

论 P2P 共享服务提供者的刑事责任

——以快播案为视角

高磊

内容提要: P2P 共享服务提供者是网络时代的新型犯罪主体。在定罪路径方面,应当区分评价 P2P 共享与 P2P 缓存,具体分析集中式与分散式两种网络架构类型,充分运用违法用途与合法用途的比例衡量、是否实施违法用途的鼓励行为、阻止违法用途的成本三个标准,判断具有中立属性的 P2P 共享服务提供者的可罚性。在罪责根据上,依照以成本效益、责任能力、“守门人”理论为内容的政策型次生责任的法理, P2P 共享服务提供者在罪责分担中具有次生性的责任,特别是在直接行为人(P2P 共享网络用户)数量庞大根本难以确认具体责任人的情况下,为更好地实现刑罚目的,间接行为人(P2P 共享服务提供者)应当承担次生责任,但是,在处罚限度上,与直接行为人的直接责任相比,间接行为人次生责任的承担在刑事政策上应当受到限制。

关键词: P2P 共享与缓存 中立行为 次生责任 网络服务者责任 群主责任

高磊,东南大学法学院博士研究生。

一 问题的提出

P2P 共享服务提供者是网络服务提供者的类型之一。事实上,最初的互联网——阿帕网(ARPANET)——即起源于对等(peer-to-peer,以下简称 P2P)的网络架构,是由主机之间的直接连接构成。20 世纪 90 年代,互联网获得了更加普及的应用,这一阶段的大多数网络用户是希望接收信息而不是发布信息。^[1] 因此,互联网的架构愈加集中,呈现出客户端/服务器(client/server,以下简称 C/S)形态,此即网络用户与网络资源之间传统的

[1] 参见 Assaf Jacob and Zoe Argento, To Cache or Not to Cache——That Is the Question; P2P “System Caching” —— The Copyright Dilemma, *Whittier Law Review*, vol. 31, 2010, p. 427。

交互方式。在此交互过程中,个人计算机作为客户端发起请求,承载网页的计算机作为服务器满足请求。而今,由于信息生产成本的降低,人们不单有热情接收信息,也有兴趣发布信息。计算机处理器成本的降低与信息形式的数字化,大大降低了信息生产的有形资产成本。^[2] 人人均为自媒体。于是,P2P 文件共享网络(以下简称 P2P 共享)得到了广泛应用。

P2P 共享模式与 C/S 模式不同,二者各有优劣。在 P2P 共享的网络架构中,资源并不驻留在少数集中式的中央服务器上,而是存在于大量分散式的个人计算机中,这些个人计算机既是客户端,又是服务器。因而,资源的副本、资源的存储空间、资源的基本标识信息等都由网络用户自己提供,带宽成本也分摊给网络用户自己。这使得 P2P 共享模式的资源利用成本较低。虽然 P2P 共享促进了资源的有效利用,但是,P2P 共享网络用户的重复上传和下载会造成网络中的信息大量冗余。又由于 P2P 共享网络用户数量庞大,或者 P2P 共享网络用户集中下载同一点源的资源,网络带宽损耗增大,从而会降低 P2P 共享服务提供的服务质量。相反,C/S 模式因其功能强大的中央服务器往往具有服务质量好、计算效率高的优势。^[3] 因此,现代互联网公司的经营者往往会混合运用 P2P 共享和 C/S 架构,以便在提高信息资源利用率的同时,改善客户的线上体验,从而增强自身的竞争优势。

深圳市快播科技有限公司(以下简称快播公司)运营的网络架构即为 P2P 共享与 C/S 的混合模式。快播公司、王欣等传播淫秽物品牟利案(以下简称快播案)是我国网络服务提供者承担刑事责任的一个典型案例。根据法院裁判,^[4]快播案的案件事实可以从三个方面解析。

其一,以资源调度服务器(P2P Tracker)为核心的 P2P 共享。快播公司维护资源调度服务器,并免费向网络用户提供资源服务器程序(QvodServer 应用程序)和快播播放器程序(QvodPlayer 应用程序)。网络用户(站长)选择要发布的淫秽视频文件,使用资源服务器程序生成该视频文件的特征码,导出含有特征码等信息的链接,将链接放到自己或者他人的网站上,而资源调度服务器则记录下该网络用户的 IP 地址和端口。当另一网络用户点击链接播放视频时,快播播放器组件将链接中的特征码传给资源调度服务器,记录下发布者的 IP 地址和端口的资源调度服务器对照特征码,然后获取拥有该特征码的在线用户的视频进行下载。这是包括上传与下载的 P2P 共享的工作流程。

其二,以缓存调度服务器(CacheTracker)为核心的 P2P 缓存(P2P caching)。快播公司在全国各地不同运营商处设置缓存服务器(CacheSever 应用程序)1000 余台。在视频文件点播次数达到一定标准(如每 7 天点击量 20 次)后,缓存调度服务器即指令处于适

[2] 参见 Yochai Benkler, Coase's Penguin, or Linux and the Nature of the Firm, *Yale Law Journal*, vol. 112, 2002, pp. 404 - 406。

[3] 参见 Jesse M. Feder, Is Betamax Obsolete? Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc. in the Age of Napster, *Creighton Law Review*, vol. 37, 2004, pp. 862 - 864, 867 - 868。

[4] 参见北京市海淀区人民法院(2015)海刑初字第 512 号刑事判决书;北京市第一中级人民法院(2016)京 01 刑终 592 号刑事裁定书。

当位置的缓存服务器抓取、存储该视频文件。缓存服务器上存储的视频文件既可以根据预先的设置自动删除,也可手动删除。这就是包括抓取与存储的 P2P 缓存的工作机制。其中,缓存服务器实际上是一个中央服务器,因而 P2P 缓存是 C/S 型网络架构。

其三,关于 P2P 共享与 P2P 缓存关系的事实。当网络用户使用快播播放器程序搜索视频时,缓存调度服务器会优先自动查询缓存服务器中是否有该视频。如果缓存服务器上和网络用户共享资源中都有该视频,由于通过 P2P 共享下载视频的速度通常较慢,缓存调度服务器会提供最佳路径,使该网络用户从缓存服务器调取视频。

针对以上案件事实,一审法院和二审法院均认定被告单位、被告人犯有传播淫秽物品牟利罪。快播案的法院裁判虽然以较为透彻的说理为网络服务提供者的罪责归属提供了实务立场,但是也存在两个争点。一是在定罪路径上,快播案审判法院未能区分评价 P2P 共享与 P2P 缓存,未能具体考察 P2P 共享的网络架构。二是在罪责归属上,快播案审判法院未能肯定 P2P 共享服务提供者的中立属性,未能限制 P2P 共享服务提供者的处罚范围。快播案的法院裁判是研究 P2P 共享服务提供者罪责的现实资料。本文拟以快播案为视角,以区分 P2P 共享与 P2P 缓存、考察 P2P 共享的架构类型为归责路径,探讨 P2P 共享服务提供者的刑事责任及其处罚限度。

