

网络犯罪的裁判经验与学理思辨

法学格致文库

穷究法理 探求真知

于志刚

于冲 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHER

阅 览

2012年教育部哲学社会科学重大课题攻关项目阶段性成果

网络犯罪的裁判经验与学理思辨

D924.399.4
2932

法学格致文库

穷究法理 探求真知

于志刚 于冲 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

网络犯罪的裁判经验与学理思辨/于志刚, 于冲著.

—北京: 中国法制出版社, 2013. 5

(法学格致文库系列)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 4511 - 5

I. ①网… II. ①于… ②于… III. ①计算机犯罪 - 研究 - 中国 IV. ①D924. 364

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 069909 号

策划编辑/刘 峰 (52jm. cn@ 163. com)

责任编辑/杨 智

封面设计/蒋云羽

网络犯罪的裁判经验与学理思辨

WANGLUO FANZUI DE CAIPAN JINGYAN YU XUELI SIBIAN

著者/于志刚 于 冲

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

版次/2013 年 5 月第 1 版

印张/24.5 字数/311 千

2013 年 5 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 4511 - 5

定价: 56.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfs.com>

市场营销部电话: 66033393

传真: 66031119

编辑部电话: 66038703

邮购部电话: 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

作者简介

于志刚

男，1973年生，洛阳人。中国政法大学教授，博士生导师。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年至2012年任中国政法大学研究生院副院长，2012年起任学校教务处处长。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。

十余年来在《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《传统犯罪的网络化研究》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。2010年11月，当选第六届全国十大杰出青年法学家。

于冲

男，1986年生，山东曲阜人。中国政法大学刑法学专业博士研究生。在《法学论坛》、《中州学刊》等刊物上发表学术论文20余篇，参与教育部哲学社会科学重大课题攻关项目、国家社科基金项目等省部级科研项目近10个，两次获批主持中国政法大学博士研究生创新实践资助项目。

前 言

网络的诞生及其深度社会化催生了众多令人棘手的法律难题，网络犯罪及其刑法制裁逐渐成为近年来刑事立法、司法实践和刑法学理论研究中共同面对的重大时代性课题之一。网络犯罪以互联网的代际过渡和代际差异为背景，它的演变规律与特点，加快了刑事立法与理论研究的滞后速度，直接导致司法实践中极为普遍地存在着关于网络犯罪行为定罪、量刑等各个侧面的一系列困惑与争议。在网络犯罪这一领域似乎面临着这样一个尴尬境地：新的网络犯罪现象层出不穷，刑法理论的回应却软弱无力，刑法在打击网络犯罪的实践领域面临着重重理论困境，也形成了巨大的现实法律需求。在现实的指导理论缺失和法律规则滞后的状况面前，网络犯罪案件的大量出现推动着越来越多地区的司法机关开始“自力更生”地探索法律运用、解释的规则，以在现有法律的框架内处理具体案件，进而在不断的探索过程中提炼、积淀出诸多的裁判经验。

刑法学本是一门极具实践品格的社会科学，它和实践具有一种双向的互动关系。司法案例作为刑事审判的重要载体，蕴含着一线法官在具体案件审理过程中的经验和智慧，关注司法经验和重视司法智慧，对于促进理论研究质量、高度的提升和推动立法过程的完善都有重要意义，高度重视“实践反哺理论”、“司法反哺立法”一向是中国法律和中国法学的优良传统。因此，理论必须接地气，只有接触并研究现实的案例，才能在一个个琐碎的具体案件中感悟到通过网络犯罪反向映射在刑法理论、刑事立法上的司法需求，提

