

# 网络游戏外挂的刑法规制研究

燕心悦

中国石油大学(华东)文法学院, 山东 青岛

收稿日期: 2024年2月25日; 录用日期: 2024年3月14日; 发布日期: 2024年4月17日

## 摘要

本文针对网络游戏外挂的刑法规制问题进行探讨, 首先通过分析网络游戏外挂的运行机理, 归纳网络游戏的科学精准概念及三种具体分类。其次梳理了规制网络游戏外挂行为目前的法律规范现状和司法实践现状, 同时对目前网络游戏外挂行为刑法规制存在的问题进行逐一分析, 重点评析非法经营罪、提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪和破坏计算机信息系统罪和侵犯著作权罪的适用问题, 提出对适用计算机信息系统类犯罪说和侵犯著作权罪说的认同, 同时基于对252份案例的分析, 探讨了目前司法实践中存在的问题。最后针对前述问题, 提出在法律层面规范定义网络游戏外挂概念与分类、完善网络游戏外挂罪名适用选择与量刑标准的完善路径、加强电子数据鉴定与危害评估水平和坚持网络游戏外挂刑罚裁量轻缓化的完善路径。

## 关键词

网络游戏外挂, 非法经营罪, 破坏计算机信息系统类犯罪, 侵犯著作权罪

# Research on the Criminal Regulation of Online Game Plug-In

Xinyue Yan

School of Humanities and Law, China University of Petroleum (East China), Qingdao Shandong

Received: Feb. 25<sup>th</sup>, 2024; accepted: Mar. 14<sup>th</sup>, 2024; published: Apr. 17<sup>th</sup>, 2024

## Abstract

This article explores the criminal law regulation of online game cheating. Firstly, by analyzing the operating mechanism of online game cheating, it summarizes the scientific and precise concepts of online games and three specific classifications. Secondly, the current legal norms and judicial practices for regulating cheating behavior in online games were reviewed. At the same time, the

文章引用: 燕心悦. 网络游戏外挂的刑法规制研究[J]. 法学, 2024, 12(4): 2222-2230.

DOI: 10.12677/ojls.2024.124316

existing problems in the criminal law regulation of cheating behavior in online games were analyzed one by one, with a focus on the application of the crimes of illegal business operation, providing intrusion, illegal control of computer information system programs and tools, as well as the crimes of damaging computer information systems and infringing on copyright. It was proposed to agree with the theories of crimes related to computer information systems and infringing on copyright. Based on the analysis of 252 cases, the problems in current judicial practice were discussed. Finally, in response to the aforementioned issues, it is proposed to standardize the definition and classification of online game cheating concepts at the legal level, improve the selection and sentencing standards for online game cheating charges, strengthen the level of electronic data identification and hazard assessment, and adhere to the improvement path of lenient punishment for online game cheating.

## Keywords

Online Game Plug-In, Crime of Illegal Business Operation, Crimes Related to the Destruction of Computer Information Systems, Crime of Infringing Copyright

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 网络游戏外挂行为概述

### 1.1. 网络游戏外挂行为概念

网络游戏外挂本属计算机学科领域的概念，而在探讨网络游戏外挂行为刑法规制时，则需在法律规范畴给出定性。我国相关规范性文件，仅有五部委在 2003 年发布的《关于开展对“私服”、外挂专项治理的通知》，在该通知中网络游戏外挂被定性为非法互联网出版物，且在概念上并没有对外挂和私服进行具体区分，也由于时间相对久远，受限于当下计算机水平技术和互联网网络游戏行业产业的快速发展，已经不足以应对当下日益复杂的网络游戏外挂问题。

对于网络游戏外挂的界定有学者认为，网络游戏外挂是非官方(授权)主体针对某个或者某些游戏程序所设定的，具有挂接游戏客户端以及修改、复制原游戏程序及相关程序等功能，从而影响游戏用户在游戏中的进程，并且会造成权利人损害的程序[1]。另外还有学者认为外挂是指对网络游戏和其他程序作弊的程序，是通过客户端或者通讯过程对服务器产生影响以达到作弊目的的程序[2]。这一过程是在未经游戏权利人许可的情况下，通过技术手段破坏或者避开开发者设定的技术保护措施，再通过修改游戏服务器或者直接修改客户端所存数据，从而达到正常操作难以短时间实现的操控游戏目的的程序。

