

网络法和传媒法*

本文试图通过简要回顾互联网功能的发展历程，说明网络法的基本内容，进而阐述网络法和传媒法的联系和区分，在网络传播与传统媒体传播融合的条件下，传媒法将会发生怎样的变化。

一、互联网功能的发展

互联网自上世纪 80 年代产生到现在，经历了通信工具——媒体——社会基础设施这样的发展历程。

互联网是从美国阿帕网开始的，是为应对设想中的核大战的通信而设计的。尔后很快被媒体用来传播新闻信息，90 年代末联合国正式称之为继报纸、广播、电视之后的“第四媒体”。¹世纪之交，随着进入 web2.0 时代，网络互动功能的突飞猛进和移动互联网的普遍应用，网络全面融入社会生产和生活的方方面面，成为社会的一项基础设施，形成了“网络空间”（cyberspace）概念。

中国人在 80 年代末期首次涉足互联网也是用于通信，就是那件著名的“越过长城，走向世界”的电邮信件。1990 年 12 月上海证券交易所成立，各地证券公司通过异地计算机联网开展交易，但是股民还是要到公司下单，所以还是属于公司同交易所之间的通信。²1994 年 4 月中国与国际互联网联通，在此前后中国开始利用互联网作为媒体，1993 年 12 月《杭州日报·下午版》利用当地的联机服务网发布网络版，揭开了中国报纸电子化的序幕。在加入国际互联网以后最初上网的有《神州学人》《中国贸易报》《中国日报》等。³

这里借助 CNNIC 报告来简述我国互联网应用的发展，这家报告已经延续了 19 年，发布了 38 次。在 1997 年 10 月的第 1 次报告中，当时中国上网计算机 29.9 万台，用户 62 万，网站 1500 个，唯一的应用就是获取科技、金融和社会新闻等信息。在 2001 年 7 月第 8 次报告中出现网上炒股、网上购物、网上支付和电子商务的术语。到 2008 年 1 月的第 21 次报告正式将“电子商务”列为一项应用，包括“网上购物、网上支付、网上银行”，而“网上炒股、网上求职、网上教育”被列入“其他”。2009 年 7 月第 24 次报告列入“博客”和“旅游预订”。2011 年 1 月第 27 次报告列入“微博客”。2014 年 7 月第 34 次报告列入“即时通信、团购、互联网理财”。值得注意的是今年（2016 年）第 37、38 次报告将“应用”列项作了大幅度调整，其中“网络新闻”和“即时通信、搜索引擎、社交应用”并列为“基础应用”，与“基础应用”并列的则为“商业交易”“网络金融”“网络娱乐”以及首次出现的“公共服务”，在它们的子项目中，“网上外卖”“直播”“网络约租车”“在线医疗”“在线政务服务”等，都是首次出现的项目。

通常认为中国互联网在 2005 年进入 web2.0 时代，2012 年进入移动互联网时代，网络商务有赖于交易双方的流畅互动，而即时通信、外卖、网络打车通常不会在 PC 上进行，CNNIC 开列的网络应用变动虽然只是反映网络演进的一部分，但是同整个互联网功能发展趋势是一致的。

随着李克强总理在 2015 年《政府工作报告》正式提出制定“互联网+”行动计划，

* 原载《传媒法与法治新闻研究》，2016 年卷，中国政法大学出版社出版。

¹ 参见闵大洪：《中国网络媒体 20 年》前言，电子工业出版社，2016。

² 参见贺宛男：《改革：中国的唯一选择》，同济大学出版社，1994，第 164 页，第 177 页。

³ 参见彭兰：《中国网络媒体的第一个十年》，清华大学出版社，2007，第 23-33 页。

推动移动互联网、云计算、大数据、物联网等与现代制造业结合，促进电子商务、工业互联网和互联网金融健康发展，引导互联网企业拓展国际市场⁴，互联网已经公认成为国家和社会生活的一项基础设施，就像水和空气一般地渗透到各个领域。互联网发展就这样进入了第三次发展浪潮。

如今，互联网日益成为人们学习、工作、生活的新空间，日益成为人们获取公共服务的新平台。

不过，互联网功能的发展是扩充而不是更替。互联网的媒体性质，也就是发布和传播新闻信息的功能并没有减退更不会丧失，说互联网已经不是媒体的说法是没有事实根据的。正如 CNNIC 所列，“网络新闻”依然是互联网的一项基础应用。⁵

二、互联网拓展了法律调整领域

在对网络空间的研究中，有些人对网络空间产生了一些过于浪漫的想法，似乎网络空间是独立于现实世界的另一个空间，“忽闻海外有仙山，山在虚无缥缈间”。据说由于网络空间具有虚拟性、全球性、无疆界性等特点，会与物理空间的国界发生冲突，国家主权和国家权威对网络空间会表现出不同程度的失控，甚至发生合法性危机。所以应该将网络空间视为一个与现实社会迥然不同的独特领域、全球公共领域，构建一个超脱于传统国内法的新的法律空间。这种看法是错误的。

