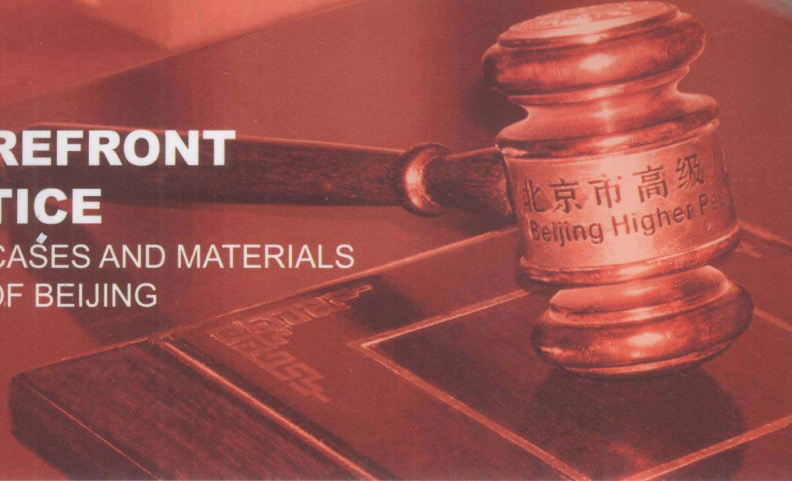


**THE FOREFRONT
OF JUSTICE**

THE LATEST CASES AND MATERIALS
OF COURTS OF BEIJING



审判前沿 新类型案件
审判实务

北京市高级人民法院/编

总第30集



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

**THE FOREFRONT
OF JUSTICE**
THE LATEST CASES AND MATERIALS
OF COURTS OF BEIJING

审判前沿

新类型案件审判实务

2009年第6集·总第30集

北京市高级人民法院/编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

审判前沿:新类型案件审判实务.总第30集/北京
高级人民法院编. —北京:法律出版社,2010.1
ISBN 978-7-5118-0278-1

I. ①审… II. ①北… III. ①审判—案例—研究—中
国—丛刊 IV. ①D925.05-55

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第242522号

审判前沿——新类型案件审判实务.总第30集
北京市高级人民法院编

编辑统筹 法律应用出版社
责任编辑 韦钦平
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京北苑印刷有限责任公司
责任印制 陶 松

开本 787×960毫米 1/16
印张 11.5
字数 206千
版本 2010年1月第1版
印次 2010年1月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-0278-1

定价:25.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

审判前沿 新类型案件审判实务

编辑委员会

主任：池 强

副主任：王振清 朱 江 周继军 翟晶敏 孙 力
于厚森 于建伟 鲁桂华

委员：（按姓氏笔画排列）

王 飞 王增勤 刘兰芳 张柳青 张美欣
辛尚民 何通胜 陈锦川 赵建新 徐 扬
靳学军 谭京生

编辑部

主编：王振清

副主编：靳学军 范跃如

编辑：唐 明 张农荣 张新平 乔新生 万 钧
刘晓虹 欧彦峰

目 录

案例研究

- ◆ 网上传播黑客技术的司法认定
 - 蔺某某等传授犯罪方法案法律问题研究 于同志(1)
- ◆ 对已经国外开证申请人认可的货物质量, 申请人又委托国外鉴定机构认定为质量不合格, 不构成信用证欺诈
 - 北京宣联食品有限公司诉株式会社友利银行、中国银行股份有限公司北京市分行信用证合同纠纷案法律问题研究 何 波(10)
- ◆ 劳动争议诉讼中证明责任的分配及证明妨碍的处理
 - 张某诉上海某机电公司一般劳动争议案法律问题研究 曾小华(19)
- ◆ 身份置换金与解除劳动合同经济补偿金是否等同
 - 某建设工程公司与梁某劳动争议案法律问题研究 王洋林(25)
- ◆ 劳动合同纠纷协议管辖有关问题的认定
 - 孙某诉上海某外企公司劳动合同纠纷案法律问题研究 俞里江(31)
- ◆ 国债回购交易问题的研究
 - 上海某石油化工公司诉浙商证券公司证券交易代理合同纠纷案法律问题研究 樊 雪(36)
- ◆ 异议股东提起股权回购之诉的条件与认定
 - 《公司法》第 75 条法律问题研究 张印龙、刘海云(42)
- ◆ 案发后积极抢救伤者并电话报案的行为如何定性
 - 王某故意伤害案法律问题研究 刘俊燕、李忠勇(48)
- ◆ 《住宅质量保证书》的保修期不是开发商对房屋质量负责的最后期限

