

侵犯公民个人信息罪中“为合法经营”情形的认定

冯文杰

内容提要:司法解释配置了“为合法经营型”侵犯公民个人信息罪的特殊定罪量刑规则。“为合法经营”表明行为侵犯人身、财产等法益的可能性较低,具有提升情节严重标准的功能,属于不法要件要素。若经营业务不违反国家规定,就不能单纯由于在经营过程中受行政处罚等制裁被认定不符合“为合法经营”。须由司法机关与行为人共同负责举证证明是否“为合法经营”。须从非法获取个人信息后对人身、财产安全影响的角度厘定个人信息类型。只有获利数额合理展现了法益侵害程度,才能将其作为罪量依据,在不得已以获利数额作为罪量依据时,宜采净利原则。应将“因……受过处罚”解释为曾因实施侵犯公民个人信息罪的构成要件行为受过侵犯公民个人信息罪处罚或二年内因实施该罪的构成要件行为受过行政处罚。须根据同类解释原理将情节严重程度相当的事实作为符合其他情节严重的情形。

关键词:侵犯公民个人信息罪 情节严重 不法要件要素

冯文杰,西南政法大学行政法学院副教授。

一 问题的提出

虽然司法解释不是法律,但是也具有法律效力。尤其是我国刑法分则中存在大量的罪量要素,典型如“情节严重”等,^[1]需要司法解释对其含义展开说明。虽然对罪量要素的体系定位存在争议,^[2]但是对罪量要素的界定可与行为类型等因素相关联。因此,司法解释对罪量要素的应用性解释值得被认真对待。《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》(下称“《个人信息刑事解释》”)第6条第1款对“为合法经营”而非法购买、收受一般公民个人信息的行为配置了专门的定罪量刑规则。但是,实务

[1] 参见苏永生:《罪量要素主观归责理论的反思与重构》,《环球法律评论》2025年第2期,第71页。

[2] 参见王彦强著:《犯罪成立罪量因素研究》,中国法制出版社2018年版,第212页。

中对其体系定位存在一定认识差异,既存在犯罪成立条件说,^{〔3〕}也存在量刑情节说。^{〔4〕}若不能明确其体系定位,就无法甄别其应有的实质含义,进而无法坚持刑法谦抑主义。

一方面,在对“为合法经营”而非法购买、收受一般公民个人信息行为的判定过程中,其是一种对违法性程度的增减发挥作用的违法构成要件要素,还是一种不对判断侵犯公民个人信息罪的成立发挥作用的“降低责任刑之情节”,^{〔5〕}抑或是表征行为人主观罪过程度及行为社会危害程度的主观超过要素的目的,^{〔6〕}理论界对其解读存在激烈争议。另一方面,“为合法经营”型侵犯公民个人信息罪的适用如何排斥《个人信息刑事解释》第5条的适用?质言之,“为合法经营”的含义、体系定位、情节严重的认定规则等均须厘清。只有如此,才能在合理解释“为合法经营”的实质含义过程中,展现其应有的实践功能。

二 “为合法经营”体系定位的实践与理论疑问

(一)侵犯公民个人信息罪“为合法经营”的犯罪成立条件说及其疑问

实务界存在将“为合法经营”作为犯罪成立要件要素的裁判观点,比如在“王某1、杨某1侵犯公民个人信息案”中,被告人白某某、徐某某为婚介服务业务的发展而非法购买大量公民个人信息,法院指出,二人为合法经营而非法购买公民个人信息,已达情节严重的程度,构成侵犯公民个人信息罪。^{〔7〕}可见,法院倾向于将“为合法经营”作为犯罪成立条件对待。还比如有司法意见指出,若行为人提供证据证明其购买公民个人信息系用于合法经营,并且无其他证据证明其对外出售,就应认定行为人符合“为合法经营活动而非法购买、收受”情形,且不存在该条规定的“情节严重”情形时,就不构成相关犯罪。^{〔8〕}理论界也存在将“为合法经营”作为犯罪成立要件要素的观点,比如有学者认为,“为合法经营”目的是区分行为人主观罪过及行为社会危害程度的重要表征,具有作为定罪量刑根据的作用。^{〔9〕}但是,无论是实务界的犯罪成立条件说的展示,还是理论界犯罪成立条件说的凝练,均未明确“为合法经营”是属于不法要件要素还是属于责任要件要素。这不利于合理解释“为合法经营”的实质含义,因为若其属于不法要件要素,就需要将其往增减违法性程度作用的方向解释;若其属于责任要件要素,就需要将其往增减可谴责性程度作用的方向解释。可见,在未合理明确“为合法经营”的体系定位之前,无法精准识别对其含义展开解释的方向。

(二)侵犯公民个人信息罪“为合法经营”的量刑情节说及其疑问

实务界也存在将“为合法经营”作为酌定量刑情节的裁判观点,比如在“周某等侵犯

〔3〕 参见安徽省太和县人民法院(2019)皖1222刑初461号刑事判决书。

〔4〕 参见浙江省杭州市江干区人民法院(2017)浙0104刑初694号刑事判决书。

〔5〕 杨楠:《侵犯公民个人信息罪“为合法经营”的释义学展开》,《法学家》2023年第3期,第105页。

〔6〕 参见贺洪波:《为合法经营活动而侵犯公民个人信息的刑法规制》,《重庆邮电大学学报(社会科学版)》2018年第3期,第32页。

〔7〕 参见安徽省太和县人民法院(2019)皖1222刑初461号刑事判决书。

〔8〕 参见江苏省高级人民法院编:《江苏省高级人民法院公报》(第63辑),法律出版社2019年版,第22-29页。

〔9〕 参见杨晓庆、施李艳:《正确认定“为合法经营”侵犯公民个人信息》,《检察日报》2019年11月21日第3版。

公民个人信息案”中,被告人付某某为推销房产销售业务,指使公司业务员被告人何某某以人民币 1000 元的价格向周某购买楼盘业主信息共计 24.7 万余条,其中包含姓名、电话、地址、房屋面积等信息为 13.2 万余条。辩护人认为,付某某主观恶性及社会危害性较小,为合法经营而购买信息,处罚上应从轻且适用缓刑。法院指出,付某某在实施犯罪行为时具有合法、正当的工作,基本都以开展业务、提高业绩为初衷实施犯罪行为,现有证据证明涉案公民个人信息基本未被用于进一步的传播、扩散,并且至案发尚未造成引发其他犯罪等严重的危害后果,认罪态度较好,可酌情从轻处罚。^[10]可见,法院至少认为,为合法经营属于酌定从轻处罚情节。我国理论界也存在将“为合法经营”作为从宽处罚情节的观点,比如有学者强调,为合法经营而非法获取公民个人信息的行为与出售、提供公民个人信息的行为,在主观恶性、社会危害性方面均存在较大区别,不宜简单以涉案公民个人信息的数量定罪量刑。^[11]还有学者指出,“为合法经营”属于不对判断侵犯公民个人信息罪的成立发挥作用的“降低责任刑之情节”,因为其至少应作为一种正当目的而存在,并且具有获得宽宥的作用,表明非难可能性较小。^[12]

