



中国刑法学研究会
北京师范大学刑事法律科学研究院

联合主办

2018年 第1卷 [总第31卷]

刑法评论

CHINESE CRIMINAL LAW REVIEW

赵秉志 主编

大数据背景下刑法社会同一性理论的重提

——以侵犯公民个人信息罪的立法为切入点 黄明儒 王振华

犯罪圈划定的学理基底与实践取向

——基于刑法教义学视角下的法益概念 徐桢清 付玉明

论刑法上作为义务的体系性地位 温登平

死刑民意与司法审判博弈下的重刑主义 蒋娜

破坏电力设备犯罪司法解释修改完善问题研究 张建 俞小海

论拒不履行信息网络安全管理义务罪的刑事附带行政诉讼模式 宋振宇

雷电作为谋杀工具

——150年来德国刑法学概述 [德] 弗里德里希-克里斯蒂安·施罗德 著 张志钢 译

非外借



中国刑法学研究会
北京师范大学刑事法律科学研究院

联合主办

2018年 第1卷 [总第31卷]

刑法评论

赵秉志 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑法评论. 2018年. 第1卷: 总第31卷 / 赵秉志主编. — 北京: 法律出版社, 2018

ISBN 978-7-5197-2937-0

I. ①刑… II. ①赵… III. ①刑法—研究—丛刊
IV. ①D914.04-55

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第269625号

刑法评论 2018 年第 1 卷(总第 31 卷)
XINGFA PINGLUN 2018 NIAN DI-1 JUAN
(ZONG DI-31 JUAN)

赵秉志 主编

责任编辑 黄倩倩
装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京虎彩文化传播有限公司
责任校对 王晓萍
责任印制 陶 松

编辑统筹 学术·对外出版分社
开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 19.75
字数 290 千
版本 2018 年 11 月第 1 版
印次 2018 年 11 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-83938336

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-83938334/8335 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-2937-0

定价:79.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

刑法评论

2018年第1卷（总第31卷）

顾问 高铭暄 王作富 储槐植

编辑委员会主任 赵秉志

编辑委员会委员（以姓氏音序为序）

陈泽宪 陈忠林 黄京平 贾宇 柯良栋
郎胜 李洁 梁根林 刘宪权 刘志伟
卢建平 梅传强 莫洪宪 齐文远 曲新久
张军 张明楷 朱孝清

主编 赵秉志

副主编 张军 陈泽宪 刘志伟（执行）

主编助理 刘科

编辑 刘科 郭理蓉（英文）

理论探索

大数据背景下刑法社会同一性理论的重提	
——以侵犯公民个人信息罪的立法为切入点 / 黄明儒 王振华	1
论刑法上作为义务的体系性地位 / 温登平	13
论共犯的基本构造 / 董泽史	32
犯罪圈划定的学理基底与实践取向	
——基于刑法教义学视角下的法益概念 / 徐桢清 付玉明	50

立法研究

行政法与刑法衔接机制体系性考察 / 董丽君	61
论我国收容教养的法律性质及其改革方向 / 詹奇玮 李珂	75
论拒不履行信息网络安全管理义务罪的刑事附带 行政诉讼模式 / 宋振宇	91

司法实务

死刑民意与司法审判博弈下的重刑主义 / 蒋娜	107
论终身监禁制度的司法适用 / 单奕铭 雷闪	129
破坏电力设备犯罪司法解释修改完善问题研究 / 张建 俞小海	139
论内幕信息形成时间的判定规则 / 谢杰	175
“委托授权型”国家机关工作人员的理解与认定	
——以杨占立等滥用职权案为视角 / 刘科 董子宁	192

