

刑事法律科学文库 (36)

国家重点研究基地重大项目
当代新型犯罪比较研究 第六卷

总主编 赵秉志

赵秉志 于志刚 著

计算机犯罪 比较研究



法律出版社
LAW PRESS

刑事法律科学文库 (36)

国家重点研究基地重大项目
当代新型犯罪比较研究 第六卷

总主编 赵秉志

教育部人文社科规划重点项目

赵秉志 于志刚 著

计算机犯罪 比较研究



法律出版社
LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

计算机犯罪比较研究/赵秉志、于志刚著. —北京:
法律出版社, 2004. 5
(刑事法律科学文库. 当代新型犯罪比较研究)
ISBN 7-5036-4917-8

I. 计… II. ①赵…②于… III. 计算机犯罪—
对比研究—中国 IV. ①D924.399②TP309.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 040490 号

法律出版社·中国

责任编辑/卞学琪

装帧设计/王际勇

出版/法律出版社

编辑/法学学术与综合出版社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶松

开本/787×960 毫米 1/16

印张/29.75 字数/516 千

版本/2004 年 6 月第 1 版

印次/2004 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术与综合出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939714

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

客服热线/010-63939792

中法图北京分公司/010-62534456

网址/www.chinalawbook.com

中法图上海公司/021-62071010/1636

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图苏州公司/0512-65293270

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图重庆公司/023-65382816

书号: ISBN 7-5036-4917-8/D·4635

定价: 42.00 元

总 序

现代化的国家是法治国家。现代文明进步的社会是法治社会。中国依法治国、建设社会主义法治国家之基本治国方略的确立及其贯彻,对中国社会的发展进步至关重要。毋庸置疑,现代刑事法治在现代化法治国家中仍扮演着重要的角色,因而刑事法律学科也相应地为国家所重视,成为公认的改革开放以来我国发展繁荣最为显著的主要法学学科领域之一,并被首批纳入建设国家重点研究基地之规划。在新世纪建设社会主义法治国家的进程中,刑事法学需要进一步发展与完善,以更为充分地发挥其应有的作用。

中国人民大学刑事法律科学研究中心是以刑事法律学科为研究领域的国家重点学术研究机构,系1999年12月首批建立的15个教育部普通高等学校人文社会科学重点研究基地之一。中国人民大学刑事法律科学研究中心人员以中国人民大学法学院刑事法学学科的部分专家学者为专职研究人员,同时聘请国内外一些知名刑事法专家学者作为兼职研究人员。中心主任为著名中青年刑法学者赵秉志教授,中心执行主任为知名中青年刑法学者卢建平教授,中心副主任为知名中青年刑事法学者何家弘、甄贞、郑定、黄京平教授,中心顾问为著名刑法学家高铭暄教授暨中央政法机关几位专家型领导同志。在学术研究范围和布局上,中心以作为国家重点学科的刑法学科为龙头,涵盖古今中外刑事法学之主要学科和研究领域。中心下设四个研究机构和研究方向:第一研究室以中国刑法为研究方向;第二研究室以刑事诉讼法暨刑事侦查、刑事物证技术为研究方向;第三研究室以中外刑事法律史为研究方向;国际刑法研究所以外国刑法与国际刑法为主要研究方向。刑事法学相关学科的有机结合和研究队伍的合理组合,乃是中心鲜明的优势互补之特色。按照教育部的要求,中心应该是具有明显科研优势和特色的国家级刑事法律科学重点研究基地,并经过努力使整体科研水平和参与重大决策的能力居于国内领先地位,在国际刑事法学术领域亦享有较高声誉。为达此目标和地位,中心要以学术研究为核心,深化科研体制改革,实行全面开放,注重高层次人才培养,加强学术交流,引导和促进刑事法律学科的发展与完善,努力建设全国一流的、名副其实的刑事法律科学领域的重点研究基地。

