

双层社会背景下的刑法解释

陈洪兵

【摘要】网络空间与现实空间正逐步走向交叉融合,“双层社会”正逐步形成,传统犯罪发生的场域,也由“现实物理空间”一个平台,发展为“现实物理空间”与“网络虚拟空间”两个平台。有关“网络空间”是否属于《刑法》中“公共场所”的争论,充分暴露出传统物理社会的一元化思维,已经不能适应双层社会背景下的法益保护要求。为适应双层社会背景下的法益保护要求,应当认为《刑法》中“公共场所”的含义具有相对性,不应将其局限于人的身体可以自由出入的现实物理空间。不宜将网络游戏装备等网络虚拟财产认定为非法获取计算机信息系统数据中的“数据”,而应认为属于财物,非法获取之,构成盗窃罪等财产犯罪。将破坏生产经营罪中的“其他方法”,限于物理性地毁坏生产资料的立场已经不能适应网络时代的要求:以破坏生产经营罪定罪的“南京反向炒信案”判决,值得肯定。

【关键词】双层社会;刑法解释;公共场所;虚拟财产;破坏生产经营罪

【作者简介】陈洪兵(1970—),男,湖北荆门人,法学博士,东南大学法学院教授,博士生导师,主要研究方向:刑法解释学(江苏 南京 211189)。

【原文出处】《法学论坛》(济南),2019.2.78~87

【基金项目】本文系国家社科基金项目《网络服务商刑事责任边界及体系构建研究》(18BFX104)的阶段性成果,同时受江苏高校哲学社会科学重点研究基地(2015ZSJD002)和江苏高校“青蓝工程”资助。

一、双层社会背景下刑法解释面临的困境

随着科学技术的迅猛发展,我国目前已进入互联网时代。据中国互联网络信息中心发布的报告称,截至2017年12月,我国网民数量规模达7.72亿,互联网普及率高达55.8%,超过了全球平均水平(51.7%)4.1个百分点、亚洲平均水平(46.7%)9.1个百分点。“互联网的发展和发达,使人们的生活空间由现实向虚拟延伸,‘在线’成为当代人‘在世’生活的一种方式”^①。可以说,“以网络为代表的现代科学技术的不断发展和深度社会化,正在全方位地改变着人类的社会面貌和生活”^②。如今,实体商场门可罗雀,人们通过网购,足不出户便可以满足几乎一切生

活所需。另一方面,随着微信朋友圈的盛行,人们不再选择三五成群地聚集在现实物理空间的公共场所中“闹事”(这一点也为政府所忌讳),而是倾向“扎堆”地活跃在各种微信群中。目前“网络空间与现实空间正逐步地走向交叉融合,‘双层社会’正逐步形成”^③,传统犯罪发生的场域,也由“现实物理空间”一个平台,发展为“现实物理空间”与“网络虚拟空间”两个平台,一个犯罪既可能在网络空间完成“全部规范动作”,也可能同时跨越虚拟与现实两个平台空间而实现,而“两个犯罪平台的并存迫切需让传统刑法能够适用于两个平台之上的解释路径和套用规则”^④。

然而,当今不少立法者、司法者与学者,由于对互联网犯罪的特点、行为方式比较陌生,仍然秉持传统物理社会一元的思维方式,不能与时俱进地在双层社会背景下解读传统犯罪的构成要件,“于是出现诸多认定上的困难。从理论上说,这实际上就是刑法解释学所面临的新困境”^⑤。法律的滞后性使得实践往往走在理论的前面,因而实践对前沿问题给出的判断经常在理论界引起争议。例如,当立法解释认为侵犯通信自由罪中的“信件”包括“电子邮件”^⑥、司法解释规定传播淫秽物品牟利罪中的“淫秽物品”包括互联网上的“淫秽电子信息”时,理论上几乎没有人提出异议;但当司法解释认为利用互联网散布谣言可以构成寻衅滋事罪^⑦、判例认为非法获取他人游戏装备后予以出售的行为构成盗窃罪^⑧、法院判定通过网上“恶意好评”致使竞争对手遭受财产损失的行为构成破坏生产经营罪^⑨等,却遭受理论界的广泛质疑。^⑩

在双层社会背景下,出现了大量传统犯罪网络化的现象。从理论上讲,杀人、伤害、放火、爆炸、投毒甚至强奸等几乎所有的传统犯罪,都有可能利用网络工具或在网络空间发生。^⑪而且,随着人工智能时代的到来,“一切皆有可能”。面对双层社会背景下无所不能、无所不在的网络化犯罪,“仍然套用增设罪名的思路去解决网络犯罪问题,既不现实,也不经济”,因而“理论界和司法界恐怕都要尊重社会客观现实的发展,适度地调整和转变传统观念”,以“探索传统刑法在信息时代和‘双层社会’中的‘生存’之道,寻求传统刑法的罪名体系套用于网络空间的解决之道”。^⑫不过,也有学者对此表示担心,“网络时代我国刑法解释存在明显的扩张化趋势……很容易为了解决社会中出现的问题而突破罪刑法定原则”^⑬。更有学者直言,“网络时代刑法客观解释的演进方向就是日益严重的扩大化与入罪化”,进而提出了“网络时代客观解释的重新塑造:‘主观的客观解释’”^⑭。问题是,为收紧双层社会背景下网络犯罪刑法解释的缰绳,是否有必要以所谓的“主观的客观解释论”来重新塑造网络时代的刑法客观解释?应

