

从传统犯罪到网络犯罪:业务犯罪的法理与立法反思

孙道萃

内容提要:我国对涉业务犯罪采取碎片式的分散立法,并“寄宿”在有关不正当竞争犯罪体系内。依托关联罪名进行扩张解释的应急路径已暴露出理论薄弱、立法供给不足等问题。应确立狭义的业务与业务犯罪概念作为专属立法的基本起点。网络业务犯罪活动愈演愈烈,依靠计算机犯罪、网络犯罪生成的扩张解释路径明显吃力。新型网络业务犯罪具有独立属性,与传统业务犯罪既关联、又有别,实质上是网络不正当竞争犯罪,所保护的客体内容是正当、合法的义务。互联网经济以及反不正当竞争立法触发的行刑衔接问题,使涉(网络)业务犯罪的专门立法需求日益凸显。应以我国实际的立法需求为导向,合理借鉴域外立法经验,切实回应刑法保护(网络)正当义务的任务。现阶段可采取“区分制”,增设第231条之一妨害业务罪与第287条之三妨害网络业务罪,撑起双重保障。

关键词:网络业务犯罪 不正当竞争犯罪 妨害业务罪

孙道萃,中国政法大学国家法律援助研究院副教授。

一 问题的提出

近年来,不正当竞争犯罪、特别是网络不正当竞争犯罪愈演愈烈,凸显充分全面保障(网络)正当竞争(义务)的重要性与迫切性。与此同时,我国反不正当竞争立法发展迅猛,特别是涉网络不正当竞争立法也取得突破性进展。^[1] 这为讨论业务犯罪问题提供了

[1] (1)《反不正当竞争法》(1993年)作为反不正当竞争领域的基本法,是保护正当竞争与正当义务的基本法,先后作了两次修正(2017年、2019年)。对网络不正当竞争行为加以规定是最大的立法亮点。《电子商务法》(2018年)是电子商务领域的基本法。二者是关涉市场管理秩序的两部基本法,奠定正当竞争制度与正当竞争秩序的基本保障制度,也为刑法保护正当竞争、正当义务提供基本的规范遵循。2021年8月发布的《禁止网络不正当竞争行为规定(公开征求意见稿)》(国家市场监督管理总局)与《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国反不正当竞争法〉若干问题的解释(征求意见稿)》进一步细化相关规定。2022年12月最新发布的《中华人民共和国反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》(国家市场监督管理总局)再次进行了全面完善。(2)《网络安全法》(2016年)、《民法典》、《数据安全法》(2021年)、《个人信息保护法》(2021年)等网络基本法、重要的网络专门法相继出台,也极大地扩充了特殊的网络反不正当竞争行为规定。

新契机。基本或者专门的反不正当竞争立法持续增量,已给涉不正当竞争犯罪规定造成了多法衔接的“挤压感”。在介入和干预(网络)不正当竞争犯罪的问题上,刑法急需明确的合法标尺和正当边界。在立法上,有关的业务犯罪规定主要“寄宿”在扰乱市场秩序犯罪(即涉不正当竞争犯罪,下同)体系内。缺乏相对的独立性和专属性,引发刑法规范供给不足等问题。在理论研究和司法应对上,对传统业务犯罪,特别是新型网络业务犯罪〔2〕的基本理论问题缺乏系统和深入的讨论,导致对业务犯罪难以形成科学的规制体系。业务犯罪的概念界定、一般理论、独立地位、立法体系及其与涉不正当竞争犯罪的关系处置、扩张解释的异化等基本问题分歧不止。特别是互联网经济(即数字经济,下同)日益发达,进一步加剧规制新型网络业务犯罪的困境。应当立足我国规制传统业务犯罪与网络业务犯罪的实际供需以及相关理论基础,阐明我国刑法中的特定业务概念、业务犯罪、网络业务犯罪及其基本原理的构造,以推动理论与立法协同应变。

二 业务犯罪的理论辨正

应当首先明确“业务”“业务犯罪”等概念。从司法实践中亦可归纳出有关业务、业务犯罪“活着的”理论逻辑与规制经验。狭义的业务犯罪概念契合我国设定相关理论的实际需求与应然建构立场,有利于推动立法的独立展开。

(一)对业务犯罪规制的检视

目前,对业务犯罪的司法规制出现了一些结构性缺陷。既是立法不足引发的直接结果,也与业务犯罪的概念、范围以及理论体系相对空白等本源问题有关。

1. 业务犯罪的司法适用困局

扩张解释的做法虽然有其合理性,但在个案和类案中容易出现扩张解释与类推解释的纠葛,甚至引发对新型互联网业务犯罪规制的不足或不周延,具体有以下几个问题。

第一,罪刑法定原则下无“法”规制的两极化。刑法没有明文规定妨害业务罪,关联犯罪中没有规定相应的“构成要件”,对一些情节严重或已经造成危害结果的妨害业务行为,不能以犯罪论处。但是,这又可能会陷入“无法可依”与“无法规制”的两难境地。特别是反不正当竞争领域的立法日趋完善,对新型网络业务犯罪,如果参照现有关联罪名进行扩张论处,涉嫌通过司法“入罪”,不“合法”;如果不作为犯罪处理,又会出现刑法保护不足的问题。刑法如欲加以有效规制,必须启动及时有效的立法修正。只有及时修改现有的罪名或者增设新的罪名,对妨害业务行为予以类型化的规制,才能防止无法“法”可用。例如,打码平台提供突破或绕过网络验证码机制的技术服务,不仅干扰网络正常功能及防护措施,也妨害互联网业务,妨害业务犯罪的立法空缺却横亘其中,导致无法规制此类行为。

〔2〕 鉴于当前我国对传统犯罪和网络犯罪之间正呈现出日渐分流的总体趋势已有一定的共识。对于整体上的业务犯罪,亦可相对地区分传统业务犯罪和网络业务犯罪(“二元”),分别用于对两种不同犯罪形态内有关业务犯罪的概称。其中,关于网络业务犯罪的统称,也不限于当前利用互联网技术实施的常见情形。

第二,犯罪竞合对扩张适用的“抵消”现象。即使没有专门的业务犯罪规定,承上所述,也可通过对关联犯罪进行扩张解释加以规制。但是,这种规范援引的方式容易诱发复杂的犯罪竞合问题。实践中还会触发刑罚处罚的异化问题,主要表现为竞合处理的入罪结论之普遍化、竞合处理的规则不统一、基于司法便宜主义的需要进行从重处罚等问题。^[3] 打码平台会妨害互联网业务,也可能构成其他犯罪。一个行为侵犯多个法益,属于妨害业务犯罪与其他犯罪的竞合。^[4] 在国内首例“打码撞库”案中,打码平台行为是妨害业务行为与提供侵入计算机信息系统程序行为的竞合。由于没有专门的妨害业务罪规定,对搭建、运营打码平台的行为,只能以提供侵入计算机信息系统程序罪论处。^[5] 这是经由犯罪竞合的适用规则,而非基于罪刑法定原则与扩张解释,得出应当构成计算机犯罪或者网络犯罪的入罪结论。虽然满足司法需求,也不违背犯罪竞合的处理规则,但是会遮蔽对业务犯罪进行专门规制的必要性与特殊意义,也难以正确反映立法意在保护网络正当业务的旨趣。

2. 业务犯罪立法评析

尽管从我国刑法典的零散规定中可以归纳出涉及传统“业务”犯罪的内容,^[6]但是在立法技术上,上述规定都只涉及某一特定的经济秩序领域:系对传统业务犯罪的具体、个别或特殊规定,而非抽象、一般或普遍的规定;也并非直接、具体的规定,而只是间接、相关的规定,不能与狭义的业务犯罪直接划等号。概言之,我国刑法中暂时没有类似于域外的专门“业务犯罪”规定。在实践中,主要借助关联犯罪规定对传统业务犯罪加以间接的规制,出现“非正式”“碎片化”“非独立(专属)”等问题。其直接原因是现行刑法对该类构成要件的规定缺乏类型性,没有专门规定妨害业务罪。深层原因是理论上没有对业务犯罪的基本问题达成共识,难以为刑法设置专门的业务犯罪规定提供相应的理论基础和依据。

