

**中国行为法学会  
行政执法行为研究会2015' 年会**

**资料汇编**

2015年11月8日 北京

金承东老师  
2015.12.1日捐赠

## 目 录

- 1、金承东：论电子政务法——内涵、目的及基本结构 ..... 1
- 2、宋华琳 汤雯雯：互联网言论自由与微博治理模式的改革  
——以“金山”诉“360”案为楔子 ..... 28
- 3、蒋红珍：电子规章制定的信息层次及其实践效果  
——基于上海的考察 ..... 47
- 4、王 静：Uber 等出租汽车平台公司的中国法律难题 ..... 74
- 5、陶品竹：域外互联网管理的法律制度与法治经验 ..... 83
- 6、王 军：应当适度放开非营运车辆的网络预约服务 ..... 95
- 7、王义国：山东省行政执法存在的问题和对策 ..... 109
- 8、谢立新 江黎：“互联网+”背景下的“非典型”  
信息公开之诉 ..... 115
- 9、张效羽：互联网+产业行政法规制亟待改革 ..... 124
- 10、周 辉：电商平台的法律责任与政府监管  
——以微商为例 ..... 129

# 论电子政务法

## ——内涵、目的及基本结构

金承东\*

[内容摘要]电子政务法是对电子政务进行法律规范的总和,是信息法和行政法的结合,但主要是行政法。电子政务法的目的就在于保障和推动政务信息化;以公众为中心,实现服务行政;提高政务效率;推进电子民主;推动政务改革,实现政府再造。基于电子政务自身的逻辑和实践顺序,笔者所构想的电子政务法学的基本框架为:电子政务法概况;电子政务建设法律制度;政务信息互通共享协同法律制度;电子政务标准法律制度;电子政务安全法律制度;电子政务绩效评估法律制度。

关键词:电子政务法、目的、基本结构

2002年8月5日,中共中央和国务院联合发布了《国家信息化领导小组关于我国电子政务建设指导意见》,该指导意见明确指出“把电子政务建设作为今后一个时期我国信息化建设的重点,政府先行,带动国民经济和社会发展信息化。”2006年5月,中共中央和国务院又联合发布了《2006—2020年国家信息化发展战略》,再次强调推行电子政务是我国信息化发展的战略重点之一。2006年6月12日,国务院总理、国家信息化领导小组组长温家宝进一步指出:“加快电子政务建设,推进行政管理体制,提高政府工作效率和公共服务水平,为公众参与经济社会活动创造条件。”在政策指引下,电子政务建设在全国各地如火如荼地展开,与此呼应,电子政务的法制建设必须紧跟,否则无以保障我国的电子政务沿着健康、快速的轨道发展。基此,本文拟对电子政务法的概念进行提炼和界定,希望以此确定一个科学的范畴和一致的研究范围。

### 1. 电子政务法的概念

简单讲电子政务法是对电子政务进行法律规范的总和,所以电子政务法概念的界定要以电子政务的界定为基础,电子政务的概念界定清楚了,电子政务法的

\* 浙江大学法学院副教授。

概念自然也就清楚了。

但电子政务是很难界定的一个概念，<sup>1</sup>国内对电子政务概念的界定也是五花八门，但基本内容还是具有一致性的。<sup>2</sup>吸收借鉴目前国内对电子政务的各种定义，笔者认为电子政务是指具有公共管理职能的机关和组织全面应用现代信息技术，进行办公、管理以及为社会提供服务的活动。具体而言就是指具有公共管理职能的机关和组织运用现代网络通讯与计算机技术等信息技术，将其内部和外部的管理、服务职能进行紧密结合，对政务机关和组织的组织结构和运行方式进行优化重组，并通过网站将政务活动按照设定的程序在网上实施，从而打破时间、空间以及部门分割的制约，全方位地为社会以及自身提供一体化的，规范、高效、优质、透明的管理和服务。

该定义包含以下几个要素：

第一，电子政务并不是简单地将具有公共管理职能的机关或服务通过信息技术在网络上进行，而是要利用信息技术提供的可能，对它们的组织机构和运行方式进行重组和优化，从而使公共管理和服务更高效、便捷、透明和一体化。

<sup>1</sup> 参见周汉华：《电子政务法研究》，《法学研究》2007年第3期，第3页。

<sup>2</sup> 理论界有代表性的定义有：

“电子政务是指高效、开放的政府凭借计算机技术、现代通讯技术等高新技术在安全可靠的网络平台上全方位行使管理职能，开展政务活动。”（见赵国俊主编：《电子政务教程》，中国人民大学出版社2004年版，第6页）

“电子政务是指运用计算机、网络和通信等现代信息技术手段，实现政府组织结构和工作流程的优化重组，超越时间、空间和部门分隔的限制，建成一个精简、高效、廉洁、公平的政府运作模式，以便全方位地向社会提供优质、规范、透明、符合国际水准的管理和服务。”（候卫真著：《电子政务的建设与发展》，中国人民大学出版社2006年版，第2页）

“电子政务是指具有公共管理职能的管理部门（包括各级政府部门及其它具有公共管理职能的部门，如司法机构和立法机构等）利用计算机和网络等信息技术开展的一系列政务活动，其实质就是应用信息技术对政府业务流程进行优化和重组，以构造更加适合时代要求的政府结构和运行方式。”（信息产业部电子科学技术情报研究所兰科研究报告：《国外电子政务发展研究》，第3页）

立法界有代表性的定义有：

《云南省电子政务管理办法》第3条规定：“本办法所称电子政务，是指各机关应用信息与网络技术，发布信息、办理业务、处理公文等管理和服务活动。本办法所称各机关，是指本省行政区域内适用公务员法的各级各类机关及单位。”（云南省人民政府2006年5月16日颁布，2006年7月1日起施行）

《西安市电子政务建设管理办法》第3条规定：“本办法所称电子政务建设，是指行政机关应用信息与网络技术，将管理和服务集成，实现组织结构和 work 环境的优化，向社会提供规范、透明、高效、便捷的公共管理与服务的信息系统建设。本办法所称行政机关，是指本市市属各级政府及其工作部门、法律法规授权具有公共管理职能的组织和依法接受委托从事公共管理活动的其他组织。”（西安市人民政府2005年11月29日通过）

《天津市电子政务管理办法》第3条规定：“本办法所称电子政务，是指行政机关应用信息与网络技术，将管理和服务集成，实现组织结构和 work 环境的优化，向社会提供规范、透明、高效、便捷的公共管理与服务的活动。本办法所称行政机关，是指各级人民政府及其工作部门、法律法规授权具有公共管理职能的组织和依法接受委托从事公共管理活动的其他组织。”（天津市人民政府2004年6月21日通过，2004年8月1日起施行）

第二，电子政务不仅包括党委、政府、人大、政协、法院等所有行使国家公权力的国家机关的信息化问题，还包括那些行使公共管理职能的事业单位和团体组织的信息化问题。

对此，有的学者认为电子政务仅仅指行政机关的信息化，有的学者则认为电子政务不仅仅是指行政机关的信息化，还包括党委、人大、政协、法院等所有政务机关的信息化。<sup>1</sup>而我们认为信息化必须是全方位的，它应渗透在各个领域，各个方面，我们不可能只要求行政机关信息化，而其他国家机关却可以不信息化。只有所有国家机关都信息化了，才能带动整个国家的信息化；相反如果只有行政机关信息化了，而其他国家机关却没有信息化，那么这样不仅不能带动整个国家的信息化，而且受其他国家机关的牵制，行政机关的信息化也不可能彻底实现。因而电子政务首先必须是指所有国家机关的信息化。其次，在我国除了国家机关在行使公共管理职能外，还有很多事业单位和团体组织也在行使公共管理职能，他们也需要实现信息化。而他们的信息化问题，由于他们的公共管理职能，而与国家机关的信息化问题具有相通性，因而他们的信息化问题也应该属于电子政务的范畴，今后制定电子政务法的时候，也应纳入电子政务法的规范范畴中。<sup>2</sup>

第三，电子政务既包括政务部门将外部的管理和服务信息化，还包括将内部的管理与服务信息化。而且内部管理和服务的信息化往往是外部管理和服务信息化的前提条件。

## 2. 电子政务与电子政府

电子政务与电子政府由于有一字之差，因而很多学者就试图进行仔细区别：有学者认为电子政务是指所有国家机关的信息化问题；而电子政府仅仅是指行政机关的信息化问题。还有学者认为，电子政府针对的是公共部门信息化的主体范围，而电子政务则是公共部门信息化的客体范围。<sup>3</sup>

但更多的时候，学者在使用这两个概念的时候，并不加以区别。如对美国

<sup>1</sup> 参见前注3。

<sup>2</sup> 周汉华教授在其负责起草的《中华人民共和国电子政务服务法（专家建议稿）》中明确规定：“本法适用于各级国家机关、事业单位和团体组织的电子政务项目建设，信息技术应用以及构建电子政务发展环境的活动。”（第2条）。

这样电子政务的主体范围和《中华人民共和国政府采购法》的主体范围是一致的，该法第2条明确规定：“在中华人民共和国境内进行的政府采购适用本法。本法所称政府采购，是指各级国家机关、事业单位和团体组织，使用财政性资金采购依法制定的集中采购目录以内的或者采购限额标准以上的货物、工程和服务的行为。”

<sup>3</sup> 参见高家伟：《论电子政务法》，《中国法学》2003年第4期。

2002年通过的“电子政务法”，有的翻译成“电子政务法”<sup>1</sup>，有的翻译成“电子政府法”<sup>2</sup>。再如国内学者陈云、蒋昌建将一本日本电子政务的著作，翻译成电子政府。<sup>3</sup>实际上，这两个概念并没有什么明显的差别，国际社会大多用“电子政府”这个概念，而我国由于官方文件更多地用“电子政务”，<sup>4</sup>尤其是这个概念已被国家最高层决策机关所确认，如2002年8月5日颁布的《国家信息化领导小组关于我国电子政务建设指导意见》，2002年11月的中共中央十六大报告<sup>5</sup>，以及2006年5月颁布的《2006—2020年国家信息化发展战略》，都是用电子政务这个概念。所以，渐渐地国内就采用了“电子政务”这个概念。

因而，“电子政务”和“电子政府”实际是同一个概念，指称同一事务，可以互换使用。<sup>6</sup>

### 3. 电子政务与电子监管

这两个概念不存在分歧，但容易引起研究范围的混淆。电子监管是指政府对电子信息行业进行必要的监督管理和为之提供必要的服务。这方面的法律规范已很多，如《中华人民共和国电信条例》、《中华人民共和国计算机信息网络国际联网管理暂行规定》、《互联网信息服务管理办法》、《电子出版物管理规定》、《电子认证服务管理办法》、《网上银行业务管理暂行办法》、《互联网站从事登载新闻业务管理暂行规定》、《电信业务经营许可证管理办法》等等。而电子政务则是指政务部门如何采用电子信息技术手段来履行各种监管和服务职能。这方面的法律规范也开始渐渐多起来，如《海南省政务信息化管理办法》、《“中国杭州”政府门户网站运行管理暂行办法》、《南宁市电子政务网络平台建设规定》、《深圳市电子政务标准化管理暂行办法》、《广东省电子政务信息安全管理暂行办法》、《天津市电子政务管理办法》等等。

电子监管中，信息技术成了政府监管的对象；而电子政务中，信息技术成了政府履行职能所采用的手段。电子监管的目的在于促进信息技术更

<sup>1</sup> 曹慧敏、翁国民：《中美电子政务及其相关法律规定的比较》，《行政与法》2006年2期。

<sup>2</sup> 李正华：《国外电子政务的立法及其启示》，《信息网络安全》2006年7期。又见《美国总统布什签署〈2002年电子政府法〉》，载《信息网络化发展动态》2002年第26期。

<sup>3</sup> [日]白井均、城野敬子、石井恭子、永田佑一著，陈云、蒋昌建翻译：《电子政府》，上海人民出版社2004年版。

<sup>4</sup> 我国官方使用“电子政府”这个概念的极少，如2003年1月29日长沙市人民政府通过了《长沙市“电子政府”建设管理办法（试行）》。

<sup>5</sup> 中共中央十六大报告指出：“进一步转变职能，改进管理方式，推进电子政务，提高行政效率，降低行政成本，形成行为规范、运作协调、公正透明、廉洁高效的行政管理体制。”

<sup>6</sup> 参见周汉华：《电子政务法研究》，《法学研究》2007年第3期，第3页。

好、更快地发展；而电子政务的目的在于利用电子信息技术来促进政务管理和服务更便捷、更高效。但这两者也有紧密的联系，即政务部门在利用信息技术手段来履行自己的各项职能时，对信息技术的运用，也要遵循政府对电信行业所进行的监管，也要遵循这方面的法律规范，也就是说电子政务要服从电子监管。

### 4. 电子政务与电子商务

电子商务是在利用现代电子工具（包括现代通讯工具和计算机网络）进行企业的经营管理和市场贸易等现代商务活动。<sup>1</sup>电子商务是与电子政务相对应的一个概念。两者的相同点在于都是信息技术的产物，都依赖于电子信息技术。由此，两者在很多方面，如网络系统的建设、电子签名认证、电子信息安全等都是可以相通的。但由于两者应用的领域不同，电子政务应用的领域是国家公权力的管理和活动，而电子商务的应用领域是追求盈利的商务活动，这导致两者又有很多的不同，属于相互独立的领域，无法相互替代。

### 5. 电子政务法的部门属性

电子政务法属于什么部门法，这在国内学者之间引起了一定的争议。有的学者认为：“电子政务法是专门调整现代信息技术在公共行政领域中应用的范围、条件、方式、地位和效力等事项的法律规范的总称，是行政法体系中相对独立的部门。”<sup>2</sup>有学者认为：“电子政务法是新兴的以行政法为基础的跨部门的法律领域”。<sup>3</sup>有的学者则认为“电子政务法应当一部分而且是相当一部分与专利法、著作权法相关，这可不是行政法领域所能解决的问题。所以电子政务法是直接放在行政法中进行研究，还是单独把它列出来作为一个独立的法学领域进行研究还有待法学家们进一步探讨。”<sup>4</sup>

而我国的地方立法对此的界定也不一致。有些地方立法规定电子政务是指所有政务机关的信息化，如《海南省政务信息化管理办法》<sup>5</sup>第2条规定：“本省行

<sup>1</sup> 黄敏学主编：《电子商务》，高等教育出版社2004年第2版，第25页。

美国政府在其《全球电子商务纲要》中对电子商务的定义为：“电子商务是通过因特网进行的各种商务活动，包括广告、交易、支付、服务等”（见黄敏学主编：《电子商务》，高等教育出版社2004年第2版，第24页）；

联合国国际贸易程序简化工作组对电子商务的定义是：“采用电子形式开展商务活动，它包括在供应商、客户及其他参与方之间通过任何电子工具，如EDI、Web技术、电子邮件等共享非结构化或结构化商务信息技术，并管理和完成在商务活动、管理活动和消费活动中的各种交易。”（见兰宜生编著：《电子商务基础教程》，清华大学出版社2007年第2版，第17页）

<sup>2</sup> 高家伟：《论电子政务法》，《中国法学》2003年第4期。

<sup>3</sup> 曹慧敏、翁国民：《中美电子政务及其相关法律规定的比较》，《行政与法》2006年2期。

<sup>4</sup> 贺佐成：《电子政务法治建设的思考》，《行政论坛》2005年第5期。

<sup>5</sup> 海南省人民政府2002年4月4日第128次常务会议通过，自2002年6月30日起施行。

政区域内各级政务机关从事政务信息化建设适用本办法。”；《云南省电子政务管理办法》<sup>1</sup>第3条规定：“本办法所称电子政务，是指各机关应用信息与网络技术，发布信息、办理业务、处理公文等管理和服务活动。本办法所称各机关，是指本省行政区域内适用公务员法的各级各类机关及单位。”

而有些地方立法则把电子政务仅仅限在行政机关，如《西安市电子政务建设管理办法》<sup>2</sup>第3条规定：“本办法所称电子政务建设，是指行政机关应用信息与网络技术，将管理和服务集成，实现组织结构和 work 环境的优化，向社会提供规范、透明、高效、便捷的公共管理与服务的信息系统建设。本办法所称行政机关，是指本市市属各级政府及其工作部门、法律法规授权具有公共管理职能的组织和依法接受委托从事公共管理活动的其他组织。”；《天津市电子政务管理办法》<sup>3</sup>第3条规定：“本办法所称电子政务，是指行政机关应用信息与网络技术，将管理和服务集成，实现组织结构和 work 环境的优化，向社会提供规范、透明、高效、便捷的公共管理与服务的活动。本办法所称行政机关，是指各级人民政府及其工作部门、法律法规授权具有公共管理职能的组织和依法接受委托从事公共管理活动的其他组织。”；《广东省电子政务建设管理办法》<sup>4</sup>第2条规定：“本办法所指电子政务建设是指与政务活动相关的信息系统的建设。广东省行政区域内各级行政机关电子政务建设适用本办法。”

如果把电子政务的主体仅仅限在行政机关，那么电子政务法应该纯粹是行政法的问题，而如果把电子政务的主体指定为所有的政务机关，甚至还包括事业单位和团体组织，那么电子政务法就不能归结为纯粹的行政法了。

这种理论和立法上都存在的分歧，要求我们对此必须进行正本清源式的梳理。笔者认为电子政务法首先应属于信息法，是信息法的一个分支。因为电子政务是由信息技术引起的，没有信息技术，就不可能有电子政务，所以，电子政务法首先要服从信息法的要求，要同信息法保持一致。同时它又应属于行政法，毕竟电子政务的最终目的是服务政务，促进政务，所以，它要遵循行政法的要求，要与行政法保持一致。当然，如前所述电子政务不仅仅是指行政机关的信息化，还包括党委、人大、政协、法院等其它国家机关的信息化，还包括事业单位和团

<sup>1</sup> 云南省人民政府 2006 年 5 月 16 日颁布，2006 年 7 月 1 日起施行。

<sup>2</sup> 西安市人民政府 2005 年 11 月 29 日通过。

<sup>3</sup> 天津市人民政府 2004 年 6 月 21 日通过，2004 年 8 月 1 日起施行。

<sup>4</sup> 广东省人民政府 2005 年 2 月 4 日颁布。

体组织的信息化，因而它不具有纯粹的行政法的性质。但基于行政机关的信息化在所有政务机关中是最丰富，最典型，最具有代表性的；而且行政机关的信息化问题解决了，其它政务机关和组织的信息化的问题基本上就迎刃而解了。再则规范党委、人大、政协、法院，以及事业单位和团体组织等的信息化的法律规范，也无法归属于其它的部门法，如宪法、民法等，最合适的归属还是在于行政法。

由此我们的结论为：电子政务法首先归属于信息法，但同时又归属于行政法，它是一个由信息技术带来的一个新兴的跨部门的法律领域。<sup>1</sup>

## 二、电子政务法的目的

电子政务法目的在于保障和推进电子政务的发展，这就决定了电子政务法的目的和电子政务的目的务必高度一致，因而由电子政务的目的决定了电子政务法必须追求以下目的：

### （一）政务信息化

信息技术在 20 世纪 90 年代的迅速发展及其对人类社会生活的影响超过了 20 世纪的任何一项其他技术。信息技术不但改变了人们工作、学习和生活的方式，而且正在对世界范围的政治、经济与社会发展产生极为深刻的影响，一场信息革命正在席卷整个世界。电子政府的产生和发展是在以网络技术为核心的信息技术发展的基础上产生的政府管理的改革与重构，它是当代政府发展的一个重要成果，也是政府管理适应信息社会发展需要的必然产物。电子政府是信息技术与现代管理的有机结合，它已成为全世界政府行政管理的一个重要的发展方向，打造“数字政府”全面提升政府信息化水平，已经成为衡量一个地区综合竞争力的重要标准。

毕竟政府是全社会中最大的信息拥有者和处理者、最大的信息技术的用户，有效地利用信息技术，可以极大地提高政府业务的有效性、效率和劳动生产率，建立一个更有效率、效能、更精简和有竞争力的政府。其次，信息技术向各级政府提供了一个有效的技术手段，使其能够据此建立一个能够更好地为公民服务的政府，能够使公民更好地参与各项决策活动的政府，从而从整体上促进政治、经

<sup>1</sup>而且笔者认为由于电子政务法涉及的权利义务绝大多数都是针对国家公权力机关和组织，只有很少部分会涉及相对人，因而它象行政组织法一样，属于内部行政法。

济和社会的发展和全面进步。现在信息已成为战略性资源，信息资源管理和知识管理，成为各行业的核心管理领域。在国民经济和社会信息化过程中，政府信息化处在关键和核心的位置。这是由政府推动国家信息化中的主导地位 and 特殊角色，以及政府管理对信息的广泛依赖所决定的。为迎接信息社会的挑战，不少国家及地区，一方面积极发展国家信息基础设施；另一方面致力于政府信息化，利用信息技术改革政府，构建电子政府，电子政府的发展成为当代信息化的最重要的领域之一。根据联合国教科文组织早在2000年对62个国家所进行的调查，89%的国家都在不同程度上着手推动电子政府的发展，并将电子政府的发展列为国家级的重要项目。<sup>1</sup>

所以，面对信息化的时代趋势，政务信息化是我们必须面对的时代挑战。而且为了实现中华民族的伟大复兴，我们不仅要适应这种时代趋势，而且务必要争取实现跨越式发展，这样我们才有可能追上政务信息化发达的西方国家，并在世界上处于领先地位。

## （二）服务行政：以公众为中心

### 1. 电子政务的终极目的

电子政务必须以服务为中心，以公众为中心，这是电子政务的终极目的。联合国2002年报告《从全球角度检视电子政务》，明确指出以公众为中心发展的程度视为衡量电子政务成熟度的标尺。报告提出：“以公众为中心是我们分析的基础，因此我们对更能代表普遍公众服务需求的政府官方网站进行评估……着重分析的主要部门是医疗保健、教育、劳动就业、社会福利、服务和金融。”联合国的调查显示电子政务越成功的国家也就是对公众服务越重视的国家。<sup>2</sup>经济合作与发展组织（OECD，简称经合组织）认为：“电子政府是国家良好政府项目的一部分，并被视为一项重要工具，其用途是：改革公共管理，提高事务部门效率，在政府内部增进信任，让公众接近信息社会，为公众享受政府服务提供更多的途径，面向公众需求提供高效完整的服务”。<sup>3</sup>

美国是世界上电子政务最发达的国家，它在2002年电子政务战略的报告中明确提出电子政务必须遵循以下三个原则：“以公民为中心，而不是以官僚机构

<sup>1</sup>《电子政府是政府发展的重要形式》，《电子政务》2005年第23期。

<sup>2</sup>胡小明：《以公众为中心的电子政务趋势研究》，《电子政务》2006年第21期。

<sup>3</sup>程万高：《面向公共服务的电子政务研究进展》，《电子政务》2008年第1期。

为中心；以结果为导向，大大改善为公民服务的质量；以市场为基础，积极推动创新。”报告指出：“过去以政府机构为中心的做法已经制约政府生产力的提高，限制为公民服务的能力”，必须代之“以公民为中心”的新模式。<sup>1</sup>2002年11月，澳大利亚联邦政府发布了一个很有国际上影响力的纲领性报告：《更好的服务，更好的政府：澳大利亚联邦政府电子政务发展战略报告》（Better Services, Better Government: The Federal Government's E-government Strategy）。该报告序言指出：“这份战略报告为联邦部门和机构实现更好的公众服务制定了政策框架。这次远景规划中的电子政务以其六大主要目标为特征：更有效地投资并获取更大的回报，确保公众能便利地获得政府信息和服务，传递服务、及时响应公众需求，实现相关服务的一体化，建立公众对在线服务的信任和信心，提高公众对政务的参与性。”“在新的电子政务时代，公众是中心。”<sup>2</sup>其它国家，如挪威提出了“用户导向”（user orientation）的原则，亦在电子政务的建设过程中强调了以公民为中心的定位。在埃森哲公司于2002年展开的电子政务调查中，新加坡与加拿大、美国等国家一起被评为“创新领先型国家”，其成功的原因之一就在于强调了“客户中心”的原则。

### 2. 公众为中心在中国的确立

中国政府大力推动电子政务始于2001年冬国家信息化领导小组的成立，但由于中国长期的官本位的统治传统，导致中国电子政务建设初期并没有把“公众为中心”确立为终极目的。2002年发布的《国家信息化领导小组关于我国电子政务建设的指导意见》是我国推动电子政务的纲领性文件，但是文件提出的一站（政府网站）、两网（内网与外网）、四库、十二“金”的主要任务还是集中在政府机构工作效率的改进上；多数电子政务的项目还是放在提高政府的监管职能上，公众服务项目并未摆在重要位置，更没有提出电子政务“以公众为中心”的观念。当初电子政务的目在该文件中写得非常清楚：电子政务建设目标的首先是效率，其次是监管，最后才是服务。<sup>3</sup>

<sup>1</sup>胡小明：《以公众为中心的电子政务趋势研究》，《电子政务》2006年第21期。

<sup>2</sup>程万高：《面向公共服务的电子政务研究进展》，《电子政务》2008年第1期。

<sup>3</sup>《国家信息化领导小组关于我国电子政务建设的指导意见》规定：“‘十五’期间，我国电子政务建设的指导思想是：以邓小平理论和‘三个代表’重要思想为指导，适应改革开放和现代化建设对政务工作的要求，转变政府职能，提高工作效率和监管的有效性，更好地服务人民群众；以需求为导向，以应用促发展，通过积极推广和应用信息技术，增强政府工作的科学性、协调性和民主性，全面提高依法行政能力，加快建设廉洁、勤政、务实、高效的政府，促进国民经济持续快速发展和社会全面进步。”

但随着我国电子政务建设的不断深入,以及整个国家社会经济文化的发展,尤其是以人为本的人权理念在中国的不断扎根。再加上创建服务型政府,已成为当前政府管理体制改革的总体目标。人们越来越意识到电子政务的首要目的应该是以公众为中心。<sup>1</sup>由此到了2006年中央颁布的《2006—2020国家信息化发展战略》中,明确我国今后电子政务的4个主要方面是公共服务、公共管理、市场监管、宏观调控。所以在将近4年多的时间里电子政务工作的首要目的从效率、监管切换到了公共服务,这是我国电子政务建设核心理念发生的一个巨大变化。

### 3. 公众为中心的实现

#### (1) 以公众需求为中心

以公众为中心的电子政务首先要求必须以公众需求的满足为电子政务的目的和牵引力。这就要求电子政务建设要围绕公众而非服务提供者来设计,要从公众的需求出发,来认真选择技术,整合资源,提供服务,而不是以政府需求和政府便利来进行电子政务建设。现在我们很多电子政务的项目不是从公众需求出发,而是以自身便利出发;还有很多的政府网站不是为老百姓服务的,其着重关注的还是领导的活动以及各个方面的宣传,这些内容不是为老百姓服务的,所提供的服务大多也不是老百姓时时刻刻需要的。所以需要政府转变观念,政府部门再麻烦,再觉得委屈,也得从服务对象的角度来处理问题,使得公众满意。<sup>2</sup>

从运作层面而言,要实现以公众需求为中心就要在电子政务中引进“客户关系管理”。<sup>3</sup>目前,在企业和商业服务管理中,客户成为企业最重要的战略资源之一。企业为增强核心竞争力,促进业务更好的发展必须提高对客户的服务质量,于是形成了一个非常成功的服务管理模式——“客户关系管理”。“客户关系管理”(customer relationsh management, CRM)既是一种新型的管理机制同时也是一种企业选择——发展客户以及维持客户忠诚的重要手段。它关注客户的需求层次与需求结构,认为只有尽可能地满足每个客户的特殊需求,企业才能提高竞争力,从而使企业在同客户的长期交往中获得更多的利润。

在电子政务中,“客户关系管理”的引入就是通过建立面向公众的服务门户

<sup>1</sup> 这方面的详细论述还可参见胡小明:《以公众为中心的电子政务趋势研究》,《电子政务》2006年第21期。

<sup>2</sup> 王安拼:《现代信息技术支撑下的中国服务型政府建设》,《电子政务》2008年第12期。

<sup>3</sup> 有关“客户关系管理”理念引入电子政务领域的论述主要参考了胡小明:《以公众为中心的电子政务趋势研究》,《电子政务》2006年第21期;以及叶伟芳、徐迪:《浅析客户关系管理在电子政务中的应用》,《管理学报》2005年第2期。

或自助式服务网站来实现。这就需要理解用户的需要,建立高效的客户服务标准,组建制胜的客户服务团队,通过检查、监督、反馈与改善,然后提供增值服务。在国际上,很多著名的机构和公司已开始用客户关系管理服务水平来评价、考核电子政务。例如,2002年,埃森哲咨询公司连续第3年考察了全球23个国家和地区的电子政务发展状况,随后推出了全球性研究报告《电子政务领导——将规划变为现实》;同年7月,埃森哲在上述报告的基础上,对中国的电子政务开展了补充调研,发表题为《中国电子政务的现状——构建未来发展的平台》的报告。在埃森哲的评估体系中,电子政务的总体成熟度由服务成熟度和客户关系管理(CRM)水平这两项指标相结合。

#### (2) 一站式服务

电子政务要不断提升公共服务的水平和能力,目前而言最高水平的服务就是“一站式服务”,即政府服务对象只要从统一的网络入口就可以实现远程的,甚至是跨地区的服务申请和业务办理。而要建成“一站式服务”的网站,政府必须对电子政务进行顶层设计,对政府组织、业务流程进行重构,实现信息集成和业务集成。同时它建立在标准化和规范化的政府业务办公的基础上,需要整合不同政府部门的网络和信息资源,并建立起各类法律、政令信息系统,文件管理、档案管理系统,信息采集和统计分析系统等;集成政府电子化采购、电子税务、电子工商行政管理系统、电子外经贸管理、中小企业电子化服务、电子社会保障服务、电子民主管理、电子医疗服务、电子就业服务、电子教育与培训服务等,以形成成熟的网上办公服务。公众面对的将是一个虚拟化的、一体化的政府,他们不必关心同自己打交道的是哪一级政府的哪个部门,具体工作人员是谁,而是只需通过互联网等手段提出自己的服务请求即可得到相应的服务。<sup>1</sup>

#### (3) 个性化化服务

各政府本身都拥有非常丰富的信息资源,而随着信息共享和统一数据库的建成,必然会导致海量信息与用户狭窄专一需求之间的矛盾不断加剧。这就需要我们寻找一种快捷有效的方式,引导人们在信息海洋中确认正确的方向,这样个性化信息服务的理念便应运而生。在电子政务建设中,人们在享受电子政务信息服

<sup>1</sup> 如美国2000年6月24日,当时总统克林顿宣布要建造全球最大的“电子政府”网站——“First Gov”,旨在创建一个以客户为中心的单一政府网站和“一站到底”的政府服务体系,2000年9月美国政府正式推出“First Gov”政府入口网站。

务时,也强调体现自己的个性,追求享受个性化的信息服务。首先,个性化信息服务应该是能够满足用户的个体信息需求的一种服务,即根据用户提出的明确要求提供信息服务,或通过对用户个性、使用习惯的分析而主动地向用户提供其可能需要的信息服务。其次,个性化信息服务应该能够根据用户的知识结构、心理倾向、信息需求和行为方式等来充分激励用户需求,促进用户有效检索和获取信息,促进用户对信息的有效利用并在此基础上进行知识创新<sup>1</sup>。正如2005年,美国政府组织架构工程首席建筑师和主管 Dick Burk 在美国电子政务协会第5届政府组织架构(EA)会议上所指出的那样:“公共服务的前景必须是围绕公众而非服务提供者的需求来进行个性化服务设计”。<sup>2</sup>

由此,电子政务中应为用户主动提供其感兴趣的政务方面的各种信息服务,运用技术给公众以选择权,通过网上的功能,民众、企业等可以定制自己的信息与相关服务及其可能的服务方式。<sup>3</sup>

#### (4) 无处不在

美国经济学家约瑟夫·斯蒂格利茨、乔治·阿克洛夫等人提出的“信息不对称理论”指出:在市场经济条件下,信息不对称会导致信息拥有方为牟取自身利益而使另一方利益受到损害。随着经济社会快速发展与信息化建设的依存关系进一步加深,信息不对称问题日益成为影响个体、组织甚至国家利益的重要因素。建设服务型政府,应当尽量减少信息不对称带给公众的利益损害,尤其是对弱势群体的利益损害<sup>4</sup>。从某种意义上说,那些最需要政府提供帮助和服务的人,恰恰是那些不知道如何上网、怎样获取服务的人。政府对此不能视而不见,必须采取有效的措施,消除“信息鸿沟”,使所有的人都能便利地享受到电子政务所提供的服务。

由此随着宽带网络和无线上网等基础设施环境的不断发展,“无处不在网络”或“泛在网络”正逐步深入到人们的日常生活中并影响全球信息技术发展方向。

“无处不在的网络”一词最早出现在美国,后来被日本、韩国等业界进行了延伸。日本最先倡导这一理念,继“e-Japan”战略之后,提出了“u-Japan”的理念;

<sup>1</sup>段其宪、宋锡荣、陈艳春:《Internet网上个性化信息服务研究》,《情报科学》2002年第12期。

<sup>2</sup>程万高:《面向公共服务的电子政务研究进展》,《电子政务》2008年第1期。

<sup>3</sup>比如民众、企业等通过网上提供的功能,如搜索引擎、知识管理、服务定制等,可以获得特定的信息,而不需要每次再重复查询、搜索等。

<sup>4</sup>王谦、陈放:《电子政务与服务型政府的构建》,《武汉科技大学学报(社会科学版)》2006年第8期。

韩国随后也提出“u-Korea”的概念。其主旨都是建造无处不在的网络环境,进而提供无处不在的公共服务。“u-Japan”中的理念可以概括为1个大“U”和3个小“u”。大“U”,即无处不在(Ubiquitous),其核心是基础设施建设,通过技术发展引导和带动基础设施建设,构筑任何时间、任何地点、任何人都可以方便地上网办理任何事务的环境。第一个小“u”,即大众普及(universal),实现普遍服务;第二个小“u”,即用户导向(user-oriented),主张通过贯彻“用户至上”的观点,实现“用户导向融合型社会”;第三个小“u”,即独具特色(unique),主张充分发挥信息技术的潜力,培育充满个性与活力的社会。

“无处不在的网络”理念对我国飞速发展的信息化和电子政务建设具有重大意义。我国在电信规模上已成为世界第一大国,电子政务也获得了飞速发展,但我们存在很多的信息鸿沟:城乡之间,东部中部和西部之间,不同年龄层次之间,不同知识层次之间,甚至不同的政府部门之间都存在。所以如何建设“无处不在的网络”,实现无处不在,无时不在的普遍服务,确实是中国电子政务所面临的又一个巨大挑战。

### (三) 政务效率

效率是政务的生命,电子信息技术为大幅度提高政务效率提供了绝好的技术条件和支撑。各国在发展电子政务过程中始终都把提高效率作为一个重要目标,尤其在电子政务发展的早期更是如此。

首先,对政府自身而言,电子政务逐步使符合信息社会特点的扁平化管理架构取代工业社会的金字塔形管理架构,大大精简了管理层次和环节,使管理效率空前提高,并且实现了动态、实时的管理。另外,电子政务大大提高了政府的信息资源管理能力,使政府能及时获取和掌握国家政治、经济、社会发展诸领域中准确、可靠的信息,并进行科学的分析,作出正确的决策、理性的判断和采取必要的行动。同时,电子政务中电子公文处理等先进技术的应用,使政府机构可以在短时间内实现各部门间、与社会各类组织甚至是单个公民进行广泛的沟通,及时搜集社会的需求和意见,以提高决策的科学性和民主性,降低管理成本,提高政府治理的反应能力和社会回应力。

其次,对公众和社会而言,信息公开、在线应用、一站式服务等为公众到政府机关申请事项或获取服务提供了空前的便利。象电子化的税收征管、企业登记、

养老金发放等等,使公众以前要跑很多路,化很多时间才能办好的事,现在只要在家或在自己办公室里敲敲电脑键盘,在几分钟内就能办好。电子政务网上服务系统的建立,使原有的政府服务平台由办公室、柜台转向计算机屏幕及其他输入输出装置,实现了交互式的“人机对话”,使政务活动以电子信息交换的方式进行,极大简化了传统行政的手续与步骤,提升了行政效率,方便了社会公众。而且电子政务提供了政府与公众互动的平台,政府在网上即时发布信息,并提供全天候的网上反馈和监督渠道。公众接受、处理和反馈信息的能力在加强,并且为公民参与和表达利益取向提供了便利的渠道和平台,公众直接参与政务活动的可能性大大提高。

最后,从投入的成本效益来看,虽然电子政务的实施与推进,投入高、周期长,但到了电子政务的应用阶段,运维成本就很低了,更为重要的是随着电子政务的应用,它所带来的效益肯定远远大于投入成本。因为电子政务的应用可以大大节省了各项行政费用,大大节省政府和公众的时间,大大提高政府信息资源的利用效率和利用效益:

第一,电子政务使传统的部门组织朝着网络组织方向发展,打破了地域、层级、部门的限制,促使政府组织和职能整合,简化了行政审批手续和花费。如在美国,联邦政府和州政府几乎全部提供网上服务,政府的200个局确立了3000条服务标准,简化了3万多项规章,作废了1.6万多页行政法规。在1992—2006年的15年中,美国联邦政府对电子政府的投资约5000亿美元,但却节省行政开支10000亿美元。<sup>1</sup>

第二,政府通过电子政务网络充分利用数据信息资源,大大减少了信息浪费。政府掌握了80%以上的公共信息资源,但因公开的途径和效率问题,许多信息得不到充分的利用,导致信息资源的严重浪费。电子政务系统的建立使得政府掌握的各种数据库的数据(除去涉及国防以及必须保密的数据以外),可以及时发布到网络上,社会公众通过网络能方便快捷地查询到其所需信息。如此将“死库”变成了“活库”,达到对信息的充分利用。

第三,在政府部门内部,电子政务系统为政府工作人员提供现代化的办公手段和应用工具,降低信息传输的时间和人力成本,节约原来靠人脑处理文件所消

<sup>1</sup>陈放、王秀惠:《推进电子政务与提高行政效率》,《电子政务》2008年第5期。

耗的大量时间和精力,将政府工作人员从常规事务性工作中解脱出来。党政机关协同政务系统的建立使信息流更加顺畅,政府对外界变化反应更及时。<sup>1</sup>此外,电子政务促进了行政手续的便捷化,网上办公、远程会议、在线审批的产生,打破了政府工作时空界限,使公众不必走进政府机关即可获取丰富的信息与服务;公众只需在单一机关办事,任何问题皆可随问随答,所办事情立等可取;若公民申办事情涉及多个机关,则政府机关可在一处办理,全程服务。如此电子政务使公众能享受到“单一窗口”、“跨机关”、“24小时”、“自助式”的“一站式”公共服务。总之,电子政务的应用,使政府和公众都获取了巨大的效益。

总之,电子政务能够大大提高政务效率是非常显然的,<sup>2</sup>这也正式电子政务从20世纪90年代就开始引领政务改革风潮的一个重要原因。

当然,现实中确实有一些电子政务项目并没有给我们带来的巨大效率,甚至增加了政府和公众的负担。仔细分析其中的原因,我们会发现,主要由以下因素造成:重建设,轻应用;各系统孤立为阵,造成信息孤岛;忽视信息安全,易造成系统瘫痪;信息鸿沟,尤其是弱势群体无法适用等等。所以,我们必须清醒,电子政务肯定会从各方面大大提高政务效率,但这要求我们在建设电子政务项目时,必须遵循电子政务自身的发展规律和客观要求:第一,重建设的同时,更要重应用。对那些无法应用,尤其不能为公众提供便利的项目,就不应建,否则是对国家资源的巨大浪费。第二,要注重顶层设计,做到信息互通共享,对公众而言,就要提供一站式服务。第三,要构建系统的、全方位的安全体系。第四,要消除和避免信息鸿沟,构建无处不在的信息网络服务系统。

#### (四) 电子民主

信息化对民主政治的推进也是很深刻的,电子网络带来了新的民主形式——电子民主。在应运而生网络政治中,电子民主(E-democracy)倍受关注,成为世界各国电子政务建设中的一个重点。

所谓电子民主,就是指公民通过电子网络直接参与政治,包括在线选举、民意调查、在线立法等等。“每代人必须为自己再造一遍民主,民主的本质与精髓

<sup>1</sup>如上海,在应用协同政务系统以来,180多个政府机关的办事流程由5天缩短为5秒。(参见陈放、王秀惠:《推进电子政务与提高行政效率》,《电子政务》2008年第5期。)

<sup>2</sup>关于电子政务如何提高政务效率的论述还可参见姚公安、覃正:《电子政务降低行政生产成本的基本路径》,《情报杂志》2006年第4期。

乃是某种不能从个人或一代人传给另一个人或另一代人的东西，而必须根据社会生活的需要、问题与条件进行构建<sup>1</sup>。”信息技术和互联网的发展进一步打破时间和空间的限制，为公民的政治参与提供了先进的技术手段，开辟了参与民主的新渠道。

### 1. 电子政务使民主政治的实现快捷而廉价

电子网络使各类信息传递的准确、快捷、方便都是前所未有的，新技术使以前不可想象的事变为现实。现代信息技术交互性的特征，以及廉价和快捷的性能，为公民积极广泛的参政提供了有效的技术手段，网络把世界连为一体，参与民主变得十分便捷。公民坐在家中或办公室里，通过点几下鼠标就能对地方或国家事务发表自己的意见。这种新技术本身就蕴含着一种潜力，将会使公民参与的范围更广。许多过去由于技术手段无法过问的事务，现在也能让公民发表自己的意见并作出决定。而且互联网使得人们表达意见，获取信息的成本也很低廉，不需要打印费，邮寄费等。

政治事件的发生、各类政治意见及态度、政治决策和文件，这一系列与政治有关的活动和内容，在网上是以光速传播的，政治信息的传播变得非常迅速。更为重要的是，新技术使参与者的人数大大增加。人们可以通过电子论坛参与政治讨论，更多样化的政见将得以表达，选举或全民公决的投票率也将会明显提高。因为现在，选民们是到设有投票箱的投票站去投票，而在电子政务的发展使电子投票成为可能，选民可以通过电脑网络在自己家中或办公室里进行投票。选举可以利用网络进行，全民公决也可以借助网络工具而变得更为方便。技术的发展正创造出准确识别选民身份的方式，如语音识别、容貌识别、指纹识别等。这些技术的成熟，将会除去电子投票的一大障碍。

与此同时，新技术也为政治家与选民之间的沟通开辟了新的渠道，创造了新的形式。在游牧时代和农业社会，民主政治家必须在集会上与公众沟通，他们大都是杰出的演说家。工业社会里，政治家借助于喷气式飞机、高速公路、火车和大众传媒与选民相会。而在电子时代，政治家将抛开这些笨拙的工具，利用信息高速公路，在电子空间里与选民频繁接触。时下，电子民意测验、电子竞选、电子投票、电子市政厅会议，电子公告板、电子邮件等这些电子民主的形式在很多

