law and Borders*: *The Rise of Law in Cyberspace*, 48 Stanford Law Review 1368, 1370, 1378, 1379 (1996) .

[20] 参见于志刚《网络犯罪与中国刑法应对》，载《中国社会科学》2010 年第 3 期。

[21] *See* Neal Kumar Katyal, *Criminal Law in Cyberspace*, 149 University of Pennsylvania Law Review 1004-1005 (2001) ; Michael Edmund O' Neil, *supra* note 15, 237-238.

[22] 参见于志刚《网络思维的演变与网络犯罪的制裁思路》，载《中外法学》2014 年第 4 期; 于志刚《网络空间中犯罪帮助行为制裁体系与完善思路》，载《中国法学》2016 年第 2 期。

[23] *See* Susan W. Brenner, *Cybercrime Metrics*: *Old Wine*, *New Bottles*?, 9 Virginia Journal of Law & Technology 13-5-12 (2004) .

罪使得案件事实的认定变得困难，而解决此类案件的刑法解释学则需要在网络空间新常态下进行自我检验与自省发展。(3) 现有的分析与批判还是建立在颇为传统的刑法学理所奠定的思考模式上，仍然受到一定的历史局限。倘若信息网络的发展在未来根本性地改变人类社会与生活形态，那么，刑法思维就会相应地发生革命性的改变。[24] 因此，当网络科技高度发达，以至于在网络空间出现了新的行为类型或者新的值得刑法保护的法益时，新的立法就需马上跟进。

进化说比异化说具有优势。一方面，关于治网策略，进化说要根据网络科技的发展程度及其对传统犯罪的影响深度，决定在某一历史时期与某一犯罪领域是采取解释论的立场还是立法论的立场，而不是中庸地同时采取解释论与立法论的对策。另一方面，进化说将网络犯罪看作网络空间建立与发展的自然产物，而异化说仿佛将其贬为传统线下犯罪在网络空间变异的“怪胎”。网络治理过程中，后者可能于刑法理论上更加体现为或者在刑事政策上容易滑向为一种重打击的态度，其预备行为的实行化与共犯行为的正犯化的立法建议就是例证。自由保留原则要求，“将古老的自由原则作宽泛解释，以在正在到来的电子时代维持一个文明和体面的社会”[25]。相比之下，进化说能够为网络空间法治化治理中的惩罚犯罪与人权保障之平衡提供思想基础和实践指南。

综言之，传统线下犯罪在网络空间中进化为网络犯罪，需要根据网络科技的发达程度及其对传统线下犯罪的颠覆力度，决定解释论或者立法论的治网方案。目前，“尽管计算机可以方便某些类型的罪行的实施，并无疑催生了新的犯罪机会，但是，计算机与方便犯罪或者造成新的犯罪市场的其他技术创新实际上没有什么不同。例如，数字复印机使伪造发生了变革。汽车不仅使某些犯罪更容易，而且创造了全新的犯罪市场”[26]。因此，将互联网作为犯罪工具的网络犯罪仍然保留了线下传统犯罪的强大基因，解释论的立场仍大有可为。

二、网络空间中的刑法：线下概念的线上新挑战

根据进化说，刑法典虽不必急于为传统线下犯罪进化而来的网络犯罪而重修，但也不可否认，网络犯罪的虚拟生存环境及其独特之处，也为线下刑法的诸多实体概念的线上适用带来了新挑战，且遍及刑法基础论、犯罪论、法律后果论等各个领域。需要强调的是，这些一反线下常态的刑法适用难题会随着网络技术的更新而不断演化出新样态，因而互联网时代的刑法解释结论具有显著的暂时性和历史性，不可能一劳永逸。为此，刑法上的概念不但要具有开放的本性，而且应随时展现这种开放的姿态。

---

[24] 参见徐育安《资讯风险与刑事立法》，载台湾地区《台北大学法学论丛》第91期(2014年)。

[25] Harvey A. Silverglate & Philip G. Cormier, *Old Wine in New Bottles: Cyberspace and the Criminal Law*, 41 Boston Bar Journal 13 (1997).

[26] Michael Edmund O'Neill *supra* note 15, 256-257.

(一) 刑法空间效力面临失灵虚置

由于网络犯罪的超越地理疆域限制的远程性,网络跨国跨境犯罪在网络时代变得极为突出,因此,首要面临的问题是,中国刑法能否被适用以及如何实现中国刑法的适用。刑法的空间效力首先体现在其对国内犯的适用以属地管辖为原则。根据我国现行《刑法》第 6 条的规定,国内犯是指犯罪地("行为"实施地或者"结果"发生地,即遍在说)在中国"领域"内。据此,行为与结果是我国行使有效属地管辖的连结点。然而,由于互联网技术所建筑的网络空间具有超越现实领土与自然国界的虚拟性,网络犯罪的结果可能会发生在全世界。于是,具有遍在规定的国家就可将自己的刑法在互联网领域扩张至世界各地,而刑罚权的恣意对外扩张具有使独立地理国家沦为无自然疆域边界的网络殖民地的危险。一方面,在具有相同或者类似刑罚法规的国家,当下的遍在说可能会通过压缩他国主权而无限扩大本国主权,从而走向法律霸权主义。例如案例 1:居住在日本东京的甲在存储于东京的网页上诽谤同样居住于此的乙,而诽谤信息能够在中国获取。按照现有的遍在说,诽谤罪的构成要件结果已发生在中国,中国刑法就可以被适用。很显然,这一结论难以被人接受。另一方面,在认定受一国传统、社会惯习影响巨大的规范的构成要件要素时,当下的遍在说可能会无视文化的多元性而强迫对方接受自己的价值观念,从而走向文化帝国主义。[27] 比如案例 2:美国人丙在美国的网站上激烈地批评某美国政府官员丁,而这些大尺度言论能够在中国被接收。某些处于甲国宪法言论自由范围之内的言论在乙国可能已达至诽谤罪的可罚程度。很明显,乙国刑法的适用没有说服力。因此,针对这种源于国外而在中国能够获取的违法信息,有必要重构中国刑法的网络空间效力学说。

我国的网络主权是一项事实性权力和领土性权力。根据《国家安全法》第 25 条和《网络安全法》第 2 条的规定,我国在网络主权问题上特别强调网络设施的物理属性和网络空间的领土依附性,而不承认脱离了现实物理世界的独立虚拟存在的主权。因此,我国注重网络空间的物理性,我国的网络主权是一项以领土为基础的事实性权力。我国物理的网络主权要求物理地认定属地管辖中的行为实施地和结果发生地。[28] 正如民事审判实践对侵权行为地的认定,刑法上属地管辖中的行为实施地也应为实施犯罪行为的计算机等终端设备所在地,亦即行为人所在的计算机等终端设备操作地。复杂的

---

[27] 参见 [日] 松宫孝明《刑法总论讲义》,钱叶六译,王昭武校,中国人民大学出版社 2013 年版,第 24 页。

[28] 虽然刑法实体法上的管辖与刑事程序法上的管辖分属不同范畴,但在接触点的选择上具有互鉴意义。例如根据 2012 年 11 月 5 日最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第 2 条第 2 款和 2010 年 8 月 31 日最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于办理网络赌博犯罪案件适用法律若干问题的意见》第 4 条的规定等,国内法院的审判管辖常以服务器为接触点。这虽然充分体现了我国网络主权的物理逻辑,但是,其在诉讼法中的优劣尚且不论,可以肯定的是,如果将其运用到实体刑法的属地管辖中,则会存在诸多弊端,因而,该学说遭到批判。参见 [德] 埃里克·希尔根多夫《德国刑法学:从传统到现代》,江溯、黄笑岩等译,北京大学出版社 2015 年版,第 406-407 页; Georgios I. Zekos, *Demolishing State's Sole Power over Sovereignty and Territory via Electronic Technology and Cyberspace*, 17 Journal of Internet Law 17-18 (2013); Darrel C. Menthe, *Jurisdiction in Cyberspace: A Theory of International Spaces*, 4 Michigan Telecommunications and Technology Law Review 79-83 (1997-1998).

