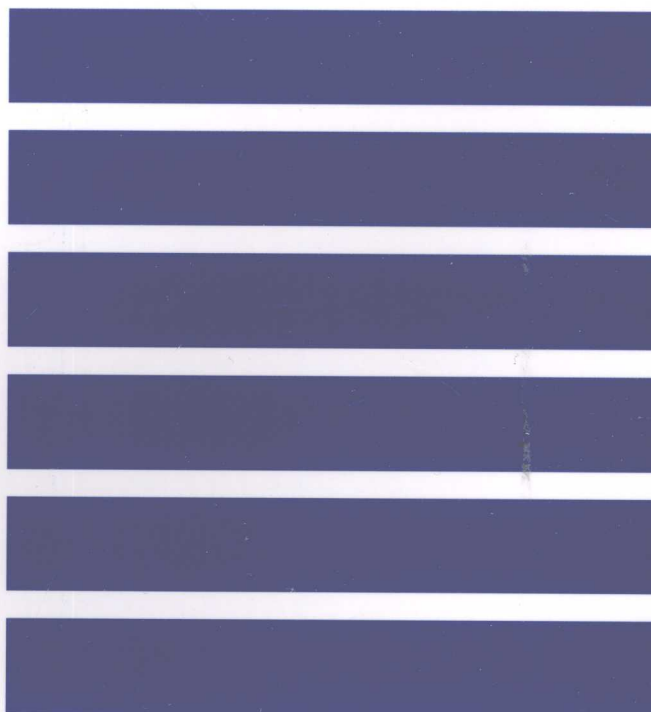


21^{世纪高等院校}
法学系列精品教材

网络法学

● 刘品新 著



21 世纪高等院校
法学系列精品教材

网络法学

刘品新 著

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

网络法学/刘品新著.

北京: 中国人民大学出版社, 2009

(21 世纪高等院校法学系列精品教材)

ISBN 978-7-300-11004-2

I. 网…

II. 刘…

III. 计算机网络-科学技术管理-法规-中国-高等学校-教材

IV. D922.17

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 127951 号

21 世纪高等院校法学系列精品教材

网络法学

刘品新 著

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511398 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com>(人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京鑫丰华彩印有限公司

规 格 170mm×228mm 16 开本

版 次 2009 年 8 月第 1 版

印 张 14 插页 2

印 次 2009 年 8 月第 1 次印刷

字 数 247 000

定 价 25.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

| 前 言 |

“法学是人类古老的学问，网络是当代新奇的发明。二者之间的结合产生了一门新学问：网络法学。网络技术给法学及法律的发展提供了前人无法想象的空间，同时也给传统法律理论和法律规范提出了此起彼伏的难题。法律人在新空间里解决新问题，将使老学问焕发新青春，仿佛老树由于嫁接而获得新生机，开出灿烂的花，结出丰硕的果。”

这是我国著名法学家贺卫方先生评价网络法学的一段名言。贺先生敏锐地洞悉到网络法学的兴起，并对网络与法律的交叉研究作出了热情的展望。是的，在一个伟大的网络时代，有哪一个国家的法律人能够拒绝网络法的美丽诱惑呢？近些年国际上网络法学迅猛崛起，国内网络案例、立法与研究成果层出不穷，无不昭示着传统部门法身边一个“婴儿”的诞生。

网络法是什么？人们为什么需要关注网络法？网络法如何改变和影响我们的生活？这些理论问题有待于本书正文部分作深入阐述，在此我只想絮叨个人的点滴感悟。

我同网络法学的结缘始于2001年。那时经王利明教授推荐，我有幸参与了由黄进教授发起的《中华人民共和国电子商务法（示范法）》的学术研究工作，结识了张楚、刘颖、吕国民、张庆元、齐爱民、高富平、孙占利、郑远民、宋连斌、何其生等学友（如今大都成长为法学界的“博导”）。更重要的是，该课题的研究开启了我的“心智”，将我引入一个陌生而神奇的领域：原来虚拟的数字世界也需要一套法律规则！这套规则相当独特，它漠视甚至能推翻一些公认的传统法律原则，反过来它却辐射并影响着整个人类的生活。

