信息网络犯罪法律适用疑难问题研讨

□吴亚5

日前,上海市一中院举办"信息网络犯罪法律适用疑难问题研讨会",来自最高法院研究室、上海市检察院、上海检察一分院、上海社科院、华东政法大学、同济大学、上海律协以及上海三级法院等单位的专家、学者 60 余人参加会议。会议由上海一中院刑事庭庭长余剑主持,与会人员围绕四个议题、结合典型案例展开充分讨论。

议题一:非法获取游戏币、道具等虚拟财物的行为定性

第一个议题围绕"非法获取游戏币、道具等虚拟财物的行为应如何定性?如果构成侵财类犯罪、犯罪数额如何认定?"等问题展开讨论。

【案例1】某网络游戏公司可通过充值获取 "元宝", 玩家充值1元可兑换10个"元宝", 大 额充值时,游戏公司会向玩家赠送一定比例的 "元宝"。被告人朱某在该公司担任运营策划主 管,负责对玩家发放充值返利等工作,游戏公司 分配给其的管理账户可以直接修改玩家游戏账户 内游戏"元宝"数量。正常情况下,在公司收取 玩家充值钱款后,朱某需报请运营经理审核后才 可通过其账户实际发放"元宝"。朱某在任职期 间,为牟取非法利益,利用上述权限,未经授权 擅自修改后台数据, 在玩家未充值的情况下, 为 王某等多名玩家的游戏账户里添加游戏"元宝" 共累计 1800 万余个 (市价约 180 万元, 扣除返 利约130万元),并私下从王某等玩家处收取钱 款 15 万元。后公司在日常管理中发现王某等玩 家游戏账户数据异常, 通过核查发现其账户获取 的大量"元宝"没有对应充值记录,而是朱某违 规发放、遂报案

【案例 2】被告人徐某受玩家金某委托代练 游戏等级,获取了金某的游戏账户、密码、绑定 邮箱及邮箱密码等信息。后徐某与金某因故发生 矛盾,金某终止代练合同,并重新修改账户密码。徐某利用练级时获取的金某的绑定邮箱重置 了金某游戏账户密码,登录金某账户后将金某充 值所得的50万个"元宝"转移至本人游戏账户。 该游戏中充值1元可换取10个"元宝",金某购 买"元宝"实际花贵约4万元。徐某在自己玩游 戏中消费使用30万个"元宝",将20万个"元 宝"在网上销售并得赃款1万元。金某发现账户 异常后报案。

第一种观点认为,朱某构成破坏计算机信息 系统罪、徐某构成非法获取计算机信息系统数据 罪。

第二种观点认为,朱某构成职务侵占罪、徐

某构成盗窃罪。

经讨论,多数观点认为,游戏币等虚拟物品属于刑法中的财物,朱某利用职务便利侵占公司财物,构成职务侵占罪,徐某以秘密手段窃取他人财物,构成盗窃罪。犯罪数额认定可结合虚拟物品的特点,不宜简单地以厂商定价计算,要在坚持填平原则的基础上,以实际损失认定犯罪数额,具体根据虚拟物品的价值体现形式、损失形态等认定。

其一,游戏币等虚拟物品具有价值性、管理性、流通性等财物的基本特征。其凝聚了游戏厂商开发、运营投入的人力、物力成本,玩家需支付对价购买,在网络环境下既有供人娱乐、满足精神需求的使用价值,也有承载网络服务和交易对价的交换价值。虚拟物品的所有人可通过个人账户对虚拟物品进行有效支配和控制,该类占有状态是游戏行业正常发展的基础,有保护的必要性,应当肯定这类虚拟物品的财产属性。

其二,不能简单地以厂商定价计算犯罪数额。游戏币等虚拟物品的产出成本与市场定价关系薄弱,单次生产不需投入等量成本,具有一次研发、无限复制的特征,定价与成本间不存在直接对应关系。相关犯罪中,虚拟物品的市场定价仅代表可获取的预期利益,不能反映直接损失,其市场总价可能远超实际购买者的购买能力和意愿,若以此认定犯罪数额并进行退赔,则可能会导致厂商等获取超出实际损失的利益。

