

网 络

犯罪定性争议
与学理分析

主编 于志刚

WANGLUO
FANZUIDINGXINGZHENG
YI
YUXUELIFENXI

吉林人民出版社

网络犯罪定性 争议与学理分析

于志刚 主 编
李文广 副主编
张新平

吉 林 人 民 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

网络犯罪定性争议与学理分析/于志刚主编. —长春:吉林人民出版社, 2001. 9

ISBN 7-206-03860-3

I. 网… II. 王… III. 计算机网络—计算机犯罪—认定—刑法—注释—中国 IV. D924.399.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 058835 号

网络犯罪定性争议与学理分析

主 编	于志刚	封面设计	张 迅
责任编辑	刘树炎	责任校对	晓 君

出 版 者	吉林人民出版社 0431—5649710 (长春市人民大街 124 号 邮编 130021)
发 行 者	吉林人民出版社 0431—63475245 0431—5638605
制 版	吉林人民出版社激光照排中心 0431—5637018
印 刷 者	长春市东新印刷厂

开 本	850×1168 1/32	印 张	16
版 次	2001 年 9 月第 1 版		
印 次	2001 年 9 月第 1 次印刷		
字 数	390 千字	印 数	1—5 000 册
标准书号	ISBN 7-206-03860-3/D·969		
定 价	26.00 元		

如图书有印装质量问题,请与承印工厂联系。

撰稿人(按编写章节先后为序):

于志刚

李文广 法学硕士,最高人民法院干部

张新平 中国人民大学法学院刑法专业硕士研究生

其他作者

王东普 山东威海市环翠区人民法院法官

高素群 中国人民大学法学院刑法专业硕士研究生

王春景 中国人民大学法学院刑法专业硕士研究生

赵瑞罡 中国人民大学法学院刑法专业硕士研究生

黄晓亮 中国人民大学法学院刑法专业硕士研究生

李兆涛 中国人民大学法学院刑法专业硕士研究生

何庆仁 中国人民大学法学院刑法专业硕士研究生

目 录

第一章 网络犯罪概论

- 一、计算机犯罪问题争议与学理分析····· (1)
- 二、网络犯罪主体特征的学理分析····· (8)
- 三、网络犯罪行为特征的学理分析····· (16)
- 四、网络犯罪主观特征的学理分析····· (24)
- 五、刑法在网络上的时空效力问题····· (31)
- 六、网络犯罪的停止形态····· (37)
- 七、网络犯罪的罪数形态····· (45)
- 八、利用网络的共同犯罪····· (53)
- 九、网络犯罪的刑罚····· (60)

第二章 我国刑法中的计算机犯罪

- 一、非法侵入计算机信息系统罪定性争议与学理分析····· (67)
- 二、破坏计算机信息系统罪定性争议与学理分析····· (81)

第三章 危害国家安全与国防安全 的网络犯罪

- 一、煽动危害国家安全的网络犯罪…………… (97)
- 二、危害国家秘密的网络犯罪…………… (103)
- 三、利用网络破坏武器装备、军事设施、军事通信行为
的定性…………… (112)
- 四、伪造变造武装部队公文证件的网络犯罪…………… (117)
- 五、利用网络战时造谣扰乱军心犯罪的认定…………… (124)

第四章 危害公共安全的网络犯罪

- 一、通过网络交通肇事行为的定性…………… (129)
- 二、利用网络破坏交通设施犯罪的定性…………… (137)
- 三、通过网络发生重大飞行事故行为的定性…………… (147)
- 四、利用网络组织、领导、参加恐怖组织罪的定性…………… (153)
- 五、发生在网络系统中重大责任事故罪的认定…………… (159)
- 六、利用网络实施投毒行为的定性…………… (167)

第五章 破坏市场经济的网络犯罪

- 一、通过网络销售假药的定性争议与学理分析…………… (174)
- 二、利用网络销售不符合卫生标准的化妆品的定性争议
与学理分析…………… (179)
- 三、通过网络销售侵权复制品的定性争议与学理分析…………… (183)
- 四、通过网络侵犯商业秘密的定性争议与学理分析…………… (188)

