

互联网法学丛书
Internet Law Series

互联网违法犯罪的 法律规制

首届互联网法律大会论文集

主 编 朱新力 余伟民
副主编 高艳东 连 斌

Legal Regulation of
Internet Crimes

Proceedings of the First Internet
Law Conference



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS
浙江大学出版社

中国政法大学
China University of
Political Science and Law

互联网违法犯罪的 法律规制

中国政法大学网络法治研究中心编

王 磊 主编 王磊 王磊
王磊 王磊 王磊 王磊

Legal Regulation of
Internet Crime

Proceedings of the First Internet
Law Conference

中国政法大学出版社
China University of Political Science and Law Press

互联网法学丛书
Internet Law Series

互联网违法犯罪的 法律规制

首届互联网法律大会论文集

主 编 朱新力 余伟民
副主编 高艳东 连 斌

Legal Regulation of
Internet Crimes

Proceedings of the First Internet
Law Conference



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS
浙江大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

互联网违法犯罪的法律规制:首届互联网法律大会论文集 / 朱新力,余伟民主编. —杭州:浙江大学出版社, 2018.1

ISBN 978-7-308-17789-4

I. ①互… II. ①朱… ②余… III. ①互联网络—计算机犯罪—文集 IV. ①D914.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 329737 号

互联网违法犯罪的法律规制——首届互联网法律大会论文集

主 编 朱新力 余伟民

副主编 高艳东 连 斌

责任编辑 吴伟伟 weiweiwu@zju.edu.cn

责任校对 杨利军 张培洁

封面设计 黄晓意

出版发行 浙江大学出版社

(杭州市天目山路 148 号 邮政编码 310007)

(网址: <http://www.zjupress.com>)

排 版 杭州隆盛图文制作有限公司

印 刷 虎彩印艺股份有限公司

开 本 710mm×1000mm 1/16

印 张 23.25

字 数 408 千

版 印 次 2018 年 1 月第 1 版 2018 年 1 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-308-17789-4

定 价 68.00 元

版权所有 翻印必究 印装差错 负责调换

浙江大学出版社发行中心联系方式 (0571)88925591; <http://zjdxcs.tmall.com>

“中央高校基本科研业务费专项资金”项目
浙江大学光华法学院“互联网与法学”项目

序 言

2016年11月19—20日,第一届互联网法律大会在浙江大学光华法学院小礼堂盛大召开。在本次大会上,浙江大学(光华法学院)与阿里巴巴集团宣告联合成立互联网法律研究中心。在诸多领导、专家学者、新闻媒体、企业的热情参与下,第一届互联法律大会获得圆满成功。作为本届大会重要成果之一的会议论文即将集结出版,这是值得庆贺的事情,我参加了本届大会,可以说见证了互联网法律研究中心的成立以及大会的圆满举办。研究中心主任高艳东邀我为论文集写序言,我欣然应允。

互联网把我们带进了一个新的时代,造就了一种全新的社会形态。在这个时代,人类的经济、社会、政治、文化生活的具体方式都迥异于此,网络时代人与人之间、组织与组织之间、人与组织之间的关系也发生了巨大的变化。作为调节和规范人类社会关系的法律,如何应对和适应互联网时代的深刻变化以及由此带来的巨大挑战,是摆在法学界、司法界、政治界面前的重大理论和现实课题。

以这次互联网法律大会关注的议题“网络秩序与安全”为例,互联网经济的快速发展创造了巨大的社会价值,利用互联网进行的违法犯罪活动也随之而来。这些年的数据表明,传统犯罪发生率正在急剧下降,而新型的电信诈骗、互联网犯罪发生率在大幅度地上升。今天,英国、美国的第一大犯罪类型都是网络犯罪;在中国,网络犯罪已经占到全部犯罪的30%,而且还在以每年30%的速度增长,这就是我们必须面对的互联网违法犯罪的现状。在这个新的时代,社会该如何治理,公序良俗的社会秩序如何得以形成和巩固,公平和正义如何才能得到有效实施,这些问题的解决都需要集思广益,需要全社会的有志之士、有识之士广泛参与、深入讨论、持续跟踪研究。

