

“十二五”重点图书规划项目：电信法系列丛书

互联互通和接入法律问题研究

Research on Legal Problems of
Interconnection and Access in Telecom Law

— 娄耀雄 / 编著



北京邮电大学出版社
www.buptpress.com

“十二五”重点图书规划项目：电信法系列丛书

互联互通和接入法律问题研究

Research on Legal Problems of
Interconnection and Access in Telecom Law

娄耀雄 / 编著



北京邮电大学出版社
www.buptpress.com

图书在版编目 (CIP) 数据

互联互通和接入法律问题研究 / 娄耀雄编著. -- 北京: 北京邮电大学出版社, 2015.9

ISBN 978-7-5635-4405-9

I. ①互… II. ①娄… III. ①计算机网络—科学技术管理法规—研究—中国 IV. ①D922.174
中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 137590 号

书 名: 互联互通和接入法律问题研究

著作责任者: 娄耀雄 编著

责任编辑: 王丹丹 杨远近

出版发行: 北京邮电大学出版社

社 址: 北京市海淀区西土城路 10 号(邮编:100876)

发行部: 电话: 010-62282185 传真: 010-62283578

E-mail: publish@bupt.edu.cn

经 销: 各地新华书店

印 刷: 北京鑫丰华彩印有限公司

开 本: 720 mm×1 000 mm 1/16

印 张: 13

字 数: 260 千字

版 次: 2015 年 9 月第 1 版 2015 年 9 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-5635-4405-9

定 价: 35.00 元

• 如有印装质量问题, 请与北京邮电大学出版社发行部联系 •

面向问题的电信法学研究

我国的电信法学研究严重滞后，这与电信技术的日新月异和电信市场的井喷式增长，形成了鲜明对比。没有学术探讨也能发展的行业，通常是计划经济下高度垄断的行业。开放竞争后，电信市场管制、竞争、救济等一系列问题的核心在于：剥离出可以竞争的业务（增值电信业务），将其交给市场；然后，对于剩下的天然不适合竞争的自然垄断业务（基础电信业务），通过建立激励政策，模拟竞争的效果。目前，电信业夕阳西下，边际效益日渐明显，但电信法学的研究逐渐升温，科技法以外的其他法学学者开始关注这一领域。比如，竞争法学者已经注意到电信竞争的特殊性，规制经济学学者越来越多地涉足电信法领域。

电信法学研究需要避免三个倾向。其一，研究方法混同与规制经济学，让人不明白写的是电信法论文，还是经济学论文。电信法中很多制度源于规制经济学的激励政策，故而，谈电信法，不能不谈为了在自然垄断行业模拟竞争效果而设计的激励措施。但过分陷入其中、脱离了法理分析和多元价值的利益平衡，就使得论文看起来像是经济学的。其二，将研究客体混同与网络法、传播法、信息法、知识产权法。这是因为很多电信法研究者找不到法律问题，只能咀嚼其他应用法学的研究客体，再将其包装成“电信法”。比如，他们把电信诈骗（使用电信工具的普通刑事犯罪）和电信服务合同纠纷（标的为电信服务的一般合同纠纷）也纳入到电信法的研究范围。其三，空谈经济法理论，无病呻吟，试图建构宏大的电信法律体系，而不研究具体法律问题。要避免这三个倾向，就要发掘电信法律问题。电信法是一门实用性很强的应用法学，研究的目地就是为了解决实际问题。因此，电信法是问题导向，应当采用实证主义的研究方法，摒弃空谈法律架构和理论体系的形而上倾向。

发掘法学问题，是“问题导向型”研究的起点，也是其难点。在电信技术的推动下，电信法问题层出不穷，为了回应这些问题，电信法沿着“技术—问题—应对—制度”的方向不断推进，旧问题解决了，新问题随着技术的推新又出现了。

那么，电信技术是如何引发法律问题的呢？从以下几个实例可以看出，电信技术通过建构信息空间、改变传统概念和规范，以及对原有管制政策提出挑战等形式，引发了法律问题。可以说，只要电信技术没有停止前进的脚步，电信法律问题就会出现。正是这些问题把电信法学带向更广阔的领域。

一、电信技术建构了一个新时空——信息空间，规则真空无法定纷止争

一方面，现实空间的规范不能当然适用于信息空间。比如，无法用“签名”识别身份、“原件”的证据效力需要重新定义、“书面”的证据资格需要重新确认。另一方面，信息空间存在现实空间已经解决的，或者根本不存在的新问题。比如，原创作品作者难以确定、发言者的身份模糊、追寻责任人困难、自媒体的不当言论后果异常严重等。因此，我们需要为信息空间专门建立规范，或者修订现实空间的规范，使之适用于信息空间。下面这些例子都涉及电信技术建构的信息空间中存在的法律问题。

