

虚拟空间中的 刑法理论

于志刚 著

YUNJI KONGJIAN ZHONG
DE
XINGFA LILUN



中国方正出版社

虚拟空间中的 刑法理论

于志刚 著

中国方正出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

虚拟空间中的刑法理论 / 于志刚著. - 北京: 中国方正出版社, 2003.8

ISBN 7-80107-691-5

I. 虚… II. 于… III. ①刑法-法的理论-研究-中国②计算机网络-计算机犯罪-研究-中国 IV. D924.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 068913 号

虚拟空间中的刑法理论

于志刚 著

责任编辑: 向晓静

责任校对: 张 蓉

出版发行: 中国方正出版社

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

发行部: (010) 66124758 门市部: (010) 63094573

编辑部: (010) 63099854 出版部: (010) 66510958

网址: www.fzpress.com

责编 E-mail: xxj@fzpress.com

经 销: 新华书店

印 刷: 北京昌平长城印刷厂

开 本: 890 毫米 × 1240 毫米 1/32

印 张: 14.75

字 数: 375 千字

版 次: 2003 年 9 月第 1 版 2003 年 9 月北京第 1 次印刷

(版权所有 侵权必究)

ISBN 7-80107-691-5

定价: 32.80 元

(本书如有印装质量问题, 请与本社出版部联系退换)

自序

网络空间的虚拟性，对于传统的刑法规则和刑法理论形成了一定的冲击，也可以视为一种挑战。面对无限延展的网络空间，以及隐藏在其内的类型各异的犯罪行为，刑法理论界关注程度的日渐提高，刑事立法和司法相应的自我调整，使得传统刑法规范和刑法理论的适用性得以拓展。

网络无限性的背后，是与真实社会的连接。网络空间中的任何犯罪行为必然存在对真实社会的实害，曾经是刑法理论界的共识，也是传统刑法理论和刑事立法用于虚拟空间的理论支持。事实上，这一认识在很长一段时期内是正确的，而且至今很多人仍然在坚持这一见解。

网络游戏内虚拟财产的出现，以及以此为对象的虚拟犯罪的出现，对于上述认识形成了实际的冲击。虚拟“性”犯罪、虚拟财产犯罪的出现，直接对传统刑法的基础性罪名提出挑战，而且对于犯罪行为的类型划分，形成了实际的冲击。技术的迅猛发展，及其未来发展的无限可能，使刑法理论和刑法规则的滞后可能性大为增加，同时，经验总结性的立法模式在技术进步面前，显得有些力不从心，无法对技术的扭曲使用及时作出回应。面对网网相连产生的虚拟空间的无限延展，传统刑法的定位值

得思考,学理解释的重要性日益凸现,恰如其分的扩张解释或许将是保持刑法典固有稳定性的惟一方式。

正面直视网络空间的虚拟性,以及由此导致的法益增生和犯罪行为变异,是理论研究保持前瞻性的保障,同时也是刑事立法快速反应的前提。理论上和立法上的及时自我调整和自我否定,以回应技术因素介入形成的刑法真空与理论真空,需要理论研究对技术的及时跟进,需要立法机关自我否定和及时更新的勇气。中国台湾地区刑法修正中面对技术和现实的轮回性自我否定,并没有在理论上遭受批评,赢得的只是赞誉。

自然科学与社会科学的脱节,是一个现实。计算机技术的研发升级、适用范围上的拓展以及在虚拟空间中的变异,同样是一个现实。技术发展的日新月异与刑法规则、刑法理论的日渐滞后,源于两者的相互割裂和脱节。正视技术的变异和扭曲使用,及时发现虚拟空间中的技术扭曲类型并快速加以入罪化,给予恰当的否定性评价,是防止犯罪盲目跟从效应的要求,同样是防止“期待可能性”等刑法理论被迫进行同步异化的要求。