五、利用网络损害他人商业信誉、商品声誉的定性争议 与学理分析·····	(196)
六、利用网络实施合同诈骗犯罪的定性争议与学理 分析·····	(204)
七、通过网络倒卖车票的定性争议与学理分析·····	(211)
八、通过网络发布虚假广告的定性争议与学理分析·····	(217)
九、通过网络侵犯他人著作权的定性争议与学理分析·····	(224)
十、利用网络实施信用卡诈骗的定性争议与学理分析·····	(233)
十一、利用网络散布证券交易信息行为的定性与学理 分析·····	(239)
十二、利用计算机操纵证券交易价格行为定性争议与 学理分析·····	(246)
十三、遗失笔记本电脑导致公司重大经营信息泄露行为 的定性争议与学理分析·····	(258)
十四、利用网络截留、提取企业资金行为的定性争议 与学理分析·····	(269)

第六章 侵犯公民人身、民主权利 的网络犯罪

一、利用网络实施侵犯通信自由犯罪的定性争议 与学理分析·····	(273)
二、利用网络教唆诱使他人自杀的行为定性与学理 分析·····	(279)
三、利用网络文章诽谤他人的定性与学理分析·····	(283)
四、利用电子邮件诬告陷害他人的定性与学理分析·····	(292)
五、利用网络实施煽动民族仇恨、民族歧视犯罪定性争议	

与学理分析·····	(297)
六、利用网络实施出版歧视、侮辱少数民族作品犯罪定性 争议与学理分析·····	(311)
七、利用网络实施侮辱犯罪的定性争议与学理分析·····	(325)

第七章 侵犯财产权利的网络犯罪

一、利用网络实施侵占行为的定性争议与学理分析·····	(333)
二、利用计算机实施盗窃行为的定性争议与学理 分析·····	(344)
三、利用网络实施敲诈勒索的定性·····	(365)
四、利用网络破坏生产经营案件的定性·····	(377)

第八章 危害社会管理秩序的网络犯罪

一、利用网络引诱、介绍卖淫行为的定性·····	(389)
二、利用网络强迫他人卖淫行为的定性·····	(400)
三、网上传播淫秽物品行为的定性·····	(406)
四、非法进入国防电脑安全系统窃取国防秘密行为的 定性·····	(416)
五、网上传授犯罪方法行为的定性·····	(422)
六、利用网络赌博行为的定性处理·····	(428)
七、利用网络宣扬迷信, 蒙骗他人致死行为的定性·····	(436)
八、通过网络造成重大医疗责任事故行为的定性·····	(441)

第九章 利用网络实施贪污贿赂犯罪

- 一、利用职务便利通过网络实施贪污行为的定性…………… (450)
- 二、利用网络贪污案件未完成形态的认定…………… (454)
- 三、利用网络贪污案件共犯的认定…………… (460)
- 四、利用网络受贿行为的定性…………… (466)
- 五、利用网络受贿犯罪界限的认定…………… (473)

第十章 利用网络实施的渎职犯罪

- 一、通过网络泄露国家秘密行为的定性…………… (480)
- 二、发生在网上的签订履行合同失职被骗案件的处理…………… (491)
- 三、利用网络招收学生徇私舞弊行为的定性…………… (496)

第一章 网络犯罪概论

一、计算机犯罪问题争议与学理分析

一、典型案例

世界上第一例有案可查的涉计算机犯罪案件 (the Crime related to the computer) 在 1958 年发生于美国加利福尼亚州的硅谷, 但直到 1966 年才被发现。在 1966 年 10 月, 计算机专家唐·B·帕克在美国加州斯坦福研究所调查与电子计算机有关的事故和犯罪。当时, 他发现一位计算机工程师通过篡改程序的方法在银行里自己的存款余额上做了手段。这个案件是世界上第一例受到刑事法律追究的涉计算机犯罪。

我国于 1986 年发现首例计算机犯罪案件。1986 年 7 月 22 日, 港商李某到中国银行深圳市和平路支行取款, 银行计算机显示其存款少了 2 万元人民币。两个月后, 该行该市迎春路支行也发生类似事件。原来, 该行计算机终端操作员陈某, 盗抄了两个存款大户的帐户, 利用银行内部管理上的漏洞和领导对自己的信任以及其身兼数职的条件, 下班后以加班名义通过微机联网系统接通了分行的主机, 查阅了上述两个帐户的存款记录。尔后, 陈某又在存折上打印了存取帐目数据, 署以假名, 再伪造了隐性印鉴, 盖上银行印章, 并把盗抄来的帐号录入存折上的磁条内伪造

