

THE FOREFRONT OF JUSTICE

THE LATEST CASES AND MATERIALS
OF COURTS OF BEIJING

审判前沿 新类型案件 审判实务

北京市高级人民法院/编

总第36集

- ◆ 利用WAP技术传播淫秽电子信息点击数的认定
——罗某等传播淫秽物品牟利罪法律问题研究
- ◆ 保险合同免责条款的适用问题研究
——戴某诉中国太平洋财产保险股份有限公司北京分公司保险合同纠纷案法律问题研究
- ◆ 保证责任与单方民事法律行为如何区分
——超越公司诉李某合同
- ◆ “事后”合同诈骗中“事先”
——被告人冯某合同诈骗
- ◆ 劳动关系存续期间非因劳动者故意造成用人单位财产损失的应由其按内部规定处理
- ◆ 以商品本身的形状申请立体商标注册的应证明其经过使用取得显著特征



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

**THE FOREFRONT
OF JUSTICE**

THE LATEST CASES AND MATERIALS
OF COURTS OF BEIJING

审判前沿
新类型案件审判实务

2010年第6集 · 总第36集

北京市高级人民法院/编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

审判前沿:新类型案件审判实务.总第36集/北京
高级人民法院编. —北京:法律出版社,2011.3
ISBN 978-7-5118-0573-7

I. ①审… II. ①北… III. ①审判—案例—研究—中
国—丛刊 IV. ①D925.05-55

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第030654号

审判前沿

——新类型案件审判实务.总第36集
北京市高级人民法院编

编辑统筹 法律应用出版分社
责任编辑 何海刚
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶 松

开本 787×960毫米 1/16

印张 12.25

字数 217千

版本 2011年3月第1版

印次 2011年3月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-0573-7

定价:28.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

审判前沿

新类型案件审判实务

编辑委员会

主任：池 强

副主任：王振清 贺 荣 周继军 翟晶敏 孙 力
于建伟 鲁桂华 高晓陵

委员：（按姓氏笔画排列）

王 飞 何通胜 陈海鸥 陈锦川 邵明艳
张晓琨 张美欣 张柳青 黄宝耀 程 琥
靳学军 谭京生

编辑部

主 编：王振清

副主编：靳学军 范跃如

编 辑：张农荣 唐 明 张新平 乔新生 万 钧
刘晓虹 欧彦峰 刘书星

目 录

案例研究

- ◆利用 WAP 技术传播淫秽电子信息点击数的认定
 - 罗某等传播淫秽物品牟利罪法律问题研究 于同志(1)
- ◆财产保险合同效力和保险责任承担问题研究
 - 祁某诉中国人民财产保险股份有限公司太原市分公司
南城营销服务部财产保险合同案法律问题研究
..... 张英婷 乔学慧(11)
- ◆遗嘱语义不明确时的真意推定
 - 古某诉古某某等三人遗嘱继承纠纷案法律问题研究 刘惠楠(17)
- ◆保险合同免责条款的适用问题研究
 - 戴某诉中国太平洋财产保险股份有限公司北京分公司
保险合同纠纷案法律问题研究 李有光 李 湘(23)
- ◆单位组织拓展训练的活动性质及责任承担
 - 李某诉北京某文化发展有限责任公司及北京某建筑设计
事务所侵犯生命权、人身权、健康权案法律问题研究
..... 冯 慧 董 建(29)
- ◆工伤认定案件中“机动车”的范围如何确定
 - 韦某家属诉北京市怀柔区劳动和社会保障局不服非
工伤认定结论案法律问题研究 赵华军(34)
- ◆财产保全异议审查过程中法律程序的适用
 - 杨某、刘某诉张某、北京鑫天置地房地产经纪有限公司、
中国嘉陵工业股份有限公司(集团)房屋买卖合同案
法律问题研究 田国庆 尹宏伟 王志刚(40)
- ◆交通肇事后报警等待处理行为性质之认定
 - 岳某交通肇事案法律问题研究 张英周(45)

