

网络服务提供者之角色构造研究

邹晓玫

(天津商业大学法学院, 天津, 300134)

摘要: 网络技术的深度社会化, 使网络服务提供者(ISP)转化为网络社会内生秩序的主要承担者和建构者。现有法律体系采用简单的“技术—内容”分立的类型化方式, 难以应对网络服务方式的更新。宏观上应以 ISP 的社会功能特征为立足点, 确立其角色的四层次分层构造; 微观上以信息干预度、内容参与度、商业利益参与度和社会关系参与度来确定特定 ISP 的角色构造及其法律责任基础。以“有限网络技术中立”为中心的规范体系维护 ISP 的角色稳定性。

关键词: 网络社会; 网络服务提供者; 社会角色; 角色规范; 法律责任

中图分类号: D922

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2017)03-0063-07

网络技术的飞速发展和深度社会化, 使互联网逐步突破了信息交流传播媒介和生活工作技术工具的初始功能, 不断型构人类社会基本关系形态、重塑思维方式并制约社会主体的行为选择^[1]。在网络社会活跃的多重主体中, 网络服务提供者(Internet Service Provider, 以下简称 ISP)是最强大的网络社会结构性构建力量。他们是网络技术和服务的联结者, 也是现实社会与互联网互动发展的中间介质和网络空间的重要数字化组织形式(digital formation), 同时是网络内生秩序的主要承担者和建构者。

学术界和立法机构逐步意识到了互联网的全面规制不得不重视并依赖 ISP 这一重要的力量^[2]。网络法律研究逐步摆脱分散的、局部性的、具体的法律问题探讨, 开始关注互联网法律规则的整体性框架构建, 并明确将网络服务提供者与关键信息基础设施、网络信息并列为未来网络法律体系调整的三大对象^[3]。2016年11月7日公布的《中华人民共和国网络安全法》虽未就网络服务提供者设置专门章节, 但针对 ISP 设定的义务性规范贯穿了网络运行安全、网络信息安全、网络监测预警与应急处置和法律责任等几乎所有的关键性内容。

然而, 在现有的网络法律乃至网络社会综合治理等相关领域研究中, 对 ISP 的关注并不深入, 主要表现在: ①为数不多的专门性研究分散于网络共同犯罪、网络民事侵权、网络知识产权争议和不正当竞争等具

体领域中的 ISP 责任设计, 缺乏对 ISP 社会角色的整体性探讨, 致使具体法律责任的建构缺乏共同的理论基础和基本概念共识。②ISP 的服务提供方式不断推陈出新, 而现有研究和绝大多数局部立法仍然采用的是简陋的“技术—内容”分立认识框架。这一调整框架在一些复杂性个案中已经捉襟见肘, 更遑论以适度的前瞻性应对即将到来的大数据和云时代。③现有的研究和立法过分纠缠于 ISP 的技术属性, 而忽视了其技术服务行为的社会功能, 使网络法律这一刚性社会规范偏离了其调控重心。

本文试图突破上述传统研究框架的束缚, 将 ISP 的角色探讨扩张至社会功能视域之下, 通过确定 ISP 在网络社会中的总体角色定位, 探索基于社会功能对 ISP 进行分类的可能性; 提供一个由信息干预度、内容参与度、经济利益参与度和社会关系参与度构成的四维度模型, 来实现对任意特定 ISP 的角色分析。基于 ISP 在网络社会中的角色构成探讨其内生性角色规范, 以此作为公共权力构建 ISP 网络法律——这一刚性外生性规范的前提和基础。

一、网络社会中的 ISP: 新型权威和技术型意见领袖

自 ISP 产生以来, 对其角色的认知经历了网络设施提供者、网络信息发布者、网络技术提供者、网络

收稿日期: 2016-11-15; 修回日期: 2017-01-16

基金项目: 国家社科基金项目“网络服务提供者法律责任体系研究”(13CFX082)

作者简介: 邹晓玫(1979-), 女, 浙江衢州人, 法学博士, 天津商业大学法学院副教授, 主要研究方向: 法律社会学, 网络法学

平台搭建者等一系列流变。这些认识确实也体现了某一阶段或某一类型的ISP的角色特点。但随着网络技术的不断更新和ISP服务方式的复杂化,ISP的总体角色早已超越了以上的任何一种单一向度,成为了网络社会的新型权威和技术型意见领袖。

