

# 计算机犯罪 刑事法律探析

吴兴民 文伯聪 荆长岭 著



群众出版社

# 计算机犯罪刑事 法律探析

吴兴民 文伯聪 荆长岭 著

群众出版社

2005年·北京

## 图书在版编目 (CIP) 数据

计算机犯罪刑事法律探析 / 吴兴民等著. —北京: 群众出版社, 2005. 11

ISBN 7-5014-3521-9

I. 计... II. 吴... III. 计算机犯罪-刑法-研究-中国 IV. D924.399.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 106479 号

## 计算机犯罪刑事法律探析

---

著 者: 吴兴民 文伯聪 荆长岭

责任编辑: 单 迪

封面设计: 王 芳

---

出版发行: 群众出版社 电话: (010) 67633344 转

地 址: 北京市丰台区方庄芳星园三区 15 号楼

邮 编: 100078

网 址: [www.qzcbbs.com](http://www.qzcbbs.com)

信 箱: [qzs@qzcbbs.com](mailto:qzs@qzcbbs.com)

印 刷: 国防工业出版社印刷厂

经 销: 新华书店

---

开 本: 850 × 1168 毫米 32 开本

字 数: 261 千字

印 张: 11

版 次: 2005 年 11 月第 1 版 2005 年 11 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 7-5014-3521-9/D · 1655

印 数: 2100 册

定 价: 20.00 元

---

群众版图书, 版权所有, 侵权必究。

群众版图书, 印装错误随时退换。

## 序

对于计算机至今我仍是门外汉，儿子戏称我为“二指禅”，当然他是计算机系的学生，我怎么也比不过他。有关计算机法律与犯罪问题的研究涉猎更少，我一直认为计算机犯罪的研究如果缺少计算机知识背景只能是门外汉的空谈，所以，对于计算机犯罪与法律方面的知识知之甚少。我的博士研究生吴兴民与他的同事文伯聪、荆长岭合著了《计算机犯罪刑事法律探析》一书让我写个序言，实在勉为其难，作为导师对于学生的研究成果感到欣慰，但为本书作序又有滥竽充数之嫌。可学生出于对老师的信任和尊重，一定让我代写个序言，使我处于两难之中。犹豫之后，认真地翻阅了书稿，觉得本书有一定的可取之处和值得借鉴的地方，由此记录下来，权且作为本书之序。

本书的作者都是在公安院校从事教学与研究的人员，但他们分属于不同的领域。吴兴民从事犯罪学的教学与研究，文伯聪从事计算机的教学与研究。他们的协作弥补了各自的不足，使计算机犯罪与法律的研究从技术层面、理论层面、法律层面达到了最佳的结合，这在目前计算机犯罪与法律方面的研究中是为数不多的。我相信这种合作为以后犯罪社会学、犯罪心理学、犯罪预防学等方面的研究提供了典型的模式。

本书的作者是在公安院校从事犯罪学与计算机教学和研究

的人员，对计算机犯罪及其法律法规的研究已历多年，这本书的出版也正是他们这几年辛勤劳作的结果。

本书对于计算机犯罪的刑事法律问题的思考是广泛的，但其立足点仍然是现实社会的法制观念，认为计算机犯罪尽管具有网络空间的特征，但却是根植于现实社会的，是现实社会发展的结果，也是现实社会矛盾的一种体现。因此有关计算机犯罪的刑事法律问题尽管具有不同于已有法律的地方，甚至导致了传统刑法理论产生危机，但其总体上必须符合固有的基本的法律观念。如在罪刑法定的意义上，没有刑事法律的相关规定，就没有所谓计算机犯罪，更无法定罪量刑，这一刑法的基本原则是不因计算机网络这种形式而改变的。从这一理念出发，本书从计算机犯罪的刑事实体规定入手，展开对计算机犯罪相关的刑事法律问题的分析探讨。

当然本书并不满足于仅仅讨论实体规定，对于计算机犯罪案件的程序规定也给予了一定的关注。有关犯罪案件程序的问题是日前学界比较关注的问题。尤其是计算机犯罪案件中涉及刑事管辖权的问题以及计算机证据的问题，都是当前办理计算机犯罪案件中的难点，也是对传统法学理论的一种挑战。本书在这方面也做了较深入的探讨。

