法学格致文库

穷究法理 探求真知

网络犯罪公约的修正思路

丛书主编 于志刚

郭旨龙 丁琪 高严 著

中国法制

CHINA LEGAL PUB

法学格致文库
穷究法理 探求真知

网络犯罪公约的修正思路

丛书主编 于志刚 郭旨龙 丁琪 高严 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目（CIP）数据

网络犯罪公约的修正思路／郭旨龙，丁琪，高严著．
—北京：中国法制出版社，2016.1
（法学格致文库系列／于志刚主编）
ISBN 978-7-5093-6846-6

Ⅰ.①网… Ⅱ.①郭… ②丁…③高… Ⅲ.①互联网络-计算机犯罪-研究-中国 Ⅳ.①D924.364

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2015）第 256385 号

策划编辑/刘　峰（52jm.cn@163.com）
责任编辑/靳晓婷（tinajxt@126.com）　　封面设计/杨泽江

网络犯罪公约的修正思路
WANGLUO FANZUI GONGYUE DE XIUZHENG SILU

著者/郭旨龙　丁琪　高严
经销/新华书店
印刷/北京九州迅驰传媒文化有限公司
开本/640 毫米×960 毫米　16　　印张/15　字数/189 千
版次/2016 年 1 月第 1 版　　2016 年 1 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版
书号 ISBN 978-7-5093-6846-6　　定价：58.00 元

北京西单横二条 2 号　　值班电话：010-66026508
邮政编码 100031　　传真：010-66031119
网址：http://www.zgfzs.com　　**编辑部电话：010-66054911**
市场营销部电话：010-66033393　　**邮购部电话：010-66033288**

（如有印装质量问题，请与本社编务印务管理部联系调换。电话：010-66032926）

2012年教育部哲学社会科学重大课题攻关项目阶段性成果
中国政法大学网络法研究中心文库22

作者简介

于志刚 男，1973年生，洛阳人。中国政法大学网络研究中心主任，教育部长江学者特聘教授。法学学士（1995年，中国人民大学）、法学硕士（1998年，中国人民大学）、法学博士（2001年，中国人民大学），2001年进入中国政法大学任教，次年破格晋升副教授。2004年至2005年赴英国牛津大学做访问学者，2005年破格晋升教授，2006年被遴选为博士生导师，同年开始兼任北京市顺义区人民检察院副检察长至今，2009年至2012年5月任研究生院副院长，2012年5月任教务处处长，2015年5月任中国政法大学副校长。2007年入选教育部新世纪优秀人才支持计划，2010年获北京市五四青年奖章，当选第11届全国青联委员，2013年受聘为最高人民法院案例指导工作专家委员会委员。

近20余年来在《中国社会科学》《法学研究》《中国法学》等刊物发表学术论文200余篇，出版《传统犯罪的网络异化研究》等个人专著12部，合著多部，主持教育部哲学社会科学重大课题攻关项目、国家科技支撑计划项目、国家社科基金项目等省部级以上科研项目近20项。曾获教育部高校优秀科研成果奖、霍英东青年教师奖、钱端升法学研究成果奖、司法部科研成果奖等科研奖励，以及宝钢优秀教师奖、北京市优秀教学成果奖等教学奖励。2010年11月，当选第六届全国十大杰出青年法学家。

郭旨龙 男，1989年生，江西于都人。中国政法大学网络法研究中心研究员（2013年7月—），国家公派英国格拉斯哥大学博士研究生（2014年9月—），研究方向为网络犯罪、非犯罪化、学术评价。在《法律科学》《法学论坛》《法律和社会科学》等刊发文20余篇，并为《高等学校文科学术文摘》《复印报刊资料（刑事法学）》摘编、转载多篇；出版《网络刑法的逻辑与经验》《信息时代犯罪定量标准的体系化构建》等著作5部；法律翻译数篇；在《中国社会科学报》《法制日报》等报发文多篇；在全国刑法学术年会、中国犯罪学学会年会、网络法国际学术研讨会等会发文多篇，并为《检察日报》等报道观点；参与教育部哲学社会科学重大课题攻关项目、国家科技支撑计划项目、国家社科基金重大项目等省部级以上科研项目6项。

