

游戏外挂刑法规制探究

欧小龙

中国政法大学刑事司法学院, 北京

收稿日期: 2024年6月26日; 录用日期: 2024年8月8日; 发布日期: 2024年8月20日

摘要

在网络游戏产业蓬勃发展的背后, 游戏外挂也层出不穷, 司法实践对制售游戏外挂的不法行为的定性存在明显分歧。在对游戏外挂刑法规制过程中, 非法经营罪、破坏计算机信息系统罪、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的程序、工具罪等罪名的适用都存在法理上的障碍。适用非法经营罪与该罪保护的法益存在偏差; 适用非法获取计算机信息系统数据罪和非法控制计算机信息系统罪并不该当罪名的构成要件; 适用提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪则与“打击卖挂不打击开挂”的刑事政策导向存在冲突。因此, 对游戏外挂的刑法规制适用侵犯著作权罪定罪量刑, 在避开以上争议的同时, 也能更恰当地对外挂的不法侵害予以评价, 即以制造网游外挂的行为该当侵犯著作权罪“故意避开或者破坏保护措施”罪体要素完成此罪与彼罪的区分, 以销售所得作为侵犯著作权罪的罪量要素进一步完成侵犯著作权罪罪与非罪、基本刑与升格法定刑的区分。

关键词

游戏外挂, 计算机信息系统程序、工具, 罪名适用, 侵犯著作权罪

Exploration of the Criminal Law Regulation of Game Plug-In

Xiaolong Ou

School of Criminal Justice, China University of Political Science and Law, Beijing

Received: Jun. 26th, 2024; accepted: Aug. 8th, 2024; published: Aug. 20th, 2024

Abstract

Behind the booming development of the online game industry, game plug-ins are also emerging in an endless way, and there are obvious differences in judicial practice on the illegal behavior of making and selling game plug-ins. There are more or less legal obstacles in the application of crimes, such

as illegal operation, destruction of computer information system, illegal acquisition of computer information system data, illegal control of computer information system, providing intrusion and illegal control of computer information system programs and tools. There is a deviation between the application of the crime of illegal business operation and the legal interests protected by the crime; the crime of illegally obtaining computer information system data and the crime of illegally controlling computer information system are not constitutive elements of the crime; the application of the crime of providing intrusion and illegal control of computer information system programs and tools is in conflict with the criminal policy orientation of “cracking down on selling and not cracking down on opening and hanging”. Therefore, the criminal law system of the game plug-ins applies the conviction and sentencing of the crime of copyright infringement, while avoiding the above disputes, it can also more appropriately evaluate the illegal infringement of the external, that is, to distinguish this crime from that crime by the element of the crime of “intentionally avoiding or destroying the protection measures” of the crime of copyright infringement by making the behavior of online game plug-in. The sales income is taken as the element of the crime of copyright infringement to further complete the distinction between crime and non-crime, basic punishment and upgraded legal punishment.

Keywords

Game Plug-In, Computer Information System Programs and Tools, Application of Charge, Crime of Copyright Infringement

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. 问题的提出

根据《2023年中国游戏产业报告》，2023年，国内游戏市场实际销售收入3029.64亿元，同比增长13.95%，首次突破3000亿关口；游戏用户规模6.68亿人，同比增长0.61%，为历史新高点[1]。继电竞入亚[2]后，游戏产业频传捷报，一路高歌猛进。而网络游戏已不再因“玩物丧志”而为大众所抵制，而其定位因其自身的巨大的产业价值和发展潜力而被定义为互联网时代背景下的新兴产业[3]。在网络游戏繁荣发展的背后，外挂现象却层出不穷，甚至随着技术的发展，游戏外挂也相应地在不断升级迭代[4]。游戏外挂的制作者与销售者，甚至凭借网络游戏公司自身的行业生态和价值体量形成以后者为核心的网络游戏产业的“黑灰产”[5]，在谋取非法利益的同时，对原有网络游戏市场运行和行业生态也会造成不可逆的损害。因此，基于非法制作销售游戏外挂系网游黑灰产上游环节之一的考量，国家一直对非法网络外挂保持打击的态势，以维护网络游戏行业的健康发展。随着近年来司法实践中相关案件呈现明显的增长态势，对非法制售网游外挂的不法行为更应精准把握。目前，司法实践中对于非法制售网游外挂的不法行为的定性仍然存在较大的争议，非法经营罪、提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪和侵犯著作权罪等多罪名的适用使得相关行为的法律适用存在混乱，甚至在案件情节相似的类型情形下存在判决时间先后上不一致的情形。因此，对游戏外挂的刑法规制在着眼于具体刑法规定的构成要件的同时，更应从个案中具体把握行为人不法行为所造成的法益侵害，在此前提下对涉及制售游戏外挂的不法行为作出规范适当的评价，从而明确刑法相关条款的适用场域，最终通过统一裁判标准平衡法益之间的考量，使得刑法得以规制非法游戏外挂乱象的同时，也为刑法保驾护航网络游戏这一新兴产业的发展发现新的实践路径。