域外法治

雷电作为谋杀工具

——150 年来德国刑法学概述 /

[德]弗里德里希-克里斯蒂安·施罗德 著

张志钢 译 204

座谈会专题

纪念新刑法典颁行 20 周年座谈会

暨庆贺高铭暄教授、王作富教授 90 华诞座谈会举行 227

纪念新刑法典颁行 20 周年座谈会暨高铭暄、

王作富教授 90 华诞座谈会部分领导和专家学者致辞发言选登 229

全国刑法学术年会

2017 年全国刑法学术年会在海口隆重召开 275

在中国刑法学研究会 2017 年年会上的讲话 / 王乐泉 279

在中国刑法学 2017 年年会开幕式上的致辞 / 高铭暄教授 284

努力推进习近平新时代中国特色社会主义刑事法治的繁荣与发展

——中国刑法学研究会 2017 年年会工作报告 / 赵秉志教授 286

紧扣时代发展的脉搏 协力促进刑法现代化

——中国刑法学研究会 2017 年学术年会综述 /

阴建峰 徐 芳 张 毅 297

●大数据背景下刑法社会同一性理论的重提*

——以侵犯公民个人信息罪的立法为切入点

黄明儒 王振华**

摘要:信息网络技术在促进社会发展和提高个人生活水平的同时,也对国家、企业、个人的信息和数据保护提出新的挑战。近年来,针对公民个人信息的犯罪已经成为大数据背景下一种常见的犯罪类型,社会危害程度愈演愈烈。刑法作为社会整体系统之一的子系统,基于同一性的要求,有必要对社会治理的这一现实需求作出回应。当前,适时性原则依旧具有强大的生命力,以该原则视之,我国近年来关于规制侵犯公民个人信息犯罪行为的刑事立法,既有与社会发展保持协调一致的进步之处,也存在与刑法目的相违背的不足之处,需要进一步的发展和完善。

关键词:大数据 个人数据安全 社会同一性理论 适时性原则

人类社会从驯化动物、种植粮食进入农业社会,到发明蒸汽机、发现电力进入工业社会,再到当前以网络为标志的崭新时代,生产力的每一次飞跃,都对人类社会政治、经济、文化、生态和军事等领域的发展产生了深刻的影响。“生活在一个全球化时代,互联网已经成为公认的最充满想象力和创造性的新的产业。中国这些年在经济、文化、社会等各个方面所涌现出来的想象力和创造力,在整个全球竞争中展现出来的活力和影响力,

* 本文系教育部人文社会科学研究规划基金项目“刑法修改与解释的限度关系论”(编号:13YJA820017)的阶段性成果。

** 黄明儒,湘潭大学法学院教授、博士生导师,法治湖南建设与区域社会治理协同创新中心平台研究人员。王振华,同济大学马克思主义学院2017级博士研究生。

2 刑法评论(2018年第1卷)(总第31卷)

相当大一部分来自于互联网。”^①网络化与信息化必然带来社会结构的重组,其间难免出现现有法律难以涵盖的新类型社会越轨行为,作为保障公民权利与维护社会秩序的重要手段,刑事法律有必要对此作出积极回应。

一、问题的提出

现代社会发展依靠网络提供助力,而网络意味着信息与数据。正如有的学者所言,“随着人、机、物三元世界的高度融合,引发了数据规模的爆炸式增长和数据模式的高度复杂化,世界已进入网络化的大数据时代”。^②自2008年美国麦肯锡全球研究所首次提出“大数据”概念以来,此理念便在极短的时间内席卷全球,不断改变人们的思维方式、行为方式与生活习惯。一般认为,大数据具有3V特征,即规模性(volume)、多样性(variety)和高速性(velocity),^③其中最为典型的当属规模性特征。换言之,大数据最直观的征表是数据、信息的全面性与多样性。随着互联网技术在全世界范围的普及,“一组名为‘互联网上一天’的数据告诉我们,一天之中,互联网产生的全部内容可以刻满1.68亿张DVD;发出的邮件有2940亿封之多(相当于美国两年的纸质信件数量);发出的社区帖子达200万个(相当于《时代》杂志770年的文字量);卖出的手机为37.8万台,高于全球每天出生的婴儿数量37.1万人”。^④当前我们正处在一个信息空前爆炸的全新时代,网络已经成为现代人社会生活必不可少的组成部分。

