

网络法律文库

丛书主编：张 平

丛书副主编：郭凯天 Brent Irvin

北京大学互联网法律中心 主办
腾讯互联网法律研究中心

中外互联网管理体制研究

Study on Internet Governance
Institutions of Foreign Countries and China

马志刚 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

北京大学互联网法律中心 主办
腾讯互联网法律研究中心

中外互联网管理体制研究

马志刚 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

中外互联网管理体制研究/马志刚著. —北京:北京大学出版社,2014.3
(网络法律文库)

ISBN 978-7-301-23729-8

I. ①中… II. ①马… III. ①互联网络-管理体制-研究-世界
IV. ①TP393.407

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 005184 号



书 名: 中外互联网管理体制研究

著作责任者: 马志刚 著

责任编辑: 孙战营

标准书号: ISBN 978-7-301-23729-8/D·3505

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 新浪官方微博: @北京大学出版社

电子信箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 三河市北燕印装有限公司

经 销 者: 新华书店

965 毫米×1300 毫米 16 开本 27 印张 456 千字

2014 年 3 月第 1 版 2014 年 3 月第 1 次印刷

定 价: 55.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

《网络法律文库》编委会

名誉顾问:吴汉东 陈一丹

主 任:张 平

副 主 任:郭凯天 Brent Irvin

执行主任:司 晓

委 员:

阿拉木斯	李 旭	薛 军	杨 明	吴伟光
赵晓力	张 今	江 波	谢兰芳	徐 炎
王小夏	张钦坤	黄晓锦	赵 治	曲柳莺
陈婧茵	程 艳	李 含	孟兆平	周 辉

总 序 一

著名诗人北岛曾写过一首题为《生活》的诗,全诗只有一个字——网。

的确,用网来形容现代社会生活是再合适不过了,而互联网的诞生更是将世界“一网打尽”。横向上,互联网作为一个全球信息系统,让人们克服物理距离而使彼此生活紧密联在一起;纵向上,互联网对人类生活的影响力和塑造力从文化到政治再到经济的深入,使这一时代的文明被重新定义。

曾经的互联网,因其架构与代码的开放性仿佛是一片不可触摸的“净土”,人们在其中自由“冲浪”,鲜有现实法律的触手可以对其规制。然则,当人们惊叹互联网日新月异的发展和享受种种便利时,也越来越多的受其困扰——网上欺诈、诽谤、假冒现象比比皆是,泄露他人个人信息、侵犯他人知识产权更是司空见惯……法律对互联网的规制已是必然。特别是当互联网、电信网、广播网三网融合后,法律问题变得更为复杂,网络法治的需求也就更为迫切。

科技的发展需要法律的调整,但法律本身的滞后性导致网络自身的创生性得以体现。首先,在开放、共享的基础上,网络在法律缺位的情况下通过自身调整来调试因发展而产生的各种问题,因自身调试而产生的相应规范由立法机关予以肯认而成为具有强制执行力的社会规范;其次是法律的强势介入,针对某些涉及国计民生的领域,如国家安全、信息安全、金融安全等,法律预先介入规范产业的发展方向,使相关产业的发展能够符合最广大人民的基本利益。网络法律法规不仅能较好地规范网络社会,还能不断对网络的发展方向适当校正,使之健康发展和不断造福人类生活。两者并不仅仅是一个规范和被规范的关系,更是双向良性互动的关系。国家根据网络的发展趋势制定相关的法律法规,而对于新技术、新商业模式、新法律问题也应等待其出现后才能研究和完善相关法律。

本文库由北京大学互联网法律中心、腾讯互联网法律研究中心主办,旨在促进中国互联网法治建设,引导和推动中国互联网产业的健康发展。

面对一个我们还无法预计其发展前景的网络社会,“良法善治”尤显得重要。



二零一二年八月

总 序 二

互联网是一张神奇的网。

这张神奇的网,网住了 21 亿全球互联网用户,让全世界任何人,跨越语言、种族、宗教、血统、信仰、政治等的藩篱,相互学习沟通。对于普通人来说,虽不能九天揽月、遨游太空,但当思维插上互联网的翅膀,天涯却能成为咫尺。

