2021年9月22日 星期三

网络服务提供者刑事责任问题研究

上海市普陀区人民检察院课题组

网络成为了人们的基本生活平台,网络空间与现实空间正在逐步走向交叉融合,"双层社会正在逐步形成"。与此同时,网络技术的到来也冲击着原有的制 度体系,越来越多的网络脱序行为、网络违法行为乃至网络犯罪行为涌现在日常生活中,网络犯罪正趋向于井喷式。在此背景下,网络服务提供者作为强大的 网络社会结构性力量,其已不再是纯粹的商业活动经营者,还负有网络安全管理者的双重身份,俨然已成为刑事责任研究对象范畴。根据"两高"《关于办理 非法利用信息网络、帮助信息网络犯罪活动等刑事案件适用法律若干问题的解释》规定,我们认为,网络服务提供者是指通过信息网络,为网络用户提供信息 网络接入、通讯传输、网络缓存、网络储存、服务器托管、广告推广、支付结算或网络平台等中介服务的个人或组织。

网络服务提供者刑事责任的理论与实践问题反思

链接案"等重大影响性案件引爆 全社会的高度聚焦。

以"快播案"为例,法院认 定快播公司构成刑法第三百六十 三条的传播淫秽物品牟利罪,理 由为快播公司拒不履行监管义 务, 放任浮秽视频在网上传播, 构成了不作为的传播行为。而有 学者认为是否构成不作为的传播 行为, 应当看其是否履行了对浮 秽作品的合理审查义务, 要求快 播公司逐条查看并删除其中的淫 秽视频实为强人所难, 因此难以 认定快播公司构成传播淫秽物品 牟利罪的正犯。也有学者认为快 播公司同样难以认定为传播淫秽 物品牟利罪的帮助犯,因仅根据 快播公司主动对用户上传的资源 进行主动提取和缓存, 难以证明 快播公司与真正传播淫秽信息 的犯罪行为人之间存在意思联 络,而确定帮助犯至少需要有 明确的认识。此种争议体现出 网络帮助行为在实践中仍存在

第一,立法未对网络服务提 供者以类型化归责。

我国在将网络服务提供者的 行为人罪时未明析网络服务提供 者的概念, 虽在行政法规及司法 解释中对网络服务提供者进行了 简单分类和服务类型的列明,但 未根据网络服务提供者的类型划 分具体承担的责任,司法实践中 呈现无法可依的状态。如快播公 司主张其仅作为网络平台提供 者,根据技术中立原则不对发布 在平台上的淫秽信息承担责任, 而法院对快播公司的经营模式进 行详细分析, 最终将其角色定位 为网络视频软件提供者和网络视 频内容管理者的角色, 进而否定 其行为的技术中立性、排除"避 风港"原则的使用。而该类型认 定仍因无立法的明确规制而饱受

第二,客观归责主义理论存

对于一般的 P2P 网络服务 行为而言, 其只为用户提供上 传、下载软件的服务,仅仅是客 观上对用户上传的侵权信息起到传 播作用,而非内容提供商和管理 者,对该行为是否以共犯理论要求 其承扣刑事责任在理论和实践中存 有争议。而根据我国相关案例,基 本都将此种行为以共犯理论人罪处 理。而此种共犯理论已被德国、日 本等学者批判, 认为单方面的帮助 行为不应以共犯论处。

第三,网络服务提供者的安全 管理义务边界不清晰。

我国并未具体明确网络服务提 供者应履行的具体管理义务, 在此 前提下,需承担拒不履行信息网络 安全管理义务罪的刑事责任风险, 有打击网络技术发展之嫌。就"快 播案"而言,要求快播公司审查和 过滤信息甚至到达某种程度,实际 上并没有行业标准予以规定。从域 外立法来看,大多否定网络服务提 供者具有审查信息的义务, 且在判 例中明确主管部门不得要求网络服 务提供者必须植入信息内容的过滤 系统, 否则不仅会严重侵犯其经营 自由,也会造成成本的高昂和复

当前法律框架下网络服务提供者的刑事责任模式分析

1.单独责任模式

认定障碍。具体体现在:

网络服务提供者具有独立的 犯罪主体地位, 其实行行为是否 承担刑事责任完全取决于自身的 主客观要素,本文称之为单独责 任模式。具体包括作为与不作为 两种情形,作为情形下,为自己 发布信息、修改他人信息,由网 络服务提供者转变为内容提供 者, 承担完全独立的刑事责任。 在不作为情形下,存在行政程序 前置——责令改正而拒不改正 的,可能构成拒不履行信息网络 安全管理义务罪,此种模式下, 网络服务提供者的责任不同于直 接实施电信诈骗等行为人, 用户 可以选择直接要求其作出删除等 外理, 也可以选择向有权的行政 机关反映并要求处理, 映---行政处理+责令不改---刑事 责任"的模式既保障了用户的权 益,也可避免网络服务提供者承 担过大的司法压力, 防止刑法成 为"一般性武器"