了两个存折。后来，他让同案犯苏某持伪造的存折到迎春路支行很顺利地取走了存款。

美国迄今因计算机犯罪所造成的损失在千亿美元以上，年损失近百亿美元，英、德国损失也是几十亿美元。到1990年，我国已发现的计算犯罪案件达到130起。1995年计算机犯罪案件已达2000多起。我国计算机犯罪造成的损失数额虽尚无统计，但从发现的个案看，可以肯定说决不是一个小数目。^①

二、问题争议

计算机是一种能够按照人的指令自动进行高速准确数据处理的计算工具，是具有物质基础性质的硬件与作为程序的软件组成的统一的系统整体。计算机应用已经渗透到政治、经济、军事、科技、文化和家庭生活等社会活动所有领域，已经成为社会生活的重要工具，整个社会正在计算机化，使社会朝着信息化进军。信息技术正在迅速而又深刻地影响着世界各国的政治事务、人们的日常生活与工作。我国正以巨人的步伐迈向计算机世纪和信息时代。^②计算机工作人员或操作人员一般都技术精湛，聪明过人，使计算机犯罪活动成为一种高智能犯罪活动。据统计，当今世界发生的计算机犯罪有70~80%是计算机行家所为。^③计算机犯罪同时又是一种高隐蔽性犯罪，行为对象、行为及行为后果都有非直观性，受害对象有间接性和隐蔽性。因此，社会大众不认为计算机犯罪很严重，看不到该类犯罪人的反社会性，反而对他

① 参见康树华、张相军主编：《刑事犯罪学》，群众出版社2000年版，第361页。

② 参见赵秉志主编：《新刑法全书》，中国人民公安大学出版社，1992年版，第1003-1004页。

③ 参见马树梁主编：《中国预防犯罪方略》，法律出版社1994年版，第546页。

们攻击大公司、政府的行为充满敬佩,认为他们很弱小、很能干。特别是在犯罪人为青年人时,公众只觉得他们只是有孩子式的顽皮与淘气,并没有太大的社会危害性,没有必要给予刑事处罚。

实际上,在计算机广泛应用的当今社会,计算机犯罪所造成的经济的损失远远高于传统犯罪。美国加州斯坦福研究所曾公布一组数据:^①

犯罪类型	每起平均损失 (万美元)
(1) 计算机犯罪	46 ~ 160
(2) 传统敲诈银行	2
(3) 抢劫	0.5
(4) 偷盗	0.01 ~ 0.1

其实,损失不仅这些,还有大量难以计算的间接损失。因此,日本学者早就指出:“我们的社会已是高度电子计算机化的社会。尤其是在金融方面,几乎所有的交易都要在电子计算机内进行。在电子计算机里,每天都要进行数百万亿日元的交易。假如让罪犯掺合进来的话,其后果将是灾难性的,罪犯只要胡乱编造出各种交易,就注定要给日本经济造成损失。”^②而且,在国防、军事、科研、教育等领域,计算机犯罪造成的损失都是令人触目惊心,难以估算的。计算机犯罪的研究、防治已经成为现代各国的主要社会问题之一,美、英、德、日、法及加等均已将计算机犯罪立法,我国1997年修订的刑法也不例外。

^① 参见冯树梁主编:《中国预防犯罪方略》,法律出版社1994年版。

^② [日]西田修著,何为译:《浅谈电子计算机犯罪》,群众出版社1984年版,第2页。

三、学理分析

显然,计算机犯罪绝不是计算机自身实施的犯罪行为,而是由人实施的与计算机有关的犯罪行为(the crime related to the computer)。尽管计算机违法行为的犯罪化问题及计算机犯罪的概念最先是由刑法学者开始研究的,但是,如同经济犯罪、法人犯罪一样,计算机犯罪在严格意义上是犯罪学上的概念,是根据同类犯罪活动的共同侧面或特征而概括出来的。最早的计算机犯罪是指计算机诈骗。英国计算机安全专家阿德瑞·诺曼(Adrian R. D. Norman)在《计算机不安全》一书中详细介绍了1953年至1982年的30年间世界各地发生的107个“计算机不安全事件”,其中被作者划为犯罪类的共有67个,而诈骗案件有44起。^①把此类本为诈骗罪的案件划为计算机犯罪,说明了计算机犯罪在犯罪学上的意义。这可以从大量关于计算机犯罪的论文著作的内容看出,它们大多都要探讨计算机犯罪的成因、特点、对策等犯罪学问题,很少有单纯从刑法学上进行分析研究的。

