

WANGLUO FANZUI JIBEN YUANLI

网络犯罪基本原理

刘耀彬◎著



中国政法大学出版社

WANGLUO FANZUI JIBEN YUANLI

网络犯罪基本原理



刘耀彬◎著



中国政法大学出版社

2022·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

网络犯罪基本原理/刘耀彬著. —北京:中国政法大学出版社, 2022. 12
ISBN 978-7-5764-0850-8

I. ①网… II. ①刘… III. ①互联网络—计算机犯罪—研究 IV. ①D917.7

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2023)第 039052 号

- 出版者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话 010-58908586(编辑部) 58908334(邮购部)
编辑邮箱 zhengfadch@126.com
承 印 北京旺都印务有限公司
开 本 720mm × 960mm 1/16
印 张 13.25
字 数 220 千字
版 次 2022 年 12 月第 1 版
印 次 2022 年 12 月第 1 次印刷
定 价 59.00 元

前言//Preface

记得中国有一首最短的诗，诗名是《生活》，而全诗仅有一个字：网。该诗创作于互联网发达之前，用比喻的说法形容人类生活的困顿逼仄。如今的人们，既生活在现实的世俗社会，依然如“网”一般，又生活在一张网之中，那就是互联网。如同人人都要经历白天和黑夜，我们每天都在现实和网络之间来回穿梭，俨然生活在一个“双层社会”。网络如此重要，社会的所有领域已经离不开网络了。信息技术和互联网的迅猛发展给人类社会带来巨大的变革和便利，我们都受惠于此，但同时网络也是一柄双刃剑，汹涌而至的网络犯罪也给社会秩序带来了巨大的冲击。网络犯罪是在传统犯罪与网络因素结合下催生出的不同于传统犯罪的新型犯罪，其形式和手段都很多样化，一定程度上冲击和挑战着传统刑法理论。由于网络具有即时性、延展性、虚拟性、跨区域性、高智能性等特点，过去传统的犯罪网络化后不仅危害性会大大增加，而且也为网络犯罪的侦查带来了困难。随着网络技术的广泛应用，网络犯罪将会愈演愈烈，新型疑难案件也会层出不穷。面对日益多发的网络犯罪，作为社会治理的一种强有力的手段，刑法虽然只是其他法律的后盾和保障，但必须挺身而出作出回应以打击预防网络犯罪。为此，我国通过制定《国家安全法》^{〔1〕}《网络安全法》《互联网信息服务管理办法》《刑法修正案（七）》和《刑法修正案（九）》以及一系列司法解释初步构建了规制网络犯罪的法律体系。但是，因为立法主体多元、法律层级不一、立法准备不足、概念范畴模糊、定量因素随意等诸多原因，可能会产生法律之间多有冲突、理论界和司法界对法律理解不一、立法不足和立法过剩同时并存等问题，也给网络犯罪的司法实践带来了困惑和挑战。所以，虽然关于网络犯罪的研究已有很

