

网络时代刑法解释论的现实抉择、挑战及其应对

张永江,宋西茹¹

(湘潭大学 法学院,湖南 湘潭 411105)

[摘要] 法律的滞后性与社会的多变性决定了刑法客观解释论是我国应对网络犯罪理论与实践做出的双重选择。但不可否认的是,当前网络时代刑法客观解释论存在明显的扩张化趋势,并不断冲击着罪刑法定原则的底线。“主观的客观解释论”名义上是以主观性来纠偏过度的客观性,但实则为主观解释论的翻版,并不可取。从恪守罪刑法定原则、克服刑法滞后性的角度来看,在坚持刑法客观解释论的前提下,为刑法客观解释的扩张化设定刑法用语的可能含义、刑法体系解释规则及罪名规范保护目的三大约束要素,从而将其限定在罪刑法定原则的框架下是更为妥当的选择。

[关键词] 客观解释论; 扩张化趋势; 约束要素

[中图分类号] D924 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1673-0755(2020)05-0073-09

DOI:10.13967/j.cnki.nhxb.2020.0081

随着互联网的快速发展,人们的生活空间已逐渐从现实向虚拟延伸,不管是购物、社交,还是学习、工作,网络已成为生活中不可替代的一部分。可以说,网络已逐渐成为当代国民社交生活的第二个空间,所谓的“双层社会”正逐步形成。不可否认,互联网给人们的社会生活带来了方方面面的便利,但也必须认识到,互联网的发展同样也为犯罪形式的更迭和升级提供了契机,不断涌现的新型网络犯罪与传统犯罪之间的明显差异则给网络犯罪的刑法治理提出了挑战:产生于物理时代的传统刑法规范能否继续适用于新型网络犯罪,即传统刑法规范与新型网络犯罪行为之间的“鸿沟”是否能够通过刑法解释来弥补?对此,有人认为刑法解释无法弥补这种鸿沟,而只能通过刑事立法的路径来规制网络犯罪^[1]。有的则认为可以通过刑法解释将传统刑法规范的适用范围有效延伸至网络空间^[2]。面对双层社会背景下无处不在的网络化犯罪,若仍通过增设罪名的路径去应对,既不现实,也不经济^[2]。采取何种基本立场来解释刑法规范,历来是刑法学界争议极大的问题,而在寻求传统刑法规范适用于网络犯罪的解释路径时,刑法解释立场的选择更是无法绕开的命题。面对网络时代的传统刑法治理困境,我国当下的刑法解释立场如何选择,这种刑法解

释立场面临哪些挑战以及如何应对这些挑战,亟需深入探讨。

一 刑法客观解释论应对网络犯罪是理论与实践的双重选择

当前社会互联网已逐渐渗透到人们生活的方方面面,与现实世界对应的网络虚拟空间全面铺开,现实社会中的一些传统犯罪也逐渐延伸到了网络虚拟空间,比如窃取虚拟财产、网络寻衅滋事等等。而网络新型违法犯罪行为的出现,无疑对在现实社会背景下发展起来的传统刑法规范的适用提出了严峻挑战。虽然我国刑法修订不断向前推进,但不可否认的是,当前刑法中绝大多数的犯罪都是早期立法者为应对当时现实社会中出现的犯罪行为而创设的,网络的普及和发展带来的巨大变革是当时立法者所无法预料到的。因此,现实社会的传统犯罪延伸到网络虚拟空间之后,是否仍能适用传统刑法规范,若适用,选择何种解释路径来实现这一目标,是网络时代刑法解释面临的重要问题。

关于刑法解释论的基本立场,一直存在主观解释论和客观解释论之争^①。主观解释论者将立法原意作为解释法律的唯一根据,其认为若要维护法的稳定性和安定性价值,就必须严格遵照立法原意进行解释^[3]。客观解释论者则认为,刑法从制定完成

[收稿日期] 2020-10-02

[基金项目] 湖南省教育厅项目“读书会在研究生培养阶段的实践探索”资助(编号:4302016)

[作者简介] 张永江(1965—),男,湖南岳阳人,湘潭大学法学院副教授。

¹ 湘潭大学法学院硕士研究生。

那一刻开始,就脱离了立法制定者而独立存在,因此刑法解释的目标自然与立法者的立法原意无甚关系^[4],而是为了探究刑法条文中适应社会现实的法律客观含义,而且这种客观含义会跟随社会的变迁和发展而不断更新。

随着全球经济、科技水平的高速发展,人们的生活面貌和生活方式都发生了巨大的变化,犯罪形式也在不断更新迭代,法律的滞后性愈加明显。为此,以“社会现实”为导向的客观解释论开始不断被当今世界各国刑法学者所提倡,并逐渐占有理论主导地位^[5]。我国刑法学界当下的主流观点也是客观解释论^②,即主张对刑法条文的表述作“客观解释”,从而使得被网络异化的犯罪行为能够涵摄在传统刑法规范中^[6-8]。

