

上海
检察文库



检察理论研究 ②

检察实务前沿问题研究

Research on Frontier Issues
of Procuratorial Practice

徐燕平 主编



上海交通大学出版社
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS



检察理论研究 ②

SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS

检察实务前沿问题研究

Research on Frontier Issues
of Procuratorial Practice

徐燕平 主编



上海交通大学出版社
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

检察实务前沿问题研究/徐燕平主编. —上海:上海交通大学出版社, 2011

(上海检察文库)

ISBN 978-7-313-07153-8

I. 检... II. 徐... III. 检察机关—工作—研究—中国 IV. D926.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 039379 号

检察实务前沿问题研究

徐燕平 主编

上海交通大学出版社出版发行

(上海市番禺路 951 号 邮政编码 200030)

电话:64071208 出版人:韩建民

常熟市文化印刷有限公司印刷 全国新华书店经销

开本:787mm×1092mm 1/16 印张:29 字数:548 千字

2011 年 7 月第 1 版 2011 年 7 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-313-07153-8/D 定价:62.00 元

版权所有 侵权必究

告读者:如发现本书有质量问题请与印刷厂质量科联系
联系电话:0512-52219025

前言

近年来，上海检察机关的检察理论研究按照科学发展观的要求，围绕检察制度和检察工作面临的重大理论和实践问题，不断总结检察工作经验，探索检察工作规律，研究司法实践问题，为检察体制和工作机制改革提供理论支撑，也为充分发挥法律监督职能、完善有中国特色社会主义检察制度进行积极有益的理论探索。

《检察实务前沿问题研究》是近几年上海检察机关法律监督热点问题的研究成果的汇集，无论从拓宽法律监督的新途径新方法、检察工作的创新和完善，还是法律监督在法治进程中的独特作用等方面，都做出有益的探索。如“网络犯罪相关问题研究”、“职务犯罪侦查一体化机制研究”、“环境保护公益诉讼制度研究”等专题，视角独特，材料翔实，对法学理论研究和司法实务部门有所启迪。

编者

2011年1月

网络犯罪相关问题研究	1
一、网络犯罪的界定、分类与立法现状	4
二、上海市办理网络犯罪的情况调查及存在的困难	11
三、网络犯罪案件的实体问题及解决	22
四、网络犯罪案件的管辖及解决	36
侵犯知识产权犯罪情况调查与法律适用研究	43
一、侵犯知识产权犯罪情况调查	45
二、侵犯知识产权犯罪案件中存在的实体法的适用问题	51
三、侵犯知识产权犯罪案件中存在的程序法的适用问题	61
四、侵犯知识产权犯罪法律适用的基础理论	65
五、侵犯知识产权犯罪实体法适用的理论研究	71
六、侵犯知识产权犯罪程序法的理论研究	84
金融危机背景下的金融犯罪惩治与预防	93
一、金融危机背景下金融犯罪的新态势	95
二、金融危机下金融犯罪的新问题	101
三、惩治与预防金融犯罪的域外经验	123

金融犯罪法律适用疑难问题研究 135

- 一、假币犯罪认定的疑难问题 137
- 二、背信运用受托财产罪认定的疑难问题 141
- 三、违法发放贷款罪的法律适用疑难问题 146
- 四、骗贷类犯罪认定的疑难问题 151
- 五、冒充金融机构类诈骗罪认定的疑难问题 155
- 六、信用证诈骗罪的法律适用疑难问题 159
- 七、金融危机背景下信用卡犯罪认定的疑难问题 173
- 八、保险代理人制售“假保单”行为认定的疑难问题 179

渎职罪法律适用疑难问题研究 187

- 一、渎职罪主体立法解释具体适用疑难问题 191
- 二、渎职罪行为司法认定疑难问题 194
- 三、渎职罪结果司法认定疑难问题 197
- 四、渎职罪共犯司法认定疑难问题 200
- 五、渎职罪法条关系疑难问题 208
- 六、渎职犯罪案件管辖疑难问题 220
- 七、渎职犯罪案件损失追回问题 226

