

社科文献  学术文库

| 社会政法研究系列 |



# 虚拟空间中的 刑法理论

THE THEORY OF CRIMINAL LAW  
IN VIRTUAL SPACE

(第二版)

于志刚 著



社会科学文献出版社  
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

社科文献  学术文库

| 社会政法研究系列 |



# 虚拟空间中的 刑法理论

THE THEORY OF CRIMINAL LAW  
IN VIRTUAL SPACE

(第二版)

于志刚 著



社会科学文献出版社  
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

## 图书在版编目(CIP)数据

虚拟空间中的刑法理论 / 于志刚著. -- 2 版. -- 北京: 社会科学文献出版社, 2018. 6  
(社科文献学术文库. 社会政法研究系列)  
ISBN 978 - 7 - 5201 - 2556 - 7

I. ①虚… II. ①于… III. ①刑法 - 法的理论 - 中国  
②计算机网络 - 计算机犯罪 - 研究 - 中国 IV.  
①D924. 01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 074359 号

## 社科文献学术文库·社会政法研究系列 虚拟空间中的刑法理论 (第二版)

著 者 / 于志刚

出 版 人 / 谢寿光

项目统筹 / 刘骁军

责任编辑 / 关晶焱 赵瑞红

出 版 / 社会科学文献出版社 (010) 59367161

地址: 北京市北三环中路甲 29 号院华龙大厦 邮编: 100029

网址: [www.ssap.com.cn](http://www.ssap.com.cn)

发 行 / 市场营销中心 (010) 59367081 59367018

印 装 / 三河市东方印刷有限公司

规 格 / 开 本: 787mm × 1092mm 1/16

印 张: 30.25 字 数: 396 千字

版 次 / 2018 年 6 月第 2 版 2018 年 6 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978 - 7 - 5201 - 2556 - 7

定 价 / 198.00 元

本书如有印装质量问题, 请与读者服务中心 (010 - 59367028) 联系

 版权所有 翻印必究

## 出版说明

社会科学文献出版社成立于1985年。三十年来，特别是1998年二次创业以来，秉持“创社科经典，出传世文献”的出版理念和“权威、前沿、原创”的产品定位，社科文献人以专业的精神、用心的态度，在学术出版领域辛勤耕耘，将一个员工不过二十、年最高出书百余种的小社，发展为员工超过三百人、年出书近两千种、广受业界和学界关注，并有一定国际知名度的专业学术出版机构。

“旧书不厌百回读，熟读深思子自知。”经典是人类文化思想精粹的积淀，是文化思想传承的重要载体。作为出版者，也许最大的安慰和骄傲，就是经典能出自自己之手。早在2010年社会科学文献出版社成立二十五周年之际，我们就开始筹划出版社科文献学术文库，全面梳理已出版的学术著作，希望从中选出精品力作，纳入文库，以此回望我们走过的路，作为对自己成长历程的一种纪念。然工作启动后我们方知这实在不是一件容易的事。对于文库入选图书的具体范围、入选标准以及文库的最终目标等，大家多有分歧，多次讨论也难以一致。慎重起见，我们放缓工作节奏，多方征求学界意见，走访业内同仁，围绕上述文库入选标准等反复研讨，终于达成以下共识：

一、社科文献学术文库是学术精品的传播平台。入选文库的图书

必须是出版五年以上、对学科发展有重要影响、得到学界广泛认可的精品力作。

二、社科文献学术文库是一个开放的平台。主要呈现社科文献出版社创立以来长期的学术出版积淀，是对我们以往学术出版发展历程与重要学术成果的集中展示。同时，文库也收录外社出版的学术精品。

三、社科文献学术文库遵从学界认识与判断。在遵循一般学术图书基本要求的前提下，文库将严格以学术价值为取舍，以学界专家意见为准绳，入选文库的书目最终都须通过各该学术领域权威学者的审核。

四、社科文献学术文库遵循严格的学术规范。学术规范是学术研究、学术交流和学术传播的基础，只有遵守共同的学术规范才能真正实现学术的交流与传播，学者也才能在此基础上切磋琢磨、砥砺学问，共同推动学术的进步。因而文库要在学术规范上从严要求。

根据以上共识，我们制定了文库操作方案，对入选范围、标准、程序、学术规范等一一做了规定。社科文献学术文库收录当代中国学者的哲学社会科学优秀原创理论著作，分为文史哲、社会政法、经济、国际问题、马克思主义等五个系列。文库以基础理论研究为主，包括专著和主题明确的文集，应用对策研究暂不列入。