问题集中在属地管辖中的“结果”这一接触点上，即如何认识遍在规则中的结果以解决案例 1 与案例 2，同时又能恰当地说明其他涉网管辖案件与传统线下管辖案件。

从一般场合出发，结果对行为具有空间上的依附性，也具有自身独立性，这在方法上与美国司法实践通过考察非居民被告在法院地的活动（行为）的两个变量以确定管辖权同质。美国最高法院首席大法官斯通在国际鞋业公司案中确立了著名的最低联系标准，而最低联系标准的具体检验方法是实质考察被告活动品质和性质的“斯通公式”：（1）被告在法院地的活动水准；（2）诉讼请求与被告活动的相关程度。[29] 具言之，当非居民被告在法院地的活动持续而系统（continuous and systematic）、且引起了诉讼请求（give rise to the liabilities sued on）时，该州法院则获得管辖；当非居民被告在法院地的活动个别或零星（single or isolated）、且诉因与此活动无关（suits unrelated to that activity）时，该州法院则无法管辖。[30]

一方面，斯通公式的第一个变量说明行为具有内在专属特性。相同地，属地管辖中的结果要素基于危险到实害的程度不同亦具有独立意义：实害发生地法院比危险发生地法院更有管辖资格；换言之，结果越接近实害，管辖地位就越高，反之，结果越滑向抽象危险，管辖地位就越低。另一方面，斯通公式的第二个变量说明行为具有外在联系特性。相似地，属地管辖中的结果要素基于自然因果律总是与行为相联系。详言之，因果关系具有时间序列性，在任何因果关系中，原因必定在先，结果只能在后，不联系原因的结果具有偶然性，可能会使人们无法预测所受约束之法，难以承受守法义务之重。“无论被告在某处停留多短时间，人身在场这一彭诺耶规则都将被告本人就在诉讼地作为对其行使对人管辖的充分基础。甚至当一个非本州居民被告开车或乘飞机旅行、经过此地时，这一形而上学的教条也认为可以对其送达传票。当全社会流动性不断增强时，这一原则导致了州法院管辖权行使的偶然。”[31]因此，在隔离犯的场合，无论结果在空间上相距行为有多远，在物理世界的因果链条中，结果总是不能脱离行为而存在，其总是具有一定的行为指向性：处于越紧密、集中、直接的因果系统中的结果发生地法院，越具有较强的管辖欲望；反之，结果与行为指向的关系越松散、间接、遥远，该结果发生地法院相应的管辖情感就越弱。具体表现在四个方面：（1）当结果形态越接近实害，结果与行为的关联性越集中、直接时，管辖地位最高；（2）当结果形态越接近危险，结果与行为的关联性越集中、直接时，管辖地位居中；（3）当结果形态越接近危险，结果与行为的关联性越松散、间接时，管辖地位最低；（4）当结果形态越接近实害，结果与行为的关联性越松散、间接时，管辖地位居中。

根据上述标准建构，对于涉及抽象危险犯的案例 1、案例 2 与传播淫秽物品案而言，其管辖权的确定在（2）的范围。第（2）项表明，抽象危险犯的管辖更加依赖于结果与行

---

[29] 参见［美］斯蒂文·苏本等《民事诉讼法》，傅郁林等译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 577 页。

[30] *See Int'l Shoe Co. v. State of Wash.*, Office of Unemployment Comp. & Placement, 326 U.S. 310, 317-319 (1945).

[31] ［美］杰克·H·弗兰德泰尔等《民事诉讼法》，夏登峻等译，中国政法大学出版社 2003 年版，第 92 页。

为的关联度。由抽象的危险结果发生地确定管辖权，要寻找行为直接的结果指向地。在此场合，结果发生地与行为实施地往往近乎重合，亦即行为实施之时，抽象的危险即发生。因此，身在美国的美国人在美国的服务器上诽谤另一名美国人，在毁损荣誉的抽象危险与诽谤行为的联系上，美国更具集中的因果系统，因而占据比中国更高的管辖地位。如果作为行为人的美国人在中国境内的网络服务器上张贴诽谤内容或者被害人居住在中国，那么，诽谤行为则密集指向了中国，中国亦有较高的管辖权限。又譬如作为被害人的美国人在中国遭到切实的社会评价的降低，亦即在美国的毁损荣誉的抽象危险在中国得以实害化，中国会因结果等级的提高而获得较高的管辖地位。需要说明的是，该理论模型下的属地管辖原则中的结果不完全等同于构成要件结果，还指构成要件危险结果的实害形态，正如这里的行为不仅仅是指实行行为，还包括了预备行为等。

（二）犯罪行为主体转向网络平台

由于网络犯罪从一对一到一对多、多对多的放射性、离散性，网络空间建造者已成为网络时代的新型犯罪主体。一对多的网络犯罪表现为，某一特定犯罪主体的犯罪行为指向不特定或者多数被害人。与现实空间的二主体即可组成的两点线性交往关系不同，网络空间作为社会关系的人际场域，至少由网络用户 1、网络空间建造者、网络用户 2 三个主体要素构成。就此缩略的网络空间基本单元观察，一般而言，如果网络用户 1 是犯罪主体，那么，他要么针对网络空间建造者实施犯罪行为，如非法侵入计算机信息系统罪、破坏计算机信息系统罪等计算机犯罪；要么以网络用户 2 为被害人实施犯罪行为，如盗窃罪、诽谤罪等传统线下犯罪。如果网络用户 2 是犯罪主体，亦然。可见，单独由网络用户 1 或者网络用户 2 作为犯罪主体，其与线下传统犯罪的一对一模式并无二异。[32] 然而，当网络空间建造者是犯罪主体时，在其建造的空间内活动的网络用户 1 与网络用户 2 都可能成为其实施的犯罪行为的被害人。由于网络空间建造者的集结性，这一与现实空间主体相同的网络用户 1 与网络用户 2 之外的与现实空间主体不同的网络第三方实施的如传播淫秽物品牟利罪等犯罪行为就技术性地扩大了侵害范围。由此，犯罪主体在网络空间发生转向，网络空间建造者成为事件关注的焦点与问题症结之所在。

网络空间建造者首先表现为各式各样的网络平台。容易认定的是集中式网络平台的刑事责任。集中化的主要优势之一在于监督。例如，大型新闻媒体网站因是信息内容的直接提供者而具有较强的集中性。它不但自身决定了信息内容，也对信息内容具有较强的管理与控制能力。作为信息发布者，它与线下报纸、电视媒体的责任承担能力和地位并无重大区别。再如，发帖社区论坛网站因是信息内容的直接传播者而具有相对的集中性。它虽然本身不提供信息内容，但对信息内容具有相对的管理和控制能力。