炼出共同的刑法理论命题，实现学术知识的增长，发现未来立法完善的方向。表面上看，以司法实务中的问题为导向的研究思路目前获得了普遍的认可，至少鲜有人会提出质疑，但是，此种研究思路的真正贯彻可能困难重重。刑法典、司法解释与司法案例是刑法学研究的三大素材，它们在学术研究中的受关注度依次递减。乐于研究“成品”，而不屑于以“毛坯”为对象创新、雕刻出精细“作品”，似乎是中国刑法学研究中一个颇成现象的习惯，此种研究现象造成了理论与司法实践的日渐脱节。因此，重视案例研究、办案智慧、司法经验的理论价值与立法意义，改变当前刑法学研究中“言必称‘三、四要件’之争”的习惯，重视刑法问题中的中国思路与中国经验，是解决当前刑法学研究停滞不前问题的出路之一。

对于网络犯罪的研究，无法避免社会整体从传统工业社会到信息社会的过渡，从传统单层社会到双层社会（现实社会和虚拟社会）的过渡，涉及诸多层面的复杂问题。网络犯罪的研究，不仅仅是刑事实体法的研究，而且作为对一种犯罪现象的理论归纳性思考，应该立足于现实中的典型案例，从一线司法机关所审结的案例中探寻网络犯罪的当前态势和行之有效的解决方案。当然，从另一个方面说，任何源于司法实践的个案智慧和裁判经验都是有限的，具体的一个案例只是大量网络犯罪的一个缩影，无法全面反映出网络犯罪与刑事制裁的整体现状，如果桎梏于个案和经验的简单梳理，以案例分析取代理论研究，将很容易陷入到只见“树叶”不见“森林”的窠臼之中。因此，应予提倡的案例研究不是就案论案的简单反思，而是要从典型案例中挖掘问题，在个案裁决中采撷经验，在学理思辨中升华智慧，进而拓展问题研究的视野，推动研究结论发挥社会效应。理论思索的优势不仅仅在于为问题找到答案，而且要使问题的答案能够成为“举一反三”型、放之四海而皆准的答案，最终为同类案件的顺利解决确定理论解析思路和法律依据，实现从“实践哺育理论”到“理论指导实践”的良性循环，达到立法、司法和理论一体化发展和互动的理想境界。

伴随着计算机和网络技术的普及化,网络成为几乎所有传统犯罪的平台和通道。传统的盗窃、诈骗、赌博等违法犯罪行为在网络世界中改头换面、大行其道,而网络攻击、网络病毒、恶意程序、网上信息泄露等新型的网络犯罪更是不断涌现。对于当前中国网络犯罪的发案趋势、犯罪类型、犯罪形态,以及各类典型网络犯罪的构成特征、司法认定中的疑点、难点和焦点问题以及刑罚适用方面的困惑问题进行全面、深入、细致、系统的分析研究,不仅有助于司法机关对网络犯罪正确定性和恰当量刑,而且将有助于促进网络犯罪理论与司法实践的结合与互动,实现理论与实践需求的有机结合。本书十分重视理论与实践的紧密结合,从宏观的、全局的角度,以网络犯罪的当前态势、犯罪类型以及罪名防治体系的大角度为起点,着眼于网络犯罪的现状,在充分借鉴我国刑法理论界和司法实践部门对中国当前网络犯罪的理论研究成果和司法经验、见解的基础上,试图以总结和评价裁判经验的形式将现有的研究成果予以展示。全书以现实存在的司法困惑为切入点,深入浅出,在服务司法实践和解决现实问题的同时,探讨当前理论界有关网络犯罪的焦点问题、争议问题,并充分考虑到网络犯罪的发展趋势,对于理论上和逻辑上可能存在的司法盲区也进行了一定程度的研讨,以使本书在增强司法实用性的同时,兼具一定的理论性和前瞻性。

本书分上、中、下三编,共三十章。上编是有关网络犯罪的基础理论,在这一编里,除了对网络犯罪的整体现状、发展趋势以及制裁网络犯罪的罪名体系进行概括性归纳之外,没有过多阐述网络犯罪的基本类型和特征,而是将这些内容分散到每章的具体分析之中。考虑到计算机本身在犯罪中既可以作为犯罪对象也可以作为犯罪工具存在,本书主要分两编阐述网络犯罪的基本理论和实务操作问题,其中,中编是纯粹的网络犯罪的司法典型案例及理论析,从现行刑法所设置的关于计算机犯罪的罪名体系出发,以刑法条文分类为基础对司法实践中所涉及的相关典型判例进行分类研讨;下编则是针对利用计算机实施的传统犯罪,对于司法实践中存在的相

