

朱 魏 著



论互联网的精神

——创新、法治与反思

LUN HULIANWANG DE JINGSHEN

— CHUANGXIN FAZHI YU FANSI

非外借



 中国政法大学出版社

[illegible]

LUN HULIANWANG DE JINGSHEN
— CHUANGXIN FAZHI YU FANSI

 中国政法大学出版社

2018·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

论互联网的精神/朱巍著. —北京:中国政法大学出版社, 2018. 4
ISBN 978-7-5620-8239-2

I. ①论… II. ①朱… III. ①互联网络—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(2018)第 087057 号

出 版 者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话 010-58908586(编辑部) 58908334(邮购部)
编辑邮箱 zhengfadch@126.com
承 印 北京朝阳印刷厂有限责任公司
开 本 710mm × 1000mm 1/16
印 张 28.75
字 数 520 千字
版 次 2018 年 4 月第 1 版
印 次 2018 年 4 月第 1 次印刷
定 价 88.00 元



序 重思“法的精神”

段永朝



说互联网是这个时代最大的变革力量，恐怕不会有太大的歧义。从国家战略到社会生活、经济发展、政治文化生态，互联网已成为构建未来生存与发展空间，不可或缺的结构要素。

过去十年以来，从社交网络、自媒体、移动互联网，到人工智能、区块链、虚拟现实，越来越多的新型商业模式、智能科技、手机应用，一波又一波地冲击着人们的认知和行为，极大地改变了产业格局、经济活动、日常生活、健康教育等多个领域的样貌。

在全球网民数量，以及中国网民数量均达到自然人口一半的时候，互联网已经不只是一种技术存在，而是一种社会存在、经济存在、政治存在。

今天的互联网是一个高度泛化的概念。这个术语有太多的内涵，包括认知科学、脑科学、智能科技、生物技术、虚拟社会、信息经济、信息安全和全球治理等诸多领域。

日新月异的现象，强烈呼唤对互联网思想的全面梳理、思考和探究，特别从东西文化融合的角度，深入系统探究互联网思想的源流、动因、冲击以及对“后天”的终极想象。在这一伟大历史进程中，重思互联网新时代“法的精神”，是互联网思想重要的组成部分。

这正是朱巍教授这部著作的意义所在。

从1993年全球开启互联网商业化进程以来，已经过去了25年。四分之一世纪的蓬勃发展，极大地释放了“信息”“数据”，以及“连接”的巨大能量。这一能量不断地重构着生产方式、生活方式和组织方式。互联网已经深



刻地改变了这个世界的模样，从日常生活到社会形态，从生产制造到流通交易，从公共服务到健康娱乐，从商业机构到政府组织。

可以说，世界已进入智能互联的“后人类时代”，正经历前所未有的“认知重启”。互联网无疑是当代最重要的影响之源、社会变革最重要的驱动之轮。互联网，正在塑造一个前所未有的世界，前所未有的未来。

然而，伴随互联网巨大的产业革命、生活重塑、组织变革的，是日益严峻的信息安全、网络安全挑战，是错综复杂的网络主权、国家主权之争，以及模式冲突、监管缺失、法律滞后带来的诸多挑战。

互联网世界已经积累了太多的现象、纠纷、争议、冲突、质疑和忧虑之声，从数据互联互通到隐私保护，从数字资产管理到数字权利确权，从虚拟世界侵权责任到数字身份的人格特征。所有这一切都超越了以往的知识体系、基本原理和认知基础。特别是互联网法治思想的探索，已经到了迫切需要从历史、社会、经济和文化多个维度，从法学思想、法理精神、法律实践多个层面展开系统思考的历史时期。

可以说，互联网重塑历史观、世界观、生命观、伦理观和价值观的伟大历程，才刚刚开始。

过去 25 年来，中国网信事业在各个行业和领域取得的卓著成就，充分见证和显示了互联网、信息技术的价值和变革力量。伴随 20 余年中国互联网在技术、商业、生活、社交、创新创业等领域的伟大实践，这片土地正孕育着一股全新的思想冲动，试图毅然决然地面对新时代的挑战，重新以更加自信的方式，思考理论问题、道路问题、制度问题和文化问题，积极探索互联网跨文化交流中的中国声音和中国主张。

