刑事法律论丛
Series of Criminal Law

教育部人文社会科学研究项目经费资助
北京市社会科学理论著作出版基金资助

刘守芬／等著

技术制衡下的网络刑事法研究

Study on the Cyber Criminal Law under the Technology

北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

技术制衡下的网络刑事法研究

Study on the Cyber Criminal Law under the Technology

项目主持人
刘守芬

撰稿人
刘守芬　方　泉　叶慧娟
房树新　王　琪　申柳华
陈新旺　丁　鹏　林　岚

北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

北京市社会科学理论著作出版基金资助

图书在版编目(CIP)数据

技术制衡下的网络刑事法研究/刘守芬等著.—北京:北京大学出版社,2006.7

(刑事法律论丛)

ISBN 7-301-10884-2

Ⅰ.技… Ⅱ.刘… Ⅲ.计算机犯罪-刑法-研究 Ⅳ.D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 076982 号

书　　名:技术制衡下的网络刑事法研究

著作责任者:刘守芬　等著

责 任 编 辑:陈新旺

标 准 书 号:ISBN 7-301-10884-2/D·1529

出 版 发 行:北京大学出版社

地　　址:北京市海淀区成府路 205 号　100871

网　　址:http://www.pup.cn

电　　话:邮购部 62752015　发行部 62750672　编辑部 62752027

出版部 62754962

电 子 信 箱:law@pup.pku.edu.cn

印　刷　者:北京汇林印务有限公司

经　销　者:新华书店

650 毫米×980 毫米　16 开本　10.5 印张　175 千字

2006 年 7 月第 1 版　2006 年 7 月第 1 次印刷

定　　价:18.00 元

作者简介

刘守芬 女，1945年生，山东临朐人。现为北京大学法学院教授、博士生导师，中国法学会刑法学研究会常务理事、中国犯罪学研究会常务理事。在北京大学已有37年教龄，长年为本科生、研究生开设课程；主持国家、部委的课题5项，学校的课题1项；主编或参加编写的著作和教材三十余部，发表论文一百多篇；先后赴美国、新加坡、日本、加拿大、韩国等国家做访问学者、讲学或进行学术交流。

责任编辑　陈新旺

独角兽工作室
平　面　设　计

《刑事法律论丛》编委会

总　序

刑事法律是运用国家刑罚权同犯罪作斗争的法律规范的总称。在任何国家，刑事法律都是保卫国家安全、维护社会秩序、保护公民人身和财产的主要手段。自从有了法律，刑事法律就始终是法律门类中最重要的组成部分，甚至在中国古代，所谓法，几乎就是刑事法律的代名词。即使是在现代法治国家，刑事法律依然是法律体系中极为重要的部分，扮演着维护安全、秩序和自由的重要使命，围绕刑事法律的实施而工作的机构和人员依然是所有法律工作机构和人员中最庞大的组成部分。因此，对刑事法律的研究，理应在整个法学研究中占有重要的地位。

但是，从另一方面看，由于刑事法律是通过刑罚权的运用来维护安全、秩序和自由的，刑事法律的适用必然会给犯罪人（包括涉嫌犯罪的人）的权利和自由造成一定程度的损害，甚至包括人身自由权利的限制和生命权利的剥夺，刑事法律的适用有时还可能影响到犯罪嫌疑人或犯罪人以外的人的权利和利益，如对其家庭以及与其有利害关系的人的影响。而对这些权利的限制、剥夺和影响，同样直接关系到社会的安宁和秩序。

因此，刑事法律永远处在两种直接对立的利益的矛盾和冲突之中，永远面临着如何在两种对立的利益之间保持平衡以便使对社会的损害减少到最小的难题。破解这个难题是刑事法律研究永恒的主题。

刑事法律，涉及到刑事立法、刑事执法和刑事司法，也涉及到中国刑事法律、外国刑事法律和国际刑法及其相互之间的联系与衔接。刑事法律要运用逻辑的、规范的、注释的、实证的、比较的、历史的研究方法，从理念、制度、技术等不同的层面对刑事法律所涉及到的方方面面进行研究，必然会形成许许多多的研究成果。《刑事法律论丛》将是反映这类研究成果的一种形式。我们希望，《刑事法律论丛》的每一部论著，都应当是深思熟虑、言之有物、能够给人以启迪的经典之作，而不应当是急功近利、哗众取宠的草率之作；都应当是对实际问题进行深入研究，能够提出解决问题的建设性方案，从而有助于刑事立法的完善或刑事司法的正确实施或刑事法律理念的发展的有用之作，而不应当是文字游戏式的概念分析、空泛议论、不着边际、毫无实践意义和理论价值的浮夸之作；都应当是海纳百川、兼收并蓄、能够把理

