

网络犯罪与刑法的空间效力原则

郑泽善*

内容提要:对于网络犯罪的处罚,目前世界各国基本适用本国刑法的空间效力原则,其结果不仅导致了各国刑法空间效力的极度膨胀,也引发了各国间适用该原则的冲突。有鉴于此,中外学者提出了一些关于刑法空间效力原则的新兴理论,但均存在不少问题。处罚网络犯罪,通过纯解释学的“对症疗法”力不从心,因此有必要通过立法消除这种弊端。2004年7月1日开始生效的欧洲理事会《关于网络犯罪的公约》,为处罚网络犯罪而构建国际一致的法律体系开辟了一条新路。

关键词:网络犯罪 空间效力原则 管辖权冲突 立法化

一、引言

因特网堪称20世纪人类最伟大的发明,这一人类文明与智慧的结晶象征着人类步入了信息化、网络化时代。然而,人类在从运用并获取利益的同时,以其为目标的犯罪行为也悄然走入了刑法视野。有学者指出,“因特网应是无限制的自由,抑或是无国界的处罚”,〔1〕措辞虽然尖刻,但这或许是对越境网络现实的一种无奈的形容。对因特网即使不允许无限制的自由,也不允许无国界的处罚,面对网络犯罪这一世纪性挑战,各国刑法处于一种进退维谷之窘境是不容否认的现实。

为了寻求刑法在发挥空间效力时的合理根据,各国刑法都通过某种存在于该空间的联结因素来确立空间效力的基本原则。一般地说,这些原则包括以行为地为联结因素的属地原则、以国籍为联结因素的属人原则和基于对全人类共同利益的严重侵害而确立的普遍管辖原则。迄今为止,由于各国兼采上述原则而可能导致在某些案件的处理过程中,因竞相要求行使管辖权而发生刑法间相互冲突的情况,但是这些案件在所有案件中通常只占少部分,而大部分案件因各国出于现实考虑,有的会放弃管辖权,从而大大降低了刑法空间效力发生冲突的几率。然而,随着网络犯罪发生率的持续攀升和网络的无国界性,运用现有的刑法空间效力原则处罚网络犯罪,各国均感力不从心。就网络犯罪而言,最为典型的是如果通过网络向世界各地传播淫秽图片,是否所有国家都是犯罪行为地而该犯罪人有可能被其中任何一个国家认定为有罪?如果传播淫秽图片的行为者所在国并不处罚这一行为,其他国家是否有权处罚?可见,网络犯罪的出现给各国刑法空间效力的适用带来了非常棘手的问题,现有的以犯罪地为中心的空间效力原则,面临着不是被滥用就是难以适用的现实。鉴于网络犯罪的现

* 南开大学法学院副教授。

〔1〕〔日〕松本博之等编:《因特网、信息社会与法——日德研讨会论文集》,信山社2002年版,第385页。

状和现有空间效力原则的不足,本文拟在概观、评析相关理论的前提下,对网络犯罪的空间效力原则问题加以分析和探讨。

二、网络犯罪对传统刑法空间效力原则的冲击

与传统犯罪相比,网络犯罪呈现出超强的辐射性与全球性特征,其影响范围极为宽泛。因此,对跨国网络犯罪的惩治也由于各国间的法律冲突而面临着亟待解决的诸多问题,比如各国刑事立法间的不协调、网络犯罪管辖权的冲突等,这些问题对各国刑法构成了一种挑战。

根据传统的刑法理论,关于犯罪的空间效力原则,主要有属地管辖、属人管辖、保护管辖和普遍管辖四种方式。网络犯罪的出现,使得以属地管辖原则为主的我国以及世界其他国家刑法的空间效力原则受到了很大的冲击,具体表现在以下几个方面:

(一)适用刑法空间效力原则的冲突

网络空间的地域界限模糊,其只是服务于因特网概念的一个抽象物,信息和数据穿越国界速度之快令人难以置信,这使适用刑法空间效力原则的范围界限变得模糊,甚至从技术的角度来讲要在网络空间划定明确的范围也非常困难。另外,传统的空间效力原则由于以某种相对稳定的时空联系作为基础,而网络空间的相对不确定性,使网络活动本身很难体现出与网络活动者有稳定联系的传统因素,故传统的空间效力原则之基础在此陷入困境。这种情况不仅导致了如何确定犯罪地的问题,同时也引发了如何在众多的犯罪地中确定管辖地的问题。^[2]

网络犯罪适用空间效力原则的冲突通常有两种表现形式:一是积极冲突,即一个网络犯罪行为依相关国家法律,数个国家均享有适用空间效力原则的权限。例如,对于数据和程序的破坏而言,一国的计算机程序如果感染上病毒,这种程序就可能复制多次而传送到其他国家的计算机上。一旦病毒损害了程序,其严重后果就会在很多国家出现。依据犯罪结果地的管辖原则,就会导致数个受害国都可以适用本国刑法的结果。二是消极冲突,即一个网络犯罪行为在数个相关国家中,仅部分国家的刑法享有适用空间效力原则的权限。比如,2000年5月,菲律宾的两名犯罪嫌疑人制造了“爱虫”病毒,给包括菲律宾在内的许多国家的网络用户造成了巨大损失,但是,由于菲律宾没有确切的法律依据对其定罪量刑,^[3]最终不得不将其无罪释放。

