

## 互联网对传统法治观念的挑战

周汉华

编者按:互联网作为信息时代的产物,为我们开辟了一个全新的领域,对我们的工作和生活带来了诸多的便利。但由于技术因素以及互联网的“互联性”和地域的不确定性,互联网也带来了许多让我们感到困惑的问题。例如,上班时打开电脑,邮箱中被“强行”塞满了各种垃圾邮件;因遭受“黑客”攻击,您的辛勤劳动顷刻间化为乌有;一些来历不明的具有恶作剧性质的“粘贴”物,如驱赶不掉的苍蝇,经常漂移在您的眼前;您的个人隐私因被偷拍而“挂”在网上等。..我想,面对这些问题,您感觉到的不仅是烦恼,简直可以说是愤怒。但这一切,您或者因无奈而沉默;或者采取“以眼还眼,以牙还牙”的浪费您宝贵时间的办法来回敬;或者通过司法途径来维权。然而,此时您发现,您对侵权者的情况一无所知,因为他是一个“隐型的藏匿者”。产生这种问题的原因,除了一些网络爱好者缺乏自律外,我们的相关法律不健全、不完善也是主要原因。因此,要促使互联网健康有序发展,还需要通过法治的途径来实现。本文作者认为,一是要对互联网进行合理规制,二是要在完善国内立法的同时,加强国际间的合作。文章中提出的一些观点,值得我们思考。

传统法治建立在现实的基础上,是人类工业文明的产物,以主权、强制、国家为基本特征。而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。

传统法律是否能适应互联网的要求

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。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不同的,强行沿用传统的法律只会造成规制上的冲突。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。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,是可以适应于网络的。

不过,不论如何,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》。这样的法律体系将不是由任何一个民族或国家来立法,而是由网络界所组成的国际组织来制定某种类似于现行的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。

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。

#### 如何对互联网进行合理的规制

社会发展史表明,任何立法者都希望能够对新事物管住管好,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。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,最终的结果必然会落空。追求管住管好可能其结果是管死或者规制失灵。

我们了解到,即使是网络最为发达的美国,其对加密技术(encryption)的控制,对网络色情材料的管理,对网络基础设施的保护等,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“其他的”内容的区分,法国对加密技术最初限制于40位的做法,欧盟对数据库数据的保护与对个人数据的保护,也都有过分干预与阻碍技术进步之嫌。由此可见,对于发展中国家而言,界定网络规制的“合理”界限,也将会是一项异常艰巨与痛苦的挑战。如何在国际处于竞争劣势的情况下,通过合理的规制促进技术创新与技术进步,充分利用新技术所释放的巨大能量,通过法律制度的调整实现社会的“跨越式”发展,应该是全社会共同思考的重大战略问题。因此,网络规制与其说是一种挑战,不如说是一次难得的机会。

由于发展中国家的现代化实现方式不同于发达国家,政府在现代化的实现过程中必须扮演非常重要的角色,因此,适度的政府干预能力、宏观调控能力和社会动员能力是必不可少的。对此,不应该有任何的怀疑和动摇。然而,另一方面,社会与经济发展

的历史也表明,企业与个人才是市场的真正活动主体。发展中国家要实现现代化,必须充分发挥个人与企业的首创性,政府不应该也永远不可能代替市场。具体到网络规制与立法,作为合理规制的原则,应该尽量发挥市场的作用,凡市场本身能够解决的问题,政府应该避免介入和立法;凡业界能够自我调整的,政府立法应该为行业自律创造条件;凡经济方式可以解决的,应该多使用合同、指导与协商等经济方式,避免使用强制方式;凡传统法律可以解决的,尽量利用传统法律,避免过多网络立法对网络产生副作用。鉴于网络技术易变性的特点,根据国际经验,有关立法应保持“技术中立”,允许多种技术并行发展,并保持法律的灵活性与适应性;鉴于信息之于信息社会的重要作用,应充分保证信息的自由流动和传播,在信息社会试图阻断信息的自由传播,等于自我与空气隔绝。对于信息自由传播所带来的种种问题,应通过其它方式加以解决。

### 如何转变政府角色,有效地管理信息资源

网络对政府的挑战最为巨大。传统政府建立在权力分配与行使的基础上,权力是最为有效的社会资源。网络的出现打破了权力结构和权力赖以存在的地域界限,使有些权力在流动的信息与发达的信息技术面前显得无能为力。因此,对于任何政府而言,有效地管理与利用信息资源,丝毫不亚于配置和行使一些权力。政府与社会之间的信息交换与服务,日益成为国家机关的主要与日常职能。

传统政府以管理和权力为其存在的依据,强调的是其管理性或者权力特征,这从诸如 administration 或者 executive 等称谓上都可以反映出来。即使是最为现代的企业制度也套上了行政色彩,被冠之以首席执行官(CEO)之类的权力符号。信息资源管理作用的凸现,已经并且会继续改变政府机关的行为方式与管理方式,使信息交流与服务成为政府的主要职能。政府信息化,信息资源管理重要性的加强,有许多潜在的意义:

首先,作为信息的拥有者和管理者,政府本身占有和控制着大量的信息。而信息的价值在于其流动性和可共享性,如同货币一样,流动性越强,信息的价值也就越能得到体现。这就要求政府信息公开,政府与社会共享信息资源。在传统的以权力为主要社会资源的社会形态之下,政府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,政府公开在网络时代已经成为必要和可能。

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,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非常容易被 cookies 记录下来,成为经常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。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据,必须提供有力的法律保护,禁止对个人信息的各种滥用。因为这些信息和数据具有人身权和财产权的属性。

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。因此,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,会时时困扰各国的立法者。

#### 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。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,发展中国家还可以充分利用后发优势,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,它与经济全球化有着内在的紧密联系。如何适应经济全球化的浪潮,本身也是非常严峻的挑战。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作条件和创业机会在国际范围内大量吸引人才。结果使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。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,是一个实现腾飞的时代,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,相信,任何挑战和困难都会被人克服。

(作者系中国社会科学院法学研究所研究员,宪法行政法室主任)

www.cnki.net