

国际法在网络空间的适用:秩序构建中的规则博弈

黄志雄

内容提要:随着网络空间走向法治化,国际法在网络空间的适用正成为一个备受关注的重要问题。2013年以来,国际社会就这一问题取得了若干重要进展,但各国对于哪些国际法可以适用以及如何适用于网络空间仍存在较大分歧。美国等西方国家从其自身利益出发,主要强调现有国际法特别是国际人权法和关于使用武力的法律制度的适用。现有国际法在网络空间的适用应当是平衡和适度谨慎的。随着网络空间逐步走向法治化,专门制定新的国际法规则也日益重要。有关国际法适用于网络空间的争论,主要源于各国围绕网络空间秩序构建的意识形态、价值观分歧和现实利益的争夺。我国应积极参与网络空间国际规则的制定,提高我国在网络空间国际秩序构建中的话语权和影响力。

关键词:网络空间 国际法 秩序构建 规则博弈 适用

黄志雄,武汉大学国际法研究所珞珈特聘教授,2011国家领土主权与海洋权益协同中心研究人员。

近年来,网络空间加快走向法治化,国际法在网络空间治理中的作用日益受到重视。2013年以来,国际社会已经就国际法适用于网络空间达成重要的原则性共识。但是,对于哪些国际法可以适用以及如何适用于网络空间,各方还存在诸多分歧。围绕国际法规则的适用问题展开博弈,在此基础上塑造和构建国际秩序,正在成为网络空间的“新常态”。网络空间的独特属性,以及各国特别是主要大国在意识形态、价值观和现实国家利益方面的差异,决定了围绕国际法适用于网络空间问题的分歧和博弈必将具有长期性和复杂性。

一 网络空间:走向国际法治

“网络空间”(cyberspace)作为现代科学技术革命的结果,正在对人类生活产生史无前例的影响。在这个陆地、海洋、空气空间和外层空间之外的人类生活的“第五空间”,人

们依靠鼠标和屏幕进行着真实的、往往与现实世界无异的信息交流和相互交往。但另一方面,网络空间所具有的虚拟性和全球性,又使之与其他的传统空间有着显著区别。随之而来的问题是:这一空间需要确立什么样的行为规范?应当由谁来制定这些行为规范?对于这一问题,观念上的认识和实践中的发展经过了几个阶段的演变。

从互联网的发明到20世纪90年代中后期,居于主导地位的观念是将网络空间视为一个自由放任的“自主体系”,倡导网络空间“自我规制”,反对将现实世界的各种政府管制延伸到网络空间。^[1]但随着网络用户群的急剧扩大和用户成分的日益复杂,网络侵权、网络病毒和黑客攻击等各种不法行为以及安全威胁不断涌现,网络空间“自我规制”下的自由放任状态已经难以为继。在此背景下,从20世纪90年代后期开始,网络空间所谓“国家回归”的态势日益明显,国家越来越多地通过制定各种国内立法和政策参与网络空间治理。^[2]

正如国家的活动范围进入空气空间、外层空间等领域催生了空气空间法、外层空间法等国际法新分支一样,国家在网络空间的存在也需要有相应的国际法规范来加以调整。近年来多起产生重大国际影响的事件,如2010年谷歌退出中国事件、2013年“棱镜门”事件、2014年美国政府对从事“网络经济间谍”活动为由起诉5名中国军人,都提出了网络空间究竟应当构建何种秩序、适用何种规则的问题。可以说,网络空间由此进入了一个相关国际立法逐渐强化、国际法治悄然兴起的新阶段。

在上述发展历程中,不难看到一条清晰的主线,那就是网络空间日益从自由放任走向规则和法治。这是因为,网络空间的发展,特别是各种网络安全威胁给现实世界带来的消极乃至破坏性后果,使国家不可能继续置身事外,而需要积极地制定“游戏规则”来加以应对,推动网络空间从无序走向有序。另一方面,由于网络空间本质上是一个全球性空间,任何国家都不可能单独应对网络空间治理中的有关问题,这就决定了相关的“游戏规则”不仅包括各国单独制定的国内法规,还必然包括各国合作制定的国际法规。换言之,主权国家进入网络空间并成为网络活动的重要主体,使现实世界的国际关系和国际秩序开始向网络空间延伸,这必然要求国际法在网络空间的秩序构建中发挥重要作用。

