目录

（每一部分均以姓名拼音为序）

第一部分 信息时代刑事法理论的现代转型……1
何邦武：“综合认定”的应然解读与实践进路……1
利子平、周建达：非法获取公民个人信息罪“情节严重”初论……28
李　华：不放弃追诉政策……42
林劲松、陈雅冰：大数据时代下的犯罪侦防模式……50
阮方民：对改进我国缓刑制度的两点思考……60
阮方民：从旧兼从轻:刑法适用的“准据法原则”……68
王作富 阮方民：关于新刑法中特别防卫权规定的研究……83
魏　巍：电子数据新规，看起来并没有那么美……95
叶良芳：科技发展、治理挑战与刑法变革……98
张　伟：中立帮助行为探微……118
第二部分　信息时代刑事法的解释……132
封利强：刑事远程审判的法理基础……132
高艳东 祁　拓：互联网时代倒卖车票罪的规范解读……140
楼伯坤 唐　玲：网络服务提供者不作为犯罪的罪与罚……159
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……166
阮方民：“国家工作人员”概念若干问题辨析……179
王波永：网络上泄露涉密级考试答案的行为定性……190
周辛艺、陈明杰：论“间接委派”国家工作人员的身份认定……197
周振晓：贪污贿赂犯罪新修正述要……202
第三部分　信息时代刑事法与新兴现象……210
陈熠楠：“一元夺宝”属于赌博行为……210
胡　铭：信息社会对刑事司法的机遇与挑战……220
李莉莎：关于淘宝代运营引发的法律问题的思考……233
单　勇：犯罪地图的公开……240
第四部分　信息时代刑事法的实证研究……255
冯　姣：互联网电子证据的收集：以 483 个案例为基础的分析……255
苗一路：没收财产刑司法适用实证研究……277

第一部分 信息时代刑事法理论的现代转型

“综合认定”的应然解读与实践进路

南京审计大学 何邦武*

摘 要：针对电信网络诈骗犯罪活动日益猖獗的现实，“两高一部”出台了《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》，提出“综合认定”此类犯罪中的证据，但因规则缺乏操作性，理论及实践中难以就此形成共识，以致“规则虚置”。除了印证的外部阻滞性因素外，综合认定难以实行的内在原因主要是对间接证据使用的疑惧以及基于传统认知理论的理性自负，坚持认识中的本质主义及对案件事实的客观主义幻觉。实践综合认定的应然进路是：吸纳法律论证理论，重视言述知识与非言述知识的统一，融体验哲学及知识的默会方式于既有认知模式中，重新体认案件事实形成中的程序及证成属性，廓清间接证据使用中的误区，认真对待情状证据所蕴含信息的加权作用。

关键词：网络电信犯罪；综合认定；刑事证明标准；印证模式；间接证据

一、引言

利用通讯工具、互联网等技术手段实施的电信网络诈骗犯罪活动在近年来的猖獗，已经迫使公、检、法部门不得不凛然以对，“两高一部”在2016年9月21日颁布《关于办理刑事案件收集提取和审查判断电子数据若干问题的规定》之后不久，又随之于同年12月19日出台了《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”）的专门性规定，从规则制定之密集到措辞之严厉[1]已足以说明当前该类犯罪的形势。一个不争的事实是：一方面，电

*何邦武，南京审计大学法学院教授，浙江大学“大数据+法律”创新团队研究员，法学博士，研究方向：刑事诉讼法学，证据法学，法律史学。本文系作者主持的国家社科规划课题：“近代中国证据法学知识体系形成研究”（14BFX068）阶段性成果及浙江大学互联网法律研究中心研究成果。

[1] 在“意见”中，两高一部断言，电信网络诈骗犯罪“严重侵害人民群众财产安全和其他合法权益，严重

信网络犯罪包括诈骗犯罪因电子数据的特有属性已经使侦查搜集证据较之传统犯罪侦查更加困难，而几何级增长的网络犯罪数量，又使得侦查、起诉部门越发感到难以应对[2]。另一方面，犯罪者的高智商和计算机的高智能因搭上互联网这一无界和快捷的载体，又使其犯罪手法的更新产生了乘数效应，新生的犯罪手段铺天而来。其中，不乏组织严密、成员庞大的团伙型犯罪。实施犯罪的团伙普遍表现为，不仅上、下游分工细致，而且善于利用合法企业的形式掩盖犯罪行为，此外还有反侦查、规避监管意识强，违法犯罪活动与正常合法经营活动杂糅等新特点，加之受害人数目庞大、地域分布广，给侦查、审理此类案件带来了新的从实体到程序的挑战。[3]仅就惩治电信网络犯罪包括诈骗犯罪中的证据搜集和审查判断而言，在现有的诉讼证明模式和证明理念下，其共同的难点即分散且人数众多的受害人陈述无法获取，从而犯罪数额无法查证属实，造成定罪或量刑的困难。[4]

有鉴于此，两高一部在“意见”第 2 条第 4 款规定：“因犯罪嫌疑人、被告人故意隐匿、毁灭证据等原因，致拨打电话次数、发送信息条数的证据难以收集的，可以根据经查证属实的日拨打人次数、日发送信息条数，结合犯罪嫌疑人、被告人实施犯罪的时间、犯罪嫌疑人、被告人的供述等相关证据，综合予以认定。”该“意见”第 6 条第 1 款还规定：“办理电信网络诈骗案件、确因被害人人数众

于扰电信网络秩序，严重破坏社会诚信，严重影响人民群众安全感和社会和谐稳定，社会危害性大，人民群众反映强烈。”连续用了 4 个“严重”，并要求有关部门“坚持全链条全方位打击，坚持依法从严从快惩处，坚持最大力度最大限度追赃挽损……”笔者在浙江大学互联网法律研究中心举办的“互联网法律论坛”中，听闻与会的该省公安系统刑侦部门的领导谈到的该省利用电信、网络实施的犯罪情况的分析数据，情形确实不容乐观。

[2] 目前，不断加大的惩处力度，已使电信网络犯罪增长势头在部分地区得到遏制，但需要注意的是，部分地区此类犯罪在增长势头得到遏制的同时，单位犯罪数额又大幅增长。以浙江省为例，该省 2016 年 1 至 11 月份受理的电信网络诈骗案件占到了全部侵财案件的 17%。虽然案件数量有所下降，但就被害人实际损失金额而言，2015 年为 15.42 亿，而 2016 年 11 个月的损失金额已达 18 亿之多。所以此类犯罪的社会危害性实际上仍在加大。

[3] 此类犯罪在程序及证据上新生的问题，是本文讨论的焦点。实体而言，由于此类犯罪的非物理接触性特征，因人机同一性认定难，使犯罪主体及是否共同犯罪较传统接触性犯罪难以确认。例如，某地公安机关查获的网络销赃犯罪中，犯罪团伙成立了公司，招募工作人员操控电脑，进行网上交易，由此，何时由何人操控电脑进行销赃，就难以确认，从而共同犯罪也存在争议。

[4] 对此种搜集、审查和判断证据的难题已有过讨论，其根本原因在于印证证明模式以及客观还原论之下的客观真实或法律真实的诉讼证明标准。参见何邦武：“小额多笔网络电信售假和诈骗犯罪取证问题研究”，《政治与法律》2016 年第 8 期。

多等客观条件的限制，无法逐一收集的，可以结合已收集的被害人陈述，以及经查证属实的银行账户交易记录……等证据，综合认定被害人人数及诈骗资金数额等犯罪事实。”理论及实践中将上述规定简称为“综合认定”。求解上述规定的文义，不难发现，“综合认定”出台的意图，正是在于突破网络新型犯罪中电子数据收集、提取中的困难，以及被害人人数众多、分布广泛且无法确定、搜集等的难题，使被害人陈述不再作为认定案件事实的关键证据。因为司法解释机关已注意到电信网络诈骗等新型互联网犯罪在证据上的新样态新特点，并试图针对这些新特点以规范性命题的方式加以涵摄，从而使司法实践部门的办案人员在办理此类案件时，对于证据收集和证据资格能力的审查判断更加有章可循，其制度的建构意义不容否认。因此，可以断言，两高一部制定该“意见”的目的，旨在破解司法实践中普遍存在的因缺乏被害人陈述等直接证据而不敢立案、起诉、审判的困境，缓解此类具有严重社会危害性的犯罪行为在刑事必罚性与既有证明理念所致的立法无解性，以及既有制度无效性之间的张力，以实现刑事处罚权，修复社会秩序。

然而，由于语言的模糊性、规则内部可能存在的冲突等各种原因，“人们只能极为有限地获得法律的确定性”[5]，法律在很大程度上曾经是、现在是，而且将永远是含混和不稳定的，法律适用必须求助于适用者对法律的解释，而适用者又必然受制于政策、道德及与其相关的法律制度环境下的理念等因素。因此，认为“法律适用不过是在抽象表述的大前提之下进行的逻辑涵摄”[6]只不过是一种幻象。在对“综合认定”的理解与适用中，从下文即将展示的已有司法实践及相关的理论研讨来看，所谓的“综合认定”的确定性即使在其意义的核心地带，也难有一致的“确解”：综合的对象是什么，认定在诉讼中有无特质，其程序如何进行，不同主体的差异性如何解决？如此等等，都是亟待解决而实际上又难以解决的问题。

尽管如此，承认“综合认定”在语义和适用上的模糊特质并非意味着问题的

---

[5] erome Frank,*Law and Modern Minds,*New York:Tudor Publishing Co.,1936,p.11.法律语言的模糊特质首先是法律必须借助于抽象的概念运思的必然产物；其次还有立法者在无法达成一致意见时的有意为之；此外，还是法律的制定必须考虑到“理由穷而情无限”的现实，从而应使法律的适用保持适度的弹性等原因。参见【德】拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2011 年版，第 56 页。

[6] 参见陈林林：“直觉在疑案裁判中的功能”，《浙江社会科学》，2011 年第 7 期。

无解。事实上，“语言模糊只是一种表象，其背后是常规实践方式或有效社会共识的缺乏。对语义与概念的争论也只是一种表象，背后是不同的实质性考量。”[7]易言之，在对特定语词进行诠疏时，寻求其背后可能存在的有效共识，以此推演植基于其上的概念“所指”，应当是合理可行的进路。因此，求解“综合认定”在理解和适用中的难题的方法应当是，以刑事法治理念下的诉讼及证据制度的应然法理即刑事证明理论的“通识”作为“理想类型”（马克思•韦伯），反思当下的司法实践，通过对既定的诉讼和证据制度系统的梳理，以及该制度系统所凭依的主流证据理论及与之相关的证据理念的辨析，探求“综合认定”从制度到理念的某种“共识”，以此获得对该语词的合理解读和适用。

二、司法实践及既有刑事证明理论对“综合认定”的释读

在“意见”出台前，为惩治电信网络犯罪，针对普遍存在的因被害人数量庞大、地域分布复杂，无法一一取证核实被害人陈述，因而认定犯罪数额以定罪量刑的难题，司法实践部门已经摸索出一些较有成效的惩治办法，其中的一些证明方法与本文所讨论的综合认定问题深度相关，可以称之为“意见”的“前实践”样本。因此，总结并反思其实践过程中的争议，分析其面临的困难及原因，并以此寻求共识，反观“意见”中的综合认定，将是解读“意见”中的综合认定的十分重要的视角。归纳起来，受既有刑事证明理论的支撑，实践中惩治电信网络犯罪有以下三种模式：

一是以犯罪嫌疑人自认为基础，再辅以相关证据进行印证的认罪处罚模式。例如，福建某地司法部门根据全案事实，对有证据证明系专用于犯罪的银行账户，只要犯罪嫌疑人交代纯用于作案，再辅以抽样取证的受害人材料印证，即可认定该账户的进账系团伙组织者、指挥者的犯罪数额。对参与者则可根据犯罪时间段、犯罪嫌疑人提成的记录并结合犯罪嫌疑人的供述予以综合认定。随着 2016 年 9 月 3 日全国人大常委会《关于授权最高人民法院、最高人民检察院在部分地区开展刑事案件认罪认罚从宽制度试点工作的决定》的实施，此种处罚模式已在部分

[7] 陈坤：“法律、语言与司法判决的确定性---语义学能给我们提供什么？”，《法制与社会发展》2010 年第 4 期。

地区有了规范依据。笔者认为，与特定、明确且被害人数有定限的传统刑事案件不同，在电信网络诈骗犯罪案件中，由于取证对象的特殊性，取证中的公正与效率之间如何衡平的难题更加突出，并因之最终影响到案件的起诉和审判，因此，在电信网络犯罪惩治中引入辩诉协商制度深有必要，此种实践中的做法值得肯定。将来宜全面引入并结合我国的刑事司法现状，建构更加完整的从定罪到量刑的全方位辩诉协商制度，通过控方与辩方律师之间的协商，以控方撤销指控、降格指控或者要求法官从轻判处刑罚为条件，来换取被告人的有罪答辩，并辅以其他证据，以起诉和审判包括电信网络诈骗在内的网络犯罪案件，将是走出惩治电信网络犯罪困境的必由之路。[8]

二是“抽样取证，全案综合认定”模式。由 Z 省 Z 市司法部门查办的“4•19”特大系列钓鱼软件远程刷单诈骗案系 2016 年最高检、公安部联合督办的案件，即是以该种方式侦破的。[9]由于该案受害者人数众多，遍布全国各地，但受害人人均损失的金额较少，小额损失者占绝大多数，受害者没有主动作证的积极性，向被害人取证的确比较难，加之办案成本等因素的影响，以致事实上无法就所有被害人陈述一一取证。同时，一些受害人自知刷单行为会受到电商平台的处罚，即使被骗受损后也不事声张。对此，Z 市公安和检察机关根据已有的部分被害人的陈述，结合已有的电子数据、交易账单等相关的证据材料加以综合认定全案。关于抽样取证的样本形成和技术流程，数据提供者阿里巴巴公司的安全部门高级安

[8] 认罪认罚从宽制度的实施尚在试点之中，受制于多方因素，其进一步完善势在必行。详尽的分析和探讨可参见熊秋红：“认罪认罚从宽的理论审视与制度完善”，《法学》2016 年第 11 期。有关辩诉协商或辩诉交易制度在我国系统设立的该当性问题的梳理，可参见何邦武前引文：“小额多笔网络电信售假和诈骗犯罪取证问题研究”。

[9] 该案的作案手法和作案经过是，犯罪团伙以公司的组织形式作为掩护，在购买了多款上游技术灰黑产业开发的钓鱼、挂（木）马软件后，利用一些电商平台上开设店铺的卖家寻求找人刷单“炒信”提升其信誉度的心理，通过 QQ 等即时通讯工具积极寻找联络具有刷单需求的店家，以为其刷单为名义，以“刷单手”的身份实施诈骗：一开始店家通过刷手（实施诈骗者）在网上通过淘宝网到受害人的店铺里将商品拍下来，此后，按正常刷单程序要刷单手（实施诈骗者）在自己的电脑上付款。为了防止被阿里巴巴判定为刷单，实施诈骗者到最后的付款阶段的时候要求商家自己通过 QQ 远程到骗子的电脑上来付款，即通过 B2C 的网银充值的模式来付款，但在付款的过程当中，刷单手的这台电脑上预先安装了一个钓鱼软件，该软件只有两大功能，第一是篡改网银支付的原代码。正常的刷单在网银支付时，钱款应回流到这个店铺绑定的支付宝账号里，但刷单手的电脑上装了这款软件以后，在付款时就将网银支付的页面篡改掉了，这个钱就直接转到了软件绑定的一个支付宝账号里，也就是行为人实际掌握的账号里；二是篡改网银支付的金额，从而骗取了远超过正常刷单支付商品货款金额的钱款。嫌疑人在实施诈骗过程当中，作案使用的淘宝账号有正常刷单的资金往来又有实施诈骗的资金往来，给侦查带来困难。

全专家作了解释：该公司在向司法部门提供给电子数据时，对提取的方法和依据均进行了合理的技术解析，以说明该相关电子数据反映的内容和性质：在阿里平台的数据体系当中，虽然各数据是以碎片的形式存储的，但这些数据的提取是依照一定的逻辑，结合公安机关办案的需求，根据嫌疑人在线下行为的特点形成的。比如，一个用于诈骗的账号，就会产生一定的资金流，可以对其进行分析，该资金流是不是在同一台机器上产生的，或者是在不同机器上产生的。所有这些问题，都会在一定的时间段形成一定的轨迹。根据这些轨迹，再结合犯罪嫌疑人的供述，如犯罪嫌疑人交待，其作案的过程当中的交易行为习惯、手段、方法等，再将这些逻辑节点串结起来，就可以形成一定的（提取数据的）逻辑。公安机关就依照这个逻辑提取相关的数据，来证明该嫌疑人是在同一台机器中，通过哪个账号进行了哪些操作，这些账号的钱又去了哪里。有了这样的逻辑以后，阿里公司安全部门再按照其行为方式，客观地对整个机器、整个账号相关的同一标准的数据进行提取，将导出来数据客观地提供给公安机关。需要注意的是，根据该类犯罪作案的性质和犯罪过程的特点，其时间节点不可能是紧密排列在一起的，在犯罪过程中会出现断档的情况。对此，合理的解释是，这可能是由于某一笔转账属于正常而非犯罪的转账行为。当将这个账号所有的记录展示给公安机关侦查人员时，将这两类不同相形的记录一比较，就很清楚了，即：哪些是正常的交易，哪些是不正常的交易，符合犯罪行为的逻辑。[10]

三是受限于传统的刑事证明理念，在侦查中努力找到网络电信犯罪中相应罪名犯罪数额的下限并以此定罪量刑的有限追惩模式。该模式对缺乏言词证据印证的剩余数额即使比较确信，也不应予以认定和追究。发生在 Z 省 C 县的以公司名义通过网络收购诈骗来的游戏卡涉嫌销赃罪数额的认定即具有代表性。[11]据承

[10] 材料及信息来源于 2017 年 1 月 11 日浙江大学互联网法律研究中心举办的 “互联网法律论坛（第二期）”中参会人员的发言。

[11] A 诈骗团伙在多家宾馆、出租房设立窝点实施诈骗。A 诈骗团伙使用诈骗手段，骗取利用被害人支付所获得的等价值点券、话费充值卡、点卡卡密（如 100 元面值价值 100 元）。为将手中大量的点券、充值卡密变成现金，故 A 诈骗团伙以低于市场价的价格（如 100 元面值 97 元），卖给以易某某为首的 B 洗钱团伙用以洗白诈骗款。B 洗钱团伙收购点券、话费充值卡、点卡卡密后，将这些充值卡以低于市场价（如 100 元面值卖出去 98.5 元）卖至 C 点卡回收平台，C 点卡回收平台留取利润后将钱打至 B 洗钱工作室账户后，B 洗钱工作室留取利润后使用账户（非工作室人员账户）给 A 诈骗团伙指定银行账户汇款，完成洗钱工作，帮助 A 诈骗团伙逃避侦查打击。B 洗钱工作室有股东、老板易某某和员工。易某某接手曾被公安机关打击的 xx 网，向各大股东收取 QQ 号后成立 B 洗钱工作室，招录赵一、钱二、孙三和李四等 4 名员工

办案件的该县公安部门负责人介绍，该案初步查明涉案金额 5000 多万，但最终只能以有被害人陈述印证的 35 万元作为追诉金额。可以想见此类犯罪情况之严重以及实际处罚之困难。司法实践部门对此的基本态度是，在现有刑事司法背景下，虽然犯罪问题很严重，但办理此类案件还是要守住一条底线，这就是，已经取证的被害人陈述涉及到的金额，必须达到立案标准。倘若连立案标准都达不到，还是有法律风险的。所以，只能退而求其次，办案过程中以能达到定罪最低数额标准为目标，实施追惩。与“综合认定”模式相比，该模式恪守既有的印证证明方式及其理念，虽然保证了办案的低风险性，也实现了对一部分犯罪的惩治目标，但显然追惩力度不足，不能有效实现刑法应有的预防功能。也有学者提出改良此种模式的建议，即在能够保证口供自愿性的基础上，以口供和相关且有独立来源的辅助证据为印证证据材料来定罪量刑。同时借鉴在行贿、受贿罪惩治中对行贿人的处理方式，对网络店家采取激励措施，使其配合公安的取证，以减少惩治此类犯罪的一些难度。[12]

在上述三种模式中，第一种模式在处罚方式上与既有的刑事法律制度设定的量刑从宽等规定较为契合，[13]符合惩治网络电信犯罪的内在诉求，是将来惩治网络电信犯罪应有的选项，尽管该模式本身在程序、适用对象等方面需要完善制度性规范。第二种模式顺应了惩治电信网络犯罪的需求，虽然其取证方法本身仍然存在诸多争议，但随着“意见”的颁布实施，该模式在实践中应用的合法性已经没有疑义。第三种模式受制于现行的刑事证明理念，其实际社会效果已滞后于对电信网络犯罪不断加剧的社会危害性进行惩治的需求，不是惩治电信网络犯罪的理想模式。因此，这三种模式中的前两种是将来惩治电信网络犯罪的应然适用模

进行洗钱活动。4 名股东，主要提供 A 诈骗团伙的 QQ 号。据承办案件的该县公安部门负责人介绍，该案初步查明涉案金额 5000 多万，但最终只以有能得到印证的 35 万元作为追诉金额。可以想见此类犯罪情况之严重以及实际处罚之困难。

[12] 秦宗文：“在浙江大学互联网法律论坛（第二期）上的发言”（2017 年 1 月 12 日，根据速记整理）。

[13] 除了刚刚出台的认罪认罚从宽制度外，现行刑事实体法和程序法对认罪认罚案件的适用程序及从宽量刑均有规定，但未能体系化。如刑法第 67 条、第 276 条之一第 3 款、第 283 条第 2 款、第 390 条第 2 款、第 392 第 2 款对自首、坦白情节及拒不支付劳动报酬罪、贪污罪、行贿罪、介绍贿赂罪规定了或从轻、减轻处罚或免除处罚的适用情形。《最高人民法院关于常见犯罪的量刑指导意见》（以下简称《量刑指导意见》）对自首、坦白、当庭自愿认罪、退赃退赔、赔偿被害人、取得被害人谅解、达成刑事和解等情节在量刑上确定了从宽幅度。刑事诉讼法规定了简易程序、刑事和解制度、附条件不起诉制度等。上述既有制度说明了第一种模式在其中的许容性。

式，值得认真反思并使其逐步完善。而就前两种模式的实际运作过程而言，第一种模式对参与犯罪者处罚时的证据采信方式，第二种模式采取的“抽样取证、综合认定”的方式，都涉及如何综合认定的问题。其中，第二种模式与“意见”第6条第1款的规定在证据如何采信的思路上高度一致，其抽样取证的方式还可视为对该条款规定的一种具体化的尝试。

由于第一种模式在证据采信及证明标准要求的事实上均较第二种模式低，因此，在适用中引起的质疑或规则冲突均不突出[14]。但对于第二种模式既有的综合认定，理论和实践部门都有质疑之声，或者即使认同，也认为需要适当地修正。质疑主要集中在综合认定的证据来源上，即实践中使用的抽样取证方式。虽然有网络服务平台机构对样本来源的分析和说明，但仍有人认为，这样的样本取证难以防止取证过程中的特例，选取的对象因之没有代表性、典型性，甚至认为无论多么完美的规则，都不能保证抽样当中存在的一些极端因素。比如：侦查人员提取了这部分数据，刚刚恰巧碰到了导致这个诈骗罪名不成立的其他情形。因此，由于标本证明用到了类推推理的方式，是一个佐证性的类比推理，包含推论的因素，这种类比推理不能代替证明，否则突破了证明的底线，在法理上是不可成立的。总之，样本证明有一定的局限性，如果过度地依靠标本证明，存在案件质量无法保证的风险。

有学者为此提出了一些建构性修正意见，一是使用的必要性。即：其他证据不足以证明，使用标本证明也不至于出错。二是样本具有充分的典型性和代表性。样本事实与其他事实之间存在高度的一致性、相似性，能够确保这样的推理不会出现逻辑的问题，排除合理怀疑。抽样方式要尽量保持一种客观性，最好由第三方平台随机抽样，以保证其典型性和代表性。可以考虑由第三方取样、嫌疑人抽样，或者嫌疑人提出来，公诉部门监督嫌疑人抽样的办法，以避免出现偏离一般值的情况。三是其他证据与之相协调。所有证据样本应“合理的镶嵌于整体的证据构造”当中。同时，按照“两个基本”的原则，即虽然没有被害人的陈述，但“基本事实清楚，基本证据具备”，而且这些证据和被害人抽样证据比较协调，

[14] 认罪协商制度的根本在以效率实现公正，因此其证据采信及证明标准与刑事普通程序中的定罪量刑要求理当不同，但迄今我国的刑事司法规则体系中尚没有对此作明确规定，然而，实践中的法律已然承认并接纳了这一现实。对认罪认罚量刑从轻模式也应当如此，亟待规则上的明晰。与此相关的是实体上，轻重罪的证明标准也应该不同。

方可定案。四是没有反证以及合理的正当性解释。五是符合经验法则，能够“排除合理怀疑”。这是整体的判断，也是最后的证明标准。[15]

归纳言之，实践中有关综合认定适用中的困惑、辩难甚至学者的修正意见主要集中在证据的采信上，即被抽样的证据如何才能具有典型性，并据此可以推定全案。而在其背后，是我国既有的刑事证明理论所奉行的过于理想化且绝对主义的证明标准，即案件事实可以经过证据被发现是客观真实的。与此相关，是印证的证明模式，由此催生了将案件“坐实”的动机，即必须达到“客观唯一”，而不能以“内心确信”或“排除合理怀疑”为已足，并将其实现的路径化约为取得反映案件事实某一方面直接信息的载体——“供”、“述”等各类言辞证据并以之印证其他证据或互相印证。由于该模式注重证明过程中偏重于集体经验的“外部性”而不非偏重于个体感受的“内省性”，强调证明的外部可感知性而不是所谓的“内心确信”。因此，“证明的关键在于获得相互支持的其他证据。单一的证据是不足以证明的，必须获得更多的具有内含信息同一性的证据来对其进行支持。如证言必须有基本内容相同的口供支持，或者其他证言支持，或者物证、书证以及其他证据支持。”[16]正是受“客观真实”刑事证明标准及印证模式的潜在约束，侦查实践中奉行的是由供到证、证供合一的取证模式，并对侦查人员的思维理念形成固化效应，以致侦查人员不敢越“证供模式”的雷池一步，不愿也不能有效收集可以形成证据链并能证明案件事实的间接证据。本文所讨论的综合认定适用中的困惑、辩难乃至学者的修正意见，甚至作为创新的取证方法即“抽样取证，全案综合认定”模式本身，实际上都恪守相同的刑事证明标准理念，以印证模式为取证指南，这就决定了这种站在同一出发点上的各自主张或辩难将成为诸神之争而最终无解。[17]

此外，在前述案例的研讨中，一个不应忽视的问题是，除了对间接证据的“综

[15] 龙宗智：“在浙江大学互联网法律论坛（第二期）上的发言”（2017年1月12日，根据速记整理）。

[16] 龙宗智：“印证与自由心证：我国刑事诉讼证明模式”，《法学研究》2004年第2期。

[17] 有关印证模式、客观真实及由证据链形成间接证据的采信在我国诉讼实践中的难题可参见何邦武前引文：“小额多笔网络电信售假和诈骗犯罪取证问题研究”。还要说明的是，在“客观真实”之外，还有“法律真实”、“程序真实”等的新标准，但在证明标准概念的表面变迁背后，是各种主张虽异辞却同理即秉持相同的分析进路和理论背景的同质轮回：各种证明标准的主张都以相同的认识理论为始基，以认识主体与认识客体为二元对立的两极，信奉本质主义的真理符合论，维系着对真实的信仰，因此，本文只列出其中最具代表性的一种。

合”采信以外，对间接证据的“认定”应该如何进行，即间接证据的证据链在诉讼过程中应该以何种方式形成并完成证明？实践部门及主流理论亦似乎想当然地以为是一种普遍接受的、主体对客体的格物致知式认知进路，而对案件真相实际上经由各方辩论质证形成的诉讼论证模式保持了不应有的沉默，对已成为法理学领域“共识”的法律论证理论缺乏应有的回应。

三、“综合认定”既有解读的原因探究

可以想见，前述案例研讨中有关综合认定遇到的问题，在“意见”颁行后的理解和适用中将继续存在。一个明显的例证就是，在前述“抽样取证，全案综合认定”的案例研讨中，参与研讨的理论和实务部门的人士并没有就此案援引“意见”中的条款作为依据，进行法理和学理论辩，出现了一种“规则虚置”的现象。通常，一个缺乏规范性和引领性的规则可以理解为自身语义模糊而失去指引性，或者因规则本身设定的目标在既有的制度系统内无法兑现而被搁置，或者是在价值取向上与既有制度或司法者的价值理念存在扞格而使其态度消极，如此等等。就“意见”中的综合认定条款而言，可以肯定的是，规则自身的模糊成为其适用的主要阻滞性因素。而所谓规则的语义模糊实际上是其背后某种有效共识的缺乏，申言之，由于受客观真实的刑事证明标准所致的印证证明模式的影响，在惩治电信网络犯罪中，经由间接证明形成证据链以完成案件的证明尚没有形成最低限度的共识，虽然立法对以间接证据形成证明链证明案件有明确的规定，理论研究中也不乏建构性探索。[18]

总体而言，对综合认定的影响来源于刑事诉讼过程中内外两方面多重因素，外部因素包括客观真实的刑事证明标准及其所致的印证证明模式，以及错案追究终身制的规定和实施等。内部因素则在于：一是认为由间接证据形成证据链的证明不能达致“确信”；二是与现行刑事证明方式一致，视“认定”为办案人员（主

[18] 根据《刑事诉讼法》第 53 条规定，没有被告人供述，证据确实、充分的，可以认定被告人有罪和处以刑罚。需要说明的是，本条规定的本意旨在排除口供的唯一性，但客观上应包含了对形成证据链的间接证据证明力的肯定。关于间接证据证明力的探究，可参见阮堂辉：“‘证据锁链’的困境及其出路破解——论间接证据在我国刑事诉讼中的独立定案功能”，《中国刑事法杂志》2006 年第 4 期。从中国知网提供的论文信息来看，目前关于间接证据证明力的研究总体偏弱。

体）对案件事实（客体）的认知和还原过程。有关综合认定外部因素影响的分析已经有了较长时段和较广泛的讨论，[19]且由于此类外部影响因素实际上是内化于办案人员的行为及认知过程中而产生作用的，因此，本文专拟探究影响综合认定的内部因素。

首先是对于间接证据所形成证据链证明力的疑惧。间接证据是与直接证据相对的一个证据划分概念，国内通行的关于二者划分的标准是证据与案件主要事实之间的关联方式。所谓直接证据，是“能够单独、直接证明案件主要事实的证据”，而间接证据即“不能单独、直接证明，而需要与其他证据结合才能证明案件主要事实的证据。”[20]虽然单个间接证据能够单独证明案件的个别事实或某一方面的事实。由此，直接证据“与案件主要事实的关联是直接的，是没有中间环节的”，而间接证据“与案件主要事实的联系是间接的，是通过其他证据连接的”。[21]直接证据“单独与案件主要事实发生证明关系，不需要依靠和借助其他证据，能够单独构成一个完整的证明系统或证明链条”，而间接证据“必须形成一个完整的证据链条才能起到证明作用”。[22]循环的定义中，关键词是能否“单独”、“直接”与案件主要事实形成关联。

循沿上述学理，司法实践中普遍认为，使用直接证据不需要经过中间的推理环节就可以直接证明待证的事实，而使用间接证据则必须经过中间的推理环节才能证明待证事实。由于直接证据总是与案件事实主张的一面相一致，而与该主张的相反陈述不一致，其结论具有排他性，而间接证据却可能与案件事实的正反两方面的主张都不矛盾，其结论不具有排他性，因此，即使将一系列间接证据有机地联系起来，综合运用演绎、归纳、推理、反证或排除等逻辑证明手段，因为其中包含着推论，故而，运用间接证据证明的结论具有或然性，无法实现刑事证明所欲达到的“结论唯一”或“排除合理怀疑”。我国理论与实务部门对直接证据与间接证据的上述理解，似乎与国外相关理论只有认知程度上的差异而并无实质性区别，也说明了在间接证据认知上的某种共通的误解。[23]

[19] 上述几方面研究的整理可参见何邦武前引文：“小额多笔网络电信售假和诈骗犯罪取证问题研究”。

[20] 参见樊崇义：《证据法学》，法律出版社 2007 年版，第 227 页。

[21] 何家弘，刘品新：《证据法学》，法律出版社 2008 年版，第 136 页。

[22] 孙彩虹：《证据法学》，中国政法大学出版社 2008 年版，第 114 页以下。

[23] 有学者将国外学界关于直接证据与间接证据的划分整理为：传统说、一致说、涵盖说和逻辑推理说等四种理论。但是四种理论只有认知视角的差异，在直接证据与间接证据的区分上并无实质性差异，即都认

国内理论中，还有将间接证据证明混同于事实的推论或者推定，并将推论、推定的可反驳性理论代入，认为“以间接证据进行的证明，在其过程中存在一个推论即推理的过程”，“推论是通过间接证据进行推理获得事实的结论”。[24]由于概念使用和研究中的误区，且司法实践中确乎存在大量事实推定的现象，[25]以致对此类推定的质疑乃至批驳也较为激烈，认为刑事推定在放松控方证明要求的同时又将存疑风险转移到被告人身上，背离了排除合理怀疑的证明标准，直接危及无罪推定原则所保护的价值与利益，因此主张对刑事推定进行规制和限制。[26]

对事实推定的强烈质疑由此殃及间接证据证明，成为实际上对间接证据证明力的否定。在笔者前述参加研讨的Z省C县侦办的以公司名义通过网络收购诈骗得来的游戏卡涉嫌销赃罪的案件中，关于其销赃罪数额的认定，有学者就认为，在传统的销赃犯罪认定的司法解释中，“两高”规定了司法推定的一些规则：一是交易场所是否合法，如果在指定的合法交易场所之外交易，就可能要承担法律风险甚至构成销赃、收赃犯罪；二是交易价格是否明显低于市场价格，比如偷盗的价值20万的汽车以几万元出售是可以认定为明显低于市场价格，而本案中犯罪嫌疑人所收点卡价格只比市场价格低两三块钱，从绝对价格差上，能否认定该交易属于明显低于市场价格存在疑问。进而指出，本案缺乏相应的司法推定的明确规定，要对这样的网络新型犯罪定罪，需要对司法推定的规则进行顶层设计，作系统规定。[27]言下之意即是，在没有法律明确规定的情况下，以推定的方式证明本案的销赃犯罪行为，难言成立。

其次是对认定过程理解中的唯理主义信仰和自负。需要说明的是，根据字义解析，所谓认定大致可分为“认”和“定”两个阶段，前者相当于案件事实的调查，后者相当于法律的适用。但事实的调查实际上是以法律规定的犯罪构成要件作为预设进行的，因此也包含着“定”的元素，很难对二者作严格的区分，可以

为根据直接证据得到的结论可信，而间接证据得到的结论具有可反驳性。参见纪格非：“直接证据与间接证据划分标准的反思与重构”，《法学论坛》2013年第1期。

[24] 龙宗智：“推定的界限及其适用”，《法学研究》2007年第5期。

[25] 参见褚福民：“事实推定的客观存在及其正当性质疑”，《中外法学》2010年第5期。

[26] 参见劳东燕：“推定研究中的认识误区”，《法律科学》2007年第5期。以及该作者“认真对待刑事推定”，《法学研究》2007年第2期。

[27] 阮方民：“在浙江大学互联网法律论坛（第一期）上的发言”（2016年11月29日，根据录音整理并经发言者核对）。

笼统称之为法律论证。

关于事实的调查，由于学科分途和专业研究分工所致的知识相对隔离，主流刑事证明理论仍然停留于传统的客观主义认识论立场，对认识论已在注重认识的主体性特征和主体的社会历史背景下向知识论的转换，以及知识的共识观及其证成理论仍然陌生，出现了明显的话语分裂局面，虽然这些理论在基础的法理学领域已为人熟知。[28]传统认识论围绕着“knowing-of”或“knowledge-of”而展开，知识被视为人与对象之间的关系，把人心看做“自然之镜”（罗蒂），即“心灵是一面巨大的镜子，它包含种种表象，并能够用纯粹的非经验方法进行研究工作。”[29]在人类的语言与其所表达的对象外部世界之间，存在的只有因果关系。“知识被限制在能经受方法论的、逻辑的和对话的检验的命题之上。”[30]同时，坚信一切客体都具有可知性，通过人这一理性自足的主体的主观努力能够认识这一客观世界，可以达到所谓“绝对的真实（绝对真理）”。由于传统认知理论在话语中长期形成的垄断地位，已使其成为一种大众哲学和集体无意识，影响至深。该理论视法庭调查证据为恢复和还原案件“客观真相”的过程，坚持认为“我国证据制度要解决的核心问题是如何保证司法人员能够正确认识案件事实，亦即如何保证其主观符合客观。”提出“要忠于事实真相……务必查明起初情况，还事实的本来面目。”[31]甚至自负地认为我国“客观真实”的证明标准科学可靠，高于两大法系的刑事证明标准，可以防止证明标准的恣意。这种理论的极致，是折中真理符合论、实效论、融贯论、语义论等真理学说，试图构建一个完整的真的保证性、真的核证性标准、真的有效性标准以及真的合理可接受标准的证明标准体系。但该主张以早期分析实证主义所谓“真值语义学”为底色，以命题与事实的符合为基础，自始即带有强烈的本质主义还原论色彩和客观主义的幻觉。同时，这种折中本身实

[28] 学科专业的分野导致的话语分立似乎在刑事证明领域尤其明显，以致一方面，基础的法理学研究即关于法律的证成理论如裁判的形成等成果已经较为丰硕，但另一方面，这些知识又与刑事诉讼法学领域的研究者处于绝缘状态，后者关于“排除合理怀疑”、“内心确信”等的研究者虽然用心颇深，但始终在既有的认识理论和知识资源中转圈，无法突破。此一现象值得关注。

[29] 【美】罗蒂：《哲学和自然之镜》，李幼燕译，商务印书馆2003年版，第2页。

[30] Barry Allen, “What Was Epistemology?” in Robert Brandom ed.*Rorty and His Critics*,Oxford:Blackwell, 2000, p.229.

[31] 分别参见陈一云：《证据学》，中国人民大学出版社2000年版，第94-95页。常怡：《民事诉讼法学新论》，中国政法大学出版社1989年版，第71页。类似的论点还可见于廖永安：《民事证据法学的认识论与价值论基础》，中国社会科学出版社2009年版。

际上无法消弭各种真理观的相互对立之处，因此也无法消除其主张的内部矛盾性，无助于诉讼证明这一难题的解决。[32]

传统认识论的基本理论预设是：认知主体具有完备的理性，且“在一切思维主体、一切民族、一切时代和一切文化中都是同一样的，……这种同一性和永恒性表现出理性的真正本质。”[33]作为客体的认知对象（所予）独立于主体存在但是可以认知（主客分立），并且前者是关键，是世界对于人类认识的唯一制约（“所予”神话），[34]在此基础上，通过逻辑构造，人类获得了关于世界的更加复杂的可靠和确信的知识，在坚持可知论的同时陷入独断论。传统认识论在刑事证明标准问题的认知上，坚持案件事实不以人的意志为转移的客观存在性和可知性，对案件事实的构建性、可错性特征不予接受，或者认为案件事实即使有误，也是因为主体的认知能力和外在的客观环境的影响而不能还原客观真实使然。因此，不能理解和认同刑事证明标准的可接受性理论。

在传统认知理论下的案件事实调查和法律适用，作为法律论证的一种，是法律三段论的形式逻辑模式，即“法律规范（大前提）→案件事实（小前提）→结论”，据此，认定问题可以化约为“法律规则＋案件事实=>法律结论”的形式。在此认知视角下，规则是清晰明确的，案件事实是清楚明白的，法律论证具有决定论倾向，被视为一个静态的、作为结果的论证，而忽视了其动态性、交互性、（多）主体性、目的性、开放性和可废止性。[35]由此，法律由此蜕变为一门纯粹科学的事业，唯理主义的结果是法律的适用可以等同于自动售货机的机械行为。总之，“追求证明事实的准确和证明方法的精确一直是使证据科学化的信念，通过证明过程的内在逻辑分析找到一条揭示确定性道路已经成为理所当然的目标。”

32 参见张继成：“诉讼证明标准的科学重构”，《中国社会科学》2005 年第 5 期。笔者认为，国内学界关于刑事证明标准的论证，张继成教授以其法理学知识背景出发的研究，不仅研究视角独特，而且研究所凭借的理论从哲学的层面出发，从而具有一定的研究深度和启发意义。

33 【德】卡西尔：《启蒙哲学》，顾伟铭等译，山东人民出版社 1988 年版，第 4 页。

34 康德之后，西方流行的世界观主要由两个因素构成，一个是来自外部世界的、被接受的所予（直观），另一个是来自广义上的“心”的、塑造所予的先天概念。其中，所予是关键，是世界对于人类认识的唯一制约，一旦所予瓦解，不仅由所予和概念共同构成的世界观受到质疑，而且，试图从世界那里寻找知识基础的努力也注定要失败。这就是所予神话。参见陈亚军：“‘世界’的失而复得：新实用主义三大家的理论主题转换”，《中国社会科学》2012 年第 1 期。

35 参见熊明辉：《诉讼论证：诉讼博弈的逻辑分析》，中国政法大学出版社 2010 年版，第 5 页。

可以想见，由于人的认知能力和案件事实调查受限于特定时间和空间等因素，“综合认定”在实践中必然陷入二难境地：一方面基于一种理性的自负所致的对确定性的追求，另一方面是这种确定性实际上无法通过无限回归的方式予以实现。因此，传统的认识理论指导下的法律独断论至多揭示了理论理性或实践理性的认识标准，但对于像法律实践这一类实践的活动如何以“实践的方式”达到理性的结果，却并没有提供更有说服力、更有实践可能性的标准或规则。[37]在我国法律实践的语境中，“综合认定”还要受困于印证模式下间接证据使用的不能，以致在“综合认定”的理解适用中，极有可能出现两种极端的规则虚置：或者是确定性追求和印证理念羁束下的必须以口供为基础的有限综合认定然而因口供缺乏而无法进行综合认定；或者是在“法律规则＋案件事实=>法律结论”的形式法律逻辑的运思中，综合认定沦为主体的恣意，成为类似于“打包量刑”的超自由心证。

四、“综合认定”的应然理解与适用路径构思

结合前文的分析，突破“综合认定”在理解及适用上的既有思维定势与操作惯性，不仅需要有对外部刑事证明标准观念及与其相关的印证证明模式的重新审视与更张，更要以一种工具理性主义的精神，[38]从综合认定的程序内部，探求如何克服间接证据的证据链证明的障碍及重新认识刑事诉讼证明的建构性属性，以此达致在“综合认定”理解及适用中的共识。依照前文分析和论证的逻辑，这里

36 栗峥：《超越事实：多重视角的后现代证据哲学》，法律出版社 2007 年版，第 125 页。

37 舒国滢：“走出明希豪森困境（代译序）”，第 3 页。载【德】罗伯特·阿列克西：《法律论证理论：作为法律证立理论的理性论辩理论》，舒国滢译，中国法制出版社 2002 年版。

38 我国很长一段时间以来，面对经济社会转型所产生的矛盾和问题，人们在批评社会信仰阙失、人文精神失落的同时，往往将其归咎于工具理性主义盛行的结果，这实际上是一种误解，价值观的多元甚至无序与工具理性主义的兴替实则是两个领域的问题。从思维方式的传统来看，由于以春秋为文化轴心时代的形式逻辑的不发达，我们的民族恰恰是拙于工具理性，这不仅影响了科学技术的发达，也影响了经济和社会制度建设。当然，强调工具理性的重要性并非否定价值理性所应有的地位和意义。笔者十分信服朱学勤先生所说的话，“在社会变迁过程中，中国人的工具理性不是太多，而是太少，多出来的那一块是价值理性，而价值理性又经常与中国文人的文学化激情联系在一起，同时又缺乏长期韧性的素质，由此反复出现广场政治，一哄而上，一哄而散。”（朱学勤：《书斋里的革命》，长春：长春出版社 1999 年版，第 429 页。）

继续探寻“综合”及“认定”自身如何寻求共识的问题。

（一）区分间接证据证明与推定的关系，还间接证据证明链以应有的证据价值。首先需要澄清的是，即使是以直接证据为前提证明某一事实，也是依照古典因果关系理论即恒常性因果规律从已知事实向未知事实的“推定”。这种因果规律，在数学和逻辑以外的其他领域都是以经验为基础，通过归纳得出的结论，而归纳论证所依据的观察陈述，只能使理论具有确证的程度，不能使其完全被证实。作为古典归纳逻辑最高成就的穆勒五法，也存在不可靠性。[39]即使是现代归纳主义者在逻辑概率方面的研究成果，可以克服理论确证过程中的某些简单化，情形也不能令人乐观，[40]故而归纳的结论只具有或然性。休谟对此的质疑至今是个难题：我们为什么断言，那样特定的原因必然有那样特定的结果，我们为什么形成由这一个推到那一个的推断呢？休谟还就此得出结论：全部知识都是概然判断。随着我们所经验到的知性的真实或虚妄，随着问题的单纯或复杂，这种概然性也就有大有小。[41]因此，因果关系是一种认知关系而非客观实在，是人们在心智中关联事件或事实的产物，是表征我们关于世界的认知方式，而不是表征独立于主体的世界本身的方式。[42]回到本文讨论的直接证据与间接证据划分问题，一旦触及直接证据证明的逻辑运思过程，所谓直接证据是“能够单独、直接证明案件主要事实的证据”的说法，实际上无非是一种表面的现象和约定俗成的观念，就其本质而言，实与间接证据的证明过程在逻辑运思上并无二致，都是一种推定。所以，直接证据与间接证据的划分只具有相对意义。易言之，在直接证据和间接证据的使用上，完全没有必要在二者之间对前者倚重而对后者倚轻。

其次，断言直接证据涵盖案件主要事实或要件事实，实际上只是一种简单的意象而经不起推敲。比如，犯罪构成要件中的主观方面即主观心理状态的认定，其认识因素和意志因素通常很难通过直接证据予以证明，而必须求助于间接证据方可证明。同时，就直接证据自身而言，其所指向的事实必然包含着价

[39] 参见丛杭青：“试论因果关系的确认”，《浙江大学学报（社会科学版）》1994 年第 2 期。

[40] 陶渝苏：《知识与方法》，贵州人民出版社 1998 年版，第 55 页以下。

[41] 【英】休谟：《人性论》，商务印书馆 1997 年版，第 99、180 页。需要说明的是，休谟的怀疑主义指涉的是自然科学领域，对于数学来说，休谟从没有怀疑其绝对真理性（这种将数学独立于自然科学的划分方式与现在稍有不同）。

[42] 参见顿新国：“因果理论的概率论进路及其问题”，《哲学研究》2012 年第 7 期。

值判断而无法排除其中的意向性。这样的逻辑结果将是，直接证据也不能通过一次推理直接证明案件事实， 同样需要其他证据辅助才能完成未竟的证明任务，这也导致直接证据与间接证据的区分难以成立。[43]此外，不论是直接证据还是间接证据，都可化约为语言，以语言为载体，表现为概念之间的关系，而概念作为一种社会性共识并必然包含价值性的判断，以及因其抽象性而具有的模糊性，都使所谓直接证据明晰使用的愿景过于理想化或者实际上无法实现。[44]

如果直接证据与间接证据区分于所谓的“推定的使用与否”不能成立，那么，将间接证据与推定划上等号从而认定其证明力较弱和具有不确定性即没有依据。不过，应当认真对待间接证据的证据链证明的方式，重新审视其中的证明逻辑，明晰间接证据链证明的应然逻辑结构，以此消除其使用中的乱象。

运用间接证据证明案件主要事实必须以一组间接证据形成证据链的方式（单个间接证据仅可就案件的非主要事实进行证明），与直接证据使用的不同在于，间接证据的证明是多因一果，而直接证据则是单因一果（单称因果判断）。这里所谓的多因一果或单因一果，都是基于传统的因果关系理论而言的。因为传统的因果关系理论所定义的原因仅指充要原因，不包括贡献原因、必要原因和充分原因，没有将某一原因放到它可能处于各种不同的原因的整体结构中区考察它和结果之间的关系。[45]本文从传统的因果关系理论出发，还有分析及与直接证据进行比较的方便，否则，直接证据的因果关系梳理也将卷入“多因一果”之中而使其与间接证据的比较失去意义。

[43] 纪格非前引文：“直接证据与间接证据划分标准的反思与重构”。

[44] 这里实际上包括两个问题，一是知识的社会性观点，笔者认为对此不应有疑义，随着塞拉斯对“所予神话”的批判，用世界对于人的直接作用作为人类关于世界的信念已经很难成立（W. Sellars,*Empiricism and the Philosophy of Mind*,Cambridge,Mass.:Harvard University Press,1997,p.19.）。同时，即使在纯粹自然科学的领域，科学知识的建构属性也已经为人接受。“科学在实践上的成功，更少地依赖于规律本身，更多地取决于科学家分析整体境况的能力、同时在几个不同层次上思考的能力、识别线索的能力以及把完全不同比特的信息拼合在一起的能力。”这一论断，还能找到词源意义上的佐证，因为“事实”(fact)如果将其理解为“已经被制作出来的东西”，与其拉丁语中的词根 facere 即“制作”是一致的（参见【奥】卡林·诺尔-塞蒂纳：《制造知识：建构主义与科学的与境性》，王善博 等译，东方出版社 2001 年版，第 4 页以下）。一是事实与价值即“是”与“应当”的关系问题。作为一个亘古难题，围绕该二者的论争亦成为哲学领域恒久的热点。笔者同意普特南的观点，即在实践的语境下，认知判断和道德判断的截然分割是不能成立的。“事实与价值的二分法至少是极为模糊的，因为事实陈述本身以及我们赖以决定什么是、什么不是一个事实的科学探究惯例，就已经预设了种种价值。”（【美】希拉里·普特南：《理性、真理与历史》，童世骏、李光程译，上海译文出版社 1997 年版，第 139 页。）

[45] 参见丛杭青前引文：“试论因果关系的确认”。

组成证据链的间接证据除了具有证据的一般属性即客观性、关联性和可采性外，在总体上还应具有完整性、一致性和排他性，即证据链条中不允许有脱漏的环节，间接证据与案件事实以及间接证据相互之间必须协调一致，同时，据以定案的间接证据形成的证明体系必须排除其他一切可能性。[46]其推理过程用符号表示即为：

$$P\text{是}M(M_1\wedge M_2\wedge M_3\wedge\cdots\wedge M_n)$$

$$\underline{S\text{是}M(M_1\wedge M_2\wedge M_3\wedge\cdots\wedge M_n)}$$

$$\therefore S\text{是}P$$

这是一个综合中项 M 的三段论推理模式。这里 $M_1\wedge M_2\wedge M_3\wedge\cdots\wedge M_n$ 表示中项 M 的构成性质，M_1、M_2 等表示单个或某个方面的间接证据，$M_1\wedge M_2\wedge M_3\wedge\cdots\wedge M_n$ 表示各间接证据的组合，当间接证据越多，中项 M 的外延就越小，结论的可靠性程度就越高。[47]

间接证据的选取既是逻辑的要求，也是对经验法则的遵守。来自司法实践的办案人员对间接证据链的把握可以进一步说明上述似乎只可意会、不可言传的操作要旨：一是间接证据清单，构成最终定案的根据；二是各证据与待证事实的关系，以显示证据的关联性；三是哪些间接证据单独或者结合起来证明了一个共同的事实；四是从整体上论证上述间接证据如何结合来证明案件主要事实。[48]

应该予以澄清的是，本文关于综合认定的解读及其实践操作，应该是基于间接证据形成的证明链而完成的刑事证明，其所涉及的案件主要事实已经完成了证明。而抽样取证，全案综合认定事实上是传统的证明方式，准确而言，是一种抽样取证，全案综合推定，其案件主要事实的证明尚没有完成。对此折中且符合间接证据证明要求的做法应当是，对抽样取证以外的证明对象，通过构建间接证据链，将综合推定建立在可以得到间接证据证明的基础上，即可完成证明要求。因此，前文所说的阿里公司安全部门专家所说的方法应较为接近间接证据链的证明要求。

[46] 刘曼："从逻辑学的角度看刑事诉讼中间接证据的运用"，全国法律逻辑学术研讨会（2007）论文。

[47] 雍琦，金承光等：《法律适用中的逻辑》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 249 页。

[48] 参见凌云，俞硒："间接证据定案规则在快递员身份认定中的适用"，《人民法院报》2014 年 12 月 11 日。

（二）正视案件事实认定的对话、论证属性，使可接受性成为刑事证明的标准。告别知识的本质主义之后，现代认识论认为，知识只具有相对确定性，是由理性主体经由对话协商的民主模式，在所有对话的参加者机会平等、言谈自由、没有特权、诚实、免于强制的条件中，通过理想的程序条件和严格的理由论证获得（哈贝马斯）。从语言哲学的视角来看，这里还谕示着从基于概念实在论的形式语义学向语用主义哲学的转变：对象通过语言的表述而呈现出来的判断和推论虽然带有经验的内容，但同时又是超感知的。所谓客观真理的命题应被视为一种可断言性的命题来理解。而断言性语句的命题内容的客观性（真值），不是取决于它与外在的"经验的"某种因果关系，而是取决于它是否可以在理想的认知条件下"兑现"。由此，原先与客观的外部事物的性质联系在一起的"真理"的概念（还原主义本体论），已转化为"理想的证明方式"或"理想的可接受的正当性"。[49]

因应上述变化，在刑事诉讼证明中的证据评价方式，"从演绎证明到对话证明，从'封闭'到比较'开放'的推理形式，从不容质疑的权威到在不同解决方案之间辩证选择，已成为一种趋势，尽管这一趋势是在各种法律传统或法律制度内部发生的，是渐进的而非突发的。"[50]一言以敝，法律的论证理论已成为案件事实调查的应然选择。关于案件事实的认定，借用社会建构主义的观点，应当破除传统认识理论中的本质主义和客观主义，强调案件事实的建构性，并防止认知过程中的个人主义和心理主义倾向，注重认知过程中的社会性，重视作为知识的案件事实形成的辩证性，防止认定过程中的绝对主义和各种决定论。[51]然而，在具体的论证程序展开过程中，以下几个问题必须予以澄清：

一是以论证方式展开的认定究当如何进行。所谓论证，是一种尝试解决或至少打算解决出现于或存在于两个（或更多）团体之间的冲突或分歧的社会的和言语的手段。或者说，论证是一个团体为打消另一个团体对某一主张的可接受性的现实或潜在的怀疑而提出理由的过程以及该过程的产品（product），[52]包括类比

[49] 刘钢：《真理的话语理论基础：从达米特、布兰顿到哈贝马斯》，人民出版社 2015 年版，第 397 页以下。

[50] 张志铭：《法律解释操作分析》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 208 页。

[51] 安维复：《科学技术哲学新进展：从证实到建构》，上海人民出版社 2012 年版，第 130 页。

[52] 武宏志："非逻辑的核心概念：'论证'"，《湖南科技大学学报（社会科学版）》2006 年第 2 期。

推理、等置理论和法律论证理论等与形式逻辑在论证推理形式上不一样的模式，本文则在广义上（包括类比推理和等置理论等形式）讨论法律论证理论。一般意义上的论证理论与三段论的以人工化语言为对象的形式逻辑论证不同，而是以自然语言为对象，其论证的方式不是逻辑涵摄而是包括线性、组合、收敛和发散等偏重于宏观的论证，论证的概念主要不是语形和语义而是语用的，论证的前提并不被看作（真假二值的）命题，而是断言或主张。在论证类型上，该论证放弃一元论而主张多元论，对论证的评估从单价论扩展到多价论。此外，论证中包容了不能确定真但可合理接受的前提，逻辑系统的规则从刚性转为柔性，与辩证法和修辞学的关系从对立改善为相互补充，等等。其中，法律论证是论证理论最为显著的应用领域。据此，法律论证不只是真假二值的命题集合体，而是涉及目标、语境、听众、对话、意见分歧和言语行为等要素的复合体，具有突出的交际或说服功能。[53]该派理论的共性是：非决定论、超三段论、非实证主义、过程指向以及相互主观的思维模式等。[54]根据法律论证中最有影响的图尔敏模型，论证包含6方面因素：主张（claim）、证据事实（data或ground）、依据（warrant）、支持(backing)、模态量词(modal qualifiers)和可能辩驳(possible rebuttals)。其中，主张就是论题或结论，证据事实即支持主张的事实性理由，依据即展示为什么这些证据可以支持那个主张，即支持主张的原则性理由，支持是指另外一些理由或使依据合理化的推理，模态量词系指减少主张强度的副词短语，如有些、许多、大多数等，可能辩驳即反证。用一句话来概括图尔敏模型就是：给定证据事实D，既然依据W有B作为支持；因此，带量词的主张C成立，除非存在特定的反驳使得这个推理不成立。[55]

回到本文讨论的主题，法律论证视野下的认定应当不能被视为一种三段论的形式逻辑，即简单的“前提——结论”（案件事实前提、法律规则前提和法律结论）的封闭模式。其认定的前提是开放式的，承载的命题是断言式的，过程是诉讼各方参与情势下的辩驳、对话、交涉和说服，而认定的结果应该具有合理的可接受性。

[53] 陈鑫泉，武宏志：“非形式逻辑的理论成就及其对法律论证的意义”，《湖南科技大学学报（社会科学版）》2014年第4期。

[54] 参见季卫东：“法律解释的真谛：探索实用法学的第三条道路”，《中外法学》1998年第6期。

[55] Stephen Toulmin,*The Uses of Argument*,Cambridge University Press,Updated Edition,2003.

二是法律论证理论与法律形式逻辑的关系。必须明确的是，法律论证理论与法律形式逻辑之间并非排斥的关系，恰恰相反，二者构成了从宏观到微观的互补关系。一方面，法律离不开逻辑，逻辑是法律稳定和规则内涵确定的主要保障，它对于稳固法律思维、统一法律适用、实现形式正义和维护司法权威具有重大的意义，追求逻辑上的一致性和精密性因此成为概念法学的最高目标。法律的形式逻辑依然是法律推理的基石和核心，是司法判决之所以获得权威的护身符。而且，司法的三段论发展到今天已不同于传统的经典三段论，它不再是一种完全封闭和机械的演绎系统，而是愈发地展现出了一定程度的灵活性和开放性，作为推理之大前提的法律规定相对于活生生的个案事实，具有一定的伸缩空间。[56]

另一方面，法律论证理论本身离不开逻辑。无论是类比推理还是等置理论，或者是狭义的法律论证理论，都将以命题形式展开，而命题中除了基于经验的断言外，还有命题之间的逻辑推理（演绎或者归纳），其中的经验与逻辑之间实为一种相互伴生的关系。因此，将逻辑和经验绝对分离，或者将形式逻辑或非形式逻辑（法律论证）推向某种极端的做法都将使诉讼证明失去准据。阿列克西的法律论证理论因之调谐了二者之间的关系并使之分别运用于内部证立(逻辑有效性)和外部证立（前提的真实性），[57]可以从一个侧面说明二者之间的关系。

三是从客观真实或法律真实转向可接受性标准，是否意味着案件事实认定中的相对主义和证明标准的丧失。由于刑事证明标准事关法律适用和人们对法律确定性的追求，一旦以可接受性替代传统的客观真实标准，就会使长期受传统的形而上学实在论影响的中国法律理论和实务部门的人员观念上感到不能接受，认为案件事实无法被锚定，极易成为一人一是非的“罗生门”，尤其是在应对多数属于疑难性质的案件时，司法判决将因之沦为一种主观的恣意。就现实情况而言，在当下中国的刑事诉讼实践中，由于受法律职业化水平较低等诸多因素的影响，防止司法人员办错案仍然是司法实践中的重中之重。于是，退而求其次，有一个虽不完善又难以操作的理想化标准，总比看起来主观性较强的可接受性标准好。这里的焦点是：可接受性是否意味着案件事实认定上的相对主义？

[56] 孙海波：“告别司法三段论？——对法律推理中的形式逻辑的批判与拯救”，《法制与社会发展》2013年第4期。

[57] 【德】阿列克西：《法律论证理论：作为法律证立理论的理性论辩理论》，舒国滢译，中国法制出版社2002年版，第274页以下。

事实上，所谓案件事实客观存在且不以人的意志为转移只具有宣示性意义，并不能消除一切“外部的”实在论所无法消除的“表象主义危机”（即从经验主义和语义学的角度来理解和分析语言和世界的关系，认为知识的本性是内在心灵对外部对象的表征）和符合论“无穷倒退”的难题。尽管如哈贝马斯所言，在语言所表达的概念世界之外还有一个客观的对象性且对所有人都一样的实在世界。但在知识与世界（事实）的关系上，以下论断仍然是不争的事实：“世界实际上是独立于人的，但已经被概念化。”[58]如麦克道威尔所言，动态的概念系统既是我们认识世界的方式，也是世界自我呈现的方式。通过教化，这种概念化的经验成为我们的第二自然，它和第一自然（自然科学所描绘的自然）一起，构成了我们的完整世界，构成了直接的世界本身。[59]世界（事实）总是通过我们的语言来解释的，世界并没有以它自己的语言显现于我们面前，它总是以人类的语言展示于我们面前，语言与世界的分界面由此被打破。因此，世界与我们关于世界的信念之间，既有因果关系（决定性）也有证成关系，而不是传统客观主义认识论哲学所主张的单纯因果关系。由此，传统的坚持外部世界本质主义的立场只能是一种客观主义幻觉而难以立足。此其一。其二，重构的“世界”既然是人的认知与证成的结果，那么，以下两方面因素就可以保证这一重构的世界不会陷于相对主义：第一，是概念和知识的社会性保证。经此，主体对世界的认知超越了个人主义直觉，受制于具有连续性和先在性的社会经验而具有了相对“确定性”，而不是某一个体或某一人群的自说自话。这种经验渗透了人类文化共同体的整个记忆传承，以致我们关于世界的谈论恰恰依赖于这种对待世界的原始的、前语言的态度，[60]因此具有了存在论的意义。这种社会性还意味着传统的以个体感觉为基础的方法论的个体主义（卡尔纳普）应当也必然为方法论中的群体主义所替代，并由此与知识生产的社会性互为因果。在法律事实的形成中，多主体的参与、互动即具有这种群体主义的典型特征。第二，是概念及知识形成的程序性保证。即概念、知识的形成是在各方主体对话和互动的基础上进行的，从而避免了某一个体或某一类主体的主观恣意，哈贝马斯所设置的商谈模式具有典型性。依照哈氏理论，知

[58] 陈亚军：“德国古典哲学、美国实用主义哲学及推论主义语义学：罗伯特·布兰顿教授访谈（上）”，《哲学分析》2010 年第 1 卷第 1 期，第 173 页。

[59] J.McDowell,*Mind and World*, Cambridge,Mass.:Harvard University Press,1996, pp.28-29.

[60] H.Putnam,*The Threefold Cord Mind,Body and World*,New York:Columbia University Press,1999,p.157-158.

识是在所有对话的参加者机会平等、言谈自由、没有特权、诚实、免于强制的条件中，通过理想的程序条件和严格的理由论证获得。哈贝马斯据此主张，在自然法和宗教观念不再被普遍接受的“后形而上学”时代，能够证成法律的正当性（Legitimacy）和有效性的唯一基础，便是理性的、符合对话（商谈）理论要求的民主的立法程序和司法程序。司法程序的产品是司法判决，一个司法判决的正当性或可合理接受性（rational acceptability），不仅取决于判决所适用规范本身的正当性——这取决于作为规范证成对话（商谈）的立法程序是否符合理性对话（商谈）标准和要求，而且取决于作为规范适用对话（商谈）的司法程序是否符合理性对话（商谈）的标准和要求，如是否做到体现诉权平等，公开审判，公布判决理由等。[61]哈贝马斯所设计的司法程序既涉及法律的适用，也指涉本文所讨论的案件事实的形成。这一经由程序性合意形成事实的模式与因果的证明方式即传统的主客分立的认知方式不同，其真理性条件是话语潜在地决定的，是理性的舆论一致性（共识）的产物。这种真理倚赖于辩护，与此相反的偶然或被动形成的共识就不能被视为真理，在形成合理的可接受性事实的同时，也排除了并非真正共识性知识的不确定性和相对性。[62]

（三）引入情状证据，重视情状证据在案件事实调查认定中的作用。司法的亲历性对于证据调查和案件事实确证的重要性不言而喻，与此相关的是一系列对其实现予以保障的诉讼程序与证据制度设计，如直接言辞审理原则、传闻证据规则等。但在传统的以命题为导向的认知理论中，案件事实的认知和确证即等同于可以言说的事实，“凡是知道的就一定能言说，不能说出来的就不是真正的知道”（维特根斯坦）成为执念，以致“知识应当用一种语言来表达已经变成了一种无条件的要求”。[63]由于判决必须公开和说理，案件事实应当用言语来明确地表达是一项无条件的要求，而判决书中基于形式逻辑的推理又加剧了语言的符号性征，由此使案件事实的认定失去了本应有的自然语言意蕴的丰富性。对于命题知识之外的默会知识，即原则上不能充分地用语言加以表达的知识，或者事实上未用语

[61] 参见【德】哈贝马斯：《在事实与规范之间》，童世骏译，三联出店（北京）2003 年版，第 277 页以下以及陈弘毅：“当代西方法律解释学初探”，《中国法学》1997 年第 3 期）。

[62] 详细的论证可参见刘钢前引书：《真理的话语理论基础：从达米特、布兰顿到哈贝马斯》，第 409 页以下。

[63] Kjell S.Johannessen, “Rule Following,Intransitive Understanding,and Tacit Knowledge” ,in Helga Høibraaten ed.,*Essays in Pragmatic Philosophy*, Ⅱ ,Oslo:Norwegian University Press,1990,pp.104-105.

言表达，但并非原则上不能用语言表达的知识，则由于其不可言说性而较少关注。案件事实认定的这种形式逻辑化倾向虚置了司法亲历性原则及其制度设计所指向的信息传输功能，凸显了制度设计与其实际运作之间的矛盾。

事实上，默会知识正是因应以命题为导向的传统认识论的危机而生，是与传统的以命题为中心和语词为表现形式的言述知识不同的知识呈现和认知方式，其基本主张是“通过寓居而认知”（knowing by indwelling），强调能力之知和亲知。默会知识不是只可意会不可言传的直觉，而是一种以实践为导向的基于认知主体的亲身感知而产生的知识。在命题知识与默会知识之间，前者只是人类知识整体中犹如露出水面的一角冰山，后者实则占据人类知识的绝大部分。[64]由此可知，在案件事实认定中（判决书制作），仅仅关注命题性的言述知识而置非言述性的知识即默会知识于不顾，不仅与案件事实理当包括大量非言述性知识的事实不相符合，有悖于司法亲历性的意旨。另一方面，即使是传统的以命题为导向的认知理论，随着基于“体验哲学”的认知理论的勃兴，对语词的理解已经由传统的形式语义学分析（强调语词的符号性、客观指称性）和语言的语用主义分析（主张语词意义的语境论分析）向语言的隐喻功能分析转变。这种体验哲学强调心智的体验性、认知的无意识性、思维的隐喻性，认为概念和意义是一种基于身体经验的心理现象，概念通过身体经验而获得意义，以隐喻式思维获得认知和意义无处不在，[65]颠覆了自亚里士多德以来关于概念及其意义的形式主义认知哲学观。即便承认和接受概念理解的体验哲学观并不意味着对既有的语义分析进路的放弃，但后者在语义分析方法上存在的缺陷却是不争的事实，而前者不仅与司法的亲历性要求契合，也与默会知识主张“通过寓居而认知”的方法有着某种程度的一致性，意味着传统的命题知识认知方式必须更新。

归纳言之，就法庭调查而言，应当重新构建一个包括默会认知在内的融心智活动、言语活动和身体活动于一体的案件事实的整体认知模式，重视各类证据的收集和调查并最大限度利用各类证据所承载的信息，使主体能够“寓居”在尽可

64 默会知识最早是由波兰尼（Michael Polanyi）于 1958 年引入哲学讨论的，其理论基础来源于波兰尼传统、后期维特根斯坦传统及现象学——诠释学传统，是对西方根深蒂固的命题导向的知识观点挑战，代表着一种认知理论的实践转向。有关默会知识源起、流派等的详尽讨论可参见郁振华：《人类知识的默会维度》，北京大学出版社 2012 年版，第 15 页以下。

65 参见王寅：“认知语言学的哲学基础：体验哲学”，《外语教学与研究》2002 年第 3 期。

能广泛的全景式的信息之中。因此，在证据的调查使用上，除了既有的各种形式的证据之外，还应重视情状证据的调查运用，以之作为辅助证据，推论案件事实。

情状证据（circumstantial evidence）的称谓虽然不见于大陆现行证据制度及其理论，但汉语世界对此概念的适用和研究一直存在，民国时期的东吴大学法学院教材《证据法学》关于“证之方法”中即辟有专章“情状证”论述该证据，此后的台湾学者也有关于情状证据的比较研究。另外，仅从关于情状证据的比较研究来看，该证据的研究在英美法系也十分普遍。[66]不过，在既有的研究中，中外学者都有将此类证据所指称的对象泛化或者实际上等同于间接证据（indirect evidence）的现象。或许正是与间接证据所指涉对象实际上的同质化，大陆现行证据法理论只见间接证据之论而无情状证据之说。[67]但笔者认为，应当重新明晰情状证据的概念，将情状证据限定为依靠经验法则和类比思维适用于辅助判定某类情形，使得依靠直接证据或间接证据证明的该类情形在有情状证据辅助证明的情况下更加确信。这样不仅限缩了情状证据的范围，也使情状证据在证明角色和证明方法上有别于直接证据和间接证据。即情状证据在证明功能上是辅助性的，在证明方法上不同于直接证据和间接证据所使用的演绎和归纳方法，而是一种基于经验的类比。即把不同的两个（两类）对象进行比较，根据两个（两类）对象在一系列属性上的相似，而且已知其中一个对象还具有其他的属性，由此推出另一个对象也具有相似的其他属性的结论，反之，则可以证伪某事项。类比推理的基本模式是：

A 对象具有属性 a、b、c，另有属性 d，

B 对象具有属性 a、b、c，

所以，B 对象具有属性 d。

66 在关于情状证据的比较研究中，作者引述了多位英美法系学者关于该证据的定义。详见陈卜生，刁荣华等：《比较刑事证据法各论》，【台湾】汉林出版社 1984 年版，第 236 页以下。

67 例如，在东吴大学法学院所编撰的《证据法学》中，关于情状证据的定义是，情状证据又叫物证，“凡诉讼中，除用人证、鉴定、书证、勘验等方法，取得证明外，更就其他一般切要事物，提供到案，用推论方法，以证明案情上待证事物之真伪者，”都是情状证据，“情状证之种类甚多，凡宇宙间一切情状咸属之，非若人证之有固定轨范也。”在其后论列的具体情状证据中，确实极为宽泛（参见东吴大学法学院：《证据法学》，中国政法大学出版社 2012 年版，第 167 页以下）。在英美法系的研究者中，有关情状证据的定义也基本如此，除了前文引述的陈卜生，刁荣华等所著的《比较刑事证据各论》之外，在麦考米克所著证据法中，也是如此（参见约翰·W·斯特龙 主编：《麦考米克论证据》（第五版），汤维建等译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 455 页以下）。

类比在法律中的运用，记载较多：如《圣经• 旧约》关于所罗门王审判两个女人争抢一个婴儿的案例；以及据《韩非子》记载，在中国古代，郑国大夫子产有次出巡，在路上听到一个妇人啼哭。他听了一阵，就下令将那个妇女抓来审问，结果，那个妇女承认自己谋杀了丈夫。手下人觉得很惊异，问他何以知道这个妇女是杀人犯。子产说，因亲人死亡而啼哭的，“有病则忧，临死则惧，既死则哀”，而这妇女“不哀而惧”，说明她心中有鬼。在这两个案例中，都用到以生活经验为基础的类比推理，并以之逆向推断案件事实。尽管类比存在着可疑性和不确定性的风险，但如考夫曼所言，“它不会因为人们在它面前闭上眼睛而显得多余”。[68]在前文所述的Z省C县侦办的涉嫌以公司名义通过网络收购诈骗来的游戏卡涉嫌销赃犯罪案件中，涉案公司的行为中即存在多方面的情状证据：如故意以他人身份证到银行办理贷记卡作为往来交易的账户、明明知道其接手的公司曾因涉嫌销赃而受到处罚以及该公司既有的客户源多数从事网络非法行为而继续与其往来，等等，都是异于正常商业交往的行为方式，可以帮助推断其行为中的“明知”。

需要重申的是，情状证据所承载的信息既与默会的方式所欲认知的非言述知识相近，也契合言词陈述中基于体验哲学而解读到的信息，对于案件事实的认定有较强的辅助作用。但在具体使用过程中应坚持批判理性主义的可错性原则[69]，在猜想与反驳中渐次证成事实，即审慎对待此类证据，与案件的直接证据和间接证据合并使用。不过，绝对不能无视此类证据在案件事实认定中的作用，也不应将此类证据的认定诉诸一种不易把握的神秘的直觉。

五、结语

本文以探讨惩治网络电信诈骗犯罪中如何进行综合认定为肇端，在分析了此类犯罪定罪量刑的几种解决模式所面临的共同困境后，渐次梳理了我国刑事证明模式的观念之失、制度之惑及实践之困，由此触及了我国刑事诉讼中以本

[68] 参见【德】阿图尔·考夫曼：《法律获取的程序：一种理性分析》，雷磊译，中国政法大学出版社2015年版，第128页。

[69] 在批判理性主义看来，知识，特别是科学知识的增长，是通过未经证明的（和不可证明的）的预言，经过猜测和对我们问题的尝试性解决，通过猜想而进步的（参见【英】卡尔波普尔：《猜想与反驳：科学知识的增长》，傅季重等译，中国美术出版社2003年版序言）。其中，可证伪性是科学的不可缺少的特征，理论不能被证实，只能被证伪（证伪主义）。

质主义和独断论为特质的客观主义真理观及其影响下的刑事证明理念。“综合认定”中的理论迷思、制度困厄及实践乱象都说明了：在唯理主义的普遍认知能力受到质疑和挑战、人在认知活动中的主体性地位即主体性问题[70]得到重新审视和重视、认识不再以是否与客体相符验为衡量标准的新情势下，如果继续停滞于传统的认知理论，固守认识中的本质主义（所予神话），执迷于客观主义的幻觉，其结局将形同弘一法师所言的“执象而求”，而“咫尺千里”，以致或者陷于无穷倒退的迷局，或者沦入融贯论的怪圈，沉湎于自我圆融中而无处突破，最终均导致刑事证明标准的无解。显然，传统的认识理论及与其相关的坚信存在绝对性真理的独断论，必须被超越。

因此，应当也必须拆除由于学科分途所致的无形学术藩篱，立足知识社会学的视野，在刑事证明中吸纳法律论证理论，重视体验哲学关于知识理解的寓居方式及其价值，拓展并实践知识的默会维度，重新体认案件事实形成中的程序及证成属性，真正实现包括综合认定在内的刑事证明从演绎证明到对话证明，从“封闭”到比较“开放”的推理形式，从不容质疑的权威到在不同解决方案之间辩证选择，使刑事证明标准从某种确定无疑的终极标准（如客观真实）向可接受性的断言转变。

在此基础上，有关网络电信犯罪中综合认定问题的可行性进路，还应廓清间接证据使用中的误区，消除间接证据仅与案件事实有间接关系因而无法确证案件事实的执念。与此同时，在坚持可错性原则的基础上，重视情状证据所蕴含信息的使用。毕竟，案件事实的证成是一个包含价值判断等主观性选择的复杂过程，从既有证据向案件事实的推断也远非如形式逻辑推理般的公式化和一目了然，而是始终存在决断过程中所凭依的前提有晦暗不明和难以言说的地带的现实。而这，也印证了前文所述的知识的默会和寓居式理解的正当性与合理性，以及案件事实只能经由诉讼各方主体共同参与并加以证成和接受的事实。

[70] 关于主体性问题，需要补充说明的是，在20世纪后的各种哲学思潮中，存在着有主体哲学、无主体哲学和反主体哲学三种形态。胡塞尔的现象学是最典型的弘扬主体的哲学。其后的海德格尔在世哲的学和萨特的存在主义哲学继续弘扬这种主体性哲学。与之截然相反的是英美分析哲学的无主体以及结构主义和后结构主义如福柯、德里达等人的反主体性思想。但这里要注意的是，主体问题同样是后二者探究的对象，并且，后期维特根斯坦的转向，以及普特南从分析哲学向实用主义的转型，都蕴含着对主体的重新认识。而福柯、德里达的思想，作为一种后现代主义，只具有反思的特质而不具有建构意义。因此，笔者认为，在20世纪以来的各种哲学思潮中，主体性哲学应属主流。

非法获取公民个人信息罪“情节严重”初论*

利子平　　周建达**

摘　要：鉴于公民个人信息被滥用的现象日益严重，给公民个人的信息安全和生活安宁造成了极大的危害，《刑法修正案（七）》适时增设了非法获取公民个人信息罪。但是，由于本罪采取的是情节犯的立法模式，且理论上对此缺乏应有的研究，相关司法解释也尚未出炉，致使实践中对如何理解和认定本罪的“情节严重”颇感困惑。为此，有必要在考察情节犯基本原理与本罪一般规律的基础上，采取单一标准与综合标准相结合的解释模式，将本罪的“情节严重”明确化和规范化。

关键词：非法获取公民个人信息罪　情节严重　解释模式

* 本文系旧作，原载《法学评论》2012 年第 5 期。

**作者简介：利子平（1961—），男，南昌大学法学院教授、博士生导师；周建达（1984—），男，浙江警察学院经济犯罪侦防研究中心副秘书长，中国法治现代化研究院特邀研究员，法学博士，博士后。

一、问题的提出

近年来，随着信息技术的发展和计算机网络的普及，信息的传递与交流变得日益频繁和重要。与此同时，公民个人信息被盗用、滥用的现象也日趋严重，非法收集、买卖公民个人信息业已成为一种“新兴产业”。这不仅侵害了公民个人的信息安全，破坏了公民的生活安宁，而且也给一些不法分子进行违法犯罪活动提供了便利。鉴于这类案件的高发态势及恶劣影响，《刑法修正案（七）》适时增设了出售、非法提供公民个人信息罪和非法获取公民个人信息罪。但是，综观《刑法修正案（七）》施行两年来的实践，增设非法获取公民个人信息罪的司法效果却并不尽如人意。究其原因，除受“取证难”等因素制约之外，刑事实体法上对本罪采取情节犯的立法模式是其不可忽视的重要原因之一。由于理论上对本罪“情节严重”缺乏充分的研究，相关司法解释也尚未出台，致使司法实践中对如何理解和认定本罪的“情节严重”颇感困惑，有人甚至怀疑本罪实际上已成“空设”。[1]这种疑虑并非空穴来风。事实上，尽管非法买卖公民个人信息的案件频发，但司法实践中真正以本罪追究刑事责任的案件却寥寥无几。截至目前，仅广东、新疆、安徽、北京、湖北、江西、浙江、上海以及重庆等省市的 10 余起案件被以本罪追究刑事责任。[2] 因此，如何理解和认定本罪的“情节严重”，已经成为当前制约本罪司法适用的瓶颈。

二、非法获取公民个人信息罪“情节严重”的理论纷争

关于非法获取公民个人信息罪“情节严重”的理解问题，目前，刑法学界主要有以下几种代表性观点：

1. 三因素说。认为本罪的“情节严重”应依次考虑以下三个因素：（1）非法获取公民个人信息用于实施犯罪活动的；（2）严重危及公民个人的正常生活或者给其带来较大经济损失的；（3）在无法认定前两个因素的情况下，可根据非法获取信息数量的多小、次数的多少以及手段的恶劣程度或者支付的对价金额加以认定。[3]

[1] 参见丁国锋：《南京一出售公民信息嫌疑人批捕环节遇法律障碍——非法获取公民个人信息罪成“空

[2] 此外的绝大多数案件都是以非法经营罪定罪处罚的。

[3] 参见王昭武、肖凯：《侵犯公民个人信息犯罪认定中的若干问题》，载《法学》2009 年第 12 期。

2. 四因素说。认为本罪的“情节严重”应当考虑以下四种情形：（1）多次侵害个人信息的；（2）滥用个人信息进行违法犯罪活动的；（3）给被害人造成人身伤害、重大财产损失或其他严重后果的；（4）致使某一领域的社会秩序混乱以及其他给国家、社会和人民造成重大利益损失的。[4]

3. 五因素说。认为本罪的“情节严重”是指以下五种情形：（1）公民个人信息流向境外的；（2）多次实施侵犯公民个人信息行为的；（3）涉及多人的公民个人信息的；（4）造成严重后果或者造成严重影响的；（5）获利较多的。[5]

4. 六因素说。认为本罪的“情节严重”通常可以包含：（1）对被害人造成严重损失的；（2）获取个人信息数量较大的；（3）获取个人信息次数较多，造成恶劣影响的；（4）恶意窃取、收买公民个人信息的；（5）形成了窃取、提供、出售个人信息的犯罪组织网络的；（6）窃取、提供、出售他人信息导致他人人身和财产的严重损害的等。[6]

上述观点从一个侧面反映了当前刑法学界对于本罪“情节严重”的研究状况。应当说，其对于继续深化该问题的理论研究，明晰司法解释的路径具有积极的参考作用。但也应当看到，这些研究几乎都是蜻蜓点水式的一笔带到，缺乏系统的论证与应有的深入，故其所得出的结论是否科学、合理，尚需进一步审视。

首先，从本罪“情节严重”的因素遴选来看，上述观点基本上都把握了问题的重点，即将信息数量、行为次数、危害结果这三个最主要的因素纳入考量的范围，故值得肯定。但与此同时，上述观点在考量因素的遴选上也存在一些问题：（1）上述观点虽然对本罪“情节严重”的考量因素都作了不同程度的列举，但单独地看，其所列举的考量因素并不周延。因为“情节严重”作为一种概括性的定罪情节，其内涵与外延应当从犯罪的客观方面、主体、主观方面等多角度予以考察。[7] 否则，势必造成重要考量因素的不当遗漏，从而导致“情节严重”的外延过窄。而在上述观点中，有的忽视了对犯罪对象的全面考量，如遗漏了信息的性质或数量等；有的未能全面把握本罪的客观方面，如遗漏了采取破坏性手段实

[4] 参见梁恒：《风险•规制•完善：刑法视域下的个人信息保护》，载《重庆邮电大学学报（社会科学版）》2009 年第 6 期。

[5] 参见肖本山：《侵犯公民个人信息罪若干疑难问题探讨——兼论相关立法之完善》，载《黑龙江省政法管理干部学院学报》2009 年第 3 期。

[6] 参见刘宪权、方晋晔：《个人信息权刑法保护的立法及完善》，载《华东政法大学学报》2009 年第 3 期。

[7] 参见张明楷：《论刑法分则中作为构成要件的“情节严重”》，载《法商研究》1995 年第 1 期。

施非法获取个人信息的情形、形成了窃取、提供、出售个人信息的犯罪组织网络的情形、非法获取个人信息用于违法犯罪活动的情形等；还有的忘却了对犯罪主观方面的考量，如遗漏了获取个人信息的次数等反映主观恶性的因素等。（2）个别观点未能准确把握本罪的规律，以致于将某些情形不当地遴选为本罪“情节严重”的考量因素。如有的观点因未能准确认知本罪的犯罪对象和犯罪客体，因而将“致使某一领域的社会秩序混乱以及其他给国家、社会和人民造成重大利益损失的”情形作为“情节严重”的考量因素就值得商榷。

其次，从本罪“情节严重”的因素解构来看，上述观点均缺乏系统的论证。考量因素的遴选所解决的仅仅是本罪“情节严重”的解释方向问题，其并未涉及“情节严重”的实质。如果对“情节严重”的解释仅仅停留在考量因素的遴选层面，而不深入进行因素的解构或阐发，则相关解释仍属于“半路止步”，无法实现为司法实践提供理论指引的预期。综观上述观点，大多未对本罪“情节严重”的考量因素作必要的因素解构或阐发，以致造成“只见树干不见叶”的现象。造成这种现象的原因固然是多方面的，但归结起来，主要是两种心态在作祟：（1）司法解释的依赖心态。即高度依赖司法解释，寄希望最高司法机关能尽快出台司法解释来解决实践中遇到的法律适用疑难问题。诚然，最高司法机关的司法解释，在解决法律适用问题上能够起到“一锤定音”的效果，但过度依赖司法解释，则未必妥当。因为它不仅会严重削弱法官的自由裁量权，而且时常会导致“远水救不了近火”的尴尬局面。更何况，司法解释也需要正确的理论指导。（2）疑难解释的畏惧心态。随着经济、社会的不断发展，犯罪的表现形式也日趋复杂多变。在成文法的体制框架内，如何解决法律滞后的问题一直是司法上的一大难题。法律解释虽然为此开辟了一条通径，但解释本身却是一项极其艰苦、复杂的工作，一些人难免会产生畏难情绪。尽管在上述观点中，也偶有对本罪“情节严重”的考量因素作一定的解构或阐发，但从其因素解构或阐释的效果来看，却难以令人满意。如对于信息性质的解构角度较为单一；对于信息数量的解构缺乏层次性；对于危害结果的考量不甚周延；等等。

总之，如何理解和认定非法获取公民个人信息罪“情节严重”的问题，无论在理论上还是实践中仍未得到真正的解决，有必要对此作进一步深入、系统的研究。

三、非法获取公民个人信息罪“情节严重”的解释模式

目前，刑法学界在非法获取公民个人信息罪“情节严重”的理解和认定问题上，基本上都是采取单一标准解释模式，即通过对本罪若干犯罪情节中某一个情节的考量来认定情节是否严重。这种解释模式是有一定的理论依据的。因为按照一般的理解，“‘情节严重’中的情节，不是指特定的某一方面的情节，而是包括任何一个方面的情节，只要某一方面情节严重，其行为的社会危害性就达到了应受刑罚处罚的程度，应当认定为犯罪。”[8]根据单一标准解释模式，首先必须根据情节犯的基本原理和本罪的一般规律，设定若干能够独立反映其严重社会危害性或犯罪性的单一情节。在实践中，只要具体案件符合其中任何一项单一情节标准，即可认定为“情节严重”。

通过单一情节的设定与运用来认定本罪的“情节严重”的单一标准解释模式，尽管具有简单、明了、便于操作的优点，但仅仅依靠单一标准解释模式却并不能全面揭示本罪的“情节严重”。这是因为：（1）采取单一标准解释模式即意味着对本罪的“情节严重”只能采取列举的方式进行解释。然而，无数经验事实告诉我们，人类认识能力的有限性以及语言文字的局限性，常常使得解释者对案件的具体情形难以做到穷尽列举或准确概括。因此，仅仅采取列举的解释方式很难避免“挂一漏万”的现象。（2）采取单一标准解释模式即意味着牺牲本罪“情节严重”的综合性。尽管解释者可以在解释技术上采取诸如“其他情节严重的情形”等兜底性表述方式以避免由于列举所带来的“挂一漏万”问题，但兜底性解释方式仍然属于单一标准解释模式。它无法将实践中虽不完全符合某一单一标准，但却接近该单一标准，并且具有其他可从重考虑的情节，或者具有两个或两个以上情节接近单一标准，因而具有严重社会危害性的行为纳入司法审查的视野，以致有可能放纵犯罪。

事实上，犯罪的社会危害性评价并不是简单的、扁平式的评价构造，相反，它是一个复杂的、系统性的行为评价体系。[9]由于“社会危害性是个综合性指数，它是由一系列主客观因素决定的，这些因素从犯罪的过程来看就是一个个具体的犯罪情节”，[10]因此，在具体案件中，犯罪情节实际上承担着说明或佐证行为是否

[8] 张明楷：《刑法分则的解释原理》，中国人民大学出版社 2004 年版，第 224 页。

[9] 参见马荣春、韩丽欣：《论犯罪危害性评价机制的确立》，载《中国刑事法杂志》2007 年第 4 期。

[10] 李永升：《犯罪论前沿问题研究》，中山大学出版社 2009 年版，第 19 页。

具有严重社会危害性的功能。这在情节犯的场合体现得更加明显。情节犯是我国刑法较为常见的一种立法技术手段。立法者之所以对某些犯罪采取情节犯的立法模式，主要是考虑到：“现实生活中有许多行为，虽然在一般情况下其社会危害性还没有达到应受刑罚处罚的程度，却又难以通过强调犯罪构成的某一方面的具体内容或者增加某一具体要素来使之达到这种程度，或者不能预见所有情节严重的情况而无法做出具体规定，或者虽能预见但需做冗长的表述，使刑法丧失简短价值，于是立法者做出一个综合性规定，‘情节严重’便认定为犯罪，否则不以犯罪论处。”[11]因此，实践中对于情节是否严重的判断，必须综合考虑案件的全部情况。详言之，当某一情节表现得特别明显，足以说明该行为的社会危害性已经达到应受刑罚处罚的程度时，即可直接认定为“情节严重”；而在另外一些场合，行为是否达到“情节严重”的程度，则需要通过对全案诸多情节的综合分析和判断才能认定。可见，情节是否严重，有时是通过单一标准加以揭示的，而有时则需依托多个情节的加权来加以展现。因此，在解释本罪“情节严重”时，除采取单一标准解释模式之外，还有必要采取综合标准解释模式。

四、非法获取公民个人信息罪“情节严重”的单一标准

所谓单一标准，是指根据任何一个单一情节指标，即可认定本罪“情节严重”的情形。笔者认为，本罪 “情节严重”的单一情节应着重考虑信息数量、行为次数、行为手段、危害结果、违法所得、信息用途等因素。详言之，具有下列情形之一的，应当认定为非法获取公民个人信息“情节严重”：

1. 非法获取公民个人信息数量较大的。非法获取公民个人信息的数量通常能够较为直观地反映这类行为的社会危害性程度。一般来说，非法获取公民个人信息的数量越大，社会危害性也就越大。对于这里的“数量较大”，有学者主张，应以“人数较多”和“影响面较广”为标准。[12] 笔者认为，该标准虽有一定的合理性，但仍失之片面和笼统。首先，认定“数量较大”不能仅考虑信息所涉的人数多少，更要考量信息本身的数量大小。因为公民个人信息的外延非常广泛，非法获取公民个人信息即使未达到“人数较多”，也完全有可能构成“数量较大”。其次，认定“数量较大”不能以“影响面较广”为标准。“数量较大”固然“影

[11] 前注⑩，张明楷书，第 224 页。

[12] 李凤梅：《个人信息安全的刑法保障——<刑法修正案（七）>第 7 条析解》，载《河北法学》2009 年第 12 期。

响面较广”，但数量不大，其影响面却未必较小。尤其是在互联网和媒体高度发达的今天，哪怕一条简单的信息都有可能“影响面较广”。再次，认定“数量较大”应有具体、明确的标准。对此，可以参照最高人民法院、最高人民检察院 2004 年 9 月 2 日发布的《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 1 条第 1 款第 4 项关于“制作、复制、出版、贩卖、传播的淫秽电子信息，实际被点击数达到一万次以上的”规定，以一万条信息作为本罪“数量较大”的具体标准，即非法获取公民个人信息一万条以上的，可认定为本罪的“情节严重”。

