

网络社会法律治理与技术治理的二元共治

郑智航*

内容提要 互联网通过虚拟技术使人们实现了一种独特的在线生存的基本样态。它扩大了人们的社会互动范围,改变了人们的交往形式,形成了网络社会独特的时空观、权力观和人际观。中国当下坚持的集权主义、行为主义和国家主权的网络治理逻辑,正在受到技术的严峻挑战。网络技术逐步生成了一种网络自主空间,并形成了一套以技术编码和自治伦理为主的技术治理方式。技术治理方式区别于以国家为核心的法律治理方式,甚至在某些场合对法律治理方式产生制约。人们需要运用法律蕴含的价值和法律治理的有关手段,对技术治理进行有效归化。技术治理水平的提升,又为法律治理手段、边界和治理结构的调整提供动力和可持续的约束力。正确处理法律治理与技术治理之间的关系,形成二元共治结构,是提升中国网络治理水平和能力的前提。

关键词 网络社会 法律治理 代码规制 技术归化

DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.2018.02.006

随着互联网技术的发展,人们的生活空间从物理空间扩展到电子空间和数字空间,并将逐步建立起一个虚拟世界。^①在这个虚拟世界中,人们基于个体偏好,通过论坛、贴吧、博客、微信等多种形式,形成个体性的聚合体,并向网络社群、组织、企业、团体,甚至更大范围的民族国家和全球治理结构延伸。^②这种网络社会的兴起,在丰富人类利益表达机制和利益实现手段的同时,也带来了一系列问题。近年来,中国政府加大了网络社会的治理力度,制定了《关于加强网络信息保护的決定》《关于加强信息安全保障工作的意见》《2006-2020年国家信息化发展战略》《国务院关于大力推进信息化发展和切实保障信息安全的若干意见》等规范性文件。2013年,最高人民法院和最高人民检察院还针对网络诽谤等刑事案件的法律适用,联合制定了专门的司法解释。这些规范性文件和司法解释为治理网络社会提供了一定依据,但也存在以下问题:(1)过分关注普通公众的网络行为,忽视了网络架构设计者基于技术设置而产生的结构风险;(2)过于

* 山东大学法学院教授,博士生导师。本文系教育部人文社科重点研究基地重大项目“大数据时代下的司法理论与实践研究”(项目批准号:16JJD820004)的阶段性成果。

① 参见张康之、向玉琼《网络空间中的政策问题建构》,载《中国社会科学》2015年第2期。

② 参见佟德志、刘小溪《网络治理模式中的聚合与复合》,载《探索与争鸣》2016年第9期。

强调政府的监管作用,忽视了网络社会技术治理机制的作用;(3)过分关注国家安全,忽视了公民个人权利;(4)过分依赖传统方式治理网络社会,忽视线上行为和线下行为在性质和后果上的差异。从根本上讲,这些问题出现的主要原因,是中国政府没有充分意识到网络社会与传统物理空间的区别,并用传统物理空间的法律治理方式和思维方式来思考网络社会的治理问题。鉴于此,本文将首先阐释网络社会与传统物理空间在时空观、权力观和人际观等方面的差异。在此基础上,文章将讨论中国当下网络社会治理的基本方式及其背后的治理逻辑,总结归纳技术治理对这套法律治理逻辑产生的挑战。为了有效克服这种治理危机,政府必须尊重网络社会自身基于技术优势而形成的技术治理手段,妥善处理网络社会的法律规制与技术规制的关系,最终形成一种二元共治的网络社会治理模式。为了分析的集中,本文将主要围绕网络言论治理展开。

一、网络社会的在线生存与网络化逻辑

经过半个多世纪的发展,人们通过网络形成了一个联络世界各国、各部门和个人的高速信息交换系统。它通过虚拟手段,创造出一个人工的世界,形成一种所谓的“赛博空间”。海姆将人类在“赛博空间”的在线生存方式概括为以下几种:(1)模拟;(2)远程展示;(3)身体完全沉浸;(4)身临其境;(5)互动;(6)人造性;(7)网络化的交往。^③这种独特的在线生存样态受到了以技术性和流动性为核心的网络化逻辑的支配。它们扩大了人们的社会互动范围,改变了人们的交往形式,形成了网络社会独特的时空观、权力观和人际观,最终击破了传统政治体制和法律运作机制。

(一) 网络社会的时空观

在传统物理世界,时间与空间紧密联系在一起,而且总是具有一致性。人们总是在连续的时间和相对固定的空间中处理具体事务。因此,人们所经历的程序路径是按照时间顺序排列。而在网络社会,人们利用虚拟技术增强了虚化时间的能力。这种“时间的虚化”推动了“空间的虚化”,并具有超越空间的因果关系上的优先性。它大大降低了时空对人类行为的限制,并给人类提供了一种“多线程”地处理日常事务的方式。另一方面,以虚拟作为最本质特征的在线生存实践,冲破了物理性的生存域限,使社会关系从彼此互动的地域性关系中脱离出来。在线生存的这种“脱域”,使时间在网络社会中获得了主宰空间的地位,把物理空间压缩到无限小,而把数字空间扩展至无限大。^④具体来讲,网络社会的在线生存对传统社会的时空观形成了以下挑战。

第一,在线生存的即时性,彻底打破了传统社会的空间限制。人类实现在线生存的前提,是能够有效地将各种物理行为转换成文本、声音和图像,以数字的形式组织起来,

^③ 参见[美]迈克尔·海姆《从界面到网络空间——虚拟实在的形而上学》,金吾伦、刘钢译,上海科技教育出版社2000年版,第111-120页。

^④ 参见何明升、白淑英《论“在线”生存》,载《哲学研究》2004年第12期。

并以电子为载体进行传输。信息技术与网络技术的发展极大地提高了人类转换信息和传输信息的能力。人们可以在瞬间将信息传播到处于地球任何位置的网络终端或服务器。这种在线生存的即时性,突破了传统生活方式的空间性限制,使世界各地的人们可以在瞬间实现信息共享,可以瞬间和世界相连,并不断地在网上进行自我创造和塑造。因此,尼葛洛庞帝认为,数字化的在线生存愈来愈不需要仰赖特定的时间和地点。^⑤

第二,在线生存对时间的深度利用,导致了时间结构的无序性。在网络社会,人们能够“多线程”地处理日常事务。这种“多线程”的处理方式,能使人们随时在不同领域穿梭。这打断了自然时间结构的循环性和钟表时间结构的单线性,造成时间运动的无秩序性。^⑥卡斯特认为,“在同一个通信频道里,并且依据观看者——互动者的选择,媒体中各种时间的混合体创造了一种时间拼贴;不仅各种类型混合在一起,它们的时间也在同一水平面上同时并存,没有开端,也没有终结,没有序列。”^⑦

第三,在线生存通过技术连线生成的存在感,排除或驱逐着物理时空。在传统社会,人与人之间的交往是以“身体在场”为前提的“面对面”的交往。因此,人的存在感与身体的物理在场是密切相连的。然而,在网络社会,人们只需“注意力在场”,就可以实现交往的目的。特别是在微信、微博等 Web2.0 网络新媒体的冲击下,传统的物理时空对人际交往的意义大大降低。即使人们处于不同的时空终端,也能够通过技术连线方式实现信息共享,从而在“身体不在场”的其他物理时空中生成一种存在感。^⑧

(二) 网络社会的权力观

在传统观念中,人们总是从支配权角度看待权力,将政府作为权力行使的主体,并按科层制的基本要求设定权力组织的层次。^⑨到了网络社会,信息技术与计算机技术带来的专业化和精细化,直接推动了权力结构的变迁,改变了人们对于权力的基本认识。其原因主要有:第一,社会的网络化推动了社会结构的变迁,社会结构的变迁催生了认同权力和信息权力。这在客观上要求人们改变对权力的既有认识。巴奇和麦肯纳认为,网络时代的匿名性,容易唤醒社会成员的自我意识,并对社会的存在状况、资源配置和发展态势提出自己的评价与要求,从而生成一种主动的建构性认同。^⑩这种认同权力和信息权力,制约和阻碍着以科层制为核心的实体权力,并在事实上改变了实体权力的

^⑤ 他认为,在数字化的虚拟世界中,空间和时间可以被压缩、跨越或者伸延。例如,将来,休斯敦的医生可以通过电信和虚拟现实的技术,为远在阿拉斯加的病人做精细的手术。参见[美]尼古拉·尼葛洛庞帝《数字化生存》胡冰、范海燕译,海南出版社1996年版,第194页。

^⑥ 参见卞冬磊、张稀颖《媒介时间的来临——对传播媒介塑造的时间观念之起源、形成与特征的研究》,载《新闻与传播研究》2006年第1期。

^⑦ [美]曼纽尔·卡斯特《网络社会的崛起》,夏铸九等译,社会科学文献出版社2006年版,第561页。

^⑧ 参见何镇飏、王润《新媒体时空观与社会变化:时空思想史的视角》,载《国际新闻界》2014年第5期。

^⑨ 刘少杰认为,在传统观念中,人们提到权力时,首先想到的是政府的行政权、市场的资源配置权、资本的产权、官员的领导权和军事霸权等。这些权力都是有形实体的支配权。参见刘少杰《网络化时代的权力结构变迁》,载《江淮论坛》2011年第5期。

^⑩ See John A. Bargh and Katelyn Y. A. Mckenna, *The Internet and Social Life*, *55 Annual Review of Psychology* 573 - 590 (2004).