例一，信息空间实名制是否侵犯言论自由？现实空间可以匿名发言，信息空间为何要实名制？

例二，即时通信软件是否应该为国家安全机关预留“后门”，并将密码规则向政府备案，以利于国家监控犯罪？这与公民隐私权如何平衡？

例三，微信有朋友圈、群聊、附近的人、漂流瓶、摇一摇等功能，这就是一个信息空间，存在诸如下述法律问题：抢注微信公众号是否侵权（如有人抢注了“北京大学”的微信号，是否侵犯了北京大学的权利）？“附近的人”的功能是否侵犯隐私权？微信捆绑滴滴打车软件是否涉嫌垄断或不正当竞争（如当年微软捆绑 IE 销售被起诉）？

二、电信技术发展对传统社会已有的概念、规范和原则提出了挑战

电信技术在从语音到数据、从模拟到数字的发展过程中，不断向基于先前技术建立起来的概念、规范和原则提出挑战。

例一，为适应 4G 竞争，中国电信推出了“流量宝”、中国联通推出了“流量银行”，那么，“流量”在法律上属于什么？是无形物，还是服务？流量转让制度应当仿照无形物的转让制度，还是服务合同的权利义务概括性转让？

例二，微信刚推出的电话本业务是否属于第一类电信业务中的 VoIP 业务？

例三，信息技术发展引发的信息安全问题，比如，携程网泄密门表现出的网络金融风险、斯诺登事件、棱镜门计划、苹果手机获取用户位置信息和运动轨迹的信息安全事件，以及网络钓鱼、盗号木马窃听用户账户信息等问题，还有公共 Wi-Fi 的信息安全问题，如何呼唤制度变革？

三、电信技术的发展向原有电信管制方法提出了挑战

电信技术在改变人和人、人和环境关系的过程中，也改变着竞争环境，使得原来关注某一价值目标的管制政策必须考虑多元化的价值目标。伴随技术发展，电信管制手段要经常变化，这种变化对原有电信法律关系势必造成影响。于是，法律问题就在管制手段变还是不变、变化方案的优劣之间出现了。

例一，在与 OTT 应用与服务提供商的竞争中，主导运营商担心自己沦为管道商，开始推广融合通信，而融合通信将带来数据与语音的混同。于是，传统电信业

务分类中对语音和数据的区分管制已无意义，新的管制手段还要做这种区分吗？

例二，在 4G 技术商用的大背景下，为促进电信设施共享而建立的铁塔公司，不仅削弱了主导运营商进行电信基础设施建设的动力，也削弱了其原有的积累优势（比如中国移动的 4G 优势就是其建设的 70 万个基站）。于是，新的问题产生了：

（1）在竞争激励和资源共享之间如何获得平衡？

（2）网业分离与混业竞争的利弊？

（3）主导运营商与民企合建的电信设施（产权共享），在铁塔公司强制入资后，就此基站，与民企的产权如何分割？共建共有的合同效力与组建铁塔公司的行政命令如何平衡？

例三，原来电信管制中已经存在的问题，随电信技术的发展会加重还是淡化？

（1）移动业务转售产生的虚拟运营商、宽带转售产生的虚拟接入商、上述二者结合的全业务虚拟运营商，在与基础运营商的竞争中，考虑到虚拟运营商的电信设备、管道、数据资料都是由竞争对手提供，在二者因竞争引起的诉讼中，是否应该适用举证责任倒置原则？

（2）为解决双倍接入费的“南北互联问题”，是否可以引入反垄断的司法救济？

（3）电信企业是否有权自主选择电信技术标准（比如 4G 标准）？

综上所述，电信法研究应当避免功利浮躁的学术氛围，以电信市场的热点问题为导向，避免无病呻吟，重点不是构建庞大的形而上的框架，而以务实为己任。这些奠定了本丛书的基调：从法学视角回应电信问题，建立权利义务规范和规制制度，解决争议。

