

教育部人文社会科学重点研究基地  
中国人民大学刑事法律科学研究中心系列丛书

Cyber Crime and Security

# 网络犯罪与安全 2018

主 编 | 谢望原  
副主编 | 朱劲松 刘品新




教育部人文社会科学重点研究基地  
中国人民大学刑事法律科学研究中心系列丛书

Cyber Crime and Security

# 网络犯罪与安全 2018

主 编 | 谢望原  
副主编 | 朱劲松 刘品新



中国人民大学出版社  
· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

网络犯罪与安全. 2018/谢望原主编. —北京: 中国人民大学出版社, 2019. 5  
ISBN 978-7-300-26957-3

I. ①网… II. ①谢… III. ①互联网络-计算机犯罪-研究-中国 IV. ①D924. 364

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2019) 第 082451 号

教育部人文社会科学重点研究基地  
中国人民大学刑事法律科学研究中心系列丛书

**网络犯罪与安全 (2018)**

主 编 谢望原

副主编 朱劲松 刘品新

Wangluo Fanzui yu Anquan (2018)

---

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

电 话 010-62511242 (总编室)

010-82501766 (邮购部)

010-62515195 (发行公司)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

经 销 新华书店

印 刷 北京密兴印刷有限公司

规 格 185 mm×260 mm 16 开本

印 张 17.5 插页 1

字 数 409 000

邮政编码 100080

010-62511770 (质管部)

010-62514148 (门市部)

010-62515275 (盗版举报)

版 次 2019 年 5 月第 1 版

印 次 2019 年 5 月第 1 次印刷

定 价 68.00 元

---

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

# 序 言

FOREWORD

2015年5月12日，由中国人民大学刑事法律科学研究中心、中国犯罪学学会、腾讯研究院犯罪研究中心共同组建的“中国人民大学网络犯罪与安全研究中心”正式成立。事实上，自2014年以来，中国人民大学刑事法律科学研究中心即与腾讯研究院犯罪研究中心合作举办“互联网刑事法治高峰论坛”，目前已经连续成功举办四届，极大地推动了我国互联网刑事法治的研究进程，强化了我国教学研究部门与国家网络信息管理部门、司法实务部门、互联网企业之间的合作，产生了良好的科学研究效果和社会效果。为了进一步提高我国互联网刑事法治问题研究水平，为国家互联网刑事法治提供理论支持，中国人民大学刑事法律科学研究中心与中国人民大学网络犯罪与安全研究中心决定编辑出版《网络犯罪与安全》一书。

《网络犯罪与安全》原则上每年出版一部，主要研究互联网刑事法治问题，包括互联网刑事法治的政策性问题、互联网实体刑法问题、互联网刑事犯罪问题、互联网刑事法治与行政法治衔接问题等。本书以研究中国互联网刑事法治为主，同时关注国外互联网刑事法治研究状况，适当刊发外国学者关于互联网刑事法治的研究成果。

我们热诚欢迎国内外同仁惠赐有真知灼见的大作！

中国人民大学刑事法律科学研究中心  
中国人民大学网络犯罪与安全研究中心

2019年3月26日

# 目 录

## CONTENTS

中国网络犯罪研究的轨迹探寻 .....	王熠珏	1
热点与展望：我国网络犯罪问题研究的动态分析		
——基于近二十年间 CNKI 数据库的文献计量分析 .....	刘 军 王志鹏	20
网络犯罪治理的基本理念与逻辑展开 .....	孙道萃	34
互联网犯罪的跨境趋势 .....	门美子	45
网络违法行为的规制与惩罚 .....	时延安	50
人工智能时代刑法归责的走向		
——以过失的归责间隙为中心的讨论 .....	储陈城	59
大数据时代个人信息的法律保护 .....	陈宝贵	73
论侵犯公民个人信息罪的行为对象 .....	陈梦寻	87
网络中财产性利益的刑法保护路径分析 .....	任彦君	102
规范维护视角下虚拟财产的刑法保护 .....	胡宗金	114
破坏计算机信息系统罪司法实践分析与刑法规范调适		
——基于 100 个司法判例的实证考察 .....	周立波	124
《刑法》与《网络安全法》的衔接		
——从拒不履行信息网络安全管理义务罪切入 .....	周光权	137
网络服务提供者的间接刑事责任		
——兼论刑事责任与非刑事法律责任的衔接 .....	敬力嘉	150
网络服务提供者协助管理义务及刑事责任的边界		
——从“快播案”判决及相关评论切入 .....	皮 勇	166
论拒不履行信息网络安全管理义务罪中的“经监管部门责令改正” .....	赖早兴	185
非法利用信息网络罪的理解与适用 .....	张 尹	192
论“帮助信息网络犯罪活动罪”的性质 .....	雷 续	209
互联网医药中的犯罪问题研究 .....	张爱艳	221
英国网络欺凌的刑法规制及其对我国的启示 .....	王 波	230
网络犯罪证明简化论 .....	刘品新	256
电子数据证据评价问题研究 .....	罗文华	268

# 中国网络犯罪研究的轨迹探寻

王熠珏\*

**内容摘要：**伴随信息科技与互联网的迅猛发展，学界对网络犯罪的研究展现为网络犯罪现象之正视、网络犯罪范围之界定和网络犯罪治理之践行三个主题环节，既共识共存，又休戚相关。其中，对网络现象的认识围绕网络社会的特征探寻、网络犯罪的社会危害性对比和网络犯罪的立法模式选择三条思维路径展开，对网络犯罪范围的界定主要基于如何正确理解刑事扩张与刑法谦抑性两种对应的立场和思路进行，而关于网络犯罪量化标准与电子证据的探讨与当前司法实践的联系最直接。从结果上看，刑法学界二十多年来的网络犯罪研究进程，完成了对网络犯罪探索必要性的证明，突显了网络犯罪圈划定上的立场和分歧，开始了对司法实践的量化研究与国际合作的有益尝试。