通观本书有以下几个特点：其一，体现了计算机犯罪法律研究的跨学科特征，理论阐释涉及计算机与通信科学、法学、犯罪学、社会学等多个领域；其二，内容有新意。书中有不少创新之处，如制定计算机犯罪单行刑法的社会背景分析，计算机犯罪向现实的“还原”问题，计算机操作行为的犯罪化问题等；其三，研究问题细微深入。计算机犯罪由于具有强烈的技术特点，因而其在解决的过程中，会有许多异于常规思维的地方，这些都要求深入细致地进行探讨。作者在这些问题上表现出了较好的独立探索、精益求精的精神。

本书是三位作者共同合作的成果，也是年青教师学术道路

上的重要成果和标志性的起点，相信他们从这一起点开始，必将有更多的研究成果问世，我在期盼着！

是为序。

严 励

书于上海野马浜

2005 年 8 月 16 日

---

注：本书序作者严励教授，博士生导师，法学博士，上海政法学院副院长，中国犯罪学研究会副会长，中国犯罪学研究会预防犯罪专业委员会主任委员。

# 前 言

由于计算机网络技术的蓬勃发展，人类社会涌现了信息化浪潮，计算机网络几乎占据了地球的各个角落，这个世界已无可阻挡地进入了信息社会。信息技术带给人们极大的便利。不出门便可以环游世界，不出门便可知天下事，不出门便可以购买任何想买的东西，这些在往昔时代只是幻想的事情，如今变得微不足道。但是，在人们享受着信息技术带来的种种便利的同时，又使自己的工作和生活不得不依赖于计算机信息系统的正常运行，并且这种依赖程度随着社会信息化的发展而日益加深。而计算机犯罪则无孔不入地瞄准了这个日益繁荣的市场，越来越成为人类社会的严重毒害，成为世界各国共同面临的重大社会问题。

计算机犯罪最显著的危害是在经济领域，利用计算机进行的经济犯罪、财产犯罪与日俱增，涉案数额巨大。而且即使没有经济犯罪动机的计算机犯罪，其危害后果往往也以巨大的经济损失表现出来，如计算机病毒。

危害还不仅仅局限于经济领域，在政治、军事、文化等领域都出现了计算机犯罪，且危害性极强。计算机黑客曾经将美国空军网页修改为两只流鲜血的红眼球，并书写出“欢迎了解真相”，对美国政府大肆攻击。美国司法部的主页也被修改过，被画上纳粹标志和色情图案。美国的五角大楼的计算机系统也时常遭到入侵。而不断涌现的黄色网站及通过网络散布的各种各样的有害信息甚嚣尘上，则十分明确地提示我们计算机网络

对文化领域的巨大影响。

总之,犯罪人可以通过并非十分复杂的技术在计算机网络系统中窃取从国家机密、绝密军事情报、商业金融行情到计算机软件、移动电话的存取代码、信用卡号码、案件侦破进展、个人隐私等各种信息,并且造成的社会危害性绝非一般手段的犯罪可比。

从中国的情况来看,尽管我国计算机技术的应用较晚,互联网的普及率还不如一些发达国家,但计算机犯罪的问题同样呈现出严重化的趋势。“中国从1986年首例计算机犯罪被发现至今,涉及计算机的犯罪逐年上升。1998年,全国侦破的计算机网络违法犯罪案件142起;1999年,908起,年增长539.4%;2000年,2670起,年增长194%;2001年,4545起,年增长70.2%;2002年,6633起,年增长45.9%;2003年,11614起,年增长75.1%;2004年的第一季度,同比增长70%以上”<sup>①</sup>。而且计算机犯罪的类型也多种多样,从利用计算机制作、复制、传播色情、淫秽物品,侵犯公私财物,侵犯公民人身权利和民主权利,危害计算机信息网络安全到利用互联网危害国家安全的行为持续上升,危害性极大。

防范与惩处计算机犯罪,最重要的无疑是对计算机犯罪的刑事立法。只有以法律的方式界定人们在计算机领域内的行为规范,才能更准确、更高效能打击和预防计算机犯罪。因此,完善与计算机犯罪相关的法律规定,为与计算机犯罪作斗争提供有力的法律武器,是目前迫在眉睫的事情。