关问题进行了分门别类的描述。全书力争每一个问题都让具有代表性的案例说话,选取的案例多是“全国网络犯罪第一案”、“××省网络犯罪第一案”、“××市网络犯罪第一案”以及曾经在司法实践中引发广泛关注和争议的典型案例,在保证案例最新时效的同时,确保案例中涉及争议问题的代表性。

本书同其他案例书的区别在于不满足于一案一议、就案论案的分析模式,而是触类旁通,以典型案例为基础,从裁判文书和庭审焦点中提出问题,进而从刑法理论角度分析问题,在案例归纳、比较中引发相关问题的思考。本书既没有踟躅于“以案说法”,也没有局限于“以案释义”,而是以更广阔的视角对案例进行重新整合和梳理,既融合了必要的法律归纳,又有适当的案例演绎,不仅彰显了司法实践的审判智慧,也体现出法理论证的精妙,充分践行了理论与实务相结合的研究方法。本书在对大量的问题进行深入地理论阐述的同时,对许多司法实践中的难点、疑点问题进行了有益的探讨。针对司法实践中长期存在的司法困惑,提出了一些司法实际部门可资借鉴的理论意见,具有现实的针对性,对司法实践具有重要的指导意义。

在本书的撰写过程中,中国人民公安大学法律系教师李怀胜博士、上海市青浦区人民法院陈强法官、江苏省无锡市中级人民法院蒋璟法官等都贡献了自己的智慧,为本书的写作节省了大量时间,在此深表谢意。在这里,我们还要向在司法一线辛勤耕耘的杰出司法官们表示由衷的敬意和感谢,正是他们在案件审判过程中积淀形成的诸多裁判文书和其中蕴含的裁判经验、智慧,为本书的写作提供了宝贵的事实依据和经验支撑。另外,本书的撰写还受益于中国政法大学“青年教师学术创新团队”项目的支持,在此一并表示感谢。

于志刚

2013年2月20日

目 录

上编 网络和网络犯罪的现状

第一章 互联网和网络犯罪的现状与趋势	(3)
一、互联网的发展速度和重要地位	(4)
二、中国网民的增长速度	(6)
三、网络犯罪的高发态势和影响范围	(8)
第二章 互联网的代际演变与网络犯罪的类型转变	(11)
一、互联网的代际转型：网络从“信息服务”到 “内容服务”的转变	(12)
二、网络功能转型和网络社会的形成：从“人机 互动”到“人人互动”的转变	(13)
三、网络违法犯罪对象的变化：从对“计算机网 络系统本身”到“普通网民”	(14)
四、网络违法犯罪模式的变化：“一对多”的犯罪 模式挑战着传统的规则和理论	(14)
五、网络保护的现状：缺乏对虚拟空间的平等保护 和同等保护	(16)
第三章 制裁网络犯罪的罪名体系和内在关系	(19)
一、网络犯罪的罪名渊源与犯罪特征演变	(19)
二、现行刑法中纯粹的计算机犯罪	(21)