2. 多次非法获取公民个人信息或者因非法获取公民个人信息受过二次行政处罚又实施的。行为次数是社会危害性与人身危险性的集中体现。行为人实施行为的次数越多，不仅表明其侵犯法益的频率越高，而且也反映出其反规范的意志更为坚决。因此，其社会危害性与人身危险性都明显高于同种行为的单次犯。对此，在定罪量刑上必须要有所区别。具体到本罪，对于多次非法获取公民个人信息的，也应当认定为“情节严重”。 至于本罪的“多次”应当如何把握，有学者主张，应按照刑法的惯常解释，以三次以上作为标准。[13] 也有学者认为，应以一年中实施三次行为为原则，以因同种行为受过一次行政处罚后再犯的为例外。[14] 笔者基本赞成后一种意见，但认为以“三次”或者“因同种行为受过相关行政处罚再次实施”作为本罪“多次”的标准，未免失之过严。首先，在信息化时代，个人信息不仅是公民个人人身或财产利益的一种重要载体，而且也是现代客户关系管理中一种重要的战略资源。因此，在本罪“多次”标准的设置上，必须综合平衡法益保护与社会发展二者之间的关系。其次，刑法作为其他部门法的“保护法”，具有补充性或最后手段性。在《个人信息保护法》尚未出台的情况下，刑法必须为其预留足够的处罚空间，以保障部门法之间的衔接和协调。因此，本罪“多次”的标准也不宜设置过低。笔者建议，应以“一年内非法获取公民个人信息五次以上或者因非法获取公民个人信息受过二次行政处罚又实施的”作为标准。

3. 非法获取公民个人信息手段恶劣或者形成了公民个人信息非法购销组织网络的。行为方式是犯罪社会危害性的主要表现，行为的方式不同，其社会危害

[13] 参见叶亚杰：《出售、非法提供、非法获取公民个人信息罪的司法实践认定研究》，载《新疆警官高等专科学校学报》2010 年第 2 期。

[14] 参见前注 12 李凤梅文。

性也就有差异。因此，在情节犯的认定过程中，必须认真考察行为方式对于犯罪成立的影响。[15]由于刑法对本罪的罪状采取的是简单列举与概括相结合的方式，因此，“情节严重”可以认为是立法者对“窃取或者以其他方法非法获取上述信息”在行为方式上所作的一种限制。这种限制主要表现在以下两个方面：一是非法获取公民个人信息手段恶劣。这是从行为性质的恶劣程度上所作的一种犯罪化限制。一般来说，具有下列情形之一的，可以认定为“非法获取公民个人信息手段恶劣”：（1）以暴力、胁迫等手段非法获取公民个人信息的；（2）以行贿手段从国家机关或者金融、电信、交通、教育、医疗等单位及其工作人员获取公民个人信息的；（3）以非法侵入（包括利用计算机病毒侵入）计算机信息系统的手段获取公民个人信息的。二是形成了公民个人信息非法购销组织网络。这是从行为的组织化程度上所作的一种犯罪化限制。一般来说，犯罪行为的组织化程度越高，其对社会的危害就越大，对其所作的否定性评价也应越严厉。鉴于近年来“个人信息的非法收集、利用、出售，已然形成了一条完善的个人信息‘生态价值链’”，[16] 其对公民个人的信息安全和生活安宁造成了极大的危害，因此，对这类行为有必要予以严惩。

4. 非法获取公民个人信息造成严重后果的。危害结果是社会危害性最直接的体现。在非法获取公民个人信息行为中，从未造成危害结果，到构成现实危险，再到造成实际损害，这是一个社会危害性程度逐渐增大、不断由量变催生质变的动态过程。因此，对于“非法获取公民个人信息造成严重后果的”，应当作为本罪“情节严重”的情形之一。根据情节犯的基本原理与本罪的一般规律，具有下列情形之一的，可以认定为“非法获取公民个人信息造成严重后果”：（1）致使他人正常的生活、工作和学习受到严重干扰的。公民个人信息的非法获取与传播，往往会给公民个人正常的生活、工作和学习带来一定的困扰。鉴于此，有必要将其中致使他人正常的生活、工作和学习受到严重干扰的行为纳入刑法规制的范围。（2）给他人造成较大经济损失的。公民的个人信息，特别是涉及资金账号、交易代码等公民个人的经济信息一旦被非法获取并加以利用，势必会使公民的个人财产蒙受损失。对其中造成较大经济损失的，应当予以严惩。结合我国当前社会

[15] 参见陈兴良主编：《刑事司法研究——情节•判例•解释•裁量》，中国方正出版社 1996 年版，第 67 页。

[16] 姚春鸽：《谁来保护我们的个人信息？》，载《人民邮电》2010 年 3 月 23 日，第 7 版。

经济发展的状况，“较大经济损失”的标准可考虑以人民币五千元为起点。（3）致使他人精神失常或者自杀的。公民个人信息包罗万象，某些敏感的信息如涉及个人隐私的信息，如果被非法获取并肆意传播，往往会给被害人带来极大的精神损害，甚至可能导致被害人或其亲属精神失常或者自杀的严重后果。因此，应将这类情形认定为本罪的“情节严重”。

5. 非法获取公民个人信息获利较大或者销售金额较大的。在贪利型犯罪中，利润不仅是诱发犯罪的原动力，而且是表征行为社会危害性的重要参数。因此，在通常情况下，非法获利越多，其社会危害性也就越大。但是，在“薄利多销”的情况下，非法获利的金额却并不一定能准确地反映其社会危害性的大小。因此，除非法获利较大之外，还有必要考量其销售金额大小的问题。因为销售金额作为销售单价与其销售数量的乘积，能够综合地反映其“犯罪业绩”的大小。至于“获利较大”或者“销售金额较大”的具体标准，应根据不同的情况分别确定。其中，“获利较大”，可参照前述“给他人造成较大经济损失的”标准，以人民币五千元为起点；而“销售金额较大”，则可结合典型的信息黑市交易均价来确定。据媒体披露，不同信息的黑市交易价格相差甚远：价格较低者，三四百元上万条。如某网站销售老板手机号码，标示经理人手机 11269 个，工商版 13796 个，精准版 8820 个，价格为 300 元至 320 元。[17] 价格中等者，一两元一条。如孕产妇信息黑市交易价格约为一元一条。[18] 价格较高者，上万元一条。如在一些 “调查公司”中，一个手机号码一段时间的短信内容可以卖到上万元。[19] 根据司法实践经验，作为定罪标准的黑市参考价格，不宜采纳价格过高者，而应以黑市交易均价或中间价为宜。因此，“销售金额较大”，可考虑以人民币一万元为起点。

6. 非法获取公民个人信息用于实施犯罪活动的。“信息安全问题，其意义更多的不在于信息本身，而在于由此引发的各种社会问题，其波及面渗透于社会的各个角落，影响力触及到社会的各个领域。”[20] 公民个人信息的非法获取与传播，不仅严重侵犯了公民个人的信息安全与生活安宁，而且还会连锁性地引发诸如诈

[17] 参见邓红阳：《河南万余名老板信息被网上叫卖》，载《法制日报》2009 年 3 月 16 日，第 7 版。

[18] 参见陈晓英：《刑法亮剑“倒逼”个人信息保护法出台》，载《法制日报》2008 年 9 月 5 日，第 8 版。

[19] 参见吴贻伙、陈婧：《保护个人信息，刑法入罪只是开始》，载《检察日报》2009 年 8 月 8 日，第 4 版。

[20] 骆群、戴晓东：《风险社会视阈下的〈刑法修正案（七）〉——以信息安全为视角》，载《理论导刊》2009 年第 10 期。

骗、敲诈勒索及伪造有价票证等犯罪，从而导致信息权益人的“二次被害”。据上海市公安局 2008 年的数据显示，利用手机信息实施诈骗的案件有 987 件，涉案金额高达 2000 余万元。通过手机实施诈骗的案件比 2007 年上升了 81.1%，以手机为实施诈骗通讯工具的数量比 2007 年上升了 166%。[21] 此外，天津市检察机关在实践中也感到：因公民个人信息泄露所引发的刑事案件正日益呈高发趋势，公民个人信息的泄露正逐渐成为一些犯罪分子实施犯罪的方便之门。[22] 可以说，公民个人信息的非法获取与传播已经成为当前刑事案件高发的新推手。鉴于此，有必要将非法获取公民个人信息用于实施犯罪活动的作为本罪“情节严重”的情形之一，纳入刑法规制的范围。

五、认定非法获取公民个人信息罪“情节严重”的综合标准

所谓综合标准，是指虽未达到上述单一标准，但综合考量案件的全部情况，也可认定为本罪“情节严重”的情形。综合标准主要是为了解决非法获取公民个人信息行为虽不完全符合任何一项单一标准，但又达到一定临界点的入罪问题。由于综合标准在司法操作上难度较大，对法官的业务素质要求较高，因此，为确保其正确适用，有必要进一步探寻综合标准的适用原则和规则。

（一）综合标准的适用原则

笔者认为，相对于单一标准而言，本罪“情节严重”的综合标准具有补充性、全面性、综合性与酌定性等特征。因此，在司法实践中，对于本罪“情节严重”综合标准的适用必须坚持以下四个原则：

1. 补充性原则。综合标准是对单一标准的重要补充。只有在不符合单一标准的前提下，才能考虑适用综合标准。因为，单一标准作为本罪“情节严重”常见情形的经验概括与定型，是本罪“情节严重”司法认定的直接依据。因此，只要具体案件符合其中任何一项单一标准，即可直接认定为“情节严重”，而毋需再考虑其他因素。否则，便有“画蛇添足”之嫌。换言之，单一标准与综合标准在逻辑层面上并非共处同一个平台，它们之间不是并列关系，而是存在着明显的补充关系。因此，在具体案件是适用单一标准还是综合标准的问题上，应当有一个先后顺序，即首先适用单一标准，只有在不符合任何一项单一标准的前提下，才

[21] 参见席大伟：《个人信息安全掀“舆论潮”，亟须斩断灰色利益链》，载《通信信息报》2009 年 3 月 25 日，第 C3 版。

[22] 参见前注 18 陈晓英文。

能辅之以综合标准。

2. 全面性原则。综合标准是对未达到单一标准的行为所作的全面分析和判断。因此，在司法实践中，对于那些无法归入到单一标准之下的情节，在考察本罪的“情节严重”时，必须予以全面的分析和判断。(1)不仅要考察案件的客观事实，而且要考察行为人的主观心理态度和倾向。由于主观心态具有易变性、难估量性，为了避免主观归罪，在本罪“情节严重”的单一标准设置中虽未予以单列，但在综合标准之下，应当予以全面考察。(2) 不仅要考察显性的情节，而且要考察隐性的情节。具体案件的复杂性决定了案件各个情节的可识别程度必然有所不同，有的情节一目了然，有的情节则较为隐晦。因此，在考察行为的社会危害性时，对于二者均应给予必要的、充分的考察。(3) 不仅要考察积极的入罪情节，而且要考察消极的出罪情节。在某些复杂的案件中，积极的入罪情节与消极的出罪情节时常相互交织，因而对此必须进行全面的考察，不能有所偏废。

3. 综合性原则。综合标准是对全案情况的综合考察。这种综合性体现在以下两个方面：一方面，综合即意味着必须避免对行为过程中所呈现的诸多情节的简单相加。案件的各个情节虽然都能从某一个方面反映行为的社会危害性，但因其性质各异，从而决定了其所负载的社会危害性的量也有所不同。因此，在综合标准的适用过程中，不能简单地采取“1+1=2”的方式来把握各个情节组合而成的社会危害性及其程度。另一方面，综合即意味着必须对行为过程中的诸多情节进行系统考量，进而加权计算。社会危害性评价作为对行为的一种整体性价值评判，其本身并非是一个堆积木式的简单组合体，而是一个由诸多元素相互累加而成的系统整体。因此，在综合标准的适用过程中，必须根据其对社会危害性的影响不同给予不同的赋值，然后再加权计算；或者根据案件的特点，预先设定综合情节的加权公式，然后再作数值填充，最后求解行为的社会危害性总量。

4. 酌定性原则。综合标准的实质是赋予法官自由裁量权。情节犯实际上是立法者在定罪问题上所作的一种无奈的权力让渡。从严格限制法官自由裁量权的角度来看，在立法尚不能细化情节犯的情节类型的场合，司法解释应担当起相应的职责。但是，在目前立法规定大量情节犯的背景下，完全依赖司法解释来解决这一问题，显然并不现实。这就使得法官的自由裁量权在情节犯认定中的作用更加凸显。当然，综合标准的考察仍然有其内在的评价规律或者裁量束缚。从解释方

法的角度来看，对综合情节的考察必须受到犯罪社会危害性的自身约束，即对该犯罪的社会危害性可以通过体系解释、目的解释等加以评价。只有在综合标准所体现的社会危害性与各单一标准内具的社会危害性等值的情况下，才能据以认定“情节严重”。从这个意义上说，综合标准虽然具有酌定性，但仍然要受到相应的制约。

（二）综合标准的适用规则

从具体操作的层面来看，综合标准的适用主要涉及以下两种情形：一是虽未达到单一标准，但有两个或两个以上情节接近单一标准的；二是虽不完全符合某一单一标准，但却接近该单一标准，并且具有其他从重情节的。

对于第一种情形可认定为“情节严重”的原因较容易理解。因为具有两个或两个以上情节接近单一标准的，足以说明其社会危害性的“量”已达到应受刑罚处罚的程度，即达到了社会危害性的“质”的标准。这是量变质变规律在本罪“情节严重”综合标准中的具体应用。问题在于如何把握这里的“接近”，也即前文所提及的“达到一定的临界点”。笔者认为，这里的“接近”，在存在数量标准的情形下，可参照最高人民检察院 1999 年 9 月 9 日发布的《关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定（试行）》附则关于“本规定中‘虽未达到上述数额标准’是指接近上述数额标准且已达到该数额的百分之八十以上的”规定，以达到该数量标准的百分之八十以上为标准。具体来说，非法获取公民个人信息虽未达到单一标准，但有两项以上分别接近且已达到该数量的百分之八十以上的，可以视为“情节严重”。

与通过数量叠加计算的第一种情形相比，第二种情形则要复杂得多。因为这种情形实际上涉及到单一标准之外的其他情节对本罪“情节严重”的影响问题。在此方面，最高人民法院 1998 年 3 月 10 日发布的《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》为我们提供了有益的借鉴。针对司法实践中存在的以破坏手段盗窃公私财物，虽未达到但是接近“数额较大”的起点标准，并造成公私财产损失等情况，最高人民法院在起草《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》的过程中，果断将盗窃公私财物接近“数额较大”起点的三种情形纳入定罪处刑的范围。[23] 该《解释》第 6 条第 1 项明确规定：“盗窃公私财物接近‘数

[23] 参见孙军工：《审理盗窃案件具体应用法律的几个问题》，载《人民司法》1998 年第 4 期。

额较大’的起点，具有下列情形之一的，可以追究刑事责任：1.以破坏性手段盗窃造成公私财产损失的；2.盗窃残疾人、孤寡老人或者丧失劳动能力人的财物的；3.造成严重后果或者具有其他恶劣情节的。”类似的规定还有最高人民法院2002年7月16日发布的《关于审理抢夺刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第4条等。尽管刑法学界对此尚有不同的看法，但实践证明，这种规定方式确实起到了弥补法律不足的作用，因而在总体上是适宜的。

具体到本罪“情节严重”的认定，上述单一标准所列举的六种情形中同样包含有数量标准，如信息数量、行为次数、损害后果、获利数额以及销售数额等。在司法实践中，只要达到上述数量标准，无疑即可直接认定为“情节严重”。但在一些个案中，非法获取公民个人信息虽未达到上述数量标准，但接近且已达到该数量的百分之八十以上，并且具有其他从重情节的，基于对全案社会危害性的综合考量，也可认定为“情节严重”。据此，笔者主张借鉴最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第6条第1项的做法，在接近某一数量标准的前提下，将其他一些应予从重考虑的情节纳入司法审查的范围，以弥补单一标准的不足。具体地说，非法获取公民个人信息虽未达到上述数量标准，但接近且已达到该数量的百分之八十以上，并具有下列情形之一的，可以视为“情节严重”：（1）非法获取公民个人信息用于实施违法活动的；（2）非法获取的公民个人信息使之流向境外的；（3）非法获取公民个人的金融交易、疾病医疗、婚恋情史等重要信息的；（4）非法获取残疾人、非婚生子女的个人隐私信息的。

六、结　论

准确把握本罪“情节严重”的认定标准，是正确认定本罪的逻辑前提和司法保障。根据本罪的犯罪构成并结合情节犯的基本原理，对本罪的“情节严重”，应采取单一标准为主综合标准为辅的方式加以认定。笔者建议，在未来的司法解释中，对于本罪“情节严重”的解释可作如下设计：

刑法第三百五十三条之一第二款规定的“情节严重”，应结合案件的具体情况，进行综合判断。具有下列情形之一的，可以认定为“情节严重”：

（一）非法获取公民个人信息数量较大的；

（二）多次非法获取公民个人信息或者因非法获取公民个人信息受过行政处罚二次以上，又非法获取公民个人信息的；

（三）非法获取公民个人信息手段恶劣或者形成公民个人信息非法购销组织网络的；

（四）非法获取公民个人信息造成严重后果的；

（五）非法获取公民个人信息获利较大或者销售金额较大的；

（六）非法获取公民个人信息用于实施犯罪活动的。

非法获取公民个人信息虽未达到上述数量标准，但有两项以上分别接近且已达到该数量的百分之八十以上的，可以视为“情节严重”。

非法获取公民个人信息虽未达到上述数量标准，但接近且已达到该数量的百分之八十以上，并具有下列情形之一的，可以视为“情节严重”：

（一）非法获取公民个人信息用于实施违法活动的；

（二）非法获取的公民个人信息使之流向境外的；

（三）非法获取公民个人的金融交易、疾病医疗、婚恋情史等重要信息的；

（四）非法获取残疾人、非婚生子女的个人隐私信息的。

不放弃追诉政策

——国家介入家庭暴力的价值选择

浙江大学 李华*

摘 要：本文针对国家是否应该介入家庭暴力案件进行探讨，并通过了解美国在家庭暴力方面有关的立法和司法的改革与发展过程，以及围绕着对著名的“不放弃追诉”政策的争论，提出在我国国家司法机关介入家庭暴力，虽然存在一定的缺陷，但总体上是利大于弊，具有正当性和可行性。

关键词：家庭暴力；不放弃追诉政策；国家干预；公权；私人自治

家庭暴力是指家庭成员之间实施的对身体上、精神上的不法侵害行为，而更多意义上是指婚姻关系中针对妇女的暴力。家庭暴力是世界范围内发生率相当高的一种社会现象。在国外，尤其是欧美等女权运动发达的国家，在过去的二十多年中，对家庭暴力问题无论是理论研究还是刑事司法，均已发展为比较成熟的理论体系与司法运用。近几年国内对家庭暴力及由此产生的社会问题已引起了广泛重视，各地也出台了不少地方性的反家庭暴力的规定，这在一定程度上对家庭暴力的预防和打击提供了具体的、可操作的规范。然而这些规定相对比较零散，目前尚缺乏全国范围内家庭暴力方面的统一、完善的立法。笔者认为对这一问题，首先需要社会对国家司法机关介入家庭成员间暴力案件的可行性及利弊的关系展开广泛意义上的讨论，先解决基础理论问题，并以此为今后的立法与司法改革提供基础。为此，了解国外的有关家庭暴力方面立法与司法的改革与发展过程及对焦点问题的争论，对我国相关问题的研究与法律改革应有所启迪。

一、 国外对家庭暴力案件的刑事司法政策的改革与发展

近 20 多年来，在女权主义运动发达的普通法系国家，对于国家介入家庭暴力案件问题，无论在基础理论领域，还是在刑事立法和司法政策方面均有重大的发展与突破。而其中尤以美国为典型。

在美国，尽管在 1920 年时所有的州已将殴打妻子视为非法，但直至过去的二十多年中刑事司法体系才开始将家庭暴力视为严重的犯罪。在 1970 年之前，

*李华（1963-），女，浙江杭州市人，浙江大学法学院副教授，研究方向为刑法学、犯罪学。

警察对发生的家庭暴力事件最典型的反应是劝解丈夫或男友“出去到附近街区走走”，警察的介入程度也仅此而已。

自 20 世纪 80 年代以来，警察对家庭暴力的反应发生了巨大的变化。当时发生在康涅狄格州通灵顿城（Torrington）最引人注目的“查尔斯·索尔麦伤害”一案，在某种程度上也促进了这一改革。索尔麦太太曾多次报警，要求警察保护其免受已分居的丈夫查尔斯·索尔麦的骚扰，但她未能获得帮助。在 1983 年 6 月 10 日，索尔麦来到她住处要求与其见面，她马上打电话到通灵顿城市警察局，要求警察以她丈夫违反了缓刑期的特殊理由而拘捕他。但是十五分钟过去，警察还没赶到，索尔麦太太只得与其丈夫见面，期间发生争吵，他用刀刺她的胸部、脖子。二十五分钟以后，一名警察赶到，看到了查尔斯·索尔麦正一边手持带血的刀，一边踢他妻子的头部，该警察未能有效阻止他。然后，当索尔麦进入房屋，举起其三岁的儿子并将他摔伤时，这名警察仍未采取行动。索尔麦又继续袭击其妻子的头部，最后当另一些警察赶到，索尔麦太太被放到担架上，查尔斯·索尔麦才被拘捕。索尔麦太太能够充分证明通灵顿城警察局在对待妇女和儿童遭受家庭成员侵害和受陌生人侵害执行不同的标准。因对家庭暴力的不干预和不逮捕政策而使被害人遭受了重大损失，最后通灵顿城警察局赔偿索尔麦太太 190 万美元。此案以后，社会和媒介围绕该案进行广泛的讨论，从而使家庭暴力成为全国关注的问题，警察机构也开始重新审视以往的政策。

法律改革的努力促进了警察对家庭暴力的反应。在 1984 年之前，大多数警察对家庭暴力案件不能合法地实施无证逮捕，除非警察有合理的原因相信有一个严重的犯罪正在发生。明尼苏达州的一项研究表明：在家庭暴力案件中，实施逮捕相对以往所实施的“要求施暴者离家八个小时”的措施，在阻止暴力方面具有更明显的效果。这项研究被最高检察机构所接受，为全国性的法律改革提供了基础。1984 年美国联邦检察总署授权警察在家庭暴力案件中应以实施逮捕为其主要手段。到 1988 年，主动、积极的逮捕政策已适用全国。所有的州都已确立了一项规则：对于家庭暴力案件，在特定条件下，即当警察有合理的原因相信某人有违法行为或触犯了禁止令，均可适用无证逮捕。在这一政策下，只要有合理的理由相信有家庭暴力事件的发生，逮捕是必需的，而不必考虑被害人是否愿意。

一旦警察开始对家庭暴力案件实行积极的逮捕政策，改革者又将视点集中于

起诉阶段。家庭暴力案件中，往往因受害者的不配合，不愿出庭作证而使刑事起诉难以启动，也难以将案件起诉到法庭而让实施暴力者受到惩罚，公诉人也常常认为家庭暴力是一些轻微的及私人间的家务事而放弃追诉。

专业的反家庭暴力组织机构在各州被建立起来，媒体也对国家直接介入家庭暴力案件展开讨论，司法改革的努力也帮助和促进了更为积极的起诉政策。在过去的二十年里，在为受虐妇女提供各种服务及立法与司法改革都有了巨大的进展，起诉机关已开始将家庭暴力视为严重的犯罪，常规的放弃对家庭暴力案件的追诉已不被接受。许多州现在已实施了著名的、也颇有争议的“不放弃追诉”政策(No-Drop Prosecution Policy)。[1]这一政策将家庭暴力视为严重的犯罪，积极鼓励妇女参与刑事诉讼，公诉人常规上不能因妇女的要求而放弃追诉，但须说服被害人的配合。

“不放弃追诉”政策常常被区分为“强硬的”(Hard)或“软性的”(Soft)，在强硬的“不放弃追诉”政策下，当有足够的证据起诉的时候，案件的进程不受被害人意志所左右。如在明尼苏达州、得克萨斯州等地区，通过颁布新的法律，确立了在家庭暴力案件中配偶出庭作证豁免权的例外规则，公诉人可以传唤被害人出庭作证，并有具体的标准程序来约束不合作的被害人，许多案子就是在强硬的“不放弃追诉”政策下而被起诉的。在这一政策下，当受害人不愿出庭或配合，而案件在没有被害人的证言又无法证明的情况下，公诉人可以申请延期审理并向法院申请签署逮捕令。一旦公诉人决定起诉，受害人无权选择，无论她是否愿意，她必须参加案件的初审，且出庭作证，否则将会被视为藐视法庭。施暴者及其辩护律师也明白国家对家庭暴力的案件是主动追诉而不受被害人意愿的束缚，因此他们试图去影响、瓦解被害人的行为也是无效的，公众也明白国家将家庭暴力视为严重的犯罪，对其的追诉是积极而持久的。

尽管目前美国对家庭暴力尚无统一的起诉政策存在，但司法界普遍对软性的“不放弃追诉”政策持肯定态度。根据这一政策，国家不强制被害人参加刑事诉讼，但支持鼓励被害人出庭作证。一般认为，有足够的理解和鼓励，受虐妇女将会现实地估量她的现状，开始摆脱她的“无助”，也会同意作为一个证人出庭指

[1] Cheryl Hanna , "No Right to Choose : Mandated Victim Participation in Domestic Violence Prosecutions ", 109 HARV. L. REV. （1996）

控施暴的丈夫以帮助公诉机关。尽管尽了最大努力，受虐妇女在被忠告和支持之后仍拒绝配合、不愿作证或撤回证言，而没有她的证言又缺乏足够的证据去起诉施暴者，为此，公诉人就可能尊重被害人的意愿而放弃追诉。

对“不放弃追诉”政策是否合理尚无统一认识，因为即使在严格遵循国家强制介入家庭暴力政策指导下的美国现代司法制度，检察官对起诉与否的标准的掌握余地仍是相当大的。然而，还是有一些统计能说明两个问题：第一，资料表明，积极的起诉政策能够减少凶杀案件的发案率。在圣地亚哥，在成功地实施了强硬的“不放弃追诉”政策之后，由家庭暴力而引起的杀人案由 1985 年的十三起而减少到 1994 年的七起；第二，评估表明，那些国家对家庭暴力进行充分干涉的司法管辖区，其对家庭暴力案件的起诉率明显提高，而相关的犯罪率及累犯率却大幅下降，公众及刑事司法人员对这一国家干预的政策普遍地持肯定态度。[2]

二、围绕着“不放弃追诉”政策的争论

尽管对家庭暴力案件积极的起诉政策已被普遍接受，并促进了立法与司法的改革，但因家庭暴力案件被害人与暴力实施者间的特殊关系，受害妇女常常不愿与公诉机关配合并拒绝出庭作证，而公众对国家运用其权力强制受虐妇女协助公诉机关追诉施暴者，对于刑事司法介入家庭暴力案件的功过仍有较大分歧。

“不放弃追诉”政策的支持者认为：家庭暴力已成为公共性的犯罪，其危害已超越了家庭关系的范围，已具有社会危害性，国家有责任去积极介入。这种态度通过媒介传播给大众，表明国家将不会容忍任何犯罪。他们认为国家如基于家庭暴力是属于隐私范畴而拒绝介入，那就不是谴责，事实为鼓励暴力。[3]

然而，反对者批评道：运用国家的权力强制家庭暴力的受害人参加刑事诉讼，强迫受虐妇女进入一个她无法控制的司法程序，会产生了无法预计的惩罚后果，使受害人“重新被害化”。这些反对者同时也注意到，如果逮捕必然导致自动起诉，妇女将很少会向警察求助或寻求保护。“不放弃政策”的批评者进一步指出：国家不应将妇女置于任何遭受巨大伤害的位置或者通过控制妇女的生活而替代施暴者，为保护女性的独立和自主权，被害人对于国家是否介入其生活应该有最

[2] Angela Corsilles, " No-Drop Policies in the Prosecution of Domestic Violence Case: Guarantee to Action or Dangerous Solution? ", 63 FORDHAM L. REV.

终的决定权。这些论点来源于女性主义理论中关于尊重妇女的对自己生活重要方面享有自主和决定权的原理。[3]

女性主义学者对 1983 年发生在阿拉斯加州一案的反应也说明了这种争论。在受害妇女莫德亚报警并控告其丈夫虐待后，她又改变了主意，决定不出庭作证，根据“不放弃追诉”政策，莫德亚因她的拒绝与国家合作而被拘禁。最后当她丈夫接受了指控，并与控方达成辩诉交易后，她才被释放。该案公诉人解释道：“当警察接受了控告并立了案，这已不是私人的事。如果我们选择放弃，然后向辩护律师和被告人表明我们将不再坚持，这对我们的不放弃政策从广泛意义上讲是灾难性的。”然而，许多家庭暴力受害女性支持者谴责了公诉人的决定，认为：即使是实行“不放弃追诉”政策，家庭暴力的受害者事实上也不应被强制作证，而当她拒绝时又将她拘捕，实在已走得太远，这无视了“不放弃追诉”政策的法律适用需要长期的适应过程。

围绕着“不放弃追诉”政策争论的焦点问题是：家庭暴力是公共性的犯罪还是属隐私范畴的家务事？传统的公共和个人、公权和私权的截然区别一直保护国家不介入家庭成员之间的暴力关系，婚姻家庭被视为夫妻及家庭其他成员私人自治的空间，为国家公权审慎介入的“特区”，传统的隐私权的理论也保护了丈夫殴打妻子而无须受刑事追究的权力。

女性主义学者认为：保护隐私并不是一个让国家不介入家庭暴力案件的充分的理由。因为刑事司法体系是为维护大多数公众的利益，它的目的是为了预防犯罪、矫正罪犯、惩罚犯罪，并且实现社会正义，当犯罪是发生在家庭关系范畴时，这些目标仍然是真实的。克拉克（Natalie L. Clark）有一个引人注目的观点[4]，即刑事追诉是唯一的根除、矫治家庭暴力的方法。她指出：最普遍的家庭暴力的结果表现为权力——丈夫用权力去控制妻子以及其他家庭成员的生活，受害人无论是承受还是离家寻求避难，都为施暴者提供了一个成功的“权力控制”模式。而刑事追诉是通过控制暴力实施者，使其离开家庭生活的空间，承担因他的暴力行为所造成的后果，取代施暴者以权力控制受害人的是，施暴者的个体和生活被国家权力所控制。

[3] Elena Salzman , “ A Model Legal Framework for Domestic Intervention , 74 B. U. L. REV(1994)

[4] Natalie L. Clark , “ Crime Begins at Home : Let’s Stop Punishing Victims and perpetuating Violence ”, 28WM. & MARY L. REV(1987)

然而，从女性主义角度来审视国家主动介入家庭暴力政策是困难的，因为他们常常在不确定位置上来讨论这一问题，即如果对受虐妇女有益则国家应该介入；而不利的话或妇女不愿意，则国家应采取不干预政策，当受害妇女拒绝与国家合作时，家庭暴力就简单地被视为私人的家庭事务。[5]

对这一问题的争论事实上也反映了国家介入家庭暴力案件所面临的惩罚、预防犯罪的刑法目的和尊重婚姻家庭关系当事人自主权之间的价值冲突。一方面，刑事司法体系为国家和公共利益服务，这样，如果受害妇女的意愿与国家和公共利益相冲突时，追诉机关将不考虑她们的个人愿望。基于这一原理，国家“主动介入”政策在任何案件中均是正义的，因为该追诉代表了国家和公共利益；另一方面，如果期望刑事司法体系能够更多地满足被害人的需要，那么妇女就有权决定国家是否介入其生活。这同时也将公诉人置于一个困难的境地，即他既是一个国家、公共利益的维护者，而又是受害妇女的维权者。在“不放弃追诉”政策下，面对不愿合作而出庭作证的被害人，公诉人也处于一个两难境地。

三、我国国家介入家庭暴力案件的可行性分析

在我国，对于发生在家庭成员之间的暴力除了构成重伤害以外，国家一般采取不干预政策。然而，随着家庭暴力的逐步升级，对家庭暴力行为进行制裁的呼声甚高。家庭暴力之所以受到特别关注，是因为它不仅是一个十分突出的社会问题，而且也极大地危害了社会治安、家庭稳定以及妇女儿童的身心健康。目前，在中国对于家庭暴力的制裁，主要是套用《刑法》和《治安管理处罚条例》中的故意杀人罪、故意伤害罪和虐待罪等有关条款，但在执行过程中还是面临许多问题。一是法律规定太笼统，缺乏具体操作措施，导致现实生活中真正能构成上述罪名的家庭暴力极少，绝大多数家庭暴力案件因达不到《刑法》和《治安管理处罚条例》规定的最低标准而得不到制裁。二是执行难问题。执法机关难以介入。对于家庭暴力案件即使起诉到法院，也往往因证据不足或情节不够恶劣构不上虐待罪，而无法让施暴者受到正义的惩罚，受害人权益得不到维护。然而笔者认为，对于家庭暴力问题的解决，深层次的、根本性的问题还是社会态度。长期以来，

[5] Elizabeth M. Schneider ,“Particularity and Generality: Challenges of Feminist Theory and Practice in Work on Woman-Abuse ”, 67 N. Y. L. REV.（1992）

在社会观念中家庭暴力仍被认为仅仅是发生在家庭成员之间的家务事，婚姻家庭被看作是庇护公民私生活安宁及自治的不容外界侵犯的“城堡”，公安机关履行的是管理公共安全的职能。许多人担忧，如果国家机关对家庭暴力实施严加管制，将会导致国家公权的过度干预，可能给公民的婚姻家庭生活造成破坏性效应。

笔者以为，为获取社会主流价值观和行为准则支持家庭暴力的受害者，针对现行的刑事司法体系对家庭暴力反应的不足，探讨国家司法机关介入家庭暴力案件的正当性是必要的。在此，主要可以从以下几个方面考虑：

第一，按照传统的法律理论，婚姻家庭纯属私人自治领域，不受国家干预；公法领域则执行严格限制的公共职能，维护公共秩序。公法与私法领域之间，界限分明。而 20 世纪现实主义法学的发展使这一划分产生动摇。他们认为，公法与私法、公共权力行使领域与私人自治领域之间的界限不是绝对的、固定不变的，而是机动的，两者并非截然分离。这一观点已被各国普遍接受。当今世界法律发展的方向是私法趋于“社会化”、“公法化”，政府权利在扩大，私权自治领域范围在缩小，为保护公共利益而法律允许限制私权。因而，以婚姻家庭为私人自治领域为由，拒绝国家作为公权介入家庭暴力案件，并不是一个充分的理由。

第二，在衡量国家对家庭暴力做出一个合理的反应时，执法机关应该明白，从法律的角度讲，婚姻关系中的暴力与其他情形下的暴力没有区别。故意伤害被定义为故意地伤害他人的身体健康，未经被害人同意，即使最轻微的攻击也是侵犯了他人的权益。在法治社会，法律是不能容忍任何形式的暴力，即使是发生在家庭成员之间，没有任何法律规范允许或应该允许一种基于施暴者和被害人之间具有亲密关系的暴力。

第三，家庭暴力的实施者总体上讲是重复犯罪者。习惯性攻击女性配偶的男性不仅在家庭内实施了暴力，其在外往往也是犯罪记录者。研究表明，家庭暴力的施暴者在人格特征上一般具有严重的攻击倾向性，故在家庭中频频实施暴力者，也更可能在社会上攻击他人。这样，施暴者不仅对家庭，而且对公众也构成了威胁。

第四，有证据显示，生长在暴力家庭下的子女长期忍受目睹暴力的痛苦，容易形成不良的人格，也更有可能在他们成年后在其自己的婚姻中陷入暴力行为，成功的刑事追诉可以通过强制施暴者脱离家庭而帮助结束这种暴力循环，帮助孩

子摆脱长期暴力阴影下的生活。

第五，刑事司法追求的目标是宽广的、多元的，预防犯罪、减少累犯为其中重要方面。通过惩罚家庭暴力的犯罪行为，刑事司法体系传递给社会一个强烈的信息，即国家不能容忍任何形式的暴力。法律规范在实施中的教育作用，是通过非强制性的、潜意识的方式，教育公众某些行为是非法或社会不能容忍的。最有效的预防家庭暴力的方法之一就是要使实施暴力者确信我们的社会决不允许、不容忍他们的行为，他们必须为自己的暴力行为承担后果。一个对家庭暴力的公共教育模式，并伴随着惩罚，能够兼有一般预防和特殊预防的双重功能。

从另一角度讲，因家庭暴力的实施者无须为他的行为承担法律责任，故我们无法制止家庭暴力总体在程度上和频率上的增加；而如果在司法机关主动介入后，因受害妇女的不合作而使案件最终被撤消，她就可能重新回到受虐关系中。持续的家庭暴力还会导致家庭矛盾的激化，成为凶杀和相关犯罪的诱因。

当然，不可否认国家公权介入家庭暴力案件也存在着潜在的缺陷。受害妇女普遍希望摆脱暴力，在一定程度上会与国家合作，但她可能并不希望丈夫因实施暴力而受到刑事处罚，有刑事犯罪记录、被关押或受其他惩罚。不考虑受害妇女的意愿而追究其施暴配偶的刑事责任，国家可能无意中强制某些妇女放弃了其对生活重要方面的自主权和选择权，也可能会导致妇女面对经济上的困境和经历情感上的痛苦。

确实，既要倡导国家司法机关对家庭暴力的干预政策而又要保护婚姻当事人的自治权免遭国家公权的侵入是一件两全其难的事。我们无法兼得，只有在两者利益之间进行权衡。以现实主义理论来衡量，国家司法机关主动介入家庭暴力是一个比放弃追诉更有利的政策，虽然这一解决方法并非是完美的，且须承担某些风险，尤其是可能造成对妇女自主权的侵害。然而，如果我们想真正用行动去结束对妇女的暴力的话，我们必须去承受这些损失。一个案件如果出于考虑妇女的意愿而不予追诉，这不就是以损失惩治犯罪行为的公共利益和阻止将来的暴力为代价？家庭暴力一方面是犯罪，同时也是性别不平等的表现，刑事追诉施暴者是根治家庭暴力的最有效的方法。在家庭暴力案件中，刑事司法追求的目标是惩罚施暴者以保护潜在的受害者，尽管妇女无权选择国家机关是否应该介入其家庭暴力会影响她的自主权的行使，但为了保护整体妇女的利益而部分地牺牲个体的妇

女的自主权是可行的，对家庭暴力的刑事追诉所获得的社会利益将会远远超过对妇女自主权的侵害所带来的短期损失。

积极的追诉政策至少为我们提供了控制家庭暴力侵害女性的良策及期望，并为最终实现防治家庭暴力和减少由家庭暴力而造成的对社会、经济、和个人的损失的刑法目的。国外的司法实践表明，绝大多数妇女凭自身能力无法阻止暴力，而有效的国家干预将会大大减少家庭暴力的发生率，对施暴者的刑事追诉可以阻止将来的暴力，尤其是当惩罚包括监禁。如果现场拘留施暴者并对其提起公诉，受害人再次遭其殴打的概率减少 50%。[6]如果不追究施暴者的责任，受害人往往会再次受到暴力威胁或殴打。进一步讲，国家司法机关通过对家庭暴力的追诉，体现了国家执行法律平等的一贯原则而不论被告人的社会地位或与被害人之间的关系，保证被家庭成员所伤害的被害人与其他暴力伤害的被害人获得执法主体平等的保护。从长远来看，也教育公众改变传统的观念，明白家庭暴力不是私人之间的家务事而是犯罪，其危害性已超越了被害人的家庭，对整个社会产生了危害后果，最终要进入司法程序。

此外，国家主动介入家庭暴力案件还要求有一定的司法资源做支撑，有人担忧如果公安检察机关对家庭暴力进行干预，将使警力发生困难，难以利用有限的资源对付严重的犯罪，难免会顾此失彼。然而，笔者认为，通过对家庭暴力的刑事追诉，既可以减少和预防家庭暴力的案发率，又能减少由家庭暴力引发的家庭凶杀案及其他潜在的犯罪，将妇女从家庭暴力中解放出来。最终，这样的开支是一个值得的投资。

大数据时代下的犯罪侦防模式

浙江大学光华法学院 林劲松 陈雅冰*

摘要：在大数据时代，人们的生活、工作和观念都发生着变化，犯罪侦防措施也不可避免地面临着一场变革。范围广、数量大、反应快、预测强等优点使大数据成为犯罪侦防的利器，但大数据侦防同时也存在着数据权维护与隐私权保护的法益权衡等问题。现阶段，我国大部分地区的大数据侦防还主要停留在平台建设方面。今后，应通过明确大数据侦查与大数据取证的法律属性、矫正证据偏在、发展信息技术、订立数据共享协议、完善数学分析模型等方式，推进大数据侦防的发展。

关键词：大数据；犯罪侦查；犯罪防范

---

[6] Elizabeth M. Schneider , " Developments in the Law — Legal Responses to Domestic Violence " , 106 HARV. L. REV. （1993）.

*作者简介：林劲松，男，浙江大学光华法学院副教授， 法学博士， 主要从事刑事诉讼法学和证据法学研究；陈雅冰，女，浙江大学光华法学院诉讼法学专业硕士研究生，主要从事刑事诉讼法学研究。

随着网络的普及和大数据时代的来临，犯罪分子的作案手段不断翻新，反侦查能力不断提高，传统侦查模式已无法完全适应当下的破案需要。道高一尺，魔高一丈。大数据侦查模式将纵向侦查和横向侦查结合在一起，并利用其预测性将侦查时间提前到犯罪行为发生前，这种模式的选择对防止和破获案件均具有重大意义。“天网工程”实施后，侦查机关开始在侦查中对大量视频数据进行原始分析，并主要通过人工手段从中获取相关证据，这被认为是初级阶段的大数据侦防。后来，中国人民银行、中国证券管理委员会设定了一些简单规则，通过监控流水数据和交易数据对大数据进行计算和分析，侦查机关利用这些数据开展侦防工作被认为是中级阶段的大数据侦防。现阶段，侦查机关开发和利用一些新的技术手段，逐步建立起储量大、范围广的大数据平台，试图通过复杂的数学分析模型，开展大侦查。[1]

一、“数据人”：犯罪侦防中的大数据思维

最高人民检察院检察技术信息研究中心主任赵志刚在一次访谈中介绍过这样一个例子：有位检察长设计了一张包含辖区内官员、国企管理层会计等重点岗位人员的 excel 表格，并逐步将他从各类渠道了解到的这些人员的相关信息填充入表格中。当反贪工作人员办理案件陷入僵局时，这位检察长总能从这张表格中找寻到突破口。[2]其实，这就是大数据思维，使用的侦查模式正是通过建构“数据人”来明确合理怀疑的目标，从而作为重点展开侦查。

在大数据时代，第三只眼时刻监控着人们的一举一动，资源和技术创新促进了对数以亿计的个体的个人数据的整合，其中包括方位、通话、网页浏览记录、银行记录、住宿记录、航班记录、社交媒体中的聊天记录和分享记录等，这些数据的整合使得“数据人”，即个人数据化形象模型的建构成为可能。[3]

“数据人”侦防的典型模式是“由人到案”模式。犯罪防范方面，“数据人”平台可以将可收集到的侦查终结报告、判决书等文书中的信息点录入大数据平台系统，通过回归方程等数学方法获悉数据化形象模型和所犯罪行之间的关联性，从而得出预测性分析结论。曾经有学者对在押违法犯罪人员做过住旅馆规律研究：首先收集近十年来在押人员的旅馆数据，分析得出在押人员入住旅馆的高峰期为

[1]谢君泽. 大数据时代下的司法变革[N]. 民主与法制时报, 2014-11-3.

[2] 高斌. 大数据：让腐败无处藏身[N]. 检察日报, 2014-12-2.

[3] Hu M. Small Data Surveillance v. Big Data Cybersurveillance[J]. Social Science Electronic Publishing, 2015.

凌晨 1 时到 6 时，并且在 3 时达到峰值。[4]这样的结论能够直接输入犯罪预测系统当中，为数据人犯罪研究提供依据。而且大数据平台具有实时性，理论上能够将实时收集到的数据导入第一阶段所获得的数学模型和结论中（实际上结论也处于不断变化当中），标记出与犯罪模型高度重合的数据人模型。如此一来，通过“数据人”分析，就可能找出潜在的威胁，从而防止或者减少这种危害的发生。美国国土安全部研发的“未来行为检测科技系统”，就是一个预测个体犯罪概率的系统，并且系统检测的准确度在研究测试中可以达到 70%。在国内，苏州市公安局开发使用的 PPS 犯罪预测系统也有较高的准确率。[5]犯罪侦查方面，犯罪行为发生后，“数据人”模型也有助于侦查机关发现可能存在的犯罪事实，从而进一步的侦查并侦破案件。例如，Xoom 公司 2011 年通过对新泽西地区“发现卡”汇款交易的所有可用数据进行分析研究后，揭示了隐藏在合法交易背后的犯罪集团正在实施诈骗犯罪的事实。

另一种则是由案到人的侦防模式。侦查人员可以通过现场勘查、物证鉴定等获得一些蛛丝马迹，再将这些信息数据化，转换为“数据人”模型构建中使用的数据点信息，输入“数据人”平台中并查找出一定范围内符合要求的数据模型，对模型对应的个体予以重点侦查。这种模式的突破点在于缩小侦查范围，提高侦查效率，甚至可能直接确定犯罪行为人。如 2013 年造成严重社会影响的波士顿爆炸案[6]。其实这种侦查模式在美国《2002 国土安全法》中就已经有了体现，该法提出了万维信息触角计划：恐怖分子计划、执行恐怖活动必然会留下一些数据痕迹，如财务、通讯、交通、医疗等数据记录。通过自动化的数据挖掘技术，理论上就能够在海量的交易数据当中发现可疑分子。[7]

“数据人”建构并不局限于自然人，必要时，可以对法人、组织、社会团体等进行数据化建构，并将当中重要的自然人的“数据人”模型作为该法人、组织

[4] 李伟, 孙论强, 李锁雷. “大数据”思维在公安实战中的思考和实践[J]. 中国人民公安大学学报(自然科学版), 2013, (04):20-25.

[5] 何军. 大数据与侦查模式变革研究[J]. 中国人民公安大学学报(社会科学版), 2015, (01):72-80.

[6] 参见百度百科对该事件的整体报道，载于 http://baike.baidu.com/link?url=gJOOXVmAbQ3FCop500Mh5YD5DzrRmKQvVAqeata8Xo8XBtWfeDBuEAlcJGpifAFnxnAe6YQkUt9thdVFrPoOaq.

[7] 徐子沛. 大数据：正在到来的数据革命，以及它如何改变政府、商业与我们的生活[M]. 桂林：广西师范大学出版社，2012. 4.

或社会团体数字化模型的组成部分。

二、大数据侦防与隐私权保护的平衡

继美国的“棱镜门[8]”事件后，仿佛全世界都陷入了隐私泄露的恐慌之中——我们的思想和行动无时无刻不被智能设备监视着。真正的恐慌并非来自那些主动上传的个人信息，而来自当事人非自愿上传，却在无意中留下的数据。民众以为及时删除或采取“无痕浏览”等方式便可不被他人获取的信息，可能早已以数据形式被永久记录了下来。那么信息创造者、信息所对应的个人或团体对这些信息享有什么样的权利？他人是否有权存储和使用这些数据？

网络信息数据主要有以下三类：个人信息资料、活动轨迹和其他信息数据。有些学者认为个人信息资料本质上属于隐私，[9]但个人信息并不完全属于隐私的范畴，有些信息资料是可以公开甚至必须公开的。对于这些个人信息资料，个人应当享有一定的控制权，如知晓在多大程度上公开，向什么样的人公开，别人会出于怎样的目的利用这些信息等等。[10]也就是说，在大数据时代背景下，侦查机关可以使用个人信息资料进行侦防，其他数据存储机构或个人则只能在信息所有者可明知或社会一般习惯认为应知并同意的范围内使用。对于其他可纳入隐私权范畴的个人信息，如健康状况等，则应依照隐私权保护进行处理。

发现犯罪嫌疑人活动轨迹的方法主要有两种，视频图像侦查和手机定位。面对高发的违法犯罪行为，全社会都在采取措施，监控无处不在，这为视频图像侦查的开展提供了基础性条件。这些监控设备一般都设立在公共场所，在公众环境中、形象公开的情况下进行拍摄，并不损害被拍摄人的肖像权。手机定位分为自动上传的位置信息和技术侦查获得的手机轨迹。自动上传的位置信息一般由侦查机关以外的其他机构收集，例如 Google Maps mobile。若再结合基站信号路测软件工具对基站信号信息进行查询和测试，就能够对侦查对象的具体位置进行锁定。[11]根据高检院《人民检察院刑事诉讼规则》，检察人员可以向有关单位和个人

[8] 棱镜计划（PRISM）是一项由美国国家安全局（NSA）自 2007 年起开始实施的绝密电子监听计划。据《华盛顿邮报》2013 年 6 月披露，美国国家安全局和联邦调查局（FBI）通过棱镜计划接触一些大规模互联网公司所有用户的数据，并利用所获取的音频、视频、照片、电邮、文件以及日志等资料，建立起一个数据库，帮助情报人员分析、追查有关用户的行踪。

[9] Solove D J, Schwartz P M. Information privacy law[M]. Aspen Publishers, 2007.

[10] 王利明. 隐私权概念的再界定[J]. 法学家, 2012, (01):108-120+178.

[11] 马谦. 智慧地图:Google Earth/Maps/KML 核心开发技术揭秘[M]. 北京：电子工业出版社, 2010.1.

调取相关的证据，包括自动上传的位置信息。虽然位置信息上传人不一定有将这些信息置于侦查机关控制下的意思，但社会公共利益作为公民私权自由的边界之一，当然性地阻却了某些行为对私权的干涉与阻碍之违法性。[12]目前我国的法律只规定了侦查机关在立案后可以向其他单位和个人调取证据，而在案件发生前，“数据人”的建构能否使用他人保存的数据，则要看是否已经达成协议。另一个获取手机定位的方法是使用技术侦查手段。根据我国《刑事诉讼法》第一百四十八条的规定，技术侦查必须在立案后，经过严格的批准手续方可进行，使用的前提是严格限制范围和对象。这一要求与大数据收集一切可收集的数据的理念想悖，因此在大数据犯罪侦防工作中，传统上的技术侦查只能作为上述“由案到人”模式中的辅助手段。

其他数据材料主要包括网页浏览记录、下载记录、购买记录和用户储存或上传的音频、视频、照片、电邮、文件以及日志等。对于大规模互联网公司存储的用户数据，侦查机关可以按照法定程序向这些公司取证并履行保密义务。但在案件发生前，这些数据的共享和使用则应该视数据本身的私密程度进行分类处理。通常情况下，用户不存在向侦查机关保密的合理期待，因此侦查机关实时共享这些数据并不损害用户的隐私权。公开上传和发表的视频、音频、照片、日志、文件等，侦查机关可以直接使用。在大数据分析报告直接作为证据使用的侦查模式下，由于最终使用的是某些共性的统计结果，不存在个人数据的直接使用，因此侦查机关使用这些数据并不对用户的合法权益造成直接影响。但如果统计内容涉及隐私，则可以通过模糊其他信息仅提供准确的统计所需信息等方法来防止隐私权受到侵害。

三、大数据侦防的运用现状

在我国，公安机关和检察院对于大数据的运用仍然处在平台建设阶段。公安机关在大数据犯罪侦防方面要比检察院更先进，但面临着数据难以筛选和获得、平台建设存在技术困难、财力和专业人才缺乏、数学模型难以构建等问题，而且各个地区在大数据的应用方面进度极不平衡。目前，全国各地公安机关正陆续成立图侦专业科室，加紧培养专职图侦人员，以利用图像资源进行犯罪侦防。但目前在交通要道、公共场所设置的摄像设备的密集度和清晰度还远远达不到要求。

[12] 张红. 肖像权保护中的利益平衡[J]. 中国法学, 2014, (01):266-284.

另外，图侦与大数据结合真正的困难在于视频画面无论在时间、空间上都可能不存在严密的内在逻辑，面对大数据时代总量巨大的视频数据，一方面不可能完全依靠传统的人眼识别进行侦查，另一方面机器的智能化程度也无法达到直接自主地从连续而无逻辑的画面当中提取出所有需要的信息。因此，技术部门急需探索如何从连续的画面当中，识别出可以用于归类汇总、标记定位的数据段，从而依靠这些数据段进行大数据分析，形成结构上的统计分析。

检察院在大数据平台建设中所获得的数据主要来自于行政机关、司法机关的内部共享，对于第三方掌握的数据信息，大部分难以在事前获得。

单位	平台建设情况	数据获取时间
北京市检察院	建设“检立方”辅助决策平台，将北京市三级检察机关执法办案、业务管理、队伍建设和检务保障的各种数据和应用系统进行整合，通过大数据风险预警，向相关单位及时发出检察建议、提出职务犯罪预防对策[13]	2014/12/02
江苏省常州市检察院	打造“常检云”检务平台，通过大数据运算，提炼出查办案件的客观规律，解决法律监督的标准问题和自侦案件基础信息查询及分析问题。 江苏省盱眙县检察院的大数据库不仅有工商登记信息、公安人口管理信息、车辆信息管理、房产登记信息、金融机构信息等，还包括手机通话、短信、电子邮件、微信、QQ、关系圈、特殊技能、脾气性格、衣着打扮、航班记录、住宿记录、社交媒体和聊天记录、GPS 定位轨迹、信用等各类信息。[14]	2015/6/30
四川省巴中市南江县检察院	与县国土局、卫计局、工商局、教育局、天然气公司、自来水公司、巴陕高速公路南江段建设协调领导小组办公室等多家单位签订基础数据协作协议，安排专人定期到以上单位收集基础数据。[15]	2016/03/16
浙江省绍兴市检察院	建设了“3十1”运行平台模式。“3”指预防信息共享平台、政法信息共享平台、行政执法与刑事司法衔接平台。“1”就是检察机关内部的情报信息综合运用管理平台。[16]	2015/03/01
山东省安丘市检察院	包含建设局、房管局、市场监管局等职能部门情报信息协查数据库，建起了侦查信息采集、信息查询、信息取证、情报研判、侦查指挥、侦查监督七大系统为基础的侦查情报信息综合应用平台。	
湖南省长沙市检察院	引进了通讯数据智能分析软件。[17]	2015/09/21

[13] 卢志坚,皇甫冰. 规范司法行为|江苏常州：“常检云”检务平台助力规范司法[N]. 检察日报,2015-6-30.

[14] 卢志坚,皇甫冰. 规范司法行为|江苏常州：“常检云”检务平台助力规范司法[N]. 检察日报,2015-6-30.

[15] 数据来源：http://bz.newssc.org/system/20160316/001871152.html. 2017 年 4 月 6 日访问。

[16] 胡东林. 运用大数据提升职务犯罪侦查能力[N]. 检察日报,2015-3-1.

难以事先获得第三方掌握的数据的主要原因有：首先，我国相关法律并未要求数据存储方实时与侦查机关共享数据，因此侦查机关没有强制要求这些单位共享的法律基础；其次，海量数据意味着增加了高效使用数据的难度，科学评估数据质量和确定有价值的数据子集也是一大挑战。[18]再次，虽然掌握数据信息的互联网公司在大多数情况下都不是案件中的当事人，但并不能完全排除他们销毁、篡改数据信息的可能性。而且数据存储方一旦篡改数据，将很难被发现，与此同时，改动一个数据，对最后的结论却可能造成巨大影响误导侦防。

一些非国家机关，特别是大型的互联网公司，凭借着高新技术和高使用量获取了大量用户数据，在大数据的使用上，甚至走在了政府的前面。如 IBM 的 Info Sphere 大数据分析平台，亚马逊的弹性 Map Reduce，甲骨文的 Oracle 大数据机，Google 的 Big Query 服务，EMC 的 Greenplum 统一分析平台，Teradat 的 Teradata 分析生态系统等。[19]这些公司对于大数据的使用方式有两种，一种是将这些数据提供给侦查机关，另一种是从数据“总体”得出统计结果，作为证据使用。如最高人民法院 2014 年宣判的奇虎诉腾讯滥用市场支配地位纠纷[20]一案中对数据分析结论的运用。非国家机关的优势在于：他们开通的服务平台已经深深渗透入人们的日常生活当中，如腾讯公司的即时通信软件、淘宝的交易平台、谷歌的搜索引擎等；用户在使用这些平台时一般不会有意识地去隐瞒个人信息，这些平台不仅能收集到用户的一般个人资料，还能通过用户的使用习惯和行为足迹等探知客户的喜好。如淘宝通过浏览记录向用户推荐用户可能感兴趣的商品，音乐软件通过用户平常收听的音频推出“猜你喜欢”功能等。

[17] 数据来源：http://www.jcrb.com/procuratorate/jckx/201509/t20150918_1547066.html. 2017 年 4 月 8 日访问。

[18] Bizer C, Boncz P, Brodie M L, et al. The meaningful use of big data:four perspectives — four challenges[J]. Acm Sigmod Record, 2011, 40(4):56-60.

[19] 《大数据来临，盘点全球十四个大数据公司》，载 http://tech.hexun.com/2012-07-31/144198083.html.

[20] 最高人民法院(2013)民三终字第 4 号。

四、大数据犯罪侦防模式的完善

（一）明确大数据侦防的法律属性

虽然在实务中对于大数据的运用范围在不断扩大，但运用大数据进行侦防是一种辅助侦查手段亦或是一种技术侦查措施，学界尚无统一定论。所谓技术侦查措施，即公安机关、人民检察院等依照侦查犯罪需要，经过严格审批程序后借助技术设备收集证据或查获犯罪嫌疑人的一类特殊侦查措施。[21]当下主要有两种观点：其一，认为应当以技术含金量作为界定标准，即需要启用高科技装备用于查清案件的都属于技术侦查措施；其二，认为应当以措施的隐秘度为界定标准，秘密进行的侦查措施均可称为技术侦查措施。[22]若按照第一种观点，则运用大数据侦防无疑是一种技术侦查措施，而按照第二种观点，极大多数的大数据运用也应归入技术侦查措施，因为数据的收集基本上都具有隐秘性。但实际上，这种归属并不合理，因为技术侦查措施要求严格限制使用时间、对象和技术手段，并且需要经过严格的审批程序，而大数据的运用却以收集一切可能有用的数据，利用一切可利用的资源为精神。即技术侦查措施针对的是个体，而大数据的运用以整体为对象；技术侦查措施所做的是纵向研究，而大数据的运用首先以横向的广度为基础。若将大数据手段也作为技术侦查措施，则将导致犯罪侦防无法完全展开。因此，不能将犯罪侦防中运用的大数据手段作为技术侦查措施加以规制，只能在今后的探索当中，另行作出规定。

（二）纳入多方数据，建构大数据平台

目前，非国家机关掌握了大量的、数据，并将这些数据用于商业目的和少量诉讼过程当中。虽然侦查机关正在陆续与一些互联网公司签订共享协议，但在案发前掌握的更多是以往的案件信息和基于公共服务所获取的信息。我国在大数据犯罪侦防模式的转型中还处在初级阶段，最大的瓶颈是纳入多方数据、建构足以进行数学模型分析并支撑犯罪侦防的大数据平台。通常学者更愿意从立法角度来解决问题，但考虑到法律的稳定性要求和互联网的快速发展，似乎依靠立法来要求互联网公司共享数据信息并不可行。较为可行的方法是由侦查机关主动与数据储存者订立数据实时分享协议，从而有效预测犯罪，高效破获案件。

[21] 陈光中. 刑事诉讼法[M]. 北京：北京大学出版社, 2016. 1.

[22] 李明. 监听制度研究—在犯罪控制与人权保障之间[M]. 北京：法律出版社, 2008. 7.

各地区在大数据运用上存在较大的水平差异，因此需要侦查机关统一信息化进程，结合中央政法委《关于推进政法部门间网络设施共建和信息资源共享的意见》等文件精神进行信息系统设计。不仅是地区之间，各国政府也需要出台相应措施，加强各国间数据交流。

（三）规范侦查程序，保障数据安全

由于大数据平台中的数据来源范围广，涉及方面多，上传方式杂，存在侵犯他人隐私的危险，侦查机关必须将保护个人信息放在重要的位置。这体现在，与数据存储方订立分享协议时设定为单方面分享、严格限制大数据平台的使用权限、在“大数据分析报告”作为证据使用的模式下仅公布分析结论，隐藏基础数据等。

结　语

综上所述，尽管笔者对大数据时代下犯罪侦防模式的转型提出了一些对策，但针对于这一课题，相关的科学体系尚未完全建成。如何科学、系统地运用好大数据这一手段，仍然面临着很多挑战。大数据对数据量、数据真实性、数据处理技术和数据分析技术都有着极高的要求，同时还需要面对来自公众的隐私保护压力，未来还需要在几个方面进一步探索：如何在数据收集和个人隐私保护当中做出平衡；对于需要提供实时数据以及需要保存数据信息的公司应如何进行界定；大数据侦防中相关技术人员的资格认定和技术革新等。

对改进我国缓刑制度的两点思考

浙江大学光华法学院 阮方民*

一、缓刑条件的衡量——— 缓刑决定权有待改善

就我国缓刑适用的现状看，缓刑决定的社会化工作做得还很不够。据我看来，这种不够主要表现在以下三个方面：

（一）缓刑适用只有法官裁量权而没有检察官裁量权（求刑权）

从实践情况看，目前对犯罪分子适用缓刑，主要限于法官的自由裁量权在起作用。例如，刑法上规定对缓刑适用的条件之一是“确实不致再危害社会”。这主要就是法官依据自己的自由裁量权作出判断。换言之，是否适用缓刑是基于法官的主观性判断。而在检察机关方面，当前检察机关比较关注的是自己提起公诉的案件是否得到人民法院的有罪判决，是否对被告人判处了实刑，而几乎没有在提起公诉的同时要求对被告人宣告缓刑，并且也极少就人民法院对某个案件的判缓刑发表不同意见。在实践中，检察机关对人民法院因为对某个犯罪分子不恰当地宣告了缓刑而提起抗诉的案件非常罕见。

（二）只有实体性条件而没有程序性条件

刑法规定了适用缓刑的三个实体性条件，即：犯罪分子被判处 3 年以下有期徒刑或者拘役；根据犯罪分子的犯罪情节和悔罪表现，认为适用缓刑不致再危害社会；犯罪分子不是累犯。由于“不致再危害社会”的主观判断性很强，容易造成很大的差异性。所以，刑法理论界与实务界有许多人主张对“不致再危害社会”由司法解释设置量化标准，以限制法官在考量适用缓刑上的任意性，避免各地人民法院之间在适用缓刑上的不平衡。个别地方人民法院基于这一思路也制定了一定的量化标准，试图达到适用缓刑上的平衡。另一方面，虽然刑法上没有对适用缓刑设置特定的程序性限制，但是，在某些地方的省高级人民法院内部制定了下级人民法院对数额超过一定标准的经济犯罪案件，如果拟适用缓刑的，应当上报到上一级人民法院乃至省高级人民法院平衡的程序规则。

（三）只有法官的裁量权而无社会（或群众）的参与权

* 阮方民，男，浙江大学光华法学院教授。

目前在司法实践中对犯罪分子适用缓刑时，尽管在作出缓刑宣告之前法官也要考虑社会有关方面的意见与影响，但这种意见与影响一都是背靠背收集的，二所收集的意见可能并不全面，三群众与社会对这一过程看不见，他们无法对各方面的意见与影响作出自己的评判，因而难以使缓刑的决定置于社会的监督之下。实际上，既然缓刑是把犯罪分子放在社会上改造，那么，社会各方面的意见也都应当公开化，要让各种不同的或者相同的意见公开化。也就是说，在决定适用缓刑时，既要扩大社会各方面的参与权，又要给群众以充分的知情权。这样做有几个好处：第一，可以使法院在作出缓刑宣告之前能够充分地公开收集与听取社会各方面的意见和建议，从而使缓刑宣告更为准确而恰当；第二，可以使法院作出的缓刑宣告自始至终受到社会的监督，尽可能杜绝法官在缓刑决定的问题上搞徇私舞弊与枉法裁判，使缓刑宣告更加公正；第三，由于缓刑的决定充分听取了社会各方面的意见，就使缓刑监督考察的社会化有了广泛的群众基础，可以使法院的缓刑宣告更加容易为群众所接受，有利于调动社会各方面都关注缓刑考验期间的犯罪分子的改造表现；第四，可以让被宣告缓刑的犯罪分子时刻感受到所在单位及所居住的社区监督的压力与影响，从而自觉地接受社会与群众的监督，以取得更好的缓刑考验效果。

我认为，要改进缓刑制度，应当针对上述三个方面的不足来改进缓刑适用的司法裁量权。其主要的改进思路是：一要对缓刑宣告的权力进行重新配置，扩大检察机关与公安机关的发言权，增加社会参与权，做到彼此分权，相互制约，以实现缓刑宣告的公正与公平；二要对缓刑宣告的程序予以公开化，把人民法院的缓刑裁量权、检察机关与公安机关的发言权、社会的参与权都置于阳光之下，尽可能杜绝缓刑适用中的腐败与不公。在不突破现行刑法所规定的缓刑制度的大框架下，我的具体想法是，可以在审判阶段设置一个缓刑听证程序。其具体内容包括以下几点：

1、在开庭审理之后，合议庭讨论决定对犯罪分子拟判 3 年以下有期徒刑或者拘役的，并且可以考虑对其适用缓刑的，应当举行缓刑听证。

2、举行缓刑听证，应当有检察机关的公诉人、公安机关辖区派出所的管片警察、被告人的家属、被告人所在的单位代表、被告人居住的社区基层组织代表、被告人本人及其辩护人参加。其他群众都可以参加旁听。

3、在缓刑听证中，主要应就被告人的悔罪表现、犯罪情节、再犯可能、社区改造环境、家庭责任、配合考察单位或者基层组织的责任、缓刑考察期间的义务能否得到切实履行等进行核实，并听取检察机关、公安机关、被告人家庭、被告人所在单位或者社区、被告人本人及辩护人等多方面的意见，并考量对犯罪分子缓刑考察期间的监督考察责任能否落实。检察机关的公诉人依法可以对缓刑听证实施法律监督。

4、在缓刑听证会后，经合议庭讨论，综合考虑各方面关于是否可以宣告缓刑的意见，认为符合缓刑条件的，可以宣告缓刑；认为不符合缓刑条件的，则宣告实刑。

我认为，设置缓刑听证程序有这样几个好处：第一，它将现在的人民法院决定宣告缓刑由暗箱操作变成了阳光下的操作，将缓刑的决定过程置于社会与群众的监督之下；第二，它将现在的缓刑决定由纯粹的法官裁量变成了起诉机关即检察机关、考察机关即公安机关的参与决策，再加上有其他相关单位或者社区组织的参与，体现了分权与制衡的原则；第三，由于在缓刑决定作出之前充分听取了多方面的意见，使得缓刑在作出宣告之后更容易得到各方面的遵守与执行；第四，以缓刑听证程序的设置取代上报平衡程序的设置，从追求形式的公正转向追求实质的公正，可以使缓刑的宣告更加准确而恰当。

二、缓刑的监督考察——— 缓刑考察权有待改善

从实践的情况看，当前缓刑适用存在的另一个重大问题在于：缓刑考察形同虚设。在许多老百姓的眼里，缓刑宣告如同无罪宣告；在许多地方，公安机关为日趋上升的恶性犯罪率所累，无力顾及对辖区内缓刑犯的考察与监督，致使不少缓刑犯长达数年在外打工者做生意而无人过问；而缓刑犯所在的单位或者社区基层组织，由于缺乏明确的规范规定，也不知该对缓刑犯如何进行“配合”考察。这种种问题的存在，都涉及到对缓刑考察权的改进问题。以我的分析，目前存在的这种状况是由于我国刑法设置的缓刑考察权本身的先天缺陷所造成的。

1979 年刑法所规定的缓刑考察制度，其考察主体是“由公安机关交所在单位或者基层组织予以考察”。仔细研究该条文，可以发现，公安机关只是名义上的缓刑考察机关，实际上的考察主体是缓刑犯所在的单位或者基层组织。这种缓刑考察制度，是与传统的计划经济社会结构相适应的一种法律制度。在我国传统

的计划经济模式下，是一个二元的社会结构，即城市与农村的二元体制。城市居民约有大部分归属于各种公有制的机关、企业与事业单位，极少数无单位归属的无业人员或者手工业者则归属于城市的居民委员会；而在农村，农村居民则为人民公社、生产大队与生产队等各级公有制的经济组织所管理。在这种社会结构中，强调国家利益至上，个人利益与小团体利益没有立锥之地，因此，每个公民的自由度很小。一方面，公民对其所在的单位或者经济组织具有很强的人身依附性，一个人的生老病死都由所在的单位或者经济组织管；另一方面，在二元体制的社会结构下，各类经济组织具有很强的泛政治化色彩，它们基本不考虑或者完全不考虑自己的经济利益，而是唯政治论，政治第一，政治挂帅，成为政府的附庸。因此，在这种社会结构中，各种单位或者经济组织承担了过多的政治功能而不是发展经济的功能。1979 年刑法所规定的缓刑犯由 “公安机关交所在单位或者基层组织予以考察”，公安机关作为执法机关只是个 “二传手”，它履行的是 “交” 其他主体考察的职能；而作为非执法机关的犯罪分子所在的单位或者基层组织则成了实际的考察主体。由于公民个人对所在单位或者基层组织所具有的人身依附性以及泛政治化的影响，使得所在单位或者基层组织能够担当由执法机关所交付或委托的考察缓刑犯的执法功能和任务。这种情况，正是二元体制社会结构在当时法律制度上的必然反映。

改革开放 20 年来，我国的社会结构发生了巨大的变化。今天的中国，正在从昔日传统体制下的二元社会结构逐渐发展演变为现代体制下的多元社会结构。在这种社会结构下，社会的各个群体、阶层、社区、团体利益分化趋势明显，在不危害国家利益的前提下，个人利益与小团体利益受到日益尊重与重视，公民的自由度较过去有了很大的提高。随之而来的是，一方面每个公民的人身依附性弱化，人身独立性加强，有了较以往更大的自由度；另一方面相对应的是各类经济单位、社会组织逐渐褪去泛政治化的外色，还其本来面目，特别是经济单位日益受自身利益的驱动，表现出追求最大经济利益的取向，从而导致对个人约束的不断弱化。

1997 年刑法在一定程度上考虑到了社会结构变化的这一新特点，将 1979 年刑法中原规定的 “由公安机关交所在单位或者基层组织予以考察” 改为 “由公安机关考察，所在单位或者基层组织予以配合”。这种立法上的修改从发展趋势

上说是正确的。因为，它将缓刑考察权回归到作为执法机关的公安机关，而犯罪分子所在的单位或者基层组织只是起“配合”的作用。

但是，仔细研究起来，实际上犯罪分子所在的单位或者基层组织对于其缓刑考察还是很难配合。主要的原因是：由 1997 年刑法第 25 条所规定的在缓刑考察期间的义务，缓刑犯所在的单位或者基层组织“插不上手”。因为，第一，刑法第 75 条第（一）项所规定的“遵守法律、行政法规，服从监督”的义务中，前面的“遵守法律、行政法规”义务是每一个公民都必须做到的，对缓刑犯来说，没有什么特殊的意义；而“服从监督”则主要是指该条第（二）、（三）与（四）项规定的义务。但对后三项义务来说，由于它们分别是“按照考察机关的规定报告自己的活动情况”，“遵守考察机关关于会客的规定”与 “离开所居住的市、县或者迁居，应当报经考察机关批准”，其监督的主体显然是公安机关而不是缓刑犯所在的单位或者基层组织。因此，对它们而言，很难让其履行“配合”的任务。由于 1997 年刑法第 75 条所规定的上述四项义务，均不具有公开性与公示性，老百姓看不到，所在单位或者基层组织管不到，使得缓刑的考察义务无法做到社会化，也使得法定的 “配合”任务无法得到落实。以我的看法，如果能对缓刑犯施加某些老百姓看得到、所在单位或者基层组织管得到的义务，则刑法上所规定的“配合”将能够得以落实。我设想，在不突破现行刑法关于缓刑制度框架的前提下，可以作如下的改进：

1、对缓刑考察配合权的改进

要对缓刑考察配合权进行改进，就应当让缓刑犯所在的单位或者基层组织有事可做。在这方面，可以尝试做以下三个方面的改进：

（1）对缓刑考察期间的犯罪分子施加一定的单位公益性或者社区公益性义务。具体地说，就是由犯罪分子在缓刑听证会中，根据力所能及的原则，自愿地表示定期地承担某项或者某几项公益性事务，并在听证会上或者会后与其所在单位或者基层组织签订自愿承担公益性事务的承诺书。是否签订有自愿承担公益性事务的承诺书，将是人民法院考虑宣告缓刑的一个重要因素。

（2）缓刑犯所在的单位或者基层组织，可以就对缓刑犯考察期间履行义务（包括法定的义务与自愿承担公益性事务的义务）情况，与考察机关签订配合考察责任书。在责任书中，所在单位或者基层组织应当承诺：对缓刑犯有违法犯罪

行为应当举报；对缓刑犯有违反考察义务行为的应当及时向考察机关报告；对缓刑犯参加公益性事务情况的，定期向考察机关进行通报。是否签订有配合考察责任书，也将是人民法院考虑宣告缓刑的一个重要因素。

（3）缓刑犯应当将自己的活动情况、遵守义务情况定期写成书面报告，呈交考察机关，并抄送所在单位或者基层组织。考察机关应当委托缓刑犯所在单位或者基层组织将该书面报告公开张贴，以接受群众的监督与异议。根据缓刑考验期长短，可以将定期的间隔期间设定为半年或一年。缓刑考验期满，也同样应当公开告示。只有让群众享有知情权，才可能有完善的监督权。

我认为，上述三点改进可以有这样几方面的好处：第一，可以使缓刑犯本人与周围的群众在其缓刑考察期间，保持对其犯罪分子身份的认知。现在有的缓刑犯，可能是国家机关工作人员，也可能是某个企业的老总。一旦被宣告缓刑，在缓刑考察期间，他们照样当干部，做老总，坐着高档的轿车，吃着豪华酒宴，他们忘记了自己仍是罪犯的身份，群众对此也十分不满，以致于认为缓刑就是无罪。如果到某个公益活动日，责令缓刑犯必须参加单位或者社区组织的公益活动；或者通过定期公开报告自己的活动情况或遵守义务情况，可以使他们自己清醒地认识到自己仍是戴罪之身；也使周围群众明白尽管他们可能平日里衣冠楚楚，但仍是犯罪之人。第二，可以使缓刑犯所参加的公益性活动或者其他日常活动受到所在单位或者社区群众的监督。因为，他们所参加的这类公益活动以及其他活动，是群众看得见，听得到的。他们的表现，是可以得到群众的评价的。群众如果对他们在考察期间的表现有异议的，可以通过正常途径向考察机关反映，从而使所在单位或者基层组织的 “配合”考察与群众的监督相互并存，彼此能够制约，避免所在单位或者基层组织对缓刑犯放任不管。第三，这种做法是我国新中国建立以来的法制发展史所证明是行之有效的。法制的现代化并不等于就是法制的西化，我们不能也不应对自己的法律制度史妄自菲薄，全盘否定。新中国建立 50 年来，尽管我国的法制建设走过许多弯路，但并不都是糟粕，其中不乏精华上品。以我之见，原来我们所倡导的“专门机关与群众路线相结合”的方针是正确的，在这一方针指导下所采取的由群众对某些违法犯罪分子进行监督管教的做法也是有相当的可取之处的。让缓刑犯承担一定的公益性义务，公开向社会与群众报告自己的表现，并接受社区或者单位内的群众进行监督。历史的经验表明这完全

是可行的与合适的。这样的考察方式，既是给缓刑犯一个 “将功补过”的表现机会，求得社会与群众对他或她的过去的犯罪行为的原谅，也是对缓刑犯在考察期间从法律上与道德上所作的一种持续的否定评价，同时也是一种为被害人与群众提供渲泻憎恶与报复情绪、情感的必要形式。通过这种公开与公示的履行考察义务与报告活动情况，可以很好地实现对缓刑犯执法上的公正与公平。

2、对缓刑考察执行权的改进

我认为，可以将缓刑考察的执行权逐步向司法行政机关转移。公安机关的刑事执法职能，决定了它的主要任务在于预防和打击现行的刑事犯罪活动。因此，以其现有的人力资源与物力资源，要应付当前社会转型期日益严重的刑事犯罪活动，已经疲于奔命，不胜重负。如果再将其确定为缓刑考察机关，确实难以胜任。目前缓刑考察流于形式的问题多出于此。将缓刑考察的执行权逐步向司法行政机关转移的想法，主要基于这样几方面的考虑：第一，司法行政机关随着律师业务管理与公证业务管理的行业化，其传统的行政管理职能较以往有了较大的萎缩；第二，司法行政机关尚保留的基层司法工作的职能正在不断增强，并且其所属的基层乡镇司法所（办）的网络分布较公安派出所更为健全、密布，使司法行政机关有能力来从事社会治安的综合治理与管理(包括对两劳人员释放后的继续教育与管理)；第三，目前刑罚的执行权在司法行政机关，从刑罚执行权与缓刑考察权宜相一致的角度考虑，从长远的角度看，应当将缓刑考察权从公安机关剥离出来，交给司法行政机关来统一行使。我设想，在目前不对 1997 年刑法作修改的情况下，可以将刑法第 76 条所规定的“基层组织”由有关机关解释为包括基层司法机构，也就是由基层司法所（办）作为配合公安机关考察缓刑犯的主要职能机构，让基层司法机关介入对缓刑犯的考察活动，再辅之以在单位或者社区组织的参与，将缓刑考察工作落实。将来待时机成熟时，再通过正式修改刑法，将缓刑的考察机关确定为司法行政机关。

总之，对上述两种权力的改进，实际上是对两种权力社会化缺陷的弥补与完善。从上文的分析与论证不难看出，缓刑决定的社会化不够，影响了缓刑考察执行的社会化效果；而缓刑考察执行的社会化不够，又反过来影响了缓刑决定的社会化不够。这种彼此社会化不够的缺陷决定了现行缓刑制度面临的困境及挑战。因此，要改进缓刑制度，就必须 “双管齐下”，一方面对缓刑决定的司法裁量权

予以改进，另一方面对缓刑的考察执行权予以改进。简言之，缓刑制度的改进，归根结底有待于制度的创新。要将缓刑制度从适应以往的计划经济模式的量刑制度逐步转变为适应市场经济模式的量刑制度，这需要我们不断地研究市场经济条件下的新问题，探讨适应这种经济体制的新法律制度，使我们的法律制度能够顺应经济的发展，以发挥其最大的效益。

从旧兼从轻:刑法适用的“准据法原则”

——兼论罪刑法定原则蕴含的程序法意义

浙江大学光华法学院 阮方民*

最高人民法院 1997 年《关于适用刑法时间效力规定的若干问题的解释》第 2 条规定:

犯罪分子 1997 年 9 月 30 日以前犯罪,不具有法定减轻处罚情节,但是根据案件的具体情况需要在法定刑以下判处刑罚的,适用修订前的刑法第 59 第 2 款的规定。

我国新刑法第 12 条对刑法的溯及力问题作了专门的规定。为了指导司法实践正确地具体适用刑法第 12 条有关溯及力问题的规定,最高人民法院制定并发布了《关于适用刑法时间效力规定若干问题的解释》(以下简称《解释》)。《解释》中的不少规定在相当程度上都突破了新刑法第 12 条的条文规定,在准确把握立法原意的基础上较好地弥补了法条的空白,或者妥当地发展了法条的规定。但是,对上述有关特别减轻处罚可以适用修订前的刑法第 59 条的规定,笔者感到,颇值得进一步推敲与研究。本文就此略陈管见,希冀引起学界同仁的关注。

一、有关刑法溯及力问题的理论学说与法律原则

刑法的溯及力问题,是刑法上一个非常重要的理论与实践问题。因为它不仅关系到罪刑法定原则是否得到最终的落实,而且也关系到能否对一个具体的犯罪案件正确而恰当地定罪与量刑。因此,研究刑法的溯及力问题,不能不首先对与其相关的理论学说进行研究。按照罪刑法定主义的要求,定罪判刑必须以行为时有效的法律明文规定者为限。因此,一方面,刑法对其公布施行有效以前实施的行为不发生效力,也就是新法不能溯追其实施有效以前的行为;另一方面,刑法对其失效、废止以后实施的行为也不发生效力,也就是旧法不能及于其失效以后的行为。对前者,学界称之为“刑法的溯及力”;而对后者,学界则称之为“刑法的后及力”。

* 阮方民,男,浙江大学光华法学院教授。

由此而引出刑法的“不溯及既往原则”与“不后及原则”。[1]后及力问题在刑法学界不存在什么争议。但是对溯及力问题却颇多分岐,值得加以着重研究。

刑法的溯及力是指刑法是否具有溯及既往的效力,即刑法是否适用于其生效以前发生的未经审判或者判决尚未确定的犯罪行为。对这个问题,在刑法学上历来有两种不同的“主义”之争,由此出现了在刑事立法上不同的处理溯及力问题的原则规定:

(一)行为时法主义

所谓行为时法主义,是指对于犯罪行为只适用行为当时有效的刑事法律。这一学说是资产阶级革命胜利以后,由资产阶级法学家和思想家提出来的一个罪刑法定原则的派生原则。这一原则要求追究行为人的刑事责任必须以行为当时的刑法有明文规定为必要条件,即所谓“法无明文规定不为罪,不处罚”。因此,行为时法主义是罪刑法定原则的当然要求。行为时法主义可以分为两类:

1. 绝对的行为时法主义。所谓绝对的行为时法主义,也称从旧原则,指的是新的刑事法律一律不具有不溯及既往的效力,在其生效以前的犯罪行为应当全部适用旧的刑事法律处理。例如,1789 年法国《人权宣言》第 8 条规定:“除非根据在犯法前已经制定和公布的且系依法施

行的法律以外,不得处罚任何人。”

2. 相对的行为时法主义,或称从轻的行为时法主义,即从旧兼从轻原则。这一原则指对犯罪行为原则上应按行为当时的刑事法律来处罚,但当裁判时刑法所规定的处罚轻于行为时法时,应当按裁判时法处罚,即按新法处理。如 1968 年《意大利刑法典》第 2 条第 1 款规定:“行为时,法无明文规定为犯罪者,其行为不为罪”,同条第 3 款又规定:“犯罪时之法律与犯罪后之法律不同时,应适用最有利于行为人之法律”。

(二)裁判时法主义

裁判时法主义,是行为时法主义的对称。它是指对于未经审判或者判决尚未确定的犯罪行为,根据裁判时有效的刑事法律进行处罚。裁判时法主义亦分为两类:

1. 绝对的裁判时法主义,也称从新原则。这一原则指犯罪行为应当按裁判时

[1]参见甘雨沛、何鹏:《外国刑法学》,北京大学出版社 1984 年版,第 238 页。

有效的刑法进行追究。如 1922 年《苏俄刑法典》第 23 条规定："本刑法典对于施行前未经审判的一切案件，均适用之。"

2. 相对的裁判时法主义，或称从轻的裁判时法主义，即从新兼从轻原则。它是指对犯罪行为原则上应按裁判时有效的刑法进行追究，但在行为时刑法规定的处罚轻于裁判时法时，适用行为时法。如 1928 年《中华民国刑法》第 2 条规定："犯罪时之法律与裁判时之法律，遇有变更者，依裁判时之法律处断；但犯罪时法律之刑较轻者，适用较轻之刑。"

应当指出，上述有关溯及力问题的四项具体原则，实质上涉及到在刑事审判实践中对发生在新法律生效实施之前的行为究竟应当适用什么法律即新法律还是旧法律进行评价或者处理的问题。也就是说，对发生在新法生效实施之前的某一种行为如果要适用旧法，则排除适用新法；或者反之，如果要适用新法，则排除适用旧法。新法或者旧法，二者只能择取其一，不能并且也不应二者兼取。否则，即不符合上述四项具体溯及力原则中的任一原则。

二、我国新刑法对溯及力采用的原则

我国新刑法对溯及力问题采用的原则，与原 1979 年刑法的规定没有本质上的不同。新刑法第 12 条规定："中华人民共和国成立以后本法施行以前的行为，如果当时的法律不认为是犯罪的，适用当时的法律；如果当时的法律认为是犯罪的，依照本法总则第四章第八节的规定应当追诉的，按照当时的法律追究刑事责任，但是如果本法不认为是犯罪或者处刑较轻的，适用本法。""本法施行以前，依照当时的法律已经作出的生效判决，继续有效。"我国刑法学界均认为，本条对溯及力问题所作的规定采纳的是"从旧兼从轻原则"。对新刑法关于溯及力问题的规定，需要研究这样两个问题：

（一）"从旧兼从轻原则"的具体适用

对发生在新刑法生效之前的行为，在新刑法生效实施之后案发的，应当按照"从旧兼从轻原则"，根据行为的性质以及刑法的具体规定，从中选择适用旧法或者新法。具体地说，就是：

1. 原刑法不认为是犯罪的，按原刑法处理。如内幕交易行为，侵入计算机信息系统行为，原刑法均未规定为犯罪。因此，对在新刑法生效之前发生的内幕交易行

为和侵入计算机信息系统行为，均不得按新刑法规定定内幕交易罪或侵入计算机信息系统罪。但是，在实践中，对原刑法不认为是犯罪，而新刑法规定为犯罪的情形，不能当然地理解为凡是新刑法规定的新罪名，而原刑法没有相应罪名的，都应当按无罪处理。比如，在新刑法第 191 条中新规定的洗钱罪，在原刑法中就没有洗钱罪的罪名。但不等于在新刑法生效实施之前，对洗钱行为一律是作为无罪处理的。实际上，新刑法所规定的洗钱犯罪行为有相当一部分是包含在原刑法第 172 条窝赃罪中的。也就是说，对明知是犯罪所得的赃款赃物，协助他人通过金融机构的金融交易而转移、转换行为，按原刑法同样是犯罪行为。因此，对原刑法不认为是犯罪的，不能从原刑法有无明确的罪名上来理解，而应从原刑法有无相应的规范加以制裁的实质上来把握。

2. 原刑法认为是犯罪，而新刑法不认为是犯罪的，按新刑法处理。如原刑法第 187 条规定的玩忽职守罪，主体为国家工作人员；而新刑法第 397 条规定的玩忽职守罪，其主体已缩小为国家机关工作人员。因此，对原国有企业的管理人员给国家造成严重损失的玩忽职守行为，按新刑法的规定就不能再予定罪。

3. 原刑法与新刑法都认为是犯罪的，如果尚未超过追诉时效期限的，原则上按原刑法处罚；但是如果新刑法处罚较轻的，则按新刑法处罚。如盗窃一般财物的行为，数额较大的，原刑法第 151 条的法定刑为 5 年以下有期徒刑，而新刑法第 264 条的法定刑为 3 年以下有期徒刑。因此，应当按新刑法第 264 条定罪量刑。

上述三种情形的处理方式表明，在我国刑法立法以及刑事司法实践中，所采纳的"从旧兼从轻原则"与其他国家的做法是一致的，即都是只能在新刑法或者旧刑法中选择适用其中之一，而不能同时并用新旧两法。如果借用国际私法的一个近似的概念来加以类比，或许可以将之称为刑法适用的一项"准据法原则"。按照国际私法理论的一般解释："准据法是指冲突规范所援用的、据以确定某一法律关系中双方当事人的具体权利与义务的实体法规范。如在运用`不动产的继承依法动产所在地法'这一冲突规范来解决不动产继承的法律冲突时，`不动产所在地法'就是解决`不动产继承'这一法律关系的准据法"，[2]也就是说，准据法是从多个法律规范中选定的适用于具体民事案件的一项与该案件有着最为实质性联系的法律规范。一旦该法律规范被选定，即排除其他法律规范的适用。这与按照"从

[2] 参见《法学词典》，上海辞书出社 1984 年版，第 796 页。

旧兼从轻原则”从两个或者两个以上的刑法规范中选定其中之一适用于具体刑事案件具有相似性，即一旦选定了新法或者旧法作为处理案件的法律依据，即排除适用其他法律处理同一案件。

（二）对“处刑较轻”的正确理解与把握

正确适用“从旧兼从轻原则”的一个很重要的条件，就是要正确地比较新旧刑法对某种犯罪所规定的法定刑的轻重。但是，在新刑法颁布之后，对于什么是新刑法第 12 条规定的“处刑较轻”，有不同的理解。有的意见认为，“处刑较轻”是指可能实际判处的刑罚较轻；还有的意见认为，“处刑较轻”是指刑法上规定的法定刑较轻。我国刑法学界在研究原刑法第 9 条“从旧兼从轻原则”时的通说曾主张：“法条中的‘处刑较轻’，是就同一种犯罪行为，《刑法》与行为时的法律、法令所规定的法定刑的轻重相比较而言的。…… …因而具体比较处刑较重时，应当根据法定刑的不同情况进行比较。”[3]在具体比较法定刑的轻重时，应当注意这样两个问题：

首先，如果刑法规定的某一种犯罪只有一个法定刑幅度，法定最高刑或者最低刑是指该法定刑幅度的最高刑或者最低刑。如破坏选举罪行为，原刑法第 142 条与新刑法第 256 条均只规定了一个法定刑幅度。原刑法规定的法定刑幅度是 3 年以下有期徒刑或者拘役；而新刑法规定的法定刑幅度为 3 年以下有期徒刑、拘役或者剥夺政治权利。两相比较，新刑法的法定刑幅度中多了一个附加刑刑种即剥夺政治权利刑，应认为新刑法的法定刑为重。因此，对发生在新刑法生效之前的破坏选举犯罪行为，应当适用原刑法第 142 条追究刑事责任。

其次，如果刑法规定的某一犯罪有两个以上的法定刑幅度，法定最高刑或者最低刑则是指具体犯罪行为应当适用的法定刑幅度的最高刑或者最低刑。如某国家工作人员在 1997 年 10 月 1 日以前实施了利用职务便利贪污 5 万元公款的行为，而在新刑法生效之后案发，依照原刑法第 155 条以及《惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》第 2 条的规定，法定最高刑为无期徒刑，可以并处没收财产；而按新刑法第 382 条规定，法定最高刑为 15 年有期徒刑，可以并处没收财产。两相比较，以新刑法的处刑较轻。因此，应适用新刑法第 382 条追究其贪污罪的刑事责任。

[3] 参见高铭暄主编：《刑法学原理》（第一卷），中国人民大学出版社 1993 年版，第 346 页。最高人民法院 1997 年发布的《关于适用刑法第 12 条几个问题的解释》也采纳了这一主张。