上述情况意味着一个人一旦使用网络,就有可能将自己置于被各国刑法空间效力原则所适用的境地,因此不仅需要关注本国的法律,还要了解外国的法律,而这显然不符合现代法治的要求。当代各国普遍推崇的法治原则有一个基本理念,即以法律规范人们的行为,从而使人们获得某种安全感,而对网络法律的无所适从将会危及到法治原则的基本精神。比如,赌博在英国是合法的,而在大多数国家则属于非法或受到严格限制。如果在英国的互联网上开设网页进行赌博,印度的网络用户进入该网页参与赌博,那么参与赌博的各方均触犯印度法律,印度则可能对赌博各方享有适用刑法空间效力原则的权限。事实上,任何人都不可能了解各国法律,其行为一般只能以本国的法律为基准,这就使得协调适用刑法空间效力原则尤显重要。如果这一问题得不到解决,将会导致两种结果:一是由于各国无力对网络犯罪进行干涉和控制,导致放任许多网络犯罪;二是网络用户随时都有可能成为外国政府要求引渡的对象。^[4]

(二)适用刑法空间效力原则的基础不明

[2] 参见杨正鸣主编:《网络犯罪研究》,上海交通大学出版社2004年版,第107页。

[3] 参见赵秉志、张新平:《试论网络犯罪若干基本问题》,载赵秉志主编:《刑事法治发展研究报告》2003年卷下册,中国人民公安大学出版社2003年版,第954页。

[4] 前引[2],杨正鸣主编书,第107页以下。

适用刑法的空间效力原则总是以某种相对稳定的联系作为基础,而网络空间的不确定性使网络活动本身难以体现属地管辖的稳定联系。与很多国家的刑法规定,我国刑法第6条第3款规定,刑法空间效力原则的属地基础是犯罪行为地或犯罪结果地。然而,在网络技术及空间环境下,何种形式是所谓的犯罪行为地,何种形式又是所谓的犯罪结果地,在认定上具有相当大的难度。例如,在我国向位于国外的服务器上传播淫秽资料,其上传资料地究竟是我国刑法所规定的“传播淫秽的书刊、影片、音像、图片或者其他物品”的行为地,还是传播之结果地,还是既非行为地又非结果地,很难认定。^[5]再如,有学者指出,行为人通过在A国控制键盘来改变B国计算机上存储的数据,并将其传送到C国,获得欺诈性后果是可能的。就对数据和程序的破坏而言,一国的计算机程序若感染上计算机病毒,这种程序就可能拷贝很多次而传送到许多国家。一旦病毒损害了程序,其严重后果就会在很多国家出现,此时又如何确定“行为地”与“结果地”?是键盘操纵国,还是数据改变国,抑或是后果严重的国家,还是其他损害发生国?^[6]实际上有关这一方面的案例与判例在国外已经出现,如英国伦敦法院判决的著名的“沃迪恩”网络色情案,作案人沃迪恩就是因为通过设在美国的服务器从事英国历史上最大规模的色情活动,而被判处18个月的监禁(因病而缓期执行)。对本案的判决理由是“色情片是从英国国内网上下载的”,即犯罪的结果地有一处在英国。^[7]然而,仅仅依据网络犯罪的危害发生地来认定结果地,势必导致所有的国家对同一网络犯罪都适用本国的刑法空间效力原则,这不仅在事实上不可能,对于犯罪人而言也是不公正的。

(三)“抽象”越境与刑法空间效力原则的冲突

所谓“抽象”越境,是指行为人本身或其犯罪行为并没有在某一国家的领域内实施,而只是在网络上以信号或数据传输方式跨越了某国的国境。例如,几名德国的学生通过国际互联网络进入美国国防部窃取军事秘密一案。这几名学生从德国登陆到日本,然后再从日本登录到美国的一所大学,再从这所大学登陆到美国国防部的军用计算机信息系统并进而窃取军事机密。^[8]在此案中,行为人的犯罪行为在网络空间上同时跨越了几个国家,因此产生了适用刑法空间效力原则的冲突。对于这一类犯罪行为,被越境国是否有适用空间效力原则的权限,是一个有待探讨的问题。如果认为有适用空间效力原则的权限,那么,对传统的刑法空间效力原则无疑是一个彻底的冲击;如果认为没有适用空间效力原则的权限,那么,当罪犯轻易地进入计算机终端位于自己国家领土内而数据库位于国外的程序时,将会发生能否适用空间效力原则的问题。网络空间的全球性和不确定性,导致了网络行为与适用传统空间效力原则基础之间的关系变得不确定。网络空间作为一个全球化的整体具有无形性特点,当然不可能像物理空间那样明确划分所管辖的区域。但是,刑法空间效力原则的适用应当以某种相对稳定的联系作为基础,一旦网络上的法律行为与传统的空间效力原则的适用基础失去联系,如何将传统的空间效力原则适用于网络犯罪就成了一道难题。^[9]

[5] 前引[3],赵秉志等文,第955页。

[6] 参见程红:《浅论电子商务与网络犯罪》,载赵秉志主编:《新千年刑法热点问题研究与适用》上册,中国检察出版社2001年版,第499页以下。

[7] 参见李晓明:《“计算机犯罪”对传统刑事法的挑战及对策研究》,载赵秉志主编:《新千年刑法热点问题研究与适用》上册,中国检察出版社2001年版,第291页。

[8] 参见于志刚:《虚拟空间中的刑法理论》,中国方正出版社2003年版,第372页。

[9] 同上书,第373页。也有观点认为,以中间地作为犯罪地,就网络犯罪而言不具有必要性。中间地不过是一个跳板,具有偶然性,案件和中间地关联不大。如果将中间地主义贯彻到底,网上数据传输所经过的任何国家都可以认为是中间地,毫无疑问会加剧刑法的效力冲突。参见杨彩霞:《刑法空间效力原则在网络空间的适用及其面临的挑战》,载刘明祥主编:《武大刑事法论坛》第1卷,中国人民公安大学出版社2005年版,第265页。

三、网络犯罪与刑法空间效力原则的相关学说评析

由于传统的刑法空间效力原则在网络犯罪面前所遇到的困境,因此,如何解决网络犯罪的空间效力原则成了刑法学界关注的热点,有关刑法空间效力的各种新兴学说纷纷出现,在此选择主要的中外学说略作评析。

