财经法学 No. 5，2019
pp. 41 - 56

网络缓存的法律认定及其规制
——以快播案为分析视角

吴沈括　何露婷*

内容提要：从刑法学角度论证网络缓存是否是一种行为，具有思维的局限性，应当从法理学层面进行思考。将法律上的传播行为与技术上的传播现象区分开来，既有利于在个案中正确认识网络传播行为，也有利于在立法上理性思考对网络信息的技术传播现象的规制路径。网络平台的“引导交换型”行为模式，本质上是网络缓存思维在互联网环境下行为层面的宏观映射，应该采取技术传播的法律规制路径，而非假以法律上的传播行为。避风港原则存在预先承认“网络平台的信息中介传播属于法律上的传播行为”的逻辑假定，因此不具有合理性。以网络安全管理义务介入网络平台的信息中介传播，能够从对称原理得到论证。互联网对当今社会的冲击，使得网络社会存在组织结构上的“碎片化”特征和主体结构上的“二元化”特征。只有加快网络法学理论的研究，尤其是网络法学方法论，才能从根本上化解技术创新性与法律保守性之间的本质性矛盾。

关键词：网络缓存　法律传播　技术传播　避风港原则　网络安全管理义务

缓存是伴随着互联网的不断发展而被法律领域意识到的一个技术现象。[1]缓存现象近年来已经深度涉入司法实务之中，尤其是民事领域的著作权及侵权纠纷。本文并非从民事案例着手，而是以刑事领域的 2016 年快播案为例展开讨论，主要出于以下考虑：其一，快播案对缓存问题的认定具有“集中性”，快播案中缓存问题的认定直接决定了案件的事实认定、法律适用乃至判决结论；其二，基于“刑重民轻”的思维，刑事领域对缓存现象的认识应当具有更高的严肃性，更加值得学界关注与讨论；其三，鉴于快播案的影响力，以本案为例展开讨论更有益于得到学界与

* 吴沈括，北京师范大学刑事法律科学研究院暨法学院副教授；何露婷，北京市门头沟区人民法院审判员。
本文为国家社会科学基金项目“新一代信息技术与个人信息刑法保护”（15CFX035）的阶段性成果。

〔1〕 以“缓存”为关键词在中国裁判文书网上进行检索，发现共有 984 个判决涉及“缓存”。其中，有 766 个判决是民事案由，有 50 个判决是刑事案由；有 508 个判决涉及著作权纠纷，有 469 个判决涉及侵权行为；时间跨度始于 2010 年 8 月，止于 2018 年 8 月。

司法实务部门的重视，并树立起更好的法示范效应。[2]

通过对网络缓存的定性分析，本文提出“引导交换型”网络平台的信息中介传播，本质上是网络缓存思维在互联网领域的宏观映射。在此认知基础上，本文进一步分析了避风港原则的不当逻辑假定，并从对称原理论证了网络安全管理义务介入调整的必要性和可行性。

一、缓存的概念及其类型

按照“科普中国”百科科学词条编写与应用工作项目的定义，所谓缓存（Cache），就是在设备中设置一个运行速度极高的区域作为数据交换的缓冲区，用于存储被频繁访问的数据，在某一硬件要读取数据时，优先从缓存中查找需要的数据，如果找到了则直接执行，找不到的话再从内存中查找。设置缓存的目的是提高硬件运行的效率。然而，该定义只是描述了硬件层面的缓存概念，属于最狭义的缓存概念。

实际上，缓存不仅是一种技术，还是一种思维。从思维上看，它是为了提高效率而在事件处理上进行临时性和预先性处置的一种策略。这与传统军事领域的预谋策划、随机应变等事件处理方法并无不同。从技术上看缓存概念则要复杂得多。从根本上讲，它是一种为了提高数据交换效率和效果而实施的技术方法、技术机制和技术方案。从类型上讲，它不仅包括过去普遍应用的硬件层面的缓存、软件层面的缓存，还有时下不断推广的网络层面的缓存，即网络缓存。

所谓网络缓存，是指在网络环境下，为了优化性能和节省带宽，在大流量数据交换的信息系统中，通过配置缓存服务器的技术设备，实现网络数据交换的缓冲存储。缓存服务器一般前置于应用服务器，当用户每次访问应用服务器时，会对缓存服务器先进行访问，并将本次的用户请求和应用服务器应答数据写入缓存服务器中，用户再次访问该应用服务器时，借助于缓存服务器中的数据，即可提供更快的响应。网络缓存的目的是将需要频繁访问的数据存放在离网络用户较近、访问速度更快的系统中，以提高数据访问的效率。缓存服务器还经常与调度算法或专门运行调度算法的调度服务器共同工作。调度算法或调度服务器是一种基于负载均衡目的而对所有服务器资源进行统一管理调配的技术策略。当调度算法或调度服务器与缓存服务器一起工作时，他们可以通过优化负载均衡的方式提高缓存的性能，是缓存功能设计的必要技术组成。网络缓存是十分复杂的，技术实践中对网络缓存方案进行调整、改造、升级是常有的事情。快播案就涉及缓存方案的调整问题。[3]

毋庸置疑的是，网络缓存所带来的法律争议，比硬件缓存、软件缓存要大很多。这是因为，网络缓存的应用必然涉及网络主体之间的数据权利争议，及因此而产生的法律规范适用问题，而硬件缓存、软件缓存主要常见于计算机单机系统之内，因而鲜少涉及利害关系人的权利侵犯。比

〔2〕 以上考量可以从以下事实得以印证：快播案判决之后，我国知名法学期刊《中外法学》于 2017 年第 1 期，专门邀请了陈兴良等诸位专家教授对快播案涉及的事实认定与法律适用展开专题评论。

〔3〕 关于快播案中缓存技术方案的调整问题，裁判文书中如是描述：2013 年底，为了规避版权和淫秽视频等法律风险，在王欣的授意下，张克东领导的技术部门开始对快播缓存服务器的存储方式进行调整，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，将一部视频改由多台服务器共同下载，每台服务器保存的均是 32M 大小的视频文件片段，用户点播时需通过多台服务器调取链接，集合为可完整播放的视频节目。参见北京市第一中级人民法院（2016）京 01 刑终 592 号刑事裁定书。

如，快播案判决书指出，公安机关从查扣的四台缓存服务器里提取了29841个视频文件，对其进行鉴定，并指出其中可以认定为淫秽视频的文件数量为21251个。而这四台缓存服务器及其中存储的淫秽视频是本案传播淫秽物品牟利罪认定的关键证据。快播案缓存问题的特殊之处在于：这是网络缓存技术在P2P（点对点）网络环境下的技术应用。[4] 实际上，关于网络缓存的争议在知识产权领域也是普遍存在的。比如，搜索引擎的网页“快照”是否属于系统缓存，抑或是网络缓存。[5]

二、网络缓存的法律认定

（一）争议的起因：快播案的缓存

2016年9月，深圳市快播科技有限公司及被告人王欣、吴铭、张克东、牛文举，被北京市海淀区人民法院判处构成传播淫秽物品牟利罪。随后，多名刑法学专家学者对本案涉及的网络缓存问题发表法学评论。

北京大学法学院陈兴良教授认为，在快播案中快播公司存在两种行为：第一，不履行网络安全管理义务的不作为；第二，利用缓存技术为传播淫秽物品提供缓存服务。对第二种行为的认定涉及快播公司的缓存技术，对该行为性质的理解不一则会导致一定的分歧。

