

犯罪支配还是义务违反

快播案定罪理由之探究

周光权^{*}

摘要 在快播案被告人实施的两类行为中,提供播放器的行为只是违反了监管义务,有成立不作为的可能性;缓存行为则积极地支配了犯罪进程,属于作为。对于作为犯,应当从存在论的角度考虑行为人对结果发生的原因及犯罪进程的支配;对于不作为,应当从义务违反的角度进行论证。快播案判决在定罪结论上完全合理,但全案以不作为犯为论证立足点,就播放器提供行为一节的法益侵害后果而言,缺乏证据支撑;将刑法外的义务作为保证人义务也存在疑问,判决理由的叙述方式给人以将《刑法修正案(九)》拒不履行网络安全监管义务罪的规定溯及既往之感。在被告人存在足以被评价为作为的缓存淫秽物品的传播行为时,法院判决没有对其充分加以论证,而将全案以不作为进行包括性评价,未必是论证判决理由的最佳方案。定罪的合理论证思路似乎应当主要针对被告人的缓存这一陈列淫秽物品行为,从作为犯的角度切入,分析行为的支配性和正犯性,将缓存行为评价为以存放、陈列方式实施的传播行为,从而将定罪的关键事实定位于存在论上难以否认的作为,使得定罪正当性得以充分展示。

关键词 作为犯 不作为犯 犯罪支配 义务违反 快播案

北京市海淀区人民法院于2016年9月13日对被告单位快播公司及其直接负责的主管人员王欣、吴铭、张克东、牛文举犯传播淫秽物品牟利罪一案(以下简称“快播案”)作出一审有罪判决,认定上述被告人以牟利为目的,在明知媒体服务器安装程序及快播播放器被网络用户用于发布、搜索、下载、播放淫秽视频的情况下,仍予以放任,导致大量淫秽视频在国际互联网上传播;有关部门查获快播公司托管的服务器4台,从中提取了近3万个缓存视频文件进行鉴

^{*} 清华大学法学院教授。

定,认定其中70%的文件属于淫秽视频。法院由此认定被告人构成传播淫秽物品牟利罪。判决理由的论证逻辑是:从客观上看,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,且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;从主观上看,快播公司及各被告人均明知快播网络系统内大量存在淫秽视频并介入了淫秽视频传播活动,仍放任其网络服务系统大量传播淫秽视频这一结果的发生。一审宣判后,部分被告人不服提出上诉。2016年12月15日,北京市第一中级人民法院作出驳回上诉、维持原判的二审判决。^{〔1〕}

快播案因为和现代互联网技术相结合而显得较为复杂。讨论快播案,绕不开的问题之一是被告人的行为究竟是作为还是不作为。两审法院的判决显然均以不作为立论,明确指出:快播公司在本案中所表现出的行为属于拒不履行网络安全管理义务的行为,其对于信息网络安全管理义务不是没有履行的现实能力,而是没有切实履行的意愿,因而应当受到刑罚惩处。

本文的核心观点是:①快播案被告人实施了两类行为,包括提供媒体服务器安装程序及快播播放器让他人发布、搜索、下载、播放淫秽物品(以下简称“提供播放器行为”);缓存淫秽物品(以下简称“缓存行为”)。提供播放器行为可能违反了监管义务,似有成立不作为的可能;后一类行为即缓存行为则是积极地支配了犯罪进程,属于作为行为。②对于违反监管义务的不作为,传统上不同学者可能选择从犯罪支配或义务违反的角度进行论证,但从犯罪支配的角度论证不作为犯可能遇到很多难题,因此,从义务犯的角度分析不作为犯更为可取。③在被告人存在作为的缓存行为时,法院判决没有对其充分加以评价,而将全案以不作为进行包括性评价,未必是论证判决理由的最佳进路。

一、缓存行为与作为犯

(一)作为与犯罪事实支配

作为,是指以积极的身体行动促使、推动构成要件结果或者法益侵害危险的发生。作为行为是实行行为的典型形态;作为犯不仅支配了犯罪结果发生的原因,而且将整个犯罪进程掌握在自己手中,是直接正犯,也是支配犯。作为和积极的犯罪事实支配之间可以等而视之。

犯罪事实支配的相关理论在教科书上一般放在共同犯罪中讨论,认为其是区分狭义共犯与正犯的实质理论。许多人由此会认为,犯罪支配理论只与共犯论有关。但是,既然根据犯罪事实支配的有无可以确定行为人是否成立正犯,那么,在单独犯的场合,行为人是否具有犯罪支配就决定了其行为是否具有直接正犯的实行行为性。因此,是否具有犯罪支配,成为论证行为人的行为是否符合客观构成要件的一条重要思路。如果行为人直接地、实质地支配了犯罪进程和危害结果,具有行为支配性,其行为就应该成立正犯,是犯罪的核心角色。

犯罪支配说以限制的正犯概念为基础,坚持构成要件的理念,主张确定谁是正犯、谁是共

〔1〕 由于一、二审判决的主要理由没有实质性差异,为行文方便,本文中所提到的判决书如无特别交代,均是指一审判决。

犯需要考虑谁对犯罪进程具有实质性的、事实上的支配。^{〔2〕}在判断犯罪支配时,需要考虑各个行为人对客观行为的贡献方式和大小,主观上对于犯罪的期待以及操纵、主导、驾驭程度。凡是以故意的心理操纵、控制着整个犯罪流程,决定性地支配犯罪的角色,就是正犯。正犯具有行为支配性,包括客观上的行为与主观上的犯意均处于支配地位。^{〔3〕}换言之,正犯能够以自己的意思对于其他犯罪人进行命令或者阻止,把犯罪进程、法益侵害范围掌握在自己手上,是犯罪实施过程中的“灵魂人物”。按照罗克辛的说法,如果一个能量投入能够支配结果,或者按照行为人的故意能够支配结果时,就是支配犯(正犯)。^{〔4〕}狭义的共犯(教唆犯、帮助犯)虽然对于犯罪的实现有加功行为,对法益侵害结果的发生有原因力,但是,其不能以自己的意志控制犯罪进程。无论从主观动机还是客观的行为要素看,共犯都与正犯的地位不相当。犯罪支配的具体类型包括以下三种:①直接正犯的特质在于行为人亲自实施了构成要件行为,因而具有行为支配;②间接正犯的正犯性在于行为人虽未亲自实施构成要件行为,但利用自己的意志力通过他人支配了犯罪的因果流程,因而具有意思支配;③共同正犯的特质则在于行为人通过与其他人在实行过程中的分工合作,有机地支配了犯罪进程,因而具有功能性的犯罪支配。^{〔5〕}