电信技术不仅增加了人的自由度，还增强了人的存在感；不仅从空间上把人与人拉近，使得沟通的即时性和临场感越来越强，还从时间上把历史堆积得越来越高，把一生浓缩进一个 U 盘。人是在回应中感到自我的，正如人在别人眼里发现了自身价值、在镜子里发现了自己的美丑。电信技术提供了方便、即时、逼真的回应，赋予了人的存在感，人越来越依赖于它建构的信息空间。而发现并解决这个空间中的法律问题，既是电信法研究的起点，也是研究的价值所在。追问，是感性的下意识；思索，是理性的不能自己。

本书是《电信法》系列丛书的第二本，参与本书编写的人员为：武君、郭伟、边奕冰、孟庆顺。

姜耀雄

2014 年 12 月

目 录

第一章 互联互通总论	1
第一节 互联互通的概念	1
第二节 互联互通的意义	4
第三节 互联互通监管的内容	5
第二章 互联互通的比较法研究	8
第一节 立法比较法研究	8
第二节 监管范围比较法研究	20
第三节 运营商义务比较法研究	23
第四节 争议解决比较法研究	41
第三章 南北互联法律问题研究	48
第一节 南北互联问题的背景	48
第二节 南北互联问题的起因	51
第三节 南北互联问题的解决	57
第四章 我国驻地网接入法律问题研究	65
第一节 我国驻地网的接入问题	65
第二节 物权法视野下的电信基础设施共建共享	73
第三节 电信法视野下的电信基础设施共建共享	80
第四节 有关我国驻地网接入之制度构建	85
第五章 我国“三网融合”的法律问题研究	95
第一节 “三网融合”的概念及背景	95
第二节 我国现有“三网融合”相关法律制度	102
第三节 “三网融合”对我国现有法律制度的挑战	112

第四节 国外“三网融合”相关法律制度	127
第五节 改革与完善我国“三网融合”法律制度的构想	144
第六章 互联互通诉权问题研究	158
第一节 诉权基本理论	158
第二节 互联互通诉权的概念	162
第三节 互联互通诉权法律关系分析	173
第四节 手机国外漫游时的诉讼当事人	180
参考文献	198

第一章

互联互通总论

第一节 互联互通的概念

依据欧盟《接入和互联指令》，“互联”指的是在相同的或者不同的服务提供商使用的公共通信网络中进行物理层或逻辑层上的连接，目的在于能够使一家服务提供商的用户与别的服务提供商的用户或是本服务提供商的其他用户之间进行通信，或者能够接入别的服务提供商提供的服务中。上述服务可以由进行互联的双方服务商提供，也可以由其他接入该网络的服务商提供。互联互通是一种接入的特殊形式，在公用通信网运营商之间实现。

随着技术的进步和竞争的愈演愈烈，互联互通的方式得到了极大的改进。目前，大部分的互联互通包含两部分内容：让公共通信网的用户进行跨网络间的通信，或能够接入由另一个服务提供商所提供的服务。由此可见互联互通由如下几个法律要件构成。

第一，互联互通是一种特殊的接入方式，是在电信运营商之间建立起来的跨网络的通信连接。电信运营商可以是相同的运营商，也可以是不同的电信运营商；同一个电信运营商的不同网络之间与不同电信运营商的网络之间均可以称为跨网络连接。

第二，互联互通是电信业务经营者之间建立起来的有效的网间通信联系。这种通信连接在技术上是有效的，以使用户在任何地理位置的任何一点都能够无缝、透明、非歧视、可持续地将其终端设备连接到其所希望连接的任何电信网络，从而与被连接电信网络内的用户建立通信关系。

第三，互联互通的目的是为了确保用户的通信自由、实现用户的各种通信权利。电信业务经营者在市场中份额差异较大。部分主导运营商可能占据了市场的全部份额或者绝大部分份额，根据各管辖地反垄断法的规定，可以认定其具有市场垄断地位。在垄断或者寡头竞争的市场模式下，新加入的电信运营商往往没有充足的电信网络资源，需要通过购买、租用的方式才能够接入已有的庞大的电信网络中，以使己方用户能够进行跨网通信，或者能够接入主导运营商提供的服务中。互联互通保证了新入运营商用户通信自由的权利。

第四，互联互通涵盖了设备、网络和业务三个层次上的相互连接和相互通用。互联互通不仅包括网络互联条件下的业务互通问题，而且包括设备互联条件下的业务互联问题，无论采取商业上的租用、借用、买用还是典用，实现网络、设备以及

