

# 网络中立理论及其对世界贸易组织 架构下互联网政策的影响

吴 峻\*

**摘 要：**网络中立理论源于竞争法中的核心设施理论，其目的是确保互联网的开放性。目前，美国和欧盟已经在争议声中开始确立网络中立制度，这不仅对其各自的互联网产业的发展产生了重大影响，也波及到国际贸易法领域相关议题的发展。互联网的全球架构及网络中立的开放网络理念，使网络中立与世界贸易组织法律制度中的贸易自由原则产生了相当程度的契合。而世界贸易组织《服务贸易总协定》中关于竞争法义务的规定及《电信服务协议》确定的不得限制竞争及互联互通义务，在条件成熟时，都会为网络中立在国际贸易法领域的进一步适用提供必要的法律基础。这将对我国的互联网监管制度产生实质性影响。

**关键词：**网络中立 网络屏蔽和过滤 网络监管 世界贸易组织法律

## 引 言

美国是目前互联网产业最为发达的国家，其相关法律制度深刻地影响着其互联网贸易政策及相关国际贸易议题。1997年2月15日，美国主导的世界贸易组织《电信服务基本协议》（以下简称《电信服务协议》）达成。作为《服务贸易总协定》第四项议定书及其附属文件，《电信服务协议》在架构上确定了电信服务的全球开放态势，成为世贸组织项下与互联网贸易最为相关的法律监管文件。而《电信服务协议》的内容，反映了美国电信法律制度的主要内容，某种程度上也体现着美国电信业对世贸组织服务贸易制度的要求。

目前，网络中立理论在美国乃至欧盟都有着很大的影响。自美国联邦通讯委员会2010年制定网络开放规则以来，宽带网络服务商对其提出的诉讼迫使其于2015年再次制定了新的网络开放规则。而欧盟委员会与欧洲议会、欧盟理事会于2015年6月30日达成一致，同意对欧盟电信法进行大幅修订，以保障网络中立。这样，网络中立逐渐体现在美国和欧盟的电信监管文件中，成为互联网监管原则之一。世贸组织争议解决机构在对有关法律制度进行解释时，奉行演进主义，为诸如网络中立之类的概念提供了一定的适用空间。同时，随着互联网相关贸易的发展及世贸组织法律制度的完善，网络中立无可避免地成为世贸组织框架下互联网政策的重要议题。

\* 中国社会科学院法学研究所助理研究员。

目前,我国对网络中立理论的研究主要由电信领域的学者进行,法律学者极少涉及。<sup>①</sup>而我国学者在对世贸组织法互联网法律政策进行研究时,主要针对我国为当事方的有关案例,集中考察《服务贸易总协定》及《关贸总协定》的相关条款,尚未考虑美国和欧盟互联网政策所具有的国际贸易法意义。<sup>②</sup>本文旨在基于对网络中立理论及其实践进行分析,探讨该理论扩展至国际经济法领域所可能带来的后果,尝试在上述领域的研究成果之间建立关联,以说明网络中立理论的国际经济法意义。

基于此,本文首先将通过支持观点和反对观点的比较分析来说明网络中立理论的主要内容;之后,将对网络中立理论在美国和欧盟互联网领域的法律实践进行考察,并进行可能的展望;再次,将尝试建立网络中立理论向国际经济法层面扩展的理论模型,以探讨网络中立向国际经济法层面扩展的可能;最后,将试图展望网络中立对世贸组织架构下互联网法律政策的影响,并对我国可能采取的对策提出相关建议。

## 一 网络中立理论概述

2003年哥伦比亚大学的吴修铭(Tim Wu)教授提出“网络中立”概念,<sup>③</sup>此后以网络中立为主要诉求的理论不单在法学界发挥着重要的影响力,而且在美国形成了一定的社会思潮。

### (一) 网络中立理论的竞争法基础

网络中立理论并非凭空而来的发明,而是反垄断法中的“核心设施”理论在互联网领域的一种发展。

“核心设施”理论(Essential Facilities Doctrine)是反垄断法理论的重要组成部分,源自于美国联邦最高法院1912年的一项判决。<sup>④</sup>根据“核心设施”理论,如果控制核心设施的一家公司拒绝了其他公司对一件产品或服务的合理接入请求,而其他公司必须获得该等产品或服务与这一家公司竞争,则可以适用该理论。<sup>⑤</sup>

#### 1. 美国反托拉斯法对“核心设施”理论的应用

在美国,原告要应用“核心设施”理论,需要证明四个要件。第一,垄断者控制的设施具有核心的性质;第二,竞争者不能够合理地复制该设施;第三,竞争者被拒绝使用该设施;第

① 对网络中立理论的介绍与分析,以《中国电信业》《人民邮电》《通信信息报》等电信业专业媒体为主。其中,对欧美网络中立实践情形的全面介绍,请见李庆莲、吕爱群、宋杰:《智能管道时代的监管政策挑战及实践》,载《中国电信业》2013年第9期,第36-39页。

② 实际上,有学者对《电信服务协议》从其他角度进行了一定的研究。参见杨鸿:《WTO服务贸易第一案——2004年美墨电信服务案》,载《WTO经济导刊》2006年第9期,第61页至第63页。

③ Tim Wu, “Network Neutrality, Broadband Discrimination”, (2003) 2 *Journal on Telecommunications & High Technology Law* 141, pp. 145-146.

④ *United States v. Terminal Railroad Ass'n*, 224 U. S. 383 (1912). 之后,该理论先后通过反垄断诉讼和监管部门(尤以美国联邦通讯委员会为代表)的政策在被监管产业领域得到了应用。

⑤ *Alaska Airlines, Inc. v. United Airlines, Inc.*, 948 F.2d 536, 542 (9<sup>th</sup> Circuit); Andrew I. Gavil, William E. Kocacic and Jonathan B. Baker, *Antitrust Law in Perspectives: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy* (St. Paul, MN: Thompson/West Group, 2002), p. 656.

四，垄断者向竞争者提供该设施是可行的。<sup>①</sup>

美国联邦最高法院的一系列案例<sup>②</sup>清楚地说明，“核心设施”理论所适用的情形一般是单方面拒绝交易的行为。<sup>③</sup> 美国法院在适用“核心设施”理论时，往往进行大段的论证，以在两种政策取向——鼓励竞争和保护私有财产权——中间取得适当的平衡。一方面，如果该设施的确具有核心的作用，如果拒绝接入，其所有人实际上就拒绝了与其进行的竞争。而另一方面，一项设施的所有人有权拒绝接受其竞争对手要求接入的请求。此时，若要对其权利进行限制，需要进行慎重细致的考虑，以免造成剥夺权利人合法权利的效果。波斯纳曾经说过：“……无权根据反托拉斯法对其竞争对手的销售团队进行搭便车行为。”<sup>④</sup> 正因为如此，美国法院在适用“核心设施”理论时，表现得极其谨慎。

基于上述理由，适用“核心设施”理论一般需要经过三个步骤。首先，法院须认定，接入的设施是否的确是“核心”的，而不仅仅是“方便”或者是“经济”的。其次，很多时候需要对拒绝接入的正当性进行考察。最后，如果必须提供接入，法院也许会要求原告向被告支付一定的费用，以补偿其提供接入所产生的成本。但是，对该等费用的确认极其复杂。很多时候，法院并不适合担任这种定价角色。<sup>⑤</sup> 这时，或者把这种任务交由专门的监管机构，或者直接规定：核心设施所有人在向其竞争对手提供接入时，所收取的费用不得超过其向自己的子公司或者下属公司提供接入时收取的费用。但无论如何，这都意味着需要专门的人员或机构对之予以监管，确保核心设施所有人遵守该等规定。

## 2. 宽带互联网领域对“核心设施”理论的应用

随着电信技术的发展及反垄断法在电信领域的实施，“核心设施”所体现的原则在电信领域首先得到适用。原有电信网络对于拟进入市场的潜在竞争者如果构成“瓶颈设施”或“关键设施”，则须要求原有电信运营商向其竞争对手提供网络“接入”。这也许仅仅意味着原有运营商必须将其本地网络与其对手的网络进行互联互通。另外，“核心设施”理论不仅要求原有运营商将其网络与竞争对手进行彼此呼叫的互联互通，而且还要求其将其作为最后一公里的回路设施出租予竞争对手，以使其竞争对手能利用这些回路设施向消费者提供全套的本地、长途和数据业务。美国《1996年电信法》就以这种更为强烈的方式采用了“核心设施”理论。<sup>⑥</sup>

随着互联网产业的发展及互联网业务的多样化，互联网领域的“核心设施”开始成为法学界研究的一个问题。有学者考虑利用“核心设施”理论在电信领域适用的先例来确立互联网产

① MCI Communications Corp. v. AT&T Co., 708 F.2d 1081, 1132-33 (7<sup>th</sup> Circuit); Andrew I. Gavil, William E. Kocacic and Jonathan B. Baker, *Antitrust Law in Perspectives: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy*, p. 654.

② *United States v. Terminal Railroad Ass'n*, 224 U.S. 409-10 (1912); *Associated Press v. United States*, 326 U.S. 1 (1945); *Lorain Journl Co. v. United States*, 342 U.S. 143, 146-49, 156 (1951); *Otter Tail Power Co. v. United States*, 410 U.S. 366, 377-79 (1973).

