

总主编 赵秉志



刑事法律科学文库(八)
重点疑难犯罪司法实务研究之十三

计算机犯罪

疑难问题司法对策

主编 于志刚

吉林人民出版社

刑事法律科学文库（八）：

重点疑难犯罪司法实务研究之十三

总主编 赵秉志

计算机犯罪疑难问题司法对策

主 编：于志刚

副主编：时延安

吉 林 人 民 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

计算机犯罪疑难问题司法对策/于志刚主编. —长春:吉林人民出版社, 2000.12

(重点疑难司法实务研究; 13)

ISBN 7-206-03614-7

I. 计… II. 赵… III. 计算机犯罪—法律解释—中国
IV. D924.399.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 85096 号

计算机犯罪疑难问题司法对策

主 编	于志刚	封面设计	尹怀远
责任编辑	刘树炎	责任校对	王彬彬

出 版 者	吉林人民出版社 (长春市人民大街 124 号 邮编 130021)
发 行 者	吉林人民出版社
制 版	吉林人民出版社激光照排中心 0431—5637018
印 刷 者	长春市第九印刷厂

开 本	850×1168 1/32	印 张	14.25
版 次	2001 年 1 月第 1 版		
印 次	2001 年 1 月第 1 次印刷		
字 数	340 千字	印 数	1—5 000 册
标准书号	ISBN 7-206-03614-7/D·909		
定 价	23.00 元		

如图书有印装质量问题,请与承印工厂联系。

撰稿人：于志刚 时延安 张新平
张鹏涛 方 芳 康 伟

刑事法律科学文库

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。勿庸置疑，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研究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,中心应当是具有明显科研优势和特色的国家级刑事法律重点研究基地,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,在国际刑事法学学术界亦享有较高声誉。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,努力建成全国一流的、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,积累刑事法学方面的学术成果,为提高我国刑事法学的研究水平作出积极的贡献。

中国人民大学刑事法律科学研究中心

2000年1月

前 言

迈入新的千年，世界迎来了充满着希望与挑战的二十一世纪。在新世纪里中国可以预见的高速发展，将为中华民族以崭新面貌屹立于世界民族之林提供坚实的基础。

回首二十世纪中国刑法理论研究所经历的五十年，可以发现成就与进步是巨大的，但是遗憾与不足也是明显的。五十年中，尽管中国的刑法理论研究几经曲折，但是学界同仁携手共进，理论层次不断攀升，百花齐放，百家争鸣，共同造就了中国刑法理论有目共睹的繁荣与辉煌。然而，刑法理论研究与司法实践需要相脱节的现象是难以否认的遗憾，并且这种遗憾仍在日益加剧：一方面，刑法理论界的“玄”学之风日盛，刻意追求“阳春白雪”而忽视乃至忘却刑法学应有之社会责任的現象日渐突出，所形成的学术成果深奥晦涩，语焉不详，难以为基层司法人员所领会和把握；另一方面，基于理论研究成果见之于世的渠道过少，导致诸多有司法指导意义和参考价值的学术结论要么束之高阁而不为世人所见，要么由于文献载体发行量过小、影响层面不足等原因而难以发挥应有的社会效应，不能为司法机关所共知共用，形成言者谆谆、听者寥寥的现状，终究也是言者自言、惑者自惑。

进入新千年的中国，面临巨大的机遇与挑战，市场经济高

速发展, 社会变革日益深入, 整个中国社会呈现出良性循环的走向。社会秩序的稳定、体制改革的深化和文明程度的提高, 要求法制的健全和法治的跟进。刑事司法作为保障公民最基本人权和维护社会稳定秩序的最后制裁力量, 其重要性愈发显得突出。然而, 刑事司法质量偏低, 也是人所共知的现实。新千年伊始, 最高司法机关关于刑事司法的机构改革和刑事司法解释的大量颁行, 即体现了最高司法机关对于新世纪刑事法治建设的关注; 旨在提升刑事司法质量、指导刑事司法实践而编辑出版的《刑事司法指南》、《刑事审判参考》等官方出版物的大量出现, 也体现了最高司法机关对于现实刑事质量偏低之现状的认识与关切。可以说, 如何使已有刑法理论研究成果用之于刑事司法实践, 如何使刑法理论研究服务于刑事司法实践, 已成为最高司法机关和刑法理论界所共同关心的问题。