我自己的专业是经济学,本来在法学家面前,是个外行人,但4年的法学院院长和近4年的浙江省人大常委会委员经历给了我很多学习的机会,让我比一般的经济学学者更多地认识到法律的重要性和法治的重要功能,也更为强烈地意识到学术界要高度重视法治与互联网之间的相互关系。互联网导致的社会变

革虽非突如其来,却势不可挡,而且发展速度日趋加快,这也要求我们在发现和解决相关问题时要有紧迫感和责任感。

互联网对我们的生活以及思维方式的影响与改变是全方位的,而法律归根结底是服务于生活的,因此,互联网当然也对整个法律制度产生了深远影响。这既包括立法,也包括司法以及执法的问题;与此同时,互联网的治理是一个全球性问题,这一点已经达成全球共识。习近平总书记在乌镇峰会开幕式的视频讲话中提出:“互联网快速发展,给人类生产生活带来深刻变化,也给人类社会带来一系列新机遇、新挑战。互联网发展是无国界、无边界的,利用好、发展好、治理好互联网必须深化网络空间国际合作,携手构建网络空间命运共同体。”

在这个意义上,我们呼吁立法机关关注互联网对法律制度形成的冲击与挑战,当穷尽解释手段仍然无法弥补法律漏洞时,应当积极立法,并与国际社会对于互联网的规制接轨。当前,互联网秩序正处于初步确立阶段,通过积极立法,基本行为规范才能加快确立。司法机关在办理涉及互联网的违法犯罪案件时,应充分考虑互联网对整个案件的影响,在不突破法律基本原则的前提下,对各个案件进行灵活处理,实现个案的公正。我们呼吁各个部门法的学者通力合作,因为互联网法律问题经常不是某一部门法所特有的问题。以最常见的灰黑产业链为例,其中既有民事侵权行为,也有行政违法行为,甚至还有刑事违法行为,如果仅仅从其中一个方面入手,显然不足以综合治理互联网违法犯罪现象。

我相信,中国特色的社会主义法治社会建设,一定不能脱离互联网这一重要因素而讨论。同样,互联网对社会的建构功能,也是不能离开法治来实现的。互联网法律或者更加重要的互联网法治社会的建设,是谁也无法忽视的一个重要命题。目前,法学界可能对这个命题还没有给予足够的重视,因此还需要我们诸多法律工作者广泛发动,积极研讨,形成切实的影响力。

浙江大学作为一所有 120 年办学历史的高水平大学,秉承了“求是创新”的校训,践行“知行合一”和“致良知”的阳明精神,具有“树我邦国,天下来同”的境界和海纳百川的胸怀,并充分意识到互联网时代教育和研究面临的挑战,愿意以改革的决心全面迎接和拥抱互联网时代的到来;而阿里巴巴集团虽然创业发展的时间不长,但已经形成了自己独特的企业文化和社会责任意识。浙大和阿里,是除西湖之外,杭州的两张金名片。名校和名企,一拍即合,心连心,手牵手,依托各自的优势和特色,精诚合作,致力于推动互联网法律研究和网络时代法治社会建设,其意义不言而喻,前景十分广阔。

一方面,浙江大学将加大力度支持互联网法律研究和相关学科建设,支持互联网法律研究中心这一重要平台的建设。在这个问题上,学校有着高度统一和具有前瞻性的自觉认识。浙江大学光华法学院秉承“求是厚德,明法致公”院训,以国际化、交叉性和新学科为发展特色,正在努力建设世界一流法学院。在这里,我们正全力营造以创新思想为基础的学习研究环境,致力于为学生提供优质的专业和职业伦理教育,创造与名师大家一起研修经典、探求未知、遨游实践的平台,尝试打造全球著名的国际性法学学术俱乐部。

另一方面,阿里巴巴着力运用大数据解决与社会、民生有关的问题。2016年10月,阿里巴巴公布了杭州城市数据大脑,用大数据来解决城市的拥堵问题,城市大脑的目标是让数据帮助城市做思考和决策,将杭州打造成一座能够自我调节、与人类良性互动的城市;阿里巴巴参与建设的杭州G20峰会智能安保系统得到了国家有关部委的肯定;智能交通、智能搜索、智能挖掘黑产的各类软件、智能识别假货及打假地图,都充分显示了阿里巴巴在大数据方面的能力;阿里巴巴还充分发挥“钉钉”智能办公移动平台功能,整合了高德地图,打造了大数据打拐的“团圆系统”,该平台上线6个月以来,共发布失踪儿童信息286条,找回儿童260名,找回儿童比例达到90.91%。而在此过程中,互联网企业必然遇到大量的法律问题,如大数据的运用与隐私权的保护、证据的固定与保全等。