运作形态和人们对于权力的认识。^⑪ 刘少杰认为, 基层群众的言谈权力开始在网络中迅速汇集起来, 不仅在不断流动的信息传递中整合成强大的横向的认同权力, 而且还形成了从底层向中层乃至上层发生直接作用的纵向认同权力。^⑫ 第二, 网络技术的专业化和精细化, 推动了网络社会专业槽的出现, 而专业槽反过来在网络社会与传统社会之间形成一种隔离。这种隔离容易产生一种知识性的权威, 而这种知识权威极大地挑战着传统的权力结构。第三, 要想解决网络社会带来的一些新问题, 就需要对传统权力结构进行转移。例如, 网络的虚拟性、快捷性和开放性使“虚拟世界”的人际交往超越时空和地域的限制, 消除了“这里”和“那里”的界限, 拓展了人际交往的范围, 加速了信息的传播, 使人际交往具有虚拟性、广泛性、开放性、间接性、随意性。^⑬ 具体来讲, 网络社会的权力观, 主要强调权力的分散化和扁平化的特点。

所谓权力的分散化, 主要是指不仅只有传统社会中的意识形态的控制者和政治权力的控制者掌握着权力, 其他的组织、个人和广大普通社会成员也掌握着部分权力。惠志斌认为, 人类在建造网络空间时, 就已经将以下分散的权力关系嵌入到网络空间系统之中: (1) 网络信息技术的先发国家掌握网络空间的技术标准和系统设计的权力。(2) 从因特网的架构组织方式来看, 它采取的是自上而下的层级管理模式, 对每一层级的服务器权限进行了分配。(3) 从信息系统运行的程序角度来看, 它存在前台程序和后台程序之分, 造成了后台程序的权力垄断。(4) 政府通过知识产权及相关法律来实现网络权力的规制。^⑭

在权力分散化的影响下, 政府权力必须实现从科层制向扁平化发展。^⑮ 一方面, 其他的组织、个人和广大普通社会成员通过快捷的网络形式发出信息, 并基于人数众多、传播广泛、时空虚化等优势, 形成一种自下而上的信息力量。这种信息力量直接影响政府的决策, 改变着科层制政府自上而下的权力的运行机制。^⑯ 另一方面, 网络技术与信息技术的发展, 既为纵向上缩减政府组织层级和减少中间管理层提供了条件, 又为横向上协调各单位职能提供了便利。^⑰ 这种扁平化的发展, 要求政府在治理网络社会时, 充分考虑政治家、市场、社会和公民的价值, 尤其通过合作和参与来实现一种新型的权力运作模式。

(三) 网络社会的人际观

在传统物理社会, 身体的实际嵌入与身份的透明是人与人之间交往与合作的前提。

^⑪ 实体权力, 主要是指以国家正式权力为核心的一系列权力。它包括立法权、行政权、司法权和军事权等。信息权力, 是不在场的网民通过观点发布、消息传递、时事评论等行为在交流沟通中展现的权力。参见前引^⑨, 刘少杰文。

^⑫ 参见刘少杰《网络化时代的社会结构变迁》, 载《学术月刊》2012年第10期。

^⑬ 参见李好永《“虚拟世界”与“现实世界”人际交往的比较》, 载《中国科技信息》2008年第1期。

^⑭ 参见惠志斌《全球网络空间信息安全战略研究》, 上海世界图书出版公司2013年版, 第38-40页。

^⑮ 刘文富认为, 网络社会政府权力的转移表现为: 组织结构由科层制向扁平化发展, 权力结构由控制型向分权型发展, 决策结构由垂直式向交互式发展。参见刘文富《国外学者对网络政治的研究》, 载《政治学研究》2001年第2期。

^⑯ 参见前引^⑨, 刘少杰文。

^⑰ 参见敬义嘉《政府扁平化: 通向科层制的改革与挑战》, 载《中国行政管理》2010年第10期。

人们要想进行交往和合作,就必须将自己置于和对方相同的情境中,并基于身份透明而产生一种人际间的亲近与信任。每个人都必须按照约定俗成的具有专一性、独占性和永久性的姓名和真实稳定的身份来进行交往。^⑮因此,人们交往的对象主要是“点对点”、“点对面”的熟悉的强联系人群。^⑯这种人际交往强调人们通过感知方式,认知和把握交往的对象和客体。从交往目的上看,人们试图通过竞争和合作,交换信息和资源,交流情感,增进了解,达到资源共享、信息交互、情感共鸣、相互认同的目的。^⑰

网络作为一种生产组织形式和交往媒介,能够将松散的个体组织起来。这种人际交往“从过去的以物质和能量为基础的物理平台转向了以网络为基础的电子平台,呈现出一种数字化、拟人化的特征和趋势”。^⑱它是以“符号”进行交往的,不再需要身体的实际嵌入和身份的透明。这种身体的缺席和身份的模糊,使人们难以判定对方言行举止的真实性,甚至本身还默许了一定程度的虚假言行的存在。这在事实上动摇了传统社会交往中所秉持的内心诚挚、言而有信的基本准则。^⑲人们的交往主要是基于自己加入网络的决定。穆勒认为,在一个点对点网络或像维基百科这样的社群中,人们虽然对于与其合作或分享的对象知道得并不多,甚至什么都不了解,但是只要在电脑上下载和安装软件来加入点对点网络,并接入互联网,软件就会自动地使他们与潜在的数百万其他用户形成资源分享关系。^⑳从交往目的来看,人们在网络社会的交往除了信息交换以外,还在于减轻压力、克服孤独、获得社会支持、交流和发泄情感等。另一方面,由于网络社会身体的缺席和时空场景的虚置,我们很难根据人们所使用的交往“符号”判断交往主体的真实意图和目的。

二、网络社会治理的现实逻辑及其挑战

网络社会在拓展生活空间、丰富生活内容、扩大社会交往的同时,给人们生活带来了一些新的问题。为了克服这些问题,中国政府积极加强对网络社会言论行为的干预,并将一些技术治理方式上升为法律治理方式。然而,中国政府并没有从网络社会独特的时空观、权力观和人际观出发,来处理法律治理与技术治理之间的关系,致使既有的网络治理逻辑受到严峻挑战。

(一) 网络社会治理的基本方式

第一,积极推行网络实名制。针对网络暴力、谣言和欺诈等现象,中国逐步建立了

^⑮ 参见夏德元《全球网络社会组织关系与人际关系的新变化》,载《东吴学术》2013年第1期。

^⑯ 参见黄少华《论网络空间的人际交往》,载《社会科学研究》2002年第4期。

^⑰ 参见前引^⑬李好永文。

^⑱ 刘丹鹤《赛博空间与网际互动——从网络技术到人的生活世界》,湖南人民出版社2007年版,第67页。

^⑲ 参见王晓霞《“虚拟社会”的人际交往及其调适》,载《南开学报》(哲学社会科学版)2002年第4期。

^⑳ 参见[美]弥尔顿·L.穆勒《网络与国家:互联网治理的全球政治学》,周程等译,上海交通大学出版社2015年版,第42-45页。

“网络实名制”。该制度要求个人在网站发言时必须使用实名。它通过技术设置与架构设计具有的认证功能和追溯功能,来控制用户访问,从而达到净化网络环境的目的。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。”在实践中,中国采用了直接实名和间接实名相结合的方式。2013年6月,工业和信息化部通过了《电话用户真实身份信息登记工作方案》。该方案提出严格实行“先登记,后服务;不登记,不开通服务”的要求,对手机用户进行身份登记。这是直接实名的方式。2015年2月,国家互联网信息办公室制定了《互联网用户账号名称管理规定》。该规定强调,互联网信息服务提供者应当按照“后台实名、前台自愿”的原则,要求互联网信息服务使用者通过真实身份信息认证后注册账号。这是间接实名的方式。^④

第二,采取信息删除、屏蔽和封号等技术手段。长期以来,中国政府对于网络言论行为保持着高度的警惕性,并对民众的网络接入、信息发布和利用行为进行严密监管。政府会对网络社会出现的且被认定为有害的信息采取删除、屏蔽等手段,并对相关的参与者采用网络封号、罚款、拘留、逮捕等强制措施。例如,国家工业和信息化部下发《关于计算机预装绿色上网过滤软件的通知》,要求2009年7月1日以后在中国销售的所有个人电脑出厂时预装绿色上网过滤软件“绿坝-花季护航”,并定期报告计算机销售数量和软件安装数量。该软件能够有效过滤互联网不良文字和图像内容。近年来,全国“扫黄打非”工作小组办公室联合其他部门在全国范围内统一开展打击网上淫秽色情信息的“扫黄打非·净网”专项行动,更是充分利用信息删除、屏蔽和封号等技术手段清查含有淫秽色情内容的文字、图片、视频、广告等信息。

第三,严刑峻法,加大法律的威慑作用。深受传统严刑峻法思想的影响,中国政府主张对信息的传播进行严格控制,对违反规则的行为进行严厉制裁。依照这种思路,要对言论进行事先审查,通过控制言论的传播来避免侵权的可能性。当网络暴力、谣言和欺诈等问题发生后,中国政府极为强调事后处理及其处理的威慑作用。重拳出击、关停账号、“杀鸡敬猴”是惯用手段。^⑤2013年9月6日,最高人民法院联合最高人民检察院发布了《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》。该解释将“同一诽谤信息实际被点击、浏览次数达到5000次以上”,认定为诽谤“情节严重”。2015年8月29日,《中华人民共和国刑法修正案(九)》在以往的编造、故意传播虚假恐怖信息罪的基础上,新增了编造、故意传播虚假信息罪。至此,中国网络言论型犯罪,大体分为以侵犯国家法益为核心的煽动宣扬型、以侵犯社会法益为核心的编造传播型和以侵犯个人法益为核心的侮辱诽谤型三种类型。^⑥从行政规制来看,《全国人大

