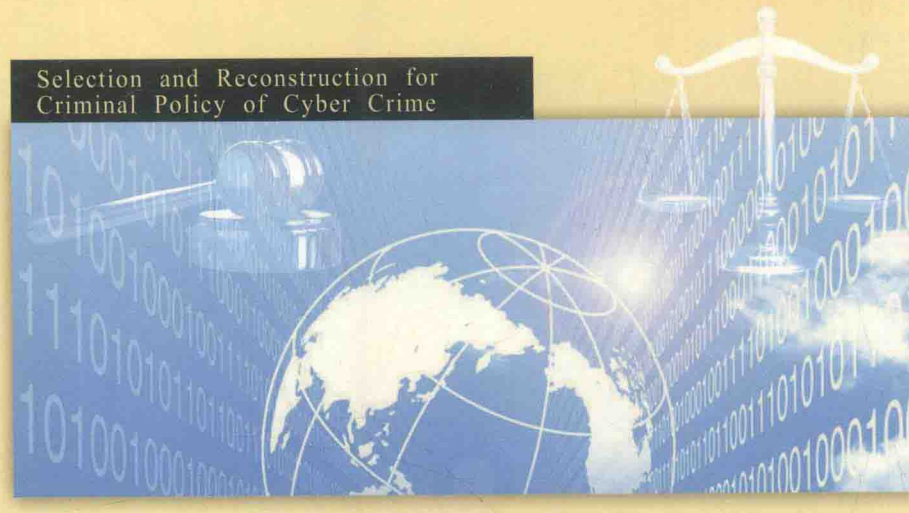
徐然 赵国玲 等 / 著

Selection and Reconstruction for Criminal Policy of Cyber Crime



网络犯罪刑事政策的取舍与重构

中国检察出版社

法治建设与法学理论研究部级科研项目成果

Selection and Reconstruction for Criminal Policy of Cyber Crime

网络犯罪刑事政策的取舍与重构

徐然 赵国玲 等 / 著

中国检察出版社

图书在版编目（CIP）数据

网络犯罪刑事政策的取舍与重构 / 徐然等著. —北京：中国检察出版社，2017.9

ISBN 978-7-5102-1893-4

Ⅰ.①网… Ⅱ.①徐… Ⅲ.①互联网络-计算机犯罪-刑事政策-研究-中国 Ⅳ.①D924.364

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 101990 号

网络犯罪刑事政策的取舍与重构

徐 然 赵国玲 等 / 著

出版发行：中国检察出版社

社 址：北京市石景山区香山南路 109 号（100144）

网 址：中国检察出版社（www.zgjccbs.com）

编辑电话：(010)86423704

发行电话：(010)86423726 86423727 86423728

(010)86423730 68650016

经 销：新华书店

印 刷：保定市中画美凯印刷有限公司

开 本：710 mm×960 mm 16 开

印 张：19.75

字 数：360 千字

版 次：2017 年 9 月第一版 2017 年 9 月第一次印刷

书 号：ISBN 978-7-5102-1893-4

定 价：60.00 元

序

几何级迅猛提升的数字技术，为千万年来习惯于现实物理世界的人类，提供了另外一种生活的可能。在这种生活中，人、机、物以数字网络化的形式被紧密地联系在了一起，所有的交流与互动都不同程度地依赖于统一数字编码与各类终端媒介。为了区别现实物理世界，人们将之称为“虚拟网络空间”。计算机及其系统的发明者很难预料到，数十年后的今天，人们已经熟稔地在现实物理世界和虚拟网络空间之间自由地切换——与现实物理世界相对应的虚拟网络空间，早已不是“犹抱琵琶半遮面”，而是已经登堂入室，“飞入寻常百姓家”了，网络在人类社会和日常生活中已经发挥着难以替代的作用。换言之，人类社会的治理不再是单一的物理维度了，而是同时指向虚拟维度，这就是所谓的“双层社会”的治理。

然而，我们的刑事法体系显然没有做好充分准备以应对虚拟网络空间所带来的挑战和冲击。传统刑法规范是以现实物理世界的现象作为对象的，相应地，其所保护的法益载体通常是有体物，而其所规制的行为往往受到了有形力的支配。于是，虚拟网络空间中大量以电子数据存在的信息和代码，由于难以归入有体物的范畴，因而被排斥在法益保护的范围之外。同样，由于不具有具体有形力的投入，诸如非法侵入或者破坏计算机系统的典型黑客行为，甚至很难将其在传统的“侵入”和“破坏”概念中加以涵摄。那么，我们是否可以对之袖手旁观，任其成为“法外之地”？