---

[32] 如果在网络空间基本单元中增加网络用户 3，网络犯罪“一对多”的特性就还体现在，网络用户 1 亦成为一个中心点，其利用传播速度快、传播范围广的网络设施实施的如诈骗等犯罪行为可像发散的射线一样，同时指向网络用户 1 和网络用户 2。但此种情形已经超出了网络空间主体关系的基本构成范围。

作为信息传播者，它与线下图书馆、报刊亭的责任承担能力和地位相当。在互联网平台由绝对集中到相对集中的发展过程中，技术性管理与控制能力的降低和义务履行可能性的转变，使得平台责任由和线下无异的“直接取下”的归责模式发展为“通知取下”的追责规则。例如，《侵权责任法》第 36 条规定，网络服务提供者利用网络侵害他人民事权益的，应当承担责任；网络用户利用网络服务实施侵权行为的，被侵权人有权通知网络服务提供者采取取下措施。还如，《刑法修正案（九）》新增的第 286 条之一规定，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的，处刑。因此，在集中阶段的互联网时代，网络平台的责任归属主要依靠考察网络平台的管理和控制的地位与能力。

然而，互联网的革命性在于其信息传递的去中心化。“网络有这样一点益处：进行调整，使对象分布均匀。”[33]任何个体在获得信息和传播信息的能力方面具有从未实现的程度的提高。个人只要付出极少的行动和成本，就可以向全球人发布信息；与此同时，每个人都可以上网，阅读张贴在网上的信息。因而，在网络世界中，所有参与者在信息交流中的直接沟通和平等程度是前所未有的。分散化主要优势之一在于自由。由于较低的网络接入成本，小型企业可以提供新产品以满足小型市场，从而促进创新，提高生产力和消费者的满意度。同时，言论自由也得以加强，中心点源故障的影响大大降低，个体之间可以自由沟通，不用担心中介、距离和成本。不像传统媒介，印刷机关闭后，言论无法发出，在网络空间中，一个网络用户被封口，众多其他网络用户依然可以发声。[34]点对点（Peer to Peer，以下简称 P2P）文件共享技术就是一种相对分散的互联网实践。P2P 服务的主要思想很简单，即切断中介：每个对等的个体计算机被转换成平台服务器，可以通过因特网分享和接收信息，而不需要中间专用服务器。如果说网络媒介是对传统大众媒介的去中心化，那么，P2P 服务则是对现阶段相对集中的网络媒介的去中心化。媒介越集中，越容易通过中央服务器实现监督；而媒介越分散，越容易免除中央服务器实现自由。所以，在 P2P 服务的场合，基于集中式网络架构的通知取下的归责原则将遭遇挑战。

总之，随着网络架构由集中到分散，归责要件也由直接取下到通知取下，再到通知取下规则发生动摇。面对极具分散性的 P2P 共享网络架构，中立（帮助）行为的处罚范围问题需重新进入解释者的视野。分散性网络平台的运营属于中立（帮助）行为。网络架构越分散，控制能力越薄弱，中立地位越凸显；网络架构越具社会经济价值，自身不法越低，中立价值越大。中立（帮助）行为的法理应当成为当下分散性网络平台的归责依据。

（三）犯罪行为构造趋向松动灵活

由于网络犯罪虚拟生存空间的无形性、数字性与智能性，线上传统犯罪的行为构造

---

[33] [美] 里克·莱文等《互联网的本质：传统商业的终结与超链接企业的崛起》，江唐等译，中信出版社 2016 年版，第 322 页。

[34] *See* Assaf Jacob & Zoe Argento, *To Cache or Not to Cache—That Is the Question*; *P2P "System Caching"—The Copyright Dilemma*, 31 Whittier Law Review 425-427 (2010).

可能会发生适应当前科技所重塑的外部环境的变化。行为是一种具有一定存在形式的外部现象，离不开一定的时间、地点、环境与条件等。[35] 故而外部世界的这些变化可能会引发行为构造组成的变化。在网络时代，人类在原有的物理世界中创造了一个全新的网络空间，这一存在的改变势必会对原有的关于客观世界的执念产生冲击，刑法上的行为概念也概莫能外。首先包括与网络虚拟性相关的行为孳生之物与行为地点要素的概念。网络空间是无形空间，刑法上的空间概念是否包括网络空间就是值得研究的问题。其次包括与信息数字化相关的行为对象要素与行为对向主体的概念。网络实体是数字产品，刑法上的物主概念是否包括数字称谓就是值得探讨的疑问。最后包括与机器智能化相关的裸的行为方式的概念。信息网络是智能机器，刑法上的关于行为方式的传统认知是否可能被颠覆就是需要回答的质问。面对行为构造的三种演进类型，当前的理论学说可能需要具有四种回应。

第一，是当前适应线下环境的理论学说需要新发展。例如，就属于行为对象的财产犯罪的“财物”概念而言，传统的线下财物概念应当涵盖线上的虚拟财产。

第二，是当前适应线下环境的理论学说需要再检验。比如，就属于行为对向主体的诈骗罪认定中机器的“处分意识”而言，在人工智能的初级阶段，“机器无法被骗”的观点是通说。随着电子商务的发展，是否需要拟制机器的处分意识值得探讨。

第三，是当前适应线下环境的理论学说需要再肯定。譬如，就属于行为方式的“秘密”盗窃而言，判断秘密性的通常标准有二：其一是客观说，是指被害人不知情。[36] 其二是主观说，是指行为人以为他人不知情。[37] 而今信息技术有力支撑了“公开”盗窃之说。在电子眼的监视之下，公开盗窃可能会成为盗窃的常态方式。电子眼，俗称“摄像头”，是一种智能监摄管理系统，被广泛应用于交通管理等行业和学校、医院、商店、汽车、银行等公共场所。如果行为人故意在被害人的远程电子监控下拿走被害人放在房间的财物，那么，客观的秘密和主观的秘密便都将不符合。可是，没有人不会认为行为人正在实施盗窃行为。

第四，是当前适应线上环境的理论学说需要再发展。就属于行为孳生之物的开设赌场罪的“赌场”而言，虽然 2005 年 5 月 11 日最高人民法院、最高人民检察院（以下简称“两高”）《关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释》和 2010 年 8 月 31 日最高人民法院、最高人民检察院、公安部（以下简称“两高一部”）《关于办理网络赌博犯罪案件适用法律若干问题的意见》已规定，建立赌博网站属于“开设赌场”，但是，在 Web2.0 时代自媒体高度普及的今天，“开设赌场”的认定又遇到了新情况：建立赌博微信群是否属于“开设赌场”？针对该种新情形，司法实践的定性异见主要存在于聚众型

---

[35] 参见张明楷《刑法学》，法律出版社 2016 年版，第 162-163 页。

[36] 参见北京市朝阳区人民法院（2015）朝刑初字第 1909 号刑事判决书。

[37] 参见高铭暄、马克昌主编《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社 2016 年版，第 500 页；赵秉志、彭新林《关于许霆案件的法理问题思考》，载赵秉志主编《刑法论丛》（第 14 卷），法律出版社 2008 年版，第 257 页。

