

法益侵害性的确定与构成要件的保护范围

周光权*

摘 要 任何国家刑法的任务都重在保护其本国法益；行为只有侵害从我国宪法中引申出来且为刑法所保护的重大生活利益时，才能成立犯罪。单纯侵害外国市场经济秩序、社会管理秩序等社会法益的行为，如果不会发生危及我国法益的任何危险的，通常就在我国刑法构成要件的保护范围之外。从这一逻辑出发，在我国境内加工、生产五金配件销售到境外，即便该配件可能被国外用于制造枪支，只要该生产、销售行为不可能对我国的社会管理秩序产生危险的，就不应当成立非法制造、买卖枪支罪。此外，对于在国内为国（境）外赌博网站提供不可能被国内公众使用的软件，以及在国（境）外并不针对我国公民开展的开设赌场等行为，如果其法益侵害结果实际或者预计在国（境）外发生的，均难以根据我国刑法的规定认定其构成犯罪。基于此，司法实务应当充分关注我国刑法构成要件的保护范围，并结合宪法精神对动用刑罚时是否实际存在被我国刑法所保护的法益进行妥当解释，以实现刑法谦抑性。

关键词 构成要件的保护范围 法益的宪法关联性 侵害外国的社会法益 属地管辖 刑法解释

犯罪的本质是侵害法益，刑法的任务是保护法益。^{〔1〕}“所谓法益保护主义，是指对法益的拥护是刑法的任务，犯罪应该限定于对法益的加害行为，即对法益予以现实的侵害的行为，或产生了法益侵害危险的行为，这样的思考方法，已经成为如今学说中通说性质的共识。”^{〔2〕}但是，对于法益概念仅进行抽象的、一般性的讨论是没有实际意义的。法益保护的具体含义究

* 清华大学法学院教授。

〔1〕 按照我的理解，犯罪的本质是违反行为规范，进而侵害法益。参见周光权：《刑法总论》（第4版），中国人民大学出版社2021年版，第35页。

〔2〕 （日）山口厚：《刑法总论》（第3版），付立庆译，中国人民大学出版社2018年版，第4—5页。

究竟是什么,有无法益侵害,谁的法益被侵害,都是需要仔细探究的问题,不能大而化之地进行讨论,更不能仅凭司法直觉,对于没有法益侵害性的情形以犯罪论处。学者指出,一般而言,刑法保护仅限于国内法益。^{〔3〕}在当下的刑事司法实务中,值得关注的情形是,某些行为举止发生在我国境内,但结果预计或实际发生在国(境)外的,该行为是否有法益侵害,是否是我国刑法所规制的对象,能否使用《刑法》第6条关于属地主义的规定追究行为人的刑事责任?本文拟从一起有罪判决出发,思考我国刑法构成要件在空间效力上的保护范围,探讨其背后的法益侵害性的具体确定以及定罪争议的化解问题。这类案件近年来为数不少,其妥当处理与法益保护原理、宪法的关联性以及刑法解释方法论之间存在紧密关联,对此进行研究意义重大。

一、从一起有罪判决引发的思考

对于何种法益可以运用我国刑法予以保护,与国家主权有关。在犯罪涉及其他国家或者地区(如犯罪地或结果地在国外、行为人是外国人),但能够寻找到我国与刑事案件联系的正当因素时,可以适用我国刑法。我国刑法在属地原则之外,同时规定了属人原则、保护原则等,以适度扩张刑法的适用范围。但属地原则是我国刑法适用的基础性原则。《刑法》第6条第3款规定:“犯罪的行为或者结果有一项发生在中华人民共和国领域内的,就认为是在中华人民共和国领域内犯罪。”据此,司法机关通常认为,只要某种“行为举止”在我国发生,即便结果发生在国外,也一概可以按照中国刑法定罪处罚,进而忽视行为的法益侵害是否存在、哪一个主体的法益受损等问题,从而导致对某些案件的处理结论不当。这一点在浙江省高级人民法院二审的一起刑事案件中表现得较为充分。本文的研讨从这一案件出发,但所涉及的是与本案性质大致类似的共性问题。

(一)基本案情

陈某系宁波市某塑料五金制品厂负责人,自2005年投身五金制造行业。2014年起至2022年7月,陈某通过外贸平台承接国外(以色列、美国)客户订单,在明知是枪支配件的情况下,加工、生产铝管、组合件等4种产品出口至国外。彭某系该厂业务员,负责对接客户及出口报关。2022年,侦查机关在其工厂查获30余万件零配件,其中的五金配件是枪支散件,被认定为“以火药为动力的枪支散件”,包括铝管、组合件、7字型产品等12万余个。陈某销售金额为169万余元,彭某违法所得共计人民币10万元。对于陈某、彭某的行为,应当如何处理?

(二)裁判逻辑

1. 一审的立场

对于陈某、彭某加工、生产枪支配件,向境外商家销售一案(以下简称“枪支散件案”),浙江省宁波市中级人民法院一审认为,《刑法》第125条第1款规定,非法制造、买卖、运输、邮寄、储

〔3〕 参见(德)汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书(上)》,徐久生译,中国法制出版社2017年版,第243页。

存枪支、弹药、爆炸物,情节严重的,应当判处 10 年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。非法制造枪支,是指未经国家有关部门批准,私自制造枪支的行为,既包括从制造零部件、原材料到组装、包装等整体制作过程,也包括加工、修理、改装、调配、包装等部分环节的制作行为。被告人加工、生产枪支散件并售出的行为,属于非法制造、买卖枪支。根据最高人民法院《关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(2009 年 11 月 16 日)第 7 条的规定,非法制造、买卖、运输、邮寄、储存、盗窃、抢夺、持有、私藏、携带成套枪支散件的,以相应数量的枪支计;非成套枪支散件以每 30 件为一成套枪支散件计。本案中,被告人陈某生产、销售的 30 余万件零配件中,有 12 万余个被认定为“以火药为动力的枪支散件”,构成非法制造、买卖枪支罪,且属于情节严重,应科处 10 年以上有期徒刑。被告人陈某、彭某非法制造、买卖枪支,情节严重,遂分别判处陈某有期徒刑 15 年、彭某有期徒刑 3 年 6 个月。〔4〕

2. 二审的说理

两名被告人不服一审判决,向浙江省高级人民法院提出上诉。在二审过程中,争议焦点主要聚焦于以下三方面:

第一,涉案财物是否具备与制式枪支专用散件(零部件)相同的功能,能否认定为枪支。在审判过程中,被告人陈某主张,涉案零部件并非专用于宁波市公安局鉴定意见所称的以火药为动力的枪支,应认定为以压缩气体为动力的枪支零部件,量刑时不仅应当考虑案涉枪支的数量,还应当充分考虑案涉枪支的外观、材质、发射物、购买场所和渠道、价格、用途、致伤力大小,以及行为人的主观认知、动机目的、一贯表现、违法所得、是否规避调查等因素,综合评估社会危害性,确保罪刑相适应。被告人特别提出“涉案物品与我国境内枪支不适配,未对境内造成危害”。其辩护人则认为,涉案小零件不属于枪支主要零部件范围,属于枪类物通用零件,在枪支上仅起次要或辅助作用,要求宣告其无罪。

浙江省高级人民法院经二审不开庭审理认为,宁波市公安司法鉴定中心与西南政法大学司法鉴定中心出具的两份鉴定意见,结论有所不同。相同的意见是“送检的检材并非国内制式枪械的散件”;部分检材可用于“国外枪支制造”;均未明确系军用枪支专有零件。有所不同的是,宁波市公安局采用实物比对后,确认其中四类检材与境外生产的以火药为动力的枪支散件一致;西南政法大学的鉴定意见则认为,送检的检材与国外多种军用枪支和仿真游戏枪的零件类同,系通用零件,不能确定为军用枪的专有零件。两份鉴定意见均证实,案涉部分产品可用于境外枪支装配使用。结合《公安机关涉案枪支弹药性能鉴定工作规定》(公通字〔2010〕67 号)第 3 条规定,对非制式枪支散件(零部件),如具备与制式枪支专用散件(零部件)相同功能的,一律认定为枪支散件(零部件)。按照西南政法大学鉴定意见,案涉部分产品与国外多种军用枪支或仿真游戏枪通用,依然可认定为枪支散件。故对被告人陈某、彭某及其辩护人就此提出的异议不予采信。

