

 中国社会科学院创新工程学术出版资助项目

中国社会科学院刑事法论坛

APPEARANCE
CRIMINAL LAW

网络时代的 刑法面孔

APPEARANCE OF
CRIMINAL LAW
IN THE INTERNET AGE

INTERNET AGE

刘仁文 主编



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

 中国社会科学院创新工程学术出版资助项目

中国社会科学院刑事法论坛

网络时代的 刑法面孔

APPEARANCE OF
CRIMINAL LAW
IN THE INTERNET AGE

刘仁文 主编



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

图书在版编目(CIP)数据

网络时代的刑法面孔 / 刘仁文主编. -- 北京: 社会科学文献出版社, 2017. 10

ISBN 978 - 7 - 5201 - 1469 - 1

I. ①网… II. ①刘… III. ①计算机犯罪 - 刑法 - 研究 - 中国 IV. ①D924.399.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 236921 号

网络时代的刑法面孔

主 编 / 刘仁文

出 版 人 / 谢寿光

项目统筹 / 刘骁军

责任编辑 / 关晶焱 王蓓遥 张 娇

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

发 行 / 市场营销中心(010)59367081 59367018

印 装 / 三河市尚艺印装有限公司

规 格 / 开 本: 787mm × 1092mm 1/16

印 张: 39.25 字 数: 651 千字

版 次 / 2017 年 10 月第 1 版 2017 年 10 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978 - 7 - 5201 - 1469 - 1

定 价 / 168.00 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

前言

2016年6月18~19日，中国社会科学院创新工程暨刑法学重点学科年度论坛在法学研究所成功举行。此次论坛的主题是“网络犯罪的刑事立法与刑事司法前沿问题”，来自全国的高校、科研机构、立法和司法等实务机关的近百名专家参会。时隔一年，会议的主题发言、评议和自由讨论的热烈场景仍历历在目。据当时会务组不完全统计，有近20家媒体（包括新媒体）报道了此次会议，《人民检察》《人民法院报》等还发表了数千字的会议综述。我在撰写此前言的时候，又登录中国法学网看了一下，发现当时报道的点击率已近四万人次，这在学术网站应当算是相当高了。

按照惯例，会议结束后，我们从所提交的论文中精选部分优秀论文，按照学术专著的编辑体例，编成《网络时代的刑法面孔》一书，并成功申报“中国社会科学院创新工程出版资助”项目，作为“中国社会科学院刑事法论坛”的丛书之一，该书继续在社会科学文献出版社出版发行。

本书的书名来源于会议闭幕式上我的一个即席发言，当时我是这么说的：刚才好几位发言人提到今天是父亲节，这让我想到刑法的面孔。我心目中的理想刑法形象，应当既是一位慈祥的父亲，也是一位严厉的母亲。刑法学者必须为应对风险社会的来临，在治理网络犯罪中为立法者和司法者提供应有的智识支持，同时也必须高举人权保障的旗帜，存一份悲天悯人和哀矜勿喜的人文情怀。

“刑法的面孔”一说，可能潜意识中受到日本学者西原春夫的影响。他在《刑法的根基与哲学》一书中谈到“刑法的脸”时指出：刑法当然具有严厉性，但如果我们光把它看作那么可怕的脸，就不会去考虑有些犯人做出犯罪举动是有其令人怜悯的环境背景的，更不会拥有期望犯人悔改、赎罪、自新的心。因此，在刑法的脸中，既包含受害人父母、兄弟的悲伤和愤怒，也包含对犯人将来的祈望。这样，即使不得不对他的违法行为动用刑罚，其中也必定含有审判官的泪水。我认为，西原先生眼中的刑法的面孔也应当是严厉中饱含慈祥的父亲的面孔。

人们常说慈母严父，我这里却用慈父严母，想要表达的意思其实与储槐植先生所主张的刑法应当“严而不厉”有点类似。对于网络犯罪而言，“严而不厉”具有更重要的意义：一方面，要加大刑法对网络越轨行为的规制，发挥好刑法的控制和指引功能；另一方面，考虑到当前网络犯罪的加害人和被害人均多为年轻人，甚至有的加害人对自己的行为性质有时确实可能缺乏足够清晰的认识，并且网络犯罪与传统犯罪最大的不同就是其多发性、蔓延快、涉及面广，我们既要防止出现更多的徐玉玉，又不能让更多的年轻人被一判了之。也就是说，网络刑法要有慈母的严厉一面（法网严密），也要有严父的慈祥一面（刑罚不致过于严苛甚至必要时采取刑罚的替代措施）。