但是,这样的定位存在疑问。一方面,无论是实务界对“为合法经营”酌定从宽处罚情节的定位,还是理论界对“为合法经营”从宽处罚情节甚至是降低责任刑的情节的定位,均存在不当之处,因为《个人信息刑事解释》第 6 条第 1 款对“为合法经营”而非法购买、收受一般公民个人信息形塑了专门的定罪规则,若单纯将“为合法经营”作为从宽处罚情节,就未展现上述司法解释对“为合法经营”型侵犯公民个人信息罪所制定的独立定罪标准。虽然司法解释不能创设新罪,但据《立法法》第 119 条,其可对已有犯罪的犯罪成立条件作出应用性解释,因此独立定罪标准的出现不意味着创设新罪,也不违反罪刑法定原则,反而在一定意义上减少了对国民自由的限制。另一方面,仅仅将“为合法经营”作为从宽处罚情节,甚至将其作为降低责任刑的情节,均会减少“为合法经营”要素所能发挥的出罪作用,对行为人自由权利的合理保障相当不利。

三 侵犯公民个人信息罪“为合法经营” 体系定位的合理形塑

对刑法中体系构造合理性的探索属于刑法原理论证的必要推进,“而并非像有时人们说的那样,是没有成效的概念游戏”。^[13]须有机地结合体系的思考与问题的思考,而部分体系在问题解决妥当性导向下可被修正甚至推翻。既然是否“为合法经营”属于判定是否情节严重的重要根据,就可将其与客观处罚条件、不法要件、责任要件等要素进行关联性分析,即使其不属于这些要件,也能在否定过程中确定其是属于影响责任刑的因素,

[10] 参见浙江省杭州市江干区人民法院(2017)浙 0104 刑初 694 号刑事判决书。

[11] 参见尹振国:《侵犯公民个人信息罪司法适用疑难问题探析》,《人民检察》2018 年第 18 期,第 34 页。

[12] 参见杨楠:《侵犯公民个人信息罪“为合法经营”的释义学展开》,《法学家》2023 年第 3 期,第 105 页。

[13] [德]克劳斯·罗克辛:《构建刑法体系的思考》,蔡桂生译,《中外法学》2010 年第 1 期,第 6 页。

还是属于影响预防刑的因素。

(一) 侵犯公民个人信息罪“为合法经营”与客观处罚条件的关系

在德日刑法学界,针对客观处罚条件的体系定位,存在违法要素说(客观处罚条件不要说)、属于犯罪成立条件的处罚限制事由说及不属于犯罪成立条件的处罚限制事由说等学说,^[14]并且学说之间对处罚限制事由的证成根据存在差异。有人指出,可罚性的前提中,除了应承担罪责的不法行为,还有以这种以保护需要为条件的其他前提,与不法及有责无关的可罚性的客观条件是其中之一。^[15]这是一种属于犯罪成立条件的处罚限制事由说。亦即,客观处罚条件虽然与不法以及有责无关,但是一种限缩犯罪圈的犯罪成立条件。即使犯罪行为符合不法及罪责的要件,已能实施刑事制裁,但基于需罚性,立法对部分可罚行为设定了限制刑罚事由,从而划定不以刑法处罚的范围。若刑法立法将某种规定设置为不法与责任要件以外的客观处罚条件,就意味着设定上述规定的罪刑规范的适用,不仅取决于是否符合不法与责任要件的要求,而且取决于是否符合客观处罚条件的要求。行为人对该条件的满足是否具有主观认识,并非罪刑规范适用所要考虑的对象,不存在刑法上的错误问题。^[16]可见,该观点认为,客观处罚条件为犯罪成立条件,并且与不法或罪责无关。有人认为,客观处罚条件的存在以犯罪成立为前提,并且不限定作为构成要件要素的行为和主体范围,仅限制可罚性的范围。^[17]有人强调,客观处罚条件应在与违法性和责任相关联的情况下展开研究,日本刑法中的客观处罚条件都能被还原为违法要素。^[18]“任何一个限缩刑罚的要素,同时又在发挥着证立刑罚的作用。”^[19]实施刑法处罚的充分条件除了包括行为人的行为符合不法与责任要件外,是否还需要包含其他条件,或者说,特定情形的存在是否会排除原本很可能出现的刑法可罚性?学术界的多数观点认为,该特定条件不属于不法或责任要件要素。^[20]

上述特定条件被称为客观处罚条件。客观处罚条件的体系定位只能在借鉴德日刑法的前提下,以我国刑法条文的具体规定为依据展开。我国刑法中的客观处罚条件主要包括经责令改正而拒不改正、经行政处罚而仍不改正及受过刑事处罚这三种类型。行为人经责令改正而拒不改正或经行政处罚而仍不改正,不能改变不改正之前的行为侵犯法益的种类、状态和程度,不能作为违法要素。^[21]责任要素存在于行为人行为时的主观可非难性,如果行为人的行为已实施完毕,就无法使行为时的非难可能性程度增加或降低,所

[14] 松原芳博「犯罪論上の「結果」の体系的地位:規範論と客観的処罰条件」九州法学会会報1号(1999年)10-11頁参照。

[15] 参见[德]冈特·施特拉腾韦特、[德]洛塔尔·库伦著:《刑法总论I——犯罪论》,杨萌译,法律出版社2006年版,第86页。

[16] 参见林钰雄著:《新刑法总则》(第六版),我国台湾地区元照出版有限公司2018年版,第325-327页。

[17] 参见[日]福田平、[日]大塚仁著:《日本刑法总论讲义》,李乔、文石、周世铮译,辽宁人民出版社1986年版,第227页。

[18] 参见[日]松原芳博著:《犯罪概念和可罚性——关于客观处罚条件与一身处罚阻却事由》,毛乃纯译,中国人民大学出版社2020年版,第206页。

[19] [德]米夏埃尔·帕夫利克:《刑法科学的理论》,陈璇译,《交大法学》2021年第2期,第43页。

[20] 参见[德]克劳斯·罗克辛著:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第690页。

[21] 参见高磊:《论犯罪成立的行政程序性条件》,《东方法学》2020年第3期,第126-138页。

以责任要素说并不合理。我国刑法中的客观处罚条件属于预防要素,亦即,通过客观处罚条件的考察,能判定行为人是否具有犯罪预防的必要性。比如根据《刑法》第 286 条之一等条文,若行为人履行客观处罚条件中的责令改正义务或处罚改正义务,其就不具有特殊预防必要性,没有必要以刑法进行处罚。可见,即使根据主流观点,将客观处罚条件定性为不属于不法要件要素或责任要件要素的处罚限制事由,也不能认为侵犯公民个人信息罪“为合法经营”属于客观处罚条件,因为即使行为人符合“为合法经营”的构成条件,也须依据《个人信息刑事解释》第 6 条第 1 款定罪量刑,而不能直接排除行为人非法购买、收受一般公民个人信息的刑法可罚性。