<sup>1</sup> [美]约翰·杜威著，孙有中等译：《新旧个人主义》，上海人民出版社1997年版，第27页。

国家已广泛实行。

### 2. 信息对称和信息公开

网络具有公开、开放的特性。过去，在一些等级森严的国家里，少数有权力的人凭借着对信息的封锁和控制在不公开的状态下，决定并操纵着国家的政治。而互联网络却具有打破信息和政治垄断的功能。互联网络是一个四通八达、没有边界、没有中心的分散式的结构，任何人都能发布信息，极难控制，在某处被禁止的消息，可轻易地从别处进入网络，“无论是通过法律还是炸弹，政客都没有办法控制这个网络。信息还是传出去了，不是经由这条路，就是走另外一条路出去。”<sup>1</sup>这就打破了原属政客们对信息的封锁和垄断权，使得信息公开化了。政客凭借对信息的垄断进行“黑箱操作”已越来越困难了。政务公开化已是大势所趋。当前各国政府纷纷启动“上网工程”就是顺应了这一潮流。政府上网，在网上发布公共信息，发布政府公告，提供有关法律、规章、政策、市政规划、公共工商管理、环保、就业、医疗、人事、物价等方面的信息咨询，提高了政府工作的透明度，也扩大了公民的知情权、参与权和监督权。

### 3. 直接民主

当今的民主制度是一种间接民主制，公民通过选举的代表来参政议政。而在互联网中，网民不需要再由别人来代表自己，他自己就可以直接发表政见，这是电子民主最突出的特点。当网络应用于政治后，将推动公民与政府官员的直接对话，提高民意在政府运作中的分量。从公民的角度看，公民通过网络不仅有更多的机会了解政府在做什么、怎么做，还可以以多种方式及时地表达自己的意见，并参与决策。因此在网络化的社会中，人大或议会会议将不再仅仅局限于其本身，而使选民与代表、议员间的关系更加紧密，使正在参加代表大会的代表也可通过网络与选民进行必要的交流。同时，电子空间将使权力从政治代表手中转到那些直接参与价值增值的普通劳动者和公民手中。

### 4. 天然平等

网络具有天然自由平等的特性。互联网是言论自由的王国，任何网民都可以超越时空的障碍，自由地进行政治信息的交流，自由地发表和传播自己的政治言论。网络又是平等的世界，在互联网上所有人参与政治的机会都是均等的，一个

<sup>1</sup> [美]尼葛洛庞帝著，胡泳等译：《数字化生存》，海南出版社1997年版，第274页。

平民通过网络访问政府官员乃至国家首脑变得比从前容易了许多。互连网络削弱了官僚等级制,平民与政府官员更易沟通了。而且在互联网上,公众参与政治的机会是均等的,无论是平民还是总统,只要你愿意,都可以发表言论,参与讨论,谁也不比谁的机会多,谁也不比谁的机会少。“网络中的各个环节属于平级,或根本无等级区别”<sup>1</sup>。网络上交流的是信息、是思想,而不问交流各方的身份和地位。也就是说,网络交流剥去了网民的权力、财富、身份、地位、容貌等因素,只就思想言论进行交流,尽管参与者的身份地位可能不同,但在思想交流上是平等。奈斯比特在谈到这种平等时指出:“在网络组织里,信息本身就使得一切事物都趋于平衡……在网络组织中成员彼此平等相待,因为最重要的是信息,它使一切变得平衡。”<sup>2</sup>网络中也有权威,但“网络的权威是凭借着能力和魅力树立起来的,而不是用以社会等级或官位作基础”<sup>3</sup>。网络的自由、平等、开放的特性有助于培养人们的自由、平等、开放观念,直接推动代议制民主转向参与制民主。

#### 5. 代议制民主转向参与制民主

美国传播学学者马歇尔·马克卢汉(M. McLuhan)曾经预言:“随着信息运动的增加,政治变化的趋向是逐渐偏离选民代表政治,走向全民立即卷入中央决策行为的政治。”<sup>4</sup>基于互联网的信息通讯技术让人们有能力跨越时间和空间的限制,信息网络化所带来的现代信息系统既为人们获得信息提供了方便,也为人们表达自己的政治愿望,像雅典公民那样进行某种形式的直接民主提供了可能。用公民普遍参与的直接民主取代代议制民主需要两个条件,一是人的信息化程度的提高,二是社会信息通讯网络性能的改善和使用的普及。这两点随着信息时代的到来已经具备,以计算机和互联网为代表的新技术为个人、集团、组织和政治机构提供了传递信息、表达意愿的条件。另一方面,在代议民主制下,信息为官员所垄断,下层和民众只能了解局部的有限的信息,甚至不了解信息,这使得民众不具备参与政治的信息基础。信息革命改变了过去单一的信息传输渠道,建立了全方位、多层次、多形式的传输渠道,政府官员和民众、上层和下层获取信息的范围、数量以及时差上的区别在不断地缩小,公众与代表几乎能同时了解各种

<sup>1</sup>[美]阿尔温·托夫勒著《权力的转移》,刘江等译,中共中央党校出版社,1999年版,第220页。

<sup>2</sup>[美]约翰·奈斯比特著《大趋势》,梅艳译,中国社会科学出版社1984年版,第202页。

<sup>3</sup>[美]阿尔温·托夫勒著《权力的转移》,刘江等译,中共中央党校出版社,1999年版,第220页。

<sup>4</sup>转引自高文知:《中国“网络民主”发展现状及有效引导初探》,《长江论坛》,2006年第2期。

各样的信息,代表和国家政权机关丧失了昔日垄断信息从而垄断决策权、管理权的优势。并且,现代信息技术极大地促进了文化知识和信息的传播,普遍地提高了公民的文化知识水平和管理水平,他们有能力对问题直接作出决断,不需要事事都依靠“代表”来决策了。另外,互连网络的出现开辟了参与民主的广阔空间,利用网络,公民甚至可以自己进行民意测验,组织“电子政党”、“电子院外集团”、“数字议会党团”参与和影响政治。当“政府上网”后,政府的各种决策就可以在电脑网络的全民表决系统上进行,政府选举也可以在网络中操作,“在线参与”将成为网络时代政治生存的主要方式。另外,信息技术革命将使传统的少数服从多数的民主原则遇到挑战,少数派的权力将受到充分重视,构筑一个容纳少数派的权力在内的新的民主机制成为可能。<sup>1</sup>这都是原有的投票技术无法做到的。通过新的电子技术,民主程序无疑会变得更加精密、完善。

总之,电子信息网络使当代民主正经历着深刻的变革,它不仅深刻地改变了民主的形式,也深刻地改变了民主的内容,推动着传统的代议制民主转向现代的参与制民主。<sup>2</sup>

#### (五) 政务改革:再造政府

电子政务是政务的电子化、信息化,核心仍然是政务。但电子化为现代政务改革提供了充分的技术条件,而且电子化必然要推进政务改革,“电子”和“政务”只有相互适应,相互融合,相互促进,这样才能真正实现政务信息化。否则,政务不仅不能适应和推动信息化的要求,反而成了信息化的障碍。由此,为了适应信息化的要求,电子政务必须推动政务改革。<sup>3</sup>

<sup>1</sup>这方面的详细论证请参见[美]阿尔温·托夫勒等著,陈峰译:《创造一个新的文明》,上海三联书店1996年版,第92页;以及[丹麦]福尔默·威斯蒂主编,赵振强等译:《北欧式民主》,中国社会科学出版社1990年版,第134页。

<sup>2</sup>当然,参与制的民主兴起并非要完全排斥传统的代议制民主,而只是部分地取代了代议制度的功能,在某些方面改变了其运作方式,代议制不能完全废弃,它仍然有着广阔的领域。一般而言一些相对简单的事务、专业性不强的事务、地方性事务,较有可能吸收公民的直接参与;而复杂专业性较强的事务,如金融政策等,仍是少数精英的领域。政治性决策可以由公民参与,但许多专业性领域仍是普通公民参与的盲区。现代社会已不是简单古朴的农民和牧人的社会,它变得日趋复杂,许多公共决策需要专门的知识,这在一定程度上限制了公民参与的范围。

<sup>3</sup>其实我国自开展电子政务建设以来,一直非常强调政务改革。无论是党和政府的有关文件精神,还是党和国家领导同志的指示都反复强调了政务改革和体制创新在电子政务建设中的重要性。例如:国务院前总理朱镕基同志早在2001年即深刻指出:“政府行政管理信息网络化是一场深刻的革命,势在必行。”温家宝总理于2006年对国家信息化领导小组召开全国电子政务工作座谈会做出重要批示:“加快电子政务建设,推进行政管理体制,提高政府工作效率和公共服务水平,为公众参与经济社会活动创造条件。”2006年初,国家信息化领导小组下发的“国家电子政务总体框架”文件明确指出:“推行电子政务是国家信息化工作的重点,是深化行政管理体制改革的重要措施,是支持各级党委、人大、政府、政协、法院、检察院履行职能的有效手段。”

### 1. 价值定位：服务政府

服务型政府是未来政府的基本定位,提供综合、高效服务是政府的核心职责。政府服务要实行以公众需求为导向的服务,公众并非是被动接受政府服务的对象,而应该享有选择服务的权利,并有拒绝强制性服务的权利。政府不仅要成为提供公共服务的政府,还应是能够回应社会需求和回应民意的政府。行政管理体制改革必须形成公正透明、运转流畅、绩效明显的公民参与机制,并选择有效的公民参与模式。在目前互联网较为发达的时代,只有充分借助现代电信技术,才能充分实现政府的服务功能。

### 2. 政府结构创新：扁平政府

政府结构指组成政府的各个单元之间按照特定的方式与原则相互联系和相互作用的结构,它不但包括各个单元的设置,而且包括了各个单元之间的有机联系。因此,政府结构改革实际上面临着双重任务:一方面要进一步精简机构,另一方面还要加强各机关之间的有机联系。就空间联系来看,政府管理创新需要一个纵横交错的网络体系;无论是政府内的交流还是政府间的联系,都需要快捷、方便、廉价、高效的信息沟通。从这一事实来看,电子政务将会为政府创新铺平信息高速公路,解决政府创新的空间联结问题。由于时间和空间的限制,面对高度复杂、飞速变化的现代社会,传统政务不得不以官僚制的层级结构来应付,最终形成了金字塔式的政府结构(以我国为例,见图1所示)。金字塔结构造成的纵向脱节、横向冲突不仅是传统政府结构本身的问题,而且还是信息时代政府管理危机的信号与症状。面对信息社会越来越复杂的事务,传统工业化时代的“福特模式”愈显捉襟见肘,穷于应付。早在上个世纪90年代初,美国副总统戈尔就曾批评美国政府停留于“美国钢铁公司”时代的模式,呼吁建立适应“微软时代”的政府行政模式。在政府结构方面,电子政务的推行有利于打破传统政府“金字塔”式的等级结构,为实现政府结构的扁平化发展提供可能(扁平化的政府结构见图2所示)。

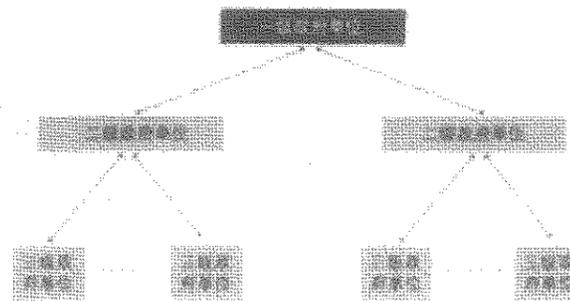


图1 金字塔式的政府结构

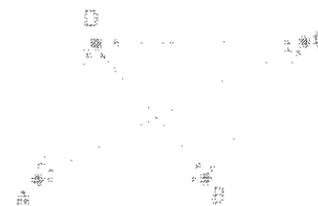


图2 扁平化的政府结构

政府机构的横向联合与纵向沟通是保证政府结构创新的纽带,是政府各机关有机结合的关键因素。电子政务的应用不但会削减复杂的组织化所造成的费用,而且会使这种联系更加快捷、方便。在扁平化的电子政府结构中,上下级和同级政府之间不存在时间上的先后和地域上的远近,给传统政府结构模式构成了革命性的影响。首先,它在理论上打破了传统政府管理过分中心化的倾向,有利于出现政府管理的去中心化趋势。在图2中,A、B、C、D四个组织之间可能会有上下级的隶属关系,但每一个组织都可能在事务处理中成为中心地位;其次,与“金字塔”式的政府结构过分层级化,抹煞公务员的主动性与创造性,电子政务更能将处于政府结构底层,同时也是一线的公务人员参与决策,充分地发挥了公务人员的积极性。

扁平化的电子政府结构还进一步加强了政府结构内部的横向联系和纵向沟通,减少政务活动的中间环节,使政府能够越过繁琐的中间层次而直接同社会与公民相接触。因此,电子政务的推行有利于增强公民服务的个性化与效率,加快政府管理的回应速度,打造更为负责的政府。

我国政府结构的纵向机构层级过多,容易造成管理脱节、信息不通等现象;横向机构管理职能交叠,容易造成机构臃肿、政出多门等现象。这种现象表明,我国在推行电子政务的过程中,必须进行政府机构改革,实行大部制,推动政府结构向扁平型发展,从而实现机构横向与纵向之间准确、高效的信息沟通。

### 3. 政府过程创新：无缝隙政府

联合国经济和社会事务部在其报告中这样描绘电子政务的理想境界:资源实现无缝整合,基于信息技术的高度智能化使得政府趋于零成本运作为每个用户提供个性化服务,并且对用户需求进行即时响应。“无缝”系指政府职能和服务实

现超越行政和部门界限的完全整合；整合是一种以统一而有效的方式跨越组织和信息系统从而转移和应用信息的能力。整合的意义在于削减成本创造整体效应。

互连互通的信息网络为政府各部门之间信息的互通共享创造了技术条件，但要实现政务信息的互连互通则必须进行政务流程的再造，对信息资源进行无缝整合。因为要实现部门信息系统互联互通和资源共享，其最大阻力是政府的传统体制、传统观念和部门利益。实施电子政务建设所需要的统一平台较为容易，但实现业务协同、信息共享却十分困难。尽管统一的电子政务平台已为业务协同和信息共享创造了技术条件，但要真正实现电子政务的深化应用，还会受各部门本身机构的独立性、职能的刚性化和条块管理的差异性而自然形成的信息孤岛等因素的制约。政府应更多地把精力放在实现业务协同和信息共享方面，更多地进行体制改革和管理创新，做到网络互联、政务互通，变闭路运转为线路运行，发挥好电子政务效能。为促进政府信息资源跨部门共享，必须增强政府对各组成部门政务信息的统筹能力，加大跨部门合作，并重新设计传统的以行政职能为中心的行政流程，将其规范为面向公众需求的、以事务为中心的跨越部门和职能界限的信息共享系统。

电子政务不但能够通过更方便、快捷的信息采集实现政府服务的个性化和优化，而且能够抛开组织和功能的界线，更好地将这一服务传送到公民手中。在这方面，“一站式服务”成为电子政务对政府管理创新的又一大贡献。由于有了电子政务方式，所谓“政务超市”、“一窗口服务（” Single-Window-Service）变得更为可行，借助于电子政务，“一站式政府”（One-stop Government）、“无缝隙政府（” Seamless Government）从政府业务过程改革的理想变成了政府过程的现实。电子政务的应用进一步优化了政府过程，为政府管理与服务超越组织界限提供了可能，从而强化了政府职能与职能对象之间的联系。泰勒（Taylor）认为，政府业务过程应该是一个“超越了组织界限的工作流程，它向后及于需要的提供者，向前达于顾客”。这种纵向联系的推动使管理与服务的“提供者”与“消费者”越来越紧密地联系在一起，推动了政府公共服务的实现。

如电子政务领先国家新加坡提出“整合的政府”即建设能够跨越组织界限协同向公众提供信息，充分理解用户需求并智能化地向公众提供服务的政府。在服务的前台，公众获得的是综合服务即公众可以通过统一的渠道和界面获得公共服

务；在服务的后台，服务的提供能够跨越部门界限，协同办公。图3较好地诠释了“整合的政府”所蕴含的电子政务建设重点的变化和调整。<sup>1</sup>

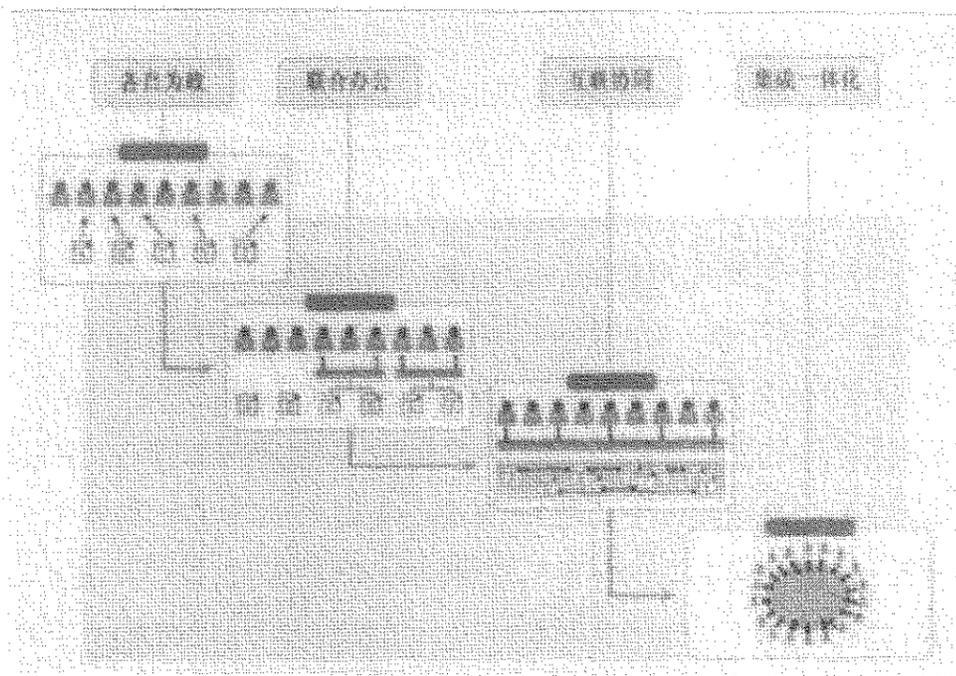


图3 新加坡“整合的政府”建设理念

### 三、电子政务法的基本框架

#### 1. 对目前学术界的梳理

目前学术界对电子政务法基本框架的阐述主要有：

高家伟教授认为电子政务法分为一般电子政务法和部门电子政务法两个层面。<sup>2</sup>一般电子政务法由下列部分组成：

（1）电子政府法。这是电子政务的组织法，主要调整两个事项：一是电子政府的主管部门及其职权职责，二是电子政府的设置及其法律地位。

（2）电子政务技术法。主要规范现代信息技术在公共行政中应用产生的技术性法律问题，按照内容可以分为：①电子政务数据法，主要规范行政机关收集和数据处理的范围、程序和手段，以及政府数据保密和公开的范围、条件、程序等问题；②电子政务标准法，主要调整电子政务信息技术标准的制定执行等事项；

<sup>1</sup>转引自史超、殷利梅、王雁：《大部制改革推进我国电子政务信息资源整合》，《电子政务》2008年第12期。

<sup>2</sup>高家伟：《论电子政务法》，《中国法学》2003年第4期。

③ 电子政务安全法, 主要调整有关政府信息网络系统安全保护的事项; ④ 电子政务签章法, 主要调整电子签名或者签章的认证、使用、效力、加密等事项。

(3) 电子政务基金法。这是电子政务的财政法, 主要调整电子政务财政资金的来源、预算、使用及其监督等事项。

(4) 电子行政行为法, 简称电子行政法。主要调整电子行政行为的合法要件和效力, 确立电子行政行为的特殊法律规则, 包括: ① 电子行政行为的适用范围、种类、法律效力以及与书面、口头等行政行为方式之间的并列、替代或者衔接关系等事项。行政决定、行政合同、行政指导等均可以采取自动化或者电子方式, 但有适用范围的限制。② 电子行政行为的方式。具体包括公民提出申请的电子表格、电子政行为文本格式的制定、电子文件送达的方式和时间等事项。

(5) 电子政务监督法。主要调整三类事项: 一是有关监督行政机关实施电子政务的事项, 例如软件购中的法律监督、电子政务实施效果的调查和评价; 二是信息技术在行政复议和行政诉讼中的应用项, 例如网络复议、网上作证等; 三是公民的信息权和隐私权等受到侵害时的复议、诉讼等救济事项。

部门电子政务法是有关行政行业部门电子政务实践的法律规范, 目前初见端倪的是电子税法、子警察法、电子海关法, 其他行业的电子政务法还在酝酿之中。

高家伟教授是国内第一位对电子政务法基本体系进行阐述的学者, 无疑是这一领域的开创者之一。他对电子政务法基本体系的提炼也具有很强的针对性, 但同时也具有较强的以行政法基本理论套电子政务的痕迹, 如他对一般电子政务法和行业电子政务法的分类, 以及电子行政行为法的界定。笔者认为这两个内容并没有电子政务的针对性和特殊性, 是要求电子政务来适应行政法总论。

另一学者认为电子政务法的体系除了电子政务基本法——《电子政务法》外, 至少还应包括以下几个法律:<sup>1</sup>

(1) 《电子政府法》, 主要调整电子政府的设置、主管部门及其职权职责, 它是电子政务的组织法。

(2) 《电子政务技术法》, 主要规范现代信息技术在公共行政中产生的技术性法律问题, 具体主要应有以下几个方面: ① 《电子政务标准法》, 主要规范标

准, 以便搭建统一的电子政务应用平台, 构建数据交换中心, 建立信息资源数据库, 实现与其它系统的互联互通。② 《电子政务安全法》, 主要对有关信息活动涉及安全的权利和义务进行规范和提出法律约束。③ 《电子政务数据法》, 主要包括数字证据的法律问题和电子政务系统数据库的法律保护问题。④ 《电子政务签章法》, 主要应包括电子签章技术标准的法律统一性、电子签发机构的设置、电子签章技术的法律保护等。

(3) 《电子政务基金法》, 这是电子政务的财政法。主要调整电子政务财政资金的来源、预算、使用及其监督等事项。

(4) 《电子行政法》, 主要调整行政行为的合法要件和效力, 确立电子行政行为的特殊法律原则。

(5) 《电子政务监督法》主要调整有关电子政务法律监督和法律救济等事项。

该学者的体系其实与高家伟教授的体系没有区别, 无非把高家伟教授的“电子行政行为法”的名称, 改为“电子行政法”。<sup>1</sup>

而电子政务专家汪玉凯教授认为电子政务法的体系主要集中在以下几个方面:<sup>2</sup>一是电子政务组织法, 主要包括电子政务的主管部门及其职权职责, 以及电子政务的设置与其法律地位; 二是信息公开法, 指政府在面向公众进行信息公开方面的法律法规; 三是电子政务安全法; 四是电子签名法; 五是电子政务财政法, 主要调整电子政务财政资金的来源、预算、使用及其监督等事项; 六是电子政务监督法。

汪玉凯教授的框架就是针对电子政务的, 符合电子政务的特殊性, 但欠缺一些法律体系的味道。

目前, 国内还没有一部电子政务法的专著, 唯一一部与电子政务法紧密相关的著作是杨桦、廖原著的《论电子政务与行政法治》<sup>3</sup>。该著作的框架为第一章电子政务与行政法的关系概观: 第一节电子政务, 第二节电子政务对行政法的影响, 第三节行政法对电子政务的规制。第二章电子政务与行政法观念更新及原则拓展: 第一节行政法观念的更新, 第二节行政法原则的拓展。第三章电子政务与行政组织法的创新: 第一节电子政务对行政组织的影响, 第二节我国行政组织发

<sup>1</sup>这一改反而改得更不科学了, 首先这一概念无法对应他所指称的内容, 其次无论如何也不应该有“电子行政法”这一概念。

<sup>2</sup>汪玉凯、于施洋等:《电子政务法律环境》,《电子政务》2005年第71期。

<sup>3</sup>杨桦、廖原著:《论电子政务与行政法治》,湖北人民出版社2008年版。

<sup>1</sup>王洪彩:《论电子政务的法律保障》,《理论学习》2005年第10期。

面临的困境与原因分析,第三节电子政务的推进与行政组织法的创新。第四章电子政务与行政决策及行政立法质量提升:第一节电子政务与行政决策的优化,第二节电子政务与行政立法质量的提升。第五章电子政务与行政行为的电子化:第一节电子化行政行为的概念与特征,第二节电子化行政行为的表现形式,第三节电子化行政行为的主要类型,第四节电子化行政行为的确认与生效,第五节电子化行政行为合法性问题。第六章电子政务与行政救济法的完善:第一节行政救济法的概念,第二节电子政务对行政救济制度的影响,第三节电子政务下行政救济法的完善。

该书是笔者所见国内第一部有关电子政务法的著作,具有开创新,对行政法有一定的推动意义。但该书解决的是面对电子政务,行政法该如何发展完善,其立场和出发点仍在于行政法,而不是电子政务本身,正如作者自己所言“本书以电子政务与行政法互动关系为主线,探讨信息化时代行政法的制度变迁、行政法治的推进与行政法学的发展问题,推动行政法及行政法学与时俱进。”<sup>1</sup>这就导致该体系很难涵盖“电子政务”本身的法律规范需求。

## 2. 本研究的基本框架

本研究的基本思路是以电子政务本身的规范需求为出发点,而绝不以现有的行政法理论来套电子政务。撇开行政法的理论,纯粹从电子政务自身来观察思考电子政务法本身。同时,本框架主要立足于周汉华教授负责起草《电子政务法》(专家建议稿)的文本,<sup>2</sup>因为电子政务法学的理论体系肯定要符合电子政务法规范本身。虽然周老师的负责起草的这个文本还不是正式的法律,但这个文本已完整而超前地体现了电子政务法的基本内容,为本研究的基本框架提供了规范范

<sup>1</sup>杨桦、廖原著:《论电子政务与行政法治》,湖北人民出版社2008年版,第10页。

<sup>2</sup>周汉华教授负责起草《电子政务法》(专家建议稿)的文本的基本内容为:第一章总则,规定了电子政务法的目的,适用范围,以及基本原则;基本原则有统筹规划、资源共享、深化应用、统一标准和保障安全原则,权利原则,提供方确认原则,行政机关信息共享原则,跨部门合作原则,个人信息保护原则。第二章电子政务项目建设,规定了电子政务项目的规划,项目审批,鼓励跨部门电子政务项目,禁止重复建设,安全评估,创新奖励合同,程序公开与听证,年度报告制度,绩效评估与社会评价制度。第三章信息技术应用,规定了电子签名推广,免于书面形式,证明文件的电子确认,双重义务处理,统一门户网站,在线信息公开,在线服务与参与,在线办公与纸面信息削减,信息共享,行政机关信息共享的原则,危机处理能力建设,公务员培训与考核,多种接入方式,使用者能力培养,设区中心的政务服务,残疾人保障政策,消除数字鸿沟。第四章电子政务保障与促进,规定了领导机构与主管部门,首席信息官设置,首席信息官联席会议制度,专家咨询委员会,争议解决机制与程序,信息安全及其制度,信息安全风险评估,减少信息重复采集,个人信息影响评价,电子政务发展基金,电子政务预研究经费的保障,运维资金的财政保障,跨部门项目的优先保障,运维外包机制的鼓励,项目建设公司伙伴关系,互操作标准。第五章法律责任,规定了主管部门的责任,提供方的公法责任,首席信息官的责任,提供方的民事责任,中间方的责任,使用方的责任,中间方与使用方的法律救济。第六章为附则,界定了有关定义,地方细则,军队规则及生效日期。

本。当然笔者也同时借鉴参考了前面学术界对电子政务法基本体系的提炼。由此,本研究认为电子政务法的基本框架为:

基于电子政务自身的逻辑和实践顺序,电子政务法的基本框架应为:电子政务建设法律制度;政务信息互通共享协同法律制度;电子政务标准法律制度;电子政务安全法律制度;电子政务绩效评估法律制度。

对电子政务建设法律制度,笔者试图从电子政务建设自身的逻辑和实践顺序来详细分析电子政务建设到底应包含哪些基本内容和环节,针对这些基本内容和环节,法律应如何面对,应如何作为。基于这个思路,笔者认为电子政务建设的基本环节为:首先要有组织保障,其次要规划先行,最后在具体建设中要实行项目管理。同时还应辅之有完善的监理制度,运维制度和外包制度。最后,在电子政务建设中要做到信息平等,服务泛在,消除数字鸿沟。所以,对这些环节法律必须进行规制。

电子政务的核心在于政务信息互通共享协同。电子网络技术只是为政务信息互通共享协同提供了技术条件,而要真正实现政务信息的互通共享协同更重要的是要进行政务改革,也就要进行顶层的电子政务设计,进行跨部门的电子政务建设,进行深层次的政务组织再造和政务流程再造,并实行首席信息官制度。只有这样,我们才能建立统一的数据库,从而实现信息互通共享和协同。而对公众而言,进行顶层设计,进行跨部门的电子政务建设,就是为了达到能够为公众提供“一站式”服务。所以,顶层设计和“一站式”服务是一个问题的两个方面,对政府来讲是顶层设计,而对公众而言就是“一站式”服务。最后,电子政务的成效如何最后都体现在政府门户网站上,门户网站的后台是政务信息的互通、共享和协同问题,而门户网站的前台就是信息公开和一站式服务问题。基于这些,本报告的第三章首先阐述电子政务的顶层设计问题,这包括跨部门电子政务的建设,政务组织再造和政务流程的再造,同时包括建立首席信息官制度;其次阐述信息互通共享协同问题,包括统一数据库(平台)建设,信息公开,以及“一站式”服务;最后阐述门户网站问题。本章的脉络的仍然遵循电子政务自身的逻辑和实践顺序,在此基础上来思考法律应怎么面对,应怎么作为。

最后,电子政务的标准问题,安全问题,以及绩效评估问题与前述内容有所不同,它们分别贯彻在整个电子政务的始终,并各自又具有相对的独立性。

# 互联网言论自由与微博治理模式的改革

## ——以“金山”诉“360”案为楔子

宋华琳\* 汤雯雯\*\*

“金山”诉“360”案件引发了公众对微博与言论自由、实名制、个人信息保护等相关问题的关注。本文的行文路径并非拘泥于“金山”诉“360”案，分析案件事实和审判依据，而是尝试从公法学角度探析《北京市微博客发展管理规定》规定的合宪性与合法性，探析其中涉及的基本权利保护问题，并进而反思中国未来的互联网治理模式。

### 一、事件始末

“金山”和 360 是存在竞争关系的两家电脑安全厂商，两家公司的争执起源于 2010 年 5 月 21 日，“金山”公司称：当天有大量金山网盾用户向金山软件客服投诉 360 安全卫士恶意卸载金山网盾。5 月 25 日，周鸿祎相继在新浪、搜狐、网易、腾讯等门户网站，通过微博发表“揭开金山公司面皮”的系列文章，4 个小时内发布微博 42 条，对金山网盾进行点名批评。

“金山”公司在 2010 年 5 月底决定向法院提起诉讼，要求判令周鸿祎停止侵权，公开致歉，索赔 1200 万元，并要求周在搜狐、网易、腾讯的微博首页连续 7 天发表致歉声明。

此案是首例因微博言论引发的诉讼案，原被告双方知名度高，索赔数额巨大，因而被称为“微博第一案”。

一审法院判决要求周鸿祎停止侵权，并删除其中 20 条内容侵权的微博，同时，判令周鸿祎在新浪、搜狐、网易的微博首页发表致歉声明，并赔偿 8 万元。

一审判决后，原告金山安全公司与被告周鸿祎均提起上诉。北京市第一中级人民法院终审判决认定，金山安全公司成立于 2009 年，而周鸿祎炮轰“金山”的许多微博所涉及的事件发生在 2005 年，与金山公司没有任何关系。法院认为，通观周

\* 南开大学法学院教授，法学博士，博士生导师。

\*\* 南开大学法学院 2013 届硕士研究生，现供职于天津市武清开发区。

鸿祎微博前后文，不排除其借助对金山公司技术上的指责而获得自己利益的可能性，而且部分微博中使用了明确带有侮辱性质的用语，应当予以删除。据此法院对原审部分判决进行改判，删除微博数量由一审的 20 条改为 2 条，赔偿数额也由 8 万元减为 5 万元。

一审判决书中，法院对于微博的特点首次进行了司法意义上的定性：个人微博的特点是分享自我的感性平台而非追求理性公正的官方媒体，因此相较于正式场合的言论，微博上的言论随意性更强，主观色彩更加浓厚，相应地对其言论自由的把握尺度也更宽。

终审判决中，北京市第一中级人民法院认定微博作为一个自由发表言论的空间，可以以个人视角通过只言片语，表达对人和事的所感所想，为实现宪法所保障的言论自由提供了一个平台。<sup>1</sup>

### 二、言论自由初探

“你说的每句话我都不赞同，但是，我将誓死捍卫你说话的权力”。伏尔泰的名言在今日可谓是家喻户晓。说话的权利，即言论自由。英国《牛津法律大辞典》将其表述为“公民在任何问题上均有以口头、书面、出版、广播或者其他方法发表意见或看法的自由”。有学者认为言论自由与 35 条规定中的其他自由概称为“表现自由”或“表达自由”，指的是人们通过一定的方式将自己内心的精神作用公诸于外部的精神活动的自由<sup>2</sup>，还有学者将其定义为公民对于各种问题，有通过语言（包括口头和身体语言）表达其思想和见解的自由。<sup>3</sup>但言论自由有着怎样的内涵和外延？是否意味着没有限制？本部分旨在探讨微博作为新兴媒体，以其独特的特性，对传统言论自由的冲击。

#### （一）言论自由的内涵

言论自由自 1689 年英国《权利法案》首次规定之后，至今已普遍为各国所效仿。《世界人权宣言》的序言中即宣示：人人享有言论自由。《公民权利和政治权利国际公约》第 19 条：一、人人有权持有主张，不受干涉；二、人人有自

<sup>1</sup> 本文陈述的“金山”诉“360”事件来自《南方都市报》记者李奎的报道：“金山诉周鸿祎胜诉 微博为实现言论自由提供平台”，载《南方都市报》2011 年 09 月 01 日。

[http://nf.nfdaily.cn/nfdsb/content/2011-09/01/content\\_29280778.htm](http://nf.nfdaily.cn/nfdsb/content/2011-09/01/content_29280778.htm)

<sup>2</sup> 许崇德编：《中华法学大辞典（宪法学卷）》，中国检察出版社 1995 年版，第 52 页。

<sup>3</sup> 秦前红主编：《新宪法学》武汉大学出版社 2005 年版，第 105 页。

由发表意见的权利；此项权利包括寻求、接受和传播各种消息和思想的自由，而不论国界，也不论口头的、书写的、印刷的、采取艺术形式的、或通过他所选择的任何其他媒介。《中华人民共和国宪法》第35条规定，中华人民共和国公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由。

言论自由作为公民的基本权利，是民主社会的基石。首先，言论越自由，针对公共事务，民众就越积极表达自己的主观意见，促进民主决策的形成，因此，言论自由是人民自治的基础。其次，只有各种不同意见的交锋、互补，才能在激辩中打磨出真正的真理，才能更好地权衡各方利益。第三，言论自由的核心问题是政治言论自由。言论自由意味着政治言论必须是自由的。<sup>1</sup>相较于商业等其他言论自由，政治言论是各国规制的敏感点。批评的限度就是民主的尺度。<sup>2</sup>言论自由有助于政治的透明化、民主化。

## （二）言论自由的外延

如孟德斯鸠在《法意》所言：“自由是做法律所许可的一切事情的权力。”卢梭也有言：“决不能有无法律的自由，也不能有任何人超乎法律之上的自由。”由于表达行为是将自己内心的所思所想付诸实践，所以存在着与他人的自由权利或社会公众利益发生相互冲突的可能性，为此表达自由的内容、场所、方法以及状态等亦不可避免地受到规制。<sup>3</sup>在法国1787年《人权和公民权宣言》中规定享有言论自由的人，应对滥用此项自由承担责任。德国也通过基本法对私法权利的间接影响、公共秩序的制约、公共利益优先、保护个人名誉和尊严以及社会道德的立法等几方面对言论自由进行了限制。<sup>4</sup>可见即使在西方民主国家，也没有绝对的自由，若绝对自由存在，则再无自由可言。

我国为《公民权利和政治权利国际公约》的成员国。该《公约》第19条第三款规定，本条第二款所规定的权利的形式带有特殊的义务和责任，因此得受某些限制，但这些限制只应由法律规定并为下列条件所必须：（甲）尊重他人的权利或名誉；（乙）保障国家安全或公共秩序，或公共卫生或道德。该《公约》对

<sup>1</sup>政治言论自由至少应包括以下几方面的言论自由：批评和反对现行法律的言论自由，批评政府的自由，宣传和支 持各种政治见解、政治观点、政治学说和政治信仰的言论自由，批评执政党的言论自由。郁忠民：《政治权利与自由》，载李步云主编：《宪法比较研究》，法律出版社1998年版，第496-497页。

<sup>2</sup> [美]安东尼·刘易斯，《批评官员的尺度》，何帆译，北京大学出版社2011年版，第1页。

<sup>3</sup> 林来梵：《从宪法规范到规范宪法》，法律出版社2001年版，第138页。

<sup>4</sup> 参见邓晔、阳永恒：《德国言论自由的重要性及其限度》，《中南林业科技大学学报（社会科学版）》2011年第4期。

言论自由的限制超乎了国界，制约言论自由以合法的方式进行。

《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。”我国《宪法》第38条规定：“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。”由此可见，我国宪法中，设定了言论自由的外延，即不得损坏他人的自由和权力；不得损坏国家、社会和集体的利益。在承认言论自由为公民基本权利的前提下，我国对言论自由限制范围均在《公约》范围内。

在我国具体的部门法律法规中，将他人权益和国家利益的保护以规定犯罪和公民民事权利的方式真正落到实处。我国《刑法》第103条第2款规定煽动分裂国家罪、第105条规定“以造谣、诽谤或者其他方式煽动颠覆国家政权的”、第249条的规定“煽动民族仇恨、民族歧视的”，第278条规定“煽动群众暴力抗拒国家法律、行政法规实施的”，第373条规定“煽动军人逃离部队的”等均是为了保障国家安全或公共秩序等对言论自由做出的法定限制。《民法通则》第101条规定：“公民、法人享有名誉权，公民的人格尊严受法律保护，禁止用侮辱诽谤等方式损害公民、法人的名誉。”第120条第二款规定：“法人的名称权、名誉权受到侵害的，适用前款规定。”最高院《民通意见》第140条规定：“以书面、口头等形式诋毁、诽谤法人名誉，给法人造成损害的，应认定侵害法人名誉权的行为。”等，均为保障人的名誉和尊严限制言论自由的外延。

## （三）判断言论自由的基本原则

在有了较完整的法律体系后，如何将文字上的法适用成为实践中的法，其中最核心的问题即如何确定言论自由是否跨越了法律的栅栏。“对言论自由施加限制的唯一根据只能是其他正当权利的要求，而且并不能因此而压制言论自由的合理空间”<sup>1</sup>对言论的方式和内容进行限制，更要防止以限制言论自由为借口使言论自由受到隐形的削弱和限制。<sup>2</sup>判断言论自由是否超限，过于模糊、宽泛的原则可能限制了他人的言论自由，过于狭窄的原则又会在管制上显得苍白无力，导致非法言论的传播。

是否可能对言论自由予以类型化，并出台一以贯之的标准呢？20世纪，美

<sup>1</sup> 李炳烁：《言论自由的限度理论》，《江苏大学学报》2005年第9期。

<sup>2</sup> 参见侯健：《言论自由及其限度》，《北大法律评论》第3卷第2辑，法律出版社2001年版。

国哲学家亚历山大·米克尔约翰提出，言论自由并非绝对，可将之划分为“私人言论”与“公共言论”，后者亦可称为“政治性言论”。私人言论与公共事务无关，国会可视其危害程度，决定是否立法限制。但是公共言论是人民自治的基础，政府不应干预。罗伯特·博克法官修正其观点，认为言论自由保护的言论只限于“纯正、明显的政治性言论”。德国宪法法院曾在 1982 年的“竞选毁谤案”中阐述了言论自由应区分主观见解和客观事实的原则。对于客观事实，宪法法院要求准确度；但对于主观见解，发言人则必须被允许畅所欲言。<sup>1</sup>笔者认为，由于言论形形色色，且各国对政治性言论包容程度不同，对言论进行归纳、类型化仍有一定难度，以上分类标准并没有揭示受保护和不受保护的言论之间的核心差异，也无法一以贯之。因此笔者倾向于运用相关法律原则作为保护言论自由的价值补充。

### 三、微博与互联网言论自由

#### （一）互联网言论自由

在互联网时代，言论自然包括了新闻媒体和自媒体时代的讯息。对于网络言论自由学界并没有一个统一的定义。笔者初步将其认定为网络用户通过互联网平台以电子数字、图文、音像等形式表达内心所思所想，或以转发等方式传播用户认可的信息。它是宪法规定的言论自由在新时代的表现形式，为我们提供了更为广阔的言论空间。John Perry Barlow 在其著名的《网络空间独立宣言》中写道：

以未来的名义，我要求属于过去的你们，不要干涉我们的自由。我们不欢迎你们，我们聚集的地方，你们不享有主权。

我们没有民选政府，将来也不会有，所以我现在跟你们讲话，运用的不过是自由言说的权威。我宣布，我们建立的全球社会空间，自然地不受你们强加给我们的专制的约束。<sup>2</sup>

网络言论存在更多的自由空间。有学者将网络言论特点归纳为广泛性、匿名性、自主性、交互性、异质性、开放性。在表达自由制度比较健全的国家，比如美国，法院的判决针对不同媒体的传播特性，适用不同级别、不同程度的宪法保

<sup>1</sup> 参见张千帆：《宪法学讲义》，北京大学出版社 2011 年版，第 515 页。

<sup>2</sup> [美]约翰·P·巴洛，李旭、李小武译，高鸿钧校，《网络空间独立宣言》，<http://worldol.bokee.com/418283.html>。

护。<sup>1</sup>显然，较之于传统言论，网络言论享有更多的保护。近几年风靡全球的 Twitter 和 Facebook，以及中国出现的微博，将网络言论自由的特性发挥的淋漓尽致。

#### （二）作为新兴言论自由平台的微博

百度百科中微博的定义为一个基于用户关系的信息分享、传播以及获取平台，用户可以通过 WEB、WAP 以及各种客户端组建个人社区，以 140 字左右的文字更新信息，并实现即时分享。<sup>2</sup>微博短小精悍、发布及时、共享快捷，信息具有很强的原创性、自主性，为民众表达和交流提供了一个便捷的平台，迎合了中国民众表达自我的需求。据中国互联网络信息中心（CNNIC）报告显示，截至 2011 年 12 月底，我国微博用户数达到 2.5 亿，较上一年底增长了 296.0%，网民使用率为 48.7%。微博成为近一半中国网民使用的重要互联网应用。

##### 1. 微博重构现代民主社会

微博以其平等参与、开放交流和自由表达，正在重构着现代社会，在现代公共生活中发挥着独特的作用。

##### （1）公民的自媒体

微博是典型的“Daily Me”，是一份完全个人化的报纸，其中每个人可以从其中挑选自己喜欢的主题和见解，并通过内容和见解来吸引更多人的关注。微博网站现在的即时通讯功能非常强大，通过 QQ 和 MSN 直接书写，在没有网络的地方，只要有手机也可即时更新自己的内容。类例于一些大的突发事件或引起全球关注的大事，如果有微博客在场，利用各种手段在微博客上发表出来，其实时性、现场感以及快捷性，甚至超过所有媒体。在 2011 年关于乌坎事件、郭美美事件、动车事件的报道中，微博都凸显了强大的生命力，它某种意义上重塑了公共领域。

##### （2）重大事件的第一播报者

在一些大的突发事件或引起全球关注的大事，微博的及时性、现场感以及快捷性，甚至超过所有媒体。以温州动车事故为例。2011 年 7 月 23 日晚 20 时多，动车追尾事故发生。7 月 23 日晚 20 时 27 分，事发附近居民 @Smm\_苗 发图文微博“狂风暴雨后的动车这是怎么了？？爬的比蜗牛还慢...可别出啥事儿啊...”此

<sup>1</sup> 王四新：《网络空间的表达自由》，社会科学文献出版社 2007 年版，第 4 页。

<sup>2</sup> 参见百度百科：<http://baike.baidu.com/view/1567099.htm>。

条微博被转发 26936 次, 评论 8663 次。这是目前公认的最早的事故信息来源。<sup>1</sup> 另外, 在乌坎事件、刘若英结婚、江西宜黄拆迁事件、李刚门等案例中, 微博都发挥了重要作用, 无数事例证明, 这让传统媒体获得了一条新的发现新闻线索的渠道。

### (3) 政务信息平台

微博这一新兴媒体在促进官民互动、提升司法公信力方面的作用也日渐凸显。2011 年 4 月 1 日, 广州市公安局交警支队的官方微博“广州交警”开通行, 主要对外发布交通信息及相关新闻。群众可对公安交通管理所包含的各项工作提出意见和建议, 交警也及时对网友的提问做出答复。<sup>2</sup>类似的官方微博、人大代表微博以及人大代表候选人建立的微博为公众献言献策、监督等提供了非常多的便利。

### (4) 公益事业的推动器

微博在号召全民从事公益上, 也有着传统媒体和警力无法企及的优势。2011 年 1 月 26 日, 中国社科院农村发展研究所教授于建嵘开通微博“随手拍照解救乞讨儿童”, 希望借微博力量, 寻找那些被拐卖乞讨的儿童。目前, 该微博已有 21 万粉丝, 成功解救若干名儿童。最早创办“宝贝回家”寻子网站的张宝艳夫妇说: “我们搞了那么多年‘宝贝回家’都没闹出这么大动静, 你这一搞就搞大了……”<sup>3</sup>另外, 笔者在微博上还见到 80 后相亲的微群等, 微博在便利民众、丰富大众文化生活等扮演着重要角色。

### (5) 商业平台

在微博上, 无论大小企业均纷纷注册, 用以推广产品、服务客户。最典型的为房地产商潘石屹的营销之道。这类服务平台不仅方便公众生活, 也为现代企业营销提供了一个高效率、低成本的模式。

### (6) 网络社区

互联网存在所谓的“群体极化效应”。“真实世界的互动通常迫使我们处理不同的东西, 虚拟世界却偏向同质性, 地缘的社群将被取代, 转变成依利益或兴趣来结合的社群。”<sup>4</sup>由于微博互相关注的特征, 使得民众可以选择有共同爱好的人,

<sup>1</sup> 动车追尾事故: 自媒体对公共媒体的完胜, <http://www.kcis.cn/artShow.php?artId=13>。

<sup>2</sup> 《公安微博探索问政新途径, 舆论反响不一》, 《政法网络舆情》2011 年第 16 期。

<sup>3</sup> 于建嵘: 《“微博打拐”营造全民参与氛围》, <http://news.qq.com/a/20110214/000321.htm>。

<sup>4</sup> 参见[美]凯斯·桑斯坦: 《网络共和国: 网络社会中的民主问题》, 黄维明译, 世纪出版集团、上海人民出

以此产生自我认同, 将小股力量汇聚成流, 使自己的声音被倾听, 使他人的言语被关注, 人与人之间互通有无、资源共享。

## 2. 微博成为社会问题的土壤

在微博迅速走红的同时, 由于其原创性、传播的迅捷性、大众性、匿名性, 相关问题矛盾表现更为激烈。在“金山”诉“360”案中涉及了名誉权问题。谣言、网络欺诈、侮辱、诽谤、口舌大战等问题滋生。具体社会问题笔者将在下文“微博病症分析及其对策”中具体阐释。

考虑到该媒介的特性, 笔者认为应当给予微博较之于传统媒体更广泛的言论自由。引发本文论题的微博第一案终审判决书称, “个人微博作为一个自由发表言论的空间, 可以以个人的视角, 通过只言片语表达人对事的所感所想, 为实现我国宪法所保障的言论自由提供了一个平台。微博上的言论具有随意性, 主观色彩浓厚, 甚至一些语惊四座的表达方式, 但涉及批评的内容, 往往起到舆论监督的积极作用。”该判决对微博的性质和特点以及作用首次做了司法上的重要总结, 保障了微博作为言论自由的平台, 为日后微博言论自由的尺度打下了良好基础, 具有新时代的重大意义。

## 3. 微博的匿名性

匿名性作为网络言论自由的重要组成部分, 是言论自由的基石。微博信息传播可以完全隐去交流者的真实姓名、身份和地位等。微博用户应有选择匿名或实名注册, 匿名或实名发言的权利。通过微博用户的发帖、转帖和评论, 通过互动形成相应的虚拟社区。正如美国法院判决指出的“互联网上思想的自由交流, 很大程度上得益于互联网用户之间可以匿名交流。”<sup>1</sup>

网络匿名使得微博用户可以有效保护个人隐私, 参与讨论公共事务。美国一副几乎家喻户晓的漫画就形象地反映了网络交流的匿名性: 一只小狗坐在了电脑前, 一边敲打键盘, 一边不无得意地自言自语到: “谁也不知道我是谁”。这可以使得用户不必担心受到相应的惩戒, 从而保证了赛博空间中见解的多样性, 用户可以自由地选择说什么, 不说什么。

版社 2003 年版, 第 37 页。

<sup>1</sup> 参见 *Doe v. 2themart.com*, 1093(2001).

