



中国法学会优秀课题成果文库

ZHONGGUO FAXUEHUIYOUXIU KETICHENGGUOWENKU

常 健 等 著

强化虚拟社会管理 与健全网络立法研究

QIANGHUA XUNISHEHUI GUANLI YU JIANQUAN WANGLUO LIFA YANJIU

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

中国法学会优秀课题成果文库

ZHONGGUO FAXUEHUI YOUXIU KETI CHENGGUO WENKU

常 健 饶常林 左怀民 王绪慧 叶丹枫◎著

强化虚拟社会管理 与健全网络立法研究

QIANGHUA XUNI SHEHUI GUANLI YU JIANQUAN WANGLUO LIFA YANJIU



本书是中国法学会2012年度部级法学研究青年项目“强化虚拟社会管理与健全网络立法研究”【课题编号：CLS(2012)Y31，主持人常健教授】的主要成果，课题鉴定等级为优秀。

湖北省教育厅哲学社会科学研究重大项目“湖北省强化虚拟社会管理与健全网络立法研究”【课题编号：16ZD007，主持人常健教授】的阶段性研究成果。

中国法制出版社

图书在版编目(CIP)数据

强化虚拟社会管理与健全网络立法研究 / 常健等著. —北京:
中国法制出版社, 2017. 12

ISBN 978-7-5093-7570-9

I. ①强… II. ①常… III. ①计算机网络—科学技术
管理法规—立法—研究—中国 IV. ①D922.174

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第312322号

策划编辑 舒丹

责任编辑 马颖 王雯汀

封面设计 李宁

强化虚拟社会管理与健全网络立法研究

QIANGHUA XUNI SHEHUI GUANLI YU JIANQUAN WANGLUO LIFA YANJIU

著者 / 常健等

经销 / 新华书店

印刷 / 北京京华虎彩印刷有限公司

开本 / 787毫米 × 960毫米 16开

版次 / 2017年12月第1版

印张 / 24.5 字数 / 309千

2017年12月第1次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-7570-9

定价: 69.00元

北京西单横二条2号

邮政编码: 100031

网址: <http://www.zgfsz.com>

市场营销部电话: 010-66033393

值班电话: 010-66026508

传真: 010-66031119

编辑部电话: 010-66060794

邮购部电话: 010-66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)



编委会



顾 问：王乐泉

主 任：陈冀平

副主任：鲍绍坤 张鸣起 张文显（常务） 王其江 张苏军

委 员：（按姓名拼音排序）

卞建林	蔡守秋	陈卫东	陈兴良	陈泽宪	付子堂
公丕祥	韩大元	何勤华	胡建淼	黄 进	怀效锋
贾 宇	李 浩	李 林	李 龙	李明德	李仕春
梁慧星	林 嘉	刘春田	马怀德	莫纪宏	沈国明
沈四宝	孙宪忠	王利明	王振民	吴汉东	吴志攀
姚建宗	叶 青	应松年	张保生	张庆福	张守文
张卫平	张新宝	赵秉志	赵旭东	郑成良	周叶中
朱孝清	朱 勇				

编辑部主任：李仕春

编辑部副主任：李存捧 彭 伶 张 涛

编 辑：曹 菲 姚国艳

中国法学会优秀课题成果文库

出版说明

为了全面推进课题研究成果的应用转化，繁荣法学研究，服务法治实践，推进法治中国建设，中国法学会特设立“中国法学会优秀课题成果文库”，集中推出反映当前我国法学研究前沿水平，具有重大理论价值、重大学术价值、重大应用价值的学术精品，充分发挥优秀成果和优秀人才的示范引领作用。凡入选成果文库的作品，均为中国法学会年度招标课题或委托课题中鉴定等级原则上为“优秀”，选题价值较大，创新性强，对重要领域或重要问题有较为系统深入的研究，具有较高学术价值或应用价值，文风严谨，符合学术规范和出版形式要求。从2016年开始，每年从当年结项的课题成果中精选出符合上述条件的作品，纳入“中国法学会优秀课题成果文库”，予以出版。