陈兴良教授首先引用了快播案一审判决书中的部分事实与法律认定，即一审判决明确地将快播公司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商，这就决定了对快播公司不能简单地适用技术中立原则。[6] 然而遗憾的是，司法人员根据“中心调度服务器参与其中”的逻辑而简单认定“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”，其本身的合理性就存在重大疑问。因此，陈兴良教授基于法院给出的前述法律事实认定而随后展

---

〔4〕 有人说，快播所使用的不是P2P（Peer to Peer）技术，而是P2SP（Peer to Server & Peer）技术。从技术上讲，P2SP技术是对P2P技术的延伸，它不仅支持P2P技术，同时还通过P2S（Peer to Server）技术把服务器资源和P2P资源整合在一起。当用户下载某一个文件时，P2SP系统首先会根据策略设置自动搜索全部资源而后选择最合适的资源进行传输加速。这使得P2SP技术在数据交换的稳定性和下载速度方面比传统的P2P技术提高很多。从法律上讲，运用P2SP技术与运用纯粹P2P技术所产生的法律效果是否相同，取决于P2S服务器上资源的取得方式。具体而言，如果说P2S服务器上的资源是取自于P2P资源，那么应当将P2S看作是P2P的辅助技术，这在法律定性上与纯粹P2P基本相同。如果说P2S服务器上的资源是来自于网络运营者的额外提供，那么应当将P2S和P2P看作两种相互独立的行为模式。当然，从理论上讲，P2S服务器上资源的取得方式有可能同时兼采两者，即网络运营者既将P2P资源作为P2S服务器资源的取得来源又额外提供部分自给的资源。对此，由于快播案庭审并没有对P2S进行专门调查，在司法实务上应当做出有利于被告人的法律认定，即直接认定为纯粹P2P模式。

〔5〕 参见王迁：《搜索引擎提供“快照”服务的著作权侵权问题研究》，载《东方法学》2010年第3期；蔡晓东：《搜索引擎的缓存技术与法律责任》，载《重庆理工大学学报》（社会科学）2013年第7期。

〔6〕 判决原文论述为：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。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；陈兴良：《快播案一审判决的刑法教义学评判》，载《中外法学》2017年第1期。

开关于“中立的帮助行为”及“不纯正不作为”等相关法理的论证，已经进入了“基于错误结果导向的行为解释推理论证”的巨大风险。

与陈兴良教授的论证逻辑相比，周光权教授的观点则是一针见血。周光权教授认为，缓存是本案的核心行为。[7] 对缓存现象的认识，确实是本案的核心问题。然而，周光权教授在提出对缓存现象的认识时，事先做了不甚恰当的假定，即：缓存是……行为。然而，缓存是行为吗？如果不是行为，又该怎么办？如果没有解决这个问题，周教授随后在此基础上开展的不作为犯、作为犯及义务犯等相关问题的论述，则会失去逻辑基础。

事先假定缓存是一种行为，这是不恰当的。一方面，如果把技术意义上的“缓存”直接看作一种行为，它将面临技术中立原则的挑战。既有文献提出了至少三种技术中立的含义：功能中立、责任中立和价值中立。功能中立关注的是技术的功能逻辑，即只要在对技术的使用中没有超出其自身的功能机制和原理，则技术中立；责任中立关注的是技术对实践后果的责任，即技术使用者和实施者只要没有主观上的故意，就不能对技术引起的负面社会效果承担责任。功能中立和责任中立都指向了价值中立，或者说，功能中立和责任中立在本质上都包含着价值上的中立。即技术中立的核心在于价值上的中立。[8] 如果将一个在技术方案上都存在极大不确定性的事物视为一种具体行为进行法律分析，势必要极其谨慎，尤其在尚未对缓存技术本身从行为或行为模式层面进行全面归纳分析的情况下。另一方面，如果把思维意义上的缓存看作是一种行为，那么显然面临着更大的理论挑战，即思维是行为。不管怎样，假定缓存是一种行为，这种偏见埋伏着巨大的认知风险。

（二）争议的分析：法理学的缺位

缓存，这里当然指网络缓存，是否是一种行为，这是事实认定与法律适用的上位基础问题。从部门法划分来讲，这个问题已经不属于刑法部门法的问题，而已经进入网络法理学的领域。如果在网络缓存是否属于行为这个问题上不能达成认知上的共识，而仅基于刑法部门法通过不作为犯或作为犯的推理论证来寻求行为的解释论，是无法达到正确认识与科学评价的目标的。也就是说，在网络法理学缺位的情况下，是难以突破刑法思维的局限性的。

在传统法理学领域，依据法律事实是否与人的意志有关区分事件和行为。事件即与人的意志无关的法律事实，例如由自然灾害、时间流逝等引起的法律关系的产生、变更、消灭。行为即指与当事人的意志有关的法律事实，分为合法行为和违法行为。[9] 在此，对于网络缓存这种现象能否进入法律事实[10]的范畴，一般不会形成太大的争论，而网络缓存是否属于法律事实中的行为，则值得探讨。

传统法学理论认为，法的直接调整对象乃人的行为，法的间接调整对象乃包括个人利益和社

〔7〕 参见周光权：《犯罪支配还是义务违反》，载《中外法学》2017 年第 1 期。

〔8〕 参见郑玉双：《破解技术中立难题——法律与科技之关系的法理学再思》，载《华东政法大学学报》2018 年第 1 期。

〔9〕 参见陈金钊：《论法律事实》，载《法学家》2000 年第 2 期。

〔10〕 法律事实是一种具有法律意义的事实。某一被称为法律事实的事实，肯定是对法律关系产生了某种程度的影响，有的可能引起法律关系的产生，有的可能引起法律关系的变更或消灭。如果事实没有对法律关系产生任何影响（或者说不能引起法律关系的产生、变更或消灭）就不能称为法律事实。参见前引〔9〕，陈金钊文。

会整体利益在内的社会之利益关系。[11] 经典法学教材如是描述：当法与一般的行为规则相联系时，法的表现形式为法律。法律调整的是受到主体的意志和意识所支配的行为以及主体之间的社会关系。[12] 也就是说，法律是用于调整人的行为，以及人与人之间所形成的法律关系的社会规范。从法规范角度而言，行为是法规范所要评价的事实的主要内容。行为是法规范所要评价的事实的第一指标，而行为所采用的方法以及行为所产生的效果、影响，虽有可能且有必要成为法规范评价的第二指标，但绝不可能跃而居其主。[13] 从这个意义上讲，法律事实中的行为，是发现法规范和适用法规范所要考虑的最基本要素。

北京市海淀区人民法院副院长范君先生基于对缓存服务器和调度服务器的调查，认为快播公司的行为属于针对“不法”视频资源的“有意识的主动行为”。他得出上述结论的两点理由是：(1) 快播的缓存服务器偏好“不法”的视频资源，除了淫秽视频和侵权视频，其他视频屈指可数；(2) 快播公司的中心调度服务器一旦发现用户下载速度不能满足观看需要，就会通过缓存调度服务器指令最便利（同一运营商或距离最近）的缓存服务器直接向用户提供视频文件。[14] 这里存在着司法人员对技术事实的误解，这种误解的产生很可能源自于采用了类比思维，[15] 即将网络技术上的调度服务器简单地类比为像传统客运服务那样的汽车调度中心。[16]