该说,不无探讨的余地。

二、主观解释论与客观解释论之辩

在刑法解释目标上,存在所谓主观解释论与客观解释论的对立。主观解释论认为,刑法解释的目标在于探求立法者在制定刑法时的主观意思,即探究“立法原意”。客观解释论则认为,刑法解释的目标就在于阐明刑法条文在客观上所呈现出来的意思,而非“立法原意”。有学者认为,客观解释论虽然有利于保持刑法的灵活性及赋予刑法文本以时代生命力,能够满足刑法的法益保护功能,但其存在如下明显的缺陷:其一,客观解释论因否定立法意图而流于任意解释,可谓典型的“主观”解释;其二,客观解释论往往因应社会现实需要,脱逸立法意图的约束,从而违反罪刑法定原则。正因为如此,客观解释极易演变为扩大解释。^⑮但笔者认为,客观解释论并不存在上述缺陷,相反,主观解释论因存在致命缺陷而不应被采纳。

首先,主观解释论始终坚持的所谓“立法原意”,其实并不存在。所谓立法者,并不是一个人,在我国,立法者是由来自国内社会各阶层的2900多名全国人大代表所组成。人大代表在表决刑法时,并非逐条审议通过,因而各个人大代表对某个具体条文的意图并不总是一致的。况且,立法一经制定就已经落后,对于立法时未曾预料过的案件,立法者不可能有立法意图。例如,在制定1997年《刑法》时,还未发生“非典”,因而不可能质问立法者,《刑法》第267条第2款“携带凶器抢夺”中的“凶器”是否包括含有“非典”病毒的注射器?又如,如今使用微信很普遍,但也不可能追问立法者在1997年制定《刑法》第252条侵犯通讯自由罪条文时,是否想到其中的“信件”包括“微信”?因此,诚如美国联邦最高法院法官斯卡里亚(Antonin Scalia)所言:“在法院所争议的解释论上的争论点中,有99.99%是不存在议会意图的。”^⑯

其次,探究“立法原意”,难免会陷入“人治”的泥潭,进而有悖于罪刑法定原则所坚持的人权保障精神。众所周知,在我国,作为立法者的全国人大代表

来自社会各阶层,且绝大多数都没有经过专门的法律训练,同时全国人大代表审议刑法的会期不过几天,在此不可能指望每一位人大代表都能逐条、仔细地研读近两万字的刑法条文。所以,即便存在所谓的“立法原意”,也很难实际探寻。事实上,所谓“立法原意”,通常不过是仅参与立法起草而并未参加立法表决的少数几位专家或者人大立法工作人员的个人想法。倘若他们的观点就是所谓的“立法原意”,那这样的“原意”也不过是典型的“人治”,既不符合法治精神,也不利于保障人权。再则,即使认为“立法原意”代表了立法当时人民群众的意志,“原意”最终也会因为时过境迁,反而违背刑法适用时人民群众的意志。一言以蔽之,探究“立法原意”的结果,意味着多数人始终生活在少数人的统治之下。

最后,客观解释的结论并非“任意”、“主观”,而是相当客观,既能保证法的安定性,又能恪守罪刑法定原则。“议会的意图不是根据它的用心来判断,而是根据此用心在制定法中所作的表述来判断的”^⑩,所以,“采取主观解释论,并不符合罪刑法定原则”^⑪。刑法一经制定,就成了一种脱离立法者的客观存在,因而解释者只能从刑法条文的客观含义中,基于“法条用语的可能含义”、“一般人的预测可能性”以及“处罚必要性的大小”等因素,发现立法精神与目的,进而在法益保护与自由保障之间寻求平衡,以最大限度地穷尽刑法条文的含义。虽然不同的人对立法目的理解会有不同,但基于上述因素的考量及一般刑法解释原则与方法的运用,相较于孜孜不倦地探究其实并不存在的所谓“立法原意”的主观解释论而言,客观解释论所得出的结论不可能是“任意”、“主观”的,相反,客观解释更具有安定性、稳定性,更能符合变化了的时代要求、更有利于保护法益、更能维护罪刑法定原则。例如,针对“信件”包括“电子邮件”和“微信”、“淫秽物品”包括“淫秽电子信息”、在计算机网络上建立赌博网站属于“开设赌场”之类等等,这些客观解释不可能被认为因超出了所谓的“立法原意”而属于“任意”、“主观”的解释结论,从而违反罪刑法定原则。

综上,“对刑法的解释不能采取主观解释论,只能采取客观解释论”^⑫。有学者指出,由于网络时代刑法客观解释等同于扩大与入罪解释,这一方面意味着客观解释被过度甚至不当使用,另一方面也意味着“探究立法原意”的主观解释论价值需要被重新审视,为此,“宜以主观性纠偏过度的客观性,以‘主观的客观解释论’重新塑造客观解释论”;“主观的客观解释论”的最终目标是,“在立法者当初的价值取向和‘刑法条文之语言原意解释’的最大射程内来探求刑法规范在现实生活所具有的规范意义”。^⑬其实,所谓“主观的客观解释论”,不过是主观解释论的翻版,当解释者不同意客观解释论的结论,便会搬出高深莫测的所谓“立法原意”来佐证自己解释结论的合理性。例如,针对“南京反向炒信案”,“主观的客观解释论”就是基于所谓“刑法条文语言原意解释”,得出行为不属于“其他方法”进而不构成破坏生产经营罪的结论。^⑭如后所述,对“南京反向炒信案”,完全可以基于“法条用语的可能含义”、“一般人的预测可能性”、“处罚必要性的大小”、立法目的以及同类解释规则,得出是否成立破坏生产经营罪的妥当结论,根本无须以子虚乌有的所谓“立法原意”佐证自己的无罪结论。总之,针对双层社会背景下层出不穷的网络犯罪,理应在罪刑法定原则的框架下,坚持客观解释论。

下面以“公共场所”含义的相对性、窃取网络虚拟财产行为的定性以及破坏生产经营罪中“其他方法”的认定为例,探讨双层社会背景下的刑法解释。

三、“公共场所”含义的相对性

2013年9月6日最高人民法院、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》(以下简称《网络犯罪解释》)第5条规定,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,属于《刑法》第293条第1款第4项所规定的“在公共场所起哄闹事,造成公共场所秩序严重混乱的”情形,构成寻衅滋事罪。此解释一出,立即引起学界的普遍声讨。对于上述解释结论,除个别学者全部或部分予以支持外,^⑮绝大多数

