熊猫烧香案例分析

一、基本案情

被告人李俊于2003年开始自学计算机编程技术，并经常向自己的好朋友、也是本案被告人之一的雷磊请教。2006年10月，被告人李俊从武汉某软件技术开发培训学校毕业后，便将自己以前在国外某网站下载的计算机病毒源代码调出来进行研究、修改，在对此病毒进行修改的基础上完成了“熊猫烧香”电脑病毒的制作，并采取将该病毒非法挂在别人网站上及赠送给网友等方式在互联网上传播。“熊猫烧香”病毒具有本机感染功能、局域网感染功能及u盘感染功能，并能中止许多反病毒软件和防火墙的运行，中了该病毒的电脑会自动链接访问指定的网站、下载恶意程序等。其后，李俊请雷磊对该病毒提修改建议。雷磊认为该病毒存在两个问题，一是改变被感染文件的图标，二是没有隐藏病毒进程。电脑感染了该病毒后，很容易被电脑用户发现，建议李俊从这两个方面对“熊猫烧香”病毒进行修改，但没有告诉李俊具体的修改方法。2006年11月中旬，李俊在互联网上叫卖该病毒，同时也请被告人王磊及其他网友帮助出售该病毒。王磊、李俊及其网友一共卖出了约三十个“熊猫烧香”病毒。其中，王磊帮李俊卖出了三个“熊猫烧香”病毒，并先后三次共汇款给李俊人民币1450 元。此外，李俊还赠送给其他网友约十个“熊猫烧香”病毒。随着病毒的出售和赠送给网友，“熊猫烧香”病毒迅速在互联网上传播，导致自动链接访问李俊个人网站的流量大幅上升。王磊得知此情形后，提出为李俊卖“流量”，并联系被告人张顺购买李俊网站的“流量”，所得收入由王磊和李俊平分。为了提高访问李俊网站的速度，减少网络拥堵，王磊和李俊商量后，由王磊化名董磊为李俊的网站在南昌锋讯网络科技有限公司租了一个2G内存、百兆独享线路的服务器，租金由李俊、王磊每月各负担800元。张顺购买李俊网站的流量后，先后将九个游戏木马（也就是盗号木马）通过互联网发给王磊，王磊将这九个游戏木马转发给李俊，然后由李俊将这九个游戏木马挂在其个人网站上，盗取自动链接访问其网站的游戏玩家的“游戏信封（即含有游戏账号和密码的电子邮件）”，游戏木马将盗取的“游戏信封”自动地发给张顺，张顺则将盗取的“游戏信封”进行拆封、转卖，从而获取利益。

2006年12月初，李俊按照雷磊的建议修改“熊猫烧香”病毒，由于技术方面的原因，修改后的病毒虽然可以不改变别人的图标，但会使别人的图标变花、变模糊，并且隐藏病毒

进程问题也没解决。尽管没有完全解决雷磊提出的两个问题，李俊还是将修改后的病毒挂在其个人网站上，但修改后的病毒没有卖给别人，也没有赠送给他人。

2007 年 1 月下旬，被告人雷磊得知网警在抓“熊猫烧香”病毒的制作者，便通过电话和网络联系李俊，但没有联系上。2007 年 1 月 24 日，雷磊到李俊的租住屋将此消息告诉李，并和李一起离开租住屋住进武汉市逸宝宾馆。在宾馆里，雷与其在新疆的同学联系准备带李到新疆去避风，但因故没有成行（关于这一情节，检察院起诉书没有指控）。尔后，二人又从逸宝宾馆转至房价相对较低的武汉市京都宾馆。在京都宾馆，雷磊亲自在手提电脑上对李俊修改后的“熊猫烧香”病毒再进行修改，也没能解决图标变花及隐藏病毒进程问题。

从 2006 年 12 月至 2007 年 2 月，通过“熊猫烧香”病毒的传播，李俊获利 145149 元，王磊获利 80000 元，张顺获利 12000 元。“熊猫烧香”病毒的传播，导致北京、上海、天津、山西、河北、辽宁、广东、湖北等省市众多单位和个人的计算机不能正常运行。2007 年 2 月 2 日，李俊将其网站关闭，之后再未开启该网站。

