刑事法判解研究

北京师范大学刑事法律科学研究院◇主办

总第21辑

赵秉志◆主编

2011-2

本辑要目

人民法院出版社

2011 年第 2 辑（总第 21 辑）

刑事法判解研究

北京师范大学刑事法律科学研究院　主办

赵秉志　主编

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事法判解研究.2011年.第2辑:总第21辑/赵秉志主编.—北京:人民法院出版社,2011.12
ISBN 978-7-5109-0384-7

Ⅰ.①刑… Ⅱ.①赵… Ⅲ.①刑法-判例-研究-中国 Ⅳ.①D924.05

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第004520号

刑事法判解研究
2011年第2辑(总第21辑)
北京师范大学刑事法律科学研究院 主办
赵秉志 主编

责任编辑 兰丽专
出版发行 人民法院出版社
地　　址 北京市东城区东交民巷27号 邮编 100745
电　　话 (010)67550626(责任编辑) 67550558(发行部查询)
65223677(读者服务部)
网　　址 http://www.courtbook.com.cn
E-mail courtpress@sohu.com
印　　刷 保定市中画美凯印刷有限公司
经　　销 新华书店
开　　本 787×1092毫米 1/16
字　　数 267千字
印　　张 15.25
版　　次 2011年12月第1版 2011年12月第1次印刷
书　　号 ISBN 978-7-5109-0384-7
定　　价 38.00元

《刑事法判解研究》

特邀编辑 （以姓氏拼音为序）

陈　超　广东省高级人民法院刑一庭庭长

龚培华　上海市金山区人民检察院检察长

黄祥青　上海市第一中级人民法院副院长

孟燕菲　最高人民检察院法律政策研究室处长

万云峰　广州市中级人民法院刑一庭副庭长

翁跃强　浙江省义乌市人民检察院检察长

吴光侠　最高人民法院研究室案例指导处处长

詹复亮　最高人民检察院反贪总局业务指导处处长

张温龙　福建省石狮市人民检察院检察长

周加海　最高人民法院研究室刑事处处长

邹开红　北京市人民检察院法律政策研究室主任

卷首语

从来没有哪一门应用法学能够脱离司法实践以及个案研究而健康发展，相反，倒是理论法学正在逐渐通过个案研究的方式深化。例如，张千帆教授就将一直以来被广泛认为枯燥乏味的宪法学以案例研究的形式生动地展现出来，将世界宪政的普遍原理和中国宪政的具体实践相结合（见张千帆、朱应平、魏晓阳著：《比较宪法：案例与评析》，中国人民大学出版社2011年版）。张教授等人的这一创举犹如从宪法学界吹来的一阵清风，让我们更坚信《刑事法判解研究》的前景一片光明和美好。在各方支持下，《刑事法判解研究》2011年第2辑又与读者见面了。

在本辑，我们刊登了若干篇对曾经属于热点案件进行冷思考的文章，其中有黄风教授与高敏合作撰写的《宪宏伟、李礼引渡案质疑》，对2010年9月2日发生在匈牙利布达佩斯并在国际上引起关注的宪宏伟、李礼引渡案中存在的问题进行了深刻而尖锐的反思；有袁慧撰写的《制作、传播计算机病毒牟利及网络虚拟财产的定性》，对曾经在网络乃至整个社会引起高度关注的“熊猫烧香”案件的定罪问题进行了法理探讨；有刘蕾撰写的《受贿罪的认定及死刑适用反思》，对反腐大案郑筱萸受贿案的定罪量刑问题进行了深入的探讨。

在“公报案例研究”栏目，刊登了李晓光、任能能两位法官合作撰写的《证据相互印证规则在死刑案件中的运用》，对证据之间相互印证这一定案要求在死刑案件中如何运用问题进行了深入分析，具有重要的理论和实际价值。

刑事司法中的疑难案件总是层出不穷，有无尽的具体问题需要我们去思考和解决。本刊中的“疑难案件探讨”栏目刊登了8篇文章，对刑事司法中遇到的实体和程序问题进行了有针对性的研究。其中，赵秉志教授与张伟