(二)快播公司的缓存行为是作为

对于本案,控方指控被告人实施拽取、缓存行为的证据主要是从北京光通公司查获的4台服务器,快播公司负责提供内容数据源,负责远程对软件系统及系统内容的维护。此后,快播公司为这4台服务器安装了快播公司的缓存服务器系统软件,并通过账号和密码远程登录进行维护。经鉴定,快播公司及其直接负责的主管人员拽取并缓存大量点击率较高的视频(在案证据证明70%以上是淫秽视频),供用户下载。其实,这种拽取、缓存行为明显属于陈列、传播淫秽物品的行为,是犯罪支配行为,也是典型的作为行为。对此,被告人张克东的供述称:自动缓存的标准是其在设计软件的时候就设定好的。比如其设定的一个视频文件每周点击量达到50次就会自动缓存,这个标准不是固定不变的,可以根据储存量来进行更改。一旦视频达到热门要求,需要进行下载,服务器软件会依据类似快播客户端的方式,向其他快播用户“拉拽”视频数据资源。正是因为快播公司实施了拽取、缓存热门视频的行为,用户才能直接从快播公司的播放器中下载、浏览淫秽视频。这一行为和快播公司先前实施的提供媒体服务器安装程序及快播播放器让他人发布、搜索、下载、播放淫秽物品的行为明显不同。在提供播放器行为中,淫秽视频的上传者和下载者都是用户,快播公司仅提供单纯的技术支持,提供下载工具,是淫秽物品传播者、接受者之外的第三人,置身于传播淫秽物品的核心行为之外。但是,在视

〔2〕 参见许玉秀:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,第574页;周光权:《行为无价值论的中国展开》,法律出版社2015年版,第287页。

〔3〕 参见(日)井田良:《刑法总论の理论构造》,成文堂2005年版,第297页。

〔4〕 参见(德)克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第2卷),王世洲等译,法律出版社2013年版,第492页。

〔5〕 更为详尽的分析,请参见罗克辛,见前注〔4〕,第18页以下;江溯:《犯罪参与体系研究》,中国人民公安大学出版社2010年版,第67页;廖北海:《德国刑法学中的犯罪事实支配理论》,中国人民公安大学出版社2011年版,第61页。

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拽取、存储该视频文件。当用户再次点播该视频时,如果下载速度慢,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。此时,快播公司是淫秽物品的直接提供者,其不仅对用户提供技术支持,还将其服务器中贮存、陈列的淫秽物品提供给有特殊要求的客户。判决书仅认为快播公司的“缓存服务器方便、加速了淫秽视频的下载、传播”,其实并没有准确评价拽取、缓存行为的实质。缓存服务器的存在以及拽取、缓存行为的实施,等于是快播公司从甲用户手中“收缴”了淫秽视频之后,再以快播公司的名义直接交给随时向其提出需求的乙、丙、丁等不特定的公众用户。

从形式上看,快播公司的拽取、缓存行为似乎和人们通常所理解的传播行为无关。但是,一旦进行规范评价,结论就不难得出。其实,网络空间的虚拟世界只不过是现实世界的“折射”,网络空间的犯罪往往也可以在现实世界找到影子,因此,处理网络犯罪的复杂案件时,如果可能进行还原的,需要尽可能将其还原为现实世界的犯罪形态,将传统上处理现实社会犯罪的思路作为处理新型网络犯罪的重要参考。在现实世界里,过去大量发生出租、出售光盘的人传播淫秽物品牟利的案件,本案和这些传统案件相比较,只不过是在方法上更为现代化,更为隐蔽,但其实质并无二致。

与本案几乎雷同的现实社会中发生的实例是:甲一开始将房子租给乙,供乙出租出售光盘。在发现乙生意火爆后,甲自己也开始干起了同样的业务,且在发现乙出租的某些光盘明显存在问题时,要乙将租得最好的光盘给自己一部分,供甲自己对外出租。刑法究竟要惩罚甲发现乙出租淫秽光盘而不将房子收回的(帮助)行为,还是惩罚甲后来自己亲自传播淫秽物品的行为?按照快播案的判决逻辑,前一行为(违反房屋管理义务)似乎是重点。但我认为,甲的“拽取”和对外出租行为才是刑法评价的核心。与快播公司一开始仅仅提供播放器大致相同的是,甲刚开始是仅仅向他人出租房屋,为他人的业务行为提供帮助。但事后,在明显感知他人的行为具有不法性时,甲所实施的行为和本案中快播公司的拽取、缓存行为性质完全一样。因此,理应认为甲实施了传播淫秽物品牟利罪的作为行为,本案中,快播公司的行为当然地也应该被评价为作为。

(三)缓存是本案的核心行为

前已述及,本案被告人实施了提供播放器和缓存两种行为。但提供播放器的行为和淫秽物品的传播之间存在相当距离,因为淫秽物品的上传者 and 下载都由用户实施,如果用户之间传输的是通常的视频,快播公司提供播放器和技术服务的行为谈不上具有犯罪性质,因此,快播公司提供播放器以及相关技术支持的行为,在整个传播行为中具有“边缘”性质,不是犯罪的关键行为和核心行为,只有缓存行为才是定罪时特别需要考虑的。

本案被告人的辩解是拽取、缓存行为和之前的提供播放器行为一样,是中性技术行为,因为其仅仅按照用户点击的热门程度进行自动拽取并缓存,并没有特别挑选出哪些是淫秽视频去让用户下载,因此,谈不上拽取、缓存行为具有特殊的犯罪性。但是,这一辩解明显是避重就轻。

1.从技术运作看,缓存行为是独立的、以作为方式实施的传播淫秽物品行为。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。快播公司根据某一视频被点播的次数来决定是否缓存,并且这个次数可能因为网络接入服务商的用户多少和提供缓存服务的服务器可用存储空间大小不断调整。快播公司并不制作或购买合法的视频资源产品,其以搜索点击数量决定“缓存”哪些视频的技术特点,决定了其缓存服务器中存储的视频文件包括(而且主要是)被搜索、点击频率较高的淫秽视频的概率极高。“‘传播’不是具体的动作,而是动态过程模式……即使快播不是原始视频的提供者,不是观看者,不是播放者,也不具有阻止观看、阻止播放的义务,从其是否使信息实现了多数受众的分享(共享)过程看,它的行为性质符合‘传播’行为的本义。”〔6〕正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,决定了其实质性介入并亲自实施了淫秽视频的传播行为,使得其行为具有以作为方式“陈列”、传播淫秽物品的性质;通过缓存行为,快播公司将“自己”手中握有的淫秽视频直接给了有需求的用户,而不是让其他任何用户(“站长”)给有下载需求的客户,从而与快播公司之前仅提供播放器,坐视他人上传、下载淫秽物品的行为相区别。