事实上，调度服务器具有优化缓存的性能，[17] 是缓存功能设计的必要技术组成部分。从技术上讲，调度服务器与客运汽车调度中心不同，它是根据调度算法自动运算处理的，[18] 调度主体及其主观意愿并不能直接参与具体数据的处理。具体地说，快播公司的主观意愿能够直接参与的是针对所有数据进行自动化运算的调度算法，但这不能等同于快播公司从主观上直接参与了具

---

〔11〕 参见姚建宗：《思考与补正：论法的调整对象》，载《吉林大学社会科学学报》1994 年第 6 期。

〔12〕 参见朱景文主编：《法理学》，中国人民大学出版社 2008 年版，第 26、120 页。

〔13〕 对此，可以刑法学为例进行理解。犯罪行为是刑法规范所要评价的第一指标，要确定犯罪必须首先对其行为进行评价。而犯罪行为的方法或后果，虽有可能成为定罪或量刑的依据（定罪是针对情节犯或结果犯而言），但绝不可能跳过行为的评价而直接依行为的方法或后果入罪。

〔14〕 参见范君：《快播案犯罪构成及相关审判问题——从技术判断行为的进路》，载《中外法学》2017 年第 1 期。

〔15〕 有人说，在面对新事物的时候，我总是告诫自己，暂时先克制寻找类比的冲动，因为不恰当的类比还不如没有类比，甚至，不恰当的类比干脆相当于有毒，会麻醉我们的大脑，阻止我们有效地思考。使用类比理解新知识的前提是，这个新知识与某个“现存经验”接近或者类似。可在某种程度上，有时候连“类比”这个神奇的工具都无能为力，因为我们总是会碰到面对并尝试理解的知识与现有经验相悖的情况。笔者认为，类比往往有助于理解，但它却不是一种严谨的论证方法。采用类比思维进行论证往往会犯“只见树木不见森林”的毛病，因而无法看清事物的本质。

〔16〕 对于调度服务器问题，北京市海淀区人民法院副院长范君先生如此描述：一是快播服务系统有中心的 P2P 网络系统。“站长”使用快播资源服务器软件生成链接，即可通过快播中心调度服务器与点播用户分享该视频，而“站长”不再充当 BT Tracker 的角色。用户使用快播播放器点播时，同时向中心调度服务器和缓存调度服务器发送请求。播放器组件会根据播放链接中的特征码向中心调度服务器获取拥有该特征码的在线用户，进行下载。二是缓存服务器的视频存储和提供行为均是在快播公司的调度下完成的。中心调度服务器可以追踪到提供淫秽视频文件的 IP 地址，可以调度所有客户端和缓存服务器。快播公司的缓存调度服务器会选择最佳路径，向缓存服务器调取视频直接提供给用户。用户要获取其他用户的资源需通过中心调度服务器调度，而要获取缓存服务器的资源则还需要通过缓存调度服务器。笔者认为，范君先生虽然敏锐地发现调度服务器在快播缓存技术设计中的参与，并且试图基于调度服务器的功能将传播行为区分为帮助传输模式和参与传输模式，但是他未能在技术层面对调度服务器的功能形成充分认识从而得出不尽妥当的法律定性判断。这也许是由于范君先生很可能采取了类比思维。参见前引〔14〕，范君文。

〔17〕 参见刘永卫、唐新春、刘戊开、陈谦：《基于缓存区段的 P2P 流媒体调度算法》，载《计算机工程与科学》2008 年第 6 期；郑凯：《一种 P2P VOD 系统的缓存部署及调度机制》，载《华南师范大学学报》（自然科学版）2009 年第 2 期；曾文烽、许胤龙：《采用分区缓存调度策略的 P2P 点播系统》，载《计算机工程》2010 年第 9 期。

〔18〕 参见前引〔17〕。

体非法视频的处置，更不能简单认定快播公司对“所有”非法视频具有主观故意。换言之，调度服务器只能根据技术规则的设置决定哪些视频资源需要缓存技术的介入而加速响应，而不会区分这些视频资源哪些是非法的哪些是合法的。这应当理解为通过技术自动实现的通常性业务行为，而不宜理解为专门针对“不法”视频资源的“有意识的主动行为”。

对范君先生的两点理由，我们同样可以采用类比思维从逻辑上进行反驳。一方面，快播公司的缓存服务器类似于公司的记账，一个公司既经营合法业务也经营非法业务，但合法业务不记账非法业务要记账。司法机关不能因为查扣的账本中全是非法业务的记录而武断声称该公司主要经营非法业务。另一方面，调度服务器的介入只能用来说明快播公司存在视频资源监管的技术可行性，但它的技术功能设计仍然是针对所有视频资源的自动技术行为，而非只针对“非法”视频资源而做出的目的性的、选择性的行为。

因此，以缓存服务器中存在大量的非法视频和调度服务器具有资源调度的功能来论证快播公司是针对“不法”视频资源的“有意识的主动行为”，是不能成立的。这属于典型的以行为效果反推行为性质。

（三）争议的解决：传播行为与技术传播的区分

网络缓存，作为一种技术方法、技术机制和技术方案，其目的是为了提高网络环境下数据交换的效率和效果。

网络环境下的数据交换，其本质是网络上的信息通信。信息通信的基本系统模型[19]简明扼要地描述了信息通信的过程，即：从信源系统出发，经信道系统传输，到达信宿系统。笔者对香农提出的基本通信系统模型进行了简化，如图 1 所示。因此，网络上的信息通信本质上是信息从信源到信宿的传播过程。

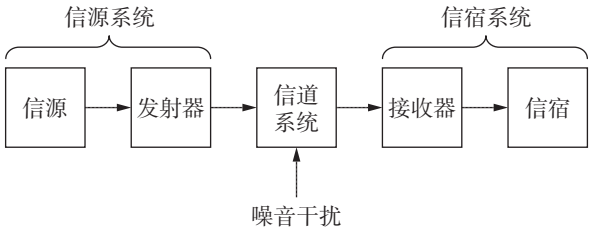

图 1　经简化后的基本通信系统模型

正因如此，所有基于网络信息通信的行为都具有天然的信息技术传播属性。网络缓存，作为一种帮助信息加速传播的技术，自然也总是与信息的技术传播紧密联系在一起。

网络领域的信息通信与传统领域的信件传递不同，前者是通过“多次不断”的“信息复制”来达到信息传递的目的，而后者则是通过“物质转移”来达到传递信息的目的。它们的区别是：传统的信件传递往往是仅有双方主体的信息通信，正常情况下信件的传递中介并不能取得信息记录。但是，网络领域的信息通信永远是多主体、至少是多节点的信息传递，并且信息传递的中介

〔19〕 基本通信系统模型是由现代信息论的奠基人香农（C. E. Shannon）提出的，是信息通信技术的基础理论。See C. E. Shannon，A Mathematical Theory of Communication，27 *Reprinted with corrections from The Bell System Technical Journal*，379－423，623－656（1948）.