——赵某诉某置业有限公司房屋质量损害赔偿案法律问题研究 程 屹(53)

◆行政诉讼利害关系的认定

——李某诉国家食品药品监督管理局案法律问题研究 闫洪升(57)

疑案探讨

◆协议解除劳动关系时未约定供暖费承担的由房改房购房人承担

——某物业公司诉张某供暖纠纷案相关法律问题探讨 佟自强(64)

◆受贿人已将贿赂款退还行贿人的情况下是否需要继续向受贿人追缴贿赂款

——于某受贿案相关法律问题探讨 杨子良、易大庆(68)

◆保险人已履行合理说明义务的免责条款应认定有效

——王某诉中国人民财产保险股份有限公司乐亭支公司
保险合同纠纷案相关法律问题探讨 翟新忠(71)

案例分析

◆如何实现贪污贿赂犯罪的量刑平衡

——被告人贺某贪污、挪用公款案相关法律问题分析 罗鹏飞(74)

◆夫妻共同财产执行问题探讨

——于某申请任某执行异议案相关法律问题分析 盖平山(78)

◆析物权变动与买卖合同生效问题

——杨某诉穆某、高某房屋买卖合同纠纷案相关法律问题
分析 高 英、杨 箐(81)

◆罪犯在被确定有其他犯罪嫌疑后如实供述罪行不构成余罪自首

——马某抢劫罪相关法律问题分析 李中华(84)

◆书稿丢失的法律救济

——程某诉某出版社书稿丢失纠纷案相关法律问题分析 元 蕾(87)

◆债权转让必须同时具备四个基本要件才能生效

——孙某诉承德华宇公司买卖合同纠纷案相关法律问题
分析 孙之智(92)

- ◆夫妻一方的婚前房屋被拆迁后,用补偿款购买的安置楼房,另一方应分得适当份额
——秦某诉刘某离婚后财产分割纠纷案相关法律问题分析 奉一兵(95)
- ◆妻子隐瞒丈夫做终止妊娠手术医院不构成对男方生育权的侵犯
——李某诉北京市某附属医院其他身体权纠纷案相关法律问题分析 李春香(99)
- ◆简析投保人履行如实告知义务的程度
——王某某诉中国平安人寿保险股份有限公司北京分公司保险合同纠纷相关法律问题分析 刘建勋(102)

观点争鸣

- ◆无充分理由应不予准许骨龄鉴定申请 蒋为杰(108)
- ◆漏罪发现之认定与处理 张素莲(111)
- ◆非法持有毒品罪与运输毒品罪之比较 张亚林(117)

参阅案例

- ◆员工工作期间违反道路交通安全管理规定发生交通事故受到伤害的仍可认定工伤 (120)
- ◆破坏交通设施犯罪中危险的认定 (123)
- ◆谋取本身性质违法的利益和以违法手段获取的利益应认定为“为谋取不正当利益” (126)
- ◆拍卖前已派发的红利依法独立于基金份额,执行中可作为被执行人的其他财产用以偿付债务 (128)

热点问题聚焦

- ◆后奥运纠纷涉诉情况并提出处理对策
..... 北京市高级人民法院研究室(131)
- ◆关于加强和谐诉讼机制建设的调研报告
..... 北京市第一中级人民法院(138)

法律文书之窗

- ◆北京市高级人民法院刑事判决书
(2009)高刑终字第21号刑事判决书 (152)
- ◆北京市丰台区人民法院民事判决书
(2008)丰民初字第19124号民事判决书 (163)

司法文件

- ◆北京市高级人民法院关于商事审判应对金融危机的若干意见 (168)
- ◆北京市高级人民法院关于加强社会力量参与商事纠纷调解工作的意见 (174)