然而,一个不容忽视的问题是,网络与信息共享在给社会发展和个人生活水平提供助力的同时,网络信息安全问题也随之出现。古往今来,大多数的技术革新往往都是一把“双刃剑”,在造福社会、造福人民的同时,如果利用不当,则会损害社会公共利益和民众利益。“互联网与社会的深

① 车浩:《谁应为互联网时代的中立行为买单?》,载《中国法律评论》2015年第1期。

② 李国杰:《大数据研究的科学价值》,载《中国计算机学会通讯》2012年第8期。

③ 参见孟小峰、慈祥:《大数据管理:概念、技术与挑战》,载《计算机研究与发展》2013年第1期。

④ 《大数据时代》,载 <https://baike.baidu.com/item/4644597?fr=aladdin>,最后访问日期:2017年7月10日。

度融合既加速了全球化的发展,也带来了风险的无界传播并产生溢出效应。”^①网络时代中,社会整体可以被看作由一个个格子组成的巨大国际象棋盘,而每一个格子都可以代表一个独立的个体,它们的边界通过互联网联系、交织在一起。这些格子相互独立而又彼此联系:在格子的范围之内,每一个个体都享有部分相对独立的空间,而限于边界的束缚,每个格子的范围又是有所限制的,因为每个格子的边界都是他人格子的权利范围。质言之,网络、信息与大数据为我们尽可能多地呈现了人类社会的发展样态、格局分布与变化趋势。但考虑到由网络形成的格子边界往往具有伸缩性,在整体范围保持不变的情况下,部分个体想要扩张自己格子的范围,就只能侵入他人格子边界、限缩他人格子范围,从而侵入和破坏他人相对独立的空间。也就是说,网络、信息与大数据在为科学研究提供样本的同时,如果保护不周,同样会为犯罪行为提供可乘之机,使他人相对隐私、独立的个人信息成为犯罪的对象或者工具,造成对他人法益的侵害以及对社会整体秩序的破坏。在我国,由于制度设计、监管力度等多方面的原因,针对公民个人信息的犯罪已经成为大数据背景下一种常见的犯罪类型。据中国互联网协会《中国网民权益保护调查报告 2016》显示,近一年的时间,国内 6.88 亿名网民因垃圾短信、诈骗信息、个人信息泄露等造成的经济损失估算达 915 亿元,^②公民个人信息的保护已然成为当前网络与信息发展给我国社会治理提出的最为棘手的新课题。

如果将人类社会比作一个完整的、有效运行的整体系统,那么法律系统就可以被认为是整体系统有效运行的重要保障,它在通过民事、行政等多个部门法律为社会公众提供行为规范与指导的同时,也通过刑事法律对各种严重侵犯公民利益、扰乱社会秩序、影响社会整体系统有效运行的犯罪行为加以规制。换言之,刑事法律作为社会整体系统组成部分之一的子系统,要实现部分与整体的良性互动,就必须保持刑法子系统与社会整体系统之间的同一性。“社会同一性理论认为,当两个以上的个体或个体与群体发生交互作用的时候,个体的社会行为决定于各自所属的社会

① 刘志云、刘盛:《基于国家安全的互联网全球治理》,载《厦门大学学报》(哲学社会科学版)2016年第2期。

② 《个人信息泄露有多严重?一年“盗”走网民900多亿元》,载 <http://finance.sina.com.cn/roll/2016-08-28/doc-ifxvixsh6783145.shtml>,最后访问日期:2017年7月10日。

群体或类别的成员身份,并不受卷入其中的个人之间的关系决定,即个体所认知的社会同一性起了作用。”^①因此,作为子系统之一的刑事法律能否发挥、能在多大程度上发挥保障社会整体系统有效运行的作用,取决于其对社会同一性的认知。“作为一种规范的刑法,如果用以正确有效地解决社会问题,就应当显现与社会不变的同一性,而排除与社会相分离的做法。只纯粹从刑法规范内部的角度着手发挥其机能与功效,而不考虑刑法与社会系统的机能性关系,是根本不可能使刑法与社会维持同一性的。”^②面对依旧猖獗的侵犯公民个人信息犯罪,刑法功能的有效发挥离不开与社会整体系统的协调发展。本文拟以“刑法对社会同一性的自我确认”理论为指导,对现有的规制侵犯公民个人信息行为的刑事立法现实加以审视,力图实现在充分发挥刑事法律促进社会发展与网络信息技术进步积极作用的同时,尽可能地抑制信息化与大数据带来的负面效应。

