

“互联网法与网络空间治理”论坛

论
文
集



主办单位：《华东政法大学学报》编辑部

上海 · 2017 年 9 月 15 日

目 录

第一单元

1、大数据方法在法治评估中的应用前景及其限度 1

2、消费者个人信息保护规则之检讨与重塑——以隐私控制理论为基础 13

第二单元

3、网络平台治理中的私人规制及其再规制 27

4、网络空间的全球治理：信息主权的模式建构 40

第三单元

5、网络诽谤案件中“通知—移除”规则的合宪性调控——以公民言论自由和监督权的保护为视角 54

6、完善互联网交易平台专利侵权“通知与移除了”规则的思考——兼评《专利法修改草案（送审稿）》及《电子商务法草案（征求意见稿）》 75

第四单元

7、规制网络链接行为的思维与手段 88

8、电子支付中的四方关系及其规范架构 103

第五单元

9、互联网时代倒卖车票罪的规范解读——有偿抢票服务入罪论 116

10、互联网时代中破坏生产经营罪的新解释——以南京“反向炒信案”为素材 132

11、论电子数据的鉴真问题——基于典型案例的实证分析 142

大数据方法在法治评估中的应用前景及其限度

杜维超¹

摘要：当前我国法治评估在价值和技术层面都存在不足，将大数据方法应用于法治评估领域，是提高法治评估实效性的有益尝试。通过大数据方法在法治评估中的应用，可以提升法治评估解释体系的普遍性，强化法治评估结果的客观性，维持法治评估知识发现路径的开放性，回应法治评估的民主化需求；但大数据在法治评估中的应用也有其限度，因为相关性分析不能完全取代因果性分析，法治研究中无法回避价值判断，大数据可能导致个体性的遮蔽，还可能侵犯人民的基本权利。因此大数据方法与传统抽样调查方法应当在法治评估中配合使用。

关键词：大数据； 法治评估； 前景； 限度

一、问题的提出

法治评估，即以指数、指标等量化手段对特定区域或领域²的法治状况进行衡量和评价的方法体系。我国法治评估运动的理论渊源主要是对域外法治评估理论的继受，如对世界银行的“全球治理指数”（WGI），世界正义工程的法治指数（WJP），香港社会服务联会（HKCSSD）的香港法治指数的学习等。³以2007年中国大陆第一个法治指数“余杭法治指数”的诞生为标志，我国各级政府和法学学者携手在各地展开了法治评估运动。法治评估被认为是法治建设的“抓手”，⁴被誉为“法治中国”建设带有全局性的有效实施机制，⁵还是法治建设的试验主义路径中关键性的反馈环节。⁶然而，中外法治评估实践与美好的理论构想都产生了背离，在价值和技术层面都面临各种质疑，批评者甚至认为多数评估体系的形式和妥当性均都存在问题。⁷（结构、技术、成本）

随着互联网、物联网、云计算等技术的发展，革命性的大数据方法方兴未艾，且深刻的影响了世界各国的治理现状。大数据在全世界的规制、决策和立法等治理领域得到广泛应用，

¹ 杜维超，南京师范大学法学院讲师、中国法治现代化研究院研究员。本文为中国法理学研究会青年专项课题“大数据方法在法治评估中的应用前景研究”的阶段性成果。手机：15168317207，邮箱：duweichao@zju.edu.cn。

² 就区域而言，法治评估的对象可以是一个国家总体法治状况，也可以是特定省、市、区（县）等行政规划区域内的法治状况；就领域而言，法治评估的对象可以是法治总体状况，也可以是法治的某一个方面，比如司法透明度、依法行政水平等内容。

³ 参见钱弘道、王朝霞、戈含峰、刘大伟：《法治评估及其实用》，载《中国社会科学》2012年第4期；汪全胜：《法治指数的中国引入：问题及可能进路》，载《政治与法律》2015年第5期等。

⁴ 钱弘道、杜维超：《法治评估模式辨异》，载《法学研究》2015年第6期。

⁵ 徐汉明、林必恒、张孜仪：《论法治建设指标体系和考核标准的科学构建》，载《法制与社会发展》2014年第1期。

⁶ 钱弘道、杜维超：《论实验主义法治》，载《浙江大学学报(人文社会科学版)》2015年第6期。

⁷ Skaaning, Svend Erik. "Measuring the Rule of Law." *Political Research Quarterly* 63.2(2010):449-460.

甚至发展中国家的治理形态也受到了深刻影响。⁸钱弘道教授也指出，法治是一个系统工程，必须以强大的数据分析系统作支撑，并呼吁“大数据法治时代”的到来。⁹

大数据的定义仍有模糊之处。有人认为大数据主要是指样本规模而言，如 MC 公司认为规模在 10TB 以上且具有多用户集群效应的数据才是大数据，¹⁰也有观点认为，大数据的根本特征并非数据规模，而是指数据的全样本性。¹¹基于法治评估的合目的性考量，笔者赞成后一观点。具体而言，大数据的表层特征是所谓的“4V”，即 Volume（数据容量巨大）、Velocity（数据产生处理速度快）、Variety（数据类型多样）、和 Value（数据价值巨大）；¹²但其区别与传统小数据方法的根本差异则是思维层面上的数据类型是全样本而非随机样本；样本特性是混杂性而非精确性；推论原则是相关关系而非因果关系。¹³正是这些深层特质使得大数据在社会科学领域有着广阔的应用前景。

在我国，大数据在法律实践和法学研究中的运用也都已经展开了初步探索。就已有实践而言，大数据主要被应用于司法数据统计与研究、¹⁴裁判文书公开¹⁵等领域；而就理论研究而言，许多学者对此进行了概括式和展望性的研究，大致认为大数据在立法、法律服务、司法裁判、执法决策、法律运行状况、法律效果评价等研究领域发挥作用，并将深刻的改变法学研究的范式。¹⁶然而总体而言，基于大数据的法学研究还处于起步阶段，据统计，人文社会科学领域的数据研究文献主要分布在情报与文献学(34. 46%)，新闻传播学(20. 22%)，管理学(10. 30%)，教育学(9. 36%)和经济学(7. 68%)等领域，而法学领域的大数据研究则总体极为贫乏。¹⁷

笔者认为，尝试将大数据方法应用于法治评估领域，将是推进法治评估实效乃至法学实证研究水平的有益尝试。基于对国内法治评估现状及其困境的深入分析，我们对此展开了前期论证，提出应当将大数据方法引入法治评估。这一方法的初步构思，是在某些法治目标领域，基于特定网站和关键词进行全样本抓取形成数据库，并对该法治大数据进行深度挖掘，确定若干与法治程度相关且具有可比性的数据值，对各地法治建设情况进行评估。与我们认为

⁸ Provost, F. and T. Fawcett. "Data Science and its Relationship to Big Data and Data-Driven Decision Making." *Big Data* 1.1(2013):51. Also See Backus, Michiel. "E-governance in Developing Countries." *Iicd Research Brief* (2001).

⁹ 钱弘道：《走向大数据法治时代》，载《中国社会科学报》2016年8月17日第5版。

¹⁰ 郭晓科：《大数据》，清华大学出版社2013年版，第5页。

¹¹ 白建军：《大数据对法学研究的些许影响》，载《中外法学》2015年第1期。

¹² [美] 弗兰克斯：《驾驭大数据》，黄海，车皓阳，等，人民邮电出版社2013年版，第4—7页。

¹³ [英] 维克托·迈尔-舍恩伯格、肯尼斯·库克耶：《大数据时代：生活、工作与思维的大变革》，盛杨燕、周涛译，浙江人民出版社2013年版，第一部分“大数据时代的思维变革”。

¹⁴ 如最高人民法院推出第四个五年改革纲要中提出，以“大数据、大格局、大服务”理念为指导，深化司法统计改革，构建实证分析模型；浙江省法院系统也对近700万案件及部分庭审录音和电子卷宗进行了信息化汇总。

¹⁵ 如最高人民法院《关于人民法院在互联网公布裁判文书的规定》要求裁判文书生效后七日内按照规定完成技术处理在中国裁判文书网公布，并推出了“法信”法律应用网络服务平台。

¹⁶ 参见胡凌：《大数据兴起对法律实践与理论研究的影响》，载《新疆师范大学学报（哲学社会科学版）》2015年第4期；方印、张海荣：《大数据：法学研究的重要维度》，《中国社会科学报》2016年2月17日第5版。

¹⁷ 赵蓉英、魏绪秋：《计量视角下的我国人文社会科学领域大数据研究热点挖掘与分析》载《情报杂志》2016年第2期。

为，基于大数据的法治评估体系很可能是应对前述价值和技术困境的有益尝试。

二、大数据方法在法治评估中的应用前景

（一）从测量到感知：提升法治评估解释体系的普遍性

法治评估发挥其预想功能的基本前提，就是全面的反映法治现状，然而这一构想面临的难题之一就是法治作为社会综合系统的复杂性。金斯伯格就认为，当前法治评估以法治概念化为前提，其秉持的社会科学基本假设面临着严重的方法论挑战（Methodological challenges），导致这种评估方式的有效性存在欠缺。¹⁸前述社会科学基本假设即传统的科学主义观念：现有法治评估体系在法治领域持一种“实在论”、“反映论”和“还原论”的观点，将法治视为一种客观实在物，希望以“抽样统计”方法对法治的“真实”状况进行准确的反应。这种客观性追求错误的预设了法治概念的本质，其将法治视为孔德式的“社会静力学”样本，以抽样统计给予解剖学切片视的审视。

但法治实则是具有社会性和混杂性的“社会复杂系统”，基于实在性、一致性和机械性假设的评估方法很难对其达成完全的还原。社会物理学曾秉持主客体两分的预设、以测量为主要观察方法，而大数据方法更强调思想信息的流动性，以感知为主要观察方法。用社会静力学来分析社会结构的问题是将个体当作物理学的“质点”，将个体的情感、欲望、意图作为个体的“参数”，而忽略了其丰富性，因此完全从外部性角度给出描述。彭特兰指出，互联网和大数据，为精确的描绘人类观念互动结果提供了可能性，这是一种交互性、内部性视角，强调的是“流动性、社会网络和可视化”。¹⁹

就法治概念的社会性而言，法治是“属人”的社会概念，而非“属物”的自然概念，对法治的观察必须考虑到其中不同人群之间主观需求和意志之不可预测的冲突与交互作用。传统方法试图实现法治系统的符号化和体系化，而大数据方法却要求把握法治系统中主体行动背景的宏观景象。大数据的“感知”方式改变着研究的基本方式，即由偏重叙事研究转向与结构分析并重、由个别事件转向与普遍过程并重、由因素或因果分析转向与关系分析并重。²⁰大数据方法的特征之一就是其追求“混杂性”而不是“精确性”，这是一种混沌理论(Chaos theory)的思维，即不再追求各种细节的精确还原，因为社会系统中人的相互关系极度复杂，是难以预测和把握的，但“如果我们忽略繁琐的细节，就可以从人群中找出一般性的组织原则”，²¹大数据使得受调查者不再被简化为从社会关系中剥离出来的“样本”，而使得关注的

¹⁸ Ginsburg, Tom. "Pitfalls of Measuring the Rule of Law." *Hague Journal on the Rule of Law* 3.2(2011): 269-280.

¹⁹ [美] 阿莱克斯·彭特兰：《智慧社会：大数据与社会物理学》，汪小帆、汪容译，浙江人民出版社2015年版，前言X。

²⁰ 陈泓茹、赵宁、汪伟：《大数据融入人文社会科学的基本问题》，载《社会观察》2016年第2期。

²¹ 牛文元：《社会物理学国际前沿研究透视》，范泽孟、刘怡君等译，科学出版社2007年版，第202-207页。

核心从精确知识转向总体性知识。²²

就法治概念的混杂性而言，由于法治范畴的开放性，其变量几乎是无限多的，且不是一元相关而是多元相关，大部分不是线性相关而是非线性相关的。有学者就认为，当前法治评估体系通过描述局部工程性结果（法治事实）来推论体系性首要目标的完成程度（法治效果），是不成立的。²³如2013年度余杭法治指数报告发现，2007—2013年度余杭的“依法执政指数”波动幅度过大，其给出的解释是“可能原因在于党委的工作政策导向性极强，从而弱化了工作的持续性”，²⁴这一解释看起来确实很可能与指数结果存在因果关系，但该指数明显存在多元相关性，在研究中却完全没有控制其它变量，例如其至少还存在如下几种解释：外部经济环境变化（如楼市、股市等）导致市民生活品质变动，进而影响其评价；环境问题导致市民满意度下降；突发偶然事件（如中泰垃圾焚烧厂事件）导致评价突变等。而由于大数据“全样本”的特质，使得法治评估展现的是处于作为复杂社会关系的法治体系中群体动态行为全景，而其不设前置限制的数据挖掘方法使其可以在大数据中进行开放性的分析，可以无限制考察各种可能性的相关关系。

（二）从人工到自动：强化法治评估结果的客观性

法治评估被认为是科学管理的新型工具，它应当将社会管理的总体目标进行逐层分解，以形成若干具有“可观测性”的具体评估指标，而其最终目的就是将若干社会管理目标从抽象价值表达转化为客观性标准，²⁵以此摆脱各种主观性对评估的干扰，维护评估结果的公平性。然而由于在评估各环节中人的参与，主观性是不可避免的，这就严重的影响了法治评估的客观性和公正性。这种主观性具体源自法治评估的主体、对象和方法上。而大数据方法的自动化特征可以有效的限制其主观性，强化其公正性。正如桑斯坦所说，信息时代在海量数据基础上依据算法和统计模型进行的“自动化”，可以有效的避免权力任意和滥用。²⁶

现有法治评估的主观性首先来自其评估主体。纵观国际法治评估发起方，主要是相对独立的国际国内组织，资金来源也是独立筹措的，与被评估方没有隶属管制关系和经济关联，因此中立性得到保障；而国内法治评估，除了极少数由学者主导的独立第三方评估外，绝大部分评估是在公权力机关内部依据科层体制序列确立的，因为我国独特的政治文化背景下，社会资源及数据信息高度向国家集中，法治评估要顺利推行，必须获取各级政府的支持，钱弘道教授总结多年“余杭法治指数”实践后就指出，如果不靠政府提供，各项法治指标数据

²² [英]维克托·迈尔-舍恩伯格：《大数据时代：生活、工作与思维的大变革》，周涛译，浙江人民出版社2012年版，第132页。

²³ Cohen, Elin, et al. "Truth and Consequences in Rule of Law: Inferences, Attribution and Evaluation." *Hague Journal on the Rule of Law* 3.1(2011):106-129.

²⁴ 钱弘道：《2013年余杭法治指数报告》，载《中国地方法治发展报告No.1》，社会科学文献出版社2015年版，第359-377页。

²⁵ 王朝霞、钱弘道：《以法治评估促进社会管理创新》，载《人民日报》2013年1月15日第4版。

²⁶ [美]卡斯·桑斯坦著：《简化的未来》，陈丽芳译，中信出版社2015年版，第5章

就很难获取；²⁷遵循着封闭性权力结构体系的内部运行逻辑，大多评估由上级或同级依法行政工作领导协调机构具体负责考核评价的组织实施，有学者认为这是“既是运动员又是裁判员式的内部考核”，背离了法治评估的初衷。²⁸而大数据方法的数据信息源自网络爬虫自动抓取，无需大量资源投入及政府机关的配合，可以完全由独立第三方掌握，从而排除了各种主观性干扰。

现有法治评估的主观性还来自其评估对象。绩效评估理论指出，当评估结果与激励机制相链接时，如果激励力度超过一定程度，评估对象就可能以特定决策及行为导致信息失真，影响评估结果，此即评估中的博弈行为。²⁹我国法治评估目标设计中就包含着激励结构。如安徽省将法治建设纳入相应政府目标管理绩效考核，对年度考核得分位居前5名的市政府，省政府予以表彰，并给予较大数额以奖代补资金，对考核得分位居后3名的市政府，省政府予以通报批评，并责成责任人提出整改措施。³⁰而四川省法治建设状况评估办法也规定了“结果运用”一节，要求把评估结果运用到干部选任、绩效考核、约谈整改等方面，实现以评促改既定目标，其中包括升档考虑和降档考虑，分别要承担不同的奖惩措施。因此有学者指出，在政府机关主导的评估中，一些数据完全可以人为扭曲和设计，而无从监督，从而造成唯指标主义和追求“工程进度”的法治功利主义。³¹而大数据方法所获取的评估对象数据源自自动抓取，是一种客观性和被动性数据，评估对象完全被排除到数据产生过程外，无法对数据产生影响，从而保证了评估可以排除对象的主观因素影响。

现有法治评估的主观性还体现在其评估方法上。我国法治政府体系的评估体系比较简单，常采用多项变量等值加权后的数值。而且这些简单加权多使用定性数据。应该说，定性数据更容易受考核机关工作人员的主观感知或者情绪波动影响。而评估中采用过多的定性数据必然会影响评估的公正性。比如重庆市区县（自治县）人民政府法治政府建设考核内容及评分标准》中对所有的考核内容都设置了相应的分数。“完成好”记多少分，“完成不好”扣多少分。而“什么是完成好”和“什么是完成不好”仍然需要考核机关来定性。³²而面对民众的抽样调查方法其信度本身也存在易受参与者主观性影响的固有缺陷，如被调查者情绪波动、精神状态、个人偏见、环境影响、调查人员干扰等。³³而大数据方法获取数据乃至挖掘分析数据的全过程均由计算机自行完成，仅需技术人员提前设定若干参数，数据获取过程中无需调查者参与，而且也没有特定的个体被调查者，而仅获取非个体化的宏观数据，因此最大程度的排除了任何主观性的影响。

²⁷ 钱弘道、王朝霞：《论中国法治评估的转型》，载《中国社会科学》2015年第5期。

²⁸ 杨小军、杨庆云：《法治政府第三方评估问题研究》，载《学习论坛》2014年第12期。

²⁹ Bohte, John, and K. J. Meier. *Goal Displacement: Assessing the Motivation for Organizational Cheating Progress in Behaviour Therapy*. Springer Berlin Heidelberg, 2000:93-99.

³⁰ 尹军：《关于法治安徽建设指标体系和考核标准的实证研究——以安徽省政府法治建设（法制宣传）目标管理绩效考核为例》，载《中国司法》2014年第8期。

³¹ 尹奎杰：《法治评估指标体系的“能”与“不能”》，载《长白学刊》2014年第2期。

³² 刘艺：《论我国法治政府评估指标体系的建构》，载《现代法学》2016年第4期。

³³ 郑杭生：《社会学概论新修》，中国人民大学出版社2007年版，第477页。

(三) 从演绎到归纳：维持法治评估知识发现路径的开放性

法治评估的重要功能之一，就是“信息收集与传递功能”和“知识积累与创新”，³⁴这两个功能的效果就是发现关于法治的有效信息和知识，并以此提供法治建设决策依据。对于法治评估发现法治知识的具体路径，当前实践基本持一种构建型思维，采取了自上而下的路径设计。其认为法治体系由若干关键实体要素组成，从而可以通过将其层层分解的方法，明确需要评估的领域及标准，以对其进行全面了解。当前我国各地的法治评估体系，也基本是根据中央文件精神或法学家理论设计，确立若干法治具体事项，再层层分解为若干级指标，进行评估后再汇总。³⁵

这一种自上而下的构建型进路，背后预设了一种内在融贯的理论前提，此种理论被认为是具有前瞻性和引导性的，当前法治评估中的知识发现，实际上是服务于这些理论预设目标的。这是一种经验服务于理论的知识发现范式，在此范式中所需求的数据主要是结构化的，是基于预设理论模型进行定向搜集获取的。但因为追求一致性的宏大理论经常难以解释现实，且由于传统经验材料获取上的困难使其无法满足理论验证的需求，在现代实证研究中，学者只能不断增加结构性要素，降低理论层级，保证研究的可操作性，这就使得实证研究学进入了所谓“后大理论”时代。³⁶但当前的法治评估却追求体系完备性，希望其指标体系尽量覆盖法治各主要领域，从而设定知识发现方向。但由于法治外延的模糊及其与社会生活各方面的深刻联系，使得这一预想左支右绌。

传统的法治评估研究研究，强调在理论的前提下建立假设，收集数据，证伪理论的适用性，采用随机抽样的定量调查问卷获取数据，验证假设，你间的问题被访者也不会回答。这是一种自上而下的决策和思维过程。数据挖掘本质上是一个归纳的过程，这和传统法治评估中的逻辑推演式的层层分解指标截然相反。它不是用于验证某个假定模型的正确性，而是在数据库中自己寻找模型，它能找出存在于数据中的潜在关联和规则，这不仅能使我们了解法治中“我们不知道的方面”，更能使我们了解“我们不知道我们自己不知道”的方面。³⁷

而大数据方法的数据需求具有“碎片化”特征，亦即大数据方法的研究对象是非结构化和片段性的数据，这一范式和基于理论演绎的传统知识发现路径有本质区别方法，它是一种归纳式和演化式的路径。其基本工具是数据挖掘(data mining)，而其特性是其并无预设或需验证的模型，而是在海量数据中自行归纳新模型，发现被忽视的关联。³⁸在这一路径下，法治评估体系无需提前设置巨细靡遗的指标体系，而只需确定数据抓取范围，其余的事情就交

给机器挖掘，等待关于法治的知识“向我们显现自身”。

中国作为法治建设的后发国家，面临着诸多不确定性，而法律与发展运动的失败也证明，法治建设必须深刻的体察地方性知识，寻求内生性的制度秩序生成路径。这就要求法治建设者坚持理性谦抑姿态，秉持一种演化型而非构建型的法治发展观。当前法治评估中，其指标设计不管是源自中央文件精神，还是学者设计，都有陷入理论独断的风险。据统计，人类社会的数据中结构化数据只占10%，其它是非结构化数据，对非结构化法治数据的关注和挖掘，将突破法学者的视野局限，发现法治数据中的潜在关联，获取新颖的法治信息与知识。正如学者指出的，大数据的应用将研究者的视野有效扩展到个人经验、见识甚至想象之外。大数据的海量信息在时空上具有传统抽样数据无法比拟的广度和深度，其全样本的性质能够在最大程度上避免个人经验有限性对研究过程客观性的负面影响。³⁹

(四) 从科层制到扁平化：回应法治评估的民主化需求

法治评估除了作为决策参考依据，同时还承担着提供民主参与路径的作用。孙笑侠教授在谈及法治评估时就指出，在法治体系中怎样更好的体现人民性也是非常重要的，评估指标更多的要面向民众。在调查中要反应民意的要求，而民众对法治的新期待和新要求可概括为两个字——民权。如何在评估中面向民权作出反应，那么法治评估的核心本质就抓住了。⁴⁰但这一设想在当前法治评估中面临困境，这种民主参与困境包括两个方面，就内部而言，体现为评估程序本身的公开透明性不足，就外部而言，体现在评估指标体系对民意的代表性不足。

程序不透明的问题主要存在于政府机关主导的法治评估中。这种评估实际上是科层制内部机制，是行政权的自我绩效审查，因而可以视为一种行政行为，因而应当满足行政公开原则。而法治评估程序的主要作用也是对权力运行的监督。在这个角度，法治评估程序公开其实是政府信息公开的一个次级命题。然而，其总体公开状况不容乐观。各种评估体系大多只公开了上级政府对下级部门下发的执行性文件，这里的文件是一种科层制内部上传下达的渠道，而不是向外部的说明和解释。而各评估体系的具体指标结构、评分标准、执行主体、计算方式等基本也未向社会公开，而更为重要的评估结果，除深圳、四川、余杭等少数地方外，基本没有定期性的对社会公布，而只作为政府内部的考评依据。这样普通群众就无法从对其评估的公正性和实际效果进行监督，也无法对某部门的法治工作水平产生基本认识。而通过网络搜索，可以看到少数对社会公布的内容基本是以宣传性新闻为主要形式的，例如

³⁴ 王称心主编：《依法治理评价理论与实践研究》，中国法制出版社2006年版，第135—136页。

³⁵ 钱弘道等：《法治评估的实验——余杭案例》，法律出版社2013年版，第309—310页。

³⁶ 陈云松：《大数据中的百年社会学——基于百万书籍的文化影响力研究》，载《社会学研究》，2015年第1期。

³⁷ 《大数据带来社科研究新变化》，载《人民日报》2015年8月24日第5版。

³⁸ 唐文方：《大数据与小数据：社会科学研究方法的探讨》，载《中山大学学报(社会科学版)》2015年第6期。

³⁹ 《大数据带来社科研究新变化》，载《人民日报》2015年8月24日第5版。

⁴⁰ 来自2008年度余杭法治指数评审会议发言纪要，2009年6月14日，参见钱弘道主编：《中国法治增长点——学者和官员畅谈录》，中国社会科学出版社2012年版，第81页。

以上海市发布的所谓“法治GDP”指标体系为例,⁴¹这种新闻一般会简单介绍其发起方和一级指标,但对其具体技术细节则并未公布,这也使我们无从得知这一指标体系具体效果如何。

而评估指标中对民主参与性的体现,则主要体现在指标体系中民调环节的设置。我国大部分评估体系并未设置民调环节,而主要由各种“客观指标”组成。在法治政府评估过程中,基本上采取政府部门的内部评议为主,外部评议为辅的原则,进入法治政府评估过程的公众数量非常少,不具有说服力。⁴²少数设置了民调环节的评估,其效果也仍待加强,例如《广东省法治政府建设指标体系(试行)》每单项指标中也都有社会满意度的要求,制度建设中要求社会公众对政府和规范性文件制定发布工作的总体满意度达80%以上,行政决策、行政执法、政府信息公开、社会矛盾防范与化解行政监督、依法行政能力建设和依法行政的保障中社会满意度都要求达到80%以上。⁴³然而,我们无法获知该满意度调查的具体方式,对民众是否能准确的获知相关信息作出准确评价也存疑。

以上情况的出现,其本质源自现有官僚科层制的治理结构,科层体制的基本特征就是与公民社会的相对分立性及自身的体系封闭性,这虽然是现代性政治体系的必要特征,但也使得无论是科层制向社会的信息输出(透明运行),还是社会意见向科层制体系内的输入(民意调查),都要付出巨大的额外成本,而效果则差强人意,这种状况的本质实则是信息和数据流动的不自由,体现着国家和社会在信息掌握上的权力不对等。而大数据的开放性和流动性特征,代表着权力的开放和流动,这种开放和流动,是多中心的、水平的,因此,它将使统治权力的结构更为混杂,挑战既有的代议制政治与官僚制度;它重塑治理结构与决策过程,拉长了民意辩论与协商共识”,建构更为平权化的治理模式,甚至将“实现彻底的多数决。⁴⁴基于大数据的法治评估,在数据获取上无需科层体制的渠道,数据是完全公开的,也就不存在透明性问题;而在民意获取上,由于大数据在数据量和代表性上的绝对优势,通过对数据的语义和态度分析,大数据实际上能比现有的民调模式更为全面深刻的反映民意。

三、法治评估中大数据方法应用的限度

虽然大数据作为新兴的社会科学研究方法具有若干突出优势,但其应用仍存在严格的场景限制,且由于法学研究及法治概念的自身特征,也使得大数据方法在法治评估中的应用存在着限度。在这些情况下,传统的抽样调查方法仍然发挥着必要作用,应当与大数据方法配合使用。

⁴¹ 王海燕:《沪首创政府“法治GDP”指标体系》,《解放日报》2016年1月15日第3版。

⁴² 汪全胜:《法治评估主体的模式探析》,载《法治研究》2015年第2期。

⁴³ 杨小军、陈建科:《完善法治政府指标体系研究》,载《理论与改革》2013年第6期。

⁴⁴ 王向民:《大数据时代的国家治理转型》,载《探索与争鸣》2014年第10期。

(一) 相关性分析不能完全取代因果性分析

一般认为,挖掘因果机制是社会科学研究的基本任务,也是社会科学知识积累的核心。在法学实证研究里,基于数据描述得出的“描述性推论”(descriptive inferences)一般仅作为研究的一个前置步骤,其有待于进一步提炼出对法学现象及成因关系之间的因果性推论(causal inferences)。⁴⁵而由于大数据方法重视“相关性而非因果性”的特性,其只描述“是什么”,而不追问“为什么”,由于数据量的庞大,大数据分析很容易得出统计意义上显著的回归系数,但这却无法证明两个变量之间存在因果关系。⁴⁶所以它只在海量数据的基础上分析出法治现象之间的关联关系及关联方向,而不再追问其因果关系链条。

大数据方法的去因果性不能完全满足法治评估的需求。在实践需求上,法治评估承担着为法治建设主体提供决策参考的功能,这就要求能根据其评估结果对特定法治现象的成因及机制作出分析,以供法治建设主体针对性的改进工作,而大数据只能显示若干法治事实之间存在着方向性的相关,而其因果关联及形成机制却是无从证实或证伪的,法治建设主体也就无从根据评估结果进行决策,因而因果性分析的缺失使得大数据方法不能完全满足法治评估的法治决策参考要求;而在理论需求上,法治评估还具有检验和发展法治理论的功能,这就需要根据既有法治理论的命题假设,对评估数据进行识别和解释,并通过证实或证伪进一步发展因果命题结果,而大数据方法无法确定特定法治现象的真实成因,也就无法验证特定理论假设,因果性分析的缺失使得大数据方法不能完全满足法治评估的理论功能。

(二) 法治研究中无法回避价值判断

法治本身是一个构建新概念,必然隐藏着不同的政治价值预设,实际上“法治”是并非作为分类学对象的实在物,而是基于合目的性的价值构建,它属于“规范论”范畴,它不是语义学而是语用学话语。⁴⁷所以法治普遍被认为是个“本质争议性概念”(Essentially Contested Concept),无法实现摆脱意识形态的中立,其概念构建必须进行价值判断。而大数据方法的基本分析工具是数据挖掘(data mining),其挖掘的数据库源自全样本抓取,无需预先设置指标范围,从而暂时回避了价值判断,但在法治评估的其余步骤,价值判断是无法回避的。

首先,法治评估本身就是对不同法治理想类型的多元表达,评估主体在设置指标时,通过对各种价值的取舍与权重赋值,对法治的价值理想型进行了主观选择,评估结果同时也是对这些理想类型的检验,而大数据方法回避价值判断,也就使得法治评估失去了法治理想类

⁴⁵ 前者是对已有数据的准确概括,后者则是通过已有数据进一步推论出我们未知的事实。See Epstein, Lee, and Gary King. "The rules of inference." *The University of Chicago Law Review* (2002): 1-133.

⁴⁶ Marcus, Gary, and Ernest Davis. "Eight (no, nine!) problems with big data." *The New York Times* 6.04 (2014): 2014.

⁴⁷ 杜维超:《作为修辞的诠释:整全法理论对法律确定性的重构》,《法律方法》2015年第18辑。

型表达的功能；其次，大数据方法也无法体现研究对象的社会政治态度，大数据抓取的是对象行为所产生的外显数据，但由于因果联系的薄弱，人类行为的非理性，且大数据方法无法像传统调查一样针对个体进行进一步的定性研究，也就无法对行为背后的真实政治态度作出还原，这与法治的民主性要求相冲突了；最后，对法治评估结果的研究解读也无法离开价值判断，法学本质上还是一门规范性学科，对同样的法治数据，基于不同的道德立场、不同社会价值的位阶排序，可能给出不同的评价，从而影响下一步的决策、立法等法治行动。

（三）大数据可能导致个体性的遮蔽

法治服务于良法善治，其终极目标还是人的福祉；法治的权利本位也隐藏着个体性的张扬，要求对全体公民的权利给予平等保护，反对简单的多数决。然而，大数据方法的显著特征之一就是去人格化和去个体化，大数据的抓取对象是脱离其创造者的数据，而且分析对象则是经过机器裁剪和处理后的数据集，个体人格的特征及偏好在这种数据中就被遮蔽了，这就使得大数据方法无法完全满足法治评估的原初目标。

首先，从评估者角度来说，传统的抽样调查和实验研究则可以通过控制变量就自己感兴趣的问题“制造”数据，⁴⁸而大数据方法中数据先于问题存在，评估主体只能在既有法治数据基础上选择分析角度，因此大数据方法实际上限制了主体的研究偏好和研究个性；其次，大数据的全样本性仅是就网络上存在的数据而言，而不是像抽样调查那样通过随机样本提升其代表性，而网络人口在学历、年龄和职业等要素特征上具有片面性，并不能代表全部人口，这样不上网人口在基于大数据作出的决策中就被忽略了；⁴⁹最后，在具体的法治个案中，例如司法或行政领域，必须容纳一定的自由裁量，这些裁量可能关注内容包括对象个体情况、政策导向、功利考量等，而大数据仅关注对象本身，对对象以外的复杂社会关系背景则无法面面俱到，因此其在个案中的应用应当是谦抑的。

（四）大数据可能侵犯人民的基本权利

传统法治理想秉持经典的自由主义哲学，强调个人理性完备、自我负责，但随着现代福利国家的形成，日益强调国家干预及规制，正如哈贝马斯指出的，新的权利体系已经不再能够在仅基于个人自治的社会体系得到保障了，基本权利要实现，必须通过一个进行调节、推动和补偿的国家服务体系。⁵⁰现代社会伴随着政府权力和职能的不断扩展，而大数据就是这

⁴⁸ 唐文方：《大数据与小数据：社会科学研究方法的探讨》，载《中山大学学报(社会科学版)》2015年第6期。

⁴⁹ Wenfang, T. A. N. G., Z. H. A. N. G. Yang, and Sheri MARTIN. "Revolution Postponed—The Limitation of the Internet in Promoting Democracy in China." *Changing State-Society Relations in CONTEMPORARY CHINA*. 2017. 169-205.

⁵⁰ [德]哈贝马斯：《在事实与规范之间：关于法律和民主法治国的商谈理论》，生活·读书·新知三联书店2003年版，第305页。

种权力扩张的最新形式，这就使得权力与权利的边界产生冲突。

首先，大数据可能被侵犯人民的隐私权，传统的抽样调查遵循知情同意的基本学术伦理，数据的获取和使用需以正当程序为前提，而自动抓取的数据大部分并未经过数据产生者的同意，这些数据通常是公民在网络上无意留下的，有学者认为对这些数据未经允许的使用甚至侵犯了公民的“被遗忘权”；其次，大数据的技术封闭性可能侵犯人民的知情权，大数据的获取和挖掘需要一定的算法和规则，这些算法经常过于复杂，导致无法被人民直观理解，其运算过程更是完全封闭的，基于这种数据挖掘得出的法治决策也成为一种“黑箱过程”，这就侵犯了公民的知情权；⁵¹最后，大数据的预测功能还可能侵犯了公民的平等权，这尤其体现在犯罪预防等立法和政策性领域，法律要求依据人的行为与法律后果之间的因果关系发挥作用，但如果根据大数据的精准预测结果产出对个体产生影响的政策，就会颠覆了以个体自由意志及具体行为作为承担法律责任之基础的假定，从而侵犯了公民的自主性和平等权利。

四、结语

总之，由于当前我国法治评估在价值和技术层面都存在不足，将大数据方法应用于法治评估领域，是推进法治评估实效的有益尝试。通过大数据方法在法治评估中的应用，可以提升法治评估解释体系的普遍性，强化法治评估结果的客观性，维持法治评估知识发现路径的开放性，回应法治评估的民主化需求；但大数据在法治评估中的应用也有其限度，因为相关性分析不能完全取代因果性分析，法治研究中无法回避价值判断，大数据可能导致个体性的遮蔽，还可能侵犯人民的基本权利。综上所述，应当积极的探索大数据方法在法治评估中的应用形式，同时清醒的意识到大数据方法的限度，谨慎的设计大数据方法与传统抽样调查方法的互补合作模式，全面提升我国法治评估的实效性。

The Application Prospect and Limits of the Big Data Method in the Evaluation of the Rule of Law

Abstract: At present, the evaluation of the rule of law in our country has shortpart in both the value and the technical level. It is a useful attempt to improve the effectiveness of the evaluation of the rule of law by applying the big data method. The application of big data method in the evaluation of the rule of law can enhance the universality of the evaluation system, strengthen the objectivity of the evaluation results, maintain the openness of the knowledge discovery path and response the democratization needs of the rule of law. The application of the big data method has its limits, because the correlation analysis can not completely replace the causal analysis, the rule of law can not avoid value judgement, big data may lead to obscure individuality, also may violate

⁵¹ Pasquale, Frank. *The black box society: The secret algorithms that control money and information*. Harvard University Press, 2015.

the people's basic rights. Therefore, Big data methods and traditional sampling survey methods should be Cooperative used in the evaluation of the rule of law.

key words: evaluation of the rule of law; big data; Prospect; Limits

消费者个人信息保护规则之检讨与重塑

——以隐私控制理论为基础

金耀*

内容摘要：从《消费者权益保护法》第 29 条到《网络安全法》第 41 条，以同意规则为中心的消费者信息保护模式，在当前大数据环境受到了极大挑战。消费者对个人信息的全面控制既无可能也无必要，而这一乌托邦式的愿景源于隐私控制理论。通过回溯与检讨隐私控制理论，将隐私权理解为对个人信息的相对控制，并在消费者与经营者关系中引入知情理论，较之当下单一的同意规则更具操作性与合理性。《民法总则》第 111 条之规定为解释和重塑上述规则提供了依据和空间。结合当前国外个人信息保护的最新立法动向，应适当限缩同意规则的适用，采纳场景风险规则，从权利规范转向规制数据从业者的行为规范。

关键词：消费者 个人信息 同意规则 隐私控制 场景风险

一、问题的提出

大数据被誉为“21 世纪的钻石矿”，是国家基础性战略资源，正日益对国家治理能力、经济运行机制、社会生活方式以及各领域的生产、流通、分配、消费活动产生重要的影响，各国政府都在积极推动大数据应用与发展。¹数据已经渗透到每一个行业和业务职能领域，如今已成为与劳动力和资本同等重要的生产要素。²数字经济已成为我国经济重要组成部分，根据统计，2016 年我国数字经济 GDP 大约为 23 万亿，占总体 GDP 的 30% 左右。³数据资源的价值挖掘和发现，将极大地改变传统经济模式和人们的生活方式。尤其是在精准广告领域，消费者可以体验到经营者为其定制的个性化服务，但也面临更大的隐私风险。

消费者个人信息⁴主要用途集中在四个领域：商业活动，决策支持，生活方式，犯罪或欺诈。⁵在大数据时代，消费者个人信息若未被合理正当地使用，对于消费者的损害后果就

* 金耀，华东政法大学研究生教育院，博士研究生，邮箱：10093493@qq.com。电话：13858286880，通讯地址：上海市长宁区万航渡路 1575 号华东政法大学财产法研究院。本文系国家社科基金重大项目“信息服务与信息交易法律制度研究”(13&ZD178)阶段性成果。

¹ 全国信息安全标准化技术委员会：《大数据安全标准化白皮书（2017）》，2017 年 4 月，第 1 页。

² See Manyika J, et al. *Big data: The next frontier for innovation, competition, and productivity*. McKinsey Global Institute, 2011.

³ 腾讯研究院：《中国“互联网+”数字经济指数(2017)》，2017 年 4 月，第 10 页。

⁴ 本文研究的对象限定在消费领域与个人相关的信息，排除健康医疗信息、基因信息等敏感信息，因信息的不同分类其规范的原理和规则理应有所区别。

⁵ See Thomas, Robert E. and Virginia G. Maurer, *Database Marketing Practice: Protecting Consumer Privacy*. 16(1) Journal of Public Policy & Marketing 147,155(2000).

更为严重。相较于传统侵权行为，此类侵权行为更具隐蔽性和复杂性，使得消费者在诉诸救济时往往显得力不从心。这种无力感可从我国 Cookie 隐私权纠纷第一案“北京百度网讯科技公司与朱某隐私权纠纷案”窥见一般，终审判决百度公司的精准广告商业行为并未侵犯朱某隐私权。⁶消费者难以直接控制企业的数据收集和利用行为，在当前数字环境下当然也更难控制第三方非法使用其提供的数据。“北京微梦创科网络技术有限公司（新浪微博）诉脉脉软件不正当竞争”一案，第三方脉脉软件未经消费者同意使用其提供给新浪微博的个人信息，尽管最终判决新浪微博胜诉，但事实上消费者要据此提起诉讼困难重重，依靠平台提起不正当竞争之诉似乎成为了无奈之举。⁷

立法者为解决消费者在大数据时代面临的隐私风险和个人信息失控的局面，迫切地赋予消费者对个人信息的全面控制，期待一揽子解决问题。从 2013 新修订的《消费者权益保护法》第 29 条到 2016 年新颁布的《网络安全法》第 41 条，通过同意规则赋予消费者对个人信息的全面控制，即个人对信息的收集和利用享有选择和同意权。⁸事实上，简单地赋予消费者对于个人信息的控制权，并未实质上降低消费者在数字时代可能面临的隐私风险。通过同意规则赋予消费者对个人信息全面控制的法理基础何在？在当前大数据环境下是否具有可行性？换言之，同意规则是否已经构成了当前信息正当处理的唯一准则？同意规则的适用是否意味着个人信息已归属于人格权体系？上述一系列问题的理解与澄清可夯实下一步相关立法的理论基础，而《民法总则》第 111 条新设个人信息保护条款为解释相关规则提供了依据和空间。本文以此为契机，试对上述相关法律问题进行全面检讨，旨在为相关规则的解释与完善提供依据。

二、消费者个人信息的全面控制：可预见的失败

从我国当前立法看，在消费者个人信息保护领域中占据主流学说的是个人信息控制理论。赋予个人对个人信息的控制权，不论是个人信息财产权还是信息权在国内得到了不少学者的青睐，⁹进而也有学者提出围绕以同意规则构建个人信息保护。¹⁰该理论可以说与早期国际个

⁶ “上诉人北京百度网讯科技有限公司与被上诉人朱烨隐私权纠纷一案的民事判决书”南京市中级人民法院（2014）宁民终字第 5028 号。

⁷ “北京淘友天下技术有限公司等与北京微梦创科网络技术有限公司不正当竞争纠纷二审民事判决书”北京知识产权法院（2016）京 73 民终 588 号。

⁸ 《消费者权益保护法》中确立了消费者对个人信息收集和利用的同意规则，第 29 条规定：经营者收集、使用消费者个人信息，应当遵循合法、正当、必要的原则，明示收集、使用信息的目的、方式和范围，并经消费者同意；2016 年颁布的《网络安全法》也遵循了该规则，第 41 条规定：网络运营者收集、使用个人信息，应当遵循合法、正当、必要的原则，公开收集、使用规则，明示收集、使用信息的目的、方式和范围，并经被收集者同意。

⁹ 刘德良：《个人信息的财产权保护》，载《法学研究》，2007 年第 3 期；齐爱民、李仪：《论利益平衡视野下的个人信息权制度——在人格利益与信息自由之间》，载《法学评论》，2011 年第 3 期；余筱兰：《信息权在我国民法典编纂中的立法遵从》，载《法学杂志》，2017 年第 4 期。

¹⁰ 张茂月：《大数据时代公民个人信息数据面临的风险与应对》，载《情报理论与实践》，2015 年第 6 期；徐丽枝：《个人信息处理中同意原则适用的困境与破解思路》，载《图书情报知识》，2017 年第 1 期。

人信息保护原则相一致，该原则奠定于 1980 年 OECD 《隐私保护和个人数据流通指南》和 1981 年欧洲委员会的《个人数据自动处理中的个人保护公约》，并由 1995 《个人数据保护指令》为欧盟及其成员国确立。¹¹因而，在国内个人信息权往往被视为是一般人格权或是具体人格权的一种。在司法实践中，由于个人信息保护专门立法的缺位，对于消费者个人信息的保护往往借助于隐私侵权救济，¹²最近也有法院通过一般人格权来保护个人信息。¹³

个人信息与隐私存在着千丝万缕的关系，而关于个人信息的法律属性也存在不同的学说，¹⁴司法判决也是对此认识不一。在法学理论界和司法实务界，除了用“隐私”之外，与人格利益相关的自由、自决和自治等内容模糊、外延宽泛的概念，也被用来描述个人数据、数据处理或者个人信息数字化问题，并成为一种不确定的法律救济途径。¹⁵个人信息保护在理论与司法实践中难以统一又面临失控的困境，很大程度上源于人们对个人信息绝对控制的期望，但在大数据环境下这一乌托邦式的愿景注定是一场可预见的失败：

其一，信息的本质特征是自由与共享，个人信息本身的内涵并不确定。信息在知识产权领域一直被视为是处于公共领域，版权法上明确只保护思想的表达而不保护思想本身，因信息本身无法被控制并赋予支配权。信息的自由流通和共享是数字经济发展的前提，个人信息上的资产价值愈发受到重视，除了个人敏感信息之外，在符合法律规定的情形下，公开和共享依然是个人信息基本属性。再者，就个人信息的内容本身而言就存在不确定性，在不同的场景下个人信息的敏感性和识别性因人而异。因此，要赋予个人信息这一本身范围不确定的对象以控制权只是为了应对当前严峻的个人信息保护现状的权宜之计，并未实际上解决问题。

其二，实践中适用同意规则流于形式，未改变消费者个人信息被不正当使用的现状。同意规则的适用必须建立消费者对经营者申明充分理解的前提下，而在实践中由于双方地位的不平等，经营者的申明又往往是格式条款，一键同意或被拒交易门槛之外成为消费者两难的选择。消费者的同意更多地被用作经营者对后续可能涉及侵权行为的抗辩事由。总体来看，同意规则在实践中的适用效果差强人意。正如有学者认为，以“知情同意”为核心的传统个人信息保护架构日益捉襟见肘，既无法为公民隐私提供实质性保障，又成为制约数据价值开发的重要掣肘。¹⁶同意困境的主要在于适用同意原则的成本太高、做出同意选择的有效性值得怀疑、同意阻碍了信息自由。¹⁷同意的真实性几乎难获保障，同意难以自由做出，充分告知

¹¹ 参见高富平主编：《个人数据保护和利用国际规则：源流与趋势》，法律出版社，2016 年版，第 4 页。

¹² “夏欣与北京电视台隐私权纠纷一审民事判决书”北京市朝阳区人民法院（2014）朝民初字第 28219 号，“赵圣祥与新丽传媒股份有限公司、山东影视传媒集团有限公司等隐私权纠纷一审民事判决书”山东省淄博市临淄区人民法院（2014）临民初字第 2429 号。

¹³ 参见上海市浦东区人民法院（2010）浦民一（民）初字第 22483 号。

¹⁴ 主要有六种学说：（1）宪法人权说；（2）一般人格权说；（3）隐私权说；（4）财产说；（5）新型权利说；（6）独立人格权说。参见张里安、韩旭至：《大数据时代下个人信息权的私法属性》，《法学论坛》2016 年第 3 期，第 124-127 页。

¹⁵ 参见陈甦主编：《民法总则评注》（下册），法律出版社 2017 年版，第 781 页。

¹⁶ 范为：《大数据时代个人信息保护的路径重构》，载《环球法律评论》，2016 年第 5 期，第 92 页。

¹⁷ 徐丽枝：《个人信息处理中同意原则适用的困境与破解思路》，载《图书情报知识》，2017 年第 1 期，第 106 页。

信息在现实中难以获得保证。¹⁸ 经营者为消费者提供的隐私政策通常是复杂和冗长的，消费者通常不会阅读或据此做出选择。¹⁹ 此外，在司法实践中，对消费者同意规则的侵权救济也是困难重重。以新浪微博诉脉脉不正当竞争案为例，消费者面对第三方平台未经其同意使用其用户信息的行为依然无能为力，尽管该判决确立了互联网中收集用户数据信息的基本原则“用户明示同意”+“最少够用”的原则，但如何确保同意的真实性、有效性、可救济性等问题依然不明。²⁰

最为重要的是，个人信息自决权理论本身可能存疑。个人信息的控制权源于德国法上个人信息自决权。²¹ 信息自决权赋予个人原则上自我决定公开和使用个人数据信息的权利，²² 故最能体现个人自决内涵的就是对信息收集和利用的同意权。该理论既体现大陆法系基于基本人权视角下的人格尊严和个人价值，也符合大数据时代强化个人隐私保护的宗旨，因而其迅速为我国学者所采纳，并成为论证个人信息控制的“金科玉律”。但源于德国联邦宪法法院基于宪法人权视角下对信息自决的论证，是否可以直接得出信息自决权的私法属性？目前已有学者对此进行了考察与反思，据学者考察，德国联邦宪法法院虽然提出了个人信息自决权这一概念，但其无意设定绝对不受限制的个人信息自决权，个人对个人信息并没有绝对的支配权。²³ 在私人行为领域，个人信息自决权这一观念不仅毫无用武之地，而且如果整个法秩序以其为核心，则很有可能导向信息禁止这一可怕的境地。²⁴ 此外，他人对信息主体的个人信息享有一定的利益，理应具有知悉的权利，这种权利应当受到法律的保护。相应地，信息主体的决定自由就应受到限制。²⁵ 诞生于上世纪 70 年代个人信息自决权，受限于当时的社会环境和技术条件，信息的传播和共享仍被认为是个人可控的。信息自决权如何从一项宪法权利遁入私法领域，其中的连接点一直未被充分论证。在笔者看来，信息自决权最大的问题在于忽视了个人的生存与发展取也决于信息的自由获取和流通，因而与当前的大数据利用环境格格不入。

如何解决大数据时代消费者个人信息的保护与利用问题？首先需要对同意规则进行深入检讨。当前立法中的同意规则似有被架空之嫌，不仅未真正保护个人隐私利益，反而可能会阻碍当前大数据产业的发展。从当前学界对同意规则的反思看，论者一般集中在利益平衡、成本与收益等经济学视角，未涉及到同意规则的基础理论，因而在动摇该规则的立论方面显

¹⁸ 任龙龙：《论同意不是个人信息处理的正当性基础》，载《政治与法律》，2016 第 1 期，第 131 页。

¹⁹ See Cate, Fred H., *The Failure of Fair Information Practice Principles* (2006). Available at : <https://ssrn.com/abstract=1156972>.

²⁰ “北京淘友天下技术有限公司等与北京微梦创科网络技术有限公司不正当竞争纠纷二审民事判决书”北京知识产权法院（2016）京 73 民终 588 号。

²¹ 德国联邦宪法在 1983 年“人口普查案”中提出了个人信息自决的概念，预防的是国家对于个人信息的侵害。

²² 参见贺栩栩：《比较法上的个人数据信息自决权》，载《比较法研究》，2013 年第 2 期，第 67 页。

²³ 杨芳：《个人信息自决权理论及其检讨——兼论个人信息保护之保护客体》，载《比较法研究》，2015 年第 6 期，第 29 页。

²⁴ 同上引，第 31 页。

²⁵ 前引[18]，任龙龙文，第 129-130 页。

得说服力不足。

可以说，个人信息控制理论发轫于德国法上的个人信息自决权理论，滥觞于美国隐私控制理论。在信息自决理论可能存疑的情况下，隐私控制理论的解读也成为我们理解和适用同意规则的关键。但目前学界对此鲜有系统的论述，因而下文将拨开历史的迷雾尝试检讨美国的隐私控制理论。

三、反思消费者隐私控制理论：绝对权神话

美国隐私权的诞生与发展史可以简单概括为从独处到控制。美国当前的 SS “信息隐私权”（Information Privacy）早已超越了个人隐私的范畴，其内涵还包括了个人信息保护与利用之规则，较之于我国的隐私概念更为宽泛。因而对于美国隐私控制理论的解读，亦是对个人信息保护规则的理解。

（一）隐私的概念化：个人独处理论

1890 年，Samuel Warren 和 Louis Brandeis 发表了他们著名的《论隐私权》一文，将隐私权简单地定义为“个人独处的权利”。²⁶ 在隐私的概念化阶段，早期学者将隐私看作是个人与人格延伸的一种形式。²⁷ 但就个人独处理论本身而言，其对隐私权的论证不够精细，且个人独处的含义过于模糊。正如王泽鉴先生所言，“个人自我独处而言，此具消极的意义，其范围一方面过狭，不能包括应受保护的私领域利益；他方面又过于广泛，包括了不应涵盖的事物”。²⁸ 但不可否认，个人独处理论的真正价值在于从普通法上论证了个人隐私权的正当性，使得隐私这一朦胧的个人需求概念化。

在个人独处理论基础上，Godkin 提出了“限制接触”（Limited access to the self）理论，该理论认为：“隐私权意味着，他人有权决定公众能够在多大程度上了解他人的思想和情感私人行为和私人事务。”²⁹ 可以说，限制接触理论是个人独处理论的发展，但二者本身并未有实质的区别。国内学者就此指出，如果说独处理论是从状态上对隐私进行表述，那么“有限接近自我”则是从效果上将隐私权描述为对个人私生活领域的管控。³⁰ 而限制接触理论最大的缺憾在于无法解决他人可以了解个人思想和情感的程度，因而隐私的范围依然不明确。

事实上，美国个人独处的权利从其诞生之初更多的是为了预防政府对于个人生活的侵扰。

²⁶ Samuel D. Warren & Louis Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 Harv. L. Rev. 193(1890)

²⁷ Roscoe Pound, *Interests in Personality*, 28 Harvard Law Review 343 (1915).

²⁸ 王泽鉴：《人格权的具体化及其保护范围——隐私篇（上）》，载《比较法研究》2008 年第 6 期，第 24 页。

²⁹ E.L.Godkin, *The Right of the Citizen, IV-TO His Own Reputation*, Scribner's Magazine ,July-Dee.1890,at 65.转引自徐明：《大数据时代的隐私危机及其侵权法应对》，载《中国法学》，2017 年第 1 期，第 139 页。

³⁰ 谢远扬：《信息论视角下个人信息的价值——兼对隐私权保护模式的建检讨》，载《清华法学》2015 年第 3 期，第 99 页。

直到1965年“格里斯沃德诉康涅狄格州案”，美国联邦法院首次在宪法层面确立了隐私权的概念。³¹在该案的判决中，Goldberg大法官认为，隐私权是一项产生于“我们生活的宪法框架内的总和”的个人基本权利，而Douglas大法官通过多回溯美国类似案件，明确了隐私权法律关系是得到宪法保障的基本法律关系，隐私权是一项比权利法案、政党、甚至学校系统都早的权利。³²

（二）隐私概念的演进：从独处到控制

早期隐私权的定义围绕着独处理论之下的生活安宁权、排斥他人的不当干预，自Westin在其所著的《隐私和自由》一书提出的信息控制理论，逐渐为很多学者所认同。Westin认为，隐私权是指个人、团体或社团自主决定关乎自身的信息何时、以何种方式以及在何种程度上传达给他人的一种权利。³³信息控制理论从信息控制的视角丰富了隐私的内涵，被认为是一种新型隐私，孕育出美国信息隐私的概念。Arthur Miller认为，个人有权控制与其有关的个人信息的公开，是隐私权的基本属性。³⁴Charles Fried则认为，隐私权不仅包含个人享有禁止他人知悉其个人信息的内容，还包含了个人有权控制其个人信息的内容。³⁵

在此意义上，隐私不仅是一项消极意义上的独处的权利或不受侵扰的权利，而开始赋予隐私控制个人信息之积极意义，正如王泽鉴先生指出，隐私系指对个人资料的控制，此具积极的意义。³⁶在美国学者的语境下，个人信息的重要意义体现在其作为社会交往的对象，即社会交往实际上就是个人信息之间的交流，而隐私权则被认为是维护这种社会交往的手段，当事人对社会交往过程中个人信息流的控制，被认为是隐私权所保护的对象。³⁷

可以说，隐私控制理论旨在为个人参与社会关系中实现对个人信息的控制，享有隐私意味着个人有权允许或拒绝他人获取个人信息。Westin在提出控制理论之际，未曾想创立一种控制个人信息的绝对权，但经过学者的解读与延伸之后，为个人信息提供绝对的控制权的理解逐渐成为主流。隐私控制理论强调对于个人信息的全面控制，否则难以实现个人在社会关系中的价值，进而影响个人的自由和尊严。即所谓的隐私权旨在维护人之尊严及个人自由，但亦具达成其他价值的功能（所谓工具性的权利），包括民主社会的维持、个人的社会参与、对国家权利的限制等。³⁸这一以个人控制为价值核心的理论，对于强调隐私保护的学者而言充满诱惑。但该理论依然没有解决个人信息在何种程度上可为他人获取、利用这一问题，隐

³¹ See *Griswold v. Connecticut* 381 U. S. 479(1965).

³² 吴至诚译：《美国法对隐私权的确认——格里斯沃德诉康涅狄格州案》，载《苏州大学学报（法学版）》，2006年第1期，第135-138页。

³³ See Alan F. Westin, *Privacy and Freedom*, New York: Atheneum.1967.

³⁴ See Arther R.Miller, *The Assault on Privacy*, University of Michigan Press.1971.

³⁵ See Charles Fried ,*Privacy*,77 Yale L.J.475,483(1968).

³⁶ 参见前引[28]，王泽鉴文，第21页。

³⁷ 参见前引[30]，谢远扬文，第100页。

³⁸ 参见前引[28]，王泽鉴文，第3页。

私的边界依然令人迷思。

（三）隐私控制理论之反思：隐私权与绝对权

从美国隐私概念化的演进看，隐私权最初是一项个人独处的权利，主要针对的是政府对个人生活的侵扰，但后来逐渐扩张至个人信息领域，即隐私权可以实现对个人信息的绝对控制。显然，大陆法体系下的隐私权归属于人格权体系，因而无疑是一种绝对权，但其内涵相较于美国隐私权是一种狭义的隐私，其主要包括了生活安宁权与隐私泄露这两个方面，一般不包括个人信息的控制。值得注意的是，美国隐私权由于包含了个人信息控制的内容，进而将消费者隐私视为一项绝对权，对此，已有不少学者持反对意见，其主要理由有：

其一，消费者隐私权经常与其他权利相冲突。有学者指出消费者隐私权与其他权利相冲突的四种表现形式：其一，与消费者期望的服务水平相冲突。现实中不少消费者愿意牺牲个人隐私以换取更好的服务；其二，与消费者其他权利相冲突。例如消费者的言论自由、选择自由等权利；其三，与隐私保护的成本冲突。消费者不愿为更高水平的隐私保护而支付更多的成本；其四，与其他社会价值冲突。消费者希望排除侵扰，但社会仍需要一定程度的监管。³⁹

其二，消费者隐私内容的构成受文化、环境和个人因素的影响。⁴⁰个人、组织甚至政府认为的隐私利益在自主性、保密性、亲密性、可接近性、匿名性程度方面往往会有不同。⁴¹特定的国家或社会所强调的隐私，取决于历史、经济和社会结构。⁴²美国政府和欧盟在消费者隐私保护的种类和程度上的巨大差异即为明证。⁴³

其三，信息的权属问题仍存在争议。消费者隐私的关键就是信息控制权的归属问题。大多数消费者认为其在商业交易中提供的信息属于其个人，然而企业认为信息一旦提供，就已经属于企业。⁴⁴事实上，暂且不论可在信息上设定所有权，消费者与企业之间对于权属的归属存在巨大争议。

仅仅通过上述理由要证明隐私权并非绝对权尚显单薄，因为很多权利都有类似的特征。

³⁹ See Goodwin, Cathy, *Privacy: Recognition of a Consumer Right*. 10(1) Journal of Public Policy & Marketing 149,166(1991).

⁴⁰ See Altman, Irwin, *Privacy Regulation: Culturally Universal or Culturally Specific*. 33 (3) Journal of Social Issues 66,84(1977).; Smith, H. Jeff. 2001, *Information Privacy and Marketing: What the U.S. Should (and Shouldn't) Learn From Europe*. 43 (2) California Management Review 8,33(2001).

⁴¹ See Flaherty, David H, *Protecting Privacy in Surveillance Societies*. Chapel Hill: University of North Carolina Press.1989.