计算机的直接用途就是数据的存储与处理。计算机应用于数据的存储与处理的特点在于:信息存储与处理速度快;节省时间与空间;单位时间与空间信息交换与交流大量快速;数据信息被它获知的可能性大。因此,计算机犯罪就必然要涉及到计算机本身的作用与用途,涉及到计算机数据的存储与处理,也涉及到计算机信息系统。也可以说,只有涉及到计算机运作或运用技术的犯罪才能符合犯罪学意义上的计算机犯罪。计算机犯罪的核心在于计算机技术在犯罪活动中的应用。我们可以将计算机技术粗略地分为计算机硬件技术、软件技术和网络技术。不管是利用哪一

^① 转引自蒋平著:《计算机犯罪问题研究》,商务印书馆2000年版,第90页。

种计算机技术进行犯罪，都可归到计算机犯罪的范畴之中，至于说这些犯罪活动具体地侵害了哪一些社会法益，应该如何定罪量刑，则是刑法学的任务。目前，关于计算机犯罪概念的各种表述中都涉及到了计算机工具与对象的二重性，^①但很遗憾，都没有指出计算机犯罪中利用计算机技术的核心特点。有学者认为，犯罪学上的计算机犯罪可表述为：针对或利用计算机信息系统及其所处理的信息而实施的违法犯罪或将来可能发展为违法犯罪的具有社会危害性的行为。^②此概念并没有摆脱工具与对象二重性影响，但是，与以前计算机犯罪概念不同的是，作为工具与对象的是计算机信息系统而不是计算机，即更为准确和明确了。不过，该论者没有看到，计算机信息系统无论在犯罪活动中是作为工具出现，还是作为对象出现，它都是犯罪行为运用计算机技术的对象（此对象不同彼对象）。还有学者认为，犯罪学上的计算机犯罪是指：行为人以计算机为工具或以计算机资产为对象实施的严重危害社会的行为。^③自然，这种看法也没有脱离工具与对象二重性的影响，而且“计算机资产是一个变化、发展的概念，很难把握，比如多媒体电脑可使用外挂音响，此设备能否视为计算机附件还是一个有争议的问题”。^④并非针对计算机资产的犯罪都能归入计算机犯罪中，有些根本与计算机的数据存储与处理作用毫无关联，与计算机技术毫无联系。

因而，计算机犯罪中不包括那些仅将计算机、计算机信息系

① 参见于志刚著：《计算机犯罪研究》，中国检察出版社1999年版，第56至62页。

② 参见蒋平著：《计算机犯罪问题研究》，商务印书馆2000年版，第102页。

③ 参见刘广三著：《计算机犯罪论》，中国人民大学出版社1999年版，第66页。

④ 同注①，第99页。

统、计算机数据和程序作为单纯物理性存在利用与计算机技术毫不相干的手段或方法加以侵害的行为。“一般来说,计算机资产由两大部分组成:一是计算机信息系统资源,即硬件、软件、固件及其相关文件资料,系统相关配备设备和设施、系统服务,甚至计算机业务工作人员等;……二是计算机信息系统生产和拥有的信息资源,或者叫由系统处理、存储、传输的电子信息资源。”^①并非所有将计算机资产作为犯罪对象攻击的行为都是计算机犯罪。利用抢劫、抢夺、盗窃、诈骗、哄抢、侵占、敲诈勒索、破坏乃至贪污、挪用等传统方法侵犯作为物理性存在的计算机资产如显示器、主机、扫描仪、鼠标,与传统社会中侵犯财产的犯罪并无二致,即使极其严重,价值损失极大,也不能归入到计算机犯罪。比如说,盗窃音箱或键盘的行为,就是在犯罪学上也要归入盗窃罪中,青少年作案时归入青少年犯罪,而音箱或键盘作为电脑或计算机中的输入输出设备,显然是计算机资产的一部分。就是盗窃整台电脑或者存有重要国家秘密或商业秘密的软件(当然是盗窃存储它们的磁带、磁盘或光盘),也同样是传统手法犯罪,而非计算机技术手段犯罪。将传统手法侵犯计算机资产的犯罪行为归入到计算机犯罪,显然忽略了计算机本来的意义,也忽略了计算机犯罪的本来意义。“在瑞典,1937年就有瑞典数据检测法,包括未经许可访问、进入、涂改、销毁数据等内容。”^②此后,各国计算机立法几乎都没有将计算机、计算机资

