

【网络安全】

互联网安全中的淫秽色情内容治理严格责任问题

陈堂发

(南京大学 新闻传播学院,江苏 南京 210093)

摘要:互联网技术赋权彻底性与网络环境特殊性,使得淫秽色情内容的治理成为互联网安全的重要事项。在从严或从宽确立适度法律责任问题上,立法应该有工具理性、价值理性何者优先的考量,施加严格责任更符合社会公正。对于互联网因其具有的特殊工具效用与社会经济发展价值是否应该获得法律责任上的特殊豁免,西方国家实际上已经表现出否定的趋势。在惩治网络淫秽色情内容的具体责任设定方面,一是区别故意、过失两种不同过错状态分别追究搜索服务提供商的刑事责任、行政责任;二是严惩利益链上非法得利的主体;三是施加网站强制性详细显示注册相关信息的法定义务;四是强化地方网络监管部门的行政责任。

关键词:网络安全;严格责任;价值理性;行政责任;刑事责任

中图分类号:G203

文章编号:1673-5420(2016)03-0001-06

就我国互联网传播的信息安全问题而言,有待解决的问题交错复杂,而事关社会道德文明建设与经济社会健康发展的淫秽色情内容泛滥已经成为最突出问题。如何避免互联网沦为淫秽色情信息泛滥的“公地悲剧”,是互联网安全内涵的应有之意。目前审议讨论中的《网络安全法(草案)》将“传播淫秽色情信息”纳入了危害网络安全的范畴。互联网技术赋权彻底性与网络环境特殊性使得淫秽内容屡禁不止,网络治理陷入困局,无论实体法还是程序法方面,惩治互联网淫秽色情信息传播的法律规定都难以完全适应现实的迫切性。

一、互联网发展的价值理性要求施加严格责任

互联网和信息技术已经成为再构社会运行和生活方式的功能性要素,如果抽离这种结构性

收稿日期:2016-05-16 本刊网址:<http://nysk.njupt.edu.cn>

作者简介:陈堂发,教授,博士生导师,国家社科基金重大项目“互联网与表达权的法律边界研究”(2015—2020)首席专家,研究方向:媒介侵权法。

基金项目:国家社科基金重大项目“互联网与表达权的法律边界研究”(15ZDB144)

要素,社会生活诸多领域所导致并叠加的困境将无法化解。这些都需要我们宽容对待互联网和信息技术运用在促进技术创新、经济发展、社会进步同时所带来的诸多弊端。但无限性链接、瞬时复制与粘贴、海量收纳储存、临时屏蔽、一对多的加密扩散、网页或网站设立的零成本等技术手段,使得互联网比传统出版物有着更强大的精神侵害力,作为生活环境构成要素的新媒体空间的淫秽色情内容得不到净化,传统文化市场长期坚持的治理工作必将收效甚微。相关部门联手运动式“净网行动”虽能收一时之效,但对已经海量储存淫秽色情信息的网络空间来说,解决“积重难返”问题必须抓住被法律监管所忽略的关键环节,落实严格责任。

在治理互联网空间淫秽色情信息、保障网络安全,从严或从宽确立适度责任问题上,应该有工具理性、价值理性何者优先的考量。工具理性强调根据工具有效性,对可以带来现时利益的目的予以认可,并对可达到目的的手段加以优先考虑。价值理性则以社会终极价值和理想而非现时利益为目的,对当下功利代价与工具效率予以后置考虑。目前,在互联网运营所承担的法律 responsibility 方面,总体上倾向于认同工具理性优先,偏重技术运用的效率而忽略社会责任的公平配置。2015年11月,浙江云和县法院就群主因未阻止群成员利用微信群传播淫秽视频的违法行为作出判决,认定群主系传播淫秽物品罪的共同犯。针对此案判决,就有学者主张,群主不宜作为犯罪共犯处理,无论从群主对群成员表达行为的技术控制力来说,还是从群成员犯罪行为与群主建立、管理群的责任之间并无直接关系来说。法律施责任既要考虑到群主在技术上限制的能够程度,也要考量微信群这类半封闭式的“熟人圈”交流与非法公开传播的界限,过度的司法干预和责任连带可能影响法律的公信力。又如2015年《网络安全法(草案)》的条款“网络运营者应当加强对其用户发布的信息的管理,发现法律、行政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,防止信息扩散,保存有关记录,并向有关主管部门报告”,有学者对该条款设置责任比较笼统提出质疑,认为互联网服务提供商只应对自己所生产的内容负责,如果只承担提供平台或通道服务并且对所载内容不行使编辑控制权的,服务提供商不应为违法内容负法律责任。这种归责原则可能为服务商不负责任留下借口,但可以为企业发展创造条件。如果网民都使用外国的互联网企业提供的服务,安全问题就更为突出。