很显然，答案是否定的。原因可以从两方面加以解读：一方面，虚拟网络空间中的电子数据，既是人类智慧的产物，又承载着满足人类需要的信息，也因此具有了价值和经济因素。由于刑法的任务在于保护人类生活中的重要利益，因而没有任何理由将以电子数据形式存在的信息排除在刑法保护范围之外。换言之，完善虚拟网络空间的法益保护，是刑法任务和功能的内在要求。另一方面，网络空间的跨国性、遍在性等特性与潜滋暗长的不确定技术风险一旦结合，其危害后果则会超出任何一个国家的承受范围，从而引发波及世界各国的全球性危机。可以说，网络技术风险所带来的不可承受之重的危害后果，是推动各国将法律体系延伸到虚拟网络空间的外在动因。

在加强网络犯罪规制，提升网络安全方面，我国立法和司法可谓积极应

对：1997 年《刑法》修订时增设了第 285 条非法侵入计算机信息系统罪、第 286 条破坏计算机信息系统罪和第 287 条利用计算机实施有关犯罪的规定；2009 年《刑法修正案（七）》增设了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和提供侵入、非法控制计算机信息系统的程序、工具罪；2015 年《刑法修正案（九）》将网络犯罪主体扩展至单位，增设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和编造、故意传播虚假信息罪。2016 年 11 月全国人大常委会更是通过了维护网络运行安全、关键信息基础设施的运行安全以及网络信息安全为主要内容的《网络安全法》。此外，与此相关配套司法解释相继或即将出台，对于应对网络犯罪的蔓延、完善刑事法网而言，都是重要且及时的。

尽管如此，我们认为，在组织对网络犯罪的反应上，相应的刑事政策仍然缺乏系统性建构，处在被动应对状态，因而往往“头痛医头，脚痛医脚”，部分刑事立法和司法解释的正当性和合理性仍不乏商榷之处。正因如此，本书希冀通过积极的建构、合理的组织、系统的安排，去力图实现有理性、有效能、有节制地对网络空间的犯罪治理。在研究方法上，本书尝试着突破传统思辨的研究范式，以实证研究方法作为研究的主要进路，旨在甄别和发现网络犯罪态势和规制中的相关“真”问题，从而为我国网络犯罪刑事政策的重构提供可靠的素材，完成从问题发现向理论提炼转化的惊险一跃。具体而言，我们对中国裁判文书网和北大法宝司法案例库中 1997 年《刑法》修订后至 2015 年 2 月 6 日所发布的以“计算机”、“网络”、“软件”等为关键词的 35606 件案件予以人工筛选，获得有效案例共计 3765 件，其中，纯正型网络犯罪为 179 件，非纯正型网络犯罪为 3586 件。在对纯正型网络犯罪进行全样本分析的同时，考虑到非纯正型网络犯罪数量庞大，我们在每类罪名下采取随机起点等距抽样的筛选方法，共抽取 380 个案件，其中包括 329 件工具型网络犯罪和 51 件内容型网络犯罪。根据“一人犯一罪为一条样本信息”的标准，课题组通过 SPSS 软件录入，最终获得 383 例纯正网络犯罪样本（对象型网络犯罪）和 749 例不纯正网络犯罪样本（667 例工具型和 82 例内容型网络犯罪）。

本书以网络犯罪刑事政策为主要研究对象，即通过对国际网络犯罪刑事政策利弊分析和对我国当前网络犯罪刑事政策的检讨取舍，为我国网络犯罪的应然重构提供切实可行的理论方案。本书结构分为三大部分，合计十二章。

第一部分属于概念界定和背景介绍的导论篇，包括“网络时代与网络犯罪”和“网络犯罪的刑事政策”两章。其中，“网络时代与网络犯罪”从宏观上描述了我们所处的这个时代——网络和大数据时代的演进，同时，对计算机犯罪和网络犯罪的概念加以清晰界定，并对网络犯罪给传统刑事法提出的挑战

及其特点进行了归纳。“网络犯罪的刑事政策”在回顾我国总体刑事政策演变的同时，对本书的网络犯罪刑事政策的内涵和机理加以界定，强调了“犯罪化的建构”、“刑罚策略的选择”以及“程序法的保障”是网络犯罪刑事政策的重要基点。