二 P2P 共享服务提供者的定罪路径

正犯性与义务性是快播案的裁判立场。网络架构越集中,正犯性与义务性越明显。“只有回溯至自然科学、法学以及社会科学基础研究的知识,法教义学才能为当今的具体法律问题提供良好答案”。^[5] P2P 共享与 P2P 缓存在网络架构上具有根本性的不同。P2P 共享将视频的上传与下载完全交给网络用户(站长),因而具有分散性与被动性。而 P2P 缓存通过抓取并存储热点视频以供网络用户下载,从而将缓存服务器变成一个中央服务器,具有集中性与主动性。因此,P2P 缓存服务提供者的正犯性与义务性较为容易判断。而要判断 P2P 共享服务提供者的可罚性,一方面须区分 P2P 共享与 P2P 缓存,另一方面则须考察 P2P 共享的架构类型。

(一) P2P 共享与 P2P 缓存的区分

P2P 共享与 P2P 缓存的区分是逻辑前提。“快播公司具有网络视频软件提供者和网络视频内容管理者的双重角色”。^[6] 前者为 P2P 共享,后者为 P2P 缓存。“快播公司拉拽淫秽视频文件存储在缓存服务器里,并且向用户提供缓存服务器里的淫秽视频文件的行为,则不是中立的帮助行为,而是传播淫秽物品的正犯行为,对正犯行为不可能适用有关中立的帮助的任何理论”。^[7] 据此,快播案的裁判重心本应在于集中与主动的 P2P 缓存服务,而非分散与被动的 P2P 共享服务。实际上,法院裁判的逻辑未能区分评价二者,

[5] [德]托马斯·维滕贝格尔:《德国视角下的基础研究与教义学》,查云飞、张小丹译,载李昊、明辉主编:《北航法律评论》(2015年第1辑),法律出版社2016年版,第16页。

[6] 陈兴良:《在技术与法律之间:评快播案一审判决》,《人民法院报》2016年9月14日第3版。

[7] 张明楷:《快播案定罪量刑的简要分析》,《人民法院报》2016年9月14日第3版。

反而将二者进行了一体化评价。

一审判决主要从不作为犯和间接故意的角度判定被告单位、被告人有罪。首先,被告单位、被告人作为网络(技术和视频)服务提供者具有保证人地位,其不得传播淫秽物品的作为义务来源于法律、行政法规、规章等明文规定。其次,被告单位、被告人具有履行不得传播淫秽物品作为义务的可能性,其可以在点播、缓存环节采取限制措施,既可使用专门程序自动审核,也可通过专门人员人工审查。最后,被告单位、被告人明知快播网络系统使淫秽物品在互联网上大量传播,仍不履行网络安全管理义务,放任网络用户利用 P2P 共享上传淫秽视频,放任自己利用 P2P 缓存抓取、存储并提供淫秽视频。尤其是,被告单位、被告人的缓存服务器抓取、存储并提供淫秽视频,属于以互联网陈列的方式传播淫秽物品的实行行为,而不是中立的帮助行为。^{〔8〕}

二审裁定不同于一审判决之处在于,二审法院认为,被告单位、被告人的行为既是作为,亦是不作为。一方面,被告单位、被告人提供 P2P 共享服务,对上传用户和上传视频不作任何限制。同时,其又提供 P2P 缓存服务,对存储视频仅以点播量为限。P2P 共享与 P2P 缓存最终造成大量淫秽视频存储于缓存服务器内,并通过缓存服务器快速地在网络上传播。这属于参与淫秽物品传播的积极行为。另一方面,由于 P2P 技术存在易被用于传播淫秽视频、盗版作品的风险,被告单位应当自觉承担起与其技术特点所造成的法益侵害风险程度相当的注意义务。然而,被告单位、被告人不但在受到行政处罚前没有采取任何监管措施,而且在受到多次行政处罚后仍怠于履行对淫秽视频等不良信息的监管义务。这是逃避履行法定义务的消极不作为行为。因此,无论从作为还是不作为的角度看,被告单位、被告人均应受到刑罚处罚。^{〔9〕}

总之,快播案审判法院以较为透彻的说理为网络服务提供者的刑事责任表明了司法立场。法院裁判的核心理由是 P2P 缓存服务提供者的正犯性与全案的义务性,且在整体上由义务性推导出正犯性。显然,P2P 共享服务提供者的罪责认定成为了该案的模糊问题。一方面,在说理逻辑上,审判法院未能区分评价 P2P 共享与 P2P 缓存。一审判决与二审裁定虽然都在事实层面区分了 P2P 共享与 P2P 缓存,但是在评价层面并未重视这一区分,而只是以整体性思维将 P2P 共享放入 P2P 缓存概括地评价全案。具言之,一审判决从不作为犯的角度对二者作了整体评价。关于中立性的判断,其只明确否定了 P2P 缓存的中立性,而对 P2P 共享的中立性判断语焉不详。二审裁定则从正犯性与不作为犯两个角度整体地对二者作出了消极评价。另一方面,在具体理由中,审判法院未能充分考察 P2P 共享的架构类型。与 P2P 缓存一样,正犯性与义务性的裁判理由需要在 P2P 共享具有一定集中性的场合方容易适用。网络架构的类型不同,罪责归属的路径就可能不同。区分评价 P2P 共享与 P2P 缓存的意义即在于此。同样,P2P 共享自身的架构类型是对其以正犯性与义务性的裁判理由进行法律评价的关键事实。

(二) P2P 共享的网络架构类型

P2P 软件分为三个逻辑组件:客户端、服务器和索引。客户端组件与网络浏览器类

〔8〕 参见北京市海淀区人民法院(2015)海刑初字第 512 号刑事判决书。

〔9〕 参见北京市第一中级人民法院(2016)京 01 刑终 592 号刑事裁定书。

似,用以搜索并访问 P2P 网络上的可用资源。服务器组件解析并满足来自 P2P 网络的其他对等端/网络用户的资源请求。索引组件维护 P2P 网络上可用资源的列表,并找到那些资源的个人计算机的 IP 地址。其中,客户端和服务端是在 P2P 网络上的每个单独对等端上进行操作的。换言之,客户端和服务端由网络用户在联网的个人计算机上进行操作,如快播案中的资源服务器软件和快播播放器软件。而索引功能可以是集中式的或者分散式的。根据索引功能的集中或者分散程度不同,P2P 文件共享网络可分为三种类型。^[10]与所有技术一样,每种类型都有自身的技术优势与弱点。

