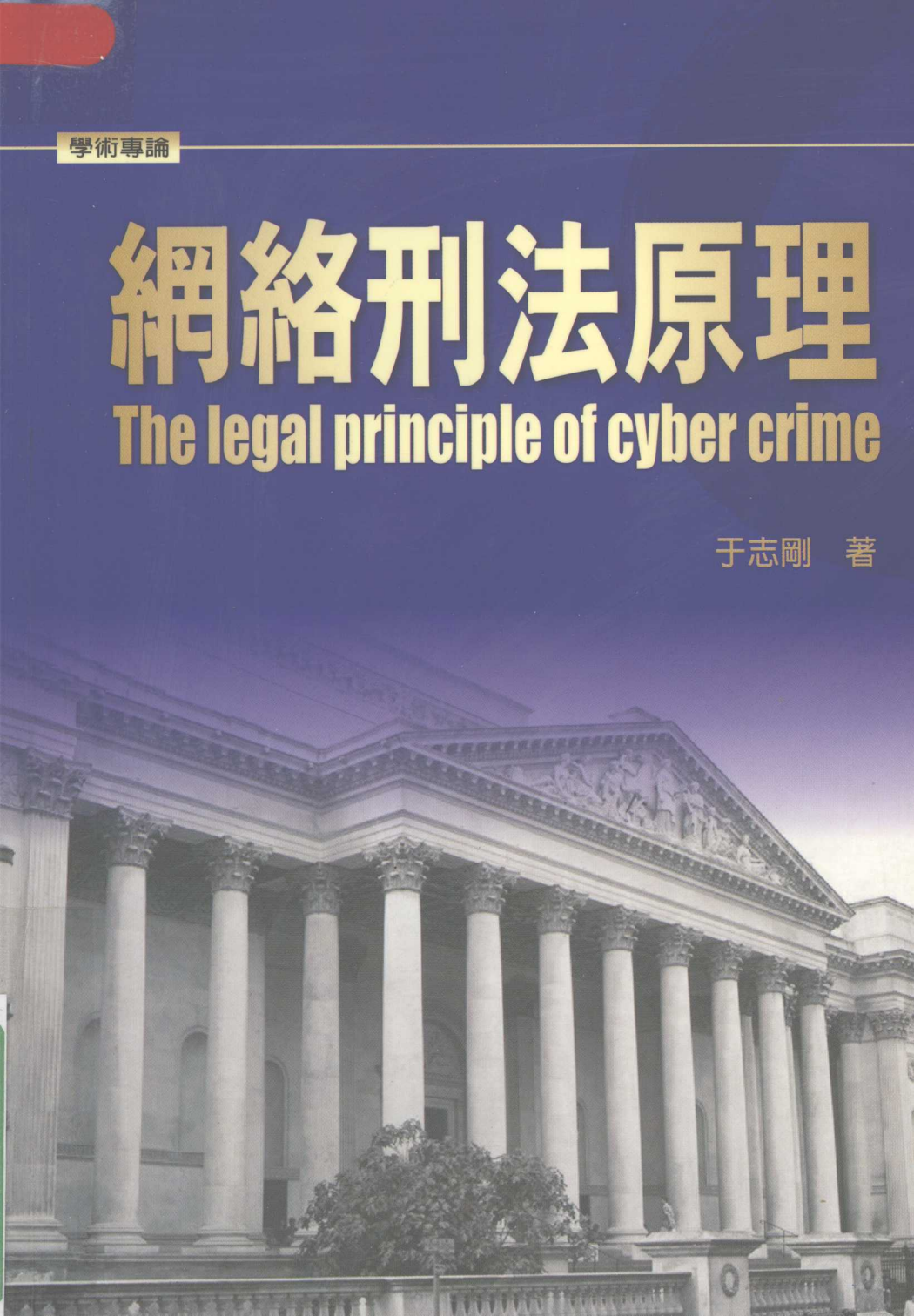
學術專論

網絡刑法原理

The legal principle of cyber crime

于志剛 著



網絡刑法原理

于志剛　著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

網絡刑法原理／于志剛著. -- 初版. --臺北市：于志剛出版：元照總經銷, 2007[民 96]
面； 公分

ISBN 978-957-41-4323-8（平裝）

1.資訊-法規論述 2.電腦犯罪 3.網際網路

312.9023 96002318

網絡刑法原理

5X001PA

2007 年 3 月 初版第 1 刷

作　　者　于志剛

出 版 者　于志剛

總 經 銷　元照出版有限公司
100 臺北市館前路 18 號 5 樓

網　　址　www.angle.com.tw

定　　價　新臺幣 400 元

訂購專線　(02)2375-6688 轉 503　(02)2370-7890

訂購傳真　(02)2331-8496

郵政劃撥　19246890 元照出版有限公司

登記證號：局版台業字第 1531 號　ISBN 978-957-41-4323-8

ISBN: 9789574143238
人民币价: 250

自　序

現代刑法及其理論，源於農業社會，而成熟和完備於手工社會。但是，在迅猛發展的資訊社會，刑事立法及理論已經略顯滯後。新技術的繼續出現和迅速普及應用，是難以否認的事實。傳統刑法規則的漸進性增容和刑法理論的擴張性解釋或者變革，對於所有刑法學者都將是一種不得不接受的前景。因此，如果刑法學者故步自封和盲目樂觀，在技術普及性和技術依賴性日益增強的現實社會，將會影響刑法理論的時代性更新和刑法規則的現實性調整。