第二部分属于国际网络犯罪刑事政策述评与取舍权衡的借鉴篇，由“国际网络犯罪刑事政策组成及其典型文本”、“典型国际网络犯罪刑事政策特点及其评析”、“国际网络犯罪刑事政策与中国的抉择”等三章构成。该部分通过对国际网络犯罪刑事政策的演进组成与典型文本的考察和检讨，客观评述国际网络犯罪刑事政策的利弊得失，为我国参与相关国际刑事政策建构奠定基本立场、设定基本模式。

第三部分属于我国网络犯罪刑事政策重构的对策篇，首先回顾和梳理“我国网络犯罪刑事立法的内容体系”，其次以科学抽样的判决书为实证样本，呈现“我国网络犯罪刑事司法的实证现状”。在此基础上，通过总纲式的“中国网络犯罪刑事政策本体性重构”和分论式的“对象型网络犯罪的刑事政策应对”、“工具型网络犯罪的刑事政策应对”、“内容型网络犯罪的刑事政策应对”以及“网络犯罪的国际刑事司法应对”等章节形成了重构我国网络犯罪刑事政策的系统性思路。其中“中国网络犯罪刑事政策的本体性重构”从基本理念、立法和司法选择等方面为刑事政策的重构提供了总体性应对方案，主张合理、理性地组织对网络犯罪的反应。而分论式的四章，则分别从对象型、工具型与内容型网络犯罪，以及国际协作和管辖权规则等方面，具体地阐述了本书关于网络犯罪应然刑事政策的立场和建议。

数字技术的“去中心化”与网络空间的“去领土化”，不能成为放任虚拟网络空间沦为网络犯罪者天堂、无政府主义者乐园的理由。但同时也应看到，这种技术特性对于传统法律理念和制度直接延伸至虚拟网络空间构成了重大障碍。事实上，在网络犯罪的应对问题上，各国都在围绕着虚拟网络空间的“再主权化”和“特别规制”建构着刑事政策。虚拟网络空间的“再主权化”，意味着民族国家开始对全球性的网络空间进行类国境线式的划分，这是各国法律对网络空间实现有效管辖的前提。而“特别规制”意味着不能依赖于传统的思维和方式来治理：对内而言，一种区别于传统刑事法制的网络刑事法制初露端倪；对外而言，一种世界性的“全球治理”成为了可预见的发展趋势。对此，我们乐见一个良好治理、安全有序虚拟网络空间的形成，人类可以更为便捷地穿行并生活在现实与虚拟之中，进而尽最大可能地享受现代科技所带来的福祉。我们希望本书能够实现其理论和实践的双重使命，文中良莠得失，敬盼读者臧否。

目　录

第三篇　我国网络犯罪刑事政策重构

第一篇
导　论

第一章　网络时代与网络犯罪

我们处于何种时代？这个时代又是如何缘起的？以及这个时代是怎样影响犯罪，并赋予其何种时代特点？对这一系列问题的追问，是所有刑事政策所不可忽略的前提性问题。的确，有的犯罪亘古不变，“杀人者死，伤人及盗抵罪”。然而，时代变迁中的文化思想、技术手段、生活方式等因素不仅会改变犯罪的行为方式和实施手段，而且会滋生出前所未有的犯罪形式和难以想象的损害后果，铁器、枪炮、核武器的相继发明，不正是通过变换古老的杀人罪的行为方式，实现了无限放大了杀伤的效果吗？基于此，本书首先探究我们所处的时代，并试图描述为这个时代所深刻影响的犯罪及其所带来的挑战。

第一节　我们所处的时代

一、计算机网络发展概况

（一）从计算机系统产生到开放性网络的形成

从现代计算机网络发展历史来看，大致存在四个重要的时点：首先是20世纪60年代末和70年代初，计算机网络属于实验性网络研究；其次是70年代中后期，计算机网络形成了集中式、闭关性网络应用；再次是80年代中后期，计算机网络出现了局部开放的应用；最后则是90年代以来，出现了计算机网络开放式地大规模推广。[①] 与这四个时点相对照，计算机网络的代际演化，经历了“面向终端的计算机网络”、“计算机—计算机网络”和“开放式标准化网络”三个阶段：

以单个计算机为中心的远程联机系统，构成面向终端的计算机网络。所谓联机系统，就是由一台中央主计算机连接大量的地理上处于分散位置的终端。早在50年代初，美国就将远距离的雷达和其他测量控制设备的信息，通过通