第一种类型是集中式索引。集中索引模式采用单个中央服务器来维护索引信息。当用户访问 P2P 网络时,该用户计算机上可用资源的信息与该用户计算机 IP 地址一同被发送到中央索引服务器。在集中索引的 P2P 网络中,用户获取资源的过程是:用户通过客户端向中央索引服务器发送搜索请求;中央索引服务器搜索索引,并将在 P2P 网络中处于在线状态的计算机的 IP 地址和匹配搜索项的主机资源反馈给用户;用户向拥有所求资源的在线计算机的服务器组件发送下载请求,该服务器组件就会满足此请求。因为索引条目总在一个固定的地方,所以集中索引模式具有计算效率高、整网搜索、实时更新的优势。然而,P2P 文件共享服务提供者必须承担维护中央索引服务器的成本,网络流量的增加也对中央索引服务器提出了更高的要求,而对中央索引服务器的依赖可能会使整个 P2P 网络变得脆弱。

第二种类型是分散式索引。分散索引模式采用各个节点来维护驻留在该节点上的资料索引信息。在分散索引模式下,由于每个搜索请求都必须传递到 P2P 网络中分散的大量计算机中,每个搜索结果又必须回路到发起请求的对等端,网络业务量和计算消耗量相当大,因而效率很低。然而,分散索引模式也有其优势,即 P2P 文件共享网络服务提供者不必承担维持搜索能力的成本,该成本被分摊在网络用户之中,且不必依赖单个索引信息源。

第三种类型是处于集中索引与分散索引中间状态的超级节点模式。超级节点模式选择某些节点充当索引服务器,既非集中式索引模式的中央索引服务器,也非分散式索引模式中的所有节点都充当索引。因此,超级节点模式的优点与缺点也处于集中模式与分散模式的中间位置。从快播案的被告单位、被告人维护的资源调度服务器来看,被告单位、被告人所搭建的 P2P 文件共享网络可能属于集中索引模式。然而,审判法院未能详细展开被告单位、被告人所维护的资源调度服务器的运行过程,从而被告单位、被告人在 P2P 共享过程中的控制与监管能力也无从查证。

与我国大陆快播案的司法审判实践相比,我国台湾地区在关于 P2P 共享的案件中更加注重查明 P2P 文件分享网络的类型,并从中寻找判决的根据。台湾地区飞行网公司等被告侵害著作财产权案(以下简称 kuro 案)就是适例。kuro 案审判法院详细论证了该案

[10] 参见 Jesse M. Feder, *Is Betamax Obsolete? Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc. in the Age of Napster*, *Creighton Law Review*, vol. 37, 2004, pp. 864 - 867.

被告所经营的名为 kuro 的 P2P 文件分享网络系统系“集中式之 P2P 架构”。经 Kuro 案审判法院查证, kuro 系统“设有档名索引伺服器, kuro 客户端软体会将会员电脑内之 MP3 格式之录音档案自动设定为分享资料夹, 并将其内所有档案之演唱者名称、歌曲名称、专辑名称、存放路径、传输埠号、档案大小及经由中华电信提供之 ADSL 宽频线路所配赋之网路节点 IP 地址、连线速度等资讯自动上传至飞行网之档名索引伺服器予以记录, 以建立集中档名管理之资料库, 供所有连线之其他会员以输入演唱者名称、歌曲名称及专辑等关键词句之方式, 快速自前述资料库中搜寻 MP3 音乐档案所在之会员 IP 地址……过滤的时机有四个地方。第一个时机是, 用户端送出搜寻要求给档名索引伺服器时; 第二个时机是, 档名索引伺服器回传搜寻结果给用户端时; 第三个时机是, 用户端向其他用户送出下载要求时; 第四个时机是, 其他用户回传下载之档案时”。^[11] 据此, Kuro 案审判法院认为, 被告“至少在技术方面应有能力过滤档案名称与档案内容相同且由告诉人等享有著作权之档案, 以减少会员违法大量下载有著作权档案之情形发生, 惟其仍舍此不为, 放任会员无限下载, 益见其对于会员会发生违法下载之行为显可预见, 并不违背其本意, 且与会员间系在有意识、有意愿地交互作用下, 有共同重制之决意或犯罪联络”。^[12] Kuro 案审判法院所列出的监管四个时机至关重要。与之相比, 快播案审判法院只是简单地认定被告单位、被告人具有通过关键词屏蔽的淫秽视频管控义务, 既缺乏管控时点与管控方式的具体分析, 又因其对 P2P 共享和 P2P 缓存的评价不加以区分, 遂不知关键词屏蔽的管控措施属于二者其谁。因此, 应当在与 P2P 缓存相区分的基础上, P2P 共享网络架构的类型考察才是一种重要的定罪路径。

(三) 中立的 P2P 共享服务提供者可罚性标准

中立的帮助行为, 一般是指日常行为、业务行为能够促进他人(正犯)犯罪的情形。^[13] 实际上, 关于中立的帮助行为这一概念具有两种理解。其一, 中立的帮助行为是一个事实的描述性概念, 既存在可罚的中立帮助行为, 也存在不可罚的中立帮助行为。其二, 中立的帮助行为是一个规范的评价性概念, 即中立性仅仅意味着不可罚性。其实, 二者的目标是一致的, 都要求划出一道界限以判断该帮助行为是否具有刑事可罚性。关于 P2P 共享服务是否属于中立帮助行为或者是否具有刑事可罚性的判断, 具有主观说和客观说两种标准。

主观说认为, “行为人明知播放器会作为违法犯罪的工具仍然予以提供”, “这就如同甲一开始把菜刀卖给乙属于中性业务行为, 但在发现乙就在甲的眼前杀害被害人丙时, 甲如果仍然不阻止乙杀人或者不将菜刀收回, 甲的行为就属于明显升高了被害人死亡的风险”。因此, P2P 共享服务提供者的行为明显提高了法益风险, 远远超过了中性业务行为的危险程度。^[14] 在主行为人确实实施了犯罪的场合, 这种提供帮助者的“知”和“欲”的

[11] 我国台湾地区“台北地方法院”2003 年度诉字第 2146 号刑事判决书。

[12] 我国台湾地区“台北地方法院”2003 年度诉字第 2146 号刑事判决书。

[13] 参见张明楷著:《刑法学(上)》(第 5 版), 法律出版社 2016 年版, 第 424 页。

[14] 周光权:《犯罪支配还是义务违反》,《中外法学》2017 年第 1 期, 第 61 页。

判断标准值得赞同。但是,在主行为人既可能实施违法行为又可能实施合法行为的场合,该判断标准就会失灵。^[15] 其实,论者在类比之例中增加了“乙就在甲的眼前杀害被害人丙”的情形。而在 P2P 共享的场合,分散且众多的 P2P 网络用户有的会实施合法行为,有的会实施违法行为。这与前例具有本质的不同。论者还主张,“行为人通过‘调整’职业行为的方式补充了主行为的缺陷或排除障碍。为尽力消除用户违法上传、下载所可能遇到的障碍,本案被告人实施了规范上并非合理期待发生的业务活动或行为事实,例如,将原有的完整视频文件存储变为多台服务器的碎片化存储。而这一行为已经不是中性业务行为”。^[16] 这与论者区分评价 P2P 共享和 P2P 缓存自相矛盾。论者敏锐地提出提供播放器(P2P 共享)和缓存(P2P 缓存)是快播案中的两类行为,主张定罪的合理论证思路是主要分析 P2P 缓存这一陈列淫秽物品的行为,而此时又以 P2P 缓存服务提供者的违法性论证 P2P 共享服务提供者的违法性,恐有不妥。