公诉机关认为，被告人李俊、王磊、张顺、雷磊故意制作、传播计算机病毒，影响计算机系统的正常运行，后果严重，其行为均已构成破坏计算机信息系统罪。

二、关于被告人雷磊是否构成破坏计算机信息系统罪的问题

这是本案中争议最大的一个问题。有的人认为雷磊的行为构成了破坏计算机信息系统罪。其主要理由是，雷磊明知李俊制作的是电脑病毒，还为李俊提修改建议，并亲自为李俊修改该病毒，虽没成功，但说明其与李俊有共同制作电脑病毒的故意，且实施了一定的行为。因此，雷磊与李俊构成共同犯罪，即被告人雷磊与李俊是破坏计算机信息系统犯罪的共犯。这种观点从表面上看似乎合情合理，其实不然。一般来说，构成共同犯罪必须满足以下两个条件：

第一，必须要有共同的故意，这里的“共同”不仅有相同的含义，而且有“合意”的含义。即各共同犯罪人之间有意思联络，在主观上相互沟通，紧密联系，都认识到自己不是在孤立地实施犯罪。本案中，李俊将“熊猫烧香”病毒制作完成并在互联网上传播后才向雷磊

请教，要雷提修改建议。提建议后，雷磊并没有向李俊过问有关修改病毒的情况，也没有关心李俊在修改中是否碰到什么问题等；李俊在得到雷磊的建议后，也没有将自己在修改病毒的过程中碰到的问题及时向雷磊进行反馈。从这些情形来看，很难说李俊与雷磊在主观上是紧密联系的，也很难说他们有共同制作、传播“熊猫烧香”病毒的“合意”。此外，李俊通过“熊猫烧香”病毒获利十多万元，但李俊并没有分给雷磊一分钱，雷磊对此也没有表示出任何不满和异议。这也从某种程度上可以佐证雷磊与李俊在制作、传播“熊猫烧香”病毒上没有“合意”。或者至少可以说，要认定雷磊与李俊有共同制作、传播“熊猫烧香”病毒的“合意”，在证据上是不充足的。

第二，必须有共同的行为，即各共同犯罪人的行为之间相互配合、相互协调、相互补充，形成一个整体，尽管各共同犯罪人所处的地位、具体分工、参加的程度、甚至参与的时间等，都可能有所不同，但各共同犯罪人的犯罪行为之间是紧密联系、有机配合的；在发生危害结果的情况下，各共同犯罪人所实施的行为与犯罪结果之间都有因果关系。本案中雷磊的行为与李俊的行为之间是不是紧密联系、有机配合的呢？显然谈不上。此外，雷磊的行为与“熊猫烧香”病毒所产生的危害结果之间基本上没有什么因果关系。因为,雷磊给李俊提建议时，“熊猫烧香”病毒已经制作完成并已经在互联传播。即在雷磊提建议之前，“熊猫烧香”病毒所产生的危害后果基本上已经发生了。雷磊后来虽然亲自为李俊对该病毒进行了修改，但并没有成功，且李俊按雷磊建议修改后的病毒既没有卖给别人，也没有赠送给他人。所以，“熊猫烧香”病毒造成的严重后果与雷磊所提的建议及其以后的亲自修改，这之间没有什么因果关系。即使雷磊不提建议、不亲自修改病毒，“熊猫烧香”病毒也照样传播,其危害结果也照样发生。

因此，从共同犯罪的共同故意、共同行为以及因果关系上来看，雷磊与李俊都不构成共同犯罪，即雷磊的行为不构成破坏计算机信息系统罪。

有些人认为雷磊的行为属于犯罪未遂。因为，雷磊亲自修改 “熊猫烧香”病毒系因意志以外的原因(即自己的技术不成熟的原因)而未成功，属于制作计算机病毒未遂，即构成了破坏计算机信息系统罪（未遂）。这种观点也是不成立的，因为，破坏计算机信息系统罪要求后果严重才构成此罪的。制作计算机病毒未遂（即未成功）又怎么产生严重后果，没产生严重后果也就不构成破坏计算机信息系统罪。也就是说，破坏计算机信息系统罪与虐待罪、