丁 琪 男，1989年生，安徽安庆人，山东大学法学学士、中国政法大学刑事诉讼法学硕士，中央纪委中国纪检监察学院干部（2014年7月—），研究方向为刑事诉讼、纪检监察。发表论文多篇，合著、参编著作多部；参加北京市科委、社科院、检察院等多项课题。

高 严 男，1991年生，江西上饶人，中国政法大学法学学士、刑事诉讼法学硕士，2015年进入美国哥伦比亚大学法学院深造，研究方向为刑事诉讼、网络犯罪。曾获中国政法大学“学术新人”论文大赛优秀论文奖。

网络犯罪下的国际态势与中国应对
（代前言）

《网络犯罪公约》（*Convention on Cybercrime*，以下简称《公约》）是2001年11月由欧洲委员会的26个欧盟成员国以及美国、加拿大、日本和南非等30个国家的政府官员在布达佩斯共同签署的国际公约，是第一部打击网络犯罪行为的国际公约。2003年1月23日，欧盟在斯特拉斯堡通过了《网络犯罪公约补充协定：关于通过计算机系统实施的种族主义和排外性行为的犯罪化》。

但是，自《公约》实施以来，网络技术得到飞速发展，网络犯罪也随之出现复杂化、组织化、全球化、高科技化等新特点，《公约》已不能适应现实的需要。不仅“先天”在地区公平性上存疑，而且“后天”在时代技术性上脱节。过去十余年，世界和中国网络犯罪的特点和规律伴随着网络的代际演变发生了巨大的变化，尤其是网络在犯罪中的地位几乎是伴随着网络的代际演变经历了同步演变，经历了从“犯罪对象”到“犯罪工具”再到“犯罪空间”的三个阶段，但是《公约》无论是实体内容还是程序规定都似乎反应“迟钝”。比如2015年美国纽约曼哈顿联邦法院开庭审理的“罗斯·乌尔布里奇案”，此案涉及臭名昭著的贩卖毒品等非法物品的“丝绸之路”网站。该网站除了采用具有匿名特性的比特币进行非法买卖外，还采用了一种名为“洋葱路由”（TOR）的技术，让警方的追踪调查工作变得异常困难。FBI调查人员甚至认为“丝绸之路”是

迄今为止互联网上最先进、涉及面最广泛的犯罪市场。在刑事调查过程中，FBI 探员使用传统调查技巧并结合高科技网络侦查手段以侦破“丝绸之路”网站所涉及的犯罪案件。FBI 找到了该网站位于美国境外的服务器，并通过执行一个司法协助条约取得了服务器副本，而且从其中取得了万宗交易记录和电子邮件。该案是网络犯罪证据调查与国际合作的典型案例。当然，本案存在诸多法律争议，比如 FBI 在没有拘捕令的前提下入侵该网站、无法证明采取了合法手段找到了服务器副本，这些都影响了本案电子证据的效力。本案中所遇见的一系列问题，以及由此得出的宝贵经验和教训，都可能是《网络犯罪公约》所需要修订的内容。

网络技术和网络思维变革与网络犯罪罪情的发展是相伴而生的，从全球范围来看，面对不断泛滥的网络犯罪，各国均从立法、教育、行动计划等方面加强对网络犯罪的治理。美国、俄罗斯等大国纷纷制定网络战略，完善国内法规，试图主导网络空间国际规则的制定；欧盟委员会近期披露了其 2015 年至 2020 年安全计划，以强化对网络恐怖犯罪的监控、阻止极端思想的网络传播；肯尼亚基西大学则宣布将开设专门的反恐课程，以应对可能针对高校的恐怖袭击威胁；英国公布网络安全学徒计划，将网络安全课程列为公务员必修课；法国则规定重要企业必须安装入侵检测系统，以保证网络安全；美国国防部将推出网络安全新战略，提升网络威慑能力；澳大利亚则通过了《加强儿童网络安全法案 2014》，以提升儿童上网安全性；中国出台《关于维护互联网安全的决议》等 13 个“国家决定”、《关于办理网络犯罪案件适用刑事诉讼程序若干问题的意见》等数十个司法解释。

