

《〈网络犯罪公约〉关于宣告利用计算机系统犯下的
种族主义或仇外行为为犯罪行为的附加议定书》

2003 年 1 月 28 日，斯特拉斯堡

2001 年 11 月 23 日在布达佩斯开放供签署的《网络犯罪公约》的欧洲委员会成员国及其他缔约国，称签署国：

考虑到欧洲委员会的目标是实现其成员国之间更大的团结；

忆及人人生而自由，尊严和权利一律平等；

强调必须确保充分有效地落实欧洲和其他国际文书所载的各项人权，不得有任何歧视或区别；

深信种族主义和仇外性质的行为构成对人权的侵犯和对法治和民主稳定的威胁；

考虑到国内法和国际法需要对通过计算机系统进行的种族主义和仇外性质的宣传采取适当的法律应对；

意识到国家立法通常将这种行为的宣传定为犯罪；

考虑到《网络犯罪公约》提供了现代和灵活的国际合作手段，确信有必要协调统一有关打击种族主义和仇外宣传的实体法规定；

意识到计算机系统为促进全球范围内的言论和通信自由提供了前所未有的手段；

认识到言论自由是民主社会的一个重要基础，也是社会进步和个人发展的基本条件；

关切误用或滥用这类计算机系统传播种族主义和仇外宣传的危险；

铭记需要在言论自由与有效打击种族主义和仇外性质的行为之间确保恰当的平衡；

认识到本议定书无意影响各国法律体系中有关言论自由的既定原则；

考虑到这一领域的有关国际法律文书，特别是《保护人权和基本自由公约》及其关于普遍禁止歧视的第 12 号议定书，欧洲委员会关于刑事领域合作的现有公约，特别是《网络犯罪公约》，1965 年 12 月 21 日联合国《消除一切形式种族歧视国际公约》，欧盟理事会

根据《欧洲联盟条约》K.3 条于 1996 年 7 月 15 日通过的关于采取行动打击种族主义和仇外心理的欧洲联盟联合行动；

欢迎最近在进一步推动打击网络犯罪和种族主义以及仇外行为方面出现的国际理解与合作方面的事态发展；

考虑到欧洲委员会国家元首和政府首脑在第二次首脑会议(1997 年 10 月 10 日至 11 日，斯特拉斯堡)上通过的行动计划，以寻求在欧洲委员会的标准和价值观的基础上对新技术的发展作出共同应对；

兹议定如下：

第一章 共同条款

第 1 条 目的

本议定书的目的是在议定书缔约国之间补充 2001 年 11 月 23 日在布达佩斯开放供签署的《网络犯罪公约》(以下简称《公约》)中关于将通过计算机系统实施的种族主义和仇外性质的行为定为刑事犯罪的规定。

第 2 条 定义

1 在本议定书中：

“种族主义和仇外材料”是指鼓吹、宣扬或煽动基于种族、肤色、血统或民族或族裔出身，以及宗教(作为上述任何因素的借口)而针对任何个人或群体的仇恨、歧视或暴力的任何书面材料、任何图像或任何其他思想或理论表述。

2 对本议定书中使用的术语和表述的解释方式应与《公约》下的解释方式相同。

第二章 国家一级应采取的措施

第 3 条 通过计算机系统传播种族主义和仇外材料

1 各缔约国应采取可能必要的立法和其他措施，在其国内法中将故意和无权实施的下列行为定为刑事犯罪：

通过计算机系统向公众散发或以其他方式提供种族主义和仇外内容。

2 如果第 2 条第 1 款定义的材料鼓吹、宣扬或煽动的歧视与仇恨或暴力无关，缔约国可以保留不对本条第 1 款定义的行为追究刑事责任的权利，但须有其他有效的补救措施。

3 尽管有本条第 2 款的规定，缔约国可以保留不对那些由于国家法律制度中有关言论自由的既定原则而无法提供上述第 2 款中提到的有效补救措施的歧视案适用第 1 款的权利。

第 4 条 出于种族主义和仇外动机的威胁行为

1 各缔约国应采取可能必要的立法和其他措施，在其国内法中将故意和无权实施的下列行为定为刑事犯罪：

通过计算机系统针对下列人威胁实施其国内法界定的严重刑事犯罪：(1)因属于某一以种族、肤色、血统或民族或族裔出身，以及宗教(作为上述任何因素的借口)为特征的群体的个人，或(2)具有上述任何特征的群体。