想与现实结合起来、把国际准则和他国经验与中国实际结合起来进行理论创新的新颖之作，而不应当是东拼西凑、肤浅陈旧、低层次重复，或者照搬照抄某一种制度或理论，乱发议论的浅薄之作。这是我们的追求，也是对每位作者的企求。愿以此与所有刑事法律研究的学者共勉！

朱孝清

2005 年 9 月

前　言

《技术制衡下的网络刑事法研究》一书是教育部人文社会科学研究项目的最终研究成果。

面对愈演愈烈的网络越轨行为给各国带来的巨大破坏，越来越多的组织和个人认识到：面对造成严重危害的网络破坏行为，应当以刑事法来保护脆弱的网络，遏止迅猛发展的网络犯罪势头，以利网络技术的健康发展并更好地造福人类。

在本书中，我们就下列问题进行了研究并提出了自己的看法。

一是科学技术的发展引发刑法理论的变迁。科学技术的发展是遵循人类自身进化的路线前行的。今天的网络技术的隆兴正集中体现出扩展人类文明和智力能力的特点。然而，科学技术双刃剑的本性也越来越为人类所察觉，并认识到其对社会科学领域的重大影响。人们认识到，在人类关于犯罪与刑罚的观念及制度上，科学技术的发展对其产生的内在要求和外在制约清晰可辨。书中撷取了在刑法学界具有典型意义的德国刑法学中的犯罪论体系在一个多世纪的生成、发展、演变过程深受科学技术发展的影响历程，并解析出犯罪论体系的大致趋向——从存在（事实）中来，到规范（价值）中去，摆脱曾经的自然主义和晚近的技术理性的控制，在存在论与规范论之间找到犯罪论体系的并合之路。毕竟，刑法学是一门实证的社会科学，它不应局限于自身理论的逻辑体系中作循环论证，而应当切中社会发展的要求——法律（也包括法学理论）应充分表现出应有的前瞻性，介入技术社会，使之按照符合人类伦理、道德的方向发展。对于现代法治国家而言，如果说其他部门法建构技术社会的一般行为规则，那么，刑法作为保障法和伦理法，则对技术社会中的大是大非问题表达了最根本的态度，它决定着我们能否避免技术的滥用而危及我们的尊严、情感乃至生存的后果。在现代科学技术中，网络信息技术已经成为当代社会的普遍技术范式，它通过提供新的社会交往模式和对人类感官的延伸而将改变人的社会属性，对于人的行为、责任能力及其社会期许都会产生深层影响，而这恰恰是刑法学的当然研究内容。

二是技术环境下网络越轨行为犯罪化之正当性探讨。刑法作为国家的

保障法，是对违法犯罪活动最后的防范手段，它的谦抑性要求国家在对网络进行刑法保护时不能随意将网络行为犯罪化，应当清醒地认识到技术对网络刑法的制衡作用。在对国内和国外的网络越轨行为调查、分析的基础上，发现不同国家、国家内部不同机构所作的调查在侧重点上是有区别的，调查结果、反映出的问题也各有不同。但其中也反映出一些共性的问题，那就是普通民众对网络越轨和犯罪行为的认识和了解还是很不充分的。网络技术发达的国家，人们对此了解的相对多一些，但观点差异颇大；网络技术欠发达的国家，人们就了解得少一些，这类话题甚至不在人们关心的范围之内。这也符合存在决定意识的唯物主义认识论。网络越轨行为犯罪化之正当性探讨中首先需界定清楚网络社会、网络越轨行为的概念，然后就网络越轨行为的特性、对社会的危害以及现有刑事制裁和非刑事制裁力量的不足决定了将其犯罪化的正当性展开研究，但是，这种正当性并不是不可质疑的。在对这种正当性探求的背后，是对社会控制政策、人的思维模式、刑法及社会的价值取向等诸多深层次问题的思索和探求。在对网络越轨行为犯罪化的根源进行探讨中引入技术可能性的概念。技术可能性是期待可能性理论在网络空间中的延伸和深化。这说明网络时代更需要强有力的技术控制能力和理性控制能力来规制人类的行为。由期待可能性延伸出来的技术可能性的关键在于：在网络技术构建的网络社会里，行为人的能力经由网络技术的延展，应当包含其为适法行为的技术能力；而行为时的特定时空也由传统的物理空间变成了一个由网络信息技术构架的虚拟世界。应当说技术可能性在网络越轨行为犯罪化问题上的提前介入有其现实意义和理论意义，这也是由网络空间的技术特征所决定的。

