

中国互联网产业的法律规则：国际化借鉴和本土化创新 PDF
转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E4_B8_AD_E5_9B_BD_E4_BA_92_E8_c122_484640.htm 互联网作为一种技术条件，产生于美国，但作为一种产业的基础，正在各国兴起。正是由于其技术特性和商业特性，使得基于互联网的相关产业既具有很强烈的国际化通用特性，也具有很强烈的区域、民族和文化特性。从技术特性而言，互联网的基础性技术（如各种通信协议、标准和接口，各种基础性系统软件）往往带有很强的国际化通用特性；而其应用性技术（如搜索引擎技术、电子商务平台、安全和认证技术等），也都或多或少地带有一定的国际化通用特性，但往往也都融入了更多了本土化因素，其原因大概因为一方面其高级从业者都是“海归”居多，从而带回来一些国际化的经验，另一方面其又不可能获得“全盘西化”的解决方案，因此注定带有本土草创特色。从商业特性而言，互联网企业要生存，仅有技术和资金是不够的，必须有市场，也就是说必须研究本地的需求。技术和资金两个要素很容易国际通行，其本土化色彩不浓厚，甚至商业模式也容易国际通行（比如风险投资、纳斯达克上市、竞价牌名、网络广告、网络游戏等），但市场需求是由无数个世代代生于斯长于斯的百姓创造的，就必然带有浓厚的地域、民族和文化特色。作为中国的互联网产业，在很多领域有幸与世界先进国家差不多同时起步、差距不大，甚至比较领先。如何避免再次被国际潮流甩在后面，如何获得和保持自己的优势，就需要在国际化借鉴和本土化创新之间进行权衡。 本文旨在从规则的视角，探讨与中国的互联

网相关产业的有关规则在制定、实施过程中，如何在国际化借鉴中突出本土化创新，就此提出自己浮浅的见解。一、成功的本土化创新范例 中国的问题是在中国的土地上和中国的人口中产生的问题。在面对中国自己的问题时，我们曾经有一些创造性的思维，通过制度创新，很好地解决了中国的问题，以下试举几例。

- 1、农村家庭联产承包制度 我国的农村土地联产承包，虽然没有发达国家的先例，甚至也缺乏现代物权制度上的完美设计，但这种根据国情的制度创新却能激发农民的积极性，照样很好地解决了十多亿人的吃饭问题。在那个缺衣少粮、全民饥饿的年代，如果我们仍象现在社会上关于农村土地所有权和债权制度的争论那样，套用国际理论的完美逻辑设计，恐怕安徽小岗村的农民就早已饿得连按手印的力气都没有了。
- 2、赤脚医生 这个经过简单技能培训的团体，很快地充斥到广大农村的田间地头进行行医，为缺医少药的农民们解决了头痛脑热、跌打扭伤、接生防疫等重大问题。这些农民出身的医生们也许一辈子都无法考取医师资格，但他们给农村带来的医疗保障甚至比21世纪的现在还好。
- 3、死刑 在许多舆论以人权或其它理论要求废除死刑的时候，中国还是保留了死刑，似乎有些违背世界潮流。虽然中国采取了“慎杀”的方针，也肯定错杀了一些人，但死刑仍然对暴力犯罪和贪污腐败犯罪还是起到了一定的遏制和震慑作用。从杀人犯和贪污犯在临刑前的深刻反省和极度恐惧仍然能看到死刑的积极一面。
- 4、竞技体育 竞技体育的举国体制，使得中国能在弱小的国力中寻找强大的心理支撑点，在振奋精神、凝聚力量、增强信心方面，起到了不可估量的时代作用。
- 5、两弹一星 举一国之力进行重点攻关，采取大

协作的方式予以实施，两弹一星的成就对中国影响深远，至今仍在发挥重要影响。如果没有这样的制度创新，很难想象能取得这样的成果。在此后的时间里，中国的国力增强不少，但类似的重大成果不多，值得反思。