中国法学会

2016年12月

前 言

根据中国互联网络信息中心（CNNIC）2017年1月发布的第39次《中国互联网络发展状况统计报告》，截至2016年12月，我国网民规模达7.31亿人，相当于欧洲人口总量，互联网普及率达到53.2%，超过全球平均水平3.1个百分点，超过亚洲平均水平7.6个百分点；2016年全年共计新增网民4299万人；我国手机网民规模达6.95亿人，增长率连续三年超过10%；中国域名总数为4228万个，其中“.CN”域名总数为2061万个，中国网站总数为482万个，其中“.CN”下网站总数为259万个。随着互联网应用的普及，网络的开放性、虚拟性、无形性、互动性逐步扩散和渗透到社会的方方面面，网络的发展使得信息的流动方式、人际交往方式、社会管理方式、政治运作方式、纠纷解决方式等都发生较大的转变，一种新型的、不同以往的社会形态——虚拟社会——应运而生。作为现实世界在虚拟空间的“投影”和“映射”，虚拟社会已经成为现实社会之外的“第二社会”，其发展方式不仅带来了人们交往方式的变革，也使人与社会的发展出现虚实交融的发展趋势，这显然给现代社会的治理带来了新的挑战。2011年2月，胡锦涛同志在省部级主要领导干部社会管理及其创新专题研讨班上发表重要讲话时强调，“当前和今后一个时期，要进一步加强和完善信息网络管理，提高对虚拟社会的管理水平，健全网络舆论引导机制”。2013年11月，党的十八届三中全会发布的《关于全面深化改革若干

重大问题的决定》又提出了创新社会治理、提高社会治理水平和改进社会治理方式的基本要求。2015年2月27日,中央网络安全与信息化领导小组召开第一次会议,习近平总书记也明确指出:“要抓紧制定立法规划,完善互联网信息内容管理、关键信息基础设施保护等法律法规,依法治理网络空间,维护公民合法权益。”虚拟社会管理正是社会治理创新的重要组成部分,对强化虚拟社会管理应给予充分的重视。

卢梭认为:“一旦法律丧失了力量,一切就都告绝望了;只要法律不再有力量,一切合法的东西也都不会再有力量。”长期以来,人们对法律之于社会秩序的重要性深信不疑,法律是社会秩序之源的观念深深地影响着人们的思维与行动。作为对网络虚拟社会各类风险的回应,各国纷纷出台对虚拟社会进行规制的网络法律制度。网络立法既是法律对虚拟社会发展变迁的回应,又是法律对虚拟社会变迁的规范与引导。面对复杂的虚拟社会,法律必将成为社会秩序大厦的基石。

本项目成果共分7章,分别从不同角度对网络虚拟社会管理法律制度的完善进行讨论。总体而言,本项目成果在审视网络虚拟社会基本理论的基础上,明确虚拟社会管理与网络立法的基本关系,在系统分析域外网络虚拟社会管理立法的发展脉络、基本特点与趋势的基础上,深入剖析我国网络虚拟社会管理立法制度问题的根源,提出我国网络虚拟社会管理立法建构的整体构想,并从法律角度对网络虚拟主体管理制度完善、网络犯罪刑事立法的完善、虚拟社会网络舆论监测法律规则构建、虚拟社会网络空间安全保障制度完善等网络虚拟社会管理的核心问题进行系统分析和论证。

第一章虚拟社会管理与网络立法:基础理论的分析。通过对虚拟社会理论的系统分析,可以发现虚拟社会中的主体是现实社会中具有网络空间生存能力的人,他们以符号化的形式活跃在虚拟空间;虚拟社会主体互动的空间是由互联网建构的虚拟实在的人工空间,是人化的场域。虚拟社会与现实社会比较具有虚实结合性、扁平化与流动性、隐匿性与新社会分层

化等特点。我国网络虚拟社会发展迅速,但也带来了网络虚拟主体管理、虚拟社会犯罪、虚拟社会舆情、虚拟社会安全等问题。面对虚拟社会带来的新问题,网络立法具有其他社会治理方式难以具备的优势,其既是法律对虚拟社会发展变迁的回应,又是法律对虚拟社会变迁的规范与引导;法律将成为网络虚拟社会秩序大厦的基石。

