

数字时代传播服务的法律边界：以“技术中立”为切入点

悦 洋

摘 要：技术的社会意义和价值属性体现了技术使用者所追求的利益、目标和价值；技术的价值并不中立，使用技术的行为也不中立，“中立帮助行为”是一个多余的法概念。对于法律来说，有意义的只有正价值或者负价值，没有中立的价值。数字时代，不同类型的网络传播服务提供者根据控制力的大小和技术可能性而具有不同的法律义务边界。其中，内容服务提供者的义务边界和线下相同；技术服务提供者承担屏蔽、断开义务和通知、移除义务；平台服务提供者应当承担相对广泛的安全保障义务。

关键词：网络传播服务提供者，技术中立，义务

The Legal Boundary of Communication Services in the Digital Age: From the Perspective of Technology Neutrality

Yue Yang

Abstract: The social and value attributes of technology embody the interests, goals and values sought by technology users. Neither the value of technology nor its usage is neutral, and thus “neutral help behaviour” is a redundant concept. As to the law, only positive or negative value is meaningful; there is no neutral value. In the digital age, a variety of Internet Communication Service Providers (ICSP) have different boundaries of duties based on their power of control and technology. The content service provider has the same duty as the offline counterpart; the technology service provider takes responsibility for

blocking, cutting off, notifying and removing; while the platform service provider should take relatively broader responsibility for security.

Keywords: Internet Communication Service Provider, technology neutrality, duty

DOI: 10.13760/b.cnki.sam.201802017

我国的互联网技术在近年来得到了飞跃性的发展。根据中国互联网络信息中心（CNNIC）发布的第41次《中国互联网络发展状况统计报告》，截至2017年12月，中国网民规模达7.7亿，占全球网民总数的五分之一，互联网普及率达到55.8%，中国网站总数为533万个^①；中国已经成为全球互联网用户最多的国家。

在互联网高度发达的今天，人类行为图谱经由信息网络的绘制，被还原为一连串的电子信号流，当人们习惯于用数字来表达生存世界的感受与认同时，这些特征就会使传播出现多变的面孔。传统媒体和新兴媒体融合发展，各大主流媒体运用先进的传播技术，增强信息的传播、影响力度，更好地满足人民对信息的需求；普通大众经由数字科技的强化，也可以作为自主化的传播者与大众分享自身的事实和新闻。媒体融合是国家战略的重要部署，是传播社会主义核心价值观，扩大宣传文化阵地的重要途径。然而，数字时代也有新的风险。全球视域下，恐怖主义、仇恨言论、淫秽色情、版权侵害、人身诽谤等非法内容的传播成为网络空间的治理重心。由于网络传播呈现信息发布便捷、传播速度快、传播范围广、传播主体匿名的特征，非法内容的传播难以控制和追踪，于是多数国家的法律适用机关都将注意力集中在了网络传播服务提供者的身上。

在我国立法层面，网络传播服务提供者的法律责任一直是网络立法和政策的核心问题之一；随着法治进程的推进，网络传播服务提供者的监督、管控作用逐渐得到强调。然而，网络传播服务提供商却普遍抱怨承担了过重的管控义务。随着虚拟世界的参与，人们对世界的理解趋向于虚拟性，把对事实世界的超越性理解为对技术力量的膜拜，如海德格尔所说，技术本质居于座架中，指引着人们的订造方式，成为解蔽人类存在命运的唯一方式；但这

① 数据来源于中国互联网络信息中心（CNNIC）2018年《第41次中国互联网络发展状况统计报告》，见网址 http://www.cac.gov.cn/2018-01/31/c_1122347026.htm。最后访问日期为2018年4月9日。

又是一种危险,存留于技术想要脱离人类统治的地方。^①对于网络传播服务提供者而言,服务的提供就是技术的提供——技术即服务。人们通常认为,技术本身是中立的。如果按照这样的逻辑前提,那么提供技术的人不过是将技术的福祉传达给了更多的人,至于技术是否被别人用于不法的行为,和技术的提供者无关,这是人类社会的享受技术发展的同时必须消化的负面功能。2016年影响互联网第一案——“快播案”中,辩方的“技术无罪”论引发社会热议。问题的焦点在于,当网络用户利用网络传播服务发布、传播非法内容时,提供技术支持的网络传播服务提供者为何要承担责任?技术是否中立?网络传播服务提供者的法律义务边界应当如何勾勒?