(一)国外的相关学说

1. 结果地限制说。这是针对德国现行刑法过度扩张其空间效力范围而主张的学说。^[10]这一学说并不否认普遍管辖原则,然而就犯罪结果地的认定而言,反对视网络犯罪的抽象危险显现于国内便可认定其为犯罪结果之限制性主张。即只有国外的网络行为者企图发生犯罪结果于某一国,或者行为者在充分认识到完全有可能发生危险结果而仍然实施时,才可以适用空间效力原则。^[11]例如,刊载于外国网络上的相关信息,如果在国内有可能下载其内容,就不应视为国内犯而适用空间效力原则。但是,这种观点所主张的处罚基准,不但在司法实践中几乎不可能证明,就是能够证明,也恐怕很难将德国刑法第9条理解或解释为可以适用。

2. 特别连接点说。这种学说主张如果将国外的网络犯罪以国内犯处罚,在构成要件上要求特殊的要件,即要求某种与本国相关联的特别连接点(包括内容是否与本国有关系,所使用的语言等)。例如,在网上刊载某种信息时,不应处罚单纯的刊载行为,只有这种信息完全有可能被多数不特定人所下载并与本国利益相关,或所用的语言本国人能够理解时方可处罚。^[12]这一学说的不足之处在于在“特别连接点”中,并没有指出究竟哪一点才是“特别连接点”,即没有相关基准,因此过于笼统含混,缺乏可操作性。

3. 放弃普遍管辖原则说。这种观点认为,鉴于网络犯罪的特殊性,网络犯罪不应适用普遍管辖原则。^[13]但是,这一学说所主张的网络犯罪不应适用普遍管辖原则,并不具备令人信服的充分理由。因为网络犯罪中也有很多只是将网络作为手段而利用的传统犯罪行为。另外,普遍管辖说本身具有尽量在较广的范围内适用空间效力之法律特性,因此,这一原则本身就有不适合限定其适用范围的性质。^[14]

4. 双重可罚性原则。这种观点主张,适用普遍管辖原则时应附加一个“领土的特殊化”或“双重可罚性”要件。限于适用德国刑法第7条时的类似主张认为,即使网络犯罪的结果发生在国内,首先,应

[10] 德国现行刑法从属地原则出发,将其与普遍存在理论(德国刑法第9条)相结合,并以其他连接点对该规定进行补充。即通过采取积极的和消极的属人原则以及现实主义(保护主义)、代理刑事司法权来确定其普遍管辖原则,因此刑法的空间效力范围极为宽泛。这一原则适用于网络犯罪,只能导致无限管辖网络犯罪之结果。参见[德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》(总论),徐久生译,中国法制出版社2001年版,第211页以下。

[11] 参见[日]岩间康夫:《刑法的适用范围》,载西田典之、山口厚编:《刑法的争论点》,有斐阁2000年版,第12页以下。

[12] 前引[1],松本博之等书,第410页。我国学者也有类似的主张——有限保护原则,这种主张可以说是对保护原则的一种限制,这里所指的有限,是指在适用保护原则时,要考虑外国人或无国籍人触犯本国刑法是故意的还是无意的。如果是无意的,就不应适用本国刑法,那是因为处于网络空间的行为人不可能了解世界各国刑法的规定,让其遵守外国刑法属于刑法上的期待不可能。这种主张对受害国或受害人所在国依据本国刑法对行为人进行定罪处罚作了一定的限制,在一定程度上防止了本国刑法的滥用,这一点应当肯定。但是,如果认为故意触犯本国刑法的,可以适用本国刑法。由于故意的判断并不需要行为人的确知,只要明知可能性即可,而在信息化时代,身处网络空间的行为人即使不能确切了解他国的法律,但对所在国以外的国家对自己的行为基本上持什么态度应当说是有所认识的,也就是说,行为人明知自己的行为可能在他国发生损害结果,实际上放任这种结果发生,即构成故意犯罪,受到侵害的国家可对其追究刑事责任。这样一来,如果行为人在某地设立赌博网站,这一行为在该地是合法的,但由于行为人很难知道赌博在其他地方的违法性,因此其他国家的人参与了在线赌博,危害了该国的社会秩序,该国即可适用本国刑法,这也使刑法有滥用的危险。参见前引[9],杨彩霞文,第262页。

[13] 前引[11],岩间康夫文,第13页。

[14] 同上。

确认这种结果的实施者是不是德国人;其次,这一犯罪结果是不是针对德国人实施的;以及外国的网络犯罪实施者在德国国内被逮捕但没有可能被引渡时方可追诉。然而,这种主张是否有学术价值暂且不论,作为对这种犯罪的回应,无论是法律调整还是其实施均不大可能是不可否认的现实,因此,处罚这种犯罪最终不得不通过立法化来实现。^[15]

5. 空间效力原则与犯罪论整合说。这种观点是在否认普遍管辖原则的基础上,主张刑法的空间效力原则应当与犯罪论相整合才能适用于网络犯罪。这一观点认为,犯罪发生在国内这一事实是违法性的要件,其认识(故意),如果是故意犯也不应欠缺。这一主张否认普遍管辖原则的理由是:普遍管辖原则无非是将秩序的维持和法益保护相整合的政策性结论而已,因此并不可取。这种观点进而主张,一个国家的作用应限于保护本国的法益,一个国家并不具有判断与本国法益无关的结果之权限,只有犯罪结果发生在国内时,才能适用该国的空间效力原则,即存在违法性。^[16]这一学说是以纯粹的结果无价值论作为其立论基础的,虽然并不应否认纯粹结果无价值论的主张。但是,即使赞成这一主张,我们也不应当把在国内实施犯罪行为而导致国外生命损失之结果无价值的行为视为国外犯。如果将这种犯罪视为国外犯,那么一个国家的刑法就成了只保护本国法益的刑法。然而,人的生命是至高无上的法益,因此,即使是结果发生在国外,如果发生该结果的行为是在国内实施的,国内法也应将其视为违法犯罪行为,这才是当今国际社会应采取的妥当方法。^[17]

