



2015年·华东政法大学博士精品文库

涉网络犯罪相关行为刑法规制研究

张 巍 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



2015年·华东政法大学博士精品文库

涉网络犯罪相关行为刑法规制研究

张 巍 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

涉网络犯罪相关行为刑法规制研究 / 张巍著. —北京:
法律出版社, 2015.7

(华东政法大学博士精品文库)

ISBN 978-7-5118-8178-6

I. ①涉… II. ①张… III. ①互联网络—计算机犯罪—
刑事犯罪—研究—中国 IV. ①D924.364

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第158195号



©法律出版社·中国

责任编辑/侯 鹏

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制/沙 磊

开本/A5

印张/8.75 字数/228 千

版本/2015年6月第1版

印次/2015年6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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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

西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-8178-6

定价:26.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

国家社会科学基金重大项目
“涉信息网络违法犯罪行为法律规制研究”
(项目号:14ZDB147)的阶段性成果

“华东政法大学博士精品文库”编委会

主 任:何勤华

副主任:杜志淳 应培礼 顾功耘

刘晓红 林燕萍 杨忠孝

委 员(以姓名拼音为序):

陈金钊 丁绍宽 董保华 范玉吉

高富平 龚汝富 何 敏 何明升

何益忠 黄武双 李秀清 刘宁元

刘宪权 罗培新 马长山 孙占芳

唐 波 童之伟 王 戎 吴 弘

杨正鸣 叶 青 余素青 张明军

赵劲松

总 序

夫博士者,博学之士也。博士是中国学位层级之顶端,享有崇高的声誉和闪耀的荣光。博士生在攻读学位期间,往往能够勤于积累,乐于求思,敢于创新,志于创造。博士生的科学研究活动,往往在导师的指导下与顶尖学术研究结合在一起,博士生因此也成为知识界后续发展队伍的有力代表,体现着高度的智慧水准和深厚的学力素养。职是之故,法学博士教育作为整个法学教育的重要组成部分,也是一项薪火相传、生生不息的使命工作,意义重大,足堪旌表。对博士的培养,某种意义上决定了一所高校的学术地位和研究水平,也是衡量高校教育实力的重要指标。

近年来,依照保障研究生教育质量、提升研究生教育水平、提高研究生教育对于社会、对于未来的贡献力等理念,全国高等院校的研究生教育改革创新风生水起。在上海市高等学校内涵建设工程与研究生教育创新计划等项目的支持下,我校研究生教育也开展了一系列活动,如研究生学术论坛、暑期学校、法律助理项目、优秀学位论文培育项目、

研究生海外访学项目以及硕士学位论文系列选集《崇法集》、《缘法集》、《明法集》、《尚法集》、《鹿鸣集》等,都取得了良好效果,活跃了学术氛围,激发了创新意识,形成了一定影响力。

华东政法大学开展研究生教育 30 多年来,深知深耕特色办学的重要性,也深知切合时代需求、发挥区位优势办学的重要性。学校地处上海这座充满活力,生机盎然的国际大都市,得天独厚,享世之繁华。我们深知,面对现实物质世界的诱惑,面对纷至沓来的机遇和挑战,在熙攘喧嚣的环境中静下心来,做些实际而扎实的学问,殊为不易。我们竭尽所能,努力让学校和师生沉静下来,不务虚渺,不事浮华。踏踏实实地进行教学和科研工作,身体力行,开拓创新,努力营造华政浓郁的学术氛围,打造华政自己的学术品位、学术品牌和学术传统。我们既怀有千百年来读书人著书立说,传诸后叶的学术追求;也充满了造福神州,匡济天下的国土情怀。

在此背景下,我们组织“华东政法大学博士精品文库”丛书,每年遴选若干部优秀博士学位论文出版,以期助推博士生学术发展,鼓励博士生精心治学。我们希望“华东政法大学博士精品文库”能够像一川清流,如一缕烛光,展现新时期学术青年的深思与创造,为我国的法学研究和法治实践事业注入自己的理想与力量!可以这样说,文库的每一本著作都满含着博士们的追求、志向与期望。这种志气和期望,体现着青年学子对我们国家法治建设的期许和信心,是博士们品德修养和科研底蕴的展现。他们将这种底蕴和情怀幻化为一种博大的向往,包含着对法治和真理的不懈追求,并将其内化为一种既定的生活方式。正如彼得·德恩里科所说:“每个人都有个博大的襟怀:通过法治来构建并维系一个和谐社会,通过彼此努力和共同参与来解决社会冲突。这不仅是我们的襟怀,也是我们寻求的生活方式。”