⁴² See Milberg, Sandra J., H. Jeff Smith, and Sandra J. Burke, *Information Privacy: Corporate Management and National Regulation*. 11 (January-February) Organization Science 35,57(2000).

⁴³ See Sarathy, Ravi and Christopher J. Robertson, *Strategic and Ethical Considerations in Managing Digital Privacy*. 46 (2) Journal of Business Ethics 111,126(2003).

⁴⁴ See Cespedes, Frank V. and H. Jeff Smith, *Database Marketing: New Rules for Policy and Practice*. 34 (Summer) Sloan Management Review 7,22(1993).

但上述反思更多的是从个人信息控制的视角，认为对个人信息的控制并非是一种支配性的权利，就这一点而言，赋予美国法上如此宽泛的隐私权以绝对权地位似有不妥。总之，无论是从技术上物理上，都无法在个人信息上建立绝对权或排他权，绝对权必须建立在一个确定的客体之上，并清晰地可属于主体。一旦这些边界无法明晰，建立绝对权毋宁是对他人自由的限制。

四、检视消费者信息保护的法理基础与立法规范

(一) 隐私控制理论新释：相对控制理论

显然，要为隐私下一个准确的定义是不可能的，因为隐私所包含的内涵似乎因时代背景而不断变更。但可以肯定的是，隐私和信息支配之间存在某种联系。问题在于，隐私权是否意味着对个人信息的绝对控制？笔者认为，上述理解存在着对隐私控制理论一定程度的误解，把隐私理解为对个人信息的相对控制可能更符合隐私的本质。

事实上，在隐私概念发展过程中，就有论者 Goodwin 把消费者隐私定义为“消费者的控制力”：市场交易或者消费行为环境中控制他人的参与；在这些交易或者行为中控制相关的信息公开给其他非参与者。⁴⁵区别于对消费者个人信息全面控制的理论，消费者对于个人信息的控制相对集中在两个方面：一方面是关于消费者隐私的社会层面，旨在解决消费环境中控制他人的参与问题；另一方面是关于消费者隐私的信息层面，控制提供给企业的信息。⁴⁶Goodwin 创造性地将消费者隐私的控制分为社会层面与信息层面，社会层面涉及的是消费者对于消费者环境与参与者的控制，而信息层面的内容主要是控制交易第三方对消费者个人信息利用问题。根据这两方面的内容，可以将消费者隐私保护划分为四种形态：⁴⁷

| | |
|------------------------------|---------------------------|
| 完全控制 (total control) | 控制交易环境他人的参与和个人信息的披露和使用 |
| 环境控制 (environmental control) | 控制交易环境中他人的参与，但不控制信息的披露和使用 |
| 披露控制 (disclosure control) | 控制信息的披露，但不控制交易环境 |
| 不控制 (no control) | 不控制交易环境和信息的披露 |

进而言之，将消费者个人信息的控制分为两个领域，并根据需要可以采取不同的隐私保护形态。笔者认为，消费者对个人信息控制应限定在环境控制和披露控制，环境控制要解决

⁴⁵ 前引[39]，Goodwin 文，第 151-152 页。

⁴⁷ See Jones, Mary Gardiner, *Privacy: A Significant Marketing Issue for the 1990s*. 10 (1) *Journal of Public Policy & Marketing* 133, 148(1991).

⁴⁸ 前引[39]，Goodwin 文，第 152-153 页。

的是交易环境的自由选择问题，因而骚扰短信、垃圾邮件等侵扰交易环境自由的行为消费者可对此进行控制；而披露控制的主要对象是数据收集者和使用者向交易之外的第三人的披露行为。消费者隐私的相对控制把个人信息的控制集中在这两个领域，事实上是隐私控制理论的落地之举，改变了隐私控制无处不在而又空洞无物的现状。

(二) 隐私理论第二视角：消费者知情理论

倘若将隐私控制理论理解为相对控制，也即意味着企业在初次收集和使用消费者个人信息时，无需征得消费者同意，因为消费者在该场景并不存在信息的控制权。显然，缺乏同意规则，消费者和企业之间法律关系中的地位是失衡的，据此，有学者提出了消费者知情（Knowledge）理论。

消费者隐私早期的定义主要是基于控制，目前已经扩张到消费者知情，作为研究隐私的第二个主要视角。⁴⁹消费者知情理论指的是，消费者被告知的程度、对企业信息实践的理解程度，以及在交互关系中的隐私权。⁵⁰因而，知情理论更注重消费者事实上对于企业信息实践行为的理解和告知程度，而非形式上的同意。由此不难推导出，只要企业的信息实践行为符合消费者预期，或者说在消费者充分理解和知情的情形下，企业可以不经消费者同意直接从事信息的收集和使用。在笔者看来，知情理论更注重消费者利益保护的实质，而同意规则更强调保护的形式，因而两种模式孰优孰劣高下立判。

依据消费者知情理论，还可以引申和解决很多现实的隐私问题：其一，消费者是否理解什么信息被收集了，其如何被收集的，以及收集的原因。目前数据行业最显著的问题就在于缺乏透明性，⁵¹消费者对于数据行业的相关数据行为并不清楚，因而知情理论强调的是消费者对于企业数据行为的知情权，数据行为是否具有正当性、合法性，是否符合消费者的合理预期对于消费者隐私而言至关重要。其二，消费者是否理解信息是如何被使用的，特别是在初始目的之外的使用。当企业在初始目的之外使用消费者信息，超出消费者预期，因而必须告知消费者，消费者据此可以选择退出。其三，消费者是否理解其信息收集和使用相关的权利。知情理论不仅要求企业告知消费者其具体的数据行为，而且还应告知消费者具体的权利。

(三) 知情理论实证法证成：场景与风险评估规则

正是由于美国隐私概念的包容性与扩张性，美国法上的隐私权不仅仅意味着控制也蕴含了知情。而这一理念近来为美国消费者隐私保护立法所采纳，具体体现为场景风险规则。

⁴⁹ See Foxman, Ellen R. and Paula Kilcoyne, *Information Technology, Marketing Practice, and Consumer Privacy: Ethical Issues*. 12 (1) *Journal of Public Policy & Marketing* 106, 119(1993).

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ See Federal Trade Commission, *Date Broker: A Call for Transparency and Accountability*, 2014, pp.46-47.

场景规则最早是由美国联邦贸易委员会 2012 年提出，其认为只有在两种情况下，需要得到消费者的明确同意：其一，与数据收集时声称的实质上不同的方式使用消费者数据；其二，为某些用途收集的敏感数据。⁵²2015 年美国发布的《消费者隐私权利法案》草案(Consumer Privacy Bill of Rights Act)，采纳了美国联邦贸易委员会全新的隐私框架，进一步细化了场景规则，构建了大数据时代隐私保护的新路径。草案第 103 节规定，经营者在场景一致的情况下，可以进行数据的收集与处理。只有在场景不一致的情况下，经营者应当通知，以使个人决定是否减少数据的披露来降低隐私风险。⁵³该条款细化了场景规则的基本内容，而从该条款的文义解释看，消费者对于经营者的数据行为，并非完全享有同意，只有在场景不一致的情况下消费者才享有同意权。进而言之，在立法者看来，超过初始目的向第三人披露消费者信息，属于典型的场景不一致的情形，超过了消费者提供数据时的合理预期，在此情况下才必须要征得消费者同意。

该条款还规定，在场景不一致的情形下，企业还应当进行隐私风险分析，包括审查系统、信息流、合作主体和数据以及分析潜在的隐私风险。⁵⁴显然消费者如果对上述内容缺乏知情，进而判断与决定是否披露或同意他人利用数据是强人所难的，因为相较于企业，消费者始终处于经济学上的信息不对称的地位。进而该条款在适用场景规则的条件下还要求企业适用风险评估规则。而从该条款的目的解释看，企业在此情形的告知，还应当包括风险评估的内容，唯有如此，消费者的知情和同意权才是有意义的。

五、重塑我国消费者个人信息的理念与路径

《民法总则》第 111 条新增规定：“自然人的个人信息受法律保护。任何组织和个人需要获取他人个人信息的，应当依法取得并确保信息安全，不得非法收集、使用、加工、传输他人个人信息，不得非法买卖、提供或者公开他人个人信息。”较于之前相关立法对于个人信息保护的规定，存在一项颇为重要的转变，即未明确采用同意规则作为个人信息收集和利用之前提，只是规定个人信息的获取与利用必须依法。这就为我们解释相关规则保留了空间，《民法总则》事实上并未确立个人信息的控制权。在考察美国隐私控制理论以及当前国外相关立法的基础上，笔者认为构建我国消费者个人信息保护应由绝对控制转向相对控制，并完善相关规则：

（一）转变理念：个人信息的相对控制

当前，在我国专门个人信息保护法缺位的情况下，借助隐私权或一般人格权解决个人信

⁵² See Federal Trade Commission, *Protecting Consumer Privacy in an Era of Rapid change*, March.2012.

⁵³ See Administration Discussion Draft: Consumer Privacy Bill of Rights Act of 2015.
⁵⁴ Ibid.

息保护与利用问题在存在一定合理性。但就消费者个人信息上所要保护的法益而言，毕竟与隐私权存在差异，而且不同于美国的隐私权，我国隐私权只是狭义上的隐私。因而简单地将个人信息保护问题等同于隐私保护问题显然不够妥当。但美国隐私权保护规则中蕴含的平衡隐私保护与数据利用的智慧却可为我国个人信息立法所借鉴。

在大数据环境下，消费者隐私保护困境并非是调整规则的缺位，而是调整方式的失灵。因为实现消费者对个人信息的全面控制既无可能也无必要，全面控制个人信息的流通与使用只是一种美好的愿景。相反，承认个人信息的控制只能是一种相对控制不失为是一务实之举。根据美国学者 Goodwin 的隐私控制理论，结合当前国内外个人信息立法的实践，不宜扩张个人信息的控制，应集中在以下领域：其一，消费者对于敏感个人信息的控制，即未经消费者同意不得获取和使用；其二，消费者对于第三方获取和使用信息的控制；其三，消费者对数据控制者在初始目的之外使用和披露信息行为的控制。而对于骚扰电话、垃圾邮件等影响交易选择和机会的情形，可以借助生活安宁权，以隐私侵权救济规则进行规范。采取个人信息的相对控制的理念，也意味着我国当前立法应限缩同意规则的适用。

（二）相对限缩：同意规则之适用

我国《消费者保护法》第 29 条规定了经营者在收集消费者个人信息前必须经过消费者同意。《网络安全法》第 41 条亦是该规则的延续，规定网络经营者收集和使用信息需经被收集者同意。立法者的意图很明确，在数据的收集和使用阶段，就赋予消费者对于个人信息的全面控制，未经其同意，不得收集和使用。那么就该阶段而言，是消费者参与社会生活的一部分，向他人提供或者披露给个人信息是符合消费者预期的。对于经营者而言，根据交易场景收集和使用消费者个人数据也是符合消费者的预期。但是对于经营者超出收集和使用目的之外使用个人信息，即在场景不一致的情形下，存在侵害消费者利益的可能，此时消费者对此享有选择同意或退出的权利才具有实际意义。当然，如果经营者未经用户同意向第三人提供个人数据，显然也超越了消费者的合理预期，理应要取得消费者的同意。

当前我国相关立法中消费者同意规则的适用范围太广，应当限缩该规则的适用范围。尤其是涉及到数据的收集和初次利用阶段，在符合场景一致和消费者预期的情形下，经营者可以自由收集和使用消费者信息。只有在超越了初始目的，包括向交易第三人提供个人数据，才需要适用同意规则。概括之，经营者在初次收集和利用消费者信息时，原则上不需要经消费者同意，除非经营者超越初始目的或非法向第三人提供个人信息，才需获取收集者同意。因而，同意规则成为个人信息收集和处理的例外规定。

而这一路径，也体现在最近两高《关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》中。解释第 3 条第 2 款规定，未经收集者同意，将合法收集的公民个人信息向他人提供的，属于提供公民个人信息。解释未规定在数据初始的收集和利用阶段需要征得收集

者的同意，只强调了合法收集。换言之，合法收集的方式很多种，同意只是众多方式中代价颇高的一种。而该解释将同意规则适用的范围限定在了向他人提供信息的情形，这一转变值得重视。

（三）合理引入：场景风险规则

在个人信息收集和处理阶段，将同意规则作为合法性依据之一而非唯一依据，就需要积极引入场景规则，以平衡消费者与企业之间在数据商业实践中的利益平衡。根据场景理论，企业在收集和处理消费者个人信息实践中，符合场景一致，并且该收集和利用行为是符合消费者预期的，就不再需要获取消费者同意。相反，如果在场景不一致的情况下，企业超出初始目的或向交易第三方提供数据的，应及时通知消费者并征得消费者同意，并对该数据商业行为进行风险评估。

场景理论中判断场景是否一致，对于场景的理解就至关重要。《美国消费者隐私权利法案》中界定场景的主要因素有：其一，消费者与企业之间的关系的紧密程度；其二，企业根据消费者请求提供和改善产品或服务、或符合商业习惯，符合消费者预期的个人数据处理；其三，企业控制的消费者个人数据的披露和模糊程度。⁵⁵

相较于同意规则，场景理论更为贴近当前数据商业实践行为，企业成本更低且更有效率。那么在数据利用与收集的初始阶段，用场景规则替代同意规则是否不利于消费者隐私的保护？笔者对此持否定观点，理由如下：

一方面，场景理论塑造的规则并不完全排斥同意规则。在场景不一致的情形下，除了风险评估之外，最为核心的仍然是被收集者的同意。而在场景一致的情形下，为了提高企业数据行为的效率，解决同意规则流于形式的困境，将同意规则作为例外规定。可以说，场景规则是对同意规则的补充与完善，是同意规则在当前数据商业利用环境下的落地之举。

另一方面，场景理论体现的数据利用规则也符合欧盟最新立法的精神。欧盟 2016 年新通过的《统一数据保护条例》（简称 GDPR），其中第 6 条确立了数据处理的合法性原则，除了数据主体的同意之外，将订立和履行合同、履行法定义务、公共利益等也作为数据处理的基础。⁵⁶换言之，数据处理的合法性判断不能只依据数据主体的同意，同意只是作为合法性判断依据之一。而这一立法趋势也体现在，2017 年 1 月欧盟最新审议《隐私与电子通信条例》草案，草案简化了 Cookie 同意规则，允许用户选择自己的个性化隐私设置选项，扩大了 Cookie 同意规则的例外情况。⁵⁷

⁵⁵ See Federal Trade Commission, Protecting Consumer Privacy in an Era of Rapid change, March.2012.

⁵⁶ 参见前引[12]，高富平主编，第 166 页。

⁵⁷ See Proposal for a Regulation on Privacy and Electronic Communications,2017.

（四）明确责任：数据从业者行为规范

消费者个人信息的保护与数据的商业利用秩序的构建是一个问题的两个方面，而从我国现有立法来看，更多的是强调消费者对于个人信息的选择和同意，对于企业尤其是数据从业者的规范较少。行业规范的缺失导致了消费者对企业的数据商业实践缺乏信任，因此国内也有学者提出建构以信息的最终使用人为责任主体的侵权法制度。⁵⁸从权利规范走向行为规范，可增强数据行业的透明性，明确数据从业者的义务和责任。

如何构建数据从业者的行业规范？笔者认为，首要的是确立责任原则。责任原则最早见于 OECD 在 1980 颁布的《隐私保护和个人数据跨境流通指南》，并成为当前国际社会个人数据利用与保护的基本原则，为欧盟和美国当前立法所采纳。在我国将来个人信息专门立法中，确立数据利用者的责任原则是建立数据商业化利用有序化的前提。其次，从具体规范来看，美国《消费者隐私权利法案》新增规定：数据从业者应当为消费者提供方便、合理的访问，及时地将数据的更新、修正、处理等情况通知消费者；企业应当对其中的隐私风险采取措施，建立隐私风险评估，系统地保护消费者隐私，否则将承担相应的责任。上述规范确立了企业有保证所收集消费者数据安全的义务，并为消费者提供合理的访问，包括数据的准确性和更新，否则企业要承担法律责任。最后，需建立数据行业自律规范。在专门立法出台之前，亟需要发挥行业自治在数据利用规范方面的作用，建立相关的消费者隐私保护框架。

结语

德沃金在其《法律帝国》中指出，不论哪个时代，如果在法庭上和在教室里进行的各种阐释理论所产生的意见分歧太大，那么法律就会失去力量。理论上赋予消费者对个人信息的全面控制，但在司法实践中却面临全面失控的局面，正在削弱法律的效力。消费者的个人信息不仅具有隐私利益，还具有资产属性，由于任何人都不能对信息享有绝对的权利，因而将消费者对个人信息的控制理解为一种相对控制可能更符合理论与实践本身。总之，试图在大数据时代构建一种个人信息绝对控制的路径和规则几乎是不可能的，也无必要。与其关注对个人信息的赋权行为，不如以隐私保护与信息利用的法益平衡为视角，适当限缩同意规则的适用，同时引入场景风险规则，进而转向规范数据从业者的数据行为，不失为一条更为可靠

⁵⁸ 孙政伟：《大数据时代个人信息的法律保护模式选择》，载《图书馆学研究》，2016 年第 9 期，第 72 页。

的路径。

The review and remodeling of the rules of personal information protection for consumers

——Based on the Privacy Control Theory

Jin Yao

(East China University of Political Science and Law, Shanghai 200042)

Abstract: From the article 29 of Consumer Protection Law to the article 41 of Cybersecurity Law, the consumer information protection model centered on consent rule is facing an infinite challenge in present big data environment. The overall control of personal information of consumers is impossible and unnecessary and this kind of utopian vision came from privacy control theory. Compared with current consent rule, it is more practical and reasonable to interpret privacy right as the relative control of personal information and lead knowledge theory into the relationship between consumer and company through the review of privacy control theory. The article 111 of General Rules of Civil Code provides basis and space for explaining and remolding the rules above. Combined with present latest legislative trends of foreign personal information protection, we should properly limit the application of consent rule, adopt context risk rule, and turn the pattern of right regulation into behavior regulation of data company.

key Words: Consumer Personal Information; Consent Rule; Privacy Control; Knowledge Theory

网络平台治理中的私人规制及其再规制

张亮

摘要: 行政法上为网络平台经营者设定第三方义务，督促其积极监管平台活动的同时，也赋予其私人规制的自主空间。在法定义务的框架内，网络平台经营者通过合同这一平等形式获得合法的治理权利，得以居于优势地位制定与执行平台规则、维系平台秩序。但平台经营者本质上具有经济目的以及非公益的价值偏好，私人规制的过程中不可避免会产生失灵现象。对于具备事实上公共权力的平台经营者，立法上尝试引入行政法规范予以再规制，但是现阶段再规制体系的机制、理念、罚则均存在问题，导致实效性堪忧。由于我国尚无宪法诉讼，且公私法诉讼制度之间的差异无法克服，因此私人规制所引起的权利侵害只能诉诸民事诉讼途径。

关键词: 网络平台；第三方义务；私人规制；合同治理；社会权力

引言

近年来，网络产业的快速发展让政府不得不接受这样一个事实，作为非公共组织的第三方平台在网络治理中实际承担了相当程度的干预任务。¹规范意义上，网络平台未依法获得公权力授予或委托，一系列规制活动只能通过私法方式进行。但另一方面，网络平台义务的课予虽然是一种不利益，却也为平台经营者的私人规制活动提供了正当性。如此一来，平台经营者与主管部门、业主、用户之间的规制与被规制关系，就变得十分微妙。在公私二元化的结构下，基本上私人主体的活动更多地受到私法的调整，公法、私法二元区分并各自固守属于自己的领域，从而实现现代政治国家与市民社会的共治。²如果循此逻辑，国家立法划定平台责任的边界后，平台经营者的义务履行过程显然就属于民法的调整范围了。然而，倚赖平台进行网络治理的实质是将责任与风险分散至多个包含组织与自治的虚拟空间，也就是说，网络将管理和控制各自设备以及网络接续条件的能力分散提供给数以百万计的私人行动者，令他们不仅成为潜在的信息发布者，也让他们成为各自网络的潜在审查员。³这里的平台监管义务内容仅仅是一个不确定的管理性目标，至于如何实现，平台经营者则享有很大的自主空间。在此环节，异质性、多样性的私有化治理就体现出优势了，与遵循同质性、普遍

基金项目：国家社科基金项目“合作规制的行政法研究”（17BFX004）阶段性成果。

作者简介：张亮（1987-），男，浙江宁波人，法学博士，上海社会科学院法学研究所助理研究员，从事宪法学与行政法学研究。

¹ 如无特别说明，本文所讨论的平台，仅指不参加内容制作，也不以自己名义发布信息的互联网服务提供者。

² 参见[日]美浓部达吉：《公法与私法》，黄鸣明译，中国政法大学出版社2003年版，第3-4页。

³ [美]弥尔顿L.穆勒著，周程等译：《网络与国家——互联网治理的全球政治学》，上海交通大学出版社2015年版，第223页。

性的国家行政相比，以自我组织、自我规制为标志的网络平台可以更容易适应平台用户的多重偏好。由此，内容管制变成了一个动态过程，其中的平台经营者则接管了大多数的监管和执行责任。因而，这种私人规制过程比我们想象的更为复杂。本文的追问在于：平台经营者在义务履行时享有多大程度的自主性？这种私人规制所隐含的风险应如何防范与消解？

一、通过合同实现治理

当我们讨论平台经营者与用户所订立的各类合同时，似乎可以脱离公法规范，转而进入私法话语了。然而，平台治理意义上的合同又具有双重属性：一方面，平台经营者被迫要履行法律课予的阻却违法义务。另一方面，平台经营者也会在合同活动中，凭此合法优势来追求自己的经济目的，从而间接实现治理目标。在看似平等地位的形式之外，合同化又允许形成一种特定的权力关系。虽然合同自由的意象，呈现了一幅两个人商量其协议条款的平等主义画面，事实上很多合同给一方当事人创造了机会，单方面就其关系设立一个规则和治理结构（Governance Structures）的系统。⁴ 这些治理规则模仿协议的形式，实际上体现了合同一方对另一方行使自由裁量的经济权力，其背后是一个特定于该关系的经济制裁系统。因此也可以认为，合同创造的“治理”结构，其私的属性仅仅在它们并非受到国家权力的直接支持的意义上成立。市场和科层组织因此不像它们有时所表现的那样是对立的，反而是市场通过合同创造了它们自己的科层组织。⁵ 在我国，电商市场的各类纠纷几乎都是平台借助于自治规则实施治理，而事实也证明电子商务平台和生态体系所孕育的信用和市场管理体系不仅实现了自我规制与进化，也为政府的宽松监管提供了可能。⁶ 以下，笔者通过对 2011 年至 2016 年期间，淘宝（包括天猫）划扣店铺保证金争议的 28 个案例的实证考察，⁷ 可以发现，淘宝一方的胜诉率高达百分之百，法院的裁判思路都带有明确的保障平台经营者私人规制的目的导向。杭州地区各级法院甚至在特定时期的说理用辞都高度相似，已经形成对该类案件审判的标准化模式。当然，即使解释目的较为一致，考察与梳理具体文书，也可以发现其中裁判说理的发展过程，呈现司法审查视阈下合同治理的逻辑层次。

（一）私人规制的基础

平台经营者不仅在与平台用户订立合同时提供了大量格式条款，而且在合同订立后仍能通过单方制定平台规则，来更新合同内容，逐渐扩大与完善自己的治理体系。在此基础之上，无论形式上还是实质上，平台经营者与用户都不可能再是平等地位。

⁴ Kessler, F., "Contracts of Adhesion-Some Thoughts About Freedom of Contract", Columbia Law Review 43(1943), 629; Slawson, D., "Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power", Harvard Law Review 84(1971), p529.

⁵ 参见[英]休·柯林斯：《规制合同》，郭小莉译，中国人民大学出版社 2014 年版，第 26 页。

⁶ 沈岿，付宇程、刘权等：《电子商务监管导论》，法律出版社 2016 年版，第 27 页。

⁷ 在理脉案例搜索引擎中，在关键词搜索中输入“保证金”、“划扣”、“淘宝”可得 63 个案例，然后手动搜索可得符合条件的 28 个案例。

平台经营者将合同内容扩张至“未来”的平台规则，即以《淘宝服务协议》第一条第四项的声明为核心，约定合同内容包括未来补充的平台规则，且平台经营者享有单方制定、修改平台规则的权利，且仅以特定形式进行告知。⁸ 在早期案例中，法院认为：“原告在入驻淘宝商城前已经过必要、审慎的了解和考虑，应当对《淘宝服务协议》约定的内容完全知晓。……原告对是否使用被告的淘宝平台服务享有自主选择权，且该条协议内容并未涉及双方具体的权利、义务，不存在免除被告责任、加重原告责任、排除原告主要权利的情形。”同时指出“卖家不得出售假冒商品以及如有售假应承担的责任的约定”是“知识产权保护的需要，也是维护良好的经营秩序、保护消费者的需要，是作为提供淘宝平台服务的被告和作为淘宝平台卖家的原告必须共同承担的法律责任。”可见，法院对该格式条款以及衍生平台规则的有效性进行审查，认为只要合同双方充分自主，同时约定内容也符合法律目的，就应当认可该些格式条款合法有效。⁹ 而后期的同类案例中，法院在“意思自治”与“符合法律目的”的基础上，又补充了“充分知情”要件，即认为：“业主在注册时已点击同意上述协议条款，《淘宝规则》也都公示于被告网站，而且商家在入驻天猫商城时需要经过考试，考试内容包括《天猫服务协议》、《淘宝规则》等，因此推定业主明确清楚上述交易规则的具体内容。”¹⁰ 这种裁判思路一直沿用至今。

（二）私人规制的行使过程

在确认格式合同有效以及平台经营者享有规则制定权的基础上，第二层次就涉及到私人规制过程中的手段运用以及相应的用户权利克减。¹¹ 如双方事先约定平台经营者享有单方介入交易活动的监管与执法权利，而平台业主有义务接受、配合，并放弃相关检测结果的异议权利。

早期的“网购售假”案例中，法院会跳过平台经营者规制活动的合法性审查而直接判断争议标的是否为假，¹² 但自 2013 年的案例开始，法官也会对私人规制过程的正当性进行审查，最初包括主观上的合理动机与客观上的审慎义务，前者指网络平台经营者作为第三方主体，基于“保障消费者利益”与“维护天猫平台商誉”的合理动机；后者指“整个商品的品质抽检流程中，除了提交购买、购买、邮寄由一人单独完成外，拆封、查询编号、贴编号均由两人互相监督完成，并对涉案商品采取条码监控”。¹³ 可见，法院的审查思维类似于审查行政行为的程序合法性，即通过程序合法推定结果合法。可能受到这种司法导向的影响，平台经营者在后期越来越重视该问题，不断提高其检测的规范性，如 2014 年的抽检环节已经从两人互相监督发展为“申请购买、下单购买、商品物流、拆包贴编号以及送交品牌商检测这五个环

⁸ 参见《淘宝服务协议》第一条第四项。

⁹ 参见杭州市西湖区人民法院（2013）杭西知民初字第 270 号民事判决书。

¹⁰ 参见杭州市中级人民法院（2014）浙杭知终字第 207 号民事判决书。

¹¹ 参见《天猫服务协议》“五、商户的声明与保证”。

¹² 参见杭州市西湖区人民法院（2010）杭西民初字第 2598 号民事判决书。

¹³ 参见杭州市西湖区人民法院（2013）杭西知民初字第 294 号民事判决书。

节分别由不同人员负责”。¹⁴此外，2014年3月15日《网络交易管理办法》颁布实施，其中第26条明确要求平台经营者采取积极措施监管平台违法信息，该条很快也在判决书中被直接援引，论证平台经营者的规制活动主观上不仅具有合理动机，更是为了履行法定义务，¹⁵这同样隐含了司法机关对经营者市场治理地位的认可。¹⁶

（三）私人规制的实效性确保

平台交易不免发生纠纷，平台经营者不仅在执法过程中强势主导，甚至有直接执行违约责任的能力，其中以店铺保证金机制为典型。¹⁷当平台业主出现违规情形时，即使涉案金额很低或者仅仅是个案，平台经营者也有权直接没收全部保证金作为违约金。¹⁸在文义上，这种做法可能违反了《合同法》第114条第1款与《合同法解释（二）》第29条第2款中的违约金限额规定，同时也与民法上的公平原则相悖。

对于违约金偏高的问题。在早期裁判文书中，审理法官并没有直接作出回应，仅认定双方合同有效，平台经营者就有权划扣保证金作为违约金。¹⁹而在2013年的几个案例中，由于审理法官不同，对违约金过高的问题呈现两种思路：其一是实体解释的进路，不以销售的侵权商品的数量及单价来衡量金额，而是综合权利人市场主体规模、平台经营时间、年销售额等情况进行考量。²⁰其二是形式审查的进路，即有多个案例是依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第二十四条后半段的规定，对平台业主否定合同解除的效力，并以此要求返还保证金的诉求，以其在三个月的除斥期间内未提出诉讼为由予以驳回。²¹这种解释更像是回避审查违约金争议的“借口”。2014年起，在前述实体解释进路的基础上，法院对该类案件中违约金过高争议的裁判思路又有所改进，形成了一种标准化的解释框架，回避审查的做法则被摒弃。具体而言，法院认为这里的违约金不仅针对无法简单估值的商誉损害，而且具有震慑与惩罚的秩序功能，其意义已经不限于保障合同相对人的权利。同时结合网络市场违法的隐蔽性特征，这里的违约金数额也应当有效调控

¹⁴ 参见杭州市西湖区人民法院（2014）杭西知民初字第321号民事判决书。

¹⁵ 原话为“既是为了履行其法定义务，也是为了提高其电子交易平台的知识产权保护水平，保障消费者利益和维护天猫商城的商誉。”参见杭州市西湖区人民法院（2014）杭西知民初字第321号民事判决书。

¹⁶ 其实由平台经营者主导“打假机构”也是一种国际惯例。自1996年开始，为应对与市场规模扩张同步的欺诈行为，eBay就组建了一个专业团队，发展至今，甚至专项开发了一系列内部监测和数据挖掘软件。最初相当简单的相互评级系统已经发展成为一个有效的交易信用工具，使交易双方能够判断其潜在业务合作伙伴的可信度。该系统就是一种自我规制工具，它保留风险评估和是否对客户进行特定交易的决定，同时它帮助公司跟踪和阻止或惩罚欺诈行为，以保护平台信誉。See Goldsmith, J. 'The Internet, Conflicts of Regulation, and International Harmonisation', in C. Engel and K. H. Keller (eds.), Governance of Global Networks in the Light of Differing Local Values, Baden-Baden: Nomos, 2000. Wu, T. (2006). Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World, Oxford: Oxford University Press ,p136.

¹⁷ 参见《天猫服务协议》“十一、保证金”，“十三、协议的终止”。

¹⁸ 如有店铺因涉嫌销售1条售价25元的假冒苹果数据线，被直接从保证金账户中划扣了5万元保证金。参见杭州市中级人民法院（2014）浙杭知终字第207号民事判决书。

¹⁹ 参见浙江省杭州市西湖区人民法院（2010）杭西民初字第2598号民事判决书

²⁰ 参见杭州市西湖区人民法院（2013）杭西知民初字第270号民事判决书。

²¹ 参见杭州市西湖区人民法院（2013）杭西知民初字第294号民事判决书；杭州市西湖区人民法院（2013）杭西知民初字第292号民事判决书；杭州市西湖区人民法院（2013）杭西知民初字第293号民事判决书；杭州市西湖区人民法院（2013）杭西知民初字第295号民事判决书。

个案背后的违法风险，因此金额偏高也是合法合理的。²²可见，公共利益属性的存在也将偏高的合同违约金设置正当化。

对于保证金设置的问题。上述违约金在纠纷发生前的性质是保证金，在消费权益保护领域，其功能并不能直接等同于民法中的履约保证金。国务院在2017年印发的《“十三五”市场监管规划》中明确强调了“建立产品质量和服务保证金制度，全面推行消费争议先行赔付”，以强化生产经营者的主体责任。可见，对这种担保消费者权益实现的保证金制度，国家鼓励市场积极进行制度实验。考察制度脉络，消费保证金最早出现于旅游消费领域，即《旅游法》第31条规定的“保障旅游者权益的专用款项”，早在1995年《旅行社质量保证金暂行规定》第2条中，就要求各类旅行社必须向旅游行政管理部门缴纳，并根据不同的业务性质而规定有不同金额。²³相关规定至今依然沿用。²⁴但是，网络平台的保证金条款与上述法定保证金仍有一定差异。首先，保证金账户的独立性；旅游保证金属于“在旅游行政管理部门的监管下具有担保性质的独立账户下的存款”。其次，划扣条件严格限制；只有发生“旅行社违反旅游合同约定，侵害旅游者合法权益，经旅游行政管理部门查证属实的”以及“旅行社因解散、破产或者其他原因造成旅游者预交旅游费用损失的”的情况下才能使用。²⁵而且形式上，必须要有法院判决、裁定及其他生效法律文书认定旅行社损害旅游者合法权益，旅行社拒绝或者无力赔偿的，并且由法院从旅行社的质量保证金账户上划拨赔偿款。²⁶最后，保证金孳息权属明晰；旅游保证金的利息属于旅行社所有。²⁷

可见，虽然网络平台运用的保证金机制在司法实践中被普遍认可，但是其中隐含不小风险，作为非公权力机关的平台经营者，在实际的违法判断与处罚执行中非常强势，而且欠缺必要的形式制约。因此，未来的电子商务立法中不仅要对消费保证金机制出统一规定，同时也应当明确相关的提取、管理、使用和退还机制。

（四）小结

在规制与自治交互的框架下，平台经营者通过合同形式维系平台秩序，且这种合同治理实践得到了主管机关与司法机关的认可。首先，平台经营者与用户在充分知情、意思自治、符合法律目的的基础上所订立的格式合同合法有效，²⁸这份合同与适用于不特定对象、可反复适用的规范性文件无异，更像是一种社会契约式的联结，使用户将平台权利委托给平台

²² 参见杭州市西湖区人民法院（2014）杭西知民初字第321号民事判决书。

²³ 《旅行社质量保证金暂行规定》第3条规定。

²⁴ 参见《旅游法》，《旅行社条例》。

²⁵ 参见《旅行社条例》第15条。

²⁶ 参见《最高人民法院关于执行旅行社质量保证金问题的通知》中限于四种情形才能执行旅行社质量保证金，执行涉及旅行社的经济赔偿案件时，也不得从旅游行政管理部门行政经费帐户上划转行政经费资金。

²⁷ 而淘宝店铺保证金则不会向业主返还相关利息。

²⁸ 《淘宝服务协议》第9条约定的“管辖地恒定条款”，因淘宝网未“采取合理的方式”进行提示，自2015年起被各地法院所否定。参见盐城市中级人民法院（2015）盐商辖终字第148号民事判决书，江门市中级人民法院（2016）粤07民辖终181号民事裁定书等。

经营者行使。其次，格式合同不仅明确了平台经营者的规则制定权及其衍生规则的效力，还对各种“治理工具”进行设计，包括私人规制过程中的监管、奖惩及纠纷解决等机制。²⁹再次，私人规制的行使过程涉及到事实认定、证据采集、法律适用等环节，对行政程序的参照则可以强化私人规制的正当性。最后，私人规制的实效性往往能凭借平台经营者自身的市场优势来直接实现，而无需公权力的介入。

二、行政法规范的设计与引入

（一）私人规制的失灵

平台义务呈现一种双层系统来进行网络治理，其中大部分精细的内容治理工作由私人来完成，既指商业组织，也包括市场化交互模式，还包括对等共创生产的交互模式。他们通过“报告侵害行为”、“通知并取缔”、“私人开发并自愿采用的过滤程序”等方式进行内容管制。此外，政府位于解决责任归属问题的这一层，在市场支配力过大、基本人权被侵犯时采取干预行动。³⁰因为拥有强大的信息、资金、技术优势的平台经营者，不仅在履行平台治理的公共任务，其本质还是市场主体，私人规制过程中不可避免会发生权利侵害的失灵问题，原因如下：

其一，平台经营者要追求经济目的。这种趋利性是市场失灵的典型原因，如2017年6月1日爆发的“菜鸟顺丰之争”，两个企业各自携海量客户数据进行商业对抗，受害的却是广大商家和消费者。

其二，平台经营者具有非公益的价值偏好。私人规制的行为结构与行政规制并无二致，都会涉及到法规范的解释与适用，但是平台经营者并不代表公益，更难以确保规制目的与法规范目的一致。如2014年12月，导演范某的同志纪录片无故被各大网站删除，视频网站回复范某的说法是“被删除是因为有广电总局的相关文件”。但当范某向广电总局申请公开删除理由时，却被告知其并未发文要求删除以及屏蔽纪录片，同时暗示各大网站有先行审查的自主权。³¹根据广电总局的回复，可以推定两种可能：其一，各大视频网站自觉统一审查标准，在自我审查后将范某的纪录片下架；其二，广电总局确实没有下发相关文件，但是以电话或其他非书面方式传达了下架要求。³²前者表明，平台经营者为规避可能的商业风险，自我审查的不当偏好或过度审查会抑制甚至侵害公民的表达自由，这种权力行使可以避免遵

²⁹当然，有学者认为在网络购物市场认可这种优势地位的合理性：淘宝平台用户的广泛性、不特定性及服务交易中淘宝地位的主导性，决定了淘宝与卖家间缔约的特殊性，不可能与每个买家都进行协商，其中的协商成本过高，也很难达成一致。且打击虚假交易行为是既存的合同内容，是双方协商一致的结果，签订合同便已表明受其约束。若卖家对淘宝的行为有所质疑，应通过后续的申诉程序（淘宝平台的申诉程序）或司法途径（起诉/仲裁）进行救济。参见前引沈岿，付宇程、刘权等，第43-44页。

³⁰参见前引[美]弥尔顿L.穆勒，第223-225页。

³¹参见北京市第一中级人民法院（2015）一中行初字第2142号行政判决书。

³²这种做法并非不可能。如在武媚娘剪胸事件中，广电总局就是如此传达“剪胸”指令的。在回复笔者的信息公开中，广电总局表示：“经了解，对于电视剧《武媚娘传奇》，我局曾当面通知该剧制作和播出机构进行修改，不存在相关通知文件，故您申请公开的政府信息不存在”。

循正当法律程序或者逃逸其他的公法责任约束。若是后者则更加危险，当审查由政府在幕后操纵却由私人团体实际进行时，法律行动几乎是不可能的，确定责任关系也非常困难。这一封闭的系统最终会退化成不民主的。³³

难怪有学者提出了忧虑，认为平台私人审查对用户权利的侵蚀效应是不可避免的，包括普遍性主动监控对比例原则的挑战、私人审查引发的正当程序保护困境、通过协议的控制与合法性评价被规避、监管机关隐于幕后导致的问责困境等问题。³⁴

（二）再规制的两种进路

网络平台义务的设定能够有效分担网络治理责任与风险，但是国家未从公共任务的履行责任与担保责任中脱身出来，并应密切关注私人规制中的权利保障问题。此时，虽然私法奉行意思自治，但这里却需要通过立法来加强私人的公共责任。³⁵换言之，由于平台经营者享有了事实上的公共权力，因此立法上也会产生相应的限制规则，甚至引入以往适用于行政组织的限制性规则，这种再规制路径可以循此呈现实体与程序两种进路。

1、实体进路

顾名思义，实体进路的再规制是指实体权利保障机制。如平台基于“网络实名制”而占有海量个人识别性信息的情况下，国家立法为保障个人信息安全，对平台经营者采集、储存、使用个人信息作出规范。毕竟信息化是网络生活中基本特征，所有网络活动，包括主体、行为、影响都通过数据流动的方式在平台留下记录，这就意味着大量个人识别性信息，甚至隐私信息都保存于平台经营者的服务器中。在信息经济、共享经济、社交经济等新兴模式下，海量信息的聚集本身就是不可估量的财富，但也因此留下了个人信息安全与社会秩序稳定的巨大隐患。有观点认为，消费者和经营者的个人信息应予以一般性保护，未经个人授权，任何机构不得予以使用，经过授权的，必须在授权许可范围内合理使用。个人信息的直接获得者需承担起对该信息的保密责任，不得滥用或释放给他人滥用。³⁶《网络安全法》、《网络交易管理办法》、《电信和互联网用户个人信息保护规定》等均明确要求平台经营者依法搜集和规范使用个人信息，并采取相关安全保障措施。如有违反，行政主管部门可采取责令改正、警告、罚款等行政制裁。为提高保护级别，这里的个人信息应当理解为具有个人识别性的信息，而不限于狭义的个人身份信息。³⁷

³³ Cyber Rights&Cyber Liberties (UK) Report ."Who Watches the Watchmen: Internet Content Rating Systems, and Privatised Censorship" November, 1997, <http://www.cyber-rights.org/watchmen.htm>.

³⁴赵鹏：《私人审查的界限：论网络交易平台对用户内容的行政责任》，《清华法学》2016年第6期。

³⁵参见谢鸿飞：《论法律行为生效的“适法规范”》，《中国社会科学》2007年第6期。

³⁶前引沈岿，付宇程、刘权等，第106页。

³⁷参见金耀：《个人信息去身份的法理基础与规范重塑》，《法学评论》2017年第3期。

2、程序进路

程序进路的再规制主张私人规制应当受行政程序的约束。早期的英国工会、同业公会以及一些法定组织的规则中，诸如自然正义或者程序性正当程序等公法规则就已经展现了这种能力。³⁸《网络安全法》第41条规定就是将正当程序引入私人规制中的信息采集过程中，虽然该类规定的规范要件与法律后果都很明确的，但具体的操作性仍存疑义。³⁹此外，《规范互联网信息服务市场秩序若干规定》第7条规定禁止网络信息服务提供者无正当理由拒绝、修改或者删除用户上载信息等一系列侵害行为，可以推出网络服务经营者在采取规制措施前应当履行说明理由的义务。最后，程序规范还适用于平台规则制定环节。《网络零售第三方平台交易规则制定程序规定》（试行）中规定，平台交易规则会涉及社会公共利益，因此要求平台经营者在制定、修改、实施交易规则时必须履行一系列公示、征求意见、备案等程序。

（三）再规制乏力的原因

尽管行政法上对私人规制的失灵现象存在实体与程序两种再规制进路，但实效性不甚理想，究其原因，基本可以总结为：

其一，机制薄弱。从我国网络治理的规范框架看，立法上最重视的仍是第三方义务设定时的安全与秩序利益。无论是实体进路还是程序进路，对私人规制失灵进行再规制的规范体系，以及相应的权利保障机制均不完善。

其二，理念模糊。虽然平台经营者的活动具备了公共属性，但仍不可能以行政组织对待，如何甄别其公共责任，以准确定位其行政法义务，已成为当下网络立法的重点与难点。同时，在平台企业趋向寡头化、巨型化的发展态势下，当下平台经营者的私人规制能力甚至远胜国家的行政规制，在这种对比下，其约束机制以及权利保障机制就显得非常不足。

其三，罚则缺失。现行制度下，私人规制违法后的法律责任，与违法成本相比明显威慑不足。大量行为规范缺失对应罚则，浮于形式，不具有可操作性。如平台经营者制定、修改、实施交易规则未按规定的，仅会受到责令改正或者警告处罚。又如非法使用个人信息的法律责任目前只涉及民事赔偿与刑事责任，不是难以充分实现救济，就是犯罪构成困难，欠缺中间必要的行政处罚环节。

³⁸ See Frase ,A.R.G., "The Role of the Exchange",in Parry,H.et al.,Futures Trading:Law and Regulation(London:Longman,1993)73.84-6.Oliver,D., "Common Values in Public and Private Law and the Public/Private Divide",Public law(1997), p630.

³⁹ 至少在中央层面，《网络安全法》之前已经有《消费者权益保护法》、《全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的决定》、《移动互联网应用程序信息服务管理规定》、《侵害消费者权益行为处罚办法》、《网络交易平台经营者履行社会责任指引》、《网络交易管理办法》、《电信和互联网用户个人信息保护规定》等多部法律、法规、规章对此内容有所规定。

三、私人规制纠纷中的请求权基础

私人规制引起的权利纠纷，虽然可能涉及基本权利或公共权力，但是我国目前尚无宪法诉讼机制，在公私法诉讼制度明确区分的情况下，相关纠纷也只能诉诸民事诉讼途径。⁴⁰ 如何在民法体系消化该些请求权基础，也值得学理关注。

（一）排除妨害请求权

陈某在其房车俱乐部开业前夕，使用其186手机号码通过发短信形式向朋友发出参加开业庆典的邀请。但是开业当日，受邀请的部分朋友未参加庆典。事后得知，联通公司认为陈某发送的短信内容具有商业性质，其行为违反了《全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的决定》（以下简称《保护决定》）第7条的禁止性规定，不应受到法律的保护，故未将陈某的短信发出。⁴¹

《保护决定》第7条规定：“任何组织和个人未经电子信息接收者同意或者请求，或者电子信息接收者明确表示拒绝的，不得向其固定电话、移动电话或者个人电子邮箱发送商业性电子信息。”虽然本案以合同纠纷之诉提起，但联通公司显然是在依法履行监管义务，而不是依照合同约定或者利害关系人请求的合同行为，若陈某的行为确实属于《保护决定》第7条规定的禁止情形，则联通公司的私人规制显然可以对抗陈某的合同权利，同时陈某只能以作为基本权利的通信自由权来对抗。可做借鉴的是，日本的行业团体所实施的自主规制，或者类似私人规制的一系列功能性规制，也会对会员企业、会员以外的企业、外国企业以及一般消费者也起到了规制的效果。在这种情况下，这种规制效果是基于基本权利的保障、依据结社自由而形成的团体进行规制的效果。而随之产生的团体侵害基本权利、限制自由等问题，在宪法上被作为基本权利的第三人效力问题来研究。⁴²当然，本案中法院最后是以合同请求权吸收了排除妨害请求权，认定陈某向朋友发送邀请参加开业庆典的短信，不属于《保护决定》第7条禁止情形，因此联通公司的信息阻却行为违约。除了民事诉讼途径之外，这种情况下，陈某还可以依法向行政主管部门申请履行法定职责，依法责令联通公司恢复其通信自由。

（二）安全保障请求权

徐某的手机号被他人冒用在赶集网上发布了虚假信息，赶集网接徐某举报后于当日对该信息进行了删除处理。但日后，赶集网上又陆续出现以徐某手机号码发布的各类信息多达

⁴⁰ 在“王明诉腾讯关于知识产权与竞争纠纷”一案中，王明发现其发布的微博信息遭到腾讯公司屏蔽，遂起诉腾其纠正。参见南京市中级人民法院（2014）宁知民诉初字第1号民事裁定书

⁴¹ 运城市盐湖区人民法院（2014）运盐民初字第2188号民事判决书。

⁴² 参见[日]米丸恒治著，洪英、王丹红、凌维慈译：《私人行政——法的统制的比较研究》，中国人民大学出版社2010年版，第339-340页。

200余条，导致徐某收到大量咨询电话，给工作生活造成了极大的困扰。⁴³审理法院认为，徐某要求赶集网履行安全管理义务的内容不仅限于删除个别网帖，而是特定保护，这属于平台经营者具备技术能力而应尽的义务内容，因此判决赶集网采取技术保护措施，禁止同类信息再出现在平台。

虽然赶集网并非实际侵权人，在收到徐某的投诉之后，也尽到了删帖义务。同时，赶集网还在网站首页上设置了“手机号被冒用”、“帮助中心”等救济渠道。但是当平台信息具有发布快、信息量大、发布主体广泛和虚拟等特性时，本案的争议焦点就取决于赶集网主动识别个人识别性信息，是否超出其一般审查义务。

根据本案，可以梳理出安全保障请求权的脉络，徐某发现有人在赶集网上冒用其手机号码发布虚假信息后，向赶集网的投诉内容不仅仅是删除某个网帖，而是要求其针对特定信息进行监管。因此徐某的诉求是要求平台经营者尽合理注意的义务，以实现个人信息保护。面对这种请求权，判断平台经营者是否适当作为的标准有两点：其一，违法信息可预期。赶集网在接到徐某的投诉后，不但要及时采取措施删除相关网帖，对于今后赶集网上再次出现的以徐某手机号码所发布的网帖的真实性，亦应当慎重核实，必要时应及时对该手机号码采取技术保护措施，避免相关网络用户继续冒用徐某手机号码发布虚假信息。其二，平台经营者是否具备保护技术。尽管赶集网接到徐某的投诉当天就删除了涉案网帖，但在此后的近一年时间里，仍然有网络用户不断冒用特定信息发布虚假商品销售信息，赶集网有能力对该特定信息及相关网帖的真实性进行审查，却未及时采取必要措施，过错明显。

与本案可作联结的是《刑法修正案九》中“拒不履行网络安全管理义务罪”的一个构成要件，即“经监管部门责令采取改正措施而仍不改正”的具体内涵。有学者认为，这种“改正要求”不得是监管部门向网络服务商提出类似“下次不得再出现违法信息”、“请做出网络违法信息的即时监控，一经出现马上删除”等抽象改正措施。⁴⁴这种观点虽然考虑到网络服务提供者不应当负担普遍性的监控、审查义务，但是未能契合平台的技术特征，平台经营者若通过技术架构可以实现特定信息的监管，则用户就有权要求其提供与技术优势相符的权利保障措施，也就是说，用户受第三人侵害时，可以在技术允许的范围内要求平台经营者履行安全保障义务。如《关于规范网盘服务版权秩序的通知》中规定网盘服务商应当建立必要管理机制，运用有效技术措施，主动屏蔽、移除侵权作品，防止用户违法上传、存储并分享他人作品。

⁴³ 徐州市中级人民法院（2015）徐民终字第2805号民事判决书

⁴⁴ 理由是此类抽象的改正措施实质上是要求网络服务提供者随时监控网络内容，实际上将原本不属于网络服务提供者的审查、监控义务转移到网络服务商身上，在没有法律依据的情况下，新增网络服务商的法律义务。监管部门只能要求网络服务提供者删除其网站已经出现的违法信息。因此，“改正要求”的范围应当立足于以下两点：其一，改正措施必须是具体的、有针对性地要求删除或阻止某种违法信息。其二，是针对现实的，已经客观存在的违法信息，而不得是将来的、可能出现的违法信息。网络服务提供者不因为没有执行、完成监管部门的此类改正要求而承担刑事责任。参见涂龙科：《网络内容管理义务与网络服务提供者的刑事责任》，《法学评论》2016年第3期。

（三）信息删除请求权

妈妈网论坛上的一名用户发布了网帖，认为“贝尔好公司的催乳服务劣质，致其乳房受损，贝尔好公司利用百度竞价忽悠新妈妈”，同时在该帖之下又出现一系列内容相似的跟帖，贝尔好公司发现后，也注册账户跟贴进行解释，同时委托律师向妈妈网经营者发送律师函，要求其删除涉案网帖，平台经营者回复称无法配合进行删除，并声明会员发表的文章或图片仅代表作者个人观点，与论坛立场无关，作者文责自负。贝尔好公司提起诉讼后，一审判决驳回诉讼请求，二审判决平台经营者删除相关信息。⁴⁵

一、二审判决都否定了名誉权侵害的定性，认为消费者对商家的服务感受作出负面性的“情绪宣泄”言论，只要没有无明显的侮辱、诽谤内容，商家要有容忍义务，普通公众也能结合言语场景和争辩内容对发帖人的言论进行正确识别，因此平台无需承担相应责任。

但是二审法院又认为，《侵权责任法》第36条规定的立法原意并非将网络服务提供者的删帖义务完全建立在认定网络用户侵权的前提上。当网络用户的言语虽未构成侵权，但该言语违反了法律对言语使用的相关规定或者网络用户与网络服务提供者之间订立的网络服务规则等，且相关主体对此明确提出异议通知时，网络服务提供者亦应承担删帖等义务。这个信息删除请求权与平台信息删除义务的论证思路相当有趣。

首先，言论自由通常意义上是指公民享有以各种形式获取和传递信息、发表观点的权利，重点保护的是公民言论的思想内容的自由，而非言论思想内容所附着载体的自由。换言之，言论自由是在最大限度内保证公民自由发表不同的思想观点，而并非公民发表思想观点时可以恣意地使用不当言语本身。在界定一项标准是否秉持保护言论自由这一基本原则时，应以其是否以保护言论的思想内容为出发点。换句话说，言论行为不得限制，但是作为言论载体的信息如何处理并非与行为一视同仁。法院不认为涉案网帖和跟帖侵害了贝儿好公司的名誉权，就是从保护相关言论所要表达的主要内容出发。但在此基础上，要处理的是作为言论载体的言论信息本身是否存在恣意的不当。这里包括两种标准：第一，论坛服务条款要求网络用户的言语应互相尊重，其论坛总则亦要求网络用户应尊重网上道德。上述规定是用户在注册时明确表示予以同意和遵守的。现涉案网帖及跟帖中存在“杀猪”、“黑心”、“害人”、“上当”、“无良”、“骗钱”等言语，未体现出相互尊重和尊重网上道德，是对网站服务条款和论坛总则的违反，存在言语本身的不当。第二，《国家通用语言文字法》第5条规定，国家通用语言文字的使用应当有利于维护国家主权和民族尊严，有利于国家统一和民族团结，有利于社会主义物质文明建设和精神文明建设。据此，公民在使用言语时应遵从有利于精神文明建设的原则。当通过规范性和文明性言语足以表达思想观点所欲表述的内容时，应避免使用非规范性和非文明性言语。该言语使用原则的适用范围当然包括网络用语。而涉案言语明显违反网络语言的规范性和文明性，存在言语本身的不当，不利于精神文明建设。

⁴⁵ 北京市第三中级人民法院（2014）三中民终字第04050号行政判决书。

其次，论证前述作为言论载体的信息为何在网络时代要审慎对待。网络言论相对于通常言论具有言论者身份的隐蔽性、言论内容存在的长期性以及言论传播的迅捷性等特点，因此在对待不当网路言论时应保持更高的审慎态度。

因此，该案裁判要旨可以总结为：“当网络用户的言语虽未构成侵权，但该言语违反了法律对言语使用的相关规定或者网络用户与网络服务提供者之间订立的网络服务规则等，且相关主体对此明确提出异议通知时，网络服务提供者亦应承担删帖等义务。”个人信息泛指一切具有个人识别性的信息，其范围远远大于作为隐私权客体的个人身份信息与作为名誉权客体的个人言论信息。在网络时代，绝大多数流动信息都带有个人识别性，信息保护的范围已经远远超出隐私权与名誉权的覆盖面，于是主张对个人信息进行自我控制的被遗忘权就应运而生了。⁴⁶但是从我国的司法实践来看，由于欠缺利益正当性与受法律保护的必要性，使得被遗忘权的请求权基础未被认可，⁴⁷反而从平台协议与公序良俗的角度，可以推出一种平台经营者的个人信息删除义务。

（四）小结

平台义务的法律与政策设计关乎公民的平等权、消费权、表达权等多项权利。网络发展中，缺乏弹性的法规范体系与过于严苛的第三方义务规定都可能使网络平台被迫或者主动进行过度的内容审查，不灵活的监管措施以及尺度不一的执法政策可能营造出的不确定环境，不但阻碍网络产业创新，也会直接或间接限制个人的自由表达与消费权利；另一方面，在规制体系中，若公权力只是名义上隐匿而实质于幕后发挥作用，或者放任平台经营者形成规模垄断或技术专断，私人规制膨胀同样会令市场与权利保障机制发生倒退。

结语

平台经营者履行第三方义务时，实际享有极大的规制自主权。健康的市场环境下，平台经营者的私人规制较垄断性公权力的行政规制而言更具有正当性，因为平台用户有选择空间，那么平台经营者对网络内容的管制也会受到必要的牵制与制衡。主管机关要做的，只是通过有限、有效的监管，来保持平台经营者之间的竞争、多元化与差异化。当各国都在争议网络服务提供者是否对他们纯粹传输的内容负法律责任的同时，监管机构也在越来越多地寻求这些网络服务提供者的“合作”。⁴⁸通过合同这一平等形式，平台经营者获得了合法的治理权利，通过制定与执行平台规则来维系空间秩序。有如社会契约论一般，经几方主体的博弈与妥协，这种合同治理最终合作形成了网络平台的社会结构。虽然，平台经营者基于技术、经营或资本优势而居于主导地位，必然隐含权利侵害的风险，但是通过行政法上实体与程序规范的引入，以及司法救济管道中的权利对抗机制，可以呈现私人规制失灵后的再规制路径，使各方主体相互制约，实现权利与利益的平衡。如此机制下的私人规制也许可以成为一种良性的社会权力实践。

⁴⁶ See Steven C.Bennet, The “Right to Be Forgotten”:Reconciling EU and US Perspectives, Berkeley Journal of International Law, Vol.30, Is.1, 2012, p.162.

⁴⁷ 参见北京市第一中级人民法院（2015）一中民终字第09558号民事判决书。

⁴⁸ See Deibert, R. J. ‘The Geopolitics of Internet Control, Censorship, Sovereignty, and Cyberspace’, in A. Chadwick and P. N. Howard (eds.), Routledge Handbook of Internet Politics, London and New York: Routledge, 2009.

网络空间的全球治理：信息主权的模式建构

许志华*

(西南政法大学 国际法学院，重庆 401120)

内容摘要：传统主权理论的封闭性割裂了网络空间全球一体性，网络空间与国家主权在虚拟主权和现实主权的冲突中走向合作，以信息主权为核心的网络空间治理模式是虚拟主权与国家主权协调的发展趋势。信息主权对内和对外主权权力/权利体系的建构，应以联合国为平台促进主权国家虚拟主权的合作与共治。

关键词：网络空间；信息主权；全球治理

中文分类号：D990 **文献识别码：**A

信息技术的不断发展促进网络空间跨越地理边界走向全球统一。但以信息技术为核心的全球网络空间场域，被维斯特伐利亚体系国家主权边界分割，呈现虚拟与现实的撕裂格局。国家主权行使边界与网络空间自由化博弈下，以信息技术为核心构筑的网络空间全球治理模式正形成。

一、网络空间治理的逻辑定位

信息技术的发展助成独立、开放的全球网络空间新格局，自我发展与建构的网络空间希望摆脱国家的严格管控，却无力实现自治。虚拟主权的外溢与现实主权的渗透背景下，无法割裂虚拟主权与现实主权的关联。在国家与网络区隔与关联博弈和虚拟主权与国家主权平衡中，网络空间全球治理应采用相对控制治理的逻辑定位。

（一）绝对自由的乌托邦

绝对自由的治理将割裂虚拟主权与现实主权的关系，强调网络空间的绝对自由，反对现实主权渗入。网络空间的全球治理基于价值观念差异、治理主体的能力差异与技术控制局限，彰显绝对自由的逻辑缺陷。

1. 绝对自由的治理逻辑。绝对自由的全球治理反对国家主权介入，网络空间生成自身主权与规则而自治。1网络空间作为自在、自为的虚拟世界，超越了传统以威斯特法利亚体系

基金项目：最高人民法院2014年度审判理论一般课题“互联网个人信息泄漏纠纷研究”（项目编号：2014syb006）；2016年重庆市科研创新项目一般课题“社会‘二重化’视域下建构网络安全的四维视角”（项目编号：CYS16114）。

作者简介：许志华（1990—），男，安徽蒙城人，西南政法大学国际法学院博士研究生。

¹ See Lawrence Lessig, *The Path of Cyberlaw*, 104 Yale Law Journal, 1995, pp. 1974; John T. Delacourt, *The*

建构的物理空间，形成没有边界与地区的对内网络空间主权²，国家从虚拟世界淡出³。网络空间脱离现实世界“财产、表达、身份、迁徙的法律概念及其情境”下，网络空间“将生成于伦理、开明的利己以及共同福利”。⁴依靠自发形成的网络文化和伦理，以及网络空间不成文“法典”（编码），在虚无缥缈又无处不在的虚拟世界，构建有序网络空间秩序。

2. 绝对自由的逻辑缺陷。绝对自由的全球治理排除国家介入，主张构建独立自治的网络空间秩序，具有浓厚的“乌托邦”色彩。首先，虚拟网络空间自身的文化和伦理难以形成。网络空间自身的文化和伦理由现实世界主体呈现，文化和理论产生于社群或族群，具有差异和冲突属性。文明之间存在矛盾、冲突与征服趋向，同一的网络文化与伦理难以形成。其次，网络文化和伦理缺乏约束力。文化和伦理天然具有自觉行为之属性，并不具有外在强制力，依靠文化和伦理约束，并不能建立网络空间的有序状态。再次，软件编码规制不足。网络空间秩序的鼓吹者认为，网络空间不成文“法典”——编码构成虚拟世界的法律。⁵然编码作为网络用户获得适用网络空间的资格，无法承担网络空间秩序维护功能。第一，编码对网络空间管控有限。编码只是对网址的“资格”认证，只能对网络编码的生成进行管控，无法控制网络用户行为。通过编码对网址追踪，只能获得事后惩罚的效果，无法消弭已造成后果，即编码只能起到“定损”而无“预防”效果。第二，网络行为识别与适用标准模糊。网络空间构筑的网络虚拟世界为信息交往提供便利，对网络不当和不法行为的识别，因不同认知则结果不同。即使采用统一网络识别标准，却因网络识别标准的理解不同而结果不同。随着网络行为发展，网络规范呈现滞后性缺陷，这与网络空间的开放与自由背道而驰。第三，编码治理缺乏强制性与惩罚性。通过编码治理网络空间社会，对网络不法行为管制体系将最终落入编码，网络用户完全可以通过更换编码方式重新获得主体资格来规避编码处罚。第四，软件编码的其他缺陷。软件编码还存在软件不足以捕获文本的全部语义含义；并非所有人类冲突都能通过事先管制避免；参与者希望有一定限度的相互交往自由，过滤太多将影响交流通畅，这与虚拟世界倡导者主张的网络自由不相符。⁶最后，在自发性网络空间中，网络主权以各方同意为

International Impact of Internet Regulation, 38 Harvard International Law Journal, 1995, 207.

