

# 中国互联网立法发展二十年： 回顾、成就与反思

郭少青 陈家喜

(深圳大学 城市治理研究院, 广东 深圳 518060)

**摘要:** 我国的互联网立法发展已逾 20 载, 颁布了一系列的法律、行政法规、部门规章、司法解释和规范性文件, 涉及网络安全、电子商务、个人信息保护、网络知识产权保护、互联网管理、未成年人上网安全、大数据、“互联网+”等各个领域, 取得了一定的成就。但是, 我国的互联网立法也存在着基础立法位阶整体不高、相关立法存在空白、法律间协调性不足、相关立法“权利—义务”结构失衡、立法滞后等问题, 需要通过加强顶层设计、明确中间平台责任边界、多元治理、加强重点领域立法、提高立法效率和前瞻性、积极参与国际规则构建等对策来解决。

**关键词:** 互联网立法; 法律体系 “权利—义务”结构失衡; 网络安全立法; 电子商务法律

**中图分类号:** D901; D912.8 **文献标识码:** A **文章编号:** 0257-0246 (2017) 06-0215-09

人类社会已进入网络化时代, 据 2016 年国际电信联盟公布的数据, 全球互联网人数达 35 亿, 其中中国网民达到了 7.21 亿, 是全球网民人数最多的国家。网络已经成为人们生活、工作中不可或缺的重要组成部分。网络的快速发展, 一方面推动着社会的飞速进步, 不断简化和便捷着人们的生活; 另一方面, 网络空间中的方方面面, 如公民言论自由、知识产权保护、个人隐私安全、网络交易方式等, 在不断地受到复杂情形的挑战, 需要不断创建新的规则和准则进行规范治理。经过 20 多年的发展, 我国的互联网法治已在多方面取得了骄人的成就, 同时, 随着互联网产业的深入发展, 相关传统法律也面临着一系列的问题和挑战。

## 一、互联网立法的发展历程: 基于历史时期的分析

### 1. 互联网史前阶段的网络立法发展<sup>①</sup>

1994 年以前, 被称为我国互联网发展的史前阶段。1986 年, 我国开启了“中国学术网”项目; 1987 年 9 月 20 日, 我国向德国发送了第一封电子邮件, 邮件内容为“越过长城, 走向世界”; 1988 年, 中国第一个 X.25 分组交换网 CNPAC 建成; 1990 年我国注册了顶级域名 .CN, 但一直到 1994 年, 我国才全面开启全球互联网时代。在 1994 年接入全球互联网以前, 互联网在我国的发展仅限于科研领

基金项目: 中国网络空间研究院 2016 年项目。

作者简介: 郭少青, 深圳大学城市治理研究院助理教授, 法学博士, 研究方向: 城市治理; 陈家喜, 深圳大学城市治理研究院教授, 研究方向: 互联网治理。

<sup>①</sup> 本文将我国互联网的发展分为史前阶段、互联网 1.0、互联网 2.0、互联网 3.0 和网络空间时代五个时期, 其主要依据是方兴东、潘可武《中国互联网 20 年: 三次浪潮和三大创新》一文中的划分。部分学者对于互联网 2.0、3.0 时代的时间节点划分与本文有所出入。

域,出台的专门性法律较少,主要有两部,均以计算机系统安全为核心内容。第一部是1991年由劳动部出台的《全国劳动管理信息计算机系统病毒防治规定》,第二部是1994年发布的《计算机信息系统安全保护条例》。

### 2. 互联网1.0时代的网络立法发展:以计算机病毒防治和软件保护为主

1994年至2001年,被称为中国互联网的1.0时代。该时期的互联网发展主要以信息的单项传播为主,同时也是以新浪、网易、搜狐等为代表的门户网站时代。1998年之前,互联网的发展由产业部门主管,由于部门的特殊性质,其更注重对互联网的开拓和探索,因此“先发展、后管理”的理念成为这个时期互联网发展的要素。

由于这个时期互联网发展的特性,相关的立法工作仍处在探索阶段,1996年2月1日,国务院第195号令发布《中华人民共和国计算机信息网络国际联网管理暂行规定》,这是在中国接入国际互联网后,国家首次出台的较为全面的规范性文件,为互联网产业的良性发展打下了基础。这个时期的相关立法偏重于以计算机病毒防治和软件保护为要点的计算机信息系统保护,如1996年发布的《计算机信息网络国际联网管理暂行规定》、1997年批准的《计算机信息网络国际联网安全保护管理办法》、2001年公布的《计算机软件保护条例》等。这个时期,共颁布了有关互联网的法律1部,行政法规7部,部门规章4部,相关司法解释2条。

