

论网络时代刑法解释的限度

欧阳本祺^{*}

内容提要 网络时代我国刑法解释的理论与实践呈明显的扩张化趋势,这一趋势以解决社会中出现的问题为导向,不断地突破罪刑法定原则。划定刑法解释的内部限度应该在坚持“法条用语的可能含义”、“一般人的预测可能性”这两条一般标准的前提下,先根据网络犯罪的类型确定刑法解释的大致方向,再根据网络犯罪与传统犯罪的等价性确定刑法解释的具体限度。划定刑法解释的外部限度应该立足于现实主义的网络治理模式,探索刑法与准则、市场、技术各自作用的边界;刑法不应该沦为保护网络准则的工具;刑法应该为P2P网贷等互联网金融的发展留有出路;通过技术代码能够保护的法益不应求助于刑法。

关键词 网络犯罪 解释 内部限度 外部限度

网络时代给刑法学提出了一个重要问题:产生于物理时代的传统刑法规范能否适用于网络时代的犯罪事实,刑法解释能否弥补物理时代与网络时代的“代沟”?对此,存在两种极端的立场:一种立场认为,传统刑法无法适用于网络犯罪,弥补“代沟”依靠的不是刑法解释,而是刑事立法。^①另一种立场则无视传统刑法规范与网络犯罪事实之间的差异,混淆刑法解释与刑事立法之间的区别,通过扩张化解释,将传统刑法规范恣意适用于网络犯罪事实。前一立场对我国几乎没有影响,后一立场在我国刑法学理论与实践中有较大市场。因此,对后一立场进行反思并划定刑法解释的合理限度极为必要。

一、网络时代刑法解释的扩张化趋势及其危险

面对网络时代层出不穷的新型危害行为,我国刑法理论与实践积极盘活传统刑法规范,尽量把传统刑法规范适用于新型网络犯罪,因而出现了刑法解释的扩张化趋势。这一扩张化趋势对于释放传统刑法规范的活力,解决传统刑法规范供给不足与新型网

^{*} 东南大学法学院教授,博士生导师。本文系作者主持的国家社科基金项目“互联网法治化治理问题研究”(项目批准号:16BFX031)的阶段性成果。

^① 参见[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305-306页。

络犯罪事实变幻无穷之间的矛盾具有积极意义;但是,过度的扩张化解释不可避免地冲击着罪刑法定原则的底线。

(一) 网络时代刑法解释的扩张化趋势

我国学者倾向于认为,将传统刑法规范应用于新型网络犯罪事实“几乎可以判断的唯一选择,是去扩张解释罪状中的‘关键词’”。^②“通过扩张性解释拓展相关罪行的原有框架,其实质是为了在‘现实’刑法与虚拟网络犯罪之间架起桥梁”。^③理论与实践中的扩张化解释主要体现在以下几个方面。

1. 扩张刑法“兜底规定”的适用范围

为了扩张传统刑法的适用范围,解释者自然首先就会想到刑法的兜底规定。我国《刑法》中经常被用来处罚网络犯罪的兜底规定主要有如下两处:

第一,对非法经营罪兜底条款的扩张化解释。《刑法》第225条第4项的兜底条款经常被用来处罚一些网络经营行为。例如,根据司法解释,删帖(“通过信息网络有偿提供删除信息服务”)与发帖(“有偿提供发布虚假信息等服务”)的行为,可以构成非法经营罪;^④擅自设立互联网上网服务营业场所,或者擅自从事互联网上网服务经营活动,也可以依照非法经营罪的兜底条款追究刑事责任。^⑤再如,司法实践把使用“外挂代练”的行为认定为非法经营罪。^⑥另外,有学者认为P2P网络借贷平台对借款所做的担保行为也可以适用非法经营罪的兜底条款。^⑦

第二,对破坏生产经营罪兜底规定的扩张化解释。网络空间经常会发生恶意好评、恶意差评、刷单炒信、恶意批量注册等物理空间未曾有过的行为。其中有些行为具有严重的社会危害性,理论与实践试图用《刑法》第276条破坏生产经营罪的兜底规定来规制这些网络行为。例如,在备受关注的董智超、谢文浩破坏生产经营案中,董智超为了打击竞争对手智齿公司,雇佣谢文浩以同一账号集中大量购买智齿公司“论文查重服务”,并给予好评后又退单,导致智齿公司因涉嫌虚假交易而被处以淘宝降权,造成经济损失15万余元。案发后,一、二审法院都判决董智超、谢文浩构成破坏生产经营罪。^⑧我国学者对该案多持肯定态度,认为恶意好评行为“完全可能按照破坏生产经营罪制裁”。^⑨再如,鉴于恶意批量注册虚假账号行为所引起的严重社会危害性,有学者指出,相对于“破坏机器设备”“残

② 于志刚、郭旨龙:《网络刑法的逻辑与经验》,中国法制出版社2015年版,第49页。

③ 卢建平、姜瀛:《犯罪“网络异化”与刑法应对模式》,载《人民检察》2014年第3期。

④ 参见2013年最高人民法院、最高人民检察院《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》第7条。

⑤ 参见2004年最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于依法开展打击淫秽色情网站专项行动有关工作的通知》。

⑥ 《董杰、陈珠非法经营案》,载《中华人民共和国最高人民检察院公报》2011年第5期;《江苏省南京市江宁区人民检察院诉董杰、陈珠非法经营案》,载《中华人民共和国最高人民法院公报》2012年第2期。

⑦ 参见刘宪权、金华捷:《P2P网络集资行为刑法规制评析》,载《华东政法大学学报》2015年第5期。

⑧ 参见江苏省南京市雨花台区人民法院(2015)雨刑二初字第29号刑事判决书;南京市中级人民法院(2016)苏01刑终33号刑事判决书。

⑨ 于志刚:《防止网络成为两个意义上的“无法空间”》,载《中国检察官》2015年第6期;黄晓亮:《恶意给好评致使网店被降权处理的刑法评价》,载《中国检察官》2015年第6期。

害耕畜”这种农业社会与工业社会中破坏生产经营的典型行为而言,“恶意批量注册”是信息社会中“以其他方法破坏生产经营”的行为,完全可以构成破坏生产经营罪^⑩。

2. 扩张刑法“相关概念”的适用范围

很多网络犯罪是传统犯罪的“网络变异版”,这种“网络变异行为”与传统刑法所规定的“典型行为”之间存在一定的偏差,为了实现两者之间的对接,除了对刑法的兜底规定进行扩张化解释外,另一条主要途径就是对刑法的相关概念进行扩张化解释。

第一,行为方式概念的扩张化解释。传统刑法所规定的行为,有的只能发生在物理空间,如杀人、伤害、强奸、抢劫等,有的既可以发生在物理空间也可以发生在网络空间,如盗窃、诈骗、敲诈、伪造等。前者的解释与网络时代无关;后者解释的关键在于,能否将网络空间的行为与物理空间的行为作同等评价。例如,利用信息网络诱骗他人点击虚假链接而实际通过预先植入的计算机程序取得财物的行为,与物理空间中的盗窃行为完全可以作同等的评价;虚构可供交易的商品或服务,欺骗他人点击付款链接而取得财物的行为,则与物理空间中的诈骗行为完全可以作同等评价。^⑪再如,为了打击利用网络实施的侵犯著作权犯罪,司法实践对于《刑法》第217条侵犯著作权罪中的“复制发行”始终采取扩张适用的态度。首先,我国历次司法解释无一例外地将“复制发行”扩大解释为包括“信息网络传播行为”。^⑫这些解释已经突破了“复制发行”与“信息网络传播行为”两者在民法上的界限。依据我国《著作权法》的规定,复制权、发行权、信息网络传播权是三种独立的著作权,“复制发行”并不包括“信息网络传播行为”。其次,司法判决进一步以“信息网络传播行为”为中介,把一切深度链接行为也涵摄于“复制发行”之中。在张俊雄侵犯著作权案中,法院认为虽然被告人并未直接提供作品,但其加框链接行为“符合侵犯著作权罪中‘发行’(通过信息网络向公众传播)的行为性质”。^⑬可见,我国司法实践通过“复制发行”、“信息网络传播”、“深度链接”的层层递进,把侵犯著作权罪的适用范围扩张到了极致。如果说将“信息网络传播”解释为“复制发行”尚可以接受,那么将一切“深度链接”解释为“复制发行”则很不合理,后文将对此进行论证。