说到储先生，我这里还要特别提一件事。2016年这个会后不久，有一天我意外而惊喜地收到一封他给我写的信。老先生工工整整地亲笔书写了满满三页信纸，他在对会议作出高度评价的同时，还意犹未尽地跟我谈了他的几个想法，其中之一就是我国刑法现代化的两大问题：一是刑法结构要从“厉而不严”转向“严而不厉”（这方面他认为《刑法修正案（八）》和《刑法修正案（九）》已经发出了明确信息）；二是刑法立法体制要从刑法典包揽一切的一元化转向刑法典和行政刑法的二元化（目前尚未有明确证据）。针对后者，他建议我通过中国社会科学院的渠道，提出在《网络安全法（草案）》中直接规定明确的罪刑规范，哪怕只有一两个罪刑条款，也是刑法立法的历史性突破。其中之二，他认为网络是陆、海、空、天之外的第五空间，前四者属于物理空间，后者属于虚拟空间，传统刑法依托的是物理空间，网络刑法依托的是虚拟空间，二者有不少相异之处。例如，1997年新《刑法》第358条规定了协助组织卖淫罪，协助组织卖淫本来是组织卖淫犯罪的共犯行为，为了从严打击（量刑适用）才将其规定为独立罪名，这里的“共犯行为正犯化”（或谓“帮助行为正犯化”）并非为定罪解困；反观《刑法修正案（九）》的帮助信息网络犯罪活动罪，其立法原意则是为解决帮助行为在正犯无法查清事实下的定罪问题，是立法为消解查处“帮助网络犯罪”的司法难题而作出的（创新）处理，这正表明网络犯罪法律面对的尴尬复杂困境。

网络社会，人人都在“网”中。现实已经表明，随着网络全方位地介入社会，网络违法犯罪也呈现出“道高一尺，魔高一丈”的势头。相应地，刑事立法和刑事司法必须对此作出回应。《刑法修正案（九）》新增了

拒不履行信息网络安全管理义务罪、非法利用信息网络罪、帮助信息网络犯罪活动罪等罪名，其中拒不履行信息网络安全管理义务罪在立法讨论过程中涉及政府监管部门与网络服务提供者在网络监管中的责任分担与博弈，非法利用信息网络罪涉及直接把预备行为规定为一种独立的既遂犯罪是否必要和可行的争论，帮助信息网络犯罪活动罪则涉及所谓的“共犯行为正犯化”。这些立法通过后，不仅引起刑法理论界的热议，也成为司法实务界的关注重点，成为中国刑法知识新的增长点。

要感谢的人太多了。法学研究所的李林所长、陈甦书记和国际法研究所的陈泽宪所长对本项研究给予了多方关心，社会科学文献出版社的刘骁军编审和焦旭鹏副研究员、杨学文博士后、刘昭陵博士生、陈宁博士生、李磊博士生对本书的出版贡献良多，谨此诚挚致谢。我还要特别感谢最高人民法院将2016年司法研究的重大课题“网络信息保护及网络犯罪问题研究”委托给我，感谢阿里巴巴集团安全部总监连斌先生及其团队对我们课题组所提供的大力支持。你们的信任、帮助和鼓励将促使我和我的团队继续跟踪网络犯罪的前沿问题，进一步强化接地气的研究，为促进网络时代的中国刑法以更加慈父严母般的面孔呈现于世人面前作出我们应有的贡献。

是为前言。

刘仁文

丁酉年夏于北京

目 录

第一章 网络犯罪及其对传统刑法的挑战

第一节	网络犯罪的最新态势	3
第二节	网络犯罪的研究现状	20
第三节	网络犯罪的刑法应对新理念	37
第四节	网络刑法知识转型与立法回应	55
第五节	大数据时代刑法面临的挑战与应对	80

第二章 网络犯罪最新立法评析

第一节	网络犯罪刑事立法的新进展	97
第二节	帮助信息网络犯罪活动罪的阐释	116
第三节	拒不履行信息网络安全管理义务罪的规范分析	141
第四节	侵犯公民个人信息罪的规范阐释	157

