

论刑法的网络空间效力

□ 刘艳红

东南大学法学院 江苏 南京 211189

由于网络空间打破自然地理限制的虚拟性、一对多的面性和远程性,网络跨境跨国犯罪在信息网络时代变得极为突出。这些重大、特大跨境跨国网络犯罪案件首要面临的是刑法的网络空间效力问题:中国刑法能否被适用以及如何根据现行诸管辖原则实现中国刑法的适用?

一国刑法的空间效力都有其效力范围。刑法的空间效力,即国际刑法或者刑法适用法所解决的是一国刑法在什么地域、对什么人适用的问题,具体表现为我国现行《刑法》第6条至第9条关于属地管辖、属人管辖、保护管辖和普遍管辖的规定。首先,刑法适用法作为确定刑法适用范围规范,属于国内法而非国际法。但是,这并不意味着国内立法机关可以恣意地无限扩大本国刑法的适用范围,以彰显本国绝对主权。一国不能忽视他国在国际法上的权利而任意地主张界定刑罚权限的权力,刑法适用法必须受到国际法的限制。其次,刑法适用法作为单方确定本国刑法适用范围的规范,只在决定适用或者不适用本国刑法,并非在众多可适用的各国刑法规范发生冲突时,从中决定准据法,以化解适用法之冲突。因此,刑法适用法不属于国际私法。不过,两者在适用一国法律(刑法)这一共同点上具有相互借鉴的可能性。最后,刑法适用法与刑事审判权不同。虽然一国刑法对某一案件具有空间效力,但是本国可能并没有对该案进行立案、侦查、提起公诉、审判或者执行。然而,这种事实上的无法审判或者执行丝毫不会减损该国刑法规范的适用效力。如上所述,刑法的空间效力也有独立的自身范围,而这一问题在网络空间尤为突出。本文拟站在解释论的立场,遵循国际法,借鉴国际私法,以属地管辖为核心,尝试划定刑法的网络空间效力的边界。

一、网络空间对属地管辖原则的冲击

刑法的空间效力首先体现在,刑法对国内犯的适用以属地管辖为原则。在现实物理空间,属地管

辖的难题往往来自于隔地犯和危险犯。在虚拟网络空间,属地管辖不但复制了现实物理空间的难题,而且还受到颠倒其原则性地位、扩张新网络殖民地的冲击。

(一)瓦解以属地管辖为原则的管辖体系

在现代国家,刑法适用法一般以属地管辖为原则,以属人管辖、保护管辖、普遍管辖为例外。然而,在超越自然疆域且具有匿名性的网络空间,普遍管辖在现实物理空间的劣势异化为优势。换言之,正因为其没有连结点的限制,普遍管辖的比较优势得以凸显,其地位具有上升趋势。对于网络危险犯而言,尤其是抽象的危险结果,普遍管辖相较具有连结点的属地管辖等原则具有适用的便宜性;对于网络实害犯来说,普遍管辖原则也能够挑战属地管辖在管辖体系中的原则地位。以诈骗犯罪为例,当电信诈骗信息散布于世界各地皆可接收并浏览的网络空间而不仅仅针对中国领域内时,属地管辖的原则性地位就会被作为例外的属人管辖、保护管辖、普遍管辖冲淡而降低,甚至可能完全颠倒过来:如果网络犯罪被视作全球犯罪,普遍管辖就有可能代替属地管辖而升为原则。

(二)恣意扩张刑罚权以建立网络殖民地

由于互联网技术所建筑的网络空间具有超越现实领土与自然国界的虚拟性,网络犯罪的结果可能会发生在全世界。因此,具有遍在规定的国家就可能将本国刑法在互联网领域扩张至世界各地,以使具有独立自然地理的民族国家沦为无物理疆域的网络殖民地。一方面,在具有相同或者类似刑罚法规的国家,当下的遍在说可能会通过压缩他国主权而无限扩大本国主权,从而走向法律霸权主义。另一方面,在对某一犯罪行为具有不同处罚标准的国家,尤其在认定受一国的政治文化、民族传统、社会惯习影响巨大的规范的构成要件要素时,当下的遍在说可能会无视文化的多元性而强迫对方接受自己的价值观念,从而走向文化帝国主义。

总之,“互联网的泛在性、融合化与跨界特点使传统的法律效力理论与管辖制度受到挑战,行为人、行为地、结果发生地、管辖地等发生分离,地域效力难以确定……这些都是传统法律未曾遇到过的新格局”。

二、实害或者影响关联性标准之否定： 后天缺陷与先天不足

(一) 后天缺陷：形式与内容两方面

有学者借鉴美国的管辖经验,提出了实害或者影响关联性标准。该学者否定了美国所谓的长臂管辖权,进而从形式上引进最低联系标准。问题是,随着网络科技的发展、网络社会的繁荣与网络政治的成熟,实害或者影响关联性标准本身却尚待完善。