#### 四、微博实名制的合法性分析

作为一种新兴的网络交流方式,微博是一种通过关注机制,分享简短实时信息的广播式的社交网络平台。本部分旨在整理当前我国法律法规中涉及到微博客言论管理的规定,并对不久前出台的《北京市微博客发展管理若干规定》进行分析,探索微博客管理中的问题与不足。

##### (一) 互联网微博治理的相关法律法规

2000年9月25日,《中华人民共和国电信条例》实施。该条例旨在规范电信市场秩序,维护电信用户和电信业务经营者的合法权益,保障电信网络和信息的安全,促进电信业的健康发展。在《电信条例》第五十七条规定了网络内容的九类禁止性类别。即任何组织或者个人不得利用电信网络制作、复制、发布、传播含有下列内容的信息:①反对宪法所确定的基本原则的;②危害国家安全,泄露国家秘密,颠覆国家政权,破坏国家统一的;③损害国家荣誉和利益的;④煽动民族仇恨、民族歧视,破坏民族团结的;⑤破坏国家宗教政策,宣扬邪教和封建迷信的;⑥散布谣言,扰乱社会秩序,破坏社会稳定的;⑦散布淫秽、色情、赌博、暴力、凶杀、恐怖或者教唆犯罪的;⑧侮辱或者诽谤他人,侵害他人合法权益的;⑨含有法律、行政法规禁止的其他内容的(以下简称“九不准”)。

当天,《互联网信息服务管理办法》也开始实施。该办法第十五条也规定了互联网信息服务提供者不得制作、复制、发布、传播含有的九项内容的信息,与《电信条例》并无差异。在《互联网信息服务管理办法》第十六条中,规定互联网信息服务提供者发现其网站传输的信息明显属于本办法第十五条所列内容之一的,有应当立即停止传输,保存有关记录,并向国家有关机关报告的义务。该办法第二十条规定,制作、复制、发布、传播本办法第十五条所列内容之一的信息,构成犯罪的,依法追究刑事责任;尚不构成犯罪的,由公安机关、国家安全机关予以处罚;对经营性互联网信息服务提供者,并由发证机关责令停业整顿直至吊销经营许可证,通知企业登记机关;对非经营性互联网信息服务提供者,并由备案机关责令暂时关闭网站直至关闭网站。在《互联网信息服务管理办法》中,明确了网络信息服务提供者监督网络传输信息的义务,以及网络服务提供者和用户违法发布禁止性内容的法律后果。

2000年10月8日,《互联网电子公告服务管理规定》实施。该规定第九条再一次申明用户发布内容的“九不准”。该规定第十二条明确电子公告服务提供者对上网用户的个人信息的保密义务。第十三条规定电子公告服务提供者发现电子公告服务系统中出现明显属于本办法第九条所列的信息内容之一的,应当立即删除,保存有关记录,并向国家有关机关报告。第十九条则规定了泄露用户个人信息的法律后果。

以上法规对互联网信息内容做了禁止性列举。这些立法并没能结合网络平台的特殊性,更多是考虑公共利益和公共秩序的维护,而忽视了互联网用户的表达自由。新近的互联网乃至微博客立法并没能关注网络、微博相较于传统媒体的特殊性,“一刀切”的治理模式使得微博无法成为“自由人的自由联合”,成为真正的公共平台。

##### (二) 探析《北京市微博客发展管理若干规定》的合法性

2011年12月16日,北京市人民政府新闻办公室、市公安局、市通信管理局和市互联网信息办公室共同颁布了《北京市微博客发展管理若干规定》要求,该规定第9条要求:“任何组织或者个人注册微博客账号,制作、复制、发布、传播信息内容的,应当使用真实身份信息,不得以虚假、冒用的居民身份信息、企业注册信息、组织机构代码信息进行注册。”即在网络上沸沸扬扬的实名制政策。此政策的出台,相关负责人认为其法律依据为《中华人民共和国电信条例》第五十九条第(四)项:任何组织或者个人不得以虚假、冒用的身份证件办理入网手续,实施扰乱网络传播秩序的有关规定。<sup>1</sup>

随后,根据《规定》第十五条:本规定公布前已开展微博客服务的网站,应当自本规定公布之日起三个月内依照本规定向市互联网信息内容主管部门申办有关手续,并对现有用户进行规范。北京市网管办相关负责人指出,非实名认证用户将在2012年3月16日后“被强制拦截,不能发言、转发,只能浏览相关内容”。<sup>2</sup>由于该规定仅限于注册阶段,对微博用户使用的昵称并无相关规定,因此微博实名制是“后台实名、前台自愿”。

<sup>1</sup> 国新办:网络实名制有法律依据,主要用于微博, <http://www.ithome.com/html/it/9399.htm>。

<sup>2</sup> 参见《微博3月16日起全部实名,网民担心影响信息安全》, <http://news.cn.yahoo.com/yopen/20120209/853279.html>。另外,在《若干规定》颁布之时,北京市互联网信息内容主管部门新闻发言人亦强调,“对使用微博客浏览信息的用户,《若干规定》未作出限制性规定”。

笔者访问新浪微博注册页面,注意到注册信息必须填写用户姓名与身份证号码,<sup>1</sup>企业用户注册则必须提供营业执照和认证公函来进行认证。<sup>2</sup>在腾讯、网易微博注册,也是如此,微博实名制已全面实施。<sup>3</sup>自12月22日起,腾讯等广州和深圳的7家微博网站也实行用户真实身份信息注册。截至2012年2月10日,新浪微博累计有300万新注册用户进行了真实身份信息比对,老用户中认证的微博名人达40万,微博达人突破500万。搜狐名人和高端用户基本完成认证。网易用户实名认证率也超过了25%。规定发布后腾讯微博的新注册用户均已完成真实身份认证。<sup>4</sup>

然而,《北京市微博客管理规定》的合法性仍值得考量,以下笔者将从其制定主体、法律依据、法律授权等角度对其加以考评。

### 1.对互联网网站的限制

《北京市微博客发展管理若干规定》是由北京市人民政府新闻办公室、市公安局、市通信管理局和市互联网信息办公室共同制定的,其并非地方性法规或地方政府规章,只是由北京市下属部门联合颁发的规范性文件。且在《规定》第二条明确了其管辖范围为在北京开展微博客服务的网站及其微博客用户。

《北京市微博客发展管理若干规定》第六条规定,“本市行政区域内网站开展微博客服务,应当在申请电信业务经营许可或者履行非经营性互联网信息服务备案手续前,依法向市互联网信息内容主管部门提出申请,并经审核同意。”北京市互联网信息内容主管部门新闻发言人在答记者问时,论称依据是《互联网信息服务管理办法》(国务院令 第292号)第五条:“从事新闻、出版、教育、医疗保健、药品和医疗器械等互联网信息服务,依照法律、行政法规以及国家有关规定须经有关主管部门审核同意,在申请经营许可或者履行备案手续前,应当依法经有关主管部门审核同意。”

但是,网站开展微博客服务,不属于《互联网信息服务管理办法》第5条中列举出的“新闻、出版、教育、医疗保健、药品和医疗器械”等互联网信息服务,因此作为规范性文件的《北京市微博客发展管理若干规定》,其中对微博客审批

<sup>1</sup> 新浪微博用户注册, <http://weibo.com/signup/signup.php?lang=zh-cn>。

<sup>2</sup> 新浪微博企业用户注册, [http://a.weibo.com/reg/reg\\_guide.php?lang=zh-cn](http://a.weibo.com/reg/reg_guide.php?lang=zh-cn)。

<sup>3</sup> 目前,虽然规定了实名制的实行期限,但现实生活中至今未实名注册用户仍可发言。此文就规定文本内容进行分析。

<sup>4</sup> “四问”微博实名制,新华网, [http://news.xinhuanet.com/society/2012-02/10/c\\_111507519.htm](http://news.xinhuanet.com/society/2012-02/10/c_111507519.htm)。

的规定,并非对实施上位法设定的行政许可作出的具体规定,而是创设了对网站开设微博客服务的行政许可。

根据《行政许可法》第14条的规定,法律可以设定行政许可,尚未制定法律的,行政法规可以设定行政许可。根据《行政许可法》第15条的规定,《行政许可法》第十二条所列事项,尚未制定法律、行政法规的,地方性法规可以设定行政许可;尚未制定法律、行政法规和地方性法规的,因行政管理的需要,确需立即实施行政许可的,省、自治区、直辖市人民政府规章可以设定临时性的行政许可。根据《行政许可法》第十七条的规定,“除本法第十四条、第十五条规定的外,其他规范性文件一律不得设定行政许可。”因此北京市政府下属部门联合发布规范性文件,为网站开展微博客服务设定许可,违反了《行政许可法》的要求。

### 2.对微博用户的限制

英国著名法理学家麦考密克说过:“就出台法案、做出行动、提出主张和予以反驳这些活动来说,公众都需要就他们的所作所为提出法律上的理由。”<sup>1</sup>诚然,根据《中华人民共和国电信条例》第59条第4项的规定,任何组织或者个人“不得以虚假、冒用的身份证件办理入网手续并使用移动电话”,该规定的立法目的是为了保障网络传播秩序,要求任何组织或个人以真实身份证件办理入网手续。

何为入网手续?《电信条例》第59条第4项规定的入网,是指一个没有入网(尚未获得独立IP地址)或者已经入网又需要新的网络服务(IP地址)的人,都必须以真实的身份证件办理相关手续。而注册微博客是利用网络传播信息的一种方式,是“上网”而不是“入网”。<sup>2</sup>因此《北京市微博客发展管理若干规定》第9条的要求,“任何组织或者个人注册微博客账号,制作、复制、发布、传播信息内容的,应当使用真实身份信息,不得以虚假、冒用的居民身份信息、企业注册信息、组织机构代码信息进行注册”,是欠缺法律依据的。

### 3.限制基本权利

《规定》第十条对禁止性内容作了例举。言论自由为我国《宪法》规定的人民的基本权利,《宪法》第三十五条规定,中华人民共和国公民有言论、出版、

<sup>1</sup> [英]尼尔·麦考密克:《法律推理与法律理论》,姜峰译,法律出版社2005年版,第17页。

<sup>2</sup> 参见赵娟:《微博、规制与行政法治》,《南京社会科学》2012年第4期。

集会、结社、游行、示威的自由。根据《立法法》第8条规定，只能由法律来限制公民的政治权利。

言论自由是公民的政治权利。公民对于政治和社会的各项问题，有通过语言方式表达其思想和见解及通过各种方法相互交流的自由，俗称“说话的权利”。“说”从政治意义上主要是公民有批评政府的自由；“听”主要指人们有获得信息和情报的自由。如伏尔泰所说，“我不同意你的观点，但我要誓死捍卫你说话的权利。”美国联邦法院霍姆斯法官认为，表达自由不仅是为我们所赞同的思想准备的自由，而且是为我们所仇恨思想准备的自由。

因此微博客注册信息等事项，事关公众言论自由权利的践行。根据《立法法》的规定，北京市无权以规范性文件的形式，就微博客注册信息等事项加以规定。

#### 4. 带来不利影响

《规定》第一条表明了立法目的<sup>1</sup>，在《规定》答记者问<sup>2</sup>中，北京官方也说明是由于在微博客发展过程中，出现了传播谣言和虚假信息、买卖“粉丝”、利用网络进行欺诈等突出问题而制定本规定。目的分为公共利益，私人利益和维护司法的公正和权威利益。该《规定》的出台主要是为了公共利益，维护社会稳定，要求网民对个人言论自由负责。其次，从其实施实名制的手段看来，笔者认为实名制会造成下列影响：

##### (1) 抑制网络言论自由

实名微博用户直观上就对自己的言论负责，会让很多人会因担心遭到追惩而不敢畅所欲言，这使得互联网上也不能形成“思想的自由市场”，造成所谓的“寒蝉效应”（chilling effect）。

进一步，实名制的实施效果如何？2010年4月，韩国首尔大学的一位教授发表《对互联网实名制的实证研究》称，实名制在韩国实施后，诽谤跟帖数量从13.9%减少到12.2%，减少了仅1.7个百分点。更值得一提的是，以IP地址为基准，网络论坛的平均参与者从2585人减少到737人。可见，互联网实名制导致

<sup>1</sup> 即为了规范微博客服务的发展管理，维护网络传播秩序，保障信息安全，保护互联网信息服务单位和微博客用户的合法权益，满足公众对互联网信息的需求，促进互联网健康有序发展，根据《中华人民共和国电信条例》、《互联网信息服务管理办法》等法律、法规、规章，结合本市实际情况，制定本规定。

<sup>2</sup> 《北京市微博客发展管理若干规定》答记者问，载于 <http://tech.sina.com.cn/i/2011-12-16/13076524731.shtml>。

的“自我审查”可能在一定程度上抑制了网上的沟通。<sup>1</sup>

##### (2) 限制公民对国家机关的批评

可以通过微博匿名举报官员、批评政府的违法行为，而实名注册就会产生寒蝉效应，令人万马齐喑。以下是马伯庸在《寂静之城》对网络实名制的描写：

每一个使用互联网的人都有一个网络编号，没有这个编号，就无法连接进互联网。每一个编号都是独一无二的，每个人只有一个；这是使用者在网上的唯一代号，既不能修改，也不能取消。这些编号分别对应着使用者身份证上的名字，因此19842015就是阿瓦登，阿瓦登就是19842015。

有关部门说使用网络实名制是为了规范网络秩序方便管理，杜绝因匿名使用网络而产生的一系列重大问题和混乱……没人能在网上隐藏自己。有关部门把这一切都考虑的很周详。

简直就象是老大哥一样无微不至。<sup>2</sup>

##### (3) 禁止匿名网络言论将付出巨大的成本

微博实名制，并非是针对网络虚假信息、网络诽谤、网络欺诈的有效因应之道。应该建立以自我规制和行政规制结合的互联网治理体系，采取更为灵活的形式，实现维护互联网安全的目标。

#### 5. 出台程序瑕疵

程序参与是自由权在福利国家时代的新功能。对于其权利可能被行政决策影响的公民而言，赋予其参与行政决策程序的权利，是维护其权利的有效途径。自由权本身包含了程序参与的权能，相关公民有权直接根据自由权参与行政决策程序。如果剥夺其参与机会，本身就有可能构成对其基本权利的侵犯。如果多数公民可能受到影响，则这意味着有关行政行为必须在公众参与的框架内做出，在这种情况下，自由权就成为公众参与的宪法依据。<sup>3</sup>

微博客治理关乎互联网运营商的经营自由，关乎互联网用户的表达自由，在出台相关政策法规之前，理应征求相关互联网运营商的意见，也应面向公

<sup>1</sup> 韩国网站实行实名制遭黑客攻击 千万个人资料外泄，凤凰网，[http://int.nfdaily.cn/content/2011-12/22/content\\_35395884.htm](http://int.nfdaily.cn/content/2011-12/22/content_35395884.htm)。

<sup>2</sup> 马伯庸，《寂静之城》，载于 <http://www.jjwxc.net/onebook.php?novelid=16613>。

<sup>3</sup> 谢立斌：《公众参与的宪法基础》，《法学论坛》2011年第4期。

众广泛征求意见。遗憾的是,《北京市微博客发展管理若干规定》更多类似于行政机关“密室”操作的产物,以突兀的形式呈现于世人面前。

### (三) 微博实名制不足以解决现实问题

#### 1. 实名制与虚假信息整治

传播谣言和虚假信息的问题,并不是微博特有的病症。事实上,开放的网络平台为一般网民自行证伪某些谣言设置了较低的门槛,大大降低了辟谣的成本,成为当事人澄清误会的重要选择。谣言并不可怕,重要的是准确而权威的信息能够及时发布出来。毕竟信息越不透明、不对称,越会给人留下“合理想象”的空间,进而为谣言的出现提供温床。

弥尔顿说,“世上本无绝对真理,只有让不同意见争执冲突,彼此互补,部分真理才有发展为完全真理的可能”。梁启超也曾说:“虽稍偏激而不为病,何也?吾偏激与此端,同时必有人偏激与彼端以矫我也,又有人焉执两端之中以折中我者,互相倚,互相纠,互相这种,而真理必出焉;若相率为从容模棱之言,则举国之脑筋比静,而群治必以沉滞矣。”<sup>1</sup>因此,微博本是平等参与,营造合意的平台,充分的表达自由,在很大程度上会缩小谣言的生命周期。<sup>2</sup>

《规定》第八条规定,开展微博客服务的网站,应当建立健全信息内容审核制度,对微博客信息内容的制作、复制、发布、传播进行监管。因此,针对谣言问题,网络服务提供者有义务进行审核。若出现审核不作为,可追究网络服务提供者的义务。在实践中,新浪、腾讯等出现的大量自发粉碎谣言的专业微博,如果壳网的谣言粉碎机,以及官方辟谣微博,如新浪辟谣<sup>3</sup>、新浪微博不实信息曝光专区<sup>4</sup>等,以及网络服务提供者的审核义务<sup>5</sup>,加上《刑法》、《民法》、《治安

<sup>1</sup> 梁启超:《敬告我同业诸君》,载《梁启超全集》(第二卷),北京出版社1999年版,第970页。

<sup>2</sup> 参见喻国明:《微博是谣言的粉碎机,是真相的挖掘机》, <http://view.news.qq.com/a/20120411/000011.htm>

<sup>3</sup> 参见: <http://www.weibopiyao@sina.com>。

<sup>4</sup> 新浪微博设立不实信息曝光专区,意在提示各位网友在发布信息时要更加审慎负责,以免对其他网友造成误导。举报范围如下:1、虚假信息:不存在的事实或张冠李戴信息,尤其是灾难、求助等方面。2、不准确信息:为了提高网友关注度,故意夸大、夸张事实真相。3、商家利用有奖活动骗取粉丝和转发,被网友举报的信息。三种方式欢迎网友积极举报:1、可以给微博辟谣、系统管理员、微博小秘书等新浪官方账号发私信举报,2、给不实信息曝光专用信箱发送举报邮件3、通过个人微博页面右下方的“举报不良信息”入口或者单条微博左下方“举报”字样进行举报,载于 <http://weibo.com/pub/i/zt/wbpy>。

<sup>5</sup> 例如,笔者之一汤雯雯的微博于2012年4月24日18时46分收到新浪管理员的系统通知:“近期,一些不法分子利用新浪微博在互联网上无端编造、传播恶性政治谣言,产生了恶劣的社会影响,现已被公安机关依法予以处理,传播谣言的微博账号“李德林”、“阳光的元士”、“广州巫冠聪”和“龙逸天-945”已被关闭。在此,新浪微博呼吁广大网民自觉遵守法律法规,不造谣,不信谣,发现谣言及时举报,共同维护健康的

管理处罚法》的威慑,可以在很大程度上消除谣言的负面影响。

当然,微博运营商的辟谣和相关法律法规的规范均为事后追惩,有些人会担心由于微博传播之迅速,在辟谣之前谣言被大量转发,带来的巨大的危险。鉴于此,笔者认为可参照“明显且即刻危险原则”,对影响恶劣的谣言在有充分证据和依据的情况下予以遏制。

#### 2. 实名制与网络违法行为惩戒

针对网络欺诈问题,我国《民法》、《刑法》等相关法律法规已经进行了调整。实名制固然有利于对网络违法犯罪行为加以追惩,但目前IP地址追踪技术已经相当发达,一定程度上可以满足打击互联网违法犯罪行为的需要。因此以实名制来惩戒网络违法行为,却钳制了公民的言论自由,所侵害的利益要大于所保护的法益。

#### 3. 实名制与个人信息安全

微博实名制的实行,将个人言论责任直接落实到每个人身上。作为自由表达的平台,许多网友在很大程度上自我披露身份信息,例如新浪加V用户都是通过实名认证的。对社会有影响力的言论主要来自于名人等已经加V实名认证的用户,草根微博的粉丝达到一定数量也会加V,因此,无名的小博主并不容易在微博上真正兴风作浪。

《宪法》第40条规定,“中华人民共和国公民的通信自由和通信秘密受法律的保护”,“任何组织或者个人不得以任何理由侵犯公民的通信自由和通信秘密”。

《电信条例》第66条规定,“电信用户依法使用电信的自由和通信秘密受法律保护。”因此在微博实名制后,提供微博服务的运营商有保护微博用户个人信息不被泄露的义务。而每个微博运营商的背后,都是一个庞大的数据库,通过信息处理技术和监控技术,能够持续不断地针对社会成员信息和行为进行事无巨细的存储和记录。这某种意义上建构出一个“巨型社会”,因此如何保护微博用户的隐私权,就成为值得关注的课题。

实名制的实施使得每个人均只有一次注册微博的机会,一旦账号被屏蔽,将无法发言。网站作为平台,核对了个人姓名与身份信息,若黑客攻击了网站,导

网络环境和良好的社会秩序。”

致信息泄露怎么办？由谁负责？以全球第一个实行网络实名制的国家——韩国为例。韩国自推行网络实名制以来，韩国遭遇了两次非常大规模的黑客攻击事件，几乎牵涉到了所有韩国网民。韩国广播通信委员会的报告认为，有必要采取切实措施防止网民个人信息大量外泄事件的再次上演。报告建议：从2012年开始，凡是每天访问量超过1万人次以上的网站，将不再使用居民身份证号码。2013年韩国全部网站都将执行此规定，全面取消实名制。<sup>1</sup>这或许可为我国未来制度的发展提供借鉴。

### 五、探求微博治理模式的改革

曾有人认为网上构建了一个超越传统国家权力，仅仅受计算机控制，没有政府、法律和警察的网络空间。但我们应该看到网络信息空间中也存在着“市场失败”（market failure），互联网上的信息发布者和受众（新闻学上的术语）之间存在着严重的信息不对称。网络信息的失序有至少以下两种表现形式，一是“信息轰炸”，即在有限的时空内投放超密集的信息容量，使人们无从分辨，无法选择；二是“信息伪造”，即在网络中通过技术的方法伪造出一个以假乱真的信息环境来欺骗公众。<sup>2</sup>

因此，应对互联网中，特别是微博中存在的虚假、有害、诽谤乃至危及国家安全的信息加以规制。但是也应看到微博有很强的自我净化功能。对于谣言、虚假不实的信息，微博博友通过转发、评论等能使得“真理越辩越明”、“谣言不攻自破”。同时，很多微博的讨论虽然无法形成共识，但很多问题本来即无正确错误之分，而微博提供了思想的竞争，通过多元观点的提供，为网民的多元化和个性化生存提供了可能性。

而且，人总是有猎奇的心理，一定程度上期望听到更多千奇百怪的信息。尽管他们也意识到虚假的网上讯息有可能给他们带来危害，但更多时候却对这些虚假信息抱有宽容的态度。网民们心目中的理想互联网信息政府治理范式就是，必须尊重互联网自由、流动、交互等天然属性，使得互联网保有盎然生机和活力。

<sup>1</sup> 参见《韩国废除网络实名制的背后：个人信息保护之思考》，

<http://www.rising.com.cn/newsletter/news/2011-08-18/9611.html>；金宰贤：《黑客攻击引发韩国“互联网实名制”存废争议》，[http://news.ifeng.com/opinion/society/detail\\_2011\\_08/15/8406282\\_0.shtml](http://news.ifeng.com/opinion/society/detail_2011_08/15/8406282_0.shtml)；顾列铭：《韩国的网络实名制》，<http://www.zjss.com.cn/infDetail.asp?id=2084&tn=inf>

<sup>2</sup> 参见宋华琳：《互联网信息政府管制制度的初步研究》，载陈卫星主编：《网络传播与社会发展》（新世纪网络传播发展论丛），北京广播学院出版社2001年版。

鉴于微博自有的特性，在治理模式方面应当结合微博特点，充分保障其作为言论自由平台的优势，切不可因为治理而损害该平台的独特性质，失去其特有的社区功能。美国联邦通讯委员会在1997年公布的报告《数码旋风：网络与电讯传播政策》中认为，政府政策应避免不必要的规制；不应简单的将管理传统媒体的规范适用于互联网管理。<sup>1</sup>在美国最高法院首次涉及互联网言论自由的 *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997) 案判决中，大法官 John Paul Stevens 认为网络通讯迥异于传统的交流模式，因此应当享有更多的言论自由空间。<sup>2</sup>

在当前态势下，不断发起运动式治理并试图将其常规化，会使得对长效机制的探索变得更加困难，治理线上行为更多需要对线下制度和问题进行完善和解决，否则法律将难以真正进入公共治理的空间。<sup>3</sup>微博作为当前民众表达自我的重要平台，虽然存在谣言等问题，但其对于公民的交流、社会的进步有不可替代的作用。笔者认为目前对于微博发展和微博行为的实名制，其必要性并未凸显，并非合法有效的治理方式。美国全球最大社交网站“Facebook”和互联网巨头谷歌新推出的“Google+”社交服务，均推行自愿实名的政策。在 Facebook，从2006年9月11日起，任何用户输入有效电子邮件地址和自己的年龄段，即可加入。因此，我国应当摒弃该种治理模式，在实践中探索长远有效的机制，笔者认为我国可参照外国经验，提倡运营商自律先行，引导用户自愿进行实名注册，明确微博运营商的监督责任，明确管理部门的职权，完善相关法律法规，探索合作化治理道路。

正如亨利·哈丁在1993年的《互联网的历史》（History of the Net）一文中写得那样：“网络是人类智慧独一无二的创造，网络是第一个人工智能生物，网络昭示着一个在旧社会母腹内不断生长的新社会，网络提出了全新的政府模式”。目前世界各国对互联网的规制模式包括政府规制与自我规制，自我规制则被许多国家作为互联网内容监控的首选模式。“政府的规制是必要的，而自我规制则是发展的动力。政府的规制能够治愈症状，而自我规制能够杀死病毒。”<sup>4</sup>英国网络

<sup>1</sup> 参见王四新：《网络空间的表达自由》，社会科学文献出版社2007年版。

<sup>2</sup> *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997).

<sup>3</sup> 胡凌、赵克峰、汪帆、王晓殊：《中国网络法的道路》，载赵克峰主编：《中国防火长城：互联网审查的法律经济学》，中国经济出版社2010年版。

<sup>4</sup> Lijun Cao, *A Study on Self-regulatory Initiatives in Internet Industry*, MSc in Media and Communications, 2007.

观察基金会 (internet watch foundation IWF) 于 1996 年发表了一份名为《安全网络: 分级、检举、责任》的文件, 以此作为行业自律的指导原则。随后, 50 家 ISP 企业联合草拟了行业行为守则 (ISP code of practice), 对互联网从业人员和企业提出了非常具体的要求。<sup>1</sup>

新浪微博首次出台了我国第一个网络社区管理公约——《新浪微博社区公约(试行)》, 该公约有五章三十五条, 分为“总则”、“用户权利”、“用户行为规范”、“社区管理”、“附则”。<sup>2</sup> (1) 公约规定了用户的权利义务, 规定“用户在本平台的表达不得侵害他人合法权益, 不得与现行法律法规和本公约相冲突”; 公约规定了对用户隐私的保护, 指出新浪微博的用户真实身份验证信息由第三方平台保存, 用户可自行公开。(2) 公约还规定了用户的行为规范, 例如规定用户不得盗用他人帐号, 用户不得恶意通过机器或软件等非人力手段注册微博账号。(3) 公约规定了微博的社区管理, 规定新浪微博社区管理由站方和社区委员会共同完成, 社区委员会成员均为公开招募。社区委员会包括判定用户纠纷的普通委员会, 判定不实信息的专家委员会。在 2012 年 5 月 11 日至 5 月 21 日间, 新浪微博进行了首轮社区委员会成员招募活动, 期间, 共有 53029 人次报名普通委员会, 3866 人次报名专家委员会, 最终 5000 人入选普通委员会, 484 人入选专家委员会。

《新浪微博社区公约》或许是迈向正确方向的尝试, 通过微博运营商出台自律性规则, 明确微博运营商与微博用户的法律关系, 明确微博运营商的义务, 明确微博用户的权利义务与行为规范, 约定微博用户之间纠纷、微博用户与微博运营商之间的纠纷解决机制, 从而有助于规范微博用户和微博运营商行为。这属于典型的自我规制举措, 微博运营商的自我规制, 其最大优势在于微博运营商比行政规制部门更了解互联网的特性、微博的特性, 有更多的资源和技术能力来管理微博, 可以更好地、更加量体裁衣式的回应现实需要。

在未来, 应厘清政府规制与自我规制的边界, 建立政府规制与自我规制相结合的协同规制 (co-regulation) 体系, 将政府对微博的规制限于对违法 (illegal) 行为的惩戒, 让微博运营商对微博用户的自我规制限于对有害 (harmful) 行为的惩戒。从而以更有利于互联网发展, 更好地保护公众言论自由的方式, 实现更有效率和实效性的微博治理。

<sup>1</sup> 王四新:《网络空间的表达自由》, 社会科学文献出版社 2007 年版, 第 406-408 页。

<sup>2</sup> 《新浪微博社区公约(试行)》, [http://weibo.com/z/guize/gongyue.html?refer=index\\_hot\\_new](http://weibo.com/z/guize/gongyue.html?refer=index_hot_new)

## 电子规章制定的信息层次及其实践效果

——基于上海的考察

蒋红珍<sup>1</sup>

### 一、问题的提出

网络时代, 电子化技术的运用正日渐改变传统社会格局的方方面面, 也为互联网背景下的法治政府实现提供新的机遇和挑战。这其中, 通过信息化方式实现政府在决策形成中的民主性和透明度,<sup>2</sup> 尤其是借助互联网平台以吸收公众意见和建议实现政府决策领域的公众参与, 已经成为不少国家未来电子规则制定的发展动向。比如美国政府在其公布的电子政府规划 24 项提议中, 其中一项即为电子规则制定 (E-rulemaking), 其核心目的就是让民众更为便利地获取政府规制信息并参与到规则制定程序, 从而提升规制决策和增进规则质量。<sup>3</sup> 更有学者大胆放言: 当互联网搭上规章制定的公众参与, 它将改变一切。<sup>4</sup>

在我国, 这种体现“参与式立法思路”的电子规章制定, 正伴随全球化和信息化的迅猛发展体现出不可逆转的趋势。根据学者考察, “参与式立法”率先伴随 2000 年《立法法》出台,<sup>5</sup> 在我国地方立法领域崭露头角, 并获得地方政府的重视。<sup>6</sup> 不少地方政府专门出台相关立法和规范性文件就参与式立法程序本身作出规定; 而电子参与规章制定的模式, 则不仅在相关规范中获得制度建设意义

<sup>1</sup> 上海交通大学凯原法学院副教授。本文是上海交通大学文理交叉项目 (13JCY05) 的阶段性研究成果。

<sup>2</sup> 严格说来, 行政决策有广狭义之分。广义的政府决策包含行政立法 (rule making)、行政决策 (policy making) 和行政决定 (decision making)。有关行政立法、行政决策和行政决定的区分, 请参见王锡梓主编:《行政过程中公众参与的制度实践》, 中国法制出版社 2008 年版, 第 3 页。

<sup>3</sup> Cary Coglianese, *E-Rulemaking: Information Technology and the Regulatory Process*, 56 Admin. L. Rev. 353, 363-366 (2004).

<sup>4</sup> Stephen M. Johnson, *The Internet Changes Everything: Revolutionizing Public Participation and Access to Government Information Through the Internet*, 50 Admin. L. Rev. 277, 282 (1998).

<sup>5</sup> 《立法法》于 2015 年经修改, 不过立法过程的民主原则依然受到强化。第 5 条规定:“立法应当体现人民的意志, 发扬社会主义民主, 坚持立法公开, 保障人民通过多种途径参与立法活动。”行政立法领域的民主化要求, 可参见第 67 条 (涉及行政法规的意见听取) 和第 83 条 (涉及对规章制定程序的参照条款和对国务院的立法授权依据)。这之前, 经 2000 年《立法法》公布后的国务院制定的《规章制定程序条例》, 在第 14 条、第 15 条、第 16 条第 2 款、第 19 条第 2 款、第 20 条、第 21 条、第 22 条、第 23 条分别规章制定程序中的不同环节就意见听取做相关规定。

<sup>6</sup> 姜明安:《公众参与与行政法治》, 载《中国法学》2004 年第 2 期。姜明安教授指出“正是由于全球化和信息化的迅猛发展, 决定了公众参与进一步发展不可逆转的趋势”, 参见姜明安:《信息化、全球化背景下的公众参与》, 载《法商研究》2004 年第 3 期。

上的强调,<sup>1</sup>更是伴随着各级政府门户网站的完善成为制度实践中的常态。<sup>2</sup>

作为一项极有可能深刻影响未来国家与社会结构重塑的新型政府治理形态,电子规章制定在我国现行的行政立法实践中究竟以何种面貌呈现,它与传统听证会、座谈会、论证会相比,又是如何通过信息化方式实现公众参与的?这本身是一个值得界别各地的具体做法进行细致观察并加以实证描述的话题。更为重要的是,基于一个可以有效实现权利保护和利益调整目的、民主参与目的的行政立法程序之需,电子规章制定不仅应当确立起必要的制度装置来助益于这些价值共识的达成,比如草案的告知和公布、利益关系人的参与、理由说明;<sup>3</sup>并且,还需要审视这些制度装置在实质意义上的功能预设和实践效果之间的关系,避免“电子技术的信息便利化”这一原本能助益于政府治理的革新利器反而成为部分行政部门拿来掩饰惰政的遮羞布。

本文将以上海为蓝本,考察其自2003年始建设网络平台以来截止2015年9月30日之间,借助网络平台尤其是“民意征集平台”实施的政府规章制定中的公众参与机制及其运作实效。考察的基本目标有三个层次:第一是经验性地描述电子规章制定在上海的实践;第二,基于对行政立法所需的制度装置的分解,考察这些制度装置在电子规章制定过程中的样态;第三,立足于对行政立法程序的价值共识,审视电子化运行的制度装置在功能预设和实践效果之间的关系,以期助益于未来的制度建设。考虑到电子技术之于行政立法的核心实质依然是“信息”

<sup>1</sup> 例如于2006年颁布、经2010年修订的《广州市规章制定公众参与办法》明确要求“市政府法制机构应当在市政府门户网站及其网站上建立规章公开征求公众意见的信息统一发布平台”;区分“规章送审稿”和“规章草案征求意见稿”,形成和公布“征求公共意见公告”;确立“公众意见返回规章起草部门研究处理制度”、规章草案征求意见稿涉及主要问题进一步听取公众意见,形成“公众参与情况的说明”。确立起“规章实施情况评估制度”:在通过网站征求公众意见后,形成并公布规章实施情况的评估报告。

<sup>2</sup> 北京市积极践行“开门立法”,自2002年9月起通过政务网站向社会公布政府规章草案送审稿并配以说明,征求公众意见,这已经成为立法工作的惯例;并形成规章草案公开征求意见的网络公众参与专栏。深圳市从2002年6月开始就政府规章征求意见,发展到2010年深圳市法制办网站专门设置“立法专题”栏目。上海市于2003年始将规章草案公布在相关网站上,进行公众意见征集,形成多个规章制定公众参与的平台。杭州2003年2月公布第一条规章草案的征集工作,开设“网上听证”专栏。武汉市从2004年起,所有市政府提请市人大制定的地方性法规和市政府规章草案,将在武汉市政府法制办网站公开征求社会各界特别是公众的意见,并对意见的采纳情况进行反馈。沈阳自2005年开始进行规章草案意见征集工作。2006年广州市出台《广州市规章制定公众参与办法》,并于同年公布民意征询平台进行意见征集工作。天津市2008年开始规章草案征求意见的工作。2011年甘肃采取立法草案征集意见的举措,这比其出台相应法规还要早两年。除此之外,还有诸多地方公众网络参与的实践。并且,上述实践还往往只针对规章草案出台之后的民意网络征集工作,还未将规章立项等环节囊括进来。

<sup>3</sup> “各国普遍认为,一个可以实现权利保护和利益调整目的、民主参与目的的行政立法程序至少需要具有以下三方面的装置:(1)行政立法草案的告知或公布;(2)利益关系人在一定程度上和以一定方式的参与;(3)理由说明。”参见朱芒:《行政立法程序基本问题试析》,载《中国法学》2000年第1期。

(包括从政府信息供给,到公众信息参与,再到政府信息反馈),<sup>1</sup>上述预期目标将立足于电子规章制定程序所展开的信息层次作为分析框架来实现。<sup>2</sup>

## 二、实证对象的梳理:制度背景和样本厘定

### (一) 电子规章制定的网络平台建设

与政府信息公开制度和广州并驾领先于其他地方乃至全国层面的立法仿似,上海电子规章制定网络平台建设,在技术上和制度上也颇为先进。从2003年开始,政府规章制定要求在“中国上海”政府门户网站上公开征集公众意见。

#### 1. 制度初建阶段(2003-2007):挂靠“政府门户网站”

“自2003年以来,本市政府规章在起草过程中都在市政府门户网站上公布草案全文向社会征求意见。规章正式出台后则在市政府门户网站、政府公报和《解放日报》上全文刊登,供市民查阅。”<sup>4</sup>2004年4月30日,《上海市微生物菌剂应用环境安全管理暂行办法(草案)》(简称《微生物办法》)<sup>5</sup>公布于上海市政府门户网站“中国上海”,<sup>6</sup>成为至今可查询到的上海市政府规章草案制定中运用网络平台征询公众意见的首例。从内容上看,该份公告以上海市人民政府法制办公室为颁布主体,表明市政府在组织该办法起草阶段听取广大市民和各单位意见的意图,提供了书面和电子意见的地址和截止日期,并附上草案文本。直到2007年“政府规章草案民意征询平台”(以下简称“民意征询平台”)建设之前的44

<sup>1</sup> 有关于“信息”对于电子技术及其电子技术衍生领域和制度影响的作用,请参见

<sup>2</sup> 从行政立法的阶段看,民意征询平台的内容更多地涉及政府规章制定程序中的评议阶段,以规章草案已经形成和确定为起点,包括草案公示、征集意见、意见反馈等环节。

<sup>3</sup> 《上海市贯彻实施国务院〈全面推进依法行政实施纲要〉的意见》规定:“进一步完善公开征询和立法听证制度,规章草案要通过‘中国上海’网站向社会公布,征求社会公众的意见;对直接涉及人民群众切身利益、存在较大意见分歧的规章草案,起草部门要组织立法听证,将意见和建议及采纳情况提交市政府常务会议,并把意见采纳情况及其理由答复建议人。建立能够反映社会公众对政府立法工作的意见建议的渠道,接受公民、法人或者其他组织对制定、修改、废止规章的意见和建议,探索建立多元化的立法起草机制。”