**关键词：**网络犯罪 社会危害性 刑事扩张 量化标准 司法合作

## 一、问题缘起

这是最好的时代，也可能是最坏的时代。随着科学技术的突飞猛进，互联网由新兴、发展到日渐风靡，网络社会得以形成、构建和逐步崛起。时下中国，“互联网+”的理念已渗透到社会生活的各个角落，人们在享受网络给工作生活带来便利的同时，还可以通过现代科技手段与全世界的知识体系建立联系，利用丰富的信息渠道拓宽自己既有的知识边界。但始料未及的是，当人们在为网络技术取得的进步而欢呼雀跃、兴高采烈之时，网络犯罪犹如魑魅魍魉般如影随形，不断侵蚀着社会秩序，搅动着正常生活，同时还引发了刑法在信息时代的制裁瓶颈和解释危机。从1997年刑法首次将计算机犯罪纳入我国刑法规制的范围至今，学界围绕网络犯罪问题的探索、思考、建言从未停歇，正是由于学者们二十多年来对该领域投入了大量的心智和精力，才积累了如今关于网络犯罪的论文、著作、译作、文集等大量文献，以中国法学会刑法学研究会1997年至2018年的年会主题为线索，我们相信这样的研究旨趣在未来学术探索中还会一直持续。

\* 中国人民大学法学院刑法学专业博士研究生。

中国法学会刑法学研究会 1997 年至 2018 年的年会主题一览

时间	主题	分主题
1997	新刑法的贯彻与实施	
1998	新刑法实施以来在司法实践中所遇到的疑难、争议问题	
1999	新中国刑法建设 50 年研究暨 21 世纪刑法前瞻性研究	
2000	中国加入国际人权两公约的刑法协调问题；中国加入 WTO 后的刑法对策；西部大开发中的刑法协调问题；祖国统一中的刑法问题；计算机、网络、电子商务活动中的犯罪与刑法对策；金融犯罪问题	1. 关于计算机、网络、电子商务活动中的犯罪与刑法对策；2. 计算机犯罪的原因、表现形式以及发展趋势；3. 计算机犯罪的概念，电子商务犯罪、网络犯罪、计算机犯罪的比较研究；4. 计算机犯罪对传统刑法理论的挑战
2001	关于刑事法治建设；当前社会治安整顿治理中的刑法问题；职务犯罪疑难问题研究	
2002	1. 理论主题：犯罪构成与犯罪成立基本理论 2. 实务主题：维护社会稳定方面的刑法问题；西部地区犯罪	
2003	1. 理论主题：刑法解释问题研究 2. 实务主题：侵犯知识产权犯罪；金融诈骗犯罪与合同诈骗犯罪；公共卫生犯罪；非公有制经济刑法平等保护；刑事政策	
2004	1. 理论主题：死刑制度的改革与完善 2. 实务主题：腐败犯罪；侵犯知识产权犯罪；网络犯罪；未成年人犯罪；贩卖妇女儿童犯罪	网络犯罪的定义、构成要件特点及其犯罪化根据
2005	1. 理论主题：刑罚的裁量制度 2. 实务主题：渎职犯罪；《刑法修正案（五）》的有关问题	
2006	1. 理论主题：宽严相济的刑事政策与刑罚的完善 2. 实务主题：商业贿赂犯罪研究；刑法对非公有制经济的平等保护	
2007	和谐社会的刑法现实问题 1. 理论主题：单位犯罪基本问题研究 2. 实务主题：死刑司法限制适用问题研究；《刑法修正案（六）》理论与实务问题研究	
2008	1. 理论主题：改革开放 30 年刑法学的发展与研究 2. 实务主题：量刑规范化问题研究；责任事故犯罪研究	
2009	1. 理论主题：新中国刑法建设 60 年：回顾与展望 2. 实务主题：新中国刑法建设 60 年：研讨与适用	《刑法修正案（七）》的理解与适用；刑事和解制度的刑法学研讨；死缓制度适用与完善探究

续前表

时间	主题	分主题
2010	1. 理论主题：社会危害性理论问题 2. 实务主题：刑罚结构的调整与相关制度、死刑立法控制问题、黑社会性质组织犯罪、毒品犯罪	
2011	社会管理创新与刑法的变革 1. 理论主题：社会管理创新与刑法变革 2. 实务主题：《刑法修正案（八）》的理解与适用	
2012	1. 理论议题：当代中国刑法与宪法协调发展 2. 实务议题：若干重要领域民生的刑法保护问题研究	
2013	1. 理论议题：刑法与相关部门法的协调发展 2. 实务议题：当代中国腐败犯罪的防制对策研究	
2014	1. 理论议题：中国刑法学研究的回顾与前瞻 2. 实务议题：惩治危害国家安全犯罪暨恐怖活动犯罪的刑法对策研究；贪污贿赂犯罪的刑法治理问题研究；网络犯罪问题研究	网络犯罪问题研究： 1. 危害网络安全活动的刑法治理；2. 垃圾电子信息的刑法规制；3. 过失性网络危害行为的刑法规制；4. 网络传播有害信息的刑法规制；5. 网络诽谤、寻衅滋事等犯罪研究；6. 网络犯罪典型案例研究
2015	1. 理论主题：法治中国与刑法发展 2. 实务主题：治理腐败的刑事政策与刑法立法	
2016	1. 理论议题：刑法改革中刑法与行政法的关系问题研究 2. 实务议题：恐怖主义犯罪的司法适用；信息网络犯罪的司法适用；贪污罪受贿罪的司法适用	信息网络犯罪的司法适用研究： 1. 电信诈骗犯罪的司法适用；2. 网络空间犯罪定量评价机制之重塑；3. 网络服务提供者的法律规制对象
2017	1. 理论议题：刑法典颁行 20 周年来刑法立法的回顾与展望 2. 实务议题：金融秩序与安全的刑法保护；公民个人信息的刑法保护；中国区际刑法 20 年实践的检讨与发展	1. 刑法典颁行 20 年来的信息网络犯罪立法问题；2. 网络金融犯罪的法律规制问题；3. 公民个人信息的刑法保护
2018	1. 理论议题：十一届三中全会以来刑事法治的回顾与前瞻 2. 实务议题：企业产权保护领域刑法问题研究；扫黑除恶中的刑法适用问题研究；涉数据网络犯罪的刑法防治对策研究	1. 涉数据网络犯罪的立法防治对策研究； 2. 涉数据网络犯罪的司法防治对策研究； 3. 涉数据网络犯罪的定罪问题研究； 4. 涉数据网络犯罪的刑罚问题研究

