

东方法学丛书

网络 犯罪 研究

主编 杨正鸣

网络犯罪是一种犯罪形态，同时又是犯罪形态的全新发展，可以用法律进行规范和调整。网络犯罪研究，实际上是对“法”与技术的关系的把握，也是一项新的研究课题。

上海交通大学出版社

东方法学丛书

网络犯罪研究

主 编：杨正鸣

副主编：应培礼

胡继光

上海交通大学出版社

内 容 提 要

全书共分九章,对网络犯罪分别从概念、特征、文化、法制、证据、技术、防范,以及电子商务领域和金融领域网络犯罪的特殊性等方面进行深入的研究和论述;系统地总结了国内外网络犯罪研究的成果,具体地提出了实务工作可操作性的对策,为网络犯罪的后续研究奠定了基础,对我国信息工程的建设 and 有序管理、对创建有中国特色的网络管理防控体制,都将会产生积极的影响。

本书内容丰富、资料翔实,具有理论性与实践性互补、开拓性和首创性突出、前瞻性和指导性充分、系统性和专业性并重等特点,实用价值大,可读性强。它可供政法院校法律、侦查、治安等专业研究生、大学生及老师,以及公、检、法、司从事经济犯罪方面的工作者和研究者参考、阅读。

图书在版编目(CIP)数据

网络犯罪研究/杨正鸣主编. —上海:上海交通大学出版社,2004
(东方法学丛书)

ISBN7—313—03524—1

I. 网... II. 杨... III. 计算机犯罪—研究 IV. ① D914.04
② TP309.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 113977 号

网络犯罪研究

杨正鸣 主编

上海交通大学出版社出版发行

(上海市番禺路 877 号 邮政编码 200030)

电话:64071208 出版人:张天蔚

上海锦佳装璜印刷发展公司印刷 全国新华书店经销

开本:880mm×1230mm 1/32 印张:11.25 字数:320千字

2004年2月第1版 2004年2月第1次印刷

印数:1—2050

ISBN7—313—03524—1/TP·586 定价:19.00元

版权所有 侵权必究

东方法学丛书编委会

主 编:何勤华

副主编:顾功耘 游 伟 郑少华

编 委:(按姓氏笔画顺序排列)

王立民	王虎华	王嘉禔	叶 青	刘宪权
邱格屏	何勤华	岳川夫	郑少华	杨正鸣
张天蔚(交大)		张明军	张梓太	宣文俊
徐永康	顾功耘	游 伟	鲍正熙(交大)	
傅鼎生	殷啸虎			

总 序

在世纪转换的历史时刻,中华民族前所未有地感受到了实行法治对国家发展和强盛的重要意义;在千年更替的重要关头,中国人民也更加坚定地确立了法治的目标。1999年3月,九届全国人大第二次会议通过的《宪法修正案》,把“依法治国,建设社会主义法治国家”的基本方略载入了宪法,勾画出了我国法治建设在新世纪发展的宏伟蓝图。

法治目标的实现,需要全体公民的共同努力,更需要法学研究者和法律工作者的不懈追求。法律高等院校一方面承担着培养法律专业工作后备力量的重任,同时也是法学研究的一支重要力量。华东政法学院是司法部属普通高等院校之一,拥有一支法律教学和研究的师资队伍,长期以来,许多教师在从事法律教学工作的同时,辛勤地耕耘在法学研究的园地,并取得了一批成果,不仅为立法和司法实践提供了不少卓有价值的建议,也在法学理论研究方面提出了一些富有创见的观点。这些研究反过来又促进了教学质量的提高,它证明了法学研究和法学教育相互依存、相互促进的关系。

法学理论研究应当为法制建设服务,这是不言自明的道理。我国的法制建设在最近20多年取得了令世人瞩目的巨大进步和飞速发展,丰富多彩的法律实践和法治活动为法学理论工作者提供了一展身手的宽阔舞台和任意驰骋的广袤天地,也向法学研究人员提出了大量亟待解决的课题,这些都是法学研究走向繁荣的不可缺少的原动力和必要条件。