学者都表示严重质疑。^②虽然在此解释颁布后,《刑法修正案(九)》在《刑法》第291条之一第2款增设了编造、故意传播虚假信息罪,以规制在信息网络等媒体上编造、传播虚假的险情、疫情、灾情、警情的行为,但由于缺乏“等虚假信息”之类兜底性规定,因此,从理论上讲,上述《网络犯罪解释》的规定仍有适用的余地,因而检讨上述解释结论的合理性仍具有现实意义。

反对论的主要理由在于:(1)《网络犯罪解释》中“造成公共场所严重混乱”的规定,明显放弃了行为发生场所与结果发生场所必须具有同一性的要求;(2)《刑法》第293条第1款第4项中“公共场所秩序”的范围明显窄于“公共秩序”,而“造成公共场所严重混乱”,并不当然符合寻衅滋事罪中“造成公共场所秩序严重混乱”的构成要件;(3)网络空间固然属于公共空间,但公共空间不等于公共场所;(4)寻衅滋事罪中的“公共场所”,必须是不特定或者多数人的身体可以自由出入的场地、处所,公众虽然可以在网络空间自由发表言论,但身体却不可能进入网络空间,所以,《网络犯罪解释》的上述规定已经不是扩大解释,而是用上位概念替换下位概念,也就是将“公共场所”提升为“公共空间”,将“公共场所秩序”提升为“公共秩序”,如同将作为上位概念的“人”,取代强奸罪中的“妇女”,进而得出强奸男人也能成立强奸罪的结论,因而属于典型的类推解释;(5)我国《刑法》中所规定的“公共场所”,全都是现实社会中物理空间的“公共场所”,因而与刑法分则其他条文中使用的“公共场所”概念相比较,也能得出寻衅滋事罪中的“公共场所”,只能是公众身体可以进出的场所的结论;(6)寻衅滋事罪中的“造成公共场所秩序严重混乱”,显然是指造成物理秩序的混乱,在网络上散布虚假信息,尽管可能造成人们心理秩序的混乱,但不会直接引起物理秩序的混乱;(7)“网络空间”作为“虚拟世界”,没有真实的物理架构,“网络空间”中的所谓“起哄闹事”,不能与发生在现实社会“公共场所”中的“起哄闹事”相等同,因此很难造成现实社会的实际损害;(8)在网络上只能是比较单一的“网络秩

序”,绝非现实社会中的“公共秩序”或“公共场所秩序”,该罪所规制的只能是“现实社会”物理秩序空间的寻衅滋事行为。^③

由此可见,“原有刑法中‘现实社会’中物理空间‘公共场所’的概念能否适用于‘虚拟世界’中的‘网络空间’是上述问题的核心”^④。很显然,反对论是事先将寻衅滋事罪中的“公共场所”,限定于人的身体可以自由出入的“现实社会”中的“物理空间”,将“公共场所秩序”限定于“现实物理空间”的秩序,同时要求行为发生的场所与所谓结果发生的场所必须具有同一性。

应该说,在网民已经成为社会成员的主体、人们线上活动的时间甚至已经超过线下活动的今天的今天,依然坚持《刑法》中的“公共场所”仅限于人的身体可以自由出入的所谓“现实社会”中“物理空间”的观点,不得不说已经严重过时了。其实,《刑法》中“公共场所”的含义具有相对性。

《刑法》中规定了“公共场所”的罪名主要有:(1)第130条的非法携带枪支、弹药、管制刀具、危险物品危及公共安全罪;(2)第236条的强奸罪;(3)第237条强制猥亵、侮辱罪;(4)第291条聚众扰乱公共场所秩序、交通秩序罪;(5)第292条聚众斗殴罪;(6)第293条的寻衅滋事罪。从理论上讲,由于上述各罪所保护的法益不同,“公共场所”的含义或者范围也应存在差异。例如,手握枪支进行网络直播,由于不具有实际的公共危险性,因此该行为不可能被评价为非法携带枪支进入公共场所,进而成立非法携带枪支危及公共安全罪。

又如,《刑法》第236、237条规定,“在公共场所当众强奸妇女”与“在公共场所当众”强制猥亵他人、侮辱妇女,分别是强奸罪、强制猥亵、侮辱罪的加重情节。张明楷教授认为,倘若将网络空间认定为“公共场所”,就会得出通过网络直播在私密房间进行的强奸行为,也属于“在公共场所当众强奸妇女”的结论,这显然是不能接受的。^⑤可是,此行为与“行为人在公共女厕所内强奸妇女,女厕所外有许多人听见或者感觉到行为人正在强奸妇女的,属于‘在公共场所

当众强奸妇女”^②相比,更具有提升法定刑的理由,因为即便是在私密房间进行的强奸,一旦通过网络直播,对妇女性羞耻心的侵害,相较于只是可能被女厕所外的许多人听到或者感觉到的情形,无疑要严重得多。所以,对于侵害妇女性的自主权和性的羞耻性的强奸罪、强制猥亵、侮辱罪而言,必须承认,只要能让不特定或者多数人看到、听到,即便是在网络空间,也应属于“在公共场所当众”犯强奸罪、强制猥亵、侮辱罪。

再如,由于聚众扰乱公共场所秩序罪强调“聚众”,而且明文列举了车站、码头等物理性场所,因而可以认为“本条中的公共场所不可能包含网络空间”。聚众斗殴罪也是如此。但不能由此认为,寻衅滋事罪中的“公共场所,并不包含网络空间”。^③因为,“利用信息网络散布谣言,起哄闹事,与手持扩音喇叭在大街上散布谣言、起哄闹事,当二者均造成现实公共场所严重混乱时,是完全可以等量齐观的,均可以按照寻衅滋事罪论处”^④。所以,要求“起哄闹事型寻衅滋事罪”的行为与结果发生的场所必须具有同一性,并无道理。