网络空间不管怎么广袤无际，总归是现实空间的延伸。网络空间的法律关系与现实社会的法律关系是一致的。网络空间必须建立于电信网络、服务器、路由器、主机以及其他接收终端等等物理设施基础之上，甚至可以说是“命悬一线”。网络空间的任何操作，网络蜘蛛，云储存和云计算，大数据运算，不管怎么复杂怎么高超，都是现实社会设置并且从现实社会启动的，现实社会永远是网络空间行为的“第一推动力”。网络空间行为的法律后果，不管是正面还是负面的，是合法获益还是侵权损害，也必须在现实社会实现。不久前《民法总则》讨论稿将虚拟财产列为物权保护范围，有的学者不赞成，这可以讨论，但是虚拟财产既然被承认为一项权利，总是要归属于特定人的，即使是网上的虚拟人，也一定有对应的社会人，即使不能转化为有形财富（我国没有将虚拟货币转换为货币的制度），也是一种精神利益，否则就不是虚拟而是文学作品的虚构了。

所以，任何国家，对于自己国土上的网络基础设施，网络运行和经营实体，各种社会主体（自然人、法人和其他组织）在网上实施的行为及其后果，一定是有管理的权力和能力的，对于来自他国通过网络发动的损害本国和本国民众利益的行为，一定是有防御和制裁的权利的。这就是网络主权的通俗表述。说一个国家（政府）对自己国土上的人、事、物居然无权管理和无权保护，未免过于荒唐。有的国家如美国，不提网络主权，但是十分强调本国在网络空间的国家利益，国家利益的核心不正是主权吗？美国制定的关于互联网的法律据说是各国最多的⁶，美国政府也无时不在对本国的网络设施、网络组织和网络空间的内容进行各种管理、调控以至秘密的监视，甚至延伸到外国，有位 CIA 雇员 Snowden 把秘密的监视计划（PRISM）公开出来了，它不是以叛国罪在全球范围对他发出通缉令吗？这些不都是在行使它对于网络的国家主权吗？

一些行为特别是文化科技领域的行为超越国界的现象是早就有之的，不自网络始。无线电广播、电视就是超国界的。行为在 A 国实施，而后果在 B 国发生，这种情况多

⁴ 李克强在第十二届全国人民代表大会第三次会议上的政府工作报告，2015年3月5日。

⁵ CNNIC 历年报告来自其官方网站。

⁶ 北京市网信办：《国内外互联网立法研究》，中国社会科学出版社，2014，第199页。

了去了。这就需要各国本着平等互利精神进行协商，订出一定的规则，或者是双边和多边协议，或者是国际公约，共同遵循。这是国际法的问题。国际法高于国内法。国际法一经本国立法机关批准，本国就承担了遵守国际法的义务。但是国际法必须经过国内法才能适用于本国。这是世界通行的原则。网络空间在不同国家之间发生的法律问题也应该本着国际法的基本原则来解决。互联网的存在本来就是建立在国际协议基础上的，有一定的特殊性。美国作为互联网发明者拥有天然的优势，全世界大多数分配顶级域名和 IP 地址的根服务器都在美国境内（13 部中的 10 部），由美国政府管理下的一个名为“互联网名称与数字地址分配机构”（ICANN）的非营利组织维护运行。这对其他各国互联网是一个“卡脖子”的问题。2016 年 10 月 1 日，美国政府和 ICANN 之间签订的负责管理互联网核心资源的 IANA 职能合同到期失效，美国政府宣布将 IANA 职能的管理权移交给全球“多利益的相关方”。对这件事，我看到国内一些学者如薛虹、方兴东等都予以积极评价。⁷在我看来，接下来还会伴随着漫长的国际博弈。不过无论如何，其结果不能背离国际法的基本原则。

所以，任何国家的网络法的基本法律制度必须也只能是本国现实社会的基本法律制度的延伸。这是网络主权的题中必有之义。

在我国，《宪法》和许多基本法律、法律的基本原则完全适用于互联网，诸如：《国家安全法》《民法通则》《刑法》《合同法》《公司法》《证券法》《反不正当竞争法》《反垄断法》《消费者权益保护法》《未成年人保护法》《预防未成年人犯罪法》《治安管理处罚法》等等，一向以来，网络领域的相关法律关系都是按照上述有关法律原则进行调整。2000 年全国人大常委会《关于维护互联网安全的决定》的主要内容就是申明现行法律特别是刑法中的禁止性规范和处罚措施同样适用于互联网，廓清了互联网超脱于传统法律的奇谈怪论。有些一般法的规定适用于互联网有必要制订一定的应用规则，这就是司法机关根据人大常委会授权制定司法解释。

当然网络领域的法律关系有其特殊性，除了适用一般法以外还需要制定特别法。这两种情况：

一是在一般法中对有关网络问题制定特别条款。著名的如《侵权责任法》第三十六条，被称为网络侵权规定。在适用上，特别法优于一般法；而在无须制定特别法的方面，仍然是适用一般法。第三十六条只是对于网络服务商作为侵权责任主体的特殊规定，除此以外，《侵权责任法》中一般规定、责任构成和责任方式的规定，不承担或减轻责任的规定等，一概同样适用于互联网。在《刑法》《著作权法》《广告法》《保密法》《反恐主义法》等许多法律中，也存在同样的情况。

