



2009

海峡两岸司法实务 热点问题研究 (下)

——经贸发展之司法保障

ISSUES IN CROSS-STRAIT JUDICIAL PRACTICE
JUDICIAL GUARANTEE OF ECONOMIC AND TRADE DEVELOPMENT

马新岚 主编

Chief Editor XinLan Ma

人民法院出版社



2009

海峡两岸司法实务 热点问题研究 (下)

——经贸发展之司法保障

ISSUES IN CROSS-STRAIT JUDICIAL PRACTICE
JUDICIAL GUARANTEE OF ECONOMIC AND TRADE DEVELOPMENT

马新岚 主编

Chief Editor XinLan Ma

人民法院出版社

目 录 (下)

海峡两岸对盗窃网络虚拟财产案件的处理差异及思考 … 朱建华 (1)	
台湾地区审检机关对贩毒案件中交易毒品事实认定的证据法则	
——以台湾地区“最高司法机关”2004 年度台上字第 5742 号、	
2006 年度台上字第 948 号、2006 年度台上字第 3028 号	
三件判决探究 …………… 刘邦绣 (11)	
海峡两岸窝藏、包庇罪比较研究 …………… 苏彩霞 米 恒 (32)	
海峡两岸伪造文书犯罪比较研究 …………… 徐 岱 马 宁 (42)	
海峡两岸持有型毒品犯罪比较研究 …………… 王 宁 齐文远 (51)	
台湾地区强奸犯罪立法变革的考察与启示	
——以社会文化为视角 …………… 林建伟 林贵文 (59)	
台湾地区犯罪被害人补偿制度及其启示 …………… 牟 燕 (73)	
两岸刑事犯罪附带民事诉讼(赔偿)问题	
——兼论刑事被害人救助制度 …………… 林宏信 (83)	
两岸司法文书送达协助制度暨取证协助、证据采信制度之研究	
…………… 陈朱贵 (94)	
两岸司法互动的内在需求及互助思考…………… 邱瑞麟 (102)	
两岸司法文书送达协助制度探究…………… 胡淑珠 徐快华 (112)	
海峡两岸司法文书送达协助刍议…………… 曹 勇 王 馨 (120)	
海峡两岸认定毒品犯罪主观要素比较分析…………… 曾亚杰 (128)	
两岸刑事附带民事诉讼制度比较研究…………… 颜 凌 (138)	
海峡两岸少年司法制度之比较与互鉴…………… 黄鸣鹤 (144)	

涉台刑事案件证据的调取与采信·····	林雪标 (151)
试论两岸民商事裁判的认可与执行·····	熊跃敏 周 静 (158)
两岸民商事裁判的认可与执行制度比较研究·····	王俊民 (166)
海峡两岸柔性投资纠纷解决机制建构	
——两岸投资权益司法保障的一个新思路	
·····	陈慰星 林 琛 (175)
两岸民事司法文书送达的现实途径之实证分析	
——以民间途径为视角·····	李 霞 (191)
大陆来台投资法人投资权益的司法保障	
——以诉讼上主张权利之资格为中心·····	范清铭 (199)
经台湾地区法院裁定认可之大陆民事确定裁判及仲裁判断有否既判力	
——台湾地区“最高司法机关”2007 年度台上字第 2531 号	
判决、2008 年度台上字第 2376 号判决之分析 ···	伍伟华 (210)
两岸认可民商事裁判与执行之研究·····	陈明富 (244)
两岸司法文书送达之回顾与展望·····	李太正 (262)
大陆居民赴台旅游人身损害相关法律问题研究	
·····	陈学凯 李 杰 (274)
涉台隐名投资案件的审理规范研究·····	林智远 (288)
海峡两岸协作保护商标权初探	
——以 TRIPs 协议为框架·····	刘文珍 (294)
海峡两岸相互认可与执行民事判决制度若干问题比较研究	
·····	曹发贵 (305)
“大陆新娘”面临之问题及其法律上的保护与因应	
·····	薛少林 龙李来 (317)
涉台民事案件送达程序存在问题及对策·····	陈燕萍 (331)
两岸司法文书送达协助制度研究	
——以民事诉讼实务为视角·····	贺张翡 (341)
台商在祖国大陆隐名投资纠纷若干实务问题及解决对策	
·····	福建省高级人民法院研究室 (350)

略谈海峡两岸相互承认与执行民商事判决制度·····	郑光辉 (358)
海峡两岸民商事司法互助研究	
——以闽台两地作为先行试点·····	刘德芬 (365)
论两岸非婚生子女之法律保护·····	林 蕾 戴建平 (371)
台商在大陆公司中隐名投资纠纷的司法救济	
——以隐名股东资格确认为视角·····	林银木 (378)
海峡西岸建设视角下我国台商隐名投资权益的法律保护	
·····	姚若贤 (394)
公共秩序保留之限制与完善	
——基于海峡两岸民商事裁判认可与执行的讨论	
·····	严美玲 郑曦旸 (403)
闽台婚姻纠纷案件司法实务研究·····	俞 芬 (411)
海峡两岸区际法律适用探析	
——解决两岸婚姻法律冲突途径的思考·····	沈荣辉 张淑红 (418)
海峡两岸离婚法律制度的比较及其冲突的解决·····	张俩德 (427)
海峡两岸民商事管辖权冲突及其解决的实证研究	
——以福建法院涉台平行诉讼的司法实践为中心·····	王建源 (435)
关于涉台离婚案件的调查与思考·····	郭 婕 (448)
涉台投资企业股东身份的司法确认·····	黎章辉 (457)
两岸诉讼文书送达问题研究·····	朱新平 程明敏 (463)
两岸司法文书互助送达制度的现状及重构·····	孙 斌 (470)
广州市涉台投资纠纷案件审理的现状、问题及对策·····	张筱锴 (479)
论海峡两岸婚姻法律冲突·····	李 佳 (489)
论海峡两岸商事仲裁裁决的相互承认与执行·····	邹国良 (497)
后 记 ·····	(502)