玩忽职守罪等犯罪一样，要么是犯罪既遂，要么是不构成犯罪，不存在犯罪未遂问题。

还有人认为，雷磊的建议与李俊修改 “熊猫烧香”病毒有因果关系。雷磊如果不建议，李俊不一定会修改 “熊猫烧香”病毒。这也难以认定雷磊的行为构成了破坏计算机信息系统罪。因为，如果认定雷磊的建议与李俊修改 “熊猫烧香”病毒有一定的因果关系，从而进一步推定（认定）雷磊的建议与“熊猫烧香”病毒的危害结果之间有刑法上的因果关系（这种推定不一定成立，笔者认为这种推定是不成立的）。即使这样，雷磊也只是对修改后的“熊猫烧香”病毒所造成的危害后果负责，修改后的“熊猫烧香”病毒不改变别人图标，这个不改变别人图标的“熊猫烧香”病毒造成了什么样的危害后果呢？这没有证据证实。从现有证据来看，危害后果几乎全部是修改之前的、把别人的图标改变成“熊猫烧香”模样的病毒造成的（“熊猫烧香”病毒也是因此而得名的；其实，李俊自己将该病毒命名为“下载者”，并不是命名为“熊猫烧香”）。而破坏计算机信息系统罪不仅要求造成了危害后果，而且要求后果严重才构成犯罪。因此，即使这样，要认定雷磊构成破坏计算机信息系统罪，也还缺乏危害后果方面的证据。

那么，雷磊是不是无罪呢？也并不是这样的，雷磊得知网警在抓“熊猫烧香”病毒的制作者后，为李俊通风报信，与李俊一起离开租住处躲进宾馆，并联系在新疆的同学准备带李到新疆去躲避，增加了抓获李俊的难度。其行为符合包庇罪的特征，构成了包庇罪。

三、关于被告人张顺是不是李俊制作、传播“熊猫烧香”病毒的共犯的问题

这个问题实际上就是看张顺是否参与了“熊猫烧香”病毒的制作以及是否参与了“熊猫烧香”病毒的传播。显然，张顺并没有参与“熊猫烧香”病毒的制作。那么，张顺是否传播了“熊猫烧香”病毒呢？我们从张顺在本案中的行为来进行分析就可以得出结论。张顺在本案中的行为可以归纳为三点：一是购买李俊网站的“流量”并将购买“流量”款项汇给王磊和李俊；二是提供了九个游戏木马并将这九个游戏木马通王磊转给了李俊，然后由李俊将这九个游戏木马挂在网站上；三是利用李俊的网站及“熊猫烧香”病毒的特性，通过这九个游戏木马盗取“游戏信封”进行拆封、转卖来获取利益。这些行为与“熊猫烧香”病毒的传播

是否有关系呢？笔者认为，这些行为与“熊猫烧香”病毒的传播并没有什么关系。理由如下：

首先，购买李俊网站的“流量”并将购买“流量”的款项汇给王磊和李俊，这与“熊猫烧香”病毒的传播没有什么关系。有的人认为，张顺给李俊汇款就是为李俊传播“熊猫烧香”病毒提供资金，就是帮助李俊传播“熊猫烧香”病毒。这种观点明显颠倒了这里面的因果关系。因为，只有“熊猫烧香”病毒传播开了，李俊的网站才有“流量”；有了“流量”后，张顺才会购买；也就是说，先有“熊猫烧香”病毒的传播，然后才有张顺的汇款；而不是先有张顺的汇款，然后才有“熊猫烧香”病毒的传播；“熊猫烧香”病毒的传播与张顺的汇款没有任何关系。

其次，提供九个游戏木马挂在李俊网站上，也与“熊猫烧香”病毒的传播没有什么关系。因为，游戏木马的功能只是盗窃“游戏信封”，对“熊猫烧香”病毒的传播没有任何影响，即使不在李俊网站上挂游戏木马，“熊猫烧香”病毒也会一样地传播，不会有什么区别，游戏木马既不会推动、也不会加快“熊猫烧香”病毒的传播。

再就是，利用李俊的网站盗取“游戏信封”进行拆封、转卖来获得利益，这与“熊猫烧香”病毒的传播也没有什么关系。因为，用游戏木马盗取“游戏信封”，只不过需要利用“熊猫烧香”病毒的特性（自动链接访问指定的网站的特性），才能盗取成功；对“熊猫烧香”病毒的传播也没有任何影响。

综上所述，张顺没有传播“熊猫烧香”病毒。既然张顺没有参与“熊猫烧香”病毒的制作，也没有传播“熊猫烧香”病毒。那么，在制作、传播“熊猫烧香”病毒这个犯罪中，张顺就不构成犯罪。也就是说，张顺不是李俊制作、传播“熊猫烧香”病毒的共犯。但其在“熊猫烧香”病毒的制作和传播这个犯罪中不构成犯罪并不等于其无罪。具体其怎么构成犯罪及构成什么罪，请看本文第五部分的分析。