^④ 参见高一飞、蒋炼《网络实名制的发展及其规制》,载《广西社会科学》2016年第2期。

^⑤ 参见申孟哲《打击网络谣言 中国再出重拳》,载《人民日报·海外版》2015年9月2日第004版。

^⑥ 参见刘艳红《网络时代言论自由的刑法边界》,载《中国社会科学》2016年第10期。

常委会加强网络信息保护的决定》《全国人大常委会关于维护互联网安全的决定》《计算机信息网络国际联网安全保护管理办法》《互联网信息服务管理办法》《互联网文化管理暂行规定》等规定,任何单位和个人不得利用互联网制作、复制、查阅和传播侵害国家机关信誉和侵犯他人名誉权的内容。这些制度还规定了对于损害国家机关信誉和侵犯他人名誉权的行为,可以采取停止联网、停机整顿、警告、没收违法所得、吊销经营许可证或者取消联网资格等措施。

(二) 网络言论治理的现实逻辑

中国政府尽管在网络言论治理过程中引入了技术治理的一些方式和措施,取得了一定的效果,但它主要还是从传统物理空间的角度出发,体现的是传统物理世界的基本治理逻辑。

第一,集权主义逻辑。集权主义逻辑是中国政府治理物理世界的基本逻辑,它能够控制和降低地方脱离中央控制的统治风险。^{②7}这种集权主义逻辑主要体现为:在权力主体上,政府垄断行政权;在管理方式上,政府采取整齐划一的“一刀切式”的管理;在实施机制上,政府采取自上而下的层层压力传导。在网络言论治理过程中,中国政府延续了治理物理世界的这套集权主义逻辑。(1)在权力主体上,政府部门垄断着网络社会的治理权。他们会单方面地根据国家安全、社会稳定的具体情势和基于弘扬社会主流价值的需要,来决定对网络社会采取的基本态度。网络经销商、网络开发商和普通网民处于被支配的地位。例如,近年来公安部启动打击网络谣言专项行动,就是在缺乏公众参与前提下开展的,政府在扩大治理领域和生产合法权力上体现出了更强的主动性。(2)在管理方式上,政府部门往往出于降低日常监管成本的考虑,对网络治理采取“一刀切”的方式。例如,网络民主参与过程中,网民的批评性行为和诋毁性行为难以区分。政府为了控制的现实需要,会对批评性言论行为一并进行压制。(3)在实施机制上,政府极易采取传统的、由数家主管机关联合发动的专项整治行动,如对非法网络广告的治理整顿,其方式是逐级下达行政命令,设定指标,每一级都严格实行自我审查。^{②8}中央政府治理网络社会的任务和目标,通过这种谁主管谁负责、谁运营谁负责的方式和科层制体系逐级分解,并通过压力型体制自上而下地传导给各主管部门和运营单位。

第二,行为主义逻辑。中国政府极其强调对行为人的具体行为进行规制,并通过以业务许可制度和专项审查制度为核心的内容管理,来治理网络社会。官方媒体反复的“文明上网”教育、公安机关定期或不定期的“清网”行动、对网络公众传播谣言和发表煽动性言论等威胁“社会稳定”行为的高度关注等,都是这种行为主义治理逻辑的具体表现形式。^{②9}这些治理方式,主要着眼于网民的网络行为,认为只要网民按照一定的行

^{②7} 周黎安和周雪光认为,中央政府为了降低行政成本,提高治理效率,在行政事务上实行了地方分权。但是,这种分权极有可能带来地方脱离中央控制的风险。因此,中央需要在资源控制和人事管理上实行中央集权,以控制和降低这种统治风险。参见曹正汉《中国的集权与分权——“风险论”与历史证据》,载《社会》2017年第3期。

^{②8} 参见胡凌《商业网络推手现象的法律规制》,载《法商研究》2011年第5期。

^{②9} 参见陆宇峰《中国网络公共领域:功能、异化与规制》,载《现代法学》2014年第4期。

为规范来从事具体网络行为,就能够对网络社会进行有效治理。另一方面,它将网络失范行为主要归结为网民自身原因,忽视了网民的行为动机、网络技术设置和架构设计对网民具体行为所具有的影响。

第三,绝对主权逻辑。威斯特伐利亚体系从规范层面上定义了国家和主权概念,并认为人民、土地、政府、主权是构成国家概念的四个基本要素。其中,主权是国家概念的核心要素,包括对内最高权和对外独立权。^⑩这也就意味着威斯特伐利亚体系中的主权概念总是和一定的地理空间关联。^⑪按照这种主权概念,国家对一定疆域内的行为具有绝对管理权。中国在网络社会治理过程中,始终坚持的就是这种国家绝对主权逻辑。(1)坚持“预先同意”原则。中国政府一再强调,主权国家的同意是境外信息进入主权国家境内的前提。这种“预先同意”原则,主要是以国家主权概念为原点,以国家安全和国家稳定为目标,来化解互联网技术对国家主权概念的冲击。^⑫(2)试图对跨境信息流动进行绝对控制。中国政府始终认为互联网为各种对立意识形态的冲突和竞争提供了条件。发达国家会利用其网络技术手段和信息资源的垄断地位,对中国进行文化输出、推行文化霸权和进行意识形态渗透。^⑬绝对主权主义为抵制这种意识形态渗透提供了合法性。它认为,信息跨境流动本身就极有可能夹杂着意识形态的输入和渗透。国家对这些信息进行绝对控制,体现了国家对其领域内的事务享有绝对的治权。例如,国家广电总局下发的《关于加强互联网视听节目内容管理的通知》规定,未取得许可证的电影、电视剧、动画片、理论文献影视片,一律不得在互联网上传播。受此影响,网站上火热流传的美剧、日剧、韩剧等都有可能被封杀,因为它们所宣扬的意识形态与中国所坚持的社会主义核心价值体系和意识形态存在较大差距。(3)强调信息网络领域的司法管辖权。中国政府认为,信息网络领域的司法管辖权基础是国籍。上传信息的人在上信息时,也将其国籍融入到网络空间,网址的控制者在维护该网址时也将其国籍融入到网络空间。因此,本国有权对其国民或组织的网络行为进行司法管辖。

(三) 中国网络治理逻辑受到的挑战

中国政府当下并没有从网络社会的时空观、权力观和人际观出发,来看待和处理法律治理与技术治理的内在关联。其结果是中国当下坚持的集权主义、行为主义和国家主权的网络言论治理逻辑受到了严峻挑战。

第一,集权主义逻辑受到的挑战。集权主义逻辑的前提是国家垄断信息资源和话语权。传统物理世界的封闭性和静止性,更有助于国家实现信息资源和话语权的垄断。然而,网络技术带来了时空的虚化和“脱域”,增强了社会信息的共享性和社会的流动性。信息共享性的增强和社会流动性的增大,既增加了普通民众的信息量,又增加了国

^⑩ See Matthew Fagin, *Regulating Speech Across Borders: Technology vs. Values*, 9 *Michigan Telecommunications and Technology Law Review* 395-455(2003).

^⑪ 参见刘连泰《信息技术与主权概念》,载《中外法学》2015年第2期。

^⑫ 参见前引⑩,刘连泰文。

^⑬ 参见孙蔚敏《主动应对互联网意识形态领域的斗争》,载《紫光阁》2016年第1期。

家控制民众和信息的难度。这势必打破国家信息资源和话语权垄断的局面。一方面,公民利用互联网监督国家权力。这有助于改变集权主义逻辑支配下依靠政府意愿单方行使行政权的格局,倒逼国家机构关注和回应公民呼声。^④另一方面,网络技术带来的权力分散化,促使网络运营商、网络专家和普通民众成为权力的掌握者和施行者,从而形成一种信息权力。这种信息权力直接冲击着集权主义逻辑。以网络围观现象为例,广大网民能够以互联网为技术平台,以舆论压力为围观手段,来促进社会问题或社会矛盾的解决。它颠覆了权力精英在威权治理模式下的信息源与话语权的垄断。^⑤除此以外,网络社会时空结构的即时性和无序性,大大降低了区分中心与边缘、上级与下级的意义,从而导致网络治理的分权化。而且,信息技术和网络技术有助于较低层级的行政权力主体获得更多组织中非局部的信息,使这些层级的行政权力主体以全局视野作出更优决策,从而降低集权时必须与高层或外部进行接触而花费的时间成本和协调成本。^⑥

第二,行为主义逻辑受到的挑战。网络治理的行为主义逻辑主要还是从传统物理世界来看待网络言论行为的。它强调行为的意义受制于线下空间人际联系固定化的影响。然而,在网络社会,线上与线下社会空间进行了分化,人际联系的固定化被冲破,网络行为在数量、性质、后果、预期方面也具有了巨大的特殊性。以网络言论规制为例,由于线下空间人际联系的固定化,捏造的事实被五百名熟人口耳相传,确实可能形成长期的社区舆论;线上空间人际联系松散,舆论热点切换又极度频繁,转发五百次的信息极为常见。因此,最高人民法院和最高人民检察院从行为主义治理逻辑出发,发布的《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》广受诟病。^⑦另一方面,行为主义逻辑所坚持的网民素质决定论受到了严峻挑战。中国在网络治理过程中往往将网络失范行为的原因归结为网民自身素质低下。这种网民素质决定论,忽视了网络技术设置与架构设计对网络行为基本模式的影响。

第三,国家主权逻辑受到的挑战。网络技术的虚拟性、即时性和时空压缩性,既改变了人类生活状况的基本参数,也改变了国家行为的基本参数。刘连泰认为,这种改变促使国家主权的封闭性让位于主权的开放性。在网络社会中,国家很难判断信息是否跨越了国境,人们的交往不再以国家为媒介。^⑧因此,传统的国家主权治理逻辑也受到了巨大冲击。首先,网络技术削弱了国家控制信息流动的能力,降低了按照主权国家逻辑进行规管的能力。在主权国家逻辑支配下,中国试图通过以信息控制和垄断为手段,以强制和威慑为后盾,来确保个体和团体行为符合国家制定的规则 and 标准。网络技术

^④ 参见陈联俊《网络治理视域中的国家身份与国家角色分析》,载《甘肃社会科学》2016年第4期。

^⑤ 参见王君君《自媒体时代的网络治理:基于网络围观现象的考察》,载《北京警察学院学报》2016年第5期。

^⑥ See Argyres, N. S. The Impact of Information Technology on Coordination: Evidence from the B-2 "Stealth" Bomber, 2 *Organization Science* 162-180 (1999).