这一思想探索的时代意义，超越 500 年前欧洲文艺复兴、超越工业资本主义以及旧的全球化历史进程，是从新时代中国特色社会主义的高度，从长周期历史视角和思想深处，领会时代变革、把握历史进程的重要时期。

谈到新时代互联网法治思想的探索，就不能不提到孟德斯鸠（1689～1755 年）。

2018 年，恰好是法国思想家孟德斯鸠《论法的精神》首次出版 270 周年。作为法国勃艮第葡萄酒庄园主继承人的孟德斯鸠，他所生活的年代恰逢法国封建主义和君主专制从巅峰走向没落的时期。

《论法的精神》这部比较法学的皇皇巨著，秉持法国启蒙运动的精髓，处

处透着英国培根的实证科学、法国笛卡尔的理性主义精神，运用大量历史、现实的资料，广泛结合自然资源、经济文化、意识形态，以及国家政治的背景，阐释了资本主义法学精神的内在逻辑，是一部法学思想史上的经典巨著。

发端于法国百科全书派的启蒙运动，无疑在西方近代史具有重要的作用，甚至可以说启蒙运动铸造了当今西方世界的文化基石。这一基石也是西方主流思想津津乐道的“自由、平等、博爱”价值理念的源泉。

然而，了解互联网思想的历史渊源，就不能简单地将互联网所带来的深层变革，视为资本主义工业革命的自然延伸，更不能简单将互联网所孕育的未来可能，完全奠基在启蒙运动以来的西方主流思想的基础之上。

为什么这么说？一个简略的回答就是，互联网所蕴含的巨大变革能量，超越了以往任何时期的历史变革，超越了西方自文艺复兴以来的文化基调，也超越了以往既有的知识谱系、认知基础。

西方法学思想是古希腊先哲政治学思想的延续。这一思想高扬人的理性精神，捍卫理性的纯洁性和正当性，并以此作为“人为自然立法（康德）”的精神依据。这“几乎”是对的。但是不够。

不够在哪里？西方文艺复兴以来的思想脉络，走出了一条从神权阴影下解放人权的道路。这一道路的基本支撑是三个：一个是人的理性精神，一个是科学的实践能力，再一个是对人性的基本假设。换句话说，西方对人的个体的关注，基本落实在“自利”的人性和“自律”的德性两个方面的基本假设和均衡期待。

过去半个世纪以来，西方资本主义发展几经波折，事实上已经陷入了理论困境和道路困境。这一困境最为根本的特征，在法兰克福学派主将马尔库塞看来，就是资本主义注定开启了“单向度的社会”，是“人之死亡”（福柯语）。英国历史学家尼尔·弗格森更是在《西方的衰落》中，将其归之于“制度的衰落”。

应该说，波澜壮阔的互联网展开了另外一幅画面，显示了另外一种可能，即“连接”“关系”“交互”的重要性日益凸显之下，复杂世界重构秩序的新可能。这种新可能，奠基于相互连接和交互的社群状态，奠基于人与人、人与机器、机器与机器广泛而深度的互联状态，而这些恰恰是生态型社会的重要基础。过去25年来互联网的爆炸式增长，正从更深的层面提醒人们，传统西方经济学、社会学、政治学、传播学、法学、心理学等学科的学理基础，



正在经受底层的挑战，在多样性、异质性、复杂性的世界中，日益显示出无法解释新物种、新世界、新时代的种种困顿与苍白。

这某种程度是西方理性精神中，特有的简化论、还原论、原子论、两分法思想方法带来的难以逾越的思想遮蔽，也是互联网这一新生力量带来的巨大挑战。这是思想升维的巨大挑战，也是迫切需要融合东西方智慧的巨大挑战。