四、关于被告人王磊传播“熊猫烧香”病毒的后果是否严重的问题

这个问题基本上被忽视了，没有人对此提出疑议。但这个问题却是这类案件带有普遍性的一个问题。被告人王磊在本案中的行为主要有以下几点：一是帮李俊卖了三个“熊猫烧香”病毒；二是为李俊的个人网站租了一个较大的服务器；三是为李俊卖“流量”并将张顺提供的九个游戏木马转给了李俊；四是分得了张顺购买“流量”的款项。同张顺一样，王磊的行为显然与“熊猫烧香”病毒的制作没有任何关系。那么，王磊是否参与了“熊猫烧香”病毒的传播呢？答案是肯定的。王磊帮李俊卖出了三个“熊猫烧香”病毒就属于是对“熊猫烧香”病毒的传播。除此之外，王磊是否还有其他传播“熊猫烧香”病毒的行为呢？我们对王磊的行为来进行一一分析就可以得出结论。前已述及，在李俊网站上挂游戏木马与“熊猫烧香”病毒的传播无关。同理，王磊帮李俊卖“流量”以及将张顺提供的九个游戏木马转给李俊也与“熊猫烧香”病毒的传播无关；此外，分得张顺购买“流量”的款项也与“熊猫烧香”病毒的传播无关；剩下的就是为李俊个人网站租一个较大的服务器是否属于传播“熊猫烧香”病毒了？从表面上看，为李俊的个人网站租一个服务器好像是传播“熊猫烧香”病毒的一种形式，但实际上租用一个较大的服务器与“熊猫烧香”病毒的传播并没有什么关系。因为，租一个较大的服务器，只是对链接访问李俊网站的速度有影响，虽然链接访问李俊网站的电脑有可能下载“熊猫烧香”病毒。但是，凡是链接访问李俊网站的电脑都是已经中了“熊猫烧香”病毒的电脑，已经中了“熊猫烧香”病毒的电脑即使链接访问李俊的网站也不会再感染“熊猫烧香”病毒；退一步说，即使再感染“熊猫烧香”病毒也没有什么实际意义。因为“熊猫烧香”病毒本身具有本机感染功能，即自我复制的功能。已经感染了“熊猫烧香”病毒的电脑会在电脑中的各种文件、程序中自行复制“熊猫烧香”病毒。因此，已经中了“熊猫烧香”病毒的电脑即使再感染“熊猫烧香”病毒也没有什么实际意义。此外，在公安部计算机病毒与攻击监测预警系统对“熊猫烧香”病毒的监测结果中，报告了 53 个“熊猫烧香”病毒的来源 IP 地址，这 53 个 IP 地址均与王磊租用的服务器的 IP 地址不一致。这也可以看出，已经中了“熊猫烧香”病毒的电脑即使访问李俊的网站也不会再感染“熊猫烧香”病毒。所以，租一个较大的服务器对“熊猫烧香”病毒的传播并没有什么影响，既不会推动“熊猫烧香”病毒的传播、也不会加快“熊猫烧香”病毒的传播，只不过会提高链接访问李俊网站

的速度，防止链接访问李俊网站时形成网络拥堵，增加访问李俊网站的流量，从而使李俊网站的流量卖一个好价钱。综上所述，为李俊的个人网站租一个较大的服务器与“熊猫烧香”病毒的传播没有什么关系。这样，王磊传播“熊猫烧香”病毒的行为只是体现在卖出了三个“熊猫烧香”病毒上。王磊的其他行为与“熊猫烧香”病毒的传播无关。