【案例研究】

网上传播黑客技术的司法认定

——蔺某某等传授犯罪方法案法律问题研究

于同志*

一、据以研究的案例

被告人蔺某某于2007年1月租用某网络公司的虚拟主机,注册了域名为www.heike.com的黑客网站,并聘用被告人林某某、姚某某作“客服”,提供QQ在线“技术支持”。该网站收集“感染者网银木马生成器”、“009工作室网银大盗”、“黑珍珠网银木马”、“QQ空间密码木马”、“QQ幻想木马”、“冰心美国魔兽密码木马”、“传奇世界木马”、“传奇2木马”、“传奇奇迹木马”、“大话西游木马”、“三国群英传木马”、“劲舞团木马”、“魔兽世界木马”、“征途木马”等各类木马病毒500余种,还建立“黑客教程在线演示中心”,上传真人配音制作的Flash黑客木马教材等,通过发展VIP会员的方式,向缴费网民提供文字、图示及动画演示的黑客教程及各种网游、网银木马病毒的下载和使用方法。截至2007年9月13日案发,蔺某某等人管理的黑客网站发展注册会员2万余人,其中付费VIP会员100余人,非法获利近10万元。

二、问题的提出

对于本案三被告人网上传播黑客技术的行为性质如何认定,实践中分歧很大,主要有以下几种不同意见:(1)传授犯罪方法罪。理由是:利用互联网传播黑客技术的行为是众多计算机犯罪的“罪魁祸首”,严重危害网络安全,对用户的合法利益造成巨大损害。这种行为的实质就是向他人传授犯罪方法,情节严

* 北京市高级人民法院法官,中国人民大学博士研究生。

重的应构成传授犯罪方法罪。被告人通过互联网向众多不特定主体传播计算机犯罪的具体方法,并获取巨额非法利益,应属情节严重。(2)破坏计算机信息系统罪。理由是:被告人通过互联网提供文字、图示及动画演示的黑客教程及各种网游、网银木马病毒的下载和使用方法,其行为属于传播计算机病毒等破坏性程序,影响计算机系统正常运行,且情节严重,故依法构成破坏计算机信息系统罪。(3)教唆犯。理由是:利用互联网向网民传播黑客技术的行为,属于教唆他人犯罪,即教唆他人实施非法侵入、破坏计算机信息系统以及利用计算机实施诈骗、盗窃、贪污、挪用公款、窃取国家秘密或其他犯罪等,应按照被教唆的人具体实施的犯罪来认定被告人的行为性质。如果没有证据证实有网民接受了教唆并实施了相关犯罪,对被告人应以无罪论处。(4)不构成犯罪。理由是:制作、传播计算机病毒的犯罪属于结果犯,本案被告人虽然事实上传播了计算机病毒,但现有证据不足以证明其行为“后果严重”,故不构成破坏计算机信息系统罪;由于黑客技术不完全等同于“犯罪方法”,即便属于犯罪方法,因被告人并未向特定主体传授该犯罪方法,且无法确定他人是否接受该犯罪方法,故不构成传授犯罪方法罪;依照罪刑法定原则,对被告人应以无罪处理。

目前利用互联网传播黑客技术的现象并不少见,如设立专门的黑客网站传授黑客技术并提供有关黑客工具(病毒源代码、木马入侵程序等)的下载,开设专题博客教授黑客技术知识等。据国家计算机网络应急技术处理协调中心统计,2007年全年网络安全事件整体数量显著上升,我国共有超过362万个IP地址的主机被植入僵尸程序,黑客利用各种僵尸程序向网络服务器发动攻击数总计10,988次,发送垃圾邮件112次,实施信息窃取操作3949次。^①另据瑞星反病毒监测网的统计数据显示,2007年该公司共截获新病毒样本917,839个,比2006年增加70.7%,其中木马病毒580,992个,后门病毒194,581个,两者之和超过77万,占总体病毒的84.5%。^②不可否认,黑客技术的广泛传播在此中起到了推波助澜的作用。笔者认为,从特征、危害等方面分析,对这种在互联网上肆意传播黑客技术的行为,如果情节严重的,可依照《刑法》第295条规定,以传授犯罪方法罪定罪处罚。

① 国家计算机网络应急技术处理协调中心:“2007年网络安全工作报告”,载 http://www.2008red.com/member_pic_526/files/leofun/html/article_2447_1.shtml。

② 瑞星公司:“中国大陆地区2005年电脑病毒疫情和安全趋势报告”,载 <http://www.rising.com.cn/2007/annual/index.htm>。