对于互联网因其具有的特殊工具效用与社会经济发展价值是否应该获得法律责任上的特殊豁免,西方国家实际上已经表现出否定的趋势。如2012年欧盟委员会公布《关于涉及个人数据处理的个人保护以及此类数据自由流动的第2012/72号草案》,明确提出数据主体应享有“被遗忘权”,即数据主体有权要求数据控制者永久删除有关数据主体的个人数据,有权要求个人数据时过境迁不再被存储,除非有合法的理由。2014年5月,欧洲联盟法院通过司法裁决确认了“被遗忘权”是一项法定权利,搜索引擎服务商有法定义务从互联网空间删除某些令权利主体尴尬的、已经成为过往的不体面的数据信息,除非数据的保存和使用属于法律规定的维持公共利益的正常运作所必需^[1]。俄罗斯2016年1月生效的《信息、信息技术和信息

保护法》也赋予了该国公民互联网空间的“被忘却权”,搜索引擎有能力执行屏蔽“不实信息”的义务。这些表明支持互联网技术运用本身不代表以免除公平责任为代价。但法律同时也规定,国家公职人员不能要求在网上屏蔽其不动产或收入信息。公民也无权要求隐匿其曾经入狱等信息^[2]。2016年4月,欧洲议会通过了《一般数据保护条例》,“被遗忘权”也被写进该法律,“只要没有保留该数据的合法理由”,个人数据就必须删除^[3]。我国互联网的责任设置当然应该体现“避风港原则”,但不是所有互联网信息与内容的传播都适用该原则,“避风港原则”只应适用互联网空间内容违法性难以明确判断的信息,而互联网提供商、运营商或用户责任适度豁免也只应该适用那些网络公共性表达,即涉及公共利益、公共安全、公共秩序、公共权力、公共价值等要素的言论表达,该类言论享有宪法权的优先保护,它应该与商业性表达、娱乐性表达、公益性表达、个体情感性表达等相区分。

从目前搜索引擎被诉侵权的法律责任追究的国内已有司法个案来看,对于不同诉因的侵权纠纷案件,人民法院对搜索引擎所施加的法律责任仍然遵从了“避风港原则”,强调基于特定技术的信息检索功能对于过错责任的阻却事由是主导性的司法理念。如金德管业公司诉北京百度网讯科技有限公司名誉侵权案中,原告通过百度搜索输入“金德”“金德管业”“金德招聘”,出现“金德骗子”“金德管业骗子”“金德管业是骗子”“金德管业招聘黑幕”等结果。原告以律师函形式告知百度公司,百度公司对相关内容并未及时删除。法院认定被告在被明确告知涉嫌链接侵权内容的情况下,未尽到相应审核义务的行为在主观上存在过错,构成侵权行为。但法院认为,百度作为搜索服务的引擎,利用自动搜索技术将他人已经发布在互联网上的信息按照一定的关联性自动搜索并提供给信息的搜寻者,对于他人的信息发布行为不具有实际控制能力。法律不应要求搜索服务商对信息搜索结果无条件地承担事先审查义务,除非在法律明确、技术可行的情况下令其承担所谓的“关键词过滤”义务^[4]。或者说,只要求搜索服务商明知存在侵权信息而未采取屏蔽措施,或者已经收到侵权的投诉或通知而未及时采取合理有效的技术措施,才应承担侵权责任。而在田军伟诉北京百度网讯科技有限公司虚假广告宣传侵权案、任甲玉诉北京百度网讯科技有限公司侵犯名誉权、姓名权、一般人格权(“被遗忘权”)一案中,司法判决并未对被告的信息链接服务行为赋予一定的注意义务,理由是对于被链接的网站信息不受百度公司调整与控制,百度公司不可能对为数庞大的推广网站进行排查。