二是专门就互联网制定的法律文件。2016 年 11 月全国人大常委会三审通过《网络安全法》，是互联网领域的一部基础性法律，此外还有《电子签名法》以及人大常委会《关于维护互联网安全的决定》和《关于加强网络信息保护的决定》。在行政法规一级中，有关于网络安全方面的《计算机信息系统安全保护条例》《计算机信息网络国际联网安全保护管理办法》等，有关于网络基础和增值经营业务管理的《电信条例》，有关于网络信息服务管理的《互联网信息服务管理办法》，有关于网络知识产权保护的《信息网络传播权保护条例》《计算机软件保护条例》等。再下层位阶，就是地方性法规、部门规章和地方政府规章以及各种其他规范性文件，涉及国际联网管理、信息和新闻传播、域名、病毒防治、教育、医疗、网上银行、电子支付、游戏、地图、文化、税务、发票等诸多事项，不胜枚举。而特别法仍然必须同宪法、其他法律特别是上位法保持一致，不得抵触，例如《网络安全法》就是在网络空间落实《国家安全法》的总体国家安全观。

⁷ 参见《汕头大学学报（网络空间研究）》，2016 年第 9 期。

我国有关互联网的一般法和特别法的法律文件和规范性文件数量是很多的。据张平统计,截至2011年12月,关于互联网立法有专门法律和人大常委会决定各1件,相关法律21件,专门和相关行政法规51件,部门规章和规范性文件843件,司法解释和司法性文件43件,行业自治规范46件,共计1006件。⁸据北京市网信办2014年所列目录,有相关法律19件,司法解释19件,专门和相关行政法规15件,部门规章和规范性文件127件,行业自治规范12件。制定这些规范来自24家主体。⁹据2015年国家网信办《中国互联网法规汇编(第一版)》所收录,有法律1件,人大常委会决定2件,行政法规10件,部门规章28件,司法解释13件,规范性文件32件,共86件;还有时常适用于互联网的法律法规28件。¹⁰网信办此书,应该是目前官方认可的最常用的网络法的内容(现在还应加上《网络安全法》和新发布的规范性文件)。

三、网络法呈现为“领域法”

我国网络法的特点是数量繁多而许多文件位阶低下,这在很大程度上是由于网络科技和产业发展太快了,不断出现新的法律问题,有关部门只能赶时间来制定规则予以应对。一直以来,也有不少学者就健全和完善网络立法作出各种研究,提出诸多见解。有人主张应该制定一部总体的信息网络法,也有人认为网络法将会形成一个单独的法律部门,还有更多学者则是就网络领域法律关系的特点对网络法包含的内容进行分类的研究。诸如齐爱民¹¹、张平¹²、周庆山¹³、周汉华¹⁴,以及青年学者夏燕¹⁵等,还有北京市网信办,都从不同的角度提出了自己的构想。

借鉴各家的研究成果,在对现有法律文件和规范性文件粗浅归纳的基础上,我对网络法的内容进行这样的分类叙述:

1.网络安全法。从《网络安全法》看,包括网络领域涉及的国家安全和公共安全,网络物理存在的安全和网络空间存储的信息和数据的安全这样三个层面。根据总体国家安全观,在网络领域维护国家安全和公共安全,既包括防御和摧毁敌对势力以网络入侵、网络攻击等手段危害国家和公共社会的行为,也包括抵制利用意识形态手段动摇和瓦解国家根基的行为。其保护客体是国家和公共社会的安全和利益,属于公法范畴。

2.网络权利法。我国宪法规定的公民基本权利有许多会延伸到网络领域,如公民的言论自由、出版自由、通信自由和通信秘密,在党的权威文件上表述为表达权、参与权、知情权和监督权,网络为公民行使这些权利提供了广阔的天地。网络的知识产权,包括著作权、商标权、专利权,是一个需要发展新的规则因而备受关注的问题。此外,公民的人身权,如名誉权、隐私权、肖像权和人格尊严等,以及法人的类似权利,在网上受到侵害的机会很多,理应加强保护。网络还会产生一些新的权利,如域名权、数据权、虚拟财产权等。其保护客体是宪法和法律规定的公民、法人的合法权利,言论自由等是政治权利,属于公法;知识产权和人身权等是民事权利,属于私法。¹⁶

⁸ 参见张平:《互联网法律规制的若干问题探讨》,刊《知识产权》(北京),2012年第8期。

⁹ 参见北京市网信办:《国内外互联网立法研究》,中国社会科学出版社,2014,第237-255页。

¹⁰ 参见中共中央网络安全和信息化领导小组办公室、国家互联网信息办公室政策法规司编:《中国互联网法规汇编(第一版)》,中国法制出版社,2015。

¹¹ 齐爱民、刘颖:《网络法研究》,法律出版社,2001。

¹² 张平、郭凯天主编:《互联网法律法规汇编》,北京大学出版社,2012。

¹³ 周庆山:《论网络法律体系的整体结构》,刊《河北法学》(石家庄),2014年第8期。

¹⁴ 周汉华:《论互联网法》,载《中国法学》(北京),2015年第3期。

¹⁵ 夏燕:《网络空间的法理研究》,法律出版社,2016。

¹⁶ 参见郭珂琼:《互联网新兴权利保障研究》,吉林大学博士论文,2016。

3.网络公民法。互联网在国家管理和社会治理中也显出越来越重要的作用。网络已成为政府信息公开重要载体；许多政府机构还实行线上办事，社会治理模式正在从单向管理转向双向互动，从单纯线下办事转向线上线下融合，以推进政府监管向注重社会协作转变。有的行政机关还在推行行政执法网上直播。在司法系统，裁判文书在网上公开已经形成制度。有的法院在试行网上庭审微博转播和直播。这方面的法律调整的是行政、司法等公权力机关和公众其中特别是行政相对人、司法当事人之间的法律关系，保障公权力机关依法行使职权和公民、法人的合法权益，属于行政法和诉讼程序法部门。