业务三者之间的无缝隙互联互通才是真正意义上完全的互联互通。

目前,互联互通主要有五种实现形式。第一,相邻区域内非竞争关系运营商之间的互联互通。此类互联互通是指在两个相邻的区域内,存在各自的本地运营商,而且两个运营商的业务并未进入到对方的领域。两个运营商之间进行互联互通,则可以使一方的用户与另一方的用户实现通信。第二,传统固话网络与移动电话网络之间的互联互通。随着移动电话的兴起,移动通信技术得到了极大的发展。移动通信网在电信网中已经占据了很大的比例。传统固话网络和移动通信网的互联互通可以使固话用户和移动网用户实现通信。第三,新进入的竞争者和主导运营商之间的互联互通。促进竞争在近年来的电信管制思维变革中已逐步成为主流,为各国管制机构所接受、实施。通常,为了保护竞争,管制者、立法者为本地主导运营商设置额外的义务,保证其与新入的运营商之间能够互联互通。新入的运营商与本地主导运营商之间实现互联互通有利于新入者在该区域内吸引用户。在这样的竞争环境中,本地主导运营商在法律、法规的要求下往往必须预留一定的网络资源,以保证新入的竞争者可以租用。第四,互联网服务提供者与主导运营商或者新入竞争者之间的互联互通。互联网和传统电信网之间的互联互通是指在互联网拥有的网络和公用电话上相邻的两端网络接口上选择某一个位置作为互联点,由互联网服务提供者租用电信业务经营者公用电话网中的通信线路作为接入专线,实现互联网服务提供者网络和公用电话网之间的连接,以建立网间有效通信连接的互联互通方式。第五,VoIP^①服务提供商和传统电信服务提供商之间的互联互通。在VoIP服务提供商与传统电信网间的互联互通通信中,部分通信路径将通过以IP协议为基础的因特网进行传送。

鉴于本文所探讨的范围,在比较法研究中,限于各国立法所提出的概念及所涵盖的范围,互联互通在不同的国家有不同的范围,并不能将上述五种方式全部概括,具体内容详见本书后续章节。同时,在热点问题——“南北互联”问题探讨中,将着重探讨互联网之间的互联互通规程、现状等问题。此问题并非目前世界上普遍存在的互联互通问题,而是由于我国电信改革留下的历史遗留问题,故并未列入上述五种互联互通方式之一。

互联互通对于电信通信具有非常重要的地位。信息通信技术服务提供者需要接入由别的提供者运营的网络以方便其对自己的用户提供服务。如果不能互联互通,用户将不能与其他网络的用户进行跨网络通信,同时也无法获取在其他运营商网络中的互联网信息。

因此,各运营商之间的互联互通有如下几个原因:

^① 网际协议通话技术(Voice over IP)是一种语音通话技术,经由网际协议来达成语音通话与多媒体会议,也就是经由互联网来进行通信。其他非正式的名称有网际协议电话、互联网电话、宽带电话以及宽带电话服务。

<http://zh.wikipedia.org/zh/%E7%B6%B2%E9%9A%9B%E5%8D%94%E8%AD%B0%E9%80%9A%E8%A9%B1%E6%8A%80%E8%A1%93>。

1. 对于实现基本人权的保障

现代通信技术已与人们的日常生活紧密结合。离开通信技术,人们的正常生活、工作将产生极大的困难。在这样的情况下,通信自由已经作为各国对于人权的保护而写入法律。我国《宪法》第40条:中华人民共和国公民的通信自由和通信秘密受法律保护。而互联互通是对于通信自由实现的保障。不能实现互联互通,则无法便捷地实现人们之间远程的沟通交流。同时,在特定的情况下,互联互通甚至与个人安危有着直接的联系。在孟加拉国,由于两网之间不能实现互联互通,一些移动用户无法给固网用户拨打电话。一家移动电话运营商曾抱怨其用户无法向警察局和消防局拨打紧急电话。在这种情况下,与固网之间的互联互通便关系个人生命安危^①。

2. 实现电信改革和竞争的必要基础

我国电信业历经了30年的发展,从最初的中国电信一家独营到如今的移动、电信、联通三足鼎立,其中经历了电信市场数次改革重组,电信运营商分分合合。在中国电信独营的年代,全国的所有电信基础设施均由中国电信一家独有、独营,互联互通的概念还不为大家所熟悉。伴随着1994年中国联通的成立,为了扶持联通公司的发展,打破中国电信公司独家垄断经营的格局,我国开始实施互联互通管制措施。