而从我国当前应对网络犯罪的治理现状来看,由于目前缺乏专门的网络犯罪刑事立法,在面对网络领域中的违法犯罪行为时,司法实践的做法与刑法学界的主流观点一致,即仍以对原有刑法规范进行客观解释为主,从而将其适用范围有效延伸至网络空间。由此,“网络时代传统刑法概念客观解释”的大趋势逐步形成^[9]。如南京反向刷单炒信案^③中法官将反向刷单行为解释为“以其他方法破坏生产经营活动”的行为;张杰信息网络传播案^④中法官将信息网络传播行为解释为侵犯著作权罪中的“复制发行”行为;董杰、陈珠非法经营案^⑤中法官将使用“外挂代练”的行为解释为“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”等^[10]。这些案件虽然涉及罪名不同,但在适用刑法规范时均采用了刑法客观解释论的立场进行解释。不管是反向刷单炒信造成他人经济损失的行为,还是在网络上传播他人影视作品的行为,或是使用“外挂代练”帮助他人游戏升级并收费的行为,原有刑法规范均未能明确涵摄其中,但为了应对我国网络犯罪刑事治理的迫切需要,司法实务部门均选择了对传统刑法规范予以客观解释,以便能够将上述行为顺利入罪。

法律的滞后性与现实生活的多变性,决定了法律解释理应随着时代变迁而不断更新与丰富,采取客观解释论,对原有刑法规范作出合乎社会现实客观需要的解释,是当前我国理论与实践为回应网络犯罪治理的现实需要所做出的双重抉择。

二 网络时代刑法客观解释论扩张化趋势及其挑战

针对网络时代各种新型网络犯罪不断涌现所带来的网络安全治理困境,不管是我国刑法理论界还是实务界,均选择对刑法条文的概念与表述作“客

观解释”,这在当前缺乏网络刑事立法的情况下尤为必要。

(一) 网络时代刑法客观解释论的扩张化趋势

客观解释论实际上并不仅仅只能对刑法规范作扩张解释,其本身也包括对刑法规范作限缩解释,例如将枪支仪理解为“真枪”^[4]。然而,在我国“打击网络犯罪”的现实需求之下,当下理论和实践均倾向于通过对刑法条文的扩张化解释来拓宽刑法中相关罪名的原有框架,从而将传统刑法规范的适用范围有效延伸至网络空间。这样的做法虽然能够解决新型网络犯罪行为复杂多变与传统刑法规范活力不足的矛盾问题,但也必须认识到,网络时代我国刑法解释的扩张化趋势愈加明显,刑法客观解释论已基本上被等同于扩张解释和入罪解释^[11]。这种以“入罪入刑”为导向的过度扩张化解释路径有突破罪刑法定原则底线之虞。

1. 对刑法“兜底规定”的扩张解释

为了扩张传统刑法规范的适用范围来规制网络领域的新型犯罪行为,必不可少的便是对刑法兜底规定予以扩张解释,我国刑法条文中主要有两处兜底条款常被用来规制网络犯罪:第一,对非法经营罪兜底条款^⑥的扩张解释。例如,根据《网络诽谤解释》第7条^⑦规定,通过信息网络有偿提供删除信息与发布虚假信息等服务的行为(删帖与发帖),属于刑法第225条第4项规定的情形,以非法经营罪定罪处罚。再比如前述董杰、陈珠非法经营案,司法实践中把这种使用“外挂代练”的行为认定为刑法第225条第4项规定的“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”。第二,对破坏生产经营罪兜底规定^⑧的扩张解释。在电子商务不断发展壮大的背景之下,不法分子通过实施诸如恶意差评、刷单炒信、恶意批量注册等行为来破坏他人网络上的生产经营活动。理论与实践试图通过对刑法第276条破坏生产经营罪中“以其他方法”进行扩张解释来规制上述行为。比如,前述南京反向刷单炒信案,法院判决认为被告人董、谢二人的反向刷单行为属于破坏生产经营罪中的“以其他方法破坏生产经营的行为”。

2. 对刑法条文“相关概念”的扩张解释

为了弥补传统刑法与新型网络犯罪之间的“代沟”,除了对刑法兜底规定进行扩张解释外,还包括对刑法条文中“相关概念”进行扩张解释,主要包括以下三种类型的概念:第一,对行为方式类概念的扩张解释。比如,为了打击网络侵犯著作权的犯罪行为,2004年两高发布的《知识产权解释》第11条^⑨将刑法第217条^⑩侵犯著作权罪中的“复制发行”解释

为包括“信息网络传播行为”,实践中也依此将该行为认定为侵犯著作权罪,如前述张杰信息网络传播案。此外,司法实务中更有判决^①通过将深度链接行为与“信息网络传播行为”联系起来,从而将设置深度链接的行为也解释为“复制发行”。可以说,对“复制发行”所做的上述解释已导致我国司法实践中侵犯著作权罪的适用范围扩张到了极致,但这种扩张有突破罪刑法定原则边界之虞。第二,对行为对象类概念的扩张解释。网络犯罪的行为对象大多具有虚拟性,全新的犯罪对象不断冲击着人们对传统犯罪的固有认识。为使传统刑法规范能够规制网络犯罪,刑法客观解释论通过不断对行为对象类概念的外延予以扩张,来使其包含虚拟对象。例如,对淫秽物品的扩张,根据《淫秽电子信息解释》第9条^②规定,淫秽物品包括视频、音频文件、电子刊物、短信等淫秽电子信息。再如,对“财物”概念的扩张。刑法学界有的主张通过客观解释论将刑法上的“财物”的范围扩张至包括“虚拟财产”在内^[12-13],甚至提出了“数据财产”的概念^[14]。而实践中也存在将窃取“虚拟财产”的行为评价为盗窃罪的司法判例^③。第三,对行为场所类概念的扩张解释。刑法客观解释的运用在作为犯罪场所的网络犯罪中,主要表现为对“公共场所”的扩张。《网络诽谤解释》第5条第2款^④规定通过将“网络空间”解释为“公共场所”,又将“网络秩序”解释为“公共场所秩序”,从而实现了将网络寻衅滋事行为纳入刑法规制范围的目的。但关于这一解释结论的合理性却遭到了质疑^[15]。