赌博罪与开设赌场罪之间。[38] 因此，建立微信群组织他人赌博的行为性质，取决于“赌场”之认定及开设赌博罪与聚众型赌博罪的关系。当前，“‘赌场’可以是物理性赌场，也可以是虚拟性的网络赌场”的观点已经成为共识。问题是，如何看待开设赌场罪和聚众型赌博罪的关系。一种观点是，从场所由谁支配、规模大小、完备或者简陋、一时性抑或永久性、公开还是秘密等方面区分二者。[39] 可是，这些要素都是以线下常见情形来作为刑法规范含义，并非“赌场”的本质要求，早已不被采纳。[40] 另一种观点为，“区分开设赌场罪和聚众赌博罪，可以确立以下关键性的区分基准，即发挥吸引他人赌博效果的，是‘场所’还是‘人’，是‘场所’的，就是开设赌场罪；是‘人’的，就是聚众赌博。”该观点虽另辟蹊径，但无法说明为什么场所作为吸引源的场合之处罚重于人作为吸引源的场合。

其实，“赌场”中“场”的重心并不一定在于赌博的物理空间性，而在于赌博活动的聚集可能性（赌博的社会空间性）。当“场”作为“场所”讲时，通常文义强调的是“所”而非“场”，是指多人聚集或者活动的“地方”。然而，“场”本身可指多人聚集。例如，酒场、会场、市场都有多人聚集的内涵，而具体地点的一面并不重要或者应予淡化。我国台湾地区“刑法”第 268 条[41]直接使用了“赌博‘场所’”的表述，而其司法实践却将“场所”淡化为“一定之所在”。台湾地区“法院”认为，所提供该赌博场所，“只要有一定之所在可供人赌博财物即可，非谓须有可供人前往之一定空间场地始足为之”[42]。因此，将赌博微信群认定为赌场的司法实践体现了赌场的场所性在网络时代愈加稀薄，而不仅仅是网络空间也可以被指为场所。倘若“赌场”中的“场”意为“多人聚集可能性”，那么，开设赌场罪与聚众型赌博罪的构成要件就没有本质区别。根据上述解释，首先，尚未达到聚众赌博的入刑标准，但情节严重的，应以开设赌场罪定罪处罚，处 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；其次，业已达到聚众赌博的入刑标准，尚未超过开设赌场情节严重标准的，应以聚众赌博型赌博罪定罪处罚，处 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；最后，业已达到开设赌场情节严重标准的，应以开设赌场罪定罪处罚，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑，并处罚金。于是，在微信赌博的新背景下，赌场的场所性更为虚化，开设赌场与聚众赌博的界限更加模糊乃至消失。

总之，由于线下传统的犯罪行为方式往往为人们所熟知，司法者很容易会将那些“面熟”的行为置于某个相应的刑法条文之下。可是，面对复杂又“面生”的“互联网 +”犯罪行为，法律的适用可能会成为难题。相较于传统线下犯罪的行为构造，网络犯罪可

---

[38] 参见浙江省诸暨市人民法院（2015）绍诸刑初字第 1753 号刑事判决书；广东省普宁市人民法院（2015）揭普法刑初字第 845 号刑事判决书。

[39] 参见李永红等《利用微信“抢红包”聚赌行为如何处理》，载《人民检察》2016 年第 10 期；罗开卷、赵拥军《组织他人抢发微信红包并抽头营利的应以开设赌场罪论处》，载《中国检察官》2016 年第 18 期；许晓燕《建微信群组织他人抢红包并从中抽头营利的行为如何定性》，载《中国检察官》2016 年第 18 期。

[40] 参见甘添贵《刑法各论（下）》，台湾三民书局股份有限公司 2015 年版，第 341 页。

[41] 该条规定“意图营利，供给赌博场所或聚众赌博者，处三年以下有期徒刑，得并科三千元以下罚金。”

[42] 台湾地区“最高法院”2005 年度台非字第 108 号刑事判决书。

能在关乎行为孳生之物与行为地点要素的空间概念、行为对象要素和行为对向主体的物主概念、裸的行为本身的行为方式等三大方面五个行为构造部分上可能发生演进重组;而各个犯罪的行为构造是否会发生变化、变化程度及其对现有理论学说的影响,需要具体问题具体分析。

(四)刑罚裁量基准愈加重叠多样

刑罚裁量基准,是指在定性分析的基础上,定量分析的具体标准,其构造模式是"情节细化与处罚格化"。例如,抢劫罪的法定刑升格条件为入户抢劫、多次抢劫、抢劫数额巨大等。"要推动传统刑法的罪名体系向网络空间的延伸适用,建立体现网络空间特色和反映网络空间现实的全新立案标准体系是解决问题的核心。"[43]针对网络犯罪,新近刑法修正案和司法解释已经规定了一些基准规范。"技术是裁量基准的灵魂,而技术的合理度和科学性也构成了评判裁量基准优劣的核心标准。"[44]因此,这些技术规范需要整理和检讨。

1. 非法利用信息网络本身是处罚标准

一方面,它可能是发动刑罚的理由。例如,2013 年 9 月 6 日"两高"颁布的《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《解释 1》)第 2 条规定,同一诽谤信息实际被点击、浏览、转发次数是诽谤罪的入罪基准"情节严重"的具体标准。另一方面,它可能是加重刑罚的理由。譬如,2016 年 12 月 19 日"两高一部"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》(以下简称《意见》)规定,具有利用"钓鱼网站"链接、"木马"程序链接、网络渗透等隐蔽技术手段实施诈骗的情形,酌情从重处罚。此外,它还可能是证据协助的理由。比如,《刑法修正案(九)》第 16 条增设,通过信息网络实施侮辱、诽谤行为,被害人向人民法院告诉,但提供证据确有困难的,人民法院可以要求公安机关提供协助。"可罚的违法性,是以值得科处刑罚是否达到一定的违法性的质与量为问题的概念。"[45]针对前两者,司法者不能形式地适用点击、浏览、转发次数和隐蔽技术手段的使用,而应结合具体案件实质地考察点击等次数和隐蔽的技术手段切实升高了法所不允许的风险;针对最后者,司法者需要注重"提供证据确有困难"的实质要件。

2. 线上的裁量基准与线下相同的情形

众所周知,数额是盗窃罪、诈骗罪等财产犯罪重要的刑罚裁量基准。就数额而言,线上标准不可能与线下标准不同。事实也是如此。《意见》针对电信网络诈骗所规定的数额就延续使用了 2011 年 3 月 1 日"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》(以下简称《解释 2》)的标准。需要讨论的是,虚拟财产的数额问题。有学者根据法益主体的不同分别判断:(1)用户从网络服务商那里购买的 Q 币等虚拟财产,

---

[43] 于志刚《"双层社会"中传统刑法的适用空间》,载《法学》2013 年第 10 期。

[44] 周佑勇《行政裁量基准研究》,中国人民大学出版社 2015 年版,第 85 页。

[45] [日]日高义博《违法性的基础理论》,张光云译,法律出版社 2015 年版,第 11 页。

按照网络服务商的官方价格计算数额;(2)用户从网络服务商那里购买的游戏装备等经过加工升级的虚拟财产,按照市场平均价格确定数额;(3)网络服务商的虚拟财产,按照情节量刑而不按照数额量刑,且应尽可能避免适用情节特别严重的法定刑。[46] 其中,(3)不同于(1)(2),是一个独立的线上场合的认定标准。实际上,论者出于法益保护原则,将虚拟财产的价值个别主观化了;且没有说明为什么"应尽可能避免适用情节特别严重的法定刑";在为虚拟财产这一种事物设置两种评价基准之时,就丧失了财物概念的统一性。