三、利用计算机实施的其他犯罪的基本理论问题	(25)
-----------------------------	------

中编 纯粹的网络犯罪

第四章 非法侵入计算机信息系统罪	(45)
------------------------	------

[典型判例] 范某某、文某非法侵入计算机信息系统案	(45)
---------------------------------	------

一、非法侵入计算机信息系统罪的主体问题	(47)
---------------------------	------

二、非法侵入计算机信息系统罪的主观罪过	(51)
---------------------------	------

三、非法侵入计算机信息系统行为的具体分析	(52)
----------------------------	------

四、非法侵入的“计算机信息系统”的类别认定	(59)
-----------------------------	------

五、非法侵入计算机信息系统罪的刑罚裁量	(61)
---------------------------	------

第五章 非法获取计算机信息系统数据罪	(63)
--------------------------	------

[典型判例] 赵某某非法获取计算机信息系统数据案	(63)
--------------------------------	------

一、非法获取计算机信息系统数据罪的构成特征	(64)
-----------------------------	------

二、对于“非法获取”的理解与认定	(67)
------------------------	------

三、非法获取计算机信息系统数据罪的定罪量刑	(68)
-----------------------------	------

第六章 非法控制计算机信息系统罪	(72)
------------------------	------

[典型判例] 向某非法控制计算机信息系统案	(72)
-----------------------------	------

一、非法控制计算机信息系统罪的构成特征	(73)
---------------------------	------

二、对于“非法控制”的理解与认定	(78)
------------------------	------

三、非法控制计算机信息系统罪的定罪量刑	(79)
---------------------------	------

第七章 提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪	
----------------------------	--

(一): 提供程序、工具	(81)
--------------------	------

[典型判例] 赵某某、闫某非法提供侵入计算机信息	
--------------------------	--

系统程序案	(81)
-------------	------

一、提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具	
-------------------------	--

罪客观要件的理解	(83)
----------------	------

二、提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具	
-------------------------	--

罪主观要件的理解	(84)
三、提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪认定构成犯罪的思路	(85)
四、提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪的刑罚裁量	(86)
第八章 提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪	
(二)：网上传播黑客技术	(89)
[典型判例] 王某某、周某某提供侵入、非法控制计算机信息系统的程序、工具案	(89)
一、网络传播黑客技术能否定性为传授犯罪方法罪	(91)
二、网络传播黑客技术能否定性为计算机犯罪的共犯	(95)
三、网络传播黑客技术行为的定性思路	(98)
第九章 破坏计算机信息系统罪 (一)：“计算机信息系统”的界定	(104)
[典型判例] 倪某某破坏计算机信息系统案	(104)
一、“计算机信息系统”的界定：以倪某某案中 HPE5100A 网络分析仪为例	(106)
二、关于“计算机系统”和“计算机信息系统”的关系	(108)
三、案件审理中与相关罪名的争议分析	(110)
第十章 破坏计算机信息系统罪 (二)：删除、修改数据	(112)
[典型判例] 林某某破坏计算机信息系统案	(112)
一、破坏计算机信息系统罪和非法侵入计算机信息系统罪的罪名关系	(113)
二、删除、修改计算机信息系统存储数据行为的刑罚裁量	(117)
第十一章 破坏计算机信息系统罪 (三)：制作、传播破坏性程序	(119)
[典型判例] 李某等人破坏计算机信息系统案	(119)

(148) 一、故意制作、传播计算机病毒等破坏性程序的构成特征分析	(122)
(28) 二、故意制作、传播计算机病毒等破坏性程序的定罪规则	(130)
(28) 三、故意制作、传播计算机病毒等破坏性程序的刑罚裁量	(132)
第十二章 破坏计算机信息系统罪（四）：僵尸网络	(135)
[典型判例] 徐某破坏计算机信息系统案	(135)
(28) 一、案件的关键：创建僵尸网络所使用程序的认定	(136)
(10) 二、建立僵尸网络和后续犯罪行为的定性选择	(141)
(29) 三、无法回避的问题：出租、倒卖僵尸网络行为的定性思路	(144)
第十三章 破坏计算机信息系统罪（五）：“严重后果”的判定	(150)
(101) [典型判例] 罗某破坏计算机信息系统案	(150)
(101) 一、“严重后果”须与危害行为之间存在必然的因果关系	(151)
(201) 二、对于“严重后果”的判定标准	(152)
(801)	
(011) 下编 利用网络实施的犯罪	(72)
(511)	
第十四章 利用互联网颠覆国家政权的行为	(159)
[典型判例] 黄某某颠覆国家政权案	(159)
(11) 一、利用互联网颠覆国家政权行为的定性	(161)
二、利用互联网颠覆国家政权案中的电子证据问题	(164)
第十五章 通过破坏计算机信息系统操纵证券交易价格	(165)
[典型判例] 赵某操纵证券交易价格案	(165)
(111) 一、利用网络操纵证券交易价格的罪名适用问题	(167)
(111) 二、利用网络操纵证券交易价格行为的罪数认定问题	(169)