珂合作撰写的《共同犯罪人协助抓捕型立功的司法认定》，对揭发同案犯藏匿地点行为是否成立立功的问题进行了精辟的分析。肖晚祥法官撰写的《委派型人员身份的认定》，从国家工作人员的本质出发，澄清了委派型人员的身份认定标准。刘静坤法官撰写的《被告人翻供后其供述和辩解的采信规则》，对在被告人翻供的情况下，能否采信其此前有罪供述，何种情况下能采信等问题进行了思考。左坚卫教授与王杰合作撰写的《对行为性质的辩解与“翻供”的界分》，分析了翻供在不同场合的不同含义，进而理清了犯罪嫌疑人对行为性质的辩解与“翻供”的区分标准。杜曦明法官撰写的《殴打特异体质被害人致其死亡案件的定罪及量刑问题》，对加害行为与特异体质受害人死亡结果之间的因果关系及此类案件中行为人的刑事责任问题进行了研究。王志祥教授撰写的《绑架罪的既遂标准及共犯认定》，对绑架罪的既遂认定以及中途参与绑架者的定性问题进行了探讨。李胜法官撰写的《“在公共交通工具上抢劫”的理解与适用》，对“在公共交通工具上抢劫”这一加重情节做出了颇有新意的解读。毛立新博士撰写的《证据合法性如何证明》，结合案例对证据合法性的认定问题进行了思考。

在“案例比较研究”栏目，刊登了徐梦萍检察官撰写的《犯意联络对共犯刑事责任的影响》，以较为新颖的形式对多起故意伤害案进行了比较研究。

在“域外名案评析”栏目，刊登了孟军博士与钟颖合作撰写的《吉迪恩的号角》，就刑事被告人如何享有律师帮助权这一重要诉讼权利进行了域外考察。

在“司法解释研究”栏目，我们再次组织了4篇文章，对“两高三部”发布的有关非法证据排除规定进行了解读。

希望我们的努力能够给司法实务部门以及理论界提供些许有价值的内容。

《刑事法判解研究》主编　赵秉志

目录

制作、传播计算机病毒牟利及网络虚拟财产的定性

——“熊猫烧香”案法理研究

袁　慧*

[基本案情及裁判结果]

2006年10月，被告人李俊利用曾在国外某网站下载的一些计算机病毒源代码，在对这些计算机病毒源代码进行修改的基础上制作出了“熊猫烧香”病毒。“熊猫烧香”病毒能够侵入并感染计算机本机、U盘和局域网，并对本机、U盘和局域网的部分功能产生破坏作用，而且能中止许多防火墙和反病毒软件的运行。感染了这种病毒的计算机会自动访问链接指定的网站，并会自动下载恶意程序等。

2006年11月中旬，李俊在互联网上出售该病毒，同时还赠送给其他网友约10个“熊猫烧香”病毒，并请被告人王磊及其他网友帮助出售该病毒。随着病毒的出售和赠送，“熊猫烧香”病毒传播迅速，短时间内笼罩了整个互联网，从而使大量用户自动链接访问李俊的个人网站，

* 北京师范大学刑事法律科学研究院刑法学硕士。

导致其网站访问量大幅上升。王磊见此，便提出为李俊卖网站“流量”，并联系了被告人张顺购买李俊网站的“流量”，由李俊和王磊平分所得收入。为了提高李俊网站的访问速度，畅通网络，李俊和王磊商量后决定，由李俊、王磊每月各负担800元租金，用化名董磊为李俊的网站在南昌锋讯网络科技有限公司租了一个2G内存、百兆独享线路的服务器。张顺在购买了李俊网站的流量后，先后将9个游戏木马（即盗号木马）通过互联网发给王磊，王磊再将这9个游戏木马转发给李俊，然后由李俊将这9个游戏木马挂在其个人网站上，盗取自动链接访问其网站的游戏玩家的“游戏信封”（含有游戏账号和密码的电子邮件）。挂在李俊网站上的游戏木马将盗取的“游戏信封”自动发给张顺，张顺则将这些“游戏信封”进行拆封、转卖，从而获取利益。李俊以每个500元至1000元不等的价格，将制作的“熊猫烧香”病毒通过自己出售和由他人代卖的方式，共销售给120余人，从中非法牟利10万余元。而购买病毒的人再进一步的传播，使该病毒的各种变种在网上又造成大面积的传播。据统计，中了“熊猫烧香”病毒并被其控制的电脑有数百万台，这些电脑访问的按流量计费的网站，一年可以因此获利上千万元。