多年来，海内外学界为社科文献出版社的成长提供了丰富营养，给予了鼎力支持。社科文献也在努力为学者、学界、学术贡献着力量。在此，学术出版者、学人、学界，已经成为一个学术共同体。我们恳切希望学界同仁和我们一道做好文库出版工作，让经典名篇，“传之其人，通邑大都”，启迪后学，薪火不灭。

社会科学文献出版社

2015年8月

# 社科文献学术文库学术委员会

(以姓氏笔画为序)

卜宪群	马怀德	马敏	王延中	王名	王国刚
王建朗	王巍	付子堂	邢广程	邬书林	刘庆柱
刘树成	齐晔	杨光	李友梅	李平	李永全
李扬	李向阳	李林	李国强	李剑鸣	李培林
李景源	李强	邴正	吴大华	吴志良	邱运华
何德旭	张宇燕	张异宾	张蕴岭	陆建德	陈光金
陈春声	林文勋	卓新平	季卫东	周弘	房宁
赵忠秀	郝时远	胡正荣	俞可平	贾庆国	贾益民
钱乘旦	徐俊忠	高培勇	唐绪军	黄平	黄群慧
曹卫东	章百家	谢寿光	谢维和	蔡昉	潘家华
薛澜	魏礼群	魏后凯			

## 作者简介

**于志刚** 1973年5月生，河南省洛阳市人。中国政法大学副校长，教育部长江学者特聘教授，国家“万人计划”哲学社会科学领军人才，中宣部文化名家暨“四个一批”人才，第六届全国十大杰出青年法学家，第十二届全国青联常委、法律界别主任委员。

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。曾经在《中国社会科学》、《法学研究》等刊物上发表学术论文200余篇，出版《网络刑法原理》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科研项目近20项。曾获教育部高等学校科学研究优秀成果奖（人文社会科学）、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，以及国家级教学成果一等奖、北京市优秀教学成果奖一等奖、宝钢优秀教师奖等教学奖励。

## 内容提要

传统社会全面“数字化”引发的网络犯罪“虚拟”特性，是困扰刑法实践和理论的核心。本书以网络空间和网络社会的“虚拟性”为切入点，全面系统地展现了虚拟空间中刑法的实践发展和理论演变。“二元化”是本书的显著特色，主要体现在以下三个层面：第一，在研究思路层面，宏观思路和微观思路兼顾。本书对虚拟空间中犯罪的发展脉络、信息时代的法益扩张模式、信息时代的中国刑法转型等宏观基础问题进行系统研究的同时，兼顾对侵犯公民个人信息犯罪、虚假信息犯罪、网络赌博犯罪、网络不正当竞争犯罪等微观性典型犯罪的具体分析。第二，研究对策层面，司法对策和立法对策并举。本书一方面，对网络社会的法益更新、法条关键词重构、犯罪形态变化，通过司法努力进行扩张解释的合理性及正当性边界展开详细论证。另一方面，则对信息时代引发的时代性立法更新需求，基于“新型法益刑法保护”、“共犯行为正犯化”、“预备行为实行行为化”三类核心思路进行了理论回应。第三，在研究视角层面，域内视角和域外视角的融合。本书以我国大陆地区为基础研究视阈，同时基于信息时代犯罪的国际属性，引入了大量我国港、澳、台地区和境外国家最新实务观点和理论成果，并重点探讨了未来国际刑法规则建构中的中国立场。



# Abstract

The core that obsessing the practice and theory of the criminal law is virtuality of the cybercrime caused by the digitization of traditional society. Therefore, this book takes virtuality of cyberspace and network society as the entry point, comprehensively and systematically presenting the development of practice and innovation of theory of the criminal law in virtual space. The dualization is a typical feature of this book. First of all, this book give consideration to both macro thinking and micro thinking in the level of research idea. At the time of doing systematic research of development process of the crime in virtual space, the expansion model of legal interest in information ear, transition of criminal law of China in information ear and other macroeconomic issues, this book concretely analyses the crime of Infringement of citizens' personal information, the crime of false information, the crime of online gambling, the crime of unfair competition in cyberspace and other typical crimes. Secondly, this book pays equal attention to both judicial strategy and legislative strategy in the level of the research strategy. On the one hand, this book detailly demonstrates the boundary of expansion explanation of reasonability and legitimacy through judicial effort, which regarding to legal interests, key words and criminal patterns. On the other hand, this book theoretically responds to

three core thoughts of epochal legislation update in information era, which regarding to criminal protection of new legal interest, treating accomplice as perpetrator, transforming to the act of perpetrating of the behaviour of the preparation. Thirdly, this book combined the domestic perspective and the abroad perspective in the level of research perspective. This book takes the China Mainland as the basic research visual threshold, which is based on international attribute of crime in the information age, introducing the practical viewpoint and theoretical achievement of Hong Kong China, Macau China, Taipei China and foreign countries, and emphatically discussing the chinese standpoint of constructing international criminal law.

