
THE FRONTIER OF
INFORMATION AND COMMUNICATION
TECHNOLOGY LAW

信息通信法律前沿

第一辑

张永忠·主 编

陈小龙·副主编



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

THE FRONTIER OF
INFORMATION AND COMMUNICATION
TECHNOLOGY_{LAW}

信息通信法律前沿

第一辑

张永忠·主 编

陈小龙·副主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

信息通信法律前沿. 第1辑 / 张永忠主编. —北京:
法律出版社, 2015. 1
ISBN 978 - 7 - 5118 - 7365 - 1

I. ①信… II. ①张… III. ①信息管理—法规—中国—
文集 IV. ①D922. 164 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 302943 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/陈 妮

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/财税出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制/吕亚莉

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/16.75 字数/266 千

版本/2015 年 1 月第 1 版

印次/2015 年 1 月第 1 次印刷

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 7365 - 1

定价:45.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

当今世界,信息通信技术发展迅猛,对国际政治、经济、文化、社会、军事等领域的发展产生了重大影响,也深刻改变着人们的生产和生活方式。不管我们是否做好准备,我们都已经步入信息社会,进入互联网时代!

没有信息化,就没有现代化。信息化是引领未来发展的大战略,在国家现代化建设的新一轮发展中居于突出地位。我国进入国际互联网 20 年来,紧紧抓住新技术革命所带来的发展机遇,大力推进信息通信领域的创新,成果斐然。据中国互联网网络信息中心发布的报告,截止 2013 年年底,中国网民规模突破 6 亿人,其中通过手机上网的网民占 80%,手机用户超过 12 亿人,国内域名总数 1844 万个,网站近 400 万家,全球十大互联网企业中我国有 3 家。2013 年网络购物用户达到 3 亿人,全国信息消费整体规模达到 2.2 万亿人民币,同比增长超过 28%,电子商务交易规模突破 10 万亿人民币。中国网民数量世界第一,我国已成为网络大国。

但是,我国的信息化建设也面临着许多突出的问题。就法治支撑而言,我国目前关于信息通信领域的法学理论研究严重滞后,在许多基本、重大的问题上还存在大量的学术分歧和认识误区,这直接导致我国的法治状况不能适应信息网络健康快速发展的客观要求。

在国际上,信息通信法早已成为一个重要的学术研究领域。国外许多大学和研究机构已创设信息通信法学专业课程与学术平台,推动人才培养和学术研究工

作。伴随着信息通信革命的兴起和发展,人的行为方式、社会关系的结构、社会秩序的建构正面临着前所未有的改变,这也为法学研究带来了一个又一个崭新的课题。电子商务、信息安全、信息消费、互联网金融等新现象与新问题的出现,呼唤法学对信息技术革命的积极认知和主动回应。信息通信法进一步拓展了传统法学的研究领域,充分显示法的时代精神!由于信息通信法具有广阔的研究领域和美好的发展前景,有关信息通信法的理论和实践问题,自然为先知先觉的法学学者、法律工作者所广泛关注和深入思考。

为此,我们拟通过《信息通信法律前沿》这一开放性的学术平台,团结志同道合的法律人和实务工作者,并以之为载体充分开展学术研讨,合力攻坚克难。努力解决信息通信这一前沿法律领域中的理论与实践问题,推进我国信息通信法治的建设,提高我国利用和发展信息通信技术的治理能力和水平。

张永忠

2014年12月27日

基础研究	1
论传播权的生成与演进	张永忠 3
电信网互联接入法律问题研究	陈小龙 28
专题研究	49
我国网络中立的立法选择	
——以宽带服务提供商的法律规制为视角	梁志猛 51
网络中立的立法抉择	
——基于消费者保护的研究	刘 康 89
法学评论	127
法视域下的携号转网	
——必要性及建制	王红霞 129
互联网信息及隐私保护与竞争法实施	仲 春 140
网络时代的广告法	
——简评广告法修订草案征求意见稿相关条款	姚志伟 152
浅析《网络交易管理办法》对网络不正当竞争行为的规制 ...	段婷婷 159
网络信息立法应注意的几个问题	范丽颖 168