此后，我参加的网络法项目、研讨会和其他学术活动就多了，慢慢便在这一方面有了些学术积累和风格。我个人习惯于以电子证据和网络安全为切入点，并完成

了《中国电子证据立法研究》等论著。说实话，我一直庆幸自己在研究方向上的微调，它不仅是简单地将交叉学科的研究付诸实践，更是脚踏实地地耕耘一片大有可为的法学新垦地。它开拓了我的视野和研究工具，带给我一些可遇不可求的机会和荣誉。单就《中国电子证据立法研究》一书而言，就先后获得第二届全国法学教材与科研成果奖和首届全国信息化研究成果奖。近些年我顺利获准的各种国家级和省部级科研项目，也大都与网络法律相关。

2007年3月，我到美国的伊利诺伊大学法学院访学一年。置身于风景如画的“玉米地”校园，聆听美国教授“苏格拉底式”的授课真是一种享受。其中，最让我难忘的课程之一是杰·科森（Jay P. Kesner）的网络法。此君毕业于乔治敦大学和得克萨斯州大学法学院，时任伊利诺伊大学知识产权与技术法中心主任，对网络法律规制和电子政府法等情有独钟。当我们私下聊起从事网络法研究的体会时，他的一句话还是给了我震撼：“你能找到比电子商务更大的超级商场吗？你见到过比网络更加充满活力的世界吗？你会错过21世纪最有生机的网络法吗？”

确实如此，网络法就是这样一个大有可为的领域，尤其对于年轻的法律人！如今变革的大幕已经拉开，网络的同龄人（或追随者）该如何迎来网络法的春天呢？相信每个人会作出自己的应变选择。

本书是一部“专著式”的教材，奉献给读者诸君的是个人的一些思考，也吸纳了朋友的智慧。它说的绝不是“金口玉言”，但我希望它成为一个让使用者得心应手的参照或助力。这也是我写作时努力追求的目标。为此，我尽可能地借鉴了国内外的权威成果，引注了相关的背景资料，并由冯春霖女士负责编辑整理了一些有益的图片 and 图表，请戴士剑先生作了网络技术方面的专业审校。

另外，本书得到了国家社会科学基金资助青年项目“网络时代刑事司法的理念与制度创新”（项目批准号为08CFX041）的资助。在付梓之际，我要衷心地感谢全国哲学社会科学规划办公室领导对研究工作的关心和支持。

刘品新

2009年3月4日于北京

| 目 录 |

第一章 导论	1
第一节 网络法的产生	2
一、人类正大步迈向网络时代	2
二、网络离不开法律规制	3
三、网络法是网络与法律的结合	6
第二节 网络法的独立性	7
一、关于网络法独立性的学术争议	7
二、网络法走向独立的土壤与路径	10
第三节 网络法的体系与原则	11
一、网络法的基本体系	11
二、我国网络法的立法现状	13
三、我国未来网络立法的原则	14
第二章 电子签名法	18
第一节 电子签名的基本概念	19
一、从传统签名到电子签名	19
二、电子签名的含义	21
三、电子签名的基本形式	22
第二节 国外的电子签名法	26
一、国外电子签名立法的模式	26
二、联合国贸法会《电子签名示范法》	27
三、欧盟《电子签名指令》	30