非刑罚处罚的刑事适用研究 229

- 一、非刑罚处罚刑事适用的基础问题 232
- 二、非刑罚处罚刑事适用的原则 242
- 三、非刑罚处罚刑事适用的实体标准 245

四、非刑罚处罚刑事适用方法的具体运作	249
五、非刑罚处罚刑事适用方法的理性创新	261
六、非刑罚处罚刑事适用的配套程序	272
刑事强制措施的改革与完善	279
一、刑事强制措施改革的背景	281
二、拘传的改革与完善	285
三、取保候审的改革与完善	290
四、监视居住的改革	299
五、刑事拘留的改革与完善	303
六、逮捕的改革与完善	314
职务犯罪侦查一体化机制研究	327
一、职务犯罪侦查一体化机制的理论基础	329
二、职务犯罪侦查一体化的特征和原则	332
三、目前职务犯罪侦查一体化中存在的问题	336
四、职务犯罪侦查一体化工作机制的设想	341
五、职务犯罪侦查一体化的保障机制层面	355

职务犯罪预防网络的构建和预防工作机制研究	365
一、职务犯罪预防网络的基本模式与构成要素	368
二、构建职务犯罪预防网络的必要性与可行性	375
三、职务犯罪预防网络中检察机关的定位和功能	384
四、检察机关职务犯罪预防工作机制及其完善	393
环境保护公益诉讼制度研究	409
一、环境公益诉讼基础理论	411
二、我国建立环境公益诉讼制度的必要性和可行性	422
三、我国环境公益诉讼制度的构建	430
四、检察机关参与环境公益诉讼的路径探索	439

网络犯罪相关问题研究

上海市人民检察院

课题组组长：周永年；课题组成员：何萍、王震、龚永荣、王延祥、何艳敏、薛骏、
张少林、许靖、许朝晖、童斌

进入 21 世纪,随着电子计算机技术的飞速发展和互联网的普及应用,人们已进入到信息化社会。计算机及其网络技术在给人们生活带来极大便利的同时,利用网络进行的违法犯罪行为也呈日益上升趋势。一些不法分子通过互联网建立色情、赌博、传销等非法网站牟取暴利,有的通过网络进行诈骗活动、盗窃网络虚拟财产等,还有的通过网络恶意炒作、诽谤他人、侵犯他人肖像权、著作权等。可以说,在虚拟社会中,除了极少数需要行为人直接身体接触的犯罪,如强奸罪、传播性病罪外,其他传统犯罪基本上均可通过计算机网络加以实施。如有的学者所言,甚至包括利用计算机杀人。例如,1994 年,一名不法分子通过计算机网络访问了英国利物浦医院的计算机信息系统,他把医生给病人开的处方改了,给一名 9 岁的男孩开了一张剧毒合剂的处方,幸亏药房医生核对了一下处方,男孩才幸免于死^①。网络犯罪不仅牵涉面广,社会危害性大,网络犯罪案件的数量也呈现快速增长的趋势。加强网络犯罪的刑事法律研究,依法惩治和遏制网络犯罪行为,是当前司法实务界的重要课题。

目前,对于网络犯罪的研究虽然已经较为深入并取得了一定的积极成果,但是学界对许多问题包括虚拟财产能否认定为刑法上的财产,网络犯罪的主体、主观方面、资格刑,网络犯罪的管辖等,乃至对网络犯罪的概念及其与计算机犯罪的关系都存在较大的争论,尚未达成共识。立法的不完善、学界的争论等使得司法实践中在办理网络犯罪案件时往往捉襟见肘,对有些网络犯罪案件存在争管辖或者应管而不管辖的现象,一些网络犯罪案件由于法律规定不完善,犯罪分子没有得到应有的刑事追究。因此,研究网络犯罪的相关问题具有重要的理论和实践意义。