一、有限适用的“技术中立”原则

在网络领域,技术中立第一次被正式讨论源于美国联邦最高法院1984年的美国索尼诉环球影城案,我国学界习惯称之为“索尼案”。该案确立的“技术中立”原则,又称为“实质性非侵权用途原则”“索尼规则”,对世界各国的网络法律实践产生了深远的影响。其含义是:一项产品或技术被用于合法用途或者非法用途,这并非产品或技术的提供者所能预料和控制的,不能仅仅因为产品或技术成为侵权工具而要求提供者对他人的侵权行为负责。(胡开忠,2017)“技术中立”原则体现在法律上,有美国1998年制定的《数字千年版权法》(DMCA)中针对著作权设立的“避风港原则”。该原则的内涵是,发生著作权侵权案件时,当网络服务提供商只提供空间服务,并不制作网页内容时,如果网络服务商被告知侵权,则有删除的义务,否则被视为侵权;如果侵权内容既不在网络服务商的服务器上存储,又没有被告知哪些内容应该删除,则网络服务商不承担侵权责任。避风港条款建立的“通知+移除”规则,后来也被应用在搜索引擎、网络存储、在线图书馆等方面。欧盟1998年制定的《关于电子商务内部市场法律问题的指令》也体现了“技术中立”的原则,提供单纯的传输服务的网络服务提供者,在没有首先发起传输、没有选择传输接受者、没有选择或修改信息的前提下免责;提供缓存服务的网络服务提供者,在没有修改信息或在明知并迅速采取删除或封锁消息的行动下免责;对于提供宿主服务的网络服务提供者,则规定了责任的限制。该指令还补充性地规定了网络服务提供者不具有一般性、积极性的监管义务。(陈

^① 参见刘友古:《数字时代的本质和危险》,中国社会科学网—中国社会科学报2017年5月2日,见网址http://www.cssn.cn/zx/bwyc/201705/t20170502_3504924.shtml。最后访问日期为2018年4月20日。

兴良, 2016, pp. 202—203)

但是,“技术中立”原则并不是所向披靡的。事实上,每一个新的重大传播技术的出现都会改变权利人和使用人之间的控制平衡。(梁志文, 2011)在二十世纪福克斯电影公司诉英国电信公司案中,英国电信公司主张其只是根据服务对象的要求提供相应的网络接入和传输服务,不应当承担侵权责任。而英国法院认为,英国电信公司明知第三方利用其服务从事侵权行为而未停止服务,主观上存在过错,客观上为侵权行为提供了便利,在制止网络盗版方面处于有利地位,因此不能适用“技术中立”原则免责,应当承担间接侵权的责任。(胡开忠, 2017)“技术中立”原则的有限适用还反映在“红旗测试”^①和“引诱规则”的确立上。美国的通知移除制度是以网络服务提供者承担严格责任为预设前提而设计的(徐伟, 2013, p. 34)。“红旗测试”则是用于测试网络服务提供者是否意识到了侵权行为明显的事实或情境。根据美国国会《数字千年版权法》(DMCA)的报告,当网络服务提供者意识到了从中能够明显发现侵权行为的“红旗”之后,如果不采取措施,就会丧失享受避风港的责任限制。“引诱规则”是美国最高法院多数派法官借鉴《专利法》的相关规定创设的。主要用于判断某种商业模式是否能够反映服务提供者的恶意。当有证据表明服务或软件的提供者意图并鼓励用户将其服务或软件用于侵权时,提供该服务或行为本身,就足以构成侵权行为。

而在新近国外法律动态里,欧盟发布了《关于有效处理在线非法内容的措施建议》。建议强调要有效地删除非法内容并进一步遏制恐怖内容。具体措施上,要有更明确的“通知和行动”程序,要有更高效的技术支持,特别关注小型企业,与当局紧密合作。对于恐怖主义内容,建议提出“一小时删除规则”等。^②

以上说明,技术的提供者对于技术并非无需承担任何责任,一方面,“技术中立”原则被用于反对法律对技术的监管,而另一方面,实践中的难题又迫使“技术中立”原则进行调整和限缩。“快播案”带来的思考也是如此。快播公司的技术手段在满足了互联网用户视频需求的同时又因其缓存技术储存了大量的淫秽视频,法院的判决实际是绕开了技术中立问题,将快播公司的经营模式界定为网络内容提供商而不是技术提供者,将快播公司的行为论证为传播淫秽视频的实行行为,而内容提供商的实行行为则不存在“中立性”

① 原文为“red flag test”,我国有部分学者将其翻译为“红旗标准”。

② 参见《互联网前沿法律动态周报 2018. 3. 6—2018. 3. 12》,腾讯研究院公众号 2018 年 3 月 12 日。

问题。那么在法律意义上,技术中立到底是否成立呢?