## 代前言

### ——站在信息时代法律规则重构的路口

我们的社会正在经历着全新的时代转型，信息社会和网络时代接踵而来，在新的时代背景下，传统社会的各种利益关系都蔓延到网络虚拟空间，网络虚拟空间中亦衍生出全新的权益，网络虚拟空间中蕴藏着巨大的经济利益和社会福祉，成为国家创新的动力，决定着国家和民族未来的发展潜力。

当网络充斥着各种利益时，网络中的犯罪行为自然也就难以避免，然而，网络犯罪并不是一个传统的刑法学或犯罪学的概念，它随着网络技术的应用而产生，并随着网络技术的不断发展而演变。在当前的信息社会的背景下，虚拟空间和现实社会紧密交织在一起，网络不再仅是一项新技术、不再仅是一个新平台，网络就是当前社会中密不可分的重要组成部分，而网络犯罪亦不再限定为以网络为工具、以网络为对象、以网络为平台的犯罪，网络犯罪是指所有涉及网络因素的犯罪行为。网络犯罪虽然仅仅出现数十载，却以惊人的发展速度，成功侵入所有传统犯罪领域，当前人类社会无法脱离网络而存在，而犯罪亦同各种网络因素高度契合。网络犯罪并不是独立于传统犯罪的新型

犯罪，而是犯罪这一人类社会的顽疾在信息时代的必然发展。因此，随着人类社会正式进入信息时代，人类的犯罪现象亦开始正式进入网络犯罪时代，从这个视角来看，网络犯罪不再具有特殊性，已经成为“平凡的”主流犯罪。然而，从刑法视角来审视，网络犯罪亦具有“特殊性”，网络犯罪无法脱离网络空间而存在，而网络空间是一个信息化的虚拟场域，包括网络犯罪在内的所有网络行为都天然具有信息化后的“虚拟烙印”，这也成为网络犯罪同传统犯罪的核心差异所在，而“虚拟犯罪”和“虚拟空间的刑法理论”，正是基于网络社会中犯罪不同于传统犯罪的全新特性视角而提出的概念。

随着网络社会的发展，网络同人类社会高度融合，物理维度组成的传统现实空间和信息技术缔造的虚拟空间共同组成了当今的人类社会。传统现实社会中的财产权益、人身权益、公共安全、国家安全、市场秩序、社会秩序等一系列传统权益，全部都蔓延到了网络虚拟场域，而“权利所在必有救济”，虚拟场域中的传统权益理应受到法律的有效保障。科技进步会促使新生事物不断涌现，同时推动人类不断审视和修正既有的观念和认识，以财产权益为例，在工业革命之前漫长的历史中，人类能认识和创造的财产观念只有动产和不动产两种而已，工业革命之后无形财产的概念逐渐被人们所接受，无形财产和有形财产在物理外观上的差异恐怕不亚于虚拟空间和现实空间这一对概念。随着信息化时代的到来，又出现了被称为网络虚拟财产的事物，在几经挣扎之后，目前无论是理论还是实务都不得不认可虚拟财产具有财产的法律属性。因此，法律也需要不断地变更自己的保护边界，才能跟上时代的步伐。而作为最为有力的刑事法律，也必须适用到网络空间，才能保障各项传统法益在网络社会中实现，对于网络空间严重侵害传统法益的行为，适用刑法予以制裁，则是新时代刑法社会保护和人权保障功能的体现。

