



RESEARCH ON
CYBERLAW



王立梅 • 主编

研究

网络法学



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)







集人文社科之思 刊专业学术之声

刊 名：网络法学研究
主办单位：中国政法大学网络法学研究院
主 编：王立梅

RESEARCH ON CYBERLAW 2018

编辑委员会

主 任：于志刚

委 员：（按姓氏拼音排序）

郭金霞 霍政欣 来小鹏 刘品新 齐爱民
申卫星 司 晓 王立梅 徐家力 许剑峰
杨 东 赵晓华 朱劲松

2018年卷 （总第1期）

集刊序列号：PIJ-2018-289

中国集刊网：<http://www.jikan.com.cn/>

集刊投约稿平台：<http://iedol.ssap.com.cn/>

RESEARCH ON
CYBERLAW



网络法学
研究

王立梅 • 主编



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

《网络法学研究》 辑刊发刊词

信息和网络技术是人类有史以来最具颠覆性和解构性的力量，它正在深入人类社会的每一个细胞，深入人类生产生活的骨髓，对人类社会进行“削骨挫皮”般的重塑。互联网作为信息传播的媒介，即时、互动、全球覆盖、全天融入，是传播媒介的一场革命。信息产业已经成为经济的重要组成部分，并且成为全球化趋势中特别令人瞩目的一个领域。在这个时代背景下，网络成为生产力的新形式，编码化的信息和知识替代资本和能源成为整个社会的核心资源。网络是新经济形式和经济生产与交换过程中管理、运作、沟通、就业的新组织模式、社会结构和技术力量。社会生活是彼此联系的人们作为主体的共同生活。网络改变了人们的通信方式，也因此改变了人们的生活方式，并因此影响社会结构。席卷全球的信息和网络技术是一场信息革命、产业革命、生活革命、社会组织结构革命，因而必然也会带来法律和制度的革命。丰富万千的社会生活就如同一把刻刀，不断在法律的岩石上雕刻着自己的倒影。但是网络发展的快节奏、高速率正在加速对传统法律的侵蚀与风化，信息革命给传统法律规则带来的凶猛无比的冲击，使产生于农业社会、成熟和完备于工业社会的传统法律理念、制度、技术、规则等面临全方位挑战。这固然是传统法学的危机，然而也正是网络法学这一新兴学科的希望。

当前，即使是最保守的研究者，恐怕也无法否认网络法学的独立化存在，至少网络法学作为一个学科命题已经受到广泛的接受和认可；然而，即使是最激进的研究者，恐怕也无法否认网络法学的学科内涵的相对空洞与干瘪，“马法非法”的争论就是源于此种认识。就网络法学产生的时间而言，这也并非不堪的事情。但是，网络介入社会生产生活的各个领域，进

而塑造一种全新的法律关系来代替传统的法律关系，因此推动越来越多的关于某种生产生活关系的新的立法的产生，也是一种无可否定的客观事实。所谓“有一代之政教风尚，则有一代之学术思想”，网络法学的发展，一则需要不断产出具有智力容量的学术方案和具有创造力的学术思想，为信息化时代的法治实践提供真知灼见；二则需要不断探索独立性的学科体系和学术体系，在荒漠上建设网络法学的美好家园；三则需要薪火相传、弦歌不断，培养和造就学术新人，孕育英才辈出。由学术到学科，再到学人。以上三点，也正是《网络法学研究》集刊创办的初心。我们希望，与国内有志于进行网络法学研究的同道一起，无论你来自理论界、实务界抑或产业界，都能够开诚布公，探讨法律真谛、展开学术争鸣，逐步形成学术共同体、学科共同体、学人共同体。我们不敢有“一流学者尽入彀中”的野望，但也扫榻相迎，做好了“花径不曾缘客扫，蓬门今日为君开”的充分准备。

当前学界期刊、集刊林立，豪门云集。《网络法学研究》集刊创立，如同悬崖峭壁长出一株绿草，是学术界最寻常无奇之事，然而对它的创立者而言，已经做好了百年生聚，去守候、呵护这片小小的精神家园的准备。