第二,行为对象概念的扩张化解释。传统时代的行为对象如“物品”“财物”“犯罪所得”等大多具有实体性,而网络犯罪的行为对象多具有虚拟性,于是刑法解释的任务就是要扩张行为对象概念的外延,使之包含虚拟对象。例如,《刑法》第367条第1款规定“淫秽物品”是指书刊、影片、录像带、录音带、图片等“物品”,而不包括视频文件、音频文件、电子图书等“信息数据”。司法解释对“淫秽物品”作了扩大解释,使之包括淫

^⑩ 参见高艳东:《破坏生产经营罪包括妨害业务行为》,载《预防青少年犯罪研究》2016年第2期。

^⑪ 参见2014年最高人民法院指导性案例27号“臧进泉等盗窃、诈骗案”。

^⑫ 参见2004年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第11条;2008年最高人民检察院、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(一)》第26条;2011年最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见》第12条。

^⑬ 上海市普陀区人民法院(2013)普刑(知)初字第11号刑事判决书。

秽电子信息数据。^⑭再如,司法解释认为“计算机信息系统数据、控制权是一种无形物,属于‘犯罪所得’的范畴,理应成为掩饰、隐瞒犯罪所得的对象”。^⑮另外,尤其值得研究的是“财物”概念的适用范围,我国学界沿着“财产性利益”、“虚拟财产”、“数据财产”的思路将“财物”概念扩张到了无边无际的程度。在这一过程中,如果说将“财产性利益”、“虚拟财产”认定为“财物”尚属于可以接受的扩大解释的范围,那么当学者提出“数据”也属于“财物”时,就已经不再是解释,而是类推适用了。

第三,行为场所概念的扩张化解释。我国《刑法》对少数犯罪规定了特定场所,如“道路上”、“户”、“禁渔区”、“禁猎区”等,一般来说,在这些场所不可能发生网络犯罪。问题是网络犯罪是否可以发生在“公共场所”?对此,我国司法实践持肯定立场。“两高”司法解释规定,《刑法》第293条第1款第4项“在公共场所起哄闹事,造成公共场所秩序严重混乱”包括在“信息网络上”起哄闹事,造成“公共秩序”严重混乱的情形。^⑯很明显,该司法解释作出了两个重大突破:一是将“公共场所”扩张为“公共空间”,使其既包括物理空间,也涵盖网络空间;二是将“公共场所秩序”扩张为“公共秩序”,使其既包括现实社会公共秩序,也包括网络社会公共秩序。对这一司法解释,我国学界意见不一。赞同者认为这一司法解释“具有划时代意义”,^⑰反对者认为,这一司法解释“如同将刑法条文中的‘妇女’概念提升为‘人’的概念一样,属于典型的类推解释”,^⑱“将寻衅滋事罪由原来的‘现实社会’扩展至‘虚拟世界’,这很值得关注”^⑲。

综上所述,网络时代我国刑法解释存在明显的扩张化趋势。刑法的扩张化解释对于释放刑法规范的活力,解决刑法规范供给不足与犯罪事实变幻无穷之间的矛盾具有积极意义。例如,将点击链接而取得财物的行为依不同情形分别认定为盗窃罪或诈骗罪,将淫秽的信息数据解释为“淫秽物品”,既扩大了传统刑法的适用范围,又没有超出法条用语的可能含义。但是也应清醒地意识到,我国这种旨在把传统刑法适用于网络犯罪的扩张化解释,本质上是一种以问题解决为导向的方法,很容易导致问题与原则的冲突,即很容易为了解决社会中出现的问题而突破罪刑法定原则。

(二) 解释的扩张化对罪刑法定的冲击

18世纪的学者认为,允许法律解释“等于放弃堤坝,让位给汹涌的歧见”。^⑳但现在的学者普遍认为,冲击罪刑法定堤坝的不是解释,而是以解释之名进行的类推适用。因此,必须仔细甄别“解释”与“类推”,防止扩张化趋势对罪刑法定原则的突破。与传统

^⑭ 参见2004年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理利用互联网、移动通讯终端、声讯台制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第9条。

^⑮ 李少平主编:《解读最高人民法院司法解释、指导性案例(刑事卷)》,人民法院出版社2016年版,第669页。

^⑯ 参见2013年最高人民法院、最高人民检察院《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》第5条第2款。

^⑰ 参见于志刚:《“双层社会”中传统刑法的适用空间》,载《法学》2013年第6期。

^⑱ 张明楷:《刑法学》,法律出版社2016年版,第1066-1067页。

^⑲ 李晓明:《刑法:“虚拟世界”与“现实社会”的博弈与抉择》,载《法律科学》2015年第2期。

^⑳ [意]贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1993年版,第12页。

社会相比,网络时代的刑法解释对罪刑法定原则的威胁更大,因为传统社会中的犯罪对象和犯罪行为都是可以感知的,一般人的预测可能性是比较明确的;而网络社会中的犯罪对象和犯罪行为缺乏直观性,一般性的预测可能性也是模糊的。那么,能否把网络空间发生的窃取、抢劫虚拟财产或者一般数据的行为认定为盗窃罪、抢劫罪?对此,人们会感到迷茫,产生意见分歧。这种迷茫与分歧可能会侵蚀罪刑法定原则的底线。下面以我国学界对“财物”的解释为例,来说明网络时代刑法解释的扩张化趋势对罪刑法定原则的冲击。

不管是物理时代还是网络时代,社会总在发展,犯罪事实也总在演化,因此对我国刑法中“财物”的解释也会与时俱进。在争议与辩论中,“财物”的适用范围被不断地扩张。首先,将“财物”扩大解释为包括“普通财物”与“财产性利益”。虽然有学者认为我国刑法中的财物仅限于普通财物,不包括财产性利益;^①也有学者认为我国盗窃罪的对象只能是普通财物,其他财产犯罪的对象既可以是普通财物也可以是财产性利益。^②但多数学者认为,我国刑法中的财物包括普通财物与财产性利益两种类型。^③将财产性利益解释为财物是对财物概念扩大解释的第一步,也是在传统物理犯罪的范围内对财物的扩大解释。其次,将“财产性利益”扩大解释为包含“虚拟财产”。当传统社会进入网络时代以后,理论与实务面临的一个新问题就是网络虚拟财产是否属于财物,^④盗窃网络虚拟财产是否构成盗窃罪。否定说认为,网络虚拟财产不是财物,不具有价值,因为虚拟财产不是劳动创造的产品,而只是电脑屏幕上的影像。^⑤或者认为虚拟财产本身并不具有价值,通常所说的虚拟财产的价值并不是来源于虚拟财产本身,而是来源于对虚拟财产的控制。例如,游戏装备被盗并不像电脑被盗一样使被害人损失多少财产,而是使被害人失去对游戏装备的控制。^⑥因此,盗窃游戏装备并不构成盗窃罪,只能按非法获取计算机信息系统数据罪来处理。^⑦但是多数学者持肯定说,认为虚拟财产具有财物的三个特征:管理可能性、转移可能性与价值性,盗窃虚拟财产构成盗窃罪。^⑧再次,当大数据时代来临后刑法学者又提出“数据财产”的概念,认为“大数据从本质上讲仍然

① 参见陈烨:《财产性利益与罪刑法定问题》,载《上海交通大学学报》(哲学社会科学版)2013年第5期。

② 参见刘明祥:《财产罪比较研究》,中国政法大学出版社2001年版,第38页。

③ 参见黎宏:《论盗窃财产性利益》,载《清华法学》2013年第6期;周光权:《刑法各论》,中国人民大学出版社2016年版,第88页。

④ 围绕网络虚拟财产存在很多争议。例如,虚拟财产的内涵与外延是什么?虚拟财产是属于物权的客体、债权的客体、知识产权的客体还是其他?如果虚拟财产是物权的客体,那么该物权属于网络服务提供者还是网络用户?本文对这些前提性的研究不再展开,只讨论虚拟财产是否属于网络用户所拥有的物权的客体。

⑤ 参见侯国云、么惠君:《虚拟财产的性质与法律规制》,载《中国刑事法杂志》2012年第4期。

⑥ 参见梅夏英:《数据的法律属性及其民法定位》,载《中国社会科学》2016年第9期。

⑦ 参见刘明祥:《窃取网络虚拟财产行为定性探究》,载《法学》2016年第1期。

⑧ 参见张明楷:《非法获取虚拟财产的行为性质》,载《法学》2015年第3期;赵秉志、阴建峰:《侵犯虚拟财产的刑法規制研究》,载《法律科学》2008年第4期;陈兴良:《判例刑法学(下卷)》,中国人民大学出版社2009年版,第253页以下;黎宏:《刑法学各论》,法律出版社2016年版,第291页。