^⑦ 参见前引^②,陆宇峰文。

^⑧ 参见前引^③,刘连泰文。

则大大降低了国家控制和垄断信息的能力。政府仅凭单方强制和威慑难以达到有效规管的目的。其次,网络技术对“预先同意原则”构成强大冲击。在网络社会,政府试图通过“预先同意原则”来防止境外信息进入主权国家的努力,愈来愈难以奏效。网民能够通过境外公司发布“翻墙”软件,突破主权国家的网络封锁,以访问海外敏感网站,获得境外信息。^{③⑨}再次,网络技术增加了意识形态生成和控制的难度。网络技术的发展,增加了民众获取知识和信息的途径和方式。各种不同类型的知识和信息,容易在网络上形成竞争。这在客观上增加了一种知识话语和体系上升为意识形态的难度。另一方面,网络技术的流动性和开放性,不断冲击中国既有的意识形态。在这个过程中,不同知识和话语体系发生了交流和碰撞,政府实现意识形态控制的难度愈来愈大。最后,网络技术带来的负面问题,冲击着国家主权逻辑支配下的管辖权的基础。这些负面问题主要包括黑客攻击、有组织的网络犯罪、网络恐怖主义、网络间谍、网络战等。在这些问题面前,没有哪个国家仅凭一己之力就能解决,也没有哪个国家能置身事外,独善其身。^{④①}

三、网络社会法律治理与技术治理的二元互补

网络的技术性和专业性把网络社会与传统物理世界区分开来,使网络社会治理变得更为复杂。一方面,网络技术逐步生成了一种网络自主空间,并形成了一套以技术编码和自治伦理为主的技术治理方式。另一方面,网络社会也绝非网络主权主义者所宣称的那样,是一个可以完全排除国家权力和物理强制,使法律治理无所作为的领地。因此,政府在网络治理过程中,必须在尊重网络社会基于自身技术优势而形成的技术治理的前提下,充分发挥法律治理与技术治理的互补作用。

(一) 内嵌于“代码”的网络技术规则

网络社会的在线生存是一种数字化的生存方式,通过信息通讯技术的运用,模拟化的现实空间被转化成海量的二进制代码。^{④②}所谓代码,是程序员用开发工具所支持的语言写出来的源文件,是一组由字符、符号或信号码元以离散形式表示信息的明确的规则体系。网站呈现给用户的每个网页背后都是一组代码。用户看到的网页乃是浏览器对网页代码(源文件)加以解析的结果。用户实现浏览的途径是,在浏览器地址栏中输入某网页地址,浏览器根据网页地址发出指令,获得网页源代码并进行解析。源代码一般

^{③⑨} 从技术上讲,翻墙工具分以下两类:一类是普通的代理站点。只要在浏览器中设置可用的代理服务器和端口号,基本就可以实现翻墙;另一类是翻墙软件。翻墙软件在上线时会向国内外知名网站发送批量数据包,以测试主机是否接入互联网。接着,翻墙软件会访问自己的专职DNS服务器,获取软件更新信息。最后,翻墙软件会访问加密代理服务器,获取网页数据。参见官国静《典型翻墙软件的网络通信特征研究》,载《信息安全与通信保密》2012年2期。

^{④①} 参见张新宝、许可《网络空间主权的治理模式及其制度构建》,载《中国社会科学》2016年第8期。

^{④②} 参见前引^{④①}张新宝、许可文。

是以 HTML 语言写成的纯文本文件,其任务是对各类内容(文字、图片、视频、音频、动画等)加以描述,浏览器再根据代码的指示去调取、呈现整体网页。这些代码在网络空间中发挥着重要的作用。互联网政治、互联网传媒、互联网商务、互联网教育、互联网艺术等,都建立在以互联网为媒介,经由一系列代码转换的社会沟通基础之上。斯蒂菲克认为,代码决定了什么样的人可以接入什么样的网络实体,它们规制着人与人之间的相互关系。莱斯格在此基础上认为,人们将创造一组新网络空间的代码,这些代码将决定网络空间的自由与规制的程度。^⑫

既然代码在网络社会如此重要,并能够形成一套内嵌于“代码”的网络技术规则,那么人们就能够利用代码来控制人的行为。莱斯格认为,代码根植于软件与硬件中,指引着网络空间的塑造,构成了社会生活的预设环境和架构,并成为了网络社会实际的规制者。^⑬在网络社会,人们之所以遵守关键规则,并非源于社会制裁和国家制裁的压力,而是源于统治该空间的代码和架构。^⑭从消费者的联系到网络浏览和访问,都在代码控制之下,而且万维网的大尺度拓扑结构,进一步加强了对网络行为及其可见度的控制。这种控制力量远远超过了政府。政府的规则有可能随时会变,但控制网络的拓扑架和基本的自然法则不会变的。^⑮具体来讲,这种以代码为核心的技术治理主要通过验证、痕迹追踪、信息筛选、加密等手段来实现。

(二) 技术治理与法律治理的差异

经过罗伯茨、卡恩、瑟夫、波斯特尔和克拉克等互联网工程先驱们的不懈努力,网络社会通过内嵌于“代码”的网络技术规则,逐步形成了一套以技术编码和自治伦理为主的技术治理方式。1986年,他们创立了互联网技术治理的核心机构——国际互联网工程任务组,负责制定互联网的技术标准,从而确立了网络的技术治理模式。这在根本上改变了传统的以主权国家为核心的自上而下的法律治理模式。^⑯在有些场合,技术治理模式甚至使法律治理失效。

网络社会技术治理的客观现实,促进了网络绝对主权主义思想的兴起。他们认为,国家治理网络社会不具有道德上的合法性,而且国家制定的法律和强制措施对网络社会的行动者难以奏效。网络绝对主权主义的倡导者巴洛在《网络空间独立宣言》中宣称“我们正在达成我们自己的社会契约。这样的管理将依照我们的世界——而不是你们的世界——的情境而形成。我们的世界与你们的世界截然不同。”^⑰然而,这种网络绝对主权思想受到了挑战。伊斯特布鲁克认为,网络领域的法律规制与其他法律制度一

^⑫ 参见[美]劳伦斯·莱斯格《代码2.0:网络空间中的法律》,李旭、沈伟伟译,清华大学出版社2009年版,第7页。

^⑬ 参见前引^⑫,劳伦斯·莱斯格书,第136页。

^⑭ 参见前引^⑫,劳伦斯·莱斯格书,第28页。

^⑮ 参见[美]艾伯特·拉斯洛·巴拉巴西《链接:网络新科学》,徐彬译,湖南科学技术出版社2007年版,第202页。

^⑯ See Jack Goldsmith & Tim Wu, *Who Controls the Internet? Illusions of Borderless World*, Oxford University Press, 2006, p. 23.

^⑰ [美]约翰·P·巴洛《网络空间独立宣言》,李旭、李小武译,载高鸿钧主编《清华法治论衡》第4辑,清华大学出版社2004年版,第510页。

样,只是传统法律理论在网络领域的适用而已。人们应当从传统法律理论出发,否则,容易丧失整体性视角。因此,传统的一些基本法律原则和理论还是应当得到遵循。^{④⑧}莱斯格虽然同意伊斯特布鲁克法律整体性视角理论,但是,他认为通过研究“法律与网络如何连接”可以发现更为“一般性”的原理。在此基础上,他认为以代码为核心的技术治理是网络社会治理的一种重要治理手段。它能够使传统的管制言论的手段失效。^{④⑨}

就网络社会技术治理而言,它具有特殊的激励功能和行为检测方式。随着网络技术与计算机技术的发展,对等网络(P2P)架构模式改变了传统的C/S架构模式。在P2P网络中,每个结点都具有服务器和客户端双重角色。网络中的若干个结点可以为了完成某一共同任务开展协同工作,实现共享服务。为了鼓励用户共享资源,P2P架构采取了激励机制,通过积分的方式鼓励参与者以共享资源的方式来对系统做出贡献。积分对于结点而言,具有重要意义,因为积分高低会影响到获取服务的顺序。这种独特的激励机制会对网络中的行为者产生巨大影响,从而使其依附于网络架构。行为检测能够有效地发现异常行为,是处理异常行为的前提。当下普遍采用的方法是以大量的审计数据为背景来刻画系统或用户的正常使用模式,建立正常活动模型,然后通过检查当前活动和正常模型之间的偏离度来认定入侵行为。在实践中,人们主要运用数据挖掘技术系统的时间滑动窗口技术来查找该窗口内可疑规则,窗口值的大小根据攻击行为出现的频率高低来设定。^{⑤⑩}这套激励机制和行为检测方式,构成了网络社会技术治理的代码和架构的基础,突出了网络社会技术治理的利益偏好和算法中心主义的特色。因此,这种技术治理方式与法律治理方式是有区别的。