于志刚

2018 年 11 月 30 日

专家教室

刑法对网络犯罪类型化的回应思路与学术贡献 于志刚 / 3

跨界对话·人工智能

人工智能法律控制的范围、对象、模式与制度 田文利 刘 帆 / 27

人工智能创作物可版权性质疑

——以文学创作论为分析视角 余秀宝 / 42

人工智能体危害行为的刑法规制问题研究 张洪岗 / 60

域外法苑

2018 年《美国情报界全球威胁评估报告》详解 吴沈括 / 87

中国和欧盟网络安全问题和最新立法评鉴 栗向霞 / 101

域外数字经济立法现状的体系化考察

——简述我国数字经济立法现状 商希雪 / 117

实务研讨

电话追呼类新型网络犯罪案件应如何定罪

——以贺某等人破坏计算机信息系统案为例 陈 焰 / 135

帮助信息网络犯罪活动罪的司法适用研究

——基于 58 个已决案件的实证分析 徐洋洋 黄 薇 / 149

非法获取计算机信息系统数据案

——利用网络管理权限对用户账户内的充值虚拟币“钻石”

进行转移并提现的行为认定 朱冠琳 / 166

关于网络服务提供者直接适用举证责任倒置的

可行性分析 王琮玮 / 177

青年论坛

衍生数据权的权属与保护方式研究	张军强 / 195
网络环境里的司法证明困境	袁纪辉 / 208

.....

专家教室

.....

《网络法学研究》2018 年卷

第 3 ~ 24 页

© SSAP, 2018

刑法对网络犯罪类型化的回应思路与学术贡献^{*}

于志刚^{**}

摘 要：从工具性的网络到空间性的网络，再到社会性的网络，网络的迭代更新不断塑造网络犯罪的类型特征。在长期的司法实践与立法摸索的过程中，中国刑法逐步形成了应对网络犯罪的清晰化回应思路。在宏观层面，以“共犯行为正犯化”“预备行为实行化”“平台责任”为核心，且三者具有内在的逻辑关联。在微观层面，则是将公民个人信息犯罪作为惩处的重点，而本罪同样是网络犯罪类型特征在具体个罪的投射。回顾和反思中国对于网络犯罪治理的立法回应思路、学术价值及其理论贡献，有助于中国刑法强化自身的实践自觉，推动网络刑法的逻辑体系和话语体系的成熟。

关键词：网络犯罪 立法样本 刑事政策 话语体系 理论贡献

从 1997 年刑法仅有三个条文（第 285 ~ 287 条）、两个罪名与网络犯罪相关，到 2000 年全国人大常委会出台《关于维护互联网安全的决定》，再到《中华人民共和国刑法修正案（七）》开始增设新的网络犯罪罪名，直至 2015 年 11 月 1 日生效实施的《中华人民共和国刑法修正案（九）》

^{*} 本文系 2017 年度国家社会科学基金重大项目“建立犯罪记录制度的理论基础与制度设计研究”（项目号 17ZDA132）的阶段性成果。

^{**} 于志刚，教育部长江学者特聘教授，中国政法大学教授。

(以下简称《刑法修正案(九)》)将网络犯罪立法作为其立法的重头戏之一,再加上不断增多的司法解释,经过了将近二十年的摸索,中国刑法在制裁网络犯罪的长期实践中,形成一套思路逐步清晰、模式渐次固定的反击手段。在此背景下,系统总结中国刑法的阶段性成果和全面梳理中国的理论贡献,有助于更加清晰地明确网络刑法未来的发展方向与学者应有的理论贡献。

一 理论前提:网络犯罪演变的时代背景以及网络犯罪的类型规律

一个人的行为或许是个体自由意志的选择,而众多个体的行为则往往不自觉地显示某种规律性,这种规律如同自然界的定理,对它们的认识与观察可以成为我们解读事物本质的密码。网络进入中国 20 多年来,中国网络犯罪的演变与网络的代际差异具有高度的契合性,在此过程中,网络犯罪逐步定型化,而对网络犯罪定型化的认识不但是网络犯罪刑事立法的逻辑原点,目前也成为刑法理论界广被接受的理论共识,是解读网络犯罪规律性变化的密码。

(一) 从网络工具到网络空间再到网络社会:解读网络犯罪更迭的技术密码

20 多年来,中国的互联网不但完成了从网络 1.0 到网络 2.0 的代际转型,近年来更是进入以移动互联网和三网融合为代表的新阶段。网络 1.0 时代的网络具有更强的工具属性,网络主要充当信息媒介功能,是传统信息传播手段的有益替代和补充。网络在 1.0 时代具有明显的中心节点,大型门户网站和计算机信息系统不但承载着网络的主要利益,也是犯罪的直接侵害对象。之前的“前网络时代”,没有网络犯罪,只有计算机犯罪与刑法应对的问题,只是由于计算机软件的出现引发刑法保护的探索。但是,当互联网生成、演变后,网络犯罪也随之生成和演变。在互联网实现由单纯的