6、华为公司作为一个本土起家的通讯设备制造商，华为能与朗讯、贝尔等国际同行较量并获得一些胜利，不仅仅是技术的原因。同样的一批人，同样的资金，也许在别的中国公司就不能取得成功，这与华为所推行的管理和企业文化的创新密切相关。以上这些例证，并非为了怀旧，更不是为了制造民族主义，这些例证也并非完美无缺，也不会永远存在。我只是借此说明，结合中国实际情况的本土化创新，能够取得很好的成果。中国人完全可以通过自己的智慧很好地解决自己的问题，并非凡事都要去套用“国际先进成果”。

二、不成功的国际化借鉴范例

改革开放以后，尤其是近几年来，中国试图借鉴国际先进经验和先进理论，但由于未能结合自己的情况进行制度创新，而是仅仅停留于理论上的完美和逻辑上的严谨，满足于“国外怎么做我也怎么做”，结果常难以奏效，甚至适得其反。以下例证可略作证明。

1、证券市场法律制度二十多年来，中国的证券市场从理论设计到实际操作，满足于学习西方，甚至照搬西方，结果，股市非但未能解决国企改革问题，反而成了圈钱和赌博的场所，国际经验丰富、学识渊博的证监会主席换了一个又一个，证监会的贪官和非法圈钱的大鳄抓了一茬又一茬，兼管的口号也一年接一年地喊，但指数仍然一泻千里，股民血本无归，股市已无法获得百姓的信任和信心，中国的股市几乎沦为笑话。这堪称是我国最严重的制度移植失败的例子，看上去很美，但没有考虑中国的实际

情况，没有结合中国国情，导致恶劣的后果。2、合同法中的“要约、承诺”制度 我国合同法第13-31条共19条涉及要约承诺制度，而合同法总则共129条，要约承诺制度占用其中约15%。该制度由于学理考虑过重，虽然逻辑上很完美了，但实践中的合同纠纷并未因此条款而产生过什么变化，与修改之前的几个合同法律相比，并未对缔约和交易行为产生积极影响，实务纠纷中涉及这些条款的也甚少。这种条文大约因为对中国的交易习惯和心理缺乏契合，造成过于理论化的设计导致立法资源的浪费，而该下力气解决的实际问题却无法解决。3、管理层收购（MBO）和国企改革 据称本是引进的一个先进制度，目的在于激发管理人员（尤其是国企高管）的积极性和敬业精神，但由于缺乏配套监管和制约措施，现在几乎成了瓜分国有资产和贪污腐败的代名词。而在国企改革中，经济学家和法学家也都绞尽脑汁，现代企业制度、规范治理结构、出资人到位、独立董事等概念每年翻新，但仍然只有海尔、长虹等少量国企在市场竞争中存活并获胜。成功的国企并不一定实行了这些制度，而实行了这些制度的企业却大部分失败。4、网络服务商责任的“通知、反通知”制度 在某部门制定的行政规章中，关于网络服务商责任的通知、反通知的制度也与此类似，看上去逻辑很严，但难以操作。比如，因通知和反通知会在操作上消耗企业怎样的资源，如果就通知和反通知本身产生争议就会引发新的纠纷，通知和反通知的对方不承认收到怎么办，通知和反通知的形式和内容如何审核，实际应用情况如何。所有这些问题在没有仔细论证之前就拍脑袋立法，不仅浪费资源，还可能添乱。5、民事诉讼中的诉前措施 诉前财产保全制度、诉前禁令

制度，也基本从海外移植而来，并且在民事诉讼法和相关法律中写得明明白白，但实施效果如何，似乎并不理想。有些法院甚至从不受理关于诉前财产保全和诉前禁令的申请，更不用说实施了。