第 5 条 出于种族主义和仇外动机的侮辱行为

1 各缔约国应采取可能必要的立法和其他措施，在其国内法中将故意和无权实施的下列行为定为刑事犯罪：

通过计算机系统公开侮辱：(1)因属于某一以种族、肤色、血统或民族或族裔出身，以及宗教(作为上述任何因素的借口)为特征的群体的个人；或(2)具有上述任何特征的群体。

2 缔约国可以：

(a) 要求本条第 1 款所述的罪行具有使第 1 款所述的个人或群体遭受仇恨、蔑视或嘲弄的效果；或

(b) 保留全部或部分不适用本条第 1 款的权利。

第 6 条 否认、严重淡化、认可种族灭绝罪或危害人类罪或为其辩护

1 各缔约国应采取可能必要的立法和其他措施，在其国内法中将故意和无权实施的下列行为定为刑事犯罪：

通过计算机系统向公众传播或以其他方式向公众提供下列材料：否认、严重淡化、认可种族灭绝罪或危害人类罪或为其辩护，而上述罪行已由国际法界定，并得到 1945 年 8 月 8 日《伦敦协定》设立的国际军事法庭或由有关国际文书设立的任何其他国际法院(其管辖权得到该缔约国承认的)最终具有约束力的裁决的确认。

2 缔约国可以：

(a) 要求本条第 1 款所指的否认或严重淡化行为旨在基于种族、肤色、血统或民族或族裔出身，以及宗教(作为上述任何因素的借口)，煽动对任何个人或群体的仇恨、歧视或暴力，或者

(b) 保留全部或部分不适用本条第 1 款的权利。

第 7 条--协助和教唆

各缔约国应采取必要的立法和其他措施，在其国内法中将故意和无权协助或教唆他人实施根据本议定书确定的任何罪行，并意图实施这种罪行的行为定为刑事犯罪。

第三章 《公约》与本议定书之间的关系

第 8 条 《公约》与本议定书之间的关系

- 1 《公约》第 1、12、13、22、41、44、45 和 46 条比照适用于本议定书。
- 2 缔约国应将《公约》第 14 至 21 条和第 23 至 35 条规定措施的适用范围扩大到本议定书的第 2 至 7 条。

第四章--最后条款

第 9 条 表示同意受约束

- 1 本议定书开放供已经签署《公约》的国家签署，这些国家可通过以下两种方式表示同意受其约束：
 - (a) 无保留地签署、批准、接受或核准；或
 - (b) 须经批准、接受或核准，而后再批准、接受或核准。
- 2 一国除非已经或同时交存《公约》的批准书、接受书或核准书，否则不得在对批准、接受或核准持有保留的情况下签署本议定书，或交存批准书、接受书或核准书。
- 3 批准书、接受书或核准书应交存欧洲委员会秘书长。

第 10 条 生效

- 1 本议定书应在五个国家根据第 9 条的规定表示同意受本议定书约束之日起三个月期满后的下个月的首日生效。
- 2 对于其后表示同意接受议定书约束的任何国家，本议定书应在其签署之日起三个月期满后的下个月的首日生效，不得对批准、接受或核准或交存批准书、接受书或核准文书作出保留。

第 11 条 加入

- 1 本议定书生效后，任何已加入《公约》的国家也可加入本议定书。
- 2 加入应以向欧洲委员会秘书长交存加入书的方式生效，加入书应在交存之日起三个月期满后的下个月的首日生效。

第 12 条 保留和声明

- 1 缔约国对《公约》某一条款作出的保留和声明也应适用于本议定书，除非该缔约国在签署时或交存批准书、接受书、核准书或加入书时另有声明。
- 2 任何缔约国在签署时或交存批准书、接受书、核准书或加入书时，均可向欧洲委员会秘书长发出书面通知，声明其利用本议定书第 3、5 和 6 条规定的保留。同时，对于本议定书的规定，缔约国可利用《公约》第 22 条第 2 款和第 41 条第 1 款规定的保留，而不考虑该缔约国在《公约》下的履行情况。不得提出任何其他保留。
- 3 任何国家在签署时或交存批准书、接受书、核准书或加入书时，均可向欧洲委员会秘书长发出书面通知，声明其利用本议定书第 5 条第 2 款(a)项和第 6 条第 2 款(a)项规定的要求补充内容的可能性。