第二,被告人有无犯罪故意。被告人的辩护人主张陈某无制造枪支或枪支散件的故意。

〔4〕 参见枪支散件案的一审判决,浙江省宁波市中级人民法院刑事判决书,(2023)浙 02 刑初 119 号。

二审判决书认定,陈某在侦查阶段供述,他在2009年接触相关订单,当时一名以色列客户委托其生产冲压件产品,并提供样品与图纸。起初,陈某对产品用途也并不知道。直至2015年,他在电视画面中发现自己生产的某款配件疑似卡宾枪上的瞄准器。随后,他通过网络查询确认,这些产品确实属于枪支配件。尽管有所犹豫,并尝试查阅特种产品许可手续,但最终未申请任何相关资质,仍然继续生产并向以色列客户供货。后来,陈某又承接了一个美国客户,2019年年底,美国客户发给他的图纸,他看了也是枪支上的配件,因为其中有3种配件都是以色列客户叫其做过的。此外,检方提供的证据显示,在陈某、彭某与美国客户的微信聊天记录中,曾与客户讨论枪支配件及美国枪支市场形势,结合相关证人证言等,可以说明被告人对产品用途知情,具有犯罪故意。

第三,被告人主观恶性及社会危害性大小。二审判决认为,出于公共安全考虑,我国对枪支、弹药、爆炸物实行严格管控制度。按照法律及司法解释的规定,对被告人的社会危害性的判断应当考虑以下特殊情况:(1)陈某开设的五金制品厂,并非专为生产非法枪支而成立的工厂。该厂有正常产品加工业务和经营活动,陈某所在工厂生产的涉案产品是从互联网国际商务平台承接订单,按照外商提供的产品外观、形状命名并加工生产出口境外。(2)本案没有证据表明该产品在境内销售、组装,或在境外完成组装后有成品回流境内。从结果角度而言,陈某的行为对于境内公共安全未直接造成严重危害或具有危害公共安全的现实危险。陈某及彭某在境内实施违反我国刑法的犯罪行为,应受刑事处罚。但他们出口的枪支零部件,有无实际被用作枪支组装,境外组装、销售和使用是否合法化,下游环节事实无法查清,犯罪行为造成的直接后果,无法准确评估。(3)陈某受外商委托加工零部件牟取利润,从在案证据分析,获取的利润与合法经营获取的利润并无天壤之别。也就是说,陈某及彭某并没有通过实施上述犯罪行为获取超额利润。

据此,二审法院最终认为,根据本案犯罪的具体情节,相比传统枪爆案件,二被告人犯罪的主观恶性、社会危害性及人身危险性相对小,陈某、彭某及其辩护人提出要求改判的部分理由成立,予以采纳。原判定罪正确,遂维持其定罪部分,对陈某改判有期徒刑10年6个月,对彭某改判有期徒刑3年。^{〔5〕}

(三)本案所提出的问题

本案一、二审判决均认为,陈某及彭某在境内实施违反我国刑法的犯罪行为,应受刑事处罚。根据《刑法》第6条第3款的规定,两被告人的行为构成犯罪。但是,在本案二审中,特别提出“涉案物品与我国境内枪支不适配”,该行为如果对境内没有实际危害,也没有具体甚至抽象危险,该行为还是否属于《刑法》第6条第3款规定的“犯罪的行为”?法院二审判决也承认:“本案没有证据表明该产品在境内销售、组装,或在境外完成组装后有成品回流境内。从结果角度,相对而言,陈某的行为对于境内公共安全未直接造成严重危害或具有危害公共安全的现实危险。……他们出口的枪支零部件,有无实际被用作枪支组装,境外组装、销售和使用是否合法化,下游环节事实无法查清,犯罪行为造成的直接后果,无法准确评估。”归结起来,本案所

〔5〕 参见枪支散件案的二审判决,浙江省高级人民法院刑事判决书,(2024)浙刑终138号。

提出的问题是:涉案枪支散件销售行为是否会造成国内公共安全的危害,如果不存在这种危害,该行为的性质是什么,此时对行为人定罪是否妥当?由此引申的问题是,某种行为举止仅侵害外国的社会法益,对国内的社会秩序完全不可能造成损害或危险时,对被告人适用中国刑法法定罪量刑是否存在正当性。要回答这一问题,就离不开对法益侵害的讨论,以及对《刑法》第 6 条第 3 款的目的解释问题。

二、法益的宪法关联性与目的解释

要妥当处理“枪支散件案”以及类似涉及外国社会法益的案件,^{〔6〕}绕不开法益的宪法关联性以及对法益的目的解释等问题。

(一)法益的宪法关联性

谁也不会否认,完全没有法益侵害的行为,自始就不应该是刑法处罚的对象。法益,是以具有经验性把握之可能的实体(经验的实在性)、对人的有用性(与人相关的有用性)为前提,而被立法者所认可的需要法律保护的对象。^{〔7〕}对于法益,从类型上可以大致认为个人法益、社会法益和国家法益。“所有的法益,无论是个人的利益,还是集体的利益,都是生活利益,这些利益的存在并非法制的产物,而是社会本身的产物。但是,法律的保护将生活利益上升为法益。”^{〔8〕}刑法中的法益,不是一般的利益,而是重要的生活利益,其服从于个人自由发展的人的特征、公共事务的特征或者制度特征,包括生命、身体、自由、财产、社管理制度等。行为造成法益侵害,进一步指涉的是对我国刑法所要保护的法益的侵害。因此,有无对我国刑法所意欲保护的法益侵害,成为检验某种行为能否成为刑法处罚对象的关键。

而要确定某种重要生活利益是否受我国刑法保护,必须考虑宪法的态度,即法益必须具备与宪法的关联性。刑法将何种利益作为法益予以保护,必须符合宪法的原则。我国《刑法》第 1 条“根据宪法……制定本法”的文义也表明,刑法所保护的法益必须从宪法中去寻找根据,只有宪法要求刑法动用刑罚手段去保护的利益,才能上升为法益。为此,学者指出:“法益,是指根据宪法的基本原则,由法所保护的、客观上可能受到侵害或者威胁的人的生活利益。”^{〔9〕}即刑法所保护的利益一定与宪法有关联,是从宪法中引申出来的。离开宪法,立法上无法确定法益。对于刑事立法者的唯一限制存在于宪法的原则之中。同样,离开宪法,在司法上也无法判断具体犯罪的保护法益。一个在刑事政策上有拘束力的法律概念,只能产生于在宪法中载明的、建立在个人自由基础之上的法治国家的任务。这个任务对国家的刑罚权规定了界限。所以,“法益是在以个人及其自由发展为目标进行建设的社会整体制度范围之内,有益于个人及

〔6〕 本文的结论也适用于结果发生或预定发生在香港、澳门,且不会造成内地社会法益遭受损害或者危险的情形。

〔7〕 松原芳博『刑法総論〔第 3 版〕』(日本評論社,2022 年)16 頁参照。

〔8〕 (德)弗兰茨·冯·李斯特著、埃贝哈德·施密特修订:《李斯特德国刑法教科书》,徐久生译,北京大学出版社 2021 年版,第 6 页。

〔9〕 张明楷:《刑法学(上)》(第 6 版),法律出版社 2021 年版,第 78 页。

其自由发展的,或者是有益于这个制度本身功能的一种现实或者目标设定”。^{〔10〕} 作为国家的强制力手段,刑法的任务要跟从国家任务设定,即保障全体人民的共同和平生活,即刑法保护生命、身体完整性、意志自由、财产所有权等价值状态以及保障为了国民生存而不可缺少的公共给付。^{〔11〕} “刑法并不全面禁止任何对法益的损害,而是强调:立法者基于对宪法上价值选择的角度认定,某些特定的举止方式是极其有害的。因此,我们必须容忍存在保护上的漏洞。在这个意义上,人们认为,刑法具有‘不完整性’。”^{〔12〕}