立法上缺乏一般性的业务犯罪规定,专门立法的碎片化以及与公务犯罪立法的非对称等情况,在实践中会引发“覆盖面”不足现象。对于一些非法定的情形或者新出现的情况,以传统罪名来扩张适用,可能会涉嫌类推适用;不按照犯罪论处,又可能涉嫌放纵犯罪或保护不足,这就存在司法保护的不周延等弊端。

(二) 业务犯罪的厘定

究竟什么是刑法中的业务犯罪,这是一个待决的基本前提。以狭义的“业务”为出发点,可以确立狭义的业务犯罪概念,并理顺与关联罪名的结构关系。

1. 狭义的业务概念

关于刑法中的业务的概念以及业务犯罪的范围,理论上并没有明确的界定。从语义

[3] 参见高铭喧、孙道萃:《网络时代刑法解释的理论置评与体系进阶》,《法治研究》2021年第1期,第22页。

[4] 参见蒋筱悦:《打码平台的规制——以国内首例“打码撞库”案为分析样本》,《人民检察》2018年第19期,第35页。

[5] 参见最高人民法院指导性案例“叶某星、张某秋提供侵入计算机信息系统程序、谭某妹非法获取计算机信息系统数据案”(检例第68号)。

[6] 主要为第221条损害商业信誉、商品声誉罪、第222条虚假广告罪、第223条串通投标罪、第225条非法经营罪、第226条强迫交易罪、第276条破坏生产经营罪。

解释角度,结合刑法分则的相关规定,可分为最广义、广义、狭义。最广义的业务,是指涉及所有商业、经济、业务监管以及公共业务安全等领域,涉及刑法分则第二章、第三章以及第五章、第六章等章节。第八章、第九章对公务的规定,亦属于广义的业务概念。广义的业务,一般是指与经济活动直接或密切相关的领域,主要涉及刑法分则第三章规定的情形。在语义上,业务与经济活动密切相关。狭义的业务,一般是指涉及市场竞争秩序或市场秩序监管领域的业务,即涉及生产经营活动,主要是指第三章第七节规定的内容。

最广义、广义、狭义的三分法,系对刑法中业务概念的语义范围进行适度扩张与合理限缩的结果,基本上能够契合国民认识或行为预测的一般限度。就通常的文义内容与一般人的理解来看,刑法中的业务往往应当是指与生产经营活动直接或密切相关的领域。这是狭义的业务概念,也是一般意义上所涵摄的范围。相应地,刑法中的业务犯罪也可以分为最广义、广义和狭义三个维度。刑法中最广义和广义的业务犯罪具有宽泛的指代性。最广义的业务犯罪,还应当包括公务犯罪以及相关的公共业务犯罪等。广义的业务犯罪通常应当限定在经济犯罪领域,主要涉及刑法分则第三章的罪名,而不涉及行业监管等环节。狭义的业务犯罪,是指与生产经营活动直接关系、与市场竞争秩序与管理秩序直接相关的犯罪,具体特指第三章第八节扰乱市场秩序罪。理论上通常认为狭义的业务和业务犯罪概念是立法需要加以类型化规定的对象。业务犯罪的立法应当以狭义的概念为场域。我国刑法规定的一些典型的涉业务犯罪应当都属于狭义业务领域。

2. 狭义的业务犯罪

在方法论上,可以通盘考察刑法中涉业务的关联犯罪,搜寻涉业务规定的一般共性,呈现出“最大公约数”作为比对的规范依据或者理论基准,以增加在规范上讨论刑法中业务及业务犯罪概念的共识基础。纵观横跨了传统犯罪与网络犯罪的关联犯罪,^[7]其共性包括以下几点:第一,主要分布在刑法分则第三章第八节和第六章第一节,但个别罪名归属于财产犯罪,如破坏生产经营罪。在犯罪性质上,主要是涉经济秩序或公共秩序犯罪。第二,虽然分布在刑法分则的不同章节,但犯罪客体、特别是直接客体或主要客体,在内容上都包括“秩序”。第三,从危害行为的方式看,以经济活动中常见的不正当竞争行为出现,或者是利用互联网实施不正当竞争行为、针对互联网业务实施的传统或网络危害行为,特别是以破坏财产的方式。危害行为可基本概括为传统或新型的(网络)不正当竞争行为。第四,通常都以“违反国家规定”为必要或法定的构成要件要素,属于法定犯,主要来源是涉及经济秩序方面的行政法规、民商法以及经济法等法律法规中的相关规定。

同时,业务犯罪概念应当具有特定性,否则,立法涉及面太广,缺乏独特性与专属性,会导致规制的范围过于宽泛,最终丧失单独规制的必要性。以独立的、狭义的业务概念作为设定业务犯罪的逻辑起点,可以推导出狭义的业务犯罪有以下基本特质。第一,刑法中的业务与社会主义市场的生产经营行为或活动息息相关。通常也都是商业活动或经济活动,以逐利或营利为目的,这是市场主体参与社会主义市场建设的动力所在。第二,业务

[7] 有损害商业信誉、商品声誉罪、虚假广告罪、非法经营罪、串通投标罪、破坏生产经营罪、破坏计算机信息系统罪、拒不履行信息网络安全管理义务罪、非法利用信息网络罪、帮助信息网络犯罪活动罪等。

犯罪具有社会危害性与应受刑罚处罚性。任何妨害或破坏业务的行为都会对正常的业务秩序、特别是业务的正当竞争秩序及其竞争利益等造成危害,导致市场的法治规则受损、市场主体退出或不愿意参与经济活动。狭义的业务犯罪,其本质特征是涉经济秩序类犯罪,更具体是指涉及市场竞争秩序的犯罪,即不正当竞争犯罪。第三,破坏或妨害业务犯罪的行为方式通常不是财产犯罪中的暴力、威胁,而是滥用市场竞争手段、竞争地位,直接或间接打击竞争对手的能力、声誉等,具有软性特征,并根据经济形势和趋势而变化。在互联网经济时代,妨害传统业务或网络业务的行为方式出现了巨大的变化。既沿袭了不正当竞争的行为本质,也掺入了技术滥用等网络犯罪的内容。

通过参照和对比,按照狭义的业务概念之逻辑涵射,在设定狭义的业务犯罪时,必须要回归涉经济秩序犯罪的本质特征,并应以不正当竞争犯罪为逻辑起点。它的基本要素构成如下:一是所侵犯的直接或主要客体是经济秩序,具体为正当竞争的市场秩序,以及相关的竞争利益、消费者权益等。二是危害行为虽然多样,但可概括为“妨害”或者“破坏”,一般不具有物理的暴力性。三是危害结果通常是对正当竞争秩序造成破坏,直接侵犯竞争主体的合法权益,也使消费者权益受到侵害。四是妨害网络业务行为既遵循上述规律,也已经植入了互联网要素。可将狭义的(网络)业务犯罪定义为违反国家规定,危害、妨害正当业务,破坏公平竞争秩序,导致正当竞争利益遭受损失,数额较大或者情节严重的行为。新型危害、妨害互联网正当业务的行为,是狭义业务犯罪在网络经济背景下延伸的产物。

此外,以狭义的业务犯罪为基础,可以设定业务犯罪立法的逻辑起点,直接明确立法所应保护的犯罪客体之内容为正当的(网络)竞争秩序,而不应包括所有业务领域的秩序和利益。这也为罪状的设定、构成要件要素的表述以及处罚等提供基本参考,为罪名的体例归属提供方向,为区分网络业务犯罪奠定基础。