日本《高速信息通讯网络社会形成基本法》对我国的启迪与借鉴	常 磊	176
案例研究		185
我国互联网市场垄断案中的消费者利益保护		
——基于已有案例的研究	麦文杰	187
沃尔玛公司收购纽海控股 33.6% 股权经营者集中反垄断的案例		
分析	施 凡	202
华为诉美国 IDC 公司垄断纠纷案	胡韵斐	212
书评		223
为什么 Google 选择了我们		
——关于数字音乐的读书札记	李斯特	225
国际交流		239
Transformative Use of Copyrighted Works		
—A Proposed Fair Dealing Exception for Internet Intermediaries		
.....	Xie Lin	241

基 础 研 究

论传播权的生成与演进

张永忠*

一、传播权的生成路径

(一) 人权运动的权利斗争

随着文明的进步和人的权利意识的觉醒,人权问题由观念进入实践,并演化为世界性的权利斗争运动。

人具有社会性,必须在社会交流中体现自我、发展自由。也就是说,争取信息交流传播的话语权是人存在和发展的重要人格因素。作为人权的传播权利是与传播权力相区别,并是在与传播权力的斗争中逐步确立起来的。

传播权力是国家的统治阶级、媒介控制者对传播媒介和传播功能的垄断和支配权力,是传播主体强使他人屈从或服从于自己传播意志的行为能力。其产生直接来自对社会信息资源占有和利用上的垄断和强制。传播权利是公民和公民组织从事传播活动进而在传播过程中提供、获取、接受、传递、沟通、评价、解释社会信息的行为可能性,表现为一定的传播行为主体作出或不作出某种传播行为的自由以及法律所给予的必要保障。传播权利意味着权利主体占有和利用社会信息资源的平等性和有效性,传播权利不是垄断和强制。一般来说,传播权力的主体是国家的统治者和媒体资源的控制

* 华南师范大学法学院教授,硕士研究生导师,华南师范大学知识产权发展研究中心常务副主任,法学博士。

者;传播权利的主体是社会的一般传播受众,他们缺乏必要的传播资源和工具,缺乏运用传播资源和工具的知识 and 能力。

1. 国内社会的传播权运动

在国家产生之后,统治者和被统治者之间的矛盾也体现在对言论等传播话语权利的争夺。1644年,英国政论家弥尔顿在国会发表关于言论出版自由的演说,第一次公开涉及传播领域的自由问题。随着欧美工业化革命进程的推进,对于传播自由的呼声越来越高;国家权力对公众传播的控制要建立在合法合理的基础上,对传播自由的限制意味着对真理的钳制;必须彻底废止中世纪的神权和王权所制定的一系列禁锢自由思想和科学传播的法令;人民的传播权利不能指望统治者赐予,必须去奋斗争取。1776年,美国《独立宣言》第一次在国家根本大法中规定了权利的不可侵犯性。1789年,法国《人权宣言》首次把言论自由、出版自由定义为基本的人权,这些自由和权利为传播权的确立奠定了国内法的基础。

2. 国际社会的传播权运动

争取传播权的斗争并没有停留在国内法层面,国际人权领域的斗争也为传播权的产生、确立提供了直接的规范依据。第二次世界大战之后到传播权概念产生之前,存在三种与传播权相关的人权主张,而相关信息传播的国际人权立法,实际上就是三种传播权主张交锋的结果。

第一种传播权模式是西方—美国的人权主张。该主张强调传播自由是政治民主化的驱动力,其实质是一套新闻自由制度以及重要的商业活动。这种模式之所以被称为西方模式是因为它是在推翻封建和君主政体,建立了民主代议制度的美国和欧洲社会中生成的,传播自由被认为思想交流和公共审查竞争性政治制度的工具。由于这些国家的市场经济发展比较快,传播资源已经演化成为一种经济产业和市场活动。它们主张传播自由应当成为国际法律的传统要素。

