

## 网络服务提供者的刑法责任比较研究

王华伟

**内容提要:**造成我国网络服务提供者刑事责任边界不确定的重要原因之一在于网络服务提供者类型化的缺失。德国和欧盟法律中的四分法,即内容提供者、网络接入服务提供者、缓存服务提供者、存储服务提供者,为我们提供了有益的借鉴。这一分类模式以行为的技术功能为标准,不仅划分出了四种具有体系性、明确性的主体类型,而且为不同主体类型规定了明确的责任边界,在网络安全与信息自由、媒体自由之间找到了较好的平衡点。我国相关法律规范仍然缺乏一套明确合理的类型化区分模式,导致了网络服务提供者刑事责任认定的模糊。我们应当积极借鉴吸收德国与欧盟的有益经验,用互联网教义学理论充实宽泛的法律框架。

**关键词:**网络服务提供者 监控义务 责任限度

王华伟,北京大学法学院博士研究生,德国马普外国与国际刑法研究所博士研究生。

### 一 问题的提出

人类已经步入了网络社会,互联网对人类的影响不论是在广度还是深度上都是前所未有的。中国的信息化进程虽然起步相对较晚,但是近年来获得了飞跃性的发展。随着中国互联网技术的不断进步,中国的互联网普及率和网民数量急剧增加。截止2014年6月30日,根据中国互联网信息中心(CNNIC)发布的数据,中国网民数量达到了6.32亿,网站数273万,域名数达到1915万。<sup>[1]</sup>随着互联网社会的不断演进,网络服务提供者这一新兴主体扮演了越来越重要的角色。在20世纪90年代以前,互联网主要是由政府或者相关机构运营。从1993年开始,由美国政府资助的美国国家科学基金网(NSFNET,曾经是美国互联网的主要组成部分)逐渐被若干个商用的因特网主干网替代,而政府机构

[1] 数据来源于中国互联网络信息中心, <http://www.cnnic.cn/hlwfyj/jcsj/>。最后访问时间2016年7月11日。

不再负责因特网的运营,由此网络服务提供者大量涌现出来。<sup>[2]</sup> 网络服务提供者在网络用户与互联网之间扮演着沟通桥梁的角色。网络用户要想使用互联网,必须要和网络服务提供者发生联系。可见,网络服务提供者已经发展为网络社会中非常重要的主体类型之一。随着网络服务提供者主体地位的不断提髙,对其法律责任研究的重要性也凸显出来。

网络服务提供者的法律责任问题在民事侵权法领域已经得到了较为深入的探讨,<sup>[3]</sup>但是在刑事犯罪领域的研究则刚刚开始。网络服务提供者的刑事责任认定不仅仅是众多网络服务提供者深深忧虑的现实问题,也是刑法学者应当进行深入研究的重大的理论与实务命题。对这一问题,目前较为具有代表性的观点主要是试图通过中立帮助行为理论进行解释,这无疑具有重要的启发意义。<sup>[4]</sup> 然而,这一理论在网络服务提供者刑法责任认定上的适用范围非常有限。因此,目前学界对网络服务提供者刑事责任问题的争论仍然十分激烈,网络服务提供者的刑事义务边界和刑事责任界限仍然没有定论。

笔者认为,造成该问题巨大争议的一个重要原因在于我国立法和理论中网络服务提供者类型化的缺失。现有的理论观点和司法实践都是一般性、概括性地直接探讨网络服务提供者的刑事责任问题,而忽视了网络服务提供者内部不同主体类型的划分,以及不同类型所应承担的不同义务和责任。康德曾言,没有类型的概念是空洞的,没有概念的类型是盲目的。<sup>[5]</sup> 这一名言深刻地揭示了类型在法律适用过程中极为重要的作用。我国目前这种笼统而概括的做法,导致了网络服务提供者刑事责任认定的粗疏。然而,这一前提性的理论议题却仍然没有得到学界的重视,有必要对此进行全面和系统的梳理和反思。笔者将对德国和欧盟<sup>[6]</sup>网络服务提供者刑事责任的类型化做详细介评,以求为中国解决这一问题提供理论借鉴。

## 二 德国与欧盟网络服务提供者的功能区分 与义务类型化

### (一) 功能性区分与义务类型化的原因

区分网络服务提供者之作为与不作为,以及不作为的义务来源和边界,是网络服务提

[2] 谢希仁编著:《计算机网络》(第五版),电子工业出版社2008年版,第4页。

[3] 参见吴汉东:《论网络服务提供者的著作权侵权责任》,《中国法学》2011年第2期;蔡唱:《网络服务提供者侵权责任规则的反思与重构》,《法商研究》2013年第2期;徐伟:《网络服务提供者连带责任之质疑》,《法学》2012年第5期;刘文杰:《网络服务提供者的安全保障义务》,《中外法学》2012年第2期;鲁春雅:《网络服务提供者侵权责任的类型化解读》,《政治与法律》2011年第4期等。

[4] 参见周光权:《网络服务商的刑事责任范围》,载《中国法律评论》第6期,法律出版社2015年版;车浩:《谁应为互联网时代的中立行为买单?》,载《中国法律评论》第5期,法律出版社2015年版;陈洪兵:《中立的帮助行为》,《中外法学》2008年第6期;陈洪兵:《网络中立行为的可罚性探究——以P2P服务提供商的行为评价为中心》,《东北大学学报(社会科学版)》2009年第3期。

[5] 转引自[德]阿图尔·考夫曼著:《类型与事物本质——兼论类型理论》,吴从周译,学林文化事业有限公司1999年版,第43页。

[6] 本文所说的欧盟法律规定是指欧洲议会和欧洲理事会通过的欧盟共同体法律规定,而并非各个欧盟成员国本国的法律。

供者责任划分中最为核心的问题。<sup>[7]</sup> 作为与不作为的区分是刑法总论中由来已久的理论命题,本文在此不加以具体叙述。目前最为棘手的问题其实是,如何确定网络服务提供者的监管和控制义务。这一问题的解决,首先有赖于网络服务提供者(Internet Service Provider, ISP)概念的界定。然而,网络服务提供者概念本身的宽泛性,决定了我们需要对其进行功能性的区分和义务的类型化。

在计算机领域,网络服务提供者这一概念非常宽泛。有的学者主张,广域网中的子网经营者便是网络服务提供者。<sup>[8]</sup> 还有的学者认为,Internet 由一系列主干、提供者网络 and 用户网络组成,主干和提供者网络被称为 Internet 服务提供商。<sup>[9]</sup> 甚至还有有的学者将网络服务提供者分为三级,认为一旦某个用户能够接入到因特网,他就被看作是一个网络服务提供者。<sup>[10]</sup> 在德国和欧盟的法律中,<sup>[11]</sup> 网络服务提供者这一概念涵盖范围同样非常宽泛。例如,1997 年德国联邦议院通过的《电信服务法》(Teledienstgesetz/TDG)<sup>[12]</sup> 第 3 条规定,电信服务提供者是指提供电信服务或介绍利用途径的自然人、法人或团体。<sup>[13]</sup> 2000 年欧共体通过的《电子商务指令》(Directive on Electronic Commerce)第 2 条 b 款规定,网络服务提供者是指提供信息社会服务的任何自然人或法人。<sup>[14]</sup> 2007 年德国通过了《电信媒体法》(Telemediengesetz/TMG),<sup>[15]</sup> 基本沿袭了 2001 年欧盟《电子商务指令》对于网络服务提供者责任的规定。该法第 2 条规定,服务提供者是指提供自有的或者第三方电信服务,或介绍利用途径的自然人、法人或团体;或者有影响力地控制了被提供的视听媒体服务内容选择和设计的自然人或法人。

