

The Qualitative Analysis of the Behavior of Network "Crossing-The-Wall" Tools in Illegal Sales

WU Yu-qiang^{1,a}

¹Nanjing Forest Police College, Nanjing, 210023, China

^ahcwuyuqiang@foxmail.com

Keywords: "Crossing-The-Wall", Qualitation, Illegal Business Operation, Providing Tools.

Abstract. In recent years, there are more and more cases about the punishment of network "crossing-the-wall" tools in the sales. However, in the judicial practice, there are divergences on which crime should be applied in this act. Some believe that it conforms to the crime of illegal business operation, and some believe that it conforms to the characteristics of the crime of providing intrusion and illegal control of computer information system procedures and tools. In this regard, we start from three cases, according to the severity of illegal acts, classification, comparative analysis. This paper analyses the constitutive elements and social harmfulness of the crime of illegal business operation, and investigates the essence of legal interests based on the infringement of the legal interests protected by criminal law by objective acts, so as to determine what kind of charges should be applied to the act of network "crossing-the-wall" in illegal sales.

非法销售网络“翻墙”工具行为的定性分析

吴玉强^{1, a}

¹南京森林警察学院信息技术学院, 南京, 江苏, 中国

^ahcwuyuqiang@foxmail.com

关键词: “翻墙”;定性;非法经营;提供工具

中文摘要. 近年来有越来越多的关于销售网络“翻墙”工具被处刑责的案例。然而这一行为应该适用刑法中的哪一条罪名, 在司法实践中出现了分歧, 有的认为适用非法经营罪, 有的认为适用提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪。对此, 我们从三个案例出发, 根据违法行为的轻重, 进行分类、对比分析。首先对非法经营罪三个方面进行分析, 然后对比两种罪名所侵害刑法保护的法益, 对法益的实质进行考察, 来判断非法销售网络“翻墙”工具行为应当适用何种罪名。

1. 引言

“翻墙”工具, 也称为VPN (中文为虚拟专用网络) 工具, 是一种相对常见的远程网络访问技术, 通常用作企业员工或分支机构访问企业内部网服务器资源的网络访问手段。目前, 互联网上存在的“翻墙”软件基本都是通过租用海外服务器来搭建的。由于“翻墙”工具会通过公用网络搭建专线来进行加密通讯与境外对应的服务器对接, 它可以突破相关部门设置的IP封锁, 域名劫持等技术限制, 以使用户浏览境外网络内容。因此, 它经常被一些不法分子滥用, 以逃避监管。提供“翻墙”技术服务的组织或个人被称为VPN软件提供商, 这种跨境网络接入服务, 是一种增值电信业务, 需要国家相关部门的批准许可。工业和信息化部先

前已颁布法规，要求在中国提供VPN服务的公司进行注册，否则他们将不受中国法律保护。然而在利益驱动下仍有人以身试法，利用电商网络等平台非法销售“翻墙”工具等网络代理服务，非法牟利。

工信部明确规定，未经电信主管部门批准，不得自行建立或租用VPN等“翻墙”工具。如果公民个人私自建立VPN，并以此牟利达到一定数额或向他人提供该软件达到一定人次等情节严重构成犯罪的行为，将受到刑事处罚。

2. 针对一般违法行为的定性

案例1：2017年9月15日，南京警方破获了该市第一个销售“翻墙”软件案。嫌疑人赵某未经国家相关部门批准，通过租用境外服务器非法架设网络“翻墙”工具，以每月10元、半年50元，一年90元等价格贩卖“翻墙”工具，服务他人。当被公安部门查获时，赵某非法获利1080元。

那么，现在针对这种情节显著轻微的一般违法行为，应该如何处理呢？主要参照如下几项法律法规：

《计算机信息网络国际联网管理暂行规定》中第6条中明确指出，进行国际互联网互通必须使用国家公共电信网所提供的国际网关信道，他人不得通过其他渠道进行国际联网。因此，当企业或个人需要通过专线或其他原因进行跨境联网时，他们可以从设立国际通信门户的电信运营商处租用，私自搭建网络“翻墙”工具是违法的。

根据国家2017年实行的《网络安全法》中第27条中的规定，任何个人和组织均不得提供专门用于侵入网络和干扰正常网络功能和保护措施以及窃取网络数据的程序和工具。第63条规定，违反相关规定，提供专门从事危害网络安全程序和工具的活动，或者为他人提供技术支持等危害网络安全的活动，不构成犯罪的行为，由公安机关没收违法所得，处5日以下拘留，可以处5万元以上50万元以下的罚款。