二、并不中立的技术与多余的法概念:中立帮助行为

技术有其自身的发展模式和逻辑,因此能够成为服务人类社会的可把握的和可依赖的工具,这是技术的客观面向。这就像科学活动本身,它要求科学家实事求是、理性地处理感性材料,在进行科学探索的过程中必须抛开人类的兴趣、情感、利益等主观偏好,所取得的科学成果本身不涉及任何“好”或“坏”的价值判断。这种纯粹的客观存在价值上是中立的,准确地说是无涉价值。但是同时,技术既是人为的,又是为人的。技术并非独立于人的精神世界,而是要服务于人的目的理性活动,没有社会需要的技术并不是理想的技术,因此,技术必然具有社会属性。技术一旦进入社会领域,就必然被社会制度、社会组织和社会群体的各种利益、诉求和价值判断所形塑(郑玉双,2018)。如果技术只具有本身的客观属性,就并不会产生法律实践上的困难,真正引发争议的正是技术的社会属性和价值属性(陈景辉,2015)。“快播案”中主张的“技术无罪”仅仅是提出了技术作为工具理性最单薄的一面——技术的客观面向,而没有触及技术的社会属性和价值属性。

因此,对于法律而言,讨论技术中立问题,有意义的是技术中立的价值判断,只有通过价值判断才能完成行为人是否需要承担责任的规范评价——主体关于一定客体有无价值、有什么价值、有多大价值的判断。(孙伟平,2000, pp. 147—148)对于评价判断来说,结论只有正价值和负价值,没有位于正负之间的中立的价值。如果一定要得出价值中立的结论,那么所谓的中立就是没有负价值,属于正价值。也就是说,“对责任的理解可以界定技术中立的含义,而不是技术的客观属性豁免了责任”(郑玉双,2018)。在当代科学的发展中,伦理道德的评价亦不可能可有可无,如在遗传学的研究中,基因的复制和重组、核理论的研究等都已导致价值评价成为科学探索的必要部分。国际互联网协会(ISOC)新近发布了题为《通往数字化未来之路》(Paths to Digital Future)的报告,提出未来互联网十项原则,其中第一项即是“技术的发展和应用必须由人类价值观推动”,要求人们必须通过公开讨论就新兴技术使用的道德标准和规范达成一致;道德考量应当进入新技术的设计和开发中;相关行业也应当将道德审查纳入新兴技术的商业决策。^①

^① 参见腾讯研究院公众号《国际互联网协会(ISOC)提出未来互联网十项原则》,2018年3月31日。

《中华人民共和国刑法修正案（九）》设立“帮助信息网络犯罪活动罪”后，刑法学界学者发声：对提供网络技术支持的中立行为进行定罪的法理依据不足，修法是否妥当值得推敲。（周光权，2015）此前，也有学者指出：“为互联网提供接入服务的不应构成犯罪，提供网络平台服务的网络运营商，通常也不用承担网络帮助犯的责任”（陈洪兵，2008）。对被广泛讨论的“中立帮助行为”^①，国内外主流观点认为应当采取限制可罚的态度，也就是说，一部分中立帮助行为是合法的，另一部分中立帮助行为则是可罚的，中立帮助行为理论的要义就是要在可罚与不可罚之间寻求一个规范的标准。如我国学者对中立帮助行为的描述：“这类通常无害但客观上促进了他人犯罪行为及结果的行为……如果一概作为帮助犯加以处罚，难免导致公民行动的萎缩……原则上不成为帮助犯已经成为了共识”（陈洪兵，2017）；“应当指出，中立帮助行为在性质上属于犯罪的帮助行为，只不过与一般的帮助行为相比，具有中立性，但也不是只要属于中立的帮助行为就可以排除该行为的犯罪性”（陈兴良，2017）；“中立帮助行为是否一律构成正犯的帮助犯……我国讨论并不多……一般都立足于限定说的宗旨”（黎宏，2012）。这样一来，中立帮助行为本身也就成了一个模棱两可的概念：既可罚又不可罚。法律属于价值判断的范畴，一个法律意义上的概念竟然包含截然对立的价值判断是不可思议的。

