www.shfzb.com.cr

## 非法利用信息网络罪司法适用疑难问题解析

□吴波 俞小海

非法利用信息网络罪是《刑法修正案(九)》新增的罪名,是指利用信息网络非法设立用于违法犯罪活动的网站、通讯群组,或者发布违法犯罪信息,情节严重的行为。本罪的设立,将信息网络空间的"预备"性行为赋予独立实行行为的性质,对于严密信息网络犯罪刑事法网,及时回应信息网络犯罪的高发态势,具有十分重要的意义。但是也应当看到,我国《刑法》及相关司法解释均未明确本罪的入罪标准,加上本罪行为方式自身带有的"帮助"属性容易与帮助信息网络犯罪活动罪等其他类型的信息网络犯罪行为相混淆。由此产生了本罪在司法适用中的诸多疑难问题,有必要加以梳理分析。

## 非法利用信息网络罪客观行为的准 确界定

根据我国《刑法》第287条 之一规定,本罪的行为方式有三 种:一是设立用于实施诈骗、传 授犯罪方法、制作或者销售违禁 物品、管制物品等违法犯罪活动 的网站、诵讯群组:二是发布有 关制作或者销售毒品、枪支、淫 秽物品等违禁物品、管制物品或 者其他违法犯罪信息; 三是为实 施诈骗等违法犯罪活动发布信 尽管我国刑法条文对本罪的 行为方式进行了类型划分, 但一 表述方式,另一方面,司法实践 中的具体个案情形复杂, 因此关 于本罪行为方式的理解仍存在诸 多疑惑。我们认为,关于本罪行 为方式的准确界定, 应从以下两

一是"设立"和"发布"行 **为的界定**。表面上看,本罪行为 方式有三种类型。但如果作讲 步划分, 本罪行为方式可以简化 为两种:一种是设立行为;一种 是发布行为。设立,是指建立或 设置。值得注意的是,设立行为 的本质在于从无到有,因此,针 对网站、通讯群组的修改、维 行为,并不属于本罪中的设立行 为, 也无法诵讨刑法解释纳入本 罪的客观行为。修改、维护、管 理、运行用于实施诈骗、传授犯 罪方法、制作或者销售违禁物 品、管制物品等违法犯罪活动的 人的主观故意和客观行为危害程 度,分别予以行政处罚或依照刑 法其他罪名论外。发布, 根据现 代汉语词典的解释,即宣布。我 们认为,发布行为的本质在于向 外界传输或传播,存在一个由非 公开到公开的过程,因此,仅仅 持有某种信息而尚未向外传输、 是对外而是在一个封闭的空间, 本罪的总体属性是非法利用信息 网络的一种犯罪行为, 因此无论 是设立行为还是发布行为,均应 在信息网络环境或者利用信息网 日最高人民法院、最高人民检察 院《关于办理利用信息网络实施 诽谤等刑事案件话用法律若干问 - 颞的解释》 谤司法解释》) 第10条规定, 利 用信息网络实施诽谤等犯罪行为 联网、广播电视网、固定通信 网、移动诵信网等信息网络,以 及向公众开放的局域网络。我们 认为, 非法利用信息网络罪中的 信息网络, 可以参照上述司法解

释的界定。此外,本罪的行为方

式既包括本人实施的设立、发布

行为,也包括组织、指使他人实

施的设立、发布行为。

二是设立和发布行为对象的

界定。根据我国刑法规定,本罪

设立行为的对象是用于实施违法 犯罪活动的网站和通讯群组两 种,而发布行为的对象则是违法 犯罪信息 (第二种行为方式) 和 信息 (第三种行为方式)。鉴于 第三种行为方式所指的"信息" 系"为实施诈骗等违法犯罪活动 发布",因而该种"信息"实质 上也是违法犯罪信息, 只不过刑 事立法出于语言简洁的考虑,将 "违法犯罪信息"表述为"信 从这个角度而言, 本罪行 为对象就是用于实施违法犯罪活 动的网站、通讯群组和违法犯罪 信息两种。在此基础上,应对本 罪的行为对象作实质性解释。这 涉及到对违法犯罪活动和违法犯 对此,学界存在两种不同的观 一种观点认为,这里的"违 法犯罪"既包括犯罪行为,也包 括一般的违法行为;另一种观点 认为,这里的"违法犯罪"实际 上仅指犯罪行为,不包括一般的 "违法"属于表述上 的赘言。我们认为,本罪行为对 象表述中的"违法犯罪"既包括 犯罪行为,也包括一般违法行 为。理由主要有:刑事立法语言 表述关涉十分重大, 极有可能因 为个别词语的不同导致完全不同 的法律评价,因此,刑事立法是 极其严肃的活动, 立法者对刑事 立法语言的斟酌可谓慎之又慎, 将"违法"解释为语言表述上的 赘言,并不具有说服力,此其 -; 其二, 从本罪行为方式表述 的结构来看, 无论是设立网站、 通讯群组还是发布信息,都是服 务于诈骗、传授犯罪方法、制作 或者销售毒品、枪支、淫秽物品 等违禁物品、管制物品等行为, 被服务的行为完全有可能不构成 犯罪,且本罪设立的本质在于这 些较为独立的"预备性"行为本 身的社会危害性和刑事当罚性已 经达到应由刑法调整的程度,因 此,要求设立和发布这种"服 行为的对象限于犯罪行为, 与立法旨趣相悖。此外,对本罪 设立 (网站、通讯群组) 和发布 (违法犯罪信息) 行为对象的理 解,不能仅限于诈骗、传授犯罪 方法、制作或者销售毒品、枪 支、淫秽物品等违禁物品、管制 物品的违法犯罪行为,还包括其 他违法犯罪行为,比如,2016 年 4 月 11 日最高人民法院《关 于审理毒品犯罪案件适用法律若 干问题的解释》第14条规定的 组织他人吸食、注射毒品等违法 犯罪活动,以及我国司法解释尚 未明确规定,但根据体系解释可 以推及目司法实践中较为常见的 制作或销售假发票、假证件,卖