第三章 网络犯罪刑事立法前沿理论

第一节	网络中立帮助行为可罚性的流变及批判	171
第二节	帮助行为正犯化的网络语境	190
第三节	网络犯罪参与行为刑事责任模式的教义学塑造	209
第四节	窃取网络虚拟财产行为的定性	230

第五节	虚拟财产的价值证明	250
第六节	网络犯罪的计量模式	266
第七节	网络数据法益的刑法思考	279

第四章 网络恐怖犯罪

第一节	网络恐怖主义犯罪及其法律规制	293
第二节	《网络安全法》与《反恐怖主义法》涉网条款的 衔接	315
第三节	恐怖主义网络招募的刑事立法比较	331
第四节	网络暴恐信息的入罪与筛查标准	346

第五章 互联网金融犯罪

第一节	互联网金融平台的刑事风险及责任边界	363
第二节	互联网金融语境中的非法集资风险及其刑法规制	382
第三节	互联网金融创新中刑法介入的合理边界	409
第四节	P2P 融资担保行为的刑法分析	427

第六章 其他新型网络犯罪

第一节	冒用电商平台个人信用支付产品的行为定性	443
第二节	漏洞交易行为的刑法思考	466
第三节	网络内容管理义务与网络服务提供者的刑事责任	480
第四节	P2P 技术下的著作权犯罪问题	494
第五节	网络寻衅滋事罪司法解释妥当性反思	514

第七章 网络犯罪及相关问题的国际视野

第一节	欧盟网络犯罪刑事立法的新动向	535
第二节	网络服务提供者的刑法责任比较	550

第三节	美国 and 德国关于网络服务提供者制止儿童色情材料之义务设定	571
第四节	美国司法与行政领域中的电子数据获取程序	595

附 录

“网络犯罪的刑事立法与刑事司法前沿问题”学术研讨会综述	609
-----------------------------------	-----

第一章

网络犯罪及其对传统 刑法的挑战

第一节

网络犯罪的最新态势

摘 要：随着互联网技术的发展和普及，衍生的网络犯罪近年来有愈演愈烈之势，已经严重影响到社会秩序的稳定以及公民财产安全、公共安全乃至国家安全。本节从网络犯罪的定义出发，归纳总结了网络犯罪的罪名体系，以确定的罪名梳理了全国检察机关的相关办案数据，进而对网络犯罪的现状展开实证分析。通过分析发现网络犯罪具有全面爆发式增长、显著集中于求财类犯罪、显露出地域聚集性和犯罪主体集中于特定人群等态势。为应对网络犯罪的最新态势，我们提出了打造常态的全面治理机制、完善现行的法律规范框架、制定专门的检察工作策略、提升跨国的合作能力建设等对策建议。

关键词：网络犯罪 检察机关 办案数据 防治对策

引 言

互联网在近三十年来的兴起，引发了社会生活模式的巨大改变，给人类带来前所未有的便捷的同时，也为网络犯罪的滋生打开了“潘多拉魔盒”。随着计算机设备和网络技术的不断更新、升级，网络犯罪也随之日益高发、千变万化，“网络扭曲使用的影响力对于传统社会治理方式的冲击极为迅猛，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”。^① 网络犯罪已经开始成为严重威胁国家安全、市场经济安全、社会公共安全、公民身份财产安全的全民公敌。“魔高一尺，道高一丈”，为

^① 于志刚、郭旨龙：《网络刑法的逻辑与经验》，中国法制出版社，2015，第1页。

了更加强有力地打击网络犯罪,保护各种法益,我们对检察机关办理网络犯罪的多项数据进行了梳理,从多个角度分析判断网络犯罪的最新态势,并以此为依据,有针对性地提出若干网络犯罪防治的对策建议,以求对遏制网络犯罪蔓延的势头有所裨益。

