CUFE
LAW REVIEW

第十一卷

中财法律评论

中央财经大学法学院 / 主办
陈宝妮 / 主编

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

CUFE
LAW REVIEW

第十一卷

中财法律评论

中央财经大学法学院 / 主办
陈宝妮 / 主编

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目（CIP）数据

中财法律评论．第十一卷／陈宝妮主编．—北京：中国法制出版社，2019.9

ISBN 978-7-5216-0556-3

Ⅰ.①中… Ⅱ.①陈… Ⅲ.①法律-文集 Ⅳ.①D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2019）第 202070 号

责任编辑　周琼妮（zqn-zqn@126.com）　　封面设计　杨泽江

中财法律评论 第十一卷

ZHONGCAI FALÜ PINGLUN DISHIYIJUAN

主编/陈宝妮

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

开本/710 毫米×1000 毫米　16 开

印张/ 20.75　字数/ 308 千

版次/2019 年 9 月第 1 版

2019 年 9 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5216-0556-3

定价：75.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

传真：010-66031119

网址：http://www.zgfzs.com

编辑部电话：010-66067023

市场营销部电话：010-66033393

邮购部电话：010-66033288

（如有印装质量问题，请与本社印务部联系调换。电话：010-66032926）

编委会

学术顾问委员会（以拼音为序）

陈华彬　杜　颖　郭　华　林剑锋
王克玉　吴　韬　邢会强　尹　飞　曾筱清

指导教师

缪因知

主　编

陈宝妮

副主编

王艺玶

编　辑

肖　可　何琴琴　吴君媛　郑磊茜　陈　扬　胡　萍
宗勇旭　王　姝　童　桐　王　东　常　敏　赵　楠

本卷提要

在传统法学理论研究走向精细化的同时，因应时代变革也成为了现代法学重要的发展方向。对新兴领域的探索已不仅仅是法学研究的使命，它与法律实务共同构成了法学深耕的土壤。循此思路，本卷既有对柏克、柏拉图等先哲的法律思想之重思，亦有对犯罪论体系和股权善意取得等传统法律难题的研究；在实务领域，既有立足于审判实践的保证人违约责任条款效力探讨，又有国际视野下对《中国入世议定书》第15条到期的解读；面对金融科技的勃兴，本卷亦对现金贷、ICO等金融监管前沿热点给予了关注。在信息技术快速发展的当下，互联网“创生性”的发展模式及其可能带来的线上社会化媒体对公民权利的影响等网络法困境，在本卷也得到了充分的展示。此外，一些带有鲜明时代特点、极富前瞻性的信息化法治问题也在本卷得到了回应，如行政信息的财产属性和税务机关获取自然人涉税信息范围的边界等。

目　录
contents

网络法前沿

创生性的互联网　Jonathan L. Zittrain 著
胡凌译 / 3

商业主权下社会化媒体与公民的言论、信任与隐私
——评《探寻网络法的政治经济起源》
魏田 / 73

金融监管前沿

首次代币发行监管的行为经济学路径
Nathan J. Sherman 著　蔡卓瞳译 / 99

法经济学视角下现金贷利率管制的逻辑反思
祁　程 / 122

西典新思

柏克的法律思想探究
——保守主义者的节制与审慎　钟子龙 / 145

柏拉图政治思想中的知识与权力
Thom Brooks 著　高山林译 / 170

信息化与法治

论信息化时代下行政信息的财产属性与所有权归属
周　密 / 199

信息化背景下税务机关获取自然人涉税信息范围的边界　蓝　昕 / 215

各科专论

保证合同中保证人违约责任条款的效力研究
曹明哲 / 237

论有限责任公司股权的善意取得
——以法律解释为中心　王英州 / 252

规则思维下的犯罪论体系议论　李瑞杰 / 277

《中国入世议定书》第 15 条到期的效力之争及应对路径
——以 WTO 争端解决机制下的条约解释为视角
葛辛祎 / 300

网络法前沿

WANGLUOFA
QIANYAN

创生性的互联网*

Jonathan L. Zittrain** 著　胡凌*** 译

一、导言

从1969年诞生的那一刻起，① 互联网就被设计成以两种身份运行：它既是一种建立合乎逻辑的网络的方式，又是一种包含既有不同种类网络而又能使它们独立运行的方式。也即，它既是一整套建筑物，又是将这些建筑物黏合在一起的胶质。② 互联网还被建造为只要得到恰当连接（interface），就可以向任何设备开放——这几乎没有技术含量，任何电脑或其他信息处理器都可以成为新

