

论非法利用信息网络罪的预备行为实行化^{*}

丁 瑶

(华东政法大学, 上海 200042)

摘 要: 利用信息网络实施违法犯罪的恶劣影响日趋凸显, 对此《刑法修正案(九)》新增“非法利用信息网络罪”对特定的预备行为进行前置化规制。但一些刑法学者对该规定的理论基础产生质疑, 认为这一预备行为实行化的法律拟制性规定造成了刑法总则与分则的矛盾, 违背了犯罪构成理论, 突破了刑事违法的相对性。然而“法律不是嘲笑的对象”, 文章以二元思维从刑法惩罚与预防两大功能出发, 围绕侵害性、可罚性和主观恶性三方面阐述, 合理解释非法利用信息网络罪预备行为实行化的理论基础, 为非法利用信息网络罪的预备行为实行化正名。

关键词: 《刑法修正案(九)》; 非法利用信息网络; 二元论; 预备行为实行化

DOI: 10.3969/j.issn.1672-9846.2016.03.007

中图分类号: D924

文献标志码: A

文章编号: 1672-9846(2016)03-0028-05

信息网络给人们工作、学习、生活等各方面带来便利的同时, 也带来了权益侵害的风险。信息网络本无对错善恶之分, 但利用信息网络造成的刑事风险却不得不提防。利用信息网络实施的违法犯罪活动给人民群众造成的损失每年几乎都超百亿, 而且此类犯罪分工精细、涉案地域广、犯罪链条长、取证困难。因此, 2015年8月29日, 全国人大常委会通过的《刑法修正案(九)》增设了非法利用信息网络罪, 将特定的网络违法犯罪活动准备行为入罪。刑法的前置化规制体现了对利用信息网络实施违法犯罪进行打击的严厉性。但是, 非法利用信息网络罪属于刑法意义上预备行为实行化的拟制规定, 网络违法犯罪活动的刑法前置化规制不可避免地与传统刑法理论产生碰撞, 如此立法的理论依据遭到一些刑法学者的质疑。然而, “法律不是嘲笑的对象”, 法学研究不能一味批判立法规定, 更应当尽可能以信仰法律的虔诚态度合理解释法律。本文拟以二元思维方式, 结合学术理论与法律规定, 旨在为非法利用信息网络罪的预备行为实行化寻找理论基础。

一、非法利用信息网络罪立法的回视

当前, 以计算机和互联网为组成要素的网络虚拟社会已然形成, 我国也已全面进入了信息化时代。然而, 通信技术的安全隐患和威胁却也日益凸显。利益信息网络实施的犯罪泛滥, 给国家和人民造成了极大的经济损失, 具有严重的社会危害性。利用信息网络实施的犯罪往往具有主体智能性、行为隐蔽性、手段多样性、涉案范围广泛性、后果难以控制性, 而且信息网络本身的技术特点加剧了对网络犯罪侦查、取证的难度^[1]。网络信息技术日新月异, 利用信息网络犯罪也在不断“除旧布新”, 以立法手段遏制网络犯罪呼声渐高。

2011年, 最高人民法院、最高人民检察院联手出台了《关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》, 根据司法实际, 以电信诈骗中发信数量、去电数量、犯罪手段、危害后果等认定和处罚电信诈骗犯罪。这一司法解释的出台起到了一定的法律效果, 但仍然存在一些不足。并且随着信息网络犯罪的进一步泛滥, 仅有的这一规定已经不能满足现实司法需求。根据对网络犯罪

*收稿日期: 2016-07-08

作者简介: 丁 瑶(1991-), 女, 江苏盐城人, 华东政法大学法律学院硕士研究生, 主要从事中国刑法研究。

打击“打早打小”的方针策略,《刑法修正案(九)》在立法时有针对性地选择将尚处于预备阶段的网络犯罪行为正犯化。

非法利用信息网络罪的法条明文规定,有以下行为之一且情节严重的是犯罪:一是设立用于实施诈骗、传授犯罪方法、制作和销售违禁品等违法犯罪活动的网站、通讯群组的;二是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;三是为实施诈骗等违法犯罪活动发布信息的。本罪可以构成单位犯罪,实行双罚制。既符合本罪同时又构成其他犯罪的,从处罚较重一罪论处。概言之,非法利用信息网络罪就是为了实施其他违法犯罪活动而将信息网络作为工具或媒介应当追究刑事责任的行为。