第二种传播权模式是苏联的主张。主要反映苏联和一些东欧国家的传播实践。其不主张对于政党或政府之外的传播“声音”给予充分的法律保护,因为苏联共产党被认为能够完全代表人民的声音,党能够监督和协调人民的各种活动,包括大众传播方面。所以,在大众传播自由上必须采用公共秩序保护的严格审查制度。

第三种传播权模式是发展中国家(或第三世界国家)的主张。该主张强调传播是实现和维护民族认同和国家经济社会实力的基本方法,应当确保传播是为经济发展落后国家、新近脱离殖民统治实现完全独立国家的需要服务的。这

些国家的经济结构比较脆弱,信息传播是经济建设的重要工具,有助于提升社会健康和文明水平,增强文化形象。发展中国家尤其关注通过传播维护文化的独立。

国际社会在《世界人权宣言》第19条和《公民权利和政治权利国际公约》第19条中所确立的与信息传播相关的基本人权规定实际上主要体现了西方—美国的人权主张。这些国家的法律和传统要求除了战争和其他的限制条件之外,应该确保新闻传播自由即新闻传播在一般情况下免受审查。此时,苏联强调共产主义政党掌控大众传媒的内容,实施内容审查的主张没有纳入上述人权文件中;而第三世界国家力量还没有形成更不足以参与立法。

20世纪60年代开始,发展中国家在大众媒体内容控制的世界论争上也开始提出自己的主张,并推动传播权理念的发展。尽管发展中国家各自的国情、文化传统、政党结构都不一样,而且传播权主张在内部也有不同的声音,例如,一些单一政党统治的非洲国家对传播权的审查限制比较多,^①但是,第三世界国家的多数意见都是大众传播必须朝着实现民族自立、自决以及文化独立的目标发展。发展是第三世界国家的主题。它们需要引导和动员国家的全部力量促进政治、社会和经济文化的发展,而信息传播是实现发展的积极要素。传播应当服务发展,媒体应是传播公共健康知识,教育及动员国民参与公共项目建设和支持发展政策的重要工具。信息传播在今天扮演着强有力且极其重要的角色,通过传递新闻等重要事件中能够起到教育公众、促使公共意见形成和普及法制与基本人权的意义。^②也就是说,发展中国家逐渐地认同大众传媒作为公共事务教育者和引导者的传播理念。

在中国封建专制社会中,传播权力历来是统治者的个人特权和阶级特权,一切与王命相违背的信息资源都是被禁止传播的。几千年来,中国知识分子和平民百姓几乎没有传播权利,或是被扼制在极为狭窄的范围内。秦始皇焚书坑儒,汉朝时候独尊儒术,宋明时期禁小报,明清两朝大兴文字狱,国民党政府实行书报检查制度,等等,这些以专制暴力为依托的传播权力,禁锢着思想和科学的发展。专制的传播权力是中国历代统治者愚民政策的首要组成部分,也是造成中国落后的根本性原因。在社会信息公开、信息知情权等基本理念逐渐深入人心的社会背景下,在权利本位和法治理念至上的制度环境中,中国作为第三世界国

① International Commission of Jurists, *Human Rights in a One-party State* (1978).

② Id.

家有选择地汲取国外先进的人权理论与实践经验,积极参与国际社会,积极表达第三世界国家要求传播权利平等以维护民族自立和促进国家政治经济社会的发展。

三种传播权认识的差异导致传播权在国际上很难达成具有统一理念的国际协议或协定,其中西方—美国主张与苏联的主张最难以相融。传播权理念的差异在国际层面长期处于对峙、协调的局面之中。

随着苏联的解体,国际社会的传播权理念对立斗争的局面有所缓和,并逐步达成一些共识。例如,现在没有一个国家会拒绝大众传播媒体的有效参与。但是,如果要在世界范围上确立传播权,则必须依赖各国的共同努力,依赖各国就传播所应该充当的角色及其权利化进行持续的意见交流和磋商。只有这样,我们才有理由相信国际社会针对传播权的问题有可能达成一些有意义的国际协议。