第二章域外网络虚拟社会管理立法:发展脉络、基本特点与趋势。随着计算机技术的发展,互联网在社会生活中扮演着日益重要的作用,对以互联网为载体的网络虚拟社会的管理也成为各国社会管理的重点。立法先行是域外发达国家进行网络虚拟社会管理最重要的经验与路径。美国网络虚拟社会管理立法可以分为三个阶段,每个阶段各具特色,但是内在主线却是政府权力不断扩张。欧盟体系下的法国和德国的网络虚拟社会管理立法是典型的统一立法模式,由于存在欧盟超国家层面的干预,法国和德国的网络虚拟社会管理立法事实上存在“两个层面”和“两个层次”的划分。韩国是世界上第一个推行网络实名制的国家,虽然网络实名制以失败告终,但是随后出台的《个人信息保护法》是韩国网络虚拟社会管理立法发展过程中的里程碑。日本结合大陆法系和英美法系的立法特点,形成国内网络虚拟社会管理的折中立法模式。虽然每个国家网络虚拟社会管理立法不尽相同,但是其普遍具有历史积淀同源与理论基础多元、立法模式多样与法律原则趋同、个人权利与国家安全并重和重者恒重与利益平衡的立法特点。随着网络虚拟社会的全球化发展,当代网络虚拟社会管理立法也呈现出国际合作日益全面、政府权力不断扩张、网络立法体系日益庞大等明显的发展趋势与动态。

第三章我国网络虚拟社会管理立法:制度的反思与重构。我国虚拟社会管理网络立法经历了萌芽初创、推进发展、积极管制和全面调整四个阶段,到如今已经蔚为大观。但是虚拟社会的各种问题并没有解决,反而有愈演愈烈之势。造成我国虚拟社会管理网络立法中种种问题的原因是复杂

而又多元的,从观念的滞后与偏差到体制机制的错位与不足,再到立法上的缺陷与瑕疵,不一而足。法律作为推动社会变革的重要工具,应对各种新出现的问题更有针对性、权威性和持续性,因此以加强虚拟社会管理网络立法为出发点推动虚拟社会的健康发展是一个比较好的选择。虚拟社会管理网络立法应当以共享自由、保障权利和维护秩序为价值取向,在坚持促进发展原则、法制统一原则、最小管控原则和全球趋同原则的基础上采取“统分结合、统一为主、分立为辅”的立法模式。在宪法基本原则的指导下,做好顶层设计,优先制定《信息技术基本法》,尽快出台《网络安全法》和《互联网内容管理法》等其他专门性法律,传统法律部门修订和行政立法同步进行,不断健全我国的网络立法,促进网络虚拟社会管理的加强。

第四章网络虚拟主体管理制度完善:基于实名制的法律分析。现实社会中的法律主体在虚拟社会中重新构建身份,形成了各种“网络虚拟主体”。但虚拟主体没有意思能力、权利能力和责任能力,它不能被赋予独立的法律人格。网络虚拟社会匿名性等特征所造成的“魔戒效应”致使现实主体身份和虚拟主体身份映射关系的失效,进而导致虚拟社会的混乱与无序。因此,为规范虚拟社会秩序,必须加强对网络虚拟主体的管理。网络虚拟主体管理制度在我国的主要实践方式是网络实名制,其源于现实社会中的“实名制”,其他国家或地区也早有实践。我国从物理层、逻辑层和内容层三个不同的层次逐步推进网络实名制的实施进程。但在这个过程中出现了网络实名制与言论自由以及网络实名制与隐私权保护的法理争议,同时还面临着各种诸如管理、技术、成本和收益等方面的实施困境。因此,为完善虚拟主体管理制度,需要明晰网络实名制的适用范围,坚持网络实名制与网络匿名制相结合以及直接实名制与间接实名制相结合;构建网络实名制实施的法律框架,完善网络实名制的法律法规体系,明确职权分工;还要完善相关配套措施,健全个人信息保护制度和公民的政治参