疑案探讨

- ◆交强险投保人未履行如实告知义务保险公司仍应承担赔偿责任
——罗某某诉夏某某等道路交通事故人身损害赔偿案
法律问题探讨 吴娜 杨帆(49)
- ◆用人单位收取劳动者风险抵押金的合法性研究
——舒某某诉被告北京城建五建设工程有限公司劳动
争议案法律问题探讨 程屹(54)
- ◆语言、行动障碍的完全民事行为能力人不需设立监护人
——史某诉郭某监护权纠纷案法律问题探讨 魏志坚(60)

案例分析

- ◆保证责任与单方民事法律行为如何区分
——超越公司诉李某合同纠纷案相关法律问题分析 叶永尧(63)
- ◆保安监视下的盗窃是犯罪既遂还是未遂
——刘某某盗窃案相关法律问题分析 陈轶(66)
- ◆“事后”合同诈骗中“事先”部分是否计入诈骗数额
——被告人冯某合同诈骗案相关法律问题分析 肖先华 赵佳(70)
- ◆被扶养人生活费的计算以扶养人还是被扶养人的身份为标准
——于某等诉李某、某保险公司道路交通事故人身损害
赔偿纠纷案相关法律问题分析 程杰 王琳(75)
- ◆农民在城镇务工多年交通事故赔偿标准应按居民标准赔偿
——张某诉北京宏福华信混凝土有限公司等道路交通
事故人身损害赔偿案法律问题分析 王玉民 刘洋(78)
- ◆特定活动组委会法律责任的承担
——曹某诉四达国际旅行社承揽合同纠纷案相关法律
问题分析 罗红斌 张建超(82)
- ◆相邻损害防免关系的认定
——刘甲诉刘乙相邻关系案相关法律问题分析
..... 李明霞 郭丽丽(86)
- ◆一般侵权案件中相关主体的注意义务与告知义务的认定
——张某、李某诉赵某、南村、北村侵权纠纷案相关法律
问题分析 张宗伟 姚玮东(89)

◆转化型抢劫犯罪既遂的认定

——麻某抢劫案相关法律问题分析 张亚林 张金龙(93)

◆在网站上发布广告的行为属于《反不正当竞争法》还是
《广告法》的调整范围——北京某教育科技有限公司不服工商行政处罚案
相关法律问题分析 董巍(97)

观点争鸣

◆劳动关系存续期间非因劳动者故意造成用人单位财产

损失的应由其按内部规定处理 徐宪龙(101)

◆裁定驳回起诉与判决驳回诉讼请求的适用条件 李双(103)

◆代位执行已经法院确认的到期债权第三人是否享有

异议权 苏保全 曹丽丽(108)

参阅案例

◆非法拘禁过程中殴打被拘禁人致轻伤的行为应如何定罪 (111)

◆如何认定和采信电子证据 (114)

◆以商品本身的形状申请立体商标注册的应证明其经过

使用取得显著特征 (118)

◆职工在参加团队组织的活动中受伤应当认定为工伤 (121)

热点问题聚焦

◆关于全市法院开展执行听证、信访听证情况的调研报告

..... 北京市高级人民法院研究室(124)

◆关于法定审限外结案的司法统计分析

..... 北京市高级人民法院课题组(133)

法律文书之窗

◆北京市高级人民法院民事判决书

——[2010]高民终字第1411号 (153)

◆北京市高级人民法院民事判决书

——[2009]高民再终字第5289号 (161)

司法文件

- ◆北京市高级人民法院《关于审理涉众型经济犯罪案件的
若干意见(试行)》…………… (172)
- ◆《北京市法院行政审判绩效考评实施办法》…………… (175)

【案例研究】

利用 WAP 技术传播淫秽电子信息
点击数的认定

——罗某等传播淫秽物品牟利罪法律问题研究

于同志*

一、据以研究的案例

检察院的起诉书指控,被告人罗某在担任北京轻点万维电信技术有限公司(以下简称轻点万维公司)无线互联网业务部主管期间,指使下属被告人杨某、被告人袁某、被告人丁某在本公司内通过联通 WAP 业务传播淫秽电子信息,经鉴定于 2007 年 1 月 1 日至 2007 年 5 月 9 日共上传 28 张淫秽图片,点击量达 253,335 次。四被告人的行为触犯了《刑法》第 363 条“以牟利为目的,制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品情节特别严重的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产”的规定,应当以传播淫秽物品牟利罪追究其刑事责任。