一 网络犯罪的界定

网络犯罪并不是传统的犯罪学概念。有学者认为,网络本身经历了由“犯罪对象”到“犯罪工具”再到“犯罪空间”的三个发展阶段^①,由此也带来了网络犯罪定义的三次发展,折射出网络犯罪内涵丰富和发展的过程。关于网络犯罪,尽管尚无统一、清晰、明确的定义,但其内涵为“对象论”—“工具论”—“空间论”已经基本成为学界通说。正如有学者所指出的:“未来网络的发展方向是云端成为最重要的网络平台,计算机软件、数据和应用程序都存储于云端,从那里出发,服务于无数计算机系统。此种现状,让本来似乎已经稍稍隐退的作为‘犯罪对象’和‘犯罪工具’的网络犯罪,再次在发展变化和未来走向上呈现突变的倾向,从而再次让三类网络犯罪(网络作为‘犯罪对象’、‘犯罪工具’和‘犯罪空间’的犯罪)呈现三者并存、齐头并进的生态结构。”^②据此,我们采纳“网络犯罪是指行为人操作网络终端设备,利用网络技术,以网络终端设备为工具或攻击对象,以网络空间为主要的犯罪活动场所,直接危害网络安全和正常秩序以及其他严重危害社会的犯罪行为”^③这一定义。

二 网络犯罪的罪名体系

根据上述网络犯罪定义和内涵的分析,能够看出网络犯罪内涵不断丰富和发展的过程,而这一过程也带来了网络犯罪罪名在刑事实体法上的不断扩容。为了确保统计数据精准,反映网络犯罪的现实状况,我们对网络犯罪的罪名体系作了细致梳理,以确定的罪名作为数据的检索依据。

① 于志刚:《网络犯罪的发展轨迹与刑法分则的转型路径》,《法商研究》2014年第4期。

② 于志刚:《网络思维的演变与网络犯罪的制裁思路》,《中外法学》2014年第4期。

③ 张建明:《试论我国网络犯罪的防控》,载《社会管理创新与犯罪防控——中国犯罪学会2012年年会论文集》,中国检察出版社,2012,第487页。

(一) 相关刑事实体法规定

依据网络空间论的观点,我国现行刑法中的网络犯罪主要包括三类。

1. 计算机犯罪

在我国现行刑法中,计算机犯罪被规定在第六章“妨害社会管理秩序罪”第一节“扰乱公共秩序罪”中。包括《刑法》第285条规定的:(1)非法侵入计算机信息系统罪;(2)非法获取计算机信息系统数据罪;(3)非法控制计算机信息系统罪;(4)提供侵入、非法控制计算机信息系统的程序、工具罪。《刑法》第286条规定的:(1)破坏计算机信息系统罪;(2)不履行信息网络安全管理义务罪。共计6个罪名。

2. 利用互联网实施的传统犯罪

经过对刑法及相关司法解释的梳理,我国《刑法》第287条和第287条之一、之二规定了利用互联网实施传统犯罪的有关情形。涉及的罪名包括金融诈骗罪、盗窃罪、贪污罪、挪用公款罪、窃取国家秘密罪等,还包括在互联网上发布有关犯罪的非法信息以及为相关犯罪提供技术支持、广告推广和支付结算服务的行为。此外,共计有13个司法解释内容中涉及利用互联网实施犯罪的定罪处罚,共计51个罪名。

3. 网络空间犯罪

根据网络空间犯罪的内涵,梳理现行刑法以及相关司法解释,目前我国刑事实体法体系中的网络空间犯罪罪名包括侮辱罪、诽谤罪和寻衅滋事罪,共计3个罪名。

(二) 司法实践中其他网络犯罪

除上述有法条明确规定的网络犯罪之外,《刑法》第287条规定:“利用计算机实施金融诈骗、盗窃、贪污、挪用公款、窃取国家秘密或者其他犯罪的,依照本法有关规定定罪处罚。”2000年12月28日全国人大常委会《关于维护互联网安全的决定》第5条兜底条款规定:“利用互联网实施本决定第一条、第二条、第三条、第四条所列行为以外的其他行为,构成犯罪的,依照刑法有关规定追究刑事责任。”据此,网络犯罪的罪名体系被大大扩充,根据人民检察院案件信息公开网发布的检察机关2014~2015年度受理、起诉的案件信息,通过对上述案件的案情关键词检索,我们发现有其他若干罪名,行为人也将网络作为犯罪工具,利用网络主要进行组织、销售以及发布相关信息等行为,属于相关犯罪的构成要件要素,具有“利用网络特性得以既遂”的特征,应当纳入网络犯罪的范畴。这些罪名