在2011年出台的《网络空间国际战略》中,美国政府首次提出“网络空间法治”的概念,并强调:“长期存在的在和平时期和冲突中指引国家行为的国际规范也适用于网络空间。”^[3]尽管美国的上述立场是从维护其本国利益的角度出发,但主张国际法适用于网络空间反映了网络空间国际秩序构建的客观需要。在此基础上,联合国信息安全政府专家

[1] 美国网络活动家约翰·巴洛1996年发表的《网络空间独立宣言》,就是这一观念的突出表现。该《宣言》以网民代言人的姿态向世界各国政府声称:“你们在我们中间不受欢迎。你们在我们居住的地方没有主权。你们没有道义上的权利来统治我们;你们也不拥有我们确实需要害怕的执行手段。网络空间不存在于你们的边境之内。”参见 John Barlow, A Cyberspace Independence Declaration, 8 February 1996, http://w2.eff.org/Censorship/Internet_censorship_bills/barlow_0296.declaration. 本文网络资料的最后访问时间均为2016年5月20日。

[2] 以网络技术最发达且历来推崇“互联网自由”的美国为例,其自“9·11”事件以来,先后通过了《爱国者法》、《国土安全法》、《保护美国法》等法律,对互联网加以严密的监控,成为网络安全立法方面最发达的国家之一。参见尹建国:《美国网络信息安全治理机制及其对我国的启示》,《法商研究》2013年第2期,第138-145页。

[3] The White House, International Strategy for Cyberspace: Prosperity, Security, and Openness in a Networked World, May 2011, http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/rss_viewer/international_strategy_for_cyberspace.pdf.

组在2013年6月达成了一份被评价为“里程碑式共识”的文件。^[4]该文件指出,国际法特别是《联合国宪章》的适用,对国际维持和平与稳定及促进创造开放、安全、和平和无障碍的信息和通讯技术环境至关重要。^[5]上述共识在联合国和其他国际场合得到广泛接受。由此,网络空间的秩序构建离不开国际法的适用,已成为国际社会普遍接受的理念。

国际社会就国际法适用于网络空间达成的有关共识,开启了网络空间走向国际法治的征程,这无疑是值得欢迎和肯定的。但应当看到,与国际关系和国际法的大多数领域相比,网络空间国际法治仍处于起步阶段,国际社会对于哪些国际法规则可以适用以及如何适用于网络空间等问题仍存在很大分歧。各国围绕国际法适用于网络空间的分歧与博弈,既涉及现有国际法如何在网络空间适用,也涉及是否需要以及如何为这一新的虚拟空间“定制”新的国际法规则。下文拟分别对此加以阐述。

二 现有国际法在网络空间的适用

美国等西方国家最早提出国际法在网络空间的适用问题,并主要强调现有国际法在网络空间的适用。例如,美国2011年《网络空间国际战略》提出:“发展国家在网络空间的行为规范不需要重新创设习惯国际法,也不会使现有国际法规范过时。”^[6]2012年9月,时任美国国务院法律顾问的高洪柱(Harold Hongju Koh)发表关于“网络空间的国际法”的演讲,进一步澄清了美国政府的相关立场。高洪柱认为,尽管网络空间提出了许多新的、极为复杂的法律问题,但现有国际法原则无疑适用于网络空间。^[7]在2013年2月出台的新版《欧盟网络安全战略》中,欧盟也一再主张将现实空间的国际法规范和原则、价值适用于网络空间,而不支持制定新的专门的国际法律文件。^[8]由于美国等西方国家在网络空间国际法规则博弈中居于主导地位,现有国际法在网络空间的适用由此成为当前备受关注的一个问题。

(一) 适用哪些现有国际法

迄今为止,西方国家主要强调国际人权法以及关于使用武力的国际法规则的适用。

[4] Jen Spaki, US Department of State, Statement on Consensus Achieved by the UN Group of Governmental Experts on Cyber Issues, 7 June 2013, <http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2013/06/210418.htm>.

