

快播案一审判决的刑法 教义学评判

陈兴良*

摘要 快播公司传播淫秽物品牟利案的一审判决认定被告单位快播公司及王欣等人构成传播淫秽物品牟利罪,并对裁判理由做了阐述。快播公司之所以构成犯罪,首先在于其经营模式决定了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。因此,快播公司对于网络存储的信息具有监管义务,但快播公司主管人员未能履行监管职责,导致淫秽视频在网上传播,并且两者之间存在刑法上的因果关系。这是一种不作为的传播,由此认定快播公司及其主管人员构成不作为的传播淫秽物品牟利罪。在《刑法修正案(九)》设立拒不履行信息网络安全管理义务罪以后,因为该罪与传播淫秽物品牟利罪之间存在竞合关系,仍然应当以传播淫秽物品牟利罪论处。

关键词 快播公司 网络安全监管义务 传播淫秽物品牟利罪

快播公司传播淫秽物品牟利案(以下简称快播案)的一审判决认定:“快播公司及王欣等被告人明知快播的网络服务系统被用于传播淫秽视频,但出于扩大经营、非法牟利目的,拒不履行监管和阻止义务,放任快播公司构建的网络服务系统被用于传播大量淫秽视频,具有明显的社会危害性和刑事违法性,对被告单位快播公司及各被告人应当依法追究刑事责任。”在此,一审判决认定被告人的传播行为是不履行监管而构成的不作为(阻止义务是监管义务的内容),主观上对淫秽视频的传播是间接故意,并具有非法牟利的目的(扩大经营是牟利的手段)。因此,快播公司及王欣等被告人的行为完全符合我国《刑法》第363条规定的传播淫秽物品牟利罪的构成要件。在以上定罪根据中,最值得关注的是对不作为的传播淫秽物品牟利行为的认

* 北京大学法学院兴发岩梅讲席教授。

定,由此成为互联网服务提供者因为不履行网络安全管理义务〔1〕而承担刑事责任的一个典型案例。本文拟在妥善界定快播公司的经营模式和主管人员的网络信息监管义务的基础上,对快播案一审判决的裁判理由进行刑法教义学的分析。

一、快播公司经营模式的性质

经营模式是指企业根据一定的经营宗旨,为实现企业的价值定位所采取的某种经营方式方法的总称。经营模式包含了这个企业的运作方式以及赢利路径等内容,是考察企业经营行为的一个重要切入口。同样,对于快播案进行刑法教义学的分析,也应该以快播公司的经营模式为视角展开。快播案的一审判决对快播公司的经营模式做了以下描述:

快播公司通过免费提供 QSI(QVOD Server Install,即 QVOD 资源服务器程序)和 QVOD Player(即快播播放器程序或客户端程序)的方式,为网络用户提供网络视频服务。任何人(被快播公司称为站长)均可通过 QSI 发布自己所拥有的视频资源。具体方法是,站长选择要发布的视频文件,使用资源服务器程序生成该视频文件的特征码(hash 值),导出包含 hash 值等信息的链接。站长把链接放到自己或他人的网站上,即可通过快播公司中心调度服务器(运行 P2P Tracker 调度服务器程序)与点播用户分享该视频。这样,快播公司的中心调度服务器在站长与用户、用户与用户之间搭建了一个视频文件传输的平台。为提高热点视频下载速度,快播公司搭建了以缓存调度服务器(运行 Cache Tracker 缓存调度服务器程序)为核心的平台,通过自有或与运营商合作的方式,在全国各地不同运营商处设置缓存服务器 1000 余台。在视频文件点播次数达到一定标准后,缓存调度服务器即指令处于适当位置的缓存服务器(运行 Cache Server 程序)抓取、存储该视频文件。当用户再次点播该视频时,若下载速度慢,缓存调度服务器就会提供最佳路径,供用户建立链接,向缓存服务器调取该视频,提高用户下载速度。部分淫秽视频因用户的点播、下载次数较高而被缓存服务器自动存储。缓存服务器方便、加速了淫秽视频的下载、传播。

一审判决把快播公司的这一经营模式称为网络服务系统,由此完成了对快播公司经营模式性质的认定。应该说,对快播公司经营模式性质的认定,主要是一个事实问题,这是对快播公司定罪的基础。

从一审判决认定的事实来看,快播公司并非只是单纯提供网络播放器。如果只是提供网络播放器,快播公司不能控制他人利用播放器观看淫秽视频。那么,基于技术中立原则,快播公司确实不应当对淫秽物品传播的后果承担刑事责任。根据一审判决认定的本案事实,快播公司的经营模式决定了它并不是如同自己所宣称的那样,只是软件技术提供商。快播公司基于 P2P 原理开发了 QVOD 视频播放器(简称 QVOD)。QVOD 除了具备常规的视频播放功能之外,还可以针对广泛分布于互联网上的视频种子进行在线播放。当终端用户观看在线视频时出现卡顿现象,或者某些视频因点击量高而成为热门视频时,快播公司的缓存服务器便自

〔1〕 本文在相同意义上使用网络安全管理义务和网络信息监管义务这两个概念。

动将视频文件下载存储起来,用户可以直接从快播公司的缓存服务器下载观看。因此,缓存服务器就成为视频资源站。为了确保在线片源的不断丰富,快播公司研制开发了便捷易用的建站发布视频工具软件 QSI。通过使用 QSI 建立一个视频站点,可以上传视频资源,这些视频发布者被称为站长。快播公司通过服务器对站长上传视频、用户观看视频、用户分享视频、采集用户观影特征并分析、调度选择和优化网络等进行处理。由此可见,快播公司在提供视频软件技术的同时,还利用该技术建立了一个视频发布、传播和分享的平台。正是通过这个平台聚集的流量,快播公司通过广告等方式得以牟利。在这种情况下,快播公司正如一审判决所认定的那样,已经成为一个网络服务系统的管理者。确切地说,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。

根据一审判决的认定,在快播公司经营过程中,以下事实需要予以重视:①快播公司的 QVOD 视频播放器,该播放器具有在线视频播放功能。因此,快播公司提供在线播放的网络服务。②快播公司的缓存服务器具有自动将视频文件下载存储功能,用户可以直接从快播公司的缓存服务器下载观看。因此,快播公司提供对用户播放的视频资源提供缓存的网络服务。③快播公司的发布视频工具软件具有上传视频资源功能,快播公司对上传的视频资源进行后期处理。这就是一审判决所认定的快播公司利用视频软件技术建立了一个视频发布、传播和分享的平台,在这个网络平台上可以实现视频播放、缓存、接收上传、提供下载。显然,快播公司作为这个网络平台的创立者具有对网络信息内容的监管义务。

在本案中,快播公司的经营模式对于传播淫秽物品牟利罪的认定具有十分重要的意义,它也直接决定了对于快播公司能否适用技术中立原则。在本案审理过程中,被告人及其辩护人以其技术无罪为辩解,^{〔2〕}这里的技术无罪其实是以技术中立原则为根据的辩解理由。例如,辩护人指出:“快播公司提供的是技术服务,没有传播、发布、搜索淫秽视频行为,也不存在帮助行为;快播技术不是专门发布淫秽视频的工具,而是提供缓存服务以提高网络传输效率,为用户提供 P2P 视频点播技术服务;基于技术中立原则,对快播公司的行为应适用避风港原则,快播公司不应为网络用户传播淫秽物品承担刑事责任。”在刑法理论中存在中立的帮助行为的法理,技术中立原则借助于中立的帮助行为法理就形成了所谓中立的技术帮助行为的概念,对此值得深入探讨。

技术中立原则,也称为避风港原则,这项原则是美国联邦最高法院在 1984 年的索尼案中提出来的,该案是一起涉及版权侵权的案件。在索尼案中,美国联邦最高法院确立了实质性非侵权用途规则。这项规则实际上是从专利法中借鉴而来的,实质性非侵权用途规则的目的在于将帮助侵权的责任限制在一个合理的范围内,在保护知识产权人利益的同时,不至于妨碍技术的进步。也正是在实质性非侵权用途规则的基础上,产生了技术中立原则。

那么,索尼案确立的技术中立原则是否可以适用于快播案呢?对此,我们应当从索尼案的案情出发,对技术中立原则的内容进行考察。

在上个世纪 80 年代,索尼公司生产和销售 Betamax 录像机,该录像机具有以下特点:①边看电视边录像。同时看某个电视频道而录制另一个频道是可以的;②定时录像。在家或不在家都可以录制固定时间固定频道的电视;③忽略广告。人在场时录制电视可跳

〔2〕 本案被告人在第一次庭审时提出技术无罪的辩解,但第二次庭审时不再坚持这一立场。

过广告只录制想看的节目；④录像带可独立本机多次使用。索尼公司生产和销售的该款录像机对原告，即版权所有者造成了重大利益损失，例如，因为该录像机的流行而使得版权所有者的录像带市场受到严重冲击。因此原告诉索尼公司协同侵权（contributory infringement），理由是录像机用户录制电视中播放的版权作品，侵害了原告的版权，而索尼公司要对销售录像机提供侵权手段并且通过广告鼓励这种行为承担侵权责任。这里的所谓协同侵权，是一种间接侵权。