法学理论研究应当为法制建设提供指导,这是法学理论工作者必须承担的职责。我国的法治实践是在独特的历史背景和现实条件下进行的。一方面我们拥有上千年陈陈相因、绵延不绝的中华法系的传统,这一传统在近代以来却遇到了西方法律制度的巨大冲击与严峻挑战而几近中断;另一方面我们在建设社会主义现代化强国和构建社会主义

市场经济体制的过程中,又需要形成有自己特色的法律体系,而这一法律体系又必须能积极应对当今世界的共同法律规则。这些都要求我国的法学研究具有更高的立意、更广阔视野和更新颖的理念。

正是基于上述认识,华东政法学院和上海交通大学出版社联手推出了这套《东方法学丛书》,以期尽自己绵薄之力,推动我国法学研究的开展。丛书取“东方”之名,是因为中国处于世界之东方,而上海又位居中国之东方,华东政法学院地处上海,原司法部部长、现任最高人民法院院长的肖扬同志曾称誉华东政法学院为“法学教育的东方明珠”,以“东方”二字来命名,固可区别于其他各种法学丛书,更期望能借得风气之先的这块宝地之地利,为我们这套丛书更多地汲取来自于生活这棵常青之树的养分。

收入这套丛书的著作均为华东政法学院教师的学术专著,这些著作中的观点不一定成熟,但却凝聚了作者对有关法律问题的思考。而且我们也想借丛书出版的机会,广泛地征求各方面的意见,使作者们在此基础上,能进一步深入研究,为我们奉献出更多更优秀的学术成果。

东方法学丛书编委会

前 言

本书为司法部重点科研项目和上海市教委科研项目课题成果的结合。

全书共分九章,从不同的角度来对网络犯罪进行透视,加大了理论的广度和深度:一是网络犯罪概念论;二是网络犯罪特征论;三是网络犯罪文化论;四是网络犯罪法制论;五是网络犯罪证据论;六是网络犯罪技术论;七是网络犯罪防范论;八是电子商务领域网络犯罪论;九是金融领域网络犯罪论。

本书具有内在的逻辑体系,首先从网络犯罪的概念研究着手(网络犯罪概念论),揭示网络犯罪作为一种新的犯罪形态的内涵和外延,进而阐明网络犯罪的特征(网络犯罪特征论),这两部分是对网络犯罪的表层研究;接下来追根溯源,对网络犯罪的文化氛围进行剖析(网络犯罪文化论),这是网络犯罪内在的深层根源;然后从各国法律制度层面的比较上探悉对网络犯罪应有的法制体系(网络犯罪法制论);而网络犯罪要纳入法制调整的轨道,应当遵循证据基础上的法律运作的特殊程序,因此进一步研究网络犯罪中网络证据的重要性和特殊性(网络犯罪证据论);网络犯罪作为一种高科技犯罪,无论是犯罪手段、方式,还是作为犯罪外化的证据形式,其技术含金量相对较高,因此网络犯罪的技术分析就必不可少(网络犯罪技术论);无论是对网络犯罪表层的分析、深层的研究,还是制度的探讨、程序的运作、技术的分析,都是为了能综合运用,预防和遏制网络犯罪(网络犯罪防范论);最后在两个较为特殊的领域对网络犯罪的特殊性进行了研究(电子商务领域网络犯罪论和金融领域网络犯罪论)。

全书自始至终秉承了将网络犯罪纳入法律调整轨道的研究方向和基本观点,网络犯罪是一种犯罪形态,是应当并且可以用法律来进行规范和调整的;同时,网络犯罪又是犯罪形态的全新发展,因此,传统的法

律为了实现对网络犯罪的规范,构建适应网络社会的全新社会关系,又必须做适当的、甚至是根本性的调整。对网络犯罪的研究,特别是从法律的角度进行研究,实质上是对作为上层建筑的“法”与作为经济基础的“技术”的这一对关系的把握。