三、相关法律问题研究

(一) 黑客技术是否属于犯罪方法

《刑法》第295条规定的传授犯罪方法罪,是指故意用语言、文字、动作、图像或者其他方法,将实施犯罪的具体做法、经验传授给他人的行为。该罪是对1983年9月2日全国人大常委会《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》第2条的规定吸收并改为刑法的具体规定的。本罪中的“犯罪方法”,主要是指犯罪的经验、技能以及反侦查、逃避审判的方法,还包括如何进行犯罪预备、如何在犯罪后逃匿、销毁罪证等方法,并且这些方法只能是直接故意犯罪的方法。一般认为,传授犯罪方法罪属于行为犯,只要行为人实施了传授犯罪方法的行为,就构成本罪。至于行为人是否教唆被传授人实施犯罪,被传授人是否实施了传授人所传授的犯罪方法,是否已经造成了实际的危害后果,均不影响本罪的成立。^①

实践中,判断某一行为是否属于传授犯罪方法的行为,主要从以下两方面进行:(1)如果一种方法的应用范围只能是违法和犯罪,如扒窃技术,那么通常应当认定行为人的传授行为具备本罪的客观要件。因为,行为人一旦将该种方法传授给他人,就对他人使用此方法实行犯罪还是实行一般违法行为难以控制,而且,也很难想象被传授人学会该种方法后会只将其用于实行一般违法行为而不适用于实行犯罪。所以,行为人传授该种方法的行为对社会的危害应已达到构成犯罪的程度。(2)如果一种方法既可以用于违法犯罪,也可以用于正当合法的行为,则应结合整体传授过程,并根据社会通常观念作出判断。具体说来,应主要考察以下几个方面情况:行为人的个人情况,向他人传授该种方法的原因,被传授人基于何种原因向行为人学习该种方法,行为人和被传授人言行的倾向性(如有无指明该种方法是实行某种犯罪的方法),等等。^②

所谓黑客,是指那些具备相关的电脑知识、以不正当侵入为手段寻找网络漏洞、破坏网络的人。所谓黑客技术,简单地说,就是指对计算机系统和网络的缺陷和漏洞的发现以及针对这些缺陷实施攻击的计算机操作技术,其主要手段包括获取口令、放置特洛伊木马程序、使用被篡改过的网页进行欺骗、电子邮件攻击、通过一个节点来攻击其他节点、利用缺省账号进行攻击、偷取特权等。^③ 广

① 周道鸾、张军主编:《刑法罪名精释》,人民法院出版社2007年版,第578页。

② 王作富主编:《刑法分则实务研究》(下册),中国方正出版社2003版,第1465~1467页。

③ 刘教民:“网络基础知识·网络黑客与防范措施”,载 <http://office.hebust.edu.cn/study/wljczs/index0603.htm>。

义的黑客技术,还包括投放或传播计算机病毒、破坏他人计算机信息系统等网络攻击手段。基于前述分析,笔者认为,应当认定黑客技术属于《刑法》第295条规定中的“犯罪方法”,主要理由如下:

首先,根据《刑法》第285~第287条和全国人大常委会《关于维护互联网安全的决定》的规定,涉及计算机的犯罪行为主要有:侵入国家事务、国防建设、尖端科学技术领域的计算机信息系统的行为;破坏计算机信息系统的行为;破坏计算机信息系统中数据的行为;故意制作、传播计算机病毒等破坏性程序,攻击计算机系统及通信网络,致使计算机系统及通信网络遭受损害的行为;违反国家规定,擅自中断计算机网络或者通信服务,造成计算机网络或者通信系统不能正常运行的行为;利用计算机实施其他普通刑事犯罪的行为。而黑客技术从总体上来讲就是一种以入侵、攻击和破坏计算机网络或其中存储的数据为主要内容的技术,其用途无外乎是侵入他人的计算机信息系统,攻击和破坏他人的计算机信息系统,窃取和破坏他人计算机信息系统中存储的数据或借此实施金融诈骗、盗窃、窃取国家秘密等行为。而这些行为基本上都是前述条文所规定的犯罪行为,所以说,黑客技术本质上应是一种犯罪方法。

