

我国网络犯罪规制的未来前路

网络犯罪是我国刑法打击的重点，进入互联网时代，网络犯罪不可避免地呈现大幅增长的趋势。在这样一种历史背景下，如何有效规制网络犯罪，就成为一个值得探究的问题。

网络犯罪是一个较为宽泛的概念，它包含我国刑法第 285 条至 287 条规定的 7 个罪名和一个提示性条款。从内容上来看，我国刑法中的网络犯罪可以分为纯正的网络犯罪和不纯正的网络犯罪。

所谓纯正的网络犯罪是指只能发生在网络空间或者针对计算机信息系统所实施的犯罪。上述刑法规定的 7 个网络犯罪罪名，就是典型的纯正的网络犯罪。例如刑法第 285 条第 1 款规定的非法侵入计算机信息系统罪，此种犯罪只能发生在网络空间，因而属于纯正的网络犯罪。

不纯正的网络犯罪是指既可能发生在网络空间或者针对计算机信息系统实施，也可能发生在现实空间的犯罪。这就是刑法第 287 条关于利用计算机实施有关犯罪的提示性规定，利用计算机实施金融诈骗犯罪、盗窃、贪污、挪用公款、窃取国家秘密或者其他犯罪的情形。例如现实生活中十分常见的网络诽谤罪和网络诈骗罪就是十分典型的例子。诽谤罪和诈骗罪是两种较为普通的人身犯罪和财产犯罪，但近年来利用计算机信息系统对他人进行诽谤或者利用网络实施诈骗的犯罪案件大量发生。由于我国刑法并没有专门设立网络诽谤罪和网络诈骗罪，对于网络诽谤和网络诈骗行为还是按照普通的诽谤罪和诈骗罪追究刑事责任。因此，网络诽谤罪和网络诈骗罪属于不纯正的网络犯罪。就此而言，诽谤罪和诈骗罪既可以由网络犯罪构成，也可以由非网络形式构成，因而在由网络形式构成的情况下，其网络犯罪的性质具有不纯正性。

在正确界定网络犯罪的基础上，我认为对于未来网络犯罪规制的发展完善，可以从立法与司法两个方面进行考察。

立法如何厘清并完善网络犯罪规制

从立法上来说，在增设网络犯罪的罪名基础上，使网络犯罪独立成为刑法分则中的一节，从而与其他犯罪相区隔，这是网络犯罪立法体例的完善。我国刑法目前将网络犯罪的相关罪名归于刑法分则第六章第一节扰乱公共秩序罪之中，这一体例是 1997 年刑



讲坛嘉宾

陈兴良

北京大学博雅讲席教授、博士生导师

法修订时确立的。当时我国刑法对网络犯罪只设立了 3 个条文，除了不纯正网络犯罪的提示性条款以外，只有两个条文规定了两个罪名。在这种情况下，将其归入扰乱公共秩序罪之中具有合理性。随着刑法修正案不断增加网络犯罪的罪名，现在已增加到 9 个条款。随着条款的增加，为将来网络犯罪独立成为一节犯罪创造了条件。此外，目前我国刑法中的网络犯罪罪名虽然较之 1997 年刑法修订时已经有所增加，但仍然不敷使用。例如扰乱网络秩序的罪名仍告阙如，司法机关在不得已的情况下采用刑法中的其他罪名，由此造成一定的乱象。

又例如我国网络空间存在黑灰产业，组织网络水军从事各种刷单活动，包括正向刷单与反向刷单。网络正向炒信刷单，是指虚构交易量，以此提高商户的信誉，因此该行为具有不正当竞争的性质。从我国司法实践情况来看，对于这种网络正向炒信刷单行为，往往以非法经营罪论处。但正向刷单行为虽然具有营利性，但它并不是一种正常的经营行为，因而也就不存在非法经营的问题。尤其是我国刑法第 225 条前三款对这种行为并没有明确规定为非法经营行为，如果要认定为非法经营罪，只能适用第 4 款的兜

底规定。但适用该款定罪应当报请最高人民法院核准，如果未经最高人民法院核准而予以入罪，则明显违反了罪刑法定原则。至于反向刷单行为，是指进行恶意交易或者恶意差评，以此损害商户的商誉，因此该行为具有毁坏商誉的性质。在我国司法实践中，对于网络反向炒信刷单行为，一般以破坏生产经营罪论处。反向刷单行为虽然具有损害商誉的性质，但我国刑法第 121 条规定的损害商誉罪是指捏造并散布虚伪事实，损害他人商业信誉，给他人造成重大损失或者有其他严重情节的行为。在此，损害商誉的行为是捏造并散布虚伪事实，但反向刷单只是恶意交易或者给予差评，并没有伪造事实，也没有加以散布。在这种情况下，对反向刷单行为不能以损害商誉罪论处。但该行为同样也不符合破坏生产经营罪的特征，该罪属于毁坏型财产犯罪，但反向刷单行为并不具有财产犯罪的属性，而是一种妨碍业务活动犯罪。如果刑法分则设立了普通妨碍业务罪，当然可以该罪论处。但在我国刑法并未设立妨碍业务罪的情况下，其实是无法可依，对此种行为按照破坏生产经营罪论处也是违反罪刑法定原则的。由此可见，当网络空间出现某种法益侵害行为，刑法没有设立普通罪名的情况下，就会出现难以处理的规范匮乏状态。在这种情况下，应当考虑设立扰乱网络秩序罪，以此弥补法律漏洞。