互联互通的实现是我国进行电信改革、引入市场竞争的必要条件。互联互通管制措施避免了市场后人者沉重的电信建设负担,极大地减轻了竞争者的成本压力,使得后人者能够有效地激活市场活力,推动市场竞争。由于网络经济的外部性,如果不能实现互联互通,则会迅速产生马太效应—拥有更多客户的公司将继续壮大,而拥有较小客户群的公司则会慢慢死亡。这样的格局使得市场中只能存在一个运营商,实现垄断经营。而随着电信竞争观念逐步得到认同,在电信业引入竞争已成为各国立法者、管制机构的当务之急。实现互联互通对破除垄断经营有着良好的促进作用。如果使较小的运营商能够介入大运营商的网络中,实现两家公司客户的相互连通,则会大大地改善电信市场网络外部性的特点。互联互通对市场中的后人者赋予了一种保护,对市场竞争起着良好的保障作用。

3. 提高网络利用率

随着电信技术的发展,电信设备的数据传输能力得到了极大的提高。网络设施传输能力远远超过了人们对数据流量的需求。单一网络已经能够满足通信需求的条件下,不能互联互通意味着不同的运营商必须投入巨大的资金进行新的通信网建设,这将导致资源重复投入和严重浪费。同时,由于电信网络建设中特定站址等资源的稀缺性,新的网络对于信号覆盖等问题并不能完全解决。电信设施的重复建设以及电信稀缺资源的浪费,也是互联互通能够解决的一大问题。在互联结算费用合理的情况下,接入其他运营商网络能够避免庞大的基础设备投资,后人市场运营商有内在的动力实现互联互通。同时,较小的运营商接入后,带来的通信流量有利于消化

^① 参见 International Telecommunications Union. 电信改革趋势 (Trends in Telecommunications Reform) [M]. [英] 伊恩·劳埃德, 戴维·米勒. 电信法. 曾剑秋, 译. 北京: 北京邮电大学出版社, 2006: 78.

已有的冗余带宽,使得主导运营商网络得到更高效的利用。

4. 普遍服务实现的保障

根据国际经济合作组织对普遍服务的定义,普遍服务是指任何人都可以在任何地点以能够承受的价格接入电信服务,同时电信服务的价格和电信服务质量不应被区别对待。普遍服务由美国 AT&T 总裁威尔先生提出,在 1907 年的年报中,其主张“一种政策,一种体制,普遍服务”的口号,主张在全国范围内,应该由一家电话公司垄断经营电话网络,这样才能使得电话消费者得到良好、方便、快捷的电话服务。普遍服务是电信管制制度所要实现的最高目标之一。互联互通的实现是实现电信普遍服务有良好的促进作用。互联互通的实现有利于运营商将资源合理分配,照顾到网络的广泛覆盖性,而非在同一地点进行竞争性的重复建设。

第二节 互联互通的意义

在一些特定的情况下,运营商有进行互联互通的内在动力。比如两个运营商彼此之间不存在竞争关系时,互联互通变得对双方都有益处。因为互联互通能够增加自身网络的用户数量,同时本网用户可以呼叫更多的外网用户,这增加了其网络的价值,这也是网络外部性的体现。

但是在某些情况下,主导运营商并没有内在的动力实现互联互通,甚至在合理的调教下允许竞争者实现接入都不现实。当寻求互联互通的是一名市场后人者,在没有管制的情况下,主导运营商可能用以下手段限制竞争:(1)拒绝互联互通;(2)允许互联互通,但是定制过于高额的价格,使得其他运营商难以接入;(3)提供低质量的互联互通,使得竞争者的客户得不到高质量的电信服务,使其处于竞争劣势。

在这样的情况下,管制便显得尤为重要。监管的动机源于在自由竞争市场中,公平的互联互通难以实现,甚至是不可能的,除非市场后人者可以以合理的价格接入主导运营商的网络。举个例子,欧盟委员会 2009 年发布更好监管指令^①,对 2002 年发布的接入指令进行了调整,该指令赋予国家管制局以必要的市场支配能力,以进一步强化运营商对于接入和互联互通的强制义务,充分促进市场竞争。

互联互通是实现公用电信网间不同运营商得以竞争、并实现公平竞争的基础。不管是美国电信业发展中由小运营商到 AT&T 再到拆分引入竞争的进程,还是中国模式下由电信一家独营到目前三家运营商竞争的格局,电信管制充分发展的现代,引入竞争成了管制的主流思潮。这其中便涉及如何能使后人的运营商充分有效地参与到竞争中,开展电信业务,拓展电信客户,并保证竞争公平性的问题。由于电信网络外部性的特定,较大的网络往往比小规模的网络具有大得多的竞争能力,不实现互联互通,即使完全开放电信市场,市场后人者也由于网络经济特性的原因无法