总之,认为“公共场所”包括“网络空间”,“公共场所秩序”包括“网络空间秩序”,没有任何问题。问题仅在于,网络空间中的“公共场所秩序严重混乱”的判断标准是什么?这才是我们需要正视的问题。^⑤有一点可以肯定,若在网络空间散布谣言并造成现实物理空间秩序的严重混乱,比如在举行大型群众性集会时,行为人突然在网上散布谣言说现场装有炸弹,从而造成集会现场的群众因极度恐慌而形成骚乱,无疑属于“在公共场所起哄闹事,造成公共场所秩序严重混乱”。倘若利用网络散布谣言,但并没有实际造成现实物理空间的秩序混乱,还是否应该以及如何认定“造成公共场所秩序严重混乱”,的确是需要认真研究的问题。本文想要说明的是,如今网络社会与现实社会已经出现深度融合,人们在线上活动也就是在所谓虚拟空间活动的时间,甚至超过了在线下即现实物理空间活动的时间,所以,我们应适应网络时代的双层社会的要求,承认“网络

空间”也是“公共场所”的一部分。由于网络的高度扩散性,网络空间的活动与纯粹的现实物理空间活动的社会危害性相比,可能有过之而无不及,故而,没有理由将网络空间及网络空间秩序排除在刑法保护的范畴之外。当然,为了不至过于限制宪法所赋予的公民的言论自由,尽管在教室或者小型会议场所当众强奸妇女的,可以被认定为“在公共场所当众强奸妇女”,但不宜认为,在教室、小型会议场所、微信群、朋友圈^⑥等相对封闭的场所或者空间中发表言论的行为,属于公开发表言论、“在公共场所起哄闹事”的行为。

四、侵害网络虚拟财产行为的定性

理论上认为,虚拟财产是指具有财产性价值、以电磁数据形式存在于网络空间的财物,大致包括:网络游戏账号、QQ账号等账号类虚拟财产;网络游戏装备等物品类虚拟财产;Q币、金币等货币类虚拟财产。^⑦目前,对账号类虚拟财产应否纳入财产范畴的讨论,本身就具有很大争议。为便于谈论,本文主要探讨侵害物品类及货币类虚拟财产行为的定性问题,其关键在于“虚拟财产的法律性质的确认问题,即虚拟财产是否具有财物的本质特征,能不能被视同财物”^⑧。

关于网络虚拟财产的法律属性,民法学界存在物权客体说、债权客体说、知识产权客体说、新型财产权利说等各种学说。^⑨刑法学界关于网络虚拟财产的法律属性以及侵害网络虚拟财产行为的定性,理论上也是众说纷纭,代表性观点如下:

1. 网络虚拟财产权是一种需要网络运营商积极配合才能实现的债权;既然我国相关规范性文件禁止网络虚拟财产的交易,就表明它不是财物,窃取之,不可能构成盗窃罪;窃取网络虚拟财产的行为,符合非法获取计算机信息系统数据罪定性的构成要件,但不采取非法侵入系统或者其他技术手段非法获取网络虚拟财产的,也不能定此罪;网游公司的职员利用职务上的便利,获取虚拟财产销售牟利的,可以侵犯著作权罪定罪。^⑩

2. 虚拟财产作为债权,是财产性利益的特殊表

现形式,以盗窃罪处理侵害虚拟财产的行为的思路是不妥当的;以非法获取计算机信息系统数据罪定性,只是权宜之计,引入类似利用计算机诈骗罪,才是未来立法应考虑的问题。^⑤

3. 网络虚拟财产属于无体物,不属于财产性利益;窃取网络虚拟财产的行为,符合盗窃罪的构成要件。^⑥

4. 网络虚拟财产是一种财产性利益,对于侵害网络财产性利益的行为,宜采用以网络犯罪保护模式为主,财产犯罪保护模式为辅的多元保护模式;只要是以非法侵入计算机信息系统或者其他技术手段获取数据的,原则上以非法获取计算机信息系统数据罪等网络犯罪罪名论处,至于通过盗窃、欺骗、胁迫、利用职务之便等手段非法获取的,宜以盗窃罪、诈骗罪、敲诈勒索罪、职务侵占罪等财产犯罪定罪处罚。^⑦

5. 网络虚拟财产属于财物,窃取网络虚拟财产的,应当认定成立盗窃罪与非法获取计算机信息系统数据罪的想象竞合犯。^⑧

6. 只要是具有管理可能性、转移可能性与价值性的虚拟财产,就属于刑法上的财物;非法侵害的,能够构成盗窃罪等财产犯罪;虚假财产的价格难以认定,但并非不能认定。^⑨

一直以来,我国司法实践中有关侵害虚拟财产行为的定性十分混乱,争议焦点在于,是定盗窃罪还是非法获取计算机信息系统数据罪。不过,在《刑法修正案(七)》增设了非法获取计算机信息系统数据罪,尤其是在最高法院相关人员表达了以非法获取计算机信息系统数据罪定性的倾向性意见后,目前司法实践中,逐渐形成了以非法获取计算机信息系统数据罪定性的趋势。^⑩

上述第一种观点的明显疑问在于:因国家相关规范性文件禁止网络虚拟财产的交易,就认为网络虚拟财产不是财物,进而认为窃取网络虚拟财产的行为不成立财产犯罪的结论,显然不具有说服力。因为毒品、淫秽物品之类的违禁品,国家也同样禁止交易,但没有人否认毒品、淫秽物品能成为财产犯罪