但是，上述都是各国国内的治理措施，没有针对网络犯罪全球化的特性。近年来，中国的互联网得到飞速发展，在互联网用户逐年增加的同时，网络犯罪率也逐年攀升，网络犯罪所带来的影响与损失更是难以估量。根据中国互联网络信息中心《第 35 次中国互联网发展状况统计报告》，截至 2014 年 12 月，中国网民数量达 6.49

亿，手机网民数量达5.57亿。全体网民的46.3%遇到过网络安全问题，以电脑或手机中毒或木马、账号或密码被盗情况最为严重。对此中国已然探索出了不少行之有效的应对措施，需要总结反思和交流推广。美国从《塔林手册》到《网络空间联合作战条令》，拟定了网络军事行动的基本准则；俄国在巴西召开的联合国网络犯罪会议上提出“合作打击信息犯罪的联合国公约草案”（*Drafted united nations convention on cooperation in combating information crimes*）；金砖四国也达成打击网络犯罪的国际合作决议，提交给了联合国犯罪预防与刑事司法委员会，但至今尚未得到通过。所以，《网络犯罪公约》作为一项极具专业性、针对性的国际文件，不应该只适用于欧盟及美国、加拿大、日本等国，而应当成为联合国框架下国际性公约，促成人类共同打击网络犯罪行为；在这一过程中，中国在走向真正的“政治大国”之路上必须“发声”，并且有实质性影响。总而言之，《公约》必须做出相应的修订。

《网络犯罪公约的修正思路》，一方面是基于十几年来网络犯罪的发展变化，另一方面也是为了使其他国家特别是中国能够加入《公约》，共同打击网络犯罪行为而进行修正。本书并非完全意义上的学术专著，而是在引用课题报告、学者灼见、师友指导（以上引用部分通过楷体段落缩进突出，约达正文篇幅的6%）以及翻译《公约》本身的解释性报告的基础上进行的综合述评，兼顾了学术思考，侧重了立法建议。

本书分为七章，第一章为序言，第二章为术语的使用，第三章为刑事实体法，第四章为刑事程序法，第五章为管辖权协调机制，第六章为国际合作，第七章为补充协定，主要是从术语概念、实体法、程序法和国际合作等方面对《公约》进行修正。首先，术语概念方面主要考虑到近年来互联网技术的发展，对计算机系统、计算机数据、网络等概念进行了修正或补充。其次，实体法方面主要考虑到近年来中国刑法关于网络犯罪方面理论的发展，以及司法实践中出现的新型案例，而对《公约》所规定的网络犯罪罪行及类型进

行修订或补充，比如计算机伪造、计算机诈骗、儿童色情犯罪、数据和系统干扰等罪行的重新定义，垃圾信息犯罪、信息传播犯罪、网络平台犯罪等罪行的补充。再次，程序法方面主要考虑到网络犯罪发展的新特性及侦查技术的进步，同时考虑到近年来中国《刑事诉讼法》做出了重大修改并且出台了诸多关于办理网络犯罪案件的程序法规定，而对《公约》程序法部分进行修订。《公约》程序法部分的修改内容主要包括电子证据概念的厘定、程序法部分基本原则的补充、调查过程中保密义务的补充及调查措施权限的重新设置等。最后，国际合作方面主要是考虑到《公约》国际化适用的需要，以及从中国与他国签订的引渡条约或司法协助条约中借鉴合理的规定，对《公约》进行适时修订。国际合作部分修订的内容主要包括为执行刑罚而予以引渡的条件的补充、相互协助在整个刑事诉讼程序中的实现、拒绝引渡或拒绝协助范围的限制以及域外取证方式的补充等。

需要说明的是，《网络犯罪公约》并无官方的中文版，所以在翻译过程中难免出现一些不当之处。同时，《公约》内容本身与一些国家立法相比仍有诸多超前之处，而程序法部分需要修订的地方很少，对于一些可能存在不足的地方，《公约》都规定各缔约国采取立法或其他必要的措施或者依赖于各缔约国之间已经签订的条约来设定权力与程序。比如，《公约》第 14 条、第 15 条确定的人权保护原则、比例原则是对其他证据调查措施条款的规制，再去细化各个条款的内容，恐怕存在画蛇添足之嫌。