由此可见,网络服务提供者在立法中的一般性定义仅仅是划定了以各种形式提供网

[7] Vgl. Sieber, Strafrecht Verantwortlichkeit für den Datenverkehr in internationalen Computernetzen, JuristenZeitung, 10/1996, 499 ff. Vgl. Hoeren/Sieber/Holzngel, Multimedia-Recht Handbuch, Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs, Verlag C. H. Beck München 2013, Teil 19.1 Allgemeine Probleme des Internetstrafrecht, Rn. 20 ff.

[8] [荷] Andrew S. Tanenbaum, [美] David J. Wetherall 著:《计算机网络》(第 5 版),严伟、潘爱民译,清华大学出版社 2012 年版,第 20 页。

[9] [美] Behrouz A. Forouzan, Firouz Mosharraf 著:《计算机网络教程:自顶向下方法》,张建忠等译,机械工业出版社 2013 年版,第 5 页。

[10] 谢希仁编著:《计算机网络》(第五版),电子工业出版社 2008 年版,第 5-6 页。

[11] 由于欧洲议会和欧洲理事会通过的《电子商务指令》对特定成员国具有立法指导意义,而德国修订后的《电信服务法》和《电信媒体法》也都基本承袭了这一指令,因此,本文对欧盟与德国的相关立法一并进行了介绍。

[12] 该法是《信息和通讯服务法》(Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz, 简称为 IuKDG)的一部分。《信息和通讯服务法》同时还包括《电信服务数据保护法》(Teledienstschutzgesetz, 简称为 TDDSG)、《数字签名法》(Signaturgesetz, 简称为 SigG)等法令。

[13] Vgl. Teledienstgesetz, 1997, § 3.

[14] Directive 2000/31/EC of The European Parliament and of the Council of 8 June 2000, on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market, Article 2(b), (c). (以下简称 Directive on Electronic Commerce 2000/31/EC)此外,2001 年 11 月,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了《网络犯罪公约》。该《公约》第 1 条 c 款规定“服务提供商”是指:(1)任何通过计算机系统向其服务的用户提供通讯能力的公共或私人实体,以及(2)拥有或保存任何其它上述通信服务或上述服务的用户计算机数据的实体。参见 Convention of Cybercrime, Article 1(c), Budapest, 2001.

[15] 该法是作为《电子商务交易统一法案》(Elektronischer-Geschäftsverkehr-Vereinheitlichungsgesetz, 简称为 ElGvG)的一部分于 2007 年通过的。《电子商务交易统一法案》同时还包括对青少年保护法的变更、接入控制服务保护法的变更、数字签名法的变更等内容。

络服务主体的基本边界。首先,网络服务的内容较为宽泛,没有固定的形式限制。例如,德国《电信服务法》第2条规定,该法案的所有条款适用于一切利用信号、图像、声音等数据而提供的通过电信传输的电子信息和通讯服务。<sup>[16]</sup> 德国《电信媒体法》第1条则规定法案适用于所有的电子信息和交流服务。其次,提供网络服务的形式既可以是直接的也可以是间接的。例如,德国《电信服务法》第3条将介绍利用途径囊括在服务提供的范畴之内,而德国《电信媒体法》第2条则更是将对被提供的视听媒体服务的选择和设计产生实际影响的行为也收纳进来。再次,无论是德国还是欧盟的规定,服务提供者的主体都呈现多元化形态,既可以是自然人,也可以是法人或者团体组织;即可以是商业性的,也可以是公共性的。因此,德国学者曾经还讨论过,为信息利用提供渠道的公司、学校、图书馆、咖啡馆能否成为刑法中的网络服务提供者。目前德国学界一般认为,这些主体与网络服务提供者的区别在于,它们处于网络之外而不是网络的一部分,它们并没有真正地通过网络服务提供渠道,而是只为这种渠道的利用提供了便利。<sup>[17]</sup>

因此,这种概念的宽泛性意味着“网络服务提供者”只是一个顶层的概念统称,以此为基础直接进行责任的界定必然是粗疏的。网络服务提供者概念的宽泛性和统称性,便决定了需要对其做进一步的类型化,以此才能完成网络服务提供者责任的精确界定。

## (二) 功能性区分与义务类型化的路径与模式

在对网络服务提供者进行类型化区分之前,首先需要确定类型化的标准。由于网络服务的专业性,以技术为基础的功能性区分无疑是最为合适的标准。正如齐白(Sieber)教授所言,“当评价网络服务提供者的责任时,任何法律探讨都必须首先对服务提供者行为的技术可能性进行分析。当考虑控制的可能性时,技术性的分析表明网络基础设施的责任人必须根据其功能进行类型化。”<sup>[18]</sup> 德国刑法学界认为,网络服务提供者的类型化区分,不应当根据抽象的地位来进行,而是应当根据具体的功能性活动作区分。<sup>[19]</sup> 在有关互联网刑法的研究中,互联网技术分析是展开规范研究的前提。如果没有对互联网运行原理的基本理解,那么规范研究不仅仅会陷入路径盲目,而且会导致其结论与现实世界背道而驰。德国与欧盟对于网络服务提供者的类型区分都明确地采用了这一技术性标准。<sup>[20]</sup>

[16] 第(2)款更是明确指出,第(1)款意义上的电信服务特别指:(1)私人交往方面的服务项目(如电信银行业务、数据交流)等;(2)提供信息手段的服务,只要其主要目的不是提供给编辑人员去影响舆论的(数据服务,如交通、天气、环境和股市数据,转播商品和劳务供应的信息等);(3)利用互联网络或其他网络的服务项目;(4)利用电信游戏的服务项目;(5)通过数据库提供的、可以直接订货的商品和劳务服务项目。Vgl. Teledienstegesetz, 1997, § 2.

[17] Vgl. Eric Hilgendorf, Thomas Frank, Brian Valerius, Computer-und Internetstrafrecht, EinGrundriss, Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2012, S. 58 - 59.

[18] Sieber, Responsibility of Internet-Providers-A Comparative Legal Study with Recommendations for Future Legal Policy, *The Computer Law and Security Report*, Vol. 15, No. 5, 1999, p. 292.