“刑事法律科学文库”是中国人民大学刑事法律科学研究中心的主要系列著作项目,计划出版国内外刑事法律与刑事法学方面(包括刑法、犯罪学、刑事执行法学、刑事诉讼法、刑事侦查、刑事物证技术、刑事法律史等领域)的有新意、有深度、有分量的著作与译作,著译者以本中心专职、兼职研究人员为主,并向国内外专家学者开放。旨在繁荣、深化和开拓刑事法学领域的学术研究,积累刑事法学的学术成果,为提高我国刑事法学的研究水平做出积极的贡献。

中国人民大学刑事法律科学研究中心

《当代新型犯罪比较研究》系列著作总序

依法治国,建设社会主义法治国家,是中国的基本治国方略。刑事法治作为现代法治极其重要的内容,在中国的社会主义法治建设进程中扮演着十分重要的角色。因而以刑事法治为研究内容的刑事法律科学也一向为国家所重视,并被教育部纳入首批建设国家重点研究基地的规划。经教育部严格评审,中国人民大学刑事法律科学研究中心于1999年12月以其雄厚的实力、丰硕的科研成果和巨大的发展潜力而被批准为刑事法学领域惟一的国家重点研究基地。研究中心成立之初,中心主任赵秉志教授申报的“当代新型犯罪比较研究”课题即被同时批准为教育部人文社会科学重点研究基地重大科研项目,从而成为中心成立以来首批重大科研项目之一。十卷本的《当代新型犯罪比较研究》系列著作,即是这一项目的最终研究成果。

众所周知,中国1997年颁行了经系统修订的新刑法典,刑法立法的改革与完善进展全面而显著。其中十分引人注目的一个重要方面,就是借鉴与汲取当今世界法制发达国家的先进立法经验,同时适应中国新时期社会主义市场经济体制下政治、经济、文化和社会发展进步的全面需求,增设了一系列新型犯罪。这些新型犯罪之“新”,集中体现在犯罪发生领域之“新”,例如,就刑法总则而言,新刑法增设了单位犯罪的规定等;就刑法分则而言,刑法典及其后的刑法修正案规定了包括证券、期货犯罪在内的金融犯罪、知识产权犯罪、计算机犯罪、有组织犯罪、医事犯罪、环境犯罪等,这些犯罪大多数是修订后的刑法典新增加的犯罪种类。但又不限于此,有些犯罪从其发生领域来看,虽然谈不上“新”,但随着经济发展、对外交往的增多,呈现了新的发展趋势和特点,如业务过失犯罪、非法出入境犯罪等。

正确理解和适用这些新型犯罪的刑法规范,对于完善我国刑事司法,维护和促进社会的发展进步,无疑具有重要的理论和实践意义。从新刑法典颁布至今已有六年,经过立法机关、司法机关以及广大理论工作者长期的努力阐释推介,这些新型犯罪的概念和构成特征,已逐渐为社会民众所了解乃至熟知,但总体而言,对这些新型犯罪的理论研究和实务操作仍时常面临疑难与困惑,尤其是对外国相关立法状况、理论研究动态的探讨,更是相当薄弱。因此,开拓新型犯罪这一课题的比

较性研究,不仅对于我国刑法的正确贯彻实施具有重要意义,而且对于繁荣我国刑法学领域应用理论研究和比较法学研究,并进一步促进我国新型犯罪的立法完善,将会起到至关重要的积极推进作用。

经过充分的资料收集和研究论证,本项目最终选取了以下十个分课题作为研究内容,从而形成了呈现在读者面前的十卷本的《当代新型犯罪比较研究》系列著作。它们是:

- 第一卷《单位犯罪比较研究》(赵秉志主编);
- 第二卷《业务过失犯罪比较研究》(刘志伟、聂立泽主编);
- 第三卷《证券期货犯罪比较研究》(顾肖荣、张国炎著);
- 第四卷《金融犯罪比较研究》(赵秉志、杨诚主编);
- 第五卷《侵犯知识产权犯罪比较研究》(赵秉志、田宏杰著);
- 第六卷《计算机犯罪比较研究》(赵秉志、于志刚著);
- 第七卷《有组织犯罪比较研究》(卢建平主编);
- 第八卷《偷渡犯罪比较研究》(但伟著);
- 第九卷《危害公共卫生犯罪比较研究》(黄京平主编);
- 第十卷《环境犯罪比较研究》(赵秉志、王秀梅、杜澎著)。