孟德斯鸠在《论法的精神》第29章第11节中指出：“要判断这些法律中哪一些最合乎情理，就不应当逐条逐条地比较；而应要把它们作为一个整体来看，进行整体的比较。”这是一个清醒的判断。对互联网法治精神的探索和思考，当然也不是陷入东西之辩、体用之争的旧框架中，不是“非此即彼”“非黑即白”的线性思维的延伸，而是站在“人类命运共同体”的高度，对既往意识形态纷争的超越。

互联网将带来法学思想上的何种巨变？这是法学家所肩负的历史使命，也是这个时代提出的重大命题。一个充分连接的世界，它的秩序建构、法理基础是什么？特别在互联网时代，这一法理基础又面临何种挑战？这是一个全新的问题。认识这一问题，需要更大的历史尺度，需要东西方文化、东西方智慧的深度融合。

孟德斯鸠《论法的精神》出版100年后的1848年，《共产党宣言》正式出版。在这部马克思和恩格斯为国际共产主义同盟起草的纲领性文件的第四章中，有这样一句话：“一切坚固的东西，都烟消云散了。”这句话用在重新思考互联网带来的认知重启、思想重建，无疑具有极大的激励的力量。

我想，朱巍教授这部著作的出版，一定会成为大家探索面向“人类命运共同体”的新时代法学思想的征程中，所贡献的一小块朴素的奠基石吧。

自序



作为法学学者，我研究互联网产业及其法律已有十年时间，说实话，至今为止，仍无法看清楚互联网的真实面目，就好比是在深夜中行走之人，点的灯笼也只能照清楚脚下的路。

不可否认，我们生活的真实世界正在经历一次前所未有的产业革命，不管人们是否对此有所察觉，所有人的生活都将因此而改变或者正在经历着变化。作为学者能够做的，就是研究这一切产生的原因，并记录下观察这一切的结果。

记录、检讨、反思和启迪都需要时间，若有可能，我宁可将这本书搁置起来，直至这次产业革命彻底结束。也许那样做，才会让这本书配得上书的名字。不过，纵观整个行业，至今也未能有人预测出大概时间，与其枕戈待旦，不如闻鸡起舞，先将本书付梓，供诸君参阅。

这本书的写作时间大约用了八年左右，基本记录了这些年我国互联网法律变迁的小历史。虽然这些记录或多或少带有我片面和不周全的些许观点，但也算是夜行者前进时留下来的路标，不论是对是错，踏雪留痕，都算是对未来发展的一点参照。

本书的名字我想了很久，最后决定叫《论互联网的精神》，主要原因有三个。

其一，本书写作和出版时间段正是互联网勃兴之时，类似于孟德斯鸠男爵撰写《论法的精神》这本书，在文艺复兴之后与第一次工业革命之前的时代大背景。互联网并非仅是技术，更重要的是它是一种思维方式和哲学，它改变的并非仅是法律，还有人的品德与社会经济模式。互联网的挑战，源自



旧思维与旧制度，但它挑战的不仅是过去，更多的是未来。

其二，我痴迷于孟德斯鸠男爵的写作风格，本书系致敬之作。且不论内容，单从写作叙述风格看，孟氏写作看似缺乏逻辑，东一块，西一块。孟氏《波斯人的信札》如此，《孟氏旅行记》也是如此，《论法的精神》更是如此。看似杂乱无章的风格，恰恰反映出写作时代变迁的发展速度，逻辑严密的鸿篇巨著无法及时呼应时代的日新月异。就是这大杂烩般的论著，却起到了灯塔的效果。

其三，互联网的精神并非单一，从科技、制度和法律到人性、品德和思维，从理性、宽容和热情，到傲慢、偏见和残酷，从宇宙万物到包罗万象，都深受这种精神的影响，甚至是左右。归根到底，互联网也是一种技术，现实制度必须与之相适应，制度与技术就成为一个硬币的两个方面，相互制约。技术走得太快，法律就会跟不上，所反射的技术之光就会失去界限，没有了规矩的人性，就如同暗室，君子才能慎独，社会大众能称得上君子的寥寥，缺乏法律的技术产生的恶，远比善要可怕。若法律制度走得更快，技术之光就会湮灭，法律本应具备保守的思维方式，与技术天生活跃很难相映成趣。因此，我尽力做到管中窥豹，基于法律的本质属性，来探测互联网的基本精神。