③ Robert Pitofsky, Donna Patterson and Jonathan Hooks, “The Essential Facilities Doctrine under U.S. Antitrust Law”, (2002) 70 *Antitrust Law Journal* 443, p. 447.

④ *Olympia Equipment Leasing v. Western Union Telegraph Co.*, 797 F.2d 376-77; Andrew I. Gavil, William E. Kocacic and Jonathan B. Baker, *Antitrust Law in Perspectives: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy*, p. 658.

⑤ Andrew I. Gavil, William E. Kocacic and Jonathan B. Baker, *Antitrust Law in Perspectives: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy*, p. 661.

⑥ Jonathan E. Nuechterlein and Philip J. Weiser, *Digital Crossroads: American Telecommunications Policy in the Internet Age* (Massachusetts: Massachusetts Institute of Technology, 2005), pp. 93-94.

业的竞争规则。<sup>①</sup>

对于互联网结构而言，“分层模式”成为日益主流的考察方式。在这种模式下，互联网主要分为四个层面，相关互联网服务商也随之被分成四个群体。首先，互联网最基础的层面就是其物理层面，由传输数据的硬件设施所构成；其次，在物理层面之上的是逻辑层面，由分配及传输数据的互联网协议构成；而向上的第三层面就由消费者所使用的程序和功能所构成的应用界面；最顶端的层面则是内容层面，由所传输的特定数据所构成。<sup>②</sup>

基于“分层模式”，如果一个互联网服务商可以在四个层面都提供服务，这种“纵向整合”模式就可能存在垄断问题：物理层面的所有人可能会利用其对逻辑层面的控制，对其自身提供的应用及服务予以特殊待遇，拒绝其他应用及服务提供商接入其所控制的逻辑层面及物理层面，或对之予以限制，或提出不公平的接入条件，从而使得第三方应用及内容提供商在与其竞争时处在不利地位。

这样，“核心设施”理论的应用向互联网层面延伸，就构成了“网络中立”的竞争法基础。没有物理层面和逻辑层面的支持，应用和内容层面就无法运作，第三方就无法向最终消费者提供应用及内容。但是，物理层面及逻辑层面是否构成“瓶颈设施”或“核心设施”？无论应用及内容服务商是否附属于己，是否有必要通过立法或监管措施，迫使物理层面及逻辑层面的拥有者向第三方服务商平等提供接入？“网络中立”理论主张者对这些问题的答案统统为是。毫不奇怪，这种理想主义色彩的回答必然会引发法学界的争议。

## （二）网络中立理论的主要内容

为了解决预想的分层网络垄断问题，劳伦斯·莱辛克（Lawrence Lessig）、吴修铭、马克·莱姆里（Mark Lemley）等法律学者发展形成了比较完整的网络中立理论体系。不过对网络中立的具体概念，他们并没有达成共识。总体而言，网络中立理论针对的是其所设定的宽带互联网市场存在的垄断情形，其内容是所提供的法律救济理论及由此而确立的理论架构的总和。在这个意义上，网络中立理论主要体现为终端到终端原则、开放网络原则、非歧视原则及透明原则。

### 1. 终端到终端原则

终端到终端原则是网络中立理论的基础。根据终端到终端原则，某一应用服务的功能应该局限于网络边缘的主机；而对于网络中心而言，则应尽可能地做到简单和通用。<sup>③</sup>这样，就将创造网络的权力交给了终端，网络本身就成为了简单的通道。主张终端到终端原则的依据就是简单的成本收益理论。如果由网络中心实现特定应用功能的话，虽然有助于特定功能的全网络实现，却降低了整个网络的效率：因为网络中心的特定化，其传导到每一个终端，无论是否需要，都要对网络中心的功能变化作出相应的调整；而如果将服务于某一特定应用的功能限定在网络边缘的主机，则某一终端可能会因支持某一特定应用而发生调整，但这并不影响整个网络的效率，其他终

① Tim Wu, “Network Neutrality, Broadband Discrimination”, (2003) 2 *Journal on Telecommunications & High Technology Law* 141, p. 150.

② Kevin Werbach, “A Layered Model for Internet Policy”, (2002) 1 *Journal on Telecommunications & High Technology Law* 37, p. 42.

③ Mark A. Lemley and Lawrence Lessig, “The End of End-to-End: Preserving the Architecture of the Internet in the Broadband Era”, (2000-2001) 48 *UCLA Law Review* 925, pp. 930-939.

端并不会因此而产生调整的必要性。总而言之，网络仅提供能服务于所有应用的通用功能，而更高层级的、服务于特定应用的复杂功能则由网络边缘的主机提供。

终端到终端原则植根于传统电信网络因互联网发展所发生的革命性变化。在传统电信网络，运营商决定着用户享有何种服务。无论是本地电话服务，还是长途电话服务，都是用户向电信运营商申请后自电信运营商处获得的服务。这种服务具有很强的统一性，用户之间，无论是本地通话还是长途通话，都不会有多少差异性：运营商从网络中心提供服务，面向全部用户。而就互联网而言，用户享有何种服务并不是由网络接入服务商决定的，而是由用户所使用何种应用所决定的。例如：用户如果希望收听音频服务，可以使用“喜马拉雅电台”或其他网络收音机应用软件实现。该软件就存储在用户的电脑获手机当中，由用户选择使用哪一款应用。尤其是苹果的“App Store”、谷歌的“Google Play”等预装于用户手机或电脑的应用推荐平台，它们扩大了用户在其终端的选择范围，使得通过互联网提供的服务控制权由运营商转向用户，用户真正享有了对其服务的决定权：是否需要服务？需要什么服务？这种个性化的服务模式正是终端到终端原则的最好体现。在这个意义上，维护终端到终端原则，就是将创新驱动动力由运营商转移到每一个用户及为该用户服务的应用提供商，理论而言，这进一步促进以网络为基础的经济的发展。因此，终端到终端原则就成为网络中立的基础。

## 2. 开放网络原则

作为一个术语，开放网络有着不同的含义。通常而言，该原则针对宽带服务商的结构：宽带服务商不得将其宽带服务与其自己提供的宽带接入服务捆绑提供。也就是说，宽带服务商自己不得提供宽带接入服务，而是与提供宽带接入服务的所有服务商予以互联互通。其理由是：如果允许宽带服务商将宽带接入服务与宽带服务捆绑提供，宽带服务商就可能阻碍互联网应用之间的竞争，从而破坏网络中立的特性。莱辛克和莱姆里认为，这种捆绑将使得宽带接入服务商获得了比一般接入商更多的权力，使其能决定宽带用户可以享受何等服务。互联网本来应该保持中立，选择服务的权力应该在用户，捆绑安排打破了互联网本身的设计。<sup>①</sup> 这种理论实际上是对宽带服务领域纵向整合现象的一种否定。

## 3. 非歧视原则

虽然开放网络成为网络中立性的一个要求，但是，对于这种结构性救济方式，即使在网络中立论者中间，也有着不同的看法。吴修铭认为，无须要求开放网络，而应直接针对宽带服务中的歧视行为确定网络中立的非歧视原则，这也许是确立网络中立法律架构的最佳方式。

首先，非歧视原则使得网络中立理论与传统电信法之间建立了强大联系。吴修铭认为，在“悄悄话电话”（Hush-A-Phone）<sup>②</sup> 及“卡特电话”（Caterfone）裁决<sup>③</sup>中，美国联邦通信委员会通过对美国电报电话公司一系列行为的控制，保护了附属于电信网络的电信终端的创新。无论是在传统电信法还是在互联网领域，对终端环节的创新予以保护，使其他供应商获得供应该等创新产品的自由，就成为一项重要的原则。

其次，与开放接入原则比较，对于有利于网络整体性能提升而又不会实质性影响用户选择权

① Mark A. Lemley and Lawrence Lessig, “The End of End-to-End: Preserving the Architecture of the Internet in the Broadband Era” (2000–2001) 48 *UCLA Law Review* 925, pp. 940–946.

② *Hush-A-Phone Corp. v. U. S.*, 238 F.2d 266, 268, 269 (D. C. Cir. 1956).

③ *In re Use of the Carterfone Device in Message Toll Telephone Service*, 13 FCC 2d 420 (1968).