综上所述，笔者认为网络游戏外挂行为的概念是指未经官方授权允许，从游戏外部故意编织的能够突破游戏技术保护措施，对游戏运行程序产生额外影响和功能，对权利人造成损害的作弊程序。

### 1.2. 网络游戏外挂行为的运行机理及分类

#### 1.2.1. 网络游戏外挂行为的运行机理

分析网络游戏外挂的运行机理是进行科学准确分类，进而合理剖析相关罪名适用的基础。而要分析网络游戏外挂的运行机理，先要分析网络游戏的运行原理。网络游戏是一个大型互联多用户同时在线的交互体验过程，其基本构成包括用户客户端和运营商服务器端。运营商的服务器端储存着大量游戏数据，

而客户端就是用户下载到自己电脑上能够接收到游戏当前状态的部分。网络游戏之所以能够让用户获即时的互动体验,关键在于用户能在客户端即时接收到自己发送出去的游戏指令的反馈,这一过程主要是通过数据封包技术实现。从客户端的某一指令出发梳理网络游戏运行过程即是用户发出指令,指令采用数据封包的形式传送到储存着大量游戏数据的服务器,服务器接收到该数据封包后,会按照设计者的预先设定好的网络通讯协议(TCP/IP 协议)既定处理并对客户端作出反馈。而在这一过程中网络游戏的开发运营者,会对重要数据进行加密处理,形成网络程序技术保护措施。

因此从指令运行过程入手,网络游戏外挂之所以能够从游戏外部故意编织的能够突破游戏技术保护措施,就是在指令的运行过程中针对某一环节进行了非常规编织。网络游戏外挂的开发过程,首先要对网络游戏的代码和算法等内容进行剖析、拆解,摸清网络游戏运行的底层逻辑和数据资料,然后再有针对性的对获取的原有数据进行独立于游戏外的修改,这一过程就涉及到对原本网络游戏程序技术保护措施的破坏和对数据的未经许可复制、修改。

### 1.2.2. 网络游戏外挂行为的分类

首先根据网络游戏外挂的运行机理不同,可以分为辅助操作类外挂和数据修改类外挂[3]。辅助操作类外挂又可以分为鼠标模拟器和键盘模拟器,通过外挂的方式来模拟原本需要用户点触鼠标或者操作键盘的过程,例如自动采集、控制方向前行等,通常不涉及大量交互性数据的改动。而数据修改类外挂则对技术难度要求更高,细分为客户端数据修改和数据封包修改。客户端数据修改是基于网络游戏在设定是为了分摊服务器运行压力,往往会在用户下载客户端是将部分非核心数据储存在客户端,通过对这部分数据进行修改,以达到预期目的。修改数据封包类的外挂通常需要对网络游戏进行更深层次的破解,在客户端指令发出形成数据封包后破解并修改该数据封包的内容,达到服务器被“欺骗”的目的,服务器根据预先设定好的网络通讯协议,处理了修改后的数据封包并反馈回客户端。

其次根据网络游戏外挂运行是否能够脱离客户端,可以分为脱机外挂和非脱机外挂。非脱机外挂如前文所述,最终都需要通过官方制定的客户端登录游戏再进行操作或修改,若没有客户端作为依托这些外挂都无法正常运行而发挥作用,因此这类外挂属于非脱机外挂,也即无法脱离客户端而独立存在。与之相对的则是脱机外挂,这是网络游戏外挂中技术难度最高,同时也是潜在危害最大的一种外挂,这种外挂通过对原游戏数据进行全面地彻底地破解,可以做到在不经过官方客户端登陆的情况下,直接通过外挂程序进入游戏,可以实现一台电脑即可运行数个账户的情况。