被告人罗某、杨某、袁某、丁某及其辩护人在法庭审理中,均对公诉机关指控的淫秽图片的点击量提出异议,认为公诉机关认定点击量达 25 万余次的证据不足;由于一页多图、产品合格率、自主点击等因素的存在,涉案淫秽图片的实际点击量应远低于公诉机关指控的 25 万余次;公诉机关指控的淫秽图片点击量,没有考虑到联通公司在《中国联通增值业务提供商运行维护管理要求》中提出的 WAP 业务“60% 页面访问成功率”,由此导致淫秽图片实际点击量的认定明显失实,请求法院在查明实际点击量后依法予以从轻、减轻或者免除处罚。

一审法院经审理查明:轻点万维公司系一家移动增值业务的提供商,根据其

* 北京市高级人民法院法官,法学博士。

与中国联通签订的《中国联通公司移动增值业务合作协议》，在中国联通移动网络及各类移动增值业务平台上，向联通手机用户推出各类信息服务、应用等移动增值服务。移动增值业务以“联通无限”为总体品牌，主要业务包括联通在信、互动视界等。其中，互动视界业务主要指基于无限应用协议(WAP)的信息浏览及图片、音乐、动画下载、信息推送、交互应用和电子商务应用等业务。轻点万维公司与中国联通按照双方约定的比例享有互动视界的收入分成。另根据《中国联通增值业务提供商运行维护管理要求》，WAP 业务页面访问成功率高于 60%。

轻点万维公司下设无限互联网事业部，具体负责 WAP 业务，主管是被告人罗某，其下属被告人杨某担任产品组的经理，被告人袁某、丁某担任产品编辑，产品组对信息进行编辑后上传公司服务器，联通手机用户通过点击该公司的主页栏登录联通 WAP 网页即可浏览相关信息。为了提高联通 WAP 网页的点击率，增加公司收入，罗某指使杨某、丁某、袁某向 WAP 页面上传淫秽信息。袁某遂在丁某的安排下编辑、制作完成了包含 28 张淫秽图片的 WAP 产品，并经杨某审核后，由袁某上传至公司服务器。经鉴定，2007 年 1 月 1 日至 2007 年 5 月 9 日间，28 张淫秽图片的内容请求数为 256,622 次，经专用工具计算页面点击数并排除自点击后，淫秽图片的实际被点击数为 82,973 次。后四被告人被查获。

一审法院经审理认为，轻点万维公司无限互联网业务部以公司牟利为目的，利用互联网及移动通讯终端传播淫秽电子信息，情节严重，妨害了社会管理秩序，被告人罗某、杨某作为该部门主管和产品经理，授意并指使下属上传淫秽信息，系单位犯罪中的主管人员；被告人丁某、袁某积极参与利用网络传播淫秽电子信息，系单位犯罪中的直接责任人员，均已构成传播淫秽物品牟利罪，依法应予惩处。公诉机关指控被告人罗某、杨某、丁某、袁某犯传播淫秽物品牟利罪成立。关于四被告人及其辩护人对淫秽电子信息点击量的辩解及辩护意见，本案开庭审理过程中，公诉机关当庭出示了北京网络行业协会电子数据鉴定中心京网协[2007]鉴字第 0148 号电子数据司法鉴定结论及补充材料的答复，拟证明根据服务器中的 Web 访问日志文件记录统计得出的 28 张图片的访问次数为 253,335 次。后经法定程序对点击次数进行重新鉴定，公诉机关又提交了国家信息中心电子数据司法鉴定中心作出的[2008]电鉴字第 10 号电子数据鉴定，结论是涉及淫秽图片的点击数量为 82,973 次，若按页面访问成功率 60% 计算则成功页面点击数量为 49,784 次。经查，国家信息中心电子数据司法鉴定中心[2008]电鉴字第 10 号电子数据鉴定，结论是 28 张图片可被应用服务器调用，调用方法为浏览页面的组成部分，其内容请求数为 256,622 次，经专用工具计算页面点击并排除自点击后，涉及淫秽图片的传播数量，即页面点击数量为 82,973