之所以选取以上十个专题,并将其作为新型犯罪加以研究,主要是出于以下几方面的考虑:第一,这些犯罪绝大多数属于修订后的刑法典新增加的,有些犯罪类型虽不属新增加,但刑法典对于具体的犯罪类型作了不少补充规定(如环境犯罪、偷渡犯罪),可谓研究的犯罪领域“新”。第二,除了作为研究内容的罪名“新”外,我们更着眼于这些犯罪在目前刑法分则理论研究地位中的“新”,即在目前的刑法分则理论研究中,刑法学界对这些犯罪的理论研究还处于较浅层次阶段或者说尚待进一步加深,例如对单位犯罪、业务过失犯罪的研究,即属于此。再如,近年来,随着对环境保护的重视,刑法加大了对环境犯罪的惩罚力度,同时也给环境犯罪的理论研究提出了新的课题,如环境犯罪因果关系的探讨、环境犯罪抽象危险犯设置的必要性等等。第三,虽然证券暨期货犯罪属于金融犯罪范畴,但金融犯罪种类繁多,研究内容丰富,加上证券暨期货犯罪相对其他金融犯罪而言,更具有领域新、手段新、高智能犯罪的特点,而且刑法理论上也有对证券暨期货犯罪加以单独研究的必要,因而本项目将证券暨期货犯罪从金融犯罪中分离出来,作为独立的分课题加以研究。

本系列著作主要采用了比较研究的方法。我们知道,比较研究方法由来已久,当前已广泛地运用于自然科学、社会科学的各个领域,并成为科学研究不可或缺的

方法和工具。“有比较,才能鉴别。有鉴别,有斗争,才能发展。”〔1〕根据一定的标准把彼此具有某种联系的事物加以对照,从而确定其相同与相异之点,然后经过分析、综合,得出正确的结论,是科学思维的重要内容。在法学领域,比较研究方法历来受到重视,以此作为重要方法论而诞生的比较法学,则更为集中而全面地体现了比较研究方法的社会价值。德国著名学者茨威格特和克茨即曾指出,“比较法律是指一方面以法律为其对象,另一方面以比较为其内容的一种思想活动。”〔2〕但目前法学界在运用比较研究方法时往往容易犯表面化错误,对事物的比较往往停留在现象形态上,而忽视实质的比较。反映到刑法学领域,则往往表现为只注重立法规范、技术层面的比较,而忽视了隐藏在技术层面背后的法律文化传统、理论学说、社会物质文化异同的比较。再者,比较研究方法单一,尤其是局限于逻辑的思辨、法律制度事实层面的考察,也是当前刑法学比较研究的通病。因此,对不同法域的法律进行比较,必须对其立法例或学说有充分的了解,并应将所获之参考资料以及参考的理由加以说明。本项目在运用比较研究方法时,即比较重视对这一通病的克服,尽量避免比较方法的单一性,尤其是力图避免仅从规范、技术层面的比较,而注重比较的系统性、全方位性,从而努力做到既有中外的比较,也有历史与现实、传统与现状的比较;既有立法规范层面的比较,也有理论学说的比较;既有规范的比较,同时又更侧重结构与功能的比较。当然,囿于资料收集的困难和运用比较研究方法的经验、技艺方面的欠缺,本系列著作在进行比较研究时,也难以做到尽善尽美,而存在一些缺憾与不足。

为加强对本课题研究的组织和指导工作,中心专门设立了编审委员会,编审委员会由中心专职顾问、资深刑法学家高铭喧教授担任主任,由中心专职研究员、资深刑法学家王作富教授和中心主任、本课题总负责人赵秉志教授担任副主任;并由中心执行主任卢建平教授、中心副主任黄京平教授、中心兼职研究员顾肖荣教授担任编审委员会委员。编审委员会对整个项目和各分课题给予必要的学术指导。

