

互联网对传统法治的挑战

●周汉华

【内容摘要】 文章指出,互联网的出现是信息时代的标志,它使传统法治在许多方面不再适应社会发展的需要,甚至有可能有孕育出一个崭新的互联网法。对于这种情况,合理地界定政府规制的界限,通过合理的规制政策促进技术进步与社会的跨越式发展,对于发展中国家尤其具有重要的意义。发展中国家应该勇敢地面对互联网所带来的各种严峻挑战,转变观念,以人为本,在困难中寻求超越。

【关键词】 互联网 信息社会 传统法治 政府规制

传统法治建立在现实世界的基础上,主要是人类工业文明的产物,以主权、强制、国家为基本特征。互联网是一个虚拟的世界,有它自己的语言、交往与行为方式,是平面、开放、无边界的空间。互联网的出现不单单是传送手段的变化,更重要的是它代表着新的社会形态——信息社会的来临。因此,作为新经济、新社会形态代表的互联网对建立在传统社会与文明基础上的传统法治的挑战必然是巨大、深远和全面的。

一、传统法律能否适应互联网的要求

互联网对传统法治的第一个挑战就是传统法律是否适应于互联网时代?传统法律能否通过修改适应新形势的需要?是否会出现一个崭新的互联网法?

由于互联网实现了技术上的飞跃和融合,集多种传送功能于一身,从许多方面来看,传统法律是难以适应的。如果硬要将传统法律适用于互联网,只会阻碍技

术的进步与社会的发展。例如,由于互联网实现了文字、视频与音频的同步传播,很容易将传统的规制报纸、电视或者广播的法律简单地适用于互联网,而互联网在性质上与这些传统的媒介是根本不同的,强行沿用传统的法律只会造成规制政策的失败。对此,美国联邦通讯委员会有着清醒的认识,并对互联网采用了一种“放手”(hands-off)政策。据它宣称,这种规制政策降低了内容与服务传送的成本,促进了新经济的发展。^①再比如,传统的反垄断法认为垄断必然造成价格控制与限制竞争,但在处理微软案的过程中,一种观点认为网络时代的垄断并不产生上述结果。相反,正是处于垄断地位的微软是信息产品价格降低的主要驱动力量。^②如果这种观点最终能够成立,将会使人们对传统的反垄断法是否适用于网络经济得出新的结论。

当然,由于互联网是在现实世界中存在的,在许多领域,如著作权法、刑法等,传统法律经过修改,是可以

^① See Jason Oxman, Counsel for Advanced Communications, The FCC and the Unregulation of the Internet, (working paper July 1999) available at (<http://www.fcc.gov/opp/workingp/html>). 该委员会的主席甚至宣称,“只要我还是联邦通讯委员会的主席,本机构就不会对网络进行规制”。Washington Post, March 12, 1999, p. E03.

^② Bill Gates, U. S. v. Microsoft: We're Defending Our Right to Innovate, The Wall Street Journal, (May 20, 1998); Stanley J. Liebowitz and Stephen E. Margolis, LOSERS & MICROSOFT; COMPETITION AND ANTITRUST IN HIGH TECHNOLOGY (1999).

适应于网络的。^①

不过,无论如何,由于互联网的独特特征,不是没有可能出现一个崭新的互联网法。^②这样的法律体系将不是由任何一个民族国家来立法,而是实行自治,由网络界所组成的国际组织来制定某种类似于现行国际法的互联网法律规则。在规则的执行方式和内容上,将会由网络通过先进的技术手段加以实现。在法律规则的强制实施上,也不再是传统的强制执行方式,而是以拒绝使用、扣减网络信用为特征的网络强制方式。这样的法律体系不但更有效率,符合业界的特点,容易对付跨国界的不法行为,而且,因为它是网络界参与制定的规则,因此会更容易遵守。^③

当然,在这种趋势的发展初期,由于技术与政治诸方面的原因,网络法律的作用范围会非常有限,并且会有现实的法律与网络法律并存的法律二元化以及相应的法律冲突与法律选择问题。例如,域名注册应该由网络法律调整,但如果域名抢注侵犯了他人的商标权或者商号权,则必然导致现实法律的适用。随着人类社会逐步适应新的社会形态,网络法律覆盖的范围会越来越大,最后成为主要的法律形式,实现范式的转换。这个过程可能需要相当长的时间。