次。该份鉴定结论根据特定手机型号及特定互联网 IP 地址将为检验设备及网页性能的页面点击数予以排除,同时考虑到组成一个页面的所有图片请求是集中发送的,将 60 秒内所有由同一设备通过同一互联网 IP 地址向服务器发送的图片请求视为由一次页面点击产生,并据此计算得出了页面点击数量为 82,973 次。该份鉴定结论经具有鉴定资质的机构和鉴定人做出,较为科学,同时有四被告人的供述和证人证言相佐证,本院予以确认。但该份鉴定意见采用了《中国联通增值业务提供商运行维护管理要求》,并计算得出成功页面点击数量为 49,784 次,由于实际点击成功率的数值无法查实,且 60% 的页面访问成功率的标准并没有出现在涉案的服务器中,无法作为排除的依据,鉴定人据此做出的分析意见,本院不予确认。根据《刑法》第 52 条、第 53 条、第 64 条、第 363 条第 1 款、第 366 条及最高人民法院、最高人民检察院《关于办理利用互联网、移动通讯终端、声讯台制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 1 条第 1 款第 4 项、第 2 条之规定,于 2008 年 12 月 20 日判决:(一)被告人罗某犯传播淫秽物品牟利罪,判处有期徒刑 5 年,并处罚金人民币 5000 元;(二)被告人杨某犯传播淫秽物品牟利罪,判处有期徒刑 4 年,并处罚金人民币 4000 元;(三)被告人丁某犯传播淫秽物品牟利罪,判处有期徒刑 3 年,并处罚金人民币 3000 元;(四)被告人袁某犯传播淫秽物品牟利罪,判处有期徒刑 3 年,并处罚金人民币 3000 元;(五)追缴轻点万维公司违法所得人民币 2 万元;(六)随案移送的被告人罗某使用的笔记本电脑 1 台、被告人杨某使用的笔记本电脑 1 台、被告人袁某使用的台式电脑主机 1 台、被告人丁某使用的台式电脑主机 1 台、轻点万维公司机房内的机架式服务器 6 台予以没收。

一审宣判后,罗某、杨某、丁某、袁某均不服,分别提出上诉,称原判认定涉案淫秽图片的点击量为 8 万余次有误,应以实际成功点击量 4 万余次来认定;原审法院擅自改变鉴定机关的鉴定结论不当,请求二审法院依法改判。二审法院经审理后,于 2009 年 3 月 26 日依法裁定驳回上诉,维持原判。

二、相关法律问题研究

WAP(Wireless Application Protocol)是一种向移动终端提供互联网内容和先进增值服务的技术。它结合了 Internet 和移动电话技术,只要有一部支持 WAP 的手机,即可随时随地通过手机浏览器浏览 WAP 站点的应用服务,如新闻浏览、股票查询、邮件收发、在线游戏、聊天。近年来,随着手机的普及以及移动通讯技术的快速发展,利用 WAP 技术制作、传播淫秽电子信息已经成为一种高发的新型“网络贩黄”违法犯罪。本案是全国第一起进入司法程序的利用 WAP 技术传播淫秽电子信息案,其涉及的法律问题曾引起法律界的广泛关注,

特别是,如何认定作为定案依据的、淫秽电子信息的实际被点击数,更是各方关注的焦点。在本案诉讼过程中,有两家鉴定机构应办案机关的要求,先后对点击数作了三次司法鉴定,但结论各有不同:第一次鉴定经对涉案服务器的 Web 访问日志进行分析,结论为 28 张淫秽图片的实际点击数量达 253,335 次;第二次鉴定结论考虑到失败的内容请求数、联通 WAP 页面访问成功率以及同一页面所含图片数等因素,得出图片的实际被点击数应为“不低于 21,387~37,427 次(平均值为 29,407 次),不高于 35,645~62,379 次(平均值为 49,012 次)”;^①第三次鉴定意见则认为,28 张图片的内容请求数为 256,622 次,经专用工具计算页面点击数并排除自点击后,涉及淫秽图片的传播数量即页面被点击数量为 82,973 次,如果考虑《中国联通增值业务提供商运行维护管理要求》中提出的“WAP 业务页面访问成功率”按照 60% 计算,则页面成功点击数量为 49,784 次。