<sup>4</sup> 《提高社会公众知晓度和参与度,政府规章草案都将上网征求民意》, <http://ld.eastday.com/1/20070911/u1a350726.html>, 2015年11月3日访问。

<sup>5</sup> 考虑到上海市政府颁布的政府规章草案名称,和公布相应民意征询公告名称的关联性 & 区别性,本文中,所有公告都将以简称形式表述,并且对规章名称也以简称形式表述。以《关于〈上海市微生物菌剂应用环境安全管理暂行办法(草案)〉征询公众意见》为例,对规章草案名称将以《微生物办法》指称,对该规章草案征询公众意见公告就以《微生物办法公告》指称。

<sup>6</sup> 网址为 <http://www.shanghai.gov.cn/>

件规章草案，均以相似方式呈现。

由于最早在“中国上海”政府门户网站的相关信息都已经并轨到现在的“民意征询平台”，这前期的44件规章草案没有显现任何政府与民众互动的其它信息形态。<sup>1</sup>这一阶段可谓电子规章制定的制度初建阶段，体现出的特点是：（1）信息量少。网络内容只涉及规章草案征求意见，相关信息仅有意见征集公告和草案文本。除了《停车场（库）管理办法》，<sup>2</sup>其余草案的背景情况、公众参与情况、意见反馈情况都没有相应内容；（2）操作不规范。受制于阶段性局限，操作不规范的特点也很明显。比如仅从公告反映的情况看，存在公布期限未写明的例子<sup>3</sup>。即使在那些写明征求期限的公告里，也体现出随意性。比如最长征求意见期限为37天，<sup>4</sup>最短则为8天；<sup>5</sup>（3）参与度为零。所有这个阶段公布的草案征询公众意见，都没有公众意见参与信息。官方也明确回应：“因宣传不够，且公布的规章草案在网站上的位置不显著，在公众中的知晓度不高，参与规章草案讨论的人数很少，有些规章草案公布后甚至一条意见也未收到”。<sup>6</sup>

## 2. 调整适应阶段（2007-2009）：搭建“民意征询平台”

2007年，“为了进一步方便公众参与政府立法过程，提高市民对政府规章的知晓度，市政府决定进一步扩大规章草案信息的公布载体，改进征求意见的方式。市政府门户网站将开设‘政府规章草案征询民意平台’，方便市民直接在网上提出意见。对涉及利益冲突或者分歧意见较大的规章，将举行立法听证会。草案征求公众意见的时间一般不少于20天”，<sup>7</sup>可以视之为新阶段的开篇。

从内容看，民意征询平台设有“公告内容”、<sup>8</sup>“草案全文”、“背景介绍”、<sup>9</sup>

<sup>1</sup> 从第1号2004年的《微生物办法》开始，后续到第44号《防空警报管理办法》都体现出类似特点。

<sup>2</sup> 即使是《停车场（库）管理办法》征询公众意见，其背景信息也没有放入“背景介绍”栏，而是根据草案文本，放入“草案全文”栏。

<sup>3</sup> 如《出口加工区管理办法》、《临时性行政许可设定程序规定》等三件政府规章草案征询公众意见，都只有征求意见截止日期的规定，而没有上海市人民政府法制办公室公布公告的日期。

<sup>4</sup> 如《城市生活垃圾处理管理办法》征询公众意见。上海市人民政府法制办公室公布“草案征询公众意见公告”的时间为2006年12月31日，公告载明“征求意见截止日期为2007年2月5日”。

<sup>5</sup> 如《建设工程材料管理条例》征询公众意见。上海市人民政府法制办公室公布“草案征询公众意见公告”的时间为2004年5月19日，公告载明“征求意见截止日期为2004年5月26日”。

<sup>6</sup> 《上海市政府网站开通政府规章草案民意征询平台》，  
[http://www.gov.cn/fwxx/sh/2007-09/18/content\\_752593.htm](http://www.gov.cn/fwxx/sh/2007-09/18/content_752593.htm)，2015年11月3日访问。

<sup>7</sup> 《提高社会公众知晓度和参与度，政府规章草案都将上网征求民意》  
<http://ld.eastday.com/l/20070911/u1a350726.html>，2015年11月3日访问。

<sup>8</sup> 公告内容包括标题、正文、落款三部分内容。正文部分一般是对草案规章制定工作的必要性和重要性进行阐述。

<sup>1</sup>“公众意见与建议”、<sup>2</sup>“公众意见采纳情况反馈”<sup>3</sup>以及“我要发表意见”<sup>4</sup>六个版块。总体特点是：（1）信息量明显增大。从第45号草案《拟废止和拟宣布失效的市政府规章目录》征询公众意见<sup>5</sup>开始，不仅公布有该草案征询意见的公告及草案全文，还增加背景介绍、公众意见与反馈情况等相关信息；（2）信息供给和反馈机制的模式化。由于技术平台就所有草案的民意征询设置不同功能板块，也就使得这些功能板块上承载的信息被类型化和模式化；（3）实质性的公众意见呈现网络。以第45件草案《拟废止和拟宣布失效的市政府规章目录》为例，在“公众意见与建议”栏下，按照网页显示数据，能够看到当时参与的所有公众意见和建议共有17条；（4）就政府对公众意见的反馈角度看，虽然平台确立“公众意见采纳情况反馈”的板块，但该板块尚未实质性地发挥作用。至少从网络公布的信息看，依然缺乏对公众参与意见和建议的政府反馈。

## （三）深化适用阶段（2009-2013）：开通“法制信息网”

2009年3月18日，上海政府法制信息网正式开通，并于2013年下半年由上海市法制办公室对其进行改版。<sup>6</sup>除了征求意见，“政府规章立法听证”信息也通过网站发布。并且还可以通过“政府规章”-“规章资料”的链接，获取上海市政府规章制定过程中公众参与的其它信息。<sup>7</sup>一般而言，资料库主要提供两个方面信息：一是“立法信息”；二是“媒体专家解读”。至于两个方面信息的繁简程度，则各有不同。比如针对《旅馆业管理办法》，“立法信息”部分共有9项链接；<sup>8</sup>“媒体专家解读”部分共有4项链接。<sup>1</sup>尤其需要指出的是，在媒体专

<sup>1</sup> 背景介绍一般包含草案涉及具体工作的基本情况以及该草案的基本要点或主要问题两方面内容。

<sup>2</sup> 公众意见与建议，呈现所有网上用户发表的意见与建议，具体内容通过“我要发表意见”发布。这一版块的公示信息包括网民的用户号、意见与建议的内容、时间。

<sup>3</sup> 公众意见采纳情况反馈，是在相应规章正式公布后由政府对相关意见和建议的采纳与否及原因作出说明。

<sup>4</sup> “我要发表意见”的操作规则为，首先需注册一个帐号，注册时填写信息包括登录用户名、登录密码、确认密码、姓名、居住城市、联系电话、邮箱地址。其中除了姓名与居住城市，都是必填项。点击“我要发表意见”按钮，会出现“发表评论”的对话框，在对话框顶端有红色标注的一行字“您发表的意见与建议将有可能被公开”，输完意见，点击确认即可发表。从整个过程来看，公众想在平台上发表意见，操作较为便捷且无需个人信息真实性审查，在公众意见与建议栏也不会公示用户的详细信息。

<sup>5</sup> 第45件草案于2007年9月8日发布征询意见公告。

<sup>6</sup> 网址为：<http://www.shanghai.gov.cn/portal/index.html>

<sup>7</sup> 呈现在网络上的规章资料按照年份划分共涉及从2009-2013年。2009年共涉及17部地方政府规章制定的相关材料；2010年共涉及32部；2011年共涉及20部；2012年共涉及10部；2013年共涉及3部。

<sup>8</sup> 分别包括：“[文本]上海市旅馆业管理办法”、“上海市旅馆业管理办法5月1日起实施”、“《上海市旅馆业管理办法》解读”、“《上海市旅馆业管理办法》制定过程中听取和吸收公众意见的主要情况”、“《上海市旅馆业管理办法》近日经市政府常务会议审议通过”、“旅馆业管理办法公开听证 消费者和业界争辩”

专家解读部分，以上海市行政法制研究所<sup>2</sup>名义发布的《上海旅馆业管理立法研究》更是为《旅馆业管理办法》提供了详实的调研报告。也存在较为简洁的例子。比如《对乱刻画乱涂写乱散发乱张贴乱悬挂宣传品或者标语的行为加强管理的通告》，“立法信息”部分只有2项链接；<sup>3</sup>“媒体专家解读”部分也只有2项链接。<sup>4</sup>此外，也存在着部分信息空白的例子。<sup>5</sup>

“法制信息网”的开通对于上海立法政务的电子平台建设具有重要意义。除了规章制定过程中的民意征询，立法听证的相关信息也被正式纳入网络平台。尽管我国多数行政规章制定中的“立法听证”，并不属于“正式的听证”，只是一种“表达机制而不是表决机制”<sup>6</sup>，但它毕竟呈现出与前期“民意征询”不同的结构形态，代表着一种新的协商规制模式的方向。<sup>7</sup>此外，上海政府法制信息网可以说是将尽可能完整的行政立法过程中的信息都呈现在网络平台上。不仅仅是相关的立法信息，也包括了媒体和专家的解读信息，对信息资源的收集和共享做出新的努力。

#### 4. 创新发展阶段（2013至今）：启动“上海政府立法公众参与平台”

上海政府法制信息网于2013年改版。通过“公众参与”栏进入到“上海政

激烈”、“《上海市旅馆业管理办法（草案）》立法听证会听证代表名单公告”、“关于举行《上海市旅馆业管理办法（草案）》立法听证会的公告”和“上海市旅馆业管理办法（草案）征询公众意见”。  
<sup>1</sup> 分别包括：“新浪网：协议结算或成酒店业新行规”、“新浪网：上海率先打破旅馆“12点退房”行规”、“青年报：《上海市旅馆业管理办法》正式出台 仿“奥运人家”制定“世博人家规则”和“上海市行政法制研究所：上海旅馆业管理立法研究”。

<http://www.shanghai.gov.cn/fzbChinese/page/lovrules/lovrules20098639.htm>

<sup>2</sup> 上海市行政法制研究所成立于1994年10月11日，系上海市人民政府法制办公室下属事业单位，为全国省级政府法制系统中率先设立的以应用研究为主的行政法制研究机构。其主要任务是承担市政府立法项目的前期调查研究工作、政府法制理论应用课题研究和上海地方性法规、政府规章的翻译审校工作。

<sup>3</sup> 分别是“第一批世博临时性管理措施转为长效管理的项目已通过市政府常务会议审议”、“[文本]上海市人民政府关于对乱刻画乱涂写乱散发乱张贴乱悬挂宣传品或者标语的行为加强管理的通告”。

<sup>4</sup> 分别是“青浦区域管执法网站：城市‘牛皮癣’有碍市容，城管执法法各个击破”、“解放日报：上海地铁站不得播商业广告 乱张贴将罚最高10万”。

<sup>5</sup> 比如在《城镇生育保险办法》的规章信息网页中，“媒体专家解读”信息就呈现空白状态。

<sup>6</sup> 相关分析，参见王锡铨主编：《行政过程中公众参与的制度实践》，中国法制出版社2008年版，第15页。

<sup>7</sup> 从比较法的视角看，美国的协商性规制，或称协商性规章制定，实际上更加接近于我国行政立法过程中的听证程序——即将所有与拟制定规章有利害关系的主体（或主体代表）纳入到协商程序，从而避免行政立法过程过于僵化、并减低行政立法后被诉至法院的风险。参见蒋红珍：《治愈行政僵化：美国规制性协商机制及其启示》，载《华东政法大学学报》2014年第3期。当然，协商性规章制定程序和电子规章制定存在关联性。正如美国华盛顿大学 Jeffrey Lubbers 教授所言，“电子规章制定程序的出现，只会使这一（协商规章制定）程序更容易进行”。参见杰弗里·吕贝尔斯，《美国规制革新的方法》，载《行政法学研究》2009年第3期。

府立法公众参与平台”（以下简称“公众参与平台”）。<sup>1</sup>它在内容上区分“网络问政的声音”、“政府立法草案征求意见”、“反馈列表”、规章草案立法听证的相关信息，和“政府法制小调查”。最核心的区域“草案征求意见”、“反馈列表”与“政府规章立法听证”。

与“民意征询平台”的功能相比，“公众参与平台”将草案征求意见后的政府信息反馈进行了模板的固化；尤其是在“政府规章立法听证”部分，详细记录了13项政府规章草案听证会的相关信息。<sup>2</sup>立法听证信息主要包括听证公告、听证代表名单公示、听证会情况报道、听取和吸收公众意见主要情况的反馈等四项。<sup>3</sup>这样，上海市政府规章制定在电子信息平台上，确立起以政府门户网站和法制信息网为依托，以立法的“民意征询平台”和“公众参与平台”为核心的综合性网络体系；此外，行政立法的民意征集形式更为多元，除了特定草案的意见征询、立法听证，法制办还通过微博、小调查等形式征集立法民意。<sup>4</sup>

#### （二）初步样本厘定：以草案类型为区分

以“民意征询平台”为考察对象，以广义的政府规章制定为视角，<sup>5</sup>从2004年截止至2015年9月30日间，共发布131件上海市政府规章草案。以制定类、修改类和废止类作为划分标准，共涉及94件规章制定类草案、35件规章修改类草案和2件规章废止类草案。<sup>6</sup>2007年前，由于草案颁布正值网络平台初建阶段，第1-44号规章草案都仅有民意征询公告及草案文本，<sup>7</sup>而没有任何关于公众意见

<sup>1</sup> <http://www.shanghai.gov.cn/fzbChinese/page/draftwantopinion/gzcy.html>

<sup>2</sup> 这十三项立法听证的政府规章草案分别包括：《港口客运站管理办法》（2008年11月18日）、《门弄号管理办法》（2008年12月11日）、《旅馆业管理办法》（2008年9月11日）、《轨道交通运营安全管理办法》（2009年7月8日）、《基本医疗保险监督管理办法》（2010年8月10日）、《公共建筑集中空调通风系统卫生管理办法》（2010年12月25日）、《驰名商标保护办法》（2011年11月17日）、《再生资源回收管理办法》（2011年12月23日）、《停车场（库）管理办法》（2012年2月22日）、《社会生活噪声污染防治若干规定》（2012年7月20日）、《非机动车管理办法》（2013年3月26日）、《生活饮用水卫生监督管理办法》（2013年6月20日）、《生活饮用水卫生监督管理办法》（无法有效打开链接）。

<sup>3</sup> 不过，并不是每项听证都公布这些信息。

<sup>4</sup> 也有称之为“立法调查”，即采用调查问卷的形式，向公众征求有关立法事项建议。并认为它比公开征求意见更加细致和规范，问题也更有针对性。参见王锡铨主编：《行政过程中公众参与的制度实践》，中国法制出版社2008年版，第8页。

<sup>5</sup> 广义的政府规章制定，按照《立法法》第2条第2款的规定“国务院部门规章和地方人民政府规章的制定、修改和废止，依照本法的有关规定执行”，包括狭义的政府规章制定、政府规章修改和政府规章废止。

<sup>6</sup> 这里的废止类草案，属广义的废止。在上海实践中，还包含了“宣布无效”。

<sup>7</sup> 虽然第7号《停车场（库）管理办法》在“草案文本”栏中涉及背景说明，但是考虑到它并没有成为制度化的背景说明形式，也不单独予以类型化。

和反馈信息的内容。<sup>1</sup>从信息层次看,仅涉及政府单方的信息发布,而未能呈现公众的信息参与,自然无法形成信息对流,更遑论政府的信息反馈,因此不纳入本文针对具备信息层次展现的电子规章制定实证对象。从第45号规章草案开始,“民意征询平台”渐趋成熟,功能板块齐全,并且公众意见和建议也开始呈现,截止到2015年8月30日共有86件在网络平台上呈现公众与政府信息对流的规章草案。其中,规章制定类草案60件,规章修正类草案25件,规章废止类草案2件。虽然依然存在着少量没有公众意见和建议的例子,但已经从技术路径和实践趋势上形成了公众参与网络平台的机制,构成本文实证样本的基本对象。

### 1. 规章制定类草案 (Formulating Drafts)

#### (1) 无政府反馈信息的规章制定类草案

从理想型看,只要在网络平台上公开的规章草案,都应该获得公众参与的意见和建议,并且,无论最终规章是否获得通过,政府都应该给予反馈以示对公众信息参与的尊重。<sup>2</sup>不过现实样态中,存在着没有公众参与也无政府反馈的例子,<sup>3</sup>更存在着有公众参与却无政府反馈的例子。从规章制定类草案信息看,共计15件没有政府反馈信息(见表1)。

件数	序号	规章制定类草案名称	草案文本	背景介绍	公众意见	政府反馈
1	49	上海市城市交通公共信息系统建设和运行管理办法	√	√	13	×
2	61	上海市生产性废旧金属收购管理规定	√	√	5	×
3	91	上海市新型农村社会养老保险办法	√	√	14	×
4	95	上海市著名商标保护办法	√	√	3	×
5	103	上海市取水许可和水资源费征收管理办法	√	√	4	×
6	109	上海市行政机构设置和编制管理办法	√	√	1	×
7	116	上海市社会消防组织建设管理规定	√	√	0	×
8	119	上海市医患纠纷预防与处置办法	√	√	18	×
9	120	上海市公共场所外文使用管理规定	√	√	1	×
10	122	上海市机关事务管理办法	√	√	0	×

<sup>1</sup> 这44件规章草案中,涉及34件规章制定类草案和9件规章修改类草案。还有1件涉及对国家层面立法的公开征求意见,第42号“关于《中华人民共和国科学技术进步法(修订草案)(征求意见稿)》征询公众意见的公告”(2007年4月4日公布)。该公告开篇即说明“国务院法制办公室于2007年3月22日通过中央政府门户网站和国务院法制办公室网站全文刊登了《国务院法制办公室关于公布〈中华人民共和国科学技术进步法(修订草案)(征求意见稿)〉公开征求意见的通知》和征求意见稿,征求社会各界意见。”因此,该草案不作为上海市政府规章制定加以对待。

<sup>2</sup> 理由说明。

<sup>3</sup> 公众参与信息质量的因素

11	123	上海市重大行政决策程序规定	√	√	12	×
12	124	上海市控制性详细规划编制审批办法	√	√	0	×
13	126	上海市市容环境卫生责任区管理办法	√	√	2	×
14	128	上海市食品安全信息追溯管理办法	√	√	5	×
15	131	上海市大型群众性活动安全管理办法	√	√	0	×

(表1: 无政府反馈的规章制定类草案信息)

上述15件无政府反馈的规章制定类草案又可以分为两类:第一是既没有公众参与信息,也没有政府反馈信息,共计4件;第二类是有公众参与信息却无政府反馈信息,共计11件。

### 2. 有政府反馈信息的规章制定类草案

60件规章制定类草案中,45件有政府信息反馈(见表2)。需要注意的是,由于网络并非获取公众参与的唯一途径,因此,存在着网络上没有接收到任何公众参与,但有政府反馈的情形。这又可以区分为两种情形:一是,网络上没有反映接收到公众意见,因此也没有实质意义上的政府反馈信息的情形;<sup>1</sup>第二,网络上没有反映接收到公众意见,但是存在政府反馈信息的情形。<sup>2</sup>

序号	规章制定类草案名称	草案文本	背景介绍	公众意见	反馈信息	
1	46	上海市城市生活垃圾处理管理办法	√	√	55	√
2	47	上海港口客运站管理办法	√	√	3	√
3	48	上海市城市基础设施特许经营管理办法	√	√	0	√
4	53	上海市旅馆业管理办法	√	√	8	√
5	54	上海市居民经济状况调查评估	√	√	20	√
6	57	上海市放射性污染防治若干规定	√	√	13	√
7	58	上海市轨道交通运营安全管理办法	√	√	17	√
8	59	上海市森林管理规定	√	√	11	√
9	62	上海市地下空间安全使用管理办法	√	√	6	√
10	63	上海市实有人口服务和管理若干规定	√	√	97	√
11	64	上海市建设工程文明施工管理规定	√	√	8	√
12	67	上海市大型游乐设施运营安全管理办法	√	√	2	√
13	68	上海市无线电管理办法	√	√	9	√

<sup>1</sup> 例如第48号《城市基础设施特许经营管理办法》,“公众意见与建议”栏没有任何信息,在“公众意见采纳情况反馈”栏中写明:“2007年10月25日至11月16日,在‘中国上海’门户网站上公布了《城市基础设施特许经营管理办法》草案的全文,并通过广播、报纸、网站等媒体发布消息指引,征求社会公众的意见。期间,网页点击数达到9677次,访问用户数为8633次。在公开征求意见期间,未收到公众对《管理办法(草案)》的意见和建议。”

<sup>2</sup> 例如第70号《渔港渔业船舶安全管理办法》,“公众意见与建议”栏没有任何信息,但是在“公众意见采纳情况反馈”栏中写明:“在《办法》制定过程中,市政府法制办在‘中国上海’门户网站上公布了《办法》草案的全文,并通过报纸等媒体发布消息指引,公开征求社会公众的意见。2010年7月28日至2010年8月11日征求意见期间,共收到公众对《规定》草案的意见、建议25条。”

14	69	上海市镇(乡)村公路管理办法	√	√	11	√
15	70	上海市渔港渔业船舶安全管理办法	√	√	0	√
16	71	上海市基本医疗保险监督管理办法	√	√	29	√
17	75	上海市建筑垃圾和工程渣土管理规定	√	√	24	√
18	76	上海市实施《地方志工作条例》办法	√	√	2	√
19	79	上海市道路指示牌管理规定	√	√	12	√
20	80	上海市流动户外广告管理暂行办法	√	√	5	√
21	81	上海市公共建筑集中空调通风系统卫生管理办法	√	√	10	√
22	82	上海市非居住房屋临时改建宿舍和建筑工地临时宿舍住宿管理暂行规定	√	√	6	√
23	84	上海市建设工程检测管理办法	√	√	17	√
24	86	上海市建设工程监理管理办法	√	√	115	√
25	87	上海市流动人口计划生育管理办法	√	√	14	√
26	89	上海市事业单位登记管理实施办法	√	√	21	√
27	90	上海市道路和公共场所保洁服务管理办法	√	√	5	√
28	93	上海市国有土地上房屋征收与补偿实施细则	√	√	349	√
29	94	上海市社会生活噪声污染防治若干规定	√	√	116	√
30	96	上海市建筑玻璃幕墙管理办法	√	√	19	√
31	97	上海市再生资源回收管理办法	√	√	1	√
32	98	上海市水文管理办法	√	√	0	√
33	101	上海市实施《地质资料管理条例》规定	√	√	0	√
34	102	上海市安全生产事故隐患排查治理办法	√	√	1	√
35	104	上海市行政执法证管理办法	√	√	0	√
36	107	上海市餐厨废弃食用油脂管理办法	√	√	15	√
37	110	上海市居住证管理办法	√	√	891	√
38	111	上海市高速公路管理办法	√	√	5	√
39	113	上海市城市网格化管理办法	√	√	14	√
40	115	上海市生活饮用水卫生监督管理办法	√	√	10	√
41	117	上海市活禽交易管理办法	√	√	56	√
42	118	上海市碳排放交易管理办法	√	√	20	√
43	121	上海市促进生活垃圾分类减量办法	√	√	15	√
44	127	上海市查处车辆非法客运办法	√	√	10	√
45	129	上海市电梯安全管理办法	√	√	7	√

(表 2: 有政府反馈的规章制定类草案信息)

在上面 45 件有政府反馈的规章制定案草案中,共有 5 件草案属于没有公众意见和建议,但是政府依然有做出反馈的。区分内容可以将这些反馈信息区分为两类:(1)非实质性反馈。例如第 48 号《城市基础设施特许经营管理办法》,“公众意见与建议”栏没有任何信息,在“公众意见采纳情况反馈”栏中写明:“2007 年 10 月 25 日至 11 月 16 日,在‘中国上海’门户网站上公布了《城市基础设施特许经营管理办法》草案的全文,并通过广播、报纸、网站等媒体发布消息指引,征求社会公众的意见。期间,网页点击数达到 9677 次,访问用户

数为 8633 次。在公开征求意见期间,未收到公众对《管理办法(草案)》的意见和建议。”

(2)非针对电子化途径的反馈。例如第 104 号《行政执法证管理办法》,在“公众意见采纳情况反馈”栏中写明:“在《办法》的制定过程中,我办征求了相关区县府、市政府委办局、市高级法院、市一中院、市二中院、市参事室、市律协等有关部门的意见。同时,通过政府网站、报纸等媒体公开向社会征求意见。”第 98 号《水文管理办法》的反馈为“同时,通过政府网站、报纸等媒体公开向社会征求意见,收到电子邮件 1 件、来信 2 件,提出意见、建议 32 条。”第 101 号《实施〈地质资料管理条例〉规定》中说明:“在《办法》的制定过程中,我办征求了相关区县府、市政府委办局、市人大、市政协、市高级法院、市律协等 42 家单位的意见,其中 17 家单位提出了 49 条修改建议。同时,通过政府网站、报纸等媒体公开向社会征求意见。”

### 3. 规章修正类草案 (Modification Draft)

从第 45 号规章草案开始的 86 件公布草案,共有 25 件规章修正类草案。延续是否有政府反馈信息这一标准,将这 25 件规章修正类草案区分为两类:

#### (1) 无政府反馈信息的规章修正类草案

规章修正类草案,意味着对原有规章进行修正后推出的草案文本。它首先会面临草案文本在网络平台上的颁布形态。从现有草案看,存在三类主要公布方式:(I)直接指明原规章要修改的地方以及修改后的内容;(II)将草拟的修正案草案加以全文公布;(III)公布草拟好的新文本,将改动部分以黑体字标明以示区别。不过,类型(III)仅仅出现在第 42 号,即“《中华人民共和国科学技术进步法(修订草案)(征求意见稿)》”,并不能称为严格意义上的上海市政府规章修改案草案,因此,这里主要涉及前面两类的修正案草案公布形式。

序号	规章修正类草案名称	草案文本		背景介绍	公众意见	政府反馈
		是否公布	公布类型			
1	50 上海市政府信息公开规定	√	II	√	15	×
2	66 上海市房地产登记条例实施若干规定	√	II	√	13	×
3	108 上海市科学技术奖励规定	√	I	√	1	×
4	125 上海市房屋租赁管理办法	√	I	√	16	×
5	130 上海港防治船舶污染水域环境管理办法	√	II	√	2	×

(表 4-5: 无政府反馈的规章修正类草案信息)

#### (2) 有政府反馈的规章修正类草案信息

与有政府反馈的规章制定类草案一样，存在着没有公众意见但却有政府反馈的情形。对于电子形态而言，又可以区分两种情况：一是，虽然没有在民意征询平台反映公众意见，但是存在着通过电子邮件等形式提供公众意见的；<sup>1</sup>第二，通过其他非电子化信息平台提供公众意见的情形。目前，体现在上海政府规章修正案草案民意征询平台上的两例没有反映公众意见、但却有政府反馈的修正案草案信息，都属于第一类。<sup>2</sup>

序号	规章修正案名称	草案文本	背景介绍	公众意见	政府反馈
1	上海市城市道路架空线管理办法	1	√	8	√
2	上海市农药经营使用管理规定	2	√	6	√
3	上海市行政规范性文件制定和备案规定	2	√	7	√
4	上海市门弄号管理办法	2	√	6	√
5	上海市企业欠薪保障金筹集和垫付的若干规定	1	√	11	√
6	上海市消防栓管理办法	2	√	11	√
7	上海市查处车辆非法客运规定	2	√	29	√
8	上海市建设工程文明施工管理规定	1	√	3	√
9	上海市禁止乱张贴乱涂写乱刻画暂行规定	1	√	13	√
10	上海市户外广告设施管理办法	2	√	31	√
11	上海市旅馆业治安管理实施细则	1	√	1	√
12	上海市化学工业区管理办法	2	√	1	√
13	上海市建筑消防设施管理规定	2	√	5	√
14	上海市设备监督管理办法	2	√	5	√
15	上海市升挂使用国旗管理办法	1	√	0	√
16	上海市停车场(库)管理办法	2	√	0	√
17	上海市沿海边防治安管理办法	2	√	1	√
18	上海市工伤保险实施办法	2	√	20	√
19	上海市非机动车管理办法	2	√	41	√
20	上海市职工基本医疗保险办法	2	√	25	√

(表 4-6: 有政府反馈的规章修正类草案信息)

#### 4. 规章废止/无效类草案信息 (Repealing Draft)

除了规章制定类和修正类草案，还有一类特殊的规章废止类草案，也出现在

<sup>1</sup> 例如第 100 号《停车场(库)管理办法》。“公众意见采纳反馈”栏中说明：“在《办法》修改过程中，我办征求了市政府相关部门、市人大、市政协、市律协、市高级法院、相关区县区政府等单位的意见。同时，通过政府网站、报纸等媒体公开向社会征求意见，收到电子邮件 3 件，提出意见、建议 9 条。另外，还就专用停车场是否应当向社会开放等三个议题召开了立法听证会，听取社会各界的意见。”

<sup>2</sup> 除了第 100 号，还有第 99 号《升挂使用国旗管理办法》。“公众意见采纳反馈”栏中说明：“期间，共收到信函和电子邮件 5 件，通过网上民意征询平台未收到意见和建议。”

民意征询平台，接受公众意见和建议，并辅之以“公众意见采纳反馈”的制度板块。不过，在从第 45 号规章草案开始的 83 件公布草案，仅有两件规章废止类草案公告（参见表 4-7：规章废止/无效类草案信息）。

件数	序号	参与期	数量	公众意见	背景介绍	反馈信息
1	45	23 天	拟废止 62 / 失效 7	17 条 / 12 个用户	√	×
2	77	8 天	拟废止 28 / 失效 4	4 条 / 3 个用户	×	×

(表 4-7: 规章废止/无效类草案信息)

其中，第 45 号《〈拟废止和拟宣布失效的是政府规章目录〉征询公众意见》，在对 358 件当时有效的政府规章提出保留、修改、废止、宣布失效的清理初步审核意见后，拟废止规章 62 件、失效 7 件。与规章制定类草案和规章修改类草案不同，规章废止类草案的“草案全文”栏，呈现的是对“拟废止市政府规章目录”和“拟宣布失效市政府规章目录”的表格式罗列，内容涉及序号、规章名称、发布时间、修改日期，<sup>1</sup>和废止或者宣布失效的理由。在背景介绍中，还涉及对抽象的一般性理由的叙述。<sup>2</sup>

第 77 号“关于《关于废止〈上海市对部分刀具实行管制的暂行办法〉等 28 件市政府规章的决定(草案)》等三件规章(草案)征询公众意见的公告”，共包含三个规章废止(宣布失效)类决定(草案)，它们分别是：《关于废止〈上海市对部分刀具实行管制的暂行办法〉等 28 件市政府规章的决定(草案)》、《关于对〈上海市治安联防组织暂行规定〉等 4 件市政府规章宣布失效的决定(草案)》和《关于修改本市部分政府规章的决定(草案)》。共涉及 28 件政府规章的废止、4 件政府规章被宣布无效、366 项政府规章的修改条目。

### 三、电子规章制定的结构梳理：基于信息层次的展开

就行政立法程序而言，规范和学理上都认可两条维度：一是延续《立法法》及《规章制定程序条例》的思路，区分立项、起草、审查、决定、公布、解释等不同的程序环节来加以制度建构；<sup>3</sup>另一条则是借助于区分承载着不同功能预期

<sup>1</sup> 如果该政府规章并没有经过修改，那么“修改日期栏”为空白。

<http://zhuanti.shanghai.gov.cn/Suggestion/Article.aspx?lawid=17&filetype=3>

<sup>2</sup> “在这些规章中，有的主要内容与现行法律、行政法规相抵触，或已被新的法律、行政法规、地方性法规或本市政府规章所代替；有的规章所依据的上位法已被明令废止或者宣布失效；有的规章适用期已过或者调整对象已消失，或规章的主要内容已不符合经济社会发展实际，因此予以废止或宣布失效。”

<sup>3</sup> 这些程序环节与《立法法》第 2 条规定的“制定、修改和废止”属于不同范畴。前者称为“程序环节”；后者则为“规章类型”。一般说来，制定、修改和废止的规章类型，都可能涉及“立项、起草、审查、决

的制度装置,来落实行政立法的价值诉求,比如草案的告知和公布、利益关系人的参与、理由说明。<sup>1</sup>电子时代的到来,在使得这些不同程序环节的制度装置落实得更为便捷之外,还提供了一条交互关系更为紧密且更具备外部验证性的信息流动链。<sup>2</sup>本文将电子规章制定中的信息链区分为三个层次,分别为:第一,政府启动电子规章制定程序的信息供给(信息层次 I: 政府信息供给);第二,公众参与电子规章制定的信息呈献(信息层次 II: 公众信息参与);第三,政府回应公众参与的信息反馈(信息层次 III: 政府信息反馈)。并借助信息层次的分析结构来验证不同信息环节相互影响的预期和实效。

### (一) 信息层次 I: 政府启动电子规章制定的信息供给

#### 1. 启动主体、规范依据和阶段定位

目前,上海市政府立法“民意征询平台”所公布的所有草案征询意见公告中均将上海市政府法制办作为名义和责任主体。以《立法法》和《规章制定程序条例》就地方政府立法程序所提供的流程看,地方政府规章制定基本遵循立项-起草-审查-决定-公布-备案的步骤。而以公众参与为制度装置目标的条款主要围绕起草<sup>3</sup>和审查<sup>4</sup>两个环节。其中,起草环节涉及草案形成中<sup>5</sup>和文本形成后<sup>6</sup>两个不同层次。在上海实践中,政府在启动电子规章制定程序时的信息供给已经包括公布草案文本,因此必然不涉及草案形成阶段。至于究竟属于起草阶段还是审查阶

定、公布、解释”等程序环节。比如《广州市规章制定公众参与办法》第 11 条第 1 款就规定“公众可以通过信函、传真、电子邮件等书面方式向市政府法制机构提出规章制定、修改或者废止的意见,意见应当包括规章的名称,制定、修改或者废止的理由,可行性和必要性,需要解决的主要问题和措施等内容”,就属于对规章立项阶段的公众参与的规定。

<sup>1</sup> 通过信息平台的制度设计来实现规制程序的目标,请参见 Jane E. Fountain, *Building the Virtual State: Information Technology and Institutional Change*, Brookings Institution Press, pp.31-43 (2001)。从比较法视野看,美国行政立法程序中无论是居于翘楚之地的公告评论式程序,还是协商性规章制定程序,都离不开就参与要素的加入;日本也同样讨论私人参与对于实现行政立法程序正当性的议题。参见【日】平冈久著、宇芳译:《行政立法与裁量基准》,中国政法大学出版社 2014 年版,第 62 页。

<sup>2</sup> 有关“信息”在电子规章制定过程中的重要性,以及电子规章制定程序在“信息”层面的特征,请参见 Cary Coglianese, *E-Rulemaking: Information Technology and the Regulatory Process*, 56 Admin. L. Rev. 353, 353-354 (2004)。

<sup>3</sup> 第 67 条第 2 款;《规章制定程序条例》第 14 条、第 15 条。

<sup>4</sup> 参见《规章制定程序条例》第 21 条、第 23 条第 1 款。

<sup>5</sup> 参见《立法法》第 67 条第 1 款(针对地方性法规起草):《规章制定程序条例》第 14 条规定:“起草规章,应当深入调查研究,总结实践经验,广泛听取有关机关、组织和公民的意见。听取意见可以采取书面征求意见、座谈会、论证会、听证会等多种形式。”

<sup>6</sup> 参见《立法法》第 67 条第 2 款(针对地方性法规起草):《规章制定程序条例》第 15 条规定:“起草的规章直接涉及公民、法人或者其他组织切身利益,有关机关、组织或者公民对其有重大意见分歧的,应当向社会公布,征求社会各界的意见;起草单位也可以举行听证会。听证会依照下列程序组织:……”

段,则不能一概而论。根据《规章制定程序条例》的规定,法制机构应当就规章送审稿涉及的主要问题,深入基层进行实地调查研究,听取基层有关机关、组织和公民的意见;规章送审稿直接涉及公民、法人或者其他组织切身利益,有关机关、组织或者公民对其有重大意见分歧,起草单位在起草过程中未向社会公布,也未举行听证会的,法制机构经本部门或者本级人民政府批准,可以向社会公布,也可以举行听证会。<sup>1</sup>在上海市政府法制办不是作为起草主体的前提下,定位为审查阶段则似乎更符合规范。

#### 2. 政府信息供给的主要内容

围绕着信息平台展开的政府信息供给,其主要内容依托网络平台所设置的模块加以呈现。以“民意征询平台”为例,技术模块包括“公告内容”、“草案全文”和“背景介绍”。<sup>2</sup>

##### (1) 征询公众意见公告

从第 45 号开始,所有在民意征询平台上公布的政府规章草案,都有“征询公众意见公告”。“民意征询平台”首页的链接信息,以“草案名称+征询公众意见”为标题,并括号标明征询公众意见的截止日期。比如,第 130 号规章草案的链接信息,显示为“《防治船舶污染水域环境管理办法(修订草案)》征询公众意见(2014 年 9 月 26 日截止)”。通常,从其标明是“草案”还是“修订草案”便可获知这是一个规章制定类草案,还是规章修改类草案。<sup>3</sup>不过,也有个别链接信息没有直接标注草案类型的,比如第 131 件规章草案“上海市大型群众性活动安全管理办法征询公众意见(2014 年 9 月 30 日截止)”。通常,这类草案都属于规章制定类草案。

点击某一个草案的链接信息,或者在“公告内容”的功能板块里,可以查阅完整的“征询意见公告”。通常,该公告一般涉及标题、抬头、告知事宜和落款四个部分。其中,抬头部分往往涉及立法(修订)的目的和意义,并承接告知事

<sup>1</sup> 参见《规章制定程序条例》第 21 条、第 23 条第 1 款。

<sup>2</sup> 背景介绍,一般包含草案涉及具体工作的基本情况以及该草案的基本要点或主要问题两方面内容。该版块为参与的公众提供了规章草案基本信息,便于公众对相关工作的了解,利于引导公众有针对性地提出意见与建议。

<sup>3</sup> 有些规章修改类草案是通过其他形式表现出来的。比如第 126 号“《关于修改〈上海市居住房屋租赁合同〉的决定(草案)》征询公众意见”。

宜。部分公告的抬头部分，还会写明征求公众意见的重点。例如第 52 号《农药经营使用管理规定》的修正案公告写明：“现就修订草案公开征求市民和有关单位意见，希望市民和各单位就本市鼓励农药连锁经营、推广安全高效农药、严格农药经营主体管理、控制剧毒高毒农药销售、加强农药使用指导服务以及规范农药经营使用行为等重点内容提出宝贵的意见和建议。”在告知事宜部分，最核心的是两项信息：一是公布书面意见和电子邮件的地址；二是说明征求意见的截止日期。最后，则多有以“上海市人民政府法制办公室”和具体日期为内容的落款信息。<sup>1</sup>

## (2) 草案/修订草案的发布形式

在政府信息供给部分，公布草案的本文无疑是其中一项重要环节。借此草案文本，公众才有了信息获取、阅读和评价的基础对象。由于“民意征询平台”的规章草案涉及制定类、修订类和废止类三种，那么实际上草案文本也区分这三类有不同的表现方式。其中，制定类草案虽然在数量上占据优势，但是在本文发布形式的类型化意义上，则显得较为单一。一般是以条目形式发布草案全文。废止类草案一共出现两件，“草案全文”栏显示的信息各异；<sup>2</sup>再加上两件废止类草案都没有作为信息层次 III 的信息反馈，因此也不作为重点加以分析。草案发布形式的类型化层面最具有价值的是修正类草案文本的发布。

**类型 (I)：**仅指明原规章要修改的地方和修改后的内容。该形式的优势是简明扼要，没有附加修正案草案的全文；但劣势也很明显，需要公众自行查阅原有文本才能系统性地去了解特定规章的整体架构和内容。此类修正案草案公布如见第 60 号《企业欠薪保障金筹集和垫付的若干规定》。

**类型 (II)：**指明原规章要修改的地方和修改后的内容，并将重点部分的文字以黑体字标明。该种形式比类型 (I) 的改进之处，在于将修改的重点部分以黑体字的形式出现，以示醒目和强调。但劣势依然没有缓解，由于没有整体的规章草案全文，缺乏对整个规章的把握感。此类修正案草案公布类型，如见第 51 号

<sup>1</sup> 不过，也有不少公告没有相应的落款信息。

<sup>2</sup> 第 45 号《〈拟废止和拟宣布失效的是政府规章目录〉征询公众意见》，“草案全文”栏呈现的是对“拟废止市政府规章目录”和“拟宣布失效市政府规章目录”的表格罗列，内容涉及序号、规章名称、发布时间、修改日期，和废止或者宣布失效的理由。第 77 号“关于《关于废止〈上海市对部分刀具实行管制的暂行办法〉等 28 件市政府规章的决定（草案）》等三件规章（草案）征询公众意见的公告”则具体涉及 28 件政府规章的废止、4 件政府规章被宣布无效、366 项政府规章的修改条目。

《城市道路架空线管理办法》。

**类型 (III)：**直接将拟定的修正案草案文本加以全文公布。这种形式比较清晰，没有前后修改的对比，也没有任何重点条款或者修改内容的着重提示，而仅仅将修改后的草案文本全文呈现在平台上。其优势是有助于公众对整体规章草案的把握，劣势则是无法迅速有效提炼修改前后的信息对比。此类公布类型，如见第 52 号《农药经营使用管理规定》。

**类型 (VI)：**指明原规章要修改的对象以及修改后的内容，再将修正案全文附随其后。从类型化角度看，这种修正案草案的公布类型可能更有助于汲取前面三种公布形式的优缺点，既突出修改前后的对比信息，又协助公众增加对规章草案的整体把握。此类草案公布形式，如见第 83 号《旅游业治安管理实施细则》。

## (3) 背景介绍

政府信息供给部分的最后一项模板是“背景介绍”。从某种意义上说，“公告内容”和“草案文本”，是更为羁束性的信息，前者侧重告知相关程序性信息；后者提供形式上的规范文本。“背景介绍”的信息则相对更具裁量性：由政府交代立法形成中对规章目的和内容的考虑。它的内容可能释放出政府重点关注和期待公众参与的信号。

自第 45 号草案开始，所有的规章草案都公布有“背景介绍”。从内容上看，制定类草案有两个部分组成：（1）立法的必要性，或者是立法背景；（2）主要内容介绍。修正类草案，往往也是两个部分内容组成：（1）修正案的背景情况，尤其强调原规章制定后出现的新情况需要通过修订原草案来加以实现；（2）主要内容介绍。两件废止类草案信息中，第 77 号的“草案背景”栏呈现空白；第 45 号的“草案背景”栏主要交代的是“本市规章清理工作的基本情况”和“关于《拟废止和拟宣布失效的市政府规章目录》”，也不具有典型性。

以制定类草案的“背景介绍”为例，第一部分的立法必要性，往往交代政府立法规制的意义，比如是否有新的党政决议、上位法出台，上海市相关情况，甚至是比较法的借鉴。<sup>1</sup>在主要内容介绍部分，由于是新制定法规草案，所以大致内容会涉及到责任主体、相关的权利义务等内容；而在修正案的主要内容介绍中，

<sup>1</sup> 比如第 128 号《食品安全信息追溯管理办法》的草案背景介绍中，就提到“美国、欧盟以及我国香港地区都建立了比较完善的食品信息追溯体系，并通过相关立法予以保障，对于提升这些国家和地区的食品安全监管水平、保障其食品安全发挥了重要作用。”