涉及網絡刑法的理論研究，源於多數刑法學者的技術欠缺，無論是在臺灣還是在中國大陸，基本上都是理論滯後於現實，立法脫離於實際罪情，只是程度之差異。以網絡技術的發展來看，中國大陸和臺灣基本上同步的，由此導致的網絡犯罪之罪情，也基本相似。因此，關於網絡刑法的研究結論，相互借鑑和應用之可能性，也較傳統刑法更高。著者希望本書在臺灣地區出版，能夠引發更多讀者關注電腦犯罪及相關刑法理論，並能夠有更多人共同致力於電腦犯罪的合力研究。

本書得以如期付梓，應當感謝元照出版公司諸多朋友的辛苦努力，也感謝所有為本書付出過辛勞的朋友。

于志剛

目　錄

第四章　電子郵件的刑法保護

第五章　QQ號的刑法保護

第六章　「流氓軟體」的刑事責任

第七章　網絡空間中「使用盜竊」的入罪化

第八章　網絡虛擬背景下的風化犯罪

第一章　網絡刑法概述

第一節　中外網絡刑事立法現狀

從1946年世界上第一台電腦問世至今，[1]電腦的發展已進入了第四代，在四十多年的時間內它經歷了許多變化，從第一代電子管式電腦（1946-1958）、第二代電晶體電腦（1959-1963）、第三代積體電路電腦（1964-1969）、第四代大型積體電路電腦（1970年至今），其功能及發展速度、在社會中的應用程度及人們對其的依賴程度遠遠超出了人們的預想。電腦及電腦通信網絡已經成爲現今社會不可缺少的基本組成部分，它對於經濟發展、國家安全、國民教育和現代管理都有無可比擬的作用。電腦在給人類帶來巨大社會效益和經濟效益的同時，也潛移默化地改變著人類社會的生產方式和人們的生活方式，可以說，是電腦的出現和迅速普及，消除了家庭、社會以及國境線的限制，使人們真正開始進入資訊社會和「天涯若比鄰」的地球村時代。任何事物都有其兩面性，社會的資訊化又使人類處於空前的困境之中。隨著電腦在現代社會的迅速普及和人們對之的社會依賴性的日益增強，電腦犯罪開始出現。

一、國外關於網絡犯罪的刑事立法

作爲高科技犯罪的網絡犯罪產生後，其準確定性、合理量刑以及能否適用傳統法律，曾經是長期困惑各國刑事立法和司法機

1　參見魏晴宇主編：《計算機應用基礎》，四川人民出版社1992年版，第3頁。這裡應當注意的是，從前曾有許多文獻認為電腦產生於1943年，認為第一台電腦應當是MARK1，這是不正確的。

