法学格致文库
穷究法理 探求真知

网络刑法的逻辑与经验

于志刚 郭旨龙 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

法学格致文库
穷究法理 探求真知

网络刑法的逻辑与经验

于志刚 郭旨龙 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目（CIP）数据

网络刑法的逻辑与经验/于志刚，郭旨龙著. —北京：中国法制出版社，2015.5

（法学格致文库系列）

ISBN 978-7-5093-5782-8

Ⅰ.①网… Ⅱ.①于… ②郭… Ⅲ.①计算机网络-犯罪-刑法-研究 Ⅳ.①D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2014）第 246923 号

策划编辑/刘　峰（52jm.cn@163.com）

责任编辑/胡　艺　　封面设计/蒋云羽

网络刑法的逻辑与经验

WANGLUO XINGFA DE LUOJI YU JINGYAN

著者/于志刚　郭旨龙

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/640×960 毫米 16　　印张/20　字数/368 千

版次/2015 年 5 月第 1 版　　2015 年 5 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-5782-8　　定价：60.00 元

北京西单横二条 2 号　　值班电话：010-66026508

邮政编码 100031　　传真：010-66031119

网址：http://www.zgfzs.com　　**编辑部电话：010-66034985**

市场营销部电话：010-66033393　　**邮购部电话：010-66033288**

2012年教育部哲学社会科学重大课题攻关项目阶段性成果
中国政法大学网络法研究中心文库11

作者简介

于志刚 男，1973年生，洛阳人。中国政法大学网络法研究中心主任，教育部长江学者特聘教授。法学学士（1995年，中国人民大学）、法学硕士（1998年，中国人民大学）、法学博士（2001年，中国人民大学），2001年进入中国政法大学任教，次年破格晋升副教授。2004年至2005年赴英国牛津大学做访问学者，2005年破格晋升教授，2006年被遴选为博士生导师，同年开始兼任北京市顺义区人民检察院副检察长至今，2009年—2012年5月任研究生院副院长，2012年5月任教务处处长，2015年5月任中国政法大学副校长。2007年入选教育部新世纪优秀人才支持计划，2010年获北京市五四青年奖章，当选第11届全国青联委员，2013年受聘为最高人民法院案例指导工作专家委员会委员。

近20年来在《中国社会科学》《法学研究》《中国法学》等刊物发表学术论文200余篇，出版《传统犯罪的网络异化研究》等个人专著12部，合著多部，主持教育部哲学社会科学重大课题攻关项目、国家科技支撑计划项目、国家社科基金项目等省部级以上科研项目近20项。曾获教育部高校优秀科研成果奖、霍英东青年教师奖、钱端升法学研究成果奖、司法部科研成果奖等科研奖励，以及宝钢优秀教师奖、北京市优秀教学成果奖等教学奖励。2010年11月，当选第六届全国十大杰出青年法学家。

郭旨龙 男，1989年生，江西于都人，中国政法大学网络法研究中心研究员，现为国家公派英国格拉斯哥大学博士研究生，研究方向为网络犯罪、非犯罪化、比较刑法。

在《法律科学》（《高等学校文科学术文摘》转载）、《华东政法大学学报》、《中国人民公安大学学报》等刊物发表学术论文20余篇，出版《信息时代犯罪定量标准的体系化构建》（中国法制出版社年2013年版）等著作5部；参与省部级以上科研项目5项。

网络犯罪与网络安全的时代命题
（代前言）

1994年4月20日，中国通过一条64k国际专线接入世界，时至今日，中国互联网已经走过了20年。百度一下“互联网20年”，相关结果超过150万个。以网络为代表的现代科学技术的不断发展和深度社会化，正在全方位地改变着人类的社会结构和生活面貌。