(三)狭义业务犯罪的独立及其意义

传统业务犯罪及其形式也在不断演变,现阶段应当强化业务犯罪的独立地位并澄清与关联犯罪的差异。这既有利于充分保护正当业务和竞争秩序,也消除了相关立法规定的空缺状态与规范供给失衡、前期的刑法理论储备不足等问题。

1. 应当区分狭义的业务犯罪与关联犯罪

尽管通过探寻传统业务犯罪与关联犯罪之间的共性问题,有助于勾勒狭义业务犯罪的主要内容与基本特征。但是,有共性不是“等同”,否则,不仅会遮蔽业务犯罪的独立性问题,也会隐藏业务犯罪与关联犯罪之间的实质差异。狭义业务犯罪的独立地位,首先是基于与关联犯罪的差异,进而强化了专属的保障意义。

刑法立法的供给明显不足,在现阶段必须依靠关联犯罪来满足扩张解释的需求。尽管对保障功能的依赖与业务犯罪性质的异化是客观实情,却不能削弱单独规制狭义业务犯罪的意义。在讨论业务犯罪与关联犯罪的关系时,必须扭转上述认识误区,坚持狭义业务犯罪的独立地位为前提,具体应当把握好以下几对维度。

其一,一般与特殊的关系。关联犯罪主要通过危害行为等某一要素体现业务犯罪的内容,以保护正当业务活动。刑法中的业务犯罪作为专门概念与立法,对业务犯罪作了一

般性的完整规定。当前,新出现的业务犯罪会强化犯罪构成的类型化之精准度,并与其他关联罪名各自发挥一般与特殊的作用。这有助于减少犯罪竞合的频次,也降低扩张解释裹挟的风险,强化对业务犯罪的专门规制效果。

其二,集中与分散的逻辑。在立法体例上,关联犯罪呈现“分散”式,甚至不在同一章节。跨章节的立法,既消耗有限资源,也增加法条竞合与想象竞合的可能性,甚至削弱单个关联罪名的立法效能。无论是单独的一个或多个条文,或是否单独一节,单独的业务犯罪都应采取集中的立法规制模式。这有利于优化业务犯罪与现有关联罪名的功能结构,弱化“寄宿”模式所裹挟的负效应。

其三,整体与碎片的效果。现有关联犯罪只能“连带地”起到碎片化的规制效果,业务犯罪作为独立的专门罪名,相比之下可起到更加整体的规制效果。这两种模式虽各有优劣,但从立法体系的协调性和立法规制的专门性看,集中的业务犯罪立法更为可取。

其四,种属与归类的趋势。根据狭义的业务犯罪之概念与基本构成,其与传统不正当竞争犯罪有所重合。当前,业务犯罪立法“寄居”于不正当竞争犯罪体系内。虽没有原则性的问题,却会遮蔽业务犯罪的独立性,也不便于显示其本质特征,容易引发司法适用问题。现有的依靠对关联罪名进行扩张解释的规制方式,虽然在个案中可实现功能的共融,但本质上是立法不足、保护不均的畸形产物。不仅会引发刑法保护的间接化、碎片化等问题,甚至会出现“形式上是扩张解释,实质上是类推解释”的情况,最终导致业务犯罪与关联犯罪之间陷入错位的“嵌用”关系。

2. 保障狭义的正当业务

刑法确认狭义(网络)业务犯罪的独立地位有其积极意义,既可以强化对传统业务犯罪的规制效果,也能更好地满足规制新型互联网业务犯罪的迫切需求。

一方面,能够充分保护正当业务。业务具有一定的中立性,限制处罚说有助于更加准确评价刑事可罚性。^[8]保护正当业务是近现代刑法的基本任务,刑法应当保障国家的市场秩序与正常的生产经营活动,维护经济安全。在互联网经济时代,保护正当业务的任务并没有消失,只是对象或者形式出现变化。例如,利用互联网作为手段,对网络经营活动进行破坏;或者针对正当的网络经营活动加以破坏,侵害竞争对手的合法权益以及消费者权益的行为,实质上已经破坏互联网经济的管理秩序和正当竞争制度。但是,对这类行为以破坏生产经营等罪论处既可能违背罪刑法定原则,也非长远之计,如果仅作为民事纠纷处理,既不合理,也难以保护正当业务。特别是国务院2021年12月发布的《“十四五”数字经济发展规划》与中共中央、国务院2022年12月发布的《关于构建数据基础制度更好发挥数据要素作用的意见》相继确立了全力发展数字经济的重大战略决策与部署,也建立起“数据中心主义”的政策保护效应,充分保护新兴数字经济业务已成为新的挑战。经济社会的迅速发展变化,使刑事立法不可能只追求稳定性,通过立法完善业务犯罪规定及罪名体系是保护正当业务与实现精准司法保护的重要措施。

另一方面,能够实现立法平等与保护均衡。《刑法》第277条规定了妨害公务罪,但

[8] 参见陈兴良:《论中立的帮助行为》,《东方法学》2022年第4期,第132页。

没有专门规定妨害业务类犯罪。狭义的业务犯罪散见于刑法分则第三章第八节,导致立法的科学性、协调性与专门性不足。“不对称”的立法格局已经造成差异化的刑法保护,是实质上的立法不平等的表现。通过解决业务犯罪立法不均衡问题,既可确立更加均衡的刑法保护体系,也便于更好地区分公务犯罪与狭义的业务犯罪。理论上对业务犯罪地位的设定,应立足业务犯罪的理论储备与规制需要,遵循业务犯罪的独立性,建立专属的立法体系。

三 网络业务犯罪的理论廓清

在重塑传统业务犯罪的同时,也要及时厘定快速发展中的网络业务犯罪相关概念及其规制问题,澄清网络业务犯罪的客体内容是关键。可以网络不正当竞争犯罪作为建构一般法理的起点,整体上推动网络业务犯罪与传统业务犯罪之间的分化。

(一) 新型网络业务犯罪的规制困境

当前主要通过计算机犯罪和信息网络犯罪对新型网络业务犯罪进行间接规制,虽然孕育扩张解释路径的合理性,但也可能助长扩张解释功能的异化。

1. 参照网络犯罪应对逻辑的反思

目前,我国刑法中的网络犯罪规定可以分为四部分:一是传统计算机犯罪,包括第 285 条和第 286 条。二是纯正的信息网络犯罪,包括第 286 条之一、第 287 条之一和第 287 条之二。三是第 287 条对利用计算机实施犯罪的提示性规定,主要是手段型犯罪。四是关联犯罪,如第 253 条之一和第 288 条等。从上述规定看,没有直接关于网络业务犯罪的立法规定。但是,个别犯罪规定与网络业务犯罪存在一定的关联。从法条关系看,第 287 条是提示性规定,凡利用计算机(信息)系统实施破坏网络业务的,可以按照现行犯罪规定论处;第 286 条之一可以对破坏网络业务的不作为犯罪加以规制,第 287 条之二可以对破坏网络业务犯罪的帮助行为加以规制,这为扩张解释提供基本的规范依据。在司法实践中,对利用计算机信息系统妨害业务的行为,主要有以下应对方式:一是适用破坏生产经营罪,如网上恶意刷单等行为;二是适用破坏计算机信息系统罪,如对环境质量监测系统实施外在干扰,致使采样、监测数据严重失真;三是适用非法经营罪定罪,如设立公司通过互联网人为炒作、虚增他人商业信誉。以上是典型的扩张解释,以关联犯罪为逻辑起点,在方法论上对关联犯罪的构成要件要素进行扩张解释。上述做法都不是直接规制,而是间接规制。因此,上述应急性的“入罪”做法始终在说理上存在不自洽的地方。

2. 过度扩张解释的功能异化

目前,我国刑法中关于妨害业务罪的专门立法缺失,导致刑罚处罚的规范依据严重不足。实践中也主要依赖扩张解释方法,但也已经暴露不少问题,具体表现为如下几方面。

第一,罪刑法定原则的困境。在实践中,批量恶意注册账号既是实施犯罪行为的预备行为,也妨害了网站和电商正常的业务进行。我国刑法没有规定妨害业务罪,又因互联网时空的阻隔,难以认定意思联络,也无法按照共同犯罪处理,如要适用现有刑法规定,需通