(二)网络时代刑法客观解释论扩张化趋势面临的挑战

1. 刑法解释的扩张化对罪刑法定原则的冲击

在刑法解释领域,对刑法规范可以扩张解释,但不能类推解释,这是罪刑法定原则对刑法解释的基本要求^[16]。然而,类推解释与扩张解释的界分问题一直是刑法理论难以解决的难题,扩张解释如果运用不当,极易突破刑法规定而沦为类推解释,进而冲击罪刑法定原则。与物理时代相较而言,网络时代客观解释论的扩张化更加难以控制,对罪刑法定原则所造成的冲击也更甚。一方面,物理时代的犯罪方式通常为大多数人所熟知,不会超出一般人的预测可能性范围,但相对来说人们对网络犯罪的犯罪方式却比较陌生,对它的预测可能性也较低,对于刑法相关概念的解释到底是扩张解释,还是借扩张解释之名行类推解释之实难以判断。另一方面,面对网络犯罪的多发性及严重的社会危害性,刑法学界和司法实务都迫切希望能够用传统刑法规范来规制

网络危害行为,这种以问题解决为导向的思维很容易造成解释者过度扩张刑法的适用范围而不断侵蚀着罪刑法定原则的底线。

以《网络诽谤解释》对“公共场所”及“公共场所秩序”的扩张解释为例。如前所述,《网络诽谤解释》第5条第2款规定为规制网络寻衅滋事行为,明确将“网络空间”解释为“公共场所”,将“网络公共场所秩序”解释为“公共场所秩序”。我国大多数学者对这一解释结论提出了质疑^[17],仅有少数表示肯定^[4,11,15]。笔者认为该解释结论的合理性的确值得推敲。其一,根据刑法第293条第1款规定可知,寻衅滋事罪罪前三项罪状规定的随意殴打他人等行为都是一些只能在现实物理空间实体接触的行为。那么根据体系解释下的同类解释规则,该款第4项兜底性规定也应当和前三项规定在性质上保持一致,即仅限于发生在现实空间的寻衅滋事行为,而不能包含网络中的寻衅滋事行为。其二,公共空间并不等同于“公共场所”,因此自然不能因网络空间属于公共空间而将其解释为“公共场所”。只有不特定或者多数人(公众)的身体能够在其中活动的场所才是“公共场所”^[18]。而公众的身体无法自由出入网络空间是毫无疑问的,所以网络空间不能被认定为“公共场所”。实际上,《网络诽谤解释》把“公共场所”扩张解释为“公共空间”,从而将“网络空间”涵摄其中的做法是在用上位概念替换下位概念,这种扩张已经演变成了突破刑法文本含义的类推解释。就如同用“人”来替换强奸罪中的“妇女”这一概念,从而得出该罪的犯罪对象也包括男人的结论。同理,“公共场所秩序”也并不等同于“公共秩序”,其范围明显窄于“公共秩序”。“公共场所秩序”显然是指现实物理空间的秩序,而在网络上散布虚假信息,并不一定会导致物理空间秩序发生混乱。因此该司法解释将“公共场所秩序”扩张解释成“公共秩序”同样属于突破刑法文本含义的类推解释。

面对网络安全治理的现实需求,我国理论与实践均倾向于对传统刑法规范作客观的扩张解释,但这种客观的扩张解释若不加以限制则极易沦为类推解释从而侵蚀罪刑法定原则,而这也是当前网络时代刑法客观解释面临的最大挑战。如何对客观解释论进行限制,从而防止其扩张化趋势对罪刑法定原则的突破,是当前刑法学界亟待解决的问题。

2. 现有应对路径的反思:主观的客观解释论实为主观解释论的翻版

既然客观解释不等于扩张解释,为何网络时代刑法客观解释几乎等同于扩张解释呢?网络时代刑

法客观解释之所以形成扩张化趋势,除了因为网络犯罪的高发态势、我国现阶段盛行的网络管制主义、司法部门以及刑法学界迫切希望动用刑法规制网络失范行为的内心驱动等外部因素外,还有客观解释论遭受如下诟病的原因:其一,客观解释论否定对立法原意的遵守,可谓是典型的任意、主观解释。其二,客观解释论为了回应网络犯罪治理的现实需要,往往容易脱离于立法原意的制约,进而造成对罪刑法定原则的突破^[4]。网络时代刑法客观解释的扩张正在被过度使用是无可辩驳的事实。为此,有学者主张应当以立法原意来修正过度的客观解释^[4],也就是“主观的客观解释论”^⑤。但这种观点的本质实际上不过是主观解释论的翻版,若解释者意见与客观解释论所得出的结论相左,其便完全可以随时凭借立法原意来实施“一票否决权”,从而来论证自己解释结论的合理性。诚然,立法者的规范目的是规范的正当性基础,不应漠视与背离^[19],而主观解释论探究立法原意,在解释的正当性上似乎更具有优势,但主观解释论将立法原意作为刑法解释的唯一遵循,未免过于绝对,过于固守立法原意,最终结果反而可能与主观解释论所追求的安定性和稳定性价值相悖。