(二) 侵犯公民个人信息罪“为合法经营”与不法要件的关系

犯罪构成要件包括作为反映行为法益侵犯性的不法要件和作为反映行为人非难可能性的责任要件。^[22]理论与实务界均指出,侵犯公民个人信息罪的保护法益设定存在对利用公民个人信息实施侵犯人身、财产等法益的危险的关照,比如有学者就该罪的根本法益指出,“核心是与公民个人人身等利益相关信息被非法侵犯,从而造成对公民个人人身安全或者名誉等民主权利受到侵害。”^[23]质言之,即使违反国家有关规定,侵犯公民个人信息的行为若不存在侵犯公民人身或民主权利的可能性,也不能被认定构成该罪。因此需体系化阐述“为合法经营”在刑法体系中的位置,这有助于合理阐述侵犯公民个人信息行为何以与侵犯公民人身、民主等权利产生关联性。将“情节严重”作为某些犯罪的成立条件,是我国刑法分则的重要特色之一。该特色既存在明文规定的情形,比如《刑法》第 253 条之一规定“情节严重”属于侵犯公民个人信息罪的犯罪成立条件;也存在隐含规定的情形,比如《刑法》第 234 条虽未明文规定“情节严重”,但从刑法处罚的违法行为须值得刑法处罚而言,故意伤害罪的成立须符合“情节严重”。质言之,“情节严重这种整体的评价要素,也是一种构成要件要素”。^[24]可见,侵犯公民个人信息罪“为合法经营”属于犯罪成立条件。若抛开“为合法经营”这一要素,可以看出《个人信息刑事解释》第 6 条第 1 款设置了相对其第 5 条第 1 款更高标准的“情节严重”标准,因此,“为合法经营”已被作为该罪的构成要件要素。

在认定“为合法经营”属于该罪的犯罪构成要件要素后,还须合理认定其是属于违法要件要素,还是属于责任要件要素,对此,应从功能主义视角出发展开认定。有学者指出,在非法获取对象为其他个人信息时,为合法经营而非法获取个人信息的入罪门槛高于以违法犯罪为目的的非法获取,即使将非法获取对象替换为个人敏感信息,也应持该结论。^[25]可见,该观点指出侵犯公民个人信息罪“为合法经营”具有提高定罪标准的作用,属于犯罪成立要件要素,但是未直接指出其是否属于不法要件要素。有学者认为,应明确

[22] 参见张明楷著:《犯罪构成体系与构成要件要素》,北京大学出版社 2010 年版,第 121 页。

[23] 刘艳红:《侵犯公民个人信息罪法益:个人法益及新型权利之确证——以〈个人信息保护法(草案)〉为视角之分析》,《中国刑事法杂志》2019 年第 5 期,第 25 页。

[24] 张明楷著:《刑法学(上册)》(第六版),法律出版社 2021 年版,第 161 页。

[25] 参见刘宪权、王哲:《侵犯公民个人信息罪刑法适用的调整和重构》,《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2022 年第 1 期,第 95 页。

“情节严重”不属于责任要件要素,而属于违法构成要件要素,并且其内涵是反映法益侵害程度的客观事实。^[26] 刑法规范的真实含义不是仅仅隐藏于条文文字中,而是需要从生活事实中发现。^[27] “为合法经营”对法益侵害程度界定起作用的方式,似乎属于以反向方式发挥违法性程度的降低作用,但正向与反向原本就是相对而言的概念,可认为其对法益侵害程度界定起作用的方式属于正向。“为合法经营”意味着对公民个人信息侵犯所可能带来的对人身、财产等法益的侵犯可能性较低,或者说,不会由于侵害个人信息权益而导致人身、财产等法益受到侵害,这实质上是一种违法性程度的降低,是相较于一般类型侵犯公民个人信息罪(即不具有“为合法经营”前提的)法益侵害程度降低的标志,因此《个人信息刑事解释》第6条第1款将“为合法经营”下侵犯公民个人信息罪的犯罪成立标准设定得更严格,并且不配置情节特别严重的适用情形。

质言之,刑法规制侵犯公民个人信息的目的始终在关照由侵犯个人信息所可能产生的人身、财产等法益受到侵害的危险。既然“为合法经营”下的侵犯公民个人信息行为几乎不存在由侵犯个人信息所可能产生的人身、财产等法益受到侵害的危险,就应将其区别对待于不属于“为合法经营”的情形。应将“为合法经营”作为侵犯公民个人信息罪的犯罪成立要件中不法要件的要素。即使《检察机关办理侵犯公民个人信息案件指引》(下称“《信息案件指引》”)指出,“为合法经营”的事实主要应由犯罪嫌疑人提供相关证据,也不能否认,“为合法经营”属于不法要件要素。一般认为,对符合构成要件的事实,由控方承担举证责任,对违法阻却事由、责任阻却事由的存在,由辩方提供证据证明,并且在证明标准上要求前者排除一切合理怀疑而后者仅需确立一个合理怀疑。^[28] 从举证责任分配的意义上分析,“为合法经营”似乎不属于犯罪构成要件要素,但是,确实存在属于个罪的犯罪构成要件要素,但不由公诉机关举证证明而由被告人举证证明的情形,比如《刑法》第395条规定的巨额财产来源不明罪中的财产来源合法应由被告人负责说明。所以,不能因为主要由被告人就某要素承担举证责任,就认为该要素不属于个罪的犯罪构成要件要素。

(三) 侵犯公民个人信息罪“为合法经营”与责任要件的关系

只要非法获取一般公民个人信息的行为人属于“为合法经营”,且不符合例外条件,就不再适用一般的定罪量刑规则,须转而适用特殊的定罪量刑规则。即使适用后出现罪结果,也须予以适用。司法机关已准确掌握了该特殊定罪量刑规则,比如在“刘某侵犯公民个人信息案”中,法院认为,为合法经营活动而非法购买一般个人信息的情形,若不存在用于非法出售或提供情节,就应适用特殊的定罪量刑规则,不再适用情节特别严重的定罪量刑规则,并且将推销产品认定为合法经营活动。^[29] 换言之,“为合法经营”属于侵犯公民个人信息罪情节严重的判定要素,即属于侵犯公民个人信息罪的犯罪构成要件要