过法律解释实现。^[9]应当对破坏生产经营罪进行客观的扩张解释:破坏不等于毁坏,妨害也是一种破坏;生产经营不仅包括生产活动,还包括组织管理活动,也可以包括业务活动,所以破坏生产经营罪可以包容妨害业务罪,以规制恶意注册行为。^[10]刑法解释起了“缓和”的柔化作用,但过度或大规模运用当然解释、扩张解释以及实质解释等,可能突破罪刑法定原则。

第二,个别热点关联罪名的“口袋化”问题。直接与业务相关的犯罪规定相对偏少,面对互联网经济中的新型业务犯罪行为,不得不援引关联罪名加以规制。虽然冠以扩张解释的名义,但也容易导致若干热点罪名陷入新的“口袋罪”误区。在利用其他手段妨害他人正常业务、特别是网络正当业务时,如果出于政策考虑,通过刑法的“软性解释”以扩张处罚范围,容易使上述罪名沦为“口袋罪”。^[11]对传统关联罪名的过度扩张解释,是诱发新“口袋罪”的动因所在。不仅给关联罪名增加“额外”的法治负担,也快速消耗扩张解释路径的“有效性(合法性)”。

第三,立法原意的缺漏持续增加。关联犯罪都是“过去式”产物,基本无法以回溯的方式直接填补当前保护网络业务的需求,也无法解释为立法原意。立法漏洞已成为制约业务犯罪的司法规制的根源与“病灶”。对于妨害网络业务、网络秩序等行为,通过扩张解释得出的入罪结论可能是夸张的司法“跳跃”,会把立法原意的合法性与正当性及其作为刑法解释的基础角色予以消耗、直至殆尽,陷入“口袋化”危机。^[12]规制妨害网络业务、网络秩序犯罪,主要是立法论问题,^[13]通过立法可以消除该“病灶”。对过去并未明文规定的危害行为,是否可以启动刑罚处罚,由立法机关决定,不能只通过司法活动填补刑事处罚漏洞,尤其不能通过类推解释填补“意图性的法律空白”。^[14]通过立法规定与确认新的立法原意后,会消除扩张解释异化为类推解释的内生性制度土壤,也能够最大限度减少外部刑事风险。

当前,过度依赖扩张解释而出现司法困局的根源是没有独立的网络业务犯罪概念,也没有建立起理论、立法、司法等整套体系。在互联网经济已经全渗透到传统经济形态的情况下,通过立法建立健全独立的网络业务犯罪体系是必要且迫切的。

(二) 网络业务犯罪的地位与范围

在互联网经济下,厘定狭义网络业务犯罪的概念已经具备基本的前提和基础。进而,也可确认网络业务犯罪的性质归属,并以此精准圈定刑法规制的规范界限。

1. 网络业务犯罪的独立性

由传统业务犯罪到网络业务犯罪的形态演进,也是由传统犯罪到网络犯罪变迁的特定缩影。尽管从语义逻辑看,业务犯罪和网络业务犯罪应当“同根同源”。即使网络犯罪

[9] 参见陈兴良:《互联网帐号恶意注册黑色产业的刑法思考》,《清华法学》2019年第6期,第13页。

[10] 参见高艳东:《破坏生产经营罪包括妨害业务行为——批量恶意注册账号的处理》,《预防青少年犯罪研究》2016年第2期,第14页。

[11] 参见周光权:《刑法软性解释的限制与增设妨害业务罪》,《中外法学》2019年第4期,第951页。

[12] 参见孙道萃:《“口袋罪”的刑法定位重述》,《国家检察官学院学报》2022年第1期,第105页。

[13] 参见陈兴良:《网络犯罪的类型及其司法认定》,《法治研究》2021年第3期,第14页。

[14] 参见周光权:《有必要增设利用计算机妨害业务罪》,《人民检察》2020年第12期,第42页。

深度演变,传统业务犯罪也并未彻底消失,仍保持原有的地位。但是,网络业务犯罪快速崛起和演变极大地扩充“业务”的外延。在讨论网络业务犯罪概念时,可以遵循已有的刑法理念和逻辑,但更应投射和植入最新的网络变量。

第一,应当厘清与传统业务犯罪的关系。通常认为,网络业务犯罪与业务犯罪之间是法条竞合关系,具体而言是特殊法条与一般法条的关系。根据特殊法条优于一般法条的适用规则,应当适用网络业务犯罪,以实现特殊保护。但是,业务犯罪规定在一定程度上起到“兜底”的作用,可依法规制任何的业务犯罪。在现阶段,业务犯罪与网络业务犯罪之间还不存在根本性差别。不过,互联网业务行为具有特定性和专属性,与传统业务行为的区分度较为明显。随着网络业务犯罪的不断迭代,实质差异不断扩大,甚至会出现“替代”关系或“二元分立”格局。从立法技术上看,对于是否必须完全区分两者,并以不同的条文乃至不同的章节体例加以确认的衡量:“利”在于加强立法的精细化,使罪名体系更加精准,与行政法律法规的变动保持一致;“弊”的根源是当前网络业务犯罪仍在快速演变与剧烈变动,具有很大的不确定性,不便于从立法上进行类型化的归纳,很可能导致具体的网络业务犯罪一经确立便告滞后。但是,采取“兜底条款”的做法,又削弱精细立法的科学性与必要性。对此,应当根据网络业务犯罪、网络竞争领域的法律法规变动等情况,分类采取“统一式”或“分列式”,并动态调整。

第二,需要注意与计算机犯罪、信息网络犯罪的区别。虽然计算机犯罪与网络犯罪存在差异,但都可以是实施网络业务犯罪的空间场域,可作为一个整体与网络业务犯罪进行对比。在实践中,计算机犯罪、网络犯罪作为关联罪名,在保护的客体内容、行为对象、危害行为及其方式、造成的结果等方面,都可能涉及网络业务犯罪,但是,因不是专门的业务犯罪规定,无法提供整体性的保护。二者虽然同为广义的网络犯罪,但从保护客体的差异看,应当将网络业务犯罪予以独立而非混同。区分的意义在于,一是优化计算机犯罪、网络犯罪的罪名体系,二是防止过度“借用”现有计算机犯罪、网络犯罪,避免扩张解释引发“口袋化”问题,三是更好地协调业务犯罪与网络业务犯罪的竞合关系。

第三,准确把握与网络不正当竞争犯罪的关系。网络业务犯罪是传统业务犯罪在网络时代的延伸。狭义的业务犯罪主要是指破坏正当竞争秩序的犯罪。从类比上看,网络业务犯罪必然对网络正当竞争秩序造成破坏,实质就是网络不正当竞争犯罪。网络不正当竞争犯罪作为一个具有共通性、规范性的统合概念,源自于广泛而丰富的既定立法,可以非常形象地对新型网络业务犯罪的本质特征进行充分和整体地概括。而且,处于动态发展中的网络业务犯罪,原则上与网络不正当竞争犯罪体系是互通的。只是域外和国内更习惯使用“业务”和“不正当竞争”两个不同的关键词。目前,根据《反不正当竞争法》第 12 条,可以初步设定网络不正当竞争犯罪的范围。^[15] 网络业务犯罪与网络不正当竞

[15] 根据《反不正当竞争法》第 12 条的规定,经营者利用网络从事生产经营活动时,不得利用技术手段,通过影响用户选择或者其他方式,实施妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为。主要有四种情形:未经其他经营者同意,在其合法提供的网络产品或者服务中,插入链接、强制进行目标跳转;误导、欺骗、强迫用户修改、关闭、卸载其他经营者合法提供的网络产品或者服务;恶意对其他经营者合法提供的网络产品或者服务实施不兼容;其他妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为。