或许还有另一条路径解决(3)的问题。即将数据这一种事物评作两种规范对象,而不是为虚拟财产这一种事物设置两种评价基准。具言之,同一种自然事物可能具有不同的社会意义和规范意义。电磁数据在法律上可能是虚拟财产、电子证据、信息、信件等。一方面,用户从网络服务商那里购买的电磁数据是虚拟财产,按照官方价格或者市场价格计算数额。另一方面,在行为人非法获取网络服务商的电磁数据场合,绳之盗窃罪等财产犯罪既然存在可能量刑畸重的弊端,就不应将其评价为财产,而应当将其作为现行《刑法》第285条规定的"数据"予以保护,进而以非法获取计算机信息系统数据罪定罪处刑。相比前者,该解释结论的优势在于,既符合了网络服务商重复复制的经营现实,又保证了虚拟财产线上与线下的裁量基准的一致性和财物概念的统一性,还达到了论者所主张的应尽量避免适用十年以上有期徒刑的效果,因为非法获取计算机信息系统数据罪的法定最高刑是7年有期徒刑,且与论者判断情节是否严重的次数、时间、销赃数额等标准相一致。

3. 线上的裁量基准与线下不同的情形

例如,《解释1》规定的点击、浏览、转发次数;再如,《解释2》规定的信息发送条数、电话拨打人次;又如,《意见》规定的境外实施、技术手段;等等,都是线上独有的裁量基准。疑问在于,作为行为地点要素的网络空间的秩序,能否评价为编造、故意传播虚假信息罪的"社会秩序"和寻衅滋事罪的"公共场所秩序",两者"扰乱""混乱"的标准是否一致。由于线下物理空间的秩序混乱是犯罪常态,只有当线上虚拟空间的秩序混乱与其具有相当性或者等价性时,线上虚拟空间的秩序扰乱才值得判处同一罪名。因此,二者应当一致归为现实空间的秩序混乱;即使单独为网络空间的秩序混乱设定标准,也要以相当性或者等价性作为实质的判断标准。

综上所述,在网络犯罪的进化中,关于基础论的刑法网络空间效力、犯罪论的网络犯罪构成、刑罚论的网络犯罪量刑,传统理论的旧念与网络犯罪的新情的错位会倒逼解释者更新以往认知,以适应不断发展变化的网络社会。需要注意的是,解释者需要仔细比对新型网络犯罪与传统线下犯罪,真正找出二者发生摩擦、产生碰撞的地方,个案式地精准制定应对网络犯罪的具体方案。就如"面对网络时代的新型犯罪时,能够通过刑

[46] 参见前引[35],张明楷书,第962页。

法解释路径予以应对的，就不需要采取刑事立法路径”的立场一样，[47]能够通过已有刑法理论予以应对的，就需要警惕并无实益的理论“创新”和概念“创造”，应当走符合犯罪实际、坚守刑法体系的检验、修正和发展已有刑法解释之路。应对网络犯罪的一般立场也是如此。

三、刑法的空间适应性：解释的立场、基础与方法

面对网络犯罪对各种传统刑法解释的冲击，刑法需要具有普遍意义的解释方法以增强其网络空间适应性。法之良善在于法之存在与法之运行。一方面，“在追求法律的实质合理性时，不能抛开形式合理性无限制地追求实质内容的合理，以至于突破法律的外在形式特征，从而导致法律虚无主义”[48]。从法律概念之所在来看，法律概念显性地体现在立法条文中，立法技术的提高无疑会促进立法本身的良善性。另一方面，“犯罪构成不仅体现了法律的形式理性，在形式化的客观外在性的背后，还蕴含着刑法的实质理性，蕴含着犯罪成立的实质条件”[49]。从法律概念之运行来看，法律概念活性地运用于司法活动中，解释能力的提高必定会彰表活的法律的良善性。总之，刑法要求提高立法技术，以使静态的刑法典更具形式理性；实质解释的立场要求提高解释能力，以使动态的刑法典更具实质理性。

（一）立法技术与解释能力

就新的信息网络刑事立法而言，刑法解释学不能排斥立法批判。传统的法教义学秉持“法律不是嘲笑的对象”的格言，预设“法律的规定都是合理的”。[50] 但是，“法典越出色、越能反映真理，它就越是法学的内容——以最精确的形式得到表述的内容”[51]。复杂的现代社会会自我配置复杂的犯罪类型，以使法秩序不断适应并重新调整社会秩序。

从社会发展的角度观察，犯罪生成可能的理论模型是以实害故意犯为核心的膨胀过程，虽然法典国家实际的刑事立法过程可能是更为多元和综错的。首先，面对工业社会的机器风险，故意犯、实害犯向过失犯、危险犯扩张。其次，面对经济社会的管理风险，自然犯向行政犯扩张。最后，面对信息社会的网络风险，有理论和实践两种方案：理论方案是，创制网络刑法典。[52] 如上文所述，绝对异化说的独立的网络空间法缺乏现实根据，因为什么是网络犯罪、网络犯罪与线下犯罪的差异是否是根本性的、网络犯罪是否具有独立的犯罪构成与量刑基准等根本性问题尚未解决。实践方案是，《刑法修正案（九）》的外缘化的立法技术：刑法分则传统的以作为犯、实行犯、正犯为中心的立法模

---

[47] 参见张明楷《网络时代的刑事立法》，载《法律科学》2017 年第 3 期。

[48] 刘艳红《实质刑法观》，中国人民大学出版社 2009 年版，第 45 页。

[49] 刘艳红《走向实质解释的刑法学》，载《中国法学》2006 年第 5 期。

[50] 参见张明楷《刑法格言的展开》，北京大学出版社 2013 年版，第 1 页以下。

[51] 参见［德］基尔希曼《作为科学的法学的无价值性》，赵阳译，商务印书馆 2016 年版，第 31 页。

[52] 参见孙道萃《网络刑法知识转型与立法回应》，载《现代法学》2017 年第 1 期。

式向不作为犯、预备犯/未遂犯、帮助犯的外缘发展。表现为,现行《刑法》第 286 条之一的不纯正不作为犯的纯正化、第 287 条之一的预备犯/未遂犯的实行化、第 287 条之二的帮助犯的正犯化。外缘化的立法模式是一种较为低下的立法技术,它既弱化了总则关于预备犯、未遂犯、共犯的规定效力,可能仅仅起到一种宣示的象征作用,又使得分则条文所规定的构成要件相互交织,出现罪刑不均衡或者复杂的罪数问题。

总之,目前来看,网络刑法典只是乌托邦式的理论幻想,而《刑法修正案(九)》的网络立法模式存在诸多立法论弊端,需要解释论补正。网络时代的刑事立法应以必要而非需要为原则,以新的法益侵害和新的行为类型为路径,以解释论先于立法论为立场。