这本书的内容，源自本人这些年参与国家各部门立法、执法和司法的调研、研讨、论证、制定、完成课题等真实过程，源自无数次业内研讨、产业调研、企业走访的经历，源自在高校开设相关专业课的教学经验，源自作为律师、媒体评论员、各协会和学会等兼职的观察和研究结果，源自作为用户、玩家和消费者的相关体验。即便我尽力避免主观性对所观察的世界的影响，但也不可避免的让本书内容存在一定的偏见、错误和固执。如果本书中存在出乎我意料而冒犯他人的话，请你们相信，那绝不是我故意放进去的。如果本书的观点，确实存在谬误，希望您能不吝赐教及时指出。

本书的出版要感谢中国政法大学出版社的尹树东社长和丁春晖老师，本人生性懒散，若非出版社多次催促和精心排版，本书真有可能再拖个一年半载。

本书出版要感谢信息社会 50 人论坛的各位老师，我本来是研习法律为业，目光所及尽是条框，正是论坛的各位经济学泰斗，破格吸纳我成为成员，才有幸尝试以经济学和社会学角度重新看待这个世界。

本书出版要感谢各位媒体同仁，这些年各位同仁对我的催稿和采访压力，转变为科研动力，这几十万字的书稿才最终有了着落。

最后，当然要谢谢互联网江湖，或明或暗、或真或假、或生或死都将成为这个时代的标记，正是因为有了你们，才有了这本书。

朱 巍

2018年3月



序	重思“法的精神”	001
自序		005
第一章	新时期我国互联网发展观综述	001
第一节	十九大报告是网信事业全面发展的重要指引	001
第二节	十三五规划与“互联网+”	004
第三节	习近平构建互联网思想的辩证法	007
第四节	网络空间命运共同体	012
第五节	“4·19”重要讲话的网络安全观与方法论	014
第六节	构建良好秩序的互联网治理体系	016
第七节	互联网的国际合作	019
第二章	互联网创新与挑战	023
第一节	科技创新思维	023
第二节	“互联网+”就是活力与空间	025
第三节	数字经济带来的法治化挑战与对策	030
第四节	突出立法先行的指引作用	035
第五节	网络打假的协同创新	048
第六节	直播在线答题是伪创新	051
第七节	互联网+银行	055
第八节	虚拟财产的继承伦理与对策	058



第九节 红包照片的创新边界	065
第十节 网络算法应纳入法治轨道	067
第十一节 网络时代学术评价体系反思	069
第三章 互联网立法解读与趋势	071
第一节 “互联网+”对民法典编撰的影响	071
第二节 民法总则的中国特色与时代趋势	087
第三节 人格权立法应独立成编	091
第四节 《网络安全法》解读	093
第五节 《微博客信息服务管理规定》解读	104
第六节 《互联网直播管理规定》解读	107
第七节 《移动互联网应用程序信息服务管理规定》解读	111
第八节 《电子商务法》(二审稿)的四大立法遗憾	117
第九节 《互联网论坛社区服务管理规定》解读	119
第十节 《互联网新闻信息服务新技术新应用安全评估管理规定》 解读	121
第十一节 《互联网信息服务搜索服务管理规定》解读	124
第十二节 《互联网群组信息服务管理规定》解读	129
第十三节 《互联网用户账号管理规定》解读	132
第十四节 网络实名制解读	133
第十五节 中韩实名制比较分析	143
第十六节 立法必须加强对刷单行为的治理	148
第十七节 中国互联网定型化契约示范稿	149
第四章 数据安全和隐私保护	154
第一节 我国网络个人信息保护立法趋势	154
第二节 个人信息与大数据合法使用边界	165
第三节 漏洞门频发的法律反思	170
第四节 网络直播与隐私权的冲突与平衡	176

