

【网络政治与法律】

网络犯罪司法解释的功能扩张及其限定

王玉薇

(华东政法大学 研究生教育院,上海 201620)

摘要:网络犯罪司法解释功能的“扩张化”,具体表现出抽象化、工具化、后果导向的特征。因此,就网络犯罪案件纠纷裁判的“解释”而言,司法应采取“分而裁之”的解释策略,对多元复杂的网络犯罪纠纷进行有条件的“限缩”和“转译”,积极探索“解释、准则、市场、技术”各自作用的边界,以利于良好司法治理环境的营造。

关键词:网络;网络犯罪;司法解释;网络安全

中图分类号:D922.8 **文章编号:**1673-5420(2018)01-0037-07

随着“互联网+”时代的到来,社会呈现出“现实/虚拟”二元化格局,传统犯罪已侵入到网络空间。由此,实践中的惯性操作逻辑采用“扩张化”的原则与方法来类推网络犯罪的内涵、方式、场域等,力图在现实司法与网络犯罪裁判之间架起意义解释的桥梁。但这种传统的以事实描述为主导的“扩张”型司法解释模式因其规范性不足,而遭遇到诸多困境。

一、网络犯罪司法解释功能的“扩张化”

目前,我国对网络犯罪的裁判规则主要以司法解释的形式存在。这些司法解释的功能是在刑法规范缺位的情况下,弥补成文法的缺陷,其目的在于借助司法对网络犯罪纠纷案件进行入罪化判决,实现对网络犯罪的预防与控制。

(一)网络犯罪司法解释功能的抽象化

基于互联网的发展,可以把我国网络犯罪概括为“对象型”“工具型”“空间型”三种。2011年9月施行的《关于办理危害计算机信息系统安全刑事案件应用法律若干问题的解释》是对web1.0时期“对象型”网络犯罪的回应。2013年9月施行的《关于审理编造、故意传播虚假恐怖信息刑事案件适用法律若干问题的解释》和《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用

收稿日期:2018-01-02 本刊网址:<http://nysk.njupt.edu.cn>

作者简介:王玉薇,博士研究生,研究方向:法理学、法社会学。

基金项目:国家社会科学基金“涉信息网络违法犯罪行为法律规制研究”(14ZDB147);国家社会科学基金“社会治理创新背景下的网络公共领域法治新秩序研究”(15CFX022);华东政法大学2017年研究生创新能力培养专项资金项目(2017-1-006)

法律若干问题的解释》分别是对 web2.0 与 web3.0 时期“工具型”和“空间型”网络犯罪的回应。这三个司法解释是对某类网络犯罪案件适用问题所做出的描述和分析,但从整体上讲,这些解释是在刑法规范的基础上形成的,此类裁判规则的概括性、抽象性更强。

其微观层面表现在:第一,为了打击“对象型”网络犯罪,将传统的行为对象由有形物扩张至无形物。例如《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》第九条将淫秽物品扩大解释为淫秽电子信息数据,将财物扩大至虚拟财产、数据等。第二,为了打击“工具型”网络犯罪,《关于审理编造、故意传播虚假恐怖信息刑事案件适用法律若干问题的解释》第一条规定:编造恐怖信息,传播或者放任传播,严重扰乱社会秩序的,依照刑法第二百九十一条之一的规定,应认定为编造虚假恐怖信息罪。如行为人在没有加密的 QQ 空间上发表虚假恐怖信息,没有及时删除的,当认定具有放任传播的故意^{[1]133}。第三,为了打击“空间型”网络犯罪,《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》第五条将公共场所秩序扩张为公共秩序。这种解释策略为司法解释权的行使创造了更广的场域。

(二) 网络犯罪司法解释功能的工具化

受经验主义哲学的影响,我国现阶段网络犯罪案件裁判适用的司法解释成为刑法规范解释的工具。此种裁判策略不仅主导了司法解释的制度设计,也主导了具体的司法解释实践,致使大量争议性案件不断出现,影响较大的如“兰州自来水安全造谣案”。这种裁判策略在理论层面上就是将传统刑法规范的罪名予以“扩张化”套用,直接根据“从严”“从早”的单向度预防原则对网络违法行为进行定罪与处罚。如《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》第五条规定:利用信息网络辱骂、恐吓他人,情节恶劣,破坏社会秩序的,依照刑法第二百九十三条第一款第(二)项的规定,以寻衅滋事罪定罪处罚。第六条规定:以在信息网络上发布、删除等方式处理网络信息为由,威胁、要挟他人,索取公私财物,数额较大,或者多次实施上述行为的,依照刑法第二百七十四条的规定,以敲诈勒索罪定罪处罚。