作为新中国所培养的首批刑法博士, 推动刑法理论研究进展, 提升刑事司法质量, 促进刑事法治进步, 是我孜孜的追求。长期的刑法理论研究, 使我得以比较全面地了解 and 把握刑法理论的最新动态与前沿性成果; 而我所参与的有关刑事司法实务工作, 又使我能够了解基层刑事司法实践的现实情况。两者之间的巨大差距常使我惊讶: 刑法理论上多年前早已解决的问题, 在许多地方至今仍是困扰司法现实的关键所在; 刑法理论上已经成为通说的诸多结论, 在个案的定性中仍存在争议甚至是导致错误定性的重要原因-----。同时, 在通过各种渠道与基层司法机关的接触中, 我感到刑法理论与现实司法需要之间的不合拍性表现得甚为明显: 在参与的诸多疑案专家咨询中, 为数不少的“疑案”根本不疑, 只是具体办案人员对于刑法理论关注不足而导致难以准确定性; 在为诸多基层司法机关的授课中, 直接意识到刑法理论与司法实际需要的脱节与

差距；在受委托作为辩护律师参与具体案件诉讼的过程中，经常发现个案承办人员刑法理论知识的滞后和对立法原意的误解-----。这些情况表明，中国刑法理论界几十年的学术成果，相当一部分还没有能够发挥应有的社会效应而停留在书案上或者资料室中，大量的人力、财力和智力投入被显得有相当一部分被白白地浪费。

带着对上述问题的思考，并受吉林人民出版社之邀，作为国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心主任，我曾主持并组织基地诸多专兼职研究人员一起而尝试编著系列性丛书《刑事疑难问题司法对策》（共10本，吉林人民出版社1999年出版），以及作为其姊妹篇的《重点疑难犯罪司法实务研究》（共7本，吉林人民出版社2000年8月出版）丛书，前者力图对于刑事司法实践中已经出现的常见性、多发性疑难问题进行有针对性的研究，后者力图对于若干实际发案率较高的七类犯罪进行全面、系统、深入浅出的专题性析析，以期急司法实践之急，为促进刑事法治中的定性准确与量刑妥当而尽绵薄之力。上述两套《丛书》问世之后，得到了基层司法机关和广大司法工作者的认可，并发挥了多方面积极的社会效应。这两套《丛书》也得以屡次加印，从一个方面表明符合刑事司法实践需要之理论书籍的欠缺。

由于《刑事疑难问题司法对策》和《重点疑难犯罪司法实务研究》两套丛书是根据具体司法疑难问题出现几率的高低等因素而不定期结集出版的，因而不可能对所有司法实践中可能遇到的困惑问题一一解答。而伴随着社会现实的飞速发展，新情况新问题日渐增多，尤其是新型犯罪由于缺乏理论指导而导致定性争议而大量出现，基层司法工作者来信要求继续编撰《丛书》尤其是针对新型犯罪进行专题讨论的呼声较为强烈。

鉴于此, 经与吉林人民出版社协商并应之邀约, 我再次约请一批具有较深理论功底的专业刑法理论研究人员和从事过刑事司法、具有实际司法经验的兼职研究人员, 共同对于新刑法典所确立的新型犯罪、高发性犯罪引发的司法困惑问题, 进行全方位的专题研究, 作为上述两种丛书的后继性著作加以出版, 具体包括以下 6 本: 《危害公共安全犯罪疑难问题司法对策》、《税收犯罪疑难问题司法对策》、《侵犯公民人身权利犯罪疑难问题司法对策》、《计算机犯罪疑难问题司法对策》、《危害公共卫生犯罪疑难问题司法对策》、《妨害风化犯罪疑难问题司法对策》。

应当指出的是, 本次出版的 6 本《重点疑难犯罪司法实务研究》, 与前面出版的《丛书》其他品种一样, 以解决刑事司法实践中出现的具体问题为宗旨, 不追求对于某一问题论证时的旁征博引, 力图以有限的篇幅和容量涉及并解决尽可能多的司法现实问题, 因而问题的选择与论证的展开, 均以切合现实需要为出发点, 不强求体系上整齐划一和问题设置上的面面俱到。

应当特别感谢吉林人民出版社有关领导尤其是法律编辑部主任刘树炎先生对于《丛书》几年来的大力支持, 感谢刘树炎先生在《丛书》的设计、内容与特点等方面所给予的有见解、有价值的建议, 以及为编辑《丛书》所付出的辛勤劳动。愿此次出版的 6 本后继性著作依然能够为司法实践部门所接受, 也愿刑法理论研究能够在源于和高于司法实践的同时, 更多地引导和促进司法实践。