网络深度嵌入社会生活和网络技术的飞速发展从另一个侧面带来的问题是，网络扭曲使用的影响力对于传统社会治理方式的冲击同样来得极为迅猛。技术成为了新的社会范式，也严重冲击着传统的制度体系，网络脱序行为、网络违法行为、乃至网络犯罪行为也紧跟着纷至沓来。网络犯罪的数量和形式变化的速度，远远超出了人们的想象和思维预期，甚至已经在法学研究领域和研究人员之间形成了事实上的“技术代沟”，进而形成了犯罪现实与司法需求、司法需求与理论研究、司法需求与立法规划之间的“技术代沟”，而且此种由“技术鸿沟”形成的“技术代沟”正在逐步加大，完全打乱了犯罪现实、司法需求、理论研究、立法投放之间的刑法阶梯。这是过去近20年网络犯罪数量不断攀升、刑法理论研究日渐萧条、司法解释和立法资源投放方向日趋混乱的根本原因，更导致了中国网络法律体系的整体严重滞后。网络空间中既存的网络犯罪“样式”提供了丰厚的研究素材和厚实的实践基础，以具体的新型网络犯罪现象为出发点的研究思路虽然可以保证理论研究的实践性色彩，但

是如果仅限于此，那么，所谓的实践性迟早要沦为单纯就事论事的实用性。网络犯罪在结构上不断异化，在样式和类型上不断更新，如果对于今后出现的每一种犯罪现象都要展开专门性研究的话，无疑会使刑法理论和立法疲于奔命、穷于应付，最终无所适从。无论是刑法的策略性应对还是战略性调整，都离不开对网络犯罪本质的精确把握与发展趋向的准确预测。

过去20年，中国网络犯罪的特点和规律伴随着网络的代际演变发生了巨大的变化，尤其是网络在犯罪中的地位几乎是伴随着网络的代际演变经历了同步演变，经历了从“犯罪对象”、“犯罪工具”发展到“犯罪空间”的三个阶段。在经历了这一“三步走”式的发展变化之后，基本上能够形成共识的一点是，信息时代的普通刑事犯罪开始具有了不同于传统社会的犯罪特征，尤其是在犯罪行为方式的具体表现、危害后果等方面发生了巨大的变化。此种变化，呼唤着刑事立法、刑法理论与时俱进式的回应。网络技术和网络思维变革与网络犯罪罪情的发展是相伴而生的。过去20年中，网络对于传统刑事立法起着无法回避的弱化、异化、虚化作用，它对于刑事法律体系的冲击和影响日益增大，已经不再局限于刑事立法的一般框架和范畴，转而开始逐渐侵蚀它的基础理论架构。正视网络空间刑事法律规则的整体不足，完善网络犯罪的刑法应对体系势在必行。

“十年前互联网在中国什么也不是；现在你没有互联网什么也做不了，……尽管所有国家都面临网络安全挑战，但是中国的问题特别尖锐：一是中国互联网的迅猛发展使网络安全法律法规、政策制定和实施人员难以跟上变化的速度……”[①]。在当代世界和中国，“网络信息系统已经成为政治、经济、文化和社会活动的基础平台和神经中枢，如果遭到破坏，会给整个国家金融通信、能源交通、国防军事等攸关国计民生和国家核心利益的方方面面带来严重后果。

① Gao Fei, China's Cybersecurity Challenges and Foreign Policy, 11 Geo. J. Int' l Aff. b2010 - 2011, p. 185.

网络已经突破了传统意义上的国界线，是国家的一种“新边疆”，世界主要国家对网络空间的价值认识不断深化，网络空间安全被提升到国家安全战略高度加以筹划指导。”[①] 中国互联网在20年内从“稀有之物”到“飞入寻常百姓家”，反映的不仅仅是直观上网络普及率的迅速提升，而且是人们生活方式的改变，经济运行、国家治理内容和方式的时代转型，更是传统安全领域理论与思维模式的升级换代。系统和深入地研究网络安全势在必行，这不仅是网络安全技术层面的要求，也是网络安全法律层面的要求，它们二者之间是良性互动的关系。而研究网络安全的基础范畴应当是：我们反复论及的“网络安全”在当代世界和中国到底是什么？不厘定“网络安全”的概念与范围，就无法准确有效地投放相对特定时空而言有限的法律资源，“网络安全”本身也难以真正得到系统全面的保护。客观地讲，分层次明确网络安全的定义，确定法律的保护对象，界定相关的犯罪行为，已经成为各地网络安全问题研究的基础性问题。