根据 2004 年 9 月 3 日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理利用互联网、移动通讯终端、声讯台制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 1~2 条的规定,以牟利为目的,传播淫秽电子信息,实际被点击数达到 1 万次以上的,以传播淫秽物品牟利罪定罪处罚,处 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处罚金;实际被点击数达到 5 万次的,属于“情节严重”,处 3 年以上 10 年以下有期徒刑,并处罚金;实际被点击数达到 25 万次的,属于“情节特别严重”,处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产。可见,依据 3 次不同的鉴定结论判决案件,对被告人的量刑影响非常直接和明显。所以,如何在对上述司法鉴定结论进行科学评判的基础上,依法、合理地确定涉案淫秽图片的实际被点击数,成为本案得以妥当处理的关键。

(一) 淫秽电子信息的点击数可以作为定罪量刑的依据

本案在被检察机关提起公诉后,曾引发法律界对点击数能否作为定罪量刑依据的讨论。^②反对的观点认为,被告人上传的淫秽图片实际被点击多少次并不以被告人的意愿为转移,且点击数的统计难以做到真实、可靠,难以排除重复计算的数量,可能导致案件处理不公正,故不宜以淫秽电子信息的点击数为依据对被告人定罪量刑;肯定的观点则认为,淫秽电子信息的点击数可以作为定罪量刑的情节标准,这也是“两高”司法解释的立场。

我们认为,将淫秽电子信息的点击数作为定罪量刑的依据,基本上是合理的。从主观上看,行为人上传淫秽电子信息的动机往往是为了提高淫秽电子信

^① 李松、黄洁:“28 张淫秽照片 点击超 8 万 首起按点击定罪量刑案关注”,载《法制日报》2008 年 12 月 24 日。

息的点击数,提高页面的知名度,借以赚取广告费、会员费等,可以说,无论淫秽电子信息被点击多少次,均在行为人的意识范围之内、主观意料之中,均是其积极追求的结果;从客观上看,淫秽电子信息的实际被点击数能够体现此类犯罪的社会危害程度,点击数越多,一般意味着接触和受害者人数越多,社会危害程度也就相应的更加严重。所以,以点击数为依据定罪量刑,可以实现罚当其罪,不枉不纵。尽管尚存在一些问题,但在目前的技术条件下,它仍不失为一种相对合理的处理方案。^①从案件公正处理的角度看,本案主要还在于正确地认定淫秽电子信息的“实际被点击数”,而将虚增的、不正常的点击数量从中扣除掉。

(二)淫秽电子信息的内容请求数不等于实际被点击数

从现有的网络技术看,一个人对一张淫秽图片可以在同一时间内连续地多次点击,如在有些案件中,有人在短时间内疯狂点击淫秽电子信息,甚至在几小时内点击数千次、上万次;而在手机上网的情况下,一篇文章可能需要点击8次、10次甚至更多次才能浏览完,这样接触者仍只有一人;有些网站为了造势,将计数器设置为从某一个数字,如5万次、10万次开始计数;有些网页将计数器计数办法设置为他人点击一次计数器计数10次甚至更多。此外,多数网站在传播淫秽电子信息的过程中,往往还存在一个自点击的问题,一方面可能是为了增加点击数量,另一方面也在进行系统测试。故淫秽电子信息的点击数和传播人次不是完全的一一对应关系。在司法实践中,一方面应当根据有关司法解释确立的定罪处罚的数量标准进行,另一方面还应正确认识和处理淫秽电子信息的点击数与定罪量刑的关系,并根据实际情况做出审慎判断,在认定淫秽电子信息的实际被点击数时应将虚增的、不正常的数量从点击总数中减去,否则可能导致犯罪扩大化与刑罚过于苛重的不良后果。

就本案而言,在计算涉案淫秽图片的实际被点击数时,需要着重考虑以下两个因素:

1. 自点击的数量

在开庭审理中,四被告人及其辩护人均表示,本案存在自助点击和自助消费的情况。事实上,第一次鉴定结论认定的28张淫秽图片点击量253,335次中,确实可能包含自点击数,因为这些图片的点击次数是根据服务器的Web访问日志文件记录统计得出,而把所有的图片访问量均计入其中。