〔1〕《国家安全法》，即《中华人民共和国国家安全法》。为表述方便，本书中涉及我国法律文件直接使用简称，省去“中华人民共和国”字样，全书统一，后不赘述。

多成果，但仍有进一步探讨研究的必要。

从技术上来看，先有计算机后有连接计算机的网络，然后再发展出互联网。与此对应，先有针对计算机的犯罪，然后是针对网络的犯罪或利用网络进行的犯罪，后来形成网络空间后，又产生了网络空间里的犯罪。计算机犯罪被网络犯罪所取代，已是大势所趋。一般把网络犯罪分为三种类型：一是以网络为对象的网络犯罪，二是以网络为工具的犯罪，三是网络空间中发生的犯罪。本书着重探讨以下问题：一是对我国网络犯罪的立法进行检视。不可否认的是，随着各国刑事立法的活性化，我国的犯罪圈也逐步扩大。体现在网络犯罪中，就是增加了数个新的罪名，其趋势是网络犯罪共犯行为的正犯化和网络犯罪预备行为的实行化。但是需要注意的是，打击网络犯罪不能一味地采取严打政策，而是应该宽严相济，既要注重网络自由与网络秩序的平衡，也要把握刑法谦抑与刑法扩张的平衡。二是对网络犯罪司法解释的梳理和反思。司法解释是刑事立法的重要补充，甚至可以说，在司法实践中，司法解释比刑事立法更加重要。司法解释的合理与否，关系到一个行为的罪与非罪、此罪与彼罪。比如，把网络谣言认定为寻衅滋事罪，在理论上存在很大争议。在网络犯罪已经大大扩张的背景下，司法解释宜采取严格解释的方法，以防止刑法的恣意扩张，体现刑法的最后保障性。三是对网络犯罪中的常见罪名进行教义学分析。在刑法涉网络的犯罪罪名中，拒不履行信息网络安全管理义务罪、非法利用信息网络罪和帮助信息网络犯罪活动罪是为网络犯罪量身定做的，笔者称之为纯正的网络犯罪。其他涉网络犯罪，笔者称之为不纯正网络犯罪，包括：①以网络为对象的犯罪。主要包括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和破坏计算机信息系统罪。②以网络为工具的犯罪。主要有网络财产犯罪、网络集资诈骗、网络赌博、网络恐怖主义犯罪等。③在网络空间中的犯罪。主要有制造网络谣言构成的寻衅滋事罪以及利用网络进行的侮辱诽谤等。四是探讨网络服务提供者的刑事责任承担。网络服务提供者可以分为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。网络服务提供者的义务主要是协助执法、内容信息监管和用户数据保护。但是违反这些义务应该承担什么责任，国内外有所不同。外国网络服务提供者违反管理义务的法律責任主要是民事责任和行政责任，而我国则可以构成拒不履行信息网络安全管理义务罪。不同的网络服务提供者承担的义务不同，其责任也

应该不同。网络中立帮助行为是否具有可罚性也值得探讨。五是对新型疑难的网络犯罪进行分析。网络技术的发展突飞猛进，同时新型网络犯罪也层出不穷。比如刷单和反向刷单、贩卖 VPN 翻墙软件、网络爬虫、深度链接、偷换二维码、微信群抢红包、抢劫网络游戏账号、网络 PUA 教唆致人自杀等。这些行为是否构成犯罪，构成何罪也是值得探讨的。

本书是《网络与人工智能法基础理论研究》文库之一，受到中央高校基本科研业务费专项资金资助，课题号为 No. NR2020026（supported by “the Fundamental Research Funds for the Central Universities”，NO. NR2020026）。感谢文库负责人王炳教授的组织、策划、督促和指导。感谢我的研究生胡晗辉、高彦锋、赵茜等同学的帮助和贡献。