2. 网络游戏与游戏外挂的技术构成与法律界定

网络游戏，是以运营方的服务器和玩家用户的客户端为终端，以互联网为信息传输媒介，通过信息数据的实时传输在客户端上实现个体用户的即时交流、互动娱乐、达成个人成就的计算机软件。而进一步分析网络游戏的技术构成本身，则应着眼于其与单机游戏的横向对比与计算机软件的纵向分类。

2.1. 网络游戏不同于单机游戏

广义意义上的网络游戏，实际上包含 PC 端网络游戏、移动端网络游戏与 PC 端单机游戏。而本文的网络游戏不同于广义上的界定，而是在此范围内，作出进一步的限缩^[6]。不同于即时交流的网络游戏，单机游戏与其有着显著的区别：首先，二者的运营管理方式不同。网络游戏因其是与其他玩家的互动中进行的，因此往往在客户端的基础上还需将玩家操作的数据进行传输，在本体服务器中与其他玩家的数据进行比对，从而完成交互和反馈，因此对互联网的依赖性更强；而单机游戏的数据变化往往由客户端本身予以控制，即客户端已然是游戏的“完全本体”，此时互联网在单机游戏角色中扮演的角色往往是反外挂检测以及玩家联机等辅助性功能，游戏本体对于互联网的依赖性较弱。其次，因二者的运营管理方式不同，而导致的更为明显的区别则是，二者的数据体量差距甚大(通常单机游戏占据内存容量为几十到上百 GB 不等)。因单机游戏的程序运营往往依赖于客户端本身展开，因此对于游戏本体的画面渲染、动作模组、背景配乐等底层代码往往系统一压缩打包于客户端本身，这也使得单机游戏对硬件配置的要求要高于网络游戏的要求，以便顺利完成单机游戏背后更为繁杂的代码运算。而网络游戏因玩家互动的要求往往对硬件配置要求较低，以便能更好地推广。

2.2. 网络游戏是计算机软件

计算机软件与计算机硬件对应而存在，二者共同为用户数据处理和运算提供便利。但不同于计算机硬件等由电子、光电元件构成的物理设备，计算机软件实际上是各种数据代码的集合，并以此为基础为用户与硬件提供接口界面，以使用户准确地对硬件发号施令，从而完成代码设定的运算。因此，计算机硬件常见的问题往往是物理意义上的老化磨损，而计算机软件往往需要对代码运行过程中出现的错误及时地进行维护更新，即对代码的集合进行重新编排或补充。而计算机软件根据最原始的用途亦可以分为系统软件与应用软件，顾名思义，前者以操作系统(如 Windows、Mac、Linux 等系统)和其他基本操作工具(如网络连接、存储管理等为关键)为基础，从而构建起整个计算机生态的运行平台，而后者应用软件则是彰显功能个性化的程序集合，在系统软件的平台之上运行应用软件，是对用户相应目的的功能性展开。网络游戏则是为了满足用户娱乐、竞技、消遣等特定目的的应用软件，其不涉及系统的运行本身，而是在已有系统的基础上运行，从而完成相应的代码运行。

2.3. 外挂

对外挂的认识，更应从外挂的功效上来把握。外挂作用于网络游戏本意是为了满足特定玩家在游戏游玩过程中的某些特殊功能要求，即游戏正常运行呈现的功效并未符合玩家预期。在原有代码构建的程序框架下，网络游戏的运行是较为稳定的，即在稳定的前提下，唯一的变量是不同玩家在屏幕亦或键盘上输入的操作指令，据此不同游戏玩家相互对抗在统一的判定归责下进行交互，进而获得各自的游玩体验。但是外挂却创造了不同的影响原先游戏规则的全新的变量，这一变量通过对原有网游运行链条不同阶段的作用，使得玩家发出指令的精准性以及指令的获取范围远远领先于先前正常游玩的情形。

可以说，在外挂的加持下，游戏的游玩已不再是传统的 PVP (Player vs Player) 对抗方式，已然成为新的 PVP (Player vs Producer) 对抗方式，玩家之间的对局地位已然不局限于同一水平层面上，使用外挂

的玩家已然上升到与游戏作者(具有上帝视角)同等的地位,可以依托外挂让游戏运行呈现的效果完全契合自身需求。而根据上述的外挂对原有网游运行链条作用的阶段不同,可以将外挂分为作用于客户端的外挂、作用于传输数据包的外挂两种[7]。(如前文所述,网络游戏的运行生态链条分为:客户端-传输数据包-服务器,因直接控制篡改游戏运营商服务器的难度和风险往往较高,因此外挂通常作用于前两者。)