第五节 苹果“后门泄密事件”的法律思考	189
第六节 网络精准营销与隐私权保护	192
第七节 互联网+征信中的安全	196
第八节 美国“艳照门事件”法律反思	197
第九节 硬件安全是“互联网+”发展的保障	200
第十节 个人数据安全是互联网医疗发展的前提	203
第十一节 支付平台必须严查实名认证	206
第五章 互联网内容安全与法治	208
第一节 “标题党”危害新闻真实性	208
第二节 不实报道与点击量的悖论	212
第三节 三方联动应对遏制互联网诈骗	218
第四节 网盟三无网站治理	219
第五节 民事法律在网络反恐中发挥的作用	221
第六节 网络不当言论的界限	223
第七节 网络公关公司的违法特点	225
第八节 网络虚假求助与诈骗行为	227
第九节 FBI“解锁门”的反思	229
第六章 分享经济法治问题	232
第一节 分享经济与用户权益保护	232
第二节 专车新政的不破不立	237
第三节 管制与俘虏理论	246
第四节 共享单车与路权改革	251
第五节 共享单车新政解读	253
第六节 共享单车残局的反思	256
第七章 网络侵权法律适用	258
第一节 网络侵权的双重身份性质	258



第二节	网络侵权责任的几种重要类型	266
第三节	网络侵权司法解释适用中的重要问题	285
第四节	诉前禁令制度与网络侵害人格权	290
第五节	互联网账号行为	291
第六节	P2P 技术中立的例外	297
第七节	云计算与存储器法律性质辨析	298
第八节	不雅照中自由底线与责任分担	301
第九节	人肉搜索的反向思考	303
第十节	网络相约自杀责任反思	306
第十一节	网络侵权如何应对法不责众	307
第十二节	群主共犯责任的认定	308
第八章	网络消费者权益保护	310
第一节	网络消费中用户权益保护综述	310
第二节	被遗忘权	320
第三节	账户注销权	323
第四节	网络安宁权	326
第五节	网络返利模式反思	327
第六节	消费者海淘权益保护	330
第七节	网络时代的假货应对制度	332
第八节	XP 停止服务与霸王条款	333
第九节	社交化电商与用户权益	334
第十节	网络传销式投票反思	337
第十一节	网络游戏与未成年人权益	339
第十二节	手游分级制度的讨论	342
第九章	网络平台的竞争秩序	344
第一节	反商业诋毁自律	344
第二节	水军与网络传播法治化	347

第三节	新经济背景下适用竞争法的争议	348
第四节	腾讯诉 oppo 竞争案反思	354
第五节	菜鸟顺丰之战反思	357
第六节	商业秘密与科技企业核心价值	359
第七节	新时期网络平台垄断的认定	361
第八节	新浪微博胜诉脉脉案的反思	363
第九节	IACC 中止阿里资格的反思	367
第十章	网络著作权的新问题	371
第一节	媒体融合背景下新闻作品版权保护	371
第二节	媒体的转载审核义务	376
第三节	网络版权侵权认定与法律适用	382
第四节	直播短视频版权的三大问题	389
第五节	数字版权技术与法律适用	392
第六节	司法应对网络著作权的建议	399
第七节	微博版权的讨论	401
第八节	琼瑶诉于正案的反思	403
第十一章	互联网广告治理	405
第一节	新《广告法》的代言禁区	405
第二节	网络广告发布者责任构成的特殊性分析	408
第三节	付费搜索法律性质反思	411
第四节	互联网广告新规解读	420
第五节	新规背景下付费搜索性质变化	424
第六节	网络违法广告的处罚	425
第七节	自媒体广告反思	428
第八节	网络广告噱头的法治化思考	431
第九节	互联网广告联盟法律责任类型化	433