传统刑法适用于虚拟空间的自我调整,需要的是理性的思考和谦抑式的增容。基于对“无法”空间的恐惧和对技术无限性发展的忧虑,刑法理论的回应性调整,暂时出现缺乏方向感的特征。纵向性的研究过多,人所共见的犯罪表面现象的描述,以及刑法仅有的若干罪名的反复研究论证,事实上几年来并未能对计算机犯罪的研究有所推进;横向性的研究过少乃至缺失,形成诸多问题无人关注的客观现实。同时,类似的恐惧感同样体现在具体问题的研究结论暨理论解决模式上,例如:基于网络空间中或许无法可依的担心,盲目扩张虚拟空间中刑事管辖权的适用范围。

技术因素介入对于刑法规则和刑法理论的影响,可能已经不会仅仅局限于几类纯正的计算机犯罪。工业社会向信息社会的过渡,两者之间存在的差异或许是本质性的。成熟于工业社会的刑法规则与刑法理论,能否延续于信息社会而无动于衷,或许已经值得进行深入性

的全面思索。技术扭曲使用及其可能存在的危害，在至多十年前尚且属于科幻式的预言，尚且被指责为危言耸听，而在已经现实化的今天，冷静思索十年后的技术变异与刑法规则调整，或许不应当再被指责为科幻式的杞人忧天和危言耸听。固步自封和盲目乐观，在技术普及性和技术依赖性日益增强的现实社会，将会影响刑法理论的时代性更新和刑法规则的现实性调整。

技术的发展是循序渐进式的，滞后于技术的刑法理论研究与刑法规则跟进，同样应当是循序渐进式的。传统刑法规则的渐进性增容与刑法理论的扩张性解释，在未来的很多年内将是其跟进时代的常见方式。学科的细化与各自为政，或许是学科进步的必然趋势和可行模式，但是其回归和融合却是极为困难的。学科交叉型研究的内在障碍和现实困难，正源于此。针对计算机犯罪的刑法理论研究中存在的技术障碍甚至技术欠缺，体现在几乎所有的研究结论中，在本书中也是如此。本书对于所涉及专题的研究，已经尽可能带有一定的前瞻性，然而源于技术现实的思考，以及基于学科限制而对未来技术发展方向缺乏判断感，导致本书形成的结论或许对目前的刑法理论、立法及司法可能有所助益，但是伴随着技术的飞速发展，以及网络空间虚拟性与真实社会现实性界限的日益模糊，对本书中各项专题进行经常性的跟进研究，其时间间隔将会越来越短。

可以肯定的一点仅仅是，网络连接的无限延展对于刑法学者的影响，已经不再局限为提供了一种查阅资料和交流学术成果的迅捷工具。

于志刚

2003年8月30日

目 录

第一章 传统刑法与虚拟空间的冲突和衔接	(1)
一、虚拟空间中传统刑法的定位	(1)
二、传统刑法面对虚拟空间的自我调整	(9)
三、传统刑法理论的时代更新	(14)
四、刑法理论中技术介入因素的定位	(21)
第二章 虚拟犯罪的出现及其内涵和范畴	(28)
一、“虚拟”的内涵及其理解偏差	(28)
二、“虚拟犯罪”一词的提出及其内涵	(32)
三、虚拟社会的出现与法律介入的必要性	(42)
四、虚拟犯罪的现实判例	(60)
五、虚拟犯罪的法律对策	(66)
六、虚拟犯罪与相关概念的区别	(71)
第三章 网络游戏中虚拟财产的刑法保护(上)	(79)
一、网络游戏中的虚拟犯罪类型	(80)
二、网络游戏中虚拟财产的价值论证	(91)
三、网络游戏中虚拟财产的价值确定规则	(104)
四、虚拟犯罪的虚拟处理规则	(106)
五、虚拟犯罪的首例刑事判例及司法理由	(113)
六、台湾地区后续的类似刑事判决	(118)