第一,技术治理遵循的是自我偏好的逻辑,法律治理遵循的是社会共识的逻辑。尽管政府在某些情形下也对网络社会进行技术治理,但是,技术治理的方案和标准主要还是由开发商、经销商和专家提出来的。他们往往基于自身的专业优势,形成一种话语权垄断。这种话语权垄断便于他们在实施技术治理时将自我偏好和自我利益植入进去。例如,网络架构及网络服务提供商的架构在记录网络访问、规制网民行为的同时,有助于他们利用痕迹追踪技术建立大数据平台,从而为数据分析和数据推送提供便利。另一方面,由于开发商、经销商和专家拥有技术的量和质存在差别,他们之间的话语权分配也是有差别的。具有较大话语权的开发商、经销商或专家,更容易凭借专业优势,将自我偏好和利益带进网络技术治理中。法律治理的前提是拥有一套正式的法律制度规范。这套法律制度规范的制定和实施都必须以社会共识为前提。1996年美国通过的《体面通信法》之所以难以实施的一个主要原因,是它违背了作为社会基本共识而存在的宪法第一和第五修正案。

第二,技术治理遵循的是效率的逻辑,法律治理遵循的是权利的逻辑。技术治理手

^{④⑧} See Frank H. Easterbrook, *Cyberspace and the Law of the Horse*, 207 *University of Chicago Legal Forum*. (1996).

^{④⑨} See Lawrence Lessig, *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*, 2 *Harvard Law Review*, 113(1999).

^{⑤⑩} 齐建东、陶兰夕、孙总参《基于数据挖掘的网络异常行为检测技术设计与实现》,载《计算机工程与设计》2004年第5期。

段的研发主要是由企业来完成的。他们在研发时,必须首先考虑治理的成本和效益问题。为了降低和节约治理成本,治理者往往采取整齐划一的技术方式,而不管治理对象的具体情况。例如,在运用屏蔽过滤技术治理不良信息时,自动程序有时会犯过度屏蔽或者错误屏蔽的错误。在运用验证程序将不良用户隔离在网络社会之外时,程序将会增加良好用户的登录成本。但是,在治理者看来,过度屏蔽或者错误屏蔽的成本要远远小于屏蔽过滤带来的收益,良好用户增加的登录成本要远远小于验证程序带来的收益。另一方面,受网络技术特殊的激励机制影响,网络服务商会不断刺激网民寻求新消息,增加流量,从而获取更多的广告收入。这种依靠大量信息生产和转发的获利模式,致使服务商更多地关注那些能够“吸引眼球”的信息。技术治理手段的运用往往会服务于这种获利模式的需要。法律治理则强调各方权利的基本保障。例如,法律治理虽然允许使用过滤软件来消除色情等不良信息对青少年的消极影响,但这种过滤不得破坏人们对合法信息的传播权和接收权。《体面通信法》试图阻止未成年人访问粗俗的色情内容,但是,具体规定违反了宪法第一和第五修正案。美国最高法院最后宣布该法案违宪。大多数意见都认为,该法案采取的屏蔽过滤技术,侵犯了成年人享有的接收并相互传播信息的言论自由的权利。^①

第三,技术治理遵循的是分权逻辑,法律治理遵循的是集权逻辑。从网络结构的设计理念来看,它奉行的就是分权的逻辑。互联网从一开始就确立了“分组网络”的理念,它将同等的决策权交到了很多人手里,允许许多人同时成为网络的所有者。这种网络架构,使网络在结构上失去物理中心,从而使集权治理缺乏技术土壤和物质基础。^②另一方面,任何一家互联网公司所掌握的互联网技术都依赖于其他公司所掌握的技术。这种不同互联网公司强强联合、协同合作的运作格局,使网络技术治理呈现出分权的特点。以技术标准为例,它背后隐含的是多方利益相关者的利益。阿巴特认为,“我们可以在技术标准斗争过程中发现各方之间的利益冲突。他们争辩技术标准的激烈程度,反映着电子零件之下的深层次的意义。”^③技术标准制定中的这种多中心主义,要求网络技术治理遵循分权的基本逻辑。这种分权逻辑在网络言论治理中主要体现在以下方面:(1)不同层面应当由不同部门机构采取不同方式来进行治理。在内容层,政府机关及其委托部门运用技术手段对有害信息、淫秽色情等进行筛选和屏蔽;在代码层,信息管理部门对地址和域名进行管理和备案;在接入层,各基础运营企业对所接入的互联网接入服务提供者的资质进行审核。(2)合作治理在网络言论治理中的作用愈来愈重要。目前互联网较为发达的国家都积极组织互联网企业、民间机构和社会团体加入不良网络言论的治理,并借助其技术优势对不良信息进行过滤与分级。(3)“不良”、“恶意”、“淫秽”等标准的确立需要多方利益相关者的参与。对言论的过分控制既会影响言论自

^① See Reno, *Attorney General of The United States. v. American Civil Liberties Union* 521 U.S. 844(1997).

^② 参见胡颖《技术与法律的博弈——网络空间治理之道探究》,载《福建师范大学学报》(哲学社会科学版)2013年第3期。

^③ Janet Abbate, *Inventing the Internet*, MIT Press, 1999, p. 179.

由权的实现,也会影响服务商推动网络技术发展的动力,但是,放松管制会侵害公共利益。只有通过多方利益相关者的讨论,在他们之间形成一定的平衡才能使这些标准获得认可。法律治理是以正式法律制度为依据,以国家权力为后盾的国家行为。在这个过程中,国家试图垄断所有的信息资源,并始终维持法律的统一性和权威性。为了确保这些目标的实现,国家采取科层制的自上而下的权力运作机制,通过层层压力传导的方式,将国家法律治理的任务和目标传递到各级组织和个人。

第四,技术治理遵循自律的逻辑,法律治理遵循他律的逻辑。网络科学技术滋生的信息权力,在一定程度上肢解了国家行政权力。这迫使人们从网络自身的技术可能和发展需要出发,来探索自律规范、建立自律秩序。^④ 技术治理方式就是这种自律规范和秩序的一种表现形式。首先,技术治理的主体,是网络开发商、经销商或者行业协会。在治理过程中,技术治理主体与对象之间形成一个封闭的空间。而法律治理,主要是国家权力机关在一个开放的空间中进行的一种他治活动。治理机关与治理对象之间并不存在直接关系。其次,技术治理的标准,是由网络开发商、经销商和专家根据行业特点和网络技术发展规律制定的。例如,互联网名称与数字地址分配公司会同互联网协会、万维网联盟、互联网体系结构委员会等非政府组织,共同管理国际网络基础架构,为网络硬件、软件、协议、存取控制和拓扑提供标准。作为他律机制而存在的法律治理的依据和标准,是国家权力机关依据一定法律程序制定的正式规则。这种正式规则具有较强的中立性。最后,技术治理的效果主要源于人们的接受与服从。但是,这种接受和服从缺少法律治理所包含的国家强制因素。人们要进入网络社会就必须接受和服从网络社会通过技术设置的各项条件,这些设置反过来又成为网络治理的方式。

(三) 技术治理与法律治理的内在关联

技术治理和法律治理尽管在治理逻辑方面存在较大差异,但是它们之间也存在着巨大的互补性。一方面,为了防止技术治理主体凭借技术优势垄断信息权力,我们需要运用法律蕴含的价值和法律治理的有关手段,对技术治理进行有效归化;另一方面,技术治理水平的提升,为法律治理手段、边界和治理结构的调整提供了动力和可持续的约束力。

1. 技术治理的法律归化

在净化和维护网络社会秩序过程中,技术治理发挥着重要作用。但是,治理主体往往容易利用技术优势,将网络治理锁定在一个相对封闭的空间。在这个封闭空间中,技术治理主体极有可能和利益集团结盟,为实现某个利益集团的利益而展开激烈的控制权争夺。以域名系统为例,根域名在域名等级结构中处于金字塔塔尖的位置,负责最终域名的解析和管理。谁掌握了根域名,谁就掌握了国家顶级域名和通用顶级域名的记录和分配。为了获得这种技术治理权,业界、商界和政府之间展开了复杂的博弈和争

^④ 参见马长山《互联网+时代“软法之治”的问题与对策》,载《现代法学》2016年第5期。

夺。^⑤这意味着网络社会的技术治理具有马克思所说的“技术的权力”的色彩。它与“压榨”、“排挤”、“扼杀”、“剥夺”和“镇压”等概念分不开。^⑥另一方面,代码与程序的专业性和复杂性,为人们识别理解网络自我矫正的技术和控制标准设置了障碍。代码的隐蔽性和专业性,使得网络可以成为控制者的虚拟审查机器,悄无声息、无时无刻地监视着网络行为。^⑦除此之外,技术手段自身存在的缺陷与不足也会影响到技术治理的效果。斯皮内洛认为,像屏蔽这类技术治理手段并不是完美无缺的,有时候,自动屏蔽程序也会犯错误,导致过渡屏蔽,会将一些不属于某一类型的网站屏蔽掉。^⑧因此,这种技术治理方式极有可能侵犯公民的信息传播权、隐私权和言论自由。