第 13 条 保留的地位和撤回

- 1 根据上述第 12 条作出保留的缔约国，一旦情况允许，应尽快全部或部分撤回保留。这种撤回应在欧洲委员会秘书长收到通知之日起生效。如果通知表明撤回保留将于其中指定的日期生效，而该日期晚于秘书长收到通知的日期，则撤回应于该较晚日期生效。
- 2 欧洲委员会秘书长可定期向根据第 12 条作出一项或多项保留的缔约国询问撤回保留的前景。

第 14 条 适用领土

- 1 任何缔约国可在签署时或交存批准书、接受书、核准书或加入书时，具体说明本议定书适用的一个或多个领土。
- 2 任何缔约国均可在其后任何日期，通过致欧洲委员会秘书长的声明，将本议定书的适用范围扩大到该声明中注明的任何其他领土。对于该领土，本议定书应在秘书长收到声明之日起三个月期满后的下个月的首日生效。
- 3 根据上述两款作出的任何声明，如涉及该声明所指明的任何领土，可通过向欧洲委员会秘书长发出通知予以撤回。撤回应在秘书长收到通知之日起三个月期满后的下个月的首日生效。

第 15 条 退约

- 1 任何缔约国均可随时以通知欧洲委员会秘书长的方式退出本议定书。
- 2 这种退约应在秘书长收到通知之日起三个月期满后的下个月的首日生效。

第 16 条 通知

欧洲委员会秘书长应向欧洲委员会成员国、参与制定本议定书的非成员国以及已加入或已应邀加入本议定书的国家通报以下情况：

- (a) 任何签署；
- (b) 任何批准书、接受书、核准书或加入书的交存；
- (c) 根据本议定书第 9、10 和 11 条的任何生效日期；
- (d) 与本议定书有关的任何其他文件、通知或通信函。

以下签署人经正式授权在本议定书上签字，以昭信守。

本协定于 2003 年 1 月 28 日在斯特拉斯堡签订，以英文和法文写成，两种文本具有同等效力，将存入欧洲委员会档案馆。欧洲委员会秘书长应向欧洲委员会各成员国、参加本议定书制定工作的非成员国以及应邀加入本议定书的任何国家转交经过核证的副本。

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

《欧洲条约集》第 189 号

**《〈网络犯罪公约〉关于宣告利用计算机系统犯下的
种族主义或仇外行为为犯罪行为的附加议定书》
解释性报告**

2003 年 1 月 28 日，斯特拉斯堡

本解释性报告的内容，尽管性质可能有助于本议定书所载条款的适用，但并不构成对本议定书作出权威性解释的文书。本议定书将在欧洲委员会议会大会举行 2003 年届会(第一期会议)期间，于 2003 年 1 月 28 日在斯特拉斯堡开放供签署。

序言

1. 自 1948 年通过《世界人权宣言》以来，国际社会在打击种族主义、种族歧视、仇外心理和相关不容忍行为方面取得了重要进展。已经颁布了国家和国际法，并通过了一些国际人权文书，特别值得一提的是，在联合国框架内 1966 年在纽约缔结的《消除一切形式种族歧视国际公约》(《消除种族歧视国际公约》)。尽管取得了进展，但建立一个没有种族仇恨和偏见的世界的愿景仅部分实现。
2. 随着技术、商业和经济的发展使世界各国人民更加紧密地联系在一起，种族歧视、仇外心理和其他形式的不容忍现象在我们的社会中继续存在。全球化带来的风险可能会导致往往是按照种族和民族划分的排斥和不平等现象的加剧。
3. 特别是互联网等国际传播网络的涌现为某些人提供了支持种族主义和仇外心理的现代强大手段，并使他们能够轻松而又广泛地传播含有此类思想的言论。为了调查和起诉这些人，国际合作至关重要。《网络犯罪公约》(《欧洲条约集》第 185 号)(以下简称《公约》)起草的目的是使人们能够以灵活和现代的方式就最广泛意义上的计算机相关罪行提供互助。该议定书的目的有两个：第一、协调关于打击互联网上的种族主义和仇外心理的实体刑法；第二、加强这一领域的国际合作。这种协调减轻了在国家与国际两级打击此类犯罪行为的复杂程度。对于那些在该领域法律定义不明确的缔约国，国内法律中的相应罪行可以防止为种族主义目的滥用计算机系统。因此，在实际处理案件时，也可以加强交流有益的共同经验。国际合作(尤其是在引渡和法律互助方面)得到促进，例如关于双重犯罪的要求。
4. 《公约》起草委员会讨论了列入其他与内容有关的罪行的可能性，如通过计算机系统传播种族主义宣传。然而，委员会无法就此类行为的刑事定罪达成共识。虽然有很多人支持将其列为刑事犯罪，但一些代表团对以言论自由为由纳入这样的规定表示强烈关切。注意到该问题的复杂性，委员会决定将起草《公约》附加议定书的问题移交给欧洲犯罪问题委员会处理。