刑法规范适用于网络虚拟空间，是信息时代不断深化、社会高度

信息化后的必然要求。然而，刑法介入网络虚拟空间的程度，必须同社会现状和未来发展趋势相一致，保持刑法固有的谦抑性，合理加强和扩大刑法对网络虚拟空间行为的制裁。必须要承认，在计算机和网络技术的带动下，人类社会正经历着深刻的变革，法律层面准备严重不足，同社会发展出现了一定的脱节。这不仅仅出现在刑法一个领域，而是所有部门法的共同问题。关于网络社会的相关基础概念——网络行为的分类、网络权益的保护、网络社会的行为规则等一系列问题，涉及民法、行政法等多个部门法领域，刑法不宜“越俎代庖”，对民法和行政法尚未规定的侵权和行政违法行为进行刑事制裁。因此，基于刑法自身的谦抑性，网络虚拟空间的治理不能过度依赖刑事制裁。否则不仅有违部门法之间的分工，更有可能阻碍未来网络空间的应用和发展。例如，大数据是网络虚拟空间新生的技术领域，大数据“以量取胜”和“非线性思维模式”的性质决定了，信息数据只有在政府机关、企事业单位、各种计算机设备、移动通讯设备、网络设备、自动化处理设备、物联网设备和个人之间流动交汇才能获得充分发展和应用，因此，尽管部分收集信息数据、利用信息数据等行为，会威胁到隐私权和国家秘密、商业秘密等重要利益，但不能对大数据的流转一概严禁，刑法应当有所区分，仅关注其中具有严重社会危害性的行为。

面对网络犯罪的汹涌浪潮，刑事法律体系的应对往往归结于两种选择——立法更新或司法努力。首先人类从农业时代发展到工业时代，法律规则发生了重大变化，随着信息时代的来临，必然会引发新的刑事立法更新需求，未来，网络犯罪领域的立法更新必将是刑法更新的主要内容。但同时亦应当认识到，司法努力同样是应对网络犯罪的有效手段。一方面，刑事法律本身不宜频繁变动，对于大部分网络犯罪，依然要在原有刑事法律体系和规则的基础上，结合网络犯罪的自身特征，对现有的立法和司法进行逐步调整。既不能忽视网络犯罪

所具有的全新网络特性，亦不能强行割裂网络犯罪同传统犯罪的联系。另一方面，对网络犯罪，司法层面也有巨大的能量释放空间，以司法举措为主，完善网络犯罪的刑事制裁体系，并不是一种短期的权宜之计，而是包括司法体系解释在内的一系列司法努力的价值体现。

而刑法介入网络虚拟空间的程度和方式，虚拟犯罪的刑事立法和司法对策，正是笔者二十余年来一直思考的问题。2003年，《虚拟空间中的刑法理论》出版，这是我国首部专门研究网络犯罪和信息时代刑法更新的专著。2003年，网络空间初具雏形，法学界对于“计算机犯罪”尚未有充分的认识。而《虚拟空间中的刑法理论》却已经跳出“计算机”的工具属性，超前性地反思工业时代向信息时代转化宏观背景下的刑法更新问题，具有开创性，成为研究网络社会、网络犯罪的代表性著作之一，为后续的一系列网络犯罪的刑事立法和司法举措提供了理论支持。

尽管笔者著书立说一直秉承理论应当具有一定的“超前性”和“预测性”，但当前社会正处于从工业时代到信息时代的极速发展时期，从2003年至今，经过了十余年，无论是虚拟犯罪形态还是刑事法律规则，都已发生了深刻的变革。而《虚拟空间中的刑法理论》一书，虽然在基础理论和核心观点层面依然适用于当前社会，但在具体问题论证和规范性分析层面，确实有着再次修正更新的必要。适逢社会科学文献出版社筹划出版“社科文献学术文库”，整理当代中国学者的哲学社会科学优秀原创理论著作，将以往出版过的学术精品力作再次编辑出版。《虚拟空间中的刑法理论》忝列其中，笔者也借此机会对本书进行了大幅的修正。

明末大儒顾炎武先生曾言著书立作应以“必古人之所未及就，后世之所不可无，而后为之”为宗旨。本书的修正亦力求效仿先贤。再版修正后的《虚拟空间中的刑法理论》一书，实际上亦是笔者对自己长期深耕的网络犯罪领域近十余年最新研究成果的系统梳理。具体的修正内容主要体现在以下三个方面：第一，删除了部分章节内容。例

