

1

2018
第1辑

总第49辑

本出版物入选
CSSCI集刊（2017—2018）目录

Nomocracy Forum

法治论坛

广州市法学会 / 编

周欢欢

论重大责任事故所涉渎职犯罪中的监督过失理论适用

广州市人民检察院法律政策研究室课题组

P2P网络借贷平台涉非法集资犯罪研究

钟琦

认罪认罚从宽制度下被害人的权利保护问题

周林彬 陈晶

行业自治规范在我国自贸区的扩大适用初探

杨斯森 罗洁

陈某诉被告广发银行股份有限公司信用卡纠纷案

杨凯

寻找新时代提升司法公信力的最佳路径与方法

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

1

2018
第1辑

总第49辑

Nomocracy Forum

法治论坛

广州市法学会 / 编

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

法治论坛. 第49辑 / 广州市法学会编. —北京:
中国法制出版社, 2018.3
ISBN 978-7-5093-9387-1

I. ①法… II. ①广… III. ①法学-丛刊 IV.
①D90-55

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 071499 号

责任编辑: 王佩琳

封面设计: 周黎明

法治论坛. 第49辑

FAZHI LUNTAN. DI SISHIJIU JI

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/710毫米×1000毫米 16开

版次/2018年3月第1版

印张/26 字数/408千字

2018年3月第1次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-9387-1

定价: 55.00元

北京西单横二条2号

邮政编码 100031

传真: 010-66031119

网址: <http://www.zgfs.com>

编辑部电话: 010-66038139

市场营销部电话: 010-66033393

邮购部电话: 010-66033288

(如有印装质量问题, 请与本社印务部联系调换。电话: 010-66032926)

编委会

主 任：谢晓丹

副主任：邓中文 陈思民 刘武鹏 金久隆

编委（按姓氏笔画顺序排列）

丁海湖	马建文	王学沛	王 涛	王雪生
邓成明	朱羿锟	邬耀广	刘 恒	杜承铭
李步云	李伯侨	杨建广	张泽涛	张晋红
张富强	周林彬	房文翠	房国庆	胡充寒
骆梅芬	夏 蔚	徐忠明	黄 瑶	葛洪义
蒋悟真	谢石松	薛刚凌		

主 编：卢晓珊

执行主编：杨楠瑶

编 辑：陈道欢 郑隽楚 石惠

编辑部版权声明

本出版物 2007 年始已许可中国学术期刊（光盘版）电子杂志社在中国知网及其系列数据库产品中，以数字化方式复制、汇编、发行、信息网络传播本出版物全文。该社著作权使用费与本出版物稿酬一并支付。作者向本出版物提交文章发表的行为即视为同意编辑部上述声明。