² 网络空间主权概念由Timothy S. Wu在1997年发表的《网络空间主权？——互联网空间独立宣言》中首提。See Timothy S. Wu, *Cyberspace Sovereignty? ——The Internet and the International System*, Harvard Journal of Law & Technology, vol. 10. No. 3, 1997, pp. 647-666.

³ 参见刘连泰：“信息技术与主权概念”，《中外法学》，2015年第2期，第505-522页。

⁴ See John Peery Barlow, *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, February. 8, 1996, available at <http://homes.eff.org/~baelow/Declaeation-Final.html>, last visited at February, 7, 2017. (“Governments of the Industrial World, you weary giants of flesh and steel, I come from Cyberspace, the new home of mind…you have no sovereignty where we gather”.)

⁵ See Viktor Mayer-schönberger & John Crowley, *Napster’s Second Life: The Regulatory Challenges of Virtual World*, 100 Northwestern University Law Review, 2006, pp. 1775.

⁶ See Raph Koster, *The man Behind the Curtain*, available at May 11, 1998, <http://www.legendmud.org/raph/gaming/essay 5.html>, last visited at February, 7, 2017; 刘连泰：“信息技术与主权概念”，《中外法学》，2015年第2期，第505-522页。

基础，一定程度上构筑了网络空间的主体秩序。如果主体是平等而互不隶属，“平等者之间无管辖”下的网络空间将陷入原子个体的无序状态。如果是等级主体秩序，网络主体能力差异凸显，掌握编码主体将主导网络空间主导权，在缺乏约束机制下，网络空间最终会陷入混沌与无序的“原始状态”。虚拟网络空间一方面反对主权等级秩序主张建立平等的虚拟空间秩序，另一方面为了网络空间治理构筑网络空间主权，最终陷入反对主权与建构主权的逻辑悖论，无法达致理论与实践效果之圆融。

绝对自由的治理方式是网络提供商构造的虚拟世界，意在抹平国家主权差异格局而构筑平等的虚拟网络空间。由于网络空间治理主体的价值观念、治理能力、技术控制缺陷，无法解决为什么治理、如何治理与谁治理的现实问题。

（二）绝对控制的利维坦

绝对控制强调国家在网络空间治理中的绝对作用，网络空间属于国家主权的管辖范围。国家的绝对控制将分割网络空间的整体性，忽视其他网络主体意志并受国家意志与国家实力局限。

1.绝对控制的治理逻辑。绝对控制以国家为理论元点，强调国家对网络空间的绝对控制⁷，国家主权自然延伸至网络空间⁸。国家对领土内所有事项均具管辖权，未经主权国家同意的信息流出和流入都是对国家主权的侵犯，主权国家可以自行管制，即国家完全自主管制跨境信息之流动。⁹鉴于信息的全球流动，跨境信息必将突破传统主权国家边界，导致信息跨境的现实与传统主权国家边界理论冲突。由于主权国家对该国领土享有绝对的管辖权，不仅能管辖其陆地和空间边界，也有权发展其社会、政治、经济和文化；加之国家对其领土内或者其管辖下的人民负责，外来者只有在国家同意后，才能进入该国传播信息之考量，信息跨境应得到国家的“预先同意”。¹⁰

2.绝对控制的逻辑缺陷。绝对控制的全球治理中，虚拟网络空间严格受现实世界严格管控和约束，管制和政府力量无处不在¹¹。不可否认，网络空间依赖现实世界，并与一定的地理空间相关联，绝对控制的全球治理将造成网络空间的分割和国家管控的无力。首先，绝对控制受技术和成本的双重限制。在主权体系和国家间内在结构性作用下，¹²网络空间的虚拟

⁷ Jack L. Goldsmith, *The Internet and the Abiding Significance of Territorial Sovereignty*, Indiana Journal of Global Legal Studies, vol. 5, no 2. 1988, pp. 475-491.

⁸ 参见若英：“什么是网络主权”，《红旗文稿》，2014年第13期；支振锋：“网络空间主权国际治理新格局”，《人民日报》，2016年1月5日，第5版；张新宝、许可：“网络空间主权的治理模式及其制度构建”，《中国社会科学》，2016年第8期，第139-208页。

⁹ 刘连泰：“信息技术与主权概念”，《中外法学》，2015年第2期，第505-522页。

¹⁰ 刘连泰：“信息技术与主权概念”，《中外法学》，2015年第2期，第505-522页。

¹¹ [美]凯斯·桑斯坦，黄维明译：《网络共和国：网络社会中的民主问题》，上海人民出版社，2003年版，第93页。

¹² 参见俞正梁：“国家主权的层次理论”，《太平洋学报》，2000年第4期，第13-16页。

性与现实世界真实性组成“二元分裂”的虚拟与现实社会结构。网络空间依赖的物理技术受国家主权管制，但网络规则层和内容层在一定程度上游离于网络空间管制。¹³国家对信息技术的管控一方面受技术限制，另一方面成本高昂。其次，绝对控制造成网络空间的分裂。国家主权严格管控模式将全球化的互联网分割成无数局域，依靠国家审查和筛选弥合互联网的全球性与区域性之裂痕，受国家意识和国家物质限制，海量信息必将消磨国家管控之意志，将国家陷入“开放”和“封闭”的二难选择困境。即国家既需要互联网的便利和信息资源进行国家治理和国际交往，又对互联网进行无限分割情况下，绝对控制陷入理想与现实悖境。最后，绝对控制忽视网络主体的意志，遭遇性质疑。为缓和国家主权绝对控制局制，绝对控制主义主张国家对信息流动的管制应服从个人自由。国家有条件管制跨境信息流动，依据为国家主权的民主性和正当性。¹⁴该理论模式下，依靠国家的正当性来判断信息是否应当跨境，并将判断标准归于个人自由，但“集合概念”范畴下的个人意志将最终被公共意志挟裹，加之全球信息即时和流动背景下，该理论模式最终落入上述“理想与现实悖境”之窠臼。

绝对控制的全球治理过分强调国家控制，将网络空间纳入国家主权的绝对控制，忽视网络空间的整体性与自由性，导致网络空间的封闭与分裂局面。网络空间的全球性局面不可避免，信息资源对国家日益重要，绝对控制的全球治理强化国家的绝对控制，构筑信息壁垒，既造成国家管控的压力与负担，亦撕裂网络空间的整体性与信息的跨国流动。

（三）相对控制的合理性

绝对自由与绝对控制过分强调虚拟主权与现实主权的绝对性，无法实现网络空间与国家的协调。国家主权作为现实的存在，对本国范围内的一起事项具有管辖权，但网络空间的特殊性，要求国家主权必须且必定尊重网络空间的开放、自由与整体，即以主权为纽带，将网络空间与国家相连接。

1.相对控制的治理逻辑。相对控制的全球治理方式将国家和网络空间统合，强调在虚拟网络空间与现实国家主权关系中参与网络空间治理。¹⁵相对控制将国家和网络空间相关联，不忽视且并不绝对强调国家在网络空间全球治理的作用，基于主权与国家的正当性，将国家

¹³ [美]劳伦斯·赖斯格认为：互联网自上而下分别由物理层、规则层和内容层组成。See Lawrence Lessig, *The future of ideas: The fate of the commons in a connected world*, Random House LLC, 2002, pp. 23; 张晓君：“网络空间国际治理的困境与出路——基于全球混合场域治理机制的构建”，《法学评论》，2015年第4期。

¹⁴ See Fernando R. Tesón, *A Philosophy of International Law*, Westview Press, 1998, p.57. (“A liberal conception of state sovereignty has to be congruent with the justification it offers for the legitimacy of the state generally. I suggest that a state is sovereign when it is internally legitimate Sovereignty is the outward face of legitimacy”); 刘连泰：“信息技术与主权概念”，《中外法学》，2015年第2期，第505-522页。

¹⁵ See Timothy S. Wu, *Cyberspace Sovereignty? ——The Internet and the International System*, 10 Harvard Journal of Law & Technology, 1997, pp. 647.

纳入网络空间治理的主体，以主权合作与让渡的方式构建网络空间全球治理模式。基于网络空间主权或国家主权为逻辑元点，网络空间的全球治理逻辑区分为以虚拟主权影响现实主权和现实主权影响虚拟主权网络逻辑脉络。

首先，以虚拟主权影响现实主权的逻辑认为虚拟主权影响并同化国家主权进而实现最大限度的虚拟主权。¹⁶随着虚拟主权发展，虚拟主权不断向现实世界外溢，虚拟主权外溢部分与现实世界重叠，影响并同化现实世界。第一，虚拟世界与现实世界形成重叠的共识，孕育并产生规则。第二，重叠认识通过国内自发或自觉方式转化为国家偏好进而形成国家规范或规则。第三，国家通过立法形式，将虚拟世界规则在现实世界里再现。¹⁷

其次，现实主权影响虚拟主权网络逻辑主张在国际关系相互交往中加强国际合作从而调和国家与信息流动关系，国家单边行为在网络空间平台扩展至第三国，受影响国家应该享有话语权，网络空间内国家应该合作而非隔离地看待主权。信息技术的发展导致国家干预信息流动，产生主权之间的重叠和冲突。主权国家通过沟通和公平程序，实现信息流动干预的共赢。¹⁸主权只有在相互交往过程中才能被定义，国家单边行为最终影响他国，信息技术发展扩大国家行为影响，导致国家主权的重合与重叠。¹⁹

2. 相对控制的逻辑缺陷。首先，虚拟主权影响现实主权的逻辑基于虚拟网络空间治理规则通过自生方式产生和发展，最终转化为国家偏好。但制度主义忽略了国家意志在国家立法中的决定作用，虚拟网络规则转化为国家法律受国家治理结构和“趋利避害”的功利主义选择等诸多因素的限制，²⁰并经历个体到集体认同的漫长过程。虚拟主权向真实世界外溢并不是共识达成的必要条件，²¹虚拟与现实鸿沟依然横亘，共识与国家偏好仍夹隔诸层难以捅破的“窗户纸”。其次，现实主权影响虚拟主权的逻辑思路认为网络空间的治理应通过公平程序和主权国家参与方式实现，但只关注了“形式正义”而忽视“结果正义”的实现。现实主义下网络空间治理的全球治理能力取决于国家实力，信息技术和国家实力明显差异下，国家间建构程序和实现公平举步维艰。此外，在不同文化和意识形态国家中，缺乏制度化路径，亦无公平的评价标准，²²现实主权对虚拟主权的影响缺乏治理制度化标准。

相对控制的全球治理方式通过主权方式将国家主权关联现实主权，认识到网络空间全球治理能力由国家实力决定，虚拟主权也以自发形式影响现实主权，虽然相对控制具有自身缺

¹⁶ 制度主义不忽视国家的存在，而是通过国家进路的方式实现网络空间治理，这与自由主义排除国家形成明显反差。刘连泰：“信息技术与主权概念”，《中外法学》，2015年第2期，第505-522页。

¹⁷ See Timothy S. Wu, *Cyberspace Sovereignty?—The Internet and the International System*, 10 Harvard Journal of Law & Technology, 647 (1997).

¹⁸ See Marion Young, *Activist Challenges to Deliberative Democracy*, 29 Political Theory, 2001, pp. 670; 刘连泰：“信息技术与主权概念”，《中外法学》，2015年第2期，第505-522页。

¹⁹ 参见刘连泰：“信息技术与主权概念”，《中外法学》，2015年第2期，第505-522页。

²⁰ 参见刘连泰：“信息技术与主权概念”，《中外法学》，2015年第2期，第505-522页。

²¹ See Adeno Addis, *Economic Sanctions and the Problem of Evil*, 25 Human Rights Quarterly, 573 (2003).

²² 参见刘连泰：“信息技术与主权概念”，《中外法学》，2015年第2期，第505-522页。

陷，但网络空间的全球治理无法割裂网络空间与国家的关系，只有将网络空间与国家相关联，基于国家的正当性，以主权方式参与网络空间全球治理，才能实现网络全球治理的国际法治化。而虚拟主权与现实主权的相互作用下，通过虚拟世界的投影——现实世界的治理模式构建才能实现网络空间全球治理的有序化。

二、信息主权治理的模式选择

基于不同原点的网络空间认知决定网络空间全球治理模式选择。绝对自由、绝对控制治理模式因自身理论的极端性被抛弃。相对控制模式下，网络空间治理进路主要呈现出相关方治理进路、全球公域治理路径和以信息主权为核心的网络空间主权治理模式。

(一) 全球公域的治理模式与困境

由于网络空间全球化，网络空间实现全球互联互通，网络空间脱离了物理世界和国家边界，形成与公海和太空类似的不受单一国家所支配的全球公域。全球公域治理路径是将网络空间归入全球公域，排除单一国家管控和支配，将网络空间视为所有国家安全与繁荣所依赖的资源或领域。²³全球公域治理模式主张网络空间不应受特定国家支配，国际网络空间跨越地理边界向全球开放，应由国家共同治理。各国通过缔结条约达成网络空间治理权配置合意，以管制和审查方式，实现对网络空间的全球治理。

然而，网络空间并非自然形成的全球公域，网络空间是由网络中心国家开发商建构，开发商受网络中心国家管控，以此网络空间并受网络中心国家管控。网络空间全球公域治理路径旨在将网络空间国际化进而架构全球公域治理体系，防止“公地悲剧”发生。现实情况下的全球公域系人为建构，全球公域自发形成的基础并不存在。国际法律体系建立以国际政治格局为基础；最终归结于国家实力，国家在博弈中走向合作，但国家实力差异影响网络空间全球治理法律的形成、制定和实施。全球公域的治理进路忽视了国家实力在网络空间全球治理中的现实决定作用，网络空间的全球公域治理最终归结于信息技术构成的国家实力。此外，全球公域治理路径下，网络空间的公域化治理最终需要对网络要素进行技术解构与治权分配。全球公域未对网络空间进行解构而采用全球公域的“共治”方式，将触发网络空间公域化与私域化的逻辑矛盾，公域化的理论基点和逻辑结果与全球公域的治理方案无法协调。

(二) 利益攸关方治理模式与局限

多利益攸关方治理模式意指政府、私营部门和民间团体通过发挥各自作用，秉承统一原

²³ 参见张新宝、许可：“网络空间主权的治理模式及其制度建构”，《中国社会科学》，2016年第8期，第139-208页。

则、规范、规则、决策程序和计划，为互联网确定演进和使用形式。²⁴相关方治理进路是相对自由治理路径的现实反映，²⁵采用了包容性和平等性的原则，赋予利益攸关方相应的权利、义务和责任。该模式不预设任何“中心权威”或“单一的领导者”，坚持去中心化的自下而上进路，所有决策应来自受其影响团体的“预先同意”。²⁶正如绝对自由主义所主张，相关方自治进路是从“参与式民主”中获得认同从而赋予现代权力的正当性。²⁷以自发形成的国际社会契约作为网络法治的原点架构，²⁸将权利主体规定为政府、私营部门和民间团体，但未明确自由主义下国际网络空间主体的范围和差异以及权力和权利配置层级，国际网络空间最终陷入以网络为中心的综合实力划分权力的现实主义权力等级社会。网络空间全球治理权最终落入网络中心国家，网络化国家和网络边缘国家在网络空间的话语体系下被忽视，国际网络空间形成的“平等”、“自然”状态的假设前提丧失。

网络空间治理因缺失“参与式民主”因假设前提难以成立。在国际社会治理契约理论框架下，个体通过“间接民主”的方式参与国际网络空间治理过程，国家通过共同治理的方式实现国际网络空间的有序治理。但现有条件下，网络信息技术属于私人控制，国家仅对网络物理层形成有效管制，而对规则层和内容层管制乏力。在管制与自由化价值分裂下，国家可能采用最简单的干预方式实现网络管制，通过权力的直接干预实现管制目的，造成网络空间区隔化，削弱网络空间全球性和整体性，最终造成全球网络空间分割与无序状态。

（三）信息主权的治理模式与选择

由于互联网的公域性和信息流动的自由性，国家应将互联网的主权范围限定在互联网对公共政策的决策权。²⁹在法制化与网络自由主义式微背景下，“再主权化”成为网络空间国际政治发展的新态势。³⁰以信息主权为核心的网络空间主权治理路径的理论假设为：国家政治

²⁴ 张新宝、许可：“网络空间主权的治理模式及其制度建构”，《中国社会科学》，2016年第8期，第139-208页。

²⁵ 相关方的治理模式主要包括三个要素，即：(1)该模式不预设任何“中心权威”或“单一的领导者”；(2)采取了包容性和平等性的原则，赋予了各参与方相应的权利、义务和责任；(3)坚持去中心化，自下而上的进路，要求所有的决策者都应来自受其影响团体的合作和同意。张新宝、许可：“网络空间主权的治理模式及其制度建构”，《中国社会科学》，2016年第8期，第139-208页。

²⁶ 参见刘连泰：“信息技术与主权概念”，《中外法学》，2015年第2期，第505-522页。

²⁷ 参见张新宝、许可：“网络空间主权的治理模式及其制度建构”，《中国社会科学》，2016年第8期，第139-208页。

²⁸ 参见何志鹏：“国际社会契约：法法治世界的原点架构”，《政法论坛》，2012年第1期，第50-66页。

²⁹ 参见中华人民共和国外交部官网：《信息安全国际行为准则》，http://infogate.fmprc.gov.cn/web/ziliao_674904/tytj_674911/zcwj_674915/P020150316571763224632.pdf。

³⁰ 网络空间的“再主权化”主要通过国内和国际两个层面的网络政治互动的共同产物，一方面，国家通过建立和完善网络监管的法律和制度体系，明确了主权在网络空间的管辖范围和方式，将虚拟空间的社会行为和行为主体重新纳入主权的内部性之中；另一方面，国家行为体通过对外发展网络空间攻防、制定网络安全战略，从而确立起在网络空间中的主体地位。参见刘杨铖、杨一心：“网络空间‘再主权化’与国际

之间系无政府社会的“自然状态”，每个国家靠自己实力获取自身存续和安全，并通过国际契约自发达成国际社会的“全球契约”。全球风险的现实存在、国际关系的历史进步、伦理关怀的普遍提高和世界沟通方式的改进，促进国际社会契约的萌生和发展。³¹网络空间的现实风险和利益博弈下，将传统主权观点引入网络空间，网络空间即为主权原则在虚拟化网络空间的延伸。国家对互联网享有主权，通过“平等原则”落实了“多利益攸关方”所欲望的多方参与意旨，以更可行的方式化解了正当性和有效性的痼疾。³²

网络空间治理在国际社会上尚处在国际关系的范畴，网络空间主权亦为“政治性主权”的事实存在。网络空间的全球治理权的配置过程是网络空间主权由政治存在向法律存在的转变，即国际社会现实主义向自由主义，国家绝对主权向实效主权过渡的动态过程。³³以信息主权为核心的网络空间治理模式，通过主权纽带，通过规制加工处理的数据即信息，明确了网络空间治理的主体、客体、内容，促进网络全球治理的价值共识，通过信息主权的权利/权力实现机制构建，将信息主权模式制度化，解决信息主权为什么治理、如何治理、谁治理、治理什么、治理得怎样的核心问题。

基于国家主权的正当性，赋予信息主权治理模式的正当性，在主权合作、让渡与事实机制的构建，为信息主权模式的实现提供机制保障。加之，以信息而非数据为内容的信息主权，更加有力地促进网络空间全球治理的话语权争夺，打破网络核心国家对网络空间的现实垄断。信息主权的治理模式立足国际政治格局现实，缓和了全球公域治理模式的理论和逻辑矛盾，为网络空间治理提供制度化和现实路径导向。网络空间的全球化与国家主权的分裂与调和需要网络空间全球治理的法治化，因此，应构建以信息主权为核心的网络空间的法治体系。

三、信息主权治理的模式解读

网络空间是维斯特伐利亚主权概念的续集，即主权概念在信息技术下的新内涵，是传统主权的延伸。³⁴网络空间治理是国际网络互联互通下国家交往的必然话题。

（一）信息主权的概念解读

信息是网络空间流动性资源，是网络空间规制的重要内容，以信息资源建构的信息主权强调信息权利保护和信息权力分配。由于信息涉及网络空间的物理层、规则层与内容层。信息主权作为网络空间治理的切入点，建构网络空间的信息主权模式，将国家、信息所有者、

网络治理的未来”，《国际论坛》，2013年第6期，第1-7页。

³¹ 参见何志鹏：“国际社会契约：法法治世界的原点架构”，《政法论坛》，2012年第1期，第50-66页。

³² 参见张新宝、许可：“网络空间主权的治理模式及其制度建构”，《中国社会科学》，2016年第8期，第139-208页。

³³ 参见段存广：“从绝对主权到实效主权：对国家主权原则的再认识”，《太平洋学报》，2003年第2期，第87-94页。

³⁴ 参见刘连泰：“信息技术与主权概念”，《中外法学》，2015年第2期，第505-522页。

使用者、存储者、经营者等非政府主体的规制，实现网络空间的全球治理。信息主权以国家主权为基点，在保障网络空间的完整性与信息资源的共享性为原则，通过法律规制技术、市场与社会行为。信息主权是国家主权在网络空间的延伸，即国家对网络信息享有保护、管理和共享的权力。³⁵信息主权的治理模式即以信息主权为核心构建的规则与技术的网络空间控制与合作的治理方式。从信息主权的内涵分析，主要有对内和对外双层含义。

（二）信息主权的国内法解读

国内网络空间信息主权是指国家对本国网络空间信息享有最高权力。信息主权的对内主权系指国家对信息的产生、传输、加工、收集、删除等享有管理的权力。归纳而言，国内信息主权主要包括信息保护权，信息管理权和信息资源的共享权、信息监管权等权利。³⁶

信息保护权即信息控制权，即国家享有保护本国信息秘密性、真实性和完整性的权利。主要包括国家信息不受他国篡改、侵入、窃取、破坏及污染等权利，国家具有独立的信息系统和信息生产系统。³⁷

信息管理权是指国家信息制造、传播和交易过程中产生的信息管理权。由于网络空间信息产生、制造、传播和交易流程迅速，网络空间在信息流动过程中都面临入侵、存储、篡改、拦截等风险，网络空间的信息管理既是对网络空间外溢效应控制之必要，也是网络空间自身发展之必然。网络空间信息管理权主要包括信息立法权、执法权、信息管辖权以及国家为管理网络而享有的信息战略权。³⁸

信息资源共享权是指国家在网络空间中资源共享的权利。由于网络信息具有财产和人身的双重属性，因此，信息资源应当限定在非侵犯人格的基础上，分享信息资源从而产生信息红利。在涉及公共利益和全人类共同面临问题时，国家内和国家间应相互分享事关全人类安

³⁵ 有学者将信息主权定义为：国家对信息享有的保护、管理和控制的权力。这个定义的弊端是：管理和控制很难区分。在确定信息主权内涵时，上述学者认为，信息主权包括信息控制权、信息管理权和信息资源共享权，这与信息主权的定义不协调，信息资源共享权无法包含在信息主权的定义中。参见杨泽伟：《国际法析论》，中国政法大学出版社2012年版，对247页；郭庆光：《传播学教程》，中国政法大学出版社，1999年版，第251-252页。本文有关信息主权内涵和外延的表述，基本按照上述作者的思路，但做了若干修改；刘连泰：“信息技术与主权概念”，《中外法学》，2015年第2期，第505-522页。

³⁶ 参见刘连泰：“信息技术与主权概念”，《中外法学》，2015年第2期，第505-522页。

³⁷ 参见任明艳：“互联网背景下国家信息主权问题研究”，《河北法学》，2007年第6期，第71-94页。

³⁸ James Boyle、刘连泰认为，信息管理权包括：（1）信息立法权，即主权国家有权制定有关信息管理的法律。（2）信息战略权，即主权国家有权确定国家发展战略，使本国信息资源的生产、储存和流通更为高效。（3）禁止外来有害信息流入权，即主权国家有权禁止那些危害于本国安全、损害本国公民基本权利的信息流入本国。（4）信息争端的司法管辖权，即国家有权管理信息的生产和流通，包括信息的跨境生产和流通。笔者在此对信息管理的内容作部分调整。See James Boyle, *Foucault in Cyberspace: Surveillance, Sovereignty, and Hardwired Censors*, University of Cincinnati Law Review. Vol. 66. 1997; 刘连泰：“信息技术与主权概念”，《中外法学》，2015年第2期，第505-522页。

全和福利信息，最大限度减少国家之间的合作成本。³⁹

信息监督权是指国家对进入和流出本国以及侵犯本国信息主权的监督的权利，即国家基于安全需要对信息的跨境流动采取监督的权利。监督权只能由国家行使，针对网络服务商和网络用户信息的采集、加工、处理等活动进行监督以保障国家信息安全。⁴⁰

（三）信息主权的国际法解读

国际网络空间信息主权是指国家参与网络空间治理不受外界支配或干涉。现实情况下，由于各国网络技术和能力差异，因此，国际网络空间治理权应赋予各国权利新含义以维护国家网络空间信息主权和国际网络空间秩序。结合传统领土、领空、领水和外太空传统主权权利，国际网络空间下国家主权主要包括信息独立权、信息平等权、信息防卫权、信息管辖权。

信息独立权是指国家领域内本国网络独立运行不受他国干涉的权利。国家对本国信息享有独立权是基于网络空间信息对国家重要性和传统主权中独立权在网络空间新体现。尽管各网络独立权建构条件暂时尚不存在，但从理论上，信息的重要性对国家主权产生重大影响，应赋予国家信息独立权。

信息平等权是指各国网络空间平等进行互通互联的权利。平等权要求赋予各国对网络系统平等的参与权和管理权。由于网络的全球化和国家对网络的依赖，国家应保障本国网络危害其他国家。

信息防卫权是指国家网络空间不受他国侵犯的权利，针对外国网络攻击和网络威胁有权进行防卫的权利。网络防卫权主要包括国家有权设置网络疆界，隔离外来网络攻击和威胁。针对外国网路攻击和威胁，有权采取进攻、防御和反击权利。但全球网络根域主要集中在美利坚合众国，网络根域对全球网络空间至关重要，因此，在现有条件下，网络根域的维护需要构建综合的国际治理机制。

信息管辖权实质国家对本国网络空间享有管理的权利。主要包括国家对外国网络的准入和对外国国网络的管理权利。对涉及本国重大利益网络服务商，有权采取特别的管理措施。对外国侵犯本国信息主权行为有权进行管辖和提请国际争端机构管辖的权利。

（四）信息主权的行使边界

从互联网的层级结构分析，互联网主要由物理层、规则层和内容层三部分构成。⁴¹现实

³⁹ 信息自愿权具有对内和对外的双重主权属性，本文将其放入对内信息主权范畴，不排除其对外的主权属性。参见刘连泰：“信息技术与主权概念”，《中外法学》，2015年第2期，第505-522页。

⁴⁰ See James Boyle, *Foucault in Cyberspace: Surveillance, Sovereignty, and Hardwired Censors*, University of Cincinnati Law Review. Vol. 66. 1997, pp. 177-205.

⁴¹ See Lawrence Lessig, *The future of ideas: The fate of the commons in a connected world*, Random House LLC, 2002, p. 23; 张晓君：“网络空间国际治理的困境与出路——基于全球混合场域治理机制的构建”，《法学评论》，2015年第4期，第50-64页。

互联网治理机制是以 ICANN 为主的物理层和规则层治理，但存在突破技术规范危及人类共同利益问题。以《网络犯罪公约》为主的内容层治理因规制手段的严苛性和局限性难以满足互联网治理需求。在网络空间的国家私域与全球公域治理过程中，呈现出网络空间的混合场域属性。⁴²但就网络空间中信息主权的行使边界，需要对互联网的场域即网络空间边界进行界定。

从传统管辖权发展脉络而言，经历场所到行为，再到弹性选择过程。互联网主权行使边界本质上是对网络管辖权和治理权的分配，受到国际政治和国际法律体系的作用影响。从国家管辖权行使和网络空间的安全和有序维护上，信息主权的行使边界应以互联网层级结构为基础，协调国家治理和国际治理权利边界。具体而言，在物理层中，包括电缆、光纤、发射塔和卫星等基础设施。互联网基础设施属于全球公域的范畴，需要基于国家主权进行全球治理。连接网络的设备属于国家或个人私有物，属于现实主权的管辖范围，由国家专属管辖。在规则层中，主要包括互联网的各项标准和协议，如联网名称和代码分配机构（以下简称：ICANN）负责创设和分配的域名设置规则，以及互联网工程组（IETF）负责制定的互联网相关技术规范。关于互联网有序运作和未来发展，其本质是属于人类共同利益范畴，应属于全球公域范畴，有国家主权让渡给信息主权的国际治理机构，由该机构为实现人类福祉，对网络空间实现国际法治。在内容层，关于国家管辖的范畴，主要指通过制定详细的法律或规范体系，管理网络上储存、发送和接受的信息和数据，包括对网络犯罪等的治理机制⁴³。主要内容应当是保障国家利益和人类共同利益平衡，国内私域是国家在内容层中享有完全的主权。⁴⁴网络空间的全球治理除国家主权对内容层规范的绝对主权外，在国际社会中，应以促进网络空间的自由、开放，制定最低标准的法律或规范体系，保障各国信息安全。

四、信息主权治理的模式实现

国家主权与网络空间的交叉和重叠，造成国际网络空间与国家主权行使边界模糊与冲突。以信息主权为核心架构的网络空间主权——信息主权治理模式旨在通过对网络空间物理和理论解构，明确信息主权的对内和对外界限，在对内“自治”和对外“共治”的协调互动模式下，以信息主权的治理路径实现对网络空间主权的全球治理。

⁴² 参见张晓君：“网络空间国际治理的困境与出路——基于全球混合场域治理机制的构建”，《法学评论》，2015年第4期，第50-64页。

⁴³ See Lawrence Lessig, *The future of ideas: The fate of the commons in a connected world*, Random House LLC, 2002, p. 23; 张晓君：“网络空间国际治理的困境与出路——基于全球混合场域治理机制的构建”，《法学评论》，2015年第4期，第50-64页。

⁴⁴ 参见张晓君：“网络空间国际治理的困境与出路——基于全球混合场域治理机制的构建”，《法学评论》，2015年第4期，第50-64页。

（一）信息主权的实现场域：联合国为平台的权利场

网络空间关涉国家主权，网络空间的全球性产生网络空间的全球公域属性。针对网络空间的跨国性和网络空间信息的重大影响，结合国家间网络空间技术差异，应采取以联合国为平台的国际网络空间共治路径。

网络空间治理中，重要的域名系统不仅是工程技术问题，更是政治、社会和法律问题。⁴⁵网络空间本身归属政治性权利，因此，以联合国为平台的权利场，是平衡信息主权全球分配和合作的有效路径。在现有网络空间的国际治理中，网络空间还涉及到发展中国家与发达国家关于信息主权的博弈。一方面，发达国家掌握先进的网络技术，将发展中国家排除在网络空间治理场域；另一方面，发展中国家在国家治理中对信息技术的依赖程度和对全球网络资源具有依赖性，发展中的信息主权受到其他国家控制导致发展中国家网络空间的殖民化和网络霸权主义，这与联合国设立的宗旨和目标悖离。网络空间的治理应以联合国为平台，在网络空间内，赋予《联合国宪章》中国家主权和合作新命题，开展《联合国宪章》为基本行动指南和合作框架的信息主权网络空间治理新模式。

（二）信息主权的合作原则：独立、平等与合作原则

以联合国为平台的权利场是网络空间治理合作平台。作为传统主权的延伸——信息主权应符合联合国的基本原则，符合《联合国宪章》规定。根据《联合国宪章》第2条和在1970年《关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法宣言》，国际社会公认的基本原则包括禁止非法使用威胁或物理原则；和平解决国际争端原则、不干涉内政原则、民族平等原则、各国主权平等原则、履行依宪章所承担义务原则。网络空间具有跨国和全球公域属性，但作为物理层的网络基础设施具有地域属性，受现实主权的规制。信息作为网络空间的重要内容，具有国家属性并受国家主权的管控。国家安全与信息自由的双重作用下，信息主权遵循独立、平等与合作的全球治理原则，强调信息主权属于国家主权的同时，反对他国对信息主权的干涉。即网络空间治理在坚持信息主权独立原则前提下，再以国家权力让渡构建国际网络空间“共治”机制。在网络空间共治背景下，信息主权的治理模式要求国家恪尽平等参与、共同利用和善意合作原则。⁴⁶

（三）信息主权的实现机制：网络域名系统全球共治

网络空间冲突的原因在于网络空间的全球化与国家主权之间的冲突。隐藏在该命题下的

⁴⁵ See Joseph P. Liu, *Legitimacy and Authority in Internet Coordination: A domain Name Case Study*, 74 Indiana Law Journal, 1999, 587. 刘晗：“域名系统、网络主权与互联网治理：历史反思及其当代启示”，《中外法学》，2016年第2期，第518-535页。

⁴⁶ 参见张新宝、许可：“网络空间主权的治理模式及其制度建构”，《中国社会科学》，2016年第8期，第139-208页。

是各国网络技术的不均衡。网络空间主权难以构建主要原因之一在于根域的主权争夺。以美国为代表的网络中心国家控制网络根域，进而控制互联网。网络空间治理的合作机制一方面旨在促成各国互联网空间的有序化，另一方面要处理好根域主权问题。在现有根域主权争夺中，主要有以美国主张的 ICANN 与 WGIG 主张的 DNS 治理机制。从发展趋势上看，以美国为代表的 ICANN 是建立在主权领域国家的协议基础上，实践中加强了美国对网络空间的控制。DNS 主站建立在跨国非国家主体的私合同基础上。⁴⁷ DNS 是网络空间治理的基础性实践，根域主权的共治是网络空间的主要发展趋势。在网络中心国家掌握根域控制权情况下，网络化和网络边缘国家应以联合国为平台，以信息主权为核心，以根域的治理权为突破口，共同配置根域的分布和管理权。具体实现路径为：初期由联合国或其下属机构的非政府组织对网络基础设施、信息交换中心进行监管或控制；后期，由联合国安全部门负责网络空间的全球治理，协调国家信息主权行使和对国家网络行为监督和控制。⁴⁸

（四）信息主权的实现方式：主体与行为的双重规制

按照网络空间主权网络设施、网络主体和网络行为的三要素⁴⁹，国家对其领域内的网络设施、网络行为享有最高、最终和普遍权力，即国家对其他国家关于网络设施、网络主体和网络行为享有“单边权利”和“共治权利”。⁵⁰以信息主权为核心的网络空间的信息主权享有网络空间的立法、执法和司法权力。结合政府治理和行业自律的方式，采取网络空间主体和行为的双层监管方式行治理。

首先，国家通过立法方式赋予政府机构、私营部门和社会公众参与信息主权立法过程，获得信息主权立法的合法性和正当性。通过信息主权的权力配置方式分配网络空间规制权。在立法方式上，国家可以结合本国立法方式，采用以基本法为统筹的网络空间专门立法规范或采用判例形式规定信息主权。国际层面，国家通过对网络空间中涉及国家主权的敏感信息和物理立法草案进行表决，确定国际社会所普遍、共同遵行的国际准则。在规则层面，确立信息主权行使规则，确立互联网技术标；基础网络资源，域名系统，信息代理机构网络层级熊的权力/权力进行分配。⁵¹

⁴⁷ 刘晗：“域名系统、网络主权与互联网治理：历史反思及其当代启示”，《中外法学》，2016年第2期，第518-535页。

⁴⁸ 参见孙南翔、张晓君：“论数据主权——基于虚拟空间博弈与合作的考察”，《太平洋学报》，2015年第2期，第63-71页。

⁴⁹ See Panayotis A. Yannakogeorgos and Adam B. Lowther, eds., *Conflict and Cooperation in Cyberspace: The Challenge to National Security*, 2001, pp. 278-279; [美]劳伦斯·赖斯格，李旭译：《思想的未来，网络时代公共知识领域的警世喻言》，中信出版社，2004年版，第23页。

⁵⁰ 参见张晓君：“网络空间国际治理的困境与出路——基于全球混合场域治理机制的构建”，《法学评论》，2015年第4期，第50-64页。

⁵¹ [美]劳拉·德拉迪斯著：《互联网治理的全球博弈》，覃庆玲、陈慧慧等译，中国人民大学出版社2017年版，第9页。

其次，传统主权概念要求国家对本国领域内事项享有最高权力。信息主权管理权是国家在进行国内网络空间治理的天然权力。通过立法方式，赋予权力合法性和正当性。信息主权立法背景下，政府部门的网络监管应采用适当宽松的形式。在规则适用上，以非政府主体共同制定或认可的、并依靠成员以自律方式实施的“软法”而非国家法；⁵²在执法手段上，采用以“非强制性措施”为主，引入辅助原则，⁵³以“强制性措施”作为补充；在行使对象上，通过网路设施和网络信息之间的隔离，采取区分管理方式。⁵⁴在国际层面，以联合国为平台的网络空间治理机构对网络空间采取技术控制的方式，将信息主权纳入国际合作与法治范畴。

最后，结合网络空间的三层机构和网路空间的三要素，网络空间的普遍权力采用不同的司法管辖权。针对网络设施，可适用“领土原则”；针对网络主体，可适用“国籍原则”；针对网络行为，可适用“效果原则”以直接、可预见和实质性效果为标准。⁵⁵

⁵² 参见崔巍：“网络空间管理须‘软’和‘硬’法并举”，《光明日报》，2013年10月20日，第7版。

⁵³ 辅助原则是指在特定公众和组织无法自主实现某种目标时，高一层级的组织应该介入，但仅限于出于保护他们的目的；并且高一层及社会服务团体或者政府组织只能处理那些第一层级的社会团体或者政治组织无法独立处理而高一层级的机构又能更好完成的事务。参见熊光清：“从辅助原则看个人、社会、国家、超国家之间的关系”，《中国人大常委会》，2012年第5期，第68-75页；刘连泰：“信息技术与主权概念”，《中外法学》，2015年第2期，第505-522页。

⁵⁴ 张新宝、许可：“网络空间主权的治理模式及其制度建构”，《中国社会科学》，2016年第8期，第139-208页。

⁵⁵ 张新宝、许可：“网络空间主权的治理模式及其制度建构”，《中国社会科学》，2016年第8期，第139-208页。

网络诽谤案件中“通知—移除”规则的合宪性调控 ——以公民言论自由和监督权的保护为视角

郑海平

摘要：我国现行《侵权责任法》第36条所确立的“通知—移除”规则在适用于网络诽谤案件时，容易对公民的言论自由和监督权造成侵害。主要原因在于，在此种规则之下，网络平台提供者为了避免承担责任，往往倾向于对网络用户的言论进行过度审查，导致许多从法律上来看并不一定构成诽谤的言论也被移除。本文主张，虽然我国目前尚未建立比较完善的违宪审查机制，但国家立法和司法机关依然应该尝试通过其他途径对“通知—移除”规则进行合宪性调控：在第36条尚未修改的情况下，法院在网络诽谤案件中适用该项规则时，应当对其对其中的一些关键内容（比如“实施侵权行为”、“知道”、“必要措施”等）进行合宪性解释；同时，立法机关也应该对现行“通知—移除”规则加以修改或补充，以便使其更加符合宪法保障言论自由的意旨。

关键词：网络诽谤 “通知—移除”规则 言论自由 监督权 合宪性解释

一、问题的提出

假设有人利用网络平台（例如新浪微博或搜狐博客）发布了有损他人权益的内容（包括文字、图片、视频等），该网络平台的提供者是否需要为此承担责任？对于这一问题，我国现行《侵权责任法》第36条（以下简称“第36条”）第2款和第3款做了一些规定。依据该条第2款，“网络用户利用网络服务实施侵权行为的，被侵权人有权通知网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。网络服务提供者接到通知后未及时采取必要措施的，对损害的扩大部分与该网络用户承担连带责任”。同条第3款则规定：“网络服务提供者知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益，未采取必要措施的，与该网络用户承担连带责任”。最高人民法院在2014年颁布的《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》（以下简称“2014年《规定》”）^①中则包含对第36条的一些解释。为了行文方便，本文将第36条第2款、第3款，以及相关司法解释所确立的规则统称为“通知—移除”规则。^②

^① 《最高人民法院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》，法释[2014]11号。

^② 在学术讨论中，这一规则有若干不同的名称，比如通知删除制度、通知取下规则、避风港规则、通知规则、提示规则等。参见徐伟：《平台提供者侵权责任理论基础研究》，吉林大学2013年博士论文，第23页。

虽然立法机关在制定此规则时的初衷应该是很好的（主要是为了在网络环境下有效地保护公民和法人的正当权益），^③但该规则在适用于网络诽谤案件时，却可能侵害公民依据宪法而享有的言论自由和监督权。^④对于这一问题，法学界已经有所认识。例如，有学者指出，第36条在立法理念方面存在着“只倾向于民事权利保护，无视表达自由保护”的缺陷。^⑤还有学者指出，在第36条所确立的规则之下，网络服务提供者“为逃避过重的注意义务负担，有理由倾向于采取宽松的审查机制来处理涉嫌侵权的信息，以免除自身的侵权责任”，而这种简单化的做法则会造成“对言论自由的侵害”。^⑥不过，迄今还很少有学者结合具体的案件来讨论“通知—移除”规则可能对言论自由造成的限制，也很少有关于这种限制是否合宪的讨论。

本文拟结合我国法院在近年来做出的45份裁判文书而考察“通知—移除”规则在适用于网络诽谤案件时的情况，分析其可能对公民的言论自由和监督权造成的限制，以及此种限制是否符合宪法，并提出一些具体的合宪性调控路径。本文主张：在第36条尚未修改的情况下，法院在网络诽谤案件中解释和适用“通知—移除”规则时，应当对其进行合宪性解释，以避免对公民的言论自由等权利造成过分的侵害；同时，立法机关也应该及时对现行“通知—移除”规则加以修改，以便使其更加符合宪法的意旨。

需要说明的是，“网络服务提供者”这一概念非常复杂，可能包括网络接入服务提供者、网络平台服务提供者、网络内容提供者、网络技术提供者以及综合性网络服务提供者等不同类别。^⑦第36条虽然使用了“网络服务提供者”这一概念，但却没有对其做出界定。从实际情况来看，第36条第2款、第3款所规定的“网络服务提供者”，主要是指网络平台服务提供者——也就是为网络用户提供信息发布和传播平台的互联网企业。^⑧为了行文方便，本文中一般将此类网络服务提供者称为“平台提供者”。

二、“通知—移除”规则在网络诽谤案件中的适用情况

为了充分了解“通知—移除”规则在网络诽谤案件中的适用情况，笔者在中国裁判文书网上做了一些简单检索。在该网站的“全文检索”栏中输入“《中华人民共和国侵权责任法》第三十六条第二款”，以“名誉权”为关键词，共找到2014年1月至2017年5月期间的43份裁判文书。在其它条件相同而将全文搜索词改为“《中华人民共和国侵权责任法》第三十六条

^③ 参见王利明：《论网络侵权中的通知规则》，载《北方法学》2014年第2期。

^④ 我国宪法第35条和第41条分别规定了公民的言论自由和公民对于政府及其工作人员的监督权。对于这两项权利，后文有进一步的介绍。

^⑤ 蔡唱：《网络服务提供者侵权责任规则的反思与重构》，载《法商研究》2013年第2期。

^⑥ 梅夏英、刘明：《网络侵权归责的现实制约及价值考量——以<侵权责任法>第36条为切入点》，《法律科学》，2013年第2期。

^⑦ 参见喻磊、谢绍涯：《网络服务提供者侵权归责原则新论》，载《江西科技师范学院学报》2010年第4期。

^⑧ 参见杨立新：《网络平台提供者的附条件不真正连带责任与部分连带责任》，载《法律科学》2015年第1期。

第三款”的情况下，共找到7份裁判文书。剔除重复或不符合条件的裁判文书之后，共有与本文论题直接相关的裁判文书45份。虽然这样的简单检索可能不足以涵盖所有适用了“通知-移除”规则的网络诽谤案件，但通过这样一种相对中立、客观的检索方法而得出的结果，应该说还是有一定代表性的，也基本能够满足本文的研究需要。

本部分将以这45份裁判文书为样本而分析“通知-移除”规则在网络诽谤案件中的适用情况。限于篇幅，这里不可能逐一介绍这些裁判文书，而只能在对整体情况加以概述之后选取六个有代表性的案件来分析法院在处理相关问题时的思路。为了方便后文的论证，这里介绍得较为详细的六个案例，大部分都与公民的言论自由和监督权有较强的相关性。这些案件中涉及的宪法问题，将会在本文后面部分得到进一步讨论。

(一) 总体情况概述

样本所包含的45个案件，可以从不同角度进行分类。这里将从案件基本事实、判决结果，以及判决理由这三个角度对这些案件进行归类，以求尽可能全面地展现“通知-移除”规则在适用于诽谤案件时的情况。

从案件的基本事实来看，以被侵权人^⑨是否向平台提供者发通知为标准，可以将这些案件分为两大类，而后可以根据平台提供者是否以及在何时采取移除措施等因素将这些案件进一步分类。^⑩至于判决结果，则无非是平台提供者需要承担侵权责任（“有责”）和无需承担责任（“无责”）两种。^⑪综合案件事实和判决结果，可以通过下面这个表格来展示不同情境下的案件数量的分布情况：

| 案件基本事实 | | | 判决结果 | | | 总 |
|----------------|---|-------------|------|----|---|---|
| | | | 有责 | 无责 | | |
| 先通 知，后起诉 | 平台提供者未采取移除措 施，被侵权人遂起诉 | 收到起诉书后未移除 | 2 | 2 | | |
| | | 收到起诉书后移除 | 6 | 2 | | |
| 未通知（或 不能证明发 | 平台提供者采取了移除措 施，但被侵权人认为移除不 够及时或彻底，遂起诉 | 收到起诉书后进一步移除 | 3 | 11 | 4 | |
| | 直接起诉了平台提供者 | 收到起诉书之前已经移除 | 2 | 1 | | |
| | | 收到起诉书之后移除 | 2 | 10 | | |

^⑨ 由于《侵权责任法》第36条第2款使用了“被侵权人”的概念，为了行文方便，本文一律使用这一概念，无论事实上是否真正存在侵权行为。

^⑩ 需要注意的是，在被侵权人向平台提供者发了通知的情况下，如果平台提供者及时移除了相关内容，则被侵权人可能根本不起诉，也不能形成诉讼案件并成为本文研究的对象。所以，本文样本中能看到的，只是被侵权人没有向平台提供者发通知（而直接起诉），或者被侵权人虽然发了通知但平台提供者未能及时移除或未能彻底移除的情况。

^⑪ 平台提供者承担责任主要方式包括停止侵害、赔偿损失（包括精神损失）、赔礼道歉等，这里不再细分。

| | | | | |
|---------------|----------------------|-----------|-----|---|
| 了通知)，直 接起诉 | | | | 2 |
| | 同时起诉了直接侵权 人和平台提供者 | 收到起诉书之后移除 | 0 4 | |

综上可知，从案件基本事实来看，在样本所涵盖的45个案件中，仅有4个案件中平台提供者在收到起诉书之后依然拒绝移除涉嫌诽谤的内容。也就是说，大部分案件中，平台提供者都在收到起诉书之前或者之后移除了相关内容。从判决结果的角度来看，大约2/3的案件中平台提供者无需承担法律责任。

如果进一步考察每个案件中法院给出的主要的判决理由，则可以将这45个案件分为六类，每一类的案件数量分布如下：

| 判决结果 | 主要判决理由 | 案件 数量 |
|-----------|--|----------|
| 有责(15/45) | 被侵权人发出了通知，但平台提供者未能及时移除相关内容 | 7 |
| | 被侵权人发出了有效通知，平台提供者虽然及时移除了一部分，但 移除得不够彻底 | 2 |
| | 被侵权人在未向平台提供者发通知的情况下直接起诉，法院认为平 台提供者“知道”侵权事实的存在 | 6 |
| 无责(30/45) | 网络用户发布在平台上的内容并不构成侵权 | 6 |
| | 被侵权人没有发出有效通知，且平台提供者在收到起诉书之后及时 移除了涉嫌诽谤的内容 | 12 |
| | 平台提供者在收到通知之后，及时移除了涉嫌诽谤的内容 | 12 |

为了进一步展示“通知-移除”规则在网络诽谤案件中的运作细节，下面将简要介绍样本中的六个真实的案件。这些案件在具体细节上有许多差别，但有一个共同点：它们都涉及基层公务人员（简称“官员”）违法乱纪、贪污腐败的传言。之所以选择这六个案件，一是因为它们代表了六种不同的判决思路，二是因为它们都涉及公民的言论自由和监督权，与本文的论题紧密相关。

(二) 平台提供者需要承担侵权责任的情形

从样本中的案例来看，平台提供者需要承担侵权责任的，主要有三种情形。第一种情况是，被侵权人发出了通知，但平台提供者未能及时移除相关内容，法院认定被告需要承担责任。例如，在唐昭霖诉北京华网汇通技术服务有限公司案（以下简称“唐昭霖案”）中，有网络用户在被告华网汇通公司所经营的中华网中华论坛上发表了一封举报信，声称当时参与京福高铁建设的某项目部经理唐昭霖曾参与倒卖工程、非法获利，非法转包、分包，输送利益给监管部门领导等违法违纪行为。在知悉这一网络文章后，唐昭霖委托律师向被告发出律师函，要求被告删除该文章。但被告并未立即回应。直到后来原告起诉之后，被告才删除该文

章。法院认为，被告在收到原告的通知后未能及时采取必要措施，应该承担赔偿责任。^⑫

第二种情况是，被侵权人发出了有效通知，平台提供者虽然及时移除了一部分涉嫌诽谤的内容，但移除得不够彻底。例如，在于长水诉天涯社区网络科技股份有限公司案（以下简称“于长水案”）中，有网络用户在天涯社区网站上发布了题为《实名举报沂南县辛集镇党委书记于长水违法乱纪、罪恶滔天》的帖子，声称于长水是“贪官污吏”，是“沂南县最腐败、最不作为、最没教养的地方官”；另有帖子则列举了于长水的一系列腐败行为，包括贪污公款、私设监狱非法拘禁他人等。在知悉这些帖子之后，于长水便委托律师向天涯社区网络科技股份有限公司（“天涯公司”）发出律师函，要求其采取删除、屏蔽、断开链接等措施。在收到律师函后，天涯网站的管理人员删除了律师函中载明的帖子。但不久之后，又有网络用户在天涯社区网站上发布了含有类似内容的帖子。于长水遂以天涯公司为被告提起诉讼。法院认为：本案中，网民在天涯社区网站所发布的相关文章损害了于长水的名誉，被告天涯公司在收到原告律师发出的律师函后，“虽删除、屏蔽了部分关于于长水负面内容的文章，但未能采取措施彻底消除侮辱、诽谤原告于长水的文章信息”，所以“应视为与侵权人构成共同侵权，对损害的扩大部分应承担责任”。^⑬

第三种情况是，被侵权人在未向平台提供者发通知的情况下直接起诉，法院认为平台提供者“知道”侵权事实的存在，所以需要承担侵权责任。例如，在黄宇翔诉河池日报社一案（以下简称“黄宇翔案”）^⑭中，有网民在由被告河池日报社主管的河池论坛网站上发布帖子，声称当地农机局局长“利用职务便利，贪污腐败，让自己妹夫等亲戚开农机店，骗取国家农机补贴，生活荒淫无度，与多名女性保持不正当关系”。帖子中还包括黄宇翔与某位女子合影的照片，并配有如“局长黄某与情妇覃某搂抱合影”等文字。虽然河池论坛的管理员注意到了该帖子，但并没有立刻将其删除或屏蔽。直到帖子发布两个多月之后，论坛管理员才将该帖子删除。法院认为，在网民将涉嫌诽谤的帖子发布到被告主办的网站之后，“被告在知道侵权事实存在的情况下，未及时采取屏蔽、断开链接或者删贴等措施”，致使原告的名誉受到严重损害，所以应该承担法律责任。以此为由，法院判令被告向原告赔礼道歉，并赔偿原告精神抚慰金 20000 元。

（三）平台提供者无需承担侵权责任的情形

从样本中的案例来看，网络平台不需要为第三方的言论承担诽谤责任的情形，也主要有三种。第一种情况是，法院认定网络用户发布在平台上的内容并不构成侵权，故平台提供者也无需要连带责任。例如，在孙海婷诉陶菲、合肥肥肥网络科技有限公司一案中，有网络用

^⑫ 唐昭霖诉北京华网汇通技术服务有限公司，福建省南平市延平区人民法院，(2014)延民初字第982号。

^⑬ 于长水诉天涯社区网络科技股份有限公司，山东省沂南县人民法院，(2015)沂南民初字第2455号。

^⑭ 黄宇翔诉河池日报社，广西壮族自治区环江毛南族自治县人民法院，(2016)桂1226民初191号。

户在天涯论坛等网站上发布《合肥蜀山区卫生局局长遭妻子实名举报》的帖子，帖子的内容包括该局长妻子的一封实名举报信及若干图片：实名信声称该局长有收受贿赂、包养情妇，实施家庭暴力等违法乱纪行为；而图片则主要是被举报人与其“情妇”的一些照片。被指称为“情妇”的孙海婷以天涯公司等为被告提起诉讼。天涯公司在接到法院传票后便删除相关帖子。法院认为，网上发布的文章系对局长妻子举报信的刊登，孙海婷“未举证证实该举报信的内容存在恶意陷害的情形，亦未证明该举报信经过网站的编辑、修改，网站已对事实进行认定或是具有侮辱诽谤性的评论”，故孙海婷主张天涯公司的行为侵犯其名誉权亦不能成立。^⑮

第二种情况是，被侵权人没有发出有效通知，且平台提供者在收到起诉书之后及时移除了涉嫌诽谤的内容。例如，在鲁俊强诉天涯社区网络科技股份有限公司案（以下简称“鲁俊强案”）中，有网络用户在天涯公司经营的网站上发布了一封实名检举信，反映鲁俊强利用村委会换届选举之机贿赂村民给其投票，指使其侄子殴打他人，以及非法建房等问题。鲁俊强以天涯公司和实名检举人为被告提起诉讼。天涯公司在收到有关诉讼材料后即于当日将涉案帖子删除。法院认为：本案中原告并未通知天涯公司采取必要措施，且天涯公司在收到诉讼材料后及时删除了侵权信息，已尽到了平台提供者的义务，故原告要求被告天涯公司承担赔偿责任的请求，法院不予支持。^⑯

第三种情况是，平台提供者在收到通知之后，及时移除了涉嫌诽谤的内容。例如，在王甫刚诉南京西祠信息技术股份有限公司案（以下简称“王甫刚案”）中，网名为“沙滩脚印”的用户在西祠公司经营的西祠胡同网站上发布了一篇帖子，声称江苏省徐州市睢宁县某基层干部王甫刚有“霸占集体土地”“贪污集体公款”等违法乱纪行为。王甫刚认为以上帖子对其名誉造成损害，遂向西祠公司发送律师函要求删帖。西祠公司在收到律师函后，及时删除了上述帖子。但不久之后，“沙滩脚印”再次在西祠胡同上发布类似的帖子。王甫刚遂以西祠公司为被告提起诉讼，认为被告在知道上述帖子内容侵权的事实后，应该采取封号、屏蔽等措施防止损害扩大。西祠公司在收到法院送达的起诉状副本后，立即删除了“沙滩脚印”后来所发的帖子。法院认为，西祠公司在收到通知后已经采取了必要措施，故无需对王甫刚承担赔偿责任。^⑰

三、“通知-移除”规则对公民言论自由和监督权的限制

在前一部分的样本所涵盖的绝大多数案件中，被侵权人都成功地利用“通知-移除”规则而使平台提供者移除了涉嫌诽谤的帖子；在有些案件中，被侵权人甚至从平台提供者那里获

^⑮ 孙海婷诉陶菲、合肥肥肥网络科技有限公司，安徽省合肥市中级人民法院，(2016)皖01民终381号。

^⑯ 鲁俊强诉刘善森、管贻国、天涯社区网络科技股份有限公司，山东省高密市人民法院，(2015)高法民初字第1386号。

^⑰ 王甫刚诉南京西祠信息技术股份有限公司，江苏省徐州市中级人民法院，(2014)徐民终字第3676号。

得了金钱赔偿。虽然这些案件中被侵权人的名誉权可能得到了有效保护，但网络用户的言论自由和公众的监督权却未能得到足够的重视。本部分将论证：在适用于网络诽谤案件时，我国现行的“通知-移除”规则确实对公民的言论自由造成了限制；从逻辑层面来看，此种限制的发生几乎可以说是必然的。本部分将分析我国现行的“通知-移除”规则对公民的言论自由和监督权造成的限制，此种限制的成因，以及与之相关的宪法问题。关于这些限制是不是符合宪法的具体讨论，则会在本文第四部分展开。

（一）该项规则限制了公民的言论自由和监督权

在我国，言论自由和监督权是受到宪法明确保障的公民基本权利。具体而言：宪法第35条规定公民享有言论、出版的自由（本文概称为“言论自由”）；同时，宪法第41条第一款则规定公民对国家机关及其工作人员享有批评、建议、申诉、控告、检举的权利（理论上一般把这些权利统称为“监督权”）。宪法中这两个条文的存在意味着：原则上，公民可以自由地通过口头或书面语言向他人传递特定信息和观念，如果公权力机关要对言论自由施加限制，就必须提出充分的理由；特别是，如果公民是以发表言论的方式对国家机关及其工作人员提出批评、建议的话，则公权力对于此种言论的限制，就需要更为充分的理由。^⑩