1. 标准形式较模糊。就标准用语本身来说,在实害或者影响关联性标准中,除了“实害”清晰可辨之外,“影响”与“关联性”都弹性较大而难以把握。就标准发生空间来说,“当前是一个‘现实社会’和‘网络社会’同时存在的‘双层社会’,网络空间中的‘秩序’独立于现实空间而存在”。因而,线上与线下的结果是否有必要区分以及如何区分,在此标准中还不清楚。

2. 标准内容不确定。实害或者影响关联性标准具有不稳定性:它时而扩大刑法的空间效力射程,时而又缩小刑法的属地管辖范围,有时可能使得实害标准形同虚设,有时能够将影响标准变得漫无边际。

(二) 先天不足：兼论领土具体化说

与最低联系标准相关,有学者提出了理性的合法化连接点或领土具体化说,其与国际私法上的最密切联系原则颇为相似。二者相较,它们的共同点是增加超法规的连接因素。然而,这种在结果之外增加要素以限缩属地管辖范围的观点也存在疑问。一是我国刑法典在属地管辖中明确只将行为、结果作为与本国领域的接触点,在刑法已有明文增加住所、居所、语言等要素的基础并不明确。二是与实害或者影响关联性标准类似,这种灵活的、弹性的、开放的管辖规则可以应用在民事诉讼领域,但在刑法中却表现为一种极强的不确定性,这使得刑法的效力空间形状多变。三是领土具体化说只注重单个连接点的增减,却忽略了对联系性或关联性的考察。四是领土具体化说难以符合刑法教义学的体系性要求。

纵观长臂法的发展历史,长臂法是美国对人管辖权演进过程中解决特定问题必不可少的法律规范,也为世界各国所借鉴,只不过对其称谓和具体内容有差异而已。而且,长臂规则与最低联系标准的关系也清晰可见:长臂规则是最低联系标准的合宪性的成文法化。分开讲,一方面,长臂规则是具体性

的成文法,最低联系标准是原则性的判例法;另一方面,长臂管辖规则的各州立法与具体适用都不得违反正当程序的宪法条款,而最低联系标准正是正当程序的宪法原则在对人管辖权领域的具体体现。合并地说,最低联系标准是长臂成文法的精神内核与实质内容。因此,除非判定将网络访问规定为情形之一的长臂法因不符合最低联系原则而违宪,否则,即使网络访问符合长臂法的判决不当,那也是长臂规则的司法适用问题,而非长臂规则的自身立法问题。

三、结果及与行为关联度标准之提出： 理论模型与司法意义

国际法以国家概念为基础,国家以主权原则为基础,主权衍生出管辖权。因此,有不同的网络主权观就有不同的管辖规则。20世纪末盛行的第一代网络主权观宣扬“网络即主权”。然而,由于第一代网络主权观充满网络乌托邦的幻想,并不符合网络现实,现已过时。当今比较流行的是第二代网络主权观:“主权高于网络”。我国持第二代网络主权观,但又不受网络空间虚拟性的影响,具有领土性、事实性、物理性的中国具体内涵。

我国的网络主权在基本立场上属于第二代网络主权观,但在具体内涵上又极具中国特色。我国在网络主权问题上特别强调网络设施的物理属性和网络空间的领土依附性,而不承认脱离了现实物理世界的独立虚拟存在的主权。简言之,我国的网络主权是一项事实性权力和领土性权力。我国刑法的空间效力理论体系应与如此的网络主权相匹配。

(一) 两种路径：效果原则和普通原则

基于国家能够统治网络空间这一共识,第二代网络主权观念内部对网络空间本身又产生两种不同认识,而这直接导致了下面两种不同的管辖进路。

1. 效果原则。网络空间具有附属性。国家即使不能对网络空间本身行使主权,也可以对坐落在其领土内的网络基础设施和与网络基础设施相联系的活动行使主权特权。因此,网络空间的特点并没有阻碍领土主权与管辖权的行使,而领土管辖权的一个具体特征就是效果原则:国家有权对境外实施而在境内产生效果的行为行使管辖权。

2. 普遍原则。网络空间具有独立性。网络空间行为造成的结果不与现实世界相联系,而仅仅在网络空间产生、运行和发生效果。此时,有必要为网络空间行为思考一种网络空间管辖权,为与电子实体相联系的电子行为建构网络空间主权。鉴于电子交往对所有辖区都有潜在影响,允许全球所有法院都能处理网络空间交往和纠纷的普遍网络空间管辖权将带来和谐与安定。

3.两种管辖规则之优劣。两种管辖规则都有不足,也都有可借鉴之处。认识二者优劣进而扬长避短的前提,是需要认识网络空间本身。网络空间有四个层次:(1)物理层次;(2)逻辑层次;(3)内容层次;(4)社会层次。一方面,效果原则以领土为基础,顾及了网络空间的物理层面,却忽略了网络空间的逻辑层面。另一方面,普遍原则虽然充分认识到了网络空间的逻辑层面,而且以此一个原则贯穿各个场合始终,但目前付诸实践的可能性较小。