美国联邦地区法院驳回了原告的诉讼请求，原告不服上诉，上诉法院改判，索尼公司继续上诉，美国联邦最高法院以五票赞成对四票反对，再次驳回原告的诉讼请求。美国联邦最高法院提出了以下三个裁判理由：①从制定法的角度，版权保护完全是由制定法规定的，在法律未予明确指引的情况下，法庭必须慎重解释由制定法设立的权利范围。任何个人因合理使用都可复制版权作品，对此版权所有者不具有如此广泛的排他性权利。②从判例的角度，在指出原告所引先例不适合本案，并指出没有其他先例使索尼公司承担间接侵权责任后，美国联邦最高法院裁定，这种复制设备的销售像其他商品销售一样并不构成协同侵权，如果这种产品被广泛用于合法的、令人难以反对的目的，或者其非侵权使用的确仅仅是一种可能的情况。③从事实的角度，美国联邦地区法院的记录和裁定表明，第一、相当数量的非收费电视上的版权作品的所有者都不反对先录后看，法庭称为时间转换（time-shift）；第二、这种时间转换的使用方式不可能给原告的版权作品的潜在市场或者价值造成重大（nonminimal）损害，而且原告也没有权利禁止其他版权所有者授权同意这种时间转换的使用方式，并且甚至对原告版权作品节目在未经授权同意的情况下，在家庭内的时间转换使用方式也是合理使用。因此，美国联邦最高法院驳回原告的诉讼请求。^{〔3〕}

索尼案是一起知识产权的侵权案件，原告指控索尼公司协同侵权。与其说是间接侵权，不如说是帮助侵权，即侵权的帮助行为。美国联邦最高法院对索尼案的判决，限制了帮助侵权的责任范围。可以说，索尼案确立的实质性非侵权用途规则作为一种抗辩事由，具有保障技术提供者的意义。当然，这里涉及版权所有者和技术提供者之间的利益平衡问题。此后，美国联邦最高法院又通过一系列判例对上述实质性非侵权用途规则做了某些限定。其中，限定之一就是：产品的提供者有没有能力发现并阻止他人实施侵权行为是可否得到免责的关键。如果某类产品存在某种潜在的非法的、侵权的用途，对他人的利益受损构成威胁，并且，产品的提供者有能力采取某种措施来制止侵权的发生或将其危害后果降低到社会可容忍的范围内，但其并没有采取防范措施，而是听任违法事件的发生，那么，其无资格基于实质性非侵权用途规则而免责。^{〔4〕}

就快播案的性质而言，这是一起网络传播淫秽物品的案件。假设传播的不是淫秽物品而是侵权物品，则同样存在是否适用索尼案而确立的实质性非侵权用途规则的问题。然而，我们可以确定，快播公司的经营模式与索尼案是完全不同的，这也正是快播案不能

〔3〕 蔡新华：“索尼案的判决理由简析”，http://article.chinalawinfo.com/ArticleHtml/Article_22200.shtml，最后访问日期：2016年12月25日。

〔4〕 周雪峰：“‘技术中立’原则及其适用限制”，<http://star.news.sohu.com/20160909/n468029736.shtml>，最后访问日期：2016年12月25日。

适用技术中立原则的一个决定性因素。索尼案是生产和销售 Betamax 录像机,这是一种极为传统的销售模式。用户因购买而与索尼公司发生商业上的联系,这是一种购销关系。用户购买产品以后如何使用,这是索尼公司所不能控制的。也就是说,如果用户使用从索尼公司购买的录像机从事版权的侵权活动,对此索尼公司并不承担责任。当然,如果索尼公司生产和销售的录像机本身就具有这种版权侵权的功能,则索尼公司的产品要对该版权侵权行为承担责任。因此,美国联邦最高法院在索尼案中确立的实质性非侵权用途规则,即只要该录像机并不是专门性的版权侵权工具,而是具有实质性的非侵权用途,则可以免除索尼公司对他人版权侵权的帮助责任。我们将索尼公司的经营模式与快播公司的经营模式进行比较,就可以看出两者是完全不同的。就在互联网上提供播放而言,单纯提供视频播放器,用户根据自己的需求使用播放器,则这种模式与索尼公司的销售模式相同:网络播放器的提供者和索尼公司一样,都不能对使用者的行为进行控制,因此对其违法行为不能承担责任。在这个意义上,技术中立原则同样是适用的。但快播公司的经营模式已经使其成为一个互联网信息系统而不再是单纯的网络播放器的提供者。

我国学者在论及网络平台提供服务商的责任时,提出了 P2P 服务提供行为原则上不应受罚的观点,指出:

近年来,兴起可供他人直接从电脑搜索并下载所需档案的所谓点对点(Peer to Peer, P2P)的软件传输与相关服务。会员利用 P2P 网络经营者提供的软件和相关服务能够通过上传和下载的方式互相享用各自拥有的档案资料,可谓互通有无。问题是:上传或者下载的档案可能侵犯他人著作权。尽管 P2P 网络经营者并没有直接侵犯他人著作权,但其提供的软件和相关服务客观上为会员侵犯他人著作权提供了帮助,其经营行为是否构成侵犯著作权罪的帮助犯? P2P 网络经营者并不直接提供下载的音乐等作品,而只是为会员相互直接上传、下载档案提供软件和相关服务,所以其不是网络内容提供服务商,而是网络平台提供服务商。因此,作者的结论是:对于 P2P 服务提供行为,由于行为本身具有正当的业务行为性质的一面,不能认为这种行为具有直接促进正犯犯罪行为的风险,即这种风险还属于法律所允许的风险。会员利用这种服务从事侵犯著作权犯罪的行为,完全属于正犯的自我答责的行为领域。^[5]

我注意到,在以上论述中,作者区分了网络平台提供服务商和网络内容提供商,前者不对内容负责,而后者则应对内容负责。这里涉及相关人员的网络信息监管义务问题,我将在后文讨论。在此,我们需要对快播公司的经营模式进行判断,到底属于网络平台提供服务商还是网络内容提供商?快播公司宣称,其所提供的是 P2P 网络播放器的服务,因此属于网络平台提供服务商。一审判决认定:

本案被告单位快播公司,是一家流媒体应用开发和服务供应企业,其免费发布快播资源服务器程序和播放器程序,使快播资源服务器、用户播放器、中心调度服务器、缓存调度服务器和上千台缓存服务器共同构建起了一个庞大的基于 P2P 技术提供视频信息服务的网络平台。用户使用快播播放器客户端点播视频,或者站长使用快播资源服务器程序发布视频,快播公司中心调度服务器均参与其中。中心调度服务器为使用资源服务器程

[5] 陈洪兵:《中立行为的帮助》,法律出版社 2010 年版,第 234 页。

序的站长提供视频文件转换、链接地址发布服务,为使用播放器程序的用户提供搜索、下载、上传服务,进而通过其缓存服务器提供视频存储和加速服务。快播公司缓存服务器内存储的视频文件,也是在中心调度服务器、缓存调度服务器控制下,根据视频被用户的点击量自动存储下来,只要在一定周期内点击量达到设定值,就能存储并随时提供用户使用。快播公司由此成为提供包括视频服务在内的网络信息服务提供者。

在此,一审判决明确地将快播公司的经营模式界定为网络内容提供商,即网络信息服务提供者,而不是网络平台提供服务商,这就决定了对快播公司不能简单地适用技术中立原则。

在刑法理论上,存在中立的帮助行为的法理。在技术中立原则的基础上,我国学者引申出了技术中立的帮助行为以及网络中立行为的概念。为了正确理解技术中立的帮助行为和网络中立行为,我们首先需要对中立的帮助行为进行梳理。中立的帮助行为,也称为日常性行为,是指外观上的无害行为,例如生活行为、业务行为等,但在客观上对正犯行为、结果起到了促进作用的情形。应当指出,中立的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,其具有中立性。但并不能由此而产生误解,认为一个行为只要属于中立的帮助行为就可以排除该行为的犯罪性。事实上,绝大多数中立的帮助行为还是构成犯罪,只有极少部分中立的帮助行为才被排除在犯罪之外。

那么,如何划分中立的帮助行为是否构成犯罪的界限呢?对此,在刑法理论上存在各种学说,尤其以德国学说最为复杂。根据我国学者的梳理,德国存在以下三种学说:^{〔6〕}①主观说。主观说认为只要行为人对正犯的行为具有确定故意,就可以将中立的帮助行为认定为帮助犯。只有在行为人对正犯的行为具有不确定故意的情况下,才能对中立行为从可罚的帮助行为中排除。②客观说。客观说从客观上对中立的帮助行为的犯罪范围进行限制,或者根据帮助行为与正犯行为、结果之间的客观归责对中立的帮助行为的犯罪范围进行限制。客观说内部又可以分为社会相当性说、职业相当性说、利益衡量说、违法性阻却说、义务违反说、客观归责说。③折中说。折中说以罗克辛为代表。罗克辛虽然重视主观要素,但同样积极提倡客观归责论。其实,罗克辛主要还是主张主观说。罗克辛以主观说为基础,认为如果对正犯行为具有确定认识的,则中立的帮助行为具有刑事可罚性。对正犯行为具有不确定认识的,罗克辛认为应当根据信赖原则否定中立的帮助行为的刑事可罚性。^{〔7〕}因此,根据罗克辛的观点,只要明知他人犯罪而提供帮助,无论这种帮助行为是否具有中立性,都构成帮助犯。我认为,按照这一思路,刑事处罚的范围还是过于宽泛。即使在具有确定故意的情况下,还是应当考虑帮助行为在客观上是否属于违法阻却事由。如果一种帮助行为在客观上属于合法的民事行为,例如明知他人犯罪后欲逃跑仍然将所欠10万元债务归还,因而在客观上为他人逃避法律制裁提供了帮助。在这种情况下,归还债务是一种民事义务,如果仅仅根据行为人明知他人犯罪而认定为帮助犯,没有考虑到这种行为在民事上的合法性,使得一个公民因为履行民事义务而入罪,显然不妥。