需要进一步讨论的是:如果从赞同赋予网络服务提供者积极监管义务的立场出发,一般就容易主张,在现代社会,网络缓存服务提供者在知情或被通知后仍然不及时采取删除、封锁措施,不阻止违法信息传播的,应当基于其对监管义务的违反而承担刑事责任,因此,网络服务提供者所能够成立的基本都是不作为犯。审判实践似乎也倾向于采纳这种立场。顺理成章地,对本案中快播公司实施的拽取、缓存行为,似乎也不应该以作为行为论,理由在于:缓存技术的功能是建立“临时数据调取库”,在数据被缓存后,后续的数据调取者会默认从缓存中取得数据,因此,点播视频者取得视频是基于网络技术自动产生的,而不是快播公司“主动地”向用户传播的,因此,快播公司没有“传播”淫秽物品的积极作为。〔7〕但我认为这种观点值得商榷:缓存,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,以提高内容访问速度的一种技术。从不同的用途和应用场景看,缓存大体上可以分为单实体缓存、复制模式和分区模式三种,不同的工作模式各有优缺点,但均顾及了缓存数量、对应的场景和客户需要,着眼于构建一个可伸缩的系统架构。〔8〕确实,通过缓存技术建立的是一个“临时数据调取库”,免除了用户从数据源寻找数据之苦,能够自动从缓存中取得数据。但是,我认为,不能因为用户可以基于缓存技术从快播公司自动取得视频(而非快播公司“送货上门”)就否认被告人的传播行为。值得注意的是,肯定快播公司实施了传播的作为行为,并不以其是否“主动地”将淫秽物品“递交”到用户手中为限,而是说其将用户频繁访问的淫秽内容存放在离用户较近、访问速度更快、获取更容易的系统中这一缓存行为自身就是陈列、传播行为,这和现实世界中

〔6〕 毛玲玲:“传播淫秽物品罪中‘传播’行为的性质认定”,《东方法学》2016年第2期,第69页。

〔7〕 如果单纯从形式上考虑网络缓存技术的特点,似乎会得出相关犯罪成立不作为的结论。但这种立场可能没有坚持规范判断的刑法立场。

〔8〕 刘如鸿:“关于大规模系统缓存设计的一些考虑”,《程序员》2009年第7期,第64页。

甲发现乙要到很远的地方去找丙购买淫秽物品时,便从丙手中将淫秽物品取来存放、陈列、展示在甲自己能够控制的场所且任由他人领取的行为性质完全相同。如果说实施缓存行为的快播公司是为了让用户提高内容访问速度,现实世界的甲就是为了让试图取得淫秽物品的乙免除了舟车劳顿之苦,从而更便捷地获得其所希望得到的违法物品。因此,如果肯定缓存和陈列、存放没有差别,就应该肯定快播公司针对不特定用户实施了作为的传播行为,该支配行为是否成立,与用户自己来“领取”(自动从缓存中取得数据)还是快播公司“送货上门”完全无关。问题的关键在于:快播公司作为缓存服务提供者对所管理的存储空间能够实施排他性控制、支配,其能够将违法内容置于其网络存储空间供他人使用,且对数据的违法性质知情,其对淫秽物品的事实性、实质性控制和支配就应该得到确认。被告人手中控制了这些物品,任由他人“各取所需”的,被告人的行为就是传播。在确认其行为的支配性后,快播公司是否有义务删除、撤回有关违法信息,在刑法评价上已然无关紧要。这就如同实务中,在能够认定现实世界里陈列、存放淫秽物品的行为时,传播行为就可以直接被确认,而无须在裁判中进一步交代陈列、存放、传播淫秽物品的人一旦将这些物品放上去,还有撤回的义务,因为其违反了监管、撤回义务,要被论以不作为犯。归结起来讲,在缓存服务者原本已独立控制特定违法信息后,允许其在自己提供的服务空间存在(存储、陈列),并供他人随意取得时,网络服务者的行为已经不再是不作为,而是独立支配违法信息传播进程的作为行为。本案中快播公司的行为就是如此。其实,只有考虑“缓存”行为和陈列、展示等“传播”淫秽物品行为的等价性质,才可以说是坚持了刑法上规范判断和实质判断的方法论。

2.按照客观归责的法理,未设置任何门槛、没有任何过滤的拽取、缓存行为,使得行为所制造的法益风险升高到值得刑罚将其作为正犯处罚的程度。本案中,不仅提供播放器的技术服务规则是快播公司设定,介入视频传播从而拽取、缓存视频的规则也是由快播公司自己设定。快播公司当然可以辩解,用户搜索与点播的频次自动构成该公司提供缓存服务的条件,因此其不能确切知道每次拽取并缓存的视频都具有淫秽性质。但是,快播公司在制定缓存规则时原本可以根据其主观意愿设定条件,在点播、缓存环节采取限制措施,将不良视频过滤掉。而快播公司并未设置任何门槛、没有采取任何过滤措施,不断实施拽取、缓存行为供有需求的用户直接从快播公司存放、陈列的视频中下载、浏览,应当被评价为是通过作为方式,使行为所制造的风险升高到值得被以直接正犯(而非帮助犯)处罚的程度。

3.缓存的作为行为与被告人的主观意思相匹配。快播公司的拽取、缓存行为虽然是按照一定的技术标准自动进行,将其评价为传播淫秽物品牟利罪的作为是否有客观归罪的嫌疑?按照行为无价值(二元)论立场,对行为不法性质的判断不能离开行为人的主观意思,不法总是由客观不法和主观不法所共同决定的。

犯罪事实支配说重视利用因果经过来实现结果的意思,故意的有无是正犯性的决定性基础,这在考虑以下事例时变得更明确。甲将一把小刀交给乙,命令其伤害丙,而刀刃上涂有剧毒。如果甲事先知道刀上有毒一事,对丙具有杀害故意,甲成立故意杀人罪的(间接)正犯;如果甲不知此事,只有伤害的故意,就只是故意伤害罪的教唆犯。即使在因果性、危险性这点上完全相同,因为对结果发生存在的故意不同而决定了支配性。如果是这样,正犯性的有无是构

成要件该当性,即类型的违法的问题,在并不将故意作为违法要素的体系中,不能采取犯罪事实支配说。在此可以明确的是,犯罪事实支配说是通过使行为者放弃故意、停止规范违反,来保护法益的刑法理论,也就是说,它只是行为无价值论在共犯论中的别称而已。〔9〕

犯罪事实支配说把由客观方面和主观方面的要件所组成的行为支配概念,发展成了在正犯与参与者之间进行划分的指导原则。“犯罪事实支配”概念在这个意义上,指的是“由故意所包容的对构成要件符合性的发生过程把握在手”。〔10〕

在本案中,缓存行为的不法性和行为人对于物品淫秽性质以及行为不法性的认识紧密相关。根据快播公司员工的证言,结合本案被告人的供述等众多言词证据均能证明,王欣、吴铭、张克东、牛文举不仅已经知道快播网络服务系统传播淫秽视频,而且已经知道快播公司的行为导致淫秽视频在互联网上大量传播的事实。证据还显示,王欣、张克东、牛文举对于缓存服务器实质上介入淫秽视频传播均已知晓,王欣、张克东对于介入传播的具体技术原理更有深入研究。快播公司再次接受处罚后作出整改,而且先后两次整改的内容实际上都是针对快播公司传播淫秽视频这一事实,此时快播公司的经营者、管理者仍然坚称对淫秽物品的存在“不知情”,显然与案件事实不符。在这种认识支配下的拽取、缓存行为,其作为而非不作为的不法性质是不可否认的。

二、提供播放器行为与不作为犯

提供软件,让用户相互之间可以传输视频(包括淫秽视频以及通常的视频),而快播公司对此原本可以予以制止但坐视不管,这是不作为的行为。但是,如何论证这一不作为行为的犯罪性,有(排他性)支配说和义务违反说两种思考进路。