三、对上述司法解释规定的质疑

对上述《解释》第 2 条的规定，笔者认为值得商榷。主要理由如下：

（一）《解释》的实质在于主张在适用新刑法定罪时可以适用原刑法予以特别减轻处罚

《解释》的上述规定显然不是指适用从旧原则即适用原刑法处理某个具体刑事案件的情况，因为这种情形可以适用原刑法第 59 条第 2 款不容置疑。那么，剩下的则只能解释为是指适用从轻原则的情形，即适用新刑法的分则条文对某种行为予以定罪，同时又弃新刑法总则第 63 条第 2 款规定的特别减轻处罚规范不用而转用原刑法总则第 59 条第 2 款规定的特别减轻处罚对该行为进行量刑。我国刑法学理论认为，刑法的总则与分则具有内在的有机联系，是一个完整的法律规范体系。因此，司法机关在选择适用某个法律时，应当同时适用该法律的总则与分则条文。新刑法第 63 条第 2 款与原刑法第 59 条第 2 款虽然都规定了特别减轻处罚，但两者的规定有着显著的区别。具体地说，新刑法的减轻处罚规定否定了原刑法减轻处罚规定在决定程序上的无限制性（即各级人民法院的审判委员会都有权决定在法定最低刑以下减轻处罚），将减轻处罚的核准权由地方各级人民法院提升到最高人民法院，从而可以保证特别减轻处罚适用的公正性与严肃性。因此，如果在适用新刑法分则条文对某种犯罪行为定罪的时候，却又适用原刑法的总则条文对该犯罪行为量刑，这样处理刑事案件，既不是“从旧”适用原刑法，也不是“从轻”适用新刑法，与新刑法第 12 条关于溯及力问题所规定的“从旧兼从轻原则”相去甚远。

（二）对原刑法规范与新刑法规范的“套裁”适用有违罪刑法定原则

根据新刑法第 12 条的规定，在司法实践中涉及溯及力问题时，实质上是选择适用新法还是旧法处理具体刑事案件的问题。在对某个具体刑事案件的审判过程中，如果认为依照新旧刑法都应当以犯罪论处的案件，在经过比较原刑法与新刑法法定刑的轻重之后，可以有两种予以特别减轻处罚的处理方法：（1）认为原刑法处理较轻的，则应当适用原刑法处理该犯罪案件。在这种情况下，当然可以依照原刑法第 59 条第 2 款的规定，对不具有法定减轻处罚情节的案件适用特别减轻处罚。（2）认为新刑法处理较轻的，则应当适用新刑法处理该案件。在这种情况下，

只能依照新刑法第 63 条第 2 款的规定，对不具有法定减轻处罚情节的案件适用特别减轻处罚。也就是说，“从旧兼从轻原则”作为刑法适用上的一个“准据法原则”，决定了一旦适用旧法或者新法，就只能并且也只应适用该项刑法规范的总则以及分则作为处理某个刑事案件的法律依据，而不能对某个具体刑事案件既适用新刑法分则的某一条文定罪，同时又适用原刑法总则的某一条文对该案件量刑；或者反之，对某个具体刑事案件既适用原刑法分则的某一条文定罪，同时又适用新刑法总则的某一条文量刑。这样“套裁”适用新旧刑法对刑事案件进行处理是缺乏立法上的充分依据的。“因为这种情况，既不是适用`当时的法律'，也不是适用`本法'，而是适用一种由法官自行选择组合的`混合法'，一种由法官自行创立的`法'”。[4]这种做法有悖于新刑法第 3 条所规定的罪刑法定原则是不言而喻的。

(三)按照“从旧兼从轻原则”所作的特别减轻处罚应当遵循法定的核准程序

可能有人会认为，按照《解释》的上述规定执行，从实际所判的刑罚角度考虑，可以对犯罪分子所判的刑罚更轻一些，因而在实质上体现了“从轻原则”。笔者认为，这是误解了“从旧兼从轻原则”中所包含的“从轻原则”。因为首先，刑法上关于溯及力的规定不是从实际处刑的轻重来选择适用法律的，而是按法定刑的轻重来选择适用法律的。对此，不仅我国刑法学界具有相当一致的共识，并且最高人民法院在其制定的司法解释性文件《关于适用刑法第 12 条几个问题的解释》中已有明文规定。其次，如果在比较法律处理轻重之后，选择适用新刑法，根据犯罪分子的犯罪情节确有必要对其适用特别减轻处罚的，仍然可以依照新刑法第 63 条第 2 款予以特别减轻处罚，即在法定刑以下判处刑罚。所以说，新刑法的规定并没有否定特别减轻处罚，而只是设置了严格的核准程序条件。因此从客观效果上看，《解释》的上述规定规避了新刑法对特别减轻处罚所设置的严格核准程序条件。倘若《解释》的制定者果真有此立意，则是一种故意违背“罪刑法定原则”的越权解释，理应得到坚决纠正。

总之，笔者认为，对犯罪分子在新刑法生效实施以前的犯罪，不具有法定减轻处罚情节的，如果根据案件的具体情况确有必要实行特别减轻处罚的，应当按所选择适用的原刑法或者新刑法的总则与分则相关条文来处理。如果应当适用原刑法的，审判案件的人民法院审判委员会仍然有权决定在法定的最低刑以下予以特

[4] 参见陈忠林：《关于刑法时间效力的几个问题》，1998 年全国新刑法施行研讨会交流论文。

别减轻处罚；如果应当适用新刑法的，则应当报经最高人民法院核准，才能在法定的最低刑以下予以特别减轻处罚。也就是说，应当从新刑法或者原刑法中择一适用，而不能实行“套裁”的方式来任意地组合适用新刑法的分则条文与原刑法的总则条文。

四、罪刑法定原则蕴含的程序法意义分析

从以上的分析可以看出，最高人民法院的上述司法解释虽然存在着很大的任意性，超越了新刑法第 3 条罪刑法定原则所规定的法定的审判权限，但是，这种越权解释在相当程度上却表现得比较隐蔽，往往不易为人觉察。究其原因，就在于上述司法解释不是一种实体越权解释，因为它并没有超出审判机关所享有的实体权力(无论是依照原刑法还是新刑法的规定，审判机关确实均享有特别减轻处罚的权力)，但是它却规避了审判机关在行使特别减轻处罚权力时必须遵循的法定核准程序规则，因而实质上是一种程序越权解释！相当时期以来，我国刑法学者在研究我国刑法中的罪刑法定原则时，比较普遍地更多关注的是司法类推解释中实体越权的司法解释问题；但是，对程序越权解释的现象却几乎没有予以应有的关注，特别是没有将这种程序越权解释的现象与违反罪刑法定原则联系起来。致使我们对罪刑法定原则的理论研究存在着相当的空白。笔者认为，现在到了对罪刑法定原则中所蕴含的程序法意义予以揭示并且要求司法机关在进行司法解释时严格遵守的时候了。

(一)罪刑法定原则从来就具有实体法与程序法两个方面的意义

纵观罪刑法定原则的发展史，我们可以清晰地看到，罪刑法定原则不仅具有实体法方面的意义，并且也同时具有程序法方面的意义。罪刑法定的早期思想渊源，中外刑法学界公认首推自 1215 年英王约翰签署的大宪章第 39 条。该条规定：“不经适合其身份的合法审判或国家法律，任何人不得被逮捕，不得被监禁，不得被剥夺领地，不得被剥夺法律保护，不得被驱逐，不得被任何方法破坏，不得被施加暴力，不得被投入监狱。”在该条中所规定的“合法审判”，显然是指符合法定程序规则的审判。因此，刑法学界一般认为，“它确定了`适当的法定程序'(Due process of law)的法的基本思想。”[5]由此，“适当的法定程序”(也有学者译作

[5] 参见前引〔3〕，高铭暄主编书，第 168 页。

"正当的法定程序")成为蕴育罪刑法定原则的法治思想渊源之一。

18世纪时,罪刑法定的思想漂洋过海,被北美费城殖民地总会的1774年宣言和1776年弗吉尼亚权利宣言所采纳。其中,1776年弗吉尼亚权利宣言宣告:"没有国家的法律或经官吏的审判,不得剥夺任何人的自由。"在这里,"适当的法定程序"思想在必须"经官吏审判"的程序规则限定条件中再次得到了体现。此后,各州的权利宣言也都规定了同样的内容。上述权利宣言后来构成了美利坚合众国宪法确立的罪刑法定原则的思想基础。如,美国宪法第5条修正案规定:"对任何人,不依正当的法律程序不得剥夺其生命、自由和财产。"第14条修正案又进一步申展规定为:"无论何州不经正当法律程序不得剥夺任何公民的生命、自由或财产。"从而在法律上确立了"适当的法定程序"的原则。美国宪法和刑法里虽然没有明文规定罪刑法定原则,但是,罪刑法定原则所包含的一些具体原则如禁止追溯既往、禁止不经合法审判而定罪判刑等分别体现在禁止剥夺公权法案以及有关的宪法修正案中,特别是由于"正当程序"条款的建立而使这些法制原则得到进一步的法理上的发展。[6]

美国独立以后,北美新大陆发展的保护人权的罪刑法定思想穿越大西洋重新回到欧洲大陆,1789年法国革命之后的《人权与公民权利宣言》第8条规定了罪刑法定原则的内容:"法律只能规定绝对的、必要的刑罚。不依据犯罪行为前制定、颁布并付诸实施的法律,不得处罚任何人"。其后,这个规定被1810年法国刑法采纳:"无论是违警罪、轻罪,还是重罪,都不能判处犯罪前法律未规定的刑罚。"以后制定的欧陆各国刑法都以法国刑法为蓝本,在刑法开端即规定罪刑法定原则。如果说,罪刑法定原则是以英国大宪章中揭示的"适当的法定程序"为发端,至美国宪法修正案时,已经发展成为一种具有程序法意义的法定原则;而到了法国1810年刑法,则又进一步演变成为一种实体法意义的法定原则。由此,也奠定了大陆法系国家与英美法系国家在罪刑法定原则制度建构上的最初分野,即大陆法系国家的罪刑法定原则主要地表现为实体法的法定原则,而英美法系国家的罪刑法定原则主要地表现为程序法上的法定原则。[7]

但是实际上,无论是在大陆法系国家还是在英美法系国家,罪刑法定原则入

[6] 参见储怀植:《美国刑法》,北京大学出版社1996年版,第43页。

[7] 参见前引〔3〕,高明暄主编书,第171页。

律成为一项重要的法制原则后,并不是只单具实体法意义或者程序法意义,而是同时兼具实体法与程序法意义的。特别是随着各国刑法的相互学习与借鉴,刑事立法的趋同化日益加剧,罪刑法定原则的这种"双重意义"就更加明显。在这方面日本就是一个突出的例子。日本明治维新以后,效仿和学习欧陆法律,在当时的宪法第23条规定:"非依法律规定,日本臣民不受逮捕、监禁、审讯、处罚"。这是以采用法国人权宣言思想的1850年普鲁士宪法第8条为模式制定的。但在"二战"之后,日本现行宪法借鉴美国宪法,在第31条则进一步增加规定:"非依法律规定的程序,不得剥夺任何人的生命、自由,或者判处其他刑罚",将罪刑法定原则所蕴含的程序意义揭示得更为明确。[8]

由上述罪刑法定原则的发展轨迹可以看出,罪刑法定原则不仅具有实体法上的意义,并且也兼具程序法上的意义:在大陆法系国家,罪刑法定原则虽然主要地表现为实体法上的意义,但是也辅之以兼具程序法上的意义;[9]而在英美法系国家,罪刑法定原则虽然主要地表现为程序法上的意义,但我们也可以发现他们有了越来越多和越来越完备的成文法典来对犯罪和刑罚加以明确规定,同样不可缺少实体法的意义。

(二)以保障人权为己任的罪刑法定原则必然地要求限制法官的实体权力与程序权力

罪刑法定原则从它的诞生那天起,就高扬着"保障公民权利,限制司法权力"的大旗,昭示着"保权与限权"的双重价值取向。"罪刑法定主义原则是保障国民权利和自由免受强大的国家权力侵害的必不可少的一大铁的规律。"[10]

在这种价值取向和发展规律的影响和制约下,刑事古典学派主张绝对罪刑法定原则,在对罪刑法定的制度进行最初的构造时,明显地贯彻着他们权力制衡的

[8] 参见[日]木村龟二主编:《刑法学词典》,上海翻译出版公司1991年3月版,第70页。

[9] 对于罪刑法定原则所包含的"双重意义",已经有大陆法系国家的刑法学者作出了颇有见地的研究和揭示。例如,法国刑法学者就认为:(严格解释原则)是"罪刑法定原则"的一个直接的必然结果。因此,在对刑法进行司法解释时,法官有义务严格解释"不利于被告的规定",但可以允许法官对那些"有利于被告的规定"作出宽松的与扩张的解释。其中,"在这类`有利于被告人的规定'中,有的属于`实体刑法'的规定…… ……为了确保最正确地适用法律,保障个人自由与辩护权而制定的`程序性法律'也属于`有利于被告人的法律'…… ……"即认为罪刑法定原则的价值与意义分别表现在实体刑法的规定与程序性法律的规定中。这一论述可参见[法]卡斯通·斯特法尼等著:《法国刑法总论精义》,中国政法大学出版社1998年6月版,第138页。

[10] 同前引〔8〕,木村龟二主编书,第66页。

创新思想设计，特别是对司法权力的限制。他们认为，如果法官享有过大的权力或者不受制约的权力，则必然将滥用这种司法权力，从而侵害到公民的人权。而法官在对具体案件进行审理时，其司法权不仅表现在对案件进行实体处理的自由裁量权上，还表现在对案件按照什么程序进行审判的程序权上。因此，要对司法官的权力进行限制，以全面地贯彻罪刑法定原则，就必须对法官的司法权力进行“双重限制”，即不仅需要在实体法上明确规定罪与刑，防止法官滥用实体裁量权出入人罪，法外施刑；而且需要在程序法上明确限定法官适用刑法处理案件的程序，防止司法官滥用程序权罪及无辜，或轻纵罪犯。因为很难想象，没有对法官的程序权进行恰当的限制，而仅靠对法官的实体裁量权进行限制，就可以做到真正的罪刑法定。尽管后来西方国家的刑事实证学派主倡相对罪刑法定原则，已经从刑事古典学派彻底否定法官的自由裁量权转向了肯定并且适当扩大法官的自由裁量权，从单纯强调保障公民的人权转向了在保障公民人权的同时兼顾保护社会秩序和公共利益，但是，相对罪刑法定原则要求限制法官的权力（包括实体权和程序权）的内涵并没有发生根本的变化。特别值得指出的是，在相对罪刑法定原则占主流的今天，虽然各国的法官在刑事司法时均享有程度不同的实体法的自由裁量权，但几无例外地在行使自由裁量权时都受到非常严格的程序法限制。对此，日本刑法学家福田平有过非常正确的阐述：“罪刑法定主义是要依据刑事立法，同时对审判官解释法律的界限上起到作用，以此把它作为保护国家权力和国民人权的堡垒。”[11]

同样道理，罪刑法定原则对人权的保障也必然地包括“双重保障”，即不仅要保障每一个公民（包括犯罪嫌疑人）的实体权利，而且要保障他们的程序权利。所谓保障其实体权利，就是他们在受到国家司法机关的追诉时，有权要求国家司法机关严格按照刑法明确规定的犯罪构成要件进行认定，而不能受到法外定罪；如果已经认定他们的行为构成犯罪时，他们有权要求国家司法机关按照刑法明确规定的法定刑幅度处以刑罚。所谓保障其程序权利，就是他们在受到国家司法机关追诉时，有权要求国家司法机关严格按照正当的法定程序进行，而不得任意地不受程序限制地进行追诉。因为，如果没有正当的法定程序的制约，而听任国家司法机关随心所欲地按照自己意志去追诉一个公民，是不可能有真正的罪刑法定原则的。从这个意义上说，罪刑法定原则正是通过对司法权的严格限制来保障公民人

[11] 引自[日]福田平等编：《日本刑法总论讲义》，辽宁人民出版社 1986 年 9 月版，第 20 页。

权的，因为只有“限权”，才能“保权”。如果希冀在不对司法权进行严格限制的情况下来达到保障人权的目的，那实在是不可能的。因为，“司法如果没有立法的限制，擅断不可避免，专横也在情理之中”。[12]

（三）我国刑法中罪刑法定原则蕴含的程序法意义

我国新刑法第 3 条确立的罪刑法定原则，不仅在该法典大量的实体法规范中得到了充分的体现，而且还在其中的相当一些程序法规范中得到了反映。例如，新刑法第 18 条规定，对精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成危害结果，必须“经法定程序鉴定确认的”，才不负刑事责任。第 48 条规定，地方各级人民法院作出的死刑判决，都“应当报请最高人民法院核准”。人民法院作出的死刑缓期执行判决，都应当“由高级人民法院判决或者核准”。第 63 条规定，地方各级人民法院对犯罪分子作出的在法定刑以下判刑的特别减轻处罚，都必须“经最高人民法院核准”。此外，新刑法第 79 条、第 82 条和第 87 条的规定在赋予司法机关减刑、假释和追诉时效实体权力的同时，均规定了相应的法定程序对行使这种实体权力进行程序性的限制，以保证上述有关的实体权力公正、公平地行使而不致被滥用。

毫无疑问，我国新刑法中所规定的上述程序性规范，并不是立法者画蛇添足之举，而是体现我国刑法中罪刑法定原则不可或缺的一个重要内容。例如，新刑法第 82 条规定对于犯罪分子的假释，除依照该法典第 79 条规定的程序进行之外，还特别强调“非经法定程序不得假释”。这正是基于以往在执行原刑法时存在着一些司法机关违背法定程序而任意作出假释的现象而制定的。如果听任这种违背法定程序而任意作出假释的现象在新刑法生效之后继续存在，无疑将使新刑法所确立的罪刑法定原则受到损害。因此，在刑法中规定上述程序性规范不仅是罪刑法定原则的当然要求，也是保证刑事司法活动贯彻落实罪刑法定原则的重要保障。虽然我国刑法学界对这些程序性规范所体现的罪刑法定原则的价值内涵没有给予足够的关注和揭示，但不容否定的是，如果我国刑法中没有规定上述程序性规范，我国刑法所确立的罪刑法定原则所蕴含的意义就将是残缺不全的，并且也是难以在实践中得到全面而完整地贯彻的。

（四）在我国刑法司法解释中尤应注意防止规避程序法规则的司法解释

[12] 引自陈兴良：《罪刑法定的当代命运》，《法学研究》1996 年第 2 期。

司法解释，是司法机关进行司法活动的一个重要方面，也是司法活动的一个必要形式。刑法的司法解释，既体现在对刑事个案进行审理的具体司法活动过程中，也可以体现在对某一类刑事案件制定解释性规范文件的抽象司法活动中。从以往的司法实践看，我国司法机关在刑法司法解释中，违背罪刑法定原则的司法活动主要有两种表现形式：一是以司法解释的方式突破实体法的规定，造成逾越实体权司法；二是以司法解释的方式规避程序法的规定，造成逾越程序权司法。在这两种越权司法现象中，我国刑法学界似乎更加注重前者，而忽视后者。在修订刑法的前后，我国刑法学界不少学者在力主确立罪刑法定原则的同时，对我国司法实践中存在的违反罪刑法定原则活动的现象进行了抨击和反省，特别是对类推解释表示了严重的关切和忧虑。如有的学者提出：司法实践中出现的以类推解释代替类推制度来处理本应通过类推核准的案件之倾向，值得注意。司法类推解释势必导致司法权对立法权的侵分，[13]但是，有所缺憾的是，很多学者并没有从程序法意义上来考虑有关的司法解释有违罪刑法定原则的问题。

实际上，就在被这些学者批评的有关司法解释中，恰恰反映了规避程序规则因而违反了罪刑法定原则的问题。例如，1985 年由最高人民法院印发的关于破坏军婚罪的 4 个案例，将原刑法第 181 条规定的破坏军婚罪的客观构成要件从与现役军人的配偶同居或者结婚通过类推解释扩展为“与之长期通奸，破坏军人婚姻家庭，造成军人夫妻关系破裂的严重后果”。[14]再如，1985 年由“两高”发布的关于挪用公款以贪污论处的司法解释，同样是以类推解释的方式将贪污罪的客观构成要件扩展为可以包括挪用公款。[15]再有，1989 年由“两高”联合发布的《关于执行〈关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定〉若干问题的解答》，将受贿罪的主体由国家工作人员类推扩展为包括已经离、退休的国家工作人员。[16]上述 3 个司法解释规范，对原有犯罪构成的内涵都作出了超乎立法原意和规范含义范围的规定，无疑属于类推解释而不是扩张解释。应当承认，在新刑法生效实施之前，司法机关所作出的此类类推解释是为数不少的。

[13] 参见陈泽宪：《刑法修改中的罪刑法定问题》，《法学研究》1996 年第 6 期。

[14] 参见《中华人民共和国最高人民法院公报》1986 年第 3 期，第 8 页。

[15] 参见最高人民法院刑事审判一庭编：《刑事审判手册》（第一册），人民法院出版社 1990 年 3 月版，第 185 页以下。

[16] 参见王怀安主编：《中华人民共和国法律全书》（增补本），吉林人民出版社 1990 年版，第 12 页。

然而，笔者在此却不能同意有的学者提出的对上述类推性质的司法解释逾越了司法机关的实体权，或者侵分了立法权的观点。因为，原刑法一方面并没有规定罪刑法定原则，另一方面还规定了刑事类推制度。这就意味着，立法机关授权司法机关可以在法无明文规定的情况下对某种严重危害社会的行为予以定罪和处刑。而刑事类推制度的实施，当然离不开司法机关在处理具体刑事案件时对法律条文的类推解释。没有类推解释就不可能有刑事类推适用。换言之，类推解释是司法机关行使类推适用权的一个当然组成部分。笔者认为，上述司法解释的错误之处只是在于，类推解释只能是司法机关在审理具体刑事案件中对某个法律条文的解释，也就是说它只能表现为对个别刑事案件的具体司法裁量权而不是对某一类刑事案件的抽象司法解释权。换言之，司法机关只能在对某个刑事案件行使类推适用时才能进行类推解释，而不能滥用类推适用的司法权来制定司法解释性文件。因此，准确地说应当认为上述类推性质的司法解释在实质上是规避了对其程序权的限制，或者说只是程序越权解释而不是实体越权解释。因为，即使是按照原刑法第 79 条的规定，虽然立法机关在刑事立法上赋予了司法机关以刑事类推权，但同时为了防止司法机关滥用这种权力，在立法上又作出了严格的程序性限制，即地方各级人民法院所作出的任何类推判决的刑事案件都“应当报请最高人民法院核准”。也就是说，刑事类推的司法权依法只能是一案一报，逐级核准。可是，当上述类推司法解释制定发布后，对于有关的按照类推解释定罪的刑事案件就不再需要一案一报，逐级核准了。可见，上述类推性质的司法解释，实质上是规避了立法上对司法机关的程序权的严格限制，逾越了司法机关的程序权。陈兴良教授在分析以往司法机关以类推解释代替刑事类推制度的原因时正确地指出：“正因为刑法规定了刑事类推，司法机关才敢于对法无明文规定的行为直接援引最相类似的刑法条文未经类推程序而予以定罪。”[17]

[17] 前引〔12〕，陈兴良文。由此，使笔者想到了在修订刑法的过程中，有一些刑法学者坚定地捍卫原刑法第 79 条规定的类推制度，极力反对在新刑法中确立罪刑法定原则。他们所持的理由之一，就是认为从最高人民法院实际核准的类推案件数量看，在近 20 年的时间里仅 70 多件，足以证明原刑法规定的类推制度并没有导致我国司法机关在执行原刑法的过程中滥用这种权力，实际上在遵循着罪刑法定原则；但是，他们恰恰忽视了或者也许是有意地视而不见，在大量的规避程序权限制的类推解释掩盖下，有多少应当通过类推制度逐级上报核准的案件被地方各级人民法院轻易地定罪判刑了！这类案件的实际数量该是多少倍于经过最高人民法院核准的类推案件的数量啊！司法机关对程序权的逾越已经达到了非常严重的地步，实在是一个不争的事实。从而也充分证明了在我国刑事立法上取消司法机关的刑事类推适用权（包括类推解释权）对于真正确立罪刑法定原则是何等的必要和重要！

正是鉴于以往那种相当普遍存在的以类推解释代替刑事类推的现象，在这次修订刑法的过程中，刑法学界的绝大多数学者理所当然地主张摒弃刑事类推制度和力倡在刑法中确立罪刑法定原则。今天，在刑法上确立了罪刑法定原则的情况下，司法机关已经不再享有刑事类推适用的实体权力，当然也就不再享有类推解释的权力。如果司法机关再以类推解释来对法无明文规定的行为定罪判刑，就将是逾越了实体法上的司法裁量权，而不再是逾越程序权的非法司法行为。因此，只有在新刑法生效实施后出现的类推解释，才具有侵分立法权的性质。

以此观之，本文所引的上述《解释》中关于特别减轻处罚如何适用法律的规定，其违背罪刑法定原则的性质应当说主要表现在它规避了立法上对司法权关行使特别减轻处罚权的程序权的限制方面，而不在司法机关没有特别减轻处罚权而强行越权去行使这种权力。因为，无论是按照原刑法还是新刑法，人民法院都享有在法定刑以下予以特别减轻处罚的实体权。虽然如果依此实施，可能在某个具体的案件中，会给被告人以更轻的处罚，似乎“有利于保障人权”，但却可能由此埋下司法恣意妄为的祸根和隐患，为日后更为张显地逾越罪刑法定原则洞开城门，从而使罪刑法定原则俱成一纸空文，给我国刚刚初步形成的人权保障刑法机制造成无可挽回的损害，并最终将摧毁由罪刑法定原则奠基而构建的整个社会主义刑法大厦！

综上所述，笔者认为，我国新刑法中确立的罪刑法定原则，与其它国家一样，不仅具有实体法上的意义，并且也具有程序法上的意义。因此，在大力推行和一体遵行罪刑法定原则的今天，我们既要注意防止司法机关逾越实体法规定的违背罪刑法定原则的司法行为，更要注意防止规避程序法限制的违背罪刑法定原则滥权之举，使罪刑法定原则真正成为我国刑事司法活动中扼阻越权司法的界石与鸿沟，更好地发挥其“保障人权”的历史和现实功能。

关于新刑法中特别防卫权规定的研究*

王作富　阮方民*

摘要： 本文介绍了国外特别防卫权的立法概况和我国特别防卫权立法的形成过程，分析了特别防卫权与一般防卫权相区别的五个重要特征，对《刑法》第20条第3款关于特别防卫权适用范围及相关概念涵义作了探讨，指出了当前司法实践中认定特别防卫权应注意的两个方面的问题。

关键词： 新刑法　特别　防卫权

新刑法针对当前社会治安仍然十分严峻的形势，为了更好地实现打击犯罪、保护人民的立法目的，从鼓励广大群众见义勇为，与犯罪行为作斗争，强化对防卫人合法权益的保护出发，对原刑法第17条规定的正当防卫作了重大修改，不仅在新《刑法》第20条第2款对于防卫过当的条件作了较原刑法更为严格的限制，而且更重要的是，在第3款中还规定了对于某些特定的犯罪有权进行无限度的防卫而不属于防卫过当，从而在总体上大大地扩张了正当防卫的范围，赋予了防卫人以更大、更充分的防卫权。本文试图对新刑法所规定的特别防卫权作一探讨。

一

特别防卫权，在外国的一些刑事立法例中，也有一定的反映。它们大致上分为两类：

第一类是由于防卫人特定的主观原因而产生的特别防卫权。如罗马尼亚刑法典第44条第二款规定：“由于恐惧，自卫超过了应与危险的严重程度相适应之限度的，也认为是自卫。”即由于主观上基于恐惧的心理而实施的超过了法律规定的

*我国刑法学界一些学者将新《刑法》第20条第3款的规定称为“无限防卫权”，我们主张称为“特别防卫权”较妥。其一是因为这种防卫权并非一概无限制或无限度；其二是同第20条前两款规定的一般防卫权相对应，便于区别两者；其三是特别防卫权的称谓有利于群众正确地认识这种防卫权只能发生在针对特殊犯罪的场合，避免因发生误解而导致滥用这种防卫权。因此，我们基本赞同另一些学者将防卫分为“一般防卫”与“特殊防卫”的观点。关于这种观点的论述，可参见高西江主编：《中华人民共和国刑法的修订与适用》，中国方正出版社1997年4月第2版，第109-112页。

*王作富，男，中国人民大学法学院教授。阮方民，男，浙江大学光华法学院教授。

应有限度的防卫行为，不属于防卫过当，仍为正当防卫。对于这种无限度的防卫行为，因为是基于防卫人主观上特定的心理状态而实施的，并非是防卫人自觉地选择实施的逾越法定限度的防卫行为。因此，与其说是事前赋予其这种无限度的防卫权，倒不如说是事后对行为人非有意识地实施的逾越法定限度的防卫行为权的追认。

第二类是由于反击特定的犯罪客观原因而产生的特别防卫权。如法国 1810 年刑法典第 329 条规定："下列两情形均视为迫切需要的防卫：一，在夜间因抗拒他人攀越或破坏住宅、家室或其附属物的围墙、墙壁或门户而杀人、伤害或殴击者；二，因防御以暴行实施犯罪的盗窃犯或掠夺犯而杀人、伤害或殴击者。"[1]另外，如印度刑法典第 100 条规定：对故意杀人、故意伤害、强奸、绑架、抢劫、夜间破门侵入房屋、放火等侵害行为，防卫人可以致侵害人伤害直至死亡。[2]即针对特定的犯罪所采取的防卫行为，不受法定的限度限制，立法上规定其为正当防卫。我国刑法在修订中，参考了国外关于特别防卫权的立法例，并根据同犯罪作斗争的实际情况，在对特别防卫权的规定上曾经考虑过分别规定一般公民和人民警察两类不同的特别防卫权。回顾立法过程中在特别防卫权规定上的变化发展，有助于我们探求立法的原意和精神。

（一）关于一般公民特别防卫权的规定

在《刑法修订草案（征求意见稿）》中对于一般公民的特别防卫权曾规定了两款："对以暴力方法实施杀人、抢劫、强奸、绑架以及严重危害国家、公共利益的犯罪行为，采取防卫行为，造成不法侵害人伤亡后果的，不负刑事责任。""对以破门撬锁或者使用暴力方法非法侵入他人住宅的，采取防卫行为，适用第四款（即前款———笔者注）规定。"[3]其后，《刑法修订草案》对一般公民的特别防卫权作了一些变动："受害人受到暴力侵害而采取制止暴力侵害的行为，造成不法侵害人伤亡后果的，属于正当防卫，不属于防卫过当。"[4]即将特别防卫权限制在本人受不法侵害的场合，并且删去了原征求意见稿所列举的 4 种严重暴力犯罪与"破门撬锁"的违法犯罪前提条件。现在，新《刑法》第 20 条第 3 款基本恢复了原征求意见稿的写法，但明确将特别防卫权的前提限定在法定的 4 种严重暴力犯罪以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪上，而不是含义更广泛的包括非暴力性质的"严重危害国家、公共利益的犯罪行为"，意图在于对特别防卫权的范围有所限制。

（二）关于人民警察的特别防卫权规定

在《刑法修订草案》第 21 条中以及其后的几个草案中，还曾专门就警察的特别防卫作了规定："人民警察在依法执行盘问、拘留、逮捕、追捕逃犯或者制止违法犯罪职务的时候，依法使用警械和武器，造成人员伤亡后果的，不负刑事责任。""人民警察受到暴力侵害而采取制止暴力侵害的行为，造成不法侵害人伤亡后果的，不负刑事责任。"[5]在刑法上规定特别防卫权问题，从一开始就有着不同的意见。许多司法实际部门的同志对此多持赞同的态度。而持反对态度或者异议的多为学者。例如，对于一般公民的特别防卫权问题，

有学者持强烈异议，认为"这种规定在强化防卫人权利之保护的同时，在另一方面实际上又弱化了对不法侵害者应有的合法权益的保护。… …不但有悖于刑法对正当防卫立法的宗旨，而且极易破坏法制。"[6]而对于人民警察的特别防卫权的规定，也同样受到强烈的批评。其主要的反对理由有二：（1）对于警察在执行职务时，依法使用警械和武器的防卫权，在其他有关的法律、法规中已作了明确规定，毋需在刑法中再予规定；（2）如果立法上允许警察对被盘查、被拘留（包括被行政拘留）的人运用警械武器致伤、致死，可能造成警察的权力滥用，不利于保障公民的基本人权与合法权益；（3）如果规定人民警察的特别防卫权确有必要，也应当与一般公民的特别防卫权相一致。

新《刑法》第 20 条第 3 款在综合考虑各方面意见的基础上，对于特别防卫权问题作了这样的规定："对正在进行的行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪，采取防卫行为，造成不法侵害人伤亡的，不属于防

[1] 法国 1994 年新刑法典基本承袭了 1810 年刑法典，未作实质改变。如该法典第 122- 6 条规定："完成下列行为的人，推定其进行了正当防卫：1，夜间击退破门撬锁、暴力或诡计进入其居住场所之行为者；2，对盗窃犯或者暴力抢劫进行自我防卫者。"

[2] 参见方蕾等编译：《外国刑法分解汇编（总则部分）》，国际文化出版公司 1988 年 12 月版，第 115-116 页。

[3] 高铭暄、赵秉志主编：《新中国刑法立法资料总览》，中国人民公安大学出版社 1998 年 2 月版，第 1293 页。

[4] 同③，第 1373 页

[5] 高铭暄、赵秉志主编：《新中国刑法立法资料总览》，中国人民公安大学出版社 1998 年 2 月版，第 1373 页。

[6] 赵秉志等：《中国刑法修改若干问题研究》，载《法学研究》1996 年第 5 期，第 16 页。

卫过当，不负刑事责任。”根据这一规定，特别防卫权的行使，必须具备三个条件：第一，客观上存在着严重危及人身安全的暴力犯罪，这是行使特别防卫权的前提条件；第二，严重的暴力犯罪是指正在进行中的，这是行使无限防卫权的时间条件；第三，防卫行为只能是针对不法侵害人本人实施的，这是行使无限防卫权的对象条件。在符合上述三个条件的情况下，防卫人因防卫行为致不法侵害人伤亡后果的，即使“明显超过了必要的限度造成重大损害的”，仍为正当防卫而不属于防卫过当，应受法律的保护而不负刑事责任。可见，新刑法关于特别防卫权的规定是单纯地以特定的犯罪客观条件为前提的，而不是以防卫人的特定的主观心理状态作为特别防卫权的前提。

从新《刑法》第20条第3款的规定看，虽然没有对人民警察的特别防卫权的规定，但并不等于法律上不承认人民警察有特别防卫的权利。应当认为，新《刑法》第20条第3款的规定同样也适用于人民警察，即人民警察在受到暴力侵害时，与一般公民一样，享有同等的特别防卫权。换言之，人民警察没有特别防卫的职权或者权力，但有特别防卫的权利。新《刑法》第20条第3款的规定，不仅有利于树立人民警察的良好职业形象，同时也有助于保障侵害人的合法权益，而且也并没有束缚人民警察在执行职务中与违法犯罪分子作斗争的手脚。

二

新刑法关于特别防卫权的规定，具有其鲜明的特征，并以此与前两款规定的一般防卫权的特征相区别：

（一）特别防卫权只能针对犯罪的侵害行为而不能针对一般违法的侵害行为实施

这是其与一般防卫权相区别的第一个重要特征。根据我国79年刑法以及新刑法的规定，一般防卫行为是针对不法侵害行为实施的。而不法侵害行为，既包括一般的违法行为，也包括犯罪行为。[7]但是，在新《刑法》第20条第3款的规定中，法条使用了“对… …犯罪，采取防卫行为”的表述方式，清楚地表明了立法者意图将特别防卫权的行使限于针对犯罪行为，而不能包括一般违法行为。当然，从新旧刑法的有关条文看，在刑法的立法技术上涉及“犯罪”一词时，并不只是限指触犯了刑事法律的犯罪行为，有时也可以包括与犯罪手段相同的但尚未触犯刑法的

[7] 高铭暄主编：《刑法学》，法律出版社1982年版，第164页。

一般违法行为。例如，在79年《刑法》第153条和新《刑法》第269条，均规定了因“犯盗窃、诈骗、抢夺罪”而转化为“准抢劫罪”。而依照新旧刑法的规定，盗窃、诈骗与抢夺罪的构成，一个重要的条件就是要达到“数额较大”。我们刑法学界多数学者以及最高司法机关均认为：79年刑法所规定的“犯盗窃、诈骗、抢夺罪”，既包括数额较大构成犯罪的情况，也包括数额未达到较大，尚未构成犯罪但情节严重的情况。[8]诚然，在新刑法上述有关条款中，“稳固”一词难以绝对地理解为限指触犯了刑法的犯罪行为，但是，对于新《刑法》第20条第3款中规定的“犯罪”，根据该语词与同条款其他相关语词的逻辑关系来分析（以下几个特征中将作进一步论述），只能理解为是限于触犯了刑法的“犯罪”，而不能包括一般的违法行为。因此，对于一般的违法行为所实施的防卫行为，只能适用一般防卫权的规定。

（二）特别防卫权只能针对暴力犯罪行为而不能针对非暴力的犯罪行为实施

这是其与一般防卫权相区别的第二个重要特征。对于一般防卫权来说，防卫行为不仅可以针对暴力手段的不法侵害行为实施，而且可以针对非暴力手段的不法侵害行为实施。这次刑法修订草案的征求意见稿中，曾经规定了可以对“破门撬锁… …非法侵入他人住宅”的非暴力行为实施无限度防卫的条文。但在新刑法中最终删去了这样的规定。从新刑法的有关规定看，不仅其明确列举的“杀人、抢劫、强奸、绑架”等是典型的暴力犯罪，而且其所使用的概括性语词”其他… …暴力犯罪”，也清楚地表明特别防卫只能针对暴力犯罪实施。因此，对于针对非暴力犯罪而实施的防卫行为，也只能适用一般防卫权的规定。

（三）特别防卫只能针对危及人身安全的犯罪行为，而不能针对危及国家利益、公共利益或者财产权利等其他非人身安全权益的犯罪行为

这是特别防卫权产生的前提条件的质的规定，也是其与一般防卫权相区别的第三个重要特征。根据新《刑法》第20条第1款的规定，对于一般防卫来说，可以是针对任何侵犯“国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利”进行反击。在这次刑法修订草案中，也曾经规定了可以针对“严重危害国家、公共利益的”犯罪行为实施特别防卫权的条文。但是新刑法最终没有采纳这种涵义

[8] 高铭暄主编：《新中国刑法学研究综述》，河南人民出版社1986年11月第1版，第622- 623页；最高人民法院《司法文件选编》1988年第7期，第30页。

广泛的语词，而最终规定了只能针对“危及人身安全”的犯罪实施特别防卫权，表明立法者意图限制无限度防卫行为的实施，以免造成这种防卫权的滥用。那么，什么是“危及人身安全”的暴力犯罪呢?从新刑法列举的犯罪来看，主要是指侵犯人的生命权、健康权、自由权、性权利和身心健康权等权利的犯罪。侵犯除此之外的权利的犯罪，不能纳入侵犯人身安全犯罪的范畴。因此，对于单纯爆炸财产的暴力犯罪行为，如果它没有同时危及他人的人身安全，就只能允许实施一般防卫行为，而不得实施特别防卫。

（四）特别防卫权只能针对特定的严重危及人身安全的暴力犯罪行为而不能针对较轻的或者一般的暴力犯罪行为实施

这是特别防卫权产生的前提条件的量的规定，也是其与一般防卫权相区别的第四个重要特征。对于一般防卫权来说，防卫行为既可以是针对严重的暴力犯罪行为实施，也可以是针对未达到严重程度的暴力犯罪行为实施。但是，根据新刑法的有关规定，特别防卫权的实施，必须是针对达到了严重程度的危及人身安全的暴力犯罪。据此，虽然是危及人身的暴力犯罪行为，但是其侵害强度较轻的，例如对于仅仅是故意致人轻伤害的暴力犯罪，就只能实施一般防卫行为，而不得实施无限度的防卫权行为。

（五）特别防卫权行为的实施不受必要限度的限制，这是其与一般防卫权行为相区别的第五个重要特征

对于一般防卫权来说，其防卫行为要受到法定的“必要限度”的限制和制约。虽然在新刑法中较原刑法已经提高了防卫过当的限度条件，但仍然受到必要限度的限制。因而，依照新刑法的有关规定，对于“明显超过必要限度造成重大损害的”一般防卫行为，是防卫过当，应当负刑事责任。而新《刑法》20 条第 3 款规定的特别防卫权行为，在有关法条中并没有规定一个“必要限度”。因此，特别防卫权行为，可以对不法侵害人的财产权利或者人身权利进行任何形式或者任何强度的反击和防卫，即使造成其伤亡，也“不属于防卫过当，不负刑事责任”。

三

在新《刑法》第 20 条第 3 款中，以列举加概括的立法形式规定了特别防卫权所针对的犯罪行为范围。对此范围，我们认为有必要加以研究。

（一）对新《刑法》第 20 条第 3 款明确列举的四种犯罪的理解

新《刑法》第 20 条第 3 款明确列举了四种犯罪，即“杀人、抢劫、强奸、绑架”。对这四种犯罪，究竟是指 4 个具体的罪名，还是指四种形式的犯罪形式，是一个值得研究的问题。我们认为，从对本条款的立法技术进行分析来看，应当认为这四种犯罪，既是指具体罪名，也可以指四种形式的犯罪手段。即对此应作广义的理解，是一种罪名与手段相结合的立法形式。

1. 从新刑法所明确列举的四种犯罪“杀人、抢劫、强奸、绑架”来看，对这四种犯罪难以将其仅仅局限在这四个具体罪名之内。这四种犯罪包括具有类同性质或者相同手段的多种犯罪罪名。具体地说，包括可以是两种形式出现的以上述四种具体犯罪罪名定罪的犯罪行为：

第一，是以转化犯的形式包括的。所谓转化犯，是指一种犯罪的性质向另一种犯罪性质的转化，并以后一种犯罪对行为进行定罪。在新《刑法》第 20 条第 3 款所规定的杀人、抢劫犯罪，都存在着转化犯的可能。例如，根据新《刑法》第 238 条第 2 款的规定，使用暴力非法拘禁致人死亡的，应当依照第 232 条定杀人罪并处刑；又如，新《刑法》第 241 条第 2 款规定，对强行与被收买的妇女发生性关系的行为，应当定强奸罪，也是属于因犯前罪而转化为后罪。因此，对于这四种犯罪，应当理解为可以包括由先犯其他罪而转化构成的杀人、抢劫、强奸和绑架等罪的情况。

第二，是根据新刑法的立法推定而包括的。例如，对于强奸罪，就不仅仅是指新《刑法》第 236 条规定的强奸妇女罪，还应当包括同条第 2 款规定的奸淫幼女罪，因为立法上对于奸淫幼女行为规定了“以强奸论”，即作为强奸犯罪的一种特殊形式。因此，对于这种“准强奸罪”，也应认为可以实施特别防卫权行为。同样，根据新《刑法》第 269 条的规定，犯盗窃、诈骗、抢夺罪，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的，应当依照第 263 条定抢劫罪处刑，即作为抢劫犯罪的一种特殊形式。因此，对于这种“准抢劫罪”，应当允许实行特别防卫。

2，这四种犯罪也可以是指四种犯罪的手段。换言之，不限于新刑法相关条文所规定的四种具体罪名，还应当包括以这四种手段所实施的触犯其他具体罪名的犯罪。首先，对于绑架犯罪，既不是单指新《刑法》第 239 条规定的绑架罪，而且还包括以绑架的手段实施的触犯其他罪名的犯罪。如对于新《刑法》第 240 条第

1 款(五)项规定的“以出卖为目的,使用暴力、胁迫或者麻醉方法绑架妇女、儿童”的行为,虽然应当认定为拐卖妇女、儿童罪,但从犯罪手段上看,他是以绑架的方式实施的,是一种特殊的绑架犯罪,应当允许实行特别防卫。其次,对于抢劫犯罪,也不应狭义地理解为仅指侵犯财产罪中的抢劫罪,还应当包括新《刑法》第127 条第 2 款规定的抢劫枪支、弹药、爆炸物罪。因为对于后罪来说,其侵犯的客体中同样包含了人身权利,使用的手段同样也是暴力的手段,具有抢劫的性质,并且危害性远远大于一般的抢劫财物罪。新刑法专门对该罪规定了较一般抢劫罪重得多的法定刑幅度:即前罪的法定最低刑为 3 年有期徒刑,而后者的法定最低刑为 10 年有期徒刑。如果允许对一般的抢劫罪实施特别防卫行为,那么,又有什么理由不允许对危害严重得多的抢劫枪支、弹药、爆炸物罪实施特别防卫权呢?

(二)新《刑法》第 20 条第 3 款规定的“行凶”是一个可以涵盖多种暴力犯罪手段与多种暴力犯罪具体罪名的概念

所谓“行凶”,是指故意实施的危及他人生命、健康的暴力犯罪行为。它作为犯罪手段,可以包括多种危及人身安全的暴力犯罪手段,如故意伤害、故意杀人、聚众斗殴等暴力犯罪行为;同时,这些犯罪手段也触犯了相应的不同暴力犯罪罪名。这也从另一个方面证明,新《刑法》第 20 条第 3 款所列举的 5 种犯罪行为(包括“行凶”),是犯罪手段与犯罪罪名的结合。但是,仔细分析却发生,法条采取“行凶”这样的概括性语词,不尽科学,或者可以说是一种立法技术的过剩。因为,既然行凶本身不是一个具体的罪名,而是一个涵盖多种暴力犯罪手段的概念,并且法条已经把杀人罪予以单列,那么剩下的就是故意伤害、聚众斗殴,非法拘禁中的殴打等行为。但是,这些犯罪行为的暴力程度跨度较大,显然不能对之都有权实施特别防卫,要根据案件的实际情况具体分析暴力程度。因此,对于“行凶”一词有两种立法选择:(1)由于只能对程度严重的行凶实施特别防卫,它完全可以包容在法条的另一涵义更广的“其他严重危及人身安全的暴力犯罪”的概念中,而没有独立表述的必要。因为在同一个法条中不宜出现两处具有包容关系的概括性语词,完全可以并且应当合并“同类项”,以“其他严重危及人身安全”的犯罪取代“行凶”犯罪。(2)如果认为确有必要将其独立表述,那么,当行凶的主要形式杀人犯罪已经单独列举了之后,对剩下的另一主要犯罪形式———伤害行为,就应当象列在其后的、抢劫、强奸、绑架等犯罪一样,作明确列举,比如明确列举为

“故意伤害致人重伤或者死亡”。排除不“严重危及人身安全”的轻伤害行为,并将其他行凶的犯罪形式,如聚众斗殴、非法拘禁中的殴打行为等归并到“其他严重危及人身安全”的犯罪中去,即以立法明确列举加授权司法具体判断相结合的立法技术来解决这个问题,这样规定才具有实际的意义,便于理解和实践操作。

(三)对法条规定的“其他严重危及人身安全的暴力犯罪”的理解

暴力犯罪一般是指以暴力手段实施的犯罪行为。我国刑法学界认为,所谓暴力手段,“是指犯罪分子对被害人身体实施袭击或者使用其他强暴手段”[9]或者“是指犯罪分子对被害人的身体进行打击或者强制”[10]。对于“其他严重危及人身安全的暴力犯罪”,应当从这类犯罪的范围以及犯罪的程度两个方面来把握。

1,暴力犯罪的范围。从我国新刑法分则的规定看,涉及暴力犯罪的范围很广。新刑法分则对于以暴力的手段所实施的犯罪有两种形式的立法规定:(1)明示的以暴力的手段为构成要件的犯罪。这些犯罪在新刑法分则中有不少。如第 121 条劫持航空器罪,第 122 条劫持船只、汽车罪,第 123 条暴力危及飞机安全罪,第 237 条强制猥亵妇女罪,第 242 条聚众阻碍解救被收买的妇女、儿童罪,第 246 条侮辱罪,第 247 条暴力取证罪,第 256 条破坏选举罪,第 257 条暴力干涉他人婚姻自由罪,第 277 条妨害公务罪,第 307 条妨害作证罪等。在上述犯罪中,暴力手段是构成有关犯罪的重要构成要件之一。

(2)隐含以暴力手段为构成要件的犯罪。在新刑法分则的一些犯罪中,虽然在法条上没有明确规定暴力手段是构成要件之一,但实际上这些犯罪必须以暴力的手段实施。比如,第 157 条以武装掩护手段实施的走私罪,第 226 条强迫交易罪,第 238 条非法拘禁罪,第 247 条刑讯逼供罪,第 248 条虐待被监管人罪,第 292 条聚众斗殴罪,第 293 条寻衅滋事罪,第 316 条劫夺被押解人员罪,第 317 条暴动越狱罪、聚众持械劫狱罪,第 358 条强迫卖淫罪等。这些罪名中的犯罪构成条件虽然没有明文规定出“暴力”字样,但其手段必然是以暴力手段实施的。

2,暴力犯罪的程度。在新刑法分则中,虽然暴力犯罪的范围相当广,但并非凡属于暴力犯罪皆有特别防卫权。这就要受到暴力犯罪程度的限制,也就是法条中规定的必须“严重危及人身安全”条件的限制。这是衡量是否享有特别防卫权的

[9] 林准主编:《中国刑法教程》,人民法院出版社 1989 年 10 月第 1 版,第 499 页。

[10] 苏惠渔主编:《刑法学》,中国政法大学出版社 1994 年 8 月第 1 版,第 569 页。

关键条件。我们认为，可以从以下几个方面来确定暴力犯罪的程度。

(1)从具体罪名上来确定暴力犯罪的程度。有些犯罪，只要从其罪名上即可确定其暴力犯罪的程度是否达到了严重危及人身安全的程度。因而对于这类犯罪，应当允许进行特别防卫。比如，劫持航空器罪，劫持船只、汽车罪，暴力危及飞行安全罪，劫夺被押解人员罪，暴动越狱罪，聚众持械劫狱罪等，其犯罪性质严重危及了有关人员的人身安全，对这类犯罪，应当允许进行特别防卫。

(2)根据具体案件中是否具有“严重危及人身安全”的威胁来确定暴力犯罪的程度。有些犯罪，其暴力的程度可能相差比较悬殊。轻的可能致人轻微伤或者轻伤，重的则可能致人重伤或者死亡。对这类犯罪，则应当根据在具体案件中犯罪分子所实际使用的暴力是否具有严重危及人身安全”的威胁程度，但是对于行为强度足以致人重伤、死亡的，则应当认为属于严重的暴力犯罪，可以实行特别防卫权。又如，对于非法拘禁罪，一般情况下也不具有“严重危及人身安全”的威胁，但是当使用暴力足以致人伤残、死亡的，则应当属于严重的暴力犯罪，可以实行特别防卫了。

(3)从法定刑幅度上可以排除某些犯罪是严重暴力犯罪。在新刑法分则中，虽然有些犯罪是以暴力手段实施的，但是这些暴力犯罪都属于较轻的暴力犯罪，在任何时候都不能对其实施特别防卫权。这些犯罪的暴力程度较轻，可以从它们的法定刑幅度上看出，通常法定最高刑在3年以下。例如，侮辱罪，破坏选举罪，暴力干涉婚姻自由罪，妨害公务罪等，都属于这类犯罪。对这类犯罪，绝对不允许实行特别防卫行为。必须实行防卫的，也应当按照一般防卫的条件去考量。

四

由于在新刑法中没有对特别防卫规定“必要限度”的限制，我国刑法学界不少学者对此表示了某种程度的担忧，主张：“关于无限度之正当防卫的规定未必是妥当的，在司法实践中宜从严掌握。”[11]我们认为，我国新刑法规定特别防卫权是完全必要的，在司法实践中对于特别防卫权的认定上应有一定的从严把握也是合理的。但是，这种限制应当以法律的规定为准，而不能是另立标准，否则，同样是有悖于“罪刑法定原则”的。在实践中，当前尤应注意以下两个方面的问题：

(一)对于法条明确规定的四种犯罪，应当把握具有“严重危及人身安全的”暴力犯罪才能实行特别防卫

在法条所明定的四种犯罪罪名中，对于杀人、绑架两种犯罪来说，当然具有严重危及人身安全的性质和程度，应当允许对这两种犯罪在任何情况下都有权实施特别防卫。但是，对于强奸和抢劫这两种犯罪来说，就需要从严把握了。因为，这两种犯罪具有一些特点。首先，在它们的构成要件中，不限于以暴力手段实施的，还可以是以威胁的手段或者其他强制手段实施的；其次，这两种犯罪由于新刑法的立法推定，有一些具有类同性质的犯罪也以这两种犯罪论处。所以，应当进行具体分析。我们认为，对于强奸犯罪(包括奸淫幼女罪)来说，不论其是以什么手段实施的，由于这类犯罪严重地侵犯了被害人的性权利和身心健康，在任何情况下都应当允许进行特别防卫。因为即使不是暴力的手段实施的，但其奸淫行为还是严重地侵犯了被害人的性权利和身心健康(如果是幼女的话)，仍属于严重危及人身安全的暴力犯罪。但是对于抢劫犯罪是以非暴力手段和仅仅是以威胁或者其他强制手段实施的，并且财产标的也不是数额巨大，不应允许实行特别防卫。尤其应当注意的是，新《刑法》第267条第2款规定了“携带凶器抢夺的”，以抢劫罪论处。对于这种形式的抢劫犯罪，由于只是携带凶器而没有使用，其根本不具有严重危及人身安全的性质，我们认为不应允许实施特别防卫权。当然，如果犯罪分子在抢夺后掏出了随身携带的凶器，对尾随抓捕的群众进行威胁的，则符合《刑法》第269条的“准抢劫罪”。

(二)对于因民事纠纷而引发的杀人、行凶等严重暴力犯罪行为，也应当允许实行特别防卫

我国刑法学界有的同志主张对防卫行为，应当掌握“无过错原则”：“那种为伤害对方而有意进行防卫挑拨的行为、双方因琐事发生口角后互不相让使矛盾逐步升级的斗殴行为，均属违反无过错原则的行为。… …不享有无限防卫权。”[12]我们感到，这种观点主张把特别防卫权作出一定限制的出发点是好的，并且所提出的“无过错原则”也有一定的合理之处。但是，不加区分地将防卫挑拨的过错与民事纠纷的过错混为一谈，是不合适的，也是不符合新刑法关于特别防卫权的立法意图的。我们认为，应当允许对因民事纠纷引发的严重暴力犯罪行为实施特别防卫行为。其主要理由是：

[11] 陈兴良主编：《刑法疏议》，中国人民公安大学出版社1997年4月第2版，第39页。

[12] 乔茂华著：《无限防卫权的认定原则》，载《人民法院报》1997年11月11日，第3版。

首先，我们应当恰当地区分两种不同性质的过错。防卫挑拨的过错是加害性质的过错。即使是在新刑法颁行之前，我国刑法学界也一致认为，因防卫挑拨而引起的所谓的“防卫”不能成立正当防卫。因为防卫挑拨的行为人主观上具有加害的故意，客观上具有加害的行为。由于其主观上所具有的加害故意，使得这种“防卫”缺乏主观上所要求的正当目的或者意图，因而不能构成正当防卫。换言之，防卫挑拨的加害过错否定了其“防卫”的正当目的或者意图。既然这种挑拨连一般防卫权都不具备，就更谈不上享有特别防卫权了。而民事纠纷的过错是一般性质的过错在民事纠纷中，往往双方对于纠纷的引起和激化都有一定的责任。但是，这种过错毕竟不是加害对方的违法犯罪性质的罪过与责任。在面临纠纷的一方陡然升级而实施严重暴力犯罪行为时，纠纷的另一方为维护人身安全所采取的防卫行为主观上是出于正当防卫目的或者意图的。确切地说，民事纠纷的一般过错并没有否定其防卫的正当目的和意图。可见，两种过错的性质和效果是完全不同的。

其次，对因民事纠纷转化为严重暴力犯罪的行为不允许实行特别防卫有悖于新《刑法》第 20 条的规定。新《刑法》第 20 条明确规定了任何人对于法定的四种严重暴力犯罪及其他严重危及人身案件的暴力犯罪享有特别防卫权，但并没有对这种特别防卫权作出不得行使于因有民事纠纷过错而引发的严重暴力犯罪行为的限制。因而，上述观点的主张是缺乏相关的法律依据的，也是难以为司法实践所采纳的。

再次，从实践情况看，因民事纠纷激化而引发严重暴力犯罪案件的情况占有相当的比例。这类犯罪案件的社会危害性同样是非常严重的，在司法实践中也是依法给予严厉惩处的。如果对于因民事纠纷而转化的严重暴力犯罪案件不允许实行特别防卫，将可能使被侵害方的人身安全置于十分危险的境地而不能得到有效的保护。这样处置，不利于保护被侵害人的人身安全，也无助于打击严重暴力犯罪行为。因此，应当允许对因民事纠纷而引发的严重暴力犯罪行为实行特别防卫。

电子数据新规，看起来并没有那么美

浙江厚启律师事务所 魏巍 *

随着电子信息技术的迅猛发展，越来越多的刑事案件涉及到电子数据作为证据的问题。电子数据作为证据使用已经有较长的历史，但是作为法定的证据种类，却是从 2013 年修订后的新刑诉法开始的。

在电子化产品极度普及的今天，电子数据浩如烟海。什么样的电子数据属于刑诉法意义上的电子数据。两高一部于 2016 年 9 月 20 日发布的《关于办理刑事案件收集提取和审查判断电子数据若干问题的规定》（以下简称《规定》）作了明确的解释。电子数据是案件发生过程中形成的，以数字化形式储存、处理、传输的，能够证明案件事实的数据。从概念中可以看出刑诉法意义上的电子数据有以下几个限定条件：

一是时间上的限定。要求电子数据是在案件发生过程中形成的。如果是在案发前后形成的电子数据，则不属于刑诉法意义上的电子数据。

二是存储形态上的限定。要求是以数字化形式储存、处理、传输。即要求以计算机技术中广泛采用的二进制数制来储存的数据。如果数据已经转变成了其他形态，则不属于《规定》中的电子数据范围。

三是证明对象的限制。电子数据要求证明的对象是案件事实。也就是说，证明程序性事实的电子数据不属于刑诉法意义上的电子数据。

《规定》对电子数据调取、审查、排除等方面作了详细的规定，为实践操作指了路径。我们在适用《规定》的过程中也发现了几个问题。

一、电子数据的范围过于狭窄

* 魏巍，男，浙江厚启律师事务所党支部书记、副主任、合伙人

从字面来理解，电子数据要求在案件发生过程中形成。案件发生前后均不属于。但是在一些刑事案件中，案发前后的电子数据，能够反映嫌疑人（被告人）的动机、归案过程、悔罪表现等重要的信息。而且，按照《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》第二百二十五条的规定，人民法院除应当审查被告人是否具有法定量刑情节外，还应当根据案件情况审查具体的影响量刑的情节，包括案件起因；被害人有无过错及过错程度，是否对矛盾激化负有责任及责任大小；被告人的近亲属是否协助抓获被告人；被告人平时表现，有无悔罪态度；退赃、退赔及赔偿情况；被告人是否取得被害人或者其近亲属谅解等。这些重要的情节，往往会成为案件中控辩双方争论的焦点，在一些死刑案件中，甚至可以影响被告人的生死。显然，在案发前后形成的能够证明上述事实的电子数据，理应成为《规定》规范的对象。

除了证明案件事实的电子数据至关重要之外，证明案件侦查过程的电子数据也一样重要。程序正义是保障实体正义的必经之路，在程序正义越来越被重视的今天，仅仅将与案件事实有关的电子数据列入《规定》，也是不够全面的。

电子数据范围规定较窄，可能导致两个后果。一是侦查机关以此为理由拒绝调取对定罪量刑有重要关联的电子数据，导致取证不全面。二是侦查机关以不属于《规定》范围的电子证据为由，不遵守严格的取证规范，难以保证电子数据的真实性和合法性。

二、非侦查人员提取的电子数据如何确保合法性与真实性

《规定》中详细列举了侦查机关应当如何调取电子数据，并对电子数据的审查作了详细的规定。但实践远比《规定》来的丰富多彩。在某些案件中，侦查机关让涉案人员自己调取电子证据，涉案人员将电子证据打印出来转化成纸质载体转交给侦查机关作为证据使用。有观点认为，电子证据已经通过涉案人员的调取并转化为书证。侦查机关接受书证时，已经不需要按照《规定》的要求提取证据，

只需要以调取书证的要求来调取。而书证的调取程序与电子数据的调取程序大相径庭，根本无法保证电子数据的真实性。

《规定》没有考虑到电子数据由侦查人员以外的人提取时，如何进一步核实其真实性的问题，也没有考虑到如何确保调取程序合法性的问题。实践中，控辩双方对此争议较大。

三、缺少主动审查的制度规定

与其他证据类型审查、判断时存在的问题一样，《规定》中提到当裁判者对证据的合法性及真实性产生疑问时，需要让侦查机关予以补正或作出合理解释。事实上，这是种等着侦查机关来说明解释的审查、判断方式是非常被动的。侦查机关往往以一纸《情况说明》来作解释，这种方式对于判断事实并没有多大的帮助。

在主张审判为中心及庭审实质化改革的大潮流下，法庭应当成为刑事诉讼的主导者。应当通过侦查人员出庭、法院调取电子数据等积极、主动的审核方式，对存有疑问的电子数据的合法性及真实性进行审查判断。如果对电子数据审查判断方式及取证程序违法时的惩罚后果跟不上时代的要求，即便调取的过程规定的再完美、再严格，也只能是一纸空谈。

科技发展、治理挑战与刑法变革

浙江大学光华法学院 叶良芳*

摘 要：网络空间的虚拟性只是一种技术表现，就其社会功效而言，却始终具有现实性，因而对网络空间发生的行为具有法律规制的必要性。网络犯罪的特质在于全部或部分实行行为发生于网络空间；对于网络犯罪行为的刑法规制，应当在对其正确分类的基础上，比照传统罪名分别采取并入适用和创设新罪的不同策略。在动用刑法惩治网络不法行为时，仍应当坚持侵害原则和谦抑原则，反对重刑主义，对有利于生产力发展的“过时”罪名应予除罪化。网络犯罪给社会治理的挑战不仅限于刑事立法领域，还包括刑事执法、犯罪治理等领域，因而应当倡导刑事一体化理念，推行协同共治的治理模式。

关键词：虚拟空间；技术进步；网络犯罪；重刑主义；协同共治

人类文明的发展史，从某种意义上说，就是一部科技发展史。人类文明的每次飞跃都缘于科技的革命性进步，农业时代的铁器、工业时代的蒸汽机、电气时代的电力等，无不印证了这一判断。科技拓展了人类的活动空间，提升了人类的生产能力，丰富了人类的认知手段，改变了人类的社会结构。计算机技术的发展和互联网的普及又将人类带入了信息时代，特别是移动互联网、智能终端、社交网络、大数据、云计算等新一代信息技术的产生和推广，更使人类的生产、生活和交互的范式发生了天翻地覆的变化。“社会不是以法律为基础，那是法学家的幻想。相反，法律应该以社会为基础。法律应该是社会共同的，由一定的物质生产方式所产生的利益需要的表现，而不是单个人的恣意横行。”[1]信息社会的到来及其对人类社会结构潜移默化的影响，对各国政府的社会治理提出了严峻挑战。其中，作为社会治理重要手段的刑法，对于信息社会各种失范行为应当如何应对，更是一个迫切需要研究的重大课题。

1 《马克思恩格斯全集》第 6 卷，人民出版社 1961 年版，第 291—292 页。

一、第二空间：网络空间的社会功能

在农业社会和工业社会，客观物理空间是人类社会实践的唯一空间。信息社会的到来，网络空间异军突起，打破了这种单一格局，成为人类社会实践的又一重要活动场域。对于这种新型的实践空间，一种观念曾经相当盛行，它仅仅是一种虚拟空间。“网络不是一个标准的三维空间，而是一种比喻说法，一个象征性的‘地方’……我们互相交谈，分享信、情感和其它东西，但我们的身体并没有在那个地方相遇。”[2]然而，实践表明，虚拟性仅仅是网络空间的表象，现实性才是其真正的社会属性。正因为网络空间具有现实性，因而决定其不可能是一块完全游离于法律规制之外的“飞地”。

（一）从过程上看，网络空间的虚拟是一种数字技术

关于虚拟的含义，理论界主要有以下两种对立的观点。第一种观点认为，“虚拟”，就是虚构、假设或者不符合事实。按照这种理解，虚拟空间就是一种虚假的、不真实存在的空间。网络空间既然是虚假空间，则在其间发生的任何现象和行为也都是不真实的，没有法律规制的必要性。第二种观点认为，“虚拟”，是指在网络创造出一种模拟、仿真的环境。按照这种理解，虚拟存在三个向度：一是指向现实性； 二是指向现实中的可能性；三是指向现实中的不可能性。人类在网络空间中的活动能够产生在现实空间中同样的效果，因而需要法律规制。

上述第一种观点简单地将虚拟等同于虚假，将虚拟空间等同于想象空间，显然是对网络空间的误识。相比之下，第二种观点从存在形式的角度来理解虚拟，则更能触及网络空间的本质。事实上，互联网语境下的虚拟，通常是指一种数字化虚拟，即“以数字化的方式对现存各类自然事物、社会事物及过程的模拟，其中也包括在客观基础上通过发挥人的想象力而产生的对某些非现实的事物的数字化建构”。[3]虚拟的实质，是信息表达的数字化。现实空间，是一种物理空间，以原子作为基本粒子；虚拟空间，则是一种数字空间，以比特（Bit）作为基本单元。[4]原子以物质形态存在，有轻重、长短、方圆、黑白的差别，不能复制，运动速度较慢，受一定时空限制；比特以数字形式存在，没有颜色、气味、尺寸、

2 [美]马克·斯劳卡：《大冲突：赛博空间和高科技对现实的威胁》，黄锫坚译，南昌江西教育出版社 1999 年版，第 212 页。

3 张雷：《虚拟技术的政治价值论》，东北大学出版社 2004 年版，第 6 页。

4 比特（Bit）是由二进制（Binary）和数字（Ligit）这两个词合成而来的，意为二进制数字，即 0 和 1。

重量，易于复制，传播速度极快，不受时空限制。原子和比特的差异，就是物理空间和网络空间的差异。可见，就存在形式而言，网络空间是由一种非物质、非能量、非精神的数字信息所构成的，完全不同于实体的物理空间。“当代语境中的‘虚拟’，特指当代的数字化的表达方式、构成方式和超越方式，是我们时代的数字化的存在方式、发展方式和创造方式。”[5]在网络空间里，所有的事物和行为都被符号化了，没有现实空间的实体性和可感知性。简言之，网络空间的虚拟性，是指网络空间的数字化和非物质性。

虽然虚拟性是网络空间的首要特征，但网络空间同时又具有明显的现实性。一方面，网络交互过程具有现实性。静态的、没有人际交互的网络空间是一个死寂的空间，仅存在于主观思维的世界中，动态的、有人际交互的网络空间必然是一个与现实社会存在千丝万缕联系的世界。在网络交互中，交互主体（本人）、交互客体（他人）、交互工具（计算机终端、系统服务器、网络传输介质、网络设备等）都是现实生活中的客观存在物，具有明显的现实性。在网络空间中，虽然一切场景、人物和行为都符号化了，但隐匿在这些虚拟符号幕后进行网络交互的主客体以及交互工具却来自现实空间，受到各种客观物质条件的制约。申言之，网络空间如果要向外界宣告其“存在”，则必须倚赖于现实空间的各种“物质”来表达。

（二）从结果上看，网络空间的功效始终指向现实空间

“数字不只和计算机有关，它决定着我们的生存。”[6]网络空间的出现，引发了一场超越时空的革命，极大地拓展了人际交互的场域。在网络空间出现之前，人类所有的实践活动，无一不是在现实空间里完成的；在网络空间出现之后，人类的实践活动则实现了由现实空间向网络空间的跨越和互动。“作为一种历史趋势，信息时代的支配性功能与过程日益以网络组织起来。网络建构了我们社会的新社会形态，而网络化逻辑的扩散实质地改变了生产、经验、权力与文化过程中的操作和结果。”[7]网络时代是一个数字化时代，数字科学使人类的生产、生活、工作和娱乐等活动发生了巨大变化。在网络信息交流平台上，每天都有数十亿网民足不出户、轻点鼠标就完成了商场购物、车站购票、书店淘书和银行转账等日

5 张明仓：《虚拟实践论》，云南人民出版社 2005 年版，第 60 页。

6 [美] 尼古拉·尼葛洛庞帝：《数字化生存》，胡泳、范海燕译，海南出版社 1997 年版，第 15 页。

7 [美]曼纽尔·卡斯特：《网络社会的崛起》，夏铸九等译，社会科学文献出版社 2001 年版，第 569 页。

常活动。[8]根据中国互联网信息中心（CNNC）2017 年 1 月发布的第 39 次报告，截至 2016 年 12 月，中国网民规模达 7.31 亿，全年共计新增网民 4299 万人。互联网普及率为 53.2%，较 2015 年底提升了 2.9 个百分点。[9]另据世界互联网数据中心统计，截至 2016 年 6 月 30 日，全球网民人数约为 36.76 亿人，占世界人口总数 50.1%，与 2000 年相比，增长了 918.3%。[10]网络空间和现实空间相互渗透、相互建构，共同成为人类社会交互的重要场域，是人类社会实践活动的“第二空间”。

相对于人类实践活动的“第一空间”的现实空间，网络空间是否具有完全的独立性，这是一个值得思考的问题。笔者认为，网络空间是人类创造出来的一种实践空间，必须依附于现实空间而存在，并不具有完全的独立性。网络本质上是人类发明的一种工具，通过这种工具，人类延伸了在现实空间的实践活动。然而，这种工具如果只是静止的存在（如电脑不开机、手机不联网），则将是纯粹的“虚拟物”，没有任何社会意义可言。而这种工具一旦被人类所利用，则必然又与现实社会发生关联。当然，这种关联紧密程度会因具体网络交互行为的不同而不同，但关联性则是始终切割不断的。因此，这里的“第二空间”是有位阶意义的，即网络空间是依附于现实空间而存在、运行的，不可能彻底、完全地脱离于现实空间。因此，网络空间只是拓展了现实空间的“势力范围”，而非开辟了一种与现实空间分庭抗礼的全新的活动地域。此外，网络空间的依附性，还体现在发生在网络空间的交互行为的类型要小于发生在现实空间。网络空间的主题是数字化信息，只有交流和沟通这些数字化信息的行为，才可以在网络空间来实施。而物质的运动、位移和形变等纯粹的客观活动，则不可能在网络空间进行，如运输货物、收割庄稼等。

二、类型二分：网络犯罪行为的基本模型

8 网络技术的发展，甚至使社会群体分化为“数字国民”和“数字移民”。前者是指出生和成长于数字技术出现之后，熟悉网络操作，主动利用网络处理大量的日常事务；后者是指出生于数字技术出现之前，被迫适应数字环境，被动接受数字环境下各种生活方式的变化。See Thomas J. Holt & Adam M. Bossler, Cybercrime in Progress: Theory and prevention of technology-enabled offenses 4-5 (Routledge 2015).

9 参见中国网络信息中心：《中国互联网发展状况统计报告》，http://cnnic.cn/hlwfzyj/hlwxzbg/hlwtjbg/201701/P020170123364672657408.pdf，2017 年 2 月 6 日访问。

10 See Internet World Stats, World Internet Users and 2016 Population Stats, available at http://www.internetworldstats.com/stats.htm (last visited Feb. 6, 2017).

技术世界被形象地称为“技术茧”——人类为自己编织的蚕茧。在网络空间这个“技术茧”里面，人们既可能从事合法行为，也可能从事不法行为，这取决于行为主体的行为目的。对这些网络不法行为进行准确的分类，并妥适地纳入犯罪圈，是对其进行有效的刑事实体法规制的前提。

（一）网络犯罪的特质是场域的特定性

技术的发展，不仅推动社会结构的转变，也创设了复杂的专业术语。从网络犯罪本身的称谓来看，就有一个不断发展变化的过程。在 20 世纪 70 年代，滥用计算机技术和数据的不法行为开始出现，人们将这种行为称为“计算机犯罪”。1978 年，美国佛罗里达州通过了世界上第一部关于计算机犯罪的立法，将任何非法侵入计算机系统的行为规定为三级重罪。这个时期，互联网虽然已经出现，但适用群体相当有限，主要限于政府机构、公司企业和高等学校等单位内部使用。因此，计算机犯罪的实施者都是上述单位的计算机操作人员。20 世纪 90 年代，Window 95 操作系统、网景领航者、微软浏览器、以太网和拨号调制解调器等一系列技术的出现，个人计算机和互联网开始普及。于是，又出现了“网络犯罪”的概念，用来指称在网络空间发生的犯罪行为。此外，还有“高科技犯罪”、“信息犯罪”、“数字化犯罪”、“电子犯罪”、“虚拟犯罪”和“IT 犯罪”等称谓。

笔者认为，从技术发展的现状和趋势来看，“网络犯罪”这一称谓更具有明确性、包容性和适应性，且为欧洲理事会的《网络犯罪公约》所使用，因而比其他称谓更为可取。当然，概念的称谓仅仅是一个标签，更重要的概念的定义的确定。关于网络犯罪的定义，归纳起来，主要有以下几种观点：第一种观点认为，网络犯罪，是指利用计算机、网络或硬件设施实施的任何犯罪行为。[11]第二种观点认为，网络犯罪，是指现实空间发生的犯罪向网络空间的渗透。[12]第三种观点认为，网络犯罪，是指以计算机为媒介、通过全球电子网络实施的任何非法或不当行为。[13]上述观点均有一定的合理之处，但也存在一定的缺陷。第一种观点指明了网络犯罪的技术特征，但未涉及其他内容；第二种观点指出了网络犯罪的发

11 See Symantec Corporation, What is Cybercrime?, available at http://us.norton.com/cybercrime-definition (last visited Feb. 10, 2017).

12 See Susan W. Brenner, Is There Such a Thing as “Virtual Crime”?, 4 Cal. Crim. L. Rev. 3, ¶ 12 (2001).

13 See Douglas Thomas & Brian D. Loader, Cybercrime: Law Enforcement, Security and Surveillance in the Information Age 3 (Routledge, 2000).

生场域，但外延过于宽泛；第三种观点强调了网络犯罪的社会属性，但技术设施过于受限。本文认为，要给网络犯罪下一个精准的定义，应从其本质特征，即其与物理空间的犯罪行为的根本区别入手。网络犯罪与现实犯罪的根本区别有两点：一是实施场域不同，二是技术手段不同。一方面，网络犯罪的实行行为必须全部或部分发生在网络空间，而现实犯罪的实行行为则全部发生在现实空间。如上所述，网络空间具有对现实空间的依附性，网络犯罪行为不可能完全脱离现实空间而独立存在。例如，网络信用卡盗用行为，行为主体必须对鼠标、键盘或触摸屏等进行一定的操作，才能实现窃取他人财产的目的。但是，从整个犯罪过程来看，这些都是辅助性行为。真正对法益造成实质性侵害的，是在网络空间中发生的输入他人信用卡卡号和密码，进而改变他人账号上财产数额的行为。这才是盗用信用卡的实行行为，而这一行为却发生在网络空间。另一方面，网络犯罪都或多或少地利用数字技术，而现实犯罪则与数字技术无涉。例如，行为主体在网络上传播淫秽的色情图片，就利用了在电子通讯、电子成像等数字技术，而在现实空间传播淫秽物品，则只要将淫秽的图片、光盘向特定或不特定群体散发即可。应当注意的是，在这两点界限中，实施场域不同是决定性的。换言之，犯罪行为在网络空间实施这一事实决定了行为人必然要利用一定的网络技术，技术特征是伴随着场域特征必然出现的。综上，笔者认为，所谓网络犯罪，是指利用数字技术，全部或部分的实行行为在网络空间实施的各种侵害法益的行为。

（二）网络犯罪的分类应以传统犯罪为参照

由于对网络犯罪的定义存在理解上的分歧，因而关于网络犯罪的分类，也存在各种不同的主张。第一种意见将网络犯罪分为以下三类：（1）针对计算机或计算机系统实施的犯罪，如黑客入侵、传播恶意软件和发动 DoS 攻击等。（2）将计算机作为犯罪工具实施的传统犯罪，如网上传播儿童色情、网上盗版和网上诈骗等。（3）在计算机系统中留下犯罪证据的犯罪，如在谋杀嫌疑犯的电脑里发现了其和被害人在凶案发生之前的通话记录。[14]第二种意见将网络犯罪分为以下两类：（1）计算机起帮助作用的犯罪，如使用电子邮件发送虚假的信息。（2）计算机作为犯罪目标的犯罪，如通过计算机病毒获取信息等。[15]第三种意见将网络犯罪

14 See Jonathan Clough, Principles of Cybercrime 10 (Cambridge University Press 2010).

15 See Steven Furnell, Cybercrime: Vandalizing the Information Society 22 (Addison-Wesley 2002).

分为以下三种类型：（1）网络作为犯罪对象的犯罪；（2）网络作为犯罪工具的犯罪；（3）网络作为犯罪空间的犯罪。[16]第四种意见将网络犯罪分为以下四种类型：（1）网络非法侵入，如篡改站点、网上传播病毒等；（2）网络欺骗和盗窃，如网上信用卡诈骗、网上侵犯知识产权等；（3）网络色情，如网上传播淫秽视频、网络淫秽表演；（4）网络暴力，如网络欺凌、网络仇恨言论等。[17]第五种意将网络犯罪分为以下三种类型：（1）与传统犯罪本质无异的网络犯罪，如网络敲诈勒索犯罪；（2）较传统犯罪呈危害“量变”的网络犯罪，如网络信息散布型犯罪；（3）较传统犯罪呈危害“质变”的网络犯罪，如互联网金融领域内的网络犯罪。[18]

网络犯罪分类的困难在于，它并非一种具有显著个体特征的单一犯罪活动，而是在网络空间中发生的具有多种样态的不法行为的集合。上述分类基于不同的立场和标准，得出不同的结论和类型，都有一定的合理性。但从网络犯罪的刑事实体法应对来看，上述分类又有一定的不足。第一种意见将网络犯罪的证据价值作为分类的一种考量因素，明显偏离了实体标准。第二种意见虽然着重于立足于网络犯罪的行为特征，但却未考虑与现行刑法的对接问题。第三种意见则存在分类标准不同一问题。它是按照网络的功效不同所作的分类，而网络具有多重功效，因而以此为标准划分出来的类型不能做到子项唯一，而是互有重叠。作为一种实践客体，当网络被不法使用时，既可以被当作犯罪对象，也可以被当作犯罪工具，也可以被当作犯罪空间，还可以兼具上述两种或三种功效。因此，同一种网络犯罪行为，从不同的功效来看，可能归属于两种或者三种犯罪类型。例如，电信诈骗，电信是主要的犯罪工具，因而可以归属为网络作为犯罪工具的犯罪；同时，网络空间又是其主要的犯罪场所，因而又可以归属为网络作为犯罪空间的犯罪。第四种意见充分考虑到了与传统刑法的对接问题，这是值得肯定的，但却遗漏了那些难以并入传统罪名的网络犯罪行为，因而存在分类的片面性问题。第五种意见以社会危害性这一犯罪的本质为标准来划分网络犯罪，对网络犯罪的立法应对颇有启迪，但所划分的子项存在交错重合的问题。笔者认为，从刑法应对的角度

16 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，第 1051 页。

17 See David S. Wall, Cybercrimes and the Internet. in Crime and Internet : Cybercrimes and Cyberfears 1-17 (David S. Wall ed., Routledge 2001).

18 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，第 6—7 页。

来看，网络犯罪分类的目的是为了明确对其定罪量刑的依据，因而以传统犯罪为参照来分类是比较合理的路径。具体而言，首先，审视网络犯罪行为和现行刑法中规定的犯罪行为是否属于同一类型，前者能否为后者所涵摄。如果答案是肯定的，这种网络犯罪就是传统犯罪的扩张；如果答案是否定的，则这种网络犯罪应是一种新型的不法行为，需要另行增设新的独立罪名。据此，可以将网络犯罪分为以下两种基本类型：一是传统犯罪的变形，二是传统犯罪的变异。对于前者，这类网络犯罪与传统犯罪的行为样态基本相同，区别仅在于犯罪工具或犯罪场域不同，因而可以并入现行刑法的罪名体系之中；对于后者，这类犯罪是网络空间中特有的一种犯罪，行为样态与传统犯罪仅有部分相同，因而不能为现行刑法的罪名体系所涵括。

三、并入和新设：网络犯罪行为的刑法规制路径

传统刑法是以现实空间中的犯罪行为作为规制对象的，对于网络空间中的不法行为，既不能旧瓶装新酒，固步自封，也不能饭羹莫辨，另起炉灶，而应在上述两分法（变形的传统犯罪和变异的传统犯罪）的基础上，采取相应的不同策略。

（一）充分运用扩张解释，对变形的传统犯罪予以司法犯罪化

网络空间虽然不是现实空间的简单复制，但绝大多数网络犯罪行为在现实空间中却具有映射性。“网络虽然扩大了人类的认知范围和活动领域，但网络空间的利益仍然是现实空间的利益的延伸，区别仅在于表现形式不同。可以说，传统刑法对网络空间的适用困境，相当一部分是人为臆造出来的，还有相当一部分完全可以借助适度扩张解释的方法加以解决，真正具有入罪化必要性的领域是有限的。”[19]网络空间中的绝大多数犯罪，其实质无非是物理空间中的犯罪行为在网络空间中的延伸或再现、披上网络的外衣而已。例如，盗窃、诈骗、伪造、敲诈勒索是网络犯罪的主要部分。当这些传统犯罪以非传统的方式在网络空间中实施时，就成为网络犯罪。因此，通过挖掘既有的刑法理论智识资源，充分运用扩张解释方法，适用传统犯罪的罪刑条款，解决这些网络不法行为的司法犯罪化问题。

扩张解释的路径是，将传统犯罪的构成要件置于网络背景下予以再阐释，以

19 See Susan W. Brenner, Fantasy Crime: The Role of Criminal Law in Virtual Worlds, 11 Vand. J. Ent. & Tech. L. 1, 18 （2008）.