① 参见顾冠群、冯径：《现代计算机网络发展》，载《东南大学学报》1999年第5期。

信线路汇集到一台中心计算机进行集中处理，从而开创了把计算机技术和通信技术相结合的尝试。这类简单的“终端—通信线路—计算机”系统，成了计算机网络的雏形。严格地说，联机系统与以后发展成熟的计算机网络相比，存在根本的区别。这样的系统除了一台中心计算机外，其余的终端设备都没有自主处理的功能，因而还不能算作计算机网络。为了更明确地区别后来发展的多个计算机互连的计算机网络，故特别将这种系统称为面向终端的计算机网络。

20 世纪 60 年代中期，出现了由若干个计算机互连的系统，开创了“计算机—计算机”通信的时代，并呈现出多处理中心的特点，这标志着目前所称的计算机网络的兴起。此后，计算机网络得到了迅猛的发展，各大计算机公司都相继推出了自己的网络体系结构和相应的软、硬件产品。用户只要购买计算机公司提供的网络产品，就可以通过专用或租用通信线路组建计算机网络。

虽然已有大量各自研制的计算机网络正在运行和提供服务，但仍存在不少弊病，主要原因是这些各自研制的网络没有统一的网络体系结构，难以实现互连。这种自成体系的系统称为“封闭”系统。为此，人们迫切希望建立一系列的国际标准，渴望得到一个“开放”的系统。这也是推动计算机网络走向国际标准化的一个重要因素。正是出于这种动机，国际社会开始了对“开放”系统互连的研究。国际标准化组织（International Standards Organization，ISO）于 1984 年正式颁布了一个称为“开放系统互连基本参考模型”（Open System Interconnection Basic Reference Model）。该模型的提出，开创了一个具有统一的网络体系结构、遵循国际标准化协议的计算机网络新时代。①

由此可见，计算机网络发展的前提是具有大量运算功能的计算机的出现，而其发展径路则是经由计算机与计算机之间的系统关联，实现了计算机之间的网络化，并将这种原本限于计算机系统的网络予以开放，得以将各类终端、载体以及数据信息一体纳入网络之中。而正是由于最后一个阶段开放式标准化网络的建设，使计算机数字和网络技术发展迅猛、影响深远，最终得以奠定了今天计算机网络在人类生活中举足轻重的地位，人类也因此进入所谓的“网络时代”。

（二）从网络时代的进化到大数据时代的来临

1. 网络时代的进化

自开放式标准化网络推广以来的十数年间，其同样经历了代际的变迁，大体上经历了由“网络 1.0”时代向“网络 2.0”时代的进化，并随着移动终端

① 参见杨鹏：《计算机网络的发展现状及网络体系结构涵义分析》，载《计算机科学》2007 年第 3 期。

的网络化程度有向“网络3.0”时代迈进的趋势。[①] 这种进化可以从以下三个方面加以说明：

首先，网络实现了以“联”为主到以“互”为主的过渡。所谓的“联”与“互”是借用了网络的另一种称谓“互联网”而来的，也即“网络1.0”时代重于计算机系统与计算机系统之间、数据信息与数据信息之间的“联”，而“网络2.0”时代则强于“互”——网络参与者与参与者就数据信息的交换与互动。

其次，网络实现了从“信息服务”向“内容服务”的过渡。在“网络1.0”时代，网络于全球各国而言，是一种基于信息媒介的娱乐学习平台，其作为工具的属性可见一斑。然而，进入“网络2.0”时代，则其工具性日减、本体性日增，即通过对人、物、机的网络化，从“信息媒介”摇身一变成为了“内容服务”的载体，人们可以在网络中完成大多数现实世界的事务，使一个相对独立的虚拟网络空间得以形成。换言之，网络在技术的虚拟之外，发展出了某种生活的现实，这意味着网络代际的进化，在现实世界之外，再造了一个生活空间。

最后，网络实现了从“人机互动”到“人人互动”的过渡。在“网络1.0”时代，网络空间中的主体是网络商业机构，其通过门户网站（面），向诸多计算机用户（点）传播各类信息。这是一种“面对点”的关系，大量的计算机用户只是网络信息的被动接受者，因缺乏必要的互动和参与，从而不具有主体资格。而在升级后的“网络2.0”时代，计算机用户一跃成为了网络空间的主体，因而带来了两方面的变革。一方面，传统积极传输与被动接受的“面对点”关系，逐渐开始出现互动，例如门户网站各类新闻信息之下的评论区；另一方面，区别于“面对点”的“点对点”模式开始盛行，各类网络即时通讯工具、虚拟社区平台等便是明证。

