

论刑法的网络空间效力

刘艳红^{*}

内容提要 传统的属地管辖原则在网络空间失灵。实害或者影响关联性标准是解决刑法的网络空间效力问题的方案之一。但是,该标准具有形式较模糊、内容不确定、借鉴不充分、根据不明确等缺陷。与此标准相关,我国刑法亦无法原封不动地移植最低联系标准、最密切联系原则以及领土具体化说、社会关系重心说、效果原则、普遍原则等。我国的网络主权是一项事实性和领土性的物理权力。基于该网络主权观,结果及与行为的关联度模型可能是对我国管辖规定的最优解释。根据此模型,实害结果及其与行为的关系越直接、集中的法院地法院管辖地位越高;危险结果及其与行为的关系越间接、松散的法院地法院管辖地位越低。无论如何,刑法的网络空间效力的标准设定应遵循国际法主权原则、刑法体系性原则、程序正当性原则、司法技术性原则、国际法标准原则等五项原则。

关键词 网络空间 属地管辖 效果原则 普遍原则 关联性标准

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,网络跨国跨境犯罪在信息网络时代变得极为突出。“一方面,犯罪分子与被害人交流的媒介是信息网络,犯罪分子可以借用网络虚拟世界实施犯罪行为,不需要与被害人进行直接接触,被害人可能与犯罪分子素未谋面。另一方面,网络犯罪分子可以跨越地域,进行远程控制。不同于传统犯罪中需要将‘犯罪工具’随身携带,网络犯罪分子甚至可以将实施犯罪的网络场所转移至境外,采取信息倒流、跨国联合等方式。”^①据统计,2016年以来,电信诈骗犯罪集团在东南亚、欧洲、非洲、大洋洲等40多个国家设立诈骗窝点;公安部先后赴20多个国家开展执法合作,捣毁窝点70余个,抓获电信诈骗犯罪嫌疑人1600余人。^②其中,2016年,公安部先后18次组织北京、天津、上海、江苏、浙江、湖北、广东等地人员赴境外开展工作,从肯尼亚、老挝、马来西亚、柬埔寨、西班牙等世界各地押解回国

^{*} 东南大学法学院教授,博士生导师。本文系国家社科基金重大招标项目“大数据和审判体系与审判能力现代化研究”(项目批准号:17ZDA131)、教育部人文社会科学研究一般项目“刑法出罪机制问题研究”(项目批准号:15YJA820015)的阶段性研究成果。

^① 赵秉志主编:《〈中华人民共和国刑法修正案(九)〉理解与适用》,中国法制出版社2016年版,第163页。

^② 参见蔡长春:《去年以来公安部先后押回200余名台湾籍电信诈骗犯》,载《法制日报》2017年9月4日。

561名电信诈骗犯罪嫌疑人;^③2017年4月,缅甸佤邦司法委员会与中国警方联合行动捣毁佤邦境内多个中国籍电信诈骗团伙(诈骗范围涉及中国17个省市,作案千余起),并将370名中国籍犯罪嫌疑人移交中国警方。^④这些特大、重大跨国跨境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。“从积极角度考虑各个国家(地区)主权的利益、各国刑法存在的目的以及从消极角度考虑现实资源的节制,事实上,任何一个国家(地区)都没有必要对不管任何情况的犯罪全部加以侦查、起诉或审判。因此刑法上对于其整体刑法之适用,有其范围的规定。”^⑤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,^⑥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的规范,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。^⑦然而,两者的区分并不是说,一国刑法为维护本国主权就应当具有绝对的、无限的空间效力,只不过司法管辖权有时具有行使障碍。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。可是,在网络空间中实施网络犯罪的行为人是否以及在何种条件下属于国内犯,是一个讨论极少

^③ 参见张洋:《中国集中打击治理电信诈骗》,载《人民日报》(海外版)2017年2月4日。

^④ 参见张雨辰:《370名中国人在缅甸涉电信诈骗,被一锅端》,载 http://news.jsnol.com/local/2017/0405/167226_2.html,最后访问时间:2017年7月12日。

^⑤ 黄荣坚:《基础刑法学(上)》(第3版),中国人民大学出版社2008年版,第37页。

^⑥ 参见张明楷:《刑法学(上)》(第5版),法律出版社2016年版,第69页。

^⑦ 参见王效文:《刑法适用法之规范性质与原则》,载台湾地区《成大法学》2005年第10期。

的未解之题。“对于涉外案件中的刑事管辖权,国际法上的规定要求有一个使之合法化的连结点,来作为行使自己管辖权的前提条件。”^⑧我国《刑法》第6条第3款规定,“犯罪的行为或者结果有一项发生在中华人民共和国领域内,就认为是在中华人民共和国领域内犯罪。”据此,国内犯是指犯罪地(“行为”实施地或者“结果”发生地,即遍在说)在中国“领域”内;而行为与结果是我国行使有效属地管辖的连结点。然而,判断行为或者结果是否发生在本国领域内并非不言自明。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,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

国际刑法目前面临的最大挑战之一,是网络空间的散布犯和表意犯,例如利用信息网络实施的煽动型犯罪(煽动分裂国家罪、煽动颠覆国家政权罪、煽动实施恐怖活动罪、煽动民族仇恨、民族歧视罪、煽动暴力抗拒法律实施罪等)、宣扬型犯罪(宣扬恐怖主义、极端主义罪等)、传播型犯罪(虚假广告罪;编造、故意传播虚假恐怖信息罪;编造、故意传播虚假信息罪;传播淫秽物品牟利罪、传播淫秽物品罪等)、侮辱、诽谤型犯罪(损害商业信誉、商品声誉罪;侮辱罪;诽谤罪;侮辱国旗、国徽、国歌罪等)、诈骗型犯罪等。以信息网络为犯罪工具的这些网络犯罪不但具有隔地犯和危险犯的特点,还可能使犯罪结果发生在具有信息网络的世界各地,由此可能会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。属地管辖和普遍管辖分列管辖体系的上下两端。其中,属地管辖与一国的国家主权范围一致,是最为容易适用、最具正当理由因而适用最广泛的管辖原则。普遍管辖原则又称世界法原则、世界主义,是指“出于刑事政策的需要,对于被普遍认为是犯罪或者通常是由国际犯罪组织实施的犯罪,任何捕获了罪犯的国家都可以对其进行追诉”,^⑨而无须考虑犯罪地、行为人国籍、被害人国籍等连结因素。因为其缺乏具体连结点作为管辖的正当化依据,且往往通过国家之间的协议而约定适用,而非绝对为本国所创设,所以普遍管辖在现实物理空间的适用范围最窄,往往位于属地管辖、属人管辖、保护管辖之后。

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。除了普遍管辖的主权障碍可以通过国际合作来化解,更为明了的是,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;更关键的是,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,虽然由于跨国跨境电信诈骗犯罪的财产损失结果发生地在中国境内,中国刑法根据属地管辖原则当然能够被适

^⑧ [德]约翰内斯·韦塞尔斯:《德国刑法总论》,李昌珂译,法律出版社2008年版,第29页。

^⑨ [德]冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦:《刑法总论I——犯罪论》,杨萌译,法律出版社2006年版,第60页以下。

用似乎自不待言;但是,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。这是网络时代刑法空间效力应当发现和研究的潜在管辖风险。