淫秽色情内容扩散因其社会危害的显著性,理应对违法犯罪行为主体施加严格责任。道德文明与社会精神的污染如同自然环境污染,“先污染,后治理”的中国式环境治理思维已经导致不可逆的严重后果,而这种治理思维隐含了“优先与补偿性地保护一种局部价值以放弃另一种更为重要的全局价值为代价”的“效率优先、公平后置”的非理性主张。在法律责任设置方面,网络淫秽色情内容的治理不能重蹈覆辙,工具效率固然重要,但社会责任的公平更为根本。

二、惩治网络淫秽色情内容的严格责任设定

由于互联网空间淫秽色情内容泛滥的严峻性,近年来我国对于惩治网络淫秽内容的立法力度不断加大,对法律责任的追惩已经比较周延。原有的《关于认定淫秽及色情出版物的暂行规定》《关于部分应取缔出版物认定标准的暂行规定》对淫秽、色情出版物认定的明确标准一直在延续,《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》《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《解释(二)》)针对网络非法传播的新情况分别对制作、传播淫秽色情内容所承担的行政责任、刑事责任予以明确。尽管如此,适应复杂网络环境与技术手段以及网络运营机制的法律责任设定依然不够周延,比如参与互联网色情淫秽内容扩散的主体隐匿、复杂,虽然上述《解释(二)》规定了涉嫌的网络服务商的法律责任,但仍然存在责任竞合问题。根据该司法解释规定,网站建立者、责任管理者明知他人制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息,允许或者放任他人自己所有、管理的网站、网页上发布,可构成传播淫秽物品罪。互联网引擎服务商一方面依据《解释(二)》规定,可单独构成传播淫秽物品罪,同时根据刑法有关“共同犯”规定,运营商与网站共同故意实施色情淫秽内容传播的,又可构成传播淫秽物品罪的共同犯。责任主体同一行为,面临两种性质的责任认定。

其一,设定搜索服务提供商的刑事责任与行政责任。淫秽色情内容在海量信息的网络空间具有非常明确的靶向,与搜索引擎服务商提供的瞬时定位服务直接相关。在法定责任设置方面,虽然司法审理实践一再强调搜索服务提供商的有限责任,但市场环境下的利、责相当原则应当得以体现。既然技术因素可以决定责任弱化,基于更重要的公共利益考虑,同样可以要求行为搜索服务提供商基于技术因素而施加严格责任。

在搜索引擎服务功能与淫秽色情网站的隐蔽方式运作之间,存在显著的决定关系。淫秽色情内容的非法传播扩散很大程度上地依赖搜索服务提供商的信息检索与提取功能。当然,作为违法或犯罪行为共同实施人,需要区分故意、过失,分别追究搜索服务提供商的刑事责任、行政责任。

刑事责任追究以搜索服务提供商的主观故意为条件。对于主观“故意”的判断,需要确立合理且可操作的标准:承担“关键词过滤”义务。对具有明显识别特征的、涉及淫秽色情内容的关键词请求,如文字、图片或图像、视频本身所传达的信息具有一般人都认为的淫褻下流、冲破道德底线属性,搜索服务提供商未采取过滤及屏蔽措施,应视为存在故意的过错;搜索服务提供商接到相关行政主管机关书面告知,或接到网民的明确举报,仍未真正断开链接,或仅是暂时的屏蔽与断开链接。在认定违法行为后果方面,应该考虑确定实际链接成功的网站或网页数目及其点击数量。

设定搜索服务提供商的行政责任应以行为主体的过失违法为依据,搜索服务提供商所提供的链接因为疏于注意应承担责任。如用户请求的关键词与淫秽色情信息不存在明显关联的特征,搜索服务提供商对该类文字、图片、视频未采取过滤措施;或者某网站的链接点击率明显存在异常情况,未采取审读把关。