这张神奇的网,为我们展现了一幅波澜壮阔的发展画卷。新技术、新应用、新模式层出不穷,并且加速向各行业、各领域渗透融合。时至今日,互联网俨然已经成为人类的一种习惯,一种意识,一种生活,甚至成为成长中必然的新陈代谢。我们正在互联网编织的虚拟世界和现实世界中游历,亲历着互联网深刻改变世界这一伟大进程。

这张神奇的网,也在不断地冲击着人类的社会和道德认知,冲击着传统的法律规则和社会秩序。在社会层面,网络实名举报、人肉搜索、网络盗版、海量虚假信息传播等等问题带给了人们众多困惑和无奈;在经济层面,互联网在帮助企业提高生产力、促进企业发展的同时,也在信息安全、数据保护、法律遵从等方面给企业提出了严峻的问题与挑战。从 web1.0 到 web2.0,以至于未来的 web x.0,谁也无法预知未来的互联网将给人类带来多少震撼和颠覆。

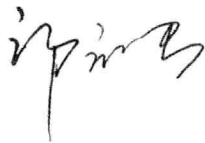
面对纷繁芜杂,甚至变幻莫测的互联网,人们对互联网普遍性法律规则与良性运行秩序的需求更加强烈。恰如哈耶克所言,只有在某个给定的行为规则系统内才可能对行为规则做出有效的批判或改进。对互联网未来发展的“无知”更加需要我们对已知且具体的结果进行归纳和总结,对维系互联网发展的基本规则、规律进行分析和阐释。在国家层面,为维护互联网秩序,各国都在不断地完善立法,打造网络监管的法律

框架,在信息安全、个人数据保护、数据跨国转移等方面制订明确的管制制度和行为规则。在社会层面,互联网给社会生活带来的激烈变化也引起了经济学、社会学、心理学、法学等领域内专家学者的诸多思考,从多维度对互联网发展进行解读。

作为互联网领域的积极探索者,通过互联网服务提升人类生活品质是腾讯的使命。多年来,腾讯一直在努力承担企业社会责任、推动网络文化的健康发展。

为助推我国互联网社科研究的现代化与国际化,在北京大学出版社的大力支持下,腾讯与北京大学互联网法律中心合作推出了网络法律文库丛书。本套丛书将择优资助出版国内外在互联网制度建设、实务发展和学术研究领域的最新成果,以便于我国读者从多层次认知、思索和研究互联网的历史、现在与未来。我们希望各领域的专家学者、业界贤达能够支持我们的追求,向这套丛书提供高质量的作品,为提高中国互联网的学术研究水平而共同努力。

与其在别处仰望,不如在这里驻守,我们和大家一起关注着中国互联网的未來。



二零一二年八月

序

互联网不仅是驱动信息通信产业快速发展的关键力量,也是世界各国经济与科技发展的制高点。当前,互联网以其庞大的产业规模、旺盛的创新活力、广泛的渗透特性、强劲的带动效应、蓬勃的扩张态势,成为推动经济发展的先导性、战略性基础设施。基于互联网的跨界融合、变革突破、交叉跃进,风起云涌、波澜跌宕。互联网正以摧枯拉朽之势,摒弃沉舟病树,不断催生新型经济体成长壮大,撼动并重塑经济发展的路径和模式。互联网对全球经济发展的影响力与日俱增。

作为民众生活、企业生产、政府管理的重要载体,互联网已经全面渗透到社会、文化、政治、军事等各方面;基于互联网的网络空间则与传统主权国家疆域高度交融,并向主权国家域外延伸,成为现代国家继陆、海、空、天外的“第五空间”和“第五行动疆域”,互联网承载着现代国家多重、多维、多类重要职能,体现的是综合国力,更是各国致力角逐的重点。经济基础决定上层建筑,近些年来,围绕网络空间的国际对抗日趋激烈,这不仅仅是技术产业实力的竞争,更是国家体制机制的较量。体制机制是制度的综合体,互联网管理制度是持续促进、提升国家网络空间竞争能力的基本前提和基础保障。

