

信息网络法学

主 编 / 孙占利



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位



信息网络法学

主 编 孙占利
副主编 杨 静 朱腾伟
廖石亮 梁 发



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

信息网络法学/孙占利主编. —厦门:厦门大学出版社, 2012. 11

ISBN 978-7-5615-4399-3

I. ①信… II. ①孙… III. ①计算机网络-科学技术-管理法规-中国-高等学校-教材 IV. ①D922.17

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 223656 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

<http://www.xmupress.com>

xmup@xmupress.com

三明日报社印刷厂印刷

2012 年 11 月第 1 版 2012 年 11 月第 1 次印刷

开本:720×970 1/16 印张:30 插页:2

字数:522 千字 印数:1~3 000 册

定价:45.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

孙占利,1970年生,宁夏固原人。法学博士,广东商学院法学教授,民商法专业硕士研究生导师。兼任中国国际经济法学会理事、广东省电子商务市场应用技术实验室兼职研究员、广州仲裁委员会仲裁员。出版专著《电子订约法律问题研究》(法律出版社2008年版),合作编著《电子商务法研究》、《国际商法》(法律出版社21世纪规划教材)、《国际法》等六部著作,在《现代法学》、《法学评论》等刊物发表学术论文四十余篇。曾获广东省法学会法学研究优秀成果一等奖等奖励。

目 录

第一编 绪论

第一章 信息网络法学概述.....	3
第一节 信息网络与信息网络社会.....	3
第二节 信息网络法及其法律渊源	11
第三节 信息网络法学及其体系和研究方法	15

第二编 实体法

第二章 电信法	27
第一节 电信法概述	27
第二节 电信市场准入制度	39
第三节 电信建设制度	45
第四节 电信服务制度	51
第五节 电信资源制度	65
第六节 电信资费制度	70
第七节 电信互联互通制度	77
第三章 信息网络权利法	84
第一节 信息网络权利主体与虚拟主体	84
第二节 域名权	93
第三节 网站名称权	98
第四节 虚拟财产权.....	101
第五节 信息网络传播权.....	104
第六节 网络隐私权.....	106

第七节 信息网络侵权·····	108
第四章 电子商务法 ·····	116
第一节 电子商务法概述·····	116
第二节 电子商务法的基本原则·····	121
第三节 电子商务主体·····	137
第四节 电子要约·····	147
第五节 电子承诺·····	151
第六节 电子合同的效力·····	159
第七节 合同的在线履行·····	183
第八节 电子支付法·····	210
第九节 电子商务管理法·····	220
第五章 电子政务法 ·····	236
第一节 电子政务法概述·····	236
第二节 电子政府·····	241
第三节 电子行政行为·····	247
第四节 电子政务公开·····	253
第五节 电子政务安全·····	258
第六章 信息网络安全法 ·····	263
第一节 信息网络安全法概述·····	263
第二节 信息网络对象犯罪及其刑事立法·····	269
第三节 信息网络工具犯罪及其刑事立法·····	285
第四节 公民个人信息的刑法保护·····	289
第七章 信息网络传播法 ·····	294
第一节 信息网络传播法概述·····	294
第二节 信息网络传播主体·····	300
第三节 信息网络传播客体·····	306
第四节 信息网络传播行为·····	310
第五节 信息网络传播管理·····	317
第八章 网络教育法 ·····	325
第一节 网络教育法概述·····	325
第二节 网络教育主体·····	331
第三节 网络教育管理·····	335
第四节 网络教育与知识产权保护·····	338

第九章 国际信息网络法	343
第一节 信息网络与国家主权.....	343
第二节 信息网络战争法.....	352
第三节 信息网络法律冲突与法律适用.....	361
第四节 WTO 与国际电子商务法律规则	368