此外,基于搜索引擎定位选择淫秽色情信息的强大功能,借鉴国外对互联网色情淫秽内容加以分级、标示制度并非良策。相反,这种内容分级与自我标示手段恰好起到暗示与诱导网民点击的作用,因为法律不能禁止未成年人或成年人在私人场合浏览网页。虽然分级标示对监管并无积极作用,但可以根据内容分级作为承担法律责任的依据,并以此确定搜索引擎服务商的相应责任。由于传统道德文化的差异,西方国家在淫秽色情内容立法上的“安全港”措施并不适合照搬。与此相关,内容分级标准需要有更详细的指标描述,如有无事实性被害人指认,信息刺激对于一般人的心理适应水平,内容扩散所处的网络平台开放程度以及对于不特定人群的诱导程度等,将已有法律规定的淫秽内容“七条标准”及色情内容“六条标准”作可适应性与可辩护性相结合的调整,形成周密而严谨的标准体系。

其二,严惩利益链上非法得利的主体。淫秽网站、电信运营商、网络运营商、接入服务商、域名注册服务商、广告商以及第三方支付平台形成环环相扣的利益链条,淫秽色情网站及相关当事人仅为利益链的末端,且利益链的末端所获得的利益只是很少的部分。仅仅惩治淫秽色情网站及当事人既不公平,也不能彻底解决问题。用户请求的淫秽色情内容通过诸多节点到达用户,用户付费以后,电信运营商、广告商等按照规则进行利益分割,因此,切断利益链是关键。确立严格责任必然要求严惩利益链上的所有获利主体,在淫秽色情网站开设或淫秽色情信息传播环节提供互联网接入、域名注册、主机托管、虚拟空间租赁、费用结算等服务或投放广告的,应结合非法获得的实际利益数额,根据《治安管理处罚法》处以行政责任或《刑法》及相关刑事司法解释追究刑事责任。

其三,施加网站强制性显示详细注册信息的法定义务。社会角色或个体身份明确的程度决定了行为人注意义务的强弱,这种角色认知与行动意识在互联网的体现尤为明显。一方面,相关信息便于社会治理力量的汇入。网民并不清楚数量如此庞大的网站其注册详细信息,通过强制性技术手段将所有合法的网站或网页登记注册信息(包括法人或注册人姓名、办公地址、联系电话)在醒目位置显示,并标示网站注册地的地方政府网络监管部门及法律惩处机关接受举报电话、邮箱信息,便于网民迅速举报。另一方面,非法设立的网站、网页或境外网站,因无该类信息显示或该类标示的信息虚假,便于网络监管、执法部门迅速识别及查处。

其四,强化负有监管责任的地方网络监管部门的行政责任。网站注册所在地的网络监管部门对本区域内的网站负有直接的监管责任。省、市一级政府部门都设有互联网宣传管理专门机构,其应该承担的重要任务之一就是淫秽色情内容及其他非法内容进行不间断的监控,并适时联合相关职能或执法部门依法处置。就地方政府的网络监管部门具体义务而言,应包括根据其

所掌握的最新情况,不间断地向内容服务商、接入服务商、域名注册服务商提供禁止传播的淫秽色情信息清单,依法定程序取得国内主要搜索服务商的用户相关搜索记录数据,汇总分析点击率与淫秽网站之间的关系,初步筛选一批需要重点监督的网站名录;根据直观判断、已查处案例、举报线索、网站内容查验,确认禁止传播的动态性清单。这一清单亦作为追究搜索引擎服务商是否存在故意违法的主要判别依据。