(二)国内的有关主张

1. 新主权理论。新主权理论又称之为“激进的独立管辖权说”或“虚拟世界主权独立说”。这一学说认为,在网络空间正形成一种全球性市民社会,这个社会有其自己的组织形式、价值标准和规则,完全脱离于政府而拥有自治的权利。这一学说主张,网络空间中的虚拟世界独立于真实世界之外,其虚拟空间主权既不属于任何国家,亦非任何国家可以侵犯。以此为基础,在犯罪管辖方面,这一学说认为,由于网络的空间拓展性,某一国原有的本国法律难以对各类犯罪行为施行必要之管辖,在现实世界的原有法律规则与网络法律规则之间,存在着若干落差:其一,以一国之法律对网络上的人、事、物行使管辖权,无疑是以一国御全球,实际上并无可能;其二,网络各种行为的效力,并非仅仅及于本国人和物;其三,一国法律,其效力及于处于本国之外其他人,既不符合法理,又不符合正当性原则。^[18]因此,新主权理论担心国家权力介入网络会妨碍网络空间的自由发展,从而主张网络规则的形成应借助网络自身的约束机制,以自我判断代替国家的判决与救济。这一学说认为,从网络的无国界性出发,置身于网络空间即意味着与任何特定的管辖权相脱离,因此,从根本上否认了国家的刑事管辖权。笔者认为,新主权理论脱离现有国家的主权观念,虽然在理论上可以对网络犯罪行为适用空间效力原则进行统一规制,但在事实上并不可能。^[19]另外,行业道德与技术标准可以在规范网络行为上起到重要作用,甚至在一定条件下也可以上升为法律,但这些内容永远不能代替法律;同样,自律管理也不可能替代法院的公力救济、不能代替法院的强力规范。^[20]因此,适用刑法的空间效力原则是规范网络行为时不可回避的现实问题。

2. 管辖权相对论。为了解决适用刑法空间效力原则的困境,有的学者提出管辖权相对论。这一理论认为:网络空间应该作为一个新的管辖区域而存在,就像公海、国际海底区域和南极洲一样,应当在这一领域内建立不同于传统规则的新的管辖原则;任何国家都可以管辖并将其法律适用于网络空间内的任何人和任何活动,其程度和方式与该人或该活动进入该主权国家可以控制的网络空间的程

[15] 前引[1],松本博之等编书,第410页。

[16] 参见[日]辰井聪子:《刑法的空间效力范围——国内犯与国外犯》,《上智法学论集》第41卷第2号,第69页以下。

[17] 参见[日]林干人:《刑法总论》,东京大学出版会2000年版,第475页。

[18] 参见陈荣传:《虚拟世界的真实主权》,台湾《月旦法学杂志》2001年第10期。

[19] 前引[3],赵秉志等文,第956页。

[20] 前引[2],杨正鸣主编书,第124页。

度和方式相适应。^[21]笔者认为,这种观点实际上走向与新主权理论即独立管辖规则论相对的另一极端。基于网络的特性,各国控制网络空间的程度必定多有交叉,因此,最终将导致无法适用空间效力原则。^[22]

3.有限扩大的属地管辖原则。也有学者主张,刑法的领域可以有所限制地进行扩大,即在具备下列条件之一时,刑法领域可以扩大到网络空间:(1)网上作案的终端设备、服务器设立地在本国传统的领土、领水等四种空间内,例如在线洗钱者、电子敲诈者的终端设备所在地以及网上色情服务器的终端设备地在本国领域内;(2)网上作案所侵入的系统局域网或者侵入的终端设备地在本国传统的领土、领水等四种空间内,例如电子间谍、网上侵犯商业秘密者的系统网站或者终端所在地在本国领域内;(3)行为人获取、显示网上作案结果信息的终端所在地在本国的领土、领水等四种空间内,例如网上盗窃、网上诈骗作案结果信息显示终端所在地在本国领域内。^[23]这种有限扩大的属地管辖原则,实际上是对犯罪地认定标准的具体化。虽然论者所主张的刑法扩充适用于网络空间的条件过于具体化,实际上并没有总结出任何新的原则。^[24]不过这一主张作为属地原则的细化,对司法实践中如何认定网络犯罪地有一定的合理性。

4.有限管辖原则。这种观点主张网络犯罪的管辖原则应在属人管辖之外,以犯罪行为对本国或公民的侵害或影响之关联性为标准确定是否具有管辖权。这里的“关联性”,是指犯罪行为对本国国家或公民已经形成实际侵害或影响,即已经对本国或公民发生了直接联系。这种观点认为,这是对属人原则的一种拓展,但却不同于传统刑法理论上的保护原则,因为保护原则以侵害本国或公民为条件,而这里所讲的“侵害或影响的关联性”,则并不一定是指本国或公民是该犯罪行为的受害者,而可能仅仅是行为对象受到了影响。^[25]这种观点“充分考虑了具体网络犯罪对不同国家具体法益的侵害,……同时将传送犯罪行为数据的网络线路所在地及数据的中转服务器所在地排斥在网络犯罪行使管辖权之外,避免了非利害关系国家争夺管辖权之情形。”^[26]这种观点有其合理性。但是,“侵害或影响的关联性”是一个非常模糊的标准,将其作为确立刑法效力范围的基础,有违反罪刑法定之明确性原则之嫌。例如,在实施网络犯罪时,单纯的“信号过境”,或以某国的服务器为跳板,两者是否真的在关联性上存在实质差别,从而像这种主张那样只有后者能够使该国具有管辖权?^[27]