[5] United Nations General Assembly, Report of the Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security (24 June 2013), Sixty-eighth session, A/68/98, paras. 19-20. 联合国信息安全政府专家组全称为“国际安全背景下信息和通讯领域的发展政府专家组”,由中国、俄罗斯、美国、英国等主要国家的代表组成,具有广泛的国际代表性,并且在网络空间国际法规则的制定中发挥日益重要的作用。

[6] The White House, International Strategy for Cyberspace: Prosperity, Security, and Openness in a Networked World, May 2011, http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/rss_viewer/international_strategy_for_cyberspace.pdf, p. 9.

[7] Harold Koh, International Law in Cyberspace: Remarks as Prepared for Delivery by Harold Hongju Koh to the USCYBERCOM Inter-Agency Legal Conference Ft. Meade, MD, Sept. 18, 2012, 54 *Harvard International Law Journal Online* 1, 3 (2012).

[8] European Commission, Cybersecurity Strategy of the European Union: An Open, Safe and Secure Cyberspace-Joint Communication to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions (JOIN(2013) 1 final), 7 February 2013, p. 2.

美国2011年《网络空间国际战略》最早提出,支撑网络空间规范的基本原则包括保护基本自由、尊重繁荣、重视隐私、免于犯罪和自卫权。^[9]高洪柱在其2012年9月的演讲中,着重围绕网络空间使用武力的国际法问题进行阐述,包括一国能否对网络攻击行使自卫权等诉诸武力权的问题以及战时法规(国际人道法)对网络攻击的适用问题,同时也提及了国家责任法和国际人权法在网络空间的适用问题。^[10]在北约支持下编写并于2013年出版的《塔林手册》,更是主要研究诉诸武力权和战时法规在网络空间的适用。^[11]

西方国家对上述国际法制度的强调,反映了这些国家对于如何构建网络空间国际秩序、特别是如何实现自由与安全之间的适当平衡的态度。例如,西方国家历来大力鼓吹“互联网自由”,主张国际人权法特别是有关保护言论自由的规定在网络空间的适用。这一点在2013年《欧盟网络安全战略》中得到了明确表达:“为了保持网络空间的开放和自由,那些欧盟在现实社会所支持的规范、原则和价值也应当在网络空间得以运用。基本权利、民主和法治应当在网络空间得到保护。”^[12]倡导关于使用武力的国际法规则的适用,则顺应了西方国家凭借其强大的政治、经济和军事实力(包括在网络技术军事化方面的领先优势),日益重视通过单边军事行动来应对外部网络威胁、维护本国网络安全的政策倾向。为此目的,这些国家在规制“网络战”的旗号下,一方面利用诉诸武力权特别是《联合国宪章》所规定的自卫权作为其单边军事行动的法律依据,另一方面利用国际人道法对本国可能受到的外部网络攻击加以约束。

应当承认,现有国际法在网络空间的适用,具有某种必然性和合理性。网络空间的形成主要是基于互联网这一现代通讯技术,而从法律角度来说,人类通过这一新技术从事的一些活动,与通过传统手段从事的类似活动并无本质区别。例如,互联网已经成为继报纸、广播、电视之后,当代信息传播与交流的主要载体,因此,很难主张国际人权法上有关保护信息传播与交流自由(包括言论自由)的规定不适用于通过互联网从事的信息传播活动。又如,随着网络技术在军事领域的广泛运用,在现代战争中网络攻击已经成为一种频繁使用的作战手段。在2008年俄罗斯和格鲁吉亚的军事冲突中,双方的若干军事和非军事目标都受到另一方的网络攻击。在此情况下,似乎也没有理由主张国际人道法中有关限制作战手段和作战方法的规定(如在敌对行动中对军事目标和民用目标加以区分的原则)不适用于“网络战”。

尽管如此,西方国家突出强调国际人权法和使用武力法律制度在网络空间的适用,仍

[9] The White House, *International Strategy for Cyberspace: Prosperity, Security, and Openness in a Networked World*, May 2011, http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/rss_viewer/international_strategy_for_cyberspace.pdf, p. 10.