与制度，从而保证网络虚拟主体的管理暨网络实名制的有序推行。

第五章网络犯罪刑事立法的完善：基于虚拟社会治理视角分析。网络犯罪刑事立法的价值取向是一个包含目的性价值和工具性价值的复杂体系，其中目的性价值为促进网络虚拟社会进步，工具性价值则包括秩序价值和自由价值。在这样的价值取向之下，网络犯罪刑事立法应遵循最后手段原则、利益平衡原则、国际合作原则、鼓励技术发展与监管并重原则四大原则。回顾我国网络犯罪刑事立法的历程，从1994年在《中华人民共和国计算机信息系统安全保护条例》（以下简称《计算机信息系统安全保护条例》）中第一次对侵犯计算机信息系统安全的刑事责任作出规定，到2009年《中华人民共和国刑法修正案（七）》（以下简称《刑法修正案（七）》）、2015年《中华人民共和国刑法修正案（九）》（以下简称《刑法修正案（九）》）中开始尝试对网络犯罪进行全面的调整，我国的网络犯罪刑事立法是一个不断完善、不断扩张的过程，与秩序、自由、促进网络虚拟社会进步价值的契合度也越来越高。在当前形势下，我国网络犯罪刑事立法的基本趋势是将罪名、刑罚方式进行完善和对技术术语进行规范解释。当然，立法上的简单修改是难以满足虚拟社会治理要求的，比较可取的思路是先对现行刑法中有关网络犯罪的规定进行完善，再调整刑法的结构，以专章或者专节对网络犯罪进行规制，最后在时机成熟时，完成网络犯罪特别刑事规范的制定，以“整体的立法”来满足不断发展的网络虚拟社会治理的要求。

第六章虚拟社会网络舆论监测：法律分析与规则建构。随着互联网的发展，网络日益成为政府、社会组织与民众表达意志和个人观点的重要渠道。网络舆论存在产生负面效应的可能。所以，网络舆论监测成为现代国家应对网络发展对公民个人隐私权、社会公共利益和国家安全带来的冲击所采取的重要措施之一。然而，由于网络舆论监测可能会对公民的言论自由构成威胁，因此明晰我国网络舆论监测的法律路径选择、确立网络舆论

监测的基本法律原则、构建网络舆论监测的法律框架与具体制度，成为现代法治社会对政府网络舆论监测的必然要求。

第七章虚拟社会网络空间安全保障：战略导向与制度完善。网络安全的实现是虚拟社会发展的基础，各国对网络安全均高度重视。无论是伦敦进程对网络空间治理的讨论、慕尼黑安全政策会议对网络安全问题的争议，还是在美国与德国网络安全战略中管理体制完善与技术进步引导的先进经验，均显示网络空间安全保障不仅是技术层面的保障，更是针对国家和社会稳定的保障，已经是各国国家战略安全不可分割的一部分。网络空间的新发展是我国实现和平崛起的新契机，为了更好地协调网络空间战略目标与自身力量之间的关系，需要从国家利益的角度制定我国的网络空间战略；以保障网络空间安全来推进网络空间的建设，所要坚持的则是网络空间安全与网络空间自由并重，注重顶层制度设计与安全技术进步。根据我国网络安全状况，网络安全制度的完善需要作为一个系统性工程，从网络安全技术的标准化、网络安全事件响应制度完善、网络安全责任明确、网络安全文化建设等多个方面共同进行。

目 录

Contents

第一章 虚拟社会管理与网络立法：基础理论的分析	1
第一节 何谓虚拟社会	4
一、虚拟社会：概念的厘清	4
二、虚拟社会特征：比较的视角	8
第二节 我国虚拟社会的发展：现状与问题	13
一、我国虚拟社会发展现状	14
二、我国网络虚拟社会管理面临的挑战	17
第三节 虚拟社会管理与网络立法	28
一、虚拟社会管理为何需要网络立法	28
二、网络立法对虚拟社会秩序的正式控制	31