第十六章 网络销售假冒注册商标的商品	(171)
[典型判例] 张某某销售假冒注册商标的商品案	(171)
一、网络销售假冒注册商标的商品行为的定性	(172)
二、未及销售的假冒注册商标的商品的数额计算	(173)
三、网络交易服务商是否构成销售假冒注册商标的 商品罪的共犯	(177)
第十七章 利用网络侵犯著作权 (一): “以营利为目的” 的 判定	(180)
[典型判例] 陈某某侵犯著作权案	(180)
一、侵犯著作权犯罪构成要件中的“以营利为目的”	(182)
二、“在增强包软件中添加广告插件并收取广告商费用” 是否属于“以营利为目的”	(190)
第十八章 利用网络侵犯著作权 (二): “复制、发行” 的 判定	(196)
[典型判例] 王某侵犯著作权案	(196)
一、网络侵犯著作权犯罪构成要件中“复制、发行” 行为的理论解读	(198)
二、网络侵犯著作权犯罪“复制发行”行为评价的 司法现状	(205)
三、对于“复制、发行”行为的理解与认定	(209)
第十九章 利用网络侵犯著作权 (三): 网络游戏中的 “私服”	(211)
[典型判例] 闫某某、王某、陈某、陈某某、王某某侵犯 著作权案	(211)
一、“私服”运营行为的学理解读	(213)
二、“私服”运营行为及其是否构成侵犯著作权罪	(220)
三、“私服”运营行为及其是否构成非法经营罪	(229)
四、“私服”运营行为及其是否构成侵犯商业秘密罪	(231)

第二十章 利用网络损害他人商业信誉、商品声誉 (237)

〔典型判例〕李某某损害商业信誉案 (237)

一、利用网络损害商业信誉罪的主观罪过分析 (239)

二、利用网络损害商业信誉的客观行为分析 (240)

三、“给他人造成重大损失或者有其他严重情节的”应如何认定 (241)

第二十一章 网络诽谤行为的司法定性 (242)

〔典型判例〕韩某某诽谤案 (242)

一、网络诽谤行为的法律实质解读 (244)

二、网络诽谤行为评价的司法现状 (245)

三、网络诽谤行为的司法应对思路 (249)

第二十二章 网络窃取他人 QQ 号行为的司法定性 (259)

〔典型判例〕曾某某、杨某某盗卖 QQ 号码侵犯通信自由案 (259)

一、网络盗卖 QQ 号定性为侵犯通信自由罪的分析
和评判 (262)

二、网络盗卖 QQ 号以盗窃罪定性的意见之分析
和评判 (266)

三、关于 QQ 号属于虚拟财产的理论阐释 (268)

第二十三章 非法出售公民个人手机定位信息行为 (281)

〔典型判例〕谢某某出售公民个人信息案 (281)

一、对于“公民个人信息”的合理界定 (282)

二、出售公民个人手机定位信息的行为定性 (287)

三、公民信息被用于犯罪时信息提供方、中间交易方的
刑事责任 (290)

第二十四章 网络游戏中“外挂”行为的司法定性 (293)

〔典型判例〕谈某某、刘某某、沈某某非法经营案 (293)

一、网络游戏中“外挂”行为的学理阐释 (296)