第一章 网络犯罪概述 // 1

第一节 网络犯罪的概念 // 1

一、网络犯罪的现状 // 1

二、网络犯罪的内涵与外延 // 2

三、元宇宙中的犯罪 // 5

第二节 网络犯罪的代际特征 // 8

第二章 网络犯罪的刑事立法 // 11

第一节 网络犯罪的立法沿革 // 11

一、我国网络犯罪立法嬗变 // 11

二、我国网络犯罪立法述评 // 13

第二节 风险社会下网络犯罪立法特征 // 16

一、犯罪圈扩大 // 17

二、法益保护提前 // 19

三、预备行为实行化 // 20

四、帮助行为正犯化 // 21

第三节 网络犯罪的刑法解释 // 22

一、网络犯罪刑法解释的扩大化趋势 // 23

二、网络犯罪刑法解释的限度 // 25

三、网络犯罪刑法解释的原则 // 27

第三章 网络犯罪中常见罪名的教义学分析 // 30

第一节 三个纯正网络犯罪的教义学分析 // 30

一、拒不履行信息网络安全管理义务罪的教义学分析 // 30

二、非法利用信息网络罪的教义学分析 // 41

三、帮助信息网络犯罪活动罪的教义学分析 // 50

第二节 其他网络犯罪中常见罪名的教义学分析 // 66

一、非法侵入计算机信息系统罪 // 66

二、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 // 69

三、提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪 // 72

第四章 网络服务提供者的刑事责任 // 75

第一节 网络服务提供者的界定 // 75

一、网络服务提供者的概念 // 75

二、网络服务提供者的分类 // 77

三、网络服务提供者的义务 // 80

第二节 网络服务提供者的刑事责任 // 84

一、网络服务提供者刑事责任的承担模式 // 84

二、不同网络服务提供者的刑事责任 // 87

第三节 网络中立帮助行为的刑事责任 // 94

一、中立帮助行为理论概述 // 94

二、中立帮助行为的可罚性 // 96

三、网络犯罪中的中立帮助 // 104

四、避风港原则的适用 // 107

第五章 新型疑难网络犯罪分析 // 113

第一节 刷单、反向刷单犯罪典型案例分析 // 113

一、刷单炒信及其危害 // 113

- 二、正向刷单典型案例及罪名选择 // 115
- 三、反向刷单典型案例及罪名选择 // 120
- 第二节 贩卖 VPN 翻墙软件犯罪典型案例分析 // 122
 - 一、防火墙建立的必要性 // 122
 - 二、个人使用 VPN 访问境外网站的法律責任 // 124
 - 三、非法向他人销售 VPN 的刑事责任 // 125
- 第三节 网络爬虫犯罪典型案例分析 // 130
 - 一、网络爬虫概述 // 130
 - 二、网络爬虫从技术中立到违法犯罪 // 132
 - 三、网络爬虫犯罪涉嫌具体罪名及典型案例 // 134
- 第四节 深度链接犯罪典型案例分析 // 140
 - 一、典型案例 // 140
 - 二、深度链接行为的刑事责任 // 141
 - 三、深度链接行为之共同犯罪的入罪思路 // 143
 - 四、深度链接行为的正犯化的入罪路径 // 144
- 第五节 偷换二维码犯罪典型案例分析 // 145
 - 一、典型案例 // 146
 - 二、偷换二维码之界定 // 148
 - 三、偷换二维码行为的定性之争 // 149
 - 四、偷换二维码是以债权实现为对象的诈骗 // 155
- 第六节 网络谣言犯罪典型案例分析 // 157
 - 一、网络谣言概述 // 157
 - 二、网络型寻衅滋事罪立法中关键概念的界定 // 159
 - 三、网络型寻衅滋事罪司法适用中的问题 // 164
 - 四、网络谣言的刑法规制立法建议 // 173
- 第七节 网络不正当竞争和垄断犯罪典型案例分析 // 176
 - 一、网络不正当竞争的典型案例及罪名分析 // 176
 - 二、网络垄断的表现及危害 // 181

三、网络垄断行为应该入罪 // 185

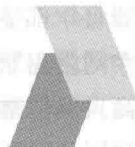
第八节 窃取虚拟财产犯罪典型案例分析 // 191

一、窃取虚拟财产案件司法实践 // 191

二、网络虚拟财产的概念、分类与特征 // 192

三、网络虚拟财产的法律性质 // 195

四、窃取网络虚拟财产构成盗窃罪 // 196



第一节 网络犯罪的概念

一、网络犯罪的现状

随着计算机网络技术以及人工智能技术的飞速发展，人们的生活方式得以极大的改变，可谓和前计算机网络时代的生活方式有着天壤之别。现在的社会由现实的物理社会和虚拟的网络社会叠加构成，“信息网络不再限于单纯的信息媒介，而是已经成为公众不可或缺的生活平台，成为人们日常活动的第二空间。可以说，网络空间与现实空间正在逐步走向交叉融合，双层社会逐步形成”。^{〔1〕}如同日月更换，寒暑交替，人们在双层社会中来往穿梭，人类的工作学习和生活已经须臾离不开网络。不管是主动入网，还是被动地被网进网络空间，整个世界都被一网打尽，那些“漏网之鱼”也几乎成为世界的弃儿。^{〔2〕}网络社会产生以后，以前发生在现实物理世界的犯罪大都可以在网络实施，实现了犯罪网络化，网络犯罪日益猖獗，犯罪数量呈井喷态势。最高人民法院官网上的《司法大数据专题报告之网络犯罪特点和趋势（2016.1-2018.12）》显示：2016年至2018年，全国各级法院一审审结的网络犯罪案件共计4.8万余件，在全部刑事案件总量中的占比为1.54%，案件量和占比均呈逐年上升趋势。2016年网络犯罪案件占当年刑事案件的1.15%；2017年案件量同比上升32.58%，占比上升0.24个百分点；2018年案件显著增加，同

〔1〕 于冲：《网络刑法的体系构建》，中国法制出版社2016年版，第19页。

〔2〕 这些弃儿往往是文盲或老年人，他们没有网络，没有智能手机，在当今社会寸步难行。他们打车难、医疗预约难、网上购物难，尤其在疫情期间，更是难上加难，甚至发生令人唏嘘的悲剧。