關的疑難問題之一。伴隨著網絡犯罪發生率的持續上升，各國紛紛開始制定專門的網絡犯罪懲治法案。1973年瑞典通過了世界上第一部保護電腦的法律《瑞典國家資料保護法》，這是世界上第一部涉及電腦犯罪刑事懲罰條款的法律。該法以保護私人資料的權益爲目的，對資料的未經許可訪問、收集、處理、複製、儲存、傳輸、使用、修改、銷毀以及定罪等都作了法律規定。[2]

綜觀對於電腦犯罪有明確性刑事立法的國家，其立法方式各不相同。基本上有三種方式，一是直接規定於刑法典之中；二是制定懲治電腦違法犯罪行爲的單行法律；三是在有關行政法律法規中設置刑事條款。

㈠網絡最發達的國家——美國

美國是世界上擁有電腦及網絡最多、應用最爲廣泛、普及程度最高的國家。早在1965年，美國政府就以總統行政辦公室發布內部通知的形式採取措施保護電腦安全。1970年，美國頒佈了《金融秘密權利法》，對一般個人或者法人銀行、保險業以及其他金融業的電腦中所儲存的資料規定了必要的限制，禁止在一定時間內把有關用戶的「消極資訊」向第三者轉讓。1973年美國召開了首屆電腦安全與犯罪會議。1977年美國參議員亞伯拉罕・利比柯夫向國會提出了「聯邦電腦系統保護法案」，雖然該法案未獲得通過，但是起了拋磚引玉的作用。1978年美國佛羅里達州在此基礎上率先在美國各州中制定電腦犯罪防治法，即《佛羅里達電腦犯罪法》。[3]

1984年8月，美國通過了《僞造存取手段及電腦詐騙與濫用法》，從而對於聯邦刑法典進行了修改，將非法使用電腦和損壞

---

2 參見安德魯・博薩著，陳正雲、孫麗波等譯：《跨國犯罪與刑法》，中國檢察出版社1997年版，第59頁；康樹華主編：《犯罪學通論》，北京大學出版社1992年版，第337頁。

3 即美國佛羅里達州議院第1305號議案，參見《佛羅里達法規》第815章。

資料的行爲規定爲犯罪。[4]在其他聯邦法律中，與電腦犯罪有關的有：1974年的《個人秘密法》，1978年的《防止向國外的不正當支付法》、《資金電子調撥法》、《金融秘密法》，1986年的《電子通信秘密法》，1987年的《電腦安全法》，1989年的《電腦病毒消除法》等等。這些法條的共同特點是，重新界定財產的定義，包括無形財產和電腦資料。大多數法律規定對未經許可的訪問或者使用資料進行詐欺的行爲進行懲罰，如同對破壞、塗改、濫用行爲懲罰一樣。在規定形式上，這些法律或者規定爲新的犯罪行爲，或者再規定已在刑法典中規定的內容。[5]近年來，美國幾乎所有的州都頒行了自己的網絡犯罪懲治法規。

㈡其他發達國家的刑事立法

世界其他國家也紛紛制定有關網絡犯罪和電腦資訊系統安全的法律和法規。1986年德國頒佈的關於防止經濟犯罪法規定了詐欺，尤其是信用卡詐欺、電腦間諜、海盜、電腦破壞和非法使用方面的內容；法國1988年頒佈的資訊管理法規定了不誠實地進入程式或者在電腦系統功能中設置障礙，干擾資料的完整性和真實性，僞造和使用電腦方面的內容；英國1981年頒佈的僞造和變造法，對上面或者裡面儲存或者紀錄資訊資料的僞造的儀器、磁片、磁帶、音帶或者「其他裝置」進行了界定；加拿大1985年刑法典修正案已經涉及到未經許可的截取資訊或者破壞電腦設備和信用卡詐欺行爲，在它的規定中，「憑證」在涵義上包括電腦系統；丹麥1985年「破壞資料懲罰法」規定了電腦詐欺、破壞和未經許可進入程式方面的內容；1987年日本在刑法中增訂了懲治電腦犯罪的若干條款，並規定了較重的法定刑。希臘於1988年頒佈