(一)分析不作为犯的(排他性)支配路径及其问题

犯罪支配性原理是否可以同时解释作为犯和不作为犯,一直是一个有争议的问题。

运用支配性原理对不作为犯进行解释的权威学者是许乃曼教授。他认为,支配性原理不仅可以解释作为犯,而且可以解释不作为犯,无论是作为犯还是不作为犯,行为的实质都是存在“结果原因的支配”关系,只不过作为犯是通过其身体动静对结果发生的原因以及整个犯罪有支配,不作为是对法益无助性的支配。这样一来,现实的“对于结果的原因有支配”是所有犯罪的正犯准则。“作为犯行为人的身体动作只有在具有行为支配力时才能被视为引起结果的原因,而在不作为犯中,不作为犯行为人的保证人地位必须对整体事件进程的关键性部分具有现实的支配力,才能认定不作为与结果之间具有与作为犯相类似的联系。”〔11〕不作为犯成立正犯的理由在于保证人“对于法益的保护支配”或者“控制了一个社会领域意义上的事件支

〔9〕 (日)井田良:《变革の时代における理论刑法学》,庆应义塾大学出版会2007年版,第124页。

〔10〕 (德)约翰内斯·韦塞尔斯:《德国刑法总论》,李昌珂译,法律出版社2008年版,第289页。

〔11〕 (德)许乃曼:“所谓不纯正不作为犯或者以不作为实施之犯罪”,载陈泽宪主编:《刑事法前沿》(第6卷),中国人民公安大学出版社2012年版,第161页。

配”,包括对关键的结果原因的支配(包括负有监管义务的保证人地位,如控制危险的物体、人员或设备形成的保证人地位)、对陷入困境的法益的支配(包括危险共同体、生活共同体以及承担保护无助法益的保证人地位),这些支配和作为犯中的支配是同等性质的,都可以被归结为“对于结果的原因有支配”。〔12〕许乃曼试图由此建构一个能够统摄义务违反和犯罪支配的上位概念。〔13〕

但是,用犯罪支配原理来解释不作为犯的做法饱受批评:①什么是对结果发生的原因有支配并不明确。在不作为的场合,与其说是行为人支配了结果发生的原因,还不如说什么都没有做的不作为者仅有纯粹的、潜在的“支配可能性”,仅具有某种假定性和结果避免可能性,而现实地看行为人其实什么都没有支配。②支配快播案的结果原因是播放器软件用户的上传行为。如果把上传软件不删除或不限他人使用的行为也视为是支配了结果,在实务上会导致范围不当的追溯。例如,搜索网站提供检索、下载的软件,在其软件被他人用于下载侵权音乐作品时,不能认为该搜索网站支配了侵犯著作权的犯罪行为;同理,对移动通讯公司提供通讯服务的行为,也不能认定为是以不作为方式支配了电信诈骗的结果。③许乃曼所说的法益保护义务以及危险源管理义务的判断,最后还是要回到行为人是否违反规范或者职责所要求的义务那里。④最为重要的是,“对结果的原因有支配”其实包括了不同类型的所谓“支配”,用词相同,意思迥异。其中,作为犯的支配是事实性、物理性的身体支配;在不作为犯中,如果说存在“支配”,其也只不过是规范性的保护支配,这种支配不是一个经验的存在,而是规范的归属,是给义务违反披上一个支配的外衣。其实,对不作为犯应当论以正犯性的不是其支配,而是拥有特定社会地位和被赋予特定社会期待的人违背其职责义务要求。对此,何庆仁博士指出:身份犯、不作为犯等义务犯中,特别的社会地位不是保护性支配的前提,而是塑造特别义务的基础。

特别社会领域不同于一般社会领域之处,在于它对某些人提出了特别的积极要求,行为人只要进入该领域,就必须依要求行事。换言之,该领域中的特别社会地位产生的不是支配而是特别义务,行为人居于该特别地位就承担起相应的特别义务,当其违反了义务之时,该领域的机能力就排他性地被行为人所损害,故而在正犯性的判断上,是通过有犯罪支配的作为、无犯罪支配的作为还是不作为违反义务,对于特别社会地位的要求来说都是

〔12〕(德)许乃曼:“在莱比锡和维也纳刑法注释书中所呈现出来刑法修正后的德语区刑法学”,载许玉秀、陈志辉合编:《不移不惑献身法与正义——许乃曼教授刑事法论文选辑》,台北新学林出版股份有限公司2006年版,第342页;廖北海,见前注〔5〕,第34页。

〔13〕对罗克辛作为义务犯典型形态的身份犯,许乃曼教授也提出了不同的见解。他认为,身份犯是因为特定身份而构成的正犯。身份本身是一种保证人地位,因为身份犯所必须具备的特别的行为人资格,总是和保证人地位有关系,或者是对危险来源的监督地位,或者是对特定法益的保护地位,例如,背信罪的行为主体所违背的是对被害人财产的保护义务,这种义务即源于保护特定法益的保证人地位,这种保证人地位的依据,或者是民法上的监护关系,或者是事实上的信赖关系。许乃曼因此将罗克辛的义务犯归类成“保证人身份犯”,其支配力来自于行为人事事实上接近于相关法益而拥有了保护性支配地位。参见许玉秀,见前注〔2〕,第590页。

一样的,都应该是正犯。因此,在义务犯或者保证人身份犯赖以存在的特别社会领域中,决定性的不是存在论意义上的犯罪支配,而是机能论的义务违反。^[14]

⑤回到本案,如果从犯罪支配的角度切入不作为犯,就可能认为不作为犯都应成立帮助犯,从而绕不开中性业务行为的定性问题。曾根威彦教授认为,作为犯对结果具有支配性,不作为犯同样具有这种性质。不作为者是可以制止正犯的犯罪行为的唯一之人,其具有广义的排他性支配。但这种支配仅决定了正犯是否可罚,并不决定其究竟成立正犯还是共犯。正犯行为与结果发生直接的因果关系,具有强烈的原因力,因此,“不得侵害法益”的刑法规范是第一次性地向作为者发出的;正犯背后的不作为者狭义的排他性支配由此被排除,其对结果的发生仅有间接的因果关系,原因力较弱,不作为者因为没有遵守规范、未制止他人的作为而第二次性地、补充性地承担法益保护的任务,对其以帮助犯论处就是合适的。^[15]按照曾根威彦教授的逻辑,快播公司应该成立帮助犯,因为其在知道他人实施犯罪行为后仍然不去除之前为正犯提供的便利条件。但是,也会有人反对,认为他人上传淫秽视频,快播公司只是提供软件使他人的视频能够被其他人下载。在整个行为实施环节中,淫秽视频的上传、下载才是核心行为,实施者都是快播公司之外的“他人”,快播公司的行为只是使得他人的行为更容易实施,这在外观上似乎是帮助行为。对于这种中性业务行为是否能够成立帮助犯,有的学者始终持反对说,认为即便行为人明知正犯实施危害行为,提供中性业务的行为人也不成立帮助犯,快播案判决书中关于“‘站长’的发布、用户的搜索、用户点对点的文件传输、快播缓存与加速服务,这些关键环节离开快播公司的调度服务器都不可能实现”,从而就应该成立正犯(而不是帮助犯)的说法,未必有十足的理由。