二、适时性原则的当代命运

笔者曾撰文认为,“立法者应该把自己看作一个自然科学家,他不是在制造法律,不是在发明法律,而仅仅是在表述法律,他把精神关系的内在规律表现在有意识的现行法律之中。如果一个立法者用自己的臆想来代替事物的本质,那么我们就应该责备他极端任性。即是说,立法应当从实际出发,从客观存在的经济、政治、文化等实际情况出发进行立法,使法律规范与社会保持同一性。作为立法活动之一的刑事立法如果想要维持自己的社会同一性,自然也应遵循这一适时性原则。在某种意义上,适时性原则的价值蕴涵反映了刑法对社会同一性自我确认的本质”。^③用刑法对社会同一性的自我确认理论审视现阶段我国有关规制侵犯公民个人信息行为的刑事立法现实,评价的标准实质上在于现阶段关于规制侵犯公民个人信息行为的刑事立法是否符合适时性原则的要求,因为“在刑事

① 安秋玲、王小慧:《社会同一性理论述评》,载《石家庄学院学报》2007年第3期。

② 黄明儒:《论刑法对社会同一性的自我确认》,载《湖南公安高等专科学校学报》2003年第6期。

③ 参见黄明儒:《论刑法对社会同一性的自我确认》,载《湖南公安高等专科学校学报》2003年第6期。需要说明的是,下文关于刑法子系统和社会整体系统同一性理论观点的阐述均源于此篇文章,为论述方便,对该文的引用将不再详细标出。

立法活动中坚持适时性原则,是在一种连续性的社会进程中使刑法与社会保持同一性,并使社会组织有机体内部得以稳定的一种必需”。

然而,将适时性作为刑事立法指导原则之一观点的提出至今已逾十多年之久,这期间社会政治、经济、文化,公众的思维方式、行为方式、价值取向已然发生了巨大的变化,尤其是随着互联网技术的普及,“使得文化交流越来越复杂,文化的发展远远快过以往任何一个时期。国外文化也逐渐对中国文化产生影响”。^① 适时性原则还能否继续作为刑事立法的指导性原则? 能否将其作为审视关于规制侵犯公民个人信息行为刑事立法的先验性理论? 故本文先论述在当前大数据背景下适时性原则依然能够作为刑事立法指导性原则的原因,再适用该原则审视现阶段关于规制侵犯公民个人信息行为的刑事立法现实,在逻辑上和论证上才更为顺畅。

(一) 理论基础依旧稳固

1. 刑罚与社会具有同一性。“刑罚的功效在于,从另一方面与对具有同一性的社会规范的对抗相对抗。刑罚确证了社会的同一性,犯罪既不能被视为一种进化的开始,也不能被归结为一种认识上就能消除的结果,而是应被视为一种有缺陷的交往,并且这种缺陷要作为其罪责归于行为人,换句话说,社会坚持这些规范,而且拒绝自己被重新理解。根据这种认识,刑罚不只是一种维持社会同一性的工具,而已经是这种维持本身,即意味着一种自我确认。”刑罚处罚作为犯罪行为的必然后果,如果能够论证刑罚适用的目的即是维护刑法与社会之间的同一性,或者说刑罚适用本身即是刑法社会同一性的一部分,则是对适时性原则的有力说明。“在我国,刑罚是国家保护各种法益的重要手段”,因而“我国刑罚的目的在于预防犯罪。”^② 虽是不同的表述,但其实是一个问题的两个方面:一方面,既然犯罪是侵犯法益的行为,那么国家为了保障公民个人的法益不受侵犯,自然会以明文规定实施各种犯罪行为的刑罚处罚后果,告诫社会中潜在的犯罪行为人不要越雷池一步,不要实施侵犯他人利益的行为;另一