(一) 网络社会

学术界在两种不同的含义上使用“网络社会”一词:其一,是一种有别于传统的新型社会形态(Network Society)^[4],指基于信息平台上的人类交往实践活动而形成的共同体,是信息技术引发的一种新的社会形态。它展现出不同于以往的新的资源流动和权力支配方式,以“社会形态胜于社会行动的优越性”^[5]为其结构性特征。网络社会的第二种含义是指“基于互联网技术的发展而产生的网络空间中人们的互动关系发生的社会形式”^[6],即Cyber Society或Internet Society,强调在计算机和移动信息设备搭建起的互联网空间中,人类行为表现出的有别于现实空间的特殊属性。

国内的研究文献中多将两者等同,但笔者认为,上述两个语汇不能混同,是相互独立而又存在内在关联的两个概念。Network Society描述的是信息化时代社会整体表现出的结构性特点,互联网构成的虚拟世界只是体现其特性的一个典型场域,而不是其全部指涉;Cyber Society是计算机网络搭建起的一个虚拟空间,人们在这一空间中的行为方式体现出了有别于现实社会的独特性,这些特性包括但不限于主体间关系的网络化,还涉及了学者们描绘的虚拟性、技术性、隐匿性、流变性、间接性等特点^[7]。因此,本文的研究立足于网络服务提供者在Cyber Society这一物理空间范围内的行为而展开对其角色特点的阐述,但同时承认这些角色特性是以整个互联网世界中的Network Society特性为基础得以形成和发展的。

(二) 基于技术优势的新型权威

费孝通先生以结构功能主义视角观察中国社会时,提出了人类社会存在四种不同的权威类型:其一是基于社会冲突而发生的暴横权力,建立在剥削关系之上;其二是从社会合作中发生的同意权力,其基础是社会授权;其三是社会继替中产生的长老权力,其基础是社会传统;其四是有别于前三者的时势权力。时势权力是指当旧有的社会结构不能应对新的社会需求致使结构性社会变迁发生时,“文化英雄”不断探索新的道路并组织社会实验,基于人们的信任和跟随而产生的一种新型权力。其权威来源于解决社会新问题的实际能力^[8]。网络社会是一个完全由硬件设备和技术协议人为构建的独特社会场域,这一特性决定了暴横权力、同意权力和长老权力都难以获得存在基础,

网络权威必然是由意见领袖和技术权威共同构成的时势权力。

1. 技术型意见领袖

网络最不可思议的力量在于最大限度地将人类的思想从物理的时间、地域和物质限制中解放出来。网络中高速流动的海量信息直接指向人的精神而非外在的物质世界^[9]。网络的传播特点决定了信息必须通过意见领袖的中介和加工才能对一般网民产生影响^[10]。技术型意见领袖是指依托技术优势,管控网络平台、交流社区等信息交换管道,通过管理或发布信息实现对网民影响的传播中介者^[11]。区别于专家型、草根型和身份型的网络意见领袖,ISP所代表的技术型意见领袖处于网络“结构洞”位置,是连结网络中无任何关系的两个行动者的关键性第三者^[12]。较之于其他网络主体,ISP的技术优势使其能够获得更多的信息,并能够对信息进行有效的识别、控制甚至交易,可以通过建立或阻断其他网民之间的信息联系实现对网络信息流动的管控,从而影响网络意见的形成。

2. 基于技术优势形成的规范宰制

网络世界从根本上说是由不同类型的ISP相互合作而共同创造的,同时他们还在不断地生产和再生产网络世界和网络秩序。ISP从事上述创造所凭借的是网络技术创新,每一次网络技术的革新都意味着新的网络服务方式的产生,而新的服务方式则无不意味着新的网络交互方式的诞生。ISP提供新的服务方式的同时,也确立了该服务方式下基本的信息交换规范和网络社区的基本伦理。技术创新建立的信息交流结构和以此为基础形成的网络行为规范,使ISP具有了对网络行为宰制的先天优势。网络世界作为一个全新的法律调整对象,其外生性规则的建立必然是以网络社会内生性规则为基础的。甚至在外生性规则缺失的情形下,司法活动很大程度上就是按照网络内生性规则来进行纠纷解决的^①。从这个角度上说,ISP服务的技术结构和商业模式很大程度上决定了网络法律规范的内容及其结构特征。