其三,坚持填平原则,以实际损失认定犯罪数额。价格认定既要与实际损失相当,也要在各类案件之间保持一贯性和协调性。侵财犯罪的实质是利益在行为人和被害人之间发生转移,认定财产犯罪的数额应与实际损失数额大体一致。虚拟物品如果进入流通环节具有交换价值的,一般以实际交易对价予以认定;如果没有进入流通环节,没有交易对价的,原则上应由受害者对虚拟物品的成本价格进行举证,再结合犯罪时间、次数、获利金额等综合认定。

议题二:利用第三方支付获取他人银行卡内资金、借贷

资金的行为定性

第二个议题围绕"获取他人手机后,转走他人支付宝、微信绑定的银行卡资金,以及冒用他人名义套取花呗、微粒贷等资金的,如何定性?如果利用事先窃取的银行卡号,将该卡与其支付宝绑定并使用的,如何定性?"等问题展开讨论。

【案例 1】被告人张某在宿舍趁被害人李某 熟睡之际,获取李某的手机并登录其支付宝,用 之前偷窥到的李某支付宝支付密码,通过扫描自 已支付宝收款码,将李某支付宝中绑定的农行借 记卡账户中的 6000 元转至其支付宝账户;又用 此前偷窥到的李某建行借记卡号,将该卡绑定李 某支付宝,采用前述方式将该卡中的 6000 元转 至其支付宝账户。

【案例 2】被告人汤某利用之前帮被害人王某操作手机获知的王某支付宝和微信支付密码, 多次私下使用王某手机,通过扫描自己支付宝商 家收款码、微信收款码,将王某支付宝"花呗"、 微信"微粒贷"中的2万元转至自己的支付宝、 微信账户。

第一种观点认为,张某构成信用卡诈骗罪, 汤某构成贷款诈骗罪或合同诈骗罪。

第二种观点认为,张某构成盗窃罪和信用卡 诈骗罪,汤某构成盗窃罪。

第三种观点认为,张某、汤某均构成盗窃

经讨论,多数观点认为,对涉第三方支付的 侵财案件的处理,要把握主要取财行为的本质特 征予以定性,如果侵害法益系个人财产、行为特 征符合以秘密手段转移他人财物的,可以构成盗窃罪。主要理由在于:

其一,上述案例中受损法益主要为个人财产 所有权。信用卡诈骗罪和贷款诈骗罪等属于金融 犯罪,构成该类犯罪需行为直接侵害金融管理秩 序。但上述利用第三方支付获取他人钱款的行 为,侵害的法益主要是个人财产所有权,宜以侵 财类犯罪进行规制。

其二,多行为交织导致侵财结果发生的,应以主要取财行为的性质进行认定。该类犯罪的资金转移,是行为人通过输入偷窥或重置支付密码实现,均是在被害人不知情的情况下,采用第三方支付手段秘密转移他人财物,符合盗窃罪的构成要件。且相关支付程序不具有自主处分能力,不能成为诈骗罪的对象。

其三,绑定银行卡再转移资金的行为构成盗窃罪。非法获取他人银行卡号后,将该卡与他人支付宝绑定并转走资金的,在第三方支付方式下,与直接转走他人支付宝绑定银行卡内资金,以及窃取他人银行卡绑定支付宝再转走卡内资金的情形,在侵害法益和主要取财行为方式上并无实质差异,均属于以秘密窃取手段转移他人财产,宜认定为盗窃罪。行为人取财过程中,利用信用卡号信息等并非致使财产损失的主要原因,其行为并未实质侵害信用卡管理秩序。若将该类行为认定为信用卡诈骗罪,则会导致同等罪质的行为在定罪上出现不相协调的情况,并致量刑明

议题三:网络刷单炒信链条中空包物流端的

行为定性

第三个议题围绕"刷单炒信案件中,行为人设立、经营空包网、礼品网,将事先购买的快递测试单号加价销售给网店商家,并快递相应的空包、礼品包,为网店商家虚增交易数量提供配套服务的,应当如何定性?"等问题展开讨论。

【案例】2017年,被告人丁某建立并经营A空包网。其明知通过虚假订单可以实现"刷单"目的,仍从快递公司大量购买测试件单号,并加价销售给网店商家谋利。后监管部门通过加强对快递物品重量体积检测等打击空包网站。丁某为规避监管,又设立B网站,改为发出大小、体积相类似但价值很低的物品替代刷单产品。至案发,前述网站的经营数额高达1000余万元。