从以上表格汇集的内容可以看出：刑法学年会自 1997 年全面修订刑法至今，总共召开了 22 届年度研讨会，平均每隔 3 年便对当下时兴的网络犯罪现象和刑事制裁困境进行一次总结性的梳理和探讨，尤其是近几年来对网络犯罪的研讨次数更加频繁。具体而言，会议主题涉及“计算机犯罪”内容的有 1 届；涉及《刑法修正案（七）》的理解与适用有 1 届；其中，明确涉及网络犯罪议题的有 5 届，占这一时期年会总届数的 22.7%，既有从理论层面对网络犯罪定义、构成要件等基础问题进行界定与阐释，亦有以实际问题为导向，对危害网络安全活动、网络诽谤与寻衅滋事等犯罪、电信诈骗犯罪、网络服务提供者的义

务界定等方面展开研究。此外,考虑到“计算机犯罪”和“网络犯罪”虽然在概念表述上有所不同,但实则是一个问题在不同阶段的表现,以致经常被交替使用,所以二十多年来涉及网络犯罪主题的刑法年会多达7届,占总届数的31.8%。可以说,相较于我国刑法典至今的469个罪名总数而言,年会关于网络犯罪的探讨比例已足以说明该领域成为学界共同关注的问题。

网络犯罪不仅是一个在理论界中热度不减的时髦话题,而且随着云计算逐渐成为未来互联网变革的发展趋势,随着“大数据”时代将带来的社会生产生活方式的转型,今后它还将不断以新的姿态和形式出现在人们的视野之中。对此,我们不禁会产生这样的困惑:其一,以往针对网络犯罪问题的研究中,理论上是否还有什么未尽的探讨,研究网络犯罪会不会只是一种没有意义的简单重复,甚至呈现出一种止步不前局面?其二,为了应对今后新型网络犯罪的异军突起,如何才能立足技术前沿对刑事立法作出一些前瞻性的分析,改变当前因刑法滞后于网络犯罪的发展变化而产生捉襟见肘的司法局面?面对以上疑问,对以往研究的聚焦点进行梳理,以形成明晰的理论轨迹,可能是未来继续开展网络犯罪问题研究之前所需要的。因此,本文的旨趣是,以时间维度为轴,对网络犯罪的理论研究进行回溯审视,评析和总结在规范解读和实践操作层面,学者们达成了什么共识,遭遇了哪些困境,留下了何种分歧,以期得出二十多年来中国网络犯罪研究推进的轨迹,使其成为今后开展研究的助推力量。

明晰了即将探讨的问题和期许之后,对于研究的路径,本文尝试采取直面“网络犯罪”的策略,试图真正以“网络犯罪”为对象,而不是以“网络犯罪的文献”为对象,抽丝剥茧出一条学者们对网络犯罪认识过程中的逻辑规律,而不仅仅是对以往文献中的聚焦点进行分块整理,也不愿只是依据互联网发展的不同阶段对相应的网络犯罪特点进行简单地总结。因为如此一来,结果只会令自己陷入已有的思维桎梏之中,不仅如堕烟海、不得要领,而且必然无法真正厘清网络犯罪的研究脉络。

虽然人们对于网络犯罪的认识基于时间顺序呈现出一定的前进和反复,但是“再曲折波动的事物发展进程,随着时间维度的不断延伸,都会趋于平缓,历史的褶皱因而得以熨平”<sup>①</sup>，“人类处事在逻辑上总是要解决好三个方面的问题,即为什么、什么是,以及如何做,也即正视之,界定之,践行之”<sup>②</sup>,在网络犯罪问题的认识和实践上同样如此。首先,在对网络犯罪的认识层面上,要回答之所以不能把利用网络实施的传统犯罪仅仅视为传统犯罪的“翻版”,是因为网络犯罪具有作为一种新兴领域犯罪所独有的表征,即要论证刑事立法、司法解释对于网络犯罪现象进行积极回应的目的、意义何在。继而要对网络犯罪的刑事制裁范围进行正确界定,既要避免因犯罪圈过大而阻碍互联网的创新发 展,也要避免因打击半径过小而让网络犯罪成为脱缰之马。最后,还要回应司法实践对理论研究的期待,探讨理论付诸实践时面临的一些具体问题。这是认识网络犯罪现象的事理逻辑,因此,在笔者看来,我国二十多年来的网络犯罪研究,也是围绕为什么将网络犯罪作为新兴领域的犯罪进行单独研究、网络犯罪的刑法打击范围究竟是什么、如何在实践中有效打击

① 张志铭,于浩.共和国法治认识的逻辑展开.法学研究,2013(3).

② 张志铭,于浩.共和国法治认识的逻辑展开.法学研究,2013(3).

网络犯罪这三类问题展开，因而可以用三组问题建立起以往文献中的逻辑联系，即网络犯罪现象之正视、网络犯罪范围之界定、网络犯罪治理之践行。

## 二、网络犯罪现象之正视

当前学界为什么会聚焦于网络犯罪，这是我们在进行网络犯罪研究时首先面对的问题。总体上看，在研究网络犯罪必要性问题的过程中，主要围绕网络社会的特征、网络犯罪的社会危害性和网络犯罪的立法模式这三条思维线索展开。如果说对比网络犯罪与传统犯罪的社会危害性差别，有助于回答之前提出的为何要将网络犯罪作为一种新领域犯罪的目的和意义，那么探讨网络社会的特征便是研究网络犯罪社会危害性的前置性问题，并且通过论证网络犯罪有其异于传统犯罪的社会危害性，才能有助于回应究竟应当采取何种立法模式。因此，二十多年来我们在网络犯罪上展开的各种讨论，纷繁芜杂，有时令人目不暇接，其实细想起来，贯穿其中的线索，即网络社会的特征是什么，网络犯罪的社会危害性是什么，网络犯罪的立法模式选什么。