三是对网络技术制衡下若干犯罪成立要件的考量。网络刑法中的技术制衡作用很重要地表现在分析网络犯罪犯罪构成的技术内涵，亦或称网络技术的广泛应用对犯罪成立要件的影响。

行为是犯罪成立不可或缺的要件。由于网络的出现，人们对行为的认识在许多情况下直接打上了网络信息技术的烙印。网络空间的行为除具有虚拟性（含行为的物理因素虚化和网络行为结果的不确定性）外，同样具有“社会重要性”，这是指网络行为虽然没有传统的物理世界作为行为和交往的平台，虽然身体举止不同于传统世界中的行为方式，但它仍旧在满足既有的人的需要，实现着同样的社会效果，体现着同样的社会价值。由于网络行为的物理因素将随着网络技术的不断进步可能会完全消失，但作为界定其刑法意义的根本——“社会重要性”是永不改变的，因此网络空间采取社会

行为论的理论是适宜的。考察网络虚拟行为应当从它的“社会重要性”出发，以凸显其社会价值，弱化其物理特征。以 DDoS 攻击行为为例对网络在技术和法律层面上的考察说明对于使攻击行为人承担法律责任包括刑事责任的认定必须考虑其网络技术的特性。

犯罪成立的主观要件中的过失与科学技术的发展有不解之缘。随着科学技术的发展和现代危险社会的到来，过失理论的重要性日见彰显。网络技术下的过失责任包含网络空间人类能力的一般非比例性和网络空间过失责任的扩张的内容。人类能力发展中的一个特点在于一般非比例性，即人类拥有技术和自然科学的知识，常先于对道德力量和诸社会力量的效用的认识。网络的出现和普及极大地彰显了个人的影响力，个人行为超越时空，实则使人的行为能力被网络放大制造危险的能力倍增。当然，正因为网络社会的危险可能无限加大，对于危险的容忍程度应当如何，尚需更加谨慎评价。在网络技术处于初期水平以及网络伦理尚未建立健全之时，采不信赖原则显然更加安全。有鉴于网络社会人类能力发展的一般非比例性和过失危险的日益增加，过失责任应予适度扩张，即应当着眼于增加行为人的结果避免义务。

在网络犯罪成立要件中讨论关于网络技术下的期待可能性是十分重要的内容。期待可能性是在规范责任论基础上产生的，其判断过程也就是确定责任的过程，此过程是一个定罪个别化的过程，其中显示了刑法对于人性的理解。在信息技术不断泛化的网络社会里，从人性出发的期待可能性有了新的内容——技术可能性，通过法国巴黎法院审判雅虎案所进行的技术论证说明网络技术已经成为理性的新范式。因此，期待可能性之为技术可能性，是指在网络技术构建的特定时空中，基于网络信息技术，是否有可能期待行为人为合法行为。至于技术可能性需要解决由谁判断以及依据什么标准来判断的问题，仍然同传统期待可能性，即由法院依据行为人标准作出判断，即在网络行为当时的具体技术条件下，期待行为人做出合法行为有无可能性。

四是网络刑事立法以及网络技术对立法产生的影响。针对新型的网络危害行为的日渐加剧，各国动用刑事立法进行应对是必然的选择。本书选择了欧、美、亚、澳四大洲的美、英、德、法、日、韩、新加坡、澳大利亚八国有关网络犯罪的主要立法进行了评介，总结出其立法模式各具特色，立法出发点——均衡保护、罪名设置和保护范围较广泛、刑罚配置合理等特色。中国的网络刑事立法在近二十年内经由部门条例到纳入刑法典的过程，反映出

我国网络技术的发展亦即相伴而生的网络违法犯罪的产生变化历史和国家的法律对策。1997年《刑法》虽以两个法律条文规定了计算机网络犯罪的罪名、罪状与刑罚,但在现实中仍表现出相当突出的不适应问题:刑法规制的犯罪圈过窄无法应对网络犯罪急速发展的形势;现有的几种犯罪的犯罪构成设计并不合理,以及对其配置的刑罚也并不科学。中国的刑事立法确有完善之必要,其间注意网络犯罪的社会危害性显现的技术特点,引入技术可能性概念,选择适合本国的立法模式非常重要。