技术的中立帮助行为,也可以称为中立的技术帮助行为,它与这里一般的帮助行为的不同

〔6〕 参见陈洪兵:“中立的帮助行为论”,《中外法学》2008年第6期,第932—948页。

〔7〕 参见(德)克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论(第2卷)》,王世洲译,法律出版社2013年版,第161页。

之处就在于:行为人是提供技术的中立帮助。不能认为,只要是提供中立的技术帮助就一定不构成犯罪。我国学者在论及快播案是否适用技术中立的免责事由时,指出:“技术中立的帮助行为不能成为快播案的抗辩理由,因为许多情况下技术中立的帮助行为能够构成犯罪。”对此,作者分为两个层面进行了分析:第一,技术中立的帮助行为可能构成共同犯罪行为;第二,技术中立的帮助行为可能构成实行行为。^{〔8〕}对于快播公司来说,并不是只要认定为技术的中立帮助行为就可以出罪。是否出罪,还是要严格根据法律规定和司法解释。对此,一审判决做了以下论述:

中立的帮助行为,是指外表上属于日常生活行为、业务行为等不追求非法目的的行为,客观上对他人的犯罪起到促进作用的情形。中立的帮助行为是以帮助犯为视角在共同犯罪中讨论中立性对于定罪量刑的影响,而实行行为不存在中立性问题。快播公司的缓存服务器下载、存储并提供淫秽视频传播,属于传播淫秽视频的实行行为,且具有非法牟利的目的,不适用于共同犯罪中的中立的帮助行为理论。辩方以行为的中立性来否定快播公司及各被告人责任的意见,不应采纳。

裁判理由将快播公司的行为直接认定为是传播淫秽物品牟利的不作为的实行行为,因此提出根本就不适用技术中立的帮助行为的结论。这一裁判理由当然具有一定的合理性,对于快播公司的传播淫秽物品行为在刑法中究竟是认定为不作为的实行行为还是帮助行为,这个问题尚需结合刑法规定和刑法理论进一步辨析。

相对来说,网络中立行为的探讨更切合快播案。^{〔9〕}网络中立行为是中立行为在网络领域的体现,因为网络具有不同于其他领域的特殊性。因此,网络中立行为是一个更为妥帖的概念。网络中立行为能否出罪,我认为不能简单地从主观上是否明知来进行判断,而是应当考虑到网络公司提供服务的性质。这里涉及法律对不同类型的网络服务商设定的不同义务,以及不同类型的网络服务商对于义务履行的可能性问题。

二、快播公司主管人员的监管义务

如前所述,网络服务商具有不同类型,因此承担的义务也就各自有别。对网络服务提供商的分类,在很大程度上是以技术可能性为基础的。德国学者指出:当评价网络服务提供商的责任时,任何分类探讨都必须首先对技术服务者行为的技术可能性进行分析。在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。在计算机网络上活跃的主体,应当根据控制可能性的不同,划分为以下三类承担不同功能的主体:①网络提供者(提供网络);②网络接入服务提供者(提供接入网络的通道);③宿主服务提供者(提供服务器,通过这种服务器,数据不仅被传输而且也被存储)。^{〔10〕}对于这三种网络服务商,法律

〔8〕 参见毛玲玲:“传播淫秽物品罪中‘传播’行为的认定”,《东方法学》2016年第2期,第68—76页。

〔9〕 在中立行为的类型化研究中,陈洪兵提出了网络中立行为的概念,但并没有对此进行定义式的论述。参见陈洪兵,见前注〔5〕,第230页以下。

〔10〕 参见(德)乌尔里希·齐白:“比较法视野下网络服务提供商的责任”,王伟华、吴舟译,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第37卷),北京大学出版社2016年版,第193页。

设定了不同的注意义务。在此,网络提供者和网络接入服务提供者就是我在前面所说的网络平台服务者,而宿主服务提供者就是网络信息服务提供者。以上两种服务商的性质不同,其是否承担对网络信息内容的监管义务,在法律设定上也就有所不同。

在此,值得借鉴的是欧盟共同体的《关于电子商务内部市场法律问题的指令》(以下简称《指令》)第12—15条对不同的网络服务商规定了不同的责任。第12条规定:在通讯网络中,单纯的信息传输行为不承担责任。这种单纯的信息传输是指网络接入服务提供者的业务,因此,网络接入服务商对网络信息内容没有监管义务。第13条对缓存服务作了特殊规定,认为缓存行为从技术角度来看属于存储,从功能性角度来看属于传输。这一条款的范围涵盖自动的、中介性的和短暂性的信息存储,这种存储的目的仅在于基于信息接受者的请求使信息的传输更加有效率。这种存储提供者在以下情况下免除责任:如果它没有修改信息,且遵守信息接入和信息更新的规定尤其是与工业标准相符合,并且在切实知晓传输的初始来源信息已被从网络中删除,访问通道已被禁止,或主管当局已下令消除或禁止时,迅速采取行动删除或者封锁信息的通道。第14条对宿主服务,即服务接收者所提供信息的存储活动,规定了一种责任的限制。这一条款适用的条件是,这一服务并不隶属于提供者控制和监管。换言之,如果这些信息隶属于宿主服务者控制和监管,则仍然要对信息内容承担责任。第15条是补充性规定,即第12条和第14条所规定的网络服务提供者,既没有一般性的监管其所传输后存储的信息的义务,也没有积极寻找不法活动的事实或者情形的义务。欧盟共同体的上述规定,对于我们厘清网络服务提供者的注意义务具有参考价值。从以上规定来看,欧盟共同体的《指令》对网络提供者、网络接入服务提供者和宿主服务提供者分别设定了不同的监管义务,并且这种义务又具有一定的限制。在设定义务的时候,一个重要的考量因素就是对于网络信息是否具有可控制性。只有在具有这种可控制性的技术前提的情况下,才能对网络服务提供商设立义务。与此同时,《指令》在设立义务的时候,还以网络服务的具体功能为根据。例如,提供存储活动包括临时存储,即缓存活动,在一定条件下仍然要对网络信息的内容承担责任。这种条件是指这一服务并不隶属于提供者控制和监管,换言之,这种控制和监管义务已经转移给网络服务商。

我国对网络服务商的分类不同于其他国家,例如以下分类就具有我国特点。我国学者把网络提供商分为:①网络接入服务商。网络接入提供商是指为网络运行提供通讯设备和上网服务的基础电信运营商。②信息存储空间服务商。信息存储空间服务商是指为用户提供网络上的存储空间,供用户上传信息的网络服务商。③搜索引擎服务商。搜索引擎服务商是指主动地收集网络上的信息并进行存储、分析和排序,建立关键字索引以供用户查询的网络服务商。^[11] 这些不同的网络服务商具有不同的监管义务。网络接入服务商因为对网络信息内容不具有控制性,因此不具有监管义务。而信息存储空间服务商对于存储的信息具有监管义务。

我国《信息网络传播权保护条例》对这种监管义务作了具体规定,这就是删除义务和断开链接义务。《信息网络传播权保护条例》第14条对删除义务作了以下规定:对提供信息存储空间或者提供搜索、链接服务的网络服务提供者,权利人认为其服务所涉及的作品、表演、录音录像制品,侵犯自己的信息网络传播权或者被删除、改变了自己的权利管理电子信息的,可以向该网络

[11] 参见宋哲:《网络服务商注意义务研究》,北京大学出版社2014年版,第4页。

服务提供者提交书面通知,要求网络服务提供者删除该作品、表演、录音录像制品,或者断开与该作品、表演、录音录像制品的链接。《信息网络传播权保护条例》第23条对断开链接义务作了以下规定:网络服务提供者服务对象提供搜索或者链接服务,在接到权利人的通知书后,根据本条例规定断开与侵权的作品、表演、录音录像制品的链接的,不承担赔偿责任;但是,明知或者应知所链接的作品、表演、录音录像制品侵权的,应当承担共同侵权责任。值得注意的是,《信息网络传播权保护条例》是以保护信息网络传播权为立法宗旨的,具有知识产权法的性质。违反上述义务,可能构成知识产权的侵权行为。如果构成犯罪,也是侵犯知识产权的犯罪。

对于网络淫秽物品的监管义务,在有关法律、行政法规和部门规章中都有明文规定。一审判决在对于快播公司的监管义务的认定中,就涉及这些规定。一审判决认定:

快播公司作为快播网络系统的建立者、管理者、经营者,应当依法承担网络安全管理义务。1997年公安部发布的《计算机信息网络国际联网安全保护管理办法》明确,任何单位和个人不得利用互联网传播宣扬淫秽、色情内容的信息,并且应当履行建立健全安全保护管理制度、落实安全保护技术措施等职责。2000年9月国务院发布的《互联网信息服务管理办法》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,不得复制、传播淫秽、色情信息。2000年12月《全国人民代表大会常务委员会关于维护互联网安全的决定》规定,对于在互联网上建立淫秽网站、网页,提供淫秽站点链接服务,或者传播淫秽影片、音像,构成犯罪的,依照刑法有关规定追究刑事责任。2007年国家广播电影电视总局、信息产业部发布的《互联网视听节目服务管理规定》进一步明确,互联网视听节目服务单位提供的、网络运营单位接入的视听节目应当符合法律、行政法规、部门规章的规定,视听节目不得含有诱导未成年人违法犯罪和渲染暴力、色情活动的内容。2012年施行的《全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的决定》第5条规定,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,采取删除等处置措施,保存有关记录,并向有关主管部门报告。在互联网产业迅速发展的今天,法律没有苛责互联网企业在其经营管理的网站上不允许出现任何违法或不良信息,但要求其严格履行网络安全管理义务,设置必要的监管环节,及时处置违法或不良信息。快播公司作为互联网信息服务的提供者,作为视听节目的提供者,必须遵守相关法律法规的规定,对其网络信息服务内容履行网络安全管理义务。P2P技术容易被利用于淫秽视频、盗版作品传播,这在行业内已经是众所周知的事实。监管淫秽视频以避免淫秽视频通过快播网络传播,不仅是快播公司作为网络视频信息服务提供者的法律义务,更是其应当积极承担的社会责任。