我们亦希望,法治精神及其行为方式,能够在我们的社会中得到广泛而深刻的传播,在普通大众中,法治理念得到实质性的继受与发扬。个体行为合乎法律之要求,践行法治之内涵,这不仅是法律人的准则,同时也成为社会中每一位公民的生活方式和价值选择。下至民间,上

至庙堂,黎元众生,皆从法治,悉受既定规则之约束,按序行事。我们想,这可能就是法治理念实践的最终境界吧。

当然,我们也深知,九层之台,起于累土;千里之行,始于足下。心怀崇高的理念,欲将之付诸实行,必须从一点一滴做起。故此,我们希望文库可以成为一个良好的起点。有言道“从来新人有新路,学术新作亦空灵”,我们衷心地希望,文库能够让法学之声在黄浦江畔唱响,亦有助于法治精神在神州大地上传扬。

是为序。

华东政法大学校长 何勤华

2014年4月

序

如何有效惩治基于网络技术而实施的犯罪行为是近年来我国刑法学界颇为关注的理论与实务问题。张巍博士的专著《涉网络犯罪相关行为刑法规制研究》的出版,为此论题的理论研究增添了亮色,令人欣喜。

网络技术的诞生创造了一个时代。它是人类社会发 展至今最具有革命性和创新性的发明之一,也是对人类的生存和生活方式演化最具有影响的工具之一。人类社会逐渐过渡到了以互联网为基础的全新阶段,我们在社会生活和工作中几乎每个人都与电子邮件、网络办公、电子商务、移动互联网等息息相关。网络技术的发展不仅改变了社会与经济生活的方方面面,而且对刑事犯罪领域也产生了深远的影响。在传统犯罪领域,不少犯罪分子应用网络实施传统犯罪行为,使得犯罪手段更隐蔽、犯罪“效率”更高、犯罪影响更广。在新型犯罪领域,网络技术的应用与不断升级更是滋生了各种全新形态的犯罪行为。在当前刑事立法相对落后于网络技术发展的局面下,基于网络技术而实施的传

统与新型侵害行为的社会危害性非常严重,却往往难以被定性,刑事归责更是困难重重。

从1994年至今,我国针对与网络有关的违法犯罪规制问题,颁布了一系列的法律法规和立法、司法解释,表现出我国治理网络秩序、维护网络安全决心。同时,理论界与实务界亦对犯罪行为中的网络因素予以高度关注,逐渐开始重视网络技术和犯罪联动关系的学术研究。然而,现阶段无论是立法、司法还是理论研究,都没有真正确立与准确把握以网络技术为犯罪行为核心的相关犯罪的概念及其实质。在大数据时代全球化、信息化、网络化的背景下,亟须针对基于网络技术实施的犯罪行为的特点,深入研究具有全局性、系统性、协调性、渗透性、有效性的刑法规制措施。

本书的出版,从一定程度上弥补了当前此类论题理论研究的缺陷。阅读完本书,我感觉它具有三大特点:

一是新,即研究领域、概念提炼、观点论证均比较新颖。本书提出了“涉网络犯罪相关行为”这一概念,将本书论述对象的范围限缩为实质性地利用网络技术,凸显出这种犯罪类型在行为特征、危害结果等方面与传统手段犯罪之间的区别。长期以来,理论界在相关领域研究成果中大多都只是模糊地提出只要有网络因素就属于“网络犯罪”。但是,部分“网络犯罪”中的网络因素,实际上只是网络被用作犯罪行为的通信工具而已。在不同犯罪行为中,网络技术应用的作用和效果不尽相同,如不加区分地进行论述,不仅不利于概念的厘清,而且难以归纳行为的特征,从而会影响理论研究的应用价值。正因为“涉网络犯罪相关行为”具有“新”的特征,往往会导致犯罪性质认定与刑罚裁量过程中出现不少疑难问题。研究网络对于犯罪的影响,其重点显然不是分析哪些罪名可以被称为“网络犯罪”,而应当落脚于如何准确评价网络因素介入违法犯罪而出现变异的相关行为的性质,进而深入分析是否应当用刑法进行调整以及怎样予以规制。张巍博士显然意识到了这一问题,他选择了“人肉搜索”、“网络水军”、“深层链接”、“翻墙”等典型网络概念和问题,从刑法视角进行思考和研究,判断相关行为出罪