^① 《互联网的发展对中国社会造成了哪些深远影响》,载 <https://www.zhihu.com/question/45419299?sort=created>,最后访问日期:2017年7月10日。

^② 张明楷:《刑法学》(上),法律出版社2016年版,第503页。

方面,对于一些不听告诫,已经实施了侵犯法益、破坏社会秩序行为的犯罪分子而言,刑法只能强加给他特定的刑罚处罚措施,以保护法益,恢复已经被破坏了的、原本稳定的社会结构。因此,无论从哪个角度来看,刑罚的目的都不是为了处罚而处罚特定的行为人,最终还是要保持社会既有结构的稳定与和谐。而这种稳定与和谐,是社会整体系统与包括法律(刑法)子系统在内的各个子系统之间的协调。

2. 罪刑法定原则是刑事法律的铁则。由德国古典刑法学家费尔巴哈提出的“心理强制说”起初被认为奠定了罪刑法定原则的思想基础,尽管随着理论研究的深入,该学说也受到了诸如“不完全符合事实”的批判,^①罪刑法定原则的思想基础也被重新确立为民主主义和尊重人权主义,但由“心理强制说”所引申出的罪刑法定原则的基本立场却并未改变。“法治在一国的实现包括并历经技术、制度和理念三个层面。三者之中,成熟的立法技术和规范的法律文本是我们进行法治建设的基础和前提。”^②有法可依是实现依法治国的前提与基础,“刑法给社会成员心理上的确信程度,取决于刑法本身被实际实施的情形,尤其取决于刑法的保护或惩治的及时性和必定性。而刑法的保护或惩治的及时性和必定性之保障,首先要保障要保证刑事立法具有适时性。如果创制一部刑事法律不能适应社会现实以及社会发展的需要,即如果刑事法律系统不能与整个社会系统维持同一性,就很难对社会成员产生心理作用 and 影响,更遑论刑法的社会保护和人权保障机能的实现”。刑法的及时性与必定性这一需求在瞬息万变的网络时代更显紧迫,因为不同行为的评价在社会发展的不同阶段往往会得出不同的结论。例如,之前在网络上匿名发布虚假信息的行为一般被认为是不道德的个人行为,或是由民事法律、行政法律加以规制(即使有部分案件进入刑事诉讼程序,但由于刑事立法的缺失,人民法院也只能对造成公共秩序严重混乱的,以寻衅滋事罪论处。而这一结论,显然具有违背罪刑法定原则和司法犯罪化的倾向)。但自2015年《刑法修正案(九)》实施以后,编造虚假的险情、疫情、灾情、警情并在信息网络或者其他媒体上传播,严重扰乱社会秩序的行为,将会被以“编造、故意传播

① 参见张明楷:《罪刑法定与刑法解释》,北京大学出版社2009年版,第6页。

② 闻志强:《重申罪刑法定的基本理念》,载《法商研究》2015年第1期。

虚假信息罪”施以刑事处罚,从而使这一司法窘境彻底解除。对于不断出现的各种新类型的社会越轨行为,刑法必须保持高度的警惕性,对于具有严重社会危害性、严重侵犯法益的行为有必要及时纳入自己的规制范围,开展新一轮的刑事立法工作,从而为社会成员树立新的行为规范,警告社会中潜在的犯罪分子,以保持刑法与社会整体系统的同一性。而这一切的源头,有赖于适时性原则对刑事立法的指导。