争犯罪的范围也基本重叠或重合,但如果对第12条作扩大理解,不正当竞争行为在外延上可能超过业务犯罪的边界。

据此,可以确立网络业务犯罪概念的独立地位及其专属的存立范围:一是属于相对独立的一类新型网络犯罪;二是应区分传统业务犯罪与网络业务犯罪,确立传统业务犯罪和网络业务犯罪的二元结构,以契合传统犯罪和网络犯罪分野的趋势;三是在现阶段,网络业务犯罪与网络不正当竞争犯罪基本重合。经此,也为专门立法提供了依据,可避免当前司法实践中过度“嵌用”关联犯罪的弊端。

2. 网络业务犯罪的发展性

目前,常见的网络业务犯罪行为基本源自行政法、民商法、经济法及其他法律法规的规定。《反不正当竞争法》与《电子商务法》最集中地规定了网络不正当竞争行为,也是考察网络业务犯罪行为的重要依据和参照。网络业务犯罪都是法定犯,根据网络业务犯罪行为类型,可以窥探并设置网络业务犯罪的基本范围,具体而言有如下规定。

第一,2019年修订的《反不正当竞争法》第二章集中规定传统意义上的不正当竞争行为,^[16]第12条首次专门对互联网不正当竞争行为及其情形作了单独规定。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国反不正当竞争法〉若干问题的解释(征求意见稿)》(2021年8月)作了更加详细的规定。此外,《中华人民共和国反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》在《反不正当竞争法》第12条的基础上,着力于治理新型网络不正当竞争行为,全面完善数字经济反不正当竞争规则等立法内容,增加了新经济、新业态、新模式发展中出现的新型扰乱竞争秩序行为。^[17]第二,2019年的《电子商务法》第2条、第5条规定,电子商务经营者从事经营活动,应当遵循诚信原则,公平参与市场竞争,履行法定义务。第70条规定,国家支持依法设立的信用评价机构开展电子商务信用评价,向社会提供电子商务信用评价服务。这对电子商务领域的特定正当竞争行为及其保障等提出要求。第三,2021年市场监管总局发布的《禁止网络不正当竞争行为规定(公开征求意见稿)》第二章对在互联网场景下,诸如网络混淆、网络虚假宣传、虚假交易、网络诋毁等传统不正当竞争行为的新的表现形式作了归纳、列举、细化。第三章规定禁止利用技术手段实施妨碍干扰等不正当竞争行为,重点对《反不正当竞争法》第12条第2款第1、2、3项规定的流量劫持、妨碍干扰、恶意不兼容等不正当竞争行为进行细化完善。第四章规定禁止利用技术手段实施其他网络不正当竞争行为,重点列举和阐述新的不正当竞争行为类型。对《反不正当竞争法》第12条第2款第4项“其他妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为”进一步细化,规定反向“刷单”、屏蔽广告、“二选一”、数据爬取、数据“杀熟”等具体行为。此外,对适用“妨碍、破坏网络产品或者服务正常运行”的条件进

[16] 参见《反不正当竞争法》(2019年第二次修订)第6-11条。

[17] 该意见稿第二章“不正当竞争行为”拟作以下新的修改:一是对传统不正当竞争行为,增设利用或滥用互联网技术实施、针对经营数据等实施的新情形,如第9条规定的虚假宣传。二是较大幅度调整与增加了互联网领域的新型不正当竞争行为,包括第14条规定的恶意交易行为、第15条与第16条规定的一般性与具体性的网络不正当生产经营活动/行为、第17条规定的阻碍开放共享行为、第18条规定的获取和使用中的不正当竞争行为,第19条规定的利用算法实施的不正当竞争行为,第20条规定的其他网络不正当竞争行为等。

行了列举,增强了行政执法中认定标准的一致性,也强化法律的适用性。

由此可见,对于传统意义上的不正当竞争行为与完全隶属于互联网经济时代的不正当竞争行为,立法上是有明确区分的。而且,传统意义的不正当竞争行为正在经历深度的网络化演变。例如,经营者通过互联网编造、传播虚假信息或者误导性信息,损害竞争对手的商业信誉、商品声誉等。网络业务犯罪行为的类型处于高速变动期,更加全面、与时俱进地设定网络业务犯罪的概念具有积极意义。鉴于新型妨害业务行为与网络不正当竞争行为息息相关,在设定网络业务犯罪概念时,必须充分考虑网络不正当竞争立法、行为类型及其犯罪形态等因素。

(三) 网络业务犯罪的客体界分

优先明确犯罪客体的内容,可为网络业务犯罪的立法提供合法前提和正当性基础。在讨论网络业务犯罪的直接客体及其具体内容时,既要考虑业务犯罪与其他非业务犯罪的本质差异,也要考虑计算机犯罪、网络犯罪与网络业务犯罪的异同。

1. 网络犯罪的一般客体

参照现有刑法理论,网络犯罪的客体应该是网络安全,网络刑法保护的法益也是网络安全,^[18]不过,随着信息技术持续发展,网络安全的内涵与外延也在不断变化,但不不变的是,网络犯罪是对网络空间社会所有犯罪的统称。它可以表现为不同的类型,在不同技术代际下也会出现不同的发展阶段。网络安全作为一个整体概念,以其开放式的有效内涵,整体概括了刑法需要保护的内容,完全可以用以界定网络犯罪的客体内容。而且,网络安全的概念具有开放性、发展性,可以根据网络技术及其应用而自主进化,使其对新出现的网络犯罪具有单独的包容性规制能力。在规范上,网络安全完全可以作为网络犯罪侵犯的客体内容之概括,并作为网络刑法保护的主体。有观点认为,网络安全的基础要素是系统安全,即系统的平稳运行状态及系统应用的安全;网络安全的核心要素是信息安全,即系统数据不受干扰、提取和破坏;网络安全的战略要素是内容安全,即违法、有害的信息不得传播。^[19]该观点在现阶段是可取的,但结合《数据安全法》《个人信息保护法》等法律法规的规定与不断出现的新内容,包括数据安全、信息安全等安全概念仍在增加,网络安全的内涵和外延仍在扩充。当前,网络安全的核心内容包括 1.0 时代的计算机信息系统、网络 2.0 时代的信息网络、网络 3.0 时代的数据,这为设定具体网络犯罪的客体内容提供了参照。对于具体或某一类型的网络犯罪,虽然也一般性地危害网络安全,但它直接危害的应当是具体的或某一方面的网络安全。以网络业务犯罪为例,所危害的客体内容应当具体而不能笼统,与广义的网络犯罪显然有别。在设定网络业务犯罪的客体内容时,虽要考虑网络犯罪的一般客体内容之前提。但更重要的是,应当回归到业务犯罪的本质。具体地,是回到网络业务犯罪的特殊性、具体性上,精准设定其客体的基本内涵,从而真正可以与网络犯罪、业务犯罪等加以有效区分。

[18] 参见孙道萃:《网络时代的中国刑法发展研究:回顾与展望》,《华南师范大学学报(社会科学版)》2021 年第 1 期,第 172-174 页。

[19] 参见江溯:《构建新型网络犯罪治理合作机制》,《检察日报》2020 年 6 月 19 日第 03 版。

2. 网络业务犯罪的特别客体

有观点认为,从刑法立法与司法的逻辑来看,可将网络犯罪分为针对计算机信息系统的网络犯罪、利用计算机网络实施的传统犯罪和妨害网络业务、网络秩序的犯罪。妨害网络业务犯罪的侵害客体主要是网络经营活动,具有破坏经济秩序的性质。^[20] 该观点首先对网络犯罪的类型予以划分,实质上是以默认网络业务犯罪的独立性为前提。同时,将网络业务犯罪的客体内容界定为网络经营活动有其合理性。网络业务犯罪具有破坏经济秩序的性质。从危害结果上,也可归结出不正当竞争犯罪的本质属性。但是,互联网经济时代的生产、经营的形式及其结构有新的发展且持续变动,完全排除网络生产活动也未必正确。只强调“经营活动”之单一要素或情形也可能过于单一,不能规制数据生产、信息生产等过程中可能出现的风险。