本系列著作由赵秉志教授担任总主编,实行分卷负责制,各分卷分别采用主编、独著或合著的研究写作体制。由分卷主编或作者负责定稿,总主编负责重大问题、共性问题暨技术规范的审定。作者皆为中心的专兼职研究人员,他们或者是已获得法学博士学位的知名中青年刑法学者,或者为在读的刑法专业博士研究生。高水准的研究写作队伍为本系列著作奠定了深厚的理论基础。

〔1〕《毛泽东选集》第5卷,人民出版社1977年版,第416页。

〔2〕〔德〕茨威格特、克茨著:《比较法总论》,潘汉典、米健等译,贵州人民出版社1992年版,第1页。

另外,为加强对本项目系列著作写作体例、技术规范的统一要求,保证系列著作的出版质量,在编审委员会和项目总主编的领导下,我们还成立了编辑部,编辑部成员为:时延安博士、许成磊博士、阴建峰讲师和博士生廖万里。

由于法律出版社贾京平社长、黄润总编辑、蒋浩社长助理的魄力和眼光,本系列著作得以作为重点书籍纳入该权威出版社的出版计划,进行统一设计、统一规划;之后又有诸位编辑卓有成效的辛勤劳动,使本系列著作得以顺利出版并以精美的装帧质量呈现给广大读者。在此谨对他们表示诚挚的谢意。

鲁迅先生尝言:“没有拿来的,人不能自成为新人,没有拿来的,文艺不能自成为新文艺。”同样,没有拿来的,新时期的中国刑法学也很难取得长足的发展。比较本身不是目的,通过比较发现自身在立法、理论方面的缺陷和不足,并试图加以改进、创新,才是我们的目的。我们相信,十卷本的《当代新型犯罪比较研究》系列著作的出版,对于丰富我国在新型犯罪领域的理论研究、推动理论创新,促进我国新型犯罪领域的司法实务与立法完善,将会有显著的助益。

中国人民大学刑事法律科学研究中心主任
《当代新型犯罪比较研究》系列著作总主编

赵秉志教授 谨识

2003年5月10日

前 言

本书是中国人民大学刑事法律科学研究中心主任赵秉志教授主持的国家重点研究基地重大项目“当代新型犯罪比较研究”的子课题之一,也是教育部资助“跨世纪优秀人才培养计划”入选者赵秉志教授的教育部人文社会科学研究规划重点项目“计算机犯罪研究”的最终研究成果。

伴随着当代社会对计算机依赖程度的日益提高以及网络空间的无限拓展,计算机犯罪日渐增多,不仅引起社会公众的普遍关注,也引发刑事法学界对计算机犯罪研究的普遍兴趣。可以说,目前刑事法学界对计算机犯罪的研究方兴未艾。

作为一项与高技术相伴生的新型犯罪,计算机犯罪确实存在大量需要填补的理论真空和立法真空,正如美国首位华裔联邦检察长杨黄金玉女士所指出,计算机网络所形成的那片虚拟空间,就如同当今社会中“荒野的西部”(Wild West)。这片空白,不仅需要刑事法理论的跟进,而且需要刑事立法的补足。但是,普遍兴趣存在两个方面的可能性:一是关注者众多可能形成合力,进而促进理论研究的快速发展和整体层次的迅猛提高;二是理论研究中盲目的跟从效应,重在参与而不求甚解,简单重复型、相互借鉴型、“综述”型的泛泛研究比比皆是,虽然形成研究的热点,但是缺乏全面、系统、深入、冷静的思考和研究。客观地讲,后一种情况在目前的中国刑事法学界似乎是一种难以否定的现实。

本项目资料的收集和汇总时间长达3年,其间复印、下载的论文数以千计,搜集的涉及计算机犯罪的专著近百种。在资料中的分类整理和消化吸收过程中,我们深刻感受到上述“重在参与”的普遍存在。资料的收集虽然在后期更多地倾向于外国以及我国港澳台地区,但是不可否认,检索所得的资料所表现出的可用率,存在与内地相类似的情况。因此,关于计算机犯罪的研究,无论中外,存在创新性或者加深性的理论研究,似集中在少数学者所撰写的文章或者论著之中。