在这样的背景下,浙大和阿里共建的互联网法律研究中心是一个向全社会开放的学术平台。它应该是学术研究的中心、交流与合作的中心、信息和数据集成的中心、人才培养的中心和成果研发转化的中心。我们希望有越来越多的人关注和参与这一共同平台的建设,分享平台的资源,依托平台更好地解决理论和现实中的各种问题。

浙江大学(光华法学院)与阿里巴巴联合成立的互联网法律研究中心将定期举办互联网法律大会,并集结论文出版。本书共收录了20余篇论文,主题丰富,内容翔实,从理论与实践等角度全方面地探讨互联网法律问题,尤其是电子商务领域或者说新零售领域中的法律问题,代表着最前沿的学术水平。在祝贺本届大会的会议论文出版的同时,也预祝下一届会议取得圆满成功。

是为序!

浙江大学副校长 罗卫东

2017年8月28日

目录 Contents

第一部分:互联网灰黑产业治理研究

非法“代运营”相关刑事问题探析	鲍 键 沈佩颖/3
传统犯罪网络化:归责障碍、刑法应对与教义限缩	梁根林/18
当前电信网络新型诈骗犯罪的调研分析	李忠强 孟红艳 张晓东/39
电子商务领域个人信息犯罪行为的刑法规制	
——以侵犯公民个人信息罪为视角	王肃之/47
倒卖虚假认证账户相关行为的法律责任定性分析	夏家品 沈希竹/59
刑法教义学视角下流量劫持行为的定性探究	叶良芳/71
互联网金融灰色产业链的寄生模式与治理策略	周建达/81
涉“伪基站”刑事案件的证据审查与法律适用	朱冠琳 姜 琪/90

第二部分:互联网司法程序研究

电子商务领域犯罪立案管辖问题研究	
——以 S 地区案件为样本分析	范苑苑 高庆盛/107
论网络知识产权案件中对于刷单辩解举证责任倒置的适用	
——以苟某某假冒注册商案为例	高 璞/118
刑案中电子取证的规范基础与实证分析	胡 铭 王 林/128
抽样验证规则在网络犯罪中的应用研究	隋 兵/145

大数据时代个人信息保护视野下的电子取证

——以网络平台为视角 王 燃/155

网络犯罪电子数据收集与保管的规范化 周 迪 王晓霞/168

第三部分：互联网生态治理

论对局型网络游戏网站与赌博网站的界限 胡东迁 张江平/189

互联网平台信息中介的属性与平台治理新路径 康彦荣/209

网络时代应对网络犯罪的刑法新理念 刘宪权/219

以数据治理创新社会治安防控体系 单 勇/236

论电子商务第三方平台刑事责任的边界

——以《刑法》第 286 条之一为视角 王文华/247

互联网平台经济治理中合作模式的生成 魏小雨/257

“互联网+”时代下网络数据刑事司法问题研究 周朝阳/269

第四部分：互联网金融法律研究

互联网金融监管法治化研究 李有星 要瑞琪/283

互联网时代惩治侵犯公民个人信息犯罪的困境与出路 胡 江/296

P2P 网络借贷行为的刑事风险与应对策略 胡增瑞/318

互联网金融的刑事风险分析与规制 黄 敏 郭大磊/330

P2P 网络借贷的刑法规制

——以非法集资犯罪为切入点 袁珊珊 郭泽强/343

互联网法律大会纪实 359

《电话“代订餐”被刑拘案例研究》



第一部分 互联网灰黑产业治理研究



非法“代运营”相关刑事问题探析

◎鲍 键 沈佩颖*

摘 要:当前电子商务的快速发展,催生了一批以网店经营为服务内容的“代运营”平台。本文即试图对此类平台可能涉及的刑事犯罪问题进行探讨分析。文章第一部分,针对部分代运营平台以多种手段实施诈骗的现象,认为在划定被害人范围、确定犯罪主体等方面应当慎重认定;同时提出,在明确个人犯罪的前提下,应以是否破坏市场经济秩序为依据,选择适用合同诈骗罪或诈骗罪。文章第二部分,经分析认为部分代运营平台行为人组织“炒信”服务可能构成非法经营罪。文章第三部分,经分析认为网络虚假交易行为系虚假宣传的手段之一,该行为与虚假广告行为具有相似性。对于代运营平台基于网络虚假交易行为而进行虚假宣传的,可以虚假广告罪予以评价。