为了确保技术治理沿着正确方向发展,对其进行法律归化实属必要。根据何明升的研究,技术归化是社会治理的必有环节。“技术归化实际上是对技术应用所进行的社会选择过程,表现在网络发展进程中则是对网络工具的社会选择和引领作用。”^⑨法律作为人类制度生活的载体,可以对技术治理起到较好的引领和归化作用。

一方面,法律价值对技术治理的工具选择和运用可以起到引领作用。从本质上讲,技术治理是一种运用确定性和精确性的科学知识,来对网络社会中的人们行为进行一定的管制,以期符合治理者自身利益的活动。然而,一些技术治理者极有可能过度使用验证、痕迹追踪、信息筛选、加密等技术,筑起一道数字化竞争壁垒,从而违背公平正义等基本原则。例如,某些数字化文件格式的版权人,为了防止他人盗版和侵犯自身利益,往往采取加密或其他技术保护措施,使得以该格式储存的文件只能在特定的播放设备上运行。^⑩这种技术治理手段过分地强调了技术手段的经济意义,忽视了技术手段的道德意义。法律是存在道德维度和价值理性的。它蕴含的对人的生存状态、自由、权利、尊严和价值的关怀和尊重,能够抵制技术治理过程中的非理性、非人道的因素,从而有效反拨因过度强调技术理性而导致的人的技术化、客体化和社会生活的技术化。^⑪

从网络技术治理的发展历程来看,它起先受到法律价值引领的程度较低。网络运营商为了扩建基础设施、增强在网络基础服务上的控制权,采取流量限制、付费优先权、信息过滤与控制等技术和机制,对流经其线路的网络内容和访问者进行差别对待。^⑫这

^⑤ 参见刘晗《域名系统、网络主权与互联网治理》,载《中外法学》2016年第2期。

^⑥ 在马克思看来,技术和政治是密切相关的。技术的使用进一步强化了资本家的权力。工人在工业资本主义工厂中丧失了自由和平等,成为机器技术的奴隶,成为了资本的奴隶。参见刘郦《技术与权力——对马克思技术观的两种解读》,载《自然辩证法研究》2008年第2期。

^⑦ 参见前引^⑤胡颖文。

^⑧ 参见[美]理查德·斯皮内洛《铁笼,还是乌托邦——网络空间的道德与法律》,李伦等译,北京大学出版社2007年版,第58页。

^⑨ 何明升《中国网络治理的定位及现实路径》,载《中国社会科学》2016年第7期。

^⑩ 参见罗莉《作为社会规范的技术与法律的协调——中国反技术规避规则检讨》,载《中国社会科学》2006年第1期。

^⑪ 参见孙莉《在科学技术与法律之间》,载《科学研究》2007年第4期。

^⑫ 参见吴亮《网络中立管制的法律困境及其出路——以美国实践为视角》,载《环球法律评论》2015年第3期; Guo, H., Bandyopadhyay, S., Net Neutrality and Vertical Integration of Content and Broadband Services, 27 *Journal of Management Information Systems* 243-276 (2010).

些技术规制手段在很大程度上是以网络运营商的利益为核心的。它与法律所蕴含的价值存在一定出入,甚至严重地侵犯到了网民权益。为了纠正这种现实,人们愈来愈强调法律价值在技术治理中的引领作用。2002年,华裔法学教授吴修铭提出了以内容中立、价格中立、发送者中立和信息诚信为核心的网络中立的技术治理理念。^③2009年,《美国复兴与再投资法》提出“无差别对待”的网络技术治理政策。这迈出了法律价值对技术治理进行引领的重要一步。2010年底,联邦通讯委员会以3:2的票数表决通过《维护互联网开放性指令》。该指令将诚实信用、平等原则、禁止不当歧视、言论自由等基本法律价值和理念系统地纳入到技术治理过程中,并提出透明性、禁止屏蔽、禁止不当歧视的网络中立管制三原则。^④

另一方面,法律治理可以校正技术治理的偏差。在实践中,由于技术治理的专业性和知识性,政府和司法机关往往采取一种较为节制的态度。但是,这种专业化的治理行为的确有可能会侵犯他人利益或社会公共利益。因此,网络社会需要运用法律手段来对技术治理行为进行纠偏。斯皮内洛认为,尽管依靠基于技术形成的分权式自下而上的网络管理方法,能够有效解决某些网络社会问题,但是这种方式还是存在许多风险。这种客观现实需要自上而下的法律治理方式的介入,确保公平有序地管理互联网。^⑤从实践来看,法律治理主体主要通过以下几种方法,来判断技术治理是否出现了偏差:(1)原则主义的方法。比彻姆和查尔瑞斯将这种方法具体细划为自主、不伤害、有利和公正四项基本原则。^⑥网络社会的技术治理应当符合这四原则。否则,法律应当介入技术治理过程,校正技术治理的偏差。(2)价值衡量的方法。在技术治理过程中,治理主体利益的最大化和网络消费者的利益偏好之间往往存在冲突,致使技术治理偏向于治理主体,损害网络消费者的利益。这为法律治理的介入提供了合法性,但也带来了治理上的难题。假如放任网络开发商和经销商的技术治理,有可能侵犯消费者的利益;假如过分保护消费者的利益,则可能减少网络开发商和经销商的投资,降低他们对网络科技的创新动力。因此,法律在介入技术治理时,往往会引入价值衡量方法。尤认为,网络技术治理坚持中立管制原则,极有可能损害大多数人的利益。为了在公共利益和个人利益之间保持适当平衡,法律允许技术治理者在紧急情况下,封阻运用P2P和网络电话等程序的特定用户。^⑦(3)比例原则的方法。在运用法律手段校正技术偏差过程中,执法者也广泛地运用比例原则,考虑技术治理手段的正当性,防止为了某个目的而付出过分的、不合比例的代价。在“默尔特诺马公共图书馆诉美利坚联邦政府”案中,法院依次审查了目的正当性、手段适当性和手段必要性,认为保护儿童免受淫秽、色情信息的影响

^③ 参见刘静怡《网络中立性原则和言论自由》,载《台大法学论丛》2012年第3期。

^④ 参见前引^②,吴亮文。

^⑤ 参见前引^③,理查德·斯皮内洛书,序言第2-3页。

^⑥ 参见前引^③,理查德·斯皮内洛书,序言第21-23页。

^⑦ Christopher S. Yoo, Network Neutrality, Consumers, and Innovation, 179 *University of Chicago Legal Forum* 179 - 262 (2008).

的目的是正当的,但当前的屏蔽手段既不能屏蔽所有的淫秽、色情信息,又有可能屏蔽一些对成人有用的信息。因此,屏蔽手段不具有适当性,违背了比例原则。^⑧

2. 技术治理对法律治理的影响

网络技术和通信技术促使网络社会从传统物理社会中分离出来,形成了独特的时空观、权力观和人际观。这深深地影响着法律治理的手段、边界和组织结构。

第一,增加网络社会的法律治理手段。传统物理社会的法律治理手段,主要是审批、惩罚、赔偿等。这些方式更为强调对行为结果的控制,具有强烈的行为主义和事后主义的色彩。技术治理手段则更为强调事前控制和行为预防,并通过行使隐而不显而又无处不在的单向监视权力,来形成一种“全景敞视主义”的治理机制。^⑨在网络治理过程中,治理者愈来愈强调技术治理手段的运用,并将技术治理手段通过立法的方式纳入到法律治理中,从而更为准确和及时地防范、监控、发现和惩治网络违法犯罪。

第二,扩大法律治理的边界。在传统物理社会,法律治理的边界与物理边界之间存在着根深蒂固的关系。物理距离越近,法律就越容易对某种行为进行治理。按照刘连泰的说法,受制于当时技术条件,威斯特伐利亚时代只能够形成以真实物理世界(领土)为核心的主权概念。^⑩因此,法律治理也以真实物理世界(领土)为界限。但是,网络技术增强了国家脱离真实物理世界(领土)进行社会控制和治理的能力,延伸了主权的疆域。这种主权“对内体现为国家对其领域内信息的制造、传播和交易活动拥有最高权力;对外体现为国家有权自主决定采取何种方式,经由何种程序参与国际信息活动,在国家的利益受到侵犯时,有权采取自保措施”。^⑪这种主权概念的扩展,为法律治理边界向全球扩展提供了合法性证明。另一方面,网络技术治理手段的运用,有助于扩大法律治理的覆盖面。在互联网发展早期,由于技术能力的限制,政府往往对互联网领域采取放任态度。近年来,随着验证、屏蔽、痕迹追踪技术和网络架构技术的发展,政府在法律治理过程中愈来愈注重技术治理方式的运用。例如,为了控制跨境数据流,政府可以通过过滤机制和电子屏蔽系统,建立一种虚拟边界。^⑫为了追踪可疑行为,政府可以在线上而无须进入现场,运用痕迹追踪技术,查出个人用户IP地址和基本信息。

第三,优化法律治理的组织结构。在网络社会,信息与网络技术的结构刚性愈来愈强,法律治理在结构上应当愈来愈服从于技术的安排。^⑬为了便于数据的共享交换,为信息技术作用的发挥提供更大空间,法律治理的组织结构也应当具有更多的协同网络

^⑧ See *Multonmah Public Library et al. v. U. S.* 载 http://supreme.findlaw.com/supreme_court/briefs/02-361/02-361-pet-app.html 最后访问时间:2017年7月23日。

^⑨ 参见姜方炳《制度嵌入与技术规训:实名制作为网络治理术及其限度》,载《浙江社会科学》2014年第8期。

^⑩ 参见前^⑩刘连泰文。

^⑪ 参见前^⑩刘连泰文。

^⑫ See David R. Johnson & David Post, *Law and Borders, The Rise of Law in Cyberspace* 5 *Social Science Electronic Publishing* 389-391 (1996).