4.网络商务法，通称电子商务法。包括通过网络进行的各种商品和有偿服务的交易活动，各种支付行为和理财投资活动，网上银行，网上保险，网络广告，以及其它各类“互联网+”形成的商业活动，等等。主要调整产品销售和服务者同消费者之间的法律关系，属于商法部门。

5.网络产业法。对于各类从事基础电信业务、增值电信业务的网络企业和机构的准入、许可、备案、投资、竞争、并购、上市以及日常监管等，属于经济法部门。

6.网络管理法。网络渗透到各行各业，相对应的行政部门当然有管理之责，从这个角度说，“九龙治水”也是不可避免的。问题是要依法行政，厘清相关行政部门的职责范围，实现协同管理和服。有关法律规范当然属于行政法部门。

这里没有如有的学者将网络信息法单列为一类，因为网络自身就是包括PC在内的各种接收终端通过一定程序和规则对信息进行搜集、处理、存储、传输的系统，网络化也就是信息化。上述各项业务的基础都是在信息流动基础上实施的，应该分别按照不同领域的法律规范进行规制。若要讨论专就面向公众发布和传播信息的法律，就是下面要专门说的传媒法。

我这样划分只是要说明：网络活动涉及国家和社会生活方方面面，不可能以一部法律来囊括一切。其中既有现行一般法律的适用，也需要根据网络活动的特点制定专门法律。网络法所要调整的社会关系涉及多个法律部门，不可能单独成为一个法律部门。网络法调整网络领域所有行为主体之间的社会关系，是涉及各个法律部门、各部法律、各种位阶法律文件的有关网络的法律规范的总和。¹⁷

有学者使用“领域法”这样的术语来说明这种法律形态。

四、网络法与传媒法在内容上是交叉关系

我多次说过传媒法也具有这样的特点；¹⁸传媒法也可以认为是“领域法”。

传媒法(Media Law)或称为传播法(Communication Law)、大众传媒法(Mass Media Law)，就其内容来说，主要是指保护和规范新闻传播和其他大众传播行为的法律。我们知道大众传播特征的经典表述包括三点：1.由一个组织或机构开展；2.通过某种技术手段复制并传播信息；3.面向不特定的广大公众。¹⁹惟其传播内容会发生社会影响并可能产生一定的法律后果，所以要专门讨论它的法律规范。大众传媒法通常不讨论点对点的或在媒介之外、日常生活中的人际传播，点对点传播是受通信秘密保护的私人行为；也不讨论政府、社团、企业等组织内部的组织传播，那是由这些组织的内部规章规制的。

网络上的信息传播形态也是多种多样，有通信等点对点传播，有社交圈内的人际

¹⁷ 参见北京市网信办：《国内外互联网立法研究》，中国社会科学出版社，2014，第14页，第181页。

¹⁸ 参见本书《法律应当是记者的一门必修课》《中国会有一部新闻法吗？》。

¹⁹ 参见[美]赛佛林：《传播学的起源、研究和应用》，陈韵昭译，福建人民出版社，1985，第8-9页。

传播，有特定组织内部的组织传播；我们称网络为“媒体”，主要就是指它从事面向不特定公众发布新闻和其他各种信息。

网络上的这一类传播，有许多就是经典的大众传播。在 web1.0 时代，许多网站发布或传播新闻和其他信息，同样是面对广大公众。这种情况我们称网络为媒体那是毫无疑问的。不过进入 web2.0 之后，各种形式的自媒体大量发展，出现了“人人都是发言人”“人人都是记者”的局面。而这些自媒体发布的信息和言论同样是面对公众的，有的自媒体会产生很大的社会影响。有的微博大 V 的粉丝就高达上千万，远远超过《人民日报》的每日发行量。自媒体传播具有大众传播的影响，但是却不具备大众传播的一个经典特征：是由个人不是由一个传媒组织或机构发起的。那么网络上这种大众传播和自媒体传播并存的局面该是一个什么概念呢？

至今，我没有见到国内或国际业界对于网络上的面向公众的传播有一个一致的概念，大致有：

1.继续沿用“大众传播”术语，而修改原先大众传播的概念特征：不管是组织还是个人，凡是面向社会不特定公众的传播都可以称为大众传播。大众传播的“大众”(mass)，本来就是指传播对象而言的。

2.公众传播(communiation to the public)。这个概念在法律文本上正式形成于 1996 年《世界知识产权组织版权公约》(WIPO Copyright Treaty, WCT) 第 8 条“向公众传播的权利”(Right of communication to the public)。这是针对在网络条件下，作者享有向公众传播其作品的专有权而制定的，特别提出“包括”使公众“在其个人选定的地点和时间获得这些作品”，这正是网络传播中“交互式传播”的特征。其实，在 1971 年修订的《伯尔尼公约》中，就有多处使用这个词组，分别规定了在不同条件下向公众传播作品的权利。WCT 是一个总括性的规定，将向公众传播权的权利客体扩大至所有的作品类型，同时将其传播方式扩大至所有面向公众的传播方式。我们知道，作者主要是自然人，同时也可以是法人、单位。这个概念还体现了“交互式传播”将传统大众传播中媒体掌握传播的主导权转变为个人自己掌握获取信息的主导权这样的颠覆性改变，眼下管理者对这种改变还难以应对。所以以“公众传播”来表述在网络上面向公众的传播是很合适的。²⁰