二、如何对互联网进行合理的规制

社会发展史表明,任何立法者都希望对新事物管住管好,使技术进步尽量能够在政治权力的消化范围之内。这是人类求安全的心理需要决定的。尤其是对处于不利竞争地位的国家而言,这种愿望会更加强烈,普遍希望能够以“管”来兴利除弊,消除技术进步的不利影响。然而,对于网络而言,技术的高速发展与迅速更新是其显著特点,政府立法规制的速度永远也不可能赶上技术进步的步伐。当代,即使是最富智慧的电脑网络专家也无法预测技术的未来发展以及它将会对商业组织、商业活动与社会生活的影响。因此,希望能够以立法者的智慧来界定与规范技术的发展方向,最终必然会落空。追求管住管得好得到的只能是管死或者规制失灵。这也许就是克林顿政府《全球电子商务框架》政策文件提出规制应该“可预见、最低度、连贯、简单”的原因吧。^④

可惜的是,即使是网络最为发达的美国,其对加密技术(encryption)的控制^⑤,对网络色情材料的管理^⑥,对网络基础设施的保护等^⑦,仍未能完全摆脱传统思维方式的影响。德国对网络内容提供商“自己的”与“其

^① See, e. g., Commission of the European Communities, Green Paper on the Convergence of the Telecommunication, Media and Information Technology Sectors, and the Implications for Regulation Towards an Information Society Approach COM (97) Section IIA (December 1997).

^② See, e. g., H. Perritt, Jr., Cyberspace Self-Governance: Town Hall Democracy or Rediscovered Royalism? 12 Berkeley Tech. L. J. 413(1997); David R. Johnson & David Post, Law and Borders—The Rise of Law in Cyberspace, 48 Stan. L. Rev. 1367 (1996). 相反的观点可见如, Neil Weinstock Netanel, Cyberspace Self-Governance: A Skeptical View from Liberal Democratic Theory, 88 Calif. L. Rev. 395(2000).

^③ 诸如经济合作与发展组织、联合国国际贸易法委员会、世界知识产权组织等都在推动这样的国际合作。见如, Cryptography Policy: The Guidelines and The Issues, The OECD Cryptography Policy Guidelines and the Report on Background and Issues of Cryptography Policy, March 1997. 另外, International Ad Hoc Committee(TAHC)在国际通讯联盟和世界知识产权组织的帮助下,在其1997年的一份报告中专门就域名注册问题提出了国际合作的建议。Available at (<http://www.iahc.org/organizations/txt/draftiahc-recommend-OO.txt>). 1998年10月成立的国际域名与数字分配公司(ICANN)更被称为国际网络界的“制宪会议”。有关情况可见(<http://www.icann.org>).

^④ Available at (<http://www.iitf.nist.gov/eleccomm/ecommm.htm>).

^⑤ 美国政府根据出口控制法律禁止个人和企业公开其加密程序,禁止出口加密程序,否则构成出口“军火”。Export Administration Regulations, 15 C. F. R. Pts. 730-74. 最近的案例见 *Bernstein v. United States*, 176 F.3d 1132(9th Cir. 1999).

^⑥ 美国1996年通过的通讯品位法因为对言论自由的限制最终在 *Reno v. ACLU* 案中被联邦最高法院宣布为违宪。117 S. Ct. 2329(1997). 美国国会随后通过的儿童在线保护法也被以违宪告到法院,并被法院的禁止令暂时中止实施。见 *American Civil Liberties Union v. Reno*, 31 F. Supp. 2d 473(E. D. Pa. 1999).

^⑦ 根据本届美国国会的 Cyber Security Information Act 法案,所有的“关键基础设施”(critical infrastructure)的信息都将受到特别的保护,不对公众开放。见 H. R. 4246, 106th Congress 2nd session.