海峡两岸对盗窃网络 虚拟财产案件的处理差异及思考

朱建华*

最近几年,不断有网络运营商的Q币、网络游戏玩家因为游戏器材或装备被盗而诉诸法院,但法院并没有以统一的依据来加以审理,处理方式各不相同。这反映了对网络虚拟财产^①在法律上算不算财产这一问题存在着不同看法。尽管网络虚拟财产的性质在理论上还可慢慢讨论,但案件处理迫切需要对它有一个明确的结论。现实是虽然在我国司法实务中,已出现多起对盗窃网络游戏虚拟财产的行为处以刑罚的案例,但这些处理存在着在定罪上的不同,量刑上的差别则更大。

2005年7月26日,位于深圳市南山高新技术园区的腾讯公司向警方报案称:他们接到大量用户向其客户服务中心投诉自己的QQ聊天号被盗,且被盗情形几乎完全一致。经侦查,该行为由曾某与杨某所为。两人进行分工合作。由曾某通过技术手段查询到QQ密码保护问题的答案和密码保护设置的身份证信息,杨某则据此更改所查询到的QQ号码密码,然后将号码放到网易、淘宝等网站上去卖。到案发为此,两人共牟利6.5万余元。事实查清后,对行为人的行为应如何适用法律,在公、检、法三家之间存在着不同看法。警方认为窃取他人虚拟物品和虚拟财物的行为构成了盗窃罪,遂以盗窃罪向检察机关移送审查起诉。深圳市南山区检察院更改了公安机关移送审查起诉的罪名,以妨害通信自由罪提起公诉。经过审理,法院认为,根据我国《刑法》规定,盗窃罪的犯罪对象是公共财产以及私人所有的财产,而对于哪些是公共财产以及私人所有的财产,我国《刑法》第91条、第92条及最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》中都已作了明文规定,因此,对于盗窃罪中的财产认定只能建立在现有法律规定的基础上。对于盗窃虚拟财产行为的定性,我国学术界尚有争论,法律上更是缺乏相应的规定,对于QQ号码等网络账号更是没有纳入法律保护的财产之列。因此,法院认为,杨某和曾某通过盗取并篡改他人QQ号码的行为,造成了

* 西南政法大学法学院教授、博士生导师。

① 对网络虚拟财产的界定存在着不同看法。本文所指的网络虚拟财产主要包括网络货币、网络游戏装备器材及聊天号等。

侵犯他人通信自由的后果,从而支持了检察机关的起诉意见,以侵犯通信自由罪,分别判处杨某和曾某拘役6个月,并追缴违法所得6万余元。^①

2005年8月22日浙江省金华市婺城区人民法院作出一审判决,对窃取“传奇”网络游戏用户的虚拟装备并进而牟取非法利益的陈琿等3名网络盗窃人以破坏计算机信息系统罪定罪量刑。经法院审理查明,2004年12月,被告人祁建编制了一套截取“传奇”网络游戏用户虚拟设备的cmcc木马程序,并将该程序发送给被告人陈琿等人。被告人陈琿为了窃取“传奇”网络游戏用户的虚拟装备进而牟取非法利益,雇佣了被告人曾涛非法入侵金华市公安局网吧管理系统的网站,将cmcc木马程序加入其中,严重影响了各网吧内计算机的正常运行,致使大量在各网吧内上网的“传奇”网络游戏用户账号、密码被截取。被告人陈琿利用截取的账号、密码大量盗取“传奇”网络游戏用户虚拟装备,并通过交易网站牟利。法院判决陈琿犯破坏计算机信息系统罪,判处有期徒刑1年零6个月,缓刑2年;曾涛犯破坏计算机信息系统罪,判处有期徒刑1年;被告人祁建犯破坏计算机信息系统罪,判处有期徒刑10个月。该案所盗取的网络游戏账号达十几万个之多,涉案金额近百万元人民币。由于cmcc木马程序波及范围广曾一度造成该市大部分网吧歇业,网吧业主损失惨重。对该案为何仅以破坏计算机信息系统罪处理,而不定盗窃罪或者不以盗窃罪与破坏计算机信息系统罪按牵连犯从一重处断,金华市婺城区人民法院副院长龚英明告诉记者,由于该案中被告人所盗窃的装备系网络游戏中的虚拟财产,无法以实物形态呈现,其具体价值难以认定,因此如认定盗窃罪则缺乏要件。到目前为止,我国还没有一个部门对此类财产的价值进行明确的认定,法律在此处也没有相关规定,因此只能以破坏计算机信息系统罪定罪处罚。^②