二、网络服务提供者之分层构造

ISP在网络社会中的新型权威和意见领袖地位来源于其独特的技术属性,技术特点不同也决定了不同类型的ISP在网络社会中角色功能存在差别,正视这些差别是实现ISP有效保护和规制的前提和基础。当下学界就不同类型ISP应采用不同规制原则这一基本思路达成了共识,但如何界定网络服务提供者及其

分类标准如何，尚难以形成统一意见。已有的代表性类型化方法往往都只重视了 ISP 的技术特点，而忽视了其技术模式的社会功能。

（一）“技术—内容”的简单分立难以应对网络发展趋势

目前学界采用比较多的 ISP 类型化方法有以下几种：其一，按照是否直接提供网络信息区分为两类：一类不创造新的信息，只为网络信息提供各种技术支持，即狭义的 ISP；一类直接提供网络信息内容，即 ICP(网络内容提供者)^②。其二，依据信息服务对象不同，分为为自己信息提供服务的 ISP 和为他人信息提供服务的 ISP。前者基于对信息的实质了解和控制，承担侵权法意义上的直接责任，而后者根据其技术服务的方式不同，只承担间接侵权责任并在特定情形下有免责抗辩权^[13]。其三，依据具体服务方式的不同，将网络服务提供者分为四类：只提供网络接入、缓存、主体存放等服务，不提供信息服务的狭义 ISP；只提供信息服务的 ICP；提供网络连线、IP 地址分配、电子公告牌等网络接入服务的 IAP(网络接入服务提供者)；提供数据库、检索、查询、论坛等网络在线服务的 IOP(网络开放平台提供者)^[14]。

以上对网络服务提供者的分类方式都意识到了应当以 ISP 的技术性特点作为其分类的依据，并以此为基础来确定对不同类型 ISP 的不同规制方式。但上述分类共同的缺陷在于：其一，分类理念基于网络服务的“技术—内容”简单对立，没有意识到网络技术本身已经超越“消极中立的第三方”，突破单纯的“信息通道”工具属性，正在不断成为网络社会空间及其内生秩序的主要承担者和建构者；其二，以上分类方式均基于当下的主流网络技术，对高速发展的网络技术走向缺乏前瞻性，无法应对即将到来的大数据、云计算和物联网时代；其三，关注 ISP 技术属性而忽视了其社会特性，对同类网络技术服务的社会功能差异重视不足，而 ISP “角色”的本质是技术属性造就的社会功能独特性。

（二）基于网络技术之社会功能的 ISP 分层构造

网络技术每一次技术革新都是对人们的生活方式、交往方式甚至思维方式的建构。在互联网发展的不同阶段，ISP 在网络社会中的技术参与方式及其社会功能都不尽相同。无论是网络社区的内生规范、互联网用户协议还是国家对网络世界的刚性立法，最终要调整的都是基于互联网技术而产生的新的网络行为以及在此基础上形成的人与人之间的社会关系。因而，要实现 ISP 的科学类型化，必须以互联网发展的动态过程和整体阶段性特征为观察背景，在重视 ISP 的

技术特征的同时，以其在具体场域中实现的社会功能为根本立足点。

1. 单向网络技术中的 ISP：信息发布者和技术支持者

Web1.0 时代，计算机虽然实现了网络互联，但用户之间无法进行互动，网络只是一个向更广泛空间范围发布和传递信息的工具。这一阶段的 ISP 主要提供的是网络硬件和软件的接入服务，或者为自己和其他用户在网络上发布信息，其特性是单纯的工具性和简单的商业属性。对此类 ISP 的法律规制可以采用简单的传统立法延伸模式，比照一般的产品和服务提供者设计其权利、义务和责任即可，至多需要附加一些适用于互联网技术开发的专业技术性规范。