是一种财产,具有与一般物理财产相同的财产属性”,^{②⑨}本文认为,将虚拟财产扩大解释为财物尚可以接受,但是将虚拟财产之外的大数据或者数据本身也认定为财物就已经不是解释而是类推适用了。从财物的三个特征来看,虽然数据与虚拟财产一样具有管理可能性,但数据本身并不具有价值性与转移可能性。

第一,数据不具有价值性。不可否认,大数据能带来巨大的经济价值,但这些经济价值主要来源于对大数据进行多角度、多层次的分析、挖掘而形成的次生产品。一大堆包罗万象、杂乱无章的数据本身难以产生经济价值。“数据价值的关键是看似无限的再利用,即它的潜在价值。收集信息固然至关重要,但还远远不够,因为大部分的数据价值在于他的使用,而不是占有本身”。^{③①} 大数据之所以能够交易,并不是因为大数据本身有多大价值,而是因为分析、挖掘、使用大数据所形成的应用产品(如广告投放指引、风险预警提示等)有着巨大的价值。虽然“大数据公司的高价收购案例早已出现”,^{③②}但并不能由此证明大数据本身具有“高价”,具有高价的是大数据公司。

第二,数据不具有转移可能性。对于数据只存在控制与分享的问题,而不存在占有与转移的问题。大数据交易也不是把大数据当作标的物进行买卖,物的买卖过程禁止“一物二卖”,而大数据交易中数据控制人希望交易相对人越多越好。大数据交易合同无效时,也不存在买卖合同中返还原物的问题,数据控制人只能通过损失赔偿、禁止使用等方法获得救济。因此,大数据交易合同不是买卖合同,而是数据服务合同。^{③③} 所谓“窃取大数据”只是一般的日常用语,并不具备盗窃罪所要求的“转移占有”,不符合盗窃罪的构成要件,只能按侵犯商业秘密罪等其他犯罪甚至民事侵权来处理。例如,在周慧民侵犯商业秘密案中,周慧民等人非法获取衢州万联网络技术有限公司数据库中关于注册用户名、注册密码和注册时间等信息的数据 50 多万条。2006 年 9 月,周慧民等人被公安机关以涉嫌侵犯商业秘密罪立案侦查,并经检察院批准逮捕,2008 年 9 月,检察院以证据不足、不符合起诉条件为由作出不起起诉决定书。最后,法院按照民事诉讼程序认定周慧民等人侵犯原告的商业秘密^{③④}。

第三,将数据认定为财物将导致法律关系的混乱。数据只是在计算机与互联网上流通的二进制“0”和“1”的组合形式,只是网络世界的基础语言,数据本身不具有独立价值,数据的价值是由其显示的信息决定的。^{③⑤} 针对数据所显示的不同信息内容,我国《刑法》分别规定了侵犯公民个人信息罪、侵犯商业秘密罪、非法获取国家秘密罪、非法获取军事秘密罪、非法获取计算机信息系统数据罪等。一旦将数据也解释为财物或财

^{②⑨} 于志刚:《“大数据”时代计算机数据的财产化与刑法保护》,载《青海社会科学》2013 年第 3 期;王玉林、高富平:《大数据的财产属性研究》,载《图书与情报》2016 年第 1 期。

^{③①} [英]维克托·迈尔-舍恩伯格、肯尼思·库克耶:《大数据时代:生活、工作与思维的大变革》,盛杨燕、周涛译,浙江人民出版社 2013 年版,第 156 页。

^{③②} 前引^{②⑨},于志刚文。

^{③③} 参见前引^{③①},梅夏英文。

^{③④} 参见上海市高级人民法院(2011)沪高民三(知)终字第 100 号民事判决书。

^{③⑤} 参见前引^{③①},梅夏英文。

产,那么“财产可能包含所有的法律关系”。^⑤ 这就会混淆财产犯罪与其他信息犯罪之间的关系,模糊刑法所规定的各种行为类型的边界,侵蚀罪刑法定原则的基础。

综上所述,将数据认定为财物已经不属于“解释”的范畴,而是基于“数据利用的价值”与“财物的价值”所具有的类似性将侵犯数据的行为类推适用财产犯罪的刑法规范,属于典型的类推适用。在网络时代,网络空间的虚实结合性、犯罪行为的网络变异性、犯罪结果的严重危害性都容易诱发解释者用传统刑法处罚一切网络危害行为的内心冲动。在这种内心冲动的作用下,我国解释者往往在多方面突破罪刑法定原则的束缚。例如,用非法经营罪来处罚网络“外挂”行为,用破坏生产经营罪来处罚妨害网络经营的行为,用寻衅滋事罪来处罚破坏网络公共秩序的行为。而且,解释者扩张刑法适用范围内心冲动,正好暗合了我国管制主义网络治理模式对国家公权力过分倚重的外部现实。在这种内心冲动与外部现实的相互鼓励下,罪刑法定原则的底线不断地被突破。因此,如何划定网络背景下刑法解释的限度可谓任重道远。这既涉及到刑事法治内部刑法解释与刑事立法的效力边界,也涉及到国家网络治理模式中法律与其他因素的作用边界。

二、网络时代刑法解释的内部限度

刑法解释的内部限度,是指在刑事法治内部刑法解释与刑事立法之间的边界,即扩大解释与类推适用的边界。^⑥ 对于如何确定刑法解释的内部限度,即如何划分扩大解释与类推适用的边界,通说采用“法条用语的可能含义”与“一般人的预测可能性”两条标准。这两条标准分别从不同角度重申了罪刑法定原则的要求:“法条用语的可能含义”侧重于司法对立法尊重,即司法只能在立法所采用的文义的最大范围内解释法律;“一般人的预测可能性”侧重于司法对行为自由的保障,即司法不能逾越一般人的预测可能性,否则就会过分限制人们的行为自由。在网络时代,这两条标准的优点与不足都被放大得更加明显。一方面,网络时代刑法解释潜在的扩张化冲动,使得坚持“法条用语的可能含义”、“一般人的预测可能性”这两条底线更加必要,任何解释都不能突破这两条底线;另一方面,网络时代条文用语的含义可能会被解构,一般人的预测可能性也许会变得模糊不清。例如,“网络空间”是否为《刑法》中的“公共场所”? 妨害电商经营是否是《刑法》中的“破坏生产经营”? 解决这些问题坚持“法条用语的可能含义”与“一般人的预测可能性”这两条标准也无法直接从这两条标准中得到答案。刑法规范的内涵“并非如传统法学方法论所说的,仅隐藏在制定法中,隐藏在抽象而广泛的意义空洞

^⑤ [美] 肯尼斯·万德威尔德:《十九世纪的新财产:现代财产概念的发展》,王战强译,《经济社会体制比较》1995年第1期。

^⑥ 本文所说的“刑法解释的内部限度”不是指“刑法解释内部的限度”,即不是指扩大解释、平义解释、限制解释之间的边界。

的法律概念中”,因此,刑法解释“必须回溯到某些直观的事物,回溯到有关的具体生活事实”。^{③⑦} 网络时代的刑法解释应当在不逾越“法条用语的可能含义”、“一般人的预测可能性”的前提下,重点分析网络犯罪的特性以及网络犯罪与传统犯罪的等价性。

(一) 根据网络犯罪的类型确定刑法解释的大致方向

根据美国司法部(“DOJ”)的定义,网络犯罪是指“那些利用或瞄准计算机网络的犯罪”,而且网络犯罪(cyber crime)、计算机犯罪(computer crime)、计算机相关犯罪(computer-related crime)这几个概念含义相同,可以互相交换使用。^{③⑧} 根据不同标准可以对网络犯罪进行分类,不同类型的网络犯罪,刑法解释的大致方向也不同。