## 2. 网络游戏外挂行为的刑法规制现状

### 2.1. 规制网络游戏外挂行为的法律规范现状

首先是《中华人民共和国刑法》,在现行刑法中对于网络游戏外挂的规制并没有专门针对性的条文规定,主要涉及到的罪名有三项,分别是非法经营罪、提供侵入、破坏计算机信息系统类犯罪和侵犯著作权罪。

其次是《关于开展对“私服”、外挂专项治理的通知》,该文件中将网络游戏外挂归属于非法互联网出版物的范畴,阐述了网络游戏外挂的危害性和治理的必要性,对网络游戏生态治理起到了一定的积极作用。但该通知中将外挂等同于私服定性,显然是不够科学合理的,且该通知是二十年前的文件具有落后性。最重要的是,该通知属于政策指导性文件,不属于刑法规制,不具有强制力。

最后从《著作权法》的角度来看,著作权法所保护的作品其核心内容就是独创性。而独创性主要体现在需要权利人独立完成作品的,同时要求得是创作性活动,根据这一概念网络游戏是属于其保护范畴的。而从《著作权法》的角度出发,并不必然将所有再现作品的过程认定为是侵犯著作权的,而是需要

以一种相对稳固的状态固定下来存在[4]。另外《著作权法》中的行为模式除了复制发行，还有与之并列的信息网络传播行为，是独立作为一种侵权类型的。这一规定在《刑法修正案(十一)》出台后，也与之达成了一致，明确了信息网络传播行为，完善了两部部门法在侵犯著作权罪规定上的衔接不畅问题。

## 2.2. 规制网络游戏外挂行为的司法现状

为求从实际出发分析，笔者在北大法宝网站以外挂“刑法”“网络游戏”等为关键词进行案例检索，案件审结日期为“2005 年到 2023 年”，去掉其中仅仅是挂名网络游戏外挂问题，实际上是以此为由实施诈骗和虚拟财产盗窃的判例，共检索到判决书 242 份。同时在中国裁判文书网进行了检索，选择了以同样的关键词进行检索，受时间限制，选择的案件审结日期为“2013 年到 2023 年”，并进行筛选，查找到的判决书有 188 份。经过对比和分析，筛掉重复案例和无参考意义案例，共剩余 252 份案例(见图 1)，并针对这 252 份判例进行了详细分析。

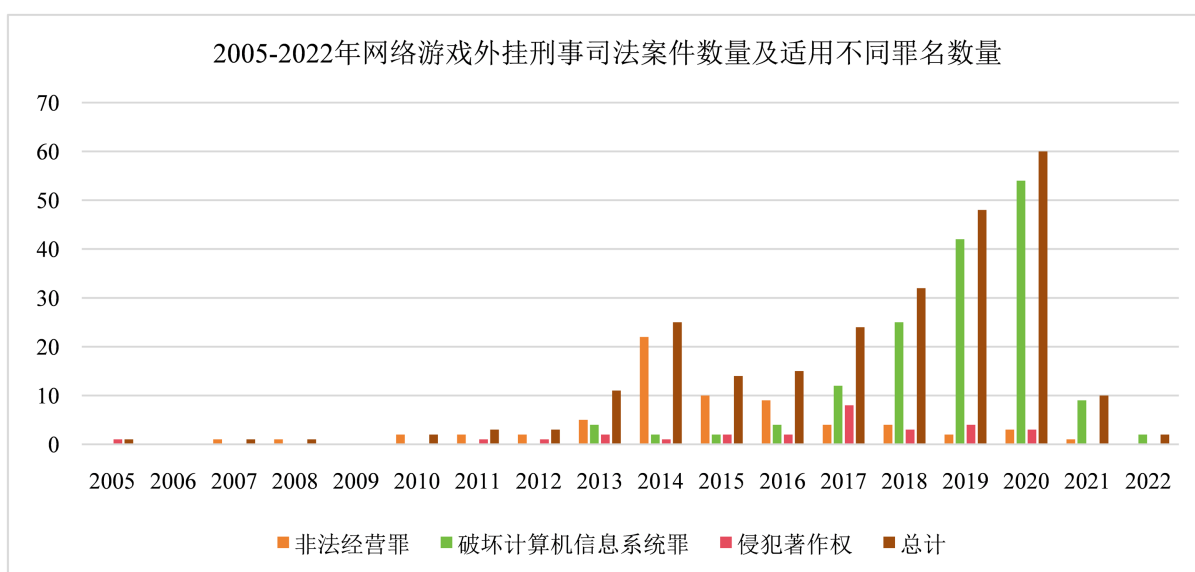


Figure 1. The number of criminal justice cases related to online game cheating and the number of different charges applicable from 2005 to 2022