6、普尔斯玛特（Price Mart）这个号称是美国极为成功的一个超市连锁企业，但在中国基本已偃旗息鼓，我想并不是产品的原因，也不是资金的原因，大约还是水土不服吧。同样，以上这些我认为不成功的范例中，也许并非一无是处，也并非表明这些制度或做法本身就是错误的，更不是说不适合中国人，而是说这些制度中，由于照搬的痕迹过重，从而未能更深地扎根于中国的土地，用中国的方法研究中国的问题，无法对症下药。就如同没有包治百病的药，但同一种病中医西医也许都能治，也没有万能的理论和制度，但没有解决不了的问题。

三、互联网相关产业的法律规则

如上文所述，互联网相关产业的技术规则（基础性技术，应用性技术）和商业规则（融资模式、赢利模式、管理模式等），可能并且也可以或必然带有更多的国际通行特性，但其中的法律规则（立法、司法和执法、法律服务）就必须更充分地考虑本土特性，借鉴国际经验进行中国的制度创新，才能更好地促进该产业的健康发展，最终造福于社会。

1、立法

（1）立法要立足现实、解决问题 立法首先要立足于社会现实、深入社会现实，并且是要熟悉行业实务、精通行业现状和发展趋势的人进行立法，避免拍脑袋立法。在北京的地方立法中曾经闹出一些笑话，比如关于禁止使用太薄的塑料袋，规定薄于多少毫米的就不能用，厚于多少毫米的就可以用，但由于没有执法人员成天拿着游标卡尺去量，因此也就沦为纸上的法律；比如关于居民用水实行阶梯价格

的规定，由于居民的水表并不能区分某个时段用了多少水，因此实际上也就无法实施。在关于互联网的网络游戏、即时通讯、电子邮件、BBS等经营中，现在出现一些问题，许多人就呼吁要实行实名制。但实名制如何贯彻实施，如何评估其影响，也许立法者认为这就不归自己管了，自己就只管立法，立了以后再说，这样有可能又催生出一些纸上的法律，甚至一些负面的法律。电子签名法虽已颁布实施，但由于受电子商务综合环境的影响，也似乎未起到应有的作用。实践证明，仅仅从理论、逻辑和主观愿望出发，往往难以提高立法质量。

（2）创设权利要适度 信息网络传播权的创设虽然是移植制度，但很好地解决了中国的问题。但有些人所呼吁的“域名权”，鉴于域名的技术特性及商业特性，其虽具有一定的标示作用，但完全可以通过已有的权利行使处理相关纠纷，因此，不予创设该权利还是正确的。互联网的产业会随着增值服务而不断发展，新的权利会不断产生，比如搜索中的关键词，往往又与企业名称、商标等密切相关，另如，基于互联网的一些商业方法是否可以获得专利，这时是否有必要创设新的权利，还是要看现有的立法资源能否充分利用，司法审判和行政执法的主观能动性能否充分调动，慎用立法资源。

（3）充分利用司法解释 司法解释作为一种带有立法性质的活动，引起一定的争议，但我认为恰好可以在互联网相关问题上充分利用。对于不断出现的新问题，以及暂时还看不清楚看不准确的新问题，司法解释可以起到机动灵活、简便有效的规范作用。最高人民法院关于审理域名、著作权等案件的司法解释，就很好地及时地起到了积极作用。

（4）让产业方充分参与，综合权衡各方利益 有些立法属于部门

立法，往往无法综合权衡服务商、公众消费者、上下游产业的利益，原因是多方面的，但一个重要原因是未能让以上各方充分参与到立法中发表意见。部门立法能否跳出部门利益，真正站在国家、社会和行业的角度看问题，需要立法者的职业道德和良知，也是树立立法者的威信。一些部门立法彼此打架，或者彼此断档不能衔接，暴露出的往往就是这些问题。互联网产业竞争极为激烈，一些产业竞争者在为打击竞争对手，往往寻找自己具有官方或半官方背景的“娘家”来助阵，而“娘家”们则常祭起立法的利器来助阵，这种类似于家族打群架的做法，使得立法者实际上充当了争夺市场的打手和保护伞，这样还怎么立法？学术界、实务界、产业界和公众的公开透明的参与，是立法中权衡利益的必备条件。