伴随着计算机犯罪发案率的日渐增多,以及传统犯罪计算机化趋势的日渐增强,我们认为:国内相关刑事立法的滞后是客观存在的,这一现状的扭转,难以通过漫长的、成本过高的单纯经验总结型立法模式予以改变;涉及计算机犯罪的理论研究,限于一国之内的“闭门造车”型研究,缺乏理论共鸣,可能存在事倍而功半的效

果。基于这一思路,关注国外技术先进国家和计算机犯罪早发国、高发国的刑事立法经验与已有理论研究成果,可能是促进计算机犯罪理论研究层次快速提升和刑事立法及时跟进的捷径。因而本项目和本书选择了从比较研究的角度来探索计算机犯罪问题。

摆在读者面前的约 50 万字的《计算机犯罪比较研究》,其资料分析与撰写论证的时间超过 3 年。其间,曾经数次在形式上已经停笔和完稿,但是,国内外全新立法和新型案例的不断出现,使得我们基于精益求精之追求而多次修改书稿,因此,这一项目的完成迤邐时日。

在这一项目的完成过程中,我们曾经做出以下努力,以使本项目的最终成果体现出自有的特色:(1)重视系统性的刑法学深度研究,因而,计算机犯罪的特点、原因、规律等犯罪学论述,不是本书的关注重点。基于此,本书虽然在切入点是“比较性研究”,关注国内外刑法理论之间的比较与相互借鉴,但书中关于纯正计算机犯罪诸多问题的独立刑法分析,作者力图能代表或反映国内刑法理论界的最新成果。(2)重视我国香港、澳门和台湾地区关于计算机犯罪理论研究成果的吸收和借鉴,关注我国四个法域之间计算机犯罪刑事立法的比较和法律处理模式的优劣评价。就此点而言,或许是其他计算机犯罪研究和论著所未予专门关注的。(3)重视国外最新刑事立法的进展,关注国外新型计算机犯罪案例的司法处理意见,并为此而进行有针对性的专题文献翻译,以期有关研究成果能与国外刑事立法进展、刑法理论成就保持同步。(4)关注各国立法机关和政府对于计算机犯罪的倾向性意见,搜集并整理了相当数量的各国立法机关和政府长官关于计算机犯罪的官方言论与政策研究报告,以反映计算机犯罪的官方评价意见和可能出现的立法模式。

从整体上讲,《计算机犯罪比较研究》重视专题设计的全面性,所选定的十个专题,是目前理论界所关注和存在争议的重要问题。专题之间相对独立,但在前后逻辑排列顺序上重视其内在的相互关联性;专题之内重视深入和系统的独立研讨,并力图在兼容国内外已有理论成果的基础上有所推进和提高。

计算机技术的迅猛发展以及网络空间的无限拓展,导致基于技术扭曲使用而出现的计算机犯罪日益多样化,尤其是传统犯罪计算机化而出现的变异,需要刑法理论界的及时跟进性研究,需要刑事立法的及时针对性修正。可以说,计算机犯罪的出现,对刑法学和刑事立法是重大挑战,也是良机机遇。从挑战的角度来看,高技术因素介入犯罪,在现今和将来都将是不可逆转的趋势,由此而对传统刑法理论和刑事立法形成了实际的挑战,传统刑法理论和法条规则与计算机技术、网络空间的冲突日益明显;从机遇的角度来看,产生于农业社会、完善和成熟于工业社会的传统刑法。无论从理论上还是立法上看,多年来固步自封而缺乏实质性的飞跃式

进展,面临社会整体对高科技依赖性程度大幅度提高的信息社会,传统刑法理论与刑事立法的自我调整和自我提高,或许是其理论升华和法条理新的一次重大机遇。

愿刑法理论和刑事立法能够直面因时代变迁而不断出现的新挑战并把握新机遇,提高对技术因素介入的关注程度,重视刑法典规则与刑法理论的时代性更新,减少乃至尽力避免规则和理论滞后于现实而存在的刑法真空。