2. 网络交互技术中的 ISP：信息搬运者和消极中立的观察者

Web2.0 使互联网具备了交互功能，大量的即时性信息交流成为可能。在原有角色基础上，出现了大量的 ISP 为网络用户提供即时信息发布和即时信息传递。此阶段 ISP 的表层角色是迅捷的信息搬运工。因其交互信息的规模庞大，ISP 实际上已经具备了大数据收集和筛选、分析的潜在能力，只不过因为其商业利益主要来源于用户信息的搬运速度和规模。因此 ISP 对用户信息的真实性、合法性和可利用性等实质要素不予关注，也往往通过用户协议免除自身的实质审查责任，对海量的交互信息保持消极中立的观察态度，至多是信息的被动收集和保存者角色。此阶段 ISP 在技术上力求只对终端用户提供的信息做不同类型的忠实传递和呈现，因而对其法律责任的设计应当围绕严格的技术中立原则展开：其一，ISP 对其搬运的信息内容不负有一般性审查义务，仅对其提供的技术服务质量负责。其二，为兼顾终端用户利益和社会公共利益，ISP 应当对其明知或被告知违反法律的信息内容采取技术措施，予以屏蔽或删除。当下各国普遍采用的“避风港”规则即是对这一规制思路的典型体现。其三，要求 ISP 严守技术中立，不得对自身收集和控

3. 网络空间技术中的 ISP：网络平台建构者和大数据采集者

网络平台是指在互联网上，逐渐远离桌面操作系统，从而避免了终端用户计算机系统的限制，实现高度交互性的应用平台^[1]。网络平台的广泛出现使脱离于特定终端用户、独立存在于网络中的虚拟空间成为可能，而网络空间和网络社会的逐渐生成，造就了现实社会和现实社会同时存在的新型“双层社会”结构^[1]。此阶段的 ISP 已经超越了数据搬运者的角色，

成为了搭建网络平台的核心技术力量。因构建的网络空间独立于终端计算机,网络ISP能够合法地收集到海量的数据,成为大数据和云计算的数据基础。此阶段的ISP有独立于终端用户的利益,同时具有网络社区结构建构能力和网络行为影响力,其基础是网络平台的规模和用户保有量。由于此阶段的ISP提供服务和商业利益的获取主要依靠的是网络空间中的虚拟社会关系构建,其技术模式、商业利益和社会干预高度融合,因此,其规制应当放弃严格的技术中立,转而从其商业意图、技术行为和社会后果三者之间的一致性上来确定其行为合法性:其一,考察ISP技术行为是否与其用户协议及行业规范设定的服务宗旨和服务意图相一致,由此来确定是否存在对技术和信息的滥用;其二,考察ISP技术行为及其社会后果之间的关联性和可控性,由此来确定ISP应负担何种范围上的注意义务和社会责任;其三,综合考察ISP的商业意图、技术行为和社会后果三者的一致性,以确定ISP对特定的法益损害是否存在有意的放任或可防范的过失。

4. 网络云技术中的ISP:信息处理者、利用者和行为预测者

云技术是指采用应用程序虚拟化技术的软件平台,集软件搜索、下载、使用、管理、备份等多种功能为一体,各种功能在独立的虚拟化环境中运行,达到绿色使用软件的目的。在云技术的支持下,互联网最终将发展为一台超级计算机,实现全网数据的互联和共享。ISP将是搭建这一最终云端的主要技术力量,而全网互联的超级云将不再是单纯的数据存储和传输机器,而能够基于其所占有的海量信息实现信息再处理、利用甚至是对特定主体行为的预测。此阶段的ISP不但有独立于终端用户的利益,甚至可能“反客为主”——基于商业目的的侵略性地利用云端信息,有能力操纵现实主体的行为和生活。此阶段ISP法律规制的重点在于防范信息利用的安全风险:其一,确保信息采集的知情权和合法性;其二,明确已采集信息的存储、传输、加工、使用的主体和方式;其三,限定基于大数据的精准定向技术之使用范围;其四,设定诱导性网络服务的限度。