^① 陈兴实、付东阳:《计算机、计算机犯罪、计算机犯罪的对策》,中国检察出版社 1998 年版,第 38 页。

一、网络犯罪的界定、分类与立法现状

(一) 网络犯罪的含义与界定

1. 网络犯罪的含义

严格来说,目前网络犯罪还不是一个刑法学概念,它既不是刑法所规定的个罪名,也不是类罪名。故此“网络犯罪”的含义仍是目前学界争议较大的问题之一。“网络犯罪一词并非法定概念,与‘经济犯罪’、‘青少年犯罪’一样都不是刑法中单独规定的罪名,而是犯罪学意义上对一种新型犯罪的统称。^①”目前国内学者对于网络犯罪的定义,归纳起来大致有以下几种:

一是工具对象说。这种观点认为,网络犯罪是指以计算机为工具或以网络信息为侵犯对象的犯罪。代表观点有:“网络犯罪是指行为人利用网络专门知识,以计算机为工具对存在于网络空间里的信息进行侵犯的严重危害社会的行为。^②”“所谓网络犯罪,主要指运用计算机技术借助于网络实施的具有严重社会危害性的行为。^③”网络犯罪既可以指以网络为侵害对象的犯罪,也可以指以网络作为犯罪工具的犯罪。但一般意义上的网络犯罪是指后一种,即以网络作为犯罪工具的犯罪^④。网络犯罪是行为主体以计算机及计算机网络为犯罪工具或攻击对象,故意实施的危害网络安全、侵害网络资源、危害他人或社会的、触犯有关法律规范的行为^⑤。“网络犯罪是指危害电子信息网络中信息系统及信息内容安全的犯罪行为和利用电子信息技术实施的各种危害社会的犯罪行为,可概括为针对电子信息网络的犯罪和利用电子信息网络的犯罪。^⑥”

二是互联网犯罪说。这种观点认为,网络犯罪就是在互联网上进行的犯罪。主要观点有:“在互联网上运用计算机专业知识实施的犯罪行为,为网络犯罪。^⑦”这种观点将网络犯罪所指的“网络”限定在了互联网的范畴之内。

三是网上计算机犯罪说。这种观点认为,网络犯罪为“违反国家法律规定,利用信息技术在计算机网络上进行的妨害计算机信息交流或严重危害社会,依法

① 吴俊、穆萍萍:《浅析网络犯罪同计算机犯罪之异同》,载《法制与社会》2008年第11期(中),第339页。

② 李双其:《网络犯罪防控对策》,北京群众出版社2001年版,第2页。

③ 刘广三、杨厚瑞:《计算机网络与犯罪》,载中国人民大学复印报刊资料《刑事法学》2000年第4期,第50页。

④ 张凯:《网络犯罪及侦查技术》,载《国外科技动态》2001年第10期,第2页。

⑤ 靳娟娟:《网络环境中的网络犯罪和法律问题研究》,载《情报资料工作》2000年第6期,第5页。

⑥ 卜安淳:《论网络犯罪及其防控》,载《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2001年第1期,第106页。

⑦ 刘守芬、孙晓芳:《论网络犯罪》,载《北京大学学报(哲学社会科学版)》2001年第3期,第117页。

应负刑事责任的行为。^①该观点同时指出,这里的网络包括互联网和局域网,犯罪必须在网络上进行或利用网络进行,这是网络犯罪的重要特征^②。

我们认为,上述三种观点均有一定的道理,但也存在一定的缺陷,有的概念范围过窄,有的尚不够精确和完整,具体分析如下:

其一,工具对象说的缺陷。首先,“工具对象说”将网络及计算机作为犯罪工具以或然性的条件提出,在概念上不免过于狭窄。因为,以“网络为工具说”不能揭示网络犯罪的本质特征,从专业性角度看似乎还不够严谨;而以“计算机为犯罪工具说”,其内涵过小,没有将犯罪分子通过无线通讯技术或者非计算机终端实施的犯罪纳入,这与当前我们所面临及亟须研究和解决的“网络犯罪”问题不相适应。其次,“以网络信息为侵害对象”来限定网络犯罪内涵过窄。网络的作用不仅在于传播信息,我们更应将其作为一个系统的处理功能来考量。