与入罪的边界以及具体的刑法适用规则,全文论述令人耳目一新,颇具时代特色。

二是实,即理论与网络事件、司法实务紧密结合。一方面,本书探讨了大量能够反映涉网络犯罪相关行为特征的典型网络事件,以问题意识为导向,以实务研究为基础,将互联网空间中出现的各类具体疑难问题的处置与刑法理论有机结合。例如,“网络水军”是目前实践中非常普遍的网络行为现象,本书针对网络空间中的欺行霸市、煽动造谣、侮辱诽谤等行为的刑法评价问题做出了细致的实践解析。另一方面,作为一名检察官,张巍博士收集与研究了大量案例,综述了近年来司法机关对犯罪中网络因素的认识和态度,并着重分析了检察机关在办理具有网络因素刑事案件中的相关观点和倾向性意见。可以说,本书既具备理论性,又紧贴实践,提出具有针对性的建议,对司法实务具有参考价值。

三是深,即注重挖掘、勇于剖析有深度的疑难问题。由于涉网络犯罪相关行为具有新颖性,且刑法理论界对于实务中的难点缺乏及时的理论反应,导致现有研究对本书分析的涉网络犯罪相关行为,或鲜有涉及,或无系统性论述。张巍博士研读了大量域外民事、刑事判例及学术论文,并在此基础上对涉网络犯罪相关行为进行了深度、系统剖析,从而对相关行为的出罪与入罪路径、刑法规制模式等进行了较为细密的梳理、建构与论证。例如,张巍博士对滥用“深层链接”技术行为的法律评价问题予以深度解析。“深层链接”核心行为是否属于刑法侵犯著作权罪中的“复制”,在目前的刑法规范框架下确实难以判断。但从这种滥用权利行为所造成的后果来看,显然并不亚于基于传统复制、发行手段而实施的侵犯著作权犯罪行为。从“深层链接”危害结果延伸的速度与广度分析,传统侵犯著作权犯罪行为模式更是难以企及。我国不同时期的民事审判实践对于滥用“深层链接”行为形成了不同的判决与裁定。在刑事领域,直至2014年1月才由上海市静安区人民检察院首次对滥用“深层链接”技术行为提出刑事指控,并在理论与实践上引发热烈讨论。尽管本书提出的某些观点尚有商榷的余地,但无疑

在该领域内具有一定的突破性,且达到了相当的深度,具有较高的学术价值。

需要说明的是,在本书形成过程中,承蒙有关部门和专家的青睐,本人作为首席专家有幸承担2014年度国家社会科学基金重大项目“涉信息网络违法犯罪行为法律规制研究”(项目编号:14ZDB147)。本书的出版无疑是该重大项目的阶段性成果。

本书作者张巍是我指导的2014届刑法学博士研究生。他给我最深的印象是富有钻研精神、涉猎广泛、充满活力,这也使他在从事刑法理论研究时具有更宽广的视野,更灵动的思维。他对涉网络犯罪相关行为的研究一直保持着很高的理论兴趣,对一些新型网络行为始终保持着关注。2012年年底,张巍基于对涉网络犯罪相关行为刑法规制尚不完善这一现状的认识,将之作为自己博士论文的选题,并于2014年顺利完成了论文的写作和答辩。本书是在他的博士论文基础上拓展、修改、完善而成的,也是张巍博士第一本公开出版的学术专著。尽管书中仍然可能存在各种各样的问题,有些观点也仅属“一家之言”,但是,作为他的导师,我为他在学术研究上取得的进步感到由衷的高兴。张巍博士热情邀请我为其专著作序,我欣然答应。我衷心希望他在今后的职业生涯中能保持学术热情,做到善于发掘问题,勤于思考,不断奋力前行,超越自我,在工作成绩和学术研究上取得丰硕的成果!