根据以上裁判理由,涉及对淫秽物品的监管义务,也就是判决所说的网络安全管理义务的法律、行政法规和部门规章如下:

第一,1997年12月30日公安部发布的《计算机信息网络国际联网安全保护管理办法》(以下简称《办法》)第5条第6项规定:“任何单位和个人不得利用国际联网制作、复制、查阅和传播下列信息:宣扬封建迷信、淫秽、色情、赌博、暴力、凶杀、恐怖,教唆犯罪的。”这是对利用互联网传播淫秽物品行为的规定,而涉及监管义务部分则较为笼统。例如《办法》第10条对互联单位、接入单位及使用计算机信息网络国际联网的法人和其他组织应当履行的安全保护职责作了规定,其中第7项规定:“按照国家有关规定,删除本网络中含有本办法第5条内容的地

址、目录或者关闭服务器。”这就是对违法信息删除义务和关闭服务器义务的规定。公安部的上述《办法》虽然属于部门规章,但它是在1997年刑法设立有关计算机犯罪以后,最早对从事网络服务单位设立监管义务作出规定的法规。

第二,2000年9月25日国务院发布的《互联网信息服务管理办法》(以下简称《办法(二)》)第15条第7项规定:“互联网信息服务提供者不得制作、复制、发布、传播含有下列内容的信息:散布淫秽、色情、赌博、暴力、凶杀、恐怖或者教唆犯罪的。”《办法(二)》第16条规定了互联网信息服务提供者的停止传输义务:“发现其网站传输的信息明显属于本办法第15条所列内容之一的,应当立即停止传输,保存有关记录,并向国家有关机关报告。”《办法(二)》的内容与前述《办法》基本相同,但《办法》是部门规章,而《办法(二)》是行政法规。因此,后者的法律位阶明显高于前者。

第三,2000年12月28日全国人民代表大会常务委员会颁布的《关于维护互联网安全的决定》(以下简称《决定》)第3条第(五)项规定:“为了维护社会主义市场经济秩序和社会管理秩序,对有下列行为之一,构成犯罪的,依照刑法有关规定追究刑事责任:在互联网上建立淫秽网站、网页,提供淫秽站点链接服务,或者传播淫秽书刊、影片、音像、图片。”这是对利用网络实施《刑法》第363条设立的制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪的规定。《决定》第7条对从事互联网业务的单位提出了以下要求:“从事互联网业务的单位要依法开展活动,发现互联网上出现违法犯罪行为和有害信息时,要采取措施,停止传输有害信息,并及时向有关机关报告。任何单位和个人在利用互联网时,都要遵纪守法,抵制各种违法犯罪行为和有害信息。这是对从事互联网业务单位停止传输有害信息的规定。”考虑到《决定》属于法律,因此,从事互联网业务单位对网络信息的监管义务上升到法律层级,表明国家的重视程度有所提升。

第四,2007年12月29日国家广播电影电视总局、信息产业部发布的《互联网视听节目服务管理规定》(以下简称《规定》)第16条第7项规定:“互联网视听节目服务单位提供的、网络运营单位接入的视听节目应当符合法律、行政法规、部门规章的规定。已播出的视听节目应至少完整保留60日。视听节目不得含有以下内容:诱导未成年人违法犯罪和渲染暴力、色情、赌博、恐怖活动的。”《规定》第18条第1项规定:“广播电影电视主管部门发现互联网视听节目服务单位传播违反本规定的视听节目,应当采取必要措施予以制止。互联网视听节目服务单位对含有违反本规定内容的视听节目,应当立即删除,并保存有关记录,履行报告义务,落实有关主管部门的管理要求。”这是对网络服务商的违法信息删除义务和报告义务的规定。尤其是《规定》第18条第2款还对网络服务商的一般监管义务作了规定:“互联网视听节目服务单位主要出资者和经营者应对播出和上载的视听节目内容负责。”

第五,2012年12月28日全国人民代表大会常务委员会颁布的《关于加强网络信息保护的决定》(以下简称《决定(二)》)第5条规定:“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,采取删除等处置措施,保存有关记录,并向有关主管部门报告。”上述《决定(二)》对网络服务提供者规定了停止传输义务、删除义务和报告义务。

应该说,上述我国法律、行政法规和部门规章对于网络信息服务提供者对于网络淫秽物品监管义务的规定是明确的,而快播公司及其主管人员未能履行监管义务的事实也是清楚的。正如一审判决所认定:“快播公司直接负责的主管人员王欣、吴铭、张克东、牛文举,在明知快播

公司擅自从事互联网视听节目服务、提供的视听节目含有色情等内容的前提下,未履行监管职责,放任淫秽视频在快播公司控制和管理的缓存服务器内存储并被下载,导致大量淫秽视频在网上传播。”这就是一审判决对快播案的法律定性:快播公司主管人员未能履行监管职责,导致淫秽视频在网上传播,并且两者之间存在刑法上的因果关系。这是一种不作为的传播,由此认定快播公司及其主管人员构成不作为的传播淫秽物品牟利罪。

三、快播公司主管人员不履行义务的刑事责任

经过前述漫长的跋涉,我们终于来到刑法的地界。因为快播案毕竟是一个刑事案件,其定罪根据只能是刑法。因此,在对快播公司的经营模式和监管义务认定的基础上,我们最终还要进入到刑法教义学分析的环节。在我国刑法学界,对于快播公司及其主管人员究竟构成何种犯罪,以及如何构成犯罪,还是存在较大争议的。对此,应当从刑法及司法解释的规定入手进行分析。

在快播案的一审判决公布以后,对于快播公司应当定罪以及如何定罪,除了一审判决所认定的快播公司构成不作为的传播淫秽物品罪的意见以外,还存在以下三种不同意见:第一种意见认为快播公司的传播淫秽物品行为是作为与不作为的竞合。例如张明楷教授指出:

快播公司使用的 P2P 技术不仅在用户下载视频时为其提供上传视频的服务,而且在用户与用户之间介入了自己控制、管理的缓存服务器;快播调试服务器不仅拉拽淫秽视频文件存储在缓存服务器里,而且也向用户提供缓存服务器里的淫秽视频文件。后一行为就属于以陈列方式传播淫秽物品的行为。一审判决还从快播公司负有网络视频信息服务提供者应当承担的网络安全管理义务,并且具备管理的可能性但没有履行网络安全管理义务的角度,论证了快播公司构成传播淫秽物品牟利罪。据此,快播公司同时存在作为与不作为。^[12]

第二种意见认为快播公司拒不履行网络监管义务的行为虽然是不作为,但并不构成传播淫秽物品罪,而只是构成《刑法修正案(九)》规定的拒不履行信息安全管理义务罪。因为快播案发生在《刑法修正案(九)》颁布之前,结论是:快播公司的行为不构成犯罪。例如高艳东教授指出:

理论上,传播淫秽物品牟利罪,既可以由作为构成,也可以由不作为构成。但是,网站不履行管理义务,不属于本罪的不作为表现方式。法官充分论证了王欣没有履行管理义务,如果据此认定构成不作为犯罪——拒不履行信息网络安全管理义务罪(最高3年),没有问题。但把拒不履行管理义务等于作为犯罪——传播淫秽物品牟利罪(最高无期),是可怕的逻辑。需要说明,拒不履行信息网络安全管理义务罪是2015年才确立的罪名,法不溯及既往,不能构成此罪。^[13]

第三种意见是快播公司属于间接正犯。例如李世阳博士指出:“快播案的核心问题在于如

[12] 张明楷:“快播案定罪量刑的简要分析”,载《人民法院报》2016年9月14日,第3版。

[13] 高艳东:“质疑快播案判决:与陈兴良、张明楷教授商榷”,<http://article.chinalawinfo.com/ArticleFullText.aspx?ArticleId=97544>,最后访问日期:2016年12月25日。

何定性快播公司利用他人传播淫秽物品而赚取广告费的行为。根据间接正犯理论,可以将站长视为有故意无目的之工具,而背后的快播公司则据此取得优越的支配地位,据此论证传播淫秽物品牟利罪的成立。”〔14〕

以上各种意见对于正确判断快播公司的行为性质都具有一定的参考意义,在论证快播公司构成不作为的传播淫秽物品牟利罪的时候,需要一并论及。在此,涉及以下三个问题:

(一)快播公司的行为是作为还是不作为

一审判决对快播公司定罪的依据是《刑法》第363条的规定。该条规定:“以牟利为目的,制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处罚金;情节严重的,处三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金;情节特别严重的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产。”在该条规定中,淫秽物品的传播行为在通常情况下是作为,不可否认也存在不作为传播的情形。就传播的实质含义而言,是指将淫秽物品在一定范围内流传与扩散,使他人接触到淫秽物品,传播的手段包括播放、出租、出借、承运、邮寄等。值得注意的是,在网络上淫秽物品的传播具有其独特性。在网络上传播淫秽物品实际上包括两种情形:第一种是利用网络散布淫秽物品,例如建立淫秽网站、提供淫秽电子信息的链接、在网络空间陈列淫秽照片或者其他淫秽物品等。这是一种以作为的形式构成的传播淫秽物品行为。对此,没有疑问。第二种是对网络淫秽物品拒不履行网络监管义务,例如2010年2月2日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理利用互联网、移动通讯终端、声讯台制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释(二)》(以下简称《2010年两高解释》)第4条规定:“以牟利为目的,网站建立者、直接负责的管理者明知他人制作、复制、出版、贩卖、传播的是淫秽电子信息,允许或者放任他人自己所有、管理的网站或者网页上发布,具有下列情形之一的,依照《刑法》第363条第1款的规定,以传播淫秽物品牟利罪定罪处罚:(一)数量或者数额达到第1条第2款第(一)项至第(六)项规定标准五倍以上的;(二)数量或者数额分别达到第1条第2款第(一)项至第(六)项两项以上标准二倍以上的;(三)造成严重后果的。”这一规定的行为主体是网站建立者、直接负责的管理者,网络服务商当然包含在上述主体之中。这一规定的行为表现为明知是淫秽电子信息,而允许或者放任他人自己所有、管理的网站或者网页上发布。在刑法理论上,这一行为属于以不作为的形式构成的传播淫秽物品行为。由此可见,对于传播淫秽物品牟利罪来说,既可以由作为构成,也可以由不作为构成,网络传播淫秽物品罪亦如此。

那么,快播公司在本案中的传播淫秽物品牟利行为属于作为还是不作为,抑或既是作为又是不作为?对此,一审判决在定性部分是按照不作为犯罪进行认定的,其论证逻辑是:①快播公司负有网络视频信息服务提供者应当承担的网络安全管理义务;②快播公司及各被告人均明知快播公司网络信息服务系统内大量存在淫秽视频并介入了淫秽视频传播活动;③快播公司及各被告人放任其网络信息服务系统大量传播淫秽视频属于间接故意;④快播公司具备承担网络安全管理义务的现实可能但拒不履行网络安全管理义务;⑤快播公司及各被告人的行为具有非法牟利目的。当然,在一审判决中,也涉及快

〔14〕 李世阳:“无可奈何花落去,似曾相识燕归来——评‘快播案’一审判决”,<http://www.duyidu.com/a160982037>,最后访问日期:2016年12月25日。

播公司淫秽物品传播中的实质性作用。例如一审判决对快播公司提供的缓存服务进行了描述,特别强调缓存服务器方便、加速了淫秽视频的下载、传播。在对快播公司的缓存服务器工作原理的描述中,采用了拉拽、抓取等用语,并且认定快播公司实质性地介入了淫秽物品的传播过程。由此,快播案一审判决指出:“快播公司放任其缓存服务器存储淫秽视频并使公众可以观看并随时得到加速服务的方式,属于通过互联网陈列等方式提供淫秽物品的传播行为。”在这种情况下,能否认为快播公司在本案中既有作为的传播行为,又有不作为的传播行为呢?对此,张明楷教授做了肯定的回答。张明楷教授认为,在快播案中,同时存在作为与不作为。

对于在快播案中存在不作为,一审判决已经描述得足够清楚。这里需要关注的是:快播公司的作为究竟是如何表现的?对此,张明楷教授列举的快播公司以下两个方面的表现:一是快播调试服务器拉拽淫秽视频文件存储在缓存服务器里,二是向用户提供缓存服务器里的淫秽视频文件。张明楷教授认为,这一行为就属于以陈列方式传播淫秽物品的行为。^[15]我对张明楷教授的这一判断是不能同意的。即使是一审判决对快播公司的传播行为认定为既是作为又是不作为,也是难以成立的。在快播案中,淫秽视频是所谓站长上传的,对此并无争议。因此,是那些上传淫秽视频的站长以作为的方式传播了淫秽物品。只不过这些站长将淫秽视频上传到了快播公司所管理的网络信息系统。不可否认,拉拽、抓取等用语确实是对积极的动作的一种描述,似乎可以界定为作为。但我们不要忘记,一审判决中的这些用语并不是对人的行为的直接描述,而是对网络软件功能的叙述。例如,一审判决指出:“在视频文件点播次数达到一定标准后,缓存调度服务器即指令处于适当位置的缓存服务器(运行 Cache Server 程序)抓取、存储该视频文件。”这里的抓取是指获取视频文件并予以存储,因此,抓取只是存储的辅助性手段。只要存储不能单独评价为作为的传播,则抓取更不能认定为作为的传播。此外,一审判决还指出,“快播用户点播视频过程中,在拥有视频的站长(或客户端)、缓存服务器、观看视频的客户端之间形成三角关系,快播调度服务器不仅拉拽淫秽视频文件存储在缓存服务器里,而且也向客户端提供缓存服务器里的淫秽视频文件。这让缓存服务器实际上起到了淫秽视频的下载、储存、分发的作用”。在此,拉拽的含义与抓取具备相同,都是指存储的辅助性手段,不能单独评价为作为的传播。至于因为快播公司没有履行网络安全监管义务,放任淫秽物品在网络流传,这也不能认定为陈列方式的传播行为。理由在于:如果把这种因为没有履行监管义务而放任淫秽物品在网络流传的情形,都认定为陈列方式的传播,属于作为。那么,不作为的传播就根本不存在了。其实,所谓陈列只是不作为的后果,不能把这种后果认定为行为本身。

这里需要讨论的是:快播公司利用缓存技术存储淫秽视频并提供给用户的行为是否属于作为的传播?对此,一审判决的认定是:“快播公司提供的这种介入了缓存服务器的视频点播服务,以及设立的这种缓存技术规则,决定了其实质介入了淫秽视频的传播行为。”那么,这些实质介入淫秽视频的传播行为就是作为的传播吗?对于存储的性质,如同前面所介绍,欧盟共同体的《指令》第 13 条对缓存服务做了特殊规定,认为缓存行为从技术角度来看属于存储,从

[15] 张明楷,见前注[12]。

功能性角度来看属于传输。之所以说存储从功能角度来看属于传输,主要是因为这种存储的目的仅在于基于信息接受者的请求使信息的传输更加有效率。根据《指令》第13条的规定,这种存储提供者在一定条件下,只要履行删除或者封锁信息的通道义务,仍然可以免除责任。我认为,就提供缓存服务而言,并不能就此认为快播公司实施了作为的传播行为,充其量只不过是他人传播的帮助行为,属于传播淫秽物品的共犯。对于这个问题,留待后文探讨。因此,严格来说,快播公司存在以下两种行为:

第一,不履行网络安全管理义务的不作为。这就是《2010年两高解释》第4条所规定的情形:“以牟利为目的,网站建立者、直接负责的管理者明知他人制作、复制、出版、贩卖、传播的是淫秽电子信息,允许或者放任他人自己所有、管理的网站或者网页上发布。”在此,《2010年两高解释》并没有明确这是一种不作为,但从行为性质判断,还是应当归属于不作为的范畴。对于这种不作为构成的传播淫秽物品牟利罪,《2010年两高解释》规定的构成要素包括以下三项:

(1)允许或者放任他人自己所有、管理的网站或者网页上发布淫秽视频。对于这里的允许,较为容易理解,就是不予删除或者屏蔽。这正是没有履行网络监管义务的应有之义。对这里的放任,则容易引起误解。“放任”一词在我国《刑法》中出现在第14条,是对间接故意的意志因素的描述。因此,“放任”是一个描述主观心理的用语,是指对法益侵害结果容认的心理态度。^[16]但在《2010年两高解释》第4条中,“放任”并不是用来描述主观心理,而是与“允许”并列,用来描述客观行为的用语。不得不说,这里存在一个用词不当的问题。如果改为“默认”或者“不闻不问”,可能会更好一些。尽管如此,我们还是可以体会《2010年两高解释》第4条采用“放任”一词是要描述网站建立者、直接负责的管理者对于网络淫秽电子信息拒不履行监管义务的行为状态,这显然还是一种不作为。

(2)明知他人制作、复制、出版、贩卖、传播的是淫秽电子信息。对于这里的明知,究竟是构成要件要素还是故意要素的问题,我国学者指出:“该解释(指《2010年两高解释》——引者注)中的明知是传播行为要件中的组成部分,这种明知并不是该罪犯罪构成主观要件,而是行为的内容,提供网络行业正常业务活动、经营活动和传播行为之间区分的依据。将明知作为传播行为之外的主观方面,认为它是传播淫秽物品罪的犯罪构成主观要件,是一种有失偏颇的理解。”^[17]因此,作者明确地将这种明知界定为传播这种构成要件行为要件之内的要素,属于构成要件行为的内容,而不能将其等同于故意主观要件的明知。作者还认为,如果剥离这种明知,网络行业相关业务经营者、技术提供者的行为性质将失去评判依据,禁止网络传播淫秽物品的法律规范也将因这种曲解受到将中立技术治罪的指责。我认为,这一论述是可以成立的。这里涉及对于明知在犯罪论体系中的地位问题,也是一个所谓表现犯的问题。^[18]如果刑法对明知没有明文规定,那么,明知并不是构成要件,而是故意要素。如果严格按照刑法363条