当公民在互联网上发布信息、表达观点的时候，毫无疑问是在发表言论，因而可以说是处在了宪法第35条的规范领域内。事实上，互联网为公民发表言论提供了前所未有的便利条件。与传统媒体相比，网络传播具有“去中心化”、交互性、多样性、匿名性、快捷性等特点，而这些特点则“决定了网络在所有的传媒中最有利于言论自由价值的发挥”。^⑪在网络时代，人们不再是传统媒体时代消极接受信息的“受众”，而成了具有主体地位的“公众”。^⑫说得更具体一点：只需要借助一台电脑户或一部手机，每一个人都可以通过互联网发布自己的言论（具体的形式可能包括文字、声音、图像和影片等），而这些言论则可能在同一时间传播给成千上万的网络用户。对于普通民众而言，能够如此方便地传递信息，在传统媒体时代是不可想象的。

在这种背景下，说“通知-移除”规则限制了公民的言论自由，应该也就不难理解了：当平台提供者将网络用户发布在网站上的特定内容移除之后，实际上也就限制了该网络用户自由地利用该平台发表言论的能力。也许有人会认为，即使网络用户发布在某个网络平台（例如新浪微博）上的帖子被删除甚至屏蔽了，他们依然可以“自由地”在其他平台（比如天涯社区网站）上发表内容相同的帖子，所以他们言论自由并没有受到限制。^⑬本文不同意这种

^⑩ 参见杜强强：《基本权利的规范领域和保护程度——对我国宪法第35条和第41条的规范比较》，《法学研究》2011年第1期。

^⑪ 秦前红、陈道英：《网络空间言论自由的法律界限初探——美国相关经验之述评》，《信息网络安全》2006年第4期。

^⑫ 王涛：《网络公共言论的法治内涵和合理规制》，《法学》2014年第9期。

^⑬ 这是笔者在与一些民法学者交流时听到的一种观点。笔者虽然不同意这种观点，但还是向提出这一意见的学者表示感谢。

观点。须要知道，言论自由保护的不仅是言论的内容，而且包括通过特定渠道和形式发布信息的自由。当一个公民不能在新浪微博这一平台上自由地发表言论的时候，他的言论自由就受到了限制，无论他能否通过其他渠道发表言论。尽管这种限制的程度可能不是很严重，也不一定违反宪法，但不应该否认这是一种限制。²²

值得注意的是，“通知-移除”规则对用户言论自由的限制，是一种相当普遍的现象。在本文样本所涵盖的45个案件中，平台提供者在绝大多数（41个）案件中都在收到通知或起诉状后移除了相关内容。可以想见，在现实中，大部分情况下平台提供者都会在收到“通知”后及时移除相关内容以便“息事宁人”，而投诉人也不会继续起诉。这样，就不会形成在法院争讼的案件（所以也不会进入本文样本研究的范围），但网络用户的言论自由却实实在在是受到了限制。

此外，还有必要指出，如果公民在网上发布的是批评官员的意见，那么受到“通知-移除”规则限制的，就不仅仅是公民的言论自由，而且包括公民对于官员的监督权。在本文第二部分所介绍的六个案例中，公民都是在利用互联网这一新兴媒体发布信息，揭露了某些地方官员或者国家机关工作人员贪污腐败、滥用职权、违法乱纪的行为。在有些案件中，公民甚至是以实名举报的方式发布相关言论的。这可以说是网络时代民众监督政府官员的一种典型形式——他们希望通过网络这一新兴媒体散布消息，让公众知道关于官员腐败的事实，并引起党政部门的注意。然而，在所有这些案件中，仅仅因为“被侵权人”的一纸通知或一纸诉状，相关内容就被移除了。这不能不说这是对于公民言论自由和监督权的一种严重限制。

（二）限制的成因分析

为什么“通知-移除”规则适用于网络诽谤案件时会产生限制言论自由的效果？对于这一问题，从逻辑上来看其实不难理解。在收到被侵权人要求移除相关内容的“通知”之后，平台提供者实际上面临两个基本的选择：要么及时移除相关帖子，从而避免承担责任，而且也可以避免被卷入诉讼的风险；要么拒绝移除，而这也就意味可能成为被告甚至为网络用户发布的内容承担法律责任。在这种情况下，作为追求自身利益最大化的平台提供者，当然倾向于为了避免承担责任而删除或屏蔽相关帖子。²³虽然公民的言论自由和监督权重要的宪法权利，但在市场经济条件下，平台提供者们通常不大可能为了保护网民的基本权利而牺牲自己的经济利益。²⁴

虽然平台提供者的移除义务有一定的前提，比如“知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益”，但在网络诽谤案件中，这一前提根本不足以保护相关内容不被轻易移除。这

²² 当然，限制的严重程度会影响到其是否合宪的判断，对此后文有进一步的说明。

²³ 参见Corey Omer, *Intermediary Liability for Harmful Speech: Lessons from Abroad*, 28 Harv. J. Law & Tec 289 (2014)；另可参见前引_____, 蔡唱文。

²⁴ 陈道英：《ICP对用户言论的法律责任——以表达自由为视角》，《交大法学》2015年第1期。

是因为，在现实中，要判断网上的某些言论是否构成诽谤，并不是一件容易的事。²⁵“相较于那些较为明显侵权的信息，有些涉嫌侵权的行为，仅凭网络服务提供者有限的专业能力，确实难以作出十分准确的判断”。²⁶例如，前述于长水案中，有人发帖称于长水是当地“最腐败、最不作为、最没教养的地方官”，是否构成诽谤？黄宇翔案中，有人称黄宇翔“利用职务便利，贪污腐败”，并且“生活荒淫无度，与多名女性保持不正当关系”，是否构成诽谤？从涉事官员的角度来说，这些言论当然损害了其名誉，属于“诽谤”，所以他们也会向平台提供者发出通知。但从法律的角度来说，在对这些问题做出判断的时候，不仅需要考虑网上言论是否损害了当事人的名誉，而且需要考虑相关内容所反映的情况是否属实，当事人作为地方政府官员的特殊身份，以及民众对政府官员提出批评和质疑的权利等许多因素。

对于这些问题的判断，即使对于专业法官来说，也有一定的难度，更不要说是并未接受过专业法律训练的网络平台管理人员了。例如，在一起案件中，法院认为，如果网络帖子中出现“包养情妇”这样的“敏感内容”，平台提供者就“应当知道该帖子内容存在侵害他人民事权益的可能性”并采取相应的监管措施。²⁷可是，在前文提到的孙海婷案中，尽管帖子中也包含“情妇”之类的话语，甚至还公布了当事人的照片和身份证号码等内容，但法院还是认为这并不构成诽谤，平台提供者也不需要为之承担责任。²⁸把这样一种连法院都难以判断的事项交由平台提供者来判断，很自然的结果便是：为了避免承担责任，平台提供者可能只要收到通知就采取移除措施，甚至会采取事前审查的方式屏蔽“情妇”之类的“敏感内容”。

在本文第二部分的样本中，平台提供者在绝大多数的案件中都是在法院尚未确定网络用户发布的言论是否构成诽谤之前便移除了相关内容，恰恰也证明了这一点。就个案而言，即使相关内容根本不构成诽谤，有些平台提供者也会为了避免承担责任而将其移除。例如，在黄岛区某某珠江路店诉北京某某科技有限公司一案中，有网络用户在美团网上对原告（一家饭店）的情况做了评价，声称该店提供的脊骨汤“味道跟正宗的没法比，而且肉用了化工用品嫩肉粉，用的脊骨也不是正品”，并呼吁“食品部门应该来查查”。原告给被告发函，要求被告立即删除前述诽谤评论。被告在收到通知后，虽然不能认定上述用户评论属于诽谤，但还是“出于谨慎的态度”删除了该评论。²⁹可以说，该案被告的这种“谨慎的态度”具有一定的代表性，而这种态度则使得平台服务者倾向于对用户的言论进行过度审查。

²⁵ 参见梅夏英、刘明：《网络服务提供者侵权中的提示规则》，载《法学杂志》2010年第6期。

²⁶ 王利明：《论网络侵权中的通知规则》，载《北方法学》2014年第2期。

²⁷ 初钢兴诉天涯社区网络科技股份有限公司，辽宁省大连市中级人民法院，(2015)大民一终字第01845号。

²⁸ 孙海婷诉陶菲、合肥肥肥网络科技有限公司，安徽省合肥市中级人民法院，(2016)皖01民终381号。

²⁹ 黄岛区某某珠江路店诉北京某某科技有限公司，山东省青岛市黄岛区人民法院，(2015)黄民初字第8770号。

(三) “意思自治”不应成为回避宪法问题的借口

可能有人会认为，平台提供者移除网络用户所发布的特定内容的行为，只是两个私主体之间的普通民事关系，应该依照强调“意思自治”、“契约自由”的民法来处理，没有必要讨论是否限制宪法上的言论自由和监督权这一问题。³⁰基于至少两个方面的理由，本文认为这种主张是难以成立的。

第一，平台提供者的移除行为，并非单纯的私人行为，而是一种在法律授权（甚至要求）之下的私人审查。从表面上来看，由于大部分网络平台都是由私人网络公司运营的，所以它们的移除行为可以看作是一种由私主体施加的“私人审查”。但是，平台提供者移除用户所发布的信息的主要理由，并不是“意思自治”和“契约自由”，而是作为国家法律之一部分的“通知-移除”规则。可以设想，如果没有该规则，平台提供者应该不会轻易移除网络用户发布的内容，因为这样做不仅会招致用户的不满（而这可能使平台提供者失去一部分“顾客”），而且需要动用专门的人员和设备等（进而会导致运营成本的增加）。所以，平台提供者的移除行为，并不完全是私主体的意志的体现，而更多地体现了国家公权力的意志。

第二，虽然平台提供者与网络用户之间的关系从表面上来看只是民事法律关系，这种关系也会受到宪法基本权利（包括言论自由和监督权）的影响。固然，基本权利主要用来防范公权力的，但依据“第三人效力”理论，它们也会对私人主体之间的法律关系产生影响。³¹也就是说，平台提供者的移除行为，哪怕只是公权力所默许的私人审查，其对于用户基本权利的限制，也不应该在“意思自治”、“契约自由”的幌子下躲开合宪性检视。这并不是对民法自主性的干涉，而是保障公民基本权利的需求。

四、限制的合宪性分析

鉴于“通知-移除”规则在网络诽谤案件中的适用牵涉到宪法上的言论自由和监督权，这里就有必要讨论此种限制是否符合宪法。当然，这本身是一个很复杂的问题，需要考虑许多具体的因素，因而也很难从抽象层面做出肯定或否定的回答。特别是，由于我国目前尚未建立有效的违宪审查机制，对于宪法问题的分析基本上只能是一种理论层面的讨论。尽管如此，这样的探讨还是有意义的，至少它能够引起人们对宪法问题的关注。

依据一般的宪法理论，在判断国家公权力对基本权利的限制是否符合宪法时，需要从形式和实质两个层面展开：在形式层面，主要是审查限制是否符合法律保留原则与法律明确性原则；在实质层面，则要审查限制是不是为了实现正当目的，以及限制的手段是否符合比例原则（包括适当性原则、必要性原则，以及狭义比例原则）。³²本部分的分析将会围绕这一

³⁰ 这也是笔者在与一些民法学者交流时听到的一种观点。

³¹ 参见陈道英、秦前红：《对宪法权利规范对第三人效力的再认识：以对宪法性质的分析为视角》，载《河南省政法管理干部学院学报》2006年第2期。

³² 张翔：《基本权利的规范建构》，高等教育出版社2008年版，第58-67页。

理论框架展开。

(一) 法律保留与法的明确性

所谓法律保留原则，是指对于公民基本权利的限制，只能由作为民意代表机关的立法机关通过法律（而非低层级规范性文件）做出规定。³³ 言论自由和监督权作为民主社会中最重要的原则之一，从理论上来说，对它的限制自然也应遵循法律保留原则。就本文讨论的话题而言，平台服务者移除用户言论做法总体上来看是有法律依据的，即《侵权责任法》第36条，所以也能满足法律保留原则的要求。考虑到关于这一问题的争议并不是很大，这里不再详细展开。

在形式审查的层面，还包括法律明确性原则，也就是要求法律对于基本权利的限制在内容上必须明确，能够对人们的行为做出确定性的指引。³⁴ 在审查对于言论自由的限制是否合宪时，这一原则尤其具有重要的意义，因为不明确的规则可能对言论自由产生“萎缩性效果”。³⁵ 也就是说，由于限制性规范内容模糊，公民难以知道某一言论究竟是否合法，从而不敢表达自己的想法，造成对言论自由的自我限制。

作为“通知-移除”规则之基础的第36条是否符合明确性原则，是值得怀疑的。如前所述，“网络用户利用网络服务实施侵权行为”和“网络服务提供者知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益”这样的表述，其含义并不是很清楚。特别是，要判断网络用户在网络平台上发布的特定内容是否“侵害他人民事权益”，以及平台提供者是否“知道”这种情况，并不是一件容易的事。³⁶ 在这种情况下，平台提供者为了避免承担责任，必然倾向于过度审查。而这种“萎缩性效果”，正是法的明确性原则所欲防范的。因此，仅仅从形式层面来看，作为移除行为之法律依据的第36条恐怕就难以满足宪法的要求。

(二) 限制目的的正当性

假设对于基本权利的某一种限制能够通过形式层面的审查，接下来就需要进入实质层面的审查，而其中第一个问题便是：此种限制是不是为了实现正当的目的？具体到本文所讨论的话题，这里需要追问的便是：网络诽谤案件中“通知-移除”规则对于言论自由的限制，究竟是为了实现何种目的？此种目的是否正当？

立法机关制定第36条的目的，应该是在于互联网环境下有效地保护公民和法人在人格、财产等方面的利益；而法院在网络诽谤案件中适用此规则时，通常也是为了保护投

³³ 张翔：《基本权利的规范建构》，高等教育出版社2008年版，第59页。

³⁴ 张翔：《基本权利的规范建构》，高等教育出版社2008年版，第67页。

³⁵ [日]芦布信喜：《宪法》（第三版），林来梵、凌维慈等译，北京大学出版社2006年版，第176页。

³⁶ 事实上，有民法学者明确指出第36条“用词模糊，无法理解”。邓社民：《网络服务提供者侵权责任限制问题探析》，《甘肃政法学院学报》2011年第5期。

诉者的名誉。那么，保护个人的名誉，是不是一种正当目的呢？答案是肯定的。我国宪法第38条规定：“中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯。禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害”。名誉乃是每个人的人格的重要组成部分，为其提供保护，无疑是正当的。

在有些案件中，涉及的并不是个人的名誉，而是法人的商誉。虽然学界对于法人是否享有人格权（包括名誉权）存在争议，³⁷ 但法人对于其商号、名称、口碑等，显然具有正当的利益。³⁸ 所以，对这种利益提供保护，应该也是正当的。³⁹

不过，在有些网络诽谤案件中，法院对于“通知-移除”规则的适用，却不是为了保护公民的名誉或法人的商誉。例如，在2014年的一起案件中，有网络用户在网上评价某家公司的服务时使用了“黑心的商家”、“害人的家伙”、“骗钱”、“上当”等话语。虽然法院认定网络用户的这些评论并不构成诽谤，但依然判定平台提供者应该删除相关言论，而理由则主要是相关语言未能“尊重网上道德”，属于“非文明性语言”。⁴⁰ 本文认为，该案中法院对于“通知-移除”规则的适用并不是为了保护原告在名誉、财产等方面的利益，而是为了维护所谓的“网上道德”。此种目的是否正当，是值得怀疑的。

(三) 比例原则

假设限制是为了实现正当的目的，下一个问题便是：限制基本权利的手段是否符合比例原则？所谓比例原则，就是指立法机关限制基本权利的手段必须与限制的目的相适应，不得不择手段地限制基本权利。这一原则又包括三个分原则：适当性原则、必要性原则，以及狭义比例原则。⁴¹ 虽然比例原则由于其高度的抽象性而难于把握，但恰恰也是这种抽象性使得它具有了广泛的适用性。⁴² 这里将尝试从比例原则的角度对“通知-移除”规则在诽谤案件中的适用是否合宪的问题加以讨论。

1、限制措施是否具备“适当性”和“必要性”？

该原则要求限制的手段必须能够达到其所欲追求的目的——也就是说，不能选择无法达成目的的措施。⁴³ 就本文讨论的问题而言，这里需要回答的具体问题便是：要求平台提供

³⁷ 代表性观点，可参见尹田：《论法人格权》，载《法学研究》2004年第4期；钟瑞栋：《“法人格权”之否认》，载《厦门大学法律评论》（第7辑），厦门大学出版社2004年版，第233页。

³⁸ 参见徐中缘、颜克云：《论法人名誉权、法人人格权与我国民法典》，《法学杂志》2016年第4期。

³⁹ 宪法第51条规定，“中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候，不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。”所以，如果限制基本权利的目的是保护国家、社会、集体的利益和其他公民的合法权利，则可以视为正当目的。

⁴⁰ 贝尔好案（北京）科技有限公司诉广州盛成网络科技有限公司，北京市第三中级人民法院，（2014）三中民终字第04050号。

⁴¹ 张翔：《基本权利的规范建构》，高等教育出版社2008年版，第65页。

⁴² 在实质层面判断对于基本权利的限制是否合宪的时候，常用的方法除了比例分析之外，还有“利益衡量”（balancing），以及类型化规则（categorical rules）。关于这三种方法各自的优点和缺点，可参见马克·图什内特：《比较宪法高级导论》，郑海平译，中国政法大学出版社2017年版，第__页。

⁴³ 林来梵主编：《宪法审查的原理和技术》，法律出版社2009年版，第236页。

者移除特定内容，能否实现保护当事人的名誉这一目的？倘若涉案帖子确实有损某人的名誉，那么，及时移除该帖子当然能够起到保护当事人名誉的作用。鉴于这一问题的回答很大程度上依赖于具体的事事实情境，而且判断难度也不大，这里不再赘述。

假设平台提供者采取的移除措施具备适当性，依然需要考虑其必要性。所谓必要性原则，也被称为最小侵害原则，是指在所有能够达成特定目标的手段中，必须选择对公民的基本权利侵害最小的手段，这实际上就是要求公权力机关证明已无其他限制更小的措施能够同样有效地实现特定目标。⁴⁴具体而言，这里需要讨论的关键问题是：为了实现保护公民或法人的名誉权这一目的，是否有必要适用我国目前的这样一种“通知-移除”规则？本文认为，基于至少三个方面的理由，可以对这一问题做出否定的回答。

第一，在网络诽谤案件中是否有必要适用“通知-移除”规则，本身就是值得讨论的。我国学者在讨论我国的“通知-移除”规则的来源时，基本都认为该规则是借鉴了美国1998年《数字千年版权法》（Digital Millennium Copyright Act, DMCA）中的相关规定。⁴⁵但遗憾的是，这一规则的借鉴，至少在适用于网络诽谤案件时，基本可以说是一种忽略了具体制度背景的“误用”，因为《数字千年版权法》在美国只适用于涉及版权的侵权案件，根本不可能在诽谤领域适用！⁴⁶在美国，网络诽谤案件中适用的是国会在1996年制定的《通讯风化法》（Communication Decency Act, CDA）的规定。根据该法，平台提供者不需要为其他主体利用其网络服务而发布的诽谤言论承担责任，即便其在收到被侵权人的通知后未能移除涉嫌侵权的内容，也是如此。⁴⁷美国之所以不在网络诽谤案件中适用“通知-移除”规则，并不是因为不重视名誉权的保护，而是因为此种规则适用于诽谤案件时很容易侵犯公民的言论自由，是美国联邦宪法第一修正案所不允许的。⁴⁸当然，在美国，个人名誉权同样是受保护的，只是被侵权人不能直接要求平台提供者删除涉嫌诽谤的信息而已。美国的例子说明，即使没有“通知-移除”规则，公民的名誉权依然能够得到保护。换言之，此种规则并不是保护名誉权所必需的。

第二，退一步说，即使有必要在网络诽谤案件中适用“通知-移除”规则，也不一定有必要采用我国目前的这种规则。要理解这一点，不妨考虑一下英国在2013年修改之后的《诽谤法》中所确立的“通知-移除”规则。依据该法，在收到投诉通知后，平台提供者必须在48

⁴⁴ 林来梵主编：《宪法审查的原理和技术》，法律出版社2009年版，第237页。

⁴⁵ 参见张新宝、任鸿雁：《互联网上的侵权责任：〈侵权责任法〉第36条解读》，《中国人民大学学报》2010年第4期；以及徐伟：《平台提供者侵权责任理论基础研究》，吉林大学2013年博士论文，第35-37页。

⁴⁶ 实际上，在我国起草《侵权责任法》时，已经有美国专家指出《数字千年版权法》不能适用于人格权侵权纠纷，也不建议中国在规定网络侵权责任的规则中全面采用这样的规则。参见全国人大常委会法制工作委员会民法室：《侵权责任法立法背景与观点全集》，法律出版社2010年版，第352-353页。

⁴⁷ David S. Ardia, Free Speech Savior or Shield for Scoundrels: An Empirical Study of Intermediary Immunity Under Section 230 of the Communications Decency Act, 45 Loy L.A. L. Rev. 373, 452 (2010).

⁴⁸ Zeran v. America Online, Inc., 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997).

小时内将该通知的内容转发给被认为是涉嫌诽谤的信息的发布者。在收到转发的通知后，信息的发布者必须在五天之内做出如下选择：要么同意被指控为诽谤的内容从网站上删除，要么向平台提供者提供其真实姓名和地址。如果发布者同意将相关内容从网络上删除，或者平台提供者不能联系到信息的发布者，或者发布者在五天内没有回复，则平台提供者必须在五天期限到期之后的48小时内删除相关内容。如果信息的发布者在规定的期限内做出了回复并拒绝删除相关内容，则平台提供者必须在收到回复之后的48小时内将相关情况通知投诉者。发布者有权决定是否允许平台提供者在未获得法院许可的情况下将自己的姓名等信息透露给投诉者。⁴⁹不难看出，与我国现行的“通知-移除”规则相比，英国在诽谤案件中适用的“通知-移除”规则设计得非常精巧，既能有效地保护个人的名誉权，又不会对网络空间中的言论自由造成过分的侵害。这也从一个侧面证明我国现行规则对言论自由和监督权所施加的限制并不是保护名誉权所必需的。

第三，再退一步，就算为了保护个人名誉有必要适用我国目前的“通知-移除”规则，也并不意味着每一个案件中平台提供者所采取的移除措施都是必要的。就本文第二部分所介绍的案件而言，至少某些案件中，法院在适用该规则时超出了必要的范围。例如，在黄宇翔案中，即使假设关于原告与“情妇”搂抱合影的言论不符合事实因而应该被移除，但关于原告（作为农机局局长）“利用职务便利，贪污腐败，让自己妹夫等亲戚开农机店，骗取国家农机补贴”的陈述是否属实还不确定。事实上，原告本人在起诉书中根本没有主张这些陈述不符合事实。尽管如此，法院还是以网络平台“知道”诽谤信息的存在为由而判令其承担责任。再如，在于长水案中，法院天涯公司“于本判决生效后十日内采取删除、屏蔽、断开链接等措施清除关于于长水负面内容的文章”。这样的措施，对于保护当事人的名誉来说并不是必要的，因为关于某人的“负面内容”并不一定构成诽谤。在一个多元的社会中，任何人都没有权利禁止别人发表对自己的负面评价，更何况这里的当事人还是政府工作人员。

2、限制措施是否符合狭义比例原则？

即使平台提供者的移除措施能够经受得住前面所有的合宪性检验，也还要考虑该措施是否符合狭义的比例原则。该原则要求，不能为了较小的利益去严重限制基本权利——也就是说，限制基本权利所造成的损害与实现的利益之间必须达到平衡。⁵⁰用我国的俗语来说，就是不可以“杀鸡取卵”。⁵¹就本文目的而言，这里需要考虑移除措施对公民的言论自由、监督权，以及蕴含在这些权利背后的公共利益所造成的损害是否严重超出了它所带来的利益（对名誉权的保护）。如果是的话，限制就不符合狭义比例原则。

⁴⁹ Defamation Act, 2013, § 5(3)(a). available at <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/26/section/5/enacted>.

⁵⁰ 张翔：《基本权利的规范建构》，高等教育出版社2008年版，第65页

⁵¹ 林来梵：《宪法审查的原理和技术》，法律出版社2009年版，第237页。

在一般情况下，如果网络用户发布的特定争议言论只会损害某人的名誉而与公共利益无关（比如捏造事实谣传某人患有艾滋病），那么平台的移除措施所带来的利益原则上应该大于其对言论自由所造成的损害。这样的言论，即使被移除，也不会对公共利益构成很大的损害。在这种情况下，或许可以说，移除措施并不违反狭义比例原则，因而也不违反宪法。

然而，如果网络用户发布的是与公共利益有关的公共言论（特别是那些关于官员违法的传言），那么，移除措施所造成的损害就严重得多，可能远远大于其所带来的利益。这是因为，与一般公民不同，官员掌握着公权力，如果缺乏监督，权力就可能被滥用。而公民在网上发布关于官员违法的信息，可以对官员的行为起到有效的监督作用。⁵²官员也是公民，他们的名誉当然也应该保护。⁵³如果涉及官员腐败传言的网络信息完全是虚构或歪曲事实的恶意诽谤，被侵权人完全可以向法院起诉，追究恶意诽谤者的责任，并在胜诉之后再要求平台服务提供者移除相关诽谤内容。⁵⁴但如果这些消息在尚未被法院认定为诽谤的情况下就被平台提供者移除，则不仅损害了公民的言论自由和监督权，而且可以说对官员违法行为的变相纵容。这样的做法所带来的好处可能超过了其所造成的危害，因而是不符合狭义比例原则的。

这种不合比例性，在那些涉及实名举报的案件中，表现得尤为突出。例如，在本文第二部分讲到的鲁俊强、于长水、唐昭霖等案件中，有人实名举报某些官员有贪污公款、私设监狱、殴打他人、贿选，以及向监管部门输送利益等违法乱纪行为。在我国，由于体制因素的制约，“对权力者的监督历来十分困难”。⁵⁵在此背景下，有人能够站出来实名举报官员的腐败行为，显然需要极大的勇气。而且，既然是实名举报，也就意味着如果举报内容失实，举报人愿意为之承担法律责任，所以捏造事实诽谤他人的可能性较小。然而，在所有这些案件中，仅仅因为“被侵权人”的一纸通知或一纸诉状，相关内容就被移除了，尽管这些内容尚未被法院认定为诽谤。即使实名举报人愿意为他们的言论承担法律责任，他们也没有机会走上法庭为自己所述事实的真实性辩护。这样的案件中，可以确定地说，平台提供者的移除措施所造成的损害超出了其所保护的利益（即涉事官员的名誉），有严重的违宪嫌疑。

（四）小结

综上，本文认为，虽然保护公民和法人的名誉权是一种正当的目的，但是否有必要在诽谤案件中采用我国现行的这种“通知-移除”规则，是值得怀疑的。我国的这种规则过于粗疏，容易对公民的言论自由和监督权造成限制。特别是，对于那些与公共利益有关的网络信息，倘若这些信息在尚未被法院认定为诽谤之时就被移除，则有违反比例原则之嫌。也就是说，

⁵² 参见郑刚：《公职人员的人格尊严权克减之衡量——人权语境中的名誉和隐私》，载《云南行政学院学报》2013年第1期。

⁵³ 参见胡弘弘：《论公职人员的名誉权救济》，载《法学》2009年第2期。

⁵⁴ 当然，在网络诽谤案件中，发布言论的用户许多时候是匿名的，因而加大了被侵权人追究诽谤责任的难度。但被侵权人可以要求平台提供者提供涉案网络用户的信息。这与被侵权人要求平台提供者直接移除相关内容还是不同的。

⁵⁵ 孙旭培：《舆论监督的回顾与探讨》，载《炎黄春秋》2003年第3期。

至少在有些案件中，法院对于“通知-移除”规则的适用，有严重的违宪嫌疑。

五、对于“通知-移除”规则的合宪性调控

前文的分析已经说明，将“通知-移除”规则适用于网络诽谤案件时，会对网络用户的言论自由和公众的监督权构成限制，在有些情况下甚至会产生严重的违宪嫌疑。从理论上来说，倘若我国有完善的违宪审查制度，自然可以通过这一机制而排除违宪的情况。遗憾的是，我国目前尚未建立比较有效的违宪审查机制。在此种情况下，从比较务实的角度出发，本文主张，可以通过另外两种途径对“通知-移除”规则进行调控，使之更加符合宪法的要求：第一，立法机关应该通过修改法律或补充实施细则的方式对该规则进行调整；第二，法院在适用该规则时应该对其进行合宪性解释——也就是说，“在多数可能的解释中，应始终优先选用最能符合宪法原则者”。⁵⁶ 当下，我国法院虽然没有进行违宪审查的权力，但依然有权力而且也有义务在处理具体案件的过程中运用合宪性解释这一方法来落实宪法。⁵⁷

以前文的分析为基础，本部分将从保障公民言论自由和监督权的角度对“通知-移除”规则的适用及完善提出一些建议。这些主张的实现，有些依赖于对第36条的关键内容（包括“实施侵权行为”、“通知”、“知道”、“必要措施”等）进行合宪性解释，有些则需要对第36条做出修改或补充。

（一）明确限定通知和移除的前提条件，加强对公共言论的保护

依据第36条，被侵权人发出通知和平台提供者移除相关内容的前提之一，是网络用户利用网络服务“实施侵权行为”（第2款），或者平台提供者知道网络用户利用其网络服务“侵害他人民事权益”（第3款）。但如前所述，要判断网上的某些言论是否属于诽谤以致构成了侵权行为，往往并不是一件容易的事。而对于究竟由什么主体来判断是否存在诽谤侵权行为这一关键问题，第36条本身并未规定。现实中的情况往往是：被侵权人主观上认为特定网络内容损害了其名誉，于是发通知要求平台提供者移除相关内容；而平台提供者为了避免承担责任，也会满足被侵权人的要求。这可能对公民的言论自由和监督权构成侵害。

本文的基本主张是：为了减少对公民言论自由和监督权的侵害，在网络诽谤案件中，应该进一步明确通知和移除的前提条件——存在真实的侵权行为。具体而言：如果争议言论已经被法院认定为诽谤，则被侵权人可以通知平台提供者移除该内容；如果争议言论尚未被法院认定为诽谤，则“被侵权人”原则上无权通知平台采取移除措施，除非该言论与公共利益无

⁵⁶ [德]卡尔·拉伦兹：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第217页。

⁵⁷ 关于合宪性解释在我国的必要性和可行性的论证，已有不少论文。比较有代表性的论文包括：张翔：《两种宪法案件：从合宪性解释看宪法对司法的可能影响》，《中国法学》2008年第3期；黄卉：《合宪性解释及其理论检讨》，《中国法学》2014年第1期；黄明涛：《两种“宪法解释”的概念分野与合宪性解释的可能性》，《中国法学》2014年第6期。

关且严重损害个人名誉。⁵⁸凡是与公共利益有关的网络内容（特别是那些涉及官员违法传言的内容），即使有损当事人的名誉，也只有在法院认定相关网络内容构成诽谤之后，平台提供者才有义务采取移除措施。

虽然这种主张看起来有点“激进”，但实际上有些民法学者已经提出了类似的建议。例如，有学者提出，“法律应明确规定，网络服务提供商只有在权利人提供了符合法定标准或具有司法效力而非仅具有普通证明力的侵权行为认定文书后，仍然不采取相关行动的，才需要对侵害扩大部分承担连带责任”。⁵⁹另有学者则建议，“未来立法应根据不同的情况来确定网络服务者应采取的临时措施，应区分当事人争议的问题是公共事务还是私人事务来判断是否构成侵权以及采取何种措施”。⁶⁰这些学者对“通知-移除”规则提出的修改意见，虽然不完全是以保护公民间言论自由和监督权为出发点的，但在实际效果上则可以起到保护这些基本权利的作用。

以这种方式对通知和移除的前提条件进行规定，既有利于保护网络用户的言论自由和公众对于官员的监督权，同时也不至于对个人的名誉权的保护造成太多的不利影响。一方面，对于那些与公共利益无关且有损个人名誉的内容，受害者可以要求平台提供者及时采取移除措施，因而有利于保护其名誉。另一方面，对于那些关乎公共利益的言论，在法院认定其构成诽谤之前，平台提供者无需采取移除措施，有利于保障公民的言论自由及监督权。当然，如果相关内容最终被法院认定为诽谤，则法院的判决本身就是对受害者名誉的一种救济，而受害者亦可通知平台提供者移除相关内容。

（二）对通知的内容和形式提出更为严格的要求

第36条只是规定被侵权人“有权通知……”，并没有规定“通知”的形式及内容。2014年《规定》第五条则要求被侵权人以书面形式或者平台提供者公示的方式向平台提供者发出通知，其中应该包含下列内容：第一，通知人的姓名（名称）和联系方式；第二，要求采取必要措施的网络地址或者足以准确定位侵权内容的相关信息；第三，通知人要求删除相关理由。对于什么样的理由才算充分这一问题，无论是第36条还是2014年《规定》都未做明确规定。显而易见，如果“理由”的门槛比较低，如果有人可以仅仅因为不满网络用户对自己的负面评价而以“诽谤”为由要求平台提供者删除相关信息（哪怕该信息事实上是真实的），则可能侵害网络用户的言论自由以及公众的监督权。

本文认为，就通知的内容而言，应该在2014年《规定》的基础上，进一步要求通知人

⁵⁸ 王利明教授在《论网络侵权中的通知规则》一文中提出，“对于较为明显侵权的信息，网络服务提供者在接到通知之后，应当及时采取删除、屏蔽、断开链接等措施”。但是对于何为“明显侵权的信息”，王教授并未提出明确标准。为了避免不必要的争议，本文刻意没有使用“明显侵权的信息”这一概念。不过，这里所说的“与公共利益无关且有损个人名誉”的言论，大致也可以说是一种“明显侵权的信息”。

⁵⁹ 梅夏英、刘明：《网络服务提供者侵权中的提示规则》，载《法学杂志》2010年第6期。

⁶⁰ 蔡唱：《网络服务提供者侵权责任规则的反思与重构》，载《法商研究》2013年第2期。

提供争议言论构成诽谤侵权的初步证明材料，以及通知人对通知书的真实性负责的承诺（即错误责任担保）。这里的“初步证明材料”，应该是法院做出的认定相关言论构成诽谤的判决书，或者是通知人提供的证明争议言论与公共利益无关且有损个人名誉的材料。至于真实性承诺，则主要是为了应对这种情况：平台提供者应通知人的要求而采取移除措施，可能损害信息发布者的正当利益，因此也可能需要为此承担违约的法律责任。⁶¹如果要求通知人在通知中提供真实性承诺，则不仅可以防止通知人滥用“通知-移除”规则，也可以降低平台提供者因为错误通知而承担责任的风险。

实际上，在国务院于2006年颁布的《信息网络传播权保护条例》中，就已经要求权利人在通知书中提供“构成侵权的初步证明材料”，并规定“因权利人的错误通知而给服务对象造成损失的，权利人应该承担损害赔偿责任”。⁶²然而，由于《侵权责任法》第36条以及2014年《规定》并没有这样的规定，导致诽谤案件中的投诉人可以比较容易地发出通知。这是很不合理的。与网络传播权案件相比，网络诽谤案件更多地牵涉到公民的言论自由和监督权，更有必要对通知的内容提出严格的要求，以防对公民的基本权利造成不必要的限制。

就通知的形式而言，2014年《规定》要求被侵权人使用“书面形式或者平台提供者公示的方式”。本文认为，至少在那些涉及公共利益的网络诽谤案件中，为了充分地保护言论自由和监督权，原则上应该要求投诉者以书面形式发送通知，并附上投诉人的签名及身份证明。书面形式的优点，是比较正式，可信度高，且有利于形成证据，因而也能在一定程度上防止“通知-移除”规则被滥用。⁶³

在前两年比较著名的“中石化非洲牛郎门”案中，则涉及一个更为具体的争议：原告通过电子邮件向客服邮箱发了删帖通知，但被告（华网汇通公司）则否认收到上述电子邮件，并主张原告应选择“内容举报”渠道发送删帖通知。法院认为，“客户服务邮箱及‘内容举报’渠道均是华网汇通公司对外公布的，且能够与华网汇通公司取得联系的渠道，作为普通网络用户，有理由选择其一”。⁶⁴

本文认为，在已经有专门的“内容举报”渠道的情况下，向客服邮箱发送的电子邮件，不应被视为有效的通知。这是因为，如果只是通过电子邮件向客服邮箱发送删帖申请，至少有两大弊端：第一，客服邮箱可能每天收到大量邮件，难以及时处理，而且可能被归为垃圾邮件。第二，发送邮件者的真实身份难以验证。相反，如果是专门的“内容举报”渠道，则平台提供者可能要求投诉者提供特定的信息，因而也有利于防止“通知-移除”规则被滥用。

⁶¹ 参见前引__，张新宝、任鸿雁文。

⁶² 《信息网络传播权保护条例》第14条、第24条。

⁶³ 王利明、张新宝等学者支持这种主张。前注__，王利明文；前注__，张新宝、任鸿雁文；。

⁶⁴ 张琴诉北京华网汇通技术服务有限公司，北京市朝阳区人民法院，(2013)朝民初字第39819号民事判决书。

(三) 限缩“知道”责任，免除平台提供者的审查义务

第36条第3款规定：“平台提供者知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益，未采取必要措施的，与该网络用户承担连带责任。”一般认为，这是对第36条第2款的补充：有些案件中，虽然没有通知，但由于特殊的情况，平台提供者“知道”侵权行为的存在，所以也有采取必要措施的义务。

这里的关键问题，在于如何解释“知道”一词。在司法实践中，法官至少有两种选择：一种是对“知道”做狭义解释，将其限定为“明知”或“实际知道”；另一种则是对“知道”做广义解释，不仅包括“明知”和“实际知道”，而且包括“应知”和“有理由知道”。⁶⁵

在不少案件中，法院对“知道”做了广义解释，将其解释成了“应知”、“有理由知道”。例如，在前述黄宇翔案中，法院之所以认定河池日报“知道”相关诽谤信息的存在，主要理由就是网站管理员跟贴回复了发帖的网民。然而，从判决书中公布的事实在看，网站管理员并不是一定实际知道前述帖子所反映的情况失实。实际上，法院在判决书中也承认，“河池论坛管
理员在无法确认网友贴子所反映事实是否真实性的情况下，未对贴文涉及的当事人照片和文
字及时处理，仍然将贴子挂在网上”。⁶⁶既然网站论坛管理员“无法确认”相关帖子的内容是
否属实，则他（她）也就不是明知或实际知道相关网络内容构成诽谤。

本文认为，从合宪性解释的角度出发，至少在诽谤案件中，应该对“知道”做狭义解释。也就是说，只有在平台提供者“明知”或“实际知道”网络用户利用互联网对他人进行诽谤的情况下，平台提供者才有义务移除相关诽谤内容。⁶⁷如果对“知道”进行广义解释，则非常不利于言论自由，因为这样的解释实际上是要求平台提供者对网络用户的言论进行全面的审查。对于所有涉嫌诽谤的内容，平台提供者都可能“应该知道”其性质，也有可能为此而承担法律责任。为了避免承担责任，平台提供者总是倾向于过度审查，因而可能对公民的言论自由和监督权构成侵害。

(四) 拓宽“必要措施”的范围，同时坚守“必要性”原则

《侵权责任法》第36条只是要求平台提供者在收到通知之后采取“删除、屏蔽、断开链接等必要措施”，但并未指明在具体案件中究竟采取何种措施，因而也需要法官在司法实践中进一步解释。有学者指出，“究竟采取哪种措施需要根据在具体的事件中是否能够制止侵

⁶⁵ 在第36条第3款的“知道”是否包括“应知”的问题上，民法学界存在严重的分歧意见。相关争议可参见徐伟：《网络服务提供者“知道”认定新诠——兼驳网络服务提供者“应知”论》，载《法律科学》2014年第2期。

2014年8月28日，¹⁵《崇左日报》、¹⁶广西壮族自治区环江毛南族自治县人民法院，(2016)桂1226民初191号。

⁶⁶ 黄宇翔诉鸿池日报社，广西壮族自治区壮语言文字委员会关于对“应知”和“实际知道”的解释。有少部分学者也支持将第36条第3款中的“知道”解释为“明知”和“实际知道”，不包括“应知”。代表性观点，可参见王利明主编：《中华人民共和国侵权责任法释义》，中国法制出版社，2010年1月版，第159页；前注₁，张新宝、任鸿雁文；前注₂，徐伟文。

⁶⁸ 权行为而定。能够制止侵权，防止损害进一步扩大的，即为必要的措施。

本文认为，为了避免对言论自由造成过度的侵害，在选择具体措施时，不仅要考虑某种措施在制止侵权行为方面的有效性，而且要考虑其对言论自由的限制程度。在具体做法上，至少可以采取两个方面的措施：一方面，应该拓宽“必要措施”的范围，将除了第 36 条所列举的那些措施之外的其他措施也吸纳进来；另一方面，要坚守必要措施的“必要性”，避免采取不必要的措施。

就拓宽“必要措施”的范围而言，至少可以考虑将“反通知”措施吸纳进来。所谓“反通知”，是指平台提供者根据被侵权人的通知采取了必要措施后，如果最初发布信息的网络用户认为其发布的信息未侵犯被侵权人的权利，或者其他网络用户认为平台提供者采取的必要措施侵害了自己的合法权益，则可以向平台提供者提出要求恢复删除、取消屏蔽或者恢复链接等恢复措施的权利。⁶⁹ 此种反通知制度的设立，有助于平衡网络诽谤案件中以平台提供者为中心的信息发布者、被侵权人、以及其他用户之间的利益。在具体规定上，也可以参考前文已经提到的英国《诽谤法》的相关规定。

就坚守必要措施的“必要性”而言，则主要是对法院的要求：在删除、屏蔽、等多种可能的措施中，应该选择对公民的言论自由和监督权构成较小限制的措施。不妨以前文提到的两个具体案件为例。在于长水案中，法院判决天涯公司“于本判决生效后十日内采取删除、屏蔽、断开链接等措施清除关于于长水负面内容的文章”。⁷⁰这样的措施，对于言论自由的限制可能过于严重了，可以说是没有必要的。相比之下，在王甫刚案中，法院对于“必要措施”的理解，就更为恰当一些：在那个案件中，原告认为平台提供者在知道涉嫌诽谤的帖子之后应该采取封号、屏蔽等措施防止网络用户再次发出相同内容的帖子，但法院认为封号和屏蔽并不是必要的。法院指出，如果仅仅因为网络用户发布了一些涉嫌诽谤的内容就对其采取中止服务（即“封号”）的措施，属于过于严厉的措施，“与其侵权行为、侵害后果之间不成比例，将影响其正当的使用网络空间的自由和网络监督自由”。⁷¹这样一种解释，是值得肯定的，可以说是对第36条所规定的“必要措施”的一种合宪性解释。

⁶⁵ 张新宝、任鸿雁：《互联网上的侵权责任：《侵权责任法》第36条解读》，《中国人大法学网》2010年第4期。

⁶⁹ 杨立新、李佳伦：《论网络侵权中的反通知及其效果》，《法律科学》2012年第2期。

⁷⁰ 于长水诉天涯社区网络科技股份有限公司、山东省沂南县人民法院：(2015)沂南民初字第2455号判决书，载《立案、审理、审结时间：《比比网》侵权行为的反通知及其效果》，《法律科伴学》2012年第2期。

⁷¹ 王甫刚诉南京西祠信息技术股份有限公司，江苏省徐州市中级人民法院，(2014)徐民终字第3676号。

完善互联网交易平台专利侵权“通知与移除”规则的思考

——兼评《专利法修改草案（送审稿）》及《电子商务法草案

（征求意见稿）》

刘润涛*

结语

通过对现实司法案例的梳理，本文证实了“通知-移除”规则在适用于网络诽谤案件时容易对公民的言论自由和监督权的限制，并指出这种限制至少在某些情况下存在严重的违宪嫌疑。如果承认宪法在法律体系中的最高性以及言论自由和监督权在民主社会中的重要性，就必须正视这一问题。虽然我国目前还没有建立完善的违宪审查机制，但法院应该尝试对该规则进行合宪性解释，而立法机关也应该及时修改或补充该规则，使之与宪法的要求相符合。本文也提出了一些具体的、有操作性的主张，可以为立法和司法机关提供参考。

当然，本文并不否认公民名誉权的重要性。实际上，名誉权作为公民人格尊严的一部分，同样受到我国宪法的保护。只是，在我国现行的“通知-移除”规则之下，公民的名誉权能够得到有效的保护，但言论自由和监督权却未能得到应有的尊重，甚至可以说是被严重忽视了。本文的核心目的，并不是要降低对名誉权的保护，而是要唤起立法和司法机关对公民言论自由和监督权的重视，最终使这三种权利都能得到适当的保护。

摘要：《专利法修改草案（送审稿）》第 63 条第 2 款规定了网络服务提供者专利侵权纠纷中的“通知与移除”规则，但未包含转送通知和反通知等程序。《电子商务法草案（征求意见稿）》第 54 条规定了电子商务第三方平台知识产权侵权纠纷中的“通知与移除”规则，但未对专利权与著作权、商标权进行区分。专利权与著作权的属性不同，网络交易平台服务与网络信息存储、搜索和链接等服务功能不同，专利侵权与著作权侵权判断方法和难易程度不同，网络交易平台专利侵权纠纷中应谨慎适用《侵权责任法》第 36 条第 2 款的规定。针对互联网交易平台专利侵权纠纷“通知与移除”规则，《专利法》应与《电子商务法》相协调，明确通知、转送通知、反通知、移除等完整程序和标准。

关键词：网络交易平台 专利侵权 通知与移除 专利法修改 电子商务法

“通知与移除”规则属于免责机制，源于《信息网络传播权保护条例》针对网络信息存储空间、搜索和链接服务提供者向他人提供作品信息传播服务的网络著作权侵权纠纷进行的特殊制度设计。司法实践中，该制度设计被拓展适用于网络服务提供者商标侵权纠纷，但一般不适用于网络专利侵权纠纷。¹2015 年 12 月 2 日，国务院法制办公室公布的《专利法修订草案（送审稿）》（以下简称送审稿）第 63 条在《侵权责任法》第 36 条规定的基础上对网络服务提供者侵犯专利权的民事责任作了明确。送审稿不仅沿用了《侵权责任法》第 36 条网络服务提供者侵权责任构成的一般规定，还明确强调了通知为合格有效的通知，同时适用于专利侵权纠纷和假冒专利纠纷，并赋予专利行政部门与专利权人同等的法律地位，被解

本文系国家社会科学基金重大项目“互联网领域知识产权重大立法问题研究”（批准号：14ZDC020）的阶段性研究成果。本文获第十一届中国法学青年论坛征文一等奖、第四届“董必武青年法学成果奖”提名奖，在此基础上有所修改。

*华东政法大学研究生教育院。

¹ 2016 年 4 月 13 日北京市高级人民法院发布的《关于涉及网络知识产权案件的审理指南》（以下简称指南）涉及网络商标权部分对商标权人与网络平台服务商之间的“通知与移除”规则作出了明确规定。该指南主要包含三个部分，分别涉及网络著作权、商标权、不正当竞争，在商标权、不正当竞争部分都对“通知与移除”规则作出了规定，由于网络著作权纠纷的“通知与移除”规则在行政法规和最高人民法院司法解释中已经明确，所以指南没有重复，但指南未对涉及网络专利权纠纷“通知与移除”规则作出规定。

读为网络交易平台专利侵权“通知与移除”规则。2016年12月27日，全国人大常委会公布《电子商务法草案（征求意见稿）》（以下简称征求意见稿），征求意见稿第54条规定了电子商务领域的“通知与移除”规则，明确了网络交易平台接到权利人通知后应及时将通知转送平台内经营者，并依法采取必要措施；平台内经营者提交声明保证不侵权后应及时终止所采取的措施，将声明转送权利人，并告知权利人可以向有关行政部门投诉或人民法院起诉。本文基于网络交易平台专利侵权与网络服务提供者著作权侵权的差异，提出在网络交易平台专利侵权中应谨慎适用《侵权责任法》第36条第2款的规定，关注网络交易平台专利侵权纠纷的特殊性，构建符合网络交易平台专利侵权特性的“通知与移除”规则。

一、网络交易平台专利侵权审查的特殊性

（一）专利权属性特殊

专利权与著作权同属知识产权，都是对创新成果的保护。但两者的权利属性存在明显差异。首先，著作权保护的对象是作品，是一种独创性的表达形式。而专利权所保护的对象是具有新颖性、创造性、实用性的发明创造，它通过表达形式而保护新技术方案内容。其次，著作权禁止未经许可的复制、传播等利用作品的行为，即作品表达形式的利用。而专利权禁止未经许可实施其专利技术方案的行为，需要对技术方案中的权利要求进行解释和与被控侵权产品的对比。再次，专利权与著作权的权利的稳定性和权利边界的明确性具有显著差异。著作权自作品独立创作完成时自动产生，受著作权法保护，且保护范围相对清晰，即著作权人有权控制他人未经许可利用作品的特定行为。而我国专利权的稳定性相对较差，专利权保护范围需要根据权利要求书进行解释，权利边界相对模糊。可见，著作权与专利权的权利属性差异明显，著作权保护表达形式，较易为外界所直观感受。而专利权保护的是不易被外界所直观感受、具有很强专业性的技术方案，网络专利侵权分为许诺销售的信息本身侵权和制造、使用、销售、进口信息所描述的产品侵权，信息与产品之间的转换导致权利边界模糊。

（二）网络交易平台服务提供者地位特殊

第三方电子商务交易平台是指在电子商务活动中为交易双方或多方提供交易撮合及相关服务的信息网络系统总和。²网络交易平台不是专利产品的许诺销售和销售者，不参与产品信息的发布，不接触、控制产品的销售，其功能主要是为网络用户从事网络交易提供虚拟的网络空间和保障网络交易顺利进行的管理环境。网络交易平台服务提供者与为他人作品的信息传播提供存储空间、搜索和链接服务的网络服务提供者的地位不同。网络存储空间、搜索和链接服务提供者基于其为作品提供存储空间、搜索和链接服务，直接接触作品，并能完

全控制作品的信息网络传播，具备在接到通知后对特定作品的信息进行审查的能力，在接到著作权人通知后对传播的作品是否构成侵权进行审查和处理具有合理性。而网络交易平台服务提供者为他人许诺销售和销售专利产品提供交易平台服务，专利产品的许诺销售和销售不是单纯的信息传播，而是包含专利信息流、资金流、许诺销售和销售专利产品物流的复杂系统，且信息流与资金流、商品物流发生分离，网络交易平台仅提供信息服务，接触的仅是许诺销售和销售专利商品信息流，不接触和控制产品物流。所以，网络交易平台服务提供者与为他人作品的信息传播提供存储空间、搜索和链接服务的网络服务提供者的角色、功能不能相提并论，法律地位不同。

（三）网络交易平台专利侵权判断特殊

著作权侵权判定是利用作品的行为是否受著作权专有权利的控制、受到何种专有权利的控制以及是否存在正当事由的判断过程。具体到为他人作品的信息传播提供存储空间、搜索和链接服务的网络服务提供者，就是在接到著作权人通知后对传播的作品是否构成信息网络传播权的侵权进行判断，即判断存储、搜索、链接的作品与著作权人通知的作品的表达形式是否相同或实质性相似。专利权侵权判断与著作权侵权判断方法和难易程度不同，专利侵权中除外观设计专利侵权外，仅从网络交易平台发布的许诺销售和销售产品的信息很难作出侵权与否的判断。即使专利权人提供经公证的被投诉侵权产品的实物，网络交易平台也缺乏对被投诉产品技术特征与专利权利要求是否相同或等同进行比对的能力，尤其是针对涉及方法、工艺、配方、材料、结构等发明专利或实用新型专利，网络交易平台不具备在短时间内进行专业判断的条件和能力，即便是在诉讼程序中人民法院有些案件都需要聘请技术专家或引入技术调查官作为辅助。

二、网络交易平台专利侵权“通知与移除”规则适用

（一）网络著作权纠纷“通知与移除”规则的针对性

“通知与移除”规则源自美国1998年的《数字千年版权法案》（DMCA），我国《信息网络传播权保护条例》从免责要件的角度确立了网络著作权侵权“通知与移除”规则。但著作权法中的“通知与移除”规则仅针对以信息形式传播作品。³它适用于网络信息存储空间、搜索和链接服务提供者向他人提供作品信息传播服务中涉及的信息网络传播权侵权纠纷，是契合作品的信息传播规律和网络信息存储空间、搜索和链接服务提供者功能定位的。一方面，作品信息传播是作品表达形式通过媒介在网络时空环境的延续，信息传播过程中作品的表达形式不发生变化；另一方面，网络服务提供者为他人作品传播提供信息存储空间、搜索和链

² 参见中华人民共和国商务部发布的《第三方电子商务交易平台服务规范》，商务部公告2011年第18号。

³ 王迁：《论“通知与移除”规则对专利领域的适用性——兼评<专利法修订草案（送审稿）>第63条第2款》，载《知识产权》2016年第3期。

接服务，不是作品的上传主体，也不直接控制作品传播和利用，事先无法准确定位作品。正是基于以上原因，网络信息存储空间、搜索和链接服务提供者不直接控制作品，事先没有审查作品合法性的义务，有赖于权利人的通知，当收到权利人合格有效的通知后，网络服务提供者能准确定位作品，且由于提供信息存储空间、搜索和链接服务整个过程作品的表达形式没有发生变化，是否构成著作权侵权对网络服务提供者而言较容易判断，要求其及时采取必要措施具有正当性，也是可行的，“通知与移除”规则较好地平衡了作品信息网络传播中各方的利益。

（二）送审稿规定“通知与移除”规则与网络交易平台专利侵权不适应

送审稿试图在《侵权责任法》基础上对网络交易平台专利侵权“通知与移除”加以明确，但送审稿的规定容易导致网络交易平台专利侵权纠纷解决的利益天平严重失衡。

首先，按照送审稿第 63 条第 2 款规定的字面文义，网络交易平台只要收到权利人及利害关系人合格有效的通知，就必须采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施，否则，将对损害的扩大部分与该网络用户承担连带责任。这样的规定使“通知与移除”容易被当作归责要件适用，即只要网络交易平台接到合格有效的通知后不采取必要措施，就要与网络用户承担共同侵权责任。对网络交易平台而言，为避免与网络用户承担连带责任，收到合格有效的通知就必须采取必要措施，无需对被投诉侵犯专利权的产品信息进行审查，因为只要最终法院或有权机关作出了侵权认定，网络交易平台审查与否并不影响其承担连带责任，使得“通知与移除”演变成一种结果责任。

其次，网络交易平台地位在专利侵权纠纷中具有特殊性。“通知与移除”规则的基本价值在于为网络服务提供者构建免责的“避风港”。根据前文的分析，专利权与著作权属性不同，提供产品许诺销售和销售信息发布的网络交易平台与为他人作品的信息传播提供存储空间、搜索和链接服务的网络服务提供者的角色与功能不同，专利权侵权判断与著作权侵权判断方法和难易程度不同，现行的“通知与移除”规则是针对网络信息存储空间、搜索和链接服务提供者向他人提供作品信息传播服务的一项特殊制度设计，不能机械地将网络著作权侵权纠纷中“通知与移除”规则移植到网络交易平台专利侵权纠纷。若照搬网络著作权侵权纠纷领域的“通知与移除”规则，既与专利侵权纠纷中网络交易平台的地位不符，也不利于网络专利权侵权纠纷妥善解决。

再次，专利侵权纠纷民事程序与专利无效行政程序交织使“通知与移除”规则难以有效发挥作用。专利侵权诉讼中，被控侵权人往往会在答辩期内提起专利权无效宣告程序，法院根据被控侵权人的申请可以决定是否中止案件的审理。而网络交易平台专利侵权投诉中，一旦被投诉人接到权利人通知启动专利权无效宣告程序，网络交易平台如何处理，是否需要采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施，如果不需要采取，“通知与移除”规则事实上没有发挥作用，如果仍然需要进行判断并采取相应的必要措施，容易与无效宣告结果的矛盾，更何况人

民法院和专利行政管理部门在诉讼和行政调处中都可视情况决定是否中止案件的审理和处理，对网络交易平台施以必须进行判断并决定是否采取必要措施的义务缺乏正当性基础。

最后，由于专利权的不稳定性和专利侵权判断的复杂性，权利人应充分预见运用“通知与删除”规则行使通知权利可能带来的后果，合理评估自身的权利基础和网络卖家是否构成专利侵权、是否构成权利限制和侵权例外等，发出通知前应尽合理的容忍和较高的谨慎义务，审慎善意地行使权利。若司法机关或专利行政管理部门最终认定网络用户构成专利侵权，网络交易平台完整地保存了网络用户主体信息、侵权产品的销售数量、销售额等证据，应司法机关和专利行政管理部门的调查取证要求提供，为专利权人主张损害赔偿提供了充分的证据，一定程度上保障了专利权人获得相应的救济。

（三）滥用专利侵权“通知与移除”规则容易架空诉前禁令制度⁴

目前我国专利授权数量庞大，网络交易平台收到的专利权人投诉通知数量惊人，且以外观设计和实用新型专利为主，由于外观设计和实用新型专利授权采形式审查制度，专利权稳定性相对较差，其中不乏“垃圾专利”，“通知与移除”规则容易被滥用成为恶意投诉的工具。未规定包含转送通知、反通知等完整程序的“通知与移除”规则，只要权利人发出合格有效的通知，网络交易平台就要履行采取必要措施的义务，而屏蔽、删除、断开链接等必要措施事实上成为网络交易的“禁令”，相当于在权利人提起民事诉讼程序前就获得了禁令救济，这种禁令不仅无需提供担保，而且未提供反通知和恢复等程序上的救济。可见，在未包含反通知和恢复等完整程序的“通知与移除”规则下，权利人获得类似于禁令的屏蔽、删除、断开链接等措施非常容易，而民事诉讼法等相关法律对诉前禁令规定了严格条件，司法实践中对申请的提出、提供担保等严格审查，并可申请对作出禁令的裁定进行复议，“通知与移除”规则使民事诉讼程序中的诉前禁令制度在网络交易中被架空。

三、网络交易平台应采取的必要措施与转送通知性质不同

由于《侵权责任法》规定的“通知与移除”比较笼统，未明确通知、转送通知、反通知和恢复等程序，以致于对转送通知的性质存在争议。有的学者将转送通知并要求被投诉人申辩解释为必要措施之一。⁵司法实践中，法院一方面认定网络交易平台对被诉侵犯专利权的商品采取的必要措施应当秉承审慎、合理原则，以免损害被投诉人的合法权益，肯定了网络交易平台接到通知后未对被诉侵犯专利权的商品采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施的合理性。另一方面，法院大胆地进行了法律适用上的创新，将有效的投诉通知材料转达被投诉人

⁴ 诉前禁令是在起诉前请求人民法院作出要求被控侵权人不为一定行为的命令，对应于我国《民事诉讼法》第 101 条规定的诉前行为保全制度，《著作权法》、《专利法》、《商标法》等也有相关规定。

⁵ 袁博：《网络交易平台对专利侵权的义务》，载《上海法治报》2015 年 10 月 28 日第 B05 版。

并通知被投诉人申辩当属网络交易平台应当采取的必要措施之一……网络交易平台未履行转达通知的基本义务的结果导致被偷人未收到任何警示从而造成损害后果的扩大。⁶法院充分考虑了网络交易平台的经营性质和专利侵权判断的特点，认为在专利侵权纠纷中应谨慎适用“通知与移除”规则，非常值得肯定。法院将有效的投诉通知材料转达被投诉人并通知被投诉人申辩扩大解释为网络交易平台应当采取的“必要措施”之一，追求的效果也是积极的，但法律适用方法及正当性依据，值得推敲。