在鉴定机构应办案机关要求做出的第三次鉴定意见中,通过技术手段对自点击数进行了统计,并对自点击问题进行了补充说明:一是互联网内网IP地址

^① 于同志:《网络犯罪》,法律出版社2008年版,第114页。

访问,这些地址跟中国联通无关,不涉及淫秽图片传播;二是从技术角度分析手机终端设备,对同一页面非以正常浏览方式高密度访问,鉴定机构限定在同一设备(特定手机型号和特定互联网IP地址)将为检验设备及网页性能的页面点击数予以排除,通过同一互联网IP地址24小时内向同一网页发送页面请求50次以上的,为公司内网网页测试的自点击,不涉及淫秽图片传播。据此,排除了自点击数16,748次。

值得注意的是,通过IP地址来计算点击数,实际上就是将来自同一个来源的数次点击进行合并计算。有观点主张可按照此方法来计算所有网络传播淫秽电子信息的点击数。此方法的依据是CTR(点击率),CTR(Click-through Rate)亦称CR(Clicks Ratio)。例如,一张艳照的点击量是1000次,这也许是一个人一天里刷新了1000次。CRT不重复计算24小时之内相同IP的点击行为——因为相同的IP意味着相同的人:一个人看10,000次和看1次没有什么区别,较之实际传播给10,000个不同的人观看,社会危害性显然轻微得多。我们认为,这种方法对认定利用WAP技术传播淫秽电子信息的点击数有一定的可行性,因为手机终端设备不同于其他网络设备,使用人相对固定;而对于后者,在同一局域网内,如一个上千人的单位或者一个拥有数百台电脑的网吧,无论多少客户,无论在线观看淫秽电子信息多少次,也只计算一个IP地址,显然不够科学。

此外,一人利用同一IP地址多次访问淫秽电子信息而产生的点击数需不需要扣除,也是一个值得研究的问题。从实践看,一个人对一张图片可以多次点击,点击数与传播的人次确实不能等同,所以有观点主张,同一个人观看同一个淫秽电子信息,无论观看多少次,接触者只有一个,就应该只计算一次。也正是考虑到淫秽电子信息在网络传播中很可能发生的重复点击问题,“两高”司法解释大幅提高了定罪量刑标准,以牟利为目的,制作、复制、出版、贩卖、传播的淫秽电子信息实际被点击数达到1万次,才构成犯罪,这明显高于其他实物传播淫秽物品的人罪标准。在此前提下,如果再逐一扣除单人多次的点击数则不仅会增加司法操作的难度,还可能会放纵犯罪。正如有同志所说的,在使用手机访问WAP网页费用不菲的情况下,“同一个人对于同样的淫秽电子信息会有多大的兴趣反复观看呢?又有多少人会采取这样极端方式搞恶意点击呢?甚至可以反问,因为观看淫秽电子信息而实施性犯罪的犯罪分子,是不是因为重复观看了同样的淫秽电子信息而产生或者强化了犯意呢?”^①当然,使用手机访问WAP网页有其特殊性,由于屏幕小的原因,同一个淫秽电子信息可能需要多次点击才能够

^① 祝二军:“正确把握淫秽电子信息的点击数与定罪量刑的关系”,载《人民司法·应用》2008年第9期。

浏览一遍,从事理和情理上讲,对由此增加的点击数,如果有证据证明且能够区分的,应当予以扣除。

2. 一页多图的数量

在轻点万维公司的 WAP 网页中,一个页面由多个图片组成,而每张图片无法单独下载,只能作为页面的一部分被浏览。假设一个页面含有四张淫秽图片,当一个客户浏览了一个页面的时候,虽然只存在一个页面点击,但是每张淫秽图片都增加了一次图片请求,即一下子产生了四次图片请求,因此,每张淫秽图片的内容请求数并不等同于实际被点击数,而应当转化为页面请求数来计算。