应该承认的是，中立帮助行为概念本身的确可以为我们勾勒出一类具有一定特殊性的帮助行为的观念形象，有助于提示我们，对于那些客观上为正犯提供了便利，和正犯结果具有因果关系，主观上又多多少少知道正犯的行为的帮助者，不能径直认定为帮助犯，而应考虑日常生活行为、职业行为、业务活动的惯常性、一般性、反复性，保持谨慎入罪的态度。总之，中立帮助行为的讨论目的在于避免帮助犯的范畴过度扩张，然而其意义也止步于此。

因此，技术的价值并不中立，使用技术的行为也不中立，对于法律来说，有意义的只是正价值或者负价值，没有中立价值，对于网络传播服务者提供技术的行为来说亦然。

① 指的是那些从外观上看起来和人们正常的、通常的业务行为、职务行为、生活行为等一样，但在客观上又对他人的犯罪提供了帮助的行为。德日刑法理论上将这类行为称为“外部的中立行为”“日常行为”“职业典型的行为”“职业上相当性的行为”“习惯的业务活动”“日常的行为”“中立的行为”等；我国台湾学者和大陆学者称之为“中性帮助行为”“日常生活的中性行为”“外部无害的‘中立’行为”“日常生活行为”等。

三、网络传播服务提供者类型化的法律义务边界

网络传播服务提供者的责任肇始于版权领域,经历了扩大到知识产权领域,再推广到整个民事侵权领域,最后及至刑事领域的过程。在这个过程中,网络传播服务提供者的类型也在不断演变、升级。当评价网络传播服务提供者的责任,勾勒其义务边界时,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(陈兴良,2016,p.193),这也是中外规制网络服务提供者责任的通行做法。控制可能性是网络传播服务提供者承担相应责任的前提,控制可能性的主要依据来源于技术类别。

(一) 内容服务提供者:义务边界和线下相同

内容服务是指网络传播服务提供者自行发布信息的行为。网络信息资源是可以通过网络利用的各种信息资源的总和。自行发布信息的网络传播服务提供者,对于发布的信息担责任,和线下处理方式相同。自行发布信息包括自己创造的信息和介入不属于自己的信息。于后者,尽管信息源并非来自网络传播服务提供者,但网络传播服务提供者在提供技术服务时,实施了额外的行为,提供了额外的服务,或施加了额外的影响,如选择、编辑、修改、推荐等,其行为可谴责性的重点便以积极作为的形式呈现出来,由此进入了内容服务的范畴。其中的判断重点在于网络传播服务提供者的行为是否在根本上改变了其在传播服务过程中所扮演的角色。

魏则西事件^①带来的疑问则是:百度公司的竞价排名或付费搜索到底是仅仅基于技术的网络信息搜索服务还是广告服务?在域外,2013年澳大利亚竞争与消费者委员会诉谷歌一案中,谷歌取得了里程碑意义的胜利。澳大利亚高等法院裁定,谷歌并没有参与赞助商链接的误导行为,并且不需要对付费广告商所传达的信息负责。^② 尽管如此,谷歌后来仍改变了在澳大利亚搜索页面中展示赞助商链接的方式,并在搜索结果顶部明确标记出广告字样。对于竞价排名、付费搜索服务的性质,学界并没有形成统一的意见;提供竞

^① 2016年4月12日,西安电子科技大学21岁学生魏则西因滑膜肉瘤病逝。他去世前在知乎网站撰写治疗经过时称,在百度上搜索出武警某医院的生物免疫疗法,随后在该医院治疗后致病情耽误。此后了解到,该技术在美国已被淘汰。参见搜狗百科,<http://baike.sogou.com/v143493707.htm?fromTitle=魏则西事件>,最后访问日期为2018年3月9日。

^② 参见凤凰科技:《谷歌在澳大利亚赢得广告官司:无需对付费广告商负责》,http://tech.ifeng.com/internet/detail_2013_02/06/22014713_0.shtml?_from_ralated,最后访问日期为2018年3月9日。

价排名或付费搜索的服务提供商并不是广告主，且对关键词的合法性审查是一项极为复杂的工作。本文认为，信息搜索的本质是基于算法的检索，这种算法是按照统一的标准，不区分特定对象的纯技术处理方式，其目的是为所有用户提供客观的检索结果。而竞价排名、付费搜索则以客户购买关键词费用的高低为标准对搜索结果进行了先后排序，人为干扰了信息搜索的进程，已经实质地改变了信息搜索的客观意义。