1. 纯粹的网络犯罪与不纯粹的网络犯罪解释方向不同

以侵害的法益为标准,各国刑法理论与实践把网络犯罪分为不同的类型。我国学者据此标准把网络犯罪分为以计算机网络为对象的犯罪、以计算机网络为工具的犯罪、以计算机网络为空间的犯罪三类。^{③⑨} 意大利学者把网络犯罪分为三类:即以新的行为方式侵害传统法益的犯罪,如计算机诈骗罪^{④⑩};也基于新的行为方式或行为对象而侵害与传统法益相类似法益的犯罪,如侵害与传统的“文书公信力”相类似的“信息公信力”的网络犯罪;侵害因信息与通信技术而产生的全新法益的犯罪。^{④⑪} 美国司法部把网络犯罪分为三类:以计算机为客体(object)的犯罪,主要是指盗窃计算机硬件与软件的犯罪;^{④⑫} 以计算机为主体(subject)的犯罪,包括病毒、蠕虫、木马、逻辑炸弹、嗅探器、拒绝服务攻击、僵尸网络、网络蜘蛛等;以计算机为工具(instrument)的犯罪,即利用计算机实施的传统犯罪。^{④⑬} 《欧洲网络犯罪公约》则把网络犯罪分为四类:侵害计算机数据和系统的机密性、完整性和可用性的犯罪(包括非法侵入系统、数据拦截、数据干扰、系统干扰和设备滥用);与计算机相关的犯罪(包括计算机伪造、计算机诈骗);与内容相关的犯罪(指与儿童色情相关的犯罪);侵害著作权和邻接权的犯罪^{④⑭}。

概括来说,上述刑法理论与实践中的三类或者四类网络犯罪都可以归结为两类:第一类是纯粹的网络犯罪,即侵害计算机信息系统安全的网络犯罪;第二类是不纯粹的网络犯罪,即侵害传统法益的网络犯罪,其属于传统犯罪的网络异化形式,与传统犯罪的区别“不在于构成要件要素,而在于犯罪行为的事实特征”。^{④⑮} 我国学者所说的“以计算

^{③⑦} [德]亚图·考夫曼:《类推与“事物本质”》,吴从周译,学林文化事业有限公司1999年版,第89页。

^{③⑧} See Caroline Fehr, Christine Li Calzi, Thomas Oates, Thirty-First Annual Survey of White Collar Crime, American Criminal Law Review, 979, Fall (2016).

^{③⑨} 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。

^{④⑩} 根据《意大利刑法典》第640-3条,通过篡改数据的方式使自己获得财产性利益而造成他人财产损失的行为,构成计算机诈骗罪。德国刑法与日本刑法也有类似规定。这种行为在我国可以直接按盗窃罪处理。

^{④⑪} 参见[意]劳伦佐·彼高狄:《信息刑法语境下的法益与犯罪构成要件的建构》,吴沈括译,《刑法论丛》2010年第3期。

^{④⑫} 这类犯罪在我国一般不作为网络犯罪,而是直接以财产犯罪处理。

^{④⑬} 参见前引^{③⑧}第980-986页。

^{④⑭} See Convention on Cybercrime of Europe. Budapest. 23. XI. 2001.

^{④⑮} Susan W. Brenner, Cybercrime Metrics: Old Wine, New Bottles? Virginia Journal of Law & Technology, 2, Fall (2004).

机网络为对象的犯罪”、意大利学者所讲的“侵害因信息与通信技术而产生的全新法益的犯罪”、美国司法部所谓的“以计算机为主体(subject)的犯罪”以及《欧洲网络犯罪公约》所规定的“侵犯计算机数据和系统的机密性、完整性和可用性的犯罪”属于第一类纯粹的网络犯罪;其余各类都可归入第二类不纯粹的网络犯罪。

对于这两类不同的网络犯罪,刑法解释的大致方向也不同。纯粹的网络犯罪都是刑法新增的新型犯罪,解释的对象多为描述性概念。例如,我国《刑法》中的这类描述性概念有“计算机信息系统”、“计算机系统”、“数据”、“破坏性程序”等。^{④⑥}《欧洲网络犯罪公约》中的描述性概念有“计算机系统(computer system)”、“计算数据(computer data)”、“通讯数据(traffic data)”、“服务提供者(service provider)”^{④⑦}。这些描述性概念是对各种计算机技术事实的描述,其外延很大程度上受制于计算机与网络技术的影响。因此,对这类描述性概念的解释几乎与“一般人的预测”无关,而与专业技术密切相关。而不纯粹的网络犯罪本质上就是传统犯罪,适用的是传统的刑法规范,解释的对象既包括描述性概念,也包括规范性概念。其中的描述性概念较少涉及计算机技术事实,主要是对自然事实(如“财物”)或制度事实(如“公共场所”)的描述;相应地,规范性概念也主要是对自然事实的评价(如“淫秽物品”)或制度事实的评价(如“公共秩序”)。对不纯粹的网络犯罪来说,解释的难点在于变异了的网络犯罪事实能否涵摄到传统的刑法规范中。

2. 特殊主体的网络犯罪与一般主体的网络犯罪解释方向不同

以犯罪主体为标准可以把网络犯罪分为一般主体的犯罪与特殊主体的犯罪。我国刑法中的绝大多数网络犯罪可以由一般主体实行,只有少数网络犯罪仅能由特殊主体实行,如《刑法修正案(九)》新增的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的犯罪主体只能是网络服务提供者。这三个特殊主体犯罪的客观方面分别表现为“不作为的实行行为化”、“预备行为的实行行为化”、“帮助行为的实行行为化”,^{④⑧}因此,这三个犯罪法律适用的难点不在于解释法条用语的外延,而在于确定处罚必要性的大小,即合理划定网络服务提供者作为义务的来源范围,适当界定处罚早期化的程度,正确认定帮助行为与实行行为的关系。本文研究的主要问题不是特殊主体网络犯罪的法律适用,而是一般主体网络犯罪的解释限度。

3. 不同危害性的网络犯罪解释方向不同

以犯罪的危害性程度为标准可以把网络犯罪分为三类:(1)与传统犯罪本质无异的网络犯罪,如敲诈勒索、盗窃等;(2)较传统犯罪呈危害“量变”的网络犯罪,即同一犯罪

^{④⑥} 关于这些概念的含义参见2011年最高人民法院、最高人民检察院《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》第1条、第5条、第11条。

^{④⑦} 《欧洲网络犯罪公约》也对所使用的这些概念进行了解释。See Article 1, Convention on Cybercrime of Europe, Budapest. 23. XI. 2001.

^{④⑧} 当然,对于帮助信息网络犯罪活动罪是否帮助行为的实行行为化,我国学界存在争议。参见张明楷:《论帮助信息网络犯罪活动罪》,载《政治与法律》2016年第2期。

行为由线下搬到线上时危害性程度显著增加,如各种信息散布型犯罪;(3)较传统犯罪呈危害“质变”的网络犯罪,即线下的传统犯罪被搬至线上后,反而不构成犯罪,如合规的网络借贷行为不构成非法集资罪。^④这三类犯罪的解释方法与限度存在差异。对那些与传统犯罪本质无异的网络犯罪,既可以采用扩大解释方法,也可以采用平义解释方法,关键在于判断网络危害行为能否涵摄到传统刑法规范的语义范围之内;对那些较传统犯罪呈危害“量变”的网络犯罪,应该采取扩大解释方法,扩张刑法的适用范围,关键在于如何划定扩大解释与类推适用的边界;对那些较传统犯罪呈危害“质变”的网络犯罪,反而应该采用限制解释方法以缩小处罚范围。

综上所述,在研究刑法解释的内部限度时首先应对网络犯罪做类型化区分,针对不同类型的网络犯罪确定刑法解释的大致方向。对于侵害计算机信息系统安全的纯粹网络犯罪,刑法解释的对象主要是关于计算机技术事实的描述性概念。这类犯罪的解释限度受制于技术事实的限度,技术标准的明确性决定了这类犯罪解释限度较易把握。对于我国《刑法修正案(九)》新增的三个特殊主体的网络犯罪,解释的任务不在于明确法条用语的外延,而在于确定处罚必要性的大小。对于较传统犯罪呈危害“质变”的网络犯罪,应该采用限制解释方法,不必考虑扩大解释与类推适用的区分问题。所以,对于因网络行为导致危害面扩大或者危害性加剧的不纯粹的网络犯罪,才最需要研究其解释的限度。本文认为,对于这类不纯粹的网络犯罪,应该根据其与传统犯罪是否具有等价性来确定其解释限度,只有与传统犯罪具有等价性的网络犯罪才能涵摄到传统刑法规范,将不具有等价性的网络犯罪涵摄到传统刑法规范则不是解释,而是类推适用。因此,问题的根本在于如何判断网络犯罪与传统犯罪是否具有等价性。