当然,从行为支配性的角度讨论不作为犯在本案中无法绕开中性业务行为的帮助问题,并不意味着我认为本案被告人的行为一定是不值得处罚的行为。相反,我主张,快播公司在本案中比一般的中性业务行为明显走得更远,即便其提供播放器的行为也应该认定为是正犯行为,而不能以中性业务行为无罪进行辩解。对此,在后文中我会作出进一步分析。

(二)讨论不作为犯的义务违反(义务犯)思路及其合理性

罗克辛教授认为,由于犯罪事实支配是现实的支配,是存在论、事实论意义上的支配,不能涵盖所有正犯类型,其适用范围是有限的,尤其在纯正身份犯、不作为犯领域,犯罪支配理论并不适用。在区分作为犯和不作为犯时,罗克辛引入了功能性的规范视角即义务犯(Pflichtdelikte)理论。义务犯的实质根据在于对行为人所承担的社会角色和规范义务的违反,其不法内涵是通过特定的不履行积极行为义务表现出来的,因此,违反特定义务的人成为整个犯罪的核心角色和关键人物,其对特定义务的有意识违反奠定了正犯性。^[16]按照这一逻辑,对违反个人的社会角色及其背后的义务而言,行为人是否物理性地以身体动静支配了结果并不重

[14] 何庆仁:《义务犯研究》,中国人民大学出版社2010年版,第67页。

[15] (日)曾根威彦:《刑法总论》(第4版),成文堂2008年版,第252页。

[16] 对此更为详尽的分析,请参见何庆仁,见前注[14],第11页。

要。^{〔17〕}例如,负有监管公司财产职责的人员是擅离职守导致财物被盗,还是伙同他人窃取该公司财物,对职务侵占罪的正犯性并无影响,其实行行为的外在形式对定罪无关紧要;铁路扳道工没有按时扳道从而导致事故的,其之前是以作为的方式外出,还是喝醉了,还是在宿舍和别人打架,对于案件定性没有丝毫影响,不作为的认定总是和一项积极义务联系在一起,对这种义务的违反决定着行为的不法性。

应该认为,无论是不作为还是作为,行为都与法益风险有关。作为,是行为制造并实现了法益风险;不作为,是本该避免的法益风险没有被避免。因此,结合客观归责论的解释路径也可以清晰看出,作为犯是以积极制造法益风险的方式支配了犯罪进程和法益侵害结果,评价的重心在于行为人做了不该做的事情;不作为犯则主要体现为违背义务导致原本可以不发生的结果发生了,评价的重点在于行为人如果稍做努力履行义务结果就能够避免上。这样看来,作为是存在论意义上的不法判断,不作为是规范论意义上的不法评价。前者涉及一项原本就不应该实施的行动支配,后者仅事关规范对什么都没有做的行为人的评价态度。

就本案快播公司提供播放器行为而言,和犯罪支配行为将符合构成要件的事件流程掌握在手中不同,因为以不作为方式构成犯罪的主体正好什么也没有控制,只是具有将事件流程抓在手中的可能性。快播公司既没有上传淫秽物品,也没有下载淫秽物品,其不是支配了流程,而仅仅是违反了监管义务,其不存在和传播淫秽物品的作为一样的犯罪事实支配性。

从义务犯的角度切入快播公司的播放器提供行为,对判决理由的论证而言有一个益处:所有的义务犯都是正犯,从而不存在讨论快播公司是否成立中立义务行为的帮助这一问题。义务犯对主体资格等有限制,因此,没有在规范上承担这种义务的人不能成立正犯。例如,证券公司工作人员甲指使非受托者乙使用客户资金,乙由于不具有特定身份,不具有正犯资格,不能构成《刑法》第 185 条之一所规定的背信运用受托财产罪的正犯。甲当然也不能构成该罪的教唆犯,而只能构成间接正犯。乙即便形式上“支配”整个犯罪过程,但也只能成立该罪的帮助犯。“本来是排序上靠前的行为支配这个标准,在义务犯的情况中是退次于违背特别的义务这个标准之后的。”^{〔18〕}在身份犯中,只有具有特定义务的人才可能成为正犯。如果不具备资格的人(Extraneus)在负有特定义务之人(Intraneus)的策动下,实施了符合构成要件要求的行为,他虽然可能“支配”了犯罪,但因为缺乏必要的资格,因而不是正犯。同时,负有特定义务之人在此也不能因为教唆而承担责任,因为成立教唆犯的前提是,他人是正犯。^{〔19〕}就义务犯不能成立狭义共犯这一点而言,不作为犯和身份犯毫无二致。因为正犯是案件的核心角色,该核心人物在支配犯中是支配者,在义务犯中则是有特定义务者。不作为犯因为不存在犯罪支配,仅违反义务这一点就足以奠定正犯性,不作为的狭义共犯原则上没有存在空间。前述认为不作为犯都应该成立帮助犯的学者(如曾根威彦)实际上是将支配犯中物理上“支配”的内容套用

〔17〕 参见周光权,见前注〔2〕,第 318 页。

〔18〕 韦塞尔斯,见前注〔10〕,第 286 页。

〔19〕 参见(德)冈特·施特拉腾韦特、(德)洛塔尔·库伦:《刑法总论 I》,杨萌译,法律出版社 2006 年版,第 297 页。

到义务犯中,认为作为犯有直接的原因力,不作为犯仅有间接的原因力。但是,不作为犯原本就没有任何自然意义上、物理上的原因力,不作为行为和结果之间的因果关系原本就是和作为犯不同的,二者的等价性并不体现在对结果的因果关系和自然原因力上,而是体现在归责理由的实质相同上。

本案的一审法院判决似乎也赞同义务犯说,从而将播放器提供行为评价为义务违反行为。判决书明确指出,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,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。如果采用支配性原理,快播公司单纯提供播放器的行为难以被认定为是正犯行为,而只有从违反网络安全监管义务的角度,才能主张被告人违背义务就是正犯,从而没有中性业务行为的余地。

我认为,在本案中,中性业务行为的辩解不能成立,提供播放器行为已经具有不法性,理由在于:①行为人在多次接受处罚后,已经积极认识到提供工具的行为是犯罪实现的一部分,或者对犯罪实现具有直接性。提供播放器会作为违法犯罪的工具,行为人对此有认识,在此基础上再继续提供播放器的,不能否定其行为的不法性。②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。这和药店的工作人员在卖药过程中,遇到有人来咨询从甲种感冒药中是否可以提取毒品成分时,建议顾客买乙种感冒药一样,该行为就不能主张中性行为,而是不法行为。③快播公司的行为明显升高了法益风险,远远超过了中性业务行为的程度。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。在这里可以假定的是:甲收回或者不提供菜刀,杀人犯乙前往其他地方购买杀人工具,被害人脱离危险的可能性是完全存在的。而上述这些分析进路,都是从义务犯的角度切入的,即快播公司的行为违背义务,应当成立正犯,而不能以中性业务行为辩解,不需要讨论其是否成立帮助犯。