与上述案例相比,被重庆市九龙坡人民法院审判的张晋之、梅雪丰等则没有这么“幸运”了,量刑重了很多。经法院审理查明,2007年12月,在张晋之安排下,梅雪丰、陈亮在杭州与张见面并共谋侵入网络游戏经销商账号,为网络游戏玩家充值盈利。几人约定由陈亮负责收集网络游戏玩家账号,张晋之、梅雪丰负责充值,并约定了赃款分配比例。2008年初,张晋之通过互联网,利用黑客技术手段,获取了重庆某科技发展有限公司、重庆市渝中区某电脑经营部登录第九城市计算机技术咨询(上海)有限公司、北京联众网络技术有限责任公司、上海久游网络技术有限公司在线充值系统的账号和密码。同年2月22日,张晋之、梅雪丰邀约斯钢钢、张鸿,到张晋之提供的杭州市拱墅区小河佳苑北区一住房内,由张晋之分配了作案用的电脑,提供

① 徐强:《全国首宗盗卖QQ号码案宣判侵犯通信自由罪》,载中国法院网, <http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=192244>,最后访问时间:2006年1月13日。

② 郑锐、余东明:《网络盗窃近百万,刑期仅获一年半——虚拟财产价值难定,法律无相关规定,难以严惩“网络大盗”》,载《法制日报》2005年8月23日。

了黑客技术手段和两单位在九城公司、联众公司、久游公司在线冲值系统的账号。按照陈亮和潘峤夫等人提供的网络游戏玩家账号，以重庆市渝中区某电脑经营部价值 125026.8 元的久游币以及价值 5160 元的联众币、重庆某科技发展有限公司价值 12867.3 元的魔兽点卡为网络游戏玩家充值。在明知上述魔兽点卡、联众币为犯罪所得的情况下，潘峤夫仍然在互联网上挂单销售魔兽点卡、联众币价值 8911.2 元。重庆市九龙坡区人民法院经审理后认为，“我国刑法保护国家、集体、公民个人财产的所有权，财产包括有形财产和无形财产。本案中的犯罪对象为网络虚拟财产，其是由网络游戏开发商投入了时间、技术、金钱、劳动而产生，对网络游戏玩家具有使用价值，可以转让，具有交换价值，被盗单位支付了实际对价购买取得，体现为被盗单位在现实中的实际财产，被盗单位依法享有占有、使用、收益与处分的所有权权能，属于我国刑法保护的财产范畴。”^① 故于 2009 年 4 月 2 日作出一审判决：主犯张晋之犯盗窃罪，判处有期徒刑 10 年零 6 个月，并处罚金 5 万元；梅雪丰等 4 名被告人犯盗窃罪，分别被判处 6 年以下有期徒刑，并处相应罚金；帮助销赃的潘峤夫犯掩饰隐瞒犯罪所得罪，被处罚金人民币 1 万元。

通过上述判决可以看出，在中国大陆，之所以对盗窃网络虚拟财产案件作出不同判决，是因为法院对虚拟财产是不是刑法意义上的财产存在着不同的看法。将其作为与一般财产相同看待的法官会作出盗窃罪的判决，而认为虚拟财产不属于法律规定的财产范围的法官则不会作出盗窃罪的判决。上述案例表明，在对网络虚拟财产应否通过刑法进行保护、如果动用刑法进行保护应在何种程度上进行保护、其侵害的社会关系是什么上，不仅司法机关之间，即使在法院内部也存在着不同的看法。“虚拟财产的最大不足就在于它的法律地位的不确定性。”^② 这种不确定性导致不同的法官对于案件采取了不同的处理结果，而对同样的行为、同样的对象认定构成不同的犯罪、适用不同的刑罚，则是与罪刑法定原则不相吻合的。

而在台湾地区，立法上对网络虚拟财产的定性则发生着变化。2001 年台湾地区刑事警察主管部门查获一起侵入网吧计算机系统取得他人账号、密码，进而盗卖网络游戏“天堂”中的装备与天币、游戏点数，并把原属于这些账号中的游戏角色的“装备”或“金钱”等虚拟财产卖给其他人的案件。对于该案，台湾地区警方以涉嫌诈欺罪、窃盗罪为由移送台湾地区台北地方法院检察署起诉。该检察署认为，根据台湾地区“刑法”，被告人犯有第 323 条、第 320 条第 1 项规定的窃盗电磁记录罪、第 352 条第 2 项规定的干扰电磁记录罪，以及第 339 条第 2 项规定的普通诈欺罪，三罪互有方法结果之牵连关系，应以一重罪——窃盗电磁记录罪论。台北地方法院刑事简易判决 2001 年

① 重庆市九龙坡区人民法院刑事判决书（2009）九法刑初字第 23 号。

② Dr. Richard A. Bartle, Pitfalls of Virtual Property, The Themes Group, April 2004, p. 23. 转引自叶慧娟：《网络虚拟财产的刑法定位》，载《东方法学》，2008 年第 3 期。