[26] 参见石聚航:《侵犯公民个人信息罪“情节严重”的法理重述》,《法学研究》2018年第2期,第62-75页。

[27] 参见刘艳红:《网络犯罪的刑法解释空间向度研究》,《中国法学》2019年第6期,第202页。

[28] 参见杜宇:《犯罪构成与刑事诉讼之证明——犯罪构成程序机能的初步拓展》,《环球法律评论》2012年第1期,第90-106页。

[29] 参见广东省深圳市福田区人民法院(2017)粤0304刑初1716号刑事判决书。

素。有学者认为,“为合法经营”不属于不法要素或责任要素,特殊规定的前置条件会影响不法的程度,但这主要是由于个人信息类型的非敏感性及信息未经再度传播,与信息用途是否正当无关,应以“为合法经营”具有降低非难可能性的作用为由,将其作为降低责任刑的情节。^[30]可见,该观点既未将“为合法经营”作为违法要件要素,也未将其作为责任要件要素。但是,一方面认为“为合法经营”降低了非难可能性,另一方面又认为其不是犯罪成立意义上的责任要素,该体系定位存在自相矛盾之处。能发挥降低非难可能性作用的因素应属于犯罪成立意义上的责任要素,若认为“为合法经营”具有降低不法行为人的非难可能性的作用,就无法将其单纯归类于不法要件要素。

一般认为,既然为合法经营而非法购买、收受一般公民个人信息,就应认定行为人的主观恶性较低或非难可能性程度较低,认可其具有从宽处罚的功能。^[31]但对主观恶性或非难可能性程度较低的厘定,需要寻找合适的参照对象,因为事物不能与自身相比较。理论与实务界一般将具有为合法经营情节与不具有为合法经营情节构成侵犯公民个人信息罪相较,得出上述通行结论。但该比较存在问题,一方面,对侵犯公民个人信息罪“为合法经营”的解释不能仅从字面含义展开,须从实质的角度展开,既然其已在违法性上展现了规范作用,就至少需要将其作为违法构成要件要素。另一方面,其不具有降低行为人非难可能性程度的作用。在一般情形下,为合法经营与为实施合法行为具有一定类似性,但为了接受大学教育而伪造居民身份证、为了吃饭更有营养而盗窃财物或为了做生意而行贿等情形均不能合理表明行为人的可非难性程度更低,只有其实施不法行为的目的表明期待可能性程度更低时,才能合理表明其可非难性程度更低。侵犯公民个人信息罪“为合法经营”的目的不符合这种情形,因此不能将其作为具有降低可非难性程度作用的降低责任刑情节。并且《个人信息刑事解释》第 6 条第 1 款设置了较高的“情节严重”标准,只有将“为合法经营”作为不法要件要素,才能妥当解释该规定的合理性,而责任是对违法的责任,至少不能将存在不具有降低可非难性程度的因素作为设立较高的“情节严重”标准的合理根据。符合“为合法经营”还不具有作用于再犯可能性程度降低的功能。既然为了实施合法行为都可实施不法行为,就不能表明行为人的该目的具有降低再犯可能性程度的作用,不能将其作为降低预防刑的情节。

四 侵犯公民个人信息罪“为合法经营”的规范适用

(一)“为合法经营”的实质解释及其举证责任分配

“为合法经营”属于侵犯公民个人信息罪的犯罪成立要件中不法要件的要素。但是,“为合法经营”的含义是什么?是否只要存在违法行为就不属于“为合法经营”?有论者指出,“合法经营”是不违反国家规定,并且未严重扰乱市场秩序的经营行为。需要合理

[30] 参见杨楠:《侵犯公民个人信息罪“为合法经营”的释义学展开》,《法学家》2023 年第 3 期,第 111 页。

[31] 参见周加海、邹涛、喻海松:《〈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〉的理解与适用》,《人民司法》2017 年第 19 期,第 35 页。

区分“非法经营”与“经营中的一般违法行为”的差异,企业经营业务的合法性不能被行政法上的违法行为所否定。^[32] 比如企业由于一般违法行为受到环保执法部门的行政处罚,不能一概由此认定不属于“为合法经营”。还有论者结合非法经营罪的规范保护目的与非法经营的判断标准指出,“为合法经营”的认定主要审查经营业务行为是否违法,经营过程中是否存在一般违法行为不是审查的方向。^[33] 质言之,“为合法经营”中的合法经营不同于日常语义中的合法经营,不能将行为主体在经营过程中受到行政处罚等制裁,作为行为主体没有“合法经营”的充分根据。若经营者的经营业务本身不违法,并且非法获取一般公民个人信息的目的是正常从事经营,或者不是实施非法行为,就不能否定行为人属于“为合法经营”,需要适用特殊定罪量刑规则。可见,有案件判定“二被告人系通过他人非法获取公民个人信息注册京东账户推新获利,而非正常经营活动”的审理结论存在疑问。^[34]

保障“为合法经营”规则严格适用的前提是合理分配举证责任。但“为合法经营”属于有利于行为人的不法要件要素,应由检察机关证明还是应由行为人证明?按照学术界对犯罪构成要件要素中积极要件要素与消极要件要素的举证责任分配规则,“为合法经营”似应由被告人提出证据证明。^[35] 这也是《信息案件指引》的规定。按照“谁主张,谁举证”模式,既然能适用特殊定罪量刑模式,就应由行为人证明自身属于“为合法经营”,否则就需要适用普通定罪量刑模式。但若将“为合法经营”的举证责任单纯分配给行为人,很可能是强人所难,并且可能导致司法机关不认真查实是否符合“为合法经营”。因此,《信息案件指引》未将举证责任单纯分配给行为人。若被告人客观上存在“为合法经营”的情形,但由于自身举证证明能力较低造成无法证明的后果,这对被告人是相当不公正的。因此也不宜规定主要由行为人承担举证责任。须由检察机关等司法机关与行为人共同承担举证责任,若双方均不能举证证明被告人存在“为合法经营”的情形,就只能转用普通定罪量刑规则以实现刑法处罚的妥当性。其中,检察机关等司法机关有权且有义务要求行为人合理收集或配合司法机关收集有关证据材料,并且有责任认真收集证据材料做出被告人是否属于“为合法经营”的判断。比如在“刘某男侵犯公民个人信息案”中,明显是由检察机关与被告人共同举证证明是否存在“为合法经营”的情形,并且在法院的认定下,证明为进行房型信息采集和审核业务而非法购买携程账号,属于“为合法经营”而非法购买一般公民个人信息。^[36] 司法机关还需要明确告知行为人若符合“为合法经营”的情形,就能依法享有适用特殊定罪量刑模式的法定权利。面对能提升罪量标准、降低量刑结果的要素,理性被告人自然会主动提供一切可能的证据材料证明自身存在“为

[32] 参见朱萍、张志国、徐嘉:《为合法经营活动购买公民信息是否构成犯罪》,《人民法院报》2021年10月14日第6版。

[33] 参见杨晓庆、施李艳:《正确认定“为合法经营”侵犯公民个人信息》,《检察日报》2019年11月21日第3版。

[34] 参见河南省安阳市龙安区人民法院(2024)豫0506刑初123号刑事判决书。

[35] 参见绿杰、宋丹:《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理解与适用》,《人民检察》2017年第16期,第39页。