### 3. 互联网2.0时代的网络立法发展:以网络市场和经营场所管理为核心

从2001年至2008年,互联网开启Web 2.0的全新时代,在这个时期,互联网发展呈现出去中心化、开放和共享的特征,互联网的信息传播呈现出双向传播特征,互联网博客开始出现,互联网媒体影响力与日俱增,电子商务开始发展。到2008年3月,中国的网民数量和宽带数量均超过了美国,中国网民规模开始领跑世界。这个时期的互联网立法,也呈现出多元化发展和回应性发展态势,相关的网络管理部门,在这个时期从产业部门转向了政府意识形态部门,面对互联网2.0时代的新问题和新挑战,中央很多部门积极回应,以规范立法的方式对产生的问题规范管理。这个时期的立法主要围绕着网络知识产权、网络文化市场整治和网络经营场所管理等方面开展,如2002年公布的《互联网上网服务营业场所管理条例》,2004年通过的《电子签名法》,2006年公布的《信息网络传播权保护条例》,都是此时期的经典立法。同时,有关网络的行业自律性规章也不断出台。这个时期,共出台了1部法律,2部行政法规,11部部门规章。

### 4. 互联网3.0时代的网络立法发展:网络立法进入全面发展阶段

2009年至2014年为互联网3.0时代,人工智能、关联数据和语义网络构建等技术提高了人与人之间沟通的便利性,使得网络对用户信息的掌握和理解更加深入。自2009年开始,微博、微信类的服务开始崛起,将中国互联网带入以全方位互动为特色的互联网模式,特别是到了2012年以后,中国全面进入了移动互联网时代。<sup>①</sup>在这个时期共颁布了法律1部,部门规章13部,最高人民法院司法解释5条,如2012年通过的《全国人大常委会关于加强网络信息保护的決定》,2014年发布的《国务院关于授权国家互联网信息办公室负责互联网信息内容管理工作的通知》。同时值得注意的是,《电子商务法》在2013年列入了国家立法规划。这个时期,颁布的部门规章涉及了工信部、卫生部、商务部、文化部、国家工商行政总局、国务院新闻办公室等十几个部门,涉及部门之广前所未有,足可见互联网发展已全面铺开。这个时期的立法侧重于信息保护、电子商务和知识产权保护方面。

### 5. 互联网空间时代的网络立法发展:以网络空间安全和“互联网+”立法为核心

进入2015年后,“大数据、物联网、云计算”等词汇不断映入眼帘,这些新技术的应用同时也推动着网络空间成为大国间进行政治、经济、外交、安全博弈的新空间和新战场,将国家之间的博弈

<sup>①</sup> 移动互联网是将移动通信和互联网二者结合起来成为一体,据第39次《中国互联网络发展状况统计报告》显示,截至2016年12月,手机网民规模已达到6.95亿,占网民规模的95.1%。

维度从海、陆、空、太空进一步扩展到了网络空间这个第五维度。<sup>①</sup> 2014年2月27日，由习近平总书记担任组长的中央网络安全和信息化领导小组正式成立，标志着我国已经将网络空间安全上升到国家战略的高度，也预示着我国将从网络大国向网络强国转变。同时，《中华人民共和国网络安全法》也于2016年11月7日发布，自2017年6月1日起开始施行。

互联网的深入发展开始渗透到各个传统行业中。2015年3月，李克强总理在十二届全国人民代表大会三次会议的政府工作报告中首次提出制定“互联网+”行动计划，推动移动互联网、云计算、大数据、物联网等与现代制造业的结合，促进电子商务、工业互联网和互联网金融的健康发展，引导互联网企业拓展国际市场。2015年7月4日，国务院印发了《国务院关于积极推行“互联网+”行动的指导意见》。自2015年开始，中央各部门及地方，不断出台新立法、新规定，或者对传统立法进行修订，以适应“互联网+”发展中出现的新业态、新模式，以填补现有的法律空白。

## 二、中国互联网立法发展 20 年之成就

### 1. 网络安全立法已上升到国家战略高度

我国有关网络安全的立法开始于 20 世纪 90 年代，互联网安全一直是网络立法中的重要内容。在网络安全问题的认识上面，我国已从第一代的信息安全逐步走向第三代的网络空间的安全高度（详见表 1）。到了 2014 年，中央网络安全和信息化小组的成立标志着中国已超越单纯的信息化基础设施建设，开始从网络空间安全的全新视角来审视世界，开始从网络大国迈向网络强国。<sup>②</sup> 网络安全上升到了国家战略的重要位置。