[10] Harold Koh, *International Law in Cyberspace: Remarks as Prepared for Delivery by Harold Hongju Koh to the USCYBERCOM Inter-Agency Legal Conference Ft. Meade, MD, Sept. 18, 2012*, 54 *Harvard International Law Journal Online* 1, 1-12 (2012).

[11] Michael Schmitt (ed.), *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, Cambridge University Press, 2013, p. 5.

[12] European Commission, *Cybersecurity Strategy of the European Union: An Open, Safe and Secure Cyberspace-Joint Communication to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions (JOIN(2013) 1 final)*, 7 February 2013, p. 2.

具有很大的片面性和虚伪性。这些国家对“互联网自由”的鼓吹和强调国际人权法在网络空间的适用,更多是着眼于限制其他国家(包括中国)根据本国法对相关网络活动进行管理。过度渲染“网络战”威胁、不断树立假想敌并借此强调诉诸武力权和战时法规的适用,则在客观上推动了网络空间军事化和网络军备竞赛的加剧,实际上加大了网络空间的不安全。随着西方国家在“网络战”问题上的立场和政策受到越来越多的质疑,^[13]其开始对这一政策进行部分修正,包括更多地强调利用国家责任法上的“反措施”(counter-measure)来应对“低烈度”网络行动。^[14]但是,上述政策调整的实际意义尚待观察。

现有国际法在网络空间的适用应当是全面和平衡的。《联合国宪章》所确认的国家主权、不干涉内政、不使用武力等基本原则,不仅是现有国际法和国际关系的基石,也应当是未来网络空间国际秩序的基础。特别是随着各国越来越多地参与网络空间治理,国家主权原则在网络空间的适用势在必行,由此衍生出来的网络主权原则是国际法在网络空间适用的一个重要基石。西方国家在探讨国际法在网络空间的适用时,往往有意无意地对这些基本原则加以回避或淡化,而使自卫权等例外规则喧宾夺主,从而可能导致方向性的紊乱。正本清源,现阶段乃至今后较长一个时期应当优先考虑上述国际法基本原则在网络空间的适用,包括尊重国家根据实际情况对本国境内网络基础设施和网络活动进行管理的主权利。

(二)如何适用现有国际法

与哪些现有国际法可以适用于网络空间的问题相比,这些国际法规则如何适用于网络空间是一个复杂程度有过之而无不及的问题。这是因为,网络空间的各种独特属性,必然会对国际法的适用提出很多新问题。正如美国《网络空间国际战略》所指出的那样:“网络技术的独特属性要求通过进一步的努力来澄清相关国际法规范如何适用,以及还需要有哪些其他的理解来补充有关规则。”^[15]但值得注意的是,西方国家及其国际法学者恰恰出于维护本国利益的需要,在主张现有国际法适用于网络空间时,想方设法对有关规则进行片面乃至歪曲的解释。

例如,西方国家出于对网络攻击采取单边军事行动的需要,一再对国际法上的诉诸武力权规则进行扩大解释,以达到降低行使自卫权门槛的目的。其主张,不仅任何导致人员伤亡或财产损毁的网络攻击都将达到《联合国宪章》第51条中“武力攻击”所要求的规模和后果,而且仅仅产生非物质损失的网络攻击也可以构成武力攻击;第51条规定的自卫权不仅可以对非国家行为体发起的网络攻击行使,也可以基于“预防性自卫权”而对尚未

[13] 例如,美国著名国际法学者奥康奈尔教授就认为,“网络战”是一场“错误的战争”,它本质上是在主要西方国家网络安全政策日益军事化的背景下,一个被“发明”的问题。参见 Mary O'Connell, *Cyber Security without Cyber War*, 17 *Journal of Conflict and Security Law*, 188, 191-198 (2012)。