(二) 信息社会的秩序建构

1. 不结盟运动国家的传播新秩序主张

事实上,自从进入大众传播时代,西方发达国家就凭借其雄厚的经济实力和先进的传播技术主导着全球信息传播的话语权,控制着全世界的传播权力和“阀门”。它们发布信息的总量占全球信息总数的76%以上,它们的文化支配着发展中国家的文化,成为信息生态不均衡发展的主要因素。这种情况造成的结果就是第三世界国家越来越高度依赖西方的传播科技和文化产品,依赖它们提供的各种图书、杂志、新闻、电影、电视娱乐节目等。第三世界国家可谓深陷其中、不能自拔。许多第三世界国家指责西方四大通讯社不负责任,对第三世界国家的报道有偏颇,对这些国家抱有偏见。这与发达国家主张的自由、开放的传播是增进世界人民相互理解和促进自由、公平和文明、民主的政府建设的制度工具的传播政策直接相背离。美国等少数西方发达国家则强调新闻媒介有在任何地方自由搜集、传递和发表新闻的权利。1973年,第4次不结盟国家首脑会议指出,绝大多数国家已沦落到少数几个中心播发的消息情报的消极接受者的境地。同年,不结盟运动国家阿尔及尔峰会宣布“帝国主义的活动并不局限于政治与经济领域,还存在于文化与社会领域”,号召不结盟运动国家在大众传播领域必须采取统一的行动。那时,在欧美的批判学者中,从“帝国主义”的框架来看待大众传播是一种很普遍的视角。就连当时的芬兰总统也用“资产阶级霸权”来描述国内的信息不平等,用“传播帝国主义”来描述当时的国际语境。

信息传播中存在的明显不均衡流动问题并不仅仅影响文化的传播。信息传

播也是社会发展有用的资源和工具。发展中国家希望拥有充分、可持续发展的能力,但发达国家主宰着国际传播秩序使得信息传播不平衡的问题加大了发展中国家对西方国家的社会经济依赖。

为了打破由美国与西方发达国家及其全球媒介集团支配的全球传播秩序,进而建立一种更加民主的、公平的、均衡的与其他国家传播系统相互交流文化与信息的新的全球传播体系,20世纪70年代第三世界国家提出了建立“世界信息传播新秩序”(New World Information and Communication Order, NWICO)的全球信息传播体系改革目标。这既是第三世界国家对现存的或传统的全球传播秩序造成的信息不平衡、文化侵略、文化帝国主义等现象的不满,对本国文化生存、信息生态可能造成伤害的担忧,也是对世界信息传播新秩序的呼吁和期盼。^①

发展中国家希望在国际法中确立传播权,并要求实现其观点在国际上传播的公平竞争和机会。它们对于传播权的构想是通过国际协议等国际法实现通信传播技术和资源在全世界的公平配置的传播新秩序,使它们有权掌控信息进出其国家的权力。1976年,不结盟国家举行传播问题讨论会,首次提出建立“世界新闻新秩序”。

同年,不结盟运动国家在印度新德里召开部长会议,通过了著名的《新德里宣言》。该宣言完整地体现了新秩序运动的精神,并明确指出:当前全球信息流通存在严重的不足与不平衡,信息传播工具集中于少数几个国家,绝大多数国家被迫消极地接收来自中心国家的信息,当前的信息发送主要掌握在少数发达国家的少数通讯社手中,世界上其他地方的人民不得不通过这些通讯社来获取信息和理解对方甚至自身的情况。信息传播工具掌握在少数国家的少数人手中。在这种条件下,信息自由只是这些人按自己的方式进行宣传的自由,剥夺了其他国家、其他人的权利。这种状况是殖民主义时期的依附与主导关系的延续。政治领域与经济领域的依附性是殖民主义的遗产。信息领域的依附性也是如此,这反过来就限制了发展中国家的政治与经济进步。不结盟运动国家尤其是这种状况的受害者。在集体与个体层面,他们追求世界和平正义、追求建立平等的国际经济秩序的努力要不就是被国际新闻媒介低调处理,要不就是被误读。他们的团结精神被破坏,他们追求政治经济独立与国家稳定的努力被任意诋毁。这个宣言从三个方面推翻了传统自由主义至上的媒介理论:第一,它认为自由市场

