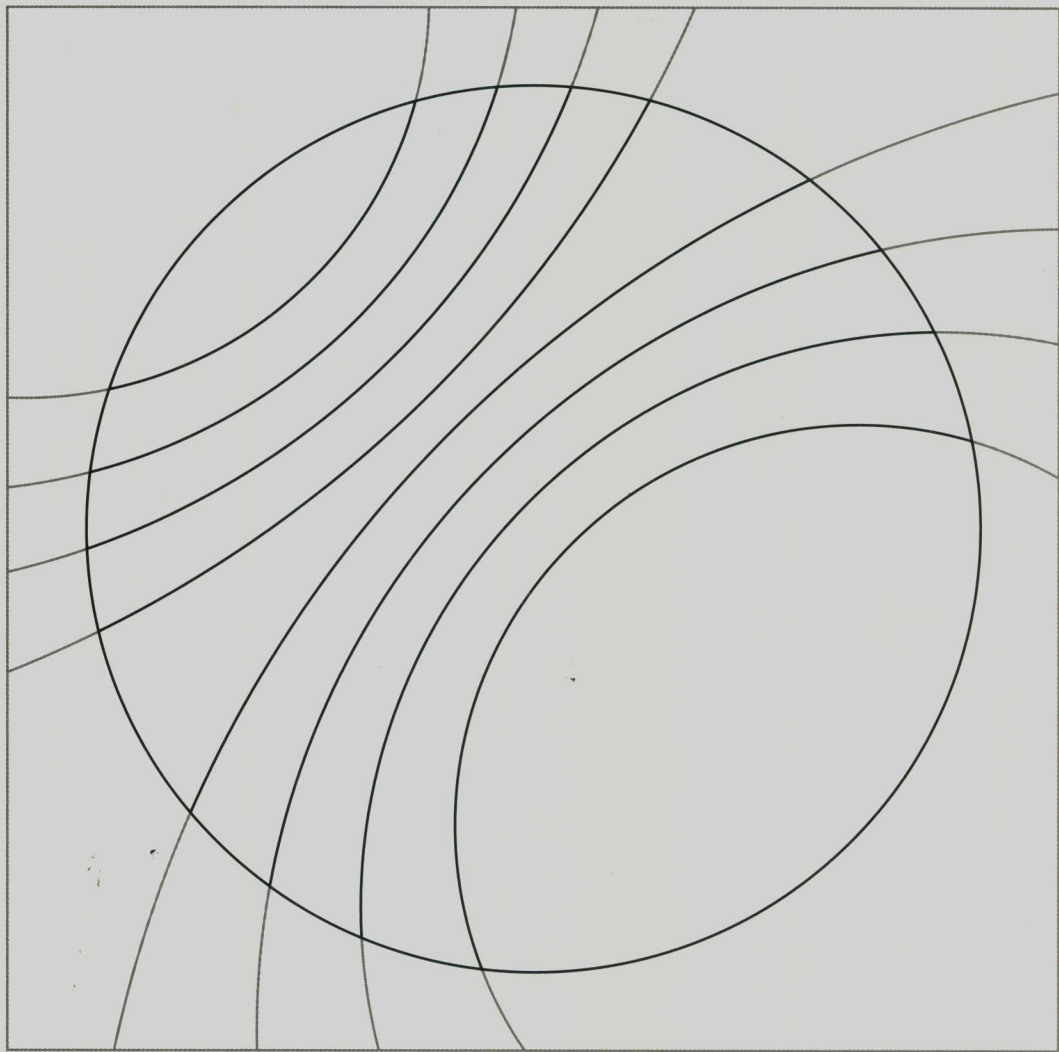




网络空间法治化的 全球视野与中国实践

Rule of Law
in Cyberspace:
a Global Perspective
and China Practice

著

出版

中国信息通信研究院
互联网法律研究中心



腾讯研究院
法律研究中心

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

网络空间法治化的 全球视野与中国实践

Rule of Law in Cyberspace:
a Global Perspective and China Practice

著

中国信息通信研究院
互联网法律研究中心



腾讯研究院
法律研究中心

出版

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

网络空间法治化的全球视野与中国实践 / 中国信息通信研究院互联网法律研究中心, 腾讯研究院法律研究中心著. —北京: 法律出版社, 2016. 11

ISBN 978 - 7 - 5197 - 0251 - 9

I. ①网… II. ①中…②腾… III. ①计算机网络—法治—研究—中国 IV. ①D922.174

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 269494 号

网络空间法治化的
全球视野与中国实践

中国信息通信研究院
互联网法律研究中心 著
腾讯研究院法律研究中心

策划编辑 高山
责任编辑 汤子君 韩向臣
装帧设计 ONE&ONE Design 之间设计

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2016 年 11 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