（一）《侵权责任法》并未规定网络服务提供者转送通知的义务

《侵权责任法》第36条第2款规定了权利人有权通知网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。通知是权利人就网络用户利用网络服务实施侵权行为的事实，向网络服务提供者所发送的要求其采取必要措施，以防止侵权行为给权利人造成的损害继续扩大的单方行为。《侵权责任法》赋予了权利人通知的权利，司法实践中通知也被主要用作认定网络服务提供者对网络用户实施的侵权行为主观上是否“知道”的方法和考量因素之一。但《侵权责任法》并未规定网络服务提供者的转送通知义务。目前，仅《信息网络传播权保护条例》规定的“通知与移除”规则中明确了网络服务提供者的转送通知义务。⁷所以，将转送通知解释为专利侵权纠纷中网络交易平台应承担的法定义务没有法律依据。

（二）转送通知不能被必要措施涵盖

《侵权责任法》等相关法律未对“必要措施”进行明确界定，只是对其外延作了例举，即“删除、屏蔽、断开链接等”。一般认为，必要措施是指足以防止侵权行为的继续和侵害后果的扩大并且不会给网络服务提供者造成不成比例的损害的措施，包括删除、屏蔽、断开链接、暂时中止对该网络用户提供服务直至删除用户等。⁸所以，使用“等”的表述，说明必要措施的范围是开放的，包括但不限于删除、屏蔽、断开链接。至于哪些措施属必要措施，应根据受侵害权利的性质、侵权行为形态、权利受到侵害的迫切程度、网络服务提供者采取必要措施的技术难易程度与经济成本、网络用户主观过错以及网络服务提供者制定发布的侵权投诉处理规则等因素综合确定。针对特定网络用户经处理后仍然重复实施侵权行为，网络服务提供者还可进一步采取诸如警告、扣分、降低信用评级、限制发布信息等信息限制、行为限制甚至关闭店铺的措施。

尽管如此，必要措施的范围应有清晰的边界，不能对“等”进行任意扩张。首先，必要措施具有防止侵权行为继续和侵害后果扩大的本质属性，删除、屏蔽、断开链接等措施都具备

⁶ 参见浙江省高级人民法院（2015）浙知终字第186号民事判决书，并且该案分别入选2015年中国法院十大知识产权案件和2015年浙江省法院十大知识产权保护案例。

⁷ 参见国务院颁布的《信息网络传播权保护条例》（国务院令第634号）第15条。

⁸ 最高人民法院侵权责任法研究小组编著：《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文理解与适用》，人民法院出版社2010年版，第267页。

该本质属性。但转送通知与上述必要措施的采取的方式不同，处理的对象不同，达到的效果不同，属于不同性质的行为，将转送通知与删除、屏蔽、断开链接等必要措施等同不符合同类解释规则。其次，网络交易平台采取的必要措施只能是针对网络用户利用网络服务实施的侵权行为。如果将转送通知解释为网络交易平台应采取必要措施之一，网络交易平台将被投诉人的反通知转送投诉人是否意味着网络交易平台对投诉人采取了“必要措施”，显然是难以自圆其说的。再次，将转送通知解释为必要措施，也不符合《侵权责任法》第36条第2款与第3款“必要措施”在相同法律、相同条款中保持相同含义的体系解释。所以，虽然必要措施不是严格的法律术语，但也不应对其进行任意解释，《侵权责任法》第36条规定的必要措施有其特定含义。最后，虽然电子商务法草案仍在公开征求意见阶段，但草案征求意见稿第54条第1款已明确将“通知转送”与“必要措施”进行了区分。

（三）转送通知与必要措施义务来源不同

网络交易平台未将合格有效通知转送被投诉人，违反的是通知规则，而不是违反采取必要措施义务，两者的义务来源不同。未转送通知并未采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施，导致损害结果的扩大，就损害大部分与网络用户承担连带责任，未转送通知并不是独立的必要措施。如果未转送通知构成独立的必要措施，不管最终网络用户是否构成侵权，只要网络交易平台未转送通知，都构成接到权利人通知后未采取必要措施，而此时又欠缺网络用户直接侵权的前提，网络交易平台连带责任无从谈起，逻辑上是自相矛盾的。而且，即使经行政处理或司法诉讼程序最终认定网络用户实施了专利侵权行为，损害结果的扩大系网络用户实施的专利侵权行为造成的，网络交易平台转送通知并不能像删除、屏蔽、断开链接等措施那样达到阻止损害扩大的效果，将损害结果的扩大与网络服务提供者未转送通知建立法律上的因果关系，也显牵强。

（四）将转送通知解释为必要措施与“通知与移除”规则目的相悖

“通知与移除”规则的目的和效果在于网络交易平台在接到权利人合格有效的通知后及时采取相应的必要措施即可免除侵权责任。若转送通知作为必要措施之一，“通知与移除”规则将一定程度上转化为“通知与转送通知”规则，从效果上看，这对网络交易平台主张免责是有利的，并符合网络交易平台专利侵权纠纷的特点。所以，有的学者在否定网络服务提供者审查专利权合法性的注意义务的基础上，提出可以规定网络服务提供者接到权利人通知后仅承担通知服务对象，或者向权利人提供服务对象信息的义务。⁹但将“通知与移除”规则转化为“通知与转送通知”规则，恰恰容易使投诉通知掉入“黑洞”，因为转送通知已经满足了免责条件，网络交易平台将失去进一步采取删除、屏蔽、断开链接等措施的动力和约束。在网络用户利用网络交易平台侵犯他人专利权成立的情况下，网络交易平台仅凭已经转送通知很

⁹ 陈怡、袁雪石：《网络侵权与新闻侵权》，中国法制出版社2010年版，第32-33页。

难获得责任豁免，因为网络交易平台仅仅转送通知而未采取删除、屏蔽、断开链接等措施，没有阻止损害结果的扩大，显然还未达到及时采取必要措施的效果。而在网络用户不构成专利侵权的情况下，网络交易平台转送抑或不转送通知都没有侵权责任可言。可见，将转送通知解释为必要措施与“通知与移除”规则不相容。

所以，将合格有效的投诉通知转达被投诉人并通知被投诉人申辩当属网络交易平台应当采取的必要措施之一，适用《侵权责任法》第36条的相关规定，是基于社会效果的需要不得已而为之，造成以上法律适用困境的根源在于《侵权责任法》规定的“通知与移除”规则不仅没有明确合格有效通知的标准，而且没有完整的通知、转送通知与反通知等程序。¹⁰

四、完善网络交易平台专利侵权“通知与移除”规则的建议

基于《侵权责任法》作为民事侵权一般法的地位不可能对专利权与著作权、商标权以及其他民事权利的区别进行充分关注，《侵权责任法》第36条第2款规定的“通知与移除”规则未明确转送通知与反通知等程序。《电子商务法草案（征求意见稿）》虽然明确了转送通知、采取必要措施、保证不侵权声明、终止必要措施、转送声明、告知投诉或诉讼等完善的程序，但平台内经营者作出保证不侵犯知识产权的声明时平台即应及时终止所采取的措施的程序，专利权与著作权的规定不仅容易使“通知与移除”规则形同虚设，且也未对专利权与著作权、商标权等知识产权进行区别处理。专利权与著作权的属性不同，网络交易平台与网络信息存储空间、搜索和链接提供者角色与功能不同，专利产品的许诺销售和销售与作品的信息传播不同，专利侵权服务提供者判断与著作权侵权判断不同，网络交易平台专利侵权纠纷中不能套用网络著作权侵权纠纷解决规则，网络交易平台专利侵权纠纷中应谨慎适用“通知与移除”规则。送审稿第63条第2款的规定“通知与移除”规则尽管明确强调了通知必须为合格有效的通知，同时适用于专利侵权纠纷和假冒专利纠纷，并赋予了专利行政部门与专利权人、利害关系人同等的法律地位，但事实上并没有触及“通知与移除”规则的核心，仍然是在复述《侵权责任法》的规定，立法质量上没有明显提高。所以，专利法修改应审慎地研究送审稿第63条第2款的规定，不宜操之过急。即便网络专利侵权纠纷中确有适用“通知与移除”规则的必要，也应根据网络交易平台专利侵权纠纷的特点，对“通知与移除”规则进行针对性设计，加强与《侵权责任法》等相关法律以及正在制定的《电子商务法》的衔接与配套。

关于网络交易平台专利侵权纠纷“通知与移除”规则，目前存在两种方案：一种方案是提高合格有效通知的门槛，从源头上严格控制“通知与移除”规则的适用，要求合格有效的通知必须是法院的诉前禁令、判定构成侵权的判决书，以及专利行政机关作出的专利侵权决定和假冒专利处罚决定书等。另一种方案是构建通知-转送通知-反通知-移除等完整程序的“通知与移除”规则，从程序上保障“通知与移除”规则的适用。第一种方案的合理性在于，是否构

成专利侵权，属于法律判断，网络交易平台无权、也没有能力进行判定，特别是发明专利侵权，应最终由专利行政管理部门或司法机关进行认定，网络交易平台只有收到权利人提交包含专利行政管理部门或司法机关的决定和裁判文书的通知后才有采取屏蔽、删除、断开链接等必要措施的义务。但是，如果一概要求合格有效的通知必须是法院针对被投诉人作出诉前禁令裁定、认定侵权的判决书，以及专利行政机关作出的专利侵权处理决定和假冒专利处罚决定书等，这种做法更像是网络交易平台协助执行司法机关、行政机关的裁判与决定，“通知与移除”规则将与协助执行制度重叠，也偏离了“通知与移除”规则设立的宗旨。所以，这种方案因过于严苛且不符合“通知与移除”规则的目的而不足采。故以下重点围绕如何构建完善的通知-转送通知-反通知-移除程序的“通知与移除”规则展开。

（一）构建通知、通知转送、反通知程序

我国《侵权责任法》第36条第2款规定的“通知与移除”未明确包含转送通知与反通知程序，致使对网络交易平台是否有转送通知的义务存在司法适用的困难。如果专利法中要明确网络交易平台专利侵权纠纷“通知与移除”规则，应根据专利侵权的特殊性，遵循网络交易平台采取必要措施的审慎、合理性原则，通过完善“通知与移除”规则程序，合理分配举证义务，保障双方的平等权利，提高网络交易平台处理的准确性，尽量避免不当采取措施带来的负面影响，规定包含通知、转送通知、反通知与移除等完整程序的“通知与移除”规则，即网络交易平台接到专利利人通知后，在不采取措施的情况下立即将通知转送被投诉人，并要求其在合理期限内提交诸如未落入专利权保护范围、具有合法来源等主张不侵权的反通知（申辩），被投诉人提交反通知后，网络交易平台根据通知与反通知的证据材料进行综合判断，做出是否采取必要措施以及采取何种必要措施的处理决定。如果被投诉人在合理时间或平台指定的时间内未提交反通知，不影响网络交易平台做出相应处理决定。

《信息网络传播权保护条例》规定网络著作权纠纷“通知与移除”规则的程序是网络服务提供者接到权利人通知后立即采取移除措施，并同时将通知转送被投诉人，被投诉人接到转送的通知后，认为其未侵犯他人著作权的，可以向网络服务提供者提交反通知，要求恢复被移除的作品或链接，网络服务提供者接到反通知后，应当立即恢复被移除的信息，并将反通知转送投诉人，即“通知—移除与转送通知—反通知—恢复与转送反通知”的程序。¹¹有的学者建议在专利领域也构建类似于著作权领域“通知—移除与转送通知—反通知—恢复与转送反通知”程序的“通知与移除”规则。¹²有的学者认为，对于投诉方通知中包含侵权的法院判决或专利行政处理决定的，平台应立即采取措施。对于此外的通知，先转送被投诉方，告知其提出反通知，若投诉方期满未提交反通知，则推定侵权成立，平台应采取必要措施；如果投诉方提交了反通知，能证明投诉专利不具有新颖性，则认定投诉无效，将被投诉方的反通知

¹⁰ 国务院《信息网络传播权保护条例》（2006年颁布、2013年修改）第14条到17条规定了“通知与移除”规则包含网络服务提供者接到通知后立即删除侵权信息并将通知书转送服务对象、服务对象作出反通知后网络服务提供者应立即恢复等程序。

¹¹ 参见《信息网络传播权保护条例》第15条到17条规定。

¹² 王迁：《论“通知与移除”规则对专利领域的适用性——兼评〈专利法修订草案（送审稿）〉第63条第2款》，载《知识产权》2016年第3期。

转达投诉方并告知其投诉无效；如果反通知不能明显否定专利权的有效性，平台将反通知转送投诉方并告知其向法院起诉或行政机关处理。¹³《电子商务法草案（征求意见稿）》第54条规定了“通知—移除与转送通知—保证不侵权声明—恢复—转送声明与告知投诉或诉讼”程序的“通知与移除”规则。以上几种程序设计都有合理之处，都明确了转送通知、反通知等程序，但网络交易平台专利侵权与提供网络存储空间、搜索、链接等服务提供者的信息网络传播权侵权不同，应根据网络交易平台专利侵权特殊性对“通知与移除”规则具体程序进行针对性设计，构建“通知—转送通知—反通知—移除”程序更符合网络交易平台专利侵权需求，即将移除程序后移，在通知、转送通知、反通知后网络交易平台对通知与反通知进行综合考虑分析后的决定是否采取相应必要措施。首先，网络交易平台不能但凡接到反通知甚至仅是保证不侵权的声明，就不采取必要措施或终止措施。网络交易平台接到被投诉方反通知后，发现反通知未提供证明投诉专利明显不具有新颖性等否定专利权利有效性、被投诉人在先使用等否定专利侵权的证据，不能仅是将反通知转送投诉方并告知其向行政机关投诉或法院起诉，平台还是应采取相应的必要措施，也不能在采取必要措施后，仅凭平台内经营者保证不侵权的声明而终止措施。其次，由于专利侵权纠纷中合格有效通知的标准比著作权侵权纠纷要高，移除措施的采取应更加审慎，将移除程序设置于反通知程序之后，网络交易平台可以更加全面、客观、慎重地决定是否采取相应措施。再次，与网络著作权纠纷网络服务提供者接到著作权人通知后立即采取必要措施不同，专利侵权“通知与移除”规则已将移除程序设置于反通知程序之后，在移除程序后再设置恢复程序意义不大。最后，交易平台采取移除等措施后，若被投诉方事后认为平台采取的措施错误或不当，可直接向人民法院提起诉讼，如果因专利权人错误通知导致网络交易平台错误采取相应措施，权利人应赔偿被投诉人的损失，网络交易平台应立即恢复链接。这样的程序设计更符合“通知与移除”规则的目的。所以，《专利法修改草案（送审稿）》第63条第2款未明确通知转送、采取必要措施、反通知、恢复等程序和《电子商务法草案（征求意见稿）》第54条第1款、第2款规定的平台内经营者提交声明保证不侵权时平台即应及时终止所采取的措施都容易使“通知与移除”规则的目的落空。

（二）提高合格有效通知的标准

送审稿第63条第2款规定的“通知与移除”规则对“通知”做了明确规定，即“合格有效的通知”，形式上是对《侵权责任法》第36条规定的“通知”的明确，其实并没有本质区别，宣示意义大于实质价值。在网络交易平台专利侵权纠纷中，应该尽量明确专利权人的通知标准，专利侵权纠纷中专利权人发出的“合格有效的通知”应比著作权和商标权纠纷中权利人通知的要求更高，应该包含较为权威、可靠的侵权证明材料，能够让网络交易平台确切知道或者

应当知道专利侵权的存在或者较大可能性。合适有效的证明材料包括但不限于法院作出诉前禁令裁定、认定构成侵权的判决书，专利行政机关作出的专利侵权处理决定和假冒专利处罚决定书，以及投诉人委托知识产权维权援助中心或其他具有一定公信力的知识产权服务机构出具的专利侵权判定咨询意见书等。当然，以上的生效裁判、决定并不一定是针对被投诉人作出的，只要专利权人曾经在相同或类似的案件中针对相同的被投诉商品有获得保护的记录即可。

（三）明确专利权人谨慎通知义务

专利权人有证据证明网络卖家侵犯其专利权的，可以向网络交易平台发送通知，要求网络交易平台采取必要措施，这是法律赋予的权利。但由于专利权的不稳定性和专利侵权判断的复杂性，专利权人对网络交易平台上可能的专利侵权行为有合理的容忍义务，在发出投诉通知前和投诉过程中必须诚实信用原则、尽到合理谨慎的义务，应充分评估自身专利权的稳定性和专利侵权的可能性，向网络交易平台完整披露自己专利权的法律状态，充分提交专利侵权的证明材料，投诉后发现投诉不当时应立即撤回投诉，尽量避免错误投诉，不能滥用通知权利。如果明知自身专利权不稳定仍然发起投诉的，或者投诉后发现投诉不当但急于补救或者放任投诉的，可以认定为恶意投诉，给网络卖家造成损失的，网络卖家可向其主张损害赔偿。虽没有证据证明专利权人存在恶意，但因专利权人错误通知致使网络交易平台错误采取相应措施而给网络卖家造成的损失，专利权人应承担错误通知的损害赔偿责任。

（四）厘清采取必要措施的法律效果

《侵权责任法》规定网络服务提供者收到通知后应及时采取必要措施，是否意味着及时采取必要措施成为网络交易平台的法定义务，并基于此义务的违反直接认定网络交易平台的专利侵权责任？答案是否定的。采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施并不是网络交易平台的法定义务，而是网络交易平台寻求“通知与移除”规则免责的积极行动，网络交易平台接到通知后未采取必要措施并不当然承担共同侵权责任，是否承担侵权责任必须根据共同侵权归责要件进行判断。通知的直接效力在于使网络交易平台服务提供者知道其平台上被投诉链接存在的事实，而不能达到使网络交易平台服务提供者知道被投诉链接内容构成侵权的结果，不能仅依据网络交易平台接到通知后未移除被投诉侵权链接直接认定网络交易平台服务提供者的主观过错并进而构成侵权，防止降低网络交易平台服务提供者的过错认定标准，加重网络交易平台的审查义务。否则，网络交易平台收到权利人的通知后采取必要措施将成为网络交易平台的强制性义务，对网络卖家而言效果上等同于诉前禁令，并可能将《民事诉讼法》诉前禁令制度严格的法定要件架空。

¹³ 冀瑜、李建民、慎凯：《网络交易平台经营者对专利侵权合理注意义务探析》，载《知识产权》2013年第4期。

(五) 设定专利行政管理部门的通知

送审稿在第 63 条第 2 款规定的基础上,第 63 条第 3 款进一步赋予专利行政部门认定网络用户利用网络服务侵犯专利权或者假冒专利后通知网络服务提供者采取必要措施的职权,这是送审稿就“通知与移除”规则的一个亮点,具有积极的意义。该款规定一方面明确了专利行政管理部门的通知主体地位,赋予了专利行政部门通知的权力,特别是针对网络用户假冒专利的通知,是专利行政部门管理与执法权在网络交易中的拓展;另一方面该款规定专利行政管理部门认定网络用户利用网络服务侵犯他人专利权或者假冒专利的情况下,应当通知网络服务提供者采取必要措施,使用“应当”的表述将通知设定为专利行政管理部门的义务,显然与专利权人及利害关系人“可以”通知的规定不同。可见,专利行政管理部门的通知具有双重属性,既是赋予专利行政管理部门基于专利行政管理与执法职权的通知权力,也是其法定职责。所以,送审稿第 63 条第 3 款并不是严格意义上的“通知与移除”规则条款,而是从专利行政管理与执法需要出发,赋予的专利行政管理部门通知的权力,并且网络服务提供者的移除主要是协助执行专利行政管理部门作出的侵犯专利权或者假冒专利决定而已,与网络服务提供者知识产权侵权纠纷中作为免责要件的“通知与移除”规则有明显的区别。而且,该款规定的网络服务提供者接到通知后未及时采取必要措施的,将对损害的扩大部分与网络用户承担连带责任,主要适用于网络卖家侵犯他人专利权以及假冒他人专利的情形,在非专利产品而谎称专利产品的假冒专利案件中,由于侵害的是国家专利行政管理秩序,没有具体的权利人,损害的扩大部分无法认定,承担连带责任也失去了基础。

五、结语

互联网环境下,网络交易平台的角色不再是单纯提供技术服务、充当交易媒介的第三方平台,而是一个组织化的生态系统,良好的互联网法制保障的关键在于维护公平有序的互联网生态秩序、保护参与各方主体的正当权益,形成一个合理的权责利相对应、相匹配的利益平衡格局。“通知与移除”规则肇始于网络著作权侵权纠纷,其较好地平衡了网络信息存储空间、搜索和链接服务提供者与网络用户、著作权人基于作品信息传播产生的利益,对网络交易平台专利权侵权纠纷的解决具有一定的参考价值。但处理网络交易平台专利权侵权纠纷不能照搬套用,专利权与著作权的属性不同,网络交易平台与网络信息存储空间、搜索和链接服务提供者功能和地位不同,专利产品的许诺销售和销售与作品的信息传播不同,专利侵权判断与著作权侵权判断不同,特别是涉及方法、工艺、材料、结构等发明专利或实用新型专利,网络交易平台专利侵权纠纷中应谨慎适用“通知与移除”规则,尤其是在没有转送通知、反通知、错误通知的损害赔偿等完善的配套机制加以保障的情况下,“通知与移除”规则很容易被滥用。所以,针对网络交易平台专利侵权纠纷的特殊性,立法者应审慎研究《专利法修

改草案(送审稿)》第 63 条第 2 款和《电子商务法草案(征求意见稿)》第 54 条的规定,针对互联网领域专利侵权纠纷“通知与移除”规则,应明确通知、通知转送、反通知、采取必要措施等完整程序,提高合格有效通知的标准,确立专利权人发送投诉通知的合理注意义务,明确网络交易平台的通知转送义务、采取必要措施的义务以及专利权人错误通知的损害赔偿责任,促进网络交易健康发展,维护互联网生态秩序。

规制网络链接行为的思维与手段

张 鹏*

摘要：有赖于网络链接行为的助力，最终用户在享受链接技术带来的精确获取信息之便捷的同时，不可否认著作权人的利益也面临着前所未有的侵害之虞。在这一背景下，权利人试图通过排他权的设置，将网络链接行为所获取的收益纳入自身对价回流范围之内。但是此种制度设计可能破坏网络环境下由于“宽容性使用”现象的存在而自发产生的分化权利人不同权利诉求的功能，进而诱发“对自身权利漠不关心主体”的机会主义行为，同时也可能造就扩大行政与刑事责任范围的现象。对此，应该在区分网络设链平台可能起到的“助长盗版行为泛滥”与“为私人合法行为提供技术性便利”两种效果的基础上，针对前者将深度参与违法上传作品筛选并从中获取利益的链接平台服务商评价为“直接行为主体”，追究其著作权“直接”侵权责任；而针对后者则依据破坏技术保护措施与损害竞争利益等来处理合法上传作品的链接行为。

关键词：网络设链行为；服务器标准；实质呈现标准；宽容性使用；规制焦点

引言

在著作权法领域，近年围绕视频聚合、加框链接、深层链接等新型商业模式，学界对“服务器标准”与“实质呈现标准”进行了一系列深入的研究和探讨。这一问题事关网络环境下著作权法的体系构成，兹事体大，不可忽视。故而笔者欲从著作权法规制网络链接行为的思维模式与不同思维模式下具有差异的规制手段选择的角度探究这一枢要问题的实质规律，最终尝试提出可供运用的规制网络链接行为的手段，以期解决网络链接行为这一困扰学界和实务界的热点问题。

一、对网络链接行为本质认识上的论争

立法论思维主要是在中国语境下，以网络生态急剧恶化为背景，并从设链平台往往打着加框链接、聚合链接等技术幌子，实质从事诱发侵权作品传播的角度，建立自己的体系。同时该论者对著作权人一旦同意将其作品上传互联网，除非主张反不正当竞争法上的救济，否则将无法在著作权法下主张权利的现象，感到与朴素的逻辑格格不入（相当于一旦初次传播之后就在链接行为上就“权利穷竭”了）。更关键的是，现实中对违法初次传播信息源的打击力度并不理想，这种在比较法上不予余力打击的重点，在中国语境下却成为可以“打一枪换一个地方”，规范的震慑效果根本没有发挥，实际执法者往往叫苦不迭、望洋兴叹。因此不

* 作者系中国社科院法学所知识产权研究室助理研究员，中国社科院知识产权中心研究员，法学博士，电话：15201589187，邮箱：zhang_peng@cass.org.cn

管是行政执法机关的实践参与者¹还是对中国语境了如指掌的学者都不约而同的希望能够通过修法活动将链接平台纳入著作权法规制的范围。²

但是立法论思维却在学理上遭遇了维护著作权法定主义一派解释论思维的严厉阻击。从解释论思维下很容易找出立法论思维下在理论上的缺陷。例如：立法论思维引导出的最为具有代表性的规制手段“实质呈现标准”，在笔者看来并不足以描述网络链接所代表的传播行为的本质属性。因为众所周知，著作权侵权的构成要件包括：接触+实质相似+法定利用行为。任何侵犯著作权的行为必然都实质呈现了作品的创造性表达，但并不是所有实质呈现了作品创造性表达的行为都构成著作权侵权行为。著作权侵权构成存在一种特殊构造，即著作权法并不是对作品的一切利用行为赋予排他权，而仅仅针对法定的某些法定的利用行为设置了“专属领地”，只有未经许可实施这些法定利用行为，并在缺乏法律上免责事由的情况下，才构成著作权侵权。从著作权法的宗旨来看，建立一种与作品的使用价值相对应的对价回流机制应该是最为恰当的，也就是利用者每享受一次作品中的创作性表达，就实现了人类在科学、艺术、文化等领域的愉悦，因此就应该征收一次对价。但现实中对利用行为的每次计价无异于大海捞针，即使勉强作出了按次计价的制度，也会因无力执行而使该等制度无异于具文。另一方面针对最终利用者实施的每次利用监控也干预了其私人世界，侵犯了必须划定的私人自由空间。因此著作权法从建立之初就只是针对作品使用行为的一小部分设置排他权。一般来说这种法定利用行为是围绕“复制权”与“向公众传播权”两大支柱建立的。但是到底“向公众传播权”体现出了何种本质属性，立法论者所采取的“实质呈现标准”并未给予任何回答。

而解释论者则旗帜鲜明地指出：作为著作权法上的法定利用行为之一的“信息网络传播行为”的本质特征就是初次向公众传播作品信息源的行为。其中特别强调了“初次”的重要性，³正是因为这一特征，可以断定链接行为不是网络传播行为。

但这并不妨碍立法论者针锋相对地提出：在广播权之外，著作权人也享有转播权。既然对传统传播行为可以在立法论上设置广播权与转播权，那为什么不能在网络传播行为上设置传播权和转链接权呢？在转播权的设置上为什么就不再强调“初次”的重要性了呢？⁴

事实上，从解释论者看来，上述类比存在一个本质区别。由于传统广播行为往往是单向的，因而受制于时间、地点与载体，故而可以享受广播行为的受众一定是有有限的。也就是说，著作权人在广播权控制的行为之下获得的对价仅限于有限的主体，而再次通过有线或无线等技术手段转播他人作品的行为面对的一定是不同的主体，或者相同主体在不同时间、地点或载体上的不同需求。正是因此，在著作权人亲自或许可他人初次广播之时，其对于初次广播

¹ 例如：杨勇：《深度链接的法律规制探究》，《中国版权》2015年第1期，第54页。

² 这一派论者基本承认了其无意在现行规范基础上，通过对“信息网络传播权”的解释，而实现将实质呈现作品表达的聚合链接行为纳入其范围（崔国斌：《得形忘意的服务器标准》，《知识产权》2016年第8期）。当然是否可以通过解释《著作权法》第10条第1款第17项中具有兜底性质的“其他权利”则仍有待新的解释论尝试。不管能否纳入“其他权利”的范围之内，在对此问题的实质看法上应该不存在本质区别。

³ 王迁：《论提供“深层链接”行为的法律定性及其规制》，《法学》2016年第10期。

⁴ 崔国斌：《得形忘意的服务器标准》，《知识产权》2016年第8期。

的对价肯定是面向一个有限范围的受众的。也正是由于转播权的存在，著作权人从行使权利伊始就抱着再次向新公众呈现作品时，也要再次征收新对价的预期。而对于网络传播行为，除非著作权人使用了技术保护措施而创设一个类似广播与转播的旧公众与新公众，当著作权人亲自或许可他人初次在网络上传播其作品时，就无法再次区分旧公众与新公众，任何主体都成了具有享受作品创造性表现的潜在对象，并可以突破时间、空间与载体而享受作品。

解释论者上述论断看似有力，但是从立法论者角度看，信息网络传播所造成任何特定公众所能任意时间与空间浏览作品内容的现象，仅仅是一种可能性。在现实生活中，互联网上存在的海量作品大都无人问津。且在现实性角度，在任意一个时间和空间下都存在有限的浏览了作品的主体，而在另一个时间和空间下都存在另一部分有限的浏览作品的主体。作为商业模式的设链行为之所以可以成立，也就说有广告商通过观测设链网页浏览量的多少而给予其广告费，就是因为在现实浏览上，相比于原有的初次上传事实上产生了新公众。这在本质上与广播权和转播权没有任何区别。因此应该在现实性上（而不是信息网络传播权所指的任意公众都可以浏览的可能性上）认定：初次传播行为所实际浏览的主体与设链行为所导致的新浏览主体，往往也存在旧公众与新公众的界分。

上述解释论者和立法论者的讨论并不是单纯的思维游戏，背后体现了两者对网络链接行为本质的不同看法。

从笔者的理解来看，网络链接行为的本质就是：在互联网海量信息下，对某一特定创作性表达再次引起特定多数群体实际享受创作性表达的行为。而设链权的现实作用就在于：从任意不特定多数群体可以享受某一特定创作性表达的可能性（初次信息源）到实际上某一特定多数群体享受了这一特定创作性表达之间可以获取的商业利益的再次分配。通过立法论赋予著作权人类似“设链权”或者通过解释论扩大解释“信息网络传播权”的思维方式就是“事前”赋予著作权人再次分配这一商业利益的权利；而以“初次信息源”为本质特征界定的“信息网络传播权”则排除了设链主体承担著作权侵权责任，仅是“事后”根据权利人的“选择进入”（如采取技术保护措施或在证明存在竞争利益基础上依据反不正当竞争法）而主张权利。

此外，从解释论者的角度看，网络链接的设链者之所以在著作权法上可以不用再次为其设链行为向著作权人获得许可的原因就是：从海量信息中抽取有价值、可以吸引最终利用者再次关注的各种投入，相比于作品淹没于信息汪洋大海，而掀不起任何波澜的结果来说贡献更大。因此至少是从著作权法体系下理应排除著作权人再次染指设链过程中增值的利益分配。

而在这一点上立法论者则持相反论断，特别是立法论者提出了两种利益说的观点，即一种是著作权人的著作权利益，另一种被链网站的非著作权利益。对于前者，立法论者指出：“在信息网络传播权的框架下，著作权人授权某一网站将作品置于开放网络中免费提供，著作权法继续阻止其他网站未经许可也对通过网络外提供该作品”。⁵这一论断显然是非常有力地辩

驳。当解释论者从网络传播行为的可能性（即任意主体都可能 / 有机会接触到已经上传了的作品）角度论证时，那么在自己的服务器上再次传播作品的行为和设链者实质呈现作品的行为，都是在原有初次传播造成的任意主体都可以浏览的基础上再次进行的，不再存在任何新公众，因此都应该不认定为在信息网络传播权的控制范围之内。而事实上解释论者却“依法”控制了前者，而放弃了后者；

当立法论者从网络传播行为的实际传播效果角度论证时，在某一特定时间和空间范围内，再次传播和设链传播两者都存在新公众，因此都应该受到著作权人的控制。这样的话立法论者的理论是可以自圆其说的，而解释论者则限制在了传播可能性下新公众理论的矛盾之处上了。

当然在实际传播效果角度上，是否一定要求再次传播行为与设链行为必须同等对待，也不尽然。且不说在再次传播行为至少还涉及了一个复制权发挥排他权的过程，而复制权与私人复制的例外已经足够给予了非营利性主体足够的自由空间。仅从再次传播和设链行为两者的差别来看，如果初次信息源被删除的话，再次传播行为仍可以使得任意公众浏览和欣赏作品，但是设链行为则无法再次存在。也就是说著作权人自力救济的实现成本是完全不同的。当然仅靠这个理由可能无法说服立法论者重新思考其选择的规制手段（赋予著作权人类似“设链权”的排他权）的合理性，还需要从更为宏观的论旨上进行补充。但是不管如何在对网络设链行为本质的认识上：特别是放弃了强调信息网络传播权的受众可能性（也就是“初次信息源”的重要性），而是关注由于设链行为而使得实际浏览和欣赏产生了新的利益分配。因此笔者还是赞同立法论者对于设链行为本质界定的基本论调的。

二、立法论在宏观论旨上的缺陷与解释论坚持的初衷

在论及宏观论旨前有必要了解传统著作权侵权判断的机制，即在传统著作权侵权判断上存在着利用人的“选择进入”（opt-in）规则。利用人欲使用权利人作品之前，除非其利用行为符合著作权法上法关于合理使用、法定许可或强制许可等特别规定以外，都必须事先取得权利人的许可，否则对作品的利用行为构成侵权行为。⁶也就是说，传统著作权侵权判断上的立法性“预设规则”（default rule）是将首先做出某种行为的义务施加于利用人之上，当其不为某种行为而利用作品时则意味着违反著作权法。与此同时，对权利人来说，同样存在着与利用人相反的“选择退出”（opt-out）规则，除非权利人通过知识共享（Creative Commons）计划的实践外，利用人都必须事前获得许可。由上可见，传统著作权侵权主张是建立在一般性的利用人“选择进入”与权利人“选择退出”这一“预设规则”之下的。

而在网络时代，在著作权侵权主张问题上，普遍存在着与传统“预设规则”相反的权利人“选择进入”现象。举例来说，现实生活中广泛存在着事实上的宽容性作品利用行为（tolerated

⁵ 崔国斌,《加框链接的著作权法规制》,《政治与法律》2014年第5期,第74-93页。

⁶ 潘吉立,《版权法上的“选择退出”制度及其合法化问题》,《法学》2010年第6期。

use) 的现象。⁷互联网上存在着数以亿计的作品违法上传行为，但真正通过著作权人的通知删除程序撤下的远不及依然存在的违法作品上传现状。因此与著作权法条文所设置的“预设规则”相反，只要是著作权人不主动站出来维护自己的权利，违法作品的上传现象将会持续存在。也就是说，事实上存在一种著作权人的“选择进入”机制，使得保护意识分化的权利人自动得以区分，其中积极主张其权利保护的著作权人需要承担发现以及制止侵权行为的成本，主动实施某种行为，“选择进入”权利保护的过程，这样才能使其权利得以维护；而对作品使用现状漠不关心的权利人，因其未“选择进入”权利主张过程，因此事实上等同于放弃权利保护，使其作品能够被公众自由利用。

当然，立法论者可以反驳说：所谓的“宽容性利用”现象在传统著作权侵权语境下也有出现，民事诉讼奉行不告不理原则，只要权利人未主张侵权，事实上相当于宽容他人自由利用其作品。但是上述反驳却忽略了在效果上的显著差别。举例来说，在任何社会形态下能够以其作品。“有形”载体发表创作性表达的主体都是整体社会群体中的一小部分，出版图书至少要付出一定的出版成本，因为这些成本的存在就实现了将“强烈要求行使权利的主体”从社会大众中区分出来。可以显见的是相比于有形载体形式的发表，互联网上信息的发表付出的成本就可以忽略不计了，因此这种自发形成的权利人意识的分化就不复存在了。论者亦可能主张对作品使用现状漠不关心的权利人可以通过“知识共享”来释放权利。著作权人自由选择其作品的利用形式，并通过“知识共享”所提供的表达机制，不仅确保了作品的自由利用，更将政策形成过程中难以上升为立法意志的分化了的权利人利益予以表达。但是毕竟“知识共享”计划参加与否取决于著作权人的意思表示，对作品使用现状漠不关心的权利人也许也根本没有精力去理解知识共享机制的涵义，因此期待“知识共享”解决这一问题难谓釜底抽薪。

可以说上述权利人的分化现象是网络时代著作权领域最为突出的特征，因为这种分化程度是前所未有的。数字技术与互联网的结合不仅使得一般用户利用作品的机会大幅增加，同时也导致了所利用作品类型的多样化。其具体体现在：数字技术的普及不仅仅使得文字作品，也对于视听作品等前数字时代一般用户的利用尚不普及的作品利用显著增加（表达手段的普及化），进而借助互联网技术的勃兴，使得前数字时代一般用户难以接触到的作品传播大为增进（传播手段的多样化）。借由表达手段与传播手段的多样化，导致了著作权人对于权利行使意识分化。一方面，强烈要求保护其著作权的权利人通过技术保护措施等防止其作品在网络上滥用；另一方面，对于著作权行使毫不关心的权利人也广泛存在。⁸后者比例从朴素的逻辑上就可以断定是远远高于前者的。

相比于立法论者的规范适用，解释论者在宏观论旨上则维护了低成本区分“强烈要求行使权利主体”和“对自身权利如何漠不关心的主体”的体系构建。立法论者支持的赋予著作权人类似“设链权”的排他权，“事先”的将再次参与被链行为利益分配的过程赋予著作权人，如

⁷ 见于田村善之:《日本の著作権法のリפורーム論》,《知的財産法政策学研究》2014年第44号,第25—140页;田村善之:《宽容的利用——「著作権法の憂鬱」内の束の間の均衡》,2014年未刊稿。

⁸ 田村善之：《寛容的利用——「著作権法の憂鬱」内の東の間の均衡》，2014年未刊稿。

¹ 田村善之：《寬容的兩用——日本的對外政策》，1991。

果利用人不“选择进入”或权利人未“选择退出”的话，那么链接行为几乎都满足了著作权侵权构成要件。⁹也就是立法论者不作区分的赋予了所有权利人一把尚方宝剑（而事实上权利人在权利意识上产生了严重的分化），著作权侵权的风险悬在了链接平台的经营主体之上。

尽管通过“宽容性利用”可以缓解这把尚方宝剑的威慑，但是却难以阻止机会主义等行为的发生。因为在现实中广泛的存在着：起初把自身作品内容上传到互联网，本来也没有抱有强烈的实现经济利益的诉求；或者即使抱有这种诉求，也由于互联网的海量信息，著作权人上传的内容很快就淹没于信息的汪洋大海而掀不起任何波澜。而正是依靠链接平台而建立的商业模式，通过链接平台的整理分类与编辑筛选，使得被淹没的某一信息（尽管这一信息具有被任何不特定的主体自由阅览的可能性）为精准特定主体阅读与欣赏，进而实现了作品经济利益上的回馈。在这种情况下如果不加区分，一概赋予了所有著作权人这把类似“设链权”的尚方宝剑的话，“宽容性使用”的脆弱性就会凸显，特别是对于组织性提供这种服务的平台来说，不得不将每一个起初看似不主张权利，而是有赖于链接平台才产生经济利益的主体可能会从事的机会主义活动的成本纳入最初从事链接行为的成本核算之内，这样无数多的传播主体的不可特定性，造成了成本核算的不可能，因此可能阻碍作为商业模式存在的链接平台服务的发展。

而解释论者尽管未曾明确坚持著作权法体系上“直接行为”与“间接行为”二分法等一系列教义的原因，但发掘其初衷，无外乎珍视否定将设链行为纳入排他权范围而可以实现的低成本区分“强烈要求行使权利主体”和“对自身权利如何漠不关心的主体”的价值。现实中大多数利用人从宽容利用作品中享受了文化发展所带来的利益，因此应该维护事实上存在的这种权利人“选择进入”机制。解释论者的朴素逻辑十分明了：只要不是初次信息源的传播，都不可能构成直接行为。对于违法上传提供链接的（不管是普通链接还是实质呈现作品内容的聚合链接）都只能追究间接侵权 / 共同侵权责任；而对于合法上传提供链接的只能请求非著作权利益（竞争利益或合同利益）。这样“对自身权利漠不关心的主体”在任何情形下都丧失了从事机会主义行动的尚方宝剑（因为可能根本不享有诉之利益），只有那些“强烈要求行使权利主体”的主体通过各种“选择进入”的手段主张利益。这样事实上形成的“宽容性使用”被原封不动的维持了，而更重要的是维护了宽容利用得以存在的以视频分享网站、设链平台为代表的利用平台。在利用平台之上不仅提供了通过权利人许可的作品上传行为，也包含了大量宽容利用作品的上传行为。

此外，立法论者在脑海中想象的模型可能仅仅是设链行为人损害著作权人利益这一种情况，但是现实中是否广泛地存在着著作权人希望对其上传的作品更多的设链从而扩展作品传播的需求，或者是对于设链不设链都漠不关心的主体。从朴素的直觉就可以感到前两者数量

⁹ 除非再由利用人证明其满足著作权限制与例外的要求，而立法论者虽然经常提到著作权限制与例外，但是对于怎样设置著作权限制与例外却语焉不详，并没有给出明确的例外形式，体现了企图通过著作权限制与例外一般条款解决问题的决心（崔国斌：《得形忘意的服务器标准》，《知识产权》2016年第8期。）。从笔者角度看，可能根本无法通过限制与例外条款实现低成本的区别与过滤。

可能基本相同，后者占了最大比例。因此仅仅为了打击第一种情况，而使得本可以分化了的不产生任何纠纷的后两种情况，事实上又给予了尚方宝剑，随时可以进行机会主义的维权权利。

解释论者一个维护体系的解释论就以极低的成本（可能仅仅是给“强烈要求行使权利主体”在救济上增添了负担，事实上对于权利人来说把自身或者许可他人初次上传的内容删除下来的成本几乎可以忽略不计，除非已经为了作品的传播也投入了平台建设的投资），却轻易实现了对于“强烈要求行使权利主体”和“对自身权利如何漠不关心的主体”的区分。相反，立法论者的见解只是单方面的考虑到了一种商业模式下利益的损害，即某一平台无视他人投入而聚合性质链接他人支付许可费合法传播的作品，而没有考虑到还存在影响力较小的著作

¹⁰ 例如：杨勇：《深度链接的法律规制探究》，《中国版权》2015年第1期，第54页。当然行政机关的工作人员所撰写的学术文章，绝不能代表其所在行政机构的官方意见，这是公认的常识。只不过这个现象令人耐人寻味。同时司法机关（北京易联伟达科技有限公司与深圳市腾讯计算机系统有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷案（北京知识产权法院民事判决书（2016）京73民终143号））和解释论者采取了惊人一致的见解，这也从另一个角度说明了某些朴素的直觉背后，存在着本质性的规律。

¹¹ 上海市普陀区人民法院(2013)普刑(知)初字第11号刑事判决书。

¹²《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》

（法释[2004]19号）第11条。

权人或其平台期望影响力较大的平台聚合性链接其作品，从而扩展其作品实际传播效果的情况，以及大量的对于被链接与否毫不关心的主体。如果一概赋予排他权，将会促进了机会主义行为的频发，进而增加网络平台极大的未知的运营风险。本来可以实现的“宽容性利用”与自然分化，由于全面的纳入信息网络传播权的范围，而导致所有主体都陷入了被追究著作权侵权责任的风险之中，同时也可能造就有利于行政机关的选择性执法的环境。

三、网络链接行为中“规制焦点”的识别与确立

通过前两部分的分析，读者可能会产生这样的疑问，为什么笔者在网络链接行为的本质认定上，赞同立法论者的看法，即单纯强调网络传播行为的初次信息源可能意义不大，应该关注的不是公众范围的可能性，而是实际浏览与享受作品的公众。但是却在具体规制手段上又赞同解释论者的见解，即认为对于合法上传的作品的链接行为（不论是否实质性呈现了作品的本质性表达）都不认为可以构成著作权侵权。也就是说，在对于某一行为本质的认识不同的情况下，如何能够在结论上相类似呢？对于这一朴素的疑问。下文将以“规制焦点”为新的命题，具体论证笔者在结论上与解释论者间存在的区别。

(一) 链接行为是网络信息中介平台提供的服务

链接的行为主体本质上与其它提供网络信息的中介者一样，是以平台形式存在的。在平台性质上，链接平台不同于搜索引擎的根本特点在于：搜索引擎需要实现完全的中立性，不对检索和显示的内容进行筛选，需要尽可能的将一切互联网上的信息纳入检索的大数据库之内。而链接平台无论链接内容的多寡，本质上都是由链接平台经历了一次筛选，存在将不特定的海量信息转化为特定的具体信息的步骤。也就是将任何互联网上可能存在的海量信息的任意主体的阅读与欣赏可能性，变成了现实的特定精准主体（比如对财经类信息感兴趣的读者，仅购买聚合平台的服务，就可以不用检索或在互联网上海量浏览，就得到依据平台专业知识得到可供使用的信息）的现实阅读与欣赏。

在这一点上可以进行一个思维上的类比：假设作为一名读者从图书馆内借阅了心仪的《著作权法教程》，在复印店内利用其提供的服务取得图书的复印件。在这种情况下，无论实际上操作复印机的人是读者自己，还是复印店的员工，笔者认为在著作权法的评价上是不会出现疑问的；而另一种情况是复印店内摆放有一个书架，里面根据复印店既有的经验（比如来印某一本书的顾客特别多），陈列了王迁教授的《著作权法教程》，任意顾客可以在书架上取下这两本书在店内进行复印，在这种情况下，无论操作复印机的是顾客自己，还是复印店的员工，笔者认为在著作权法上的评价也是不会出现疑问的。也就是对于前一种情况，都会评价为是顾客在私人范围内从事的复印活动，而在后者都会评价为复印店提供了商业性复制活动。两者的本质区别就在于从海量图书中特定某一种图书的选择过程是由哪个主体从事的。有形图书的种类毕竟是有限的，但是在有限范围内提供了代替最终用户选择某一本图书、

或是诱发了最终用户极其便捷的从事复印行为的，都需要被著作权法所严厉打击。

而在网络环境下，网络上的作品内容则是几何级数的扩展，特定某一信息向特定利用者提供，并使其实现精准销售作品表达的行为，也就更加值得著作权法规制。在上述类比中，网络搜索平台可以类比为图书馆，其目的就是尽可能多的收集、储存和展示图书，读者进入图书馆内到底最终选择了哪一本图书享受其创作性表达是由读者自己决定的；而网络链接平台则可以类比为自带书架陈列特定图书的复印店，链接行为的对象一定是特定信息，其中必然包括了设链主体的选择性活动，因此从信息的汪洋大海中特定某一具体创作性表达的活动是由链接主体实现的，不管最终的点击过程是否需要网络用户的帮助，在著作权法上的评价不应该存在实质区别。也就是说对于普通链接（比如仅在设链者的网页上罗列了一系列被设链者信息储存的网站，需要用户点击这个网站链接后才会跳转到被链者的网页使得用户可以在设链者的网站上享受到作品的创造性表达，享受创造性表达）和聚合链接（比如直接就可以在设链者的网站上享受到作品的创造性表达，而不用跳转到被链者的网页）来说，两者的共同点在于设链者都提供了从海量信息到特定信息的选择过程，但是两者的区别就在于一个在自身网页上呈现了作品创造性表达，而一个并不存在实质性区别。对于前者在著作权法上的评价应该是一样的；而对于后者在著作权法上的评价应该是没有。对于前者在著作权法上的评价应该是一样的；而对于后者在著作权法上的评价应该是不同的。具体来说又回到了著作权侵权要件的构成上，即接触+实质相似+法定利用行为（这里具体化为传播行为），也就是说对于前者应该评价为不管是普通链接还是聚合链接都是有实施了传播行为；而对于后者应该评价为普通链接没有实现实质相似要件，而聚合链接实现了实质相似要件。

这样评价的结果导致了笔者在具体标准的设定上与立法论者和解释论者都存在显著不同。对于前者“实质呈现标准”，笔者认为仅是说明了普通链接和聚合链接在“实质相似”要件上的不同，并没有说明两者在传播行为上的相同，也就是说立法论者没有抽象出有关于向公众传播行为的本质衡量标准；而对于后者“服务器标准”，由于其强调信息网络传播行为必须是传播了初次信息源的“作品”，而对于普通链接来说，传播的仅仅是作品行踪的标志，因此不能够被评价为实现了传播行为（笔者的观点与解释论者在效果上是一致的，因为对于传播作品地址的行为最终都不可能直接侵犯了著作权，因此可能只是思维论辩）。当然在解释论者的视野下，聚合链接尽管形式上传播了作品，但是由于不是初次信息源，因此也不该被评价为实现了法定利用行为要件。

（二）网络中介平台的类型化与网络链接服务

对于网络信息提供的中介平台来说，存在两种较为典型的区分：其一是平台所从事的行为是诱发“直接侵权行为”大量发生的中介；其二是平台所从事的行为仅仅扩大了私人用户合法利用作品行为的范围。¹³前者的典型就是P2P软件大量诱发了最终用户违法上传作品现象。

¹³ 这一区分是笔者在借鉴和综合了前田健：《著作権の間接侵害論と私的利用に関する権利制限の意義についての考察》，《知的財産法政策学研究》2012年第40号，第177-212页后，独立提出的划分标准，笔者觉得这一划分很具有解释力，但似乎未得到学界的反响。见于：张鹏：《网络著作权侵权中“直接侵权”与“间接侵权”的划分》，《华东政法大学学报》2016年第1期，第117-127页。

的发生；后者的典型就是为私人提供云储藏服务、提供跨区域视频传输服务以及提供书籍电子化服务等。

链接行为中，如果初次上传的作品是未经著作权人许可的，也就是违法作品上传的问题，可以将链接平台视为诱发“直接侵权行为”大量发生的中介；而如果初次上传的作品是经过著作权人许可的，也就是合法作品的上传问题，本质上是扩大私人用户合法利用作品现实范围的行为，因为链接平台能够将分散于网络中的内容集中在一起，对于最终用户而言，可以一次性浏览所有需要的信息，而无须漫无目的的搜索所需信息。对于前者，将设链平台纳入诱发“直接侵权行为”大量发生的中介是有一定道理的。例如有学者指出：“现在，中国很多知名网络服务商不希望直接从事盗版侵权活动，但是依然抵挡不住变相盗版的诱惑。于是，它们与一些无名网站甚至个人合作，由后者冒险提供盗版作品内容，前者提供加框链接”。¹⁴因此对于违法作品的设链行为通过一定要件的设置使其承担著作权法上的责任追究还是存在合理性的。但是对于后者，则要考虑链接平台到底创造了何种服务，是否属于在时间、空间、载体、精度等角度扩展了最终用户在合法范围内实施行为的自由。

对于信息源的初次传播来说，即使实现了传播可能性，产生任意私人用户可以跨越时间、空间与载体利用作品的可能性就纳入了向公众传播权的范围，但是并不意味着任意公众都实际享受了作品。互联网创造了随时随地的互联互通，但也由于信息的海量性，使得私人用户目不暇接，还没来得及关注某一内容，就淹没于信息的汪洋大海。对于合法作品的链接平台仅仅是依据其甄别与编辑重新将可能被淹没的著作权内容呈现在了最终用户面前，因此将其分类于仅仅扩大了私人用户合法利用作品行为的范围是较为合理的。

（三）网络链接行为中“规制焦点”的识别

“规制焦点”概念是著作权法体系上的重要概念。从著作权法的宗旨来看，建立一种与作品的使用价值相对应的对价回流机制应该是最为恰当的，也就是利用者每享受一次作品中的创作性表达，就实现了人类在科学、艺术、文化等领域的愉悦，因此就应该征收一次对价。但事实上，对于浩瀚的利用行为的每次计价都面临着交易成本过高，监视成本过大的现实，即使设计出了按次计价的制度，也会因为无力执行而形同虚设。另一方面针对利用者每次利用的监控也干预了其私人世界，侵犯了必须划定的私人自由空间。因此著作权法从建立之初就只针对一部分使用行为设置排他权。这种经过挑选的“一部分使用行为”往往是最具有规制效果的“焦点”，可以实现低成本使著作权人获得相应收益，并维持私人用户的自由空间。

仅以复制权为例，在著作权制度诞生伊始，由于复制技术尚未普及，真正可以从事复制的主体仅仅是少数具有投资复制设备能力的主体，因此只需要针对这些主体从事的复制行为征收对价，就可以实现著作权法的功能，因此早期著作权法在功能上等同于针对出版行业的

¹⁴ 崔国斌：《加框链接的著作权法规制》，《政治与法律》2014年第5期，第74-93页。

版权法。“复制权”就是“规制焦点”。随着复制技术的普及，一般最终用户也可以轻易的实现模拟复制或数字化复制。诚然，单个最终用户家庭内私人复制行为由于对著作权人造成损害轻微，且考虑到权利行使成本极高等市场失败现象，一般均承认个人用户在私人领域的复制自由，但是对于提供导致了单个私人复制造成的轻微损害的聚积的复制设备的主体就导入了补偿金制度。因此针对复制设备的“补偿金”就成为了新的“规制焦点”。上述例子在著作权法的发展过程中不胜枚举，可以说一部著作权法的发展就是伴随着因应技术变革，识别和调整“规制焦点”的过程。

如果具体到网络链接行为的“规制焦点”识别上来的话，首先需要识别网络链接所涉及的具体利益。链接行为在促进享受作品的可能性向实际享受与否的转换过程中，实现了一系列独立的经济利益。著作权人（或其许可的平台）与链接行为主体之间的利益纠纷的本质就在于：对可能性与实际效果之间商业利益的争夺。这一利益就是法律所应调整的对象。而用于调整这一对象的政策工具就是“规制焦点”。

尽管没有明确“规制焦点”这一概念，但立法论者和解释论者都提出了其“规制焦点”。前者是一个是以“作品创造性表达的实质呈现”为“规制焦点”，只要创造了实质呈现了作品的本质性表达的可能性，进行呈现的主体就是著作权排他权项下应该规制行为的实施主体。对于这一“规制焦点”的缺陷，前文已经从“实质呈现”是任何著作权侵权的必要要件，并不能指出不同传播行为的本质区别；针对初次信息源的实质呈现性质的链接如果都纳入著作权人的出不同传播行为的本体区别；针对初次信息源的实质呈现性质的链接如果都纳入著作权人的排他权范围内的话，不利于不同利益诉求的权利人的分化，以及针对违法上传的作品和合法上传的作品实施的链接行为没有起到实际的区别。此外，立法论者提供的“著作权限制与例外”并不是一个恰当的“规制焦点”，因为它的存在是一个权利人“选择退出”与利用者“选择进入”的过程。在赋予著作权人类似“设链权”后，任意专利权人都具有了主张权利的尚方宝剑，而“著作权限制与例外”很难针对占大多数的普遍主体作出例外规定。也无力依据某一要件对于普遍主体进行区别。至少限制与例外要件在权利人一端是完全无法实现根据分化了的权利人不同利益诉求创设要件的。而在设链主体一端以“营利性 / 非营利性”区分设链主体可能是一个可以尝试的手段，¹⁵但是即使提出这一主张的学者也承认这一建议仅是描述著作权法未来形象的设想，可能远没有达到能够实现的技术环境与社会环境。

而解释论者则提供了一系列明确的“规制焦点”，具体包括：“传播源”、“技术保护措施”、“主观的过错（过失 / 故意）”、“竞争利益与诉之利益”。¹⁶

首先，所谓的“服务器标准”实际上也是对“信息源”的另一种表达。所谓“皮之不存、毛将焉附”，如果删除服务器上的信息源，链接也不能实现“作品的实质性呈现的话”，那么就不是著作权意义的传播行为；如果链接上还可以实质性呈现的话，那么它就是在以自身为从事著作权意义上的传播行为。因此以王迁教授为代表提出的“信息源”概念是摈弃了主体从事著作权意义上的传播行为。因此以王迁教授为代表提出的“信息源”概念是摈弃了一切技术细节，抽象出了传播行为的本质特征。这一本质特征不仅适用于各种形式的网络链接

¹⁵ Jessica Litman, Real Copyright Reform, 96 IOWA L. REV. 1, 18 (2010).