(二) 根据网络犯罪与传统犯罪的等价性确定刑法解释的具体限度

如果网络犯罪行为与传统犯罪行为只是在表现方式上存在差别,但两者都属于同一构成要件,侵害同一法益,那么就可以认定两者具有等价性。在多数场合,这种等价性判断比较容易。例如,通过网络实施诈骗、进行赌博与面对面实施诈骗、进行赌博具有等价性;通过网络传播虚假信息、淫秽物品与通过邮局传播虚假信息、淫秽物品具有等价性;通过网络煽动分裂国家、领导恐怖组织与通过集会煽动分裂国家、领导恐怖组织具有等价性。正因为多数场合网络犯罪与传统犯罪的等价性显而易见,以至于有的学者认为,网络犯罪与传统犯罪没有区别,网络犯罪的立法与解释都只不过像吹口哨壮胆一样没有实际意义。^⑤但是该观点显然忽视了网络犯罪的复杂性与特殊性,可能导致将所有使用网络工具的危害行为都纳入传统犯罪处理,从而违反罪刑法定原则。

实际上在有的场合,网络犯罪与传统犯罪的等价性难以判断,甚至会产生分歧或误判。为了产生防止分歧或误判,立法者可能会以注意规定或特别规定的方式明确某些常见的网络犯罪与传统犯罪之间的等价性。例如,《意大利刑法典》增设第491-2条,规

^④ 参见刘宪权:《网络犯罪的刑法应对新理念》,载《政治与法律》2016年第9期。

^⑤ 参见郑逸哲:《吹口哨壮胆——评刑法第三十六章修订》,载《月旦法学杂志》2003年第11期。

定伪造信息文件的行为按照伪造文书罪处理;增设第616条第4款,将信件的外延从“书信、电报、电话”扩张至包括“信息函件、通讯或者任何其他形式的远距离联系函件”。我国的立法解释也将“信件”扩大解释为包括“电子邮件或者其他数据资料”。^{⑤1} 这些都属于注意规定,其并没有改变网络犯罪的构成要件,只是提请司法者注意网络犯罪与传统犯罪之间的等价性。除了这种注意规定外,立法者还可能采用特别规定的方式拟制网络犯罪与传统犯罪之间的等价性。例如《意大利刑法典》新增的第392条第3款规定,“当信息程序受到篡改、修改、全部或部分删除或者信息系统或通讯系统的功能受到阻碍或者干扰时,也构成对物的暴力”。当然在多数场合,立法者对于网络犯罪与传统犯罪等价性的判断保持沉默,而将任务留给解释者。在这种场合下,解释者需要谨慎判断等价性,防止以解释之名行类推之实。

1. 能否认定在网络上散布虚假信息起哄的行为与寻衅滋事罪具有等价性

根据我国司法解释,“在信息网络上散布虚假信息,起哄闹事,造成公共秩序严重混乱的”,构成寻衅滋事罪。司法解释显然认为,在网络上散布虚假信息起哄的行为与寻衅滋事罪具有等价性。对于该司法解释,我国少数学者持肯定立场,多数学者持否定态度。本文认为该司法解释确实值得商榷:

第一,两者的构成要件不同。寻衅滋事罪的客观要件是“在公共场所起哄闹事”,包括“在公共场所”与“起哄闹事”两个方面,而在网络上散布虚假信息的行为与这两个要件都不相符合。首先,不能将“在信息网络上”解释为“在公共场所”。我国《刑法》除了寻衅滋事罪的规定外,另有四处规定了“在公共场所”,如“在公共场所穿着……”、“在公共场所当众强奸”、“在公共场所强制猥亵”、“在公共场所聚众斗殴”。^{⑤2} 很显然,这四处“在公共场所”都是指在物理性的公共场所,而不是指在信息网络上。因为,不可能强制他人在网络上穿着佩戴恐怖主义服饰,也不可能在网上强奸、强制猥亵,更不可能在网上聚众斗殴。所以根据同类解释方法,寻衅滋事罪也不可能发生在网络上。其次,虽然司法解释的表述是在网络上“起哄闹事”,但在网络上只可能由本人或指使他人通过发帖、跟帖、回复等方式“起哄”,却无法“闹事”。闹事一般表现为打砸抢等暴力行为或者游行示威、静坐、绝食等非暴力行为,而不可能是单纯的在网络上跟帖、发帖的行为。例如,我国《刑法》第315条规定,聚众“闹事”的构成破坏监管秩序罪。但是不可能将罪犯聚众上网、聚众在网上发帖、跟帖的行为认定为破坏监管秩序罪。

第二,两者侵害的法益不同。从侵害的法益来看,成立寻衅滋事罪要求在公共场所起哄闹事并造成该公共场所秩序严重混乱。但是,在网络上散布虚假信息起哄的行为不具有寻衅滋事罪的法益侵害性。首先,寻衅滋事罪中的危害结果发生地就是行为发生地,两者具有同一性。而在网络上散布虚假信息起哄的行为发生地是网络上,而危害结果发生地是现实社会,行为发生地与结果发生地不具有同一性。其次,寻衅滋事罪的

^{⑤1} 参见2000年全国人大常委会通过的《关于维护互联网安全的决定》第4条。

^{⑤2} 参见《刑法》第120条之五、第236条、第237条、第292条。

危害结果要求“造成公共场所秩序严重混乱”,而司法解释只要求“造成公共秩序严重混乱”。“公共场所秩序”明显窄于“公共秩序”,两者法益侵害结果明显不同^{⑤③}。

2. 妨害网店经营的行为是否与破坏生产经营罪具有等价性

妨害网店经营的行为方式多种多样,如恶意批量注册、恶意好评、恶意差评、恶意提现、恶意骚扰、集体恶拍等。对于这种破坏网店经营的行为与破坏生产经营罪的等价性判断,我国理论与实务倾向于持肯定立场。但是本文认为两者之间不具等价性。首先,从构成要件来看,破坏生产经营罪要求“毁坏机器设备、残害耕畜或者以其他方法破坏生产经营”。根据同类解释规制,“其他方法”的外延必须受制于前面的示例“毁坏机器设备、残害耕畜”,即行为方式必须表现为暴力,行为对象必须是生产工具、生产资料。^{⑤④}上述妨害网店经营的各种行为在行为方式与行为对象上都与破坏生产经营罪具有较大差距。如果像有的学者所说,“其他方法”的外延不是受制于前面的“毁坏机器设备、残害耕畜”这种例示性规定,而是受制于后面的“破坏”这一概括性规定,^{⑤⑤}那么破坏生产经营罪就会失去类型而成为一个无底洞。其次,从侵害的法益来看,破坏生产经营罪属于财产犯罪,侵害的法益是财产所有权。妨害网店经营的各种行为是“位于财产犯外围的针对经济活动的犯罪”,侵害的法益不是财产权,而是“开展业务活动的自由”。^{⑤⑥}也就是说,各种妨害网店经营的行为应当构成妨害业务罪,在我国尚未规定妨害业务罪的情况下,只能承认存在法律漏洞。如果将这种原本应当构成妨害业务罪的行为按照破坏生产经营罪来处罚,则是典型的类推适用,是以司法代替立法的行为。

三、网络时代刑法解释的外部限度

上述刑法解释的内部限度旨在从刑事法治的内部划分扩大解释与类推适用的边界,在坚持通说的“法条用语的可能含义”、“一般人的预测可能性”这两条抽象标准的前提下,提出两条相对具体的标准,即先根据网络犯罪的类型确定刑法解释的大致方向,再根据网络犯罪与传统犯罪的等价性确定刑法解释的限度。研究刑法解释的内部限度采用的主要是刑法教义学方法;但是仅仅确定刑法解释的内部限度,还没有完全解决网络背景下刑法解释的时代难题。网络犯罪离不开网络环境,因此,网络环境的宽松度决定了网络犯罪的犯罪圈大小:如果网络完全自由,则所有发生在网络上的行为均无犯罪之虞;如果网络缺乏任何自由,则网络上的所有行为包括上网本身,都可能会构成犯罪。^{⑤⑦}可见,网络环境的宽松度是影响刑法解释限度不可忽视的重要因素。网络环境

^{⑤③} 参见前引⑬,张明楷书,第1066页。

^{⑤④} 参见前引⑬,张明楷书,第1027页。

^{⑤⑤} 参见前引⑩,高艳东文。

^{⑤⑥} [日]山口厚:《刑法各论》,王昭武译,中国人民大学出版社2011年版,第177页。

^{⑤⑦} 这个道理类似于经济环境的宽松度决定经济犯罪的犯罪圈大小,计划经济环境下的犯罪圈会大于市场经济环境下的犯罪圈。

的宽松度,不是由刑法解释或刑事立法决定的,而是由国家所采取的网络治理政策决定的,刑法乃至整个法律体系都只是国家治理网络的手段之一。因此,网络时代刑法解释的限度,不得受制于国家的网络治理模式,受制于刑法与其他因素之间此消彼长的关系。这就是刑法解释外部限度所要研究的问题。