2. 大数据时代的来临

伴随着网络代际的变迁进化，以互联网、物联网、云计算等为代表的IT和通信技术的迅猛发展，现实世界被迅速地“网络化”，也因此由计算机及网络处理的数据呈现出爆炸性增长的态势，人类社会进入一个被称为“大数据”（Big Data）的时代。一般意义上，所谓的大数据是指无法在一定时间内用常规机器和软硬件工具对其进行感知、获取、管理、处理和服务的数据集合，而网络大数据则是基于“人、机、物”三元世界在网络空间中的彼此交互与融

① 网络的过渡和代际变化，参见于志刚、于冲：《网络犯罪的裁判经验与学理思辨》，中国法制出版社2013年版，第12页以下。

合而产生的，并在互联网上可获得的网络信息。[①] 大数据通过两个维度加以形成，即横向聚合和纵向深化，前者是指以大量非结构化数据的聚合和算法挖掘等形式产生的海量数据支撑，其现实价值是服务于数据应用和数据决策；而后者则是通过“一切皆可量化”的技术操作，实现了网络信息数据对现实生活的支配和控制。[②]

目前工业界普遍认为大数据具有“4V + 1C”的特征：（1）数据量大（Volume）。存储的数据量巨大，拍字节级别是常态，因而对其分析的计算量也大。（2）多样（Variety）。数据的来源及格式多样，数据格式除了传统的格式化数据外，还包括半结构化或非结构化数据，比如用户上传的音频和视频内容，而随着人类的活动的进一步拓宽，数据的来源更加多样。（3）快速（Velocity）。数据增长速度快，同时要求对数据的处理速度也要快，以便能够从数据中及时地提取知识，发现价值。（4）价值密度低（Value）。需要对大量的数据处理挖掘其潜在的价值，因而，大数据对我们提出的明确要求是设计一种在成本可接受的条件下，通过快速采集、发现和分析从大量、多种类别的数据中提取价值的体系架构。（5）复杂度（Complexity）。对数据的处理和分析难度大。[③] 可以想见，在现代科学技术推动下的大数据时代的降临，意味着以信息数据为中心的，以信息产生、传输、保存、处理以及安全等为内容的变革的开始，其必将对人类社会的生产和生活方式，带来具有广泛且深刻的影响。在此意义上，“当世界开始迈向大数据时代时，社会也将经历类似的地壳运动”[④]。

二、我国计算机网络发展现状

（一）我国计算机网络发展阶段

我国计算机网络起步于20世纪80年代，有学者认为，1987年至1994年是我国网络的探索阶段，1995年至1996年是网络蓄势待发阶段，1997年至1998年是网络空前活跃阶段，而1999年至2002年底是网络普及与应用快速增长阶段；2003年至今则属于多元化与走向繁荣阶段。[⑤] 还有研究认为，1994年至1995年是我国网络发展的萌芽阶段，1996年至1998年是探索阶段，1999年至2000年是网络发展的大跃进阶段，自2001年至2002年是继续壮大阶段，2003

① 参见王元卓等：《网络大数据：现状与展望》，载《计算机学报》2013年第6期。

② 参见王健主编：《网络法的域外经验与中国路径》，中国法制出版社2014年版，第74页。

③ 参见刘鹏等：《大数据：正在发生的深刻变革》，载《中兴通讯技术》2013年第4期。

④ ［美］维克多·迈尔·舍恩伯格、肯尼斯·库克耶：《大数据时代：生活、工作与思维的大变革》，盛杨燕、周涛译，浙江人民出版社2013年版，第219页。

⑤ 参见钟瑛：《我国互联网发展现状及其竞争格局》，载《新闻与传播研究》2006年第4期。

年之后则为跨越发展阶段。[①] 由此可见，2000 年前后是我国网络发展的萌芽、探索和蓄势待发阶段，在这一时期积累了大量的网络技术，既完成了大容量安全互联网的技术升级，也完成了对网络用户的最初聚集。2003 年前后是我国网络发展的一个重要节点，自此，我国的网络发展到了日新月异的跨越式发展阶段。以“网络 1.0”和“网络 2.0”的代际对应来看，大致而言 21 世纪初是二者的分界，也即我国在 2000 年至 2003 年，经历了所谓的网络时代的变迁与升级。