五是网络刑事司法可能性研究。如果说网络犯罪的出现对犯罪构成理论提出了"技术可能性"的挑战,那么,刑事司法则不得不面对"司法可能性"的难题。本书从刑事实体法与刑事程序法两大方面进行了分析并试图找寻到相应的解决之道。在网络刑事实体法的司法可能性中,对网络追诉时效问题、网络犯罪定罪问题、网络犯罪案件中的共同犯罪问题、网络犯罪的量刑问题进行了有价值的研究。在网络刑事程序法的司法可能性中,对网络犯罪案件的证据采信、网络犯罪案件中的管辖问题进行了有意义的探讨。这些研究应当对改善我国的网络刑事司法会有借鉴价值。

在本项目的研究和本书的写作过程中,我们虽注意了研究视角的新颖,注意了透过理论论证和实例分析使研究内容丰满,但仍时时感觉到该课题具有的挑战性,其中是研究对象本身的迅猛复杂变化带来的压力和难以"驾驭",故我们虽倍加努力应对但仍感到能力和时间的有限,最终还是留下不少遗憾。

在此,感谢教育部人文社会科学项目提供的资金和北京市社科出版基金的支持,感谢方文军、罗子发、牛广济等同学参与本项目的资料搜集、提供等工作,感谢北京大学法学院科研秘书赵焕老师提供的热情帮助,感谢北京大学出版社杨立范副总编以及兼作者的陈新旺编辑的辛劳工作。最后,诚恳欢迎读者朋友赐正。

刘守芬

2005年12月于北京大学

CONTENTS 目 录

CONTENTS 目 录

第一章　科学技术的发展引发刑法理论的变迁

第一节　问题的提出——网络技术的隆兴

一、网络技术的运用——人脑的空前扩大

从远古时代的人造石器到今天以网络信息技术为代表的众多新兴科学技术的出现，无不证明科学技术是循着人类自身进化的路线逐渐发展起来的。我们可以说，科学是指人类认识客观世界、扩展自身各种功能的原理；技术是指人类改造客观世界、扩展自身各种功能的具体方法和结果。如果说，人类以往自身进化的主要特点是生理体质的进化，伴随的科技进步是用机器部分地代替了人类的体力劳动的话，在当代及未来的新时代，人类自身进化的主要特点是智力和文明的进化，相伴而生的科技进步是以各种新技术制造的各种新“机器”，正在部分地替代人类的脑力劳动。为此，有人形象地喻为，过去的机器是人手的延长，今天及未来的“机器”则是人脑的扩大。

第二次世界大战后的60年来，世界科学技术的飞速发展正集中体现出扩展人类文明和智力能力的特点。其中，网络技术使人脑空前扩大，以至于在全球范围内以迅雷不及掩耳之势渗透了人类社会，为人类提供了一个全新的生活空间。以其为代表的数字化技术正改变着人们的未来，这无论在发达国家还是发展中国家，数字化技术产生的巨大商机或是在家庭生活的剧烈且更舒适的变化中都将得到清晰体现。因此，网络技术有理由成为时代的宠儿，名副其实地成为二战后新技术运用的排头兵。

二、世界互联网及其网络技术的发展

英文中的“Inter”意指“交互的”，Internet就是一个交互的网络，它是一个全球性的巨大的计算机网络体系，通过物理连接、通信协议，包含了海量的信息资源，并向全世界提供信息服务。互联网的出现，使得现代社会由工业化走向网络化。随着网络技术的不断发展，互联网覆盖了社会生活的方方面面，互联网已经超越作为计算机网络的存在而成为网络信息社会的代

名词。可以肯定地说,以网络信息技术为主要标志的包括生物技术、纳米技术在内的新技术群正将人类带入新经济时代。

互联网的前身是产生于1969年初的阿帕网(ARPA网),该网是DARPA(美国国防部高级研究计划管理局)为准军事目的而建立的,开始时只连接了4台主机,1972年ARPA网在首届计算机后台通信国际会议上首次公开展示时,由于学术研究机构及政府机构的加入,这个系统已经连接了50所大学和研究机构的主机。ARPA网在技术上的一个重大贡献是TCP/IP协议簇(尽管这个协议簇已经暴露出越来越多的漏洞,但其对于互联网的发展至今总体来说是不可或缺的)。1982年ARPA网又实现了与其他多个网络的互联,从而形成了以ARPANET为主干网的互联网。①