[19] Vgl. Eric Hilgendorf, Thomas Frank, Brian Valerius, Computer-und Internetstrafrecht, EinGrundriss, Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2005, S. 79; Kessler, Zurstrafrechtlichen Verantwortlichkeit von Zugangs Providern in Deutschland und der Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie in Europa, Logos Verlag Berlin, 2003, S. 42ff. Vgl. Lackner/Kühl, StGB-Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 184, Rn. 7.

[20] Vgl. Malek/Popp, Strafsachenim Internet, 2. Auflage, C. F. Müller, 2015, S. 20.

德国 1997 年《电信服务法》较早对网络服务提供者的类型化区分作出了规定。该法案第 5 条区分了自己提供内容、他人提供内容两种基本情况。同时,在他人提供内容的情形中,又再次区分了通道提供和自动缓存的两种情形。而且,按照该条文的表述,通道服务提供者和自动缓存的服务提供者仅仅在明确限定的条件下才承担责任。该条文规定:<sup>[21]</sup>

(1)服务提供者根据一般的法律对自己提供的内容负责;(2)如果所提供的内容是他人,那么只有在服务提供者了解这些内容并且在技术上有可能阻止、而且进行阻止并不超过其承受能力的前提下才负有责任。(3)服务提供者对只由自己提供利用途径、而由他人提供的内容不负责任。基于用户的要求,自动性和短时间性地提供他人的内容,该行为视为介绍通道行为。(4)如果服务提供者在不违背《电信法》第 85 条关于保守通讯秘密规定的情况下了解到这些内容并有技术可能加以阻止、而且进行阻止并不超过其承受能力,那么根据一般性的法律产生的对于违法内容的封锁义务并不受影响。<sup>[22]</sup>

而 2000 年欧盟通过的《电子商务指令》则对网络服务提供者采取了更为细致的分类。该《指令》第 12 - 14 条,精确区分了纯粹传输服务、缓存服务和宿主服务这三种不同类型的网络服务提供形式。<sup>[23]</sup> 该《指令》第 12 条“纯粹传输服务”第(1)款规定:

若所提供的信息社会服务包括在通讯网络中传输由服务接受者提供的信息,或者为通讯网络提供接入服务,成员国应当确保服务提供者不对所传输的信息承担责任,条件是服务提供者:(a)不是首先进行传输的一方;(b)对传输的接受者不做选择;以及(c)对传输的信息不做选择或更改。

《指令》第 13 条“缓存”第(1)款规定:

若所提供的信息社会服务包括在通讯网络中传输由服务接受者提供的信息,只要对信息的存储是应其他服务接受者的要求而上传的信息能够被更加有效地传输,成员国应当确保服务提供者不因对信息的自动、中间性和暂时的存储而承担责任,条件是:(a)提供者没有更改信息;(b)提供者遵守了获得信息的条

[21] Vgl. Teledienstegesetz, 1997, § 5. 需要说明的是,该法分别在 2000 年 6 月、2001 年 12 月、2006 年 11 月经历了 3 次修改,修改后的法律在内容上基本与下文提及的《电子商务指令》一致。Vgl. 27. Juni 2000 BGBl. I, S. 907; 14. Dezember 2001 BGBl. I, S. 3721; 10. November 2006 BGBl. I, S. 2585.

[22] 值得注意的是,根据第 5 条第 4 款的字面表述和立法原意,这一条款仅仅适用于不依赖于过错的禁令或者行政法命令,而不适用于依赖过错的刑法。该条款也并没有赋予网络服务提供者来自于其他法律的一般性义务。Sieber, Responsibility of Internet-Providers-A Comparative Legal Study with Recommendations for Future Legal Policy, The Computer Law and Security Report, Vol. 15, No. 5, 1999, p. 295; Vgl. Sieber Die rechtliche Verantwortlichkeit im Internet-Grundlagen, Ziele und Auslegung von § 5 TDG und § 5 MDSStV, Multimedia und Recht-Beilage 2/1999, S. 25.

[23] Directive on Electronic Commerce 2000/31/EC, Article 12 - 14. 由于篇幅所限,本文省略了第 12 条第(2)、(3)款,第 13 条第(2)款和第 14 条第(3)款的内容。

件;(c)提供者遵守了更新信息的规则,该规则以一种被产业界广泛认可和使用的  
方式确定;(d)提供者不干预为获得有关信息使用的数据而对(得到产业界广  
泛认可和使用的)技术的合法使用;以及(e)提供者在得知处于原始传输来源的  
信息已在网络上被移除,或者获得该信息的途径已被阻止,或者法院或行政机关  
已下令进行上述移除或阻止获得后,迅速地移除或阻止他人获得其存储信息的。

《指令》第14条关于“宿主服务”的规定:

(1)若提供的信息社会服务包括存储由服务接受者提供的信息,成员国应  
当确保服务提供者不因应接受服务者的要求存储信息而承担责任,条件是:(a)  
提供者对违法活动或违法信息不知情,并且就损害赔偿而言,提供者对明显存在  
违法活动或违法信息的事实或者情况毫不知情;或者(b)提供者一旦获得或者  
知晓相关信息,就马上移除了信息或者阻止他人获得此种信息。(2)如果服务  
接受者是在提供者的授权或控制之下进行活动,则本条第1款不适用。

此后,2007年德国通过的《电信媒体法》基本承袭了《电信服务法》和《电子商务指  
令》的内容。<sup>[24]</sup>在该法中,立法者明确区分了四种类型的网络服务提供者,即第7条规定  
的内容服务提供者,第8条规定的信息传输服务提供者或通道服务提供者,第9条规定的  
临时性、自动性缓存服务提供者,第10条规定的存储服务提供者。<sup>[25]</sup>该法对于网络服务  
提供者的责任限制条件,基本与《电子商务指令》一致,本文在此不再赘述。<sup>[26]</sup>

(三)德国和欧盟关于网络服务提供者责任规定之特点

### 1. 体系化与层次化的责任模式

德国与欧盟的规定呈现了网络服务提供者体系化的责任原则。这些具体的规定背后  
都拥有一个共同的核心原则:“在互联网中,一个服务提供者离特定信息越近,他对于这  
些信息所应当承担的法律责任也越早。”<sup>[27]</sup>换言之,服务提供者与信息紧密程度成为判  
定其责任程度的核心标准。这一原则虽然并没有明确地被规定在《电信服务法》、《电子  
商务指令》和《电信媒体法》中,但是,该原则实际上是贯穿于这些法案的具体条文中的。  
例如,从网络服务提供者责任性规定中可以看出,从纯粹的传输服务、接入服务提供者,到  
缓存服务提供者、宿主服务提供者,再到内容提供者,其承担的责任逐渐提升,相应的免责  
条件越来越严格。这种体系化的责任规定,其基础是建立在不同网络服务提供者所实现  
的不同技术性功能区分之上的,这使得不同的网络服务提供者能够承担真正与其自身行

[24] Vgl. Telemediengesetz, 2007, § 7-10.