5. 议会大会在关于《公约》的第 226(2001)号意见中建议立即起草一份题为“扩大《公约》范围，纳入新的犯罪形式”的《公约》议定书，目的是，除其他外，对传播种族主义宣传作出界定，并将其定为刑事犯罪。

6. 因此，部长委员会委托欧洲犯罪问题委员会，特别是其通过计算机系统实施的种族主义和仇外性质行为定罪问题专家委员会，负责编写一份附加议定书草案，这是一份开放供《公约》缔约国签署和批准的具有约束力的法律文书，它特别涉及以下内容：

(1) 将通过计算机网络实施的具有种族主义和仇外性质的行为定为犯罪的定义和要件范围，包括通过计算机网络制作、提供、传播或以其他方式分发含有此类内容的材料或信息；

(2) 《网络犯罪公约》中的实质性、程序性和国际合作条款在调查和起诉《附加议定书》确定的罪行方面的适用范围。

7. 本议定书需要扩大《公约》的范围，包括其实质性、程序性和国际合作条款，以便将种族主义和仇外宣传的罪行也包括在内。因此，除了协调此类行为的实体法内容外，《议定书》还旨在提高缔约国利用《公约》在该领域规定的国际合作手段和途径的能力。

对《议定书》条款的评述

第一章 共同条款

第 1 条 目的

8. 本议定书的目的是在议定书缔约国之间补充 2001 年 11 月 23 日在布达佩斯开放供签署的《网络犯罪公约》(以下简称《公约》)中关于将通过计算机系统实施的种族主义和仇外性质的行为定为刑事犯罪的规定。

9. 本议定书的规定具有强制性。为履行这些义务，各缔约国不仅要制定适当的立法，而且要确保其得到有效执行。

第 2 条 定义

第 1 款 “种族主义和仇外材料”

10. 为打击种族主义或仇外心理，已在国际和国家一级制定了若干法律文书。本议定书的起草者特别考虑到了：(一)《消除一切形式种族歧视国际公约》；(二)《保护人权与基本自由公约》的第 12 号议定书(《欧洲条约集》第 177 号)；(三)欧洲理事会根据《欧洲联盟条约》第三条 1996 年 7 月 15 日通过的欧洲联盟关于打击种族主义和仇外心理的联合行动；(四)反对种族主义、种族歧视、仇外心理和有关不容忍行为世界会议(2001 年 8 月 31 日至 9 月 8 日，德班)；(五)欧洲反对种族主义会议的结论(2000 年 10 月 13 日，斯特拉斯堡)；(六)欧洲委员会反对种族主义和仇外心理委员会 2000 年 8 月发表的综合研究报告(CRI(2000)27)；和(七)欧洲委员会 2001 年 11 月关于欧洲联盟框架内反对种族主义和仇外心理的理事会框架决定的建议。

11. 《欧洲人权公约》第 10 条承认言论自由的权利，其中包括持有见解以及接受和传递信息和思想的自由。《欧洲人权公约》第 10 条不仅适用于受到欢迎或被视为无害或无所谓的信

息和思想,也适用于冒犯、震惊或干扰国家或任何人口阶层的信息和思想¹。然而,欧洲人权法院认为,根据《欧洲人权公约》第 10 条第 2 款的限制,特别是当某些思想或言论侵犯他人的权利时,国家限制言论自由权的行为是有正当理由的。本议定书以国家和国际文书为基础,确立了传播种族主义和仇外言论和思想侵犯他人权利的范围。