(二)网络空间的价值伦理

实现互联网治理法治化,妥当处罚网络犯罪,探寻事物的本质即认识信息网络本身是基础。法学方法论的主要任务就是解答"如何才能将法律合乎事理地适用于具体案例事实"这个问题。[53] 对于网络犯罪以及其他类型的涉网案件而言,"合乎事理"的重要内容之一就是合乎互联网之"理"。"理者,物之固然,事之所以然也。"[54]"知其所以然,故志不惑;知其所当然,故行不谬。"[55]司法者并不是生活在真空之中,法律规范固然是其裁判规范,但其对法律规范的实际操作却受到时空、智识、阅历、偏好等的深刻影响。只有在人文社会科学领域积极探索互联网的"固然""所以然",揭示网络交往的本然,再塑网络社会的伦理,才能使司法者在审理涉网案件时以网络时代的物用之理和人伦之理作出妥当裁判。

1. 网络空间的本质是网络社会的建构根基

而今,网络空间的属性尚无定论。作为"场所"的网络空间是第一维度。网络是一座比特城,具有反空间、非物质、主体与自身相分离等颠覆性特征。[56] 由此为网络社会建构带来的影响可能是,塑造现实社会交往秩序、调整现实社会关系运转的法律在网络空间如堕烟海,不得要领,或者只能捕风捉影,难以发力,其实效大大折损,成为一种在风险社会中安抚人心的象征性立法。

作为"产品"的网络空间是第二维度。网络空间会像汽车一样具有规制我们行为的建筑架构。具言之,汽车的架构定义了"乘客""司机"的角色,并且其会强制我们扮演这些角色。[57] 人们通过功能设计实现对网络空间的塑造与控制。[58] 比如,密码的设计可以成功限制人们在网上银行的转账行为。因此,消费产品的分析范式认为,代码就是网络空间的法律。

---

[53] 参见蔡圣伟《刑法案例解析方法论》,台湾元照出版有限公司 2014 年版,第 21 页。

[54] 王夫之《船山全书》(第 12 册),岳麓书社 1988 年版,第 194 页。

[55] 朱熹《朱子全书》(第 23 册),《晦庵先生朱文公文集(四)》六十四《答或人(七)》,上海古籍出版社 2002 年版,第 3136-3137 页。

[56] 参见[美]威廉·J 米切尔《比特之城:空间·场所·信息高速公路》,生活·读书·新知三联书店 1999 年版,第 8-25 页。

[57] *See* Renato Mariotti, *Cyberspace in Three Dimensions*, 55 Syracuse Law Review 273-274 (2005).

[58] *See* Lawrence Lessig, *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*, 113 Harvard Law Review 505-506 (1999).

作为“媒介”的网络空间是第三维度。以人的身体为介质的人际传播、以模拟信号为特征的大众传播、以数字技术为核心的网络传播,是传播媒介的三个侧面。[59] 其中,互联网的出现预示着传播媒介的一次新的革命。一对一、一对多、多对多的网络传播,以去中心化为主要特点,可能使言论比以往更加自由的同时,也使言论型犯罪等违法行为更为容易。

2. 网络空间的安全是网络社会的重大关切

网络安全问题源于社会对网络的依赖性。一方面,随着“互联网 +”的深入发展,私人、企业和政府等社会的各行各业越来越依靠信息网络技术来完成不计其数的日常任务与作业。可是,信息网络系统本身并非铜墙铁壁,而是具有科技的脆弱性。而且,在物理边界消弭且匿名的网络空间,人性的恶会进一步张扬,作为规制手段的法律不当成为人性缺陷的补充物,也成为科技漏洞的填充物。另一方面,网络空间越是膨胀,对建构成网络空间的网络技术就越依赖。网络的普遍性与更新性加深了人们对网络技术依赖的广度和深度;网络匿名越容易,技术发展越迅速,安全漏洞也越随之增长与恶化。[60] 于是,恶性循环随之产生:社会对网络越依赖,网络技术就越发展,网络空间就越扩张,网络空间的普遍性、更新性、匿名性、分散性等特性就越突出,而正是网络空间的这些特点为有效的且合乎法治标准的网络治理带来了挑战。因此,面临严峻的网络安全形势,重打击容易成为刑事立法和司法的自觉倾向。

3. 网络空间的伦理是网络社会的精神支柱

互联网与社会生活的深度融合使得物理空间的某些旧伦理被打破,而新的网络社会的伦理价值又尚未形成。我们以为网络是自由的空间,但它也许是规训的场所。《刑法修正案(九)》针对网络服务提供者所新增的拒不履行信息网络安全管理义务罪表明,国家已经及时控制了这个枢纽,以刑罚强制其帮助国家建构和维护网络秩序,从而实现社会控制。因此,网络服务提供商成为国家实现社会安全防卫的中转站,而不是人们交往的桥梁;我们从现实世界到网络世界,实际上是从一个控制空间到了另一个控制空间——温顺社会的一种规训机制。我们因自认为到达了自由空间而沾沾自喜,实际上我们并没有逃离福柯所说的“监狱之城”。

我们以为网络是中立的空间,但它也许是政治的场所。有时,人们只关心信息网络的工具价值,并对技术中立深信不疑。然而,在网络世界里,谁控制了搜索,谁就控制了人的存在;谁控制了社交,谁就控制了舆论导向。在互联网发展的现阶段,新媒体彻底取代旧媒体的数字革命尚未发生:在这里新媒体和旧媒体相互碰撞、草根媒体与公司化大媒体相互交织、媒体制作人和媒体消费者的权利相互作用。[61] 在旧媒体与新媒体并存

---

[59] 参见 [丹麦] 克劳斯·布鲁恩·延森《媒介融合:网络传播、大众传播和人际传播的三重维度》,刘君译,复旦大学出版社 2014 年版,第 63-74 页。

[60] *See* Susanna Bagdasarova, *Brave New World: Challenges in International Cybersecurity Strategy and the Need for Centeralized Governance*, 119 Penn State Law Review 1012-1016, 1031 (2015).

[61] 参见 [美] 亨利·詹金斯《融合文化:新媒体和旧媒体的冲突地带》,杜永明译,商务印书馆 2012 年版,第 34、40-50、349-374 页。

且以更为复杂的方式展开互动的媒介融合时代，传统媒介的集中管控以分散的个人搜索和社区论坛的面貌欺骗世人。实际上，偏私的互联网仍无法被避免，它无法真正处于价值中立的客观立场。因此，网络空间并非是纯粹的，而是好恶的。

我们以为网络是宽容的空间，但它也许是狭隘的场所。“不能想当然就认为互联网会让世界成为一体，互联网并没有我们想象的那么简单，它可能让我们越来越分裂，越来越孤立。”[62]互联网巨大的自然物理力量可能难以撬动思想文化杠杆：即使网络资源再丰富，你只能找到你预知的信息，认识和你一样的人，听到你想听到的声音。例如，微信朋友圈里的“朋友”一般都是和自己背景相似的人，点赞是对相册内容的认可性回应，好比回声一样，它会让人们感到舒服并更愿意待在这“回声屋”里，而难以听到其他声音，所以这会使微信用户本人变得愈加狭隘和自以为是。