^⑬ 技术的结构刚性,是指技术对于组织实现目标的重要程度。结构刚性愈强,也就意味着组织在结构上愈是依赖于技术的安排。参见周盛《走向智慧政府:信息技术与权力结构的互动机制研究》,载《浙江社会科学》2017年第3期。

的特征。从组织的行为方式来看,技术手段的使用与创新,促使各级政府线上和线下行为从传统的“以审批代管理”的方式向主动服务模式转变。一站式审批、全程式代管、跟踪式联系、保姆式服务日趋成为网络治理的主要方式。^④从横向结构来看,网络技术治理的多中心主义,要求法律治理的主体不再仅仅是拥有行政权的公权力机关,还包括多方利益相关者。大量横向的服务与协调单位也被纳入到法律治理的组织结构中去。这种多元主体共治,既克服了政府因专业知识不足,无力应对网络社会出现的风险这一问题,又克服了非政府组织和机构因权威性不够,无法使技术治理获得普遍认可的问题。从纵向结构来看,技术治理的便捷性和高效性,能够缩减政府组织层级和减少中间管理层。在传统物理社会,为了达到有效治理的目的,人们往往将最佳手段的选择权下放到基层,并通过增加政府组织层和中间管理层,来确保下级有效贯彻中央的治理意图,防止法律治理目标在传递过程中的失真。在网络社会,技术治理手段的发明并不取决于政府的层级,而且一旦发明,就能够迅速实现从中央到基层的渗透。因此,人们无须通过增加政府组织层级和中间管理层,来确保上级治理意图的实现。

四、网络社会治理二元共治的基本模式

随着网络社会治理的发展,人们愈来愈形成技术治理与法律治理二元共治的话语共识,并大致形成了并行化治理、吸收化治理和多利益攸关方治理三种基本共治模式。认真梳理、总结和反思这三种共治模式,对于完善中国网络社会治理具有重要意义。

(一) 技术治理与法律治理二元共治的话语共识

话语共识是实现技术治理与法律治理二元共治的前提。从全球网络社会治理的实践来看,人们愈来愈承认网络社会的独特价值,强调运用弱化政府管控的理念来凝聚网络话语共识,并以此作为技术治理与法律治理二元共治的一个基本前提。从互联网发展的基本脉络来看,它强调的是要建立一个区别于集权管理体制的分散管理网络。这种分散管理网络,有利于保持网络社会个体的活力,增强个体的创造力。互联网最初的构想者李克利德指出,他们所建立的互联网与其他已有通信网络是迥然不同的。它能够通过计算机的力量,让每个人都拥有一定程度的控制力和决策力。它的首要职能是辅助人类活动,增强人类力量,而不是统护通信系统本身。^⑤根据这一思路,巴兰提出了多个节点彼此连接的“分布式拓扑结构”。任何人无须中央机构允许,就能为网络添加节点和纽带,从而使得网络从单一网络发展到多个独立和互联的共存网络。^⑥这种网络管理思想折射了弱化政府管控的基本理念。它强调某只看不见的手,正在通过商务活

^④ 参见前引^③周盛文。

^⑤ 参见[美]吴修铭《总开关——信息帝国的兴衰变迁》,顾佳译,中信出版社2011年版,第166-167页。

^⑥ 参见前引^⑤艾伯特·拉斯洛·巴拉巴西书,第173页。

动构筑一种能够实现最佳控制的架构。^⑦因此,技术治理方式充分发挥互联网企业、非政府组织和个人在网络治理中的作用。

国家正式权力作为法律治理的主体,愈来愈意识到政府在网络治理过程中的专业局限性。特别是在放松管制运动的影响下,人们更加强调国家应当在网络社会的法律治理过程中,重新进行角色定位。从各国的具体实践来看,它们都在逐步改变过去以国家为中心的法律治理格局,把市场、社会等多方的力量纳入治理体系,突出技术治理等柔性治理方式的重要性。在这个过程中,国家日趋从网络管控限制的角色,转变为网络经济繁荣的推动者、网络社会秩序的守护者和网络权益纠纷的仲裁者的权威角色。^⑧这种弱化政府管控、强化权利保障的法律治理思想与技术治理的分权思想存在契合之处,从而为技术治理与法律治理的二元共治奠定了话语共识基础。

此外,企业的社会责任话语是技术治理与法律治理二元共治的又一话语共识。施托伊雷尔认为,现代多中心主义的治理方式与企业社会责任是一体两面的。它们以相似的路径重塑着国家与私人之间的关系。参与政府治理既是企业和个人享有的一项权利,也是其承担的一项社会责任。这种社会责任话语,要求企业更应该在自愿的基础上调整经营策略,通过将企业盈利与社会责任融为一体的方式,来拓展短期的盈利目标。^⑨这也在客观上要求企业利用自身技术优势进行技术治理。网络社会的法律治理愈来愈承认这种技术治理的“软法”地位,并从企业社会责任角度证明了这种技术治理的合法性。在政府看来,网络企业的社会责任要求它们不断建立健全本行业自律机制,保证行业行为符合法律与道德的准则和要求。^⑩

(二) 技术治理与法律治理二元共治的基本类型

近年来,各国都在技术治理与法律治理二元共治话语共识的基础上,积极探索二元共治的基本模式。总结起来,存在以下几种基本类型。

1. 并行化模式。该模式强调技术治理与法律治理、行业自律与政府监管相得益彰,并行不悖。其中,网络行业组织的技术治理和自律,在网络治理中起着主导作用。政府的法律治理措施主要是在技术治理失灵后起补充作用。因此,在网络治理中,网络行业组织首先通过技术治理手段进行治理,政府只对关乎社会稳定和经济发展的重要网络信息进行主动监管。^⑪英国是这种并行化治理模式的典型。它确立了以技术手段为先导,以法律监管为补充的网络治理思路。20世纪90年代,为有效应对互联网产业伴生的网络色情、网络谣言等问题,英国成立了网络观察基金会。它要求网络提供者积极使

^⑦ 参见前引⑫,劳伦斯·莱斯格书,第5页。

^⑧ 参见姜方炳《制度嵌入与技术规训:实名制作为网络治理术及其限度》,载《浙江社会科学》2014年第8期。

^⑨ See Reinhard Steurer, 'Disentangling Governance: a Synoptic View of Regulation by Government, Business and Civil Society', 4 *Policy Science* 391-392(2013).

^⑩ 参见杜晓康《从立法到自律:美国互联网规制的演变之路》,载 <https://www.jzw.com/jzw/5f/14503.html>,最后访问时间:2017年8月1日。

^⑪ 参见范卫国《网络谣言的法律治理:英国经验与中国路径》,载《学术交流》2015年第2期。

用新科技手段,自愿对其网站内容进行分级和过滤,提升技术治理能力,确保信息的合法性。与此同时,英国通过立法的方法将通信监管局的作用,定位为提高社会公众的安全意识、支持行业自律组织和用户建立互联网上非法有害信息的自我管理机制。^②网络服务提供商通过技术治理发现并核实非法网站和不良网络信息后,可视情况决定是否移交相应执法机构处理。这种治理模式的优势在于有效避免政府直接监管造成的效率低下、成本高昂等问题。但是,它割裂了技术治理与法律治理,忽视了法律对技术治理的归化作用和技术治理手段提升对法律治理的影响。

2. 吸收化模式。该模式从国家主义出发,将技术治理方式吸收进法律治理,实现对网络社会的严格监管。韩国是这种治理模式的典型代表。它确立了电信部门主导的双线分层监管体制,由韩国通信委员会及其所属机构、韩国互联网安全委员会、互联网与安全局等部门,对互联网非法和有害内容进行监控和审议,并负责开发和分销技术过滤和内容监控软件。^③这种由政府部门主导的共治模式,实质上是把技术治理手段作为实现法律治理目标的一种工具,体现了强烈的国家管制主义色彩。例如韩国通过立法的方式确立了网络实名制,并将验证、痕迹追踪等技术治理手段直接作为法律治理手段。这种模式,既忽视了技术治理与法律治理在治理主体上存在的差异,又忽视了技术治理手段转化为法律治理手段需要经历法律归化这一过程的事实。^④

3. 多利益攸关方治理模式。2005年,联合国在信息社会世界高峰会议上首次提出了网络社会多利益攸关方治理模式。根据该模式,所有利益相关方、非政府组织和政府应当参与网络社会的技术治理和法律治理,并在相关治理过程中形成一种持续的动态平衡。^⑤首先,利益相关方、政府和非政府组织都有权利和义务去参与相关技术标准和法律制度规范的制定。其次,利益相关方和非政府组织应当通过多种形式参与网络社会的法律治理。最后,法律决策的作出应当得到受其影响的团体、相关专家和技术人员的合作和支持。因此,这种共治治理模式具有强烈的去“中心权威”或“单一领导者”的色彩,而且实现了技术治理与法律治理的融合。一方面,技术治理方案是在遵循法律治理的基本程序和价值的价值的前提下提出来的;另一方面,法律决策是在充分听取相关方意见之后作出的,并符合信息和通信技术的科学性的基本要求。这种治理模式有助于克服并行化模式割裂技术治理与法律治理所引发的问题,适应了放松管制时代治理方式变革的基本要求。但是,这种模式主要存在以下问题:第一,利益相关方的范围难以界定。