分布在刑法分则各章，经统计共有 64 个^①。

具体罪名分布如图 1-1-1 所示。

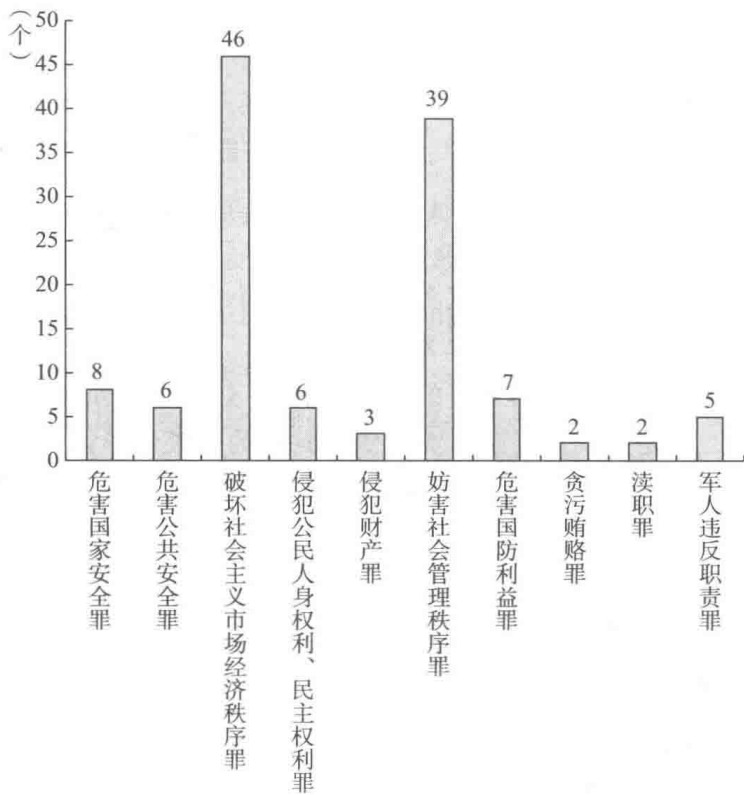


图 1-1-1 网络犯罪罪名分布

由图 1-1-1 可见，网络犯罪罪名主要集中分布于刑法分则第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”（46 个罪名）和第六章“妨害社会管理秩序罪”（39 个罪名），分别占网络犯罪罪名总数的约 37% 和 31%。

随着社会的发展，我国刑法的罪名体系也在不断更新完善。网络犯罪作为一类新型犯罪，正处于高速增长时期，随着网络技术的发展和犯罪行为网络化程度越来越高，更多的犯罪可以利用网络来实施完成，具备“利用网络特性得以既遂”的特征，网络犯罪罪名数量也会日益增多。因此，网络犯罪的罪名体系将会是一个开放的体系，可能会不停地吸纳新的罪名。

^① 《刑法修正案（九）》增订的“第 287 条之一”规定了利用信息网络设立网站、通讯群组并发布违法信息的行为，但尚没有司法解释确定新的罪名表述，因此本节网络犯罪外延的罪名体系中暂时不包含该行为的罪名，待新罪名确定后再加以补充。——作者注

三 网络犯罪最新态势的实证分析

为了反映网络犯罪的总体趋势，对最严重的犯罪实施最严厉并且精准的打击，我们通过对相关罪名案情关键词（如“网络”“互联网”“电子商务”“微信”“QQ”“陌陌”“计算机”等）的检索，对“人民检察院案件信息公开网”公开发布的2014~2015年度检察机关办理网络犯罪数据进行了梳理和总结，以求能够发现规律，有的放矢地制定相应的打击策略。

（一）网络犯罪案件数量的总体判断

2014年全国检察机关提起公诉各类刑事案件犯罪嫌疑人共计1391225人^①，其中起诉网络犯罪嫌疑人的数量大约占全部起诉人数的1.24%；2015年全国检察机关提起公诉各类刑事案件犯罪嫌疑人1390933人^②，其中实施网络犯罪行为的嫌疑人24513人，起诉网络犯罪嫌疑人数量占全部起诉人数的1.76%。

在起诉各类刑事犯罪嫌疑人数量大体一致的前提下，网络犯罪起诉人数同比增长41.9%，起诉案件数量同比增长39.9%（见图1-1-2）。仅仅一年时间，网络犯罪的数量无论是起诉件数还是起诉人数的增长均在四成左右，这一增长速度有必要引起公安司法机关的重视和警觉。