比升幅为 50.91%，占比继续上升 0.63 个百分点。^{〔1〕}从中可以看出，网络犯罪每年都呈大幅度上涨趋势。该报告的数据截止到 2018 年底，从 2019 年至今网络犯罪的数据不清，但网络犯罪呈高发态势，这种情况可以从 2022 年最高人民检察院的工作报告中得到印证。报告指出：“积极推进网络依法治理。会同公安部等出台办理电信网络诈骗等刑事案件指导意见，全链条打击、一体化防治，起诉利用网络实施诈骗、赌博、传播淫秽物品等犯罪 28.2 万人，同比上升 98.5%。协同推进‘断卡’行动，起诉非法买卖电话卡和银行卡、帮助提款转账等犯罪 12.9 万人，是 2020 年的 9.5 倍；针对一些在校学生涉案，会同教育部发布典型案例，开展校园反诈，既防学生受害，也防受骗参与害人。继取快递女子被造谣出轨案自诉转公诉，接续发布公民人格权保护指导性案例，从严追诉网络诽谤、侮辱、侵犯公民个人信息等严重危害社会秩序、侵犯公民权利犯罪，起诉 3436 人，同比上升 51.3%。吴某从网上下载一女子与其外公的合影照片，编成‘老夫少妻’的恶搞信息发布，阅读量逾 4.7 亿人次。广东公安机关以公诉案件立案，检察机关批准逮捕。注重源头防范，办理个人信息保护领域公益诉讼 2000 余件；上海、重庆等地检察机关对利用手机软件违法收集使用个人信息开展专项监督，推动网信、通信管理等部门综合治理。网络虚拟空间，依法治理要实。”^{〔2〕}

二、网络犯罪的内涵与外延

要研究网络犯罪，首先要界定什么是网络犯罪，而谈及网络犯罪，则需要和计算机犯罪区别开来。网络犯罪和计算机犯罪有着紧密的联系，计算机犯罪是在计算机发展初期所产生的犯罪形式，随着信息互联网时代的到来，网络犯罪开始出现，这是计算机犯罪发展到一定阶段的产物。从字面上来看，计算机单是指能根据预先编制的程序和指令对信息进行处理机器，即计算机硬件。但是，刑法上所指的计算机犯罪中的计算机实质上指的是由计算机硬件和软件结合在一起的计算机系统。关于计算机犯罪的概念，有广义说、狭义说和折中说。广义说认为计算机犯罪就是和计算机有关的犯罪，很显然

〔1〕“司法大数据专题报告之网络犯罪特点和趋势（2016.1-2018.12）”，载 <https://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-202061.html>，2022 年 3 月 28 日访问。

〔2〕“最高人民法院工作报告——2022 年 3 月 8 日在第十三届全国人民代表大会第五次会议上”，载 https://www.spp.gov.cn/tt/202203/t20220315_549263.shtml，2022 年 3 月 30 日访问。

这个定义失之过宽，没有揭示犯罪本质。狭义说从涉及计算机的所有犯罪缩小到计算机所侵害的单一权益，如财产权或个人隐私权或计算机资产本身或计算机内存数据等来界定概念，很显然又失之过窄，没有涵盖计算机犯罪的全部。折中说一般认为计算机犯罪就是行为人以计算机为工具或以计算机资产为攻击对象实施的严重危害社会的行为。现在研究计算机犯罪的概念，已经没有什么意义和价值了。

国内关于网络犯罪的概念并未形成统一认识，可谓莫衷一是、言人人殊。例如，有学者认为网络犯罪泛指使用网络信息技术进行的各种犯罪行为。^[1]也有学者指出，网络犯罪是由计算机犯罪演变而来的，网络犯罪包括计算机犯罪，犯罪网络化是网络犯罪的主要特征。^[2]其实，网络犯罪并不是刑法里面一个特定的犯罪，如同“青少年犯罪”“校园犯罪”“套路贷犯罪”“腐败犯罪”一样，是一类犯罪的总称。它可以是针对计算机网络进行攻击的犯罪，也可以是利用计算机网络作为工具实施的犯罪，还可能是在网络空间里的犯罪。总之，一切和计算机网络有关的犯罪都可以纳入网络犯罪中来。从这个意义上来说，给网络犯罪下一个明确的定义并不重要，重要的是明确网络犯罪的外延，即涉网络犯罪到底包括哪些犯罪？