第四章 网络游戏中虚拟财产的刑法保护(下)	(121)
一、台湾地区刑法理论的定性评价	(122)
二、台湾地区司法机关的内部争议	(127)
三、台湾地区刑法修正案中的解决模式	(130)
四、香港地区虚拟财产的刑事判决	(133)
五、内地侵犯虚拟财产的理论定性 with 官方态度	(136)
六、关于虚拟财产刑法保护的思考	(144)
七、后续性话题:网络服务商过失损毁虚拟财产的责任	(148)
第五章 网络服务的刑事责任	(158)
一、网络服务的类型及其刑事责任	(158)
二、ICP 的刑事责任	(160)
三、ISP 的刑事责任	(163)
四、链接行为的刑事责任	(170)
五、BBS 的刑事责任	(185)
六、其他网络服务行为的刑事责任	(195)
第六章 电子邮件的刑法定位	(201)
一、电子邮件的出现及其两面性作用	(201)
二、垃圾邮件的刑法思考	(203)
三、邮件炸弹的刑法定位	(216)
四、电子邮件的刑法定位与保护	(221)
五、电子邮件监管的刑法限制	(232)
六、利用电子邮件的传统犯罪	(236)
七、转发电子邮件的刑法定性	(244)
第七章 虚拟空间中的信息脱序与刑法防控	(251)
一、信息脱序的刑法真空	(252)
二、脱序信息的界定标准与理论争议	(253)
三、有害数据及其范畴	(264)
四、有害信息及其范畴	(267)

五、违法信息及其范畴·····	(270)
六、脱序信息的类型界定与刑法思考·····	(275)
七、余论：色情信息的鉴定及刑法思考·····	(282)
第八章 网络游戏中的犯罪诱发效应·····	(321)
一、网络游戏的出现及其固有价值·····	(322)
二、网络游戏的偏差与异化·····	(328)
三、游戏的犯罪诱发效应之一：基于游戏与现实的混淆·····	(335)
四、游戏的犯罪诱发效应之二：游戏向现实的渐进过度·····	(340)
五、游戏的犯罪诱发效应之三：基于心理的暗示与模仿·····	(344)
六、游戏的犯罪诱发效应的变异：直接教唆真实犯罪·····	(358)
七、道德恐慌论的分析与评判·····	(359)
八、现实的规则否定·····	(363)
第九章 虚拟空间中刑事管辖权的系统思考·····	(367)
一、网络空间中刑事管辖权的基础与理论争议·····	(367)
二、国际社会关于网络刑事管辖权的探索·····	(373)
三、新兴的网络刑事管辖权理论及其评判·····	(379)
四、管辖权确定的影响因素之一：访问行为·····	(385)
五、管辖权确定的影响因素之二：网址·····	(401)
六、刑事管辖权扩张倾向的批判·····	(411)
七、基于谦抑原则的刑事管辖权确定·····	(420)
第十章 虚拟空间与现实社会的犯罪互动与过渡·····	(426)
一、虚拟空间的犯罪诱因：道德和法律观念的异化与失衡·····	(426)
二、虚拟空间的代层影响：未成年人的观念变化·····	(438)
三、虚拟与现实的交互影响：观念异化向现实社会的蔓延·····	(442)
四、错位观念的现实强化：错误舆论导向的负面推动·····	(445)
五、虚拟空间中行为失范的回应：法律与道德的共进·····	(458)
后 记·····	(461)

第一章

传统刑法与虚拟空间的 冲突和衔接

传统刑法虽然臻于成熟，同时也存在一些超前性、预测性立法，但是，面对新技术的挑战，几乎所有立法、司法及刑法理论研究者都能够明确地感受到刑法的时代滞后。技术社会普及化的迅猛加速，以及技术被扭曲和恶意利用事件的日益增加，迫使刑事立法、司法及刑法理论研究开始考虑技术因素对传统犯罪的影响，因为这种影响已经不再是工具性的影响，不再是简单地用“刀”与用“枪”杀人之间的技术区别，而是开始介入法律的基础性领域，将迫使法律跟进技术的普及与进步，因循守旧已经无法解决层出不穷的新问题。尽管技术进步的因素对法律规则的冲击目前仍然有限，但是，这一影响将是循序渐进，不可逆转的。