本书具有理论性、实践性。当代蓬勃兴起的新科技革命,是迄今人类历史上规模最大、发展最快、影响最深的一次科技革命。网络产生是这场科技革命的核心内容,其带来的经济结构和生产方式的变革,为人类文明发展开辟了广阔的途径,引起了人们生活方式和世界面貌的巨大变化。但同时也体现了“双刃剑”的另一面,就是带来许多负面影响,网络犯罪就是负面影响中的关键问题。因此,研究网络犯罪,寻找其原因,依法治理,预防控制,是当今普遍关注的问题。本书就是在这种大背景下,既从理论上对网络犯罪进行了多层次、多角度、全方位的探讨,也对实际工作的大量案例进行了系统的分析并对实务工作的开展提出了许多中肯的建议。

本书的内容具有开拓性、首创性。虽然对于计算机犯罪研究的著作已有一定的规模,其中也不乏优秀之作,但是本书独具慧眼,不再局限于计算机犯罪,而是着眼于网络空间(亦称第五空间)中的犯罪,从网络犯罪的空间性进行研究,具有了更高的理论层次,这是具有开拓性的理论研究。同时,本书不局限于把网络犯罪作为犯罪学中的犯罪形态新发展来进行研究,而且涵盖了法理学、刑法学、证据学、网络技术学、民商法学等多个法学学科领域,多层次、多角度、全方位、综合地研究网络犯罪,不仅深入分析了现状、原因,而且提出了具体可操作性的对策,填补了犯罪学的空白,这是国内首创。

本书具有前瞻性、指导性。在立足于现状的基础上,顺应网络发展的趋势,在研究和撰稿过程中较好地突破了以下难题:

- (1) 在金融领域如何从管理制度、人员和技术装置等方面防范利用计算机网络盗窃、挪用金融机构资金、破坏网络资源的犯罪;
- (2) 如何防范以“黑客”手段,非法侵入或攻击计算机网络,截获或篡改计算机数据,危害信息安全的侵害行为;
- (3) 如何建立、健全和规范我国的网络安全管理机制,如何进一步

加强公共信息网络安全监察的职能及日常工作机制,进一步加强计算机信息系统的安全保护工作;

(4) 如何进一步完善我国计算机领域的法律、法规和行业规范,以消除立法的相对滞后性,运用法律手段来强化对网络的监控和执法,有效地预防、处置和打击网络犯罪,同时为保护计算机系统和网络的正常运行、健康发展提供法律保障。

本书具有系统性、专业性。目前,我国对网络犯罪的研究还处于起步阶段,缺乏系统化的研究,这种状况限制了我国网络事业的健康发展。正是着眼于此,运用系统论指导研究和本书的撰写。这里的系统包括,对国内和国外的理论研究和实践经验的系统研究、对理论和实践的系统把握、对犯罪学与法理学等其他学科知识的综合系统的运用、寻求理论研究和实践对策的系统化等等。同时,本书作为犯罪学的著作,在系统综合的基础上,又体现出较高的专业水平。通过对网络犯罪表象的分析、深层的研究,以及制度的探讨、程序的运作、技术的分析,课题组从犯罪学的专业角度提出了预防、处置、打击网络犯罪的系统对策。

由于本书的理论性与实践性互补、开拓性和首创性突出、前瞻性和指导性充分、系统性和专业性并重的特点,其价值意义是较为明显的。包括了:

(1) 全面系统地总结了国内外网络犯罪研究方面的成果,对开展以后的此方面的研究具有较大的参考价值。本书对国内外有关这方面的论述进行了全面的回顾和系统的总结,并在调研过程中得到了大量第一手的宝贵资料,在资料的使用上具有权威性。

(2) 为网络犯罪的后续研究奠定了较好的基础。本书已经在网络犯罪的概念、主体等角度进行了详尽的分析和论述,这就为网络犯罪的侦察、网络犯罪证据的提取和认定等方面的研究提供了条件。

(3) 对实务工作提出了较为系统的具体可操作性的对策。在课题研究和书稿撰写中,课题组就非常注意吸取实务部门和工作者的经验和教训,深入了解他们的要求,从理论和实践相结合的角度给出了大量中肯的建议和意见,受到了实务部门的欢迎。