其次,由于立法的滞后性,我国刑法中有关网络犯罪的规定还很不完善,一些利用黑客技术实施的行为目前并不构成犯罪,如行为人利用黑客技术非法侵入国家事务、国防建设、尖端科学技术领域的计算机信息系统以外的计算机信息系统,如商业门户网站,或者侵入其他个人用户的计算机中,窥探其中所存储的数据信息等。但这些行为自身亦具有相当严重的社会危害性,常常造成计算机重要数据的丢失或者网络系统不能正常工作,给受害单位、个人带来直接或间接的财产损失等。因此,这些不构成现行刑法上的犯罪的行为本身并非是正当的,按照全国人大常委会《关于维护互联网安全的决定》、《中华人民共和国电信条例》等法律法规的规定,仍属于违法行为。

最后,虽然某些黑客行为可能出于自我表现、好奇、恶作剧或意见表达等动机,并且从反面也可能产生一些学者所说的“促进网络安全技术的发展”的积极结果,^①但就其行为本身而言,它仍然违反了法律的禁止性规定。黑客技术本身是一种计算机网络攻击和破坏技术,不能因为其能够被反向用于正当目的而否认其本身的不正当性质。实际上,完善网络技术并非黑客技术的主要用途,实践中黑客技术更主要的是被用于攻击和破坏,而非网络技术发展的“推进器”。这如同伪造货币的技术有时可以被用作提高新货币防伪技术水平的负面参照物

① 王作富、庄劲:“黑客行为与两极化的刑事政策”,载《湖南社会科学》2004年第6期。

一样,但并不能因此就否定伪造货币技术是一种犯罪方法的性质。^①

(二) 构成犯罪是否要求必须向特定主体传授犯罪方法

反对本案以传授犯罪方法罪定性的理由之一,是该罪的传授行为应有一定的针对性,如果行为人是在网上向不特定的多数人传播黑客技术,则不应以传授犯罪方法罪处罚。^②笔者认为,此观点值得商榷,这主要基于以下考虑:

首先,刑法并未限定传授犯罪方法的对象必须为特定主体。一般认为,传授犯罪方法罪中的“传授”,是指将犯罪的方法教给他人。实践中,传授犯罪方法的方式是多种多样的,可以是口头传授,也可以是书面传授;可以采取公开的方式传授,也可以采取秘密的方式传授;可以用语言、动作传授,即“言传”,也可以是传授犯罪活动传授,即“身教”;可以是传授一种犯罪方法,也可以是传授多种犯罪方法。其中,以公开的方式传授包括通过第三人转达或通讯工具传授,以及通过广播、电视、报刊、互联网等媒体进行传授等,在此情况下的传授对象就不可能是特定的个人或特定的少数人,而是特定的多人或不特定的人员。事实上,传授犯罪方法罪是行为犯,即只要实施了向他人传授犯罪方法的行为就可以构成传授犯罪方法罪。所以,该罪所强调的是“传”,也即“教”的行为,至于学的人是多是少、特定或不特定、学会与否都不是该罪所强调的内容,不应影响该罪的成立。因此,向不特定的人员传授犯罪方法的行为亦符合传授本身的含义。

其次,从社会危害性的比较来看,向不特定的人员传授犯罪方法的行为比向特定的人员传授犯罪方法的行为危害性更大。向特定的人员传授犯罪方法的结果是有限的人员(即使是为数不少)掌握了该犯罪方法,并将其应用于实施犯罪行为,造成对某些合法利益的侵害或者对社会公共秩序的破坏,但由于学习者特定的人员,国家往往可以通过一定的侦查方式找到他们,有可能在其将掌握的犯罪方法用于实施具体的犯罪行为之前阻止其行为或者在其实施犯罪行为后很快将其绳之于法。而向不特定的人员传授犯罪方法,由于其学习者不特定,国家很难将这些人员悉数找出,从而难免会对潜在的犯罪行为疏于防范,亦即这种向不特定的人员传授犯罪方法的行为更容易造成侵害他人合法权益或者破坏社会公共秩序行为的发生,其社会危害性相对较大。

最后,利用网络传授犯罪方法不过是赋予了传授行为一种新的方式或途径,究其实质,与传统的传授行为无异。目前在实践当中,利用网络传播黑客技术主要表现为:(1)利用QQ等即时通讯软件或者电子邮件等方式进行一对一交流;