[14] 例如,北约“网络合作防御卓越中心”也在2014年初宣布,将针对不构成使用武力的“低烈度”网络行动,编纂一份新的《塔林手册》(又称“塔林2.0版”),内容涵盖除诉诸武力权和战时法规之外的其他主要国际法制度。See CCDCOE, *The Tallinn Manual*, <http://www.cedcoe.org/tallinn-20.html>, visited on 7 July 2014。“塔林2.0版”仍由迈克·施密特教授牵头编写,本文作者是负责编纂该手册的国际专家组20名成员之一。截至2016年3月底,该手册的编写已经接近尾声,预计将于2016年底由剑桥大学出版社出版。

[15] The White House, *International Strategy for Cyberspace: Prosperity, Security, and Openness in a Networked World*, May 2011, http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/rss_viewer/international_strategy_for_cyberspace.pdf, p. 9.

发生的网络攻击行使。^[16]但事实上,对非国家行为体行使自卫权以及“预防性自卫权”等主张即使是在现实世界也争议颇大,对于网络攻击而言更加难以得到国际法理论和实践的支持。

在国际法适用于网络空间的问题上,一些网络大国的霸权主义和双重标准做法是另一个值得警惕的趋势。以“网络战”问题为例,美国等西方国家通过大肆渲染他国网络攻击对其国家安全的威胁,将现有国际法上有关自卫权的规则作为其单边军事行动的法律依据。但迄今为止普遍认为最接近真正的事件——2010年对伊朗核设施的“震网”病毒攻击——据美国主流媒体披露恰恰是由美国携手以色列发起的。^[17]美国国家安全局承包商雇员爱德华·斯诺登(Edward Snowden)叛逃引发的“棱镜门”事件,再次无可辩驳地表明美国等西方国家是如何依仗其互联网技术优势和对网络资源的垄断,严重威胁包括中国在内的其他国家的网络安全。在西方国际法学者的相关研究中,类似的双重标准同样存在。例如,尽管“震网”攻击明显符合《塔林手册》提出的构成“武力攻击”的标准,但该手册的作者们却明确拒绝作出这样的认定,因为这显然在舆论上和法律上都将对美国不利。^[18]

此外,美国政府一方面长期对包括中国在内的其他国家进行大规模网络监控和黑客入侵,另一方面持续炒作所谓中国政府和军队通过互联网从美国企业窃取商业机密一事,并以此为理由在2014年5月对5名中国军人起诉。为了对这一“双重标准”的做法提供法律依据,美国政府和智库极力对《与贸易有关的知识产权协定》等相关国际法规则进行曲解,对所谓“经济间谍”和其他间谍行为进行区分,主张前者应当受到禁止,后者则不受国际法规制。这无疑是一种以“遵守国际法”为外衣的更为隐蔽的霸权主义和强权政治行为。

还应指出的是,即使是在相同或类似问题上,现实世界已有的某些国际法规则也可能无法适用于网络空间。例如,国际法院在1986年“尼加拉瓜诉美国军事与准军事行动案”中提出,应当根据一项军事行动的规模和后果来判断该行动是否构成对他国的“武力攻击”,这一标准被认为是一项习惯国际法规则。^[19]在有关网络战的国际法问题的研究中,大多数西方国际法学者主张,对于网络行动是否构成《联合国宪章》第2条第4款所指的使用武力和第51条所指的武力攻击,也应根据“规模和后果”标准,通过分析一项网

[16] Michael Schmitt, (ed.), *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, (Cambridge University Press, 2013), pp. 55-56.

[17] David E. Sanger, Obama Order Sped Up Wave of Cyberattacks Against Iran, *New York Times*, June 1, 2012, at A1.