在互联网经济时代,网络犯罪日新月异,为了明确网络业务犯罪与涉网络不正当竞争犯罪的关系,在界定犯罪客体上,应遵循以下立场。第一,网络业务犯罪是网络犯罪体系的一种具体情形。网络业务犯罪首先破坏了整体意义上的网络安全。但是,根据狭义的业务犯罪以及狭义的网络业务犯罪之前提设定,网络业务犯罪的对象是正当合法的网络业务及其相关的秩序,既涉及正当业务的保护,也涉及网络经济安全与秩序。在界定直接客体的具体内容上,应当回归到业务犯罪的本质特征,具体是指国家对网络业务的管理秩序。第二,从危害结果或造成的风险看,网络业务犯罪主要侵犯的是网络经济管理秩序,其实质基本上可以概括为网络正当竞争秩序,包括与互联网经济的竞争者关系及其竞争利益、消费者利益息息相关并作为“托底”的竞争秩序等具体内容。因此,网络正当竞争秩序可以作为网络业务犯罪直接侵犯的主要和具体的客体内容。第三,网络不正当竞争规定不断扩充,已经自成独立的规范体系。从行刑衔接的角度看,网络不正当竞争犯罪应当是我国刑法中的独立犯罪类型,在体量上应当超出刑法分则第三章第八节“扰乱市场秩序罪”中的相关规定。如此定位,更能揭示新型网络业务犯罪的本质特征,是对网络犯罪与业务犯罪之客体内容的交叉部分的精准整合与高度嵌合,进一步明确直接保护的具体内容。

以网络业务犯罪概念与范围为基础,有必要阐明网络业务犯罪中刑法应当保护的内容和对象,也揭示该类犯罪的本质特征与一般的规范构造。这对启动网络业务犯罪的专门立法并提高立法科学性具有根本的指引作用。

四 妨害业务犯罪的立法供给

现阶段,传统经济与互联网经济仍交互不止,故而有必要分别讨论传统业务犯罪与网络业务犯罪的专门立法,为司法的精准规制提供充足的类型化规范依据。

(一) 域外立法经验的镜鉴

域外在业务犯罪立法上积累了有益的经验,但是既在传统业务犯罪立法上立场有别,也未针对网络业务犯罪加以充分规定,所以不能照抄照搬、直接移植。

[20] 参见陈兴良:《网络犯罪的类型及其司法认定》,《法治研究》2021年第3期,第3、14页。

1. 域外的典型立法例

在传统业务犯罪问题上,《日本刑法典》分别规定了妨害业务罪和妨害计算机业务罪,且条文分置前后,对我国当前的立法研讨有一定的借鉴意义。《日本刑法典》(*Japanese Criminal Code*)第十八章“对名誉、信用的犯罪”第 233 条规定了妨害业务罪:“散布虚假的流言,或者用诡计妨害他人业务的,处三年以下有期徒刑或者 50 万日元以下罚金。”第 234 条规定:“使用威力妨害他人业务的,按照前条的规定处罚。”第 234 条之二还专门规定了以破坏电子计算机等手段妨害业务罪(妨害计算机业务罪):“损坏供他人业务上使用的电子计算机或供其业务使用的电磁记录,或者向供他人业务使用的电子计算机输入虚伪信息或不正当的指令,或者以其他方法使电子计算机不能按照其使用目的运行或者使其做违反使用目的的运行,妨害他人业务的,处五年以下有期惩役或者一百万日元以下的罚金。”上述立法规定存在理论争议与司法适用上的分歧,比如在妨害业务犯罪中是否存在是否仅限于合法业务、业务的具体范围如何限定等争议;^[21]在妨害计算机业务罪中,对侵害的对象、妨害结果的判断标准等问题未有定论,^[22]因而并非尽善尽美。

在传统业务犯罪问题上,韩国与日本的立法更为接近,韩国规定的妨害业务犯罪,也与信用犯罪有关,不过在罪名、罪状、处罚范围等方面亦有差异,如行为方式上的“威力”和“暴力”之别。比如《韩国刑法典》(*Korean Criminal Code*)第 313 条规定:“散布虚假事实或者以其他欺骗方法,妨害他人信用的,处五年以下劳役或者一百万元以下罚金。”第 314 条规定:“以前条的方法或者暴力,妨害他人业务的,处五年以下劳役或者一百万元以下罚金。”此外比较具有代表性的立法还有意大利与荷兰,这两国的规定也有其自身的特点。如意大利刑法明确规定采对“物”的暴力行为、工业与贸易活动等是犯罪对象,《荷兰刑法典》(*Dutch Criminal Code*)第 328 条之二也有类似规定。^[23]

总体来看,域外的业务犯罪立法起步早,而且仍在变化和发展中,对涉计算机业务犯罪有不同的立法规定,这些专门的业务犯罪立法有其合理性与进步之处。

2. 域外经验与我国实际的比较

通过比较,可以发现域外各国在立法理念等方面存在诸多不同,而且,由于理论体系、立法传统与实际需要解决问题的差异,域外立法经验并不必然都适合我国立法需求。

首先,不同国家立法中业务的概念与范围不统一。虽然规定了业务犯罪,但在概念与范围上差别较大。以日本为例,关于业务是否包括公务、业务的合法性、业务是否有特定

[21] 在该罪中,一是不完全同于业务过失致死伤罪中的业务,只能是刑法所保护的合法业务,且一般不包括公务等在内。二是是否包括公务,理论上存在消极、积极、修正说等不同观点。三是业务是否必须具有合法性。参见张明楷著:《外国刑法纲要》(第三版),法律出版社 2020 年版,第 475 页。

[22] 在该罪中,一是对象是由电子计算机所从事的业务,而不是指电子计算机本身。二是行为方式包括:损坏他人业务上所使用的电子计算机或其电磁记录,向供他人业务上所使用的电子计算机中输入虚伪信息或不正当的指令以及使用其他方法,都必须有违使用目的。三是结果是妨害了他人的业务。但究竟是必须实际发生妨害了他人的业务的结果,还是只需要有妨害业务的危险,存在侵害犯与(具体或抽象)危险犯的争议。参见张明楷著:《外国刑法纲要》(第三版),法律出版社 2020 年版,第 477 页。

[23] 《意大利刑法典》(*Italian Criminal Code*)第 513 条规定:“采用对物的暴力或者欺诈手段妨碍或者干扰工业或者贸易活动的,如果行为不构成更为严重的犯罪,经被害人告诉,处以 2 年以下有期徒刑和 103 至 1032 欧元罚金。”参见张明楷:《妨害业务行为的刑法规制》,《法学杂志》2014 年第 7 期,第 9 页。