2.3.1. 作用于客户端的外挂

作用于客户端的外挂往往通过大量复制官方客户端中的基础数据文件并对其相应修改,借助于用户客户端自带的身份验证信息使得修改后的信息顺利通过服务器验证最终得以运行呈现,即实现了玩家自身操作输入相应指令同样的效果。

2.3.2. 作用于传输数据包的外挂

需要注意的是,此种外挂的运行并非完全独立于客户端,其往往通过有选择地截取客户端向服务器传输的数据并对其进行针对性的修改,最终服务器的反馈根据则是经过截取修改的信息,最终客户端呈现出玩家追求的效果,该效果往往是原先客户端没有的。

因此,外挂本身既不是一个法律范围内的专业概念,也不是一个计算机软件的专有名词。其来自于人们对网络游戏所作的种种突破原有程序逃避服务器监管的尝试,但无论如何变更,其本质不外乎是利用软件编写技术制成的第三程序,通过对原有数据的修改,进而改变原先运行质态,以实现某种不正当工具的程序、工具[8]。可以说,外挂事实上根植于整个网络游戏运行生态,是某一专业领域内的类型化的不法工具,对其认识更应立足于其运行的虚拟空间整体把握。

3. 游戏外挂刑事判决及其评析

3.1. 司法判决现状

笔者以“游戏外挂”、“刑事案件”为检索条件,于北大法宝的司法案例库进行检索,得出 502 个刑事案件。但是排除利用外挂软件进行盗窃、诈骗等侵犯公民人身权利财产权利等其他侵犯其他法益的犯罪案件,实际上最终与制售游戏外挂有关的案件数量为 189 件。对于这 189 个与制售网络游戏外挂相关的案件,根据其中数量较为集中的判决可将其进一步分类:其中,判决侵犯知识产权罪的案件为 33 件,判决扰乱市场秩序的非法经营罪的案件为 78 件,判决扰乱公共秩序的破坏计算机信息系统罪的案件数量为 24 件,判决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的案件数量为 43 件,提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪的案件为 171 件。不难看出,对于制售网络游戏外挂所产生的法益侵害,司法实践中也往往采取积极规制的策略。但是在案件的定性上,依然存在着一程度的分歧,这种理解分歧通过司法判决得以呈现,也使得司法判决在时间先后上对罪名的适用存在明显的不一致,而对于罪名的适用不同也使得对制售网络外挂这一不法行为所侵犯法益的定性出现偏颇,以及对实施同一不法行为的行为人适用的法定刑存在差异,不利于法益保护原则和责任原则(罪责刑相适应)的贯彻。因此,为解决外挂认定中入罪标准不清、责任划分界限不明的问题[9],笔者接下来对以上不同种类的司法实践判决进行对比解析,并尝试对制售网络游戏外挂这一不法行为的规范内涵作出阐释。

3.2. 对于非法经营罪判决的分析及其否定

对于制售外挂的不法行为早期往往按照非法经营罪予以定罪量刑,例如早期的“谈文明非法经营案”。2004 年 6 月,谈文明未经授权或者认可,组织相关技术人员针对《恶魔的幻影》(又名“传奇 3”)这一当时风靡互联网的网络游戏在客户端与服务器进行通讯和交换数据的过程中,破解相关加密协议,制作出“007 传奇 3 外挂”计算机软件。同时,设立相关网站向游戏消费者进行宣传和提供下载,通过批发或

者零售的方式销售 007 传奇 3 外挂点卡非法获利，钱款均汇入名为王亿梅的账户。一审判决谈文明及其同伙均构成非法经营罪，但随之北京市海淀区以罪名适用不当应构成侵犯著作权罪为由提出抗诉，但二审采取了一审的判决思路和结论，仍将其认定为非法经营罪，但是适当加重了相应的法定刑¹。当时网络游戏市场在国内刚刚兴起，制售外挂行为在这一期间随着网游的发展也大量出现。