大多会写明修正案想要修正的对象、原因、修改后内容和条款。<sup>1</sup>

## (二) 信息层次 II: 公众参与行政立法的信息呈献

在“民意征询平台”中,公众参与行政立法的信息呈现(即**信息层次 II**),简称为“公众信息参与”。它在整个协商模式中十分重要,作为承上启下的中间环节,连接起政府信息供给(即**信息层次 II**)与政府信息反馈(即**信息层次 III**)。其次,区别于前后信息层次中的政府,它催生电子规章制定程序的另一方信息主体。再次,从当下规范和制度实践对于公众参与的要求看,它赋予了行政立法在民主性方面的有效养分。“民意征询平台”设置的“公众意见与建议”板块来呈现公众信息参与。不过,除了公众意见与建议,有关公众参与期的设定、公众信息参与的技术路径都可能会影响到实质意义上公众信息参与的品质。

### 1. 公众参与期

从第 45 号规章草案起算的 86 件内,除 4 件公告因未写明公告日从而无法推算公众参与期外,最短参与期为 7 日,最长为 35 日。由此可见,公众参与期的设定较为任意。未写明公众参与期的情形实质上反映出对公众参与信息环节的忽视。此外,短则 7 日、长则逾月的公众参与期也无法有效形成公众对规章草案参与信息截止时间的普遍期待。从程序环节对形成制度制约角度看,需要从制度层面完善公众意见和建议的参与期设置。即使是有区别的参与期,也需要在类型化意义上予以认真对待。

### 2. 公众信息参与的技术路径

另一项可能影响公众信息参与的指标是网络平台提供给公众信息参与的技术路径。常识判断,不同的教育背景、年龄层次、社会结构中的群体会显现出对于电子技术熟识程度的差距。这就意味着,“民意征询平台”设置亲和度和操作度不同的技术路径,将会影响到最终公众信息的参与度和实体内容。在“民意征询平台”的功能板块中,“我要发表意见”是核心的技术路径板块。公众倘若需

<sup>1</sup> 例如第 56 号《门牌号管理办法》的修改背景介绍中:(二)补充有关行政村门牌号编制规则的内容由于行政村辖区内的居民住宅分布较为分散和不规则,其门牌号的编制规则也体现出与城区建筑物门牌号编制的不同特点,《管理办法(修订草案)》专门增加了对行政村辖区内建筑物门牌号的编制规则,即“对行政村辖区内的建筑物,应当按照行政村的名称以进口处为首号连续编制门牌号。相邻建筑物间距超过 10 米的,应当留出备用的门牌号”,作为第六条第二款。

要发表意见和建议,首先要注册一个帐号,注册时需要填写的信息有:登录用户名、登录密码、确认密码、姓名、居住城市、联系电话、邮箱地址。其中除了姓名与居住城市之外,都是必填项。点击“我要发表意见”按钮,会出现“发表评论”的对话框,在对话框顶端有红色标注的一行字“您发表的意见与建议将有可能会被公开”,输完意见,点击确认即可发表。整个过程相对便捷的且无需个人信息真实性审查,在第四板块的公众意见与建议栏也未公示用户的详细信息。

### 3. 公众意见和建议

从第 45 号开始的 86 件规章草案中,最少的意见数为零,共有 11 件;最多的则为 891 件,<sup>1</sup>其中超过 100 条公众意见的规章草案数为 4 件。<sup>2</sup>公众意见和建议的内容和形式五花八门。以第 94 号《社会生活噪声污染防治若干规定》为例,试图对公众参与信息做个分类:

**类型(1):反映事实型**,公众反映生活中存在的与草案内容相关的现象或者事实。如“居民小区跳舞喇叭声开得震耳欲聋,而且时间很长,不论寒暑假,经年累月,还有观看聊天的阿姨小孩,根本就是噪音发源地。小区车棚棋牌室,打牌时输赢争论不休,道听途说说三道四人员众多声音嘈杂,通过物业,居委也解决不了的老大难问题……”

**类型(2):呼吁立法型**,公众针对某一具体问题提出立法建议。如“应立法规定:严禁在居民楼里(特别是简陋的老房子)开展任何冠以‘为居民做好事’的娱乐活动……”

**类型(3):提出疑惑型**,公众对草案规定感到困惑,或者针对某草案条款提出质疑。如“第十五条(监督检查)噪声污染防治监督管理部门有权对排放噪声的行为进行现场检查。……对于开设在居民楼下的 KTV 经营场所,检查有什么用?白天来检查了,音量关小,晚上营业了,音量开大,而且原本经营场所就是白天休息,晚上营业,而我们的监督管理部门晚上也下班了。”

**类似(4):完善法条型**,公众直接对草案具体条文的用语规范或者内容调整提出建议。如“第七条第一款……。建议改成:……或者直接采用环境保护部、

<sup>1</sup> 参见《居住证管理办法》。

<sup>2</sup> 分别是第 110 号《居住证管理办法》的 891 条、第 93 号《国有土地上房屋征收与补偿实施细则》的 349 条、第 94 号《社会生活噪声污染防治若干规定》的 116 条和第 86 号《建设工程监理管理办法》的 115 条。

国家发展改革委、科技部等国务院十一个部门(环发[2010]144号)联合发布的《关于加强环境噪声污染防治工作改善城乡声环境质量的指导意见》第六条:……。

在第94号《社会生活噪声污染防治若干规定》的公众意见和建议中,共涉及72个用户发表意见和建议。有些意见涉及对上述类型的混合,比如公众在反映事实后呼吁立法。从绝对的类型化来看,完善法条型意见共计41条,约占57%;反映事实型、呼吁立法型和提出问题型的意见数分别为12、10和9条。

### (三) 信息层次 III: 政府基于公众参与的信息反馈

#### 1. 政府信息反馈的概况

“民意征询平台”中的政府信息反馈直接反映在“公众意见采纳情况反馈”这一板块。既然是针对公众意见的采纳情况作出反馈,就意味着先有公众意见,然后在最终规章文本出台后将公众意见的采纳情况作出说明。不过,从现有信息看,政府信息反馈发生于两种情形:第一,在“公众意见和建议”栏中没有任何公众信息参与的情况下;第二,是在“公众意见和建议”栏中有相关公众信息参与的情况下。其中,前者共计7件;后者共计58件。之所以会发生“公众意见和建议”为零却依然有政府信息反馈的情形,是因为从信息的流程和数据获取看,其针对的意见可能来自相关职能部门或者其它公众;意见获取途径既可能来自电子媒介(比如E-mail)也可能来自纸质媒介(比如书信),但没有来自民意征询平台的公众意见反馈。

#### 2. 政府信息反馈的类型

从“公众意见采纳情况反馈”看,政府信息反馈表达形式可分为以下几种类型:

**类型(1): 处理结果型。**对公众意见是否采纳的反馈可分为采纳意见、部分采纳意见和未采纳意见。延续此标准在政府反馈中予以说明的,称为“处理结果型”。例如第94号《社会生活噪声污染防治若干规定》,区分采纳意见和未采纳意见两类进行介绍。<sup>1</sup>第97号《再生资源回收管理办法》区分采纳意见、部分采

<sup>1</sup> 需要指出的是,政府反馈的意见并不仅仅局限于呈现在民意征询平台上的公众意见和建议,而是就各个相关职能部门意见(包括市人大、市高院、市二中院、市律协)和公众意见,来自电子和纸质媒体的意

纳意见和未采纳意见的结构来说明情况。也有规章草案例仅列举“已采纳的意见和建议”和“转交有关部门处理的意见”。<sup>1</sup>

**类型(2): 主题概括型。**这种政府反馈类型,是就公众意见所涉及的主题进行凝练,然后在各个主题之下罗列核心意见,并说明采纳与否及其原因。比如第121号《促进生活垃圾分类减量办法》的政府反馈,列举关于垃圾分类减量工作遵循原则、关于垃圾分类标准、关于垃圾分类收集容器设置、关于分类投放管理责任人、关于分拣员辅助分类和关于绿色账户激励制度六大主题来进行说明。

**类型(3): 典型意见型。**这种政府反馈以公众参与意见的典型类型为线索,在列举相关意见后说明采纳和不采纳理由。例如第99号《悬挂使用国旗管理办法》,其核心反馈信息为“有的市民提出,应当针对“国旗管升不管降”的情况增加规范,还有部分市民认为应当针对国旗悬挂不规范的情形完善有关内容,对此,《决定》已增加了……的地区管理机构,应当组织推动管理范围内的单位和个人按照规定悬挂、使用国旗的内容,以从制度上强化管理部门的监督管理职责。而对于具体升降国旗的时间、悬挂国旗天气要求、悬挂国旗规范等具体内容,《国旗法》、《上海市悬挂使用国旗管理办法》中已作了明确规定,所以《决定》未作重复表述。”<sup>2</sup>

**类型(4): 总结情况型。**这类政府反馈类型的数量非常有限,仅仅发生在没有收到任何公众意见的前提下,就这个情况进行说明。例如第48号《城市基础设施特许经营管理办法》中“公众意见采纳情况反馈”中写明:“2007年10月25日至11月16日,在‘中国上海’门户网站上公布了《上海市城市基础设施特许经营管理办法》草案的全文,并通过广播、报纸、网站等媒体发布消息指引,征求社会公众的意见。期间,网页点击数达到9677次,访问用户数为8633次。在公开征求意见期间,未收到公众对《管理办法(草案)》的意见和建议。”

### 五、在功能预设与实质效果之间: 信息层次的相互关联和影响

见,以及借助特殊的听证会渠道获取的意见,都写入“公众意见采纳情况反馈”。

<sup>1</sup> 请参见针对《活禽交易管理办法》的相关信息。

<sup>2</sup> 《旅馆业治安管理实施细则》收到市民意见1条:对于旅馆从业人员利用职务便利窃取旅客个人信息及其他涉及旅客隐私信息的,应作出相关处罚规定。经研究予以采纳,修改后的《旅馆业治安管理实施细则》第十一条第三款规定,旅馆及其工作人员应当对在住宿登记过程中获得的旅客个人信息予以保密,除法律、法规、规章另有规定的外,不得向其他组织和个人泄露。

在电子平台上引入公众意见和建议的预期,是借助于网络平台的公众参与实现对政府立法的影响。这也是电子规章制定较之传统行政立法程序基于“信息密度(information intensity)”改变所获取的功能优势。<sup>1</sup>从经验性预期看,“民意征询平台”所呈现的信息链,在不同的信息结构之间会产生相互影响。首先,信息层次 I 的政府信息供给,不仅仅是启动电子规章制定的必经程序,并且其具体的制度设计和信息质量将会影响到后续信息层次 II 中的公众信息参与,无论是形式意义上的公众参与度还是实质意义上的参与信息质量;其次,公众信息参与本身,不仅构成未来政府就公众参与意见给予形式反馈(信息层次 III)的基础,同时也影响到政府反馈乃至最终规章文本的实质形成;最后,信息层次 III 的政府信息反馈,联接了公众参与信息与最终规章文本的实质内容。

### (一) 政府信息供给对公众信息参与的影响

#### 1. 聚焦公众参与数和参与度

政府信息供给(即信息层次 I)对公众信息参与(即信息层次 II)的影响,聚焦于公众参与数和参与度的层面。从第 45 件规章草案开始,网络平台为公众意见和建议提供信息交流的技术途径。从技术层面看,“公众意见和建议”反映公众自愿参与到电子规章制定中的意愿。从公众意见和建议的条数看,最少的公众参与数为零。共计有 11 件规章草案属于此类,占被统计的规章草案总数的 12.79%。而在剩余的有公众参与数的 75 件规章草案中,最少的公众参与数为 1 条,最多的 891 条。进一步细分看,公众参与数在个位数之间的共计 34 件,占 45.33%;在 10-99 条之间的为 37 件,占 49.33%;在 100 条之上共计 4 件,<sup>2</sup>占 5.33%。<sup>3</sup>政府信息供给中的以下因素可能影响公众参与:

<sup>1</sup> 有关美国“信息密度”的讨论以及行政立法在信息管理、信息成本以及规制合法性的分析,可参见 Cary Coglianese, *E-Rulemaking: Information Technology and the Regulatory Process*, 56 Admin. L. Rev. 353, 353-354 (2004). Robert W. Hahn & Cass R. Sunstein, *A New Executive Order for Improving Federal Regulation? Deeper and Wider Cost-Benefit Analysis*, 150 U. PA. L. REV. 1489, 1516 (2002). Cornelius M. Kerwin, *Rulemaking: How Government Agency Write Law and Make Policy*, CQ Press, pp.143-46, (3d ed. 2003).

<sup>2</sup> 这四件超过百条之上公众参与数的规章草案分别是:第 86 件《建设工程监理管理办法》(115 条公众意见)、第 93 件《国有土地上房屋征收与补偿实施细则》(349 条公众意见)、第 94 件《社会生活噪声污染防治若干规定》(116 条公众意见)和《居住证管理办法》(891 条公众意见)。

<sup>3</sup> 这里需要区分公众参与条数和公众参与人数的区别。按照“民意征询平台”提供的技术路径,一个公众可以以同一个用户名反复提供公众意见和建议,也可以以注册不同用户名的形式来提供多个公众意见和建议。考虑到统计公众参与人数的技术上的困难,这里仅以公众参与意见和建议的条数来反映相关信息,和公众参与度的情况。

## 2. 影响公众信息参与的可能因素及其实效

### (1) 规章草案公布时间的先后

通常而言,技术路径的熟识度可能影响到其应用程度。从这个意义上说,从第 45 件规章草案开始提供公众参与的技术平台,公众参与度的一个可能影响因素是公布时间距今越久远的参与度可能越低;相反,越是新近公布的规章草案则参与度较高。不过从现有的实证结果看,时间要素没能体现出对于公众参与度的实质影响。比如,第 46 件《城市生活垃圾处理管理办法》公众意见数为 55 条;而最新公布的第 131 件《大型群众性活动安全管理办法》的公众意见书则为 0 条。从这个意义上说,体现在信息层次 I 中的政府信息供给的时间要素并不对公众参与数和参与度构成影响。

### (2) 公众参与期设置的长短

按照常识,如果公众参与期较长,那么允许公众阅读相关政府供给信息和作出相关反应的时间就越长,公众参与度将越高;反之则公众参与度越低。在从第 45 号规章草案起算的 86 件内,除了 6 件无法推算公众参与期外,最短参与期为 7 天,<sup>1</sup>最长为 35 天<sup>2</sup>。不过从设置了 35 天公众参与期的《放射性污染防治若干规定》仅收到 13 条公众意见,和仅设置了 7 天公众参与期的《国有土地上房屋征收与补偿实施细则》则收到 349 条公众意见来看,公众参与期的长短本质上也并不实质性地影响到公众参与数和参与度。<sup>3</sup>

### (3) 修正案文本公布的类型

政府信息供给的另一个形式要素是公布的规章草案文本类型。由于规章制定类草案不涉及前后文本对比,因此在这个要素上影响并不显著;但对于规章修正案草案而言,不同的文本公布类型是否可能对公众参与度形成影响,就是一个可能对制度建构产生意义的问题。自 45 号起算的 86 件规章草案中,共涉及修正类草案 25 件。以修正案文本公布类型看共有四种,分别是类型 (I): 仅指明原规

<sup>1</sup> 共计三件。分别为第 75 号《建筑垃圾和工程渣土管理规定》、第 93 号《国有土地上房屋征收与补偿实施细则》,和第 104 号《行政执法证管理办法》。

<sup>2</sup> 只有一件。第 57 号《放射性污染防治若干规定》。

<sup>3</sup> 当然,这并不意味着公众参与期设置的规范化和合理性没有意义。从“民意征询平台”目前关于公众参与期的设置看,存在着一定随意性和偶然性。

章要修改的地方和修改后的内容；类型（II）：指明原规章要修改的地方和修改后的内容，并将重点部分的文字以黑体字标出；类型（III）：直接将拟定的修正案草案文本加以全文公布；和类型（VI）：指明原规章要修改的对象以及修改后的内容，再将修正案全文附随其后。

可以说这四种类型体现了政府信息供给力度从弱到强、从简到繁的差别。一般而言，越是弱简的政府信息供给，可能导致较低的公众参与度；反之则高。不过从既有实证分析看，政府信息供给最强的按照第四种文本公布类型公布的第86号《旅游业治安管理实施条例》，只有1条公众参与信息；而最为简单的信息供给的第60号《企业欠薪保障金筹集和垫付的若干规定》则获得11条公众参与信息。

#### （4）政府信息供给的相关实质内容介绍

在信息环节I的政府信息供给阶段，对于公布的规章草案在实质内容上的介绍，也存在着影响公众参与度的可能。按照通常理解，如果政府提供的背景信息越详实、丰富；规章试图解决的主要问题越突出、明显，则可能会对公众参与度产生正面的影响；反之则造成公众在形成自我判断时缺乏必要的信息指导，导致公众参与度降低。政府信息供给的实质内容既可能在“征询公众意见公告”中的告知事宜板块，也可能是在“背景介绍”板块。前者涉及对政府主要希望公众提供意见和建议的内容的强调和指引；后者则是将规章草案的整个立法/修法意图加以展示。不过，从现有数据看，政府信息供给实质内容对于透明度可能会有影响，但对于公众参与度本身的影响效果似乎不大。比如位居公众参与度最高的第110号《居住证管理办法》，无论是“征询公众意见公告”，还是“背景介绍”板块，介绍内容都比较简单，但这并不影响该规章草案获得极其多的关注度。

#### 3. 初步结论和成因分析

从实证结果看，作为信息层次I的政府信息供给，并没能对公众信息参与（信息层次II）产生实质性的影响。当然，作为启动机制，政府信息供给开启了公众获取规章草案信息、并且通过网络平台的意见和建议加入到决策过程的契机，从这个意义上说，作为信息层次I的政府信息供给是培育未来朝向电子参与必不可少的环节。但是仅就信息对流机制的实质效果而言，政府信息供给对公众信息参

与没有形成实质性影响。

具体来看，几乎所有可能因为政府信息供给从而影响到公众参与数和参与度的因素，无论是基于技术层面的规章草案公布时间先后、基于形式意义的公众参与期设置长短和修正案文本公布类型，还是基于实体层面的政府信息供给相关实质内容介绍，都没能从实证角度获取获得政府信息供给（信息层次I）对公众信息参与（信息层次II）产生实质影响的有力支撑。虽然因为实证方案的设计和调研能力的局限，没能就参与到民意征询平台的公众做跟踪采访，但是从规章草案和公众参与度的关系看，似乎公众信息参与的热诚更多地是和规章草案的议题本身有关系，比如占据公众参与度最高的三件规章草案：第110件的“居住证管理办法”、第93件的“国有土地上房屋征收与补偿实施细则”和第94件的“社会生活噪音污染防治若干规定”，<sup>1</sup>都可以从立法内容涉及民众较为关心的主题，而得到印证。

#### （二）公众参与信息对政府反馈信息的影响

##### 1. 样本遴选

讨论公众参与信息对于政府反馈信息的影响，就需要在“民意征询平台”中选择既有“公众意见和建议”内容，又有“公众意见采纳情况反馈”内容的样本。考虑到规章废止/无效类草案的特殊性，这里仅就制定类和修正类草案作为考察对象。经筛选，规章制定类草案共有40件符合样本条件；规章修正类草案共有18件符合样本选取条件。这样，共计有58件样本符合遴选标准。在该58件样本中，公众参与数从1条到891条不等。区分样本范畴I：以个位数论共计样本24件（包括仅获一条公众意见和建议的样本数共计5件<sup>2</sup>）；样本范畴II：十位数论共计样本30件；样本范畴III：百位数论共计样本4件（从小到大分别为115、116、349和891件）。

##### 2. 技术处理路线

针对该58件样本，技术处理路线有两条：

<sup>1</sup> 公众参与数分别是891条、349条和116条。

<sup>2</sup> 分别是第97号《再生资源回收管理办法》、第102号《安全生产事故隐患排查管理办法》、第83号《上海市旅馆业治安管理实施细则》、第85号《化学工业区管理办法》，以及第105号《沿海边防治安管理办法》。其中，前两件为规章制定类草案，后三件为规章修正类草案。

(1) 以“公众意见和建议”为核心的文本初步比对。在技术上,以“样本编号-用户号-参与日期-意见与建议-核心意见类型-具体意见内容概括-政府反馈类型-是否获得反馈”的排列,区分公众参与信息收集、<sup>1</sup>公众参与信息分析<sup>2</sup>和政府反馈信息对照<sup>3</sup>的三个信息收集和梳理路径,来分析“公众意见和建议”板块中的公众信息参与是否获得“公众意见采纳情况反馈”板块中的政府信息反馈。

(2) 以“公众意见采纳情况反馈”为核心的回归验证比对。考虑到公众信息参与在数量上的明显差异和质量上的参差不齐,在经过文本的初步比对后,再返回到以“公众意见采纳情况反馈”为核心的回归验证。技术路径为“样本编号-反馈所针对信息的来源和数量-反馈信息类型-具体信息-关键词-公众信息比对”,区分政府反馈信息收集、<sup>4</sup>政府反馈信息分析<sup>5</sup>和公众参与信息对照的三层路径,尤其是通过关键词检索同草案在网络平台上的公众意见和建议,验证技术路线一的本文对比是否有缺漏。

### 3. 初步实证结论

(1) 政府反馈针对的信息来源。民意征询平台上的“公众意见采纳情况反馈”并非单独针对“公众意见和建议”板块内容,而试图囊括通过所有途径获取的与本件政府规章草案相关的意见和建议。这就意味着,政府反馈信息包含了对专家意见和公众意见、电子意见和书面意见、征询意见和听证意见的多渠道反馈。从“公众意见采纳情况反馈”的模块名称看,是将“公众意见”做了最广泛的解读。

<sup>1</sup> 主要体现在“样本编号-用户号-参与日期-意见与建议”。这里主要是把体现在“公众意见和建议”栏目中的信息按照这些类别进行归类。其中可能产生意义的是“用户号”信息。按照前文所述,在“民意征询平台”上的公众意见和建议,既可以是一个用户注册向一个用户名多次参与,也可以是同一个用户注册不同用户名进行多次参与,不过只有前者才可以在网络平台上予以直观反映。

<sup>2</sup> 主要体现在“核心意见类型-具体意见内容概括”的分析阶段。其中核心意见类型是根据公众参与信息,区分为(A)具体建议;(B)宏观政策;(C)形式处理;(D)其它,主要抱怨、泄愤,以及无意义信息。

<sup>3</sup> 主要体现在“政府反馈类型-是否获得反馈”的分析对照阶段。按照对信息层次Ⅲ的介绍,政府反馈类型主要有三种:(A)处理结果型;(B)主题概括型;和(C)典型意见型。

<sup>4</sup> 主要通过“样本编号-反馈所针对信息的来源和数量”体现。信息来源主要分为四类:(A)定向征集;(B)立法听证;(C)网络平台;(D)其他途径。当然有的反馈意见包含全部类型,比如第112号《上海市非机动车管理办法》,“公众意见采纳情况反馈”中写道“……公开征求意见,共收到电子邮件30多份,信函10多件,网上征询民意平台反馈意见100多份,还听取了市政协、市高院、市律协等单位的意见。另外,我办还召开立法听证会,邀请市民、生产企业、行业协会、执法民警、专家学者等各方面的听证代表参加,就非机动车的技术标准、处罚依据和载人要求等听证议题展开讨论和听取意见。”值得一提的是,所有的政府信息反馈都没有在网络平台上公布日期。

<sup>5</sup> 主要通过“反馈信息类型-具体信息-关键词”体现。反馈类型主要有三种:(A)处理结果型;(B)主题概括型;和(C)典型意见型。具体信息和关键词根据不同类型下政府反馈信息的具体内容归纳提炼。

(2) 政府反馈与公众参与的信息数量对比。立足于“民意征询平台”的公众意见参与数与政府信息反馈数的对比看,排除样本范畴Ⅰ本身涉及极少的公众参与数外,从样本范畴Ⅱ和样本范畴Ⅲ为蓝本,将发现公众意见参与数要远远大于政府信息反馈数。换言之,不少呈现在“公众意见和建议”模块中的公众参与信息并没能得到政府反馈,也有政府反馈意见基本没有涉及到网络平台上公众意见的例子。

(3) 政府反馈信息的内容侧重。与“民意征询平台”中“公众意见和建议”模板中的公众参与相比,政府信息反馈更侧重于向法院、检察院、政府职能部门、政协、人大等系统的定性征集意见;尤其是对于那些经过立法听证的规章草案,则更为倚重对听证代表意见的答复。<sup>1</sup>而针对公众意见的反馈层面,也极少区分通过“公众意见和建议”板块获取的信息还是针对通过网络平台的信息发布获取纸质或者电邮的信息。

(4) 政府反馈针对公众参与信息的羁束效果。与上述结论相关,政府信息反馈与公众信息参与的紧密度不高。尤其是,由“民意征询平台”设置的“公众意见和建议”板块中的公众参与信息对政府几乎没有形成羁束力:政府既可以选择回应还是不回应,也可以选择回应多还是少。在技术路径上公众也无法有效查验自己通过网络平台提供的意见和建议是否被阅读。由于“政府信息反馈”和最终规章出台有着实质性的关联,因此,如果公众参与信息无法拘束政府反馈,那么也就无法有效拘束最终的规章生成。

<sup>1</sup> 比如,政府反馈信息中经常提到“有的听证代表指出……”的相关表述。即使涉及到民意征询平台中提及的意见和建议,也往往是因为这些意见和建议与听证会中听证代表意见,或者定向的偏向专家意见征询中的意见有重复,例如第70号、第74号、第112号等草案制定过程都体现出这一点。

# Uber 等出租汽车平台公司的中国法律难题

王 静<sup>1</sup>

[文章摘要] 以 Uber 等为代表的出租汽车平台公司在世界各地快速扩张,但是也带来棘手的法律争议,在中国也面临执法困境和矛盾冲突。面对科学技术发展和新型商业模式造成的多重社会难题,需要运用法治思维和法治方法平衡多方利益并逐步调整政府监管思路和目标。本文以中央和地方层面有效法律规范和《立法法》、《行政许可法》为基础,结合共享经济的发展趋势和市场监管的原理,提出解决法律难题的对策建议。

[关键词] 市场监管、法治政府、共享经济

## 一、出租汽车平台公司在各地面临执法查处和法律争议

2015 年以来, Uber (优步)、滴滴快的、易到专车和神州租车等各大公司之间的竞争愈发白热化, Uber 等公司和接入平台的车辆在各地被查处和处罚的新闻尤其引发关注,号称专车第一案的行政诉讼案件在济南开庭审理,也凸显出租平台公司所面临的法律难题。一些地区还出现了出租汽车司机与 Uber 和专车司机的冲突、出租汽车罢工停运的现象。而从目前各地方政府的反应来看,大约分为以下四类:第一类,针对平台公司进行查处或者约谈,比如,广州、武汉和北京。<sup>2</sup>第二类,针对使用 Uber 等软件的车辆严格执法,按照无照经营即“黑车”进行调查和处罚,比如上海、武汉和北京。<sup>3</sup>第三类,严格执法同时,对本地出租汽车网络使用平台进行改造,比如上海,交通委、市四大出租汽车企业和“滴滴

<sup>1</sup> 作者系国家行政学院行政法学研究中心副主任、法学部副教授、法学博士。本文是国家行政学院重大科研项目“用法治思维和法治方式履行政府职能研究”的阶段性成果。

<sup>2</sup> 4月30日晚,广州市工商、交通、公安部门联合行动,对 Uber (优步) 广州分公司进行检查。广州市工商局回应,联合执法查处 Uber 是因其没有营业执照,涉嫌无照经营。5月6日下午,成都市工商、公安、交委等部门联合调查 Uber (优步) 成都分公司。6月2日,北京市交通委运管局、市交通执法总队和市公安局公交保卫总队约谈“滴滴专车”,指出“滴滴专车”及“滴滴快车”业务是违法的。

<sup>3</sup> 5月19日到21日上海全市范围内开展为期三天的“飓风四号”非法营运专项整治行动。5月21日晚,静安寺附近有 Uber 司机被倒钩执法。上海市交通委执法总队辟谣称,是蹲点执法。6月4日武汉禁止 Uber 所投入运营车辆上路运营,否则将被视为非法营运车辆,处以1万元的最高罚款。6月23日,北京田先生接送通过滴滴顺风车软件联系上的乘客,遭到乘客举报,被交通执法队执法人员以出租汽车非法运营为由扣押车辆,6月27日,缴纳了15000元的罚款后领回汽车。

打车”三方共同建设出租汽车信息服务平台。第四类,持观望态度,尚未采取任何措施和行为。而从中央有关部门的反应来看尚未取得一致看法。<sup>1</sup>

在我国大陆上述平台公司的法律难题大约分为以下三个阶段:第一阶段:滴滴快的打车软件风行伊始,属于对现有出租汽车资源的利用互联网技术进行重新分配,提高出租汽车使用效率,更加方便乘客打车的初级阶段,对出租汽车和乘客来讲,都有好处。究其本质,是对招手即停的巡游方式加以完善,也就是将约车方式,通过手机终端,实现了更高效率的配置,没有引起太多的法律争议。第二阶段:随着滴滴快的两大巨头运用补贴方式争夺市场份额的加剧,以及 Uber 等从最初中高端出租服务向更多领域拓展,特别是滴滴专车、快的一号专车等的出现,事实上是约租出租汽车或者电招出租汽车这一类型。由于滴滴等开始是汽车租赁公司提供车辆,再搭配司机,号称没有打破汽车租赁的概念,似乎绕开了政府监管,所以,也没有引起太多的法律争议。第三阶段:更多私家车通过汽车租赁公司接入平台,或者直接接入平台。甚至一些顺风车、拼车中也有很多是以此为名而做专车服务。由此,形成在客运市场多种平台接入方式,但事实上难脱“出租汽车”的性质,也就严重影响到了出租汽车行业的格局和司机的生存问题,从而在各地引发矛盾乃至暴力冲突。

私家车接入平台,一部分是过去已经存在的黑车“漂白”加入专车和顺风车,还有一部分是闲置、富余的私家车在平台公司竞争补贴情况下新加入市场,目前准确数据不得而知,但是确实满足了大众出行的市场需要,也确实对出租汽车行业造成影响。其实,黑出租汽车或黑车由来已久,仅以北京为例,十年前,保守估计黑车的规模就与出租汽车旗鼓相当,都在6.5万辆到7万辆左右,现在,黑车规模至少在10万辆以上,出租汽车数量并没有增长。事实上,长期以来,出租汽车与黑车在北京是共存的,特别在地段稍远的郊县,主要是黑车在承担公共运输的功能。在平台公司整合各种资源,私家车接入以后,形成出租汽车、黑车、私家车三方共享市场的格局,私家车接入平台公司可以称为“新黑车”,挤占了出租汽车和“老黑车”的市场,但是仍然不可能完全满足市场需求。从实践反映的情况来看,一些执法部门发现过去的“钓鱼执法”、“养鱼执法”越来越不好做,而调取平台公司数据可以更容易作为黑车运营证据,最近半年来,在经济利益的驱动

<sup>1</sup> 3月12日交通运输部部长杨传堂在接受媒体采访时称:合法的专车应该还是有发展空间的。为什么实施数量管控呢,这也是经营者方面意见,现在我们发展经济着力于最大公约数。不过,目前租赁车辆的管理是市场管理,而非政府绝对管控。杨部长表态,对于私家车是否能够充当专车,答案是永远不允许。

和出租汽车行业的压力下，加紧对新黑车的查处，引发更大争议。

## 二、出租汽车平台公司在全球面临法律挑战

Uber 作为目前全球估值增长速度最快的公司，在世界各地都对出租汽车行业产生巨大影响，由此从亚洲到欧洲，韩国、泰国、印度、法国、德国，甚至在美国本土部分地区 Uber 的合法性都受到质疑，以至在某些国家和地区曾被封杀。比如 2011 年 5 月，美国加州曾以“无执照提供服务”叫停 Uber，并处以 2 万元美元的罚款，甚至提出了刑事指控。在德国，出租汽车行业组织 Taxi Deutschland (TD) 起诉 Uber。在法国，2014 年 9 月国民大会通过《萨文努法案》(Thévenoud law)，目的就是保护出租汽车行业。但是，各国的监管也在不同程度的放松甚至变法。比如，美国仍然是变革最快的国家，Uber 起家的加利福尼亚州，公共事业委员会不仅将处罚决定取消，而且为 Uber、Lyft、Summon 等租车服务商创设了新的服务类型，称为“交通网络公司”(transportation network companies)。并修改了《客运租赁法案》，纳入交通网络公司的概念，并做出特别规定。加州还建立 Uber 司机的资质审查数据，包括 7 年的法庭记录、跨州犯罪数据库以及性侵犯信息库等。迄今为止，美国已经有 40 多州承认其合法。就在 6 月 2 日德国垄断委员发布了“竞争政策：数字市场的挑战”报告，支持 Uber。目前，Uber 在各国也积极采取法律应对措施<sup>1</sup>。Uber 还积极改善和调整对政府监管的态度和措施，寻求在更多国家获得更为灵活和宽松的政策环境。相比较而言，滴滴等国内的平台公司试图在我国政府监管的法律框架之内寻求生存空间，以不触犯禁止性规定、“绕道走”等方式试图将法律冲突降低在最小，同时与 Uber 等国外公司展开竞争。

## 三、我国现行有效的中央和地方法律规范

目前，从各国已有的法律规定来看，在上述受影响行业来看，出租汽车行业是政府监管最为严格规范的领域之一。在我国也是如此，所涉及的法律条文之多、监管措施之广，都不是在短期通过修改法律、放松监管能够轻易解决的。从目前的有关法律规定来看，出租汽车经营管理的主要法律依据有：

<sup>1</sup> 比如在法国国内号启动违宪审查，主张新法的若干条款（包括禁止显示机动车地理位置的条款，以及禁止使用车程的时间和距离计算费用的条款等）因为具有“歧视性”而违宪。Uber 也在欧盟层面积极游说，向欧盟委员会提出控诉，主张法国政府是“歧视对待”在政策上明显偏向于出租汽车行业。

第一，出租汽车经营设定许可的中央层面的法律依据。《行政许可法》第十一条规定，“设定行政许可，应当遵循经济和社会发展规律，有利于发挥公民、法人或者其他组织的积极性、主动性，维护公共利益和社会秩序，促进经济、社会和生态环境协调发展。”第十二条规定了可以设定行政许可的事项，出租汽车车辆运营证应当属于第二项“有限自然资源开发利用、公共资源配置以及直接关系公共利益的特定行业的市场准入等，需要赋予特定权利的事项”，出租汽车司机驾驶资格应当属于第三项“提供公众服务并且直接关系公共利益的职业、行业，需要确定具备特殊信誉、特殊条件或者特殊技能等资格、资质的事项”，出租汽车经营资格应当属于第五项“企业或者其他组织的设立等，需要确定主体资格的事项”。对出租汽车设定行政许可的直接依据是 2004 年 6 月 29 日《国务院对确需保留的行政审批项目设定行政许可的决定》（国务院令 412 号）<sup>1</sup>。该决定规定了 500 项确需保留的行政许可，其中第 112 项即出租汽车经营资格证、车辆运营证和驾驶员客运资格证核发，由县级以上地方人民政府出租汽车行政主管部门负责发放行政许可。该决定还规定，“为保证本决定设定的行政许可依法、公开、公平、公正实施，国务院有关部门应当对实施本决定所列各项行政许可的条件等作出具体规定，并予以公布。有关实施行政许可的程序和期限依照《中华人民共和国行政许可法》的有关规定执行。”严格来讲，国务院第 412 号令还不能算是出租汽车设定行政许可的直接法律依据，还有待于法律、行政法规或者地方性法规做出规定。

2004 年 4 月 14 日国务院第 48 次常务会议通过的《中华人民共和国道路运输条例》自 2004 年 7 月 1 日起施行。第八十二条规定，“出租汽车客运和城市公共汽车客运的管理办法由国务院另行规定”。但是，迄今为止，国务院尚没有制定出租汽车客运的行政法规。

在部门规章层面，对城市出租汽车进行规定的是经建设部、公安部批准，1998 年 2 月 1 日起施行的《城市出租汽车管理办法》，这是一个部门规章，其中第三

<sup>1</sup> 《行政许可法》第十四条和第十五条对设定行政许可的法律规范的位阶做了明确规定，即法律可以设定行政许可。尚未制定法律的，行政法规可以设定行政许可。必要时，国务院可以采用发布决定的方式设定行政许可。实施后，除临时性行政许可事项外，国务院应当及时提请全国人民代表大会及其常务委员会制定法律，或者自行制定行政法规。尚未制定法律、行政法规的，地方性法规可以设定行政许可；尚未制定法律、行政法规和地方性法规的，因行政管理的需要，确需立即实施行政许可的，省、自治区、直辖市人民政府规章可以设定临时性的行政许可。临时性的行政许可实施满一年需要继续实施的，应当提请本级人民代表大会及其常务委员会制定地方性法规。因此，综合上述规定，只有法律、行政法规和地方性法规可以设定行政许可，地方政府规章可以设定为期限一年的临时性许可。除此以外，部门规章和地方政府规章不可以设定行政许可。

条规定,“本办法所称的出租汽车,是指经主管部门批准的按照乘客和用户意愿提供客运服务,并且按照行驶里程和时间收费的客车。”2008年“大部制”改革,原属建设部管理的城市出租汽车、公交车行业,划归交通运输部管理。2014年9月26日交通运输部通过的《出租汽车经营服务管理规定》自2015年1月1日起施行。第二章规定了出租汽车经营许可,其中,第八条规定申请出租汽车经营的,应当根据经营区域向相应的设区的市级或者县级道路运输管理机构提出申请,并符合规定的条件。第四十七条由县级以上道路运输管理机构责令改正,并处以5000元以上20000元以下罚款的违法行为,第一种行为即“未取得出租汽车经营许可,擅自从事出租汽车经营活动的”。综上,尚没有法律和行政法规对出租汽车设定行政许可,中央层面对出租汽车经营许可的规定是交通运输部的部门规章。

第二,出租汽车经营设定许可的地方层面的法律依据。

在地方层面,不少地方以地方性法规的形式对出租汽车经营管理做了规定。以北京为例,北京将出租汽车和汽车租赁作为两个概念来对待,就出租汽车而言,1997年10月16日北京市第十届人大常委会通过,2001、2002年修正的《北京市出租汽车管理条例》对出租汽车经营的多个方面做了全面规定。而在汽车租赁方面,2012年2月22日北京市人民政府通过,2012年5月1日施行的《北京市汽车租赁管理办法》,第二条规定“本办法所称汽车租赁是指经营者在约定时间内将汽车交付承租人使用,收取租赁费用,不配备驾驶人员的经营活动。”上海对出租汽车的定义明显更为宽泛,包括了汽车租赁在内,1995年6月16日上海市第十届人大常委会通过,1997、2001、2003、2006年修正《上海市出租汽车管理条例》是出租汽车客运和汽车租赁的法律依据。截止2015年7月1日,北大法宝数据库检索显示,118部地方性法规对出租汽车经营管理做了规定,包括21个省、自治区、直辖市,94个地级市和3个经济特区,还有大约不到40个市以地方政府规章的形式规定了出租汽车经营管理。最近《立法法》修改赋予233个所有设区的市都有地方性法规和地方政府规章的制定权,大大拓宽了地方立法权,更多设区的市需要进一步完善出租汽车经营管理的规定。所以,对新兴打车软件、专车和顺风车如何界定和监管的讨论对所有地方而言都是具有极其重要和紧迫的意义。

第三,对未经批准经营出租汽车业务进行处罚的法律依据。

从前面的分析已经可以看到,如果地方性法规对出租汽车经营的许可做了设定,而且规定了罚则,那么情况比较清楚了,各地执法部门适用地方性法规即可。比如《上海市出租汽车管理条例》第十四条规定,“本市车辆未经批准不得用于出租汽车经营活动;非本市车辆不得用于起点和终点在本市行政区域内的出租汽车经营活动。”第四十九条规定,“擅自从事出租汽车经营的,由市交通执法总队、区县交通执法机构没收其非法所得,并处二千元以上五万元以下的罚款。”

但是,如果还没有制定地方性法规的地方,如何对未经批准从事出租汽车经营的进行处罚?2005年10月12日国务院法制办对交通运输部的一个复函中提到“根据《无证经营查处取缔办法》第十七条的规定,相关法律、法规对无证经营出租汽车行为的处罚没有规定的,县级以上地方人民政府出租汽车行政主管部门应当依照《无证经营查处取缔办法》第十四条、第十五条、第十六条的规定处罚。”也就是说,2002年12月18日国务院第67次常务会议通过,自2003年3月1日起施行的行政法规《无证经营查处取缔办法》可以作为行政处罚依据。综合该办法第四条和第十七条的规定,道路交通部门作为许可审批部门可以进行处罚。在交通部转发国务院法制办上述复函时,交通部还明确了几点内容,地方性法规《道路运输管理条例》或《出租汽车管理条例》对无证经营的“黑车”已设定行政处罚的,各地应当按照其规定执行。而且,“未制定《道路运输管理条例》或《出租汽车管理条例》的,应当依据《无证经营查处取缔办法》第十四条对未取得经营许可证件擅自从事出租汽车经营活动的行为实施行政处罚。”也就是说,《无证经营查处取缔办法》在出租汽车经营领域,作为地方性法规的补充性规定发挥作用。但是实践中的情况是,不少地方城管部门是依据《无证经营查处取缔办法》在查处黑车,而交通执法部门是依据各地关于出租汽车经营管理的法规在查处黑车,还有的地方是以对客运出租车根本没有规定的《中华人民共和国道路运输条例》作为查处依据,执法依据不一,行政处罚的幅度不一,执法部门裁量权过大。

#### 四、出租汽车平台公司在中国的法律应对

Uber、滴滴、易到等公司所涉业务包括了打车、专车、拼车、代驾、租车等业务,比日常用语中的出租汽车或者出租车的范围更为广泛,所影响的市场不限于出租汽车行业,特别是客运出租汽车行业,从未来发展趋势看,还将推广到货

运、快递乃至旅游等多个领域，因此会是对更大范围市场的影响。从科技发展的趋势而言，Uber 等所代表的“共享经济”模式，将在未来几十年甚至十几年内，对出租汽车行业产生难以想象的冲击，甚至有人预测将不再有出租汽车司机等职业。简单的禁制出租汽车平台公司，对新黑车进行大力处罚，或者快速放开出租汽车经营，全面取消政府监管的极端做法，都是值得商榷的。在我国法律体系日趋完善，全面推进依法治国的背景下，如何积极、科学、稳妥的以法治思维和法治方法解决好科学技术进步、市场和行业重组与政府监管的矛盾值得深入探讨。

第一，确立面向未来的监管思路和立法目标。之所以必须改变目前的监管思路，有两个原因，一是国际竞争不仅是企业之间的竞争，也是各国监管的竞争。哪个国家的监管科学性和前瞻性领跑，为企业创新发展提供包括法律在内的有力保障，哪个国家的企业和经济发展就可以立足于世界之林。监管竞争并不是说要对国内企业予以差别待遇，给予保护措施，而是要树立科学特别是面向未来的监管目标，为企业和经济发展预留出一定空间，在立法和执法乃至司法中对所有企业平等对待，让企业在竞争中壮大和发展。在这点上，美国的监管特点可供借鉴，在一般领域的市场准入方面，美国应当说是门槛最少最低的，国内和国外企业没有差别待遇，加上科技力量雄厚，催生出一大批能在世界范围内引领创新的企业。我国目前企业发展势头迅猛，特别是借助互联网技术，大批与互联网有关的企业站在世界经济发展的前沿，中国监管思路和立法必须适时进行调整，为中国企业在中国市场进行探索和创新创造环境。二是监管的面向是充分发挥现有各种资源的效能，最大程度解决城市交通拥堵和消费者出行需要这两个基本目标。任何新生事物的出现，都会对既有利益格局产生重大调整，政府监管应当有依赖法治的基本思想，通过法治的方法和措施对各种利益进行调整。其实，社会各界对已有法律规范的适用进行争辩、讨论，监管部门在立法的起草过程中听取多方意见，乃至有诉讼案件付诸法院进行审判，都对厘清问题、找准对策有很大帮助，特别是通过立法修法，政府与企业、大众互动的过程本身就是一个依法进行利益调整和平衡的过程。需要特别注意的是，平台公司的出现对传统出租汽车行业冲击巨大，政府需要通过多重手段加强沟通、宣传工作，尽可能将矛盾纠纷引导到法律渠道，为可能出现的罢工乃至暴力冲突做好监测与预案。