[18] 《塔林手册》在规则13(“针对武力攻击的自卫”)的评注中提出,目前还没有出现过国际上一致认为构成武力攻击的网络攻击行为,但国际专家组中的一些专家认为“震网”攻击达到了武力攻击的门槛。参见 Michael Schmitt, (ed.), *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, Cambridge University Press, 2013, pp. 57-58.

[19] International Court of Justice Reports of Judgments, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States), Merits, Judgment of 27 June 1986, para. 195.

络行动是否与达到使用武力或武力攻击程度的非网络行动在规模和后果上相当来加以判定。^[20]但事实上,同样规模和严重程度的某一后果,既可以通过使用武力产生,也可以通过非武力手段产生;具有特定规模和产生特定后果,是某一行为(包括某一网络攻击)构成使用武力和武力攻击的必要而非充分条件。例如,上游国家在河水中排入有毒物质导致下游国家的人员伤亡和森林、土地破坏,一国对另一国的经济制裁导致后者的人民饥饿死亡和经济动荡,这些后果本身都与使用武力通常导致的后果高度相似;但在国际实践中,产生这些后果的行为并不被认为是使用武力和武力攻击,甚至未必构成国际不法行为。由此可见,脱离传统军事行动这个特定的语境,将“规模和后果”标准套用到网络攻击上,难免得出偏颇和似是而非的结论。

国际法的发展离不开国家实践。上述分析表明,网络空间作为一个新的虚拟空间,尚有许多独特的技术属性亟待人们加以深入认识,包括诉诸武力权在内的现有国际法有时并不能简单套用到网络空间。尽管由于互联网和现代通讯技术的飞速发展,适度超前地对网络空间的法律问题(包括现有国际法如何适用)加以研究有其必要性,但应当注意的是:第一,在国际社会对网络空间的认知还有待深入、相关的实际案例以及国际上能够达成的共识还十分有限的情况下,对于现有国际法在网络空间的适用应当秉持必要的谨慎和谦抑态度,防止对现有国际法随意进行扩大解释,更不应借机采取霸权主义和双重标准的做法。第二,现有国际法适用于网络空间的有关问题,需要国际社会通过民主和平等协商来寻求共识。在2013年6月联合国信息安全政府专家组的共识性文件中,也强调基于网络空间的各种独特属性,“必须进一步研究关于(国际法)规范如何适用于国家行为……的共同理解。”^[21]

三 制定国际法新规则的必要性与其可行性

在网络空间的规则博弈中,是否需要为网络空间专门制定新的规则,是另一个重要的争议问题。从国内法来看,在各国适用于网络空间的法律中,既有同时适用于现实世界的“普通”法律,也有专门为网络空间制定的法律。这与网络空间兼有现实性和虚拟性的特点是一致的。

学术界一度较为主流的观点是,基于网络安全、网络犯罪等特殊性的问题,有必要针对这些问题制定专门的国际条约。^[22]欧洲理事会在2001年发起制定的《网络犯罪公约》

[20] Michael Schmitt, Computer Network Attack and the Use of Force in International Law: Thoughts on a Normative Framework, 37 *Columbia Journal of Transnational Law*, 911, 914-915 (1998-1999); Michael Schmitt, Cyber Operations and The Jus ad Bellum Revisited, 56 *Villanova Law Review*, 561, 573-575 (2011); Michael Schmitt, (ed.), *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, Cambridge University Press, 2013, p. 54.

[21] United Nations General Assembly, Report of the Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security (24 June 2013), Sixty-eighth session, A/68/98, paras. 11, 16.

[22] Robert K. Knake, Internet Governance in an Age of Cyber Insecurity (Council on Foreign Relations Special Report No. 56, September 2010), http://i.cfr.org/content/publications/attachments/Cybersecurity_CSR56.pdf; Stein Schjolberg and Solange Gheraoui-Helie, *A Global Treaty on Cybersecurity and Cybercrime*, 2nd edition, 2011.