以上对于ISP的阶段类型化及其法律规制重点的分析,是为了突出互联网发展不同技术模式之下,ISP表现出的整体性宏观角色特征,并不排斥微观上某一时点,多种类型的ISP同时并存。例如,当下互联网发展处于网络空间时代,采用网络平台技术的ISP最为典型地体现了此阶段的互联网整体性特征,但并不排除当下同时存在单纯从事网络技术接入、网

络内容发布或信息交互角色的ISP,事实上也已经有部分ISP开始从事网络云服务,甚至有些ISP同时提供以上各类综合的网络服务。不论某一特定ISP的具体服务如何复杂,最终均可分解为以上四大基本类型或某几类型的相互组合。因此,以上述基本类型来观察和研究ISP,能够为当下和未来相当长一段时期的ISP规制提供较为可靠的基础。

三、网络服务提供者之角色维度

宏观上,我们可以根据ISP的技术特性及其社会功能来实现其类型化;但微观上,每一个具体的ISP在特定时间点上的角色却可能非常复杂,同一ISP也可能在不同阶段提供不同的网络服务,其角色构成具有时间上的流变性。如果我们将ISP视为网络社会中的拟制主体,其实他们和自然人一样,任何行为都包含了“动机—行动—功能”等要素。从这一思路出发,任意一个特定ISP在网络空间中的具体角色,可以从以下几个维度来综合确定。

(一) 信息干预度

信息干预度是指ISP是否对互联网中流动的信息进行加工或改造。网络世界的所有行为,根本上说都是围绕信息(data)的传输、收集、存储、筛选、加工、利用来展开的。不同类型的ISP在其服务过程中对网络海量信息的干预程度是不同的:①单纯提供网络硬件设备、服务器、网络接入服务等ISP,服务方式不涉及任何网络具体信息,因而此类ISP只对自己提供的设备和服务的品质负责,承担产品责任。②对网络终端用户发布的信息进行存储、传输、显示等非干预处理的ISP,仅对所处理的信息的真实和全面负责,而不对其处理信息负实质审查责任,但有义务在其技术可能性范围内,配合有实质审查权的主体进行网络秩序维护。例如,提供服务器上保存的信息作为证据、控制涉嫌违法的用户账号等。③主动对网络信息进行筛选、加工、推送等有目的地利用的ISP,应当为自身信息利用行为的社会效果承担责任,不可以自身的技术提供者身份要求免责。

(二) 内容参与度

内容参与度是指ISP是否直接向互联网上传来源于自身的新信息。大多数中国互联网的内容掌握在私营运营商手中,互联网的内容管制不得不依赖这一支重要的力量^[2]。ISP对网络信息的内容参与度决定了其是否要对自己所控制的信息内容负直接侵权的责任:①提供内容的ISP要对自身发布的信息内容的合法性

负责。如果该内容侵犯他人权利，则ISP负直接侵权责任(严重时可能是刑事责任)。②仅提供技术支持而不直接提供网络内容的ISP，依据自身的技术特点不同，承担不同程度的间接责任(直接责任由信息的发布者承担)。

(三) 经济利益参与度

经济利益参与度是指ISP是否通过提供服务获取了相应的经济利益。不仅包括直接向信息发布者或技术使用者收取费用，也包括通过广告、流量、吸引用户等间接方式获取的经济利益。ISP提供的网络服务是否有偿，也是区分其角色和责任的重要维度：①完全无偿提供技术服务的ISP仅对其技术的合法性和有效性负责，即无偿服务可以作为单纯技术性服务的ISP免除间接责任的理由。②无偿提供内容服务的ISP仍然应当为其内容的合法性承担责任，即无偿服务不能作为提供内容的ISP免除直接侵权责任的理由。