淫嫖娼,赌博,传销等违法犯罪



## 非法利用信息网络罪主观要件的准确界定

不包括过失。由此而来的另一个重 要问题是,本罪之实施是否应具有 一定的目的?更准确一点,行为人 实施的设立网站、通讯群组,以及 发布违法犯罪信息的行为,主观上 是否应具有为实施违法犯罪活动提 供服务或帮助的目的? 如果坚持应 具有一定的目的, 那这种服务违法 犯罪活动实施的目的, 是为自己实 施违法犯罪活动提供服务, 还是为 他人实施违法犯罪活动提供服务, 亦或既包括为自己实施违法犯罪活 动提供服务也包括为他人实施违法 犯罪活动提供服务?上述问题,目 前学界尚未展开深入探讨。但这些 问题却是非法利用信息网络罪司法 适用尤其是具体操作中非常重要的 问题, 也是本罪理论研究中无法问 "直问题"。我们认为,本罪 行为人主观上应具有服务于自己实 施或自己参与实施的违法犯罪行为 的目的。之所以得出这种结论,主 要是基于两点理由:

第一,从刑法条文的具体表述 可以推论。根据我国刑法条文关于 本罪三种行为方式的列举, 第一种 的设立行为和第三种的发布行为分 别使用了"用于"和"为"的限定 词,即将设立网站、通讯群组的行 为限定为"用于"实施诈骗、传授 犯罪方法、制作或者销售违禁物 品、管制物品等违法犯罪活动,将 发布信息的行为限定为"为"实施 诈骗等违法犯罪活动, 显然, 这是 关于行为人设立行为和发布行为主 观目的的规定。换言之,行为人实 施设立网站、通讯群组和发布违法 犯罪信息的目的,是服务于后续实 施的违法犯罪行为。根据体系解释 原理,尽管第二种行为方式的具体 表述中并未使用"用于"或"为 等显性限定词, 但是更为合理的结 论是, 第二种行为方式中的发布违 法犯罪信息, 行为人主观上也应具 有服务后续违法犯罪活动的目的。 其实, 如果仔细分析本罪第一种行 为方式和第二种行为方式的表述逻

辑,也可以得出上述结论。在第一

种行为方式的列举中,包含设立用于制作或者销售违禁物品、管制物品的网站、通讯群组的行为,第二种行为方式的列举中,包含发布有关制作或者销售毒品、枪支、淫秽物品等违禁物品、管制物品信息的行为。可以看出,两种行为对象中的核心内容都是"制作或者销售违禁物品、管制物品",既然第一种行为方式规制的是行为人"为了"制作或者销售违禁物品、管制物品而设立,就没有理由不将第二种行为方式解释为"为了"制作或者销售违禁物品、管制物品而发布信息。