二、网络游戏“外挂行为”是否构成非法经营罪	(301)
三、网络游戏中“外挂行为”是否构成侵犯著作权罪 ...	(305)
第二十五章 利用 ATM 取款机故障取款的盗窃行为	(314)
[典型判例] 许某盗窃案	(314)
一、案件梳理：利用 ATM 取款机故障取款行为与盗窃罪的成立与否	(316)
二、理论反思：利用网络程序缺陷实施传统犯罪行为的刑法评价	(319)
三、进一步的思考：利用程序漏洞实施传统犯罪行为之司法困惑的法律实质	(322)
第二十六章 盗窃网络虚拟财产的行为	(326)
[典型判例] 黄某某等人盗窃案	(326)
一、网络游戏中虚拟财产的价值论证	(328)
二、盗取网络游戏装备行为是否构成盗窃罪	(333)
三、盗窃游戏装备和游戏币犯罪数额的确定	(335)
第二十七章 利用网络攻击进行的敲诈勒索行为	(337)
[典型判例] 欧阳某某敲诈勒索案	(337)
一、通过网络攻击实施的敲诈勒索是否构成破坏计算机信息系统罪	(339)
二、通过网络攻击实施的敲诈勒索行为的罪数形态	(341)
第二十八章 通过篡改系统数据实施的伪造证照行为	(344)
[典型判例] 温某、范某、刘某破坏计算机信息系统案 ...	(344)
一、伪造证照犯罪中网络因素的介入及其司法尴尬	(346)
二、破坏计算机信息系统罪与伪造证照犯罪的罪名选择	(349)
三、防止“破坏计算机信息系统罪”演变为新的“口袋罪”	(356)

第二十九章 利用网络编造、故意传播虚假恐怖信息的行为 … (361)

[典型判例] 陈某某编造、故意传播虚假恐怖信息案 …… (361)

一、对“虚假恐怖信息”的理解 …… (364)

二、利用网络编造、传播虚假恐怖信息是否应认定为严重扰乱社会秩序的行为 …… (365)

三、删除修改计算机文档内容是否属于破坏计算机信息系统 …… (367)

第三十章 网上传播淫秽物品行为的定性 …… (369)

[典型判例] 荣某传播淫秽物品牟利案 …… (369)

一、网上制作、复制、传播淫秽物品牟利行为的定性思路 …… (371)

二、搜索引擎恶意链接淫秽物品信息的行为 …… (372)

三、网上为传播淫秽物品提供服务、帮助行为的定性思路 …… (373)

第二十三章 非法出售公民个人信息构成侵犯公民个人信息罪 …… (281)

一、对于“公民个人信息”的合理界定 …… (282)

二、非法出售公民个人信息行为的定性 …… (287)

三、非法出售公民个人信息行为的量刑 …… (290)

第二十四章 网络游戏中的“外挂”行为的定性 …… (293)

一、网络游戏中“外挂”行为的学理阐释 …… (296)

第一章 互联网和网络犯罪的现状与趋势

上编 网络和网络犯罪的现状

1987年9月20日,中国向世界发出第一封“跨越长城,走向世界”的电子邮件,1994年中国正式接入国际互联网。^①自此之后,短短的16年间,中国网民数量更是多达5.38亿,相关的互联网产业也是迅速发展。《国民经济和社会发展信息化“十一五”规划》表明,我国2010年信息产业总收入达到10万亿元,占GDP的比重达10%以上。按《软件和信息服务业“十二五”发展规划》预测,到2015年,我国信息产业总收入将超过16万亿元。^②互联网成为推动我国经济发展的重要力量。

技术从来就是一把双刃剑,以互联网为代表的高新技术在给人们的生活带来极大便利的同时,也打开了潘多拉的魔盒——流氓软件、病毒、网络诈骗、网络诽谤、网络侵权、垃圾短信、倒卖个人信息等失德、违法、犯罪行为泛滥,各种形形色色的网络违法犯罪案件急剧增长。新型的网络犯罪和传统犯罪的网络化彼此交织,严重危害互联网产业和信息社会的健康发展。在互联网迅速发展的今天,十八大报

^① 李元《中国互联网络发展史话(1987-2011)》,载 <http://www.ertongbook.com/content/2008/12/28/154806178a1976.html>,2011年10月3日访问。

^② 2010年中国成为世界上使用互联网人数最多的国家,详细情况见《互联网白皮书》。

^③ 《软件和信息服务业“十二五”发展规划》规定,软件和信息服务业2015年将超过4万亿元,占信息产业总值的25%。