度第 3993 号判决书认为,被告人连续以诈术得财产上不法的利益,处拘役 50 日,如易科罚金,以 300 元折算一日,缓刑 2 年。“此判决成为台湾关于盗窃虚拟财物构成犯罪的首例。”^①之所以作这样的判决,是因为,根据台湾地区“立法”主管机关 1997 年通过的“刑法修正案”的规定,电能、热能及其他能量或电磁记录,关于本章之罪,以动产论。即根据这一修正案的规定,电磁记录属于动产。该判决认定网络游戏中的虚拟宝物,属于有价之动产,应受“刑法”保护,这是台湾地区司法史上首宗网络虚拟财产刑事判例。^②早在该判决作出以前,2001 年 10 月 23 日台湾地区司法主管机关公布了新的法令,明确表示虚拟物品是可以让与或转让的财产,针对这些虚拟物品或账户的有关行为也可被视为是财产。台湾地区有关部门认为:线上游戏之账号角色及宝物资料,均系以电磁记录之方式储存于游戏服务器,游戏账号所有人对于角色及宝物之电磁记录拥有支配权,可任意处分或转移角色及宝物,又上述角色及宝物虽为虚拟,然于现实世界中均有一定之财产价值,玩家可通过网络拍卖或交换,与现实世界之财物并无不同,故线上游戏之角色及宝物似无不得作为“刑法”之窃盗罪或诈欺罪保护客体之理由。

因此,可以说,台湾地区法院作出的上述判决,虽然其合理性是值得怀疑的,但却是依据明文规定。根据在台湾地区当时有效的“法律”,这样的判决在法律规定的层面上是没有任何问题的。但是,2002 年底台湾地区通过的“刑法修正案”,将上述第 323 条改回“电能、热能及其他能量,关于本章之罪,以动产论”。2003 年 6 月 27 日,台湾地区“刑法”增订第 36 章“计算机犯罪专章”,该章罪原则上属于告诉乃论,即自诉罪。其中新增“保护电磁记录”的规定(第 359 条):无故取得、删除或变更他人电脑或其相关设备的电磁记录,致生损害于公众或他人者,处五年以下有期徒刑、拘役或科或并科二十万元以下罚金,用以保护虚拟财产。“台湾地区普遍认为,此条中的‘电磁记录’,包括所有虚拟世界的账号、点数等虚拟财产。”^③上述立法的变动表明在如何保护虚拟财产方面台湾地区立法界与司法界的观念在改变。

上述案例表明,对盗窃虚拟财产应如何处理,需要统一认识,笔者认为,对虚拟财产的盗窃行为不宜按照盗窃罪进行处理。理由如下:

一、盗窃虚拟财产行为按照盗窃罪处理法律根据不足

根据我国《刑法》的规定,构成盗窃罪的盗窃行为主要规定于以下几条

① 张学超、王跃华:《我国台湾地区网络虚拟财产犯罪的现状及防治对策》,载《台湾法研究》,2008 年第 4 期。

② 李刚:《网络虚拟财产的刑法保护》,http://www.huangshi.jcy.gov.cn/ZtShow.asp?id=832,最后访问时间:2009 年 11 月 20 日。

③ 同注①。

中：一是《刑法》第264条规定：盗窃公私财物，数额较大或者多次盗窃的……，这是关于盗窃罪的基本规定，其对象是公私财物。二是《刑法》第265条规定：以牟利为目的，盗接他人通信线路、复制他人电信号码或者明知是盗接、复制的电信设备、设施而使用的，依照本法第264条的规定定罪处罚。这种盗窃罪的犯罪对象是通信线路、他人的电信号码、电信设备、设施。三是《刑法》第210条第1款规定：盗窃增值税专用发票或者可以用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的，依照本法第264条的规定定罪处罚。此种盗窃的对象为增值税专用发票。另外根据《刑法》第196条第3款的规定，盗窃他人信用卡并使用的，依照盗窃罪定罪处罚，依照《刑法》第287条的规定，利用计算机实施盗窃的，依照《刑法》有关规定定罪处罚。为明确盗窃罪的犯罪对象，最高人民法院在《关于审理盗窃案件应用法律若干问题的解释》中明确，盗窃罪中的公私财物，包括电力、煤气、天然气等。当然，基于法律的明文规定，以牟利为目的盗接他人通信线路、复制他人电信号码和明知是盗接的通信线路、复制的他人电信号码的电信设备、设施而使用的，可以构成盗窃罪。但要注意，根据最高人民法院的有关司法解释，这里的犯罪对象并不是这些线路、号码本身，而是电话初装费、移动电话入网费或者合法用户为其支付的电话费等。另外，最高人民法院在2000年《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》中规定，盗用他人公共信息网络上网账号、密码上网，造成他人电信资费损失数额较大的，依照《刑法》第264条的规定，以盗窃罪定罪处罚。从上述规定可以看出，在目前的有关法律规定和司法解释中，成为盗窃罪对象的除了增值税专用发票和其他可以用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票以外，都是实实在在的财产，立法和司法解释并没有把虚拟财产作为盗窃罪的犯罪对象，因此将虚拟财产作为盗窃罪的犯罪对象的法律根据不足。

二、盗窃虚拟财产必须通过且存储于运营商的主机系统

虽然虚拟财产的法律性质到底是什么，理论上还存在着争议，存在着虚拟财产物权说、知识产权说、无形财产说、债权性权利说、新型财产权说的不同看法。^①但有一点是明确的，即虚拟财产不实际掌握在游戏玩家的手中，而是存储于游戏运营商的服务器中，它不同于一般的有形物或无形物，它是存在于游戏运营商服务器中的一段字符串或者说是数据，也就是说虚拟财产权的行使须与特定的服务相结合。“没有游戏公司提供的在线服务，权利人就无法实现虚拟财产所有权的各项权能。”^②虚拟财产的这种特性，决定了对它的盗窃，不能直接从虚拟财产的所有人手中窃取，而只能通过更改游戏运营商的服务器中的数据来进行。网络服务运营商和玩家即用户之间存在着一

