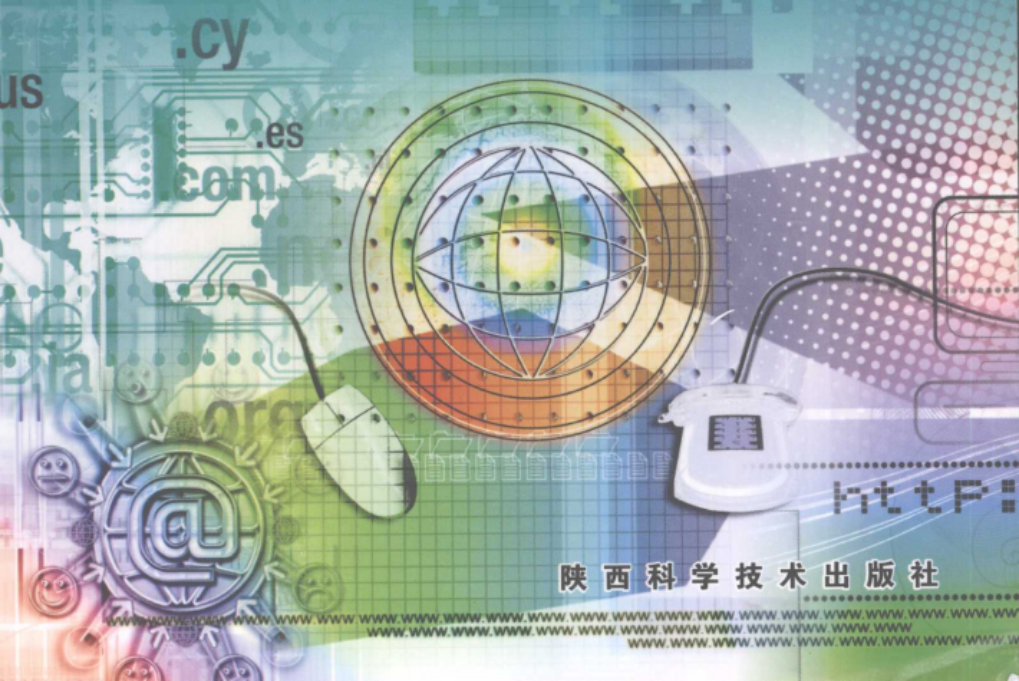


信息安全法制工程

网络安全法律 问题及对策研究

■ 马民虎 编著



陕西科学技术出版社

责任编辑：惠红彦
封面设计：永琛文化

马民虎：西安交通大学法学系教授，陕西省信息化政策法律专家组组长，陕西省信息及网络安全保密专家顾问小组成员，西安市中级人民法院专家咨询员，中国法学会信息法研究会理事，西安市版权协会理事。中欧信息化推进项目信息安全法律专家，曾参加第22届世界法律大会，并做主题演讲，在《法律科学》《法学杂志》《信息网络安全》等杂志上发表论文著作51篇（部）。多年来一直致力于信息安全法律问题的科学研究，先后承担了公安部、国信办、教育部、司法部及“863”国家242信息安全计划等17项课题，现主持985二期《网络信息社会的安全科技创新中心》信息安全法律模块项目建设。

ISBN 978-7-5369-4288-2



9 787536 942882 >

（全套）定价：58.00元

信息安全法制工程

司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目(04SFB2019)

网络安全法律 问题及对策研究

■ 主 编 马民虎
副主编 康建辉 张 楚

陕西科学技术出版社

0457820)目页册书处造交科信学去已身息法网

网络安全全案

图书在版编目(CIP)数据

网络安全法律问题及对策研究/马民虎主编. —西安:陕西科学技术出版社, 2007. 9

(信息安全法制工程)

ISBN 978-7-5369-4288-2

I. 网… II. 马… III. 计算机网络—科学技术管理—法规—研究—中国 IV. D922.174

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第141968号

-
- 出版者** 陕西科学技术出版社
西安北大街131号 邮编710003
电话(029)87211894 传真(029)87218236
<http://www.snstp.com>
- 发行者** 陕西科学技术出版社
电话(029)87275292
- 印刷** 陕西博文印务有限责任公司印刷
- 规格** 850mm × 1168mm 32开本
- 印张** 10.75
- 字数** 280千字
- 版次** 2007年9月第1版
2007年9月第1次印刷
- (全套)定价** 58.00元
-