第三编 程序法

第十章 信息网络争议的诉讼管辖权	377
第一节 网络环境对传统管辖权的挑战.....	377
第二节 网络诉讼管辖权的相关理论.....	379
第三节 网络侵权诉讼管辖权.....	383
第四节 电子商务合同诉讼管辖权.....	385
第十一章 网上民事诉讼	389
第一节 网上民事诉讼的概念.....	389
第二节 网上民事诉讼与 ODR 的比较	391
第三节 网上民事诉讼的优势及劣势.....	392
第四节 国内外网上民事诉讼实践现状.....	395
第五节 网上民事诉讼制度在我国的建立.....	399
第十二章 网上仲裁	406
第一节 网上仲裁协议.....	406
第二节 网上仲裁程序.....	410
第三节 网上仲裁裁决的承认与执行.....	414
第十三章 电子证据	419
第一节 电子证据概述.....	419
第二节 国际组织和外国的电子证据立法.....	426
第三节 我国电子证据立法及其完善.....	429
第十四章 域名争议及其解决	435
第一节 域名的概念和分类.....	435
第二节 域名争议及其解决方式.....	439
第三节 统一域名争议解决机制.....	444
第四节 我国域名争议解决机制.....	451
参考文献	457
后 记	472

第一编

绪 论

信息网络法学概述

第一节 信息网络与信息网络社会

因信息网络技术的广泛应用而产生的一种新的社会组织结构形态——信息网络社会(通常也被称为“网络社会”)。胡锦涛主席指出,我们要建设的社会主义和谐社会是“民主法治、公平正义、诚信友爱、充满活力、安定有序、人与自然和谐相处的社会”。这是对社会主义和谐社会基本特征的科学概括,也是对构建社会主义和谐社会提出的总要求。作为社会的组成部分的网络社会也应当是和谐的网络社会。为此,我们需要研究网络社会中的网络侵权、网络犯罪、信息污染、信息侵略及信息鸿沟等非和谐现象,并运用法治手段治理这些非和谐现象,促进和谐社会的整体实现。

一、信息网络与和谐网络社会

(一) 信息网络与网络社会

信息网络包括通信网络、计算机互联网络和广播电视网络,而其中尤以因特网(Internet)为代表。由于“三网融合”的进一步深入,网络之间已经不存在实质性的区别,例如,借助互联网可实现网络广播电视和网络电话等互联网的新功能,利用广播电视网和电话网络也可以进行网上冲浪。如果之前我们关注的是基于三网的特定功能所实现的具体应用,那么随着“三网融合”的深入发展和成熟应用,信息网络将成为关注的直接焦点。

信息网络深刻地影响了社会各领域、各行业,信息网络改变了人们的学习、工作、生产、生活、休闲、交往、政治参与方式。随着信息网络的发展及其在

各行业和各领域的广泛使用,国家机关、教育科研、新闻媒体、医疗医药、金融机构等纷纷将其全部或部分功能或职能转移到了信息网络上,电子商务、电子政务、网上教育、远程医疗、网络媒体(被称为“第四媒体”)、ODR(在线争议解决)等都借助信息网络得到了广泛应用和发展。2011年7月由中国互联网络信息中心(CNNIC)发布的《第28次中国互联网络发展状况统计报告》显示,截至2011年6月底,我国网民数达到4.85亿,互联网普及率攀升至36.2%。

信息网络技术为人类社会提供了信息生成、信息交流、信息传递、信息存储、信息处理、信息传播、信息创新和信息增值功能。正如卡斯特尔认为,信息社会的功能和方法是围绕信息网络展开的,信息网络技术(特别是互联网技术)在现实社会的基础上催生了一种相对独立的新的社会组织结构形态——网络社会。网络社会有其特征,这就是经济行为的全球化、组织形式的网络化、工作方式的灵活化、职业结构的两极化。这种社会模式也就是一般所说的信息化范式。一个以网络为基础的社会结构是高度动态的、开放的社会系统,在不影响其平衡的情况下容易实现创新。在以网络为基础而构成的网络社会中,社会生产关系不再是一种实际存在,资本进入了单纯循环的多维空间,劳动力则由一个其中的实体变为无尽差别的个体存在。^①图书馆无书、工厂无工人、企业无办公场所及虚拟生产、虚拟服务、虚拟销售也已经变为现实。可以这样认为,传统社会的部分功能已经被成功地转接到了信息网络上,信息网络拓展了传统社会的功能和存在方式,作为社会的新的组成部分的网络社会已经出现。