^① Directive 2009/140/EC (“Better Regulation Directive”)。

实质性地参与到竞争中去。同时,实现良好的互联互通,是竞争者在参与到市场竞争后,能够在竞争中生存的必要保障。若主导运营商在互联互通中人为地制造障碍,使得后入者发生用户通信质量差等问题,则后入者会被很快地淘汰出市场。这也是非公平竞争的体现。因此只有实现良好的互联互通,才能够真正有效地、公平地开展电信市场竞争。

互联互通是保障用户权利的必要条件。作为现代法律制度的基本人权之一,电信管制制度的最终目的为保护消费者的通信自由的权利。消费者有权选择不同电信运营商的电信服务。如果不能实现互联互通,则消费者在进行网络运营商的选择时就无实质意义上的自由选择的权利,这是对消费者权益的侵害。

第三节 互联互通监管的内容

互联互通是公用电信网监管的重点之一,也是制定监管政策、执行管制的难点之一。在制定政策层面,为了在各运营商之间能够实现互联互通,监管机构需要首先考虑确定实现互联互通需要的原则条件。在确立原则性条款后,互联互通监管需要考虑包括互联协议的达成时限、互联协议谈判时出现问题的解决方案、互联互通费用的计算问题等。协议达成后,监管机构还需考虑互联互通质量的监控,包括网络通信和服务接入率的监控,对违反互联互通管理规章、立法的处罚等,同时需督促互联互通协议的落实。最后,还需考虑在发生互联互通争议时如何解决,是否设置行政前置程序以免浪费过多的司法资源等问题。目前互联互通监管工作主要有以下几个部分。

第一,制定互联互通原则。

制定互联互通原则是互联互通监管的第一步。在立法、制定政策的初始,立法者、管制机构就应该考虑符合本国、本地区的互联互通管制的原则。由于在互联互通协议订立和实施过程中,互联互通的阻力主要来自于本地主导运营商,所以大多数互联互通原则性规定均是指向主导运营商的。美国电信法在互联互通一节中就有专门针对主导运营商的额外义务条款。制定互联互通原则对整体法律、法规的制定起着方向性的作用。

优先制定互联互通原则也成了目前国际上互联互通管制、立法的共同选择。从目前各国、各组织立法情况来看,被世界主要经济体认可的互联互通原则主要包括:(1)强制性原则。互联互通是电信运营商的法定义务,具有法律强制性。特别是针对本地主导运营商,对互联互通有着更多的强制义务。(2)非歧视原则。非歧视原则要求本地主导运营商在提供互联互通服务时,在两方面做到公平公正:①对待所有要求互联互通的公司应该遵循非歧视的原则,在价格等方面不能有区别对待;②在对别的运营商提供的互联互通服务质量不能低于任何给予本公司有关联公司的服务质量。非歧视原则保证了两点,即保证了市场中所有非主导运营商在网络接入中的公平竞争;保证了运营商能够得到良好质量的互联互通。非歧视原则虽然主要

是针对主导运营商进行的限制,但同样适用于非主导运营在提供互联互通时的情况。

(3) 透明公开原则。透明公开原则也是各国立法中普遍采取的原则之一,透明公开原则要求运营商在制定互联协议、商讨互联价格以及后续的保证互联质量中,做到互联协议、价格、维护记录等的公开透明,同样是对公平竞争和互联互通质量的一种保护。透明公开原则在各国立法中均有采用,但对运营商的公开义务做了不同程度的规定。对此后续章节有详细讨论。

我国在互联互通立法中也采取了“技术可行、经济合理、公平公正、相互配合”的十六字原则,在具体条款中对上述三个原则同样得到了体现。

第二,促进互联协议达成。

管制机构的重要任务之一便是促进互联互通协议的达成。当市场内新入的运营商提出互联互通谈判请求时,监管机构需要监督互联谈判程序的启动,同时要在法律规定的时限内完成互联协议。当互联协议谈判出现问题时,管制机构需要从中进行调节。从世界各国的立法来看,互联协议的订立机制主要分为两步。第一步,资源谈判。在一个运营商提出互联请求的限定日期内,被申请运营商有义务启动互联谈判。同时,提出的互联请求需要满足法律法规的具体规定。当被申请方在规定时限内没有启动互联谈判程序,则需要主管机构进行调节。第二步,互联谈判程序启动后,运营商在非歧视和透明的原则下进行互联谈判。互联谈判采取自愿原则,体现了民法自治的原则。在互联谈判由于种种原因无法继续时,监管部门进行介入。监管部门的介入一般程序为一方陈述,一方答辩,或者双方称述后,主管部门进行裁决,强制进行互联互通。