序 言

在当前经济全球化、信息网络化的世界发展格局的背景下,非传统安全进一步加剧了网络化社会的风险,国家和社会公共安全面临着前所未有的严重威胁。而我国尚处在信息化建设的初级阶段,面临的信息安全问题是全方位的、与世界同步的,错综复杂的国际环境以及我国特殊的政治、文化、经济背景,使得我国信息安全问题呈现复杂、多变的结构。

为了应对这样的挑战,世界各国都在从战略层面到立法层面进行积极的调整,并且有进一步加强调整的趋势。信息安全法学也因此成为法学界关注的热点和焦点,形成了许多富有价值的研究成果。法学界普遍注意到信息技术高速发展对法律的影响,主张“技术中立”应当是信息安全法律规范的基本特征,并期望以此达到促进网络技术多样化和维持法律制度稳定性的目的。

然而,忽视技术特征的法律规范却难以实现立法所要解决的法律问题,人们开始从战略层面反思信息安全法律规范的特征。

值得关注的是,美国 George Mason 大学法学院关键基础设施保护(CIP)项目以关键基础设施保护为核心的研究框架,以国家战略为出发点,取得了非对称安全理论、网络安全保障的公私合作研究和安全风险披露的经济学模型等一批成果。

哈佛大学法学院 Berkham 互联网与社会研究中心的研究,涉及网络环境下密码、商业、管理、教育这些系统之间的法律关系,主张理解网络空间的最佳途径是通过积极地融入其中而非被动地研究。

斯坦福法学院互联网与社会研究中心广泛收集学者、理论研究者、立法者、学生、工程师、安全研究者及科学家所关注的问题,研究新技术与法律之间的交叉、协同关系,重点探索言论自由、隐私等公众利益的保护机制。Lawrence Lessig 教授是本中心的创建人,同时也是哈佛大学、芝加哥大学的法学教授,其研究重点是侧重密码方面的网络安全法、知识产权法和计算机法。

伯克利法律与技术中心成立于 1995 年,它在对高技术法律有兴趣的学生中产生了强烈反响。通过接触硅谷等地区的律师事务所以及主要高科技公司,逐步形成了高科技法的研究规划,其中包括信息安全法学的研究和教学计划。

牛津互联网研究所对互联网的研究范围很广,涉及互联网治理、科学研究等多个领域。在许多方面的研究具有很大的影响,如信息过滤、网络共识的学术成果等,为政府、社会各界正确认识互联网对社会各方面的影响并制定相应的措施起到了积极作用。

印第安纳大学法学院的应用网络安全研究中心主要从事电信法、信息安全法和隐私法研究。Fred H. Cate 教授新开设的 Information Security Law (B587)课程,内容丰富、翔实,与澳大利亚墨尔本大学法学院开设的 Cybersecurity Law (730671)课程具有大致相似的内容。

国外大学在此领域已经取得卓有成效,很多成果运用于立法。而我国在此领域的研究还相当薄弱。

西安交通大学从事信息安全法学研究已有近 20 多年的历史,其研究范围涉及信息系统安全保护等级的立法,网络信息安全监控,网络信息安全监管,密码进出口管制,开放源码软件的安全,计算机病毒公害防治、网络信息安全应急响应,网络信息安全风险评估,电子证据,计算机犯罪与刑罚,网络空间反恐和新型网络结构等法律问题。

潘宇鹏教授、章德安教授是我国信息安全法学研究的开创者,是西安交通大学法学教育的奠基人,提出了许多富有理论价值和学术影响的学说。早在 20 世纪 90 年代初,潘先生就提出“预防”应当是

解决信息安全法律问题的主要原则。而在欧美国家,今天才倡导“预防”的信息安全法制思想,一改过去事后惩罚的模式,立法朝着积极“预防”的方向发展。章先生的国家战略观,为我国信息安全法学研究提供了新的思路,这比国内所谓“软法”的研究更具有前瞻性。

近几年来,西安交通大学的信息安全法学研究有了很大的发展,先后承担了公安部、国信办、教育部“242”和“863”等多项课题,特别是承担由公安部负责的“国家计委关于计算机信息系统安全保护等级评估认证体系及互联网电子身份认证管理与安全保护平台试点项目”的立法研究,国信办“网络信息安全基础法律问题研究”,2002年至2003年国家863软件重大专项课题“开放源码软件和通用公共许可证(GPL)的知识产权及其相关法律问题研究”,教育部“网络信息安全法律监管研究”,司法部“网络安全法律对策研究”和国家242信息安全规划“中外反垃圾邮件立法比较研究”等课题。