的纵向整合商业模式，非歧视原则并不排斥。这样，非歧视原则并不影响网络运营商提供服务的商业模式及结构，由此带来的社会及监管成本小，易于实施。在这里，吴修铭将差别待遇分为两种：合理的差别待遇与可疑的歧视。前者如对病毒数据的屏蔽，后者如对网络电话应用的屏蔽。但是，很多时候，两者的区别并非那么截然分明，所以，基于网络中立的监管须在合理差别与可疑歧视之间确立平衡。

最后，根据非歧视原则，只要相关待遇针对的是某个交易对象，而对同类型的其他交易对象却采取其他待遇时，歧视即构成。美国反垄断法司法实践中，包括价格差异在内的差别待遇并不被认为是当然的违法行为；而在宽带接入领域，以吴修铭为代表的法律学者认为应该对之予以特殊考虑。在网络中立论者看来，虽然静态而言，这种差别待遇并不会构成违法，但动态而言，可能会伤害创新，并影响应用提供商之间的竞争。网络中立论者承认网络所有人管理网络的合理需求。因此，网络所有人根据特定标准，对某一类型的应用予以特殊对待时，网络中立论者可能会承认其合理性。但是，如果给予某个特定交易对象以特殊待遇，网络中立论者还是会认为这违反了非歧视原则。此时，在反垄断法的非歧视标准与网络中立原教旨主义者要求的绝对非歧视之间，网络中立论所确定的这种非歧视原则意在两者之间谋求维持一定平衡，这将对互联网监管架构产生深远的影响。

#### 4. 透明原则

在网络中立的各项主张或原则之中，透明原则也许是最不具争议的一项原则。

所谓透明原则，就是要让网络服务商及网络接入服务商公布相关信息，使得消费者及用户能清楚明白地了解其接收服务的具体条件，以便其能够做出知晓情形的决定，并使得消费者、用户及公众能够对互联网服务提供商提供服务的情形进行监督。<sup>①</sup> 即使以监管措施的方式对透明原则予以实施，也不会像开放网络原则、非歧视原则等网络中立论主张那样，对网络运营商的财产权及合同权利施加任何性质的限制，而是对合同法中合同双方知情权及真实合意的一种具体化。在这个意义上，透明原则并非是只有网络中立支持者才会提出的原则，而是具有很强普遍性的一种原则和制度设计，并不会引起实质性争议。

但是，不可否认，无论是对于互联网服务提供商还是用户及消费者，透明原则都意味着额外的成本支出。一方面，对于互联网服务提供商而言，基于透明原则提出的许多信息披露要求都意味着其负担了更多的信息收集、上报和提供义务，这些额外的信息义务必然会转化成额外的成本。对于那些资金规模较小的互联网服务商而言，这种成本在许多时候显得沉重而繁琐。另一方面，透明原则所要求公开的信息也许对于消费者而言并非必要。他们要么是无法选择和消化这些信息，要么是无法理解这些信息。对此，有学者提出将监管机构契入互联网服务商与消费者之间的信息披露及传导通道中：服务商向监管机构提供全方位的信息，而监管机构将该等信息进行筛选和转换，再向消费者提供其可消化、可理解的信息。这种想法固然基于善意的出发点，但其结果就是造就一个庞大臃肿的监管机构；在技术飞速发展的互联网产业，庞大臃肿的监管组织不可能准确提供用户需要的信息。因此，这种慈父式的设想如何落地，尚需进一步检验。

<sup>①</sup> Elisabeth Austin Bonner, "Network Neutrality Disclosures: More and Less Information", (2012-2013) 8 *Journal of Law and Policy for the Information Society* 179, pp. 184-188.

### （三）对网络中立理论的异议

尽管网络中立理论提出后获得了极大的社会影响力。但是，该理论也引起了许多争议，且在互联网领域，该理论无法成体系地得以实施。

首先，网络中立论的反对者认为，网络本身并非中立，也并不体现竞争的要求。<sup>①</sup> 互联网数据流动是根据网络通讯标准协议进行的。对网络通讯标准协议作出任何选择，都不会同时讨好所有应用。网络通讯协议<sup>②</sup>对于网络间数据的即时传递而言是不利的，但却不影响电子邮件这种对时间要求并不敏感的应用。所谓终端到终端原则对网络边缘创新而言是有利的，但并不利于网络中心的创新。简言之，互联网通讯选择任何标准协议，都不可避免地倾向于特定种类的应用，而不利于其他种类的应用。这样，在法理层面进行讨论时，网络中立的基础本来就不具有中立性。如果强制施行并将之作为目前互联网的基础原则，实际上就是固化了目前网络通讯协议的差别性，并不能实现真正的中立。

其次，莱辛克主张的终端到终端理论是一个正在演进的理论，而并非互联网运作状态的真实反映。起初，莱辛克认为终端到终端是一项绝对的原则，不可违反；而在新近的很多论述中，莱辛克只是将之作为判断互联网架构是否中立的一个准则。<sup>③</sup> 终端到终端理论不可避免地禁止非兼容现象，但对此的后果缺乏清晰的认识。在这种情形下，一味地重边缘、轻核心，也许会使得许多对社会有益的技术无法得到推广。

第三，网络中立论所蕴含的非歧视原则如果超出竞争法的范围，由此带来的互联互通、非歧视、价格管制和标准化义务并不是解决问题的正确办法。<sup>④</sup> 之所以出现网络中立理论，就是在网络接入市场存在竞争不充分的情形，即“最后一公里”式的垄断。对此，反垄断法或反托拉斯法会基于限制竞争的情形而提供竞争法意义上的救济。而网络中立主张的是事前监管，即强制性的互联互通，经营过程中的非歧视义务，监管机构进行的价格管制及强制要求的标准化义务——迫使网络所有人履行这些义务，实际上就是在竞争法之外所确立的行政监管模式。在这种监管模式下，仅仅要求有垄断嫌疑的网络控制人对所接入的应用及内容提供平等、开放的接入并对费率进行管制，实际上促进了运行于网络之上的应用及内容提供商之间进行竞争，而不是在鼓励互联网中宽带网络这种竞争不充分环节的竞争。这种局面进一步发展，实际上只会强化互联网接入市场缺乏竞争的局面：网络中立所主张的监管措施会抑制互联网接入商对互联网网络的投资，并且打击潜在市场新进者的兴趣，更使得在互联网接入市场不能形成有效的竞争。简言之，网络中立论者担心的问题出现在互联网接入部分，其所提出的理论却仅仅鼓励其下游应用及内容方面的竞争，其所建议的措施更是固化了“最后一公里”部分的非竞争态势。

最后，网络中立理论忽视了差异化网络接入服务的价值。在宽带市场中，产品差异就是允许

① Kai Zhu, “Bring Neutrality to Network Neutrality”, (2007) 22 *Berkley Technology Law Journal* 615, pp. 616 – 624. Christopher S. Yoo, “Beyond Network Neutrality”, (2005) 19 *Harvard Journal of Law & Technology* 1, p. 20.

② 网络通讯协议具体是指传输控制协议/因特网互联协议 (Transmission Control Protocol/Internet Protocol, 即所称的 TCP/IP 协议)。传输控制协议/因特网互联协议界定了终端设备如何接入因特网及在该等终端间如何传输数据的标准，是因特网的基本协议。

③ Christopher S. Yoo, “Beyond Network Neutrality”, p. 26.

④ Christopher S. Yoo, “Beyond Network Neutrality”, p. 18.

不同的协议存在。这样,差异性需求就可以通过差异性供给予以满足。例如:对于视频网站和网络电话应用,网络接入服务商可以对之提供更多的带宽和更即时的传输;而对于电子邮件及其他对时间要求并不敏感的应用,网络接入服务商可以提供较窄的带宽,并在传输时对之提供并不那么优先的速率,以满足客户的不同需求。基于此,美国的克里斯托弗·姚(Christopher S. Yoo)提出了网络多元理论,和网络中立理论争锋相对。<sup>①</sup>

## 二 网络中立理论在美国和欧盟的实践

正因为网络中立理论具有极强的理想主义色彩,要求对宽带接入产业的商业模式采取严厉的限制措施,因此网络中立理论受到提供宽带接入服务的传统电信商及相关法律学者的激烈反对。同时,无论是其理论前提还是政策建议,网络中立理论都存在着一些无法回避的弱点。因此,无论是在美国还是在欧盟,网络中立的实践并没有系统地展开。

### (一) 网络中立理论在美国的实践

网络中立理论的提出来源于一件因宽带服务商对互联网电话应用予以屏蔽而产生的案例。<sup>②</sup>互联网接入商与应用及内容提供商存在利益冲突,而互联网接入商与互联网服务提供商的纵向整合势头不减,使得监管部门开始着手考虑基于网络中立予以监管。

#### 1. 鲍威尔的“四大互联网自由”

2004年2月,美国联邦通讯委员会时任主席迈克尔·鲍威尔(Michael Powell)发表文章,提出了“四大互联网自由”原则。这“四大互联网自由”原则正是基于莱辛克和吴修铭的建议,明确了用户作为消费者在利用宽带接入互联网时享有的自由:自由接入互联网内容;自由运行应用程序;自由连接装置到互联网;自由获得服务规划信息。<sup>③</sup>2005年6月,美国联邦最高法院在一项判决中支持了美国联邦通讯委员会将有有线电视网络宽带接入归为信息服务的分类。<sup>④</sup>随后,基于技术中立原则,联邦通讯委员会又将传统电信运营商利用数字用户线路(DSL)技术提供的宽带接入也归于信息服务类。

2005年,联邦通讯委员会发布了政策说明,在监管政策上明确了鲍威尔提出的“四大互联网自由”,但是对之施加了必要的限制,并将第四项自由替换为“网络提供商之间、应用及服务提供商之间、内容提供商之间的竞争”。<sup>⑤</sup>可以说,虽然网络中立论在监管层面获得了某种程度

① Christopher S. Yoo, “Wickard for the Internet? Network Neutrality After Verizon v. FCC”, (2013 - 2014) 66 *Federal Communications Law Journal* 415, p. 418; Christopher S. Yoo, “Beyond Network Neutrality”, (2005) 19 *Harvard Journal of Law & Technology* 1, p. 20.

② *Madison River Commc'ns LLC*, 20 F. C. C. R. 4295 (2005). 2005年加拿大电信巨头 Telus 在一场劳资纠纷中屏蔽了支持工会的一个网站。2006年4月,时代华纳的美国在线屏蔽了所有鼓吹反对收费电邮计划的电邮,但时代华纳宣称这是一个“软件失误”。

③ Michael Powell, “Preserving Internet Freedom: Guiding Principles for the Industry”, (2004) 3 *Journal on Telecommunications & High Technology Law* 5, pp. 11 - 12.