(4) 对我国信息工程的建设、信息事业的发展及信息社会的有序管理都将产生积极的影响。我国的网络事业正在迅速发展,与此同时,网络犯罪也在以每年 30% 的速度递增。然而我国对网络犯罪的研究刚刚起步,对网络犯罪的预防、处置、打击对策措施缺乏针对性和时效性。在这种形势下,本书的研究成果将能直接转化为生产力,为我国信息事业发展做出贡献。

(5) 对创建有中国特色的网络管理防控体制有积极的影响,推动我国网络犯罪研究的前进,紧跟国际研究的发展步伐。对网络犯罪的系统化研究,既具有极大的理论意义,同样具有极大的实际应用价值。本书不但在分析总结中推动了研究的发展,还对网络管理监控等工作提出了指导意见,促进了有中国特色的网络管理防控体制的创建。

本书撰写分工:杨正鸣,第一章、第二章;夏菲,第三章;李长坤,第四章;徐扬,第五章;胡继光,第六章;谢志涛,第七章;孙海峰,第八章;应培礼,第九章。全书由杨正鸣、应培礼负责统稿,夏菲负责文字和校对。

本书的撰写尽管作者作了很大的努力,但可能还存在不尽完善之处,真诚希望专家和读者提出宝贵意见。对于关心和支持本书写作和出版的人士,一并表示感谢。

杨正鸣

2003 年深秋

网络犯罪研究

杨正鸣



教授，博士生。华东政法学院刑事司法学院院长，青少年犯罪研究所所长。兼任上海市社联委员，上海市犯罪学会秘书长，上海市社会治安综合治理研究所所长，上海市经济侦查专业委员会副主任，上海市刑侦学会理事，《犯罪研究》杂志社主编，《综治研究》主编。美国国际计划访问学者，英国卢顿大学访问学者。出版

《市场经济与犯罪问题研究》、《人身财产安全防范》、《侦查学》等专著，编著十几部，论文百余篇。被评为司法部优秀教师，上海市优秀青年教师，获上海市育才奖章。



试读结束：需要全本请在线购买：

www.ertongbook.com

115500/12

目 录

第一章 网络犯罪概念论	1
一、网络犯罪概念的历史分析	1
二、网络犯罪概念的界定	7
三、网络犯罪的现状和趋势	12
第二章 网络犯罪特征论	21
一、网络犯罪的特征	21
二、网络犯罪的原因	29
第三章 网络犯罪文化论	39
一、网络文化特征	40
二、网络犯罪之道德研究	50
三、网络犯罪之个体研究	65
第四章 网络犯罪法制论	79
一、网络犯罪评析之比较法的观察	80
二、我国网络犯罪刑事立法现况评析	94
三、网络犯罪对传统刑事立法与刑事法理论的冲突	106
四、网络犯罪刑事立法的完善	115
第五章 网络犯罪证据论	141
一、网络犯罪中证据的新观念	141
二、网络犯罪中的证据之价值分析	152
三、网络犯罪中的网络证据收集制度	161

四、网络证据的审查判断和采证制度	171
第六章 网络犯罪技术论	186
一、网络犯罪技术防范面临挑战	186
二、网络犯罪新技术防范研究	194
三、侵犯“INTERNET”和网络犯罪的技术防范	200
第七章 网络犯罪防范论	234
一、网络犯罪的防范概述	234
二、网络犯罪带来的新难题	236
三、网络犯罪的防范要略	242
第八章 电子商务领域网络犯罪论	272
一、电子商务犯罪现象和概念分析	273
二、电子商务犯罪的类型和特征	286
三、防治电子商务犯罪的对策	299
第九章 金融领域网络犯罪论	311
一、当前金融领域网络犯罪的特征	311
二、金融领域网络犯罪的原因分析	315
三、金融领域网络犯罪的类型和形态	322
四、防治金融领域网络犯罪的对策	334
主要参考书目	344

第一章

网络犯罪概念论

网络犯罪是当今普遍关注的问题,从世界各国看,它属于一种新的特殊犯罪形态。虽然从事这方面研究的专家、学者做了大量的工作,取得了可观的成果。但是,无论是犯罪学还是刑法学对此都缺乏大规模的深入研究。目前此领域还处于探索阶段。笔者认为,首要问题就是研究何谓网络犯罪,它与传统计算机犯罪的区别和联系,以此来界定网络犯罪的概念。