的对象。非法破解他人的游戏账号的密码,或者非法侵入网游公司计算机信息系统,非法转移他人网络虚拟财产的,成立法定最高刑为七年有期徒刑的非法获取计算机信息系统数据罪,而采取欺骗、胁迫等手段,让被害人自己操作转移虚拟财产的,只能宣告无罪,这无疑形成了明显的处罚漏洞。认为网游公司职员利用职务便利非法获取网络虚拟财产的,成立侵犯著作权罪,致使网络虚拟财产的法律属性极不稳定,况且“网络虚拟财产是网络平台提供者创造的客观存在,而不是一个作品,因此它无论如何都不能成为著作权的客体,同时不能成为其他知识产权的客体”^⑪。

第二种观点的问题在于:认为网络虚拟财产属于债权,是一种财产性利益,所以不能以盗窃罪进行评价的推理,很牵强;认为对网络虚拟财产不能以打破并建立占有的方式进行侵害,也不符合事实,因为以窃取等方式非法获取他人网络虚拟财产的方式,就是一种打破占有并建立新的占有的过程,至少相对于窃电行为而言,其打破占有并建立占有的过程更加明显,故而没有理由否认符合盗窃罪的构造;指望引进国外原本规制盗窃财产性利益行为的利用计算机诈骗罪^⑫这种“水土不服”的罪名,既是“远水解不了近渴”,也会“撕裂”我国的财产犯罪体系;更何况在我国,盗窃罪的对象包括财产性利益,具有充分的法律根据与法理依据。^⑬

第三种观点的结论虽然是妥当的,但认为网络虚拟财产属于无体物,却不无疑问。因为游戏装备等网络虚拟财产并不能如电能等无体物,能对客观世界发挥作用并经使用后被消耗掉,而是仍然存在于网络游戏运营商所控制的网络游戏中,即它不会被消耗掉。^⑭

第四种观点的致命缺陷在于结论导致处罚结果的不协调:以非法侵入计算机信息系统或者其他技术手段非法获取他人网络虚拟财产的,以非法获取计算机信息系统数据罪定罪,最高仅判处七年有期徒刑,而通过其他手段,如窃取、骗取、敲诈勒索、抢劫等方式,非法获取或者让被害人自己交付转移网

络虚拟财产的,则能以盗窃、诈骗、抢劫罪等定罪,最重判处无期徒刑甚至死刑。二者仅因为不具有重要意义的行为方式的差异,导致处罚结果的天壤之别,显然有悖平等适用刑法和罪刑均衡原则。

第五种“想象竞合论”观点的问题在于,“现行刑法中‘非法获取计算机信息系统数据罪’中的数据是技术意义上的数据,主要是针对‘身份认证信息’等相关相似类型的数据”^⑧;换句话说,之所以强调成立非法获取计算机信息系统数据罪,必须采取非法侵入计算机信息系统或者采用其他技术手段,就是因为非法获取计算机信息系统数据,关涉计算机信息系统的安全。对于不采取上述手段,而是在知悉他人游戏账号密码后非法转移他人游戏装备等虚拟财产,或者采取欺骗、胁迫等手段,使被害人自己交付转移虚拟财产的,根本不可能危及计算机信息系统的安全。因此,不能理所当然地认为,因为网络虚拟财产属于一种数据,故非法获取的就能成立非法获取计算机信息系统数据罪。质言之,非法获取网络虚拟财产的,通常并不符合非法获取计算机信息系统数据罪的构成要件,只有采取财产犯罪路径,才能有效地保护网络虚拟财产。

笔者赞成最后一种观点。由于网络虚拟财产具有财产价值、管理可能性及转移可能性,为了有效保护日益重要的网络虚拟财产的财产价值,应当认为其属于《刑法》第92条第1款第4项中的“其他财产”,属于盗窃罪等财产犯罪的对象,对采取窃取等财产犯罪方式非法获取网络虚拟财产的,应成立盗窃罪等财产犯罪。

五、破坏生产经营罪中“其他方法”的认定

“南京反向炒信案”案情如下:被告人董某为谋取市场竞争优势,指使谢某多次以同一账号恶意大量购买北京智齿公司南京分公司淘宝店铺商品,致使淘宝公司错误判定该店铺从事虚假交易,进而对其商品做出搜索降权的处罚,造成消费者无法通过淘宝网搜索到该公司在淘宝网店铺的商品,从而严重影响到该公司的正常经营活动,并由此造成了10万余元的经济损失。南京市雨花台区法院一审认

为,被告人董某、谢某出于打击竞争对手的目的,其行为属于以其他方法破坏生产经营活动,构成破坏生产经营罪。^⑨被告人董某上诉称:(1)其主观上不具备破坏生产经营罪所要求的“报复泄愤”的目的和行为动机符合“打击竞争对手”的商业惯例;(2)其行为不属于破坏生产资料的经营行为,不属于“以其他方法破坏生产经营”;(3)行为并未造成“生产经营活动无法进行”的后果;(4)行为与后果之间介入了淘宝公司搜索降权处罚的因素,而不具有刑法上的因果关系。南京中院二审反驳称,上诉人具有报复及从中获利的主观目的,客观上实施了通过损害他人商业信誉的方式破坏生产经营的行为,实际造成被害单位10万余元的经济损失,而且上诉人的行为与财产损失之间具有因果关系,其行为符合破坏生产经营罪的构成要件,应以破坏生产经营罪定罪处罚。^⑩

对此判决,理论界存在“支持论”与“反对论”两种对立的观点。“支持论”认为:(1)虽然被告人并未如毁坏机器设备或残害耕畜那样从物理上毁损他人的生产资料,但被告人的行为实际导致被害单位的网上店铺被淘宝公司做搜索降权处罚,经营活动遭受严重阻碍,整体财产法益遭受损害;(2)将反向刷单炒信的行为评价为破坏生产经营罪的“其他方法”,属于符合法益保护目的的客观解释,未超出刑法用语的最大射程,并不违反罪刑法定原则;(3)本罪中的“毁坏机器设备”、“残害耕畜”,仅仅起到提示作用,也就是说,即使行为人没有采取物理性破坏生产资料的方法,但只要行为侵犯了生产经营者基于生产经营的利益,就可以认为是“其他方法”;(4)本案中只要是破坏了电商的经营利益,就可以认为行为符合了破坏生产经营罪的构成要件。^⑪