如此说来,在我国刑事司法实务中,认定某种行为是否对社会有害,是否值得动用刑罚处罚时,对于具体犯罪保护法益的确定,就需要寻找从宪法中衍生出来的,“立法者基于对宪法上价值选择的角度”所确定的利益是否存在。如果某种利益在宪法上无法寻找到根据,就很难说该利益是被我国刑法所保护的重要生活利益。比如,我国《刑法》第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”就是为了落实宪法的相关规定。《宪法》第 15 条规定:“国家实行社会主义市场经济。国家加强经济立法,完善宏观调控。国家依法禁止任何组织或者个人扰乱社会经济秩序。”既然宪法规定“国家实行社会主义市场经济”,我国刑法就必须保护社会主义市场经济秩序,从而实现宪法所强调的“国家依法禁止任何组织或者个人扰乱社会经济秩序”的目标。

从宪法中引申出来的法益保护这一点出发,不难理解我国刑法分则中个人法益之外的犯罪,尤其是侵害社会法益的犯罪,都与我国独特的社会制度有关联;只有根据宪法要求或者宪法精神,需要运用刑法保护的那些社会法益,才是我国刑法保护的对象。对于这一点,在《刑法》第 151 条关于走私文物罪、走私贵金属罪仅处罚走私国家禁止出口的文物、黄金、白银和其他贵金属的行为这一规定中也可以初见端倪。

对于法益的立法和司法确定,都必须从宪法中寻找根据,必须“基于宪法”解释法益。对于社会主义市场经济秩序的保护是如此,对于刑法分则第六章妨害社会管理秩序罪保护法益的确定也是如此。我国宪法关于保护社会管理秩序法益的条款为数众多。《宪法》第 1 条第 2 款规定,禁止任何组织或者个人破坏社会主义制度;《宪法》第 9 条规定,禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏自然资源;《宪法》第 28 条更为明确地规定,国家维护社会秩序,镇压叛国和其他危害国家安全的犯罪活动,制裁危害社会治安、破坏社会主义经济和其他犯罪的活动,惩办和改造犯罪分子。据此,针对刑法所规定的妨害社会管理秩序罪,应当认为,只有破坏我国的社会管理秩序的行为,我国刑法才予以管辖。

(二)对法益的目的解释

将刑法限缩为禁止法益侵害的规范,是现代刑法的一个重要前提。只有侵害法益才构成犯罪,国家仅应且仅能就侵害法益的行为施加刑罚。如何界定法益概念,使其保持限定刑罚范

〔10〕 (德)克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论(第 1 卷)》,王世洲译,法律出版社 2005 年版,第 15 页。

〔11〕 参见张明楷:《法益初论(上册)》(增订本),商务印书馆 2021 年版,第 128 页。

〔12〕 (德)乌尔斯·金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》(第 6 版),蔡桂生译,北京大学出版社 2015 年版,第 24 页。

围的功能,这些都需要刑法学认真对待。^{〔13〕}

前已述及,行为的结果在国外发生,或者预定在国外发生时,如果要适用中国刑法,必须对宪法和具体犯罪的保护法益之间进行体系性解释,寻找二者之间的关联性。这样的理解,与对法益保护的目了解释存在紧密关联。为了理解法律的内容,必须引入合目的性的观念,因为法律是一个有意识地服务于法律价值与理念的现实,“每一项法律都追求一项特定的规范目的”。^{〔14〕}“法律是人类的作品,并且像其他的人类作品一样,只有从它的理念出发,才可能被理解。”^{〔15〕}解释要从法条所使用的文字开始。文字多义时,以该法律条文在整个法律体系中的系统相关性作为进一步的辅助手段。“解释的重点是问寻法律的特别保护功能和法律的客观意思与目的。”^{〔16〕}

某一犯罪的主、客观构成要件究竟要保护什么,是不是可以用来保护外国的法益?对此,需要考虑保护法益的类型。如前所述,按照宪法引申出来的法益内涵,在涉及到社会法益时,只能是我国的法益,不需要运用刑法来保护那些国外的集体法益、制度法益。对于类似问题,德国学者在讨论其刑法对外国法益的保护时也认为:A 在德国教唆 B 在奥地利的法庭诉讼中作为证人作虚假陈述的,并不能适用德国刑法进行管辖。在解决这一案件时,必须进行以下思考:如果 B 在德国实行的类似行为,德国刑法对 A 是可以适用的。但是,B 在奥地利法庭的伪证行为,不受德国刑法规制,按照共犯从属性的原理,对 A 也就没有办法定罪。因为德国刑法中伪证罪等证言类犯罪,仅仅是为了保护德国的司法秩序而设置的,德国刑法没有保护奥地利司法秩序的义务。根据德国刑法伪证罪条文对其构成要件进行目的进行解释,就会得出难以适用德国刑法的结论。由此会得出的结论是:刑法典意义上妨害法庭秩序的“法庭”,不是指奥地利的法庭。因此,不能按照德国刑法对 A 进行处罚。^{〔17〕}

因此,以宪法为基础,寻找法益概念的逻辑起点,这是刑法中关于法益理论的有力学说。法益概念是宪法性的,是犯罪分类和排序的依据。^{〔18〕}某一罪名的保护法益如果是公共法益时,对该法益必须解释为在我国宪法上能够找到依据且为我国刑法所意欲保护的公共法益。被告人所具体实施的行为,如果仅对国外的公共法益造成侵害,不在我国刑法保护范围之内。结合上述分析,可以认为:针对刑法分则第三章,只有破坏我国社会主义市场经济秩序的行为,我国刑法才能管辖。“公司管理秩序、国家正常的货币管理秩序、正常的证券交易秩序、正常的金融秩序、国家对注册商标的管理秩序、正常的税收征收管理秩序等等,都是我国社会主义市场经济秩序的各个组成部分,侵犯这些组成部分的某一经济秩序,也就是侵犯了我国社会主义

〔13〕 参见林钰雄:《新刑法总则》(第 12 版),元照出版有限公司 2024 年版,第 10 页。

〔14〕 (德)罗尔夫·旺克:《法律解释》(第 6 版),蒋毅、季红明译,北京大学出版社 2020 年版,第 120 页。

〔15〕 (德)拉德布鲁赫:《法哲学》,王朴译,法律出版社 2005 年版,第 3 页。

〔16〕 (德)约翰内斯·韦塞尔斯:《德国刑法总论》,李昌珂译,法律出版社 2008 年版,第 24 页。

〔17〕 参见(德)乌韦·穆尔曼:《德国刑法基础课》,周子实译,北京大学出版社 2023 年版,第 66 页。

〔18〕 参见马春晓:《经济刑法的法益研究》,中国社会科学出版社 2020 年版,第 67 页。

市场经济秩序,从而构成破坏社会主义市场经济秩序罪。”^{〔19〕}我国刑法对那些在中华人民共和国实施的破坏资本主义市场经济秩序的行为通常不予处罚,即我国没有保护其他国家经济秩序的义务。例如,《宪法》第10条第4款规定,任何组织或者个人不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让土地。据此,我国《刑法》第228条所规定的非法转让、倒卖土地使用权罪的保护法益,只能是我国领域内的土地使用权。我国刑法不可能处罚在其他国家实施的非法转让、倒卖土地使用权罪的行为。