关键词:代运营 诈骗 虚假交易 非法经营罪 虚假广告罪

随着互联网经济的快速发展,网店代运营平台应运而生。网店代运营,一般表现为代理公司收取运营服务费,帮助电商开办、打理店铺,双方约定的代运营项目可能涵盖注册网店、装修网店、效果营销、客服托管、进货、发货等一项或多项服务。网店代运营,提倡专业的人做专业的事。网店代运营一方面,有助于实现物尽其用、人尽其才,最大限度地增强电商的市场竞争力。另一方面,网店代运营行业的兴起,带动了一个新的产业链,客服接单、网店装修、文案制作等精密分工,进一步促进了行业的专业化发展,解决了一大批人的就业发展。因此,代运营行业对于当前市场经济的发展和和谐社会建设具有积极意义。但是,网店

* 鲍键,法学硕士,浙江省杭州市人民检察院公诉二处处长(主持工作);沈佩颖,法律硕士,浙江省杭州市人民检察院助理检察员。

代运营作为一个新兴行业,市场需求大、准入门槛低,平台发展参差不齐,存在监管难度大、容易被不法分子利用的问题。为帮助代运营行业健康、绿色发展,本文拟针对代运营经营中可能涉及的刑事问题进行探讨分析。

一、代运营平台虚构服务事由可能涉嫌诈骗类犯罪

2016年,深圳市^①、杭州市^②、重庆市^③公安机关先后以涉嫌诈骗的名义打击了一批网店代运营团伙。在此类诈骗犯罪案件中,各代运营平台的诈骗手段具有多样性、复杂性、欺骗性等特点。其中,笔者发现,此类代运营平台的诈骗手段具有一定程度的相似性。本文对各类诈骗手段具体总结如下。

手段一:进行虚假包装,编纂成功案例。涉嫌诈骗犯罪的代运营平台往往具有虚假包装的手段,以此吸引客户投资。其中,部分代运营平台伪造各种荣誉,标榜自身实力,如“中国电子商务十大优秀品牌”等。经侦查机关的调查核实,此类荣誉往往都是“自制”的,甚至连颁奖机构都不真实存在。部分代运营平台选取个别较为成功的电商,对外宣传其系平台的成功案例,以此增加客户对代运营平台的运营信心。

手段二:对外虚假承诺,实为履约不能。为进一步吸引客户投资,部分代运营平台对外做出虚假承诺,标榜在短期内运营店铺至一定级别或达成一定数额的营业额。据此骗取消费者缴纳费用后,这部分非法平台根本没有按约履行代运营服务或者根本没有能力履行合同约定,往往对被害人进行消极应付或不再理睬,甚至将被害人拉入黑名单。是否按约履行了代运营服务是此类代运营平台是否构成诈骗的关键,也是司法机关认定犯罪的重点和难点。

手段三:编制诈骗剧本,骗取后续款项。部分代运营平台在实施诈骗过程中,往往对诈骗团伙成员进行内部培训,对诈骗过程中可能遇到的质疑及风险事先做出应对和防范。从已经案发的此类案件中,侦查人员发现,此类代运营平台

① 深圳打掉一网店代运营特大诈骗团队 刑拘 253 人[EB/OL]. [2016-10-12]. <http://xw.qq.com/gd/20160621022177/GDC2016062102217700>.

② “代运营”特大诈骗案破获 涉案金额高达 3000 万元[EB/OL]. [2016-10-12]. <http://i.cztv.com/view/12138880.html>.

③ 重庆警方打掉 12 个冒充淘宝代理运营网络诈骗团伙[EB/OL]. [2016-10-12]. <http://finance.sina.cn/2016-10-12/detail-afxwvi9565244.d.html>.