“反对论”的主要理由是:(1)破坏生产经营罪所侵害的法益不是财产权,而是“开展业务活动的自由”,各种妨害网店经营的行为,应当构成妨害业务罪,但我国刑法并未规定该罪,将本应构成妨害业务罪的行为,按照破坏生产经营罪来处罚,属于典型的类推适用,违反罪刑法定原则;(2)被告人董某的行为,既不属于“毁坏机器设备”,也不属于“残害耕

畜”,因而其行为不是“破坏”;(3)根据同类解释规则,破坏生产经营罪中的“其他方法”,必须是毁坏机器、残害耕畜等物理性的破坏行为,必须采用“暴力”,行为对象必须是生产工具等生产资料,即仅限于毁坏生产工具或者生产资料等侵犯财产的方法,而炒信行为,并没有直接毁坏任何财物,因而不可能构成破坏生产经营罪;(4)被害单位通过论文相似度软件的有偿使用进而营利的业务行为,虽然属于“生产经营”,但被告人董某通过重复刷单致使被害单位被淘宝网“搜索降权”,并不属于“以其他方法破坏生产经营”的行为。^⑤

笔者认为,“反对论”的理由并不成立。

首先,破坏生产经营罪所保护的法益并非“开展业务活动的自由”,亦非市场经济秩序,而是他人的财产权。破坏生产经营罪在1979年刑法中属于破坏社会主义经济秩序罪一章的罪名,现行刑法将其归入侵犯财产罪一章中的故意毁坏财物罪之后,这充分说明,现行刑法中对破坏生产经营罪的立法价值取向在于保护他人的财产权,而且从其与故意毁坏财物罪中的故意“毁坏”公私财物相类似的表述——“毁坏”机器设备、“残害”耕畜或者以其他方法“破坏”生产经营来看,应当能够得出破坏生产经营罪与故意毁坏财物罪,同属于不具有非法占有目的的“毁弃罪”的结论。既然可以得出“当刑法规定故意毁坏财物罪就是为了保护他人财产免遭损失(保护他人的财产价值)时,就有必要将毁坏解释为使他人财物(股票)价值减少或者丧失的行为”^⑥的结论,就没有必要否认破坏生产经营罪的立法目的也在于保护他人财产免遭损失,所以凡是非法使他人遭受财产损失的行为,都可能被纳入本罪所规制的范畴。

其实,故意毁坏财物罪与破坏生产经营罪的区别仅在于,前者是通过毁坏具体财物,直接导致被害人所有的该财物本身的效用减少或者丧失,如摔碎他人的茶杯,导致他人不能用之饮水。而后者,是通过毁坏机器设备、残害耕畜等生产资料的方式,导致他人因为机器停止运转、没有耕畜可以犁地或运送重物而间接导致的财产损失,而不是被毁坏的机器、

残害的耕畜本身的财产损失,否则“破坏生产经营罪被完全消解于故意毁坏财物罪之中,从而丧失了单独存在的必要性”。^⑦本案正是通过恶意反向炒信的方式,导致被害单位遭受搜索降权的处罚,使网店的经营受到影响进而遭受财产损失的,因而完全符合刑法设立破坏生产经营罪的本旨。

其次,将破坏生产经营罪中的“其他方法”的对象限定于与“机器设备”、“耕畜”类似的生产资料,将行为方式限定于“暴力”、“物理性”的破坏方式,这完全是停留于农耕社会和机器工业时代的固有思维和解释水平,不能适应如今以第三产业为主体的后工业社会和网络时代的要求。应当认为,“其他方法”并不限于破坏工农业生产资料,而是“只要危害行为侵犯了生产经营者基于生产经营的利益,就可以认为是‘其他方法’”。^⑧如同可以将故意毁坏财物罪中的“毁坏”解释为一切使他人遭受财产损失的方法一样,如高进低抛他人的股票、打乱他人事先分门别类的各种型号的纽扣。事实上,否定论的立场也前后矛盾。例如,张明楷教授一方面认为,关于故意毁坏财物中“毁坏”的含义,应采取一般的效用侵害说,即,“毁坏不限于从物理上变更或者消灭财物的形体,而是包括使财物的效用丧失或者减少的一切行为”^⑨,另一方面又认为,“破坏生产经营罪,只不过是故意毁坏财物罪的特殊条款,亦即,只有通过毁坏生产工具、生产资料进而破坏生产经营活动的,才成立破坏生产经营罪”^⑩。也就是说,在对故意毁坏财物罪中的“毁坏”含义的理解上,采用了“效用侵害说”,而在对破坏生产经营罪中的“其他方法破坏”的理解上,却采用了物理性毁损说,明显自相矛盾。

再次,诚然,将破坏生产经营罪中的“其他方法”,解释为使用暴力、物理性地破坏与机器设备、耕畜类似的工农业生产资料,是最符合所谓同类解释规则要求的,但刑法语词的表述可以不变,其含义完全可能随着时代的发展、法益保护要求的变化、行为方式的异化,而实现“旧瓶装新酒”。立法者永远比解释者聪明!立法者就是因为认识到人类的认识具有局限性,不能预料到无穷多变的生活事实,而有意

表述为“以其他方法破坏生产经营”,以适应不断变化的案件事实的要求。如果现在的人们仍然恪守农耕社会和机器工业时代的思维,认为只有毁坏机器设备、残害耕畜,才能达到破坏他人生产经营的目的,则随着时代的发展,立法的目的完全可能落空,而不能满足变化了的法益保护要求。