④ *National Cable & Telecommunications Association v. Brand X Internet Services*, 545 U. S. 967, 985 - 1000 (2005).

⑤ *In The Matters of Appropriate Framework for Broadband Access to the Internet Over Wireline Facilities*, 20 F. C. C. R. 14986, 14987 (2005).



的支持，但监管层还是将互联网服务作为信息服务，而不是将互联网服务提供商作为“公共运营商”而适用《1934年通讯法》第二章所规定的义务（包括开放网络、非歧视等要求）。网络中立论者对此表示不满，于是将该等议题引入国会。国会虽然对此草拟了一系列法案，但都没有获得通过。<sup>①</sup>

由此可见，无论是“四大互联网自由”，还是2005年的政策说明，联邦通讯委员会都没有将非歧视原则纳入宽带接入监管架构。同时，网络中立论者希望在国会通过立法贯彻网络中立的努力也宣告失败。

## 2. 《2010年开放互联网规则》

虽然鲍威尔时代的联邦通讯委员会并没有在基于网络中立的政策说明中确立非歧视原则，但迈克尔·考布斯（Michael Copps）委员却在其个人声明及演讲中呼吁引入非歧视原则。<sup>②</sup>

奥巴马政府上台后，推动落实网络中立原则成为联邦通讯委员会的政策中心之一。2009年奥巴马政府推出一揽子刺激政策，要求联邦通讯委员会制定美国全国宽带计划，并要求美国全国电信及信息监管遵循联邦通讯委员会2005年确立的网络中立四大原则。2009年10月22日，联邦通讯委员会开始着手制定法律措施，以扩展2005年确立的原则。

2010年，哥伦比亚特区巡回法院作出裁决，认定联邦通讯委员会无权因康卡斯特（Comcast）限制共享软件（P2P）的速率而对之予以制裁。<sup>③</sup>同年12月，联邦通讯委员会发布了《保持宽带互联网开放产业做法的报告及规则》（以下简称“《2010年开放互联网规则》”），分别对有线宽带和无线宽带制定了不同的规则。

首先，无论是有线还是无线宽带，都必须满足透明要求，须“公布宽带互联网接入服务的网络管理操作、性能及商业条件”。

其次，无论是有线还是无线宽带，在合理网络管理的前提下，都须满足不得屏蔽这一要求。其中对于有线宽带，不得屏蔽合法内容、应用、服务或非有害装置；而对于无线宽带，则不得屏蔽消费者链入合法网址，不得屏蔽与宽带服务提供商自己的音频、视频电话服务相竞争的应用。

最后，对于有线宽带服务提供商，须承担不歧视义务。换言之，不得在提供宽带接入服务时对传输的合法网络数据进行不合理的歧视。这样，宽带服务商如果对某项内容、应用基于费用的理由给予优待，就成了很可疑的做法。

《2010年开放互联网规则》改变了联邦通讯委员会对互联网接入不予监管的惯例。在《2010年开放互联网规则》颁布之前，根据《1996年电信法》的规定，联邦通讯委员会将电信服务分为基本服务和增值服务，基本服务提供商须承担《1934年通讯法》第二章所规定的公共运营商的义务，对公众提出的接入要求，须予以平等满足。而对于增值服务而言，则无此义务。联邦通讯委员会尤其将互联网接入服务归为信息服务，采取了不监管政策。但是，网络中立论者的担心和互联网接入的发展都使得联邦通讯委员会开始着手准备对宽带互联网接入市场予以监管。《2010年开放互联网规则》就是这样的结果。对此，宽带服务接入商及网络中立论的反对人士反

<sup>①</sup> Kai Zhu, “Bring Neutrality to Network Neutrality”, (2007) 22 *Berkley Technology Law Journal* 615, pp. 632, 633.

<sup>②</sup> Christopher S. Yoo, “Wickard for the Internet? Network Neutrality After Verizon v. FCC”, (2013 – 2014) 66 *Federal Communications Law Journal* 415, p. 418.

<sup>③</sup> *Comcast v. FCC*, 600 F.3d 642, 654 – 656.

应激烈。<sup>①</sup>

2014年1月15日,哥伦比亚特区巡回法院就威瑞森电信(Verizon)对《2010年开放互联网规则》予以审查的要求作出判决(以下简称“威瑞森判决”),部分推翻、部分保留了《2010年开放互联网规则》,认为联邦通讯委员会没有证明其拥有规定不屏蔽和不歧视义务的相应的授权,因此只保留了透明要求。<sup>②</sup>

### 3. 《2015年开放互联网规则》

威瑞森判决使得奥巴马政府支持网络中立的努力遭受了挫折。但是,威瑞森判决也表明,如果联邦通讯委员会证明了自己的授权,则可以对宽带接入市场进行监管。

2015年3月12日,联邦通讯委员会通过了《关于保护及促进开放互联网而重新通过的报告及规则》(以下简称《2015年开放互联网规则》),其将宽带接入服务商认定为《1934年通讯法》第二章规定的公共运营商,因此对之施加了不歧视义务及其他《2010年开放互联网规则》规定的义务。

这样,在政策层面,基于网络中立者的推动,联邦通讯委员会推翻了自己过去几十年中对互联网接入商法律地位的认定,将之作为公共运营商加以监管。这样,无论是开放接入还是非歧视义务,都不再是问题。如果《2015年开放互联网规则》得以顺利实施,网络中立论将第一次在美国得到相对完整的实践。

但是,就在联邦通讯委员会通过《2015年开放互联网规则》的第二天,美国电信协会(United States Telecom Association)就向哥伦比亚特区巡回法院提出补充申请,要求对《2015年开放互联网规则》进行审查。之后,陆续有相关方加入这起诉讼。虽然联邦通讯委员会要求驳回美国电信协会的要求,但遭到法院的拒绝。<sup>③</sup>

2015年6月11日,哥伦比亚特区巡回法院作出裁决,驳回美国电信协会要求中止实施《2015年开放互联网规则》的请求,但同意尽速审查该等规则。这样,《2015年开放互联网规则》就于2015年6月12日开始生效。

## (二) 网络中立理论在欧盟的实践

网络中立论的影响力已经超出了美国。在欧盟,欧盟委员会一直在考虑是否在电信指令中加入网络中立的内容。2012年,荷兰成为继智利后世界上第二个通过网络中立立法的国家。这就促使欧盟必须在这个问题上采取统一的立法政策,否则,统一电信市场将会出现裂痕。

### 1. 欧盟2009年新的电信一揽子指令对网络中立的态度

欧盟的电信法律架构是由2002年通过的六项指令而建立起来的。这六项指令分别从架构、接入、开放网络、普遍服务、业务授权及数据保护方面对电信服务的方方面面进行了规定(以下简称“2002年电信法架构”)。2002年电信法架构推动了欧盟电信市场的竞争,为欧盟新一代移

① 联邦通讯委员会共有五位委员组成,简单多数即可通过监管规则。《2010年开放互联网规则》就是以简单多数的投票通过的。通过后,两位异议委员发表了意见,表示该规则不但超出了联邦通讯委员会的授权,还会抑制宽带互联网投资,打击创新。*Open Internet Order*, 25 F. C. C. R. at 18049-81 (Dissenting Statement of Commissioner McDowell); *Open Internet Order*, 25 F. C. C. R. at 18084-98 (Dissenting Statement of Commissioner Baker).

② *Verizon v. FCC*, 740 F.3d 623, 636-642 (D. C. Cir. 2014).

③ *United States Telecom Association v. FCC*. No. 15-1063.

动宽带业务的发展打下了良好的基础。

在对 2002 年电信法架构进行修改时，欧洲议会希望能加入网络中立条款，但这遭到了欧盟理事会的拒绝。实际上，欧盟许多人都认为，欧洲宽带市场竞争激烈，有多种形式可以提供宽带服务。而网络中立理论的提出只是因为美国在这方面存在问题，欧洲并不存在这个问题。最后的结果就是，欧盟 2009 年 12 月推出的新的电信一揽子指令对网络中立采取了“等着瞧”的态度：在市场及技术条件需要欧盟以监管的方式推进宽带市场中的竞争时，才视情形对之予以规制。

## 2. 欧盟学界对网络中立的态度

由于欧盟宽带接入市场竞争激烈，所以欧盟学界对是否在欧盟推行网络中立原则一直持怀疑态度。<sup>①</sup>

首先，欧盟学者认为网络架构是中立的这种看法太过简单。网络中的传输协议虽然大多都按照“尽力而为”（best effort）的原则传输数据，但总有许多仅供单个用户保证最低通讯质量的数据链接。在这种情况下，适用网络中立会破坏互联网本身的架构。

其次，对于目前的互联网架构是否能适应未来科技发展，欧洲学者持非常谨慎的态度。随着互联网应用的发展，对互联网传输能力的要求越来越高，对带宽的需求增长速度要高于带宽实际增长速度。如果要求宽带接入服务商扩展带宽以能够满足数据传输峰值的要求，则对于网络接入服务商而言，负担重且无效率。在这个意义上，鼓励宽带网络接入服务商进行有效的网络管理，利用不同的服务质量标准，将所提供的服务根据用户的需求予以差异化处理，可以满足互联网差异化的需求。<sup>②</sup> 此时如果推广网络中立，则可能与这种网络管理模式相矛盾。