因此，根据《网络安全法》的有关规定，赵某最终被处以行政拘留三天，并处没收违法所得的处罚。

那么普通群众到底如何正确使用VPN等“翻墙”工具呢？事实上，公民是不能浏览国家所禁止的网站，但如何惩罚则取决于具体情况和危害程度。如果公民只是浏览而不传播，那么这种情节显著轻微的行为一般不会受到处罚。如果是复制并传播非法内容的帖子或一些淫秽信息等信息，一旦被查获，将承担相应的法律责任。

此外，《计算机信息网络国际互联网安全保护管理办法》中第5条所明确规定任何单位和个人不得通过互联网制作、复制、查阅和传播煽动抗拒、破坏宪法和法律、行政法规实施；煽动颠覆国家政权，推翻社会主义制度；煽动分裂国家、破坏国家统一；捏造或者歪曲事实，散布谣言，扰乱社会秩序这四种信息。通过VPN等“翻墙”工具访问、传播有害甚至是暴恐信息，是我国法律所绝对不允许的。

对于提供“翻墙”服务的卖家来说，惩罚措施更为严厉。《互联网信息服务管理办法》第19条指出没有取得经营许可证便从事互联网信息服务，由电信管理部门责令其限期改正。若有违法所得，则没收所得，并处违法所得的3倍至5倍罚款；违法所得不足5万元的，处以10万到100万元的罚款。

3. 针对情节严重，已构成犯罪的定性

在裁判文书网上以“VPN”、“翻墙”为关键字进行搜索，并对筛选出的有效案例进行总结，发现绝大部分类似私搭、销售VPN网络“翻墙”工具的案件以非法经营罪定案，还有几起案例以提供侵入、非法控制计算机信息系统程序和工具罪定性，我们来看下面两个案例：

案例2: 被告人廖某违反国家规定, 未经授权经营国际电信业务, 提供VPN“翻墙”软件进行营利性活动, 扰乱电信市场管理秩序, 非法经营总额共计12249398.38元, 情节严重, 2018年5月, 合肥市高新技术产业开发区人民法院认定其行为构成了非法经营罪, 判处其有期徒刑9个月, 并处罚金5万元。

案例3: 被告人戴某向数百人次非法提供 VPN“翻墙”服务, 情况特别严重, 2018年10月, 上海市宝山区人民法院依法公开开庭宣判, 判其犯提供侵入, 非法控制计算机信息系统程序、工具罪, 处以有期徒刑三年, 缓刑三年, 并处罚金10, 000元。

上述两个案例, 被告人非法行为大致相似, 但最终适用罪名却完全不同, 那么, 这种行为究竟适用哪种罪名呢? 接下来, 我们将对非法销售“翻墙”工具行为的定性及具体罪名适用进行对比分析。

3.1 非法经营罪

上面两个已判决的案件中, 非法销售“翻墙”工具是否构成该罪主要是从《刑法》第225条中第4项中指出的“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”进行考虑。非法经营罪的要素, 主要包括三个方面的要件: 违反国家规定、非法经营和扰乱市场经济秩序^[1]。

3.1.1 违反国家规定

违反国家规定是确定非法经营罪成立与否的先决条件。我国《刑法》所指的违反国家规定的行为, 是指违反全国人民代表大会及其常务委员会指定的法律和决定及国务院行政法规, 规定的行政措施, 发布的决定和命令。可以看出, 违反国家规定的含义已经明确界定^[2]。也就是说, 非法经营罪中第4项的“其他行为”必须具备违反国家规定这一前提。但是, 我们认为, 对于非法经营电信业务, 在某些情况下, 并没有违反国家规定的先决条件。我们知道, 当前司法实践中之所以将非法销售“翻墙”工具行为定性为非法经营, 主要依据最高院于2000年4月28日实施的《关于审理扰乱电信市场管理秩序案件具体应用法律若干问题的解释》第1条中的规定, 以非法经营罪处罚这一解释。但要注意的是, 直到2000年9月25日《电信条例》颁布, 才有明确规定说国家的电信业务实行许可制度、运营电信业务必须按照规定取得电信监管机构颁发的营业执照, 未取得营业执照的, 不得从事电信业务。是否将销售网络翻墙工具行为拉入非法经营行为中, 以及这种行为是否符合上文中的国家规定, 是值得探讨的。但是, 从时间上看, 司法解释颁布于2000年4月28日, 生效于同年5月24日, 早于当年颁布的《电信条例》。对此, 有学者指出: 在上文司法解释制定时, 还没有明确的行政法规作为参考。司法解释第1条严格来说是“无效的条款”。在此方面, 陈兴良教授认为, 上面质疑确有道理。至少在当年5月24日至9月25日期间, 上述司法解释内容超前, 条款无效。违反国家规定是其他非法经营行为构成犯罪的前提, 如果这个问题得不到解决, 虽然司法解释试图解决刑法的明确问题, 但却违背了刑法中罪刑法定的法律原则^[3]。