4　參見趙廷光：《資訊時代、電腦犯罪與刑事立法》，載高銘暄主編：《刑法修改建議文集》，中國人民大學出版社1997年版，第691頁。

5　參見安德魯・博薩著，陳正雲、孫麗波等譯：《跨國犯罪與刑法》，中國檢察出版社1997年版，第59頁。

的有關法律對於非法侵入電腦及非法使用、洩露電腦記憶體資料秘密作了特別懲罰規定；澳大利亞也頒佈了有關此類的法律，但均爲地區性法律。其中，適用於北部地區的有關法律於1983年頒佈，主要是涉及對「有詐騙企圖、非法更改、僞造、刪除或者破壞任何資料的行爲」的懲治；適用首都地區的法律於1985年頒佈，主要涉及對「不正當使用或者讓他人使用電腦或者其他機器，試圖爲其自己或者其他人獲取利益，或者給他人造成損失的行爲」；但是，後來修正通過的1914年澳大利亞犯罪法在第76條中，明確規定了「傳輸設備」、「聯邦電腦」等詞語的涵義，並對六類網絡犯罪加以詳細的規定。

㈢開發中國家的刑事立法

開發中國家關於網絡犯罪的刑事立法，也值得關注。例如，非洲國家迦納和摩洛哥懲治電腦犯罪的刑事立法，也頗有特色。

迦納雖然經濟不發達，但是依然在積極進行懲治和防範電腦犯罪的刑事立法的準備工作。1981年迦納臨時國防會議起草了迦納電腦犯罪法草案，該法除了規定各種專有名詞的法律涵義以外，還具體規定了以下罪名：*1.*與電腦有關的詐欺罪：任何人以故意欺騙爲目的而：⑴更改、毀壞、破壞或者篡改儲存於電腦或者電腦聯繫中使用的資料或者程式；⑵以任何手段獲得儲存於電腦中的資訊，爲自己或者他人利益而給任何他人帶來不利而使用該資訊；利用電腦犯罪。或者，任何人爲本人或者他人獲得利益，或者破壞他人利益的目的，而訪問全部或者部分儲存於電腦或者在電腦聯邦中使用的程式或者資料，消除或者更改電腦程式或者資料均視爲違法。*2.*破壞電腦資料罪：任何人以任何手段，未經批准，故意破壞、毀壞、損傷、更改或者使儲存於電腦或者在電腦聯繫中使用的資料失效，應當視爲違法。*3.*擅自使用電腦罪：未經批准故意違法使用電腦。*4.*擅自訪問電腦罪：未經批准故意違法訪問電腦、電腦網絡或者其任何部分者。*5.*當作資料輸

入僞造的資訊罪：任何故意欺騙，以任何手段向電腦或者電腦網絡引進或者被引進、錄製或者被錄製、儲存或者被儲存假的或者會使人誤解的資料的資訊，視爲違法。或者，某人未經批准瀏覽儲存於在電腦聯繫中使用的全部或者部分電腦程式或者資料，並因輕信增添、刪除或者改變程式或者資料而損壞他人的利益，視爲違法。6.引進、錄製或者儲存資料的不正行爲罪：被授權的任何人將公認資料引進、錄製或者儲存於電腦或者電腦網絡中，卻因疏忽職守或者未盡職守，視爲違法。或者，被授權的任何人將資料引進、錄製或者儲存於電腦或者電腦網絡中，卻因疏忽職守或者未盡職守，視爲違法。7.允許未被授權者使用電腦資料罪：被授權的任何人有意或者蓄意濫用電腦資訊而進入未被授權而利用此資訊去獲益的他人手中，視爲違法。觸犯以上法條者，應當即刻定罪，處以兩年以下監禁或者法令最大限額以下的罰金或者兩者併罰；或者，根據被控告定罪，處以十年以下監禁或者無限額的罰金，或者兩者併罰。