《法治论坛》编辑部

2018 年 3 月

《法治论坛》更改格式规范通知

1. 《法治论坛》侧重以实践问题为切入点进行理论探讨。

2. 《法治论坛》文章要求观点鲜明、论述缜密、论据充分、格式规范。

3. 所有来稿请注明论文题目、作者简介（包括法律职称）、联系电话、通讯地址、邮政编码、电子邮箱等。

4. 投稿请用电子邮件方式，邮件主题：×××（作者姓名）投稿。我们将尽快通知作者刊用情况。

5. 提倡文责自负，反对抄袭剽窃。本出版物已获中国知网授权使用“学术不端文献检测系统”。

6. 论文格式规范如下：

（1）要有内容摘要和关键词；

（2）脚注：注解一律采用脚注形式，并用横线与正文隔开；序号左顶格，以数字1、2、3、……标示，连续编排。引用杂志的文章、引用的专著和引用的网络文章均用书名号。

例：

范愉著：《纠纷解决的理论与实践》，清华大学出版社2007年版，第565页。

章武生：《ADR与我国大调解的产生和发展》，载《纠纷解决——多元调解的方法与策略》，中国法制出版社2008年版，第3页。

王利明：《审判方式改革中的民事证据立法问题探讨》，载《中国法学》2000年第4期（引用期刊文章不需注明页码）。

援引自学位论文集的文章也用书名号。例：《准政府组织的行政法定位及其权利规制》，载《吉林大学2006年硕士学位论文》。

（3）参考文献

引用的文章和引用的专著用书名号。不需注明页码。

例：

王卫国著：《破产法》，人民法院出版社 1999 年版。

【英】施米托夫著：《国际贸易法文选》，赵秀文译，中国大百科全书出版社 1993 年版。

杨兴培：《论刑事和解制度在中国的命运选择》，载《法学杂志》2006 年第 6 期。

一般有纸质产品的情况下，不建议引用网站内容。如果引用网站内容，请标明网站名字和频道、网址、最后访问时间。

例如：王利明：《标准合同的若干问题》，载中国民商法律网民事法学频道，<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=22250>，最后访问于 2007 年 1 月 26 日。

7. 《法治论坛》2017 年 1 月入选 CSSCI 收录集刊。文章将同时被中国知网（www.cnki.net）署名转载，如不同意转载，请在投稿时作出声明。

地址：广州市越秀区小北路 113 号 8 楼广州市法学会

邮编：510046

电话：020-83527753 83525279

投稿邮箱：gzfzlt@126.com



刑法分则热点探讨

- 003/ 罗世龙 张成东
侵犯公民个人信息罪相关行为的认定
- 013/ 周欢欢
论重大责任事故所涉渎职犯罪中的监督过失理论适用
- 018/ 张剑锋
非法经营罪争议与完善
- 025/ 黄美强
适度扩张与理性限缩：适用非法经营罪的应然路径
- 034/ 曹 虎
非法生产、销售无碘盐的刑法规制及思考
——以广州市无碘盐涉刑案及裁判文书网统计数据为视角
- 044/ 刘 松
假盐犯罪案件的原因、特点及打击对策
——以 G 市 Y 区人民检察院办理案件为样本

调研报告

- 051/ 蒋 斌 邱思陵
“经济新常态”下专业市场租赁纠纷化解实证研究
——基于广州市荔湾区专业市场情况的分析

- 065/ 广州市人民检察院法律政策研究室课题组
P2P 网络借贷平台涉非法集资犯罪研究
- 107/ 周焕然 范晓玲
破产管理人“金字塔式”选任模式研究
- 120/ 邹世发
暂予监外执行制度的基层司法实践及改革构想
——以广州市海珠区人民法院 2005—2016 年暂予监外执行案件为样本
- 141/ 易灿榕
广州市人民检察院司法改革实证研究
- 158/ 彭建华 潘 锋 杨 婷 罗 洁
广州市越秀区人民法院互联网金融案件审理状况

实务研究

- 169/ 王 帅 彭向宇
强制医疗案件办理中的问题及对策
- 175/ 王 飞
从压制到主导：司法责任制改革目标下的院庭长个案监督机制检讨与完善
——一个司法裁量的视角
- 189/ 张富强
“一带一路”倡议下中国律师为涉外企业提供优质高效法律服务的路径探索
- 204/ 付 余
现金管理制度改革与职务犯罪遏制
- 221/ 翟健锋
人格责任视域下心理测评在未成年人刑事审判中的价值与适用
——以 G 市两级法院审理的未成年人刑事案件为样本

- 234/ 周林彬 陈 晶
行业自治规范在我国自贸区的扩大适用初探
- 245/ 黄旭东
论民事检察调查核实权的适用法理与制度构建
——基于程序保障论的省思
- 257/ 张 英
票据质押“现代化运动”：《民法总则》对《票据法》之“现代化”引鉴
- 265/ 陈玉璜
以审判为中心的诉讼制度改革若干问题研究
- 274/ 钟 琦
认罪认罚从宽制度下被害人的权利保护问题
- 289/ 周 博
从“不要”走向“必要”：论违法性认识必要说在我国的确立
——兼论违法性认识的体系性地位和功能
- 299/ 卢纯昕
反不正当竞争法中消费者利益的保护解读
- 311/ 李文涛
无效法律行为的转换