3.媒介传播(media communication)。我从陈力丹文章《传播学面临的危机和出路》²¹中看到引用美国学者 Chaffee 在《大众传播完结了吗？》中提议在网络环境下，以“媒介传播”的概念代替“大众传播”。作者列表从渠道、受众、控制、信息传输等多方面说明这两种传播形态的差别。

从上述概念的叙述中，我们可以看到，就法律层面来说，网络环境中面对公众的传播，同传统大众媒体的社会效果是同样的，就是说，其可能产生的法律后果也是同样的。所不同的，主要是传播主体的差别：在经典大众传播中，表达者必须经过传统媒体的媒介组织把关方能将内容推向公众；而在 web2.0 状态中，表达者可以自行向公众发布信息和意见，但是同样必须借助媒介（网络），而网络也总是要由一定组织或机构运行、经营。

所以传媒法应该也必须延伸到网络的面向公众传播，后者会产生与传统媒体的传播同样的社会效果和法律后果，而且都必须有媒体的参与。所不同的是表达者和媒体的参与顺序发生了变化，这样在法律责任的承担方面应该有所区别。

网络法和传媒法在内容上应该是交叉关系。

²⁰ 目前新闻传播学界有些学者提议以“公共传播”取代“大众传播”，如唐绪军 2016 年 10 月 16 日在南京大学举行的中国传播学大会上作《新的传播时代呼唤新的传播概念》，就持此说。

²¹ 刊《新闻记者》(上海)，2016 年第 8 期。

（1）传媒法延伸到网络空间的主要共同原则

1.表达自由和信息自由。

这是国际公认的基本人权，也是大多数国家宪法规定的公民权利，人们公认互联网大大扩充和发展了这些自由。2012年7月和2016年7月，联合国人权理事会两次通过《互联网上推动、保护及享有人权》（The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet）的决议草案，申明“民众在线下拥有的权利在线上同样必须受到保护，尤其是表达自由”²²，将《世界人权宣言》（Universal Declaration of Human Rights）第19条和《公民权利和政治权利国际公约》（International Covenant on Civil and Political Rights to the Internet, ICCPR）第19条规定的表达自由原则应用于互联网。中国政府也早已郑重声明“中国公民在互联网上的言论自由受法律保护，可以通过各种形式在网上发表言论”，“中国政府将坚定不移地维护公民依法享有的互联网上的言论自由”。²³

2.表达自由有法律边界。

正如ICCPR第19条第3项规定的那样，表达自由附有特别的责任和义务，所以要以法律规定予以限制，这种限制包括两个方面：a.尊重他人权利或名誉；b.保障国家安全或公共秩序，或公共卫生或风化。世界上任何国家对于表达内容都是有法律边界的，这种边界，线下和线上也理应一个样，诽谤、宣扬隐私、侵犯版权、淫秽、煽动战争和暴力等是常见的受限制内容，网络兴起以来，保护隐私和个人信息成为人们越来越关注的问题。

3.媒介传播可控可管。

所有的对公众的传播都要经过媒介。传统的大众传播和web2.0下的网络传播不同的是，前一种情况媒介决定内容，表达者提供内容只有经过媒介把关方能进入大众传播；后一种情况表达者向公众传播无需经媒介把关而是直接上载于网络。那么是不是媒介与内容绝对分离呢？不是的。内容在网络空间发布而为公众所知，实际上是存储于网络平台服务商的服务器上，服务商对于内容仍然是可以控制的，只是从传统媒体在发布前的事先控制变为发布后的事后控制而已。

这样网络平台服务商与传统媒介一样，对于非法内容同样会被要求承担法律责任，只是设置了较为宽松的条件。从美国DMCA关于侵犯版权中服务商“避风港”和“红旗标准”的规定，到英国2013年《诽谤法》对服务商责任的规定，虽然承担责任的归责原则、责任形态各有不同，但总是以服务商在一定条件下要承担责任为前提的。

4.知识产权保护。

版权法是传媒法重要组成部分。现代版权制度延续300年，从印刷媒介进到电子媒介，现在必然要进入网络，网络作品的版权保护同样也是网络法的重要内容。而版权是伴随印刷媒介出现而形成的，在广播电视等电子媒介中尚且留有难以解决的争议，那么网络作品版权的形态、侵权行为的归责原则和责任形态等方面还有许多问题需要探索，也是可以理解的。

5.人身权保护。

名誉、隐私、肖像、人格尊严等等的保护当然也是线下线上一个样，所不同的只是网络服务者的归责原则和责任形态有所区分。

（2）网络法中不属于传媒法的内容

凡是不属于向不特定公众发布和传播信息的行为及其主体所形成的社会关系都不属于传媒法调整的范围。

²² <http://www.voachinese.com/a/un-human-rights-20160701/3400851.html>

²³ 《中国互联网状况》白皮书，刊《人民日报》，2010年06月09日。

1.从信息传播方式来说,通信,点对点的传播, email, Skype, 两人双向的 QQ、微信,属于人际传播中的私人行为,不发生社会影响,本身一般不属于传媒法讨论范围。传媒法要关注的是对于这类传播内容的非法窥探、窃取和泄漏行为,这是属于对私隐的侵犯。不易确定界线的是社交传播达到多大范围算是公众传播。不过传统的英国诽谤法有诽谤性言论只要向第三人公开就应承担责任的规则,我国也发生过多次社交圈言论引发诉讼的案件,所以社交传播原则上应该受到传媒法关注。