会形态之下,政府信息公开所体现的是一种民主价值,使政府权力受到社会的监督。在网络时代,政府信息公开不仅具有这种民主价值,同时还具有了信息资源共享、降低获得信息的成本的经济价值。而网络这种先进的技术传播手段,则为政府信息的广泛传播奠定了坚实的技术基础。由此看来,政府信息公开在网络时代真正成为必要和可能。^①

其次,在网络时代,个人的存在和活动在一定程度上被约化为一系列的符号、代码或者信息,如姓名、住址、身份证号、网名、密码等。简单更改几个数据,不但可能会失去巨额财产,甚至难以证明自己的存在。由于个人必须通过这些符号与外界交流,进行日常生活和工作。个人的各种信息因此极容易被获得它们的企业或者政府机关广为传播,成为商业活动甚至恶意攻击的对象。个人的各种习惯性行为也很容易被 cookies 记录下来,成为经济访问站点的分析素材。凭借这些素材,这些站点可以精确地描绘出个人的特征、兴趣和爱好,甚至可以预测其未来的活动。^②因此,政府对于这些在传统法律制度下属于公共性质的个人信息和数居必须提供有力的法律保护,禁止对个人信息的各种滥用。这些信息和数据在网络时代可以说具有了人身权和财产权的属性。^③

最后,除了对个人信息提供保护以外,信息资源的广泛自由传播,也使一般信息安全成为政府必须关注的问题。维护信息的正常流动,免遭外界的不当攻击;保证信息的完整性与准确性;抑制各种违法信息的传播;保护信息所有人的合法权利;保护信息基础设施等,都是政府面临的艰巨挑战。既要促进信息的自由流动,又要维护信息安全,两者之间必然会产生一些矛盾和冲突。如何在维护信息安全的同时不破坏信息的自由流动,不影响其他的价值追求,会时时困扰各国立法者。

四、发展中国家的法律制度如何面对互联网的冲击

由于发展程度不同,互联网对发达国家和发展中

国家的冲击和挑战是不一样的。^④发展中国家既有许多有利的条件,又面临着一些特殊的困难。从有利的方面看,由于互联网在发展中国家相对发展得比较滞后,不论是技术上还是管理上都可以有一定的缓冲时间,并可以借鉴发达国家处理同类问题的经验,避免痛苦的探索过程。同时,发展中国家还可能充分利用后发优势,利用没有传统条条框框约束的优势,实现跳跃式发展。比如,在网络出现以前,反垄断问题在发展中国家并不是一个严重的问题,许多国家因此并没有传统的反垄断法。这样,发展中国家在网络时代就可以相对容易制定一部满足互联网时代需要的反垄断法,而不必像发达国家那样对传统的反垄断法进行艰苦的修改和调整。同样的情况在知识产权法领域也非常明显,发展中国家往往能一步到位,制定适应互联网要求的知识产权法律。

不过,应该看到,发展中国家所面临的更多是特殊的困难。首先,以网络为代表的信息化并不是一个孤立的技术创新现象,它与经济全球化和政治民主化有着内在的紧密联系。信息化、全球化与民主化可以说是当代社会发展的三个车轮,信息化推动全球化,全球化推动民主化,民主化促进全球化和信息化。对于发展中国家而言,如何适应经济全球化与政治民主化的浪潮,本身也是非常严峻的挑战。这样,在以网络为代表的信息化面前,发展中国家实际上同时面临着三重挑战,这样的挑战应该说是空前严峻的。其次,发展中国家在物理高速路尚未完成的情况下就迎来了以互联网为代表的信息高速路时代。这样,发展中国家就必然同时面临双重任务和双重挑战,既要完善传统的法律制度,又要尽快制定适应互联网发展需要的新的法律。其中的困难可想而知。再次,由于发达国家技术上的优势,它们必然在国际舞台和国际规则制定上有更多的发言权甚至单方行动权。许多情况下,发展中国家可能不得不面对或者接受发达国家制定的游戏规则或者孤立于国际社会之外的两难局面。最后,由于互联网时代是一个知识的时代,一个人才的时代,而互联网本身又没有国界,因此,发达国家往往能够通过优厚的工(下转第16页)

^① 透明度是 WTO 对于成员国政府的一项基本要求。美国在信息化的影响下于 1996 年制定了电子信息自由法,以保证政府信息的公开性。日本于 1999 年制定了政府信息公开法,南非则于 2000 年制定了政府信息公开法。巴基斯坦也于 2000 年发布了信息自由总统令。

^② See, e. g., Jerry Kang, Information Privacy in Cyberspace Transactions, 50 Stan. L. Rev. 1193(1998).

^③ See, e. g., The Connecticut Foundation for Open Government, Inc., REPORT OF THE NATIONAL PRIVACY AND PUBLIC POLICY SYMPOSIUM(1996).