客观说认为,“对于软件服务提供者应否承担责任,不是取决于行为人是否认识到他人利用其软件实施犯罪,而是取决于软件本身的性质”。^[17] 在这一标准之下,一旦认定某技术设计原理具有违法性,那么按照该技术原理所研发的技术成果就具有了违法的可能性。然而,根据技术设计是否合理的标准来判断是否具有违法与合法双重用途的技术可罚性,可能会导致法院向对社会产生净效益的技术施加责任,从而阻碍开发商创造新技术。这在很大程度上可能是因为技术的正面性在其发展的早期阶段表现得不够明显,从而导致法院往往会低估技术的潜在用途,或者很难认识到新技术未来的有益发展前景,或者会夸大非法的一面,或者无法合理考量短期的弊害与长期的益处之间的转换,或者认为,为限制非法用途而造成新技术的开发利用受到限制的做法是合理的。^[18] 相比之下,不以技术本身而以技术用途为建构视角的 Sony 案的大量非侵权用途标准和 Grokster 案的引诱规则具有重要的借鉴意义。

从平衡的角度考察违法用途与合法用途, Sony 案通过复制技术的“大量非侵权用途”为复制技术发布者建立了避风港。^[19] Sony 案的审判法院认为,大宗商品交易规则^[20] 要求,必须在版权人对有效保护法定垄断的合法需求与他人自由参与商业活动的权利之间取得平衡。因此,如果该产品广泛用于合法的、无可非议的目的,复制设备的销售,如同其他商品一样,不构成共同侵权。^[21]

从处罚的角度考察引诱与帮助要素。引诱与帮助的类型是指,“(1)积极引诱、惹起

[15] 参见[德]乌尔斯·金德霍伊泽尔著:《刑法总论教科书》,蔡桂生译,北京大学出版社2015年版,第453页。

[16] 周光权:《犯罪支配还是义务违反》,《中外法学》2017年第1期,第61页。

[17] 陈洪兵:《论中立帮助行为的处罚边界》,《中国法学》2017年第1期,第207页。

[18] 参见 R. Anthony Reese, *The Problems of Judging Young Technologies: A Comment on Sony, Tort Doctrines, and the Puzzle of Peer-to-Peer*, *Case Western Reserve Law Review*, vol. 55, 2005, pp. 887-895, 901。

[19] 参见 Connie Davis Powell, *The Saga Continues: Secondary Liability for Copyright Infringement Theory, Practice and Predictions*, *Akron Intellectual Property Journal*, vol. 3, 2009, p. 193。

[20] 有学者将其译为“营利为主原则”,参见张凯娜:《从网路音乐的重制权侵害谈网路音乐的规范》,(我国台湾地区)《中原财经法学》2006年第17期,第42页。

[21] 参见 *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 442 (1984)。

另一人的不法行为;(2)为另一人的不法行为提供必要的工具或者方法的帮助”。^[22] 其中,引诱规则源于美国的 Grokster 案。美国最高法院苏特(Souter)法官主张,“设备发布者以促进违法用途为目的,以明确表达或者积极行动促进不法行为,如发布违法用途的广告或者指导如何参与违法使用,就要为第三方的不法行为负责”。^[23]

总之,P2P 共享服务提供者的刑事可罚性需要考虑三个条件:“第一,技术设备的合法用途与非法用途之间的衡量;第二,技术设备发布者鼓励非法用途的具体行为;第三,技术设备发布者尚未采取阻止侵权用途具体措施的成本”。^[24] 具言之,在客观方面,在提供帮助者的帮助只有违法用途的场合,该帮助即具可罚性。在提供帮助者的帮助具有违法与合法双重用途的场合,当违法用途明显大于合法用途,以至于该帮助可视为是对违法用途的促进时,或者,当提供帮助者实施了鼓励违法用途的行为,即提供帮助者有意促进违法用途时,该帮助具有可罚性。

此外,提供帮助者阻止违法用途的成本,也是重要的衡量因素。虽然中立帮助行为的处罚范围在德国和日本都向着限缩的方向发展,^[25] 但是,快播案显示了我国司法实践的入罪倾向。那么,在网络用户(站长)是淫秽视频的直接传播者的场合,具有中立属性的 P2P 共享服务提供者的罪责属性为何? 虽然犯罪构成是定罪的唯一根据,但是,事物本质的方面,即 P2P 共享服务提供者的责任基础,能够对解释者是否将案件事实置于什么样的犯罪构成之下产生重大影响。

三 P2P 共享服务提供者的罪责根据

次生责任的法理既说明了 P2P 共享服务提供者罪责的次生性质,也提供了 P2P 共享服务提供者刑事归责的法经济学基础——政策型次生责任。“经济分析是一种统一的方法,适用于解释全部人类行为”。^[26] 法律经济分析的本质特点是按照经济学的一般社会科学视角来分析问题,将社会公益/社会福利作为评价公共政策和以此为基础的法律规则的标准。^[27] (政策型)次生责任的法理将违法信息在网络空间传播的有效禁止作为社会公益/社会福利,利用成本等经济学原理说明了具有中立属性的 P2P 共享服务提供者的罪责基础,并可藉此划定(P2P 共享类型的)中立帮助行为的处罚限度。

(一) 次生责任的法理

次生责任的法理说明了直接处罚作为传播者的网络用户(站长)之外的 P2P 网络操

[22] Scott Burger, Eradication of a Secondary Infringer's Safe Havens: The Need for a Multilateral Treaty Addressing Secondary Liability in Copyright Law, *Michigan State Journal of International Law*, vol. 18, 2009, p. 159.

[23] Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd., 545 U. S. 913, 936-937 (2005).

[24] Harvard Law Review Association, Secondary Liability, *Harvard Law Review*, vol. 119, 2005, p. 375.

[25] 参见刘艳红:《网络中立帮助行为可罚性的流变及批判》,《法学评论》2016年第5期,第43页。

[26] [美]加里·S·贝克尔著:《人类行为的经济分析》,王业宇、陈琪译,格致出版社2015年版,第7页。

[27] 参见 Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2004, p. 2.