从2006年12月到2007年2月，通过“熊猫烧香”病毒的传播，李俊获利145149元，王磊获利80000元，张顺获利12000元。由于“熊猫烧香”病毒在互联网上的大肆传播，导致北京、天津、上海、河北、山西、辽宁、湖北、广东等省市许多公司、企业和个人的计算机不能正常运行。2007年2月2日，李俊关闭了其网站，并再未开启该网站。2007年2月，李俊、王磊、张顺、雷磊分别被湖北省仙桃市公安局抓获归案。

据李俊个人交代，他编写“熊猫烧香”病毒时具有很强的商业目的，既可以控制受感染电脑，暗中访问一些按访问流量付费的网站，从而获利；一些病毒变种中还含有盗号木马，又可以暗中盗取用户账号，以供出售牟利。2007年9月，湖北省仙桃市人民法院依法作出判决，四名被告均构成破坏计算机信息系统罪，并分别被判处有期徒刑一年到四年不等。

［裁判要旨］

违反国家规定，对计算机信息系统功能进行删除、修改、增加、干扰，造成计算机信息系统不能正常运行，后果严重的，构成破坏计算机信息系统罪。

违反国家规定，对计算机信息系统中存储、处理或者传输的数据和应用

程序进行删除、修改、增加的操作，后果严重的，构成破坏计算机信息系统罪。

故意制作、传播计算机病毒等破坏性程序，影响计算机系统正常运行，后果严重的，也构成破坏计算机信息系统罪。

［蕴含的法理问题］

“熊猫烧香”案是一起典型的网络犯罪案件，虽然本案构成破坏计算机信息系统罪毫无疑问，但对于制作和传播计算机病毒并从中牟利的情节应当如何认定，是否构成盗窃罪，学界有不同说法，由于没有明确规定，导致对其犯罪后果的认定有不同争议；本案中对被告人非法获取的20多万元没有定性，只是予以没收，上缴国库。其获取的20多万是通过出售计算机木马程序窃取的网络游戏账号等虚拟财产获取得的，对虚拟财产是否属于法律保护的财产，是否属于盗窃罪的对象，刑法没有明确规定。因此，本案所涉及的刑法学问题主要是：

1. 制造和传播计算机病毒并从中牟利的情节应当如何认定。
2. 网络虚拟财产的定性问题。

［法理研究］

一、制作和传播计算机病毒并从中牟利的情节如何定性

（一）国内外相关的案例

1988年11月，22岁的美国康奈尔大学研究生罗伯特·莫里斯将一个名为“蠕虫”（Worm）的病毒程序输入到美国的计算机网络INTERNET网，此病毒能够攻击UNIX系统缺陷，这一病毒的传播造成了数千万美元的损失。罗伯特·莫里斯也因此被判三年缓刑，这就是著名的INTERNET网络事件，也称为“莫里斯”事件。[①] 罗伯特·莫里斯也成为历史上第一个因为制造计算机病毒受到法律惩罚的人。

近年来，又出现了“冲击波蠕虫”和“震荡波”病毒，被一些业界人士称为有史以来破坏性最强的病毒，并发生了一系列计算机病毒案件。微软公司曾表示称这类病毒袭击对其造成了高达数百万美元的损失，而且是可能

① 参见《莫里斯与病毒》，载《电脑报》1992年1月3日，第4版。

影响到防务、医院系统及商业系统的非常严重的犯罪行为，微软公司因此拨重金悬赏帮助政府抓获并起诉计算机病毒制造者。

2005 年，我国上海市发生一起盗窃 Q 币及游戏点卡的案件。2005 年 7 月，被告人孟动从网络上下载了一个木马程序，这一木马程序具有盗窃账号密码的功能，他将其挂靠在一论坛上，当有人点击该论坛的木马程序时，点击者的计算机便会感染病毒。在此中毒计算机上输入的账号密码便会以电子邮件的方式发送到孟动的邮箱里。该案是上海市首起涉及窃取“在线直销系统”账号密码，盗窃网络虚拟财物的刑事案件。本案被告以盗窃罪被判处有期徒刑三年，但宣告缓刑。同年，天津市也发生了一起利用黑客程序通过互联网，盗窃某公司腾讯、网易在线充值系统的登陆账号和密码的案件。本案被告也被以盗窃罪判处有期徒刑三年，缓刑三年。①