第二，先中央、后地方或者先地方、后中央放开市场准入。出租汽车经营管理传统上认为属于地方事务，需要根据不同地方的实际情况做出规定，但是在出

租汽车平台公司崛起的趋势下，未来各地从事乘客运载的主体更加多元，正因平台公司的介入，不同地方的公共交通模式共性将越来越超越个性，这种地方属性一定程度上会减弱，这一问题也更加带有跨区域乃至全国性。按照《行政许可法》的规定，行政法规或者地方性法规都可以对此做出规定，那么更合理的方式是由国务院出台行政法规，将平台公司作为新型经营形式予以规定，将传统出租车、新黑车、老黑车都纳入到出租汽车的定义范围内，摒弃个人不得经营出租车的观念和做法，放开市场准入。作为行政法规，可以对出租汽车平台公司的资质等进行规定，同时给地方留出适度空间，允许地方通过地方性法规对本地出现的特殊问题进行特殊规定，允许更多运载乘客的交通工具接入平台。而各地可以通过修改地方性法规的方式，从一线城市到二三线城市，逐步推行出租汽车经营体制改革。另一种思路则是先地方后中央的修法模式。既然在国务院层面尚没有行政法规对出租汽车客运做出规定，地方性法规发挥的空间就更大，各地可以根据各自情况逐步放开市场准入。但是，这一做法的问题是在每一地方都会经历立法博弈，一些地方会在等待中央政府表态中不敢也无法有所变革，从而放任市场的无序或者损害法律的权威。无论哪种思路，出租汽车经营体制改革势在必行，中央政府应当有意识的推动各地逐步完成改革。

第三，对能够通过平台公司科技手段解决的其他问题也要放松管制乃至取消管制。平台公司解决了信息不对称，缓解了公共道路资源紧缺问题，也就瓦解了要对出租汽车数量进行管制的根基，首先应当逐步放开出租汽车的准入管制。接下来，以平台公司的大数据处理可以科学解决定价问题，对出租汽车的价格管制也应当放松直至取消。此外，平台公司在不断发展壮大中，会形成过去无法想象的巨量规模，有可能出现具有支配地位的市场份额，使得市场进入门槛提高，形成自然垄断，法律监管不应当以传统垄断竞争的定义框定平台公司，但是，对自然垄断的平台公司的行为进行反垄断监管，严格监管其利用自然垄断地位进行的价格垄断、市场操纵等行为。由此，政府监管法律从框架到内容，在出租汽车领域都需要进行全新变革。

第四，对市场不能自己解决的问题加强政府监管。最后一点，却是最重要的一点，必须加强政府监管。出租汽车实行特许经营的原因还在于要确保司机和车辆的安全问题和事故赔偿问题。虽然从表面上，平台公司通过审查司机资质、审查车辆安检文件、提供保险等方式来缓解乘客担心、解决事故赔偿问题，但是在

这种事关消费者安全领域，政府恰恰是要加强监管的领域，不能单纯依靠平台公司的内部管理。比如政府应当加强个人征信系统建立和完善，对司机的犯罪记录等予以特别跟踪，对车检环节进一步加强，推动机动车强制保险的进一步普及，监督平台公司投保行为等等。市场不能解决的还包括出现纠纷以后的调解和处理，应当在调解和诉讼中确保公正有效解决纠纷矛盾。

## 域外互联网管理的法律制度与法治经验

陶品竹

党的十八届四中全会提出要全面推进依法治国。在此时代背景下，对互联网的管理也要依法进行。互联网管理是一个世界性话题，无论是发达国家还是发展中国家，都面临着互联网建设与管理的重任。对此，法治发达国家已经探索出了许多成功的治理模式与法治经验，值得我们学习与借鉴。

### 一、美国互联网管理的法律制度与法治经验：立法控制和技术垄断

#### 1、通过立法进行广泛授权和依法监管

美国在互联网管理的法治建设方面一直是走在前列的。从联邦立法到州和地方立法，美国制定了一系列与互联网管理相关的法律法规，迄今已有 130 多部。这些法律法规支撑起美国互联网管理领域所涉及的信息公开、隐私权保护、计算机和网络安全、言论自由等各个维度。

美国对信息公开的立法源远流长。早在 1966 年就制定了《信息自由法》，随后 1976 年的《阳光下政府法》、1978 年的《总统档案法》等法律均对信息公开进行了规定。

美国高度重视网络安全立法。1978 年的《计算机犯罪法》、1987 年的《计算机安全法》、2001 年的《关键基础设施信息安全法案》以及 2002 年由 SNAS 学会发布的《保护赛伯空间安全的国家战略》等法律法规，均对网络信息安全及网络基础设施安全进行了有效规范。

近年来，美国还对网络传播行为加大了规范力度。自 1991 年处理首例网络谣言侵权案以来，美国已先后制定了《禁止利用电脑犯罪法》、《电脑犯罪法》、《通讯正当行为法》等法律法规，对网络使用和传播行为加以规范。

上述法律法规均为联邦层面的立法。在州一级，纽约、马里兰、德克萨斯、威斯康星等 45 个州也都通过立法规范互联网传播与使用行为。“如马萨诸塞州议会通过的《2000 年法案》规定，任何人运用网络对他人进行蓄意和恶意的骚扰，致使其情感严重紧张的行为，应定为刑事骚扰犯罪，可判处最高两年半刑期或不

超过 1000 美元罚款，或两罚并用。”<sup>1</sup>

除了专门的法律法规，美国还针对互联网管理设置了专门的主管机构。美国联邦通信委员会（FCC）作为互联网管理的责任机构，曾于 1997 年出台《网络与电讯传播政策》报告，提出了有关互联网管制的基本原则，其中包括“政府应避免对网络传播行为进行不必要的管制；政府鼓励网络行业的自律”等，这些原则使网络传媒能够在较宽松的环境下，以维护行业利益和促进发展为宗旨进行运营。奥巴马上台后，成立了“白宫网络安全办公室”和“全国通信与网络安全控制联合协调中心”，从国家层面维护网络安全。此外，联邦政府多个部门通过设立社交网络监控中心等措施，对网络论坛、博客、留言板等进行常规监控。<sup>2</sup>

## 2、信息过滤和内容分级制度

美国对于网络信息进行信息过滤和内容分级主要是基于打击网络犯罪、保护未成年儿童合法权益、维护国家安全以及控制政治性言论的立法目的。

### （1）建立互联网黑名单制度，审查互联网基础设施

自 2010 年以来，美国通过《打击网络侵权和假冒伪劣行为法案（COICA）》、《禁止网络盗版法（SOPA）》、《保护知识产权法（PIPA）》等互联网黑名单法案，加大对互联网域名等基础设施的审查力度。不过，此举遭到了许多互联网工程师的强烈反对。“所有的审查都将影响人们的言论自由，互联网用户讨论这些法案规定之外的话题也将受到限制”，“它们引发了整个域名从互联网领域消失，而不仅仅是侵犯网页或文件，更糟的是，依据这两部提案，海量的有用、合法的网站可能会被列入黑名单。”<sup>3</sup>

### （2）建立反恐国家安全网络监管体系

9·11 事件后，为了积极应对可能出现的恐怖袭击，美国加快了网络反恐国家安全立法步伐，专门通过了两项与网络反恐和国家安全有关的法律，即《爱国者法》和《国土安全法》。通过这两部法律，公众在网络上的信息包括个人信息在必要情况下都可以受到监视。另外，美国还对包括《联邦刑法》、《刑事诉讼法》、1978 年《外国情报法》、1934 年《通信法》在内的多部进行修订，授权国家安全和司法部门对涉及专门化学武器或恐怖行为、计算机欺诈及滥用等行为进行电

<sup>1</sup>王彬彬：《美国如何治理网络谣言》，载《新重庆》2013 年第 9 期，第 47 页。

<sup>2</sup>王彬彬：《美国如何治理网络谣言》，载《新重庆》2013 年第 9 期，第 48 页。

<sup>3</sup>张敏钰：《一封互联网工程师发给美国国会的公开信》，载《保密科学技术》2012 年 2 月，第 77 页。

话、谈话和电子通信监听，并允许电子通信和远程计算机服务商在某些紧急情况下向政府部门提供用户的电子通信记录，以便政府掌控涉及国家安全的第一手互联网信息。“据美国司法部的调查报告，美国联邦调查局（FBI）在 2002-2006 年间，通过电子邮件、便条和打电话等方式，窃取了数千份美国民众的通话记录。此外，据 2007 年度美国《信息自由法》解密文件显示，美国联邦调查局（FBI）创建有数字信息收集系统网络，用于秘密窃听和监控邮件。”<sup>1</sup>

### （3）垄断互联网技术资源和产业链，主宰互联网管理权

从互联网诞生那天起，美国就管控着整个互联网。从芯片到操作系统，从路由器到 ICANN 域名管理系统，互联网产业链上每个关键环节，基本上都由美国一个国家的公司主宰。目前，全球互联网根服务器有 13 台，其中唯一的主根服务器在美国，其余 12 台辅根服务器中有 9 台在美国。所有根服务器均由美国政府授权的 ICANN（国际互联网名称和编号分配公司）统一管理，负责全球互联网根域名服务器、域名体系和 IP 地址等的管理。<sup>2</sup>

### （4）规定信息空间紧急状态制度

美国国会通过的《信息安全与互联网自由法》，授权总统可宣布信息空间紧急状态，由政府部分接管或禁止对特定网站的访问，并对那些威胁公共安全的网络谣言依法治理。<sup>3</sup>

## 3、政府与社会协调监管制度

美国政府与社会协调监管主要体现在政府与普通民众、政府与网络行业组织两方面，他们在网络监管中都发挥了重要的作用。一方面，美国政府注重与普通民众的协调监管。美国政府认为，保护儿童免受网络危害的主要责任应当更多地由家长承担，政府会对不法活动进行强化打击以及提供必要的技术支持，同家长一道创建持续发展的网络环境。另一方面，美国政府注重发挥行业组织在网络监管中的重要作用。美国电脑伦理协会制定的“十诫”、美国互联网保健基金会的网站规定的八条准则等都是行业协会发挥监管作用的例子。此外，美国政府还注重对行业协会的自觉行为给予鼓励。<sup>4</sup>

<sup>1</sup>张恒山：《透视美国互联网监管的主要内容和措施》，载《中国出版》2010 年 7 月上，第 56 页。

<sup>2</sup>张恒山：《透视美国互联网监管的主要内容和措施》，载《中国出版》2010 年 7 月上，第 56 页。

<sup>3</sup>王彬彬：《美国如何治理网络谣言》，载《新重庆》2013 年第 9 期，第 47 页。

<sup>4</sup>詹真荣、刘阳：《世界典型国家互联网监管实践及其启示》，载《中共杭州市委党校学报》2011 年第 2 期，第 47-48 页。

## 二、英国互联网管理的法律制度与法治经验：行业自律和政府引导

### 1、充分依靠已有法律进行管理的法治策略

与美国为了有效管理互联网而大量立法有所不同，英国互联网管理主要采取充分依靠已有法律的策略。“英国强调依靠现有的法规，如刑法、猥亵物出版法及公共秩序法等对互联网进行监管。英国政府认为对其他媒体适用的法律，对互联网同样适用。例如英国电信管制的法律，其基础主要是1984年的《英国电信法》和1998年的《竞争法案》，这是两部基于市场准入和反垄断考量的法律。”<sup>1</sup>

### 2、行业自律监管制度

#### (1) 英国网络观察基金会（I-WF）负责网络管理工作

英国的网络管理工作主要由网络观察基金会（I-WF）负责，成立该基金会的目的就是为了解决互联网上日益增多的违法犯罪活动问题，尤其致力于儿童色情问题的解决。I-WF为鼓励从业者自律，由50家联盟组织、英国城市警察署和内政部等共同签署了《安全网络：分级、检举、责任协议》（3R），治理互联网上的有害信息。3R的主要精神有：鼓励新科技使用、帮助家长与教师认识新科技、确保网络内容的合法性等。主要治理方式有：一是开通网络热线，接待公众投诉，鼓励举报涉及儿童色情、种族仇恨和其他非法内容的网址。二是设立内容分级和过滤系统，通过提供关键性语句，对网络内容进行分级。<sup>2</sup>

#### (2) 英国互联网内容标签协会负责实施内容标签制度

英国的内容标签制度由专门的互联网内容标签协会负责。内容标签制度的设立目的不是为了强制过滤相关信息，而是仅仅起到引导和建议的作用。“制度本身不针对网页内容本身，而将是否浏览和浏览什么的权利交还给互联网使用者。这样便可以在确保言论和通信自由的同时，保证未成年儿童不受不良信息的滋扰。”<sup>3</sup>

## 三、新加坡互联网管理的法律制度与法治经验：轻柔抚触式管理政策

<sup>1</sup>詹真荣、刘阳：《世界典型国家互联网监管实践及其启示》，载《中共杭州市委党校学报》2011年第2期，第48页。

<sup>2</sup>詹真荣、刘阳：《世界典型国家互联网监管实践及其启示》，载《中共杭州市委党校学报》2011年第2期，第48页。

<sup>3</sup>詹真荣、刘阳：《世界典型国家互联网监管实践及其启示》，载《中共杭州市委党校学报》2011年第2期，第48页。

新加坡对互联网进行监管的法规条文主要有：《惩治煽动叛乱法案》（the Seditious Act）、《刑事法典》（Penal Code）、《互联网分类执照条例》（Internet Class License Scheme）等。总体来说，新加坡对互联网的管理坚持的是轻柔抚触式（Light-touch）管理政策，政府对互联网进行管理的态度是明确的、坚定的，但是管理方式却相对柔和。

### 1、宽松的登记备案制度

新加坡《互联网分类执照条例》主要是对需要登记备案和不需要登记备案的情况分别作出了详细的分类。根据上述条例，凡是利用互联网进行与宗教和政治相关的宣传、推广和讨论，无论是政党、团体、还是个人，都必须向互联网管理机构即媒体发展管理局进行登记备案。从该条例看，只有宗教领域和政治领域是新加坡互联网管制最严格的领域。除了上述两个领域之外的其他领域，都无需向媒体发展局登记备案。需要指出，新加坡的上述登记备案制度，并不是事前的审批许可制度，只是一种技术上的控制步骤。“新加坡只有涉及政治和宗教宣传的网站才须接受‘准入’限制；而且所谓的‘准入’的获得，并不需要到政府的媒体监管机构去找某位‘官员’审批，而是只要进入相关的政府网络办公系统，输入资料，进行登记备案就行了。这种自动登记备案制度，被学者认为是一种‘技术上的自动管理’（Technological Auto-regulation），其特点是不施加直接的监视和控制。”<sup>1</sup>

### 2、选择性追诉制度

新加坡作为一个法治社会，对于利用互联网进行的网络犯罪活动，规定了明确的刑事处罚措施。然而，对网络犯罪的刑事处罚仍然遵从轻柔抚触式管理模式。大多数犯罪情节轻微的网络犯罪，仅仅被处以警告等轻微的刑事处罚。只有对那些明显造成社会危害性后果的网络刑事犯罪，才会被严格追诉。“新加坡政府认识到，对每一桩网络违法事件进行追查，既没必要，也不可能。鉴此，网络法规的具体操作原则是：仅对造成明显社会危害的违法案例，进行选择性的追诉。在这一操作原则指导下，十多年下来，新加坡被控上法庭的网络违法案例只有极少

<sup>1</sup>Lee, T. "Internet Control and Auto-regulation in Singapore", *Surveillance & Society*, 2005, vol.3, No.1, pp.74-95.

数。”<sup>1</sup>

### 3、象征性监管制度

由于国土面积狭小、经济相对富裕、法治程度较高，新加坡政府对于互联网的监管更多是一种形式上的、象征性的监管。这种象征性的监管只是表明政府对于互联网发展方向与网络信息内容的基本态度，即政府对此是支持还是反对，但政府一般并不会主动代替公民作出决定或者贸然采取强制措施。新加坡的象征性监管制度主要表现为以下两个方面。

#### (1) 象征性的过滤 (Filtering) 和屏蔽 (Banning) 措施

新加坡虽然也像世界许多其他国家一样，对网络不良信息采取过滤和屏蔽政策，但是这种过滤和屏蔽却不是由政府一纸禁令统一作出的，而是将选择权交给了用户。“不是由政府单方面地强行过滤掉一些内容，而是给网络用户权力，让其自己决定是否要这项过滤服务。这种做法不仅尊重了用户的选择权，更是对信息自由流动这一现代民主理念的尊重。”<sup>2</sup>

#### (2) 100 个网站黑名单制度

新加坡的象征性监管制度还反映在对受监管网站数量的控制上。在新加坡，尽管存有不良信息的网站不计其数，但是被正式列入黑名单的网站数量只有 100 个。也就是说，如果形势变化，需要将一个新的网站列入黑名单，则先要从之前的 100 个网站名单里面释放一个黑名单网站名额，以保证被列入黑名单的网站数量仍然只是 100 个。“政府相关当局解释说，屏蔽全部有害网站是不切实际的，但还是有必要建立这种黑名单，以象征性地标明政府对不良网站的谴责态度。”<sup>3</sup>

### 4、网络素养教育制度

网络素养教育，是指通过系统的教育和引导，提升网络使用者的信息识别能力和行为控制能力，以保护网民免受网络上有害信息的影响，并养成适当使用网络的习惯和品格。新加坡政府认为，通过外部的行政、法律手段进行互联网管理只能起到暂时性的作用，要从根本上解决问题，必须提升网络使用者理性使用网络的能力，对网络使用者进行网络素养教育。在具体运作上，新加坡的网络素养

<sup>1</sup>王因珍：《新加坡的网络监管和网络素养教育》，载《国际新闻届》2011年第10期，第123页。

<sup>2</sup>王因珍：《新加坡的网络监管和网络素养教育》，载《国际新闻届》2011年第10期，第124页。

<sup>3</sup>Frank Voon & Nicole Ong, "Making the Internet a Safe Place for our Children to Surf", paper for The Parents Advisory Group for the Internet (PAGI), 2003.

教育引入了“服务外包”的商业运作模式，而不是被纳入公立教育体制。“新加坡教育部将公立学校网络素养教育课程的教学任务，通过资质认证的方式，‘外包’给公立教育体制外的私立教育培训机构；网络健康指导联合委员会则将网络素养教育的相关项目和活动，通过招标的方式‘外包’给教育机构、公益团体和社会组织等。”<sup>1</sup>通过服务外包进行网络素养教育的模式，能够有效避免由于师资不到位、财政资金短缺以及公权力滥用等所引发的各种问题，是一种符合市场发展趋势的教育模式。

### 四、韩国互联网管理的法律制度与法治经验：网络实名制的立与废

网络实名制一般是指当用户在互联网上发表评论或者发布信息时，应当采用实名身份认证的方式予以记录和验证。网络实名制在美国等西方国家早有过相关尝试，但遭到强烈反对且未能持续。韩国是最先通过国家立法的方式建立网络实名制的国家。“韩国政府决定于 2005 年 10 月起实行互联网实名制，即在网络上发帖、跟贴以及上传照片和动态影像时需要确认居民身份证和本人真名的制度，以纠正网络不良行为猖獗，如在网上侵犯人权、诋毁名誉、侮辱谩骂等现象。”<sup>2</sup>网络实名制曾使韩国名声大噪，但是该制度在实施了四年之后，被韩国宪法裁判所宣告终结。

#### 1、网络实名制的两个维度

在韩国，网络实名制的概念更加宽泛，不仅是指对个人信息的实名制管理，而且指对有害信息的实名制管理。

##### (1) 个人信息的网络实名制管理制度

韩国对个人信息的网络实名制管理，主要通过两个途径实现。(1) 强化网站对客户资料的审核职能。“2006 年底，韩国国会通过了《促进使用信息通信网络及信息保护关联法》，规定韩国各主要网站在网民留言之前，必须对其身份证号码等信息进行记录和验证；网民只有在通过身份验证后，方可用网名发布信息。”<sup>3</sup>(2) 对邮箱、账号等个人信息实行实名制管理。网民在申请网站邮箱或聊天账号时，网站都要求申请者填写详细的客户资料，包括真实姓名、住址、身份证号、

<sup>1</sup>王因珍：《新加坡的网络监管和网络素养教育》，载《国际新闻届》2011年第10期，第126页。

<sup>2</sup>王雪飞、张一农、秦军：《国外互联网管理经验分析》，载《现代电信科技》2007年第5期，第30页。

<sup>3</sup>蔡德聪、刘素华：《“网络实名制”与网络不良信息治理》，载《中国行政管理》2012年第11期，第68页。

职业等详细信息。<sup>1</sup>

## (2) 有害信息的网络实名制管理制度

韩国对有害信息主要采用网络技术防控的办法进行实名制管理。主要是指通过安装防火墙和过滤软件限制有害信息接入。“将有害信息源的 IP 地址及节点列表，编制成黑名单，在网络出口路由器上加上过滤功能，拒绝有害信息源的 IP 地址，或者采用专门的软件在服务器上形成一个专门的网关，通过一个词库来过滤信息。”<sup>2</sup>韩国信息通信道德委员会根据《年轻人发展法令》，在重要信息传播场所安装过滤、屏蔽软件。政府公布了 12 万个有害网站列表，要求通过防火墙来限制色情或令人反感的网站节点的接入。同时，还要求在年轻人经常使用互联网的地点包括学校、公共图书馆、网吧或其他公用计算机中心安装过滤软件。<sup>3</sup>

## 2、网络实名制所带来的法律问题

网络实名制虽然便于网络监管者进行管理，节约了政府的执法成本，但是却遏制了言论自由，并且容易造成个人信息泄露。废止网络实名制的呼声一直很高。

首先，网络实名制对言论自由的遏制是最直接的。“韩国实施实名制后，韩国信息通讯部调查发现，诽谤跟帖数量从 13.9% 降到 12.2%，减少了 1.7 个百分点，对净化网络环境，维护网络信息安全起到了一定作用。不过，以 IP 地址为基准，网络论坛的平均参与人数从 2585 人减少到 737 人，明显抑制了网上交流沟通，同时也存在有人盗用他人的身份证号码进行注册情况。”<sup>4</sup>

其次，网络实名制增加了公民信息的泄露风险。网络身份认证使公民个人信息直接暴露于互联网及相关服务商那里，如果网络被黑客攻击或者信息被服务商滥用，则会导致严重的公民信息泄露问题。“2011 年 7 月，韩国一家著名门户网站和一家社交网站被黑客攻击，约有 3500 万名网民（接近 2010 年韩国总人口 4800 余万的 73%）的个人信息外泄，包括名字、身份证号码、生日甚至地址。这一因网络实名制引发的灾难性事件引发韩国朝野对网络实名制的反思。”<sup>5</sup>

## 3、网络实名制的废止

<sup>1</sup>陈晓云：《韩国网络治理现状及启示》，载《新闻与传播研究》2010 年第 6 期，第 24 页。

<sup>2</sup>陈晓云：《韩国网络治理现状及启示》，载《新闻与传播研究》2010 年第 6 期，第 25 页。

<sup>3</sup>艾云：《韩国互联网安全治理结构、特点》，载《信息网络安全》2007 年第 12 期。

<sup>4</sup>蔡德聪、刘素华：《“网络实名制”与网络不良信息治理》，载《中国行政管理》2012 年第 11 期，第 69 页。

<sup>5</sup>朱景：《网络实名制的全球先行者，韩国为什么失败了？》，[http://int.nfdaily.cn/content/2012-01/19/content\\_36711818.htm](http://int.nfdaily.cn/content/2012-01/19/content_36711818.htm)。

网络实名制在韩国的废止先后经历了执行意义的废止和法律层面的废止两个阶段。

首先，网络实名制是由其实施主体主动提出要废止的。“2011 年 12 月 29 日，负责管理电信业的韩国广播通信委员会（KCC）在提交给韩国总统李明博的 2012 年业务计划中表示，将从 2012 年起逐步废除已经实施了 4 年多的互联网实名制。这表明世界上第一个也是唯一一个实行互联网实名制的国家间接承认，网络实名制失败了。”<sup>1</sup>

其次，网络实名制在法律意义上的废止是由韩国宪法裁判所最终以法律的名义予以确认的。2012 年 8 月，韩国宪法裁判所 8 名法官一致做出判决，裁定网络实名制违宪，韩国通信委员会将根据判决修改法律，废除网络实名制。

## 五、俄罗斯互联网管理的法律制度与法治经验：信息安全、网络主权与分类监管

俄罗斯拥有较高比例的活跃网民数量，被誉为网络犯罪的天堂，网络安全风险较高。“据知名网络安全服务商‘趋势科技’2012 年发布的报告，在俄网络犯罪市场上能找到各式各样的网络犯罪服务和产品，且都明码标价，包括僵尸网络、分布式阻断服务攻击（DDoS）、入侵服务、漏洞攻击等。来自俄罗斯的电脑病毒、木马软件和其他恶性软件，占到全世界的三分之一。”<sup>2</sup>面对如此严峻的网络犯罪形势，俄罗斯政府迫切需要采取有力措施，加强网络监管。

### 1、将信息安全纳入国家安全范畴，建立完备的网络管理法律体系

俄罗斯重视网络管理的法治化和体系化，建立了相对完备的网络管理法律体系。俄罗斯形成了以联邦信息安全相关法律为主，以联邦主体、相关组织机构或地方政府的相关法律措施为补充，多层次的互联网治理法律法规体系。具体而言，“俄网络治理方面的主体法律体系是以将信息安全纳入国家安全管理范围的《俄罗斯联邦宪法》为依据，以规范互联网行为的《俄联邦信息、信息化和信息网络保护法》为基础，以《俄联邦国家安全构想》、《俄联邦信息安全学说》和《2020 年前国家安全战略》等为政策指导和理论依托，以《俄联邦大众传媒法》、《俄联

<sup>1</sup>朱景：《网络实名制的全球先行者，韩国为什么失败了？》，[http://int.nfdaily.cn/content/2012-01/19/content\\_36711818.htm](http://int.nfdaily.cn/content/2012-01/19/content_36711818.htm)。

<sup>2</sup>《俄罗斯黑客高明又便宜，对美威胁难测》，<http://news.sinovision.net/politics/201402/00282806.htm>

邦计算机软件和数据库法律保护法》、《俄联邦保密法》、《俄联邦著作权法》、《俄联邦通信法》等部门法为主要执法依据。”<sup>1</sup>

## 2、积极倡导网络主权

坚持网络主权原则是俄罗斯对待互联网的一贯立场。在国内，俄罗斯将网络主权原则纳入其国家安全战略，通过法律保障、技术手段、行政命令等多种途径予以实施。“作为‘网络主权’最早的倡议者之一，俄重视互联网治理方面的顶层设计，不仅将其提升至国家战略的高度，而且较早地就法律制度等层面进行设计、规划，充分运用国家力量，通过行政手段调动行业协会等多领域主体参与到互联网治理工作之中。”<sup>2</sup>俄罗斯依托其强大的技术优势，建立了专门的网络监控系统，以加强政府对互联网的监管。“对于国内的网络信息流通，俄则构建出较为完备的互联网管理系统，不仅能对有害信息进行过滤，还能将互联网信息置于政府的掌控之下。俄建立了专门的网络监控系统‘操作监察活动系统’（SORM），其中，SORM-1 侦听话务，包括移动网络；SORM-2 负责拦截互联网流量，包括网络语音电话业务 VoIP；SORM-3 收集来自所有传播媒介的信息，存储期长达三年，并向政府部门开放数据。”<sup>3</sup>

在国际舞台上，俄罗斯同样积极倡导网络主权原则，以反对西方国家的网络自由原则。“2012 年 12 月，俄在联合国国际电信联盟大会上提出‘网络主权’倡议，呼吁加强各国政府在互联网发展与管理中的作用，建议由联合国对国际根域名服务器系统进行管理等。”<sup>4</sup>迫于国际舆论压力，美国已于 2014 年宣布放弃了对国际根域名服务器系统的管理权。

## 3、实施分类监管制度，重视舆论监管

俄罗斯除了像世界其他国家一样对互联网进行内容监管以外，还高度重视对互联网的分类监管。俄罗斯法律规定，由不同的政府主管部门针对网络管理的不同侧面实施分类监管。具体来说，俄罗斯对互联网实施分类监管的政府部门主要有三个：联邦通信传媒监督局、联邦内务部特种技术措施局和联邦内务部网络监控中心。“俄联邦通信传媒监督局主要负责对传媒、信息和通信技术进行监控；

<sup>1</sup>李希光：《政府如何依法管理媒体与网络》，载《行政管理改革》2013 年第 3 期，第 48 页。

<sup>2</sup>郝晓伟、陈侠、杨彦超：《俄罗斯互联网治理工作评析》，载《当代世界》2014 年第 6 期，第 73 页。

<sup>3</sup>郝晓伟、陈侠、杨彦超：《俄罗斯互联网治理工作评析》，载《当代世界》2014 年第 6 期，第 72 页。

<sup>4</sup>郝晓伟、陈侠、杨彦超：《俄罗斯互联网治理工作评析》，载《当代世界》2014 年第 6 期，第 71 页。

俄联邦内务部特种技术措施局具体负责网络安全，治理网络犯罪，并接受网民关于不良网络信息及程序的举报；俄联邦内务部网络监控中心主要负责监控 Twitter、Facebook 等网络新媒体。”<sup>1</sup>由此可见，俄罗斯与其他国家的主要不同之处在于，重视对网络新媒体和舆论的监管，防止西方国家通过网络对俄罗斯进行颠覆和渗透。

## 六、小结：经验与启示

纵观世界各国，虽然在互联网管理领域秉持不同的传统与制度，并由此形成了各自的治理模式，但是，在全球一体化的大背景下，各国在如何对待和管理互联网的问题上仍然积累了一些共同的经验，值得我们借鉴。

### 第一，在价值取向上，应当坚持信息安全与信息自由并举。

互联网管理是社会管理的一个缩影。对互联网管理的一个基本立场就是：既不能放任不管，又不能牢牢控制。放任不管的自由主义倾向不仅会导致网络谣言四起、网络犯罪猖獗，还会使国家安全受到威胁。牢牢控制的过度干预主义则会严重侵犯公民的信息获取权利，扼杀社会创造性。因此，政府在互联网管理问题上，应当探索一套适当的松紧度标准：在涉及国家安全、网络主权等国家根本问题时，应当从严管理；在涉及信息自由、言论自由等社会问题时，应当适当引导。

### 第二，在治理主体上，应当坚持多元主体共同治理的基本原则，充分发挥政府、社会、公民个人在网络治理中的作用。

互联网作为现实世界的虚拟和延伸，凡是现实世界中存在的问题，在互联网上都有体现。对互联网的管理不可能也没有必要由政府穷尽，而应当充分发挥行业组织、社会群体、公民个人等在互联网管理中的作用，形成多元主体共同参与的治理格局。在多元主体中，尤其需要重视行业监管的作用。“当前各国的监管的一个重要特点就是行业监管为主，政府强制为辅，实行政府与行业的协同监管。政府的职责主要集中在制定相关法规和政策导向上，具体的操作规范则由行业协会等组织来制定实施，比较而言，政府监管具有补充性。”<sup>2</sup>

### 第三，在管理方式上，应当坚持以引导和教育为主，以过滤和屏蔽为辅，探

<sup>1</sup>郝晓伟、陈侠、杨彦超：《俄罗斯互联网治理工作评析》，载《当代世界》2014 年第 6 期，第 71 页。

<sup>2</sup>王雪飞、张一农、秦军：《国外互联网管理经验分析》，载《现代电信科技》2007 年第 5 期，第 32 页。

索强制性管理方式与非强制性管理方式相结合。

互联网管理最直接、最经济的方式就是通过技术手段进行过滤和屏蔽，这也是世界各国都在采用的方式，只是采用的范围不同而已。但是，随着社会文明的不断发展，对互联网的管理方式必将更多地依赖于引导和教育等柔性管理方式，过滤、屏蔽等强制性管理手段的使用范围将会越来越受到限制。

2014年7月16日，习近平主席在巴西发表演讲时指出：“国际社会要本着相互尊重和相互信任的原则，通过积极有效的国际合作，共同构建和平、安全、开放、合作的网络空间，建立多边、民主、透明的国际互联网治理体系。”在当前形势下，互联网治理已经成为国际合作与竞争的新领域。我们必须认清形势、把握机遇，以国际互联网治理新体系的形成为契机，借鉴其他国家互联网管理的有效经验，加快我国互联网管理的法治化、体系化建设，努力形成有中国特色的互联网治理新模式！

## 应当适度放开非营运车辆的网络预约服务

王军

**摘要：**本文主要从法律尤其是宪法角度讨论放开非营运车辆网络预约服务的正当性和必要性，并分析了需要解决的三方面重点问题。从宪法角度看，禁止非营运车辆从事有偿服务构成对公民劳动权的法律限制。以比例相当性原则审视，法律法规禁止非营运车辆从事网络预约服务，理论上符合妥当性要求，但难以满足必要性和手段目的衡平性的要求。在当前经济、社会和技术发展形势下，禁止非营运车辆从事网络预约服务是对公民劳动权的不当的、过度的限制。国家应当适度放开非营运车辆的网络预约服务。可以将这类车辆定位为“准营运车辆”，适当调整对这类车辆及其驾驶人的管理规范。从事网约车服务的车辆及其司机无须申请行政许可和工商营业执照。政府监管机构和网络平台企业合作实施安全监管：政府制定最低安全标准和要求，平台依监管要求管理车辆和司机，承担相应的法律责任。

我国当前的网络预约车（以下简称网约车）大致有以下几种商业模式：一是“专车”，其车辆来自汽车租赁公司或者挂靠租车公司的非营运车；二是“快车”，其车辆均为非营运车辆；三是“顺风车”，车辆也是非营运车辆。“快车”和“顺风车”的区别是，前者是有偿服务，后者是非经营性质的合乘出行，车主和搭乘人分担必要的出行费用。

非营运车辆能否合法地为公众提供有偿的运送服务？这个问题似乎很容易回答。这类车辆不属于营运车辆，私家车主也没有相应的从业资格，所以当然不能。事实上，非营运车辆有偿服务向来被交通执法部门认定为“非法营运”。<sup>1</sup>“严禁非法营运”看起来是行业监管和执法部门的“共识”，也被称为一条不能突破的“底线”。

<sup>1</sup> 例如，2015年的“五一”节前后，Uber广东、成都公司因涉嫌组织私家车接入平台从事非法营运被查。6月2日，北京市执法部门共同“约谈”滴滴专车平台负责人，明确指出该公司推出的“滴滴专车”及“滴滴快车”业务，使用私家车和租赁车辆配备驾驶员，从事按照乘客意愿提供运输服务并按里程和时间收费的客运服务，违反了现行法律法规的规定。7月17日，上海交通执法部门查处提供网络预约服务的私家车，对车主和网络平台施以处罚。

然而，这个“共识”未必具有不可撼动的法律和法理基础，这条“底线”事实上也是不清晰而且守不住的。按照现行法规，任何车辆从事经营性运营，都须事先获得行政许可。私家车未经许可从事有偿运送服务是违法行为。但是，从宪法角度看，这里对私家车营运的限制实质上是对公民的宪法劳动权的限制，这种限制在何种范围内才是合宪正当的？在当今信息技术高度发达，“共享经济”深受民众欢迎并有益于社会公共利益的前提下，固守原有规则是不是最好的选择？从执法角度看，如果说禁止非营运车辆有偿服务而允许合乘，那么实际上能否有效区分非营运车辆的合乘和有偿服务？如果说非营运车辆营运（包括过去多年来存在的所谓“黑车”）历来被禁止，那么事实上它又从来没有被杜绝过。为实施禁令而无视广大民众的现实生活需求，并持续付出巨大执法成本是否合理？

本文认为，国家应当适度放开非营运车辆的网络预约服务。因为，移动互联网等信息技术和经济、社会的发展已经动摇了禁止非营运车辆参与营运的正当基础；全面禁止非营运车辆有偿服务，与经济、社会和技术发展以及民众对“共享交通”的需求相背离，既不合理，也不可行。以下分四个部分讨论，最后分析有限度放开非营运车辆网络预约服务需要解决的若干问题。

### 一、使用私有财产从事经营活动是个人所固有的民事权利

什么是经营活动？理论上通常接受的标准是，经营行为应当具备以下三个主要特征：（1）独立性，即行为人可以独立支配其活动并决定工作时间，从而有别于受雇用的劳动者；（2）有偿性，即行为人的活动以获得报酬为目的；（3）持续性，即行为人的活动原则上是持续进行的，指向不确定的大量行为，从而与偶然从事的有偿行为相区别。<sup>1</sup>

依我国民事法律，自然人基于其民事主体地位，有权使用其私有财产从事一定的经营活动。

#### （一）个人对私有财产有使用、收益的权利

个人（自然人）对其合法拥有所有权、使用权的财产，有使用、收益的权利。《物权法》第39条规定，“所有权人对自己的不动产或者动产，依法享有占有、使用、收益和处分的权利”。第117条规定，“用益物权人对他人所有的不动产或者动产，依法享有占有、使用和收益的权利”。此处所谓“收益”权，除了指所

<sup>1</sup> 参见C.W.卡纳里斯，《德国商法》，杨继译，法律出版社2006年版，第30-32页。

有权人或用益物权人直接享用财产的使用价值以外，还包括运用财产获得生产收益、投资收益或者经营收益等。

#### （二）个人作为民事主体，本身就有从事营利性活动的资格

公民个人（自然人）作为民事主体，因其具有民事权利能力和行为能力而当然享有从事“民事活动”的权利。民事活动包括财产性的民事活动（如各种合同行为）和人身性的民事活动（如结婚）。财产性的民事活动当然包括经营行为。

长期存在的一个观念误区是，自然人要从事经营或营业活动，就必须事先从政府取得某种许可、批准或者获得一个“营业执照”，否则就是“无照经营”“非法营运”或“非法经商”。这种看法是没有法律根据的。自然人本身具有的民事权利能力就足以作为他或她合法从事一定经营活动的法律基础。在我国当前，不具备字号和场所的摊点、流动商贩、个人从事劳务性服务活动如家政服务、维修、保洁、人力运输等行为，以及大量存在的小规模网上营业行为，无论在事实上还是法律法规和国家政策上，都是普遍认可的个人合法经营行为，无须申请政府许可或者申请工商营业执照。<sup>1</sup>（不仅我国如此，小规模营业行为不需要政府特许和商事登记，仅须依照民事一般法调整，是很多国家的既有做法。例如，根据《德国商法典》第2条，小规模营业者可以自由选择是否登记为“商人”，登记为商人的适用商法，不登记的营业者按照民法规范其行为。<sup>2</sup>）当然，作为民事主体的“民事活动”的经营行为通常应当是较小规模的，有些情况下主要是一种个人或者家庭的必要谋生手段。但无论如何，认为个人从事任何经营行为均须申请政府许可或者领有政府颁发的营业执照的看法，是不符合法律和事实的。

### 二、客运经营属于行政许可事项，对非营运车辆构成一般性禁止

在我国当前，经营性客运服务属于行政许可事项。行政许可以法律上存在一般性禁止为前提。“许可”意指政府允许公民、法人或者其他组织从事法律原本禁止的活动。<sup>3</sup>

<sup>1</sup> 参见吕来明，流动摊贩的法律地位及其商事登记考量分析，《商业时代》，2010年第24期；吕来明，论我国商事主体范围的界定，《北方法学》2008年第4期。

<sup>2</sup> 参见C.W.卡纳里斯，前引书，第53页。美国、日本和俄罗斯的情况，参见吕来明，论我国商事主体范围的界定，《北方法学》2008年第4期；林艳琴，对我国商自然人法律制度的审视，《政法论坛》2009年第1期。

<sup>3</sup> 参见《行政许可法》第2条。

### (一) 依现行法, 非营运个人车辆不得从事经营性客运服务

2004年《道路运输条例》规定, 拟从事客运经营的经营者须向县级以上政府的道路运输管理机构申请“道路运输经营许可证”, 并基于该许可申请工商登记。<sup>1</sup>这表明, 经营客运业务属于一般性的法律禁止领域: 尽管基于民法规定, 个人有权使用、收益自己的私家车, 但非经上述行政许可, 个人不得使用私家车从事客运经营。法谚曰: “法不禁止皆可为”。但这里恰恰存在法律上的禁令, 所以客运经营不是私家车主凭其民事主体地位和私有财产权就可以自由进入的领域。又据2004年国务院第412号令, 出租汽车经营亦属行政许可事项, 经营者须获得“出租汽车经营资格证”和“车辆运营证”, 司机须持有“驾驶员客运资格证”, 才能合法经营。故出租车经营也属于行政许可事项。

因此, 在现行法律下, 尽管私人对其私有财产有使用、收益之权限, 但法律将客运经营、国务院决定将出租车经营设定为行政许可事项。非经行政许可, 任何人不得从事点到点的有偿客运服务。所以, 私家车即便从事小规模的预约运送服务, 只要是经营性的, 都属于“非法营运”。<sup>2</sup>

### (二) 非营运车辆的非经营性运送服务是合法的

非经营性的运送服务, 包括搭顺风车的情形和分担成本型的拼车行为。从民法角度看, 私家车主同意他人搭顺风车, 属于一种“情谊行为”, 即当事人无意使之成立为法律行为从而受法律拘束的行为;<sup>3</sup> 分担成本型的拼车可以认定为一种互助性的合同关系(例如合伙关系)。<sup>4</sup> 这两种行为尽管具有“独立性”, 但都不具有“有偿性”, 通常也无“持续性”, 故有别于经营行为。其成立、法律效力和纠纷解决等均应受《民法通则》、《合同法》和《侵权责任法》等民事法律调整。非经营性运送服务符合节能、减排、提高交通运输效率等公共利益, 事实上得到了政府的肯定和鼓励。<sup>5</sup>

但非经营性运送尤其是“分担成本型拼车”的外延与经营性运送的外延并非泾渭分明。其一, 分担成本型拼车的情况下, “成本”究竟包括什么是不确定的。

<sup>1</sup> 各项申请条件参见该条例第8-10条。

<sup>2</sup> 参见《道路运输条例》第64条。

<sup>3</sup> 对情谊行为的民法讨论, 参见梅迪库斯, 《德国民法总论》, 邵建东译, 法律出版社2000年版, 第148-158页。

<sup>4</sup> 北京市交通委员会《关于北京市小客车合乘出行的意见》(京交法发〔2013〕290号)将这两种行为分别称为“公益型合乘”和“互助型合乘”。

<sup>5</sup> 2015年全国两会期间, 交通运输部部长杨传堂表示, “市民拼车出行应当鼓励。”

“合乘里程消耗的油、气、电费用和高速公路通行费用”固然属于应当合理分担的成本(参见北京市交通委员会《关于北京市小客车合乘出行的意见》第5条), 但这些固定支出如何分担, 私家车主和合乘者是可以自由协商的。私家车主为此付出的时间和人力成本是不是合乘者也应当合理承担的成本? 按常理, 合乘者分担一部分车主的时间和人力成本, 也是合情合理的。而时间和人力成本究竟折合为多少货币金额是合理的, 恐怕还要由车主和合乘者自愿协商。这样的话, 分担成本型拼车的边界就和有偿性运送服务的边界有了一定程度的模糊性。其二, 持续性也没有明确的界定标准。分担成本型拼车情况下, 每天发生几次以上可以定义为具有“持续性”? 目前没有确定标准。如果上述两点存在较多模糊地带的话, 那么, 实践中有效、合理地区分经营性和非经营性运送就比较困难了。

### 三、禁止非营运车辆有偿运送服务过分限制了公民的宪法劳动权

以上是在民法和行政许可法层面的讨论。那么, 从法治与经济社会发展的角度看, 法律一律禁止非营运车辆从事客运经营是否具有足够的合宪正当性? 法律应否作出某种调整, 允许非营运车辆在一定范围内从事小规模的、经营性的预约运送服务?