如，网络游戏中虚拟财产的刑法保护、电子邮件的刑法定位、网络游戏中的犯罪诱发效应等，此部分内容经过十余年的发展，原书中所提出的观点和思路，实际上已被学界所普遍接受，许多建议已然上升为法律规范，因此不再收录。第二，结合时代特征和法律发展，将原书的章节体例进行了重新编辑，通过网络犯罪共犯行为的正犯化、网络犯罪预备行为的实行行为化、大数据法益、网络主权等全新视角，对原书的保留内容进行了整合。第三，根据当代犯罪的最新发展趋势，增补了理论和实践中急需回应的虚拟空间中的传播虚假信息犯罪、赌博犯罪、不正当竞争犯罪，并专列成章进行系统研究。本书的再版修正中，我的学生田刚为本书的资料收集、编辑校对做了诸多卓有成效的工作，我的学生李怀胜、于冲、郭旨龙、李源粒也为本书整理了大量的参考文献，在此一并感谢。

时代背景的转变是历史不可阻挡的洪流，法律体系的冲击和挑战亦难以避免，而法学的使命则是在时代转型期这纷繁复杂的社会实践中，抽象出问题的法律本质，加强对网络虚拟空间中合法权益的保护，避免网络虚拟空间成为法治社会的“无法之地”。而对法学学者而言，虽然从法律诞生以来，社会总是在发展变化，总是会带来新的问题，但并非每一代学者都能经历时代的变迁，这既是时代对法学的挑战，亦是身处时代学者的幸运。因为，我们将成为新时代法律规则的建构者之一。当然，信息时代法律规则的重构是极为宏大的课题，绝非学者的个人之力可以完成，需要一代法律人的共同努力，仅以此书与所有站在时代路口积极开拓新时代规则的法学同僚共勉。

本书的出版，得到社会科学文献出版社的大力支持，尤其是刘骁军编辑从中做了大量的工作，在此深表谢忱！

于志刚

2016年8月

# 目 录

## 代前言

——站在信息时代法律规则重构的路口 .....	001
<b>第一章 虚拟空间中的犯罪演变与刑法发展 .....</b>	<b>001</b>
第一节 刑法视阈下的虚拟内涵与法律定位 .....	002
第二节 网络社会的代际发展与虚拟犯罪演变 .....	016
第三节 虚拟空间的刑法思维变革与刑法调整 .....	034
<b>第二章 虚拟空间的法益发展与关键词解读 .....</b>	<b>039</b>
第一节 虚拟空间网络安全的嵌入发展和界定 .....	040
第二节 虚拟空间“财产”的争议与全新解释 .....	071
第三节 虚拟空间“公共场所”刑法外延扩张 .....	076
<b>第三章 虚拟空间犯罪帮助行为异化的刑法对策 .....</b>	<b>083</b>
第一节 网络犯罪帮助行为的异化发展与刑法冲击 .....	083
第二节 网络犯罪帮助行为异化的刑法反应体系 .....	094



第三节	网络犯罪帮助行为的立法演进和主导罪名 .....	106
第四节	网络犯罪帮助行为刑法回应的缺陷和不足 .....	113
第五节	网络犯罪帮助行为刑法制裁的完善思路 .....	121
<b>第四章</b>	<b>虚拟空间中犯罪预备行为异化的刑法完善 .....</b>	<b>131</b>
第一节	网络犯罪预备行为的异化发展和刑法挑战 .....	131
第二节	网络空间预备行为异化的刑法回应模式 .....	137
第三节	网络犯罪预备行为制裁体系的批判与反思 .....	147
第四节	网络犯罪预备行为实行化的刑法完善思路 .....	158
<b>第五章</b>	<b>虚拟空间的数据权益兴起与刑法更新 .....</b>	<b>166</b>
第一节	虚拟空间信息数据的时代发展和演化 .....	167
第二节	虚拟空间信息数据的法益衍生与发展 .....	177
第三节	虚拟空间“大数据法益”的保护完善 .....	195
第四节	虚拟空间中公民个人信息的保护强化 .....	210
<b>第六章</b>	<b>虚拟空间中虚假信息犯罪的刑事制裁思路 .....</b>	<b>222</b>
第一节	虚拟空间中媒体变迁与全媒体时代兴起 .....	222
第二节	全媒体时代信息生产和传播机制的变革 .....	226
第三节	虚假信息犯罪的寻衅滋事罪解决“偏好” .....	229
第四节	虚假信息犯罪的防控思路与未来方向 .....	236
<b>第七章</b>	<b>虚拟空间赌博犯罪的刑事制裁体系完善 .....</b>	<b>242</b>
第一节	虚拟空间中赌博犯罪爆发式发展原因 .....	243
第二节	虚拟空间中开设赌场犯罪的实证考察 .....	250
第三节	虚拟空间中开设赌场犯罪制裁的反思 .....	259
第四节	虚拟空间开设赌场犯罪的刑事对策 .....	273