2、司法审判和行政执法 互联网相关产业的案件，往往涉及一个新兴产业、新兴技术，而且在技术和商业模式上变化极快。这些产业大多前途巨大但眼下竞争激烈、生存不易。在处理此类纠纷上，本人建议并呼吁法院和行政执法部门注意从鼓励和扶持行业健康发展的角度处理纠纷，尤其要注意产业发展的快速和易变特性，多了解产业的社会现状，不要单纯就法律问题处理法律问题；纠纷处理方式上，多采取调解的方式，判决、行政决定有时是个双刃剑，对于快速变化中的新问题，不期望毕其功于一役，不急于下判为妥；在应对纠纷的理念上，要充分相信并大胆地多发挥市场的自我调节和行业竞争中的自律机制，不要企图依靠法院、政府一家力量来包揽公平和正义，从乱到治是个必然的和渐进的过程，无需心急；鉴于我国在互联网服务商的产业中与世界基本同步走，与先进水平差距不大，十分难得，应在司法和行政执

法中注意保持和发挥该趋势。有些新型的问题，境外的判决也许很精彩，很典型，很具有引进的价值，但如果仅仅为此目的而引进，往往无法解决中国的问题。

3、法律服务

律师和公司内部的法律顾问是法律服务的主体。在对于互联网行业的法律服务中，本人有一些浅显的心得。首先要鼓励产业的发展和创新。法律服务是个审慎的职业，往往容易过于考虑现有法律和风险。这时，法律服务有可能成为产业发展和创新的负面力量。当然，法律的强制性规定不能违反，但有些风险是可控的，有些空间是可以操作的。也许有些人认为法律服务者尽可提供审慎的法律意见就行了，听不听是决策者的商业判断的事。此言虽有一定道理，但有点象现实中政府部门各管一段的做法，有可能造成脱节，也会局限了法律服务的价值。其次要词语简洁、通顺、规范。国外律师同行的一些传统做法，往往是最终形成一沓冗长、厚重的文字作为法律服务的成果，这种做法虽然很严谨，但常难以为普通的国人所接受。国人还是习惯于用简洁的语言把主要的关键事情说清楚就可以了，太冗长了无人愿意看。在语言上，有的人喜欢使用翻译的文本，但翻译出来极为拗口，没有按照中国人和现代汉语的表达方式进行二次创作和规范，而是按原意和原来顺序对译，几乎不忍卒读。其实可以将其主要表达的意思利用重新组织的语言，做出一篇符合中国人阅读习惯的法律文书。第三可以多做劝说、游说和宣传的工作。互联网相关法律实务问题常比较新颖，法律服务者自己要对理论、产业状况和法律实务有一定了解，形成自己较成熟的观点，然后通过劝说、游说、宣传的方式与他人交流沟通，逐渐形成主流观点。

四、互联网产业考验我们的独立思考能力

和制度创新能力在我国的一些制度建设过程中，存在一些不良的趋势，那就是照搬（或者简单组合后照搬）发达国家的制度，没有充分考虑中国的实际情况，在制度建设上几乎丧失了自我独立思考和价值判断的能力，甚至觉得移植于国外本身就是一个充分的理由。这种思路导致我国一些制度创建上脱离国情，导致无法操作，或者因理论化过强而失去立法上的应用意义。互联网领域的立法更需要深入到社会生活的各方面去体验，而不是在办公室空想着国际上的先进条款和理论上的逻辑关系拿来就用。我们应当有面对复杂的社会现实进行自我价值判断和独立思考的能力，而不是一味跟在别人后面亦步亦趋，照搬西方发达国家的东西来解决中国问题。司法中也一样，并不是美国的判例中的理念就必然适合中国，或者说就必然能解决中国的问题。我们还是要在我们的田间地头、街头巷尾寻找适合我们的司法理念。当然，这需要我们下力气去调查、体验和思考。（作者：杨安进，北京优仕联律师事务所）100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com