责任校对 杨锦华

印刷 固安华明印业有限公司

印张 41.25 字数 598 千

印次 2016 年 11 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-0251-9

定价:110.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编 委 会

顾 问:刘 多 郭凯天 余晓晖 Brent Irvin

主 任:鲁春丛 司 晓

编 委:辛勇飞 马 源 江 波 徐 炎 谢兰芳
张钦坤 赵 治 黄晓锦

编 写 组

主 任:李海英 蔡雄山

成 员(按姓氏笔画):

王 融	王 喆	方 禹	石 月	田小军
付 强	伦 一	刘 净	刘政操	刘耀华
孙 那	李 平	杨 乐	杨筱敏	杨 静
何 波	沈 玲	陈 谦	易俊雄	周高见
柳雁军	姚财福	曹建峰	彭宏洁	曾 雄
廖怀学				

序一：加快完善法治建设，积极推进网络强国

刘 多^{*}

随着互联网的普及和相关技术的发展，互联网的基础性、先导性与战略性地位显著提升，成为服务经济发展转型、带动传统产业升级、提升社会管理水平的战略重点。与此同时，以移动互联网、云计算、大数据、物联网为代表的新一代信息通信技术与经济社会各领域、各行业的深度融合和跨界融合，引发了全球新一轮科技革命和产业变革，推动开创了互联网发展的新时代。

随着“互联网+”行动计划的全面推进，实现了劳动、知识、技术、资本等生产生活要素的最低成本聚集和最大化利用，催生新供给、释放新需求、绽放新活力，同时带来了行业准入、网络安全、个人信息保护等一系列问题，也引发了制度层面的变革，对互联网法治建设提出了更高的要求。《管子·明法解》里说“法者，天下之程式也，万事之仪表也”。如何做好“互联网+”时代的网络立法工作，推动网络空间法治化，是当前值得我们认真思考的重要命题。

从国内立法进程来看，针对当前互联网发展和管理过程中出现的新问题，我国互联网法律体系正在逐步完善。一是顶层设计不断加强。党的十八届四中全会通过了《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，提出加强互联网领域立法，完善网络信息服务、网络安全保护、网络社会管理等方面的法律法规，依法规范网络行为，为互联网法律体系构建指明了方向。二是

^{*} 刘多，中国信息通信研究院院长。

一批适用于互联网领域的国家大法陆续出台。在依法治国总体原则的指导下,全国人大常委会已经先后通过了《国家安全法》《反恐怖主义法》以及《刑法修正案(九)》等与网络安全相关的法律,为我国互联网产业的发展和规范奠定了一定的基础。三是针对互联网安全与发展的相关立法正在推进。《网络安全法》《电子商务法》等互联网专门立法有序推进,2016年7月《网络安全法》(草案二审稿)公布,《电子商务法》草稿初稿也起草完成,有望年底提交审议。

从国际形势来看,通过法律手段强化网络管理成为近年来各主要经济体的普遍做法。以网络安全管理为例,日本于2014年出台了《网络安全基本法》,提出了网络安全政策的基本理念,明确了国家和地方政府的职责和保障网络安全的措施;美国2015年年底通过了《2015年网络安全法案》,将“网络安全”所指内容由之前单一的“信息系统安全”调整为“信息系统安全和网络数据安全”两大部分,加大了对国土安全部的授权,并赋予美国网络服务提供商史无前例的网络监控权;欧盟也在2016年7月正式通过了首部网络安全法——《网络与信息安全指令》,以增进欧盟层面网络安全治理的整体能力,为欧盟数字经济的发展保驾护航。

当前,我国网民规模达到7.1亿,移动电话用户规模已经突破13亿,其中4G用户接近6亿,各项数据均位居世界第一。在我国从“网络大国”走向“网络强国”的征途中,作为制度保障的网络法治建设必然不会缺席。在此大背景下,及时总结我国互联网立法及执法领域取得的重大进展,关注国内外网络立法和战略政策的动向与趋势,借鉴有益立法经验与科学制度具有十分重要的意义。作为我国ICT领域的国家智库,中国信息通信研究院长期关注国内外互联网领域法律政策研究,多次支撑国家重点立法和政策的制定,并于2014年成立互联网法律研究中心,为政府提供高质量的法律研究支撑,与行业共建有成效的沟通交流平台。