为了更好地开展信息安全领域的法学研究,西安交通大学专门组织了以法学为主,以哲学、社会学、经济学、计算机科学及多学科参与的最强阵容,联合政府管理部门和其他院校,形成了由多位年富力强的教授、副教授以及研究生参加的研究梯队,重点从事985二期网络信息社会安全政策法律研究,并取得了“系列”的研究成果。

奉献给大家的《网络信息安全保障的法律监管研究》《中外反垃圾邮件立法比较研究》《网络安全法律问题及对策研究》三本著作,是我们这些年来所承担国家课题的部分研究成果。其中部分内容在北京、德国和丹麦等地的多种场合进行过广泛的交流。但由于时间仓促,水平所限,特别是许多问题尚处于探索之中,其疏误之处在所难免,恳请大家批评指正,愿与家学者以及同仁们展开讨论。

马民虎

内 容 简 介

随着网络技术的迅猛发展,网络的基础性、全局性作用日益增强。网络不但支撑着诸如能源、运输和金融之类的关键基础设施,同时也对公司的经营方式、政府为公民和企业提供服务的方式以及公民个人通讯和交换信息方式产生着重大的影响。另一方面,网络空间黄、赌、毒泛滥,严重影响着未成年人的健康成长,危及了人类的尊严,网络黑客、恐怖组织对网络实施的非对称攻击也威胁着国家安全和社会稳定。以网络为基础的一系列网络安全问题的出现对法律和法学理论提出了更加严峻的挑战。

本书在充分调查研究的基础上,从网络参与者的空间权利、网络安全文化法律构架方面对网络安全法律基础问题进行了系统的研究,结合具体网络安全威胁,对有害信息、垃圾邮件、网络钓鱼欺诈、网络信息过滤、企业电子监控、网络安全应急等法律问题进行了具体分析,并提出了相应的法律对策。

本书可作为高等院校法学、信息安全专业的本科生和的研究生教材,也适用于政府信息安全管理人员、国家关键基础设施信息安全管理者阅读。

第一章

网络安全的法律困惑与对策

- 第一节 现行法律对网络安全的适用性 (3)
- 第二节 网络安全法律规范的程序特征 (6)
- 第三节 网络安全监督管理的权力配置 (12)
- 第四节 结 论 (15)

第二章

网络安全法的价值目标、影响及任务

- 第一节 网络安全法的价值目标及影响 (18)
- 第二节 网络安全法的任务 (19)
- 一、网络安全法的价值出发点 (19)
- 二、网络安全法的立法内容 (23)
- 三、网络安全法对安全风险的预防机制 (26)

第三章

网络空间权的含义及结构

- 第一节 网络空间及网络空间权的涵义 (30)
- 第二节 网络空间权性质 (34)
- 第三节 网络空间权的体系结构 (36)
- 一、网络空间设施所有权 (38)
- 二、网络空间利用权 (38)
- 三、网络空间“相邻权” (41)

第四章

网络安全文化建设的法律问题研究

- 第一节 网络安全文化概述 (44)
- 一、研究网络安全文化的时代背景 (44)
- 二、安全文化的定义、发展阶段及构成 (47)
- 三、网络安全文化的定义、内容、建设目标及建设原则 (52)

第二节 网络安全文化法制建设的国际运动 (57)

一、网络安全文化建设中法制建设的地位和内容 (57)

二、2003年以前国外网络安全文化的法制情况 (60)

三、2003年至今国外网络安全文化法制建设的新内容 (60)

四、网络安全文化法制建设的重点 (61)

第三节 基于网络安全文化的法律责任理念与制度变迁 (63)

一、网络安全文化中法律责任的含义及相关理论 (63)

二、国外网络安全法律责任制度的变迁 (64)

三、建立和完善我国网络安全文化中法律责任制度的对策 (66)

第五章

网络有害程序防治的法律问题研究

第一节 问题的提出 (70)

第二节 有害程序及其相关概念 (70)

第三节 外国对有害程序的立法 (71)

第四节 网络有害程序的发展趋势及法律防范的协同理论 (73)

一、有害程序“演进”的趋势 (74)

二、协同理论 (77)

第五节 国外网络有害程序防治法的模式及借鉴 (78)

一、美国 (78)

二、欧盟 (79)