作者或者更准确地说是发起者的原因。^[28] 所谓次生责任,源于侵权法,是指对未直接实施不法行为或者造成侵害后果的被告人施加的责任。^[29] 次生责任的存在与次生责任本身都是理性的。

一方面,因为次生责任要求一个人要为他人的行为负责,根据责任主义原理,“为他人行为负责”的存在首先就有一种危险倾向。然而,次生责任的存在也具有一定的合理性。以非法传播的情形为例,次生责任的出现可能是基于以下三个假设性条件:其一,无论非法传播变得多么容易,防止非法传播有多么困难,法律必须有效禁止不法信息的传播。其二,直接传播被定义为一种既有效又很难监管的发布方式。例如,快播案审判法院和有的学者认为,P2P 缓存不是间接的帮助传播,而是通过互联网陈列方式的直接传播。^[30] 因而,作为社会利益代言人的国家就要控制由他人开发的新的传播方式。其三,有一种强烈的倾向是,国家要将第三方的负担加重到其他法律领域所不允许的程度,使法律在不应该有控制权的地方拥有了控制的权力和能力,并将中立的资源供给视作对非法传播的实质性贡献。^[31]

另一方面,次生责任具有其自身的正当化基础。根据次生责任的一般规则,“只有在以下场合,某人才能为行为人的不法或者其他不被允许的行为负责:(1)行为人的冒犯性行为具有可诉性;(2)存在一种情状,在此情状中,要求另一方为行为人的行为负责是正当的”。^[32] 一般而言,“正当”表现在两个方面:一是关于效率的方面。“法院经常将次生责任视为将损害成本转移给那些能够防止未来损害的人的手段,从而根据这一经济效益的要求使次生责任合理化”。^[33] 二是关于道德的方面。“意图造成损害的人应当承担责任的,即使另一方是损害的直接原因”。^[34] 效益和道德的理由是“正当”的一般性表现。不同类型的次生责任还具有各自不同而具体的正当化条件。

次生责任的正当化根据旨在回答“为什么是我”的问题,即“我为什么要为你的行为负责”,问题的答案同时也是次生责任的成立条件。不同类型的次生责任具有不同的正当依据或者构成要件。次生责任可以分为以下五类:基于过错的帮助与引诱型、基

[28] 参见 Jesse M. Feder, Is Betamax Obsolete? Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc. in the Age of Napster, *Creighton Law Review*, vol. 37, 2004, p. 868.

[29] 参见 Mark Bartholomew, John Tehranian, The Secret Life of Legal Doctrine: The Divergent Evolution of Secondary Liability in Trademark and Copyright Law, *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 21, 2006, p. 1366; Lynda J. Oswald, International Issues in Secondary Liability for Intellectual Property Rights Infringement, *American Business Law Journal*, vol. 45, 2008, pp. 247, 253.

[30] 参见北京市海淀区人民法院(2015)海刑初字第512号刑事判决书;北京市第一中级人民法院(2016)京01刑终592号刑事裁定书;张明楷:《快播案定罪量刑的简要分析》,《人民法院报》2016年9月14日第3版。

[31] 参见 Liam O' Melinn, Making Others Do the Work: Secondary Liability and the Creation of a General Obligation to the Copyright Industries, *Akron Intellectual Property Journal*, vol. 3, 2009, p. 178.

[32] Thomas C. Folsom, Toward Non-Neutral Principles of Private Law: Designing Secondary Liability Rules for New Technological Uses, *Akron Intellectual Property Journal*, vol. 3, 2009, p. 52.

[33] Mark Bartholomew and John Tehranian, The Secret Life of Legal Doctrine: The Divergent Evolution of Secondary Liability in Trademark and Copyright Law, *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 21, 2006, p. 1366.

[34] Lynda J. Oswald, International Issues in Secondary Liability for Intellectual Property Rights Infringement, *American Business Law Journal*, vol. 45 (Summer, 2008), p. 247.

于关系的多种代理或首长负责型、基于合意的担保型、难以归类的基于政策的类型和人质类型。^[35] 其中,担保型次生责任的正当化基础是担保合同,担保人基于担保合同为主债务人向主债权人承担担保责任。人质型次生责任是一种在现代社会极为罕见的代人受过的情形,比如,以自由甚至生命为威胁强迫无辜之人为行为人受过,这一规则的正当化依据是强制力和人质劫持者的利益,而不是较为抽象的“正义”概念。替代型次生责任的正当化根据在于主仆身份关系或者扩大的监管权利和能力以及这种关系、能力所带来的经济利益,“要适用替代责任,雇员的行为必须是侵权性质的;而雇主必须控制或者有权控制雇员的有害行为方式。但雇主不必存在过错,只需要赋予雇员致害的工具和机会即可”。^[36]

在 P2P 共享网络中,首先,网络用户(站长)与 P2P 文件共享服务提供者并不存在担保关系。其次,如果将 P2P 文件共享服务提供者视为国家的人质,可能会导致突破罪刑法定原则而以刑事政策定罪量刑的后果。最后,虽然技术控制是网络服务提供者的特征之一,但 P2P 技术去中心化的分散架构导致实时的控制力减弱,并且,无过错的替代责任与刑法上的责任主义原则相悖。因此,合意担保型、人质型、替代型次生责任都不适合作为追究 P2P 共享服务提供者的罪责基础,而可能的选择是与共犯类似的帮助与引诱型次生责任和政策型次生责任。

(二) 政策型次生责任

帮助与引诱型次生责任由于难以说明的明知要件而受制于政策型次生责任。帮助与引诱型次生责任虽然与狭义的共犯类似,但是也不完全能够成为 P2P 共享服务提供者的罪责基础。该类型的说理难点在于明知要件。帮助与引诱型次生责任要求实际明知或者应当知道正犯的不法行为。^[37] 美国 Napster 案审判法院对 Napster(该公司设计并操作 P2P 文件共享程序,使 MP3 文件在用户之间传播)要求一种具体而充分的明知。“在线上场合,要判定计算机系统操作者承担版权侵权责任,必需要有对具体侵权行为实际明知的证据。而争议问题正是,操作者是否充分明知侵权活动。我们认为,如果计算机系统操作者得知其系统上的具体侵权信息,而不能清除这些信息,就应当认定操作者明知直接侵权行为的存在,并为此作出了贡献”。^[38]

与之相比,在我国快播案的 P2P 共享服务环节,审判法院显然降低了明知的具体与充分程度。审判法院认定,被告单位、被告人明知快播网络系统内大量存在淫秽视频。^[39] 可见,只要被告单位、被告人明知其整个“系统”内存在“大量”“淫秽视频”即可。审判法

[35] 参见 Lital Helman, Pull Too Hard and the Rope May Break: On the Secondary Liability of Technology Providers for Copyright Infringement, *Texas Intellectual Property Law Journal*, vol. 19, 2010, p. 54。