最后，从法律角度，网络中立的许多议题都可以在目前的法律架构下加以解决，而不用以特别事先监管的方式加以处理。如果一个纵向整合的宽带服务商利用其控制的宽带接入环节，对在应用和内容市场与其竞争的第三方予以歧视对待，可以通过《欧盟运行条约》第 102 条的规定，按照滥用市场支配地位的情形予以处理。同样，如果一个宽带服务接入商对相关内容进行不合理的歧视和屏蔽，可以通过媒体法及宪法的渠道加以解决。至于消费者对相关应用和内容的获取，可以通过消费者保护方面的法律及目前欧盟电信法律架构下有关接入的制度加以解决。在欧盟学者看来，网络中立实际上是想用电信监管手段涵盖反垄断法、媒体法、消费者保护法的一系列问题，属于太过依赖监管的理想主义。

## 3. 《单一数码市场通告》

欧盟委员会一直希望在欧盟电信法指令中引入网络中立制度。虽然欧盟在电信领域对接入的监管及网络接入领域竞争激烈，但欧盟委员会还是希望引入消费者保护措施，并规定宽带网络接入商提供信息的透明义务，以便消费者获得互联网接入服务商对网络中立予以限制的有关信息，从而在选择接受哪个互联网接入服务商的服务时，能作出充分知晓情形的决定。另外，欧盟委员

① Kay E. Winkler and Glenn Baumgarten, “The Framework for Network Access and Interconnection”, in Christian Koenig, Andreas Bartosch, Jens-Daniel Braun and Marion Ronnes (eds.), *EC Competition and Telecommunications Law* (The Netherlands: Kluwer Law International BV., 2<sup>nd</sup> Edition, 2009), pp. 466 – 467.

② Leonard Waverman, “Comments on Network Neutrality”, (2006) 2 *Journal of Competition Law and Economics* 475, pp. 475 – 477.

会也尝试着规定互联网接入服务的最低质量标准。<sup>①</sup>

2015年5月6日,欧盟委员会向欧洲议会、欧盟理事会、欧洲经济及社会小组委员会和欧洲地区小组委员会发出《欧洲单一数码市场战略通告》(以下简称《单一数码战略通告》)。<sup>②</sup>

《单一数码通告》认为,电信市场发生着深刻的变化,在网络中立方面,各成员国的法律制度并不统一。在这种情况下,欧盟委员会将审议现存所有的相关立法文件,将提出一切必要的建议。而第一步就是要通过《单一电信市场一揽子指令》,以便为网络中立提供明确的规则。

经过一年半的谈判,2015年6月30日欧盟议会、欧盟理事会及欧盟委员会达成协议,决定在2016年之前完成对欧盟电信法一揽子指令的彻底修改,以确立网络中立原则。

按照欧盟委员会所公布的协议内容,欧盟将在其2016年完成的电信法一揽子指令中确立网络中立原则:不得对在线内容、应用和服务予以屏蔽和阻挠。一方面,每一个欧洲人都可以接入开放的互联网及所有内容,且提供商能够通过高质量的开放网络提供这些服务;另一方面,必须平等对待所有的数据流动。这意味着在开放网络付费取得优先级数据流动就被禁止。

但是,对于这种网络中立制度,欧盟委员会准备规定三种例外情形:首先,因欧盟或成员国对网络内容合法性、执法行动或刑事法律要求而有其他规定的,从其规定;其次,为了保护网络的完整和安全可以不遵循网络中立原则;最后,为了尽可能减少网络拥堵而采取必要措施的,可以不遵循网络中立原则。

同时,在设想中的网络中立制度里,欧盟委员会把互联网服务分为两种:一种是特殊或创新服务,另一种是开放互联网提供的服务。前一种服务系指互联网电视、高清视频会议及远程手术这种对数据传输的时间要求极其精准的服务,而后者系指一般公众利用开放互联网获得的服务。对于前一种服务,网络传输质量及带宽要求要高于后一种服务。欧盟委员会认为,网络中立允许提供前一种服务,但是不得损害消费者和一般公众享受后一种服务。

### (三) 对网络中立理论在美国和欧盟实践发展情形的展望和评论

#### 1. 对美国网络中立实践状况的评价

网络中立在美国的实践一直是一个与政治问题相互交织的法律问题。在布什政府时期,尽管鲍威尔提出的“四大互联网自由”得到了确立,但并没有触及差别化的互联网服务,并没有确立基于网络中立的非歧视原则。在奥巴马政府上台后,联邦通讯委员会快速推动网络中立,先后通过了《2010年开放互联网规则》及《2015年开放互联网规则》,开始确立基于网络中立的全新电信监管架构。

尽管哥伦比亚特区巡回法院推翻了《2010年开放互联网规则》中确立的不屏蔽及不歧视原则,但联邦通讯委员会在2015年又通过了《2015年开放互联网规则》,将宽带接入商作为公共运营商予以监管,推翻了其基于《1996年电信法》对网络接入商法律地位的认定。

但是,虽然哥伦比亚特区巡回法院于2015年6月11日拒绝了美国电信协会要求中止实施

<sup>①</sup> Kay E. Winkler & Glenn Baumgarten, “The Framework for Network Access and Interconnection”, in Christian Koenig, Andreas Bartosch, Jens-Daniel Braun and Marion Ronnes (eds.), *EC Competition and Telecommunications Law*, p. 467.

<sup>②</sup> Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *A Digital Single Market Strategy for Europe* (COM (2015) 192 final).

《2015年开放互联网规则》的请求，但并没有对之是否合法予以认定。另外，一直反对概括实施网络中立的学者也提出：哥伦比亚特区巡回法院在2014年判决中承认联邦通讯委员会可以从《1996年电信法》获得监管宽带接入市场的结论十分可疑。<sup>①</sup>可以看出，《2015年开放互联网规则》是否能在监管架构中确立网络中立制度，不无疑问。

## 2. 对欧盟网络中立实践状况的评价

应该说，欧盟委员会与欧洲议会及欧盟理事会所达成的确立网络中立制度的协议只是一个开始。

实际上，欧盟委员会拟议中的网络中立制度并不纯粹，它把开放的网络分成了两个层级。尽管欧盟委员会在公开文件中拒绝承认，但这实际上将宽带互联网分成了两个车道：快车道运行特殊服务，一般车道运输一般服务。这和联邦通讯委员会所确立的网络中立截然不同，只不过欧盟委员会没有将留给公众的一般车道称之为“慢车道”而已。这是网络中立这种理想遇到互联网产业发展实际需求后不得不作出的妥协。

另一方面，尽管欧盟委员会将按照网络中立论修改一揽子电信法指令的期限定为2016年年底，但能否如期完成，不无疑问。网络中立并不仅仅是文件制备工作那么简单，它还牵扯到互联网接入商与应用即内容提供商之间的角力。即便指令可以如期通过，成员国开始具体实施指令也尚需时间。在此期间情势是否会有所变化，不无疑问。

# 三 从网络中立理论到世界贸易组织架构下的互联网政策

## （一）利用《电信服务协议》在美国推行网络中立的理论及其局限

当网络中立成为美国的一个政治问题、两党之间分歧严重、无论在监管层面还是在立法层面都无法推进的时候，网络中立理论的倡导者之一吴修铭提出，可以借助《电信服务协议》在美国推行网络中立。

### 1. 利用《电信服务协议》在美国推行网络中立的法律依据

根据《〈电信服务协议〉参考文件》，世贸组织成员国须采取措施禁止主导运营商采取限制竞争的行为。<sup>②</sup>对此，吴修铭提出，既然美国主张他国须遵守该义务，美国自己也须遵守该义务。也就是说，在互联网接入环节，运营商不得利用其市场主导地位采取限制竞争的行为：屏蔽或阻挠利用其提供的互联网接入服务提供与其自身业务相竞争的服务，屏蔽或阻挠提供运营商所不乐见的内容和应用等。其中吴修铭更明白地指出，《〈电信服务协议〉参考文件》可以用来推行基于网络中立的竞争政策。这样，网络中立论者希望利用世贸组织法律手段，在美国推动网络中立理论的实践。<sup>③</sup>

① Christopher Yoo, "Wickard for the Internet? Network Neutrality After Verizon v. FCC", (2013 - 2014) 66 *Federal Communications Law Journal* 415, pp. 431 - 432.

② World Trade Organization, *Telecommunication Services: Reference Paper*, available online at ([http://www.wto.org/english/tratop\\_e/serv\\_e/telecom\\_e/tel23\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/telecom_e/tel23_e.htm)) (last visited 12 June 2015).

③ Tim Wu, "Legal Implication of A Rising China: World Trade Law of Censorship and Internet Filtering", (2006) 7 *Chicago Journal of International Law* 263, p. 287.