从以上相关案例可以看出，行为人经常会利用计算机病毒或木马程序等破坏性程序盗取被害人的信息，以出卖牟利。这些行为通常会涉及破坏计算机信息系统罪和盗窃罪两个罪名。本文中的“熊猫烧香”病毒案件中被告人在实施制作、传播计算机病毒等犯罪活动中，也同样有盗窃他人游戏账号信息的行为，这种行为是否构成犯罪，构成犯罪是按数罪处理，还是以一罪处理，学界存在不同的观点。一种观点认为，对于制作和传播计算机病毒并从中谋利的行为，刑法中并没有相关的罪名，只能根据刑法对破坏计算机信息系统罪中所规定的“故意制作、传播计算机病毒等破坏性程序，影响计算机系统正常运行，后果严重”的情节来认定其构成破坏计算机信息系统罪，然而刑法及其相关解释并未对“后果严重”作出明确的界定和说明，因此，对被告人的行为是否应当定罪处罚，在法律上存在空白并在实践中存在障碍。另一种观点认为，被告人制作和传播病毒的目的在于牟利，因此，制作和传播病毒的行为是手段，获取非法利益是目的，因此应该构成盗窃罪。笔者认为，两种观点都不完全正确，本案主要涉及破坏计算机信息系统罪，而我国 2009 年《刑法修正案（七）》对计算机犯罪又增加了几个新的罪名，即为非法侵入、控制计算机信息系统非法提供程序、工具罪和非法获取计算机数据罪、非法控制计算机信息系统罪。因此，应当从破坏计算机信息系统罪入手，了解其特征及与其他罪名的关系后，再分析新的刑法修正案施行后，应如何对此类案件进行定性。

① 谢望原、赫兴旺：《中国刑法案例评论》（第二辑），中国法制出版社 2008 年版，第 429 页。

（二）破坏计算机信息系统罪的认定

根据《刑法》第二百八十六条的规定，破坏计算机信息系统罪，是指违反国家规定，对计算机信息系统功能或计算机信息系统中存储、处理或者传输的数据和应用程序进行破坏，其后果严重的行为。①

本罪归属于刑法分则中的扰乱公共秩序罪，但此罪侵犯的重要客体是网络公共安全，因为破坏计算机信息系统罪造成的后果一般是使众多计算机网络遭受破坏，造成重大经济损失。关于本罪的客体，有两种不同观点：一种观点认为，本罪客体是简单客体，只是国家对计算机系统的管理秩序。② 另一种观点认为，本罪不仅侵犯了计算机信息系统安全管理秩序，同时也侵犯了计算机信息系统所有人或者合法用户的合法权益。③ 笔者同意第二种观点，此观点比较全面地揭示了该罪的本质特征。

本罪在主观方面表现为故意，即明知自己所实施的删除、增加、修改等行为，会发生破坏计算机信息系统功能的后果，或者明知对计算机信息系统中存储、处理或传输的数据进行删除、增加、修改，会造成计算机信息系统的破坏，并且希望或放任这种行为的发生；或者明知自己制作、传播计算机病毒的行为会发生破坏性后果，而希望或放任这种行为的发生。这种故意既可以是直接故意，也可以是间接故意。在司法实践中，也有过失制作和过失传播计算机病毒等破坏性程序的行为。④ 但由于我国刑法规定，对于过失行为，法律有规定的才负刑事责任，因此过失行为不构成本罪。行为人的动机可能多种多样，通常具有泄愤报复、窃取国家秘密、实现非法经济利益，或满足好奇心等目的，但是动机和目的如何并不影响本罪的构成。

由于法律对本罪的主体身份没有作出限制规定，因此本罪是一般主体，即年满16周岁具有完全刑事责任能力的自然人。实践中实施此类犯罪行为的一般是具有较高计算机水平的人，尤其是受过高等专业教育的人，并以青少年居多。因此有许多学者认为，应当降低本罪主体的年龄，扩大到14岁；同时，本罪的主体也可以是单位，由于法律规定为单位犯罪的，应当负刑事责任，而本罪没有规定单位犯罪，在出现单位或团体犯此罪时，在刑法中找