司法活动如何正确认定网络犯罪

在对网络犯罪立法完善的同时，如何在司法活动中正确认定网络犯罪，尤其是不纯正的网络犯罪，也是一个值得研究的问题。例如虚拟财产是网络时代法律面对的一个重大问题，涉及民法和刑法等基本法律。就刑法而言，虚拟财产的法律性质如何确定：是将其作为数据加以保护，还是视为财产加以保护？这些问题至今尚无定论，因而在很大程度上影响对虚拟财产刑事案件的司法处理。

在我国司法实践中，对网络虚拟财产曾经作为财产加以保护，对于采用盗窃、诈骗等手段非法占有他人财产的行为，按照盗窃罪、诈骗罪论处。但在《刑法修正案（七）》增设了非法获取计算机信息系统数据罪以后，我国对虚拟财产的司法保护路径发生了重大转折。2010 年最高人民法院研究室出台的《关于利用计算机窃取他人游戏币非法销售获利如何定性问题的研究意见》确定了作为电子数据予以保护的司法路径，改变了此前我国司法机关对

虚拟财产作为财物保护的进路。2010 年 10 月，有关部门就利用计算机窃取他人游戏币非法销售获利如何定罪问题征求最高人民法院研究室意见。研究室认为：利用计算机窃取他人游戏币非法销售获利行为目前宜以非法获取计算机信息系统数据罪定罪处罚。此后，侵犯虚拟财产的案件通常都以非法获取计算机信息系统数据罪论处。

这一虚拟财产司法保护路径的转变值得反思。数据本身是各种权益的载体，法律应当按照数据权益的类型进行区别保护。在我看来，非法获取计算机信息系统数据罪是电子数据保护的普通罪名，它与其他对特定数据保护的特别罪名之间存在特别法与普通法之间的法条竞合关系。基于特别法优于普通法的原则，在有特别规定的情况下，应当优先适用特别法。只有在没有特别规定的情况下，才能以非法获取计算机信息系统数据罪定罪处罚。因此，非法获取计算机信息系统数据罪是电子数据保护的兜底罪名，是留作后备之用的。

对电子数据保护的特别罪名包括：其一，当电子数据具有公民个人信息性质的时候，应当认定为侵犯公民个人信息罪；其二，当电子数据具有淫秽物品性质的时候，应当认定为制作、传播、贩卖淫秽物品罪；其三，当电子数据具有知识产权性质的时候，应当认定为侵犯知识产权犯罪；其四，当电子数据具有国家秘密性质的时候，应当认定为非法获取国家秘密罪。以此类推，当电子数据具有财产属性的情况下，应当认定为财产犯罪。显然，对于上述各种情况下，唯独在电子数据具有财产属性的情况下，不认定为财产犯罪而认定为非法获取计算机信息系统数据罪，由此破坏了罪名认定的统一逻辑，因而并不妥当。

因此，我认为在司法活动中对网络数据权利的保护应当根据网络数据所承载的法益性质，分别加以处理。只有这样，才能使网络数据，包括虚拟财产的司法保护具有针对性和适当性。

(原文首发于 7 月 2 日本报理论学术编辑部“海上法学院”公众号启航典礼·海上讲坛)



“师大法学联盟”成立并发布上海共识

□ 记者 徐慧

7 月 3 日上午，华东师范大学法学院牵头北京师范大学法学院、东北师范大学政法学院、福建师范大学法学院、广西师范大学法学院、杭州师范大学沈钧儒法学院、河南师范大学法学院、华南师范大学法学院、华中师范大学法学院、南京师范大学法学院、上海师范大学哲学与政法学院、西北师范大

学法学院、西南大学法学院、新疆师范大学政法学院、浙江师范大学法学院（按拼音顺序排列，排名不分先后）等 15 所代表院校在上海举行“师大法学联盟”成立仪式，形成并发布“师大法学联盟”上海共识，共同塑造“师大法学”品牌。

同日，河北师范大学、首都师范大学、海南师范大学提出加盟申请，经全体创始成员同意，正式成为“师大法学联盟”成员。



图片由华东师范大学法学院提供

“师大法学联盟”上海共识

一、“师大法学联盟”成员坚持以习近平法治思想为根本遵循，将加强中国特色社会主义法治理论研究，提升法学研究能力和水平，致力于构建中国特色法学学科体系、学术体系、话语体系；

二、“师大法学联盟”保持开放性，欢迎全国各地师范大学开设法学本科专业的学院成为联盟成员；

三、“师大法学联盟”将每年举行一次“师大法学院长论坛”，交流教研经验，共商师大法学发展大计，会议承办单位由各成员协商确定；

四、“师大法学联盟”将密切关注法学理论与司法实践，合作开展学术活动，共同塑造“师大法学”品牌；

五、“师大法学联盟”倡议各成员单位借助师范类院校专业特色，共同形成法学专业与师范类专业融合发展特色，培养高质量复合型法治人才；

六、“师大法学联盟”注重教育法方向的教研优势，形成“教育法治高端论坛”这一常规性活动，为教育法典编纂、中小学道德与法治师资队伍的培养做出应有贡献；

七、“师大法学联盟”致力于搭建一个师生交流的成长平台，落实《关于加强新时代法学教育和法学理论研究的意见》提出的“开展好全国法学教育东西对口支援”要求，探索教师交流互访、学生交流互访及联合培养的合作模式。

师大法学联盟秘书处
二〇二三年七月三日