(四) 社会关系参与度

社会关系参与度是指ISP提供的网络服务在多大程度上使社会关系发生改变。当下网络世界中的ISP从单纯的提供技术和内容服务不断向网络交往方式和网络社会结构的建构者转化。ISP对网络社会中主体社会关系的参与度不同，决定了其为网络社会秩序应当承担的责任不同。其一，单纯提供技术或内容服务的ISP，对现实社会的交往结构没有实质性影响，只负担一般网络主体的普通注意义务。其二，如果ISP提供的不仅仅是具有私密性的技术支持，而是在半开放的网络平台上设定活动主题，制定交往规则，甚至通过用户的网络活动信息轨迹对其进行积极引导，这类ISP对网络用户行为和社会关系介入相当深入^[15]，被德国学者称为“内容框架提供者”。此类ISP应当对其平台用户承担保障网络信息和行为安全义务，同时应当对本平台所发生之信息交流和互动负有更全面的监督和注意义务。其三，基于对开放空间大数据的收集、分析和利用来实现自身服务的ISP，如果其行为旨在对社会主体未来的行为或行为可能性提供预测，则会对社会主体的现实社会关系产生更深入的影响。此类ISP需要对其信息来源的合法性、利用方式的合法性、相关社会主体的信息安全等问题负有更为全面的保护义务。

四、网络服务提供者之角色规范体系

规范(nomos)本义指木匠手中的“规尺”。社会学家们借用它来研究人的行为，指称人的行为准则和评

价标准^[16]。作为社会科学研究的一个重要范畴，哲学家、社会学家、心理学家、法学家均对“规范”给予了关注，并给出了体现学科视角的界定^[17]。在社会学研究中，社会规范通常是指特定群体共同创造出来的，用来约束和指导其行为、调整其相互关系，要求群体成员共同遵守的价值标准和行为准则。ISP作为网络社会的重要构建力量，其规范体系根本上由网络社会关系决定，并集中反映网络社会关系的内容和特质。规范体系是联结ISP与其他网络主体的重要纽带，对维持其角色的独立和网络社会内有序性有着重要的作用。ISP规范体系包含价值规范与行为规范两个层面的内容。

(一) 以“有限网络技术中立”为核心的价值规范

作为支撑网络世界的三大核心力量之一^[18]，ISP一方面必须满足终端用户的个体性需求，又必须将网络服务平台中的信息交流活动控制在不至于伤害社会根本秩序的范围之内。ISP要在这两种力量之间寻求平衡和生存之道，唯一可以依靠的就是自身的网络技术优势。因而，ISP以网络技术优势为依托，形成了有别于终端用户和网络监管权力机构的独特的价值规范。

网络技术中立原则最早由美国1934年《电信法》予以确立，要求将网络视为一种公共基础设施，网络技术只对数据的传输负责，而不过问传输的是什么数据，是谁的数据，更不能对所传输数据加以区别对待，不能赋予特定数据以优先权^[19]。在该原则之下ISP应当恪守以下基本价值立场：其一，ISP应以平等方式对待网络数据传输，不得因自身的商业利益给予其中某些数据传输或服务以优先权；其二，网络用户可以通过协议方式自由选择某类ISP中的某一个为自己提供网络服务，ISP在用户面前地位平等；其三，负有网络监督管理权的主体，应尊重网络中立属性，不得对ISP进行过度干预以保护特定网络利益主体。

网络中立原则体现了人类在网络世界的平等追求，因而在互联网发展初期有积极作用。但随着互联网技术现实影响的不断深化，网络社会研究者越来越认识到网络中立必须是一种“干预性的中立”^[19]。笔者认为ISP的网络技术中立必须受限于以下条件：其一，在具备技术可能性的前提下，ISP不能以技术中立为理由，放任其网络技术对用户权益造成伤害；其二，ISP无权以技术中立为理由，对抗监管者基于公共秩序要求而作出的法律限制。

(二) “三元一体化”的行为规范

如果说网络终端用户的最大特征是匿名性和网络参与的功能性倾向，那么ISP最大的特点则是网络行

为的非匿名和建构性倾向。非匿名性特征是由ISP的商业属性决定的,而建构性倾向是由其技术属性和商业属性共同决定的。ISP作为虚拟社区构建者、网络技术优势者和商业经营者三重主体,必须同时遵守网络虚拟社区习惯、网络技术性规范和商业服务协议三重行为规范,三者的共同目标是保障ISP的网络虚拟世界行为能对现实社会的行为及社会关系产生真实的合法性影响。