#### (一) 国家对客运经营设置行政许可是对公民宪法基本权利的限制

劳动权是公民的宪法基本权利。根据《宪法》第42条的表述,<sup>1</sup> 公民劳动权的基本内涵是, 公民有通过自己的劳动谋生、获得报酬和发展自我的权利。这里的劳动应当指体力、智力等各种劳动, 理应包括经营管理和营业活动。因此, 有权开展营业活动也即“营业自由”, 就理应为公民劳动权的内容之一。<sup>2</sup>

所以, 法律法规将公民利用自己的私有车辆开展客运经营纳入行政许可, 私人非经行政许可不得从事这项营业, 是对公民的宪法劳动权的法律限制。

#### (二) 宪法和法律对可能限制公民劳动权的行政许可缺乏必要约束

公民基本权利是国家对公民的庄严承诺, 非为公共利益、公共秩序之正当目的, 并经正当的法律程序, 不得剥夺或者限制。劳动权作为宪法基本权利, 国家如要制定法律、颁布命令予以限制, 同样也应当有所约束。但是, 我国《宪法》

<sup>1</sup> 《宪法》第42条第2款规定, “国家通过各种途径, 创造劳动就业条件, 加强劳动保护, 改善劳动条件, 并在发展生产的基础上, 提高劳动报酬和福利待遇。”

<sup>2</sup> 宪法学者研究认为, 我国宪法的“劳动”概念随政治、经济、社会发展而变迁, 当前劳动权的内涵理应包括“营业自由”, 参见王德志, 论我国宪法劳动权的理论建构, 《中国法学》2014年第3期, 第85页。

对于立法机构在满足何种条件时才可以通过立法对公民基本权利施加限制,没有明文规范。《立法法》只是规定,有关“犯罪和刑罚、对公民政治权利的剥夺和限制人身自由的强制措施和处罚、司法制度等事项”只能制定法律,而不能通过法律以外的规范性文件规定。而对于社会经济类基本权利的法律限制,我们是缺乏约束机制的。事实上,依照《行政许可法》,法律、行政法规、国务院决定、地方性法规和省级政府规章都可以设定行政许可,从而对公民的劳动权形成某种限制。也就是说,可以限制劳动权的规范文件的范围非常宽泛,有权设定限制的不仅是立法机关还有中央和地方的行政机关。

宪法学理论认为,国家对公民宪法基本权利的限制,通常应当符合法律保留、明确性原则和比例相当性原则。法律保留是指,国家只能通过制定法律的方式限制宪法基本权利,法律以下的规范性文件(如行政命令等)无权设立限制;明确性原则是指,法律对基本权利的限制必须使相对人或者相关人可以明确认知;比例相当性原则是指,法律限制基本权利的具体手段应当满足妥当性、必要性、手段与目的衡平性的要求。<sup>1</sup>

这三项原则,除了明确性原则是法治的基本原则,即便没有明文规范也应当承认外,<sup>2</sup>法律保留和比例相当性原则在我国法上尚未建立。《宪法》和《立法法》并未规定,国家只能通过制定法律的方式限制公民的劳动权等基本权利。而《行政许可法》实际上准许立法机关,并广泛授权行政机关,设立可能限制公民劳动权的行政许可。《宪法》和法律对“比例相当性原则”也没有概括性表述。

### (三) 禁止非营运车辆从事客运经营不符合比例相当性原则

我国法律、法规和行政规章一律禁止非营运车辆从事客运、出租车经营,其主要目的—是保护乘客和公众安全,二是维护客运市场秩序。<sup>3</sup>保护乘客和公众安全无疑是符合公共利益的目标,具有显著的正当性。而维护客运市场秩序,无外乎维护经行政许可而从事客运业的“合法经营者”的排他性经营地位。这里的“秩序”其实是保护客运市场中有许可之经营者可以免于无许可者的竞争。这种

<sup>1</sup> 参见陈慈阳,《宪法学》,(台湾)元照出版有限公司2004年版,第397-410页;郝银钟、席作立,宪政视角下的比例原则,《法商研究》2004年第6期;陈运生,论比例原则在基本权利保障中的适用,《广州大学学报(社会科学版)》,2011年第10卷。

<sup>2</sup> 美国法学家富勒提出,规则要成为法律须符合八项原则(也即他所说的“法的内在道德”),如:不溯及既往、不要求人民为不可能之事、普遍适用、意思清晰等。缺少普遍适用性、清晰性的规则根本就不成其为法律。参见富勒,《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2007年版,第62-94页。

<sup>3</sup> 参见《道路交通安全法》第1条、《道路运输条例》第1条和交通运输部《出租汽车经营服务管理规定》(2015年)第1条。

建立于限制竞争基础上的“市场秩序”是否符合公共利益,本身就是可争议的问题(《道路运输条例》明确规定,从事道路运输经营应当“公平竞争”,“任何单位和个人不得封锁或者垄断道路运输市场”。)因此,以下讨论仅围绕第一个目标即安全性展开。

### 1. 妥当性分析

所谓妥当性,是指国家所采取的立法或者行政限制手段能够达到其所设定的目标。<sup>1</sup>

依我国现行法规,机动车可分为“营运机动车”和“非营运机动车”两大类,营运车辆在安全技术检验要求、强制报废标准、驾驶人要求、强制责任保险费率等方面都高于非营运车辆。非营运车辆如果要从事营运,则必须按照法规规定在符合条件后变更登记为营运车辆。

非营运车辆所执行的安全标准确实低于营运车辆。排除非营运车辆进入客运市场,而只允许安全标准较高的营运车辆从事经营,逻辑上有提升安全性的作用(事实上是否真正产生保护乘客和公众安全的效果,尚需实证研究)。因此,作为一种限制宪法劳动权的手段,法规禁止非营运车辆从事有偿服务具有一定的妥当性。

### 2. 必要性分析

所谓必要性,又称“最小侵害性”,是指国家所采取的限制手段应当是各种可选手段中,能够达到目标而又对公民基本权利损害最轻微的方式。<sup>2</sup>

非营运车辆在安全标准上低于营运车辆,但不能由此得出前者就不安全的结论。事实上,目前的技术标准足以支撑非营运车辆日常使用的安全性。而所谓“日常使用”,不仅包括为个人和家庭成员日常生活使用,也包含为个人的工作、生产或者商业便利而使用(例如,一位律师以私家车为日常业务的代步工具,这辆车究竟是他的“生活资料”还是“生产资料”?)。许多私家车的使用率(例如按每月的行驶里程计算)不低于营运车辆。但法规并未根据里程数设定不同的安全技术标准。以事前设定的使用目的而非使用率划分安全技术标准,本身就是一个值得推敲的规则。营运车辆不问车辆实际状况而一律强制8年报废,很可能也会造成严重的资源浪费。

<sup>1</sup> 陈慈阳,前引书,第409页。

<sup>2</sup> 陈慈阳,前引书,第409页。

对客运市场实施市场准入和营运监管，其传统理由主要是客运服务供需双方之间存在难以克服的信息不对称问题。但是，当前的网约车软件基本上消除或者很好地解决了原有的信息问题：乘客和服务提供者都可以知悉对方信息，网络平台也可以记录和实时追踪双方信息和服务情况，任何一方利用对方信息不足而实施机会主义行为的空间已被压缩到极小程度。因此，禁止非营运车辆从事网络预约服务，可能是对公民劳动权的一种过度限制。

实际上，通过设定详细和明确的监管要求，有条件准许非营运车辆从事网络预约服务，并借助网络平台实时监控，并非不能平衡乘客安全保护和提升民众出行便利两种利益。在美国，2013年9月加利福尼亚州，2014年科罗拉多州和华盛顿哥伦比亚特区，都通过立法或者监管决定准许私家车通过网络平台公司（交通网络公司，TNC）向公众提供有偿的网约车服务。立法或监管机构为打算接入网络平台的私家车及其司机设立了严格而详细的安全监管要求。例如，加州公共事业委员会要求 TNC 对接入平台的私家车及其司机实施严格的安全核查，并对车辆和司机的责任保险提出要求。TNC 必须对司机进行刑事背景核查。凡在以往7年内有以下情形的人不得成为 TNC 司机：因下列行为被判处重罪：因服用毒品或饮酒导致交通事故、诈骗、驾车实施犯罪、暴力侵害或实施恐怖行为；有性侵犯行为；有损害他人财产的犯罪行为和/或盗窃行为。TNC 应当按照监管规定建立禁止司机服用毒品等致醉物质的规范和实施措施。TNC 应当制定司机培训计划，以确保所有的司机在开始服务前掌握必要的安全驾驶技能和具备足够的安全意识。TNC 司机须年满 21 岁，持有有效的加州驾驶执照，并且在开始网约车服务前有至少 1 年的驾龄。对于车辆，委员会要求 TNC 或者取得权威认证的第三方机构实施并确保，私家车接入平台提供服务之前，必须依照规定进行包括车辆 19 个部件的全面安全检验。此后，TNC 有义务确保车辆每年进行这样的检验，并保留检验记录以供监管机构审查。此外，委员会要求 TNC 确保接入其平台的每辆车，在提供服务时就每件与车辆和司机有关的事享有保险金额不低于 100 万美元的商业责任保险。这一保险要求应当在 TNC 的手机 App 和网站上公示。<sup>1</sup>

因此，有条件限制而非一律禁止非营运车辆从事有偿服务，很可能是一个对公民劳动权较少限制而又足以保护乘客安全的方案。

<sup>1</sup> 详见王军，《美国如何管理网络约租车》，财新网，2015年7月15日发布。  
[http://opinion.caixin.com/2015-07-15/100829095\\_all.html#page2\[2015/7/16 9:38:40\]](http://opinion.caixin.com/2015-07-15/100829095_all.html#page2[2015/7/16 9:38:40])。

### 3. 手段和目的衡平性分析

所谓手段和目的衡平性，是指国家的限制手段不应当顾此失彼、得不偿失，达到某种目的而损害其他更加重要、更值得保护的利益。<sup>1</sup>非营运车辆禁入规则除了存在上述必要性疑问外，更有以下弊端：

第一，降低了闲置车辆的利用率，造成资源浪费。大量的非营运车辆在多数时间都是闲置的，这造成了极大的资源浪费，包括司机人力资源的浪费。完全禁止非营运车辆从事有偿服务实际上提升了全社会的成本。

第二，降低了公众出行效率，很可能总体上有益于公众的交通安全。网约车为公众出行提供了多样化、便捷的服务，其原因在于它能够有效动员和整合碎片化的闲置资源。如果禁止非营运车辆和非专职司机从事网约车服务，或者强制要求他们都转变为营运车辆和专职司机，那么网约车的上述优势就不复存在了。这无疑有损于公众的出行效率。进而言之，禁止非营运车辆预约服务很可能降低而非提升了民众的安全水平。首先，由于出租车服务不易获得，那么禁止非营运车辆服务就必定减少人们获得运送服务的可能性，这本身就可能降低人们的出行安全（试想在深夜或者偏远地段打不到出租车的老弱病残孕者，其人身和财产安全不是提升而是降低了）；其次，禁止非营运车辆服务使得事实上发生的运送（被称为“黑车”）欠缺合法性，相关当事人间缺少必要的法律调整和合同约定；其次，不合法的私家车运送无法纳入正常的安全监管，例如极可能欠缺必要的背景核查和责任保险。因此，禁止非营运车辆在任何范围内、任何条件下从事有偿运送服务，将之排除于安全监管框架之外，很可能损害而不是保护了民众的交通安全。

第三，推升了执法成本，浪费了国家行政和司法资源。禁止非营运车辆有偿服务的执法成本极高。过去 20 多年来，全国各地的所谓“黑车”一直禁而不绝。交通执法机关为此耗费了大量的人力物力。非营运车辆有偿服务难以禁绝，主要原因是出租车服务供需失衡，民众视非营运车辆服务为满足其正当需求之手段。其次是执法取证十分困难。在非营运车辆通过手机 App 借助网络平台接单的情况下，执法难度更高。一方面，各地出租车服务无法满足民众出行需求，网约车深受民众欢迎；另一方面，政府机关兴师动众查处包括网约车在内的私家车“非

<sup>1</sup> 陈慈阳，前引书，第 409 页。

法营运”，而屡禁不止。动用大量行政执法资源查处民众有正当需求的一种“非法”服务，这不仅是在浪费行政和司法资源，更有损于国家的法制权威。

综上所述，法律法规禁止非营运车辆从事有偿运送服务，构成了对公民宪法劳动权的一种法律限制。从比例相当性原则的角度考量，在当前移动互联网等信息技术快速发展的背景下，这种限制的妥当性在理论上勉强成立，而其必要性和手段目的之衡平性则大有疑问。从技术发展和已有的国内外实践看，网约车平台已经具备审查车辆安全性能和司机背景资质，通过信息技术、合同安排和责任保险最大程度保护乘客、司机和第三人安全的能力。当前，对非营运车辆的网络预约服务实行“禁改限”，即有条件、有限度的放开，至少已具备开展试点的条件。

#### 四、非营运车辆网络预约服务的合法化路径

有条件、有限度地放开非营运车辆进入网约车服务市场，需解决以下三个重要问题：

（一）非营运车辆是否应变更为营运车辆，司机是否须申请出租车从业资格？

从事网约车服务的非营运车辆是兼职从事营运的车辆，为个人或家庭生活所用可能仍然是主要或者部分用途。要求网约车都变更登记为营运车辆，并不妥当。网约车的优势在于整合社会闲置运力，机动性地提供运送服务。如果要求其都变更登记为营运车，那么整个社会的营运车规模将过于庞大，既无必要也很浪费。营运车辆的使用年限只有8年，绝大多数非营运车辆车主将不愿意将自己的车变更为营运车辆。强制变更势必造成网约车的合法车源大幅减少。

非营运车辆从事网约车服务时，其性质应当是介于非营运和营运车辆之间的一种“准营运车辆”。主管部门仍应将其作为非营运车辆管理，但须制定特殊的监管规范，要求网络平台保证这类车辆在提供服务时，达到某种高于非营运车辆的安全技术标准、营运标准和保险要求。

同样，网约车司机也不同于营运车辆的专职司机。他们是利用业余时间从事有偿服务。网络平台可以根据政府监管要求核查其刑事背景、操守、技能、驾驶记录等，并对其实施日常营运监督，要求其配置相应的责任保险等。网络平台也可以通过信息技术手段限定其服务时长和时段，以避免其成为事实上的专用营运

车。

鉴于网约车的“准营运”特点，政府无须对网约车车辆及其司机实施行政许可，车主也不必申请工商营业登记。网络平台承担直接管理网约车和其司机的义务，并承担相应的法律责任。政府需要做的主要是在原有的机动车和驾驶人的管理规范上作出必要的调整，以适应“准营运车辆”及其驾驶人的特点。

#### （二）如何保障网约车的安全性？

网约车的安全性取决于车辆安全性、司机背景、资质与技能、日常运营管理以及相应的责任保险配置。目前，由于私家车能否合法从事网约服务尚有争议，国家暂时还没有进行立法或者设立监管，网约车的安全管理机制由网络平台企业自行设置。例如，2015年3月16日，滴滴和快的联合发布《互联网专车服务管理及乘客安全保障标准》。《标准》试图从事前、事中和事后三个方面加强监管，保障用户乘车安全。首先，平台对车辆和司机实行事前准入，凡是不符合安全条件的车辆一律不得进入平台；司机必须经过面试、笔试、培训等多个环节审核方能加入平台。其次，平台在日常营运中通过LBS技术实现对车辆的实时追踪，从用户下单到最终支付的整个服务过程进行全程记录。同时，对驾驶员服务记录、服务路线安全监管、服务态度和连续工作时间进行全面监管。最后，平台建立了司机和乘客的双向评价机制，还建立了先行赔付保障机制，成立乘客“先行赔付”基金，并和保险公司共同达成责任人责任险合作框架，对在体验专车服务过程中发生的事故，由该基金先行给付赔偿。<sup>1</sup>

上述情况表明，网络平台是可以自行建立安全管理体系的。而且，这一体系可以覆盖网约车准入和服务全程，涵盖车辆、司机、日常营运、责任保险和赔付机制等。但是，这个安全体系缺少来自外部权威机构的监管和约束。例如，网络平台企业设置的准入标准、保险要求的是否合理、充分，平台应当承担何种监管义务和法律责任等，都缺少外部权威机构的评估、监督和约束。在网络平台企业已经开展自律管理的基础上，政府的外部监管可与之匹配，形成合作监管关系：政府制定或者监督制定标准和要求，网络平台执行和落实标准，并承担相应的法律责任。合作监管减轻了政府的监管成本，给网络平台较大的自主空间，同时又能够通过市场竞争和法律责任促使网络平台将各种监管目标落实到位。

<sup>1</sup> 滴滴快的发布互联网专车服务及乘客安全保障标准，中国广播网，2015年3月16日。

在政府与企业合作监管的框架内，车辆和司机无须单独申请行政许可。这一点符合《行政许可法》第13条规定的，“行业组织或者中介机构能够自律管理的”，国家可以不设行政许可。

### （三）如何处理非营运车服务与传统出租车服务的关系？

出租车原本是点到点客运服务的唯一合法经营者。网约车的兴起分享了它们原本独占的市场。尽管网约车在很多时候只是填补了出租车服务的空白，即在出租车短缺时段或地段提供服务，或者提供了出租车无法提供的车型或高档商务服务，但网约车与出租车的竞争是不可避免的。其根本原因在于，预约服务和巡游服务本身就存在一定的相互替代性，而网络约车软件的运用进一步打破了两种服务的边界，使两种服务市场发生更大程度的融合。传统出租车基本上不提供或者很少提供预约服务，但它们如果通过打车软件接单的话，其服务就成了预约服务；而由于预约软件可以完成快捷、即时的预约，网约车的预约服务实际上又接近于巡游服务，只不过它是通过网络平台而不是乘客的招手接收信号。

因此，承认非营运车辆有偿服务的合法性，就必须解决网约车与出租车公平竞争的问题。公平是歧视、偏待的反义词。公平竞争是指市场主体在同等条件下享有同等的法律待遇和机会，而不是不加区分的“平均主义”。否则，让网约车与出租车的行业标准看齐，网约车根本就不应该出现，更无须合法化。要处理好网约车和出租车的关系，需重点考虑以下四点：

首先，网约车应当建立合理而充分的准入标准和日常监管要求，配置合理而充分的责任保险。这既是保护乘客和公众安全的必要措施，也是避免不正当竞争的必要手段。

其次，网约车经营者应当依法纳税，网络平台应当承担代扣代缴的义务。

第三，可以考虑通过网络平台对网约车的服务时长、时段、地段予以引导和配置。一方面，网约车是非营运车辆，网约车司机是非专职司机，将网约车服务限定在一定规模范围内（例如限制每日服务累计时长，限制在特定时段或地段服务），符合网约车“准营运车辆”的定位。另一方面，网约车的优势在于通过移动互联网使人们机动灵活地共享闲置车辆，而不是将非营运车辆转变为营运车辆。网络平台设定标准和措施，合理配置网约车运力，使之与城市潮汐化出行需求相吻合，有利于发挥网约车优势。

第四，传统出租车业也应当乘借移动互联网等技术的发展，尽快变革其原有行业构造和监管规范。尤其需要政府和出租车企业认真考虑的，一是在移动互联网等技术有效解决信息不对称问题的前提下，出租车的数量和运价管制都应当适时放松或者做弹性化改革；二是，出租车企业应当单独或者与现有网络预约平台合作，加快发展网络预约服务；三是，某些地方的单一的公司化经营导致公司与司机利益分配极不均衡（例如饱受诟病的司机“份子钱”），政府应当适度放开经营者形态管制，允许司机组建合作社，允许个体营业（安全管理同样可以依靠信息技术解决），扩大专职司机的就业选择范围。

总之，要协调好网约车和出租车的关系，需要双方以及监管政策制定者都作出努力。

## 五、结论

本文主要从法律尤其是宪法角度讨论放开非营运车辆网络预约服务的正当性和必要性，并分析了需要解决的三方面重点问题。

个人拥有的非营运车辆首先是个人私有财产。而每个民事主体都享有使用、收益其合法财产的权利。个人使用其私有财产从事小规模的经营性活动，是其基于民事主体地位而当然享有的权利。并非所有的经营活动都需要事前获得行政许可或者申领工商营业执照。由于涉及乘客和公众人身安全，客运经营历来被界定为特殊行业，从事客运经营、出租车经营都需要事先获得行政许可。故依现行法，未经许可的非营运车辆有偿服务构成“非法营运”。

从宪法角度看，禁止非营运车辆从事有偿服务构成对公民劳动权的法律限制。以比例相当性原则审视，法律法规禁止非营运车辆从事网络预约服务，理论上符合妥当性要求，但难以满足必要性和手段目的衡平性的要求。在当前经济、社会和技术发展形势下，禁止非营运车辆从事网络预约服务是对公民劳动权的不当的、过度的限制。

国家应当适度放开非营运车辆的网络预约服务。将这类车辆定位为“准营运车辆”，适当调整对这类车辆及其驾驶人的管理规范。从事网约车服务的车辆及其司机无须申请行政许可和工商营业执照。政府监管机构和网络平台企业合作实施安全监管：政府制定最低安全标准和要求，平台依监管要求管理车辆和司机，承担相应的法律责任。最后，传统出租车和网约车是在不同的技术和社会经济背

景中产生的不同的客运服务模式，新旧抵牾乃至新旧交替势所难免。政府的使命恐怕不在于识别谁将没落、谁更有前途，或决定谁应当为谁作出牺牲，而是维护一个大致公平的竞争环境，为创新和发展留有足够空间。

#### 主要参考文献：

- C.W.卡纳里斯，《德国商法》，杨继译，法律出版社 2006 年版。
- 陈慈阳，《宪法学》，（台湾）元照出版有限公司 2004 年版。
- 陈运生，论比例原则在基本权利保障中的适用，《广州大学学报(社会科学版)》，2011 年第 10 卷。
- 郝银钟、席作立，宪政视角下的比例原则，《法商研究》2004 年第 6 期。
- 吕来明，论我国商事主体范围的界定，《北方法学》2008 年第 4 期。
- 王德志，论我国宪法劳动权的理论建构，《中国法学》2014 年第 3 期。
- 王军，《美国如何管理网络约租车》，财新网，2015 年 7 月 15 日。
- 王军，《以传统出租车模式管理网约车是行不通的》，财新网，2015 年 10 月 12 日。

## 山东省行政执法存在的问题和对策

王义国

在法治国家、法治政府、法治社会一体建设，依法执政、依法行政、依法治国共同推进的进程中，依法行政和法治政府建设是至关重要的一环，而依法行政中大量的行为是执行法律，执法是行政机关最常见的活动，是实现行政管理、维护公共秩序和公众利益、个体权益的重要方式手段。据统计我国法律体系中 80%以上的法律、90%以上的地方性法规，当然还包括全部的行政法规、规章，都是要通过行政机关来执行落实，行政执法的水平代表着依法行政的水平，直接关系到法治政府建设的进程。

### 一、山东行政执法存在问题

中共山东省委、山东省人民政府印发了《法治山东建设纲要》，省委十届十次全会审议通过了《中共山东省委关于贯彻落实党的十八届四中全会精神全面推进依法治省的意见》，对全面推进法治山东建设作出了重大部署。随后省委政法委出台了《贯彻落实〈中共山东省委关于贯彻落实党的十八届四中全会精神 全面推进依法治省的意见〉重要举措分工方案》，列出了任务清单，加快建设职能科学、权责法定、执法严明、公开公正、廉洁高效、守法诚信的法治政府。山东省法治政府建设已经走在前列，但山东省各级政府行政执法还存在以下问题：

#### （一）行政执法理念、方式与社会现实要求不相适应。

市级以下政府及其部门在行政执法理念上，重官本轻民本、重执法轻服务、重处罚轻教育、重事后问责轻事前制度规范等问题依然严重。而省直部门重审批、轻处罚，重事前设门槛、轻事后事中的过程监管，从处罚数量和审批数量比例来看，审批数量是处罚数的近 500 倍，有些部门甚至全年无处罚，而在山东省最新公布的部门权力清单来看，省直部门保留的 4200 项中，省级保留的处罚权是 1026 项，审批权是 494 项。从统计结果来看，执法绝大多数靠基层，而我国行政机关编制设置大多为倒三角，基层执法人员不足、业务素质参差不齐影响执法水平，基层执法就会出现重处罚轻教育的状况。

在行政执法方式上，执法不合理问题依然突出，由于行政执法方式的不合

理和落后，滥用行政强制执行和自由裁量权，引起了诸多社会矛盾。行政执法与人民群众最贴近，涉及人民群众的切身利益，是法治建设的关键环节。随着人民群众法治意识的不断增强，对依法执法的关注度越来越高，对维护自身权益的要求也越来越强，对行政执法工作提出了新的更高的要求。然而由于执法标准不统一、执法程序繁琐、行政干预过多等问题依然存在，导致有法不依、执法不严、消极执法、违法不究的现象比较突出。

(二) 基层政府行政执法的“短板”明显。十八届四中全会指出，全面推进依法治国，基础在基层，工作重点在基层。当前，推进行政执法的难点、重点也在基层。一方面，有法不依、执法不严、违法不究等问题依然存在；另一方面，多头执法、交叉执法、重复执法，以及以罚代管、粗暴执法、违法执法等现象时有发生。这其中，除了体制机制上的原因外，很大程度上是基层行政执法机关及其工作人员的素质和执法水平问题，同时也受到经费、人员配置、执法条件保障等因素制约影响，甚至部分基层执法单位还在靠罚没收入保运转、保工资等，这些都严重制约着基层政府的依法行政水平。执法队伍建设薄弱，人员少、保障不利。省直部门执法队伍中事业编制占执法人员总数的80%以上。其中事业编制人员属于自收自支性质的占比大，有导致以罚养人的风险。市直执法队伍人数明显高于各区市执法队伍的人数，市级执法队伍比重偏大，在当前执法权力下沉的大背景下，执法重心没有体现出向执法一线倾斜，头重脚轻，结构不尽合理。县市区执法队伍中主要是年龄大，提前离岗现象多，临时工作人员参与执法工作。

最近出现了新进执法人员女性比例较高现象。以山东省某市为例，市直部门拥有2126名执法人员中，女性为517人，但近几年出现女性在新进执法人员中所占比重越来越大的现象。

某市行政执法人员不同年龄段男女比例对比表

	35岁以下		36-45岁		46岁以上	
	人数	比例	人数	比例	人数	比例
男	52	49%	272	72.1%	105	83.3%
女	54	51%	105	27.9%	21	16.7%

由于受编制和有关招录制度要求所限，很多执法单位人员往往是只出不进，人员老化严重，年龄结构断层，而且招录的女性比例偏大，性别结构失衡，给一

些专业执法工作带来很大困难。同时，近年来各级执法部门普遍开展简政放权，执法重心下移，一些执法任务层层下放，但大部分上级部门权力责任下放人员不下放，工作向下推，责任向下推，导致基层执法超负荷运行，超负荷担责。

(三) 不依法决策造成行政执法不公正、不规范，引发人民群众上访。不少基层领导仍缺乏法治思维，习惯于行政命令，决策拍脑袋、办事拍胸脯、完事拍屁股；在事关群众重大利益的决策上，违反“五步走”（风险评估、公众参与、专家论证、合法性审查、集体研究决定）程序，导致作出的行政决策不符合客观实际，侵犯群众利益，各地频发的因土地征收造成的行政争议、上访，很多时候都是因为政府为了尽快让重大项目上马而忽视了决策程序和法定要求，从而造成法律瑕疵，而引起法律争议甚至要承担法律责任的问题；在执行过程中，为体现权威，明知决策有问题，也不愿纠正，造成群众反感怨恨，引发群众上访。2015年1—9月某市共发生群众到市以上政府上访3433件19843人次，群访案件占相当比例。从群众上访理由和信访部门登记事由看，因不依法行政引发的信访案件2093件，占全部信访案件数量的60.9%。

基层地方保护干扰执法。各地为“发展”速度而出台的政策有违公平公正，选择性执法时有发生。执法社会环境有待优化，严格执法落实不到位，甚至有的片面追求“文明”，而罔顾执法，失职缺位。

(四) 执法部门各自为战与执法职能交叉和错位并存。如公路超限治理，不仅存在着交通部门与公安交警部门的职能交叉，而且交通系统内部也存在着交叉。目前交通系统在公路上有路政和运政两支执法队伍负责治理超载超限工作，但服装标志不统一，处理标准不统一，依据的法律法规不一致，不仅社会群众难区别，即使交通系统内部的人员也很难说清两支执法队伍的具体职能。如交通部门和公安交警部门对超载超限的处罚，各有依据，交通执行的是3万元以下的罚款，交警部门执行的是2000元以下罚款，按照交警内部文件掌握一般在200元以下，一些外地司机为逃避交通部门的处罚，出门时就主动找交警接受处罚，然后拿着罚款票据作为护身符一路畅通无阻，给交通执法工作造成混乱冲突，损害了执法形象。

(五) 执法监督亟待加强。部分执法单位和执法人员不能正确对待手中的权力，执法犯法、贪赃枉法、徇私舞弊、搞权钱交易、吃拿卡要等现象在少数执法

单位和执法人员中还不同程度存在。部分执法单位和执法人员责任意识不足，有的选择性执法，对自己有利的争着干，对自己不利的就向外推，有的怕担责任而不作为等。

## 二、山东省行政执法存在的问题的应对措施

山东省各级政府针对行政执法中存在的问题，开展大量的调查研究，充分分析问题存在的历史背景和现实原因，有针对性地采取有效措施，共同推进行政执法水平和公信力的提高，力争早日建成法治政府。

(一)着力提升领导干部的依法行政意识和能力。依法行政，一定意义上就是要依法治官、依法治权，以保证各级国家行政机关及其工作人员依据法定职权和法定程序行使权力、履行职责。各级领导干部必须强化法律至上、尊重人民权利、职权法定和权责统一、依程序行政的意识，切实提高依法行政的自觉性和坚定性。要自觉学习法律知识，讲究学法效果，不断提高法律素养。要把法律意识融入到经济社会发展的宏观决策中，把依法办事的原则贯穿到具体问题的解决之中，把遵纪守法贯穿于领导干部的工作和生活中，真正做到合法行政、合理行政、程序正当、高效便民、诚实守信、权责统一，努力做尊法、学法、守法、用法的模范，带头敬畏法治、信仰法治、厉行法治。

(二)深化行政执法体制改革。一要进一步理顺执法体制，按照减少层次、整合队伍、提高效率的原则，科学划分执法权限，合理配置执法力量，切实整合执法主体、减少执法队伍。推进执法重心向市县下移，推进综合执法，重点充实和加强食品药品、工商质监、公共卫生、安全生产、环境保护、劳动保障、农林水利、交通运输、海域海岛等领域的基层执法力量。二要完善市县两级政府行政执法管理，加强统一领导和协调，规范执法行为，提高执法效率。三要严格实行行政执法人员持证上岗和资格管理制度，未经执法资格考试合格，不得授予执法资格，不得从事执法活动，努力提升执法人员素质和能力。四要健全行政执法和刑事司法衔接机制，完善案件移送标准和程序，建立行政执法机关、公安机关、检察机关、审判机关信息共享、案情通报、案件移送制度，建立衔接工作信息共享平台，加强对衔接工作的监督，坚决克服有案不移、有案难移、以罚代刑现象，实现行政处罚和刑事处罚无缝对接。山东省环保厅针对环境执法监管权威性不足的问题，探索建立环境行政执法与刑事司法衔接机制，加强与省政法委、省检察

院、省法院、省公安厅等政法机关的联系、沟通和协商，逐步建立定期会商制度，研究探索联合执法工作机制，着力解决行政执法与刑事司法衔接工作不顺畅，办案耗时长、进展缓慢等难点问题，为树立环境执法监管权威、提高企业环境违法成本，作了有益的探索与尝试，收到了很好的效果。2015年前三季度，全省环保系统累计行政处罚案件5745起，处罚金额达27358.6万元。按日处罚34起，金额达3184.8万元，查封扣押196起，限产停产215件，向公安机关移送环境污染拘留案件230起，移送污染犯罪案件128起。

### (三)推行依法决策，建立重大决策终身责任追究制度及责任倒查机制。

一方面，要推进依法科学民主决策，把公众参与、专家论证、风险评估、合法性审查、集体讨论决定确定为重大行政决策法定程序，建立行政机关内部重大决策合法性审查机制，建立重大决策终身责任追究制度及责任倒查机制，从而依法规范、制约、监督决策权力。另一方面，要扩大公民有序政治参与，通过向社会公开征求意见，举行听证会、研讨会、座谈会等形式，形成民众积极广泛参与的机制，努力提高依法行政的民主化、科学化。最后，全面推进政务公开和政府信息公开。加快推进决策公开、执行公开、管理公开、服务公开、结果公开，实现政府信息依法全面公开。督促各级各部门公开政府职能、法律依据、实施主体、职责权限、管理流程、监督方式等。重点推进财政预算、公共资源配置、重大建设项目批准和实施、社会公益事业建设等信息公开，确保群众充分行使知情权、参与权和监督权。

(四)理顺部门职责，严格依法行政。行政执法涉及到经济、政治、文化、社会等各个领域、各个部门单位，关系到人民群众的合法权益能否得到依法保护，也关系到社会的稳定、和谐。各部门要进一步明确职责权限，同时各部门要相互配合，形成合力。山东省环保厅针对环境执法监管统筹性不足的问题，探索建立了部门联动的环保专项行动机制，即省政府统一组织环保专项行动，相关部门按照各自环境管理职责开展工作检查，环保部门负责综合协调和督办落实。检查结束后，省政府专门听取各部门检查情况汇报，研究处理意见并印发通报。从近年来实践看，这一做法有效解决了长期以来部门间各自为政、用力不平衡的问题，充分调动各部门参与环境监管的积极性、主动性，使环保部门较好地摆脱了“单打独斗”的困境中解脱出来。

另外，还要进一步完善行政执法程序，健全执法制度，细化执法标准和环

节，公正廉洁执法，提高政府的公信力。

#### （五）强化执法责任制，完善行政执法监督体制机制。

要全面规范行政执法行为，建立健全岗位责任制，实行问责追责制。按照“谁主管、谁负责，谁定案、谁负责”的原则，加大行政问责力度，对于超越职权、滥用职权的不作为、乱作为，以及执法不严造成损失的行为要追究其责任。

完善行政执法监督体制机制，以落实《山东省行政执法监督条例》为契机，通过深化行政执法体制改革、完善行政执法程序、严格行政执法责任追究等方面的工作，对各级行政执法机关实施的行政执法行为进行监督，尤其是对社会关注、群众关切的热点问题进行全面监督检查，督促行政执法机关严格按照法定权限和程序行使权力、履行职责，有效防止、及时纠正违法或不当的行政执法行为同时，强化社会舆论监督，高度重视新闻舆论和网络媒体监督，对新闻传媒反映、曝光的问题要认真调查核实，并依法做出处理，对社会影响较大的要公布处理结果。

#### 论文主要观点：

山东省行政执法存在行政执法理念、方式与社会现实要求不相适应，基层政府行政执法的“短板”明显，不依法行政决策造成行政执法不公正、不规范，引发人民群众上访，执法部门各自为战与执法职能交叉和错位并存，执法监督亟待加强等问题，针对问题山东省采取了着力提升领导干部的依法行政意识和能力，深化行政执法体制改革，推行依法决策、建立重大决策终身责任追究制度及责任倒查机制，理顺部门职责、严格依法行政，完善行政执法监督体制机制五大措施。有针对性提出解决问题的对策，必将提升各级政府行政执法的能力，加快法治政府建设的步伐。

## “互联网+”背景下的“非典型”

### 信息公开之诉

谢立新 江黎

#### 引言

“互联网+”是指互联网技术、产业、应用以及跨界融合，产业与互联网相融合带来的突出影响之一是信息的传播、获取、更新的日新月异。2015年7月，《国务院关于积极推进“互联网+”行动的指导意见》出台，对于建设公开透明的法治政府而言，充分利用互联网、移动互联网应用平台等，加快推进政务新媒体发展建设，积极探索公众参与的网络化社会管理服务新模式，利用互联网这个新媒介加大信息共享、提高行政效率，建设更为公开透明的法治政府。我国信息公开立法已有七年之久，从信息公开诉讼的角度反观信息公开制度和相对人权利的救济途径，当前的信息公开诉讼呈现出一种“非典型”化的发展态势。

#### 一、政府信息公开诉讼的现状

笔者表一所示的数据是某副省级城市中级人民法院的一审信息公开诉讼情况，从《中华人民共和国政府信息公开条例》（以下简称《政府信息公开条例》）实施后开始统计，近两年信息公开诉讼的增长幅度大，在全部行政诉讼案件总量中所占的比例显著增大。与案件数量和所占比例的增长不相匹配的是该类案件的胜诉率，一直处于偏低的状态。广东省高院公布的信息公开诉讼数据也呈现类似的态势，2013年，广东全省法院受理一审政府信息公开类行政诉讼案件共273件，较2012年增加了73%；2014年，受理案件数量较2013年增加了39%。

据广东省高院近两年的统计，2013年，此类案件中申请人胜诉的案件仅占10%，2014年申请人胜诉的案件也只占了12%<sup>1</sup>。

相对人提起信息公开之诉的诉权来源于《政府信息公开条例》第33条<sup>2</sup>的规定，信息公开的基础是公民的知情权和监督权。根据《政府信息公开条例》和《最

<sup>1</sup> <http://www.chinanews.com/fz/2015/01-22/6996431.shtml>，来源：中国新闻网，查询时间2015年11月2日。

<sup>2</sup> 《中华人民共和国政府信息公开条例》第33条规定：公民、法人或者其他组织认为行政机关在政府信息公开工作中的具体行政行为侵犯其合法权益的，可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。

高人民法院关于审理政府信息公开行政案件若干问题的规定》(以下简称《信息公开司法解释》)的规定,围绕信息公开产生的行政诉讼大致有以下几类:信息公开不作为之诉、反信息公开之诉、信息错误引发的更正之诉、对信息公开的内容或形式不满产生的异议之诉等。其设定的初衷是以低门槛保障相对人的知情权,程序简便易操作,信息公开诉讼也是围绕保障相对人获取政府信息和合法权益不被政府信息公开行为所侵害而展开。然而实践中的信息公开诉讼的持续高败诉率,与信息公开制度、信息公开诉讼制度和相对人的政府信息的需求密切相关。

表一 某市中级人民法院一审信息公开诉讼案件情况表

年度	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
案件数量	1	3	12	14	39	119	814
一审案件总受案数	728	701	710	766	787	911	1992
占一审行政诉讼案件比例	0.10%	0.40%	1.70%	1.80%	5.00%	13.10%	40.80%

(单位:件)

表二 某市中级人民法院2014年上半年一审信息公开案件情况

要求公开的政府信息类别	案件数量	占全部信息公开诉讼的比例
涉征地拆迁类政府信息	51	87.90%
其他政府信息	7	12.10%

(单位:件)

## 二、信息公开诉讼的表象特征

1、高起诉率低胜诉率。政府信息公开在世界范围内的立法较晚,发展不过几十年的时间。对于行政机关而言,信息公开是法定义务,对于相对人而言是一种获取政府信息的权利。不同于其他类型的行政诉讼产生的纠纷,这类纠纷中行政机关有履行的是法定公开义务或依申请产生的公开义务,而不是一般的行使公权力产生的纠纷。案件数量的多少不能说明问题,因为这与地区经济、人口素质与法治程度分不开,但几年内的连续增长至少能表明该地区对政府信息获取的需求量持续上涨,笔者获取的某市法制办的复议案件统计数据表明,2015年上半年的复议案件共115件,信息公开复议案件占60%,征地拆迁案件占20%,其他案件占20%。有一部分信息公开纠纷被分流到行政复议程序中。胜诉率维持在较低的水平则表明相对人提起信息公开诉讼得到获得法律支持的只有少数,大部分相对人并不能通过信息公开诉讼达成诉讼请求。

2、信息公开诉讼背后的复杂行政纠纷。司法机关在信息公开诉讼中能够解决的纠纷仅仅围绕政府信息公开行为,至于政府信息公开后的其他行政纠纷职能通过另行提起行政诉讼解决。从表二的数据结合实践中相对人的做法,信息公开成为相对人自行取证的有力手段。信息公开纠纷进入诉讼后,由法院进行司法审查,面临举证责任的承担,行政机关有义务向法院提供相应的证据材料,无论最终的裁判结果是什么,相对人至少获得了部分申请事项的政府信息。通过个案诉讼倒逼政府信息公开虽然是信息公开诉讼的作用之一,但显然对于行政机关真正树立公开的理念和司法发挥监督作用而言,信息公开诉讼的发展与立法时的意图并不吻合,实践中呈现出一种“非典型”的特征。

## 三、“非典型”信息公开诉讼成因分析

现象的背后总有原因。对于信息公开诉讼而言,现象的背后既有政府信息公开制度的不足、信息公开制度与法律舆论宣传的片面、也存在相关的诉讼制度功能有限的问题。

### (一) 政府信息公开制度的功能发挥欠缺

1、立法层级低,立法语言行政化色彩浓厚。我国政府信息公开制度立法由《政府信息公开条例》开始,该条例第1条关于立法目的的阐述可以总结为三点:保障相对人获取政府信息的权利、促进依法行政、发挥服务型政府的作用。然而从后面的条文表述看,却没有充分体现到保障公民权利、制约政府权力的目的。

条例第2条对政府信息范围进行了界定,本意是以肯定加排除例外的方式确定公开的客体,但第二章中又单独以行政机关的级别为标准,规定了重点公开的内容。立法表述上不免让人产生疑惑,政府信息公开是否区分重点公开和选择性公开?信息公开沦为有选择的义务性要求,这与法律规范表述不明不确有直接的关系。以美国1966年颁布的《信息公开法》为例,立法者采取的是排除例外情形的全面公开方式,明文列举了例外情形和排除范围,条理清晰立场明确,司法审查对信息是否应当公开有最终的裁决权。我国的《政府信息公开条例》第23条对例外情形进行了规定,但在面对公共利益和第三方权利保护的取舍中,行政机关有最终决定权,公共利益优于第三方权利,且对于第三方仅有告知义务,与公共利益有关的政府信息公开前第三方没有救济途径。

2、政府信息公开方式缺乏创新。除了给行政机关有义务定期公布信息公开报告以外,社会评议发布的报告也是客观考察政府信息公开情况的参考。从中国社科院发布的2012年《中国政府透明度年度报告》的内容可以看出,政府网站、政府公报、政府信息公开查阅场所、新闻发布与公共媒体等作为传统的政府信息公开平台,早在2012年,根据地方政府的信息公开报告统计,政府网站的信息公开利用率已经达到100%。近几年,互联网新媒介的迅猛发展,传统的信息公开方式已经在互动性和及时性上表现出劣势。与之相反的,政务微博、政务微信平台等新兴的政府信息公开平台越来越表现出其在信息公开、传播和政务互动上的优势<sup>1</sup>。