三、结语

在互联网淫秽色情内容的治理机制问题上,采取政府、企业与社会互动,法律、技术、社会、教育并用的综合管理模式,是目前欧美国家的主要手段。如美国立法的出发点将儿童与成人分开,多项法律规定严禁儿童接触网络淫秽内容,相关主体未履行义务应承担相应法律责任。政府有关部门发布指引意见,鼓励家长取证、举报,开设网上专页,帮助家长识别、提高戒备意识。政府为保障未成年人健康上网,专门开办一个儿童网站,相当于儿童图书馆^[5]。英国则以立法保障和行业自律为主,以政府指导和社会帮助为辅。技术监管的核心是分级与过滤。美国联邦政府要求包含色情内容的网站必须加入官方的警告标示。分级分类体系主要包括三个方面:内容分级(软色情与硬色情)、受众分类(成人与儿童)和控制分层(代码层、内容层、物理层)。控制物理层主要措施是区分公共接受端与私人接受端^[6]。

结合技术手段的内容分级策略是多数论者的主张,不仅需要法律规制,更需要建立内容分级制度进行对象化区分治理。一些国家、地区将内容分级作为网络自治的基本条件,亦作为依法追究责任的重要依据。技术手段支撑的内容分级要求网络内容提供者根据分级标准在网页上进行自我标示。我国网络色情淫秽内容治理的法治化一方面需要基础立法,尤其制定保护未成年人精神利益的法律,另一方面需要运用内容分级措施,选定与我国社会道德水准与传统道德文化水准相匹配的内容分级标准。

参考文献:

- [1] 蔡雄山. 网络世界里如何被遗忘——欧盟网络环境下个人数据保护最新进展及对网规的启示[J]. 网络法律评论, 2012(2): 68-75.
- [2] 俄新法赋予公民网上“被忘却权”[N]. 新华每日电讯, 2016-01-03(4).
- [3] 欧盟通过最新《数据保护法》[N]. 人民邮电报, 2016-04-20(3).
- [4] 刘德良. 信息自由与网络中介服务者的信息监管义务[EB/OL]. [2015-12-29]. http://blog.china.com.cn/liu_deliang/art/2840734.html.
- [5] 吴晓萍. 美国对网络色情的法律规制及借鉴[J]. 青少年研究, 2007(1): 34-36.
- [6] 张志铭, 李若兰. 内容分级制度视角下的网络色情淫秽治理[J]. 浙江社会科学, 2013(6): 66-74.

(责任编辑:刘云)

(下转第15页)

National cybersecurity strategy of the U. S. A and its constructive implication for China

SHI Bowei, FU Xiaowei

(School of International Relations, Sichuan International Studies University, Chongqing 400031, China)

Abstract: Deteriorating continuously, cybersecurity issue has become the focal point of global attention and concern since 2008. The United States, a country of most developed Internet technology, has also been facing serious cyber threats from cyberspace. After more than ten years of tremendous funding and energy investment, the United States, at present stage, has been building a relatively impeccable, government-led system of cybersecurity strategy. This strategic system is characterized by a full-fledged combination of offensive and defensive capabilities which takes full advantage of American technological superiority, and the primary purpose of this system is to form strategic deterrence. Although the intense infiltrativeness and aggressivity revealed by that strategy should keep China vigilant constantly, meanwhile, possessing a level-headed insight into the mature and effective function of the specific components of that strategy can offer sufficiently constructive implications for China's construction of its own cybersecurity strategy.

Key words: The United States; cyber security; national cybersecurity strategy; offensive and defensive strategy; strategic deterrence

(上接第6页)

Strict liability for the governance of online obscene and pornographic contents

CHEN Tangfa

(School of Journalism and Communication, Nanjing University, Nanjing 210093, China)

Abstract: The governance of online obscene and pornographic contents is an important issue of Internet security due to the complete empowerment of Internet technology and the particular Internet environment. Imposing strict liability is more in line with social justice as it needs to balance the priority of tool rationality with value rationality in legislation. Western countries have in fact shown a trend not to grant the Internet a special exemption from legal liability, although the Internet has special instrumental utility and social and economic development value. In determining the liability for online obscene and pornographic contents, it needs to: (i) distinguish between intentional and negligent activities in determining the criminal and administrative liability of searching service providers; (ii) punish the involving parties with illegal profits in the interests chains; (iii) require websites of legal duty to reveal registration information with technology; (iv) emphasize the administrative liability of local network supervision departments if with irresponsible duties and omission.

Key words: network security; strict liability; value rationality; administrative liability; criminal liability