笔者认为，网络犯罪的外延可以分为三个层次。第一个层次是刑法中明确规定的涉计算机网络犯罪，具体包括：第 285 条规定的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；第 286 条规定的破坏计算机信息系统罪；第 286 条之一规定的拒不履行信息网络安全管理义务罪；第 287 条之一规定的非法利用信息网络罪；第 287 条之二规定的帮助信息网络犯罪活动罪。第二个层次是利用计算机网络实施的犯罪，第 287 条是利用计算机实施犯罪的提示性规定：“利用计算机实施金融诈骗、盗窃、贪污、挪用公款、窃取国家秘密或者其他犯罪的，依照本法有关规定定罪处罚。”虽然刑法中列举了一些利用计算机实施犯罪的提示性规定，诸如金融诈骗、盗窃、贪污、挪用公款、窃取国家秘密，但利用计算机网络实施的犯罪远远不止这些，还有一些犯罪极有可能利用计算机网络实施，如开设赌场罪，诽谤罪，侮辱

[1] 参见郭玉军主编：《网络社会的国际法律问题研究》，武汉大学出版社 2010 年版，第 43 页。

[2] 参见皮勇：《网络安全法原论》，中国人民公安大学出版社 2008 年版，第 12 页。

罪，寻衅滋事罪，强制猥亵、侮辱罪，传播淫秽物品牟利罪，编造、故意传播虚假信息罪，煽动性质的犯罪等。此时，计算机网络仅仅是犯罪工具而已，当然应以有关规定定罪处罚。第三个层次是利用计算机网络进行共同犯罪。其实，利用计算机网络可以实施刑法中所有的犯罪，虽然不能利用计算机网络作为诸如放火罪，强奸罪，聚众斗殴罪，聚众哄抢罪，武装叛乱、暴乱罪，暴力危及飞行安全罪等罪的实行犯，但完全可以在共同犯罪中利用计算机网络进行教唆行为和帮助行为。因此，可以说，网络是如此普及，已经渗透到人们生活的每一个角落，犯罪也不例外，所有犯罪皆可借助网络实施，最起码可以构成共同犯罪。当然，这么说可能会产生的疑问是过失犯罪难道也可以借助网络实施吗？过失致人死亡、过失致人重伤、过失破坏交通工具、过失以危险方法危害公共安全等犯罪很难想象会通过网络实施，另外，过失犯罪也不存在教唆帮助等共同犯罪行为，也不会产生利用网络构成共同犯罪的问题。但是，对于重大责任事故罪、重大飞行事故罪、铁路运营安全事故罪等事故类的犯罪，因为现在多使用计算机网络进行操作，还是极有可能因计算机网络使用过失而导致犯罪。

有争议的是能否使用网络成为故意杀人罪、强奸罪、猥亵类犯罪的正犯或实行犯。笔者认为，使用计算机网络可以成为故意杀人罪和猥亵类犯罪的实行犯即正犯，而能否成为强奸罪的实行犯则值得探讨。就故意杀人罪而言，如果通过网络诱骗胁迫一名不满 14 周岁的儿童自杀毫无疑问可以构成故意杀人罪，另外，通过网络逼迫他人自杀，逼迫手段足以使被害人丧失意志自由而不得不选择自杀也可以构成故意杀人罪。通过网络猥亵儿童或他人当然可以成为猥亵儿童或强制猥亵罪的正犯，而且司法实践中已有不少判决。例如，被告人沈某通过 QQ 与 15 周岁的被害人包某某聊天，获知其基本信息后，于 11 月 17 日 23 时许，谎称包某某电脑中了病毒，已秘密拍摄包某某的裸照，以发裸照到互联网为由，胁迫包某某脱衣露乳房、下体等隐私部位，裸体与其视频聊天，沈某边观看边自慰，同时将包某某裸体视频进行录像并保存在自己电脑中供以后自慰时观看。沈某采取类似的手段，后又胁迫了包某某及包某某同学不满 14 周岁的卢某某在视频中脱掉衣服，互相舔对方乳房，供其自慰观看。胁迫被害人不满 14 周岁的游某某、15 周岁的文某某裸体与其视频