---

<sup>①</sup> 崔迎大著:《网络警察——公安系统中的无冕之王》,《中国计算机报》,2004年第52期。

# 目 录

|                                         |        |
|-----------------------------------------|--------|
| 序 .....                                 | ( 1 )  |
| 前言 .....                                | ( 1 )  |
| 第一章 网络空间呼唤健全的刑事法律 .....                 | ( 1 )  |
| 第一节 计算机犯罪的概念及特点 .....                   | ( 1 )  |
| 一、计算机犯罪的概念 .....                        | ( 1 )  |
| 二、计算机犯罪的特点 .....                        | ( 11 ) |
| 第二节 计算机犯罪的危害及发展趋势 .....                 | ( 13 ) |
| 一、计算机犯罪的危害 .....                        | ( 13 ) |
| 二、计算机犯罪的发展趋势 .....                      | ( 17 ) |
| 第三节 计算机犯罪的控制机制及刑事法律的<br>首要地位 .....      | ( 25 ) |
| 一、计算机犯罪的控制机制 .....                      | ( 26 ) |
| 二、刑事法律在计算机犯罪控制中的首要地位 .....              | ( 46 ) |
| 第二章 我国计算机犯罪刑事法现状概述 .....                | ( 51 ) |
| 第一节 我国与计算机犯罪相关的法律法规及刑事<br>立法的主要特点 ..... | ( 51 ) |
| 一、我国与计算机犯罪相关的法律法规 .....                 | ( 51 ) |
| 二、我国计算机犯罪刑事立法的主要特点 .....                | ( 55 ) |
| 第二节 以计算机信息系统为犯罪对象的犯罪的认<br>定与处罚 .....    | ( 60 ) |
| 一、非法侵入计算机信息系统罪的认定与处罚 .....              | ( 60 ) |
| 二、破坏计算机信息系统罪的认定与处罚 .....                | ( 64 ) |

|                                      |       |
|--------------------------------------|-------|
| 第三节 利用计算机信息系统的犯罪的认定与处罚 …             | (68)  |
| 一、危害国家和社会稳定的犯罪 ……………                 | (68)  |
| 二、危害社会主义市场经济秩序和社会管理秩序<br>的犯罪 ……………   | (77)  |
| 三、侵害个人、法人和其他组织民事权利的犯罪 ……             | (100) |
| 第三章 我国计算机犯罪刑事法的若干反思 ……………            | (106) |
| 第一节 计算机犯罪所带来的传统法律术语的困境 ……            | (106) |
| 一、计算机术语在法律中的界定 ……………                 | (107) |
| 二、传统法律术语不适应计算机犯罪的情况 ……               | (109) |
| 第二节 计算机犯罪刑法犯罪化的缺陷 ……………              | (113) |
| 一、计算机犯罪的犯罪构成存在的问题 ……………              | (113) |
| 二、罪名欠缺的问题 ……………                      | (118) |
| 三、以计算机信息系统为工具的犯罪相关规定存在的<br>问题 ……………  | (121) |
| 第三节 我国刑法中有关计算机犯罪的条文的缺陷 ……            | (122) |
| 一、犯罪类型归属的争议 ……………                    | (122) |
| 二、关于《刑法》第二百八十五条的争议 ……                | (123) |
| 三、关于《刑法》第二百八十六条的争议 ……                | (125) |
| 四、关于《刑法》第二百八十七条的争议 ……                | (129) |
| 第四节 计算机犯罪对于传统的刑罚观念的冲击 ……             | (131) |
| 一、罪与刑与不相适应 ……………                     | (131) |
| 二、缺少财产刑和资格刑 ……………                    | (133) |
| 第四章 其他国家和地区计算机犯罪刑事法及对我国的<br>启示 …………… | (134) |
| 第一节 大陆法系国家和地区计算机犯罪刑事法律<br>概况 ……………   | (135) |
| 一、立法概况 ……………                         | (135) |
| 二、计算机犯罪的惩治范围 ……………                   | (138) |
| 三、刑罚 ……………                           | (144) |