需要指出,肯定义务犯理论,将违反义务的身份犯、不作为犯以正犯论处,并不意味着对其都要处以支配犯的正犯或主犯之刑。在行为人即便履行义务但要避免结果也存在一定困难,或者他人的支配行为特别危险等场合,可以认为义务犯虽是正犯,但其对整个犯罪的贡献有限,从而在量刑上处以“从犯”之刑,即对义务犯的正犯可以考虑在(支配犯的)帮助犯的限度内予以处罚,这一点在原本就没有规定正犯和狭义共犯,仅区分主犯和从犯的中国刑法中更容易得到实现。否则,就可能带来处理上的不平衡。例如,甲擅离职守,没有保管好枪支,乙得到该枪支以后用于杀人,什么都没有做但有特殊义务的甲成为正犯;丙主动将枪支递给杀人犯丁,丁持枪杀害他人,比前述甲做得更多的丙只能成立帮助犯。如果认为义务犯的正犯无论何时都比支配犯的帮助犯判得重,那么,等于是说在前面提到的案例中,什么都没有做的甲比相对而言做得更多的丁处刑要重。应该认为,义务犯虽然因为违背义务成为正犯,但对没有保管好枪支者的不作为在危害性上应当评价为仅相当于将枪支递给他人的人,从而实现量刑均衡。

三、对法院判决理由的评价

(一)判决书采用的是不作为犯(义务犯)的论证逻辑

本案法院判决的核心理由是,快播公司出于牟利目的,在提供技术服务时,明知自己的技术服务被他人利用传播淫秽视频和成为大量淫秽视频的加速传播工具,自己有义务、有能力阻止而不阻止,不履行安全管理义务,放任他人利用快播网络大量传播淫秽视频,应当承担刑事责任。这明显是不作为犯的论证逻辑,因为不作为犯的实质在于违反保证人义务,而快播公司恰好违背了监管职责和义务,因此其属于以不作为方式实施的犯罪。尤其从一审判决书“判决理由”部分依次使用的各个小标题中不难看出^[20],如何竭力论证不作为犯的成立是判决的全部着力点。特别值得注意的是,一审判决在论证被告人的客观行为时,以“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”为论证起点,中间穿插讨论犯罪主观要件后,再分析“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”,从而形成客观构成要件的闭环构造,法院判决对不作为犯逻辑的倚重由此可见一斑。

当然,可能有人会认为,法院判决也承认了被告人支配行为、作为行为的存在。对此,还值得进一步辨析。①在否定中性业务行为的帮助部分,法院判决是否承认了作为犯?法院判决指出:“客观上,快播公司非但不加监管,反而通过有条件的存储、调取方式提供网络支持,为用户上传、搜索、点播淫秽视频提供便利,致使淫秽视频大量传播。”这似乎采用的是作为犯的叙述论证方式。但是,判决书关于快播公司拽取、缓存行为不法性的论证,以及将这一定性为对淫秽物品的陈列等都是从属于其违反监管义务这一判断前提的,是在该段落中紧接着“行为人不履行义务就是正犯行为”这一主题后面附带讨论的,将拽取、缓存行为作为能够履行监管义务而没有履行的一部分内容。根据上述判决,总体上可以认为,法院并没有顾及快播公司两种行为的区分,将两种行为同视,笼统地称其为“实行行为”,而且侧重于从义务违反的角度论证其判决的正当性。②能否认为快播公司提供播放器的行为就是实施了作为的正犯行为?快播公司在网络空间提供播放器是不是作为?或者一旦用户利用播放器上传、下载淫秽物品,快播公司就是作为?这需要回到传播淫秽物品牟利罪的构成要件行为上。在以支配方式实施该行为时,传播是指将自己实际控制的淫秽物品通过自己的行为不法提供给他人。但在上传者、下载者都是他人时,快播公司只是其中的间接参与者,其行为按照支配犯或(作为的)共同正犯的理论,都不是能够以作为方式独立支配结果原因和犯罪进程的人。快播公司提供播放器的行为,就如同甲家里有一台电影放映机,乙借用甲的机器播放淫秽物品,丙等周围群众数十人自愿来观看,即便甲对乙的播放行为知情,或者放映行为就在甲家门口,也不能认为甲有转播淫

[20] 一审判决第四部分对判决理由的论证分别使用的小标题是: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网络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;⑥本案既不适用“技术中立”的责任豁免也不属于“中立的帮助行为”;⑦快播公司以牟利为目的放任淫秽视频大量传播的行为构成传播淫秽物品牟利罪的单位犯罪。

秽物品犯罪的支配行为,如果不考虑中性业务行为的争论,其至多有成立帮助犯的可能。但是,按照共犯从属性的原理,如果不处罚正犯乙,要处罚提供放映机的甲就成为问题。在快播案中,单纯针对提供播放器一节,如果从作为的角度切入,明显会遇到其并未实施传播淫秽物品牟利罪的正犯行为,且真正上传者难以查明等难题。

当然,也有学者会认为,快播公司的行为存在作为和不作为的结合,因此从不作为切入似乎也没有问题。确实,在行为仅造成一个侵害结果的场合,可能存在作为和不作为的“结合”。对于本案,似乎也能够认可“快播公司拉拽淫秽视频文件存储在缓存器之后,就有义务防止用户观看该视频,但快播公司却同时向用户提供缓存服务器里的淫秽视频文件,所以该案属于以作为和不作为方式实施结合的方式传播淫秽物品”,^[21]但在实务上,如果作为的支配性是可以确定的,其实应该重点讨论的是支配问题,没有必要再去讨论行为人是否有防止作为行为所造成的结果的义务。换言之,即便存在针对同一个结果的所谓作为和不作为的“结合”,对不作为的讨论也基本是可以忽略的。例如,在作为的故意杀人未遂成立时,谁还会把不作为作为分析重点,去讨论逃离杀人现场的被告人还有无救助义务?

(二)相对合适的说理方式是将定罪切入点定位于作为犯(支配犯)

应该说,本案中快播公司确实有违背义务的行为,立足于不作为论证其犯罪性可能也是一种思路。但是,其未必是最佳路径。前面的论述已然表明,本案被告人的行为核心是作为,即便认为其除了作为之外,还有不作为,在定罪理由的论证上也不能将全部“宝”押在不作为上,不能认为对不作为的讨论就可以“毕其功于一役”。

第一,优先讨论作为(支配行为)有很多优点。虽然从规范论的角度看,就对法益侵害而言,作为的犯罪支配与不作为的义务违反的危害性并无差别,也谈不上作为的支配犯在操纵结果方面一定比不作为的义务违反的贡献要大;作为者的犯罪支配也不能阻断、吸收不作为者的义务违反。因此,在直接正犯的行为出现作为和不作为的结合时,先讨论作为还是不作为原本是无所谓的。但是,在支配行为和义务违反同时存在时,先讨论不作为似乎更好。许玉秀教授指出:作为犯操控法益侵害的因果流程是可以从物理上检验的,作为行为是实际存在的;不作为犯未实施的结果防止行为和法益受害之间的因果流程,无法进行科学的、物理上的检验,完全是一种想象和假定,这种想象关系的评价基础只不过是“可能性”。^[22]从刑法方法论上看,事实的、经验的、存在论上的判断应当优先,因为其更为直观,更为不易变化,对其所做的判断更容易达成共识,因此,一个被告人如果存在作为和不作为的竞合或结合,更适宜先从作为的角度切入,讨论作为犯是否成立。