[36] 参见浙江省云和县人民法院(2023)浙1125刑初144号刑事判决书。

合法经营”的情形。

(二)“为合法经营”前提下一般公民个人信息的实质解释

“为合法经营”前提下一般公民个人信息的认定方法是什么?实务中一般认为,其不包括可能影响公民人身、财产安全的信息,只包含姓名等一般性信息。^[37]理论界存在与此相反的观点,比如有学者指出,虽在实务中发现为合法经营而非法购买、收受(特别)敏感信息的事实客观存在,但这一般不会导致相关权利人的身、财产安全受到损害,因此,坚持罪刑相适应原则,要求确立《个人信息刑事解释》第6条规定的特殊定罪量刑标准适用于所有类型的个人信息。^[38]换言之,应从非法获取个人信息后对信息权利人的身、财产安全的影响角度厘定个人信息的类型。

第一,准确认定本罪指向的“公民个人信息”的内涵。有学者认为,没有身份指示功能的信息至多属于辅助信息,侵犯辅助信息的行为不属于刑法意义上侵犯公民个人信息的行为。比如“胡某等侵犯公民个人信息案”中的行踪轨迹仅展现了自然人的移动范围,不属于能识别自然人身份的信息。法院认为,收集行踪轨迹的人员事前已识别了被害人身份,该行踪轨迹信息能被认定为属于被害人的行踪轨迹信息,因此,其才会认定该行踪轨迹属于公民个人信息。但该论证属于循环论证。若认定行踪轨迹的内涵是指自然人的移动范围,就不能认为行踪轨迹具有可识别性,因为起到识别作用的是被害人的工作单位与家庭住址等信息。^[39]疑问是,《个人信息刑事解释》未将识别功能的发挥限制于独立适用,规定与其他信息结合识别特定个人身份或反映特定自然人活动情况的行踪轨迹、住址、身份证件号码等信息也应属于公民个人信息。比如在“杨某侵犯公民个人信息罪案”中,被告人指出,涉案手机号码及其套餐信息不以身份为产生条件,不能据以识别公民个人身份。二审法院通过抽样鉴定方法确定涉案绝大部分手机号码属于实名制信息,因此其属于公民个人信息。^[40]有学者主张,可综合信息的重要性、需要结合的其他信息的比例及主观目的等方面判定相关信息是否属于公民个人信息,比如手机号码的识别功能极低,原则上不能将其作为公民个人信息,并且需要专门制定个人信息去标识化的国家标准,只要达到标准,就不再属于公民个人信息。^[41]可见,不具有识别性的信息不属于公民个人信息,个人信息去标识化后也不能作为公民个人信息受到刑法保护。只有直接与其他信息结合后,能发挥识别功能的信息才属于公民个人信息。

第二,准确界定本罪侵害对象的范围。一方面,相对公开的公民个人信息也能成为侵犯公民个人信息罪的侵害对象,出售此类个人信息也需要征得信息权人的同意。比如在“王某侵犯公民个人信息案”中,法院指出,非法获取通讯录、参会表、报名表等相对公开的公民个人信息,构成侵犯公民个人信息罪,而交易网站上公开发布的包含法定代表人姓

[37] 参见线杰、宋丹:《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理解与适用》,《人民检察》2017年第16期,第39页。

[38] 参见尹振国:《侵犯公民个人信息罪司法适用疑难问题探析》,《人民检察》2018年第18期,第34页。

[39] 参见郑朝旭:《论侵犯公民个人信息罪的司法适用误区及其匡正》,《财经法学》2022年第1期,第45-61页。

[40] 参见四川省成都市中级人民法院(2019)川01刑终211号刑事判决书。

[41] 参见喻海松:《“刑法先行”路径下侵犯公民个人信息罪罪圈的调适》,《中国法律评论》2022年第6期,第128页。

名、手机号码的广告信息,由于不违反国家禁止性规定,因此不构成该罪。^[42] 另一方面,完全公开的公民个人信息不应成为侵犯公民个人信息罪的侵害对象。实务中对完全公开与相对公开的认定标准存在一定的差异。比如在“张某等侵犯公民个人信息案”中,张某等人为实施诈骗,获取了网络上公开的企业信息与法定代表人通讯录,假冒公司负责人要求财务人员汇款到指定账户。法院认为,由于涉案信息能识别特定自然人身份,足以威胁他人人身、财产安全,因此张某等人构成侵犯公民个人信息罪。^[43] 但是,不宜将在网络上公开发布的个人信息作为侵犯公民个人信息罪保护的对象,非法获取该类信息的行为不应被认定为构成侵犯公民个人信息罪。

第三,若行为人在为合法经营而购买(特别)敏感的公民个人信息时,不具有用于非法出售或提供等意义上的犯罪目的,在认定侵犯公民个人信息罪成立时,就不应适用购买(特别)敏感的公民个人信息的相关规定。一般认为,为合法经营而购买的信息不包括可能影响公民人身、财产安全的个人信息。但什么是影响公民人身、财产安全的个人信息还须进行相对化解释,应充分考虑行为人为合法经营而非法获取公民个人信息所产生的信息适用场景对个人信息类型的认定影响。之所以存在(特别)敏感个人信息的设置,是由于该类信息涉及人身、财产法益,该类信息被非法获取、提供后,不仅侵犯个人信息权益,并且可能使人身、财产法益受到严重侵害。因此,可将不涉及人身、财产安全的信息,不作为敏感个人信息对待。^[44]

可见,在适用“为合法经营”下的特殊定罪量刑规则时,对可能影响人身、财产安全的个人信息的认定范围可适当限缩。质言之,即使为合法经营而购买的公民个人信息包含了征信信息、交易信息等影响或可能影响人身、财产安全的信息,也应先厘定行为人主观上是否具有将其用于非法出售或提供等意义上的犯罪目的再确定其类型。基于此,即使行为人为合法经营而购买了(特别)敏感的公民个人信息,若不具有非法出售或提供等意义上的犯罪目的,也不能适用《个人信息刑事解释》第5条规定的定罪量刑标准,应将(特别)敏感的公民个人信息作为一般公民个人信息。比如在“卢某某侵犯公民个人信息案”中,卢某某多次将掌握的购房人交纳住房维修基金、居住地址信息等信息出售给杨某某。审判机关反对公诉机关提出的财产信息的定性观点,认定涉案信息属于一般公民个人信息。一方面,仅反映财产状况,不影响财产安全的信息不属于本罪的财产信息。涉案信息虽包含房产位置、面积等内容,但其具有不动产属性,无法被抢夺、窃取,其无法影响房产安全,因此不能将其认定为(敏感)财产信息。另一方面,虽然涉案信息涉及房产面积,但未涉及交易价格、交易方式、资金来源、贷款情况等涉及房屋财产属性的内容,不足以反映特定人的财产状况。并且涉案信息只是被装修公司用于推广合法业务,未对特定人财产造成实际危害后果,也不可能对特定人产生人身、财产安全的现实危害。^[45]

[42] 参见最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭编:《刑事审判参考》(总第132辑),人民法院出版社2022年版,第186页。