^① 常宁:“网上传播黑客技术行为应构成传授犯罪方法罪”,载《河南公安高等专科学校学报》2006年第5期。

^② 郝斌:“论我国计算机犯罪的刑事立法完善”,载《商丘师范学院学报》2003年第3期。

(2)在 BBS 等公共交流模板上发帖,讲解黑客技术;(3)开设黑客网站,讲授相关技术知识并提供黑客工具等。对于第一种传播形式,其被传授者是特定的,依法应按照传授犯罪方法罪进行处理;而对于第二、第三种传播形式,虽然被传授者是不特定的,但其在本质上仍符合传统的传授行为的特征,比如既有传授者,又有被传授者,传授的内容也是构成犯罪方法的黑客技术等,故不能仅因被传授对象的不特定而否认整个行为构成传授行为。实际上,这种情形从本质上也可以理解为采取公开课的形式传授犯罪方法。所以,本案中被告人利用互联网向不特定多人传播黑客技术这一犯罪方法,并不影响其行为构成传授犯罪方法罪。

(三) 构成犯罪是否要求犯罪方法必须为被传授人所接受

对此,理论界有不同看法:一种意见认为,行为人是否完成所计划的全部传授行为,不影响犯罪的构成,只要行为人向他人传授犯罪的方法,即使刚刚着手,只要综合全案不属于“情节显著轻微危害不大”的情况,就构成本罪既遂;^①另一种意见则认为,传授犯罪方法罪的社会危害性大小与被传授人的意思意志有关,该罪成立以被传授人至少接受所传授的犯罪方法为必要条件。^②笔者认为,上述两种意见均有一定的不足。客观而言,传授的程度确实对行为危害社会的程度有相当的影响,但从行为构成犯罪的角度来看,刚刚着手实施传授犯罪方法的行为,危害社会的程度不一定就达不到构成犯罪的程度(例如,向他人传授爆炸天安门城楼的犯罪方法,一开始实施便应当以犯罪论处);行为人已经完成了传授的行为,甚至被传授人已经接受了传授,其危害社会的程度并不一定就达到构成犯罪的程度(例如,向他人传授盗窃 500 元钱的犯罪方法,便不一定要认定行为人构成传授犯罪方法罪)。所以,虽然传授的程度是影响传授行为是否构成犯罪的因素,但不能过于夸大它对犯罪成立的作用。“决定传授行为危害社会程度及是否成立犯罪的因素,不仅有传授的程度,还有传授的是何种犯罪的方法、传授的次数、行为人传授意志坚决的程度、被传授人是否接受传授以及是否利用传授的犯罪方法实施具体的犯罪等因素。只有对这些因素进行综合考察,才能得出传授行为是否构成犯罪的正确结论。”^③

就本案而言,被告人在长达 9 个月的时间内,利用黑客网站大肆传播各种网游、网银木马病毒的下载和使用方法,并向缴费网民提供文字、图示及动画演示的黑客教程等,作为其传授对象的注册会员多达 2 万余人,付费 VIP 会员达 100