往往预设了一套详细的“问答指引”，即所谓的“诈骗剧本”。此类平台在骗取了投资人的首付款后，根据预设的“剧本”^①，应对客户的质疑并诱骗客户增加投资以获取更好的服务，从而达到进一步套取客户款项的目的。

手段四：频繁更换“马甲”，携款潜逃以避免案发。在骗得被害人的投资款后，部分代运营平台的行为人通常采用定期更换平台名称、更换公司住所地、办公点等的方式，防止案发、逃避他人的追讨。也有的行为人在诈骗既遂之后，就地分赃，直接携款潜逃。更有甚者，以恐吓、殴打的方式逼迫投资人放弃追责。此情况大大增加了被害人追讨投资款及侦查机关打击犯罪的难度。

手段五：网络虚构交易，欺骗客户投资。根据相关网络报道，以诈骗为目的的代运营平台在实施诈骗过程中往往将网络虚假交易作为达成诈骗目的的重要手段。比如，深圳市的相关团伙以“测款刷单”（本质为虚假交易）的方式向被害人骗取费用；重庆市的相关团伙“采取刷单形式，自买自卖形成虚假交易，迷惑受害人”，收取高额的“代理经销费用”，从而实现诈骗目的。

各代运营平台在实践中运用的手段虽不尽相同，但此类案件审查的实质均是判断代运营平台行为人对投资人的款项是否具有“非法占有的主观目的”。对此，我国刑法有关诈骗类犯罪的规定及《最高人民法院关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》等的司法解释做出了较为具体、明确的规定。应当说，此类案件虽然涉及了“网店代运营”等新型网络主体，具体犯罪行为过程与互联网直接相关，但在诈骗犯罪的具体认定和判断上，与传统诈骗仍具有一致性。因此，传统诈骗犯罪审查认定的经验和方法仍可在此类案件中选择性地适用。笔者认为，针对部分代运营平台涉嫌诈骗犯罪的案件，应当注重以下几个方面的问题。

（一）被害人的认定范围问题

代运营平台在实际经营过程中，主要通过网络营销寻求互联网上的客户，并主要通过互联网手段具体实施代运营行为，因此往往具有客户人数多、分布范围广等特点。同时，针对互联网客户的不同需求，代运营平台提供的具体代运营服务不尽相同，既有进货、网店进驻、装修、发货等所谓的“一站式全套服务”，也有客服接单等单项的服务内容。因此，在认定部分代运营平台实施了诈骗行为的

^① 网店代运营这样骗钱：承诺高运营额套首期费[EB/OL]. [2016-08-13]. <http://3g.163.com/touch/article.html>.

前提下,不能简单地将该代运营平台下所有的客户均认定为其实实施诈骗活动的被害人,仍应当针对代运营平台与客户的具体服务内容及实际服务情况予以判断认定。

一方面,针对同一服务项目,平台可能仅针对部分人员实施了诈骗行为。在实践中,存在部分代运营平台,在前期运营过程中正常、规范地进行市场活动,而在一定时期后则开始实施诈骗活动的情况。在此情形下,对于前期正常经营中产生的业务量,应从诈骗数额中剔除。需要指出的是,不能简单地从约定的运营效果是否达成的角度判断代运营平台是否诈骗。若代运营平台倾尽自身实力,按照合同约定积极履行代运营业务,即使最终未能达成约定的运营效果,也难以认定其对客户的合同款具有“非法占有的主观目的”。但是,代运营平台自始主观明知客观不能达成合同约定的情况应当除外。

另一方面,针对不同服务项目,平台可能仅针对部分项目实施了诈骗行为。在实践中,部分代运营平台以实施诈骗活动为目的从事具体代运营活动,其为进一步实现诈骗目的而实施了一定的代运营行为,期间满足了一定客户群的服务要求,如帮助设立网店,对网店进行版面设计、推广等。在此种情况下,要结合代运营平台提供的服务内容、项目及获取的收益数额、被害人认知、一般理性人的考量等来进行综合判断。在有的诈骗案例中,客户仅支付了少量费用,尽管代运营公司未为其有效提升销量,但帮助其设立网店并对网店进行了版面设计,客户主观认为,根据其支付的金额,其已经获得了相等的回报,故并未认为自己受骗。在此种情况下,不宜将代运营公司行为认定为诈骗罪。如行为人收取了高额费用,但根本未提供服务,或提供的服务内容与其承诺的有很大差距时,应认定所谓的所谓的服务是为了实施诈骗的手段,依法认定其为诈骗类犯罪。

