青海省西宁市中级人民法院

刑 事 判 决 书

（2017）青01刑再01号

原公诉机关西宁市城西区人民检察院。

原审上诉人(原审被告人)郭某甲，男，汉族，1990年3月2日出生于河南省漯河市。2010年6月28日因犯故意伤害罪被河南省漯河市源汇区人民法院判处有期徒刑6个月，2010年8月14日释放。2016年3月8日因犯破坏公用电信设施罪西宁市城西区人民法院判处有期徒刑三年。现在青海省建新监狱服刑。

辩护人郭自宾，男，汉族（系被告人郭某甲之父亲）。

青海省西宁市城西区人民检察院指控被告人郭某甲犯破坏公用电信设施罪一案，青海省西宁市城西区人民法院于2016年3月8日作出（2016）青0104刑初73号刑事判决，本院于2016年6月5日作出（2016）青01刑终56号刑事裁定。上述裁判发生法律效力后，被告人郭某甲父亲郭自宾不服该判决，向本院申诉，本院经审查认为，原审判决对郭某甲以破坏公用电信设施罪判处刑罚，适用法律错误，可能影响对其定罪、量刑。于2017年2月8日作出（2017）青01刑申32号再审决定书决定再审。本院依法另行组成合议庭审理了本案。经阅卷提讯被告人，听取辩护人、公诉机关意见，认为事实清楚，决定不开庭审理。本案现已审理终结。

城西区人民法院查明：2015年11月27日，被告人郭某甲驾驶载有“伪基站”通讯设备的电动摩托车，在西宁市城西区胜利路华润万家超市附近正在发送“西宁市豪庭酒店内鄂尔多斯羊绒衫促销”的广告短信时被公安民警抓获，当场查获作案用电动摩托车一辆及“伪基站”通讯设备一套。经电子物证检查，被告人郭某甲使用电动摩托车搭载的“伪基站”通讯设备群发广告短信70882条。

城西区人民法院认为，被告人郭某甲非法使用未取得电信设备进网许可的“伪基站”向手机用户发送广告，危害公共安全，其行为构成破坏公用电信设施罪。公诉机关指控的罪名及事实成立。被告人郭某甲归案后如实供述了自己的犯罪事实，在庭审中自愿认罪，对其可酌情从轻处罚。判决：一、被告人郭某甲犯破坏公用电信设施罪，判处有期徒刑三年；二、扣押在案的银色电脑主机一台、光宇蓄电池一台、黑色天线一副、黑色充电器一个、银色索尔牌逆变器一个、银色松下笔记本电脑一台，依法没收。

郭某甲不服判决上诉称,原审判决认定罪名不当，上诉人属过失犯罪，案发后主动供述犯罪事实，原判量刑畸重。

上诉人郭某甲的辩护人提出本案证据中只有被告人郭某甲发送短信70882条的事实，无造成二千以上不满一万用户通信中断一小时以上或者一万以上用户通信中断不满一小时的事实；上诉人郭某甲系受雇于他人，归案后如实供述犯罪事实，自愿认罪，有悔罪表现，对其可酌情从轻处罚的辩护意见。

本院二审查明，原审判决认定2015年11月27日，上诉人郭某甲驾驶载有“伪基站”通讯设备的电动摩托车，在西宁市城西区胜利路华润万家超市附近发送“西宁市豪庭酒店内鄂尔多斯羊绒衫促销”广告短信时被公安民警抓获，当场查获作案用电动摩托车一辆及“伪基站”通讯设备一套。经电子物证检查，被告人郭某甲使用电动摩托车搭载的“伪基站”通讯设备群发广告短信70882条的事实正确。

本院二审经审理认为，上诉人郭某甲非法使用未取得电信设备进网许可的“伪基站”向手机用户发送广告，危害公共安全，其行为确已构成破坏公用电信设施罪。上诉人郭某甲上诉称原审判决认定罪名不当、属过失犯罪的上诉理由不能成立。原审判决根据上诉人郭某甲归案后如实供述犯罪事实，有悔罪表现，对其已从轻处罚。因此上诉人上诉理由及辩护人辩护意见不再采纳。西宁市人民检察院提出原审判决认定事实清楚，证据确实、充分，定罪准确，量刑适当，建议二审驳回上诉，维持原判的出庭意见正确，予以采纳。裁定：驳回上诉，维持原判。

本案再审期间，经提审，郭某甲自辩称，其对原审判决认定利用“伪基站”发送信息的事实认可，但认为他是受雇于蔡聚良，设备也是蔡聚良提供的，并不知道该行为是犯罪，在侦查阶段提供了举报线索。原审判决以破坏公用电信设施罪定性错误，其行为只是擅自使用无线电干扰了电信信号，不存在破坏行为，原审量刑过重，请求改判。