[16] 对于放任的专门研究,可以参阅尹东华:《刑法中的放任论研究》,中国人民公安大学出版社2013年版。

[17] 参见毛玲玲,见前注[8],第68—76页。

[18] 关于表现犯的论述,参见陈兴良:“刑法分则规定之明知:以表现犯为解释进路”,《法学家》2013年第3期,第79—96页。

的规定,传播淫秽物品牟利罪并没有规定明知,因此不能将明知纳入该罪的构成要件要素。但司法解释则对明知作了明文规定,在这种情况下,似乎又应当将明知理解为该罪的构成要件要素。考虑到司法解释的规定在我国刑法中具有准法律的功能,将明知视为传播淫秽物品牟利罪的构成要件要素具有一定的合理性。值得注意的是,对于这里明知的认定,2004年9月3日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理利用互联网、移动通讯终端、声讯台制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《2004年两高解释》)第8条做了明确规定:“实施第4条至第7条规定的行为,具有下列情形之一的,应当认定行为人‘明知’,但是有证据证明确实不知道的除外:①行政主管机关书面告知后仍然实施上述行为的;②接到举报后不履行法定管理职责的;③为淫秽网站提供互联网接入、服务器托管、网络存储空间、通讯传输通道、代收费、费用结算等服务,收取服务费明显高于市场价格的;④向淫秽网站投放广告,广告点击率明显异常的;⑤其他能够认定行为人明知的情形。”在以上规定中,采取了推定的方式认定明知。而快播公司具备上述第①和②项情节,推定为快播公司对其所管理的网络平台上的淫秽物品具有明知,这也是没有问题的。

(3)以牟利为目的。《刑法》第363条明确规定了传播淫秽物品牟利罪必须以牟利为目的,由此而与《刑法》第364条规定的不以牟利为目的的传播淫秽物品罪加以区分。当然,在快播案中,对牟利问题作了一个较为广义的解释。在一般情况下,牟利都是通过构成要件行为而直接获取利益。在传播淫秽物品的情况下,以获取淫秽物品为对价取得他人财物,这是一种直接牟利。在快播案中,快播公司并不是从传播淫秽物品中直接牟利,也就是说,用户使用网络播放器观看淫秽视频是免费的。快播公司采用了互联网企业所常用的“羊毛出在牛身上”的盈利方法,正如一审判决所认定的那样:“快播公司通过提供缓存技术支持等方法改善用户体验,增加用户数量和市场占有率,进而提升快播资讯广告或捆绑推广软件的盈利能力,增加收入。”因此,快播公司是通过这种特定的经营模式牟利,可以说是一种间接牟利。一审判决将这种间接牟利认定为属于《刑法》第363条规定的传播淫秽物品牟利罪的牟利,这是一种司法创制。

第二,利用缓存技术为传播淫秽物品提供缓存服务。毫无疑问,这也是一审判决所认定的快播公司的第二种行为。这部分行为无疑与快播公司的缓存技术存在较大的关联性,对于这种行为性质的理解困难,会存在一定的分歧。因为在快播案中,快播公司并不是单纯地不履行监管义务,而且通过缓存服务,在一定程度上对淫秽物品的传播提供了某种技术支持。对于这种提供缓存服务行为的定性存在以下三个问题值得探讨:

(1)快播公司提供缓存服务行为能否认定为是快播公司传播淫秽物品的作为?从快播案的案件事实来看,缓存确实起到了对淫秽物品传播的支持作用,使得站长上传的淫秽视频在更大范围内以更佳的效果播放。这也就是一审判决所说的,快播公司实质性地参与了淫秽物品的传播活动。但将这种行为单独评价为作为的淫秽物品传播行为,我认为并不妥当。因为传播淫秽物品的行为主体是站长,站长将淫秽视频上传到网络,快播公司对淫秽视频进行缓存,更有利于淫秽视频的播放,仍然属于对淫秽视频的技术处理,不能认定为就是一种作为的传播淫秽物品牟利行为。

(2)快播公司提供缓存服务行为能否认定为传播淫秽物品的不作为的一种表现形式而为不作为所吸收呢?例如,在遗弃罪中,当然存在行为人只是单纯地不履行扶养义务而构成的犯罪,但也存在行为人采取将被害人丢弃在公共场所等积极作为的手段进行遗弃的案件。在这

种情况下,就不能把丢弃行为视为独立于遗弃的不作为以外的作为,而只不过是遗弃的不作为的客观表现而已。那么,快播公司的缓存服务对于传播淫秽物品来说,到底是不是不作为的传播行为的客观表现呢?从一审判决认定的快播案的案件事实来看,提供缓存服务已经超出了拒不履行监管义务的范围。因此我认为,该内容不能为传播淫秽物品的不作为所涵括,应当另行评价。

(3)快播公司提供缓存服务行为能否认定为他人传播淫秽物品的帮助?如前所述,站长是传播淫秽物品的正犯,在这个意义上说,我认为快播公司提供缓存服务只不过是对传播淫秽物品行为的帮助而已。《2004年两高解释》第7条规定,“明知他人实施制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息犯罪,为其提供互联网接入、服务器托管、网络存储空间、通讯传输通道、费用结算等帮助的,对直接负责的主管人员和其他直接责任人员,以共同犯罪论处”,在这一规定中,就包含了提供网络存储空间的行为,缓存服务也可以涵盖在网络存储的范畴之内。而《2004年两高解释》规定,对于上述行为“以共同犯罪论处”,实际上是指帮助犯。这是一种作为的帮助,但因为站长的传播淫秽物品行为没有牟利目的,而且快播公司与站长之间不存在犯意联络。因此,快播公司提供缓存服务只是一种片面的帮助。值得注意的是,《2010年两高解释》第6条规定:“电信业务经营者、互联网信息服务提供者明知是淫秽网站,为其提供互联网接入、服务器托管、网络存储空间、通讯传输通道、代收费等服务,并收取服务费,具有下列情形之一的,对直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依照《刑法》第363条第一款的规定,以传播淫秽物品牟利罪定罪处罚:①为五个以上淫秽网站提供上述服务的;②为淫秽网站提供互联网接入、服务器托管、网络存储空间、通讯传输通道等服务,收取服务费数额在二万元以上的;③为淫秽网站提供代收费服务,收取服务费数额在五万元以上的;④造成严重后果的。”《2010年两高解释》第6条的这一规定与《2004年两高解释》第7条的规定,内容是基本相同的。只是后者对主体做了具体描述,并规定了这种情形构成犯罪的罪量要素。但上述两个条款之间存在一个区别,这就是前者规定以共同犯罪论处,而后者则直接规定以传播淫秽物品牟利罪定罪处罚。两者这种表述语言上的不同,是否可以理解为:在《2004年两高解释》第7条中,提供存储服务是帮助,而在《2010年两高解释》第6条中,提供存储服务是实行,这是一种共犯行为正犯化解释呢?^[19]我并不赞同这一观点。对此,后文还将进一步讨论。快播公司提供缓存服务的帮助,这种帮助行为的性质是由被帮助的实行行为的性质所决定的。在快播案中,被帮助的人是上传淫秽视频的站长,这些站长并不具有牟利目的,因而不能构成传播淫秽物品牟利罪,快播公司也就不能构成传播淫秽物品牟利罪的帮助犯。当然,站长上传淫秽视频的行为,如果具备罪量要素,可以构成传播淫秽物品罪,快播公司随之可以构成传播淫秽物品罪的帮助犯。在本案中这些站长并没有进入刑事司法程序,而且在整个快播案件中提供缓存服务不是主要的行为,因此我认为对快播公司提供缓存服务的行为没有必要另行定罪。

综上所述,快播公司提供缓存服务的行为不能认定为是传播淫秽物品牟利的作为,也不能认定为是传播淫秽物品的不作为的客观表现,而是他人传播淫秽物品的帮助。

(二)快播公司的不作为是不纯正的不作为还是纯正的不作为

如前所述,快播公司确实存在拒不履行网络监管义务的不作为。那么,这种不作为是构成

[19] 参见于志刚:《传统犯罪的网络异化研究》,中国检察出版社2010年版,第369页。

不纯正的不作为之罪呢还是纯正的不作为之罪？如果构成不纯正的不作为之罪，则应以传播淫秽物品牟利罪论处。反之，如果构成纯正的不作为之罪，则其行为构成拒不履行信息安全管理义务罪，因该行为发生在《刑法修正案(九)》之前，因而不构成犯罪。显然，一审判决认定为不纯正的不作为，即构成传播淫秽物品牟利罪。在快播案一审判决中，对此存在较多的疑问，其中以高艳东教授的质疑具有代表性。高艳东教授明确提出“不履行监管义务≠传播”。

高艳东教授采用归谬法进行了论证，认为如果不履行监管义务等于传播成立的话，会得出以下结论：①警察接到砍人报警后不出警，致使被害人被砍死，警察就构成故意杀人罪；②警察知道东莞酒店有人组织卖淫，不履行管理义务（这种事情经常发生），警察就构成组织卖淫罪（最高无期）；③中国移动接到用户要求屏蔽含有“转至安全账户”字段的短信，不履行管理义务，导致用户的妈妈被骗，中国移动的经理就成立诈骗罪（最高无期）；④广电局官员知道百度上有淫秽照片，未有效履行监管义务，不主动关闭网站，官员就构成传播淫秽物品罪。^{〔20〕}显然，在高艳东教授看来，这四种情形都是十分荒谬的。既然快播公司的行为不构成传播淫秽物品牟利罪，则其行为只能是拒不履行信息网络安全管理义务罪，该罪是《刑法修正案(九)》设立的，而快播公司的行为发生在《刑法修正案(九)》颁布之前。因此结论是：快播公司的行为不构成犯罪。

高艳东教授的论证十分淋漓酣畅。遗憾的是，高艳东教授似乎无视了《2010年两高解释》第4条的规定。尽管前面已经引过这个条文，在此还是有必要再引一次：

以牟利为目的，网站建立者、直接负责的管理者明知他人制作、复制、出版、贩卖、传播的是淫秽电子信息，允许或者放任他人自己所有、管理的网站或者网页上发布，具有下列情形之一的，依照《刑法》第363条第一款的规定，以传播淫秽物品牟利罪定罪处罚：①数量或者数额达到第1条第2款第(1)项至第(6)项规定标准五倍以上的；②数量或者数额分别达到第1条第2款第(1)项至第(6)项两项以上标准二倍以上的；③造成严重后果的。