[36] [美]小詹姆斯·A·亨德森等著:《美国侵权法:实体与程序》,王竹等译,北京大学出版社 2014 年版,第 136 页。

[37] 参见 Thomas C. Folsom, Toward Non-Neutral First Principles of Private Law: Designing Secondary Liability Rules for New Technological Uses, *Akron Intellectual Property Journal*, vol. 3, 2009, p. 56。

[38] A & M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004, 1021 (2001)。

[39] 参见北京市海淀区人民法院(2015)海刑初字第 512 号刑事判决书;北京市第一中级人民法院(2016)京 01 刑终 592 号刑事裁定书。

院并不要求被告单位、被告人明知在什么时间、什么地点、哪一网络用户(站长)上传什么、多少淫秽视频,或者在其资源调度服务器上是否有以及有哪些淫秽视频通过。正如 Napster 案审判法院所说,“如果缺乏证明侵权活动的具体信息材料,就不能仅仅因为系统结构允许信息材料的交换而使计算机系统操作者承担责任”。^[40] 这对审视快播案一审法院对不作为犯的认定逻辑极为重要。藉以归责的明知内容越稀薄,表明国家赋予被告单位、被告人的社会责任和法律责任就越重。从明知内容的厚薄与社会和法律义务的轻重关系上来看,对于快播案的 P2P 共享服务提供者而言,明知程度是个政策选择问题。政策型次生责任得以正当化的刑事政策基础在于,它既是一个具有成本效益的机制、有效赔偿的制度,也是预防违法的手段。

关于成本效益问题,在 P2P 共享网络中,作为直接行为人的网络用户成千上万,且因匿名而使得查证困难。针对一个间接行为人的一个案件与针对许多直接行为人的许多案件相比,前者显然更具成本效益。对网络用户侵权行为提起的诉讼一般包括两个步骤:一是查明网络用户的身份,二是在找到的网络用户当中确定被告人。然而,找到并起诉数量庞大且不断增长的个体网络侵权行为人成本高昂。如果将直接责任转为次生责任,不但会简化繁重的诉讼程序,还能“一石多鸟”:打击了一个身份特定而且诉讼便宜的网络平台,没有必要再起诉大量身份不明而且诉讼困难的网络用户。^[41] 总之,这是一种损失分摊机制。

就责任能力而言,一般来说,次生责任者比直接责任者更具备责任承担能力,处于更优势的责任地位。以 P2P 共享中版权侵权的金钱赔偿为例,次生责任者往往是具有一定经济实力的 P2P 文件共享服务提供者,从其经营活动(间接行为)中能够获取巨大的经济利益。但是,作为直接责任者的普通网络用户却缺乏为自己的不当行为支付损害赔偿的雄厚资源。因此,即使追究这些直接责任者的侵权责任也可能无法补偿版权人,而惩罚性赔偿的施加可能会进一步超越普通网络用户的责任承担能力。^[42] 在刑事诉讼中,这种责任能力的两造差异表现为,个体的单个网络用户发布的违法信息数量和影响有限,刑罚处罚分摊到个人就变得极其轻微甚至消失。可见,分散式的 P2P 共享网络架构使得作为刑罚处罚基础的预防必要性也被分散化了。与此同时,网络的匿名性、传播的便捷性、网络用户分享资源的热情等社会和心理因素比刑罚威慑还要强大。因此,刑罚对普通网络用户的特殊预防激励,比 P2P 文件共享服务提供商要小得多。总之,这有点类似于“深袋理论”的雇主替代责任根据,即比起雇员来说,雇主更有条件也更容易承担责任。

从“守门人”的视角来看,“快播案折射出了我国互联网管控重心由网络用户向网络服务提供者转移的动向”。^[43] 换言之,快播案的宣判,标志着网络色情监管从“源头治

[40] A & M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004, 1021 (2001).

[41] 参见 Lital Helman, Pull Too Hard and the Rope May Break: On the Secondary Liability of Technology Providers for Copyright Infringement, *Texas Intellectual Property Law Journal*, vol. 19, 2010, pp. 155 - 156.

[42] 参见 Lital Helman, Pull Too Hard and the Rope May Break: On the Secondary Liability of Technology Providers for Copyright Infringement, *Texas Intellectual Property Law Journal*, vol. 19, 2010, p. 159.

[43] 刘艳红:《无罪的快播与有罪的思维》,《政治与法律》2016年第12期,第104页。

理”转向“管道治理”。^[44] 承担了次生责任的 P2P 文件共享服务提供者就会具有在“管道”中充当“守门人”的警觉功能:如果说源头是不法行为的实施之处,那么管道就是不法行为的参与之地(之一),而次生责任者正是管道的控制者。对技术提供者施加次生责任不仅有利于促使其监督和控制网络用户的行为,激励其进行友好型的技术设计,而且还有利于刺激技术提供者充分考虑,在进行某项工作时是否应该作出与其应承担的社会责任相符合的决策。例如,通过技术设计可以在事中和事后跟踪网络用户的行为,以合理谨慎地选择享用服务的网络用户,或者直接过滤掉违法信息。当然,次生责任者可以将收取或者提高服务费作为成本分摊机制和违法行为壁垒,以此实现责任从网络用户到技术提供者的转移。^[45] 总而言之,次生责任的施加使技术提供者关注并考量注意义务和社会责任问题。

需要说明的是,政策型次生责任的罪责根据具有 P2P 共享服务提供者处罚范围的限制机能。为避免政策的灵活性和易变性所可能带来的恣意性风险,政策型次生责任的正当化根据所生发的具体规则只能作为(P2P 共享型的)中立帮助行为可罚性的限制条件,而非积极的认定条件。

四 P2P 共享服务提供者的处罚限度

根据次生责任的法理,P2P 共享服务提供者的罪责具有次生性。与直接责任相比,在刑事政策上,次生责任更应当受到限制。毫无疑问,P2P 网络用户数量在持续、稳定增长的同时,必然伴随着次生责任的膨胀。换言之,在可以预见的未来,快播案绝不是一个孤立个案。“不断增长的刑事起诉问题可能是一个政治问题”,^[46] 而“刑罚是一种亟需正当化的恶,必须指出刑事政策的边界所在”。^[47] P2P 共享服务提供者的处罚限度条件需要加以明确。

(一) 具体规则

对 P2P 文件共享服务提供者而言,次生责任归属限度的含混不清可能会造成两极化的局面。一极是风险最小化路径。P2P 文件共享服务提供者会担心被施以刑责,而以网络用户的资源分享利益为代价过度保护合法信息。另一极是逃避法律的路径。^[48] 淫秽和其他成人娱乐产业法律的含混不清加剧了网络服务提供者的偏执症,使他们作出非理性的商业决策。在恐慌中,网络服务提供者更愿意改造整个商业模式,或者完全停止经

[44] 参见桑本谦:《网络色情、技术中立与国家竞争力》,《法学》2017 年第 1 期,第 93 页。

[45] 参见 Lital Helman, Pull Too Hard and the Rope May Break: On the Secondary Liability of Technology Providers for Copyright Infringement, *Texas Intellectual Property Law Journal*, vol. 19, 2010, pp. 161 - 162.