表 1 我国网络安全的时代划分<sup>③</sup>

网络安全时代	安全类型	主要内容
第一代	系统安全	黑客入侵和破坏
	信息安全	合法有用信息侵害
	应用安全	程序和软件安全
第二代	使用安全	利用网络侵犯传统法益
	内容安全	违法和有害信息传播
第三代	空间安全	与国家安全和公共安全交叉融合

我国有关网络安全的专项立法在互联网立法中占据着重要位置，自我国接入互联网后，共颁布了互联网专项法规 4 部，其中 2000 年的《关于维护互联网安全的决定》和 2012 年的《关于加强网络信息保护的决定》均以网络安全为核心内容。2015 年 7 月，我国通过了《国家安全法》；2015 年 12 月我国通过了《反恐怖主义法》；2016 年 11 月通过了《网络安全法》，对网络信息安全、网络运行安全、网络风险的检测预警都有明确规定。同时，还出台了一系列的行政法规、部门规章和规范性文件，对相关领域的网络安全问题做了规定，如《计算机信息系统安全保护条例》《计算机信息网络国际联网安全保护管理办法》《计算机软件保护条例》等。

我国还不断通过对部门法的修订完善网络安全。1997 年修订的《刑法》新增加了计算机犯罪的内容，2009 年《刑法修正案（七）》增加了“出售、非法提供公民个人信息罪”“非法获取公民个人信息罪”“非法控制计算机信息系统罪”“提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪”。

<sup>①</sup> 梁亚滨 《网络空间是大数据时代国家博弈的新领域》，<http://theory.people.com.cn/n/2014/1020/c40531-25866183.html>。

<sup>②</sup> 《中央网络安全和信息化领导小组成立：从网络大国迈向网络强国》，[http://news.xinhuanet.com/politics/2014-02/27/c\\_119538719.htm](http://news.xinhuanet.com/politics/2014-02/27/c_119538719.htm)。

<sup>③</sup> 参见龙卫球、赵精武 《我国网络安全规制的治理思维与架构》，载中国互联网协会编 《互联网法律》，北京：电子工业出版社，2016 年，第 32 页。

2015年通过的《刑法修正案(九)》规定了网络服务提供者有安全管理公民个人信息的义务。同时,《保守国家秘密法》《合同法》《预防未成年人犯罪法》《国家安全法》《商标法》《专利法》《人民警察法》等均有涉及网络安全的条款。<sup>①</sup>

通过司法解释对网络安全方面的立法加以补充。如最高人民法院、最高人民检察院2013年通过了《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》等。通过地方性法规、规章或者规范性文件进行落实。如《杭州市计算机信息网络安全保护管理条例》《北京市微博客发展管理若干规定》等。

## 2. 电子商务法律体系相对完善

相对于其他领域的互联网立法,我国在电子商务法律体系建设方面相对完善,已在电子签名、认证、电子合同、电子支付、电子交易规范、消费者权益保护、个人信息保护、平台责任、快递监管等方面出台了大量法律、法规。在电子签名和电子合同规则方面,可以适用的有《电子签名法》和《电子认证服务管理办法》;在电子合同方面,有《合同法》;在电子支付方面,有2015年出台的《非银行支付机构网络支付业务管理办法》;在电商消费者保护方面,有《消费者权益保护法》的相关条款予以参照;在电商交易平台责任方面,有《侵权责任法》《知识产权法》和相关的司法解释;在快递监管方面,有《邮政法》(2015年修正)和《快递业务经营许可管理办法》(2015年)。此外,相关的竞争法、金融监管、快递物流、网络信息安全立法等都能够从各个侧面适用于电子商务领域。<sup>②</sup>

另外,2013年《电子商务法》已列入国家立法规划,该部法律起草工作已有4年,有望在2017年出台,这部法律将对消费者数据保护、电商平台责任、电商竞争、线上线下执法等做出更为明确的规定,将成为我国指导电子商务的基本法。