[25] 理论上也有观点将第8条和第9条的主体类型都视为接入服务提供者,这属于一种三分法的观点。但是多数观  
点都主张四分法的类型结构。Vgl. Hoeren, Internet-und Kommunikationsrecht, Praxis Lehrbuch, 2. Auflage, Verlag  
Dr. Otto Schmidt KG, 2012, S. 415, 416.

[26] 一个不同之处在于,《电信媒体法》第8条第2款另外规定,如果网络服务提供者故意与服务使用者共同实施违  
法行为,则第8条第1款不再适用。

[27] Vgl. Eric Hilgendorf, Thomas Frank, Brian Valerius, Computer-und Internetstrafrecht, EinGrundriss, Springer-Verlag  
Berlin Heidelberg 2005, S. 82.

为性质相符合的责任。

此外,德国与欧盟的规定体现出了层次化的责任结构。德国对于网络服务提供者的责任规定以特别立法的形式而存在。因此,对于网络服务提供者而言,便存在着刑法和特别法两套可供适用的规范。对于这两套责任规范之间的关系,德国学界存在着不同的观点。

第一种观点被称为“预先过滤”模式。该观点认为,关于网络服务提供者的特别责任条款与刑法中的条款形成了一种两阶层递进的关系,特别责任条款应当先于刑法中的条款被适用,以实现一种责任初步审查的功能。这种观点的根源在于德国的立法中明确地阐述了“预先过滤”这一用语和基本思想。<sup>[28]</sup>

第二种观点被称为“融合模式”。该观点认为,应当将关于网络服务提供者的特别责任条款与刑法中的条款结合起来适用。根据融合模式,这些责任原则应当与每一犯罪行为的审查结合起来。然而,对于这一模式,没有统一的体系性定位。有的观点认为,这一模式应当发生在有责性阶层,另外的观点则认为应当在特定义务的客观解释中加以适用,也有观点则认为应当在构成要件该当性阶层应用。<sup>[29]</sup> 这一观点实际上是建立在对“预先过滤”模式的批判分析之上的。认为责任规则难以在每个法律领域都直接适用,因为特定法律领域的基准点是缺失的,这些基准点对于构成要件要素的解释是不可或缺的。而且,过滤模式可能会导致某些要素被重复审查。因此,一个纯粹的过滤模式是没有意义的。立法者所使用的“过滤模式”这一概念,仅仅是一幅描述了责任原则作用方式图景,而并没有说明这里的法教义学结构。<sup>[30]</sup> 还有的观点认为,“预先过滤”模式会导致从属责任(如共犯、认识错误的情形)认定时的问题。<sup>[31]</sup>

一直以来“预先过滤”模式由于有立法的支撑,且能够实现责任的阶层递进式认定而得到了更多“偏爱”。<sup>[32]</sup> 但是,目前越来越多的观点都开始支持将特别责任条款内化于刑法构成要件的解释之中,并且这种观点也逐渐得到法院判决的支持。<sup>[33]</sup> 在笔者看来,虽

[28] Vgl. Deutscher Bundestag, Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Rahmenbedingungen für Informations- und Kommunikationsdienste, Drucksache 13/7385, S. 51; Entwurf eines Gesetzes über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr, Drucksache 14/6098, S. 23. Vgl. Hoeren/Sieber/Holznapel, Multimedia-Recht Handbuch, Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs, Verlag C. H. Beck München 2013, Teil 19.1 Allgemeine Probleme des Internetstrafrecht, Rn. 14.

[29] Vgl. Eric Hilgendorf, Thomas Frank, Brian Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, Ein Grundriss, Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2005, S. 82. Vgl. Spindler/Schmitz/Geis, Teledienstegesetz, Teledienstedatenschutzgesetz, Signaturgesetz Kommentar, Verlag C. H. Beck München, 2004, S. 141, 142. 目前,多数观点都否认将其放在有责性阶层审查,因为这会对共犯的认定带来困难。Vgl. Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien Kommentar, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2014, S. 2004.

[30] Vgl. Eric Hilgendorf, Thomas Frank, Brian Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, Ein Grundriss, Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2005, S. 82.

[31] Vgl. Spindler/Schmitz/Geis, Teledienstegesetz, Teledienstedatenschutzgesetz, Signaturgesetz Kommentar, Verlag C. H. Beck München, 2004, S. 142.

[32] Vgl. Malek/Popp, Strafsachen im Internet, 2. Auflage, C. F. Müller, 2015, S. 21. Vgl. Ulf Matthies, Providerhaftung für Online-Inhalte, Eine vergleichende Untersuchung zur Rechtslage in Deutschland, Österreich und England, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2004, S. 41 – 42.

[33] Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien Kommentar, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2014, S. 2004.

然两种模式看似对立,但是在实际后果上并没有太大差别。在“融合模式”中,虽然特别责任规定与刑法构成要件结合适用,但是实际上两套责任规范仍然具有各自独立的意义,特别责任规范中限制责任的功能仍然是独立于刑法规范本身的。因此,不论是“过滤模式”还是“融合模式”,我们都能在其中看到层次化的责任结构。这种层次化的责任结构,对于实现网络服务提供者刑事责任的精确和合理设定,无疑具有极为重要的功能。按照这种双重性、阶层性的规范体系,在对较为概括的刑法条款适用之前,特别法律中的条款实际上预先完成了网络服务提供者类型化的工作,这对于核心刑法的精确适用起到了极为重要的促进作用。

## 2. 负面清单和概括规定相结合

从规定形式上来看,德国和欧盟对网络服务提供者责任的规定既有具体而详细的清单式罗列,又有概括性的一般规定。例如,在具体的责任限制条件之外,2001年修改后的《电信服务法》第8条,《电子商务指令》第15条,以及《电信媒体法》第7条,都概括性地规定了网络服务提供者并不承担监督其传输和存储信息的一般性义务,也不承担主动收集表明违法活动的事实或情况的一般性义务。这样一种清单罗列与概括规定的形式,使得责任认定规范能够尽可能地涵盖所有情形,不至于造成责任认定法律依据上的空白。而且,这里的概括性规定是以尽可能详细地罗列具体规定为前提的,因而这种概括性的规定不但对法的安定性没有冲击,而且恰恰起到了一种辅助的作用。

极为重要的一点在于,德国和欧盟对网络服务提供者的规定,旗帜鲜明地采取了责任限制性的立场。仅仅从这些规定的字面表述即可看出,其总体倾向是明确地限制责任范围。正如上文所述,这些规定在明确排除了网络服务提供者一般性的监督控制义务的同时,又非常清晰地对各种类型的网络服务提供者规定了具体的免责条件。根据这些规定,纯粹的网络接入服务提供者只要不是故意与第三方共谋实施违法犯罪,无需承担任何责任。而缓存服务提供者和存储服务提供者,在不知情的情况下,以及在知情后及时采取删除封锁措施的情况下,一般也不承担责任。

之所以采取这种立场,最重要的原因便在于对言论自由和信息自由的重视。正如齐白教授所言:“信息自由交流不仅仅对于经济发展具有重要作用,而且它首先代表了一种关于个人信息自由的关键性宪法价值。”<sup>[34]</sup>《德国基本法》第5条第1款规定:“人人享有以语言、文字和图画自由表达、传播其言论的权利并无阻碍地以通常途径了解信息的权利。保障新闻出版自由和广播、电视、电影的报道自由。对此不得进行审查。”这种基本法对言论自由、媒体自由和传播自由的强调,其目的在于能使个体公民不受国家影响而保持自由。这种沟通的自由才能使民主社会成为可能。<sup>[35]</sup>

此外,从技术控制可能性的角度而言,也应当限制网络服务提供者的刑法责任。尤其是对于纯粹传输服务提供者和接入服务提供者而言,要求其对自己所传输的信息进行监

[34] Sieber, Control Possibilities for the Prevention of Criminal Content in Computer Networks, *The Computer Law and Security Report*, Vol. 15, No. 2, 1999, p. 91.