总之，就像马克斯·韦伯发现东方城市缺乏西方城市的“共同体”性格与“市民”身份资格一样，[63]从与现实空间比较的法律空间学角度，网络空间的社会性格与价值伦理也需要被发掘。然而，网络社会关于某一事物或者事件的共同价值观可能远未形成。“相对主义是这样一种理论逻辑的产物，即由于我们对政治、社会领域所保有的不同的真理确信，在内容上是无法科学地加以认识的，从而不得不承认这种确信的等价性。”[64]而司法是平衡的技术，旨在各种竞争性的利益中作出正义的选择。司法的德性就体现在，中立地审视这些价值选项；全面地考虑每个人的利益；将某些广为接受的普遍原则作为判决的理性基础。[65] 而今，解释者也只能在价值相对主义的视阈下于网络自治与网络规制、网络安全与技术革新、网络秩序与网络自由等诸价值之间反复平衡，以缓解其紧张关系。

（三）案件事实的隐喻推理

案件事实是法律的评价对象，但并未受到传统刑法学的足够重视。传统刑法学往往预设，案件事实已经被固定好且不言而喻，解释者的任务只是法律评价。原因之一是生活与经验的惯性。线下生活为人们所无时无刻地亲身经历、体验、感知而了解、熟悉，解释者往往能够经验性地准确理解线下传统的案件事实。然而，由于信息网络的科学技术新原理可能并不为解释者所明了，“互联网＋”的市场运营新模式可能并不为解释者所知悉，而涉网案件中的科学技术因素和市场运营因素又可能影响犯罪性质的认定，准确理解、认定、整理、归纳案情就变得极为重要。实际上，除了刑法法条适用条件研究、本体性刑法原理研究等，刑法法律事实研究原本也是刑法教义学研究的重要方面之

---

[62] 余晨《看见未来：改变互联网世界的人们》，浙江大学出版社 2015 年版，第 167-169 页。

[63] 参见［德］马克斯·韦伯《法律社会学》，康乐等译，广西师范大学出版社 2010 年版，第 412 页。

[64] “拉德布鲁赫指出：相对主义可以宽容任何见解，但不能宽容僭称自己是绝对的见解。”［日］铃木敬夫《相对主义法哲学与东亚法研究》，法律出版社 2012 年版，第 217 页。

[65] 参见［英］哈特《法律的概念》，许家馨等译，法律出版社 2011 年版，第 180 页。

一。[66] 在我国的“快播案”和美国的“优步案”中,结论本身的合理性暂且不论,解释者为案件事实的分析提供了隐喻的视角和方法。

中美两国的学者或者法官在分析案件事实时都用到了隐喻。关于我国的“快播案”,[67]有法官认为,‘快播公司建立了自己的‘仓库’”,即缓存服务器;它“决定‘仓库’里放什么‘货物’”,即(淫秽)视频资源;它“决定‘仓库’向用户提供‘货物’的条件和方式”[68]。还有外国学者强调,“P2P 缓存场合的传播是通过将文件提供给网络用户来实现的,其方式与商店老板先在其商店存储侵权商品而后对外销售是一样的。”[69]其中,“仓库”“货物”“商店”都是一种隐喻。关于美国的“优步案”,波斯纳法官将传统出租车与新型网约车的关系与狗与猫的关系做类比,认为政府不让提供共享车服务的交通运输网络服务提供者(Transportation Network Providers,简称 TNPs)面临与出租车所有者与经营者相同的监管负担,并不损害后者的平等保护权。[70] 这亦是一种隐喻。

我们日常所熟悉的隐喻又称暗喻,是修辞学上的一种修辞格,其基本表达形式为“A 是 B”,[71]如“北京是祖国的心脏”。‘按传统观点,隐喻仅仅起修饰作用而不能表达真理’;‘修辞既不利于追求公正,也不利于探索真理,因为修辞是产生错觉和假象的艺术,研究这门艺术的修辞学是在以精巧的方式守护谎言的世界和虚伪的世界”[72]。因而,隐喻常见于表达丰富的文学作品中,而鲜见于客观理性的科研论文中。然而,修辞学与哲学同根同源,隐喻具有语言哲学和诠释学上的一般意义。隐喻的词源古老悠久。它的现代英文表达是 metaphor,源于中古法语 metaphore 和古法语 metafore,直接来自拉丁语 metaphora,最远溯至希腊语 metapherein。其中,meta 是“跨越、转换(over/across)”的意思,pherein 具有“运送、运载(to carry/bear)”的含义。综之,metapherein 的字面意义就是“转移、传递、变换(transfer/carry over/change/alter)”。[73] 据此源考,隐喻虽然在语言技术上被理解为一种形象化表达,但其法哲学意义是概念之间的运动,即将某一事物的含义转移到另一事物。“‘没有什么比在比喻的意义上使用一个单词更普遍的事情了。’这不是 20 世纪的语义学家的表达,而是一百五十年前伟大的首席法官的表达。”[74] 总之,隐喻不仅仅是一种语言现象,只属于语言学的范畴;它有着丰富的哲学内涵,具有重要的法学方法论意义,且彰显于司法过程的案件事实与法律规范的互动之间。

---

[66] 参见[德]金德豪伊泽尔《适应与自主之间的德国刑法教义学》,蔡桂生译,载《国家检察官学院学报》2010 年第 5 期。

[67] 参见北京市第一中级人民法院(2016)京 01 刑终字第 592 号刑事裁定书。

[68] 范君《快播案犯罪构成及相关审判问题》,载《中外法学》2017 年第 1 期。

[69] Assaf Jacob & Zoe Argento, *supra* note 34, 453.

[70] *See Illinois Transportation Trade Association v. City of Chicago*, 839 F. 3d 594, 597-598 (2016).

[71] 基本表达形式为“A 像 B”的明喻从属于隐喻。“隐喻与明喻的共同因素是以名称的转用为基础的同化,换言之,是对两个词项的差别中的同一性的把握。”参见[法]保罗·利科《活的隐喻》,汪堂家译,上海译文出版社 2004 年版,第 29-30 页。

[72] 汪堂家《隐喻诠释学:修辞学与哲学的联姻》,载《哲学研究》2004 年第 9 期。

[73] 载 http://www.dictionary.com/browse/metaphor,最后访问时间:2017 年 3 月 27 日。

[74] [美]大卫·梅林科夫《法律的语言》,廖美珍译,法律出版社 2014 年版,第 518 页。

一方面，在感性经验上，隐喻有助于理解案件事实，依案例事实去探寻法律规范。“隐喻就是把一个事物的名称转用于另一事物。”[75]人们有许多对于互联网的认识是通过隐喻来表达的。例如，“网络”、网络“空间”、信息“高速公路”、网络“社区”、IP“地址”、微信“朋友圈”、电子“眼”等。这些词语通过人们所知悉的物理世界的某一事物象征其本体事物意欲表达的含义。“隐喻是一条船，一艘渡轮，一座桥梁，在两个概念之岸之间运载被称为意义(meaning)的货物。”[76]这一隐喻的隐喻揭示了隐喻的内部构造，即类比。在“快播案”中，如果解释者直接将“快播公司放任缓存服务器存储淫秽视频并使公众可以观看”评价为现行《刑法》第363条的“传播”，人们可能会对此加以排斥。但是，如果解释者在快播公司的上述行为与“传播”的刑法用语之间架起“互联网陈列”的桥梁，人们的反感可能会减弱许多。如果这样的目的得以达成，这说明该隐喻是有说服力的。