## 3. 保护个人隐私和个人信息的法律正在逐渐探索

我国有关个人隐私的立法实践起步较晚,2009年的《侵权责任法》才第一次明确提出“隐私权”的概念,但在法律实践中,由于法律规定的不明确,隐私权很难作为独立的诉讼理由得到法院支持,所以一般通过与名誉权、荣誉权等共同保护的形式进行保护,相关的条款参见《民法通则》和《侵权责任法》。

目前我国没有一部对个人信息进行全面系统保护的专项立法,关于个人信息保护的法律比较分散。我国有关网络个人隐私和个人信息保护的规定主要包括以下方式。第一,专项立法。2012年底,全国人大常委会通过了《关于加强网络信息保护的決定》,首次以法律的形式明确规定保护公民个人电子信息。2013年起实施的《信息安全技术公共及商用服务信息系统个人信息保护指南》是首个个人信息保护的国家标准。2013年颁布的《电信和互联网用户个人信息保护规定》明确了电信和互联网用户个人信息的保护范围。第二,通过对部门法的修订,对网络个人隐私权和个人信息权进行保护。2009年制定的《刑法修正案(七)》中首次规定了“出售、非法获取和提供个人信息罪”,《刑法修正案(九)》进一步增强了对个人信息的保护。2014年,在修订的《消费者权益保护法》中,规定了经营者对个人信息的保护责任。第三,通过最高人民法院出台的司法解释,对相关规定进行补充。如2014年最高人民法院发布的《关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》。第四,通过地方性法规、规章或者规范性文件进行落实。如贵州省通过的《大数据发展应用促进条例》(2016年)中,对贵州省的大数据发展应用的原则、目标、安全管理以及法律责任均做出了明确的规定。

<sup>①</sup> 陆冬华、齐小力《我国网络安全立法问题研究》,《中国人民公安大学学报》(社会科学版)2014年第3期。

<sup>②</sup> 林暘川主编《互联网+法制思维与法律热点问题探析》,北京:法律出版社,2016年,第22页。

#### 4. 保护网络知识产权的法律不断出台

在知识产权保护领域，我国有《专利法》《商标法》《著作权法》以及《反不正当竞争法》等法律，在大部分情况下，还是适用这几部传统的法律对有关网络知识产权进行保护。<sup>①</sup>同时，为适应网络环境对传统知识产权的挑战，我国先后通过修订已有法律、出台司法解释和行政规章对传统法律保护网络知识产权的不足之处进行补充。2000年最高人民法院通过了《关于审理计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》，2002年通过了《关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》，2006年国务院通过了《信息网络传播权保护条例》，2001年对《著作权法》修正，2002年修改了《计算机软件保护条例》等。

#### 5. 确保未成年人上网安全的法律初具规模

根据中国互联网络信息中心（CNNIC）2017年发布的第39次《中国互联网络发展状况统计报告》，我国的网民总数已超过了7.31亿，其中10至19岁的网民占总数的20.2%，10岁以下的低龄网民占总数的3.2%，并呈上升趋势。我国的未成年人网民总数约有1.7亿人，规模不可小觑。

未成年人运用网络进行学习、娱乐、交友等本无可厚非，但由于未成年人的心智发展尚未成熟，对事物的辨识能力有限，自我保护能力较弱，更容易沉溺于网络，因此给予未成年人以特别的保护很有必要，国外很多国家也均有较为详细的针对未成年人网络保护的立法，如美国的《儿童网络隐私保护法》（Children's Online Privacy Protection Act, COPPA），《未成年人互联网保护法》（Children's Internet Protection Act, CIPA）等。

我国对未成年人上网安全的法律规定主要分散在部门法中，《未成年人保护法》第33条规定：“国家采取措施，预防未成年人沉迷网络。”“国家鼓励研究开发有利于未成年人健康成长的网络产品。”《预防未成年人犯罪法》第26条规定“禁止在中小学校附近开办营业性歌舞厅、营业性电子游戏场以及其他未成年人不适宜进入的场所，应当设置明显的未成年人禁止进入标志，不得允许未成年人进入。”《互联网上网服务营业场所管理办法》第21条规定“互联网上网服务营业场所经营单位不得接纳未成年人进入营业场所。”有关未成年人隐私权保护和个人信息保护的相关条款，主要散见于《民法通则》和《侵权责任法》当中。国家互联网信息办公室于2016年9月推出了《未成年人网络保护条例（草案征求意见稿）》，对网络信息内容建设、未成年人网络权益保障等进行了明确的规定，这表明我国有关未成年人的网络保护立法进入了一个新阶段。