的范围或特定的禁止情形等问题,理论上存在不少分歧。在我国刑法语境中,业务的概念与范围也有自身的历史传统和现实情况。我国刑法分则第三章第八节、第六章第一节的相关规定,与日本刑法中的业务概念及其立法范围相距甚远,具体表现为罪名体系的不兼容、罪状内容存在本质差异、业务犯罪的本质特征及其保护客体内容不一致等,不便直接移植。承前所述,我国在计算机犯罪、网络犯罪上的专门立法在国际上处于相对比较领先的地位。所以在网络业务犯罪的概念和范围上,与其他国家差异更加明显。第二,不同国家对业务犯罪与网络业务犯罪的区分有别。日本刑法区分传统的业务犯罪与妨害计算机业务罪,这种“区分制”的立法技术是可取的。但是,妨害计算机业务罪首先是传统计算机犯罪,与网络犯罪存在技术代际的落差,与我国的破坏计算机信息系统罪、非法利用信息网络罪等罪名相比,客观上也存在保护对象与保护效果的立法重合问题。直接规定妨害计算机业务罪的立法创新意义相对有限,对新出现的网络业务犯罪也缺乏足够的包容性、前瞻性规制效果。鉴于我国传统经济与互联网经济在较长时期相互交错,适度区分的立法是必要且可行的,既重塑了传统业务犯罪,也强化了规制网络业务犯罪的前瞻性。第三,不同国家业务犯罪的立法目的与功能定位不同。各国的经济制度、刑法文化与刑法理论体系安排不同。域外业务犯罪立法立足本国实际,形成求同存异的立法体例,秉承了不同的立法目的与功能定位。回溯我国1979年刑法颁布以来的经济发展,特别是20世纪90年代以来互联网经济与数字经济快速腾飞,新型网络业务犯罪大量出现,这直接加剧了传统刑法中关联罪名规制的不足。既真正触发了业务犯罪立法问题,也引发业务概念与范围、业务犯罪与网络业务犯罪的关系等一系列争论。尽管我国没有专门规定类似域外刑法中的传统业务犯罪,但对传统业务犯罪具有一定的“间接”规制能力。当下之所以聚焦妨害业务犯罪立法,就是无法规制网络业务犯罪而策动的。至于是否增设传统意义上的业务犯罪,涉及与刑法分则第三章第八节已有罪名之间的协调问题,特别是不正当竞争犯罪的整体立法规划。但是,域外业务犯罪立法无需考虑上述特定情况,与我国刑法相关罪名在功能定位上也不尽相同,所以只能借鉴,不能直接“照搬”。

(二)我国妨害业务犯罪的立法建言

业务犯罪与网络业务犯罪的立法需求真实存在,这是科学立法的基础,应当充分挖潜“本土”条件与积极元素,兼顾阶段性和长远性,精准供给立法方案。

1. 对已有方案的评析

在借鉴域外立法经验之际,理论上围绕业务犯罪或网络业务犯罪的立法讨论已经启动,目前主要有以下几种方案。第一,增设妨害业务罪。借鉴国外刑法的相关规定,强调构成要件的类型化,增设妨害业务罪。^[24]第二,增设普通妨害业务罪和妨害网络业务罪或妨害业务罪的加重构成。我国刑法至今没有规定妨害网络业务罪和普通妨害业务罪。实践中对妨害网络业务行为,如果任意以其他犯罪论处,会冲击罪刑法定原则。应适时设立普通妨害业务罪和妨害网络业务罪,或者将妨害网络业务行为规定为普通妨害业务罪

[24] 参见张明楷:《妨害业务行为的刑法规制》,《法学杂志》2014年第7期,第10页。

的加重构成。^[25] 第三,采取二元立法模式。可增设广义的妨害业务类犯罪,在破坏生产经营罪之后,新增《刑法》第 276 条之二,惩罚在现实社会与互联网空间内实施的一切妨害业务行为,以解决破坏生产经营罪难以处理的“临界案件”;在传统的毁坏财产型犯罪之外,可以设立具体的妨害业务罪,增设《刑法》第 286 条之二“利用信息网络妨害业务罪”,^[26]以此全面保护涉及正当业务的相关法益,并降低扩张解释面临的各种说理难题。

上述立法建言以专门立法为必要前提,具有以下基本特点。第一,共性是主张积极借鉴域外立法经验,启动业务犯罪的专门立法,以解决刑法保护正当业务与打击妨害业务的不足问题。主要的实质差异在于罪名性质、保护客体以及罪状标准以及立法原意等方面。形式差异在于对(网络)业务犯罪的立法体例归属,包括分别置于财产犯罪和妨害社会管理秩序罪或整体置于妨害社会管理秩序罪等看法不同。第二,关于刑法中的业务犯罪与网络业务犯罪的立法体例安排,大体可以分为三种类型:一是统合或统摄式,优先规定业务犯罪,在业务犯罪条文后设置网络业务犯罪的单独条款、加重构成条款或单独条文,但整体上由业务犯罪予以整体统摄。二是分立式,对业务犯罪和网络业务犯罪都单独加以规定。三是单支式,只规定业务犯罪,而不再单独规定网络业务犯罪。第三,在立法的基本前提上,总体上更倾向于对传统业务犯罪与网络业务犯罪进行区分。“区分制”立法是主流立场。因为立法应当是对传统经济形态与互联网经济、特别是数字经济的交互关系的如实反映。只规定传统业务犯罪,无法应对互联网业务犯罪的规制需求,是最不经济的立法。只规定互联网业务犯罪,并在其项下统一解决传统业务犯罪及其遗漏问题,也显然不切实际。

尽管理论界对刑法中的业务、业务犯罪的概念及其立法的范围均没有达成充分共识。但是,狭义的业务犯罪具有特殊性和专属性的特点,作为一种犯罪类型具有整体的相对独立性,可以凸显规制不正当竞争犯罪的实际需求与立法旨趣,这是应当启动专门业务犯罪立法的主要依据与现实需求,不仅可以强化立法的精细化程度,也增强司法规制的整体效能。

2. 专门立法的要点展开

专门立法可对网络业务犯罪侵犯的客体加以直接、精准保护,消解司法认定难题。应当充分评估立法需求与目的,遵循我国刑法典的体例安排与一般规律、经验,结合网络刑法立法的最新动态,以“区分制”为前提,科学谋划立法细节。当前,应着重考虑以下几个方面。

第一,明确立法的动因。单纯或主要为了解决破坏生产经营罪对网络业务犯罪的规制不足问题而考虑启动业务犯罪以及网络业务犯罪的立法,在效果上可能“舍近求远”和“本末倒置”。其问题在于,刑法中业务犯罪的概念和范围远远超出破坏生产经营罪。破坏生产经营行为虽然是典型的妨害业务行为,但不能直接将破坏生产经营罪视为广义的传统业务犯罪。破坏生产经营罪所处的刑法分则第五章是财产犯罪,如果以毁坏型财产

[25] 参见陈兴良:《网络犯罪的类型及其司法认定》,《法治研究》2021 年第 3 期,第 15 页。

[26] 参见周光权:《刑法软性解释的限制与增设妨害业务罪》,《中外法学》2019 年第 4 期,第 965-966 页。

犯罪为立法参照原点,会极大限制狭义业务犯罪的应然范围。不仅“脱离”涉经济秩序犯罪的本质属性,也与刑法第三章第八节中已有关联罪名在“体系落位”上相距甚远。

第二,考虑罪名体系的协调。如果没有理清妨害网络业务犯罪与现有计算机犯罪、网络犯罪的关系,会加剧立法体系的不协调与功能紊乱。虽然应当区分普通的业务犯罪与网络业务犯罪已是基本共识,但也应以理清相关犯罪之间的关系为前提。首先,《刑法》第287条对利用计算机实施犯罪的情形作了规定,对于“工具(手段)型”的计算机犯罪或网络犯罪,可以按照刑法的其他罪名加以规制。对于新型网络业务犯罪,实践中不乏借助第287条进行规制的范例。在增设妨害业务犯罪时,不宜排除将其置于第287条之后的可行性。这也是当下对立法体例的“无奈”之优选。其次,《刑法》第286条规定的破坏计算机信息系统罪,因“破坏”具有极强的解释张力,实践中可能异化为新的“兜底”罪名,对一些新型妨害网络业务犯罪起到了规制作用。虽然“妨害”与“破坏”在行为性质上具有高度的相似性,增设第286条之二即妨害网络业务犯罪未尝不可,但这两种行为存在差异,将妨害网络业务罪置于第286条之后,容易加剧行为竞合的概率。完全限定在计算机犯罪的旧时代已不可取,极可能与网络犯罪时代的立法脱节,降低立法的时效性。最后,与其他的计算机犯罪、网络犯罪规定相比,应强调网络业务犯罪立法的独立性。网络业务犯罪作为新增的独立犯罪,应与现有计算机犯罪、网络犯罪相互区分。