“信息媒介”向“生活平台”的过渡之后,^①也就是网络从1.0时代过渡到2.0时代,乃至移动互联网时代之后,网络的工具属性不但没有弱化,反而大大加强,然而,网络的社会属性快速提升成为网络的压倒性特征,进而形塑着网络犯罪的变化趋势。

网络社会属性的表现是网络的深度社会化,包括量上的社会化和质上的社会化;而网络空间化的法律本质就是社会关系在整体上向网络迁移,因为物理维度并非网络空间与现实空间的本质差异,网络社会关系是新的社会关系网络。^②网络空间是与传统空间并列的现实空间,现实空间早已不再仅仅指传统物理空间,而是由海、陆、空、天拓展到了网络这一“第五空间”。网络不再是个人的田园牧歌,网络行为也不再是个人在辽寂原野上的肆意撒野,它将产生实实在在的社会意义。在10余年前,中国刑法学界广泛适用的“虚拟犯罪”,是一个来自英语国家的词汇,然而今天这一词汇已被中国刑法学界弃用,它无法满足我们对于网络犯罪本质特征的认识。“网络空间具有虚拟化的特点,在网络空间中发生的犯罪,多数情况只是传统犯罪的计算机化或者说网络化,其本身并不具备虚拟性。但是,伴随着计算机技术的迅猛发展和技术扭曲使用程度的加剧,带有纯粹性的犯罪开始出现。对于纯粹的虚拟犯罪加以前瞻性研究,填补目前的刑法真空和理论真空,是当务之急。”^③网络空间不是现实空间的附属物,更不是现实空间的游离物,而是与现实空间相对独立却又同声共气的人类活动场域。

(二) 网络三次迭代背景下的网络犯罪三种类型

中国1997年刑法的计算机犯罪条款虽然通过理论解释可以适用于网络时代,但是,它对应的假想敌则是计算机犯罪。从网络1.0到移动互联网时代,以网络在网络犯罪中的地位为视角,网络犯罪的发展先后出现了三种

^① 于志刚:《网络犯罪与中国刑法应对》,载《中国社会科学》2010年第3期。

^② 于志刚:《网络“空间化”的时代演变与刑法对策》,载《法学评论》2015年第2期。

^③ 于志刚:《虚拟犯罪的出现及其内涵和范畴(上)》,载《贵州民族学院学报》(哲学社会科学版)2003年第6期。

基本类型。(1) 网络作为“犯罪对象”的网络犯罪。1997 年刑法第 286 条第一款规定:“违反国家规定,对计算机信息系统功能进行删除、修改、增加、干扰,造成计算机信息系统不能正常运行,后果严重的,处五年以下有期徒刑或者拘役;后果特别严重的,处五年以上有期徒刑。”本条罪名即破坏计算机信息系统罪,从定位上看,计算机信息系统作为网络的组成部分,在本罪中是作为犯罪的对象予以保护的。(2) 网络作为“犯罪工具”的网络犯罪。在网络 2.0 时代,个人成为网络的积极参与者,同时网络也开始累积大量个人利益,例如网络游戏、密码账号等。对于犯罪者来说,个人利益的价值远比坚固设防的计算机信息系统更加诱人,也更易攫取,因而犯罪的触角迅速转变,开始由侵犯网络本身转向侵犯网络中的利益。网络在网络犯罪中的地位,开始以一种犯罪工具的面目存在,例如,利用网络窃取公民的个人信息或者账号、密码等。这直接导致两个后果,一是网络犯罪平民化时代的到来,几乎所有的传统犯罪都可以在网络中再现;二是网络空间与现实空间的界限开始模糊,网络法益的独立性被贬损。(3) 网络作为“犯罪空间”的网络犯罪。网络作为犯罪空间,前提是网络可以视为一种空间,在网络深度社会化的背景下,这一点不成为问题。网络作为一个犯罪空间,开始出现了一些完全不同于第二种类型的犯罪现象,它成为一些变异后的犯罪行为的独有温床和土壤,一些犯罪行为离开了网络要么根本无法生存,要么根本就不可能爆发出令人关注的危害性,^①例如网络谣言犯罪等。网络作为犯罪空间,意味着网络空间的秩序价值受到格外关注。对于网络秩序型犯罪的归罪模式,是当前中国刑法不同于国外刑法的重大差异。上述网络犯罪的三个类型,是中国刑法学界对于网络犯罪特征的理论总结,当前这三种类型的犯罪在网络空间中并存,中国刑事立法对网络犯罪的治理,就是围绕这三种类型的网络犯罪展开的。