本书研究的中心问题是，正视《网络犯罪公约》法律规则在整体上的不足之处，完善网络犯罪的国际应对体系，特别重视网络空间的中国国家安全与利益的保护，深刻理解网络所带来的安全问题，更新公共安全和国家安全等传统安全观念，在国内法律和国际策略上及时进行调整，在网络空间国际规则的制定和完善中提供“中国样本”，最终达到打击世界网络犯罪、保护中国网络安全的目的。因此本书亦可视为“中国网络法律规则完善思路丛书”的国际法卷部

分，丛书目前已经纳入了民商法卷、行政法卷、刑法卷、刑事诉讼法卷和国际法卷五本，以后视情况将会续加其他类别。本套丛书系教育部哲学社会科学重大课题攻关项目“信息时代网络法律体系的整体建构研究”的阶段性成果，同时亦是中国政法大学网络法研究中心文库的一部分。本书的出版，受到中国法制出版社的大力支持，尤其是刘峰、靳晓婷两位编辑从中做了大量细致的工作。在此谨致谢忱！

目　录

第一章　公约序言与中国的选择

《网络犯罪公约》（Convention on Cybercrime，以下简称《公约》）于2001年11月23日，由欧盟15个成员国在布达佩斯签订，除欧盟成员国外，美国、加拿大、日本及南非，也以非成员国身份签订了公约。事实上，该《公约》在被签订的四年前就开始草拟，但在美国发生了“9·11”恐怖袭击后，西方国家加大决心打击网络犯罪，此公约可谓西方国家就共同打击网上犯罪达成的共识。该《公约》是全球第一部有关网上犯罪的国际公约。[①]众所周知，2001年欧洲委员会由43个国家组成，《公约》在2001年11月8日被制定时已被部长委员会采纳，而11月23日的大会中只要有5个国家（包括至少3个欧洲委员会成员国）批准，《公约》就会生效。而美国、日本和加拿大等在欧洲委员会拥有观察员身份的国家也被邀请在这一条约上签字。[②]美国已经批准该公约，该公约成为介于欧盟地区公约和国家公约之间的文本。2014年12月，加拿大通过法律允许该国批准这一公约。

一、公约序言中的功能和目标介绍

事实上，《公约》最终于2001年11月由欧洲理事会的26个欧盟

---

① 参见胡惠生：“全球首条网络犯罪公约”，载 http://www.gamez.com.tw/forum.php?mod=viewthread&tid=74710&tid=74710，2014年6月14日访问。

② 参见佚名：“欧洲委员会制定第一个网络犯罪公约”，载 http://www.yesky.com/20011109/1424100.shtml，2014年6月14日访问。

成员国以及美国、加拿大、日本和南非等30个国家的政府官员在布达佩斯共同签署。2003年1月28日欧洲理事会又通过了公约的附加协议，将通过计算机系统实施的种族主义和仇外性质的行为犯罪化。《公约》于2004年7月开始生效，是目前唯一具有法律效力的专门解决与计算机相关的犯罪行为的多边文件。网络虚拟空间的趋同性必然要求不同国家的法律不能差异过大，其无国界性更需要国家之间携手合作，因此各国在力推自有理论与规则的同时，又必须与他国沟通、与国际接轨。作为第一部针对网络犯罪所制定的国际公约，《公约》不仅对国际社会合作打击网络犯罪起到了积极的推动作用，也对许多后发展国家的网络犯罪立法起到了重要的指导作用。[①] 所以，对《公约》的功能和目标的探索是值得肯定的，这在其序言中也有详细的说明：

欧洲理事会成员国和其他国，考虑到构造理事会的目标是寻求成员国之间更大的统一性；

认识到与《公约》签署方以外的其他国家开展国际合作的价值；

确信需要优先追求打击网络犯罪、保护社会的共同刑事政策，通过采取合适的立法和培育国际合作；

意识到数字化、统一化、持续的计算机网络全球化所带来的深刻变化；

担忧计算机网络和电子信息也会被用于实施犯罪，与这些犯罪有关的证据可能通过这些网络被存储和转移；

承认国家和私有产业之间合作打击网络犯罪和保护在信息技术使用和发展中的合法利益的必要；

认定有效地打击网络犯罪需要在犯罪事务中有更多、迅速、运行良好的国际合作；

确信现在的《公约》是威慑针对计算机系统、网络和计算机数据

① 参见于志刚："2012年教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目开题报告会首席专家汇报材料"（内部资料），第13页。