(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。“1944年在德国出生的A,于1954年移民澳大利亚,成为澳大利亚公民。A在德国完成教育后返回澳大利亚任教,自1992年开始密集研究纳粹屠杀。他利用澳大利亚服务器寄发群组信件及发表网络公开文章,主张不同意见,其中有以学术研究之名否认德国在纳粹统治时期曾屠杀犹太人,认为是某些犹太分子杜撰屠杀一事,以博取金援及遂行诋毁德国人的策略。”德国联邦最高法院认为,“只要在国内发生法益之损害或危险,而避免此结果正是相关刑法条文的目的者,即可适用德国刑法,即使行为是在外国进行亦同”,最终以属地原则对该案适用了德国刑法,认定A犯煽动罪。^⑩虽然该案早已尘埃落定,但这一刑法适用所引发的网络殖民地的沦陷危险值得反思和警惕。具体而言,网络空间对以属地管辖为原则的刑法适用的冲击具体表现在法律霸权主义和文化帝国主义两个方面。

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。德国联邦最高法院的裁判要旨引发的第一个问题是,“假如网络言论内容能实现德国犯罪构成要件,而在德国的网络用户均可在线浏览,此时是否形成与德国法秩序充分连系的刑法适用法因素,据此可认定适用德国刑法?答案如为肯定,后果将是全球网络所有内容皆可适用德国刑法,因为在德国上网浏览这些信息,向来不成问题。”^⑪我国亦如是。例如案例1:居住在日本东京的甲在存储于东京的因特网网页上诽谤同样居住于此的乙,而诽谤信息能够在中国获取。按照现有的遍在说,诽谤罪的构成要件结果已发生在中国,中国刑法就可以被适用。显而易见的是,这一结论难以被人接受。

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。^⑫德国联邦最高法院的裁判结果引发的第二个问题是,“澳大利亚刑法对‘否认奥斯维辛集中营’

^⑩ 参见[德]赫尔穆特·查致格:《国际刑法与欧洲刑法》,王士帆译,北京大学出版社2017年版,第49页以下。

^⑪ 前引⑩,赫尔穆特·查致格书,第49页。

^⑫ 参见[日]松宫孝明:《刑法总论讲义》,钱叶六译,王昭武校,中国人民大学出版社2013年版,第24页。

行为亦不处罚”,^⑬而德国刑法的适用可能意味着澳大利亚在某种程度上必须接受德国的法律观。换言之,本国应以什么标准来审查外国允许的行为?难以回答。我国亦然。比如案例2:美国人丙在美国的网站上激烈地批评某美国政府官员丁,而这些大尺度言论能够在中国被接收。某些处于美国宪法言论自由范围内的言论在中国可能已达至诽谤罪的可罚程度。同样明显的是,中国刑法的适用没有说服力。

以上两种情形反之亦然。总之,“互联网的泛在性、融合化与跨边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”。^⑭即使“从众多见解可知,针对网络犯罪的刑法可适用性问题,以刑法适用法目前之方法难以找到满意答案”,最终“面对网络刑法的繁复问题,有赖国家之间的共识作为,才能找出有效长久运作的答案”,^⑮在刑法规定的管辖体系之下,属地管辖的具体适用规则的建构性解释也是一条成本较低的化解网络时代刑法空间效力危机的现实路径。当然,各种解释结论的合理性是需要理论检讨和实践检验的。

二、实害或者影响关联性标准之否定:后天缺陷与先天不足

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。首先,该学者否定了美国所谓的长臂管辖权,认为将网络访问行为作为管辖依据这一不妥当的做法源于“恶名远扬的长臂规则”;进而从形式上引进最低联系标准,主张“以犯罪行为对本国国家或者公民的实际‘侵害或者影响关联性’作为标准来确定是否具有刑事管辖权”。^⑯换言之,在互联网环境下,属地管辖原则中的结果要素不但是指“实害”结果,还包含更为广义的“影响”,而且由国外的犯罪行为所造成的实害或者影响都必须与本国领域具有关联性。我国台湾地区也有学者持与此类似的观点,认为“所谓‘结果’系指犯罪行为所导致之法益侵害状态或所引起之外界影响。”^⑰不可否认,实害或者影响关联性的标准至今仍具有可贵的前瞻性和参考性。而且,借鉴国际私法的理论和实践成果建构属地管辖的适用规则,在方法论上亦值得肯定。虽然刑法适用法与国际私法的功能不同,但是二者的紧密联系也清晰可见:二者都要遵循国际法原则,都要确定是否适用一国刑法且都有如何确定连结点的问题。因此,在刑法适用法的研究中引入国际私法的内容不但没有疑问而且具有必要性。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。

(一) 后天缺陷:形式与内容两方面

^⑬ 前引⑩,赫尔穆特·查致格书,第49页。

^⑭ 周汉华:《习近平互联网法治思想研究》,载《中国法学》2017年第3期。

^⑮ 前引⑩,赫尔穆特·查致格书,第52页。

^⑯ 于志刚:《关于网络空间中刑事管辖权的思考》,载《中国法学》2003年第6期。

^⑰ 李维宗:《网路犯罪之审判权与管辖权》,载台湾地区《军法专刊》2013年第59卷第1期。

实害或者影响关联性标准在具体应用的过程中可能具有形式和内容双重缺陷。在形式上,该标准较为含混模糊;在内容上,该标准容易摇摆不定。从实害或者影响关联性标准的存在本身看,该标准被建构出来之后即成为脱离最低联系标准的规则,具有独立性格,应当予以单独审视。因此,两方面的弊端是在客观实践中形成,是为后天缺陷。

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”,^⑮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。一般而言,线上结果与线下结果的关系大体有三种类型:

第一,线上结果就是线下结果,且二者一致。将计算机网络作为犯罪对象的网络犯罪就是适例,如2017年5月袭击全球网络的“想哭(Wannacry)”蠕虫勒索软件阻止用户访问计算机或者文件,要求用户需付费解锁,^⑯对计算机网络的系统、数据等的线上黑客攻击所造成的侵害结果既呈现在线上,也是该种网络犯罪在现实空间的构成要件结果形态。

第二,线上结果不是线下结果,但二者重合。通常而言,诽谤罪是抽象危险犯,只需考虑行为人是否实施了散布足以降低被害人社会评价的虚假事实的行为,至多再需考虑该虚假事实是否为不特定或者多数人所实际意识到或者可能被实际意识到,并不要求实际上已经降低了社会对被害人的评价。^⑰在互联网不断普及的今天,网络用户数量庞大,^⑱完全符合“不特定或者多数人”的“散布”行为要求。所以,在网络诽谤案中,诽谤言论在不特定或者多数网民之间传播,诽谤行为就已达至犯罪既遂。而网民是现实社会的公民,网络空间的信誉毁损结果也同时随之转至现实空间。传播淫秽物品罪亦与此类似。

第三,归结为线下结果可能较为妥当的情形。例如,在网络诈骗案和网络盗窃案中,作为网民的被害人的财产损失虽然可能是通过网上转账实现的,因而也许能够称之为线上结果。但是,与诽谤罪、传播淫秽物品罪的传播行为所招致的危险结果不同,诈骗罪、盗窃罪的构成结果是特定化的被害人的财产实害,将其直接认定为线下结果更能体现其罪质。究其根本,这涉及到刑法教义学上的行为概念与结果概念的建构问题。总之,按照标准建构者的理论体系,该标准应当适用于“现实社会”还是“网络社会”,或