魏则西离世后3个月，我国工商总局公布《互联网广告管理暂行办法》，该暂行办法自2016年9月1日起施行。根据该办法，互联网广告包括推销商品或者服务的付费搜索广告；互联网广告应当具有可识别性，对“广告”进行显著的标示；付费搜索广告应当与自然搜索结果明显区分。

（二）技术服务提供者：屏蔽、断开义务和通知、移除义务

技术服务是指网络传播服务提供者为他人的信息传播单纯提供技术帮助的行为，并不介入他人的信息发布。包括基础网络服务、信息定位服务、信息存储服务。

基础网络服务包括网络提供、接入或自动传输服务、缓存服务。这些服务是为了帮助用户接入网络、传输数据或提高信息访问效率，被动地根据服务对象的指令进行操作。（司晓，2018）网络提供实现了互联网通道的开启，接入和自动传输发挥通道的作用，为用户的上网活动提供了基本的硬件支持。缓存服务是网络接入、自动传输服务的延伸，其工作原理是将需要频繁访问的网络内容存放在离用户较近、访问速度更快的系统中，以有效提高网站访问速度和整体性能，具有临时性、即刻性的特征。缓存服务仍然是一种自动的技术服务，和网络提供、接入和传输一样，都是不区分内容而普遍提供的。网络提供、网络接入和自动传输具有纯正的“通道”性质，此类网络服务提供者没有技术上的可能性去接触和甄别网络上的具体内容；如果因非法行为的发生，需要停止网络服务，也只能采取断网方式停止传输，不能实现针对非法行为的精准操作。因此，其义务边界仅限于接到监管部门通知后的屏蔽、断开义务，应当免于承担刑事责任和侵权责任。

“快播案”即涉及缓存服务的问题。实务界人士曾专门撰文分析了这种实质性介入传播的缓存技术原理（范君，2017）。分析认为，传统的P2P传播提供点对点的传输，传输技术本身只起到了为用户的传输提供通道的作用，

是一种“帮助传输行为”；快播公司的 P2P+CDN^① 模式则以缓存服务建立了内容“仓库”，以点播次数决定了“仓库”内容的来源，再以内容分发系统向用户提供了淫秽视频，从而从根本上改变了“帮助传输行为”，成为“参与传输行为”，是一种作为的传播方式。本文认为值得商榷。论者形象地展现了 P2P+CDN 模式的技术原理，实质上却反证了快播公司的缓存技术服务性质。因为以上建立仓库存储热门视频、分发热门视频的过程本来就是缓存和 CDN 的技术原理。如果将视频比喻为工具，网络比喻为仓库，那么缓存就是根据人们的使用频率将经常需要用的工具从仓库里拿出来放到工具桌上，方便大家使用；CDN 技术则缩短了下一个用户使用这些工具的时间。快播的工具桌上大量存在淫秽视频，也是技术的必然结果，因为淫秽视频、盗版视频等不法视频恰好就是用户点击率最高的视频。这不是人为的选择，而是算法的结果。法院判决中使用的“抓取、拉拽”等词汇对缓存技术进行了拟人化的描绘，但依然是对技术原理的阐述。因此，本文认为，快播公司及王欣等人的可谴责性责任并不在缓存或 CDN 技术，而是后文将提到的平台责任：对于其构建的视频服务网络平台的安全保障义务。快播公司提供视频软件，以中心调度服务器和缓存调度服务器加速、方便了用户对视频的下载和观看，进而通过广告植入、第三方软件等间接获利，是典型的互联网平台商业模式。该案中还存在一个颇值得回味的情况：托管缓存服务器的北京网联光通技术有限公司由于“不具备审查缓存服务器内存储内容合法性的能力”^②，不承担刑事责任。其实在该案中，北京网联光通技术有限公司才是真正的缓存服务提供者。

信息定位服务是根据用户提交的关键词或目录，为用户提供信息检索服务，并以链接的形式为用户展示搜索结果，帮助用户定位到需要的信息页面的行为，主要方式包括链接和搜索。（司晓，2018）由于链接包括浅层链接、深层链接、加框链接、嵌入式链接等多种类型，搜索也有空白搜索、目录索引等方式，其提供的并不是一个单一而清晰的结果，扑面而来的海量搜索结果和无限延伸的超链接是对现代人的信息获取力的挑战。（胡易容，2016）在

① CDN 的全称是 Content Delivery Network，译作“内容分发网络”。参见百度百科 <https://baike.baidu.com/item/CDN/420951?fr=aladdin>，最后访问日期为 2018 年 3 月 10 日。在“快播案”中，缓存的主要作用是当点播次数达到一定标准后，自动提取、暂时性存储热门视频，然后通过网络分发系统，根据到用户的距离和响应时间等综合信息将用户的请求重新导向离用户最近的服务节点上，使用户可就近取得所需内容，解决网络拥挤的状况，提高用户访问网站的响应速度。