首先,对刑法某些条文的具体解释并非立法原意所能涵盖。在我国,虽然刑法某一条文的立法原意往往可以通过全国法工委编写并出版的针对刑法修正案条文的立法解读或者立法解释、立法文件等等大体确定,但除非有权威机构对构成要件要素的具体认定进行阐述,否则这所谓的立法原意大多仅仅是通过构成要件设定了某一条文的法益保护目标,或者对其立法背景、规范目的作了概括性、整体性的描述^[19],至于刑法条文中某个具体概念应如何理解,则很难依此找到立法者的答案。例如,破坏生产经营罪的立法原意是通过处罚“毁坏机器设备、残害耕畜或者以其他方法破坏生产经营”的行为,来保护社会生活中的生产经营活动,但却没有任何立法性文件或解释能够表明,立法者对于“其他方法”的具体范围究竟如何理解。可见,对于刑法条文中具体概念的理解并非立法原意所能涵盖,立法原意也并不能为此类概念的具体解释提供可靠而明确的依据。

其次,立法者对于立法时从来没有发生过的案件并不存在立法原意。立法者制定刑法通常是从以往发生过的案件事实中抽象出某罪的构成要件^[20],而对于当时从来没有发生过的案件事实,立法者无法预料,自然也就不可能存在立法原意。此时,解释

者所说立法原意,无非就是假定自己站在立法者当时的立场下所做的一种猜测,而这种猜测本身实际上就已经掺杂了其自身的价值判断,所得结论也不过是一种非常个性化、主观化的解释。换句话说,解释者不过是给自己的解释带上了立法原意的高帽,从而来论证其合理性。

最后,过于固守立法原意,不仅有违罪刑法定原则之嫌,还会扼杀刑法的生命力。按照主观解释论的主张,立法原意是刑法解释所要遵循的最高准则,而刑法文本只是解释者用以揣测立法原意的载体^[21],即解释者在法律解释的过程中优先考虑的是立法原意,而非刑法文本,刑法文本只是立法者的附属品。但罪刑法定原则是指罪责由“刑法”确定,具有法律效力的是文本表达出来的刑法,而非立法者内心的立法原意^[8],刑法与立法原意并非一体,二者也不等同。主观解释论固执地追求立法原意而抛弃对刑法条文本身的合理解释,实则属于偷换罪刑法定原则的概念,有违罪刑法定原则之嫌。再者,立法原意是相对封闭的,一经做出便滞后于社会发展。由文本构成的刑法法条的内涵是开放的,其可以随着社会变迁而不断被赋予新的时代内涵。法律的生命力在于实施,立法者制定刑法是为了适用,而不是为了将其束之高阁,逐渐远离现实生活。如果固守过时的立法原意,不仅将导致司法实践大量的新型犯罪案件无法得到刑法规制,而且还可能导致某些刑法条文的规范目的落空,而这无异于扼杀刑法规范的生命力。

三 约束要素限制下客观解释论的坚守

为纠偏过度的客观性而提出的主观的客观解释论实则是对主观解释论的重提,其名义上是对客观解释论进行限制,实则将立法原意凌驾于客观解释之上,但立法原意的上述缺陷并不可取。此外,关于主观的客观解释论者所指出的客观解释论的诸多缺陷,笔者也并不认同:其一,立法原意本身就是一种主观化的解释,何以客观解释论否定了主观化的立法原意却反而被认为是典型的主观解释呢?其二,罪刑法定原则与对立法原意的遵循没有关系,又怎能说脱离了立法原意的约束就会违反罪刑法定原则呢?相反,客观解释论正是罪刑法定原则下刑法解释应予坚持的立场。客观解释论主张,刑法条文一经制定,便成为脱离于立法者内心意思的客观存在,因此解释者只能从刑法文本中去探寻最适合当下社会现实的客观法律含义,而以刑法条文为中心进行解释正是罪刑法定原则的根本要求。如果说刑法客

观解释的扩张化趋势会对罪刑法定原则造成冲击,那么主观解释论或者“主观的客观解释论”就是对罪刑法定原则的根本违背。再者,刑法一经制定便具有滞后性,且其随着社会的不断发展愈加凸显,为了最大限度地降低其所带来的消极影响,通过客观解释不断赋予刑法条文以新的时代含义,这对于保持刑法的生命力,使其能够更好地适应复杂多变的社会现实需要来说,是必要的,也是正当的。因此,不管从恪守罪刑法定原则的角度,还是从克服刑法滞后性的角度来看,网络时代刑法客观解释立场的主导地位不可动摇。但值得注意的是,前文对主观解释论以及主观的客观解释论的否定并不意味着放弃对立法原意的考察,本文否定的仅是将立法原意作为刑法解释的唯一遵循或者最高遵循的立场。相反,客观解释论与立法原意之间其实存在着某种关联,客观解释论的依据常常需要从立法背景与立法沿革中进行寻找。

针对当前网络时代刑法客观解释的扩张化趋势,笔者认为,相较于将立法原意置于最高地位对客观解释论的过度扩张进行限制而言,在坚持刑法客观解释立场的前提下,为其对传统刑法规范的扩张解释设定一些客观存在的约束要素,从而将其限定在罪刑法定原则的框架下更为妥当,当然其中某些依据可从对立法背景和立法沿革的考察中找寻。