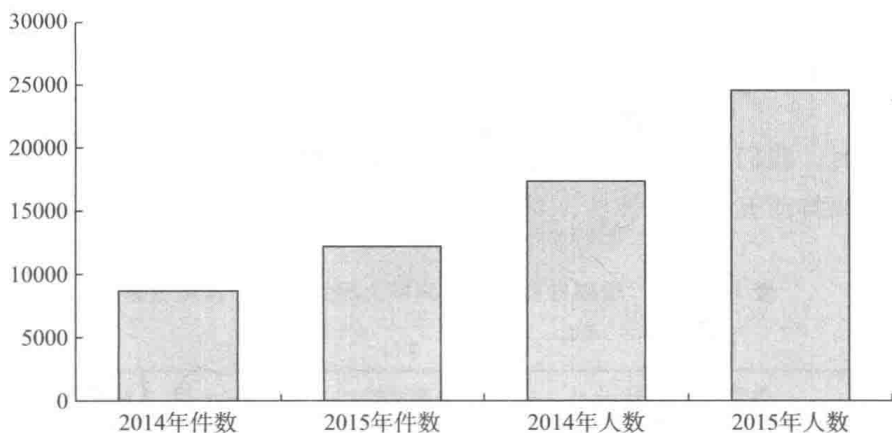


图1-1-2 2014~2015年度起诉网络犯罪件数、人数

① 2015年3月12日第十二届全国人民代表大会第三次会议，最高人民检察院工作报告。参见最高人民检察院网站，http://www.spp.gov.cn/gzbg/201503/t20150324_93812.shtml。

② 2016年3月13日第十二届全国人民代表大会第四次会议，最高人民检察院工作报告。参见最高人民检察院网站，http://www.spp.gov.cn/gzbg/201603/t20160321_114723.shtml。

(二) 网络犯罪案件的参量剖析

1. 以网络犯罪的罪名分布为参量

按照刑法分则十大类罪，我们按照起诉人数分别对各类罪中的网络犯罪进行了分析，发现 2015 年度涉案人数众多的网络犯罪主要集中于侵犯财产罪（34%）、妨害社会管理秩序罪（38%）、破坏社会主义市场经济秩序罪（19%），各罪名所占比例如图 1-1-3 所示。

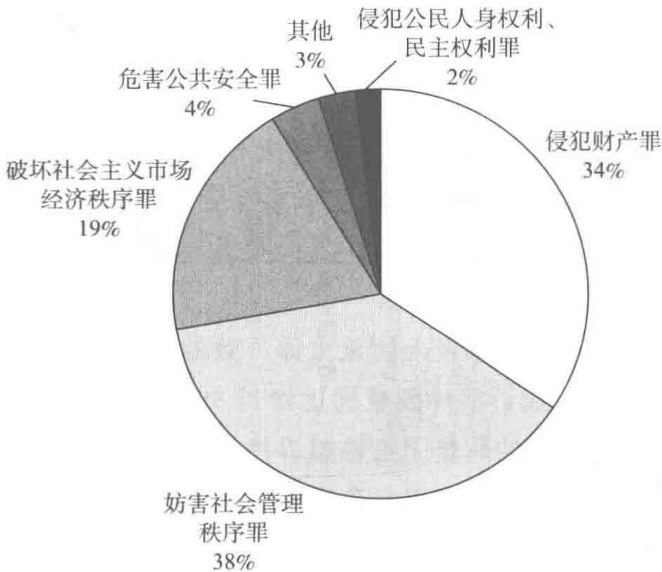


图 1-1-3 2015 年度网络犯罪各类罪起诉人数分布

同时，我们对各类罪的增长数量按照起诉件数和起诉人数做了相应统计，增幅排前五名的类罪为网络犯罪的具体增幅如表 1-1-1 所示。

表 1-1-1 增幅排前五名的类罪为网络犯罪的具体增幅

单位：%		
类罪	件数增幅	人数增幅
贪污贿赂罪	402.94	455.56
妨害社会管理秩序罪	64.90	55.05
破坏社会主义市场经济秩序罪	36.21	44.03
侵犯财产罪	27.01	30.80
危害公共安全罪	23.28	17.27