图 1. 2005~2022 年网络游戏外挂刑事司法案件数量及适用不同罪名数量

通过数据筛选、分析和统计，在这 252 份裁判文书中，法院的判决结果适用的罪名和说理各不相同，主要集中在非法经营罪、破坏计算机信息系统罪和侵犯著作权罪上。其中，判处非法经营罪的有 68 件，判处破坏计算机信息系统罪的有 156 件，判处侵犯著作权罪的有 28 件。其中，由于互联网发展受限，2005 至 2012 年总共仅检索到 12 份判决。而随着互联网的快速发展和网络游戏灰色产业的需求增多，自 2013 年开始，网络游戏外挂的案例呈现明显、快速增长的趋势。

## 3. 网络游戏外挂行为刑法规制的问题分析

### 3.1. 网络游戏外挂行为刑法规制法律规范中的问题分析

#### 3.1.1. 非法经营罪适用评析

将网络游戏外挂纳入非法经营规制范畴的前提是，认定网络游戏外挂属于非法出版物。而将其按照非法经营罪进行刑法规制主要源于《关于非法出版物的若干问题》，在这一解释中非法出版物如果达到了严重扰乱市场秩序的程度，则用非法经营罪进行刑法规制。由于用非法经营罪规制存在诸多问题和

合理之处，这一罪名的适用在 2010 年后的司法实践中逐年减少。

首先，网络游戏外挂行为符合非法经营罪的客观要件范畴是因为被定性为非法出版物，而这一定性随着网络游戏产业的不断发展是否还具有足够的说服力有待商榷。最初将网络游戏外挂定义为非法出版物的通知饱受诟病在前文已经分析，因此该通知中的定性不能直接作为结论使用。根据《非法出版物问题解释》，网络游戏外挂并不具有该解释中所列举的非法出版物的相似性质，且网络游戏外挂的适用范围一般局限于某个游戏和某些用户，不具有网络出版物的传播规模和影响力。

其次，将网络游戏外挂归属非法经营罪范畴，要探讨是否构成严重扰乱市场秩序的程度，也即社会危害性的认定，从罪状要素出发，网络游戏外挂要达到成立扰乱市场秩序的程度所要求的社会危害性程度之最低标准，要认识到网络游戏外挂的适用范围和影响范围，对与网络游戏行业造成的影响不能过分放大到直接等同于对整个市场秩序的扰乱。

最后，针对非法经营这个罪名本身，2011 年最高法《关于准确理解和适用刑法中“国家规定”的有关问题的通知》基本要求是要严格限制非法经营罪的适用，不能让非法经营罪成为市场秩序领域的口袋罪。非法经营罪最早源于投机倒把罪，后来投机倒把罪被拆分保留成了非法经营罪，因此非法经营罪的适用具有一定口袋罪的特征也在近些年被学者们探讨[5]。

### 3.1.2. 提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪和破坏计算机信息系统罪适用评析

通过梳理 2005 年至今司法实践中的判例，将网络游戏外挂行为用破坏计算机信息系统类犯罪进行规制是目前占比最大的。然后对于这一犯罪中的具体罪名适用，在学界和事务界仍然存在着不小的争议。

第一是将网络游戏界定为计算机信息系统。目前在理论界和事务界大多认为网络游戏外挂行为是非常典型的计算机犯罪行为，所侵犯的直接法益就是计算机信息系统的安全性[6]。计算机信息系统主要是指由计算机及其相关的设施设备构成的，按照一定的规则和设定对信息进行采集、运输、存储、检索、加工等处理的人机系统，也就是信息系统。从这一概念出发网络游戏程序，是在客户端和服务器间进行了数据的采集、加工、储存和传输等数据运算的，认定其属于计算机信息系统是没有问题的。