② 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。

具体判断网络服务提供者的控制能力时，需要依据具体的服务方式。如目录索引并不是全网搜索，而是由网络服务提供者编辑好主题分类目录展现给用户，在一定程度上体现了网络服务提供者的意图，因此其注意义务较空白搜索更高。和基础网络服务相比，信息定位服务由于可以监控到用户去到的页面，技术控制能力更高。

信息存储服务包括宿主服务或主机服务、云存储服务。宿主服务或主机服务提供服务器，通过这种服务器，数据不仅被传输，也被存储，包括虚拟主机和主机托管。虚拟主机是建站方自己编写网站代码，并上传到租用的服务商已有的服务器上运行，服务商负责服务器软件系统和硬件系统的正常运行；主机托管是企业自己购买服务器主机，但把主机交由服务商托管，在服务商提供的机房中进行管理和维护（谢印成，2010），可以形象地将其比喻为主机“托儿所”。在信息存储服务中，宿主服务或主机托管服务的控制能力是比较低的，服务商的业务主要是主机硬件和软件、机房设施的维护，并不承担主机存储内容的监控责任。云存储的技术特点则使得云提供商能更为容易地掌握用户的信息。在不少云服务格式合同中，云提供商对于用户信息的使用还规定了霸王条款，要求用户同意云提供商使用其照片、视频剪辑等，如谷歌的规定是“当您上传内容或其他方式向我们的服务提交内容时……允许谷歌使用、持有、存储、复制、修改、创建衍生作品、传播、出版、公开演示、公开展示或分发此类内容”。（彭江辉，杨婷洁，2013）因此，云存储服务的注意义务应当是技术服务中相对较高的。

信息定位和存储服务提供者既没有技术能力，也没有法律上的判断能力，以对海量信息进行筛选和判断；如果要求信息定位和存储服务提供者对他人的搜索行为、存储的信息进行审查，也有侵害他人言论自由与隐私的危险。不过，因技术上有移除不法信息的可能性，在收到监管部门通知后，信息定位和存储服务提供者有采取移除等措施避免损失扩大的义务；如果遵循了通知，履行了移除义务，也应当免于承担刑事责任和侵权责任。

2015年10月15日，国家版权局颁布《关于规范网盘服务版权秩序的通知》，规定网络云盘服务商“应当建立必要管理机制，运用有效技术手段，主动屏蔽、移除侵权作品，防止用户违法上传、存储并分享他人作品”。同年，在乐动卓越公司诉阿里云公司侵犯信息网络传播权一案中，法院认为，阿里云作为服务器提供者，虽然不负有事先审查被租用的服务器中存储内容是否侵权的责任，但负有通知—删除义务，而阿里云未履行该义务，应当承担侵

权责任,赔偿乐动卓越公司经济损失和合理费用约 26 万元。^①

(三) 平台服务提供者: 基于控制力的安全保障义务

20 世纪 90 年代以来,平台模式在社会经济中迅速崛起。随着数字技术的不断发展,尤其是数据智能、网络协同、云计算能力等的不断升级迭代,平台规模不断扩大,已经成为数字经济时代的主要组织形式。

平台是将两个或者更多有明显区别但又相互依赖的利益群体整合在一起,并为之提供共同的解决方案,以降低交易成本,提高网络价值的制度安排形式。(崔晓明,姚凯,胡君辰,2014)作为更为复杂的一类服务主体,平台在信息制度安排、参与的信息主体、信息内容、时空样态、法律属性方面都具有和内容服务、技术服务显著不同的特征。在信息制度上,平台是一种和传统企业不同的组织制度形式,它提供平台规则,资源在协商互动的规则下自由流动,开放共享,异质性参与主体能够得到共同的解决方案,多边群体因此联结,进而实现相互满足。在信息主体上,平台的“平坦性”决定参与主体多元化。如在网络交易平台中,平台的参与主体除平台运营者外,还有企业、消费者、平台互补者^②;在媒体类平台中,除平台运营者外,有新闻发布者、听众、广告商;在游戏平台中,除平台运营者外,有游戏产品提供者、玩家、广告商;等等。在信息内容上,平台能够提供个性化的信息技术和服务内容,业务功能多样化。由于竞争平台的存在,终端顾客和供应商多归属性、多平台栖息现象比较普遍,为了吸引足够多的客户驻留平台,最大限度地发挥平台的服务功能是平台服务提供商生存和发展的关键。(王生金,2015)于是,匹配需求的、个性化的、多功能的、创新的信息技术和服,是平台经济增长点的核心要素。在时空样态上,因网络效应^③产生的海量用户黏性,平台服务提供者、用户和网络空间构成统一整体。在这个统一的整体中,平台服务提供者、用户、网络空间之间借助能量流动、物质循环、信息传递和价值流动,相互影响、相互制约,并在一定时期内处于相对稳定的动态平衡状态,最终形成网络生态系统。在法律属性上,法律关系多层次、