5.最密切联系地原则。这一原则是为弥补国籍原则和有限保护原则的缺陷而主张的,指网络犯罪可以适用于与行为人实施网络犯罪最密切联系地的国家的法律,其中所谓最密切联系地,是指行为人在网络空间内作案的终端设备地、服务器设立的所在地。^[28]然而,这一原则虽然主张在司法实践中通过比较的方法,具体分析在不同情况下具有并行管辖权的各国在适用本国刑法方面的利害关系,或者说案件与各有关国家联系的紧密程度,以尽量适用与案件有密切联系国的刑法。因此,这一原则从本质上来讲,是在维护本国主权及利益的基础上,各国为协调网络空间的刑事管辖权,避免刑法适用上的冲突而借鉴国际私法的有关理论,比如合同争议的准据法问题而提出的办法之一。从这一主张对最密切联系地的界定来看,无非是为犯罪地的认定提供一些指南,实际上并没有解决在一国国内法中如何通过一定的连接因素确立刑法效力根据的问题。^[29]另外,也有观点主张网络犯罪中刑法空间效力原则的适用,应当在适当限缩属地原则和保留属人原则的基础上,适当拓展保护原则并谨慎适

[21] 参见王德全:《试论 Internet 案件的司法管辖权》,《中外法学》1998 年第 2 期。

[22] 前引[3],赵秉志等文,第 957 页。

[23] 参见屈学武:《因特网上的犯罪及其遏制》,《法学研究》2000 年第 4 期。

[24] 前引[8],于志刚书,第 385 页。

[25] 参见赵秉志、于志刚:《计算机犯罪及其立法和理论之回应》,《中国法学》2001 年第 1 期。

[26] 张新平:《试论网络犯罪刑事管辖权》,载《刑法问题与争鸣》第 6 期,中国方正出版社 2002 年版,第 28 页。

[27] 前引[9],杨彩霞文,第 262 页。

[28] 韩哲:《网络犯罪的本质特征及其刑事管辖》,《山东公安专科学校学报》2002 年第 3 期。

[29] 前引[9],杨彩霞文,第 263 页。

用普遍管辖原则。^[30]笔者认为,这一主张有其合理的一面,问题是解决该问题只能靠立法,否则很难解决。

四、处罚网络犯罪之立法化

依传统的刑法空间效力原则处罚网络犯罪几乎不可能,这在国内外刑法学界已经达成了基本共识,因此,出现了各种相关学说。然而,从对上述学说的评析中可以看出,各种学说虽然在某种程度上可以解决网络犯罪的管辖问题,但却不可能从根本上解决,网络犯罪的处罚通过立法解决或许是最佳选择。

(一)处罚网络犯罪立法化之必要性

面对日益猖獗的跨越国境之网络犯罪的现实,我们当然不应袖手旁观或放弃惩罚,同时我们也不应将本国的刑罚权视为惩罚所有网络犯罪的绝对权利——赋予其网络犯罪监视人的使命。如果这种假设正确的话,正如在中外相关学说评析中所见到的那样,只依靠纯粹解释之“对症疗法”恐怕很难解决纷繁复杂的网络犯罪问题。因此,有必要通过立法消除现存的弊端,而通过立法解决这一难题的本质性目标应当是:针对跨越国境的网络犯罪,在适用主权国家刑法的空间效力原则时,构建既能见效又能在国际上达成共识的规则体系。^[31]

首先不应只考虑一国刑法的空间效力原则——即以重新探讨属地主义原则为其切入点,必要时可以考虑用其他适用原理替代传统的属地主义原则。这种主张正如前述,针对网络犯罪的适用刑法空间效力原则范围的无限扩张而出现了限制学说,如果限缩网络犯罪的处罚范围而缩小适用空间效力原则,那么,网络犯罪的处罚不得限于传统的领土领域。但是,即使限缩针对网络犯罪的刑法空间效力原则,网络犯罪的处罚也不会超越传统的领域。如果这样处罚网络犯罪,就会过分拘泥于领土界限,必然失去现代网络犯罪的特征。网络犯罪的特征是潜在的,就网络犯罪而言,传统的国界毫无意义。如果全然不顾这种客观现实,而固执于传统的刑法空间效力原则,那么,普遍管辖原则的适用不得不局限于处罚与行为地相关的狭小范围之内。如果将犯罪结果地也包括在本国刑罚权的射程之内,可以处罚包括抽象危险在内的所有的网络犯罪,那么,其他国家也自然应当享有同样的处罚网络犯罪的权限,其结果,各国刑法空间效力原则之间的冲突是难以避免的。同时,将会导致原有之属地主义原则的限制性机能的扩张化。易言之,犯罪结果的普遍管辖将会替代原本旨在相互限制的刑罚权,其结果,各国的刑罚权不得不走向全球规模的管辖冲突。然而,这决不是,也不应是国际上通用的

[30] 前引[9],杨彩霞文,第264页以下。

[31] 2004年7月1日起生效的欧洲理事会《关于网络犯罪的公约》是打击网络犯罪的第一个国际公约,这一公约体现了国际合作的思想,其主要目标是在缔约方之间建立打击网络犯罪的共同的刑事政策、一致的法律体系和国际协助。参见皮勇:《论网络犯罪与我国网络安全法之发展》,载刘明祥主编:《武大刑事法论坛》第1卷,中国人民公安大学出版社2005年版,第245页。

网络刑法所意味着的未来的前景。^[32]