隐喻的说服力即其有效性来自于论证对象与另一已经为人所知的事物的比较。司法是说服的技术。“对于说服而言，最有效的论据是能够进入听众头脑的论据。”[77]所以，听众很重要，“写作者一定要有读者/受众感，知道自己是在同谁说话”[78]。“说服并非是一个绝对理性的过程，在很多情况下，是非理性的。比如，引用故事是说服的技巧之一。故事会以严格理性的论据永远都无法实现的方式连接听众潜意识，从而使其产生共鸣。”[79]隐喻本身就是作为非理性论据的故事的小型化。它的参照物是听众所熟悉的事物，它是以共同的理解水平使用日常生活中的材料，用大家的语言说话，以大众的价值观表达观点，而不是以训话或者命令等威胁性的方式让听众对论者所论产生潜意识的怀疑和抵触。简洁、幽默、富有创造力和洞见力为隐喻的论据本质提供了极大的伪装，一个巧妙的隐喻不会让听众觉得这是某一观点的论据，而是不知不觉地抵达他的内心。“隐喻就像电影的背景音乐，它在发生作用，却不会惊起大家的注意。”[80]总之，隐喻在人们的共同认知水平上将熟悉事物的意义过渡给案件事实中的陌生事物，并以该熟悉事物为跳板，不断接近法律规范。

另一方面，在法律概念中，隐喻有助于认识法律条文，将法律规范适用于案件事实。“法概念的形成依赖于前科学性质的各种概念。法教义学的素材并非无形的、不规则的现实，而是借助于前科学性质的、甚或是法教义学外的诸概念而预先形成的现实。”[81]而“语言隐喻的反复使用会有助于建立跨认知域的对应关系，形成概念隐喻。”[82]事实上，在法律领域中早已存在一些隐喻，且比较有影响力，以至于其意义固定并延续下来，成为一种专用的法律概念。譬如，讨论教会与国家关系的“分离之墙”、证据法中的“毒树

---

[75] 前引[71]，保罗·利科书，第8页。

[76] David Gurnham, *Law's Metaphors: Introduction*, 43 Journal of Law and Society 1 (2016).

[77] Jonathan K. Van Patten, *Metaphors and Persuasion*, 58 South Dakota Law Review 318 (2013).

[78] 苏力《只是与写作相关》，载《中外法学》2015年1期。

[79] Jonathan K. Van Patten, *supra* note 77, 295.

[80] Jonathan K·Van Patten, *supra* note 77, 295-299, 318.

[81] [德]拉德布鲁赫《法教义学的逻辑》，白斌译，载《清华法学》2016年第4期。

[82] 陈新仁《语言隐喻的来源与理解》，载《当代语言学》2015年第2期。

之果”、不当限制言论自由所导致的“寒蝉效应”等。再如,在西方的政治史和法律史中,“法律的眼睛”的形象经常出现在雕刻或者绘画中,意为“法律监视着‘一切’,也许连偶然的情形也可以应对,它的文本已经预见了未来所有的法律案件”[83]。从上述隐喻意义来看,法律的眼睛隐喻除了威慑的含义,也颇有教义学的意味。

因此,隐喻可以成为法律(概念)的表达方式,甚至可以说法律(概念)就是隐喻的。在成文法国家,法条是法律规则的语言形式,而法条又是词语与语词的组合体。如此,法条的内核是表达各个法律概念的词语或者语词。如果说法条是对案件事实的一般性描述,[84]那么,法律概念便是对核心或者重要案件事实的一般性表达。从法律(概念)的隐喻属性的视角考察,案件事实的一般性表达的隐喻形式就是法律(概念)。从而,司法,亦即法律解释或者法律适用的过程,就是不断揭示法律(概念)背后的隐喻意义的过程,亦即使一般性的案件事实不断丰满、具体化的过程,而控制法律(概念)隐喻意义边界的就是法律用语可能具有的含义。

综上所述,法律(概念)的隐喻维度与类型理论、目的解释论具有暗合之处。一方面,关于如何思考新问题,隐喻的方法是将其与旧问题做类比。例如,通过参考物理世界来思考网络空间。但是,盲目地应用隐喻,可能会比事物原本所呈现的问题更加晦涩难解。“隐喻不能取代法律分析,”“只有当我们认识网络本身——网络世界不同于物理世界的那些方面,隐喻才能达到其目的”[85]。另一方面,法律(概念)具有字面含义和隐喻含义。在不超出法律用语可能具有的含义的前提下,法律(概念)的隐喻含义在新的案件事实中不断被挖掘。总之,面对越来越复杂多样的涉网案情,网络伦理的形成是互联网治理的前提;需要攻坚的是,提高解释能力,并且应将理解案件事实与解释法律条文置于同等位置。

结 语

网络时代的挑战才刚刚开始,互联网法学方悠悠起步。当今的法律人需要面对提高立法技术和解释能力的双重任务。就后者而言,刑法的法律后果是对人的生命、自由、财产等基本权利最严重的剥夺。职是之故,刑法学成为最精致的学科,不敢有丝毫马虎。长期以来,刑法学充斥着形形色色的理论体系。然而,法教义学是“建立在暂时的有效性和变动基础上的”[86],作为上层建筑的法律和法学总是受制于历史的暂时的现实的客观社会经济发展条件。“继往圣”,实定法及其所形塑的法秩序是历史现象。因而,法律人的信条并非具有真理性和永恒性的绝对正确。在互联网时代,第三次科技革

---

[83] 〔德〕施托莱斯《法律的眼睛》,杨贝译,中国政法大学出版社 2012 年版,第 4 页。

[84] 参见〔德〕拉伦茨《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2003 年版,第 133 页。

[85] Mark A. Lemley, *Place and Cyberspace*, 91 California Law Review 542 (2003).

[86] 〔德〕伯恩德·吕特斯《法官法影响下的法教义学和法政策学》,季红明译,载李昊、明辉主编《北航法律评论》2015 年第 1 辑(总第 6 辑),法律出版社 2016 年版,第 144 页。

命开辟出了网络空间，极大压缩乃至改变了物理世界的时空关系和社会关系，新型案件层出不穷。由此，在现实社会空间中发展出来的刑法学信条能否原封不动地运用于虚拟的网络空间中，即线下规则能否绝对移到线上就值得反思。“开来学”，法教义学虽具有时代约束性、暂时性，但指向时代并对未来保持开放。网络环境具有检验刑法传统理论真理性的功能，不但可能因网络空间的独特性而使刑法学得以发展出新理论，也可能修正传统的理论学说，从而促进刑法学的发展，甚至最终可能演化出“网络刑法学”。

Abstract: Social space can shape legal facts and legal concepts. The social nature of cyberspace allows the emergence and generation of cybercrime facts and cybercrime concepts. Cybercrime is a crime relating computer as the object of a crime, the subject of a crime and a criminal instrumentality. Cybercrime is not alienation but the evolution of the traditional crime in real space. Due to the virtuality, platform, intelligence and replicability of cyberspace, the jurisdiction of criminal law is challenged; the subject of the criminal behavior is turned; the structure of the criminal behavior is reorganized; and the sentencing benchmarks are changed. In view of this case, criminal law should be equally important in terms of legislative skills and interpretation. In terms of the judiciary, not only should the nature of the network be understood, but also the facts of cases must be taken seriously. Metaphor is both an analysis method of facts of cases and an interpretation thought of legal concepts. By translating unfamiliar online things into familiar offline things, metaphor brings facts of cases closer to rules. And by releasing the metaphorical meanings of online things of legal concepts, metaphor brings rules closer to facts of cases.

（责任编辑：白岫云）