[35] Vgl. Eric Hilgendorf, Thomas Frank, Brian Valerius, *Computer- und Internetstrafrecht, Ein Grundriss*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2005, S. 4 ff.



控,首先便存在技术上的难题。齐白教授早就指出,“原则上,网络提供者和网络接入服务提供者不可能控制和封锁在互联网上传输的内容。从技术的角度而言,其原因首先在于互联网上传输信息的海量性、数据的加密(这仅仅通过不同的算法就已实现)以及对传输内容进行即时控制的不可能性”。因此,从技术合理性和可行性的角度来说,“对于互联网上违法内容的控制,主要是在数据传输的开端(即用户端)和数据传输的末端(即数据存储端,在这里数据一般以不加密的形式存储)才能成为可能”。此外,我们还需要考虑过于深入的技术控制手段可能对公民基本权利带来的侵犯。“一种真正有效的信息‘过滤’手段需要一种完全的控制机制和最终的加密禁令,这不仅意味着对电子通讯私密性的公然侵犯,而且也意味着对公民的完全监督,这在一个民主宪政国家是不可想象的”。<sup>[36]</sup>而且,从刑事政策与对抗犯罪的策略角度而言,过高地对网络服务提供者科以监控义务和法律责任,一方面可能会造成网络服务提供者和网络用户之间相互监督和敌视的紧张关系;<sup>[37]</sup>另一方面也会造成国家与网络服务提供者之间形成疏远甚至排斥的对立关系。然而,要真正有效地打击互联网犯罪,司法机关、网络服务提供者和网络用户都应当互相理解各自所面临的难题,应当认识到三者共同的利益,进而互相合作而不是互相对立。<sup>[38]</sup>

可见,德国和欧盟关于网络服务提供者的责任规定,实际上是在对多种利益和因素进行权衡之后作出的。在这里,其不仅仅考虑了對抗互联网违法内容的安全需要,也着重地考虑了监控违法内容的技术可行性和合理性,同时也格外地强调信息自由和媒体自由的宝贵价值。可以说,德国和欧盟的规定,在网络信息自由与网络安全二者之间找到一个妥当的平衡点。当然,这种法律利益的权衡,必须要通过类型化的规定形式才能得以充分体现。类型化的规定,使得网络服务提供者这一宽泛的概念内部实现再次有序整合,为网络服务提供者的责任精确化提供了可能。可以说,网络服务提供者的类型化区分,是实现精确责任原则的基本载体。

### 三 我国网络服务提供者类型化的缺陷与重构

从上世纪90年代中期开始,我国陆续制定了一系列规制网络的法律、法规和部门规章。例如,2000年国务院通过的《互联网信息服务管理办法》,2004年国家广播电影电视总局通过的《互联网等信息网络传播视听节目管理办法》,2005年公安部通过的《互联网安全保护技术措施规定》,2007年国家广播电影电视总局、信息产业部通过的《互联网视听节目服务管理规定》,2011年文化部通过的《互联网文化管理暂行规定》,2012年全国

[36] Sieber, Responsibility of Internet-Providers-A Comparative Legal Study with Recommendations for Future Legal Policy, *The Computer Law and Security Report*, Vol. 15, No. 5, 1999, p. 292; Sieber, Control Possibilities for the Prevention of Criminal Content in Computer Networks, *The Computer Law and Security Report*, Vol. 15, No. 3, 1999, 171ff, p. 168.

[37] 车浩:《谁应为互联网时代的中立行为买单?》,载《中国法律评论》2015年第1期,第50页。

[38] Vgl. Sieber, Aufbruch in das neue Jahrtausend-Füreineine Kultur der Verantwortlichkeit im Internet, Editorial, *MultiMedia und Recht*, 12/1999, S. 690.

人大常委会通过的《关于加强网络信息保护的決定》以及《刑法修正案(九)》，都对网络服务提供者的责任作出了不同程度的规定。然而，综观这些法律、法规和部门规章中关于网络服务提供者的规定，类型性、体系性、明确性是极为欠缺的。

### (一) 类型化的缺失与偏差

我国法律规范对网络服务提供者的概念定义不明确，类型化缺失。在2005年以前的诸多网络规制法律法规中，几乎难以找到直接对网络服务提供者进行定义的条款。然而，2005年公安部通过的《互联网安全保护技术措施规定》第18条规定：“本规定所称互联网服务提供者，是指向用户提供互联网接入服务、互联网数据中心服务、互联网信息服务和互联网上网服务的单位。”这一条款明确区分了互联网接入服务、数据中心服务、互联网信息服务和互联网上网服务四种服务类型，并对不同类型服务提供者的义务在一定程度上作出了区别性规定，值得充分肯定。

但是，这一分类的科学性仍然值得反思。我国目前所称的互联网接入服务一般就是指将个人用户或单位用户的计算机接入互联网的服务，目前主要存在共用电话交换网接入(PSTN)，综合业务数字网接入(ISDN)，非对称数字用户线路接入(ADSL)、光纤接入(FDDI)和数字数据网接入(DDN)等方式。从《互联网接入服务规范》和《中华人民共和国电信条例》规定的表述中也可以看出，我国目前所使用的互联网接入服务的概念主要是在电信业务意义上而言的。而德国和欧盟法律中接入服务所包括的“提供互联网接入通道”和“纯粹的信息传输”显然涵盖范围更宽。

而互联网上网服务的定义则并不明确，在《互联网安全保护技术措施规定》中也并没有给出定义。2002年国务院公布的《互联网上网服务营业场所管理条例》第2条规定：“本条例所称互联网上网服务营业场所，是指通过计算机等装置向公众提供互联网上网服务的网吧、电脑休闲室等营业性场所。学校、图书馆等单位内部附设的为特定对象获取资料、信息提供上网服务的场所，应当遵守有关法律、法规，不适用本条例。”根据该条例的规定，互联网上网服务主要指的是由网吧、电脑休闲室等营业机构提供的使用电脑上网的服务。实际上，提供这种所谓“上网服务”的主体难以成为真正意义上的网络服务提供者。因为，网吧或者电脑休闲室的经营者实际上本身并没有从技术上为其他计算机用户提供接入互联网的服务，恰恰相反，这些经营者本身就是互联网接入服务的接受者。他们提供的服务，仅仅是将自己可以接入的网络及计算机设备在特定时段内以租借的形式提供给他人使用而已。因此，这些经营者本身“并没有真正地通过网络服务提供渠道，而是只为这种渠道的利用提供了便利”。<sup>[39]</sup>可见，互联网上网服务提供者这一概念，难以成为网络服务提供者的一种成熟类型。

互联网数据中心服务，则实际上是一种更为宽泛的综合服务类型，其服务范围包括提供高速接入、主机托管、场地出租、虚拟专用网、电子商务、网站设计，以及负载均衡、全球

[39] Vgl. Eric Hilgendorf, Thomas Frank, Brian Valerius, Computer-und Internetstrafrecht, EinGrundriss, Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2005, S. 80.