聊天，供其自慰时观看并录制了相关视频。^{〔1〕}司法实践中，一种意见认为：沈某的行为不构成猥亵犯罪，主要是因为网络裸聊仅在于聊和看，行为人和被害人不在同一物理空间，双方没有身体上的接触，不属于刑法中的猥亵行为。另一种意见认为：沈某的行为构成猥亵犯罪，认为不能以被告人与被害人是否在同一物理空间，是否有身体实质接触来判断是否存在猥亵犯罪行为。沈某对被害人形成了精神强制，迫使被害人脱光衣服暴露身体隐私部位供其观看，侵害了被害人的性自主权，与直接进行身体接触的猥亵行为相比，二者侵害的法益本质上是相同的。笔者认为，强制网络裸聊属于猥亵行为。对猥亵的通常理解和行为方式的列举，大多停留在对被害人人身直接接触的层面，但从猥亵犯罪的本质来看，只要是妨害或者推定妨害被害人的性自主权，足以刺激或满足性欲，并冒犯普通公民性的羞耻心或引起其厌恶感的淫秽行为，即属猥亵，行为方式不一而足。因此，不应局限于行为人是否直接接触了被害人身体。比如，行为人威吓被害人并当场自己脱光衣物进行自慰供其观看，尽管行为人没有触摸被害人隐私部位，但同样妨害了被害人的性自主权，是一种足以刺激或者满足性欲、冒犯公民性的羞耻心的淫秽行为，将该行为解释为对被害人实施了猥亵是合乎逻辑的。上述案例中，沈某要挟被害人在视频中露出隐私部位供其观看，侵害了被害人的性自主权，属于有伤风化的淫秽行为。该强制网络裸聊行为与其直接进行身体接触的猥亵行为相比，只是表现形式不同，本质上均是对被害人的伤害，与普通猥亵犯罪侵犯的法益具有相当性，将其解释为猥亵犯罪构成要件预设的行为类型，并未远远超出一般公众所能理解和接受的认知范畴。

三、元宇宙中的犯罪

利用网络实施强奸在前网络时代是不可想象的。但是随着网络技术的发达、人工智能的出现、现实和虚拟的混同，实现网络中的强奸也并非天方夜谭，这已经在世界各地多次发生，也给刑法理论带来了新的挑战。比如，“比利时多家媒体曾报道警方针对一起发生在网络游戏《第二人生》（‘SecondLife’）中的虚拟强奸案展开调查的消息。到底虚拟世界中的犯罪行为算不算真正的犯罪，或达到何种程度应该接受制裁。这一问题立刻引发全球媒体广泛的讨

〔1〕“强制他人网络裸聊属于猥亵行为吗？”，载 <https://china.findlaw.cn/>，2022年6月1日访问。

论……事情源于数月前，《第二人生》虚拟世界内发生了一起前所未有的风化案。一名比利时玩家报警称自己在游戏里扮演的虚拟女人被一个虚拟色魔强奸了，据她描述，虚拟色魔利用一组程序编码控制了她在游戏中角色的身体，对她实施了‘强奸’。当时多数传媒仅仅把该事当作花边新闻报道，因为从未听说过这样离奇的事情，而且受害者和罪犯都只是虚拟角色，在现实中根本不存在。但比利时警方却出人意料地在接警后立即着手调查，不过截至今天，仍尚未有任何相关人员因这单案件遭到起诉”。〔1〕另外一起类似的案件发生在美国，“5月底，美国元宇宙领域首例‘性侵’事件引发了广泛关注。受害者是一名21岁女性，她在科技巨头Meta发布的元宇宙概念在线游戏《地平线世界（Horizen Worlds）》中创建了一个女性虚拟形象，想通过体验元宇宙完成相关研究。而不到一小时，她便遭到一位男性虚拟人物的‘性侵’，旁边还有另一位旁观者在起哄。由于虚拟人物的接触能使玩家手中的控制器产生振动，受害者感到非常不适。Meta回应称，受害人没有开启《地平线世界》的多项安全功能，其中‘个人边界’功能会在玩家周围形成半径大约一米的‘防护罩’，使得其他虚拟人物无法触碰，以此杜绝骚扰。除此之外，Meta并未提到平台监管以及维权申诉问题”。〔2〕