放眼世界，各国都在大力加强网络安全建设和顶层设计。截至目前，已有40多个国家颁布了网络空间国家安全战略，仅美国就颁布了40多份与网络安全有关的文件。美国还在白宫设立“网络办公室”，并任命首席网络官，直接对总统负责。2014年2月，美国总统奥巴马又宣布启动美国《网络安全框架》。德国总理默克尔2月19日与法国总统奥朗德探讨建立欧洲独立互联网，拟从战略层面绕开美国以强化数据安全。欧盟三大领导机构明确计划在2014年底通过欧洲数据保护改革方案。作为中国的邻国，日本和印度也一直在积极行动。日本2013年6月出台《网络安全战略》，明确提出“网络安全立国”。印度2013年5月出台《国家网络安全策略》，目标是“安全可信的计算机环境”。因此，接轨国际，建设坚固可靠的国家

① 参见任贤良：“推动网络新媒体形成客观理性的网络生态”，载《红旗文稿》2014年第11期。

网络安全体系，是中国必须作出的战略选择。①

回看中国，我们的互联网已经是全球第一大网，网民人数最多，联网区域最广。中国未来的发展理所当然地要求我们必须重视网络空间的国家安全，深刻理解网络及其安全带来的问题，更新公共安全和国家安全等传统安全观念，在国内法律和国际策略上进行及时调整。网络安全在客观上革新了公共安全、国家安全的内容体系与呈现方式，应当在国家意志上进行及时的反馈，做到国家法律体系中的“公共安全”、“国家安全”观念与安全实践情况的名实相符。这就要求从国内法律体系和国际规则的双层视角出发，构建危害网络安全的从严评价体系。

本书作为2012年教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目“信息时代网络法律体系的整体建构研究”的阶段性成果和重要组成部分，是在全面研究网络犯罪的不同发展阶段尤其是当前大数据、云技术、物联网时代的罪情之后，思考和论述如何在信息时代对刑法理论和规定进行体系化的扩张解释和延伸适用，从而准确有效地打击网络犯罪，保护网络安全。愿本书的出版能够引发刑法理论界更多的共鸣，从而促使更多刑法学者关注网络犯罪特别是信息时代网络安全和网络思维的法律理论研究。最后应当说明的一点是，本书的撰写和出版，同时受益于中国政法大学“优秀中青年教师培养支持计划资助项目”的支持，在此表示感谢！

于志刚
2014年9月10日

① 参见新华网北京2月27日电：“中央网络安全和信息化领导小组成立”，来源：http://news.xinhuanet.com/zgjx/2014-02/28/c_133149243.htm，2014年8月20日访问。

目　录

第一章　网络犯罪的演变与立法、理论回应的轨迹

计算机和网络的出现在某种意义上已经超越了蒸汽机的发明、电力的使用，成为人类历史上影响最深远、意义最重大的技术创新活动。与铁器、机器等不同的是，网络不仅仅是信息交流和传播的工具和媒介，也不仅仅是基本的生活与工作的平台，它在很大程度上已经摆脱了工具理性的束缚，逐步开始制约、乃至型构人类社会的基本关系网络和组织形态。与此基本同步的是，网络扭曲使用的影响力对于传统社会治理方式的冲击同样来得极为迅猛，网络犯罪数量和形式变化的速度，远远超出了人们的想象和思维预期，甚至已经在法学研究领域和研究人员之间形成了事实上的“技术代沟”，进而形成了犯罪现实与司法需求、司法需求与理论研究、司法需求与立法规划之间的“技术代沟”，而且此种由“技术鸿沟”形成的“技术代沟”正在逐步加大，完全打乱了犯罪现实、司法需求、理论研究、立法投放之间的刑法阶梯。这是过去近 20 年网络犯罪数量不断攀升、刑法理论研究日渐萧条、司法解释和立法资源投放方向日趋混乱的根本原因，更导致了中国网络法律体系的整体严重滞后。

第一节　网络犯罪的发展阶段和类型形成

从“计算机犯罪”发展到“网络犯罪”是一个历史过程，网络犯罪的发展先后经历了三个基本类型：网络作为“犯罪对象”的网络

犯罪、网络作为“犯罪工具”的网络犯罪、网络作为“犯罪空间”的网络犯罪，它们在不同阶段分别从不同侧面、不同方向对于刑事立法、司法和刑法理论提出了重大挑战，在现阶段属于共存的状态。在网络犯罪的发展演变过程中，刑事立法、理论的回应一直是被动反应式的，缺乏科学化、系统化的反应体系；思索未来的应对思路，应当以网络犯罪的三种基本类型为基本背景。