1. 网络技术规范

网络技术规范决定我们可以和“谁”沟通、“如何”沟通以及“何种”信息可以被获得或传输^[20]。有别于一般的技术规范通过调整人与自然的关系来间接作用于社会关系,网络技术规范直接型构了网络社会中的交流模式,同时确立了在该技术模式之下的网络社区基本结构。因而,网络技术规范具有更强烈的社会属性。网络社会中的ISP必须遵守在先的网络主体基于技术创新而奠定的网络技术规范,同时也可以通过新技术和新应用的开发,确立新的技术规范。在ISP的世界里,以下行为具有合法性:其一,基于技术创新而获得其他ISP不具有的新型网络技术,并以此获得网络服务的商业优势;其二,在现有的技术基础上,创造新的技术应用模式或商业运营模式,并以此获得同业竞争优势;其三,ISP对在上述技术优势基础上合法获得的网络信息有优先利用权。

2. 网络社区内部规范

社会法学的创始人埃利希指出,社会团体内部自发生成的秩序是包括国家法律在内的所有其他社会规范的根本来源^[21]。网络社会特有的扁平化和去中心化社会结构,加之网络终端用户的匿名性,使得网络社区的内生性规范具有更突出的作用,可以说初始状态的网络社会是完全依靠内部产生的柔性规范来维持基本秩序的。ISP必须遵循的网络社区内部规范主要包括两种类型:其一,通过与网络终端用户的服务协议确定的基本权利义务,以用户注册协议、网络社区公约等为代表;其二,网络交流过程中形成的不成文习惯规范。它们是网络社会的“民间法”,是网络行为经验的直接提炼,也为外生的刚性规范的生成奠定了基础。

3. 刚性外部规范

网络人际互动实际上是通过ISP提供的技术服务而实现的一种间接的、虚拟的互动。由于互动双方无法直接目睹自身行为的后果,即使出现“失范行为”也难以充分感知,即使感知也会降低负疚感和罪恶感^[22]。因此,必须在上述两种规范之外,建立以国家法律为代表的外部刚性规范,以克服网络内生性规

范难以克服的失范倾向。ISP必须遵守的外部刚性规范主要包括:第一,不得以自身技术优势侵害终端用户及其他ISP的合法权益;第二,在网络资源优势允许的范围内协助网络监管机构建构网络社会秩序;第三,当自身的过失行为直接或间接导致他人或公共利益受到损害时,承担相应的责任。

五、结论

综上所述,网络服务提供者在网络社会中的角色已经超越了单纯的技术服务提供者,逐步转化为网络社会内生秩序的主要承担者和建构者,并凭借自身的技术优势成为了网络世界的新型权威。对ISP的法律规制如果仍然停留在现有的“技术-内容”调整框架内,势必无法应对不断更新的网络服务方式带来的全新挑战。以ISP的社会功能作为新的着眼点对其进行科学有效的类型化,并以ISP在网络社会中的信息干预度、内容参与度、商业利益参与度和社会关系参与度四个核心维度来观察和确定特定ISP的具体角色构造,进而明确不同角色构造的ISP在法律调整方面的关注重点,有助于确立以ISP为主要建构力量的网络社会内生性规范,从而为网络世界的法律规制及ISP法律责任的设计提供一般性理论基础和新的分析框架。

注释:

- ① 最高人民法院民事审判庭第三庭副庭长王闯在清华大学法学院主办的“明理网络法治论坛”上发言时明确指出,最高人民法院在处理网络知识产权的司法保护问题时“注重规则的包容性,尊重市场的自生性规则”。据其介绍,最高人民法院在审理互联网业内影响很大的“扣扣保镳案”时,实际上是以互联网行业规范作为重要的审判依据。以上注释内容为笔者按照王闯法官在论坛现场的发言记录整理而成,记录时间为2016年12月9日。
- ② 此种分类最早来源于美国《千禧年数字版权法》,我国《侵权责任法》在侵权责任设计上以这一分类为规范基础,但并没有明确网络服务提供者是包括所有为互联网技术和内容提供服务的广义ISP,还是仅限于提供技术服务的狭义ISP。且《侵权责任法》《中国民法典草案建议稿》和相关司法解释等规范性法律文件中,网络服务提供者一词的概念使用存在不一致。参见刘颖,黄琼.论《侵权责任法》中网络服务提供者的责任.暨南学报(哲学社会科学版),2010,(3):53-58.