案例分析

- 327/ 杨斯森 罗 洁
陈某诉被告广发银行股份有限公司信用卡纠纷案
——银行卡预授权中的法律问题分析
- 333/ 陈国盛 张博文
郑某生、梁某君诉童某艺术幼儿园、某第一人民医院生命权、健康权、身体权纠纷案

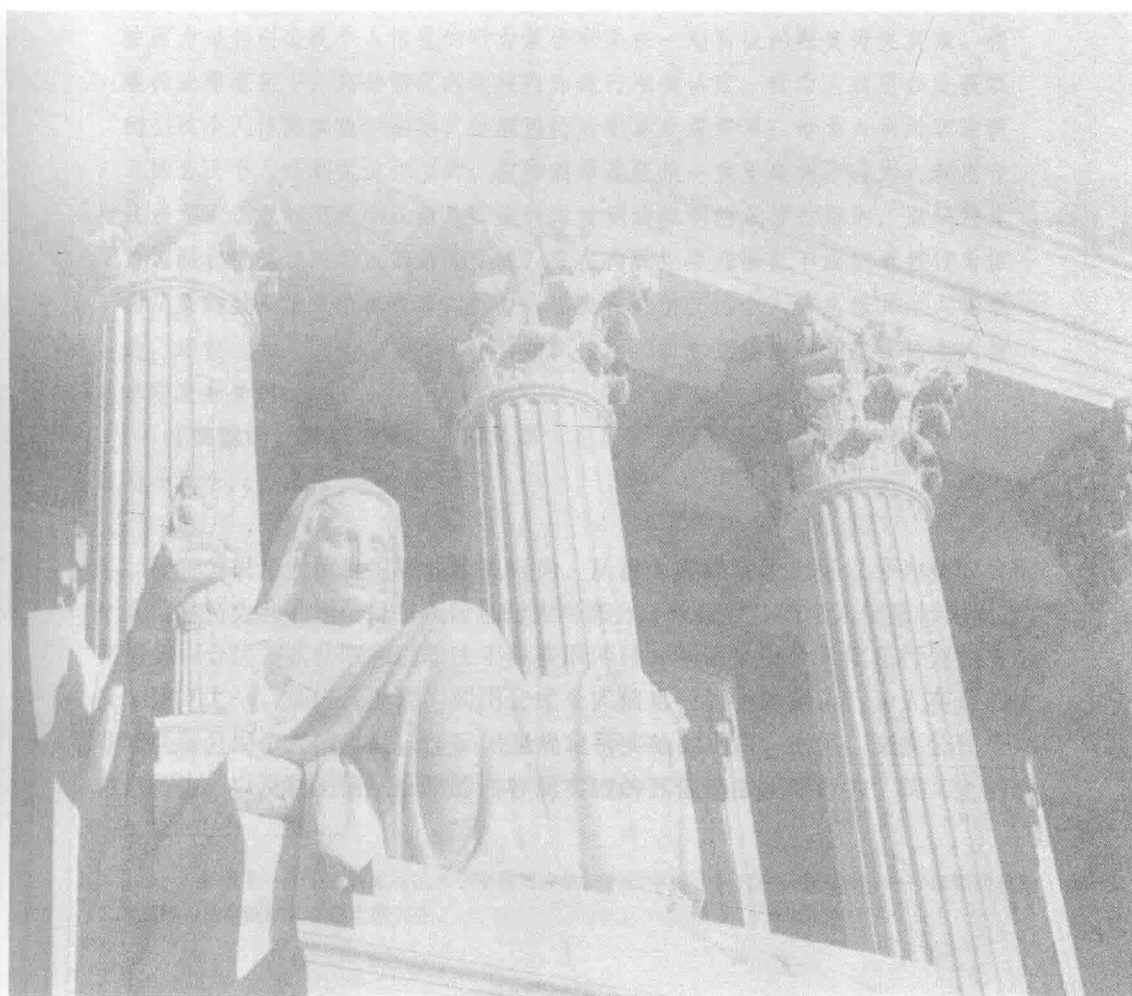
- 342/ 周焕然 郭一鸣
某地方税务局第三稽查局申请广州某房地产开发有限公司
破产清算案
- 349/ 陈冬梅 年 亚
郑某诉广州某食品检验所劳动争议纠纷案