3.1.2 非法经营

如上所述, 非法销售“翻墙”工具之所以被定性为非法经营, 主要适用上文《解释》第1条的规定, 经营者在没有取得电信业务经营许可证的情况下, 租售网络“翻墙”工具及其提供相关技术服务均属于违法行为。本案中, 廖某在网上搭建 VPN服务器并向用户出售账号和登录软件, 该行为属于提供跨境网络接入服务, 应归类为增值电信业务, 廖未取得业务经营许可证, 其行为属违法行为。

3.1.3 扰乱市场经济秩序

将违反行政法规的行为纳入刑法规制的范畴要考量行为的社会危害性, 要体现刑法的谦抑性, 避免把一般的行政违法行为等同于刑事犯罪。一审法院认定, 被告人廖某违反国家规定, 租用国际专线开展营利性的增值电信业务非法经营数额达到约125万元, 情节严重, 其行为构成非法经营罪。

然而对此, 笔者有不同观点。再来看《刑法》第225条第4项: 第4项是一个兜底条款, 对于哪些是“其他行为”并无确定标准。为此, 最高法采取通过颁布司法解释的规定, 使其内

容明确。最高法曾陆续发布了20多项解释性规定，以便对适用的标准和范围提出意见，但解释标准不一致。我们从20多项司法解释中选取关于其他非法经营行为大致有如下类型：非法经营出版物，非法经营外汇，非法经营饲料和动物饮用水中使用的药品，非法经营烟草业务等，但上述行为基本都是有关国民经济和民生的重要资源、并且都具有规范性法律文件加以认定，所以将销售20多项工具行为认定为非法经营行为，在没有其他规范性依据的基础上，有违罪刑法定原则。从这个角度来看，第4项规定过于宽泛^[4]，其应保持相当于其他三种非法经营情况的社会危害。我国刑法中的一些兜底条款往往在司法实践中存在一些争议，这也是刑法中罪刑法定原则的一点软肋。

3.1.4 “情节严重”的认定

非法经营罪是一种情节犯罪，本案中，廖某通过非法销售VPN“翻墙”软件和相关硬件，非法经营数额约125余万元，故廖某的行为具有刑事处罚的必要性。结合《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》第79条的规定，认定廖某在没有获得相关许可证的情况下，在网络上提供VPN代理服务，其行为违反了《电信条例》，《刑法》等有关规定，社会危害极大，应追究其刑事责任。

以上是基于非法经营对非法销售“翻墙”工具行为的定性分析。接下来，我们再从提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具这一角度进行对比、分析。

3.2 提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪

该罪是2009年通过并实施的《刑法》修正案（七）中新增在第285条第3款的一种新罪行。该罪的客观构成要件为：提供专门用于侵入、非法控制计算机信息系统、工具的或明知他人进行侵入、非法控制计算机信息系统而向其提供程序和工具，情节严重的。该罪有两种犯罪对象，一是专门用于侵入、非法控制计算机系统的具有侵害性程序、工具，也就是说，排除合法使用的可能性；二是其他具有合法用途但在使用不当时具有危险后果的程序或工具。

对于第一种犯罪对象司法解释有明确界定：2011年“两高”联合发布的《关于办理危害计算机信息系统安全刑事案件应用法律若干问题的解释》以下称为《危害计算机安全解释》第2条第2款中规定，具有避免或突破计算机信息系统安全保护措施，未经授权或超出授权控制计算机信息系统的功能的程序和工具应视为刑法第285条第3款的规定。

在案例3中，戴某作为VPN软件供应商，使用公共网络，通过软硬件和其他设备互联国内外对应服务器，绕过相关部门的IP封锁，内容过滤，域名劫持，流量限制等措施，实现对境外网络信息的获取。因此，销售VPN“翻墙”工具确系提供了一个程序或工具，以成功避开计算机信息系统安全保护措施、未经授权访问到了不应当访问的数据。戴某的行为完全符合《危害计算机安全解释》第2条第2款的明确规定。