### （一）网络社会的特征

1997年刑法典全面修订之际，计算机犯罪首次被纳入刑法视野，直至《刑法修正案（七）》出台以前，我国针对网络犯罪构建了“两点一面”<sup>①</sup>的计算机犯罪立法结构，其中“两点”是指两种侵犯计算机信息系统安全的犯罪，即第285条的非法侵入计算机信息系统罪和第286条的破坏计算机信息系统罪，即以计算机为对象的犯罪；所谓“一面”是指除前面所述两种犯罪外，由第287条规定的将其他所有形式的利用计算机、网络实施的犯罪都按照传统犯罪来处理，即以计算机为工具的犯罪。值得一提的是，1997年公安部发布的《计算机信息网络国际联网安全保护管理办法》对网络违法行为作了类似的区分<sup>②</sup>；到了2000年全国人大常委会制定通过的《关于维护互联网安全的决定》规定了对利用计算机网络实施危害国家安全、侵害公民人身权利和民主权利、破坏社会主义市场经济秩序、妨害社会管理秩序的犯罪行为，依照刑法追究刑事责任，同样体现了以计算机为工具的行为规制。后来囿于网络违法行为的扩张，2009年《刑法修正案（七）》对网络犯罪领域进行了罪名扩充，形成了“五点一面”的罪名体系，即增设了非法获取计算机数据罪、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程序、工具罪三个新罪名。随着2015年《刑法修正案（九）》的施行，有学者指出我国当前呈现出“五点一线一面”<sup>③</sup>的网络犯罪罪名体系，即形成了出售、非法提供公民个人信息罪、非法获取公民个

① 皮勇：我国网络犯罪刑事立法研究——兼论我国刑法修正案（七）中的网络犯罪立法，河北法学，2009（6）。

② 1997年发布的《计算机信息网络国际联网安全保护管理办法》第4条规定任何单位和个人不得利用国际联网危害国家安全、泄露国家秘密，不得侵犯国家的、社会的、集体的利益和公民的合法权益，不得从事违法犯罪活动，即以计算机为工具的违法行为；第5条规定任何单位和个人不得利用国际联网制作、复制、查阅和传播危害国家安全、封建迷信、淫秽色情等信息，即以计算机为工具的违法行为；第6条规定任何单位和个人不得从事危害计算机信息网络安全的活动，即以计算机为对象的侵害行为。

③ 于冲：网络犯罪罪名体系的立法完善与发展思路——从97刑法到《刑法修正案（九）草案》，中国政法大学学报，2015（4）。

人信息罪这“一线”。

对于以上我国网络犯罪罪名体系的构建历程,有学者认为网络犯罪有“纯正”和“不纯正”之分<sup>①</sup>,前者是指以计算机、网络为侵犯对象的犯罪,后者则是以计算机、网络为利用工具的犯罪。另有学者认为我国的网络犯罪实则分为三个阶段:一是以网络作为犯罪对象,二是以网络作为犯罪工具,三是以网络作为犯罪空间,进而提出网络社会是与现实社会并存的“双层社会”理念。<sup>②</sup>以上的“二分法”和“三分法”在前两类的网络犯罪划分上达成了共识,其区别在于是否承认网络世界是可以与现实世界并存的另一社会形态,这就涉及接下来要谈及的网络社会的特征描述。

网络是一种人类活动的全新载体和平台,构筑了全新的行为范式,形成了不同于现实生活的网络关系,犯罪与虚拟网络结合之后,网络空间所特有的“匿名性、易伪装”“平等性、无地位和身份的差异”“信息易取得、低成本”“无国家、物理界限”“商品特殊化”“信息快速传播”“内容不朽”“内容被推定为可靠”“时间被压缩”等特点改变了犯罪存在的固有形态,使得停留于现实社会生活中的人们将难以在短时间内作出准确识别。<sup>③</sup>网络社会的出现,或者说全球信息秩序的兴起,已经深刻改变了社会结构。全球网络社会或全球信息秩序,是建立在信息的流通和生产的基础上的,并且逐渐取代了旧的国家制造业社会。这种社会结构的巨变引发了我们对网络社会特征的追问,具而言之,其特征体现为以下四个方面:(1)从工业社会转向后工业社会,即信息社会。<sup>④</sup>社会的信息化深刻改变了社会的运作结构和逻辑:工业社会关心具体有形之物的生产和积累(如商品),而后工业社会则关心无形之物(如信息)的流通和生产。(2)从中心—边缘的社会结构转变成去中心化的网络社会。<sup>⑤</sup>社会的网络化不仅指互联网成为社会沟通的主要信息媒介,而且还指社会结构按照互联网的去中心化逻辑进行运作。(3)从保险社会转向风险社会。<sup>⑥</sup>由于工业制造社会更关注的是财富的生产和积累,所以工业文明产生的风险问题往往通过保险手段来分散。然而,后工业文明的社会风险无法通过保险来排除和分散。因此,后现代社会的运作逻辑不是财富,而是风险或风险认知(即信息)。(4)从稳定和固态化的社会转向“流动的现代性”社会。<sup>⑦</sup>由于全球信息秩序更强调信息的流通,因而现代性本身被“液态化”,一切事物如人口、货物、信息、资本和空间都日益加速流动。<sup>⑧</sup>可见,信息化、去中心化、风险化和流动化成为网络社会有别于传统社会的特殊表征,由此产生的社会结构巨

① 卢建平,姜瀛.犯罪“网络化”与刑法应对模式.人民检察,2014(3).

② 于志刚.“双层社会”的形成与传统刑法的适用空间——以两高《网络诽谤解释》的颁行为背景的思索.法学,2013(10).

③ 伊恩C.巴隆.电子商务与互联网法.(第1卷).张平,译.北京:中国方正出版社,2009:9~8;转引自姜瀛.论刑法的“网络扩张”——兼评“关于网络诽谤等犯罪的司法解释”.兰州文理学院学报(社会科学版),2014(3).