(一)刑法用语可能含义的约束

罪刑法定原则要求,刑法解释不应突破刑法文本所设定的边界^[16]。因此,刑法客观解释在对传统刑法规范进行扩张解释时也必须受到刑法用语可能含义的约束。也就是说,网络时代的刑法客观解释只能在刑法条文可能具有的含义范围内对刑法规范的相关概念予以适度扩张,而决不能超越刑法用语可能含义的“射程”。关于刑法用语的可能文义,一般是指由核心含义(通常含义)和边缘含义(特殊含义)共同组成的综合体^[22],而扩张解释就是将刑法条文相关概念的含义由核心含义扩大到边缘含义。

问题是,在判断客观的扩张解释是否违反罪刑法定原则时,审视解释结论是否超越了刑法用语的可能含义之范围,司法和刑法学界对此早已达成共识,然而在司法实务具体的法律适用中,为了有效回应网络犯罪刑事治理的现实需要而突破刑法文义射程的做法却仍然普遍存在。这说明,尽管以刑法用语的可能含义范围限制客观解释在理论上是正当可行的,但在实践中,其效果并不理想,这是因为对于刑法用语可能含义范围的判断具有极大的任意性。一方面,由于刑法文本所使用的语言,往往不是精确

的单义,而是多个可能意义的集合,具有模糊性和流变性的特点^[16],因此可能含义的范围并非是明确的,而是极富弹性的。另一方面,每个解释者对可能含义范围的判断由于掺杂了个人因素,结论往往因人而异。也正是由于刑法用语可能含义的不确定性,才使得网络时代刑法客观解释立场下以扩张解释之名行类推解释之实的做法在司法实践中大行其道。

针对这一问题,笔者尝试提出了以下两个方法来判断网络时代刑法客观解释的结论是否超越了刑法用语的可能含义,力求尽可能地减少客观解释的扩张化对罪刑法定原则造成的冲击:

第一,从刑法条文相关概念与被扩张解释进来的事项之间的相互关系来判断,即看被扩张解释的刑法概念与需要涵摄在内的事项之间是否具有种属关系。如果二者之间不具有种属关系,那么若想将该事项纳入刑法条文的适用范围,就必须将所要扩张解释的刑法概念提升到更上位的概念,而这明显属于超越刑法用语可能含义范围的类推解释,比如“妇女”与“男人”。但需注意的是,该方法仅能从反向进行判断,即仅能判断被扩张解释的刑法概念与需要涵摄在内的事项之间不具有种属关系的情形,而不能判断二者之间具有种属关系的情形,因为此种情形并非均是未超越刑法可能含义范围的扩张解释,比如,“财物”与“房屋”,因此该情形还需借助其他方法进行判断。

第二,从被纳入刑法条文适用范围的事项是否具有刑法规范相关概念的本质属性来判断。同一刑法规范可以适用于社会中无数案件的原因就在于规范的本质属性与事实的本质属性具有一致性。典型的案件事实与刑法规范之间的联系程度最为密切,而非典型案件事实与规范之间则需靠事物的本质属性将二者联系起来^[23]。在客观的扩张解释中,需要纳入刑法条文规制范围的事项必须具有被扩张解释的刑法相关概念的本质属性,否则便属于超出刑法文义可能范围的类推解释。正是由于本质属性,才能将非典型案件事实与刑法规范联系起来,网络时代的新型犯罪行为相对于诞生在物理时代的传统刑法规范来说便是非典型的案件事实。比如,将“财产”扩张解释为包括“虚拟财产”可以接受是因为虚拟财产同时具备财物的本质特征,即转移可能性、管理可能性、价值性。但将“数据”认定为“财物”却属于超出刑法用语可能含义范围的类推解释,因为数据不符合财物的转移可能性和价值性^[11]。

需要说明的是,以始于刑法文本,终于刑法文本

的思路来限制刑法解释,是罪刑法定原则的应有之义^[23]。因此可能的文义这一约束要素在限制客观解释的过程中既是起点,也是界限。除了可能的文义这一约束要素之外,对客观解释的限制仍需结合其他约束要素来进行,但最后得出的客观解释结论必须在可能的文义范围内。简单来说,“刑法用语的可能含义”只是为刑法客观解释下的扩张划定了一个最宽的界限。

(二) 刑法体系解释规则的约束

体系解释是指对刑法某一条文或用语含义的解释必须与其他刑法条文或用语相协调。运用体系解释规则解释刑法条文,不仅是形式文本逻辑的要求,也是实质刑法正义的要求^[24]。因此,客观解释的结论不仅要受到刑法用语可能含义范围的约束,还必须考虑其与刑法相关条文内容及刑法整体精神的协调性,即必须要受到刑法体系解释规则的约束。体系解释是基于对刑法文本的客观解读,相较于立法原意的主观性、刑法用语可能含义的不确定性,体系解释的逻辑展开对于矫正客观解释对罪刑法定原则的侵蚀发挥着十分重要的作用,其对于客观解释结论的限制不仅更为客观明确,同时还能降低人们对客观解释结论抱有的不信任感。

适用体系解释应遵循以下三大具体规则:第一,同一律规则是指对刑法同一用语的含义所做的解释一般应当一致,以防止概念混淆。但该规则也并非毫无例外,若据此得出的解释结论与刑法原则或者与刑法规范目的相违背,那么此时就应当承认刑法用语的相对性,而不能局限文本含义,如刑法第 263 条和第 277 条中的“暴力”具有的含义并不相同。第二,排他律规则是指刑法以明示列举方式规定的事项排除其他一切可能。第三,同类解释规则^⑩是指当某一刑法条文既设置了列举式规定,又设置了概括性规定时,对于诸如“其他”“等”概括性用语含义的理解应当依据列举式规定中确定性用语所涉及同类事项而定^[25]。