法谈法议

- 361/ 郜 庆 刘天祯
我国动产抵押制度存在的问题简析
- 367/ 毋爱斌 刘晓生
法定法官原则在中国的新发展
- 379/ 陈佑武
人类命运共同体的全球人权治理理念
- 384/ 杜晓君
对我国高校法律职业伦理教育创建的思考
- 393/ 杨 凯
寻找新时代提升司法公信力的最佳路径与方法
- 399/ 李 涛
利用虚假现货交易平台引诱他人交易行为定罪研究

侵犯公民个人信息罪相关行为的认定

刑法分则热点探讨



侵犯公民个人信息罪相关行为的认定

罗世龙 张成东*

【内容提要】在司法实践中,窃取、出售或提供公民个人信息的行为往往因为与利用公民个人信息的行为紧密联系在一起而让问题变得更复杂。在现行法律框架下,应分情况对这些行为进行准确认定。行为人利用合法获取的公民个人信息实施犯罪的,依利用行为定罪处罚即可;行为人利用非法获取的公民个人信息实施犯罪的,应按照牵连犯从一重重处罚;行为人利用合法或非法获取的公民个人信息实施尚未被刑法规制的危害行为的,应分别作为无罪和侵犯公民个人信息罪处理,且在构成犯罪的情况下应把危害行为作为从重的量刑情节予以考虑;行为人出售或提供公民个人信息给其他人犯罪的,即使行为人明知,亦不能作为共犯处理,而应直接按照侵犯公民个人信息罪定罪处罚。

【关键词】侵犯公民个人信息罪 窃取、出售或提供公民个人信息 利用公民个人信息

侵犯公民个人信息犯罪的相关行为,从行为实施阶段上可以分为获取公民个人信息行为和利用公民个人信息行为两部分。就获取公民个人信息行为而言,又可分以合法方式获取和以非法手段获取两种。利用公民个人信息行为也有广义和狭义之分。从广义上说,利用公民个人信息行为指的是,行为人在合法或非法获取公民个人信息后,违反国家规定所实施的出售、提供、交换公民个人信息行为,以及利用信息承载的内容而实施的其他违法犯罪行为。狭义上的利

* 罗世龙——中南财经政法大学刑事司法学院刑法学博士研究生;张成东——中南财经政法大学刑事司法学院刑法学硕士研究生。

用行为,则仅仅指行为人利用信息承载的内容而实施的其他违法犯罪行为,不包括出售、提供、交换公民个人信息的行为。结合信息的特征和《刑法》第二百五十三条之一的规定,¹笔者认为从狭义上界定利用公民个人信息行为更为合理。司法实践中,以获取行为与利用公民个人信息的行为的实施主体是否同一来划分,可以进一步分为同一行为人获取公民个人信息后再实施利用公民个人信息的行为,以及不同主体分别实施获取公民个人信息和利用公民个人信息的行为两种情形。从利用行为来看,又可分为利用公民个人信息实施犯罪行为和实施尚未被刑法规制的危害行为两种情形。在司法实践中,这些获取行为和利用行为往往因为纠缠在一起而让问题变得颇为复杂,有鉴于此,笔者试图通过梳理不同的行为模式,以期准确认定侵犯公民个人信息罪的相关行为,为司法实务提供一些参考。