信息已成为信息网络社会发展的重要战略资源或者说是特征性的资源。争夺信息产业发展的主动权和信息技术发展的制高点已成为世界各国的战略目标。江泽民同志在九届全国人大三次会议所作的关于“加快发展我国信息技术和网络技术”的讲话中指出:“世界科技的突飞猛进,引起了经济和社会生活方式的重大变化。当前,信息网络化的迅速发展,应该引起我们各级干部和全社会的高度关注。”“信息网络化的迅速发展,对政治、经济、军事、科技、文化社会等领域产生了深刻的影响。它使各国经济与国际经济的联系更为快捷,相互影响也更直接,突出表现在网上媒体、网上教育以及网上银行、网上交易、网上营销等电子商务的蓬勃发展。”“我们要抓住信息网络化发展带来的机遇,加快发展我国的信息技术和网络技术,并在经济、社会、科技、国防、教育、文

^① 谢俊贵:《凝视网络社会——卡斯特尔网络社会理论述评》,载《湖南师范大学社会科学学报》2000年第3期。

化、法律等方面积极加以应用。”“由于信息网络化的发展,已经形成了一个新的思想文化阵地和思想政治斗争的战场……对信息化问题,我们的基本方针是积极发展,加强管理、趋利避害,为我所用,努力在全球信息网络化的发展中占据主动地位。”中共中央在关于制定国民经济和社会发展第十个五年计划的建议中提出“大力发展国民经济和社会信息化,是覆盖现代化建设全局的战略举措。以信息化带动工业化,发挥后发优势,实现社会生产力的跨越发展”。全国人大 2003 年 3 月通过的《国民经济和社会发展十五计划纲要》确定了我国“以信息化带动工业化”的发展战略。

(二)和谐网络社会

法学界在欣喜地看到“民主法治”被列于和谐社会六大特征之首的同时,也从法学的角度对和谐社会理论进行了研究。综合各种研究,人们普遍认为,民主法治、公平正义、诚信、安定有序等和谐社会的特征都与法治有着直接而又密切的关系,民主法治是构建和谐社会的基本特征和重要要求;^①民主法治居于首要位置和高一个层次,直接决定、制约和影响其他特征。社会主义和谐社会首先应当是民主法治的社会,民主和法治是构建社会主义和谐社会的两大支柱,法治是构建和谐社会的基本保障;^②构建社会主义和谐社会,是一场深刻的社会变革,同时也是一场深刻的法律和体制变革。^③

网络社会作为社会的新的组成部分,也应当是和谐的网络社会。理论研究从法学视野成功地诠释了和谐社会理论的科学内涵和本质要求,明确了法治在构建和谐社会中的地位 and 任务,丰富了和谐社会理论。然而,法学领域尚缺乏对人类社会已经走过农业社会、工业社会并正在步入信息社会这一社会历史阶段的深入研究,也缺乏对建立在信息网络技术基础上的和谐网络社会之法治构建的深入研究和专门研究。只有少量的研究成果探讨了和谐网络社会的法治需求,^④以及信息化、电子政务和信息网络安全对构建和谐网络社会

① 何振华:《从构建和谐社会看法治》,载《人民日报》2005 年 4 月 20 日第 8 版。

② 刘立志:《高扬民主和法治的旗帜——中共中央党校常务副校长虞云耀访谈录》,查阅自:<http://theory.people.com.cn/GB/40553/3567636.html>,下载日期:2009 年 2 月 11 日。

③ 本书编写组:《党的先进性建设的纲领性文献——胡锦涛“六三〇”重要讲话学习问答》,党建读物出版社 2006 年版,第 23 页。

④ 张品良:《论网络虚拟和谐社会的构建》,载《理论学刊》2006 年第 2 期。

的影响。^①与此形成明显对比的是政治学、哲学、传播学、社会学等学科围绕着构建和谐网络社会进行了热烈的讨论,其中也有从法哲学、法社会学等交叉学科的角度对和谐网络社会的法治需求和法治作用进行研究的理论成果。^②

从目前的研究成果看,法学界缺乏对网络社会的足够重视,忽视了和谐网络社会的法治建设,如前所述,网络社会已经成为人类社会的重要组成部分,而且其重要性将会日渐显现。由于网络社会的特殊性,针对传统社会的传统立法难以适应网络社会的法律需求,这就需要加强信息网络法的建设,研究解决和谐网络社会中的法律问题,促进和谐社会的全面实现。