是为序。

刘宪权

2015年1月

目 录

导 论 / 1

一、选题价值 / 1

二、结构体例 / 3

三、研究现状 / 8

四、研究方法 / 9

第一章 涉网络犯罪相关行为概述 / 10

第一节 网络犯罪及涉网络犯罪相关行为的概念 / 12

一、关于所谓“网络犯罪”概念的相关争议 / 12

二、涉网络犯罪相关行为的概念 / 16

三、涉网络犯罪相关行为的存在条件 / 24

第二节 涉网络犯罪相关行为的立法沿革及司法现状 / 33

一、我国惩治涉网络犯罪相关行为的立法沿革 / 33

二、我国惩治涉网络犯罪相关行为的司法实践 / 40

三、关于涉网络犯罪相关行为的域外立法 / 45

第三节 涉网络犯罪相关行为的特征及发展趋势 / 51

一、涉网络犯罪相关行为的特征 / 52

二、涉网络犯罪相关行为的发展趋势 / 59

2 目 录

第二章 “人肉搜索”不当行为责任研究 / 63

第一节 “人肉搜索”概述 / 64

一、“人肉搜索”的产生背景及其概念界定 / 64

二、“人肉搜索”的流程 / 67

第二节 “人肉搜索”作用争讼 / 71

一、“人肉搜索”的积极作用 / 71

二、“人肉搜索”的消极影响 / 72

三、“人肉搜索”对公民基本权利的冲击 / 73

第三节 对“人肉搜索”不当行为的刑法规制 / 78

一、“人肉搜索”不当行为刑法规制的必要性 / 78

二、“人肉搜索”不当行为刑法规制的现状 / 82

三、“人肉搜索”不当行为刑法规制的完善 / 85

第三章 “网络水军”不当行为责任研究 / 96

第一节 网络水军现象概述 / 97

一、网络水军的概念 / 97

二、网络水军的社会危害性 / 100

三、网络水军的组织特征 / 115

第二节 网络水军的行为类型 / 121

一、营造话题 / 122

二、包装、营销 / 123

三、恶意贬低 / 126

四、恶意煽动 / 128

第三节 对网络水军不当行为的刑法规制 / 130

一、规制网络水军行为应坚持的原则 / 131

二、网络水军侮辱、诽谤行为刑法规制研究 / 133

三、网络水军营造话题行为刑事责任判断 / 139

四、网络水军包装营销行为刑事责任判断 / 141

五、网络水军负面评价行为刑事责任判断 / 145

六、网络水军恶意煽动行为刑事责任判断 / 146

七、网络水军周边人员行为刑事责任判断 / 148

第四章 滥用深层链接行为责任研究 / 152

第一节 深层链接技术概述 / 152

一、深层链接的概念及其技术优势 / 153

二、深层链接技术的发展及各阶段特征 / 160

第二节 滥用深层链接引发的民事争议 / 171

一、“直接侵权”与“间接侵权”的争议 / 172

二、“服务器标准”与“用户感知标准”的争议 / 177

三、“间接侵权”的认定标准 / 181

四、“发行权”与“信息网络传播权”的争议 / 186

第三节 对滥用深层链接的刑法规制 / 189

一、滥用深层链接技术行为入刑的可行性 / 189

二、滥用深层链接技术行为入刑的必要性 / 191

三、滥用深层链接行为入刑的障碍及排除方法 / 195

四、滥用深层链接行为的刑法规制 / 201

第五章 网络“翻墙”行为合法性研究 / 204

第一节 网络“翻墙”概述 / 204

一、网络“翻墙”的概念 / 205

二、网络“翻墙”的现状和原因 / 207

三、网络“翻墙”的行为模式 / 211

第二节 网络“翻墙”的危害性及责任分析 / 214

一、网络“翻墙”的危害性 / 214

二、网络“翻墙”服务提供者的责任分析 / 218

第三节 为网络“翻墙”正名 / 220

一、“翻墙”的正当性 / 220

4 目 录

二、“筑墙”的负面影响 / 221

三、对“筑墙”的合理限制 / 223

第六章 涉网络犯罪相关行为若干问题研究及应对 / 226

第一节 涉网络犯罪相关行为若干问题研究 / 226

一、涉网络犯罪相关行为主体普通性分析 / 227

二、涉网络犯罪相关行为单位主体地位分析 / 228

三、涉网络犯罪相关行为中未成年人刑事责任能力分析 / 231

第二节 涉网络犯罪相关行为的应对 / 235

一、涉网络犯罪相关行为的刑事立法应对 / 235

二、涉网络犯罪相关行为的其他应对策略 / 239

结语 / 243

参考文献 / 245

后记 / 260

导 论

时代的发展带来了生活方式的转变。如今,网络已经成为人们生活中必不可少的因素,融入生产、生活的方方面面。网络在带来便捷,提升效率的同时,也不断拓展着人们的视野,促进社会朝着多元化发展,并加强人与人之间的沟通,将“天涯”变成“咫尺”。然而,从网络诞生至今,人们虽始终乐于其中,但却往往更多地将其归类于娱乐领域,对其或多或少地有些轻视。网络技术和网络虚拟社会就是在这样的状态下发展开来,在对人们生活影响越来越大的同时,一些负面因素也在不断膨胀和蔓延,加剧网络无序的状态,直至对社会关系造成侵害。这种涉及网络因素的不当行为游离于合法与非法之间,虽然一次又一次地向人们的容忍度发起挑战,但却并未引起立法者和司法者的广泛关注和充分重视。如不对其进行研究,并对不当者进行规制,唯恐如今静谧之秩序将遭受破坏。

一、选题价值

网络技术一度从属于高精尖技术领域,但时至今日,其不但已渗入人们生活的方方面面,而其规