在具体的司法裁判实践中,此种工具化解释策略的突出表现就是“入罪”思维泛化。传统刑法规范在面对新型的网络犯罪“事实”时,如网络犯罪主体的匿名化、客体的信息化、过程的风险化、后果的全球化等,难以提供直接的制裁依据。因此,司法实务部门只能套用已有的罪名解决具体网络犯罪纠纷案件的定罪与量刑问题,在司法上从严打击所有网络犯罪的预备行为、帮助行为。如司法界人士普遍认为,“外挂代练”“恶意好评”“恶意批量注册”等网络不正当竞争行为完全可以按照破坏生产经营罪裁判^[2-3]。

(三) 网络犯罪司法解释功能的后果导向

我国现阶段网络犯罪案件的司法裁判主要采取后果导向的司法制裁模式。传统犯罪的司法归责模式要求在犯罪事实与后果间建立一一对应的因果关系,即包含明确的假定条件、行为模式和法律后果,要定位到引发犯罪产生的确切原因,即为什么。在网络时代,新型网络犯罪打破了责任的因果关系链条,事物间的相关性解释变得非常重要。因为随着网络环境的变化,“一大类罪种到数大类罪种的跨越,一行为数罪或者数行为数罪成为常态”^{[4]13}。同时,网络犯罪破坏的不仅仅是单一网络公共秩序的稳定性的,更是整体网络秩序的稳定性的。例如提供网络平台进行违

法犯罪的责任问题,不仅涉及市场经济秩序、社会公共秩序,还可能涉及整个国家的网络安全。因此,为了解决因司法解释功能的高度抽象性带来的可操作化难题,需要在保持司法解释基本条款原意不变的情况下,通过扩张解释中的“兜底规定”来满足新型网络犯罪案件的诉讼需求。此种后果导向的司法解释策略,其功能主要是弥补司法的滞后性,解决司法解释适用混乱的问题。例如《关于审理编造、故意传播虚假恐怖信息刑事案件适用法律若干问题的解释》第五条规定:编造、故意传播虚假恐怖信息,严重扰乱社会秩序,同时又构成其他犯罪的,择一重罪处罚。基于此,李泽强编造、故意传播虚假恐怖信息案,不实行数罪并罚,但应当将其作为量刑情节予以考量。^①

在最高人民法院关于办理网络犯罪案件司法解释的裁量中,多采用弹性极大的、模糊性的语言来处理网络犯罪的事实。例如《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》第三条规定:利用信息网络诽谤他人,具有下列情形之一的,应当认定为刑法第二百四十六条第二款规定的“严重危害社会秩序和国家利益”。这种后果导向更多地聚焦网络犯罪风险,而不是具体的实际损害结果。有些法院指出,如果“造成侵害后果的概率较大,即便令其负担较大的预防成本也并不为过”。^②这样既能在形式上保留原有司法规则,又能弥补原有司法裁判规则的缺陷,实现司法秩序的一致性与创新性。

二、网络犯罪司法解释功能扩张的困境

现阶段司法解释功能的盲目扩张和片面追求,甚至有替代立法或超越立法之嫌,受到了理论和实践界的众议^[5]。为此,应该正确认知网络犯罪司法解释的功效。

(一) 网络犯罪司法解释的有效性不足

传统司法解释高度抽象,无法涵盖具体案件的多元司法需求,其裁判规则的有效性在网络环境下并不理想。在应对网络犯罪风险的司法解释中,如《关于办理危害计算机信息系统安全刑事案件应用法律若干问题的解释》《关于审理编造、故意传播虚假恐怖信息刑事案件适用法律若干问题的解释》《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》等都存在操作性不强的问题,缺少对具体个案的关注。从解释的内容看,网络犯罪案件裁判的入罪标准都比较抽象,如严重扰乱社会秩序等。与此同时,尽管有些解释条款明确了量化的具体标准,如《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》第二条规定:同一诽谤信息实际被点击、浏览次数达到五千次以上或者被转发次数达到五百次以上的……。但在司法实践中,这一量化标准执行得较为机械,将利用信息网络诽谤他人的行为一律定性为寻衅滋事罪。除此之外,单纯将点击次数和浏览次数作为量化入罪的标准,而不顾有无恶意点击,容易侵犯公民的言论自由权利,在一定程度上抑制了规范性司法治理理念的发展。

从解释的外部效果看,其可接受性不强。例如《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》一经颁布,其合理性和合宪性就备受关注。有学者认为该解释第五条