充分拓宽罪刑规范的涵摄范围，使之适应信息时代罪情的最新发展。“法律发现是一种使生活事实与规范相互对应，一种调适，一种同化的过程。”[20]扩张解释的适用有一个基本预设，即待处理的网络不法行为，是已经为既有的罪刑规范所涵括的。因此，所要做的解释工作，就是在诸多罪刑规范中找出最相吻合、最相适应的一个。例如，删除他人电子邮件的行为，能否以传统的侵犯通信自由罪论处，关键是看“电子邮件”是否属于刑法第252条罪状“隐匿、毁弃或者非法开拆他人信件，侵犯公民通信自由权利，情节严重的”中的“信件”。可以肯定，“信件”的原义是指一种纸质的文字材料，如书信和递送的文件、印刷品。电子邮件，则是一种通过互联网传递的电子磁记录。虽然二者的功能都是传递信息，但电子邮件的存在形式和传递方式，明显不同于传统的信件。然而，在网络已经成为社会公众“第二生活空间”的今天，电子邮件早已是人们传递信息的主要方式；相反，传统信件的使用量却在逐年减少。在这种发展背景下，将电子邮件解释为信件，根本没有超出公民预测可能性的忧虑，是一种顺应语词涵义自然变化的扩张解释。又如，2005年5月11日最高人民法院和最高人民检察院联合颁布的《关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第2条规定，以营利为目的，在计算机网络上建立赌博网站，或者为赌博网站担任代理，接受投注的，属于刑法第303条规定的“开设赌场”。根据这一规定，对于开设赌博网站的，可以开设赌场罪论处，这也是适用扩张解释的结果。赌场，根据《现代汉语词典》的解释，是“专供赌博的场所”。赌博犯罪早已有之，最初的赌场，都存在于现实空间。但在网络空间出现之后，人们足不出户也可以上网参加赌博。在这种背景下，将专门用于赌博的网站解释为赌场，也不会与国民的“前见”发生激烈的碰撞，因而也是一种合理的扩张解释。

（二）及时启动刑事立法，对变异的传统犯罪增设为新罪

罪刑法定主义允许扩大解释，但反对类推解释。然而，类推解释和扩大解释的界限，却是极其微妙的。从理论上，对二者可以提炼出七八个区分标准，但在具体个案处理时往往陷入违反罪刑法定主义之争。究其原因，在于类推解释事实上也是一种扩张解释，是“扩张的扩张解释”。换言之，类推解释和扩大解释的

[20] 参见［德］亚图·考夫曼：《类推与“事物本质”——兼论类型理论》，吴从周译，学林文化事业有限公司1999年版，第33页。

根本区别，在于二者扩张的程度不同。类推解释的“扩张”，是超出了公民的预测可能性范围的一种扩张；扩张解释的“扩张”，则仍符合公民的心理预期。因此，要贯彻罪刑法定主义，必需对扩张解释予以必要的制约，将其“扩张”维持在公民可接受的范围之内。如果只考察行为的侵害实质，而不对行为空间、方式予以必要的关注，就可能作出一些类推解释。例如，对于黑客入侵行为，如果认为其在实质上是未经授权侵入了他人专属领域，则可能会将其解释为非法侵入他人住宅；对于传播破坏性程序，如果认为其在实质上侵犯了他人财产，就可能将其解释为故意毁坏财物。

刑法解释的困难之处在于，很难获得一个绝对正确、众口交赞的解释结论。因此，对于变异的网络不法行为，由立法机构创设新罪，以明确规则，消除争议，引导行为，是刑法应对网络犯罪的又一个必要路径。例如，对于侵犯网络虚拟财产的行为，能否以传统的财产犯罪论处，在刑法理论界存在严重的分歧，而分歧的焦点则在于虚拟财产是否属于刑法意义上的财产。肯定论者认为，虚拟财产属于刑法意义上的财产，主要理由在于：（1）虚拟财产主要通过个人劳动获得，而且存在财产投入；（2）虚拟财产可以通过实际金钱购买方式获得；（3）虚拟财产与现实财产之间存在市场交易。否定论者认为，虚拟财产不是刑法意义上的财产，主要理由为：（1）虚拟财产不具有普遍的价值，对于沉湎于游戏的玩家而言，虚拟财产可以价值千金，但对于局外人来说，可能不值一文；（2）虚拟财产是虚拟的，只能在特定游戏环境中存在，本身不具有价值；（3）虚拟财产的财富无法回收，当游戏服务器关闭时，玩家无法将游戏中获得的虚拟财产现实回收。[21]司法实践中，对于侵犯虚拟财产的案件的定性处理，则更是五花八门。有的以计算机犯罪论处，有的以盗窃罪或诈骗罪等传统财产犯罪论处，有的则认为不构成犯罪。在笔者看来，侵犯虚拟财产的定性问题，关键并不在于虚拟财产是否具有价值，而在于能否以传统的财产犯罪条款来处理新型的网络犯罪。所谓虚拟财产，是指存在于网络空间的、被部分社会群体赋予一定财产价值的电子磁记录。可以肯定的是，各国立法机关在最初制定财产犯罪的刑法条文时，都没有将虚拟财产纳入保护对象的范围。同样，可以肯定的是，虚拟财产具有传统财产的价值属性。但是，虚拟财产和传统财产的区别也是明显的：第一，虚拟财产只能存在于网络空

[21] 参见赵秉志、阴建峰：《侵犯虚拟财产的刑法规制研究》，载《法律科学》2008年第4期，第153页。

间，而不可能存在于现实空间；第二，虚拟财产的价值禀赋主体具有局限性，仅限于部分社会群体。财产的本质属性，在于其具有效用性，即具有使用价值和交换价值，而这又取决于人们采用相同的禀赋标准。至于事物是否真正具有人们所赋予的价值，其实并不影响其效用性。例如，纸币、存折上的数字，并不真正具有其所代表的价值量，但因为社会赋予其相当的价值量，因而也就被认为具有其所代表的价值量。然而，虚拟财产并不具有社会公认的禀赋标准，所以将其归属于传统财产是有障碍的。正基于此，将虚拟财产解释为刑法中的财产，就有类推解释的嫌疑。或许是考虑到这一点，对于侵犯虚拟财产的行为，绝大多数国家和地区都是通过修改刑法，扩大计算机犯罪的保护对象的范围或者增设独立的罪名来解决这一难题。例如，我国台湾地区 2001 年修订的《中华民国刑法》第 359 条规定，无故取得、删除或变更他人计算机或其它相关设备之电磁记录，以致损害于公众或他人者，处以 5 年以下有期徒刑、拘役或科或并科 20 万元以上罚金。又如，2003 年修订的《瑞士联邦刑法典》第 143 条第 1 款增设了非法获取数据罪，即为使自己或他人非法获利，为自己或他人获取以电子或类似方式储存或转送的非本人的已经采取特殊保安措施的数据的，处 5 年以下重惩役或监禁刑。再如，2006 年修订的《英国滥用计算机法》第 1 条第 1 款规定了扩大了非法获取计算机资料罪，即任何人意图在未经授权的情形下非法获取任何计算机上的程序或数据，或者意图促使这种获取实现，进而使计算机实施任何功能的行为，构成可起诉之罪，应处 2 年以下监禁或者罚金或者二者并罚；如果是以简易程序定罪，则应处 12 个月以下监禁或者制定法规定的最高数额以下的罚金或者二者并罚。

关于网络造谣行为的定性处罚，则是另一个富有争议的问题。该争议引爆于 2013 年 9 月 6 日最高人民法院和最高人民检察院联合发布的《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》第 5 条第 2 款的规定："编造虚假信息，或者明知是编造的虚假信息，在信息网络上散布，或者组织、指使人员在信息网络上散布，起哄闹事，造成公共秩序严重混乱的，依照刑法第二百九十三条第一款第（四）项的规定，以寻衅滋事罪定罪处罚。"众所周知，刑法并未将现实生活中的普通造谣行为规定为犯罪，刑法第 293 条第 1 款第 4 项规定的寻衅滋事罪则严格限定在"公共场所"，即现实空间，解释的这一规定实

际上是将网络造谣行为司法犯罪化。对此，理论界也存在肯定说和否定说两种观点的对立。肯定说认为，网络空间属于"公共场所"，"造成网络空间秩序严重混乱"属于"造成公共场所秩序严重混乱"，因此，网络起哄闹事，造成网络空间秩序混乱的行为，能够被刑法第 293 条的规范所涵摄。否定说认为，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，是典型的类型解释。网络起哄闹事，造成网络空间秩序混乱的，不能被刑法第 293 条的规范所涵摄。[22]这一争议又涉及到传统的罪名能否继续适用新型的网络犯罪的问题。如上所述，网络空间和现实空间虽然都属于人类生活的社会空间，二者具有互融性，但并不意味着二者是同一的。所以，一些行为只能在现实空间中发生，而不可能在网络空间中发生；或者反之，一些行为只能在网络空间中发生，而不可能在现实空间中发生。寻衅滋事罪就属于前一种类型。众所周知，刑法第 293 条规定的寻衅滋事罪是典型的破坏社会秩序犯罪。该条第 1 款详细列举了具体的四种行为类型：（1）随意殴打他人，情节恶劣的；（2）追逐、拦截、辱骂、恐吓他人，情节恶劣的；（3）强拿硬要或者任意损毁、占用公私财物，情节严重的；（4）在公共场所起哄闹事，造成公共场所秩序严重混乱的。前三种行为类型，从行为的物理特征来看，只能发生在现实空间，而不可能发生在网络空间。所以，从体系解释的角度来看，第四种类型也可能发现在现实空间，其条文中的"公共场所秩序"也应解释为现实生活场所的秩序。就此而言，司法解释将刑法条文中的"公共场所秩序"偷换成"公共秩序"不仅有浑水摸鱼之嫌，更犯了无视网络空间的相对独立性、将只能在现实空间发生的行为"强推"到网络空间的错误。这是其最致命之处。从危害结果来看，在网络上造谣，起哄闹事的，有以下两种情形：一是造成现实空间的公共场所秩序严重混乱；二是网络空间秩序严重混乱。从司法解释的起草者的本意来看，似乎是前者。解释的起草者在解释公布之后，作出了如下说明："信息网络具有明显的公共属性和社会属性。网络社会已经与现实社会融为一体，成为现实社会的重要组成部分。网络信息必然会对现实社会产生直接的、实实在在的影响。……网络空间是现实社会的组成部分，行为人在信息网络上散布虚假信息，起哄闹事，在导致网络秩序混乱的同时，往往会导致现实社会公共秩序的

[22] 参见陈劲阳：《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，第 95 页。

混乱，甚至引发群体性事件等。”[23]如果说，这一说明是强调对网络造谣以寻衅滋事罪定罪，一定要以“造成现实空间的公共秩序混乱”为前提，则这处网络造谣行为实际上是将网络当成犯罪的工具，属于传统的寻衅滋事罪的翻版，完全可以通过个案解释，适用寻衅滋事罪的罪刑条款论处，根本不需要通过制定司法解释来创设规则。另一方面，从司法解释的条文表述来看，应当是指第二种情形，即网络造谣并且仅造成网络空间秩序严重混乱。这种行为才是网络空间特有的、与现实空间没有关联的行为。鉴于这种行为在现实空间中难以找到高度相同的类型，如果认为其危害特别严重需要动用刑罚，则只有通过制定新罪的方式予以解决。从实际生活来看，这种行为相当罕见，网络恶作剧是表现之一，如发送电子邮件并谎称是病毒邮件。网络本来就是为了信息交流而存在，正是通过各种信息的及时传递和广泛公开，公众才能够准确识别和知悉真实的信息。因而，对于网络空间各种夸大其词甚至子虚乌有的信息，也不必过度惊恐。事实上，随着互联网走入寻常百姓家，公众对于网络信息的辩真能力也在逐步提升，不加任何核实而遽然完全相信的情形已极为鲜见。因此，“（纯粹的）网络空间秩序严重混乱”可能是一个伪命题，它过于放大了言语的力量。所以，对于仅仅造成网络空间秩序混乱的网络造谣（当然，造成现实空间秩序严重混乱的或者严重损害他人名誉的除外），不需要犯罪化。这个事例表明，在将传统罪名适用于网络空间的特有的失范行为时，一定要以得起规范和事实的双重检验。

四、重刑思维：网络犯罪刑法应对应警惕的倾向

网络技术在促进社会进步的同时，也创设了大量的犯罪机会。与传统犯罪相比，人们对网络犯罪往往更加恐惧，因而极易主张对其严惩，体现出一种重刑化倾向。这是应当警惕的。对于网络失范行为，应当始终坚持危害原则，予以适度的立法犯罪化和司法犯罪化；在必要时，对现有的传统罪名还可以除罪化。

（一）网络犯罪并不当然具有较传统犯罪更严重的社会危害性

“什么是衡量犯罪的真正标尺，即犯罪对社会的危害。”[24]正是行为中内含的这种社会危害的特质，立法者才将这种行为贴上犯罪的标签予以刑罚惩罚。有社会危害，才有犯罪；无社会危害则无犯罪；社会危害重，刑罚也重；社会危害

23 《〈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〉的理解与适用》，载http://www.court.gov.cn/shenpan-xiangqing-5913.html。2017 年 2 月 10 日访问。

24 [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 67 页。

轻，则刑罚亦轻。这是刑事立法的基本原理，毫无疑问，对于网络失范行为的犯罪化，亦应不折不扣地严格遵循。问题是，如何判断网络空间行为的社会危害性？对于网络空间行为的危害性的判断是否应当采用和现实空间行为相同的判断标准和方法？同样一种行为，当它发生在现实空间或网络空间时，其性质是否会发生变化，比如由无社会危害性的行为蜕变为有社会危害性的行为，或者由社会危害性较小的行为异化为社会危害性较大的行为？

首先，应当明确的是，网络空间只是为人类社会行为提供了新的活动场域，而不可能改变行为的性质。互联网技术的发展，使人类的社会活动拓宽至网络空间而不再局限于现实空间。然而，技术只能改变人类社会行为的存在样态，而不能改变其法律性质。换言之，在网络空间中，同样存在合法行为和不法行为的分野，进而需要不同的法律规范予以指引和规训。其中，就不法行为而言，刑法规制的根基是行为的社会危害性。因此，在现实空间中没有社会危害性的行为，延伸至网络空间后，也不具有社会危害性；反之，现实生活中具有社会危害性的行为，在网络空间实施时，也不会丧失其社会危害性。例如，在现实生活中盗窃他人信用卡（实物）并使用的行为，具有社会危害性；同样，在网络空间中盗窃他人信用卡（卡号和密码）并使用的行为，也具有社会危害性。又如，在现实生活中表演杀人的行为，没有社会危害性；同样，在网络空间中游戏杀人的行为，也不具有社会危害性。有观点认为，网络空间的虚拟性决定其于现实空间具有根本性的差异，因此，现实空间中具有社会危害性的行为，如果置换于网络环境之下，则将不具有社会危害性或只具有较轻微的社会危害性。这其实是对网络空间的属性的误读。应当明确，网络空间只是现实空间的补充，并不会改变行为的性质属性。

其次，相同的危害行为，当其置于网络空间时并不必然比现实空间具有更严重的社会危害性。不少学者认为，现实生活中的一种危害行为，如果在网络环境下实施时将会带来更重的社会危害性。例如，于志刚教授认为，网络犯罪的社会危害性在生成机理和客观表现上都不同于传统犯罪，具有明显的“蝴蝶效应”。从加害者与受害者的关系看，现实社会中的传统犯罪主要是“一对一”的侵害方式，网络空间中的传统犯罪则多表现为“一对多”的侵害方式，侵害对象具有不特定的特点，其侵害后果具有很强的叠加性；网络的超时空特性使网络犯罪不再

受制于时间、地点，网络空间的超时间性也使网络犯罪具有无限延展的可能性，进而犯罪的社会危害性在理论上能够无限传导和复制下去，一个微不足道的举动就可能在瞬时释放出巨大的能量；网络信息流通的便捷性，使海量信息能够在同一时间同时释放，如果中间夹杂着虚假有害信息，对社会正常秩序的冲击将是非常剧烈的。[25]有的学者虽然不完全赞同网络犯罪都是传统犯罪的升级版，都具有更严重的社会危害性，但仍认为部分网络犯罪比传统犯罪具有更严重的社会危害性。例如，刘宪权教授认为，信息散布型犯罪，由线下搬至线上后，其社会危害性将发生显著增长的“量变”，其所带来的社会负面效将无异于一场灾难性的动荡。同一信息散布型犯罪行为，在线下实施与在线上操作，其所具有的社会危害性存在天壤之别，因为其社会危害性直接取决于受众的多寡与中止信息扩散的可能性。[26]这些观点敏锐地捕捉到了网络犯罪的某些特性，但对其社会危害性的认识却存在一定的偏颇。众所周知，评价行为的社会危害性的最重要标准是行为所造成的实然的危害结果，犯罪时间、犯罪地点、犯罪对象、犯罪工具、犯罪方法等通常都不是衡量行为的社会危害性的指标。例如，如果盗窃的财物价值相同，则不能认为上午实施的盗窃行为，其社会危害性要比下午实施的更加严重。同样，在其他犯罪情节相同的情形下，也不能认为强奸一名卖淫女，其社会危害性要较强奸一名良家妇女更加严重。网络空间本质上是现实空间的拓展和补充，当行为人将犯罪行为由线下延伸至线上时，实际上是使犯罪场所由单一的现实空间发展为由现实空间和网络空间并存的双层空间。显然，这只是一种犯罪行为实施场域的位移和转换，并未增加或减少行为可能造成的危害结果，因而原则上对行为的社会危害性不发生影响。至于信息散布型犯罪，在线上实施的社会危害性也并不必然大于在线下实施的社会危害性。正如论者所言，这类犯罪的社会危害性直接取决于受众人数和中止行为的难度两个因素，而这两个因素与行为在现实空间和网络空间实施并不具有必然的对应关系。公共论坛上的一个捏造的帖子，如果没有人转发或者点击，很快就会被海量信息所淹没，其受众实际为零；学校食堂门前的一张大字报，就餐同学驻足阅读，并口口相传，其受众可能上千。现实生活中，可以通过在报纸上刊登“补正”、“声明”或“启事”等变更之前的不实报道；

25 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，第 110 页。

26 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，第 6—7 页。

网络空间中，同样可以通过这些方式来予以更正。因此，信息散布型犯罪的社会危害性程度的决定性指标，是信息的实际受众人数，而非信息散布的场域。

第三，当网络空间被当作犯罪工具使用时，则可能会影响到行为的社会危害性的评价。社会危害性的评价，是一个相当微妙的问题。根据密尔的危害原则，行为的社会危害性的决定因素是唯一的，即行为已经造成的、实然的损害结果。这是一个纯粹的客观理性评价。然而，各国的立法实践却一再突破这一原则，即犯罪对象、犯罪时间、犯罪场所、犯罪工具和犯罪手段等因素也会影响到行为的社会危害性的主观感性评价。这种影响虽然不是决定性的，但却是客观存在的。例如，在立法上，入户盗窃被拟制为比街边盗窃具有更加严重的社会危害性，因而对其予以犯罪化或配置更重的法定刑；在个案中，沉潭杀人被判定为比棍棒杀人具有更严重的社会危害性，因而往往被适用更重的刑罚。这种现象表明，社会危害性的衡量指标，已经由最初的危害结果这一单一指标扩大为犯罪对象、犯罪时间、犯罪场所、犯罪工具和犯罪手段等多元指标。这些指标之所以能够添加进来，是因为其能够影响危害结果发生的概率，具有潜在的社会危险性。换言之，社会危害性的内涵已经由损害结果扩大为损害结果和损害结果发生的危险。鉴于网络的便捷性、匿名性和无时空性等特点，当其被当作狭义的犯罪工具来使用时，通常能够提升犯罪既遂的实现概率，因而会被评价为具有更高的社会危险性和社会危害性。然而，这一点，主要是从宏观上讲的，就个案而言则仍需具体的考察。例如，网络电信诈骗，由于采用“一对多”、“多对多”、隐身和匿名等方式，涉案金额大，侦破难度大，因而被认为较现实生活中的普通诈骗具有更严重的社会危害性。但这只是就网络诈骗和普通诈骗整体发案情况所作的对比，就个案比较，前者未必一定比后者具有更严重的社会危害性。因此，只有当网络这种犯罪工具确实比非网络工具更可能造成实然的危害结果时，才可以评判为这种行为在网络空间实施时具有更严重的社会危害性。例如，网络空间是为信息传递而生的，因而其在信息传播的便捷程度具有工具上的天然优势。虽然这类犯罪的社会危害性程度，最根本的是取决于具体的散布不实信息行为的实际受众人数，但潜在的受众人数仍会对其主观感性评价产生重要影响。因此，网络信息散布型犯罪通常会被视为比现实信息散布型犯罪具有更严重的社会危害性。不过，这种主观理性评价只应影响到枝叶，而不应影响到主干。换言之，这些因素可能会影响到法官在

量刑时在法定刑幅度内选择相对较重的刑种和刑度，而不应影响立法机关在立法时将现实空间不构成犯罪的行为规定为新罪或者将其配置较现实空间更重的法定刑。[27]

最后，对于在网络空间中出现的新的行为类型，则应审慎地判断其行为社会危害性。网络空间是现实空间的延伸，在网络空间中发生的行为一般在现实空间中也能找到其原型，因而对网络空间行为性质属性的判断基本可以采用对现实空间行为的标准和方法。但是，网络技术的发展，也可能带来一些新的行为类型，这些行为难以在现实空间中找到原型。例如，人肉搜索、深层链接、网络翻墙、侵入计算机信息系统和提供网页制作技术等，虽然实施的行为主体是现实生活中的人，但这些行为基本属于纯粹的网络空间行为或者主要的实行行为发生在网络空间（现实空间实施的只是一些辅助、帮助行为）。由于这些行为难以在传统的现实空间中找到原型，属于全新的行为类型，因而对其社会危害性的判断应当整体地、独立地分析。

（二）生产力标准是网络犯罪行为除罪化的根据

互联网不仅是一种技术，更是一种思想，蕴含着自由、开放、合作和共享的精神。物理空间的某些犯罪行为（主要是行政犯），在网络空间背景下，介入互联网元素之后，其法益侵害性越来越淡薄，其违法性设定越来越不合理，与整个社会的创新发展要求越来越不相适应，成为社会生产力发展的障碍。在这种情形下，及时将其从犯罪圈中清理出去，则是一个与时俱进的立法抉择。

在刑法的诸多罪名中，非法吸收公众存款罪的正当性是一个最受非议的问题。该罪的保护法益（金融秩序安全）与市场经济的制度保障（契约自由）之间存在严重的冲突，以至实践中任何一起典型的非法集资案件[28]的定罪处罚无不引起激烈的社会争议。为限缩该罪的适用范围，减少负面的社会影响，一些学者提出了对该罪的客观构成要件进行严格解释的主张，认为应当从非法从事资本、货币经营的角度认定非法吸收公众存款罪。如果仅仅是吸收社会资金，而未进行资本、

[27] 不少国家和地区的立法将网络手段作为法定刑升格的重要依据如我国台湾地区最近修改刑法，针对利用电信网络等手段进行诈欺的犯罪提高了法定刑。对此，笔者持否定态度。这种立法不是站在被害人法益侵害的角度，而是站在被告人能否顺利实现犯罪目的的角度来评价行为的社会危害性，殊不妥当。这种手段的特殊性，只应影响到法定刑的司法适用，而不应决定法定刑的立法配置。

[28] 所谓"典型的非法集资案件"，是指借款人没有欺诈的意图（意思表示真实）、借款利率在法律允许的范围内、借款用于正常的生产经营、借款人具有偿还能力（资金链没有断裂）的案件。

货币经营，即使未经银行批准，也不应该认定为非法吸收公众存款。只有当行为人非法吸收公众存款，用于货币、资本的经营时（如发放贷款），才能认定为扰乱金融秩序，才应以本罪论处。[29]论者的本意无疑是善良的，然而结论却难以成立。首先，从解释论来看，这一结论违反了体系解释原则。非法吸收公众存款罪是行政犯，对其构成要件的解释应有行政法上的根据。根据《商业银行法》第 2、3 条的规定，吸收公众存款和发放贷款是两项完全不同的业务；而该法第 81 条第 1 款仅规定“非法吸收公众存款、变相吸收公众存款”（并未规定非法发放贷款）构成犯罪的，依法追究刑事责任。因此，在对刑法第 176 条进行解释时，不应当将“吸收公众存款”和“发放贷款”混为一谈，而应作严格的区分。其次，从实践论来看，这一观点明显与现实案件的处理原则相悖。从 2003 年的孙大午案到 2013 年的曾成杰案，司法实践中无数的“典型的非法集资案件”都是以犯罪论处的，尽管借款实际是用于生产经营，并未用于违法发放贷款。但是，互联网技术的发展，使民间融资的模式发生了变化，传统的线下融资变成了线上融资，P2P、众筹成为民间集资的最主要手段。耐人寻味的是，对非法集资案件的处理模式也悄然发生了变化，出现了一定程度的松动和非犯罪化。具体地说，对于互联网融资，如果资金链断裂，司法积极介入，最终通常会以非法吸收公众存款罪和集资诈骗罪论处；如果资金链没有断裂，则恪守司法克制主义，一般不予干预。这种适度的出罪化，其内在原因是什么呢？对此，有学者指出，这是党中央、国务院在金融战略决策层面上的部署，表明了国家鼓励创新、支持互联网金融健康发展的态度。网络借贷中的 P2P 借贷，以及股权众筹融资这两种金融业态极具特殊性，由于二者发生于线上或线下，因此，所受到的法律评价迥然不同。[30]这里的“鼓励创新”只是表象，真正的动因在于，真正意义上的 P2P 和众筹是有利于社会生产力发展的，因而应当鼓励发展，而不是早早地将其扼杀在摇篮里。金融秩序的安全与资金有效配置之间应当有一个动态的平衡，不能为了片面追求高度封闭的金融秩序稳定而牺牲小微企业获取生产资金的权利。这是一个治理理念的巨大进步，要归功于互联网力量对金融利益集团部门利益的撬动。这种进步还应再克一城，争取在立法中取消非法吸收公众存款罪这一罪名，因为无论是线上

[29] 参见周泽：《对孙大午“非法集资案”的刑法学思考》，载《中国律师》2003 年第 11 期，第 78 页。

[30] 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，第 7 页。

还是线下的民间集资，本质上都是有利于生产力发展的，不应该因为行为发生的场域不同而性质不同、处理不同。

非法经营罪是刑法中又一个广受批评的罪名。对该罪最大的诟病是，它维护高度垄断的、不符合市场经济规律的行政审批制度，且在司法实践中不断扩大适用范围，由此带来正当性的危机。正如学者所言，“我国刑法中非法经营罪的设立及解释既有违罪刑法定原则，也与市场经济的价值取向相悖。在我国全面建立市场经济体制的今天，国家刑罚权应尽量减少对经济活动的干预，应尽可能以行政处罚、民事赔偿、行业协会的惩诫以及企业自我监督来取代刑罚。”[31]然而，理论呼吁归理论呼吁，实践中通过颁布司法解释和个案自由裁量权，非法经营罪一直在不断扩张其适用范围，蚕食着经济主体有限的自由领地。不过，这种状况在“网约车”领域却出现了逆反现象。众所周知，各国对出租车市场一直实行严格的市场准入制度，未经批准擅自从事出租汽车经营活动的，即为违法甚至犯罪。1997 年 12 月 23 日建设部和公安部联合发布的《城市出租汽车管理办法》[32]第 33 条明确规定：“对未经批准非法从事出租汽车经营活动的单位和个人，由城市客运管理机构责令停止违法行为，并处以 5000 元以上 30000 元以下罚款。”尽管该办法没有涉及刑事责任，但实践中单位因擅自从事出租汽车经营活动而被追究刑事责任的却并不鲜见，甚至出现了个人因多次私揽出租车业务被论以非法经营罪的案例。但随着网约车的兴起，这一规定遇到了严峻的挑战。面对新的形势，2014 年 9 月 30 日交通运输部发布了《出租汽车经营服务管理规定》。但由于该管理规定不仅继续全面实行出租车经营权的审批制度，而且还明确增加了刑事责任条款，因而遇到社会各方面的抵制。面对出租车市场线上线下两级分化的现状，交通运输部、工信部等七部委决定巡游出租车和网约车采取不同的治理策略，并先后于 2016 年 7 月 27 日、8 月 26 日发布了《网络预约出租车经营服务管理暂行办法》和修改的《出租汽车经营服务管理规定》。[33]尽管新的规定对线下出租车业务仍然维持严格的审批制，但对网约车已经实行登记制，而对私人小客车合乘（即拼车、

31 参见徐松林：《非法经营罪合理性质疑》，载《现代法学》2003 年第 6 期，第 88 页。

32 2008 年 3 月，根据国务院机构改革方案，新的交通运输部挂牌成立，其管理职能包括出租汽车行业管理。2016 年 3 月，公安部和住房城乡建设部先后发布决定，宣告废止《城市出租汽车管理办法》。

33 新公布的管理办法不仅涉及多个条文的修改，甚至连规章名称也变了，改为《巡游出租汽车经营服务管理规定》。

顺风车）甚至授权各城市人民政府自行管理。这里，网络让我们又一次见识了它在推动社会进步上的巨大正能量。虽然在线下出租车市场，擅自从事经营活动的刑事违法性仍然存在，但对于线上出租车市场，这一风险已经解除。“对于自驾‘黑车’、非法网约车或者少数几个人联合从事非法营运，营运时间短、经营数额不大以及受雇佣参与非法营运的，一般不予追究刑事责任，可以行政处罚等方式追究其行政违法责任。”[34]这种因技术进步而带来的治理分化，是各国面临的共同问题。2015 年，美国伊利诺伊州运输贸易协会向法院提起一纸诉状，指控芝加哥市政府对出租车和交通运输网络提供者实行差别化的监管标准，是非法、歧视性的，违反了市场公平竞争原则，严重损害了出租车行业的利益。2016 年 10 月 7 日，美国联邦第七巡回上诉法院裁决认为，Uber 和 Lyft 等平台不需要接受类似出租车的监管，出租车牌照价值也不受征收补偿条款保护，从而驳回了原告的诉讼请求。之所以如此判决，主审法官波斯纳进行了详细的阐释，“……当一项新技术或新商业模式出现时，通常的结果就是旧技术或旧商业模式的式微甚至消失。如果旧技术或旧商业模式获得宪法赋予的权利，将新生事物排除在自己的市场之外，那么经济发展就会渐渐缓慢直到完全停滞。这样的话，我们可能就不会有出租车，而只有马车；不会有电话，而只有电报；不会有计算机，而只有计算尺。”[35]这一判决结果，意味着桎梏生产力发展的行政审批制度的又一次退缩。当然，完全开放、绝对排除行政审批的市场是不存在的，但将行政审批限制在合理的、必要的范围之内，却是一个基本方向。我们期待着，以网约车市场的放开为契机，行政许可的事项进一步被削减，非法经营罪的调整领域亦回归至立法者原定的范围之内。

五、结语

网络犯罪所带来的法律应对难题，不仅存在于刑事立法领域，而且还涉及刑事司法、刑事执法、犯罪治理等领域。根据日常活动被害理论，犯罪的发生，必须在时空上聚合以下三个要素：（1）具有能力及犯罪倾向者；（2）合适的标的物的存在；（3）足以遏制犯罪发生的监管者不在场。犯罪等非法活动的发生，在时

34 最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办：《刑事审判参考》总第 105 集，法律出版社 2016 年版，第 50 页。

35 Illinois Transportation Trade Association et cl. v. City of Chicago, Dan Burgess et cl., United States Court of Appeals, Seventh Circuit, Nos. 16-2009, 16-2077, 16-2980.

空上必须与日常生活各项活动相配合。亦言之，日常生活活动型态影响了犯罪发生的机会，而导致“直接接触掠夺性犯罪”的发生。[36]网络空间的开放性、匿名性、便捷性、全球性、跨越时空性等特点，为上述三个因素的聚合提供了相当丰富的土壤。现实空间大量的犯罪向网络空间转移，且网络空间自身又不断衍生出新的犯罪类型，从而使网络犯罪成为当代生活的又一景观。以常见多发的诈骗犯罪为例，各国都存在网络诈骗犯罪剧涨而传统诈骗犯罪锐减的现象。据中国公安部数据，近 10 年来，全国电信诈骗案件每年以 20%--30%的速度快速增长。2015 年全国公安机关共立电信诈骗案件 59 万起，同比上升 32.5%，造成经济损失 222 亿元。2016 年 1 月至 7 月，全国共立电信诈骗案件 35.5 万起，同比上升 36.4%，造成损失 114.2 亿元。而据英国反金融欺诈中心数据，2015 年 10 月至 2016 年 9 月，全国金融信用卡诈骗、支票诈骗和远程银行诈骗（因特网、电话和手机银行）案件发案数为 190 万起，与前一年同期相比增长了 39%。这种变化趋势要求各国对网络犯罪治理要投入更多的预算经费、物质装备和执法人员等司法资源。此外，网络犯罪的技术性、跨国性和隐身性等特点，又带来一系列司法难题，如证据搜集、嫌疑归案、司法证明以及被害预防等等。可以说，网络犯罪对刑事法律的挑战，最大的不在实体法层面，而在程序法、犯罪治理层面。总之，对网络犯罪治理应当秉承刑事一体化理念，[37]推行协同共治模式，串联警察部门、司法机关、互联网企业、网络运营商和网民等社会各个闭环，拓宽治理主体和治理手段，形成公私结合、部门联合、线上线下互动和国内国际配合的多维治理格局，以遏制网络犯罪不断蔓延的态势，还互联网天空一块洁净的环境。

中立帮助行为探微

36 Lawrence E. Cohen and Marcus Felson, Social Change and Crime Rate Trends: A Routine Activity Approach, 44 Am. Sociol. Rev. 588, 589 (1979).

37 刑事一体化是我国著名刑法学家储槐植先生提出的主张，其核心观点：刑法和刑法运行处于内外协调状态才能实现最佳社会效益。实现刑法最佳效益是刑事一体化的目的，刑事一体化的内涵是刑法和刑法运行内外协调，即刑法内部结构合理（横向协调）与刑法运行前后制约（纵向协调）。内部关系，主要是罪刑关系，以及刑法和刑诉法的关系；外部关系，包括前后关系（刑罚之前的犯罪状况和刑法之后的刑罚执行情况）和上下关系（刑法之上的社会意识形态、政治体制、法文化、精神文明等，刑法之下的经济体制、生产力水平、物质文明等）。参见储槐植：《刑事一体化》，法律出版社 2004 年版，第 187、503 页。

华东师范大学法学院 张伟 *

论文摘要：中立的帮助行为虽为日常生活或者业务行为中的惯常现象，但也可能对正犯的实行行为起到促进效果。绝大多数的中立帮助行为因不能使法益的侵害实质地危险化，且均符合社会共同体生活的目的，不构成犯罪。部分中立帮助行为因其客观上助益于正犯行为的实施甚或使法益侵害加剧，而帮助行为的实施者主观上也明确认识到正犯的存在，并对其帮助行为促进正犯实施持积极的追求或容忍态度，符合帮助犯的构成要件。

关键词：中立行为　片面帮助　替代性　网络空间

一、问题的缘起

日常生活中一种外表无害的“中立”行为，在客观上却可能对他人犯罪的实行起到了举足轻重的促进作用。例如，五金店的老板将螺丝刀或者三棱刮刀卖给打算实施盗窃或者杀人行为者，后者利用该工具顺利实施了盗窃或者杀害行为，五金店的老板可否构成盗窃罪或者杀人罪的帮助犯？又如，出租车司机在获知他人将出发前往某一地点实施抢劫犯罪后仍然将其运往犯罪地，出租车司机是否成立抢劫罪的帮助犯？网络接入服务商明知他人申请开通网络的目的是建立黄色网站仍为其办理网络接入服务，或者提供 P2P 技术服务的网络平台服务商预料到会员会利用此服务侵犯他人著作权仍然提供此服务，网络服务商能否构成传播淫秽物品牟利罪、侵犯著作权罪的帮助犯?这种表面无害但实质上助益正犯者实行犯罪的行为，在德日刑法理论上被称为“外部的中立的行为”、“日常的行为”“、“职业上的相当的行为”或者“中立的行为”。[1]我国台湾地区学者将其称为“中性帮助行为”。[2]不论是将上述行为称为日常生活的行为，抑或是冠以中立的行为

* 张伟，男，华东师范大学法学院副教授，刑法学博士、博士后，研究方向为中国刑法学、比较刑法学。

通讯地址：上海市闵行区东川路 500 号华东师范大学法学院，邮编：200241，联系电话：18257165289。

1 陈洪兵：《中立的帮助行为论》，载《中外法学》2008 年第 6 期。

2 林钰雄：《新刑法总则》，台湾元照出版公司 2006 年版，第 457 页。

之名，这都只是一个定义的角度问题，即从一般的普通人的角度对上述现象的观察或判断；从法规范的角度，如何区别中立的帮助行为与帮助犯，或者说哪些表面无害的中立行为可以“入罪”，其具体成罪的条件如何？相反，大量的日常行为不能作为帮助犯认定，其理论根据何在？这才是我们关注的焦点。该问题现在是德、日刑法学中争论激烈却尚无定论的热点之一[2]。

二、理论及其检讨

关于中立帮助行为是否成立帮助犯的问题，德、日的刑法理论大体而言可分为全面肯定说与试图对可罚性作一定限制的限制说。[3]但从学者们论证的内容及其目的来看，重点在于寻求通过某种方法限制帮助犯的处罚范围，换句话说，即在于为大量的日常行为“非罪化”寻求合乎理性的、逻辑上顺畅的理论根据。当然，德日刑法中也有学者认为，中立行为的实施者主观上对正犯者的犯罪意图有认识的情况下，仍然为其提供帮助，而该日常生活行为客观上促进了犯罪的实行的，可成立帮助犯。如德国刑法学者耶赛克(Jescheck)、魏根特(Weigend)就认为，一个中立的行为，如五金店出售一个螺丝刀，如果售货员清楚地知道该螺丝刀不久将会被用作入室盗窃的工具的话，同样可能成为帮助行为。如果药剂师清楚买药人会将该药用于谋杀，出售 Valium 药片，同样可能成为帮助犯。如果购买行为对于购买人而言——如售货员所知道的那样——意味着不久将实施犯罪行为，且使用所购买之物品，在此等情况下可认定为帮助犯。[4]这种全面肯定中立行为成立帮助犯的见解在德日都是少数说，现今德日的判例和通说都立足于限制说，力图通过某种方法限制帮助犯的成立范围。[5]应当说，这种全面肯定日常行为或中立行为成为帮助犯的见解是不妥当也不现实的：这是因为全面肯定上述行为的犯罪性，将会导致社会生活的停滞，人们将陷入永无宁日的焦虑与担心，因为每一个人在作出每一项行动或决策是都必须慎重的考虑其行为可能的后果，只有当其行为完全排除了一切可能的危害性后才是可行的；这也要求，行为人在日常的交易过程中必须对于其交易的对象进行事无巨细的盘问，尤其是交易的目的是否可能是非法的。这也无疑会增加交易的成本与交易的风险，与现代市场经济的运行规则是格格不入的。最重要的是，每个人都充当了警察的角色，每个人都负

[3] 陈家林：《外国刑法通论》，中国人民公安大学出版社 2009 年版，第 610 页。

[4] [德]汉斯·海因里希·耶赛克编著：《德国刑法教科书》，中国法制出版社 2001 年版，第 842—843 页。

[5] 陈家林：《外国刑法通论》，中国人民公安大学出版社 2009 年版，第 610 页。

有预防犯罪发生的法律责任。限制说是目前德日刑法理论的通说立场，但是具体如何“限制”，方法各异，也造就了盛大的学术争鸣的场面。

从整体来看，可以将限制说划分为主观说、客观说以及折衷说三大阵营。主观说者注重从中立行为的实施者的主观要素角度，诸如故意、动机等寻求限定帮助犯成立的根据；客观说者则侧重从行为的客观方面解释中立行为与帮助犯中的帮助行为之间的差异。而持折衷说者目前多以客观归属理论为立论根基，依此论证中立帮助行为具体构成片面帮助犯的条件。

（一）主观说

主观说认为，应当立足于行为者的主观方面划定何种中立行为可成为帮助犯。根据不同论者的采取的限定方法、主观方面侧重的要素的不同，主观说内部复分为促进意思有无说与直接故意间接故意区别说两种观点。前者认为，为了成立帮助犯，不仅需要认识正犯的行为，而且还必须具有促进他人犯罪行为的认识与意思。在缺乏这种意思的情况下，就不成立帮助犯。后者认为，如果在中立的帮助行为中，行为人仅有未必的故意就不能成立帮助犯。例如，德国学者洛克辛(Roxin)明确主张，对对正当职业行为与帮助犯的界分应该立足于行为的主观方面，具体应当以行为人对正犯者犯罪意图的认识情况为标准，区分为两种不同情况来研究：在行为人明确认识到正犯者的犯罪意图的情况下，帮助者对正犯的犯罪报有直接故意的态度，所以除非帮助行为缺少犯罪的意义关联，否则都应以帮助犯论处。而在行为人仅仅是顾及到正犯者可能会实施犯罪的场合，因为实际上间接故意的帮助在通常情况下会因为信赖原则的出现而被否定，故基本上不存在帮助犯成立的空间。[6]德国学者克勒(Köhler)也是主观说的论者，他指出，对于帮助犯的成立而言，仅有未必的故意是不充分的。行为人必须具有通过其正犯的意图，即预见到正犯行为不可避免，并致力于此。[7]

笔者以为，主观说中不论是促进意思有无标准说还是区别说，都明确将间接故意的中立帮助行为排除在成立帮助犯的范围之外，这在结论上是可取的，但是支持主观说的论者并没有就此问题给出令人信服的理由，无疑是令人感到遗憾的。也正是因为如此，方召来不少学者的批判，例如有学者认为主观说与德国现行法

[6] 陈璇：《刑法中社会相当性理论研究》，武汉大学 2009 年博士论文打印版，第 183—185 页。

[7] [日]曲田统：《日常的行为与从犯——以德国的议论文素材》，载《法学新报》2004 年第 111 期。

规定不符，[8]有人言未必的故意也是故意的种类之一，没有必要将其作特别对待的理由等等。[9]该说重点突出中立的帮助者中具有积极促进正犯犯罪这一主观要素的见解无疑是值得重视的。因为与仅仅系主观的推测、估计不同，这种明确认识到正犯的犯罪计划并对正犯的实行提供中立的帮助持积极的促进意思的情况下，这完全具备了犯罪故意的成立条件。但是，不容忽视的是，此说只重视行为的主观方面，不从行为的客观方面分析中立的帮助行为与符合修正的构成要件的帮助行为在成立帮助犯所要求的行为“外观上”的定型性的角度去判定非罪的中立帮助行为与帮助犯中的帮助行为之间的差异，这无疑是其致命的缺陷。

（二）客观说

在客观说内部，由于论者的角度不同，形成了社会相当行说、职业的相当性说、利益衡量说以及共犯的构造论。社会相当行说主张，对于正当职业行为与帮助犯的界限划定来说，关键并不在于帮助犯升高了由正犯者所制造的针对被害人的危险，而是在于它本身与主行为侵害对象之间的关系，以及他与帮助行为所侵害的社会共同体之间的关系。有时虽然行为对正犯产生了帮助作用，但他并没有违法社会共同生活的规则。对此，我们应当以社会相当性理论为出发点，认为即使某一行为导致了法益侵害结果的发生，但只要他完全处于正常的、历史形成的社会生活范围之内，就不具有构成要件符合性——他们是被社会所接受的相互作用行为。[10]职业的相当性说是德国学者哈塞默（Hassemer）在社会相当性说的基础上提出来的，他对社会相当性在中立帮助行为问题中的运用进行了系统研究，他结合中立帮助行为所涉及的各个职业领域，对社会相当性的判断标准进行了具体化和精确化的加工。[11]利益衡量说认为，应基于立法论的考量从利益衡量的角度对帮助犯的客观要件进行限制解释，从而对中立帮助行为的可罚性加以限制。具体而言，在构成要件上，应将基本法所保护的潜在的帮助犯的行动自由与从法益保护原则出发的禁止催生他人犯罪行为的要求加以考量，以此限制参与者的处

8 转引自陈家林：《外国刑法通论》，中国人民公安大学出版社 2009 年版，第 611 页。

9 转引自陈璇：《刑法中社会相当性理论研究》，武汉大学 200 年博士论文打印版，第 183—185 页。

10 陈璇：《刑法中社会相当性理论研究》，武汉大学 200 年博士论文打印版，第 193 页。

11 同上。

罚范围。[12]主张共犯构造论者认为，与正犯行为之间的距离是决定日常的行为是否构成帮助犯的重要标准。这种与正犯行为之间的距离是指从客观角度看该行为实在正犯实行这首之前还是之后实施的。如果是之后实施的，即具有与正犯行为的杰进行，由此会产生社会心理学上的危险印象，即具有与正犯行为的连带。[13]

在笔者看来，上述客观说从行为的构成要件符合性角度论证中立的帮助行为非（犯）罪化的根据，这是值得肯定的。因为犯罪首先表现为客观的行为及其侵害，从行为的外观上首先给犯罪“画像”或“圈点”这是有其根据的。但是社会相当行说面临的最大的困境就在于其判断标准的模糊性。正如张明楷教授指出的，社会相当性是依照社会甚或的实态与感觉进行判断，但这仍然只是显示了结论，没有明确具有社会相当性的判断标准。[14]为了克服社会相当性说判断标准上的模糊性，职业的相当性说应运而生。应该说，从客观行为的角度论中立帮助行为的非犯罪性，职业的相当性说是非常精细的，也是值得肯定的。但是，刑法中的行为永远都归属于行为者，剥离行为人的主观方面探究中立帮助行为成立犯罪或排除犯罪的条件明显是欠妥当的。利益衡量说虽立足于结果无价值的立场，认为应当对冲突的利益进行衡量，由于其理论的抽象性导致其缺乏具体的判断标准，因而不为大家所认同。

（三）折衷说

从目前笔者占有的资料来看，持折衷说的论者大多都是立足于客观归属理论来限定中立帮助行为可罚的范围的，故所谓的折衷说实际上也就是客观归属说的代名词。客观归属论者主张从客观归属的角度论述由中立行为所进行的帮助行为的可罚性。其内部观点又各异，如假定的代替原因考虑说主张，应从共犯行为是否升高了正犯行为引起具体结果的危险性的角度加以判断。有学者则持以印象说为基础的主观说，认为犯罪的本质在于义务为犯行、规则为犯行即如果引起了一般人认为对社会生活共同体存在一定的危险性的印象，也就产生了可客观归属的不被允许的危险。对基于确定的故意所实施的行为具有从犯行，基于不确定的故意所实施的行为则否定从犯行。而由日本学者山中敬一教授主张的事例类型说尤为引人注目。他根据正犯者与帮助者之间意思联络的有无，将帮助区分为有意思

12 转引自陈洪兵：中立的帮助行为论，载《中外法学》，2008（6）。

13 转引自陈家林：《外国刑法通论》，中国人民公安大学出版社 2009 年版，第 614 页。

14 张明楷：《法益初论》，中国政法大学出版社 2003 年版，第 213 页。

联络的帮助和片面的帮助。片面的帮助又分为真正片面的帮助和不真正片面的帮助。中立帮助就属于不真正片面的帮助，即属于正犯者知道帮助者客观的帮助行为，但不知道其主观的帮助故意的情况。再依照帮助者对正犯实施犯罪行为的认识程度为根据，分不同情况进行类型化的考虑。[15]

笔者以为，假定的因果关系从帮助行为客观上是否提升了正犯行为对法益的危险角度论证中立的帮助行为的可罚性，这是实质的违法性论的立场，将中立帮助行为可罚与否的讨论构建在帮助犯违法性的根据基础之上者是值得肯定的。但是脱离行为人主观认识与意志的假定的因果关系说实质上倒向了客观说，与后者一样犯了片面化的错误。与此同时，刑法中的因果关系都是客观的、具体的、有条件的[16]，这种条件关系的假定是不合理的。以印象说为基础的主观说也遭到了批判，有学者认为此说以行为无价为基础，不合理；是否知道犯罪计划并非划分确定故意与于不确定故意的标准等。[17]在我看来，此说最大的关键在于其理论的基础存在疑问：将犯罪的本质求助于因义务的违反而导致的一般人认为对社会生活共同体存在一定的危险性的印象，难道刑法就是为了保护一般人的安全感的吗？一般人没有意识到的危险是否就不作为犯罪处理了呢？理论根基的谬误决定了建筑其上的理论是经不起推敲的。相对而言，山中教授的论证是比较全面的，但是山中教授认为，对于第二类行为即帮助这是从正犯者的行为举止、携带物品等方面预测、顾及到行为人的犯罪计划这种场合，有必要进行类型化的考虑。试问帮助犯系故意犯罪，在考虑中立的帮助行为是否成立帮助犯的过程中，进行这种类型性的推测或者估量，是否有将故意问题过失化考量之嫌？此其一。其二，日常生活中的行为人是否完全具备这种类型性推测与估量的知识与能力呢？他们是否有义务对日常交往中的每一个细节都事先进行考证，看是否会客观上帮助犯罪，这事实上可能吗？其三，如果坚持这种观点，那么细丝缜密的行为人成立帮助犯的可能就大；甚至某些“神经质”式的胡思乱想也有可能因为考虑的比别人多而更容易成立帮助犯。相反，马虎大意的行为人反而不容易成立帮助犯。这合理吗？最后，笔者以为，即使脱离了客观归属理论上述共识也是可以达至的，因

15 同上，第618—620页。

16 高铭暄编著：《刑法学》，北京大学出版社.高等教育出版社2000年版，第84—85页。

17 [日]山中敬一：《由中立的行为所进行的帮助的可罚性》，载《关西大学法学论集》第56卷第一号，第101页。

为客观归责理论将因果关系与归责问题相区别，因果关系以条件说为前提，在于结果有条件关系的行为中，只有当行为制造了不被允许的危险，而且该危险是再符合构成要件的结果中实现时，才能将该结果归属于行为人。[18]在中立的帮助行为问题上，如果说完全适用客观归责理论，那么真正成为问题的应当是中立的帮助行为是否制造了法所不允许的危险？质言之，当中立帮助行为制造了法所不允许的危险的情况下，才有可能成立帮助犯；反之，则不然。而这个问题完全可以通过对帮助行为进行实质性解释与判断得到妥当的解决。所以，在解决中立帮助行为是否构成帮助犯及其范围问题上，客观归责理论也并非必然的选择。

三、本文的观点

根据我国刑法通说，一切犯罪都是危害行为的客观要件与主观要件的统一体。这也决定了衡量犯罪成立与否的犯罪构成是一系列客观要件与主观要件的有机统一体。[19]笔者赞成通说关于犯罪构成的一般理论，认为该理论同样适用于帮助犯。因此，在中立帮助行为是否构成帮助犯的问题上，我们认为应当坚持以犯罪构成理论为指导，以帮助犯的处罚根据为基础，从行为的主客观方面同时行为的危害性即法益侵害性，进而厘定中立帮助行为成立帮助犯的范围。

（一）帮助行为的实质化

面临的首要问题就是如何从大量的中立的帮助行为中筛选在刑法规范层面有意义的行为。对此，典型的帮助犯中的“为正犯者提供便利条件”的行为虽也为这种筛选提供了法律上的依据与参照，但是这似乎在筛选中立的帮助行为成立帮助犯问题上总归有点“力不从心”，因为不论是根据“帮助行为是实正犯行为的实施容易进行的加工行为”，[20]抑或依照“帮助行为是实性行为以外的，使侵害行为更为容易的行为”[21]是基本上不能做区分的。由此可见，从帮助犯的处罚根据角度考虑帮助行为的本质应当是切实可行的，这种立足于形式概念进而作实质考证的方式更符合实质的犯罪论的要求。正如我国学者所言，是否所有实行行为以外的行为都是帮助行为，这就要求从罪与非罪的角度出发对帮助行为进行更实质的界定。迄今为止，学界对此问题尚无定论，而争议的重点在于帮助行为

18 张明楷著：《外国刑法纲要》，清华大学出版社2007年版，第126页。

19 马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社2006年版，第72页。

20 [日]野村稔：《刑法总论》，全理其、何力译，法律出版社2001年版，第427页。

21 张明楷：《刑法学》（上），法律出版社1997年版，第308页。

的本质，即帮助行为与正犯的实行行为或犯罪结果之间是否需有因果关系？[22]有关帮助犯的因果关系的问题，德日刑法学界曾经有过激烈争论，大致形成了因果关系不要说，实行行为促进说，正犯结果引起说以及促进的因果关系说等观点。[23]在此问题上，笔者主张，应当以实行行为促进说为基础，以正犯结果引起说为补充。因此，在对帮助犯的实质进行考证时，脱离正犯者的实行行为是又是妥当的，而之所以处罚帮助犯，不仅因为共犯行为自身的规范违反性及对法益的抽象危险性，更是因为帮助行为促进了正犯的实行行为甚至由此导致法益现实的侵害。所以，帮助的实质在于通过帮助者的参与，使得法益遭致侵害的危险明显增大。在此意义上，将帮助犯的本质理解为危险犯是有其道理的。如德国刑法学者萨拉姆就主张，可法的帮助存在帮助行为提高正犯行为成功机会这一点上，……比较帮助者参与犯罪的前后状况，被禁止规范保护的法益，与没有帮助者参与的场合相比，能够明显地变得危殆化时，帮助者的行为对保护的法益就有危殆化。[24]据此，笔者以为，从客观上讲，中立的帮助行为的参与极大的促进了正犯者的行为，使后者的实行过程明显方便的，可能成立帮助犯。有鉴于此，我们认为，日常生活中像提供饮食、提供住宿等行为客观上即使为犯罪的实施创造了某种便利，但是这种便利从实质上看并不可能明显地使得法益侵害的危险增强，因为这种帮助并不能对正犯的实行行为起到实质性的促进作用，更谈不使法益陷入更加紧迫的侵害的危险之中，所以此类行为应首先被“淘汰”。

在业务活动（必须都是合法的）诸如商品的买卖、服务的提供过程中，我们应当考虑与该行业有关的法律、法规、规章制度以及行业自律条例等，只要行为人严格按照上述规则履行业务行为，则不存在犯罪的帮助情况，因为在统一的法秩序内部，不可能同时存在行为既是合法的又是违法的情况存在。需要特别说明的是，行业自律条例、行业习惯或惯例等必须是合法的或者得到相关政府部门明示或默示认可的。

在判断中立行为是否犯罪的帮助行为时，应当考虑由中立行为所提供的服务或商品的稀缺程度。换句话说，考虑该商品或服务在特定时空范围下替代率的高低。这种商品的替代率越高，则商品的提供行为成立犯罪的可能性就越低；反之

22 刘凌梅：《帮助犯研究》，武汉大学出版社 2003 年版，第 81—82 页。

23 [日]山中敬一：《刑法中的因果关系和归属》，成文堂 1984 年版，第 170—180 页。

24 同上，第 211 页。

亦然。也即商品或服务在特定时空中的替代率的高低与成立帮助犯的可能之间呈反相关关系。例如，出租车的运输服务有时可能为实施犯罪行为者提供运载的便利，但是由于这种运输服务的替代率是很高的，这就使得绝大多数的运输行为的犯罪性降低或者模糊化。从反面来看，如果使出租车司机的运输行为犯罪化，就会出现这样一种结果：犯罪的成立完全不是因为某人实施了严重危害社会的行为，而是因为他的运气不好——搭载了一位“口无遮拦”的杀人犯。

考虑日常生活行为实施的特定时空范围有时是非常必要的。在特定条件下，表面上中立的日常行为可能会使法益的侵害加剧。例如贩卖菜刀等器具的商贩在看到距其不远的聚众斗殴后，仍然将菜刀等利器向斗殴中的任意一方出售，致使多人在此聚众斗殴过程中种上死亡。在上述场合，由于时空范围的限定，使得小贩所售的菜刀等利器成了“稀缺品”，替代性急剧下降；另一方面，特定的时空条件，使得小贩的经营行为与聚众斗殴中的伤害行为紧密相关，甚至成为一体化的考虑对象。正是因为特定的时空条件以及在此场合中正在发生的事件，使得日常的经营行为急剧丧失“中立性”。

（二）帮助者应仅限于明确的认识

持主观说的论者以及部分的折衷说者都强调从行为人的主观方面区分中立的帮助行为与可罚的帮助，这是值得肯定的。但是具体应当从主观方面的何种因素为考察的对象或重点上，不同学说的主张相去甚远。促进意思有无标准说认为要在认识正犯行为的基础上，还必须存在具有促进他人犯罪行为的认识与意思，实际上是主张直接故意的中立行为才能成立帮助犯。而未必的故意否定说仅从行为人的认识程度上厘定可罚的帮助行为，完全忽视了行为人的意志因素，这也是有欠妥当的。正如日本学者大谷实所言，仅有对实施的认识还不够，还必须具有意志要素即实现认识内容的意思。……故意的本质应当看作是已经对犯罪事实有认识，竟然意图实现该认识内容的意思，所以，为成立故意，认识必须和行为人的意志相关，即要求行为人将该种认识变为自己行为的动机。[25]笔者以为，从主观方面考虑中立帮助行为与帮助犯的成立关系，从认识要素角度讲只能限定为明确的认识，即中立的帮助者清楚地知道他人即将或正在实施犯罪行为，其行为将客观上有利于正犯者实行行为的完成或犯罪计划的实现。从意志要素上看，以

25 [日]大谷实：《刑法讲义总论》（新版第二版），黎宏译，中国人民大学出版社 2008 年版，第 154 页。

往排除间接故意成立帮助犯的观点的确是不合适的，这也是其学说造致诸多批判的要因之一。我们认为，中立的帮助行为中行为人不仅存在对他人实行行为积极的追求态度这种直接故意，完全也有可能出现行为人对他人实施犯罪持漠不关心的放任态度这种情况。有关明知结果必然发生是否存在放任的可能这一问题，我国学界曾存在争论：有人认为在明知必然性的情况下只能是希望，不存在放任的心理态度。[26]有人主张只要行为人是放任结果发生地，不论行为人认识到结果的必然或可能发生，都是间接故意。[27]这也是我国学界通说的观点，笔者持赞成态度。

根据中立行为中帮助者的对正犯行为的认识程度、帮助者对正犯行为及其结果所持态度可以概括出以下类型：（1）帮助者清楚地知道犯罪者的整个计划或者确定的知道行为人即将实施犯罪而提供帮助，且帮助者对正犯者的犯罪行为及其结果持积极追求的态度；（2）帮助者帮助者清楚地知道犯罪者的整个计划或者确定的知道行为人即将实施犯罪而提供帮助，但帮助者对正犯行为及其结果漠不关心；（3）帮助者只是根据正犯的人身特征、特定的时空条件推测正犯者行将实施犯罪或系某犯罪的实施者，且对其行为客观上可能会帮助正犯持积极的追求态度；（4）帮助者只是根据正犯的人身特征、特定的时空条件推测正犯者行将实施犯罪或系某犯罪的实施者，但帮助者对其行为可能会助益犯罪者持消极放任、漠不关心的态度。根据笔者的前述分析，上述（1）、（2）两种情形下可成立帮助犯。这是因为，在清楚地知道他人的犯罪计划后，知道自己的帮助行为会有力的促进犯罪的完成，且对犯罪的发生持积极的追求态度者，无疑构成典型的帮助犯；之所以持放任态度即漠不关心者也成立帮助犯是因为此种帮助一方面使法益的侵害危险化，另一方面行为人在清楚明白的了解到正犯者的犯罪计划及自己行为有助于正犯的完成后，仍然提供帮助，这已经违背了日常生活的目的：不论是日常生活行为抑或业务行为，其目的最起码都是正当的，即有益于社会共同体的，最起码是无碍于共同体成员生活安宁的，而认识到行为的有害性仍然施助已经背离了共同生活的目的。最后，法律虽不能要求每个人都承担打击、预防犯罪的任务，

26 陈兴良：《刑法哲学》，中国政法大学出版 1992 年版，第 167 页。

27 马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社 2006 年版，第 319—320 页。赵秉志主编：《犯罪总论问题探索》，法律出版社 2002 年版，第 357—359 页。

但是法律却完全可以禁止每一个共同体成员实施有害于共同体秩序与存在的行为，包括主观上追求个人生活目的但客观上有害于社会的行为。（3）、（4）两种场合行为人则不成立帮助犯，理由在于：首先，综合考量各种细节情况，推测行为人是否行将实施犯罪或者系罪犯这是公安、检察机关的任务，而非普通的公民的义务；其次，如上所述，由于每个人的受教育程度、性格、社会敏感度差异较大，决定了对相同的情况可能会得出相宜的判断结果；甚至会出现，越敏感、喜欢思考的人成立帮助犯的可能性越大，而马虎大意、反应迟钝的人则不易成立犯罪这种荒谬结论。最后，在帮助行为实施时，行为导致的后果不能完全确定的情况下，完全根据行为人实施帮助时的主观态度认定成立帮助犯，这是心情刑法的表现。即使根据事后的证据证明行为人的帮助行为客观上的确有助于正犯行为的实施，但是这系事后判断，与主客观相一致所要求的行为时主义不符，明显违背了责任主义的要求。

四、情景预设及其定性

（一）提供饮食、住宿的情形

根据行为人所实施中立的帮助行为与正犯者犯罪行为之间的时间关联性以及帮助者对正犯事实的认识情况，提供饮食或者住宿的场合一般分为如下两种情形：第一，帮助行为先于正犯的犯罪行为或者伴随着正犯行为的实施而发生；第二，当正犯者的犯罪行为结束后，帮助者对正犯者提供食宿。在第一种场合中，根据笔者的分析，由于提供食宿的日常行为对正犯的实行行为来说并不能起到实质的促进效果，或者说这种中立的帮助在与法益侵害的现实结果或者侵害的现实危险相关联的角度看，不能说前者对后者的发生具有重大的促进功效或者说由于并不存在正是因为提供食宿的行为极大的改变了正犯者的实行行为的进度或者使得正犯者的犯罪有了实质性的改变与影响，因此，缺乏帮助犯所要求的实质侵害性。在第二种场合，由于正犯者的行为也已结束，无须考虑中立的帮助行为是否与正犯者的犯罪结果之间存在因果关系，即不存在成立正犯者的共犯的空间；由于对犯罪的侦查、起诉历来是国家机关责无旁贷的使命，这一国家作用必须得到无障碍的贯彻实现，与此同时，国家也不希望任何人对业已犯罪者进行任何形式的援助，因为这都不利于国家刑事司法作用的侵害。虽然在沿革上，往往把犯人藏匿曾作为共犯来对待，英美刑法中至今仍认为是共犯的一种，但是在最近的

立法上，一般于共犯相区别，规定为独立罪。[28]所以，在正犯者的犯罪行为也已结束后，在得知其犯罪事实后仍提供饮食住宿等帮助行为，由于是对新的法益进行了侵害，且法律对此类行为单独进行了立法上的评价，故可以成立隐匿犯人的犯罪。

（二）出租车运输的情形

在出租车司机获知他人行将实施犯罪而将其运输至犯罪地，方便他人犯罪的场合，依据出租车司机获知“乘客”犯罪计划的时间的不同，笔者将此情形具体分为下述两种场合：第一，司机在他人进入其出租车之前就已经获知他人的犯罪计划以及第二，司机在乘客进入其出租车司机之后才获知乘客的犯罪计划或者得知乘客欲前往目的地实施犯罪。我们以为成立帮助犯的场合仅限于第一种，第二种场合中出租车司机之所以不应当成立帮助犯，盖因此种情形下：某人构成犯罪多系某种偶然的契机，也即由于出租车服务的替代性一般非常高，不能因为某个出租车司机因为运气不好，运载了一位杀人犯而成立杀人罪的帮助犯，此其一；其二，如果认定第二种情形中的出租车司机成立帮助犯，无疑是为该出租车司机额外科加了一份防止犯罪的义务，这是没有法律根据的。其三，在这种情况下，出租车司机是否还有选择“拒载”的自由值得思考，也即很多情况下出租车司机可能缺乏选择“拒载”的期待可能性。

（三）网络服务商的运营行为

网络服务者是指提供互联网接入服务等网络服务的单位，根据服务内容的不同，一般将网络服务者分为三类：第一类是网络内容提供者，是指自己组织信息通过互联网络向公众传播的主体；第二类是接入服务提供者，是指为信息传播提供光缆、路由、交换机等基础设施，或为上网提供接入服务，或为用户提供电子邮件账号的主体；第三类是网络平台提供者，是指为用户提供服务器空间，或为用户提供空间，供用户阅读他人上载的信息和自己发送的信息，甚至进行实时信息交流的主体。[29]与帮助犯有关的问题是第二、第三类网络服务商是否能成为网络内容提供者实施犯罪如传播淫秽物品罪的从犯。笔者以为，网络接入服务提供者的服务对通过网络空间实施犯罪如传播淫秽物品的正犯者来

[28] [日]大塚仁：《刑法概说（各论）》，冯军译，中国人民大学出版社 2003 年版，第 557 页。

[29] 皮勇：《网络服务提供者的刑事责任问题》，载《光明日报》2005 年 6 月 28 日。

说是必不可少的环节，也即前者的帮助行为是后者成立正犯必不可少的前提条件。当网络接入服务商确切的知道他人行将实施犯罪而请求网络接入服务时仍对其予以援助，应当成立帮助犯。至于网络平台提供者能否成为诸如传播淫秽物品罪的帮助犯，笔者以为，问题在于网络平台提供者知道网络内容提供者传播的系淫秽物品后，是否有义务将其及时删除或清理，也即是否可能成立不作为的片表面帮助犯。对此，笔者持肯定意见，即网络平台提供者在得知其运营的网络空间具有不健康的淫秽色情内容后， 因肩负确保其网络服务空间的信息内容健康的职责，应当有义务将淫秽的信息及时清理。在这种情况下，如果网络平台提供者应为、能为而不为时，可成立帮助犯。笔者的上述结论也可以从“两高”于2004年9月通过的《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》中得到辅证，该解释的第七条中明确规定：明知他人实施制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息犯罪，为其提供互联网接入、服务器托管、网络存储空间、通讯传输通道、费用结算等帮助的，以共同犯罪论处。

第二部分　信息时代刑事法的解释

刑事远程审判的法理基础

浙江工商大学　封利强 *

摘　要：目前各地法院探索的刑事远程审判存在无法可依的问题，同时，理论界对刑事远程审判的研究严重不足，难以为实务部门的探索提供足够的理论支持。“刑事远程审判”的概念界定不应过于宽泛，应当限于控、辩、审三方不在同一物理空间参与庭审活动，而是通过双向视听传输的方式实施法庭调查和法庭辩论行为的审判活动。刑事远程审判与传统诉讼原则并不存在实质性的抵牾，但视听信息的减损和互动交流的障碍决定了其在功能上不可能与传统审判方式完全等同，有必要强化对被告人的程序保障。

关键词：刑事诉讼；远程审判；网络庭审；电子法院

一、刑事远程审判：在争议中推进的改革尝试

近年来，随着互联网技术的发展和法院信息化建设的推进，越来越多的法院开始探索刑事案件的远程审判。然而，作为一个新生事物，我国的刑事远程审判尚未形成成熟的模式，仍然处于尝试和摸索阶段。并且，目前理论界和实务界对于这种尝试尚存在诸多争议。与实务部门日趋强烈的探索热情相比，理论界对于刑事远程审判原理的研究却相当滞后，难以为刑事远程审判实践提供足够的理论指导和智力支持，主要表现在两个方面：一方面，研究成果在数量上偏少；另一方面，在目前的研究中，人们对技术问题和法律问题的探讨往往纠缠不清，而且讨论技术多于法律，对法律问题的探讨还比较肤浅。实际上，正如学者所言，电

*作者简介：封利强，男，浙江工商大学法学院副教授。通讯地址：杭州市下沙高教园区学正街 18 号，邮编 310018。联系电话：15857108806

子诉讼建设和发展过程中所表现出的大多数问题都是法律问题，而不是技术问题。[1]因此，我们应当厘清技术问题和法律问题，强化对刑事远程审判相关法律原理的探索，以便早日将刑事远程审判纳入法治轨道。

我国法院系统对刑事远程审判的探索早在 10 年前就开始了。在法律没有明文规定的情况下变更传统的审判方式显然有违法之嫌。然而，从近年来的司法改革来看，很多类似的探索，例如刑事和解、附条件不起诉等，都是先由实务部门开展试点，然后再不断总结经验，进而上升为立法。这已经成为我国司法改革的一种常态化的路径。当然，从 2014 年全国人大常委会授权最高人民法院、最高人民检察院在 18 个城市开展刑事速裁程序的试点到 2016 年全国人大常委会授权最高人民法院、最高人民检察院在 18 个城市开展认罪认罚从宽改革的试点，地方司法机关的探索逐渐被纳入法制轨道。不过，在刑事远程审判的探索中并不存在类似的授权。《刑事诉讼法》对刑事远程审判没有作出任何规定。目前只有 2016 年 9 月最高人民法院出台的《关于进一步推进案件繁简分流优化司法资源配置的若干意见》的司法解释才明确规定，“对于适用简易程序审理的民事、刑事案件，经当事人同意，可以采用远程视频方式开庭。”这一司法解释的规定是否违背刑事诉讼法的原则和精神仍然是不无疑问的，并且，该规定划定的适用范围相当窄，实践中的很多刑事远程审判活动仍然游离于该司法解释的规定之外。因此，刑事远程审判至今仍然是一种饱受争议的审判方式。

二、刑事远程审判的内涵界定

自进入网络时代以来，人类社会的生产和生活方式已经发生了深刻的变化。我国司法机关在这一背景下也在逐步改变传统的工作方式。2001 年 12 月出台的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》就在第五十六条明确规定，“证人确有困难不能出庭”的，经人民法院许可，证人可以提交书面证言或者视听资料或者通过双向视听传输技术手段作证。如今，除了证人通过双向视听传输技术手段作证以外，网上立案、庭审直播、电子送达等运用网络技术来开展诉讼活动的现象已经十分普遍。诉讼活动的各个环节都有可能实现网络化。比如，据报道，“吉林电子法院包括诉前准备、立案缴费、预备开庭、开庭审理、结案执行、判

[1] 王福华：《电子法院：由内部到外部的构建》，载《当代法学》2016 年 05 期。

后工作等六大项二十九个小项应用模式。利用电子法院，百姓打官司可不到法院，律师千里之外也能参与‘隔空庭审’，法官可全天 24 小时受理案件，自开通上线以来受到各方好评。……电子法院适用案件类型，包括一审、二审民事、行政诉讼案件，并向简单的刑事案件等不断扩展。”[2]

那么，我们应当如何给“刑事远程审判”下定义呢？如果某个刑事案件的审判活动只涉及远程网上提交材料、远程庭前讯问或者证人远程视频作证等，算不算远程审判呢？笔者认为，我们对“刑事远程审判”这一概念的界定不应过于宽泛，否则不利于对远程审判原理的深入探究。鉴于庭审是审判的核心环节，只有诉讼主体在法庭以外的地点通过网络参与庭审的，才应当被视为远程审判。因此，所谓“刑事远程审判”是指，刑事诉讼主体不在同一物理空间参与庭审活动，而是通过双向视听传输的方式实施法庭调查和法庭辩论行为的审判活动。

对于何谓“刑事诉讼主体”，学界存在着不同意见。笔者认为，我们可以参考民事诉讼主体的界定方式，将刑事诉讼主体界定为对诉讼的发生、变更和终结发挥决定性作用的单位或个人。据此，只有法院、公诉人、自诉人和被告人是刑事诉讼主体，而附带民事诉讼的原告人和被告人是附带民事诉讼部分的诉讼主体。有学者指出，“非诉讼主体包括：（1）被害人以及被害人的法定代理人和诉讼代理人；（2）辩护人；（3）证人、鉴定人、翻译人员；（4）可能出现的其他的参加诉讼的人。”[3]笔者同意这一界定，但认为辩护人只是受被告人委托维护其合法权益的人，所以，也不属于诉讼主体。由此，被害人在法庭以外通过视听传输技术进行陈述或者参与辩论的，证人在法庭以外通过视听传输技术作证的，鉴定人在法庭以外通过视听传输技术提供鉴定意见的，翻译人在法庭以外通过视听传输技术提供翻译的，以及辩护人或代理人通过视听传输技术向法庭发表辩护或者代理意见的，均不属于严格意义上的“刑事远程审判”。

可见，刑事远程审判是指控、辩、审三方中至少一方不在传统的物理法庭上参与庭审。以传统的眼光来看，如果被告人不到庭参与庭审的，往往被视为缺席审判；同时，2012 年新修订的《刑事诉讼法》也已经取消了检察机关在简易程序中可以不出庭支持公诉的规定。但是，在新的时代背景下，控辩双方中的一方或

[2] 《吉林司法走进 e 时代》，载《领导决策信息》2015 年第 48 期。

[3] 吴杰、宋英辉、洪道德：《刑事诉讼主体论》，载《中外法学》1991 年第 4 期。

者双方通过网络远程参与法庭调查和法庭辩论已经成为可能。当然，在共同犯罪中，同案被告人中的一人或者数人通过网络远程参与法庭调查和法庭辩论的，同样属于刑事远程审判。从目前的实践来看，最为典型的刑事远程审判是法官、检察官、辩护律师仍然在法庭上参与调查和辩论，而被告人则在看守所的视频讯问室通过视听传输设备参与庭审。

刑事远程审判与电子司法、电子诉讼等概念之间的关系如何？这也是需要予以澄清的问题。笔者认为，电子司法和电子诉讼是比较宽泛的概念，泛指一切借助于电子计算机技术来实施的司法行为和诉讼行为。因此，刑事远程审判应属于电子司法和电子诉讼的下位概念，二者是包含与被包含的关系。此外，换个角度来看，远程审判与电子司法和电子诉讼的强调重点也有所不同。远程审判所强调的是通过视听传输技术远程参与庭审，而电子司法和电子诉讼所强调的是司法工作的数据化。所以，二者的侧重点不一样。前者更多涉及程序公正、人权保障、审判公开等法律问题，而后者更多涉及法庭信息化建设等技术问题。

三、刑事远程审判的法理依据

当前学界对刑事远程审判的研究较少，但由于民事远程审判与刑事远程审判具有某些相通之处，因此，有关民事远程审判的研究成果可资借鉴。从现有研究成果来看，人们对于远程审判的正当性和可行性存在较大的争议。

有的观点认为，远程审判是大势所趋，并不违背传统诉讼所奉行的基本诉讼原则。比如，有学者指出，只要在实际操作中能够合理地运用网络技术并合理地约束当事人的行为，对审原则的各种要求并不必然会被违反，在某种程度上甚至是对对席判决的促进。[4]甚至有的学者认为，当运作条件成熟后，诉讼行为所需要的硬件设备已经全部到位，这意味着传统的庭审行为将被废弃，取而代之的是视频庭审。[5]

有的观点则认为远程审判构成了对传统诉讼原则的挑战。例如，有学者指出，“在实现法院电子化后，许多诉讼程序问题将大大不同于现在。例如，诉讼文书的电子送达、交换以及电子案卷的出现与书面原则的冲突与协调；通过视频会议

[4] 张峰、滑冰清：《电子法庭与传统民事诉讼法理的冲突与协调》，载《河南师范大学学报（哲学社会科学版）》2013 年第 1 期。

[5] 高育玲：《试论民事诉讼程序的电子化运作》，载《中共乐山市委党校学报》2015 年第 4 期。

等进行调查取证、审前程序、开庭审理，对开庭审理的直接原则、言词原则和公开原则的挑战；电子法庭时代的证据提出审查方式，以及电子文件的格式转换、证明责任、证据采信规则等等。因此，随着电子法庭的出现，有必要全面审视和修改诉讼法。”[6]有学者更明确地指出，电子司法有难以克服的弊端，高昂的成本会加剧司法资源的非均衡性，司法知情权与国民的隐私权之间始终存在尖锐的冲突与矛盾，电子化司法压制直接言词原则与辩论全趣旨的适用空间。[7]还有的学者认为，远程审判违背了司法的剧场化趋势。论者指出，远程庭审的“阿喀琉斯之踵”在于，法庭审理过程价值（或曰程序正义）的缺失之虞。现代法理学认为，司法正日益体现出一种“剧场化”的形态——在一个特定的空间（法庭）内，庭审活动是由法官、检察官、律师和当事人等参与“角色表演”的活动。也即，法庭空间被赋予了特殊的符号意义。[8]另外，还有的学者认为，远程审判构成了对传统司法文化的冲击：“现行法庭传统布置和服饰可给诉讼程序增加正统性、庄严性和权威性，而电子法庭将丧失这一点。它会切割当事人、证人、法官和律师的社会联系。虽然保障了司法公正，但也冲击了当事人直接见面和证人应亲自出庭的观念。”[9]有鉴于此，不少学者主张对远程审判的适用予以严格限制。比如，有学者指出，“视频技术只能在当事人无法参加庭审时作为例外的程序保障手段使用，而非笼而统之地适用于一般案件。……庭审环节不应作为电子诉讼的重点，视频庭审只应被作为例外对待”[10]

由以上分析可见，当前多数学者和实务工作者对远程审判持审慎态度，甚至带有一定的排斥心理。值得注意的是，上述论断大多是针对民事远程审判而提出的，具体到刑事远程审判，则可能出现更多反对的声音。有学者指出，“一般认为，民事诉讼相对于刑事诉讼与行政诉讼更适宜信息通讯技术的应用，这与民事诉讼活动的协同性、交互性较强有关。相形之下，刑事诉讼的目的在于行使国家刑罚权，行政诉讼的目的在于处理公法上的权利义务关系，两者的程序保障要求显然高于民事诉讼，它们发展电子诉讼的适宜性不及民事诉讼。”[11]因此，我们有

6 冯琳：《电子法庭审判模式的法理学思考》，载《上海政法学院学报》2008 年第 3 期。

7 宋朝武：《电子司法的实践运用与制度碰撞》，载《中国政法大学学报》2011 年第 6 期。

8 张亮：《应倡导“远程提审”而非“远程庭审”》，载《检察日报》2011 年 4 月 13 日第 3 版。

9 冯琳：《电子法庭审判模式的法理学思考》，载《上海政法学院学报》2008 年第 3 期。

10 王福华：《电子诉讼制度构建的法律基础》，载《法学研究》2016 年第 6 期。

11 王福华：《电子诉讼制度构建的法律基础》，载《法学研究》2016 年第 6 期。

必要对刑事远程审判的法理依据展开深入分析。

在笔者看来，上述学者对远程审判的戒备心理在很大程度上是不必要的。其中有的学者没有以发展的眼光看问题，更多的学者则是夸大了远程审判对传统诉讼原则以及诉讼文化等方面的影响。

首先，远程审判并不会从根本上动摇传统的诉讼原则。刑事远程审判不过是传统刑事审判的网络形式，传统的诉讼法原则、规则和制度会以新的面貌出现，仍旧发挥着作用。例如，在直接言词原则的实现方面，法官可以通过视听传输技术来直接审理案件，控辩双方通过视听传输技术来以言词方式进行举证、质证和展开辩论；在审判公开原则的实现方面，即使控辩双方或者其中一方不到法庭参与庭审，也并不妨碍公民进入法庭借助于视听传输技术来旁听案件；在辩论原则的实现方面，虽然控辩对抗变成了“隔空对抗”，但这对于辩论的效果影响不大；在交叉询问规则方面，控辩双方仍然可以在法官的主持下借助于视听传输技术来对被告人、被害人、证人以及鉴定人进行交叉询问；在对席判决制度方面，只要控辩双方借助于视听传输技术参与了庭审即可视为“到庭”，并不构成“缺席判决”；在传闻规则方面，传统上不出庭陈述的证言通常被视为传闻，但在网络时代，只要借助于视听传输技术向控、辩、审三方同时进行陈述并接受控辩双方交叉询问以及法官的询问，即使远隔千里，也不会构成“传闻”。

其次，远程审判并不违背司法的“剧场化”原则。问题的关键在于，我们应当摒弃对“剧场化”的狭隘理解。学者指出，“剧场是一个间隔的、不透明的空间，——一个规限的空间。剧场建筑的‘墙体’分割出‘剧场之内’和‘剧场之外’，阻隔了剧场内外的活动的直接交流……‘演员’与‘观众’的角色与活动也完全地分离：演员在舞台表演，观众在看台观赏，两者的角色与活动不能互换……从总体上讲，司法的剧场化的真正价值在于它们通过‘距离的间隔’来以法律的态度和方式处理‘法律的问题’。”[12]可见，学者所谓的“剧场化”旨在强调审判活动的专业化，同时强调审判活动不受外来的干扰。而这一点在远程审判中同样是可以通过互联网技术来得以实现的。

最后，在远程审判中，法官同样可以身着法袍，手持法槌，所缺少的只是法院的建筑和法庭的设施所体现的司法文化内涵。这种象征意义对于提升司法权威

12 舒国滢：《从司法的广场化到司法的剧场化——一个符号学的视角》，载《政法论坛》1999 年第 3 期。

和公信力来说自然是不无价值的，但是，我们也应当认识到，审判的内容重于形式，并且，我们也应当以发展的眼光来看待所谓的仪式感和象征意义。例如，古代官员的乌纱帽具有某种象征意义，但随着时代的发展，这种具有符号意义的物品逐渐被人们摒弃了。

由以上分析可见，刑事远程审判的适用所面临的主要是观念上的障碍。实际上，在网络时代，“法庭”的内涵和外延都需要作出相应的改变。法庭不再是一个物理空间的概念，正如“市场”早已不是物理空间概念一样。将“法庭”这一概念从物理空间概念扩展到虚拟空间概念是大势所趋。伴随着人们对“法庭”理解方式的转变，很多观念障碍也就不复存在了。

当然，对远程审判的过度推崇也是不适当的。我们必须承认，与传统审判方式相比，远程审判方式在控、辩、审三方的互动交流效果上会打折扣。我国裁判者自古以来奉行的“五听”审判方式在远程审判的背景下会面临一定的实现障碍。虽然在信息技术和网络技术高度发达的背景下，图像和声音的传送可以达到越来越逼真的效果，但是，面对多个屏幕画面，无论是法官，还是控辩双方，都可能感到眼花缭乱。在目前的司法实践中，有些地方法院在刑事远程审判中还实现了对屏幕画面的智能切换，“审判法庭通过语音激励方式进行界面切换，即审判法庭中法官、公诉人、辩护人任何一人发言，镜头就随时切换到发言者身上，确保被告在看守所远程审判法庭接收的声音和画面同步。”[13]然而，笔者认为，在这种情况下，当画面被切换到发言者身上之后，未发言的被告人的面部表情和肢体语言便难以被法官捕捉到了，因此，很容易使裁判者错过重要的情态证据信息。目前实践中检察机关在批捕和审查起诉工作中采用远程讯问也较为普遍。对此，最高检侦查监督厅负责人曾指出，“远程提讯因受拍摄视角、屏幕切换等技术性原因的限制，办案人员可能无法全面、连贯地获得对犯罪嫌疑人心理的清晰认知。也就是说，承办人通过屏幕不能对犯罪嫌疑人的心理活动进行完全把握与分析。鉴于其局限性，远程讯问不能完全取代现场讯问。”[14]

因此，从某种意义上来讲，远程审判是一种“蒙着面纱的审判”，在功能上不可能与传统的面对面审判方式完全等同，更不可能彻底取代传统的审判方式。

[13] 邵天一、黄华、张杨清：《对“网络远程审判模式”的调查与思考》，载《中国审判》2010 年第 9 期。

[14] 徐日丹、李跃：《远程讯问：向科技和管理要质效》，载《检察日报》2013 年 5 月 17 日第 1 版。

在通过网络进行视听传输过程中不可避免地会出现视听信息的减损，同时也可能因网络状况造成互动交流的障碍。这种“隔空的对话”可能会给控、辩、审三方之间的交流带来“隔靴挠痒”之感。其中，受影响最大的莫过于在刑事审判中处于不利地位的被告人。因此，远程审判方式对于被告人的程序保障与传统审判方式相比是有一定差距的。有鉴于此，在我国未来的刑事远程审判立法中，应当赋予被告人程序选择权。这就要求法院在开庭前履行相应的告知程序，以确保被告人知情且同意采用刑事远程审判方式，并且，如果被告人在接受远程审判的过程中，认为视听信息的减损或互动交流的障碍已经妨碍其行使诉讼权利，则可以随时请求法庭变更审判方式，改用传统的审判方式来重新审理。

互联网时代倒卖车票罪的规范解读

——有偿抢票服务入罪论

高艳东；祁拓*

目次

一、前言 141
（一）抢票软件的泛滥与技术原理 141
（二）使用软件有偿抢票服务的定性：科技进步还是技术滥用 142
二、倒卖车票罪的司法误区与学界误解 143
（一）司法取向：有偿代购车票皆有罪 143
（二）有偿代购车票无罪论：限缩正当、论证失当 144
1. 出罪理由一：有偿代购属于民事代理行为 144
2. 出罪理由二：低价有偿代购车票不构罪 144
3. 出罪理由三：实名制下无倒卖 145
4. 出罪理由四：倒卖车票废除论 146
5. 结论：重新解读倒卖车票罪 146
三、倒卖车票罪法益新界：旅客自由购票选择权 147
（一）倒卖车票罪的传统法益观违背精细司法 147
（二）刑法保护“旅客自由购票选择权”的现实必要性 148
1. 车票代表着居民的基本出行需求 148
2. 刑法只应保护火车票：倒卖车票罪的限缩 149
3. “自由购票选择权”不同于购票结果平等 150
（三）“自由购票选择权”的法益观可以限缩处罚范围 151
四、“倒卖”新界：“倒卖”无需“先买后卖” 151
（一）“倒卖”的含义之争与现实变化 151
（二）“倒卖”无需“先买后卖” 152
1. “倒卖要先买后卖”是计划经济思维 152
2. 刑法中不同罪名中的“倒卖”有不同含义 152
3. “倒卖”的核心是“卖” 153
五、有偿代购车票的两分定性：劳务服务型无罪、机会垄断型有罪 154
（一）区分有偿代购车票类型：劳务服务型、机会垄断型 154
1. 代购行为的类型区分 154
2. 剥夺其他旅客购票、享受公共福利的机会是入罪原因 155

*高艳东，浙江大学光华法学院副教授，联系方式：杭州市西湖区之江路51号浙江大学光华法学院，邮编：310008。邮箱：yandonggao@126.com，手机：13575758591；祁拓：浙江大学光华法学院互联网法律研究中心助理，联系方式：杭州市西湖区之江路51号浙江大学光华法学院，邮编：310008。邮箱：286353547@qq.com，手机：18267837683。本文系“中央高校基本科研业务费专项资金资助”和“浙江大学互联网法律研究中心年度课题”项目的阶段性成果。

（二）劳务服务型有偿代购车票未侵犯旅客自由购票选择权 155
（三）机会垄断型有偿抢票服务侵犯了旅客自由购票选择权 155
六、结语：管制与自由、理想与现实的平衡 157

摘　要：有偿抢票服务的本质是有偿代购，司法实践对倒卖车票罪保护法益的认识存在误区，不加区分地将所有有偿代购车票行为认定为倒卖车票罪。倒卖车票罪的保护法益应是旅客自由购票的选择权，“倒卖”应理解为以营利为目的贩卖，无需“先买后卖”。有偿代购行为可区分为劳务服务型和机会垄断型，前者不是刑法调整对象，后者应当禁止。利用软件实施的有偿抢票服务属于机会垄断型有偿代购行为，其通过技术优势霸占虚拟购票窗口，侵犯了旅客自由购票的选择权，应以倒卖车票罪论处。

关键词：有偿抢票；技术滥用；自由购票选择权；倒卖；机会垄断

The Normative Interpretation of the Crime of Tickets Scalping in the Internet Era

——The Theory of Criminalization of the Paid Service for Ticket Procuring

火车票实名制的实施和网络购票的普及，催生出诸多互联网抢票手段。从最初的免费抢票软件，到如今各大平台推出的有偿抢票服务，在给部分公众带来切实便利的同时，其合法性也引发质疑。

一、前言

（一）抢票软件的泛滥与技术原理

近些年来，针对春运期间火车票购买难等问题，部分平台推出了使用软件有偿抢票服务。旅客可选择有偿抢票服务并支付一定的服务费，根据抢票成功率的高低之别，服务费从数十元至上百元不等。在旅客选好特定的车次、席别和抢票套餐，并完成付款后，平台会通过高频率的自动刷新功能实现抢票。

以携程网的有偿抢票服务为例，通过搜索特定区间的车票信息，当特定车次、席别尚有余票时，该车票右侧会显示“预定”字样，即旅客可直接购买车票。当

特定车次、席别的余票为 0 时，该车票右侧便会显示“抢票”字样，提示旅客通过有偿抢票服务购买车票。点击该“抢票”按钮进入相关页面，旅客可选择“光纤网络快速抢票（30 元/份）”或“高速网络快速抢票（25 元/份）”。当选定有偿抢票服务和输入所需的个人信息后，该平台便会自动进行抢票，一旦购票成功将短信通知旅客。另外，携程网在抢票页面的“温馨提示”中给予“抢不到票将全额退款”的承诺。

其他平台的有偿抢票服务基本上大同小异，如京东旅行网的抢票步骤与携程网基本一致。不同的是，京东旅行网提供“极速抢票+20 元保险”和“快速抢票+10 元保险”两档套餐，以保险费的名义收取抢票服务费。

有偿抢票服务的核心是使用了抢票软件这种特别程序，它可通过不断变换 IP 地址、减少访问流量或多线程访问等技术手段，以绕过 12306 网站的各项技术检测。同时，此类软件通过运行脚本不断访问服务器进行排队，以实现拟人工操作。在拟人工登录阶段，其实现验证码的破译、登录并完成购票。由于 12306 网站存在一号一票的限制，因此，有偿抢票服务平台通常可实现多号并行抢票。这一系列行为，大大加速了登陆、点击频率。如在抢退票时，个人在网站上点击的频率是 1 次/秒，而抢票软件的点击频率是 200 次/秒，在余票不足、抢退票的时候，人工操作会被抢票软件剥夺购票机会。

（二）使用软件有偿抢票服务的定性：科技进步还是技术滥用

对使用软件的有偿抢票服务，旅客褒贬不一。自愿使用有偿抢票服务并最终购得票者，享受了借助软件抢票的高效，感叹“科技改变生活”。未购得票者则怒斥有偿抢票服务是互联网版的“黄牛”，认为这是技术作弊应被取缔。

本文认为，与人工有偿代购车票的行为相比 ，使用软件的有偿抢票服务因涉及对退票的抢购，同时具有涉及人群广泛、抢票效率高等特点，产生了人工代购行为所无法达到的抢票效果，排除了其他旅客的购票机会，具有更为严重的社会危害性，需要刑法介入。

需要说明，个人使用抢票软件在余票不足的情形下为他人有偿刷票的行为，与上述平台的性质无异。因此，本文使用“有偿抢票服务”一词，是指平台和个人在余票不足的情形下，以营利为目的，通过使用软件抢退票而提供的有偿代购车票服务。

有偿抢票服务的合法性危机来自于两点：一是在技术手段上，抢票服务使用特别软件加速了登陆、点击频率，属于“对计算机信息系统功能进行干扰，造成计算机信息系统不能正常运行”，可能构成破坏计算机信息系统罪；二是在经营模式上，平台收取旅客的票款和服务费后代购火车票，本质上是有偿代购，可能涉嫌倒卖车票罪。限于篇幅，本文重点关注第二方面，从经营模式上讨论在互联网时代，将有偿抢票服务认定为倒卖车票罪的必要性。

二、倒卖车票罪的司法误区与学界误解

（一）司法取向：有偿代购车票皆有罪

笔者在中国裁判文书网中以“倒卖车票罪”为关键词进行搜索，得到倒卖车票罪案件共 44 个。该 44 个案件可以分为两类：囤票倒卖、有偿代购。其中有 37 个是通过囤积车票高价出售（个别是以高价转卖车票）等方式实施的传统倒卖行为；将帮他人有偿代购车票的行为定性为倒卖车票罪的案件共 7 个，占总数的近六分之一。

典型案例如下：

案例一：高某伙同妻子杨甲，在济南市某通讯器材经营部和网络 QQ 群中，以代购车票为名使用其本人及杨甲的手机号码，通过 12306 网站订购车票并加价销售的方式获取盈利，共计订购火车票 2505 张（含半价军残票），车票票面金额共计 142168 元。济南铁路运输法院以倒卖车票罪判处高某有期徒刑二年，缓刑三年，并处罚金。[1]

案例二：赵某某在自己承包的“中国网通”营业网点，通过网络订票系统为他人订购火车票，并加价出售。赵某某共计帮他人订购车票 46 张，票面数额 9609 元，非法获利 467 元。兰州铁路运输法院以倒卖车票罪对赵某某单处罚金 20000 元。[2]

案例三：雷某某通过自己的电脑下载抢票软件后，在百度贴吧内发布有偿代购火车票信息。雷某某以其 QQ 号联系需要购买车票的旅客并获取对方身份证等相关购票信息，用抢票软件登陆 12306 网站帮助需要购票的旅客抢购火车票，并

[1]参见济南铁路运输法院（2012）济刑初字第 28 号刑事判决书。

[2] 参见兰州铁路运输法院（2014）兰铁刑初字第 3 号刑事判决书。

收取每张车票 30 元至 80 元不等的加价倒卖款，共非法获利 5000 余元。其中既有在有余票的情形下帮他人买票，也包括在余票不足时帮他人抢退票。南昌铁路运输法院以倒卖车票罪对雷某某单处罚金二万五千元。[3]

法院不加区分的把转卖车票、帮助购票的行为一律认定为犯罪，这一思路需要反思。

（二）有偿代购车票无罪论：限缩正当、论证失当

很多学者意识到了司法机关对倒卖车票罪的过严理解：中间人持乘车人的有效身份证件替乘车人代购车票的行为，当然是合法行为，仅因增加了“有偿性”便成为犯罪行为，过于苛刻。但是，目前学界没有区分劳务服务型与机会垄断型的差别，从而在论述理由上很难周延，无法合理界定倒卖车票罪的范围。

目前，学者限缩倒卖车票罪的立场是正确的，但论证理由无法成立。

1. 出罪理由一：有偿代购属于民事代理行为

第一种观点，亦即大多数学者认为，有偿代购车票属于民事代理行为。尤其是在火车票实名制下，乘车人和代购人之间存在民事委托代理关系，从而与倒卖车票行为存在本质差异，公安机关不能仅因代购人获得报酬为由而认定代购行为违法。[4]

但是，该观点忘记了，能够通过民事法律关系评价的行为并不必然排斥刑法适用。且不论乘车人向代购人支付服务费时所作的同意，效力存疑，不一定是有效民事行为。即使单个有偿代购行为属于民事行为，但整体的有偿代购服务可能侵犯了其他法益而被评价为犯罪。如在非法吸收公众存款罪中，双方当事人之间以借款合同为基础的债权债务关系，因该行为扰乱了金融秩序而同时受到刑法评价。又如，在合同诈骗罪中，“以先履行小额合同或者部分履行合同的方法”虽然也是民事行为，但该手段行为同时也是合同诈骗罪的一部分。

因此，有偿代购车票行为属于民事代理行为的定性，与刑法二次评价并无冲突。应当考虑有偿代购行为是否侵害了特定法益、乘车人是否基于意思自由而支付额外价款等因素，对有偿代购车票行为进行刑法评价。

2. 出罪理由二：低价有偿代购车票不构罪

[3] 参见南昌铁路运输法院（2014）南铁刑初字第 60 号刑事判决书。

[4] 参见乔新生：《代购车票行为并非倒卖车票犯罪》，载《人民日报》2013 年 1 月 30 日第 19 版。

第二种观点认为，高价转卖是倒卖车票罪之本质特征，也是实名制购票模式中区别合法民事委托与倒卖车票行为的唯一界限，上述案例中的行为属于低价有偿代购，有利于车票资源的最佳配置，只有高价转卖车票的行为才是值得处罚的倒卖车票行为。[5]

本文认为，这一论证存在以下问题：

首先，该观点把“高价”作为判断犯罪成立的构成要件要素，误把“罪量要素”当成了“罪质要素”，违反罪刑法定，与法条规定和司法解释不符。最高人民法院《关于审理倒卖车票刑事案件有关问题的解释》第一条规定：“高价、变相加价倒卖车票或者倒卖坐席、卧铺签字号及订购车票凭证，票面数额在五千元以上，或者非法获利数额在二千元以上的，构成刑法第二百二十七条第二款规定的‘倒卖车票情节严重’。”司法解释已经明确把“高价”作为判断“情节严重”的情形之一，“高价”只是判断危害程度、违法性程度的要素之一，而不是构成要件要素。而且，将“高价”作为判断罪与非罪的唯一界限，过于绝对也无法操作。

其次，以“高价”区分罪与非罪，在互联网时代不合时宜。互联网时代存在“聚沙成塔”效应，如余额宝借助“零钱经济”，通过网络放大效应而成为当下中国最大的货币基金。因此，即使是低价有偿代购，因网络的规模与放大效应，“低价”也可能变成“高价”。有偿抢票服务的每笔订单即使仅收取 1 元服务费，也极有可能获利上百万元，远超传统的倒卖车票行为（囤票加价转售）的获利额。根据司法解释，低价代购车票，只要“非法获利数额在二千元以上”，也构成倒卖车票罪。

3. 出罪理由三：实名制下无倒卖

第三种观点认为，由于实名制火车票不能随意买进卖出，不具备流通可能性，因此，在实名制下的代购行为不可能构成倒卖车票罪。[6]

但是，实名制没有消除倒卖车票，只是改变了倒卖车票的方式。如“黄牛”事先注册多个 12306 网站的账号，用非法获得的民工身份信息购买并大量囤积特定车次的车票。当旅客需要该车次的车票时，“黄牛”便通过“秒杀退票”的手

[5] 参见王立志：《低价网络代购实名制车票需要入罪吗？》，载《法学》2013 年第 12 期。

[6] 参见黄颖：《实名制下代订购火车票行为的罪与非罪研究》，载《铁道警官高等专科学校学报》2011 年第 5 期。

段，以旅客的身份信息购买退票，从而实现车票的转售。[7]

此种通过 12306 网站实现的倒卖车票行为，与传统非实名制下大量囤积车票并寻找买主的行为没有区别，而且，因网络技术支持，其囤票转售成本更低、危害性更大。在互联网时代，形形色色的钻 12306 网站漏洞的倒卖车票行为层出不穷，主张实名制火车票不具备流通性的观点，与现实脱节。

4. 出罪理由四：倒卖车票废除论

认为有偿代购车票无罪的另一个理由，是认为倒卖车票罪本身就应当废除。有的观点主张代购车票行为不具备法益侵犯性，根据刑法的补充性原则，不应将代购车票行为作为犯罪论处。[8]也有观点认为，随着火车票实名制和网络第三方平台的大量出现，个人信息和车票信息被特定化，将大量的有偿代购车票行为论罪处罚不具有正当性。[9]还有观点认为，倒卖车票本身欠缺现实的、可验证的侵害法益，为贯彻罪刑法定原则与人权保障原则而应废除该罪。[10]

倒卖车票罪废除论的观点，存在三大误区：一是未能充分认识到网络时代技术抢票行为的危害性。目前，虽然民工不会上网，但还可以通过电话、柜台买票，还有购票机会；但是，出现各种平台使用软件有偿抢票服务后，在余票不足时，大量民工就没有抢票机会了，将被迫使用这种收费服务，这些平台是滥用技术，把本是国家福利的火车票，变成了剥削民工、谋取私利的工具；二是没有意识到在中国现阶段，火车票具有国家福利的色彩，并非市场化的商品；三是没有与时俱进地解读倒卖车票罪的法益。若按照本文的观点，将旅客自由购票选择权作为本罪法益，可以肯定倒卖车票行为具备现实的、可验证的法益损害，也能够肯定实名制下存在倒卖车票罪。

5. 结论：重新解读倒卖车票罪

本文认为，在计划经济痕迹明显的网络时代，需要保留倒卖车票罪，但要严格限制其处罚范围。一些有偿代购车票行为确实不应作为犯罪处理，但目前学界的出罪理由均难以自圆其说，应为上述有偿代购行为的出罪寻找实质性理由。