第二是严重后果的界定问题。在我国刑法正文中，并没有详细说明何为严重后果，严重后果的程度如何等问题。而最高法和最高检在 2011 年联合发布了《关于办理危害计算机信息系统安全刑事案件适用法律若干问题的解释》，其中对严重后果进行了具体分析。当然正如前文所提到的司法实践中的困境，网络游戏外挂的后果评估，由于网络游戏外挂行为的复杂性和多样性，其危害程度和影响范围也不尽相同，需要根据具体情况进行综合评估和判断。然而目前在这方面还缺乏科学的方法和标准，往往难以准确地反映网络游戏外挂行为的实际危害和社会影响。

司法实践将网络游戏规制为计算机信息系统犯罪是具有合理性的，但也存在着不容忽视的问题。要认定破坏计算机信息系统罪，必须明确行为人是否直接实施了破坏行为。提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具的罪名，实际上是对计算机犯罪中的帮助行为施以正犯罪责的手段。这种规制方式能有效打击在快速发展的互联网环境中日益增多的计算机犯罪。在司法审判实践中，法官通常认为使用外挂导致玩家获得游戏系统本不具有的功能，这属于对计算机信息系统的非法控制。因此，需要分析对游戏系统进行非法控制的具体表现形式，以及外挂是否真的能侵入、非法控制游戏系统。

最后，综合以上笔者对用破坏计算机信息系统罪来规制网络游戏外挂行为持肯定意见。外挂行为触犯了针对计算机信息系统类犯罪的法律保护，满足在犯罪客体方面的特征。在主观方面，虽然大多数行为人并未积极追求破坏计算机信息系统安全保护秩序或造成系统无法正常运行的结果，但在明知外挂的大量使用会导致游戏系统崩溃甚至瘫痪前提下，仍然继续提供外挂服务属于间接故意，这种行为符合犯罪的主观要求。

### 3.1.3. 侵犯著作权罪适用评析

在《刑法修正案(十一)》出台前,能否用侵犯著作权罪规制网络游戏外挂行为的争议焦点主要集中在其是否符合复制发行的范畴。而在《刑法修正案(十一)》出台后,对于侵犯著作权罪的相关规定进行了修订,主要内容是对著作权的作品类型做了调整,同时明确了信息网络传播行为,进一步完善了自《著作权法》单独明确信息网络传播权后《刑法》在侵犯著作权罪规定上的衔接不畅问题。在这一前提下,网络游戏外挂这种侵犯著作权技术保护措施的行为有了更加独立和明确的定罪依据,不再需要强制地与复制发行行为做链接。

首先关于复制发行的范畴问题,争议的焦点主要是复制发行到底指的是复制或发行满足其一即可还是复制和发行两者都要满足。首先从著作权法相关内容来看,复制发行的有关定义在《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释(二)》和《非法出版物问题解释》的司法解释中做了明确,即复制发行指的是复制或发行满足其一或复制和发行两者都满足。

其次探讨网络游戏外挂行为是否属于复制发行行为。笔者认为,这一问题需要结合网络游戏外挂的不同运行机理和分类来进行讨论,不能一概而论。辅助操作类外挂不应属于这一范畴,因为这类外挂并不涉及大量交互性数据的复制和改动问题。而数据修改类外挂过程中一定会涉及到对数据的复制问题[7]。但其最终目的还是对数据的修改以期达到提升游戏体验的目的,而这一过程最终还是要回归到游戏的客户端,依赖于客户端才能保证运行,并不是独立的复制发行过程。而与之相对的是脱机外挂则,这类外挂可以在不经过官方客户端登陆的情况下,直接通过外挂程序进入游戏,这种程度对游戏数据的全面、彻底破解中涉及到的复制行为是可以独立认定的。