12. 第 2 条所载的定义是指书面材料(如文本、书籍、杂志、声明、信息等)、图像(如图片、照片、图画等),或具有种族主义和排外性质的思想或理论的任何其他表现形式,其形式可通过计算机系统存储、处理和传输。

13. 本议定书第 2 条所载的定义是指材料内容可能导致的某些行为,而不是有关材料中所载的情感/信仰/厌恶的表达。该定义尽可能以现有的国家和国际(联合国、欧盟)定义和文件为基础。

14. 该定义的要求是此类材料鼓吹、宣扬或煽动仇恨、歧视或暴力。“鼓吹”是指支持仇恨、歧视或暴力的诉求,“宣扬”是指鼓励或推动仇恨、歧视或暴力,“煽动”是指怂恿他人仇恨、歧视或暴力。

15. “暴力”一词是指非法使用武力,而“仇恨”一词是指强烈的厌恶或敌意。

16. 在解释“歧视”一词时,应考虑到《欧洲人权公约》(第 14 条和第 12 号议定书)和相关的判例法,及《消除种族歧视公约》第 1 条。《欧洲人权公约》中对歧视的禁止保证了缔约国管辖范围内的每个人都能平等地享受《欧洲人权公约》本身对权利和自由的保护。《欧洲人权公约》第 14 条规定了各国的一般义务,作为该公约规定的权利和自由的附件。在这方面,本议定书中使用的“歧视”一词是指基于某些特征对个人或群体给予不同的不公正待遇。欧洲人权法院在数项判决(如比利时语言案、阿卜杜勒阿齐兹案、卡瓦略案和巴尔坎达里案的判决²中指出,“如果差别待遇‘没有客观和合理的理由’,即如果不是为了追求‘合法的目标’,或者如果‘所采用的手段与寻求实现的目标之间比例关系缺乏合理性’,那么它就是歧视性的”。待遇是否具有歧视性,必须根据个案的具体情况来考虑。《消除一切形式种族歧视国际公约》第一条也为解释“歧视”一词提供了指南,其中“基于种族、肤色、世系或民族或人种的任何区别、排斥、限制或优惠,其目的或效果为取消或损害政治、经济、社会、文化或公共生活任何其他方面人权及基本自由在平等地位上的承认、享受或行使。”

17. 仇恨、歧视或暴力必须针对任何个人或群体,因为他们属于以“种族、肤色、血统或民族或族裔以及宗教(作为上述任何因素的借口)”为特征的群体。

18. 应当指出的是,这些理由与《欧洲人权公约》第 12 号议定书第 1 条所载的理由并不完全相同,因为后者所载的一些理由与种族主义或仇外心理的概念不同。本议定书第 2 条所载的理由与《消除一切形式种族歧视国际公约》中所载的理由也不相同,因为后者处理的是一般的“种族歧视”,而不是“种族主义”本身。一般而言,这些理由应当在既定的国内法和国际法和实践中按照其含义加以解释。然而,其中一些需要对其在本议定书范围内的具体含义作出进一步解释。

19. “血统”主要是指可以通过某些特征(如种族或肤色)辨认出来的人或群体的后裔,但不一定所有这些特征依然存在。尽管如此,由于他们的血统,这些人或群体可能会受到仇恨、歧视或暴力。“血统”并不是指社会出身。

¹ 在这方面,例如,见 1976 年 12 月 7 日对汉迪赛德案的判决, A 辑,第 24 号,第 23 页,第 49 段。

² 阿卜杜勒阿齐兹案、卡瓦略案和巴尔坎达里案, 1985 年 5 月 28 日的判决, A 辑,第 94 号,第 32 页,第 62 段;比利时语言案, 1968 年 7 月 23 日的判决, A 辑,第 6 号,第 34 页,第 10 段。

20.应当从广义事实意义上理解“民族血统”这一概念。它可以指个人的历史, 不仅涉及其祖先的国籍或原籍, 而且还涉及其本身的民族归属, 无论从法律角度上看, 他们是否仍然拥有这种归属。当个人拥有一个以上国籍或无国籍时, 对这一概念的广义解释旨在保护他们, 倘若他们因任何这些理由受到歧视。此外, “民族血统”的概念不仅可以指属于国际公认的某一国家的民族血统, 也可以指具有相似特征的少数民族或其他群体。