考虑主观方面是否故意，即行为人是否以营利为目的而提供程序和工具不影响犯罪的成立。案件3中戴某为牟取利益出售VPN确系个人主观故意，其本人对此业已如实供述。根据《刑法》第285条和《危害计算机安全解释》第2条中的规定，戴某构成提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪。且戴某提供“翻墙”工具的人数是数百人，达到情节严重数量关系的五倍，属情节特别严重。

4.两种罪名的侵犯法益对比

首先我们来看两种犯罪在刑法分则中所在位置：非法经营是刑法第三章中破坏社会主义市场经济秩序的罪行之一，其侵犯的法益是市场经济秩序；而提供侵入、非法控制计算机信息系统程序和、工具是刑法第6章妨害社会管理秩序的罪行之一，其侵犯的法益是国家对计算机信息系统安全的管理秩序。

众所周知，提供VPN之类的“翻墙”工具是有一定的技术门槛要求的，至少目前，对于绝大部分普通人而言是无法掌握“翻墙”技能的。向他人提供“翻墙”工具等犯罪行为，为

那些利用网络从事洗钱、毒品交易、人口买卖等违法犯罪活动提供了隐匿渠道，为不法分子获取公民个人隐私信息提供了便利，该行为虽然在一定程度上扰乱我国电信业务市场的正常秩序，但在更深层次上，使网络犯罪的技术门槛大大降低，可以使不需要专业知识的人能够进行非法获取计算机信息系统数据等犯罪，导致计算机信息系统的安全管理秩序受到严重破坏，对国家网络空间安全构成了巨大的潜在危险。目前，专业生产，提供和销售此类项目已形成一条网络黑色产业链，已成为网络犯罪居高不下的罪魁祸首之一。

虽然近年来国家相关部门一直都对“翻墙”行为有所监管，但这种监管时断时续，以前的各个监管部门只是将这项任务当成职能之一，但不是专属职能，在监管上一直存在疏漏。然而，在2014年，国家设立了一个专门的管理机构--中央网信办，相当于有一个专职组织来管理和加强监督。

从本质上来看，提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具犯罪是一种帮助行为，但是，考虑到这种行为在实践中对网络犯罪的负面作用以及对网络空间安全的严重损害和司法实践中的易操作性，刑法将这种帮助行为正犯化，独立入罪。所以，本款所定之罪无论是否营利、是否为生产者，只要有“提供”行为，就属于本款之规定。

5. 结束语

随着网络信息技术的快速发展，互联网接入服务市场面临着难得的发展机遇，另一方面，无序发展对网络安全也构成了挑战。非法销售“翻墙”工具被判刑案件早已不是单例，但从网络舆论中可以看出很多人认为这只不过是一种技术，并不知道其行为违法，由此可见，互联网法律知识的普及仍需加强。本文通过选取多个角度对比非法销售“翻墙”工具的两种适用罪名，提出作者的看法：该行为适用提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具更为合理。案件分析已经结束，思考仍在进行。此类案件为人们敲响警钟，互联网技术发展日新月异，这其中既包含商机又潜伏着危险，在接触新鲜事物、发现新商机时，还需三思而后行。

致谢

本文为江苏高校哲学社会科学研究项目《网络黑色产业链犯罪的刑法分析》（编号2018SJA0575）的阶段性成果之一；江苏高校品牌专业建设工程资助项目（编号PPZY2015A058）的阶段性成果之一和中央高校基本科研业务费专项资金项目（LGYB201901）的阶段性成果之一。

References

- [1] Xingliang Chen, Class Theory of Criminal Law : A Contrastive Study of Three Strata and Four Elements, *Tsinghua Law Journal*, vol.5, pp. 15-18, 2017.
- [2] Xingliang Chen, The Definiteness of Criminal Law : An Analysis of Article 225, Item 4, of the Criminal Law, *Chinese Law Journal*, vol.4 pp. 15-19, 2011.
- [3] Ran Li, Yan Zheng, Sentencing and Comprehensive Treatment of Positive Bill-brushing and Letter-frying Behavior, *Journal of Guangxi Police College*, vol.1 pp. 26-29, 2019.
- [4] The Criminal Law Department of the Law and Work Committee of the National People's Congress : Explanation of Criminal Law Provisions, Legislative Reasons and Relevant Provisions of the People's Republic of China, Peking University Press, pp. 6-7, 2009.