此外还需探讨规避技术措施规则,《刑法修正案(十一)》后在有关侵犯著作权罪的规定当中新增设了规避技术措施规则,规定在没有经著作权人的许可的情况下,故意避开或者破坏为保护著作权而设立的技术措施的。显然这一新增的规则与网络游戏外挂行为规制息息相关,笔者的观点是仍要从网络游戏外挂的运行机理和分类出发来讨论该问题。

## 3.2. 网络游戏外挂行为刑法规制司法实践中的问题分析

通过梳理 2005 年至今的刑法判例,不难发现目前我国在关于网络游戏刑法规制的司法实践中存在着不容忽视的问题。

目前司法实践中存在较为明显的同案不同判现象,究其原因是对网络游戏外挂行为定义概念和分类原理及入罪标准的理解不一,另外法官在对网络游戏外挂进行刑法规制时,存在专业壁垒,这主要源于网络游戏外挂运行机理本身的复杂性,外挂案件的技术性特征所产生的专业壁垒使得法官在认定外挂性质、得出裁判结论的过程中存在认识困难,从而使裁判理由阐述也无法做到充分有理,导致同案不同判的情况。

第二,网络游戏外挂行为的法律定性问题,这是刑事司法实践中的核心问题,也是最具争议的问题。前文对网络游戏外挂行为刑法规制法律规范中的问题分析中进行了逐一评析。然而这些罪名都有其自身的构成要件和适用条件,在个案中并不能够准确地有针对性地反映网络游戏外挂行为的运行机理和危害程度,因此泛泛地进行规制并无法对网络游戏外挂进行有效合理的打击和预防。因此在司法实践中会出现不同时间阶段甚至不同的地区地域会给出不同的定罪倾向的问题。

第三,网络游戏外挂的取证调查困难也是影响侦破和审判的重要因素。由于网络游戏外挂行为的特殊性,其证据往往是电子数据的形式。这些证据的获取、保存、提取、鉴定和使用都需要专业的技术手段和法律程序,而目前在这方面还存在一定的缺陷和不足[8]。例如,网络游戏的日志文件可能被篡改或删除,外挂软件的源代码可能被加密或隐藏,外挂用户的交易记录可能涉及多个平台或账号,这些都给

证据的获取和固定带来了困难。此外，电子数据的真实性、合法性、关联性和证明力也需要专业的鉴定机构和人员进行评估和分析，目前在这方面还缺乏统一的标准和规范。

第四，网络游戏外挂行为的危害评估问题是刑事司法实践中的一个关键问题，也是影响案件量刑和处罚的一个重要依据。由于网络游戏外挂行为的复杂性和多样性，其危害程度和影响范围也不尽相同，需要根据具体情况进行综合评估和判断。由于缺乏科学的方法和标准，往往难以准确地反映网络游戏外挂行为的实际危害和社会影响。

## 4. 网络游戏外挂行为刑法规制的完善建议

### 4.1. 法律层面规范定义网络游戏外挂概念与分类

网络游戏外挂问题最初是属于计算机科学范畴的，而在探讨运用刑法进行规制时，在法律层面给出一个相对明晰的定义和分类显得尤为重要。但同时基于法律的普适性和概括性，很难在法律规定中将具体的问题逐一列明，因此很难在实践中针对网络游戏外挂的刑法规制问题出台专门的法律或规定。

因此可以探索能否将网络游戏外挂问题在计算机程序保护领域明确下来。将网络游戏外挂规制问题明确在计算机程序保护有关规定中，可以实现更准确对口的规范，便于在司法实践中更加高效和准确的界定与判决，保障健康公平的网络游戏竞技环境。若在计算机领域的规范在短时间内依旧无法实现，可以从判例典型案例方面着手，例如通过最高法院发布网络游戏外挂行为刑法规制典型案例，以此来引导关于网络游戏外挂行为的裁判价值，指导具体网络游戏外挂个案的裁判。