第三,协调互联互通争议。

根据各国电信法、管制文件的规定,协调互联互通纠纷时各国管制机构的主要职责之一^①。在解决互联互通纠纷中,一般程序为:(1)一方陈述,另一方答辩,或者双方陈述。确定争议的核心。(2)行政根据当事双方陈述,进行初步调查,达成初步协调意见。(3)根据协调意见协调双方进行新的谈判。(4)若谈判仍无法达成一致,则主管部门行使职权进行裁定,对违规方进行行政处罚。(5)争议一方对裁定不服,可依据本国、本地区法律提起行政诉讼。

第四,对互联互通进行激励。

为了更好地实现互联互通,管制机构往往需要对互联互通实行一定的激励。激励政策分为正向激励和反向激励。部分激励政策适用于互联互通谈判阶段,以促进互联互通协议的达成。1984年,加拿大的本地主导运营商获得了移动电话服务的许可。为了尽快达成互联互通协议,主管部门出台激励政策,禁止主导运营商在和新

^① 各国的立法中,对行政调解的司法诉讼前置性采取了不同的态度。部分国家规定在进行电信互联互通纠纷诉讼前必须经过主管部门的调解,部分国家则对此无限制,在任何时候都可以开展诉讼。但是由于各国电信立法程度不同,同时往往司法诉讼程序流程耗时较长,行政主管机构在互联互通纠纷调解中扮演了十分重要的角色。

入运营商实现互联互通之前开展其自己的移动通信业务。这种激励政策产生了巨大的效果,为了能够早日开展移动通信服务,主导运营商在短期内都实现了与新入者的互联互通。同时,为了避免竞争者拖延互联互通进程,管制机构往往对互联互通双方都采取激励政策。

第五, 监管互联互通质量。

对互联互通质量的监管也是管制机构重要工作之一。互联互通协议的达成并不意味着完全的互联互通的实现。在互联协议的落实过程中,互联各方因为各自市场、技术的原因,追求利益最大化时候背离了互联互通保护用户通信权利的初衷。管制部门需要在日常工作中保障互联互通的实现,定期检查互联互通进程、质量,同时对管制政策、办法进行评估,如果出现问题则需及时进行修正。

由于本文引用法律条款较多,为方便阅读,特将引用的法律文件及简称列出,见表 1-3-1:

表 1-3-1 各国、地区和组织法律缩写

国家/地区/组织	法律原名	译名	简称
WTO	General Agreement on Trade in Service, Annex on Telecommunications	《服务贸易总协定》电信服务附件	《电信附件》
	Agreement on Basic Telecommunications, Telecommunications Services; Reference Paper	基础电信协议附属《关于电信管理准则的参考文件》	《参考文件》
美国	Telecommunications Act of 1996	1934 年《美国电信法》1996 年修订	《美国电信法》
欧盟	Directive 2002/19/EC of The European Parliament and of The Council of 7 March 2002, on access to, and interconnection of electronic communications networks and associated facilities (Access Directive)	《电子通信网及相关设施接入与互联指令》	《接入指令》
中国大陆	《中华人民共和国电信条例》		《电信条例》
	《公用电信网间互联管理规定》		《互联管理规定》
	《电信网间互联争议处理办法》		《互联争议办法》
	《关于加强依法治理电信市场的若干规定》		《电信若干规定》
中国台湾	《中国台湾电信条例》		《中国台湾电信条例》
	《电信事业网络互联管理办法》		《互联管理办法》

第二章

互联互通的比较法研究

第一节 立法比较法研究

一、世界主要国家和地区立法进程简析

互联互通立法是实现互联互通管制的基础，也是电信立法的重要组成部分。电信市场的发展对电信立法的进程有着明显的推动作用，对于单个国家、地区来说，电信立法的先进性与电信市场发展程度呈现正相关。由于世界各主要国家、地区由于电信市场发展情况不一，世界各地互联互通立法进程存在着较大的差异性。电信市场发展较早的美国在互联互通立法方面开始较早，立法理念较为先进，在立法、市场的共同推动下，较早地实现了良好的互联互通。我国电信市场发展较晚，电信立法较为滞后，在主管部门的管制下，于 2002 年前后才完成了互联互通的主要工作。同时，由于互联互通的本质属性并无差异，世界各国在互联互通立法上有趋同的趋势。美国电信法中许多原则、条款得到其他国家和地区的引用。下面我们将简单就世界主要国家、地区、国际组织的互联互通立法情况做简要介绍和评析。