与网络空间带来刑罚权之属地主义原则的“贬值”一样,对于包括将网络利用于犯罪的——一般网络利用者而言,国境已经失去了“信号作用”,那是因为如果不是网络空间就意味着已经发生了越境之行为。比如,假设在A地工作、因工作需要不得不经常跨越甲乙两国国界常住在B地的某人,一般不会经常考虑自己现在在哪一个国家而应遵守哪一个国家的法律(这在西欧各国较为常见)。与此相同,对于一般的网络利用者来讲,有可能虽然已经接近另一个国家法律所支配的网络空间领域,但这种国界意识恐怕也不会存在。即使视这种行为为遗憾,网络上的交流仍视这种可能越境之行为于不顾,因此,在这一领域提起法律规范上的某种诉求几乎不可能。对于特定的犯罪规定特别的适用原则,那是在不得已的情形下才应采取的消极性原则。网络犯罪的特殊性,赋予了处罚这种犯罪可以动用特别规定的某种可能性。^[33]

(二)处罚网络犯罪立法化之基本原则

有关网络犯罪的特别适用规定当然有待进一步探讨,不过,笔者认为其基本原则应包括以下几方面内容。

1. 普遍管辖原则应成为处罚网络犯罪的基本原则。普遍管辖原则又称世界性原则,是指不论犯罪地、犯罪人或者被害人的国籍如何,对侵害世界法益的行为都适用本国刑法的原则。这个原则出自共建人类文明的使命,即制止犯罪应当是各国共同努力完成的任务。^[34] 制止犯罪方面的国际连带性,是所有国家处罚犯罪的权利与义务的基础。

普遍管辖原则适用对象的范围,涉及各国应把世界上受刑法保护的世界法益扩大掌握到何种程度。由于国际犯罪的增长和各国提高了在预防、制止犯罪方面应当加强共同责任的认识,普遍管辖原则适用对象的范围日趋扩大。尤其是在第二次世界大战以后这种趋势越来越明显。为了应付日益增多的国际犯罪,世界各国纷纷订立公约以加大打击力度,刑事管辖上的合作比以往任何时候都更加密切。这期间,在条文中规定了普遍管辖原则的公约主要有:1948年的《关于制止非法劫持航空器的公约》,1971年的《关于制止危害民用航空器安全的非法行为的公约》,1972年的《经〈修正1961年麻醉品单一公约的议定书〉修正的1961年麻醉品单一公约》,1979年的《反对劫持人质公约》,1982年的《联合国海洋法公约》,1984年的《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有损人格的待遇或处罚公约》,1988

[32] 前引[1],松本博之等书,第410页以下。对于网络犯罪的刑法空间效力原则的适用,我国也有对国际刑事管辖抱有某种忧虑的观点:在网络空间的刑事司法活动中,除了刑事司法主权与国际司法协助的矛盾和冲突之外,还可能存在着超国家司法权力对国家司法主权的威胁。随着全球化观念在现代生活中的泛化,人类追求世界大同的愿望再次泛滥,在社会生活的各个领域都存在着由分隔走向融合、由对抗走向协助的潮流,正如尼采勘破一切之后却去寻找超人一样。在全球化进程中始终存在着超国家权力的阴影,它作为各国相互寻求合作过程中可能出现的异化结果,在国际化 and 民族化力量的此消彼长中生长。各国为了协调一致,更好地打击犯罪、保护人权,在刑事司法活动中牺牲一部分的司法主权是必要的,也是互动的,这种牺牲意味着对一部分刑事司法主权的让渡,从理论上讲,如果让渡是公平的,利益也是共同的。但这个过程似乎无法避免地存在着一种超国家的形式司法权凌驾于各国司法主权之上,它的负面影响直接指向对国家司法主权的侵蚀。而被视为全球化技术基础的网络空间的存在以及其中网络犯罪的蔓延,也似乎为超国家刑事司法权的存在提供了更有说服力的依据。因此,有关网络犯罪的国际协助尤其应当在尊重各国国内基本立法的前提下进行,寻找到打击网络犯罪并维护国家刑事司法权的平衡。参见方泉、石英:《论网络空间的刑事法》,载陈兴良主编《刑事法评论》第10卷,中国政法大学出版社2002年版,第613页以下。

[33] 针对网络犯罪的国际间刑事司法协助与各国刑事司法主权的冲突需要新的国际立法来加以平衡。欧盟《反网络犯罪公约(草案)》显然希望做到这一点。该《公约(草案)》第22条规定,各国刑法针对非法侵入(illegal access)、非法拦截(illegal interception)、数据干扰(data interference)、系统干扰(system interference)、滥用(misuse of devices)、与计算机相关的伪造(computer-related forgery)、与计算机相关的欺诈(computer-related fraud)、与儿童色情有关的犯罪、与侵犯知识产权有关的犯罪、帮助犯、教唆犯及未遂犯罪规定的刑法的空间效力原则的范围包括:行为地在领域内的,或该国的船舶、航空器内的,或本国国民行为在行为地国应受刑罚处罚的,或本国国民在任何国家的刑事司法管辖权以外的区域实施上述10种网络犯罪行为的。在这些情况下,该国具有刑事管辖权。在司法管辖发生异义时,由当事国以最适原则协商解决。本条是实现相关国际司法合作的基础。见上引,方泉等文,第597页以下。

[34] 参见[日]森下忠:《国际刑法入门》,阮齐林译,中国人民公安大学出版社2004年版,第75页。

年的《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》等。这些公约在确认有关当事国的刑事管辖权的同时,都明确规定:每一缔约国于被指控的罪犯在本国领土内而不将此人引渡给有关当事国时,应采取必要措施确立其对此类犯罪的管辖权。^[35]上述的这些规定,使以前仅仅适用于海盗罪和战争罪的普遍管辖原则通过国际公约的形式逐渐扩大到适用于其他国际犯罪,进一步体现和发展了普遍管辖原则,使之成为国际社会普遍接受的国际刑法原则。