摩洛哥政府正在起草一項「電子犯罪法案」，根據這項法案，任何非法進入國家和企業資訊處理系統者，都將被判處六個月監禁和五千到二萬迪拉姆（10迪拉姆約合1美元）的罰金，其中對資訊處理系統造成破壞或影響其正常運轉者，將被加重判處二年監禁和五萬到五十萬迪拉姆罰金。合法進入資訊處理系統，但卻不顧規定擅自刪除、增添和修改系統資料的行爲，也將被視爲犯罪，犯罪者會被判處三年到五年監禁和五萬到二十萬迪拉姆罰金。而對於在公眾網頁張貼虛假資訊和誹謗他人資訊的人，法案也明確規定將被判處二年到十年監禁和十萬到一百萬迪拉姆罰金。此外，任何設計系統或伺服器用作生產盜版產品工具者，都將被判處二年到十年監禁和五萬到二十萬迪拉姆罰金。而有意利用盜版軟體阻撓和干擾資訊處理系統正常運轉者，也將被判處二年到五年監禁和五萬到十萬迪拉姆罰金。

二、國際社會懲治網絡犯罪的刑事立法

世界各個國家和地區的電腦使用範圍和普及程度高低不同，導致各個國家和地區的電腦犯罪率相差較大，尤其是在電腦使用率較低的國家中，針對本國的電腦犯罪發生率非常低，通常都是透過電腦網絡對他國的電腦系統實施攻擊或者實施其他犯罪行爲。這一方面導致電腦犯罪的跨國司法協助制度和引渡制度的建立與完善顯得越來越重要，另一方面也顯示了一個實際難題，即一些國家將電腦犯罪明確加以規定，而另一些國家則根本不承認電腦犯罪。這顯然使得引渡或者跨國的司法協助難度大大增加。

㈠有關電腦犯罪的國際立法進程

電腦犯罪尤其是網絡環境獨有的國際化特點，導致一些國際公約中所設定的刑事犯罪，愈來愈涉及國際網際網路，例如，《聯合國禁止非法販運麻醉藥品和精神藥物公約》中規定的毒品買賣、洗錢犯罪等，已在Internet大量出現。同時，某些網絡環境特有的犯罪，例如非法侵入電腦資訊系統罪等，危害性日益增大，正在成爲危及全人類發展和國際社會安全的國際犯罪。基於以上因素，國際社會一直較爲關注對電腦犯罪的懲罰與防範，有關電腦犯罪的國際立法努力和建立獨立刑事司法協助體系的努力持續多年。

1983年OECD（經濟合作暨發展組織）開始研究利用刑事法律對付電腦犯罪或者濫用的國際協調的可能性，1986年發表了「與電腦相關的犯罪：法律政策分析」報告，建議成員國對現行法律和法規進行改革，透過增加有關懲處電腦犯罪的條款來阻止和懲罰諸如電腦詐騙和僞造、改變電腦程式和資料、資訊竊聽、侵犯版權、修改電腦功能及破壞通信系統等犯罪行爲。

繼經合組織的報告發表之後，歐盟開始研究幫助立法者確定什麼行爲應受刑法禁止及如何禁止等指標性問題。歐盟犯罪問題研究會電腦犯罪專家委員會（The Select Committee of Experts on

Computer—Related Crime of the Committee on Crime Problems）提出了諸如隱私保護、對電子貨幣進行全球範圍內的跟蹤、查封和在調查、起訴電腦犯罪等方面進行國際合作的建議。

1992年10月在德國的維爾茨堡舉行了關於打擊電腦犯罪的3個協作會議，非洲、亞洲、歐洲、美洲等國家的代表參加了會議。

1985年聯合國第7次防範犯罪及處罰罪犯會議後，聯合國秘書長組織起草了一個題爲「國際社會協調一致反對米蘭行動計畫中列出的各種形式犯罪的建議」的報告。這個報告在第42--44節討論了電腦犯罪問題。