如上所述,网络时代客观解释对于传统刑法规范的扩张,主要表现为对刑法兜底规定的扩张和对刑法相关概念的扩张,因此,在运用体系解释规则约束客观解释时,主要适用的是同类解释规则和同一律规则。当对刑法兜底规定中“等”“其他”此类概括性用语进行客观的扩张解释时,应遵循同类解释规则;当对刑法中相关概念进行客观的扩张解释时,应遵循同一律规则。比如,破坏生产经营罪的罪状为破坏机器设备、残害耕畜或者以其他方法破坏生产经营,在对本罪中“其他方法”进行扩张解释时,

按照同类解释规则,应将“其他方法”解释为与明示列举的确定性示例相当的方法^[26],这种“相当”既是行为强度的同类,也是行为方式的同类。因此,“其他方法”不仅指能够造成毁坏、残害等物理毁损结果的方法,而且还指对类似机器设备、耕畜等现实存在的生产经营资料造成物理性毁损的方法,但不能将其扩张为其他一切破坏生产经营的行为。

(三) 罪名规范保护目的的约束

除了受刑法用语的可能含义、体系解释的约束之外,网络时代的刑法客观解释也不能违背罪名的规范保护目的,而这又与罪名的保护法益密切相关。尽管刑法客观解释不应超越刑法用语可能含义范围,也不得违背体系解释,但经过可能的文义和体系解释的双重限制之后,也并非都能得出唯一妥当的结论。此时,罪名的规范保护目的则可以发挥最后的决定性作用^[8]。

罪名规范保护目的的应用场合其实有两个:一是实质出罪,即在行为符合刑法文义时,排除不具有某罪法益侵害性的行为来将其出罪;二是实质入罪,即在行为具有某罪法益侵害性时,通过缓和文义来将其入罪^[26]。在实质入罪的场合,解释者往往会出于法益保护目的而放松对刑法文本含义的考察,甚至不惜将刑法相关概念扩张到可能文义的范围之外。刑法文义的限制机能逐渐被消解的结果便是解释的入罪化和扩张化趋势愈加明显,并不断侵蚀着罪刑法定原则的底线,这也是网络时代刑法客观解释扩张化趋势形成的原因之一。因此,此处的罪名规范保护目的仅作出罪化判断,即通过判断客观解释的结论是否符合罪名的规范保护目的来将不符合的行为予以出罪。而如何判断罪名的规范保护目的,则可以从对立法沿革与立法背景的考察中寻求依据。

以对非法经营罪中兜底规定“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”进行的扩张解释为例,在董杰、陈珠非法经营案中,法院将该二人通过利用外挂软件“代练升级”来牟利的行为认定为“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”,从而认定其构成非法经营罪。通过对非法经营罪立法沿革的考察可知,该罪是从被取消的投机倒把罪中分解衍生出来的罪名,其规范目的正是为了保护国家依法对部分物品实行专卖、专营,对部分经营活动实行许可、审批制度的管理秩序^[27]。利用外挂软件“代练升级”行为并非属于国家依法可以实行专营的经营活动或者可以实行许可、审批制度的经营活动,也就根本不存在侵害国家专卖、专营或者许可、审批管理秩序的

问题,因此该判决对“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”的扩张解释违背了非法经营罪的规范保护目的。

四 结 语

面对网络时代不断涌现的新型犯罪,采取客观解释论,对传统刑法规范作出合乎社会现实客观需要的扩张解释,这样的做法虽然能够解决新型网络犯罪行为复杂多变与传统刑法规范活力不足相矛盾的问题,但这种以问题解决为导向的扩张极易造成对罪刑法定原则的冲击也是不可否定的事实。基于对当前网络时代刑法客观解释扩张化趋势及其危险性的反思,用主观解释论的立法原意来限制客观解释论的过度扩张的“主观的客观解释论”不过是主观解释论的翻版,过于固守立法原意不仅会扼杀刑法规范的生命力,更是对罪刑法定原则的根本违反。为此,笔者认为,不如在坚持刑法客观解释立场的前提下,从罪刑法定原则出发,设置刑法用语可能含义、刑法体系解释规则及罪名规范保护目的三大约束要素,从而修正网络时代刑法客观解释的过度扩张化。也就是说,针对网络犯罪,刑法客观解释对传统刑法规范的扩张,既不能超出刑法用语可能含义的范围,又不能违背刑法体系解释的规则,并且必须符合罪名的规范保护目的,对于超越罪刑法定原则的所谓扩张解释应当予以摒弃。

注释:

①盛行于19世纪的概念法学认为,法律是理性的产物,仅用理性的力量,立法者就能够制定一个理想且完美的刑法规则体系,因此任何被认为合理科学的刑法解释都只是对立法意图的表述,主观解释论在理性万能主义思想的影响下应运而生。19世纪末,伴随着理性万能主义的破灭和科学实证主义的发展,客观解释论开始兴起并逐渐取代了主观解释论在刑法解释立场上的理论主导地位。客观解释论认为刑法解释的目标在于阐明刑法条文表述在当下客观上所表现出来的意思,而非立法时立法者的主观意思,以便适应与时俱进的社会现实之客观需要。