^⑮ 于志刚、郭旨龙:《“双层社会”与“公共秩序严重混乱”的认定标准》,载《华东政法大学学报》2014年第3期。

^⑯ 参见国家信息安全漏洞共享平台(CNVD):《信息安全漏洞周报(2017年第20期)》,载 <http://www.cert.org.cn/publish/main/upload/File/2017CNVD20.pdf>,最后访问日期:2017年7月6日。

^⑰ 参见[日]大谷实:《刑法讲义各论》,黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第149页。

^⑱ 以中国为例,截至2017年6月,中国网民规模达到7.51亿,占全球网民总数的五分之一;互联网普及率为54.3%,超过全球平均水平4.6个百分点。参见中国互联网络信息中心(CNNIC):《中国互联网络发展状况统计报告(2017年7月)》,载 <http://202.119.24.249/cache/11/03/www.cnnic.cn/b792a0eb1db99f2244166062b1397001/P020170807351923262153.pdf>,最后访问时间:2017年11月11日。

者皆可适用,并不明确。这种过于原则化的标准需要更为精细化的基本概念以及更加具体化的下位标准。

2. 标准内容不确定

第一,对于侵害犯而言,如果采取实害关联性标准,那么,这属于遍在规定的应有之意,因而缺乏在互联网新背景下传统刑法的应对意义;如果采纳影响关联性标准,那么,实害关联性标准就失去了存在的必要,这使得刑法的管辖范围具有扩大的倾向。

第二,对于危险犯而言,倘若实施实害关联性标准,既延续了侵害犯场合的弊端,也不当缩小了刑法的效力空间;倘若实行影响关联性标准,在全盘承接了侵害犯情形缺陷的基础上,影响标准还可能会更加远离构成要件结果,从而最终无法避免使网络犯罪成为所有国家均享有普遍管辖权的全球犯罪。

第三,对于属地性而言,实害或者影响关联性标准中的“关联性”明显超出了现行《刑法》第6条第3款规定的“发生在”。

第四,通说认为,实行行为与结果二者之间的因果关系所经过的中间影响地、在未遂场合具有发生结果的现实危险的地方,都是犯罪地。^②显然,这里的中间影响与未遂危险只能被归属到影响标准的范畴中。而主权的恶意膨胀将使实害或者影响关联性标准简化为影响关联性这一单独标准。总之,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

从实害或者影响关联性标准的产生渊源看,该标准向国际法较为发达的美国学习,值得肯定。它从形式上借镜于美国的最低联系标准,但拒绝美国的长臂规则。然而,由于标准建立者误解了长臂管辖规则和最低联系标准的关系,又没有充分吸收实质的最低联系标准,该标准借鉴不充分因而先天不足。实际上,长臂管辖规则与最低联系标准关系密切,二者都值得肯定,不能因为法官在个案中判定网络访问行为符合长臂规则这一做法不妥当而否定长臂规则本身。长臂法(long arm statutes)是美国各州立法,规定对和本州存在某种联系的非本州被告可通过传票的替代送达对之行使对人管辖权;而对人管辖权(in personam jurisdiction; personal jurisdiction)的取得在美国通常是以在州内送达传票或其他与当事人实质上的充分联系为条件。^③从长臂法规的现代定义中可以看出,联系标准是长臂法规的核心内容,而长臂规则是美国对人管辖法的重要组成部分。因此,作为成文法的长臂规则与其在案件中的适用是两回事,司法的缺陷不能代表立法的失败。用历史的方法“花这么长时间才理解当今的对人管辖权法律,这令人沮

^② 参见[日]大谷实:《刑法讲义总论》,黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第68-69页。

^③ 参见《元照英美法词典》(缩印版),北京大学出版社2013年版,第701、755、866、1050页。

丧。但是,历史研究方法是一个好的方法。事实上,我认为这是‘弄清该问题’的唯一方法。”^{②4}鉴于英美法系既不同于大陆法系,更异于我国的管辖传统与管辖体系,关于长臂法的进一步的简史梳理是必要的。

早期普通法的对人诉讼(personal action)常常表现为侵害之诉,而判决往往被视作执行直接扣押被告人身或其土地的唯一依据。由于没有对被告或其财产拥有有形权力(physical power)的法院无法执行判决,普通法法官就将法院对被告的事实上的有形权力视为管辖权基础与判决有效性的先决条件。这一背景导致了对人管辖权中的领土概念的出现,后来演变成为一个规则:一名被告受到一个法院管辖的条件是,被告在法院所在领土内被实际送达传票(served with process within a court's territory)。^{②5} 1877年美国最高法院彭诺耶诉内夫案(Pennoyer v. Neff)判决确定了美国对人管辖权的传统概念——人身在场规则(physical presence)。这一老旧的对人管辖概念包含两方面内容:一方面,基于领土的公法二原则要求对人管辖权的获取须被告在本州内“人身在场(appearance)”。“原则之一是,各州对其疆域内的人和财产享有排他的管辖权和主权……另一原则是,各州不得对其疆域外的人或财产直接施以管辖权和权威。各州威严对等,一州的独立意味着对他州权力的排除……一州法院的司法程序不能延伸至另一州而传唤其居民离开本土去应诉。”^{②6}另一方面,美国宪法第十四修正案正当程序条款要求对人管辖权的获取须将传票向被告“直接送达(personal service)”。“法院对被告没有管辖权却确定其个人权利和义务违背法律的正当程序之要求……必须要有一个由州宪法确认的法院进行审判,如果案件涉及的是确定被告的责任,那么被告必须在本州内以送达传票的方式被带至法院辖区。”^{②7}总之,传统对人管辖权以囿于领土的有形权力为基础,非本州居民须身在本州并被直接送达传票,本州法院才能对其管辖。

随着社会的复杂化,彭诺耶案所确立的人身在场的管辖标准显得越来越不合时宜。运输方式的进步、通讯手段的提高以及人口流动的加速,促使州议会和法院寻找针对非本州被告的比严格的领土准则更为广泛的对人管辖权基础。^{②8} 1945年美国最高法院国际鞋业公司诉华盛顿州案(International Shoe Co. v. State of Washington)判决确定了美国对人管辖权的现代概念——最低联系标准(minimum contact)。这一当代的对人管辖概念的经典表述是:“在历史上,法院作出对人判决的管辖权以对被告人身的事实权力

^{②4} [美]理查德·D·弗里尔:《美国民事诉讼法(上)》,张利民等译,商务印书馆2013年版,第41页。在美国法律体系与司法实践的语境中,管辖权分为对人管辖权(属地管辖)和事物管辖权(事项管辖权、诉讼标的管辖权)。对人管辖权分为对人诉讼管辖权、对物诉讼管辖权和准对物诉讼管辖权。为避免混乱也为篇幅所限,本文须作两点说明:其一,下文所论述的美国对人管辖权在没有特别说明的情况下皆指对人诉讼管辖权中与我国刑法中属地管辖关系紧密的管辖规则,而不赘述对物和准对物诉讼管辖权以及同意管辖规则等其他对人诉讼管辖中的内容;其二,在本小节的主题中,能用我国刑法中的属人管辖原则、保护管辖原则解决的与互联网相关的管辖问题,不在本文讨论之列。

^{②5} See § 1064 Personal Jurisdiction—Traditional Dogma, 4 Fed. Prac. & Proc. Civ. § 1064 (4th ed.).