主体或节点必须取得信息记录。换言之，任何一次网络信息通信都是将信源的信息通过包括服务器在内的多个网络设施的多个节点以多次不断复制的方式最终传递到信宿终端的过程。多主体、多节点的信息复制特点，决定了网络信息通信必然是技术上的信息传播。

基于上述网络信息通信的特征分析，不难理解：任何利用网络技术实施的行为都具有天然的信息技术传播属性，任何网络上的行为首先绝对是信息的技术传播。但是，并非任何信息的技术传播都归属于人的信息传播行为。在法律认识领域将缓存与传播行为混淆在一起亦是情有可原的。

传播一词的含义是十分复杂的。在传统语境下，传播一词就已经有各种不同的含义。将传播放在政治语境下理解，它是指观念或精神内容的传递过程；将传播放在公共社会语境下理解，它是指一切精神象征及其在空间中得到传递、在时间上得到保存的手段；将传播放在信息系统语境下理解，它又是指信息从信源经过信道到达信宿的传递过程；将传播放在新闻媒介语境下理解，它又凸显出“传播媒介”的语义……目前最广义的传播概念，则是指信息的传递，它既包括接触新闻，也包括表达感情、期待、命令、愿望或其他任何东西。随着网络技术的出现，传播一词有了最新的语境：传播技术的语境。

传播概念在其他语境下出现混淆，似乎还无伤大雅。但是，法律作为一门应当十分严谨的学科，法律语境下的传播概念是绝不可随意混淆的。尤其在刑事领域，传播概念的法律界定更是直接关系到定罪与量刑。然而，不可否认的是，在实践中不管是立法者、司法者抑或是人民大众，在对传播概念的法律理解上其实都已然或多或少地掺杂了“法外”语境。那么，如何将法律意义上的传播行为从信息网络的技术语境中剥离出来呢？这既需要认知上的澄清，也需要方法上的指引。

一方面，从观念上讲，既然是在法律语境下认识传播行为，首先就应当遵守法律规范的基本原理。从法律规范上讲，行为是法律规范评价的第一指标。因此，法律意义上的传播应当是行为意义上的传播。就此，可以以我国现行刑事实体法中涉及传播的法律规范进行分析。我国现行《刑法》主要规定了以下几个与传播相关的罪名：编造并传播证券、期货交易虚假信息罪（《刑法》第181条第1款），编造、故意传播虚假恐怖信息罪（《刑法》第291条之一），传播性病罪（《刑法》第360条第1款），制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪（《刑法》第363条第1款），传播淫秽物品罪（《刑法》第364条第1款）。借助文义解释和体系解释的方法对前述刑法规范中的传播概念进行观察，可以发现：所有的传播一词要么是与编造、制作、复制、出版、贩卖等动词并列使用，要么就是以动词词性单独使用。这充分表明了传播的法律概念界定必须以行为为视角。如果案件中的行为本身不构成法律意义上的传播行为，即使它产生了技术上的传播效果，也不应当适用传播行为相关的法律规范予以评价。

再者，法律意义上的传播还应当遵守法律规范的基本逻辑结构。经典法理学认为，法律是一种特殊的、在逻辑上周全的规范，一个完整的法律规范在结构上由三个要素组成，即假定、处理和制裁。[20] 从理论上讲，法律规范必须预先设定具体的假定条件（一定的行为事实），并在确定满足假定条件时产生相应的法效果（一定的行为责任）。因此，判断是否构成法律意义上的传播，还要判断案件中的行为是否满足制定法规范所假定的具体条件。

---

〔20〕 参见前引〔12〕，朱景文主编书，第349页。

对此，有刑法学者进一步从犯罪行为学的角度，对立法与司法的过程进行动态的描述，并将犯罪行为区分为现象化的犯罪行为、模型的犯罪行为和实定的犯罪行为。[21] 所谓现象化的犯罪行为，是指由行为人具体实施的、在社会生活中表现出来的、具有犯罪性的动作要素的综合体。它发生在现实生活中，能被人们发现并认识，或处在被立法规制前，或虽处在被立法规制后但尚未被模型衡量时所呈现的状态。通常也称为自然状态的犯罪行为。模型的犯罪行为，就是被立法规范确定的犯罪行为。它体现在以犯罪行为为对象的立法过程中，具有法定性、规范性和概括性的特征。通过模型的犯罪行为，可以在立法上确定入罪标准，为司法实践提供犯罪构成的形式要件，为公民守法提供行为尺度。实定的犯罪行为，就是被司法确定的犯罪行为。犯罪行为的实定，是指运用模型的犯罪行为与现实中发生的疑似犯罪行为进行比对、衡量，将符合模型犯罪行为要求的犯罪行为予以确定的活动。在司法中被模型比对后确定的犯罪行为就是实定的犯罪行为。按照该学者的观点，立法的过程是从现象化的犯罪行为抽象出模型的犯罪行为的过程，而司法的过程是把案件中的具体犯罪行为与模型的犯罪行为进行比对、衡量并实定的过程。

另一方面，从方法上讲，要将法律上的传播行为与技术上的信息传播现象区分开来，需要借助于经典行为理论，即：要从行为角度，以行为的基本特征为标准，来判断一种信息传播现象是否属于传播行为。范君先生在论文中也以“有意识的主动行为”为标准来界定网络传播行为，这无疑是对此方法标准的认同。

“行为”一词在汉语中的解释是：举止行动，是指受思想支配而表现出来的外表活动。汉语词典把“意志”解释为：决定达到某种目的而产生的心理状态。心理学领域认为，意志是人有意识、有目的、有计划地调节和支配自己行为，并达到预定目标的心理过程，常以语言或行动来表示。从意志的定义不难提炼出意志行动的基本特征，即：意志行动具有目的性和计划性，意志行动具有主动性和创造性，意志行动具有前进性。正如恩格斯所说，在社会历史领域进行活动的全是有意识的、经过思虑或凭激情行动、追求某种目的的人，任何事情的发生都不是没有自觉意图的，没有预期目的的。[22] 黑格尔认为，在人的意志与行为的关系上，行为是人有意识的活动，意志作为主观的或者道德的意志表现于外，这就是行为。行为是人的内在主观意志的外在的、客观化的表现，而意志对于行为来说具有支配性。在意志的行为中，仅仅以意志在它的目的中所知晓的这些假定以及包含在故意中的东西为限，承认是它的行为，而对这个行为负责。行动只有作为意志的过错才能归责于行为人。[23]

汉语解释、心理学和法律史领域的统一，这反映了“行为是内在意志的外部行动表现”这种定义在理论上已经基本确定。行为是受行为主体意志控制，表达行为主体意思表示的外部行动的组合体。行为由内部的意志性和外部的行动性两方面构成。换言之，对某一行为是否属于法律上的传播行为的判断，应当围绕行为主体是否具有传播的内在意志性与外部行动性而展开。

意志行动的计划性是意志行动目的性的体现，意志行动的创造性是意志行动主动性的表现，而意志行动的前进性是意志行动目的性、计划性、主动性、创造性的综合结果。可见，目的性和