刑法分则第六章所规定的妨害社会管理秩序罪,是指妨害我国国家机关对社会秩序的管理活动,破坏社会正常秩序,情节严重的行为。^{〔20〕}对这类行为,我国刑法才能管辖;我国刑法对中华人民共和国领域外的社会管理秩序当然地没有保护义务。例如,行为人甲明知他人在外国非法采矿,而在中国境内为外国公司加工、生产采矿设备并销售的,按照从宪法中衍生出来的保护法益观念,不应当认为甲构成犯罪。按照我国《刑法》第343条的规定,非法采矿罪,是指违反矿产资源法的规定,未取得采矿许可证擅自采矿,擅自进入国家规划矿区、对国民经济具有重要价值的矿区和他人矿区范围采矿,或者擅自开采国家规定实行保护性开采的特定矿种,情节严重的行为。成立本罪,以行为违反我国的矿产资源法,对我国的环境资源有侵害或者危险为前提。对于非法采矿罪的认定,行为是否违反我国的行政法规定是可能定罪的线索;对刑事违法性的判断还需要考虑立足于《宪法》第9条第2款的“禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏自然资源”的法益保护问题。因此,结合宪法解释非法采矿罪的保护法益,进行体系性思考,就应当得出本案中甲无罪的结论。与此结论相同,我国刑法分则第六章第二节“妨害司法罪”中的所有犯罪,都是特指妨害我国司法秩序的情形,教唆、帮助他人在国外的实施过程中妨害作证、伪造证据,导致其司法机关运作陷入一定困难的,该行为不受中国刑法管辖。

实践中还存在的类型性问题是:行为人甲在中国内地教唆、帮助乙在境外开设赌场的,对甲是否可以定罪处罚?赌博犯罪被规定在刑法分则扰乱公共秩序罪一章,其所侵犯的不是人身、财产的个人法益,而是作为社会善良风俗的社会法益。因此,我国公民在我国领域内教唆、帮助他人在国(境)外实施,或者直接在国(境)外实施以营利为目的,聚众赌博或者以赌博为业的,以及开设赌场的行为,是否构成《刑法》第303条所规定的犯罪就是有疑问的。最高人民法院、最高人民检察院《关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(2005年5月11日)第3条的规定,中国公民在中国领域外周边地区聚众赌博、开设赌场,以吸引中国公民为主要客源,构成赌博罪的,可以依照刑法追究刑事责任。最高人民法院、最高人民检察院、公安部《办理跨境赌博犯罪案件若干问题的意见》(2020年10月16日)第2条规定,以营利为目的,有下列情形之一的,属于刑法第三百零三条第二款规定的“开设赌场”:(1)境外赌场经营人、实际控制人、投资人,组织、招揽中华人民共和国公民赴境外赌博的;(2)境外赌场管理人员,组

〔19〕 马克昌主编:《经济犯罪新论:破坏社会主义经济秩序罪研究》,武汉大学出版社1998年版,第14—15页。

〔20〕 参见阮齐林:《中国刑法各罪论》,中国政法大学出版社2016年版,第322页。

组织、招揽中华人民共和国公民赴境外赌博的；(3)受境外赌场指派、雇佣，组织、招揽中华人民共和国公民赴境外赌博，或者组织、招揽中华人民共和国公民赴境外赌博，从赌场获取费用、其他利益的；(4)在境外赌场包租赌厅、赌台，组织、招揽中华人民共和国公民赴境外赌博的；(5)其他在境外以提供赌博场所、提供赌资、设定赌博方式等，组织、招揽中华人民共和国公民赴境外赌博的。在境外赌场通过开设账户、洗码等方式，为中华人民共和国公民赴境外赌博提供资金担保服务的，以“开设赌场”论处。对于上述司法解释规定，应当理解为：在境外开设赌场，只有针对我国公民招赌吸赌，妨害我国公民形成通过合法劳动获取报酬的社会善良风俗的，我国刑法才能管辖。

按照这一逻辑，可以得出以下结论：①我国公民在我国领域内教唆、帮助他人出国（境）外实施，或者直接出国（境）外实施以营利为目的，聚集国（境）外公民赌博，或者诱使国（境）外公民以赌博为业的行为，不能适用我国刑法进行管辖；②出国（境）外开设赌场，招揽国（境）外公民参赌的，不能适用我国刑法管辖；③招揽定居国（境）外的中国公民到国外参赌的，不构成组织参与国（境）外赌博罪。相反，出国（境）外，对他人合法组织的国（境）外旅游团体中的中国公民进行招揽赌博的，仍然可以构成组织参与国（境）外赌博罪。有学者认为，只要在国（境）外组织已经身处国（境）外的中国公民参与国（境）外赌博的行为，均不应当认为犯罪。^{〔21〕}然而，这种观点值得商榷。在组织中国公民参与国（境）外赌博的情形中，必须细致区分该行为是否仅侵害了外国的社会法益，还是同时对我国境内的社会法益造成了侵害。如果行为人招揽的对象是定居在国（境）外的中国公民，且这些公民在定居地长期生活，其赌博行为主要发生在定居地，那么难以认定该行为会对我国境内的社会法益造成直接侵害。既然我国刑法将赌博类犯罪规定在妨害社会管理秩序罪一章，那么纯粹发生在国（境）外的赌博行为，通常不会破坏我国（内地）的善良风俗和社会管理秩序，因此不应构成犯罪。然而，如果行为人针对的是临时出国（境）旅游、出差等的中国公民，情况则有所不同。即使这些公民在国（境）外参与赌博，但因其最终会返回国（境）内，组织者的行为实际上可以通过每个回国的中国公民，对国内的善良风俗或社会管理秩序造成侵害或危险。尤其是考虑到跨境赌博违法犯罪活动日益猖獗，境外赌场和网络赌博集团对我国公民招赌吸赌问题比较突出，组织临时出国（境）的中国公民参与赌博的行为，不宜轻易否定对我国境内的社会法益造成侵害或危险，故可以构成组织参与国（境）外赌博罪。

需要强调的是，对那些行为侵害外国的公共法益、制度法益，但同时涉及个人利益（比如生命、身体完整性、财产）的犯罪，即便结果发生在外国，也可以依照我国《刑法》进行处罚。这种观点是有充分依据的，我国刑法对侵犯人身罪、侵犯财产罪，并没有特别地限定为侵犯中国人的人身或者财产，生命权、健康权、财产权等基础性个人法益具有人类共同价值属性，刑法在保护个人法益方面，秉持普遍性和一致性的原则，不会因被害人的国籍或者犯罪发生地的不同而有所区别。例如，在中国教唆他人在 A 国杀害 B 国公民的，可以适用我国刑法；在中国教唆他

〔21〕 参见谭淦：“属地管辖”，载冯军、梁根林、黎宏主编：《中国刑法评注》（第 1 卷），北京大学出版社 2023 年版，第 92 页。

人在国外实施妨害公务的行为,但正犯同时侵害外国公职人员的人身法益的,可以适用我国刑法的属地管辖规定;在我国境内实施电信诈骗行为,结果发生在国外且被害人全部是外国人的,也不妨碍中国刑法的适用。此外,行为实施后,危害外国的社会秩序和公共安全,同时造成人身伤亡的,中国刑法也可以管辖,这也是重视行为对人身法益的侵害的题中之义。因此,对于个案而言,我国刑法能否管辖,必须具体地考察刑法所规定的构成要件中所包含的法益类型,并进一步明确对法益的保护究竟是仅限定在本国之内,还是包含着要对外国法益的保护。

三、《刑法》第6条第3款“犯罪的行为”的含义

(一)《刑法》第6条第3款所持的“遍在地说”