^① 参见刘惠荣：《虚拟财产法律保护体系的构建》，法律出版社2008年版，第72~89页。

^② 叶慧娟：《网络虚拟财产的刑法定位》，载《东方法学》，2008年第3期。

种服务合同关系,玩家通过网络使用费的形式取得游戏运营商的服务,接受运营商的相应条款,从而获得网络账号、ID等,然后通过点击账户、密码等而获得进入并使用不同虚拟空间的权利,获得相应服务包括获得虚拟财产如游戏装备等,并获得将这种财产存放于运营商的服务器中的权利。相应的,运营商承担着相应的保管义务,当然也享受着收取网络服务费的权利。在这种意义上,玩家或用户的这部分虚拟财产存储于运营商服务器上的情形,类似于银行客户将钱物存储于银行账户上。银行是客户资金的保管人和实际占有人,客户的存款如果被盗,银行应当承担赔偿责任。相应地,游戏服务器运营商对玩家的虚拟财产也承担着保管的责任。这就决定了其他人盗窃所谓的虚拟财产,实际上是对服务器运营商而不是对用户或玩家本身的盗窃。同样地,盗窃者也不可能将该财物拿走,也只能存放在游戏运营商的服务器上或者干脆删除、修改这一段字符串。因此,与其说盗窃虚拟财产者侵犯了游戏玩家的虚拟财产权,还不如说是侵犯了游戏运营商的数据。

三、虚拟财产的无限性特点决定了它不应成为盗窃罪的犯罪对象

众所周知,游戏中的虚拟财产如“武器装备”等,特别是游戏运营商所拥有的这些“武器装备”的数量,并不是一个恒定的数目,它可以随着数据的改变而增加,可以说是取之不尽、用之不竭的。前例中所举的重庆审判的案例即可以说明这一观点,行为人盗取他人的久游币、联众币、魔兽点卡等,并不会导致被盗者的联众公司等实际财产减少。联众等公司完全可以通过自己的计算机系统增加其虚拟的财产价值,从而填补其被盗的这些虚拟财产。也就是说,运营商或者开发商所拥有的虚拟财产是无穷无尽的,只要他们愿意想增加多少就可以增加多少,要多少就有多少,这取决于他们怎样在计算机系统中设置字符串,而不是取决于他们从事了多少劳动。对这样一种可以无穷无尽的、随开发商或运营商意愿决定多少的字符串给予一种类似于物权的保护,笔者认为是不合适的。

对此我们可以与侵犯商业秘密的行为进行类比。在侵犯商业秘密的行为中,包含以盗窃的方式侵犯他人的技术秘密。但是,立法者认为这种盗窃技术秘密的行为并不会因为盗窃行为而使技术秘密的拥有者减少其对技术秘密的拥有。虽然盗窃行为会使拥有者面临收益减少的可能,可能使技术秘密的权利人因为技术秘密成为公开的东西从而失去市场竞争优势,但技术秘密本身并没有因为盗窃者盗窃而使权利人减少了对它的占有。这也是使盗窃他人技术秘密不成为盗窃罪的一个重要原因。^① 侵犯他人的虚拟财产的行为,也具有类似的行为特征。权利人——运营商并不因为他人窃取其虚拟财产而减

^① 实际上,窃取他人商业秘密的行为是可能完全占有他人的秘密而使权利人完全丧失对商业秘密的占有。如将他人记载商业秘密特别是技术秘密的图纸盗走,而权利人又没有其他备份的情形。这里只是便于比较,将只是复制他人商业秘密而权利人手中仍占有相应的商业秘密的情况进行比较。

少其虚拟财产的数量，这种虚拟财产具有无限性的特点，因而也不应将其作为盗窃罪的犯罪对象。如果我们认为虚拟财产应作为盗窃罪的犯罪对象，那么就可能得出一个十分荒谬的结论：某一款游戏的运营商可能拥有超过人类所有真实财产无穷倍数的所谓财富；假设某一游戏的虚拟财产设定为1万亿元人民币的虚拟财产，如果某一黑客或者入侵者，控制了这一游戏的计算机系统，或者删除了该游戏系统，我们是不是可以说他盗窃了1万亿元人民币他人财产或者毁坏了他人1万亿元的财产呢？

四、虚拟财产的可复制性决定了对它的盗窃应采取与普通盗窃不同的处理方法

由于虚拟财产是一种存在于运营商服务器中的一串数据符号，因此它与银行的客户资金数额不同，不需要客观的、真实的社会财产与之相对应。它的增加或减少并不是真实的社会劳动的产物，而是数据改变的结果。虚拟财产的可复制性或者可以无穷增加性决定了对它的窃取不应与一般的对财产的盗窃采用同样的处理方法。游戏运营商计算机中的虚拟财产具有可复制性，可以无限增加。同时，游戏运营商可以通过复制、备份的手段保护这一数据，即使他人删除、破坏、减少了其相应的电磁数据或虚拟财产，也可以通过恢复备份的形式使自己的数据得到恢复，从而使其财产并没有受到实际的损失。