在《电信服务协议》的谈判中,美国将数据包交换服务纳入主要电信服务中。这是为了保护其日益强大的互联网服务提供商。在《电信服务协议》中,存在和网络中立原则很类似的核心原则,对此美国已承诺将之适用于数据交换业务。尤其是在《〈电信服务协议〉参考文件》中,要求适用关于透明度、反竞争做法及公平互联互通方面的规定。《电信服务协议》规定,须采取适当措施阻止提供商单独或共同作为主要提供商采取或继续施行限制竞争的做法。<sup>①</sup> 其具体列明了限制竞争事项,包括具有限制竞争效果的交叉补贴,利用获得的竞争者信息进行限制竞争行为,不及时向其他服务提供商提供核心设施的技术信息及有必要使其提供服务的相关商业信息。<sup>②</sup>

《电信服务协议》要求成员国采取措施,制止电信市场中的限制竞争行为。据此,在网络中立论者看来,至少可以利用该等承诺实施目前网络中立要求的禁止屏蔽及反歧视条款。

## 2. 联邦通讯贸易委员会推行《电信服务协议》的授权

有学者进一步指出,基于世贸组织法律,联邦通讯委员会享有直接推行网络中立监管政策的授权。<sup>③</sup> 在威瑞森判决之后,为联邦通讯委员会寻找实施网络中立的授权,成为网络中立论者的当务之急。在这种背景下,利用世贸组织法律制度在国内推行网络中立政策,再次成为一种可能的选择。

按照这种主张,《电信服务协议》的许多规定都具有网络中立的性质:透明性要求,公平及非歧视性的互联互通要求等。这样,落实《电信服务协议》就成为推行网络中立政策的一种方式。

根据《1934年通讯法》第303条r项的授权,联邦通讯委员会可以不经议会授权实施美国条约下的法律义务。而条约义务是美国宪法之下最高的法律义务。对于网络中立者而言,该法律义务就是美国在《电信服务协议》项下类似于网络中立的制度规定。

## 3. 利用《电信服务协议》在美国推行网络中立的局限

虽然学者对援引《电信服务协议》解决联邦通讯委员会推行网络中立政策的可能性进行了探讨,但联邦通讯委员会可能仅仅将之作为理论上的选择。一方面,网络中立的内容及作为政策选择的可靠性尚无定论,在这种情形下,贸然通过联邦通讯委员会实施相关政策,会使美国在世贸组织法律架构下的回旋余地大为缩减,且其关于网络中立的政策选择也不一定能得到其他成员国的认同;另一方面,《电信服务协议》针对的是所谓基础电信服务,虽然美国承诺了数据包交换服务的义务,但还是会涉及到相关条款的解释。这样,对于《电信服务协议》是否涵盖互联网服务这个问题,答案并非十足确定。这样,就又一次回到了威瑞森判决中联邦通讯委员会面对的授权缺乏状态,问题并没有得到根本解决。

① World Trade Organization, *Telecommunications Services: Reference Paper, Negotiating Group on Basic Telecommunications* (Apr. 24, 1996), available at [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/serv\\_e/telecom\\_e/tel23\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/telecom_e/tel23_e.htm) (last visited 12 June 2015).

② World Trade Organization, *Telecommunications Services: Reference Paper, Negotiating Group on Basic Telecommunications* (Apr. 24, 1996), available at [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/serv\\_e/telecom\\_e/tel23\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/telecom_e/tel23_e.htm) (last visited 12 June 2015).

③ Jennifer A. Manner and Alejandro Hernandez, "An Overlooked Basis of Jurisdiction of Network Neutrality: The World Trade Organization Agreement on Basic Telecommunications Services", (2013-2014) 22 *CommLaw Conspectus* 57, p. 60.

## （二）国际贸易背景下适用网络中立的理论模型

由于《电信服务协议》本身的局限，美国联邦通讯委员会并没有将之作为“捷径”而推行网络中立政策。但是，由于互联网产业的发展，互联网服务提供商不得不面对各国制度不同所带来的法律障碍。互联网产业具有的全球化性质日益与各国法律制度、传统、文化之间形成冲突。在美欧分别试图确立网络中立的背景下，就必须回答一个问题：网络中立是否可以作为国际互联网法律政策的一种选择？为此，需要确立国际贸易背景下适用网络中立的理论模型。

### 1. 国际贸易背景下网络中立与适用各国法律的紧张关系

通俗而言，就像莱辛克所说：“网络中立就是指平等对待所有相似内容，该等内容在网上传输速率须相同。”<sup>①</sup>从宽带接入商角度而言，的确如此。但对于网络用户，就是鲍威尔所总结的“四大互联网自由”的前三大自由，用户自由地接入互联网上的内容，自由在互联网上运行应用，自由将装置接入互联网。这样，根据网络中立理论，用户面对互联网，就享有充分的自由。但是，无论是内容、自由、装置，在联邦通讯委员会的政策说明中都进行了限制：须为合法内容，须为合法应用，须为合法装置。

另一方面，互联网就是无数张互联网的联结。而在全球范围内，就是各国互联网的联结，从而实现了全球范围的数据流通。在这个意义上，网络中立理论的内容、应用、装置有可能是国外的内容、应用、装置。这时，所谓“合法内容”、“合法应用”、“合法装置”对于用户而言就是依据用户所在国法律所判断的“合法”与否；但是，该用户所面对的内容、应用即装置提供商，却有可能是国外的提供商——换言之，内容、应用或装置的提供商所面对的是全球范围内的用户。而各国有关互联网的法律制度各有不同，这样就对内容、应用或装置提供商如何遵守各国不同的法律制度提出了挑战：如何遵守各国不同的法律制度？

### 2. 网络中立与适用各国法律所能达致平衡的方式

在互联网全球化背景下，对于装置提供商而言，其所适用的法律就是各国的进出口法律。装置提供商的营业方式就是向该国用户提供装置并通过出口贸易向全球用户提供相关装置。假设不能通过电子商务的方式向所在国用户之外的全球用户提供接入互联网的装置，则这种装置只能通过货物出口才能实现，这就是传统的货物贸易，世贸组织的《关贸总协定》就可对这种装置作为国际贸易标的所涉及的各国法律制度进行调整。这样，对装置进行全球销售可能遇到的贸易壁垒而言，世贸组织至少为其提供了国际贸易法的救济方式。这种救济方式下，最惠国待遇原则和国民待遇原则一起，保证装置提供商所出口的产品不会在出口目的地受到歧视待遇。

而对内容和应用提供商而言，则有两种选择。要么，提供商必须遵守所有国家的法律制度、甚至是政策；要么，该提供商仅仅遵守其选定国家（比如其营业地所在国）的法律，通过互联网向包括该国用户在内的全球用户提供内容和应用。

第一种选择基本不可行：在美国向互联网用户提供内容和应用的人，不可能预知摩纳哥、沙特、莫桑比克等国的法律对其有何限制。当然，理论上这可以实现，但由此带来的成本极其高昂，这种高昂的成本就使得通过互联网提供内容和应用在经济上不可能，从而使得这种选择仅仅是一种纸面上的设想。

<sup>①</sup> Quoted in Christopher Yoo, “Network Neutrality or Internet Innovation?”, (2010–2011) 33 *Regulation* 22, p. 22.

由此看来,只有选择第二种方式,内容或应用提供商仅仅遵循选定国家的法律,在此基础上向包括该选定国用户在内的所有互联网用户提供内容和应用。此时,提供商遵守法律的成本仅限于其选定的国家,其守法成本就大大降低。由此带来的问题就是,如果其提供的内容和应用在其他国家的用户接入或使用后违反了其他国家的法律制度或政策,该如何处理?

通过第二种方式提供内容或应用,如陷入这种违反他国法律制度的窘境,同样也可以通过两种方式加以解决。要么,由违法地法院作出判决,要求内容或应用提供商删除违法的内容或应用;要么,由违法地国家遵照一定法律程序采取技术措施,对违法内容或应用予以屏蔽或过滤。

这两种方式产生的法律实施成本不同。前者其实产生三项成本:违法地国家经过司法程序提供法律救济的成本,违法地国家法院作出判决后取得提供商或提供商主机所在地国家法院同意对该判决予以执行的成本,相关提供商删除有关内容和应用的成本;后者仅仅产生两项成本:违法地国家发起法律程序的成本,违法地国家采用过滤或屏蔽技术措施的成本。单从成本上考虑,对违法内容进行屏蔽或过滤是更有效的法律措施。

如果从宪法或人权法的角度,这两种方式还有一个成本:对一国公民言论自由或信息自由<sup>①</sup>权利予以限制而产生的成本。相关服务商删除违反他国法律的内容或应用,就对服务商所在国公民的言论自由构成限制;而对他国服务商提供的违法内容或应用予以屏蔽或过滤的,则对本国公民自由获得信息的权利构成限制。如果从言论市场的角度考查,这两种限制是一枚硬币的两面,分别是对意见的表达和接收环节进行限制,并没有成本高低之分。

这样,不难理解,要求内容或应用提供商删除有关内容或应用是一种困难的选择。所以,各国多通过内容过滤或屏蔽措施来维护自己的法律制度。

### 3. 结论:在国际贸易背景下适用网络中立的理论模型

综上所述,全球化的互联网不得不接受一个事实:它其实是被一个个法域的法律制度所分割的互联网。换言之,全球互联网是由各个法域通过各自法律制度进行管理的网络链接后形成的网络。这样,互联网结构的全球性与法律的地域性形成了饶有趣味的紧张关系。而在这种紧张关系下,基于网络中立的“四大互联网自由”就成了极其乌托邦化的一种设想。在这种情形下,网络中立是理想的世界,但又不得不承认屏蔽措施的正当。