三、美国和欧盟的立法特点 (80)

第六节 完善我国网络有害程序防范的法律对策 (81)

一、建立我国网络有害程序防治的法律理念 (81)

二、建立完备的监督管理机制 (81)

三、明确网络参与方的法律义务和责任 (82)

四、加强基础技术的法律保障 (85)

(851)	五、促进有害程序防治领域的国际合作	(86)
(150)	第七节 间谍软件防治的法律问题	(87)
(151)	一、间谍软件(spyware)的概念及特征	(88)
(151)	二、间谍软件的影响分析	(91)
(151)	三、间谍软件的防范	(93)
第六章		
(132)	防范网络钓鱼的法律问题研究	
(136)	第一节 网络钓鱼的起源和现状	(105)
	一、网络钓鱼的起源	(105)
	二、网络钓鱼的现状	(105)
(138)	第二节 网络钓鱼的实施方式	(106)
(138)	一、网络钓鱼的实施过程	(106)
(139)	二、网络钓鱼攻击技术	(108)
(140)	第三节 网络钓鱼的防范	(111)
(141)	一、从刑法角度打击网络钓鱼犯罪	(111)
(141)	二、依据《中华人民共和国电子签名法》规制网络钓鱼	(113)
(141)	三、网络安全职能部门打击网络钓鱼的力度	(113)
(141)	四、用户应当树立防范网络钓鱼的意识	(114)
(141)	第四节 小结	(115)
第七章		
(152)	反垃圾邮件法律问题研究	
(152)	第一节 研究意义	(118)
(152)	一、泛滥的垃圾邮件	(118)
(152)	二、垃圾邮件问题的国际化	(119)
(152)	第二节 反垃圾邮件法律基础问题的主要分歧	(120)
(152)	一、对于垃圾邮件法律概念的问题	(121)
(152)	二、反垃圾邮件法律规制模式问题	(122)
(152)	第三节 外国垃圾邮件法律概念比较分析	(123)
(152)	一、垃圾邮件的法律概念	(123)
(152)	二、比较分析	(126)
(152)	第四节 中外反垃圾邮件法律规制模式比较分析	(128)

(68)	一、三种反垃圾邮件法律规制模式	(128)
(78)	二、反垃圾邮件法律规制模式比较分析	(130)
(88)	第五节 比较研究的结论	(132)
(19)	一、垃圾邮件法律概念的界定	(132)
(30)	二、反垃圾邮件法律规制模式构想	(134)
	三、我国垃圾邮件的危害情况及反垃圾邮件的法律现状	(135)
	四、建议	(136)
(201)	第八章	
(201)	网络个人数据商业利用法律规制研究	
(201)	第一节 绪论	(138)
(201)	一、研究背景与意义	(138)
(201)	二、相关概念界定	(139)
(111)	三、我国网络个人数据商业利用规制立法的现状	(140)
(111)	四、国内外研究现状	(144)
	第二节 网络个人数据商业利用规制的法律本位	(148)
(111)	一、网络个人数据商业利用规制的私法基础	(148)
(111)	二、网络个人数据商业利用规制的社会法视角	(150)
(111)	三、网络个人数据商业利用规制的公法理念	(152)
	第三节 网络个人数据商业利用规制的结构规范	(155)
(111)	一、网络个人数据商业利用规制方式	(155)
(111)	二、网络个人数据商业利用监管机关及其职权	(159)
(111)	三、网络个人数据商业利用者的义务内容规制	(167)
(111)	四、网络个人数据商业利用规制的法定程序	(172)
(111)	第四节 完善我国网络个人数据商业利用的法律规制	(175)
(111)	一、我国网络个人数据商业利用规制不足的原因	(175)
(111)	二、完善我国网络个人数据商业利用规制的基本原则	(177)
(111)	三、完善我国网络个人数据商业利用规制立法的供给	(181)

(185)	四、建立我国网络个人数据商业利用的多域规制模式	(187)
-------	-------------------------	-------

第九章

电子信息合法拦截法律问题的研究

(125)	第一节 电子信息合法拦截的基本概念解读	(195)
(425)	一、合法拦截的界定	(195)
(025)	二、合法拦截法律的原则	(196)
(005)	第二节 欧盟与美国电子拦截的法律框架	(198)
(505)	一、拦截法对侦查机关与相关政府部门的要求	(198)
(205)	二、美国与欧盟在拦截过程中对网络服务等电信运营商的协助执法要求	(207)
(705)	三、电子通信拦截法的总结	(221)
(405)	第三节 完善我国电子信息合法拦截的立法建议	(223)
(405)	一、现行立法状况	(224)
(205)	二、现行立法的缺陷	(225)
(005)	三、相关建议	(226)