也许是因为台湾地区理论界意识到，电磁记录与电能、热能等毕竟不同，电能、热能经使用即消耗，而电磁记录并不具有一般动产的这些属性，行为人窃得他人的电磁记录后，并不一定会同时破坏他人对该电磁记录的持有。而在刑法理论与实务中一向认为，窃盗须符合破坏他人持有、建立自己占有之要件。而电磁记录的可复制性使得盗窃电磁记录的行为可能并不具备窃盗罪的这一特点。也许是考虑到这一点，也许是因为台湾地区的“立法者”感觉虚拟财产确实不同于普通财产，不能适用对于财产盗窃的一般规定，台湾地区于2002年底又通过“刑法修正案”，将上述“1997年刑法修正案”规定中的“或电磁记录”几个字删除，因而在动产中不再包括“电磁记录”的内容。为对电磁记录进行保护，台湾地区又于2003年6月27日在其“刑法”中新增“计算机犯罪”专章，其第359条规定：“无故取得、删除或变更他人电脑或其相关设备的电磁记录，致生损害于仅从或他人者，处五年以下有期徒刑、拘役或者科或并科二十万元以下罚金。”而将盗取虚拟财产的行为作为盗窃罪处理，显然没有考虑到虚拟财产的这一可复制的特点。

五、对盗窃网络虚拟财产按盗窃罪处理可能导致不公平

如果对窃取网络虚拟财产的行为按照盗窃罪定罪处罚，也就意味着它具有盗窃罪对象——财物的意义，那么可能出现的问题就是对运营商的不公平或者造成运营商责任太大。因为，我们知道如果认为虚拟财产具有与真正财产同样的意义——是玩家拥有的财产，那么运营商就承担了对玩家财产的保

管义务。未经玩家同意,运营商不能处置该财产,正如银行存折上的存款数额一样,银行承担着在任何时候予以兑付的义务。但是游戏运营商与银行不同,银行取消存款业务的可能性几乎不存在,因此除非银行破产,存款人在银行的存款就仍然存在,即财产权仍然存在。而游戏运营商的运营情况则无法与银行相比,运营商可能因为某一款游戏玩家太少而不愿意再维持下去,即可能终止某款游戏。此时,其对玩家的虚拟财产如何处理?如果运营商不将虚拟财产交付给玩家则明显侵犯了玩家的虚拟财产所有权。把该虚拟财产交给玩家,玩家在离开了运营商的服务器后该虚拟财产的价值等于零,那么玩家的虚拟财产价值如何实现?如果运营商将虚拟财产折合成真实财产交付给玩家,那么运营商支付得起吗?按照我们目前主张对虚拟财产按照真实财产保护的观念来看,虚拟财产的价值是很大的。对于如此巨大的虚拟财产,游戏运营商显然承担不起终止一项游戏的虚拟财产支付成本,必然导致无穷的诉累。但不终止大量亏本的游戏,又必然陷入恶性亏损之中。如何抉择?

又假设游戏运营商网络服务器被攻击或存储在服务器中的客户的虚拟财产被盗窃,按照虚拟财产是财产的观点,则运营商承担着保管不善而引起的赔偿责任,此时如何赔偿?

又假设客户不想再玩某款游戏,要求将虚拟财产退还给运营商?是否可以允许?如果不允许,则这一财产又如何实现其价值?如果允许,运营商能否承受得起?

反之,如果将虚拟财产认定为玩家的个人财产,是玩家个人进行保管的财产,则玩家承担着整个财产的保管责任,其被盗与游戏运营商无关。那么,要无法控制游戏运营商服务器的玩家来承担自己虚拟财产的全部损失,同样也是不公平的。而且不通过运营商的服务器,该“财富”是不能被盗的,凭什么要求玩家承担这样的损失?

六、对盗窃虚拟财产按盗窃罪处罚有违罪刑相适应原则

对盗窃虚拟财产按盗窃罪处罚太重,有违罪责刑相适应原则。根据我国《刑法》的规定,除了盗窃金融机构或者珍贵文物且数额特别巨大,后果特别严重的外,其他盗窃罪的法定最高刑为无期徒刑。也就是说,如果将虚拟财产作为财产看待,如果盗窃虚拟财产数额特别巨大,后果特别严重,则可能对行为人适用无期徒刑的刑罚。重庆市九龙坡人民法院审理的案件已经揭示出这种刑罚适用的可能性。从法院的审理来看,如果认为虚拟财产是盗窃罪的犯罪对象,则这样处理是没有错误的。但笔者认为,对于盗窃他人玩具或者他人具有无穷数量的电磁数据的行为,这样处罚实在是太重了,这也反过来表明,对盗窃虚拟财产行为适用盗窃罪进行处理是不适当的。另外,据有关资料表示,为保护网络游戏运营商的权利,目前国家将制作非法的外挂

程序从游戏服务器里快速“抢劫”财产的行为作为盗版行为处理。^① 如果从罪刑相适应的原则角度考虑,对“抢劫”虚拟财产的行为作为盗版行为处理,其法定最高刑为7年有期徒刑,而对以秘密窃取方式非法占有他人虚拟财产的行为却可以适用法定最高刑为无期徒刑的盗窃罪,显然做不到罪刑相适应,有违罪刑均衡原则。