一、行为人利用获取的公民个人信息实施犯罪行为的认定

(一) 利用合法获取的公民个人信息实施犯罪行为的认定

合法获取的公民个人信息,是指行为人采取非法途径之外的手段获取的公民个人信息,具体是指行为人采取窃取、在履行职责、提供服务过程中收集以及违反国家有关规定进行购买、收受、交换等非法获取手段之外的合法途径获取的公民个人信息。²行为人通过合法或非法手段获取公民个人信息后实施的犯罪行为,从目前公安机关破获的案件情况来看,主要有电信诈骗、网络诈骗等新型、非接触式犯罪和直接实施抢劫、绑架、敲诈勒索等传统犯罪。³

行为人通过合法途径获取公民个人信息后,再实施诈骗、抢劫、绑架、敲诈勒索等犯罪行为的认定比较容易。因行为人实施犯罪所利用的公民个人信息是合法获取所得,所以仅需对后续利用公民个人信息实施的犯罪行为按照相应的罪名定罪处罚。例如,流浪汉A在街头见到B发布的寻子悬赏广告,A见广

1 从信息学角度来讲,信息具有以下性质:普遍性、依附性、可度量性、可识别性、可处理性、可传递性以及可共享性。狭义上的利用行为基于个人信息可识别性和可处理性,利用识别的信息内容实施犯罪;除前述利用行为外,行为人借助信息的可传递性和可共享性将信息作为商品化在不同主体间出售、提供、交换等方式进行信息传播,获取经济交换价值行为则属于广义上的利用个人信息行为。参见邹志仁:《信息学概论》,南京大学出版社2007年版,第3页。从《刑法》第二百五十三条之一的规定来看,窃取、出售或提供已被单独作为侵犯公民个人信息罪的行为模式,因此,利用行为应作狭义理解比较妥当。

2 具体可参见《刑法》第二百五十三条之一以及《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》第二至四条。

3 于冲:《侵犯公民个人信息犯罪的司法困境及其解决》,载《青海社会科学》2013年第3期。

告上面有 B 的联系方式以及 B 子 C 的详细信息,便拨通公告上 B 所留电话,编造知晓 C 下落等事实,以进一步提供线索为由要求 B 转账到指定账户,后 A 骗取 B 大量财物。案例中 A 诈骗 B 行为中利用的 B 联系方式及 C 的信息都是 B 自愿公布后, A 合法获取。这种情况下,对 A 利用 B 和 C 的信息的行为直接以后续利用行为——诈骗罪定罪处罚即可。

(二) 利用非法获取的公民个人信息实施犯罪行为的认定

根据刑法第二百五十三条之一以及 2017 年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》)第四条的规定,通过窃取、购买、收受、交换等方式获取公民个人信息,或者在履行职责、提供服务过程中收集公民个人信息属于非法获取公民个人信息。当行为人利用其所非法获取的公民个人信息实施诈骗、抢劫、敲诈勒索等犯罪行为时,获取公民个人信息行为和利用公民个人信息实施的犯罪行为都有可能构成犯罪。根据《刑法》第二百五十三条之一以及《解释》第五条规定,当行为人通过非法途径获取的公民个人信息的行为达到“情节严重”,便成立侵犯公民个人信息罪。当利用公民个人信息所实施的犯罪行为——如诈骗、敲诈勒索、抢劫等——符合《刑法》分则规定的入罪条件时,也应按相应的罪名定罪处罚。此种情形下,对获取行为和利用行为究竟是按照一罪处罚还是数罪并罚,在理论界和实务界出现了争议。