2.共同责任模式

《刑法修正案力》增设了帮 助信息网络犯罪活动罪, 网络服 务提供者可能作为帮助犯独立成 罪,理论界称为帮助犯正犯化。 因无论是共犯还是帮助犯正犯 化,网络服务提供者刑事责任的 认定都在一定程度上依赖于他人

行为涉嫌犯罪事实的查清,故本 文将其统称为"共同责任模式" 共犯模式与帮助犯正犯化模式下 网络服务提供者刑事责任的区分 主要体现在主观"明知"的证明 标准不同,一方面"明知"的内 容不同,另一方面是否可以适用 推定方式及具体要求不同。共犯 的"明知"不仅要求明知对方意 欲实施犯罪行为,还要与对方有 相应的意思联络。对帮助犯正犯 化模式下帮助信息网络犯罪活动 罪的"明知",我们认为其内容 是存在对他人利用信息网络实施 犯罪的具体的认识,并合理谨慎 适用推定,具体应当遵循以下推 定规则:其一,是否违背一般人 的常识,即所谓的"被帮助者的 明显犯罪性",被帮助者显然是 为了从事犯罪活动而寻求信息网 络的技术支持,或者帮助者所提 供的帮助显然不符合一般人的正 常行为,如买卖"四件套"(银行 卡、电话卡、U盾、身份证)的行 为;其二,结合网络信息技术的特 征进行合理的判断, 网络服务提 供者的主观明知只有结合上述特 征才能给出较为合理的结论,主 要应考量服务内容、服务对象的 资质身份、服务手段、行业一般 操作、交易方式、获利情况等。

3.模式竞合时的处理

上述单独责任模式与共同责任 模式中的共犯模式和帮助犯正犯化 模式存在内在的逻辑关系, 应遵循 "单独责任——共犯帮助犯——帮 助犯正犯化"的逻辑顺序进行认

第一,当网络服务提供者本身 参与网络信息的产生及实质修改 等,其已超越服务提供者的身份, 自行实施犯罪行为,是独立的责任 主体,可独立构罪。

第二,在同时符合共犯模式和 帮助犯正犯化模式的情况下,本文 倾向于优先以共犯追究网络服务提 供者的刑事责任。帮助信息网络犯 罪活动罪本是立法为了解决在下游 犯罪行为人未到案的情况下不能追 穷帮助犯刑事责任的问题, 实则共 同犯罪更加能够还原案情的全貌, 更能反映前因后果,在此种情况下 认定行为人的刑事责任更加符合事 实,并能够做到与主犯或者同案犯 的罪刑相适应。同时,帮助犯本身 是共同犯罪中的概念,将帮助犯正 犯化是在打击犯罪的要求下,弱化 非主要事实的杳清诉求, 以单独追 求帮助犯的责任, 也正因此法定刑 设定得较轻。有学者指出这是出于 "'及时止损'的功利主义考虑"。 因此,在查清全部犯罪事实的情况 下,以共犯认定帮助犯的刑事责任 更加合理。

完善网络服务提供者刑事责任体系的建议

(一) 在刑事立法中完善网络 服务提供者出入罪规范

1 完善司法解释、根据服务者 类型分级划分刑事责任 网络服务提供者既是提供网络

服务业务的市场主体, 也是对特定 空间具有管理能力的监督管理主 体。为了明晰网络服务提供者的刑 事责任边界, 有必要根据网络服务 提供者所提供的不同技术服务对网 络服务提供者讲行分类,设定与其 类型和监管能力相匹配的审查义 务,从而根据义务的履行情况,本 文建议分为三类进行分级划分刑事 责任。第一,网络接入服务是为用 户建立连接互联网通道的中介服 务,接入网络后,网络介入服务在 技术层面无法编辑信息, 也不能鉴 别、控制网络中出现的信息,不再 具有控制能力。因此难以要求提供 接入服务的网络服务提供者承担数 据甄别、控制义务, 只有在其事先 知晓对方用于违法犯罪时具有拒绝 接入义务和事中知晓后的停止服 务、断开链接或报警义务。第二, 信息存储空间服务拥有固定的专业 技术团队, 对局部网络空间具有一 定程度上事实性的控制能力,提供 者应积极落实行业管控措施,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,并 鼓励利用技术主动建立效级更高的 信息安全管理机制。提供者在接到 监管部门责令采取改正措施而拒不 改正,导致违法信息大量传播等严 重后果的, 应承担刑事责任。第 三, 信息定位服务一般作为访问信 息的中介, 但若提供者明确了定位 信息的内容,并使得用户通过定位 直接打开了信息内容, 而不显示信 息原提供商,则应视为其将定位内 容作为自己提供的内容进行实质性 的传播行为,应要求提供此种深度 信息定位的服务者承担保证信息合 法的义务, 进而承担相应的刑事责