[46] John Blevins, Uncertainty as Enforcement Mechanism: The New Expansion of Secondary Copyright Liability to Internet Platforms, *Cardozo Law Review*, vol. 34, 2013, p. 1886.

[47] [德]沃斯·金德豪伊泽尔:《适应与自主之间的德国刑法教义学》,蔡桂生译,《国家检察官学院学报》2010 年第 5 期,第 144、149 页。

[48] 参见 Lital Helman, Pull Too Hard and the Rope May Break: On the Secondary Liability of Technology Providers for Copyright Infringement, *Texas Intellectual Property Law Journal*, vol. 19, 2010, pp. 113, 138 - 155.

营,而不是面对未知的刑事责任。使网络服务提供者为其网络用户的行为承担刑事责任会造成资本和技术外流的局面。^[49]因此,需要具有确定性和可预见性的次生责任限制规则来为社会经济活动提供清晰的指导原则。

首先,根据次生责任成本效益的正当化基础,在 P2P 共享网络中,如果作为直接行为人的网络用户的违法行为确实需要追究其刑事责任,并且也不存在数量极其庞大而确实难以查证的情况,而与此同时,作为间接行为人的 P2P 共享服务提供者应当承担次生责任,两相比较,从经济理性的角度考量,应当由直接行为人承担相应责任而不宜追究间接行为人的刑事责任。

其次,根据次生责任的责任能力之正当化基础,归责于 P2P 共享服务责任者的理由在于,P2P 共享网络架构的分散性将刑罚效果也分散化了。换言之,对 P2P 共享中的普通网络用户个体,刑罚的特殊预防作用被大大减弱了。然而,假设直接行为人不是分散的个人,而是大型网络公司或者其他具有实力的经济体,又确需追究其行为的刑事责任,且能够更好地实现刑罚的目的,在这种情形下,从社会治理的角度考量,也不宜以次生责任的形式追究间接行为人的刑事责任。

最后,根据次生责任中“守门人”理论的正当化基础,归责于 P2P 共享服务责任者的理由在于,P2P 共享服务提供者作为管道控制者,掌管着信息网络资源传播渠道的“闸门”,而次生责任的施加能够激励 P2P 共享服务提供者当好守门人。所以,作为间接行为人的网络平台,其网络架构越分散,“闸门”的掌控力就越弱,其承担罪责的可能性就越小;网络平台服务者越是主动承担社会责任,因预防必要性的减少,其受到刑罚处罚的可能性也就越小。《网络安全法》的生效实施为《刑法》提供了明确的前置规范,补充性的《刑法》应进一步退居幕后。

需要说明的是,次生责任归责限度的明确化虽然极具必要性,但由于科技更新换代速度快、科技司法审判经验少、科技立法技术较落后、社会各方利益博弈等,其具体内容尚很难明确化。因此,上述次生责任的限制规则只是一种尝试。尽管如此,该归责限制标准仍然具有一定的应用价值,且能够适用于快播案以外的案件。

(二) 司法适用

P2P 共享服务提供者的处罚标准与限制规则不但能够适用于各种各样的 P2P 共享服务提供者,如快播公司,还能够适用于与 P2P 共享服务提供者具有同等或者类似地位的犯罪主体,例如,微信群主、QQ 群主。2017 年 9 月 7 日国家互联网信息办公室发布的《互联网群组信息服务管理规定》(以下简称《规定》)第 9 条规定,互联网群组建立者应当履行群组管理责任。这一“谁建群谁负责”的规范依据极易成为追究群主罪责的扩张理由,对此应予重视。

一方面,《规定》的第 9 条能否成为不作为犯的作为义务来源存在疑问。《规定》第 14 条规定,互联网群组建立者违反本规定的,由有关部门依照相关法律法规处理。换言之,

[49] 参见 Lawrence G. Walters, Shooting the Messenger: An Analysis of Theories of Criminal Liability Used Against Adult-Themed Online Service Providers, *Stanford Law and Policy Review*, vol. 23, 2012, pp. 211, 212.

该规范性文件的强制性效力来源于相关法律法规。作为一种管理性规范,要成为保证人地位的认定依据至少应当受到限制。另一方面,次生责任的限制规则可适用于互联网群组建立者的某些场合。即时通讯软件群组群主与 P2P 共享服务提供者的共性在于,二者都只提供信息交流的机会,而不提供信息的内容本身。当然如果群组群主处于群组成员的地位时,另当别论。总之,P2P 共享服务提供者的刑事可罚性及其限度理论具有应用于其他场合的余地,从下列两则案例可以看到它的普适意义。

案例 1:

被告人谢某系一个成员人数长期保持在 200 人以上的微信群(群名称为“两个笑脸图案”)群主。2015 年 8 月至 10 月,被告人张某作为群成员之一,多次利用其微信账号在该微信群传播淫秽视频共计 121 个。审判法院认为,被告人谢某作为该群的唯一群主,且具有管理权限的情况下,对微信群中大量传播淫秽视频的行为未采取任何制止措施,在其管理的成员人数达 200 人以上且主要用于传播淫秽视频的微信群内,放任被告人张某在该群内传播淫秽视频达到 121 个,二被告人系共同犯罪,其行为均构成传播淫秽物品罪。^[50]

案例 2:

2014 年 11 月至 2015 年 1 月,张某担任“奸夫淫妇”微信群(群成员 57 人)的群主。期间,张某放任阮某等人在该群内发布淫秽视频累计达 451 个。其中,阮某发布淫秽视频 76 个。审判法院认为,被告人张某作为微信群的管理者,应切实履行监管职责,及时审查微信群内容,阻止成员发布淫秽视频或者直接将其剔除,甚至解散微信群,但是,张某却未履行群主义务,放任群成员传播淫秽视频,其行为构成传播淫秽物品罪。作为主要传播者的被告人阮某在群里发布淫秽视频前并没有征得作为建立者、管理者的被告人张某的同意,双方在事先亦没有共同预谋的故意,被告人张某在发现后仅持放任态度,故两被告人之间不存在共同犯罪的主客观要素,两被告人独立实施了犯罪行为,不构成共同犯罪。综上所述,被告人阮某、张某传播淫秽物品,情节严重,其行为已构成传播淫秽物品罪。^[51]

纵观两个案例,无论案例 1 中共同犯罪的定罪路径,还是案例 2 中单独犯罪的定罪思路,二者的共同点是从技术上的群主功能推导出被告人法律上的监管职能,遵循着刑事司法“只要行为客观上对犯罪行为有帮助,行为人主观上也对此明知,该行为就应当按照犯