②比如,陈兴良教授称:“在刑法解释的立场上,我是主张客观解释论的。其实,主观解释论与客观解释论的问题,在我国基本上已经得到解决,即客观解释论几成通说。我国最高人民法院在有关的指导性案例中,也明显地倡导客观解释论。”再比如,王政勋教授称:“客观解释是司法活动中必然采取的立场,不管理论上对其是否承认,法官在解释、适用刑法时都必然会根据案件事实,根据实质理性,寻找能作出当前案件正确判决的法律根据。”张明楷教授也认为:“刑法由文字构成,是通过文字规范犯罪与刑罚的,故罪刑法定原则本身就要求对刑法进行客观解释。”

③南京反向刷单炒信案:2014年4月,被告人董智超为谋取市场竞争优势,指使谢文浩多次以同一账号恶意大量购买北京智齿公司南京分公司“论文查重服务”,并给予好评后又退单,导致淘宝错误判定该店铺涉嫌从事虚假交易而对其商品做出了搜索降权的处罚,严重影响了该店铺的正常经营活动,并由此造成经济损失10余万元。南京市雨花台区法院一审和南京市中院二审均认为,被告人董智超、谢文浩出于打击竞争对手的目的,客观上实施了通过损害他人商业信誉的方式破坏生产经营的行为,实际造成被害单位10余万元的经济损失,而且上诉人的行为与财产损失之间具有因果关系,其行为符合破坏生产经营罪的构成要件,应以破坏生产经营罪定罪处罚。参见江苏省南京市中级人民法院(2016)苏01刑终33号刑事判决书。

④张杰信息网络传播案:被告人张杰于2013年3月起,创建网站“2345热播”“星级S电影网”等,并使用软件从其他网站上采集影视作品,未经著作权人许可,在上述二网站上传播他人影视作品,在网页刊登广告并收取广告费用。法院判决认为,被告人张杰以营利为目的,未经著作权人许可,通过信息网络渠道传播他人影视作品,情节严重,其行为已构成侵犯著作权罪。参见北京市海淀区人民法院(2014)海刑初字第83号刑事判决书。

⑤董杰、陈珠非法经营案:被告人董杰、陈珠通过互联网向他人(网名“拉哥”)购买名为“冰点传奇”的“外挂”程序,并与该程序卖家“拉哥”协商合作利用“外挂”进行游戏代练,由“拉哥”提供“外挂”程序,由二被告人负责代练升级及收费。自2007年3月至2007年12月7日止,已先后替1万多个游戏玩家的账户代练升级,收取全国各地游戏玩家汇入的巨额代练资金,达130多万元。一审、二审法院均认为董杰、陈珠利用“外挂”软件“代练升级”从事非法经营活动,情节严重,属于刑法第225条中规定的“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”,应以非法经营罪定罪处罚。

⑥刑法第225条规定:违反国家规定,有下列非法经营行为之一,扰乱市场秩序,情节严重的,处五年以下有期徒刑并拘役……(四)其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为。

⑦《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》第7条规定: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,具有下列情形之一的,属于非法经营行为“情节严重”,依照刑法第225条第(四)项的规定,以非法经营罪定罪处罚:(一)个人非法经营数额在五万元以上,或者违法所得数额在二万元以上的;(二)单位非法经营数额在十五万元以上,或者违法所得数额在五万元以上的。实施前款规定的行为,数额达到前款规定的数额五倍以上的,应当认定为刑法第225条规定的“情节特别严重”。

⑧刑法第276条第1款规定: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。

⑨2004 年两高《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 11 条规定:“通过信息网络向公众传播他人文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品的行为,应当视为刑法第 217 条规定的复制发行。”

⑩刑法第 217 条规定:以营利为目的,有下列侵犯著作权情形之一,违法所得数额较大或者有其他严重情节的,处三年以下有期徒刑或者拘役……(一)未经著作权人许可,复制发行其文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品的;(二)出版他人享有专有出版权的图书的;(三)未经录音录像制作者许可,复制发行其制作的录音录像的;(四)制作、出售假冒他人署名的美术作品的。

⑪张俊雄侵犯著作权案:被告人张俊雄未经著作权人许可,通过网站管理后台,链接至优酷资源网获取影视作品的种子文件索引地址,通过向用户提供并强制使用 QVOD 播放软件的方式,为网站用户提供浏览观看影视作品的网络服务。上海市普陀区人民法院经审理后认为,虽然被告人张俊雄并未直接提供作品,但其加框链接行为符合侵犯著作权罪“发行”,也即通过信息网络向公众传播的行为性质。参见上海市普陀区人民法院(2013)普刑(知)初字第 11 号刑事判决书。

⑫《关于办理利用互联网、移动通讯终端、声讯台制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 9 条规定:刑法第 367 条第 1 款规定的“其他淫秽物品”,包括具体描绘性行为或者露骨宣扬色情的诲淫性的视频文件、音频文件、电子刊物、图片、文章、短信息等互联网、移动通讯终端电子信息和声讯台语音信息。

⑬比如,杨宏锦盗卖游戏装备案:2015 年,被告人杨宏锦纠集陈强杰、李楚勇,利用“传奇世界 2”登录卫士手机 APP 的网络漏洞,偷偷进入卖家其他的捆绑账户,并迅速转移或者抛售该账号内的游戏装备,将交易所得占为己有,被盗虚拟财产合计人民币 14.3 万元。法院认为涉案的虚拟财产应当认定为公民私人所有的财产,可以成为盗窃罪的犯罪对象,杨宏锦三人构成盗窃罪。参见广东省佛山市中级人民法院(2016)粤 06 刑终 1152 号刑事判决书。