其二,互联网犯罪说的缺陷。互联网犯罪说的最大缺陷在于没有注意到当前网络犯罪所侵害以及所利用的已不仅仅是针对互联网。众所周知,在互联网之外,还存在各种区域型的网络(如司法、政府各部门的公务内网等),这些网络与互联网在物理上予以了隔断,但在这类网络上所实施的犯罪行为,造成的后果与在互联网上实施没有本质上的区别,从某种层面上讲,后果可能更严重,危害性可能更大。另外,如果犯罪分子仅仅通过互联网传递信息,相互联络,若将此类行为也纳入网络犯罪的范围,其外延不免过大。

相比较而言,我们倾向于将“网上计算机犯罪说”和“工具对象说”相结合,并将利用计算机网络、无线通讯网络实施其他犯罪的行为一并纳入网络犯罪的范围。其理由是:

第一,网络犯罪需要在特定的空间内实施。网络犯罪既不是指某一种具体犯罪,也不是刑事立法上某类犯罪,而是从刑法理论上对基于网络而实施各种传统的和新型的犯罪归类。网络犯罪的一个共同特点是它必须在特定的空间内实施。传统犯罪空间一般认为除了陆地以外,空中、水上、水下都可能成为犯罪人实施犯罪的场所。网络被称为虚拟空间,这种虚拟空间的虚拟性是指网络的存在状态是无形的,它以知识、消息、信息、声音、图像、文字等作为自己的形式。这种空间是无国界的,与现实中的地域概念不同,每个用户就是虚拟世界中的一员^③。

① 王云斌:《网络犯罪》,北京经济管理出版社2002年版,第27页。

② 杨恩国:《论网络犯罪的概念和特点》,载《福建公安高等专科学校学报》2004年第1期,第18页。

③ 杨正鸣:《网络犯罪及其特征》,载《山东公安专科学校学报》2002年第1期,第27页。

第二,网络犯罪必须与现实世界相联系。任何一种网络犯罪都是在借助网络这一虚幻的介质平台,从事与现实世界无法割裂的犯罪行为。根据我国刑法的规定,将侵入或者破坏计算机信息系统的犯罪纳入网络犯罪范围是正确的,而要求犯罪的行为和结果均在网络空间完成是没有必要的,因为有的犯罪既可以在网络空间实施完成,也可以将网络作为工具或方法实施,犯罪的行为与结果并非同时在网络空间完成。例如诈骗犯罪,犯罪分子可以利用网络作为工具或者方法实施诱骗行为,可以直接在网络空间实施诱骗并通过网上银行获取赃款,也可以让受害者将钱款打进指定的网外的银行账户。

第三,我国网络犯罪的概念应当与国际通行网络犯罪的概念保持一致。根据欧盟《关于网络犯罪的公约》的规定,网络犯罪是指“危害计算机系统、网络 and 计算机数据的机密性、完整性和可用性,以及对这些系统、网络 and 数据的滥用的行为^①。”该定义不仅涵盖了单独的计算机和网络,而且将网络犯罪行为界定为两类,其一是危害“计算机系统、网络 and 计算机数据的机密性、完整性和可用性”的行为;其二是滥用“计算机系统、网络 and 计算机数据”的行为。“滥用”可以包括一切非法使用计算机、网络 and 数据的行为,或者说是将计算机、网络 and 数据用于非法目的的行为。

综上,我们认为网络犯罪应从广义上理解,它是指行为人利用网络信息技术,使计算机网络、无线通讯网络等网络系统受到侵入、干扰、损害或破坏,或者利用计算机网络、无线通讯网络等网络系统,实施其他犯罪,严重危害社会的行为。

当然,并非与网络有关的犯罪都是网络犯罪,比如,因为经常上网看黑帮暴力影片而实施杀人犯罪,观看网络色情电影而实施强奸等。因为行为人没有将网络作为犯罪的工具或者方法的,所以不能视作为网络犯罪。另外,有些虽然将与网络相关的电脑硬件作为犯罪对象(如走私电脑芯片)但没有将网络作为犯罪对象,也没有利用网络实施犯罪,也不能称之为网络犯罪。