仅仅只是卖出三个“熊猫烧香”病毒的行为是否构成破坏计算机信息系统罪？这关键要看王磊卖出去的三个“熊猫烧香”病毒所产生的危害后果是否严重了。因为，制作、传播电脑病毒必须后果严重才构成破坏计算机信息系统罪。本案中，“熊猫烧香”病毒所产生的危害后果虽然严重，但这些危害后果是所有卖出去的及所有赠送出去的各个“熊猫烧香”病毒所产生的危害后果相叠加造成的。李俊对所有这些“熊猫烧香”病毒所造成的全部危害后果都要承担责任,但王磊只对其卖出去的三个“熊猫烧香”病毒所造成的危害后果负责。其他人卖出去的及赠送出去的“熊猫烧香”病毒造成的危害后果，王磊不应承担责任。王磊卖出去的三个“熊猫烧香”病毒造成了哪些危害后果呢？本案虽然有 “熊猫烧香”病毒造成了危害后果方面的证据，但这些危害后果到底是王磊卖出去的三个“熊猫烧香”病毒造成的？还是其他人卖出去的或赠送出去的“熊猫烧香”病毒造成的？从现有证据来看，是无法分清楚的，并且根本就无法分清楚。也就是说，王磊卖出去的三个“熊猫烧香”病毒造成了哪些危害后果，以及这些危害后果是否达到严重的程度，这些均无充足的证据证实。既然没有充足的证据证实王磊卖出去的三个“熊猫烧香”病毒产生了哪些危害后果，那么要认定王磊传播“熊猫烧香”病毒构成犯罪就证据不足。虽然认定王磊传播“熊猫烧香”病毒构成犯罪证据不足，但这并不等于其无罪。具体其怎么构成犯罪及构成什么罪，请看本文第五部分的分析。

五、关于在李俊网站上挂游戏木马、盗取“游戏信封”的定性问题

所谓“游戏木马”是指专门用来盗取游戏玩家的游戏账号、密码的一种特殊的计算机程序，根据盗取玩家所玩游戏的种类不同而分成不同的游戏木马。如，专门用来盗取“魔兽”游戏玩家的账号、密码的程序称为“魔兽木马”。依此类推，还有“征途木马”、“梦幻西游木马”等等。严格来讲，这些木马并不属于计算机病毒。因为，这些木马程序没有自我复制

的功能。本案中，张顺先后将九个游戏木马通过互联网传给王磊，王磊再将这九个游戏木马转手传给李俊，然后由李俊将这九个游戏木马挂在自己的网站上，凡是链接访问该网站的电脑就会自动下载这些木马，如果使用下载了这些木马程序的电脑玩网络游戏，在游戏玩家输入账号、密码时，这些木马程序就会自动地、不知不觉地将这些账号、密码通过电子邮件的方式发给张顺，张顺将这些含有账号、密码的电子邮件再卖给他人进行拆封，以盗取游戏玩家的游戏币及游戏装备，之后再将这些盗取的游戏币及游戏装备在互联网上出售获利。这一行为应如何定性呢？张顺在主观上只有一个目的，就是非法占有别人的游戏币及游戏装备，挂游戏木马只不过是其盗窃游戏币及游戏装备的手段，客观上秘密窃取了他人的游戏币及游戏装备，并出售获利。这与盗窃罪的特征基本相符，并且《刑法》第二百八十七条明确规定："利用计算机实施金融诈骗、盗窃、贪污、挪用公款、窃取国家秘密或者其他犯罪的，依照本法有关规定定罪处罚。"因此，这一行为从法律上来讲，定盗窃罪应该没有什么问题。但这一行为与一般的盗窃行为还是有点区别，即一般的盗窃行为盗窃的是现实生活中的财产，而张顺盗取的是虚拟世界中的游戏币及游戏装备。因此有人认为这不构成盗窃罪。这种观点是片面的，虽然游戏装备是虚拟世界中的财产，但这些游戏装备是游戏公司花费人力、物力、财力设计制造出来的，显然花费了一定的成本；游戏玩家得到这些"游戏装备"也是花费了时间、精力和金钱的；并且这些"游戏装备"具有一定的现实功能，即现实生活中的娱乐功能，具有使用价值。因此，可以说游戏装备与现实生活中的财产没有什么区别。此外，游戏币是游戏玩家用现实世界中的金钱向游戏公司购买的，这说明在事实上游戏币完全等同于现实生活中的财产。所以，张顺的这一行为应该构成了盗窃罪，只是在盗窃数额的认定上比较费周折。而被告人李俊、王磊明知张顺是以非法占有为目的，来盗取他人的游戏币及游戏装备的，还帮助张顺转发、挂上游戏木马，并从中得到了利益。因此，被告人李俊、王磊显然是张顺盗窃犯罪的共犯。