2.从信息传播内容来说,网络商务活动中的信息交换,带有很大的程序性和私密性,不是传媒法讨论范围。特别是网上支付、投资、流通等行为,其实质已经从信息流变为资金流,是货币的信息化,与通常理解的信息传播没有关系。

3.从网络企业和机构来说,传媒法主要规制的是以提供内容为目的的服务商。除此以外,从事基础电信业务的服务商,还有各类以特定商业目的而设的各类专业服务商,诸如网上银行、网上证券交易、网上购物、网上订票订座、团购、网约车之类的服务规则、流程以及可能发生的纠纷,不是传媒法的涵盖范围。当然它们面对公众发布信息,包括那些具有广告性质的信息,传媒法应予关注。

4.网络运行各种硬件基础及其产业,从电信网络到 PC、手机、平板电脑等各种接收终端,它们的建设、保护和防卫、运行、服务、生产、销售,种种规则,不在传媒法视野之内。不过,传媒法要关注国家在总体上实行的网络产业政策,如“三网融合”。

以上种种区分,只是从学科意义上说的,而且并不具有确定性。传媒法研究者无疑应该关心网络空间的一切法律问题,例如当下四个城市发布网约车规则问题引起热烈讨论,第一枪就是传媒法研究学者放的。

(3) 传媒法中不属于网络法的内容

各类传统媒体,诸如书报刊出版,电影摄制及放映,录音录像制品,广播,电视,各有自身的准入、许可、运行、监管等规则,并制定法律法规,这当然不属于网络法的范围。

新闻记者作为一种特殊的行业,许多国家或是通过法律给以特殊的保护和支持,或是通过自律和共律予以规制,这也在网络法之外。

我还没有见到外国有设置网络新闻媒体组织的特殊规则。但是中国有,而且在媒体融合的政策下,形成了一系列值得探索的复杂问题。

由于资料的限制,我只是从两本书的版本来看在外国网络传播发展对于传媒法的影响。一本是美国 Don R. Pamber 的《大众传媒法》,中文本是翻译 2003 年第 13 版,于 2005 年出版。²⁴以 2015 年第 19 版作比较。²⁵一本是美国 W. Overbeck 的《媒介法原理》,中文本是翻译 2004 年版,于 2011 年出版。²⁶以 2014 年版作比较。²⁷这种比较是浏览式的,主要是目录和章节。结果发现这两部著作在时隔十多年经过多次再版后的新版本,在总体结构上也就是章的层面上居然都没有变化。只是在节以下的层面上补充了若干有关网络的新内容,合起来说如有:在宪法章下添写了信息高速公路、网络中立(Net Neutrality);在诽谤和侵犯隐私章下加入网络诽谤和网上隐私信息保护;在新闻采集者章下讨论了谁可以成为新闻记者和盾法问题;在淫秽和法的章里增加讨论了新科技与性内容;在版权章加入了互联网上侵犯版权;在有关电子媒介规制章增加了互联网技术及其挑战等。

这样的变化可以说是微调。也许这两部著作的作者与我一样,都是从研究传统的

²⁴ 张金玺译,中国人民大学出版社出版。该社已购买了第 19 版版权组织翻译出版。

²⁵ *Mass Media Law*, 19th Ed., Published by McGraw-Hill, 2014, New York.

²⁶ 周庆山等译,北京大学出版社出版。

²⁷ *Major Principles of Media Law*, 2014 Ed., Cengage Learning.

大众媒介法过来的，形成思维定势，在自己著作再版时走走捷径。但是也可以看到，在传统媒介与网络融合的过程中，涉及的法律关系变动既然主要发生在传播主体之间，那么在像美国那样实行新闻自由制度的国家，公民和新闻媒体享有的权利是平等的，所以大众传播法体系的总体格局并没有发生根本变化（在有些部分会有深刻而复杂的发展），也是可以理解的。

这当然也只是至今为止的理解。互联网使新闻传播格局发生了颠覆性的变化，法律作为对事实的追认，总是滞后于现实，应该预见未来的传媒法也将会发生结构性的变动。

五、中国管控网络内容的措施

中国的社会制度与政治制度与西方国家迥然不同，中国不实行西方新闻自由的媒介制度。中国媒介制度的核心原则是“党管媒体”，为此作了精心的法制设计。按照各行政法规规定，对于纸媒实行主办单位主管机关制度，主办主管负有直接管理责任，在大部分纸媒转企改制以后还是坚持这个制度；广播电台电视台实行政府办台制度，在进行制播分离改革以后播出机构和新闻采编机构还是置于政府管辖下的事业单位；影视制作虽然早已企业化，但是国家实行影视审查制度。我把这种体制归纳为“公民有自由，媒体归国家”²⁸，党和国家对媒体犹如“身之使臂，臂之使指，莫不制从”²⁹，以此保证媒体承担正确舆论导向、弘扬社会主义核心价值观体系等职责和使命，免于异己势力的侵袭。