但是,如果在这种乌托邦式的四大自由中注入贸易因素,所产生的问题就非常现实:网络中立架构下内容和应用的数据自由流通在多大程度上受各国法律制度的限制?换言之,各国基于各自法律制度对各自法域内互联网进行管理的限度在哪里?世贸组织所确立的法律架构能否成为贸易层面实施网络中立的手段?而世贸组织法律架构下纠纷的解决回应了这些问题,从而为网络中立注入了实质性内容。

### (三) 世贸组织法律架构下网络中立的适用

如果要在网络中立与地域性法律之间的紧张关系中加入贸易因素,就需要解决一个问题:能否基于网络中立对各国政府表现为屏蔽措施的法律制度进行某种限制,从而对限制进行限制?此时,只有世贸组织能为这一问题提供适当的法律解决方案。

<sup>①</sup> 此处的信息自由系指欧洲大陆法系国家的信息自由:一国公民可以免于不当限制而查阅任何合法信息的权利。这里并非是指那种狭义的信息自由:公民有权获得政府公开信息的自由。



互联网的全球架构使得每一个用户都成为现实或潜在的进口或出口方。上述对网络中立的适用模型正说明了这种情形。这种贸易因素的注入使得网络中立与服务及贸易自由化的世贸组织宗旨不谋而合。这样,促进互联网领域的贸易自由化,就是促进网络中立在世贸组织所建立的多边贸易架构下的适用和发展。但将世贸组织法律制度作为适用网络中立的框架,需要解决两个问题:条约及承诺义务的解释问题及适用自由贸易例外情形的问题。

### 1. 对世界贸易组织法律及成员国承诺予以演进式解释

在将世界贸易组织法律具体适用于互联网相关贸易争端时,不得不对当初制定的法律文本做出适合目前贸易发展状况的解释,也就是所谓演进式解释,而非文本解释或者原意解释。一方面,目前世贸组织法律架构实质是1994年乌拉圭回合所确立的,该等法律架构无法预见到互联网及其相关产业对整个国际贸易的影响;另一方面,成员国在加入世贸组织时的承诺在时代的变迁中,有可能不能满足发展的需要,尤其是互联网的发展使得新的商业模式不断涌现,并取代了旧有的商业模式,这样,之前的承诺出现向空洞化发展的风险。此时,之前的法律规定或成员国承诺是否应该反映经济社会发展的变化,就成了一个关键的问题。

在虾和海龟案<sup>①</sup>、美国赌博案<sup>②</sup>及中国视听产品案<sup>③</sup>中,无论是对先前制定的法律条款还是对成员国的承诺,上诉机构在对之进行解释时,都考虑了争议发生时国际社会对当初所采用概念的现时理解。尤其是后两个案件均涉及到将传统行业予以现时解释,使之能涵盖互联网产业现状。在美国赌博案中,专家组及上诉机构对美国对开放博彩业务的承诺予以解释,使之涵盖美国作出承诺时尚未出现的互联网博彩业;中国视听产品案中,尽管中国作出音像产品承诺之时音乐的数码分销并非主流,专家组和上诉机构都认为音像产品的分销包括数码分销形式。专家组及上诉机构这种毫不犹豫地采用现时解释的方式说明,即使在制定世贸组织法律之时并没有考虑到互联网对国际贸易的影响,即使成员国在承诺时并未预期到互联网发展对其承诺的影响,只要互联网争端进入世贸组织争议解决机制,专家组和上诉机构就会运用演进式解释方法,对世贸组织法律制度予以“更新”,使之能够符合争端发生之时的情形,涵盖互联网贸易问题,并能解决相关争端。

### 2. 网络中立与世贸组织法律架构的契合

通过对世贸组织法律及成员国承诺作演进式解释,可以发现,世贸组织存在基于网络中立之假定而对互联网贸易障碍予以清除的机制。

对于网络中立模式下通过互联网提供的内容及应用,与之最相关的就是《服务贸易总协定》。对于基于网络中立假定的互联网贸易而言,《服务贸易总协定》就是以条约的形式确定:

- 
- ① World Trade Organization, Report of the Appellate Body, *United States—Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, PP 127–31, WTO Doc No WT/DS58/AB/R (Nov 6, 1998).
- ② World Trade Organization, Report of the Appellate Body, *United States—Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WTO Doc No WT/DS285/AB/R (Apr 7, 2005). 对于该案在世贸组织架构下国际互联网贸易争端的意义,参见龚柏华、谭观福:《WTO争端解决视角下的中美互联网措施之争》,载《国际法研究》2015年第2期,第50页。
- ③ World Trade Organization, Report of the Appellate Body, *China—Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, WT/DS363/AB/R (Dec 21, 2009). 我国学者对该案的评价和研究甚多。代表性论述请参见陈卫东、石静霞:《WTO体制下文化措施的困境与出路——基于“中美出版物和视听产品案”的思考》,载《法商研究》2010年第4期,第52页;龚柏华:《“中美出版物市场准入WTO案”援引GATT第20条“公共道德例外”的法律分析》,载《世界贸易组织动态与研究》2009年第10期,第30页。

内容和应用在全球架构的互联网流动时,各成员国是否可以采取法律措施加以限制?如果可以,能限制到什么程度?

作为《服务贸易总协定》的“牙齿”,反歧视原则和市场准入原则非常符合网络中立对各国法律制度的要求。反歧视原则即最惠国待遇原则和国民待遇原则,而市场准入则保证了可以将内容和应用通过互联网送至各个国家。但是,与《关贸总协定》不同,对于《服务贸易总协定》项下的市场准入及国民待遇原则,是依照各成员国按领域及服务提供模式所作的逐项承诺予以适用。因此,互联网贸易须满足这一条件。这样,网络中立原则实际上从开始就被打了折扣。尽管如此,基于《服务贸易总协定》为互联网贸易提供的法律架构,符合国际贸易背景下适用网络中立的理论模型所确定的架构,是网络中立在目前国际贸易法条件下的现实表现。

另外,《服务贸易总协定》第九条规定了一定的竞争法义务,与网络中立的理论基础有一定的重合。《服务贸易总协定》第九条规定:“成员国承认,服务提供商的一些商业做法,如果不能适用第八条的规定,则可能会限制竞争,并进一步限制服务贸易。”可以说,这是世贸组织法律制度开始尝试引入反垄断法制度的第一步。但是,这一条规定仅仅要求当事方有义务和他方进行磋商,并未要求当事方废除限制竞争的作法。

在对限制竞争做法的排除而言,《电信服务协议》走得更远。尤其是作为其附件的《参考文件》对缔约方确立的义务。如前所述,一方面,《参考文件》要求废除限制竞争的做法,从而确立了缔约方的反垄断义务;另一方面,《参考文件》要求缔约方的电话公司有义务对其他电话公司提供互联互通。这样,如果《电信服务协议》及其附件得到实施,网络中立政策就可能在世贸组织架构下得以推行。

但是,在互联网贸易争端中,还没有适用《电信服务协议》的,而是以适用基于《服务贸易总协定》的成员国承诺居多。如前所述,由于《电信服务协议》仅适用于电信基础服务(语音通讯服务),而无论在美国、中国还是欧盟,互联网服务都被视为增值服务(对中国和美国而言)或者非语音服务(对于欧盟而言)。因此,如果直接适用《电信服务协议》解决互联网贸易争端,很难将互联网服务纳入《电信服务协议》的框架之中。此时,演进解释方式也不能达到目的——虽然在互联网飞速发展的情形下,增值服务这个概念的边界日渐模糊,但还不能在法律上根本消除增值服务和基本服务之间的区别。因此,成员国的承诺就成为适用《服务贸易总协定》解决互联网贸易争端的主要依据。

### 3. 公共道德例外对网络中立的进一步削弱

《服务贸易总协定》规定了成员国履行其市场开放义务的三种例外。对于网络中立模式下的互联网内容及服务提供商而言,与之关系最为密切的就是基于公共道德的例外。从美国赌博案、中国著作权案到中国视听产品案,世贸组织专家组及上诉机构无一例外地承认了成员国有权基于公共道德的要求而对互联网内容进行审查。对于世贸组织相关裁决体现出对于内容审查制度的法律定位和分析,我国学者多有论述,故不再赘述。<sup>①</sup>

<sup>①</sup> 如彭岳:《WTO协定中公共道德例外简评》,载《南京大学法律评论》2007年春/秋季号,第185页;龚柏华:《“中美出版物市场准入WTO案”援引GATT第20条“公共道德例外”的法律分析》,载《世界贸易组织动态与研究》2009年第10期,第30页;刘瑛:《GATT第20条(a)项公共道德例外条款之研究》,载《法商研究》2010年第4期,第32页。

在美国赌博案中, 上诉机构最终裁决的论证方式, 间接地将世贸组织法律制度作为网络中立的一种推进方式。虽然上诉机构先是认为美国禁止在线赌博的法律措施表面上并不违反国民待遇原则, 却以一种零配额的方式阻碍了以在线方式提供的“休闲服务”, 从而违反了美国对世贸组织的承诺; 美国对来自国外的在线赌博进行屏蔽和打击, 就需要合法的理由; 合法的理由来自于美国基于其公共道德的要求, 需要对在线赌博采取更为严格的措施; 专家委员会认为美国与安提瓜进行磋商谈判是比美国单方屏蔽和打击在线赌博更少限制且更为必要的方式, 但上诉机构对此并不认同, 并在论述中认可了美国单方屏蔽和打击在线赌博的方式。<sup>①</sup>