---

① 冯英菊：《计算机犯罪罪名设置的立法探讨》，载《法学与实践》1997年第4期。

② 刘晓红：《试论破坏计算机信息系统罪》，载《法制与社会》2006年第10期。

③ 王作富、黄京平：《刑法》，中国人民大学出版社2004年版，第462页。

④ 参见刘广三：《计算机犯罪论》，中国人民大学出版社1996年版，第190页。

不到处罚依据，因此，建议在立法上增加单位犯罪。① 笔者赞同此罪增加单位犯罪的观点，但由于本案并不涉及有关主体的问题，对这一问题就不再加以深述。

本罪在客观方面表现为违反国家规定，破坏计算机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，后果严重的行为。根据本条规定，包括下列三种情况：（1）破坏计算机信息系统功能；（2）破坏计算机数据和应用程序；（3）故意制作、传播计算机病毒等破坏性程序，影响计算机系统正常运行。因此，只要行为符合上述三种情况之一，就构成破坏计算机信息系统罪，本案中的被告人实施的即是破坏计算机信息系统罪中的第三种情况。所谓破坏性程序，是指隐藏在计算机信息系统的数据文件中的或执行程序里的，能够在计算机内部运行以干扰、影响其功能进行的一种程序。我国当前的计算机破坏性程序，主要是计算机病毒。在刑法规定制作、传播破坏性计算机程序罪之前，国内刑法理论界一般将这一罪名称之为制作、传播计算机病毒罪。从而可以看出计算机病毒是最严重的破坏性程序。本案中的“熊猫烧香”病毒即是一种计算机病毒，本案也是典型的制作、传播计算机病毒罪并成为我国的首例网络病毒犯罪。因此，我们主要对制作、传播计算机病毒等破坏性程序罪的认定问题进行分析。

（三）认定制作、传播计算机病毒等破坏性程序罪应该注意的问题

1. “后果严重”的认定

制作、传播计算机病毒等破坏性程序罪是结果犯，必须具有特定的犯罪结果才能使本罪成立，因此，是否造成严重后果，是本罪与非罪行为的分水岭。如果行为人只有故意制作、传播计算机病毒等破坏性程序的行为，但没有发生严重后果，或者发生的后果并不严重，则不构成此罪。《刑法》第二百八十六条中的三款条文都明确规定了，不论是哪一种行为，造成的影响必须要达到“后果严重”。如果只有犯罪动机和犯罪行为，而没有犯罪后果的，不应该入罪；如果产生了犯罪后果，但又未达到“严重的”程度的，也不应予以定罪处罚。那么何为“后果严重”，具体应包括哪些情形，《刑法》并未作出明确规定，但刑法理论上通常的理解是，造成了人身伤亡或

① 参见刘绪凯、杨德莲：《略论破坏计算机信息系统罪》，载《安徽警官职业学院学报》2009年第2期。

者造成了公私财产的重大损失，或者造成了公共秩序的混乱等严重后果，这种后果既包括直接损失，也包括间接损失。同时也有学者认为犯罪主体职务的特殊性也会影响后果的严重性，比如从事信息服务业的职员、操作员、程序员、系统管理员或者公务员，他们一般具备较高的计算机知识和操作技术，并具有操作计算机的条件，犯罪后容易逃避侦察和起诉，主观上犯罪的可能性更大，而且造成破坏的可能性也较大，因此，这些特殊人员在造成的后果严重性上应与一般的犯罪人有所区别。[①] 对这种观点笔者持否定的态度，“刑法面前人人平等”，不能因为某些特殊主体的犯罪可能性大，就对其造成的严重后果制定较低的标准，这样不仅有违我国刑法的基本原则，而且可能会遏制人们从事高科技工作的积极性，不利于我国的科学事业和经济的发展。