^{②6} Pennoyer v. Neff, 95 U.S. 714, 722, 723, 727 (1877).

^{②7} 前引^{②6}, Pennoyer v. Neff案,第733页。

^{②8} See § 1065 Personal Jurisdiction in Transition—Individuals, 4 Fed. Prac. & Proc. Civ. § 1065 (4th ed.).

(de facto power)为根基。因此,被告在法院地领土内出现(presence)是对人判决的先决条件。然而,现在……正当程序仅仅要求,为了使被告服从于一项对人判决,如果他没有在法院地领土内出现,则他要与该地存在某种最低限度的联系(certain minimum contacts),以至于诉讼之进行不违反公平对待和实质正义(fair play and substantial justice)的传统观念……非本州被告在一州法院地从事持续性和系统性的活动,且产生了原告对之告诉的责任,被告人身虽不在本州内,也算‘在场’了……最低联系标准不能被简单地机械化或定量化(mechanical or quantitative)……法律的正当程序是否被满足,取决于与法律的公平和有序实施相关的被告活动的品质和性质(quality and nature)。”^{②9}换言之,美国最高法院重构了“在场”的内涵,将人身在场规则发展为最低联系标准,而最低联系标准包括“联系”与“公平”两方面的内容;其中,最低联系应以法律的正当程序原则为价值基准进行实质判断,判断维度之一是被告在法院地的活动水平。

国际鞋业案扩大管辖范围的判决激励了多州立法机关制定关于如何合宪性地主张对人管辖权的成文法,以拥护美国最高法院的这一最新观点,由此掀起了一股针对非本州居民的对人管辖权的、被称作“长臂法”或者“单一行为法”(long-arm or single-act statutes)的立法潮。1956年,伊利诺伊州制定了第一部真正综合性的长臂法,并被其他州作为长臂立法模型。^{③0}长臂法作为州法虽然会因州而异,但基本有两种立法模式:一是以加利福尼亚州为代表的概括式立法。《加利福尼亚州民事诉讼法典》第410.10条规定,“本州法院可以根据不违反本州宪法与美国宪法的任何依据行使管辖权。”^{③1}二是以纽约州为代表的列举式立法。《纽约州民事诉讼法典》第302条规定,“对于任何产生于本条所列举行为的诉因,法院可以对任何非居民或其执行人或管理人通过其本人或代理人行使对人管辖权:(1)在本州内从事交易或在任何地方签订的在本州提供物品或者服务的合同;(2)在本州内实施的侵权行为……(3)在本州外实施的侵权行为在本州内引起人身或财产损失……(4)拥有、使用或占有位于州内的任何不动产。”^{③2}其中,列举式的长臂管辖法明确规定或者限定了最低联系标准中与领土接触的物质性坐标,如交易行为、侵权行为、侵权结果、不动产等。

从最低联系标准与长臂管辖规则的现代内容来看,考察被告在法院地的活动与将侵权行为、侵权结果作为领土接触点的做法并没有超出我国刑法中的属地原则,因而直接的借鉴意义极为有限。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,^{③3}其与国际私法上的最密切联系原则(the most significant relationship)^{③4}颇为相似。该说主张,在因特网犯罪的语境之下,本国刑法只能在满足了以下条件的前

^{②9} Int'l Shoe Co. v. State of Wash., Office of Unemployment Comp. & Placement, 326 U.S. 310, 316, 317, 319 (1945).

^{③0} See § 1068 Growth and Use of Long-Arm Statutes, 4 Fed. Prac. & Proc. Civ. § 1068 (4th ed.).

^{③1} Cal. Civ. Proc. Code § 410.10 (West).

^{③2} N. Y. C. P. L. R. 302 (McKinney).

^{③3} 参见[德]埃里克·希尔根多夫:《德国刑法学:从传统到现代》,江溯、黄笑岩等译,北京大学出版社2015年版,第411页。

^{③4} 参见肖永平:《最密切联系原则在中国冲突法中的应用》,载《中国社会科学》1992年第3期。

提之下才能被适用;犯罪结果在本国领土内出现,且还存在一种与本国相关的连接点。这种连接点被称为犯罪的领土具体化。在国际私法上,一些主要的接触点有人的住所、国籍、居所、所在地、原籍、物的所在地、船的国旗、行为地、结果地以及同意、约定、预期行为发生效果的地方、诉讼地或者其他官方行为地等。^⑤对数据网络犯罪,在本国有固定居所、具有使犯罪恰好在本国产生效果意图的犯罪人在本国、将本国语言作为犯罪工具等,可以作为特殊连结因素。与领土具体化说相似的观点是社会关系重心说。有学者在网络诽谤的场合引进了美国判例的社会关系重心说,认为诽谤结果的发生地是受害人的社会关系重心地,该地是其生活和工作关系聚集地,具体为住所、居所、工作等地,最后依靠法院对各种不同利益的综合平衡作出管辖权决定。^⑥二者相较,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:(1)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,在刑法已有明文中增加住所、居所、语言等要素的基础并不明确。换言之,论者须说明那些超法规的连接因素之于属地管辖的正当性。而且,在封闭的社会环境下,将诽谤结果发生地仅仅定位于社会关系重心地尚可,但在当今高速流动且互通互联的全球社会中,没有自然疆域的网络空间中的社会关系可能同样分布于全球。(2)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。法官在增加、减少、选择居所等超法规的连结因素时拥有较大的自由裁量权,需要在灵活性、公正性与稳定性、可预见性之间做出平衡。(3)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。“因为辖区因其与事件或当事人的关系或联系而拥有与诉讼中特定问题的重大利害关系,所以赋予这样的辖区的法律以控制力才能最好地得到正义、公平和最佳实践结果。”^⑦因此,重要的是“要根据这些联系因素关于特定争诉问题的相对重要性来评价”,^⑧除了事实性连结因素的计算,还要有基本政策的考量和重要利益的分析。^⑨(4)领土具体化说难以符合刑法教义学的体系性要求。问题性思考与体系性思考相对,“更多地是从具体的问题出发,并且从中提供了解决这个问题的公正和符合目的的可能性。”^⑩领土具体化说即使能够解决某些特定的网络犯罪的管辖问题,但对传统线下犯罪而言,可能是多此一举。换言之,传统线下犯罪的管辖权确立并不需要那些具体的领土要素,它们只是为解决网络犯罪的特例而提出的局部解决措施,并不具有普遍意义。然

^⑤ See Restatement (Second) of Conflict of Laws § 27 (1971); 参见[德]马丁·沃尔夫:《国际私法》,李浩培、汤宗舜译,北京大学出版社2009年版,第115页以下;参见《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》(2010年10月28日第十一届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议通过)。

^⑥ 参见肖永平、徐鹏:《网络诽谤国际管辖权问题初探》,载《法商研究》2003年第3期。

^⑦ Babcock v. Jackson, 12 N. Y. 2d 473, 481, 191 N. E. 2d 279, 283 (1963).

^⑧ Restatement (Second) of Conflict of Laws § 145 (1971).