我国正处于四化同步发展、两化融合深度推进的关键历史阶段,互联网在全面建成小康社会的发展进程中将担当越来越重要的角色。互联网管理制度与国情、互联网发展水平密切相关,研究世界各国互联网管理的制度体系和实践,对新形势下进一步促进我国互联网发展、提升我国互联网监管水平、维护我国互联网网络空间安全,具有现实而长远的意义。

多年来,马志刚博士一直密切跟踪研究国外互联网管理制度和互联网发展动态。基于其扎实的法律功底、对互联网管理的深入理解,利用业余时间,完成《中外互联网管理体制研究》。本书详细论述了中外互联网管

理的原则和理论,以及中、韩、美、英等国在互联网基础管理、业务应用管理、内容管理、用户权利保护、信息安全保护管理等方面的基本制度和成功做法,并在不同制度体系和实践框架之间尝试进行了对比和分析,可供互联网管理部门、科研院所、互联网企业、高校等相关人员学习参考。是为序。

鲁春丛

二〇一四年一月一日

目 录

第一章 互联网管理的学说 / 1

- 一、“开放透明说” / 1
- 二、“网络自由说” / 1
- 三、“技术中立说” / 2
- 四、“网络中立说” / 2
- 五、“网络主权说” / 3
- 六、“共同责任说” / 3

第二章 互联网管理的原则 / 5

- 一、互联网管理原则的类型 / 5
- 二、互联网管理原则的表现形式 / 9
- 三、互联网管理体制是传统国家政体的组成部分 / 10

第三章 互联网基础管理机构 / 14

- 一、互联网基础设施管理机构 / 14
- 二、互联网接入服务管理机构 / 26
- 三、互联网基础资源管理机构 / 32

第四章 互联网业务应用管理机构 / 43

- 一、不分类、不管理的自由放任主义 / 43
- 二、选择分类、区别监管的分层监管原则 / 62
- 三、密集分类、多层审批的严格核准主义 / 93

第五章 互联网信息内容管理机构 / 107

- 一、非法信息内容 / 107
- 二、用户监护人的责任 / 117

三、企业责任 / 120

四、政府管理体制 / 139

五、行业组织 / 160

六、国际组织 / 171

第六章 互联网权利保护机构 / 184

一、互联网隐私权保护机构 / 184

二、互联网著作权保护机构 / 220

第七章 互联网信息安全保护管理制度 / 247

一、信息安全事件 / 248

二、信息安全战略顶层决策体制 / 271

三、关键信息基础设施安全保护管理体制 / 280

四、信息安全保护管理制度 / 293

五、信息安全责任组织实施体制 / 330

六、信息安全执法调查制度 / 395

第一章 互联网管理的学说

互联网发端于美国国防部(DOF),后来转由美国自然科学基金会(NSF)、美国商务部(DOC)实施管理,几易其手,最终归美国商务部(DOC)直接控制的“互联网名称与数字地址分配机构(The Internet Corporation for Assigned Names and Numbers, ICANN)”进行管理。这种管理是一种基于顶层设计、顶层运维、顶层控制的技术、设施和资源管理,互联网实现国际互联互通后,这种管理又变成一种独一无二的国际顶级管理。可以说,互联网和互联网管理几乎同时产生,但是,对于互联网是否需要管理,却伴随着互联网管理的事实一直争论至今。

一、“开放透明说”

以 TCP/IP 协议的主要发明者文特·瑟夫(Vinton G. Cerf)和鲍伯·卡恩(Bob Kahn)为代表,认为互联网是一个开放的网络结构(Open Network Architecture),其技术标准和应用协议全部都是开放、透明的,在互联网协议(TCP/IP)的设计中,应将互联网系统中与通信相关的部分(IP 网络)与高层应用(端点)相互分离,最大限度地简化网络的设计,将尽可能多的复杂性和控制放在用户终端上去解决。基于此,互联网应当倡导以“自律”为基础的“开放”“平等”“创新”以及人人都可参与建设和发展的精神理念。^①