对于将其认定为非法经营罪的依据往往着眼于 2003 年 12 月 18 日发布的《新闻出版局、国家版权局关于开展对“私服”、“外挂”专项治理的通知》² (以下简称《通知》) 和当时侵犯著作权罪的法条规定 [10]。首先，《通知》中明确规定，“‘外挂’违法行为是指未经许可或授权，破坏合法出版、他人享有著作权的互联网游戏作品的技术保护措施，修改作品数据，制作游戏充值卡(点卡)，运营或挂接运营合法出版、他人享有著作权的互联网游戏作品，从而谋取利益、侵害他人利益的行为”。因此，“外挂”往往自然被定性为“非法出版物”。而根据《出版管理条例》第九条，“……电子出版物等应当由出版单位出版”³。通常制售网游外挂的不法行为人当然不属于条例规定的出版单位。又根据当时的《互联网信息服务管理办法》⁴ (现已失效) 第六条，“……从事互联网出版活动，必须经过批准”，制售外挂的不法行为在得不到审批的情形下，似乎天然地该当于非法经营罪这一不法获利口袋罪的构成要件，在未取得主管部门批准的情形下，肆意制售获利被认定为非法经营罪也就成为了题中应有之义。另外，尽管《计算机软件保护条例》中规定了计算机软件著作权的内容包含修改权⁵，但是《刑法修正案(十一)》之前的《刑法》第一百二十七条保护的是复制权和发行权，对于修改权的保护并未明示，因此司法实践如果寄希望通过侵犯著作权罪对制售网游外挂这一不法行为予以规制，往往着重评价其在制售外挂过程中对原有网游软件内容的复制和使用，只有在外挂对原有内容进行复制发行的前提下才具备适用仅规制复制发行行为的侵犯著作权罪的可能性。因此可以说，侵犯著作权罪的入罪路径在此时往往面临着《刑法》第一百二十七条缺乏对修改权保护的表述以及以“复制发行”入罪的评价不到位的难题 [11]，因此侵犯著作权罪的适用在此时往往让位于非法经营罪更便捷的入罪思路，于是非法经营罪成为罪名适用的主流。

但在笔者看来，如果当时非法经营罪的罪名适用是基于原先侵犯著作权的构成要件中“修改权”表述缺乏的妥协，以及《通知》的规定等前置法规定使得非法经营罪适用更契合当时情形下打击犯罪保护法益的要求，但是依然无法回避相关罪名适用的价值冲突。对于制售网游外挂的不法行为适用非法经营罪定罪量刑，具体适用的条款只能是第二百二十五条⁶ 的第四项，即其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为的兜底性条款，但据此问题有二：

¹ 参见谈文明等非法经营案，北京市中级人民法院(2007)一中刑终字第 1277 号刑事判决书。

² 《新闻出版局、国家版权局关于开展对“私服”、“外挂”专项治理的通知》(新出联[2003] 19 号)：“……‘私服’、‘外挂’违法行为是指未经许可或授权，破坏合法出版、他人享有著作权的互联网游戏作品的技术保护措施、修改作品数据、私自架设服务器、制作游戏充值卡(点卡)，运营或挂接运营合法出版、他人享有著作权的互联网游戏作品，从而谋取利益、侵害他人利益。‘私服’、‘外挂’违法行为属于非法互联网出版活动，应依法予以严厉打击。”

³ 《出版管理条例》中华人民共和国国务院令(第 343 号)第九条：“第九条 报纸、期刊、图书、音像制品和电子出版物等应当由出版单位出版。本条例所称出版单位，包括报社、期刊社、图书出版社、音像出版社和电子出版物出版社等。法人出版报纸、期刊，不设立报社、期刊社的，其设立的报纸编辑部、期刊编辑部视为出版单位。”

⁴ 《互联网信息服务管理办法》(中华人民共和国国务院令(第 292 号))第六条：“从事经营性互联网信息服务，除应当符合《中华人民共和国电信条例》规定的要求外，还应当具备下列条件：(一) 有业务发展计划及相关技术方案；(二) 有健全的网络与信息安全保障措施，包括网站安全保障措施、信息安全保密管理制度、用户信息安全管理制度；(三) 服务项目属于本办法第五条规定范围的，已取得有关主管部门同意的文件。”

⁵ 《计算机软件保护条例》中华人民共和国国务院令(第 339 号)第八条：“软件著作权人享有下列各项权利：……(三) 修改权，即对软件进行增补、删节，或者改变指令、语句顺序的权利；(四) 复制权，即将软件制作一份或者多份的权利；……”

⁶ 《中华人民共和国刑法》第二百二十五条：“违反国家规定，有下列非法经营行为之一，扰乱市场秩序，情节严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处违法所得一倍以上五倍以下罚金；情节特别严重的，处五年以上有期徒刑，并处违法所得一倍以上五倍以下罚金或者没收财产：(一) 未经许可经营法律、行政法规规定的专营、专卖物品或者其他限制买卖的物品的；(二) 买卖进出口许可证、进出口原产地证明以及其他法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件的；(三) 未经国家有关主管部门批准非法经营证券、期货、保险业务的，或者非法从事资金支付结算业务的；(四) 其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为。”