① 王作富主编:《刑法分则实务研究》(下),中国方正出版社 2003 年版,第 1465~1467 页。

② 郑有荣、陈正云:“对传授犯罪方法罪的几个问题的探讨”,载《上海法学研究》1992 年第 2 期。

③ 刘志伟、左坚卫:“传授犯罪方法罪中若干问题探究”,载《河南省政法管理干部学院学报》2003 年第 2 期。

余人,即便无法查实这些被传授对象是否已接受和使用被告人传授的黑客技术,鉴于其行为的社会危害性,仍应认定其行为构成传授犯罪方法罪。

(四)如何区分网上传授黑客技术行为与破坏计算机信息系统行为

如前所述,黑客技术包括投放或传播计算机病毒、破坏他人计算机信息系统等网络攻击手段,这就会引发人们产生网上传授黑客技术行为能否构成破坏计算机信息系统罪的疑问。笔者认为,鉴于网上传播黑客技术行为的主客观特征,宜定传授犯罪方法罪,而非破坏计算机信息系统罪。原因在于:首先,破坏计算机信息系统罪是结果犯,要求行为必须达到“后果严重”的程度,如影响重要计算机系统正常运行,使正常的工作秩序遭到严重破坏,造成严重经济损失和恶劣的社会影响等;而网上传授黑客技术构成的传授犯罪方法罪是行为犯,传授行为是否已经造成了实际的危害后果,不影响本罪的成立;其次,在主观内容方面,破坏计算机信息系统罪的行为人明知是非法侵入特定的计算机信息系统的行为,会破坏该信息系统功能和信息系统中存储、处理、传输的数据和应用程序,造成计算机信息系统不能正常运行的后果,仍决然为之;而传授犯罪方法罪的行为人认识到自己所传授的黑客技术具有社会危害性,被传授人会用学会的犯罪方法去实施犯罪,仍然希望被传授人学会和掌握其传授的这一犯罪方法。两者的犯罪目的、意图不尽一致。就本案而言,被告人建立黑客网站,向缴费网民传授用以破坏计算机信息系统的黑客技术,意在传授,而非对他人的计算机信息系统直接施以破坏,故对其行为以传授犯罪方法罪定罪处罚为宜。

(五)传授犯罪方法罪与教唆犯罪的关系

在1983年全国人大常委会《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》(以下简称《决定》)颁行前,传授犯罪方法的行为主要包括在教唆犯里。由于《决定》和1997年《刑法》均把这种行为规定为独立的犯罪,因此,将二者区别开来,对准确认定传授犯罪方法罪很有必要。根据我国《刑法》第29条的规定,教唆他人犯罪的,是教唆犯。它有两个基本特征:一是教唆犯是犯意的制造者;二是教唆犯通过他人实现自己的犯罪意图。教唆犯是我国刑法共同犯罪人中的一种,不是独立的罪名,也不具有独立的法定刑,其罪名和法定刑依教唆他人实施的犯罪罪名和法定刑而确定;而传授犯罪方法罪则属于具体罪名。二者的主要区别如下:(1)传授犯罪方法罪是独立的犯罪,有自己固定的客体即社会治安管理秩序;而教唆罪属于共同犯罪的一种,并无固定的客体,其实际侵犯的直接客体应依照教唆他人实施的犯罪而确定。(2)传授犯罪方法罪中的对象并不要求必须是达到负刑事责任的年龄、具有刑事责任能力的人;而教唆罪中的对象必须是具备刑事责任能力的人,否则教唆人与被教唆人不构成共同犯罪。(3)传授犯罪方法罪与教唆犯罪在行为方式上虽然没有大的区别,但在行为内容上,前

者仅是向他人教授犯罪的方法,并不要求必须使他人产生实施具体犯罪的意图;而后者则是要通过教唆使他人产生犯罪意图。(4)传授犯罪方法罪的主体必须是已满16周岁的人;而教唆犯罪的主体则因其教唆他人实施的犯罪的不同而有不同的要求,即教唆他人犯《刑法》第17条第2款规定的8种犯罪的,教唆人的年龄可以是已满14周岁的人,教唆他人犯除此之外的其他犯罪的,教唆人的年龄必须是已满16周岁的人。(5)传授犯罪方法罪在主观上只能是直接故意,且行为人的目的是希望他人学会自己传授的犯罪方法,至于他人是否利用学会的犯罪方法去实施具体犯罪,则不是确定本罪罪过形式关注的基点;而教唆犯罪在主观上既可以是直接故意,也可以是间接故意,即希望或放任被教唆人接受自己的教唆去实施犯罪。(6)传授犯罪方法罪中,行为人向同一对象或不同对象传授了数种犯罪的方法,通常也只能构成一罪;而教唆犯罪中,行为人向同一对象教唆了数个不同的犯罪行为,则构成数个犯罪,应实行数罪并罚。

在司法实践中,经常有教唆犯与传授犯罪方法行为相并存的情况,对此应区分情况分别处理:(1)如果行为人向不同的对象分别实施了教唆行为和传授行为的,不论所教唆的犯罪和所传授的犯罪方法是否为同种犯罪,都应按数罪论处。(2)如果行为人向不同对象或同一对象既实施了教唆行为又实施传授犯罪方法行为的,应以构成教唆的具体犯罪和传授犯罪方法罪,对其实行数罪并罚。(3)如果行为人对同一对象出于教唆的故意,为了激起被教唆人的犯意,同时又实施了传授犯罪方法行为的,按牵连犯的处理原则,应以重罪即传授犯罪方法罪论处。(4)如果行为人对同一对象先实施传授犯罪方法行为,后又教唆被传授人去实施该种犯罪的,按吸收犯处理,重罪吸收轻罪,应以传授犯罪方法罪论处。