(一) 网络治理模式对刑法解释限度的影响

根据国家公权力在网络治理中的作用大小,可以把网络治理模式分为四类:网络自由主义、网络现实主义、网络管制主义、网络权威主义。网络现实主义或网络管制主义为多数国家所采用,两者都认为,网络的治理不仅需要法律等国家公权力,还需要其他因素。例如,有的学者提出“四分法”,认为影响网络治理的因素主要有法律、准则、市场、技术四种。^{⑤⑧} 有的学者提出“十二分法”,按照政府介入程度的高低把影响网络治理的因素分为4类12种(如下图)。^{⑤⑨}

网络现实主义与网络管制主义的区别在于国家公权力因素与其他私力因素在网络治理中的作用大小不同,“前者更强调伦理、自律和技术手段的价值,后者则坚持政府治理网络信息的相对主导作用”。^{⑥⑩} 就两者对刑法解释的影响而言,网络现实主义倾向于强调刑法的谦抑性,主张应适度限制刑法的适用范围;网络管制主义倾向于强调刑法的干涉性,主张应扩张刑法的适用范围。

我国现阶段网络治理的管制主义色彩相当明显,“甚至有滑向前述网络权威主义之风险”。^{⑥⑪} 这种网络管制主义在刑法领域中的表现就是入罪思维泛滥,出罪思维尚需启蒙。^{⑥⑫} 本文第一部分所指出的我国刑法解释的扩张化趋势,根源就在于我国盛行的这种网络管制主义。就网络治理模式的选择而言,我国应该对现行管制主义模式“及时、有效地加以调整”,从而“更接近于网络现实主义”。^{⑥⑬} 这就要求“构建多主体网络治理结

^{⑤⑧} 参见[美]劳伦斯·莱斯格:《代码2.0:网络空间中的法律》,李旭、沈伟伟译,清华大学出版社2009年版,第139页。

^{⑤⑨} 参见何明升、白淑英:《网络治理:政策工具与推进逻辑》,载《兰州大学学报》(社会科学版)2015年第3期。

^{⑥⑩} 参见尹建国:《我国网络信息的政府治理机制研究》,载《中国法学》2015年第1期。

^{⑥⑪} 前引⑥⑩,尹建国文。

^{⑥⑫} 参见刘艳红:《无罪的快播与有罪的思维——“快播案”有罪论之反思与批评》,载《政治与法律》2016年第12期。

^{⑥⑬} 前引⑥⑩,尹建国文。

构……政府独一无二的管理主体地位将被改变”。^④ 在基本立场上,本文赞同调整我国现行的网络管制主义模式,使之向网络现实主义模式转变,并在网络现实主义模式下探索刑法解释的外部限度问题。

(二) 网络现实主义模式下刑法解释的限度

总的来说,在网络现实主义模式下应该重申刑法的谦抑性,把刑法作为网络治理的最后手段,在其他手段或者因素能够有效治理网络并预防犯罪的情况下,刑法的干涉就是多余的。那么,影响网络治理的手段或因素有哪些?如前所述,有的学者提出“十二分法”,有的学者提出“四分法”。其中,“四分法”把握了网络治理的核心因素,理论张力更强,也更易于操作,为本文所采用。按照“四分法”,影响网络治理的因素主要有四个:法律、准则、市场和技术。其中,法律以国家权力为保障,准则以社会舆论为保障,法律和准则都是通过对违法或违规行为事后进行否定评价来倡导合法与合规行为。市场以利益为杠杆,技术以代码为依托,但不同于法律和准则,市场和技术不是在行为后才介入,而是与行为同在,尤其是技术在网络治理中具有极为重要的意义,甚至网络本身就是由技术架构的。^⑤ 从刑法解释的角度来看,就是要分别处理好刑法与准则、市场、技术的作用边界,即处理好刑法解释的外部限度。

1. 准则与刑法解释的限度:刑法不能沦为保护网络准则的工具

网络社会同时接受网络准则与国家法律两方面的阳光照射。一方面,“在各种不同的网路社群里,早已发展出为其成员所遵循、甚至为多数网路使用者所认同的网路习惯法与网路礼仪”;^⑥ 另一方面,网络空间也不是法外之地。就刑法解释的限度而言,属于网络准则自治的领域刑法不应干涉,刑法需要维护基本网络秩序,但不能沦为保护具体网络准则的工具。

第一,违反电商平台积分规则的行为无需刑法干涉。“骗取7亿天猫积分套现案”凸显了网络规则自治与刑法干涉之间的冲突。天猫商城为促销而推出“生日礼包”,会员在生日周购买商品将获赠双倍积分,并且当消费者退货时只需返还购物积分,不需再返还生日积分。被告人陆某等人长期恶意利用生日积分无需返还的规则,通过大量购买淘宝账号(行内称“白号”),激活账号的生日特权,然后在自己控制的几家天猫店铺“一买一退”获取7亿天猫生日积分,并将其套现671万余元。2016年9月20日,江苏省南通市崇川区人民检察院以诈骗罪对被告人提起诉讼。^⑦ 无独有偶,在该案发生以

^④ 何明升:《中国网络治理的定位及现实路径》,载《中国社会科学》2016年第7期。

^⑤ 参见前引^③,劳伦斯·莱斯格书,第135页以下。

^⑥ 刘静怡:《网路社会规范模式初探》,载《台大法学论丛》第28卷(1998年)第1期。

^⑦ 参见“8人骗取天猫积分套现600万被控诈骗”,载 <http://news.163.com/16/1031/16/C4NICIN7000187VE.html>,最后访问时间:2017年1月17日。

后,京东也被刷单骗近千万^⑧。

上述骗取积分套现的行为客观上侵害了他人的财产权,但该行为是否构成犯罪还值得商榷。并非所有侵害他人财产权的行为都构成犯罪,只有其中类型化的法益侵害行为才构成犯罪。诈骗罪的客观要件为“行为人虚构事实”-“被害人陷入错误认识”-“被害人基于错误认识而处分财产”-“行为人获得财产”。上述骗取积分套现案的客观方面表现为“被告人批量购买白号”-“被告人冒用他人生日”-“被害人赠与生日积分”-“被告人将积分套现”。所谓“白号”是指由他人使用真实身份注册但没有交易记录的空白账号。被告人购买“白号”后完成一笔交易,并激活生日特权,从而冒用他人的生日获赠生日积分。在这一过程中,“被告人冒用他人生日”具有违法性,但被害人在赠与生日积分的时候并没有发生错误认识,因为淘宝账号上的生日是真实存在的(该生日并非虚假,只是被被告人冒用而已),所以该案并不符合诈骗罪的客观要件。虽然我国《刑法》规定“冒用他人的汇票、本票、支票”构成票据诈骗罪,“冒用他人信用卡”构成信用卡诈骗罪,“冒充国家机关工作人员招摇撞骗”构成招摇撞骗罪,但并没有规定“冒用他人生日”也构成犯罪。退一步来说,即使被告人的行为形式上符合诈骗罪的客观要件,也不具有犯罪的应受刑罚处罚性。本质上,被告人之所以能够获得财产,主要不是靠“诈骗”,而是靠恶意利用网络社会准则的漏洞。对于这类行为,通过完善网络社会准则(例如规定退货时一并返还购物积分与生日积分)即可杜绝类似行为发生,维护网络秩序。刑法的干预显得“昂贵”而多余,刑法的扩大解释显得过度而无意义。

第二,违反网络实名规则的行为毋需刑法干涉。如前所述,我国学者认为违反网络实名规则,使用虚假个人信息恶意批量注册账号的行为构成破坏生产经营罪。^⑨但是,笔者认为将这种行为认定为犯罪已经超出了解释的限度,实际上是用刑法来保护网络实名规则,既不合理,也无必要。实践中,通过完善实名注册规则即可大大减少类似行为的发生,没有必要动用刑法进行干预。^⑩美国的相关判例也明确表示刑法没有保护网络实名规则的义务。在美利坚诉洛莉·德鲁一案中,被告人洛莉·德鲁2008年在大型社交网站 MySpace 上违反要求实名注册的网络规则,化名一个16岁的男孩乔希,并在网站结识了被害人13岁的少女梅根·美尔。后来,“乔希”在 MySpace 网站对梅根进行辱骂欺凌,导致被害人梅根自杀。由于美国当时对网络欺凌行为缺乏法律规范,检察官便以洛莉违反网站实名注册的规则为由提起刑事诉讼,认为洛莉违反规则的行为属于《计算机欺诈与滥用法》中的“未经授权”访问网站。但是法院最后驳回了指控,理由