第一种观点认为,丁某的行为不构成犯罪,由监管部门进行行政处罚即可。

第二种观点认为,丁某的行为构成 非法利用信息网络罪。

第三种观点认为, 丁某的行为构成 虚假广告罪。

第四种观点认为,丁某的行为构成 非法经营罪。

经讨论,多数观点认为,空包物流端经营者的行为严重侵害电子商务市场秩序,情节严重的,可用刑法予以规制。主要理由在于:

其一, "空包物流端"经营者的行为具有严重的社会危害性,有必要纳人 刑法进行规制。

(1) 从侵犯法益情况看, "空包物流端"经营者作为刷单炒信行为的关键环节,至少侵犯了三方面的法益,即消费者利益、其他卖家的正当利益以及

电子商务的信用评价机制,严重危及电子商务这一新兴业态的健康发展。

- (2) 从空包物流端的行为模式看, 作为刷单炒信产业链中的关键环节,经 营者的行为实质系设立专门用于违法犯 罪的网站组织虚假交易,其经营模式、 行为本身不具有合法性。
- (3) 从涉案规模看,空包网、礼品网针对成千上万的网店卖家,呈现出规模化、产业化的特征,涉案金额、获利金额越来越大,仅通过行政处罚难以遏制。
- (4) 从比较法的视野看,境外如 韩国已开始追究刷单炒信链条中职业刷 手的刑事责任,而职业刷手的危害性小 于公司化、规模化运作的空包网、礼品 网。
- 其二, "空包物流端"经营者的行为严重侵害电子商务市场秩序,与其他非法经营行为具有同质性,情节严重的可以非法经营罪规制。
- (1) 如前所述,空包网、礼品网 经营者侵犯的法益与市场秩序有关,与 非法经营罪侵犯的法益具有一致性。
- (2) 空包网等物流平台的网经营者的行为违反了《电子商务法》《反不正当竞争法》等法律规定,符合非法经营罪所要求的"违反国家规定"以及行政犯的二次违法性要求。
- (3) 前述行为与刑法第二百二十五条及相关司法解释规定的非法经营行为具有同类性或同质性,能够解释为"其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为"。当然,鉴于适用兜底条款在提供行为预期方面有所欠缺,故对前述行为人罪的同时,有必要适当提高人罪门槛。

议题四:利用网络棋牌软件组织他人赌博的

行为定性

第四个议题围绕"利用网络棋牌 软件组织他人赌博的行为是构成赌博 罪还是开设赌场罪?如果认定为开设 赌场,是否可以适用情节严重?"等问 题展开讨论。

"哈灵麻将"系一款合 【案例】 法网络棋牌软件。被告人王某以营利 为目的,在"哈灵麻将"上付费开设 虚拟房间,并通过建立微信群纠集拉 拢不特定人员,组织上述人员至虚拟 房间打麻将。麻将规则是两人麻将, 每局耗时十几分钟, 输赢分数在几分 至数百分之间。被告人事先在微信群 内设立1分等于1元的资金结算规则, 并规定输钱的赌客在每局结束后通过 微信红包等方式向赢钱的赌客转账 赢钱的赌客则每局向被告人支付 2 元 台费。赌客在网络棋牌软件虚拟房间 内结束每局麻将后, 在微信群内按照 上述规则自行结算, 输钱赌客逃单时 被告人会垫付赌资 (因人员之间较为 熟悉, 且输赢金额不大, 逃单情形极 少)。自2019年10月至2020年4月 期间,被告人王某通过上述经营方式, 抽头获利 2.9 万余元,涉案赌资达 30

第一种观点认为,王某构成赌博

第二种观点认为,王某构成开设赌 场罪,且属情节严重。

第三种观点认为,王某构成开设赌 场罪,但不属于情节严重。

经讨论,多数观点认为,应准确把握开设赌场的认定标准,对相关犯罪行为的危害性要进行实质判断。

主要理由是: 开设赌场一般具有设置赌博规则、提供赌博场所、聚集不特定人员、从中抽头渔利等基本特征。对于符合上述特征的行为,应认定为开设赌场,不宜以聚众赌博论处。利用网络棋牌软件组织他人赌博的行为,即使符合上述开设赌场的基本特征,对于是否构成开设赌场罪,以及是否认定情节严重,还应当注意不能简单套用现有司法解释规定的数额标准,而应当结合参与人数多少、资金规模大小、持续时间长短、行为人获利数额大小等因素综合判断,据实评价,以得出罪重、罪轻或无罪的裁判结论。

(作者单位:上海市第一中级人民 法院)