^⑨ 参见肖永平:《法理学视野下的冲突法》,高等教育出版社2008年版,第455页以下。

^⑩ [德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第131页。

而,“若人们在解决问题时,完全只是进行局部性的解决,那么,这种解决方式自然不能令人满意。这不仅是因为这种解决方式没有一个可靠的依据,而且在于它不允许把刑法机制当成社会现实的一个机能性要素来把握”;^⑪“教义学家显然较为留意事件的一般性及典型特征”,“其据以决定某一事件的标准,必须对全部同类事件均可适用”。^⑫以本体性原理研究的视角进行体系性地思考,虽然可能会减少解决问题的可能性,但是妥当的解释结论既可以适用于网络犯罪,也仍可以适用于传统犯罪,更重要的是,它是教义学理论的研究范式和教义学理论在科学上成立的根本。

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。当下的长臂立法都以最低联系的宪法标准为前提,而法官也要在司法审判中将形式的长臂法规定解释得达到实质的最低联系标准。佛罗里达州的司法实践就是如此:“决定长臂管辖权需要两个步骤:一是充分查明长臂法规定的那些事实;二是探究被告与法院地之间存在的充分的最低联系。”^⑬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

实害或影响关联性标准、最低联系标准、最密切联系原则、领土具体化说、社会关系重心说对我国现行刑法中的属地原则仅具有有限的直接借鉴意义。要在网络背景下对我国现行刑法中的属地原则作出妥当解释,解释根据是首要的,其次是建构规则。一方面,“当成文立法清晰而精确时,法条背后隐含的目的无足轻重;当成文立法含混不清且开口兜底(open-ended)时,蕴含在规范文字之中的目的可以是决定性的。”^⑭主权与主权学说作为管辖规则重要的规范目的与法理基础,决定了其设置走向。因而,我国的网络主权立场需要明确。需要补充说明的是,实害或者影响关联性标准的又一大缺陷正在于此,它未阐明标准建构的根据。另一方面,以最低联系标准为中心,实害或影响关联

^⑪ [德] 沃斯·金德豪伊泽尔:《适应与自主之间的德国刑法教义学——用教义学来控制刑事政策的边界?》,蔡桂生译,载《国家检察官学院学报》2010年第5期。

^⑫ [德] 卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第113页。

^⑬ 1 La Coe's Fla. R. Civ. P. Forms R 1.070(98) (2015 ed.).

^⑭ John F. Manning, The New Purposivism, 2011 Sup. Ct. Rev. 113, 181 (2011).

性标准、最密切联系原则、领土具体化说虽在具体内容上呈现出不同形态,但在形式与实质上皆具最低联系标准中的“联系”话语。因此,需要借鉴这一美国规则的内在“联系”逻辑,而非照搬其内容本身,设置符合中国网络主权观的管辖标准。当然,这一路径仍可能存在或理论或实践上的问题。

(一) 一国立场:网络主权观的中国化

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(Cyber as Sovereign)”：“网络主权属于网民,而非政府;互联网对其自身享有主权,而不受国家监管。”^{④5}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,^{④6}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(Sovereignty over Cyber)”,政府能够而且应该规制网上行为与上网行为。^{④7}换言之,在第二代网络主权观中,网络由主权主体走出科幻,降为主权客体。根据第二代网络主权观,“网络主权是一个国家自主进行互联网内部治理与独立开展互联网国际合作的资格和能力。它是传统主权在网络空间的自然延伸,也是现实主权在网络虚拟空间符合逻辑的投射。”^{④8}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。

我国注重网络空间的物理性,因而我国的网络主权是一项以领土为基础的事实性权力。根据《中华人民共和国国家安全法》第25条的规定,国家网络空间主权主要存在于网络和信息核心技术、关键基础设施、重要领域信息系统及数据之中;相应地,侵犯国家网络空间主权的行为表现为网络攻击、网络入侵、网络窃密等违法犯罪行为。其中,关键基础设施、重要领域信息系统及数据兼具领土性与国籍性。如某一网络公司注册于国外,而其网络基础设施建于国内。然而,领土性与国籍性并非平行存在,而有位阶高低。2016年7月14日美国第二巡回上诉法院在微软公司诉美国案(Microsoft v. United States)中亦主张,其《存储通信法案》(Stored Communications Act)的搜查令条款不能适用于域外:用户的电子通讯信息存储于美国境外的服务器上,服务提供者虽然位于美国,且控制并维护用户的通讯账户,但美国不能搜查之。^{④9}为彰表国家主权,体现一国领域内的直接物理控制的领土性是第一位的。

例如,根据《中华人民共和国网络安全法》第2条的规定,在中国境内的网络要受中

^{④5} Kristen E. Eichensehr, The Cyber-Law of Nations, 103 Geo. L. J. 317, 326 (2015).

^{④6} See Lieutenant Colonel Patrick W. Franzese, Sovereignty in Cyberspace: Can It Exist?, 64 A. F. L. Rev. 1, 11-14 (2009); Georgios I. Zekos, Cyber-Territory and Jurisdiction of Nations, 15 No. 12 J. Internet L. 3, 7-8 (2012).

^{④7} 参见前引^{④5}, Kristen E. Eichensehr文,第327页以下。

^{④8} 支振锋:《将网络主权切实融入网络强国战略》,载《中国信息安全》2017年第5期。

^{④9} See United States Court of Appeals for the Second Circuit: Microsoft Corporation v. United States of America, Docket No. 14-2985, Decided: July 14, 2016., available at http://www.ca2.uscourts.gov/decisions/isysquery/fede6c1a-7211-4017-9789-c74cab9afc5/1/doc/14-2985_complete_opn.pdf#xml = <http://www.ca2.uscourts.gov/decisions/isysquery/fede6c1a-7211-4017-9789-c74cab9afc5/1/hilite/> (last visited October 27, 2016), p. 42.

国法律的约束;而判断逻辑层面无国界的网络空间是否位于中国境内的标准是,是否在中国境内建设、运营、维护和使用网络。又如,《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第2条第2款规定,侵权行为实施地包括实施被诉侵权行为的计算机等终端设备所在地。由此得知,司法机关并不认为侵权行为发生在虚拟的网络空间内,而是认定计算机网络是犯罪工具,侵权行为就发生在物理的计算机所在地。再如,《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》第5条要求网约车平台公司的网络服务平台数据库接入出租汽车行政主管部门监管平台,服务器设置在中国内地。总之,我国网络主权是基于网络空间物理属性的领土性权力。

总而言之,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。

(二) 两种路径:效果原则和普遍原则

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,而这直接导致了两种不同的管辖进路。这为我国刑法管辖规则的设计提供了方向。但是,这两种管辖路径各自也有弊端。

1. 效果原则

网络空间具有附属性。有学者将网络空间作为公海、南极洲、外太空之后的第四个无国家主权存在而以国际条约管制的全球公域(global commons),进而主张在网络空间实施与其相似的国籍原则。^{⑤⑩}可见,公域的观点仍是第一代网络主权观的延续。然而,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。一方面,网络基础设施由服务器、计算机、电缆和其他物理组件组成。这些组件并不位于网络空间,而是在某一国的领土之上。显然,国家之于这些位于其领土边界内的组件拥有管辖权并可行使主权。^{⑤⑪}另一方面,领土管辖权包括一国规制、限制或者禁止访问其网络基础设施的权利,无论访问来自境内或是境外。领土主权和领土管辖权也可以适用到出现在其国内的个人以及在其领土内发生或者产生有害后果的行为上。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(effects doctrine):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。^{⑤⑫}效果原则在德国与我国都有主张者。例如,有德国学者认为,“在通过互联网促成的犯罪中,结果地是被指控的举止产

^{⑤⑩} See Darrel C. Menthe, Jurisdiction in Cyberspace; A Theory of International Spaces, 4 Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev. 69, 88-93 (1998).