21“宗教”的概念经常出现在国际文书和国家立法中。该术语指的是信念和信仰。将这一术语列入定义, 有可能超出本议定书的范围。然而, 宗教可能被用作借口、托辞或定义中列举的其他因素的替代物。因此, 应当在这种限制性意义上解释“宗教”。

第 2 款

22.本条通过规定《议定书》中使用的术语和表述的解释方式应与其在《公约》下的解释方式相同, 以确保对二者的解释上的统一。这意味着, 本解释性报告中使用的术语和表述的解释方式与《公约》解释性报告中此类术语和表述的解释方式相同。

第二章 国家一级应采取的措施

总则

23.本议定书所确定的犯罪行为包含一些取自《公约》的共同要件。为清楚起见, 下文列举了《公约》解释性报告的相关段落。

24.所列罪行的一个特点是明确要求涉及行为是“无权”实施的。它反映了这样一种见解, 即所述行为本身并非一向应当受到惩罚, 或可能是合法或正当的, 不仅在适用经典的法律辩护理由的情况下(如同意、自卫或必要), 而且在其他原则或利益导致免除刑事责任的情况下(如出于执法目的、学术或研究目的)。“无权”一词的含义来源于使用它的上下文。因此, 在不限制缔约国如何在其国内法中实施这一概念的情况下, 它可以指未经授权(无论是立法、政务、行政、司法、合同还是商定)而采取的行为, 或者是国内法规定的既定法律辩护、借口、理由或相关原则未涵盖的行为。因此, 本议定书不影响根据合法的政府权力采取的行为(如, 缔约国政府为维护公共秩序、保护国家安全或调查刑事犯罪所采取的行动)。此外, 不应将网络设计中固有的合法和常见活动, 或合法和常见的经营或商业做法定为刑事犯罪。应由缔约国决定如何在其国内法律体系中(根据刑法或其他法律)实施此类豁免。

25.本议定书中包含的所有罪行都必须是“故意”实施的, 才能适用刑事责任。在某些情况下, 附加的特定故意要件构成犯罪的一部分。《议定书》的起草者和《公约》起草者一致认为, “故意”的确切含义应留给各国解释。任何人如果没有必要的意图, 都不能对本议定书中的任何罪行承担刑事责任。例如, 根据本条规定, 服务供应商作为包含此类材料的网站或新闻编辑室的渠道或宿主, 如果在具体案件中并没有国内法规定的意图, 则不足以追究其刑事责任。此外, 服务供应商无需为避免刑事责任而监视行为。

26.关于“计算机系统”的概念, 这与《公约》中所载的以及其解释性报告第 23 和 24 段所作的解释相同。这构成了本议定书第 2 条的适用(另见上文对第 2 条的解释)。

第 3 条 通过计算机系统传播种族主义和仇外材料

27.本条要求缔约国将通过计算机系统向公众传播或以其他方式提供种族主义和仇外材料定为犯罪。散发或提供的行为只有在意图针对的也是材料的种族主义和仇外性质时才属于犯罪行为。

28. "散发"是指向他人积极传播《议定书》第 2 条所定义的种族主义和仇外材料, 而"提供"是指将种族主义和仇外材料放在网上供他人使用。这一术语还包括创建或汇编超链接, 以便于获取此类材料。

29. 第 3 条中使用的“向公众”一词清楚地表明, 通过计算机系统传递或传输的私人通信或言论不属于该条款的范围。事实上, 这类通信或表达与传统通信形式一样, 受《欧洲人权公约》第 8 条的保护。

30. 传递种族主义和仇外材料是被视为私人传递还是向公众传播, 必须根据案件的情况来确定。首先, 重要的是发送者的意图, 即相关的消息将只被预定的接收者接收。存在这种主观意图可以基于许多客观因素来确定, 例如消息的内容、所使用的技术、应用的安全措施以及发送消息的上下文。如果这种信息同时发送给一个以上的收件人, 收件人的数量和发件人与收件人之间的关系性质是决定这种通信是否被视为私人通信的一个因素。

31. 在聊天室交换种族主义和仇外材料, 在新闻组或讨论区发布类似的信息, 都是向公众提供此类材料的例子。在这些情况下, 任何人都可以获得这些材料。即使访问这些材料需要通过密码授权, 但如果任何人或符合某些标准的人都可以获得这种授权, 那么这些材料就可以被公众访问。为了确定是否向公众提供或散发, 应考虑有关人员之间关系的性质。