---

* 原文 Jonathan L. Zittrain，"The Generative Internet"，119 *Harvard Law Review*，1974－2040（2006），翻译已获得作者授权。为令译本阅读更通顺，编辑对文本略有改动，由此带来的字词不精确对应之处，请作者、译者和读者谅解。

** 乔纳森·齐特林，牛津大学互联网治理与管制教授，哈佛大学法学院 Berkman 中心访问教授。

*** 胡凌，上海财经大学法学院副教授、副院长。

① See Neil Randall, *The Soul of the Internet*, Stamford: Thomson Learning, 1997, pp. 25－26; LIVING INTERNET, ARPANET－THE FIRST INTERNET, at http://livinginternet.com/i/iiarpanet.htm (Last visited on April 9, 2006). 通过该系统传递的第一个信息本来是"log"，但是在第二个字母之后传输出现了问题，只剩下"lo"成为第一个互联网信息。

② Supra note 1, Randall, *The Soul of the Internet*, p. 60（描述了 Vinton Cerf 和 Robert Kahn 开发一个网络可以相互连接的协议所做出的努力）；WIKIPEDIA, HISTORY OF THE INTERNET, at http://en.wikipedia.org/wiki/History of the Internet (Last visited on April 9, 2006)；see also Barry M. Leiner et al., "The Past and Future History of the Internet", *Comm. ACM*, Feb., 102, 104 (1997)（评论说，"互联网并不是只为了一个应用程序而设计的，而是作为一个总的基础设施架构，可以在上面设计发明新的应用程序"）。

网络的一部分。① 自从互联网以上述两种架构建立后，② 这些原理和将它们付诸实施的协议（protocols）在本质上一直没有变化，即使当网络已经成长并延伸覆盖至发达世界和发展中世界的上亿人口时，也依然如此。③

个人电脑（以下简称“电脑”或“计算机”）的发展既反映了互联网的爆炸式成长，同时也促成了这一结果：这是一种人们支付得起的多功能设备，它可以随时在零售店买到，也可以被用户以任何目的轻易地重新调配。为电脑编写软件——包括可为互联网识别的软件——的用户人数众多，形形色色。④ 这些广泛的用户推动着各式各样的应用程序，为我们业已习惯的迅速的技术革新提供了强大动力，这反过来又会推动在政治、娱乐、新闻和教育诸表达性领域的革新。⑤

---

① See BRIAN E. CARPENTER, ARCHITECTURAL PRINCIPLES OF THE INTERNET (1996), at http://www.ietf.org/rfc/rfc1958.txt（描述了为容纳异质硬件而设计的需要）; see also Leander Kahney, “Jacking Into Home Networking”, *Wired News*, May 4, 2000, at http://www.wired.com/news/technology/0,1282,36078,00.html（描述了一个“居民网关”设计，允许消费者建立家庭网络）; Leander Kahney, “Your Car: The Next Net Appliance”, *Wired News*, Mar. 5, 2001, at http://www.wired.com/news/technology/0,1282,42104,00.html（描述了一个内置的操作系统，能够使各种消费者的应用程序连接到互联网上去）。

② 关于互联网历史的其他背景介绍，See LIVING INTERNET, ARPANET - THE FIRST INTERNET, at http://livinginternet.com/i/ii arpanet.htm (Last visited on April 9, 2006)。

③ See INTERNET WORLD STATS, INTERNET USAGE STATISTICS - THE BIG PICTURE, at http://www.internetworldstats.com/stats.htm (Last visited on April 9, 2006)（估计在2005年超过10亿人使用互联网）。

④ See Steve Lohr, “Microsoft To Offer Streamlined Products Aimed at Programmers”, *N. Y. Times*, June 29, 2004, at C2（估计全世界大概有1800万业余程序员，这是职业程序员人数的三倍）。

⑤ See Paul Freiberger & Michael Swaine, *Fire in the Valley*, Raleigh: Pragmatic Bookshelf, 2000, pp. 78 - 79, 118 - 124（描述了发烧友和狂热分子们在建立电脑市场中的作用）; HOWARD RHEINGOLD, INNOVATION AND THE AMATEUR SPIRIT (DEC. 23, 1999), at http://www.hrea.org/lists/huridocs-tech/markup/msg00383.html（注意到业余爱好者的如下作用：他们“创造了一个从未存在过的平台——个人电脑可以连接到一个全球网络上面——在专业人士能够在该平台上面建立产业之前”）; CF. ROBERT HORVITZ, PROGRAM MANAGER, GLOBAL INTERNET POLICY INST., ICT APPLICATIONS, UNDESA - UNITAR “E - GOVERNMENT FOR DEVELOPMENT” SEMINAR 2 (JUNE 23 - 28, 2003), at http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un/unpan012242.pdf（注意到“第一台个人电脑生产商鼓励消费者们创制新的应用程序”，并且“把业余程序员和电子发烧友们看成个人电脑的最主要的市场”）。