第二,从本罪与其他相关犯罪的 界限可以推论。本罪行为人的主观目 的,是为自己实施或自己参与实施的 违法犯罪活动提供服务, 而并非单纯 为他人实施违法犯罪活动提供服务, 也就是说, 行为人设立网站或发布违 法犯罪信息的行为是服务干其即将实 施或即将参与实施的违法犯罪行为, 本质上是其即将实施或即将参与实施 的违法犯罪行为的预备行为, 目的是 使后续的违法犯罪活动之实施更为便 利,尽管后续违法犯罪活动不一定会 实际发生,但是行为人主观上是希望 发生的,至少存在"预期"。本罪行 为违法性的本质是其设立网站或发布 信息目的的违法性,这与单纯的发布 违法犯罪信息,或明知他人实施违法 犯罪活动而提供设立或发布等帮助行 为不同。之所以作出这种理解,主要 是因为对于单纯的发布违法犯罪活动 信息和明知他人实施违法犯罪活动而 提供设立或发布等帮助行为, 我国刑 法和相关司法解释已经予以明确。比 如,根据我国《刑法》第287条之 规定,明知他人利用信息网络实施犯 罪,为其犯罪提供互联网接人、服务 器托管、网络存储、通讯传输等技术 支持,或者提供广告推广、支付结算 等帮助,情节严重的,以帮助信息网 络犯罪活动罪论处。根据有关司法解 释的规定,利用互联网、移动通讯终 端传播淫秽电子信息的,依照《刑 法》第364条第1款的规定,以传播 淫秽物品罪处罚; 明知他人利用信息 网络实施诽谤、寻衅滋事、敲诈勒 非法经营等犯罪,为其提供资 同犯罪论处; 明知他人实施电信网络 诈骗犯罪,而提供互联网接入、服务 器托管、网络存储、诵讯传输等技术 支持,或者提供支付结算等帮助的, 以共同犯罪(诈骗罪)论处;等等 可以看出,对于为他人非法利用信息 网络实施犯罪而提供信息网络帮助的 (包含设立网站、通讯群组或发布信 息) 行为, 按照被帮助犯罪行为的共 犯论处,是我国刑事立法和司法解释 的通行做法。在这种背景下, 将非法 利用信息网络罪的主观要件解释为为 自己实施或自己参与实施的违法犯罪 行为提供服务,是较为妥当的。由此 出发,我国《刑法》第287条之一第 款规定的"有前两款行为,同时构 成其他犯罪的,依照处罚较重的规定 定罪处罚",其中"同时构成其他犯 罪的", 更多的可能是行为人实施设 立网站、通讯群组或发布违法犯罪行 为之后又实施了后续的诈骗、贩卖毒 品、非法制造、买卖枪支等犯罪行 为,因而是非法利用信息网络罪与诈 骗罪、贩卖毒品罪、非法制造、买卖 枪支罪等之间的竞合。

此外,根据我国刑法规定,非法 利用信息网络罪由行为方式 + "情节 严重"构成。鉴于目前尚未有本罪 "情节严重"的认定标准,我们认为, 可以参照适用最高人民法院、最高人 民检察院《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》、最高人民法院、最高人民 检察院、公安部 《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》、《网络诽谤司法解释》等相 关司法解释确立的标准,包括但不限 于:网站、通讯群组数量;网站浏览 量、点击量;通讯群组成员(会员) 数量: 违法犯罪信息发布数量及被转 发次数;发布的违法犯罪信息是否被 用于违法犯罪活动; 之前是否受过行 政处罚情况; 等等。

(作者简介:吴波,上海市人民 检察院办公室主任,上海检察业务专 家,法学博士;俞小海,上海市高级 人民法院研究室法官助理,法学硕 上\ 上海茗堃建设工程有限公司。 是用账户银行开户许可证,例如, 大2900129016401,正明信度 上海新荣农产品有限公司遗身 业执照副本,证照编号:2700 1201602020350,声明信度 上海市浦东新区花木街道湖 接经营部线失营业块照证副本 营者;刘乘红,证照编号:1500 101507130083、(84),自由信使例 上海市金山区贝贝社会信用作图 上海市金山区贝贝社会信用作图 上海市金山区现现大食信用作图 101507130083、(84),自由信使码 上海市金山区贝贝社会信用作图 101507130083、(84),自由信使码 101507130083、(84),自由信使码 101507130083、(84),自由信度码 上海市金山区贝贝社会信用使码 101507130083、(84),自由信度码 101507130017150,即作用 101000000201607280177。 1010017150715071507123。 1010271751,号码:0570700170570 10127174,代码:131001327853。 104081701-04681750;50元23本,自 131001327951。号码:02720501-0

专。38890800,可含为103890800,有103890800,有103890800,有103890800。有有特别的103890800,有103890800,有103890800。有有特别的103890800,有103890800。有有特别的103890800,有103890800。有有特别的103890800。有有特别的103890800,有103890800。有有特别的103890800,但特别的103890800。有有特别的103890800,但特别的103890800,但特别的103890800,但特别的103890800,但特别的103890800,但特别的103890800,但是在103890800,但是103890800,但是103890800,但是103890800,但是103890800,但是103890800,但是103890800,但是103890800,但是103890800,但是103890800,但是103890800,但是103890800,但是103890800,但是103890800,是103890800,是103890800,是103890800,是1038900,是103890800,是103890800,是103890。是103890,是103890,是103890,是103890,是103890,是103890,是103890,是103890。是103890,是103890,是103890,是103890,是103890,是103890,是103890,是103890。是103890,是103890,是103890,是103890,是103890,是103890,是103890,是103890。是103890,是103890,是103890,是103890,是103890,是103890,是103890,是103890。是103890,是103890,是103890,是103890,是103890,是103890,是103890,是103890。是103890,是103890,是103890,是103890,是103890,是103890,是103890,是103890。是103890,是103890,是103890,是103890,是103890,是103890,是103890,是103890。是103890,是103890,是103890,是103890,是103890,是103890,是103890,是103890。是103890,是103890,是103890,是103890,是103890,是103890,是103890,是103890。是103890,是103890。是103890,是103890。是103890,是103890。是103890。是103890

陆宽 遗失注销减资登 传媒 021-5974136