归结起来讲,义务犯的成立需要太多推论,其因果关系的判断采用的是假定的条件说(如果快播公司履行监管义务,淫秽物品得以传播的事实“十之八九”不会发生),其判断大量涉及价值论和规范论,达成共识并非没有难度。因此,径直从不作为犯的角度切入论证被告人有罪,存在说理上的难度,也有一定的论证风险。而作为的判断是存在论、事实性判断,判断上简单易行,极少出错。对此,林钰雄教授指出:“由于不作为行为乃作为的补充形态,因此,只要招

[21] 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。

[22] 参见许玉秀,见前注[2],第582页。

致构成要件该当(结果)的行为是作为方式,此时不作为就退居其次,直接论以作为犯。”^[23]按照这一逻辑,本案法院的论证思路就存在疑问。

第二,全案证据主要支撑快播公司拽取、缓存淫秽视频的支配犯(作为犯)的定罪结论,没有证据证明不履行监管义务的不作为行为造成何种具体的危害后果。在本案中,即便认可不作为的成立,但要认定提供播放器的被告人违背网络安全监管义务,对用户上传的淫秽视频不审查、不过滤的不作为究竟造成了多少淫秽视频的传播,结合在案证据进行判断存在困难。判决书也坦陈:“快播公司放任淫秽视频传播的直接获利数额难以认定。……现有证据没有证明快播公司经营的网络平台通过传播淫秽视频直接收取费用,不能区分快播公司现有营业收入中具体有哪些属于传播淫秽视频所得,哪些是合法经营所得。”其实,在本案中,不仅仅是对快播公司放任淫秽视频的直接获利数额难以认定,就连对快播公司通过其提供的播放器放任他人传播了多少部淫秽视频也没有办法查明,没有相关证据支撑定罪结论。而在案证据恰恰能够证实其通过拽取、缓存的作为方式传播淫秽视频的最低数额(即北京光通公司服务器中存储的 2 万余部淫秽视频)。在全案证据足以支撑作为犯、支配犯的定罪时,舍近求远去论证不作为犯、义务犯的成立逻辑,在方法论上未必是合适的。

还需要指出的是,由于法院判决并未认可起诉书中被告人传播淫秽物品牟利情节特别严重的指控意见,而仅认定情节严重,那么,就本案法院对量刑情节的认定及刑期确定量刑而言,在定罪上如果完全不考虑不履行监管义务的不作为一节,而只对拽取、缓存行为的实行行为性、正犯性进行论证,认定被告人服务器中缓存 2 万余部淫秽视频属于传播的淫秽物品,也完全可以满足法院对被告人判刑不宜太重的量刑期待。

第三,在《刑法修正案(九)》规定拒不履行网络安全管理义务罪之前,行政法上的义务能否自动成为快播公司的作为义务并非不言自明。如果从不作为的角度切入本案,难以回避的问题是行政法上的义务是否当然地能够成为刑法上的作为义务。学者指出,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,且义务范围不明确,责任条款缺乏体系性。这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。^[24]因此,网络服务提供者所承担的一般性网络安全管理义务很难直接作为刑法上作为义务的法律依据看待。

本案判决在论证被告人具有作为义务时,引用了大量行政法规。因此,法院认可行政法上的义务和作为义务是相同的。但是,也完全可以认为,这些行政法规仅仅是行政处罚的依据。例如,根据《计算机信息网络国际互联网安全保护管理办法》第 21 条,有关部门可以对快播公司给予行政处罚警告,并责令其立即整改;南山广电局认定快播公司在没有取得《信息网络传播视听节目许可证》的情况下,擅自从事互联网视听节目服务,且提供的视听节目含有诱导未成年人违法犯罪和渲染暴力、色情、赌博、恐怖活动的内容,其行为违反了《互联网视听节目服务管理规定》第 7 条、第 16 条第七项的规定,故对快播公司罚款 2 万元。这些行政处罚都于法

[23] 林钰雄:《新刑法总则》,台湾元照出版有限公司 2014 年版,第 524 页。

[24] 王华伟:“网络服务提供者的刑事责任比较研究”,《环球法律评论》2016 年第 4 期,第 53 页。

有据。法院引述上述对快播公司的行政处罚,其实仅能说明其有行政法上的义务,但其刑法上的义务在哪里?其他法律上的义务,在没有刑法分则的明确规定上升为刑法上的义务之前,要成为刑法上的义务,其实必须回到行为人是否有法益保护义务和危险源管理义务上来,而不能仅仅作形式上的判决,不宜将其他法律上的义务性规定直接作为论证刑法上保证人义务的依据。否则,会带来很多不合理的结论。例如,婚姻法上规定夫妻有相互忠诚的义务。丈夫很早就发现妻子红杏出墙,但为维护支离破碎的家庭而隐忍不发的,如果妻子被判重婚罪,按保证人义务判断的形式说,因为婚姻法上有义务性规定引申出丈夫发现对方不忠诚时必须予以制止,其保持沉默的行为助长了他人的犯罪行为,因此,丈夫似也可以成立重婚罪(帮助犯)。对此,应当认为,刑法之外的其他法律、行政法规上的义务不能自动成为决定刑法中正犯(义务犯)的标准,因为刑法之外的其他法律、法规并不以保护法益为其规范目的,刑法义务只应该从自己的法益保护任务中独立产生。按照许乃曼的说法,直接将其他法律领域的义务视为刑法义务来源,无异于倒退回到了上个世纪之初的形式法律义务理论时期。^[25]确实,如果行政法上的义务和刑法上的义务不作区分,就可能出现实务上认定不作为犯时过于形式化的倾向。例如,根据《北京市房屋租赁管理若干规定》第18条的规定,出租人有权对承租人使用房屋的情况进行监督。出租人不得向无身份证明的人出租房屋;不得以出租房屋的方式为非法生产经营活动提供便利条件;发现承租人利用出租房屋有犯罪活动嫌疑的,应当及时向公安机关报告。其第19条规定,承租人应当配合出租人进行房屋出租登记;不得擅自改变承租房屋的规划设计用途,不得利用租赁房屋从事非法生产、加工、储存、经营爆炸性、毒害性、放射性、腐蚀性物质或者传染病病原体等危险物质和其他违法活动,不得损害公共利益或者妨碍他人正常工作、生活。第35条第三项规定,违反本规定第18条第1款规定,出租人向无身份证明的人出租房屋,或者发现承租人利用出租房屋有犯罪活动嫌疑,不向公安机关报告的,处200元以上500元以下罚款。第四项规定,违反本规定第19条规定,承租人使用租赁房屋时损害公共利益或者妨碍他人正常工作、生活的,处警告,并责令改正;逾期拒不改正的,处200元以上500元以下罚款。^[26]问题是,出租人发现他人利用该出租屋组织卖淫而不管的,如果将上述行政法规规定的义务作为刑法上的保证人义务,再结合本案法院判决的逻辑,和本案中提供播放器的快播公司地位大致相同的该房东就可能成为组织卖淫罪的不作为和正犯。但这样的认定逻辑和结论都是大可商榷的。