尽管目前互联网和电脑如此持久稳固，并且普遍地向第三方的贡献开放，以至于这似乎不可避免，但这些技术本来并不需要被配置和允许广泛的第三方做出即刻贡献。本文将勾画互联网与电脑的创生性特征，同时也将勾画被这些设备工具打败的替代性配置。尽管技术向第三方革新的开放性拥有一种强大的惯性，这种惯性到目前为止抵制了政府管制和商业上的控制，但这种开放正日益变得自相矛盾。本文随后将描述这种矛盾的诸种表现方式。

互联网技术专家们长久以来忽视了互联网和电脑的安全威胁，这种威胁可能促成一种对今天互联网和电脑工作方式的空前干涉。这些安全威胁比源自于特别的操作系统缺陷的脆弱性要更加普遍和深入：只要操作系统允许消费者运行第三方代码——电脑操作系统的必备要素（sine qua non）——用户就能够执行恶意代码，由此威胁到自己的和网络上其他人的工作。鼓吹对“信任”的关切很可能助长一场逐渐而根本的转变：这场转变将发生在消费者对信息处理操作平台日益增长的稳定性需求中。这种转变将会与现存政府管制和商业上的压力发生相互作用，从而产生一些解决方案，它们都立基于推进经济上理性的并且经常受法律保护的利益。这些方案使得如下状况很可能发生：未来的个人信息处理和网络互联环境之发展将会被阻碍，这将与今天世界上大多数人享受的状况几乎完全不同。

互联网最可能的发展道路就是，通过向一种能力——自命不凡的革新者向大规模用户群体展示其天才智慧的能力——施加更多的约束，但不是彻底消除，从而实现更大的稳定性。在这样的网络上进行的金融交易将会更加值得信赖，但是其用户的商业模式范围将会变得狭窄。附着在互联网上的吸引消费者的硬件将更易于理解并且更易于按照硬件生产商预想的目的使用，但是它将不允许业余爱好者进行修补。如果这种情况在 1994 年互联网诞生 25 周年之前发生，它的很多先前不寻常的，但现在成为核心的用途将永远不会被开发出来，因为构成这些用途之基础的软件将会缺少一个可以向用户展示并被用户接受的操作平台。

珍视互联网创生性特征的人们必须对某种前景——无论这是要实现还是挫败反对那些特征的增长中的力量——进行评价，以便不需要出现一种极端不同的技术配置。这正是因为未来是不确定的，那些关注由今日互联网和电脑促进的开放与创新的人们，面对朝向改变的、无法阻挡的压力，不应该仅仅寻求或维持一种站不住脚的技术现状，从而为了完美而牺牲好的东西，或者说，为了

当下而牺牲未来。相反，我们应该建立起一些原则，它们可以削弱一个更加封锁的、技术性未来中最不具吸引力的特征；还同时承认，对那些从事信息技术工作的人们来说前所未有而又无法想象的边界很可能成为我们必须对其例外事项进行协商的规则。

尽管这些事务对网络法来说非常重要，但总的来讲这一内容不在我们研究领域的关注范围之内，逐渐增进的文献已经尽力对现今互联网中究竟什么是有价值的予以甄别，它们还将端点开放性排除在所关注的网络开放性之外。承认创生性的互联网的重要和不稳定性对诸多事项中如下一些意义重大：网络服务供应商（ISP）应当坚定地遵守端对端中立性原则，在“互联网治理”标题下恰当的关注重点，围绕数字权利管理系统（DRM）产生的多方面争论，以及集权国家对互联网进行审查和过滤的前景。