但是，在这个犯罪中，并不仅仅只是构成了一个罪，构成盗窃罪是其目的行为构成的；其手段行为，即在李俊网站上挂游戏木马的行为，还构成了破坏计算机信息系统罪。理由如下：虽然游戏木马不属于计算机病毒，但其属于一种计算机程序，李俊将这九个游戏木马挂在自己的网站上，凡是链接访问该网站的电脑就会自动下载这些木马程序，这实质上就是在别人的计算机信息系统中非法增加新的数据和应用程序，并使别人的计算机错误地将游戏账号、密码发送出去，造成许多网民的游戏账号、密码及游戏币、游戏装备被盗，使许多网民不能正常地进行网上娱乐，且造成了一定的财产损失，后果是严重的。这与《刑法》第二百

八十六条第一款规定的“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，……”完全相符，因此，这一行为还构成了破坏计算机信息系统罪。

这种手段行为与目的行为分别触犯不同罪名的情形在刑法理论上属于牵连犯罪，一般来说,只能定一个罪，不能两个罪都定。到底是定盗窃罪，还是定破坏计算机信息系统罪？这值得探讨。笔者认为，从理论上来讲，应定盗窃罪，因为，牵连犯的原则是重罪吸收轻罪，破坏计算机信息系统罪情节严重的是五年以下有期徒刑，情节特别严重的是五年以上有期徒刑；而盗窃罪的量刑是：数额较大的处三年以下有期徒刑，数额巨大的处三至十年有期徒刑，数额特别巨大的处十年以上有期徒刑直至无期徒刑。而张顺等人盗窃的数额达到了二十多万元（从销赃获款的情况来推断），属于数额特别巨大（最高级人民法院规定的数额特别巨大的起点是三万元至十万元；数额特别巨大的起点由于地方的不同而有所不同，具体标准由各省、自治区、直辖市高级人民法院根据当地的经济发展情况在三万元至十万元之间具体规定；例如，湖北省规定的数额特别巨大的起点是五万元）。如果量刑的话,无疑是盗窃罪的量刑要重一些。因此，应按重罪盗窃罪定罪处罚。但从司法实践的角度来讲，本案定盗窃罪的证据尚不充分，因为缺少失主的证言，也就是缺少游戏玩家被盗了多少游戏币及被盗了多少游戏装备这方面的证言。由于被盗窃了游戏币及游戏装备的网民数以万计，且遍布全国各地，加上几乎所有的被盗网民都没有报案，调取这方面的证据非常困难。公安机关受人力、物力、财力的限制，不可能调取所有被盗网民的证据，即使调取也只能调取极少数网民的证据。因此从证据的角度来讲不宜定盗窃罪，还是定破坏计算机信息系统罪为好。

值得一提的是，这一行为如果定盗窃罪的话，李俊将既构成破坏计算机信息系统罪（因制作、传播“熊猫烧香”病毒所产生的危害结果），又构成盗窃罪（因其在网站上挂游戏木马供张顺盗取别人的游戏币及游戏装备），应当数罪并罚。而张顺只构成盗窃罪，不构成破坏计算机信息系统罪。王磊构成了盗窃罪，认定王磊构成破坏计算机信息系统罪证据不足。

六、后果是严重、还是特别严重的问题

本案宣判后，有些网友认为判得太轻，认为应该认定“熊猫烧香”病毒所造成后果为特

别严重，对被告人处五年以上有期徒刑。这虽然有一定的道理，并且“熊猫烧香”病毒所造成的危害后果也可能确实是特别严重。但是，法院审判案件依靠的是证据和法律。即使“熊猫烧香”病毒所造成的危害后果确实是特别严重，但如果公诉机关没有提供足够的证据证实的话，法院就不能认定“后果特别严重”。本案公诉机关在庭上出示的受害用户的证言只有13 份，且这些受害用户的证言只是反映中毒后出现运行速度慢、死机等现象。受害用户大多是网吧业主，其反映中毒后一般只是停业几天，损失几千元。从现有的这些证据来看，难以认定“熊猫烧香”病毒所造成的危害后果为特别严重的。此外，由于此类案件进入审判程序的不多，到目前为止，还没有出台有关破坏计算机信息系统罪“后果严重”和“后果特别严重”的相关标准和具体的司法解释，加上公诉机关也只是以“后果严重”对四被告人进行指控。基于以上原因，法院只能以“后果严重”来对四被告人来进行处罚，即在五年以下量刑。如果否定公诉机关对四被告人以“后果严重”进行的指控，而按“后果特别严重”来对四被告人进行处罚，这样既缺乏证据，也缺乏法律依据。

（以上材料来自：http://zhidao.baidu.com/question/80063293.html ）