#### 6. 重点行业的互联网立法不断创新

2015年7月，国务院印发了《关于积极推进“互联网+”行动的指导意见》，我国的“互联网+”正以互联网思维、互联网形态与传统行业深度融合，推动经济形态的不断演变、创新。<sup>②</sup>在此背景下，各政府部门也在积极探索，对新业态和新问题进行积极应对。

2015年是互联网金融行业的监管元年，2015年7月8日，中国人民银行等10部委联合发布《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》，对互联网金融行业中出现的问题进行了规定，被认为是互联网金融的“基本法”。在互联网医疗领域，2014年8月国家卫计委下发了《关于推进医疗机构远程医疗服务的意见》，围绕该意见，卫计委又迅速开展了三类试点。2014年5月，国家食品药品监督管理总局发布《互联网食品药品经营监督管理办法（征求意见稿）》，对包括网上销售处方药解禁及可销售清单等新政征求意见。在互联网交通方面，2014年9月交通部颁布《出租汽车经营服务管理规定》，从法律层面对网约车做出了规定。2016年8月交通部又出台《关于深化改革推进出租汽车行业健康发展的指导意见》和《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》两份文件，明确了网约车的合法地位。

<sup>①</sup> 北京市互联网信息办公室编《国内外互联网立法研究》，北京：中国社会科学出版社，2014年，第156页。

<sup>②</sup> 林暘川《互联网+法治思维与法律热点问题探析》，北京：法律出版社，2016年，第1页。

### 三、中国互联网立法面临的挑战及存在的问题

由于立法本身的滞后性、地域性和封闭性，同互联网发展的迅速性、开放性和技术性之间存在冲突与矛盾，从某种程度上导致了我国互联网立法的整体位阶不高、相关立法缺失、条文之间协调性不足、“权利—义务”结构失衡等问题。

#### 1. 中国互联网立法面临的挑战

(1) 立法的滞后性。立法从某种程度而言是对社会问题的回应，在立法时虽然立法人员会基于合理预期让立法适度超前，但其滞后的特性在面对互联网时，永远无法跟上互联网瞬息万变的发展速度。根据“摩尔定律”，互联网科技的更新周期大概在2年左右，而现有记录中最快的立法周期也是2年，通常需要3—5年才能通过。<sup>①</sup>这意味着传统的立法模式很难与互联网的发展节奏相适应。如网约车、网络拍卖、网络慈善、网络直播等问题层出不穷而又千变万化，而传统立法既难于预料将要出现的问题，立法的繁复性也很难追赶互联网科技的变化速度。

(2) 立法的地域性。一般情况下，国内立法的效力总有一定的地域性限制，超出管辖范围也就丧失法律效力，但是互联网对任何人和地区都是开放的，其无国界性使得互联网领域的诸多问题轻易就会踏出国门，成为跨国的法律问题。如各种形式的网络犯罪，在国外设置的服务器传播黄色信息的行为，国内立法就难于规制。<sup>②</sup>再如网络著作权的维护问题，也一直成为知识产权学界的探讨重点。<sup>③</sup>

(3) 立法的封闭性。我国大部分的互联网立法仍为部门规章和部门出台的规范性文件，大部分立法仍从部门利益出发，以方便部门管理为先，并采用传统的立法方法和立法模式。但互联网本身的技术性使只具备传统立法知识的立法者难于了解和领悟，必须依靠相关技术专家的论证。例如交通部试图推出的《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》，就没有认识到“分享经济”的实质，在监管思路因循守旧。<sup>④</sup>立法的封闭性不仅使得相关互联网立法对互联网发展中的新问题和新业态无法做出积极应对，制约企业创新发展，导致很多立法内容的“权利—义务”结构的不均衡，过于原则化，宣誓性条款过多，条文过于抽象，缺乏可操作性等问题。

#### 2. 中国互联网立法存在的问题

##### (1) 互联网立法位阶整体不高，重点领域存在立法空白

表2 我国网络立法统计<sup>⑤</sup>

类型	数量	所占比例
法律	4	4.5%
行政法规	10	11.4%
部门规章	29	32.9%
司法解释及司法性文件	13	14.8%
规范性文件	32	36.4%
合计	88	100%

截至2016年12月，我国有关互联网的专项立法共有88部，其中包括4部法律、10部行政法规、29部部门规章、13部司法解释、32部规范性文件。其中，法律与行政法规仅占立法总数的15.9%，