④ 斯各特·拉什.信息批判.杨德睿,译.北京:北京大学出版社,2009:1~10.

⑤ 曼纽尔·卡斯特.网络社会的崛起.夏铸九,王志弘,等,译.北京:社会科学文献出版社,2006:569~578.

⑥ 乌尔里希·贝克.风险社会.何博闻,译.上海:译林出版社,2004:15~22.

⑦ Zygmunt Bauman.: Liquid Modernity, Cambridge: Polite Press, 2000: pp. 1-15, 张文龙.全球信息秩序中的网络犯罪及其治理.学术交流,2015(3).

⑧ 张文龙.全球信息秩序中的网络犯罪及其治理.学术交流,2015(3).

变必然对网络犯罪的社会危害性产生深远的影响。

## （二）网络犯罪的社会危害性

作为刑罚权出现的正当性根据理论，相较于英美法系中的“损害”（harm），德日刑法中的“法益”理论，我国刑法强调的“社会危害性”理论是模糊性最强的。<sup>①</sup> 因此，当我们要对网络犯罪行为动用刑罚权之时，就需要对其社会危害性作出明确合理的阐释。

在当代中国，网络犯罪呈现出以下几个面向：其一，犯罪主体匿名化。当置身于网络情境中，人可被信息编码，将实际脸谱隐匿于网络之中，此时罪犯仿佛穿上了一层“逃脱法眼”的隐形衣，能够以匿名的方式实施犯罪，为察觉和追踪制造难题，譬如当下中国热议的网络诽谤<sup>②</sup>、电信网络诈骗现象<sup>③</sup>，虽然最终可能依照传统罪名定性，但却爆发出令人关注的危害性。其二，犯罪客体信息化，即大量的无形之物成了犯罪人觊觎的对象，譬如，个人信息、虚拟财产等。学界关于虚拟财产的定性之争一直见仁见智，其中张明楷教授认为虚拟财产具有符合刑法中财物的三个特征，即有被占有、管理的可能，有被转移可能，有价值属性<sup>④</sup>；而刘明祥教授则认为，我国相关法律法规已禁止虚拟财产交易，虚拟财产不能被理解为刑法上的财物，应当把非法获取虚拟财产的行为认定为非法获取计算机信息系统数据罪。<sup>⑤</sup> 近几年来，随着互联网与金融领域的交融渗透，诸如比特币等代币的法律属性和刑法规制路径也逐渐引起了学者们的关注。<sup>⑥</sup> 其三，犯罪过程全球化。安东尼·吉登斯指出，时空在全球化层面得以延伸或重组，形成一种虚拟的时空，即“脱域”，包括时间与空间的分离、空间与地点的分离、时间与空间的延伸这三个维度。<sup>⑦</sup> 信息技术打破了传统民族国家的疆界限制，这意味着网络犯罪的共犯结构也发生了变化。犯罪行为被细化分解为若干碎片，不同团伙承担不同分工，上下游之间只是一种陌生的服务提供关系，甚至根本不用见面。<sup>⑧</sup> 其四，犯罪后果扩大化。这主要基于两个原因，一是因为网络终端种类的增加以及终端之间的关联度增强，即在三网融合的背景下，有线电视、计算机、移动手机乃至普通的家用电器都将成为计算机信息终端，由于它们紧密相连、唇齿相依，故在受到侵害时一损俱损；二是截至2017年6月，中国网民规模达到7.51亿，占全

① 时延安．以刑罚威吓、诋毁、谣言？——论刑罚权对网络有害信息的干预程度．法学论坛，2012（4）．

② 参见赵远．“秦火火”网络造谣案的法理问题研析．法学，2014（7）；郭泽强，朱敏．刑事政策视野下的网络谣言风险之防控——以秦火火网络造谣事件为例．山东警察学院学报，2015（4）；姜峰．“秦火火”案如何大快人心．浙江社会科学，2015（4）．

③ 伍健．电信诈骗犯罪的惩防困局与出路．人民检察，2016（16）；江勇．海峡两岸打击电信诈骗司法协助研究．理论月刊，2017（6）．

④ 张明楷．非法获取虚拟财产的行为性质．法学，2015（3）．

⑤ 刘明祥．窃取网络虚拟财产行为定性探究．法学，2016（1）．

⑥ 谢杰，张建．“去中心化”数字支付时代经济刑法的选择——基于比特币的法律与经济分析．法学，2014（8）；姜宇．比特币法律监管问题研究——亦谈《关于防范比特币风险的通知》．金融法苑，2014（2）；李威．比特币的风险及其监管．社会科学家，2015（4）；樊云慧，栗耀鑫．以比特币为例探讨数字货币的法律监管．法律适用，2014（7）；等等．

⑦ 安东尼·吉登斯．现代性的后果．田禾，译．上海：译林出版社，2011：18~32．

⑧ 刘子阳．互联网犯罪刑法适用遇现实困难．法制日报，2015-11-19．

球网民总数的1/5。互联网普及率为54.3%，超过全球平均水平4.6个百分点<sup>①</sup>，社会生活的“泛网络化”，使得网民受害的概率倍增。<sup>②</sup> 总之，以上四个方面共同导致了网络犯罪的社会危害性剧增。