就本案而言,被告人利用网络传授的黑客技术虽属于一种犯罪方法,但被告人有传授的行为,而无教唆的行为;且其主观意图在于吸引他人登陆其所属的网站并有偿下载相关软件、程序,从而谋取非法利益,至于他人是否利用该黑客技术去实施相关犯罪,则不是其关注的重点,也没有证据表明被告人的目的是在激发、唆使他人产生犯意,故对本案以传授犯罪方法罪处理更符合实际,也更易于操作。

(六)传授黑客技术罪与非罪的界限

从实践看,利用互联网传授黑客技术的行为表现形态复杂多样,既有向特定学习者传授黑客技术的“一对一”传授,也有向不特定学习者传授黑客技术的“一对多”传授;既可以是传授原创黑客技术,也可以是转帖他人创作的黑客技术;既可以是讲授黑客技术知识的传授,也可以是提供黑客工具的传授;既有以牟利为目的的故意传授,也有不以牟利为目的的故意传授,还可能由于过失传授了黑客技术等。在司法认定中,需要对案件坚持具体情况具体分析,并严格依照

刑法规定慎重地处理。

(1)根据传授对象的特定与否可分为向特定学习者传授黑客技术的“一对一”传授与向不特定学习者传授黑客技术的“一对多”传授。如前所述,行为人无论是向特定还是不特定的学习者传授黑客技术,都可以构成传授犯罪方法罪。

(2)根据行为人所传授的黑客技术的性质可分为传授原创黑客技术的行为与转帖他人创作的黑客技术的行为。对于传授原创黑客技术的行为,鉴于其是网上各种黑客技术泛滥的源泉,应当在罪刑法定原则的范围内给予严厉的制裁,认定为构成传授犯罪方法罪;对于转帖他人创作的黑客技术的行为,应根据其传授行为的性质、途径、方法、次数及其客观危害后果等综合衡量判断。如果确属情节显著轻微、危害不大的,可依照《刑法》第13条的规定,不作为犯罪处理。

(3)根据行为人提供的服务类型的不同可分为讲授黑客技术知识的传播行为与提供黑客工具的传授行为。前者依法可以成立传授犯罪方法罪;对于后者,则需要具体分析。一般而言,如果行为人仅提供黑客工具的下载,而不对相关的使用环境、使用方法和步骤、使用后果和注意事项等进行具体的讲解,则其行为不构成传授犯罪方法罪,只能视情况按照相关下载者所实施的具体犯罪的帮助犯进行处理;如果相关下载者没有实施犯罪行为,依照现行《刑法》,不对行为人进行刑罚处罚;如果行为人在提供黑客工具的下载的同时对相关的使用环境、使用方法和步骤、使用后果和注意事项等进行了具体的讲解,或者行为人在教授黑客技术知识时为了教学方便而提供了相关黑客工具的下载,则行为人的这种讲解或者教授行为可以单独构成传授犯罪方法罪。

(4)根据行为人是否具有牟利目的可分为以牟利为目的的传授行为与不以牟利为目的的传授行为。前者如行为人提供有偿浏览、下载服务,利用网络售卖载有黑客技术内容的软件、光盘等;后者如行为人提供免费浏览、下载服务。依照我国《刑法》规定,牟利并非传授犯罪方法罪的构成要件,该罪所关注的只是行为人是否具有传授的故意。因此,无论行为人是否出于牟利目的,也不论实际是否牟取到利益,只要其具有传授黑客技术的故意,并且实施了向他人传授黑客技术的行为,就可以构成传授犯罪方法罪。当然,有些安全资讯网站或者反病毒软件出于提高公众的计算机安全知识等动机,对于黑客技术进行适当的讲解,对此不能理解为传授犯罪方法,原因是行为人不具有传授犯罪方法的故意。构成传授犯罪方法罪在主观方面只能是直接故意,即行为人认识到其所传授的是犯罪方法,知道被传授人可能学会这种犯罪方法并可能用于实施犯罪行为,而决意实施此传授行为,希望被传授人学会和掌握所传授的犯罪方法。间接故意和过失均不构成本罪。

(责任编辑:唐明)