《网络空间法治化的全球视野与中国实践》一书全面介绍了当前国内外互联网法律政策的现状和趋势,重点介绍了网络安全、电子商务、个人信息保护等社会普遍关注的十大专题,系统反映了中国信息通信研究院互联网法律研

究中心与腾讯研究院法律研究团队在互联网法律政策领域的研究成果，希望本书能够成为政府部门、互联网企业、科研院所等关注互联网发展的各界人士了解互联网法律政策的窗口，为推进我国网络空间法治化、建设网络强国发挥积极作用。

2016 年 10 月

序二：网络空间制度建设的几点思考

郭凯天 *

未来已来。新一轮科技革命和产业变革正在全球范围内孕育兴起。云计算、大数据、物联网、人工智能、虚拟现实等一大波技术及产业浪潮正在袭来，部分已经成为现实。有人说这是“第四次工业革命”。虽则如此，互联网的梦想空间远没有走到尽头。

法谚有云：有社会必有法（Ubi societas ibi jus）。科技进步与产业发展必然带来新的法律问题、伦理问题等。分享经济的兴起，全球范围内都在探讨Uber等网约车与传统出租车是否是同样的服务而需要适用同样的监管框架？大数据时代的到来，人们不能不思考网络世界中“被遗忘”的权利，以至于数据权属、数据主权问题。人工智能的发展，不仅带来传统“人格”这个法律概念的冲击，也带来了一系列伦理问题。“有限”的宽带“高速公路”面对“无限”的网络应用，宽带运营者是封堵还是放行？网络中立问题也提上日程。诸如此类，不胜枚举。

法律是“善良和公正的艺术”。面对互联网，中国与世界几乎站在同一起跑线上。如何加强顶层设计，在技术革新、产业发展与制度设计之间寻找平衡，让制度设计促进发展，而非成为发展之桎梏，是这个“互联网+”时代摆在我们面前的重大问题。

就我国而言，网络空间法律和制度设计应有如下考虑：

* 郭凯天，腾讯公司高级副总裁，腾讯研究院理事长。

一、制度建设应促进创新

硅谷早已被喻为创新的摇篮,而深圳在过去的 30 年从一个小渔村转化为中国领先的创新中心。什么因素使这些地区成为创新的发源地?政策环境在促进创新中扮演非常重要的角色。以网约车的监管为例,近期美国联邦法院判决认可了网约车与出租车适用不同的监管政策,而不需要取得出租车牌照等。著名法经济学家、法官波斯纳在判决书中写到:“事实上,当一项新技术或新商业模式出现,通常的结果就是旧技术或旧商业模式的没落甚至是消失。如果这些旧技术或旧商业模式受到宪法保护,有权排除新技术新模式进入它们的市場,经济发展就会渐渐缓慢到最后停滞不前。这样的话,我们就不会有出行顺畅的出租车,只有马车一路颠簸;我们不会有想用即拨的电话,只有电报滴滴作响;我们也不会有功能强大的电脑,只有计算尺费时费力。如此,陈旧过时反而可以获得好处。”

分享经济等新型商业模式、经营方式等与传统产业不同,监管不能削足适履,强迫新事物符合旧的监管框架,而应因地制宜地调整监管策略,及时清理阻碍发展的不合理规章制度,营造开放包容的发展环境。

二、推动可持续发展

2015 年 9 月 25 日,联合国可持续发展峰会上正式通过 17 个可持续发展目标。可持续发展目标旨在从 2015 年到 2030 年间以综合方式彻底解决社会、经济和环境三个维度的可持续发展问题。具体包括:消除贫困;消除饥饿;良好健康与福祉;优质教育;性别平等;清洁饮水与卫生设施;廉价和清洁能源;体面工作和经济增长;工业、创新和基础设施;缩小差距;可持续城市和社区;负责任的消费和生产;气候行动;水下生物;陆地生物;和平、正义与强大机构等。在联合国可持续发展目标中,也将 ICT 技术及互联网确定为可持续发展目标的有力推动者与促进者。我国当前已将“互联网+”上升为国家战略,