二、网络社会中的非和谐现象及其对和谐社会的影响

信息技术如一把双刃剑,在推动人类社会发展的同时,也存在着许多不和谐因素并因此而产生了诸多非和谐现象或问题。从目前的实践状况看,网络社会中的非和谐现象主要如下:

1. 网络侵权。由于互联网的虚拟性、无国界性、管理的非中心化等特点和网民的匿名性,对互联网的监管难度很大,网络侵权成为一种新型的侵权形态,全球范围内的网络侵权现象都非常普遍。从实践中看,网络侵权主要是侵犯名誉权、隐私权、著作权、域名权、个人信息权(例如人肉搜索侵权)和生活安宁权。

2. 网络犯罪。网络犯罪的形式很多,可以概括为针对信息网络的犯罪(例如破坏计算机信息系统和利用黑客手段非法侵入计算机信息系统等)和利用信息网络从事的网络诈骗、网络赌博、网络传销及网络间谍等犯罪。

3. 信息污染。信息污染即利用信息网络发布和传播非法有害信息,污染信息生态环境,对网民特别是青少年网民的健康成长产生新的不利影响。《第25次中国互联网络发展状况统计报告》显示,低龄网民占比在上升,10岁以下网民群体增至1.1%。此问题已经引起广泛注意。

4. 信息鸿沟和信息贫困。包括国际层面的信息发达国家和信息贫困国家的信息鸿沟和国内层面的地区性信息鸿沟,信息鸿沟的结果是必然产生新的贫困问题——信息贫困问题。例如,《第25次中国互联网络发展状况统计报告》显示,美国、日本和韩国的互联网普及率分别达到74.1%、75.5%和

^① 冯斌元、严丰:《公共信息网络安全对构建和谐社会的影响及对策》,载《上海公安高等专科学校学报》2006年第4期。

^② 孙翔云:《怎样构建和谐网络社会》,载《陕西行政学院学报》2006年第4期。

77.3%，我国的互联网普及率只有 28.9%^①。在我国国内，互联网发展水平较高、普及率高于全国平均水平的第一梯队主要集中在东部沿海地区，互联网普及率为 40.0%，东北地区互联网普及率为 29.1%，中西部地区互联网普及率为 22.2%，西部地区互联网普及率为 21.5%。农村网民规模仅占整体网民的 27.8%。如果农村地区网络使用基础和接入条件继续滞后，农村互联网普及率不能及时赶上，可能存在将城乡社会差距进一步拉大的威胁。

5. 信息侵略和信息网络战争。即利用信息网络传播其价值观和其他侵略信息，并可利用信息网络发动新的战争形态——信息网络战争，例如利用信息网络攻击敌方联网的指挥信息系统。

6. 网络霸权。互联网虽然没有一个统一的管理中心，任何一台连接在互联网中的计算机都是平等的，但在域名管理、信息技术垄断及信息主导等方面仍然可能产生新的霸权——网络霸权。例如，《第 25 次中国互联网络发展状况统计报告》显示，目前使用的 IPV4 地址容量有限，到 2012 年现有的 IP 地址将分配完毕。IP 地址是互联网最为基础的资源，没有 IP 地址，就无法接入互联网。但是，互联网起源于美国，全世界有 13 台 DNS 根服务器（主要用来管理互联网的主目录），其中 1 个为主根服务器，12 个为辅根服务器，主根服务器和 9 个辅根服务器均位于美国。根服务器由美国政府授权的互联网域名与号码分配机构（ICANN）统一管理。理论上讲，IPV4 技术可使用的 IP 地址有 43 亿个，其中北美占有 3/4。

7. 其他非和谐现象。随着信息网络的迅速推广，新的网络应用会层出不穷，其中也包括一些可能无法预计的非和谐现象，例如网络暴力和不良网络舆情，其社会危害性极可能缺乏确定的负责主体。此外，电子商务领域也出现了新型的不正当竞争和交易纠纷等问题。