参考文献:

- [1] 于志刚.网络思维的演变与网络犯罪的制裁思路[C]//网络法的域外经验与中国路径.北京:中国法制出版社,2014.

- [2] 杨国斌. 中国互联网与公民社会——共进的动力机制与数字化组织形式[J]. 法律和社会科学, 2010(1): 1-19.
- [3] 周汉华. 论互联网法[J]. 中国法学, 2015(3): 20-37.
- [4] 上海交通大学舆情研究实验室. 网络社会治理研究综述[J]. 新媒体与社会, 2014(4): 91-132.
- [5] 曼纽尔·卡斯特. 网络社会的崛起[M]. 北京: 社会科学文献出版社, 2003.
- [6] 祁宝生. 网络公共参与的社会功能分析[D]. 吉林: 东北师范大学硕士学位论文, 2012.
- [7] 李一. 网络行为: 一个网络社会学概念的简要分析[J]. 兰州大学学报(社会科学版), 2006(5): 48-53.
- [8] 费孝通. 乡土中国[M]. 北京: 北京大学出版社, 2012.
- [9] Anna Mancini. Philosophy of law for the virtual world [M]. Washington: Buenos Books America, 2011: 3.
- [10] 宋石男. 互联网与公共领域构建——以 Web2.0 时代的网络意见领袖为例[J]. 四川大学学报(哲学社会科学版), 2010(3): 70-74.
- [11] 方付建. 论网络意见领袖的发展走向及其引导策略[J]. 湖北行政学院学报, 2013(1): 31-35.
- [12] 陈远, 刘欣宇. 基于社会网络分析的意见领袖识别研究[J]. 情报科学, 2015(4): 13-19.
- [13] 鲁春雅. 网络服务提供者侵权责任的类型化解读[J]. 政治与法律, 2011(4): 117-127.
- [14] 张新宝. 互联网上的侵权问题研究[M]. 北京: 人民出版社, 2003.
- [15] 刘文杰. 网络服务提供者的安全保障义务[J]. 中外法学, 2012(2): 395-410.
- [16] 夏玉珍. 中国社会规范转型及其重建研究[D]. 武汉: 华中师范大学博士学位论文, 2004.
- [17] 凌文栓, 郑晓明, 方俐洛. 社会规范的跨文化比较[J]. 心理学报, 2003(2): 246-254.
- [18] 邹晓玫. 网络社会认同之建构——兼论网络服务提供商的角色定位[J]. 理论月刊, 2016(8): 157-162.
- [19] 燕道成. “网络中立”: 干预性的中立[J]. 当代传播, 2012(4): 4-7.
- [20] 郑友德, 伍春艳. 从信息网络社会规范体系的重构看法律规范的变迁[J]. 科学·经济·社会, 2000(3): 32-36.
- [21] 尤根·埃利希. 法律社会学基本原理[M]. 南昌: 江西教育出版社, 2014.
- [22] 朱廷劭, 李昂. 网络社会的行为规范[J]. 科学与社会, 2013(4): 23-32.

Study on the structure of the social role of internet service providers

ZOU Xiaomei

(Law School, Tianjin University of Commerce, Tianjin 300134, China)

Abstract: The deep socialization of the network technologies transforms the role of the internet service provider (ISP) from the technology provider into the architect of the internal order of the cyber society. ISP becomes the new type of authority in internet according to its technical advantages. Instead of the simple separation of “technique-content”, the role of ISP could be grandly described as four gradations from the perspective of the characteristics of the cyber society in its different stages. And in microcosm, the role of a specific ISP can be described from four dimensions as the intervention of information, the participation of content, the commercial interest and the participation of social relations, based on which the legal responsibility of ISP could be established. A norm system consisting of the value norm of Limited Network Neutrality and the ternary integrated norms of behavior maintains the stability of the role of ISP in the cyber society.

Key Words: cyber society; internet service provider; social role; norm; legal responsibility

[编辑: 苏慧]