在1990年聯合國第8次防範犯罪及處罰罪犯大會第12次全會上，加拿大代表二十一個成員國提出了一項關於打擊電腦犯罪的草案，該草案在第13次會議上通過。草案建議，如果可能，各成員國可以考慮採取包括改進刑事和程序法律、改進電腦安全措施、培訓專業司法人員等方面的內容。

實際上，國際刑法理論界也比較關心電腦犯罪的懲治與防範問題。1994年9月10日在里約熱內盧通過的《關於電腦犯罪及其他危害資訊技術的犯罪問題的決議》，在實體刑法方面提出了諸如電腦詐欺、電腦僞造、破壞電腦資料和電腦程式、故意毀壞電腦等電腦犯罪的具體建議。

㈡國際反電腦犯罪公約的簽署及其過程

網絡的特點導致網絡犯罪與傳統犯罪的重要區別，就在於其可於迅即間同時發生在或者跨越多個國家甚至全球，因此，它屬於一種「無國界」的犯罪。但是與此同時，國家的法律管轄權是有限的，各國在與網絡犯罪這種非傳統犯罪抗爭的過程中，首先面臨的是如何對網絡犯罪進行有效管轄以及如何協調國家間管轄權衝突而引起的難題。單靠一國的努力，或各國各自爲政，不可能有效控制網絡犯罪。如何協調各國的刑事法（包括實體法和程序法），並在即時資料收集、通信資料的快速保存和披露、電子

證據保全、相關資訊的交流等具體偵察措施方面建立起一套有效的國際合作機制，是解決這一難題的關鍵。這就要求各國應在打擊網絡犯罪方面加強國際合作，進而達成國際規則以應付挑戰。

以聯合國爲代表的國際組織在推展控制網絡犯罪的國際合作進程中發揮了積極作用。聯合國的相關機構長期以來對與電腦相關的犯罪進行研究，以期制定共同標準，協調各國打擊網絡犯罪的行動，以此爲基礎聯合國第8屆預防犯罪和罪犯待遇大會通過的《關於預防和控制與電腦相關犯罪手冊》。以此爲背景，區域性的國際組織也在採取實際行動促進成員國的國際合作。歐洲理事會所制定的網絡犯罪公約正是在這種背景下公布的。

2001年11月23日，歐洲理事會在匈牙利布達佩斯議會召開的網絡犯罪大會上舉行了《關於網路犯罪的公約》（Convertion on cyber crime）的開放簽署儀式。歐洲理事會網絡犯罪大會於2001年11月22日正式召開，二十六個與會的歐洲理事會成員國簽署了公約，以加強在打擊電腦犯罪方面的合作。加拿大、日本、南非、美國，作爲4個參與幫助公約草案起草的國家，也參加了大會並在協定書上簽字。根據公約規定，其他非歐洲理事會成員國可在其後受理事會邀請簽署該公約。

1997年4月至2000年12月間，網絡空間犯罪專家委員會舉行了10次全體會議，其草案專家組舉行了十五次會議。作爲所有努力的結果，公約草案及其說明備忘錄於2000年4月被發布到網際網路上。這在國際法律文件的起草過程中是極不尋常的，爲的是讓有關專家、網絡使用者及從業者提出意見，以方便公約作進一步修正。在以後的數月裡，草案經過了多次修改，直至第27稿。其間，歐洲理事會諮詢議會對此案文進行了廣泛的討論，美國、加拿大等國也參與了起草和修改。最終，部長委員會在2001年11月8日正式批准了公約條文。另外，此草案後還擬定增補一項附加議定書，將通過電腦網絡傳播種族和仇外言論的行爲規定爲犯罪。該議定書已於2002年1月開始起草，並於3月完成了第2稿。公約草