^④ 即使在发达国家,冲击的程度也不一样。欧洲国家普遍将互联网看作是“美国的事情”。All rights reserved. <http://www>

B·杜鲁门曾认为,美国社会中法官的审判工作同样不能避免来自集团政策的影响。他指出两个理由支持他的论点。其一,法院——尤其在美国社会——被赋予了作出重大选择的权力。而这种权力能够为个人和集团的生活带来重要影响。因此,这些利害关系者和利害关系集团对审判所作出的决定抱有极大的关注。审判所达到的结果不仅给当事者的财产、生命以重大影响,还能够超越直接当事者以种种形式为社会和其他人的利害带来波及效果。只要他行使这种赋予了的权限,因这样的决定而受到影响的个人和集团就不会漠不关心。

其二,由于“在作出决定时法官多多少少总有裁量的余地”,于是在利害关系者中就产生了使这种裁量向有利于自己的方向行使的动机,现实中的审判总是伴随着多多少少的裁量余地。因此,这种裁量的存在一旦为利害关系者所认知,他们必然会产生采取种种行动来努力使裁量向有利于自己的方向行使的动机。总之,只要同时存在权力和裁量,审判就不得不卷入各种利害关系错综复杂的对立的旋涡之中。^①

现实中利益集团一般有两种形式。一种是多多少少具有持续、严密性的组织形式,如工会、政党、行会等,他们作为利益集团从来没有停止过生存的斗争;另一种是支援特定当事者的团体或公害诉讼中作为受害者一方的当事者所组织的团体。无论哪一种形式,为了获得特定的利益,都会通过一定的渠道影响法官的决策。其中,通过新闻媒体大造社会舆论、利用社会舆论的压力左右法官的决策是最重要的一种方式。压力给

了法官一个沉重的包袱,除非辞去这个职位,法官才能摆脱它。

结语:竞争性因素的相互竞争

我已经论述了法官判决中的三种竞争性因素。作为一门自主性学科,法律有其自身的特点,因此法官可进入规则的内部通过逻辑而获得真理。但是,法律并不是自足的王权,它只是社会的一面镜子,由经济与社会熔铸而成。所以,从法律的外部环境中寻求法律可能的意蕴也不失为可行的途径。价值、压力与后果在很大程度上已不是无关紧要的存在物,他们,从某种意义上讲,甚至可以决定规则的解释与运用。

当然,本文并没有穷尽影响法官判决的要素。按照一种极端的理解,法官的个性、情绪甚至法官的一顿不愉快的早餐都会影响法官的判决。我想说的是,法官的判决并不是通常想象的那么简单。不错,规则确实至关重要,这是法律职业的特点。但是,规则的重要并不能排除其它要素的重要性,决定事物的原因并不是单一的,而是复杂的一群。

在未来的社会中,多元化乃大势所趋,而法律的自主性也日渐式微。但这并不能动摇规则的地位,规则决定了法律职业的特点。同时,价值、压力与后果会越来越地影响法官的行为。在法官的判决进程中,诸神共舞势所难免。

(作者单位:南京师范大学)

(责任编辑:丁以升)

(上接第 11 页)作条件和创业机会在国际范围内大量吸引人才。结果是发展中国家的人才外流,使两者的距离越拉越大。

由于上述原因,发展中国家的法律制度要面对互联网的挑战,必须从多方面同时入手,绝对不能就事论事,仅仅将互联网看作是一个技术问题或者网络管理问题。从大的方面说,应该勇敢地融入国际经济合作,推动民主化进程,切实保障人民的民主权利和自由,包括网络带给人民的各种权利和自由。另外,在积极制定互联网法律的同时,应该继续完善其他方面的法律制度,为互联网创造一个公平合理的存在环境。在国

际法律合作中,既要承认发达国家技术上处于优势的现实,又要进行有理、有利、有力的斗争,维护发展中国家的合法权益。最后,应该认识到,互联网时代是一个以人为本的时代,是一个创新的时代,是一个实现腾飞的年代,一切法律制度的设计都应该以促进人的全面发展和创造力为出发点和最终归宿。立法者如果能够有这种认识,任何挑战和困难都会被克服。

(作者单位:中国社科院法学所)

(责任编辑:丁以升)

^① 棚濑孝雄:《纠纷的解决与审判制度》王亚新译,中国政法大学出版社,1994年版,第160~161页。