(二) 刑事立法的现实需要依旧强烈

按照《刑法》第2条的表述,我国刑法的目的在于“与一切犯罪行为作斗争”,而与犯罪行为作斗争的前提在于刑法必须提前告知社会公众什么行为是刑法所禁止的,“刑法要起到强化刑法规范行为指引功能的作用:在违法判断时,行为是否违反命令、禁止规范,首先要加以考虑;在此基础上进一步重点考察行为在客观上是否指向法益,并有法益侵害发生的导向性、可能性”。^①换言之,刑法想要保持有效性,经过特定时段的适用,就必须根据社会治理的现实需要对自身的结构与内容进行适当的调整,以为社会公众树立正确的行为规范,保持社会、民众、法律(刑法)的良性互动。以我国1997年现行《刑法》颁布以来的刑事立法(刑法修改)活动的实践来看,无不体现出刑法作为子系统想要与社会整体系统保持同一性的愿望:《刑法修正案(一)》第1条规定:“为了惩治破坏社会主义市场经济秩序的犯罪,保障社会主义现代化建设的顺利进行,对刑法作如下补充修改……”《刑法修正案(二)》第1条规定:“为了惩治毁林开垦和乱占滥用林地的犯罪,切实保护森林资源,将刑法第三百四十二条修改为……”《刑法修正案(三)》第1条规定:“为了惩治恐怖活动犯罪,保障国家和人民生命、财产安全,维护社会秩序,对刑法作如下补充修改……”《刑法修正案(四)》第1条规定:“为了惩治破坏社会主义市场经济秩序,妨害社会管理秩序和国家机关工作人员的渎职犯罪行为,保障社会主义现代化建设的顺利进行,保障公民的人身安全对刑法作如下修改和补充……”新近颁行的《刑法修正案(九)》条文中虽然没有明确规定修正

^① 黄明儒、王振华:《规范意识强化:也论刑法的公众认同》,载《法律科学》2017年第1期。

背景,但其修改的原因与目的实际上更为明确。^①而这些概括性目的内容的表述都体现了对当时社会经济背景的呼应,是适时性原则的直接体现。

综上所述,无论是从适时性原则自身的理论基础层面,还是从近年来的刑事立法实践都体现出适时性原则指导的结果来看,适时性原则都能够继续作为刑事立法的指导性原则。因此,这一原则也同样能够作为审视现阶段规制侵犯公民个人信息行为刑事立法的先验性理论。

三、公民个人信息保护刑事立法实践的审视

既然适时性原则能够审视我国近来规制侵犯公民个人信息行为刑事立法实践,那就必须考虑如何用这一原则来审视公民个人信息保护的刑法实践。刑事立法适时性原则的价值蕴含主要体现为:“刑事法律的制定、认可、修改、废除活动立足于社会现实,适当考虑立法水平、司法承受与执行能力,并充分审慎社会未来的发展趋势和未来的犯罪变化特点,使刑法规范建立在现实性与科学的预测性的基础上,以合理控制犯罪化的规模。刑法对整个社会系统同一性自我确认的本质就是通过刑法规范的这种意识自觉体现出来。”据此,这一原则具体路径主要表现为:(1)适用范围的限定性^②;(2)及时有效适用刑罚的条件性;(3)内涵的丰富性;(4)目的明确性。笔者将以此为基础来审视我国近年关于公民个人信息刑事立法活动。

侵犯公民个人信息犯罪在2009年由《刑法修正案(七)》所增设,当时又分为“非法获取公民个人信息罪”和“出售、非法提供公民个人信息罪”两个具体的罪名,“非法获取公民个人信息罪”的主体为一般主体,“出售、非法提供公民个人信息罪”的主体要求是“国家机关或者金融、电

^① 参见李适时:《关于〈中华人民共和国刑法修正案(九)〉(草案)》的说明》[第十二届全国人大常委会第十一次会议文件(四),2014年10月26日]中提到,修正刑法的目标和任务为:贯彻总体国家安全观,统筹完善刑法的相关规定;加强反腐败刑事法治建设,完善反腐败的相关规定;落实党的十八届三中全会关于逐步减少适用死刑罪名的要求,做好劳动教养制度废除后的法律衔接。