(二)犯罪主体认定问题

代运营平台一般以有限责任公司的名义从事市场活动,部分从事诈骗活动的代运营平台为增加诈骗活动的隐蔽性、可信性,往往具有法人的表象特征。此类代运营平台在行为上表现出一定的组织性,如开设公司、招揽员工、编写诈骗“剧本”,并将欺骗被害人的人员进行分工,分别设置导购、助手、经理等角色以欺骗被害人等。按照最高人民法院《关于审理单位犯罪具体案件应用法律有关问题的解释》,在认定代运营平台是否构成单位犯罪时,应当从以下要素进行审查:一是平台公司的成立目的是否合法;二是平台公司是否以犯罪活动为主要业务

活动;三是犯罪所得是否归平台公司所有。^①

实践中,部分代运营平台在成立之初合法从事代运营活动,经营过程中产生了部分诈骗犯罪活动,但诈骗活动占公司业务总额的比重有限且非法收益由公司享有。在这种情况下,可以认定该部分代运营平台公司的单位犯罪主体身份,同时一并追究平台公司直接负责的主管人员和其他直接责任人员的刑事责任。

(三)具体罪名适用问题

代运营公司的行为人以非法占有为目的,虚构事实、隐瞒真相,以提供网络虚假交易等方式使被害人产生错误认识,并通过签订相关服务合同的手段,使被害人自愿交付财物。上述行为模式均涉嫌诈骗犯罪,但在诈骗犯罪的具体罪名适用时,却有不同的观点:

第一种观点认为,其构成合同诈骗罪。代运营平台的犯罪嫌疑人系通过签订服务合同的方式骗取被害人的财物,其行为符合《刑法》第224条的规定,依法应当构成合同诈骗罪。

第二种观点认为,其构成诈骗罪。代运营平台的犯罪嫌疑人虽通过签订服务合同的方式骗取被害人的财物,但从主观动机而言,行为人在实施犯罪行为之初即无履行合同的目的是,签订合同仅是实施诈骗犯罪的手段之一,如浙江省高级人民法院《全省法院刑事审判疑难问题研讨会纪要》所传达的:是否构成合同诈骗罪,不能仅凭合同的形式加以判定。^②所谓“刷信”不是合法的服务合同所保护的内容,因此,代运营公司犯罪行为主要侵犯的是公民的财产所有权,而非扰乱市场交易秩序,应当以诈骗罪定性处罚。

1997年刑法修订过程中,考虑到合同诈骗侵犯客体的复杂性,同时也为适应社会主义市场经济的发展,刑法在诈骗罪的基础上增设了合同诈骗罪。两者属

① 最高人民法院《关于审理单位犯罪具体案件应用法律有关问题的解释》(1999年7月3日)对《刑法》第30条有关单位犯罪规定中的“公司、企业、事业单位”做出进一步明确,第2条规定:“个人为进行违法犯罪活动而设立的公司、企业、事业单位实施犯罪的,或者公司、企业、事业单位设立后,以实施犯罪为主要活动的,不以单位犯罪论处。”第3条:“盗用单位名义实施犯罪,违法所得由实施犯罪的个人私分的,依照刑法有关自然人犯罪的规定定罪处罚。”

② 浙江省高院《全省法院刑事审判疑难问题研讨会纪要》(2012年)第十点关于以租车典当或抵押借款等手段骗取他人财物行为的定性:“行为人以租赁的形式取得汽车,后采取将汽车典当抵押等非法手段骗取他人提供借款的行为,是否构成合同诈骗罪,不能仅凭合同的形式加以判定。行为人虽具有以合同的方式骗取他人车辆的表象,但其实施的犯罪行为主要侵犯他人财产所有权而非扰乱市场经济秩序的,不符合合同诈骗罪的本质特征,对此类行为宜以诈骗罪定性处罚。”