Yochai Benkler，Mark Lemley 和 Lawrence Lessig 等学者，已经明确表示对保持互联网“开放”问题的关注，这实际上是将一个几十年前技术上的端对端的争论——其涉及互联网协议设计的简约性——转译成这样一种主张：ISP 应该避免对特别的数据来源或类型区别对待。① 这对一个开放的互联网来说很有价值，但是这种主张实际上代表了某种更深层次的东西：一种创生性的互联网格（networked grid）。那些认为从端对端理论中推导出的“网络中立性”极为重要的人们混淆了手段和目的。他们只是关注于“互联网络”，而忽视了某种特别的网络政策对网络终端设计的影响，例如个人电脑。这种偏颇关注的结果便是，端对端的政治上的支持者常常是近视的。很多作者似乎假定，当前的电脑和操作系统架构是安放在一个“开放的”位置上的。如果可以说服他们看到一个更广阔的图景，他们可能会同意在网络层面上的某种妥协。如果完全忠实于端对端网络的中立性原则且任由其一直持续，我们的电脑就可能被信息应用设备取代，或可能经历一场从开放操作平台到封闭社区（gated communities），再到监狱的转变，从而创造出一种消费者的信息环境，其恰恰背叛了最初的端对端理论及其诸原则。

---

① See e. g. , Mark A. Lemley & Lawrence Lessig, “The End of End – to – End: Preserving the Architecture of the Internet in the Broadband Era”, 48 *UCLA L. Rev.* 925 (2001); cf. Yochai Benkler, “Freedom in the Commons: Towards a Political Economy of Information”, 52 *Duke L. J.* 1245, 1266 – 1267 (2003)（把 ISP 控制数据内容的能力谴责为“对个人自主的冒犯”）。

电脑操作系统是应当自由开放还是垄断专有？这两者之间的诸多差异可能难以反映对互联网未来至关重要的事项。垄断专有的系统可以保持“开放”，就像很多已经做到的那样，它们通过允许独立第三方编写替代性程序，并允许电脑所有者安装这些程序而不要求操作系统提供商进行任何防护。在这个意义上，关于我们未来电脑体验之争论应当较少关注于像 Linux 对微软 Windows 这样的普通战斗，因为双方按照这种定义都是“开放”的，而应当较多关注于创生性对非创生性：这就是要理解哪些操作平台会向第三方创新保持开放，而哪些不会。

对于那些参与互联网治理讨论的人们来说，关注域名管理制度同样是不幸的。对于这项互联网图景中微小而日益萎缩的方面来说，人们在其制度性治理的问题上面耗费了太多的学术努力。① 一旦将之同创生能力（generativity）的问题并列，域名问题几乎微不足道。网络法提出的挑战应该是找到管制的途径（尽管不一定通过直接的国家行为），管制哪种代码能、哪种不能轻易传播，并在互联网和电脑的创生性网络上运行，以免消费者的情感和先前存在的管制压力过早悲惨地终结今天互联网的盛大试验。

新的软件工具可能实现集体管制，如果它们能够利用互联网上的知识——由那些用过这种代码的用户之经验产生——把新代码的性质告知互联网用户。集体管制还可能牵涉设计新操作系统，这样的设计将在封锁的与完全开放的电脑之间采取一条中间道路，比如像允许用户在“安全模式”和“试验模式”之间转换的操作系统，将那些新的或者可疑的代码列为只适合于在机器的试验区域运行。

换句话说，对 Lessig 教授和那些比他在名义上更主张自由的人们来讲，本文寻求解释为什么划出一条明确的界限——将几乎任何形式的日益增多的互联网管制区别出来——不再可行。那些关心保持互联网行为和编写代码之灵活性的人们，应当积极地参与到关于网络和电脑架构的变化的争论中来，以帮助改进而不是忽视这种灵活性带来的问题。这种灵活性如果不加制约，就会给主流

---

① See *e. g.*, Robert A. Badgley, “Internet Domain Names and ICANN Arbitration: The Emerging ‘Law’ of Domain Name Custody Disputes”, 5 *Tex. Rev. L. &Pol.* 343 (2001); Tamar Frankel, “Governing by Negotiation: The Internet Naming System”, 12 *Cardozo J. Int'l&Comp. L.* 449 (2004); A. Michael Froomkin, “Wrong Turn in Cyberspace: Using ICANN To Route Around the APA and the Constitution”, 50 *Duke L. J.* 17 (2000).