国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心主任

中国人民大学法学院学院副院长、教授、法学博士、博士生导师

赵秉志谨识

2000 年 10 月 20 日

目 录

上编 计算机犯罪总论

第一章 计算机犯罪的概念和类型划分

1. 计算机犯罪的特点 (1)
2. 计算机犯罪的立法特点及其理解 (33)
3. 计算机犯罪的定义及其司法理解 (56)
4. 计算机犯罪的构成特征及其司法疑难问题 (71)
5. 计算机犯罪的犯罪类型与罪名 (85)

第二章 计算机犯罪的立法与司法问题

6. 计算机犯罪及其立法和理论之回应 (89)

下编 计算机犯罪各论

第三章 纯粹计算机犯罪的司法疑难问题

7. 非法侵入计算机信息系统罪的司法适用及其疑难
问题 (121)
8. 破坏计算机信息系统功能罪的司法适用及其疑难

- 问题 (161)
9. 破坏计算机数据和应用程序罪的司法适用及其
疑难问题 (174)
10. 制作、传播破坏性计算机程序罪的司法适用及其
疑难问题 (180)

第四章 涉及计算机时传统型犯罪之司法 疑难问题

11. 以计算机为对象的犯罪之司法疑难问题 (214)
12. 以计算机为工具的犯罪之司法疑难问题 (239)

第五章 司法实践中涉及计算机犯罪的疑 难问题专题研讨

13. 利用互联网煽动分裂国家、破坏国家统一的行
为定性 (269)
14. 破坏或者过失损坏用于广播电视、公用电信事
业的计算机管理系统危害公共安全行为的
定性 (275)
15. 在互联网上散布虚假信息扰乱证券市场行为的
定性 (279)
16. 未经著作权人或者录音、录像制作者的同意,
在互联网上传播其作品或者录音录像行为的
定性 (287)
17. 利用计算机窃取或者采取其他不正当手段获取
他人商业秘密行为的定性 (296)
18. 利用互联网损害他人的商业信誉、商品声誉

行为的定性	(307)
19. 窃取他人上网帐号进行消费的行为定性	(313)
20. 在网上发布虚假广告行为的定性	(323)
21. 进行电子商务活动中偷税行为的定性	(330)
22. 在 BBS 上辱骂他人, 情节严重的, 是否构成侮辱罪	(335)
23. 窃取他人上网帐号密码上网行为的定性	(340)
24. 侵犯他人电子邮件行为的定性	(345)
25. 盗用计算机数据是否构成犯罪	(351)
/ 26. 利用电子商务进行诈骗行为的定性	(358)
27. 对他人网站进行恶意破坏是否能够构成故意毁坏财物罪	(367)
28. 侵入他人计算机系统伪造个人档案资料行为的定性	(372)
29. 利用互联网煽动暴力抗拒国家法律、法规实施的行为的定性	(376)
30. 利用互联网组织、利用邪教组织行为的定性	(381)
31. 在互联网上传授犯罪方法行为的定性	(387)
32. 利用计算机窃取国家秘密、军事秘密行为的定性	(392)
33. 网上看病导致他人误诊, 造成他人死亡或者严重损害身体健康的, 能否构成犯罪	(398)
34. 利用互联网传播淫秽物品行为的定性	(404)
35. 破坏军用计算机信息系统行为的定性	(411)
36. 利用计算机进行贪污、挪用公款行为的定性	(416)
37. 利用互联网进行犯罪的管辖问题	(423)

-
38. 如何认定利用互联网犯罪中的因果关系
问题 (428)
39. 如何确定利用计算机犯罪所造成的财产损失数
额和其他危害后果 (433)

上编 计算机犯罪总论

第一章 计算机犯罪的概念和类型划分

1. 计算机犯罪的特点^①

从 1946 年世界上第一台计算机问世至今^②，计算机的发展已进入了第四代，在四十多年的时间内它经历了许多变化，从第一代电子管式计算机（1946—1958）、第二代晶体管计算机（1959—1963）、第三代集成电路计算机（1964—1969）、第四代大规模集成电路计算机（1970 年至今），其功能及发展速度、在社会中的应用程度及人们对其的依赖程度远远超出了人们的预想。计算机及计算机通信网络已经成为现今社会不可缺少的基本组成部分，它对于经济发展、国家安全、国民教育和现代管理都起着无可比拟的作用。计算机在给人类带来巨大社会效益和经济效益的同时，也潜移默化地改变着人类社会的生产方式和人们的生活方式，可以说，是计算机的出现和迅速普及，消除了家庭、社会以及国境线的限制，使人们真正开始进入信息社会和“天涯若比邻”的地球村时代。