一、虚拟空间中传统刑法的定位

面对网络技术对人类社会影响的日益深化，人们不得不考虑法律规则包括刑法理论与规则的应对问题。无边无际的网络空间，以及与之相伴的人们对网络空间的依赖性程度的日益提高，传统刑法能

否适用于网络空间,如何适用于网络空间,应当进行怎样的调整和自我定位,都成为应当认真思考的问题。

(一) 传统刑法在虚拟空间中的定位

应当认识到,虽然技术的日新月异对传统刑法构成了实质性的冲击,在刑法理论形成了多方面的挑战,但是,局部的不适应,并不影响刑法基础性理论和规则的存在和适用,传统刑法规则尤其是刑法理论,无论是现在还是以后,无论是在现实社会中还是在虚拟空间中,仍然是打击犯罪行为的基础。尽管应当进行局部的修正或者说调整。

在以往的理论研究中,笔者曾经认为,除了以人的身体作为犯罪工具的那些犯罪以外,其他的犯罪几乎都可以通过计算机加以实施。例如杀人罪,通过计算机远程杀人的行为,无论是在国内还是国外,都已经出现了不止一起。当时笔者之所以作出上述判断,主要是认为类似于强奸罪等犯罪行为,计算机是无法代劳的,但是这一看似可靠的判断,目前也受到了现实判例的挑战。一方面,通过计算机诱使未成年少女虚拟性交的判例已经出现,另一方面,包括微软在内的许多公司正在考虑研究敏感性的传感器,或许以后的虚拟性交将成为一种方式,如果真有这一天,法律将如何面对?

但是,从整体上讲,上述问题的存在与增多,仍然不影响传统刑法的整体效力,技术进步所造成的刑法的时代性滞后感,仍然是局部的。对于大部分问题而言,正如有的学者所指出,网络中的法律问题,都是在传统法治时代都存在的法律问题,因此不单单是由互联网带来的问题,只不过借助了一些新手段,或是网络的出现更凸现了这些问题。网络除空间是虚拟的,其他都是实在的,互联网并没有带来任何全新的东西,故所有传统法律规则都可以适用于互联网。不管网络如何发展,人始终是法律的主体,法律都要调整人与人之间的关系。互联网只是一个新现象,只需对现有法律进行调整,无需制定一套新的法律体系,取代传统法律体系。因为简单地说,网络纠纷的解

决最终还需主权国家的努力,以及各国政府的配合。^①

基于更为客观的考虑,我国台湾学者也指出,发生于网络的种种犯罪情事,现行的法律体系基本上都可以吸纳解决,纵使概念用语上有所不足,也可以透过正在进行中的修法计划逐一解决,实在没有必要横生枝节、叠床架屋地另立新法管制网络犯罪。同时,公众之所以会产生“网络无法可管”的误解,一方面,是因为大家误以为在网络这个虚拟世界中,纵有违法行为也不受真实世界的约束,这个部分不是另立新法可以解决的,应该做的是网络法治教育的推广与宣导;另一方面,“网络无法可管”的误解来自于科技的防护与遁逃,使网络犯罪的侦查困难倍增,行为人得以逃之夭夭。这一方面该做的也不是另立新法,因为旧的法律已有规范、并非不管,该做的,是针对上述网络犯罪侦查的瓶颈逐一改善。^②

应当说,以上认识是可取的,但是,在肯定和强调传统刑法规则和刑法理论的基础性作用之后,对于网络空间中出现的新问题,以及由此而对刑法规则和理论提出的挑战,也应当有客观的认识,不能走向另外一个极端。