① 参见刘广三著:《计算机犯罪论》,中国人民大学出版社1999年版,第32页。

② [法]安德鲁·博萨著,陈正云、孙丽波等译:《跨国犯罪与刑法》,中国检察出版社,第59页。

产的物理性破坏行为归入。^① 犯罪学意义上的计算机犯罪不可能忽略这一点。

在刑法学上, 计算机犯罪概念中包含了计算机工具与对象二重性, 概括了两种犯罪: 一是利用计算机实施的诸如贪污、盗窃等传统犯罪; 二是侵犯计算机系统的犯罪。实际上, 在第一种犯罪中, 犯罪行为人为实施贪污盗窃或间谍罪时利用计算机时, 都会涉及到非法进入计算机信息系统的问题。不论是网络系统, 还是单机系统, 都是计算机信息系统。利用计算机实施传统犯罪, 都要首先进入这些计算机信息系统, 这就会涉及到非法入侵计算机信息系统的问题。在第二种犯罪中, “计算机本身既是不可或缺的犯罪工具, 在某种程度上同时也是作为犯罪对象出现的……真正意义上的计算机犯罪必须是借助于计算机的非法操作来实施的。”^② 即犯罪行为人为实施此种犯罪必然要进入到计算机信息系统中。因此, 两种犯罪都涉及到非法侵入计算机信息系统的问题。它们都威胁、危害了计算机信息系统的安全。但是, 第一种犯罪除了非法侵入计算机信息系统和非法操作, 还要在计算机抽象空间之外的现实空间里进行其他行为。然而, 如传播淫秽物品、传授犯罪方法的行为却不尽然; 第二种犯罪只能在计算机抽象空间内进行, 无须在现实空间的其他行为配合。从犯罪性质和犯罪客体上看, 第一种犯罪不仅侵犯了特定(如金融、国防计算机信息系统)的安全, 更重要的是又侵犯了国家秘密电子钱财或者知识产权等等; 第二种则只是侵犯了特定计算机信息系统的安全。从这个意义出发, 有学者认为, 在刑法学意义上, 计算机犯

① 参见于志刚著:《计算机犯罪研究》, 中国检察出版社 1999 年版, 第 35 至 55 页。

② 参见于志刚著:《计算机犯罪研究》, 中国检察出版社 1999 年版, 第 65 页。

罪是指我国刑法第 285、286 条规定的犯罪,即非法侵入计算信息系统罪、破坏计算信息系统功能罪、破坏计算机数据和应用程序罪、制作传播破坏性计算机程序罪。^①在现代社会中的计算机信息系统主要表现为网络系统,主要有局域网、广域网、万维网,统称为 Internet (互联网)。任何企业、政府、社会组织都可以利用计算机组成网络。计算机联网是 20 世纪 80 年代以来计算机及其技术应用发展的方向。网络犯罪日益成为计算机犯罪的主要形式,甚至只能表现为网络犯罪,如传播计算机病毒、传播淫秽物品的行为。网络社会具有极大开放性、数字化、时空压缩化、资源丰富、充分自由的特点,^②日新月异地向前发展,网络犯罪也随之向人们飞奔而来。“由于网络社会不过是建立在网络技术之上的现实社会之中的一个组成部分,除杀人、强奸、直接伤害等直接人对人的犯罪活动外,其他现实社会的犯罪现象在网络上大都有所体现。当然,也出现了或将出现某些带有明显网络特征的犯罪现象。因此,网络犯罪的基本类型虽大致与现实社会的犯罪类似,但也有许多新特点。”^③

二、网络犯罪主体特征的学理分析

一、典型案例

美国少年凯文·米特尼克曾被公认为是世界“头号电脑黑

① 于志刚著:《计算机犯罪研究》,中国检察出版社 1999 年版,第 67 页。

② 孙伟平著:《猫与耗子的新游戏》,北京出版社 1999 年版,第 7 至 14 页。

③ 孙伟平著:《猫与耗子的新游戏》,北京出版社 1999 年版,第 20 页。