(二)第三选择:结果与行为的关联

我国物理的网络主权要求物理地认定属地管辖中的行为实施地和结果发生地。正如民事审判实践对侵权行为地的认定,刑法上属地管辖中的行为实施地也应为实施犯罪行为的计算机等终端设备所在地,亦即行为人所在的计算机等终端设备操作地。复杂的问题仍然集中在属地管辖中的“结果”这一接触点上。

1.结果对行为之空间依附性。从一般场合出发,结果对行为具有空间上的依附性,也具有自身独立性,这在方法上与美国司法实践通过考察非居民被告在法院地的活动(行为)的两个变量以确定管辖权同质。美国最高法院首席大法官斯通在国际鞋业公司案中确立了著名的最低联系标准。最低联系标准的具体检验方法是实质考察被告活动品质和性质的“斯通公式”:(1)被告在法院地的活动水准;(2)诉讼请求与被告活动的相关程度。斯通公式的第一个变量说明行为具有内在专属特性。相同地,属地管辖中的结果要素基于危险到实害的程度不同亦具有独立意义:实害发生地法院比危险发生地法院更有管辖资格;换言之,结果越接近实害,管辖地位就越高,反之,结果越滑向抽象危险,管辖地位就越低。

2.行为的外在联系性。斯通公式的第二个变量说明行为具有外在联系特性。相似地,属地管辖中的结果要素基于自然因果律总是与行为相联系。在隔离犯的场所,无论结果在空间上相距行为有多远,在物理世界的因果链条中,结果总是不能脱离行为而存在,其总是具有一定的行为指向性:处于越紧密、集中、直接的因果系统中的结果发生地法院越具有较强的管辖欲望;反之,结果与行为指向的关系越松散、间接、遥远,该结果发生地法院相应的管辖情感就越弱。需要附带说明的是,该模型下的属地管辖原则中的结果不完全等同于构成要件结果,还指构成要件危险结果的实害形态。一方面,这避免了实害或者影响关联性标准中的“影响”要素的恣意扩大或者缩小。另一方面,这与属地管辖原则中的行为概念相契合。即这里的行为不仅仅是指实行行为,还包括了预备行为等。

由上可知,以属地管辖为核心的刑法的网络空间效力之确定具有两个主轴:一是结果的自身等级;二是结果与行为的关联度。其中,结果(从危险到实害的各种形态)是核心。结果及与行为关联度标准是以我国的网络主权观为理论基础、对现行《刑法》第6条属地管辖规定在网络时代的解释结论。一方面,领土具体化说的具体化之领土所借鉴的国际私法连接点缺乏刑法上的规范依据,而结果及与行为关联度标准是以刑法明文规定的行为与结果为连接点。另一方面,实害或者影响关联性标准中的“影响”和“关联性”缺乏明确性,而结果及与行为关联度标准具有明确的“行为地”、“结果地”、“关联度”内涵。

3.由结果发生地确定管辖权的象限模型。与我国网络主权的事实性和领土性相适应,行为地是实施犯罪行为的计算机等终端设备所在地;结果地是从危险到实害的各种结果形态所在地;关联度是行为与结果的因果关系紧密度。具言之:(1)当结果形态越接近实害,结果与行为的关联性越集中、直接时,管辖地位最高;(2)当结果形态越接近危险,结果与行为的关联性越集中、直接时,管辖地位居中;(3)当结果形态越接近危险,结果与行为的关联性越松散、间接时,管辖地位最低;(4)当结果形态越接近实害,结果与行为的关联性越松散、间接时,管辖地位居中。

结果及与行为关联度标准兼具形式与实质功能。在形式上,该标准并非创造超法规的连结因素,而是紧紧围绕刑法规定的行为与结果及其之间的因果联系建构属地原则在网络空间的具体适用规则。在体系上,该标准不但能够适用于网络空间,也可适用于物理空间,因而具有一定的普遍理论意义。在实质上,该标准并不致力于得出数学计算式的唯一精确结果,而是试图就复杂的网络犯罪管辖问题形成一种衡量性的评价机制,即为管辖地位的高低根据各自具体情境进行功能性排序,以期标准的灵活性和自洽性。

需要说明的是,在跨境、跨国非常容易的今天,诸多国家同时对某一案件具有属地管辖权是正常且普遍的现象。结果及与行为关联度标准并不意在提出一个只能适用哪一国刑法的做法。这既不是刑法适用法的功能,也不是结果及与行为关联度标准的实际适用效果。根据结果及与行为关联度标准,如上所述,多个国家刑法完全可能同时对一个案件具有适用效力。结果及与行为关联度的理论模型旨在划定本国刑法的网络空间效力范围,只不过这种划定是在与他国刑法在同一标准下对同一案件的适用效力的比较中进行的。总之,这是一种衡量机制。

■ 《中国法学》2018年第3期,约25000字