① 参见检例第9号:李某某编造、故意传播虚假恐怖信息案。

② 参见网乐互联网公司诉土豆网侵犯著作权案,上海市第一中级人民法院(2006)沪一中民五(知)终字第19号民事判决书。

第一项规定的入罪化量刑标准已经超出司法解释的范畴,是司法机关越权对法律的“续造”,无论在形式上还是在实质上均属违宪^[6]。无独有偶,《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》一经颁布,就有人质疑这一规定“违宪”,认为这是公检法的自我授权,限制和压缩了公民的基本权利,存在对言论自由的不当压制。

综合来看,网络犯罪司法解释不仅在内部适用上缺乏针对具体案件的详细的可操作性规定,而且在外部分缺少认同,因而其整体功能的有效性不强。

(二) 网络犯罪司法解释的规范性不强

我国司法解释的工具化倾向,严重制约了规范化裁判空间的发展。法官在依据法律条文的字面含义进行限缩性解释的同时,更多地在进行广泛的类推解释。如《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》第五条第二款将“网络造谣行为”扩张解释为“起哄闹事”。陈兴良认为,将网络造谣这种刑法没有规定的行为,利用起哄闹事这一中介加以转换,由此实现了司法解释的造法功能,这是越权解释^[7]。在这样的盲目类推解释的支配下,司法机关变成了立法机关或行政机关的附属。这不仅容易造成司法权力的扩张,也容易与民众诉求相背离,因而难以发挥规范性裁判的功能。换言之,由于司法的独立性和自主性不强,系统性解释的能力不足,故难以将司法解释的规范之义完整地呈现出来,进而难以维持解释的开放性、严密性和体系性。

赋予权益多样性,才是司法解释的现代性之所在,因为司法解释的功能是为了“创设法律所没有规定的制度与规则或者对法律规定的‘不妥之处’进行实质性修改。这般操作使司法解释获得与国家立法类似的法律效力,成为了法院裁判案件时必须优先考虑和适用的规范依据”^[8]。从根本上来讲,这种诉诸未来才能获知的目的性解释策略,既无法达到规范性裁判的预期,也无法化约网络犯罪案件纠纷的复杂性,法官也无所适从。

(三) 网络犯罪司法解释的正当性不足

司法解释在法律运作的过程中产生,势必要对既往法律含义进行阐述,但是过于僵化、严格地对法律条文进行解释,虽然符合司法解释功能的基本要求,却可能陷入形式合法性解释的困境。此外,如果过于强调法律条文背后的理念、原则和原义,就会出现适用法律的过度类推。如若将本应排除在法律之外的道德等实质性因素涵括进来,其判决结果的正当性就会受到质疑。我国目前网络司法裁判的规则是“解释”先行,司法完全充当了立法的工具,并在“立法正确”的话语遮蔽下大行扩张解释之实,增加了类推的风险。《刑法修正案(九)》颁布前,相关司法解释已经不再将四种类型的传播淫秽物品的网络技术支持行为(建立电子群组、网站,提供互联网接入、网络存储空间等)作为传播淫秽物品罪的共犯论处,而是直接认定为传播淫秽物品。^①如“快播”案的一审判决,就认定被告人的传播行为是不履行监管责任构成的不作为。

在网络犯罪案件裁判的司法实践中,以类推的条款判定复杂的网络犯罪事实,旨在最大限度地实现司法的效率最优。但由于解释规定比较抽象、概括,司法实践出现很多似是而非的法律适用难题,破坏了解释的一般性与普适性,其类推的正当性受到质疑。有学者认为,“诽谤信息转发

^① 参见《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(二)》第四条规定。

五百次入刑”不符合常理^[9]。还有学者指出其不符合比例原则,是基于“直觉质疑”^[6]。也有学者认为,这种做法“实质上由第三人的行为决定行为人的行为是否构成犯罪,不符合我国罪责相当、罪责自负和主客观相统一的基本原则”^[10]。进一步讲,“网络公共秩序或网络空间不能因为被立法者规定,就自然地具备了法益保护的正当性和必要性”^[11]。

三、对网络犯罪司法解释的限定

网络犯罪司法解释的功能扩张表现出诸多负效应,其缘由恰是网络犯罪突破了司法系统的控制边界,进而加重了司法审判的负荷。基于此,有效解决网络犯罪案件纠纷的路径应是对网络犯罪进行类型化区分,重视司法理性过度扩张对其他功能子系统自治领域的侵犯,构建一个多系统治理的新格局。