《第 23 次中国互联网络发展状况统计报告》认为互联网具有高粘性和高传播性。根据 CNNIC 的调查，用户一旦接触互联网之后，流失率极低；另外，互联网上的网络游戏、即时通信、博客、论坛、交友等应用具有极强的互动功能，这些功能会推动相关应用的传播，这种传播既包括向网民的传播，也包括向非网民的传播，而向非网民的传播将推动网民规模的扩张。网民规模的扩张推动网络价值的提升，而网络价值的提升又进一步增强其扩张力。根据梅特卡夫定律（Metcalfe's Law），网络的价值与网络规模的平方成正比。随着

^① 《第 28 次中国互联网络发展状况统计报告》显示，截至 2011 年 6 月底，我国互联网普及率为 36.2%。

网民规模的快速扩张,网络的价值不断膨胀。将目光瞄向互联网价值的机构和个人创造的内容,反过来进一步增强了网络的扩张力和吸引力。因此,上述非和谐现象既影响着和谐网络社会的构建,也由于虚拟网络社会和现实社会的不可分性,直接影响着和谐社会的整体建设。

对于这些非和谐社会现象,我们的态度应当是:正视而非忽视、主动而非被动、努力而非妥协。在和谐网络社会的构建问题上,应当研究这些非和谐现象及其影响,并运用法律手段解决下列问题:

1. 和谐网络社会的法治构建的基本理论。主要包括:网络社会与现实社会的关系及其法治要求;和谐网络社会中的和谐立法理念、和谐执法理念、和谐司法理念;主体虚拟与虚拟主体的基本法律问题;网络社会分层及其对权利分配的影响;网络社会中的公民权利及其限制和保障;信息权及其权利属性和权利内容。

2. 网络社会中的非和谐现象及其法律规制。主要包括:网络侵权,网络犯罪,非法有害信息(信息污染),信息鸿沟与信息贫困,域名抢注与电子商务中的不正当竞争;虚拟财产的法律保护问题。

3. 和谐网络社会中的行政执法监管制度。主要包括:目前网络执法监管中存在的问题及其成因和解决,网络社会的执法监管体制和监管手段,网络监管与网络自治和行业自律,电子政府与电子政务,政府信息公开与保密,网络无政府主义的规制。

4. 和谐网络社会中的纠纷解决制度。主要包括:网络纠纷的解决机制及纠纷解决资源的合理配置;网络纠纷与和谐司法制度和司法工作;网络纠纷的诉讼管辖权和法律适用;电子证据的效力、类型及其收集、审查和判断规则;网上争议解决(ODR,包括网上诉讼、网上仲裁及网上调解等)。

5. 和谐网络世界的国际法保障。主要包括:和谐网络世界与国际法的发展,网络世界的无边界性与国家主权,信息侵略与网络霸权,信息网络战争与国际法,互联网管理中的国际合作及联合国的作用。

三、网络社会法治化的基本构想

尼古拉·尤葛洛庞蒂在其名著《数字化生存》中说过:“我觉得我们的法律就仿佛是在甲板上吧嗒吧嗒的鱼一样。这些垂死挣扎的鱼拼命喘着气,因为数字世界是个截然不同的地方。大多数法律都是为了原子的世界,而不是为

比特的世界而制定的。”^①网络社会并不因其虚拟性和全球性而成为充满个体“自由”的法律真空,这些法律问题也都需要在和谐立法理念、和谐执法理念、和谐司法理念的指导下,在信息网络法研究成果的基础上进行系统和深入研究。

因此,我们亟须在和谐社会理论的指导下,充分把握互联网的全球性、开放性、虚拟性、交互性、分布性等特性,在深入剖析网络社会的主体虚拟化、管理非中心化、组织扁平化、虚拟社区自治化、言论和行为自由化等特征的基础上,借鉴和谐社会理论研究成果以及政治学、哲学和社会学等学科对和谐网络社会的研究成果,依托信息网络法的研究成果,主要运用比较研究方法、实证研究方法、多学科交叉的研究方法,探讨和谐网络社会之法治构建的基本理论,对网络社会中的非和谐现象提出立法解决建议,研究建立适应网络社会本质特征的执法监管制度,并对网络社会中的纠纷解决制度提出研究建议。我们的基本观点如下:

1. 和谐社会的法治保障是在和谐立法理念、和谐司法理念及和谐执法理念指引下所建立的和谐法律制度及其运行和实现。构建和谐社会必然包括和谐网络社会的构建,现实社会与网络社会的弥合、联系和互动提供了法律调整的的必要性和可行性。网络社会的虚拟性并非虚幻性,而是虚拟真实,和谐网络社会的秩序、正义、公平、效率和自由也需要法治保障。人与生态的和谐应该包括人与网络环境或者信息生态的和谐。

2. 从表象上看,网络社会的主体是“网民”、“网上企业”等虚拟主体,虚拟主体的网络行为产生了网络“社会关系”(如网络婚姻、网上合同),虚拟财产等网络资源或网络行为似乎成为网络“社会关系”的客体。然而,网络社会只是依存于现实社会的相对独立的社会组织形态,网络虚拟主体也只是法律主体的数字化身份代表,并不存在所谓的虚拟法律关系,法律责任仍然由现实法律主体来承担,虽然法律责任的承担方式会产生某些变化(如赔偿损失可能是用虚拟货币计算和支付)。当然,人与人的和谐也应当包括虚拟主体之间的和谐。

3. 网络社会打破了工业社会的社会分层,网络工作者、网络联系者、网络绝缘者可能成为新的社会分层,产生了新的社会分工与合作,信息取代物质和能源成为网络社会的资源,主体的权利也因此被重新分配并产生了新的权利

^① [美]尼古拉·尤葛洛庞蒂:《数字化生存》,胡泳、范海燕译,海南出版社1997年版,第279页。

(如信息网络传播权、个人信息权、域名权、网站名称权、虚拟财产权等),催生了新的法律关系。

4. 网络社会的规范有技术规范、行业自律规范、虚拟社区管理规范(契约性规范)以及网络道德规范(含网络礼仪)和网络法律规范,应当依据各规范的适用范围和效力科学规划网络规范体系,法德并重,促进自律,规范自治,建立科学的网络行为规范体系。

5. 网络监管效果不佳的现状主要是由于监管难度较大、监管经验不足及监管制度不健全造成的,应当从监管机构、监管职能、监管协调、监管效率、监管对象、监管方式、监管责任等方面建立科学的监管制度,着力解决监管机构的简单叠加问题。鉴于网络实名制尚不应普遍推行,网络监管的重点应当是对网站和虚拟社区的监管,突出对青少年的监管保护。

6. 电子政务建设应当服从于“公共服务、社会管理、政府监督、宏观调控”的政府职能。电子政务立法需解决好信息公开和信息保密之间的关系,促进决策和服务管理的科学化、民主化和法制化,切实保障公民的知情权、参与权、表达权、监督权。

7. 网络社会中的贫富差距将表现为城乡之间、地区之间的数字鸿沟,必须要高度重视因此而产生的信息贫困和新的社会矛盾。中央已经决定促进城乡协调发展,将基础设施建设和社会文化事业的重点放在农村,应当在投资鼓励、普遍服务基金、运营风险防范机制等方面进行立法因应,缩小“信息鸿沟”带来的城乡差距。

8. 由于美国等发达国家在技术、标准和信息方面的主导地位及对互联网名称与数字地址分配机构(ICANN,美国商务部投资设立)和国际互联网协会(ISOC)的实际控制或影响,互联网的平等性受损并因此导致国际不平等问题甚至是更严重的后果。因此,应将 ICANN 和 ISOC 纳入联合国体系进行管理,并迁址于瑞士等中立国家。同时,下一代互联网技术 IPV6 的应用将为此问题的解决带来新的契机,我国应建立 IPV6 域名根服务器,确保国内网站的域名可以自行解析。

9. 和谐网络世界也应当是“和平、发展、合作”的,应当坚持“和平共处五项原则”等国际法的基本准则,研究和解决和谐网络世界的国际法新问题,坚决反对美国《全球在线自由法案》所极力倡导的所谓数字民主主义,反对将互联网变成对他国进行干涉、侵略及和平演变的新工具。

10. 和谐社会也并不否定矛盾,但需运用法律手段解决其中的法律纠纷。在线争议解决(ODR)成为新的纠纷解决方式,中国在线争议解决中心等组织