第十章

我国网络安全应急立法问题的研究

(805)	第一节 网络安全应急的概念	(230)
(905)	一、网络安全应急概念	(230)
(505)	二、网络安全应急的特殊性	(230)
(510)	第二节 国内外研究现状	(231)
(155)	一、国内研究的现状	(231)
(513)	二、国外研究的现状	(233)
(515)	第三节 研究范围	(234)
(515)	第四节 我国网络安全应急立法现状及存在的问题	(235)
(805)	一、我国网络安全应急的立法现状	(235)
(205)	二、我国网络安全应急立法存在的问题	(237)
(355)	第五节 我国网络安全应急立法构想	(240)
	一、我国网络安全应急立法层次分析	(240)

	二、我国网络安全应急立法的基本原则	(241)
(281)	第六节 我国网络安全应急立法的主要内容	(245)
	一、网络安全应急预警阶段立法的主要内容	(246)
(291)	二、网络安全应急处置阶段立法的主要内容	(251)
(291)	三、网络安全应急恢复阶段立法的主要内容	(254)
(291)	第七节 小结	(256)
第十一章	完善网络安全法律体系的对策建议	
(301)	第一节 我国网络安全法律法规存在的问题	(260)
(301)	一、我国网络安全法律中存在的问题	(260)
(305)	二、我国网络安全行政法规中存在的问题	(263)
(305)	第二节 构建我国网络安全法律体系的原则与重点	(264)
(305)	一、立法原则	(264)
(305)	二、立法重点	(265)
(305)	第三节 网络安全法律体系的层次结构	(266)
(305)	一、网络安全法	(266)
	二、与网络安全有关的行政法规	(267)
	三、部门规章	(268)
(305)	第四节 网络安全法律体系的具体内容	(269)
(305)	一、理顺决策和管理体制,明确国家的责任	(269)
(305)	二、明确 ISP 责任	(270)
(305)	三、建立网络安全保险法律的制度	(271)
(305)	四、明确信息服务商的责任	(273)
(305)	五、明确社会公众的责任	(273)
(305)	附录一:欧洲理事会《网络犯罪公约》	(275)
(305)	附录二:经济合作与发展组织系统和网络安全指导方针	(298)
(305)	附录三:欧盟《数据存留指令》评介	(305)
(305)	参考文献	(329)

第一章

网络安全的法律困惑与对策*

本文以2002年《网络安全法》的颁布为切入点，结合中国网络安全法律政策的现状，从立法、执法、司法、守法四个环节，分析中国网络安全法律政策存在的问题，并提出相应的对策建议。

① 立法环节：网络安全法律体系尚不完善，法律之间缺乏协调性。目前，中国网络安全法律体系主要由《网络安全法》、《计算机信息系统安全保护条例》、《互联网信息服务管理办法》等法律法规组成。这些法律法规在立法宗旨、适用范围、法律责任等方面存在不一致，导致执法过程中出现法律冲突和适用困难。

② 执法环节：网络安全执法主体多元，执法标准不一。网络安全执法涉及多个部门，如工业和信息化部、公安部、国家安全部等。各部门在执法权限、执法程序、执法标准等方面存在差异，导致执法效率低下，难以形成合力。

③ 司法环节：网络安全案件数量增加，司法救济渠道不畅。随着网络技术的普及，网络安全案件数量迅速增加，给司法系统带来巨大压力。同时，网络安全案件的取证、举证、质证等环节存在技术难题，导致司法救济渠道不畅，当事人合法权益难以得到及时有效的保护。

④ 守法环节：网络安全意识有待提高，企业主体责任落实不到位。部分企业和个人网络安全意识淡薄，存在违规使用网络、泄露个人信息等行为。同时，部分企业主体责任落实不到位，未能采取有效措施保障网络安全，给国家和社会带来严重损失。

针对上述问题，本文提出以下对策建议：一是完善网络安全法律体系，提高立法质量；二是加强网络安全执法力度，提高执法效率；三是畅通网络安全司法救济渠道，保障当事人合法权益；四是提高网络安全意识，落实企业主体责任。