7 参见张永生、刘溪若：《“黄牛”施秘技“钻破”实名制》，载《新京报》2013 年 1 月 23 日第 17 版。

8 参见冉巨火：《倒卖车票罪之废除——以钟某“倒卖火车票”案说起》，载《人民检察官》2013 年第 2 期。

9 参见吴杰：《“倒卖车票罪”宜作严格扩张解释》，载《江苏法制报》2017 年 1 月 16 日第 00C 版。

10 参见高巍：《论倒卖车票、船票罪之除罪化》，载《政治与法律》2009 年第 12 期。

随着车票购买方式从线下向线上转移，倒卖车票罪也要进行符合互联网时代的客观解释。只有重新界定倒卖车票罪的法益，合理解释本罪的倒卖行为，才能够限定本罪的处罚范围，既把无危害的有偿代购火车票（如帮民工操作买票）排除在犯罪之外，也把一些危害严重的有偿代购火车票（如在余票不足情形下使用软件抢票）解释为犯罪，从而确保人人有机会购买带有国家福利色彩的火车票。

三、倒卖车票罪法益新界：旅客自由购票选择权

只有先确定倒卖车票罪的法益内容，才能进一步判断当前的倒卖车票罪，应当打击哪些有偿代购行为。

（一）倒卖车票罪的传统法益观违背精细司法

我国学术界对倒卖车票罪的保护法益论及较少，主流观点“车票管理秩序说”认为，倒卖车票罪侵犯的客体是国家对车票的管理秩序。[11]另有“运输秩序说”认为，倒卖车票罪扰乱了正常的运输秩序，危害了铁路的治安稳安。[12]也有“旅客利益说”认为，倒卖车票行为侵害的客体是普通旅客的合法利益。[13]此外，还有“铁路企业经济利益说”，将铁路企业的经济利益以及国家对车票的售购制度等作为倒卖车票罪的客体。[14]

首先，“车票管理秩序说”过于宽泛，无法限定处罚范围。车票管理秩序包括对车票的售购制度、收购渠道、价格、数量等一系列事项的管理，将如此宽泛的内容统一概括为“管理秩序”，太过抽象。如有学者指出，“保护法益的抽象化，必然导致对构成要件的解释缺乏实质的限制，从而使构成要件丧失应有的机能。”[15]“车票管理秩序说”会把正当的大量购票行为纳入评价范围，如某集团公司国庆节组织员工旅游，基于保险起见，提前为所有员工购买了北京到杭州的高铁票，部分员工不去，该公司也不退票，导致大量座位闲置，这一情形也影响了车票的管理秩序；此外，本文开头提及的三个人工代购案例，都不是正常购票行为，不同程度地侵害了国家对车票的管理秩序。显然，“车票管理秩序说”会不当地扩

11 参见阮齐林：《刑法学》，中国政法大学出版社 2008 年版，第 536 页。

12 参见蒋小林、彭春：《倒卖车票违法犯罪活动探析》，载《铁道警官高等专科学校学报》2003 年第 3 期。

13 参见潘志斌：《实名制下倒卖车票犯罪问题研究》，云南大学 2015 年硕士论文。

14 参见王作富主编：《刑法分则实务研究》上，中国方正出版社 2003 年版，第 946 页。

15 张明楷：《刑法学（第五版）》，法律出版社 2016 年版，第 1063 页。

大倒卖车票罪的适用范围。

其次，“运输秩序说”同样过于宽泛。如有学者所言，正常的运输秩序或交通秩序亦是一种抽象的法益概念，倒卖车票罪中所蕴含的此种秩序只是法律的一种拟制规定，且该种秩序往往指向铁路运输的安全性，倒卖车票行为无法对铁路运输的安全性造成侵害。[16]相反，真正危害运输秩序的破坏交通设施行为，又不可能按照本罪处理。

再次，“铁路企业经济利益说”会导致倒卖车票罪名存实亡。铁路企业的经济利益依赖于车票的售出，不论是旅客自己购买，还是由“黄牛”购买后向旅客转售，铁路企业都能达到预期的经济利益。[17]因此，不宜将铁路企业的经济利益作为倒卖车票罪的侵害客体。

最后，“车票售购制度说”既失之宽泛，也与倒票的实际损害不符。我国火车票的购售制度是专营专卖，无论是囤积车票高价转售，还是使用软件有偿代购，行为人都必须从铁路企业的售票窗口、指定代售点或官方网站购买车票，并不会对铁路企业的售购制度，即售卖车票的专营权造成损害。

（二）刑法保护“旅客自由购票选择权”的现实必要性

目前界定倒卖车票罪法益的各种观点，只有“旅客利益说”有一定合理性。但是，“旅客的合法利益”仍然过于宽泛，是具体的经济利益还是其他权益，需进一步明确。本文认为，倒卖车票罪的保护法益是旅客自由购票的选择权。

1. 车票代表着居民的基本出行需求

我国刑法仅规定了倒卖车票、船票罪，而未规定倒卖飞机票、演唱会门票等其他有价票证的犯罪，这是因为车票和船票涉及国民的基本需要，比其他有价票证具有更重要的价值。

首先，在我国现阶段，车票是居民出行最主要的方式，是普通公众基本的生活需求。交通运输部发布的《2015 年交通运输行业发展统计公报》显示，2015 年，全社会完成客运量 194.32 亿人，其中铁路完成旅客发送量 25.35 亿人，营业性客运车辆完成公路客运量 161.91 亿人，全国完成水路客运量 2.71 亿人，民航完成旅客运输量 4.36 亿人次。[18]因此，铁路、公路的客运量占到全年交通运输

[16] 参见高巍：《论倒卖车票、船票罪之除罪化》，载《政治与法律》2009 年第 12 期。

[17] 参见高巍：《论倒卖车票、船票罪之除罪化》，载《政治与法律》2009 年第 12 期。

[18] 参见交通运输部：《2015 年交通运输行业发展统计公报》，来源：

总客运量的 90%以上。可见，我国居民最主要的出行方式依然是铁路、公路，车票代表着最基本出行需求，应受到刑法的特别保护。

其次，刑法未规定倒卖飞机票罪，绝非因飞机票是实名制的，而是因为目前飞机票不是主要出行方式、不是基本需要。换言之，当公众的非基本需要无法得到满足时，可以退而求其次，选择铁路、公路等出行方式，将飞机作为出行第一选择的旅客往往具有更多的选择空间。申言之，购买车票、船票的旅客的基本出行方式一般不是飞机，在出行方式选择余地较少的情形下，更应保护旅客自由购买车票、船票的选择权。

最后，保护基本需要符合社会正义。按照正义理论，如果火车票是基本需要，涉及个人基本权利，国家就应该保证人人有平等机会享有；而非基本权利（如飞机票），可以实现差异化对待。简单讲就是，国家有义务保证人人有饭吃，但不必保证人人有海鲜吃。这也是罗尔斯提出的“作为公平正义”两个原则的基本内涵：第一原则是保障基本权利平等自由的原则，即每一个人对于最广泛的基本自由，与其他人的同样自由相一致的自由，都有着同等的权利；第二原则是差异原则（the difference principle），在满足一定条件下，可以实现社会和经济的不平等。[19]在人均收入较低的中国，车票具有更高的性价比，很多人无力支付高昂的机票，只能选择较为低廉的车票。因此，公众购买车票已经是没有选择的选择，如果再不通过倒卖车票罪保护自由购票的选择权，公众的基本权利、基本需求就会受损。

2. 刑法只应保护火车票：倒卖车票罪的限缩

本文认为，在现阶段应将倒卖车票罪中的“车票”限缩解释为“火车票”，而将倒卖汽车票的行为排除出刑法范围，对于倒卖船票的问题将另文论述。

首先，火车票非完全市场化的商品，与汽车票存在本质区别。火车票事实上实行的是专营专卖制度，中国铁路总公司是唯一的运营机构，旅客无法自由选择卖家，旅客购买选择权单一。在由计划经济向市场经济转型时期，我国刑法保留了非法经营罪等罪名，对专营专卖制度实现特别保护，把火车票纳入刑法保护也就理所当然。相反，公路客运、民航等均存在不同的运营公司，旅客不仅可以选

http://zizhan.mot.gov.cn/zfxxgk/bnssj/zhghs/201605/t20160506_2024006.html，2017 年 3 月 15 日访问。

[19] 参见[美]罗尔斯：《正义论》，何怀宏译，中国人民大学出版社 1986 年版，第 1、2 页。

择不同公司，亦可通过不同渠道买票，已经不需要刑法特别保护。

其次，火车票带有浓重的国家福利性，刑法应保证公民平等享有公共资源的机会。根据世界银行的测算，我国高铁的每公里票价不足 5 毛钱，仅为日本、德国等发达国家的 1/4 到 1/5。[20]同时，我国的高铁线路除京沪高铁外，长期处于巨额亏损状态，而亏损部分则由国家补贴。这些情况说明，我国的铁路交通带有明显的国家福利色彩。相反，汽车票等已经实现了市场化运营，不再具有国家福利色彩，刑法无需特别保护此类票证的自由购票选择权。

最后，中国人口与疆域有特殊性，火车票应受到特别保护。我国人口众多、疆域广阔，节假日长途火车票长期短缺，且无法由车票补足。以北京至乌鲁木齐的交通方式为例，北京至乌鲁木齐有 2 个班次的 Z 字头火车，每天只能满足千余人的出行；但是，不存在北京至乌鲁木齐的汽车客运班次。换言之，铁路运输可替代公路运输，而公路运输无法替代铁路运输。而且，我国的公路运输已经非常发达，基本不会出现一票难求的局面，倒卖汽车票的规定名存实亡；相反，春节等节假日期间长途火车票供不应求局面短期内无法改变。因此，刑法特别保护火车票自由购票选择权，具有现实意义。

3.“自由购票选择权”不同于购票结果平等

需要指出，刑法只能保护机会平等意义上的购票选择权，而不能保护结果平等意义上的购票选择权。例如，熟悉网络操作的人可选择 12306 网站购买车票，不会网络操作的人只能选择在售票窗口排队购票。两种方式的方便程度有异，预售期也不同，这是结果不平等。再如，甲、乙通过 12306 网站购票，甲使用的宽带网速是 20 兆每秒，乙使用的宽带网速是 50 兆每秒，假定两人同时抢购仅剩的一张火车票时，也无法实现公平购票。如果刑法追求结果平等，会过度干预市民社会，重返计划分配的老路，不利于社会和技术的发展。因此，刑法应当保护人人有平等机会享受公共资源，但不能保证平等享受公共资源的结果，换言之，刑法只能保护自由购票选择权。

总之，倒卖车票罪将是一个逐步萎缩的过程，今天，随着汽车普及，公路运输基本市场化，已经没有保护汽车票的必要性；未来，随着经济不断发展、居民

[20] 参见李媛：《每公里单价不到 5 毛，高铁票价到底贵不贵？》，来源：http://www.bjnews.com.cn/graphic/2017/02/17/433609.html，2017 年 5 月 7 日访问。

生活水平不断提高、铁路运营机制改革不断深入，保护火车票的必要性也将不复存在。但是，在目前阶段，由于我国特殊的经济发展阶段、交通发展政策、出行方式以及火车票的供需关系等因素，倒卖火车票仍然应被刑法禁止。

（三）“自由购票选择权”的法益观可以限缩处罚范围

将倒卖车票罪的法益限定为旅客自由购票选择权，可以限缩倒卖车票罪的适用范围，从而将一些有偿代购车票行为排除在犯罪之外。

例如，在司法实践中，囤积车票高价转售、有偿代购，只要达到“情节严重”，都被作为犯罪处理。但是，如果认为本罪法益是“自由购票选择权”，部分有偿代购、囤票倒卖应属无罪。只要行为人并未买空铁路售票系统中该车次的车票，即旅客此时仍然拥有选择权，行为人囤积大量特定车次的火车票准备高价转售、通过网络渠道帮他人代为购票等情形，并未迫使旅客必须向其购买车票、没有剥夺旅客的自由选择权，不构成犯罪。

当然，一旦在行为人囤积车票期间，铁路售票系统出现该车次余票不足的情形，就意味着旅客丧失了自由购票选择权，行为人利用此种情形高价转售车票就构成倒卖车票罪。此外，如果铁路售票系统中尚有余票，但行为人隐瞒事实，欺骗旅客只能通过其获得火车票，从而使旅客高价购买的，可能构成诈骗罪。

四、“倒卖”新界：“倒卖”无需“先买后卖”

（一）“倒卖”的含义之争与现实变化

关于倒卖车票罪中“倒卖”一词的含义，学界大体围绕以下三个问题展开讨论：一是买入和卖出的关系，即是否需要“先买入后卖出”这一过程；二是如何认定高价，以及是否需要“高价卖出”；三是是否需要囤积车票或大量倒卖，即“量”的要素。

传统的倒卖车票是囤积大量车票进而高价转售，是“先买后卖”的过程。但在现阶段，有偿代购车票（如有偿抢票服务）的行为方式与特点均发生变化，与传统的囤票倒卖行为完全不同：一是当前有偿代购行为是旅客先委托再购票的行为，并非“先买后卖”，与传统先囤积车票再倒卖的情形有本质差异；二是基于双方合意的有偿代购行为具有特定的交易对象，与现实版“黄牛”向不特定人群兜售车票的情形不同；三是互联网上提供有偿抢票服务的平台，与 12306 网站存在网络接入协议，与传统倒卖行为私自购入再高价转售的情形截然相异。因此，

在犯罪行为方式发生变化的今天，需要重新解释“倒卖”的含义。

（二）“倒卖”无需“先买后卖”

关于买入和卖出的关系，目前学界普遍认为要“先买后卖”，“本罪的倒卖应是先购入后出手的行为。”[21]由于刑法条文未规定“倒卖”的含义，《现代汉语词典》亦未收录这一词语，因此，对于“倒卖”的解释并无词语学上的标准答案。本文主张，本罪中的“倒卖”无需“先买后卖”，只要行为人以营利为目的实施贩卖即可。

1.“倒卖要先买后卖”是计划经济思维

认为倒卖需要“先买后卖”的观点，是对传统倒卖车票行为进行归纳后形成的错误认识。倒卖车票罪是由 79 刑法中的投机倒把罪演变而来。根据投机倒把罪的规定，以买空卖空、囤积居奇、套购转卖等手段牟取暴利的行为属于犯罪。“买空卖空”、“囤积居奇”、“套购转卖”三个词都明显带有“先买后卖”的含义，具有浓重的计划经济的色彩。在这一背景下，由投机倒把罪所演化而来的倒卖车票罪也继承了这一色彩，加之传统的倒卖车票均表现为大量买入囤积并卖出的方式，导致“倒卖要先买后卖”的观念被固化。本文认为，“倒卖”是具有时代特征的政治性话语，今天，学者应当对其进行客观解释，剔除其计划体制的残余。

2. 刑法中不同罪名中的“倒卖”有不同含义

由于倒卖没有标准解释，因而，其含义的弹性很大。如刑法第 227 条“倒卖伪造的有价票证罪”中的“倒卖”，“是指出手、贩卖，不要求先购入后出售。”[22]可以说，对“倒卖”文义本身存在诸多的解释，意味着应根据现实社会的发展而做出符合时代要求的客观解释。把“倒”解释为“买入”，是人为缩小了“倒”的含义，“倒”比“买”的含义更广、而不是只限于“买入”，即“倒”实为“倒入”之义，包括任何为“卖”提供前提的行为或状态。

刑法解释应是一个创造性解读法条的过程，旨在使刑法规范适应现实变化，而非一味探求立法者的原意。在互联网时代，通过技术手段倒卖车票的方式花样百出，一味地将“先买后卖”作为倒卖的前提，将遗漏诸多值得处罚的倒卖车票行为。因此，将倒卖行为解释成无需“先买后卖”，只要以牟利为目的进行贩卖

[21] 张明楷：《刑法学（第五版）》，法律出版社 2016 年版，第 843 页。

[22] 张明楷：《刑法学（第五版）》，法律出版社 2016 年版，第 843 页。

即可，既符合体系解释，也符合现实需要。

3.“倒卖”的核心是“卖”

倒卖车票罪中的“倒卖”是以“卖”为核心，“卖”才是本罪的实行行为，而“倒”不是实行行为。换言之，行为人实施的“倒入”行为，属于为实行犯罪创造条件的预备行为，只有售卖车票的行为才创设了法所不允许的危险，从而成为实行行为。

现有观点认为“倒卖是先买后卖”，把“倒入”作为本罪实行行为的一部分，因而对于“倒入后尚未卖出”的情形，或认为是既遂、或认为是未遂。[23]但本文主张，“倒入”不是本罪的实行行为，行为人倒入车票后尚未卖出即被抓获，应认定为犯罪预备，理由如下：

第一，虽然刑法条文规定了“倒卖”，并不意味着“倒”和“卖”都是实行行为。“倒”实际上是对“卖”的修饰，属于表面的构成要件要素，即使行为人不存在“倒入”行为，亦可能构成倒卖车票罪。类似的例子有，刑法第 264 条规定了“携带凶器盗窃”，并不意味着只要“携带凶器”就是盗窃罪的实行行为；刑法第 270 条规定，将代为保管的他人财物非法占为己有构成侵占罪，但不意味着“代为保管他人财物”的行为即为侵占罪的着手。因此，“倒”作为修饰“卖”的副词，并不当然属于倒卖车票罪中的实行行为。本罪规定了“倒”，只是为了与单纯贩卖车票、侵犯火车票专营权的非法经营罪区分。

第二，认为“倒卖要先买后卖”的观点，无法解释“事后起意加价转售车票”的可罚性。如果行为人在购买大量特定车次的车票、致使票务系统的库存耗尽，但其确是出于“集团总动员”式的出行计划而购买车票，之后想到转售车票有利可图而事后起意加价转售车票。如果认为“倒入”是实行行为的观点，由于不能肯定行为人对该实行行为的认识，因而阻却故意。“根据溯及禁止原则，不能就所引起的结果追溯到故意行为以前来追究正犯责任”。[24]因此，无法认定事后起意加价转售车票构成倒卖车票罪。按照本文观点，本罪的唯一实行行为是“卖出”，对于“卖” 行为人有故意，“事后起意加价转售车票”可以构成倒卖车票罪。换言之，将行为人在倒入车票后尚未卖出的情形，认定为既遂或未遂的观点，实际

[23] 参见李文等：《倒卖车票案件法律适用问题初探》，来源：http://www.shjcy.gov.cn:81/jcljy/200510/t20051018_1941.htm，2017 年 5 月 30 日访问。

[24] [日]山口厚：《刑法总论》，付立庆译，中国人民大学出版社 2011 年版，第 67 页。

上否认了“事后起意加价转售车票”成立倒卖车票罪，这一结论是学术界无法接受的。

综上，宜将倒卖车票罪中的“倒卖”理解为“出卖”或“贩卖”。虽然日常生活中常见的倒卖车票是事先倒入车票，但“倒入”只是表面的构成要件要素，“卖”才是倒卖车票罪关注的行为无价值，才是构成要件中的实行行为。当然，对“卖出”应做广义理解，行为人事先与他人达成出卖车票的合意、再倒入车票，属于倒卖行为；寻找买家达成出卖车票合意的行为（名义上的出售行为），属于倒卖车票罪的实行行为。这样，代购行为同样可以被认定为倒卖。

需要说明的是，上文中对于“倒卖”一词的解释，尚未逾越平义解释的范畴，并非为规制某些新型倒卖车票行为而作出的扩张解释，与本文主张的对倒卖车票罪进行限缩解释的总立场不矛盾。

五、有偿代购车票的两分定性：劳务服务型无罪、机会垄断型有罪

根据上文的论述，认定成立倒卖车票罪需要注意几个问题：一是从法益角度看，侵犯了旅客自由购票选择权的有偿代购才成立犯罪；二是从实行行为角度看，倒卖车票行为无需以“先买后卖”为前提，只要行为人以营利为目的进行贩卖即可；三是应当将有偿代购车票服务分为劳务服务型、机会垄断型，其危害性不同，处理不同。

（一）区分有偿代购车票类型：劳务服务型、机会垄断型

1. 代购行为的类型区分

本文认为，在互联网时代，对倒卖车票罪应当进行宽严相济、一出一入的解释。所谓宽（出罪），是把传统的劳务服务型人工代购，排除出本罪评价范围；所谓严（入罪），是把机会垄断型的有偿抢票服务，即在余票不足情形下使用抢票软件有偿代购的行为纳入到本罪的评价范围。

第一，劳务服务型代购无罪。在余票充足的情形下，相关平台或个人所提供的代购服务，无论是通过技术还是人工手段，均未垄断购票机会，没有剥夺其他不使用该种服务的旅客之选择权，不成立倒卖车票罪。司法实践中将所有有偿代购车票行为予以归罪的做法，不符合倒卖车票罪的法益保护目的。

第二，机会垄断型代购有罪。一些平台使用抢票软件提供有偿抢退票的服务，

不仅仅是对劳务的替代，更是对机会的垄断。使用抢票软件抢购退票，致使其他不使用该种软件的旅客无法抢得退票，虽然这种有偿代购基于双方意思合意，却已经剥夺了其他旅客自由购票选择权，符合倒卖车票罪的构成要件。

2. 剥夺其他旅客购票、享受公共福利的机会是入罪原因

有偿代购车票是否构成犯罪，不在于其是否介入了技术因素，而在于其是否剥夺了他人的购票机会。原则上，只要行为人在余票不足的情形下使用抢票软件刷票，就在事实上剥夺了他人的购票机会。换言之，对于提供有偿抢票服务的平台、使用抢票软件提供有偿代购的个人，要根据是否存在余票，判断是否剥夺了其他旅客的购票机会。本文开始提及的案例三中，雷某如果是在余票不足的情形下，通过抢票软件帮助旅客抢退票，则该行为与携程网等抢票服务平台的有偿代购本质上是相同的。在这种情况下，使用抢票软件的行为人构成倒卖车票罪。反之，如果雷某是在尚有余票的情形下从事代购行为，则未剥夺他人的购票机会，属于纯粹的劳务服务。

（二）劳务服务型有偿代购车票未侵犯旅客自由购票选择权

近年来，将有偿代购车票不加区分地一律定罪，反映出刑罚权对公民社会的过度干预，更是对倒卖车票罪保护法益认识不清的结果。如果将倒卖车票罪的保护法益认定为旅客自由购票选择权，这一问题将迎刃而解。

在本文开始所述的案例一、二中，个人通过 qq 群、微信群等群组发布车票代购信息，之后通过人工方式代购火车票并收取一定差价的行为，是在旅客能够通过其他渠道购买车票的情形下，代买车票，旅客乐意支付高于票面价格的款额，属于公民社会意思自治的范畴。此种劳务服务型代购，方便了不会网络购票的农民工、想节省时间的商务人士。而且，人工代购效率低，不可能剥夺其他旅客的购票机会，没有损害就没有刑法，刑法不应当介入。

同理，使用技术手段的有偿代购，如果在尚有余票的情形下，通过软件买票为他人提供代购车票服务，因没有剥夺他人的购票机会，也无需刑法介入。

（三）机会垄断型有偿抢票服务侵犯了旅客自由购票选择权

首先，在互联网时代，法律应当在技术的合理使用与恶意滥用之间做出平衡。互联网信息技术的跨越式发展，一方面改变了公众日常的生活方式，另一方面也为不法分子实施犯罪行为提供了技术支持。抢票技术手段的正常使用，可作为劳

务替代方式节省人力；一旦滥用，则为倒卖车票罪的线上化提供了技术支持。刑法不干预技术，但要防止滥用技术剥夺他人享受公共福利的机会。有偿抢票服务以技术服务之名，通过技术滥用而实现了机会垄断。在目前火车票专营专卖的体制下，技术、劳务服务均不应损害旅客自由购票的选择权。

刑法应当禁止滥用技术剥夺他人享有公共福利的机会。滥用技术剥夺他人享受公共福利机会，在火车票供需失衡、国家补贴火车票的中国背景下成为可能。在余票欠缺的情形下，行为人使用抢票软件有偿帮助他人抢退票，意味着在软件运行的特定时段，其他旅客使用人工方式很难抢得退票、丧失了自由购票的选择权。携程网、京东旅行网等平台提供的有偿抢票服务，个人使用技术手段提供有偿抢票服务，均使用了抢票软件，如果余票不足，则属于机会垄断型有偿代购，在互联网时代，应被纳入倒卖车票罪的评价范围。

其次，使用软件抢退票，是通过技术优势剥夺他人的购票机会。有偿抢退票服务，是抢购已售罄车次的退票，在极高频率的刷新抢购之下，一旦有退票进入票务系统，基本上可确保抢购的万无一失。此种有偿抢票服务，如有学者所言，属于用“技术优势”霸占虚拟购票窗口，等同于用蛮力优势霸占实际购票窗口。[25]具体而言，某一有偿抢票服务通过软件、以机器自动点击的方式，以每秒 200 次的频率刷新抢票并自动下单；相反，手动刷票只能达到每秒 1 次的刷新频率。当有退票回到票务系统时，意味着手动刷票者要在 0.005 秒的时间内做出反应完成下单，才有可能抢到退票，但这没有实际可能性。

有偿抢退票服务类似于：在没有余票、只可能有退票的情况下，黄牛在每个购票窗口排了 200 个人，旅客要买该车次，只能通过黄牛购买。有偿抢退票服务，实际上通过技术手段、以蛮力霸占了购票渠道；一旦某一特定车次被人通过有偿抢票服务锁定，他人难以凭人工操作抢到退票，除非其购买刷新频率更高的抢票服务。当旅客急需获得某一特定车次的车票时，即使有偿抢票服务需收取高于票面价格的款额，旅客也只能接受。可以说，这种软件抢退票服务实质上已经垄断了购票机会，侵犯了旅客自由购票的选择权，此种有偿代购行为构成倒卖车票罪。

需要指出，旅客因余票不足而完全自愿向“黄牛”购买车票，因此种抢票软件已经剥夺了旅客的购票机会，旅客自愿系没有选择后的无效意思表示，“黄牛”

[25] 参见刘洪波：《有偿抢票方便了谁》，载《民生周刊》2017 年第 2 期。

也构成倒卖车票罪。

最后，需要说明几点：一是有的平台虚报抢票成功率，旅客因相信高抢票成功率而购买有偿抢票服务，但平台对抢票失败没有全额退款。此时，应认定该平台构成诈骗罪或虚假广告罪等其他犯罪。二是出售抢票软件的行为人，在明知抢票软件用途时，可能构成提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪，同时还可能成立倒卖车票罪的共犯，属于想象竞合。三是个人使用抢票软件刷票后自用，因没有倒卖行为而不构成倒卖车票罪。

六、结语：管制与自由、理想与现实的平衡

处理有偿代购车票行为，应当梳理好两种观念：

第一，在国家管制与市民社会之间进行利益衡量。国家管制和市民社会之间的冲突，实际上是刑法的两大机能，即法益保护和人权保障之间的冲突，这一矛盾贯穿刑法的始终。司法实践将所有有偿代购行为认定为倒卖车票罪，主张国家管制优先，是一种典型的计划经济思维，显示出国家管制对于市民社会的过度干预，会妨碍市民社会的健康发展与个人权利的行使。反之，放任所有有偿代购车票服务，又会出现滥用技术剥夺他人本应享有的国家福利，损害个人法益。

第二，在理想与现实之间对倒卖车票罪进行客观解释。在欧美发达国家，人均收入高，人口基数少，国家建成了高度完善的公共服务系统（如铁路、高速公路），在公共服务不足时，市场（如航空公司）又能够起到很好的调剂作用。因而，在欧美发达国家的语境中，倒卖车票罪没有存在的必要。但是，中国必须面对人均公共资源严重不足的现实，至少在可预见未来，春节等节假日期间，基本服务供给与需求之间，必将存在巨大矛盾，而市场化服务（如机票、专车），对普通中国百姓又过于昂贵，因此，火车票的紧张状态将会始终存在。

刑法只能在理想与现实之间平衡。面对现实，倒卖车票罪还有存在的必要性；仰望理想，其适用范围应当逐渐缩小。对于具有国家福利、公共服务性质的火车票，刑法应当保证每个人有平等的享受机会，但又不应追求结果平等。一方面，刑法要打击机会垄断型有偿代购，把垄断机会、剥夺他人选择权的用软件抢退票服务，作为禁止对象，防止国家福利质变成私人谋利的工具；另一方面，刑法应允许劳务服务型有偿代购，在市场经济下，刑法没有必要保证结果平等，为

他人提供更便捷购票手段的帮助行为，如没有剥夺他人的公共福利机会，不应作为犯罪处理。

网络服务提供者不作为犯罪的罪与罚

浙江工商大学 楼伯坤 唐玲 *

摘要： 网络服务提供者是网络时代的主要供应商，也是维护网络秩序的核心义务主体，因此应当在明晰相关义务的基础上明确网络服务提供者不作为犯罪行为的司法判断规则。必须积极探索不作为犯罪义务来源的合理限制性途径，在合理打击网络犯罪与保障犯罪嫌疑人实体权利之间，寻求刑法制裁合理扩张与限制的平衡。

关键词： 网络服务提供者；不作为犯罪；罪与罚

一、网络服务提供者基本理论及其犯罪类型

（一）网络服务提供者的含义

网络服务提供者是一个含义非常宽泛的概念。在当今互联网高速发展时代，由于不同服务商在网络运行中担负的功能不同，其承担的刑事责任也会有所不同。因此，要探讨网络服务商的刑事责任，首先必须明确网络服务提供者的具体范围。从文献资料分析可见，刑法理论关于网络服务提供者的具体范围有二分法和三分法两种形式。二分法认为网络服务提供者包括网络连接服务提供者和网络内容服务提供者；三分法在二分法的基础上，增加了网络平台服务提供者作为主体之一。笔者认为，网络服务提供者是为用户提供互联网服务的群体的总称，所以二分法将网络平台服务提供者排除在外是不科学的。本文赞同三分法为基础，认为网络服务提供者是指为网络用户提供网络连接、网络内容服务以及网络平台的单位或个人。

（二）网络服务提供者犯罪行为的类型

1. 作为的犯罪行为形式表现

第一，利用信息网络实施或帮助实施违法行为

此类刑事责任主要是针对网络内容的提供者而言的。这类主体通过设立网站为用户提供各种信息服务，这些用户包括公司、机构和自然人。利用信息网络实施违法行为主要是指在互联网上建立淫秽网站、网页，为用户提供淫秽站点链接

*楼伯坤：浙江工商大学教授，硕士生导师，刑法学博士；唐玲，浙江泽厚律师事务所实习律师，法学硕士（刑法犯罪学方向）。

服务，或者传播淫秽书刊、影片、音像、图片，实施诈骗、提供犯罪方法等行为，并以此营利的；利用信息网络服务帮助实施违法行为主要是指利用他人的违法行为，如张贴淫秽图片、文书、影像等，来提高自身网站的点击率以获得广告费。[1]对于利用信息网络提供不法内容而牟取利益的行为，对网络不法内容提供者追究刑事责任是毋庸置疑的，而对于利用信息网络服务帮助实施违法行为的网络内容服务提供者是否应当追究刑事责任目前仍然存在争议。有的学者认为，如果网络服务提供者对明知他人利用自己的网站实施犯罪，而积极或者放任提供网络服务，包括服务器托管、网络存储空间、通讯传输通道等帮助，那么网络服务提供者应当被追究刑事责任。但也有不少持反对意见，认为网络内容服务提供者的刑事责任追究不符合刑法的谦抑性，有阻碍互联网发展之嫌。笔者认为，网络内容服务提供者的刑事责任是否应予追究，应当综合考虑其主观方面与客观方面对犯罪发生的实质性影响程度，而不能偏颇。

第二，为违法行为提供技术支持

此类犯罪行为针对的主要是网络连接服务提供者。网络连接服务提供者是指提供线路使用户与网络相连的单位或个人，主要是通过出租或允许使用等方式向用户提供衔接通道，以技术手段对用户提供衔接支持。[2]那么如果网络连接服务提供者为违法行为提供技术支持，是否属于犯罪并承担刑事责任的范畴呢？有的学者认为纯粹技术支持是一种中立行为，不应当负刑事责任，同时也有学者认为网络连接服务提供者实质上如果网络连接服务提供者明知他人接入网络是为了实施犯罪，仍然为其提供接入服务，那么所涉及到的就是共同犯罪的责任承担问题。[3]笔者认为，任何时候刑法都应当具有谦抑性，技术支持行为的性质是单纯提供技术服务，正如电信公司提供信号服务一样，如果手机电话诈骗行为不能追究电信公司刑事责任的话，那么技术支持行为也应当按此对待。

2. 不作为的犯罪行为形式表现

第一，违反监管义务的不作为

网络服务提供者作为负有网络安全管理义务的主体，应当利用网络技术手段

[1]黄荣坚：《电脑犯罪的刑法问题》，《台大法学论丛》1996 年第 4 期。

[2] 参见卢映洁：《由危险概念论网路服务提供者或网站管理人成立刑事责任之可能性》，《中正大学法学集刊》2002 年第 6 期。

[3] 陈洪兵：《中立的帮助行为论》，《中外法学》2008 年第 6 期。

对违法信息进行监控，在发现违法信息传播或者用户隐私信息泄露等情况下进行有效的制止，才能进行免责。反之，网络服务提供者在已知违法信息出现的情况下，能够制止而没有制止，造成严重的危害后果，就属于典型的不作为犯罪。

第二，怠于行使技术措施的不作为

网络服务提供者为网络终端用户提供传输技术享受其他终端提供的下载或者在线视听服务的网络不法行为，如符合社会危害性和应受刑罚处罚性双重犯罪特征亦可被纳入犯罪圈，其对网站信息怠于采取技术措施进行监管的行为亦能犯罪化，可构成不作为犯罪。这点在网络著作权犯罪领域得到了法律拟制规定的支持。2006 年国务院《信息网络传播权保护条例》第十八条、第十九条指出：对于违反该条例的行为，构成犯罪的，网络服务提供者应依法被追究刑事责任。在其他领域，如侵犯人身权利、破坏网络监管秩序、侵犯财产权的案件定性中，网络服务提供者实施的不作为犯罪，可根据实行犯的犯罪行为，对其在犯罪中所起的作用和所处的地位加以综合考量，确定罪名及其应承担的刑事责任。

二、网络服务提供者不作为犯罪构成条件分析

对网络服务提供者是否构成不作为犯罪，首先应从不作为犯罪的构成要件进行分析。不作为犯罪构成要求行为人有履行某特定行为的义务却没有履行、最终促进或导致法益侵害结果发生的事实。按照我国刑法理论，不作为犯可分为纯正不作为犯和不纯正不作为犯两种类型。纯正不作为犯是指刑法明文规定只能由不作为构成的犯罪。在这种情况下，刑法往往明文规定作为义务的主体和不作为的客观行为。在我国目前的刑法体系中，尚未对网络服务提供者明文规定不作为的刑事责任。因此，本文所指网络服务提供者不作为刑事责任是指网络服务提供者不纯正不作为的刑事责任。

通说认为，构成不纯正不作为犯罪须具备三个基本条件：一是作为义务产生的根据，即首先应在刑法理论上确定负有防止结果发生的特别义务的依据；二是作为可能性，即在负有作为义务的同时，必须有能力履行该项义务；三是结果回避可能性，即能够履行义务，但客观上不存在避免结果发生的可能性时，则不以不作为犯论处。

（一）网络服务提供者作为义务产生的根据

我国法律体系中关于网络服务提供者作为义务的主要规定有：2000 年《全国人民代表大会常务委员会关于维护互联网安全的决定》第 7 条、2006 年《最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 4 条、2006 年《信息网络传播权保护条例》第 23 条。这些法律法规以及司法解释均从民商责任角度规定了网络服务提供者在“明知”的前提下，对互联网上的违法犯罪行为应采取移除等相关措施。当网络服务提供者违反作为义务达到刑法规定的严重的社会危害性的强度时，这些义务可能上升为刑法上的作为义务。当网络服务提供者可以采取措施防止严重危害社会的结果发生而不履行作为义务时，则可能构成不作为犯罪。

(二)网络服务提供者作为义务的可能性

网络的无地域性、开放性导致网络中每时每刻都有亿兆的数据在流动。如果要求网络服务提供者对所有数据进行鉴别、控制，进而对违法犯罪数据采取删除等技术措施，既不现实，也不利于网络空间的自由发展。因此，笔者认为，网络服务提供者的作为义务，应以采取当前的技术措施不会实质性增加网络服务提供者的运营成本或系统与网络的负担为限，如果超过这个限度，财可能会不合理地增加网络服务提供者的技术负担，不利于网络技术的健康发展。其中，“当前的技术措施”，应采用传统的期待可能性理论进行判断，即根据行为人标准进行判断，在网络行为当时的具体技术条件下，期待网络服务提供者作出合法行为有无可能性。

(三)网络服务提供者作为义务的结果

回避可能性按照我国刑法关于不作为的犯罪理论，只有当行为人履行作为义务可以避免危害社会的结果发生时，其不作为才可能成立犯罪。如果网络服务提供者通过技术措施阻止了网络用户的犯罪行为，网络服务提供者的不法性和可责性被阻却；而当网络服务提供者采取了不会实质性增加网络服务提供者的运营成本或系统与网络的负担的当前的技术措施，危害社会的结果仍然无法避免时，不应追究网络服务提供者的不作为刑事责任。

三、网络服务提供者不作为犯罪的刑事责任分析

(一)刑事责任的认定边界

1. 刑事责任的罪界

犯罪边界决定刑事责任边界，因此我们必须分清楚刑事责任与行政责任、民事责任的区别，从而正确认定犯罪、厘清刑事责任的罪界。民事责任、行政责任和刑事责任虽然在一定层面上扮演着实现社会正义、维护社会秩序的角色，但由于不同法律部门具体价值目标不同，制度设计不同，权利保护角度不同，它们之间的差异也是十分显著的，这也是我们需要分清刑事责任与民事责任、行政责任边界的着力点。[4]

首先，民事责任、行政责任和刑事责任产生的前提不同。民事责任由民事主体违反民事义务的行为所引起；行政法律责任是由违反行政法律规范的行为所引起；刑事责任则是由犯罪行为所引起的，犯罪行为的发生是刑事责任产生的前提，刑事责任与犯罪是一种必然因果联系，没有犯罪行为，就没有刑事责任。

其次，功能上存在差异。设定法律责任的目的在于通过使当事人承担不利的法律后果，保障法律上的权利、义务、权力得以生效，实现法的价值。法律责任的功能则是法律责任目的实现的路径。通常认为，法律责任的功能主要有三，即惩罚功能、救济功能和预防功能。作为法律责任的具体表现形式，民事责任、行政责任与刑事责任必然都承载着法律责任的三项功能，但三者各有侧重。民事责任主要体现为补偿功能和救济功能；行政责任主要体现在对行政行为造成的权利侵害进行救济功能和通过剥夺能力、减少再次实施违法行为可能性的预防功能；刑事责任拥有最严厉的制裁手段，以惩罚功能和预防功能为主要特色。

再次，责任的实现方式不同。民事责任的实现方式主要以恢复权利为基本形式，例如恢复原状、返还财产、赔偿损失、停止侵害、排除妨害、赔礼道歉等。行政责任的承担方式则包括两个层面：一是以违法的行政主体为主要适用对象的撤销违法行政行为、履行职务或法定义务、通报批评、赔礼道歉等；二是以违法的行政相对人为主要适用对象的罚款、拘留、责令停产停业、吊销营业执照等。也就是说，行政责任的实现方式主要是非财产性方式。而刑事责任则主要是通过限制、剥夺犯罪人的人身自由的方式实现。责任的实现形式不同体现了不同的责任性质。

最后，责任的严厉程度不同。这是由民事责任、行政责任与刑事责任的功能不同、责任的实现方式不同派生出来的。在三种责任形式中，民事责任的强制性

[4] 参见杨忠民：《刑事责任与民事责任不可转换---对一项司法解释的质疑》，《法学研究》2002 年第 4 期。

最弱，其次是行政责任，刑事责任具有最强的。也就是说，当民事违法、行政违法达到一定严重程度时，违法行为可能转化为犯罪行为，这意味着当追究民事责任、行政责任不足以有效维护社会的安全与秩序时，刑事责任就要担当起重任。

2. 刑事责任的等级

对刑事责任分级，是为了更精确地把握认识刑事责任的思路，界定刑事责任的边界。一般而言，对刑事责任的考察可以分为两个阶段，即刑事责任的入罪阶段与刑事责任的承担阶段。[5]刑事责任的入罪标准主要是指犯罪人主体因素的满足度，包括是否具有罪过、刑事责任年龄是否符合法律规定、是否具有刑事责任能力等。符合刑事责任入罪标准，说明其符合追究刑事责任的罪质条件，应当被追究刑事责任，但最终是否实际会承担刑事责任还需要看是否符合刑事责任的承担要求。刑事责任的承担要求，是指犯罪人是否确实具有承担刑事责任的必要性，包括是否具有犯罪行为，是否具有违法性阻却事由等等。

（二）网络服务提供者承担不作为刑事责任的特殊形态

1、可构成不作为的共犯

网络服务提供者是为各类开放性网络提供信息传播中介服务的人。与网络用户往往对信息的初始发送、接收、传输内容的接受享有不同程度的控制力不同，网络服务提供者没有直接上传或传播信息或内容，只是起到传输平台的作用，而无实际控制力。有鉴于此，在具有相同过错或行为的情况下，网络用户与网络服务提供者在民商法领域可构成共同侵权责任，并承担连带责任；而在刑法领域，网络服务提供者则可基于相同的犯罪故意和意思联络，在符合相关犯罪构成的情况下，被认为是网络用户的共犯。网络服务提供者一般是为犯罪提供工具和媒介的人，在共同犯罪形态中属于从犯中的帮助犯。具体来说，网络服务提供者一般并非犯罪的实行犯，但是其提供的服务帮助他人实现了犯罪目的，使不法信息得以在网络空间向公众传播，在他人实施的犯罪行为中起到了帮助作用，可能作为帮助犯被追究刑事责任。而未采取必要技术措施的行为放任了犯罪的发生，可被视为为他人犯罪行为提供实质帮助。综上，在特定条件下，网络服务提供者的网络行为符合不作为帮助犯的构成要件。

2、可构成不作为的单独犯罪

[5] 冯军：《刑事责任论》，法律出版社 1996 年版，第 189 页。

根据 2005 年“两高”《关于办理侵犯著作权刑事案件中涉及录音录像制品有关问题的批复》的规定，未经录音录像制作者许可，通过信息网络传播其制作的录音录像制品的行为，应当视为刑法第二百一十七条第三项规定的“复制发行”即侵犯著作权罪。因此，网络服务提供者以营利为目的通过网络传播录音录像制品，违法数额较大或者有其他严重情节的，构成犯罪。且即使网络用户亦构成侵犯著作权罪，但是因网络服务提供者对网站内容未采取必要技术措施并通过网络传播作品的行为已满足上述法定的犯罪构成要件，单独定性为侵犯著作权罪并不存在司法认定障碍。

参考文献：

[1]刘守芬：《技术制衡下的网络刑事法研究》[M],北京大学出版社 2006 年版。
[2]杨彩霞：《网络犯罪之刑事立法与司法新探———以价值平衡为中心》[J],《河北法学》2008 年第 1 期。
[3]张明楷：《刑法学》[M],法律出版社 2007 年版。
[4]周光权：《网络服务商的刑事责任范围》[J]，《中国法律评论))2015 年第 2 期。
[5]陈兴良：《共同犯罪论》[J]，《现代法学))2001 年第 3 期。
[6]张明楷：《刑法学》(第四版) [M]，法律出版社 2011 年版。
[7]邱业伟：《信息网络与民法前沿问题研究》[M]，法律出版社，2009 年版。

互联网时代中破坏生产经营罪的新解释——以南京“反向炒信案”为素材

浙江大学光华法学院 李世阳*

内容摘要：根据传统观点对于破坏生产经营罪的解释已经不符合互联网时代背景的 基本语境，在以“恶意注册——虚假认证——虚假交易”为主要表现形式的互联网灰黑产业链 已经形成的今天，应当通过解释重新激活破坏生产经营罪的适用。破坏生产经营罪是一种针 对全体财产的犯罪，而不是针对个别财产的犯罪；可以将生产经营的范围扩大解释为业务； 破坏并不仅限于对生产资料的物理毁损，只要造成他人的业务无法开展并由此导致整体财产 损失即可；有必要将“由于泄愤报复或者其他个人目的”解释为一种消极的动机，而非积极的 动机；“其他方法”的解释应遵循同位解释规则，但应以保护法益以及实行行为的本质为解释 的指导原理。

关键词： 破坏 生产经营 整体财产 消极动机

一、问题之所在

在“互联网+”的时代背景下，传统犯罪面临着被网络化的新挑战以最为传统的盗窃 罪为例，虽然传统的盗窃行为仍然存在，[1]但例如通过“开发盗号软件——购买软件——盗取 支付宝账号——贩卖账号——洗号——撞库——转移账户资金——洗钱”这种以互联网的方 式完成的盗窃犯罪案件也在急剧增加。从刑法解释论的角度而言，如何解释刑法分则所规定 的各个犯罪的构成要件以应对传统犯罪网络化的挑战，成为刑法所面临的迫切问题。与这一 问题相关联，从刑事立法论的角度而言，对于新型的网络违法现象，刑法应采取积极的立法 态度还是秉持所谓的谦抑品格，也成为不得不思考的问题。

* 浙江大学浙江大学光华法学院讲师，互联网法律研究中心副主任，北京大学法学博士，早稻田大学法学博士

1 参见梁根林：《传统犯罪网络化：归责障碍、刑法应对与教义限缩》，载《法学》2017年第二期，第三页以下。

最近，南京市中级人民法院对一起典型的“反向刷单炒信”案件进行了审理并维持了一身 判决所主张的成立破坏生产经营罪的结论。可以说，这一则案例为上述问题的思考提供了绝佳的素材。

二、案情简介与争议焦点

（一）案情介绍

2013 年 9 月，北京智齿数汇科技有限公司通过北京万方数据股份有限公司获得万方数据知识资源系统 V1. 0 的使用权，后于 2013 年 11 月在淘宝网注册成立名称为“PaperPass 论文通行证”的网上店铺，主要经营论文相似度检测业务，由该公司南京分公司即智齿科技南京公司具体负责运营。

2014 年 4 月，在淘宝网经营论文相似度检测业务的被告人董志超为谋取市场竞争优势，雇佣并指使被告人谢文浩，多次以同一账号恶意大量购买智齿科技南京公司淘宝网店铺的商品，其中，4 月 18 日凌晨指使被告人谢文浩使用同一账号，恶意购买 120 单商品；4 月 22 日凌晨指使被告人谢文浩使用同一账号，恶意购买 385 单商品；4 月 23 日凌晨指使被告人谢文浩使用同一账号，恶意购买 1000 单商品。2014 年 4 月 23 日，浙江淘宝网络有限公司认定智齿科技南京公司淘宝网店铺从事虚假交易，并对该店铺作出商品搜索降权的处罚，后经智齿科技南京公司线下申诉，于 4 月 28 日恢复该店铺商品的搜索排名。被处罚期间，因消费者在数日内无法通过淘宝网搜索栏搜索到智齿科技南京公司淘宝网店铺的商品，严重影响该公司正常经营。经审计，智齿科技南京公司其淘宝网店铺被商品搜索降权处罚而导致的订单交易额损失为人民币 10万余元。

另查明，被告人谢文浩、董志超分别于 2014 年 5 月 13 日、5 月 16 日被公安机关抓获，二 被告人归案后均如实供述了自己的犯罪事实。 本案侦查期间， 被告人董志超已赔偿被害单 位智齿科技南京公司经济损失人民币 15 万元。

（二）一审判决理由 针对上述案件事实，两名被告人的行为是否构成犯罪，以及构成什么犯罪成为核心问题。

围绕这一问题，南京雨花台区人民法院认为：被告人董某、谢某出于打击竞争对手的目的， 以其他方法破坏生产经营，二被告人的行为均已构成破坏生产经

营罪。被告人董某、谢某共 同故意实施破坏生产经营的犯罪行为，系共同犯罪。关于董某的辩护人提出“董某不构成犯 罪的”辩护意见，经审查认为，被告人董某为打击竞争对手，雇佣并指使被告人谢某多次以 同一账号恶意大量购买××科技南京公司淘宝网店铺的商品，从而导致浙江淘宝网络有限公 司错误判定该店铺在从事虚假交易，并对其作出商品搜索降权的处罚，严重影响了××科技 南京公司淘宝网店铺的正常经营活动，且给该公司造成了较大的经济损失，其行为属于以其 他方法破坏企业的生产经营，已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。[2]

（三）上诉理由以及二审判决理由 针对一审判决的结论，被告人董某向南京市中级人民法院提起上诉，其核心理由为董志超的行为不构成破坏生产经营罪。具体而言：①董志超不具有破坏生产经营罪所要求的“报复泄愤”的主观目的，仅是“打击竞争对手”的商业惯例；②董志超的行为不属于破坏生产资料、生产工具、机器设备的经营行为，不属于“以其他方法破坏生产经营”；③行为后果并未造成“生 产经营活动无法进行”；④行为与后果间介入浙江淘宝网络有限公司降权处罚的因素，不具有刑法上的因果关系。[3]

对于这些理由，南京市中级人民法院做出如下反驳：在案证据证实，二上诉人主观上具 有报复和从中获利的目的， 客观上实施了通过损害被害单位商业信誉的方式破坏被害单位 生产经营的行为， 被害单位因二上诉人的行为遭受了 10 万元以上的损失，且二上诉人的行为 与损失间存在因果关系， 其行为符合破坏生产经营罪的犯罪构成，应以破坏生产经营罪定罪 处罚。第三方因素的介入并不影响因果关系的认定。据此维持了一审法院在定性上所认定的破坏生产经营罪，但由于二审期间出现新的证据，原审判决认定二上诉人造成的损失数额不当，二审法院予以纠正，并据此而调整量刑，减轻刑罚。

（四）值得思考的问题

本案中，一审法院与二审法院均将两名被告人所实施的反向刷单炒信行为认定为破坏生产经营罪，但就二审法院所给出的判决理由来看，很难说从正面回应

[2] 参照（2015）雨刑二初字第 29 号，来源于“中国裁判文书网”。

[3] 参照(2016)苏 01 刑终 33 号，来源于“中国裁判文书网”。

了辩护人所提出的上诉 理由。归根结底是因为没有从解释论的角度去解释破坏生产经营罪的构成要件要素，例如本罪所侵犯的法益是什么，是针对个人财产的犯罪还是针对整体财产的犯罪，罪质是什么，如何把握实行行为，本罪是否是目的犯或倾向犯，如何理解生产经营，如何认定法条所规定的“其他方法”等。

刑法解释学的本旨就是恪守罪刑法定原则，在不超出语义的最大限度范围的前提下，将 犯罪事实转化为刑法语言并涵摄到构成要件之中。以下，本文将从这一本旨出发，对破坏生 产经营罪做解释学意义上的梳理，以探求其适用范围的边界。

三、破坏生产经营罪的构成要件分析

我国刑法第 176条规定：“由于泄愤报复或者其他个人目的，毁坏机器设备、残害耕畜或 者以其他方法破坏生产经营的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制；情节严重的，处三年 以上七年以下有期徒刑。”这一条文来源于 1979 年刑法第 125 条的规定，但其构成要件表述 为“由于泄愤报复或者其他个人目的，毁坏机器设备、残害耕畜或者以其他方法破坏集体生 产的”，而且将该罪名安排在破坏社会主义市场经济秩序这一章。由此可见，在旧刑法中， 将本罪所侵犯的法益理解为“市场经济秩序”。但如上所述，在新刑法中，不仅将构成要件表述为“破坏生产经营”，而且将该罪名归入侵犯财产罪这一章。这样的话，本罪的法益属性就发生了变化，由作为侵犯社会法益的秩序型犯罪转变为作为侵犯个人法益的财产型犯罪。很 显然，破坏生产经营罪与故意毁坏财物罪一样，都是毁弃型的财产犯罪。但本文认为，这两 个罪名的根本性区分在于破坏生产经营罪是针对整体财产的犯罪，而故意毁坏财物罪是针对 个别财产的犯罪。以下详细论证这一点。

（一）破坏生产经营罪是针对整体财产的犯罪 在财产犯罪中，当然要求具备“财产上的损害”这一要件，但根据对于这一要件的不同理解，可以区分出针对个别财产的犯罪以及针对全体财产的犯罪。顾名思义，针对个别财产的 犯罪是指侵害具体的、个别的财物或债权等财产权，主要表现为财物的占有转移或毁弃。因 此，只要存在个别财物或财产性利益的丧失即可成立，据此，当使用欺诈手段，即使支付了 相应的对价从而使对方交付财物， 也可能成立诈骗罪。与此相对，针对全体

财产的犯罪是指 侵害被害人的整体财产状态的犯罪，也就是说，只要作为整体的财产总量并没有减少，就不 成立犯罪。典型的例子就是背信罪，在该犯罪中，显然考虑了通过行为人的行为所导致的被 害人的损失与被害人作为反对给付所得到的财物或财产性利益这两者之间的平衡关系。[4]

我国刑法分则第五章规定了 13 个财产犯罪，通说的观点认为我国刑法中的财产罪都是 针对个别财产的犯罪，而不存在针对整体财产的犯罪。[5]但是，如果将破坏生产经营罪也理 解为针对个别财产的犯罪，那么，就只能将破坏生产经营罪的财产损害理解为毁坏机器设备 或残害耕畜等方式本身所带来的损害，这样的话，必然导致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。但既然刑法以两个条文分别规定了这两个罪名，应当说破坏生产经营罪有其自身的存在理由，而且从其构成要件的表述来看，其实 行行为在于破坏生产经营而非毁坏机器设备或残害耕畜等，就像强奸罪的实行行为并非暴力或胁迫，而在于“强奸”一样。这样的话，破坏生产经营罪中的财产损失就体现为因生产资料 被破坏而导致生产经营活动无法继续进行所造成的损失。由此可见，其他类型的财产犯罪是 对权利人现时即可享受某种法律上的特定利益，即既得权的侵害，而破坏生产经营罪是对期 待权的侵害，这种期待权是对未来完整权利取得的一种期望，因取得权利之部分要件而受到 法律的保护，从而成为具有权利性质的法律地位。[6]据此，当因损害这种期待权而导致被害 人的整体财产法益受损时，即成立破坏生产经营罪，反之，如果整体财产法益并未受损，期 待权并未落空，就不成立破坏生产经营罪，当破坏生产资料的行为符合故意毁坏财物罪的构成要件时，仅在此限度内承担罪责。

这样的话，在考察破坏生产经营罪中所要求具备的财产损害时，不能局限于静态意义上的生产资料，而应着眼于动态意义上的生产经营活动所产生的经济价值。在上述的反向炒信案件中，被告人董某指使谢某用同一账号大量购买作为竞争对手的智齿科技南京公司淘宝网店铺的商品，导致浙江淘宝网络有限公司认定智齿科技南京公司淘宝网店铺从事虚假交易，并于 2014 年 4 月 23 日对该店

[5] 参见张明楷：《刑法学（下）》（第五版），法律出版社 2016 年版，第 939 页。

[6] 参见申卫星：《期待权理论研究》，中国政法大学博士学位论文，第 7 页以下。

铺商品作出商品搜索降权的市场管控措施，在被搜索降权期间，消费者在数日内无法通过淘宝网搜索栏搜索到智齿科技南京公司淘宝网店铺的商品，该公司淘宝网店铺正常生产经营遭到破坏，使整体财产受损 10 万余元。显然可以将其认定为因生产经营被破坏而产生的财产损害。

（二）可以将生产经营的范围扩大解释为“业务”

即使整体财产法益受损，如果所破坏的不是生产经营活动，也不构成本罪，因此，在本罪的适用中，如何解释“生产经营”成为核心问题。关于这一问题，有学者指出：破坏生产经营罪是从 79 刑法的“破坏集体生产罪”演变而来，后者主要是针对第一产业的犯罪，而 97 刑法在“生产”之后增加了“经营”一项。如果把这里的“生产经营”理解成“生产性经营”，则类 似于微博的一些社交网站或者网店，不属于第一产业，没有生产性质，就不属于生产经营的 范围。但是，“生产经营”应当被理解为“生产+经营”，同时，在互联网时代，“经营”的核心 含义是组织、管理和运营，而不是生产、营利。[7]本文认为，在解释刑法时，应当坚持客观 解释的立场，作为主观解释之核心的立法者愿意根本无从探寻，而且法律一旦被制定，从文 本而言，就已经落后了。既要维持刑法典的稳定性，又要应对层出不穷的犯罪现象，除了对 刑法文本进行客观解释外，别无选择。[8]伴随着信息网络技术从 2.0 时代向 3.0 时代的跨越， 毫无疑问，我们已经进入了所谓的“互联网+”的时代，以电子商务、在线游戏、博客技术、虚拟财产、智能网络、云计算、物联网、“互联网+” 为标志的互联网产业化时代迅速崛起，网络的价值化、数据资产化、一切互联化、安全核心化、生态重构化、虚实结合化，成为互 联网 3.0 时代的基本特征。

在这样的时代背景下，如果继续将“生产经营”的含义束缚在农耕时代、机器工业时代， 一方面，这一法条将逐渐丧失适用的空间，另一方面却又导致对于大量的破坏新兴产业尤其 是互联网产业的行为视而不见，形成立法资源的浪费。因此，有必要赋予“生产经营”新的含 义，以重新激活这一法条。因此有必要对“生产经营”做扩大解释，但不能超出语义的最大范围，否则就成为类推适用，

[7] 参见高艳东：《破坏生产经营罪包括妨害业务行为——批量恶意注册账号的处理》，载《预防青少年犯罪研究》2016 年第 2 期，第 19 页以下。

[8] 参见张明楷《

而不再是解释。在日本刑法第 233 条中规定了妨害业务罪，其判例与通说已经就“业务”的解释上形成了共识，即所谓的“业务”是指，自然人、法人及其他团体基于其职业或者其他社会生活上的地位而继续、反复从事的，被法律所保护的事务。[9]这样的话，就可以通过社会性、继续性、要保护性这三个方面对“业务”的范围进行限制,防 止其范围无限扩大。本文认为，可以借鉴日本刑法学界与司法实务中关于“业务”的解释来弥 补我国刑法中对“生产经营”的机械理解所产生的缺陷。

但在日本刑法学界中，虽然有少数的观点考虑到了妨害业务罪中，经济活动是业务的核心部分，据此而将妨害业务罪置于财产犯的边缘位置。[10]但是日本的通说认为妨害业务罪 的保护法益是人的社会活动自由，从而将其置于针对自由的犯罪这一位置上。"如前所述， 破坏生产经营罪是侵犯整体财产法益的犯罪，以具备财产损失为其成立要件，因此，即使将 这里的“生产经营”扩大解释为“业务”，也不能将破坏生产经营罪与妨害业务罪相等同。

这样的话，智齿科技南京公司在淘宝网上开设名为“PaperPass 论文通行证”的网上店 铺,并经营论文相似度检测业务，显然符合业务所要求具备的社会性、继续性以及要保护性， 据此可以将其认定一种“生产经营”。被告人使用同一账号大量购买该网店的商品，导致被淘 宝公司认定为从事虚假交易并被降权处罚，在这一因果流程中，确实介入了淘宝公司的行为， 但辩护人据此所提出的被告人的行为与破坏生产经营的结果之间不存在刑法上的因果关系 这一主张是否能够成立，存在疑问，以下接着探讨该问题。

（三）被告人利用淘宝规则的行为成立间接正犯

根据《淘宝规则》第 57 条第 3 款的规定,淘宝网对涉嫌虚假交易的商品，给予 30 日的 单个商品搜索降权的处罚。在本案中，被告人使用同一账号在短时间内大量购买竞争对手的 商品，使淘宝公司后台直接认定为涉嫌虚假交易，并根据该条款做出搜索降权的处罚，正是 由于该处罚而导致被害网店的生产经营活动无法进行。然而，从本案的案情来看，降权行为 的实施及其所导致

[9] 参见[日]前田雅英：《刑法各论讲义》（第 6 版），东京大学出版会 2015 年版，第 135 页以下。

[10] 参见[日]山口厚：《刑法各论》（第二版），有斐阁 2010 年日文版，第 155 页以下。

的破坏生产经营的结果只能由被告人承担，因为被告人将淘宝公司作为实 现自己犯罪的工具，成立间接正犯。

在 A 所实施的行为之后，通过介入 B 的行为而导致结果发生，在怎样的情形中，A 对 于该结果可以作为单独正犯处罚？这个问题之前一直都是被放在因果关系中他人行为的介入与相当因果关系或者被放在间接正犯的成立要件这一项下来讨论的。[12]具体而言，A 被作为单独正犯处罚的具体要件体现如下：①在故意作为犯中，当探讨介入了他人的行为、背后者（A）的罪责时，不管是被作为间接正犯的问题来讨论，还是被作为相当因果关系或者 客观归责的问题来讨论，进而，在被害人自身介入的情形中，被作为同意的有效性问题来讨论，其判断资料都应该是同样的；②当 A 直接实现了结果时，A 就成为单独正犯；③即使存在 B 的行为，当假设不存在该行为、可以说由 A 的行为也大概可以产生该具体结果时，A 就成立单独正犯；④但在不可以这样说的场合，B 是否自律性地决定引起现实产生的结果就 必须被作为核心问题，具体而言，当 B 是在理解了结果的意义与射程的基础上，在不被强 制的状态下引起该结果时，那么，A 就不成立该结果的单独正犯，于是，（包含共同正犯在 内的）广义共犯的成立与否就成为问题。在该情形中，由于可以说结果是在 B 的支配领域 内产生的，因此，如果要处罚 A，只能限定于一种情形，即：满足了能够肯定对于他人的支 配领域内所产生的事象之归责的特别规定（即共犯规定）所需要具备的成立要件。[13]

简而言之，在判断背后者是否成立间接正犯时，所采取的是一种消极判断，即，如果介 入者所实施的行为是基于自律性决定，也就是说结果处于其支配领域之内，那么，背后者就 不成立间接正犯。[14]在本案中，对因果流程处于优势支配地位的显然是被告人，该结果的 发生并不在淘宝公司的支配领域内，因为淘宝公司所做出的降权处罚并不是一种自律性决 定，而是在不可避免地陷入认识错误的状态下做出的。据此，被告人成立破坏生产经营的间接正犯。

[12]

[13] 同上，第 445-446 页。

参见[日]山口厚：《刑法各论》（第二版），有斐阁 2010 年日文版，第 155 页以下。

（四）泄愤报复等个人目的是一种消极动机

从刑法第 276 条关于破坏生产经营罪的构成要件的表述来看，不仅仅需要具备“毁坏机 器设备、残害耕畜或者以其他方法破坏生产经营”这一客观构成要件要素，而且需要具备“由 于泄愤报复或者其他个人目的”这一主观构成要件要素。很明显，这一主观构成要件要素带 着极为强烈的情绪倾向或动机，如果认为在具备构成要件故意的基础上还必须具备这种倾向 或动机，那么在司法实践中势必面临证明上的困难，其认定标准也不可避免地带有恣意性。 事实上，在上述反向刷单案例中，辩护人在论证上诉人不构成破坏生产经营罪时，首要理由 就是上诉人不具有破坏生产经营罪所要求的“报复泄愤”的主观目的，仅是“打击竞争对手”的 商业惯例。而很难说南京市中级人民法院在裁判理由中对于这一点做出了有力回应。

从客观主义刑法的基本立场出发，在构成要件的设置以及解释上，应当尽量避免或淡化 带有情绪性、心情性的主观要素。例如，日本刑法第 247 条规定了背任罪，将其构成要件表述为：“为了他人而处理事务者，怀着谋求自己或第三人的利益或者对本人施加损害的目的，实施违背其任务的行为，对本人造成财产上的损害。”从这一规定来看，图利或者加害目的成 为本罪的构成要件要素，因此之前的通说认为图利或加害目的是独立于构成要件故意的要 素，要求具备对图利、加害的确定性认识或者意欲。[15]这种观点被称为 “积极的动机说”，显然，这种观点是忠实于条文的解释，但不得不面临着与我国刑法所规定的破坏生产经营罪同 样的上述困惑，即为什么要特别强调这种心情要素对于本罪成立的意义这一点是不明确的。于是，最近日本的判例与通说认为，既然故意实施了违背任务行为，原则上就可以肯定背任罪的成立，仅仅当这是怀着专门为了本人的利益而实施时，才例外地不处罚。[16]这种观点被称为“消极的动机说”。

在破坏生产经营罪的解释上，可以借鉴上述的“消极的动机说”。具体而言，只要行为人 客观说实施了破坏生产经营的行为，即可推定其主观上具备对于该行为及其所造成的构成要件结果的认识，即具有构成要件故意，除此之外，并不需要具备所谓的“由于泄愤报复或者 其他个人目的”这种情绪性因素。这种

心情性因素仅仅在作为消极的动机这一点上是有意义 的，即，当行为人并不是基于“个人目的”而实施破坏生产经营的行为时，例外地成为本罪的刑罚阻却事由。而“非个人目的”主要限定于以下情形：第一，专门为了增加被害人的财产利 益而实施，但客观上却对被害人的生产经营造成破坏；第二，行为人专门为了公共利益而实 施破坏他人生产经营的行为。在本案中，被告人的行为显然不是为了增加被害人的财产利益 或者公共利益而实施的，因此可以说是一种基于个人目的的行为。

（五）以其他方法破坏生产经营的解释 在我国刑法分则的条文中，存在大量的兜底条款，其典型表现就是“其他方法”，例如，在我国刑法分则条文中，出现了多达 16 处的“其他方法”这一表述。罪刑法定原则要求刑法 必须具备明确性，即，刑罚法规对于怎样的犯罪科处什么程度的刑罚这一点对于一般人而言，必须在预测可能的程度内被具体且明确地规定，这既包括犯罪的明确性，也包括刑罚的明确 性，而构成要件的明确性是犯罪明确性的基本保障。如果在构成要件中出现大量的“其他方 法”这种列举性的表述，必然会破坏刑法的明确性，但依然可以保护法益的范围内，从比例 原则出发，限缩解释“其他方法”的范围，使其尽可能地明确化。

关于破坏生产经营罪中“其他方法”的解释，有力的观点认为应当进行同类解释，即，刑 法第 276 条是指行为方式与行为对象的同类：一方面，行为必须表现为毁坏、残害等损毁行为；另一方面，行为所损毁的对象必须是机器设备、耕畜等生产工具、生产资料。[17]本文赞同在解释兜底条款时应遵循同类解释规则，因此，对于已经在条文中明确列出的“毁坏机 器设备”与“残害耕畜”这两项，当然是重要的参照条件，但本罪的保护法益以及实行行为的 本质特征才是进行同类解释的指导原则，如前所述，本罪所侵害的是整体财产法益，实行行 为的本质特征在于对生产经营的破坏，而生产经营并不局限于农业与工业化生产，可以将其 扩大解释为为“业务”。据此，如果认为这里的“其他方法”必须具备损毁的性质以及所损毁的 必须是生产资料，必然不适当地缩小本罪的实行行为的射程范围。决定破坏生产经营罪中“其 他方法” 外延的，不是前面的 “毁坏机器设备、残害耕畜”，而是 “其他方法” 之后的 “破坏”，只 要是对生产经营的破坏行为并

17 参见张

损害他人的整体财产法益，就是“其他方法”，不一定是对物的暴力。[18]

这样的话，在上述的“反向炒信”案例中，即使被告人所实施的行为并未像毁坏机器设备 或者残害耕畜那样从物理形态上损毁他人的生产资料，但被告人所实施的行为导致了被害人 的网店被降权处罚，经营活动遭受严重阻碍，整体财产法益受损。在这个意义上，将反向刷 单炒信的行为纳入到破坏生产经营罪的“其他方法”中，属于符合法益保护目的之客观解释，并未超出语义的最大范围边界，因此不违反罪刑法定原则。

四、结论与展望

刑法必须解释才能适用，例如，在故意杀人罪中，如果不对“人”的出生时间与死亡时间 进行解释，甚至连这一看起来清晰、纯粹的事实概念都无法适用。在解释过程中，通过行为 规范的设置所要实现的保护法益之目的是基本的指导原理，因此，从罪刑法定原则出发，在 语义所允许的最大限度范围之内，做符合法益保护的目的解释，是刑法解释的基本方法。破 坏生产经营罪从属于旧刑法中的破坏经济秩序型的犯罪到新刑法的侵犯财产犯罪，意味着通 过该构成要件的设置所要实现的法益保护目也相应地从保护秩序转变为保护财产。然而，当 前刑法学界在解释破坏生产经营罪时，通说的观点将本罪理解为侵犯个别财产法益的犯罪， 因此是以静态的眼光看待本罪的财产损失；并且将本罪所规定的“由于泄愤报复或其他个人 目的”理解为一种积极的动机，而且将“破坏”仅仅理解为对生产资料的破坏。可以说，这是 停留在农耕时代与机器工业时代语境下对本法条的解释水平，在互联网时代背景下，如果继续停留在以上的解释层面，一方面，将使破坏生产经营罪逐渐丧失适用余地，将该法条束之高阁；另一方面却导致大量通过互联网破坏他人生产经营的行为得不到应有的规制。习近平总书记在网络安全和信息化工作座谈会上的讲话说：“网络空间是亿万民众共同的精神家园。网络空间天朗气清、生态良好，符合人民利益。网络空间乌烟瘴气、生态恶化， 不符合人民利益。”但是伴随着互联网的迅猛发展，互联网犯罪也不断升级

[18] 参见高艳东：《破坏生产经营罪包括妨害业务行为——批量恶意注册账号的处理》，载《预防青少年犯 罪研究》2016 年第 2 期，第 20 页。

演化，呈现出新型 化、精细化、专业化、组织化等特点。一方面，除了利用互联网实施传统犯罪，危害网络和 信息安全行为越来越公开化、规模化，形成了各类黑灰产业链，成为寄生于整个互联网的毒 瘤，尤以恶意注册、虚假认证、虚假交易三大灰黑产为甚。而在背后不断支撑这些犯罪和灰 黑产行为的是互联网技术灰黑产。各种恶意硬件软件开发买卖，非法信息、数据买卖、恶意 聊天群组和平台网站运营是各类犯罪和黑灰产行为滋生的土壤，伪基站、恶意注册、盗号软 件、炒信平台、身份证、手机卡、银行卡买卖、各类恶意聊天群组肆意活动和发展。很显然， 仅打击表面的犯罪行为治标不治本，无法根治互联网不安全的毒瘤。

当新型的违法犯罪现象出现时，刑法不可能也没有必要对每一种行为犯罪化，而首先应 当是根据上述的解释方法对现行刑法的条文所规定的构成要件进行解释。事实上，毫不夸张 地说，破坏生产经营罪是刑法应对互联网犯罪的有力条款，但需要对其构成要件进行如下的 全新解释：

第一，破坏生产经营罪所保护的法益虽然是财产，但这是一种针对全体财产法益的犯罪， 应当以动态的视角考察其财产损失。因为本罪成立的关键显然是因破坏生产经营的行为损害 了他人的期待权，而不是对既有的财物或财产性利益的破坏，否则就本罪就被消解于故意毁 坏财物罪之中，丧失单独存在的必要性。

第二，可以将生产经营的内容扩大解释为自然人、法人及其他团体基于其职业或者其他 社会生活上的地位而继续、反复从事的，被法律所保护的事务，即“业务”。

第三，从客观刑法的立场出发，应当将破坏生产经营罪中的“由于泄愤报复或者其他个 人目的”理解为一种消极的动机，即，只要客观上实施了破坏他人生产经营的行为，即可推 定其构成要件故意，除此之外并不需要具备报复泄愤这种情绪性因素或个人目的，当且仅当 在非个人目的的支配下实施破坏生产经营行为时，才例外地成为刑罚阻却事由。而“非个人 目的”又被限定于专门为了被害人利益或者公共利益这两种情形。

第四，在解释破坏生产经营罪的“其他方法”时，应根据同位解释的规则确保刑法的明确性，但本罪的保护法益以及实行行为的本质特征即破坏生产经营才是进行同类解释的指导原则。

“国家工作人员”概念若干问题辨析

浙江大学光华法学院 阮方民*

摘 要：《刑法》第93条规定的“国家工作人员”除了各级国家权力机关、行政机关、司法机关和军事机关的工作人员以外，应可以包括各党派和政治团体的各级机关的工作人员及政协各机关的工作人员；应当将国有控股公司、企业包括在国有公司、企业的概念之中，在其中从事公务的人员应当以国家工作人员论；但不宜将村民委员会、居民委员会组成人员及其同级的党支部组成人员视作“国家工作人员”。

关键词：刑法；国家工作人员；范围

1997年3月14日由第八届全国人大第五次会议通过的新《刑法》第93条规定了“国家工作人员”的完整概念，基本上解决了原“两高”关于国家工作人员的司法解释中存在的分歧。但由于在新《刑法》颁布之后，党的十五大报告提出了未来国有企业改革和经济体制改革的发展思路，使得当前和今后司法实践中具体确认国家工作人员的主体身份时出现了一些新问题。有鉴于此，我们认为有必要从理论与实践的结合上对新《刑法》中“国家工作人员”的概念予以探讨。

一

辩证唯物主义认为，无论是在自然界还是在人类社会中，一事物之所以成其为该事物并与他事物相区别，是由其特定的质的规定性和量的规定性决定的。一般地说，质的规定性是事物内在的规定性，或称本质特征或本质属性；量的规定性是事物外在的规定性，或称形式特征。因此，我们可以说质与量的对立统一或者是本质特征与形式特征的对立统一决定了某一事物特定的性质。国家工作人员的概念也不例外，同样是本质特征与形式特征对立统一的产物。

*阮方民，男，浙江大学光华法学院教授。

(一)国家工作人员的本质特征

什么是国家工作人员的本质特征?这一特征只能从新《刑法》第93条规定的国家工作人员概念中去寻找。根据新《刑法》第93条规定,国家工作人员可以包括4种人员:(1)在国家机关中从事公务的人员;(2)在国有单位和人民团体中从事公务的人员;(3)受国家机关或国有单位委派到非国有单位中从事公务的人员;(4)其他依照法律从事公务的人员。虽然上述4种人员的工作机构、单位或者工作方式有很大差别,但他们都有一个共同点,就是都属于“从事公务”的人员。因此,我们可以说,“从事公务”是国家工作人员的本质特征。

所谓“从事公务”,一般是指国家公共事务,即“从事组织、监督、管理事务性质的活动,具有一定的管理职权”[1]。我们感到,这种释论似过于简单,未能揭示新《刑法》条文所规定的“从事公务”的丰富内涵,因而有必要加以深入研究,以充分展示其全部内容。我们认为,对于“从事公务”,应当从活动的职能性和内容性两个方面或两个层次上来加以认识和把握。

首先,从活动的职能来看,从事公务的活动是一种具有领导、指导、组织、监督、管理性质的职能活动。这种职能活动,也可以简括为管理活动。它通常是以有关的主体享有一定的管理职权为前提的。如某个国家机关依法享有监督、管理某项业务领域的职权;某个社会团体获授权而享有协助政府管理某项活动的职权;某个政党依法享有执政或者参政即主持领导或参与领导国事的权力;某个个人因担任某项职务而享有监管某方面工作的职权等。没有一定的管理职权,是不可能从事公务这样的职能活动的。

其次,从活动的内容来看,从事的公务是属于公共事务。公共事务在实践中的范围比较广,种类也较多。概括地说,公共事务可以分为这样几类事务:(1)国家事务。这类事务是关系国家主权、独立安全、领土完整及国计民生的事务。如制定法律、制定国民经济发展计划、建设国防、进行外交等。(2)地方事务。指关系到地方经济、文化、社会发展的重大事务。如修建辖区内的重大公益工程项目、颁布地方法规、规章等。(3)社区事务。指关系到一定社区范围内居民正常生活的事务。如组织社区范围内的居民进行文体活动、支援地方建设等。(4)企事业

[1] 高西江主编.中华人民共和国刑法的修订与适用[M].北京:中国方正出版社,1997.819;黄太云、滕炜主编.中华人民共和国刑法释义与适用指南[M].红旗出版社,1997.566;侯国云、白岫云.新刑法疑难问题解析与适用[M].中国检察出版社,1997.185.

单位事务,指关系到某个单位、组织、团体正常的业务活动进行管理的事务。这里的“单位”,不限于是国有企事业单位,还可以包括非国有的企事业单位。因为,根据《刑法》第93条的特别规定,国家工作人员还应当包括受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委派到非国有单位中从事公务的人员。(5)社会公益事务,指关系到公共利益的各类慈善救助活动,如帮助贫穷儿童上学的希望工程、帮助贫穷妇女脱贫的幸福工作、帮助患病者、受灾群众的损款资助活动、“青年自愿者”活动等。但是,应当指出,国家工作人员所从事的公务,无论其属上述哪一种公务,都具有与国家公权力、地方公权力或者国有企事业单位的经营管理活动、人民团体的公共职能活动等具有直接联系的特点。如果某种公务不具有这个特点,那就不能成其为国家工作人员所从事的公务。因此,我们基本同意“公务是指具备法定权务和义务,由国家行为或者国家权力派生的行为”的观点。[2]

所以,从事公务就是具有上述两个特性的活动。或者简言之,是管理公共事务性质的活动。这是判定是否构成国家工作人员的本质特征。

(二)国家工作人员的形式特征

国家工作人员除必须具备“从事公务”的本质特征外,还必须同时具备在特定的单位、机构、组织中任职或者以特定的方式“从事公务”的形式特征。我国刑法学界学者将此特征称之为“身份特征”,并认为“身份”与“公务”是相辅相成,二者不可或缺的关系。[3]这种观点应当得到肯定。依照新《刑法》第93条第1款的规定,在国家机关中从事公务的人员是标准的国家工作人员,即国家机关工作人员。而依照新《刑法》同条第2款规定,在国有单位、人民团体中从事公务的人员,受国有单位委派在非国有单位中从事公务的人员和其他依法从事公务的人员,以国家工作人员论,即为准国家工作人员。总之,无论是国家机关工作人员,还是其他形式的准国家工作人员,都必须是在特定的机构中从事公务,或者受委派从事公务,或者依法从事公务。这是“从事公务”的形式特征,舍此不能成为国家工作人员。因此,“公务行为的主体在行政上隶属于国家机关、国有公司、

[2] 孙谦,尹伊君.国家工作人员职务犯罪论[J].法学研究,1998,(4).

[3] 江礼华.关于国家工作人员范围的界定问题[A].1998新刑法施行研讨会交流论文[Z];孙国祥.关于国家工作人员的几个问题[J].南京大学法律评论,1998,(春季刊):176.

企事业单位、人民团体，并且通过依法选举、任命、聘任、委派等方式”[4]取得职务身份，是成为国家工作人员的必要条件和途径。

在修订刑法的过程中，对于是否应当将国家工作人员限于国家机关工作人员的范围之内，曾经存在着相当大的分歧意见。肯定说主张，国家工作人员应当限于国家机关工作人员，认为如果把国有企事业单位包括进去，不符合政企分开的改革方向和国家人事制度的改革方向；而否定说则主张，国家工作人员的范围还应包括在国有单位中从事公务的人员，认为我国是公有制国家，实践中许多贪污受贿案件发生在国有企事业单位，将国有企事业单位工作人员列为国家工作人员，有利于保护国有资产[5]。新《刑法》最终采纳了第二种意见。新《刑法》之所以将国有企事业单位的工作人员规定为准国家工作人员，是因为从长远看，这三种人都不应属于国家工作人员范畴，但在目前国家经济体制和政治制改革尚未完成的现状看，一下子尚难以将他们完全排除在国家工作人员范围之外，因而作了这样过渡性的规定。

如何理解和把握国家机关工作人员的范围，是研究国家工作人员概念首先应当解决的问题。我国立法与司法实践对于国家机关有广义与狭义两种理解和规定。根据宪法和有关法律的规定，狭义的国家机关仅指国家的各级权力机关、行政机关、审判机关、检察机关和军事机关。但是，长期以来，刑事司法实践对于国家机关持广义的解释。例如，1989 年 11 月“两高”颁布的《关于执行惩治贪污罪贿赂罪的补充规定若干问题的解答》就规定了：国家工作人员包括在“各党派和人民团体中从事公务的人员”，即把各党派和人民团体等正常组织和群众组织视为与国家机关类同的机构。新《刑法》将人民团体工作人员明确排除在国家机关工作人员之外，但对各党派机关工作人员是否属于国家工作人员没有作出明确规定。对此，有的同志提出，国家机关工作人员除包括狭义的国家机关的工作人员外，还可以包括中国共产党机关的工作人员，但应把人民政协和民主党派各级机关的工作人员排除在国家机关工作人员范围这外。我们认为，这种观点值得商榷。

我们感到，新《刑法》中的国家机关概念与宪法及有关法律中狭义的国家机关概念不尽相同，仍承袭了长期刑事司法实践的传统，采广义概念。具体地说，新

[4] 李贵方，林维. 论刑法中的国家工作人员[A]. 1998 新刑法施行研讨会交流论文.

[5] 高铭暄，赵秉志主编. 新中国刑法立法资料总览[Z]. 北京：中国人民公安大学出版社，1998. 2159，2208-2209，2420.

《刑法》中的国家机关，是指一切管理国家事务（包括地方事务）的各级机构和组织。据此分析，中国共产党作为执政党，领导管理国家的中央事务和地方事务，其各级机关当然应当属于国家机关；各民主党派根据宪法和法律的规定，作为参政党，参与管理国家的中央和地方事务，其各级机关也应当属于国家机关的范畴。人民政协是各党派共同参政议政的重要组织机构，其成员的提案和所作的决定在很大程度上影响着国家政策的制定和法律的制定，并且也是具有中国社会主义特色的民主监督的重要形式[6]。所以，人民政协的各级机关也应具有国家机关的性质。

所以，我们认为，国家机关工作人员除了各级国家权力机关、行政机关、司法机关和军事机关的工作人员之外，还可以包括中国共产党和各民主党派、政治团体的各级机关的工作人员，政协各级机关的工作人员。

二

在准国家工作人员中，第一类是在国有公司、企业、事业单位和人民团体中从事公务的人员。对于这类人员，在当前具有迫切实践意义的是，什么是国有公司、企业?因为这个问题关系到如何正确认定这类人员的范围。

在新《刑法》颁布之前的刑事司法实践中，对于什么是国有公司、企业一般是没有疑义的。通常是指其财产完全属于国家所有的公司、企业，即过去所说的全民所有制的公司、企业，包括国有独资公司或企业、由两个以上国有公司或企业组成的有限责任公司、由两个以上国有独资公司或企业组成的联营企业等。对于国有参股的公司、企业（包括国有控股公司、企业）实际上是排除在国有公司、企业的范围之外。如“两高”1989 年 11 月 6 日发布的《关于执行〈关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定〉若干问题的解答》第 1 部分“关于贪污罪的几个问题”中就是把以全民所有制为基础的股份制企业和在中方是全民所有制的中外合资、中外合作经营企业中的工作人员均列为“其他经手、管理公共财物的人员”，而不作为国有企业中从事公务的人员即国家工作人员看待。我们认为，对于新《刑法》中规定的“国有公司、企业”，除包括国有的独资公司、企业之外，还应当包括国有控股的公司、企业。也就是说，对国有公司、企业的概念应当定义为：其财产完全属于或者相当部分属于国家所有并且国家对全部财产具有控制支配力的

[6] 《中华人民共和国宪法》序言第 10 段对人民政协的性质和地位作了高度的概括：“中国人民政治协商会议是有广泛代表性的统一战线组织，过去发挥了重要的历史作用，今后在国家政治生活、社会生活和对外友好活动中，在进行社会主义现代化建设、维护国家的统一和团结的斗争中，将进一步发挥它的重要作用。”

公司、企业。其主要理由是:

首先,对国有资产或者持股份额在一个公司、企业中达到一定比例,使国家或者另一国有公司、企业对该公司、企业具有控制权的情况的,按照国际惯例均以国有企业论。如德国财政统计上将各级政府机构在其中拥有多数资本或者多数投票权(即超过 50%)的企业划为公共企业;另外,政府参股在 25%以上,其他股东均为小股东的持股企业,也视为国有。韩国 1984 年颁行的《国有企业管理法》第 2 条规定了:“政府投资达到或者超过 50%的企业”为国有企业。在新加坡国家控股公司控制的国有企业中,有的国有资产仅占 10%左右。另外,如日本的电信电话株式会社、日本航空公司等大型公司、企业,虽然政府在其中的投资未达半数,也都由国家予以控制。因而将国有控股的公司、企业纳入国有公司、企业的管理体制是一个国际通例。

其次,对国有控股公司、企业按国有企业进行管理有一定的法律、法规依据。我国虽然目前尚无明确的法律规定将国有控股公司、企业界定为国有公司、企业,但在有关的法律、法规中已经显示出与国际惯例接轨的迹象。1994 年国家对国有资产进行股份制改造时,要求保证国家股和国有独资公司、企业在改制后的股份制公司、企业中的控股地位,并且进一步规定:国有股权超过 50%比例的为“绝对控股”;在股权分散的情况下,国有股权高于 30%、低于 50%比例,但国家或原国有独资公司、企业对该公司、企业具有控制性影响的为“相对控股”。另一方面,我国《审计法》第 22 条规定:“对国有资产占控股地位和主导地位的企业”的审计监督纳入与其他国有公司、企业、事业单位相同的审计监督体制,即采取与对国有公司、企业相同的审计监督管理。因此,将国有控股公司、企业纳入国有公司、企业也有着相应的法律依据。

再次,将国有控股公司、企业视为国有公司、企业有着十五大报告制定的国有企业改革的政策依据。江泽民同志代表中共中央在十五大上所作的报告扩张了“公有制”的概念,他指出:“公有制经济不仅包括国有经济和集体经济,还包括混合所有制经济中的国有成分和集体成分。”[7]公有制经济定义较之传统定义的扩张,必然也相应地带动了国有经济定义的扩张,即国有经济不仅包括国有独资经

[7] 江泽民.高举邓小平理论伟大旗帜,把建设有中国特色社会主义事业全面推向二十一世纪[N].人民日报,1997-09-22.

济,还包括在混合所有制经济中的国有成分。据有关资料,在已上市的股份制公司中,国家控股的股份有限公司占 70%左右。[8]因此,将国有控股公司、企业纳入国有公司、企业范畴也是符合十五大制定的国企改革方向和基本思路的。

综合上述三点理由,我们认为,应当将国有控股公司、企业包括在国有公司、企业的概念之中。因而在其中从事公务的人员应当以国家工作人员论。在目前,国有控股公司、企业所要求的控股比例可以按照《股份有限公司国有股权管理暂行办法》执行,即最低应当达到 30%的相对控股额。但是,对于国有多级控股公司、企业能否按照国有公司、企业对待,尚值得进一步研究。

国有控股公司、企业在实际的经济生活中往往表现为多级控股。其中,国家或国有独资公司、企业对一级子公司的控股为直接控股,对二级以下子公司的控股为间接控股。多级控股是现代企业制度发展的产物,它使得母公司得以用极少的资产投入控制支配了超过自身资产数额数倍、数十倍乃至数百倍的资产。西方国家许多大型跨国公司均以这种方式建立了庞大的企业集团。我国的国企改革也将会利用这种形式使国企规模得到低成本的扩张,组建成国企巨型“航空母舰”与外国的大型跨国公司相抗衡。但是,这里存在的问题是,在多级控股的情况下,子公司的级别越低,国有资产在其中所占的比例就越小,子公司中从事公务的人员是否还能算作国家工作人员?例如,假定某个国有独资企业以固定的 30%的股权比例组建权保证了对每一级子公司“相对控股”的控制支配权。但是,其在各级子公司的资产比例是按持股比例逐级递减的,如在一级子公司中占 30%的原始出资额,在二级子公司只占到 9%的原始出资额,到了三级子公司中只剩下不到 3%的原始出资额了,而到了四级子公司中不过是 0.8%的原始资额了!对此,我们倾向于认为,国有公司、企业中的国家工作人员一般应仅限于国有控股的一级子公司、企业;如果在二级子公司、企业中,国家或者国有独资公司、企业的原始出资额占到 30%以上并且其他股权为中小股东分散持股时,仍可以视为国有控股公司、企业。即掌握在国有原始出资额达到“相对控股”的程度,才视为国有控股公司、企业。但是,由一级子公司、企业控股的二级以下子公司、企业中的持股额在 30%以下,或者虽在 30%以上,而其他持股人为具有抗衡制约力的大股东时,均不视为国有控股公司、企业。这是因为,在二级以下子公司、企业中,国有资产所占的比

[8] 中国证券报,1997-11-26,(8).

例往往已经很小，或者虽然国有资产的出资额仍达到一定的比例，但由于其他股东的出资额也达到相当的比例，对国家或国有公司、企业的控制支配力具有制约抗衡作用，因而在这种情况下，其工作人员很难纳入国家工作人员的范围。可见，如果不把国有间接控股的公司、企业工作人员在原则上排除在国家工作人员范围之外，由于间接控股可以具有无限级，将导致国家工作人员范围过于宽泛，似有悖于刑事立法上明确限定国家工作人员范围的原意。

当然，同样应当指出的是，我们主张将由国家或者国有独资公司、企业控股的二级以下的公司、企业在原则上排除在国有公司、企业的范围之外，并不等于说其工作人员一概不能构成国家工作人员。依照新《刑法》第93条的规定，如果其工作人员是受原母公司、企业或者一级子公司、企业委派而从事公务的，仍然可以构成国家工作人员；如果是受其他合资方的非国有公司、企业委派而从事公务的，则不属于国家工作人员。

三

在准国家工作人员中，比较疑难的问题是第三类人员，即“其他依照法律从事公务的人员”。这类人员中，目前争论较大的是应否包括基层群众性自治组织中的工作人员及同级党支部组织的成员。通俗地说，就是能否将村民委员会、居民委员会的组成人员和同级党支部的组成人员通过司法解释的形式包含在“其他依照法律从事公务的人员”之中?因为，在实践中，已经发生了对“两委”组成人员及其同级党支部组成人员收受贿赂的行为无法找到明确的刑法条文予以定罪的情况。

对于上述“两委”的组成人员是否能够按国家工作人员论，实践中存在着肯定说、否定说与折衷说等三种不同的意见。否定说认为，不能按国家工作人员论。主要理由是：他们不属从事特定公务的人员。因为，“公共事务可以包括国家公务与集体公务。… …国家公务是指代表国家对政治、经济、文化、体育、卫生和军事等方面进行领导、组织、监督、管理和指导，具有国家权力性、行政性及面向社会的特点。基层自治组织即村(居)委会… …从事的是集体公务，故不能视作国家工作人员。”[9]肯定说则认为，能够按国家工作人员看待。其主要理由是：“把公务划分为国家公务和集体公务缺乏法律依据———法律上从未作此要求。村

[9] 王松苗. 完善立法乃实践强音[J]. 人民检察, 1998, (2) :7.