2. 网络犯罪与计算机犯罪的界定

关于网络犯罪与计算机犯罪的关系也是目前争论较大的问题之一。对此主要存在三种不同的观点:

第一种观点,同一说。认为网络犯罪就是计算机犯罪,正如此,有学者称网络犯罪为计算机网络犯罪。

^① 皮勇:《网络犯罪比较研究》,中国人民公安大学出版社2005年版,第323页。

第二种观点,阶段说。认为网络犯罪为计算机犯罪的高级形态。这种观点认为,网络犯罪概念,是从计算机犯罪概念逐步发展形成的,20世纪50年代至80年代末,网络从雏形发展到国际互联网逐步成熟,但网络的应用尚不普及,学者的研究基本上称之为计算机犯罪。20世纪90年代,随着网络应用的普及和领域不断扩大,学者开始使用网络犯罪概念,来研究发生在网络空间的犯罪行为。据此有学者认为,将来应当摒弃“计算机犯罪”而用“网络犯罪”代替,甚至主张在刑法中专设“网络犯罪”一章。

第三种观点,包容说。这种观点认为,网络犯罪包括在计算机犯罪内,计算机犯罪有单机犯罪和网络犯罪两种,网络犯罪专指计算机网络犯罪。

我们基本赞同阶段说。网络是计算机发展到一定阶段的产物,相应地网络犯罪则是计算机犯罪发展到一定阶段的产物,是计算机犯罪的高级阶段。计算机犯罪的概念有广义和狭义两种,广义的计算机犯罪包括网络犯罪,因为网络犯罪都需要通过计算机系统或其相关设备来进行。狭义的计算机犯罪专指计算机单机犯罪,网络犯罪较偏重于网络科技的使用。“网络犯罪”所指的“网络”是将国际互联网、国内互联网、城域网、局域网,以及有关无线通讯网等都包括在内。在此意义上,计算机犯罪与网络犯罪是两个并列的犯罪概念。总之,网络犯罪是伴随着信息技术的发展、计算机和网络的普及而出现的一种犯罪,是计算机犯罪发展到高级阶段的产物。它不同于一般的计算机犯罪,而是以网络为对象或犯罪工具的计算机犯罪,那些利用单台计算机而不利用网络实施的犯罪就不属于网络犯罪。

(二) 网络犯罪的分类

网络犯罪的种类非常多,仅在2000年12月28日第九届全国人民代表大会常务委员会通过的《关于维护互联网安全的决定》中,就规定了利用计算机、互联网实施的16种可以构成犯罪的行为。这16种具体行为包括“①侵入国家事务、国防建设、尖端科学技术领域的计算机信息系统;②故意制作、传播计算机病毒等破坏性程序,攻击计算机系统及通信网络,致使计算机系统及通信网络遭受损害;③违反国家规定,擅自中断计算机网络或者通信服务,造成计算机网络或者通信系统不能正常运行;④利用互联网造谣、诽谤或者发表、传播其他有害信息,煽动颠覆国家政权、推翻社会主义制度,或者煽动分裂国家、破坏国家统一;⑤通过互联网窃取、泄露国家秘密、情报或者军事秘密;⑥利用

互联网煽动民族仇恨、民族歧视,破坏民族团结;⑦利用互联网组织邪教组织、联络邪教组织成员,破坏国家法律、行政法规实施;⑧利用互联网销售伪劣产品或者对商品、服务作虚假宣传;⑨利用互联网损害他人商业信誉和商品声誉;⑩利用互联网侵犯他人知识产权;⑪利用互联网编造并传播影响证券、期货交易或者其他扰乱金融秩序的虚假信息;⑫在互联网上建立淫秽网站、网页,提供淫秽站点链接服务,或者传播淫秽书刊、影片、音像、图片;⑬利用互联网侮辱他人或者捏造事实诽谤他人;⑭非法截获、篡改、删除他人电子邮件或者其他数据资料,侵犯公民通信自由和通信秘密;⑮利用互联网进行盗窃、诈骗、敲诈勒索;⑯利用互联网实施其他构成犯罪的行为”。