① 本章所讲的计算机犯罪，实际上出于叙述的简洁而将所有涉及计算机或者说与计算机有关的犯罪均简称为计算机犯罪，这种提法与实践某些犯罪学方面的观点可以说是一致的，但是本文所提到的计算机犯罪却绝非使用此种定义，其具体含义笔者将在下一章中有详细论述。

② 参见魏晴宇主编：《计算机应用基础》，四川人民出版社 1992 年版，第 3 页。这里应当注意的是，从前曾有许多文献认为计算机产生于 1943 年，认为第一台计算机应当是 MARKI，这是不正确的。

一、计算机犯罪的产生与发展

任何事物都有其两面性，社会的信息化又使人类处于空前的困境之中，也即随着计算机在现代社会的迅速普及和人们对之的社会依赖性的日益增强，计算机犯罪开始出现。从世界范围内来看，计算机犯罪应当是开始于20世纪40年代末期，也就是开始推广计算机应用之时，首先是在军事领域，然后逐步发展到工程、科学、金融、银行和商业等民用领域^①。但是应当指出，这种观点可能仅仅是一种猜想，而无可以查证的案例加以证实。世界上第一例有案可查的涉计算机犯罪案例于1958年发生于美国的硅谷，但是直到1966年才被发现。在1966年10月，唐·B·帕克在美国斯坦福研究所调查与电子计算机有关的事故和犯罪时，发现一位计算机工程师通过篡改程序的方法在银行存款余额上做了手脚。这个案件是世界上第一例受到法律追诉的涉计算机犯罪。有的学者据此以为计算机犯罪最早发生于1966年10月^②，这种观点是不对的。但是即使是在此案被公开后，人们对于计算机犯罪也未加以特别的重视和关注，计算机犯罪的防范和惩治方面的研究一直也未提上日程。

到了70年代中期，全世界的计算机犯罪开始大幅度增长，并且势头猛烈，呈直线上升之势。就全世界范围内来言，每年以10~15%的速率增长，据报道，在西方一些发达国家，计算机犯罪的发现数量每年都要翻一番，而个别发达国家和高技

① 参见殷伟、张莉著：《手把手教您计算机安全技术》，电子工业出版社1997年版，第3页；康树华主编：《犯罪学通论》，北京大学出版社1992年版，第330页。

② 参见常远：《计算机犯罪的回顾和预测》，载《法律科学》1991年第3期。

术地区的增长率则远远高于这个比率,例如法国为 200%,美国的硅谷地区为 400%^①。但实际上有的学者认为,所发现的案件估计只占有实际发生案件数量的 5~10%,甚至有人认为仅为 1%,而在已经发现的案件中,近 44%的案件只是偶然才被发现的;发现后向警方报案的仅为 5~18%左右^②。

在欧美一些国家里,计算机犯罪已经成为一个十分突出的社会问题,美国迄今因计算机犯罪所造成的损失在千亿美元以上,年损失在几十亿至上百亿美元,平均每起的犯罪数额为 45 万美元^③。联邦德国、英国的年损失额也是几十亿美元。而在英国,据统计平均每 40 秒种就发生一起计算机诈骗案。亚洲国家和地区在计算机的使用和普及程度上普遍低于西方国家(日本等发达国家除外),但是目前计算机犯罪的问题也日趋严重。在发达国家和地区,如新加坡、日本、香港等最为突出。据有的学者统计,仅以日本的利用现金自动支付机所实施的犯罪为例,1975 年仅为 8 起,1979 年达 187 起,1980 年为 212 起,1981 年为 288 起,1982 年为 427 起,1983 年为 642 起,八年内增长了 80 余倍,增长幅度可谓十分惊人^④。

进入 80 年代以来,全世界范围内的计算机犯罪案件更是与日俱增,发案率迅速上升,平均年增长率达到 30% 左右,在个别高技术集中地区,发案率更高,而且呈直线上升趋势和

① 参见康树华主编:《犯罪学通论》,北京大学出版社 1992 年版,第 330 页。

② 参见冯树梁主编:《中国预防犯罪方略》,法律出版社 1994 年版,第 550 页。

③ 参见殷伟、张莉编著:《手把手教您计算机安全技术》,电子工业出版社 1997 年版,第 11 页。

④ 参见康树华主编:《犯罪学通论》,北京大学出版社 1992 年版,第 330 页。