一是对于兜底性条款的适用必须作出与先前《刑法》已列举的条款项的同类解释，但制售网游外挂的行为难言该当非法经营罪的构成要件^[12]。但回顾第二百二十五条前三项的构成要件，无论是专营专卖物品(如烟草、汽油)、专门的经营批准文件、专门业务(证券、期货、保险)，甚至司法解释中对于这一兜底性条款的进一步的细化列举说明，都是对于国家涉及国计民生的重点行业准入的严格限制，这些行业并非完全禁止他人准入，但对其准入必须遵循严格的审批程序，否则将对原有公有制经济的主体地位予以动摇，进而对整个市场经济运行的根基造成破坏。其规制的是不当进入相关重点行业的非法经营行为，但是对于制售外挂这一不法获利行为而言，难以将其视为对国家重点行业的不当准入，此时并不因存在非法经营而导致原有的公有制经济主体受损，其他相关市场主体的获利亦并未因外挂被分流。另外，也有实务背景的学者认为，《非法出版物解释》⁷在起草过程中有其特殊背景，此时不应当继续将外挂解释为非法出版物^[13]。

二是非法经营往往以存在合法经营为前提，外挂基于其规范本质是对原有程序的不当获取和修改，无论是国家层面(监管机构)亦或社会层面(游戏运营主体)，对游戏外挂一律采取严格监管、坚决取缔的态度，不可能存在合法经营外挂这一市场行为。就游戏运营商而言，任何外挂无疑都是对先前游戏本体平衡的破坏以及对游戏软件本身的篡改，合法经营外挂无异于鼓励对游戏软件著作权的侵权。

3.3. 对于扰乱公共秩序的相关网络犯罪判决分析及其否定

如上所述，对于制售外挂不法行为适用扰乱公共秩序一节中相关网络犯罪罪名的判决也具备相当的数量，而且属于新近发生的案例居多。其中，判决破坏计算机信息系统罪的案件数量为 24 件，判决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的案件数量为 43 件，判决提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪的案件数量为 171 件。也有论者主张制作、销售网络游戏外挂软件的行为是既通过网络又作用于网络的犯罪行为^[14]。下面仅根据针对以上三个不同罪名的适用作出分析。

3.3.1. 对于适用破坏计算机信息系统罪判决的分析及其否定

在“刘伟破坏计算机信息系统”⁸一案中，2018 年 3 月开始，刘伟自行编写“绝地求生”游戏外挂程序，再通过网络平台向其他用户销售这一外挂程序非法获利。4 月开始，其更是与他人合作销售这一外挂程序获利。最终法院将“绝地求生”外挂程序认定为破坏性程序，理由为其存在对“绝地求生”游戏运行程序实施未授权的增加、修改操作，对游戏的正常操作流程和运行造成不当干扰，本案最终以破坏计算机信息系统罪定罪量刑。

从破坏计算机信息系统罪的条文表述来看，对于上述不法行为适用的往往是破坏计算机信息系统罪的第二种不法类型，即对计算机信息系统中的程序进行删除、修改、增加，并且后果严重。但是问题的关键在于外挂程序对于客户端或者传输数据包的修改是否属于这里的计算机信息系统中的程序的修改？笔者认为，二者应当作出相当程序的区分。破坏计算机信息系统罪的着重保护对象是计算机信息系统本身，保障其正常运行，而这一信息系统并不等同于其中具体的某一计算机软件，亦或可以说其更着重保护区别于应用软件的系统软件。运行在计算机网络上的各种商业产品、广告产品及其服务等应用软件不应被划分到计算机信息系统和应用程序的范围^[15]。从《刑法》第二百八十六条⁹的表述来看，三种不法

⁷《最高人民法院关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(法释[1998] 30 号)第十五条：“非法从事出版物的出版、印刷、复制、发行业务，严重扰乱市场秩序，情节特别严重，构成犯罪的，可以依照刑法第二百二十五条第(三)项的规定，以非法经营罪定罪处罚。”

⁸参见刘伟破坏计算机信息系统案，浙江省平阳县人民法院(2019)浙 0326 刑初 340 号刑事判决书。

⁹《中华人民共和国刑法》第二百八十六条：“违反国家规定，对计算机信息系统功能进行删除、修改、增加、干扰，造成计算机信息系统不能正常运行，后果严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役；后果特别严重的，处五年以上有期徒刑。违反国家规定，对计算机信息系统中存储、处理或者传输的数据和应用程序进行删除、修改、增加的操作，后果严重的，依照前款的规定处罚。

故意制作、传播计算机病毒等破坏性程序，影响计算机系统正常运行，后果严重的，依照第一款的规定处罚。

单位犯前三款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照第一款的规定处罚。”