二、“网络自由说”

以科技评论家约翰·派瑞·巴尔洛(John Peny Barlow)为代表,认为互联网是一个虚拟世界,是一个无组织、无政府、无国界的数字空间,永远不受

^① [美]文特·瑟夫(Vinton G. Cerf)认为:“互联网是分层的……互联网是端到端的……IP 协议是开放的。正因为如此,互联网没有中央管理功能,也正因为如此,互联网成为创新基地,人们可以在上面进行他们所能设想的任何活动,进行任何开发,发展任何合理的商业模式。”转引自 http://en.wikipedia.org/wiki/Network_neutrality,2010 年 10 月 23 日访问。

政府管辖。1996年2月,约翰·派瑞·巴尔洛(John Peny Barlow)在线上讨论区发表了“致各国政府一封信”,宣称“你们在这里不受欢迎,在这里你们并不拥有主权,你们也没有伦理意义上的统治权,而且,你们也没有任何手段使我们感到必须受制于你们。这个网上世界并不在你们的边界以内”。后人将这封信又称之为“虚拟空间独立宣言”^①。

三、“技术中立说”

20世纪90年代,以美国联邦通信委员会(FCC)主席威廉·肯纳德(William E. Kennard)为代表,认为“实行电信发展的市场化,就是要把握市场发展的三大驱动力:竞争、投资和技术中立”,管制机构不应当倾向于某项技术,而应当鼓励不同技术和行业部门间的竞争,以加速创新、推动高级业务的发展,却又不影响用户的业务使用。^②“技术中立说”具体要求,立法不能对任一技术的发展造成任何限制或偏袒,倘若立法以某种技术作为主要适用技术,将造成日后仅有这些技术方得使用,从而产生独占效果,并对其他技术的发展造成障碍。美国联邦通信委员会(FCC)将技术中立政策应用到互联网的发展,主抓宽带接入、基于成本的容量提供、趋于成本的本地业务定价以及不受管制的网上新业务几个方面。2002年3月7日,欧洲议会、欧洲理事会通过的《关于电子通信网络和服务的共同监管框架指令》(Directive 2002/21/EC)中,也要求各成员国电信管制机构执行技术中立政策。^③

四、“网络中立说”

自1996年始,以哥伦比亚大学法学院教授蒂姆·吴(Tim Wu)、万维网发明者蒂姆·伯纳斯·李(Tim Berners Lee)、互联网协议的共同发明者文特·瑟夫(Vinton G. Cerf)为代表,认为互联网中为社区免费提供服务的宽带网络,应当对多数人配置的设备和使用的通信模式保持中立,且不因一种

① [美]约翰·派瑞·巴尔洛:《网络独立宣言》(A Declaration of the Independence of Cyberspace),载高鸿钧主编:《清华法治论衡》第四辑,清华大学出版社2004年版。

② 转引自“中国行业研究网”:《也谈技术中立》,载 <http://www.chinairn.com/doc/50160/11235.html>,2005年4月20日访问。

③ 参见欧洲议会、欧洲理事会:《关于电子通信网络和服务的共同监管框架指令》(Directive 2002/21/EC)第三章“国内管制机构的任务”第8条“政策目标与管制原则”。

通信而降低另一种通信的服务等级,以确保互联网“非歧视性的互联互通”。2000年开始,关于“最后一公里”(last mile)产生的网络服务垄断性、网络接入和内容流量歧视性的讨论再度升温,因担心电信运营商利用通信信道优势捆绑电信服务,或者对互联网流量和内容施加有选择的、歧视性的控制,人们纷纷要求进行网络中立立法,指出“互联网没有为新内容、新服务设计看门人,一条强制的中立性规则可以保证互联网的持续兴旺”^①。

五、“网络主权说”