由于国际互联网是一个开放的全球性系统,犯罪分子完全可以利用网络全球化的特性,绕开相关国家的法律而实施犯罪行为,相关国家有可能无法对网络空间充分行使管辖权。因此,只有世界各国相互合作,制定惩治危害国际互联网和利用互联网犯罪的国际公约,才能实施有效管辖。^[36]需要注意的是,普遍管辖原则并不意味着适用于所有的网络犯罪,而应限于在文明化了的普通国民的一般评价中,认为不管犯罪行为地在哪里确有必要追诉的值得处罚的网络犯罪。比如,对于通过网络空间和利用计算机实施的破坏计算机信息和系统罪、制作传播计算机病毒罪、非法侵入他人计算机系统罪、妨碍计算机系统正常运行罪等。

2. 适用属地主义原则之界限。所谓属地主义管辖原则,是指对于在国内实施的全部罪行,不论行为人为人、被害人的国籍如何,国内法都具有适用的效力。在这里,也不论侵害的对象是属于本国法益,还是外国法益。现在,世界各国均将属地管辖原则作为刑法适用的基本原则。严格来说,按属地管辖原则确立的国家刑事管辖应当仅限于各国领土范围之内。但是,现代交通工具和通讯设施的不断发展,使得犯罪的复杂性不断增强,一个国际犯罪行为往往是行为地和结果地涉及两个以上的国家。为了应对犯罪的跨国性,属地管辖原则也作了相应的发展,形成了“主观的属地管辖原则”和“客观的属地管辖原则”两种理论。^[37]

从历史发展的角度来看,属人管辖原则是最早出现的刑法适用的基本原则。尽管如此,为何世界各国均将属地管辖原则作为基本原则?其主要理由是:首先,属地管辖原则是以国家主权观念为基础的。也就是说,对于一国主权所辖的领域内的犯罪,犯罪发生地国根据国家主权行使刑罚权,从而维护法律秩序。其次,在搜集证据方面,一般而言,犯罪地国比其他国家要方便一些。^[38]

就一般的网络犯罪的处罚而言,不管是本国国民还是外国公民只要在该国领域内实施犯罪(不应包括在国外实施的某种效果波及国内的情形),可以依据属地主义原则追诉。^[39]因为这种犯罪所侵害的法益只是侵害了一国的部分法益,却尚未达到侵害和威胁国际社会的共同利益以及构建人类文明的程度。

3. 保护主义原则的适用范围。保护主义原则包括国家保护主义原则和国民保护主义原则。所谓国家保护主义原则,是指对于侵害本国国家法益的行为,不论其犯罪地在哪国和犯罪人的国籍如何,都认为应当适用国内的刑法。而所谓的国民保护主义原则又称消极的属人原则,这一原则是为了保护在国外的本国公民(和本国内居住的外国人)。在本国公民遭受侵害成为被害人的情况下,应当对一定范围内的国外犯适用本国刑法。因此,从理论上讲,所谓消极的属人原则并不属于属人原则的范畴,而是属于保护原则的范畴。

国家保护原则就行使国内刑事管辖权而言,与属地原则并列同属于第一级次性质(primary na-

[35] 参见张智辉:《国际刑法通论》,中国政法大学出版社1999年版,第84页。

[36] 参见黄泽林:《网络犯罪的刑法适用》,重庆出版社2005年版,第57页。

[37] 主观的属地管辖原则,又称主观的领土管辖或行为发生地原则,是指一国对于在本国领土内实施的犯罪行为,不论其结果在何国,都拥有起诉和审判的管辖权。很多国际公约也采用了这一原则,例如1929年签署的《防止伪造货币公约》和1988年通过的《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》等都确认了这一原则。而客观的属地管辖原则,又称客观的领土管辖或结果发生地原则,是指凡犯罪结果在一国领土内发生,不论犯罪行为发生在何国,犯罪结果发生地国对此案拥有管辖权。参见张景:《国际刑法综述》,人民法院出版社2004年版,第218页。

[38] 前引[34],森下忠书,第34页以下。

[39] 前引[1],松本博之等编书,第411页。

ture)的规范,而不像属人原则、世界原则那样仅仅是具有补充性质(residuary nature)的规范。这里所谓的“第一级次性质”,是指对于侵犯国内的法律秩序和法益的犯罪,国内刑法优先适用的性质。国民保护原则,又称消极的属人原则。在这一原则中,被害人的国籍或居住场所(即被害人是本国的国民或在本国居住),把国外犯与本国刑法的适用连结在一起(连结点)。因此,消极的属人原则具有对属地原则的补充性质。^[40]也就是说,在犯罪地国根据属地原则不能审判犯罪人的情况下,可以根据国民保护原则行使国内刑事管辖权,来保护被侵害的本国公民(或者在本国居住的外国人)。

网络犯罪的处罚,如果依前述的两个原则,就不得不放弃赋予国内之根据的犯罪“结果地”。在这种情况下,如果有必要处罚——即所发生的法益侵害必须处罚,那么,可以适用以保护国家法益为宗旨的保护主义原则。如果本国国民是网络犯罪的受害者,可以适用消极的属人主义原则。需要注意的是,这种情况在犯罪行为地也属于犯罪而应受到相应的处罚。