类型都包含有“后果严重”这一罪量要素。从法条表述来看，“后果严重”就是“影响计算机系统的正常运行”的侵害结果，并非“影响计算机软件的正常运行”的侵害结果。而根据《办理计算机案件解释》中对“后果严重”的规定的进一步阐释不难发现，第一款的“后果严重”中要求的是造成计算机信息系统的主要软件或者硬件不能正常运行，第二款的“后果严重”认定标准与之相同，此时难以认为制售网游外挂是对计算机信息系统的“后果严重”的破坏，其并未造成主要软件或者硬件不能正常运行。

因此，上述判决中将外挂程序认定为“破坏性程序”的认定，无疑将外挂等同于计算机病毒，而后者实现的是对软件运行的系统平台程序的扰乱以及破坏。

3.3.2. 对于适用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判决的分析及其否定

在“高飞、沈金晶非法获取计算机信息系统数据、非法控制计算机信息系统”¹⁰一案中，高飞编写针对《地下城与勇士》这一网游的外挂程序，并将其上传至租用的服务器。沈金晶则负责在 QQ 群中发布广告吸引用户购买。最终判决书中也按部就班地认定，高飞、沈金晶等人侵入国家事务、国防建设、尖端科学领域以外的计算机信息系统，获取其中储存、处理的数据，情节特别严重，构成非法获取计算机信息系统数据罪。

但在笔者看来，该判决并未对外挂这一外来程序对原有代码集合所作的修改进行评价，实际上获取相应的数据代码本身并未对原先的游戏软件运行产生不良影响，是获取后实施的二次编写行为使得游戏程序出现了异常，服务器受到了欺骗作出了错误的反馈，进而实现了玩家使用外挂带来的不当获利。因此，仅评价制作外挂程序中的非法获取行为并未能准确评价外挂这一程序的不法侵害行为，其法益侵害源于上文所述的对客户端以及传输数据包所施加的“不良影响”。

除此之外，笔者认为，制售外挂程序的行为也难以认定为非法控制计算机信息系统罪。“非法控制”应当指的是违反他人意志，使得其信息系统能够接受行为发出的指令，完成相应的操作[16]。如若将上述行为认定为非法控制计算机信息系统罪，也与外挂的运行逻辑不符。首先，外挂并未违背用户的意志，反而是用户符合本意作出的选择；另外，外挂虽然违背了运营商的意志，但是其并未掌握服务器相关权限，进而对服务器全部或者部分控制，本质只是外挂通过修改传输到服务器的数据对服务器实施了欺骗，并隐瞒这一“二次修改”的事实，进而使得服务器作出不当反馈。

3.3.3. 对于适用提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪判决的分析及其否定

不同于上述罪名的适用，新近以来(《刑法修正案》(十一)生效以后)，相同案情对侵入、非法控制计算机信息系统程序罪的适用越来越频繁。例如在“刘某提供侵入、非法控制计算机信息系统程序罪”¹¹一案中，刘某 2022 年 9 月起，便自行制作《劲舞团》游戏外挂“A-Beat”插件程序，并上传至网上供他人免费下载使用。经查，其总共提供这一外挂程序 16,000 余人次。最终，法院以提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪对其定罪量刑。

《办理计算机案件解释》中明确规定了认定“专门用于侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具”的具体情形：(一) 具有避开或者突破计算机信息系统安全保护措施，未经授权或者超越授权获取计算机信息系统数据的功能的；(二) 具有避开或者突破计算机信息系统安全保护措施，未经授权或者超越授权对计算机信息系统实施控制的功能的；(三) 其他专门设计用于侵入、非法控制计算机信息系统、非法获取计算机信息系统数据的程序、工具。因此，而上述判决毫无疑问则是将外挂认定为其避开或者突破了原有安全保护措施，并以此实行非法获取数据或者非法控制系统的程序。

需要注意的是，提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪与非法获取计算机信息系统数据、

¹⁰ 参见高飞、沈金晶非法获取计算机信息系统数据、非法控制计算机信息系统案，河南省许昌市建安区人民法院(2020)豫 1003 刑初 83 号刑事判决书。

¹¹ 参见刘某提供侵入、非法控制计算机信息系统程序案，上海市徐汇区人民法院(2024)沪 0104 刑初 142 号刑事判决书。

非法控制计算机信息系统罪有着紧密的上下游联系。如果将制售网游外挂认定为前者，真正利用这一不法程序、工具罪进行非法获取数据、非法控制系统的行为人是众多玩家，并非单一的外挂制造者和销售者，即“开挂的不是卖挂的商家，而是玩家”。事实则是在这一“对向犯”的情形中，司法实践有选择地打击制作出售网游外挂的不法行为人，玩家购买使用外挂的行为通常不具有可罚性(尽管游戏平台一旦发现也会给予相应的游戏内的惩罚，但这仍与刑事处罚大相径庭)。因此，尽管现如今众多相关案件被认定为提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪，但是对于该罪名的适用除了和上述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的“非法获取”以及“非法控制”的解释存在相应困境以外，还存在着处罚范围与刑事政策的抉择相矛盾的问题。