四、美国《全球与国内商务电子签名法》	32
第三节 中国的电子签名法	33
一、中国《电子签名法》的制定过程	33
二、中国《电子签名法》的内容述评	34
三、中国《电子签名法》的完善	37
第三章 电子商务法	41
第一节 电子商务法的基本概念	42
一、电子商务的含义	42
二、电子商务法的含义	44
三、电子商务法的全球概览	47
第二节 电子合同的主体制度	51
一、电子合同当事人的确立	51
二、“电子代理人”是否是合同当事人	52
三、电子合同当事人的行为能力	54
第三节 电子合同的签订制度	55
一、电子要约	55
二、电子承诺	57
三、电子错误	62
第四节 电子商务的消费者权益保护制度	63
一、电子商务消费者权益保护的基本准则	63
二、电子商务消费者权益保护的具体问题	64
第四章 电子政务法	72
第一节 电子政务法的基本概念	73
一、电子政务的含义	73
二、电子政务法的含义	75
三、电子政务法的全球概览	77
第二节 政府信息公开法	79
一、政府信息公开的含义	79
二、我国的《政府信息公开条例》	80

第三节 电子行政法	84
一、电子行政的含义	84
二、我国电子行政法的立法设想	85
第五章 个人信息保护法	89
第一节 个人信息的基本概念	90
一、从隐私保护到个人信息保护	90
二、个人信息的含义	91
三、个人信息权的内涵	93
第二节 国外的个人信息保护法	94
一、个人信息保护法的概念	94
二、个人信息保护法的全球概览	95
三、经济合作与发展组织的《隐私保护与个人数据跨界流通指南》	98
四、欧盟的《1995 年个人数据保护指令》	100
五、美国的《1974 年隐私权法》	101
第三节 中国的个人信息保护制度	103
一、我国个人信息保护的立法现状	103
二、我国个人信息保护制度的完善思路	108
三、我国个人信息保护法的内容设计	114
第六章 网络犯罪的刑法制度	119
第一节 网络犯罪的基本概念	120
一、网络犯罪的定义	120
二、网络犯罪的基本形式	122
第二节 网络犯罪的定罪制度	125
一、网络犯罪的罪状表述问题	125
二、网络犯罪的定罪情节问题	130
三、网络犯罪的责任年龄问题	132
四、网络犯罪的单位犯罪问题	133
五、网络犯罪的共同犯罪问题	134

第三节 网络犯罪的刑罚制度	136
一、网络犯罪的法定刑偏低问题	136
二、网络犯罪的刑罚种类问题	137
第七章 网络空间的管辖制度	141
第一节 网络纠纷的管辖障碍	142
一、管辖权的含义、基础与原则	142
二、网络民事纠纷的管辖障碍	143
三、网络刑事纠纷的管辖障碍	145
第二节 网络管辖的新理论	147
一、网络管辖新理论的兴起	147
二、网络管辖新理论述评	147
第三节 网络民事管辖制度	150
一、国外的网络民事管辖制度	150
二、中国的网络民事管辖制度	155
第四节 网络刑事管辖制度	157
一、《网络犯罪公约》的管辖权制度	157
二、中国的网络刑事管辖制度	158
第八章 网络空间的证据制度	164
第一节 网络纠纷的证据障碍	165
一、网络纠纷中的特殊证据问题	165
二、网络证据障碍的解决途径	167
第二节 电子证据的基本概念	171
一、电子证据的定位	171
二、电子证据的分类	176
三、电子证据的特点	177
第三节 电子证据的提取与保全	178
一、电子证据的提取	178
二、电子证据的保全	184

第四节 电子证据的司法认定	187
一、电子证据定案的非歧视原则	187
二、电子证据可采性的认定	188
三、电子证据证明力的认定	195
四、电子证据的定案规则	200
 第九章 网络空间的法律适用制度	203
第一节 网络纠纷的法律适用障碍	204
一、法律适用的含义、基础与标准	204
二、网络纠纷的法律适用障碍：连结点方面	205
三、网络纠纷的法律适用障碍：准据法方面	205
第二节 国外的网络法律适用制度	206
一、美国《统一计算机信息交易法》的有关规定	206
二、欧盟立法的相关规定	208
第三节 中国的网络法律适用制度	210
一、中国完善网络法律适用制度的主要路径	210
二、中国完善网络法律适用制度的具体方略	211