^⑧ 参见“继7亿天猫积分套现600万元后,京东也被刷单骗近千万”,载 <http://tech.xinmin.cn/internet/2016/11/26/30634243.html>,最后访问时间:2017年1月17日。

^⑨ 参见前引⑩,高艳东文。

^⑩ 例如,12306网站通过实行手机双向验证的新注册规则,有效地堵住了黄牛随意填写手机号注册的漏洞。参见池海波:《火车票代售点暂停核验身份证》,载《北京青年报》2015年11月13日第A07版。

是,将“违反网站实名规则”解释为“未经授权”违反了宪法的明确性原则^①。

第三,违反网络游戏规则的行为无需刑法干涉。在前述董杰、陈珠非法经营案中,法院认为被告人使用外挂代练的行为构成非法经营罪。这实际上已经超了解释的限度,陷入了类推适用的范畴。《刑法》规定成立非法经营罪的前提是“违反国家规定”,使用外挂代练虽然侵害了网游经营商的利益,但并没有违反任何“国家规定”,^②违反的只是“游戏规则”(游戏用户只能通过“打怪”升级或者购买“元宝”升级,而不能使用外挂来升级)。因此,以非法经营罪来处罚外挂代练的行为,实际上是以牺牲罪刑法定原则为代价来维护网络游戏规则。

第四,单纯违反网络诚信原则的行为无需刑法干涉。电商平台上常发多见的“刷单炒信”虽然也有较大的危害性,^③但是这类行为主要违反的是“诚实信用原则”,通过民事行为与行政行为即可遏制。例如,2016年10月25日国家发改委会同公安部、质检总局、中央网信办、人民银行等七家部委,邀请阿里巴巴等八家互联网公司签署《反“炒信”信息共享协议书》,建立黑名单制度,有力遏制了刷单炒信的违法产业。^④因此,规制这种违反诚信原则的行为,需要的是诚信系统的完备而不是刑法的干涉。

2. 市场与刑法解释的限度:刑法应为P2P网贷的发展留有出路

如果某一类行为既可能满足市场的需要,促进经济的发展(大是),也可能扰乱市场秩序(小非),破坏经济发展(大非),那么刑法的适用就应该分辨是非,小心寻找两者之间的平衡,既不能阻碍经济的发展,也不能放纵犯罪。P2P网贷就是这类行为的典型。一方面,P2P网贷有着巨大的市场需求,能够解决众多小微企业“借款难”与广大投资者“投资难”两方面的问题。2017年2月我国整个P2P网贷行业的成交量高达2043.41亿元,参与P2P网贷行业的投资人数、借款人数分别为390.61万人、179.79万人。^⑤另一方面,P2P网贷领域频发的犯罪问题,其中非法吸收公众存款罪占了P2P网贷所涉罪名的85%。^⑥我国近年来颁布了一系列旨在规范P2P网贷的行政法规,多次重申P2P网贷平台的中介性质,规定平台不得为自身融资,不得设立资金池,不得自己提供担保,不得发放贷款。^⑦在这种背景下,一方面刑法要防范金融风险,打击金融犯罪;另一方面为

① 参见高仕银:《权利与规制:“非实名制”下的计算机网络欺辱犯罪研究》,载《重庆邮电大学学报》(社会科学版)2012年第5期。

② 根据《刑法》第96条规定,违反国家规定是指“违反全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和决定,国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令”。

③ 例如,2016年河南省工商局查获的单起刷单炒信行为涉案金额就高达13.98亿元。参见余瀛波:《河南查处两起网络刷单炒信大案》,载《法制日报》2016年10月22日第A06版。

④ 参见金磊:《发改委牵头建立反“炒信”联盟,将建立黑名单制度》,载《现代物流报》2016年10月28日。

⑤ 数据参见“网贷之家”官网 <http://shuju.wdaj.com/industry-list.html>,最后访问时间:2017年3月1日。

⑥ 参见李永升、胡冬阳:《P2P网络借贷的刑法规制问题研究》,载《政治与法律》2016年第5期。

⑦ 参见2015年人民银行等十部委发布的《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》,2016年4月国务院办公厅印发的《互联网金融风险专项整治工作实施方案》,2016年8月银监会等四部委发布的《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》,2017年2月银监会发布的《网络借贷资金存管业务指引》。

满足金融市场的合理需要,刑法又要保持一定的克制与谦抑,尤其是非法吸收公众存款罪的适用范围不应过度扩张。举例来说,下述两种情况就不应该解释为犯罪:

第一,P2P网贷的债权转让模式不应该解释为非法吸收公众存款罪。P2P网贷的债权转让模式是指先由与平台有密切关系的第三人把资金贷给借款人并取得债权,然后第三人借助平台把债权拆分打包成理财产品转让给投资人。这里先后存在两个民事法律关系:一是第三人与借款人之间的民间借贷关系,二是第三人与投资人之间的债权转让关系。P2P网贷平台只是为这两个法律关系提供中介服务。理论与实务中都有观点认为这种行为构成非法吸收公众存款罪。^⑧但是,本文认为将这种行为入罪已经超出了解释的限度。首先,债权转让所涉及的行为符合我国合同法的规定。我国《合同法》第5章允许并规范债权的转让,第12章允许并规范借款行为,因此,只要借款行为与债权转让行为本身满足了合同法的要件就不存在违法性。相关行政法规也只是禁止证券化资产、信托资产等违反《证券法》、《信托法》的债权转让,而不是禁止所有的债权转让。^⑨而符合《合同法》要求的债权转让行为不应该被禁止。因此,既然债权转让模式中的两个行为都是合法的,由这两个合法行为组成的网络行为也就不可能构成犯罪。其次,P2P网贷平台不是非法吸收公众存款罪的主体。P2P网贷的债权转让模式涉及到投资人、第三人、平台、借款人四方主体。在这四方主体中,投资人不可能成为非法吸收公众存款罪的犯罪主体,借款人与第三人只要其行为满足了合同法规定的要件,也不会成为犯罪主体,剩下的问题就是平台的责任了。在这种债权转让模式中,平台只是提供中介服务,虽然平台会“向社会公开宣传”,但平台并不承诺“还本付息或者给付报酬”,承诺还本付息或者给付报酬的是借款人,所以平台并不能成为犯罪的主体。

第二,资金用于正常生产经营活动的平台自融行为不应解释为非法吸收公众存款罪。首先,从文义解释来看,《刑法》第176条的表述是非法吸收公众“存款”,而不是非法吸收公众“资金”,这表明成立本罪要求行为人从事金融业务。^⑩也就是说,如果平台将所融资金用于正常的生产经营活动,那么虽然也有非法“吸收”行为,但吸收的只是纯粹的“资金”。相反,如果平台将所融资金用于放贷、购买股票证券等金融业务,则该资金的性质就转化为“贷款”。其次,从保护法益来看,《刑法》第176条是对间接融资的规范,而不涉及直接融资的问题。融资包括直接融资与间接融资两种情况。直接融资是指投资人将资金直接借给借款人,例如发行股票、证券以及民间借贷都是直接融资。对于直接融资,国家并不禁止存在中介服务,只是禁止中介组织持有资金甚至形成资金池。间接融资是指投资者把资金借给商业银行等金融机构,再由金融结构把资金贷给借款人。《刑法》第176条非法吸收公众存款罪禁止的是非法从事间接融资行为,《刑法》第179条擅自发行股票、

^⑧ 参见王拓:《P2P网贷平台债权转让模式的刑事风险分析》,载《中国检察官》2016年第24期。

^⑨ 参见2016年银监会等四部委发布的《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》第10条。

^⑩ 参见前引^⑧,张明楷书,第780页;前引^⑨,刘宪权文。

公司、企业债券罪禁止的是非法从事直接融资行为。P2P 网贷平台为正常的生产经营活动而进行的自融行为属于直接融资,不应该成立非法吸收公众存款罪。也就是说,不能将规范间接融资行为的刑法条文适用于直接融资行为,否则就是法律适用错误。至于平台自融给投资人造成的损失,可以按照民间借贷诉讼程序处理。

3. 技术与刑法解释的限度:通过代码能够保护的法益不应求助于刑法

一般来说,对法益的保护大体有两种不同方式:一种是法律保护,即法律划定一个犯罪圈,圈子内的法益不受侵犯;另一种是技术保护,即采用技术措施阻止不受欢迎的侵入。有时候技术手段比法律手段效果更佳。由于著作权同法律、技术的关系都很密切,所以下文以著作权的保护为例来说明技术与刑法解释限度之间的关系。