(居)委会主任等，只要是依法从事公务的，就应算作国家工作人员。”[10]折衷说则认为，对“城镇居民委员会组成人员、农村村民委员会组成人员是否为国家工作人员，这不能一概而论。当居民委员会、村民委员会的领导代表国家行使诸如计划生育、征兵、收取税费等公务时，应属国家工作人员的范围。”[11]也就是说，主张应当根据“两委”成员所从事的工作性质来具体分析和认定其身份性质[12]。

我们同意上述第二种观点否定说而不赞成肯定说，即对“两委”的组成人员不应按国家工作人员对待。具体理由是：(1)“两委”并非一级政权组织，而是群众性的自治组织。这一组织的自治性质决定了其组成人员不具有国家工作人员所要求的“公务活动”与“职务身份”两个特征。首先，虽然村民委员会任务之一是“办理本村的公共事务和公益事业”[13]，居民委员会的任务之一是“办理本居住地区居民的公共事务和公益事业”[14]。但是，这种公共事务是自治性的事务，不具备与国家公权力、地方公权力或者国有企事业单位经营管理活动、人民团体的公共职能活动等具有直接联系的特点。因而这种自治性事务与国家工作人员所从事的公共性的管理事务是根本不同的，即不具备国家工作人员“从事公务”的本质特征。其次，“两委”的组成人员不是在法律要求的特定的机构中从事公务，或者受委派从事公务，或者依法从事公务。因而也不具备国家工作人员“从事公务”的形式特征或身份特征。(2)两委”组成人员是社区群众自己选举产生的，而不是由国家任命的。因此在一般情况下，法律也不应对其自治性事务加以干涉。如果其负责人有违自治组织章程或者其他村规民约、街规民约的，可以自治性组织内的群众通过一定的适当程序对负责人进行罢免或者作出其他规定的处分。(3)“两委”组成人员的工资及其工作经费绝大部分是由其所辖的集体企业及村民、居民集资而来，而不是由国家财政拨款的。因而他们所在的组织性与国家工作人员所在的单位性质也是很大不同的。(4)从权利义务对等原则来看，其平时不能享受国

[10] 同上。

[11] 孙国祥. 关于国家工作人员的几个问题[J]. 南京大学法律评论, 1998, (春季刊) :177.

[12] 为了解决司法实践中有关这个问题的争议，最高立法机关正在准备起草一个有关国家工作人的立法解释。在’98新刑法施行研讨会期间，最高立法机关的同志曾向与会的专家学者进行了咨询调研。会议期间，与会的专家学者与来自实践部门的同志存在着上述3种分歧意见，并且相互争执不下。从那次会议至今已经1年多时间过去了，尚未见到最高立法机关对此所作出的立法解释。这足以说明这个问题的疑难性与复杂性。本文对这个的问题的研究，旨在向最高立法机关提出建言，以期更好地完善我国的刑事立法规范。

[13] 中华人民共和国村民委员会组织法(试行)第2条.

[14] 中华人民共和国城市居民委员会组织法第3条.

家工作人员的各种物质待遇和福利，但在犯错误时却要按国家工作人员受到处罚，这是不公正的。(5)“两委”工作人员数量庞大，将其纳入国家工作人员范围，不仅会使刑法上其他条文所规定的相同的主体范围扩大，而且还会使刑法上其他条文所规定的相同的对象范围扩大，使刑法的处罚调整而出现意料不到的极大扩张。如新《刑法》第277条规定的妨害公务罪，其侵害的对象必须是正在依法执行职务的国家工作人员。据此，该犯罪也将扩大到阻碍“两委”组成人员正当履行职务的行为。这显然是违背了立法原意的。(6)当前“两委”工作人员确有一些严重腐败现象存在，但基层工作十分难做，一般不必动用刑罚来制裁这种腐败，可作其他处理。如果确有必要动用刑罚加以制裁，也不应以立法或者司法解释的方式将“两委”工作人员解释为国家工作人员，而应在刑法上单立条文作出专门的规定。

我们也不能同意折衷说。因为：(1)折衷说的实质还是在相当程度上主张肯定说，即将基层群众自治性组织的工作人员看成可以构成国家工作人员。虽然其在范围上略作了缩小，但基本思路并没有根本的变化。如果照此办案，仍将使国家工作人员的范围在司法实践中大为扩张。对此，我们在上述驳斥肯定说的七点理由中已经作了充分的论述。(2)折衷说主张根据“两委”成员所从事的工作性质来具体分析和认定其身份性质，是以反推的思维方式来进行推断。这不符合事物的逻辑关系。因为，行为人总是先要通过合法的途径获得国家工作人员的身份，然后才能利用这种身份及其该种身份所享有的特定的公权力去实施触犯刑法的危害行为。而不能以其行为的特征去反推其身份。如果这样去判案，就完全可能根据医生收受病人“红包”的行为去反推出该医生也具有国家工作人员的身份，进而构成受贿罪主体的错误结论。(3)在实践中，要根据行为的性质来反推其身份性质，往往在具体案件中也会存在着诸多困难。因为，有时未必就能准确地区分不同的行为性质。因而也就难以准确地认定不同的身份性质。比如，有人认为，修路、修桥、修渠、打扫卫生、审议宅基地、对社会治安维护、收取各种提留、种子的协调分配等，即可以说是受基层政府的委托而进行的管理活动，也可以说是其自治性组织内部的自治性管理活动。因此，如果硬要说“两委”组成人员在从事这类管理活动时就是国家工作人员，而在从事其他管理活动时就不是国家工作人员，也是令人难以信服的。

同样道理，我们也不能赞同将“两委”的同级党支部组成人员视为国家工作人员。总之，我们感到，将“两委”的组成人员及其同级党支部组成人员欲通过立法或者司法解释的形式包含在“国家工作人员”的概念中是不合适的。对国家工作人员的概念应当进行严格的限制，而不应任意地加以扩张解释。当然，如果考虑到“两委”组成人员及其同级党支部组成人员的某些受贿行为确实具有很严重的社会危害性，非得动用刑罚加以制裁的，应当而且只能通过修订刑法的形式来弥补刑法上的疏漏，即通过增订上述人员受贿犯罪的有关条款来加以完善，而不应通过立法或者司法解释的方式来加以弥补。因为，通过任何一种解释的方式都将造成国家工作人员概念范围的极度扩张，从而影响到刑法分则其他条款所规定的犯罪构成中主体要件或者对象要件发生预想不到的巨大扩张，最终将可能破坏整个刑法分则条文之间在罪与刑两个方面的内在统一与平衡，使“罪刑法定原则”成为空文。

网络上泄露涉密级考试答案的行为定性

中共绍兴市越城区纪委 王波永*

摘要：网络犯罪除了一般主体实施的普通刑事犯罪，还包括特殊主体国家工作人员或者国家机关工作人员实施的职务犯罪，而电子数据则无一例外均是网络犯罪的关键性证据类型，参照适用普通网络犯罪电子数据的法律规定。行为人在网络上购买涉密级考试答案后转卖考试答案的行为，同时符合故意泄露国家秘密罪与非法获取国家秘密罪，两者存在手段行为和目的行为的牵连关系，应当择一重罪从重处罚。

关键词：故意泄露国家秘密罪　非法获取国家秘密罪 牵连犯

一、案情简介

2011 年下半年，林某、徐某某、陈某某陆续开始买卖全国大学英语四、六级考试的试题及答案，后约定由林某出面向上家购买，费用均摊。林某通过网聊联系到汪某某，以每份全国大学英语四、六级试题及答案数百元不等的价格，向汪某某购买，汪某某将自己从网友处购买的全国大学英语四、六级考试试题及答案卖给了林某及他人，后林某再将上述试题及答案转卖给徐某某、陈某某。同时，林某，陈某某伙同黄某、乐某，徐某某伙同王某、曹某某共三个团伙分别大批量印制“CET 助考”、“金牌考试”、“诚信助考”等买卖全国大学英语四、六级考试答案的小广告，在绍兴、杭州等地高校校园内进行张贴，分别招揽生意向学生出售考试答案进行牟利，在 2011 年 12 月、2012 年 6 月全国大学英语四、六级考试前及考试过程中，汪某某等 8 人通过 QQ 群及 QQ 空间发布考试试题和答案，非法获利人民币数千元至数万元不等。经教育部考试中心鉴定，大学英语四、六级考试试题在考试开始前系机密级国家秘密，上述行为人故意泄露机密级国家秘密各 2 件以上。

二．分歧意见

*王波永，男，中共绍兴市越城区纪委，通讯地址：浙江省绍兴市越城区延安路 18 号越城区纪委，邮编：312000，联系电话：13867517735，17769888992。

对于在网络上购买涉密级考试答案后转卖考试答案的行为，分歧的焦点主要有以下几个方面：

（一）行为人的行为定性

第一种意见认为构成非法获取国家秘密罪。主要理由是：全国有类似司法案例的判决先例，一般均以非法获取国家秘密罪立案侦查，行为人购买大学英语四、六级考试答案后再转卖给考生，向考生有偿提供作弊设备，由考场外的人通过无线信号把考试答案发送到考场内，以收买的方法非法获取国家秘密，侵害的客体是国家对社会的管理活动，破坏了社会的正常秩序，应当构成非法获取国家秘密罪。

第二种意见认为构成故意泄露国家秘密罪。主要理由是：最高人民检察院《关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定》关于故意泄露国家秘密案规定，“……涉嫌下列情形之一的，应予立案……2、泄露机密级国家秘密 2 项（件）以上的……”。教育部考试中心出具的关于对公安部第十一局有关材料鉴定回复，大学英语四、六级考试试题在考试前系机密级国家秘密。行为人在 2011 年 12 月和 2012 年 6 月大学英语四、六级考试中泄露机密级国家秘密在 2 项以上，应当构成故意泄露国家秘密罪。

（二）罪数形态

第一种意见认为非法获取国家秘密罪和故意泄露国家秘密罪成立吸收犯。行为人将收买的国家秘密又泄露出去，属于吸收犯的情况，犯罪目的是把国家秘密转卖以谋取利益，收买考试答案的行为附属于转卖行为，主行为故意泄露国家秘密吸收从行为非法获取国家秘密，两罪属于吸收犯。

第二种意见认为非法获取国家秘密和故意泄露国家秘密罪成立牵连犯。行为人购买大学英语四、六级考试答案以及转卖考试答案是两个独立的行为，以实施一个犯罪为目的，不存在主从行为之分，两个独立的行为分别触犯不同的罪名，属于手段行为和目的行为的关系，两罪属于牵连犯。

第三种意见认为非法获取国家秘密罪和故意泄露国家秘密罪数罪并罚。行为人买卖大学英语四、六级考试答案的行为具有两个独立的犯意，两罪分别规定在《刑法》不同的章节中，侵害了不同的法益，购买行为和转卖行为分别符合非法获取国家秘密罪和故意泄露国家秘密罪的构成要件，不属于单独的一罪，应当数

罪并罚。

三、评析意见

行为人买卖大学英语四、六级考试试题及答案的行为常见于公安机关以非法获取国家秘密罪立案侦查，且在考前发布的考试试题及答案往往是不真实的，通常由考生按照要求购买作弊设备，由非法获取考试答案的行为人在考试期间通过发射器向购买考试答案的考生发送答案。在本案中，行为人均系买卖大学英语四、六级考试答案的“中间人”，通过在考试前及考试期间把考试试题和答案卖给考生赚取收益，本案的争议焦点即是在找不到泄题“源头人”的情况下，买卖考试答案的“中间人”的行为定性及罪数形态的判断。

（一）行为人的行为定性

1、行为人的行为符合故意泄露国家秘密罪的构成要件。在 2011 年 12 月和 2012 年 6 月大学英语四、六级考试中泄露机密级国家秘密在 2 项以上，依据最高人民检察院《关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定》关于故意泄露国家秘密案规定，行为人的行为符合故意泄露国家秘密罪的立案标准。

一是故意泄露国家秘密罪犯罪主体是一般主体，包括非国家机关工作人员。故意泄露国家秘密罪在《刑法》第九章渎职罪中规定。《刑法》第三百九十八条关于故意泄露国家秘密罪规定，国家机关工作人员违反保守国家秘密法的规定，故意泄露或者过失泄露国家秘密，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。非国家机关工作人员犯前款罪的，依照前款的规定酌情处罚。行为人均非故意泄露国家秘密的“源头人”，不是国家机关工作人员，也非国家工作人员，依据《刑法》的相关规定，非国家机关工作人员故意泄露国家秘密的，比照国家机关工作人员的规定定罪处罚，故行为人满足故意泄露国家秘密罪的主体条件。

二是行为人泄露机密级国家秘密 2 项以上，符合故意泄露国家秘密罪的立案标准规定。最高人民检察院于 2005 年 12 月 29 日通过的《关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定》是渎职犯罪案件的主要法律渊源，规定了渎职侵权犯罪案件的具体立案标准，其中，关于故意泄露国家秘密案中规定，“……涉嫌下列情形之一的，应予立案……2、泄露机密级国家秘密 2 项（件）以上的……”。教育部考试中心出具的关于对公安部第十一局有关材料鉴定的回复指出，“大学

英语四、六级考试试题在考试前系机密级国家秘密”；关于对大学英语四、六级考试试卷提出密级鉴定意见的复函（教密办函【2003】2 号）亦同时规定，“全国大学英语四、六级考试试卷在考试前属于国家秘密，且在考试前系机密级国家秘密”。根据相关文件，机密级国家秘密的时间限制为大学英语四、六级考试开始前，内容限制为发布的考试试题，至于发布的考试答案是否为机密级国家秘密则存在争议，规范性试文件及批复中并未予以明确界定。行为人在大学英语四、六级考试开始前一天即开始发布大学英语四、六级考试试题和答案，通过对行为人发布的考试试题、答案和标准试题、答案比对，考试开始前一天发布的试题和答案的正确率不高，但考前一个小时或者半个小时发布试题和答案部分正确率比较高，考试过程中发布的试题和答案的正确率接近百分之七十，具体索定到考试开始前，2011 年 12 月大学英语四级考试、六级考试和 2012 年 6 月大学英语六级考试的作文题试题与标准试题一致，大部分翻译试题和答案与标准试题和答案一致，其它部分选项的答案与标准答案一致。以每次举行的大学英语四级或者六级考试为一个单位，行为人在 2011 年 12 月的大学英语四级考试、六级考试和 2012 年 6 月的大学英语六级考试的考试开始前发布正确的作文题、翻译题的考试试题，泄露机密级国家秘密 3 项，符合“泄露机密级国家秘密在 2 项以上”的立案标准。

三是教育部考试中心出具的密级鉴定意见具有法律上的效力。故意泄露国家秘密罪的其中一个构成要件是国家机关工作人员或者非国家机关工作人员违反保守国家秘密法，国家秘密的密级分为绝密、机密、秘密三级，国家保密行政管理部门主管全国的保密工作。《中华人民共和国保守国家秘密法》规定，国家秘密及其密级的具体范围，由国家保密行政管理部门分别会同外交、公安、国家安全和其他中央有关机关规定。2001 年 7 月 9 日教育部、国家保密局联合发文《教育工作中国家秘密及密级具体范围的规定》（教密[2002]2 号），其中第四条规定，高等教育承担国家涉密工程科研项目和课题，以及经省部级以上批准立项的涉密科研项目和课题，其密级按主管部门确定的秘密或国家科技保密规定执行；教育工作中涉及其他部门或行业的国家秘密事项，其秘密按有关部门的保密范围确定；对是否属于国家秘密和何种密级的不明确事项，由教育部确定；即教育工作中除第四条第一款的情形外的其它涉及教育工作中的国家

秘密事项，由教育部确定国家秘密的密级，文件中同时也确定了教育工作中绝密级事项、机密级事项、秘密级事项的具体范围，“国家教育省级统一考试在启用之前的试题（包括副题）、参考答案和评分标准”属于机密级事项，因此，教育部考试中心出具的密级鉴定回复函具有法律上的效力，可作为确定国家秘密密级的重要依据。

2、行为人的行为亦符合非法获取国家秘密罪的构成要件。非法获取国家秘密罪在《刑法》第六章妨害社会管理秩序罪中规定，《刑法》第二百八十二条关于非法获取国家秘密罪规定，以窃取、刺探、收买方法，非法获取国家秘密的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。非法获取国家秘密罪的犯罪主体是一般主体，行为人以金钱的有偿方法，向网友购买大学英语四、六级考试试题和答案后向考生进行出卖，非法获取国家秘密，构成非法获取国家秘密罪。

（二）罪数形态

笔者认为，行为人购买大学英语四、六级考试答案后转卖考试答案的行为，存在手段行为和目的行为的牵连关系，分别触犯不同的罪名，应当“择一重罪从重处罚”。

1、行为人的行为是手段与目的的牵连犯。牵连犯，是指犯罪的手段行为或结果行为，与目的行为或原因行为分别触犯不同罪名的情况。[1]罪数形态的判断是一罪还是数罪并不以行为人侵犯的是同种法益还是数种不同的法益为依据，在貌似数罪实为一罪的情况中，行为人的同一行为有可能构成不同的罪名，而数罪分别规定在《刑法》不同的章节中，即侵犯了不同的法益，我们认为，在这种情况中，除非法律有特别规定，一般不对行为人的行为实行数罪并罚。依据我国的传统观点认为，吸收犯存在三种情况，重行为吸收轻行为、实行行为吸收预备行为、主行为吸收从行为。牵连犯和吸收犯即有交叉又有区别[2]，吸收犯的一个犯罪行为为另一个犯罪行为吸收后便失去了独立存在的意义，仅有一

[1]张明楷：《刑法原理》，商务印书馆 2011 年版，第 426 页。

[2]应将吸收犯中的重行为吸收轻行为的情形纳入牵连犯中，而将吸收犯限于两种情形：一是主行为吸收从行为，主要是在共同犯罪中，组织行为吸收实行行为、帮助行为，实行行为吸收教唆行为、帮助行为。二是实行行为吸收非实行行为，主要是既遂行为吸收未遂行为、预备行为，未遂行为吸收预备行为。参见高铭暄，叶良芳：《再论牵连犯》，载《现代法学》，2005 年第 27 卷第 2 期。

个犯罪形态的罪名，吸收犯和牵连犯均为拟制的一罪，我们认为，行为人非法获取国家秘密后又实施泄露行为的情形相比吸收犯更符合牵连犯的罪数形态。

一是行为人是基于一个犯罪目的[3]。行为人的犯罪目的是以牟利为目的买卖大学英语四、六级考试答案，购买考试答案的终极目的为卖出考试答案，其需要通过把国家秘密泄露出去被不应知悉者知悉以谋取利益。

二是具有两个以上的、相对独立的行为。买进及卖出大学英语四、六级考试答案是两个相对独立的社会行为，不具有从属、附从的关系，两个独立的行为分别触犯了不同的罪名，符合不同罪名的构成要件，前者构成非法获取国家秘密罪，后者构成故意泄露国家秘密罪。

三是两个独立行为之间具有牵连关系，行为人实施的两个危害社会行为之间具有手段与目的或原因和结果的内在联系。行为人买卖大学英语四、六级考试答案具有手段行为和目的行为的内在关系，购买大学英语四、六级考试答案是手段行为，用于实施卖出大学英语四、六级考试答案以牟取暴利的目的行为，两者具有内在的牵连性，行为人主观上具有牵连的意思，在客观上具有通常的方法或结果关系。[4]

2、牵连犯的“择一重罪”适用故意泄露国家秘密罪。对于牵连犯，《刑法》分则有特别规定的，应当适用特别规定定罪处罚；《刑法》分则没有规定的，按照择一重罪从重处罚的原则处理；在《刑法》规定的法定刑种及幅度都相同的情况下，可以通过法定刑适用方式的不同来比较法定刑的轻重。[5]在司法实务中，对于《刑法》分则没有特别规定的牵连犯，“择一重罪从重处罚”的原则是一种比较成熟通用的刑法理论，即选择行为人行为所触犯的法条中规定的法定刑较重的法条定罪从重处罚。非法获取国家秘密的法定刑是三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利，情节严重的，三年以上七年以下有期徒刑；故意泄露国家秘密罪的法定刑是三年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，三年以上七年以下有期徒刑。两罪中情节严重的法定刑相同，普通情节

[3]多数学者的观点认为，牵连犯的其中一个条件是必须出于一个犯罪目的，张明楷教授认为行为人主观上很有可能具有多个犯罪目的，主观故意形态也有多种，“一个犯罪目的”并不能包括牵连犯目的犯的目的的情形。本案中行为人的行为终极目的只有一个，即转卖考试答案谋取暴利，不存在多个犯罪目的，我们把“出于一个犯罪目的”列为牵连犯的一个条件。

[4]高铭暄，马克昌：《刑法学》第二版，北京大学出版社 2005 年版，第 209 页。

[5]转引自刘德权：《最高人民法院司法观点集成（五）刑事卷》，人民法院出版社 2010 年版，第 221 页。

法定刑的最高刑期相同，区别在于故意泄露国家秘密罪未规定“管制、剥夺政治权利”的刑罚类型。最高人民法院《关于适用刑法第12条几个问题的解释》（法释[1997]12号）第一条规定，刑法第十二条规定的……法定刑较轻是指法定最高刑较轻，如果法定最高刑相同，则指法定最低刑较轻；第二条规定，如果刑法规定的某一犯罪有两个以上的法定刑幅度，法定最高刑或法定最低刑是指具体犯罪行为应当适用的法定刑幅度的最高刑或者最低刑。行为人的行为不适用情节严重的法定刑幅度，法定刑不仅仅指主刑，当然也包括附加刑，在法定最高刑相同的情形下，非法获取国家秘密罪的“三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利”显然比故意泄露国家秘密罪的“三年以下有期徒刑或者拘役”的法定最低刑要低，两罪相比较，“择一重罪”的应为故意泄露国家秘密罪。

论“间接委派”国家工作人员的身份认定

——以实质要件为视角

浙江泽大律师事务所　周辛艺　陈明杰*

内容摘要：国家工作人员的身份认定一直是我国刑事案件审判工作中的难点，也是刑法学界研究的热点。在我国司法实践和理论研究中，对“间接委派”国家工作人员的身份认定，主要集中在形式要件的讨论上，一般情况下，只要行为人的身份符合形式要件，就认定行为人为国家工作人员。但是，对犯罪概念的认定应当强调实质原则，只有着眼于实质层面，才能防止认定流于形式，确保认定结果的准确性。因此，本文将形式和实质相结合，从实质要件入手，结合相关案例，从代表性和公务性两个方面论述“间接委派”国家工作人员的认定。

关键词：国家出资企业　间接委派　国家工作人员　实质要件

一直以来，国家工作人员的身份认定是我国刑事案件审判工作中的难点，也是刑法学界研究的热点。2010年，最高人民法院、最高人民检察院发布的《关于办理国家出资企业中职务犯罪案件具体应用法律若干问题的意见》（以下简称“意见”），新增了“间接委派”国家工作人员这一类别，使得国家工作人员的认定更加复杂。

近年来，笔者担任多起职务类犯罪案件的辩护人，对国家工作人员认定进行了大量的实务和理论研究，发现在我国司法实践和理论研究中，对“间接委派”国家工作人员的身份认定存在内在的逻辑矛盾。一方面，多数学者和法官认为代表性是认定国家工作人员身份的首要特征；另一方面，认为代表性的界分功能极弱[1]，并将认定的重点集中在形式要件讨论上，一般情况下，只要行为

* 周辛艺，女，浙江泽大律师事务所刑事业务部主任、高级合伙人。陈明杰，男，浙江泽大律师事务所刑事业务部律师助理。

[1] 参见陈兴良：《国家出资企业国家工作人员的范围及其认定》，载《法学评论》2015年第4期。

人的身份符合形式要件，就认定行为人为国家工作人员[2]。

相比于“非委派”国家工作人员，“间接委派”国家工作人员没有“委派”就没有国家工作人员身份，因此，“委派”是认定“间接委派”国家工作人员的核心和关键。但是，犯罪概念的界定更强调实质原则，过分的重形式轻实质会导致认定结果失准，有违刑法的公平正义。

一、认定国家工作人员应是形式和实质的结合和统一

根据《意见》第六条的规定，认定“间接委派”国家工作人员主要包括以下两个要件：

第一，经国家出资企业中负有管理、监督国有资产职责的组织批准或者研究决定，即履行相应的委派手续，此为形式要件；

第二，代表上述组织在国有控股、参股公司及其分支机构中从事组织、领导、监督、经营、管理工作的人员，即具有代表性和公务性，此为实质要件。

表面上看，委派和代表性、公务性是认定国家工作人员身份的两个层面。事实上，委派是代表性的形式表现，代表性则是委派的内在要求[3]，离开代表性探讨委派，难免流于形式，离开委派探讨代表性则如无根之木，缺乏讨论基础。因此，形式要件和实质要件不是国家工作人员认定的两个层面，而是彼此统一，不可分割的。因此，笔者抛开单纯的形式要件，将委派和代表性相结合，从代表性的视角探讨委派应符合的主体和程序要求，从实质上论述“间接委派”国家工作人员的认定，以期更加准确把握其本质特征。

二、代表性是认定国家工作人员的首要特征

代表性是指作为授权方的负有管理、监督国有资产职责的组织，与作为被授权方的国家工作人员，通过批准、决定等方式，认可被授权方所实施法律行为的法律效果，并将这种法律效果最终归属于国家。[4]也就是说，“间接委派”国家工

[2] 参见宋涛非国家工作人员受贿案，刑事审判参考指导案例第 959 号 总第 97 集。

[3] 参见刘为波：《〈关于办理国家出资企业中职务犯罪案件具体应用法律若干问题的意见〉的理解与适用》，载最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办：《刑事审判参考》（第 77 集），法律出版社 2010 年版，第 133 页。

[4] 参见李培光贪污、挪用公款案，刑事审判参考指导案例第 1016 号 总第 99 集。

作人员系代表负有管理、监督国有资产职责的组织从事工作。

事实上，在国家出资企业中，具有相同职位和职权的人员，如果未受适格主体委派，尽管从事着相同的公共管理事务，也因不符合代表性要件而不属于国家工作人员[5]。因此代表性是认定“间接委派”国家工作人员身份的首要特征。

（一）委派主体适格是代表性的首要条件

“间接委派”国家工作人员不同于一般的国家工作人员，其国家工作人员身份的来源不是其职位和职权，而是委派主体。因此，委派主体适格是代表性的首要条件。

根据《意见》第六条的规定，委派主体应为国家出资企业中负有管理、监督国有资产职责的组织。关于何为国家出资企业中负有管理、监督国有资产职责的组织，主要有两种不同的意见：一种意见认为，负有管理、监督国有资产职责的组织主要指国家出资企业的上级或本级党委和党政联席会；另一种意见认为负有管理、监督国有资产职责的组织，不仅包括国家出资企业中党委和党政联席会，还包括股东（大）会、董事会、监事会。

1、股东（大）会、董事会、监事会不是适格的委派主体

笔者认为，国家出资企业中的股东（大）会、董事会、监事会不能认定是适格的委派主体。根据《公司法》的规定，股东（大）会是公司的权力机构，董事会是公司经营活动的决策机构，监事会则是对公司的经营活动进行监督和检查的机构，上述机构对整个国家出资企业的资产负有监督、管理的职责，而不是仅对国有资产负有管理、监督的职责，也就是说，股东（大）会、董事会和监事会代表公司意志，而非负有管理、监督国有资产职责的组织的意志[6]。此外，《意见》第六条已对刑法的规定进行了扩大解释，对其理解和适用应当从严把握。如果，认定国家出资企业中的股东（大）会、董事会、监事会是适格的委派主体，将导致政企不分和国家工作人员认定的宽泛化。因此，笔者认为应将国有出资企业中的股东（大）会、董事会、监事会排除在负有管理、监督国有资产职责的组织的

[5] 参见曲新久：《论刑法中的“国家工作人员”——“两类”、“四种”区别对待》，载《北大法律评论》，第 15 卷第 2 辑。

[6] 前引①。

范围之外。

2、本级或者上级党委或党政联席会是适格的委派主体

在宋涛非国家工作人员受贿案[7]中，法院认为，负有管理、监督国有资产职责的组织一般是指上级或者本级国家出资企业领导部门和联席会议，而国家出资公司的股东会、董事会、监事会，包括公司的人事组织部门，均不是适格的任命主体。

事实上，党委或党政联席会在我国被认为是代表国家在国家出资企业中行使管理、监督的职责。一般情况下，国家出资企业设有党委或党政联席会，并由本级或者上级党委或党政联席会决定人事任免。认定国家出资企业的上级或本级党委和党政联席会是负有管理、监督国有资产职责的组织，反映了国家出资企业经营管理的实际情况，且可以保证认定范围准确和内敛[8]。

因此，负有管理、监督国有资产职责的组织主要是指上级或者本级国家出资企业内部的党委、党政联席会，而不包括国家出资公司的股东（大）会、董事会和监事会。

（二）委派程序的完整性和严格性是代表性的重要条件

部分学者认为，如果行为人从事国有资产的监督、管理工作，仅因为缺少程序要件，就不以国家工作人员论，不利于国有资产的保护。因此，只要适格主体对行为人进行了委派，委派方式和程序如何不影响国家工作人员的认定[9]。笔者认为，上述观点缺乏合理性，理由如下：

1、 国有资产的监督、管理义务由委派产生，严格履行委派程序符合刑法公平正义的要求

国家出资企业中从事组织、领导、管理工作的人员所从事的工作性质并无本质区别，区别在于他们是否具有“受委派”的身份。也就是说，在职位和职权相同的情况下，行为人因为“受委派”增加了国有资产监督、管理的义务，而这种

[7] 前引②。
[8] 前引③。
[9] 前引②。

委派是单方面的，不受行为人控制的，因此委派主体负有充分、明确的明示义务，让行为人和利益相关主体知悉行为人的国家工作人员身份。

现实中，国家出资企业一般会制定严格的委派程序，包括集体讨论人选，任前公示、办理任用手续，任职谈话和廉政谈话，签订廉洁从业承诺书等，这一系列手续即是对行为人负有国有资产的监督、管理义务充分、明确的明示。如果不履行上述程序，则认定行为人是否为国家工作人员受委派主体的控制，具有任意性，有违刑法公平正义原则，因此履行完整、严格的委派程序有其必要性。

2、严格履行委派程序符合刑法谦抑性的要求

我国《刑法》并未规定“间接委派”国家工作人员，《意见》第六条规定是对国家工作人员的扩大解释，因此对其适用应当更加谨慎。如果认定未经严格委派程序的行为人为非国家工作人员，仍可以职务侵占罪等罪名对其进行规制，不会因此导致国有资产的流失；反之，则可能扩大打击范围，有违谦抑性原则。

在梁某某非国家工作人员受贿案[10]中，虽然聘任通知上写明经省行党委审议通过，但法院认为这是一次性对该行所有相同类别人员的聘任，只是一种“走形式”，并无实际意义，不能将其视为“经国家出资企业中负有管理、监督国有资产职责的组织批准或者研究决定”的表现形式，否则将会造成实践中对“间接委派”国家工作人员认定范围的不当扩大。

因此，笔者认为委派程序的完整性和严格性是代表性的重要条件，未严格履行委派程序的行为人不能认定为“间接委派”国家工作人员。

二、公务性是认定“间接委派”国家工作人员的重要条件

公务是对公共事务进行管理，主要体现为代表国有出资人对国有资产运营进行组织、领导、监督、经营、管理，确保国有资产不会流失，并实现国有资产的保值、增值。

第一，公务是具有管理性和职权性的事务，其区别于劳务，不是一般的技术性、业务性的事务。从事劳务的人员不是国家管理意义上的管理者，如果行为人

[10] 参见梁某某非国家工作人员受贿案，海南省第一中级人民法院（2014）海南一中刑终字第269号刑事判决书。

的活动不具备职权内容，如搬运工、售票员等从事的工作，一般不认为是公务[1]。

第二，在国家出资企业中，即使是相同职务，在不同的公司结构中权限也有很大差别，重要的职务不一定是公务。因此，认定是否从事公务，不可一概而论，而应该围绕“公务”的基本特性，看其对国有财物是否具有一定的管理支配权。如一般的董事和执行董事的职权具有较大差别，根据《公司法》的规定，董事会享有公司的经营决策权，但是董事会实行集体决策制，董事对公司经营管理仅享有表决权，无具体经营管理职权，无论董事职务是否重要，均不能仅仅因行为人担任董事职务认定其从事公务。而执行董事则因其个人即享有公司的经营决策权，可认定其对国有财物具有一定的管理支配权，属于公务行为。

综上所述，在“间接委派”国家工作人员的认定中，应将形式层面和实质层面相结合，从实质要件即代表性和公务性着手，结合案情综合判断。

贪污贿赂犯罪新修正述要

中国计量大学法学院 周振晓*

2015年8月29日第十二届全国人民代表大会常务委员会第十六次会议通过了《中华人民共和国刑法修正案（九）》[以下简称《修正案（九）》]，该修正案已经从2015年11月1日起开始实施。截止到目前为止的总共九个刑法修正案中，《修正案（九）》的条文数量是最多的，共有五十二条（除了第五十二条是关于生效时间的规定以外，其他条文均涉及实质性的修正内容），比《刑法修正案（八）》的五十条还略多一些。《修正案（九）》修正的内容很广泛，涉及到刑法总则和分则方面的内容。由于贪污、贿赂犯罪是常见多发的犯罪，也是惩贪、惩贿、反腐涉及的主要罪名，一直是刑法处罚的重点犯罪。因此本文仅仅以《修正案（九）》对贪污、贿赂犯罪的修正为内容进行概述。

一、《修正案（九）》对贪污罪的修正

[1] 参见温登平：《论国有控股、参股公司中国家工作人员的认定》，《山东警察学报》2015年第2期。

*周振晓，中国计量大学法学院教授。

《修正案（九）》对贪污罪的修正有以下三个方面的内容。

（一）对贪污罪法定刑的修正

《修正案（九）》对第382条贪污罪的罪状没有修改，而对第383条贪污罪的法定刑则做了比较大的修改。

（1）修改了贪污罪的法定刑的梯度

按照1997年修订的刑法典的规定，贪污罪的法定刑（主刑）的梯度包括这样四档：（一）十年以上有期徒刑或者无期徒刑；死刑。（二）五年以上有期徒刑；处无期徒刑。（三）一年以上七年以下有期徒刑；七年以上十年以下有期徒刑。（四）二年以下有期徒刑或者拘役。 这个规定的特点之一是：法定刑的梯度是按照由重到轻的顺序来排序的，其立法目的是为了从立法上体现出对贪污罪和受贿罪的严厉惩处。特点之二是：法定刑的轻重梯度之间有重合，而不是轻重梯度紧密衔接。如第（二）档是“五年以上有期徒刑”，第（三）档则是“一年以上七年以下有期徒刑”。

《修正案（九）》将贪污罪的法定刑调整修改为这样三档：（一）三年以下有期徒刑或者拘役。（二）三年以上十年以下有期徒刑。（三）十年以上有期徒刑或者无期徒刑；无期徒刑或者死刑。从中可以看出：贪污罪的法定刑（主刑）的梯度已经由原来的四档减少为三档了，并且，其法定刑的梯度排序，也不再是按照由重到轻的顺序来排列，而是与其他绝大数的罪名一样，也是按照由轻到重的顺序来排列了。同时，法定刑的轻重梯度之间也基本上是紧密衔接的，减少了相互之间的重合部分。

（2）修改了贪污罪的定罪量刑标准

（A）修改了贪污罪的定罪标准

按照刑法原来的规定，贪污行为构成犯罪的标准是：“个人贪污数额不满五千元，情节较重的”；如果个人贪污数额不满五千元，情节较轻的，则不构成贪污罪，仅仅是“由其所在单位或者上级主管机关酌情给予行政处分”。（在司法实践中一般是掌握在个人贪污数额达到五千元的，可以构成贪污罪。当然在一些地区，贪污罪的这个定罪的数额标准实际上又已经是大大提高了的。）

《修正案（九）》对贪污罪的定罪标准则修改为“贪污数额较大或者有其他

较重情节”，删除了原来采用的以具体贪污数额为主要内容的定罪标准。

（B）修改了贪污罪的量刑标准

按照刑法原来的规定，在贪污罪的量刑标准中，采用了具体数额的标准（有时是采用“具体数额+概括情节”的标准）。量刑的具体的数额标准分别有这样几种情况：（一）个人贪污数额在十万元以上的。（二）个人贪污数额在五万元以上不满十万元的。（三）个人贪污数额在五千元以上不满五万元的。个人贪污数额在五千元以上不满一万元。（四）个人贪污数额不满五千元（情节较重）的。

笔者认为，在刑法条文中明确规定对贪污罪定罪量刑的贪污的具体的数额标准，应该承认也是有其意义的。它可以在一定程度上达到统一对贪污罪的定罪量刑标准，也可以相对有效地防止出现徇私枉法的情形。

《修正案（九）》已经将贪污罪的量刑标准由原来的“具体数额”或者“具体数额+概括情节”的标准修改为更加灵活和更有弹性的“概括数额或者概括情节”标准：（一）贪污数额较大或者有其他较重情节的。（二）贪污数额巨大或者有其他严重情节的。（三）贪污数额特别巨大或者有其他特别严重情节的；数额特别巨大，并使国家和人民利益遭受特别重大损失的。

《修正案（九）》这样的修改，实际上是把定罪量刑的具体标准“让渡”给了最高人民法院和最高人民检察院。由“两院”通过司法解释来确定具体的数额标准和其他情节标准。司法机关的自由裁量权更大了。严格地讲，这并不一定是最好的修改方式。特别是如果欠缺真正的司法公开和透明、欠缺真正有效的对司法的监督、欠缺真正的独立审判，那么在对贪污罪、受贿罪定罪量刑上出现徇私枉法、干预司法的情况就难以避免，甚至会严重化。而这是应该引起警惕的。

（C）提高了对贪污罪适用死刑的标准

按照刑法原来的规定，对贪污罪适用死刑的规定是：个人贪污数额在十万元以上，情节特别严重的，处死刑。其适用死刑的数额起点较低，“十万元以上”，如果“情节特别严重的”，就可以适用死刑。最典型的案例是对发生在1999年1月4日的重庆綦江虹桥垮塌案的涉案人綦江县委原副书记林世元的判决。一审法院认定林世元犯受贿罪（受贿11万元），情节特别严重，判处死刑，剥夺政治权利终身。重庆市高级人民法院二审审理后认为，林世元犯罪情节特别严重，论罪应当判处死刑。但因其在二审期间检举揭发綦江县委原书记张开科受贿线索经查

证属实，有重大立功表现，依法可从轻处罚，故以受贿罪改判为死刑，缓期二年执行，剥夺政治权利终身。

当然，近些年来，受贿数额超过亿元而没有被判处死刑的案件也已经多起来了。如周永康受贿共计折合人民币1.29772113亿元，2015年6月11日，天津市第一中级人民法院对周永康案进行了一审宣判，对周永康所犯受贿罪，也只是判处无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人财产。

《修正案（九）》实际上是提高了对贪污罪适用死刑的标准。必须是“贪污数额特别巨大，并使国家和人民利益遭受特别重大损失的，处无期徒刑或者死刑”。按照最高人民法院、最高人民检察院《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》（自2016年4月18日起施行）第三条的规定，贪污或者受贿数额在三百万元以上的，应当认定为刑法第三百八十三条第一款规定的“数额特别巨大”，依法判处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。该解释第四条规定：贪污、受贿数额特别巨大，犯罪情节特别严重、社会影响特别恶劣、给国家和人民利益造成特别重大损失的，可以判处死刑。可见，按照《修正案（九）》及最新司法解释的规定，对贪污罪（包括受贿罪）适用死刑的标准已经大大提高了。

（D）增加规定了罚金

按照刑法原来的规定，贪污罪规定的法定刑的附加刑中只规定有没收财产（“可以并处没收财产”或者是“并处没收财产”）。经过《修正案（九）》的修正，贪污罪规定的三档法定刑中均增加规定了“并处罚金”。这表明立法者要求司法机关重视发挥罚金在处罚贪污罪中的特有的作用。

（二）对贪污罪规定了法定的从宽处罚的情节

刑法原来的规定中也有针对贪污罪的从宽处罚的特别规定，不过其适用范围仅仅限定于“个人贪污数额在五千元以上不满一万元”的人。其适用条件是“犯罪后有悔改表现、积极退赃”，从宽处罚的幅度是“可以减轻处罚或者免予刑事处罚，由其所在单位或者上级主管机关给予行政处分。”

刑法原来还规定了不构成犯罪的情形。即：“个人贪污数额不满五千元”并且“情节较轻的，由其所在单位或者上级主管机关酌情给予行政处分。”

在《修正案（九）》中，则扩大了针对贪污罪的法定的从宽处罚的情节和适用范围。这些从宽处罚的情节包括：“在提起公诉前如实供述自己罪行、真诚悔

罪、积极退赃，避免、减少损害结果的发生。”按照《修正案（九）》的这个规定，这些法定的从宽处罚的情节必须是在“提起公诉前”出现，如果在提起公诉之后形成，则不符合这里的规定（当然可能是酌定从宽处罚的情节）。其适用范围则是区分为两类情况分别适用不同的从宽处罚。具有前述法定的从宽处罚的情节，如果是适用第一档法定刑的（贪污数额较大或者有其他较重情节的），那么“可以从轻、减轻或者免除处罚”；如果是适用第二档、第三档法定刑的（贪污数额巨大或者有其他严重情节。贪污数额特别巨大或者有其他特别严重情节的；数额特别巨大，并使国家和人民利益遭受特别重大损失的。）那么仅仅是“可以从轻处罚”。

在《修正案（九）》中也删去了原来刑法中专门对贪污罪的关于“由其所在单位或者上级主管机关酌情给予行政处分”的规定。

（三）贪污罪适用死缓在减为无期徒刑后可以终身监禁

在《修正案（八）》（自 2011 年 5 月 1 日起施行）中，已经将刑法总则第 50 条做了修改，其中一项内容是增加了对被判处死刑缓期执行的某些特定的犯罪分子可以同时决定对其限制减刑。即：“对被判处死刑缓期执行的累犯以及因故意杀人、强奸、抢劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物质或者有组织的暴力性犯罪被判处死刑缓期执行的犯罪分子，人民法院根据犯罪情节等情况可以同时决定对其限制减刑。”人民法院依照刑法第 50 条第二款规定限制减刑的死刑缓期执行的犯罪分子，缓期执行期满后依法减为无期徒刑的，不能少于二十五年，缓期执行期满后依法减为二十五年有期徒刑的，不能少于二十年。

在《修正案（九）》中，针对贪污罪还特别规定了某种情况下不得减刑、假释。即：犯贪污罪被判处死刑缓期执行的，人民法院根据犯罪情节等情况可以同时决定在其死刑缓期执行二年期满依法减为无期徒刑后，终身监禁，不得减刑、假释。

这种规定当然不是增加一个新的刑种，它只是针对贪污罪被适用死缓的犯罪分子在具体执行中的一个特殊的规定。如果没有这个不得减刑、假释的限制，死缓期满减为无期徒刑后，还可能又再次得到减刑、或者得到假释，从而犯罪分子实际关押的期限将不会很长，前后刑罚的轻重的落差过大，《修正案（九）》新增加对其终身监禁，不得减刑、假释的规定，有助于缩小前后刑罚的轻重落差过大

的问题。

从客观效果上看，《修正案(九)》新增加的对贪污罪的死缓减为无期徒刑后终身监禁的规定，相当于是在介于死刑立即执行与一般死缓之间增加了一种新的执行措施，它主要适用那些判处死刑立即执行过重，适用一般死缓又偏轻的特别重大的贪污罪犯。需要注意的是，在法院做出死缓裁判的同时，就应当一并做出终身监禁，不得减刑、假释的决定，而不是等到死缓执行期间届满后再视情况而定。并且也不受执行期间表现好坏的影响。

二、《修正案（九）》对受贿罪的修正

由于刑法第三百八十六条规定：对犯受贿罪的，根据受贿所得数额及情节，依照刑法第三百八十三条（贪污罪）的规定处罚。索贿的从重处罚。因此，《修正案（九）》对贪污罪的处罚方面的修正，同时也就是对受贿罪的处罚的修正，《修正案（九）》的这些修正内容同样也适用于受贿罪。

三、《修正案（九）》对行贿罪的修正

《修正案(九)》对行贿罪的罪状没有修改，对行贿罪的处罚则有以下两方面的修改。

（一）增设罚金

按照刑法原来的规定，对行贿罪的处罚的三档法定刑中，仅仅是在第三档法定刑中规定“可以并处没收财产”。在《修正案(九)》中，对行贿罪的处罚的三档法定刑中均增设了“并处罚金”。这表明对犯行贿罪的，既要判处主刑，又要判处罚金。

（二）增加了“使国家利益遭受特别重大损失” 这个量刑情节

在《修正案(九)》中，对犯行贿罪的处罚的第三档法定刑（处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产）中，除了保留原来规定的“情节特别严重的”之外，还增加列举了并列的一个量刑情节“或者使国家利益遭受特别重大损失”，如果有这个情节的，也要适用第三档法定刑。

（三）修改了对行贿人特定自首处罚的从宽幅度

行贿人在被追诉前主动交待行贿行为的行为，可以被称为“特定自首”，即适用于特定犯罪的自首。按照刑法原来的规定，“行贿人在被追诉前主动交待行贿行为的，可以减轻处罚或者免除处罚。”在《修正案(九)》中，则修改为：“行贿人在被追诉前主动交待行贿行为的，可以从轻或者减轻处罚。”即：一般情况下只是可以从轻或者减轻处罚，而不可以免除处罚。只有是其中犯行贿罪犯罪较轻的，对侦破重大案件起关键作用的，或者有重大立功表现的，可以减轻或者免除处罚。可见可以减轻或者免除处罚的适用条件是有所限制的。不过，对这里的适用条件如何理解是可能会有不同的解读的。一种理解是：“犯罪较轻的”，“对侦破重大案件起关键作用的”，“或者有重大立功表现的”，这里的三者是并列关系，行贿人在被追诉前主动交待行贿行为的，只要符合其中一种情形，就可以减轻或者免除处罚。另外一种理解则是：在“犯罪较轻的”大前提下，行贿人在被追诉前主动交待行贿行为“对侦破重大案件起关键作用的”，或者行贿人在被追诉前主动交待行贿行为又“有重大立功表现的”，才可以减轻或者免除处罚。这两种理解的关键性区别在于：是否必须是行贿罪的犯罪较轻的才适用。我的理解是三者是并列关系而非递进关系。理由是：这个规定与刑法总则第六十七条中关于自首、第六十八条关于立功的处罚原则的规定是基本相对应的。

四、《修正案（九）》增设了 “对有影响力的人行贿罪”

《修正案(九)》在刑法第三百九十条后增加一条，作为第三百九十条之一，该条的罪名是：对有影响力的人行贿罪。这是在贿赂犯罪中新增设的一个罪名。

对有影响力的人行贿罪，是指为谋取不正当利益，向国家工作人员的近亲属或者其他与该国家工作人员关系密切的人，或者向离职的国家工作人员或者其近亲属以及其他与其关系密切的人行贿的行为。

（一）本罪的犯罪客体是国家对国家工作人员（包括离职的国家工作人员）及其近亲属和其他密切关系人的廉洁性要求。

（二）本罪的犯罪客观方面表现为行为人为谋取不正当利益，向国家工作人员的近亲属或者其他与该国家工作人员关系密切的人，或者向离职的国家工作人

员或者其近亲属以及其他与其关系密切的人行贿。行贿的对象必须是这样五种人：（1）国家工作人员的近亲属；（2）其他与该国家工作人员关系密切的人；（3）离职的国家工作人员；（4）离职的国家工作人员的近亲属；（5）其他与离职的国家工作人员关系密切的人。

（三）本罪的犯罪主体是一般主体。即年满十六周岁的具有刑事责任能力的自然人。单位也可以成为本罪的犯罪主体。

（四）本罪的主观方面表现为直接故意，并且是以谋取不正当利益为目的。

对本罪的处罚是：犯本罪的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；情节严重的，或者使国家利益遭受重大损失的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金；情节特别严重的，或者使国家利益遭受特别重大损失的，处七年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。 单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金。

五、《修正案（九)》对“对单位行贿罪”、“介绍贿赂罪”、“单位行贿罪”增设了罚金

《修正案（九)》对刑法第三百九十一条、第三百九十二条、第三百九十三条所规定的“对单位行贿罪”、“介绍贿赂罪”、“单位行贿罪”分别增加了“并处罚金”的规定。犯这三个罪的，除了判处主刑，还要并处罚金。这强化了罚金在处罚这些贿赂犯罪中的作用。

第三部分　信息时代刑事法与新兴现象

“一元夺宝”属于赌博行为

东方航空公司　陈熠楠 *

摘　要：近年来，“一元夺宝”、“一元云购”、“福彩购”等“一元夺宝”模式，在我国迅速兴起。这种模式，给消费者带来了新的购物体验，也给经营者和供应商带来了可观的利润，可谓“共赢”模式。但是，实践中的蓬勃发展不能掩盖理论上的法律风险。“一元夺宝”属于赌博行为，存在犯罪风险。立足现行立法，完善经营模式，防范法律风险，是此类销售模式持续健康发展的保证。

关键词：一元夺宝；赌博；以小搏大

引言

“一元夺宝”、“一元云购”等夺宝活动，是新型的网络购物模式。这种购物方式，在短时间内，吸引了大量用户参与。目前，多家公司在网络上提供夺宝平台，销售商品。但是，这类销售模式形同赌博，用户的参与行为和夺宝平台的经营行为，都可能构成犯罪。这些平台名称各异，但销售模式雷同，本文将此类夺宝模式统称为“一元夺宝”，分析这种模式存在的法律关系和法律风险。

一、“一元夺宝”的概述

“一元夺宝”是新型的购物方式，夺宝方式为：用户花费 1 元，兑换一个“夺宝币”，每个“夺宝币”可分配到一个“夺宝号码”，用于“夺宝”。“夺宝号码”分配完毕后，夺宝平台根据夺宝规则，计算出中奖号码，持有该号码的用户夺宝成功，获得商品。为了增加结果的公正性，夺宝平台加入了其他数据，如网易公司加入了“老时时彩”的中奖结果，作为计算中奖号码的数据源。[1]

*陈熠楠，女，东方航空公司法务经理助理。通讯地址：上海市长宁区空港三路 99 号。联系电话 13262791850 电子邮箱：sallychenyn@163.com。

[1]计算规则为：1. 商品的最后一个号码分配完毕后，将公示该分配时间点前本站全部商品的最后 50 个参与时间；2. 将这 50 个时间的数值进行求和（得出数值 A；3. 取最近下一期中国福利彩票“老时时彩”的开

这种模式可以概括为“一元+运气=夺宝商品”，夺宝平台在宣传中，突出强调花费“一元”和获得“夺宝商品”的结果，来吸引用户参与。对用户而言，可能通过 1 元获得上千甚至上万价值的商品，也可能毫无所获，损失 1 元；对夺宝平台而言，其可以稳稳地赚取夺宝商品标价与购入价间的差价。

二、“一元夺宝”的类型与性质

“一元夺宝”是最近几年产生的，但其发展迅速。自夺宝平台开通以来，大量用户积极参与，夺宝平台得以在短暂的发展期内，取得巨大的利润。与此同时，非商业性质的“一元夺宝”也有所发展。

（一）“一元夺宝”的类型

根据夺宝平台对商品标价方式的不同，可以将“一元夺宝”分为平价“一元夺宝”、溢价“一元夺宝”和折价“一元夺宝”。

1. 平价“一元夺宝”

平价“一元夺宝”是商品标价等于商品市场价的夺宝方式。笔者将在下文使用这个概念，故先对这种销售模式进行分析。使用这种销售模式，商家无法赚取商品标价与市场价间的差额部分，这大大减少了其收益。商家一般不愿意采取这种夺宝方式，因此，目前只有少数商品使用平价“一元夺宝”方式。

2. 溢价“一元夺宝”

溢价“一元夺宝”是商品标价高于商品一般市场价的夺宝方式。目前，几乎所有的商品都采取了这种标价方式。溢价“一元夺宝”的商品标价高于市场价，通过溢价“一元夺宝”，商家可以赚取到可观的差价。此外，由于参与的用户众多，平台还可以获得大量流量和广告收入。正如行业人士所言：“投资‘一元商城’，虽说是‘风投’，其实是‘稳投’。‘一元商城’目前主要是平台的建设和宣传费用的投入，等平台的流量提升之后，投入产出比将会不断提高，发展潜力十分巨大。”[2]

3. 折价“一元夺宝”

折价“一元夺宝”是，商品标价低于商品市场价的夺宝方式。使用这种销售模式，商家不但无法赚取商品标价与市场价之间的差价，而且，还需要补贴这部分差价。这对消费者有利，其可以相同的支出，获得更高的中奖机会，但对夺宝平台没有吸引力。因此，也只有极

奖结果（一个五位数值 B）；4.（数值 A+数值 B）除以该商品总需人次得到的余数 + 原始数 10000001，得到最终幸运号码。

[2] http://roll.sohu.com/20131204/n391283374.shtml

少数商品使用平价“一元夺宝”方式。

（二）“一元夺宝”的性质

“一元夺宝”发展至今，出现了商业性质的“一元夺宝”和非商业性质的“一元夺宝”。其中，商业性质的“一元夺宝”所占比重较大。

首先，非商业性质的“一元夺宝”发展缓慢。非商业性质的“一元夺宝”是，个人为销售商品，偶然使用“一元夺宝”销售模式。2009 年，德国老妇人通过网上出售彩票的方式，卖出了一栋别墅。美国次贷危机令美国楼市陷于冷清，但美国一栋房子的主人，却以至少高于实际估价 10 多万美元的价格，将房屋成功售出。[3]我国也出现过类似方式出售房子，2009 年，天涯社区一篇名为“还债没办法，99 元转让我的房子（上海）”的帖子聚焦了网友的眼球。网友使用的销售方式与“一元夺宝”类似[4]，但这次销售并没有下文。

其次，商业性质的“一元夺宝”发展迅速。商业性质的“一元夺宝”是，公司为销售商品，建立“一元夺宝”平台，长期从事“一元夺宝”业务。前述网易“一元夺宝”、“一元云购”等网站，都建立了专门的夺宝平台，放置多种供夺宝的商品，这些都属于商业性质的“一元夺宝”。这些网站吸引了大量用户参与，如截止 2016 年 3 月 21 日，“云购全球”的注册用户已经超过 1100 万。商业性质的“一元夺宝”平台，一方面，赚取商品标价与市场价间的差价，另一方面，大量用户的涌入以及高额的购买人次，带来了巨大的流量和广告商机。

“一元夺宝”是一种“共赢”的销售模式。对于用户，其可以低价获得高值产品。对于夺宝平台，其可以轻松地获取商品差价、夺宝产生的流量及其带来的广告费等商业收入。对于商品销售者，这种变相的“低价竞争”能够极大地调动消费者的购物欲望，增加销售量。因此，“一元夺宝”得以在较短的时间内快速发展。但随着发展的深入，这种经营模式的法律风险逐渐显现。

三、把“一元夺宝”作为销售模式属于赌博行为

夺宝平台以“低投入”和“高产出”作为噱头，宣传“一元夺宝”，并成功地吸引了众多用户参与。但是，这种销售模式充满了投机性、不确定性，这与赌博行为类似，“一元夺

[3]原房主所用办法为“抽奖出售”，每张彩票售价 100 美元，中彩者便可获得这栋别墅，令人预想不到的是，此办法一公布竟在全国范围内引发一场竞购潮。按照规定，抽奖组织者必须售出至少 5000 张彩票，本次活动才算有效。以此计算，“抽奖出售”法至少给这栋房子带来了 50 万美元。而房子去年秋天的估价为 39 万美元。

[4]该网友准备了 99 元一张的认购凭据，总共 5000 张，每张认购凭证都有唯一编号，售完为止。他将在 5000 个编号中随机抽取一张，拥有该编号认购凭证的人即是该房得主。按照该的方案，如果 5000 张认购凭据全部售完，他将获得 49.5 万元，与房屋市价基本相当。

宝”有涉嫌赌博的法律风险。

（一）赌博行为的本质

根据《牛津法律大辞典》，赌博是“将钱或其他有价值的东西在游戏、竞赛或不确定事件结果上的冒险，其结果取决于机会或技巧”。根据《辞海》的解释，“赌博，一种不正当的娱乐。有斗牌、掷骰子等各种形式，用财物做注来比输赢。”《汉语词典》将其解释为：“用财物作注，以一定的方式争输赢。”西方社会将其定义为：“对一个事件与不确定的结果，下注钱或具物质价值的东西，目的是赢取得更多的金钱或物质价值。” 这些解释都强调了参与者支出的必然性和赌博结果的不确定性，即参与者“以小搏大”。

（二）“一元夺宝”符合赌博行为的本质

赌博行为的特征是“以小搏大”，“一元夺宝”强调用户以低价获得高价商品，但最终能否获取，取决于不确定的因素。两者的行为模式都是，行为人支付一定价款，购买中奖概率，概率实现与否，完全取决于不确定的客观事件。

1.“一元夺宝”项下的权益分析

根据《协议》的规定，用户花 1 元，获得一次参与抽奖的机会，中奖与否，取决于非由合同当事人控制的不确定因素，结果公布后，用户可能一无所获，也可能获得高价商品。正如学者所言：“这种机会，结果出来前，在法律上称为期待权。如果中奖，该期待权就转化为奖金或者奖品给付请求权，如果没有中奖，期待权则归于消灭。”[5]据此，用户与经营者之间成立夺宝币买卖合同。这也是“一元夺宝”法律风险产生的根源。

2. 用户参与“一元夺宝”可能构成赌博罪

“一元夺宝”与赌博行为的相似度高，笔者主要从行为模式和法律性质两方面，分析两者的联系与区别：

在行为模式上，“一元夺宝”等同于赌博行为。根据上述分析，用户和夺宝平台间存在射幸合同，即“一元夺宝”是一种射幸行为，而赌博也是射幸行为。赌博行为的本质是“以小搏大”，而“一元夺宝”的销售方式是“一元+运气=夺宝成功”，即用户花一元购买获得高价商品的机会，这种销售模式也有“以小搏大”的属性。因此，笔者认为，“一元夺宝”与赌博的本质相同。

在法律性质上，用户参与“一元夺宝”可能构成赌博罪。根据《刑法》，赌博罪的构成要件是：以营利为目的，聚众赌博或者以赌博为业。据此，成立赌博罪，仅限于两种类型：

[5]韩世远：《彩票的法律分析》，载《法学》2005 年第 2 期。

一是聚众赌博，即纠集多人从事赌博；二是以赌博为业。普通社会公众参与“一元夺宝”，往往是临时性的，称不上以赌博为业。因此，一般情况下，“一元夺宝”是赌博行为，但不构成“赌博罪”。但是，如果用户将赌博作为生活或主要经济来源，那么其行为符合赌博罪的客观要件，若同时符合责任要件，用户的行为构成赌博罪。

“一元夺宝”是网络平台上的赌博行为。“一元夺宝”只是将场所转移到了网络上，但这不影响对其行为的定性。正如学者所言：“网络违法只是一个新的法律现象，并不是新的法律问题。网络赌博犯罪作为赌博犯罪的一种新形式，其定罪量刑当然适用传统赌博犯罪的刑法规定。”[6]因此，如果用户如果“一元夺宝”符合传统赌博罪的构成要件，应当按照赌博罪定罪处罚。

3. 经营溢价“一元夺宝”可能构成开设赌场罪

首先，建立夺宝平台属于开设赌场的行为。

公司建立夺宝平台的行为属于建立赌博网站。开设赌场的，构成开设赌场罪。《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》（以下简称“两高司法解释”）对“开设赌场”行为进行了细化：行为人利用互联网、移动通讯终端等传输赌博视频、数据，组织赌博活动，具有下列情形之一的，属于刑法第303第2款规定的“开设赌场”行为：

（1）建立赌博网站并接受投注的；

（2）建立赌博网站并提供给他人组织赌博的；

（3）为赌博网站担任代理并接受投注的；

（4）参与赌博网站利润分成的。

根据笔者之前的分析，用户参与“一元夺宝”，属于“以小搏大”，是赌博行为。因此，夺宝网站属于赌博网站。公司设立夺宝平台并开展夺宝业务，接受用户夺宝币，属于建立赌博网站并接受投注。

其次，建立夺宝平台有营利的目的。

开设赌场罪要求行为人有营利的目的。最高院研究室刑事处的祝二军，在解读《两高司法解释》中提到，“以营利为目的”，指行为人获取财物的方式，主要包括以下几种情况：一是抽头渔利，二是开设赌场获取非法收益，三是直接参赌获利，四是组织中国公民赴境外赌博，获取回扣、介绍费等费用。有学者将营利目的概括为两种情况：一是通过在赌博活动中

[6]许晓冰：《网络赌博犯罪现状分析与法律探讨》，载《案件分析》2011年第2期。

取胜进而获取财物的目的；二是通过抽头渔利或者收取各种名义的手续费、入场费等获取财物的目的。[7]

溢价“一元夺宝”存在抽头渔利情形。以“云购商城”为例，市场价为6099元的Iphone7 128G标价为6188元，“云购商城”平台的标价远远大于市场价。这部分差价，在刑法上，属于网易公司通过开设赌场获得的“抽头”。夺宝平台的经营者开设赌场获取“抽头”，证明其行为主观上有营利的目的。

“一元夺宝”为用户带来了新的购物体验，也给经营者带来了高额利润，是值得肯定的创新模式。但是，根据上述分析，这种运行模式实质就是赌博，“一元夺宝”存在合法性问题。网易公司等“一元夺宝”平台的提供方，有必要在现有的法律框架下，完善经营模式，防范法律风险。

四、“一元夺宝”销售模式的法理思考

由于赌博的社会危害性，我国法律对赌博持否定态度，“一元夺宝”的运行模式与赌博相同，因而具有一定的危害性，但其有助于销售商品，创造财富。因此，对于“一元夺宝”，不能简单禁止或者完全开放，应当根据其利弊，探讨应对措施。

（一）赌博危害社会，应当被禁止

赌博侵害社会法益，即社会善良风俗，是影响社会安定的重要因素，禁止赌博是我国刑法的态度。

1. 赌博有社会危害性

最高院认为，赌博助长国民的侥幸心理，催生懒惰、浪费的风气，侵害成为健康、文明社会的基础的勤劳风尚。有学者从家长主义的角度出发，认为，赌博是对自己的财产，或者基于同意，对他人的财产造成损害的行为。对于不能妥善保管自己财产的人，国家使用刑罚手段，替他们保护。

当然，也有学者认为应将赌博行为去罪化。理由主要包括（1）赌博是个人处分自己的财物的行为；（2）赌博罪保护的客体“社会的善良风俗”，太过空泛，如果没有更进一步的提出具体的侵害内容的话，并不能成为刑法上一个独立具体的利益等；(3)好赌系人之天性，法律屡禁不止。[8]

笔者同意禁止赌博的观点。第一，在我国，新旧刑法都将赌博罪规定在“妨害社会管理

[7]张明楷：《刑法学》，法律出版社2011年版，第949页。

[8]张林鸿等：《赌博罪与非罪的若干新视点研究》，载《政治与法律》2007年第2期。

秩序罪”章中，而没有规定在“侵犯财产罪”章内。这表明，赌博罪是侵害社会法益的犯罪。第二，社会法益是一个开放性的概念，要求法官按照一般人的价值判决，做出选择。第三，国家应当保护消费者不受诱惑性广告“对其弱点的利用”。正如国家禁止推广淫秽书籍、电影或其他商业性展示，国家也应当禁止销售者利用人爱赌博的弱点进行推广。

2. 赌博不创造财富

从经济学的角度看，即使赌场的庄家没有取抽头，赌博也只是毫无益处地，将金钱从一个人手上转移到另一人手里。这个过程，并没有产生新的财富，也就不会为社会做出贡献。正如学者萨缪尔森所言，小金额的赌博可能具有某些娱乐的功能，其他的赌博会危害并且减少国民的总体收入”。[9]因此，赌博既不能创造出新的社会价值，还会耗费公民的时间和社会资源，减少社会的财富。

（二）“一元夺宝”创造价值，应当进行引导

“一元夺宝”是赌博行为，对社会有一定危害，但另一方面，根据前述分析的，“一元夺宝”对用户、经营者和供应商都有利，是一种“共赢”的销售模式。尤其是对供应商，“一元夺宝”有助于刺激消费，增加供应商的销售量，同时，为社会创造财富。

1. “一元夺宝”有社会危害性

“一元夺宝”的行为模式与赌博相同，因此，“一元夺宝”具有与赌博类似的社会危害性。具体而言，“一元夺宝”具有投机性，是一种损害社会善良风俗的销售模式。据此，法律应当对“一元夺宝”进行规范。正如学者所言：“为维护当事人的稳定预期，保障人际交往的基本信赖与安全，法律应当尽可能减小社会生活的不确定性。”[10]笔者认为，虽然“一元夺宝”满足了一部分人追求刺激、投机冒险的需求，但这种销售模式存在不确定性，可能成为危害社会稳定的潜在因素。

2. “一元夺宝”创造财富

“一元夺宝”能为社会创造价值，通过法律积极引导，可以让这种新型销售模式发挥更大的效益。“一元夺宝”的销售模式，以其“低投入高产出”的特征，吸引了大量用户的参与。据统计，以 1 元 / 1 人次计算，2015 年 1 元购的市场盈利约 100 亿元；而 2016 年将是 1 元购疯狂爆发的一年，市场盈利预千亿。[11]大量用户的参与，带动了各类商品的销售。“一元夺宝”有助于刺激消费，推动经济发展。因此，法律应当保护这种金融创新模式，在不违

[9]陆红军：《我国对赌博的政策选择及治理对策》，载《公安研究》2005 年第 7 期。

[10]陈传法等：《射幸合同立法研究》，载《时代法学》2010 年第 3 期。

[11] http://1.fanwe.com/

反现行法律的前提下，引导其健康发展。

综上，笔者认为，虽然“一元夺宝”的行为模式与赌博相似，但是，两者还是有些不同。站在社会经济效益的角度，赌博只是资金的转移，不创造财富，甚至可能影响社会的安定。“一元夺宝”也存在影响社会安定的弊端，但是，对夺宝平台而言，“一元夺宝”作为一种创新的销售方式，有助于增加商品销售，进而为社会创造财富。对于利弊共存的“一元夺宝”，笔者认为，我们应当在保证自由交易的前提下，对“一元夺宝”的模式进行引导，使促进其合法、持续发展。

五、“一元夺宝”合法化的出路

“一元夺宝”作为销售模式的创新，提高了用户的消费兴趣，提升了经营者的销售水平。但是，对经营者而言，“一元夺宝”的运行模式存在法律风险。夺宝平台应当改变“夺宝”方式，回避风险。

（一）将夺宝方式变更为“抽奖式有奖销售”

“抽奖式有奖销售”是法律允许的“投机行为”。以“云购商城”为例，云购平台可以将夺宝方式改变为“抽奖式有奖销售”模式。

1. “一元夺宝”与“抽奖式有奖销售”的区别

“抽奖式有奖销售”是以抽签、摇号等带有偶然性的方法，决定购买者是否中奖的有奖销售方式。[12]这种销售方式普遍存在，有助于刺激用户消费，典型代表是京东商城和腾讯积分：用户通过消费，获得京豆和腾讯的商城积分，而京豆和积分可以进行抽奖。

“抽奖式有奖销售”与“一元夺宝”的根本区别在于：“抽奖式有奖销售”的消费者，在参加有奖销售前，已经获得了与支付价款基本等价的商品，抽奖机会是免费获得的。但是，参与“一元夺宝”，用户须向经营者支付额外的对价，才能获得抽奖的机会。

2. 用“网盘空间”代替“夺宝币”

云购商城可以开通当前使用范围较广的网盘空间，改变“夺宝”方式，用户花“一元”获得相应对价的产品，并获赠一定数额“网盘空间”，再用受赠的“网盘空间”代替“夺宝币”参与夺宝，规避法律风险。理由如下：

首先，用户使用受赠的“网盘空间”夺宝，夺宝的性质不再是赌博。用户花费一元，已经获得相应的对价，用户使用受赠的“网盘空间”夺宝不需要支付额外的对价，不存在“以小博大”的问题。

[12]好搜百科，http://baike.haosou.com/doc/9094663-9426667.html，2015 年 12 月 2 日。

其次，“网盘空间”代替“夺宝币”，实质是要求夺宝平台转换营利模式。相比“夺宝币”，“网盘空间”可能无法为夺宝公司带来直接的资金收益。但是，“网盘空间”夺宝模式下，夺宝平台可以开展相关业务，如云购的邮箱，用户使用邮箱可以获得网盘邮箱，用户为了“夺宝”，会开通并使用云购的邮箱，云购公司可从用户的流量、产品中获利。

其次，“一元夺宝”平台要对商品的价格进行限制。根据《反不正当竞争法》的规定，经营者从事抽奖式的有奖销售，最高奖的金额不得超过五千元，违反该规定的，监督检查部门应当责令停止违法行为，可以根据情节处以一万元以上十万元以下的罚款。因此，将夺宝方式变更为“买网盘送抽奖”的同时，“一元夺宝”经营者还应当注意，每件商品的标价不得超过五千元。

（二）将溢价“一元夺宝”模式变更为平（折）价“一元夺宝”

夺宝平台经营溢价“一元夺宝”，符合开设赌场罪的构成要件；用户以赌博为业，可能构成赌博罪。因此，平台应当将夺宝方式改变为平价“一元夺宝”，同时，立法应当对用户的交易数额进行限制，回避赌博罪的犯罪风险。

1. 变更夺宝方式

下调夺宝商品的价格，使之等于或低于商品的市场价。溢价“一元夺宝”的商品夺宝价高于市场价，这部分差价属于“抽头”，这可能导致夺宝平台承担开设赌场罪的刑事责任。将溢价“一元夺宝”模式变更为平价“一元夺宝”或折价“一元夺宝”，夺宝平台主要通过用户流量或者商家的广告盈利，利润中不存在“抽头”部分，夺宝平台的行为不符合开设赌场罪的构成要件。

2. 建立用户保护规则

根据《刑法》第 303 条，用户以赌博为业，可能构成赌博罪。因此，建议立法增加用户规则保护，引导消费者其合理、合法消费。

首先，年龄限制为年满十六周岁。这样限制，一方面，可以和《刑法》的规定相呼应。根据《刑法》的规定，赌博罪犯罪主体的年龄为十六周岁，凡年满十六周岁、具备刑事责任能力的自然人，都可能成立赌博罪。另一方面，根据《民法通则》关于民事行为能力年龄的规定，十六周岁以下的自然人属于限制民事行为能力人，其对自己的行为尚无完全的认识能力。

其次，根据用户的收入，限制其消费金额。美国为了保护投资者，出台了 JOBS 法案，该法案对投资者的投资金额进行了限制。具体包括：允许个人投资者在 12 个月内参与众筹的投资额最多不超过：

（1）如果个人投资者的年收入或净值少于 10 万美元，则可以投资 2000 美元，或年收入或净值较小者的 5%，两项中的取较大额。（2）如果个人投资者的年收入或净值都不少于 10 万美元，则可以投资其年收入或净值较小者的 10%；（3）12 个月内，通过所有众筹方式卖给单一个人投资者的证券总金额不得超过 10 万美元。

我国法律没有给出“以赌博为业”的数额标准，笔者认为，可以借鉴美国 JOBS 法案，通过立法，对用户的年消费金额做如下限制：（1）如果用户的年收入或净值少于 10 万元，则其参与夺宝的金额是 2000 元，或年收入或净值较小者的 5%，两项中的取较大额。（2）如果用户的年收入或净值都不少于 10 万元，则参与夺宝的金额，是其年收入或净值较小者的 10%；（3）12 个月内，通过所有夺宝方式卖给单一用户的夺宝币总金额不得超过 10 万元。

综上，“一元夺宝”作为一种新型的购物方式，帮助不少用户实现了一元购买产品的梦想；作为一种新型的销售模式，帮助夺宝平台赚取了客观的利润。但是，“一元夺宝”的运作存在法律风险，可能导致《协议》目的无法实现，损害用户的利益，影响夺宝平台经营。因此，笔者建议，一方面，夺宝平台改变“夺宝”方式，包括变更为“抽奖式有奖销售”和下调夺宝商品价格；另一方面，通过立法，增加用户保护制度。双管齐下，以推动“一元夺宝”持续发展。

六、结论

“一元夺宝”是互联网发展的产物，有两方面特征：一方面，这种创新的购物方式，有助于商品销售；另一方面，由于经营模式的特殊性，它可能涉嫌赌博犯罪。这对我国立法完善提出了新的要求。笔者认为，创新应当符合法律规定，同时，法律应当与时俱进，适应社会的发展。

信息社会对刑事司法的机遇与挑战

浙江大学光华法学院 胡 铭*

内容提要：在数据化、信息化的新时代背景下审视我国刑事司法的机遇与挑战，可以看到我国刑事司法活动在各个环节出现了主动适应信息时代的变化，呈现出科技化、宽容化等趋势。在侦查手段、证据制度、强制措施、庭审程序等具体环节中，表现出信息时代的新特点以及刑事司法活动中出现的新难题，对我国传统的刑事司法理念与制度变革将产生深刻影响。刑事司法应在理想、理性和执着的指引下，在坚守人权保障、正当程序的前提下，以更加开放的姿态来迎接数据科学、信息技术带来的变革。

关键词：大数据 信息社会 刑事司法

科学技术的萌芽与发展，是刑事司法制度朝着文明和理性方向前进的最重要推动力之一，任何时代、任何国家的刑事司法改革都深受当时当地的社会时代背景影响。[1]当前，以信息技术大发展为标志的第三次科技革命正在不断的深入，大数据和互联网深刻改变了我们的判断、选择和生活方式。每天，都有海量的数据在不断产生，信息被快捷地传递到各个角落，这些正在对刑事司法产生深远而直接的影响。信息技术的不断突破为我国刑事司法制度的转型升级提供了坚实的技术基础，与此同时也不断地对刑事司法提出新的挑战。无疑，我们需要认真审视大数据时代、信息化社会的刑事司法的变革。

一、数据科学改变刑事侦查的逻辑

大数据（big data），指无法在一定时间范围内用常规软件工具进行捕捉、管理和处理的数据集合，是需要新处理模式才能具有更强的决策力、洞察发现力和流程优化能力的海量、高增长率和多样化的信息资产。[2]大数据技术旨在为人们的生产、社会和科学活动中积累起来的“海量、高维、复杂、即时、非结构化”数据提供高效率的生产工具。数据科学的发展，已经使得大数据成为各国高度重视的新兴社会生产资料和战略资源。[3]党的十八届五中全会审议通过的《十三五规划建议》中，明确提出要“实施国家大数据战略，推进数据资源开放共享”。同时，指出应“运用大数据技术，提高经济运行信息及时性和准确性”。在刑事司法领域，大数据的影响首当其冲的就是在刑事侦查领域。对于刑事侦查而言，“及时性和准确性”显然是至关重要的指标。对大数据这一资源的有效提取与运用，将显著提升刑事侦查的整体效能和相对优势。

甚至可以说，大数据正在使传统的刑事侦查和犯罪控制模式发生根本性变革，利用大数据提升刑事侦查和犯罪控制能力既是一种发展方向，更是正在发生的变化。这包括利用大数据分析历史案件、发现犯罪趋势和犯罪模式；运用大数据承载的信息发现犯罪嫌疑人；通过分析各类数据源和社交网络数据，预测犯罪和预防犯罪；利用大数据优化侦查资源分配，提升侦查的效率。对此，侦查已经日益认识到大数据对于刑事侦查的巨大作用，“在大数据时代，侦查要确立在线开放的理念、数据主导侦查理念、相关性理念、线上破案与线下证明相结合的理念。大数据驱动的侦查是一体性侦查、全景侦查、预测侦查和算法侦查。”[4]在 2016 年 10 月 21 日的全国政法干部学习讲座中，阿里巴巴董事局主席马云面对全国 150 万政法干部分享科技创新在未来社会治理中的作用时，提出“让大数据帮我们识坏人”。实践中，阿里巴巴确实在运用大数据帮助公安机关。如厦门市公安局与阿里巴巴以“钱盾”App 为基础，利用大数据支持，在防范预警、精准拦截、溯源打击等方面开展深度合作。短短几个月钱盾已协助厦门警方调查诈骗案件 1556 起，紧急止付 212 万元。2016 年 6 月，厦门市电信网络诈骗警情同比下降 29.21%。[5]

---

* 胡铭，法学博士，浙江大学光华法学院教授、博士生导师。

1 参见陈光中等：《中国司法制度的基础理论问题研究》，经济科学出版社 2010 年版，第 23 页。

2 大数据技术的战略意义不在于掌握庞大的数据信息，而在于对这些含有意义的数据进行专业化处理。换言之，如果把大数据比作一种产业，那么这种产业实现价值的关键，在于提高对数据的“加工能力”，通过“加工”实现数据的“增值”。从技术上看，大数据与云计算的关系就像一枚硬币的正反面一样密不可分。大数据必然无法用单台的计算机进行处理，必须采用分布式架构。它的特色在于对海量数据进行分布式数据挖掘。但它必须依托云计算的分布式处理、分布式数据库和云存储、虚拟化技术。参见[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 1-10 页。

3 如 2012 年 3 月，美国政府宣布了“大数据研发计划”，并设立了 2 亿美元的启动资金，希望增强海量数据收集、分析萃取能力，认为这事关美国的国家安全和未来竞争力。当前，大数据已经广泛应用于各种选举预测、民意调查、市场营销、经济预测、城市管理、金融风险预警、反恐等领域。

4 参见何军：《大数据与侦查模式变革研究》，载《中国人民公安大学学报（社会科学版）》2015 年第 1 期。

5 参见王健：《阿里“神盾局”为何是阿里巴巴公司最神秘的部门？》，载《民主与法制》2016 年 第 43

尽管大数据对于刑事侦查的作用日益凸显，但是我国的刑事司法制度及相关立法是否已准备妥当？我国 2012 年新刑事诉讼法规定了“电子数据”这一新的法定证据种类，而大数据与电子数据有所交叉又有显著的不同。根据 2016 年颁布的《关于办理刑事案件收集提取和审查判断电子数据若干问题的规定》第 1 条的规定，电子数据是案件发生过程中形成的，以数字化形式存储、处理、传输的，能够证明案件事实的数据。主要包括：（1）网页、博客、微博客、朋友圈、贴吧、网盘等网络平台发布的信息；（2）手机短信、电子邮件、即时通信、通讯群组等网络应用服务的通信信息；（3）用户注册信息、身份认证信息、电子交易记录、通信记录、登录日志等信息；（4）文档、图片、音视频、数字证书、计算机程序等电子文件。这说明我国新刑事诉讼法及相关司法解释所规定的电子数据，主要指的是电子化的常规证据，与以数据体量大(volume)、数据类型多样 (variety)、数据处理速度快(velocity)和数据价值密度低(value)这一“4V”为特征的大数据相比较，[6]仍然有较大的差异性。对于侦查机关通过大数据来查明案情、锁定犯罪嫌疑人等手段，从我国现行刑事诉讼法来看，仍然只能是一种侦查线索，并不能作为一种法庭上认定犯罪的证据。这便极大地限制了大数据在刑事司法中的运用，在相关法律制度尚不明晰的变革期，需要探索如何积极发挥大数据在刑事侦查中的作用；相关证据规则的研究，对于大数据在刑事侦查中的有效运用也将发挥关键性的作用。

在大数据助力刑事侦查的同时，大数据也带来了新的犯罪和新的反侦查手段。数据犯罪的行为方式，“不仅体现为技术破坏、非法获取的行为，也体现为大规模数据监听、监控、窃取、过度挖掘、恶意滥用等一系列行为；犯罪的危害后果，除了破坏计算机信息系统功能，还危害个人的财产安全、隐私、人身、人格安全，严重的则危害经济秩序、国防利益与国家安全。”[7]而这些数据犯罪行为，多数并未被纳入我国刑事法律打击的范围，可以说，数据犯罪给我国现行刑事立法和司法提出了前所未有的挑战。

二、监控技术对私人空间的深度入侵

信息化时代，通过监控技术获取个人信息已经成为各国应对犯罪的常用手段。

期。

[6] 参见张吉豫：《大数据时代中国司法面临的主要挑战与机遇》，载《法制与社会发展》2016 年第 6 期。

[7] 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。

无论是对大数据的获取还是对个体的信息采集，都是关涉公民基本权利的重要问题。

以监听为代表的技术侦查手段入法，是信息技术在刑事侦查中最直接的体现。[8]我国新刑事诉讼法对技术侦查措施做出了相对较为完整的规定，使得技术侦查第一次真正意义上取得了合法性，从幕后走上前台，这对于我国刑事司法改革和人权保障具有里程碑式意义。技术侦查作为查清犯罪事实的一种重要的犯罪侦查方式，较之传统的侦查手段，具有秘密性、高科技性等特点。受制于立法的时代背景，2012 年刑事诉讼法修改之前技术侦查有关的规定主要散见于《国家安全法》和《人民警察法》两部法律之中，其法律位阶及合理性饱受诟病，并且实际的可操作性较差。

随着时间推移和社会环境的不断变化，技术侦查措施的重要性日渐凸显：首先是从刑事司法实践而言，在上世纪 90 年代，大多数传统型犯罪案情相对简单且易于取证，侦破难度相对较低，技术侦查措施在侦查活动中的重要性并不突出。然而，伴随着信息科技的发展，传统型犯罪开始日渐高科技化、复杂化，尤其是在职务型犯罪和经济型犯罪越来越多地涉及高科技因素，侦查取证难度陡增，甚至还出现了计算机网络犯罪等常规侦查措施无法取证的现象。针对这几类案件，技术侦查措施是必不可少的，在新刑事诉讼法出台之前技术侦查措施在侦查取证当中已经被广泛运用。其次是从社会经济发展程度来看，在过去受限于科技发展水平，技术侦查措施成本十分高昂，即使在今天看来简单如摄像头之类的工具，一旦推广就会对有关机关产生很大的经济压力，并且技术侦查的效果也往往不尽如人意。而现如今信息科技的高速发展不仅仅大幅扩展了技术侦查措施的种类，而且全面降低了技术侦查的成本，使其在更宽泛的侦查领域内使用成为可能。第三则是从公众权利意识觉醒的层面来说，技术侦查措施侵犯个人权利尤其是隐私权的风险早已经为学术界所警惕，然而公众的权利意识在上世纪 90 年代还较为薄弱。随着信息技术的不断发展，权利意识在更大范围内传播，社会公众对于这种侵犯基本权利的隐忧愈发强烈，将高风险的技术侦查措施“前台化”并予以规制势在必行。因此，技术侦查在我国新刑事诉讼法中“成功上位”与信息化的时代背景有着密不可分的关联，而信息社会的发展又使得技术侦查的规制变成了一

---

[8] 参见胡铭：《英法德荷意技术侦查的程序性控制》，载《环球法律评论》2013 年第 4 期。

个让立法者如芒在背的问题。从信息社会的要求来看，尽管新刑事诉讼法对技术侦查的规制相比之下已经有了巨大的进步，但还是不难从中读出纠结之意味，这也使得技术侦查在实施中会遇到不少困难。

首先，相关法律条文本身还是秉承着“规定宜粗不宜细”的原则，比较笼统而不细致，可操作性层面的进步不明显。以刑事诉讼法第 148 条第 1 款为例，该条规定：“公安机关在立案以后，对于危害国家安全的犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪、重大毒品或者其他严重危害社会的犯罪案件，根据侦查犯罪的需要，经过严格的审批手续，可以采取技术侦查措施”。也就是说，在一般情况下，技术侦查措施只能被应用于侦查危害国家安全的犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪、重大毒品犯罪。但是，在这之后条文又补充了“其他严重危害社会的犯罪案件”，这是一个明显的兜底条款。犯罪危害到什么样的程度才算是严重？这是一个难以掌控的尺度。“根据侦查犯罪的需要”、“经过严格的审批手续”同样也都是很难操作的标准。诸如此类的模糊规定，都使得具体司法实践难以把控。

其次，决策权和执行权混同，违背了立法初衷。尽管从刑事诉讼法第 148 条的文义来看，立法者力图防止侦查机关滥用技术侦查措施的目的十分明显，但是该条文所设计的制度框架恐怕很难完成这个任务。第一，从批准环节来看，新刑事诉讼法并没有规定技术侦查措施的具体批准程序，而仅仅是笼统地规定了“经过严格的程序”。但是不管如何“严格”，哪怕是“苛刻”的批准手续，负责批准的检察机关和公安机关正是实施技术侦查措施的申请者本身，而申请的理由仅仅是“根据犯罪侦查需要”，这无异于球员当自己比赛的裁判，不论程序多严格都难免受到质疑。第二，从技术侦查措施的执行来看，虽然新刑事诉讼法规定，检察院有权决定实施技术侦查但无权自己执行，必须交由有关机关执行，似乎是想通过决定和执行者分开来达到减少侦查机关滥用技术侦查措施的风险。但是反过来看，有关机关在接到检察院实施技术侦查的决定之后是否有权以该决定违反有关程序或规定拒绝执行？结合法条的前后文看，答案是没有。在这样的情况下，技术侦查措施的执行机关的地位仅仅是依附于决定机关，很难真正实现限制技术侦查措施滥用之目的。

需要注意的是，我们不能将技术侦查现有的不足简单地归因于立法的疏漏，

而是应该看到立法过程中在个人自由与控制犯罪之间的艰难抉择。“无论如何，应该说，秘密侦查方法的广泛使用造成了显著的、迄今在法律上还没有克服的、国家的澄清（犯罪行为嫌疑）利益和保护个人尊严、私人领域和个人交往的个体根本利益之间的紧张关系。”[9] 笔者认为在技术侦查措施的规制问题上，采用司法令状主义是大势所趋，考虑到我国的司法传统和现有机构设置，短期内采用法院审查模式难度较大，可以考虑改采检察机关审查模式；[10]同时，对违反规定进行的技术侦查措施所取得的证据，应依照非法证据排除规则进行处理或者补正。当然，我国对技术侦查的法律规制才刚刚起步，新刑事诉讼法对技术侦查措施的规制在一定程度上可以说是立法者感受到信息化社会发展的压力而进行的“临阵磨枪”，尚有较大的完善空间。随着对公民隐私权保护的日益重视，严格限制技术侦查的适用范围和严格相关程序，是必然之趋势。

三、重视证据证明力的传统在信息时代的改良

证据从本质来看，可以看做是一种有助于查明真相的信息。“求真”的过程，便是收集信息来还原案件真相的过程。从信息社会的视角切入，我国新刑事诉讼法对证据制度的变革，体现了重视证据证明力的传统在信息时代的改良。

新刑事诉讼法扩大了证据概念的外延，使其更符合信息时代的社会变迁。根据该法第 48 条规定，证据的定义由原先“证明案件真实情况的一切事实”转变为“可以证明案件事实的材料”，证据分类中“鉴定结论”修改为“鉴定意见”，并在“视听资料”后增加“电子数据”合并为一项。这一条文的规定是信息化时代对刑事司法影响的最直观的映射。进入信息时代以来，伴随着犯罪行为高科技化和智能化，尤其是在经济犯罪和职务犯罪当中，实物证据等传统型证据的存在日趋减少且常常会面临取证困难的境地。与之相对应，对电子数据的监控已经在上述案件的侦查活动中上升为最重要的破案手段之一。另外，DNA 等新型高科技化证据的载体地位日益上升，其在刑事司法实践当中更广泛的运用极大地提高了刑事侦查的准确度，成为实际意义上的“信息之王”。

新刑事诉讼法以限制证据证明力的方式继承并发展了重视证据证明力的传

[9] [德]托马斯·魏根特：《德国刑事诉讼程序的改革：趋势和冲突领域》，樊文译，载陈光中主编：《21 世纪域外刑事诉讼立法最新发展》，中国政法大学出版社 2004 年版，第 239 页。

[10] 荷兰采用的就是检察官审查模式，相关讨论参见胡铭：《英法德荷意技术侦查的程序性控制》，载《环球法律评论》2013 年第 4 期。

统。在我国刑事司法实践中，历来对证据的证明力有种异乎寻常的关注，[11]将证明力放在突出的位置，形成了一种重视证明力、轻视证据能力的倾向。强调证据的真实性、客观性是证据的本质属性，而对证据合法性的要求在司法实践中通常会被忽略。在 2007 年左右，全国上下曾经掀起一股制定证据规则的热潮，试图对具体证据做出证明力的排序。具体到实践当中，虽然“孤证不能定罪”、“仅有口供不能定罪”等原则在旧法当中早已有规定，但是刑事司法活动中“口供为王”的理念一直没有多少改观，对刚到案的犯罪嫌疑人快速突破口供，再以口供为依据印证其他证据的做法十分普遍。学界对于此种传统亦不乏批判的声音，批判的依据主要在于其带有显而易见的法定证据主义色彩，在一定程度上违背了现代自由心证所倡导的司法理念。

新刑事诉讼法在司法实务部门的呼声中，可以说继承甚至强化了这一传统。集中体现在法条（2012 年刑事诉讼法第 53 条，1996 年刑事诉讼法第 46 条）对有关口供的证明能力的规定之后增加了证据达到确实充分的标准，即“（1）定罪量刑的事实都有证据证明；（2）据以定案的证据均经过法定程序查证属实；（3）综合全案证据，对所认定事实已排除合理怀疑”这三款规定。虽然新增加的三款规定是原则性的，还需法官在具体审理活动中加以把握，但其对自由心证的限制以及对证据证明力的重视显露无疑。不过，相较于前几年制定证据规则的风潮，本次新刑事诉讼法对传统的继承更多的是以限制证据证明力的方式进行的。结合证据的定义和分类，新刑事诉讼法将“鉴定结论”修改为“鉴定意见”，以及关于口供的规定可以明显地看到新刑事诉讼法对证据证明力施加了更多的限制，甚至可以说新法对单项证据证明力本身持有怀疑和不信任的态度。究其原因，信息科技的发展首先模糊了证据的边界，相对于 2012 年刑事诉讼法的立法环境而言，在过去证据基本都以有形的实物载体出现，本身具有相对的稳定性和确定性。而在信息化社会当中，证据的载体极大地丰富，无形证据载体（如电子数据等）出现的同时也突破了传统理念上认为的证据本身的确定性。在信息时代，证据内容并不是确定不变的，尤其是新型的电子数据等证据内容都有被修改的可能。而信息技术的发展与过往的刑事司法实践经验表明，通过科技化手段获取的证据并不是完全准确的。如 DNA 鉴定的结果并非那么地完美，甚至可能造就错案，因为 DNA

[11] 李训虎：《证明力规则检讨》，载《法学研究》2010 年第 2 期。

生物样本可能降解或被污染，法官和陪审员也可能会曲解数据统计的概率。[12]

需说明的是，我国司法实践中存在的这种接近法定证据主义的传统本身并不能一概予以否定。它的产生与我国纠问式、职权式的司法机关运作机制和传统法律文化紧密相关。这一传统发展到如今已经遇到了瓶颈，其自身带有的落后因素必须加以改进才能适应当下社会发展的要求。2012 年修法过程中显然注意到了这一点，并没有一概地对其进行强行的改造，而是将新型法律文化加以“传统化”运用，使得这一传统呈现出新的趋势，既符合了法律的连贯性要求，同时又达到了契合社会和时代背景之目的。