七、对虚拟财产给予刑法保护与给予普通财产权的刑法保护是两回事

应当给虚拟财产以必要的刑法保护,这一般来说可以达成共识,但是应当给予刑法保护与应当给予普通财产权同等的刑法保护则是两回事。这在刑法领域中,也是一个正常的现象,甚至对属于实实在在的财产也不一定给予普通财产权同样的保护。例如,知识产权无疑属于财产权,知识财产属于财产,这应该没有什么争议,否则它就不能称为“产权”。但是对于这种财产,虽然对其给予了刑法保护,但并不给予其与普通的动产或不动产相同的刑法保护。例如,在我国《刑法》中,对于侵犯知识产权的犯罪集中规定在破坏社会主义市场经济秩序罪一节中。对于比较典型的偷盗知识产权的犯罪,如盗版、盗窃他人商业秘密的行为、盗用他人商标的行为,并没有给予与侵犯普通的财产权相同的保护。就法定刑而言,也存在着较大的差别。盗窃普通财产犯罪,其法定刑最高为无期徒刑,如果盗窃的是金融机构、珍贵文物,则其法定最高刑可达死刑。而对以盗窃的形式侵犯知识产权的犯罪,其法定最高刑为7年有期徒刑,不存在适用无期徒刑或者死刑的可能。又如《法国知识产权法典》规定,因违反法律和政令对著作权的规定,出版文字作品、乐谱、图案、绘画作品及其他作品,不论是印刷或刻录,全部或部分,均构成侵犯著作权犯罪。对其的处罚为3年监禁及30万欧元的罚金,如该犯罪出自于有组织的行为,处罚将为5年监禁及50万欧元的罚金。同时,违反法律、政令规定对作者享有著作权的作品以各种方式和手段复制、公开展示及发行散布的行为也以侵权犯罪论处。未经表演者、音像作品制造者及音像传播企业的同意,有偿或无偿的固定、复制、散布及向公众提供或者电视传播,未经许可不得进行的一项服务、录音录像制品或一项节目的行为,或者未经音像制作者、表演者同意,对未经允许不得进行的录音录像制品,实施出口和进口行为的,处以3年监禁及30万欧元罚金。另外,因个人复制、公共传播及录音的电视传播,未向作者、表演者、录音录像作品制造者支付报酬的,当该犯罪出自于有组织的行为,处罚为5年监禁及50万欧元的罚金。而根据《法国刑法典》的规定,无暴力的盗窃普通财产的法定刑为7年监禁并科70万法郎罚金;团伙型无暴力盗窃,其法定刑为15年行刑并科100万法郎。对知识产权性质的财产,其保护力度(主要体现在法定刑上)不及普通财产,

^① 韩学义:《盗窃对象的界定——所有权客体的扩张对认定盗窃罪的影响》,载《佳木斯大学社会科学学报》,2003年2期。

在中国如此，在法国也如此。

如果我们能够认同虚拟财产权对国家、社会的重要性不及知识产权的重要性、对虚拟财产权的侵犯其危害性不及对知识产权侵犯的危害性大，那么顺理成章的结论应该是，对虚拟财产的刑法保护不应强于对知识产权的刑法保护。同样顺理成章的是，对侵犯虚拟财产的行为的刑罚处罚就不应重于侵犯知识产权犯罪的刑罚处罚。从而也就顺理成章地得出结论，对盗窃虚拟财产的行为就不应适用盗窃罪的刑法条款。

我国《刑法》实际上为盗窃虚拟财产的行为适用刑法提供了可能。《刑法》第286条第2款规定，违反国家规定，对计算机系统中存储、处理或者传输的数据，进行删除、修改、增加的操作，后果严重的，处5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。笔者认为，该规定应该作为处理盗窃虚拟财产行为的法律依据，即将虚拟财产作为计算机信息系统的信息而不是作为与现实当中的财产相同的财产来处理。这样既可以避免运营商拥有无穷无尽的财富的不合理结论，避免对盗窃虚拟财产按盗窃罪处理处罚过重的现象，同时也避免了出现对虚拟财产的刑法保护强于对知识产权的刑法保护的失衡现象。对海峡两岸对虚拟财产的保护，应当采取一致的认定标准，即认定它作为对计算机数据的侵犯，便于两岸在此种行为处理问题上的司法合作。

台湾地区审检机关对贩毒案件中交易 毒品事实认定的证据法则

——以台湾地区“最高司法机关”2004 年度台上字第 5742 号、2006 年度台上字第 948 号、
2006 年度台上字第 3028 号三件判决探究

刘邦绣*

一、前言

自从鸦片、可卡因等药物被人滥用成为毒品之后，人类就与毒品犯罪进行了艰苦并持久的斗争，以期消灭毒品犯罪。世界各国都能看到毒品犯罪的踪影，也都将毒品犯罪视为严重犯罪，但是，现实是残酷的，道高一尺，魔高一丈，毒品犯罪在全人类的“围剿”之下，不但没有消亡反而呈愈演愈烈之势，染上毒瘾的人口和地区也越来越多，毒品对社会的危害程度也越来越大。毒品不仅直接对人类身心健康造成重创，而且往往与黑道、杀戮、抢劫、盗窃等其他严重刑事犯罪相伴随，同时，还对社会的经济增长、政治稳定和文化发展带来方方面面的消极影响。根据不同途径的估计，全世界的毒品交易额已经超过了石油产品的交易额，甚至高于全球食品和教育事业的总投资，最为可憎的是毒品会消磨掉一个民族的意志和精神。