互联网兴起对这种体制形成了严重的挑战。除了前述经典大众传播方式发生的重大改变、也就是表达者不需要经过把关人就可以自行通过网络发布信息和意见之外，互联网单位的设置从一开始也同传统媒体不同，对经营性网站实行许可制，非经营性网站实行备案制。除了传统媒体举办的网站以外，一大批从事信息内容服务的商业网站应运而生，它们并不直接隶属于任何党政部门，而是独立经营的公司。传统媒体的一统天下从此打破，有人用“两个舆论场”来形容这种新的媒介生态。

按照总体国家安全观，网络内容管理关系到国家的长治久安。正如《人民日报》总编辑杨振武在一篇长文中所说：

过不了互联网这一关，就过不了长期执政这一关。过好互联网这一关，必须能管互联网。新媒体不能脱离党的领导，更不能成为“法外之地”。如果管不住互联网，党管媒体的原则在互联网上就会被架空，我们就会犯下历史性错误。过好互联网这一关，必须会管互联网。会管互联网，重在管导向，使新媒体在导向上与传统媒体一个标准、一个要求、一条底线。³⁰

为了管住管好互联网，保证媒体的正确舆论导向等功能，实现这“三个一”的目标，国家从法制层面上采取了一系列措施，这里列举几项：

1.新闻采编特许。

新世纪起，国家对网络新闻传播加强管理。2000年，国新办和信息产业部发布《互联网站从事登载新闻业务管理暂行规定》，对网上新闻传播予以规范。2004年，《国务院对确需保留的行政审批项目设定行政许可的决定》第372项设定互联网站从事登载新闻业务许可。2005年，国新办和信息产业部又发布《互联网新闻信息服务管理规定》

²⁸ 魏永征：《中国媒介管理法制的体系化——回顾媒介法制建设30年》，刊《国际新闻界》，2008年第12期。

²⁹ [西汉]贾谊：《过秦论》。

³⁰ 参见杨振武：《把握好政治家办报的时代要求——深入学习贯彻习近平同志在党的新闻舆论工作座谈会上的重要讲话精神》，刊《新闻战线》，2016年第3期。

取代“暂行规定”。2015年国家网信办再发布修订文本征求意见。

现行制度集中管控的是时政类新闻，指“有关政治、经济、军事、外交等社会公共事务的报道、评论，以及有关社会突发事件的报道、评论”。按此界定，娱乐、生活服务、财经、科技、学术等类信息，除非直接涉及社会公共事务，通常不包括在内。

按照上述“规定”，中央、省级和省级政府所在市的直属新闻单位经过审批，可以认定具备“互联网新闻信息服务许可一类资质”，发布自行采编或制作的新闻，称为“新闻网站”。而包括商业门户网站在内的其他网站，经过审批只能转载、发送中央和省级直属新闻单位发布的新闻，属于“二类新闻服务许可资质”，没有新闻发布权，只能有编辑不能有记者，不能申领国家颁发的记者证。

2014年国家网信办发布《即时通信工具公众信息服务发展管理暂行规定》(通称“微信十条”)，将这项制度延伸到即时通信工具，分为三类：对于时政类新闻，新闻单位、新闻网站开设的公众账号可以发布、转载，取得互联网新闻信息服务资质的非新闻单位开设的公众账号只可以转载，其他公众账号未经批准不得发布也不得转载。

为了规范“二类新闻服务资质”单位传播合格内容，建立了“规范稿源”制度。2015年国家网信办公布了380家可供网站转载新闻的名单，2016年又公布了一个新的扩大的名单。转载非“规范稿源”内容会被“约谈”或处罚。同时，对违规自行发布时政类新闻的网站进行处罚，关闭了违规频道。

这是把党管媒体原则延伸到互联网上的重要制度。涉及时政的新闻和评论只能限于中央和省级新闻体制内的媒体发布，以此引领网上的政治议题设置，确保网上信息以正能量为主，抵制各种谣言和灰色、黑色的负面声音。

2.用户上网实名制。

互联网从一开始就实行用户入网实名制，用户办理入网手续必须提供身份证件。《电信条例》第五十九条规定：“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”。但是不能从这条规定推演出用户上网发布言论也必须提供真实身份证件。

最初提出规定实名上网的是2004年教育部《关于进一步加强高等学校校园网络管理工作的意见》。2011年北京市新闻办、公安局等部门发布《北京市微博客发展管理暂行规定》，推行微博账号实名制。2012年全国人大常委会《关于加强网络信息保护的決定》规定：“网络服务提供者为用户办理网站接入服务，办理固定电话、移动电话等入网手续，或者为用户提供信息发布服务，应当在与用户签订协议或者确认提供服务时，要求用户提供真实身份信息。”2015年《反恐怖主义法》，也规定了电信、互联网等业务经营者、服务提供者，“应当对客户身份进行查验。对身份不明或者拒绝身份查验的，不得提供服务”(第二十一条)，并且对经营者、服务者未履行查验义务而拒不改正的规定了罚则(第八十六条)。《网络安全法》第二十四条有同样规定并在第六十一条规定了相应罚则。从此实名制正式成为法律规定。