|                             |       |
|-----------------------------|-------|
| 第二节 英美法系国家和地区计算机犯罪刑事法律      |       |
| 概况 .....                    | (144) |
| 一、立法概况 .....                | (145) |
| 二、计算机犯罪的惩治范围 .....          | (150) |
| 三、刑罚 .....                  | (159) |
| 第三节 有关国际组织在计算机犯罪立法上的        |       |
| 努力 .....                    | (160) |
| 一、欧盟计算机犯罪相关立法的基本情况 .....    | (160) |
| 二、APEC (亚太经合组织) 在计算机犯罪立法    |       |
| 方面的工作 .....                 | (167) |
| 第五章 我国计算机犯罪刑事法律的完善 .....    | (171) |
| 第一节 信息社会、网络空间与《反计算机犯罪法》 ..  | (171) |
| 一、社会变革与制定《反计算机犯罪法》 .....    | (171) |
| 二、《反计算机犯罪法》的结构设置 .....      | (181) |
| 第二节 计算机犯罪相关法律术语的刑法学界定 ..... | (186) |
| 一、与计算机犯罪对象有关的常用术语 .....     | (187) |
| 二、与计算机犯罪行为有关的常用术语 .....     | (192) |
| 第三节 计算机操作行为的犯罪化及其根据 .....   | (196) |
| 一、计算机操作行为犯罪化的基本原则 .....     | (196) |
| 二、以计算机信息系统为对象的行为的犯罪化问题 ..   | (203) |
| 三、滥用计算机信息系统的行为的犯罪化问题 .....  | (216) |
| 第四节 计算机犯罪的刑罚设置 .....        | (234) |
| 一、计算机犯罪的法定刑种配置 .....        | (235) |
| 二、计算机犯罪的法定刑度的确定 .....       | (238) |
| 第六章 计算机犯罪案件的刑事管辖权探讨 .....   | (240) |
| 第一节 计算机犯罪案件的刑事管辖权 .....     | (240) |
| 一、刑事管辖权基本原则 .....           | (240) |
| 二、计算机犯罪案件刑事管辖权的困惑 .....     | (242) |
| 三、计算机犯罪案件刑事管辖权的确定 .....     | (243) |

|                          |       |
|--------------------------|-------|
| 第二节 计算机犯罪案件的刑事诉讼管辖 ..... | (249) |
| 第七章 计算机证据的相关法律问题探讨 ..... | (252) |
| 第一节 计算机证据概述 .....        | (252) |
| 一、计算机证据的基本概念 .....       | (252) |
| 二、计算机证据的特点 .....         | (253) |
| 第二节 计算机证据的法律定位 .....     | (255) |
| 一、应否赋予电子数据证据地位 .....     | (255) |
| 二、关于计算机证据法律定位问题的探讨 ..... | (255) |
| 三、计算机证据法律定位的正确看法 .....   | (260) |
| 第三节 计算机取证 .....          | (262) |
| 一、计算机取证概述 .....          | (262) |
| 二、计算机取证技术 .....          | (264) |
| 三、计算机取证的相关法律问题 .....     | (286) |
| 第四节 计算机证据的认定 .....       | (301) |
| 一、证据能力的认定 .....          | (301) |
| 二、证明力的认定 .....           | (305) |
| 附录：计算机信息系统安全技术 .....     | (309) |
| 主要参考文献 .....             | (326) |
| 后记 .....                 | (332) |

# 第一章

## 网络空间呼唤健全的刑事法律

计算机网络技术的应用和发展，改变了社会的生产方式和人类的生活方式，打破了信息资源共享的时空局限，极大地促进了社会的繁荣与进步，把人类带进一个高速发展的信息时代。有人认为，它事实上创造了另一种人类生存的空间：“网络空间”。在这个空间中，人们可以通过信息的传递完成大多数的社会交往，从而极大地提高和扩展了人们的交往效率和范围，人类的活动越来越依赖于信息的传递。

“网络空间”，又称赛博空间（cyberspace），包括单机空间及互联网络。它在给人们带来便利的同时也带来了无尽的烦恼，其中最主要的是计算机犯罪。一台计算机加一条通信线即使分散在地球上任何角落里的个体紧密联系起来，模糊了时空界限，方便了人类活动，但同时任何一次犯罪都可能置人类于危险境地。