---

〔21〕 参见楼伯坤：《犯罪行为学基本问题研究》，法律出版社 2014 年版，第 12－13 页。

〔22〕 转引自张文喜：《人的目的、意志与社会运动关系新解》，载《浙江社会科学》1994 年第 3 期。

〔23〕 转引自窦海阳：《论法律行为的概念》，社会科学文献出版社 2013 年版，第 31 页。

主动性是意志行动最为基本的特征。在此，我们以意志行动的目的性和主动性为具体标准分析网络传播行为的法律特征。

具体而言，法律意义上的传播行为应当具有传播行动的目的性和主动性。只有行为主体为了某种目的，人为主动地在网络上实施点击某个链接、上传或下载某个文件进而产生了信息的网络传播的行为，这才属于具有传播行动的目的性和主动性的行为。它能够反映行为主体在传播上的内在意志性与外部行动性，应当纳入法律意义上的传播行为范畴。

相反的，有些现象虽然事实上产生了信息传播的效果，但由于不具有信息传播行为的目的性和主动性，因而不能认定为法律意义上的传播行为。在信息网络技术环境下，这种信息传播现象具有明显的技术性和被动性的特征。在互联网领域发生的数据窃取、数据泄漏等网络入侵案件就是这种信息传播现象的典型样例。比如，在有些网络入侵案件中（如利用恶意链接钓鱼入侵），持有数据的主体也会实施一定的行为（一般是基于正常目的的），而这种行为被入侵者所利用作为网络入侵的条件。虽然这种行为事实上导致了信息的网络传播，但是由于这种信息网络传播并非由持有数据主体的意志所控制，且亦非由持有数据主体人为地、有目的地、主动性地实施，在这种情形下即使事实上造成了信息的大范围传播，也不应认定持有数据主体实施了法律上的传播行为，即使是对网络入侵者也难以援引法律上的传播行为进行评价。

显然，法律意义上的传播，是指行为意义上的传播，而非技术意义上的传播现象。在信息网络语境下，法律意义上的传播行为必然伴随、牵连着技术意义上的信息传播，而技术意义上的传播现象并非都属于传播行为。如何将技术意义上的传播现象与法律意义上的传播行为区别开来，不论在司法中抑或立法中无疑都应当是基础性问题。

回到快播案，结合前述对范君先生观点的思辨，至此不难理解：本案中的网络缓存属于技术上的传播现象，而非法律上的传播行为。其原因是：网络缓存不具有传播行为的目的性和主动性，网络缓存不能反映行为主体在传播上的内在意志性与外部行动性。网络缓存具有明显的技术性和被动性特征。

也许有人会主张，快播公司对于传播算法的设计是具有目的性和主动性的，而传播算法的设计直接影响了传播的效果。这就涉及对算法“行为”的认识与评价问题。算法作为快播公司自动实施的一种业务行为，虽然它确实会影响信息传播的效果，但它毕竟是抽象的、通用的（生产经营）业务行为，而不是针对某一非法视频的具体行为。因此，应当通过宏观视角以业务上的整体行为（即生产经营行为）予以评价，而不必刻意寻求信息传播在技术上的微观效果评价。

三、网络缓存的规制路径

区分技术意义上的传播现象与法律意义上的传播行为，这不仅对于个案的司法实践是有必要的，还对网络传播的立法规制也有重要价值。这就涉及对于类似网络缓存的这些技术上的传播现象应该如何加以法律规制的问题。

（一）引导交换型网络平台：技术上的传播现象

互联网技术所带来的社会形态变化是十分深刻的。互联网对社会形态的冲击，首先表现为社

会组织结构的变化。如果说，传统社会是一种“网格式”的组织结构，网络社会已经变形为“碎片化”的组织结构。[24] 传统的法律制度基于区域管理的思维设定和分配区域管辖权。这种区域管辖的方式，在侦查机关尤为明显，而检察机关、审判机关与侦查机关形成了一定的对称性特征。不可否认，这种“网格式”区域管理就传统社会而言具有一定的合理性和必要性。然而，随着网络技术的出现，时间与空间的要素限制被突破。在网络环境下，人们在网络空间的行为不再受到区域的约束，所有人都具备了相同的时空要素。整个网络社会都是一个“P2P”（点对点）空间，是一种“碎片化”的组织结构。

在这种“碎片化”的社会组织结构下，社会主体也存在二元化特征。具体而言，在网络环境下只有两种形态的社会主体，即网络用户与网络平台。网络用户表现为“碎片式”的分布状态，网络平台则是为网络用户提供信息资源交换、组织资源调度的纽带性组织。网络平台是网络用户的“集结点”，因此他们具有天然的管理职能。不论是网络平台在技术上的“集结性”特点，抑或是在职能上的“管理性”特点，这都决定了网络平台是法律规制的焦点。

犹如德国学者卡尔·拉伦茨在《法学方法论》一书中所述，当抽象一般概念及其逻辑体系不足以掌握某生活现象或意义脉络的多样表现形态时，大家首先会想到的补充思考形式是“类型”。传统法学理论还认为，法的直接调整对象乃人的行为。那么，综合以上两者的考量，对网络平台这个新兴事物进行法律规制的主要研究任务则是行为（模式）的类型化。如前所述，既然网络上的行为都具有天然的信息传播属性，那么从信息流动的视角对网络平台的行为（模式）进行类型化研究，这也许是最妥当不过的。

结合网络平台在信息资源交换中的功能与作用，以信息流动为视角，可以将网络平台分为两大类型：[25] 一种可称之为“引导交换型”网络平台，它只承担引导信息资源交换的职能，不承担收集、提供信息资源内容的职能；另一种是“自供自给型”网络平台，这种网络平台，既承担引导信息资源交换的职能，又承担收集、提供信息资源内容的职能。

当前互联网领域的各大网络平台均可依此二种行为模式予以分类。具体而言，百度（搜索）的“引导交换”职能最为典型，它自己并不提供信息资源内容，属于“引导交换型”网络平台。新浪（新闻）、网易（新闻）等的新闻资源主要来源于自己的采编，则属于“自供自给型”网络平台。淘宝网是提供“引导交换”服务的互联网平台，它们自己并不出售商品本身。不尽相同的是，京东商城则以自营为主，更倾向于“自供自给型”。从本质上讲，中国移动、中国联通、中国电信也是“引导交换型”网络平台，它们不过是提供通信信息的引导交换。至于腾讯公司，虽然服务类型复杂，但亦可分门别类地划入两种平台类型。比如，微信、QQ 等即时通信本质上与中国移动、中国联通、中国电信一样，属于通信信息的引导交换模式；新闻、游戏等则与新浪（新闻）、网易（新闻）一样，属于“自供自给型”模式。

值得注意的是，“引导交换型”与“自供自给型”模式，本质上是以行为（模式）为标准的类型划分。因此，作为同一个行为主体的网络平台，在实践中往往存在这两种行为模式的交融。

---

〔24〕 参见谢君泽：《网络平台的法律责任界定——兼评“快播”案与百度贴吧事件》，载《中国信息安全》2016 年第 2 期。

〔25〕 参见前引〔24〕，谢君泽文。

甚至可以说，在互联网环境下网络平台实施多种行为（模式）是一种常态。因此，这两种行为模式的提炼，有利于立法机关、司法机关建立以行为模式归责的思维，从而避免陷入以行为主体归责的误区。