¹⁶ 王迁：《论提供“深层链接”行为的法律定性及其规制》，《法学》2016年第10期。

接，也涵盖了其他形式的可以跨越时际、区际与载体的交互性传播行为。另一方面，对于网络传播行为来说，著作权人最为重要的，可以低成本实现控制的手段就是决定是否将作品上网。因此解释论者将初次向公众传播，并使公众具有跨越时间、空间与载体而享受作品创造性表达可能性的行为列为“规制焦点”。因为其中包含了权利人的“选择进入”。“初次”也成为了界分直接行为与间接行为的唯一标准；其次，以“技术保护措施”为代表的自力救济手段是一个明确的“规制焦点”，其中也包含了权利人的“选择进入”。他人破坏技术措施的行为可以纳入著作权法、反不正当竞争法甚至刑法的规制之中；再次，主观的过错（过失 / 故意）是另一个“规制焦点”，对于违法上传他人作品的链接行为（不管是普通链接，还是实质呈现了作品创造性表达的聚合链接）都依据民法共同侵权责任 / 间接侵权责任的判断标准予以衡量，使得著作权间接行为的违法性基础只能来源于间接行为人对于直接行为违法性的主观认识程度。最后，强烈要求权利保护的主体可以主张非著作权利益的侵害，这需要描述竞争秩序中的损害或者债权等相对权中的损害。

（四）规制网络链接行为的妥当手段

笔者对规制网络连接行为手段的理解还是寓于网络链接作为平台活动的类型化之上。其中对平台可能诱发的违法上传行为大量发生，要给予最为严厉的打击；同时要维护平台所从事的行为仅仅扩大了私人用户合法利用作品行为的范围。对于违法作品的上传来说，在中国语境下，无法实现对“初次信息源”的违法传播进行震慑的情况下，对具有“管理与收益”要件的链接主体可以拟制成为直接传播行为主体，并将其作为具有区别的“规制焦点”。也就是在违法上传作品的情况下，如果设链平台实质性呈现了作品的创造性表达的话，笔者在手段上认同立法论者的结论，也就是认定链接行为就构成直接侵权行为。但是在论据上，通过著作权侵权要件中实质性相似（立法论者所持“实质呈现标准”）来区分一般链接（如仅仅在自己的平台上呈现了违法作品的网址）与聚合链接（如在自己的平台上呈现了违法作品本身），对于前者只可能追究著作权间接侵权责任，对于后者可以通过将聚合平台主体“拟制”为传播主体从而追究著作权直接侵权责任。事实上，若想将链接行为纳入传播行为范围之内，对于提供链接平台的主体只能是通过“拟制”的方式认为构成直接传播行为主体。这种“拟制”的手法为各国司法实践较为积极地采取。即由于服务提供商的商业实践深度参与了“直接行为”的复制行为，因此在满足一定要件的前提下，比较法上不少实践通过扩张解释“直接行为主体”的范围，将朴素的物理意义上“直接行为主体”判断，即何者在物理意义上亲自实施作品的创造性表达的重现，扩张到经济价值或社会通识意义上的判断，即何者可以拟制为直接行为人。将物理意义上或自然属性上非直接行为主体的间接行为人拟制为直接行为主体，可以避免由于物理意义上的直接行为主体由于构成私人复制例外免责的困境。对于“直接行为主体”进行扩大性拟制的手法是解决上述问题的较为朴素的想法，而且也在比较法上被普遍使用，其区别只在于拟制的程度上。从比较法上看，日本通过“卡拉 ok”法理的运用全面的拟

制性判断“直接侵权主体”，¹⁷而德国则是在维持以物理意义判断“直接行为主体”的原则下例外性质的拟制了“直接行为主体”。¹⁸此外，违法作品的上传本身就不能够实现划分不同保护诉求的权利人的功能，因此令设链平台针对实质呈现了作品创造性表达的链接行为承担直接侵权责任也不会打破权利意识分化带来的益处。

而在我国背景下这种解释还有利于民刑事针对链接行为判断上的统一。在刑法上对于链接行为的评价不能脱离于著作权法中所规定的权利范围而单独设置规范。当然刑法所规制的行为在范围上可以小于著作权法所规制的范围，也就是说刑法具有一定的谦抑性，仅在最能够发挥刑法预防和抑制侵权行为发生的范围内设置才最合理的运用了资源。因此上述将链接行为纳入侵犯著作权罪正犯处罚的实践也可以解释为仅承认了实质呈现作品形式对于违法行为的深度链接行为构成“通过信息网络向公众传播”行为。在违法上传作品的情况下，如果作品的深度链接行为呈现了作品的创造性表达的话，笔者认同认定链接行为就构成直接侵权行为。这样的话并不会出现著作权法尚未规制的行为却被纳入刑法规制的现象出现；刑法上对于实质呈现违法上传作品的链接行为的规制具有实效性，而这种行为在诱发侵权行为发生上也是远高于独立上传的单个主体。正是因为链接平台的存在导致了侵权效果的集聚，并在其对热播影视作品等以设置榜单、目录、索引、描述性段落、内容简介等方式进行推荐等行为下更加便利了他人接触侵权作品。这样将此类行为纳入刑法规制范围之内并不违反罪责刑相适应的原则。最后尽管笔者主张将实质呈现作品形式对于违法作品的深度链接行为纳入“通过信息网络向公众传播”行为，但不意味着对于实质呈现性质链接他人合法作品初次上传的行为也应该纳入刑法规制范围之内。也就是在著作权法上对著作权人自身或许可他人实施的合法作品上传，这一要件的认定则显得尤为重要。

另一方面，对著作权人自身或许可他人实施的合法作品上传，链接平台仅仅起到了由浏览可能性到浏览现实性的中介工作，属于扩张最终用户私人利用合法范围的行为，不应一律拟制为直接传播行为主体。而在刑法上也应该最终用户私人利用合法范围的行为，不应一律拟制为直接传播行为主体。只能够通过著作权人或者许可的平台在举证存在诉之利益或竞争利益的基础上，通过反不正当竞争法，或民法上的第三人侵害债权来实现利益的回流。而更为重要的理由就在于上文宏观论旨所提及的：这一做法有利于维护权利人间的自然分化，降低平台运营的成本，从而维持宽容性使用带来的促进文化传播的益处。

笔者的上述规制手段选择，如果采取类比说明的话，可能是将初次传播行为与设链行为的权利关系，类比为了复制权、发行权与发行权一次用尽的关系。众所周知，在著作权人自

¹⁷ 有关日本卡拉ok法理的详尽介绍请参考：李扬：《日本著作权间接侵害的典型案例、学说及其评析》，《法学家》2010年第6期。

¹⁸ 见于横山久芳：《ドイツ著作権法における間接侵害の規律のあり方》，载高林龍：《知的財産法の国際交錯》，日本評論社2012年版，第135页。

身或许可他人制作并转让作品有形复制件后，该复制件之后的流通过程发行权均用尽，著作权人不得再主张排他权。但是对未经著作权人许可的作品复制件发行行为，则发行权在违法作品的流转过程中并不用尽。对于合法作品复制件和违法作品复制件的区别对待，正如同笔者在解释设链行为的规制手段一样，对于违法上传的作品的实质呈现性质的设链行为赋予著作权人类似“发行权”的排他权；而对于合法上传的作品则使著作权人的排他权“用尽”。当然立法论者可能提出反驳意见，首先从规范上看，即使对于合法作品复制件的流通也并不在任何情况下都用尽。例如出租权就再次赋予了著作权人针对某些作品再流通环节的使用排他权。那么为什么不能够相类似的对于合法上传作品的设链行为给予排他权呢？

事实上，围绕“复制权”与“向公众传播权”两大法定利用行为支柱的规范设计背后也存在一种本质性的思维。以“发行权用尽”为例，之所以产生这种制度，就是因为著作权人在第一次使他人获取复制件过程中已经获得了收益，而这种收益得以确定的前提是著作权人估计今后同一部复制件在流转过程中对作品创造性表达的享受幅度也不会过多的超过平均次数与范围。当有一种行为使得对于复制件在流通环节的利用超出了著作权人在第一次许可时所预计的前提时，那么著作权人可能就会选择提高第一次许可的对价，这将使得对作品利用频度较低的主体可能无力承受获得复制件的负担，进而无法享受作品创造性表达。因此立法才通过对高频度利用主体与行为，特别是超出了著作权人第一次许可时预计的频度的行为设置排他权。出租行为就是这种行为的典型，出租店铺只需购买一次复制件，就可以利用这一份复制件反复商业性扩张享受作品创造性表达的受众范围，这与一份复制件流转到二手市场交易的情况相比，极大的超出了著作权人第一次许可时预计的频度。

如果以上述思维探讨“向公众传播权”的话，除非初次上传的平台可以通过有效的技术保护措施实现最终用户针对每一次享受作品创造性表达而支付一笔对价，否则著作权人在许可其作品初次上网时可以预期的许可收益，可能也是一笔“糊涂账”。对于这笔“糊涂账”，权利保护意识强烈的主体可能斤斤计较穷尽一切利益回流手段（如以点击量计费的广告收入），而对自身权利漠不关心的主体分文不取。正是因为现实中对这笔“糊涂账”看法的千差万别，商业模式的五花八门，因此法律很难创设一种排他权将其区分开来，只能是“全有或全无”。相比来说，在作品有形复制件的流转中，拥有作品的著作权人在利益诉求上基本是一致的，分化的严重性并不强烈，且作品使用的平均频度和范围是可以基本观测的。更为重要的可以依据行为所面对的市场不同而低成本划定排他权的作用范围（二手市场还是出租市场）。因此对于合法上传作品在实质呈现作品创造性表达上设置类似“出租权”的排他权项并不合理。

结语

互联网作为一个开放的平台，每天有数亿计的信息往来其间，而最终用户之所以能够自由且便捷的获取这些信息，一则有赖于搜索引擎平台的存在，二则有赖于网络链接平台的助

力。利用者在享受链接技术带来的精确获取信息的便捷的同时，不可否认著作权人的利益也面临着前所未有的侵害之虞。在这一背景下，权利人试图再次取得排他权从而将网络链接行为所获取收益纳入自身对价回流的范围之内，也就不难理解了。

一方面对链接平台可能造成的诱导违法作品大量上传的现象，赋予权利人类似“设链权”的做法并无可非议，但是如果包括合法上传作品在内的全面的赋予权利人这一排他权的话，可能破坏网络环境下由于宽容性使用现象的存在而自发产生的分化权利人不同权利诉求的功能。对此笔者提出应该从网络链接行为的本质入手，并区分网络链接平台的不同类型，对违法作品的设链，且实质呈现了该作品的创造性表达的，应将深度参与作品筛选并从中获取利益的链接平台服务商拟制为“直接行为主体”，追究其著作权“直接”侵权责任。而对于合法作品的设链行为只能依据其他可以区别的“规制焦点”予以规制，只有这样才能在区分设链平台可能起到的“为私人合法行为提供技术性便利”与“助长盗版行为泛滥”两种功能的基础上，找到平衡著作权人利益与公众享受技术进步便利的接点。

电子支付中的四方关系及其规范架构

李建星

摘要：在电子支付中，付款人与付款机构的资金关系基于支付委托合同，付款人凭付款指令发起付款程序，由此产生付款人与付款机构的各项权利义务关系。托收关系以托收委托合同为基础，但托收机构执行收款通常另需收款指令及双方托收约定。在基础关系中，电子转账与第三方支付中的“扫码支付”构成履行，其他电子支付方式构成间接给付。在检讨支付方式原型时，立法者应吸纳部分高流动性的非现金支付方式，将其与现金付款等同视之。支付服务商间以央行支付系统为中介成立结算关系。前述四方关系构成电子支付的统一法律框架。

关键词：电子支付；资金关系；支付指令；框架协议；托收约定

一、问题的提出

电子支付是指使用者通过电子终端，直接或间接向支付服务商发出支付指令，^[1]实现货币支付与资金转移的行为。中国人民银行《2016年支付体系运行总体情况》数据显示，银行业金融机构当年共处理电子支付业务1395.61亿笔，金额2494.45万亿元；非银行支付机构累计发生网络支付业务1639.02亿笔，金额99.27万亿元。电子支付应用的普遍性已逐步超过了现金支付。然而，电子支付的法学研究却多有遗憾，比如，仅关注单个支付方式，却缺乏对电子支付整体法律框架的提炼与归纳；另如，偏重呼吁政府强化监管电子支付，却忽略梳理支付行为所涉的各方民事法律关系；再如，着重阐释电子支付的特殊性，却轻视其与现有规范体系之协调。

首先，鉴于前述研究现状的不足，本文选取电子转账、自动划账、第三方支付这三种最普遍的电子支付方式为样本，从中提炼出电子支付的统一法律框架。电子转账是指付款人向其付款机构发出付款指令——将指定金额移转给收款人，付款机构按支付程序向收款人之托收机构传递该金额，托收机构在收款人账户中贷记该金额以完成托收的支付方式；^[2]自动划账，在日常司法实践又称为自动划扣^[3]或代扣，系由收款人主动发起，借助托收机构，以借记付款人账户的方式实现本方债权的支付方式；第三方支付系付款人使用从事资金转移、结算业务的非银行支付机构进行资金移转的支付方式，常见的第三方支付机构有支付宝、财付

^[1]本文的“使用者”包括付款人与收款人两种，“支付指令”涵盖付款指令、收款指令在内的各种指令，“支付服务商”主要指付款机构与托收机构。

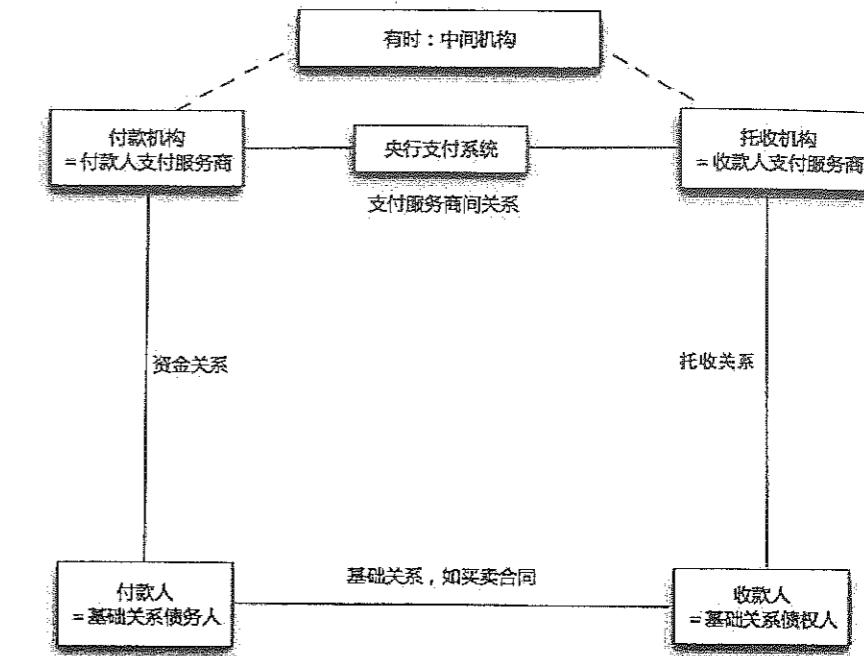
^[2] Vgl. Tonner/Krüger, Bankrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2016, § 13, Rn. 5; Theewen(Hrsg.), Handbuch für Fachanwaltschaft und Bankpraxis, Köln 2010, S. 389.

^[3]参见如“朱华科与中英人寿保险有限公司四川分公司保险合同纠纷案”，四川省高级人民法院（2014）川民提字第432号民事判决书。

通（即微信）等。

然后，为细致地梳理交易所涉之各方民事法律关系，以及保持与现有规范体系的协调，本文拟以普通民事交往的三方指示给付关系为基础，发展出四方关系，以此作为电子支付的统一法律框架。民事交往中的指示给付关系包含三方当事人：为指示之人，称为指示人；被指示之他人，称为被指示人；受给付的第三人，称为领受人。^[4]三方当事人两两结合，成立三层法律关系：第一，原因关系，又称基础关系、对价关系，系指示人之所以使领受人领受给付的关系；第二，资金关系，或称为填补关系，系被指示人对指示人所以为给付的关系；第三，给与关系，系被指示人对领受人的给与。^[5]因为电子支付的收款人一般不能直接获得现金，需要托收机构协助其收款，指示给付的三方关系由此应拓展为四方：付款人，及其付款机构，^[6]收款人，及其托收机构。申言之，付款人即基础关系中负有付款义务的（金钱之债）债务人；收款人系相应的债权人；付款机构系为付款人提供付款服务的金融机构与非金融机构；托收机构系指为收款人执行收款业务的主体。付款人与收款人间成立基础关系，付款人与付款机构间成立资金关系，收款人与托收机构间成立托收关系，付款机构与托收机构间成立支付服务商间关系。实践中，付款机构和托收机构可能是同一支付服务商，如在微信支付中，付款机构与托收机构均是微信，此时仅有三方法律关系。相反，托收机构与付款机构亦可能因缺乏直接业务往来关系，而须以其他支付服务商作为桥梁才能完成支付过程，从而可能涉及第三、第四支付服务商。但是，只需厘清四方法律关系，其他法律关系亦可迎刃而解，故本文仍以四方关系为电子支付的统一法律框架。

图一：电子支付的统一法律框架⁷



本文以现有各效力层级的法律规范、电子支付的常用交易文本为研究素材，借助民法理论为分析模型，搭建电子支付的统一框架；该框架以四方关系为“矩阵”。在各项法律关系中，既要尽可能抽取出各支付方式的共性原则，也要正视各支付方式之特性，指明具体规则之差异。

二、付款人与付款机构间的资金关系

付款人与付款机构间的资金关系是四方关系最复杂与重要的。少数交易中，付款人直接指示付款机构执行付款。例如，付款人虽无中国银行之账户，但仍可在该行柜台或自动柜员机（如 ATM 机）等向收款人进行单笔现金转账。该资金关系基于临时缔结之支付委托合同，合同效力亦限于该次支付。但在多数交易中，付款人与付款机构事先缔结持续性合同，如银行开户协议、《支付宝服务协议》、《微信支付服务协议》，然后，付款人按基础关系所涉之款项指示付款机构执行具体支付行为。该资金关系的法律构造实有深入讨论之必要。下文拟结合比较法模式，深入展开当中的法律构造，指明双方的具体权利义务关系。

（一）基于支付委托合同的资金关系

电子支付的资金关系是指付款机构对付款人所以为付款的法律关系。学界就资金关系之构造众说纷纭，委托代理说、委托保管说、代为履行说均不乏拥趸。下文先行考察比较法提供之构造模式，再结合我国法律体系以及交易实践确定我国资金关系的构造。

⁷Vgl. Tonner/Krüger, Bankrecht, Baden-Baden 2014, § 13, Rn. 9.

^[4]王泽鉴：《不当得利》（第二版），北京大学出版社 2015 年版，第 212 页。

^[5]王泽鉴：《不当得利》（第二版），北京大学出版社 2015 年版，第 212 页。

^[6]按《非金融机构支付服务管理办法》第 3 条第 1 款，支付机构仅为提供支付服务的非金融机构，例

如财付通，是付款机构的下位概念。

1、比较法的多种构造模式

德国法系国家通常分别采取以下三种模式构造资金关系：

第一，德国旧法的“两个合同”模式。2009年10月31日以前，德国法要求付款人须与付款机构缔结两个合同，方能使后者负有实施转账行为的义务。第一个合同被称为账户合同（原《德国民法典》第676f条），兼具双务合同、框架合同双重属性。^[8]其内容是付款人有义务支付手续费，相应的，付款机构仅有义务为付款人管理账户，却无义务实施非现金付款行为。^[9]

第二个合同被称为转账合同，是付款机构履行具体付款义务的前提（原《德国民法典》第676a条）。该合同的缔结应符合“要约—承诺”规则。付款人得以明示或默示形式（提交转账表格）发出要约。付款机构通常以默示——直接付款作出承诺。倘若付款机构未及时付款，应参考《德国商法典》第362条“商人对要约的缄默”规则检验付款机构是否已为承诺（原《德国民法典》第676a条第2款）。^[10]据此，鉴于当事人的持续交易关系，付款机构在一定时间内保持对付款要约保持沉默，即认定已作出承诺，合同即回溯到要约到达付款机构时成立。付款机构由此负有为付款人转账的义务。学界虽就付款机构对付款人之要约是否有强制缔约义务无定论，但普遍认为，如当事人已就强制缔约义务有特约，则付款机构即负有该义务。^[11]

第二，德国新法的“支付框架合同+支付指令”模式。从前述旧法内容可知，付款机构仍可及时反对付款要约，排除付款义务，付款人却无相应之法律救济。为执行《欧盟支付服务指令》（RL 2007/64/EG über Zahlungsdienste im Binnenmarkt）的相应要求、提高支付效率、保护消费者，^[12]现行《德国民法典》专门规定“付款服务”一目，以彻底告别旧法模式。据此，付款人与付款机构仅存在单一的支付服务框架合同（《德国民法典》第675f条第2款）。该合同主要内容有二：（1）付款机构有义务为付款人执行付款指令；（2）付款人有权请求付款机构管理账户。^[13]同时，该框架合同授予付款人形成权，付款人可据此以单方、须受领的意思表示——支付指令要求服务商执行支付行为。^[14]新法较旧法的最大优点在于，付款机构无法通过即时拒绝缔结转账合同之要约，以排除其付款义务；只要支付指令到达，支付服务商即有执行支付行为之义务。基于该种构造，支付行为的效率大大提升，且实现倾斜保护付款人的政策目标。

第三，瑞士法的“适用委托合同”模式。瑞士法中，付款人与付款机构关系的基础是持续性的账户合同，^[15]但其不属于框架合同，而系依委托法（《瑞士债务法》第394条以下），^[16]

于当事人间直接产生权利义务。据此，付款机构有义务执行付款人之支付指令，^[17]实施相应的支付行为。可见，瑞士法虽无资金关系的专门规定，但回到委托合同构造其中法律关系，实为法律解释回应现行商业交易模式之范例。

2、我国基于支付委托合同构造资金关系

观察《合同法》及电子支付相关的法律规范可知，我国现行法律既无类似支付框架合同的规定，也未以“支付框架合同”界定当事人权利义务的内容。故德国新法的“支付框架合同+支付指令”模式在我国无可兹适用之依据。而德国旧法“两个合同”模式降低支付速度，不利于付款人的保护，已被德国法放弃，亦与国务院“互联网+”之大政方针相悖，更不应为我国法所采纳。

相反，瑞士法以委托法为框架，紧密结合委托合同的规定，为支付行为提供依据，与我国以《合同法》“第21章委托合同”为规范核心的现状较接近。比较德国新法，其虽人为构造出支付框架合同，但也一反“框架合同不产生具体权利义务”的基本规则，^[18]仍施加付款机构负有执行支付指令与管理账户的义务，且以支付指令为执行支付行为的前提。其法律构造与瑞士法“以指示为核心的委托合同”模式并无本质区别。据此，中国法可依照《合同法》关于委托合同的规定构造资金关系，一方面，认可付款人与付款机构通过签订开户合同订立了具体的支付委托合同，另一方面，承认因支付委托合同未明确支付行为之内容，付款人须行使具有“委托人指示”性质的付款指令以发起整个支付流程。

按委托合同构造资金关系也符合现时交易实践。例如，《中国工商银行电子银行个人客户服务协议》既详细列明该行与电子银行使用人间的具体权利义务关系，包括工商银行须以使用人的要求为其付款，又在第3条第2款第（1）项明确规定“乙方（工商银行）负责及时准确地处理甲方（使用人）发送的电子银行业务指令，并及时向甲方提供查询交易记录、资金余额、账户状态等服务”。可见，银行业电子支付服务商已与付款人签订支付委托合同，并根据付款人的付款指令，执行付款行为。再如，支付宝与付款人的协议更清晰体现出双方的支付委托关系。《支付宝服务协议》第3条明确表述为“支付宝服务是支付宝向您提供的非金融机构支付服务，是受您委托代您收款或付款的资金转移服务”，代付是“自款项从您指定账户（非支付宝账户）出账之时起至支付宝根据您或有权方给出的指令将上述款项的全部或部分入账到第三方的银行账户或支付宝账户之时止的整个过程”。鉴于前述交易文本的内容，我国已实际按照委托合同的规定构造电子支付的资金关系。

支付委托合同虽已存在，但付款对象、付款金额仍未明确，故须由付款指令另行确定。《非银行支付机构网络支付业务管理办法》（2015，以下简称《网络支付办法》）第2条等法

^[8]Klamt/Koch, Das neue Überweisungsgesetz, NJW 1999, 2776, 2276.

^[9]Münchener Kommentar/Casper, 5. Aufl., München 2009, §676f, Rn. 3.

^[10]Münchener Kommentar/Casper, 5. Aufl., München 2009, §676a, Rn. 14.

^[11]Münchener Kommentar/Casper, 5. Aufl., München 2009, §676a, Rn. 16.

^[12]Einsele, Bank- und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl., Tübingen 2014, S. 126.

^[13]Münchener Kommentar/Casper, 6. Aufl., München 2012, §675 f, Rn. 1.

^[14]Vgl. Münchener Kommentar/Casper, 6. Aufl., München 2012, §675 f, Rn. 39.

^[15]Vgl. Balzli/Kerber/Schären, Finanzmarktrecht, Zürich 2009, S. 84.

^[16]Vgl. Balzli/Kerber/Schären, Finanzmarktrecht, Zürich 2009, S. 84.

^[17]该支付指令的性质与委托法的指示（如《合同法》第339条第1句、《瑞士债务法》第397条第1款）等同。Vgl. Hans Caspar von der Crone, Rechtliche Aspekte der direkten Zahlung mit elektronischer Überweisung (EFTPOS), Diss. Zürich 1988, S. 42.

^[18]Hoffbauer, Der Rahmenvertrag in der Lieferbeziehung, Berlin 2010, S. 5.

律规范明确指出，付款指令是付款机构为付款人实施付款行为的前提。在比较法上，美国法律认为，支付命令是支付或使另一家银行支付固定的，或可确定的货币金额给受益人的指令，^[19]要求不得附条件、金额须是固定或可确定的。^[20]在支付委托合同下，付款指令属于《合同法》第399条第1句的“指示”，是单方的、须受领的意思表示。^[21]指令内容包括付款人、付款账号、收款人姓名、收款账号、付款金额、甚至款项用途等。例如，在电子转账中，付款人发出付款指令，指示付款机构为其执行付款行为，将相应金额贷记入收款人之账户。

为维护国家金融秩序，防止付款人通过电子支付洗钱，公法经常限制电子支付的付款数额。例如，《电子支付指引（第一号）》第25条第3款规定，银行为客户办理电子支付业务，单位客户从其银行结算账户支付给个人银行结算账户的款项，其单笔金额不得超过5万元人民币。此类规定授予了付款机构私法上的单方履行抗辩权（具体规则准用《合同法》第66条），具体而言：（1）法律性质上，其属于延缓之抗辩权，仅可暂时阻止请求权的执行，在执行障碍消失后，付款机构仍须即时执行付款指令。例如，当事人可约定，付款人若可事先提供有效付款依据，则从其银行结算账户支付给个人银行结算账户的款项则不受其单笔金额不得超过5万元人民币的限制。（2）其法律效果在于，付款机构可拒绝履行付款人的付款请求权，而不会陷于履行迟延。

（二）资金关系的内容

付款机构基于支付委托合同享有处理付款人付款事务之权限（《合同法》第397条），而不构成非法干涉付款人事务；付款人享有请求付款机构依约实施付款行为之权利。资金关系主要体现为当事人的义务，故下文详细阐述付款机构与付款人于此的义务内容。

1、付款机构的主给付义务：付款行为的实施

付款机构亲自实施付款人的付款指令是其主给付义务（《合同法》第400条第1句）。具体包括两方面：（1）付款人账户具有足够资金或透支额度，^[22]付款机构即有服从（指示）的义务。（2）支付服务商须为付款人及时、准确地向收款人付款，“及时付款”即付款机构执行的付款行为须使资金能在约定时间内到达收款人账户；“准确付款”指付款机构须将指定金额全部传送给收款人。在第三方支付中，付款人发出付款指令，支付机构须具体执行代付事务，完成资金流转；在自动划账中，由于该支付方式主要靠收款人委托托收机构的主动收款来完成，付款机构配合托收机构的划账行为——及时从付款人账户中借记准确之金额，即为履行主给付义务。

^[19]刘颖：《支付命令与安全程序》，《中国法学》2004年第1期，第162页。

^[20]刘颖：《支付命令与安全程序》，《中国法学》2004年第1期，第163页。

^[21]München Kommentar/Seiler, 5. Aufl., München 2008, §665, Rn.5.

^[22]Nuissl, Bankgeschäftsrecht - Bank- und Kapitalmarktrecht für die Praxis, Berlin 1997, Rn. 54.

2、付款机构的从给付义务：查询与返还

支付委托合同还有补助主给付义务的从给付义务。付款机构的从给付义务具体有二：

第一，委托合同的受托人负有报告事务处理情况的义务（《合同法》第401条第1句）；在委托事务终了或合同终止时，受托人负有将处理委托事务的始末经过和处理结果报告委托人的义务（《合同法》第401条第2句）。支付委托合同的报告义务体现为付款机构为付款人管理账户，并提供查询渠道的义务。微信在“支付经营号”记录资金进出状况等交易信息，并提供电子交易查询系统，即是履行事务处理情况之报告义务。除前述电子簿记与电子查询渠道外，《电子支付指引（第一号）》第19条第1款还要求付款机构还负有提供纸质交易回单的法定义务。

第二，返还义务。受托人须将处理委托事务取得的财产转交给委托人。但付款机构为付款人执行付款行为，只有资金流出，并无财产之收取，故付款机构无须履行返还义务。

3、付款机构的附随义务：安全保护

附随义务系为履行给付义务或保护当事人人身或财产上利益，于合同发展过程中基于诚信原则而发生的义务。^[23]依《合同法》第60条，当事人须依合同之性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。电子支付的付款机构通常负有以下附随义务：

第一，风险提示义务。付款机构应根据付款人风险等级、日常交易行为、资产状况等因素，在付款人设定的交易限额内确定交易风险提示额度，并对交易风险提示额度进行动态管理。对于超过交易风险提示额度的大额交易、短时高频和短时跨地区等疑似风险交易，付款机构应及时向付款人提示交易风险。

第二，完善信息系统以保护付款人隐私的义务。《电子支付指引（第一号）》第30条要求支付服务商须采取措施防止交易数据被被擅自查看或非法截取。若付款机构因过错未及时完善信息系统，违反保密义务，导致付款人利益受损，付款人享有损害赔偿请求权。司法实务中，法院多在他人以伪卡盗取账户资金的案例中采前述观点。^[24]例如，《最高人民法院公报》案例“王永胜诉中国银行股份有限公司南京河西支行储蓄存款合同纠纷案”，^[25]南京市鼓楼区人民法院指明，为存款人保密，保障存款人的合法权益不受任何单位和个人的侵犯，是商业银行的法定义务，进而支持存款人的损害赔偿请求。

^[23]王泽鉴：《民法学说与判例研究》（重排合订本），北京大学出版社2016年版，第378页。

^[24]参见如“中国工商银行北京朝阳支行与王晶伟储蓄存款合同纠纷”，北京市第三中级人民法院（2015）三中民终字第05312号民事判决书；“陈铸与中国农业银行南京江宁支行借记卡纠纷”，南京市中级人民法院（2016）苏01民终5033号民事判决书；中国工商银行霍山支行与韩某某借记卡纠纷，六安市中级人民法院（2016）皖15民终86号民事判决书。

^[25]参见《最高人民法院公报》2009年第2期，第44-48页。对此案例之分析，详见解亘：《冒领存款纠纷背后的法理——王永胜诉中国银行股份有限公司南京河西支行储蓄存款合同纠纷案评析》，《浙江社会科学》2013年第2期。

4、付款人的义务

第一，费用支付义务。付款机构为付款人执行付款行为，产生委托费用的偿还请求权（《合同法》第398条第1句的预付费用或第2句的偿还费用）。该请求权的前提是付款人在发出付款指令时，同时附有一项付款机构可在其账户中执行借记的授权（如《中国工商银行电子银行企业客户服务协议》第2条第2款第（8）项）。该授权之内容是付款人认可付款机构的费用偿还请求权，付款机构可据此授权直接在付款人账户执行借记，相反，付款机构则无相应的费用偿还请求权。倘若付款机构在未获授权时，即实施付款行为（如黑客攻克付款机构支付系统而擅自将使用人账户资金转走），其非但不能享有费用偿还请求权，还须向付款人赔偿超越权限所致之损失（《合同法》第406条第2款）。

第二，报酬给付义务。支付委托合同属双务合同，付款机构负有前述给付义务及附随义务，付款人则相应负有报酬给付义务。报酬给付义务既可依约定，如《微信支付服务协议》规定，“5.1.2 财付通将从你的每笔交易款中扣除一定费率的支付手续费，支付手续费的费率以经营者平台核准记录为准”，也可依法定（《合同法》第405条、《商业银行法》第50条第1句）。由于约定的报酬给付义务多基于付款机构单方提供的格式合同，为避免付款机构利用其优势地位加重消费者的负担，《银行卡业务管理办法》第24条、《商业银行服务价格管理办法》等法律规范会限制报酬数额的上限，以实现双方利益的平衡。

第三，审慎使用的不真正义务。不真正义务的主要特征在于相对人通常不得请求履行，且其违反并不发生损害赔偿责任，仅使负担此项义务者遭受权利减损或丧失的不利益而已。^[26]该义务体现为下述两方面：一方面，付款人有义务遵循银行指定的指令要求，审慎、明確且含义清晰地发出付款指令（如在姓名和账户名相符方面），以确保付款行为的成功实施；另一方面，付款人须采取付款机构所认同的安全手段，审慎、妥善地保存秘钥，避免被他人滥用。付款人因违反审慎使用的不真正义务造成自身损失，不得向付款机构要求赔偿，只得自行承担其中之不利。

三、收款人与托收机构间的托收关系

托收关系系指收款人与其支付服务商——托收机构间的法律关系。该法律关系仍是基于特定合同关系。申言之，托收机构因为与付款人成立托收委托合同，而负有收款等一系列的合同义务。下文首先阐明托收委托合同的不同成立模式，再详细说明具体权利义务关系。

（一）基于托收委托合同的托收关系

托收机构为收款人处理收款事务，至少要成立基础的托收委托合同。但鉴于交易实践的基本要求，多另需当事人进一步之意思。故按双方当事人在事后的意思介入程度之不同，区

^[26]王泽鉴：《债法原理》，北京大学出版社2009年版，第36页。

分三种模式。以下分述之。

1、托收委托合同

开户协议一般明确规定了支付服务商负有为收款人收款的合同义务。例如，《中国银行股份有限公司网上银行个人服务业务规则》第2条约定该网上银行为客户提供的服务包括了主动收款；再如《微信支付用户服务协议》第3.2条，“您（收款人）也可以通过微信支付服务收取他人的转账资金，本公司可将该笔资金转至您的零钱”。可见，收款人与支付服务商通过签订开户协议的方式，订立了托收委托合同。按该合同的约定，支付服务商作为托收机构，负有按资金流入之数额为收款人处理收款事务的义务。在电子转账、支付宝“即时到账”中，即便收款人未知悉因付款人有付款行为而出现资金流入，托收机构仍应按事前订立的托收委托合同为对方收款，在其账户执行贷记。

2、托收委托合同+收款指令

托收机构可根据商业模式的设计，在托收委托合同的基础上另行要求对方的收款指令方能执行收款。收款指令与付款指令的性质相同，均属于《合同法》第399条第1句的“指示”，但其内容与付款指令不同，系指示托收机构为其执行收款。常见情形是“微信红包”与“微信转账”。以“微信红包”为例，微信为付款人执行付款行为后，其在收款人的对话框中显示“微信红包”的按钮。收款人点击“微信红包”的按钮，即向微信发出收款指令，微信据此为收款人执行收款。倘若收款人一直不发出收款指令，即便托收委托合同业已成立，微信也无须为其收款。

3、托收委托合同+托收约定+收款指令

自动划账的支付程序主要依靠收款人与托收机构的托收关系完成。除非托收委托合同中明确约定托收机构有实施自动划账的义务，收款人和托收机构仍须就“托收款项”达成补充约定，即所谓的“托收约定（Inkassoabrede）”。^[27]付款人根据托收约定，有权向托收机构发出收款指令，托收机构随之负有收款义务。其具体流程：无论是否有付款人之授权，收款人均可基于托收约定，向托收机构发出收款指令→托收机构根据该指令指示付款机构向付款人账户实施借记→付款机构在收款指令真实有效、付款人账户资金充足的前提下，按收款指令所涉的金额在付款人账户中执行借记→经央行支付系统清算后，托收机构于收款人账户贷记，完成自动划账。

^[27]参见施越：《自动划账程序中法律关系之探析》，华东政法大学2016年度硕士学位论文，第33页。

(二) 托收关系的内容

托收委托合同与支付委托合同均属委托合同，因此，支付委托合同基于委托合同属性的诸多义务也可适用于托收关系。例如，托收机构负有保护付款人安全的附随义务；又如，托收机构获得收款人授予的资金受领权限，因此不构成非法干涉他人事务，且可向付款人主张约定的报酬。但是，托收机构的主给付义务与从给付义务仍存在一些特殊之处，值得展开阐述。

1、托收机构的主给付义务：收款行为的实施

根据托收委托合同的约定，托收机构负有为付款人收款的义务。在跨行收款中，托收机构负有义务通过央行支付系统，收取从付款机构传送而来的资金。详言之，托收机构须确保该资金能够及时到达其在央行支付系统或网联支付平台^[28]设立的资金清算账户，并通过其内部支付系统，最终将金额贷记入收款人之账户。在同行收款中，托收机构在收款人账户中执行贷记，即履行了收款的主给付义务。

2、托收机构的从给付义务：返还与查询

按《合同法》第404条，受托人处理委托事务取得的财产，包括所收取之金钱、物品及孳息，不论是以委任人或受任人之名义所取得，^[29]均应转交给受托人。托收机构将收到的资金贷记入收款人账户，是履行对委托人的返还义务。但是，视乎收付双方账户是否在同一支付服务商，返还义务的履行方式存在不同：(1)若付款人与收款人账户分属不同支付服务商，托收机构通过央行支付系统或网联支付平台收取资金是履行了收款的主给付义务，在收款人账户执行贷记方为履行返还的从给付义务。(2)若付款人与收款人账户在同一支付服务商，托收机构在收款人账户执行贷记，同时履行了收款的主给付义务及贷记的返还从给付义务。而托收机构为付款人提供查询功能的从给付义务与资金关系基本相同，无庸赘述。

四、使用人间的基础关系与服务商间的关系

相对于资金关系与托收关系，使用人间的基础关系与服务商间的关系较简单。基础关系是付款人与收款人间的法律关系，或付款人向收款人付款的法律原因。例如，买卖合同约定以电子支付方式付款，则买受人是电子支付的付款人，出卖人即相应为收款人。由基础关系观之，电子支付为其中的付款手段而已。但因无纸化、快速化等特点，电子支付与“现金货币作为支付方式原型”存在较多不同，故有必要考虑电子支付在基础关系中的法律性质。

^[28]参见《中国人民银行支付结算司关于将非银行支付机构网络支付业务由直连模式迁移至网联平台处理的通知》(银支付〔2017〕209号)。

^[29]林诚二：《民法债编各论（中）》，中国人民大学出版社2002年版，第177页。

付服务商间的关系具体由《网上支付跨行清算系统业务管理办法（试行）》等法律规范调整，主要解决服务商间的资金清算关系。

(一) 电子支付在基础关系中的法律性质

付款人因基础关系所设定之义务，须向收款人支付特定数额的资金。传统民法认为，付款人以现金货币付款，即为履行。但电子支付显与现金货币付款有较大区别，在基础关系应如何定性，殊值探究。本文主张，须以当事人约定之有无为标准，区分不同情形确定电子支付的法律性质。

1、当事人约定使用电子支付

所谓履行，谓依债务本旨而实现债务标的之给付行为，债权因达其目的而消灭。^[30]基础关系可明示（如合同条款）或默示（如付款人提供银行账户信息或收款人曾经接收转账且未表示异议）约定以电子转账为支付方式，一旦以此种方式将相应金额贷记入收款人账户，即成为账面货币，^[31]构成履行。

在第三方支付中，以支付宝“扫码支付”为例，付款人登陆虚拟钱包，进入“扫一扫”界面→付款人使用钱包的“扫码付”，扫收款人的受领辅助人（多为收银员）提供的订单二维码，确认支付→收款人的收银系统会拿到支付成功或失败的结果。可见，“扫码支付”的流程与电子转账无异，仍为履行。

但是，自动划账必然存在当事人在基础关系外就支付方式所达成的自动划账约定。付款人按约定通过自动划账履行金钱债务，仅发生间接给付之效果。间接给付，又称为“新债清偿”、^[32]“为清偿之给付”、“旧债新偿”^[33]，谓因清偿债务而对收款人负担债务，原债务与新债务并存，惟因其中一债务之履行而消灭。^[34]自动划账符合间接给付的特征：第一，当事人使自动划账之约定在实际划账前有拘束力——让自动划账方式具有优先性；第二，自动划账约定获兑现前，付款人的支付义务仍存续，^[35]并不因自动划账约定而消灭；第三，倘若收款人通过自动划账获得资金，原债务与约定以自动划账支付的新债务同时消灭。

在第三方支付中，以微信的“条码支付”为例，付款人登陆虚拟钱包，调出付款码→收款人的受领辅助人（多为收银员）在收银系统操作生成带有支付金额的订单→受领辅助人用扫码设备来扫描付款人手机上的条码或二维码后→收款人的收银系统会拿到支付成功或者失败的结果。可见，“条码支付”属付款人与收款人达成另外的自动划账约定，付款人以此支付构成间接给付。

^[30]史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第766页。

^[31]Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 38. Aufl., München 2014, § 9, Rn. 8.

^[32]参见房绍坤：《论新债清偿》，《广东社会科学》2014年第5期，第246页。

^[33]参见崔建远：《以物抵债的理论与实践》，《河北法学》2012年第3期，第24页。

^[34]史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第769页。

^[35]Kümpel/Wittig, Bank- und Kapitalmarktrecht, 4. Aufl., Köln 2011, Rn. 7.524.

2、当事人未约定使用电子支付

自动划账、“扫码支付”、“条码支付”作为支付方式要么存在当事人的事前约定，要么存在补充约定。但在电子转账及支付宝“即时到账”中，当事人多未约定以电子支付方式付款。其法律性质须按交易所涉之金额区分出两种情形。

第一，大额金钱交易。按交易实际情况衡量，倘若金钱债务所涉数额过巨，基于当事人利益、交易便利之考量，“负担之给付”应据合同目的解释排除为现金支付。申言之，假如将巨额金钱债务之履行认定为现金履行，因金钱之债系赴偿之债（《合同法》第 62 条第 3 项前段），付款人须携巨额现金前往收款人住所支付极为不便，而且还要承担运输途中的灭失风险（如被他人盗窃或抢劫）；收款人也要承担携巨款前往存款途中的灭失风险。相反，电子转账非但不存在前揭问题，反可使收款人获取利息。故当交易金额巨大，即便无当事人之约定，仍应以合同解释，探求出当事人之真意系以电子转账作为履行。

第二，小额金钱交易。若金钱债务所涉数额不大，也无当事人之约定，付款人却径直转账之性质为何？学界就此有不同之两说。一方持代物清偿说，其理据在于既无约定，也无合同补充解释时（《合同法》第 61 条），金钱之债推定为现金支付。^[36]转账所得的并非纸钞或硬币，仅为对银行之债权，^[37]故系履行之替代——代物清偿，而非履行本身。另一方持履行说，其主张，只要未另行约定排除账面货币付款，即应承认账面货币付款与现金付款具有同等价值，^[38]电子转账亦属履行。本文采后说，基于下述两点理由：

理由一，账面货币和现金货币同为一般等价物，功能无本质区别。现今银行保障措施已为发达，以账面货币支付更便捷和安全（如不容易被盗取）。将账面货币之支付理解为依债务本旨之履行，符合如今交易实践之要求。

理由二，将转账理解为代物清偿并无实益。代物清偿系付款人提供他种给付，以代替所负担给付之合同，仅当收款人受领该给付以代替履行时，债务关系才消灭。^[39]我国虽未明文规定代物清偿制度，但司法实践已普遍将其用于案件审理。^[40]通说认为，代物清偿协议系要物合同，^[41]代物清偿协议须经标的物之交付才成立，单纯之合意无拘束力。既以债权人同意为成立要件，或将转账解释为双方补充约定支付方式，或解释为嗣后变更支付方式，或解释为代物清偿，在法效果实无区别。而收款人收到之账面货币虽属债权，但可自动转化为银行存款，其效力与现金相比有过之而不及。

随科技发展与技术进步，非现金支付之比重逐步加大，仍坚守“现金货币作为支付方式

^[36] 参见王洪亮：《债法总论》，北京大学出版社 2016 年版，第 98 页。

^[37] Vgl. Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 11.Aufl., Berlin 2006, § 38 II, Rn. 322.

^[38] 参见（德）迪特尔·梅迪库斯：《德国债法总论》，杜景林、卢谌译，法律出版社 2004 年版，第 141 页。

^[39] Vgl. Brox, Allgemeines Schuldrecht, 38. Aufl., München 2014, § 14, Rn. 6.

^[40] 参见如“武侯国土局与招商局公司、成都港招公司、海南民丰公司债权人代位权纠纷案”，最高人民法院（2011）民提字第 210 号民事判决书。

^[41] 参见最高人民法院（2011）民提字第 210 号民事判决书；史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 815 页；郑玉波：《民法债编总论》，中国政法大学出版社 2003 年版，第 485 页。

原型”之教条恐已落后于时代。中国人民银行《2015 年支付体系运行总体情况》数据显示，全部支付业务总金额是 4383.16 万亿，非现金支付已远超现金支付，占 78.7%（3448.85 万亿）。未来交易中，交易主体会愈发少使用现金为支付方式，相反，电子转账则通过发展出各种变体，比如网银或第三方支付的转账功能等而变得更为普及。因此，检讨支付方式原型时，立法者应吸纳部分高流动性的非现金支付方式，将其与现金付款等同视之。

（二）服务商间的关系

在四方法律关系中，最简单的是服务商间的关系，故仅需要简单阐述。该法律关系主要是由《中国人民银行法》第 27 条、《银行业监督管理法》等法律规范调整。银行间关系须通过中国人民银行支付系统（又称“中国现代化央行支付系统”，China National Automatic Payment System，以下简称“央行支付系统”^[42]）或网联支付平台为清算。以前者为例，其流程是：参与清算服务商须先在该系统中设立以人民币存款为基础的资金清算账户（如《网上支付跨行清算系统业务处理办法（试行）》第 7 条）→该系统在接到付款机构的支付信息（如贷记支付请求）后，按“实时入账、定时清算”的原则，通知收款机构即时为收款人做出贷记，并及时向支付系统发出回执→最后，央行支付系统按“借贷记账法”分别对付款机构与收款机构的资金清算账户执行借记与贷记。

五、结论

总结而言，电子支付可以四方关系作为统一的法律框架：

1. 基于支付委托合同构造资金关系，付款人以付款指令发起付款程序，并由此产生付款机构与付款人的各项权利义务关系；
2. 托收关系以托收委托合同为基础，但托收机构执行收款经常另需收款指令及双方的托收约定；
3. 付款人与收款人间存在基础关系，电子支付为当中的支付方式，基于未来交易的需要，其应逐步取得与现金支付相当的法律地位；
4. 支付服务商间以央行支付系统与网联支付平台为中介成立结算关系，进行资金结算。

四方关系为电子支付所涉及的一系列法律问题提供解释框架，如解释虚拟账户模式支付机构所涉之各项流程，另如因资金关系以支付委托合同为基础，支付瑕疵之处理可参照委托合同的相关规定（《合同法》第 406 条），再如可基于附随义务的内容构建支付服务商对使用者的安全保障义务。前述问题均可在四方法律关系中逐步获得解答。

^[42] 央行支付系统由大额实时支付系统（HVPS，银行业界称“大额支付系统”）、小额批量支付系统（BEPS，银行业界称“小额支付系统”）、网上支付跨行清算系统（业界称“超级网银”）、同城清算系统、境内外币支付系统和全国支票影像交换系统构成。参见《中国人民银行 2015 年年报》，第 52 页。

互联网时代倒卖车票罪的规范解读

——有偿抢票服务入罪论

高艳东；祁拓^①

摘要：有偿抢票服务的本质是有偿代购，司法实践对倒卖车票罪保护法益的认识存在误区，不加区分地将所有有偿代购车票行为认定为倒卖车票罪。应把倒卖车票罪的保护法益界定为旅客自由购票的选择权，“倒卖”应理解为以营利为目的贩卖，无需“先买后卖”。有偿代购行为可区分为劳务服务型和机会垄断型，前者不是刑法调整对象，后者应被禁止。利用软件实施的有偿抢票服务属于机会垄断型有偿代购行为，其通过技术优势霸占虚拟购票窗口，侵犯了旅客自由购票的选择权，应以倒卖车票罪论处。

关键词：有偿抢票；技术滥用；自由购票选择权；倒卖；机会垄断

火车票实名制的实施和网络购票的普及，催生出诸多互联网抢票手段。从最初的免费抢票软件，到如今各大平台推出的有偿抢票服务，在给部分公众带来切实便利的同时，其合法性也引发质疑。

一、前言

（一）抢票软件的泛滥与技术原理

近年来，针对春运期间火车票购买难等问题，部分平台推出了使用软件有偿抢票服务。旅客可选择有偿抢票服务并支付一定的服务费，根据抢票成功率的高低之别，服务费从数十元至上百元不等。在旅客选好特定的车次、席别和抢票套餐，并完成付款后，平台会通过高频率的自动刷新功能实现抢票。以携程网的有偿抢票服务为例，通过搜索特定区间的车票信息，当特定车次、席别尚有余票时，该车票右侧会显示“预定”字样，即旅客可直接购买车票。当特定车次、席别的余票为0时，该车票右侧便会显示“抢票”字样，提示旅客通过有偿抢票服务购买车票。点击该“抢票”按钮进入相关页面，旅客可选择“光纤网络快速抢票（30元/份）”或“高速网络快速抢票（25元/份）”。当选定有偿抢票服务和输入所需的个人信息后，该平台便会自动进行抢票，一旦购票成功将短信通知旅客。另外，携程网在抢票页面的“温馨提示”中给予“抢不到票将全额退款”的承诺。其他平台的有偿抢票服务基本上大同小异，如京东旅行网的抢票步骤与携程网基本一致。不同的是，京东旅行网提供“极速抢票+20元保险”和“快速抢票+10元保险”两档套餐，以保险费的名义收取抢票服务费。

有偿抢票服务的核心是使用了抢票软件这种特别程序，它可通过不断变换IP地址、减

少访问流量或多线程访问等技术手段，以绕过12306网站的各项技术检测。同时，此类软件通过运行脚本不断访问服务器进行排队，以实现拟人工操作。在拟人工登录阶段，其实现验证码的破译、登录并完成购票。由于12306网站存在一号一票的限制，因此，有偿抢票服务平台通常可实现多号并行抢票。这一系列行为，大大加速了登陆、点击频率。如在抢退票时，个人在网站上点击的频率是1次/秒，而抢票软件的点击频率是200次/秒，在余票不足、抢退票的时候，人工操作会被抢票软件剥夺购票机会。

（二）使用软件有偿抢票服务的定性：科技进步or技术滥用

对使用软件的有偿抢票服务，旅客褒贬不一。自愿使用有偿抢票服务并最终购得票者，享受了借助软件抢票的高效，感叹“科技改变生活”。未购得票者则怒斥有偿抢票服务是互联网版的“黄牛”，认为这是技术作弊、应被取缔。本文认为，与人工有偿代购车票的行为相比，使用软件的有偿抢票服务因涉及对退票的抢购，同时具有涉及人群广泛、抢票效率高等特点，产生了人工代购行为所无法达到的抢票效果，排除了其他旅客的购票机会，具有更为严重的社会危害性，需要刑法介入。

需要说明，个人使用抢票软件在余票不足的情况下为他人有偿刷票的行为，与上述平台的性质无异。因此，本文使用“有偿抢票服务”一词，是指平台和个人在余票不足的情况下，以营利为目的，通过使用软件抢退票而提供的有偿代购车票服务。

有偿抢票服务的合法性危机来自于两点：一是在技术手段上，抢票服务使用特别软件加速了登陆、点击频率，属于“对计算机信息系统功能进行干扰，造成计算机信息系统不能正常运行”，可能构成破坏计算机信息系统罪，对此将另文论述；二是在经营模式上，平台收取旅客的票款和服务费后代购火车票，本质上是有偿代购，可能涉嫌倒卖车票罪。本文重点关注第二方面，从经营模式上讨论在互联网时代，将有偿抢票服务认定为倒卖车票罪的必要性。

二、倒卖车票罪的司法误区与学界误解

（一）司法取向：有偿代购车票皆有罪

笔者在中国裁判文书网中以“倒卖车票罪”为关键词进行搜索，得到倒卖车票罪案件共44个。该44个案件可以分为两类：囤票倒卖、有偿代购。其中有37个是通过囤积车票高价出售（个别是以高价转卖车票）等方式实施的传统倒卖行为；将帮他人有偿代购车票的行为定性为倒卖车票罪的案件共7个，占总数的近六分之一。典型案例如下：

案例一：高某伙同妻子杨甲，在济南市某通讯器材经营部和网络QQ群中，以代购车票为名使用其本人及杨甲的手机号码，通过12306网站订购车票并加价销售的方式获取盈利，共计订购火车票2505张（含半价军残票），车票票面金额共计142168元。济南铁路运输法

院以倒卖车票罪判处高某有期徒刑二年，缓刑三年，并处罚金。^②

案例二：赵某某在自己承包的“中国网通”营业网点，通过网络订票系统为他人订购火车票，并加价出售。赵某某共计帮他人订购车票 46 张，票面数额 9609 元，非法获利 467 元。兰州铁路运输法院以倒卖车票罪对赵某某单处罚金 20000 元。^③

案例三：雷某某通过自己的电脑下载抢票软件后，在百度贴吧内发布有偿代购火车票信息。雷某某以其 QQ 号联系需要购买车票的旅客并获取对方身份证件等相关购票信息，用抢票软件登陆 12306 网站帮助需要购票的旅客抢购火车票，并收取每张车票 30 元至 80 元不等的加价倒卖款，共非法获利 5000 余元。其中既有在有余票的情形下帮他人买票，也包括在余票不足时帮他人抢退票。南昌铁路运输法院以倒卖车票罪对雷某某单处罚金二万五千元。^④

法院不加区分的把转卖车票、帮助购票的行为一律认定为犯罪，这一思路需要反思。

（二）有偿代购车票无罪论：限缩正当、论证失当

很多学者意识到了司法机关对倒卖车票罪的过严理解：中间人持乘车人的有效身份证件替乘车人代购车票的行为，当然是合法行为，仅因增加了“有偿性”便成为犯罪行为，过于苛刻。但是，目前学界没有区分劳务服务型与机会垄断型的差别，从而在论述理由上很难周延，无法合理界定倒卖车票罪的范围。目前，学者限缩倒卖车票罪的立场是正确的，但论证理由无法成立。

1、出罪理由一：有偿代购属于民事代理行为

第一种观点，亦即大多数学者认为，有偿代购车票属于民事代理行为。尤其是在火车票实名制下，乘车人和代购人之间存在民事委托代理关系，从而与倒卖车票行为存在本质差异，公安机关不能仅因代购人获得报酬为由而认定代购行为违法。^⑤

但是，该观点忘记了，能够通过民事法律关系评价的行为并不必然排斥刑法适用。且不论乘车人向代购人支付服务费时所作的同意，效力存疑，不一定是有效民事行为。即使单个有偿代购行为属于民事行为，但整体的有偿代购服务可能侵犯了其他法益而被评价为犯罪。如在非法吸收公众存款罪中，双方当事人之间以借款合同为基础的债权债务关系，因该行为扰乱了金融秩序而同时受到刑法评价。又如，在合同诈骗罪中，“以先履行小额合同或者部分履行合同的方法”虽然也是民事行为，但该手段行为同时也是合同诈骗罪的一部分。因此，有偿代购车票行为属于民事代理行为的定性，与刑法二次评价并无冲突。应当考虑有偿代购行为是否侵害了特定法益、乘车人是否基于意思自由而支付额外价款等因素，对有偿代购车票行为进行刑法评价。

2、出罪理由二：低价有偿代购车票不构罪

第二种观点认为，高价转卖是倒卖车票罪之本质特征，也是实名制购票模式中区别合法民事委托与倒卖车票行为的唯一界限，上述案例中的行为属于低价有偿代购，有利于车票资源的最佳配置，只有高价转卖车票的行为才是值得处罚的倒卖车票行为。^⑥ 本文认为，这一论点存在以下问题：

首先，该观点把“高价”作为判断犯罪成立的构成要件要素，误把“罪量要素”当成了“罪质要素”，违反罪刑法定，与法条规定和司法解释不符。最高人民法院《关于审理倒卖车票刑事案件有关问题的解释》第一条规定：“高价、变相加价倒卖车票或者倒卖坐席、卧铺签字号及订购车票凭证，票面数额在五千元以上，或者非法获利数额在二千元以上的，构成刑法第二百二十七条第二款规定的‘倒卖车票情节严重’。”司法解释已经明确把“高价”作为判断“情节严重”的情形之一，“高价”只是判断危害程度、违法性程度的要素之一，而不是构成要件要素。而且，将“高价”作为判断罪与非罪的唯一界限，过于绝对也无法操作。

其次，以“高价”区分罪与非罪，在互联网时代不合时宜。互联网时代存在“聚沙成塔”效应，如余额宝借助“零钱经济”，通过网络放大效应而成为当下中国最大的货币基金。因此，即使是低价有偿代购，因网络的规模与放大效应，“低价”也可能变成“高价”。有偿抢票服务的每笔订单即使仅收取 1 元服务费，也极有可能获利上百万元，远超传统的倒卖车票行为（囤票加价转售）的获利额。根据司法解释，低价代购车票，只要“非法获利数额在二千元以上”，也构成倒卖车票罪。

3、出罪理由三：实名制下无倒卖

第三种观点认为，由于实名制火车票不能随意买进卖出，不具备流通可能性，因此，在实名制下的代购行为不可能构成倒卖车票罪。^⑦

但是，实名制没有消除倒卖车票，只是改变了倒卖车票的方式。如黄牛事先注册多个 12306 网站的账号，并通过非法获得的他人身份信息大量购买并囤积特定车次的车票。当旅客要购买特定车次的车票时，黄牛一方面会进行退票操作，另一方面，黄牛会组织大量人力，以旅客的身份信息购买前述的退票，以保证万无一失，从而实现车票的转售。此种通过 12306 网站实现的倒卖车票行为，与传统非实名制下大量囤积车票并寻找买主的行为没有区别，而且，因网络技术支持，其囤票转售成本更低、危害性更大。在互联网时代，形形色色的钻 12306 网站漏洞的倒卖车票行为层出不穷，主张实名制火车票不具备流通性的观点，与现实脱节。

4、出罪理由四：倒卖车票废除论

认为有偿代购车票无罪的另一个理由，是认为倒卖车票罪本身就应当废除。有的观点主张代购车票行为不具备法益侵犯性，根据刑法的补充性原则，不应将代购车票行为作为犯罪论处。^⑧ 也有观点认为，随着火车票实名制和网络第三方平台的大量出现，个人信息和车票

信息被特定化，将大量的有偿代购车票行为论罪处罚不具有正当性。^⑨还有观点认为，倒卖车票本身欠缺现实的、可验证的侵害法益，为贯彻罪刑法定原则与人权保障原则而应废除该罪。^⑩

倒卖车票罪废除论的观点，存在三大误区：一是未能充分认识到网络时代技术抢票行为的危害性。以前，虽然民工不会上网，但还可以通过电话、柜台买票，还有购票机会；但是，出现各种平台使用软件有偿抢票服务后，在余票不足时，大量民工就没有抢票机会了，将被迫使用这种收费服务，这些平台是滥用技术，把本是国家福利的火车票，变成了剥削民工、谋取私利的工具。二是没有意识到在中国现阶段，火车票具有国家福利的色彩，并非市场化的商品。三是没有与时俱进地解读倒卖车票罪的法益。若按照本文的观点，将旅客自由购票选择权作为本罪法益，可以肯定倒卖车票行为具备现实的、可验证的法益损害，也能够肯定实名制下存在倒卖车票罪。

5、结论：重新解读倒卖车票罪

本文认为，在计划经济痕迹明显的网络时代，需要保留倒卖车票罪，但要严格限制其处罚范围。一些有偿代购车票行为确实不应作为犯罪处理，但目前学界的出罪理由均难以自圆其说，应为上述有偿代购行为的出罪寻找实质性理由。

随着车票购买方式从线下向线上转移，倒卖车票罪也要进行符合互联网时代的客观解释。只有重新界定倒卖车票罪的法益，合理解释本罪的倒卖行为，才能够限定本罪的处罚范围，既把无危害的有偿代购火车票（如帮民工操作买票）排除在犯罪之外，也把一些危害严重的有偿代购火车票（如在余票不足情形下使用软件抢票）解释为犯罪，从而确保人人有机会购买带有国家福利色彩的火车票。

三、倒卖车票罪法益新界：旅客自由购票选择权

只有先确定倒卖车票罪的法益内容，才能进一步判断当前的倒卖车票罪，应当打击哪些有偿代购行为。

（一）倒卖车票罪的传统法益观缺乏实质内容

我国学术界对倒卖车票罪的保护法益论及较少，主流观点“车票管理秩序说”认为，倒卖车票罪侵犯的客体是国家对车票的管理秩序。^⑪另有“运输秩序说”认为，倒卖车票罪扰乱了正常的运输秩序，危害了铁路的治安稳定。^⑫此外，还有“铁路企业经济利益说”和“车票售购制度说”，将铁路企业的经济利益以及国家对车票的售购制度等作为倒卖车票罪的客体。^⑬

首先，“车票管理秩序说”过于宽泛，无法限定处罚范围。车票管理秩序包括对车票的售购制度、收购渠道、价格、数量等一系列事项的管理，将如此宽泛的内容统一概括为“管理

秩序”，太过抽象。如有学者指出，“保护法益的抽象化，必然导致对构成要件的解释缺乏实质的限制，从而使构成要件丧失应有的机能。”^⑭“车票管理秩序说”会把正当的大量购票行为纳入评价范围，如某集团公司国庆节组织员工旅游，基于保险起见，提前为所有员工购买了北京到杭州的高铁票，部分员工不去，该公司也不退票，导致大量座位闲置，这一情形也影响了车票的管理秩序。此外，本文开头提及的三个人工代购案例，都不是正常购票行为，不同程度地侵害了国家对车票的管理秩序。显然，“车票管理秩序说”会不当地扩大倒卖车票罪的适用范围。