根据《刑法》第二百八十六条的规定，后果严重是构成制作、传播计算机病毒等破坏性程序罪的必备要件，同时刑法还对后果“特别严重”规定了更重的刑罚。由于后果是属于“严重”还是“特别严重”会导致不同的量刑结果，因此，对后果“特别严重”也应当有一定的界定标准。对于后果“特别严重”的具体情形，刑法也没有明确的具体规定，司法机关也没有明确的司法解释，从而在实践中对其进行认定具有一定的困难。但一般认为后果“特别严重”包括以下几种情形：造成数量众多的计算机长时间无法正常工作，造成严重损失的；造成社会秩序严重混乱，导致公私财产重大损失的；造成自然灾害或引发国际冲突等。对于造成的后果是“严重”还是“特别严重”，可以考虑以下几方面：一是系统受到损坏的程度。如果造成了系统瘫痪，从而导致系统不能正常运行或者系统瘫痪时间较长，较长时间无法恢复工作，应当属于后果“特别严重”；二是经济损失情况。既包括系统本身受到的经济损失，也包括由于系统不能正常运行而造成的经济损失，根据共同产生的损失数额来确定后果“严重”还是后果“特别严重”；三是工作受到影响的程度。由于计算机系统受到破坏而导致计算机某项功受损，致使正常工作受到影响，可以把工作受到影响造成的损失作为界定后果“严重”还是“特别严重”的一项标准。

笔者认为，对行为人造成的后果是否严重及具体的量刑，可以从以下两个方面进行判断：一是结果严重的程度。具体来说就是行为人的制作、传播

① 参见蒋平：《新刑法涉及计算机犯罪的条款析义》，载《南京社会科学》1998 年第 7 期。

行为如果仅造成一般后果，例如只导致一些计算机或个别单位的计算机无法正常运行或者瘫痪，这种情况应属于“严重后果”的较低层次，即属于“严重”而不是“特别严重”，可以考虑适用拘役或较低的刑期；如果行为人的制作、传播行为造成的后果比较严重，如造成大量计算机无法正常运行，或者使某些重要单位长时间无法工作或造成重要数据丢失，从而遭受较大经济损失的，应当适用较长的有期徒刑。二是行为人不同行为的性质。一般认为，制作计算机病毒等破坏性程序行为的危害性要远远超过传播计算机病毒等破坏性程序的危害性，因此，对制作计算机病毒等破坏性程序的行为应当适用较长刑期，对传播行为适用拘役或较短刑期。但需要对制作和传播的意图和动机加以区分，如果行为人传播病毒的动机卑鄙，使用的方式恶劣，造成的后果比较严重的，也要适用较长的刑期。

本案中，由于“熊猫烧香”病毒的传播，导致北京、天津、上海、河北、山西、辽宁、湖北、广东等省市众多单位和个人的计算机不能正常运行，因此造成的后果完全符合“特别严重”的标准，但法院却对其造成的后果认定为“严重”而非“特别严重”，因此本案宣判后，有些网民认为判得太轻，认为应该对“熊猫烧香”病毒所造成后果认定为“特别严重”，对被告人判处五年以上有期徒刑。这种想法具有一定的道理，但是，法院审判案件不仅依照法律规定，还要根据所取得的证据。虽然“熊猫烧香”病毒所造成的危害后果实际上确实是特别严重，但公诉机关如果不能提出充分的证据加以证明的话，法院就不能在只有法律规定，而没有证据的情况下认定后果属于“特别严重”。网络的虚拟性和计算机用户分布的广泛性导致实际造成的损失难以估量，本案公诉机关在庭上仅出示了十几份受害用户的证言，并且这些受害用户的证言反映的内容大多是计算机中毒后出现运行速度慢，或者死机等现象。而这些受害用户又大多是网吧经营者，他们反映的内容一般也只是计算机中毒后，网吧被迫停业几天，减少几千元的营业额。因此，从被害人提供的这些证据来看，难以认定“熊猫烧香”病毒所造成的危害后果为“特别严重”，而且，进入刑事法律程序的相关此类案件还不多，对破坏计算机信息系统罪中的后果“严重”和后果“特别严重”的标准，还没有出台相应的司法解释。虽然刑法学界对后果“严重”和“特别严重”的情形有统一的认识，但这种理论学说在实践中并不好把握，只能作为判案的参考，而不能完全以此作为定案的依据，否则有违背罪刑法定原则之嫌，加上公诉机关也只是以后果“严重”对被告人进行指控，因此，综合以上因素，法院只能以后果“严重”来对几名被告人进行处罚，即在5