^① 于志刚:《“双层社会”中传统刑法的适用空间——以“两高”〈网络诽谤解释〉的发布为背景》,载《法学》2013 年第 10 期。

（三）刑法对网络犯罪的反击历程：宏观层面与微观层面的双轨制回应思路

1997 年刑法奠定了制裁计算机犯罪以及后来的网络犯罪的最初的规范体系，但是在此之后的很长时间内，无论是刑法理论界还是司法实务界，都没有对网络犯罪予以足够重视。反映到刑事立法层面，2009 年 2 月 28 日全国人大常委会通过的《中华人民共和国刑法修正案（七）》（以下简称《刑法修正案（七）》）开始对于刑法的网络犯罪条款进行修正，但是，此时距离 1997 年刑法颁布已经过去了 12 年。值得欣慰的是，在前期司法实践探索的基础上，《刑法修正案（九）》对于网络犯罪条款进行了大规模的修订和增补。条文数量的增多倒在其次，通过《刑法修正案（九）》的相关条款，可以看出刑法对于网络犯罪已经形成了清晰而明确的治理思路，即一种“3+1”的治理模式。在宏观层面，刑事立法通过“共犯行为正犯化”“预备行为实行化”“网络服务提供者的平台责任”三种责任模式，实现对于网络犯罪的精准打击，力求实现罪责统一和责刑适应；在微观层面则是对于公民个人信息犯罪的特别观照，而它同样是共犯行为正犯化在网络犯罪具体领域的延伸。

二 基于三种责任模式的刑法宏观反击思路

“共犯行为正犯化”“预备行为实行化”“网络服务提供者的平台责任”的共同之处在于，都是刑法为解决网络帮助行为的危害性过大的事实而采取的立法反击措施，但是，在解决的具体路径和侧重点上又有内在差异。

（一）三种责任模式的立法探索与成熟化

需要指出的是，“共犯行为正犯化”“预备行为实行化”和“网络服务提供者的平台责任”作为一种立法现象，它并非专属于网络犯罪。但是，中国刑法为解决网络犯罪的刑事责任而大规模、普遍地采用这三种责任类

型，恐怕在世界立法例中也是不多见的。中国的实践探索足以作为一种经验样本而存在。

1. 模式之一：“共犯行为正犯化”思路

在中国刑法中，共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪，对于帮助行为等共犯行为的处罚，必须要查明帮助行为与正犯行为（也就是实行行为）具有共同的犯罪故意或者共同的犯罪行为。帮助行为依照正犯行为触犯的罪名处罚。“共犯行为正犯化”追求的结果是，帮助行为不再依赖于正犯行为，也不需要查明它和正犯的意思联络和行为的因果性，只要存在相应的帮助行为，即可依照相关罪名处罚。可见，“共犯行为正犯化”追求的是共犯行为处罚的独立性。

对于网络共犯行为按照正犯处罚，首先来自司法解释的突破性探索。2010 年“两高”《关于办理利用互联网、移动通信终端、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（二）》第 3 条规定：“利用互联网建立主要用于传播淫秽电子信息的群组，成员达三十人以上或者造成严重后果的，对建立者、管理者和主要传播者，依照刑法第三百六十四条第一款的规定，以传播淫秽物品罪定罪处罚。”第 4 条规定：“以牟利为目的，网站建立者、直接负责的管理者明知他人制作、复制、出版、贩卖、传播的是淫秽电子信息，允许或者放任他人在自己所有、管理的网站或者网页上发布，具有下列情形之一的，依照刑法第三百六十三条第一款的规定，以传播淫秽物品牟利罪定罪处罚：（一）数量或者数额达到第一条第二款第（一）项至第（六）项规定标准五倍以上的；（二）数量或者数额分别达到第一条第二款第（一）项至第（六）项两项以上标准二倍以上的；（三）造成严重后果的。”第五条规定：“网站建立者、直接负责的管理者明知他人制作、复制、出版、贩卖、传播的是淫秽电子信息，允许或者放任他人在自己所有、管理的网站或者网页上发布，具有下列情形之一的，依照刑法第三百六十四条第一款的规定，以传播淫秽物品罪定罪处罚：……”这一司法解释对于特定的传播淫秽物品行为的网络技术支持的提供者，直接作为传播淫秽物品罪、传播淫秽物