流量均衡、Web 高速缓存、网络存储等各项管理等业务。<sup>[40]</sup> 一般来讲,互联网数据中心是一个独立的系统,它应该包含服务子系统、资源子系统、网络子系统、机房基础设施子系统、管理子系统和安全子系统六个逻辑功能部分。<sup>[41]</sup> 可见,互联网数据中心服务并没有一个明确的服务边界,属于一种综合性、全面性的网络服务,其服务边界在不断拓展,与互联网接入、存储服务都存在极大重合。

此外,互联网信息服务的概念也非常模糊。2000 年国务院通过的《互联网信息服务管理办法》第 2 条规定:本办法所称互联网信息服务,是指通过互联网向上网用户提供信息的服务活动。“向上网用户提供信息”这一概念实在是太宽泛了,不论是以间接的方式还是以直接的方式,任何一种网络信息传播的行为都可以称得上是一种信息提供行为。此外,提供的信息是否既包括自有的信息,还是也包括第三方的信息,并不清楚。

整体而言,《互联网安全保护技术措施规定》中网络服务提供者的定义在类型化区分的效果上是不理想的。一方面,这些下位类型之间互相重叠,有的类型甚至完全可以包含其他的类型;另一方面,这些类型的区分标准实际上是以经营模式为中心的,而并不是围绕技术功能模式展开。由于经营方式的多变与复杂性,下位类型之间交叉与重叠就不可避免。更为重要的是,这种类型化的区分,目前几乎没有被法律规范评价所采用。

同样,2015 年通过的《刑法修正案(九)》也存在着类似的问题。新增的《刑法》第 286 条之一关于拒不履行网络安全管理义务罪条目规定:网络服务提供者不履行法律、行政法规规定的信息网络安全管理义务,经监管部门通知采取改正措施而拒绝执行,有下列情形之一的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金:(一)致使违法信息大量传播的;(二)致使用户信息泄露,造成严重后果的;(三)致使刑事犯罪证据灭失,严重妨害司法机关依法追究犯罪的;(四)有其他严重情节的。第 287 条之二关于帮助网络服务活动罪条目规定:明知他人利用信息网络实施犯罪,为其犯罪提供互联网接入、服务器托管、网络存储、通讯传输等技术支持,或者提供广告推广、支付结算等帮助,情节严重的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金。

第 286 条之一的拒不履行网络安全管理义务罪虽然明确采用了网络服务提供者这一概念,然而究竟什么是网络服务提供者并不明确。同时,网络服务提供者这一抽象概念之下没有具体的功能类型加以支撑。正如上文所述,网络服务提供者的类型化标准应当由其技术功能特征来决定。而该罪名中仅仅规定了四种结果类型,这显然不能契合网络服务提供者本身的特征。而第 287 条之二的帮助网络犯罪活动罪,虽然提出了“互联网接入”、“服务器托管”、“网络存储”、“通讯传输”,“广告推广”、“支付结算”等概念,但是并没有对这些不同的服务类型规定轻重不同、繁简有别的具体构成条件,同时该罪还对这些不同类型的服务“一刀切”地规定了同样的处罚后果。我们知道,“类型有利于提升法律

[40] 刘衡萍:《互联网数据中心》,《现代电信科技》2001 年第 2 期,第 24-26 页。沈军:《互联网数据中心的网络建设》,《电信科学》2001 年第 8 期,第 54 页。

[41] 郭亮、高巍:《互联网数据中心总体框架及其发展研究》,《电信网技术》2012 年第 6 期,第 6-7 页。互联网数据中心的运营系统涵盖了网络层、物理层、资源层、业务层、运营管理层五大板块。参见钟聪睿:《互联网数据中心 IDC 运营系统建设的发展》,《电子制作》2015 年第 14 期。

适用的操作性,在抽象而宽泛的概念与具体而狭窄的事实之间提供了一个进一步操作的‘平台’,可以被理解为对概念的降维,在中观的层次上为宏观的概念与微观的事实架起了桥梁”。<sup>[42]</sup>然而,我国目前这种“一刀切”的规定,一方面会导致本身认定标准的模糊,另一方面也存在违反比例性原则的嫌疑。

此外,我国多部法律法规以“经营性与非经营性”为标准对网络服务提供进行了分类。例如,2000年国务院通过的《互联网信息服务管理办法》第3条规定:“互联网信息服务分为经营性和非经营性两类。经营性互联网信息服务,是指通过互联网向上网用户有偿提供信息或者网页制作等服务活动。非经营性互联网信息服务,是指通过互联网向上网用户无偿提供具有公开性、共享性信息的服务活动。”经营性和非经营性网络服务提供者的区分固然具有一定的意义,但是,这一分类的理论和实务价值都在不断下降。其一,随着自媒体的兴起,网络服务的提供变得越来越个人化、自主化、平民化。非经营性的网络服务者扮演了越来越重要的角色,在许多法律关系中其地位与经营性的网络服务提供者差别已经没有那么明显了,这就导致区分经营性与非经营性网络服务提供者的意义大大削弱。其二,经营性与非经营性的区分在一些特殊的场合越发难以进行。“网络建构了新社会形态,而网络化逻辑的扩散实质地改变了生产、经验、权力与文化过程中的操作和结果”。<sup>[43]</sup>在网络社会中,人类的生产、生活模式发生了极大变化,“经营”这一概念本身也面临着重新定位的宿命。例如,许多网络服务提供者往往向上网用户无偿提供各种信息服务,而从其他新的渠道谋求长线盈利。<sup>[44]</sup>在这种情形中,何种行为属于经营行为就比较难以认定。

## (二) 责任扩张模式与一般性义务

经过梳理互联网法律规范可以发现,其实我国存在相当多涉及网络服务提供者责任的规定。2000年国务院通过的《互联网信息服务管理办法》第15条第7款,同年国务院通过的《中华人民共和国电信条例》第57条第7款,2004年国家广播电影电视总局通过的《互联网等信息网络传播视听节目管理办法》第19条第7款,2007年国家广播电影电视总局、信息产业部通过的《互联网视听节目服务管理规定》第16条第7款,文化部2011年通过的《互联网文化管理暂行规定》第16条第7款,都包含互联网服务提供者不能制作、复制、发布、传播含有散布淫秽、色情、赌博、暴力、凶杀、恐怖或者教唆犯罪的内容。然而,综观我国关于网络服务提供者的责任规定,在基本目标定位、体系性与明确性上均存在诸多不足。