^① 参见“国内首例云服务器厂商被诉侵权案解读”,电子商务研究中心, <http://www.100ec.cn/detail-6400982.html>, 最后访问日期为 2018 年 3 月 10 日。

^② 除了卖方,平台市场中还有一些组织直接或间接地为平台提供服务,如为 iPhone 平台提供网络带宽 AT&T 公司,这类组织称为平台的互补者。(郑称德,于笑丰,杨雪,吴宜真,2016)

^③ 一边市场群体规模扩大会影响到另一边市场的平台使用价值,该现象被称为间接网络效应或者跨边(跨群、跨市场)网络效应,国内学者也称之为交叉网络效应。(郑称德,于笑丰,杨雪,吴宜真,2016)

多性质。(杨立新, 2016)

根据平台的以上特征, 较之内容服务和技术服务, 平台显然兼具内容服务和技术服务两类行为, 已去掉了以往工具性和非参与性的特征, 不但提供技术支持, 还规定活动主题, 制定交往规则, 以各种方式积极推动网络平台上交往的频繁进行和规模递增, 乃至引导、帮助网络用户作出各种选择(刘文杰, 2012)。

进入 21 世纪以来, 德国联邦最高法院在多个判决中肯定安全保障义务同样存于网络空间。安全保障义务着眼于“开启、参与社会交往”和“给他人权益带来危险”两项事实。(申屠彩芳, 2014, p. 32) 我国侵权法的安全保障义务则是在一定程度上借鉴德国法和欧洲侵权法理论, 为当事人创设的另一种请求权。安全保障义务在我国侵权法上属于补充责任的一种(王竹, 2009, pp. 184-187), 对于提供平台服务的网络传播服务提供者法律义务边界的讨论具有重要启示意义。

由于安全保障义务理论的法理是注意成本应该分配给危险的制造者和保有者以及因特定危险而获得利益者, 因此安全保障义务并不受介质的局限。在很多情况下, 平台网站甚至比一座建筑物的管理人对活动介入得更深, 因此应当承担安全保障义务。具体场合中网络服务提供者应尽到怎样的安全注意义务, 则属于个案问题, 需结合案件具体情况——网络传播服务提供者在每一个场景中具体的控制能力——个别地确定。(刘文杰, 2012) 安全保障义务理论既体现了过错理论、收益风险均衡理论、控制力理论中的基本思想, 也包含了正义的要求, 是网络传播服务提供者归责的正当化理由。(申屠彩芳, 2014, p. 33) 具体涉及的安全保障义务包括事先的如过滤软件安装义务、身份识别义务、通知义务、删除或封锁不法内容的义务、算法披露义务、报告违法行为的义务、协助执法的义务以及自我规范的义务等, 违反相关义务可能承担民事、刑事责任。

不过, 在安全保障义务承担的限度上, 由于网络传播服务提供者毕竟是间接行为人, 因此在责任的承担上应当有所限制。网络传播服务提供者承担的责任并不是道义责任, 而是功能责任, 其背后有深刻的经济政策原因。经济新常态不同于旧常态的地方在于协调和共享(姜涛, 2016), 因此公共政策和以此为基础的法律规则的标准应当以社会公益和社会福利为基准。当网络用户利用网络传播非法信息时, 一是根据损失的合理分摊, 当直接行为人应当承担责任且可被发现时, 不应当追究网络传播服务提供者的责任; 二是根据责任能力, 当直接行为人具有承担刑事责任的能力时(如有实力的经济

体), 不应当追究网络传播服务提供者的责任; 三是根据管道治理责任, 对“闸门”的掌控力和网络传播服务提供者承担责任的可能性成正比, 网络传播服务提供者承担社会责任和预防可能性成反比(高磊, 2017)。