^② 参见马志刚《中外互联网管理体制研究》,北京大学出版社2014年版,第141页。

^③ 参见前引^②,马志刚书,第146页。

^④ 2007年,韩国信息通信部修改了《关于促进信息通信网络使用及信息保护法案》,确定实行“限制性本人确认制”,率先尝试并推行网络实名制。2010年,部分韩国网络媒体公司和网民联合向宪法裁判所提起诉讼,认为网络实名制侵犯个人言论自由,违反宪法。2012年8月23日,韩国宪法裁判所8名法官一致作出判决,裁定网络实名制违宪,网络实名制随即废止。参见董俊祺《韩国网络实名制治理及启示》,载《中国人民公安大学学报》(社会科学版)2015年第6期;高荣林《韩国废除网络实名制引发的反思》,载《传媒观察》2012年第11期。

^⑤ 参见[荷]萨什·贾亚瓦尔达恩、尤瑞思·拉里克、艾瑞·杰克森《网络治理:有效全球治理的挑战、解决方案和教训》,载《信息安全与通信保密》2016年第10期。

穆勒认为,没有人说得清楚利益相关方是什么,他们拥有什么样的权利。这增加了政府操纵代表的机率。^⑥第二,这种模式预设了政府与其他非政府组织和个人具有同等的参与权。但在实践中,政府对于是否将技术规范上升为法律规范,享有更大的决定权。第三,专业化的技术团体和商业组织更容易参与到网络治理过程中。他们为了追求利益的最大化,可能会利用技术手段侵犯网络消费者的平等权、言论自由权和隐私权等。第四,这种去“中心权威”的做法,过分弱化了网络治理过程中的主权概念。这对能力较弱的国家不利。

(三) 中国网络社会的二元共治

中国在治理网络社会时割裂了法律治理与技术治理的关系,忽视了法律价值与法律程序对技术治理的归化作用和技术治理对于法律治理的影响。这套治理方式,在理论上忽视了网络社会的结构性转型,在实践中也难以奏效。因此,正确处理法律治理与技术治理关系,形成二元共治结构,是提升中国网络治理水平的前提。

就网络社会二元共治模式选择而言,中国应当坚持探索一种复合的治理模式。相较于并行化模式和吸收化模式,多利益攸关方治理模式更符合网络社会的治理要求。但是,它所具有的缺陷与不足是我们不能忽略的。究其原因,主要在于过分弱化了国家主导的作用。这在客观上也和中国网络社会所面临的严峻考验不符。^⑦技术治理与法律治理的复合模式,强调在坚持国家主导的前提下引入社会元素。在这个过程中,公共的与私人的、个人的与机构的、市场的与官方的意愿和利益都能被纳入其中,并在国家、市场、社会多中心之间形成均衡治理的格局。首先,政府依靠硬性和软性调节,支持和鼓励网络运营商和互联网企业积极探索网络技术治理方式。就当下中国的网络实名制而言,它更多遵循的还是政治逻辑,而非商业化的逻辑。其实,网络中的商业利益能够推动互联网公司积极推行实名制,因为互联网公司能够依靠对用户披露的大量个人信息的分析和预测,实现推荐广告出售商品服务的目的。这反过来又会推动互联网公司实现真正的实名制,推动虚拟真实社区的发展。^⑧其次,政府、网络运营商和互联网企业应当严格按照法律程序,来确立技术治理标准和治理方案,并自觉地将这些标准和方案与法律基本价值进行对照,以确保技术标准和方案同法律要求保持一致。然而,它们在对网络言论进行技术治理时,受制于政府网络目标控制的影响,往往采取简单的、粗暴的一刀切的措施。这些技术治理方式既不符合基本程序的要求,也不符合公民基本权利保障的要求。再次,立法部门可以通过立法程序将运行成熟的技术规范分形式、分领

^⑥ 参见前引^{②③} 弥尔顿·L. 穆勒书,第319页。

^⑦ 当下中国互联网带来的风险与挑战主要有两个方面:一是核心技术受制于人是我们的最大隐患,国家关键信息基础设施面临较大风险隐患,网络安全防控能力薄弱,难以有效应对国家级、有组织的高强度网络攻击,这是互联网运行安全。二是互联网媒体属性越来越强,利用网络鼓吹推翻国家政权,煽动宗教极端主义,宣扬民族分裂思想,教唆暴力恐怖活动,进行欺诈活动,散布色情材料,进行人身攻击,兜售非法物品等行为会破坏网络信息传播秩序,影响国家安全和社会稳定,这是互联网信息安全。参见周汉华《习近平互联网法治思想研究》,载《中国法学》2017年第3期。

^⑧ 参见胡凌《网络技术呼唤立法思路更新》,载《文化纵横》2013年第6期。

域、分权限地上升为法律规范。尽管立法作为治理互联网的常规性手段一直都为中国政府所重视,但是,这些立法在位阶层次上较低,立法部门化倾向明显,对于运用技术手段来治理网络言论的程序、限度缺乏必要规定。另一方面,中国对网络言论没有进行类型化的划分,致使对不同网络言论所采取的技术治理手段高度的同质化。复次,国家应当根据具体情势的发展与变化,完善法律制度,为技术治理的法律归化提供良好的依据和标准。《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》和《中华人民共和国刑法修正案(九)》都对网络言论进行技术治理提供了法律依据。但是,这些规定有关“情节严重”和“严重危害社会秩序和国家利益”的解释和规定都旨在通过诽谤罪规制更多的网络言论。这种规定必然会使得更多指向官员的公共言论符合诽谤罪的基本要求,在事实上与言论自由的价值不符。这也会使技术治理发生方向上的偏离,难以对技术治理进行有效的法律归化。最后,国家应当在坚持国家主导的前提下,积极优化法律治理的组织结构。利用技术手段,更新法律治理方式;扩展参与主体,形成多元共治格局;提升技术治理能力,缩减治理层级。互联网企业可以通过技术手段认清网络空间的各阶层和松散社群的基本情况,为政府公共政策的形成提供依据。政府可以在尊重用户隐私的前提下对像腾讯、百度、新浪这样的互联网平台上生产的信息进行系统分析,了解各种舆论及其代表的群体。^⑧政府可以利用网络技术治理的优势去拥有更多渠道和资源,通过纵向压缩管理层级、横向合并与减少管理部门等方式形成扁平化的网络治理结构。

就网络实名制而言,它尽管能够增强网络言论者的责任感,但并不能改变不当言论或谣言的传播结构,因为中心节点都已经实名,只有经过他们才可能造成大规模传播。因此,中国既不能选择韩国网络自由主义所采取的“一废了之”的态度,也不能继续过去全面推行网络实名的做法。中国应当在政府主导下,根据不同网络领域和治理需求,有序推行分领域、分层级、分形式的有限网络实名制。“分领域”就是根据信息的社会影响力,将网络社会进行区域划分,不同区域的政府介入程度有所区别。政务类网站应当强制推行网络实名制,电子商务类、学术交流类、生活娱乐类等网站,政府应当引导,而不宜强制推行网络实名制。“分权限”就是根据网站会员积分的层级,授予网站进入、信息浏览、信息发布、信息转载等网络权限。“分形式”就是由网络服务商根据网站平台的性质和功能,对实名制的具体形式自行作出规定,国家不宜强制规定。^⑨在这种“有限网络实名制”中,技术治理手段既能够接受法律的有效归化,又能够充分发挥市场、社会等多方面的作用,从而形成一种均衡治理的格局。

至于信息删除、屏蔽和封号等技术治理手段,中国政府应当采取更加谨慎的态度,不能因为这些技术治理手段的便捷性和经济性,而抹杀网络社会创新的可能性,侵犯公民的言论自由权、信息传播权和知情权。按照复合治理模式的基本要求,政府首先应当

^⑧ 参见胡凌《网络传播中的秩序、谣言与治理》,载《文化纵横》2013年第5期。

^⑨ 参见前引^⑧姜方炳文。

致力于培育一种审慎对待网络信息的理性文化氛围,并在此基础上广泛吸收电信运营商、新闻媒体、民间机构和网民的意见,建立网络内容的分级制度。网络服务提供商应当在网站的显著位置标明分级标识,并就限制性信息设置身份认证系统,以方便过滤软件发挥过滤、阻止进入或屏蔽的功能。^①在此过程中,政府一般不直接删除、屏蔽相关信息和查封账号,而是根据具体场所提出相应要求。对于公共图书馆、学校、网吧等公共场所,政府应当强制安装过滤软件阻止用户进入或进行屏蔽;对于普通自用电脑,由用户本人和未成年人家长自行决定是否安装过滤软件以阻止用户进入或进行屏蔽。

Abstract: A basic and particular human living phenomenon comes true under the background of network by virtual technology. The network enlarges people's social interaction sphere, changes communication ways and finally forms a special view on time and space, power and interpersonal relationship. Thus the network governance logic, which consisted of collectivism, behaviorism and state sovereign in current China, faces serious challenge. Now, network technology gradually generates a kind of self-determination space and forms a set of independent technologic governance way based mainly on technical code and autonomy ethic. However, there are differences between this technical governance way and legal governance which regard the state as the core, and the latter is restricted to some extent by the former. Technical governance could be effectively domesticated by using the value contained in law and adopting relative methods of legal governance. And after the improvement of standard of technical governance, it also provides continuous binding force on the adjustment of method, frontier and structure of legal governance. Thus, to correctly deal with the relation of legal governance and technical governance and to form the structure of dualistic governance is the prerequisite of improvement of the level of China network governance.

(责任编辑:李小明)

^① 参见尹建国《网络信息内容分级机制研究》,载《中国行政管理》2016年第10期。