[50] 浙江省云和县人民法院(2015)丽云刑初字第 189 号刑事判决书。有学者认为,“对于微信群主来说,是你把人圈起来,创造了传播、分享信息的公共空间。在创建时,法律就已经要求群主有义务对群内信息进行监督”;“群主的责任主要是因为他建立了这个群而产生的,群主在建群、运用群进行交流、沟通时,就要对群里可能发生的违法信息的传播有所预见。如果在实际运行过程中,群主不能对群里的违法信息进行有效管理,等于没有履行法律规定的义务,就应该承担相应的责任”。但也有学者主张,“群主很难履行监管责任。在一个活跃的微信群里,信息是不断更新的,对于业余管理微信的群主而言,很难及时发现群里是否有违法信息并采取措施。而网络服务提供商有强大的监控、过滤手段,也有专门的管理人员,由他们依法监管更可行”。参见赵丽、王坤:《微信群主究竟该承担哪些责任》,《法制日报》2015 年 12 月 3 日第 4 版。关于该案处理的对立意见都是从技术功能到法律监管的传统视角作分析的,意见的对立从侧面说明了传统视角下入罪结论欠缺说服力。

[51] 浙江省瑞安市人民法院(2015)温瑞刑初字第 1418 号刑事判决书。参见李秋霞:《微信群里发布淫秽视频的定罪分析》,《人民法院报》2015 年 11 月 5 日第 6 版。

罪(至少帮助犯)处理”^[52]的一贯逻辑。两种定罪进路殊途同归,说明了司法者在面对此类案件时过分依赖主观罪过。此外,其判决还可能会产生将法律责任和社会责任由网络服务提供者转嫁给网络用户的不当效果。

根据(P2P 共享类型的)中立帮助行为可罚性的认定标准,微信群在上述两案中的用途是考察重点。值得肯定的是,案例1 审判法院使用了“该案微信群主要用于传播淫秽视频”的裁判理由。该裁判理由进行了技术设备的违法用途与合法用途之间的衡量。根据案例2 的微信群群名,如果该微信群只用于传播淫秽视频,那么群主的罪责自不待言。然而,即使(P2P 共享类型的)中立的帮助行为具有可罚性,但根据次生责任的法理,这种可罚性仍应当受到限制。

政策型次生责任提供了一种客观的限制路径。按照政策型次生责任的第一个条件,两个案件的被告人都不承担刑事责任。理由在于,在微信群组内,微信群主类似 P2P 共享平台的建设者,群组内成员有限且较为固定、明确,直接的淫秽视频上传者极易被查证,无需群主对损害成本进行分摊,仅由直接传播者承担刑事责任足矣。当然,确属共同或者单独犯罪的情形除外。此外,被告人不得以主张隐私权为由进行抗辩,因为微信群组或者 P2P 文件共享网络具有开放性,当被告人通过微信或者 P2P 文件共享网络上传淫秽视频时,其他人就能通过微信或者 P2P 文件共享网络访问该视频文件,被告人就失去了对其所拥有的视频材料的合理隐私期待。^[53] 最后,关于快播案的事实与裁判,也不妨以中立的帮助行为可罚性认定标准和由政策型次生责任原理所推演出的三个条件进行重新审视和检验。

五 结 语

综上所述,解释者无论最终得出何种结论,技术提供者的责任扩张都可能会扼杀创新。一方面,剥夺试验性生存机会。新型媒介总是具有双重用途,消费者可以合法或者非法目的使用具有双重用途的技术。与成熟的报纸、广播、电视等传统媒介已深深融入社会不同,P2P 文件共享网络等新型媒介尚未证明其主导的社会价值。而次生责任的膨胀,等于在具有合法与非法双重用途的技术进入被接受的技术领域并成为现实生活的一部分之前,就将其消灭。^[54]

另一方面,会造成寒蝉效应。“线上次生责任的突变会威胁性地对全球范围内的重要技术创新产生寒蝉效应。当技术的创新如禁声的寒蝉,伴随着数字市场的现实以及新的在线商业模式转移时,国家对旧商业模式和旧法律的依赖是不恰当的”。^[55] 在 P2P 共

[52] 关于该问题的反思与批判,参见车浩:《谁应为互联网时代的中立行为买单?》,《中国法律评论》2015 年第 3 期;陈洪兵:《论中立帮助行为的处罚边界》,《中国法学》2017 年第 1 期。

[53] 参见 U. S. v. Stults, 575 F.3d 834, 843 (2009)。

[54] 参见 Kevin M. Lemley, The Innovative Medium Defense: A Doctrine to Promote the Multiple Goals of Copyright in the Wake of Advancing Digital Technologies, *Penn State Law Review*, vol. 110, 2005, p. 142.

[55] Jacqueline D. Lipton, Secondary Liability and the Fragmentation of Digital Copyright Law, *Akron Intellectual Property Journal*, vol. 3, 2009, p. 119.

享领域,直接的寒蝉效应体现在,未来的类似技术可能受到直接限制。间接的寒蝉效应表现为,P2P 共享之外的下一个技术创新者可能失去了创新激励。如此,公众不但将失去 P2P 系统所提供的合法用途的社会价值,而且可能失去尚未开发的未来利益。因此,网络时代的刑事归责应十分慎重。

[本文为 2015 年度江苏省社会科学基金重大项目“把握互联网‘最大变量’核心问题研究”(14ZD003)、2016 年度中央高校基本科研业务费专项资金资助和江苏省普通高校研究生科研创新计划资助项目“《刑法修正案(九)》新增网络犯罪的相对主义司法适用研究”(KYZZ16_0106)的研究成果。]

[**Abstract**] P2P sharing service providers have become a new type of subjects of crime in the Internet age. With respect to the approach to conviction, China should distinguish between P2P sharing and P2P cache, carry out in-depth study of decentralized and centralized network structures, and make judgment on the punishability of P2P sharing, which has a neutral attribute, by applying the following three criteria: first, the proportion between legal and illegal uses of technical equipment; second, whether the technical equipment provider commits a specific act of encouraging illegal use; and third, the cost of specific measures taken by the technical equipment provider to prevent illegal uses. However, according to the principle of secondary responsibility, the scope of the punishment of P2P sharing should be limited. According to the principle of policy-based secondary responsibility, which takes cost-effectiveness, capacity for liability and “gatekeeper” as its main content, P2P sharing responsibility is a secondary responsibility. On one hand, the direct actor should bear legal responsibility if it is not a decentralized individual, but a large network company or another rich site or if it is a decentralized individual that is easy to verify. On the other hand, the more decentralized the architecture of the network platform, or the more social responsibility the network platform bears, the less likely the network platform as an indirect actor bears legal responsibility.

(责任编辑:雨 沐)