^① 邵培仁:“信息公平论:追求建立世界信息传播新秩序”,载《浙江传媒学院学报》(哲学社会科学版)2008年第2期。

会导致垄断,制造出新型的殖民主义依附性;第二,它指出空谈抽象的信息权利没有任何意义,重要的是要有足够物质手段保证信息权利的落实;第三,它为媒介信息设定了清楚的内容标准:客观与准确。不结盟运动国家的诉求获得东方社会主义国家的支持,并将联合国教科文组织变成了讨论新秩序的主要论坛。^①

2. 联合国教科文组织关于“建立世界信息传播新秩序”的论争

联合国教科文组织作为联合国协调教育、科学、文化、信息和传播的专门机构,在“建立世界信息传播新秩序”的论争中发挥着非常重要的作用。教科文组织将发展中国家反对帝国主义理念和发达国家的自由、民主观念整合起来,通过世界信息传播新秩序的论战来推动传播权运动。

早在1970年联合国教科文组织第16届大会上,几个发展中国家就已经明确提出了传播媒介分布不平等的问题,要求重塑更加公平和均衡的国际信息传播体系。1978年教科文组织第20届大会通过了《大众传播媒介致力于加强和平和国际了解,促进人权和反对种族主义、种族隔离和战争煽动的基本原则宣言》。该宣言主张在信息传播方面建立新的平衡,推动更多交互流通,这既有利于维持基本的公正与持久的和平,也有利于增强发展中国家政治与经济独立性的独立性,因此,有必要纠正发达国家与发展中国家之间以及发展中国家自身之间信息流通不平等的现象。同年,第33届联合国大会根据上述宣言通过33/115号决议,指出需要“在新闻自由流通及更广泛、更均衡地传播新闻的基础上,为实现和平和国际相互理解而建立新的更公正和更有效的世界新闻和传播新秩序”。

1976年,联合国教科文组织第19届大会设立了国际传播问题研究委员会,由爱尔兰人S.麦克布莱德担任主席。该委员会于1980年提出题为《多种声音,一个世界》(Many voices, one world)的报告。该报告针对世界媒体传播秩序不公平、少数国家的主流媒体垄断信息权力的状况,再次强调建立世界信息与传播新秩序的重要性。认为在传播问题上各国根据不同的文化传统、社会经济和文化生活的格局以及需要和可能,采取不同的解决办法十分重要;把预先设想好的模式拿到所有地方普遍应用是行不通的;应当高度重视消除在传播及其他各种机构中、特别在信息情报传播中存在的失衡和悬殊状态,各国应该根据自己的情况、需要和传统来发展自己的传播格局,从而实现统一、独立和自力更生。

^① [芬]卡拉·诺顿斯登(Kaarle Nordenstreng):“世界信息与传播新秩序:浴火重生的主张”,徐培喜译,载 http://news.xinhuanet.com/newmedia/2011-09/14/c_122033716.htm。

此后,联合国教科文组织在20世纪80年代召开了一系列会议进行研讨,提出了一套旨在打破现存的世界信息传播不均衡格局的改革方案。尝试通过为发展中国家提供物质手段和信息产品来实现保护与促进其自身文化传统、文化产业与文化认同,改变信息与娱乐传播中的不平等状态,缩小信息富裕国家与信息匮乏国家之间的差距。

信息冲突和信息分化的恶性结果就是造成信息社会的失序,即信息不公平和信息不均衡现象的凸显。信息不公平和信息不均衡所造成的不仅是机会不均等的“社会状态”,而且还产生了一系列很严重的“社会后果”和“社会问题”。在信息资源已经成为国家经济实力和国际竞争力的核心战略资源的今天,国家或地区之间会由于因特网基础设施建设和操作技术普及水平差异,造成信息资源获取能力的巨大差距(包括信息接收、生产、传递与利用等方面差距),进而影响弱势国家的经济实力与国际竞争力;不同人群之间因为收入、受教育水平、所处地域及种族等方面的差异而造成的对因特网技术掌握和运用的差异,进而导致了不同群体在社会中面临的机遇、待遇的不平等,出现“信息落差”、“信息失衡”、“知识鸿沟”和“贫富分化”等问题。^①