2.规范行政前置措施,有效减

与网络服务提供者密切相关的 刑法罪名之一是拒不履行信息网络 安全管理义务罪,该罪是典型的前 置程序型行政犯,以行政违法为前 提,行政监管的有效规范能极大程 度避免网络服务提供者违法从而递 进演化为犯罪的可能。 令"以及"改正措施"是行政程序 "行政责令"侧 前置的关键要素。 重程序性规则,强调的是责令行为 作出的方式;"改正措施"侧重实 质性规则,强调的是义务改正行为 作出后的实际效果。对于"行政责 令"来说,应排除形式瑕疵的责 令,而将书面的责令改正通知书作 为必备的行政程序的形式和载体。 对于"改正措施"来说,应排除抽

象、简略、不符合网络服务提供者技 术能力的"无效"措施,而避免强人 所难。建议考虑赋予被监管的网络服 务提供者一定的改正措施异议权,认 为监管部门提出的改正措施确不可行 的,有权向该监管部门提出复议。对 于监管部门维持,网络服务提供者仍 认为不合理的,监管部门应提交改正 措施由第三方非营利性技术机构予以 鉴定。

(二) 在统筹企业自治与司法预 防中打造多维治理体系

1.建立企业刑事合规体系,激励 企业主动应对刑事风险

网络服务提供者越来越频繁地陷 人违法犯罪的泥沼, 而刑事处罚对于 企业的打击往往是致命的, 为了尽力 避免那些有着技术能力、创新动力的 网络服务企业的陨落,应当建立健全 企业刑事合规体系, 主动应对刑事风 险。具体而言,一是在实体法层面, 建议在刑法条文中增设网络服务提 供企业建立企业合规的刑事义务 将合规计划纳入企业刑事责任积极 抗辩事由。综合考量犯罪类型、违 法后果、犯罪形态等,对轻微犯罪 的网络服务提供者,将已经制定并 遵照执行有效合规计划作为出罪事 由,不作为犯罪处理。对触犯重罪 的网络服务提供者,将合规计划作为 从宽量刑情节予以考虑。二是在程序 法层面,将网络服务提供企业的合规 计划与认罪认罚从宽制度相结合,进 一步探索企业附条件不起诉制度等, 从犯罪治理层面丰富认罪认罚从宽 制度的内涵。三是在配套层面,建立 检察机关对企业合规计划的动态监 督评估体系,联合相关职能部门,在 企业合规计划制定之时,对计划目的 的正当性、设计的合理性、有效性进 行监督,在合规计划的实行过程中, 实时评估效果,及时纠偏、修正。

2.刑事处罚与非刑罚处罚措施并 用,建立多层次惩罚方式

除刑事处罚之外, 对轻微犯罪的 网络服务提供者,可以更多考虑非刑 罚处罚措施,如训诫、责令具结悔过、 责令赔礼道歉、责令赔偿损失等。一方 面,通过适用非刑罚处罚措施,以具结 悔过的方式来完成刑事责任的追究, 降低刑罚处罚对轻微违法网络服务企 业的打击,避免小微网络服务企业因 轻微违法而破裂, 在惩处犯罪的同时 更好地维护营商环境。另一方面,强 化非刑罚处罚措施的公开执行, 在网 络的加成作用下,网络危害行为往往 会导致更加严重的结果, 网络服务提 供者实施的危害行为会进一步波及社 会上不特定大多数人的利益, 也会降 低民众对网络服务安全性的信心 采用公开的非刑罚处罚措施,如通 过媒体公开向社会道歉等,不仅使 民众切实感受到刑法规制的力量, 重拾信心,还可以对其他网络服务提 供者起到警示、教育作用。

星环信息科技 (上海)股份有限公司 (以下简称"公司") 拟梳理公司期权/股权激励情 况,请曾被授予公司激励期权/ 股权且未办理登记的人员,携 带身份证及授予材料,于2021 年9月27日至2021年9月29日 (工作时间为每日10:00至18:00) 前往上海市徐汇区虹漕路88号 越虹广场B栋11楼进行现场确 认。如相关人员未在上述期间

星环信息科技(上海)股份有限公司 2021年9月22日

内进行现场确认,公司将不再

予以受理。

特此公告



●高亮度、低耗能、光效稳定 ●减少耗电80%, 亮度提高25%



电脑勿忘关显示器!



减少耗电拔下插头!



【能源连着你我他】 【节约能源靠大家】







◆电饭锅用水量不要 太多,水干饭熟即可