众所周知,网络服务者不履行法律、行政法规规定的信息网络安全管理义务,经监管部门责令采取改正措施而拒不改正,致使违法信息大量传播的,构成《刑法修正案(九)》第28条规定的拒不履行网络安全管理义务罪。按照这一规定,要肯定网络服务者刑法上的监管义务是毫无疑问的。但如果没有刑法上的这一明确规定,将行政法规上的义务直接套用到保证人义务中来支撑判决理由,就难免受到质疑。而判决中“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”,以及“快播公司具备承担网络安全管理义务的现实可能但拒不

[25] (德)许乃曼:“德国不作为犯学理的现况”,陈志辉译,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第13卷),中国政法大学出版社2003年版,第391页。

[26] 《北京市房屋租赁管理若干规定》(2011年5月5日北京市人民政府第231号令修改)。

履行网络安全管理义务”的表述,与《刑法修正案(九)》第28条的用语高度一致。当然,这样的判决论证方法,如果在刑法上的不作为义务(而非行政法上的义务)能够得到确认时,原本是没有问题的。但根据指控,本案行为发生在2007年12月至2013年11月之间,而《刑法修正案(九)》是2015年8月制定的,判决确定的义务来源令人生疑,从判决书的行文上,可能受到的质疑是:本案判决从实质上看,是否属于把拒不履行网络安全管理义务罪的法律规定溯及既往,用来论证2015年8月之前行为的违法性?我认为,这样的疑问并非空穴来风。

综上所述,在本案被告人的行为中存在典型的作为,但对其不作为行为的认定存在一定难题时,在定罪理由的论证上最为合理的方式是:论证被告人以作为、支配方式实施的拽取、缓存淫秽物品然后供用户下载的行为是本案的构成要件行为(传播行为),且在该部分证据能够查清(淫秽视频2万余部)的情况下,对被告人直接评价为作为犯。至于被告人对提供播放器不履行监管义务,放任他人上传视频的行为,在定罪上可以不予评价,在他人借助于这一播放器所上传、下载的淫秽物品数量无法查清的情况下,至多将该违反监管义务的行为视作量刑情节看待,进行从重处罚。换言之,本案被告人是否违反网络安全监管义务,对定罪无关紧要,单是其拽取、缓存淫秽视频供他人下载的行为,就可以对其以传播淫秽物品牟利罪的直接正犯论处。

四、结 论

互联网的发展和运用对传统犯罪理论与实务认定提出很多挑战,对此,中国刑法学必须积极地给予回应。本案所提出的很多法律难题,值得在今后从不作为犯、义务犯、共同犯罪、故意、目的犯等不同侧面切入进行深入研究。对于本案的处理,我同意法院的定罪结论,而且认为一审判决是近年来实务上比较难得的说理较为透彻的法律文书。

与复杂技术相关联的犯罪的认定,在行为人具有牟利或非法占有目的时,必须对行为进行实质的规范判断。在很多场合,网络空间的虚拟世界只不过是现实世界的“水中倒影”,网络空间的犯罪往往是现实世界犯罪的折射,因此,在处理网络犯罪的复杂案件时,如果有可能,需要尽可能将其还原为现实世界犯罪,将传统上处理现实社会犯罪的思路作为处理新型网络犯罪的重要参考。在本案中,快播公司拽取、缓存淫秽物品的行为,和现实世界里贮存、陈列、传播淫秽物品的作为行为并无二致。

在现代社会,网络服务提供者被赋予很多监管义务,尤其是在得到删除通知后,仍然不删除有关违法信息,不阻止结果发生的,可能构成刑事不法,因此,有观点认为,网络服务提供者所成立的基本是不作为犯罪。但是,在缓存服务者原本已独立控制特定违法信息后,允许其在自己提供的服务空间存在(存储、陈列),并供他人随意取得时,网络服务者的行为已经不再是不作为,而是独立支配违法信息传播进程的作为。本案快播公司的行为就是如此。

在被告人同时存在典型的作为和可能违反义务的不作为,且所造成的是不同的结果时,有一个作为和不作为的“竞合”的问题;但在方法论上,应当将事实的、经验的、存在论上的判断置于优先判断地位,实务上要认真研判行为人是否对犯罪进程具有支配和控制。“不管怎样,积

极的作为都属于更严重的行为方式。”〔27〕这样一来,不作为犯、义务犯的判断其实都可以不考虑,尤其在义务确定存疑、后果难以认定时,就更应该如此。如果一定要进行分析不作为,也应当是退而求其次的,直接从不作为切入判断犯罪是否成立会面对很多难题。就本案而言,以不作为为立论得出的定罪结论,无论从义务来源、犯罪数额确定角度看,都存在值得商榷之处,对全案以不作为为立论就应当慎之又慎。

在网络犯罪中,中性业务行为是否成立帮助犯似有讨论余地,但在《刑法修正案(九)》第28条规定拒不履行网络安全管理义务罪之后,其适用空间应受到大幅度限制,多数情况下被告人以此作为辩护事由的,均难以得到支持。同时,在行为人负有特定义务的场合,如果肯定义务犯的法理,其形式上是中性业务行为的情形,也应当成立正犯,因而无须讨论帮助犯是否成立的问题。

Abstract: In the two conducts committed by the defendants in the QVOD case, the conduct of providing player is merely a violation of supervisory duty, which is possible to be convicted as an omission. But the conduct of providing cache service controls the course of the crime and therefore should be convicted as an act. In terms of the crime of act, the perpetrator's causation with the occurrence of the result and his control over the crime should be assessed from the perspective of ontology. In terms of the crime of omission, it should be assessed from the perspective of the violation of duty. The conviction of defendants in the QVOD case is completely justified, but the standpoint of omission in the judgement is questionable. First, as far as the harm result of providing player, there is no sufficient evidence. Second, treating the duty outside the criminal law as the duty to act in criminal law gives the impression that the crime of refusing to fulfill the obligation of network security supervision established by the Ninth Amendment of Criminal Law can be retrospectively applied to the QVOD case. The rationale of the judgement does not necessarily provide the best solution when the court did not provide sufficient reasoning for the conduct of spreading by providing cache service for obscene articles which can be convicted as an act, whereas it justified the whole case from the perspective of omission. A more reasonable approach of conviction may be sought from the act of exhibiting obscene articles by providing cache service from the perspective of omission. The defendant's conduct should be analyzed from the perspective of the nature of control and perpetrator, by which the conduct of providing cache service should be assessed from the conduct of spreading by storing and exhibiting obscene articles. Therefore, the key facts of conviction should concentrate on the undeniable act rather omission in the ontology, through which the justification of the conviction can be fully established.

Key Words: Crime of Act; Crime of Omission; Control of Crime; Violation of Duty; QVOD Case

(责任编辑:江 溯)

〔27〕 (德)乌尔斯·金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》,蔡桂生译,北京大学出版社2015年版,第359页。