一、网络犯罪概念的历史分析

如果对网络犯罪概念从历史角度进行分析,就可以看出:网络犯罪概念是由计算机犯罪概念发展而来的。正是由于计算机技术的发展构成了网络的物质层面,没有传统的计算机犯罪研究这一前提,就很难研究和掌握网络犯罪的概念,理论的发展不能脱离其现实基础。另一个重要方面也是由治理网络犯罪实践所提炼、概括的。网络犯罪的起源有利于揭示网络犯罪的内涵,诚然,这方面许多问题仍然需要我们提高知识水平和研究水平来更好地掌握其内涵和外延。

关于计算机犯罪概念的问题,国外专家考虑问题的角度不同,研究方法也各异,因此,对这一概念的认识出现不同的观点。

欧洲合作与发展组织将计算机犯罪定义为:“在自动数据过程中,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行为。”这个定义涵盖了一切非正常自动数据的行为,没有将一般的违法行为和犯罪行为区别开来。美国司法部把计算机犯罪定义为:“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。”这一定义虽强调计算机技术和知识在犯罪中的工具性作用,但却把以计

算机为对象的犯罪排斥在外。^①

1977年德国学者齐德尔提出,以故意篡改、毁损、无权取得或无权利用电子计算机数据或程序,或者计算机设备的违法破坏财产法益的财产犯罪称为计算机犯罪。^②美国计算机安全专家唐·B·帕克认为,计算机犯罪的概念应包括三个部分:即计算机滥用——含有计算机的任何故意行为,在这一行为中,受害者遭受到或可能遭受到损失,犯罪者得到或可能得到好处;计算机犯罪——指在实施犯罪的过程中,直接涉及到计算机;与计算机有关的犯罪——在成功起诉的非法行为方面,计算机技术和知识起了基本作用。^③德国著名犯罪学家汉斯·施奈德认为,计算机犯罪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作为作案对象的犯罪行为。它有四种表现形式:①篡改输入数据或改变数据和数据程序;②计算机间谍;③破坏计算机;④偷用计算机和计算机时间。^④另一位德国学者渠本于1972年提出,凡是以计算机为犯罪工具或犯罪目的的所有犯罪行为都是计算机犯罪,1973年德国学者冯·米伦重申了这一定义。显然,施奈德与后两位德国学者观点认识上不尽一样。

瑞典从数据角度对计算机犯罪作了很有限的定义:侵犯个人隐私的行为为计算机犯罪,如未经允许建立和保存计算机私人档案;有关侵犯受保护数据的行为,如非法存取电子数据记录或非法修改、删除、采用这种记录,或准备侵犯数据等。这种定义并没有包括数据诈骗的全部内容,更没有包括对计算机信息系统的破坏等犯罪行为。^⑤

澳大利亚学者把计算机犯罪称为计算机滥用,并把计算机犯罪行为解释为与计算机有关的盗窃、贪污、诈骗、破坏活动。日本刑事厅在1987年修改了计算机犯罪的定义,现定义为“对非法连接计算机网络

① 胡卫平. 计算机犯罪初论. 政法论丛, 1997(5)

② 李兴安. 计算机犯罪适用问题初探. 研究生法学, 1992(3)

③ 于志刚. 计算机犯罪研究. 北京: 中国检察出版社, 1999

④ 刘广三. 计算机犯罪论. 北京: 中国人民大学出版社, 1999

⑤ 同上

系统的通讯电缆等附带设备的犯罪,以及所有改换、消除现金卡、信用卡的磁条部分的犯罪都属于计算机犯罪”。^①

美国华盛顿大学教授刘江彬认为,所谓计算机犯罪是指以计算机为工具采用非法手段使自己获利或使他人遭受损失的犯罪行为。^②另一位美国美利坚大学教授奥古斯特·比库艾认为,计算机犯罪是指以获取金钱、财物、服务和在政治上及工作上得到好处为目的,利用计算机进行诈骗、隐匿和伪造的犯罪行为。^③