换言之，行为模式的类型化有益于法律责任的类型化。从法律定性上讲，这两种类型网络平台所应负担的责任是不尽相同的。“自供自给型”网络平台既要承担合法开展引导交换的责任，还要承担信息资源内容本身的法律属性瑕疵责任。而“引导交换型”网络平台的责任，则应限制在“引导交换”的法律责任。这是由于在“引导交换型”行为模式中，信息资源内容本身的法律属性瑕疵是由网络用户的违法犯罪行为所产生，而非由网络平台自身采取有目的的主动行为所导致。当然，当有证据证明“引导交换型”网络平台在主观上故意或放纵某个具体非法信息的网络传播时，则可能构成行为模式的转化。显然，这种行为模式的转化必然也会产生法律责任的调整。

（二）避风港原则的局限性：传播行为的假定

如前所述，缓存不只是一种技术，还是一种思维。网络平台的“引导交换型”行为模式，本质上是网络缓存思维在互联网环境下行为层面的宏观映射。详言之，在“引导交换型”的网络平台行为模式下，网络用户之间是信源到信宿的信息通信，而该网络平台只是网络用户之间数据交换的缓存区。如果这个推论能够成立，那么就意味网络用户在“引导交换型”网络平台中介的信息传播从认知上应当属于技术意义上的传播现象，而非假以法律上的传播行为。

众所周知，避风港原则[26]是目前用于追究“引导交换型”网络平台的信息中介传播责任的主要法律依据。避风港原则的法律精神是考虑到网络中介服务商没有能力进行事先的内容审查，一般不存在对侵权信息的事先知情，因而一定程度地限制网络中介服务商的法律责任。避风港原则最早适用于著作权领域，随着网络领域的扩张，目前被广泛推广适用至目录索引、超文本链接、搜索引擎、网络存储，甚至是 P2P 环境等各个方面。[27] 不难发现，避风港原则实际上是承认了缓存思维，即网络服务提供商所提供的目录索引、超文本链接、搜索引擎、网络存储、P2P 环境等是网络用户之间数据交换的中介性平台，而这种中介性平台是网络用户之间信息资源交换的“缓存区”。

对于避风港原则，实际上早有学者提出了诸多质疑。如有学者提出避风港原则在我国存在极大的不适应性。[28] 还有学者认为《信息网络传播权保护条例》模仿美国以免责条款的形式规定了避风港规则，是法律移植的败笔。[29] 避风港原则的不合理性在欧盟得到了首先印证。2015 年 10 月 6 日欧盟法院宣布避风港协定（Safe Harbour agreement）无效。[30]

避风港原则的不合理性，源于它隐含了一个十分重要的逻辑假定，即：事先承认了“网络平

---

〔26〕 避风港条款最早来自美国 1998 年制定的《数字千年版权法案》（DMCA 法案）。避风港原则一般被归纳为“通知＋移除”（notice and takedown procedure）两个部分。中国对避风港原则的立法吸收，主要体现在 2006 年《信息网络传播权保护条例》第 20、21、22、23 条的规定。该条例针对提供网络自动接入或传输服务提供者、提供网络自动存储服务提供者、提供信息存储空间出租服务提供者、搜索引擎服务提供者等 ISP 在什么条件下可以享受避风港待遇并予免责，作出了较为详细的规定。

〔27〕 参见前引〔5〕，蔡晓东文。

〔28〕 参见陈绍玲：《避风港准入门槛在我国的不适应性分析》，载《知识产权》2014 年 12 期。

〔29〕 参见刘晓：《避风港规则：法律移植的败笔》，载《齐齐哈尔大学学报》（哲学社会科学版）2011 年第 4 期。

〔30〕 See The Court of Justice declares that the Commission's US Safe Harbour Decision is invalid，available at http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-10/cp150117en.pdf，last visited on Mar. 1，2019.

台的信息中介传播是属于法律上的传播行为”，或者至少是“网络平台的信息中介传播是属于法律上的传播行为的帮助（共同）行为”。因此，早有学者敏锐地发现，避风港原则是对预先逻辑假定的传播行为的免责条款而非归责条款。避风港作为免责条款的法律性质，不是对网络服务商版权责任的最终确定，而仅仅是为网络服务商提供了新的抗辩理由 。[31]

如何证成避风港原则的不合理性，取决于如何从理论上证明“引导交换型”网络平台的信息中介传播是属于技术上的传播现象而非法律上的传播行为。在法学界，早有学者试图从行为的角度思考网络服务商的责任界定。比如，有学者试图以继发传播与原始传播的概念关系来界定网络服务商的信息中介行为，[32] 但似乎始终无法自内而外地从传播行为的本质特征上给予科学解释。最后该学者只能寻求以自外而内的方法[33]提出意见：一方面，网络用户不计其数，让著作权人追究侵权的网络用户的民事责任，不具有可行性；另一方面，让网络服务提供者对他人的侵权行为适当承担侵权责任，对于保护著作权和适当约束网络服务提供者的行为确有其必要性，但承担的责任不宜过重，否则会使网络服务提供者不堪重负，不利于信息网络产业的发展。[34] 该学者的有益贡献是，通过考察《世界知识产权组织版权条约》（WCT）外交会议记录及相关文献的方式提出了一个国际范围内普遍困惑的难题：如果网络服务提供者不承担法律上的传播行为责任，那么有何可以替代的参与责任或替代责任？[35] 不难发现，国际上遍感困惑的问题实际上是如何对技术上的传播现象进行法律规制的问题。

（三）网络安全管理义务的介入：对称原理的论证

鉴于网络服务提供者平台责任的缺失，学界开始寻找更为高位的责任介入，即超越法律责任的网络平台（企业）社会责任。

有人提出，新媒体技术及其传播力日益强大，但与之相适应的机制、制度尚未完善，因此要构建和强化公共传播平台的社会责任。[36] 有人提出，网络订餐行业鱼龙混杂、缺乏有效监管，应当强调网络订餐平台的社会责任。[37] 有人提出，治理微信红包赌博现象，探讨平台作为企业可以担当的社会责任及其协同、补充价值具有积极的建设意义，平台法律责任可由社会责任作协同。[38] 有人提出，P2P 网络借贷平台欣欣向荣的发展态势背后也存在着严重的信用危机和行业

〔31〕 参见刘家瑞：《论我国网络服务商的避风港规则——兼评“十一大唱片公司诉雅虎案”》，载《知识产权》2009 年第 2 期。

〔32〕 参见孔祥俊：《论信息网络传播行为》，载《人民司法》2012 年第 7 期。

〔33〕 笔者将网络法律研究方法区分为两种：一种是自内而外的方法，即通过分析网络现象的本质特征（主要是行为特征）进而研究法规范的科学性；另一种是自外而内的方法，即通过观察网络现象的外部表现、外部效果、外部价值考量等进而研究法规范的科学性。这两种研究方法应当形成互补。

〔34〕 参见前引〔32〕，孔祥俊文。

〔35〕 如果某人实施了一种并非为本条约（WCT）规定的权利直接包括的行为，他显然不承担该权利所涵盖行为的直接责任。至于根据具体情况，他可能还需基于其他责任形式而承担责任，如参与责任或者替代责任，则是另外的问题。虽然互联网服务提供者希望在议定书中作出一些规定，以确保限制互联网服务提供者因其服务用户实施侵权行为而承担的责任，但是议定声明并未言及责任问题，尤其是没有言及它们特别想施加一些限制的参与责任、替代责任之类的责任形式。转引自前引〔32〕，孔祥俊文。