### 第一节 计算机犯罪的概念及特点

#### 一、计算机犯罪的概念

##### （一）计算机犯罪概念的三大学说

计算机犯罪与计算机技术密切相关。随着计算机技术的飞

速发展,计算机在社会中应用领域的急剧扩大,计算机犯罪的类型和领域也不断地增加和扩展,从而使“计算机犯罪”这一术语随着时间的推移而不断获得新的含义。“计算机科技的发展史,就是计算机犯罪的发展史”这种说法并非没有道理。中外学者对此做了长期的大量的研究,但“计算机犯罪”迄今为止尚无统一的定义。从人们对计算机犯罪定义的演变过程观察,比较典型的一些观点大致有以下几种:

### 1. 广义说

广义的计算机犯罪概念,是早期出现的一种理论,通常是指所有涉及计算机的犯罪,也即凡是与计算机有关的犯罪都被认为是计算机犯罪。如美国司法部的定义是:“在导致成功起诉的非法行为中,计算机技术和知识起了基本作用的非法行为”。美国司法部通常将计算机犯罪分为三种情况:

(1) 计算机滥用,指任何与计算机技术相关的事件,在事件中受害者遭受到或者可能遭受到损失,而犯罪者有意获得或者可能已经获得利益。

(2) 计算机犯罪,指任何以计算机技术知识作为基本手段的犯罪。

(3) 数据泄露,指未经许可从计算机系统暗中转移或者取得数据拷贝。<sup>①</sup>

日本学者板仓宏认为,计算机犯罪是指与计算机相关联的一切反社会行为。<sup>②</sup> 欧洲经济与合作发展组织的专家认为,在自动数据处理过程中,任何非法的、违反职业道德的、未经批准的行为都是计算机犯罪。<sup>③</sup> 我国台湾的学者也有坚持广义说

① [美] D.B.PARKER 著:《计算机犯罪研究》,第 29 页。

② [日] 板仓宏:《计算机与刑法》,载《法学论坛》,1982 年第 7 期。

③ 公安部计算机管理监察司编:《计算机安全必读》,群众出版社,1988,第 16 页。

的：“凡犯罪行为系透过计算机之使用本身所造成之损害皆属之”<sup>①</sup>。我国学者有人认为：“凡是故意或过失不当使用计算机致使他人受损失或有受损失危险的行为，都是计算机犯罪。”

广义说由于所界定的计算机犯罪的外延太过宽广，使得人们无法从根本上区别计算机犯罪与其他犯罪的界限。如果从犯罪学的角度来看，似乎还说得过去，但从刑法的角度来讲，则没有什么意义。因为从广义说来理解，几乎所有的刑法中所规定的犯罪，只要是在犯罪当中使用或涉及计算机的，均可归类于计算机犯罪。如果采用此种提法，那么探讨计算机犯罪的立法问题很大程度上就是多此一举的事情了。而我们现实当中的许多涉及计算机犯罪的案件，依然无法有效地得到解决。由于这种理论的空泛性和简单性，目前已为绝大多数刑法学者所摒弃。

## 2. 狭义说

狭义的计算机犯罪通常是指对计算机资产本身进行侵犯的犯罪。狭义说与广义说相比，主要是将计算机犯罪的范围加以限制，但其缩小的程度过大，从一个极端跳到了另一个极端，将计算机犯罪定义为只是对计算机资产本身和计算机内部数据进行侵犯的犯罪。

如德国学者赛博认为，计算机犯罪是指所有与电子资料有关的故意而违法的财产破坏行为。<sup>②</sup>换言之，只有故意篡改、毁损、无权取得或者无权利用计算机资料或者程序或者计算机设备的违法破坏财产法益的财产犯罪，才属于计算机犯罪。瑞典的私人保密权法规定：“未经过批准建立和保存计算机私人文件，非法窃取电子数据处理记录或非法篡改、删除记录，侵犯个人隐私的行为都是计算机犯罪。”还有一些学者从另外的

<sup>①</sup> [台] 房阿生著：《计算机犯罪及防治方法之研究》，第11页。

<sup>②</sup> Sieber: *Computer Criminalities and Strafrecht*, 1977, S.p188.