如上文所述，笔者认为网络游戏外挂的概念是指未经官方授权允许，从游戏外部故意编织的能够突破游戏技术保护措施，对游戏运行程序产生额外影响和功能，对权利人造成损害的作弊程序。同理，关于网络游戏外挂的分类也需要以更有力的形式规范起来，帮助法官在司法实践中判断清楚其行为性质，避免同案不同判的结果产生。而这些概念需要在法律法规或司法指导的不断完善中以更加规范、有力的形式被确定下来，这样才能更好的指导司法实践。

### 4.2. 完善网络游戏外挂罪名适用选择与量刑标准

关于网络游戏外挂行为刑法规制问题的罪名适用，最准确明了的无疑是增设关于网络游戏外挂制作、使用、售卖的独立罪名，如此在面临复杂多元且造成一定严重后果的个案时，可以更加科学、准确、统一地适用罪名，但显然这那一实现，因此要在现有的法律规定基础上探讨完善网络游戏外挂罪名适用选择与量刑标准，更具有现实意义。

网络游戏外挂行为在具体的罪名适用选择上，笔者认为非法经营罪在多数情况下并不适合用于规制网络游戏外挂行为。就着重讨论适用侵犯著作权罪以及提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪和破坏计算机信息系统罪的罪名适用和选择问题。

首先是侵犯著作权罪，在认定为侵犯著作权罪时建议具体分析网络游戏外挂的运行机理和分类，针对不同的网络游戏外挂类型来分情况对应。其次是提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪和破坏计算机信息系统罪，网络游戏外挂行为确实侵犯了计算机系统类犯罪所保护的法益，选择这一罪名适用是合理的。但需进一步分析网络游戏外挂制作和售卖者与在实际上破坏计算机系统主体之间的关系，探讨帮助犯正犯化的可能性。

另一方面是关于网络游戏外挂行为在罪名适用明确后需要考虑的量刑情节，目前无论是法律法规还是司法解释都基本出于不够明确的状态，因此笔者尝试根据所梳理的案例中的一般情况来归纳提出量刑建议，建议网络游戏外挂行为规制若出台相关司法解释，可将量刑标准规定在违法所得数额十万元以上、非法经营数额在十五万元以上、传播一千份以上或其他严重情节的情形，违法所得数额巨大建议界定在

违法所得数额一百万元以上,情节特别严重的标准应为非法经营数额一百五十万元以上、或传播五千份以上以及其他特别严重情节的情形。除此之外,也要充分分析个案具体情况。

### 4.3. 加强电子数据鉴定与危害评估水平

针对网络游戏外挂的电子数据鉴定问题,笔者建议应当选择开展电子数据鉴定领域能力验证标准化研究工作的鉴定机构,同时加强对司法鉴定队伍中专业人员的培养。建议进一步整合国内国家认证具有鉴定网络游戏外挂相关电子数据能力的机构和部门,研究网络游戏外挂的特点特征,有针对性地提出有关的标准化程序[9]。

网络游戏外挂的危害评估也是无法回避的重要问题,由于网络游戏外挂的相对复杂多样、专业性强和不稳定,目前我国在司法实践中并没有给出具体的评价流程和评估标准,进一步影响了对网络游戏外挂行为危害的分析判断和具体案件定罪量刑的公平性。建议网络游戏外挂行为规制若出台相关司法解释,探索通过具体可量化的数字等形式来尽可能科学公平的进行危害评估,例如着眼于违法所得数额、非法经营数额和传播范围等。而在实际案例中,除了统计可量化的数据外,也要综合评估个案中外挂所在的网络游戏的商业价值,考量客观上网络游戏的销售数量、前期开发所投入的经济成本、后期营销所投入的时间成本等,以及外挂制售者的主观破坏恶意、主观盈利故意和客观实际盈利等。同时对于违法所得数额、非法经营数额和传播范围的评估,也不能进行单一评价,例如在分析 252 份有效判例时,就曾出现过某一网络游戏外挂销售数额传播范围大但实际经营额和获利极少、销售数额传播范围小但实际经营额和获利极大的情况,因此在对违法所得数额、非法经营数额和传播范围这三个维度进行评估时,也要具体问题具体分析,综合全面地进行评价。