值得注意的是，对于传统犯罪网络化的社会危害性认定，立法者与学者还存在认识分歧。具体来看，我国《刑法》第287条规定利用网络实施传统犯罪的行为，依照刑法有关规定定罪处罚；2009年修正后的《关于维护互联网安全的决定》，依然只是列举了利用网络实施的犯罪行为，没有特别的处罚规定。以上规定反映出立法者对于利用网络实施传统犯罪的立场：网络犯罪仅是传统犯罪具备了网络因素，不增减行为的社会危害性，不加重或减轻行为人的刑事责任，依照现有刑法的有关规定定性处罚即可。可是，将网络视为一种技术因素或环境因素，没有看到犯罪的社会语意与结构的巨大变迁。这种因视野的遮蔽而产生的一种观点就是，仅仅把网络视为一种犯罪的支持工具或者媒体平台，从而将网络犯罪视为一种新瓶装旧酒的现象。<sup>③</sup> 然而，通过之前的论述可知，“信息社会与风险社会在技术上、经济上和政治上的转变导致了风险的提高以及日益复杂的犯罪，这些都使传统刑法中的‘标准程序’无法发挥作用，譬如，包括网络犯罪在内的新形式犯罪所形成的‘破坏与损害潜力’”<sup>④</sup>。在“双层社会”的视野下，任何发生在网络空间中的人类行为都可以在现实空间中找到回应，其行为结果必然能够在现实社会中有所体现，网络与现实空间中的“蝴蝶效应”已经成为现实，轻轻点击电脑键盘所实施的网络行为，甚至可能引发现实社会中的重大结果。<sup>⑤</sup> 因此，网络犯罪有异于传统犯罪的社会危害性，这一危害本质正是学界对其持续进行研究的必要性所在。

### （三）网络犯罪的立法模式

刑法在面对网络犯罪时，将遇到现有罪名体系是否能够准确评价网络犯罪行为，是否能够充分修复网络犯罪造成的危害，这些疑问最终落脚到网络犯罪立法模式的选择上。当下，学者们对立法模式赋予了两重含义：其一是静态意义的立法模式含义，指法律的存在形式，究竟是选择一元的刑法典形式，还是多元的刑法典和单行网络犯罪法相结合的形式，抑或是制定一部综合性的网络法律；其二是动态意义的立法模式含义，即对于网络犯罪，应当采取“渐进式”立法还是“前瞻式”立法之争。

具体说来，在静态意义的维度，主张解释论的学者，认为信息技术变革所带来的犯罪对象的扩大和犯罪手段的变异，是以往任何时代所无法比拟的，对于几乎呈几何级倍增的网络越轨行为，刑法不可能也没有穷尽列举，问题的关键在于通过刑法的扩大解释来予以

① 中国互联网络信息中心：第40次《中国互联网络发展状况统计报告》，[http://www.cnnic.cn/hlwfzyj/hl-wxzb/hlwtjbg/201708/t20170803\\_69444.htm](http://www.cnnic.cn/hlwfzyj/hl-wxzb/hlwtjbg/201708/t20170803_69444.htm)，最后访问日期：2017年10月27日。

② 于志刚：三网融合视野下刑事立法的调整方向，法学论坛，2012（4）。

③ 于志刚：网络犯罪与中国刑法之应对，中国社会科学，2010（3）。

④ 乌尔里希·齐白：全球风险社会与信息社会中的刑法，周遵友，江溯，等，译，北京：中国法制出版社，2012：3~4。

⑤ 于冲：网络诽谤行为的实证分析与刑法应对——以10年来100个网络诽谤案例为样本，法学，2013（7）。

解决。<sup>①</sup> 与之对应，支持解释论的学者又可分为两派，其中，赞同选择“刑法典与单行刑法”并行模式的学者指出，司法解释和刑法修正案本质上均属于“头痛医头、脚痛医脚”的应急之策，且无法对网络犯罪中的技术性术语进行体系界定，缺乏对网络犯罪作出具有科学性、系统性和前瞻性的判断，因此应当打破我国现有的大一统刑事立法模式，形成“刑法典与单行刑法”并存的刑事立法格局。<sup>②</sup> 支持制定一部“综合性网络安全法”的学者主张，只有制定一部融合多种法律部门、融合实体与程序的综合性的网络安全法律，才能应对涵盖了技术因素、法律因素、行政规制因素、刑事犯罪因素、程序追责因素等的网络安全。<sup>③</sup>

在动态意义维度，学界对此也有不同看法：第一种观点是“保守式”立法，即认为网络社会是现实社会的延伸，现行刑法规定和罪名基本上可以满足惩罚网络犯罪的需要。<sup>④</sup> 第二种观点是“渐进式”立法，主张网络社会是一种数字化的社会结构、关系和资源的整合环境，其关系网具有虚拟特征。虽有其自身的特点，但其终究为一种客观现象。为此，我们只要对现行法律进行修正，增加特别条款即可。<sup>⑤</sup> 第三种观点是“前瞻式”立法，持该观点的学者认为刑事立法需要采取一种前瞻式的立法思路，对于法益变迁、行为主体和行为范围的扩展以及犯罪结构变化的现状与发展进行考虑、作出预见，使得刑法条文能够适应眼下和未来一段时期的网络犯罪治理，提升立法技术并为司法解释预留空间。<sup>⑥</sup>

应当指出的是，尽管围绕网络犯罪的讨论话题众多，并且应时而变，但在笔者看来，在正视信息时代出现的网络犯罪现象，并对其研究必要性进行回应这一层面上，主要是基于“网络社会的特征是什么”“网络犯罪的社会危害性是什么”“网络犯罪的立法模式选什么”三类思维面向展开，从发掘网络社会的特征，到阐明网络犯罪具有与传统犯罪无法比拟的社会危害性，进而再向指导网络犯罪的立法模式选择上迈进，最终确立网络犯罪研究在刑法研究中的重要地位。

### 三、网络犯罪范围之界定

如何合理界定网络犯罪的惩罚范围，是研究网络犯罪的一个内在有机环节，它有别于探讨网络犯罪的研究必要性问题，对回应司法实践之需具有重要的意义。从事理逻辑的视角分析，只有正视网络犯罪现象作为新领域犯罪的研究必要性，才会有对网络犯罪的认真审视，“网络犯罪范围之界定”作为问题的特殊性才可能凸显出来。因此，界定网络犯罪的惩罚范围，构成了我们认识和研究网络犯罪的另一个逻辑阶段。

① 于冲. 网络犯罪罪名体系的扩张思路与犯罪化根据——从《刑法修正案（九）》的罪名修正为视角. 重庆邮电大学学报（社会科学版），2015（6）.

② 姜瀛. 论刑法的“网络扩张”——兼评“关于网络诽谤等犯罪的司法解释”. 兰州文理学院学报（社会科学版），2014（3）.