⑭《网络诽谤解释》第 5 条第 2 款规定,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 293 条第 1 款第(四)项的规定,以寻衅滋事罪定罪处罚。

⑮“主观的客观解释论”是指,在立法者当初的价值取向和刑法条文之语言原意解释的最大射程内来探求刑法规范在现实生活所具有的规范意义,简单来说就是在客观解释论的适用中贯彻主观解释论,以主观解释论来限定客观解释的结论。

⑯比如,根据同类解释规则,我国刑法第 114 条、第 115 条中的“其他危险方法”只能是指与放火、决水、爆炸、投放危险物质此类方法社会危险性相当的其他方法。

[参考文献]

- [1] [德]乌尔里希·齐白. 全球风险社会与信息社会中的刑法:二十一世纪刑法模式的转换[M]. 周遵友, 江溯, 等译. 北京:中国法制出版社,2012:305.
- [2] 于志刚. “双层社会”中传统刑法的适用空间:以“两高”《网络诽谤解释》的发布为背景[J]. 法学,2013(10):102-110.
- [3] 魏东. 刑法解释论的主要争点及其学术分析:兼议刑法解释的保守性命题之合理性[J]. 法治研究,2015(4):34-47.
- [4] 刘艳红. 网络时代刑法客观解释新塑造:“主观的客观解释论”[J]. 法律科学(西北政法大学学报),2017(3):93-105.
- [5] [德]汉斯·彼得·哈佛坎普,纪海龙. 概念法学[J]. 比较法研究,2012(5):155-160.
- [6] 陈兴良. 形式解释论的再宣示[J]. 中国法学,2010(4):27-48.
- [7] 王政勋. 论客观解释立场与罪刑法定原则[J]. 法律科学(西北政法大学学报),2011(1):47-58.
- [8] 张明楷. 刑法分则的解释原理[M]. 北京:中国人民大学出版社,2011:31.
- [9] 卢建平,姜瀛. 犯罪“网络异化”与刑法应对模式[J]. 人民检察,2014(3):5-10.
- [10] 江苏省南京市江宁区人民检察院诉董杰、陈珠非法经营案[J]. 中华人民共和国最高人民法院公报,2012(2):37-41.
- [11] 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.
- [12] 张明楷. 非法获取虚拟财产的行为性质[J]. 法学,2015(3):12-25.
- [13] 陈兴良. 虚拟财产的刑法属性及其保护路径[J]. 中国法学,2017(2):146-172.
- [14] 于志刚. “大数据”时代计算机数据的财产化与刑法保护[J]. 青海社会科学,2013(3):7-16.
- [15] 李晓明. 刑法“虚拟世界”与“现实社会”的博弈与抉择:从两高“网络诽谤”司法解释说开去[J]. 法律科学(西北政法大学学报),2015(2):119-131.
- [16] 叶良芳. 罪刑法定的司法实现:以刑法解释的正当性为中心[J]. 刑法论丛,2012(4):123-147.
- [17] 陈洪兵. 双层社会背景下的刑法解释[J]. 法学论坛,2019(2):78-87.
- [18] 张明楷. 简评近年来的刑事司法解释[J]. 清华法学,2014(1):5-26.
- [19] 王华伟. 网络时代的刑法解释论立场[J]. 中国法律评论,2020(1):96-108.
- [20] 张明楷. 刑法学[M]. 5 版. 北京:法律出版社,2016:29.
- [21] 高丽丽. 罪刑法定背景下刑法客观解释立场必要性研究[J]. 齐齐哈尔大学学报(哲学社会科学版),

- 2015(1):77-80.
- [22] 黄华生,李文吉.网络型寻衅滋事罪司法适用问题探析[J].刑法论丛,2015(1):325-343.
- [23] 徐光华.罪刑法定视野下刑法扩张解释的“度”:以扩张解释与类推解释的区分为视角[J].河北法学,2008(5):97-102.
- [24] 肖中华.刑法目的解释和体系解释的具体运用[J].法学评论,2006(5):11-20.
- [25] 万国海.论刑法的体系解释[J].南京社会科学,2009(7):113-118.
- [26] 冀洋.网络时代破坏生产经营罪的司法逻辑[J].法治研究,2018(1):124-133.
- [27] 周光权.刑法各论[M].3版.北京:中国人民大学出版社,2016:322.

The Realistic Choice, Challenge and Response to Criminal Law Interpretation in the Internet Era

ZHANG Yong-jiang, SONG Xi-ru
(Xiangtan University, Xiangtan 411105, China)

Abstract: The hysteresis of law and the variability of society have determined that the objective interpretation of criminal law is the dual choice of China's theory and practice in dealing with cybercrime. However, it cannot be denied that there is an obvious trend of expansion of the objective interpretation theory of criminal law in the current Internet era, and it constantly impacts the bottom line of the principle of legality of crime and punishment. The "subjective and objective interpretation theory" is nominally to correct excessive objectivity by subjectivity, but it is actually a reproduction of subjective interpretation theory which is not desirable. From the perspective of abiding by the principle of legality of crime and overcoming the lag of criminal law, on the premise of adhering to the objective interpretation of criminal law, it is a more appropriate choice to set up three constraint factors for the expansion of the objective interpretation of criminal law, thus limiting it to the framework of the principle of legality of crime and punishment, namely, the possible meanings of criminal law terms, the interpretation rules of the criminal law system and the purpose of protection of the criminal law norms.

Key words: objective interpretation; expansionary trend; constraint factors

(本文编辑:魏月华)