互联网不仅将推动传统产业转型升级,服务民生,提升政府治理能力现代化,同时也将对消除贫穷、提供更公平制度环境等发挥日益重要的作用。网络空间的制度建设不仅应促进数字经济的发展,同时应促进经济、社会和环境等全面发展,加快用网络信息技术推动社会治理,充分发挥信息技术在社会治理中的作用。

三、构建安全可信的网络环境

发展离不开安全,就如驾车一定需要制动一样。信息技术的发展也伴随着网络犯罪、隐私保护、网络攻击等问题。当前世界各国都纷纷出台网络安全国家战略,从2003年开始,美国相继发布了其《网络空间国家战略》(2003)、《网络空间政策评估报告》(2009)、《网络空间可信身份标识战略》(2011.4)及《网络空间国际战略》(2011.5)等,目前欧盟已有10多个成员国发布了国家网络安全战略。我国也在不断加强网络安全的顶层设计,《网络安全法》也已经出台。安全可信的网络环境是互联网经济发展的必要条件,但构建安全可信网络环境时,也要避免泛安全化。面对每一次技术创新,安全问题都可能成为直接否定的“万金油”和“杀手铜”,对于安全问题的讨论,应充分具体的论证,避免失之于宽泛和空洞。

四、积极参与国际规则的构建

互联网已深层次融入了人类社会,网络空间已成为继领土、领海、领空、太空之后的第五空间,国际竞争日趋激烈。随着全球数字经济的发展,数据跨境流动、跨境电商、打击网络犯罪等都呼唤新的国际规则。当前WTO多哈回合谈判推进困难重重,美国主导了新的TPP、TIPP协定;中美正在进行BIT双边投资保护协定谈判;APEC也在制定跨境隐私保护框架;新一轮的互联网的国际规则构建正在进行。就在前不久,美国将其对互联网号码分配机构(IANA)的管理职能(主要管理域名等互联网关键资源)移交至全球多方利益相关者社

群,多方介入的互联网治理将给予各国政府、企业更大的作用空间,国际互联网治理进入一个新的时代。中国作为互联网大国,在企业实力日益增强的今天,应主动发声,积极参与国际规则的构建。作为业内权威的互联网法律研究机构,中国信息通信研究院互联网法律研究中心与腾讯研究院法律研究中心长期以来一直致力于互联网行业的前沿法律问题研究。本书全面介绍了当前国内外互联网法律政策的现状及趋势,包括产业监管、互联网治理、网络中立、个人数据保护、版权保护、不正当竞争与反垄断等前沿热点问题。相信此类前沿政策法律问题的探讨,是我们网络空间法治建设的有益尝试。

目 录

导言 “互联网+”时代的互联网法治创新	001
---------------------	-----

第一编 国内外互联网法律政策深度观察

国内外互联网法律政策深度观察	011
----------------	-----

第二编 互联网重大法律政策问题专题研究



专题一 互联网业务准入和监管政策	027
------------------	-----

【理论探讨】

我国互联网法制建设的挑战与趋势	043
“互联网+”时代:旧制度变革与新秩序重建	047
美国电信服务贸易壁垒研究	054
从美欧电信业务分类调整看电信监管的变化	064
大数据的法律挑战和建议	068
网络广告主体责任浅析	079
浅谈广告法下互联网信息服务提供者“明知”和“应知”的认定	089
“程序化购买广告”新规亮点评述	095
互联网广告立法带来行业监管新思路	104
网络直播法律风险解析	109

开放机顶盒市场,鼓励多方竞争	
——FCC 有线电视新政解读	116
互联网域名注册管理的立法规制探讨	121
《互联网新闻信息服务管理规定(修订征求意见稿)》评析	129
“网络电影”是“电影”吗?	
——兼评《电影产业促进法》(草案)的电影定义	134



专题二

网络安全	140
------	-----

【理论探讨】

网络安全法的价值追求与制度选择	153
《美国自由法案》确立的最新监控制度	160
欧盟《网络与信息安全指令》评述	165
欧盟最新网络安全指令对我国网络安全立法启示	173
是非对错,雁过留痕	
——简论数据留存立法的变革	180
多元主体的网上违法有害信息治理机制	
——以日本为视角	185
对外开放背景下云计算安全管理制度的思考	189
极端恐怖袭击频发,美欧通信立法和监管如何变革?	196