我国《刑法》第6条第3款规定,犯罪的行为或者结果有一项发生在中华人民共和国领域内的,就认为是在中华人民共和国领域内犯罪。刑法通说据此认为,只要构成要件的行为或者结果有一部分在中国领域内,就可以解释为在我国犯罪,这是“遍在地说”的立场。可以根据“遍在地说”适用我国刑法的情形具体包括:①犯罪行为与犯罪结果均发生在我国境内的,当然是在我国领域内犯罪。②犯罪行为在我国领域内实施,但犯罪结果发生于国外,例如,在我国境内邮寄装有炸药的包裹,在境外发生爆炸的;在我国放火,危害结果发生在国外的,都属于在我国领域内犯罪。③犯罪行为实施于国外,但犯罪结果发生于我国境内。这里的结果,包括实际发生的构成要件结果,也包括按照行为人的设想本该发生相应结果的地方(结果预计发生地)。例如,在公海地区对我国境内的公民实施攻击,但炮弹在公海坠落的,由于结果预计发生地是中国,我国刑法根据属地管辖原则可以追究被告人刑事责任。④我国刑法分则规定了大量利用信息网络实施的犯罪。在这类犯罪中,行为地是指通过信息网络系统发出指令的地方,结果地是指被指控的行为发生不法效果的地方。在国外通过信息网络发送违法信息,但其影响在中国境内发生的,也属于犯罪地在中国。对此,最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(2021年1月26日)第2条规定,犯罪地包括犯罪行为地和犯罪结果地。针对或者主要利用计算机网络实施的犯罪,犯罪地包括用于实施犯罪行为的网络服务使用的服务器所在地,网络服务提供者所在地,被侵害的信息网络系统及其管理者所在地,犯罪过程中被告人、被害人使用的信息网络系统所在地,以及被害人被侵害时所在地和被害人财产遭受损失地等。

上述分析表明,所谓的“遍在地说”,似乎接近于刑事管辖权“无处不在”的意思,即我国刑罚权的行使总体上是较为广泛的。但实务上是否可以据此认为,只要具有一定危险性的举止发生在我国领域内,都可以适用我国刑法?对此,难以直接得出肯定的结论,属地主义的大致含义是“我的地盘我做主”,但如何确定我国《刑法》第6条第3款所规定的“犯罪的行为”或者“犯罪的结果”的发生地,并非易事。特别是当结果发生在国外,我国刑法根据宪法的精神,对那样的利益受损情形原本就不应当去保护时,司法机关一定要将发生在国外的结果评价为“在中华人民共和国领域内”犯罪,在解释论上就是一个难题。如此说来,属地主义的运用需要以

侵害我国刑法所保护的法益为前提。

(二)行为单纯侵害外国的社会法益时,不适用我国《刑法》第 6 条第 3 款的规定

要适用属地主义原则,某一行为是否侵害我国刑法所保护的法益,具有决定性意义。如果某种利益不被我国刑法所保护,就没有适用属地原则的可能。根据前述分析,我国刑法对市场经济秩序和社会管理秩序的保护都根源于宪法。而我国宪法和刑法都不保护外国的市场经济秩序和社会管理秩序,行为仅侵害外国的经济秩序和社会秩序等公共法益时,对我国刑法所保护的法益没有侵害,此时,对属地主义原则应当排斥适用。为此,需要仔细理解我国《刑法》第 6 条第 3 款“犯罪的行为”的含义。在中国境内实施的行为,结果发生在国外时,要进行处罚就必须认定其属于“犯罪的行为”,即至少要求该行为具有法益侵害性或危险性。如果对于某一结果发生于国外(或预定发生于国外)的行为,该利益又不属于我国的社会法益、制度法益,结果发生地对该行为完全不作为犯罪处理时,显然难以认为该行为具有法益侵害性。换言之,无论如何,行为需要有侵害我国刑法所保护的法益的危险时,才是刑法处罚的对象。

有人可能认为,在我国实施的行为,结果发生在国外,即便国外不作为犯罪处理,或者该法益不属于我国的制度法益或社会法益,对该行为至少也可以作为犯罪的预备行为加以处罚,这样仍然可以认为该行为属于《刑法》第 6 条第 3 款规定的“犯罪的行为”。不可否认,相对于未遂所引起的对结果的具体危险,预备行为具有实现犯罪的抽象危险;处罚预备犯的根据在于行为所具有的实现犯罪意思的客观危险性。也就是说,基于有效地保护重大法益的刑事政策,需要例外地将刑法干预从实行行为适当前置,对少量侵犯重大法益,特别是重大社会法益或个人法益的重大犯罪的预备行为加以规则。即使行为人尚未着手实行,但预备行为对重大法益形成抽象危险,或者已经接近于着手实行,从而使重大法益处于危险之中的,对该预备犯也可以进行处罚。^{〔22〕}问题是,只要将行为理解为人的活动与社会外界的交涉,那么,行为的含义亦即决定行为的社会影响及其作用的要因,就不仅限于人体活动方面,同时也存在于社会外界。^{〔23〕}对于行为的含义,应当根据其社会影响以及作用来判断。对于在中国境内实施的预备行为,结果发生在国外,而该结果所侵害的利益一开始就是我国刑法所不保护的,该行为就谈不上会使得我国刑法意欲保护的重大利益陷入危险,刑罚权的启动也就缺乏正当性根据。对于预备行为,按照我国刑法的解释论,当然可以进行处罚。但同时需要考虑,仅在对方国家对行为也进行处罚的情况下,才能适用我国刑法,这是最为合理的结论。在这方面,日本法院的判决很有启发性。对于在日本国内制作完成淫秽数据,带到日本国外后上传到国外的服务器,然后让日本国内的客户下载的,虽然日本客户的下载操作是在日本国内完成的,但日本法院考虑到,数据会自动地记录、保存在客户的存储介质上,对于这一行为,可以认定为是在其国内实施的传播淫秽电磁记录的行为。^{〔24〕}在这里,法院不是仅从“制作完成淫秽数据”这一具

〔22〕 参见梁根林:《刑法总论问题论要》,北京大学出版社 2018 年版,第 383 页。

〔23〕 参见(日)松原芳博:《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 36 页。

〔24〕 参见最高裁判所 2014 年 11 月 25 日判决,最高裁判所刑事判例集 68 卷 9 号 1053 页。

有预备性质的行为在日本实施,就简单地认定行为人在日本犯罪,而是强调危害性更大、更为现实的淫秽数据在日本国内被客户下载、保存这一点,认定行为及其结果发生在日本境内。

需要辨析的是,实务中确实有一些犯罪,只有部分实行行为发生在我国,妨害社会管理秩序的结果发生在国外的,仍然被认定为发生在我国领域内的犯罪,依照《刑法》第6条的属地管辖原则,适用我国刑法。比如“邵春天制造毒品案”就是如此。被告人邵春天组织实施跨国制毒犯罪,其负责在我国境内购买制毒化学配剂及设备、提供制毒技术,并从我国召集工人到菲律宾马尼拉非法制造毒品,由于其制造毒品的部分行为发生在我国境内,我国法院依据我国《刑法》第6条属地管辖原则审理了本案。^{〔25〕}但是,本案我国有管辖权不是单纯根据属地主义得出的结论,禁止毒品犯罪是世界各国的义务,我国加入的国际禁毒条约主要有《1961年麻醉品单一公约》《1971年精神药物公约》《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》等。根据上述条约,对于毒品犯罪,犯罪发生地国、罪犯国籍国、犯罪目的所在地国等国家均有权行使管辖权。毒品犯罪对于人身法益有间接危害,在国外制造出的毒品可能回流到我国,侵害我国公民人身权利的抽象危险。因此,结果发生在国外的毒品犯罪所侵害的保护法益并不是单纯的国外法益,我国作为毒品“犯罪的行为”发生地国、罪犯国籍国,对本案享有管辖权。

如此一来,被作为外国犯的行为,至少要求外国及结果发生地的法律将其规定为犯罪,其客观上有害,且该结果对我国制度法益或社会法益有抽象危险,才能认为“犯罪的行为”发生在我国。如果某一行为所造成的结果不在我国境内,且在国外不受处罚,不被视为犯罪,甚至反而是合法的行为,也要按照我国刑法进行追诉,最终保护的是何种利益或者价值就存疑。特别是某些行为本来就是中性的,或者属于原本就不引人注意的行为时,就难以针对行为进行处罚。因此,对《刑法》第6条第3款要限定解释为,某种行为所造成的损害是我国刑法所不保护的法益,以及在结果发生地因为特殊情况而不受处罚时,不能适用这一款规定。从实质的角度看,这样的解释结论是合理的。