一、前网络时代的计算机犯罪与刑法应对：计算机软件的出现与保护

在计算机出现之初，计算机之间并未联网，同时，计算机当时是“大型”计算机，放置于大型机构，社会大众既难以通过实际的物理接触进行破坏，也难以通过联网方式进行远程攻击。此时，计算机就像是存于档案室的“国宝”一样，供人景仰和遐想，不存在破坏的问题。即使工作人员出于职务之便予以破坏，估计只能涉嫌故意毁坏财物，而难以涉及对社会公共秩序的冲击，因为当时的计算机并没有与社会公众产生密切的联系。

随着计算机的小型化，供个人使用的单机系统开始出现，“微机”一词开始出现，进而快速“飞入寻常百姓家”，真正开始影响千家万户，也开始成为犯罪的对象。当时最为显著的是单机游戏软件的出现。单机游戏软件当时存在巨大的营利市场，犯罪的触手也随之而来。现行《刑法》第217条规定了侵犯著作权罪，打击未经著作权人许可，复制发行其计算机软件的行为，第218条规定销售侵权复制品罪，制裁的是“以营利为目的”销售明知是《刑法》第217条规定的侵权复制品，违法所得数额巨大的行为。但是，刑法对于此类行为的关注并不是在1997年大修刑法典时才开始的，这两个罪名原系1994年7月5日全国人大常委会通过的《关于惩治侵犯著作权的犯罪的决定》中规定的两种犯罪，分别是其第1条和第2条。[①] 由此可见，刑

① 参见高铭暄：《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》，北京大学出版社2012年版，第431～432页。

法关注最为原始的涉及计算机的犯罪，在20世纪九十年代初期就已经开始。此时，立法的指向是关注侵犯著作权的犯罪，以保护几乎无所不包的市场经济秩序。

可以发现，此时的软件盗版尚且谈不上是网络犯罪，充其量只能算是计算机犯罪的初始时期，是传统犯罪中出现了涉及计算机的因素。因此，“对未与网际网络相连接的电脑所为的犯罪行为，即过去所称‘电脑犯罪’，并不在网路犯罪意义之列。”① 针对计算机软件的原始计算机犯罪的确是太原始了，和既有的、传统的侵犯著作权犯罪其实在本质上并没有区别，都是针对在传统物理空间中实实在在的物品所进行的犯罪，即使是有关于此的立案追诉标准也只是延续了“复制品数量合计”的传统定量标准模式，② 与针对其他类型作品的侵权犯罪行为并无二致。可以说，此种类型犯罪中的“计算机因素”对于刑法所造成的冲击是极为有限的，只是扩大了刑法条文的保护对象范畴而已，也就是将“作品”的范畴扩张到“计算机软件”，而在刑法包括了“及其他作品的”表述的情况下，这一问题甚至可以通过扩张解释来解决，完全不用在刑法条文中进行修正。

二、网络犯罪的两个前期发展阶段：网络作为“犯罪对象”和作为“犯罪工具”

就整个世界而言，到了1987年，互联网上有近30000台主机。以前的阿帕网协议只限于1000台主机，但是采用了TCP/IP标准后，使得更多的主机联网成为现实。1988年出现了第一次重大的、恶意的基于互联网的攻击：第一个主要的互联网蠕虫于1988年发行。它被称为“莫里斯蠕虫”，作者是Robert Tappan Morris，导致了大部分地

① 徐振雄：“网路犯罪与刑法‘妨害电脑使用罪章’中的法律用语及相关议题探讨”，载我国台湾地区《国会月刊》2010年第1期。

② 参见2008年《最高人民检察院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（一）》第26条。

区的互联网的中断。[①] 而随着单机游戏软件在个人电视等大众终端上的出现和使用，计算机系统最终在个人终端上安家落户。人类由此从大型计算机时代跃入了个人计算机时代，网络上的计算机系统不仅有大型计算机，还有了个人计算机（不管是起初的台式计算机，还是后续的笔记本电脑），网络上的系统出现了二者并存的局面。

（一）互联网1.0时期："系统"作为"犯罪对象"