我国现存的法律法规对网络服务提供者规定了一种一般性、积极性的监管义务。例如,2000年国务院通过的《互联网信息服务管理办法》第13条规定:互联网信息服务提供者应当向上网用户提供良好的服务,并保证所提供的信息内容合法。2005年公安部通过《互联网安全保护技术措施规定》第3条规定:“互联网服务提供者、联网使用单位负责落

[42] 王华伟:《类比推理辩证考:原理、难题和语境》,《北京化工大学学报(社会科学版)》2013年第4期,第13页。

[43] [美]曼纽尔·卡斯特著:《网络社会的崛起》,夏铸九、王志弘等译,社会科学文献出版社2001年版,第569页。

[44] 参见[美]凯文·凯利著:《网络经济的十种策略》,萧华敬、任平译,广州出版社2000年版,第71页。

实互联网安全保护技术措施,并保障互联网安全保护技术措施功能的正常发挥。”2012年全国人大常委会《关于加强网络信息保护的決定》第5条更是明确规定:“网络服务提供者应当加强对其用户发布的信息的管理,发现法律、法规禁止发布或者传输的信息的,应当立即停止传输该信息,采取消除等处置措施,保存有关记录,并向有关主管部门报告。”从现有规范的字面表述即可明显看出,立法者要求网络服务提供者发挥一种积极的、主动的监管作用。这意味着,按照现有法律规定,网络服务提供者实际上承担了一种相当沉重的监控义务。

而另一方面,这种一般性和积极性的责任规范又是非常不明确的。<sup>[45]</sup>多数法律规范仅仅概括性地要求网络服务提供者保证所提供的服务不能含有违法信息,而对于具体应当如何监控以及监控义务的程度和边界并没有具体的规定。此外,这些责任条款极其缺乏体系性。目前的规定散见于多部法律、行政法规和部门规章之中,其内容多有重叠之处,其责任程度也尺度不一。这种缺乏体系化的责任规范,既让司法者难以抉择,也让网络服务提供者无所适从。

整体而言,这样一种缺乏类型性、体系性、明确性的责任规范,可能会导致网络服务提供者在不知所措中触犯了法律红线,也会在无形之中压制网络服务提供者自由经营的空间,从而使得网络用户自由沟通信息的权利受到影响。正如有论者担心的那样,“要求企业履行网络警察的义务,这样一个社会分工的错位,最终可能会阻碍甚至窒息整个互联网行业的发展”<sup>[46]</sup>

### (三)功能性类型区分之提倡

需要指出的是,民法(尤其是知识产权法)学界对网络服务提供者的类型化及其民事责任的研究已经相对深入。在这一点上,我国知识产权学者较大地受美国法的影响。美国1998年《数字千年版权法》(*Digital Millennium Copyright Act*)第512条对网络服务提供者的类型(包括数据传输、系统缓存、基于用户要求的网络存储和信息定位工具)和相应免责条件作出了较为详尽的规定,这种免责条款及其例外被归纳为“避风港原则”和“红旗原则”<sup>[47]</sup>在我国,国务院2006年通过的《信息网络传播权保护条例》第20-23条也做了类似的规定,对网络接入和传输服务提供者、自动存储服务提供者、存储服务提供者、搜索和链接服务提供者的免责条件进行了详细规定。在此基础上,我国知识产权学者对避风港原则和红旗原则等问题进行了较为深入的研究。<sup>[48]</sup>

然而,《信息网络传播权保护条例》是一部主要集中解决网络空间知识产权保护问题

[45] 有的学者对此问题同样表示了担忧,认为第286条之一中规定的“信息网络安全管理义务”的范畴不够明确。参见刘仁文、张慧:《刑法修正案(九)草案有关网络犯罪规定的完善建议》,《人民法院报》2015年8月12日第006版。

[46] 车浩:《谁应为互联网时代的中立行为买单?》,载《中国法律评论》2015年第1期,第50页。

[47] 17 U. S. Code § 512.

[48] 参见刘家瑞:《论我国网络服务商的避风港规则——兼评“十一大唱片公司诉雅虎案”》,《知识产权》2009年第2期,第13页以下;王迁:《视频分享网站著作权侵权问题研究》,《法商研究》2008年第4期,第42页以下;王迁:《超越“红旗标准”——评首例互联网电视著作权侵权案》,《中国版权》2011年第6期,第36页以下;王迁:《〈信息网络传播权保护条例〉中“避风港”规则的效力》,《法学》2010年第6期,第128页以下;吴汉东:《论网络服务提供者的著作权侵权责任》,《中国法学》2011年第2期,第40页以下,等等。

的行政法规,其规定能否以及如何适用于刑事法领域仍然有待进一步研究。更为遗憾的是,该条例中所包含的类型化思维以及责任限制性立场,并没有得到我国的刑事立法和刑事司法机关的重视。

在刑事法学领域,许多刑事法学者仍然在网络服务提供者这一整体性概念层面探讨其刑事责任问题,没有注意到不同功能类型的网络服务提供者应当对应不同刑事责任的重要意义。没有这样一种类型化思维作为前提,我们就无法对网络服务提供者的刑事责任认定路径产生正确认识。例如,目前我国刑法学界常常用中立帮助行为理论来理解网络服务提供者的刑事责任,但是如果将网络服务提供者的功能性类型化区分作为前提,这样一种观点是很难站得住脚的。有论者曾认为,网络接入行为、网络平台提供行为,以及P2P软件提供行为,都属中立的业务行为,都不应当承担帮助犯的刑事责任。<sup>[49]</sup>还有学者也认为,为他人提供互联网接入、服务器托管、网络存储、通讯传输等技术支持的网络服务商,属于网络连接服务商或网络平台服务提供商,都具有中立性,不应承担责任。<sup>[50]</sup>笔者认为,对于接入服务提供者而言,中立帮助行为理论尚存在一定的适用空间。因为,接入服务提供者仅提供信息传输和接入服务,其技术的中立性较为明显,因此一般认为其承担的对互联网上违法内容的监控义务非常低。但是,对于缓存服务提供者和存储服务提供者(他们都可以以网络平台的形式出现),由于他们对自己管理的存储空间具有较强的技术支配力,因此当他们认识到违法内容存在时便具有了删除和封锁的义务。<sup>[51]</sup>此时,如果他们仍然没有采取措施,便可能构成相应的犯罪,中立帮助行为理论显然难以得以适用。