著作权的保护问题是一个由技术引起的法律问题。在印刷术产生之前,根本不需要法律保护作者的著作权,因为复制非常昂贵,这种特性保护了作者的权利。后来由于印刷术的兴起,才产生了保护作品复制权的需要。现在由于作品的数字化技术与网络传播技术的迅猛发展,著作权的保护遇到了前所未有的危机。根据法律与技术在著作权保护中的地位和作用,可以将著作权的保护模式分为三种:法律主导型保护模式、技术主导型保护模式、法律规制下的技术主导型保护模式。^⑩其中第三种模式是当今各国保护著作权的主要方式。例如,美国的《家庭音频录制法案》(Audio Home Recording Act)要求录音设备的制造商必须在设备中嵌入控制多次复制的技术措施。再如,“月旦知识库”采用了 DRM 技术保护其电子论著,该数据库中的论著只能通过专用的 HyView 阅读器才能打开,而且无法复制,无法打印。我国《著作权法》第 48 条、《信息网络传播权保护条例》第 4 条都允许并保护权利人对其著作采取技术措施,惩罚故意避开或破坏技术措施的侵权行为。

就我国著作权保护中技术与刑法的关系而言,问题集中体现在能否把“深度链接行为”解释为“复制发行”。链接包括普通链接与深度链接,前者直接转跳至被链网站的首页,完整显示被链网站的内容,属于合法行为;后者则回避了被链网站的首页,直接链接到媒体文件的所在地址。对于这种直接链接到文件地址的深度链接,我国刑法学理论与实践多倾向于认为“深度链接行为”属于“网络传播行为”,而“网络传播行为”又属于“复制发行”,因而深度链接行为构成侵犯著作权罪。^⑪ 本文认为,即使在肯定网络传播行为属于复制发行的前提下,也不能将所有深度链接行为解释为网络传播行为,只有突破技术措施的深度链接才可以解释为网络传播行为,构成侵犯著作权罪中的“复制发行”。

第一,由技术产生的著作权保护问题最好由技术来解决。“在网络数字信息时代,

^⑩ 参见李旭、高卿:《网络著作权保护新思维》,载《网络法律评论》2010 年第 1 期。

^⑪ 参见孙万怀:《慎终如始的民刑推演——网络服务提供行为的传播性质》,载《政法论坛》2015 年第 1 期;徐松林:《视频搜索网站深度链接行为的刑法规制》,载《知识产权》2014 年第 11 期;上海市普陀区人民法院(2013)普刑(知)初字第 11 号刑事判决书。

网络作品可以被视为房间内物品,技术保护措施犹如门锁,为了保障一定隐秘性,需要有一把门锁加以保证”。^③ 如果权利人没有采取技术保护措施就将其作品置于网络中,根据互联网的互联互通性,任何人都可以访问该作品,不管是采用普通链接还是深度链接。深度链接虽然会损害著作权人的流量、广告收入等经济利益,但并不具备《著作权法》第10条规定的信息网络传播行为的核心要素——“以有线或者无线方式向公众提供作品”。因为,提供作品的是权利人本人,深度链接只是方便公众对作品的点击获取。但是,如果深度链接突破了权利人所采取的技术保护措施,则相当于洞开了权利人封闭的房门,公众可以循此门而获取权利人的作品。这种行为的实质就是“向公众提供作品”,当然构成信息网络传播行为。

第二,如果直接侵权人突破了权利人的技术保护措施,把作品置于网络中,则对此作品的深度链接充其量只是直接侵权的帮助行为,而不是独立的网络传播行为。前述观点认为,这种情况下的深度链接“进一步导致传播面的扩大”,^④“深度链接侵权行为的危害性比直接上传作品的盗版侵权行为危害性大得多”,^⑤因而是一种独立的网络传播行为。但这种观点只是根据行为的社会危害性来解释刑法,而完全忽视了刑法用语对刑法解释的限定意义。“如果行为离刑法用语核心含义的距离越远,则解释为犯罪的可能性越小”。^⑥ 如前所述,在“复制发行”、“信息网络传播”、“深度链接”(突破技术措施的深度链接+未突破技术措施的深度链接)这一辐射线上,“未突破技术措施的深度链接”离“复制发行”的距离已经很遥远,将其解释为侵犯著作权罪将会模糊该罪的行为类型。在前述张俊雄侵犯著作权案中,张俊雄的行为只是加框链接到影视作品种子文件的索引地址,而这些种子文件的索引地址早已存在,加框行为并未突破权利人的技术措施,不宜解释为网络传播行为。

第三,刑法是最后的制裁手段。对于深度链接的行为性质,我国理论与实务存在“民刑倒挂”的奇怪现象:一方面,刑法理论与实务多认为深度链接属于网络传播行为,但另一方面,民法理论与实务却存在很大争议:在民法学界,有的学者认为深度链接构成网络传播行为;^⑦有的学者认为,网络传播行为以形成“传播源”为要件,而深度链接不具有这一要件,不构成信息网络传播行为。^⑧ 民事司法实践也没有统一的定性,有的判决认为深度链接构成网络传播行为,但也有判决认为深度链接并没有上传作品至服务器,不构成侵权。^⑨ 克服这种“民刑倒挂”需要坚持刑法的谦抑性。既然民法理论与

^③ 王燕玲:《论规避技术保护措施之刑事制裁》,载《知识产权》2013年第5期。

^④ 前引②,孙万怀文。

^⑤ 前引②,徐松林文。

^⑥ 张明楷:《刑法分则的解释原理》,中国人民大学出版社2011年版,第96页。

^⑦ 参见崔国斌:《加框链接的著作权法规制》,载《政治与法律》2014年第5期。

^⑧ 参见王迁:《论提供“深层链接”行为的法律定性及其规制》,载《法学》2016年第10期。

^⑨ 相关判决书参见前引⑦,崔国斌文。

实务对于深度链接能否解释为网络传播行为、是否构成著作权侵权都存在争议,作为最后手段的刑法就不应该走到民法的前面,将一种连是否构成民事侵权都存有争议的行为直接解释为刑事犯罪。

结 语

寻找社会保护与自由保障之间的平衡点是刑法解释学永恒的追求,这一追求在网络时代遇到了新的挑战。一方面,作为规制对象的网络行为随着网络技术的发展而变幻无穷,形式多样,需要戴着刑法规范的“显微镜”仔细分辨;另一方面,作为规制主体的刑法与准则、市场、技术之间的关系更显复杂,涉及到国家网络治理模式的选择,需要戴着网络治理的“望远镜”去探索。在这样错杂的背景下,一味将传统刑法适用于网络犯罪的扩张化解释,很容易导致问题与原则的冲突,即很容易为了解决社会中出现的问题而突破罪刑法定原则。本文基于对我国当下刑法解释的扩张化趋势及其危险性的反思,提出网络时代确定刑法解释的内部限度与外部限度的基本方法与基本规则,并将这些方法与规则运用于一些争议较大的案件。就刑法解释的内部限度而言,应该在坚持“法条用语的可能含义”、“一般人的预测可能性”这两条一般标准的前提下,先根据网络犯罪的类型确定刑法解释的大致方向,再根据网络犯罪与传统犯罪的等价性确定刑法解释的限度。就刑法解释的外部限度而言,应该立足于现实主义的网络治理模式,探索刑法与准则、市场、技术之间的关系;刑法不应该沦为保护网络准则的工具;刑法应该为 P2P 网贷等互联网金融的发展留有出路;通过技术代码能够保护的法益不应求助于刑法。

Abstract: In the network era, the theory and practice of criminal law interpretation in China emerge an obvious tendency of expansion. This trend is oriented toward solving problems in the society, and it will continuously break through the principle of no penalty without a law. On delimiting the internal limit of criminal law interpretation, we must first insist on the standards “the possible meaning of legal provisions” and “the forecast possibility of common people”, then determine the general direction of criminal law interpretation according to the type of cybercrime, ultimately educe the limit in accordance with the equivalence of cybercrime and traditional crime. Otherwise, delimiting the external limit of criminal law interpretation should base on the realistic network governance and explore the function boundaries among the Criminal Law, norms, market and technology. Criminal Law should not become a tool to protect the norms of network society, it should provide space for the development of the Internet Finance, such as P2P; the interests that can be protected by technical code should not resort to the Criminal Law.

(责任编辑: 白岫云)