联合国曾在2003年、2005年分两阶段召开了信息社会世界首脑会议(World Summit on Information Society, WSIS),该会议关注国家之间和国家内部的数字巨大差别产生的严重危险,相信公平获得信息是可持续发展的必要因素,是社会发展和信息生态均衡发展的重要影响因素。会议的主要目的是缩小全球贫富国家之间的“数字鸿沟”,从而形成包括所有人在内的真正意义上的信息公平和信息均衡的信息社会。在信息社会世界首脑会议上,与会者表达出对信息社会法制的美好愿望:所有人都能通过各种媒体自由地创造、接收、共享并利用各种信息和知识;以人为中心,以居民和社区为核心,将信息运用于经济、社会、文化及政治的发展各方面;人们可以平等、无差别地以标准接入方式和有效通信手段获得信息,更好地促进经济和社会的持续发展,改善生活质量,消除贫困和饥饿。会议成果之一的《建设信息社会:新千年的全球性挑战》的原则宣言宣告“建设一个以人为本、具有包容性和面向发展的信息社会”,并指出“在这样一个社会中,人人可以创造、获取、使用和分享信息和知识,使个人、社区和各

^① 邵培仁、张健康:“关于中国跨越数字鸿沟的瓶颈与对策”,载《浙江大学学报》(社会科学版)2003年第1期。

国人民均能充分发挥各自的潜力,促进实现可持续发展并提高生活质量”。^①

总之,国际社会在20世纪70年代起格外关注信息自由传播以及传播不平衡所造成的各种问题。最初由不结盟国家、联合国教科文组织开展“世界信息传播新秩序”的讨论、倡导和推动各项工作的进程,在他们的努力下通过了数份关于传播权的共识文件。联合国大会进一步对信息社会所面临的数字落差提出解决的设想,分两个阶段在2003年及2005年分别举办信息社会世界首脑会议。在第二阶段信息社会世界首脑会议将结束前,联合国即宣布自2006年起连续五年召开因特网治理论坛(Internet Governance Forum, IGF)。这些关注及所产生的努力都是在面对信息自由流动过程中所产生的数字贫富落差后的省思和应对,也就是在现今信息社会中如何实现以人为本、自由、公平、包容的秩序建构、将传播媒体市场之运作导向公共利益方向发展,并纳入民主治理与规范架构。

(三) 传播关系的构造变动

过去针对单方面、线性的信息传播行为所产生的以言论自由为核心及其他相关权利,而现今以卫星通信科技及因特网科技所建构出的视听媒体传播环境,其传播态样从线性发展至非线性方式,也就是现今之传播行为具高度双向的互动性质。今天我们所说的传播不仅包括表达与传述,更需要从现今之传播环境接受、搜集、获取所需的信息。因此,基于现今传播行为所说的内涵与性质已完全与过去不同,加上传播科技的不均衡发展,言论自由及相关权利对新传播形态的保障不足已经十分显著。进一步地说,由于传统对言论自由的保障,国家所负义务为消极义务,但因为通信传播科技资源的不足在意见表达或信息传播过程中所产生的限制或障碍,国家在此义务下的行为已经无法对因传播资源失衡对个人或特定弱势族群在传播过程中自由被限制或被剥夺的窘境提供任何纠正和补强。因此,传播权的提出具有在通信科技时代的需要性与迫切性。

1. 传播过程的双向性:从信息单向传递到双向互动的权利保障

通信传播技术的革新带来了传播关系的构造变动。在每一种传播活动中,都包含了传播者与阅听者之间的两造关系。人类传播行为的最初形态,是以口语或文字的方式,单方面的、线性地传递,信息从发出到接受就完成了单向传播。“传播的意义就是把信息从一个地方传到另一个地方。”^②传播是某个人

^① 参见文件《建设信息社会:新千年的全球性挑战的原则宣言》2003年12月12日。

^② George A. Miller, *Language and Communication*, Mc-Graw-Hill, 1951, p. 6.