① 吴志攀 《“互联网+”的兴起与法律的滞后性》，《国家行政学院学报》2015年第3期。

② 邱泉 《试论我国互联网立法的现状与理念》，华中科技大学硕士学位论文，2013年，第12页。

③ 冯晓青、胡少波 《互联网挑战传统著作权制度》，《法律科学》2004年第6期。

④ 薛军 《互联网时代的电子商务立法》，载中国互联网协会编 《互联网法律》，北京：电子工业出版社，2016年，第17页。

⑤ 本数据统计参照中国网络安全和信息化领导小组办公室政策法规局编 《中国互联网法规汇编》，北京：中国法制出版社，2015年。

大部分立法都为部门规章和规范性文件，由此可见我国的互联网立法的位阶不高。

在互联网规制的重点领域，仅在网络安全和电子商务方面，有专项立法《网络安全法》和《电子商务法》（预计2017年出台），在互联网知识产权保护、互联网个人隐私安全和信息保护、未成年人上网安全等重点领域，尚缺乏统领性的立法，导致相关规定的法律效力层级较低。

由于法律本身的滞后性，无法跟上互联网瞬息万变的发展速度，因此在互联网涉足的许多领域尚存在立法空白，如在网络拍卖、网约车、网络直播等复杂问题面前，法律有时显得苍白无力。同时，在与传统法律之间的对接方面，相关制度尚未建立，个人信息保护、互联网监管、电子商务税收、虚拟财产等问题均有待法律的进一步说明和细化。<sup>①</sup>如互联网融合领域新型业态的准入规则存在缺失；在金融领域，缺乏对P2P借贷、虚拟货币等业务的定义和准入规则；在物流领域，缺少对众包物流、拼车捎带等新业务的准入规则等。<sup>②</sup>

#### （2）互联网立法部分领域缺乏系统性，条文之间协调性不足

在国家互联网信息办公室成立之前，互联网的监管职权被各部门割裂，缺乏统一协调，大部分的互联网立法也是部门出台的规章和规范性文件，因此法条之间存在交叉重复、各自为政甚至冲突的现象。如公安部颁布的《计算机信息网络国际联网安全管理办法》和国务院颁布的《互联网信息服务管理办法》均规定了备案制度，这可能导致一家网络经营主体需要进行重复备案。再如《互联网信息服务办法》和《计算机信息网络国际互联网管理暂行规定》中有关未取得经营许可证却从事经营互联网信息服务的行为的处罚方式有冲突。

#### （3）相关立法重行政管制，存在“权利—义务”结构的失衡

我国目前的大部分互联网立法多为部门规章和规范性文件，这些立法大多从部门利益出发，从方便政府管理的角度出发，重行政管制，在管理方式上主要以市场准入和行政处罚为主，思路方法陈旧、生硬而机械。如在对互联网产业的管理方面，部分业务准入仍采用线下管理模式，在金融领域、互联网支付、互联网保险、互联网信托等业务的准入管理方面仍然参照传统的线下业务准入条件设置，导致规模较小的企业难以进入。<sup>③</sup>另一方面，目前大部分互联网的立法思路仍以政府单方面的管理为出发点，给企业过多的监管责任，但是对网络平台和用户的权利保障，如隐私权保护、侵权损害赔偿等规定不足，存在立法结构上“权利—义务”结构失衡的问题。<sup>④</sup>如我国近年来的互联网立法中逐步加强互联网平台责任，在《广告法》《食品安全法》《互联网食品药品监督管理办法》中均有体现。但是互联网平台并不具有法定监管职能，缺乏必要监管手段和监管能力，并不能承担相应责任。一味加重第三方平台责任，将加大企业运营成本，减小市场活力，不利于互联网行业的创新发展。<sup>⑤</sup>

#### （4）相关立法有待与国际接轨，国际公约仍由西方世界主导

互联网的无国界性、虚拟性和开放性使得互联网治理往往不限于一国的管辖范围之内，一些国际组织纷纷制定规则应对互联网空间的法律问题，如国际贸易法委员会1996年制定的《电子商务示范法》，国际商会1997年颁布的《国际数字保证交易一般惯例》，世界知识产权组织1999年公布的《关于网络域名程序的最后报告》等。<sup>⑥</sup>这些立法为我国的立法提供了借鉴，但由于其以西方社会为主导，相关内容的规定并不完全适用于我国国情，因此不能以拿来主义的态度直接进行法律移植，但