### 4.4. 坚持网络游戏外挂刑罚裁量轻缓化

刑罚的轻缓化是现今世界刑罚改革的趋势,其在我国的刑法立法与司法中皆有所体现。笔者认为刑罚轻缓化并不等同于非刑罚和去刑罚,刑罚作为保障人权和惩罚犯罪的手段具有其必要性,因此刑罚轻缓化是根据个案的情况具体分析,探索运用罚金刑等其他手段措施以期达到两种价值的兼顾和平衡。

在刑罚轻缓化的具体措施上,笔者建议可以主要从扩大缓刑适用和扩大罚金刑适用两个方向着手。首先就扩大缓刑适用而言,通过分析有效判例不难发现缓刑在网络游戏外挂的刑法规制中是比较常运用的,同时也有日渐增多的趋势。网络游戏外挂行为建议适用缓刑主要是因为一般所判刑期是低于三年的,且犯罪的情节较轻,个案中很多犯罪人事前并没有意识到其行为可能已触犯刑法,同时在审判中基本都有明显的悔罪表现,且网络游戏外挂行为的主观恶意较小不会对所在社区造成重大不良影响和居民严重恐慌。其次就扩大罚金刑而言,不难发现在现实中网络游戏外挂行为之所以屡禁不止日渐壮大,很重要的原因就是制售网络游戏外挂的成本是极低的,尤其单纯的销售行为,与之相对的是无限制大范围销售所带来的高利润高收益。而采用罚金刑可以针对性的起到警示和预防的作用,通过进一步提高心理预期的犯罪成本,对于网络游戏外挂行为能更加精准地震慑潜在的犯罪。

当然,提倡坚持网络游戏外挂刑罚裁量轻缓化,并不意味着只运用缓刑和罚金的手段来进行规制,不能因为轻缓化思想,只将关注点放在刑罚量的控制问题上,而使改革方向出现偏差[10]。因此在具体实践中还是要全面分析具体案情,逐步剖析具体的网络游戏外挂原理与类型,选择适用更加准确合理的罪名,多维度评估危害后果量刑。

## 参考文献

- [1] 王燕玲. 论网络游戏中“外挂”之刑法规制[J]. 法律适用, 2013(8): 57-61+91.
- [2] 喻海松. 网络外挂罪名适用的困境与转向——兼谈《刑法修正案(十一)》关于侵犯著作权罪修改的启示[J]. 政治



- 与法律, 2021(8): 57-70. <https://doi.org/10.15984/j.cnki.1005-9512.2021.08.006>
- [3] 刘艳红. 人工智能时代网络游戏外挂的刑法规制[J]. 华东政法大学学报, 2022, 25(1): 64-82.
- [4] 王国柱. 著作权法中作品独创性的作品类型逻辑[J]. 法商研究, 2024, 41(1): 183-200.  
<https://doi.org/10.16390/j.cnki.issn1672-0393.2024.01.010>
- [5] 张明楷. 《刑法修正案(十一)》对口袋罪的限缩及其意义[J]. 当代法学, 2022, 36(4): 3-18.
- [6] 吴诗昕. 制作并销售网络游戏外挂软件行为的刑法适用[J]. 犯罪研究, 2021(4): 24-36.
- [7] 刘子蒙. 网络游戏外挂的刑法问题研究[D]: [硕士学位论文]. 哈尔滨: 黑龙江大学, 2021.  
<https://doi.org/10.27123/d.cnki.ghlju.2021.001320>
- [8] 冯俊伟. 数字时代背景下刑事取证制度的困境与回应[J]. 北方法学, 2024(1): 20-32.  
<https://doi.org/10.13893/j.cnki.bffx.2024.01.002>
- [9] 郭弘, 冯涛, 吴松洋, 等. 电子数据鉴定领域能力验证发展状况与建议[J]. 中国司法鉴定, 2020(5): 85-89.
- [10] 朱建华, 彭景理. 刑罚变动根据与趋势的应然分析——基于刑罚轻缓化的反思[J]. 社会科学研究, 2020(2): 92-104.