其实,我国刑法规定“遍在地说”,所预想的主要是结果发生在领域外,但行为的指向是中华人民共和国的国家、社会公共利益或者公民个人的人身、财产法益的情形。最为典型的情形是,在我国境内教唆他人在国外故意杀人的,即便正犯的行为在国外实施,但共犯的教唆、帮助行为在国内,对教唆犯、帮助犯也可以适用中国刑法。此时,正犯的杀人行为发生在哪里并不重要,共犯行为也具有值得处罚的违法性,根据“遍在地说”,正犯行为在国外被实施,仅仅共犯行为在国内实施的场合的,根据属地主义也可以适用中国刑法。

如此限定地理解《刑法》第6条第3款“犯罪的行为”,不会影响实务中对于大量案件的处理,因为在现代互联网社会,很多针对外国法益的侵害行为同时会侵害我国的社会法益,我国当然具有管辖权,可以说随着互联网的普及,刑法的属地主义规定变得更宽泛了。例如,在互

〔25〕 参见“邵春天制造毒品案——跨国犯罪案件如何确定管辖权和进行证据审查”,载最高人民法院刑事审判一、二、三、四、五庭主办:《刑事审判参考》(第75集),法律出版社2011年版,第72—79页。

联网上传播猥亵图画以及毁损名誉的文书,不管在什么地方上传,理论上全球任何地方都可能看到,因此针对传播淫秽物品罪,实务上通常认为该罪属于传播行为一旦实施,犯罪就完成(举动犯),不要求发生被他人阅览这一结果。可以认为,只要散布行为发生在我国国内,即便众多阅览者在国外,也应当认定其同时侵害了我国的社会管理秩序,可以适用我国刑法。但这对于要求发生名誉毁损结果的损害商业信誉、商品声誉罪而言,未必就能直接适用了。例如,从中国境内往众多外国商户的邮箱发送邮件,对于从来没有在我国开展业务的 A 外国公司的商业信誉进行毁损的,我国《刑法》第 221 条的损害商业信誉、商品声誉罪作为破坏社会主义市场经济秩序罪,就难以对外国公司的商业信誉进行保护。归结起来讲,刑法在当今时代比以往任何时候都更多地呈现多样化的国际关联。当涉及与其他国家刑法的关系时,我国刑法的效力问题值得高度关注。一方面,应避免出现刑法适用的空隙地带;另一方面,要明确我国刑法所要保护的利益,从而为刑法的适用提供正当化的联接点。如果某一行为所造成的结果发生在国外,且仅造成国外的社会法益受损的,我国刑法通常不应当管辖;但如果该行为同时在国内造成法益危险的,则可以认定“犯罪的行为”在我国领域内发生,进而适用中国刑法的规定。例如,被告人韩某购买网络服务器,开发“斑马支付”资金支付平台应用程序,主要为境外电信诈骗、网络开设赌场等犯罪活动的资金转移提供帮助,为他人进行支付结算 5 千余万元的,本案结果似乎发生在境外,但由于该电信诈骗和赌博行为主要针对中国公民,因此认定被告人构成掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪就是理所当然的。^[26]

四、对“枪支散件案”的分析及本文结论的射程

(一)对“枪支散件案”的分析

结合上述分析,可以形成本文的初步结论:刑法空间效力的保护主义的宗旨在于保护本国利益。^[27] 其实,对属地主义的适用更是如此,因为属地主义的实质是要将结果发生在国外的情形也“评价”为在我国领域内犯罪,当然需要考虑我国刑法是否保护特定法益的问题。在我国境内实施的行为结果发生在国外,可能危害外国的公共安全、社会法益的行为,不适用中国刑法。侵害国外法益,但同时造成我国社会法益受损或承受危险的,或者同时侵害个人法益的,应当适用中国刑法的规定进行处罚。

“枪支散件案”不属于在中国境内将枪支制造、装配完毕然后运输到国外销售,在那样的情形下,在国内的制造、运输行为本身就会危害我国公共安全。但是,本案属于行为人仅加工、生产五金配件的情形,该行为本身是中性的,或者说对我国社会管理秩序的危害极其有限,达不

[26] 参见韩某掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益案,宁夏回族自治区吴忠市中级人民法院刑事裁定书,(2025)宁 03 刑终 17 号。

[27] 参见(日)前田雅英:《刑法总论讲义》(第 7 版),曾文科译,北京大学出版社 2024 年版,第 63 页。

到刑罚处罚的程度。^{〔28〕}此外,本案中还有很多特别值得关注的细节,例如,宁波市公安司法鉴定中心与西南政法大学司法鉴定中心出具的两份鉴定意见,其相同的结论是“送检的检材并非国内制式枪械的散件”;部分检材可用于“国外枪支制造”。又如,陈某提出“涉案物品与我国境内枪支不适配”,该行为对境内没有实际危害。再如,陈某开设的五金制品厂,并非专为生产非法枪支而成立的工厂。该厂有正常产品加工业务和经营活动,陈某所在工厂生产的涉案产品是从互联网国际商务平台承接订单,按照外商提供的产品外观、形状命名并加工生产出口境外。最为重要的是,本案没有证据表明该产品在境内销售、组装,或在境外完成组装后有成品回流境内。如果考虑这些情况,被告人的行为是否有法益侵害或者危险,就是值得讨论的问题。前已述及,任何犯罪都会侵害保护法益,不会造成任何法益侵害的行为不应当进入刑法视野。虽然宪法本身无法对侵害法律的行为予以制裁,但其对刑法中的重大法益会进行提示,所有的刑法分则罪名中都存在预先设定的保护法益。司法上,具体犯罪的保护法益对司法有指导作用,司法人员在解释某种构成要件时,必须首先明确该罪是为了保护何种法益。对于法益,不能抽象地进行确定。刑法分则各章所保护的法益内容通常可以从分则各章的章名中得以确定;具体条文所保护的法益内容一般没有明文规定,需要结合宪法的精髓具体地厘定。对于《刑法》第125条的保护法益,应当根据宪法规定来确定。《宪法》第28条揭示了刑法所保护的我国社会管理秩序和公共安全的内容以及犯罪所侵害的内容。涉枪案件的保护法益是枪支管理秩序和公共安全。对于非法制造、买卖枪支罪构成要件的解释结论,必须以法条的保护法益即我国的公共安全为指导。因此,必须以具体法条的保护法益是否受到侵害为标准去判断犯罪。没有侵害保护法益的行为举止,即便在我国境内实施,也不属于《刑法》第6条第3款规定的“犯罪的行为”。

“枪支散件案”中二审法院认为“本案没有证据表明该产品在境内销售、组装,或在境外完成组装后有成品回流境内”,事实上其完全否定了该行为对于国内公共安全法益的侵害性或危险性,认可被害人在境内销售五金配件到境外,不可能对我国的公共安全和社会管控造成危害或者危险,不是犯罪。认定被告人有罪,等于纯粹是将国外的公共安全纳入关注视野,而境外的公共安全是否在中国刑法保护之下,显然是值得研究的。在肯定涉案枪支散件销售行为仅侵害外国的社会法益,对国内的公共安全和枪支管理秩序完全不可能造成损害,也不具有危害公共安全的危险这一前提下,仅因其加工、销售五金配件的行为,就认定其是“犯罪的行为”,对其适用《刑法》第6条第3款的规定,在结论的妥当性上存疑。

从将行为与社会外界的关系结合起来理解《刑法》第6条第3款“犯罪的行为”这一视角出发,可以认为,本案中陈某的行为更接近于自始不具有法益侵害性的(不可罚的)不能犯。在中国境内实施的加工、销售五金件的行为,若其结果仅发生在国外,尤其是发生在允许公民个人持有枪支的国家时,要适用我国刑法进行处罚就必须认定其属于可能同时危及我国公共安全的“犯罪的行为”。若五金配件销售的结果发生在国外,该国的枪支管理秩序不属于我国的社