(一)“分而裁之”的司法解释限度

在法益选择维度上,应以宪法引导出的法益概念为基础,从理论上确定法益保护的规范性,划定不同规则的约束范围,从而厘定司法解释的具体限度。一个现代意义上的司法功能要通过“解释”的合宪性来维护整个司法秩序的统一性和正当性。因此,司法解释内容的修改或者新增都应以宪法上的“法益保护清单”作为正当性基础和司法权行使的边界,而不能与宪法规范和理念相脱节,更不能超越基本权利的范围和界限。

在司法效力维度上,应阻断规范性裁判之外的一切干扰因子。质疑生效判决合理性的各种争鸣,如道德/非道德等,只是单纯的伦理争议或学术讨论。从根本上讲,需要将网络犯罪的危险具体化到法益侵害的实质特征上,再以此为基础寻求形式上的归责构成要件,详细确定“罪/非罪”的裁判理由,最后做出规范性的裁判。

在技术操作维度上,要采取“分而裁之”的解释策略,以传统犯罪的不同危害后果或等价性为参照标准,将网络犯罪分为“与传统犯罪本质无异的犯罪,较传统犯罪呈危害‘量变’的犯罪,较传统犯罪呈危害‘质变’的犯罪”^[12]。这就要做到:第一,“等价同判”的解释策略。与传统犯罪本质相同的网络犯罪,应该与传统犯罪的司法制裁思路相同,仍然采用物理空间的司法解释原理与程序进行一般化裁判。第二,“量变从严”的解释策略。与传统犯罪相比,危害性显著增长的“量变”型网络犯罪,主要指各种信息散布型的网络犯罪。司法实践中应适用“从严”的裁判理念,如“朋友圈传播谣言最高可判七年”^[13]。第三,“质变限制”的解释策略。较传统犯罪呈危害“质变”的网络犯罪,主要指线下“非法”行为跨界至线上“合法”的情形,其司法审判理念应采取“限制”态度,做到该宽则宽,不应过多干预网络社会的自由。

(二)司法解释的有条件限缩

面对多元复杂的网络犯罪纠纷案件,司法应保持审慎和包容的态度,合理确定司法解释的内部限度,一般应坚持两条标准即“法条用语的可能含义”与“一般人的预测可能性”^[14]。前者强调司法只能在立法规范所采用的法条用语的最大范围内进行解释,后者强调司法对权益多样性的赋予和保障,不能过多限制人们的行为自由。在与互联网不断融合的过程中,传统司法应创造更多解决纠纷的新理念和新机制。同时,司法不是解决网络犯罪案件纠纷的唯一手段,还需要其

他机制共同参与,包括政府监管、行业自律等。因此,司法解释应积极探索与准则、市场、技术合作的路径,合理划分各自作用的边界,加强自治、自律、自觉。相反,如果过分扩大网络司法制裁的打击半径,以牺牲网民自由为代价换取网络公共秩序的安定,则无助于网络法治秩序的形成。

在司法实践中,网络社会的一些伦理原则、戒律,在无法“可依”的情况下,发挥了不可替代的软法功能。从功用上看,网络伦理即便是不成文规则也会产生较为刚性的约束效果,司法解释规则的实质权衡离不开网络伦理的价值权衡,它奠定了司法解释规则功能形成的正当性基础。但这些伦理原则对司法判决结论并不起决定性作用,如淘宝纠纷解决平台2014年解决了710万件纠纷,其中大众评审团机制解决了73万多件^[15];新浪微博“社区委员会”仅2014年7月就接到举报41 658个^{[16][169]}。

除此之外,司法对互联网经济类的犯罪案件裁判应采取包容性的审判理念。对于破坏互联网金融秩序的网络犯罪,在刑法体系上属于侵犯市场经济秩序罪的范畴。通过技术代码能够保护的法益不应求助于司法,其自治方式更有效。对于侵犯商业数据类犯罪不应当过于超前地采取刑事制裁手段,例如为了遏制人们沉迷“王者荣耀”等游戏的乱象,腾讯推出健康游戏防沉迷系统,可达到一定效果。

(三) 司法解释的有条件转译

传统司法解释功能是按照国家设定的单中心逻辑进行类推的,可能会以维护公共秩序为名侵犯底层网民的正当权益。然而在功能分化时代,体制外创造性的多元权益诉求是影响司法公正的实质性因素,是提升司法权威和效率的根本路径。因此,一些涉民生、金融等网络热点案件成为司法审判关注的重点。这些涉民生、金融案件必须经过司法系统的符码转译,如“合法/非法”“正义/非正义”“权利/义务”等描述后才能进入司法系统,并对其做出有法律意义的司法裁判。例如,快播案的裁判最初定性为游离在“法律与技术”间,最后法院判定当事人“利用快播软件传播淫秽物品牟利”而排除快播软件的“科技”属性,并对该案做出构成传播淫秽物品牟利罪的司法判决^[17]。