① 张平 《互联网法律规制的若干问题探讨》，《知识产权》2012年第8期。

② 伦一：《互联网业务准入和监管政策》，载腾讯研究院等《网络空间法治化的全球视野与中国实践》，北京：法律出版社，2016年，第37页。

③ 伦一：《互联网业务准入和监管政策》，载腾讯研究院等《网络空间法治化的全球视野与中国实践》，北京：法律出版社，2016年，第37页。

④ 北京市互联网信息办公室《国内外互联网立法研究》，北京：中国社会科学出版社，2014年，第175-176页。

⑤ 蔡雄山《实现从互联网管理到互联网治理思维的转变》，载腾讯研究院《互联网+时代的立法与公共政策》，北京：法律出版社，2016年，第145页。

⑥ 张新宝《互联网发展的主要法治问题》，《法学论坛》2004年第1期。

这在一定程度上使得国内的相关立法与国际接轨的程度并不高。

由于西方国家的互联网发展早于我国，在相关立法领域的经验更为丰富，大部分与网络相关的协议与公约均以西方国家为主导，导致了其内容设置的公平性存疑，普适性不足。<sup>①</sup>

#### 四、完善互联网立法的对策

##### 1. 加强各领域顶层设计，完善法律体系

互联网发展过程中的新技术和新业务不断地对现有法律带来挑战，如云计算、大数据的发展对数据安全、个人信息保护制度等都带来了新的影响，而互联网与传统行业的不断融合也带来了许多新问题。面对这些挑战，我们需要统筹互联网法治建设，准确把握互联网的发展方向，变被动为主动，制定中长期的立法规划，改变立法滞后的局面，坚持推进国家层面立法和加快部门规章立法，坚持立改废并举。<sup>②</sup>同时，对各部门出台的大量部门规章和规范性文件，不断做出整理、评估，通过高位阶立法吸纳原有的制度，使得互联网立法体系更为完善，法律之间的协调性更强。

另一方面，需要加强重点领域立法，完善法律体系。我国在个人信息保护、互联网不正当竞争、青少年上网安全等领域，尚缺乏专门立法。有关个人信息的专门立法，散见于法律、法规和规章中，仍然缺乏体系。目前全球已有100多个国家和地区制定了个人信息保护法，使得信息主体的权利不断强化，信息控制者的责任更加明晰。<sup>③</sup>欧盟，2016年正式通过并发布了史上最严格的《通用数据保护条例》(General Data Protection Regulation, GDPR)，强化了数据收集者和控制者的责任义务。我国也应制定统一的《个人信息保护法》，与时俱进。在互联网不正当竞争行为的立法中，如对域名抢注、网络链接等不正当竞争行为尚缺乏具体的规定；在反垄断领域，目前也缺乏针对互联网行业的反垄断特定条款，这些都是值得关注的立法重点。

##### 2. 规范网络服务提供者，明确界定中间平台责任边界，保护国家创新能力

互联网立法应以个人信息保护和数据安全作为法律规制的重点，而不应一味地强调企业在互联网监管中的责任。在科学合理的制度设计下，企业可以辅助政府完成很多工作，但是一味强调企业责任，将加重企业负担，限制其创新能力。互联网立法必须明确界定中间平台的责任边界，以美国和欧盟为代表的互联网立法，均围绕互联网服务提供商的权利、义务和责任而展开，以保护中间平台为立法宗旨，限制或者豁免其承担责任，从战略层面考量，这实际上是在保护国家的创新能力。<sup>④</sup>要尽量降低管制对互联网产业发展增加的成本，更多地从引导、保护、支持的角度对待互联网产业发展中的问题。<sup>⑤</sup>明确网络平台的责任边界，并不意味着豁免互联网企业在运营中的一切责任，仅意味着在互联网管理思路上的转变。

##### 3. 发挥行业自治能力，通过多元、多工具治理，弥补法律空白

首先，政府对待互联网的态度应实现从“管理”向“治理”的转变。虽然我国有关互联网管理的思路在不断革新，但主要还是参考传统行业的管理模式，进行各行业的市场准入监管，但在“互联网+”时代，各行业之间的界限将不断模糊，如果套用传统的监管模式，会极大地遏制创新。<sup>⑥</sup>因

① 如《公约》中所规定的儿童色情犯罪、侵权版权犯罪、种族犯罪等内容都是西方国家强烈关注的，但实际情况并不符合发展中国家的网络犯罪现状，详见于志刚《“信息化跨国犯罪”时代与〈网络犯罪公约〉的中国取舍》，《法学论坛》2013年第2期。