二、预备行为实行化与传统刑法理论的冲突

我国刑法学界的通说认为,犯罪预备是指行为人为犯罪已经实施了准备工具、制造条件等预备行为,但由于意志意外的原因未能着手实行犯罪的犯罪未完成形态^[2]。犯罪预备只能出现在犯罪的预备阶段,尚处于预备阶段的犯罪行为一般认定为犯罪预备或犯罪中止,而不存在犯罪既遂、未遂情形。预备行为实行化的法律拟制规定导致诸多方面与传统刑法理论的冲突,非法利用信息网络罪就是典型的预备行为实行化的规定,一些刑法学者对此产生了诸多质疑。

(一)预备行为实行化导致刑法总则与分则的矛盾

刑法总则是我国整部刑法中提纲挈领的部分,对整部刑法起到了原则性指导和概括性说明的作用。刑法分则是对具体行为加以规范的细则部分,通过对行为的类型化归纳,对行为的性质、后果产生的刑法评价、应当承担的刑事责任作具体的规定。刑法总则与刑法分则应当互相协调一致,二者不得抵触。按照我国刑法总则的规定,犯罪预备行为只是为了实施某一犯罪,准备工具、制造条件,作为某一犯罪的准备活动,行为人还没有着手实施犯罪,对法益尚未造成直接性的侵害或紧迫性的侵害危险。因此,刑法分则通常以“既遂模式”进行罪状表述,即刑法分则规定犯罪行为既遂状态的认定标准和法定刑,其他犯罪形态按照总则的规定,比照既遂定罪量刑。非法利用信息网络罪直接将实施违法犯罪活动的信息网络准备

行为上升为独立罪名,不论行为人后续是否实施其他违法犯罪活动,是否对法益造成直接性、紧迫性的侵害或危险,只要行为人利用信息网络为实施违法犯罪活动设立网站、通讯群组、发布信息且情节严重,该预备行为就应当按照非法利用信息网络罪处罚。这样的立法是基于打击此类行为的现实需要,将刑事政策立法化,但不得不承认,将犯罪预备行为实行化,另设罪名直接纳入刑法分则的规制,违背了我国总则的规定,也与我国刑法分则一贯的“既遂模式”不协调。

(二)预备行为实行化与犯罪构成理论的违和
犯罪构成是某一行为构成犯罪所必须具备的主、客观要件的总和,是区别罪与非罪、此罪与彼罪的标准,也是追究刑事责任的依据^[3]。某一行为只有在符合构成要件诸方面要件要求时,才得成立犯罪。传统刑法理论认为,因为犯罪停止形态中的犯罪未遂、中止和预备都是相对于既遂而言的,所以未遂、中止和预备的构成和刑事责任都以既遂作为认定范本。因此,刑法大多以围绕实行既遂犯中心的犯罪构成加以规定。行为人为实施违法犯罪活动而利用信息网络,其犯罪行为尚未着手,设立网站、发布信息等行为既没有对法益造成实质性侵害,也没有引起足够的侵害危险性。按照传统犯罪构成理论,应当比照既遂以预备认定。将非法利用信息网络的行为独立成罪,直接以既遂认定,以传统犯罪构成理论无法解释其合理性。

为了解决犯罪多样的未完成形态的刑法评价问题,刑法学界又提出了“修正的犯罪构成”理论,将既遂的基本犯罪构成之外的其他犯罪构成分为预备的犯罪构成、中止的犯罪构成和未遂的犯罪构成。修正的犯罪构成理论看似可以给非法利用信息网络罪的预备行为实行化正名。然而,修正的犯罪构成理论本身已然歪曲了犯罪构成的功能,作了过分狭隘的理解,也扭曲了刑法总则与分则之间的关系,而且会对刑法评价的统一性产生威胁^[4]。援引修正的犯罪构成理论也无法解释本罪预备行为实行化刑法评价的合理性。

虽然刑法提前介入规制利用信息网络实施可能具有严重社会危害性的特定行为,是出于维护社会安定、和谐的刑事司法形势的考虑。但是,按照以往的刑法犯罪构成理论而言,这种做法很难找到可靠的理论依据。