第三,明确网络业务犯罪的定位。目前,基本上认为有必要继续区分业务犯罪与网络业务犯罪。但是,在网络犯罪体系内,妨害网络业务罪究竟是一般性罪名还是特殊性罪名,仍需探讨。基于网络刑法立法的专门性、独立化,应当讨论是否有必要区分一般性与特殊性的网络业务犯罪立法。其意义在于对以下问题的回应:一是采取叙明罪状还是简单罪状。如果认为网络业务犯罪是一般性的网络犯罪,可以采取简单罪状或叙明罪状。但如果认为是特殊性的网络犯罪,一般应当采取叙明罪状,以明示本罪的规制对象与处罚边界。二是采取概括的行为类型表述还是对行为类型进行具体的列举。如果将业务犯罪作为一般性的网络犯罪,可以不进行具体列举,采用概括性的立法方式,更能起到开放性、包容性。但如果认为是特殊性的网络犯罪,一般应当列明主要的行为类型。这既是立法的明确性要求,也有利于提高立法的准确性或精准性,防止与关联罪名出现重叠。三是应考虑设置兜底条款问题。如果将妨害网络业务罪视为一般性的网络罪名,考虑到网络业务犯罪不断发展变化,为了强化新增单独罪名的适应能力和避免反复修正,有必要增设“兜底条款”。不过,如果设置“兜底条款”,也可能会压制特殊性的网络业务犯罪的设置,进而引发司法保护出现不周延等问题。

3. 立法体例的最优选择

一方面,关于业务犯罪和网络业务犯罪的立法体例问题,应考虑以下主要因素。第一,业务犯罪和网络业务犯罪不应当放在同一章节。虽然网络犯罪成为目前主要的犯罪类型,但传统犯罪的主导地位仍未受到绝对的实质动摇。我国现行刑法典在短时期内不会出现大规模的网络化修正,网络刑法典的创制也不会一蹴而就。在现阶段,应当继续遵循传统犯罪与网络犯罪的区分立场,既要增设传统的业务犯罪,也要增设适应于互联网时代的网络业务犯罪。在体例上,也应置于最相似或接近的刑法分则的章节内。第二,关联

犯罪可作为直接的参考系,而真正的决定因素是犯罪客体的同类性或同质性。以狭义的业务概念为前提,传统业务犯罪主要涉及刑法分则第三章第八节的相关罪名。这应当归属为涉经济秩序犯罪,或者也可以基本认为是不正当竞争犯罪。增设网络业务犯罪,首先是为了更好地规制新型网络业务犯罪,也维护网络刑法的立法专属性、专业性、专门性与独立性。而且,有必要与现有计算机犯罪、网络犯罪放在同一章节,以实现罪名体系的内在协调。但是,刑法分则第六章第一节以“扰乱公共秩序”为犯罪客体的内容,已经不能充分和完全地容纳网络犯罪的客体内涵。所以,网络犯罪立法不应继续放在刑法分则第六章第一节,应尽快实现单独的章节化,才能更好地满足日益扩大的保护需求。^[27] 网络业务犯罪立法的体例安排亦受此影响。第三,传统业务犯罪置于财产犯罪内,而非置于刑法分则第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”第八节“扰乱市场秩序罪”内,这是颇具争议的做法。传统业务犯罪属于财产犯罪的观点与当前的主流认识有出入,也极大限制增设传统业务犯罪的规制效果。当前,我国网络犯罪大部分被归入到妨害社会管理秩序罪。数字时代的妨害业务行为也应归入刑法分则第六章“妨害社会管理秩序罪”第一节“扰乱公共秩序罪”内,具体应置于计算机犯罪或网络犯罪后。此外,按照计算机犯罪或网络犯罪的立法应当专门化、独立化之普遍共识,网络业务犯罪在现阶段的最佳去处应当是刑法分则第六章第一节,但未来需动态地优化具体的体例归属。

另一方面,当前关于业务犯罪与网络业务犯罪的关系,主要有以下几种观点:一是以独立的业务犯罪为前提,对网络业务犯罪应继续依附还是逐步独立于业务犯罪持开放式态度。二是以两类犯罪的各自独立为前提,特别是以网络业务犯罪的独立为前提。三是默认和接受目前对业务犯罪的“碎片化”“分解式”的规制模式,不再另行单独规定业务犯罪。相应地,在立法体例上,也表现为统合式、分立式和单支式。考虑到网络业务犯罪的特殊性以及迅猛发展态势,特别是与传统业务犯罪加以区分,有必要单独加以规定。对此,应当坚持“区分制”的基本立场。既可以照顾到传统业务犯罪立法的客观、实际需求,以此建立我国刑法中的业务犯罪体系;也能关照到网络业务犯罪立法的潜在需求,紧跟网络刑法立法的整体布局,实现协同立法。既不宜将两个罪名规定在一起,也不宜将网络业务犯罪作为业务犯罪的具体条款或加重构成规定。因而,“分立式”的立法体例更可取些。

综上,根据我国现行刑法的基本原理与立法经验以及网络刑法的最新进展,结合传统业务犯罪的演变趋势以及网络业务犯罪的发展态势,在权衡域外立法经验后,有必要分别启动针对业务犯罪、网络业务犯罪的立法修改,及时回应治理需求。初步的立法建议为在刑法第三章第八节增设第 231 条之一(妨害业务罪)以专门规定传统业务犯罪,并在第六章第一节增设第 287 条之三(妨害网络业务罪),在立法体例上将网络业务犯罪纳入网络犯罪的序列。

[本文为作者主持的中国政法大学资助项目“青年拔尖人才”(2023-2025)的研究成果。]

[27] 参见孙道萃著:《网络刑法学初论》,中国政法大学出版社 2020 年版,第 77 页。

[**Abstract**] In recent years, China has successively promulgated a series of basic cyber laws as well as special cyber laws, thereby significantly increasing the provisions on cyber business. Meanwhile, the continuous increase in illegal and criminal cyber activities has not only aggravated the shortcomings of the criminal law in regulating traditional business crimes and cyber business crimes but also put forward new requirements for the development of the business crime theory in criminal law. At present, China adopts fragmented and decentralized legislation on business-related crimes and includes it in the criminal system of anti-unfair competition, but this is not enough to objectively present the nature and regulatory characteristics of business crimes. The emergency response path that relies on related crimes to expand interpretation has already shown such problems as weak theory and inadequate supply of legislation. In view of the current situation and trend of development of economic form and the legislative tradition in China, the narrow concepts of business and business crime should be established and used as the basic starting point for exclusive legislation, so as to strengthen the full protection of legitimate business. With the rapid development of the Internet economy, especially the digital economy, cyber business crimes become increasingly rampant and it is obviously difficult to rely on existing computer crimes and cyber crimes to establish expansive interpretation paths. New cyber business crimes have their independent attributes that are related to but different from those of traditional business crimes. They belong to cyber crimes in the broad sense but are different from computer crimes and information cyber crimes. In essence, they are network unfair competition crimes and their protected object is legitimate and legal business. This also establishes the necessity and rationality of continuing to distinguish between traditional business crimes and cyber business crimes. The era of the Internet economy is coming in an all-round way, the legislation on anti-unfair competition triggers the connection between administrative law and criminal law, and the issue of special legislation on (cyber) business crimes is becoming increasingly prominent. China should be guided by its own actual legislative needs and reasonably draw on foreign legislative experiences, and effectively carry out the task of protecting the legitimate (cyber) business by criminal law. At the current stage, a “differentiation system” can be adopted. Namely, two separate provisions, Article 231-1 on the crime of obstructing business and Article 287-3 on the crime of obstructing Internet business, can be added to the Criminal Law to support the dual protection of legitimate traditional business and cyber business, and the legislation on cyber business crimes should also be adjusted in due time with the progress of the overall legislation on cyber crimes.

(责任编辑:贾元)