② 李海英等《国内外互联网法律政策深度观察》，载腾讯研究院等《网络空间法治化的全球视野与中国实践》，北京：法律出版社，2016年，第23页。

③ 李海英等《国内外互联网法律政策深度观察》，载腾讯研究院等《网络空间法治化的全球视野与中国实践》，北京：法律出版社，2016年，第13页。

④ 周汉华《互联网法律的国际经验》，载中国互联网协会编《互联网法律》，北京：电子工业出版社，2016年，第7页。

⑤ 张平《互联网法律规制的若干问题探讨》，《知识产权》2012年第8期。

⑥ 腾讯研究院《互联网+时代的立法与公共政策》，北京：法律出版社，2016年，第3页。

此立法者应从秩序的维护者的理想中超脱出来，做产业的观察者，发挥行业自治能力，对于新业态新模式，不急于出台管制政策。<sup>①</sup>其次，要从单一的管制走向多元的治理。互联网环境下，如果仍然依靠政府传统的监管思路，依靠某一个主体进行互联网的全面治理是难于实现的。我国在互联网治理的思路，应尽量减少政府立法管制的内容，对现有的制度空白，在法律法规和政府监管政策尚未明确的情况下，可以通过行业组织在行业内自律、制定服务标准规范，完善信用机制、用户保护，与政府沟通等各方面发挥作用，<sup>②</sup>实现政府、企业、行业、社会的多方治理格局。在电子商务的管理体制的设立中，要发挥市场配置资源的决定性作用，行政监督管理部门应当尽量避免对市场的干预。<sup>③</sup>通过行业自律手段，建立社会信用体系对相关问题进行规制，等等。<sup>④</sup>再次，要从一刀切监管逐步走向差异化监管。在监管过程中，坚持具体问题具体分析，根据被监管对象本身的特点进行差异化、创新化监管。

#### 4. 提高立法效率，增强互联网立法的前瞻性

我国目前的立法资源配置不合理的问题依旧存在，且行政主导下的立法模式使得立法周期拖延。在互联网时代，时效性更为重要，因此相关立法更应重视效率。应加快速度，适当简化立法和修订法律的程序，适应新形势下的互联网立法形势。另外，由于互联网领域的立法可能变化更大更快，因此需要鼓励互联网专家、技术人员的参与，增强法律的预见性和前瞻性。<sup>⑤</sup>

#### 5. 积极参与国际规则构建，使互联网立法逐步与国际接轨

互联网的无国界性将必然加速法律的全球化进程，如有关个人数据保护的规则，在跨太平洋伙伴关系协定（TPP）、中美投资保护协定、APEC 隐私保护框架中都有涉及。在如今的国际网络规则的制定过程中，往往是以发达国家为主导，包含其利益诉求与价值主张，我们不仅需要借鉴国外的立法，更要积极参与国际规则的构建，提出有利于自己的主张。<sup>⑥</sup>随着全球数字经济的发展，数据跨境流动、跨境电商、打击网络犯罪等都需要新的国际规则，中国应该积极参与到国际规则的制定过程中，及时提出自己主导的制裁网络犯罪的国际公约草案，<sup>⑦</sup>掌握话语权，保障国内企业的利益。

责任编辑：朱志峰

① 李海英 《互联网+时代的互联网法治创新》，载中国互联网协会 《互联网法律》，北京：电子工业出版社，2016年，第234页。

② 李海英 《互联网+时代的互联网法治创新》，载中国互联网协会 《互联网法律》，北京：电子工业出版社，2016年，第235页。

③ 薛军 《互联网时代的中国电子商务立法》，载中国互联网协会 《互联网法律》，北京：电子工业出版社，2016年，第18页。

④ 实际上，我国在行业自治方面已经有了很好的先例，如在网络直播问题上，由于直播内容无法实现审查，为了应对相关问题，2016年4月，百度、新浪、搜狐、爱奇艺、乐视等20多家企业共同发布了《北京网络直播行业自律公约》，承诺网络直播房间必须标识水印，所有主播必须实名认证等。

⑤ 吴志攀 《“互联网+”的兴起与法律的滞后性》，《国家行政学院学报》2015年第3期。

⑥ 周庆山 《论网络法律体系的整体建构》，《河北法学》2014年第8期。

⑦ 于志刚 《“信息化跨国犯罪”时代与〈网络犯罪公约〉的中国取舍》，《法学论坛》2013年第2期。