其次，“运输秩序说”同样过于宽泛。如有学者所言，正常的运输秩序或交通秩序亦是一种抽象的法益概念，倒卖车票罪中所蕴含的此种秩序只是法律的一种拟制规定，且该种秩序往往指向铁路运输的安全性，倒卖车票行为无法对铁路运输的安全性造成侵害。^⑮相反，真正危害运输秩序的破坏交通设施行为，又不可能按照本罪处理。

再次，“铁路企业经济利益说”会导致倒卖车票罪名存实亡。铁路企业的经济利益依赖于车票的售出，不论是旅客自己购买，还是由“黄牛”购买后向旅客转售，铁路企业都能达到预期的经济利益。^⑯因此，不宜将铁路企业的经济利益作为倒卖车票罪的侵害客体。

最后，“车票售购制度说”既失之宽泛，也与倒票的实际损害不符。我国火车票的售购制度是专营专卖，无论是囤积车票高价转售，还是使用软件有偿代购，行为人都必须从铁路企业的售票窗口、指定代售点或官方网站购买车票，并不会对铁路企业的售购制度，即售卖车票的专营权造成损害。

（二）刑法保护“旅客自由购票选择权”的现实必要性

本文认为，倒卖车票罪的保护法益是旅客自由购票的选择权。

1、车票代表着居民的基本出行需求

我国刑法仅规定了倒卖车票、船票罪，而未规定倒卖飞机票、演唱会门票等其他有价票证的犯罪，这是因为车票和船票涉及国民的基本需要，比其他有价票证具有更重要的价值。

首先，在我国现阶段，车票是居民出行最主要的方式，是普通公众基本的生活需求。交通运输部发布的《2015年交通运输行业发展统计公报》显示，2015年，全社会完成客运量194.32亿人，其中铁路完成旅客发送量25.35亿人，营业性客运车辆完成公路客运量161.91亿人，全国完成水路客运量2.71亿人，民航完成旅客运输量4.36亿人次。^⑰因此，铁路、公路的客运量占到全年交通运输总客运量的90%以上。可见，我国居民最主要的出行方式依然是铁路、公路，车票代表着最基本出行需求，应受到刑法的特别保护。

其次，刑法未规定倒卖飞机票罪，绝非因飞机票是实名制的，而是因为目前飞机票不是主要出行方式、不是基本需要。换言之，当公众的非基本需要无法得到满足时，可以退而求其次，选择铁路、公路等出行方式，将飞机作为出行第一选择的旅客往往具有更多的选择空

间。申言之，购买车票、船票的旅客的基本出行方式一般不是飞机，在工薪阶层出行方式选择余地较小的情形下，更应保护旅客自由购买车票、船票的选择权。

最后，保护基本需要符合社会正义。按照正义理论，如果火车票是基本需要，涉及个人基本权利，国家就应该保证人人有平等机会享有；而非基本权利（如飞机票），可以实现差异化对待。简单讲就是，国家有义务保证人人有饭吃，但不必保证人人有海鲜吃。这也是罗尔斯提出的“作为公平正义”两个原则的基本内涵：第一原则是保障基本权利平等自由的原则，即每一个人对于最广泛的基本自由，与其他人的同样自由相一致的自由，都有着同等的权利；第二原则是差异原则（the difference principle），在满足一定条件下，可以实现社会和经济的不平等。^⑩在人均收入较低的中国，车票具有更高的性价比，很多人无力支付高昂的机票，只能选择较为低廉的车票。因此，公众购买车票已经是没有选择的选择，如果再不通过倒卖车票罪保护自由购票的选择权，公众的基本权利、基本需求就会受损。

² 刑法只应保护具有国家福利性的火车票：倒卖车票罪的限缩解释

本文认为，在现阶段应将倒卖车票罪中的“车票”限缩解释为“火车票”，而将倒卖汽车票的行为排除出刑法范围，对于倒卖船票的问题将另文论述。

首先，火车票非完全市场化的商品，与汽车票存在本质区别。过去，我国有关铁路运输的行政职责和企业职责均由铁道部承担，具有显著的政企一体化色彩。2013年，铁道部进行铁路政企分离改革，由交通运输部和新组建的国家铁路局承担铁路行政职责，并由新组建的中国铁路总公司承担铁路企业职责。可以说，中国铁路总公司作为部委改制而来的国有独资企业，具有浓重的行政色彩。因此，火车票在浓重的行政色彩垄断之下，无法成为具有完全市场化的商品。

目前，火车票事实上实行的是专营专卖制度，中国铁路总公司是唯一的运营机构，旅客无法自由选择卖家，旅客购买选择权单一。在由计划经济向市场经济转型时期，我国刑法保留了非法经营罪等罪名，对专营专卖制度实现特别保护，把火车票纳入刑法保护也就理所当然。相反，公路客运、民航等均存在不同的运营公司，旅客不仅可以选择不同公司，亦可通过不同渠道买票，已经不需要刑法特别保护。

其次，火车票带有浓重的国家福利性，刑法应保证公民平等享有公共资源的机会。一般而言，国家通过立法手段禁止倒卖票证行为的目的，一方面在于确保公众能够享受交通运输、娱乐、体育等事项，另一方面在于保护公民的公共福利。^⑩我国刑法规定倒卖车票罪，旨在保障公民能够享有铁路运输领域的公共福利。反过来讲，正是因为火车票具有浓重的国家福利性，刑法通过倒卖车票罪保证公民享有平等的火车票购票机会，进而保护公共福利的均享性。

同时，根据世界银行的测算，我国高铁的每公里票价不足5毛钱，仅为日本、德国等发达国家的1/4到1/5。^⑩另外，我国的高铁线路除京沪高铁外，长期处于巨额亏损状态，而

损部分则由国家补贴。2013年，国务院发布《关于改革铁路投融资体制加快推进铁路建设的意见》，指出要建立铁路公益性、政策性运输补贴的制度安排，为社会资本进入铁路创造条件：在理顺铁路运价、建立公益性运输核算制度之前，为解决中国铁路总公司建设项目资本金不足、利息负担重等问题，考虑到铁路运输公益性因素，中央财政将在2013年和之后两年对中国铁路总公司实行过渡性补贴。这些情况说明，我国的铁路交通带有明显的国家福利色彩。相反，汽车票等已经实现了市场化运营，不再具有国家福利色彩，刑法无需特别保护此类票证的自由购票选择权。

最后，中国人口与疆域有特殊性，火车票应受到特别保护。我国人口众多、疆域广阔，节假日长途火车票长期短缺，且无法由车票补足。以北京至乌鲁木齐的交通方式为例，北京至乌鲁木齐有2个班次的Z字头火车，每天只能满足千余人的出行；但是，不存在北京至乌鲁木齐的汽车客运班次。换言之，铁路运输可替代公路运输，而公路运输无法替代铁路运输。而且，我国的公路运输已经非常发达，基本不会出现一票难求的局面，倒卖汽车票的禁令名存实亡；相反，春节等节假日期间长途火车票供不应求的局面短期内无法改变。因此，刑法特别保护火车票自由购票选择权，具有现实意义。

3、“自由购票选择权”不同于购票结果平等

需要指出，刑法只能保护机会平等意义上的购票选择权，而不能保护结果平等意义上的购票选择权。例如，熟悉网络操作的人可选择 12306 网站购买车票，不会网络操作的人只能选择在售票窗口排队购票。两种方式的方便程度有异，预售期也不同，这是法律允许的结果不平等。又如，甲、乙均通过火车站售票窗口购买同一车次的车票，但是甲先于乙到达售票窗口，假定只剩一张火车票时，甲便能够先于乙买到最后一张车票。此时，甲、乙机会平等，不存在任何机会垄断的情形。再如，甲、乙通过 12306 网站购票，甲使用的宽带网速是 20 兆每秒，乙使用的宽带网速是 50 兆每秒，假定两人同时抢购仅剩的一张火车票时，也无法实现公平购票。如果刑法追求结果平等，会过度干预市民社会，重返计划分配的老路，不利于社会和技术的发展。因此，刑法应当保护人人有平等机会享受公共资源，但不能保证平等享受公共资源的结果，换言之，刑法只能保护自由购票选择权。

总之，倒卖车票罪将是一个逐步萎缩和限缩解释的过程。今天，随着汽车普及，公路运输基本市场化，已经没有保护汽车票的必要性；未来，随着经济不断发展、居民生活水平不断提高、铁路运营机制改革不断深入，保护火车票的必要性也将不复存在。但是，在目前阶段，由于我国特殊的经济发展阶段、交通发展政策、出行方式以及火车票的供需关系等因素，倒卖火车票仍然应被刑法禁止。

(三) “自由购票选择权”的法益观可以限缩处罚范围

将倒卖车票罪的法益限定为旅客自由购票选择权，可以限缩倒卖车票罪的适用范围，从

而将一些有偿代购车票行为排除在犯罪之外。例如，在司法实践中，囤积车票高价转售、有偿代购，只要达到“情节严重”，都被作为犯罪处理。但是，如果认为本罪法益是“自由购票选择权”，部分有偿代购、囤票倒卖应属无罪。只要行为人并未买空铁路售票系统中该车次的车票，即旅客此时仍然拥有选择权，行为人囤积大量特定车次的火车票准备高价转售、通过网络渠道帮他人代为购票等情形，并未迫使旅客必须向其购买车票、没有剥夺旅客的自由选择权，不构成犯罪。

当然，一旦在行为人囤积车票期间，铁路售票系统出现该车次余票不足的情形，就意味着旅客丧失了自由购票选择权，行为人利用此种情形高价转售车票就构成倒卖车票罪。此外，如果铁路售票系统中尚有余票，但行为人隐瞒事实，欺骗旅客只能通过其获得火车票，从而使旅客高价购买的，可能构成诈骗罪。

四、“倒卖”新界：“倒卖”无需“先买后卖”

(一) “倒卖”的含义之争与现实变化

关于倒卖车票罪中“倒卖”一词的含义，学界大体围绕以下三个问题展开讨论：一是买入和卖出的关系，即是否需要“先买入后卖出”这一过程；二是如何认定高价，以及是否需要“高价卖出”；三是是否需要囤积车票或大量倒卖，即“量”的要素。

传统的倒卖车票是囤积大量车票进而高价转售，是“先买后卖”的过程。但在现阶段，有偿代购车票（如有偿抢票服务）的行为方式与特点均发生变化，与传统的囤票倒卖行为完全不同：一是当前有偿代购行为是旅客先委托再购票的行为，并非“先买后卖”，与传统先囤积车票再倒卖的情形有本质差异；二是基于双方合意的有偿代购行为具有特定的交易对象，与现实版“黄牛”向不特定人群兜售车票的情形不同；三是互联网上提供有偿抢票服务的平台，与12306网站存在网络接入协议，与传统倒卖行为私自购入再高价转售的情形截然相异。因此，在犯罪行为方式发生变化的今天，需要重新解释“倒卖”的含义。

(二) “倒卖”无需“先买后卖”

关于买入和卖出的关系，目前学界普遍认为要“先买后卖”，“本罪的倒卖应是先购入后出手的行为。”²¹由于刑法条文未规定“倒卖”的含义，《现代汉语词典》亦未收录这一词语，因此，对于“倒卖”的解释并无词语学上的标准答案。本文主张，本罪中的“倒卖”无需“先买后卖”，只要行为人以营利为目的实施贩卖即可。

1、“倒卖要先买后卖”是计划经济思维

认为倒卖需要“先买后卖”的观点，是对传统倒卖车票行为进行归纳后形成的错误认识。倒卖车票罪是由79刑法中的投机倒把罪演变而来。根据投机倒把罪的规定，以买空卖空、

囤积居奇、套购转卖等手段牟取暴利的行为属于犯罪。“买空卖空”、“囤积居奇”、“套购转卖”三个词都明显带有“先买后卖”的含义，具有浓重的计划经济的色彩。在这一背景下，由投机倒把罪所演化而来的倒卖车票罪也继承了这一色彩，加之传统的倒卖车票均表现为大量买入囤积并卖出的方式，导致“倒卖要先买后卖”的观念被固化。本文认为，“倒卖”是具有时代特征的政治性话语，今天，学者应当对其进行客观解释，剔除其计划体制的残余。

2、刑法中不同罪名中的“倒卖”有不同含义

由于倒卖没有标准解释，因而，其含义的弹性很大。如刑法第227条“倒卖伪造的有价票证罪”中的“倒卖”，“是指出手、贩卖，不要求先购入后出售。”²²可以说，对“倒卖”文义本身存在诸多的解释，意味着应根据现实社会的发展而做出符合时代要求的客观解释。把“倒”解释为“买入”，是人为缩小了“倒”的含义，“倒”比“买”的含义更广、而不是只限于“买入”，即“倒”实为“倒入”之义，包括任何为“卖”提供前提的行为或状态。

刑法解释应是一个创造性解读法条的过程，旨在使刑法规范适应现实变化，而非一味探求立法者的原意。在互联网时代，通过技术手段倒卖车票的方式花样百出，一味地将“先买后卖”作为倒卖的前提，将遗漏诸多值得处罚的倒卖车票行为。因此，将倒卖行为解释成无需“先买后卖”，只要以牟利为目的进行贩卖即可，既符合体系解释，也符合现实需要。

3、“倒卖”的核心是“卖”

倒卖车票罪中的“倒卖”是以“卖”为核心，“卖”才是本罪的实行行为，而“倒”不是实行行为。换言之，行为人实施的“倒入”行为，属于为实行犯罪创造条件的预备行为，只有售卖车票的行为才创设了法所不允许的危险，从而成为实行行为。

现有观点认为“倒卖是先买后卖”，把“倒入”作为本罪实行行为的一部分，因而对于“倒入后尚未卖出”的情形，或认为是既遂、或认为是未遂。²³但本文主张，“倒入”不是本罪的实行行为，行为人倒入车票后尚未卖出即被抓获，应认定为犯罪预备，理由如下：

第一，虽然刑法条文规定了“倒卖”，并不意味着“倒”和“卖”都是实行行为。“倒”实际上是对“卖”的修饰，属于表面的构成要件要素，即使行为人不存在“倒入”行为，亦可能构成倒卖车票罪。类似的例子有，刑法第264条规定了“携带凶器盗窃”，并不意味着只要“携带凶器”就是盗窃罪的实行行为；刑法第270条规定，将代为保管的他人财物非法占为己有构成侵占罪，但不意味着“代为保管他人财物”的行为即为侵占罪的着手。因此，“倒”作为修饰“卖”的副词，并不当然属于倒卖车票罪中的实行行为。本罪规定了“倒”，只是为了与单纯贩卖车票、侵犯火车票专营权的非法经营罪区分。

第二，认为“倒卖要先买后卖”的观点，无法解释“事后起意加价转售车票”的可罚性。如果行为人在购买大量特定车次的车票、致使票务系统的库存耗尽，但其确是出于“集团总动员”式的出行计划而购买车票，之后想到转售车票有利可图而事后起意加价转售车票。如果

认为“倒入”是实行行为的观点，由于不能肯定行为人对该实行行为的认识，因而阻却故意。“根据溯及禁止原则，不能就所引起的结果追溯到故意行为以前来追究正犯责任”。²⁴因此，无法认定事后起意加价转售车票构成倒卖车票罪。按照本文观点，本罪的唯一实行行为是“卖出”，对于“卖”行为人有故意，“事后起意加价转售车票”可以构成倒卖车票罪。换言之，将出，在倒卖车票后尚未卖出的情形，认定为既遂或未遂的观点，实际上否认了“事后起意加价转售车票”成立倒卖车票罪，这一结论是学术界无法接受的。

综上，宜将倒卖车票罪中的“倒卖”理解为“出卖”或“贩卖”。虽然日常生活中常见的倒卖车票是事先倒卖车票，但“倒入”只是表面的构成要件要素，“卖”才是倒卖车票罪关注的行为，才是构成要件中的实行行为。当然，对“卖出”应做广义理解，行为人事先与他人达无价值，才是构成要件中的实行行为。这样，代购行为同样可以被认定为倒卖。需要说明的是，上文中对于“倒卖”一词的解释，尚未逾越平义解释的范畴，并非为规制某些新型倒卖车票行为而作出的扩张解释，与本文主张的对倒卖车票罪进行限缩解释的总立场不矛盾。

五、有偿代购车票的两分定性：劳务服务型无罪、机会垄断型有罪

根据上文的论述，认定成立倒卖车票罪需要注意几个问题：一是从法益角度看，侵犯了旅客自由购票选择权的有偿代购才成立犯罪；二是从实行行为角度看，倒卖车票行为无需以“先买后卖”为前提，只要行为人以营利为目的进行贩卖即可；三是应当将有偿代购车票服务分为劳务服务型、机会垄断型，其危害性不同，处理不同。

（一）区分有偿代购车票类型：劳务服务型、机会垄断型

1、代购行为的类型区分

本文认为，行为人是否使用软件抢退票、剥夺他人购票机会，是区分劳务服务型有偿代购行为和机会垄断型有偿代购行为的标准。囤票倒卖者若买空票务系统，亦构成机会垄断，但其属于传统的倒卖车票方式，与本文讨论的有偿代购行为存在显著差异，下文将不再赘述。行为人使用软件抢退票将必然构成机会垄断状态，但只有介入倒卖行为时才可能构成倒卖车票罪。在互联网时代，对倒卖车票罪应当进行宽严相济、一出一入的解释。所谓宽（出罪），是把传统的劳务服务型人工代购，排除出本罪评价范围；所谓严（入罪），是把机会垄断型有偿抢票服务，即在余票不足情形下使用抢票软件的有偿代购行为，纳入到本罪的评价范围。

第一，劳务服务型代购无罪。在余票充足的情形下，相关平台或个人所提供的代购服务，无论是通过技术还是人工手段，均未垄断购票机会，没有剥夺其他不使用该种服务的旅客之

选择权，不成立倒卖车票罪。司法实践中将所有有偿代购车票行为定罪的做法，不符合倒卖车票罪的法益保护目的。

第二，机会垄断型代购有罪。一些平台使用抢票软件提供有偿抢退票的服务，不仅仅是对劳务的替代，更是对机会的垄断。使用抢票软件抢购退票，致使其他不使用该种软件的旅客无法抢得退票，虽然这种有偿代购基于双方意思合意，却已经剥夺了其他旅客自由购票选择权，符合倒卖车票罪的构成要件。

2、剥夺其他旅客购票、享受公共福利的机会是入罪原因

有偿代购车票是否构成犯罪，不在于其是否介入了技术因素，而在于其是否剥夺了他人的购票机会。原则上，只要行为人在余票不足的情形下使用抢票软件刷票，就在事实上剥夺了他人的购票机会。换言之，对于提供有偿抢票服务的平台、使用抢票软件提供有偿代购的个人，要根据是否存在余票，判断是否剥夺了其他旅客的购票机会。本文开始提及的案例三中，雷某如果是在余票不足的情形下，通过抢票软件帮助旅客抢退票，则该行为与携程网等抢票服务平台的有偿代购本质上是相同的。在这种情况下，使用抢票软件的行为构成倒卖车票罪。反之，如果雷某是在尚有余票的情形下从事代购行为，则未剥夺他人的购票机会，属于纯粹的劳务服务。

（二）劳务服务型有偿代购车票未侵犯旅客自由购票选择权

近年来，将有偿代购车票不加区分地一律定罪，反映出刑罚权对公民社会的过度干预，更是对倒卖车票罪保护法益认识不清的结果。如果将倒卖车票罪的保护法益认定为旅客自由购票选择权，这一问题将迎刃而解。

在本文开始所述的案例一、二中，个人通过QQ群、微信群等群组发布车票代购信息，之后通过人工方式代购火车票并收取一定差价的行为，是在旅客能够通过其他渠道购买车票的情形下，代买车票，旅客乐意支付高于票面价格的款额，属于公民社会意思自治的范畴。此种劳务服务型代购，方便了不会网络购票的农民工、想节省时间的商务人士。而且，人工代购效率低，不可能剥夺其他旅客的购票机会，没有损害就没有刑法，刑法不应当介入。同理，使用技术手段的有偿代购，如果在尚有余票的情形下，通过软件买票为他人提供代购车票服务，因没有剥夺他人的购票机会，也无需刑法介入。

（三）机会垄断型有偿抢票服务侵犯了旅客自由购票选择权

首先，在互联网时代，法律应当在技术的合理使用与恶意滥用之间做出平衡。互联网信息技术的跨越式发展，一方面改变了公众日常的生活方式，另一方面也为不法分子实施犯罪行为提供了技术支持。抢票技术手段的正常使用，可作为劳务替代方式节省人力；但一旦滥

用，则为倒卖车票罪的线上化提供了技术支持。刑法不干预技术，但要防止滥用技术剥夺他人享受公共福利的机会。有偿抢票服务以技术服务之名，通过技术滥用而实现了机会垄断。在目前火车票专营专卖的体制下，技术、劳务服务均不应损害旅客自由购票的选择权。

刑法应当禁止滥用技术剥夺他人享有公共福利的机会。滥用技术剥夺他人享受公共福利机会，在火车票供需失衡、国家补贴火车票的中国背景下成为可能。在余票欠缺的情形下，行为人使用抢票软件有偿帮助他人抢退票，意味着在软件运行的特定时段，其他旅客使用人工方式很难抢得退票、丧失了自由购票的选择权。携程网、京东旅行网等平台提供的有偿抢票服务，个人使用技术手段提供有偿抢票服务，均使用了抢票软件，如果余票不足，则属于机会垄断型有偿代购，在互联网时代，应被纳入倒卖车票罪的评价范围。

其次，使用软件抢退票，是通过技术优势剥夺他人的购票机会。有偿抢退票服务，是抢购已售罄车次的退票，在极高频率的刷新抢购之下，一旦有退票进入票务系统，基本上可确保抢购的万无一失。此种有偿抢票服务，如有学者所言，属于用“技术优势”霸占虚拟购票窗口，等同于用蛮力优势霸占实际购票窗口。²⁵具体而言，某一有偿抢票服务通过软件、以机器自动点击的方式，以每秒 200 次的频率刷新抢票并自动下单；相反，手动刷票只能达到每秒 1 次的刷新频率。当有退票回到票务系统时，意味着手动刷票者要在 0.005 秒的时间内做出反应完成下单，才有可能抢到退票，但这没有实际可能性。

有偿抢退票服务类似于：在没有余票、只可能有退票的情况下，黄牛在每个购票窗口排了 200 个人，旅客要买该车次，只能通过黄牛购买。有偿抢退票服务，实际上通过技术手段、以蛮力霸占了购票渠道；一旦某一特定车次被人通过有偿抢票服务锁定，他人难以凭人工操作抢到退票，除非其购买刷新频率更高的抢票服务。当旅客急需获得某一特定车次的车票时，即使有偿抢票服务需收取高于票面价格的款额，旅客也只能接受。可以说，这种软件抢退票服务实质上已经垄断了购票机会，侵犯了旅客自由购票的选择权，此种有偿代购行为构成倒卖车票罪。

需要指出，旅客因余票不足而完全自愿向“黄牛”购买车票，因此种抢票软件已经剥夺了旅客的购票机会，旅客自愿系没有选择后的无效意思表示，“黄牛”也构成倒卖车票罪。

最后，需要说明几点：一是有的平台虚报抢票成功率，旅客因相信高抢票成功率而购买有偿抢票服务，但平台对抢票失败没有全额退款。此时，应认定该平台构成诈骗罪或虚假广告罪等其他犯罪。二是出售抢票软件的行为人，在明知抢票软件用途时，可能构成提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪，同时还可能成立倒卖车票罪的共犯，属于想象竞合。三是个人使用抢票软件刷票后自用，因没有倒卖行为而不构成倒卖车票罪。

六、结语：管制与自由、理想与现实的平衡

处理有偿代购车票行为，应当梳理好几种观念：

第一，在国家管制与市民社会之间进行利益衡量。国家管制和市民社会之间的冲突，实际上是刑法的两大机能，即法益保护和人权保障之间的冲突，这一矛盾贯穿刑法的始终。司法实践将所有有偿代购行为认定为倒卖车票罪，主张国家管制优先，是一种典型的计划经济思维，显示出国家管制对于市民社会的过度干预，会妨碍市民社会的健康发展与个人权利的行使。反之，放任所有有偿代购车票服务，又会出现滥用技术剥夺他人本应享有的国家福利，损害个人法益。

第二，在理想与现实之间对倒卖车票罪进行客观解释。在欧美发达国家，人均收入高，人口基数少，国家建成了高度完善的公共服务系统（如铁路、高速公路），在公共服务不足时，市场（如航空公司）又能够起到很好的调剂作用。因而，在欧美发达国家的语境中，倒卖车票罪没有存在的必要。但是，中国必须面对人均公共资源严重不足的现实，至少在可预见未来，春节等节假日期间，基本服务供给与需求之间，必将存在巨大矛盾，而市场化服务（如机票、专车），对普通中国百姓又过于昂贵，因此，火车票的紧张状态将会始终存在。

第三，刑法在维护现有公共福利体制的同时，也要敦促增加公共资源。刑法是制度改良过程的秩序维护者，一方面，刑法必须适当维护现有公共福利体制。例如，我国司法实践针对冒用他人医保卡的行为，均以诈骗罪论处。在医保资源分配不合理、医疗公共服务难以完全满足公众需要的情况下，刑法可以作为过渡时期的干预手段，维护现有公共福利体制。同样，在铁路运输公共服务不足的现阶段，仍应保留倒卖车票罪的适用。另一方面，刑法维护现有公共福利体制的目的，是确保渐进式改良（增加公共资源投入）可以平稳进行。刑法通过限缩倒卖车票罪的适用范围，也在敦促政府增加公共服务的投入，推动火车票的市场化改革。当火车票实现完全市场化运营后，立法者自然应当废除倒卖车票罪。

刑法只能在理想与现实之间平衡。面对现实，倒卖车票罪还有存在的必要性；仰望理想，其适用范围应当逐渐缩小。对于具有国家福利、公共服务性质的火车票，刑法应当保证每个人有平等的享受机会，但又不应追求结果平等。一方面，刑法要打击机会垄断型有偿代购，把垄断机会、剥夺他人选择权的用软件抢退票服务，作为禁止对象，防止国家福利变成私人谋利的工具；另一方面，刑法应允许劳务服务型有偿代购，在市场经济下，刑法没有必要保证结果平等，为他人提供更便捷购票手段的帮助行为，如没有剥夺他人的公共福利机会，不应作为犯罪处理。

^⑤ 高艳东，浙江大学光华法学院副教授；祁拓，浙江大学光华法学院互联网法律研究中心助理。本文系司法部课题“量刑对定罪的反作用力研究（13SFB2019）”和“中央高校基本科研业务费专项资金资助”

项目的阶段性成果。

^② 参见济南铁路运输法院（2012）济刑初字第 28 号刑事判决书。

^③ 参见兰州铁路运输法院（2014）兰铁刑初字第 3 号刑事判决书。

^④ 参见南昌铁路运输法院（2014）南铁刑初字第 60 号刑事判决书。

^⑤ 参见乔新生：《代购车票行为并非倒卖车票犯罪》，载《人民日报》2013 年 1 月 30 日第 19 版。

^⑥ 参见王立志：《低价网络代购实名制车票需要入罪吗？》，载《法学》2013 年第 12 期。

^⑦ 参见黄颖：《实名制下代订购火车票行为的罪与非罪研究》，载《铁道警官高等专科学校学报》2011 年第 5 期。

^⑧ 参见冉巨火：《倒卖车票罪之废除——以钟某“倒卖火车票”案说起》，载《人民检察官》2013 年第 2 期。

^⑨ 参见吴杰：《“倒卖车票罪”宜作严格扩张解释》，载《江苏法制报》2017 年 1 月 16 日第 00C 版。

^⑩ 参见高巍：《论倒卖车票、船票罪之除罪化》，载《政治与法律》2009 年第 12 期。

^⑪ 参见阮齐林：《刑法学》，中国政法大学出版社 2008 年版，第 536 页。

^⑫ 参见蒋小林、彭春：《倒卖车票违法犯罪活动探析》，载《铁道警官高等专科学校学报》2003 年第 3 期。

^⑬ 参见王作富主编：《刑法分则实务研究》上，中国方正出版社 2003 年版，第 946 页。

^⑭ 张明楷：《刑法学（第五版）》，法律出版社 2016 年版，第 1063 页。

^⑮ 参见高巍：《论倒卖车票、船票罪之除罪化》，载《政治与法律》2009 年第 12 期。

^⑯ 参见高巍：《论倒卖车票、船票罪之除罪化》，载《政治与法律》2009 年第 12 期。

^⑰ 参见交通运输部：《2015 年交通运输行业发展统计公报》，来源：

http://zizhan.mot.gov.cn/zfxgk/bnssj/zghgs/201605/t20160506_2024006.html, 2017 年 3 月 15 日访问。

^⑱ 参见[美]罗尔斯：《正义论》，何怀宏译，中国人民大学出版社 1986 年版，第 1、2 页。

^⑲ Rabe, Sheree, "Ticket Scalping:Free Market Miraget", American journal of criminal law, 1991, 19(1), 57-70.

^⑳ 参见李媛：《每公里单价不到 5 毛，高铁票价到底贵不贵？》，来源：

<http://www.bjnews.com.cn/graphic/2017/02/17/433609.html>, 2017 年 5 月 7 日访问。

^㉑ 张明楷：《刑法学（第五版）》，法律出版社 2016 年版，第 843 页。

^㉒ 张明楷：《刑法学（第五版）》，法律出版社 2016 年版，第 843 页。

^㉓ 参见李文、谈信友、聂文峰：《倒卖车票案件法律适用问题初探》，载《上海检察调研》2005 年第 4 期。

^㉔ [日]山口厚：《刑法总论》，付立庆译，中国人民大学出版社 2011 年版，第 67 页。

^㉕ 参见刘洪波：《有偿抢票方便了谁》，载《民生周刊》2017 年第 2 期。

作者简介

1. 高艳东

浙江大学光华法学院副教授

联系方式：杭州市西湖区之江路 51 号浙江大学光华法学院

邮编：310008

邮箱：yandonggao@126.com

手机：13575758591

2. 祁拓：浙江大学光华法学院互联网法律研究中心助理

联系方式：杭州市西湖区之江路 51 号浙江大学光华法学院

邮编：310008

邮箱：286353547@qq.com

手机：18267837683

互联网时代中破坏生产经营罪的新解释 ——以南京“反向炒信案”为素材

李世阳

内容摘要：根据传统观点对于破坏生产经营罪的解释已经不符合互联网时代背景的基本语境，在以“恶意注册——虚假认证——虚假交易”为主要表现形式的互联网灰黑产业链已经形成的今天，应当通过解释重新激活破坏生产经营罪的适用。破坏生产经营罪是一种针对全体财产的犯罪，而不是针对个别财产的犯罪；可以将生产经营的范围扩大解释为业务；破坏并不仅限于对生产资料的物理毁损，只要造成他人的业务无法开展并由此导致整体财产损失即可；有必要将“由于泄愤报复或者其他个人目的”解释为一种消极的动机，而非积极的动机；“其他方法”的解释应遵循同位解释规则，但应以保护法益以及实行行为的本质为解释的指导原理。

关键词：破坏 生产经营 整体财产 消极动机

一、问题之所在

在“互联网+”的时代背景下，传统犯罪面临着被网络化的新挑战。⁽¹⁾以最为传统的盗窃罪为例，虽然传统的盗窃行为仍然存在，但例如通过“开发盗号软件——购买软件——盗取支付宝账号——贩卖账号——洗号——撞库——转移账户资金——洗钱”这种以互联网的方式完成的盗窃犯罪案件也在急剧增加。从刑法解释论的角度而言，如何解释刑法分则所规定的各个犯罪的构成要件以应对传统犯罪网络化的挑战，成为刑法所面临的迫切问题。与这一问题相关联，从刑事立法论的角度而言，对于新型的网络违法现象，刑法应采取积极的立法态度还是秉持所谓的谦抑品格，也成为不得不思考的问题。

最近，南京市中级人民法院对一起典型的“反向刷单炒信”案件进行了审理并维持了一审判决所主张的成立破坏生产经营罪的结论。可以说，这一则案例为上述问题的思考提供了绝佳的素材。本文试图以此案例为素材，探讨在互联网时代背景下破坏生产经营罪的解释边界。

⁽¹⁾ 参见梁根林：《传统犯罪网络化：归责障碍、刑法应对与教义限缩》，载《法学》2017年第2期，第3页以下。

二、案情简介与争议焦点

（一）案情介绍

2013年9月，北京智齿数汇科技有限公司通过北京万方数据股份有限公司获得万方数据知识资源系统V1.0的使用权，后于2013年11月在淘宝网注册成立名称为“PaperPass论文通行证”的网上店铺，主要经营论文相似度检测业务，由该公司南京分公司即智齿科技南京公司具体负责运营。

2014年4月，在淘宝网经营论文相似度检测业务的被告人董志超为谋取市场竞争优势，雇佣并指使被告人谢文浩，多次以同一账号恶意大量购买智齿科技南京公司淘宝网店铺的商品，其中，4月18日凌晨指使被告人谢文浩使用同一账号，恶意购买120单商品；4月22日凌晨指使被告人谢文浩使用同一账号，恶意购买385单商品；4月23日凌晨指使被告人谢文浩使用同一账号，恶意购买1000单商品。

2014年4月23日，浙江淘宝网络有限公司认定智齿科技南京公司淘宝网店铺从事虚假交易，并对该店铺作出商品搜索降权的处罚，后经智齿科技南京公司线下申诉，于4月28日恢复该店铺商品的搜索排名。被处罚期间，因消费者在数日内无法通过淘宝网搜索栏搜索到智齿科技南京公司淘宝网店铺的商品，严重影响该公司正常经营。经审计，智齿科技南京公司因其淘宝网店铺被商品搜索降权处罚而导致的订单交易额损失为人民币10万余元。

另查明，被告人谢文浩、董志超分别于2014年5月13日、5月16日被公安机关抓获，二被告人归案后均如实供述了自己的犯罪事实。本案侦查期间，被告人董志超已赔偿被害单位智齿科技南京公司经济损失人民币15万元。

（二）一审判决理由

针对上述案件事实，两名被告人的行为是否构成犯罪，以及构成什么犯罪成为核心问题。围绕这一问题，南京雨花台区人民法院认为：被告人董某、谢某出于打击竞争对手的目的，以其他方法破坏生产经营，二被告人的行为均已构成破坏生产经营罪。被告人董某、谢某共同故意实施破坏生产经营的犯罪行为，系共同犯罪。关于董某的辩护人提出“董某不构成犯罪的”辩护意见，经审查认为，被告人董某为打击竞争对手，雇佣并指使被告人谢某多次以同一账号恶意大量购买××科技南京公司淘宝网店铺的商品，从而导致浙江淘宝网络有限公司错误判定该店铺在从事虚假交易，并对其作出商品搜索降权的处罚，严重影响了××科技南京公司淘宝网店铺的正常经营活动，且给该公司造成了较大的经济损失，其行为属于以其他方法破坏企业的生产经营，已符合破坏生产经营罪的构成要件，应以破坏生产经营罪定罪处罚。⁽²⁾

⁽²⁾ 参照（2015）雨刑二初字第29号，来源于“中国裁判文书网”。

(三) 上诉理由以及二审判决理由

针对一审判决的结论，被告人董某向南京市中级人民法院提起上诉，其核心理由为董志超的行为不构成破坏生产经营罪。具体而言：①董志超不具有破坏生产经营罪所要求的“报复泄愤”的主观目的，仅是“打击竞争对手”的商业惯例；②董志超的行为不属于破坏生产“报怨泄愤”的主观目的，仅是“打击竞争对手”的商业惯例；③董志超的行为不属于“以其他方法破坏生产经营”；④行为后果并未造成“生产经营活动无法进行”；⑤行为与后果间介入浙江淘宝网络有限公司降权处罚的因素，不具有刑法上的因果关系。⁽³⁾

对于这些理由，南京市中级人民法院做出如下反驳：在案证据证实，二上诉人主观上具有报复和从中获利的目的，客观上实施了通过损害被害单位商业信誉的方式破坏被害单位生产经营的行为，被害单位因二上诉人的行为遭受了10万元以上的损失，且二上诉人的行为与损失间存在因果关系，其行为符合破坏生产经营罪的犯罪构成，应以破坏生产经营罪定罪处罚。第三方因素的介入并不影响因果关系的认定。据此维持了一审法院在定性上所认定的破坏生产经营罪，但由于二审期间出现新的证据，原审判决认定二上诉人造成的损失数额不当，二审法院予以纠正，并据此而调整量刑，减轻刑罚。

(四) 问题之所在

本案中，一审法院与二审法院均将两名被告人所实施的反向刷单炒信行为认定为破坏生产经营罪，但就二审法院所给出的判决理由来看，很难说从正面回应了辩护人所提出的上诉理由。归根结底是因为没有从解释论的角度去解释破坏生产经营罪的构成要件要素，例如本罪所侵犯的法益是什么，是针对个人财产的犯罪还是针对整体财产的犯罪，罪质是什么，如何把握实行行为，本罪是否是目的犯或倾向犯，如何理解生产经营，如何认定法条所规定的“其他方法”等。

刑法解释学的本旨就是恪守罪刑法定原则，在不超出语义的最大限度范围的前提下，将犯罪事实转化为刑法语言并涵摄到构成要件之中。以下，本文将从这一本旨出发，对破坏生产经营罪做解释学意义上的梳理，以探求其适用范围的边界。

三、破坏生产经营罪的构成要件分析

我国刑法第176条规定：“由于泄愤报复或者其他个人目的，毁坏机器设备、残害耕畜或者以其他方法破坏生产经营的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。”这一条文来源于1979年刑法第125条的规定，但其构成要件表述为“由于泄愤报复或者其他个人目的，毁坏机器设备、残害耕畜或者以其他方法破坏生产经营的”，而且将该罪名安排在破坏社会主义市场经济秩序这一章。由此可见，在旧刑法中，将该罪名安排在“破坏社会主义市场经济秩序”这一章，而且将该罪名安排在“破坏社会主义市场经济秩序”这一章。

⁽³⁾ 参照(2016)苏01刑终33号，来源于“中国裁判文书网”。

法中，将本罪所侵犯的法益理解为“市场经济秩序”。但如上所述，在新刑法中，不仅将构成要件表述为“破坏生产经营”，而且将该罪名归入侵犯财产罪这一章。这样的话，本罪的法益属性就发生了变化，由作为侵犯社会法益的秩序型犯罪转变为作为侵犯个人法益的财产型犯罪。很显然，破坏生产经营罪与故意毁坏财物罪一样，都是毁弃型的财产犯罪。但本文认为，这两个罪名的根本性区分在于破坏生产经营罪是针对整体财产的犯罪，而故意毁坏财物罪是针对个别财产的犯罪。以下详细论证这一点。

(一) 破坏生产经营罪是针对整体财产的犯罪

在财产犯罪中，当然要求具备“财产上的损害”这一要件，但根据对于这一要件的不同理解，可以区分出针对个别财产的犯罪以及针对全体财产的犯罪。顾名思义，针对个别财产的犯罪是指侵害具体的、个别的财物或债权等财产权，主要表现为财物的占有转移或毁弃。因此，只要存在个别财物或财产性利益的丧失即可成立，据此，当使用欺诈手段，即使支付了相应的对价从而使对方交付财物，也可能成立诈骗罪。与此相对，针对全体财产的犯罪是指侵害被害人的整体财产状态的犯罪，也就是说，只要作为整体的财产总量并没有减少，就不成立犯罪。典型的例子就是背信罪，在该犯罪中，显然考虑了通过行为人的行为所导致的被害人的损失与被害人作为反对给付所得到的财物或财产性利益这两者之间的平衡关系。⁽⁴⁾

我国刑法分则第五章规定了13个财产犯罪，通说的观点认为我国刑法中的财产罪都是针对个别财产的犯罪，而不存在针对整体财产的犯罪。⁽⁵⁾但是，如果将破坏生产经营罪也理解为针对个别财产的犯罪，那么，就只能将破坏生产经营罪的财产损害理解为毁坏机器设备或残害耕畜等方式本身所带来的损害，这样的话，必然导致破坏生产经营罪被完全消解于故意毁坏财物罪之中，从而丧失了单独存在的必要性。但既然刑法以两个条文分别规定了这两个罪名，应当说破坏生产经营罪有其自身的存在理由，而且从其构成要件的表述来看，其实行行为在于破坏生产经营而非毁坏机器设备或残害耕畜等，就像强奸罪的实行行为并非暴力或胁迫，而在于“强奸”一样。这样的话，破坏生产经营罪中的财产损失就体现为因生产资料被破坏而导致生产经营活动无法继续进行所造成的损失。由此可见，其他类型的财产犯罪是对权利人现时即可享受某种法律上的特定利益，即既得权的侵害，而破坏生产经营罪是对期待权的侵害，这种期待权是对未来完整权利取得的一种期望，因取得权利之部分要件而受到法律的保护，从而成为具有权利性质的法律地位。⁽⁶⁾据此，当因损害这种期待权而导致被害人的整体财产法益受损时，即成立破坏生产经营罪，反之，如果整体财产法益并未受损，期待权并未落空，就不成立破坏生产经营罪，当破坏生产资料的行为符合故意毁坏财物罪的构成要件时，仅在此限度内承担罪责。

⁽⁴⁾ 参见[日]高桥则夫：《刑法总论》（第三版），成文堂2016年日文版，第203页以下。

⁽⁵⁾ 参见张明楷：《刑法学（下）》（第五版），法律出版社2016年版，第939页。

⁽⁶⁾ 参见申卫星：《期待权理论研究》，中国政法大学博士学位论文，第7页以下。

这样的话，在考察破坏生产经营罪中所要求具备的财产损害时，不能局限于静态意义上的生产资料，而应着眼于动态意义上的生产经营活动所产生的经济价值。在上述的反向炒信案件中，被告人董某指使谢某用同一账号大量购买作为竞争对手的智齿科技南京公司淘宝网店铺的商品，导致浙江淘宝网络有限公司认定智齿科技南京公司淘宝网店铺从事虚假交易，并于 2014 年 4 月 23 日对该店铺商品作出商品搜索降权的市场管控措施，在被搜索降权期间，消费者在数日内无法通过淘宝网搜索栏搜索到智齿科技南京公司淘宝网店铺的商品，该公司淘宝网店铺正常生产经营遭到破坏，使整体财产受损 10 万余元。显然可以将其认定为因生产经营被破坏而产生的财产损害。⁷⁹

（二）可以将生产经营的范围扩大解释为“业务”

即使整体财产法益受损，如果所破坏的不是生产经营活动，也不构成本罪，因此，在本罪的适用中，如何解释“生产经营”成为核心问题。关于这一问题，有学者指出：破坏生产经营罪是从 79 刑法的“破坏集体生产罪”演变而来，后者主要是针对第一产业的犯罪，而 97 刑法在“生产”之后增加了“经营”一项。如果把这里的“生产经营”理解成“生产性经营”，则类似于微博的一些社交网站或者网店，不属于第一产业，没有生产性质，就不属于生产经营的范围。但是，“生产经营”应当被理解为“生产+经营”，同时，在互联网时代，“经营”的核心含义是组织、管理和运营，而不是生产、营利。⁸⁰ 本文认为，在解释刑法时，应当坚持客观解释的立场，作为主观解释之核心的立法者愿意根本无从探寻，而且法律一旦被制定，从文本而言，就已经落后了。既要维持刑法典的稳定性，又要应对层出不穷的犯罪现象，除了对刑法文本进行客观解释外，别无选择。⁸¹ 伴随着信息网络技术从 2.0 时代向 3.0 时代的跨越，毫无疑问，我们已经进入了所谓的“互联网+”的时代，以电子商务、在线游戏、博客技术、虚拟财产、智能网络、云计算、物联网、“互联网+”为标志的互联网产业化时代迅速崛起，网络的价值化、数据资产化、一切互联化、安全核心化、生态重构化、虚实结合化，成为互联网 3.0 时代的基本特征。

在这样的时代背景下，如果继续将“生产经营”的含义束缚在农耕时代、机器工业时代，一方面，这一法条将逐渐丧失适用的空间，另一方面却又导致对于大量的破坏新兴产业尤其是互联网产业的行为视而不见，形成立法资源的浪费。因此，有必要赋予“生产经营”新的含义，以重新激活这一法条。因此有必要对“生产经营”做扩大解释，但不能超出语义的最大范围，否则就成为类推适用，而不是解释。在日本刑法第 233 条中规定了妨害业务罪，其判例与通说已经就“业务”的解释上形成了共识，即所谓的“业务”是指，自然人、法人及其他团体基于其职业或者其他社会生活上的地位而继续、反复从事的，被法律所保护

⁷⁹ 参见高艳东：《破坏生产经营罪包括妨害业务行为——批量恶意注册账号的处理》，载《预防青少年犯罪研究》2016 年第 2 期，第 19 页以下。

⁸⁰ 参见张明楷：《刑法学（上）》（第五版），法律出版社 2016 年版，第 29 页以下。

的事务。⁸¹ 这样的话，就可以通过社会性、继续性、要保护性这三个方面对“业务”的范围进行限制，防止其范围无限扩大。本文认为，可以借鉴日本刑法学界与司法实务中关于“业务”的解释来弥补我国刑法中对“生产经营”的机械理解所产生的缺陷。

但在日本刑法学界中，虽然有少数的观点考虑到了妨害业务罪中，经济活动是业务的核心部分，据此而将妨害业务罪置于财产犯的边缘位置。⁸² 但是日本的通说认为妨害业务罪的保护法益是人的社会活动自由，从而将其置于针对自由的犯罪这一位置上。⁸³ 如前所述，破坏生产经营罪是侵犯整体财产法益的犯罪，以具备财产损失为其成立要件，因此，即使将这里的“生产经营”扩大解释为“业务”，也不能将破坏生产经营罪与妨害业务罪相等同。

这样的话，智齿科技南京公司在淘宝网上开设名为“PaperPass 论文通行证”的网上店铺，并经营论文相似度检测业务，显然符合业务所要求具备的社会性、继续性以及要保护性，据此可以将其认定一种“生产经营”。被告人使用同一账号大量购买该网店的商品，导致被淘宝公司认定为从事虚假交易并被降权处罚，在这一因果流程中，确实介入了淘宝公司的行为，但辩护人据此所提出的被告人的行为与破坏生产经营的结果之间不存在刑法上的因果关系这一主张是否能够成立，存在疑问，以下接着探讨该问题。

（三）被告人利用淘宝规则的行为成立间接正犯

根据《淘宝规则》第 57 条第 3 款的规定，淘宝网对涉嫌虚假交易的商品，给予 30 日的单个商品搜索降权的处罚。在本案中，被告人使用同一账号在短时间内大量购买竞争对手的商品，使淘宝公司后台直接认定为涉嫌虚假交易，并根据该条款做出搜索降权的处罚，正是由于该处罚而导致被害网店的生产经营活动无法进行。然而，从本案的案情来看，降权行为的实施及其所导致的破坏生产经营的结果只能由被告人承担，因为被告人将淘宝公司作为实现自己犯罪的工具，成立间接正犯。

在 A 所实施的行为之后，通过介入 B 的行为而导致结果发生，在怎样的情形中，A 对于该结果可以作为单独正犯处罚？这个问题之前一直都是被放在因果关系中他人行为的介入与相当因果关系或者被放在间接正犯的成立要件这一项下来讨论的。⁸⁴ 具体而言，A 被作为单独正犯处罚的具体要件体现如下：①在故意作为犯中，当探讨介入了他人的行为、背后者（A）的罪责时，不管是被作为间接正犯的问题来讨论，还是被作为相当因果关系或者客观归责的问题来讨论，进而，在被害人自身介入的情形中，被作为同意的有效性问题来讨论，其判断资料都应该是同样的；②当 A 直接实现了结果时，A 就成为单独正犯；③即使存在 B 的行为，当假设不存在该行为、可以说由 A 的行为也大概可以产生该具体结

⁸¹ 参见[日]前田雅英：《刑法各论讲义》（第 6 版），东京大学出版会 2015 年版，第 135 页以下。

⁸² 参见[日]山口厚：《刑法各论》（第二版），有斐阁 2010 年日文版，第 155 页以下。

⁸³ 参见[日]平野龙一：《刑法概说》，东京大学出版会 1977 年版，第 186 页以下。

⁸⁴ 参见【日】岛田聪一郎：《间接正犯与共同正犯》，载《神山敏熊古稀祝贺论文集》，成文堂 1996 年日文版，第 445 页。

果时，A 就成立单独正犯；④但在不可以这样说的场合，B 是否自律性地决定引起现实产生的结果就必须被作为核心问题，具体而言，当 B 是在理解了结果的意义与射程的基础上，在不被强制的状态下引起该结果时，那么，A 就不成立该结果的单独正犯，于是，（包含共同正犯在内的）广义共犯的成立与否就成为问题。在该情形中，由于可以说结果是在 B 的支配领域内产生的，因此，如果要处罚 A，只能限定于一种情形，即：满足了能够肯定对于他人的支配领域内所产生的事象之归责的特别规定（即共犯规定）所需要具备的成立要件。(13)

简而言之，在判断背后者是否成立间接正犯时，所采取的是一种消极判断，即，如果介入者所实施的行为是基于自律性决定，也就是说结果处于其支配领域之内，那么，背后者就不成立间接正犯。(14) 在本案中，对因果流程处于优势支配地位的显然是被告人，该结果的发生并不在淘宝公司的支配领域内，因为淘宝公司所做出的降权处罚并不是一种自律性决定，而是在不可避免地陷入认识错误的状态下做出的。据此，被告人成立破坏生产经营的间接正犯。

（四）泄愤报复等个人目的是一种消极动机

从刑法第 276 条关于破坏生产经营罪的构成要件的表述来看，不仅仅需要具备“毁坏机器设备、残害耕畜或者其他方法破坏生产经营”这一客观构成要件要素，而且需要具备“由于泄愤报复或者其他个人目的”这一主观构成要件要素。很明显，这一主观构成要件要素带着极为强烈的情绪倾向或动机，如果认为在具备构成要件故意的基础上还必须具备这种倾向或动机，那么在司法实践中势必面临证明上的困难，其认定标准也无可避免地带有恣意性。事实上，在上述反向刷单案例中，辩护人在论证上诉人不构成破坏生产经营罪时，首要理由就是上诉人不具有破坏生产经营罪所要求的“报复泄愤”的主观目的，仅是“打击竞争对手”的商业惯例。而很难说南京市中级人民法院在裁判理由中对于这一点做出了有力回应。

从客观主义刑法的基本立场出发，在构成要件的设置以及解释上，应当尽量避免或淡化带有情绪性、心情性的主观要素。例如，日本刑法第 247 条规定了背任罪，将其构成要件表述为：“为了他人而处理事务者，怀着谋求自己或第三人的利益或者对本人施加损害的目的，实施违背其任务的行为，对本人造成财产上的损害。”从这一规定来看，图利或者加害目的成为本罪的构成要件要素，因此之前的通说认为图利或加害目的是独立于构成要件故意的要素，要求具备对图利、加害的确定性认识或者意欲。(15) 这种观点被称为“积极的动机说”，显然，这种观点是忠实于条文的解释，但不得不面临着与我国刑法所规定的破坏生产经营罪同样的上述困惑，即为什么要特别强调这种心情要素对于本罪成立的意义这

⁽¹³⁾ 同上，第 445-446 页。

⁽¹⁴⁾ 参见李世阳：《“捅伤他人后捅死自己”的归责》，载《刑法学判解》2014 年第 2 期。

⁽¹⁵⁾ 参见[日]藤木英雄：《刑法讲义各论》，弘文堂 1976 年日文版，第 348 页以下。

一点是不明确的。于是，最近日本的判例与通说认为，既然故意实施了违背任务行为，原则上就可以肯定背任罪的成立，仅仅当这是怀着专门为了本人的利益而实施时，才例外地不处罚。(16) 这种观点被称为“消极的动机说”。

在破坏生产经营罪的解释上，可以借鉴上述的“消极的动机说”。具体而言，只要行为人客观上实施了破坏生产经营的行为，即可推定其主观上具备对于该行为及其所造成的构成要件结果的认识，即具有构成要件故意，除此之外，并不需要具备所谓的“由于泄愤报复或者其他个人目的”这种情绪性因素。这种心情性因素仅仅在作为消极的动机这一点上是有意义的，即，当行为人并不是基于“个人目的”而实施破坏生产经营的行为时，例外地成为本罪的刑罚阻却事由。而“非个人目的”主要限定于以下情形：第一，专门为了增加被害人的财产利益而实施，但客观上却对被害人的生产经营造成破坏；第二，行为人专门为了公共利益而实施破坏他人生产经营的行为。在本案中，被告人的行为显然不是为了增加被害人的财产利益或者公共利益而实施的，因此可以说是一种基于个人目的的行为。

（五）以其他方法破坏生产经营的解释

在我国刑法分则的条文中，存在大量的兜底条款，其典型表现就是“其他方法”，例如，在我国刑法分则条文中，出现了多达 16 处的“其他方法”这一表述。罪刑法定原则要求刑法必须具备明确性，即，刑罚法规对于怎样的犯罪科处什么程度的刑罚这一点对于一般人而言，必须在预测可能的程度内被具体且明确地规定，这既包括犯罪的明确性，也包括刑罚的明确性，而构成要件的明确性是犯罪明确性的基本保障。如果在构成要件中出现大量的“其他方法”这种列举性的表述，必然会破坏刑法的明确性，但依然可以保护法益的范围内，从比例原则出发，限缩解释“其他方法”的范围，使其尽可能地明确化。

关于破坏生产经营罪中“其他方法”的解释，有力的观点认为应当进行同类解释，即，刑法第 276 条是指行为方式与行为对象的同类：一方面，行为必须表现为毁坏、残害等损毁行为；另一方面，行为所损毁的对象必须是机器设备、耕畜等生产工具、生产资料。(17) 本文赞同在解释兜底条款时应遵循同类解释规则，因此，对于已经在条文中明确列出的“毁坏机器设备”与“残害耕畜”这两项，当然是重要的参照条件，但本罪的保护法益以及实行行为的本质特征才是进行同类解释的指导原则，如前所述，本罪所侵害的是整体财产法益，实行行为的本质特征在于对生产经营的破坏，而生产经营并不局限于农业与工业化生产，可以将其扩大解释为“业务”。据此，如果认为这里的“其他方法”必须具备损毁的性质以及所损毁的必须是生产资料，必然不适当缩小本罪的实行行为的射程范围。决定破坏生产经营罪中“其他方法”外延的，不是前面的“毁坏机器设备、残害耕畜”，而是“其他方法”之后的“破坏”，只要是对生产经营的破坏行为并损害他人的整体财产法益，就是“其他方

⁽¹⁶⁾ 参照[日]高桥则夫：《刑法各论》（第二版），成文堂 2014 年日文版，第 402 页。

⁽¹⁷⁾ 参见张明楷：《刑法学（下）》（第五版），法律出版社 2016 年版，第 1027 页。

法”，不一定是对物的暴力。^{〔18〕}

这样的话，在上述的“反向炒信”案例中，即使被告人所实施的行为并未像毁坏机器设备或者残害耕畜那样从物理形态上损毁他人的生产资料，但被告人所实施的行为导致了被害人的网店被降权处罚，经营活动遭受严重阻碍，整体财产法益受损。在这个意义上，将反向刷单炒信的行为纳入到破坏生产经营罪的“其他方法”中，属于符合法益保护目的之客观解释，并未超出语义的最大范围边界，因此不违反罪刑法定原则。

四、结论与展望

刑法必须解释才能适用，例如，在故意杀人罪中，如果不对“人”的出生时间与死亡时间进行解释，甚至连这一看起来清晰、纯粹的事实概念都无法适用。在解释过程中，通过行为规范的设置所要实现的保护法益之目的是基本的指导原理，因此，从罪刑法定原则出发，在语义所允许的最大限度范围之内，做符合法益保护的目的解释，是刑法解释的基本方法。破坏生产经营罪从属于旧刑法中的破坏经济秩序型的犯罪到新刑法的侵犯财产犯罪，意味着通过该构成要件的设置所要实现的法益保护目也相应地从保护秩序转变为保护财产。然而，当前刑法学界在解释破坏生产经营罪时，通说的观点将本罪理解为侵犯个别财产法益的犯罪，因此是以静态的眼光看待本罪的财产损失；并且将本罪所规定的“由于泄愤报复或者其他个人目的”理解为一种积极的动机，而且将“破坏”仅仅理解为对生产资料的破坏。可以说，这是停留在农耕时代与机器工业时代语境下对本法条的解释水平，在互联网时代背景下，如果继续停留在以上的解释层面，一方面，将使破坏生产经营罪逐渐丧失适用余地，将该法束之高阁；另一方面却导致大量通过互联网破坏他人生产经营的行为得不到应有的规制。

习近平总书记在网络安全和信息化工作座谈会上的讲话说：“网络空间是亿万民众共同的精神家园。网络空间天朗气清、生态良好，符合人民利益。网络空间乌烟瘴气、生态恶化，不符合人民利益。”但是伴随着互联网的迅猛发展，互联网犯罪也不断升级演化，呈现出新型化、精细化、专业化、组织化等特点。一方面，除了利用互联网实施传统犯罪，危害网络和信息安全行为越来越公开化、规模化，形成了各类黑灰产业链，成为寄生于整个互联网的毒瘤，尤以恶意注册、虚假认证、虚假交易三大灰黑产为甚。而在背后不断支撑这些犯罪和灰黑产行为的是互联网技术灰黑产。各种恶意硬件软件开发买卖，非法信息、数据买卖、恶意聊天群组和平台网站运营是各类犯罪和黑灰产行为滋生的土壤，伪基站、恶意注册、盗号软件、炒信平台、身份证件、手机卡、银行卡买卖、各类恶意聊天群组肆意活动和发展。很显然，仅打击表面的犯罪行为治标不治本，无法根治互联网不安全的毒瘤。

当新型的违法犯罪现象出现时，刑法不可能也没有必要对每一种行为犯罪化，而首先

^{〔18〕} 参见高艳东：《破坏生产经营罪包括妨害业务行为——批量恶意注册账号的处理》，载《预防青少年犯罪研究》2016年第2期，第20页。

应当是根据上述的解释方法对现行刑法的条文所规定的构成要件进行解释。事实上，毫不夸张地说，破坏生产经营罪是刑法应对互联网犯罪的有力条款，但需要对其构成要件进行如下的全新解释：

第一，破坏生产经营罪所保护的法益虽然是财产，但这是一种针对全体财产法益的犯罪，应当以动态的视角考察其财产损失。因为本罪成立的关键显然是因破坏生产经营的行为损害了他人的期待权，而不是对既有的财物或财产性利益的破坏，否则就本罪就被消解于故意毁坏财物罪之中，丧失单独存在的必要性。

第二，可以将生产经营的内容扩大解释为自然人、法人及其他团体基于其职业或者其他社会生活上的地位而继续、反复从事的，被法律所保护的事务，即“业务”。

第三，从客观刑法的立场出发，应当将破坏生产经营罪中的“由于泄愤报复或者其他个人目的”理解为一种消极的动机，即，只要客观上实施了破坏他人生产经营的行为，即可推定其构成要件故意，除此之外并不需要具备报复泄愤这种情绪性因素或个人目的，当然仅当在非个人目的的支配下实施破坏生产经营行为时，才例外地成为刑罚阻却事由。而“非个人目的”又被限定于专门为了被害人利益或者公共利益这两种情形。

第四，在解释破坏生产经营罪的“其他方法”时，应根据同位解释的规则确保刑法的明确性，但本罪的保护法益以及实行行为的本质特征即破坏生产经营才是进行同类解释的指导原则。