4. 慎用“代理处罚”原则。所谓“代理处罚”,至今似乎还没有一个确切的定义。如果从内容上分析,“代理处罚”原则可以分为三种类型:(1)以处罚代替引渡本国国民。一般而言,以前在拒绝引渡本国国民的情况下,都是代之以根据属人原则适用本国刑法处理。即在这种场合,本国代替外国追诉、处罚犯罪人。但是,依据属人原则,本来就是适用国内刑法的,而不是依据条约重新创制国内的刑事管辖权。并且在适用属人原则的情况下,作为属人原则适用对象的犯罪,一般限于重罪或至少是中等严重程度以上的犯罪。(2)纯代理处罚原则。这是为了避免在国外实施犯罪的外国人逃避处罚,由该犯罪人所在国代替该外国进行处罚的原则。在这里让人们看到一种世界原则的思想。(3)代理原则。这是对国内刑法本来就不适用的国外犯,而依据与外国缔结的条约所规定的刑法共同适用,即根据共同的刑事管辖权来确认适用国内刑法的原则。^[41]就网络犯罪的处罚而言,如果国际社会的协助以相对合理的普遍管辖原则能够得以保障,那么,就没有必要另辟蹊径特别加以“代理处罚”规定的必要。

5. 适用积极的属人主义原则之范围。属人管辖原则,又称国籍管辖原则或属人原则,是以人的国籍为基准,凡是本国人犯罪,不论是在本国领域内还是在本国领域外,都适用本国刑法。属人管辖原则,是国际刑法承认的行使刑事管辖权的第二个原则。这一原则,虽然作为对属地管辖原则的补充,在国际刑法公约中得到了确认,但这一原则的适用却使得一个在国外犯罪的人受到双重刑事管辖权的管辖。对双重管辖权的处理,各国的做法大致分为两种:积极的属人原则和消极的属人原则。积极的属人原则,又称被告人国籍原则,是指罪犯的国籍国对其在国外的犯罪享有管辖权的原则。各国适用此原则时又分为两种类型:一种是无限制的积极的属人原则,即对本国国民在外国犯罪,无论其在国外是否受到刑罚处罚,都适用本国刑法。另一种是有限制的积极的属人原则,即对在外国对本国国民犯一定之罪的,适用属人管辖。而消极的属人原则,又称被害人国籍原则,是指一个国家的国民在其国籍国领域外受到侵害时,其国籍国有权对犯罪人进行刑事管辖的原则。^[42]面对国界已经成为相对概念而在过去是他国的区域内有许多本国人常驻的现实,以及由国家必须控制管辖的本国国民之法律义务已经失去意义的现今时代,即在国民“脱离国家化”的现实生活环境下,一个国家是否能够而且是否有必要将参与网络行为的本国国民追诉至全球的任何一个角落,应当慎重处理。^[43]

当然,即使适用以上原则为依据而制定的网络犯罪处罚法,国与国之间的空间效力原则的竞合也是难以避免的。基于这种不可完全避免的现实前景,欧洲理事会《关于网络犯罪的公约》规定,如果发生这种情况,应当通过协商的方式委托公认为最有优先权的国家追诉网络犯罪(第22条第5款)。要处罚这种情况,实际上国际上不得不形成一个网络论坛,其结果,就网络犯罪的处罚权之竞争而言,

[40] 前引[34],森下忠书,第66页以下。

[41] 同上书,第87页以下。

[42] 前引[35],张智辉书,第76页以下。

[43] 前引[1],松本博之等书,第412页以下。

有了一条缓和纠纷解决纷争的退路,从网络犯罪的复杂性来讲,这或许是解决争端的相对合理的方案。

五、结 语

网络无疆界,但由于网络空间的行为不得受各国原有刑法规范的调控,而网络所及的各国的空间效力原则又不尽相同甚至迥异,因此,引发了一系列问题。在目前世界各国刑法的空间效力原则有较大差异的情况下,随着网络在人们日常生活、交往中的逐渐渗透,网络行为日益多样化,网络用户随时都可以成为被外国政府要求引渡的对象。任何人都不能穷尽纷繁复杂的各国法律,当代各国普遍推崇的法治原则有一个基本理念,即以法律规范人们的行为,从而使人们获得安全感。在网络空间中,以繁杂并且千差万别的各国法律约束人们的行为,使法治原则的基本精神——安全价值丧失殆尽,不利于网络的发展。^[44]

控制网络犯罪需有全球化视野。加强各国间的刑事司法合作,是维护网络社会秩序、保证“信息高速公路”畅通的大势所趋。^[45]由于网络的国际化、现代化和信息化,遏制网络犯罪相应地也必须国际化、世界化。为此,世界各国应当联起手来,尽快制定国际因特网公约,以联手打击、防范网络犯罪。在网络犯罪普遍管辖权因各国之差异而难以形成的情况下,制定双边协定是解决网络犯罪刑事管辖权冲突的有效途径。从目前各国的实践来看,一般将相互协助之内容限定于司法协助之内。笔者认为,在时机成熟的情形下,各国于实体法上取得相互一致并非不可能,从而有望促成国际统一的处罚网络犯罪规则的制定。

Abstract: At present, the principle of the validity in terms of space in home criminal law is applied to deal with the problem of the punishment of cyber - crime in the judicial practices of most of the nations in the world, which brings about the extreme expanding of the validity in terms of space and the conflicts of applying the principle among nations as well. In view of the actuality, many foreign and domestic scholars have put forward some new theories concerning the principle of the validity in terms of space, however, there exist many questions. The punishment of the cyber - crime could not be resolved by the allopathy in the pure hermeneutic, therefore, it is necessary to remove the abuse by the legislation. International Convention on Cyber - Crime, which was released by the Council of Europe and entered into force on July 7 in 2004, has pioneered a new way for the establishment an accordant jurisprudence on international level for the sake of the punishment of cyber - crime.

Key words: cyber - Crime, the principle of the validity in terms of space, conflict of jurisdiction, legislation

[44] 参见孙晓芳:《网络犯罪若干问题探析》,载赵秉志主编:《新千年刑法热点问题研究与适用》上册,中国检察出版社2001年版,第380页。

[45] 冯卫国:《试论网络犯罪及其控制对策》,载赵秉志主编:《新千年刑法热点问题研究与适用》上册,中国检察出版社2001年版,第389页。