第一章 新时期我国互联网发展观综述



第一节 十九大报告是网信事业全面发展的重要指引

2017年10月18日，中国共产党第十九次全国代表大会胜利召开。习近平总书记代表第十八届中央委员会向大会作了题为《决胜全面建成小康社会，夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利》的报告。该报告对中国现代互联网产业经济和未来发展方向作出了提纲挈领的科学指引，必将成为中国未来网信事业全面发展的重要指引。

一、互联网是新时代新发展理念和建设现代化经济体系的重要基础

十九大报告明确指出，中国“要加快建设制造强国”，未来一段时间将成为达到中国制造2025目标的攻坚阶段。制造业强国指的是实体经济，互联网技术既是实体经济的重要组成部分，同时也是实体经济新的发展模式和理念。十九大报告提出的互联网带动“新产能”，既突出了网络时代新的经济增长点，也侧重肯定了新形势下市场结构性调整的新变化。

中高端消费、创新引领、绿色低碳、共享经济、现代供应链、人力资本服务等新经济形态中，互联网、大数据、人工智能等技术和理念已经将产业、技术、市场和监管辩证的融合统一，集中在“培育新增长点、形成新动能”的着力点之上，目标就是加快建设制造强国。

十九大报告对新经济的阐述中，特别引人关注的一点是明确回应了新经济与实体经济之间的辩证关系。互联网、大数据和人工智能等新技术与新经济，并非是要完全独立于实体经济，也不是完全成为实体经济的附庸。新经济应该与传统的实体经济“深度融合”，以新技术和新经济带动新动能，新动能作用于市场，促进传统实体经济变革，最后合二为一，在技术上、理念上、市场中和经济构成中深度融合，互相促进的迎接中国已经到来的工业4.0产



业革命。

值得注意的是，十九大报告再次将建设“网络强国”作为国家基本战略。中国通过最近二十多年的发展，特别是十八大以来网信事业的勃兴，在网民数量和基础设施建设方面已经成了网络大国。但是，网络大国并不等于网络强国，强国的标准中更注重的是技术创新和理论创新层面，拥有自主知识产权的技术才能打上中国创造的烙印，才能成为拥有核心技术的强国，才能在技术上、市场上和国防上不受制于人。十九大报告明确指出，要加快“应用基础研究”，在新技术领域中，我们关心的不能仅是市场效益，那些具有共性的关键技术、颠覆性的技术创新、前沿引领技术和工程技术，都应成为中国未来核心竞争力的构成要件。因此，网络强国战略是对未来中国网信事业和产业发展的指引，也是对互联网技术发展方式和理念的重要指引。

二、互联网是文化自信的重要阵地

网络是新时代信息传播的主要渠道，从信息交互到舆情引导，从内容发布到文化引领都离不开网络传播。十九大报告提出了“文化自信”的网络传播要求，这既是对中国新时代社会主义文化繁荣兴盛的刚性需求，也是对近年来网络文化实践工作的深刻总结。文化自信是一个国家和民族自信的根源，是社会凝聚力和社会核心价值观的重要基础。互联网是文化传播的重要阵地，网络传播所反映出来的舆论传播力、引导力、影响力和公信力既是社会知情权的可靠保障，也是文化正确方向的核心基础。特别是在意识形态领域，要警惕外来不良思潮的涌入，这就需要落实意识形态工作责任制，建立阵地意识和责任观念。

不过，十九大报告也强调，注意区分“政治原则问题、思想认识问题、学术观点问题”。政治原则问题是底线性问题，在任何时候都丝毫不能松懈；思想认识问题是素养和观念问题，需要包括各级党组织在内的全社会共同努力提高；学术观点问题属于学术领域，应该倡导言之有据科学严谨的立论，要坚决抵制各种错误观点。网络文化领域的阵地意识必须加强，树立党在文化传播领域的核心领导地位，建立适应新时代和新传播方式的网络综合治理体系，最终建立风清气正的网络清朗环境。

三、大力发展网络教育

中国目前的教育发展存在着严重不平衡，优势教育资源集中在大城市和