第一章 |

导论

他们（法律 and 政策的制定者）是在塑造而不是发现网络空间的属性，在一定程度上，他们的选择将决定网络空间的发展。

—— [美] 劳伦斯·拉塞格

【关键词】 网络 网络法 网络法学 法律规制 “马法之议”

【案例 1—1】 高校 BBS 实名制是一个很有争议的法律话题。2004 年教育部发布的《关于进一步加强高等学校校园网络管理工作的意见》提出：“高校校园网 BBS 是校内网络用户信息交流的平台，要严格实行用户实名注册制度。要加强对校园网 BBS 的规范和管理，及时发现和删除各类有害信息。对有害信息防范不力的要限期整改，对有害信息蔓延、管理失控的要依法予以关闭。”次年 2 月 27 日，教育部通过校方向数个高校的 BBS 下达了通知，要求所有校园网内的 BBS 向校内平台模式转变，禁止校外用户登录，并实行用户注册实名制。

2005 年 3 月 16 日，清华大学 BBS 水木清华站务委员会发出通知称，该站从当天开始由开放型转为校内型，校外 IP 将不能访问 BBS 水木清华站。继清华大学水木清华实行“实名制”后，全国其他高校 BBS 也相继实行“实名制”，如北京大学“BBS 未名”、武汉大学“BBS 白云黄鹤”、上海交通大学“BBS 饮水思源”、南开大学“BBS 我爱南开”、浙江大学“BBS 缥缈水云间”、同济大学“BBS 同舟共济”……

然而，高校 BBS 实名制一出台，网上便一片哗然。许多 BBS 顿时人气骤降，蒙受沉重的打击，甚至一蹶不振。批评者认为，高校 BBS 实名制没有法律上的普适性，没有遵循立法的民主性和程序正当性原则，完全与网络立法的基本宗旨相背离。^①

^① 参见彭礼堂、饶传平：《数字化生存与网络法制建设——高校 BBS 用户注册实名制批判》，载《科技与法律》，2004（4）。

更有甚者质疑说，网络立法为谁而立？难道仅仅是为了方便网络管理吗？为了管理者的方便就可以牺牲广大被管理者的正当权利吗？从本质上看，这一事件提出了一个法律该如何介入网络的问题。

第一节 网络法的产生

一、人类正大步迈向网络时代

什么是 20 世纪人类最伟大的科学发明？人们的答案可能不尽相同，但网络无疑是选项之一。以网络为核心的信息产业对世界文明的贡献程度远远超过其他产业，网络生活、网络经济、网络伦理、网络文化等新生事物无不昭示着深刻的变革。这是一个人类生活方式正随“网”而变的时代！这里所说的“网络”，主要是指以因特网（Internet）为代表的计算机网络。

从字面上看，网络就是用物理链路将各个孤立的工作站或主机相连在一起，组成数据链路，从而达到资源共享和通信的目的。而计算机网络，则是将地理位置不同，且具有独立功能的多个计算机系统通过通信设备和线路而连接起来，再以功能完善的网络软件（网络协议、信息交换方式及网络操作系统等）实现网络资源共享的系统。

最早的因特网是由美国国防部高级研究计划局建立的阿帕网（ARPAnet）。1977—1979 年，阿帕网推出了沿用至今的 TCP/IP 体系结构和协议。1980 年前后，阿帕网上的所有计算机开始了 TCP/IP 协议的转换工作，并以阿帕网为主干网建立了初期的因特网。1983 年，阿帕网的全部计算机完成了向 TCP/IP 的转换，并在 UNIX（BSD4.1）上实现了 TCP/IP。1984 年，美国国家科学基金会 NSF 规划建立了 13 个国家超级计算中心及国家教育科技网，随后替代了阿帕网的骨干地位。1988 年因特网开始对外开放。1991 年 6 月，在连通因特网的计算机中，商业用户首次超过了学术界用户，这是因特网发展史上的一个里程碑，从此因特网的成长一发不可收拾。