（一）世界贸易组织（WTO）

WTO 对于电信监管主要涉及以下文件：《服务贸易总协定》（以下简称《服贸协定》）中附属的《关于电信服务的附件》（以下简称《电信附件》）；《基础电信协议》及其附属的《关于电信管理准则的参考文件》（以下简称《参考文件》）。其中，涉及互联互通管制的内容主要体现在《关于电信服务的附件》以及《参考文件》^①。

1994 年 4 月 15 日，《服务贸易总协定》^② 在摩洛哥的马拉喀什由各成员国正式签署生效。根据谈判各方达成的电信服务及电信服务谈判期限方面的协定，签署了《电信附件》和《关于基础电信谈判的附件》，并同时在部长级会议中协商一致签署了《对基础电信谈判的部长决议》。该文件成了乌拉圭回合谈判最终文件的重要组成

^① 基础电信协议中只对互联互通进行了原则性规定，具体规定体现在附属的参考文件中，以下简称《参考文件》。

^② General Agreement on Trade in Service, GATS.

部分。谈判各方一致同意暂时延后举行基础电信服务的谈判,但需在1996年4月30日之前达成一致。

《服务贸易总协定》是一项由成员国签署的多边贸易协定,由世界贸易组织管辖。服贸协定是世贸组织的核心规范,由一个序言、6个部分(共29条)以及8个附件共同组成。《电信附件》作为服贸协定8个附件之一,主要目的在于开放世界电信市场,保证成员方之间关于相互使用电信网络的权利问题,使成员国的电信运营商可以接入别的成员国电信运营商的电信传输网络并能够享受其服务。

《电信附件》规范了电信服务目标、范围、定义等内容,其中第5条“公共电信传输网和服务的进入和使用”为核心内容,规定了互联互通相关规则。

乌拉圭回合谈判结束后,根据达成的部长级协定,1994年5月世贸组织国开始了新一轮的基础电信谈判,包括德国、日本、英国、美国在内的55个成员国参加了该轮谈判。谈判的目的在于开放全球基础电信服务市场,1994年该市场已达到5000亿美元的规模。由于各方意见差异,在谈判持续三年后,世贸组织132个成员中69个成员最终在1997年2月15日达成了具有历史意义的全球电信自由化协议,即后来的《基础电信协议》^①。该协议于1998年2月5日正式生效。同时,该协议还附属了规定有互联互通相关原则的《参考文件》。目前全球有57个世贸组织成员国整体或有保留地遵守该参考文件。

(二) 欧洲联盟(欧盟)

欧盟对于电信市场竞争的管制源于1988年电信设备开放竞争指令,该指令要求各个成员国分阶段逐步开放电信市场。到1996年,欧盟发布欧盟委员会1996年第19号指令(96/19/EC)要求各国完全开放电信市场。欧盟委员会在1997年和1998年分别发布了对互联互通管制重要的文件,分别为网络互联指令^②和网络接入协议的竞争法规范通告^③。

欧盟1997年网络互联指令规定了总原则:在互联问题上,欧洲电信市场上所有运营商都要在欧洲法律和各国管制机构的监督下,展开自由的商务谈判。互联时必须非歧视性的,同时谈判、互联的内容,包括价格等必须透明,且价格应以成本为定价原则。具体包括3大原则:(1)非歧视原则。电信经营者在提供互联互通服务时,其所提供的服务质量不应低于给任何己方关联公司、子公司及自身的服务质量。在互联结算价格、互联信息共享和互联质量方面都应做到一致。(2)透明化原则。第一,经过别的电信运营商申请,该电信服务提供者应该提供互联所需的全部信息。同时应该披露未来6个月内可能产生变更的信息。第二,运营商之间签订的互联协

^① Agreement on Basic Telecommunications.

^② Directive 97/33/EC on interconnection in Telecommunications with regard to ensuring universal service and interoperability through application of the principles of ONP, OJ/L/199/32, 26/7/1997.

^③ European Commission, Notice on the competition rules to access agreements in the telecommunications sector, framework, relevant markets and principles, OJ/C265/2, 22.8.1998.