（作者：中国政法大学网络安全研究中心主任、教授）

随着网络技术的迅猛发展,网络的基础性、全局性作用日益增强。网络不但支撑着诸如能源、运输和金融之类的关键基础设施,同时也对公司的经营方式、政府为公民和企业提供服务的方式以及公民个人通讯和交换信息方式产生着重大的影响。而另一方面,网络空间黄、赌、毒泛滥^①,严重影响着未成年人的健康成长,危及了人类的尊严,网络黑客、恐怖组织对网络实施的非对称攻击也威胁着国家和社会稳定^②。以网络为基础的一系列网络安全问题的出现对法律和法学理论提出了新的挑战。

现行法律能否直接适用于网络安全^③,这是人们首先要应对的不能回避的法律问题,回答这个看似简单的问题却并非容易,需要对现行法律进行结构性战略思考。

法律能在何种程度上保障网络安全,这是需要我们“实事求是”应对的法律问题。我们既不能简单的借鉴国内外学者的研究成果和相关立法模式^④,更不能脱离网络安全的特点来空谈其法律规范的性质和内容。

如何界定保障网络安全的公权力结构,这是当前国际社会互联

*本文初稿为马民虎参加2005年第22界世界法律大会(北京)讲演论文,其后在作了必要的补充和修改之后发表在中国人民公安大学学报(社科)2007年第1期上。

- ①网络空间是由众多互联计算机、服务器、路由设备、交换机和光缆构成的,用以确保国家关键基础设施的正常运转的“神经系统”,是国家的控制系统。参见美国《网络空间安全国家战略》“概要”部分。
- ②非对称攻击即非国家的恐怖组织、个人对其他国家所实施的攻击或者侵犯。“网络恐怖”一词最早由美国加州安全与智能研究所的资深研究员Barry Collin博士于1997年提出,用于描述网络空间与恐怖主义结合的现象。随后,又有安全专家给“网络恐怖主义”下了一个明确的定义,即:“网络恐怖主义就是由亚国家集团或秘密组织实施的有预谋、有政治动机、针对信息/计算机系统、计算机程序和数据进行的攻击行为,这些行为可能对一个国家的非战斗目标造成严重的破坏。”
- ③从网络空间的功能讲,网络安全可以理解为确保企业交易、政府运行和国家防御三方面职能所依赖的互联的关键信息基础设施的安全。
- ④目前网络立法所取得的成果主要有“技术中立”原则,见周汉华:《互联网对传统法治的挑战》,法学,2001.3; Pamela Samuelson, *Five Challenges for Regulation the Global Information Society*. 有关电子取证和网络管辖权的研究也有颇多成果,见刘品新:《中国电子证据立法研究》,中国人民大学出版社,2005.5。

网监督管理法律所面临的最为“头痛”的事情^①。在网络环境下是否需要政府对管理权力进行重新配置以及如何配置等，这些都是深入研究的法学课题。

第一节

现行法律对网络安全的适用性

现行法律能否适用于网络安全，这个问题听起来似乎并不“新鲜”。然而，遇到新的网络安全问题却仍然“扯不清”。我们认为，回答这个问题不仅涉及立法成本的考虑，还需要对现行法律进行结构性的反思。

在面对一系列网络安全问题时，法律遇到了空前的障碍。例如在对境外网络游戏软件的监管方面。网络游戏软件是一种连续性的产品，国外游戏在文化、历史、宗教、神话、理念、教育、价值观、人生观、意识形态等方面，对我国历史五千年沉淀的精华和国家经济安全构成了严重威胁。按照传统的静态监管方式对外国游戏产品实施事先审查，对国产游戏进行事后备案的制度，几乎导致了游戏内容完全失控^②。

又如在计算机病毒的防治方面。计算机病毒现在已经发展为一种新型“公害”^③。随着信息基础设施之间，信息基础设施与国家关键基础设施之间的进一步融合，以及公众对网络信息化依赖程度的进一步增强，病毒威胁将变得更加严峻，病毒在破坏信息基础设施的同

①网络结构的扁平化特征要求改变传统行政管理体制，如互联网融合了通信、广播业务，其安全问题变得更加复杂。

②补丁网络游戏软件可提升其内容的暴力、色情等级。

③传统法律上的所谓公害，是指由于人类活动而引起的环境污染和破坏，以致对公众的安全、健康、生命、财产和生活舒适性等造成的危害。“公害”是与“可持续发展”密切相关概念。