案本身被定於同月23日在布達佩斯召開成員國大會，將公約提供給成員國及觀察員國（加拿大、日本、南非、美國）簽署。

三、中國大陸和香港、澳門地區的刑事立法

隨著網絡的普及程度日益增加，中國大陸開始注意到電腦犯罪的嚴重危害，除了加強對於涉及電腦的侵犯知識產權等犯罪的法律懲治和有關司法解釋外，也較早地開始注意有關電腦犯罪的懲治法規。

㈠中國大陸懲治網絡犯罪的刑事立法的緣起、發展與現狀

1983年，國務院批准在公安部組建電腦管理和監察司，負責全國電腦安全工作。明確規定該司的職責之一是負責起草電腦安全規章、法規、法律及研究偵破電腦違法犯罪案件。並於1988年正式完成了《中華人民共和國計算機資訊系統安全保護條例》（草案）的起草工作。[6]但由於時機的不成熟，該條例直到1994年2月18日才最終得以實施。該條例沒有規定具體的電腦犯罪的罪名，但是第24條規定，對於違反本條例的規定構成犯罪的，依法追究刑事責任。而該條例中有關電腦資訊系統安全的非法行爲包括以下兩個方面：一是故意輸入電腦病毒以及其他有害資料危害電腦資訊系統安全的，或者未經許可出售電腦資訊系統安全專用產品的行爲（第23條前半段）；二是有危害電腦資訊系統安全的其他行爲的（第20條第7項）。

1. 專門性刑事立法的起草

隨著電腦犯罪發生率的不斷增加和新刑法典修改日期的臨近，公安部開始著手起草有關電腦犯罪的專門性法條，建議立法

6　參見馮樹梁主編：《中國預防犯罪方略》，法律出版社1994年版，第566頁。

機關將其規定納入於1997年通過的刑法典中。1996年8月，公安部修改刑法領導小組辦公室通過了《危害計算機資訊系統安全罪方案》（草稿）。[7]該草稿根據中國大陸涉及電腦犯罪的現狀和發展趨勢，並參考國外立法經驗，建議在刑法分則侵犯財產罪或者妨礙社會管理秩序罪中，設置危害電腦資訊系安全罪的條文。

具體而言，包括以下條文：「其一，非法侵入電腦資訊系統罪。未經許可，擅自侵入國家事務、經濟建設、國防建設、尖端科學技術領域的電腦資訊系統的，處五年以下期徒刑、拘役，可以單處或者並處罰金。其二，竊取電腦資訊系統程式、資料罪。以獲取非法利益爲目的，竊取電腦資訊系統程式、資料、口令、密碼的，處三年以下有期徒刑、拘役，可以單處或者並處罰金；造成嚴重後果的，處十年以下有期徒刑，可以並處罰金。其三，破壞電腦資訊系統程式、資料罪。刪除、加密、修改、干擾、中斷電腦資訊系統程式、資料，或者製作、傳播有害程式，足以影響電腦資訊系統正常運行的，處五年以下有期徒刑、拘役，可以並處罰金。破壞國家事務、經濟建設、國防建設、尖端科學技術領域的電腦資訊系統，造成嚴重後果的，處七年以上有期徒刑，並處罰金。其四，破壞電腦資訊系統設備罪。破壞電腦資訊系統設備、設施、部件或者資訊載體，足以影響電腦資訊系統正常運行的，處五年以下有期徒刑，可以並處罰金；造成嚴重後果的，處五年以上有期徒刑，並處罰金。其五，盜用電腦服務罪。以獲取非法利益爲目的，未經許可或者超過使用權限，使用電腦資訊系統提供的各類服務，情節嚴重的，處五年以下有期徒刑，可以單處或者並處罰金。」另外該草稿還建議，除以上條款外，對於利用電腦進行貪污、竊盜、詐騙，製作、傳播反動、淫穢文字、圖像等其他涉及電腦的犯罪行爲，可分別包含在刑法分則的其他

---

7 轉引自高銘暄、趙秉志編：《新中國刑事立法資料總覽》，中國人民公安大學出版社1997年版。