2003年12月,联合国在日内瓦召开了世界信息社会峰会(WSIS)第一阶段会议。中国等第三世界国家向峰会正式提出“网络主权”的概念,要求联合国重新审视网络条件下国家主权的内涵和外延,在国与国之间划定网络主权的边界和领域,对于网络主权的合理延伸实施国际认定和许可,并以国际条约或共同宣言的形式赋予网络主权以正式的国际法含义和地位。由于美国等国家的阻挠和反对,这一提案未能完整全面地体现在峰会成果文件当中,只是在《日内瓦原则宣言》中加入了“坚持所有国家主权平等原则”的内容,并承认“与互联网有关的公共政策问题的决策权是各国的主权。对于与互联网有关的国际公共政策问题,各国拥有权利并负有责任”^②。

六、“共同责任说”

2002年7月25日世界经合与发展组织理事会发表的《经合与发展组织信息系统与网络安全准则:发展安全文化》中就指出,“所有参与者均对信息系统与网络的安全负有责任”。2003年日内瓦联合国信息社会世界峰会(WSIS)第一阶段会议上,当时的主流意见认为,互联网关系到各国和人民的利益与安全,必须提到联合国框架下讨论互联网的治理问题。大会责成联合国秘书长科菲·安南(Kofi Annan)组建了互联网治理工作组(WGIG),针

^① [美]戴维·艾伦(Davidson·Alan):《文特·瑟夫(Vinton G. Cerf)谈网络中立性》,谷歌官方博客,2005年11月8日。

2009年11月4日,欧洲议会、欧洲理事会表决通过《欧洲电信改革协议》,提出要“确保向全欧公民提供更多、更开放的‘中立网络’,保证全欧公民享有更多更优的宽带接入服务”。

^② 联合国:《信息社会世界高峰会议原则宣言——建设信息社会:新千年的全球性挑战》,2003年12月12日于日内瓦。

对互联网治理问题进行调研、分析,并为第二阶段会议提供相关报告。2005年6月,“互联网治理工作组”(WGIG)提出,“网络治理是指国家、私人部门和公民社会在它们各自角色的范围内制定和执行的原则、标准、规定、决策程序,以及规范互联网发展和使用的共同计划”^①。这一定义主要强调了不同主体在互联网治理问题上的共同责任,因此,可以称之为“共同责任说”。

^① 转引自〔法〕陈力川:《欧洲网络治理的现状与问题》,2008年2月29日中国人民大学法学院“知识共享中国大陆项目”组织的“网络治理与公民社会”研讨会发言。

第二章 互联网管理的原则

互联网管理问题归根结底是一国域内法权问题,也是一国国家利益问题。迄今为止,在互联网管理原则问题上,没有一个国家奉行独一、不变的原则,而是以维护本国国家利益出发,在互联网不同的领域奉行不同的管理原则,而且因时因地都在发生变化。国际上,互联网管理已由原来的单边博弈上升为多边协商,加之“9·11事件”后极力倡导“网络自由说”的美国政府也开始实施互联网管理的网络法治原则,因此,各国总是经常不断调整其政策立场,在众多的管理原则当中进行徘徊、摇摆。

一、互联网管理原则的类型

从各国实际情况来看,互联网管理的原则大体可以区分为“自我调节原则”“国家干预原则”和“国际协调原则”三种类型。

(一) 自我调节原则

“自我调节原则”排斥国家干预,强调互联网应用和发展的自由放任和行业自律,是资本主义自由市场理论在互联网发展问题上的延伸和扩展。“自我调节原则”又表现为“自由放任原则”“行业自律原则”等具体形态。

自由放任原则主张政府放弃对互联网的干预和管理,由互联网企业、用户自由任意去从事互联网的开发、设计、建设和运行,并在互联网上自由任意从事其所愿意从事的任何活动。互联网商用的最初几年,美国政府奉行典型的自由放任原则,《1996年电信法》曾经明言,美国对于计算机业务的政策是,“确保现时存在于互联网及其他交互式计算机业务中的多样化及竞争性自由市场不受联邦及各州政府的不当干预”^①;美国联邦通信委员会(FCC)也曾指出,“对于其他媒体的管制原则并不一定适用于互联网内容”,

^① 参见《1934年美国通信法》第230条“私人隔绝及屏蔽(blocking and screening)骚扰信息内容之保护”。