[43] 参见广西壮族自治区宾阳县人民法院(2018)桂0126刑初486号刑事判决书。

[44] 参见喻海松:《“刑法先行”路径下侵犯公民个人信息罪犯罪圈的调适》,《中国法律评论》2022年第6期,第129页。

[45] 参见辽宁省沈阳市中级人民法院(2018)辽01刑终686号刑事裁定书。

（三）“为合法经营”下“获利五万元以上”的实质解释

由于《个人信息刑事解释》第 5 条第 1 款第七项规定了违法所得数额型情节严重标准,其第 6 条第 1 款规定了获利数额型情节严重标准,因此需要合理厘定二者的相互关系,展现各自的计算根据。《信息案件指引》指出,可将出售公民个人信息的收入认定为违法所得,不必扣减购买信息成本,并且可综合整体证据认定。可见,实务部门对违法所得的认定采取的是总额原则,未扣除信息购买成本。比如在“彭某等侵犯公民个人信息案”中,法院指出,“违法所得”是指通过实施犯罪直接、间接获得的任何财产,不需要扣除生产、销售成本。^[46]但是侵犯公民个人信息违法所得的计算存在一定争议。在“张某侵犯公民个人信息案”中,张某授意某移动营业厅三名工作人员在业务办理中骗取顾客同意,在顾客不知情下,利用顾客手机号、身份证、验证码等个人信息注册手机应用软件账号,以获取佣金。张某将三人获得的个人信息非法转卖给唐某获利。有实务人员指出,张某向这三名工作人员支付的信息钱款是三人的违法所得,张某从康某处获得的违法所得扣除其支付给三人的信息钱款才是其违法所得数额。^[47]

实质上,须充分认知违法所得与获利的法益关联性,才能合理判定二者的计算方法。有学者认为,违法所得数额与侵犯公民个人信息罪的法益侵害及其程度无必然联系,不应被规定为情节严重的认定标准之一。^[48]违法所得数额有时至多能合理反映行为的法益侵害程度。在立法论上,该情节严重标准的构成要件设置存在一定问题。具言之,被侵犯的个人信息类型及其数量可直接且实际体现出行为对公民个人信息的侵犯,能直观反映对本罪法益的侵害程度。从侵犯公民个人信息罪兼顾保护公民个人人身权与财产权的角度而言,侵犯公民个人信息对人身权与财产权造成的实害或危险也是本罪重要的认定要素。实践中存在违法所得数额大但对公民个人信息实际侵犯程度低的情形,或违法所得数额小但对公民个人信息侵犯程度高的情形,因此不能单纯以违法所得数额大小确定是否情节严重,除非其能合理展现法益侵害程度。不同于此,作为定罪量刑标准的违法所得的计算,须考量上述三名工作人员与张某在不扣除犯罪成本情形下的所得数额是否能合理反映其侵犯公民个人信息的法益侵害程度。在无法有效甄别却又必须单纯以违法所得数额作为认定是否构罪的标准时,宜采取不扣除犯罪成本的总额原则。

不同于上述违法所得数额的计算方法,实务中一般根据净利原则计算获利数额。比如在买卖个人信息犯罪中,一般公民个人信息的价格较低,公民个人敏感信息的价格通常在每条数十元以上,所以在对信息类型和用途难以界定时,根据违法所得数额认定情节严重具有较强的实践操作性。但应区别获利数额与违法所得数额的认定,因为经营活动是合法的,因此对经营所得不能认定为违法所得,宜以获利数额计算。^[49]还比如有论者指

[46] 参见山东省济宁市中级人民法院(2021)鲁08刑终288号刑事裁定书。

[47] 参见李新奇:《侵犯公民个人信息罪中涉案数额如何认定》,《检察日报》2021年11月9日第7版。

[48] 参见石聚航:《侵犯公民个人信息罪“情节严重”的法理重述》,《法学研究》2018年第2期,第62-75页。

[49] 参见绿杰、宋丹:《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理解与适用》,《人民检察》2017年第16期,第39页。

出,为合法经营而非法获取公民个人信息的行为社会危害性较小,在认定获利数额时应从严认定,并且应扣除成本。^[50] 其实,须充分认知获利数额与侵犯公民个人信息罪的保护法益之间的关联逻辑,才能合理判定获利数额的计算方法。作为一种定罪量刑标准的获利数额,只有其合理展现了法益侵害程度,才能将其作为定罪量刑依据。在无法有效甄别却又必须单纯以获利数额作为认定是否构罪的标准时,宜采取净利原则,并且应扣除犯罪成本。其中,犯罪成本通常表现为购买信息的支出,而净利原则下的扣减对象包括合法经营过程中的合法支出,如人力资源成本与设备折旧费用等支出。因为从日常语义而言,获利数额的计算是需要扣除成本的,并且“为合法经营”下“获利五万元以上”的认定应扣除生产、销售成本,否则就属于不利于行为人的不当认定。同时,对“为合法经营”下侵犯公民个人信息罪的认定,应优先且尽量选择获利数额之外的情节严重标准。在刑法立法合理性的指引下,不能随意将获利数额与公民个人信息条数相互按相应比例合计,使之达到其他情节严重的标准。

(四)“为合法经营”下“曾因侵犯公民个人信息受过”的实质解释

《个人信息刑事解释》第6条第1款第二项表面上不同于其第5条第1款第九项,仅规制非法购买、收受公民个人信息的行为,但实际上二者间不存在实质差异。无论非法获取信息的目的、所涉个人信息类型是什么,以及获取信息后是否实施非法提供行为,若具有《个人信息刑事解释》规定的违法犯罪前科,又非法获取个人信息的,就构成侵犯公民个人信息罪,并且在第6条第1款第二项与第5条第1款第九项的塑造下,对应的罪刑配置具有一致性。于此情形下,“为合法经营”而非法获取个人信息的特殊定罪量刑标准的特殊性是不升档量刑区间,其定罪标准与普通定罪标准不存在差别。但是,该情节严重的配置并不合理。有学者指出,将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(下称“因……受过处罚”)又非法获取、出售或提供公民个人信息作为一种情节严重的情形,是在判断犯罪成立与否时将反映人身危险性的内容纳入考量范围,但在界定作为违法构成要件要素的情节严重时,不能加入人身危险性、恶劣的社会影响等要素。^[51]

近年来,我国量刑规范化改革虽在实现量刑合理化目标与降低量刑失衡程度上取得了重要成果,但仍存在一系列影响量刑正义实现的消极因素,其中最重要的不利因素是未区分影响责任刑的情节与影响预防刑的情节,导致消极责任主义的量刑原则无法在实务中得到彻底贯彻。行为人“因……受过处罚”显示了其具有相对更高的再犯可能性,属于不影响定罪但制约量刑的影响预防刑的情节。影响预防刑的情节的确立及适用以行为人已构成犯罪为前提。换言之,须先根据责任刑确立行为人是否构成犯罪,再考虑影响预防刑的情节的功能,不当将前者作为定罪因素,这使以坚持刑法客观主义为基本立场的现代刑法很