现如今，网络已经渗透进了人们的日常生活。网络音乐、网络新闻、即时通信、网络视频、搜索引擎、电子邮件、网络游戏、博客/个人空间、论坛/BBS 和网络购物等形形色色的网络应用让人眼花缭乱，网络安全、网络违法、网络犯罪、网络纠纷等新滋生社会问题让人忧心忡忡，网络社会这块“新大陆”正在由设想变为现实。

几年前在网络上还流传过这么一则笑话：

有三个乞丐在纽约地铁乞讨。第一个乞丐在杯子上写了个 beg（乞讨），一整天只要到几十元。第二个乞丐在杯子上写了个 beg.com，结果一天下来要了好几十万元，并且有人跟他商讨到纳斯达克上市的事宜。第三个乞丐写的是 e-beg，结果 IBM、惠普抢着要跟他结成战略联盟，并为他提供免费顾问团……这个小故事反映了网络对人类生活的影响，以及人们对网络的狂热。

根据联合国互联网管理论坛统计，最近 10 年来全球上网人数显著增加，网民总数已从 1997 年年底的 7 000 万人增加到 2007 年的 12 亿人^①；而据中国互联网络信息中心统计，截至 2008 年 6 月底中国内地网民数量达到 2.53 亿，网民规模跃居世界第一位，网站数量为 191.9 万个，网络信息资源日渐丰富。^② 总之，一个不容置疑的趋势是，21 世纪之初网络技术正以难以想象的速度影响着人们的社会生活，全方位地改变着人类社会的面貌。

二、网络离不开法律规制

网络究竟意味着什么？这是生活在网络时代的人们必须思考的命题。有人说，这要看什么人从何种角度来对待网络。对于商人而言，网络或许是一个足以掘几桶金的宝藏；对于新闻工作者而言，网络堪称同报纸、电台、电视相媲美新兴媒体；对于黑客来说，网络更像一个缺少“政府与警察”的世界；对于恐怖分子而言，网络可以作为最好的串通渠道……那么，在法律人的眼中，网络时代法律该当扮演什么角色？

一种传统的观点认为，网络是没有政府和法制的世界，即“网络不需要法律”。具体而言，网络空间应该在自然的状态下成长，本身应该构成一个单独的自治区域——“网络主权区”，现实世界里的政府没有任何正当理由介入网络世界的运作。这一观点主要出现在网络初步发展阶段，一个代表性的人物是美国人约翰·P·巴洛。

① 参见《全球网民人数达 12 亿 美中日网民数居世界前三位》，载《人民日报》，2007-11-14，第 7 版。

② 参见中国互联网络信息中心：《中国互联网络发展状况统计报告（2008/7）》，载 <http://www.cnnic.net.cn/uploadfiles/doc/2008/7/23/170424.doc>。



图 1—1 约翰·P·巴洛 (John Perry Barlow, 1947—)

他认为,虚拟网络空间独立于现实空间,国家权力不能越界干预互联网。他在《网络独立宣言》一文中宣称:

工业世界的政府们,你们这些令人生厌的铁血巨人们,我来自网络世界——一个崭新的心灵家园。作为未来的代言人,我代表未来,要求过去的你们别管我们。在我们这里,你们并不受欢迎。在我们聚集的地方,你们没有主权。

我们没有选举产生的政府,也不可能有这样的政府。所以,我们并无多于自由的权威对你发话。我们宣布,我们正在建造的全球社会空间,将自然独立于你们试图强加给我们的专制。你们没有道德上的权力来统治我们,你们也没有任何强制措施令我们有真正的理由感到恐惧。