（二）我国计算机网络发展态势

根据我国计算机中国互联网络信息中心（CNNIC）2016 年 1 月发布的第 37 次调查报告显示：“截至 2015 年 12 月，中国网民规模达到 6.88 亿，互联网普及率达到 50.3%，中国居民上网人数已过半。其中，2015 年新增网民 3951 万人，增长率为 6.1%，较 2014 年提升 1.1 个百分点，网民规模增速有所提升。网民的上网设备正在向手机端集中，手机成为拉动网民规模增长的主要因素。截至 2015 年 12 月，我国手机网民规模达 6.20 亿，有 90.1% 的网民通过手机上网。只使用手机上网的网民达到 1.27 亿人，占整体网民规模的 18.5%。”[②] 由此可以看出，我国对于信息网络的应用与需求正在与日俱增，互联网在短短 20 年内广泛普及，为我国国民信息共享与交流提供极大便利。如图 1 所示，在调查报告所列的我国网民规模与互联网普及率图表中可以看出，与 2005 年的网民人数与互联网普及率相比，短短 10 年内，我国互联网极度快速的发展与普及，此势头还将继续延续下去。[③]

（三）我国计算机网络发展预期

作为对网络代际进化和大数据时代的回应，早在 2001 年《“十五”计划纲要》关于“加速发展信息产业，大力推进信息化”的部分，我国便提出了通过促进电信、电视、计算机等终端的三网融合，来建立健全我国信息网络体系。[④] 这里所言的“三网融合”，是指我国相关行业的约定俗成的说法，即在数字技术革命推动下，电信网、广播电视网、计算机互联网的相关技术和业务相互渗透融合，进而促成了同样的应用和内容，可以通过不同的终端及其网络

① 参见彭兰：《中国网络媒体的第一个十年》，清华大学出版社 2005 年版，第 2 页。

② 参见中国互联网络信息中心第 37 次调查报告，网址：http://www.cnnic.cn/gywm/xwzx/rdxw/2016/201601/W020160122639198410766.pdf，最后访问时间：2016 年 6 月 12 日。

③ 参见中国互联网络信息中心第 37 次调查报告，网址：http://www.cnnic.cn/gywm/xwzx/rdxw/2016/201601/W020160122639198410766.pdf，最后访问时间：2016 年 6 月 12 日。

④ 《中华人民共和国国民经济和社会发展第十个五年计划纲要》，网址：http://www.npc.gov.cn/wxzl/gonghao/2001-03/19/content_5134505.htm，最后访问时间：2016 年 6 月 12 日。

体系实现有效互动和传输的过程和现象。[①]

资料来源：CNNIC中国互联网络发展状况统计调查。　　2015.12

“三网融合”的前提和保障是数字技术的迅速发展和全面采用，其核心是电信、电视和计算机共享了所谓的数字特性这一本质属性，即将语音、数据和图像信号编码成“0”或“1”的符号加以传输，使其成为电信、电视和计算机的共同语言。同时，乘着数字压缩技术和宽带技术的发展，使得上述三个终端的任何一个网络都可以实现对语音、电视和数据的传输。[②] 而“三网融合”的目标和内容则是业务融合，从而实现“广电和电信业务的交叉和延伸”、“在融合性宽带网络上产生的新的业务形态”、“固定网与移动网之间产生的新的业务形态（FMC）”。[③] 自20世纪90年代以来，国际上多个国家和地区相继解除了电信业务和广播电视业务市场准入的限制，并开放互联网业务市场，逐步推动电信网、广播电视网、互联网在发展过程中技术功能趋于一致，业务范围趋于相同，网络互联互通、资源共享，为用户提供话音、数据和广播电视等多种服务。为了适应技术发展趋势和产业发展要求，各国政府积极创新和调整监管模式，加大政策扶持和市场开放力度，不断释放市场活力，引导各类市场主体积极参与和推进三网融合发展。美国1996年推出的《新电信法》，最重要的两个改变是取消了电信业和有线电视业之间以及长途电话和地方市话业之

① 参见汪向东：《三网融合中的规制政策：国际发展趋势与评论》，载《中国信息界》2006年第14期。

② 参见刘颖悟：《三网融合与政府规制》，中国经济出版社2005年版，第1～2页。

③ 参见王健主编：《网络法的域外经验与中国路径》，中国法制出版社2014年版，第297页。