^{⑤⑪} See Eric Talbot Jensen, Cyber Sovereignty: The Way Ahead, 50 Tex. Int'l L. J. 275, 296 (2015).

^{⑤⑫} See Wolff Heintschel von Heinegg, Territorial Sovereignty and Neutrality in Cyberspace, 89 Int'l L. Stud. 123, 132-134 (2013).

生作用的地方:若在国内发生了相应法规的构成要件和保护目的所规制的某种状态,那么构成要件结果也就实现了。”^{⑤3}又如,有中国学者也借鉴效果原则的理论思路,主张类型化的司法管辖权,区分网络设施、网络主体和网络信息,分别适用领土原则、国籍原则和效果原则,以最大限度地维护国家利益^{⑤4}。

2. 普遍原则

网络空间具有独立性。首先,网络空间是一个无形空间,不占用物理或地理位置。其次,网络空间是一个电子场所,个人、公司、社区、政府和其他角色可以瞬时或以无处不在的方式存在于民族国家的边界之内、之外。最后,网络空间是一个媒介,通过它,在现实空间某一辖区的用户可以与现实空间另一辖区的用户通信交流。因此,互联网的关键特征是,它被设置为逻辑运行 (operate logically), 而非地理运行 (operate geographically)。互联网将用户带入网络空间的独立世界,并且没有互联网账户,就没有人存在于网络空间。网络空间是一个独立的电子场所,人们可以每天生活在其中。网络空间是一个发生电子交往 (electronic transactions) 的电子场所,新技术可能会通过使用更先进的设备带来更先进的虚拟世界。总之,没有一个比拟或法律类似物可以描述网络空间的各种各样的性质。因此,有必要建构认知互联网关系复杂性的新术语:网络空间管辖权 (cyberspace jurisdiction)、网络空间主权 (cyberspace sovereignty)、网络社会 (cyberspace sovereignty)、网络空间行为 (cyberspace actions)、电子行为 (electronic actions)、电子实体 (electronic entities)。这些新术语串联起一幅网络空间管辖的图景:网络空间主权不与任何特定的国家主权相联系,而仅仅与网络空间自身的主权相联系;网络社会是网络空间主权立法的推动力;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。最后,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 (universal cyberspace jurisdiction) 将带来和谐与安定^{⑤5}。

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 (the physical layer)。包括所有硬件设备,涉及路由器、交换机、存储介质、卫星、传感器和其他有线、无线技术管道。物理的基础设施位于地理的现实空间,因而属于不同国家辖区的事情。(2)逻辑层次 (the logical layer)。是指代码,其构成了软件以及包含在这个软件之内的协议。协

^{⑤3} [德] 乌尔斯·金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》,蔡桂生译,北京大学出版社2015年版,第35页。

^{⑤4} 参见张新宝、任彦:《网络主权的理论与网络空间法治》,载《法制日报》2016年9月28日第9版;See Stephan Wilske & Teresa Schiller, *International Jurisdiction in Cyberspace: Which States May Regulate the Internet*, 50 Fed. Comm. L. J. 117, 129-131 (1997)。

^{⑤5} See Georgios I. Zekos, *Cyber versus Conventional Personal Jurisdiction*, 18 J. Internet L. 3, 24 (2015); Georgios I. Zekos, *Cyber-Territory and Jurisdiction of Nations*, 15 J. Internet L. 3, 5-7 (2012)。

议经形式化成为标准,软件就是执行这些协议的计算机程序。(3)内容层次(the content layer)。是指在网络空间内创建、捕获、存储和处理的所有信息。信息作为知识,涉及物体、过程和思想,包括由社交媒体网站发送的所有人类可读信息、保存在虚拟数据库中的文章和书籍、通过博客和网站广播的新闻、在线消费的音乐、电影、图片,等等。(4)社会层次(the social layer)。是由所有人组成。他们使用和确定网络空间特性:形成明确的人际互联网,而非含蓄的硬件和软件的互联网。从根本上讲,社会层面既包括政府,也包括私营部门、市民社会和技术社区参与者。^⑤以网络空间的四个层次为标准,可以较为准确地评价效果原则与普遍原则的优劣。

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。具言之,如果说领土原则对应网络空间的物理层面,国籍原则对应网络空间的社会层面,效果原则却只能对应网络空间内容层面的一部分,且完全无法对应网络空间的逻辑层面。正如线上结果与线下结果的三种关系类型,效果原则能够适用于“线上结果就是线下结果”与“归结为线下结果较为妥当”的情形,却在“线上结果与线下结果重合”的场合无能为力。实际上,效果原则与实害或者影响关联性标准、我国现行刑法中属地原则的结果标准并没有实质区别,其仍解决不了案例1与案例2的难题。此外,领土原则、国籍原则与效果原则的管辖三分法的类型化效果也具有缺陷。例如,在中国注册的网络公司位于美国,并在美国建设网络设施。由于网络设施位于美国,而网络设施适用领土原则,此时美国具有管辖权。又由于网络公司注册于中国,而网络主体适用国籍原则,此时中国具有管辖权。首先,领土原则与国籍原则二者虽不冲突,但存在一个位阶问题。其次,在刑法上虽有属地原则,但与领土原则分属两个范畴。正如前文所述,领土原则是一个与网络主权立场密切相关的概念,其本身并不是管辖规则。如果将网络设施所在地作为领土原则具有管辖功能的理由,那么,它就面临与领土具体化说一样的困境。又如,黑客于国外攻击位于中国的网络设施,既适用领土原则,也应可以适用效果原则,因而效果原则不仅仅只适用于网络信息的场合。此时,领土原则与效果原则的关系以及效果原则的适用范围需要重新厘清。

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。例如,针对网络恐怖主义,有学者主张在应然层面建立超国家组织,在实然层面加强国际协调。“互联网技术已经难以控制地嵌入我们的城市、社会和商业,但还没有一种政治意识形态或经济理论经过发展能够解释或探讨其蕴涵。数字全球化可能是第一次真正的国际范围和意图的人类行为,它为国际法律制度的变革提供了一个有力的契机。针对全球信息基础设施的恐怖主义也必然是全球性的。也许在未来,超国家组织将会到位,以更好地打击这种威胁。然而,当前的法律秩序仍以民族国家主权为基础,国际协调对于打击计算机恐怖主义至

^⑤ See Georgios I. Zekos, Demolishing State's Sole Power over Sovereignty and Territory via Electronic Technology and Cyberspace, 17 J. Internet L. 3, 4 (2013).

关重要。”^{⑤7}因此,“计算机相关犯罪是一个国际问题,国际问题需要国际解决”,^{⑤8}普遍原则符合当下国际实际的做法。

言而总之,与已有的管辖规则相比,效果原则并没有新的突破,而普遍原则因过于超前而于目前无法付诸实践。因此,解释者需根据中国网络主权观重构我国的管辖规则,这将是一条区别于效果原则和普遍原则的第三条道路。而对受害或者影响关联性标准和领土具体化说的批判,要求该第三选择至少能够避免二者的弊端。

(三) 第三选择:结果及与行为的关联

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。^{⑤9}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;如何认识遍在规则中的结果以解决案例1与案例2,同时又能恰当地说明其他涉网管辖案件与传统线下管辖案件;换言之,关于涉网管辖案件,需要一种对于管辖条文中结果概念的解释结论,该结论能够一致性地应对线上结果与线下结果的三种关系类型。要达到这一解释效果,就需要一般性地解释属地原则中的结果概念,而不应就特定的网络情形进行个别解释。

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,^{⑥0}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

^{⑤7} Henry H. Perritt, Jr., Jurisdiction in Cyberspace, 41 Vill. L. Rev. 1, 127-128 (1996).