[50] 参见朱萍、张志国、徐嘉:《为合法经营活动购买公民信息是否构成犯罪》,《人民法院报》2021年10月14日第6版。

[51] 参见石聚航:《侵犯公民个人信息罪“情节严重”的法理重述》,《法学研究》2018年第2期,第62-75页。

可能转变为“心情刑法”。^[52] 在无法改变司法解释的情形下,只能展开目的性限缩来实现定罪妥当化目标。

应严格限制“为合法经营”下“因……受过处罚”规则的实践适用,否则会由于不当扩大刑法处罚范围而失去处罚妥当性。为此可通过缩小解释“因……受过处罚”的方式,在一定程度上实现上述目的。实务中往往对其进行扩大解释,将非法获取公民个人信息用于实施其他犯罪的案件认定为符合“因……受过处罚”。比如在“雷某、罗某某等侵犯公民个人信息案”中,罗某某非法获取公民个人信息后将其中的信息出售给他人,情节特别严重,被告人强调,由于为推销商品才非法获取涉案信息,因此属于“为合法经营”。法院认为,虽然其符合“为合法经营”,但其曾通过购买或盗窃物流速运单侵犯公民个人信息的手段实施诈骗,被判处诈骗罪,根据《个人信息刑事解释》第 6 条第 1 款第二项,构成侵犯公民个人信息罪。^[53] 这过于扩大了“因……受过处罚”规则的适用范围,未合理利用解释学规避规则不当适用所造成的影响。有学者指出,只有行为人曾直接因非法处理个人信息受到刑罚或行政处罚,并且符合“情节严重”的要求而应受刑法非难时,才能实现特殊预防目的。^[54] 尽管并非如此才能实现特殊预防目的,但朝着限缩解释“因……受过处罚”方向的思路是合理的。但是该论者提出的适度调高曾经实施的侵犯公民个人信息的违法、犯罪行为的次数,或缩短不法行为发生的时间间隔的观点,^[55] 还不足以避免混淆影响预防刑的情节与定罪情节所造成的不当后果。应将“因……受过处罚”解释为,曾因实施侵犯公民个人信息罪的构成要件行为受过侵犯公民个人信息罪处罚或二年内因实施侵犯公民个人信息罪的构成要件行为受过行政处罚。^[56] 于此情形下,又非法购买、收受公民个人信息,并且达到值得刑法处罚的违法性程度的,才能判定构成侵犯公民个人信息罪。比如先前所涉案件中存在侵犯公民个人信息的违法行为,不符合情节严重标准,所涉的公民个人信息被不法获取、使用或提供的过程中构成其他犯罪的,就不符合“因……受过处罚”,除非符合二年内因实施侵犯公民个人信息罪的构成要件行为受过行政处罚的条件。

(五)“为合法经营”下“其他情节严重”的实质解释及其阻挡功能

须合理解释《个人信息刑事解释》第 6 条第 1 款第三项规定的兜底性质的情节严重标准。有学者认为,其规定了目的要素不同情形下的定罪标准,但未规定相应的量刑升档标准,针对危害性程度不同的侵犯个人信息行为适用时,会违反罪刑相适应原则。^[57] 该观点并不合理。权威实务人员指出:“此类行为社会危害性不大,即使构成犯罪,通常也

[52] “心情刑法”,意思大致为依据内心的情况来认定违法性,不当认定有责性,从而坚持了刑法主观主义立场,参见[日]高山佳奈子:《“实行行为”概念的问题性》,毕海燕译,《南大法学》2022 年第 5 期,第 40 页;[日]松原芳博:《论承继的共犯——以因果共犯论为视角》,王昭武译,《东南法学》2023 年第 1 期,第 236-237 页。

[53] 参见湖北省赤壁市人民法院(2017)鄂 1281 刑初 101 号刑事判决书。

[54] 参见杨楠:《侵犯公民个人信息罪“为合法经营”的释义学展开》,《法学家》2023 年第 3 期,第 105 页。

[55] 参见杨楠:《侵犯公民个人信息罪“为合法经营”的释义学展开》,《法学家》2023 年第 3 期,第 116 页。

[56] 此处受过行政处罚是指下述情形:实施了侵犯公民个人信息罪的构成要件行为,但是违法性程度未达到定罪标准,因此未受侵犯公民个人信息罪处罚;或者违法性程度达到定罪标准,但是免于侵犯公民个人信息罪处罚;或者违法性程度达到定罪标准,但是基于行刑双向衔接规则的适用,而受相应的行政处罚。

[57] 参见李振林:《非法利用个人金融信息行为刑法规制强化论》,《华东政法大学学报》2019 年第 1 期,第 90 页。

不需要升档量刑,故只规定了情节严重的具体情形”。^[58] 质言之,“为合法经营”型侵犯公民个人信息罪的罪刑规范不存在情节特别严重的情形,不适用升格法定刑。这也是考虑到该类行为侵害法益的程度普遍较低所产生的结果。据此,“为合法经营”下“其他情节严重”的适用具有阻挡《个人信息刑事解释》第5条适用的功能,并且对“其他情节严重”的解释需要充分考量“为合法经营”的特殊性。整体上,须根据同类解释原理将情节严重程度相当的事实作为符合其他情节严重标准的情形。针对实务中怠于解释《个人信息刑事解释》第6条第1款第三项规定的“其他严重情节”而导致符合特殊定罪量刑规则的案件被不当适用普通定罪量刑规则的状况,应根据同类解释原理将情节严重程度相当的事实纳入特殊定罪量刑规则的适用范围。比如在“盛某侵犯公民个人信息案”中,虽然盛某非法获取一般公民个人信息5万余条的行为符合《个人信息解释》第5条第2款中“情节特别严重”的要求,一定意义上也能满足其第6条第1款中“其他情节严重”的条件。但在认定被告人属于“为合法经营”而非法获取一般公民个人信息5万余条的情形下,法院却直接对其适用普通定罪量刑规则,^[59]这极不妥当。对此,基于“为合法经营”下“其他情节严重”的阻挡功能,相较于适用《个人信息刑事解释》第5条的“情节特别严重”,至少可适用特殊定罪量刑规则,得到更轻的刑法处罚结果。因为,净利原则下的获利五万元的数额至少远超总额原则下的违法所得五千元的数额,即使均按照净利原则计算,前者也是后者的十倍,因此在必须判定侵犯公民个人信息罪的情形下,应根据同类解释原理将非法获取一般公民个人信息5万条解释为符合“为合法经营”下的“其他情节严重”。上述特殊定罪量刑标准下行为的客观表现方式仅限于购买、收受等,若非法出售或提供购买、收受的公民个人信息,根据《个人信息刑事解释》第6条第2款,定罪量刑需要适用其第5条。对此,将购买、收受的公民个人信息非法交换的,是否属于非法出售或提供购买、收受的公民个人信息?表面上,《个人信息刑事解释》第6条未明确“交换”是否属于出售或提供,但既然其已规定了“非法出售或者提供”,就至少能得出交换属于提供的结论,因为交换属于双方均提供给对方公民个人信息的行为,应将此情形认定为不符合其他情节严重的情形,不能适用“为合法经营”情形的特殊定罪量刑规则。