(二) 传统刑法在虚拟空间中受到的冲击

应当正视网络虚拟空间中出现的新问题,正如美国有的学者所指出,从上世纪六七十年代,网络成为一种新型交互方式的时候,计算机犯罪就开始露头。然而试图将现存法律的适用范围扩展到虚拟空间,却被证明是不成功的。位于佛罗里达州(Florida)的一家全球知名保安公司的首席执行官 Winn Schwartz 说:“原来的法律系统是建立在现实世界上的,财产的概念意味着现实世界中真实存在的某些东西。这与虚拟空间是根本不同的,在虚拟空间中财产可以在同一个时

^① 参见《网络与法制:虚拟与现实的对话》, <http://www.law-walker.net/detail.asp?id=660>。

^② 参见 <http://www.twhotel.net/cgi-bin/sayhi/sayhi.cgi?action=display&num=9>。

候放置在不同的地方。”^① 我国台湾地区的意见也值得重视：网络中有许多虚拟的概念，是现有的法律条文构成要件中没有办法解释的，涉及这部分，就不是现有的法制可以防治与规范的。^② 同样的意见也见诸于国外刑法理论界。国外有学者指出，法令该尽速补强虚拟犯罪的部分，因为“每天在日常生活中看得到的罪行，包括威胁、抢夺、诈欺、偷窃、色情等，也同样的在网络社会中上演。”他说，“过度缓慢且松散的立法，只会让网络成为罪犯与恐怖分子的天堂。”^③

从传统刑法的立法初衷来看，网络空间中技术扭曲性使用对传统刑法规则的冲击，客观上是不能否认的。我国澳门地区学者指出，传统刑法分则内每一条文都有其所欲保护的经筛选过的重要基本价值、利益，即“法益”。正如 Manuel da Costa Andrade 教授所言：“法益就好像天上的星星，在不同时代都有不同的星星显得特别光亮。”如今，计算机科技突飞猛进，确实已经出现了新的“显得特别光亮”的法益，应予以刑事保护，才能达到正义得到伸张的社会要求。为了对付计算机网络上发生的负面行为，必须要认定和保护新的法益以及更新对旧法益的保护。^④ 这种理论认识是客观的：其一，新的法益的出现不能予以否认，应当制定新的保护性规则；其二，对于固有的传统法益，伴随着技术性因素的介入，应当重新加以评价，对其固有保护规则加以更新。

对于网络空间存在的新问题加以重视，并不是否定传统刑法的价值，而是一种客观的、理智的态度。我国澳门地区政府在这方面的态度具有一定的代表性。众所周知，刑法在某一特定时期所保护的基本

① 参见《遏止计算机犯罪需要加强法律措施》，<http://www.wst.net.cn/wenhuaqi/wenzai/diannaowz/980304-2.html>。

② 参见台湾地区《检视网络新环境公听会实录》，2001年3月16日，<http://www.npf.org.tw/symposium/s90/900316-ec.htm>。

③ 参见《美国国会质疑 FBI 的邮件监视程式“肉食者”》，<http://www.hotlong.com/news2/2000-07-26/8/16581.html>。

④ 参见郭婉雯：《计算机（网络）犯罪》，<http://www.mp.gov.mo/gb/ebook1/ebook1-2-4.html>。

利益和价值会有所侧重。随着计算机互联网时代的到来,已经出现了新的法益,需要予以特别的保护,这是刑事立法所面对的新问题,而且很多国家也对此做出了响应。刑法虽然已经反映了当年对计算机犯罪的认识程度并做出部分规范,但计算机科技以超乎想象的速度发展普及,伴随而来的计算机犯罪已经超出了现行刑法的界定范围。这种由于刑罚规范的滞后导致的无法可依,在科技发达、法治相对健全的国家都不同程度地存在,是所有国家面临的同样问题。因此,在坚持“罪刑法定原则”的前提下,及时将某些新产生的具有重大价值的法益纳入刑法的保护之下,填补法律真空以有效检控犯罪,已经成为刑事立法的当务之急。^①