政府的正当权力来自被统治者的同意。你们既没有征求我们的同意,也没有得到我们的同意。我们不会邀请你们。你们不了解我们,也不了解我们的世界。网络世界并不处于你们的领地之内。不要把它想成一个公共建设项目,认为你们可以建造它。你们不能!它是一个自然之举,于我们集体的行动中成长。

你们没有参加我们的大型聚会对话,也没有在我们的市场中创造财富。你们不了解我们的文化和我们的伦理,或我们的不成文的“法典”(编码)——与你们的任何强制性法律相比,它们能够使得我们的社会更加有序。

你们宣称我们这里有些问题需要你们解决。你们用这样的借口来侵犯我们的世界。你们所宣称的许多问题并不存在。哪里确有冲突,哪里有不法行为,我们会发现它们,并以我们自己的方式来解决。我们正在达成我们自己的社会契约。这样的管理将依照我们的世界——而不是你们的世界——的情境而形成。我们的世界与你们的世界截然不同。

.....①

受此种思潮的影响,网络世界一度弥漫一种无政府主义的情绪。在不同国家不同地区的许多网民身上都有不同程度的表现,比较常见的典型形象是黑客和骇客。黑客最早源自英文“hacker”,原指热心于计算机技术、水平高超的电脑专家,尤其是程序设计人员,如今黑客一词已被用于泛指那些专门利用电脑搞破坏或恶作剧的家伙。骇客是英文“cracker”的音译,就是“破解者”的意思,他们做的事情主要是破解商业软件、恶意入侵别人的网站并造成损失等。除此之外,近年来流行的闪客、博客、播客也不易受掌握和控制,有可能酿成突发事件。

诚然,网络的无政府主义并不意味着网络空间不受任何管束。技术标准便是网络空间无法回避的主要人为规则。一般来说,网络技术标准是保证网络顺利运行的标准化协议。它适用于所有与因特网相连接的网络,旨在通过克服计算机网络的异构互联障碍,为全球搭建开放性的信息交流平台。从来源上看,技术规范并非是由某一国家或政府间国际组织所制定的,而是由因特网工程任务组(IETF)、万维网联盟(W3C)、国际标准化组织(ISO)、国际电讯联盟(ITU)、美国电气和电子工程师协会(IEEE)等组织参与制定的。假如有人不遵守这些技术规范,他就有可能失去进入网络世界的资格,因此网络技术规范具有很强的实际执行效力。

显而易见,技术标准在网络空间并不能替代法律规范发挥作用。前者具有自律性和技术性,后者具有他律性和价值性;前者与网络的产生和发展同步,后者既可能产生于网络产生之前,也可能产生于网络发展之后。特别是随着网络对人类社会影响的加剧,仅有技术标准而无法律规范的负面效应在全世界开始体现:网络违法犯罪日益猖獗,知识产权和个人隐私在网上受到严重的侵犯,甚至国家安全都面临严重的威胁……在这样的大背景之下,人们发现,法律作为一种专门化的、具有强制效力的工具,仍是化解网络争端或纠纷的重要手段。

我国流行的“网络社区理论”有助于解释网络法律的重要性。按照这一理论,网络就相当于人类社会开辟的一个新社区。早期上网的人不是很多,人们各得其乐,并不需要专门的法律;当然,随着不同网络社群的兴起,网络世界也发展出了为其成员所遵循的网络“习惯法”。这还不是真正意义上的国家法律。但由于“来此一游”的人越来越多,网络已经成为许多人生活的一部分,各种违法或纠纷现象随即

① [美] 约翰·P·巴洛:《网络独立宣言》,李旭、李小武译,载《清华法论坛》,第4辑,北京,清华大学出版社,2004。

出现了，于是国家法律介入网络便成为人们的新共识。

总而言之，网络空间不能无法无天，各国都必须创建“解决因网络而带来的新问题”的有关法律。这是当今人们的基本共识。在节首的案例 1—1 中，教育部之所以启动高校 BBS 实名制，正是为了对高校 BBS 空间进行有效的行政管理。这从形式上迎合了依法治网的新潮流。不过，高校 BBS 实名制是否真正符合法治的公平、正义精神，是否涉嫌粗暴地践踏网络法治的精神，则值得人们进一步探讨。