最后,衷心感谢国家重点研究基地重大项目和教育部人文社会科学研究规划重点项目对本课题和本书的支持,感谢法律出版社贾京平社长、黄闽总编辑、蒋浩社长助理和责任编辑卞学琪对本书及时编辑出版的关照。

作者
2003年5月

目 录

上篇 计算机犯罪比较研究:总论

第一章 计算机犯罪的产生和演进	(3)
第一节 计算机犯罪的产生和发展规律.....	(3)
第二节 计算机犯罪的原因.....	(8)
第三节 计算机犯罪的特点.....	(23)
第四节 计算机犯罪的演变趋势.....	(33)
第二章 惩治计算机犯罪的刑事立法	(42)
第一节 世界各国关于计算机犯罪刑事立法的基本现状.....	(42)
第二节 国际社会惩治计算机犯罪的刑事立法动态.....	(58)
第三节 中国香港、澳门和台湾地区的刑事立法现状	(64)
第四节 中国内地惩治计算机犯罪的刑事立法.....	(114)
第五节 中外惩治计算机犯罪刑事立法的比较研究.....	(118)
第三章 计算机犯罪的类型划分	(121)
第一节 中外关于计算机犯罪类型划分的标准.....	(122)
第二节 计算机犯罪类型划分标准之研讨.....	(133)
第四章 计算机犯罪的定义	(137)
第一节 计算机犯罪定义之争议及其演变.....	(137)
第二节 计算机犯罪的应有定义及其论证.....	(145)
第三节 计算机犯罪定义中若干问题的理论辨析.....	(154)
第四节 计算机犯罪的一般构成特征.....	(166)

中篇 计算机犯罪比较研究:分论

第五章 非法侵入计算机信息系统罪	(183)
第一节 非法侵入计算机信息系统罪的现状	(183)
第二节 非法侵入计算机信息系统罪出现的法理本质	(188)
第三节 非法侵入计算机信息系统罪的犯罪主体	(199)
第四节 非法侵入计算机信息系统罪的犯罪主观方面	(203)
第五节 非法侵入计算机信息系统罪的犯罪行为方式	(212)
第六节 非法侵入计算机信息系统罪的犯罪对象	(223)
第七节 非法侵入计算机信息系统罪的法定刑及其缺陷	(231)
第六章 破坏计算机信息系统犯罪	(234)
第一节 破坏计算机信息系统功能罪	(235)
第二节 破坏计算机数据和应用程序罪	(255)
第七章 制作、传播破坏性计算机程序犯罪	(271)
第一节 破坏性计算机程序在中外的产生与发展	(271)
第二节 制作、传播破坏性计算机程序罪的犯罪主体	(275)
第三节 制作、传播破坏性计算机程序罪的犯罪主观方面	(277)
第四节 制作、传播破坏性计算机程序罪的犯罪客观方面	(284)
第五节 关于有害数据、有害信息和违法信息问题的研讨	(304)
第八章 传统犯罪计算机化的问题	(321)
第一节 以计算机为工具的传统犯罪	(322)
第二节 以计算机为对象的传统犯罪	(360)

下篇 计算机犯罪比较研究：对策与完善

第九章 计算机犯罪惩治与防范的对策体系 (383)

第一节 世界各国计算机犯罪的现状及目前的对策 (384)

第二节 惩治计算机犯罪专业法规和规则的建立与完善 (400)

第三节 惩治与防范计算机犯罪的对策体系和应对机制 (413)

第四节 关于惩治与防范计算机犯罪的综合对策体系 (425)

第十章 计算机犯罪立法与理论之回应 (429)

第一节 关于计算机犯罪研究方法的拓展 (429)

第二节 刑法立法的滞后与跟进方向 (434)

第三节 传统刑法理论的滞后及其补足方向 (443)

第四节 计算机犯罪理论研究的方向与思路 (454)



上篇

计算机犯罪比较研究：总论