〔28〕 如果认为本案陈某仅加工、生产五金配件的情形就是危害很大的“犯罪的行为”,其行为又持续了8年多时间,当地的治安管理部门及其工作人员就可能涉嫌玩忽职守罪。

会法益、制度法益,同时结果发生地对该行为完全不作为犯罪处理时,显然难以认为该行为对我国的制度法益具有法益侵害性。本案也没有证据表明购买这些枪支散件的外国客户意欲实施涉及个人法益(比如生命、身体完整性、财产)的犯罪,在此情况下,由于在中国境内实施的行为所造成的结果发生在外国,而该结果所侵害的公共法益并非我国刑法所保护的对象,且最终不可能对我国的公共法益带来危险,该行为就谈不上会使得我国刑法意欲保护的重大利益陷入危险。因此,本案的有罪结论可能与刑法谦抑性相抵触。

此外,还需要考虑本案被告人只是为他人制造枪支提供配件,其行为客观上具有帮助性质,处于帮助犯的地位。在这样的案件中,购买这些枪支散件的外国客户(正犯)的行为按所在国家的刑法不受处罚,其进入中国后,我们也不可能适用中国刑法对其以非法买卖、制造枪支罪处罚。在不处罚正犯的前提下,将本案行为人作为共犯处罚,事实上违背了从犯从属性原理。“正犯的行为在外国,但是在该国不认为其行为属于犯罪时,对其帮助犯、教唆犯进行处罚,无论如何都显得有点过分了。”〔29〕

概括地说,《刑法》第 6 条第 3 款的规定在一定程度上扩大了属地管辖的地域范围,但这种扩大并非没有边界。在本案中,枪支制造完成的结果发生在外国,而所在国对于枪支制造、持有、使用是否允许,以及是否由此带来社会管控上的困难,并非我国刑法所要关心的内容。我国刑法根据宪法的精神,对其他国家的公共安全、社会秩序原本就不承担保护义务。因此,办案部门没有必要将发生在国外的结果纳入“在中华人民共和国领域内犯罪”的评价范畴。基于此,本案的有罪结论就存在商榷空间。

(二)本文结论的射程:实务中的类案处理

实务中,还有为数不少的行为举止发生在我国境内、结果发生在国(境)外,且不会对我国的社会法益造成危险的情形。对此,宜按照前文关于“枪支散件案”的应然处理逻辑加以解决,而不能轻易得出应当适用中国刑法、被告人有罪的结论。

1. 为境外赌博网站提供设计或者技术服务,但该网站完全不可能被我国国内的公众使用(即只能身处国外利用当地 IP 登录,在国内无法登录)的,能否对被告人适用我国刑法? 详言之,被告人甲在中国境内为他人设计赌博网站并维护其运营,该网站的服务器设立在 A 国 B 州,当地的法律允许博彩业合法开展,该州用户在该网站上注册会员后可进行游戏。该网站的运营模式为,仅该州市民可以登录参与赌博,赌客通过各自代理进行会员注册,赌客可以通过线上方式进行赌资充值;该网络赌博组织者不在中国国内招募代理。网站设计公司按照赌博公司收取流水的比例提取收益数千万元。甲为该网站提供技术帮助的,其行为是否构成开设赌场罪的共犯或帮助信息网络犯罪活动罪? 本案与其他为国外赌博集团开设赌场提供帮助,且该赌博集团的主要业务针对中国公民开展的情况并不相同,难以认为甲的共犯行为危害了我国宪法以及治安管理处罚法意义上的社会管理秩序,故不成立犯罪。

2. 侵入外国网站的行为,是否构成非法获取计算机信息系统数据罪? 例如,被告人张某浪与黄某平经事先合谋,以张某浪提供黑客技术获取数据、黄某平负责销售的方式合作,获利对

〔29〕 浅田和茂『刑法総論〔第 3 版〕』(成文堂,2024 年)70 頁参照。

半分成。之后,张某浪利用国外网站后台漏洞到网站“提权”数据库等黑客技术手段,非法在外国购物网站内获取包含有国家、姓名、地区、邮箱、电话、信用卡号、安全码、有效期等内容的外国公民信用卡信息数据,并交由黄某平在互联网上出售给被告人黄某、赵某等人牟利。经勘查,张某浪电脑硬盘中存储的外国公民信用卡信息共计 134531 条。检察机关指控被告人张某浪、黄某平犯非法获取计算机信息系统数据罪,被告人黄某、赵某等人犯侵犯公民个人信息罪。被告人黄某平的辩护人提出,侦查机关未查明张某浪所入侵的具体网站信息,难以定罪。二审法院认为,从被告人的供述可知,“张某浪系通过非法入侵计算机系统的违法方式获取外国公民信用卡数据,而黄某平对张某浪的行为是明知的,……至于是否查明张某浪所入侵的具体网站信息,不影响对张某浪、黄某平二人的定罪量刑。……被告人张某浪、黄某平违反国家规定,利用黑客技术手段,非法获取计算机信息系统中存储的数据,情节特别严重,其行为均已构成非法获取计算机信息系统数据罪”。^[30]但是,涉及计算机信息系统或数据的犯罪被规定在刑法分则妨害社会管理秩序罪一章,我国刑法要保护的是我国的计算机信息系统和社会管理秩序。对于本案,不认定为非法获取计算机信息系统数据罪,而仅认定被告人以窃取方式非法获取公民个人信息,构成损害个人法益的侵犯公民个人信息罪,或许更为合理。

3. 销售“翻墙软件”的案件。被告人刘某为牟利,将虚拟专用网络 VPN 软件销售他人,供其“翻墙”使用,连接境外服务器,刘某由此获利近万元。经鉴定,刘某提供售卖给他人的软件,可改变用户访问网络数据的方式,使用户能够绕过限制访问境内 IP 无法访问的境外网站并获取数据。法院认为,被告人刘某以牟利为目的,向他人提供侵入、非法控制计算机信息系统的程序、工具,情节特别严重,其行为已构成提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪。^[31]这一判决结论是否合理?《刑法》第 285 条保护的法益是计算机信息系统安全,具体而言,就是存储、处理和传输在计算机系统的数据安全。《刑法修正案(七)》增设的“提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪”,旨在惩治未经计算机信息系统权利人授权进入该系统,远程控制该系统的功能或非法盗取其数据的行为。我国刑法中的计算机信息系统安全,主要保护的是我国的计算机信息系统。而提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪这一罪名的设立,旨在防止我国的计算机信息系统遭受侵入、攻击或非法控制。外国的计算机信息系统不在我国刑法保护的范围之内。因此,如果被告人的行为虽然违反了我国的网络审查秩序,但并未侵害我国刑法所保护的法益,就不应当构成侵入、非法控制计算机信息系统罪。涉案的 VPN 软件不具备获取我国计算机网络监管系统数据的功能,不属于专门用于侵入计算机信息系统的程序或工具。VPN 软件的本质是在公网上建立加密通道,通过对数据包的加密和数据包目标地址的转换实现远程访问,其本身不具有侵入、非法控制计算机信息系统的功能,只是避开国内网络监管系统的流量检测,从而访问境外网络。在这一过程中,VPN 软件并

[30] 参见张某浪等非法获取计算机信息系统数据案,浙江省金华市中级人民法院刑事判决书,(2020)浙 07 刑终 33 号之二。

[31] 参见刘某等提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具案,广东省蕉岭县人民法院刑事判决书,(2024)粤 1427 刑初 94 号。

没有侵入或非法控制国内的网络监管系统本身,更不可能从国内网络监管系统中获取数据。被告人利用涉案 VPN 软件访问外网获取的境外网站信息数据,也不属于未经授权或超越授权获取计算机信息系统中的数据。通过 VPN 软件固然获取了境外网站的信息数据,但这些数据既不属于计算机信息系统中存储、处理、传输的数据,也不属于需要授权才能访问的数据,而是境外网站权利人公开的数据。因此,利用涉案 VPN 软件访问外网获取的信息数据不属于未经授权获取的计算机信息系统数据。