角度提出,计算机犯罪是指利用计算机所实施的危害计算机信息系统(包括数据及程序)安全的犯罪行为。

我国学者坚持狭义说的不少,主要是依据现行《刑法》第二百八十五条和第二百八十六条的有关规定。他们认为,计算机犯罪只能指《刑法》第二百八十五条和第二百八十六条所规定的犯罪。从他们的观点来看,计算机犯罪就是非法计算机信息系统(《刑法》第二百八十五条)以及破坏计算机信息系统功能(《刑法》第二百八十六条)。它们的共同特点是:一方面,其犯罪对象是计算机信息系统(包括数据与程序),因而其他涉及计算机的普通犯罪均被排除在外,例如《刑法》第二百八十七条所规定的“利用计算机实施的犯罪”就不属于计算机犯罪;另一方面,是危害计算机信息系统安全的行为,只能是通过非法操作计算机来加以实施,以其他方法达到此类犯罪结果的,不属于真正意义上的计算机犯罪。

### 3. 折中说

折中说是目前人们提到的比较多的一种观点,也是比较容易接受的一种观点。这种观点也称为工具加对象说。德国学者施奈德认为:“计算机犯罪指的是利用电子数据处理设备作为作案工具的犯罪行为或者把数据处理设备当作作案对象的犯罪行为。”我国学者认为:“计算机犯罪是以计算机为工具或以计算机资产为对象的犯罪行为”。因此,折中的计算机犯罪概念是指行为人以计算机为犯罪工具或者以计算机信息系统为攻击对象的犯罪的总称。

在这一论点中,对于以计算机信息系统为对象进行的犯罪,属于计算机犯罪,这一点是无可争议的,最主要的难点在于利用计算机进行的犯罪是否属于计算机犯罪的问题。从目前科学技术的情况来看,利用计算机可以做各种各样的事情,有人认为利用计算机可以进行除了强奸以外的所有犯罪,这样一来,似乎又陷入了广义说之中,这是折中说一个需要说明的问

题。赵廷光、朱华池、皮勇所著的《计算机犯罪的定罪与量刑》中认为：“一般来说，这类计算机犯罪具有如下特点：

(1) 它们必须是刑法规定不限定犯罪方法的罪名。即这类犯罪既可以利用计算机实施也可以利用其他方法实施。如果具体犯罪客观方面的构成要件限定只能以非计算机的其他特定犯罪方法实施，这类犯罪就不属于本类犯罪。

(2) 必须是利用计算机特性和技术知识可以实施其构成要件的危害行为，并且可能侵犯其直接客体的犯罪。如果利用计算机特性和技术知识根本不能实施其危害行为，也不可能侵犯其直接客体的，这类犯罪就不属于计算机犯罪，如强奸。

(3) 这类犯罪在侵犯其他社会关系的同时也妨害计算机信息交流安全。在计算机信息系统得到广泛应用的信息时代，一些犯罪嫌疑人利用计算机实施传统类型的犯罪，必然侵犯国家对计算机信息系统的管理秩序，但是，侵犯的主要客体不是计算机信息管理系统管理秩序，而是其他社会关系。”<sup>①</sup>

## (二) 对计算机犯罪概念的正确认识

1. 以计算机为犯罪工具或者以计算机信息系统为攻击对象的犯罪同属计算机犯罪

根据计算机犯罪的折中说，行为人以计算机为犯罪工具或者以计算机信息系统为攻击对象的犯罪都属于计算机犯罪的范畴。对于以计算机信息系统为攻击对象的犯罪，毫无疑问属于纯粹的计算机犯罪领域，是没有争议的。而对于利用计算机信息系统进行的犯罪是否纳于计算机犯罪领域，则存在很大的分歧。

事实上许多传统犯罪一旦与计算机相结合则会显示出不同的特征，有许多利用计算机实施的犯罪，尽管在侵犯的客体方

---

<sup>①</sup> 赵廷光、朱华池、皮勇：《计算机犯罪的定罪与量刑》，人民法院出版社，2000，第32页。