〔36〕 参见任自玲：《新媒体构建和谐文化的社会责任探析》，载《传播与版权》2015 年第 12 期。

〔37〕 参见庄嘉：《网络订餐平台的社会责任》，载《检察风云》2016 年第 23 期。

〔38〕 参见吴沈括：《网络赌博现象之反思：平台责任与法治精神》，载《中国信息安全》2016 年第 9 期。

危机，履行社会责任是平台企业提升品牌质量的关键。[39]

网络平台的社会责任最终被立法者所接纳。2016 年《网络安全法》第 9 条明确规定，网络运营者开展经营和服务活动，必须遵守法律、行政法规，尊重社会公德，遵守商业道德，诚实信用，履行网络安全保护义务，接受政府和社会的监督，承担社会责任。

企业社会责任最初从道德责任产生，从伦理责任发展而来的企业社会责任，既可能是法律责任，也可能是纯粹的道德责任，还可能是软法责任（包括广义和狭义的），即一种多元化的责任。[40] 一般认为，企业社会责任由自觉责任、伦理责任、法律责任和经济责任四个层次构成。[41] 在不能寻找到网络平台可以负担的参与责任或替代责任的理论依据及社会现实下，《网络安全法》以更为宽泛的社会责任加以概括和限定，既是迫于当下的无奈之举，也是勉强接受的妥协之策。然而，亦有法学领域的专家学者早早洞察到在《网络安全法》中写入这些超越法律的道德责任和社会责任是不尽妥当的。[42]

然而，求助于社会责任的介入，是一种舍近求远的做法。实际上，新生法律《网络安全法》所赋予的新型法律责任——网络安全管理责任，完全可以且应当担负起时代的使命。对此，早在 2012 年就有学者从理论上提出了探索：21 世纪的网络服务提供者以网站为平台，在相当程度上扮演着社会性场所管理人、群众性活动组织者的角色。鉴于此，有必要重塑网络服务提供者责任的法理基础，即采纳传统的安全保障义务理论，以“开启或加入交往空间者对其中的他人负有安全保障义务，应在合理限度内照顾他人权益”为网络服务提供者注意义务的基本原则。[43] 遗憾的是，鉴于网络理论研究的时代局限性，该学者并未对当时所述的安全保障义务与网络安全管理义务进行关联思考。

责任介入，义务先行。为了感性地认识网络安全管理责任的实际面貌，这里以快播案的网络安全管理义务展开论述。但在展开论述之前，不妨先借助于类比思维以传统邮政快递领域为例进行分析。在邮政快递领域，过去法律认为邮政快递企业应当遵守“验视”规则。[44] 然而，在物流产业极其发达的今天，要求邮政快递企业对邮寄物品进行人工方式的验视审查，显然已经不符合当今时代的职业化、专业化和效率性要求。因此，许多快递公司，尤其是民营的快递公司，都是借助于自动化的安防扫描技术设备来完成“验视”审查。如此，快递公司既承担了主动审查的义务，又保证了义务承担的可行性与合理性。邮政快递企业的问题不在于法律义务性质的变化，而在于法律义务承担方式的改进。

与此同理，网络时代只是物质时代的升级，只是物质时代向信息时代的跨步。网络技术对网

---

〔39〕 参见陆岷峰、李琴：《基于履行社会责任的 P2P 平台企业品牌建设研究》，载《三峡大学学报》（人文社会科学版）2015 年第 6 期。

〔40〕 参见蒋建湘：《企业社会责任的法律化》，载《中国法学》2010 年第 5 期。

〔41〕 参见高展、金润圭：《企业社会责任理论研究与拓展》，载《企业经济》2012 年第 9 期。

〔42〕 该观点是由中国传媒大学政治与法律学院王四新教授在《网络安全法（二审稿）》研讨会上发言提出。引用已征得本人同意。

〔43〕 参见刘文杰：《网络服务提供者的安全保障义务》，载《中外法学》2012 年第 2 期。

〔44〕 现行《邮政法》第 25 条规定：“邮政企业应当依法建立并执行邮件收寄验视制度。对用户交寄的信件，必要时邮政企业可以要求用户开拆，进行验视，但不得检查信件内容。用户拒绝开拆的，邮政企业不予收寄。对信件以外的邮件，邮政企业收寄时应当当场验视内件。用户拒绝验视的，邮政企业不予收寄。”

络平台法律义务的影响，不在于法律义务性质的否定，而在于义务承担方式的改进。在网络技术的影响下，要求网络平台对传输的信息内容承担直接的实体性内容审查义务，这是不现实的。[45] 但是，网络平台应当对传输的信息内容承担程序上的形式审查义务。[46] 换言之，网络平台的主动审查义务并非要取消，而应当是由实体审查转入程序审查，由人工审查转向技术审查。

就快播案而言，快播公司就是因为没有采取妥当的程序上的技术审查措施而未尽到充分的网络安全管理义务。虽然快播案庭审中并未披露快播公司缓存服务器的详细技术策略设置，但是从庭审笔录的只言片语，结合 P2P 缓存的技术原理，可以合理推测：快播服务器启动缓存，应该是在上传用户资源供给受限时，或者下载用户资源需求过大时。那么，什么时候会发生上述情形呢？显然是：有新视频上传时（如盗版新片），或者某视频热播时（如色情视频）。[47] 因此，从技术方案上讲，在快播公司的调度服务器及缓存服务器中利用索引技术及分段散列技术，[48] 再加上 P2P 种子索引的自动删除或自动屏蔽技术，并持续开启监测，就完全有可能实现大范围地自动化地监测非法视频，即使视频数据是以碎片化形式进行存储和传输的。[49]

即使快播公司从技术能力上无法落实这种程序上的自动技术审查方案，也至少应当采取一些偏向简易技术的人工安全管理措施，如网络实名制。2012 年 12 月 28 日全国人大常委会作出的《关于加强网络信息保护的决定》第 6 条已明确规定，网络服务提供者为用户办理网站接入服务，办理固定电话、移动电话等入网手续，或者为用户提供信息发布服务，应当在与用户签订协议或者确认提供服务时，要求用户提供真实身份信息。[50] 在国外的 P2P 网络上，也有类似的应对措施。比如，美国宾夕法尼亚州立大学与麻省理工学院、西蒙费雷泽大学、第二代互联网 P2P 工作组联合开发了基于 P2P 网络技术的学术资料共享项目（LionShare），建立了严格的用户管理制度，不允许匿名用户访问。因此，不管从技术可行性上还是从法律义务的必要性上，快播公司都完全可以且有必要履行网络安全管理义务。

综上所述，在网络技术不断发展的时代背景下，在职业分工不断精细化、专业化的社会趋势

---

〔45〕 有可能承担间接的实体性内容审查义务，这是因为在接到他人举报或权利人通知的情况下，网络平台有义务对涉及的信息内容进行审查并作出相应处置。

〔46〕 中国传媒大学刘文杰先生在论述网络服务提供者的安全保障义务时认为：与物理空间中的安全保障义务一样，网络空间内的安全保障义务只是“合理的注意”，而非无限的安全保证，它并不意味着对一切信息进行 24 小时不间断的监控，而是要看具体情形的危险性。笔者对此义务标准基本赞同，但还应当考虑不同类型网络安全管理义务的标准多元化问题。参见前引〔43〕，刘文杰文。