论电子数据的鉴真问题

——基于典型案例的实证分析

谢登科

摘要：电子数据是现代网络信息技术所衍生的新型证据形式，其虚拟性特征使得电子数据鉴真具有重要意义。在电子数据及其原始存储介质的“一体收集”和“单独提取”两种模式下，其鉴真对象存在差异。电子数据鉴真主要包括笔录证据、见证人鉴真、事后鉴定等多种方法，对不同鉴真方法应遵循“强制性适用为主，裁量性适用为辅”原则。电子数据鉴真规则是技术操作规范而不是权利保障规范，违反鉴真规则所收集的电子数据属于瑕疵证据而不是非法证据。对保管链条存有瑕疵的电子数据可进行程序补正，以恢复其证据能力。

关键词：电子数据；鉴真；保管链条；非法证据；瑕疵证据

一、问题与路径

现代信息技术给人们的工作、生活带来巨大便利，但也为犯罪分子提供了新的犯罪工具和对象。除了基于现代信息技术所衍生的新型犯罪之外，传统犯罪也在利用网络信息技术作为其犯罪工具。在实现对这些犯罪的追诉和惩罚中，电子数据成为认定案件事实的重要证据之一。离开了电子数据这一新型证据，可能就无法实现对这些犯罪的有效打击。电子数据作为现代信息技术、网络技术和计算机技术所衍生的一种新型证据形式，其具有科技性、虚拟性等特征，由此司法实践中的使用也产生了很多新问题，其中就包括电子数据的鉴真问题。电子数据在刑事诉讼中的使用，需要经过收集提取、封存保管、技术分析、当庭出示、审查判断等若干环节。其中任何一个环节出现问题或者瑕疵都有可能影响电子数据的真实性、完整性和关联性。与物证、书证等传统实物证据不同，电子数据通常不具有显著性特征或标记，其易于复制、修改和增减，这就使得无法通过传统辨认方式来确认电子数据的真实性。如果忽视对电子数据提取、保管以及流转链条的规范，就很可能造成电子数据的失真，由此导致对案件事实的认定错误。因此，有必要对电子数据应用于诉讼的相关环节和要素进行规范，以鉴别电子数据的真实性。

为了规范电子数据的收集、提取和审查，最高人民法院、最高人民检察院和公安部于2016年9月颁布《关于办理刑事案件收集提取和审查判断电子数据若干问题的规定》（以下简称《电子数据规定》）。这是我国首次以司法解释形式对单一刑事证据种类进行规范，在刑事诉讼制度和证据制度发展中具有里程碑意义。《电子数据规定》共计29条，其中涉及电子数据鉴真问题条文的就有18条，占据近三分之二的条款。由此可见，鉴真问题在电子数据

使用中占据重要地位。虽然，实务界已认识到电子数据鉴真的重要性，并且制定了近乎繁琐的电子数据鉴真规则，但是，在理论上则缺乏对电子数据鉴真问题的体系化、实证性研究，由此导致其在实践适用中屡屡出现各种困境和混乱。比如违反电子数据鉴真的法律后果，有些司法机关将保管链条中存在瑕疵的电子数据视为非法证据直接予以排除（详见后文案例一），而有些司法机关则将其视为瑕疵证据予以补正后作为定案依据（详见后文案例二至六）。这中状况既不利于电子数据电子鉴真规则的统一适用，也有损于司法权威性和公正性。因此，有必要对电子数据鉴真规则展开研究。

电子数据鉴真在司法实践中的适用主要涉及以下问题：①电子数据鉴真对象。从证据方法来看，电子数据表达了这类证据调查所针对的，不是一个实在物，而是信息网络虚拟空间二进位数字记载的数据信息。¹一方面这信息数据可以很容易下载、复制，另一方面信息数据不能脱离存储介质。由此决定了不同类型电子数据鉴真可能是单一客体或者双重客体，而鉴真客体不同也会影响鉴真方式的差异。②电子数据鉴真方式。传统实物证据鉴真方式主要包括独特性确认和保管链条证明两种，²而由于电子数据所具有的虚拟性特征，其往往不能通过辨认方式来，其科技性的特征决定了其可以通过鉴定等方式来进行鉴真，由此牵涉出电子数据不同鉴真方式之间关系的问题。③电子数据鉴真的法律效果。电子数据鉴真后果可以分为积极后果和消极后果。从积极层面来看，鉴真规则的适用若能保障电子数据的同一性和真实性，则其可以作为裁判者形成心证的证据。实践中关注的重点在于其消极性后果，即违反鉴真程序所收集的电子数据是否应当予以直接排除，还是可以补正后使用。上述三个问题作为电子数据收集、提取、审查和认定的基础性问题，不仅是规则制定时需要深入考虑和研究的问题，也会影响到电子数据在刑事司法中的运用。虽然其在电子数据刑事司法实践中频频出现，而有理论研究则并未予以有效关注。因此，本文拟以实践中的相关典型案例，对电子数据鉴真规则适用中的上述问题进行探讨。

二、电子数据鉴真对象：单客体？双客体？

电子数据与物证、书证同属广义实物证据，³因此，实物证据鉴真规则亦适用于电子数据。但是，电子数据与物证存在较大区别。物证是以其外部特征、存在状态或者物质属性来证明案件事实，这就决定了其所具有的证明案件事实信息，蕴含于物证之中，其证明功效与物证形态具有一体性，这种一体性的特征决定了其鉴真对象仅限于该物证本身。电子数据虽

¹ 龙宗智等著：《司法改革与中国刑事证据制度的完善》，中国民主法制出版社2016年版，第305页。

² 陈瑞华：《刑事证据法学》，北京大学出版社2012年版，第133—137页。

³ 对于电子数据是否属于实物证据，理论界也存在不同观点。有观点认为，电子数据属于言词证据还是实物证据，应当具体分析（详见陈光中主编：《刑事诉讼法》，北京大学出版社2013年版，第217页。）笔者认为在收集言词证据过程中，通过手机、数码相机等方式记录的证人证言、被告人供述、被害人陈述等证据，电子数据本身仅仅是固定上述证据种类的方式，其在本质上仍然归属于上述言词证据。《电子数据规定》第1条第3款规定：“以数字化形式记载的证人证言、被害人陈述以及犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解等证据，不属于电子数据。”本文的研究重点并不在于通过电子数据来固定上述言词证据，因此，本文亦不将其纳入电子数据范畴。

然依附于存储介质而存在，但是电子数据与其所依附的存储介质可以分离。电子数据既可存在于原始存储介质，也可存在于原始存储介质之外的其他存储介质。电子数据与其存储介质具有可分性，则需探讨电子数据的鉴真客体。基于电子数据与其存储介质的可分性，仅从逻辑层面来看，电子数据的鉴真可能存在以下情况：①对电子数据及其存储介质都鉴真；②仅对电子数据鉴真，而对存储介质不予鉴真；③仅对电子数据存储介质鉴真，而对电子数据不予鉴真；④对电子数据及其存储介质都没有鉴真。对于第①、④两种情况下，实践中争议并无争议，情况①可以同时保障电子数据及其存储介质的同一性和真实性，情况④下既无法保障存储介质的真实性，也无法保障电子数据自身的真实性。比较有争议的则是第②、③种情形。比如后文所述案例一和案例二。

（一）原始存储介质一体性收集中的鉴真对象

案例一：杨某走私国家禁止进出口的货物、物品案⁴

杨某从印度等国购买国家禁止进口的牛肉产品，王某帮助其进口毛肚。王某通过电子邮件、短信、微信等方式就交易内容与杨某进行联系。案发后，侦查机关从王某处搜查、扣押涉案手机和电脑，后将手机和电脑移送鉴定机构。鉴定机构对手机和电脑进行检验，从中提取了电子数据，出具鉴定意见，证明从外国进口冻牛肉的相关情况。庭审中，辩护方提出，查获手机、电脑等物品未予以封存，iPad未记载串号，上述证据取得程序违法，应予排除。法院经审理后认为，侦查机关收集王某的手机、电脑，与笔录中记载的查获物证不相符，手机、电脑证据来源不明，对从上述手机、电脑中取得的证据不予采信。

这是电子数据在刑事诉讼中使用的常见案例。由于电子数据具有不可直接感知性和较强的科技性，由于参与案件侦查的相关侦查人员可能并不具备电子数据提取的专业知识和经验，他们也无法仅凭视觉、嗅觉和触觉来知悉存储介质中电子数据的具体内容，更无法知晓哪些电子数据与犯罪相关。⁵因此，司法实践中对电子数据的收集、提取多数并不在案件现场，对于电子数据的收集通常分为两个步骤：第一，从案件现场搜查、扣押、封存电子数据的原始存储介质。在案例一中，侦查人员就仅从王某住处搜查、扣押了涉案手机等电子数据的原始存储介质，而没有当场从其收集中提取电子数据。在这一环节，由于电子数据储存在各种存储介质之中，在搜查、扣押、封存其原始存储介质时就同步完成了对电子数据一体化收集，对于存储介质的鉴真也就实现了对电子数据的同步鉴真。反之，如果对于其存储介质不进行鉴真则，无法保障其存储电子数据的真实性和同一性。第二，从存储介质中提取电子数据。多数侦查人员并不掌握提取电子数据的专业技能和实践经验，他们没有能力从存储介质中提取电子数据，而需要将电子数据提取工作交由专业技术人员承担。在案例一中，侦查人员在

⁴ 具体内容详见重庆市第一中级人民法院（2016）渝01刑初20号刑事判决书。案例来源中国裁判文书网。

⁵ 陈永生：《电子数据搜查、扣押的法律规制》，载《现代法学》2014年第5期，第111-127页。

王某住处搜查到涉案手机等证据材料之后，并没有自己从手机中提取电子数据，而是将其委托由鉴定机构的专业人员进行提取后出具鉴定意见。在这个环节可能会实现电子数据与其原始存储介质的分离。此时，对电子数据自身鉴真的重要性就得以凸显。但是，在鉴定之前，电子数据与其存储介质在收集、保管、移送等环节始终处于一体状态。

在案例一中，侦查人员搜查、扣押了涉案手机等物品，但是手机本身不是用来证明案件事实的证据材料，发挥证明作用的是存储于手机之中的短信、微信等电子数据，所以对于手机的搜查、扣押仅仅是其表象，其实质是要收集存储于手机之中的短信、微信等电子数据。侦查人员搜查、扣押涉案手机等物品的过程，也是对电子数据及其原始存储介质进行扣押的过程。在此过程中，需要制作搜查笔录，对于扣押的物品需要在详细注明手机和电脑的型号、数量、特征等信息。需要注意的是，由于电子数据收集分为了侦查人员收集原始存储介质和专业人员提取电子数据两个环节，侦查人员在前一个环节当中并不从原始存储介质中提取电子数据，故其对原始存储介质进行鉴真的过程中就一并实现了对电子数据的鉴真。此时，由于侦查人员并未从原始存储介质中提取电子数据，其对电子数据的具体内容并不知晓，故此对于电子数据的鉴真基本上是依附原始存储介质的鉴真。根据《电子数据规定》第8条规定：“收集、提取电子数据，能够扣押电子数据原始存储介质的，应当扣押、封存原始存储介质，并制作笔录，记录原始存储介质的封存状态。”所以，在收集电子数据原始存储介质时，应对原始存储介质进行鉴真，此时可实现对电子数据一并鉴真。在案例一中，正式由于未做好对原始存储介质的鉴真工作，未将在现场收集的手机等原始存储介质记录在扣押物品清单中，而侦查人员又无法补正或作出合理解释，因此，无法确认原始存储介质及电子数据的真实性，从而导致该电子数据不能作为定案依据。

（二）电子数据单独提取的鉴真对象

电子数据种类繁杂，并不是所有的电子数据都可以扣押其原始存储介质。按照其生成所依赖的技术环境不同，电子数据可分为计算机类电子数据、网络类电子数据和手机类电子数据。⁶对于计算机和手机类电子数据通常可以扣押其原始存储介质，而对于网络类电子数据则不宜扣押其原始存储介质，比如后文案例二。

案例二：孙某非法吸收公众存款案⁷

孙某在互联网上设立P2P网贷平台，吸收会员注册并充值投资。该网贷平台由宝智公司建设，平台数据存放于阿里云服务器中。案发后，侦查人员找到宝智公司员工张某。张某应侦查人员要求，登录存放在云服务器中的平台数据库，按公安机关要求整理汇总之后交给

⁶ 龙宗智等著：《司法改革与中国刑事证据制度的完善》，中国民主法制出版社2016年版，第306-308页。

⁷ 具体内容详见山东省莱芜市钢城区人民法院（2016）鲁1203刑初4号刑事判决书。

侦查人员。案件审理中，辩护人提出宝智公司整理后台数据欠缺依据，后台电子数据提取不符合法律规定，无法确定其真伪，不能作为定案依据。法院经审理后认为，侦查机关在收集电子数据时，在两名侦查人员及见证人见证下，由李某登陆云服务器将后台数据下载并存盘，交由侦查机关保存，侦查机关对该复制提取过程出具说明、制作清单，并经侦查人员、数据持有人、见证人签名，足以保证电子数据提取的合法性、真实性和完整性。之后侦查人员将电子数据交由张某比对，张某亦证实其登陆云服务器账号后，比对侦查人员提供的电子数据与服务器中存储数据完全相符，其在数据整理中没有任何删除和更改。此外，公诉机关当庭出示34名被害人陈述及被害人提供的个人账号充值、提现等网页截图、银行记录等证据也证实相关数据与整理汇总后数据一致，足以印证其真实性，故对该电子数据予以采信。

对于那些不能或者不宜收集其原始存储介质的电子数据，就只能收集电子数据本身，而不同时查封、扣押其原始存储介质。在案例二中，涉案网贷平台数据库存储于云服务器中，侦查机关不宜直接查封、扣押云服务器，而只能通过技术手段直接从云服务器中复制下载涉案数据库。此时，电子数据与原始存储介质就相互分离。这也要求电子数据的鉴真对象发生了变化，鉴真的对象就仅是电子数据本身，而不包括原始存储介质。《电子数据规定》第9条规定提取鉴真数据本身，而不收集原始存储介质的四种情形：1、原始存储介质不便封存的；2、提取计算机内存数据、网络传输数据等不是存储在存储介质上的电子数据的；3、原始存储介质位于境外的；4、其他无法扣押原始存储介质的情形。相对于前述电子数据及其原始存储介质的一体化收集，在原始存储介质与电子数据相互分离的情况下，减少了一个环节，即不存在侦查人员扣押原始存储介质的环节，而是由相关人员直接从原始存储介质中提取电子数据。因此，电子数据保管链条就短了不少。但是，这并不意味着此种情形下电子数据的鉴真标准就可以降低。在仅收集电子数据而不收集原始存储介质时，电子数据更容易出现了修改、替换或者破坏的情形。所以，对于电子数据鉴真提出了更高规范性和技术性要求。在案例二中，侦查机关对电子数据提取复制过程作了完整的笔录和清单，并经侦查人员、见证人和持有人签字，形成了比较完整的电子数据收集保管链条，后期发生纠纷之后又委托收集人员进行了比对；从收集主体来看，该电子数据复制提取是侦查人员委托了宝智公司技术人员张某完成的，保证了电子数据复制提取的技术性要求。因此，该案中电子数据真实性能够得到有效保障。

如果仅从鉴真对象的数量上看，“一体收集”模式下鉴真客体要多于“单独提取”模式下的鉴真客体，由此似乎很容易得出前者对电子数据鉴真要求的标准更高。但是，事实却并非如此。在“单独提取”模式下，由于电子数据与其原始存储介质之间相互分离，其很容易被替换或者掉包，也可能在收集、提取中遭到破坏。因此，“单独提取”模式对于电子数据的鉴真提出了更高的要求。比如根据《电子数据规定》第14条要求：“收集、提取电子数据，应当制作笔录，记录案由、对象、内容、收集、提取电子数据的时间、地点、方法、过程，并附电子数据清单，注明类别、文件格式、完整性校验值等，由侦查人员、电子数据持有人（提

供人）签名或者盖章；电子数据持有人（提供人）无法签名或者拒绝签名的，应当在笔录中注明，由见证人签名或者盖章。有条件的，应当对相关活动进行录像。”该条规定主要适用于“单独提取”模式，而对于原始存储介质收集情况的电子数据并不能适用，因为此时侦查人员并没有直接提取电子数据本身，他也并不知晓电子数据的具体内容。所以，在收集电子数据原始存储介质时，应当对原始存储介质进行鉴真，此时可以实现对电子数据的一并鉴真。

（三）“一体收集”与“单独提取”两种模式的关系

在司法实践中，侦查机关多是根据电子数据的不同类型采取不同的收集模式。但是，从证据属性和鉴真要求角度来看，对于电子证据收集模式的选取则不能完全放任由侦查机关自由裁量。从证据的相关性来看，用来证明案件事实的材料才是证据，不能用来证明案件事实的材料则不是证据。具体到电子数据上，用来证明案件事实的仅是电子数据，而不是电子数据的原始存储介质，原始存储介质并不案件的证据材料，并不应当对其予以扣押。另外“一体收集”模式，通常会涉及被调查对象的两项权利：一是电子数据承载信息所涉及的信息权或者隐私权，另一个则是电子数据依附原始存储介质所涉及到的财产权。⁸所以，无论是从证据相关性要求，还是权利保障角度来看，对于电子数据的收集似乎都应采取以“单独提取”模式为主，而以“一体收集”模式为主。但是，《电子数据规则》则并未采取上述做法，而相反的顺序关系，即以“一体收集”模式为原则而以“单独提取”为例外。作这样的规定具有其合理性，符合电子数据鉴真和证据规则要求，主要理由如下：

第一，“一体收集”模式符合最佳证据规则的基本精神。最佳证据规则要求提供证据的原件或者原物。将电子数据连同其原始存储介质原始存储介质封存、移送，可以减少因硬盘破坏、数据覆盖等因素而产生电子数据失真或者破坏的风险，也符合最佳证据规则的基本要求。

《电子数据规定》第8条规定收集电子数据，应当将原始存储介质一并扣押。只有在符合《电子数据规定》第19条规定的例外情形下，才可以不扣押、封存原始存储介质，但需要在笔录中注明不能扣押原始存储介质的原因、原始存储介质的存放地点或者电子数据的来源等情况，并计算电子数据的完整性校验值，以便为核实电子数据的真实性。“一体收集”模式决定了电子数据鉴真对象通常是双客体。以电子数据鉴真中较为常见的方法——鉴定为例，电子数据的鉴定对象可分为两类：一是其存储介质，比如硬盘、光盘、存储卡等等；另一类则是从原始存储介质中收集的电子数据本身。⁹在“一体收集”模式下，如果控辩双方对电子数据的真实性发生争议，其鉴定对象既包括原始存储介质，也包括电子数据本身。而在“单独提取”模式下，控辩双方对电子数据的真实性发生争议时，鉴定对象通常是电子数据本身。“单独提取”模式既没有原始的电子数据，也没有获得电子数据的原始存储介质，其在形式上并不符合最佳证据规则的基本要求。故从最佳证据规则的基本要求来看，在电子数据收集中应

⁸ 陈永生：《电子数据搜查、扣押的法律规制》，载《现代法学》2014年第5期，第111-127页。

⁹ 麦永浩主编：《电子数据司法鉴定实务》，法律出版社2011年版，第71-75页。

当优先选择“一体收集”模式，只有在符合法定例外情形下才可以选择“单独提取”模式。

第二，“一体模式”模式符合电子数据收集的主体状况。刑事诉讼中的证据收集主体主要是警察、检察官等人员，他们是习惯于从事物理犯罪取证而非数字取证的人员。而电子数据是基于现代信息技术所衍生的新型证据形式，其具有较强的技术性特征。电子数据的文件类型、操作系统、文档加密、软件运用、网络连接、存储位置等操作都具有很强的技术，这对取证主体的技术资质提出了相应的要求。¹⁰由于缺乏相应的技术储备和实践经验，则很容易在电子数据过程中对其真实性、完整性造成破坏。而司法工作人员自身所具有的知识储备和实践经验，主要来自于传统的物理犯罪取证。就我国司法实践来看，仅在中央和省级公安机关成立了公共信息网络安全监察机构，缺乏经过法律授权、具有丰富电子证据知识的调查人员和机构，没有专业知识和经验是困扰司法工作人员电子数据取证的难题。¹¹“一体收集”和“单独提取”模式，在取证主体的技术资质上存在较大区别。从取证主体上来，“一体化”收集模式下，电子数据依附于其原始存储介质，侦查人员在查封、扣押原始存储介质，与其他的物证收集行为并不存在本质区别，此时对于侦查人员资质、能力和技术水平并没有特殊要求，侦查人员可以将其传统的物理取证知识和经验应用于电子数据取证。只有后期从原始存储介质中提取电子数据时，才会对电子数据技术资质提出较高的要求。而在“单独提取”模式下，取证主体仅从原始存储介质中直接提取数据，而并不查封、扣押原始存储介质，这就要求取证主体具有相应的技术资质。故“一体模式”模式可以让侦查人员将其传统的物理取证知识和经验应用于电子数据取证，更加符合侦查人员现有素质状况。

第三，“一体模式”模式符合电子数据发展的必然趋势。随着现代信息技术的不断发展，存储介质的存储能力越来越大，不同数据库或者系统之间的嵌入程度越来越紧密，信息技术飞速发展和电子数据取证技术相对不足的矛盾就会越来越凸显。在司法实践中，电子数据证据有可能是呈碎片式，存储于各个数据系统中，与案件有关的电子数据与其他电子数据相互混杂，这就加大了电子数据区分和筛选的难度。如若筛选不当，则可能对电子数据造成损害。有些犯罪分子掌握着比较高超的现代信息技术，他们可能在计算机系统中暗藏木马病毒、数据炸弹。如果操作不同，很有可能导致系统内与之相对关联的多个数据程序发生变化，对电子数据造成破坏。在“一体收集”模式下，侦查人员主要通过扣押电子数据的原始存储介质来实现对电子数据的收集，而并不直接进入电子数据的操作系统，也避免了因经验不足而触发可能隐藏系统之中的木马病毒、数据炸弹等，避免了对电子数据的破坏。而后期可以将电子数据连同其原始存储介质一并移送给专业人员提取，从而保障了电子数据的真实性。

三、电子数据鉴真方法：多元方式及其关系

传统实物证据的鉴真方法通常有两种，即“独特性确认”和“保管链条证明”。“独特性确

¹⁰ 龙宗智等著：《司法改革与中国刑事证据制度的完善》，中国民主法制出版社2016年版，第325-326页。

¹¹ 裴兆斌：《论刑事诉讼中电子数据取证模式》，载于《东方法学》2014年第5期，第87-95页。

认”的鉴真方式主要适用于特定物，若某一实物证据具有显著特征，由证人当庭陈述该证据特征，对该物证与其原来所看物证的同一性作出证明。“保管链条证明”的鉴真方式主要适用于种类物，它主要是对物证从提取到当庭出示过程的完整展示来鉴别其同一性。¹²上述两种鉴真方法并非截然对立而是可相互转化。特定物亦可采取“保管链条证明”的鉴真方式，而种类物亦可通过编号、签名等方式让其获得独特性而适用“独特性确认”鉴真方式。对于电子数据而言，一方面由于其不同收集模式下的鉴真对象存在差异，另一方面由于电子数据所具有的科技性和虚拟性的特征，因此，电子数据的鉴真方法与传统实物证据鉴真方法存在较大差异。在电子数据的“独特性确认”鉴真方式上，由一般证人进行辨认仅仅适用于“一体收集”模式下的原始存储介质，而其中的电子数据则仅凭一般证人用肉眼是无法予以辨认，只能借助于专业技术人员的专门比对和分析。比如前文案例二中，就是控辩双方在发生争议之后由专业技术人员张某对电子数据进行比对。“保管链条证明”也能够用于电子数据鉴真，但是其在电子数据的适用更加严格。除了上述两种方式之外，鉴定也是电子数据鉴真中的常见方式。《电子数据规定》中主要采取了“保管链条证明”和鉴定来实现对电子数据的鉴真，并以此为基础规定了电子数据收集保管中的笔录制度、见证人制度、录音录像制度和鉴定制度。

（一）笔录制度：保管链条证明的基础

笔录是对侦查人员勘验、搜查、扣押以及提取证据过程所制作的书面记录。我国刑事诉讼法规定，侦查人员在进行勘验、搜查、扣押等侦查行为时应当制作笔录。由此形成的笔录是刑事诉讼中法定证据种类之一。笔录证据可以对物证、书证、视听资料和电子数据等实物证据起到鉴真作用，对各种实物证据的来源、提取、搜集、移送、保管、出示等过程直接进行证明，从而达到证明实物证据真实性和同一性的功效。¹³《电子数据规定》对电子数据收集中笔录的制作进行了详细规定。电子数据收集过程中，除了应符合一般笔录的形式要件外，还应记载以下内容：1、记录原始存储介质的封存状态；2、例外说明，即无法扣押原始存储介质的，应在笔录中注明不能扣押原始存储介质的原因、原始存储介质的存放地点或者电子数据的来源等情况。实践中，经常会出现因电子数据收集保管笔录存在瑕疵而引发对其真实性质疑的情况。

案例三：罗某开设赌场案¹⁴

罗某利用网络开设赌博平台。案件审理中，辩护人提出，侦查机关调取电子证物时程序违法，依此程序制作的电子证物检查工作记录属非法证据，且该份证据系倒签时间，应予以排除。法院经审理后认为，侦查机关在查获用于赌博投注的电脑时，制作了相关检查笔录，

¹² 陈瑞华：《刑事证据法学》，北京大学出版社2012年版，第133-137页。

¹³ 陈瑞华：《刑事证据法学》，北京大学出版社2012年版，第115-120页。

¹⁴ 具体内容详见四川省崇州市人民法院（2015）崇州刑初字第147号刑事判决书，

同时在查获的电脑上提取了相关数据，对记载数据的网页进行了拍照固定，并由管理服务人员钟某签字确认，程序上并未违法，所提取到的证据具有客观性和真实性。虽然侦查人员在现场未对提取、固定电子数据的过程制作文字说明，证据上存在瑕疵，但不能就此认定取证程序违法及相关证据属非法证据而予以排除。侦查机关在案件审理过程中出具《情况说明》，对《电子证物检查工作记录》的制作时间做出合理说明，对相关证据作了补正。故法院认为辩护人所提电子证物检查工作记录属非法证据、应予以排除的主张不予支持。

在案例三中，辩护方提出电子数据检查笔录存在倒签问题，从而主张排除该检查笔录。但是，提出排除该检查笔录并非其真正目的，其真正目的在于通过排除该检查笔录进而引发保管链条的断裂、无法对电子数据鉴真，进而让法院不将电子数据作为定案依据。所以，笔录证据在电子数据鉴真中占据重要地位，但也常常是发生问题较多的地方。笔录证据在电子数据鉴真中主要具有以下特征：1、全程性。笔录是对侦查人员进行勘验、搜查、扣押以及证据提取过程所制作的书面记录。电子数据从收集、移送、保管到庭审出示等各个环节和阶段都需要制作笔录。狭义的笔录仅仅指勘验笔录、搜查笔录，广义的笔录范围不仅包括狭义笔录，还包括侦查机关在收集电子数据中制作的物品清单、移交过程的清单和交接手续等证据。通过笔录方式，可以对电子数据从收集保管到庭审出示的所有环节进行固定。因此，其具有全程性的特征。2、主观性。我国刑事诉讼法学界和证据法学界对于笔录证据的归类，历来存在争议。有部分学者将其作为实物证据，¹⁵但也有部分学者将其作为言辞证据。¹⁶两类证据的本质区别在于其内容和表现形式。言词证据是以人的陈述作为为其存在和表现形式的证据，其本质是言语陈述，这种陈述既可以通过口头形式，也可以通过书面或录音录像形式表现出来。实物证据是以物品的性质、存在状况及其内容来发挥证明价值的证据。¹⁷基于上述区分，笔录证据在本质上属于言词证据，其具有相对的主观性。其主观性的典型表现就是，笔录制作人可能在对电子数据的收集、转移、保管等记录中对某些环节或者要素出现瑕疵，这种瑕疵可能基于故意，也可能基于过失。比如在案例三中，检查笔录的制作人就出现了倒签笔录时间、对电子数据提取过程缺乏文字记录等瑕疵。这就需要某种制度来平衡笔录证据在电子数据鉴真中的主观性。

电子证据收集中的录像制度和见证人制度，都是平衡笔录主观性的重要制度。《电子数据规定》第5条第5项、第10条、第14条、第16条第2款等规定了电子数据收集保管中的录像制度。从本质上讲，录像和笔录在本质上并无区别，都是对电子数据收集过程进行固定和保全的方式，目的是为了保障电子数据的收集保管链条的事后可检验性，为法院审查电子数据的真实性和同一性提供根据。但是，笔录是由人对电子证据收集保管过程予以固定，

¹⁵ 详见陈光中主编：《证据法学》，法律出版社2011年版，第209页；张建伟：《证据法要义》，北京大学出版社2009年版，第141、280-282页。

¹⁶ 详见陈瑞华：《刑事证据法学》，北京大学出版社2012年版，第93页；何家弘、刘品新：《证据法学》，法律出版社2008年版，第125页；张保生等：《证据法学》，高等教育出版社2013年版，第46-47页。

¹⁷ 谢登科：《论行政执法证据在刑事诉讼中的使用——基于典型案例的实证分析》，载于《华东政法大学学报》2016年第4期，第147-159页。

其具有主观性特征，而作为录像载体的机器设备则不同，它可实现对电子数据收集保管过程予以客观、全面的固定。即使存在对录像有人为的删减或者改动，也会留有相关痕迹，通过鉴定仍然有机会发现对其所作的剪辑。因此，引入录像制度作为电子数据鉴真方式之一，可以实现对笔录主观性的平衡。由于录像和笔录在本质上都是对电子数据收集过程进行固定和保全的方式，故后文对录像制度不作专门研究，而着重分析见证人制度。

（二）见证人制度：第三方对电子数据收集过程的见证

见证人参与电子数据收集过程，既可对侦查机关进行监督制约，也是对电子数据鉴真的重要方式之一。我国刑事诉讼法规定，侦查机关在开展勘验、检查、搜查、查封、扣押等侦查活动时，应当由见证人对于上述侦查活动进行见证。¹⁸《电子数据规定》第15条规定：“收集、提取电子数据，应当根据刑事诉讼法的规定，由符合条件的人员担任见证人。由于客观原因无法由符合条件的人员担任见证人的，应当在笔录中注明情况，并对相关活动进行录像。”根据该规定，在收集和提取电子数据时，一般应有见证人在场对于电子数据的收集提取行为予以见证。在电子数据收集中，见证人是对其进行鉴真的重要方式之一。如果侦查人员在收集提取中对电子数据进行修改或删减，见证人可提出异议并且拒绝在笔录上签字，也可要求将异议记载于笔录之中。在庭审中，如果控辩双方对电子数据真实性、同一性发生争议，见证人陈述也是证明其真实性的主要方式之一。

案例四：王某强奸、强制猥亵妇女罪一案¹⁹

王某通过微信与被害人葛某相识，二人在宾馆见面发生关系。期间，王某用手机偷拍葛某裸体照。后王某以公布裸照相威胁，多次与葛某发生性关系。案件审理中，辩护人提出手机微信、照片等电子数据，未经侦查机关依法提取和固定，没有提取原始存储介质，不能作为定案依据。法院经审理后认为，公安机关虽未严格依照有关规定提取涉案电子数据，但公诉机关提交的检查笔录、勘验笔录均记载公安机关在见证人汪某见证下将被害人葛某手机中涉的案电子证据以照片形式保存。同时结合其他证据，该电子证据证实的内容与王某在公安机关的供述及被害人葛某陈述、相关证人证言能相互印证。对涉案电子数据制作、取得过程，原公诉机关作了必要说明，公安机关亦作出合理解释，故对该电子数据予以采信。

在案例四中，侦查机关虽未提取手机微信、照片等电子数据的原始存储介质，但见证人汪某在现场的见证，可以证明侦查机关拍取的照片直接源于手机中存储的电子数据。该案中，

¹⁸ 《刑事诉讼法》第131条规定：“勘验、检查的情况应当写成笔录，由参加勘验、检查的人和见证人签名或者盖章。”第138条规定：“搜查的情况应当写成笔录，由侦查人员和被搜查人或者他的家属，邻居或者其他见证人签名或者盖章。如果被搜查人或者他的家属在逃或者拒绝签名、盖章，应当在笔录上注明。”第140条规定：“对查封、扣押的财物、文件，应当会同在场见证人和被查封、扣押财物、文件持有人查点清楚，当场开列清单一式二份，由侦查人员、见证人和持有人签名或者盖章，一份交给持有人，另一份附卷备查。”

¹⁹ 具体内容详见安徽省安庆市中级人民法院（2015）宜刑终字第124号刑事裁定书。

法院采信该电子数据的主要理由就在于见证人对电子数据收集过程的鉴真，能够为其真实性提供保障。侦查机关邀请见证人参与勘验、搜查、扣押等刑事诉讼活动，对证据收集的过程进行见证，为后期解决控辩双方关于证据真实性和合法性争议奠定了基础。因此，侦查机关在电子证据收集中须严格遵守见证人制度，防止可能存在的瑕疵导致该电子数据不能作为定案根据。

相对于其他鉴真方式而言，电子数据的见证人鉴真主要具有以下特点：1、时间上的阶段性。见证人对电子数据收集保管活动的监督和鉴真，主要针对的是其提取、保存电子数据的过程。但是，对于电子数据提取之后保存和处理的情况，比如谁接触过电子数据、电子数据是否被替换、有无发生污染、变质或损害等等，这些情况均无法通过见证人得知。这就说明见证人只能对电子数据保管链条的起点进行证明，而电子数据收集之后的监督与证明却是一片空白。对这些环节的忽视会减少检验电子数据可靠性所需的资料，使得法官对电子数据鉴真的准确性大打折扣。²⁰见证人在电子数据收集中参与的阶段性，决定了其不能全程见证电子数据的收集、提取、保管、移送、鉴定等全部环节，而只能对其所见证环节电子数据的同一性进行证明，无法对其他未参与的环节进行证明。2、知识上的匮乏性。对于书证、物证等实物证据而言，侦查人员在侦查中实施了修改、替换等不法行为，见证人可以直接观察到。但是，电子证据的收集和提取具有很强的专业技术性，这不仅对侦查人员提出了较高要求，也对见证人的也提出了较高要求。如果见证人不具有相应专业技术知识，即使侦查人员对电子数据作了修改，见证人也无法仅凭肉眼观察出来。当然，有些电子数据的收集，可能不需要较强技术，比如案例四中，侦查机关用拍照方式对手机微信等电子数据进行收集。但是，多数电子数据收集具有很强的技术性，比如前文案例二中，侦查机关使用远程勘验方式从云服务器中复制提取数据库。见证人专业技术知识上的匮乏性可能让其无法胜任对电子数据收集的见证工作，有可能导致电子数据鉴真流于形式。

（三）鉴定制度：事后技术性鉴真方式

在鉴真与鉴定关系问题上，现有观点多数注意到鉴真对检材真实性保障进而提高鉴定意见的权威性，但却忽视了鉴定是电子数据鉴真的方式。比如有观点认为：“在刑事证据的审查判断中，鉴真与鉴定是两种具有独立性的证据鉴别活动。鉴真是要证明举证方庭审中出示的证据就是其所主张的那份证据，它是要从形式上解决证据的同一性和真实性。而鉴定则是通过专业技术来揭示实物证据所记载的事实信息。鉴真是司法鉴定的前提条件。如果作为鉴定对象的检材，在鉴真环节存在严重缺陷，则无法保障鉴定意见的权威性。”²¹该观点仅注意到检材鉴真对于鉴定意见权威性的保障作用，但是却忽视了鉴定对于鉴真的实现功能，仅鉴定可以作为对实物证据的鉴真方法。鉴定不仅可以解决电子数据与案件实质关联性的问题，

²⁰ 黄少石：《现场勘查见证人模式的再思考——以俄罗斯体系为研究切入点》，载《江西公安专科学校学报》2010年第3期，第43-49页。

²¹ 陈瑞华：《刑事证据法学》，北京大学出版社2012年版，第141-143页。

也可以解决电子数据形式真实性的问题。如果控辩双方对于某电子数据是否经过伪造、破坏、修改发生争议，而无法通过肉眼观察的方法直接确定其是否经过伪造或者破坏时，则可借助专业技术来进行认定。因此，鉴定是对电子数据鉴真的重要途径之一。

案例五：董某贪污案²²

董某、李某为国企员工，利用职权之便虚构合同套取公司工程款，此款由李某以“帐外帐”存储于U盘。检察院接举报后进行初查。2015年4月6日，检察院通知李某到案了解情况。李某到案后主动交代，并向检察院提交该“帐外帐”U盘。检察院封存该U盘，记录了封存时间、人员。在案件审理中，董某辩护人提出，该U盘中“帐外帐”经过修改，侦查机关未按刑诉法的相关规定，对电子数据原始存储介质进行封存、提取，对该证据真实性、完整性提出异议。检察院出具情况说明证明，对该U盘进行封存，并委托鉴定机构对U盘中电子数据进行鉴定。鉴定机构通过技术手段对U盘中文件增加、删除、修改痕迹进行鉴定，出具鉴定报告证实：2013年12月2日8时50分的“12月2日报账”明细中有一项记录“9月29日给董总和我各5000元买电话，共计10000元”，且该记录在2015年4月3日、4月4日、4月5日被修改，最终被修改为“9月29日付董总买大米5000元，钩机款5000元，计10000元”。法院经审理后认为，检察机关依法对该U盘进行封存，并记录了封存时间、人员。该电子数据随原始存储介质移送，且经办案机关依法封存。鉴定意见显示U盘中帐外帐，在检察院初查前已经修改，该内容与李某证言相互吻合。因此，该U盘中存储记录的帐外帐明细具备真实性、完整性、关联性，对该份证据依法予以采信。

在案例五中，辩护方认为电子数据经过修改、其真实性有异议。但是，鉴定意见显示该电子数据是在侦查机关初查之前发生修改，而非侦查机关查封、扣押后发生修改。实物证据鉴主要是解决其形式真实性问题，它是对出示证据与主张证据同一性的确认，进而对出示证据形式上的关联性作出审查，是该证据载体及其表现形式的初步筛查机制。²³作为形式上的真实性，其主要关注的侦查机关在收集该实物证据之后作出了修改，其在案件过程中收集的证据与庭审中出示证据是否为同一证据。从实践来看，犯罪分子可能会在犯罪之后实施破坏、毁灭、伪造电子数据的行为，这些行为通常不会影响电子数据的形式真实性，但会对其内容产生影响。电子数据具有系统性特征，其总是以系统的面目呈现。在案件发生时，电子数据的产生也会随之产生一些附属信息、关联痕迹，造假行为导致电子数据发生变化的同时，也就会产生与之相应的附属信息、关联痕迹。通过查找和鉴别这些附属信息、关联痕迹，就可以准确把握电子数据真假。²⁴但无论是形式真实性还是实质真实性，都可由专业人员以技术手段鉴别出来。

²² 具体内容详见吉林省靖宇县人民法院（2015）靖刑初字第73号刑事判决书，案例来源于无讼案例网。

²³ 孙锐：《实物证据庭审质证规则研究——以美国鉴真规则的借鉴为视角》，载《安徽大学学报（哲学社会科学版）》2016年第4期，第136-144页。

²⁴ 刘品新：《电子证据的基础理论》，载《国家检察官学院学报》2017年第1期，第151-159页。

鉴定作为电子数据鉴真方法之一，其主要具有以下特征：1、事后性。鉴定与“证据保管链条证明”虽同为鉴真方式，但其产生并不与电子数据收集、移送、保管等环节保持同步，而是电子数据收集之后才会出现。最高人民法院《关于适用<中华人民共和国刑事诉讼法>的解释》第93条第2款规定：“对电子数据有疑问的，应当进行鉴定或者检验。”该规定并未将鉴定作为电子数据鉴真的常规性手段，而是在“对电子数据有疑问”时，即通过现有卷宗中的笔录材料等证据无法证明电子数据真实性和同一性时，才可适用鉴定对电子数据进行鉴真。如果电子数据的保管链条较为完备能够对其进行鉴真，则无需借助鉴定。²⁵作为鉴真方式的鉴定，主要是在事后解决控辩双方关于电子数据真实性和同一性的争议，而无法事先预防在电子数据收集、移送中发生的证据掉包或者毁坏行为。2、补救性。鉴定作为电子数据的鉴真方式具有事后性，如果电子数据保管链条较为完整能够对其进行鉴真，则无需鉴定。反之，若电子数据保管链条存在瑕疵，无法对其进行鉴真，则鉴定就是化解控辩双方关于电子数据真实性争议重要途径。鉴定作为电子数据鉴真方式，并非其常用鉴真方式，而是对其保管链条进行补救的方法。3、技术性。鉴定的本质就是利用技术手段来处理诉讼的专门性问题。对电子数据通过鉴定方式来进行鉴真，本身就意味着其具有较强的技术性。相对于其他实物证据而言，鉴定在电子数据的鉴真中更具常态化，这主要源于电子数据的科技性特征。实物证据鉴真如果能通过辨认、对比等方法完成，则无需借助于鉴定。但若这些常规方法无能为力时，鉴真问题就演变为诉讼中的专门性问题，需经由鉴定来解决。²⁶而电子数据内容是否真实、有无经过删减或修改等，仅凭肉眼或者日常经验无法作出正确判断。因此，实践中常需借助鉴定这种技术性较强的鉴真方式来保障电子数据的真实性和同一性。

（四）不同鉴真方式之间的关系

实物证据鉴真方式的多样性，其不仅存在我国证据制度之中，国外证据制度亦是如此。比如美国《联邦证据规则》规则901(b)规定了知情者证言、笔迹的非专家证人意见、专家证人意见、过程笔录等十种鉴真方式，该条还明确规定鉴真方式并不限于本条所列举十种方式，也可以采取联邦制定法和最高法院制定规则所允许的其他鉴真方式。在美国《联邦证据规则》901规则下，“实物证据鉴真有多种方式，到底使用哪种鉴真方法，可以根据案件具体情况来选择。”²⁷侦查人员在案件处理过程中，可根据需要选择不同鉴真方式。允许裁量性选择鉴真方式，主要具有以下合理性：

第一，实物证据的差异性要求鉴真方式的多样性。实物证据是鉴真对象，但实物证据存在不同表现形态。有些实物证据体积很大，比如肇事车辆，有些则非常微小，比如犯罪指纹；有些实物证据存在于现实世界，比如传统物证书证，而有些则存在于虚拟世界，比如电子数

²⁵ 江必新：《<最高人民法院关于适用<中华人民共和国刑事诉讼法>的解释>理解与适用》，中国法制出版社2013年版，第95页。

²⁶ 刘振红：《司法鉴定：诉讼专门性问题的展开》，中国政法大学出版社2015年版，第89-89页。

²⁷ 王进喜：《美国<联邦证据规则>（2011年重塑版）条解》，中国法制出版社2012年版，第313页。

据。即便是电子数据，其所依附的存储介质也存在形态上的巨大差异。实物证据的多样性，决定了仅靠单一方法时无法保障实物证据鉴真需求。

第二，侦查工作的及时性要求鉴真方式的灵活性。侦查机关在立案之后应及时侦破案件，否则，就有可能因时过境迁让犯罪现场遭受破坏、犯罪痕迹消失，给侦查工作带来困难。侦查工作的及时性，要求侦查机关在法律范围内根据办案需要采取灵活多样的调查方式。具体到实物证据鉴真上亦是如此。侦查机关可根据案情采取相应鉴真方式。若鉴真方式过于单一，则可能会阻碍侦查工作及时开展。

第三，程序证明的宽松性为多样化鉴真奠定基础。通过对实物证据收集保管过程的证明来保障其真实性和同一性，属于典型的“程序性证明”。程序性证明在调查过程、证明方式和证明标准上都可适当宽松，可采用更宽泛的证据材料和采取灵活多样。²⁸由于电子数据鉴真的本质是对其收集、移送、保管等环节的程序性证明，故其在证明方式可以采取自由证明而无需遵循严格证明的限制，这也为侦查人员在收集实物证据过程中，采取灵活性的鉴真方式提高了制度基础。

相比较于美国对多元化鉴真方式的“裁量性使用”，我国对电子数据的不同鉴真方式则具有“强制性适用为主，裁量性适用为辅”的特征。具体表现如下：

第一，笔录鉴真的强制性适用。根据我国刑事诉讼法规定，侦查机关在勘验、检查、搜查、查封、扣押等侦查行为时，应当制作相关笔录或者清单。²⁹笔录的制作具有强制性，而不允许侦查机关裁量适用。将笔录证据作为对电子数据鉴真的法定方式，一方面源于勘验、检查等笔录是我国法定证据种类之一，它可用来证明收集实物证据的真实性；³⁰另一方面则源于笔录的全程性特点，它能够较为完整地证明实物证据的保管链条。

第二，见证人鉴真的强制性适用。我国刑事诉讼法规定在开展勘验、检查、搜查、查封、扣押等侦查行为时，除了要求制作笔录外，还对见证人制度的适用作了强制性规定。正如前文所述，笔录具有主观性较强的特征。通过引入中立第三方——见证人，可制衡侦查机关收集证据中的滥权，亦可解决笔录因侦查机关单方制作而导致证明力较弱的问题。另外，若笔录证据出现瑕疵，见证人证言亦是补正方式之一，比如前文案例三。

第三，鉴定在事后鉴真中的裁量性适用。如前所述，鉴定作为电子数据鉴真方式具有事后性和补救性特征，其通常适用于电子数据的保管链条存在瑕疵，控辩双方对电子数据真实性和同一性存在争议，而无法通过其他方式对该瑕疵进行补正的情况。此时，鉴定并非用来证明实体性问题，并不是要对电子数据的内容进行实质性鉴定，而是用来证明程序性问题，即电子数据是否在收集保管过程中经过删减或者修改。对于该程序性问题的证明是否需要通

²⁸ 阎春雷：《刑事诉讼中的程序性证明》，载于《法学研究》2008年第5期，第139-148页。

²⁹ 详见《刑事诉讼法》第131条规定：“勘验、检查的情况应当写成笔录，由参加勘验、检查的人和见证人签名或者盖章。”第138条规定：“搜查的情况应当写成笔录，由侦查人员和被搜查人或者他的家属、邻居或者其他见证人签名或者盖章。”第140条规定：“对查封、扣押的财物、文件，应当会同在场见证人和被查封、扣押财物、文件持有人查点清楚，当场开列清单一式二份，由侦查人员、见证人和持有人签名或者盖章，一份交给持有人，另一份附卷备查。”

³⁰ 郎胜：《中华人民共和国刑事诉讼法修改与适用》，新华出版社2012年版，第262页。

过技术方式进行鉴定，可以由办案人员根据案件情况进行选择。比如在案例一中就没有电子数据进行鉴定，而直接予以排除。而在案例五和六中，则经鉴定后确认电子数据真实性和同一性后，法院对其予以采信。³¹

四、违反电子数据鉴真规则的法律后果：瑕疵与补正

为保障电子数据真实性和同一性，我国现有法律规定了繁琐的鉴真程序。其中大部分规定属于强制性规范。国家专门机关在收集电子证据时必须遵守，而不能裁量性适用。但现有法律并未明确违反电子数据鉴真程序的法律后果。在司法实践中，不同诉讼主体基于其所处立场，在该问题上存在截然不同观点。法院裁判时处理方式亦不尽相同：有的直接排除，比如案例一；有的则补正后使用，比如案例二至五。因此，有必要对违反电子数据鉴真规则的法律后果予以探讨。

（一）电子数据鉴真规则的性质

刑事诉讼法规定了很多强制性规范，但是，这些强制性规范并非都以权利保障为目的。有些强制性规范可能仅是对国家专门机关的诉讼行为进行规范，为证据的收集、移送、保管等行为提供强制性指引，而并不直接涉及被调查对象相关权利。取证程序并不仅仅是为了保障权利，有些可能为了保障证据的关联性和真实性。“关联性并不是电子证据能否得到采信的一个孤立标准，它同真实性、合法性、证明力问题之间存在着一定程度的交叉。”³²如果某一强制性规范并不涉及被调查对象基本权利，那么，侦查人员即使违反该强制性规定也不会侵犯个人权利。比如搜查时，应有见证人在场而缺少见证人的，若不存在其他违法行为，则并不会直接侵害被调查对象财产权、住宅权、隐私权、自由权等基本权利。但是，有些强制性行为则会涉及被调查对象基本权利，比如缺乏正当理由的无证搜查。搜查证赋予侦查机关进行搜查的权限，被调查对象见到搜查证时，赋予容忍义务。但是，缺乏正当理由的无证搜查，侦查机关则缺乏合法权限，所有权排他性可对抗无正当理由的搜查行为，对于这种严重侵犯个人权利的违法行为应给予程序性制裁。而与权利无关的技术操作性程序规范，则是对侦查行为在时间、地点、签名、见证、记录等方面提出的技术要求，仅具有形式上法律手续的性质。侦查人员违反技术操作性程序规范，通常并不会侵害当事人的重要权利。故对于侦查机关违反技术操作上的强制性规范，则不能适用程序性制裁。

当然，需要注意的是，这里所说的技术性强制规范并不等同于与电子数据收集过程中所要遵循的技术标准。《电子数据规定》第2条和第7条规定侦查机关在收集、提取电子数据时应遵循有关技术标准，取证方法应符合相关技术标准。³³这里的技术标准主要是电子

³¹ 刘品新：《电子证据的关联性》，载《法学研究》2016年第6期，第176—190页。

³² 《电子数据规定》第2条规定：“侦查机关应当遵守法定程序，遵循有关技术标准。”第7条规定：“收集、提取电子数据，应当由二名以上侦查人员进行。取证方法应当符合相关技术标准。”

数据所涉及的信息技术、网路技术、计算机技术等技术性规范。电子数据本身技术性强的特点，在收集、保管和移送过程中不可避免涉及相应的技术标准。这实际上对侦查人员提出了较高的要求，侦查人员除了要熟悉刑侦知识、法律知识外，还需要熟知相关的技术标准。如果侦查人员自身并不具有收集电子数据所要求的知识储备和操作经验，他们可以指派或者聘请专业技术人员来收集、提取有关电子数据。但是，电子数据鉴真程序中的技术性操作规范，主要是从程序角度来规定其收集、保管和移送中的相关要求，这些规范并不涉及相关信息技术和标准。

（二）违反电子数据鉴真规则的法律后果

由于电子数据鉴真规则，主要是技术性操作规范而不是权利保障规范，故违反电子数据鉴真规则属于技术性违法而不是侵权性违法。技术操作中的违法行为，仅违反了相关法律关于电子数据收集、移送和保管的操作性规范，可能会对电子数据的关联性和真实性产生消极影响，但并未侵犯被调查对象的相关权利。基于其技术性违法的本质，对于违反电子数据鉴真规则所收集电子数据应属于瑕疵证据，而不是非法证据。我国学者主张鉴真规则是证据能力规则，对于那些违反鉴真程序的实物证据，法院可对其适用非法证据排除规则，并视不同情况分别对其强制性排除或者补正性排除。³⁴若从广义非法证据角度来看，该观点将其违反鉴真规则的电子数据视为非法证据无疑具有合理性。但是，若从非法证据排除规则角度来看将其视为非法证据，则不无商榷之处。

第一，鉴真规则的本质属性决定了其不属非法证据。非法证据排除规则作为现代法治社会的法律成果，它主要解决不是证明力问题而是证据能力问题，即通过对侵犯公民基本权利取得证据的排除，来遏制非法取证行为，敦促侦查机关依法办案，切实保障诉讼参与人基本权利。³⁵而鉴真规则主要是技术操作性规则，并不是权利保障性规则。违反这些技术操作性的鉴真规则，并不会涉及对被调查对象的权利侵犯。

第二，鉴真规则的价值追求决定了其不属于非法证据。鉴真规则主要是解决实物证据的可采性问题，即解决实物证据的真实性和同一性问题。由于鉴真方式的多样性，对某一鉴真规范的违反并不必然意味着无法通过其他方式证明实物证据真实性和同一性。鉴真方式的多样性和繁琐性也决定了取证主体可能出于疏忽大意或经验不足而导致违反鉴真程序，如果仅仅因此就排除具有真实性和相关性的电子数据，则显然有悖于鉴真制度的目的。

第三，将违反鉴真规则的实物证据视为瑕疵证据具有普世性。在美国刑事司法实践中，也常会出现证据保管链条断裂的问题，这种证据保管链条断裂通常源于侦查人员在证据收集、移送和保管等环节并未严格遵守相关技术性规则，但是证据链条断裂并不必然导致证据被排除。保管链条断裂的实物证据最终能否被法院所采信，主要取决于能否通过其他证据让裁判者

³³ 陈瑞华：《刑事证据法学》，北京大学出版社2012年版，第139页。

³⁴ 闵春雷：《非法证据排除规则适用问题研究》，载《吉林大学社会科学学报》2014年第2期，第70—79页。

相信该实物证据没有被替换或以其他方式被篡改。³⁵在我国司法实践中，司法机关也通常将违反鉴真规则的电子数据视为瑕疵证据，并给予其相应补正机会。只有在其无法补正，其真实性和同一性无法得到保障的情况下，才将其予以排除而不作为定案根据。

（三）电子数据鉴真中的瑕疵补正

电子数据鉴真规则是技术性操作规范而不是权利保障规范，违反鉴真规则所收集电子数据属于瑕疵证据。对瑕疵证据可进行程序补正，以恢复其证据能力。程序补正也称为违法诉讼行为的治愈，是指对于情节较轻的程序违法行为，在对其做出无效宣告前，允许侦查人员、检察人员及下级法院重新实施特定诉讼行为，以在纠正原有程序违法的前提下，重新做出相应诉讼决定。³⁶我国现行法律和司法解释对瑕疵实物证据规定了两类补正方式：一是进行必要补正，二是做出合理解释或说明。这些传统实物证据的瑕疵补正方式亦适用于电子数据。在案例二中，辩护方以取证主体和取证过程不合法为由主张排除电子数据，而辩护方出具侦查人员情况说明对收集过程予以解释，并由收集人张某进行比对，从而确认了电子数据真实性。在案例三、四中，也都是由侦查机关出具情况说明，对收集过程中的瑕疵进行解释或说明，来治愈电子数据的瑕疵。除了上述传统补正方式外，鉴定也是对电子数据保管链条瑕疵进行补正的重要方式。

案例六：快播公司传播淫秽物品牟利案³⁷

深圳市快播科技有限公司（以下简称“快播公司”）成立后，其提供免费 QSI 软件和 QVOD-Player 软件，为用户提供网络视频服务。为提高下载速度，快播公司在各运营商处设置缓存服务器 1000 余台。缓存服务器也为用户传播、下载淫秽视频提供机会。2013 年，快播公司租用北京网联光通技术有限公司（以下简称“光通公司”）四台服务器。2013 年 11 月，北京市海淀区文化委员会执法检查时，从光通公司查获此四台服务器。2014 年 4 月，公安机关对快播公司以涉嫌传播淫秽物品牟利罪立案，从上述四台服务器中提取视频文件 29841 个。经鉴定，其中 21251 个文件属淫秽视频。在审理中，控辩双方对该四台服务器中淫秽视频的真实性产生重大争议。辩护方提出，本案所涉行政执法及取证程序违法，涉案 4 台服务器及其存储数据来源不明，涉案硬盘可能被污染、调换，不应作为证据认定。在该 4 台服务器扣押、移交、鉴定过程中，执法机关只登记了服务器接入互联网 IP 地址，没有记载服务器其他特征，而公安机关淫秽物品审验鉴定人员错误记载了硬盘数量和容量，由于接入互联网的 IP 地址不能充分证明服务器与快播公司的关联关系，前后鉴定意见所记载的服务器的

³⁵ 王进喜：《美国〈联邦证据规则〉（2011 年重塑版）条解》，中国法制出版社 2012 年版，第 314—315 页。

³⁶ 陈瑞华：《刑事证据法学》，北京大学出版社 2012 年版，第 315 页。

³⁷ 本案详细内容参见北京市海淀区人民法院（2015）海刑初字第 512 号刑事判决书和北京市第一中级人民法院（2016）京 01 刑终 592 号刑事裁定书。案例来自聚法案例网。

硬盘数量和容量存在矛盾，可以让人对现有存储淫秽视频的服务器是否为原始扣押的服务器、是否由快播公司实际控制使用产生合理怀疑。针对辩方关于该服务器及存储内容作为鉴定检材真实性提出的质疑，一审法院委托信息鉴定中心对在案扣押的 4 台服务器及存储内容进行检验，分析了 4 台服务器（包括原鉴定当中因无法打开而未提取视频的 1 台服务器）的系统日志，检索到服务器的管理者频繁远程登录使用的 IP 地址 218.17.158.115。经法院进一步要求，公安机关和检察机关调取了快播公司与深圳高新区信息网有限公司的上网专线协议，确认该 IP 地址为快播公司专用 IP 地址。同时，鉴定人员经对 4 台服务器内现存快播独有视频格式文件 qdata 文件属性等各类信息的检验分析，没有发现 2013 年 11 月 18 日后从外部拷入或修改 qdata 文件的痕迹。综合海淀文委、北京市版权局、北京市公安局等办案机关、办案人员出具的证据材料，结合对 4 台服务器的检验结果，法院认定，在办案机关扣押、转移、保存服务器的程序环节，文创动力公司为淫秽物品鉴定人提供转码服务等技术支持，没有破坏服务器及其所存储的视频文件的真实性，检材合法有效。

在案例六中，就存在对淫秽视频信息的多个鉴定。其中淫秽物品鉴定，是由北京市公安局治安总队淫秽物品审验人员进行鉴定，其主要目的是为解决快播公司传播的视频是否具有淫秽性、是否属于淫秽视频，其在本质上属于出版物鉴定。³⁸而作为电子数据鉴真方式的鉴定，则主要是为解决电子数据真实性和同一性的问题，解决侦查机关在收集保管电子数据过程中是否存在对其删减、破坏和修改。对这一问题的鉴定是由相关信息技术部门承担。在案例六中，对淫秽视频是否存在外部拷入或者修改的问题，是由国家信息中心电子数据司法鉴定中心做出。如果电子数据保管链条存在瑕疵，则可通过鉴定方式来化解控辩双方关于出示证据与主张证据是否具有同一性的争议。通过鉴定来对电子数据进行鉴真，并不是电子数据收集保管中的常用鉴真方法，而是对其保管链条下次进行补救中的重要方式。有实证研究显示，在刑事诉讼中，法官却更愿意通过鉴定意见对提交电子数据的证据能力和证明力形成内心确信，³⁹这主要源于电子数据作为一种专业性很强的新型证据种类，它很难通过肉眼的方式进行直接辨认或者识别，而作为现代信息技术产物的电子数据，现代信息技术也为其实现提供了技术保障和支持。电子数据具有系统性特征，其总是以系统的面目呈现。在案件发生时，电子数据的产生也会随之产生一些附属信息、关联痕迹，造假行为导致电子数据发生变化的同时，也就会产生与之相应的附属信息、关联痕迹。通过查找和鉴别这些附属信息、关联痕迹，就可以准确把握电子数据真假。所以，鉴定是对电子数据保管链条瑕疵进行补正的重要方式，可以有效化解控辩双方关于电子数据真实性和同一性的争议。但是，鉴定作为一种技术性较强的电子数据事后救济性鉴真方式，控辩双方由于缺乏专门性知识很难对展开实质性质证，法官也很难对其展开实质性审查。解决上述问题的有效方法，则在于引进具有专业知识的人员来辅助控辩审三方对电子数据中的鉴定进行质证和审查。

³⁸ 谢登科：《论出版物鉴定的实践困境与出路》，载《出版发行研究》2016 年第 9 期，第 84—87 页。

³⁹ 李学军、朱梦妮：《电子数据认证问题实证研究》，载《北京社会科学》2014 年第 9 期，第 55—66 页。