3.4. 侵犯著作权罪的判决及其规范证成

侵犯著作权罪的判决如上述所示，在《刑法修正案(十一)》之前仍然存在着与条文表述抵牾的情形，因为前置法规定了修改权，而《刑法》中却未对此予以明示，但是在《刑法修正案(十一)》之后，这一情形从立法上得以消除。《刑法修正案(十一)》新增了第二百一十七条第六项¹²的“未经著作权人或者与著作权有关的权利人许可，故意避开或者破坏权利人为其作品、录音录像制品等采取的保护著作权或者与著作权有关的权利的技术措施的”全新不法类型，使得对制造网络游戏外挂这一不法行为的评价在回避了之前法律适用障碍的同时，也自然被纳入刑法的规制范围中来。

3.4.1. 外挂的技术运行逻辑

游戏外挂并非独立地发挥作用，准确来说，其运行并非完全通过自身顺利完成，而是通过与客户端亦或受加密协议保护的传输数据相结合才能发挥相应作用。但是无论是客户端原先的程序集合亦或受加密协议保护的传输数据，初始的创作者往往为了免于受到来自非本人的修改，往往会在原有数据的基础上附加相应的保护措施，而外挂则是在对原先保护措施进行破坏的基础上再根据自身包含的新的程序集合对其进行二次修改。

3.4.2. 外挂的规范法益侵害

网络游戏属于应用软件，其出版发行传播往往需要得到国家版权局的批准和许可，在此前提确认下，其作为计算机软件当然受到著作权的保护。外挂对原先保护措施的突破则该当于《刑法》第二百一十条第六项¹³的“故意避开或者破坏权利人为其作品、录音录像制品等采取的保护著作权或者与著作权有关的权利的技术措施”这一修正案新增的构成要件，此时外挂对原先保护措施的突破该当于这里的“故意避开或者破坏”，而对于修改权的保护也可以在“与著作权有关的权利”这一法条表述中找到依据，最终对于外挂这一不法程序的法益侵害作出了更为恰当的评价。而且，将制造网游外挂这一不法行为认定为侵犯著作权罪自然而然地回避了上述提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪判决所带来的为何不认定玩家构成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，即为何不处罚玩家的问题。

3.4.3. 对外挂关系制售关系的进一步追问：侵犯著作权罪与销售侵权复制品罪的关系及其适用

值得注意的是，有观点也认为对销售游戏外挂这一不法行为可以考虑适用《刑法》第二百一十八条规定¹⁴的销售侵权复制品罪予以认定[17]。但问题在于，如果对销售游戏外挂这一不法行为认定为销售

¹²《中华人民共和国刑法》第二百一十七条：“以营利为目的，有下列侵犯著作权或者与著作权有关的权利的情形之一，违法所得数额较大或者有其他严重情节的，处三年以下有期徒刑，并处或者单处罚金；违法所得数额巨大或者有其他特别严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金：……(六) 未经著作权人或者与著作权有关的权利人许可，故意避开或者破坏权利人为其作品、录音录像制品等采取的保护著作权或者与著作权有关的权利的技术措施的。”

¹³同5。

¹⁴《中华人民共和国刑法》第二百一十八条：“以营利为目的，销售明知是本法第二百一十七条规定的侵权复制品，违法所得数额巨大或者有其他严重情节的，处五年以下有期徒刑，并处或者单处罚金。”

侵权复制品罪，则将外挂变相认定为侵权复制品，非侵权的原先作品则为游戏软件本身。外挂本身往往是对游戏数据的有选择地解密和重新编写，并非如同传统盗版小说作品般对原文的全文复制(即使复制，也是极少一部分)，侵权复制品的“复制”难以得到事实上的确认。因此，对于销售网游外挂的评价已然成为难题，销售外挂并不该当于销售侵权复制品。

在笔者看来，既然《刑法》第二百一十条第六项规定的构成要件并未规定“销售”这一行为要素，第一项复制发行的对象也是计算机作品本身并非外挂，因此不妨结合《办理知识产权案件解释一》中的规定将其认定为罪量要素。《刑法》第二百一十条的入罪要求“违法所得数额较大或者有其他严重情节”，而销售网游外挂则可以归属为此处的“其他严重情节”。《办理知识产权案件解释一》中规定，“具有下列情形之一的，属于‘有其他严重情节’：(一)非法经营数额在五万元以上的；(二)未经著作权人许可，复制发行其文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品，复制品数量合计在一千张(份)以上的；(三)其他严重情节的情形”，销售网游外挂的违法所得可以认定为这里的“非法经营数额”，即作为危害结果量定的罪量要素而存在[18]。此处非法经营的认定不同于《刑法》第二十五条的认定，仅考虑其违法所得数额并将其作为侵犯著作权罪的罪量要素，在制造网游外挂行为该当侵犯著作权罪罪体要素的同时，以销售所得为罪量要素完成罪与非罪、轻罪与重罪的区分。