^② 由于适用范围限定性的内涵在于强调适时性原则只适用于刑事法律规范的制定、认可、修改、完善、废除等刑事法律规范创制整个活动中,而不能适用于其他刑事司法活动中,也不一定能够作为其他类型法律的立法活动的基本准则。本文也只是用适时性原则审视关于公民个人信息保护的刑事立法活动,没有超出上述适用范围的限制,故在下文不再讨论“适用范围的限定性”这一具体路径。

信、交通、教育、医疗等单位的工作人员”,且行为对象要求是“在本单位履行职责或者提供服务过程中获得的公民个人信息”,两罪均为故意犯罪且要求情节严重才构成犯罪,配置的刑罚种类有有期徒刑、拘役和罚金。为了“有效遏制、惩治侵害公民个人信息犯罪,切实保障广大人民群众的个人信息安全合法权益,促进社会协调发展,维护社会和谐稳定”,2013年最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合出台了《关于依法惩处侵害公民个人信息犯罪活动的通知》。2015年《刑法修正案(九)》又在《刑法修正案(七)》的基础上对这两个罪名进行了修改,将“非法获取公民个人信息罪”和“出售、非法提供公民个人信息罪”合并为“侵犯公民个人信息罪”,将本罪的行为方式扩展为三种,即第一种类型是违反国家有关规定,向他人出售或者提供公民个人信息;第二种类型是违反国家有关规定,将在履行职责或者提供服务过程中获取的公民个人信息,出售或者提供他人;第三种是采用冒充司法工作人员等方法,欺骗国家机关或者金融、电信、交通、教育、医疗等单位的工作人员,使后者提供公民个人信息。^①将第二种行为的主体扩展至一般主体,同时增设情节特别严重的法定刑、规定特殊主体实施本罪要从重处罚。2017年5月9日,最高人民法院与最高人民检察院联合发布《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》,明确了“公民个人信息”的范围、侵犯公民个人信息罪的定罪量刑标准等核心问题。

从《刑法修正案(七)》增设到《刑法修正案(九)》进行部分修改的立法现实,再到《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》的出台,以适时性原则视之:

1. “及时有效适用刑罚的条件性”。刑罚的及时性依赖于刑事立法的适时性,如果没有刑事立法的适时性作为前提支撑,刑事审判、刑罚适用就会很难达到及时有效的功用,刑罚的及时性就成为无本之木和无源之水。按照一般意义上的理解,刑罚处罚作为犯罪行为的必然后果,在刑法将侵犯公民个人信息的行为规定为犯罪并明确了三种具体的行为方式之后,法定刑的设置也属必然,因此这一标准当属实现刑法社会同一性过程中较为容易的路径之一。

^① 参见张明楷:《刑法学》(下),法律出版社2016年版,第922页。

2. “内涵的丰富性”。适时性原则的内涵相当丰富,它不仅包含刑事法律规范要符合社会现实要求的内涵、刑事法律规范要符合社会发展变迁的趋势和犯罪变化特点的同一性要求的内涵以及刑事法律的创制要充分考虑刑事立法水平、司法承受与执行能力等主体性因素的内容,还包含在充分考虑社会发展变迁趋势时刑事立法应当慎重,而不应过分超前,合理控制犯罪化规模的内涵。换言之,适时性原则倡导在充分分析某一特定阶段社会现实的基础上、在理性预测社会未来发展趋势的前提下进行刑事立法,既不能滞后,也不能过分超前,以保持刑法与社会的同一性。应该说,现阶段的侵犯公民个人信息的犯罪行为已经不单单是为了获取信息而实施犯罪行为,更多的是与电信网络诈骗、敲诈勒索、绑架等犯罪结合在一起。出于巨大利益的诱惑,非法出售、提供公民个人信息的主体早已不限于国家机关或者金融、电信、交通、教育、医疗等单位的工作人员,可以说,随着信息网络技术的普及与更新,掌握了网络技术的任何人都可以在合法存储公民个人信息系统出现漏洞(甚至侵入没有漏洞的系统中)时非法获取公民的个人信息,或者通过信息网络与他人交换等方式非法获取公民个人信息后再加以出卖,进而更加严重地侵犯公民的人身与财产权益。《刑法修正案(九)》将侵犯公民个人信息罪的主体修改为一般主体,正是看到了侵犯公民个人信息犯罪的新特点,“有效回应了现实情况,使信息保护更加到位”。^①