“元宇宙（metaverse）”，由词根“meta”和“宇宙（universe）”合并而来。其中“meta”为希腊语，有“超越”“在……之上”之意。“元宇宙”一词最初出现在美国科幻作家尼尔·斯蒂芬森于1992年发表的科幻小说《雪崩》之中，是指一种现实世界与通过增强现实技术和虚拟现实技术创造出的虚拟世界的混合状态。目前，元宇宙并没有清晰的官方解读，各个行业都可以基于自己的产品线或者未来发展作出不同理解。粗浅地说，元宇宙可以理解为用户世界和现实世界在最大程度上的融合，是一个能为用户提供沉浸式体验的，把现实世界数字化到了和现实世界几乎等同甚至超越的一个发展阶段的体现。元宇宙离不开人工智能、区块链、虚拟现实和增强现实、5G网络、传感器等多种科技手段。元宇宙作为诞生不久的新事物，各项技术与监管都不尽完善。元宇宙会成为新的法外之地吗？发生在元宇宙内的性侵能否构

〔1〕“虚拟少女被强奸了怎么办”，载 <http://it.enorth.com.cn/system/2007/06/15/001721125.shtml>，2022年6月10日访问。

〔2〕“元宇宙竟曝‘性侵’案，虚拟世界法律秩序，能思考些什么？”，载 https://lawyers.66law.cn/s2f13d4e9c0f87_i1172522.aspx，2022年6月10日访问。

成强奸罪呢？

一般认为，构成强奸罪需要符合三大要件：行为违背妇女意志；行为人必须采取使被害人不能反抗、不敢反抗或不知反抗的手段，通常是暴力、胁迫或者其他手段；施暴人和被害人要有实际的身体接触。而此次元宇宙“性侵”的认定存在现实法律困境。首先，从主体看，施暴者和受害者都是虚拟形象，并非真实的生命体。其次，从侵害行为看，身体接触亦发生在虚拟形象之间，现实世界中的施暴人和受害人之间并无实际身体接触。最后，从侵害结果看，有学者认为身体未被触摸，也可以被判定为性侵，因为虚拟行为对人格和尊严的影响是确凿无疑的，研究网络骚扰的华盛顿大学研究院学者凯瑟琳表示：发生在虚拟世界和现实世界的性侵并无太大区别，会令人们产生相同的心理和神经系统反应，虚拟攻击同样可能对人造成强烈的创伤。^{〔1〕}

但是，笔者认为元宇宙中对虚拟形象的性侵还不能构成强奸罪。其一，凭借朴素的法感情判断，对虚拟形象的性侵就构成强奸罪难以令人接受，会超出一般人对刑法的基本认知和预测可能性。其二，强奸罪必须违背妇女意志，但是只有人类才有意志可言，虚拟形象不可能有自己的意志，所以，性侵虚拟形象很难说违背了妇女意志。其三，强奸罪侵害的法益必须是一个具体的个人的性自主权，我国的刑法规定强奸罪应有性交的目的，即使在外国，强奸罪也要求要进入对方的身体。而案例中对虚拟人物的性侵仅仅是使玩家手中的控制器产生振动从而让受害者感到非常不适，这个结果和强奸罪的要求相去甚远。因此，即使采取与时俱进的客观解释方法，把性侵虚拟形象认定为强奸罪也会超出国民预测可能性，属于类推解释而非扩大解释。与此相似的，如果故意杀害或伤害一个虚拟形象当然也不能认定为故意杀人罪或故意伤害罪。

刘宪权教授认为：“元宇宙技术在发展过程中会带来新的刑事风险。在元宇宙技术初级发展阶段，元宇宙空间可能出现诈骗类、集资类、传销类犯罪以及数据犯罪。在元宇宙技术高级发展阶段，元宇宙空间可能出现侵犯人身权利的犯罪”。^{〔2〕}元宇宙技术的初级发展阶段的主要特征是虚拟性，但在高级

〔1〕“元宇宙竟曝‘性侵’案，虚拟世界法律秩序，能思考些什么？”，载 https://lawyers.66law.cn/s2f13d4e9c0f87_i1172522.aspx，2022年6月10日访问。

〔2〕刘宪权：“元宇宙空间犯罪刑法規制的新思路”，载《比较法研究》2022年第3期，第129页。