郭自宾提出书面辩护意见认为，（一）原判决依照《中华人民共和国刑法》第一百二十四条之规定，判决被告人郭某甲犯破坏公用电信设施罪，定性错误。被告人系受雇于他人，利用老板提供的“伪基站”设备，实施群发广告短信的行为，并没有采用截断通信线路、损毁通信设备或者删除、修改、增加电信网计算机信息系统中存储、处理或者传输的数据和应用程序等手段，实施故意破坏正在使用的公用电信设施的行为。（二）被告人有法定与酌定的从轻、减轻处罚的情节。被告人到案后主动提供线索，帮助侦查机关很快抓获组织被告人等实施该行为的雇佣老板，应当认定为立功表现，可以从轻或减轻处罚。被告人归案后如实供述自己的犯罪事实，在庭审中也自愿认罪，具有法定从轻处罚的情节。（三）被告人郭某甲初中文化程度，法律意识淡薄，主观上没有实施破坏公用电信设施的故意。

西宁市人民检察院认为,本案一、二审认定的事实清楚,证据充分,量刑适当,适用法律正确,审判程序合法。原审被告人郭某甲利用“伪基站”设备发送信息的行为，根据最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部关于依法办理非法生产销售使用“伪基站”设备案件的意见（公通字13号）中解释：“伪基站”设备是未取得电信设备进网许可证和无线电发射设备型号核准的非法无线电通信设备，具有搜取手机用户信息，强行向不特定用户手机发送短信息等到功能，使用过程中会非法占用公众移动通信频率，局部阻断公众移动通信网络信号。其中第一条第（二）项规定：非法使用“伪基站”设备干扰公用电信网络信号，危害公共安全的，依照《刑法》第一百二十四条第一款的规定，以破坏公用电信设施罪追究刑事责任；同时构成虚假广告罪、非法获取公民个人信息罪、破坏计算机信息系统罪、扰乱无线电通讯管理秩序罪的，依照处罚较重的规定追究刑事责任。除法律、司法解释另有规定外，利用“伪基站”设备实施诈骗等其他犯罪行为，同时构成破坏公用电信设施罪的，依照处罚较重的规定追究刑事责任。因此，原审被告人郭某甲的行为已触犯《中华人民共和国刑法》第一百二十四条规定，其行为确已构成破坏公用电信设施罪。且原审法院在综合考虑到其认罪态度、犯罪情节的情况下，对其已酌情从轻处罚，量刑并无不当。综上所述，原审判决认定的事实清楚，证据确实充分，量刑适当，适用法律正确，审判程序合法，建议维持原判。

再审查明的事实与原审查明的事实一致，本院予以确认。

本院认为，根据《最高人民法院关于审理破坏公用电信设施刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第一条规定，破坏公用电信设施，是指采用截断通信线路、损毁通信设备或者删除、修改、增加电信网计算机信息系统中存储、处理或者传输的数据和应用程序等手段，故意破坏正在使用的公用电信设施的行为。并对具有五种情形的依照《刑法》第一百二十四条规定定罪处罚。2014年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部《关于依法办理非法生产销售使用“伪基站”设备案件的意见》公通字（2014）13号，该意见第二条明确规定，非法使用“伪基站”设备干扰公用电信网络信号，危害公共安全的，依照《刑法》第一百二十四条第一款的规定，以破坏公用电信设施罪追究刑事责任；同时构成虚假广告罪、非法获取公民个人信息罪、破坏计算机信息系统罪、扰乱无线电通讯管理秩序罪的，依照处罚较重的规定追究刑事责任。在两高两部出台意见，明确依法打击“伪基站”犯罪背景下，公诉机关对使用“伪基站”群发短信的行为以破坏公用电信设施罪起诉并无不当之处。然而，《刑法修正案九》实施后，对使用“伪基站”群发短信信息案件定性已发生根本性变化，都以扰乱无线电通讯管理秩序罪定罪处罚。《刑法修正案（九）》第三十条规定：将《刑法》第二百八十八条（扰乱无线电管理秩序罪）第一款修改为：“违反国家规定，擅自设置、使用无线电电台（站），或者擅自使用无线电频率，干扰无线电通讯秩序，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。”通过对新旧条文比较，《修正案九》把原文中的“经责令停止使用后拒不停止使用”删除了，降低了扰乱无线电管理秩序罪的入罪条件。“伪基站”设备是未取得电信设备进网许可证和无线电发射设备型号核准的非法无线电通信设备，具有搜取手机用户信息，强行向不特定用户手机发送短信息等功能，使用过程中会非法占用公众移动通信频率，局部阻断公众移动通信网络信号。本案中，被告人郭某甲的行为符合扰乱无线电管理秩序罪的特征，却不符合破坏公用电信设施罪的特征，虽然司法解释和两高两部意见比较明确，但郭某甲利用“伪基站”设备群发短信的行为，并未实施截断通信线路、损毁通信设备等对电信设施本身的物理性破坏行为，亦未实施删除、修改、增加电信网计算机信息系统中存储、处理或者传输的数据和应用程序的系统性软件的破坏行为而致电信设施功能性受损。没有造成《解释》所列举的四种达到实际危害公共安全的可量化的后果及危害公共安全的兜底情形。本案的证据并不能证明被告人郭某甲的行为造成《解释》所规定的四种危害后果，以及危害了不特定多数人的生命、健康或重大公私财产及重大公共利益安全。