〔47〕 快播案庭审笔录中被告人的答辩一定程度上印证了笔者的推测，即以星期为单位，点击率在 50 以上会缓存到服务器上。另外，范君先生也提到：快播公司的中心调度服务器一旦发现用户下载速度不能满足观看需要，就会通过缓存调度服务器指令最便利（同一运营商或距离最近）的缓存服务器直接向用户提供视频文件。参见前引〔14〕，范君文。

〔48〕 分段散列是散列算法的改进形式。散列算法，又叫哈希算法，俗称数字指纹，它的功能是使不同长度的输入消息产生固定长度的输出。这个输出就称为输入消息的散列或消息摘要。参见赵国锋、贾雯轩：《基于分段散列的服务命名研究》，载《重庆邮电大学学报》（自然科学版）2013 年第 3 期。

〔49〕 范君先生提出，快播公司的运行模式更贴近于 P2P＋CDN 技术。P2P＋CDN 模式主要包括三个环节：第一，快播公司建立了自己的“仓库”，这就是在用户与用户之间分发视频文件的缓存服务器。第二，快播公司决定“仓库”里存放什么货物。仓库太大就会抬高成本，快播公司为节省存储空间，设定了缓存服务器存储视频文件的条件。第三，快播公司决定“仓库”向用户提供货物的条件和方式。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这个“仓库”里，而且也向客户端提供缓存服务器里的淫秽视频文件。笔者认为，前述调度服务器的介入使得快播履行网络安全管理义务具备了技术上的条件。但是，如前所述，笔者不赞成因为调度服务器的介入就使快播公司转变为“网络内容提供商”的逻辑。参见前引〔14〕，范君文。

〔50〕 我国 2016 年《网络安全法》也有类似规定。

下，在科技推动效率的信息革命步伐下，片面地要求网络平台对传输的信息内容进行实体性内容审查，这是具有历史局限性的。然而，这绝不意味着网络平台不必主动履行网络安全管理义务，[51] 即使大多数学者都认为，按照避风港原则和我国现行《信息网络传播权保护条例》的规定，网络平台仅具有在收到通知后进行删除的义务而不具有主动审查的义务。[52] 2016 年《网络安全法》也承续了这样的错误倾向。

网络安全管理义务介入的必要性与可行性，还能够从高位方法论上得以论证。自然科学的发展，明显地表明自然界的一切事物和过程都具有一定的对称性。从辩证唯物主义的观点来看，对称性是一种特殊形式的对立统一，由事物或过程的矛盾双方差别中的一致、不同中的共同、对立中的统一这些平衡的特征来反映。[53] 对称性在现代物理学、数学、经济学等领域占据重要地位。由于对称性研究使自然科学真正从牛顿时代所遵循的实验→理论→对称性的归纳途径，通过爱因斯坦转变到对称→理论→观察的逻辑途径，结合博弈论及微观经济学对于信息对称性问题的研究成果，启示我们研究信息作用、寻求信息作用的对称化机制的对称化管理研究，有可能使面临困惑的管理科学走出困境，使管理学科学地沿着对称→理论→实践的逻辑道路前进。[54]

信息场空间的信息相互作用中存在着各种层次上的对称性机制，因而管理在本质上是对称化管理。[55] 对称原理告诉我们：万物自有其法则，一物降一物。网络的治理，还需要网络。技术的治理，仍需要技术。不管是网络平台的自我管理，还是网络领域的侦查执法，甚至是网络社会的国家治理，对称性原理都是适用的。对称原理从方法论上告诉我们，必须采取与管理对象相适应的方法手段，即以网治网。在今天，我们尤其要思考研究如何采取大数据、人工智能等更为高级的技术方法来完成网络社会的治理与规制。网络平台的主动审查义务应当由实体审查转入程序审查、由人工审查转向技术审查，这也不难从对称原理中得到启发与证成。

四、代结语：呼唤网络法学方法论

当今网络法问题从根本上都涉及技术创新性与法律保守性之间的矛盾冲突。技术往往先行于法律产生现象，法律往往滞后于技术给予评价。这种严峻的矛盾冲突，对网络立法的思路、技巧、研究都提出了十分苛刻的要求。

一方面，网络立法要具有适当的前瞻性，以保持对网络新技术的包容。立法的前瞻性问题，唯有通过加快网络法学理论的研究，通过网络法学理论对网络立法的前置指导才能解决相关矛盾。然而，网络法学理论的研究往往需要长期积累和深层探索。这就形成了理论研究与实践指导

〔51〕 陈兴良教授也认为，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。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。参见前引〔6〕，陈兴良文。

〔52〕 参见前引〔31〕，刘家瑞文；史学清、汪涌：《避风港还是风暴角——解读〈信息网络传播权保护条例〉第 23 条》，载《知识产权》2009 年第 2 期；安辉：《浅析我国网络服务商的避风港规则》，载《北京邮电大学学报》（社会科学版）2010 年第 2 期

〔53〕 参见黄国翔：《论对称性》，载《湘潭大学学报》（社会科学版）1986 年第 3 期。

〔54〕 参见李德昌：《信息力学与对称化管理》，载《西安交通大学学报》（社会科学版）2004 年第 2 期。

〔55〕 参见前引〔54〕，李德昌文。

在时序上的另一重矛盾。

另一方面，网络立法要具有适当的原则性，以保持对网络活动复杂性的包容。立法的原则性要求网络法律偏向于一定程度的“软法”设计，偏向于抽象层面的描述。但是，抽象的“软法”设计，由于缺乏具体针对性和实践指导性，又往往倚赖于司法人员在解释法律上的素养与能动性。然而，司法素养的培养需要网络法学方法论的理论研究与生成，能动性的提高则又受制于中国现行法律制度对法律解释空间的制约。后者产生了第三重矛盾，即司法能动性与司法体制之间的冲突。

不可否认，在中国现行法律制度下，司法人员的能动性是有限的，不能恣意解释法律乃至创造法律。司法体制的重大变革似乎难以一蹴而就，因此，加快网络法学理论的研究，尤其是网络法学方法论，切实提高网络立法的科学性，成为学者们不可推卸的责任。只有这样，才能从根本上化解技术创新性与法律保守性之间的本质性矛盾。

Abstract: It's limited to consider from the perspective of Criminal Law whether network cache can be regarded as an act. Therefore, such issue shall be pondered from the level of jurisprudence. Segregating the legal propagation behaviors from the technical propagation phenomena would be conducive not only to understanding network propagation behaviors in legal practices, but also to rationally setting regulations against technical propagation phenomena of network information in legislations. The “guided exchange” behavior mode of the network platform is, by its very nature, a reflection of network cache methodology in the Internet environment. Thus, a path of legal regulation of technical propagation should be introduced instead of the legal propagation behavior. The Safe Harbor principle is not reasonable, for such principle presumes that the propagation via information mediation of the network platform is a propagation act in law. It's highly supported by the symmetry principle to intervene the propagation via information mediation of the network platform in the name of network security management obligations. Considering the impacts the internet brought to the society, which contributed to internet society's fragmentation in organizational structure and dualization of object structure, only by accelerating the research of network law theory, inter alia, the methodology of network law, we can finally bring an end to the contradiction between the innovation of techniques and the conservation of law.

Key Words: network cache, legal propagation, technology propagation, Safe Harbor principle, network security management obligations

(责任编辑：刘　权　赵建蕊)