日本学者板仓宏认为,计算机犯罪是与计算机相关联的一切反社会行为。^④另一位日本学者高石义认为,计算机犯罪是以计算机为工具,采用非法手段使自己获利或使他人遭受损失的犯罪行为。^⑤两位日本学者侧重点不一样,一个是宽泛的危害社会行为,一个是以工具作为依据来进行解释。

我国台湾学者习惯把计算机犯罪称为电脑犯罪,从笔者所查阅的资料上看,学者们意见基本上出入不大。有的认为,行为人滥用电脑或足以侵害电脑硬件软件行为,致形成与电脑特征有关之犯罪;有的则把计算机犯罪定义为,凡使用电脑为犯罪工具,而造成金钱、财物、资料及设备损害之犯罪行为;有的还认为,与“电脑有关”的犯罪,除了指计算机在整个犯罪中扮演工具角色,为犯罪行为之标的,或整个犯罪中扮演犯罪行为实在场所外,还必须具备下列计算机特征:①以计算机操作为要件;②与计算机资料、电子资料处理有关;③自动化的犯罪过程。^⑥

我国学者和专家从20世纪80年代开始涉及计算机犯罪研究,也取得了一定的成果,但对计算机犯罪的概念还没有统一的说法,概括起

① 刘广三. 计算机犯罪论. 北京:中国人民大学出版社,1999

② 刘江彬. 计算机法律概论. 北京:北京大学出版社,1992

③ 奥古斯特·比库艾著. 利用计算机犯罪. 殷国英译. 法学译丛,1985(1)

④ 板仓宏. 电脑与刑法. 法学论坛,1982(7)

⑤ 高石义. 电脑犯罪的防卫技术. 法学家,1985(4)

⑥ 孟燕菲. 刑法论丛(第2卷)·海峡两岸计算机的比较研究

来有下列十六种观点。

第一种观点认为：计算机犯罪就是指那种利用计算机辅助实施的犯罪。^① 这一点把“计算机”作为一种辅助的“犯罪工具”进行犯罪，强调计算机的“工具性”，有一定的代表性。

第二种观点认为：“以计算机为工具或以计算机资产为对象实施的犯罪行为。”并进一步解释说：“这里所指计算机信息系统(包括大、中、小、微型系统，也包括在犯罪进程中计算机技术知识所起的作用和非技术知识的犯罪)。犯罪一词包含危害社会和应处以刑罚的含义。”^②

第三种观点认为：计算机犯罪是指与计算机相关的危害社会并应当处以刑罚的行为。^③ 这里指出的是“相关”一词，比较模糊，不能确定，无法准确、科学地表述计算机犯罪的概念。

第四种观点认为：计算机犯罪指行为人运用所掌握的计算机专业知识，以计算机为工具或以计算机资产为攻击对象，给社会造成严重危害，并应受到刑法处罚的行为，计算机资产包括计算机硬件、软件，计算机系统中存储、处理或传输的数据及通信线路。^④

第五种观点认为：计算机犯罪是指针对和利用计算机系统，通过非法操作或其他手段对计算机系统内数据的安全完整性和系统正常运行造成危害后果的行为。^⑤

第六种观点认为：计算机犯罪是指行为人以电子计算机为工具，或以计算机自身(含硬件与软件)为攻击对象实施的行为。^⑥ 这里指出了计算机工具犯罪与计算机资产本身的犯罪，具有双重的含义。

第七种观点认为：计算机犯罪是指利用或者针对正在使用中的计

① 陈开琦. 计算机犯罪定义之我见. 现代法学, 1992(5)

② 计算机管理监察司. 计算机安全必读. 北京: 群众出版社, 1991

③ 信息技术革命立法探讨. 北京: 中国政法大学出版社, 1998

④ 王松江. 计算机的概念——兼评新刑法对计算机犯罪的规定·法制与社会发展, 1997

⑤ 孙铁成. 计算机与法律. 北京: 法律出版社, 1998

⑥ 周立权. 我国电脑犯罪的若干问题. 研究生法学, 1996(4)