③ 李怀胜. 三代网络环境下网络犯罪的时代演变及其立法展望. 法学论坛，2015（4）.

④ 张维炜. 网络犯罪：虚拟与现实的较量. 中国人大，2010（13）.

⑤ 郑延谱. 网络背景下刑事立法的修正. 法学论坛，2012（4）；刘守芬. 技术制衡下的网络刑事法研究. 北京：北京大学出版社，2006：73~75.

⑥ 王肃之. 从回应式到前瞻式：网络犯罪刑法立法思路的应然转向. 河北法学，2016（8）.

围绕这一部分所积累的研究文献可谓车载斗量、汗牛充栋，学者们讨论和争议的内容也涉及宏观立场或微观标准的各个方面，为了更好地把握前人和时贤们的学术成果，笔者从中抽丝剥茧出一条思维路径，即网络犯罪刑事扩张之立场、网络犯罪刑事扩张之体现、网络犯罪刑事扩张之反思。

### （一）网络犯罪刑事扩张之立场

学界在这方面展开的研究中，关于是否违背刑法谦抑性的探讨和争论最为重要，它是中枢，为其他问题的研析奠定基准；其他问题是支系，让我们明晰了网络犯罪惩罚范围的边界。在界定时主要围绕两种对立的立场展开，二者一直相伴而生：一是主张当前网络犯罪圈的扩张不违背刑法谦抑性，二是认为应当认真审视网络犯罪的犯罪化进程，立足眼下已有的刑法罪名体系，充分运用法律解释方法来应对网络犯罪。

在此需要指出的是，如何理解刑法的扩张化与刑法的谦抑性，是我们展开下一步探究的基本前提。换言之，刑事立法的扩张是否一定有违刑法的谦抑性？二者间的关系是相背而行，还是相伴相生？目前，我国刑法频繁修改，罪名数量频繁增设，且各种司法解释接踵而至，确实呈现出一种持续刑法扩张的态势。基于此，有学者表达了否定看法，认为我国刑法立法对于诸多罪名的增设采取强拉硬拽式的犯罪化做法，刑法司法呈现出自我扩权的张扬态势。刑法谦抑性正在悄无声息中被搁浅，隐喻了当代中国刑法实践中的若干基本偏颇：过度追求刑法体系“外在善”而造成刑法立法的内心燥热；基于“被历史捆绑”的事实而盲目仿效现代性的心理极为突出；刑法制度供给不均衡诱致公众对刑法预期出现严重偏差。对此应当加强建构刑法规范与普通国民之间的交互认同，以避免刑法过度追求秩序管控的偏执。重申刑法谦抑性是法治国家最基本的操守。<sup>①</sup>然而，田宏杰教授则指出，谦抑性不仅是现代刑法的基本品格，且至少由这样两个层面并行组成：一方面，刑事立法要谦抑，即刑法关于犯罪的规定必须以民商法、行政法等前提法的规定为基础，刑法划定的犯罪边界必须小于或者等于民商法、行政法所规定的侵权违法圈，否则，犯罪的立法规定就成了无源之水、无本之木。另一方面，刑事司法要谦抑，即司法实际处置的犯罪圈必须小于或者等于刑事立法所规定的犯罪圈。<sup>②</sup>

在正确厘清了扩张化与谦抑性之间的关系后，反观网络犯罪的立法扩张化，有学者认为刑法谦抑性的具体内容会随着时代的发展而变化，在西方国家，非犯罪化的思潮并不是持续性的主张和做法，即使有些国家在一段时间内实行非犯罪化也只是针对个别犯罪而非批量犯罪，囿于网络时代的多元价值观造成非正式的社会统治力减弱，立法机关与司法机关应当充分重视当前网络犯罪的严重性，因此刑罚处罚范围并非越窄越好，我国刑法应当由“限定的处罚”转向“妥当的处罚”<sup>③</sup>。王世洲教授认为，刑法的确是最后手段，但在法没有制定出来、其他措施难以应对时，可以先用刑法封住底线。<sup>④</sup>可是，什么才是“妥当

① 石聚航. 刑法谦抑性是如何被搁浅的? ——基于定罪实践的反思性观察. 法制与社会发展, 2014 (1).

② 田宏杰, 温长军. 理解制度变迁: 我国《刑法》的修订及其适用. 法学杂志, 2011 (9).

③ 张明楷. 网络时代的刑法理念——以刑法的谦抑性为中心. 河北法学, 2016 (8).

④ 石亚淙. 网络时代的刑法面孔——“网络犯罪的刑事立法与刑事司法前言问题”研讨会观点综述. 人民检察, 2016 (15).

的处罚”，这里的“妥当”如何来判断？如果需要先动用刑法封住底线，那么动用刑罚的正当性又在何处？换言之，我们需要进一步来分析网络犯罪立法扩张化的判断标准是什么，为刑罚权的动用寻找正当性根据。对此，时延安教授曾归纳了三条动用刑罚权的限制原则：一是任何权利行为都不应视为犯罪；二是单纯地违反没有利益体现的秩序行为，不应规定为犯罪<sup>①</sup>；三是任何具有社会相当性的行为，不应视为犯罪。<sup>②</sup>这意味着，面对层出不穷的网络违法行为，我们首先需要从客观层面判断行为人是否侵犯了法律所保护的利益或当下为公众所认可的、事实上存在的利益；其次需要判断该行为对上述利益的侵犯是否达到一定程度，是否会造成他人的重大人身、财产损失或社会秩序的有形紊乱；再者还要判断行为人的行为是否具有社会相当性。

综上所述，刑法作为所有部门法后盾、保障法，以修正案的方式及时回应当下网络犯罪的严重态势，其实是对刑法谦抑性品格的恪守，立法备而司法不用或者少用，做到立法扩张而司法限缩，才是刑法谦抑的最高追求。