1983年,NSF(美国国家科学基金会)提供巨资,建立了基于IP协议的计算机通信网络NSFnet。NSF在全国按地区划分的计算机广域网,并将其与超级计算中心相连,最后又将各超级计算中心互联起来,这使得最终在1990年,NSFnet取代了ARPA网而成为互联网的主干网。NSFnet对INTERNET的最大贡献是使其向全社会开放,而不再像此前仅供计算机专业人士或政府相关部门或人士使用。20世纪90年代,随着电脑的普及、信息技术的发展,互联网迅速地商业化,一方面,网点的增加以及众多企业商家的参与使互联网的规模急剧扩大,信息量也成倍增加;另一方面,更刺激了网络服务的发展。信息技术是一门十分重要的科学技术,在世界新技术革命中处于核心和先导地位;它不仅作为一项独立的技术而存在,还广泛渗透于其他各个高科技领域,成为它们发展的基本依据和重要手段。② 在进入21世纪以来,信息科技仍将是最活跃、发展最迅速、影响最广泛和深刻的科技领域。互联网已正在外化为信息社会本身。

三、我国互联网的发展及现状

1987年9月,CANET(中国学术网)在北京计算机应用技术研究所内正式建成中国第一个国际互联网电子邮件节点,并于9月14日发出了中国第一封电子邮件:"Across the Great Wall we can reach every corner in the world.",揭开了中国人使用互联网的序幕。这封电子邮件是通过意大利公

---

① See A Brief History of Internet, ect. from http://www.isoc.org/internet/history.

② 冯长根:《21世纪科学技术的发展趋势》,http://www.cas.cn/html/Dir/2001/10/11/1048.htm。

用分组网 ITAPAC 设在北京侧的 PAD 机，经由意大利 ITAPAC 和德国 DATEX-P 分组网，实现了和德国卡尔斯鲁厄大学的连接；1994 年 4 月 20 日，NCFC 工程通过美国 Sprint 公司连入 Internet 的 64K 国际专线开通，实现了与 Internet 的全功能连接。从此中国被国际上正式承认为真正拥有全功能 Internet 的国家。1996 年 1 月，中国公用计算机互联网（CHINANET）全国骨干网建成并正式开通，全国范围的公用计算机互联网络开始提供服务。1996 年 2 月 1 日，国务院第 195 号令发布了《中华人民共和国计算机信息网络国际联网管理暂行规定》。① 目前，我国互联网已经形成了由骨干网（CHINANET、CHINAGBN、CERNET、CSTNET 和 UNINET）、大区网和省市地区网组成的三层体系结构。

根据中国互联网信息中心（CNNIC）2005 年 7 月发布的《第 16 次中国互联网络发展状况统计报告》的调查，截至 2005 年 6 月 30 日，我国上网用户总人数约为 1.03 亿（而 2005 年 9 月 2 日 CCTV 早间新闻报道：在《世界互联网大会》上传出消息，中国的上网人数已达 1.3 亿），上网计算机总数为 4560 万台，CN 域名总数为 622534 个，网站总数约为 677500 个。宽带上网用户首次超过拨号用户而逐渐成为网民上网的主要方式。对网民行为意识的调查结果显示，男性、未婚、35 岁以下、学生、大学本科以下、月收入在 2000 元以下的家庭网民的比例继续在网民各特征数据中占据相对主要地位。网民平均每周上网 14 小时，网民最经常使用的互联网功能仍为收发电子邮件和浏览新闻。上网的主要目的是休闲娱乐和获取信息，同时也体现了逐渐多元化的特点。②

四、建设下一代互联网

尽管目前看来互联网的发展越来越符合人们的要求，然而出于对互联网地址空间、速度、安全等方面的考虑，科学家们已经开始建设更快、更大、更安全、更及时、更方便的下一代互联网。

随着 Internet 规模的增长，以及越来越多的移动终端接入 Internet，IPv4 的缺点逐渐显露出来，主要包括：地址空间紧张、不支持节点的移动性、安全

---

① 《中国互联网发展大事记（1986—2003）》，中国互联网信息中心 2004 年 5 月修订。

② 根据 CNNIC 的说明，网民（互联网用户）是指平均每周使用互联网至少 1 小时的中国公民。网站是指有独立域名的 WEB 站点，其中包括 CN 和通用顶级域名下的 WEB 站点。上网计算机是指至少有一人通过该台计算机连入互联网络。