专题三

个人信息保护	200
--------	-----

【理论探讨】

欧盟《通用个人数据保护条例》评述	212
VR 行业个人信息保护之困境及对策	228
《联合国隐私报告》重点解读	240

反转的法律天平	
——我国 cookie 隐私第一案判决评述	250
欧洲法院裁决美欧安全港框架无效的要点、影响研判及对我国的启示	259
欧美就个人数据跨境流动达成“隐私盾”协议及其对我国加强网络数据保护的启示	267
美欧个人数据跨境流动 20 年政策变迁:从“安全港”到“隐私护盾”	276
数字经济环境下的跨境数据流动管理	282
希望从此一别两宽	
——脱欧对数据保护立法的影响	290
大数据时代个人信息保护的新思路	296
美国《消费者隐私权法案》中适应大数据发展的个人信息保护新思路及对我国的启示	301
美国“个人网络信息”商业化使用相关判例研究	309
俄罗斯与欧盟被遗忘权比较研究	324



专题四

知识产权	331
------	-----

【理论探讨】

美国网络流媒体电视服务商的法定许可问题初探	342
谁在侵蚀我们的所有权?	
——美国 DMCA 禁止规避技术措施的例外(第六次修改)评述	352
论破坏技术措施的法律性质和法律救济	
——由“《宫锁连城》信息网络传播权纠纷案”谈起	356
网络游戏直播的版权法律保护探讨	363
网络云盘版权侵权问题及规制对策	372

网游 IP 改编问题的产业思考与法律应对	379
“服务器标准”历史特殊价值与现实变革需求	387
移动应用分发平台服务商商标间接侵权责任探析	392



专题五

网络中立	400
------	-----

【理论探讨】

网络中立在法庭上的胜利	
——评美国电信协会诉美国 FCC 一案	412
欧盟网络中立规则评述	
——一个更开放的欧盟互联网	420



专题六

电子商务	428
------	-----

【理论探讨】

比较法视野下电商平台侵权责任探析	440
跨境数据流动的主要监管模式	
——以跨境电子商务为视角	451
“微商”视角下的网络平台民事责任研究	456
自然人网店登记的法律问题浅析	473



专题七

数据开放与治理	479
---------	-----

【理论探讨】

美国《开放政府数据法案》评析	499
----------------	-----

OECD《开放公共部门信息的政府措施评估》报告及对我 国的启示	505
“互联网+”时代网络数据安全管理的思考	513
论我国在线数据产品财产权保护的不足与完善	517



专题八

竞争政策	525
------	-----

【理论探讨】

《反不正当竞争法》(送审稿)中互联网专条引发的几点思考	551
拦截“正当经营的互联网广告”行为的违法性分析	560
互联网广告屏蔽的比较法辨析	571



专题九

电信与互联网国际规则	579
------------	-----

【理论探讨】

欧盟分享经济指南	605
“互联网+”时代,如何规制分享经济	614
国际互联网政策制定原则及分析	620



专题十

专项行动	628
------	-----

导言 “互联网 +”时代的互联网法治创新

李海英*

“对于全球经济,创新是生命之源。”这是哈佛大学商学院著名教授克莱德·克里斯坦森在其新书《创新者的基因》里开篇的第一句话。党的十八届五中全会更是指出,“创新是引领发展的第一动力。必须把创新摆在国家发展全局的核心位置,不断推进理论创新、制度创新、科技创新、文化创新等各方面创新,让创新贯穿党和国家一切工作,让创新在全社会蔚然成风。”自2015年《国务院关于积极推进“互联网+”行动的指导意见》发布以来,互联网领域的创新活跃,互联网业务与各行各业融合渗透日益加深,对准入监管和法治保障提出了新的要求,面对新业态的发展,监管和法治创新应成为“互联网+”发展的活力之源、动力之源。

一、产业创新与法治创新的关系

互联网产业是创新的沃土,而法治既是创新的前提条件,也是创新的最终保障。当今世界最重要的经济学家、数字时代三大思想家之一乔治·吉尔德在其最新重磅作品——《知识与权力》中指出,“新增长理论向我们描绘了(信息经济创新发展的)种种可能性,但也清楚地指出如果没有合适的制度,一切

* 李海英,中国信息通信研究院互联网法律研究中心主任,中国互联网协会互联网法治工作委员会副秘书长,主要从事互联网法律制度、国际服务贸易规则和电信市场开放等方面的研究工作。