在具体司法审判中,“应当允许法院在相关诉讼中审查具体条款的合法性。法院应当发挥个案审判解释规章、填补规章漏洞、矫正规章合法性缺陷的作用”^[18]。通过司法途径的犯罪治理进程应更具有“规则性和程序性,一致性和公正性,减少政治性裁量和决断”^[19]。有学者认为:“未来网络犯罪司法解释资源的中心问题是‘罪状’的网络化解释以及网络犯罪的立案标准体系的明确。”^[20]除此之外,面对复杂的网络犯罪案件,一些重要网络犯罪案件的判决思路具有极强的指导意义,例如全国首例网约车交通案、全国首例人肉搜索案、快播公司传播淫秽物品牟利案、全国首例QQ相约自杀案等,各地法院可参考其判决的思路和理由,解决类似案件。

参考文献:

- [1] 戴长林. 网络犯罪司法实务研究及相关司法解释理解与适用[M]. 北京: 人民法院出版社, 2015.
- [2] 黄晓亮. 恶意给好评致使网店被降权处理的刑法评价[J]. 中国检察官, 2015(6): 7-9.
- [3] 高艳东. 破坏生产经营罪包括妨害业务行为[J]. 预防青少年犯罪研究, 2016(2): 14-26.
- [4] 于志刚, 郭旨龙. 网络刑法的逻辑与经验[M]. 北京: 中国法制出版社, 2015.

- [5] 李晓明. 刑法:“虚拟世界”与“现实社会”的博弈与抉择——从两高“网络诽谤”司法解释说开去[J]. 法律科学, 2015(2):119-131.
- [6] 尹培培. “诽谤信息转发500次入刑”的合宪性评析[J]. 华东政法大学学报, 2014(4):154-160.
- [7] 陈兴良. 寻衅滋事罪的法教义学形象:以起哄闹事为中心展开[J]. 中国法学, 2015(3):265-283.
- [8] 陈林林, 许杨勇. 司法解释立法化问题三论[J]. 浙江社会科学, 2010(6):33-38.
- [9] 杨柳. “诽谤信息转发500次入刑”的法教义学分析——对“网络诽谤”司法解释质疑者的回应[J]. 法学, 2016(7):137-143.
- [10] 李晓明. 诽谤行为是否构成犯罪不应由他人的行为来决定——评“网络诽谤”司法解释[J]. 政法论坛, 2014(1):186-191.
- [11] 车浩. 刑事立法的法教义学反思——基于《刑法修正案(九)》的分析[J]. 法学, 2015(10):3-16.
- [12] 刘宪权. 网络犯罪的刑法应对新理念[J]. 政治与法律, 2016(9):2-12.
- [13] 苏青. 网络谣言的刑法规制:基于《刑法修正案(九)》的解读[J]. 当代法学, 2017(1):15-26.
- [14] 欧阳本祺. 论网络时代刑法解释的限度[J]. 中国法学, 2017(3):164-183.
- [15] 胡晓霞. 我国在线纠纷解决机制发展的现实困境与未来出路[J]. 法学论坛, 2017(3):97-105.
- [16] 腾讯研究院. 互联网+时代的立法与公共政策[M]. 北京:法律出版社, 2016.
- [17] 若颀. 快播案是治网原则高调重申[EB/OL]. [2017-10-13]. http://pinglun.youth.cn/ttst/201601/t20160110_7510075.htm.
- [18] 王军. 网约车启示录:创新要靠政府高台贵手[EB/OL]. [2017-10-13]. https://m.sohu.com/a/153375781_481285.
- [19] 马长山. 网络反腐的“体制外”运行及其风险控制[J]. 法商研究, 2014(6):3-11.
- [20] 于志刚. 网络、网络犯罪的演变与司法解释的关注方向[J]. 法学论坛, 2013(11):19-24.

(责任编辑:范艳芹)

Judicial interpretation of cybercrime: expansion of functions and its limitations

WANG Yuwei

(Graduate Education Institute, East China University of Political Science and Law, Shanghai 201620, China)

Abstract: The expansion of judicial interpretation of network brings its functional characteristics of being abstract, consequence-oriented and being served as tools. Therefore, in the case of “interpretation” of cybercrime cases, the judiciary should adopt “divide and rule” strategy and conduct conditional “restriction” and “translation” of the multiple and complex cybercrime disputes. Moreover, it is also important to actively explore the boundary of the respective roles of “interpretation, criterion, market and technology”, so as to facilitate the construction of favorable environment of judicial administration.

Key words: network; cybercrime; judicial interpretation; cyber security