综上,本院认为,被告人郭某甲违反国家规定,擅自设置、使用无线电台,干扰无线电通讯秩序,情节严重,妨害了社会管理秩序,其行为已构成扰乱无线电通讯管理秩序罪。公诉机关指控被告人郭某甲犯罪的事实成立,但定性不当,原一、二审判决、裁定认定被告人郭某甲犯破坏公用电信设施罪不当，应予改判。关于被告人郭某甲辩解及辩护人称其行为应构成扰乱无线电通讯管理秩序罪,系初犯,认罪态度较好,主观恶性小等辩解、辩护意见,本院予以采纳。被告人郭某甲的辩护人郭自宾认为郭某甲是过失犯罪，并有立功表现，应予减轻处罚的理由不成立，不予采纳。鉴于被告人郭某甲归案后,能如实供述了自己的罪行,并积极交纳罚金，具有认罪、悔罪表现，依法可从轻处罚。依照《中华人民共和国刑法》第二百八十八条第一款、第六十八条、第五十二条、第五十三条、第六十四条，《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百四十五条规定,判决如下:

一、维持青海省西宁市城西区人民法院（2016）青0104刑初73号刑事判决第二项,即扣押在案的银色电脑主机一台、光宇蓄电池一台、黑色天线一副、黑色充电器一个、银色索尔牌逆变器一个、银色松下笔记本电脑一台，依法没收。

二、撤销青海省西宁市城西区人民法院（2016）青0104刑初73号刑事判决第一项及西宁市中级人民法院（2016）青01刑终56号刑事裁定书;

三、被告人郭某甲犯扰乱无线电通讯管理秩序罪,判处有期徒刑一年六个月,并处罚金人民币3000元。(刑期从判决执行之日起计算,判决执行以前先行羁押的,羁押一日,折抵刑期一日,即自2015年11月27日起至2017年5月26日止）。

本判决为终审判决。

审判长　　付元泰

审判员　　柳香芳

审判员　　马秀芬

二〇一七年四月十八日

书记员　　周　毛

附：审理本案适用的法律条文

《中华人民共和国刑法》第二百八十八条第一款违反国家规定，擅自设置、使用无线电台（站），或者擅自使用无线电频率，干扰无线电通讯秩序，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。

第六十八条犯罪分子有揭发他人犯罪行为，查证属实的，或者提供重要线索，从而得以侦破其他案件等立功表现的，可以从轻或者减轻处罚；有重大立功表现的，可以减轻或者免除处罚。犯罪后自首又有重大立功表现的，应当减轻或者免除处罚。

第五十二条判处罚金，应当根据犯罪情节决定罚金数额。

第五十三条罚金在判决指定的期限内一次或者分期缴纳。期满不缴纳的，强制缴纳。对于不能全部缴纳罚金的，人民法院在任何时候发现被执行人有可以执行的财产，应当随时追缴。如果由于遭遇不能抗拒的灾祸缴纳确实有困难的，可以酌情减少或者免除。

第六十四条，犯罪分子违法所得的一切财物，应当予以追缴或者责令退赔；对被害人的合法财产，应当及时返还；违禁品和供犯罪所用的本人财物，应当予以没收。没收的财物和罚金，一律上缴国库，五十三不得挪用和自行处理。

《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百四十五条人民法院按照审判监督程序重新审判的案件，应当另行组成合议庭进行。如果原来是第一审案件，应当依照第一审程序进行审判，所作的判决、裁定，可以上诉、抗诉；如果原来是第二审案件，或者是上级人民法院提审的案件，应当依照第二审程序进行审判，所作的判决、裁定，是终审的判决、裁定。