最后,不能因为我国刑法缺乏妨害业务罪的规定,就认为将原本应当按照妨害业务罪处理的行为,以破坏生产经营罪处理,就有违罪刑法定原则。规定妨害业务罪的国家,如日本,并未将妨害业务罪规定为侵犯财产的犯罪,因而不会认为妨害业务罪属于毁弃罪。但在我国,破坏生产经营罪属于侵犯财产罪中的毁弃罪,因而,将部分通过妨害业务致使他人遭受财产损失的行为,评价为破坏生产经营罪,没有任何立法论和解释论上的障碍。我们“不能因为某种行为在国外属于刑法规定的A罪,而我国刑法没有规定A罪,便得出在我国‘将某种行为认定为犯罪违反罪刑法定原则’的结论”^⑤。而应根据我国现有的刑法规定,在刑法用语的最大射程范围内,将值得科处刑罚的行为,尽可能纳入我国相应犯罪构成要件所规制的范畴,以求最大限度地保护法益。

综上,“南京反向炒信案”中的行为,属于破坏生产经营罪中的“其他方法”,符合破坏生产经营罪的构成要件,以该罪论处,不仅符合法益保护的要求,亦未超出刑法用语的最大射程以及一般人的预测可能性,并不违反罪刑法定原则。

注释:

①高国其:《网络“虚拟财产”的现实定位与刑法规制》,载《重庆大学学报(社会科学版)》2017年第3期。

②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。

③于志刚:《“双层社会”中传统刑法的适用空间——以“两高”〈网络诽谤解释〉的发布为背景》,载《法学》2013年第

10期。

④同③。

⑤米铁男:《网络犯罪的形式评价问题研究》,载《东方法学》2017年第5期。

⑥参见2000年12月28日第九届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议通过的《关于维护互联网安全的决定》第四条第(二)项。

⑦参见2013年9月6日最高人民法院、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》第五条。

⑧参见山东省日照市东港区人民法院(2014)刑初字第120号刑事判决书。

⑨参见江苏省南京市雨花台区人民法院(2015)雨刑二初字第29号刑事判决书和江苏省南京市中级人民法院(2016)苏01刑终33号刑事判决书。

⑩参见张明楷:《简评近年来的刑事司法解释》,载《清华法学》2014年第1期;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;刘艳红:《网络时代刑法客观解释新塑造:“主观的客观解释论”》,载《法律科学》2017年第3期,等等。

⑪参见米铁男:《网络犯罪的形式评价问题研究》,载《东方法学》2017年第5期;于志刚:《“双层社会”中传统刑法的适用空间——以“两高”〈网络诽谤解释〉的发布为背景》,载《法学》2013年第10期。

⑫参见于志刚:《“双层社会”中传统刑法的适用空间——以“两高”〈网络诽谤解释〉的发布为背景》,载《法学》2013年第10期。

⑬欧阳本祺:《论网络时代刑法解释的限度》,载《中国法学》2017年第3期。

⑭刘艳红:《网络时代刑法客观解释新塑造:“主观的客观解释论”》,载《法律科学》2017年第3期。

⑮参见刘艳红:《网络时代刑法客观解释新塑造:“主观的客观解释论”》,载《法律科学》2017年第3期。

⑯[美]A.斯卡里亚:《关于法律解释中的立法史的利用》,[日]中川太久译,载《法学家》1998年第5期。

⑰[英]G. D. 詹姆斯:《法律原理》,关贵森等译,中国金融出版社1990年版,第50页。

⑱张明楷:《刑法分则的解释原理(上)》(第二版),中国人民大学出版社2011年版,第30页。

⑲张明楷:《罪刑法定与刑法解释》,北京大学出版社2009

年版,第91页。

⑩参见刘艳红:《网络时代刑法客观解释新塑造:“主观的客观解释论”》,载《法律科学》2017年第3期。

⑪同⑩。

⑫参见于志刚、郭旨龙:《“双层社会”与“公共秩序严重混乱”的认定标准》,载《华东政法大学学报》2014年第3期;陈劲阳:《徘徊在歧义与正义之间的刑法释义——网络寻衅滋事罪司法解释妥当性反思》,载《法制与社会发展》2016年第6期。

⑬参见张明楷:《简评近年来的刑事司法解释》,载《清华法学》2014年第1期;李晓明:《刑法:“虚拟世界”与“现实社会”的博弈与抉择——从两高“网络诽谤”司法解释说开去》,载《法律科学》2015年第2期;刘艳红:《网络时代刑法客观解释新塑造:“主观的客观解释论”》,载《法律科学》2017年第3期;欧阳本祺:《论网络时代刑法解释的限度》,载《中国法学》2017年第3期,等等。

⑭参见张明楷:《简评近年来的刑事司法解释》,载《清华法学》2014年第1期;李晓明:《刑法:“虚拟世界”与“现实社会”的博弈与抉择——从两高“网络诽谤”司法解释说开去》,载《法律科学》2015年第2期。

⑮李晓明:《刑法:“虚拟世界”与“现实社会”的博弈与抉择——从两高“网络诽谤”司法解释说开去》,载《法律科学》2015年第2期。

⑯参见张明楷:《网络时代的刑事立法》,载《法律科学》2017年第3期。

⑰张明楷:《刑法学(下)》(第五版),法律出版社2016年版,第876页。

⑱参见张明楷:《简评近年来的刑事司法解释》,载《清华法学》2014年第1期。

⑲陈劲阳:《徘徊在歧义与正义之间的刑法释义——网络寻衅滋事罪司法解释妥当性反思》,载《法制与社会发展》2016年第6期。

⑳参见于志刚、郭旨龙:《“双层社会”与“公共秩序严重混乱”的认定标准》,载《华东政法大学学报》2014年第3期。

㉑“微信就是朋友之间的即时通信工具,即使是具有公开转发功能的‘朋友圈’,也只是限于私人之间的非开放圈子,不能认定为网络公共场所”(于志刚:《“双层社会”中传统刑法的适用空间——以“两高”〈网络诽谤解释〉的发布为背景》,载《法学》2013年第10期)。