的机密性、完整性和可用性以及滥用这些系统、网络和数据的行为所必要的，通过提供这些行为的犯罪化，如《公约》所规定，和采纳为有效打击这些犯罪行为所必须的权力，便利它们在国内和国际上的侦探、调查和起诉，提供快速和可靠的国际合作的安排；

注意到有必要保证执法利益和对1950年欧洲理事会《保护人权和基本自由公约》、1966年联合国《公民权利和政治权利国际公约》和其他适用的国际人权条约规定的基本人权的尊重之间的平衡，这些条约再次确认了每个人不受干扰、持有观点的权利，自由表达的权利，包括无论国界寻求、获得、传播各种信息和思想的自由，尊重隐私的权利；

还注意到例如1981年欧洲理事会《个人数据自动化处理之个人保护公约》所认定的保护个人数据的权利；

考虑到1989年联合国《儿童权利的公约》和1999年《最恶劣形式童工劳动公约》；

考虑到既有的欧洲理事会关于在刑法领域合作的公约，在欧洲理事会成员国和其他国家之间存在的类似条约，强调现在的《公约》是要支持这些公约，以使与计算机系统和数据相关的犯罪行为的刑事调查和程序更为有效，能搜集犯罪行为电子形式的证据；

欢迎在打击网络犯罪上进一步推进国际理解和合作的最近发展，包括联合国、石油输出国组织、欧洲联盟和八国集团联盟所采取的行动；

回顾部长委员第85号备忘录《关于欧洲为侦查通讯而查询信件刑事事务互助公约》的第10条，第88号《关于版权和相邻权中的隐私》的第2条，第87号《规制在警察部门使用个人数据》的第15条，第95号《关于通讯服务中个人数据保护》的第4条，特别提到电话服务，以及第89号《关于计算机相关犯罪》的第9条，给国家立法机关提供关于某些计算机犯罪的定义，和第95号《关于与信息技术相关的刑事程序法问题》的第13条；

注意到欧洲司法部长在其第21次会议（布拉格，1997年6月10

日和11日）采纳的第1号决议，建议部长会议支持欧洲犯罪问题委员会（CDPC）进行的关于网络犯罪的工作，以使国内刑法条款彼此接近，并使对这些犯罪的调查有效的手段得以使用，以及欧洲司法部长在其第23次会议（伦敦，2000年6月8日和9日）采纳的第3号决议，鼓励协商方为寻找合适的方案，以使最多可能数目的国家成为《公约》成员国而努力，承认需要灵活和有效的国际合作机制，合理考虑打击网络犯罪具体需求；

也注意到欧洲理事会国家和政府首脑在其第二届峰会（斯特拉斯堡，1997年10月10日和11日）采取的行动计划，以寻求对新信息技术发展的共同应对，基于欧洲理事会的标准和价值。

《公约》解释性报告（Explanatory Report）[①] 并不构成对《公约》提供权威解释的工具，但它具备便利《公约》所含条款适用的性质。其明确指出，《公约》的目标在于：第一，使网络犯罪领域的国内的刑事实体法罪行要素和相关条款趋同；第二，赋予国内刑事程序法权力，如果为调查和起诉这些罪行和其他通过计算机系统或者以电子形式存在的证据实施的罪行所必要；第三，设立快速和有效的国际合作机制。

总之，《公约》可以总结为：第一个关于打击通过互联网和其他计算机网络实施犯罪的国际条约，重点打击版权侵权、计算机相关欺诈、儿童色情和危害网络安全等行为。它也包括一系列权利和程序规定，如计算机搜查和截取。它的主要目标，在序言中已经设定，是追求一个旨在打击网络犯罪、保护社会的共同的刑事政策，特别是通过采取合适的立法和培育国际合作。[②]

---

① 全文参见欧洲理事会网站：http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/189.htm，2014年6月14日访问。

② 参见维基百科："网络犯罪公约"，载 http://en.wikipedia.org/wiki/Convention_on_Cybercrime，2014年6月14日访问。