从刑法规则和理论整体上受到的挑战来看,我国澳门地区学者指出,计算机上的负面活动对现行刑法所造成的冲击,包括“质”与“量”两个方面:其一,质的考量。新科技的出现使一些新的法益需要被保护,如软件、数据、计算机程序及系统等,以及新的犯罪构成要件需要被制定,如未经同意复制计算机程序。若行为侵害了新的法益而新的构成要件尚未被规范,根据罪刑法定原则,执法机关是没有依据去制裁有关行为的。这就是“质”方面的改变对现行刑法所造成的冲击。其二,量的变化。至于“量”方面的改变,例如在网上散布诽谤及色情的言论,以及侵害隐私权的行为,根据传统刑法的规定,虽然可以认定相关的行为触犯了刑法内的诽谤罪、对儿童展示散播色情罪以及侵入私人生活罪,上述行为在本质上并不是新的,只因其在网络上出现,由于借着 Internet 的传输速度,渗透性、隐秘性和国际性,从而引出不少法律上的新问题。这些问题并不能单单适用固有的法律就可以解决。这就是“量”方面的改变对现行刑法所造成的冲击。^②

(三) 刑法规则跟进的必要性:避免犯罪的从众效应

^① 参见澳门特别行政区检察长何超明:《在“网上交易保安研讨会 2002”上的讲话》,2002 年 9 月 27 日。

^② 参见郭婉雯:《计算机(网络)犯罪》, <http://www.mp.gov.mo/gb/ebook1/ebook1-2-4.html>。

犯罪诱发的效应之一就是众效应，法不责众心理也是中国民众的传统心理认识之一。同时，现代刑法理论所确认的刑罚有效性的根据之一，就在于刑罚与犯罪之间的及时反应性，刑罚反应越为迟缓，则其威慑性越低。

在网络空间中同样存在着相同的规律，并且这种规律伴随着网络空间的虚拟特性所虚增的侥幸心理（笔者将在最后一章详细论证），呈现出更为明显的特征。犯罪人之间相互模仿和跟从的现象极为严重，甚至已经影响到某些刑法学者的理论认识。

例如，网络空间中自由下载他人拥有著作权作品极为普遍，这一点人所共知。由于台湾地区著作权法第 91 条存在“违法重制他人著作权财产权”的规定，因此台湾地区发生了引起巨大理论争议的“成大搜索事件”。在这一事件之中，由于刑法规则出现的滞后性，刑法理论中存在有对“法不责众”心理的认识，有学者指出，如果单纯自刑法理论学（Dogmatik）的角度解释著作权法第 91 条，由于其属刑事罚，故自亦须受刑法犯罪理论的规制。按刑法上所处罚的犯罪须为具构成要件该当性、违法性以及罪责的行为，而学生就 MP3 档案的下载行为即系该条所规定的“重制”行为，而具有犯罪成立所需的构成要件该当性、违法性，恐怕也无法通过罪责中的“期待可能性”要求。而“期待可能性”亦即要求，刑法处罚须为“个案中行为人有机会为合法行为”。但是，由于现实环境中，社会上已有百分之五十，甚至更多的人，以相同的行为模式下载 MP3 档案，已是一般人惯有的行为模式，故对于行为人要求其合法行为（即不下载行为），几乎是不能期待的事。事实上，如此的期待可能性思考其实也是一种防止刑法上的“杀鸡儆猴”，因为本案的争议性，若未正确宣导，就理所当然以最后手段的法律，而且是处罚最重的刑事罚直接介入，其不当显而易见。以本案如此无期待可能性的情形，该行为不论对或错，都已不是刑法所能