三、网络法是网络与法律的结合

网络技术为人类创造了一个独立的网络空间——一个由网址和数码信息等构成的虚拟世界。那么，传统法律能否有效地规范这样一个空间呢？答案不能一概而论。有些发生在网络空间的案件没有什么特殊性，完全可以援引传统法律加以解决；有些发生在网络空间的案件，明显不同于物理空间的案件，因此需要适当变通传统法律，甚至颁行新的专门法律来加以解决。这些变通修法和创新立法的行为，就使得一种新的法律制度——网络法应运而生。

在全球范围内，网络法都是网络与法律相结合的产物，或被称为网络与法律的混血儿。但是，不同国家或地区的“混血儿”存在着或多或少的差异，并不存在一个统一的模式。有些网络法以“网络管制”为主要价值取向，其调整目的倾向于管制网络行为、消除网络的负面影响。例如，关于“网络实名制”和“滤网”方面的立法，就是典型的例子。它们在一定程度上净化了网络，同时也容易导致网络的萎缩，因而招致了许多的争议。而另一些网络法旨在促进网络的发展，以“保护网络人的基本权利”为基本理念，专门规定了一些网络上特有的权利和利益。例如，网络上的“个人信息保护权”和“域名权”等，就是通过立法手段所确认的新型权利。

我们认为，上述两种立法价值不可偏废，它们在某种意义上还是相通的。一方面，净化了网络就维护了网民或其他人的权利；另一方面，网络维权通畅了，网络管制的压力也就会小一些。总之，任何国家都应当遵行一种平衡的观念，从不同角度修订或创设网络法。

第二节 网络法的独立性

一、关于网络法独立性的学术争议

网络法与传统法律，如宪法、刑法、民法、行政法、诉讼法等，究竟是什么关系？它是不是一个独立的法律部门？这些基础性的问题，关乎网络法的真伪与存废，自从网络法初现端倪就为学术界所热烈研讨，但时至今日依然不甚明了。这些问题直接关系到网络法的定位，没有一个明确的判断显然是不行的。

从世界范围来看，早在1996年美国芝加哥大学就上演过关于网络法地位的激烈论战，史称“马法之议”。虽然那次会议未能形成定论，但其发酵功效却一直持续下来，以至于人们再探讨网络法的真谛时言必提之。

那是一次较早的网络法研讨会（其时叫“网络空间法研讨会”）。在大多数人尚不知道“网络是何物”、“网络有法无法”的时候，一群嗅觉灵敏的法律专家学者济济一堂，共谋网络法百年大计。出乎意料的是，与会者弗兰克·伊斯特布鲁克面对济济一堂的网络法拥趸，抛出了“马法非法”的爆炸性发言。他说，网络法的意义就同“马法”——即关于马的法律——差不多。^①

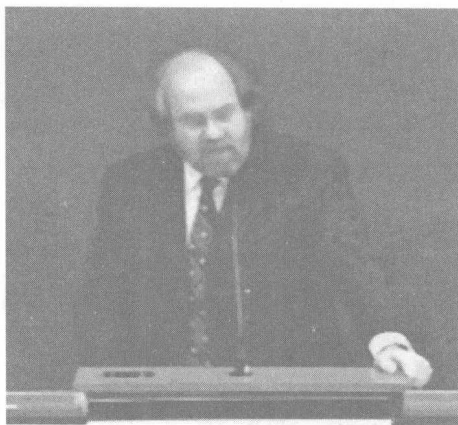


图 1—2 弗兰克·伊斯特布鲁克 (Frank H. Easterbrook, 1948—)

^① See Frank H. Easterbrook, “Cyberspace and the Law of the Horse,” 1996 *U. Chi. Legal F.* 207.