二、公约序言中的功能和目标评价

但是，《公约》功能和目标随着时代的发展、技术的进步、国际格局的变化，也出现了与现实脱节的情形。首先，在形式上，序言中引用的国际条约、备忘录、决议都随着时代的变化而变迁，所以《公约》现在是否仍然能够与它们协调相容，值得商榷。其次，实际上，《公约》制定于20世纪初，当时互联网仍处于网络工具时代，而未进入网络空间时代，这造成了《公约》目前面临的最大问题：时代性脱节。

意大利学者劳伦佐·彼高狄从法益的角度出发，将网络犯罪分为两类：一类是侵害全新的法益；另一类是以新的行为手段或方式侵害传统法益。如前文所述，《公约》规定了两类共9种犯罪，非法入侵、非法拦截、数据干扰、系统干扰、设备滥用这5种属于第一类，即纯技术性的网络犯罪；而《公约》所规定的利用计算机进行伪造、诈骗、儿童色情、侵犯著作权等4种犯罪属于第二类网络犯罪，即通过网络实施刑法规定的传统犯罪。应当说，《公约》的重心与亮点在于纯技术性的网络犯罪，而其他4种犯罪在一定程度上处于配角状态，其导言中“直接损害计算机系统、网络和计算机数据的保密性、完整性和可用性以及滥用此系统、网络和数据的行为”的表述也表明了这一态度。这与当时网络犯罪的时代特征有关，《公约》成文、定稿的时间在2000年前后，一方面，该时期的网络犯罪处于初始的发展阶段，网络犯罪的主体主要是计算机专业人员，“黑客”们的犯罪行为意在技术炫耀以及向强大政治或经济集团进行示威，并不带有其他复杂的犯罪目的，因此第一类网络犯罪在当时占据主要地位；另一方面，世界各国对于网络犯罪并没有一个系统、深入的认识，导致对于网络犯罪的打击普遍滞后。因此，《公约》将非法入侵、非法拦截、数据干扰、系统干扰、设备滥用这5种行为加以定义并入罪化，在那个时代具有开创性与现实迫切性。即使到现在，我国学者也通过与《公约》的对比来提出对刑法的计算机犯罪罪名设置的批判与完善

意见。

但是，《公约》毕竟制定于十几年前，而这期间，网络技术发展迅猛，网络环境变化巨大，网络犯罪的案件数量、形态与特征与当时不可同日而语。一方面，网络犯罪案件的数量发生了爆炸式增长——网络用户数量由2000年的3.61亿跃升至2010年的近20亿，而65%的网民遭遇过网络犯罪；另一方面，网络犯罪的性质发生了显著的变化，计算机网络由犯罪对象演变为犯罪平台，犯罪主体从专业技术人员演变为任何计算机使用者，犯罪目的也从单纯的技术展示演变为以谋取利益为主的多种目的，犯罪性质从个人行为演变为团伙作案甚至形成了犯罪产业链。正如迈克菲实验室（McAfee Labs）安全研究总监所言："网络犯罪是我们这个时代增长最快的一个行业。从2000年的'I Love You'蠕虫到如今社交媒体网站中不断演化的各类威胁，我们已经看到，网络犯罪分子及其采用的犯罪伎俩正变得日益狡猾。那些为了纯粹炫耀技术而实施破坏的犯罪时代已经一去不复返了。如今，谋财而又不被抓获才是网络犯罪分子关心的头等大事。"

总而言之，第二类网络犯罪的数量在急速增长，成为危害社会的最大因素，而第一类网络犯罪的数量在不断减少，在当前网络犯罪中的比例已经微乎其微，而且各国都已经将此类犯罪写入刑法予以打击，因此《公约》所着重强调的内容已经不再是目前人们所关注的问题。①

可见，网络由犯罪对象，演变至犯罪工具，再成为现阶段的犯罪空间，给《公约》的适用带来了极大的挑战，这是世界各国都要面临的问题。网络成为犯罪空间意味着网络本身成为一个再造新生法益的空间。如果说网络作为犯罪对象的第一阶段，网络本身成为新生法益，而网络作为犯罪工具的第二阶段，网络被利用去侵害传统法益，那么，在网络作为犯罪空间的第三阶段，网络实现了新的飞跃和突

① 参见于志刚："2012年教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目开题报告会首席专家汇报材料"（内部资料），第14页。