32. 列入第 2 款和第 3 款是为了在非常有限的情况下为作出保留提供可能性。这两款应结合起来按顺序阅读。因此, 缔约国可保留不对本条第 1 款所定义的行为追究刑事责任的权利, 如果第 2 条第 1 款所定义的材料鼓吹、宣扬或煽动的歧视与仇恨或暴力无关, 但须有其他有效的补救措施。例如, 这些补救措施可以是民事或行政补救。如果一缔约国由于其法律制度中有关言论自由的既定原则不能提供这种补救措施, 它可以保留不履行本条第 1 款规定的义务的权利, 但条件是它只涉及鼓吹、宣扬或煽动的歧视与仇恨或暴力无关。缔约国可以进一步限制保留的范围, 例如, 要求歧视是对某一群体的侮辱、诋毁或威胁。

第 4 条 出于种族主义和仇外动机的威胁行为

33. 大多数立法一般都规定将威胁定为刑事犯罪。起草者同意在本议定书中强调, 毫无疑问, 出于种族主义和仇外动机的威胁将被定为犯罪。

34. “威胁”的概念可指使威胁的对象产生恐惧的威胁, 即他们将遭受他人实施的严重刑事犯罪(如危及受害者或其亲属生命、人身安全或完整, 财产的严重损害等)。何为严重刑事犯罪由缔约国决定。

35. 根据该条, 威胁必须针对(1)某人, 原因在于其所属的种族、肤色、血统或民族或族裔以及宗教(作为上述任何因素的借口)为特征的群体; 或(2)具有上述任何特征的群体。对于威胁应是公开的并无任何限制。该条也包括通过私人通信进行的威胁。

第 5 条 出于种族主义和仇外动机的侮辱行为

36. 第 5 条涉及公开侮辱某人或某个群体的问题, 缘于他们属于或被认为属于具有特定特征的群体。“侮辱”的概念是指任何损害一个人的荣誉或尊严的冒犯、蔑视或辱骂的言论。从表达方式本身就可以清楚地看出, 这种侮辱与被侮辱者的群体归属有直接关系。与威胁的情况不同, 在私人通信中表达的侮辱不属于本条款涵盖的范围。

37. 第 2 款(a)项允许缔约国要求该行为还必须具有如下效果: 使该人或该群体不仅可能, 而且实际受到仇恨、蔑视或嘲弄。

38. 第 2 款(b)项允许缔约国作出进一步的保留, 甚至使第 1 款对其不适用。

第 6 条 否认、严重淡化、认可种族灭绝罪或危害人类罪或为其辩护

39. 近年来, 国家法院处理了各种案件, 其中一些人(在公开场合、媒体等)表达了旨在否认、严重淡化、认可或为第二次世界大战期间发生的严重罪行(特别是大屠杀)辩护的观点或理论。这些行为的动机往往以科学研究为借口, 而其真正目的是支持和宣扬引起大屠杀的政治动机。此外, 这类行为还激发甚至刺激和鼓励种族主义和仇外团体包括通过计算机系统采取的行动。此类思想的表达是对那些曾经是这些邪恶行径受害者(为人们缅怀)及其亲属的侮辱。最后, 它威胁到人类社会的尊严。

40. 与第 3 条结构相似的第 6 条解决了这个问题。起草者一致认为, 重要的是将否认、严重淡化、认可或为种族灭绝罪或危害人类罪辩护的言论定为犯罪, 这是国际法所界定的, 并得到 1945 年 4 月 8 日《伦敦协定》设立的国际军事法庭具有约束力的最终决定的承认。这是因为造成种族灭绝罪和危害人类罪的最重要和最确凿的行为发生在 1940-1945 年期间。然而, 起草者承认, 自那时以来, 还发生了其他种族灭绝罪和危害人类罪的案件, 这些案件强烈受到种族主义和仇外性质的理论和思想的驱使。因此, 起草者认为, 这一条款的适用范围不应仅限于纽伦堡法庭设立的纳粹政权在第二次世界大战期间犯下的罪行, 还应包括 1945 年以来根据相关国际法律文书(如联合国安理会决议、多边条约等)设立的其他国际法庭认定的种族灭绝罪和危害人类罪。例如, 这些法庭可以是前南斯拉夫问题国际刑事法庭、卢旺达问题国际刑事法庭、常设国际刑事法院。只要此类法庭的管辖权得到本议定书签署国的承认, 本条即允许参照未来国际法庭的最终和有约束力的决定。