“媒介即讯息”, 数字技术已经改变了人类自身和生存其中的社会结构(纪莉, 2003), 数字时代, 传播媒介的发展如何重塑人们对时间和空间的认知? 正如康德所言, 实践理性并不能直接改变“真”, 但实践理性却可以通过行为主体的目的性, 通过自由意志的选择而作用于“真”, 使“真”成为“善”。(高兆明, 2003) 那么, 由人类制造的技术也应当实现真与善、技术与责任的统一。技术的使用必然要受制于责任, 并在责任意识中不断规范自身的发展。

引用文献:

- 陈洪兵 (2008). 中立的帮助行为. 中外法学, 6, 931-957.
- 陈洪兵 (2017). 论中立帮助行为的处罚边界. 中国法学, 1, 189-208.
- 陈景辉 (2015). 面对转基因问题的法律态度——法律人应当如何思考科学问题. 法学, 9, 118-128.
- 崔晓明, 姚凯, 胡君辰 (2014). 交易成本、网络价值与平台创新——基于 38 个平台实践案例的质性分析. 研究与发展管理, 3, 22-31.
- 陈兴良 (编) (2016). 刑事法评论·犯罪的阶层论. 北京: 北京大学出版社.
- 陈兴良 (2017). 快播案一审判决的刑法教义学评判. 中外法学, 1, 7-28.
- 范君 (2017). 快播案犯罪构成及相关理论问题: 从技术判断行为的进路. 中外法学, 1, 29-50.
- 高磊 (2017). 论 P2P 共享服务提供者的刑事责任——以快播案为视角. 环球法律评论, 5, 81-96.
- 高兆明 (2003). 技术祛魅与道德祛魅——现代生命技术道德合理性限度反思. 中国社会科学, 3, 42-52, 206.
- 胡开忠 (2017). 屏蔽网站禁令的制度分析及对我国的启示. 法学, 3, 117-129.
- 胡易容 (2016). 宏文本: 数字时代碎片化传播的意义整合. 西北师大学报 (社会科学版), 5, 133-139.
- 纪莉 (2003). 论麦克卢汉传播观念的“技术乌托邦主义”——理解麦克卢汉的新视角. 新闻与传播研究, 1, 38-44.
- 姜涛 (2016). 经济新常态与经济刑法体系创新. 法学, 7, 36-46.
- 黎宏 (2012). 论中立的诈骗帮助行为之定性. 法律科学 (西北政法大學学报), 6, 146-152.
- 刘文杰 (2012). 网络服务提供者的安全保障义务. 中外法学, 2, 395-410.

- 梁志文 (2011). 云计算、技术中立与版权责任. 法学, 3, 84-95.
- 彭江辉, 杨婷洁 (2013). 云服务格式合同的应用问题 and 对策研究. 科技与法律, 6, 10-20.
- 司晓 (2018). 网络服务提供者知识产权注意义务的设定. 法律科学 (西北政法大学学报), 1, 78-88.
- 申屠彩芳 (2014). 网络服务提供者侵权责任研究. 杭州: 浙江大学出版社.
- 孙伟平 (2000). 事实与价值. 北京: 中国社会科学出版社.
- 王生金 (2015). 基于类型学的平台模式特征与共性. 中国流通经济, 7, 41-47.
- 王竹 (2009). 侵权责任分担论——侵权损害赔偿责任人分担的一般理论. 北京: 中国人民大学出版社.
- 徐伟 (2013). 网络服务提供者侵权责任理论基础研究. 博士学位论文. 长春: 吉林大学.
- 谢印成 (2010). 基于虚拟主机模式下中小企业电子商务平台建设策略研究. 中国管理信息化, 10, 105-109.
- 杨立新 (2016). 网络交易法律关系构造. 中国社会科学, 2, 114-137, 206-207.
- 周光权 (2105). 网络服务商的刑事责任范围. 中国法律评论, 2, 175-178.
- 郑称德, 于笑丰, 杨雪, 吴宜真 (2016). 平台治理的国外研究综述. 南京邮电大学学报 (社会科学版), 18 (3), 26-41.
- 郑玉双 (2018). 破解技术中立的难题——法律与科技之关系的法理学再思. 华东政法大学学报, 1, 85-97.

作者简介:

悦洋, 四川大学法学院 2015 级刑法学博士研究生, 四川大学法学院党委副书记兼纪委书记, 讲师。

Author:

Yue Yang, Ph. D. candidate of criminal law, lecturer and deputy secretary of Party Committee, Law School of Sichuan University.

Email: 397835008@qq.com.