3、政府信息公开的“宽进严出”。从各个层级行政机关的政府网站上都能看出,信息公开申请的数量较其他的电子政务都有明显优势。然而结合信息公开产生的行政复议和行政诉讼的数量可以看出,对于相对人而言申请获取政府信息的门槛低,行政机关在裁量是否公开政府信息时没有第三方的监督,相对人获取政府信息的目的在目前的程序下难以充分实现。

## (二) 信息公开纠纷中诉讼制度功能有限

1、诉讼制度在信息公开纠纷案件中作用有限。诉讼的最终目的是定纷止争,而行政管理的最终目的则是在社会治理中以最小的投入得到最大的效能。从《信息公开条例》规定的责任体系来看,主要是行政处分,构成犯罪的才涉及刑事处

<sup>1</sup> <http://www.cegov.cn/tabid/77/InfoID/697/frtid/38/Default.aspx>, 来源于中国电子政务资讯网, 查询时间2015年11月2日。

分。最有效的救济途径的确应当是信息公开义务机关的上一级行政机关,司法即使能达到相同的目的,诉讼程序和诉讼成本的消耗也是不可避免的。

从目前的《政府信息公开条例》的规定来看,行政机关是政府信息公开的绝对主体,既是决定机关也是答复机关,司法救济在涉及第三方权利的信息公开行政行为中作用有限。信息公开行政行为的效力不同于其他类型的行政行为,一旦公开,其后果是不可逆的、影响是不能完全恢复原状的。对于是否属于个人隐私、商业秘密、公共利益的把握,行政机关作为信息公开的主体,依据《政府信息公开条例》第23条的规定,对这些例外情形拥有最终裁决权。政府信息公开在这样的规定下就是行政权力的一种,完全体现了行政权的最终性,这显然与信息公开的立法目的不符。司法审查在例外情形的判定中,可以采取不公开审理的方式,单独质证,既能保障第三人的合法权益,也便于申请人获取有效的政府信息。

2、司法权在信息公开纠纷中的裁量范围有限。信息公开行政行为的羁束性色彩比较显著,行政机关受理信息公开申请后,符合条件的予以公开,否则不予公开,行政裁量的余地不大。(1)对于信息公开不作为的案件,司法审查主要集中在原告有无申请、被诉行政机关是否收到申请并在法定期限内作出答复。按照《政府信息公开条例》的规定,凡制作或保存了政府信息的行政机关都是信息公开的义务机关,都有最基本的回复义务。基于相对人与行政机关信息的不对称性,行政机关有义务及时告知相对人政府信息是否存在、申请内容是否明确、真正的信息公开机关、已公开信息的查询途径及不予公开的原因。因此,对于相对人的申请不作任何形式的处理是绝对与《政府信息公开条例》相悖的,我国行政法中对行政机关明确规定了回复义务的法律法规并不多见,信息公开就是其中的一类。同样的,在审查行政机关是否履行了回复义务时,回复方式同样也应当包括书面、数据电文和口头(但需行政机关制作询问笔录加以固定)。在信息公开不作为案件中,司法审查主要集中于被诉行政机关的程序、期限、送达是否合法合理。对于信息公开侵权类案件,司法审查应当充分保障相对人的合法权益。(2)政府信息公开可能因涉及第三人的权利而面临公开的难题,例如《中华人民共和国物权法》第十八条<sup>1</sup>规定,查询、复制不动产登记资料的主体应当是权利人或

<sup>1</sup> 《中华人民共和国物权法》第十八条:权利人、利害关系人可以申请查询、复制登记资料,登记机构应当提供。

利害关系人。从信息公开的角度,涉及民商经济领域的公民、法人或其他组织的人身、财产相关的信息,应当根据规范该领域的具体法律法规规章的规定,属于第三人私益范围内的信息,行政机关应当告知申请人补正证明利害关系材料或拒绝公开该信息。此类案件进入行政诉讼后,裁判结果可能影响第三人利益的,人民法院应当依职权追加第三人进入诉讼,审理方式在征求第三人同意后可以公开审理。对于有关第三人个人信息的证据,应当征求第三人的意见,第三人不同意公开质证的,人民法院可以组织不公开的单独质证。信息公开制度是为了保障公民权利而产生的,但保障权利的底线是不损害其他公民的权利,因此,在信息公开行政诉讼中,行政机关和司法机关都应该在涉及第三人的案件中,充分征询第三人的意见,避免信息公开及相应的诉讼成为损害其他公民权利的利刃。(3)因其他行政纠纷引起的信息公开案件,信息公开诉讼不能做到相对人期待的“全面审查”。正如表二所示,该统计区域的所有信息公开案件中涉征地拆迁的政府信息占了约九成,反映出随着公民权利意识的提高,过去的征地拆迁中可能存在不公开不透明的行政行为。而《中华人民共和国行政诉讼法》修改前,行政诉讼的受案范围相对较窄,且受具体行政行为的约束,在利害关系和起诉期限的多重约束下,成功进入诉讼渠道的并不多。信息公开制度成为很多相对人“曲线救国”的选择,对于利害关系证明困难和超过起诉期限的行政纠纷,通过提起信息公开的方式产生新的具体行政行为进入行政诉讼程序后,依据行政诉讼全面审查的原则,相对人认为可能有利于解决另外的纠纷,这无疑是相对人对全面审查原则的误解。

#### 四、互联网+背景下信息公开的可行之路

##### (一) 法治政府要求充分发挥互联网新媒介的作用

1、信息公开是实现政府治理现代化的重要步骤。“充分发挥互联网的高效、便捷优势,……创新政府服务模式,提升政府科学决策能力和管理水平。”<sup>1</sup>从深化改革的角度看,2008年《政府信息公开条例》实施以来已有六年多,大多数行政机关信息公开的方式仍局限于法律规定的几种,信息公开的力度明显难以满足新媒介日新月异的发展及相对人日益增长的信息公开需求。根本上缓解信息公开纠纷的途径应当是尝试更为高效便捷的公开方式和更为便民的获取方式,法治

<sup>1</sup> 《国务院关于积极推进“互联网+”行动的指导意见》

政府框架下的信息公开不应当是法律法规强加于行政机关的义务,而应是每个行政机关的法定职责。从政府决策的公开透明和真正落实公众参与的角度,信息公开应该以公开为原则,不公开为例外,使信息公开成为常态。

2、政府信息公开的理念转变。由于我国行政法发展地较晚,相关的法规近几年才出台,法律层级上也停留在行政法规的层级,缺乏上位的法律。从主管部门到责任方式的规定都是行政色彩浓厚,固有的公权力主导的运作理念仍然明显。然而在现代行政法和政府政府的治理理念中,权力总是与责任相伴随,权力需要有各方的制约,权力的产生是因为其强大的执行力能更为高效地提供公共服务而得以存在并运行。因此,主动公开政府信息应当是行政管理的必要环节,公开透明是政府的行为准则。重点公开的政府信息应当由需求决定,根据相对人申请最多的行政管理领域和关乎群众切身利益的领域进行重点公开,根据需求的变化调整信息公开的工作重心。

3、信息公开法律责任承担的真正公开。根据《政府信息公开条例》的要求,行政机关应当每年公布年度报告<sup>1</sup>,报告必须具备的内容中并没有关于因信息公开承担责任的公开内容。一项制度从立法到实施,从应然规范到实然贯彻,从制度到理念的形成,不能欠缺责任承担的部分。信息公开制度最需要公开的恰恰是不公开责任的落实,很无奈多行政机关都制定了内部的信息公开责任追究制度,例如四川省就制定了《四川省政府信息公开过错责任追究办法》和《四川省政府信息公开社会监督评议制度(试行)》,责任追究种类包括责令改正、通报批评、行政处分、构成犯罪的依法追究刑事责任,救济方式是符合或申诉。从责任追究方式和救济方式来看,四川省制定的信息公开责任追究完全是内部的行政追责,从侧面反映行政机关对信息公开的认识仍停留在政府主导地位,提供政府信息公开服务和保障相对人知情权的意识仍然淡漠。信息公开是可能对相对人权利义务造成影响的行政行为,其责任需要外化,考虑到承担责任主体的身份,承担责任的方式以行政责任为主,但该行政行为产生的影响必然涉及相对人利益,因责任

<sup>1</sup> 《中华人民共和国政府信息公开条例》第三十二条:政府信息公开工作年度报告应当包括下列内容:  
(一) 行政机关主动公开政府信息的情况;  
(二) 行政机关依申请公开政府信息和不予公开政府信息的情况;  
(三) 政府信息公开的收费及减免情况;  
(四) 因政府信息公开申请行政复议、提起行政诉讼的情况;  
(五) 政府信息公开工作存在的主要问题及改进情况;  
(六) 其他需要报告的事项。

种类的承担方式制约,最低的限度应当是对社会公众,潜在的利益相关人公开。作为信息公开运行的最终后果,该义务的履行情况及追责情况是必须公开的内容之一。

## (二) 信息公开司法可行路径探寻

1、诉讼前加强立案指导。行政诉讼相对于民事诉讼和刑事诉讼而言,是年轻的诉讼制度。全球范围的“民告官”诉讼普遍存在胜诉率低的现状,根据联合国人权理事会 2012 年公布的统计资料整理,各个国家民告官的胜诉概率各有不同。原告胜率最高的为瑞士,达 31.5%,其次是比利时(29.4%)、安哥拉(28.9%)、奥地利(28.4%)、阿富汗(27.6%)、冰岛(26.7%),剩下的国家就大体组建过渡到 20%的胜率,其中美国的原告胜诉率为 18.9%,而当年的中国为 12.4%<sup>1</sup>。这与行政诉讼当事人地位不对等,相对人不敢告、不会告有密切联系。我国行政诉讼没有类型化的传统,实践中行政机关机构庞杂,行政管理行为多样,更有大量不规范的行政行为存在,司法机关有时都存在定性的困难,相对人在起诉时更难以把握诉讼请求。因此,对行政诉讼,特别是信息公开诉讼,由人民法院加强对起诉人的立案指导,必将对实质解决信息公开纠纷、节约诉讼资源、切实保障相对人的权益有很大助益。

2、诉讼后加强司法建议的力度。对于信息公开诉讼的审理过程中发现行政机关在政府信息公开行为中存在的问题,人民法院可以针对个案,有针对性地发送司法解释,充分发挥出司法建议在信息公开诉讼中的延伸职能。

3、诉讼中加强对相对人及第三人的权利保护。司法权力一如行政权,如果运行不当对公民权利的伤害也是不可避免的,特别在信息公开的领域。人民法院在审理信息公开诉讼时,对于原告或第三人对信息公开行为提出的可能损害其合法权益的情形,原告或第三人提供了证据或相关的线索时,法院应当审慎进行审理,可以采取庭前单独质证的方式不再公开开庭时对部分证据公开质证,预防在诉讼阶段造成公民合法权益的再次伤害。

4、防止相对人滥用诉权。信息公开制度站在保障相对人权利的本位,在诉讼中为了保障公民知情权和监督政府依法公开政府信息,信息公开诉讼的起诉条件也相对宽泛。但实践中,一些相对人不能理性地维权,对于法律提供了多种维

权途径不能合理使用,随意起诉,在不同的法院重复起诉,同一纠纷同时使用复议程序和诉讼程序,耗费了大量行政审判资源。在基层法院,很多地区的行政审判资源有限,行政诉讼中滥用诉权的衡量主要在于纠纷是否真实存在、诉讼目的是否正当,人民法院是实现当事人诉权的主体,在滥用诉权方面不应作过多地限制,因此,在诉前进行指导或通过其他途径化解部分纠纷是事半功倍的。

行政纠纷在实质上由行政机关化解无论从方式上还是效率上都是司法权无法比拟的,因此,行政机关保障信息公开透明,司法保障当事人权利,在公民的监督下共同塑造公开透明的法治政府。

<sup>1</sup> <http://zhenhua.163.com/14/1106/15/AACJGKAD000465B7.html>, 查询时间 2015 年 11 月 2 日。

# 互联网+产业行政法法规制亟待改革

张效羽<sup>1</sup>

党的十八届五中全会决定提出“要实施网络强国战略”，将互联网产业的发展提升到强国战略的新高度。回顾近几年互联网交通、互联网金融、互联网医疗、互联网餐饮等新兴业态的迅猛发展，可以感受到中央网络强国战略的提出，是非常及时、也十分必要的。“无规矩不成方圆”，网络强国战略的落实，离不开对互联网相关产业的依法科学监管。当前，我国行政监管体制与互联网产业尚存在诸多不匹配之处，应当深化改革，站在网络强国的战略高度努力推进行政监管体制改革。

## 一、传统行政监管体制与互联网产业存在诸多不匹配之处

我国现有的行政监管体制，总体上是根据传统前互联网时代业态铸造的，其与互联网产业自身特点存在诸多不匹配之处：

第一，传统行政监管的行业分割性与互联网产业跨界融合性不匹配。我国当前行政监管体制总体上是根据各个行业设置的，往往是一个行业对应一个行政主管部门，一套行政监管体制适应单一行业的特征。但是互联网产业本身具有极强的跨界融合特点。一个互联网公司可以运用互联网技术同时提供商贸服务、金融服务、医疗服务、交通服务等，在出售商品的同时提供消费信贷服务，在提供预约专车服务的同时出售商品。这些服务也可以打包销售，比如消费者一次性付款既可以得到一年的网络医疗问诊服务又可以同时获得一年的网络电影服务等等。在这种情况下，传统的行业界限被打破了，一项互联网公司出售的商品或者服务很难被完全界定为哪一个传统行业。基于行业分割的行政监管，要么无所适从不知道谁来监管，要么众多监管机构一拥而上针对同一跨界产品实施重复监管。

第二，传统行政监管的属地管辖性与互联网产业地域开放性不匹配。我国当前行政监管体制重心在省以下，大多实施的是以县市为单位属地管辖监管体制。一个公司，其服务开展到哪个地方，就由哪个地方相应的行政监管实施监管，中

央和省级监管部门主要是监督指导下级行政监管机关开展监管工作。但是，互联网产业地域开放属性极强，哪怕一个微型互联网公司，其服务范围也是全国性的，这是互联网这项技术天生的地域开放性所决定的。在这种情况下，如果仍坚持以县市为单位的属地监管，互联网产业相关公司就要就其服务奔赴全国市县接受监管，甚至被迫在全国各个县市设立分支机构。互联网企业本身就是轻资产企业，如果为了应付各地监管不得不到处开设分支机构，就会增加不必要的负担，不利于互联网产业的发展。

第三，传统行政监管的产业保护性与互联网产业的颠覆性不匹配。传统行政监管由于其行业分割的特点，与其主管的传统产业具有一定的相互依赖关系，呈现出较强的产业保护性，保护传统产业的既得利益是传统行政监管机关难以摆脱的局限性。而互联网产业是运用互联网技术对传统产业进行改造，对传统产业往往是颠覆性的，与传统产业之间形成很强的竞争关系和利益冲突。在这种情况下，具有保护传统产业发展使命的传统行政监管部门，面对互联网新兴产业很难站在一个完全中立的位置上。任何国家的产业创新，都难免导致传统产业既得利益的相对受损。又要实现产业升级、又要传统产业不经历阵痛，是不现实的。我们当然希望行政监管机关能够从大局着眼，但是长期形成的利益格局，也需要通过进一步的行政监管体制改革予以矫正。

第四，传统行政监管的监管资源有限性与互联网产业大众创新不匹配。由于传统行政监管体制主要依赖于政府行政监管资源，但政府的人员、经费和技术力量相对于庞大的工商业活动而言总是有限的。因此，传统行政监管体制的主要监管手段之一就是设立事前准入门槛，对所监管的行业实行市场准入，限制从业人员的数量，集中力量对经过批准进入市场的从业者实施监管。但是互联网产业基于互联网技术的开放性，使得人民群众都有条件创业，互联网产业从业者相较于传统产业而言出现几何倍增。比如，互联网电子商务的发展使得人们坐在家就能开设网店，互联网交通的发展使得私家车也有技术条件接入网络从事运营。互联网+提供极大可能，也就给监管带来极大难题。在这种情况下，如果坚持设立严格准入门槛，就会扼杀大众创新和经济活力。但如果放松准入门槛，传统行政监管体制的监管资源更显不足，很难实施有效监管。

<sup>1</sup> 张效羽，国家行政学院法学部副教授、法学博士

## 二、站在网络强国战略的高度筹划行政监管体制改革

传统行政监管体制存在诸多不适应互联网新兴产业的内容，需要与时俱进地改革，这也是相当多同志的共识。但是，以何种高度和深度开展改革，还存在一些争论。党的十八届五中全会网络强国战略的提出，使得互联网产业的重要性凸显，要求我们必须站在网络强国战略的高度筹划行政监管体制改革。

第一，针对互联网产业的行政监管体制改革，要有体制建设上走在世界前列的胸怀勇气。从全世界来看，针对互联网产业的行政监管体制，各国也都在摸索中，没有形成固定模式。一些国家碍于传统产业的强大阻力，互联网产业发展面临的体制机制性障碍一点儿不必中国少。中国互联网产业规模仅次于美国，一些领域的活力并不比美国逊色，互联网产业已经成为中国与美国差距比较小的产业之一。因此，中国完全可以根据互联网产业的自身属性，打造与中国经济社会发展阶段和政法框架相适应的、有助于落实网络强国战略的监管体制。长期以来，我国行政监管体制的改革更多是学习借鉴西方发达国家经验，但是在互联网领域我们现在与西方发达国家是并驾齐驱的。

第二，针对互联网产业的行政监管体制改革，要有打造全新贴合互联网产业特点监管体制的决心。互联网新兴产业并非传统产业利用互联网技术的延伸，而是基于互联网技术的一种独立的全新业态。针对这一新业态的监管体制，也不能仅仅是对传统行政监管模式进行部分调整，而是针对这一新业态打造全新的监管模式。我国针对互联网产业行政监管体制改革，应当站在网络强国战略的新高度上筹划实施。此类改革不是针对现有行政监管体制的小修小补，而是针对互联网产业特征铸造新的行政监管模式。

第三，针对互联网产业的行政监管体制改革，要为互联网产业未来发展预留空间。互联网革命是一个正在进行时的新工业革命，互联网新业态的发展，蕴含极大潜力。当下互联网+金融、互联网+医疗、互联网+交通、互联网+商贸已经深刻地改变人们的生活，但这也只是这场革命的开始，正如李克强总理所说：“互联网+未知远大于已知，未来空间无限”。因此，针对互联网产业的行政监管体制改革，要为互联网产业未来发展预留空间，不应该管得太死，把当前互联网新业态当成永恒的状态。

## 三、按照互联网产业自身属性打造中国特色监管体制

第一，相对集中针对互联网产业的管理权限，改变互联网产业监管主体较为分散的局面。当前，我国涉及互联网产业监管的行政主管部门比较多，中央（国家）网信办以内容监管为主、工信部以产业监管为主，此外其他中央和国务院部级行政监管机关也都对各自领域的互联网产业实施监管，比如互联网交通由交通运输部主管、互联网医疗由卫计委主管。2015年国务院颁布《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》时，联合发文单位多达十个。这种行政监管机关多头分散的局面，不利于互联网产业的长远发展。建议由中央（国家）网信办牵头，适当整合有关互联网产业的监管机构，相对集中针对互联网产业的管理权限，提高互联网产业监管效能。

第二，适当提升互联网产业监管的级别管辖，促进全国性互联网企业监管机制的建立。对于互联网产业的监管，应当重点由省级和省以上行政监管机关实施。对于全国性互联网产业行政许可的发放应当由中央相关行政监管机构实施。因为互联网产业服务注定是全国性的，而对其监管只要运用现代技术掌握其服务器数据库资源就可以实施。在这种情况下，完全可以适当提升互联网产业监管的级别管辖，将互联网产业行政监管级别提升到省级及其以上。

第三，建立政府、行会、企业合作监管体制，避开行政资源不足的短板。由于网民个体的注意力是有限的，因此互联网产业天然地容易形成少数几个大型企业集团。大型互联网企业集团掌握海量的互联网从业人员信息，其针对用户实施监管要比行政机关直接面对海量互联网从业人员实施监管更加有效。况且由于市场上往往存在几个大型互联网企业集团，互联网从业人员可以在不同的互联网企业集团中自由选择，因此互联网企业集团也有动力对依托其平台开展经营活动的从业者实施监管。在这种情况下，行政机关就应当通过法律责任的设置，积极发动互联网企业和行业协会协同监管。变行政监管机关直接监督网络产业从业者，变行政监管机关监督互联网产业协会和企业集团，而由协会和企业集团监督互联网从业者的模式。

第四，建立监管机构和互联网从业者双向交流体制，实施更加专业和符合业态的监管。当前，我国互联网产业行政监管的一大瓶颈是监管人员大多是从其他

传统监管机构抽调而来，对互联网新业态的了解不够，一些同志甚至都没有用过互联网相关服务。在这种情况下，优化监管很难实现。由于互联网是新兴产业，对新兴产业有深入了解的人员只能来自于业内，因此应当建立监管机构和互联网从业者双向交流体制，吸收新兴产业从业者加入监管队伍，更好地根据产业自身特点实施监管。

## 电商平台的法律责任与政府监管

### ——以微商为例

周辉

[摘要] 移动互联网技术的进步推动了微商等新型电商的发展。针对微商发展中的问题，平台和政府都应承担相应的责任。在合理确定监管原则的同时，要根据其逻辑基础科学设定平台责任成立的条件。协同而非对峙才是平台治理的方向。

[关键词] 平台治理；平台责任；协同治理

[中图分类号] [文献标识码] [文章编号]

“技术改变商业，商业改变生活。”<sup>[1]</sup>“现在人类已进入互联网时代这样一个历史阶段，这是一个世界潮流，而且这个互联网时代对人类的生活、生产、生产力的发展都具有很大的进步推动作用。”<sup>[2]</sup>

信息时代最迫切的需求是分享、交流和连接，社交软件/应用最贴切地回应了这种需求。随着移动互联网技术的不断成熟、智能手机的不断普及和商业模式的不断创新，电子商务也在从PC端逐渐向移动端延伸，成为新的经济增长点。诚如Facebook创始人扎克伯格所指出的那样：“未来，移动互联网的引爆点是社交化电商平台，更多实体店将仅成为展厅。”微信是当下中国最有影响力的社交平台。依托于其数以亿计的活跃用户，微商近两年得以迅猛发展，成为最新型的颠覆式商业创新之一。

同其他互联网创新一样，微商蓬勃发展的同时也存在着“成长的烦恼”，给网络治理带来了新的挑战。在国家鼓励各类电子商务平台为小微企业和创业者提供支撑，降低创业门槛的背景下，如何“简政放权、放管结合、优化服务”，把握电商平台治理的方向，本文将以微商的监管为切入点进行探讨。

#### 一、微商概述

##### (一) 概念

目前关于微商的内涵与外延尚没有统一的界定。广义上的微商，以移动互联网为场景，对应桌面互联网上的电子商务，基本上等同于移动互联网。这意味着在微信、微博等平台上的电商模式之外，微商还包含已经从桌面端向移动端延伸的淘宝、京东、携程等电商模式，以及主要以手机 APP 应用为平台的滴滴打车、微票儿等电商模式。相对狭义的微商则以社交应用为场景，主要指在微信、微博等社交平台上的电商模式，不同于其他电商，具有“时空的灵活性、应用的即时性、支付的便捷性、服务的个性化”<sup>[3]</sup>等特征。最狭义的微商虽仅指微信这一社交应用场景，但是具体类型也很丰富，包括但不限于微信朋友圈电商、微信公众号店铺、微信第三方服务商店铺（利用微盟、口袋通等第三方微信服务商开发的微信店铺）、微信“钱包”入口电商（“钱包”一级入口中的吃喝玩乐、滴滴打车、电影票美丽说等）。

从概念的科学性来看，广义的微商混同于移动电商，不能集中凸显“微”的特征；从定位的精确性、分析的针对性和当前的代表性来看，以微信为平台的电商更能反映微商作为一种独立类型电商模式的价值和特征。因此，下文分析中的微商取最狭义的概念——微商就是在微信这一社交平台上开展的电子商务活动，属于移动社交电商。

## （二）特征

实现社交关系资源向商脉资源的转化，是微商运营的关键，也是微商与一般移动电商的本质区别。因此，如果说一般移动电商仍然以“物”的交易为中心，微商则更加注重以为“人”的服务为中心。

就具体商业模式而言，C2C、B2C、O2O 都可以适用于微商运营。C2C 模式主要发挥微信朋友圈的信息发布平台功能；B2C 模式主要利用了微信公众号的交互功能；O2O 则进一步实现了微信公众号与商家线下业务的结合。当然，在微商的实际运作中，融合以上两种或者三种模式的情况也是存在的，如海底捞的公众号同时提供订餐、排号等 O2O 服务。

在网民时间投入更多时间精力进行刷微博、刷微信等社交活动的背景下，相对于一般电子商务的陌生人经济模式，微商将触角伸入社交网络，具有更明显的优势：

第一，深入挖掘了用户的有效注意力资源，拓展了交易的覆盖范围。“互联

网所具有的泛在性——时间泛在、空间泛在和主体泛在，使得分布式的资源配置、协同型的价值网络和跨越空间的经济集合成为可能。”<sup>[1]</sup>在微信的使用中，互联网的泛在性更是得以充分体现。据统计，微信已经成为近三成用户手机上网使用流量最多的应用，平均每天打开微信 10 次以上的用户达到 55.2%，平均次数超过 30 次的用户比例接近四分之一。<sup>[4]</sup>腾讯公布的 2015 年第二季度及中期业绩报告更是显示，微信和 WeChat 的合并月活跃账户数已经达到 6.00 亿。<sup>[5]</sup>这意味着以微信为端口，处于不同空间的各类用户的大量时间可以被挖掘和利用，有大量潜在的需求可以被激发。

第二，充分利用了熟人经济模式的信任度优势，口碑传播更快，<sup>[6]</sup>增加了交易的成功几率。微信用户与微博用户的最大不同在于，前者更像“朋友圈”，后者更像“粉丝圈”。微信“好友”一般是建立在双方一定的朋友关系基础上，微博“好友”中相当一部分则属于被关注者与粉丝之间的关系。虽然粉丝会对其关注的对象可以痴迷甚至疯狂，但多是与生活相关，而非与交易相关。就交易来看，粉丝关系仍属于一种弱关系。非社交类电商模式中，买卖双方的关系更淡、更弱。微信“好友”相对属于一种强关系，更加符合熟人经济的适用场景。C2C 模式下的微商，运用朋友圈发布交易信息，就是对这种强关系的利用。

第三，在监管不太明晰的情况下，微商在合规成本上也比淘宝、京东等电商平台要低。随着淘宝、京东等平台上电子商务发展的成熟，相应的监管方式、手段也逐渐健全。微商作为一个快速发展中的新事物，监管上不可避免地存在“缺位”。从公共秩序的视角来看，这是一个问题；但就微商而言，却是一个优势。监管必然带来合规的成本，轻监管自然是低合规成本。事实上，电子商务的发展乃至互联网的发展，在中国之所以取得这么大的成功，就在于监管的滞后。这是一个必须面对的现实，也是一个证明简政放权必要性、合理性、正当性的鲜活实例。

## （三）发展中的问题

微商的发展，首先要解决与微信社交平台定位的冲突。防范过度商业化对社交生态的冲击，既是微信自身的捍卫的底线，也是微商避免用户取消关注乃至“拉黑”的红线。此外，尽管目前的合规要求尚不太明确，微商在发展中仍面临不少法律风险点。其中，最有代表性的问题集中在以下三个方面：

第一，以代购的名义规避海关和税收监管。自兴起以来，打着熟人代购的幌子开展商品交易，在微商中就大量存在。正是规避了关税监管，有关商品的价格才具备了显著优势，推动了微商的快速发展。违规的大额、大量代购可能带来行政处罚甚至刑事责任，一旦形成具有广泛影响的公共事件，必然会给微信平台带来严重风险。

第二，假冒伪劣。今年曝光的“毒面膜”事件<sup>[7]</sup>在线上线下引发广泛热议。如何保障交易的商品质量已经成为消费者关注的焦点，也开始进入监管部门的视野。假冒伪劣既可以是消费者权益保护的问题，也可能是不正当竞争的问题或广告监管的问题，在线上线下都存在着。但是，在微商这样一个社交生态中，买家的判断理性会受到“友情”的影响，“杀熟”具有更强的杀伤力。

第三，传销。亲朋好友是传销的主要目标群体，微信的社交生态刚好举办了这一要素优势。因此，通过鼓吹微商可以快速致富，发展创业者成为下线成为不少违法者获利的新手段。今年5月，央视新闻就报道了一则利用微信进行课程培训传销的案例。<sup>[8]</sup>事实上，在一些化妆品的微商营销中，也存在着不少类似传销的运作方式。<sup>[9]</sup>

## 二、政府对微商进行监管的思路和原则

面对微商发展中存在的各种问题，监管的缺位、不力一直是舆论所关心的，加强立法、执法也是舆论所呼吁的。但是，涉及监管的具体问题，需要既考虑监管的必要性，也要兼顾监管的能力和发展的需求。毕竟在线下交易和其他线上电子商务发展中，前述问题也是存在的，监管并没有将问题全部解决。而且，监管本身也可能会带来新的问题，比如增加市场交易的运营成本、合规成本，存在管制俘获和权力滥用的风险等等。如何实现有效监管、审慎监管、轻监管和创新监管的平衡，在简政放权的大背景下对于微商监管尤显重要。因此，在微商的监管中，有必要把握以下思路和原则：

第一，区分民事纠纷和违法犯罪行为。前者属于当事人意思自治的范畴，应当充分发挥市场在资源配置中的决定性作用。“对于民事关系，除法律有特别授权，行政机关一般无权直接处理。”<sup>[10]</sup>适宜通过市场自我调节或司法途径解决的问题，政府就尽量不去干预，避免越位、错位的过度监管对产业发展造成不利影响。后者属于严重影响当事人权利、公共秩序的行为。对于此种违法犯罪行为，

在法定职责范围内，政府必须勇于担当、敢于负责，积极、主动、有效作为。

第二，比例原则。一方面，关于经营门槛，由于微商本身存在多种商业模式，对于B2C与C2C就应当区别适用不同的要求，不能一概要求登记注册。事实上，在《网络交易管理办法》中，也只是提到“具备登记注册条件的，依法办理工商登记。”另一方面，要区分不同程度的违法行为，根据社会危害性大小，采取相适应的监管措施，大额代购就要严于小额代购、食品药品安全就要严于一般商品安全、传销行为就要严于商标违法。此外，对于微商平台的合规义务，如对入驻商家的审查宜做形式审查要求，而不是实质审查要求。

第三，不重复监管。对于线下已经设立行政许可的经营活动，不应再单独设立针对线上经营活动的行政许可。比如，国家食品药品监督管理局制定的《互联网药品信息服务管理办法》，要求互联网药品信息服务需要专门申请《互联网药品信息服务资格证书》。对于线下已经取得《药品经营许可证》的经营者而言，同时在微信平台提供电商服务再申请《互联网药品信息服务资格证书》，就属于重复许可。未来应当修订这一部门规章，设定一定的豁免范围——提供互联网药品信息服务的，应免于申请《互联网药品信息服务资格证书》或者可以凭《药品经营许可证》获发《互联网药品信息服务资格证书》。

第四，政府与平台责任的平衡。目前，平台在政府监管过程中所能发挥的作用已经被广泛认可。《国务院关于加快构建大众创业万众创新支撑平台的指导意见》（国发〔2015〕53号）就明确提出，要“加强协同，创新手段，发挥四众平台企业内部治理和第三方治理作用，健全政府、行业、企业、社会共同参与的治理机制，推动四众持续健康发展。”但是，创新监管绝不是监管的“让位”，发挥平台的作用不能替代政府的责任。某些不法行为或现象，在线下以及不同平台上都是存在的，处理这些问题首先应该是政府的责任，一概通过平台实施治理是不妥当的。首先，不应期待在线上完全解决线下监管尚无法根治的问题。假冒伪劣是中国经济不完善的阶段难以避免的社会现象，在微商中彻底杜绝这种问题就不现实。其次，不应期待仅仅通过平台就可以解决全部问题，尤其是某些政府自身尚且解决不了的问题。比如，在一些资质的审查上，政府在实践中基本采取的是形式审查，那么对于平台做实质审查的要求就要做充分的研究论证。再者，不应期待平台的私权力完全承担本应由政府承担的监管成本。平台具有收集、统

计、分析交易数据的便利。但是,在没有法律明确授权的情况下,政府是否可以向平台免费索取有关数据,尤其是需要存储、加工的数据,也要进行深入的分析论证。也就是说,对于上述问题的解决,无论是政府还是社会都应当有合理的预期,在发展中逐步规范才是正道。当然,对于明知'的底线问题、红线问题,平台显然是要承担责任。政府针对这种行为的监管和处理,显然也是要坚定不移的。

### 三、电商平台的法律责任

“平台企业是价值的整合者、多边群体的连接者,更是生态圈的主导者。”<sup>[11]</sup>

“平台充分利用了信息技术优势、传播优势、规模优势,将相互依赖的不同群体集合在一起,通过促进群体之间的互动创造独有的价值。”<sup>[12]</sup>

社交圈就是一个微生态。这个微生态的“实际控制人”和“直接管理者”就是社交平台。平台对于利用平台提供服务的活动显然要承担一定的法律责任。微信平台对于微商的健康发展显然发挥着不可替代的作用。但是,这也并不意味着微信要对平台上的所有问题负责。因此,有必要在理清微信平台责任的基础上,再去讨论设定平台承担责任的具体条件。

#### (一) 平台责任的基础

平台的私法责任包括平台直接侵权所承担的责任(直接侵权、自己责任)和平台对于其用户侵权行为所承担的连带责任(间接侵权、对第三人侵权的责任)。平台直接侵权责任的判断主要考虑其是否存在侵权故意即可。平台连带责任的认定则更加复杂,需要综合考虑多方面因素。这一点对于考虑平台的公法责任也基本适用。

第一,过错程度。平台存在过错,追究其责任显然不存在任何争议。问题主要在于平台不存在过错或者过错不确定的情况下,是否承担责任、承担什么范围的责任。平台过错的识别依据主要是平台的注意义务。根据义务规范来源,注意义务可以分为公法上的义务和私法上的义务。二者的区分意义主要在于,在不触犯公法义务的前提下,单纯违反私法义务如缔约过失、违约等仅构成民事违法,不宜成为承担公法责任的基础。

第二,控制能力。所谓控制能力就是具备可以直接处置有问题的交易行为和处理交易当事人的能力。如果平台没有事实上的控制力,承担责任就没有可行性

和操作性。所以,平台的控制能力是平台责任的客观基础,有多大的能力就至多可以承担多大范围的责任。就此而言,对于B2C模式的微商或者以公众号为载体运营的微商,相较于C2C模式的通过朋友圈发布广告信息的微商,微信平台掌握更全面的信息,控制能力相对更强,相应承担更大的责任。微信对自身在朋友圈投放的广告相较于用户在朋友圈发布的广告显然具备更强的控制力,也就要承担更明确的责任。

第三,撮合交易的意愿。平台存在撮合交易的意愿越明显、参与交易的程度越深,承担责任的风险越高。作为社交平台,在直接通过朋友圈投放广告、开发“微信小店”服务等情形下,微信撮合交易的意愿是最明确、直接的。通过微信“钱包”一级入口中的“京东精选”、“吃喝玩乐”等,促成有关交易,在一般用户看来,不会混淆为腾讯直接提供的服务,微信平台承担责任的风险相对就低很多。对于利用微信平台进行的C2C交易而言,微信显然并未参与到交易之中,其承担平台责任的风险就是最低的。

第四,用户的理性预期。“社会建立在秩序的基础上,而秩序必须以界限和预期作为基础。”<sup>[14]</sup>在具体的电商生态和商业模式环境下,用户的理性预期越高,平台承担责任的可能性也就越大。比如,用户对于在天猫和淘宝上交易的预期肯定是不一样的。结合平台的自我宣传和交易的基本知识,天猫类似于商场,主打正品(“品质之城”);淘宝则类似于集市,主打产品的多样化(“淘我喜欢”)。就产品质量而言,用户对于前者相对于后者的预期显然更高。因此,前者的产品责任标准也要高于后者。微商又不同于天猫和淘宝电商:一方面,用户在朋友圈发布商品广告信息时,其微信好友一般会理解为自己好友的“推荐”,而不是作为平台的微信的“推荐”。所以,在这种情况下,一般不存在微信承担责任的基础。另一方面,在微信自身通过朋友圈推广商品时,显然会被理解为微信的“推荐”,微信因而就要承担一定的平台责任。

#### (二) 平台责任的条件

关于平台责任尤其是平台连带责任成立的条件,《侵权责任法》、《消费者权益保护法》的有关规定最有代表性。通过上文对平台责任基础的分析,可以更清晰地理解这些条款背后的逻辑。

《侵权责任法》第三十六条规定的避风港规则在明确平台什么情况下承担侵

权责任的同时，也划定了平台豁免责任的条件：“网络用户、网络服务提供者利用网络侵害他人民事权益的，应当承担侵权责任。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。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。”根据这一规定，平台连带责任的成立，首先考虑其是否存在过错，其次考虑平台是否知情（知道）和采取必要措施。而判断平台是否“知道”，应当结合平台“撮合意愿”的大小来识别；之所以设定平台能够“采取必要措施”，则是因为平台拥有事实上的“控制能力”。

修订后的《消费者权益保护法》第四十四条也规定了平台承担责任的具体条件：“消费者通过网络交易平台购买商品或者接受服务，其合法权益受到损害的，可以向销售者或者服务者要求赔偿。网络交易平台提供者不能提供销售者或者服务者的真实名称、地址和有效联系方式的，消费者也可以向网络交易平台提供者要求赔偿；网络交易平台提供者作出更有利于消费者的承诺的，应当履行承诺。网络交易平台提供者赔偿后，有权向销售者或者服务者追偿。网络交易平台提供者明知或者应知销售者或者服务者利用其平台侵害消费者合法权益，未采取必要措施的，依法与该销售者或者服务者承担连带责任。”根据本条规定，网络交易平台是否承担责任，也要考虑其过错、知情（知道）和采取措施等因素。与《侵权责任法》不同的是，这里进一步规定了平台对承诺所应承担的责任。承诺对应地会让用户形成理性预期，合理的预期就意味着平台要承担相应的责任。

#### 四、微商治理的方向：协同而不是对峙

“平台方是平台组织的内部管制者，属于内部软约束；政府是平台组织的外部管制者，属于外部硬约束。”<sup>[15]</sup>政府与腾讯都是“微生态”的“局内人”，对于微商平台的治理都有着各自的角色和作用。如果政府监管的基础是公权力，腾讯则可能拥有某种意义上的“私权力”<sup>[16][17]</sup>。单独依靠政府的监管或者仅仅强调平台的责任，都不能保障微商的健康发展。互相推脱责任的对峙，并不能有效的解决问题，反而会带来内耗和公共资源的浪费。协同治理则是对政府、平台、社会

多方都有利的选择。因此，协同治理而不是对峙、冲突，才是微商治理可取的方向。这才与轻对峙、重协作的互联网思维是一致的。

面对新的商业模式和线上交易的复杂性，政府传统的监管方式、监管资源、监管能力都面临严峻挑战，平台的配合、支持已经日益变得不可或缺。平台需要不断完善“微生态”的秩序，比如实施必要的实名认证、保存必要的交易记录、提供公众号经营者的详细主体信息等。这样既有利于微生态自身的健康发展，也可以补足监管的短板、补强监管的能力。

但是，平台“微生态”秩序的完善显然是有成本的。对于平台而言需要投入相当的经济成本，实名认证要花费人力、物力，巨量交易数据的存储更是成本巨大。良好的“微生态”秩序是可以形成显著的竞争优势。至少从塑造和维护这一竞争优势出发，有远见的平台肯定愿意为此“投资”。这是市场机制使然。可是，政府监管的要求并不会与此一致。由此所可能带来的额外成本，是否应由平台完全负担则需要结合具体的背景和情形做深入地分析和探讨。然而，在政府可以采取降低相应成本时，无论是从节约整个社会的资源出发，还是以促进电商产业的发展为目的，都应推出积极有效措施支持平台的有关举措。无论是公共数据及其端口的开放，还是将平台的某些合规活动（协助统计数据、协助查处案件）纳入政府采购，都是协同治理的有效方案。

#### [ 参考文献 ]

- [1] 阿里研究院. 互联网+: 未来空间无限 [M]. 北京: 人民出版社, 2015, 2、11、15.
- [2] 习近平谈互联网 [EB/OL].  
<http://politics.people.com.cn/n/2014/1120/c1001-26059219.html>,  
2014-11-20.
- [3] 李化、郭璨. 移动电子商务发展趋势及模式构建 [N]. 光明日报, 2014-09-14.
- [4] 微信平台首份数据研究报告: “微信的影响力” [EB/OL].  
<http://www.18touch.com/shujubaogaoweixi.html>, 2015-01-27.
- [5] 腾讯公布 2015 年第二季度及中期业绩 [EB/OL].

<http://www.tencent.com/zh-cn/content/at/2015/attachments/20150812.pdf>, 2015-08-12.

[6] 易北辰. 移动互联网时代 [M]. 北京: 企业管理出版社, 2014, 5.

[7] 90后网络红人售卖毒面膜 自称年收入七位数-新华网 [EB/OL].  
[http://news.xinhuanet.com/overseas/2015-04/20/c\\_127708125.htm](http://news.xinhuanet.com/overseas/2015-04/20/c_127708125.htm),  
2015-04-20.

[8] 央视揭秘微传销首例微信传销案在审 [EB/OL].  
<http://mt.sohu.com/20150525/n413698757.shtml>, 2015-05-25.

[9] 微信朋友圈变“生意圈”: 假货横行有传销嫌疑 [EB/OL].  
<http://business.sohu.com/20140520/n399777541.shtml>, 2014-05-20.

[10] 胡建淼. 行政法学 (第四版) [M]. 北京: 法律出版社, 2015, 60.

[11] 陈威如、余卓轩. 平台战略: 正在席卷全球的商业模式革命 [M]. 北京: 中信出版社, 2013, 82.

[12] 张新宝. 侵权责任法 (第二版) [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2011, 168.

[13] 杨立新. 侵权法论 (第四版) [M]. 北京: 人民法院出版社, 2011, 648.

[14] 王成. 侵权责任法 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2011, 11.

[15] 徐晋. 大数据平台: 组织架构与商业模式 [M]. 上海: 上海交通大学出版社, 2014, 13.

[16] 周辉. 平台责任与私权力 [J]. 电子知识产权, 2015, 06:37-43.

[17] 周辉. 从网络安全服务看网络空间中的私权力 [J]. 中共浙江省委党校学报, 2015, 04:121-128.

[收稿日期] 2015

[基金项目] 本文是“2014年度国家法治与法学理论研究项目《法律规范的冲突及解决研究》(编号: 14SFB2006)”和“第57批中国博士后科学基金面上二等资助项目《技术、权利与法律: 电子商务中的个人信息保护》(编号: 2015M570994)”阶段性研究成果。

[作者简介] 周辉(1985—), 男, 山东成武人, 国家行政学院法学部博士后研究人员、法学博士、助理研究员, 研究方向: 行政法、互联网法、知识产权法。

i 《侵权责任法》第36条第三款规定:“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。”按照通说, 这里的知道应当做“明知”理解, 并不包括“应知”的情形。