上文对于我国网络服务提供者相关立法规定作出了批判,这与笔者所坚持的法教义学立场是不矛盾的。对现有立法框架所存在问题的深入反思,是为了更好地对现有法律规范提出针对性的解释。一方面,法律缺乏类型性、体系性与明确性带来了法的不安定性;另一方面,这并不妨碍在理论上充分塑造类型化的体系,用互联网教义学理论充实现有较为概括的法律框架。换言之,网络服务提供者功能性类型区分应当作为一种法教义学资源引入现有的刑法学体系,以更好地实现对法律的解释与适用。

目前在刑法学界,有学者提出了网络连线服务商(IAP)和网络内容提供服务商(ICP)的二分法。<sup>[52]</sup>立法机关在对拒不履行网络安全管理义务罪的理解与适用中也明确提到,网络服务提供者根据其提供的服务内容,可以分为互联网接入服务提供者和互联网内容

[49] 参见陈洪兵:《网络中立行为的可罚性探究——以P2P服务提供商的行为评价为中心》,《东北大学学报(社会科学版)》2009年第3期,第259页,第262-263页;另参见陈洪兵:《中立的帮助行为》,《中外法学》2008年第6期,第956-957页。

[50] 参见周光权:《网络服务商的刑事责任范围》,载《中国法律评论》2015年第2期,第177页。此外,目前刑法学界许多学者在运用中立帮助行为理论认定网络服务提供者刑法责任时,也都没有明确地将网络服务提供者的类型化作为前提加以说明。参见车浩:《谁应为互联网时代的中立行为买单?》,载《中国法律评论》2015年第1期,第49页以下;赵远:《浅析网络犯罪中网络服务提供者的刑事责任》,《法制日报》2014年7月23日,第011版。

[51] Vgl. Telemediengesetz, 2007, § 9, 10; See 17 U. S. Code § 512, (b), (c).

[52] 彭文华:《网络服务商之刑事责任探讨》,《佛山科学技术学院学报(社会科学版)》2004年第3期,第55页。

服务提供者。<sup>[53]</sup> 还有的学者提出了接入服务提供者(IAP),网络内容提供者(ICP),网络平台提供者(IPP)的三分法。<sup>[54]</sup> 笔者认为,无论是二分法还是三分法,都存在值得完善之处。二分法的基本类型是合理的,但是其显然忽略了存储服务提供者这一越来越重要的网络服务提供者类型。许多学者都指出,个人计算机引领了第一次信息技术浪潮,互联网络把孤立的主机通过网络互联起来引领了第二次信息技术浪潮,而网络存储将引领以数据存储为中心的第三次信息技术浪潮。<sup>[55]</sup> 可见,互联网存储服务在网络服务提供领域将会扮演越来越重要的角色,网络存储服务提供者是网络服务提供者不可或缺的重要主体类型之一。而对于三分法,一方面其也存在网络存储服务提供者类型缺失的问题;另一方面,网络平台提供者这一类型并不适合作为单独的类型加以确立。网络平台提供者既有可能仅仅提供接入通道,也有可能提供内容,还有可能提供存储空间。“平台”一词是一个非常宽泛而多义的概念,可能扮演着多重技术功能的角色,所以并不适合作为基础性的主体类型加以确立。

笔者认为,德国和欧盟法律中以技术为划分标准形成的四分法主体类型(内容提供者、接入服务提供者、缓存服务提供者、存储服务提供者)及其相应的免责标准值得借鉴。这种类型化的四分模型,从技术合理性与可能性出发,定位于限制网络服务提供者的责任边界,力求为信息自由与媒体自由谋取充足的空间和明确的边界,能够在网络安全与自由保障之间找到一个妥当的平衡点。即便我国目前的法律规范中缺少合理的网络服务提供者类型,以及相应的体系性和明确性的义务规范,仍然可以在理论上借鉴德国与欧盟的经验,在现有的较为概括的法律责任框架中,架设起一套精确的理论体系。

## 四 结 语

造成我国网络服务提供者刑事责任边界不确定性的的重要原因之一在于,目前网络服务提供者类型化规定和理念的缺失。网络服务提供者这一概念本身是极为宽泛的,如不对其进行进一步的类型化区分,其责任认定必然难以精确。在诸多的类型化标准中,以技术功能作为区分标准是较好的选择。德国和欧盟的四分法,不仅仅划分出了四种层次分明的主体类型,更是为其划定了明确的责任边界,在网络安全与信息自由、媒体自由之间找到了一个较好的平衡点。反观我国目前的相关法律规范,仍然缺乏一套合理的、体系的和明确的类型化区分模式。这种类型化模式的欠缺,导致了网络服务提供者刑事责任认定的模糊,而且这种模糊性导致的最终结果往往是刑事责任的扩张。我们应当积极借鉴吸收德国与欧盟的有益经验,用互联网教义学理论充实宽泛的法律框架。

[53] 全国人大常委会法制工作委员会刑法室编著:《中华人民共和国刑法修正案(九)解读》,中国法制出版社2015年版,第191页。

[54] 参见杨彩霞:《网络不作为犯罪新论》,《求索》2007年第2期,第96-97页;陈洪兵:《网络中立行为的可罚性探究——以P2P服务提供商的行为评价为中心》,《东北大学学报(社会科学版)》2009年第3期,第258页;皮勇:《网络服务提供者的刑事责任问题》,《光明日报》2005年6月28日,第B4版。

[55] 陈凯、白英彩:《网络存储技术及其发展趋势》,《电子学报》2002年第12A期,第1928页。韩德志:《网络存储技术及其进展》,《计算机应用研究》2005年第7期,第5页。

然而,在目前关于网络服务提供者刑事责任的理论探讨中,我们仍然没有看到较多关于网络服务提供者功能类型定位的探讨。没有这样一种类型化定位,网络服务提供者刑事责任的认定路径势必没法有效展开,刑事责任认定的精准性和科学性都会受到影响。功能性类型区分的深层内涵在于,其充分考虑了不同网络服务提供者主体类型的不同技术特征和控制可能性,惟有如此,我们才能形成对不同网络服务提供者相应作为义务及其责任程度的合理期待。在可以预见的未来,越来越多关于网络服务提供者刑事责任认定的难题会涌现出来,我们面临着立法粗疏与理论空白的双重困境。网络服务提供者的功能类型化,是我们应对这一难题的必经之路。

[本文为国家留学基金委高水平大学公派研究生项目的研究成果。]

---

---

[ **Abstract** ] One of the most important causes of the vagueness of criminal responsibilities of ISPs in China is the absence of categorization of ISPs. The relevant laws in Germany and EU distinguish four types of ISP, namely content providers, access providers, caching providers, and hosting providers. This mode of categorization not only provides four systematic and definite types of ISP, but also strikes a balance between cyber security, freedom of information and freedom of the media. The relevant laws in China still lack a reasonable, systematic and definite mode of categorization of different types of ISP, which leads to the vagueness of corresponding criminal responsibilities. China should learn from the successful experience of Germany and EU and use the Internet dogmatics to enrich its general legal framework.

---

---

(责任编辑:王雪梅)