理论界的争议主要有数罪并罚说和从一重处罚说之争。数罪并罚说又可以分为两种情形:一种观点认为,行为人非法获取公民个人信息的行为与非法利用公民个人信息实施犯罪的行为,分别是两个独立的犯罪行为,二者之间不存在牵连关系,因而应数罪并罚。⁴另一种观点认为,尽管行为人非法获取公民个人信息的行为与非法利用公民个人信息实施犯罪的行为之间存在牵连关系,但是考虑到侵犯公民个人信息犯罪行为的严重社会危害性,为更好地发挥《刑法》对侵犯公民个人信息犯罪的规制作用,而例外地按照数罪并罚处理。⁵持从一重处罚说的学者认为,行为人通过非法获取公民个人信息实施其他犯罪的,非法获取公民个人信息的行为就属于其他犯罪的手段行为,虽然在实质上行为人实施了两个行为,但在我国现行的理论和司法实务都是按照牵连犯从一重处理,

4 王肃之:《侵犯公民个人信息行为体系的完善》,载《河北法学》2017 年第 4 期。

5 胡江:《互联网时代惩治公民个人信息犯罪的困境与出路》,载《山东警察学院学报》2016 年第 5 期。

因而主张按照牵连犯从一重处罚。⁶

在司法实践中亦存在争议,出现了相似案件不同处理的现象。有的法院认定不成立牵连关系而应实行数罪并罚。例如,在“徐某某被电信诈骗案”中,法院认为被告人陈某辉在非法获取公民个人信息后,以非法占有为目的,向不特定多数人拨打电话实施诈骗,情节特别严重,分别构成侵犯公民个人信息罪和诈骗罪,数罪并罚,判处主犯陈某辉无期徒刑并没收个人全部财产;⁷又如,在“张永某、张创某一案”中,法院认为被告人所实施的非法持有他人信用卡、获取他人个人信息行为均不是实施信用卡诈骗犯罪的必要手段,因而对被告人张永某、张创某以信用卡诈骗罪、非法获取公民个人信息罪实行数罪并罚。⁸也有法院按照牵连犯从一重处罚,如在“吴某庆、冯某梅一案”中,二审法院认为被告人通过向不特定人员群发诈骗短信,非法获取他人的银行卡卡号、银行卡密码、手机号码等公民个人信息的行为是其实实施电信网络诈骗的手段行为,不应单独定罪,而应按照牵连犯从一重罪处罚。⁹

笔者认为,上述学者的观点和司法实务中的做法均值得商榷。首先,主张非法获取行为与非法利用行为不存在牵连关系,进而实行数罪并罚的观点不可取。根据刑法规定与司法实践,当某种行为通常运用于实施某种犯罪,亦即具有类型化的手段与目的或原因与结果关系便可认定存在牵连关系。¹⁰司法实践中,行为人非法获取公民个人信息并不是行为人的犯罪行为的终了,行为人往往还会利用非法获取的公民个人信息实施其他犯罪行为。如在“徐某某被电信诈骗案”“张永某、张创某案”以及“吴某庆、冯某梅案”中,被告人均利用其非法获取公民个人信息实施后续犯罪行为。这种情形下,非法获取公民个人信息行为只是行为人再实施其他犯罪的一种手段行为,两种行为之间存在类型化的牵连关系。因此,在“张永某、张创某案”中,法院以“持有他人信用卡、获取他人个人信息行为不是实施信用卡诈骗犯罪的必要手段”而判断牵连关系不成立的认定依据与司法实践中通常对牵连关系认定的标准不相符。而且,认定牵连犯的成立,并不要求手段行为是实施后续目的行为的唯一手段,只需从行为外观上判断二者之间具有高度的盖然性即可。因此,当行为人利用其所非法获取的公民个人信息实施犯罪行为时,非法获取公民个人信息行为与后续实

6 同振魁、肖进:《侵犯公民个人信息犯罪若干问题研究》,载《云南大学学报法学版》2011年第6期。

7 参见山东省临沂市中级人民法院(2017)鲁13刑初字第26号刑事判决书。

8 参见广西壮族自治区宾阳县人民法院(2016)桂0126刑初312号刑事判决书。

9 参见浙江省温州市中级人民法院(2017)浙03刑终487号刑事判决书。

10 张明楷著:《刑法学》(上),法律出版社2016年版,第490页。