## （二）网络犯罪刑事扩张之体现

在抽象层面明确了刑法扩张的基本立场之后，我们接下来需要在具象层面回顾一下网络犯罪刑事扩张的体现，具体可以从刑事立法和司法解释两个维度来分析。在此需说明的是，司法解释并非真正犯罪化意义上的扩张，而是以刑事立法为前提，针对网络犯罪特有的术语、概念、关键词所作出的扩大解释。

### 1. 刑事立法维度

以2015年《刑法修正案（九）》为例，刑法立法层面的网络犯罪扩张化体现在以下几个方面。

第一，犯罪主体的扩张化，《刑法修正案（九）》采取了“取消限制”“扩充范围”的双管齐下模式，前者是指取消《刑法》原第253条之一侵犯公民个人信息罪的主体限制，删除了之前明确列举的“国家机关或者金融、电信、交通、教育、医疗等单位的工作人员”6类主体，将该罪的主体范围扩展到了一般主体，以便更好地保护公民个人信息不受侵害；后者则是指在《刑法》中增设了第286条之一的拒不履行信息网络安全管理义务罪，赋予网络服务提供者监管网络安全的义务，并且通过在多个罪名后增加规定单位犯罪，即侵犯公民个人信息罪，非法侵入计算机信息系统罪，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，提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪，破坏计算机信息系统罪，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的犯罪行为，从而有利于规制单位主体实施网络犯罪的行为。

第二，行为模式的扩张，《刑法修正案（九）》将部分网络犯罪的预备行为和帮助行为规定为独立的犯罪，一方面在《刑法》中增设了第287条之一的非法利用信息网络罪，将为了实施违法犯罪活动而设立网站、通讯群组，或利用网络发布有关违法犯罪信息等预备行为单独规定为犯罪，这主要是基于对网络犯罪社会危害性以及司法效率的考量，体现了

<sup>①</sup> 时延安．刑罚的正当性研究——从权利出发．法制与社会发展，2010（2）．

<sup>②</sup> 时延安．以刑罚威吓、诋毁、谣言？——论刑罚权对网络有害信息的干预程度．法学论坛，2012（4）．

法益保护的前置化；与此同时，增设了第 287 条之二的帮助信息网络犯罪活动罪，对明知他人利用信息网络实施犯罪，为其犯罪提供互联网技术支持，或者广告推广、支付结算等帮助行为予以规制，体现了刑法从以往侧重实行行为到如今实行行为与非实行行为并重的立场，继而引发了学界关于帮助犯正犯化的持续讨论。有学者甚至指出，《刑法修正案（九）》的颁布，“征表着（帮助行为）‘正犯化时代’的到来”<sup>①</sup>。

第三，刑法法益的扩张，在前文中提到，《刑法修正案（九）》的出台标志着我国当前呈现出“五点一线一面”的网络犯罪罪名体系，即形成了出售、非法提供公民个人信息罪，非法获取公民个人信息罪这“一线”；此外，《刑法修正案（九）》还在《刑法》第 291 条之一中增设了编造、故意传播虚假信息罪。这些举措都意味着，对信息的保护将成为未来刑法新型法益增生的方向，具体包括国家掌握的涉及国家安全的信息，企业掌握的涉及知识产权或商业秘密的信息，以及公民所掌握的涉及隐私权方面的个人信息。正如未来学界阿尔温·托夫勒的预言，“谁掌握了信息，控制了网络，谁就拥有整个世界”<sup>②</sup>。如今“世界已经离开了暴力与金钱控制的年代，而未来世界政治的魔方将控制在拥有强权人的手里，他们会使用手中掌握的网络控制权、信息发布权，达到暴力金钱无法征服的目的”<sup>③</sup>。

对此，作为学界的回声，有两个方面的争鸣比较具有代表性，一是关于拒不履行信息网络安全管理义务罪的规范解读，二是围绕帮助犯正犯化与传统共犯认定相抵牾展开的探讨。

对于第一个问题，当前学界的研究主要是基于教义学分析，将抽象的构成要件内容进行分解，对其内涵及外延作出具体阐释，旨在为司法适用提供帮助。如有学者认为本罪行为主体包括网络接入服务提供者、网络平台服务提供者、网络内容及产品服务提供者，行为事实必须同时满足“不履行信息网络安全管理义务、经监管部门责令采取改正措施而拒不改正、行为符合刑法规定的四种情形之一”，犯罪的主观方面只能是直接故意，同时须有违法性认识，并且本罪只有既遂而没有未遂，不能以“中立帮助行为”为由否定信息网络服务提供者不履行网络安全管理义务的相应责任。<sup>④</sup> 不过，有学者表达了担忧，由于本罪主观构成要件的错误定位以及客观构成要件的不合理设置，导致拒不履行信息网络安全管理义务罪与帮助信息网络犯罪活动罪的界限模糊，应当对此予以修正。<sup>⑤</sup> 有学者回应道，刑法之所以分别设立帮助信息网络犯罪活动罪和拒不履行信息网络安全管理义务罪，是因引入了网络“平台责任”的过失责任，因为如果将后罪视为一种“故意责任”，那么极有可能通过扩大解释的方法使得后罪归入前罪的范围，如此一来两罪则没有区分的必要。<sup>⑥</sup>

对于第二个问题，研析帮助犯正犯化并非自网络犯罪兴起后才出现的理论问题，之前学界也有许多关于“共犯正犯化”“中立的帮助行为是否具有可罚性”等方面的探讨，该

① 陈文昊，郭自力．刑事立法帮助行为正犯化进程中的共犯独立性提倡——从共犯从属性上的理论症结谈起．广东行政学院学报，2017（1）．

② 阿尔温·托夫勒．第三次浪潮．黄明坚，译．北京：中信出版股份有限公司，2006：127．

③ 阿尔温·托夫勒．权利的转移．吴迎春，译．北京：中信出版股份有限公司，2006：87．

④ 谢望原．拒不履行信息网络安全管理义务罪．中国法学，2017（2）．

⑤ 李本灿．拒不履行信息网络安全管理义务罪的两面性解读．法学论坛，2017（3）．

⑥ 于志刚．网络犯罪中犯罪帮助行为的制裁体系与完善思路．中国法学，2016（2）．