根据这一规定，对快播公司以传播淫秽物品牟利罪定罪处罚当然是没有问题的。其实，当高艳东教授提出“不履行监管义务≠传播”这个命题的时候，就在很大程度上否定了不作为的传播淫秽物品牟利罪。但要否定不作为的传播淫秽物品牟利罪，首先必须推翻《2010年两高解释》第4条的规定。否则，高艳东教授的论证就会撞墙。但高艳东教授绕墙而过了，不知是有心还是无意。

至于高艳东教授在文中所举的那些例子，其实并不具有太大的说服力。一方面，这些例子与快播公司的行为并不具有可比性。例如，“中国移动接到用户要求屏蔽含有‘转至安全账户’字段的短信，不履行管理义务，导致用户的妈妈被骗，中国移动的经理就成立诈骗罪（最高无期）”。我们已经知道中国移动属于网络接入服务商，其对网络违法行为并没有监管义务，而且也没有监管可能性。至于在具有确凿证据的情况下，拒不配合公安机关的屏蔽要求，这只是一种违法行为并不构成犯罪。而快播公司正如一审判决所认定的，它是网络视频信息服务提供者，具有对其网络平台上的淫秽物品的监管义务，因而有可能因不履行这种监管义务而构成犯罪。另一方面，这些例子也与我国刑法规定和刑法理论相悖。例如，“警察接到砍人报警后不

〔20〕 高艳东，见前注〔13〕。

出警,致使被害人被砍死,警察就构成故意杀人罪”。在这种情况下,警察当然不构成故意杀人罪。因为警察对他人的故意杀人行为虽然有制止义务,但根本就不存在制止可能性。如果在警察对他人的杀人行为的因果流程具有掌控性的情况下,警察不履行职责的行为构成不作为的故意杀人罪,在刑法教义学上是没有问题的。而在我国只是因为广泛设立了渎职犯罪,因而可能构成渎职性的犯罪。虽然如此,所判处的刑罚其实与不作为的故意杀人罪并无差别。至于高艳东教授以法定最高刑说作为论据,这只是一种叙述技巧而非真实情况。

在高艳东教授所提出的以上质疑中,涉及如何区分不纯正的不作为与纯正的不作为的问题,对此,在刑法教义学上是存在争议的。德国学者罗克辛教授对不纯正的不作为与纯正的不作为区分的观点做了以下评述:^[21]①从是否具有实行等同性进行区分。这里的行为等同性,就是等置性或者等价值性。罗克辛教授认为,纯正的不作为是通过不作为的实行性犯罪。不作为是其独立和唯一的构成要件,因此并不存在于作为的实行等同性。而不纯正的不作为是与作为相对而成立的。两者之间具有实行等同性。在不纯正的不作为的情况下,关键是行为主体具有保证人地位。②从行为的不实施与结果的不防止进行区分。罗克辛教授认为,纯正的不作为的刑事可罚性的关键不在于阻止某个结果,而在于对所要求行为的不作为。而不纯正的不作为则恰恰相反,其刑事可罚性的根据不在于所要求行为的不作为,而在于不阻止某个结果。③从刑法是否有规定加以区分。这是阿明·考夫曼教授的观点,认为纯正的不作为是在刑法中有明文规定的,而不纯正的不作为是在刑法中没有明文规定的。应该说,这是一种形式性的区分,并不能从本质上解决纯正的不作为与不纯正的不作为的区分问题。④从违反规范的性质上加以区分。这种观点认为,纯正的不作为是对命令性规范的违反,而不纯正的不作为是对禁止性规范的违反。以上这些观点都从不同的角度对纯正的不作为与不纯正的不作为的区分问题进行了论述,对于我们理解两种的区分具有一定的启发意义。

纯正的不作为与不纯正的不作为的区分是一个较为复杂的问题。因为不纯正的不作为具有与其对应的作为,而这里的不作为与作为适用相同的法条,并且共用一个构成要件。在这种情况下,不作为与作为的等置性,无疑是一种具有实质意义的考察方法。除了对行为进行等置性的考察以外,行为人是其所实施行为负责还是对防止结果发生负责,这也是区分纯正的不作为与不纯正的不作为的一个重要维度。在此,需要考察的是行为人对于防止结果的发生是否处于保证人的地位。从违反规范或者义务的性质上对纯正的不作为与不纯正的不作为进行区分,同样具有一定的价值。根据以上原理,在对纯正的不作为与不纯正的不作为进行区分的时候,最重要的还是考察不纯正的不作为与其对应的作为之间的等置性,以及行为人是否处于保证人的地位。因此,警察接到砍人报警后不出警,这种单纯的不出警只是职务上的不作为,属于纯正的不作为。即使致使被害人被砍死,警察也不可能构成故意杀人罪。因为这个警察对应他人死亡并不处于保证人地位,即对于死亡结果没有防止其发生的义务。但如果在杀人现场,警察能够制止歹徒砍人而不予制止,致使他人死亡,则该警察的行为构成不作为的故意杀人罪。

如前所述,在《刑法修正案(九)》颁布之前,因为《2010年两高解释》第4条对不作为的传播淫秽物品牟利行为作了明文规定,因此对快播公司及其主管人员以不作为的传播淫秽物品

[21] 罗克辛,见前注〔7〕,第478页以下。

牟利罪论处具有法律根据。当然,在《刑法修正案(九)》设立拒不履行信息网络安全管理义务罪以后,就出现了一个问题,即不纯正不作为的传播淫秽物品牟利罪与纯正不作为的拒不履行信息网络安全管理义务罪之间的区分问题。

在快播案中,快播公司没有履行监管义务,这是其行为违法性的核心。那么,这种违反监管义务的行为只能构成拒不履行信息网络安全管理义务罪呢,还是只要符合其他犯罪的不作为的特征,也可以按照其他犯罪论处?对于这个问题,因为《刑法》第286条之一第3款有“有前两款行为,同时构成其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚”的明文规定。因此,在逻辑上并不存在障碍。那么,在刑法教义学上,行为人犯拒不履行信息网络安全管理义务罪而又同时构成其他犯罪的情形,属于什么性质呢?我认为,这是一种想象竞合的性质。只不过我们通常所说的想象竞合都是指作为犯的想象竞合,而这种想象竞合则属于不作为犯的想象竞合。所谓不作为犯的想象竞合是指一个不作为同时触犯两个罪名的情形。这里的两个罪名也是不作为的罪名,并且其中一个是不纯正的不作为,而另一个则是不纯正的不作为。在此,试以遗弃罪和不作为的故意杀人罪之间的关系为例加以说明。

在我国刑法中,遗弃罪是指对于年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力的人,负有扶养义务而拒绝扶养,情节恶劣的行为。从以上遗弃罪的构成要件来看,遗弃罪属于典型的不作为犯,而且是纯正的不作为犯。如果仅仅是一般的遗弃行为,只要达到情节恶劣程度的,就应该构成犯罪。在某些案件中,遗弃行为可能造成被遗弃人的死亡,甚至对这种死亡结果持放任态度。在这种情况下,就存在如何区分纯正的不作为的遗弃罪与不纯正的不作为的故意杀人罪或者过失致人死亡罪之间的界限问题。值得注意的是,对于遗弃罪的情节恶劣是否包含过失致人死亡的后果,立法机关的解释前后有所变化:最初认为遗弃罪的情节恶劣包含遗弃造成被害人重伤、死亡等严重后果。^[22]这里的致人死亡,当然是过失致人死亡,而不可能是指故意杀人。此后,立法机关在对遗弃罪的情节恶劣的解释中又删去了上述内容,而改为援引2015年3月2日最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见》(以下简称《意见》)的规定,遗弃罪的情节恶劣是指对被害人长期不予照顾、不提供生活来源;驱赶、逼迫被害人离家,致使被害人流离失所或者生存困难;遗弃患严重疾病或者生活不能自理的被害人;遗弃致使被害人身体严重损害或者造成其他严重后果等情形。在此,遗弃罪就不再包含过失致人死亡的后果。我认为,遗弃而过失致人死亡的,应当认定为是遗弃罪和过失致人死亡罪的想象竞合犯,而不能数罪并罚。那么,对于遗弃而对被害人死亡持放任态度的情形如何处理呢?在此,就存在一个如何区分遗弃罪和故意杀人罪的问题,这也是纯正的不作为犯与不纯正的不作为犯的区分问题。对于这个问题,上述《意见》规定:

准确区分遗弃罪与故意杀人罪的界限,要根据被告人的主观故意、所实施行为的时间与地点、是否立即造成被害人死亡,以及被害人对被告人的依赖程度等进行综合判断。对于只是为了逃避扶养义务,并不希望或者放任被害人死亡,将生活不能自理的被害人弃置在福利院、医院、派出所等单位或者广场、车站等行人较多的场所,希望被害人得到他人救助的,一般以遗弃罪定罪处罚。对于希望或者放任被害人死亡,不履行必要的扶养义务,致使被害人因缺乏生活照料而死亡,或者将生活不能自理的被害人带至荒山野岭等人迹

[22] 参见胡康生、郎胜主编:《中华人民共和国刑法释义》(第3版),法律出版社2006年版,第403页。

罕至的场所扔弃,使被害人难以得到他人救助的,应当以故意杀人罪定罪处罚。

这里的区分,并不仅仅是主观上是否具有杀人故意的区分,而且是遗弃的时间和地点等客观要素的区分。可以说,在遗弃罪与故意杀人罪之间同样是想象竞合的关系。在这种想象竞合的关系中,行为人都是拒不履行扶养义务,如果只是单纯地不履行扶养义务,就构成纯正的不作为犯的遗弃罪,如果不履行扶养义务而放任被害人死亡结果的发生,则同时触犯了遗弃罪和故意杀人罪,应当按照择一重罪处断的原则处理。