总体而言，新刑事诉讼法所确立的证据制度呈现的是我国刑事司法固有的传统在信息时代以新的方式传承并以柔性改良方式革新的图景。换言之，我国的证据制度并未采行剧烈动荡式的革新，而是在传统的道路上逐步前行，传统证据观在吸收融合新的法治理念，根据社会时代变迁的要求对自身进行改良。

四、强制措施与刑事司法宽容性的增强

我国刑事诉讼中，对于强制性侦查措施一直有着极强的依赖性，特别是广泛采用羁押等强制措施，而与刑事司法的宽容化趋势相背离。信息化时代及相关技术的进步，为改变这种状态并走向刑事司法的宽容化提供了契机。在此，以强制措施为例，说明此种趋势。

我国的强制措施，是有关机关为了保证刑事诉讼的顺利进行，依法对刑事案件的犯罪嫌疑人、被告人所采取的在一定期限内暂时限制或剥夺其人身自由的一种法定强制方法。强制措施是一种“必要之恶”，只是一种保障性措施，其本身并不是刑罚，不具有真正意义上的惩罚性。但强制措施直接涉及公民人权，可以说，“刑事诉讼的历史，也就是对强制措施不断加以合理限制的历史。”[13]然而，在我国以往的刑事司法实践中，普遍存在过度适用强制措施的现象：在适用强制措施上严重依赖人身强制性更强的羁押型强制措施，而非羁押性强制措施的规定

[12] 如在美国曾发生过一个 DNA 鉴定导致错误的案件。2012 年 12 月，一个叫卢基斯·安德森（Lukis Anderson）的流浪汉因为 DNA 证据而被指控谋杀了硅谷富豪拉维希·库姆拉（Raveesh Kumra）。安德森可能被判处死刑，但实际上他是无罪的。安德森拥有脱罪的铁证：2012 年 11 月，案发当晚，他醉得不省人事，在医院接受了一夜的治疗和看护。后来，安德森的律师团队发现，他的 DNA 是被医院的医护人员带到库姆拉住所的。医护人员在当天早些时候治疗了安德森，3 个多小时后，无意中将 DNA 证据带到了犯罪现场。

[13] 孙长永：《比较法视野中的刑事强制措施》，载《法学研究》2005 年第 1 期。

常常被有意无意地虚置；惩罚性地运用强制措施，将强制措施视为与刑罚类似甚至是同等的震慑犯罪的工具，使得犯罪嫌疑人的合法人身权利得不到有效的保障。这里既有理念的问题，更有制度的问题。例如，“目前我国强制性侦查措施的法律规制严重不足，对于强制性侦查措施的法律监督局限于对逮捕等强制措施适用的监督，对搜查、扣押、冻结等大量强制性侦查措施尚未形成有效的监督机制。”[14]

时至今日，信息技术的不断革新为解决这一问题提供了一个契机。以美国为例，美国早在 2003 年就开始使用一种高科技的脚镯来监控醉酒驾车者。这种脚镯一方面会提供被监测者的定位信息给有关机关，同时监控着被检测者体内的酒精含量。另外，被监测者还需为这套设备的运行支付不低的费用。这样一来，一方面用一定程度的经济损失取代了强制措施对人身权利的侵害，另一方面个体的经济损失还对相对应的违法行为进行了纠正和警示。同样，对于中国的刑事司法实践而言，信息技术发展为非羁押性强制措施在更大范围内的适用提供了强力的支持和保障。例如电子监控等手段在如今社会治安等方面的使用频率大大超过了过去，同样在强制措施当中，这类技术手段在取保候审、监视居住等强制措施当中越来越多的被运用，信息技术快速推进一方面不断提高相关技术的实用性并且不断将新型工具批量化，同时极大地节约了经济和人力资源成本，使得非羁押性强制措施在更大范围内的适用成为可能。

我国新刑事诉讼法关于强制措施的规定以及非羁押性强制措施在更大范围内的适用体现着刑事司法改革的一大趋势——宽容化。新刑事诉讼法对强制措施层次化的细致规定本身承载了“慎用强制措施”的思想，在法条用语中鼓励在司法实践中多采用对人身权利侵害较小的强制措施，既体现了保障人权的理念，也间接体现了法院统一定罪原则。这一切的实现离不开数据科学和信息技术的支持。数据科学的运用，可以帮助公安司法机关精准掌握犯罪嫌疑人、被告人的活动轨迹，从而有效判断犯罪嫌疑人、被告人的“社会危险性”。逮捕的条件中，最关键的一点便是对社会危险性的把握。2015 年出台的《关于逮捕社会危险性条件若干问题的规定》，对犯罪嫌疑人“可能实施新的犯罪”、“有危害国家安全、公共安全或者社会秩序的现实危险”、“可能毁灭、伪造证据，干扰证人作证或者串

[14] 李建明：《强制性侦查措施的法律规制与法律监督》，载《法学研究》2011 年第 4 期。

供”、“可能对被害人、举报人、控告人实施打击报复”等作出了明确的规定，用于判断社会危险性程度。但是，这些规定仍然是抽象的，公安司法机关很难对其进行具体把握，而大数据的运用，可以给公安司法机关提供海量的信息，对上述评判标准进行量化评估，从而科学地决定是否要采用羁押措施。

当然，宽容化的内涵不仅仅局限于限制强制措施的适用，更意味着刑事司法理念的变革和社会整体宽容度的提高。从 2012 年刑事诉讼法对强制措施规定的修改来看，体现了否定过去强制措施惩罚化适用的做法，可以从中看出传统的报复性司法理念在我国已经出现松动，表现出向恢复性司法开始转变的倾向。[15]另外，伴随着社会信息化的深入，社会的开放程度越来越高，社会对各种新理念的包容度也随之提高，可以说信息化革新为我国刑事司法改革赢得了一个相对宽松的社会文化环境。因此，从信息化社会的角度审视我国刑事诉讼法及其适用，可以看到信息技术的进步正在推动我国刑事司法向宽容化方向演进。

五、信息不对称效应与刑事司法沟通化变革

信息不对称效应是指在市场活动中，各类人员对有关信息的了解是有差异的；掌握信息比较充分的人员，往往处于比较有利的地位，而信息贫乏的人员，则处于比较不利的地位。[16]信息化社会的到来，使得刑事司法呈现出沟通化的特点，这在刑事审判中体现得尤为明显。

以备受关注的薄熙来案的庭审为例，“薄熙来案审判，具有重大的政治和法制意义，而且对高官审判首次采用网上全程直播方式，赢得了各界和公众赞誉，也为相关法律问题研究提供了条件和契机。”[17]一时间电视、微博等传播渠道同时聚焦于这位前高官的审判上，这也使得公众对刑事司法的知情权、参与权、监督权等问题再次成为热议的焦点。联系我国刑事司法活动的现状以及社会背景，相较于其他环节，薄熙来案的审理及其引发的社会现象，对于在信息社会重新理解我国刑事司法活动和社会公众舆论的关系有着重要的启发价值。

社会公众对刑事司法的知情权、参与权和监督权早已经不是一个新鲜的话题，信息化社会的发展不断拓宽信息传播渠道，促进着刑事司法的公开化、透明化。

[15] 张善燚，《现代宽容与我国刑事司法变革》，载《学术界》2009 年第 6 期。

[16] 该理论主要被用于解释经济领域的问题，一般认为：市场中卖方比买方更了解有关商品的各种信息；掌握更多信息的一方可以通过向信息贫乏的一方传递可靠信息而在市场中获益；买卖双方中拥有信息较少的一方会努力从另一方获取信息；市场信号显示在一定程度上可以弥补信息不对称的问题。

[17] 龙宗智：《薄熙来案审判中的若干证据法问题探析》，载《法学》2013 年第 10 期。

从最初法院将判决书公布至网站上到如今各种渠道的庭审直播，公众的知情权和监督权越来越有效地得到了保障。然而，在保障公众权利的同时，社会公众舆论干涉刑事审判的独立性以及社会公众对司法机关的信任危机的加剧成了挥之不去的梦魇。[18]回顾社会公众舆论参与司法监督的典型案例，2003 年的刘涌案被认为是公众舆论监督并影响刑事司法活动的先河，再到后来的许霆案、邓玉娇案、李昌奎案、聂树斌案等案件，网络等信息传播渠道对刑事司法活动产生的影响与日俱增。与这种影响同步并行的还有刑事司法的信任危机，在社会信息化趋势的影响之下两者陷入了相互促进的困局。从信息传播的角度来解读这一现象的症结，一言蔽之，还是信息不对称。

以药家鑫案为例，自药家鑫杀人事件曝光之后，受众在网上所得到的信息主要集中于被媒体添加了道德评判的行凶者恶劣的杀人行为，例如如何在车祸发生之后下车确认伤者，如何起的杀意以及被害人求饶及其令人同情的家庭状况。相应的，案件的全面、客观的整体情况并没有得到有效而充分的传播。在经过二次传播之后关于案件的信息出现扭曲，比如被害人在死前求饶的情况被添加了细节描写，而关于这一点的证据实际情况仅仅是犯罪嫌疑人做出的被害人在死前“曾向他求饶”的供述，其余细枝末节的描述更是没有证据可供印证。在这样的持有获得信息差异并且得不到补证的情况下，网络上形成了判处死刑的舆论呼声并日渐高涨，最终为了应对这种压力，法庭在庭审现场甚至还派发了定罪量刑的问卷调查，最终的判决结果自然也就顺理成章了。总结过去这几个比较典型的案子，其处理模式上有一个共同的特点——在这些被放置于社会公众舆论视线下的案件中，司法机关是被动的、单方面的受到监督，没能有效地将案件和审判相对全面的信息传达给公众，从而使得社会公众仅根据自己所收集到的十分有限的信息形成较为片面的价值判断，这种价值判断借助现代媒介渠道迅速传播相互影响并合流，形成对司法机关极其巨大的压力。[19]在大多数情况下，案件发生还没有进入审判程序便已经曝光。等到法院收集完信息，力图让社会公众了解案情的全面信息时，社会公众和舆论已经形成了一套所谓主流的价值判断。社会公众依照这一套价值判断对所获得的信息进行筛选，如此一来社会公众舆论和司法机关产生

[18] 参见胡铭：《司法公信力的理性解释和构建》，载《中国社会科学》2015 年第 4 期

[19] 参见胡铭：《转型社会刑事司法中的媒体要素》，载《政法论坛》2011 年第 1 期。

了信息不对称，就形成如今常常出现的社会公众觉得法院没有依法判决，而司法机关不能理解社会公众为何如此评判案件的格局。

随着公众的权利意识日增强，同时，由于我国社会信息来源和意思表达渠道十分狭窄，信息传播技术不断进化等原因，公众对案件形成所谓主流价值判断的时间正在缩短，这种信息不对称的传播效应还在变强，日渐成为我国刑事司法实践当中面临的一个难题。如果从信息传播的角度来解读我国历史上刑事司法改革的几个关键的节点——从最早的“法不可知则威不可测”到春秋战国时期的法律成文化变革，再到近代的罪刑法定和公开审判等基本原则的引入，以及后来明文禁止类推，到现如今刑事司法的公开透明化等等——这些节点都可以解读为消除刑事司法当中信息不对称的改革，而不仅仅只是将法律和刑事司法活动简单地公之于众以示公平。当下中国刑事司法所面临的困境充分说明了进入信息社会，公众对于刑事司法的要求不再局限于看到一个公开审判的形式和一个简单的判决结果，更要求得到对有关案件相对全面的信息；同时，刑事司法活动不仅仅要对公众公开，更要及时传递给公众正能量，力图使刑事司法活动与社会公众保持良好的沟通。

网上庭审直播、互联网法庭等新举措，让我们看到了信息化时代刑事审判的新样态的不断涌现。通过电视、微博等媒介渠道的全程直播，一方面司法机关所掌握的信息有效地传达给了社会公众，另一方面社会公众对这种信息产生了较为良好的反馈，形成一种良性的双向沟通格局，最终社会公众对个案的审理程序多持肯定性评价。从薄熙来案等个案的庭审直播当中不难发现，我国刑事司法活动已经开始从单方面的被动接受监督向与社会公众双向的沟通发展。信息技术的不断革新一方面扩展了传播渠道，为这种积极的变化提供了必要的现实基础；另一方面弥补了社会公众与国家机关在刑事司法活动中的信息不对称，这也是信息时代对我国刑事司法活动的基本要求。

当前，“互联网+”在司法领域的运用便是打造“智能法院”，直接表现为“网上法庭”。如浙江省高级人民法院 2015 年开始建设网上法庭，首批确定杭州市西湖、滨江、余杭 3 个基层法院和杭州中院作为试点。“互联网+”是司法审判面临的一场深刻自我变革的重大机遇，在方便当事人、社会公众和提高审判效能等方面都可以发挥重要作用。我国司法机关正在积极推进信息化建设转型升级，努力

建设“智能法院”，努力打造审判管理智能办公系统。数据技术和互联网的有效运用，在提升司法能力、提高司法的公正性、优化司法资源的配置、促进司法机关与社会公众良性互动等方面可以起到积极的作用，为促进社会的公平正义提供了智慧与经验。

尽管上述变化是显著，但可以预见，在未来的一段时间内，刑事司法中的信息不对称效应还将持续存在，公众对司法机关的信任危机还将在一段时间内存续，而以媒体直播、网上审判等信息化手段为内容的刑事司法沟通化的实践将会持续且潜移默化地改变刑事司法的过程。

六、结语

当下，数据科学、信息技术带来了社会的迅速变革。对于刑事司法而言，一方面，信息时代的发展为刑事司法改革提供了崭新的物质和技术基础，促进了刑事司法实践中的技术性革新；另一方面，信息社会的大发展正在改变我国刑事司法制度的社会根基，与之相伴的必然是刑事司法改革的进一步深化。随着信息社会的迅猛发展，我国的刑事司法传统理念和制度迎来了新的挑战。我国 2012 年修改的刑事诉讼法，以及相伴而来的我国刑事司法实践的变化轨迹，在一定程度上反映了信息社会和数据时代对刑事司法活动的矫正。不论是技术侦查措施的前台化还是证据制度的改良，或者是强制措施的导向还是庭审实践的变化，既是时代变迁为刑事司法改革提供的机遇，又是理论与实践的断层催生了改进相关制度的现实要求。不变的是“理想、理性和执着对于推动刑事司法现代化的步伐是何等重要”，[20]变的是数据科学、信息技术等带来的机遇和挑战，未来的人工智能更是可能对刑事司法产生深刻的影响。

黄宗智在考察过去和现在的中国司法实践的基础上，曾指出“近百年来中国虽然在法律理论和条文层面上缺失主体意识，但在法律实践层面上，却一直显示了相当程度的主体性。”[21] 对于中国语境下的刑事司法改革这一命题的解读，不应当只滞留于法条层面的论证，更应当结合时代和社会背景，从实践层面加以把握。实践正在不断催生新的刑事司法变革，相关的理论研究和立法完善，亟需迎头赶上。

[20] 李建明：《刑事诉讼法学研究的品格与态度》，载《法学研究》2012 年第 5 期。

[21] 黄宗智：《过去和现在—中国民事法律实践的探索》，法律出版社 2009 年版，第 258 页。

关于淘宝代运营引发的法律问题的思考

浙江靖霖律师事务所 李莉莎 *

摘 要：随着电子商务的高速发展，淘宝代运营等电商衍生行业逐步在市场舞台上活跃起来，专为电商卖家提供店铺代管、代推广等代运营服务。淘宝代运营的出现解决了许多淘宝店家的店铺运作难题，但随着淘宝代运营行业的快速发展，一系列因淘宝代运营而引发的纠纷和案件逐步增多，基于此，文章以淘宝代运营为核心，探讨淘宝代运营的产生背景、基本业务模式及其涉及的相关法律问题，对淘宝代运营案件的法律认定提出了个人意见，即淘宝代运营不构成民事欺诈或诈骗罪，同时也不构成合同诈骗罪。

关键词：淘宝代运营；法律问题；电子商务

目 录

引言 234
一、淘宝代运营产生的背景 234
二、淘宝代运营的基本业务模式 234
三、淘宝代运营操作过程中存在的问题分析 235
（一）虚假或夸大宣传 235
（二）诱导签订合同 235
（三）虚假刷单提升排名 235
四、淘宝代运营操作过程中存在问题的法律定性分析 236
（一）是否存在虚构事实、隐瞒真相的行为 236
（二）是否为直接故意，且具备非法占有目的 237
（三）关于代运营是否属于民事欺诈或诈骗罪的认定 237
（四）关于代运营是否属于合同诈骗罪的认定 238
结语 238

* 作者简介：李莉莎，女，专职律师，通讯地址：江南大道 4760 号业科中心 16 楼，邮编：310000，手机：13738136454。

引言

淘宝代运营是电子商务发展到一定阶段的自然产物，淘宝店主将店铺的日常经营管理、推广营销等各项工作委托给第三方代运营公司进行管理，代运营公司负责为淘宝店铺配置专业的客服、美工、推广等人员，全天候经营卖家店铺，通过专业美工和客服的介入，提升店铺的专业度，通过专业推广人员的运营，提升店铺的淘宝首页曝光量以及产品销量，从而达到在短时间内让淘宝店铺速成旺铺的目的[1]。淘宝代运营的出现为许多对淘宝经营方式不甚熟悉，但却有志于发展电子商务的单位或者个人提供了快捷通道。与第三方代运营公司建立委托关系后，淘宝店主只需支付一定费用给代运营公司，便可享受“甩手掌柜”的待遇，只需等待订单来临并发货即可。近年来，随着淘宝代运营业的发展，因为代运营过程中出现的不正当竞争行为所带了的刑事风险也日益增大。

一、淘宝代运营产生的背景

自马云等人 1999 年在浙江杭州创立阿里巴巴开始，国人的购物方式便悄然发生了改变，如今阿里巴巴已经走过了 17 年春秋，也成为了国内甚至亚洲地区最大的电商平台，阿里巴巴的出现让人们获得了一种全新的购物体验，足不出户便可网络天下美食美物。现在的阿里巴巴以每年超 1500 亿的销售额稳坐电商行业头把交椅的同时，也为大量拥有创业梦想的人提供了一个逐梦的机会。越来越多人加入淘宝网店大军，成为阿里巴巴集团旗下淘宝网的一个小店主。但要运营好淘宝网店，并利用淘宝店铺实现梦想，获取期望的经济利益，需要一定专业的互联网知识和电商运营知识，在此背景下专门教人如何开办、运营以及代运营淘宝店铺的公司应运而生。

二、淘宝代运营的基本业务模式

淘宝代运营公司向淘宝卖家推广自己，具有系统的操作模式，根据调查了解到的淘宝代运营涉嫌诈骗犯罪案件，可总结出其操作模式大致如下：第一步，利用微信公众平台、淘宝贴吧等社交平台、QQ 群等发布虚假宣传广告（夸大成分）；第二步，淘宝卖家或者意欲从事淘宝行业但苦于没有技术的个体看到广告后联系客服；第三步，客服通过专业的表现诱导客户签订代运营合同，并购买公司的套餐；第四步，代运营公司的客服、美工、推广、刷单等专业人员介入帮助淘宝卖家运营店铺，在此期间，为诱导客户进一步购买公司更高级的服务，代运营公司会采取假拍等方式欺骗客户，让客户误以为店铺销量显著提升，并按照代运营公司的意愿做出错误行为[2]。部分代运营公司为扩大利润，

[1]贺洋，杨健，李慧：《王格格.电商平台刷单行为研究》，载《.科技视界》，2016 年第 9 期。

[2] 张伦伦：《“网店刷单”行为存在的潜在刑法风险》，载《宜宾学院学报》，2015 年第 4 期。

会增加刷单服务费等单独收费项目。

三、淘宝代运营操作过程中存在的问题分析

（一）虚假或夸大宣传

通过对多家淘宝代运营公司在网络平台发布的广告进行搜集和分析发现，几乎所有代运营公司发布的广告均存在虚假宣传或者夸大宣传的情况，对发布广告的代运营公司客服进行咨询时，客服人员大都表示只要购买其服务，便能够让淘宝店家的店铺稳赚不赔，这显然不符合市场竞争的实际，也违背市场运行的规律。一方面淘宝网卖家现已超过 900 万家，几乎涵盖了各行各业，另一方面淘宝网近年来不断加强对刷单等违背诚信道德原则经营的商家的打击力度，在双面夹击下，代运营公司根本无法保障与其合作的淘宝店铺能够稳赚不赔。在司法实践中，具体如何界定虚假广告与欺骗、诈骗，可从浙江余杭审理的一起淘宝代运营涉嫌民事欺诈案入手。一家代运营公司在代运营过程中宣称某店铺的锅为最好的，实际上世界上并不存在最好，只要有行为能力的成年人都可判断真假，因此法院不支持消费者认为商家欺诈的诉求，可见，代运营中的宣传即非欺诈，更非诈骗，可能存在宣传中的虚假成分，根据《刑法》第 222 条规定:广告主、广告经营者、广告发布者违反国家规定，利用广告对商品或服务作虚假宣传，情节严重的，构成虚假广告罪[3]之规定，因此，可能构成虚假广告罪。

（二）诱导签订合同

诱导淘宝店家签订合同，购买服务是一种正常的商业行为，淘宝代运营公司通过发布广告等方式宣传可提供的服务，挖掘潜在客户并与客户最终建立合作关系，最终实现其经营目的。因此，淘宝代运营诱导淘宝店家签订合同，不属于刑法上的合同诈骗罪。因为淘宝代运营公司与淘宝店家签订的合同，是在双方共同协商一致的基础上签订的，且双方均为民事行为能力人，能够就合同的条款作出基本正确的判断。至于在合同签订后，代运营方是否能够积极履行合同，或者怠于履行合同可能给淘宝店家造成利益损害的情况，则由民法调整，不属于刑法诈骗罪调整的范畴。

（三）虚假刷单提升排名

对于淘宝代运营公司通过虚假刷单提升排名的操作手段，是否构成虚假广告罪或者非法经营罪，因此可从以下两方面进行分析：

1、这种虚假刷单行为不构成非法经营罪

根据刑法规定，违反国家规定，有四种非法经营行为之一扰乱市场秩序，情节严重

[3] 杜凯彤，朱笑延：《“刷单”现象及其法律解决途径分析》，载《.法制博览》，2016 年第 17 期。

的，构成非法经营罪。证明本案构罪，唯一的依据是 13 年两高出台的《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》中第 7 条的规定：违反国家规定，以营利为目的，通过信息网络有偿提供删除信息服务，或者明知是虚假信息，通过信息网络有偿提供发布信息等服务，扰乱市场秩序、情节严重的行为，以非法经营罪定罪处罚[4]。

首先，找不到相关的“国家规定”，相关的规定只有国家工商行政管理总局出台的《网络商品交易及有关服务行为管理暂行办法》，这不属于“国家规定”。其次，明知是虚假信息有偿发布，是发布已经存在的虚假信息，而“刷单”属于制造虚假信息，这两者并不能等同。再次，这类代运营公司，包括发玛公司的工商登记中，经营业务的范围是包含信息服务和销售日常百货等。一个有资质的公司从事经营范围以内的事，如何会构成非法经营罪？更何况，制造信息并不能等同于传播信息，这两者功能虽然有相似之处，却是两种截然不同的行为。

2、虚假刷单行为也不构成虚假广告罪

有观点认为，“刷信誉”的行为构成虚假广告罪。因为在淘宝购物中，商家的评价信誉是消费者购买商品重要的参考依据，代运营公司的“刷单”行为，让消费者误认为商家产品质量好、评价高进而购买，实际上达到了与虚假广告一样的目的。对于“刷单”的具体操作者，可以认定为“信息发布者”，符合虚假广告罪的主体要件，与企业主构成共同犯罪。这是不合理的。因为“虚假广告”指对服务、商品作出虚假宣传，代运营公司在微信上进行“一键代发”、“承诺收益”等宣传，属于发布虚假广告。但“刷单”并不是发布虚假信息，而是制造虚假信息。我们不能因为实际效果、危害后果一样，就将两个性质不同的行为作同一认定。按照罪刑法定原则，一个行为是否构成犯罪，首先要看行为模式是否符合刑法分则规定，而不是行为是否具有社会危害性。

四、淘宝代运营操作过程中存在问题的法律定性分析

（一）是否存在虚构事实、隐瞒真相的行为

刑法上的虚构事实指的是，捏造不存在的事实，骗取被害人信任；隐瞒真相，指的是对被害人掩盖客观存在的某种事实，这种事实如果被被害人知道，则不会将财物交给犯罪份子。就淘宝代运营的具体手法而言，代运营公司在发布广告、诱导当事人签订合同购买服务及购买升级服务的过程中，向当事人具体且真实地解释了淘宝代运营的流程、运营方法及后期当事人可获得的利益，包括店铺浏览量提升、成交量提升、销售额

[4] 曹健：《从京东刷单看企业公关的重要性》，载《IT 时代周刊》，2015 年第 4 期。

提升，以及可能出现的销售量提升不显著、店家可得利润小于其为代运营支出的费用等，尤其对于从服务费中留取部分作为刷单费用的行为等后续行为，店主是明知的，代运营公司并无欺诈。此后，公司也实际按照合同约定履行店铺装修美化、发货等合同义务。故不存在虚构事实、隐瞒真相的情况。

（二）是否为直接故意，且具备非法占有目的

部分人认为，代运营公司的具有非法占有的故意。因为代运营公司在广告宣传上发布了虚假信息，这种非法行为最终又占有了财产。这就应当被认定为诈骗罪。这种思维有意的曲解了诈骗罪中非法占有的认定概念，把刑法中的非法占有去理解成了所有存在非法行为的占有，这种非法占有目的的认定是片面的。应该根据行为人的意图来进行判定，如果行为人有意占据他人财产，并且拒不返还就构成了非法占有，根据相关调查数据显示，代运营公司在店主对服务不满意时均积极处理，或退款或赔偿，因此，不存在拒不返还的行为，即无非法占有他人财物的意图。通过对互联网曝光的大量代运营公司的运作方式进行调查，大多数代运营公司与淘宝店家签订合同后，均会积极着手帮助商家代为开设网店，并给予商家操作指导、代为发货等的行为，其自身是存在价值的，所收费用与其价值并无过高差距，亦可证明代运营公司并无非法占有的主观目的。

（三）关于代运营是否属于民事欺诈或诈骗罪的认定

民事案件中的欺诈行为，是指一方当事人故意告知对方虚假情况，或者故意隐瞒真实情况，诱使对方当事人作出错误意思表示的行为。刑事案件中的诈骗犯罪，是指以非法占有为目的，用虚构事实或者隐瞒真相的方法，骗取数额较大的公私财物的行为。二者的相同之处是主观方面都是出于故意，在客观方面都采取了欺骗对方的手段，使对方陷入错误认识而“自愿”同其进行交易或“自愿地”交出财物的行为。

对淘宝代运营是否属于民事欺诈还是刑事诈骗进行分析，淘宝代运营商通过广告宣传的方式，获取潜在客户注意，并通过一定的推广、营销手段，促使淘宝卖家对自身的服务产生信赖感，并签订合作合同购买服务的行为属于正常的商业行为。在这一过程中，代运营商通常会通过告知淘宝卖家购买代运营服务后，能够享受到的便捷服务以及可获得的长短期利益。由于代运营商拥有专业的客服、美工和推广团队，且对淘宝的运营规则以及消费者的线上消费行为习惯有较深入的了解，因此，其对淘宝卖家的承诺在一定程度上具备实现的可能，现实中也确有人实现，故不属于虚构事实，代运营商在向淘宝卖家介绍未来预期收益时，会同时介绍购买代运营服务后可能存在的收益小于支出的情况，故不属于隐瞒真相，欺骗淘宝店家。加之，淘宝店铺作为市场主体的一部分，

本身处于竞争与风险之中，即便代运营完全按照合同约定履行了店铺代管义务，淘宝店铺可能因为外部市场环境的影响而出现亏损。因此，代运营诱导淘宝店家购买服务不属于民事欺诈，也不能因为淘宝店铺出现亏损就认定代运营有诈骗行为。

（四）关于代运营是否属于合同诈骗罪的认定

合同诈骗是指以非法占有为目的，在签订、履行合同过程中，通过虚构事实、隐瞒真相、设定陷阱等手段骗取对方财产的行为。合同诈骗罪中，行为人的目的是利用合同形式骗取对方当事人财物，且并没有按照约定的民事义务履行的诚意，而是诱导对方履行并不存在的民事法律关系的单方义务来获取对方财物，及采取欺骗当事人的方法，使其产生错误认识，做出有利于诈骗方的法律行为。在淘宝代运营中，代运营商诱导淘宝店家签订合同，并非以非法占有店家财物为目的，通常签订委托运营合同后，代运营公司的专业人员会全面接管淘宝店家的店铺，并尽最大可能对店铺进行美化推广，增加店家利润。代运营按照双方合同约定实际履行运营义务，并希望通过良好的运营获取店家信赖，促进店家进一步购买更高级的代运营服务，从而获得更多提成或佣金。因此，代运营不属于合同诈骗罪。

结语

综上所述，当前淘宝代运营因不具备非法占有目的，不具备虚构事实和隐瞒真相的行为，因此，不构成民事欺诈、诈骗罪和合同诈骗罪。但由于国内电商也正处于不断发展完善的阶段，且淘宝代运营目前仍为新兴产业，其在市场活动的过程中，无法避免地会出现一些问题，造成淘宝店家利益受损，引发纠纷。

故为此类淘宝代运营案子进行辩护，要考虑到当前的司法困境，即羁押人数过多，第一例判决畸重。在特定环境背景下，律师的职责是维护当事人利益最大化。当前对电信网络犯罪严打的背景下，淘宝代运营类案件恐不可能作无罪处理的，在这种特定环境下律师必须进行策略选择。

结合当前国内特定的司法环境，在充分了解当事人的意愿后，律师可尝试做出退让妥协的辩护办法。淘宝代运营商在诱导淘宝店家签订合同、订购服务的过程中，若能够全面向淘宝店家解释合作的流程、方式，合作后淘宝店家需要支出的费用以及可能获得的利润，还有后期可能承担的风险，则淘宝代运营不具备虚构事实、隐瞒真相以及非法占有的目的，不构成民事欺诈、刑事诈骗以及合同诈骗；但若淘宝代运营商为了能够促进店家订购服务，在诱导店家签订合同过程中，故意隐瞒欺骗淘宝店家订购代运营服务，也可能在将来遭遇市场风险，获得的收入小于订购代运营服务的支出，从而误导淘

宝店家认为代运营服务能够实现零风险经营，进而按照代运营商的意愿签订合同，则代运营方就可能存在虚构事实、隐瞒真相的行为，此时，若代运营方在获得淘宝店家支付的较大数额服务费用后，不履行或者怠于履行双方约定的义务，致使淘宝店家遭受重大损失的，则代运营方的行为可能构成诈骗罪或虚假广告罪。此时，对于代运营方来说，最好的结果就是争取变更罪名，以虚假广告罪定罪处罚。需要特别指出的是，如果按照虚假广告罪处理，不仅公司老板将获得很轻的判决，而且公司的普通员工都可以解套。在审查起诉阶段应当提出上述意见，争取检察机关对公司老板变更罪名起诉，对普通员工不起诉。如果检察机关不变更起诉，在法庭上可以采用“两段式辩护”。第一轮辩论，论证不构成诈骗犯罪。第二轮辩论，一方面坚定地认为不构成诈骗犯罪，并提出如果法庭不采纳无罪意见，可以考虑定虚假广告罪。也许有人会指出，公诉方并未指控虚假广告罪，律师这是在承担指控职能，指控自己的当事人犯罪。但事实是，律师的法定职责就是对案件作无罪、罪轻辩护，如果能让被告人获得轻罪判决，这本身就是一个巨大的成功。

犯罪地图的公开

同济大学法学院 单勇*

摘　要：所谓一图胜万言，一目了然。基于地理信息系统的犯罪地图是警察的“眼睛”和智能防控的向导。相对欧美各国犯罪地图在线公开的丰富实践，犯罪地图在我国能否公开亟待展开理论探讨。作为数据开放浪潮的产物，犯罪地图公开能为民众安全生活提供行动参考，通过传播防控知识消除被害恐惧，以信息化技术助力警民互动，并构成犯罪大数据精细化、智能式及综合性应用的重要标志。针对地图公开的四种质疑，本文以对照实验澄清了犯罪热点仅凭经验即可认知的误区，指出不法分子利用地图的观点存在合理怀疑，被害人地点隐私在我国城市高密度区域受侵犯的可能性较低，地图公开并不会加剧被害恐惧。基于此，决策者应顺应大数据时代数据开放的发展趋势，积极推进犯罪地图公开试点，探索适合我国的犯罪地图公开之路。

关键词：犯罪地图　地理信息系统　数据开放　地点隐私　犯罪大数据

一、问题的提出

当前，“以互联网为代表的信息技术日新月异，引领了社会生产新变革，创造了人类生活新空间，拓展了国家治理新领域，极大提高了人类认识世界、改造世界的能力。”[1]“以信息化为支撑加快建设社会治安立体防控体系”[2]对传统的犯罪治理模式带来深刻影响，信息化技术构成创新立体化治安防控体系的新动力，基于地理信息系统（GIS）的犯罪制图应用成为实现犯罪治理信息化（更为精细、智能、综合）的新进路。所谓“一图胜万言”，这种寓数于图的犯罪地理数据可视化分析不仅在防控决策、风险评估、罪犯轨迹追踪、人口管理中发挥基础性作用，还能以犯罪地图公开的形式服务社会。目前，犯罪地图主要在公安系统内部使用，国内学界较少关注犯罪地图公开问题。相对内部应用，犯罪地图公开牵涉公民参与犯罪治理权利的实现、涉及人群广泛、影响深远，

*作者简介：单勇，同济大学法学院副教授，法学博士。本文为 2015 年度最高人民检察院检察理论研究课题“基于地理信息系统的检察机关犯罪风险评估研究”（GJ2015D13）和中国法学会 2015 年度部级法学研究课题“基于地理信息系统的犯罪热点稳定性实验研究”（CLS（2015）D046）的研究成果。

1 《第二届世界互联网大会开幕 习近平发表主旨演讲》，http://news.china.com/domestic/945/20151216/20947759.html，最后访问时间：2015 年 12 月 16 日。

2 《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十三个五年规划的建议》，http://news.xinhuanet.com/ziliao/2015-11/04/c_128392424_8.htm，最后访问时间：2015 年 12 月 12 日。

是实现犯罪治理信息化、公民参与日常化的重要标志。

犯罪地图上线公开在国外已近二十年，英美等国有着丰富的应用实践。在美国，Crime reports 网站与 1800 多家执法机构合作；民众通过网站可在线查询各区域、各时段的犯罪数量、地点、时间、类型等信息，甚至能查看性犯罪人照片等身份信息。在英国，居民通过 Police.uk 网站查询住所附近的犯罪空间分布状况，以便做好安全防范。在韩国，行政安全部将犯罪、交通事故、自然灾害等信息标入“国民生活安全地图”，以实现危险要素“一图通”。[3]犯罪地图上线公开具有数据实时更新、快速获取犯罪信息、公众与警察的在线互动等功能，[4]为民众参与治安防控提供保障；但也有可能侵犯被害人隐私、以贴标签形式催化犯罪高发社区衰败。[5]

我国尚未实现犯罪地图在线公开和查询。2013 年，上海市有政协委员提案要求公开犯罪地图，但被公安机关以“担心犯罪地图可能被犯罪分子利用，造成安全防范薄弱区域案件高发，进而影响市民的安全感”为由否决。[6]即便如此，犯罪地图的可视化表达机制、精细化探测效果、智能化分析能力、综合化管理模式依然光彩夺目。2014 年，北京、上海、杭州、四川白贡等地公安及检察机关主动公开部分城区的治安地图、反扒地图、盗窃密度地图，这种举措受到好评，但也不乏质疑和担忧。

犯罪地图公开的忧虑可归结为如下四点：第一，从经验上看，基层防控人员对本区域犯罪热点的经验认识能否替代制图分析；第二，从潜在罪犯角度看，犯罪地图可能被不法分子利用，不利于打击犯罪；第三，从被害人角度看，公开犯罪地图可能侵犯被害人隐私；第四，从社会公众角度看，公开犯罪地图可能放大民众的被害恐惧，引发犯罪高发区域的恐慌情绪，增加社会不稳定因素。如何理性评判这些困惑，需从犯罪地图公开的价值评估入手。

二、犯罪地图公开的价值评估

（一）何为犯罪地图

3 《韩将推“国民生活安全地图” 以预防犯罪和灾害》，http://www.chinanews.com/gj/2013/04-16/4733934.shtml，最后访问时间：2015 年 12 月 12 日。

4 Kounadi O, Bowers K, Leitner M. Crime Mapping On-line: Public Perception of Privacy Issues[J]. European Journal on Criminal Policy & Research, 2015, 21:167-190.

5 Jerry H. Ratcliffe. Damned If You Don't, Damned If You Do: Crime Mapping and its Implications in the Real World[J]. Policing & Society An International Journal of Research & Policy, 2002, volume 12(3):211-225.

6 《沪公安否决建"犯罪地图"方案 一旦公开可能被利用》，http://sh.eastday.com/m/20130813/u1a7587973.html，最后访问时间 2015 年 12 月 12 日。

作为犯罪地理信息的图形表达，犯罪地图是依据一定的数学法则，运用制图技术，为可视化表达犯罪空间分布、组合、数量、密度、联系及时间演化状态所绘制的图形。犯罪地图脱胎于犯罪制图技术的应用。所谓犯罪制图是指利用地理信息系统对违法犯罪问题和其他相关警务问题进行空间分析的过程。[7]作为21世纪最具统治力的技术之一，“地理信息系统是用于采集、存储、查询、分析和显示地理空间数据的计算系统。”[8]“20世纪60年代末期，学者就开始使用大型计算机系统和简单的可视化方法对犯罪进行空间分析。”[9]美国犯罪学家Clarke在2004年预言，“不久的将来，犯罪制图将成为一个与犯罪学研究中统计分析一样必不可少的工具。”[10]正如预言所示，截止2012年，美国约有70%超过100人的警察局和40%不足100人的警察局依靠犯罪地图进行犯罪空间数据挖掘、犯罪风险评估及预警。[11]我国自“金盾工程”二期建设PGIS平台以来，犯罪地图已成为“警察的眼睛”、智能警务的向导。

在GIS软件（以ArcGIS为代表）支持下，犯罪地图的种类繁多、形式多样。从表现形式上看，犯罪地图可分为犯罪散点图和犯罪密度色温图（分级地图）。散点图是将犯罪地点直接标入的犯罪地图。“展示犯罪活动的空间地理分布最为常见的方法就是散点图。”[12]散点图简单、直观，在美国Crime reports网站中，制图分析师以不同符号标示杀人、非法侵入、抢劫、扒窃、车辆盗窃、入室盗窃、入室抢劫、性犯罪、交通事故、火灾事故等地点信息。散点图的局限是当地点较多时犯罪空间特征难以观察和解读，确定犯罪热点的规模、大小和形状较为困难。对此，为体察犯罪热点，通过设定犯罪密度的不同阈值（分级），借助GIS的核密度估值，可形成犯罪密度色温图。“在分级色彩地图上，符号颜色表示变量的值。颜色越浅，犯罪量越少；颜色越深，犯罪量越多。”[13]

为精准探测犯罪热点，犯罪密度地图需从宏观、中观转向微观地理单位。从地理单位上看，犯罪地图可分为城区、社区、网格、路段色温专题地图。“这种按照空间区界来分级统计犯罪数量的方式也称专题地图。”[14]目前，路段和网格是色温专题地图的常见地理单位。

从空间关联上看，为精确测量犯罪与犯罪、犯罪与其他因素的空间相关性，犯罪地图还可分为

7 [美]雷切尔·博巴桑·托斯：《犯罪分析与犯罪制图》，金诚、郑滋椀译，人民出版社2014年版，第7-8页。

8 [美] Kang-tsung Chang：《地理信息系统导论》，陈健飞、张筱林译，科学出版社2010年版，第1页。

9 Weisburd, David, and Tom McEwen, eds. Crime mapping and crime prevention. No. 8. Monsey, NY: Criminal Justice Press, 1998.

10 Clarke R V. Technology, criminology and crime science[J]. European Journal on Criminal Policy and Research, 2004, 10(1): 55-63.

11 王发曾主编：《城市犯罪空间盲区分析与综合治理》，商务印书馆2012年版，第196页。

12 Jefferis E. A Multi-method Exploration of Crime Hot Spot: A Summary of Findings. Washington DC: U.S. Department of Justice, Office of Justice Program, National Institute of Justice, Crime Mapping Research Center,1999.

13 同8，第126页。

14 Eck J E, Chainey S, Cameron J G, et al. Mapping crime: understanding hot spots[J]. Bureau of Justice Statistics, 2005(2005)：23.

缓冲区地图、克里金插值图、G指数图及犯罪恐惧地图等。“缓冲区是指地图上距要素一定距离的区域。缓冲区地图能够展示各要素之间的相对距离。”[15]如以每所学校为圆心，以100米为半径画圆，形成反映研究区所有学校周边犯罪空间分布的缓冲区地图。克里金插值图反映研究区犯罪热点和冷点的空间分布状况，颜色深浅可以反映犯罪多少。G指数图反映相邻网格之间的犯罪关联，区分犯罪与犯罪之间究竟是高值的空间聚集与低值的空间聚集。犯罪恐惧地图是将潜在被害人感知到的犯罪危险地点标注而成的图形。犯罪恐惧地图是传统的犯罪风险评估及犯罪预警测量方法。[16]

总之，基于GIS及数据地图的综合运用，根据不同目的，研究者可制作出不同类型的专题犯罪地图，以认识、载负及传递犯罪空间信息。

（二）犯罪地图公开的理论基础

犯罪地图公开是指政府有关部门将各种犯罪地图向社会公众公布。在互联网技术支持下，在网络上公布代表了犯罪地图公开的发展趋势。犯罪地图公开的理论基础如下：

1. 犯罪地理研究的支撑

犯罪地理研究发端于19世纪欧洲的犯罪制图学派，受芝加哥学派犯罪生态学研究的推动，汲取了环境设计预防犯罪思想的精华，如今主要基于GIS进行犯罪空间分布规律探索。[17]犯罪地理研究以各类犯罪地图为空间分析的基础，“运用‘犯罪地图’就是运用地理信息系统，并采用多种犯罪分析技术，研究犯罪活动所蕴含的空间信息，以此为基础采取对应警务措施的过程。”[18]这种研究无疑为犯罪地图公开提供了集成运用GIS、空间统计、数学建模等方法的技术方案。同时，犯罪地理研究以犯罪空间分布特征为对象，验证了犯罪的聚集性及热点的稳定性，[19]推动了“从罪犯到地点”[20]的治理重心转变。这为地图公开提供了坚实的知识基础。

2. 被害预防信息化的需要

“长期以来，以政府为主导的犯罪打击模式在我国犯罪治理中居于主导地位，但这种模式忽视

15 同8，第124页。

16 Bruce J. Doran, Melissa B. Burgess .The Kings Cross Study[R].Putting Fear of Crime on the Map .Springer Series on Evidence-Based Crime Policy 2012, pp 155-249.

17 单勇：《街面犯罪空间防控的学说演进与理论启示》，载《刑事法评论》（第33卷）北京大学出版社2013年版，第610-626页。

18 Rachel Boba Santos.Crime Analysis and Crime Mapping[M].Chicago:Sage Publications,2005.

19 关于犯罪聚集性及热点稳定性最为经典的研究首推以色列希伯来大学、美国乔治梅森大学双聘教授大卫·威斯博德开创的“西雅图研究”。参见大卫·威斯勃德、科迪·特勒普：《“地点”在警务活动中的重要性：实验性证据与对策建议》，刘建宏主编《国际犯罪学大师论犯罪控制科学2》，人民出版社2012年版，第1-36页。

20 单勇、吴飞飞：《从罪犯到地点：犯罪空间防控的兴起》，载《山东警察学院学报》2013年第5期，第94-99页。

了被害人等社会主体对犯罪治理的作用。”[21]被害预防在群防群治中如何贯彻落实，被害预防如何真正发挥保护潜在被害人的作用，是长期困扰被害预防在我国深入发展的理论难题。在信息化浪潮中，被害预防信息化能提高公众对犯罪的“社会能见度”，构成了破解上述难题的契入点。恐惧源于无知，犯罪及各种危险信息的社会公开能为公民个体、社区组织提供最为客观、及时的防控依据及安全参考。犯罪地图公开将各种危险信息以可视化方式呈现给社会公众，这能够满足被害预防信息化的客观需要，并夯实社会参与犯罪防控的信息基础。

3. 数据开放浪潮的推动

“在信息化时代，数据随时随地与我们相伴而行，‘用数据说话’已成为认知世界的一种方法。”[22]“开放，已经成为互联网时代一股不折不扣的浩荡风潮。”[23]犯罪地图公开是数据开放这一浩荡风潮的产物。“信息是经过解读的，数据是原始、可再利用的；公开是单向的，开放是流动的；信息公开是基础，数据开放是发展。”[24]“信息公开旨在信息的公示，对应的是公众的知情权。对数据开放而言，知情只是第一步。数据开放的终极目标在于利用，更多对应的是公众的参与权，及开放、利用数据之后实际获得的表达权和监督权。”[25]从信息公开到数据开放的转变意味着，“在开放数据的过程中，政府要以用户需求为导向。”[26]“开放数据本身并没有价值，只有当它创造了公共价值时才真正具有价值。”[27]犯罪地理数据是高价值的数据，地点信息并非国家秘密。自 2014 年法院裁判文书网上公布始，我国通过判决书上网公开了刑事案件的地点信息。根据判决书中的地点信息，研究者制作特定专题的犯罪地图成为可能。

（三）犯罪地图公开缘何必要

1. 从专属到共享：民众安全生活的行动参考

在我国，刑事案件地理信息主要储存于公安机关 PGIS 系统。随着裁判文书网上公布，法院、检察院将犯罪地点信息附随判决书、起诉书文本一并网上公开；但这仅是公开地点信息的内容，而未制作及公开犯罪地图。各级各地公检法机关是犯罪数据的收集者、管理者，但“政府掌握和维护的信息是整个国家的资产和财富”[28]。“数据开放能为快速决策带来便利，通过政府数据开放，数据转

[21] 李綦通：《被害预防——我国犯罪治理的常规模式》，载《社会科学战线》2014 年第 3 期，第 219 页。

[22] 刘红、胡新和：《数据革命：从数到大数据的历史考察》，载《自然辩证法通讯》2013 年第 6 期。

[23] 涂子沛：《大数据》，广西师范大学出版社 2013 年版，第 193 页。

[24] 张毅菁：《从信息公开到数据开放的全球实践》，载《情报杂志》2014 年第 10 期，第 175 页。

[25] 同 24，第 175 页

[26] 陆建英等：《美国的政府数据开放：历史、进展与启示》，载《电子政务》2013 年第 6 期，第 31 页

[27] Luna-Reyesa L F, Chunb S A. Open Government and Public Participation: Issues and Challenges in Creating Public Value[J]. Information Polity, 2012,17(1): 77-81.

[28] Transparency and Open government ：

换为信息，信息再转变成知识，而公民可使用这种知识作出决策并采取行动。”[29]犯罪地图能为“女神”夜跑、未成年人上学[30]、出行出游、租房购房等民众日常生活提供安全参考和行动指南。可见，犯罪地图公开是民众共享这一国家财富的最佳方式。

2. 从知情到参与：公众参与犯罪治理的数据基础

犯罪地图的社会公开保障了公民知情权，还为公众参与犯罪治理提供切实可行的行动依据。“在大数据时代，政府与社会的边界出现调整。大数据时代，信息趋于自由、迅速流动，数据趋于开放和共享，这意味着知识和权力的开放和流动，权力将从政府更为分散到社会。”[31]公众参与“是公民试图影响公共政策和公共生活的一切活动”，[32]公众参与犯罪治理涉及到防控权力的再分配。英国警察学家约翰·安德逊指出：“产生犯罪的根源是社会，抑制犯罪的主体是公众，警察只是打击犯罪的力量之一。”[33]如果说警务工作是颗大树，那么树的根基必须扎根于民众参与这一土壤。犯罪地图公开点燃了公众防控犯罪的主体意识，使公众更加关心邻里及社区的难题。公众不应是被动了解治安情况、服从治安管理的接受者，而是保卫家园、创建安全社区和校园的积极行动者。在警察和罪犯之外，公众应成为第三方警务的独立主体，故必须承担一定的防控责任、享有一定的防控权力。

3. 从盲目到理性：以防控知识消除恐惧

媒体、自媒体对犯罪新闻的倾向性传播极易放大民众对犯罪恐惧感和不安感。在英美等国，整体犯罪率从上世纪 90 年代中期开始持续回落，但公众的犯罪恐惧感并未随之下降。这种犯罪恐惧感和犯罪现实之间的反常理关系被称为“安心差距”。[34]大数据时代，公民对精细信息需求愈发强烈。为避免误解犯罪情势，犯罪地图公开以寓数于图的形式推崇知识和理性，用数据创新，帮助民众精准了解周边犯罪态势，消除犯罪恐惧。对此，国外学者曾以分组对照实验的方式，对犯罪地图公布能否降低民众的犯罪恐惧感进行系统评估，实验证明看到犯罪地图比看到犯罪统计数据的参与者有更少的恐惧感。[35]

https://m.whitehouse.gov/the_press_office/TransparencyandOpenGovernment，最后访问时间：2015 年 12 月 16 日。

[29] Hoffmann L. Data Mining Meets City Hall[J]. Communications of the ACM 55, 2012: 19-21.

[30] 2006 年，日本就有九成的小学为学生绘制危险地图，以确保学生在上下学路上不受犯罪侵害。参见啸天：《日本九成小学有“危险地图”》，载《教书育人》2006 年第 25 期。

[31] 高小平：《从传统治理到大数据治理》，载《广州公共管理评论》（第 3 辑）。

[32] 俞可平、贾西津主编：《中国公民参与：案例与模式》，社会科学文献出版社 2008 年版，代序 1-2。

[33] 张荆主编：《海外社会治安管理机制研究》，法律出版社 2015 年版，第 295 页。

[34] Bobby Duffy, Rhonda Wake, Tamara Burrows, et al. Closing the gaps – crime and public perceptions[J]. International Review of Law Computers & Technology, 2008, 22(1):17-44.

[35] Groff E R, Kearley B, Fogg H, et al. A randomized experimental study of sharing crime data with citizens: Do maps produce more fear?[J]. Journal of Experimental Criminology, 2005, 1(1):87-115.

4. 从接受到交互：以信息化助力警民互动

“与政府信息公开相比，政府数据开放最直接最核心的特点是精细化和互动性。”[36]犯罪地图是这两种特点的鲜明体现。犯罪地理数据的精细化定位及透明化公布使“数据制衡”成为可能，“数据制衡”构成了犯罪地图公开的深层价值意蕴；围绕“数据制衡”内核，政府公共行政相应转变为“以每个人为中心”的个性化定制模式，[37]并形成警民信息化互动的新机制。这种新机制表现有二：其一，借助犯罪地图公开，政府允许公众在掌握犯罪地理信息的基础上，通过各种工具和算法进行有用信息挖掘及分析，针对数据分析中发现的问题向防控机构提出质疑和问责，从而改变犯罪数据仅从防控部门单向流出的局面。其二，以犯罪地图公开推进犯罪治理理念的转变，犯罪治理模式由“政府供给型”向“精细服务型”转变。也就是说，伴随犯罪地图公开，日常性犯罪治理可以每个人、每个家庭、每座建筑物、每条路段、每个网格、每个组团、每个社区所面临的特定犯罪问题为对象，以个性化定制方式提供治安服务。

5. 从概念到应用：犯罪大数据的价值体现

在国家大数据战略框架下，2015 年 8 月 31 日国务院印发《促进大数据发展行动纲要》，提出建立“用数据说话、用数据决策、用数据管理、用数据创新”的管理体制。犯罪大数据是国家犯罪治理体系中的战略资源。如何让海量的犯罪大数据真正发挥作用呢？犯罪数据开放是不可或缺的环节，犯罪地图公开构成了犯罪大数据开放及应用的重要组成部分。只有公开犯罪地图才能产生更多的社会价值。正所谓警力有限、科技无穷，犯罪地图公开实现了全方位、实时性、系统化、精细化、可视化、多角度、互动式的犯罪时空数据抓取及分析，这为智能化犯罪分析及决策支持模式的兴起提供了保障。

总之，在从“以政府为中心”的政府 1.0 时代转向“以国民为中心”的政府 2.0 时代，再到“以每个人为中心”的政府 3.0 时代转型中，[38]犯罪地图公开构成大数据时代、信息化浪潮下创新立体化社会治安防控体系的重要举措。

三、犯罪地图公开的困惑反思

[36] 沈亚平、许博雅：《“大数据”时代政府数据开放制度建设路径研究》，载《四川大学学报》（哲学社会科学版）2014 年第 5 期，第 113 页。

[37] 高小平：《借助大数据寻求国家治理变革》，载《中国行政管理》2015 年第 10 期。

[38] “政府 3.0 时代”是韩国率先提出的国家治理新概念和政治愿景，政府 3.0 时代的独特价值在于主动公开和共享信息，保障国民参与，同时注重沟通与合作。参见陈潭等：《大数据时代的国家治理》，中国社会科学出版社 2015 年版，第 62 页。

既然犯罪地图公开如此重要，那么如何理性审视前述关于地图公开的种种困惑呢？结合犯罪地图公开的价值，可形成如下四点反思：

（一）通过对照实验澄清经验误区

犯罪地图公开的第一种困惑是基层防控人员及社区居民对本区域犯罪热点的主观经验认识能否替代制图分析。犯罪空间分布可被经验感知，但不能止于经验。犯罪学首先是经验研究，但经验研究和量化研究共同构成犯罪学的基本叙事方法。[39]从经验到量化，是犯罪学研究科学水准提升的重要标志。

关于犯罪热点可凭主观感知、无需测量的经验认识，多来自基层防控工作人员的长期实践和切身感受。对此，有学者对英国伦敦地区 21 个犯罪防控机构的工作人员进行问卷调查。调查对象包括警官、犯罪情报分析师、社区机构负责人及来自教育、司法、健康、禁毒等部门的代表。研究人员要求被调查对象在其辖区内标出抢劫、盗窃的可能热点，然后将这些结果与之前半年的真实热点进行对比。从结果上看，多数调查对象通过直观感受得出的结论可靠性比较差，抢劫热点的重合度为 7%，一般盗窃犯罪的重合率为 0%，汽车盗窃的重合率为 6%。[40]

作者在国内也开展了认知热点与真实热点的对比实验[41]。依托 ArcGIS10.0 软件绘制该街道 2011-2013 年盗窃犯罪的真实热点地图。将调研对象分为专业组和普通组。专业组为基层民警、街道工作人员（30 人）；普通组为该街道居民（87 人）。最后让被调查对象根据经验在标有序号的路段和网格地图上标出可能热点。

在网格层面，当研究区被均等划分为 48 个网格（每个网格面积约为 0.105 平方公里，约为 10 万平方米）时，针对盗窃最严重的 10 个网格（占全部网格的 20.8%），普通组和专业组基本没有差别，都猜中 6 个网格；当研究区被均等划分为 210 个网格（每个网格面积约为 0.024 平方公里，约为 2.4 万平方米，相当于 3 个足球场的面积）时，针对盗窃最严重的 10 个网格（占全部网格的 4.76%），普通组 10 个网格猜中 2 个，专业组 10 个网格猜中 3 个。在路段层面，研究区的道路可分为 223 个路段（路段平均长度为 50 米左右），针对盗窃最严重的 10 个路段（占全部路段的 4.48%），普通组和专业组均仅猜中 1 个路段。

可见，一旦分层量化分析，经验认识的局限性昭然若揭。在较大地理单位上，经验认识尚可做

[39] “犯罪学首先是经验研究，而非纯思辨研究。经验研究强调对研究对象的客观观察和实地感受，强调感性知识的认识论意义，强调用事实说明事实。”尽管经验研究、量化研究都是犯罪学的叙事方法，但正所谓“有理无数、莫谈学术”，量化分析在犯罪学研究中的重要性毋庸置疑。参见白建军：《关系犯罪学》，中国人民大学出版社 2005 年 1 月版，第 18-20 页。白建军：《论法律实证分析》，载《中国法学》2000 年第 4 期，第 29 页。

[40] [英]Spencer Chainey、[美]Jerry Ratcliffe:《地理信息系统与犯罪制图》，陈鹏、洪卫军、隋晋光、瞿珂译，中国人民公安大学出版社 2014 年 1 月版，第 138 页。

[41] 2014 年 3-8 月，作者带领大学生科技创新团队对南方某省会城市 H 市 X 区 W 街道进行了真实热点与经验认知热点的对比调研。W 街道总面积为 5.05 平方公里，系该城人口密集、规划完善、各种设施一应俱全的市区。

出“差不多”的描述；但网格尺度越小经验认识就越不可靠，在微观路段上，经验认识基本没有价值。对于犯罪防控来说，10 万平方米的网格缺乏防控的可操作性，小尺度网格比大尺度网格更有价值，微观路段比小尺度网格更适宜开展防控应对。

正如英国物理学家开尔文所说，“在衡量你所谈论的话题时，如果能以数字的形式表达出来，那说明你对这个话题知其一二。”[42]犯罪地图公开能够明显提升对犯罪风险的洞察力、明辨力，以量化方法消除犯罪分布的不确定性。

（二）不法分子利用犯罪地图存疑

犯罪地图公开的第二种困惑是地图可能被不法分子利用，不利于打击犯罪。客观地说，

任何一项犯罪防控措施均是利弊相随的双刃剑。在概率上，不能排除某些不法分子利用地图选择犯罪目标的可能；但这一理由不足以阻碍犯罪地图公开，具体原因如下：

第一，根据国外犯罪地图公开的调查问卷显示，相对窃贼如何利用犯罪地图来确定容易攻击的目标，公众更关心地图是否被用于商业目的（如推销财产保险、安全产品）。甚至有受访者认为，犯罪地图对窃贼具有相反的影响，因为窃贼觉得盗窃高发区没有行窃价值。[43]

第二，不法分子回避热点区域，意味着犯罪机会及目标的减少，更不利于犯罪实施；而选择热点区域则可能面临地点防控的专门性打击。根据日常活动理论，“犯罪机会的增多在于人们日常活动所导致的‘合适的目标’、‘犯罪防范缺失’及‘潜在犯罪者’三种条件的时空汇聚。”[44]犯罪机会并非处处皆是，犯罪影响因素的空间分布不均衡，导致犯罪的空间分布不均衡。犯罪热点理论通过犯罪聚集性的制图验证亦印证了这一点。可见，犯罪地图公开对不法分子来说面临着两难的选择困境。不法分子回避犯罪热点意味着犯罪机会的减少；选择在热点区域犯罪，则将面临地点警务的专项打击。

第三，罪犯出行有其特定规律，遵循出行距离衰减原则。罪犯出行活动基本上局限于行为人日常活动空间范围之内，学者由此发现且验证了罪犯出行的“就地性”和“空间距离衰减性”。[45]因此，罪犯出行绝非单纯参考犯罪地图，以此为由反对犯罪地图公开并不科学。

第四，犯罪地图公开本身对不法分子的威慑作用不容忽视。犯罪地图公开向民众表达了政府打击犯罪、有能力维护秩序和掌控治安全局的决心，对不法分子传递出强烈地威慑、警示信号。不法分子有可能利用犯罪地图，但更有可能被地图所威慑。

[42] [美]埃里克·布莱恩约弗森、安德鲁·麦卡菲：《第二次机器革命》，蒋永军译，中信出版社 2014 年 9 月版，第 67 页。
[43] 同 4。
[44] 吴宗宪：《西方犯罪学史》（第二版），中国人民公安大学出版社 2010 年版，第 914-916 页。
[45] 杜德斌：《国外有关城市犯罪出行问题研究》，载《城市问题》1998 年第 1 期，第 58 页。

第五，不法分子辨识、理解散点图或犯罪密度图并不容易，寻找对犯罪的有利因素颇有难度。利用地图实施犯罪的前提是，不法分子首先能够辨识及理解犯罪地图。对于犯罪散点图来说，在特定研究区内往往密集分布各类犯罪地点，如何解读散点的整体态势及发展趋势、地点与地点之间的关联呢？这需犯罪制图师运用 GIS 技术进行专业分析。在信息量庞大复杂的地图中，不法分子仅凭肉眼判定哪个路段或区域警力稀疏、容易实施犯罪难度极大。对于犯罪密度图来说，判断犯罪热点与冷点相对容易一些，但由于密度图中的热点、冷点往往覆盖较大一片区域，不同犯罪密度区域的边界并不清晰，密度图也缺乏被不法分子利用的可能性。同时，警力分布状况在地图上并不显示，不法分子从地图中了解警力部署和巡逻路线，寻找警力分布的漏洞也没有可能。相对而言，普通民众了解自身居所、单位周边的犯罪分布则相对容易的多。可见，在辨识及理解犯罪地图难度较大的条件下，径行说不法分子容易利用犯罪地图可能并不科学。此外，犯罪地图究竟是否被不法分子利用还需通过对照实验予以检验，在缺乏实证评估的情况下，无法得出不法分子会利用犯罪地图的结论。

第六，民众可以利用犯罪地图趋利避害，使用犯罪地图的普通民众数量极其庞大，受益人群广泛；而究竟有多少不法分子利用犯罪地图尚不明确。英国某地犯罪地图公开的第一天，网站点击量高达 1800 万次；在公开地图半年后，该网站月均点击量仍维持在 330 万次左右。[46]民众对犯罪地图抱有浓厚的兴趣，犯罪地图公开产生了较大的社会影响。

第七，担心犯罪地图被罪犯利用而不公开，这是以控制和秩序为导向、注重防范潜在犯罪人的传统治理策略的产物；公开犯罪地图鼓励社会公众参与犯罪治理，有助于实现警民的交互式合作，体现出对广大潜在被害人权利的保障，“彰显了国家对公民的人文关怀，更有利于积极、主动和富有成效的犯罪预防局面的形成。”[47]

（三）被害人地点隐私受侵犯待考

犯罪地图公开的最大争议是如何在公开地图同时减少对被害人地点隐私的侵犯。在大数据时代，数据无孔不入，信息安全是头等大事。“侵犯地点隐私的情况通常只与那些发生在私人房屋的入室盗窃及暴力犯罪有关。这两种犯罪有着不同的重新被确认的风险。”[48]地点隐私具体包括被害人担心不法分子将其视为易侵害目标，被害人向警方报告犯罪情况时会心存疑虑，具体地址可能被进一步滥

[46] Chainey S, Tompson L. Engagement, Empowerment and Transparency: Publishing Crime Statistics using Online Crime Mapping[J]. Policing, 2012, 6(3):228-239.
[47] 张旭、单勇：《犯罪学基本理论研究》，高等教育出版社 2010 年版，第 42 页。
[48] 同 4。

用等。[49]2012 年英国“信息专员办公室”的报告提出一种以家庭数量的最佳阈值为地理单位公布犯罪地理信息的策略。该报告指出，“以 10-30 户家庭为地理单位公开犯罪地点信息时，侵犯地点隐私的风险处于中等状态；公开家庭数越少风险越高，超过 30 户家庭则存在较小的风险。”[50]这种阈值是披露犯罪地点信息与保护地点隐私的平衡点。

在英美等国，居民住宅以独栋房屋为主，居住密度相对较小；犯罪地图公开侵犯被害人地点隐私的可能性较大。在我国，城市人口密度大，高密度区域住宅以楼房为主。低密度别墅区及全封闭管理的高档小区入室盗窃较少发生；入室盗窃主要发生于街面、商业场所、非封闭管理小区及城中村、城乡结合部的农民房、出租房。即使在一栋楼房上标注一起入室盗窃，家庭数量往往超过 10 户以上，高层住宅甚至超过 30 户以上。高密度区域本身就为地点隐私提供了天然保护。在我国依据犯罪地图的入室盗窃等地点信息，重新确认具体被害人的可能性极小；而发生于道路、商场、火车站、公交站点等公共场所的扒窃、暴力等犯罪更不可能重新确认到具体的被害人。因此，犯罪地图公开并未对被害人的地点隐私构成重大威胁，我们不必谈虎变色，想象必须让位于科学分析。

（四）空间标签加剧被害恐惧审视

在美国，犯罪地图公开可能给特定区域贴上“高犯罪率”的空间标签，动辄以“犯罪之都”名义放大民众的被害恐惧，引发房价下降、教育退化、工作机会和公共福利减少，从而加剧区域的衰败。[51]学者的担忧似乎不无道理，但这种情况在我国很难出现，具体理由有二：

一方面，美国地方政府享有高度自治权，地方税收直接影响治安、教育、医疗等投入的多少。中美两国有着迥然不同的地方财政运作机制和治安体制，我国政府有着较强的社会动员及控制能力，底特律城市破产及沦为“罪恶之都”的悲剧在我国不会上演。底特律等城市的衰败有着相当复杂的经济、社会、政策及历史原因，绝非犯罪地图公开所能诱发。

另一方面，犯罪地图公开能够传播防控知识、减少被害恐惧。“作为提供公众的一项社会普遍关注的警方服务”[52]，犯罪地图公开的目的是为了让公众更明智，而不是更盲目。犯罪地图公开能促使公众了解社区安全情况，意识到自身存在的安全风险，并鼓励公众采取措施减少风险和及时向警方报告可疑活动。如在犯罪地图公开之前，居民凭借主观经验想象整个社区或街道均是犯罪热点；但随着犯罪地图公布，居民发现热点仅分布于社区中的某个网格或某几个路段，一条栅栏、树墙或围

[49] Wartell J, Mcewen J T. Privacy in the Information Age: A Guide for Sharing Crime Maps and Spatial Data Series: Research Report.[R]. Institute for Law and Justice，2001。

[50] 同 4。

[51] 同 5.

[52] Casey L. Engaging communities in fighting crime[J]. London Cabinet Office, 2008.

墙往往就是犯罪热点与冷点的分界线。再如犯罪地图引入时间维度，“犯罪热点因时间而变化，而且这种趋势愈发明显。”[53]犯罪热点可能在白天是相对安全区域，但到晚上犯罪才开始增加。因此，随着犯罪地图的公开，空间标签的概念愈发地被犯罪热点范畴所取代，空间标签对居民被害恐惧的影响亦将逐渐减弱。

总之，公安机关对犯罪地图公开持担忧心态是一种出于职责的本能反应，不同性别、年龄、职业、阶层、文化程度、收入状况的市民对犯罪地图有不同看法也很正常。推行任何一项犯罪防控措施均是利弊相伴的，均需决策者顺应时代发展潮流进行价值衡量和利弊取舍。在享受犯罪地图公开红利的同时，防控部门必须承担地图公开后可能引发的负面影响，并尽量控制及消除负面影响。随着犯罪地图公开渐入人心，公众愈发了解犯罪地图和犯罪热点的知识，通过地图的交互式防控应用愈发成熟，基于地图的被害预防共识影响愈发广泛，上述种种担忧亦将烟消云散。

四、犯罪地图公开的出路探寻

战国时期改革家商鞅有云：“当时而立法，因事而制礼。礼、法以时而定；制、令各顺其宜。”[54]犯罪治理亦应顺应大数据、信息化的时代潮流，以推进犯罪地图公开的方式创新立体化社会治安防控。我国应如何推行犯罪地图公开呢？对尚未出台的制度，学者针对制度设计的阐述越详细，未来偏离真相的可能性就越大。因此，本文仅在审视以往种种忧虑的基础上，提出原则性建议。

（一）犯罪地理数据的管理和公开制度相衔接

对于防控决策者来说，首先不是公开数据和地图，而是保护及整理犯罪大数据。具体来说，犯罪地理数据的管理包括数据共享、挖掘、分类、清洗、整理等环节。数据共享意味着在防控机关的“信息孤岛”之间构建数据传递和整合的桥梁。当前，公检法机关各拥有治安案件和刑事立案案件、提起公诉案件、审判案件不同口径的犯罪数据及各成体系、相对封闭的办案信息管理系统。共享数据可实现各类案件地点信息的全面掌握，帮助政法委等领导机关和治安防控的决策者突破信息不对称的困境。除数据共享以外，还需运用数据挖掘软件从各种法律文本中提取犯罪地点信息，分类整理各类案件，尤其是将占公安机关刑事案件立案量 70%以上的盗窃案件再次细分（如入室盗窃、街面扒窃、盗窃自行车及电动车等）。同时，还需清洗重复信息、与地理空间无关的案件信息，并设计犯罪地理编码，在犯罪地理数据库支持下实现各类案件的地点信息实时更新、随时查询、一体化掌握、

[53] Jerry H. Ratcliffe. Aoristic analysis: The spatial interpretation of unspecific temporal events[J]. International Journal of Geographical Information Science, 2000, 14(7):669-679.

[54] 参见《商君书·更法第一》。

分类管理。

在犯罪数据管理制度基础上，构建犯罪地图公开制度。从公开案件的类型上看，相对刑事立案、起诉及审判不同阶段，由于公安阶段的很多案件到审查起诉和审判阶段被并案处理较为常见，治安案件严重程度不如刑事案件，故在犯罪地图中应首先公开经人民法院判定有罪的刑事案件地点信息更为适宜。在全部一审刑事案件中，应具体公开盗窃、两抢、交通肇事等与城市空间环境相关性较大的地点信息，并对盗窃犯罪做进一步的分类展示。从技术上看，“全国警用地理信息平台”（PGIS）已投入使用数年，犯罪数据采集、清洗及公布不存在技术障碍，基于既有数据处理平台也不会增加过多的工作量。从公开主体上看，应在政法委统一领导和安排下，由公安机关具体执行犯罪地图公开更为合适。从公开方式上看，可在各地公安机关的官网中增设犯罪地图信息公开栏目，也可效仿英美国家建立专门的犯罪地图公开网站，供社会点击查询。从公开频度上看，犯罪地图应借助警务自动化软件实现实时更新，保障市民及时了解家庭及单位周边区域的犯罪情势。从公开地图的类型上看，公开的地图应包括犯罪散点图和犯罪密度图，密度图还可分为路段色温图、网格色温图、社区色温图。

此外，还应公开关于犯罪地理数据的相关统计分析，在概率论、统计学等基础上设计各种复杂算法，在数据和算法支撑下，实现机器学习，以人工智能形式为犯罪地图的查询者提供被害预防参考性方案。人工智能支持下的犯罪预测虽不能像科幻犯罪片中精准预测到哪些个体将实施犯罪或将被害，但能够预测未来犯罪热点的可能区域，以此改进警务巡逻和预防方案。美国洛杉矶警察局、北京市怀柔公安分局均在使用犯罪预测软件分析犯罪风险、开展地点警务。正如热播美剧《疑犯追踪》中主人公在互联网、物联网、人联网融合的基础上，设计出能够预测暴力犯罪的计算机系统，每每挽大厦之将倾。当有人问为什么你每次都知道哪里有犯罪发生？主人公回答说：“‘机器’知晓一切。”

（二）以“地理面具”保护地点隐私

为保护被害人的地点隐私，有学者在 1999 年首次提出在信息公开中通过修改原始数据保护地点信息的方法，这种方法被称为“地理面具”。[55]学者后来据此发展出一系列保护地点隐私的方法。较常见的地理面具制作方法是将地点信息合并到人口普查区或邮政编码区划中，但这种方法对数据精确性损害较大；而后出现将地点信息在方向和距离上做任意细小变动的方法，这种方法增加数据精确性同时也带来地点隐私暴露的风险。当前，最为适宜的地理面具方法是环状变动方法，该方法要

[55] Bridwell S A. The dimensions of locational privacy[M]// Societies and Cities in the Age of Instant Access. Springer Netherlands, 2007:209-225.

求坐标变动满足指定的匿名约束条件，约束条件以潜在的人口密度为标准。[56]实际上，这是以一定的人口或家庭数量为保护地点隐私的最佳阈值，在特定阈值形成的环状范围内公布犯罪地点，进而保障个人的身份不会因地理位置信息公开而被识别。

一张地图上呈现多少信息、在多大尺度上呈现才能既保护隐私又让公众了解犯罪分布情况，这首先牵涉个人权利与社会安全的界线厘定。为公共安全而让渡一定个人权利成为通识，但关键是如何划定公民权利与社会安全的界线？犯罪地图公开所面对的最大争议就是如何在保障公共安全的同时兼顾地点隐私。地理面具技术的出现将价值衡量问题转化为技术方案的选择问题，这为我国犯罪地图公开提供了借鉴思路。

（三）潜入微观层面消除空间标签

犯罪热点标签可能会与消极的因素联系起来。为避免出现诸如“盗窃之城”、“交通肇事之都”、“暴力犯罪之区”等危言耸听的空间标签，最好办法就是在更为微观的地理单位上展示犯罪热点，在区、县等宏观层面仅提供犯罪散点图，不提供可能误导查询者的犯罪密度全局图。这种立足微观地理单位展示犯罪分布的做法，不仅有助于消解空间标签，还有助于提升犯罪治理的精细化水平。

首先，犯罪地图公开网站应以用户为中心，围绕用户查询的地点（家庭或单位）生成 100 米为半径的缓冲区地图，在缓冲区圆中展示犯罪空间分布状况，并自动形成缓冲区范围内的犯罪分析统计报表和数据地图。

其次，以路段、网格为地理单位提供反映犯罪热点分布的密度图，以 50 米为一个路段，网格以政府规划为准。在色温密度地图中，查询者能够看到每个路段和网格的犯罪密度情况，并快速找到热点、冷点路段和热点、冷点网格，而不会对城区全局的犯罪态势形成偏差认识。当然，犯罪地图公开网站也给查询者提供反映城区全局犯罪分布的犯罪散点图，全局散点图虽然不易解读，但贵在客观真实，不易被误解。

最后，立足微观层面，完善犯罪地图的附加信息。如标识出派出所、警务室、治安岗亭的位置，标识出道路的路灯分布情况，标识出三年内无犯罪记录的安全楼房、安全小区、安全停车场、安全店铺等。附加信息能为查询者制定出行路线、选择购房和租房目标等提供参考意见。

（四）推进犯罪地图公开的试点及评估

在我国，犯罪地图公开的实现离不开先行试点及对试点的科学评估。地图公开试点应选择具有代表性的特大城市、省会城市、地区中心城市、县级特定城区为实验区；选择常见多发的“两抢一

[56] Hampton K H, Fitch M K, Allshouse W B, et al. Mapping health data: improved privacy protection with donut method geomasking.[J]. American Journal of Epidemiology, 2010, 172(9):1062-1069.

盗”犯罪公开地点；在地图公开网站设计网上咨询和电话咨询，帮助查询者了解犯罪空间分布及防控常识；在地图公开网站设置互动栏目，不仅以半结构化问卷的形式搜集反馈意见，还允许查询者利用智能终端向警察在线实时报告可能的治安危险，如哪些废弃的建筑物可能被不法分子利用，居民回家路上没有路灯的小路在哪里，哪些路段或场所经常有打架斗殴事件发生等，从而补充犯罪地图及促进犯罪防控的社会参与。

在试点运行一定周期后，还需对试点情况进行系统全面的实证评估。不仅要对比犯罪地图公开前后犯罪率的变化，以验证地图公开的现实绩效；也要对不同人群进行问卷调查，了解各阶层对犯罪地图公开的差异化需求，以把握地图公开的社会最大公约数；还要对公安局等防控系统进行循证分析，把握防控系统对犯罪地图公开的适应情况。通过评估研究，发现地图公开试点的改进之处，为犯罪地图公开制度的最终出台提供理论与实践基础。

第四部分　信息时代刑事法的实证研究

互联网电子证据的收集：以 483 个案例为基础的分析

浙江大学　冯姣 *

摘　要：互联网电子证据是基于网络犯罪而形成的电子数据。互联网电子证据的收集，是刑事证明活动的前提和基础。在对互联网电子证据收集过程中，真相探求与人权保障，是一对永恒的矛盾。对法律条文的研究显示，关于互联网电子证据的收集，现有的法律条文不乏冲突、模糊、缺失之处，甚至存在对刑事诉讼法的简单搬用。浙江省的实证研究显示，互联网电子证据在实践中主要有四种收集模式；法官对于被告人的异议，主要有五种处理方式；互联网电子证据收集过程中亦存在难以避免的技术性缺陷。互联网电子证据的收集权界限，与刑事诉讼目的密切相关。对此，有必要对通过网络监控、网络诱惑侦查等手段获取的互联网电子证据进行进一步的审查和规制。

关键词：互联网电子证据、网络诱惑侦查、网络监控

一、问题的提出

互联网犯罪作为一种新型的犯罪形式，随着互联网的不断普及日益为公众所熟知。在人类历史上，首例有关计算机的犯罪，出现在 1958 年的美国。在该案中，被告人通过修改计算机的程序，使得自己的银行账户不会为负。遗憾的是，该例犯罪，直到 8 年之后，才被发现。[1]由于互联网的特殊性，导致互联网电子证据在司法实践中，具有不同于一般电子证据的特性。由此而导致的对互联网电子证据收集方式、收集场所、收集技术等方面的差异，值得理论和司法实务界的关注。

互联网取证，一般是指使用已经经过科学验证的技术收集、融合、发现、检验、关联、分析以及存档电子证据。[2]互联网取证的目标，是对网络数据流进行全面提取，以便

* 冯姣，浙江大学光华法学院博士研究生。研究方向：刑事诉讼法学、证据法学。手机号码：15088718046；电子邮箱：fengjiaolingxiao@163.com.

[1] 参见央视纪录片《互联网时代》。

[2] 上述电子证据来源于多层次地对于电子资源的主动处理和传递。其目的是为了揭露有计划的犯罪活动，或者是意图

真实地记录网络事件，以作为证据提交法庭。[3]取证，是刑事证明活动的前提和基础。在对互联网电子证据收集过程中，真相探求与人权保障，是一对永恒的矛盾。互联网电子证据的大量信息内在交织，使得对其的过度获取成为其内生的风险。互联网电子证据收集过程中可能产生的隐私风险，值得司法从业人员的高度警惕。[4]对于侦查人员而言，其很难“在礼遇阿耳忒弥斯的同时做到不冷落阿芙洛狄特”。[5]

从比较法的角度来看，在美国，已经出现不少因为收集不当而导致相关互联网电子证据被排除的案例。如在U.S. v. Schlingloff[6]一案中，被告人被指控从网络上下载并储存儿童色情资料。被告人请求法院排除侦查人员获取的相关证据，其依据在于侦查人员对上述证据的获取，超出了其先前获得的搜查令状的范围。在该案中，侦查人员由于侦查护照伪造案而对Schlingloff室友的住所进行搜查。在对相关的笔记本进行检验时，侦查人员使用FTK[7]对所有储存在计算机内的文件进行分类，而后FTK发出警报；侦查人员由此发现Schlingloff从网络上下载的儿童色情资料，并对Schlingloff提起诉讼。法院在审查后认为，侦查人员完全可以通过技术的设置使得FTK的操作模式发生变更，不对相关的网络儿童色情文件进行识别；侦查人员对上述文件的打开，即意味着其已经超过了搜查令的范围。第四修正案要求搜查令明确界定其所意图搜查的物品，由此对特定物品的搜查不至于演变成对一般物品的搜查。对互联网电子证据收集过程中，收集技术与收集程序的相互交互以及犬牙交错般的融合，使得相关程序构建过程中，对这两方面的共同规制成为必要。

在网络犯罪频发的今天，互联网电子证据的收集，是一个无法回避的话题。在我国，关于互联网电子证据的收集，法律条文究竟作了何种规定？在司法实践中，我国对于互联网电子证据，究竟如何进行收集？现有的收集方式是否存在问题？互联网的特殊性，是否有必要对互联网电子证据收集权的边界进行重新审视？上述问题，既需要理论的思

扰乱、破坏或者危及系统组成部分的未授权的行为，同时对上述行为作出响应并对系统的恢复提供信息。参见Digital Forensic Research Workshop 2001对于互联网取证的定义，https://www.dfrws.org/ 2001/dfrws-rm-final.pdf（2016年9月28日最后登陆）。

[3] 段玲、王锋：《网络取证技术研究》，载《微型机与应用》2009年第23期。

[4] U.S. v. Schesso, 730 F.3d 1040(2013).

[5] 该用语引自达玛什卡。具体参见［美］米尔伊安·R. 达玛什卡：《司法和国家权力的多种面孔》，郑戈译，中国政法大学出版社2015年版，第132页。阿耳忒弥斯是古希腊神话中的月神与狩猎女神。阿芙洛狄特是古希腊神话中的爱神和美神。

[6] 901 F.Supp.2d 1101(2012).

[7] Forensic Tool Kit的简称，意为法庭科学工具包。

考，也需要实践的探究。本文将以上述问题为理论思考的起点，对互联网电子证据的收集问题进行探究。从方法论的角度而言，本文将以北大法宝的相关案例为研究的对象，对互联网电子证据在收集过程中的一些问题进行阐述。

二、我国互联网电子证据收集的模糊规定

对于互联网电子证据的收集，我国尚无专门法律的规定。但是规范刑事案件中电子证据收集的相关程序的法律，我国已经有所涉及。其中，相关的法律规范主要有两部：2014年5月4日最高人民法院、最高人民检察院、公安部发布的《关于办理网络犯罪案件适用刑事诉讼程序若干问题的意见》（以下简称“网络犯罪案件程序意见”）以及2016年9月9日最高人民法院、最高人民检察院、公安部印发的《关于办理刑事案件收集提取和审查判断电子数据若干问题的规定》（以下简称“刑事案件电子数据规定”）。

这两部法律规范，对电子证据的收集，作出了一些规定：（1）收集主体。收集、提取电子数据，应当由二名以上侦查人员进行。（2）收集客体。在我国，收集客体遵循原始介质优先的原则；在原始介质无法获取或者不便移动的情况下，对相关的电子证据进行在线提取。（3）收集方法。网络犯罪案件程序意见意见和刑事案件电子数据规定指出：取证方法应当符合相关的技术标准。（4）收集程序。网络犯罪案件程序意见指出：在收集、提取电子证据时，应当制作笔录。笔录的制作，有利于在一定程度上保障涉及网络犯罪的电子证据的收集程序，符合法律的规定。此外，刑事案件电子数据规定还对电子数据的冻结、技术侦查、见证人在场等问题作出了说明。

如果对上述两部法律条文进行仔细解读，就会发现上述规定存在一些问题：

（一）冲突：对收集主体条件的不同规定

网络犯罪案件程序意见规定对于电子数据的提取，需要二名以上具备相关专业知识的侦查人员进行。但是刑事案件电子数据规定却删除了“相关专业知识”这一限制条件。根据新法优于旧法的原则，现有的收集主体就是两名以上的侦查人员。通知作出这一规定，其可能的原因有两点：第一，侦查机关内部具有相关专业知识的侦查人员不足。若明确规定对于所有互联网电子证据的收集均需两名以上具有相关专业知识的侦查人员进行，则易导致其形式性要件难以得到满足；第二，在司法实践中，越来越多的案件涉及到第三方机构（如支付宝）对互联网电子证据的提供。在此背景之下，侦查人员只需提供调取证据通知书，具体的操作由第三方公司的技术人员完成。侦查人员是否具备相关专业知识，显得无足轻重。刑事案件电子数据规定的条文，为上述的情况，留下了可供操作的可能性。

（二）缺失：观念、后果与技术性要件的缺失

对上述两个条文的分析可以看出，上述条文仍然存在一些缺失之处，这主要体现在以下三个方面：

首先，上述条文规定缺乏程序性制裁后果。网络犯罪案件程序意见和刑事案件电子数据规定虽然对收集主体、收集客体以及制作笔录等程序作出了一些规定，但是并未对侦查人员违反上述程序的后果，作出明确的制裁性规定。此外，刑事案件电子数据规定明确指出“电子数据的收集、提取程序有下列瑕疵，经补正或者作出合理解释的，可以采用”。对程序性瑕疵行为的过度宽容以及允许事后补正的存在，在一定程度上是对程序违法行为的默认和纵容。

其次，网络犯罪案件程序意见和刑事案件电子数据规定虽然对电子证据的收集作出了一些程序性的规定，但是这些程序性的规定并未涉及技术性层面。根据网络犯罪案件程序意见第 16 条的规定，笔录应当记录收集、提取电子数据的时间、地点、方法、过程。对于收集互联网电子证据的过程，是否应当有一个标准化的程序？提取互联网电子证据的标准化程序的存在，对于互联网电子证据最终的可采性，起着关键的作用。

最后，对相关权利人权利保障的缺失。侦查人员在对互联网电子证据进行收集过程中，很容易侵犯到相关权利人的隐私权。对于在这种情况下，如何尽可能地保障被害人及其它相关权利人的权利不受到侵害，网络犯罪案件程序意见和刑事案件电子数据规定并未作出明确的规定。如根据刑事案件电子数据规定第 1 条，电子数据包括 4 大类。但是在这四大类中，既包括网页、博客等公开的互联网电子数据，又包括朋友圈、贴吧等半公开的互联网电子数据，还包括电子邮件等完全私密的互联网电子收集。对于公开性程度不同的互联网电子证据的一视同仁，在一定程度上折射出侦查人员对相关权利人合法权益保障观念的缺失。

（三）模糊：悬而未决的疑问

上述条文中，个别用词显得过于模糊。网络犯罪案件程序意见第 13 条规定：收集、提取电子数据，应当由二名以上具备相关专业知识的侦查人员进行。何谓“具备相关知识”？如果在特定的侦查机关内部，缺乏拥有相应技术的侦查人员，是否可以借助其他侦查机关的人员，或者通过聘请特定的技术人员的方式来协助侦查？

刑事案件电子数据规定第 9 条规定：为进一步查明有关情况，必要时，可以对远程计算机信息系统进行网络远程勘验。进行网络远程勘验，需要采取技术侦查措施的，应当依法经过严格的批准手续。根据《公安机关办理刑事案件程序规定》，可以采取技术侦

查的案件一共包括 5 大类。那么，网络远程勘验是否完全规置于技术侦查的概念范畴之下？若不是，那就意味着对于“必要”内涵的解读，完全取决于侦查机关的自由裁量。此外，即使网络远程勘验需要受到技术侦查的前置性条件约束，那么刑事案件电子数据规定第 9 条的另一部分规定，“远程计算机信息系统上的电子数据，可以通过网络在线提取”，从条文的结构上来看，其必然不受到技术侦查的程序性限制。这就意味着，对犯罪嫌疑人网络信息的提取，完全等同于对一般证据的提取。有意或无意留下的漏洞，在一定程度上，会为侦查机关对于互联网电子证据的提取，打开绿色通道。

（四）搬用：对现有刑事诉讼规定的简单重复

我国刑事诉讼法规定了见证人制度。从见证制度设立的目的来看，“使参与或莅视该文件内所载行为之人署名或捺指纹，如扣押或搜索笔录，应由在场之人署名或捺指纹，即由该在场之人确保其证据力之用意”。[8]由符合条件的公民担任见证人，其目的在于确保证据的合法性与真实性。在互联网背景之下，技术性瓶颈的客观存在，电子证据收集过程中见证人制度能否实现其预期的目的，保障互联网电子证据的完整性、可靠性，亦不无疑问。

从上述对网络犯罪案件程序意见和刑事案件电子数据规定的分析可以看出，虽然两者对电子证据的收集主体、收集客体、收集方法、收集程序等问题作出了一些规定；但对这些规定进行仔细探究时，就会发现网络犯罪案件程序意见和刑事案件电子数据规定对上述问题的规定，仅限于框架式的宣示性规定，对于细节性的内容，或者一笔带过，或者用模糊性的语词对其加以界定。法律规定的模糊性，容易导致司法实践中适用的混乱。

三、我国互联网电子证据收集的实践梳理

（一）统计样本：样本来源及样本数量的确定

在本部分，笔者以北大法宝数据库收录的判决书为基础，并结合对网警的访谈，对司法实践中互联网电子证据收集的模式进行梳理。从地域上看，笔者选取了北大法宝收录的发生在浙江省的涉及互联网电子数据的刑事案件。之所以将浙江省作为研究的对象，一方面是因为浙江省地处发达地区，其对互联网电子证据的提取程序和提取技术相对完善。其在收集程序中体现出来的问题，具有一定的典型性；另一方面是因为淘宝等互联网企业位于浙江，互联网时代很多的网络犯罪，与淘宝等平台密切相关。对浙江省的相关互联网电子证据收集的实践进行分析，可以更好地应对网络时代对互联网电子证据提

[8] 陈瑾坤：《刑事诉讼法通义》，法律出版社 2007 年版，第 91 页。

取的需求。具体而言，笔者先在北大法宝搜索框中输入“电子数据”，而后选择“刑事案件”、“浙江省”。通过上述方式，一共得到1020个刑事案件。此后，通过人工筛选的方式，对不相关的案件进行排除，共得到有效的刑事案件483个。[9]

（二）互联网电子证据收集的四种模式

从对判决书的分析可以看出，在司法实践中，对于互联网电子证据的收集，主要有四种模式，各种模式适用的频率，如下表所示：[10]

收集方式	远程收集[11]	电子证物检验	第三方调取	当事人提供
案件数量	99个	210	109	4

从其操作模式来看，远程收集主要是通过网络在线的方式，对相关的互联网电子证据进行提取。其主要适用于对网页证据的收集。如在张文亮等诈骗、伪造居民身份证案（法宝引证码：CLI.C.8778664）一案中，金华市网络警察大队出具的网络远程勘查记录证明，公安机关对涉案的网络及其链接进行勘查，并获取相关证据的情况。电子证物检查，主要是通过对相关的计算机以及手机等进行扣押，从而对储存在上述物证中的互联网电子证据进行提取。如在暨小雷贩卖淫秽物品牟利案（法宝引证码：CLI.C.8630025）中，侦查人员通过对其手机进行检验，提取到了手机QQ聊天记录以及相关的百度云网盘账号信息，进而对其贩卖淫秽物品的行为加以认定。向第三方调取互联网电子证据，是指向第三方互联网公司调取电子邮件、微信记录以及交易记录等。如在王某某等走私普通货物案（法宝引证码：CLI.C.8608356）中，侦查人员向网易公司调取相关的邮件，用以证明王某某参与走私进口苗木的行为。在鲁祝平盗窃、诈骗案（法宝引证码：CLI.C.6652105）中，相关的微信记录，由被害人提供，用于证明被害人与被告人之间的借款纠纷。由被害人提供互联网电子证据，是由于互联网的传播性，导致互联网电子证

[9] 截至2016年12月11日。通过此种方式查询到的案件数量，并不全面。如某些判决书中不会出现“电子数据”一词，但会代之以“电子证据”一词。某些判决书中，甚至不会出现“电子数据”、“电子证据”等词，而只会出现特定的证据形式。如涉及网络传播淫秽物品等案件中，云盘中的数据，是定罪的关键。但是判决书中最终只出现“云盘”，而不出现“电子数据”、“电子证据”等概念。但“电子数据”是刑事诉讼法中明确规定的证据种类之一，通过上述方式收集的判决书，可以在一定程度上对相关的司法实践进行反映。

[10] 其中，有139个案件的判决书并未对互联网电子证据的收集方式进行说明。有不少案件，有两种以上的收集方式。

[11] 远程勘验是指利用信息技术对远程目标系统实施勘验，以提取、固定远程目标系统的状态和存留的电子数据。参见高峰、田学群：《五方面细化规范“远程取证”工作》，《检察日报》2013年12月15日。由于互联网的传播性，在对互联网电子证据进行收集时，可以打破时间和地域的限制，随时随地进行收集。通知对于远程收集的电子数据的证明能力的确立，也对远程收集互联网电子证据的合法性，提供了依据。

据多份原件并存的局面。由此，相关的互联网电子证据，在一定意义上实现了“永生”。值得注意的是，上述四种证据收集模式并非孤立地存在于个案中。在不少案件中，两种以上的证据收集模式同时并存。如在方华海复制、贩卖、传播淫秽物品牟利案（法宝引证码：CLI.C.23616629）中，存在远程收集、电子证物检验以及向第三方调取证据三种方式。不同的案件涉及到的证据收集方式的种类，如下图所示。从中可以看出的是，在大多数案件中，仅存在一种证据的收集方式。其中一个可能的原因是，一半以上的案件，仅涉及一种互联网电子证据的类型。

程序性记录

		频率	百分比	有效百分比	累积百分比
有效	0	139	28.8	28.8	28.8
	1	251	52.0	52.0	80.7
	2	72	14.9	14.9	95.7
	3	20	4.1	4.1	99.8
	4	1	.2	.2	100.0
	合计	483	100.0	100.0	

在上述四种证据收集模式中，向第三方互联网公司调取相关的交易信息，是近年来随着电子商务的开展逐渐发展起来的新模式。在向第三方调取的过程中，支付宝公司构成了其中的重要组成部分。向第三方调取的109个案件中，其中有1个是向网易公司调取邮件，有2个是向腾讯公司调取聊天记录，其余的106个均是向支付宝公司调取。这主要有以下几个方面的原因：首先，随着网络的发展，淘宝等网络平台日益成为犯罪活动的管道。这主要体现在网络侵犯知识产权类案件、网络淫秽物品传播案件、网络毒品交易案件以及网络枪支交易类案件。如在统计的案例中，有49个案件涉及到销售假冒注册商标的商品案，在这过程中，对于交易数额的认定，是定罪量刑的重要要素。如在郑某销售假冒注册商标的商品案（法宝引证码：CLI.C.8532238）中，从支付宝公司调取的相关互联网电子证据，可以用于证明被告人开设的淘宝店铺的注册、经营销售等情况；其次，随着支付宝的普及，其本身成为犯罪活动的对象。如在“郭小孩等盗窃、掩饰、隐瞒犯罪所得案”（法宝引证码：CLI.C.3762091）中，被告人通过网络非法取得被害人的支付宝账户的密码及验证码，而后将其伪造的中国建设银行卡绑定至被害人的支付宝账户。被告人通过对该支付某账户的提现操作，窃取了被害人支付宝账户内人民币共计

147490 元。在这过程中，支付宝提供的数据，是犯罪活动成立与否的关键。最后，随着支付宝的发展，被告人日益将其作为支付的一种手段。如在“崔某甲敲诈勒索案”（法宝引证码：CLI.C.5579719）中，支付宝作为被告人获取敲诈勒索钱款的方式。在这个意义上，支付宝替代了之前的银行卡以及现金交易的方式。

从与网络警察的访谈可知，一般情况之下，只要出具证据调取通知书，国内的互联网公司往往在互联网电子证据收集过程中起到积极的配合作用，但是国际互联网公司往往不愿意进行配合。国内的互联网公司起到积极的配合作用，主要来源于其的协助义务[12]和报告义务[13]。但与此同时，《电信和互联网用户个人信息保护规定》又对个人信息的保护作出了明确的规定。[14]从法理的角度而言，上位法优先于下位法。但近年来，个人隐私保障的观念日益勃兴。在此情况下，互联网信息服务提供者的协助报告义务及其对客户的相关隐私保护义务之间，就存在利益的冲突。在两种相反的利益存在冲突时，需要对两种利益进行权衡。“利益衡量以价值相对主义为基础，注重甲、乙双方具体利益的比较”。[15]在目前的司法实践中，互联网公司通常倾向于履行其报告义务，而忽视其隐私保护义务。不同于苹果公司的强硬态度，要求法院撤回 FBI 的解锁要求；[16]中国的互联网公司，对于侦查机关的证据调取要求，几乎有求必应。在隐私权日益得到重视以及互联网公司的配合义务难以得到转变的情况下，对于侦查机关的证据调取行为进行进一步的规制，是现行司法环境下较为可行的选择。

此外，在司法实践中，为了更好地收集互联网电子证据，也出现了网络诱惑侦查的行为。在陈小春等生产、销售有毒、有害食品案（法宝引证码：CLI.C.6190917）中，公安民警通过“XXXXX”淘宝账号并以吴某为收货人向被告人开设的淘宝商铺“××小筑2010”购买四种减肥药产品。在该案中，侦查人员以普通网络消费者的身份，向被告人购买减肥药产品，其目的在于获得相关的产品进行检验。通过上述机会提供型的诱惑侦查获取的证据，在本案中被作为证据使用，被告人亦未提出异议。网络背景下的诱惑侦查，涉及到互联网电子证据收集权的界限，这将在本章的下一部分进行讨论。

（三）法院对被告人异议的应对：结果导向思维模式下的五种方式

[12] 我国刑事诉讼法第 135 条对单位和个人对侦查机关的协助义务进行了明确规定。

[13] 《互联网信息服务管理办法》第 15 条对互联网信息服务提供者的报告和监管义务进行了规定。

[14] 《电信和互联网用户个人信息保护规定》第 10 条规定：电信业务经营者、互联网信息服务提供者及其工作人员对在提供服务过程中收集、使用的用户个人信息应当严格保密，不得泄露、篡改或者毁损，不得出售或者非法向他人提供。

[15] 梁上上：《利益的层次结构与利益衡量的展开——兼评加藤一郎的利益衡量论》，载《法学研究》2002 年第 1 期。

[16] Eric Lichtblau and Katie Benner, Apple Fights Order to Unlock San Bernardino Gunman's Iphone, New York Times, 2016.2.17.