㉒参见陈兴良:《虚拟财产的刑法属性及其保护路径》,载《中国法学》2017年第2期。

㉓陈兴良:《虚拟财产的刑法属性及其保护路径》,载《中国法学》2017年第2期。

㉔参见杨立新:《民法总则规定网络虚拟财产的含义及重要价值》,载《东方法学》2017年第3期;温世扬:《民法总则中“权利客体”的立法考量——以特别“物”为重点》,载《法学》2016年第4期。

㉕参见刘明祥:《窃取网络虚拟财产行为定性探究》,载《法学》2016年第1期;徐彰:《盗窃网络虚拟财产不构成盗窃罪的刑民思考》,载《法学论坛》2016年第2期。

㉖参见徐凌波:《虚拟财产犯罪的教义学展开》,载《法学家》2017年第4期。

㉗参见姚万勤:《盗窃网络虚拟财产行为定性的教义学分析——兼与刘明祥教授商榷》,载《当代法学》2017年第4期。

㉘参见任彦君:《网络中财产性利益的刑法保护模式探析》,载《法商研究》2017年第5期。

㉙参见马春辉:《论窃取网络虚拟财产行为的刑法定性》,载《法律适用》2018年第1期。

㉚参见张明楷:《非法获取虚拟财产的行为性质》,载《法学》2015年第3期;陈兴良:《虚拟财产的刑法属性及其保护路径》,载《中国法学》2017年第2期;高国其:《网络“虚拟财产”的现实定位与刑法规制》,载《重庆大学学报(社会科学版)》2017年第3期。

㉛参见刘明祥:《窃取网络虚拟财产行为定性探究》,载《法学》2016年第1期;徐凌波:《虚拟财产犯罪的教义学展开》,载《法学家》2017年第4期。

㉜杨立新:《民法总则规定网络虚拟财产的含义及重要价值》,载《东方法学》2017年第3期。

㉝参见张明楷:《刑法的私塾(之二)(下)》,北京大学出版社2017年版,第212页。

㉞参见张明楷:《论盗窃财产性利益》,载《中外法学》2016年第6期。

㉟参见任彦君:《网络中财产性利益的刑法保护模式探析》,载《法商研究》2017年第5期。

㊱于志刚、李源粒:《大数据时代数据犯罪的制裁思路》,载《中国社会科学》2014年第10期。

㊲参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。

㊳参见江苏省南京市中级人民法院(2016)苏01刑终33号刑事判决书。

㊴参见李世阳:《互联网时代破坏生产经营罪的新解

释——以南京“反向炒信案”为素材》，载《华东政法大学学报》2018年第1期；李凌旭、阎二鹏：《新实质解释视域下的破坏生产经营罪之构成要件——以“恶意好评”行为入罪为视角》，载《湖南师范大学社会科学学报》2016年第2期。

⑤⑩参见欧阳本祺：《论网络时代刑法解释的限度》，载《中国法学》2017年第3期；刘艳红：《网络时代刑法客观解释新塑造：“主观的客观解释论”》，载《法律科学》2017年第3期；张明楷：《妨害业务行为的刑法规制》，载《法学杂志》2014年第7期；冀洋：《网络时代破坏生产经营罪的司法逻辑》，载《法治研究》2018年第1期。

⑪张明楷：《罪刑法定与刑法解释》，北京大学出版社2009年版，第509页。

⑫参见李世阳：《互联网时代破坏生产经营罪的新解

释——以南京“反向炒信案”为素材》，载《华东政法大学学报》2018年第1期。

⑬参见李凌旭、阎二鹏：《新实质解释视域下的破坏生产经营罪之构成要件——以“恶意好评”行为入罪为视角》，载《湖南师范大学社会科学学报》2016年第2期；李世阳：《互联网时代破坏生产经营罪的新解释——以南京“反向炒信案”为素材》，载《华东政法大学学报》2018年第1期。

⑭张明楷：《刑法学（下）》（第五版），法律出版社2016年版，第1026页。

⑮张明楷：《妨害业务行为的刑法规制》，载《法学杂志》2014年第7期。

⑯张明楷：《刑法分则的解释原理（上）》（第二版），中国人民大学出版社2011年版，第74页。

The Interpretation of Criminal Law under the Background of Double-layer Society

Chen Hongbing

Abstract: Cyberspace and real space are gradually moving towards cross-integration, "double-layer society" is gradually formed. The field of traditional crime has also developed from a platform of "real physical space" to two platforms of "real physical space" and "network virtual space". The debate on whether "cyberspace" belongs to "public places" in the criminal law has fully exposed that the unified thinking of the traditional physical society can no longer meet the requirements of the protection of legal interests in the context of a two-tier society. In order to meet the requirements of the protection of legal interests in the context of a two-tier society, it should be considered that the meaning of "public places" in the criminal law is relative and should not be limited to the real physical space in which the human body can enter and leave freely. It is not appropriate to regard network virtual property, such as online game equipment, as illegal acquisition of "data" in computer information system data. The network virtual property should be considered to belong to property and behaviors that acquire it illegally constitute larceny and other property crimes. The viewpoint that the "other methods" in the crime of destroying production and management is limited to the physical destruction of the means of production can no longer meet the requirements of the network age. The judgment of the "Nanjing reverse speculation case", which was convicted for the crime of destroying production and operation, is worthy of affirmation.

Key words: double-layer society; interpretation of criminal law; public places; virtual property; crime of destroying production and operation