网络空间并未脱离物理存在，网上活动都会留下痕迹即数字脚印。从理论上说，只要获取发送信息的IP地址，就可以追踪到发布人。公安部门就曾通过电邮的IP地址查获用电邮将国家秘密发送到境外的犯罪人依法予以惩处。实行上网实名制主要作用在于，一是提升侦查网上违法犯罪活动的工作效率，减低成本；二是形成一种威慑空气，使众多用户意识到自己网上言论如果违法是会有法律后果的，是要承担法律责任的。

3.网络服务商管理义务。

根据网上信息可控可管的原理，有关规章很早就规定了服务商对自己网络空间中出现违法内容的注意义务。2000年《电信条例》和《互联网信息服务管理办法》都规

定服务商发现其网站传输的信息“明显属于”违法违规内容的，“应当立即停止传输，保存有关记录，并向国家有关机关报告”。后者还规定网络服务者应当记录用户的有关各项信息，记录备份保存 60 日，在有关国家机关查询时，予以提供。

全国人大常委会《关于加强网络信息保护的決定》正式提出网络服务提供者“对其用户发布的信息的管理”职责，“发现法律、法规禁止发布或者传输的信息的，应当立即停止传输该信息，采取消除等处置措施，保存有关记录，并向有关主管部门报告”。

《网络安全法》第四十七条作出同样的规定并在第六十八条规定了相应罚则。

2015 年《刑法第九修正案》设立**拒不履行信息网络安全管理义务罪**，以强化督促服务商履行管理义务。

网络服务商是商业公司、市场主体，没有行政管理的权力。网络商与用户是服务和接受服务的关系，用户不是网络公司的雇员，双方不存在管理和被管理关系。³¹这样网络商管理用户的职权只能通过契约设置。《关于加强网络信息保护的決定》就规定为用户提供信息发布服务应当与用户签订协议。国家网信办发布规范性文件《即时通信工具公众信息服务发展管理暂行规定》进而规定用户在注册账号时，“应当与即时通信工具服务提供者签订协议，承诺遵守法律法规、社会主义制度、国家利益、公民合法权益、公共秩序、社会道德风尚和信息真实性等‘七条底线’”³²，也就是要求用户以自己名义授予服务商监督管理违背“七条底线”内容的职权。服务商在用户注册时，会显示包括遵守“七条底线”在内的格式合同，用户承诺后方可履行注册程序。用户上传内容若有超越“七条底线”，服务商即可删除。

5. 行政部门直接采取措施。

有关法规、规章还授权主管的行政部门直接网络服务商发出指令处置网上违法违规内容。如《互联网新闻信息服务管理规定》第二十三条规定主管部门发现违规内容应当通知新闻信息服务单位删除，后者应当立即删除，保存有关记录，并在有关部门查询时予以提供。《互联网信息服务管理办法（征求意见稿）》则进一步表述为国家有关部门可以采取阻断违法违规内容的信息的传播。《反恐怖主义法》第十九条专就含有恐怖主义、极端主义内容的信息规定网信、电信、公安、国家安全等主管部门应当按照职责分工，及时责令有关单位停止传输、删除相关信息，或者关闭相关网站、关停相关服务。有关单位应当立即执行，并保存相关记录，协助进行调查。对互联网上跨境传输的此类信息，电信主管部门应当采取技术措施，阻断传播。

现在服务商按照主管部门指令对违法信息采取删除、阻断、封号等做法已经成为管理网络公众传播的日常工作。

此外，还有如对利用网络侵害人身权益纠纷有关法律适用问题制定司法解释³³，对刑法现有诽谤、寻衅滋事等罪名作出解释以适用于网络空间³⁴以及制定利用网络实施犯罪的新的罪名如编造、故意传播虚假信息罪，宣扬恐怖主义、极端主义、煽动实施恐怖活动罪等³⁵。兹不赘述。

以上各项措施，集中调整国家、网络服务商和公众三者之间或公众之间在网络空间公开传播信息而形成的相互关系，涉及宪法相关法、行政法、民商法、刑法等法律

³¹ 参见雷丽莉：《网络安全发展中网络运营者的法律地位探讨》，刊《新闻记者》，2016 年第 11 期。

³² 这件规范性文件将“公众信息服务”定义为“通过即时通信工具的公众账号及其他形式向公众发布信息的活动”。实际上是将它的涵盖范围扩展至所有公众传播活动。

³³ 《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》（2014）。

³⁴ 《最高人民法院、最高人民检察院关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》（2013）、《最高人民法院关于审理编造、故意传播虚假信息刑事案件适用法律若干问题的解释》（2013）。

³⁵ 《中华人民共和国刑法修正案（九）》（2015）。

部门，初步形成了具有强烈中国特色的规制网络空间公众传播活动的法律体制，成为我国传媒法的组成部分。传媒法研究应该关注有关规则的形成过程、原理、实施和效果，以及与国家整体的社会主义法律体系和传媒法体系之间的关系等议题，以利于坚持和全面推进依法治国。

六、没有结束的进程

传媒法总是表现为一个不断演进的过程。非但现有传媒法制还要经受整个法律体系和法治实践的检验，而且传播技术和传播形态的不断发展演进，还会不断给传媒法提出新问题，要求形成新的规则。在传媒法延伸到网络空间以后，这个特点越发明显。对于网络空间公众传播法制的探索还将继续进行下去。

（根据 2016 年 10 月 15 日在中国传媒法治建设高峰论坛的发言整理修撰）