既然“为合法经营”下的“其他情节严重”属于兜底规定,实务中就应严格适用,^[60]但这并不意味着不能适当扩大解释,二者属于并行不悖的相互关系。但是,《个人信息刑事解释》第5条第1款规定的“情节严重”在何种情形下符合其第6条规定的“其他情节严重的情形”?有实务人员指出,若符合《个人信息刑事解释》第5条第1款第三、四项,就符合其第6条第1款第三项规定的兜底标准。^[61]实质上,若行为人在为合法经营而购买(特别)敏感的公民个人信息时,不具有用于非法出售或提供等意义上的犯罪的目的,就应认定行为人不存在为合法经营而购买(特别)敏感的公民个人信息的行为,须适用《个

[58] 周加海、邹涛、喻海松:《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理解与适用》,《人民司法》2017年第19期,第35页。

[59] 参见重庆市巴南区人民法院(2017)渝0113刑初696号刑事判决书。

[60] 参见线杰、宋丹:《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理解与适用》,《人民检察》2017年第16期,第39页。

[61] 参见朱萍、张志国、徐嘉:《为合法经营活动购买公民信息是否构成犯罪》,《人民法院报》2021年10月14日第6版。

《个人信息刑事解释》第 6 条第 1 款所规定的特殊定罪量刑标准。可见,《个人信息刑事解释》第 5 条第 1 款规定的“情节严重”类型中,只有其第三、四、五、六、七、九项可能符合《个人信息刑事解释》第 6 条规定的“其他情节严重的情形”,在第七、九项的符合情形已被界定后,根据同类解释原理,至少将第三、四、五、六项非法获取的数量标准提升十倍才符合《个人信息刑事解释》第 6 条规定的“其他情节严重的情形”。

五 结 语

《个人信息刑事解释》第 6 条第 1 款对“为合法经营”型侵犯公民个人信息罪配置了专门的定罪量刑规则。情节严重属于侵犯公民个人信息罪的犯罪成立条件,“为合法经营”意味着对公民个人信息侵犯所可能带来的对人身、财产等法益的侵犯可能性较低,具有提升情节严重标准的功能,应将其作为该罪的不法要件要素。须根据实质解释的理念与方法,在不违反罪刑法定原则的前提下,将“为合法经营”型侵犯公民个人信息罪的构成要件要素,尤其是其情节严重标准,解释为具有值得刑法处罚的违法性程度的情形。若行为人的经营业务不违反国家规定,就不能单纯因受到行政处罚等制裁被认定不符合“为合法经营”,须由检察机关等与行为人共同承担举证责任,举证不能时只能转用普通定罪量刑规则。不同于相对公开的公民个人信息,完全公开的公民个人信息与不属于公民个人信息的一般信息不是侵犯公民个人信息罪的侵害对象。若行为人属于为合法经营,并且不具有非法出售或提供等意义上的犯罪目的,就应将其购买(特别)敏感的公民个人信息的行为作为购买一般的公民个人信息的行为,适用《个人信息刑事解释》第 6 条规定的定罪量刑标准。只有当获利数额合理展现了法益侵害程度时,才能将其作为定罪量刑依据,在不得已以获利数额作为定罪依据时,宜采净利原则。应将“因……受过处罚”解释为,曾因实施侵犯公民个人信息罪的构成要件行为受过侵犯公民个人信息罪处罚或二年内因实施侵犯公民个人信息罪的构成要件行为受过行政处罚。整体上,须根据同类解释原理将情节严重程度相当的事实作为“其他情节严重的情形”。

实务中越来越多地适用刑法治理侵犯公民个人信息行为,甚至已显现出泛化状态。“刑事治理方向应该与社会转型相适应,突出个人权利之保障并处理好其与社会秩序保护之间的关系,实现刑法由国权刑法向民权刑法之转型。”^[62]对“为合法经营”型侵犯公民个人信息罪的实务认定须坚持刑法谦抑主义,防止在数字经济发展的过程中不当和过度侵害个人信息使用权益。公民个人信息刑事保护的泛化,与我国目前尚未建立完整的个人信息保护体系不无联系,须紧密依靠非刑事规范妥当保护公民个人信息权益,逐步降低对刑法保护的依赖程度,更实质化地坚持与发展刑法谦抑原则。

[本文为作者主持的 2024 年度国家社会科学基金后期资助项目“刑法中的特别没收研究”(24FFXB075)的研究成果。]

[62] 刘艳红:《治理能力现代化语境下疫情防控中的刑法适用研究》,《比较法研究》2020 年第 2 期,第 6 页。

The Determination of the Situation of “for Lawful Business Activities” in the Crime of Infringement on Citizens’ Personal Information

[Abstract] Article 6 Paragraph 1 of the Interpretation of the Supreme People’s Court and the Supreme People’s Procuratorate on Several Issues Concerning the Application of Law in the Handling of Criminal Cases of Infringing on Citizens’ Personal Information (the “Interpretation”) establishes specialized rules for conviction and sentencing in cases of unlawful acquisition of general personal information “for lawful business activities”. It’s necessary to reasonably determine the systematic positioning of “for lawful business activities”. “Serious circumstance” is an element of the constitution of the crime of infringing on citizens’ personal information. “For lawful business activities”, which means that the possibility of infringement on legal interests such as personal safety or property rights resulting from the infringement on personal information is relatively low, should be regarded as an element of unlawfulness for the crime. Regarding the normative application of “for lawful business activities”, if the business operations of the accused do not violate state regulations, the mere fact of being imposed administrative penalties or other sanctions during business activities alone shall not be deemed sufficient to negate the “lawful business activities” defense. The burden of proof should be jointly borne by the prosecuting authorities and the accused. If the evidence is insufficient, the case should be adjudicated in accordance with general sentencing rules. Even relatively public personal information can be the object of the crime of infringing on personal information, whereas completely public personal information should not be regarded as such a protected object. If a piece of (particularly) sensitive personal information is purchased for legitimate business purposes without criminal intent such as illegal sale or provision, the act should not be construed as unlawful acquisition of (particularly) sensitive personal information for lawful business operations. Only when the amount of profit reasonably reflects the degree of infringement on legal interests can the purchase serve as the basis for conviction and sentencing. Where the illegal gains cannot be effectively distinguished and yet must serve as the sole basis for conviction, the principle of net profit should preferably apply. The phrase “having been penalized for...” under “for lawful business activities” should be interpreted as having been penalized for a conduct constituting the crime of infringing on personal information, or having received administrative penalties within two years for such a conduct. Under such circumstances, one can be found guilty of the crime of infringing upon personal information only if his act of illegally purchasing or receiving such information reaches the threshold of criminal punishability. As a whole, facts with a similar degree of seriousness should be regarded as “other serious circumstances” stipulated in Article 6 of the Interpretation in accordance with the principle of *eiusdem generis*.