从对案例的研读来看，被告人很少对互联网电子证据收集的程序问题提出异议。在收集的 483 个案件中，只有 15 个案件的被告人对侦查人员互联网电子证据收集的程序问题提出了质疑。被告人的质疑以及法院的应对，如下表所示：

案件名	被告人异议	法院应对
向某等赌博案（法宝引证码：CLI.C.35161542）	1. 微信数据光盘取得不合法； 2. 办案人员没有与检验人员分离； 3. 提取过程没有录像； 4. 光盘记录没有注明制作者	提取微信记录的程序存在一定的瑕疵，但可与其它证据相互印证，可以采纳
王某某等开设赌场案（法宝引证码：CLI.C.34875299）	1. 电子数据没有腾讯公司的制作说明； 2. 公安机关也未按规定出具制作说明	腾讯公司出具的信息有盖章，可以采纳
陈某甲、徐某甲等犯开设赌场罪（法宝引证码：CLI.C.24780785）	未取得腾讯公司关于电子数据的情况说明，取证不够严谨	侦查机关虽未获得腾讯公司说明，但该电子数据通过密封邮件寄送，侦查机关经核实，相关数据亦经被告人确认，该瑕疵不影响采信
叶某赌博案（法宝引证码：CLI.C.23671568）	微信聊天记录的提取仅由一位经办民警完成，违反法定程序	1. 微信聊天记录系由一个侦查人员提取，因此不符合法定程序； 2. 公安机关无法提供原始存储手机中的聊天记录予以证明，故该聊天记录不作为定案的根据。
余斌诈骗案（法	1. 未获取原始记录；	法院未回应，结合其它证据对诈

宝引证码：CLI.C.3558659 9）	2.取证程序不合法； 3.书面的聊天记录无法确定真伪	骗数额进行认定
苏炳志诈骗案（法宝引证码：CLI.C.2303238 6）	公诉机关出示的电子证据检查工作记录及远程勘验工作记录等存在瑕疵	笔录中的形式瑕疵，侦查机关已作出补正
黄某甲等诈骗案（法宝引证码：CLI.C.8336956 ）	公安机关调取腾讯 QQ 聊天记录程序不合法	1.公诉机关出示的QQ聊天记录是被害人和证人向公安机关提供的相关书证，而非公安机关调取的电子数据； 2.聊天记录与被害人陈述、证人证言等证据相互印证，故该异议不采纳
黄某贩卖毒品案（法宝引证码：CLI.C.2286220 1）	微信截图的保管、提取、复制、收集过程未作说明，存在瑕疵	被告人及辩护人的意见予以采纳
徐某盗窃、职务侵占案(法宝引证码：CLI.C.2373336 9）	互联网电子证据收集人员和检查人员未分离	淘宝交易记录属电子证据，但根据《计算机犯罪现场勘验与电子证据检查原则》第 9 条、第 2 条第 2 项规定，将淘宝交易记录转化成光盘或打印件，属收集固定电子证据，而非电子证据检查
冉某甲等销售假药案(法宝引证码：	远程勘验检查工作记录不合法	勘验由侦查人员依法进行，收集电子数据时勘验人员和见证人均有签名，符合法律规定

CLI.C.1975379 5）		
彭某甲等开设赌场、掩饰、隐瞒犯罪所得案（法宝引证码：CLI.C.2230358 2）	鉴定意见的检材来源不明、送检程序瑕疵	送检的服务器从托管于美国 cd 机房下架、封装运回公安局，送交鉴定机构拆封鉴定，全程均有同步录像，检材来源与送检过程合法
任某等开设赌场案(法宝引证码：CLI.C.3378400 ）	远程勘验笔录上无被告人、见证人签字，对电子数据的收集存在严重程序违法	勘验人员收集电子证据符合法律程序，内容客观真实，部分且能与记账单及被告人供述相互印证，予以采纳
康廷等非法获取计算机信息系统数据、提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具案（法宝引证码：CLI.C.1711239 7）	2 万余对身份认证信息指控所依据的证据取证程序不合法	从服务器中非法获得的游戏账号及密码中，存在重复统计游戏账号及密码情况。相关辩解，予以采纳
金碧娥等组织、领导传销活动、掩饰、隐瞒犯罪所得案(法宝引证码：CLI.C.2281195	电子数据的提取、鉴定过程存在瑕疵；	电子证据提取有远程勘查工作记录、提取电子证据清单等，与其他证据相互印证，辩护不予采纳。

）		
宁波市通洲货运代理有限公司、李某1等犯走私普通货物、物品罪案（法宝引证码：CLI.C.8526427）	1.价格资料从一方邮箱中提取，无发件方的电子数据印证； 2.侦查机关提取电子数据程序不合法	宁波海关向互联网公司调取电子邮件及登陆日志，互联网公司对电子邮箱信息刻录后提供给侦查机关。该电子数据可以作为定案证据。

从上表的分析可以看出，浙江省互联网电子证据收集的程序相对规范。在统计的483个案件中，只有3%左右的案件的被告人对互联网电子证据收集的程序提出了质疑。通过与网络警察的访谈了解到，目前虽未形成互联网电子证据收集程序和技术的书面规定，但实践中往往通过培训等方式，对网络警察证据收集的程序和技术进行培训。

从法院对被告人异议的处理方式来看，一般包括如下几种方式：（1）对相关的互联网电子证据排除（叶某赌博案；黄某贩卖毒品案；康廷等非法获取计算机信息系统数据案）；（2）有瑕疵仍然采纳（向某等赌博案；陈某甲、徐某甲等犯开设赌场罪）；（3）通过侦查人员补正（苏炳志诈骗案）；（4）确认合法（王某某等开设赌场案；黄某甲等诈骗案；徐某盗窃、职务侵占案；冉某甲等销售假药案；彭某甲等开设赌场、掩饰、隐瞒犯罪所得案；任某等开设赌场案；金碧娥等组织、领导传销活动、掩饰、隐瞒犯罪所得案；宁波市通洲货运代理有限公司、李某1等犯走私普通货物、物品罪案）；（5）不回应（余斌诈骗案）。从法院的态度可以看出，程序性制裁措施已经得到了一定程度上的确立，如前述的叶某赌博案、黄某贩卖毒品案中的微信证据，皆因收集程序不合法定程序而被排除。程序性制裁对侦查人员违反法律程序的行为，以宣告诉讼行为无效作为制裁方式。通过上述制裁，使得程序正义价值得到现实的保障。[17]但与此同时，在强调程序性制裁的同时，也可以明显地看出法院对于案件真相的过分关注。如在前述的向某等赌博案、余斌诈骗案中，法官对于收集程序的质疑，通过证据的实质性内容进行回应。也因此，在向某等赌博案中，法官一方面承认公安机关提取微信记录的程序存在瑕疵，但一方面又因其内容与其它证据可以印证，对其加以采纳。程序与实体的过度纠缠，以及结果导

[17] 陈瑞华：《程序性制裁制度的法理学分析》，载《中国法学》2005年第6期。

向的思维模式，事实上给侦查机关的侦查行为留下了更大的恣意空间，由此导致程序正义价值贬损。互联网的透明性，一方面给侦查人员提供了获得证据更大的可能性；另一方面亦使得侦查人员在面对网络隐私时需背负更多的谨慎义务。人权保障与真相探究，位于光谱的两端。对于两者平衡点的确定，在一定程度上反映刑事司法的文明程度。此外，法院在审查侦查人员收集互联网电子证据合法性时，依据的是侦查人员在收集过程中形成的笔录，主要包括远程勘验笔录以及电子证物检查笔录等。电子数据提取笔录就是对电子证据提取过程的见证和记载，其实质是以主观化形式将电子数据的提取、流转过程客观化，以佐证电子数据获取方式的规范性和合法性。[18]从司法实践来看，统计的483个案件中，有139个案件的判决书并未对笔录进行描述。[19]提取笔录的缺失，使得对于互联网电子证据收集过程的回溯以及对互联网电子证据证明力的补强，成为不能。

（四）技术性缺陷：基于数量和时效的技术不能

互联网电子证据收集的技术性缺陷，主要有两个方面的原因：首先，目前尚未形成互联网电子证据收集的技术规范，相关的规范只是通过对网络警察的培训进行；其次，由于目前互联网技术发展水平所限，对于特定证据在提取过程中，存在一些问题。

具体而言，互联网电子证据收集过程中的技术性问题，主要表现在以下几个方面：（1）对特定的互联网电子证据难以获取。目前的司法实践中，云盘已经成为淫秽物品储存的重灾区。云盘具有相对的封闭性，在此种背景之下，如果被告人不对相关的账号密码进行供述，侦查人员利用现有的技术很难进行破解。此外，其它技术性难题的存在，也使得侦查人员无法获取相关的互联网电子证据。如在洪某某等开设赌场案（法宝引证码：CLI.C.33822353）中，腾讯公司出具情况说明，证实无法调取洪某某和林某微信转账交易信息。（2）互联网电子证据收集的完整性问题。网盘等包含海量的互联网电子证据，因此若要对所有的互联网电子证据进行获取，则会显得有些天方夜谭。如在邓某贩卖淫秽物品牟利案（法宝引证码：CLI.C.8224695）中，被告人成功贩卖云盘账号245个。但是考虑相关百度云盘数量众多，公安机关仅选取其中一个已贩售账号进行电子提取，经鉴定该账号内含淫秽视频441个，判决据此认定邓某贩卖淫秽视频数量为441个。（3）

[18] 王志刚：《论电子数据提取笔录的属性与适用》，载《证据科学》2014年第6期。

[19] 这主要有两个方面的原因：一方面是侦查机关确实未形成相关的勘验检查笔录；另一方面是法院在写作判决书过程中，未对笔录进行着墨。从司法实践来看，笔录的缺失，会导致相关互联网电子证据的不可采。如在福州金色阳光水产贸易有限公司、黄某1×犯走私普通货物、物品罪案（法宝引证码：CLI.C.8502486）中，被告人及其辩护人提出5份电子邮件作为电子证据缺少收集制作过程的具体记录，在证据资格上存在一定欠缺。法官最终对相关证据进行了排除。

互联网电子证据收集的实时性问题。[20]互联网电子证据具有高速流转性，若侦查人员无法及时地对相关的互联网电子证据进行获取，会造成相关的互联网电子证据的灭失。如在杭州世纪联线网络技术有限公司等侵犯著作权案（法宝引证码：CLI.C.7016767）中，法院认为因涉案公司从2006年成立之初就通过BT、电驴等途径非法下载侵权影视作品，且下载后不保留相关电子数据等证明材料，故关于非法下载的相关证据已无法取得；在祝毅伟等虚报注册资本、流氓、寻衅滋事、赌博、开设赌场案（法宝引证码：CLI.C.8355852）中，涉案人员为逃避打击，实施了封停赌博网站账号、删除电子数据等行为，致使该案相关电子数据未收集到案。而后法院基于一审对相关互联网电子证据的认定作出了判决。互联网电子证据收集过程中的技术性缺陷，已经成为制约互联网电子证据收集实践的瓶颈。

四、互联网电子证据收集权之界限：基于具体问题的讨论

互联网电子证据收集边界的界定，与我国刑事诉讼目的追求密切相关。“刑事诉讼目的的确立及其实现，决定着刑事诉讼活动的方向。”[21]但在司法实践中，刑事诉讼的两大目的之间，往往存在着不平衡。刑事诉讼目的之间的取舍，往往与经济社会的发展水平密切相关。[22]在目前中国的司法实践中，由于经济发展的水平以及司法资源的限制，侦查人员往往倾向于打击犯罪这一刑事诉讼目的，而忽视保障人权这一目的。随着经济社会的发展，人权保障日益彰显。界定互联网电子证据收集之界限，有利于更好地对刑事诉讼的目的进行回应。

（一）网络监控：技术侦查的程序性规制

网络监控是技术侦查的一种方式。从其含义上来看，其是对网络传输或者网络通讯而进行的监控。[23]其主要是利用计算机的网络接口截获目的地为其他计算机的数据报文的一种技术。通过网络监听器的使用，可以监视网络的状态、数据流动情况以及网络上传出的消息等。[24]刑事案件电子数据规定对网络监控作出了规定，其指出通过网络在线提取的电子数据，可以作为证据使用。龙宗智教授认为：按照文义理解，通过网络在线

[20] 如在快播案中，被告人及其辩护人对于电子证据的提取过程提出了一系列的质疑，其中的问题之一就是质疑侦查机关在对数据进行提取过程中，是否保障了电子数据提取的及时性。在快播案中，存储于缓存服务器的网络电子数据，其具有高速流转性，其在缓存服务器中停留的时间相当有限。若未能对该种互联网电子证据进行实时收集，则会导致该证据的灭失。

[21] 宋英辉：《刑事诉讼目的论》，《政法论坛》1992年第2期。

[22] 冯姣等：《放大镜下的无罪推定原则》，《社会科学战线》2014年第4期。

[23] 梁坤：《论网络监控取证的法律规制》，《中国刑事法杂志》2009年第10期。

[24] 王威伟、郑雪峰：《局域网中网络监听与防范技术》，《计算机工程与设计》2005年第11期。

提取电子数据的其他取证行为，即使包含记录监控等措施，并未要求按照技术侦查进行管理。如不明确设置技术侦查程序规制，其法律规制也不被列为证据合法性审查判断的内容，可能引发实践中的一系列乱象。[25]

通过网络监控手段获得的互联网电子证据，具有相关性和真实性，对其的质疑，主要在于其的合法性。根据《公安机关办理刑事案件程序规定》的规定，侦查机关在立案之后，根据侦查犯罪的需要，对利用电信、计算机网络、寄递渠道等实施的重大犯罪案件，以及针对计算机网络实施的重大犯罪案件可以采取技术侦查措施。采取技术侦查措施收集的材料在刑事诉讼中可以作为证据使用。从实体性的角度出发，技术侦查仅限于在上述四类重大犯罪案件使用。对案件适用范围的限制，是采用网络监控手段的前提性要件。从比较法角度而言，由于网络监控手段天然地具有入侵性，很多国家均对其适用范围作出了限定。如在大陆法系的代表性国家德国，网络在线搜查（Online-Durchsuchung）的使用极具争议性。仅当重大的法益有实在的危险，侵犯该权益才被视为是允许的，并且该措施亦有时限。其中，重大的法益包括人的身体、生命和自由，以及国家安全和公共利益。[26]对适用范围的限定，实则是对法益进行权衡后作出的选择。

从程序的角度出发，对于技术侦查措施的限制主要有两点：首先，采取技术侦查措施需要报设区的市一级以上公安机关负责人批准；其次，技术侦查措施必须严格按照批准的措施种类、适用对象和期限执行。在我国现有的规定之下，通过网络监控手段获取的互联网电子证据，只要符合技术侦查措施的两个限制，其就具有合法性。关于应当如何报批、公安机关负责人依据何种标准作出决定，法律并未作出明确的规定。这就意味着，在我国，网络监控的采取与否，完全取决于公安机关负责人的自由裁量。

从比较法的角度来看，美国对于监控手段的实施，已经发展出了一系列的程序规制[27]：（1）侦查人员[28]需要申请，以获得授权向法院申请命令进行监控。只有检察长或者特定指派的助理检察官或者副助理检察官才有权力决定是否准许这一申请；（2）申请被批准之后，上交到法院由法院决定是否授予特定的命令。通常情况之下，申请中需要注明如下信息：（1）申请者以及授权者；（2）指控的罪行的陈述；（3）被监控的设备；（4）被监控的特定交流；（5）被监控者的个人信息；（6）是否已经采取其它侦查措施以及措

[25] 龙宗智：《寻求有效取证与保障权利的平衡》，《法学》2016年第11期。

[26] 宗玉琨译注：《德国刑事诉讼法典》，知识产权出版社2013年版，第57页。

[27] Notes: Electronic Surveillance，32 Ann. Rev. Crim. Proc. 54，2003.

[28] 只有联邦或州负责案件侦查，有权进行逮捕或起诉的侦查人员才有资格申请监控。

施的成效；（7）监控将要持续的时间。法院在决定过程中，如果有合理的根据相信如下事项，其会签发相关的命令：（1）个人实施了特定的犯罪；[29]（2）有关犯罪的信息可以通过监听获得；（3）在犯罪实施过程中，被监控的设备作为犯意联络的工具；（4）一般的侦查手段已经失败或者过于危险。在此过程中，如果被告人能够基于优势证明标准证明侦查人员有意或过失地使用了错误的信息以获取监控令，那么通过监控手段获取的证据将被排除。

通过中美两国的实践对比可以发现，从程序上而言，涉及监控措施的使用过程中，一方面，美国有中立的第三方的介入，且在法官介入之前，侦查人员首先需要进行内部的审批；另一方面，被告人在此过程中对于程序有提出异议的权利，若特定的异议成立，则侦查人员获得的相关证据将作为非法证据被排除。通过上述两种手段的规制，能够最大程度上减轻网络监控可能造成的对犯罪嫌疑人隐私权的侵犯。互联网具有透明性，网络上包含着大量的个人隐私。通过网络监控手段对相关的互联网电子证据进行获取，会对公民的通信权和隐私权造成侵害。在此背景之下，对于网络监控审批手段的细化，是发展的趋势。

有学者指出，从法理上而言引入法院进行司法审查是最佳的选择。但是考虑到我国法官的整体状况以及法官的提前介入可能会导致之后纠错更为困难的司法现状，引入法官的司法审查制度仍需慎重。[30]在我国的司法实践中，在独立的第三方尚无可能完全介入的情况之下，由检察官[31]对技术侦查措施进行制约，是较为可行的措施。首先，根据刑事诉讼法的规定，检察机关是我国的法律监督机关，通过检察机关对侦查机关的行为进行监督和审批，符合我国现行的法律框架；其次，在案件侦查阶段，检察机关对于案件证据的固定和收集并无直接的利害关系。作为相对独立的第三方，其更能以相对中立的视角，决定是否实施网络监控。

（二） 网络服务商的义务边界：冲突义务之下的进退维谷

“在‘互联网＋’的催化之下，传统刑事司法运行中的‘国家——个人’关系之间出现了诸如网络服务提供商等的多个中间层。网络世界是信息世界，信息世界的核心是

[29] 18 U.S.C. 2518(3)(a)。

[30] 胡铭：《技术侦查：模糊授权抑或严格规制——以<人民检察院刑事诉讼规则>第 263 条为中心》，《清华法学》2013 年第 6 期。

[31] 由检察官介入审批，属于一种准司法性质的授权。从比较法的角度而言，荷兰法的授权主体中强调检察官的核心作用，除进入私人住宅安装录制秘密联络与通讯仪器的行为需要得到预审法官的书面授权之外，其他秘密监控手段全部由检察官负责审核与授权。参见程雷：《秘密侦查比较研究——以美、德、荷、英四国为样本的分析》，中国人民公安大学出版社 2008 年版，第 508 页。

信息，当经过各种中间层渲染或变形之后，精准获取原始信息的难度大为提升，网络犯罪变得更加难以追踪和侦破”。[32]在此背景之下，在司法实践中，当需要获取相关的互联网证据时，侦查人员通过出具证据调取通知书的方式，要求网络服务商提供证据，典型如淘宝[33]、新浪微博等。网络服务商在证据收集过程中起到积极的配合作用，一方面是因为法律规定的配合义务，另一方面是因为隐私权保障观念的缺失。从互联网公司的态度来看，美国的互联网公司极为注重对被告人隐私的保障。如在 San Bernardino 一案中，苹果公司拒绝与 FBI 合作，对犯罪嫌疑人的手机解锁。而后，Facebook 和 twitter 都表态，支持苹果公司的决定。[34]

网络服务商的积极配合，一方面导致用户的隐私权无法得到保障，另一方面也使得自身不堪其累。在决定网络服务商是否向侦查人员提供证据过程中，需要明确特定的界限，从而使得在侦查机关、网络服务商以及网络用户之间，能够找到权利和义务的一个相对平衡点。

从比较法的角度来看，美国的 Comcast 公司[35]制定了针对侦查人员获取证据需要遵循的规则：（1）侦查人员必须确认特定的 IP 地址是属于 Comcast 公司所有；（2）侦查人员必须确定其所需要的数据是属于订阅者信息、交易往来数据抑或是内容信息。根据需要的信息不同，侦查人员需要提供不同的令状形式，如法庭传票、法庭命令或搜查令；（3）侦查人员的要求必须包括 IP 地址、电子邮件地址、电话以及相关的信息，以便 Comcast 公司作出回应；（4）侦查人员必须提供其所需要的所有事件发生的时间和日期；（5）侦查人员必须确保，根据现有的法律和规定，所有的程序性以及实质性要件都已经得到了满足；（6）在紧急要求的情况之下，侦查人员必须确保有足够的理由以确保紧急获取的正当性；（7）侦查人员必须确保所有的联系信息都是正确的。[36]相比于我国的粗糙规定，美国的相应法律实践，更为明确和细致。上述规定的背后，反映的是对隐私权保护的不同理念。

[32] 裴炜：《犯罪侦查中网络服务提供商的信息披露义务——以比例原则为指导》，《比较法研究》2016 年第 4 期。

[33] 据悉，阿里巴巴已经设立了专门的技术人员，以应对各个法院提取证据的需要，主要集中在支付宝交易记录以及淘宝交易记录。

[34] 参见 Facebook and Twitter' stand with Apple in phone encryption battle with FBI，http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/northamerica/usa/12164312/Apple-ordered-to-help-FBI-into-San-Bernardino-gunmans-phone.html(2016 年 9 月 27 日最后登陆)。

[35] Comcast 是美国一家网络服务提供商。

[36] Tommy Umberg and Cherrie Warden，The 2013 Salzburg Workshop on Cyber Investigations: Digital Evidence and Investigatory Protocols，11 Digital Evidence & Elec. Signature Law Review 128，2014.

中美两国对于隐私权保障态度的不同，有其历史背景和经济发展程度的影响。首先，从隐私权这一概念产生的时间来看，美国首次出现这一概念，是在 1890 年的《哈佛法律评论》，当时 Warren 和 Brandeis 发表了《The right to privacy》一文；[37]而后，在 1902 年，隐私权首次写入了人类的法律；[38]反观中国，对隐私权有所涉及的法律，最早是 1982 年宪法的规定。[39]从起源上来说，中国比美国相关制度的设置，晚了将近 80 年的时间。其次，从国民性的角度出发，美国历来强调个性的张扬，对自身的隐私权方面极为看重；而在中国，很长一段时间内，强调的是集体利益，推崇个性的趋同。两种不同理念之下培育出的国民，其对于隐私权的态度极为不同；最后，从经济发展的水平来看，通过对历史的梳理可以发现，隐私权这一概念的发展，与经济社会发展水平密切相关。经济越发展，隐私权的保障就越高。在原始社会，鸡犬相闻，人与人之间，没有隐私可言。隐私权是现代社会的产物。而从经济发展的水平而言，中美之间，存在较大的差异。

从我国现有的司法实践来看，侦查人员仅需要明确其所需要收集的特定账号的名称，而不需要明确其所需要收集的特定时间内的信息。现有规定的粗糙化，对被告人的隐私权以及通信自由权造成了极大的侵害。为更好地处理侦查人员收集证据、网络提供商提供证据以及犯罪嫌疑人隐私保护三者之间的关系，现有的法律规定至少可以从以下几个方面进行细化：首先，侦查人员必须明确指出其所需要调取的互联网电子证据的时间和范围。以电子邮件为例，侦查人员在向互联网公司调取电子邮件时，不仅需要明确其所需要调取的邮件的账号，其亦需要指出其所需要的特定账号在特定一段时间内的邮件信息。上述信息，需要在证据调取通知单中加以明确。其次，根据可能牵涉到的被告人隐私权的不同，设置不同的审批程序。根据现有的规定来看，公安机关向有关单位和个人调取证据，需要经过办案部门负责人批准。[40]但在某些可能严重侵犯被告人隐私权的情况之下，公安机关向有关单位和个人调取证据时，需要经过公安机关负责人批准。以电子邮件为例，若仅需要特定邮件账号的往来记录，办案部门负责人批准即可；若需要查看特定邮件账号的具体内容，则需要更上一级的负责人批准。与此同时，当证据调取通知书存在程序上的瑕疵时，需赋予网络服务商一定程度上的拒绝权。

[37] SD Warren，LD Brandeis，The Right to Privacy，Harvard Law Review，4(5)，1890.

[38] Roberson v. Rochester Folding Box Co. 71 N. Y. Supp. 876.

[39] 1982 年的宪法并无直接关于隐私权的界定。但其中的三个条款，被认为是包含隐私权的内涵。主要条文包括宪法第 38 条、第 39 条以及第 40 条。

[40] 参见《公安机关办理刑事案件程序规定》第 59 条规定。

（三）网络诱惑侦查：个体特定化的前置性约束

诱惑侦查是一个极具争议性的概念。在互联网背景之下，网络诱惑侦查也开始进入公众的视野。[41]传统的诱惑侦查理论认为，诱惑侦查包括犯意诱惑型和机会提供型。在多数国家，尽管对诱惑侦查法理上的正当性仍有争议，但都基于功利主义策略，容许运用欺骗手段来弥补警察权效能下降。[42]从美国的司法实践来看，其对于诱惑侦查的测试，其主要有两个判断标准：从主观方面而言，其需要判断被告人的个性和行为倾向。即如果没有侦查人员的行为，该被告人不会实施犯罪；从客观方面而言，其判断侦查人员的行为。即侦查人员的行为是否会导致普通的公民犯罪。[43]

本文的观点认为，在互联网背景之下，通过诱惑侦查收集的互联网电子证据，具有一定的可采性。具体理由如下：首先，互联网具有匿名性。匿名性的特点，导致的是个性的张扬。在互联网上交流的信息，很多时候是个人内心真实想法的体现。在此情况之下，潜在的犯罪嫌疑人与侦查人员之间的对话，反映出犯罪嫌疑人的行为动机。其次，互联网具有平等性。在交流过程中，是平等的民事主体之间的对话。侦查人员与犯罪嫌疑人通过网络聊天等方式收集的互联网电子证据，不涉及使用“刑讯逼供等非法方法”。再次，在互联网环境中实施诱惑侦查，相关的互联网电子证据都会被保留下来。记录的存在，有利于规范侦查人员的行为。最后，从实用主义的角度出发，网络犯罪背景之下，犯罪嫌疑人有很强的反侦查能力。网盘等具有一定的封闭性，在上述情况之下，如果侦查人员不进行诱惑侦查，会导致该种犯罪行为的猖獗。大量网络案件的悬而未决，对公众的个人利益以及社会利益造成了极大的侵害。侦查人员通过诱惑侦查获取互联网电子证据，并不会对犯罪嫌疑人的合法权益造成很大的侵害。

但是在网络诱惑侦查的背景之下，必须符合两个前置条件：一是实施诱惑侦查的对象的特定化；二是侦查人员需要有合理的根据，怀疑特定的个人实施了某种犯罪行为。互联网具有开放性，任何个人都可以在网络自由浏览网页，网络时代的诱惑侦查，更具争议性。在传统诱惑侦查的模式之下，遵循“一对一”的侦查模式；侦查人员为进行诱惑侦查，必须付出特定的成本，如在毒品犯罪的诱惑侦查过程中，侦查人员有时会付出生命的代价。这就使得侦查人员在决定是否采用诱惑侦查时，会采取相对审慎的态度。

[41] 如前述的陈小春等生产、销售有毒、有害食品案（法宝引证码：CLI. C. 6190917），就涉及到网络背景之下的诱惑侦查问题。

[42] 程雷：《诱惑侦查的程序控制》，《法学研究》2015 年第 1 期。

[43] Jarrod S.Hanson，Entrapment in Cyberspace: A Renewed Call for Reasonable Suspicion，The University of Chicago Legal Forum，535，1996.

但在互联网的背景之下，实施诱惑侦查，其所需的成本相对较低，侦查人员可以通过设立网站或者发送邮件等方式进行。传统诱惑侦查的中“一对一”模式，由此扩张成为“一对多”的模式。网络诱惑侦查的高收益与低成本，对于以效率为导向的侦查机关而言，是一种现实的“诱惑”。若不对其加以规制，容易导致网络时代，陷阱遍地。

美国的两个网页论坛的司法境遇，可以从特定的侧面，对这一问题加以说明。美国纽约娈童癖信息犯罪部创设了一个未成年色情网站，其主要是对潜在的娈童癖进行钓鱼式打击；美国联邦调查局设立信用卡获利论坛，用于打击信用卡诈骗犯罪的诱惑论坛。两者在接受法院的司法审查时，遭遇到了不同的境遇。两个论坛的不同之处在于：未成年人色情网站对公众开放；而信用卡获利论坛是只对精通信用卡技术，并在其他网站上显示出对信用卡技术以及非法使用互联网有一定兴趣的网民，方可受邀注册。[44]实施诱惑侦查对象的特定与否，是决定诱惑侦查合法性的重要条件。

此外，互联网时代，网络诱惑侦查所涉及到的第三人效应，亦使其的合法性和正当性问题受到质疑。从美国的司法实践来看，在针对涉及网络未成年人色情传播的案件中，侦查人员曾经将网络上流传的真实的未成年人的色情照片或录像作为其实施诱惑侦查的手段。然而对图片中的未成年人而言，每一次的传播都会加剧对其的伤害。对此的救济途径，是受到伤害的未成年人对实施诱惑侦查的侦查人员，提起金钱损害赔偿之诉。尽管在法官看来，其极度不愿意对侦查人员由于犯罪侦查的需要而导致的对其他公民权利造成侵害的行为进行制裁。[45]

从浙江省的案例来看，网络犯罪大多集中在网络非法经营以及传播淫秽物品等犯罪。在这类案件中，侦查人员实施诱惑侦查，一方面必须有合理的依据怀疑特定的人员实施了该类犯罪，合理的依据可能来源于特定人员的举报等；其次，侦查人员在取证之时，必须经过办案部门负责人的审批，并且符合证据收集程序的人员要求和程序要求；再次，侦查人员的行为必须符合比例原则。在判断侦查人员行为的合法与否时，宜采用主观标准，即判断“如果没有侦查人员的行为，该被告人不会实施犯罪”。在进行初步的诱惑侦查之后，若发现特定的人员没有犯意，则必须停止相关的诱惑侦查；最后，侦查人员在进行诱惑侦查时，需明确界定侦查行为的“对人效应”，减少侦查行为可能造成的对第三人权益的侵害。

（四）云计算背景下第三方的隐私保障：基于语境论的考量

[44] 参见施鹏鹏：《诱惑侦查及其合法性界定》，《比较法研究》2016 年第 5 期。

[45] United States v. Archer, 486 F.2d 670,677(2d Cir.1973).

从对浙江省的案例分析可以看出，在对互联网电子证据收集过程中，有 18 个案件涉及到云盘。依托云计算的背景，网络云盘的使用日益频繁。有学者指出，根据组织方式和储存构造的不同，云可以分为四种类型[46]：一是私人云。在私人云的模式之下，云的基础设施由拥有该云的组织进行操作。该云一般仅包括该组织的数据。二是社区云。在社区云的模式下，云由各个不同组织之间共享。之所以选择共享，或是出于组织间的共同目标，或是仅为了对特定的资源进行整合运用。三是公共云。公共云模式之下，其通常具有一个或多个数据中心，其通常由云服务提供者所有并负责对云的基础设施进行维护。由此，公共云的管理权限属于服务提供者，而非使用者。用户需要从服务提供者处租用特定的虚拟储存空间以及计算资源。公共云通常包括来源于多个使用者的数据。四是混合云。混合云属于私人云、社区云和公共云一种或多种模式的混合。如特定的组织在创设私人云时，已经用尽了所有的资源；由此需要从公共云处租用相关的资源加以整合。

云的特性，在于其的“共享”属性。共享意味着共同享用。其在带来资源整合效应的同时，亦使得当事人的权益，属于摇摆不定的漂移状态。在侦查人员对云环境中的相关互联网电子证据进行获取时，必然又会侵犯到其他相关人的隐私权。在此背景之下，侦查人员取证与第三人的隐私保障，又该如何权衡？

从美国法上来看，在处理隐私问题时，其发展出隐私期待理论，以此对隐私权可能遭遇到的困境与考验，作出应对。隐私期待理论起源于 Katz[47]案，其主要用于规制侦查人员对于犯罪嫌疑人的搜查行为。该理论的精髓主要有两点：第一，当事人主观上对隐私有期待；第二，社会承认该期待是合理的。

在判断当事人是否对隐私有期待时，研究视角的不同，又在实践中衍化成两种不同的理论。在双边理论[48]的语境下，判断当事人是否对信息具有隐私期待，取决于除当事人以及当事人的同伴之外，其他人是否有可能接触到该信息。如果其他第三人无法接触到该信息，则该信息是私密的；如果其他第三人可以接触到该信息，则该信息是公开的。如当事人自愿地将信息传递给第三方，则其就丧失了对信息的合理期待，侦查机关不需要侦查令就可以获得相关的信息。在语境论[49]的背景之下，其认为应当考虑信息共享的

[46] George Grispos，Tim Storer and William Bradley Glisson，Calm Before the Storm: The Challenges of Cloud Computing in Digital Forensics，International Journal of Digital Crime and Forensics，4(2)，2012.

[47] Katz v. United States，389 U.S.347(1967).

[48] United States v. Miller，425 U.S.435(1976).

[49] Helen Nissenbaum，Privacy as Contextual Integrity，79 Wash.L.Rev.119，2004.

特定环境。即该信息被公开的情境以及当事人的意图，如当事人是希望该信息被传播抑或是被严格保密。

在云环境之下，根据双边理论，一方当事人若使用社区云，则基于“风险承担”原则，其对特定的信息已经不再享有隐私权。其背后的机理在于，既然一方当事人已经决定将特定的信息共享，其就已经有准备特定的信息会被传播出去。而根据语境论，则需要考虑当事人的主观意图，其是否希望特定的信息被保密。语境论的解释框架，能够更有利地应对复杂环境所带来的各种不确定因素。也因此，有学者指出：语境论的适应性，可以使得法官和立法者，在任何数据共享的情况之下，更为精确地衡量相互冲突的价值。[50]

在语境论下，若云环境的一方希望特定的信息被保密，但侦查人员需要对特定云的内容进行收集，则就涉及到对第三方的权益的侵犯。行为的取舍，取决于利益的衡量。在我国司法大环境下，对犯罪侦查的追求，一定程度上超过对人权保障的考量。但侦查人员在收集相关的互联网电子证据时，可以适度考虑以下因素，以期实现侦查行为的最大最小值[51]：其一，该隐私权是否值得保护，如在网络传播淫秽物品等案件中，共享网盘的其他成员，其在网盘中的隐私权期待，并不符合社会的期许；其二，被告人犯罪行为的性质以及侦查人员是否穷尽其他手段；其三，侦查人员的行为是否符合比例性原则，是否会给第三方当事人带去不必要的隐私侵犯；其四，侦查人员是否能够对相关的信息进行保密，不至于给第三方当事人造成不必要的负面影响。与此同时，云盘使用者的权利受到侦查人员侵犯时，云服务提供商与云服务用户之间的服务协议，亦可以在一定程度上对云服务用户的权利起到保障作用。[52]

五、小结：在“真相建构”与“人权保障”之间

有学者曾言：“为了崇高的目的而诉诸恶的手段是一种浮士德式的妥协，它经常是带来更多的恶而不是善。”[53]互联网电子证据在收集过程中的问题，一方面是由于客观性的技术性缺陷；另一方面，现有法律的模糊规定，亦为侦查机关的程序性违法埋下了隐

[50] Shaun B.Spencer，The Surveillance Society and the Third-Party Privacy Problem，65 S.C.L.Rev.373，2013.

[51] 最大最小值规则，最早由罗尔斯提出。其要求按照选择对象可能产生的最坏后果来排列选择对象的次序，选择对象的最坏结果优于其他对象的最坏结果。参见［美］约翰·罗尔斯：《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社2016年版，第151-152页。

[52] Gertuida Meyer and Adrie Stander，Cloud Computing: The Digital Forensics Challenge，Proceedings of Informing Science & IT Education Conference，2015.

[53] ［美］罗伊•F•鲍麦斯特尔：《恶：在人类暴力与残酷之中》，崔洪建等译，东方出版社1998年版，第267页。

患。此外，对于犯罪嫌疑人人权保障观念的缺失，亦是刑事司法的应然状态与实然状态之间尚未弥合之鸿沟。通过对特定情境之下侦查权所伸触角的检视，可以发现我国的互联网电子证据收集程序仍需进一步地细化。

网络失去了遗忘的技能，每个人的过去都像纹身一样，镌刻在我们的数字皮肤上。[54]徘徊于“真相建构”与“人权保障”之间，对于侦查权均衡点的设置，在一定程度上，折射出司法制度的文明程度。

没收财产刑司法适用实证研究

浙江大学光华法学院硕士 苗一路

没收财产这一刑罚历史悠久，其产生、发展、演变已有千年的历程，至今仍作为财产刑之一予以广泛适用。关于没收财产刑应否保留的争论也始终伴随着没收财产刑的立法与司法，在1997年《刑法》颁布前后，与2003年《俄罗斯联邦刑法典》颁布后频繁发生，涌现了许多有价值的研究成果。这些成果大体围绕没收财产刑的存废争议展开，对司法实践中没收财产刑的适用情形却未多作讨论。

统观没收财产刑的研究著述，可知没收财产刑在观念上长期作为重刑存在，有较大威慑效应，并因此饱受废除论者“违背私权神圣”、“有违刑罚轻缓化趋势”的批判，但这一观点或已脱离当下的司法实际。事实上，“重中之重”的没收全部财产不一定重于罚金刑，而没收部分财产的数额也大多在较低的范围徘徊，并表现为“并处没收个人财产人民币…万元”，没有对具体财产的表述。没收财产刑在学理观念与司法实践上的这一反差，呼唤着对没收财产刑适用现状的实证研究，以探索该罪在司法实践中发挥着怎样的作用，存在哪些问题，需如何进一步解决。

[54] Lasica J.D., The Net Never Forgets, Salon,1998.11.26.

本文便以 2014 年至 2016 年 H 市中级人民法院及 H 市 13 个区县法院的判决为基础展开实证研究，从中分析出当前没收财产刑的司法困境，探讨困境的成因，为当前没收财产刑制度的完善提出建议，以期对我国财产刑梯度的完善有所助益。

一、没收财产刑的立法定位

我国刑法设置有两类财产刑，分别为没收财产刑与罚金刑。二者都是将犯罪人所有的金钱或财产无偿地收归国有，在适用范围、适用形式、单处或并处的情形等方面有所交叉也各有不同。按照立法者的构想，没收财产刑应重于罚金刑。在 2000 年 12 月 3 日《最高人民法院关于适用财产刑若干问题的规定》（以下简称《财产刑规定》）第 3 条中规定，“依法对犯罪分子所犯数罪分别判处罚金的，应当实行并罚，将所判处的罚金数额相加，执行总和数额。一人犯数罪依法同时并处罚金和没收财产的，应当合并执行；但并处没收全部财产的，只执行没收财产刑。”其明确了罚金可被没收全部财产吸收的规则，从侧面证明没收全部财产的没收财产刑要比罚金刑更为严厉。

从刑法分则部分财产刑与主刑的对应模式中也可看出没收财产刑的重刑地位。在同一罪名中，财产刑判罚的次序皆为罚金刑对应轻罪，没收财产刑对应重罪。以贪污罪为例，刑法第 383 条规定“贪污数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产；数额特别巨大，并使国家和人民利益遭受特别重大损失的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产”。这便证明了没收财产刑在立法者心目中较之罚金刑更重，需对应较重的主刑。

而在观念上，没收财产刑早在封建时代就得到了广泛适用，自古以来便作为重刑适用于严重的犯罪，“抄家”一词的广泛流传便是个形象的例证。抄家便是古时没收财产刑的表现形式，也称作“籍没”、“抄没”，其不仅以犯罪人本人为对象，还扩大到其家庭乃至家族。抄家也不但以财产为标的，犯罪人家庭或家族人口的命运也包括在其中，如“帝命司礼张诚及侍郎丘橓偕锦衣指挥、给事中籍居正家。诚等将至，荆州守令先期录人口，锢其门，子女多遁避空室中。比门启，饿死者十余辈。诚等尽发其诸子兄弟藏，得黄金万两，白金十余万两。其长子礼部主事敬修不胜刑，寻自缢死”[1]，短短数语便勾画出了抄家的严酷。因此，即使没收财产刑的内容已随时代变迁有了极大改变，对没收财产刑的畏惧仍根植于我国的文化传统中。再加上当前没收财产刑仍能铲除犯罪人经济基础、剥夺相应的财产权利，其重刑地位自不待言。

虽然立法者将没收财产刑定位为财产刑中的重刑，附加在较重的主刑上适用，民众也“谈没色变”。但司法适用与立法构想却不相符合，即没收财产刑与罚金刑存在轻重倒挂的现象。假设犯罪人的个人财产价值 10 万元，那么判处罚金 20 万元同判处没收全部财产相比，显然罚金刑更重。而若此犯罪人犯了数罪，判处罚金 20 万元并处没收全部财产，只执行没收财产刑。那么这种吸收方式便不是重刑吸收轻刑，反而是轻刑代替重刑。同时，刑法第 53 条第 1 款规定，“罚金在判决指定的期限内一次或者分期缴纳。期满不缴纳的，强制缴纳。对于不能全部缴纳罚金的，人民法院在任何时候发现被执行人有可以执行的财产，应当随时追缴。”而没收财产刑计量个人财产的时间点虽在刑事裁判生效时，若犯罪人在该时间点无财产，没收财产刑也就不再执行，永远终结。因此没收财产刑最多是将犯罪人的个人财产清零，而罚金刑与其随时追缴制度则可能让犯罪人的个人财产不断回到零点。

若这一轻重失衡现象成为常态，无疑会在违背罪刑责相适应原则的同时，动摇没收财产刑的定位。这势必在司法实践中造成适用上的混乱，影响法官的裁量。对此，有必要了解没收财产刑在司法实践中的适用方式与所发挥的作用，以明确没收财产刑存在的问题，并进一步探索应对方式。

二、没收财产刑的司法适用基本状况

为明确没收财产刑在司法实践中的适用方式与发挥的作用，笔者对 H 市中级人民法院与 H 市 13 个区县法院近 3 年（2014 年 1 月 1 日至 2016 年 12 月 31 日）的判决[2]进行了统计，以对区域内没收财产刑的司法适用现状进行全面分析。

（一） 没收财产刑的适用概况

刑罚的适用率是刑罚在司法适用中所发挥作用的直观体现。没收财产刑的适用率即判处没收财产刑的案件数与可以适用没收财产刑的案件数之比，能反映在可以适用没收财产刑情况下，法官对没收财产刑的适用倾向。在现行刑法的 468 个罪名中，设置没收财产刑的罪名共为 77 个。经统计，在 2014 至 2016 年 H 市这 77 个罪名的判决中，判处没收财产刑的比例分别为 3.4%、2.7%、1.35%，适用率整体较低，且存在逐年下降的趋势。虽然受地域与可掌握的判决所限，表中数据仅能在一定程度上揭示没收

[1] [清]张廷玉等：明史.第十九册，中华书局 1974 版第 5651 页.

[2] 判决书来源于中国裁判文书网（http://wenshu.court.gov.cn），最后访问日期 2017 年 1 月 12 日

财产刑的适用状况，但其明显体现的没收财产刑适用率逐年递减的趋势仍值得重视。其中，判处没收财产刑的317例判决的罪名的分布如下：

表1 2014年H市没收财产刑罪名分布

各罪	适用没收财产件数	所占比例
非国家工作人员受贿罪	2	1.36%
集资诈骗罪	6	4.11%
骗取出口退税罪	1	0.68%
虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪	1	0.68%
合同诈骗罪	5	3.42%
抢劫罪	1	0.68%
盗窃罪	3	2.05%
诈骗罪	4	2.74%
职务侵占罪	17	11.64%

表2 2015年H市没收财产刑罪名分布

各罪	适用没收财产件数	所占比例
非国家工作人员受贿罪	4	2.88%
集资诈骗罪	2	1.44%
贷款诈骗罪	1	0.72%
虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪	1	0.72%
合同诈骗罪	1	0.72%
非法经营罪	4	2.88%
抢劫罪	1	0.72%
诈骗罪	3	2.16%
职务侵占罪	14	10.07%
走私、贩卖、运输、制造毒品罪	67	48.20%
贪污罪	16	11.51%
受贿罪	24	17.27%
行贿罪	1	0.72%

走私、贩卖、运输、制造毒品罪	42	28.77%
贪污罪	19	13.01%
受贿罪	45	30.82%

表3 2016年H市没收财产刑罪名分布

各罪	适用没收财产件数	所占比例
非国家工作人员受贿罪	1	3.12%
合同诈骗罪	1	3.12%
诈骗罪	2	6.25%
职务侵占罪	3	9.38%
走私、贩卖、运输、制造毒品罪	25	78.12%

上述表格中的统计数据表明，没收财产刑在司法实践中主要适用于毒品犯罪、合同犯罪与贪污贿赂犯罪。当然，由于部分罪名存在地域性，如危害国家安全罪与危害公共安全罪在H市的发生频率较低，使部分罪名没收财产刑的适用难以在上表中体现，但数据的比对能助人发现问题。如从上述表格中可直观体会到，没收财产刑适用率降低的主因在于其在贪污贿赂犯罪中适用比例的降低。由表3可知，2014至2016年可适用没收财产刑的贪污犯罪案件数分别为104件、49件与47件，而其实际适用没收财产刑的案件数则为64件、41件与0件，其原因便在于《刑法修正案（九）》（以下简称刑九）与《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）对贪污贿赂犯罪量刑的修改，一定程度上反应了法官在司法实务中适用罚金刑的倾向。

（二）全部没收与部分没收的适用情况

没收财产刑在司法实践中存在两种适用方式，即全部没收与部分没收。《刑法》第59条仅规定“没收财产是没收犯罪分子个人所有财产的一部或者全部”，并未对适用全部没收或是部分没收的情形进行区分，需由法官根据具体情形进行裁量。因此有必要通过实证研究，得出全部没收、部分没收各自所占的比例及二者所对应的主刑，以明确没收财产刑在司法实践中的适用方式。

1．全部没收与部分没收的比例

由下表数据可知，司法实践中法官偏好适用部分没收，其在2014至2016年占比75.8%，是全部没收的三倍，且该比例在这三年保持恒定。这一偏向在基层法院的判决中体现得尤为鲜明。在基层人民法院188件并处没收财产刑的判决中，仅一例贩卖毒品犯罪在滨江区人民法院判处没收全部财产[3]，其余皆处没收部分财产。而中级人民法院则倾向适用没收全部财产，总129例并处没收财产刑的案件中有79例判处没收全部财产。两类法院的判罚倾向出现了反差，有待于从没收财产刑对应主刑配置的视角加以解析。

表4　全部没收与部分没收所占比例

年份	适用没收财产案件总数	全部没收			部分没收		
		中院	基层	占总数的比例	中院	基层	占总数的比例
2014	146	41	0	28.1%	22	83	71.9%
2015	139	31	0	22.3%	26	82	77.7%
2016	32	7	1	25%	2	22	75%
合计	317	79	1	25.2%	50	187	74.8%

2．全部没收与部分没收的主刑配置

判处没收全部财产的案件以无期徒刑为主，占比为92.5%，并有少量死刑与一例有期徒刑。同时，绝大部分全部没收的判决由中级人民法院作出。具体配置情况见下表：

表5　全部没收的主刑配置

年份	死刑	无期徒刑	有期徒刑		有期徒刑人均刑期（年）	
			中院	基层	中院	基层
2014	4	37	0	0		
2015	1	30	0	0		
2016	0	7	0	1		15
合计	5	74	0	1		15

[3] “刘行、郭峰等犯走私、贩卖、运输、制造毒品罪一审刑事判决书”，浙江省H市B区人民法院刑事判决书。

而没收部分财产案件的主刑则皆为有期徒刑，其中78.9%的判决由基层人民法院作出。中级人民法院判处的有期徒刑人均刑期皆高于基层人民法院，人均刑期整体上存在逐年升高的趋势。部分没收的数额平均为6.2万元，可见其在司法适用中较为轻缓，并不严酷。具体情况如下表所示：

表6　部分没收的主刑配置

年份	死刑	无期徒刑	有期徒刑		有期徒刑人均刑期（年）		平均数额（万元）
			中院	基层	中院	基层	
2014	0	0	22	83	12.3	9.1	6.2
2015	0	0	26	82	11.5	10.4	5.8
2016	0	0	2	22	15	13.5	8.3
合计	0	0	50	187	12.0	10.2	6.2

由表14、15可知，H市范围的法官仅在主刑为死刑、无期徒刑时适用全部没收，有期徒刑案件则皆适用部分没收。两种适用方式对应的主刑泾渭分明。这种规律同中级法院、基层法院管辖范围的区别相结合，造成了中级法院与基层法院适用两种方式的相反倾向。

（三）部分没收的数额裁量

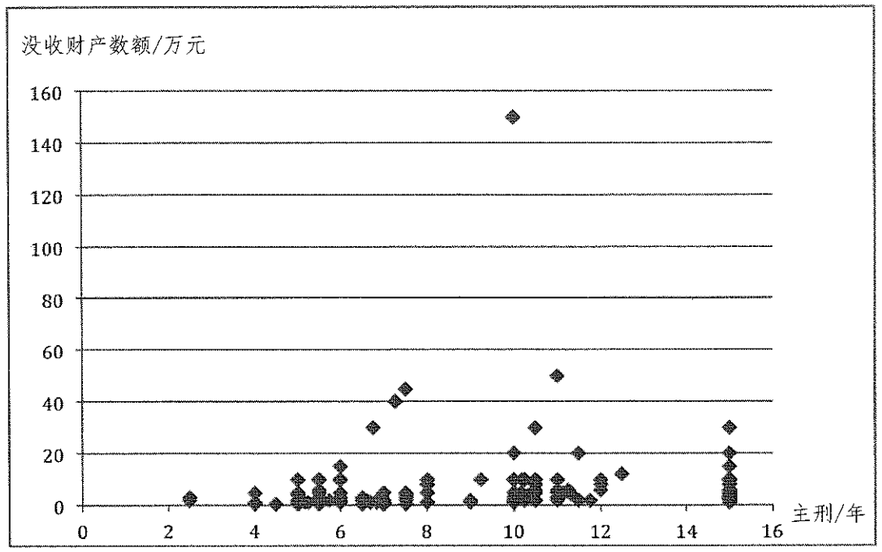
与存在限额罚金、倍比罚金等数额限制的罚金刑不同，没收部分财产数额的判定并无法定依据。除以犯罪人全部合法财产为上限之外，没有其他限制标准。在188例并处没收财产刑的判决中，数额最低为0.5万元，最高可达150万元，判罚的幅度相当宽泛。对此，有必要对当前部分没收数额的裁量情况进行探索。

1．部分没收数额的整体分布

《财产刑规定》第1条中的，“刑法规定‘可以并处’没收财产或者罚金的犯罪，人民法院应当根据案件具体情况及犯罪分子的财产状况，决定是否适用财产刑”，强调了案情与犯罪人财产状况对是否并处没收财产刑的影响。同理可知，没收财产刑数额的裁量也应同犯罪情节、财产状况相关。鉴于主刑的裁量同样是综合考虑法定、酌定量刑要素后所得，可以借助主刑判处的年限来探索部分没收数额的裁量规律。

笔者对188例判决的主刑年数与部分没收的数额进行整理，得到下图。由图中的变化倾向可知，部分没收的数额同主刑年数整体呈正相关，随年份增长存在数额的抬升。但并非年数多就必然数额高，图中数额分布整体仍较为散乱。这种散乱是由法官裁量的弹性所致，还是因各罪名的判罚思路不同而产生了分歧，仍有待于细化分析。例如走私、贩卖、运输、制造毒品罪适用没收财产的有期徒刑刑期便仅为15年，其部分没收数额同主刑年数并不相关。

图1　主刑与部分没收数额的关系



2．部分没收数额的个罪研究——以贪污罪、受贿罪的判罚为例

在常见的适用没收财产刑的罪名中，贪污罪、受贿罪适用没收财产刑比例相当高，且两罪犯罪情节一定程度上同犯罪数额密切相关。因此即使刑九后两罪适用没收财产刑的频率极低，研究两罪部分没收数额判罚规律对分析法官量刑的精确度仍有很大意义。笔者抽选了数例贪污罪、受贿罪的判决进行整理，得到两罪适用部分没收的情况如下：

表7　2014-2016年H市贪污罪部分没收情况

裁判层级	犯罪人	主刑/年	部分没收数额/万元	涉案金额/万元
基层人民法院	李掌华	12.5	12	225

基层人民法院	乐水土	12	8	209
中级人民法院	钱军	12	10	95
中级人民法院	丁守宝	11.5	20	85
基层人民法院	赖黎	11.5	2	86
中级人民法院	夏桂长	11	2	200
基层人民法院	黄德顺	11	6	142
基层人民法院	金方艳	10.5	2	42
基层人民法院	张小峰	10.25	3	31
基层人民法院	张杰	10.25	10	120
中级人民法院	陈英旭	10	20	945
基层人民法院	缪前进	10	1	30
基层人民法院	何月祥	10	10	14
中级人民法院	应建军	10	3	18
基层人民法院	沈美华	8	1	224
基层人民法院	叶朝忠	8	5	7
基层人民法院	史渭张	6.5	3	24
基层人民法院	杨忠新	6	5	7
基层人民法院	陈忠明	5	1	14
基层人民法院	龚良	5	5	12
中级人民法院	赵英	5	4	13
基层人民法院	徐某	5	1	11

表8　2014-2016年H市受贿罪部分没收情况

裁判层级	犯罪人	主刑/年	部分没收数额/万元	涉案金额/万元
基层人民法院	胡小正	12	6	262
基层人民法院	吴永平	11.33	4	108
基层人民法院	沈金友	11.25	6	85
基层人民法院	郑勇	10.5	8	53
基层人民法院	周建明	10.5	30	174

基层人民法院	唐志侬	10.5	6	24
基层人民法院	吴水灵	10.5	5	117
基层人民法院	傅国庆	10.5	10	126
基层人民法院	徐缨	10.5	2	78
基层人民法院	沈某	10.5	10	25
基层人民法院	苗永进	10.33	4	107
基层人民法院	赵伯维	10.25	10	170
基层人民法院	黄应永	10.17	10	15
基层人民法院	张云忠	10.17	5	95
基层人民法院	吕力	10	5	20
基层人民法院	姚震祥	10	10	10
中级人民法院	胡云贵	10	2	18
基层人民法院	戴勤	10	3	108
基层人民法院	金方艳	9	1	122
基层人民法院	陈亮	8	8	55
基层人民法院	姜似松	7.5	0.5	15
中级人民法院	丁守宝	7	5	22
基层人民法院	何月祥	5.5	5	6
基层人民法院	赵念博	5.25	1	7
基层人民法院	张鸿	5	5	5

在贪污罪、受贿罪的裁判中，法官对没收部分财产数额裁量范围较广。由表 7、8 可知，部分没收数额与主刑有一定关联，但其并无确定的比例。如贪污罪案例中，十年以上刑期的部分没收数额范围最低为 2 万，最高 20 万，而五至十年刑期的部分没收数额最高也可达到 20 万，存在低主刑的部分没收数额远高于高主刑部分没收数额的情况。

那么部分没收数额同涉案金额的关系又是如何？其数额同样不与涉案金额有必然联系。以受贿罪为例，吴永平受贿案[4]与郑勇受贿案[5]的刑期均在十一年左右，前者涉

[4] “吴永平受贿罪一审刑事判决书”，浙江省 H 市 Y 区人民法院刑事判决书。

[5] “郑勇、褚云受贿罪，郑勇、褚云滥用职权罪一审刑事判决书”，浙江省 L 市人民法院刑事判决书。

案金额 108 万、没收财产数额 4 万，后者涉案金额 53 万、没收财产数额 8 万。即后者在涉案金额减少的情况下，没收财产数额反而提升了。这样的例子在表 7、8 中比比皆是，部分没收的数额呈现出一定的随意性。这是《刑九》增设罚金刑，并由司法解释补充量刑比例、确定适用标准后，贪污罪、受贿罪没收财产刑的适用率反而骤降的原因。

但基于犯罪分子的财产状况是适用没收财产刑的考量因素之一，犯罪人全部合法财产也是没收财产刑的上限，仍有必要搜集判决书中对犯罪人财产的表述，以探查法官是否对犯罪人财产状况进行考察。

（四）判决书对“财产”的表述

在 2014 年至 2016 年 H 市并处没收财产刑的 317 例判决里，无论是全部没收还是部分没收，都未在判决书中列明对应的财产内容。在判处部分没收时，裁判文书往往作“并处没收财产人民币××元”的表述，仅对货币进行没收，而并未体现没收财产在财产范围上的广度。同时，在判处全部没收时，多数判决也仅作“并处没收个人全部财产”的概述，并有 17 例通过括号内附文的形式添加了对财产的表述。但在这 17 例判决的财产内容大多是对公安机关扣押财产的提示，而非对个人财产范围的枚举，多为犯罪人随身携带但不属于作案工具的财物。例如，张应宣运输毒品案[6]“含 H 市公安局 J 区分局从被告人张应宣处扣押并随案移送本院的诺基亚牌滑盖手机一部”，金茂林虚开增值税专用发票、用于抵扣税款发票案[7]“包括由 L 市公安局扣押、未随案移送本院的现金人民币 1 万元”，李亚璟贩卖、运输毒品案[8]“包括 H 市公安局 X 区分局从被告人李亚璟处扣押已随案移送至本院的 iPad1 台”，均未体现财产的范围。在前述判决中，也仅一例近似于对个人财产的列举，是李自平贩卖毒品案[9]中“包括 H 市公安局 G 区分局扣押未随案移送本院的浙 D×××××奔驰轿车一辆、黄色戒指 1 枚、人民币 3261 元，以及被冻结的被告人李自平所有、户名为刘某的中国农业银行 62××× 71 账户内存款 24846.11 元及孳息”的表述，但也不能确定这便是犯罪人的全部个人财产。

[6] “张应宣走私、贩卖、运输、制造毒品罪一审刑事判决书”，浙江省 H 市中级人民法院刑事判决书。

[7] “金茂林、夏天明等虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪一审刑事判决书”，浙江省 H 市中级人民法院刑事判决书。

[8] “李亚璟走私、贩卖、运输、制造毒品罪一审刑事判决书”，浙江省 H 市中级人民法院刑事判决书。

[9] “李亚璟走私、贩卖、运输、制造毒品罪一审刑事判决书”，浙江省 H 市中级人民法院刑事判决书。

由此可见，判决书中并未体现法官对犯罪人财产状况的考察。而纵观前述没收财产刑各方向的研究，可以直观地看到没收财产刑正渐渐偏离立法者对它的定位，造成了一定程度上的混乱。

三、没收财产刑的司法困境分析

（一）没收财产刑的定位偏离

立法者的设想相当美好，没收财产刑与罚金刑互有轻重，前者适用于较重的主刑，以没收财产的严酷起到惩罚与威慑的作用，后者则以其灵活性为贪利型犯罪的防治作出贡献。这两个刑罚梯度结合在一起，能够充分发挥财产刑的效用。但由前述实证研究可知，没收财产刑在司法实践中已同立法者的定位产生了偏离，造成了判罚上的混乱。

1．部分没收的罚金化

由前文可知，实践中部分没收在适用没收财产刑案件总数中的占比高达 75.8%，远高于全部没收的比例，可见大多数情况下法官都选择没收部分财产。两者的适用界限也较为分明，全部没收对应死刑与无期徒刑，部分没收则对应有期徒刑。

但相比于全部没收，部分没收存在一定的模糊性。理论上，没收财产刑的没收范围包括所有财产类型，即可以判处没收犯罪人的实物资产如房屋、机动车、日常生活用品等有形不动产、动产，也涵盖了股权、债权、知识产权等无形资产。但在 2014 年至 2016 年 H 市适用部分没收的 237 例判决中，无一例外，皆以一定数目的人民币来表示应予没收的“财产” 。即皆作“并处没收财产人民币××元”的表述，而未对具体的财产内容进行列举。这样可使法官免去析产的工作，是法官面对日益增长的案件压力的无奈选择。

对犯罪人的货币进行没收自然不违反法律的规定，但当其成为没收部分财产唯一的表述方式时，部分没收同罚金刑便没有实质性的差别。在罚金刑缺少对犯罪人必要生活费用和民事债权的制度设计时，相同数额没收财产刑的严厉程度甚至不如罚金。与此同时，法官在裁判阶段的析产压力也并未得到解决，而是转移到了执行阶段，使执行阶段的问题过于冗杂，严重影响没收财产刑的执行效率。

2．没收财产刑重刑定位的颠覆

在部分没收罚金化，未体现没收财产刑重刑地位的同时，全部没收也已陷入窘境。在当前罚金刑数额的规定以无限额罚金制为主，即仅由《财产刑规定》第 2 条中

“刑法没有明确规定罚金数额标准的，罚金的最低数额不能少于一千元”设定最低数额，却未规定最高额的大背景下，全部没收作为理论上最严酷的财产刑，却仍可能在实践中轻于罚金刑。其根源即在于没收财产刑的上限是犯罪人全部个人财产，而罚金刑却并未以此设限。同前文所述，假使犯罪人被判处的罚金数额高于其个人全部财产，那么罚金刑与对应的随时追缴制度则能让犯罪人的个人财产不断回到零点，其严厉程度可见一斑。

当然，没收财产刑对于富有者来说，仍是避之唯恐不及的刑罚。如在黄光裕案中，法院认定其犯非法经营罪、内幕交易罪、单位行贿罪，决定执行有期徒刑 14 年，并判处罚金 6 亿元、没收财产 2 亿元。这 6 亿元的罚金同身为中国前首富的黄光裕的个人财产相比无疑要小得多，其在二审时便以上缴部分罚金以体现其认罪态度。其妻杜鹃也被判内幕交易罪，并在一审判决后及时缴纳了 2 亿元罚金。可见对他们而言，罚金刑显然轻于没收财产刑。

但应注意的是，由前述实证分析可知，没收财产刑在实践中常常适用于毒品犯罪、贪污贿赂犯罪、职务侵占罪等。在这几类罪名中，犯罪主体或是缺乏合法财产来源，或是合法收入相比于非法所得根本是九牛一毛，此时没收财产刑的威慑力便相对削弱。以贪污罪、受贿罪为例，其犯罪主体是国家工作人员，合法财产除少数家境优渥者以外，大多都仅由薪资构成。在违法所得皆被追缴的情况下，其个人财产低于根据“二十万元以上犯罪数额二倍以下”、“五十万元以上犯罪数额二倍以下”判罚的罚金数额的可能性极大。司法实践中也已出现了贪污贿赂犯罪判处天价罚金的判例。在 2016 年 6 月 15 日宣判的周滨案中，法院认定其犯受贿罪，判处有期徒刑 13 年，并处罚金 1.9 亿元；犯利用影响力受贿罪，判处有期徒刑 8 年，并处罚金 1.6 亿元；犯非法经营罪，判处有期徒刑 3 年，并处罚金 20 万元，决定执行有期徒刑 18 年，并处罚金 3.502 亿元；对其违法所得予以追缴，上缴国库。在贪污罪、受贿罪高额贿金频现，而犯罪人合法财产普遍较少的情况下，罚金刑与没收财产刑的轻重失衡或将成为常态。

《刑法》第 5 条规定，“刑罚的轻重，应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应”，这就要求在立法上确立科学严密的刑罚体系、规定区别对待的处罚原则、设置轻重不同的法定刑幅度，要求各种刑罚方法相互区别又互相衔接，能够根据

犯罪的各种情况灵活运用。[10]如果在特定情况下，有着没收财产刑轻于罚金刑的可能，使得两种财产刑的轻重存在争议，这便会使刑罚梯度的衔接出现问题，有违罪刑责相适应原则。

（二）没收财产刑裁量的任意性

自 1979 年《刑法》系统规定我国刑罚种类以来，没收财产刑便作为附加刑的一种予以应用。在之后的法律修改历程中，没收财产刑的适用范围与适用方式也多有变动，越发贴近司法实践的需要。而没收财产刑的适用原则却未予调整或是细化，在刑法总则中规定为“没收犯罪分子个人所有财产的一部或者全部”，在分则的具体罪名中也皆未对没收财产的全部或者部分，以及部分没收的数量作出限制。即既未在立法上明确适用没收部分或者全部财产的标准，也未对“部分”的内涵进行界定。如此宽泛的判罚幅度无疑会对没收财产刑在实践中的适用造成障碍。

对于饱受理论界诟病的部分没收与全部没收的判罚标准问题，司法实践已在适用过程中摸索出了相对固定的判罚规则。在 H 市 2014 年至 2016 年适用没收财产刑的判决中，主刑为死刑、无期徒刑的 79 例判决皆并处没收全部财产，而在主刑为有期徒刑的 238 例判决中，有 99.6%并处没收部分财产，仅有一例并处没收全部财产。由此可见，虽然并无立法上的细化规定，学理上也无统一的解释，司法实践中也能在一个地域内保证相对统一的判罚幅度，做到了量刑上的平等。

但在部分没收裁量的问题上，实践中确实存在判罚依据不明的情况。由于部分没收除以个人合法财产为上限之外，未设其他限制标准，且并未设置相对确定的判罚依据，因此其在实践中的适用存在不确定性，在相关的判决书中也无法探知法官量刑是否依据犯罪情节与犯罪人财产状况。同时，前文中对贪污罪、受贿罪没收部分财产数额的研究也进一步明确了部分没收的量刑同主刑有所关联，但并无确定的比例，同涉案金额也不必然相关，其裁量整体上呈现出一定的任意性。判罚依据的缺失一方面增大了法官的判罚难度，使他们仅能根据类似案件或是自身经验做出裁判，影响了没收财产刑适用的精度。另一方面，过大的自由裁量权也难免让犯罪人及其家属或是普通民众产生对所判数额的质疑，容易引发民众对法院判决的不信任。

（三）没收财产刑适用率的下降

[10] 高铭暄，马克昌：《刑法学》，北京大学出版社第 2010 版，第 254 页。

“法律的生命力在于实施”，刑罚的适用也自不待言。刑罚在实践中的应用能够体现刑罚的必要性与生命力，而其适用率的变化也能切实反映其在适用过程中存在的问题。由前述实证研究可知，2014 年至 2016 年 H 市适用没收财产刑的案件的总比例，各年份比例依序为 3.4%、2.7%、1.35%，存在逐年下降的趋势。

没收财产刑适用率下降的主因，在于贪污贿赂犯罪适用没收财产刑案件的减少。2015 年 11 月施行的刑九将贪污罪、受贿罪纳入了罚金刑的判罚体系，随后于 2016 年 4 月公布实施的《贪贿犯罪解释》也对贪污罪、受贿罪中罚金刑的适用作出相应的规定。2016 年贪污罪、受贿罪适用没收财产刑的比例，也从 2014 至 2015 年的 63.6%、74.2%一并降至为零。与此相对的，是 2016 年两罪适用罚金刑的比率分别攀升至 100%、96.7%。这一升一降的对比便充分体现了法官对适用罚金刑的倾向。

而从其他没收财产刑并处频率较高的罪名来看，职务侵占罪、非国家工作人员受贿罪在财产刑上都仅有“可以并处没收财产”，适用率整体较高，分别为 33.0%、23.3%。走私、贩卖、运输、制造毒品罪在处十五年有期徒刑、无期徒刑、死刑的同时，必须并处没收财产，因而适用率也高达 13.1%。但对于仅在所判主刑为十年以上有期徒刑或者无期徒刑，才“并处罚金或者没收财产”的诈骗罪，没收财产刑的适用率便低至 1.1%。这也进一步体现了没收财产刑的“竞争力”低于罚金刑。也确实，同立法宽泛，量刑标准、财产内容等都难以确定的没收财产刑相比较，刑罚效果相近、量刑标准相对完善的罚金刑理应更受欢迎。这种明确的用刑倾向也是对我们的提醒，引导我们反思没收财产刑适用过程中存在的问题，以使缺陷得到弥补，刑罚体系得到强化。

（四）没收财产刑司法困境的成因分析

由前述研究可知，没收财产刑在司法适用过程中存在一定问题，若不寻找相应的解决途径，便仍将存在刑罚梯度的衔接不当、裁判难度居高不下等问题，甚至会导致罚不当罪的现象。以下便对其成因加以剖析，以探明问题根源，为没收财产刑改善路径的探索打下基础。

1．个人财产调查与分割的困难

“财产”一词在不同语境下具有不同的法律内涵和形式。《刑法》第 92 条规定，“本法所称公民私人所有的财产，是指下列财产：（一）公民的合法收入、储蓄、房屋和其他生活资料；（二）依法归个人、家庭所有的生产资料；（三）个体户和私营

企业的合法财产；（四）依法归个人所有的股份、股票、债券和其他财产”。可见刑法意义上的财产并不局限于有形物质，而涵盖着如金融资产、长期股权投资、专利等无形资产。财产范围的广泛使没收财产刑个人财产范围的判定成了司法实践中的难点。在公民个人财产信息登记制度尚未建成的情况下，想要探查除确需备案登记的房屋、汽车、宅基地、大型机器设备等之外的财产信息，显然缺乏相应的机制。

而在刑事诉讼过程中，对刑事案件负有侦查责任的公安机关、负有移送审查起诉责任的检察机关，都没有调查犯罪人的经济状况的法定义务。《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》（以下简称《财产执行规定》）第4条中“人民法院刑事审判中可能判处被告人财产刑、责令退赔的，刑事审判部门应当依法对被告人的财产状况进行调查”的表述，已将此调查责任交由法院刑事审判部门。但若仅由法院刑事审判部门承担，受其人力、物力的局限，在司法实践中并不具有可操作性。

此外，在完成犯罪人财产的调查后，还有着析产这道难关。在当前的现实背景下，犯罪人独财独居的情况较少，大多都同家人共居共财，而将个人财产从家庭财产中分解出来并不是一件易事。[11]以夫妻共同共有为例，在婚姻关系尚未终止时，如何对婚内财产进行分割，也没有相应的法律依据。而在共有并用于居住的房产上，即使已经明确了犯罪人所持的份额，仍会在没收财产执行的过程中出现问题。如果法院强制拍卖此房屋，将拍得的价款依份额返还给共有人，便可能会导致犯罪人家属失去居所，增加社会隐患。

2．没收财产刑制度设计的缺陷

完善的规范是使刑罚达到立法目的、发挥惩治与预防作用的保证。但当前没收财产刑在判罚框架、执行规范等方面都存在些许缺陷，在一定程度上影响了没收财产刑刑罚价值的体现。

同前文所述，没收财产刑在立法上并无细节性的规范，仅有部分没收与全部没收的区别，而没有如罚金刑中限额罚金制、倍比罚金制这样限定数额范围的判罚框架。这一宽泛的判罚幅度既提高了法官判罚的难度，影响刑罚适用的精度，也容易让人对判决结果产生怀疑。

除此之外，没收财产刑在执行方面也有着一些难点。《刑法》第59条与第60条明确了没收全部财产保留必需生活费用，以及民事债权优先的规范。这两处设计充分

[11] 姚贝：《没收财产刑研究》. 中国政法大学出版社第2011版第174页。.

体现了刑法的人道主义色彩，有助于维护社会稳定，是当前没收财产刑区别于古代籍没的重要特征，也是当代刑法的价值追求。但在实施细则相对缺失的情况下，其难以在实践中予以落实，无法实现立法目的。

《财产执行规定》第9条第2款确定了财产刑执行过程中生活费用的计算依据，即参照被扶养人住所地政府公布的上年度当地居民最低生活费标准来保留。但法条中仅仅规定了参照标准，但却未对作为生活费用另一计量要素的时长加以规定。住所地上年度最低生活费用标准确实是已知数，但在没收全部财产时应留下多久的份额却仍未知。是先留下一年的生活费用，此后按年返还？还是一次性留下数十年的费用？这一不确定因素仍将使执行人员心存疑虑，执行标准的不统一也会对司法公正造成影响。

而在民事债权的优先偿付上，《财产刑规定》第7条指出，“刑法第六十条规定的‘没收财产以前犯罪分子所负的正当债务’，是指犯罪分子在判决生效前所负他人的合法债务”。这一规定存在着诱使犯罪人转移财产的隐患。在判决生效之前，犯罪人便能凭借一审判决结果或是对罪名的了解，认识到被判处没收财产的可能性，可能会同亲人、朋友串通，以“制造”债务逃避刑罚。

类似的问题也存在于没收财产刑中“财产”的时间限定上。《财产执行规定》第9条第1款规定，“判处没收财产的，应当执行刑事裁判生效时被执行人合法所有的财产”。财产并非是固定不变的，它能因有效的管理而增值，也会因恣意挥霍而减少，该法条对“财产”时间点的确定为执行提供了依据。但也同样存在犯罪人及其家属在此时间点之前隐匿财产、转移财产的风险。同时，对刑事裁判生效后犯罪人家属挥霍犯罪人财产的行为应作何处理，也尚无定论。这使得当前犯罪人及其家属逃避没收财产刑执行的行为没有对应的法律风险，此类“低风险高回报”的行为可能会愈演愈烈。

3．没收财产刑与罚金刑的衔接不当

罪刑责相适应原则强调罪与刑之间的等价性，要求刑罚体系严密，刑罚梯度有序衔接。由于各具体犯罪情节的差异，没收财产刑与罚金刑间有一定的重合衔接，确有其合理性。但若重合范围过大，以致罚金刑超过了没收全部财产，便会产生轻重交织、界限不清的问题，甚至会使轻罪判刑严于重罪。究其原因，即在于没收财产刑以犯罪人全部个人财产为限，而罚金刑却未以此为限。无论是仅规定最低额而未规定上

限的无限额罚金制，还是存在确定范围限额罚金制、倍比罚金制，在判罚时都未将犯罪人个人财产作为上限纳入考量。

当前社会中，财产对人们来说越发重要，是维系生存和发展的前提与保障。没收全部财产本身便已经是对犯罪人经济上的极大打击，应对其适用予以严格限制。但若罚金刑的数额可超越犯罪人个人财产，那么其与罚金刑随时追缴制度的结合能让犯罪人的个人财产不断回到零点，同没收财产刑相比更为严苛。罚金刑可能的严厉程度，同其分布的广度与较低的起刑点并不相称，若不加以限制，可能使犯罪人出狱后的生活陷入困窘，反而容易走上犯罪道路。

另一方面，与没收财产刑对个人财产的强调不同，罚金刑仅指明缴纳罚金，而未对所缴财产的来源有所限制。在犯罪人个人财产不足缴付罚金、山穷水尽的情况下，其家庭成员便可能以自己的财产帮助其缴付，此时便无异于让犯罪人的亲属承担了经济惩罚。罪责自负原则是我国刑事司法的基本原则，要求刑罚只及于犯罪人本人，而不连累无辜者。[12]超越犯罪人个人财产的罚金刑无疑同罪责自负原则相背离，存在固有缺陷。

四、没收财产刑的完善路径

没收财产刑这一刑罚的设置有其合理性，但面对其在适用过程中出现的种种问题，应探索当前没收财产刑的改善方式，以充分发挥其惩治犯罪、预防犯罪的作用。

（一）构建刑事财产的调查制度

无论是没收财产刑还是罚金刑，对犯罪嫌疑人、被告人财产状况的掌握都是司法机关作出合理裁量、顺利执行刑罚的基本保证。《财产执行规定》明确了法院刑事审判部门对被告人财产状况的调查责任，并赋予法院向刑罚执行机关、社区矫正机构等有关单位调查财产状况的权限。但在司法资源紧张的大背景下，若仅由法院刑事审判部门承担调查责任，显然无法调查充分。同时，将调查权交由刑事审判部门，也可能使其陷入“自侦自判”的窘境，易使当事人对财产认定结果产生质疑。这就需要合理分配刑事财产调查的权责，并对相关制度进行完善。

一方面，应构建公、检、法协同配合的财产调查机制。《财产执行规定》中之所以将此调查责任交由法院刑事审判部门，是考虑到调查程序是在可能判处被告人财产刑、责令退赔的情况下启动，对此刑事审判部门的判断自然较为准确。但为使该制度

[12] 朱苏力：《从药家鑫案看刑罚的殃及效果和罪责自负》，载《法学》2011 年第 6 期。.

能切实得以落实，仍应综合运用公检法三机关的力量。可参照 2017 年《最高人民法院关于民事执行中财产调查若干问题的规定》中对财产范围的提示[13]，制定具体的财产调查清单，并通过制度设计规定财产调查中各机关的责任、程序及对应的措施。如由侦查机关对可能被判处财产刑的犯罪嫌疑人，在调查赃款、赃物时一并查清财产状况，由检察机关负责审查并进行补充调查，最终由审判机关在审判过程中予以确认。以此将财产调查融入侦查、审查起诉与审判阶段。

另一方面，应拓宽调查渠道，结合信息技术来创新财产调查方式，以在提升调查效率的同时，积极应对当下财产形式日新月异的状况。在《中国人民银行关于加强支付结算管理防范电信网络新型违法犯罪有关事项的通知》基础上推行的“一行一卡”政策已降低了查清个人财产的难度。而《人民法院、银行业金融机构网络执行查控工作规范》更是落实了法院与各银行业金融机构的对接，在信息共享与实际执行方面有所成效。在这样的信息共享框架下，法院便能通过当事人的身份信息，直接获取其在各银行的资产。犯罪嫌疑人、被告人财产状况的调查便能借助这些已建成的信息网络，高效、便捷的以有限司法资源完成财产调查任务。

（二）细化没收财产刑的判罚框架

由实证研究可知，没收财产刑的判罚标准较为宽泛，虽在部分没收与全部没收适用上有着默认的“判处无期徒刑以上刑罚需附加适用没收财产刑的，才适合判处没收个人全部财产”[14]的倾向，但在部分没收裁量的问题上，仍缺乏明确的判罚依据。对此有必要细化没收财产刑判罚框架，以使不同地域、不同法院的审判人员能对犯罪情节相近的案件作相同或相似的判决。

司法实践中，已有部分法院对此进行了一些探索，如《江苏省高级人民法院关于适用与执行财产刑若干问题的意见》就对全部没收与部分没收的适用情形，以及并处没收财产时没收财产刑的适用情况作了规定。江苏省姜堰市人民法院也对财产刑量刑进行了深入探索，其《规范量刑指导意见》第四版第 43 条以“刑法规定没收财产的，

[13] 《最高人民法院关于民事执行中财产调查若干问题的规定》第 5 条规定：“被执行人应当在报告财产令载明的期限内向人民法院书面报告下列财产情况：（一）收入、银行存款、现金、理财产品、有价证券；（二）土地使用权、房屋等不动产；（三）交通运输工具、机器设备、产品、原材料等动产；（四）债权、股权、投资权益、基金份额、信托受益权、知识产权等财产性权利；（五）其他应当报告的财产。”

[14] 《江苏省高级人民法院关于适用与执行财产刑若干问题的意见》第 11 条规定：“没收财产属于较重的财产刑，判处无期徒刑以上刑罚需要附加适用没收财产刑的，可以判处没收个人全部财产；判处其他主刑的，一般不宜判处没收个人全部财产。”浙江省虽无类似规定，但在实践数据中也呈现此规律。

犯罪所得数额在5万元以下的，按犯罪所得数额的1倍处罚；犯罪所得数额在5万元以上10万元以下的，以5万元为基数，增加部分按70%加处；犯罪所得数额在10万元以上的，以10万元为基数，增加部分按50%加处”的方式设置了部分没收数额的裁量依据，虽单纯以犯罪所得为标准有些片面，但这正是构建判罚框架过程中的有益尝试。

任何刑罚都需要裁量，每一刑罚也都需要在漫长的司法实践中提炼出裁量标准。《最高人民法院关于常见犯罪的量刑指导意见》便是对常见犯罪量刑经验的集合，结合审判实践对自由刑的裁量提出了指导意见。面对当前没收财产刑量刑标准的缺失，最高人民法院也应吸收地方法院的量刑经验，制定财产刑的量刑规则，以降低法官的裁量难度，实现没收财产刑量刑的统一。

（三）完善没收财产刑的实施细则

《刑法》第59条与第60条规定了没收全部财产情况下生活费用的保留，以及民事债权优先的原则，凸显了刑法的人性化。但在缺乏对应细节性规定的情况下，仍存在一些亟待解决的难题。

首先，应明确财产刑执行过程中生活费用的计算方式。《财产执行规定》第9条第2款规定，参照被扶养人住所地政府公布的上年度当地居民最低生活费标准来保留生活费用。但法院仍应根据实践经验与社会实际，结合实践操作的便利性，对所留生活费用的份额确定标准。例如是按年份返还，还是参考犯罪人的主刑时长留下该期限内的生活费用，以及是否考虑被抚养人的年龄、谋生能力等，都需要进行统一规定，以提升执行效率，保证执行标准统一。

而对于长期困扰着司法实践的，共有并用于居住的房产应如何没收的问题。若其他共有人愿意买下属于犯罪人的份额，便可让其在指定期限内一次或分期支付价款，执行机关没收对应的价款即可。而若其他共有人没有购买意愿或无力购买，便可参照《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第20条对民事执行中维持生活必需的居住房屋的规定[15]，在犯罪人有抚养义务人名下也无可居住

[15] 《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第20条规定：“金钱债权执行中，符合下列情形之一，被执行人以执行标的系本人及所扶养家属维持生活必需的居住房屋为由提出异议的，人民法院不予支持：（一）对被执行人有扶养义务的人名下有其他能够维持生活必需的居住房屋的；（二）执行依据生效后，被执行人为逃避债务转让其名下其他房屋的；（三）申请执行人按照当地廉租住房保障面积标准为被执行人及所扶养家属提供居住房屋，或者同意参照当地房屋租赁市场平均租金标准从该房屋的变价款中扣除五至八年租金的。”

的房屋、犯罪人也不存在转让名下其他房屋以逃避执行的情况下，冻结该房屋产权但不予执行，仍作为生活必需品居住，或执行但按当地租金标准留下五至八年租金。

另外，面对实践中存在的“刑事裁判生效”时间点前犯罪人及其家属制造债务、恣意挥霍以逃避没收财产刑执行的风险，法院一方面应做好防范工作，对可能隐匿、转移财产的，及时予以查封、扣押或冻结。另一方面，对民事债权以及可疑的转移财产行为，由执行机关参照执行异议程序开庭裁定，以确认是否为正当债权、是否属于转移财产。对拒不执行情节严重，达到犯罪程度的，也应根据法律规定追究刑事责任。

（四）协调财产刑梯度的互相衔接

在当前的刑法体系中，罚金刑除具体罪名中列明的判罚范围与《财产刑规定》设定的一千元最低额之外，并无其他限制，使得罚金刑存在超过犯罪人个人合法财产的可能性。其在影响财产刑衔接的同时，对犯罪人施加了过重的负担，也同罪责自负原则相背离。这是罚金刑立法不完善的体现，也反映出实践中罚金刑量刑仅由犯罪情节决定，注重形式公正但未达实质公正的状况。

同前文对平等原则的探讨所述，人有贫富之分，在具体刑罚相同的情况下，没收财产刑与罚金刑都会在经济能力不同的犯罪人身上有着不同的主观心理体验。“相同的名义之刑不是相同的实在之刑。年龄、性别、等级、命运和许多其他情节，应该调整对相同之罪的刑罚。如果罪行是人身伤害，同样的财产刑对于富贵者可能会觉得无关痛痒，而贫困者则可能觉得痛苦不堪。”[16]为此，应将犯罪人的个人财产也纳入罚金刑的裁判依据。一方面设置相应的量刑规范，可参考《意大利刑法》第133-2条第2项规定的“当犯罪行为人的经济条件认为最高限度的罚金不产生作用，或者最低限度的罚金仍过于沉重时，法官可以将法律规定的罚金数额提高至三倍，或者降低直至三分之一”[17]的模式对罚金刑量刑予以调整，以实现刑罚的实质平等。另一方面，将犯罪人个人合法财产确定为罚金刑的上限，避免刑罚过于严苛，区分没收财产刑与罚金刑的轻重层次。

五、结语

[16] [英]吉米•边泌：《立法理论：刑法典原理》，孙力等，中国人民公安大学出版社第1993版，第81页。

[17] 黄风译：《意大利刑法典》，中国政法大学出版社1998版，第43页。.

在当前社会，财产是人民从事社会活动的基础。从一定意义上来说，一个没有财产的人，根本不具备在社会上生存的物质条件；一个具备肉体自由的人，在没有财产的情况下，也失去了享受一定物质条件的自由。而随着社会发展水平的不断提高，物质生活的不断丰富，财产对人们生存的影响越来越大，也越来越受到人们的重视。在此背景下，财产刑我国刑罚体系中的地位也愈发重要。没收财产刑作为能够剥夺犯罪人一切形式财产的刑罚措施，对其适用加以规范便成了当务之急。

任何事物都是优劣并存，利弊兼有，更何况刑罚是一件“可以采取的坏事”[18]，没收财产刑也是如此。虽然没收财产刑在司法实践中存在问题，但这是由当前配套制度不完善所致，而非刑罚的固有缺陷。而没收财产刑在打击危害国家安全犯罪、恐怖主义犯罪、有组织犯罪、毒品犯罪等重大组织性犯罪上不可替代的优势，以及对构建财产刑梯度的重要性，足以推动立法与司法机构完善相关细则，以最大程度地发挥没收财产刑的功能。

[18] [希腊]亚里士多德：《政治学》，吴寿朋译，商务印书馆 1963 版，第 383 页。