第二章 域外网络虚拟社会管理立法：发展脉络、

基本特点与趋势 37

第一节 域外网络虚拟社会管理立法：基本模式与法律建构 40

一、美国的网络虚拟社会管理立法 40

二、欧盟的网络虚拟社会管理立法 54

三、韩国的网络虚拟社会管理立法 65

四、日本的网络虚拟社会管理立法 71

第二节 域外网络虚拟社会管理立法特点分析 76

一、历史积淀同源与理论基础多元 76

二、立法保障先行与体系建设完善 80

三、立法模式多样与法律原则趋同 84

四、网络安全战略化与国家权力扩张性 86

五、整体均衡发展 with 立法数量庞大 88

第三节 当代网络虚拟社会管理立法发展：动态与趋势 90

一、国际合作日益全面 90

二、政府权力不断扩张 94

三、网络虚拟社会管理立法体系日益庞大 96

第三章 我国网络虚拟社会管理立法：制度的反思与重构 103

第一节 我国网络虚拟社会管理立法：变迁轨迹及其特点 106

一、萌芽初创阶段（1986—1993 年） 108

二、推进发展阶段（1994—1999 年） 111

三、积极管制阶段（2000—2004 年）	116
-----------------------------	-----

四、全面调整阶段（2005 年至今）	123
--------------------------	-----

第二节 我国网络虚拟社会管理立法存在问题的根源：

从观念到法律之检讨	129
-----------------	-----

一、观念的滞后与偏差	130
------------------	-----

二、管理机制的错位与不足	136
--------------------	-----

三、网络立法的缺陷与瑕疵	141
--------------------	-----

第三节 网络虚拟社会管理立法之基本建构

一、网络虚拟社会管理立法之价值取向	160
-------------------------	-----

二、网络虚拟社会管理立法之基本原则	165
-------------------------	-----

三、网络虚拟社会管理立法之模式选择	173
-------------------------	-----

四、网络虚拟社会管理法律制度的整体设计：一个初步构想	180
----------------------------------	-----

第四章 网络虚拟主体管理制度完善：基于实名制的

法律分析	197
------------	-----

第一节 网络虚拟主体管理制度：必要性角度的解析

一、网络虚拟主体的理论分析	199
---------------------	-----

二、完善网络虚拟主体管理制度的正当性	203
--------------------------	-----

第二节 虚拟主体管理制度的实践：网络实名制的演进与反思

一、网络实名制的理性溯源与经验借鉴	206
-------------------------	-----

二、我国网络实名制的推进：路径与特点	210
--------------------------	-----

三、我国网络实名制推进：理论争鸣与实践反思	216
-----------------------------	-----

第三节 我国虚拟主体管理法律制度完善的路径选择	224
一、推行网络实名制矛盾的消解	224
二、网络实名制的基本规则设计	227
第五章 网络犯罪刑事立法的完善：基于虚拟社会治理 视角分析	231
第一节 我国的网络犯罪立法：阶段性特点的分析	234
一、计算机信息系统安全制度设计阶段	235
二、计算机信息系统安全刑法保护阶段	237
三、网络犯罪刑事立法全面化阶段	239
第二节 网络犯罪刑事立法价值取向的选择	248
一、网络犯罪刑事立法工具性价值：自由与秩序	250
二、网络犯罪刑事立法目的性价值：促进社会进步	254
第三节 网络犯罪刑事立法的基本原则	257
一、最后手段原则	258
二、利益平衡原则	259
三、国际合作原则	260
四、鼓励技术发展与监管并重原则	261
第四节 我国网络犯罪立法的发展展望	262
一、立法模式的选择与衔接	262
二、我国网络犯罪“整体立法”的思路分析	265
三、我国网络犯罪刑事立法基本规则修改分析	267

第六章 虚拟社会网络舆论监测：法律分析与规则建构·····	273
第一节 必须明确的几个问题——对可能质疑的初步回应·····	276
一、网络舆论是否需要监测·····	276
二、网络舆论监测是否对言论自由构成威胁·····	279
三、网络舆论监测的法律限度·····	282
第二节 我国网络舆论监测的法律路径选择·····	286
第三节 我国完善网络舆论监测法律制度的基本原则·····	293
一、维护国家主权与安全、保障社会公共利益原则·····	293
二、政府主导推进原则·····	295
三、管控最小化原则·····	295
四、程序正义原则·····	296
五、事先通知与事后惩治原则·····	297
第四节 我国网络舆论监测：法律框架与相关制度构建·····	298
一、我国网络舆论监测的法律框架·····	298
二、我国网络舆论监测的核心法律制度构建·····	302
第七章 虚拟社会网络空间安全保障：战略导向与 制度完善·····	307
第一节 网络空间安全战略导向：理论与发展·····	309
一、网络空间安全基本理论·····	309
二、伦敦进程·····	311
三、慕尼黑安全政策会议·····	317

四、我国网络空间战略导向	322
第二节 域外网络空间安全保障制度设计：以美、德为例	326
一、美国网络空间安全保障体系	326
二、德国网络空间安全保障体系	332
第三节 网络空间安全的实现：我国的策略	335
一、推进网络安全技术的标准化	335
二、完善网络安全事件响应制度	339
三、明确网络安全责任	342
四、建设良性网络安全文化	345
附录：互联网法律法规汇总	349