尽管世贸组织上诉机构最终支持美国对在线赌博予以屏蔽和打击, 但上诉机构在该案中的论证过程却为网络中立在国际贸易法中的实行提供了一定的支点。据此, 互联网内容或应用提供商利用互联网向全球用户提供内容和服务时, 如果输入国已承诺开放这部分服务, 却适用公共道德例外对该等内容和服务进行屏蔽或过滤的, 依照世贸组织上诉机构对《服务贸易总协定》的解释, 输入国须证明其采取屏蔽或过滤措施是基于合理的依据, 且该等措施不会对国际贸易产生不必要的限制和影响。这样, 在世贸组织框架下, 网络中立的非歧视原则及其中体现的获取和提供信息自由就得到了保护。可以发现, 网络中立又一次向各国法律制度对全球互联网法律架构的分割现状进行了妥协, 从而保有其核心原则在互联网贸易中的有限适用性。

## 四 结语

网络中立及其相关立法和监管实践有其两面性。一方面, 在国内法中, 网络中立脱胎于反垄断法的核心设施理论, 但却扩张了适用条件, 因此无论在立法还是监管实践中都遇到了很大的争议, 该等争议阻碍了网络中立的现实应用, 并且在很长时间都难以得到有效克服。另一方面, 网络中立就意味着内容和应用服务的自由流动, 这与世贸组织法律中开放服务贸易的理念不谋而合。虽然网络中立目前在服务贸易法律架构中受到诸多限制, 但随着西方电信法对网络中立原则的吸收, 网络中立很有可能会成为今后国际贸易法中互联网贸易领域的一个重要课题。随着美国和欧盟网络中立路径的基本确定, 我国相关国际贸易法研究必须要考察这种局面对世界贸易法律架构的影响, 并对之持续关注。

### (一) 网络中立成为国际贸易法议题是国内法议题溢出的一种体现

网络中立起源于美国反托拉斯法中基于核心设施理论的实践。出于对互联网领域的“最后一公里现象”的担心, 网络中立者将电信时代的信息服务提供商(宽带网络接入商)视为之前的公共运营商, 并在此基础上建立了网络中立理论。这种理论看到了互联网给经济、文化、政治带来的巨大影响, 并力图推动这种变化纵深发展。但同时, 这种主张又忽视了必要的适用前提, 太过依赖现时对技术的判断, 从而偏离了竞争法的原则, 在论证和实践过程中都造成了一定的困难。

<sup>①</sup> World Trade Organization, Report of the Appellate Body, *United States—Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WTO Doc No WT/DS285/AB/R (Apr 7, 2005).

网络中立的国际化尝试实际上立基于互联网的全球架构,其对《服务贸易总协定》的法律架构具有一定程度的依赖,但又受其局限。互联网的全球架构使得一国的法律政策选择不可能不考虑其国际法影响。而国际贸易法领域的贸易自由化——尤其是服务贸易领域内的服务贸易自由化——正好与基于网络中立的“互联网自由”达到了高度的契合。在这种情形下,就出现了利用国际贸易法来推动网络中立在一国国内法体系中的确立与实践。但是,由于服务贸易的特殊性,各国不同法律、文化、历史传统等的差异极易在服务贸易中得到体现。因此,《服务贸易总协定》在开放服务贸易时采取了一种保守的做法:依照各国的承诺开放服务贸易。这样,《服务贸易总协定》及其例外条款实际上又对网络中立构成的限制。

网络中立作为一个在美国和欧洲及其他法域发酵的议题,将会对以互联网服务贸易为对象的服务贸易法律架构的发展产生一定的影响。随着美国和欧盟纷纷在电信法律架构中吸纳网络中立原则,网络中立这一国内法议题自然溢出为一个国际贸易法议题。另外,不可否认,在国内法溢出的这个过程中,拥有发达互联网产业的国家在其中利益重大。对此,网络中立的倡导者吴修铭毫不讳言:美国在其中有重大的国家利益。这也是其之所以在世界贸易组织架构下推行网络中立的直接理由。<sup>①</sup>

对此,无论是美国学者对联邦通讯委员会推行网络中立授权的找寻,还是欧盟为建立单一数码市场而意图弥合各成员国在网络中立议题上所产生的分歧的努力,都是国内法议题溢出为国际法议题的一种体现。

这样,几乎在美国通过《2015年开放互联网规则》的同时,欧盟委员会也与欧洲议会和欧盟理事会达成协议,希望在2016年底之前在欧盟电信法体系中确立网络中立制度。这对世贸组织架构下服务贸易的谈判、对世贸组织争端解决机制中互联网议题的裁定,都会有实质的影响。对此,我们必须预先研判和准备,为今后可能的服务贸易谈判及互联网贸易争端打下良好的基础。

## (二) 我国须重视《服务贸易总协定》竞争法条款与互联网内容审查的关系

目前,我国对世界贸易组织架构下互联网政策的关注主要在于互联网内容的监管问题。著作权案和视听产品案中,我国虽然在很多议题中没有得到专家组乃至上诉机构的支持,但是,基于公共道德例外,我国目前的内容审查体系反而得到了世贸组织的认可。尤其有趣的是,美国在视听产品案中竟然对我国在不过分限制贸易的条件下如何推进内容审查制提出了建议。<sup>②</sup>

其中理由很简单,目前网络中立论者所关注的互联网内容审查制度是贸易法中的一个议题。在网络中立前提下,互联网内容审查和屏蔽是对网络内容及应用贸易的一种限制。在我国证明该等措施具有合法依据——公共道德——的时候,上诉机构就明智地回避了对公共道德与内容审查制度之间的具体关系予以论述,而仅仅是基于比例原则和对贸易是否存在过分限制,来探讨是否存在更为宽松的内容审查和屏蔽机制。像美国成功地在美国赌博案中做到的那样,一般而言,除

① Tim Wu, "Legal Implication of A Rising China: World Trade Law of Censorship and Internet Filtering", (2006) 7 *Chicago Journal of International Law* 263, p. 285.

② World Trade Organization, Report of the Appellate Body, *China-Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, WT/DS363/AB/R (Dec 21, 2009).

非有明显的相反证据，上诉机构一般都会承认互联网审查制度的合法性。

但是，就像吴修铭所说，《服务贸易总协定》是一套在很大程度上并没有得到充分适用的法律制度。<sup>①</sup>在这个意义上，虽然《服务贸易总协定》第九条与《电信服务协议》及其附属文件的规定目前不能对互联网贸易产生实质性影响，但随着互联网的进一步发展，随着基本电信业务与增值电信业务的界限进一步消融，将来是否会适用该等条款？该等条款如何得到适用？这些问题都值得我们关注。如果网络中立在美国和欧盟得以成为正式的制度，且像美国联邦通讯委员会在《2015年开放互联网规则》中规定的那样，将互联网服务划为基本电信服务的一部分，那么依据演进解释方式，未来的互联网贸易争端解决会否适用与网络中立更为相关的竞争法条款，不再绕过公共道德与内容审查制度之间的关系，而是对内容审查制度本身的贸易限制作用进行更为深入的审查，进而在国际贸易法架构内取得对一国互联网内容审查制度更多的控制？

的确，网络中立并不是一个完善的理论，其国内法实践障碍重重。曾经提出了“四大互联网自由”的鲍威尔现如今是美国反对网络中立院外集团的代表。但是，在国际法层面，网络中立理论与世贸组织理念的契合，使我们不得不密切注意国际贸易法架构下这一理论的发展，并为其对我国互联网监管体制可能带来的冲击做好准备。

我国目前对互联网的研究着重于内容管制。但无论从各国国内法确立的法律体系而言，还是世贸组织确立的法律架构下，互联网法律体系的基础就是电信法律制度。而在我国，关于内容审查的法律界定还应进一步明确，符合竞争法原则的电信法制度还有待确立。因此，就需要立法机关及早通过《电信法》，并以之为基础建立体现竞争法原则和精神的网络法律体系，对网络中立政策进行必要的、符合我国产业发展状况的回应，以便主动面对国际贸易法在互联网议题上的发展，为我国互联网产业及我国互联网国际贸易的发展，以及未来可能的多边服务贸易谈判，打下一个坚实的法律基础。

## Network Neutrality and Its Implication for Internet Governance under the WTO Mechanism

*Wu Jun*

**Abstract:** Originated from the theory of essential facilities, network neutrality has been put forward to protect and preserve the open network of the Internet. In spite of strong resistance from the industry as well as from the academic circle, the USA and the EU has begun to establish the mechanisms to ensure network neutrality. If succeed, it would significantly influence the development of Internet industries of each of the jurisdictions. Besides, the success of network neutrality would also shape the relevant mechanism relating to international trade law. The embedded global structure, as well as the open network concept embodied in network neutrality, has made the principle of free trade within the WTO mechanisms

<sup>①</sup> Tim Wu, "Legal Implication of A Rising China: World Trade Law of Censorship and Internet Filtering", (2006) 7 *Chicago Journal of International Law* 263, p. 268.

a close concept to the network neutrality itself. Furthermore, the relevant competition commitment tried by the GATS, together with the commitments to eliminate anticompetitive practices and the obligation to offer interconnect may provide the necessary legal basis for the application of network neutrality within the international trade law system. This will also significantly have an implication for China's regulatory system regarding the Internet.

**Keywords:** Network Neutrality, Internet Blocking and Filtering, Internet Regulatory Framework, WTO law