由于点击一个页面产生的图片请求是集中发送的,经过专业工具(如微软的页面日志提取工具和根据分析所作的编程工具),就可以计算出实际的页面请求数,从而得出淫秽图片的实际被点击数。据此,第三次鉴定意见认为,凡是 60 秒内所有的由同一移动终端设备通过同一 IP 地址向服务器发送的图片请求数可以被界定为由一次页面点击产生,故对其该次鉴定出的淫秽图片请求数为 256,622 次,经专用工具计算页面点击后得出页面点击数为 99,721 次。这一数字扣除了自点击数 16,748 次,得出的 82,973 次,便是本案淫秽图片的实际被点击数。由于已经扣除了虚增的、非正常的点击数,该实际被点击数则可依法作为本案定罪量刑的情节标准。

(三) 认定点击数可以不考虑网络运营商承诺的页面访问成功率

由于网络容量、通路等技术原因,使用手机移动终端访问 WAP 页面,可能会出现访问请求不成功的问题。一般来讲,对提供淫秽电子信息链接的情况,计算实际被点击数时,指的应是直接真实有效的链接。对于无效的链接和不成功的访问所产生的点击数,如果有证据证明且能够区分的,应当予以扣除。这一司法操作规则主要针对具体层面的制作、传播淫秽电子信息而言,对于网络运营商在协议中承诺的“WAP 业务页面访问成功率”如何认定则需要另行考虑。

本案在审理中,四被告人及其辩护人提出认定淫秽图片的实际被点击数时,应考虑联通公司在《中国联通增值业务提供商运行维护管理要求》中提出的 WAP 业务“60% 页面访问成功率”;鉴定机构在第二次、第三次鉴定意见中,也把该 WAP 页面访问成功率作为认定或分析的依据之一。对此,一种意见认为,应当考虑该页面访问成功率,将淫秽图片的实际被点击数认定为 49,784 次。理由是:第一,60% 的页面访问成功率是联通公司与各移动增值业务商签订的协议中明确约定的,是客观存在的;第二,并非每次页面请求都能获得成功,如果失败则无法浏览淫秽图片,也就不会造成传播淫秽物品的后果;第三,从有利于被告人的角度,也应当予以考虑。

另一种意见则认为,60% 的页面访问成功率不应当予以考虑,涉案淫秽图片

的实际被点击数应为第三次鉴定意见确定的 82,983 次。理由是:第一,鉴定结论应当根据在案扣押的轻点万维公司服务器做出,但该 60% 的标准并没有出现在相关服务器中,是根据送检的《中国联通增值业务提供商运行维护管理要求》分析得来的,鉴定机构不应当做出如此分析意见,这一点也是公诉机关的意见;第二,60% 的页面访问成功率是一个不确定的概念,实际成功率可能是 60%,也可能是 90% 或者 100%,考虑这样一个不确定的概念并不科学;第三,排除了一页多图和自点击之后的页面点击数后,就是用户实际向服务器成功发送请求的点击数,既然已经扣除了相关不正常的访问数,自然就应是淫秽图片的实际被点击数。

笔者同意后一种意见。根据《中国联通增值业务提供商运行维护管理要求》中关于“WAP 业务页面访问成功率”的说明,“WAP 业务页面访问成功率”是指模拟测试机成功访问 WAP 服务占总访问次数的百分比。统计点是模拟用户体验后台程序,取值方法为统计模拟试机得到成功页面个数和总访问次数,计算二者的比值,指标要求 >60%。第三次鉴定意见认为,如果按照 60% 计算,则成功页面点击数量为 49,784 次。但该数值并不是确定的鉴定结论,而是鉴定人的一种分析意见。可以理解为,60% 的页面访问成功率只是联通公司提供的承诺,以保证运营商有足够的页面提供给客户,事实上联通公司也无法确定该访问成功率的精确范围,故在其《管理要求》中承诺可以达到大于 60% 的页面访问成功率,也就是说 60% 只是个下限,是个不确定的数值,故不宜作为排除不成功点击数的依据。所以,一、二审法院经审理认为,第三次鉴定意见指出 28 张淫秽图片的传播数量,即页面点击数量为 82,973 次,该数字是经过专用工具计算页面点击并排除自点击后得出的,已经扣除了不成功的点击数,是比较客观、科学的,也符合“两高”司法解释中的有关规定,应予采纳;而鉴定意见中根据行业的管理要求作出的 49,784 次成功点击量是个不确定的数量,应不予采纳。