(三) 预备行为实行化对违法相对性的突破

有学者指出,刑法前置化规制最直接的理论后果就是导致违法相对性理论的崩溃^[5]。违法相对性理论认为,违法性的判断应当在前置法和刑法两个领域内相对独立地进行判断,刑法只能以保障法的姿态存在,形式上具有终局性评价的特点。与此相对的违法一元论则主张前置法违法性和刑事违法性是竞合关系,刑法具有自身独立的评价功能(如图 1)。在现代社会,新增犯罪几乎都是行政犯,两种理论的分歧愈发突出。刑法的前置化规制突破了违法相对性理论,使我国立法坚守违法一元性,弱化了对违法相对性的判断。正确的理念应当是在法秩序统一性的视野下,以违法统一性为基础进行违法的相对性判断^[6]。而一元论的立法则导致了刑法规制范围与民法行政法调整范围二者界限模糊。

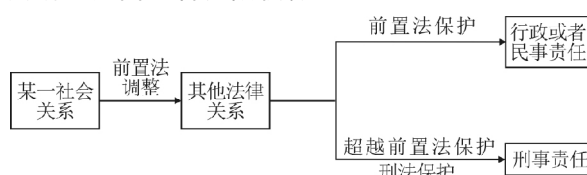


图 1 违法相对性理论评价

《刑法修正案(九)》中将设立网站、发布信息尚处于预备阶段的网络犯罪行为单独入罪处罚,同样是基于打击犯罪“趁早趁小”,防患于未然的初衷,将可能造成法益侵害的犯罪扼杀于“萌芽”。为了防止刑法过度提前介入,立法者在表述时选择了“列举式”明确涉罪具体情形并增加了“情节严重”的限制。然而,非法利用信息网络罪的预备行为实行化在某种程度上也折射出违法一元论的立法理念。就目前的行政法律法规来看,并无对不当利用信息网络行为的规范性调整的条文性规定,而直接将附属于其他犯罪的利用信息网络的预备行为直接实行化独立成罪,虽然与预备犯普遍处罚原则没有发生过激冲突,但并未考虑非刑罚手段规制的可行性、有效性,该做法的妥当性受到质疑。非法利用信息网络罪中明确列举行为时的“等”字含义是“等中等”还是“等外等”?单纯“设立”行为的严重性如何体现?扩大刑法“犯罪圈”,将原本通过其他非刑罚手段可以规制的非法利用信息网络行为入罪,从成本与效益的角度考虑,能够达到高效运作刑法并实现社会效果吗?司法解释的具象化阐释则可能会因违法相

对性理论被突破而陷入自说自话的尴尬境地。

三、非法利用信息网络前置化规制的法理依据

“法律不是嘲笑的对象,而是法学研究的对象;法律不应受裁判,而是裁判的准则。应当想到法律的规定都是合理的,不应推定法律中有不平衡的规定^[7]。”既然《刑法修正案(九)》已经将非法利用信息网络罪前置化规制,而从传统刑法理论角度无法解释其合理性,那么应当另辟蹊径,寻找其立法基础。预备行为的实行化直接体现出立法者对“未然之罪”的预防目的,根据二元论根据说,刑事责任是社会危害性和人身危险性的统一,前者体现刑法的报应功能,后者则体现了刑法的预防功能。预备行为上升为实行行为实际上是对其实行行为处罚的现实报应,也是对行为人为危险性的事先预防。因此,预备行为实行化的条件应当有:第一,预备行为具有现实侵害性或侵害危险性;第二,预备行为应当具有可罚性;第三,预备行为具有纳入刑法评价的主观恶性。非法利用信息网络罪作为利用网络实施的其他犯罪的预备行为,已经具有以上三个条件,可以将其从预备行为上升为实行行为。

(一) 预备犯的侵害性:实质预备犯与抽象危险犯

以是否具有实质上的侵害性为标准,我国刑法理论可以将预备犯分为形式预备犯和实质预备犯,前者指的是根据我国刑法条文的规定,在形式上普遍处罚预备犯;后者指的是虽不一定具备预备形式但实质上是其他犯罪的预备行为,立法上可以将其规定为独立的犯罪。预备犯普遍处罚原则不符合刑法理论和司法实践需要,在现实中也几乎沦为虚置条款^[8]。

危险犯可以分为具体危险犯和抽象危险犯,前者要求法益侵害达到现实化的程度,属于构成要件的内容;后者则以一般社会经验为判断依据,有发生法益侵害的可能性即可,不属于构成要件的内容。法律规定的只要行为人实施某一行为即构成犯罪的,都是抽象危险犯。

为了解决形式预备犯理论与实践的背离,刑法分则可以在适当运用法律拟制手段和抽象危险犯原理,将因具有现实法益侵害抽象危险的实质预备行为上升拟制为实行行为,设置为新的独立犯罪^[9]。非法利用信息网络的行为并不明确指向某种特定的犯罪,从形式上而言,不符合形式预备