^{⑤8} Stephen P. Heymann, Legislating Computer Crime, 34 Harv. J. on Legis. 373, 390 (1997).

^{⑤9} 虽然刑法实体法上的管辖与刑事诉讼法上的管辖分属不同范畴,但在接触点的选择上具有互鉴意义。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第2条第2款规定:“针对或者利用计算机网络实施的犯罪,犯罪地包括犯罪行为发生地的网站服务器所在地,网络接入地,网站建立者、管理者所在地……”由此可见,国内法院的审判管辖以服务器为接触点。就刑法的网络空间效力而言,德国学者 Sieber 亦有类似主张:“就网络而言,这在‘拉取技术’和‘推送技术’两种不同的网络技术有所差别。所谓‘拉取技术’,指可在德国读取国外数据,例如点选外国网页;‘推送技术’,则指在国外之数据主动传输到在德国的计算机系统。因此,使用‘推送技术’可在德国建立犯罪地,使用‘拉取技术’则否。”这虽然充分体现了我国网络主权的物理逻辑,但是,其在诉讼法中的优劣尚且不论,可以肯定的是,如果将其运用到实体刑法的属地管辖中,则会存在诸多弊端。例如,信息网络技术日新月异,推送和拉取的区别可能越来越不重要。又如,在我国,跨国跨境电信诈骗犯罪的服务器大多在境外,可是,毫无疑问,我国仍有管辖权。虽然“判断网络犯罪地,原则上不能对网络科技背景视而不见”,但是亦不能将其作为确定属地管辖的唯一连结点。总之,该学说业已遭到激烈批判。参见前引⑩,赫尔穆特·查致格书,第51页;前引③,埃里克·希尔根多夫书,第406页以下;前引⑤⑨, Darrel C. Menthe 文,第79页以下;前引⑤⑨, Georgios I. Zekos 文,第17页以下。

^{⑥0} 结果亦对行为具有时间上的依附性。众所周知,艾滋病病毒在人体内具有一定的潜伏期(平均为8-9年)。如甲明知自己是艾滋病患者,仍与乙发生性关系,乙感染病毒十年后才发病身亡。由于行为当时并未出现死亡结果,很难在乙感染病毒之时对甲认定故意杀人(既遂)罪。又因为行为与结果相距十年之久,所以也无法轻易于乙死亡之时再对甲判定故意杀人(既遂)罪。因此,2013年7月19日公安部《关于公安机关处置信访活动中违法犯罪行为适用法律的指导意见》第三项第1点规定,“明知患有艾滋病或者其他严重传染疾病,故意以撕咬、抓挠等方式伤害他人,符合《刑法》第234条规定的,以故意伤害罪追究刑事责任。”2017年7月21日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫刑事案件适用法律若干问题的解释》第12条第2款规定,明知自己感染艾滋病病毒,故意不采取防范措施而与他人发生性关系,致使他人感染艾滋病病毒的,以故意伤害(致人重伤)罪定罪处罚。

准,而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。^① 具言之,当非居民被告在法院地的活动持续而系统(continuous and systematic),且引起了诉讼请求(give rise to the liabilities sued on)时,该州法院则获得管辖;当非居民被告在法院地的活动个别或零星(single or isolated),且诉因与此活动无关(suits unrelated to that activity)时,该州法院则无法管辖。^②一方面,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

另一方面,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。详言之,因果关系具有时间序列性,在任何因果关系中,原因必定在先,结果只能在后,不联系原因的结果具有偶然性,可能会使人们无法预测所受约束之法,难以承受守法义务之重。“无论被告在某处停留多长时间,人身在场(因为行为之时即在场情形之一,所以该原则与不受因果关系紧密度限制的行为地标准具有一致之处——笔者注)这一彭诺耶规则都将被告本人就在诉讼地作为对其行使对人管辖的充分基础。甚至当一个非本州居民被告开车或乘飞机旅行、经过此地时,这一形而上学的教条也认为可以对其送达传票。当全社会流动性不断增强时,这一原则导致了州法院管辖权行使的偶然性。”^③因此,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。该标准的最大特点在于,它不但能够确定谁有管辖权,而且能够确定在多个管辖权

① 参见[美]斯蒂文·N·苏本等:《民事诉讼法——原理、实务与运作环境》,傅郁林等译,中国政法大学出版社2004年版,第577页。

② 参见前引②,Intl Shoe Co. v. State of Wash. 案,第317页以下。

③ [美]杰克·H·弗兰德泰尔等:《民事诉讼法》,夏登峻等译,夏登峰校,中国政法大学出版社2003年版,第92页。参见李瑞生:《美国短暂过境管辖权之研究——以联邦最高法院案例为中心》,载台湾地区《中正大学法学集刊》2006年4月总第20期。

国中谁的管辖权更具优势,而这一点是与司法实务紧密相关的。因为刑法的空间效力作为主权宣示应当越广泛、越有利于国家利益,但在实务中,刑法具有管辖权却由于他国主权的阻隔无法行使管辖权的情况普遍存在,如近期的章莹颖在美失联案就是如此。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,管辖地位最高;(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

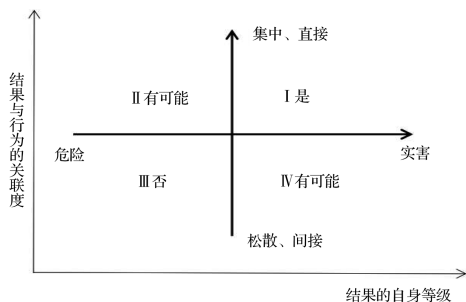


图1 由结果发生地确定管辖权的象限模型

联性越松散、间接时,管辖地位居中。如图1所示,该理论模型不但能够为一般管辖案件提供权力基础,尤其能够有效说明一些极端、疑难案件。

第一,结果及与行为关联度标准能够以极端案型来检验。以短暂过境为例,甲在飞行器上杀乙,飞行器以极快的速度瞬间经过A国、B国、C国、D国等四国,已知甲杀人的实行行为从A国开始,经过B国和C国,乙的死亡结果出现在D国。根据上述十字结构,四国的管辖权分布是:D国>C国>B国>A国。如果甲计划要在A国就杀死乙,因为A的行为具有结果发生地的指向性,那么,A国的管辖地位就会上升。如果甲在A国已经对乙造成致命伤,虽然乙的死亡结果出现在D国,由于飞行器从A国到D国的速度极快,出现死亡结果的D国的管辖地位也不会实质地高于A国。因此,该标准具有管辖衡量功能。

第二,结果及与行为关联度标准能够解决一般传统案型。以典型的隔地犯为例,丙从E国境内在国界线开枪射杀在F国境内的丁,丁在F国受伤后,前往H国治疗但不幸在途经G国时死亡。根据上述十字结构,G国的管辖权在第四象限;E国和F国的管辖权在第二象限。由于伤害结果发生在F国且具有直接的行为指向性,综合来看,在三国中,F国最具管辖优势,其次是E国,最后是G国。据此,第二和第四象限管辖的“有可