近年来，台湾地区的毒品问题，^①已成为严重之社会问题，尤其因取得购毒之昂贵花费所衍生之犯罪^②及共用针具引发的艾滋病问题。从 2003 年至 2005 年，台湾地区每年新增的艾滋病病毒感染人数均成倍增加，是台湾

* 曾任台湾地区新竹、台中地方法院检察署检察官、“法务部”检察司检察官，台湾地区中正大学及玄奘大学兼任讲师，现任台湾地区台中地方法院法官。

① 以毒品而言，台湾地区早期（日治及光复初期）所使用较普遍的毒品以鸦片为主，在上世纪 50 年至 60 年代则流行吗啡、大麻，随后 70 年代的吗啡、强力胶，之后又出现速赐康、红中、白板，到 80 年代速赐康被严禁使用，吗啡、红中、白板、青发却大肆其虐，而 90 年代则以安非他命（Amphetamine）、快乐丸（MDMA）、吗啡为主，迄现在 2000 年以来则以海洛因、安非他命及新兴毒品之泛滥为主。

② 究竟是使用毒品导致犯罪，或是处罚使用毒品而导致犯罪？就经济分析角度观察之，与其说毒品造成治安恶化，不如说处罚之管制手段本身导致使用毒品者必须以犯罪手段取得购毒资金而犯罪。参见蔡维佑：《国家管制使用毒品行为之正当性》，台湾大学法律研究所硕士论文 2006 年，第 115 页。

地区艾滋病疫情最为严峻时期。其主要原因是毒瘾者施打毒品共享针具,尤其2005年新增艾滋病感染者有七成都是毒瘾者^①,迄2006年止总计以针头注射毒品感染艾滋病之人数已达5034人。在监所艾滋病感染收容人数,2005年底有1742人、2006年底有2763人、2007年底有2180人^②,并已达到不容忽视之程度。台湾方面投入相当多的关注及人力、物力,然而对此积弊已久之毒瘤仍显示出束手无策之窘态。依据台湾地区的法务统计数据显示:2007年底在监受刑人40461人,较上年底51381人减少10920人即21.3%。在监受刑人中,以毒品犯14162人占35.0%居首,新入监毒品犯10093人中,属第一级毒品(主要是海洛因)者为7531人,第二级毒品(主要是安非他命类)者2388人,属使用毒品犯为8710人,有毒品前科犯罪者7278人占83.6%。2007年台湾地区各地方法院检察署新收毒品侦字案件86000件(其中第一级毒品占60.6%,第二级毒品占38.2%,余为第三与第四级毒品及其他),较上年增加13.4%。在新收毒品案件当中,使用行为者约为77000件(含兼使用17件)占89.1%,较上年增加10.8%,其中属第一级毒品罪者为18000人,第二级毒品罪者约8600人,余为第三、四级毒品者及其他。定罪者中,纯使用者为23000人,占86.2%;纯制卖运输者为1522人,占5.6%。至于毒品案件之累犯、再犯人数中具有毒品罪前科者约为22000人,占毒品罪人数比率为80.1%。^③

自1994年起,台湾方面宣布向毒品宣战,与民众一起努力共同反毒,宣示采取所谓标本兼治的反毒策略,以断绝供给及减少需求双管齐下。又为有效防治毒品犯罪,乃于1998年5月20日公布“毒品危害防制条例”,用以取代“肃清烟毒条例”及“麻醉药品管理条例”。自此将毒品犯罪者之定位与罪责做重大的变革,视使用毒品者为兼具病人与犯人的角色,采取有条件除刑不除罪的原则,改变了过去对使用毒品犯罪只重视刑罚之处遇方式,转而重视其心理依赖之改善、心灵之重建,期盼能经由司法及矫正机关协助个人培养有效阻绝毒品使用之能力,远离毒害。但经历十余年反毒作战之努力,其泛滥情形改善仍然有限,反而更因此而引起艾滋病等重大之公共卫生疾病扩散问题。又由于过于严厉查禁,毒品价额高涨,毒枭获利丰厚,毒品走私依然猖獗,因吸毒者所引发的社会问题仍旧层出不穷,戒毒成效备受质疑。

台湾地区自1987年“解严”之后,新思潮及自由主义思想冲击传统道德规范与原有社会秩序,政治、经济、社会民主化,随之而来的社会问题可说是层出不穷。在人民自由意识高涨的21世纪,毒品、黑枪、帮派已随

① 参见台湾地区法务主管部门编:“2007年反毒报告书”,2007年版,第113页;台湾地区研究会委托研究,研究主持人杨士隆:《毒品问题与对策》,2005年版,第39~41页。

② 台湾地区法务主管部门统计处:“法务统计摘要”,2008年版,第8页。

③ 台湾地区法务主管部门最新统计资料, <http://www.moj.gov.tw/cl.asp?xItem=35128&CtNode=11604&mp=001>,最后访问时间:2009年11月15日。