41. 该条款旨在明确规定, 历史正确性业已确立的事实不容否认、严重贬低、不认可或认为不合理, 以支持那些令人憎恶的理论和思想。

42. 欧洲人权法院明确表示, 否认或修改“已明确确立的历史事实——如大屠杀——[...]根据《欧洲人权公约》第 17 条, 将不受该公约第 10 条的保护(在这方面, 见 1998 年 9 月 23 日莱黑多和伊勒尼案的判决)¹。

43. 第 6 条第 2 款允许缔约国(1)通过声明要求第 6 条第 1 款中提到的否认或严重淡化, 旨在基于种族、肤色、血统或民族或族裔出身, 以及宗教(作为上述任何因素的借口), 煽动对任何个人或群体的仇恨、歧视或暴力; 或(2)通过允许缔约国利用保留全部或部分不适用本规定。

第 7 条--协助和教唆

44. 本条的目的是将协助或教唆实施第 3 至 6 条确定的任何罪行定为刑事犯罪。与《公约》相反, 《议定书》没有将实施其中所载罪行的企图定为犯罪, 因为许多被定罪的行为具有准备性质。

45. 如果犯下《议定书》所确定的罪行的人得到另一个也有意实施犯罪的人的帮助, 则产生协助或教唆的责任。例如, 虽然通过互联网传播种族主义和仇外材料需要服务供应商作为渠道提供协助, 但没有犯罪意图的服务供应商不承担本节规定的责任。因此, 服务提供商没有义务主动监控内容以避免根据本条款承担刑事责任。

46. 如同根据本议定书确立的所有罪行一样, 协助或教唆必须是故意实施的。

第三章 《公约》与本议定书之间的关系

¹ 1998 年 9 月 23 日对莱黑杜和伊勒尼案的判决, 《1998 年国际法院案例汇编》, 第七卷, 第 47 段。

第 8 条 《公约》与本议定书之间的关系

47.第 8 条涉及《公约》与本议定书之间的关系。该条避免了将《公约》的一些规定纳入本议定书。它指出,《公约》的一些条款经适当变通后适用于本议定书(例如,关于附带责任和制裁、管辖权和最后条款的一部分)。第 2 款提醒缔约国,《公约》中定义的含义应适用于《议定书》的罪行。为清楚起见,具体说明了相关条款。

第四章 最后条款

48.本章所包含的大部分条款是基于 1980 年 2 月部长委员会第 315 次代表会议上批准的“欧洲委员会内缔结的公约和协定的最后条款范本”制定的。由于第 9 条至第 16 条大多使用了示范条款的标准用语,或基于欧洲委员会长期以来的缔约惯例,因此不需要进行具体评述。然而,对标准示范条款的某些修改或一些新的规定需要进一步解释。在此需要指出的是,示范条款作为一套不具约束力的条款已被采纳。正如示范条款的导言所指出的,“这些示范性最后条款只是为了方便专家委员会的工作,避免出现没有任何实际理由的文本差异。该范本没有任何约束力,可以采用不同的条款来适应特定的情况”(在这方面另见《公约》解释性报告第 304-330 段)。

49.第 12 条第 2 款规定,缔约国可利用本议定书第 3、5 和 6 条规定的保留。不得提出任何其他保留。

50.本议定书仅向《公约》签署国开放,供其签署。本议定书将在《公约》五个缔约国表示同意受其约束之日起三个月后生效(第 9-10 条)。

51.《公约》允许对某些条款作出保留,通过《议定书》第 8 条的连接条款,这些条款也可能对缔约国在《议定书》下的义务产生影响。然而,一缔约国可以通知秘书长,它不会对《议定书》的内容适用这一保留。《议定书》第 12 条第 2 款表达了这一点。

52.然而,如果一个缔约国没有利用《公约》规定的这种保留的可能性,它可能需要限制其与《议定书》所述罪行有关的义务。第 12 条第 2 款使缔约国能够在涉及《公约》第 22 条第 2 款和第 41 条第 1 款时这样做。