4. 结论

网络游戏虽然自互联网诞生以来其自身也经历了一定的发展历程，但时至今日仍然属于数字时代的新兴事物。从狭义角度来看，游戏外挂则是产生于网游繁荣发展业态背后的发展风险，其本质上是对网络游戏这一计算机应用软件(区别于系统软件)的底层代码篡改和防作弊监管系统的欺骗，其对游戏创作者的智力成果——网络游戏的修改是天然违背游戏创作者的意志的。而放眼游戏产业发展，现实中制售网游外挂往往对相应的网游 IP 造成相当程度的负面影响，外挂的盛行打破了游戏设定的平衡，不断降低网游玩家原有的用户黏性。可以说每一种游戏外挂传播的过程就是对应的网游 IP “加速死亡”的过程。因此，无论是对于创作者个人知识产权的保护，亦或网络游戏市场的良好运行，对游戏外挂予以刑法规制是保护法益的现实抉择。

更为重要的是，在刑法规制的过程中，以侵犯著作权罪的个罪适用完成对非法制售网游外挂这一不法行为的定罪量刑，使得这一不法行为对知识产权的不法侵害得到妥当评价。从该当《刑法》第二百一十七条第六项的构成要件出发，更将后续的“销售”行为理解为罪量要素，在解决侵犯著作权罪与销售侵权复制品罪的关系及其适用问题的同时，进一步区分基本法定刑和升格法定刑的不同适用情形。诚然，笔者也同样认为，以罪量要素回答侵犯著作权罪与销售侵权复制品罪两罪之间的关系问题仍需进一步论证和充分探讨，但是遵循以上解释思路的同时，最终实现的更是对刑法为数字经济保驾护航助力发展的刑事政策导向的再次确认。毕竟，当“法外价值判断通过刑法解释完成由外在价值向内在价值的转化之后，最终会成为刑法体系本身的价值判断”[19]之际，刑法在社会中承担的角色已然发生变化，不同于古典主义高举罪刑法定的旗帜实现人权保障，现代社会已然急需在面临风险之际实现法益的保护。

参考文献

- [1] 《2023 年中国游戏产业报告》项目组. 中国游戏产业发展概况分析[J]. 中国数字出版, 2024, 2(2): 80-87.
- [2] 董静怡. 电竞入亚、重回线下和平精英职业联赛尝试破圈[N]. 21 世纪经济报道, 2023-04-26(11).
- [3] 何威, 曹书乐. 从“电子海洛因”到“中国创造”: 《人民日报》游戏报道(1981-2017)的话语变迁[J]. 国际新闻界, 2018, 40(5): 57-81.
- [4] 央视新闻. “AI 外挂”案侦办记[J]. 人民公安, 2023(24): 62-63.
- [5] 赵家新. 涉案人员遍布全球经营流水达数亿元警方破获特大游戏外挂案[J]. 公民与法(综合版), 2021(4): 50-51.

-
- [6] 刘嘉铮. 网络游戏外挂刑法治理的限制解释[J]. 法律适用, 2022(2): 158-160.
- [7] 龚文博, 梁云宝. 销售外挂行为的类型划分及刑法规制[J]. 广西警察学院学报, 2022, 35(2): 64.
- [8] 虞亚明, 李庆, 刘煜杰, 等. “外挂”的定性、分类及法律适用问题[J]. 江苏警官学院学报, 2021, 36(3): 11-16.
- [9] 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.
- [10] 储颖超. 网络游戏外挂销售行为的界定[J]. 中国检察官, 2017(8): 65-67.
- [11] 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.
- [12] 俞小海. 网络游戏外挂行为刑法评价的正本清源[J]. 政治与法律, 2015(6): 41-51.
- [13] 喻海松. 网络犯罪二十讲[M]. 北京: 法律出版社, 2018: 196-199.
- [14] 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.
- [15] 尹晓闻, 孙倩倩. 网络游戏外挂司法犯罪化的刑法规范解读[J]. 重庆邮电大学学报(社会科学版), 2022, 34(5): 66-73.
- [16] 张明楷. 刑法学[M]. 北京: 法律出版社, 2020: 1372.
- [17] 宋建立. 著作权刑事保护趋势与实践思考[J]. 中国应用法学, 2023(4): 138-146.
- [18] 王强. 罪量因素: 构成要素抑或处罚条件? [J]. 法学家, 2012(5): 14-38.
- [19] 劳东燕. 功能主义的刑法解释[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2020: 99.