(四)对点击数存在多重司法鉴定意见时需要审查判断其客观性

由于点击数对处理传播淫秽电子信息犯罪案件起着重要作用,是定罪量刑的重要依据,所以,点击数如何认定往往会成为案件审理中各方争辩的焦点。对一些比较复杂的案件,例如,可能存在虚增的、不真实的点击数,而控辩双方意见分歧很大,一时难以认定的,应当依据 2005 年全国人大常委会通过的《关于司法鉴定管理问题的决定》,委托在省级以上人民政府司法行政登记部门登记注册的具有声像资料鉴定资质的鉴定机构,特别是能够进行电子数据司法鉴定的机构,作出鉴定。当然,鉴定人不是“科学的法官”,鉴定结论也不是“科学的判决”。鉴定结论有时也会因为种种因素的影响和条件限制而不准确,同样必须经过查证属实才能作为定案的根据。特别是,当存在多重鉴定而结论又不相一致的情

况下,更需要审判人员对其科学性、客观性进行认真地审查、审慎地判断。目前审查鉴定结论环节存在的主要问题是,一些办案人员对于鉴定结论不审查,盲目轻信,拿来就用,这是必须要避免的。

就具体审查内容而言,结合本案,我们认为应当重点把握以下几个方面:

1. 审查鉴定的程序。审判人员在庭审过程中,应当认真审查鉴定的委托、鉴定机构和鉴定人的资质以及鉴定人的组成是否符合法定人数,是否应当回避,有无收受贿赂及其他非法交易等情形。凡出现上述违反法律规定的情形,都应当认为鉴定程序违法,鉴定结论不能作为定案的依据。

2. 审查鉴定的检材。要审查检材的来源、收集、封存、送检是否符合法定要求,检材的收集是否全面充分,检材与样品是否具有可对比性等。在本案中,第二次鉴定结论之所以不能采信,原因之一是送检的一台服务器并非该案原始扣押物证,该服务器被扣押后,侦查机关未能对其真实性、原始性及其与本案的关联性进行检查、检验,便将之与原始检材一并送检,由此导致整体鉴定结论的真实性、客观性存在疑点。

3. 审查鉴定的过程和方法。包括审查鉴定中使用的设备仪器是否具有先进性,有无可能导致检测数据失实的落后淘汰的设备,鉴定中采用的技术方法和原理是否得到行业的普遍认同,检测数据的观察、记录是否真实可靠,评判的依据是否符合法律规定,是否符合行业普遍认可的标准等。在本案中,第一次鉴定结论不能采信,就与其鉴定的方法存在瑕疵有直接关系。

4. 审查鉴定的分析、论证。鉴定的分析、论证具有一定主观色彩,所做的结论也是主观推定的结果,审判实践中应当特别注意审查鉴定结论的分析、论证是否充分合理,是否符合形式逻辑的论证规则,也就是说,论证与结论之间是否存在逻辑上的必然联系;同时还要鉴定结论与被检事实之间有无矛盾等。在本案中,第三次鉴定部分意见通过对 WAP 页面访问成功率进行分析,得出较少的“成功点击量”。审判人员通过对该鉴定意见进行审查,认为其分析、论证的理由不充分,且与被检事实之间存有一定矛盾,故而不予采信。

5. 审查鉴定结论与其他证据的关联性。鉴定结论在案件中可以是证明案件主要事实的直接证据,但更多的是不能单独直接证明案件主要事实的间接证据,只能从某一侧面证明案件的某一局部事实。作为间接证据的鉴定结论需要与其他间接证据相互衔接、相互印证,形成一个完整的证据链条。这个证据链条能够证明案件的所有事实要素,证明的案件事实都相互一致,不存在无法合理解释的矛盾。依此证据链条能得出唯一合理的结论,排除其他一切可能性。鉴定结论是完整证据链条中的一个环节,如不能与其周围的证据尤其是庭审查实的证据互相关联,导致证据链条中断,证明的案件事实不一致,存在无法合理解释的矛