根据最高人民法院、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》的规定,要被认定为“专门用于侵入、非法控制计算机信息系统的程序、工具”,应当“具有避开或者突破计算机信息系统安全保护措施,未经授权或者超越授权获取计算机信息系统数据的功能”。从司法解释文本可知,避开或者突破的计算机信息系统,与获取数据的计算机信息系统应当是同一的,通过避开或突破计算机信息系统保护措施的手段行为,和进入计算机信息系统突破访问权限获取数据的结果,应当具有刑法上的因果关系。这一司法解释规定的核心在于:获取计算机信息系统数据必须是一种侵入计算机信息系统后的结果表现,如果避开或者突破的是甲系统,获取的数据却是乙系统的数据,则不符合前述解释关于“专门用于侵入、非法控制计算机信息系统的程序、工具”的认定条件。最为关键的是,涉案的 VPN 技术并没有侵入、破坏国内网络监管系统,没有侵害我国刑法所保护的法益。《刑法》第 285 条规定的“侵入”“控制”手段,是指对计算机信息系统进行破坏的行为。而本案的客观特征是通过加密数据包避开防火墙审查,从而自由访问外网,由于网络监管系统本身不完善,使得用户通过加密通道伪装逃避了审查。如果涉案的 VPN 技术能够通过“侵入”“控制”对计算机信息系统实现“破坏”,那么就不需要每次访问境外网站都再实施一次“破坏”行为。涉案用户每次访问外网都需要再用 VPN 通道连接一次,这反而说明之前的行为并未破坏网络监管系统。综上所述,《刑法》第 285 条规定的行为是“侵入、非法控制”,而不是“逃避”或者“绕开”,该法条旨在保护计算机信息系统不受他人攻击。在现行刑法没有规定的情况下,不能随意扩大解释,更不能进行类推解释或软性解释,否则将与罪刑法定原则相冲突。^{〔32〕}因此,被告人刘某的行为不构成提供侵入计算机信息系统程序、工具罪。

(三) 延伸思考

1. 我国刑法重在保护本国的个人法益和社会法益,侵害外国社会法益的行为,通常不在我国刑法构成要件的保护范围之内。但是,基于保护个人权利和利益的各国通行价值观念,行为在国外造成他国社会法益受损,该行为是国际公认的罪行(如恐怖主义、走私等),或者同时危及外国人的生命、身体、自由、名誉、财产等法益,以及可能对我国造成抽象危险(如在 A 国伪造 B 国货币,可能带到我国使用)的,我国刑法都有权管辖。

2. 本文对行为仅侵害国外社会法益的情形能否适用我国刑法的属地原则进行了分析,其结论不适用于行为在中国境内实施、结果却危害我国刑法所保护的国家法益的情形。在行为侵害我国刑法所保护的法益的场合,即便结果发生在外国,由于该侵害不属于单纯侵害外国利

〔32〕 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。

益的情形,我国刑法仍可适用属地原则进行管辖。例如,在甲和国家公职人员乙在中国境内就贿赂事宜达成协议,即便甲后续在国外将金钱交付给乙的,整体上仍应评价为国内犯,适用中国刑法关于贿赂犯罪的规定。

3. 在行为仅侵害国外法益而不进行刑罚处罚的场合,不排除被告人的行为具有行政违法性,应当承担相应的行政责任。例如,前述出售“翻墙软件”的行为,即违反了我国对于国家网络安全监管的行政管理规定。我国对互联网实行严格的网络审查。网络审查是指国家对网络承载的内容以及网站进行审查,并对部分内容进行监视、过滤和删除,或对网站进行关闭、过滤的行为。我国相关部门对于被认为“不合适”的网络内容和网站会进行直接干预、关闭或过滤。国家网络安全监管系统的主要作用之一在于分析和过滤境外“不合适”的网络内容和网站。突破网络审查或突破网络封锁的行为实际上违反的是我国的网络审查秩序,但并未侵害《刑法》第285条所保护的法益。因此,销售“翻墙软件”的行为不符合刑法对提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪的犯罪构成要件规定,不宜被评价为犯罪行为。

由此看来,在刑法的干涉难以进行时,妥当的行政处罚可能有适用的余地。在行为造成的结果仅侵害外国法益,不能适用我国刑法进行定罪处罚时,仍然有必要考察是否可依照行政管理法律、法规对被告人进行处罚的问题。刑罚作为社会政策的最后手段,其任务被定义为“辅助性的法益保护”,即只有在其他手段不足以应对的情况下,才考虑动用刑罚的手段。在运用刑法惩罚犯罪时,必须遵守法治国家的刑法归责原则。

五、结 语

在处理案件时,如果犯罪结果发生在外国,应当在考察构成要件符合性之前,讨论中国刑法的保护法益和适用问题。因为只有先确定了中国刑法的适用性,才能以中国刑法规定为标尺进行后续考察。此时,应当特别判断是否可以运用中国的犯罪构成要件来保护纯粹的外国法益这一问题。为此,刑法理论和司法实务都应该充分关注我国刑法构成要件的保护范围这一命题。

由于犯罪的本质应当限定理解为侵害了我国刑法所保护的法益,刑法的任务是保护得到我国宪法所认可且被我国刑法所保护的重要生活利益。一概将单纯侵害国外公共法益的行为作为我国刑法处罚的对象,不符合法益保护的原理,扩大了刑法处罚范围,因而并不妥当。

在刑事司法实务中,不能仅因某种举止、动作外观上像犯罪行为,就对其一概予以禁止,直接动用刑法,而需要结合宪法进行体系思考,结合保护法益作出目的解释,准确理解刑法关于属地管辖规定的精神实质,防止实务中的处罚冲动,以切实贯彻刑法谦抑性原则。

Abstract: The primary task of any national criminal law is to protect its own legal interests. Legal interests, as important living interests derived from the Constitution, are those protected by Chinese criminal law. Emphasizing the constitutional relevance of the concept of legal interests entails that an act should only constitute a crime if it infringes upon significant living interests that originate from the Constitution and are safeguarded by Chinese criminal law. Acts that merely infringe upon foreign social legal interests—such as foreign market economic order or social administrative order—without posing any risk to Chinese legal interests, are generally not subject to Chinese criminal regulation. Even if part of the conduct occurs within Chinese territory, it does not fall within the scope of “criminal conduct” as defined in Article 6(3) of the Chinese Criminal Law, and thus lies outside the protective scope of Chinese criminal law’s constitutive elements. For instance, processing or manufacturing hardware components in China for export, even if such components may potentially be used abroad to manufacture firearms, should not constitute the crime of illegal manufacturing or trafficking of firearms—so long as the production or sale poses no threat or risk to China’s social administrative order. From the perspective of determining the infringement of legal interests and interpreting the spatial effect of criminal law teleologically, Chinese criminal law’s territorial jurisdiction is difficult to apply to acts such as providing software within China for overseas gambling websites that are inaccessible to the domestic public, or operating gambling activities abroad that do not target Chinese citizens. If the harmful result of such acts occurs or is intended to occur outside China, and the infringement pertains solely to foreign social legal interests without affecting personal or property rights, then Chinese criminal law’s territorial jurisdiction should not apply. In criminal judicial practice, when dealing with cases where the harmful results occur abroad, close attention should be paid to the protective scope of Chinese criminal law’s constitutive elements. A cautious teleological interpretation of protected legal interests, guided by constitutional principles, is essential to effectively reduce disputes over conviction and to uphold the principle of modesty in criminal law.

Key Words: Protective Scope of Constitutive Elements; Constitutional Relevance of Legal Interests; Infringement of Foreign Social Legal Interests; Territorial Jurisdiction; Criminal Law Interpretation

(责任编辑:车浩)