犯的条件。但通过一般社会经验判断,实质上可以成为其他违法犯罪活动的预备行为。设立网站、发布信息等行为实际上为后续违法犯罪活动做了铺垫,打开了方便之门,是后续犯罪的实质预备行为。为违法犯罪活动非法利用信息网络的,只要网站、通讯群组建立或信息一经发布,就存在他人学会犯罪方法、即时获知犯罪信息并实施相关犯罪或者接受信息的受害人因此被诈骗等可能性。因此,从一般经验判断,非法利用信息网络的行为属于刑法上的抽象危险犯。根据实质预备犯和抽象危险犯理论,法律可以将该行为拟制为实行行为独立成罪。

(二)预备犯的可罚性:二元的行为无价值与结果无价值

根据二元行为无价值理论,违法性是以行为无价值的法益侵害化和去道德化为基础的、兼顾结果无价值的二元判断,行为与结果无价值二者相互关联又相对独立^[10]。一元的行为无价值或者结果无价值都不足以成为完整的违法性理论,行为无价值与结果无价值应当是紧密联系、共同构建违法性理论基础的。行为人的可罚性应当以其行为具有违法性为前提,即行为人必须以犯罪构成要件规定的行为方式、方法追求并最终实现了符合犯罪构成要件要求的危害后果^[10]。

非法利用信息网络罪的立法实际上遵循了二元行为无价值理论,在违法性判断上坚持以行为无价值为基础,兼顾结果无价值。若要构成非法利用信息网络罪,那么行为人应当具有法律规定的以下行为:(1)设立实施诈骗、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;(2)发布有关制作和销售毒品、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;(3)为实施诈骗等违法犯罪活动发布信息的。以上非法利用信息网络的各种行为是为了实施其他违法犯罪活动,实际上违背了尊重法益的要求,具有侵害法益的一般性危险。这是利用信息网络行为违法性的基础,但不是仅有行为即可罚的,还应当“情节严重”。“情节严重”一词的含义非常广泛,刑法上一般会综合考虑行为人主观目的、意图、客观上造成的危害后果或法益侵害危险、行为与其他关联犯罪的紧密程度等。此外,由于信息网络的快速、即时、可复制传播的特性,预备行为随时有向不特定实行行

为转化的可能性,因此,预备行为与其目的犯罪实害结果之间具有高度近密性,预备行为本身就具有较为严重的社会危害性。利用信息网络实施违法犯罪活动的预备行为,符合二元的行为无价值与结果无价值要求,通过法律拟制将其上升为非法利用信息网络罪实行行为定罪量刑具有法理依据。

(三)预备犯的主观恶性:综合性故意与复合性动机

预备行为只存在于直接故意犯罪当中,预备行为的故意不仅具有为了犯罪准备工具、制造条件的故意,同时也有着手实行犯罪甚至完成犯罪的故意^[11]。行为人在主观上直接故意的心理状态,是此类犯罪的构成要件之一。犯罪动机与犯罪故意不同,不是犯罪构成要件。但犯罪动机是行为人实施犯罪的内在起因,往往可以从侧面直接反映行为人主观的恶性程度和发生社会危害结果的可能性。区分不同行为人的犯罪动机,判断各自的人身危险性,在判定行为人刑事责任时有所区别体现,合理实现刑法惩罚与预防的双重机能^[12]。

非法利用信息网络罪是为了实施其他犯罪而以信息网络作为犯罪通讯工具或犯罪条件的,其在主观上具有犯罪预备的故意以及进而实施乃至完成其他犯罪的意图。行为人明知自己的预备行为通过即时、快速、信息可复制的网络有随时向实行行为转化的可能性,并且会造成危害社会的结果,仍然追求该结果的发生并实施非法利用信息网络的行为,已然具备了直接故意犯罪的主观要素。行为人非法利用信息网络是实施其他违法犯罪的手段,非法利用信息网络罪的动机实际上与其他目的违法犯罪的动机具有同一性。《刑法修正案(九)》规定的目的违法犯罪包括了诈骗、传授犯罪方法、制作或销售违禁品、管制物品等,这些目的违法犯罪的动机具有多样性,决定了非法利用信息网络罪是复合性动机。有些是出于非法牟利动机,有些是追求心理上的刺激和满足,有些是为了培养犯罪同伙,有些同时具备多种动机,这些动机具有难以捉摸和估计的不明确性,不同的行为动机从侧面直接反映出行为人不同的主观恶性程度。非法利用信息网络的行为人主观上不仅具有多个犯罪阶段的综合性故意,还具有复合性犯罪动机。因此,非法利用信息网络罪具有立法