能”性并不一定是完全等价的,而是能够根据具体案情再分出权力优势的高低。

第三,结果及与行为关联度标准能够解决线上疑难案型。以抽象危险犯为例,对于案例1、案例2与传播淫秽物品案而言,根据上述十字结构,其管辖权的确定在第二象限。该方框表明,抽象危险犯的管辖更加依赖于结果与行为的关联度。由抽象的危险结果发生地确定管辖权,要寻找行为直接的结果指向地。在此场合,结果发生地与行为实施地往往近乎重合,亦即行为实施之时,抽象的危险即发生。因此,身在美国的美国人在美国的服务器上诽谤另一名美国人,在毁损荣誉的抽象危险与诽谤行为的联系上,美国更具集中的因果系统,因而占据比中国更高的管辖地位。如果作为行为人的美国人在中国境内的网络服务器上张贴诽谤内容或者被害人居住在中国,那么,诽谤行为则密集指向了中国,中国亦有较高的管辖权限。又譬如作为被害人的美国人在中国遭到切实的社会评价的降低,亦即在美国的毁损荣誉的抽象危险在中国得以实害化,中国会因结果等级的提高而获得较高的管辖地位。

综上所述,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,在跨国、跨境非常容易的今天,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。这既非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。根据我国《刑法》第10条的规定,凡在本国领域外犯罪,依照本国刑法应当负刑事责任的,虽然经过外国审判,仍然可以依照本国刑法追究,但是在外国已经受过刑罚处罚的,可以免除或者减轻处罚。在主权平等的国际法层面,管辖地位的高低不仅标明了刑法空间效力的强弱,还关系着本国公民要不要受外国审判、外国公民要不要受本国审判、本国要不要承认外国刑事判决、外国该不该承认本国刑事判决。据此,他国较高的管辖地位并不意味着具有较低管辖地位的本国丧失管辖权,而是意味着本国相对能够接受他国对本国公民的审判和承认他国的刑事判决;他国较低的管辖地位也不意味着本国必然不能接受他国对本国公民的审判和承认他国的刑事判决,而是表明本国同时也具有拒绝的理由。总之,这是一种衡量机制。

四、余论：网络时代管辖的建构原则

国民的生活越闭塞,管辖的问题越简单;人口的流动越活跃,管辖的难题越复杂。社会的流动经历了从农业社会的牛马步行,到工业社会的火车飞机,再到信息社会的电子网络。在此背景之下,管辖的课题历久弥新,且随着社会大迁移的方式、规模、速度等的新变革,刚刚建构的十字模型也就可能被随时推翻。然而,即便如此,属地管辖制度的再建构仍有规律可循。“管辖权是一种法律威权,在当下实践中至少分为三种类型:立法性管辖权(prescriptive jurisdiction)、司法性管辖权(adjudicative jurisdiction)和执法性管辖权(enforcement jurisdiction)。”^④立法性管辖权旨在解决一国是否具有规制某行为的立法权,司法性管辖权意在回答法院是否有权审理某特定纠纷。^⑤立法性管辖权具有原则性,对外带有极强的主权宣示意义。三者可能的冲突在于,某国虽容易基于国内权力将某跨国跨境网络行为规定为犯罪,但由于种种现实障碍,本国法院却无法审判和执行。正如法国最高法院指出的,“司法管辖权就意味着立法管辖权。”^⑥因此,在解释我国刑法典中的管辖条文时,就需要遵循一定的解释原则以达至立法性管辖与司法性管辖的统一。

第一,国际法主权原则。其中包括主权平等原则、不干涉原则等。“互联网的全球治理法治化要坚持尊重国家主权原则,建立平等参与互联网规则制定的机制,增强全球互联网治理的制度供给,最终实现全球互联网共享共治。”^⑦尤其要考虑的是反射效应,即,自认为有利于本国利益的制度设计当被他国采纳时,可能会伤及自身。因此,要在他国与本国共用解释结论的场合检验解释结论的合理性。

第二,刑法体系性原则。其中包括解释结论的确定性和一致性等要求。具言之,不能简单地作个别解释,而应全局性地思考问题,以推动刑法体系的发展。网络刑法学的研究不但要关注和解决网络时代提出的线上新问题,也要以线下传统案件能否被妥当解决检验针对线上问题所得出的结论,以达至线上和线下的一致性。

第三,程序正当性原则。其中包括一事不二罚、国民行为规范的合理预期等事项。就国内法而言,法秩序统一是一种理想状态。互不矛盾的法规范能够保证国民的行动自由。在互联互通的全球化时代,法律的正当程序应该准用于每个地球村村民,不能因为管辖权的交叉而由于一个犯罪事实受到各国的刑罚处罚。

第四,司法技术性原则。该原则要求确定的连接点要具有可预测性、可操作性和可

^④ Alfred P. Rubin, Is International Criminal Law “Universal”?, 2001 U. Chi. Legal F. 351, 364 (2001).

^⑤ See Jonathan Clough, Principles of Cybercrime (2th ed.), Cambridge University Press, 2015, p. 475.

^⑥ [法]卡斯东·斯特法尼等:《法国刑法总论精义》,罗结珍译,中国政法大学出版社1998年版,第174页。

^⑦ 支振锋:《互联网全球治理的法治之道》,载《法制与社会发展》2017年第1期。

检测性。对于被管辖者而言,作为一种国家主权和权力形态,管辖权的运作应当公开、透明。任何本国人或者无国籍人都不应该处于随时可能被某他国进行刑事管辖的恐惧之中。对于管辖者而言,不能对不同的被管辖者采取双重甚至多重标准。

第五,国际法标准原则。管辖的真正实现离不开国际合作。例如,中美“双方愿改进与对方在打击网络犯罪方面的合作,包括及时分享网络犯罪相关线索和信息,及时对刑事司法协助请求做出回应,包括网络诈骗(含电子邮件诈骗)、黑客犯罪、利用网络实施暴力恐怖活动、网络传播儿童淫秽信息等”。^⑧ 管辖制度的建设只有具有国际视野,采纳国际标准,才容易在互相尊重的基础上与他国达成司法互助协议。

Abstract: The traditional territorial jurisdiction principle is failing in cyberspace. The standard related to damage or influence is one of the solutions to the cyberspace effectiveness of criminal law. However, the standard has a more vague form but does not have enough reference. And its contents are easy to swing and its foundation is not clear. In line with this standard, the minimum contact standard, the most significant relationship principle, the specific territory doctrine, the focus of social relations, the effects doctrine and the universal cyberspace jurisdiction are not able to be transplanted to China's criminal law. China's cyberspace sovereignty is a physical and territorial power. According to this sovereignty theory, the model of the results and correlations between results and behaviors may be the optimal interpretation of the provisions of our jurisdiction. According to this model, the more continuous and systematic the relationship between damages and behaviors is, the higher the jurisdictional status is. On the contrary, the less continuous and systematic the relationship between damages and behaviors is, the lower the jurisdictional status is. Anyway, the jurisdiction of criminal law should follow the principles of the sovereignty doctrine of international law, the system of criminal law, the due process doctrine, the judicial technologies, and the international standards.

(责任编辑:白岫云)

^⑧ 《首轮中美执法及网络安全对话成果清单》,载《人民公安报》2017年10月7日。