互联网1.0时期，实际上是一个以"联"为主的互联网，网络只是把所有的终端或者说网民联结到一起，无论是网民之间还是网民与网络之间，均无法实现"互动"，只能是信息交换，因此，网民在网络面前只能是"受众"。由此，个人与系统之间的"冲突"成为犯罪的唯一表现形式，个人挑战、攻击系统成为当时的"标准化"犯罪模式，系统完全是作为犯罪对象出现的。黑客盛行，重要信息系统被攻破一度成为2000年之前的新闻兴奋点之一，黑客、红客、骇客等词语的出现，彼此差异的只是动机，但是，充分说明了技术攻击的时代流行度。[②] 以此为背景，所谓计算机犯罪，是指利用计算机操作所实施的危害计算机信息系统（包括内存数据及程序）安全的犯罪行为。[③]

这一阶段，应当注意的特点有四：（1）此时和此种类型的计算机犯罪，实际上是指只能针对计算机信息系统所实施的犯罪，例如，非法侵入计算机信息系统罪、破坏计算机信息系统罪等。也就是说，此时的"计算机"，更多的仍然只是犯罪的对象，刑法所要做的仍然只

---

① 参见Cameron Chapman："互联网的历史（1969－2009）"，译者：jcky，来源：http://article.yeeyan.org/view/435041/70880?from=timeline&isappinstalled=0，2014年5月3日访问。

② 时至今日，此种分类已经不再流行，黑客、红客、骇客等流行语，在网络安全业内转变为黑帽子、白帽子、灰帽子。前一种区分，是在本质上都是技术攻击的基础上，基于动机不同而进行分类；后一种区分，则是在强调有同样技术能力的基础上，按照如何利用技术能力和是否进行技术攻击进行的分类。根据百度百科的简单定义，白帽子，描述的是正面的黑客，他可以识别计算机系统或网络系统中的安全漏洞，但并不会恶意去利用，而是公布其漏洞。这样，系统将可以在被其他人（例如黑帽子）利用之前来修补漏洞；灰帽子，他们擅长攻击技术，但不轻易造成破坏，他们精通攻击与防御，同时头脑里具有信息安全体系的宏观意识；黑帽子，他们研究攻击技术唯一的目的就是慈是生非。

③ 参见于志刚："论计算机犯罪的定义"，载《现代法学》1998年第5期。

是包容此种犯罪对象，《刑法》第285条、第286条规定了计算机犯罪。在上述两个条文所规定的四款内容中，所有的犯罪行为均无一例外地符合前述特征，即犯罪行为只能通过计算机非法操作来实施，而行为所指向的对象则是计算机信息系统（包括信息系统的内存数据和程序）的安全。(2)“计算机犯罪”和“网络犯罪”的概念并存，但是仍有区分和差异。前者更多的是指利用计算机作为犯罪工具，针对计算机信息系统实施的犯罪行为，强调的是纯粹的技术犯罪；而后者，则指向刚刚开始出现的利用互联网实施的传统犯罪，这也是《刑法》第287条出现于刑法典之中的根本原因。(3)无论是立法上还是司法上，更为关注和予以严厉制裁的是“计算机犯罪”而不是“网络犯罪”，也就是说，严厉制裁的重点是技术攻击和破坏计算机信息系统的犯罪。(4)从《刑法》第285条、第286条和第287条的法条地位来看，第285条、第286条的法条地位远远重于第287条，这两个条文成为立法、司法的检视中心，而第287条则处于似乎可有可无的状态。

因此，这一阶段从学术断代的角度来看，以网络在网络犯罪中的地位为标准，可以看作是网络在网络犯罪中作为“犯罪对象”的阶段。但是，结合当前的网络思维来看，更恰当的表述，可能只是“计算机信息系统”（而不是“网络”）作为“犯罪对象”的阶段。

（二）互联网2.0时期：“网络的工具化”+“传统犯罪的网络异化”

大约从2000年开始，互联网进入了“2.0”时期，实际上开始了一个以“互”为主的互联网时代，网民之间、网民与网络之间的“互动”是根本特点，“点对点”的互动交流是网络的基本特征，以此为基础的电子商务等快速兴起，挑战、攻击系统的网络犯罪快速消减，网民之间“点对点”地利用网络为工具的侵害成为犯罪的标准模式，传统犯罪的网络化爆发式增长，传统犯罪进入网络时代。在这一阶段，以计算机为对象的犯罪和以计算机为工具的犯罪是当时计算机犯罪的主体部分，而在此种犯罪结构之中，利用计算机所实施的财产犯罪又占了绝大多数。在计算机个人化（个人拥有与使用）与社会化