上预备行为实行化的主观要素基础。

信息网络愈加发达的现代社会,利用信息网络实施的违法犯罪活动的后果及其影响愈加恶劣。将利用信息网络实施的违法犯罪前置化规制显得很有必要,且具有一定的法理基础。只有积极预防,才能更为有效地打击利用信息网络实施的违法犯罪,才能避免不可估量的损害后果,才能最大程度的保护人民群众的合法权益。针对利用信息网络实施违法犯罪活动的特点和打击难点,《刑法修正案(九)》设立非法利用信息网络罪。该条规定虽然有些许值得商榷之处,但其出发点和落脚点是正确的,应当在合理解释其理论基础的前提下,通过司法实践总结经验加以完善。

参考文献:

- [1] 喻海松.刑法的扩张——刑法修正案(九)及新近立法解释司法适用解读[M].北京:人民法院出版社,2015.
- [2] 马克昌.犯罪通论[M].武汉:武汉大学出版社,2003.
- [3] 曾庆敏.中国大百科全书:法学[M].北京:中国大百科全书出版社,2004.
- [4] 陈璇.修正的犯罪构成理论之否定[J].法商研究,2007(4):38-42.
- [5] 孙万怀.违法性相对性理论的崩溃——对刑法前置化立法倾向的一种批评[J].政治与法律,2006(3):13-14.
- [6] 王昭武.法秩序统一性视野下违法判断的相对性[J].中外法学,2015,27(1):170-172.
- [7] 张明楷.刑法格言的展开(第三版)[M].北京:北京大学出版社,2013.
- [8] 于改之,蒋太珂.刑事立法:在目的和手段之间——以《刑法修正案(九)》为中心[J].现代法学,2016,38(3):120-122.
- [9] 梁根林.预备犯普遍处罚原则的困境与突围——《刑法》第22条的解读与重构[J].中国法学,2011(2):174-175.
- [10] 陈璇.德国刑法学中结果无价值与行为无价值的流变、现状与趋势[J].中外法学,2011,23(2):369-394.
- [11] 胡陆生.犯罪预备的特征与责任根据评述[J].犯罪研究,2003(5):13-14.
- [12] 王新.《刑法修正案(九)》第120条前置化规制的法理探析[J].北方法学,2016,10(3):43-44.

(上接第 27 页)

(六)依托智慧港口,打造跨境电商服务品牌

青岛港加快智慧港口和智慧物流建设步伐,拥有 6 大物流智能信息综合平台,10 大业务板块、10 个经营中心、20 家合资公司、57 个具体项目涵盖了全程物流链的每个节点,拥有功能齐备的跨境电商一条龙操作服务和专业化的团队。当前各大主要港口都在加速发展,推广业务员树立品牌。比如,郑州的“中大门”跨境商品直销区,宁波的“跨境购”电子商务平台。青岛作为排名前列的外贸口岸,品牌效应提升空间极大。可以借跨境电商税制改革的契机,大力宣传,高调入场,为集团互联网化战略转型提供保障。

(七)有效管控风险,打造专业化的服务团队

发展跨境电商的高端人才匮乏,这是青岛港发展跨境电商的最大瓶颈所在。跨境电商本身是一种探索,风险管控伴随其中。一是通过引进、选拔和培养专业的团队。二是要积极在探索新业务中注重经验的积累和过程的管控。三是根据市场准入和国家政策变化,在加快新业务的融合发展

中培养复合型人才。四是企业要成立专门的法律审计部门,形成与跨境电商一体化操作的有效管控机制。

五、结语

1.新一轮开放开发下,跨境电商必将成为新业态。跨境电商以互联网技术为主导,充分发挥港口对外开放和全程物流供应链管理的优势,将构建集国际贸易、金融物流于一体的港口经济新业态。

2.跨境电商物流服务需要配套成熟管理运营体系。未来,跨境电商将是游走在互联网虚拟物流与现实的物流融合下的一种智慧物流,也必将伴随着国家深度开放、第四代港口建设步伐逐步丰富和成熟。

3.新政所带动的晕轮效应必将逐步扩大和释放,青岛港发展跨境电商具有很大的优势,相信在加快智慧港口、智慧物流的建设中必将抢得先机,成熟壮大。