3. “目的的明确性”。刑事立法之所以要将适时性作为一项重要的指导原则,“其主要目的就在于通过适时的刑事法律规范作为依据,给予犯罪行为以有效、及时的刑罚,即达到对规范的社会同一性予以保障的刑法效果”。《刑法修正案(九)》颁行以后,侵犯公民个人信息罪配置的法定刑种类并没有改变,只是增加了情节特别严重时加重处罚的规定。正如上文所述,对某个特定犯罪行为人进行刑罚处罚的目的并不在于为了处罚而处罚,刑罚真正的目的在于预防犯罪,以保障刑法子系统与社会整体系统之间的同一性。如果从此角度来看,《刑法》第 253 条之一关于侵犯公民个人信息犯罪情节严重时可以单处罚金的规定就值得商榷。

^① 杨燮蛟、张怡静:《大数据时代个人信息刑法保护新探》,载《浙江工业大学学报》(社会科学版)2016 年第 4 期。

所谓罚金刑,是指“命令犯罪分子向国家缴纳一定数额金钱的刑罚方法”。^① 罚金刑在《刑法》所规定的刑罚体系中属附加刑,共有单处、选处、并处、并处或单处四种适用方式。客观而言,罚金刑作为一种自古有之的刑罚方法,具有不剥夺犯罪人人身自由、避免出现“交叉感染”、不影响犯罪人正常家庭生活的优势,^②因而近年来在财产犯罪等领域适用广泛。笔者认为,在近年来“轻罪立法”大量出现的背景下,罚金刑的优势能够得到最大限度的发挥,有助于刑罚目的的实现。但是,单处罚金作为罚金刑适用方式的一种,尤其是适用到侵犯公民个人信息罪中的合理性则需要进一步的探讨:首先,侵犯公民个人信息罪规定在现行《刑法》分则第四章“侵犯公民人身权利、民主权利罪”之中。既然规定在这一章节,那么此一犯罪所侵犯的法益当属与公民切实相关的人身权益和财产权益,具体而言,“侵犯公民个人信息罪的法益是人格尊严和个人自由,个人隐私只是人格尊严的组成部分”。^③ 既是对人格尊严和个人自由的侵犯,那么单处罚金的法定刑设置就存在疑问,因为个人的尊严、自由无法用金钱来衡量,因而对个人尊严与自由的侵害,就无法单纯用一定数量的金钱来弥补。尤其是在当前网络与大数据时代,一条能够锁定特定个人的信息无疑就代表着该特定的公民,个人信息与生命、尊严、自由具有等价性。如果非法剥夺他人生命的行为无法通过单处罚金刑的方式加以弥补的观点能为社会公众所接受,那么侵犯公民个人信息的行为无法通过单处罚金的方式来处罚的观点就同样能够成立。另外,综观现行《刑法》分则第四章其他罪名的法定刑设置,虽有罚金刑,但适用方式均为“并处”,单处罚金的法定刑设置只见侵犯公民个人信息罪一例,从体系和谐与顺畅的角度来看也是存在问题的。其次,从最新出台的《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5条关于本罪“情节严重”的认定标准来看,其中第(9)项的规定为“曾因侵犯公民个人信息受过刑事处罚或者二年内受过行政处罚,又非法获取、出售或者提供公民个人信息

① 黎宏:《刑法学总论》,法律出版社2016年版,第346页。

② 参见张明楷:《刑法学》(上),法律出版社2016年版,第534~535页。

③ 高富平、王文祥:《出售或提供公民个人信息入罪的边界》,载《政治与法律》2017年第2期。当然,对于此罪名所保护的法益,学界还存在不同的观点,本文只选取了其中多数学者所认同的观点进行讨论。