消费者体验网络的方式带来不幸而笨拙的改变。

对于如下三者的理解：创生能力价值、其过度发展带来的风险，以及将两者协调起来的可能方式，很可能使围绕 DRM 的争论得以复兴。特别是，尽管没有出现朝向 Julie Cohen 和 Pamela Samuelson 教授于 20 世纪 90 年代末预计的那种全面封锁的悲惨世界的明显变动，① 这种理解承诺向人们展示，正在改变的状况是如何摇摆消费者的情感从而提高 DRM 有效性的架构的。这种重新排列需要的不仅仅是一般性地反对禁止规避 DRM 或者规定了特定的 DRM 体制的法律，它还需要一种对肯定性的技术政策的眼光，包括某些关于增加知识财产可控能力的措施，这种眼光目前尚难出现。

最后，某些西方世界中很可能用来使电脑为了稳定性的缘故更加驯服的手段，还可以极大影响世界其他地方的集权国家对互联网的审查和监视的前景。如果电脑技术不适当地被精制或取代而在新代码传播过程中创造出新的控制端点，这样的技术就可以水平移植到这样的国家中，这些国家当前正通过封锁网络漏洞而非封锁或取代电脑来使其审查有效。

二、创生性技术总览

为了强调开放的互联网和电脑的特征与优点，并且为了助于评价，明确需要放弃（或遏止）何种特征来控制某些过度发展的后果是有助益的。这是为了使这样一种强大的可更改的技术成为主流而造成的后果，而创生能力是启动信息技术革新轨迹的核心特征。创生能力是指一项由大规模形形色色的、未被协调在一起的用户所推动，从而产生自发变革的全面能力。由互联网进行联结的电脑网格就是以这样一种完美的创生方式发展的。从一开始，电脑就被设计成为可以运行由生产商、用户或远程第三方创造的几乎任何程序，并且使创制这些程序变得相对容易。当这些具有高度适应能力的机器连接到一个几乎没有集

① See Julie E. Cohen, "Some Reflections on Copyright Management Systems and Laws Designed To Protect Them", 12 *Berkeley Tech. L. J.* 161 (1997)（主张谨慎采用保护 DRM 的法律）; Pamela Samuelson, "Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti - Circumvention Regulations Need To Be Revised", 14 *Berkeley Tech. L. J.* 519 (1999)（主张美国的 DRM 反规避法内容过于宽泛且不清晰）。

中化控制的网络时，结果便是一个几乎完全向创造和革新迅速传播——由拥有技术的用户向广大不用知道他们如何工作就可以享用这些创新成果的爱好者们传播——的开放的网络。

（一）创生性技术的界定

创生能力是以下能力所具有的功能：技术在各种任务中的杠杆能力（capacity for leverage），对一系列不同工作的适应能力（adaptation），易于掌握（ease of mastery），以及容易获得（accessibility）的能力。

1. 杠杆能力。我们的世界充满了有用的事物，这些事物可以是自然的或人造的，切实的或无形的。杠杆能力描绘了这些事物使有价值的成就成为可能的程度（否则这些成就要么不可能，要么不值得付出努力得到）。拥有很强的杠杆能力的设备或系统的例子包括：杠杆本身（就其可以举起物理物体而言），一架带锯机（可以切割），一架飞机（可以从一处飞往另一处），一张纸（成为书写语言的载体），或是一张字母表（用来构词）。创生性的技术使困难的工作变得简单。一种设备或技术节省的工作越多——比较一下锋利的和钝的小刀——它就越具备创生能力；它能够成就的种类越广泛——比较一下锋利的瑞士军刀和锋利的普通小刀——它就越具备创生能力。①

2. 适应能力。适应能力既是指一种技术的使用不需要改变就可以达到的广度，也指其可能被改进以拓宽其使用范围的容易程度。某种给定的工具可能拥有很强的杠杆能力，但其应用范围却很有限。例如，尽管一架犁头可以栽培很多种类的种子，其本质目的还是耕种。当用作他途时，其原有的杠杆能力就会迅速消失，且它并不容易为了新目标而改进，比如用犁头来使门一直敞开。这一现象对剑（假设它们确实难以打造成犁头）、枪、椅子、带锯，甚至飞机都适用。相反，用来书写的纸可以作为纸袋用来卷鱼。一项提供数百种不同种类的额外用途的技术，和那些提供较少用途的技术相比，其适应能力和创生能力（在其他条件相同时）都更强。一项工具的适应能力使先前无法预见的目的更

① See Paul Freiberger & Michael Swaine, *Fire in the Valley*, Raleigh: Pragmatic Bookshelf, 2000, p. 200.（把一个叫 Framework 的文字处理器、电子表格程序、数据库和编程语言的组合描述成为一个“相当强大和先进的产品”，“将‘瑞士军刀’的方式应用到了软件设计中”。）