介入，而应认为犯罪并不成立。^①

实际上，持上述观点的学者较多，例如，我国台湾地区学者黄荣坚认为^②，刑罚的使用，对人民的基本权利造成重大的侵害，因此，以刑法作为国家追求特定社会目的的工具，必须是最后一种不得已的选择。在这样的理念下，刑法所要保护的利益，也必然是一个清楚不疑的利益，亦即是人类意识所共同接受的利益概念。而一个人类社会，对于它的质或量，有严重的认同差异的利益，就不应该被当作一个利益来保护。质言之，刑法的目的是在保护一个成熟的利益，而不是在塑造一个新的利益概念。所谓的著作权，这个典型的资本主义概念的产物，到底应该不应该变成一个人类的利益，以及它的利益应该有多大，这样的问题，是没有答案的，因为它完全决定于人类的情绪，完全决定于人的情绪偏好什么样的世界。就著作权的存在而言，摆在眼前的事实是，它和一个清楚不疑的利益还有一段很遥远的距离，因此，现代文明下的传播工具，要不断地去鼓吹它，把它标榜成现代文明的象征。而另一方面，相当多数的人类，却也一再用行动去否定它。肯定它的原因，主要在于财产利益，否定它的原因，主要也在于财产利益。所以，著作权的利益应该有多大的问题，事实上也就是一个人类财富分配的问题。……从刑法的角度，对这个问题的看法是，利益概念不成熟，这个利益就不能算是刑法所要保护的法益。因此当人们对于档案下载是否必须付费的问题有普遍而重大的怀疑的时候，这个问题就必须可以考虑交由规范财产分配关系的民事法规去做讨论协商，而不是直接把它解释为犯罪行为。……犯罪是不法而且有罪责的行为。而所谓罪责，简单地讲就是有期待可能性的意思。在现实环境里，对一个人的正确行为没有期待可能性，那么刑法对于他违背法规期待的行为必须判断为无罪。道理很简单，当社会当中有 50%，30% 或甚至

^① 参见游明得：《成大搜索事件面面观》，载台湾地区国政报告研究网，宪政（研）090-042号，2001年7月31日。

^② 转载自 Yiwen：《黄荣坚教授对于下载 Mp3 的看法，请各位先进进来讨论！》，台湾地区《OpenFind 网络论坛》中刊载文章。

20%的人在相同的条件下都会有相同的行为模式出现,那么这样的行为模式,就是人性。对于这样的人性,不管我们要说它对或说它错,都已经不是刑法所要解决以及所能解决的问题。

然而,直接性的反驳观点以为:黄教授所言虽然符合刑事法律所要求的“谦抑思想”,但是否忽略了国家对于特定利益(不论是财产上、非财产上、甚至是基本权)负有保护、照顾、引导、形成之义务,照黄教授所言,只要一个利益尚未成熟,国家就不应该用刑法来保护,而应使用其他方式诸如民事法律来规范之。而且,黄教授主张如果一种行为在社会上有20%(个人以为是一个相当低的标准)的人在相同情形下,皆会为相同的行为,因此不具有期待可能性。同时,如果司法体系做出了这样的价值判断,是否会形成一种“人民得主张不法之平等”之价值观,而不断侵害该“未成熟”之利益,使得该利益,终将因为不断的被侵害而由未成熟趋近于死亡,使新型态之利益终究不会形成。^①

笔者认为,反驳性的观点有其价值,但是更应当指出的是,技术异化所导致的公众认同,对刑法传统规则形成了事实的冲击,此种情况下,对于某些基于传统刑法属于犯罪的行为,公众虽然存在盲从性行为,但是理论上不能盲从。对于某些违规行为惩罚的滞后性,将使众多的跟从者存在法律不公的认识,因而刑罚的及时跟进,以及针对类似现象及时调整固有刑法规则,是避免公众和刑法理论上不正确认识的有效途径。

实际上,由于台湾地区“成大搜索事件”引发网络空间中法律适用的问题,争议是多方面的,由于规则的缺乏,因而导致各种不得已的刑法理论解释的产生,例如有的学者自己就探寻了几种方式:从刑法理论而言可能有一些可以主张的诉求点,虽然可能功效不大,包括刑法禁止对当事人不利的类推,所以在台湾地区著作权法没规定的新

^① 参见 Yiwen:《黄荣坚教授对于下载 Mp3 的看法,请各位先进进来讨论!》,台湾地区《OpenFind 网络论坛》中刊载文章。