以上处理遗弃罪与故意杀人罪关系的刑法教义学原理同样适用于拒不履行网络安全管理义务罪与传播淫秽物品牟利罪之间关系的解释。当行为人不履行网络安全管理义务的行为同时构成不作为的传播淫秽物品牟利罪的情况下,就属于拒不履行网络安全管理义务罪与传播淫秽物品牟利罪的想象竞合,应当按照处罚较重的规定定罪处罚。显然,传播淫秽物品牟利罪是规定较重之罪,因此应以该罪定罪处罚。

综上所述,快播公司不履行监管义务的行为是不作为,这种不作为既构成纯正的不作为的拒不履行网络安全管理义务罪,同时又构成不纯正的不作为的传播淫秽物品牟利罪。对此,应以处罚较重的传播淫秽物品牟利罪论处。换言之,即使在《刑法修正案(九)》设立拒不履行网络安全管理义务罪以后发生类似快播公司的行为,仍然应以传播淫秽物品牟利罪论处。

(三)快播公司的不纯正的不作为是正犯还是帮助犯

快播公司不履行监管义务的行为属于传播淫秽物品牟利罪的不作为,那么,这种不作为究竟是不作为的正犯呢还是不作为的帮助犯?这也是一个值得研究的问题。

快播公司拒不履行网络安全管理义务的行为,就纯正的不作为而言,当然是不作为的正犯。但在不纯正的不作为的意义上,它究竟是不作为的正犯呢还是不作为的共犯?李世阳博士在评论快播案时,在间接正犯的意义上肯定了它是不作为的正犯,指出:

从裁判理由来看,其论证逻辑就是把本案的传播行为解释为不作为,从而形成拒不履行网络安全管理义务罪与传播淫秽物品牟利罪的想象竞合,择一重罪处罚。然而,想象竞合的前提当然是一个行为同时符合两个构成要件,从罪刑法定原则出发,既然禁止溯及既往,论证在行为之后才生效的拒不履行网络安全管理义务罪恐怕没什么意义。直接使淫秽视频暴露于不特定多数人眼前的毋宁说是发布淫秽视频的站长。因此,本案的核心问题在于如何定性快播公司利用他人传播淫秽物品而赚取广告费的行为。根据间接正犯理论,可以将站长视为有故意无目的之工具,而背后的快播公司则据此取得优越的支配地位,据此论证传播淫秽物品牟利罪的成立。^[23]

根据以上论述,李世阳博士认为,快播公司的拒不履行网络安全管理义务行为应当理解为是利用站长上传淫秽视频的有故意无目的之根据的间接正犯。在这个意义上,李世阳博士将快播公司认定为传播淫秽物品牟利罪的正犯。就此而言,李世阳在实质上还是把快播公司的行为确定为是对所谓站长的帮助,只是借助于间接正犯的原理,才将快播公司转化为正犯。这是一种事实上的帮助而成立的法律上的正犯。我认为,李世阳博士的以上论证当然是一条出人意外的逻辑路径,不无启迪。但在快播公司行为可以直接认定为传播淫秽物品牟利罪的正犯的情况下,这种论证反而显得有些迂腐。换言之,只有在否定传播淫秽物品牟利罪的不纯正

[23] 参见李世阳,见前注[14]。

的不作为犯的法律语境下,才有必要按照间接正犯认定为正犯。我认为,在快播案中这个法律前提并不存在,因而没有必要迂回到间接正犯。因为无论是从逻辑上还是从事实上来看,不作为的传播淫秽物品牟利行为都是可成立的。从没有站长上传淫秽视频,就不存在快播公司的监管义务这个意义上说,快播公司的行为具有对于站长上传淫秽视频行为的一定程度的依赖性。但法律已经对快播公司设置了监管义务,而且刑法将不履行这种监管义务的行为涵盖在传播淫秽物品牟利罪的不纯正的不作为犯的情况下,对快播公司的拒不履行网络安全管理义务,放任淫秽物品在网络上传播的行为完全可以认定为传播淫秽物品牟利罪的不作为犯,而没有必要解释为间接正犯。

除了上述间接正犯的观点以外,我国学者于志刚教授提出了共犯行为的正犯化解释的命题,指出:

所谓共犯行为正犯化解释,就是将网络空间中此类表象上属于犯罪行为的帮助犯、实质上已然具有独立性的技术上的帮助犯扩张解释为相关犯罪的实行犯,即不再依靠共同犯罪理论对其实现评价和制裁,而是将其直接视为正犯,直接通过刑法分则中的基本的犯罪构成要件进行评价和制裁,从而有效地解决在共同犯罪范畴中难以有效评价的技术性帮助行为。^{〔24〕}

在此,涉及《2010年两高解释》第4条的规定到底是所谓帮助行为正犯化解释,还是对传播淫秽物品牟利罪的不作为犯的规定问题。于志刚教授提出技术帮助的概念,这里的技术帮助是指快播公司提供缓存服务还是指快播公司不履行网络安全管理义务,所述并不明确。但在有关论述中,于志刚教授又是同时将这两者都称为共犯行为的正犯化解释。例如,于志刚教授在解释《2010年两高解释》第4条规定时,明确论及司法解释在定性上将网站的管理者允许和放任传播淫秽电子信息的行为作为实行行为来加以评价,但是,在定量上对于网站管理者的行为成立犯罪却提出了更高的要求。鉴于共犯行为的正犯化解释在多数情况下实质上是将共犯行为解释为一种不作为,因此,它单独成立犯罪的要求较之直接正犯的行为更高,这一点似乎并无不合理之处。^{〔25〕}在此,于志刚教授就是把允许和放任传播淫秽电子信息的行为当作是共犯行为正犯化的事例进行论述的。这里涉及如何理解不作为的传播淫秽物品行为与以放任形式对他人传播淫秽物品行为提供帮助之间的逻辑关系。

就不作为的传播淫秽物品行为而言,这是一种正犯,即不作为的正犯,由此区别于作为的正犯。我认为,不能把不作为的正犯理解为共犯,然后通过解释才实现所谓正犯化。在这个意义上说,以共犯行为的正犯化来解释放任传播淫秽电子信息的行为,在刑法教义学上是难以成立的。在以放任形式对他人传播淫秽物品行为提供帮助的情形中,还存在不作为的帮助问题。在刑法教义学中,不作为的帮助是指以不作为的形式为他人实行犯罪提供帮助的犯罪形态。^{〔26〕}尽管在刑法教义学中,对于不作为的帮助是支配犯还是义务犯,即正犯还是共犯,存在各种不同的理论观点的争论。^{〔27〕}在一般情况下,我们还是将不作为的帮助理解为共犯,只

〔24〕 于志刚,见前注〔19〕,第368页。

〔25〕 于志刚,见前注〔19〕,第371页。

〔26〕 刘瑞瑞:《不作为共犯研究》,广西师范大学出版社2009年版,第117页。

〔27〕 参见何庆仁:《义务犯研究》,中国人民大学出版社2010年版,第256页以下。

不过区别于作为的帮助犯而已。根据以上分析,我们可以得出结论:以放任形式对他人传播淫秽物品行为提供帮助是不作为的传播淫秽物品牟利罪与传播淫秽物品罪的帮助犯的想象竞合。这种两个罪名之间的想象竞合现象,在我国刑法中是客观存在的,并且两个罪名之间存在对合性。例如,私放在押人员罪与脱逃罪之间,私放在押人员罪既是正犯又是脱逃罪的帮助犯,两者之间存在想象竞合关系。又如,放纵走私罪与走私罪之间,放纵走私罪既是正犯,在某些情况下是不作为的正犯,同时又是走私罪的帮助犯,在某些情况下是不作为的帮助犯,两者之间存在想象竞合关系。当然,以放任形式对他人传播淫秽物品行为提供帮助的情况更为复杂。在这种情况下,行为人主观上具有牟利目的,因而构成不作为的传播淫秽物品牟利罪。同时,该行为又与拒不履行网络安全管理义务罪存在两个不作为犯罪之间的想象竞合关系。与此同时,作为他人传播淫秽物品行为的帮助,它又与传播淫秽物品罪之间存在想象竞合关系。这是三重的想象竞合,最终只能以重罪,即不作为的传播淫秽物品牟利罪定罪处罚。

Abstract: The judgement of the first instance trial of QVOD case of spreading obscene articles for profit convicts QVOD Company, Wang Xin and other of the crime of spreading obscene articles for profit, and also explains the rationale of the judgement. The reasons why QVOD Company is guilty of the crime are as follows: first, the operation model of QVOD Company has determined the dual role of QVOD both as the provider of internet video software and as the manager of the contents of internet video. Therefore, QVOD Company is obliged to supervise the information stored on the internet. Since it failed to fulfill this duty of supervision and therefore caused the spreading of obscene video on the internet, the causal connection between this omission and the result can be established. This is a spreading by omission and therefore QVOD Company and its managers should be convicted of the crime of spreading obscene articles for profit by omission. After the Ninth Amendment of Criminal Law introduced the new crime of refusing to fulfill the obligation of information network security management, the defendants in the QVOD case should still be convicted of the crime of spreading obscene articles for profit because of the concurrent relationship between these two crimes.

Key Words: QVOD Company; Obligation of Information Network Security Management; The Crime of Spreading Obscene Articles for Profit

(责任编辑:江 溯)