《关于维护互联网安全的决定》中虽然表述了那么多的行为,但实际上还不能涵盖所有网络犯罪。由于网络犯罪不是刑法学意义上的犯罪分类,所以刑法对网络犯罪的概念和范围也没法作出明文规定。因此,对于网络犯罪的类型划分,人们的认识也不尽相同。有的将网络犯罪分为针对网络的犯罪和网络扶持的犯罪两大类,或者分为网络上的犯罪和网络关联犯罪两大类(简称“两分法”);有的则把它分为以网络为工具的犯罪、以网络为攻击目标的犯罪和以网络为获利来源的犯罪(简称“三分法”);有的把网络犯罪分为信息窃取和盗用、信息欺诈和勒索、信息攻击和破坏、信息污染和滥用四大类型(简称“四分法”)。还有学者主张将网络犯罪分为七大类(简称“七分法”)。将网络犯罪归纳为危害网络安全的犯罪、危害国家安全或社会稳定的犯罪、危害社会经济秩序或管理秩序的犯罪、侵犯财产权的犯罪、侵犯人身权的犯罪、侵犯知识产权的犯罪及侵犯自然人、法人或其他组织其他合法权利的犯罪等七类^①。

上述网络犯罪的“三分法”、“四分法”和“七分法”,是根据不同的标准来对网络犯罪所作的类型划分。我们认为,从大的方面,网络犯罪可分为两大类:一是网络对象犯。即是针对网络本身、以网络为犯罪对象实施,侵犯计算机信息系统安全的网络犯罪,主要包括刑法第285条、286条以及刑法修正案(七)中有关网络犯罪的新增规定、《关于维护互联网安全的决定》上述规定中的第1-3项。二是网络工具犯。即是利用计算机网络、以网络为犯罪工具实施的其他犯罪。包括刑法第287条以及《关于维护互联网安全的决定》上述规定中的第4-16项。

^① 李小五:《网络犯罪的概念与分类》,载《焦作工学院党报(社会科学版)》2004年第2期,第148页。

（三）网络犯罪的立法现状

在界定网络犯罪概念及分类的基础上，有必要对中外网络犯罪的立法进行一定的归纳和介绍，以期对网络犯罪有一个全面的了解。

1. 国内立法

目前，我国关于网络犯罪的立法主要包括：《刑法》、《刑法修正案（七）》、全国人大常委会《关于维护互联网安全的决定》、《关于审理扰乱电信市场管理秩序案件具体应用法律若干问题的解释》以及《计算机信息系统安全保护条例》、《计算机软件保护条例》等法律、法规和司法解释。《计算机信息网络国际联网管理暂行规定》、《计算机信息网络国际联网出入口信道管理办法》、《计算机信息网络国际联网安全保护管理办法》、《互联网信息服务管理办法》、《电信管理条例》等规范性文件中对其他一些网络犯罪也有所涉及。罪名主要包括：

（1）非法侵入计算机信息系统罪。刑法第 285 条规定，违反国家规定，侵入国家事务、国防建设、尖端科学技术领域的计算机信息系统的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役。

（2）破坏计算机信息系统功能罪。刑法第 286 条第 1 款规定，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，处五年以下有期徒刑或者拘役；后果特别严重的，处 5 年以上有期徒刑。

（3）破坏计算机信息系统数据、应用程序罪。刑法第 286 条第 2 款规定，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，依照前款的规定处罚。

（4）故意制作、传播计算机病毒等破坏性程序罪。刑法第 286 条第 3 款规定，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，依照第 1 款的规定处罚。

（5）非法获取计算机信息系统数据、非法控制计算机信息系统罪。刑法修正案（七）规定，在刑法第 285 条中增加第 2 款规定：“违反国家规定，侵入前款规定以外的计算机信息系统或者采用其他技术手段，获取该计算机信息系统中存储、处理或者传输的数据，或者对该计算机信息系统实施非法控制，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。”