就是一个专门为网络空间制定国际规则的典型例证,西方国家也普遍认为该条约总体上取得了成功。但近年来,欧美国家在这一问题上的立场发生了较为明显的转变。例如,在2011年以来的网络空间“伦敦进程”磋商中,西方国家比较一致的声音是,现有的国际法规则(特别是有关言论自由等问题的国际人权法规则以及关于战争和武装冲突的国际人道法等“普世规范”)在网络空间同样适用,不需要以条约形式为网络空间专门制定新的规则。^[23]美国2011年《网络空间国际战略》和2013年《欧盟网络安全战略》也明确提出了类似主张。

英美等国强调现有国际法在网络空间的适用和反对制定新的国际法规则,主要是出于以下几方面的考量:一是担心即使制定了相关的国际条约,其执行和效力也会存在很大问题;二是担心国际条约的制定会加强“极权国家”控制网络空间的能力,从而与其推动“互联网自由”的战略相悖;三是认为现有国际法和国际秩序主要是在它们主导下形成的,总体上反映了这些国家的利益。

但必须看到,在网络空间治理的许多重要问题上,现行国际法要么规则缺位,要么存在大量模糊和有待澄清之处。例如,对于愈演愈烈的网络军备竞赛问题,显然不可能套用国际法上现有关于限制军备竞赛的条约。又如,由于互联网全球联通的特点,大多数网络攻击都难以区分军事目标和民用目标,也难以控制攻击的范围和程度,因而很难符合国际人道法上的区分原则和比例原则等要求,因此现有国际人道法规则能否以及如何对网络攻击适用都有待澄清。此外难以解释的一点是,既然西方国家反对为网络空间制定新规则,那么在网络犯罪问题上欧洲国家为何又早早制定了专门的《网络犯罪公约》,并一直在积极向其他国家和地区推广。

中国、俄罗斯等国近年来多次提出制定网络安全、网络军备竞赛等领域行为准则的倡议。例如,中俄等国2011年向联合国大会提交了一份《信息安全国际行为准则》,提出了一系列重要主张:呼吁各国不利用信息通信技术包括网络实施敌对行动、侵略行径和制造对国际和平与安全的威胁;倡导合作打击利用信息通信技术包括网络从事犯罪和恐怖活动,或传播宣扬恐怖主义、分裂主义、极端主义的信息,或其他破坏他国政治、经济和社会稳定以及精神文化环境信息的行为;重申各国有责任和权利保护本国信息空间及关键信息基础设施免受威胁、干扰和攻击破坏;充分尊重信息空间的权利和自由,包括在遵守各国法律法规的前提下寻找、获得、传播信息的权利和自由;推动建立多边、透明和民主的互联网国际管理机制,并主张“在涉及上述准则的活动时产生的任何争端,都以和平方式解决,不得使用武力或以武力相威胁”。^[24]这些主张值得国际社会重视,并应成为网络空间未来立法的基础。2013年6月联合国信息安全政府专家组通过的共识性文件也指出,除

[23] The White House, VP's Remarks to London Cyberspace Conference, <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2011/11/01/vps-remarks-london-cyberspace-conference>.

[24] 中国外交部:《信息安全国际行为准则》(2015年1月修订本),http://www.fmprc.gov.cn/mfa_chn/ziliao_611306/tytj_611312/zewj_611316/P020150316571763224632.pdf。该《准则》在2011年9月由中国、俄罗斯、塔吉克斯坦和乌兹别克斯坦向联大共同提交(2013年3月,哈萨克斯坦和吉尔吉斯斯坦加入“准则”共同提案国),目前是一项各国自愿遵守、没有法律约束力的文件。

了现有国际法的适用外,“可随着时间的推移拟订更多规范”。^[25]

其实,西方国家尽管在言辞上反对为网络空间制定新的国际规则,但实际上也对现有国际法适用于网络空间的局限性深有认识。只不过,其更倾向于通过习惯而非条约的方式“隐蔽”地发展新规则。例如,美国政府2014年5月对5名中国军人的起诉,一个重要目的就是在现有国际法无法为美国政府对网络间谍和其他间谍行为进行区分提供依据的情况下,通过树立对所谓“网络经济间谍”行为进行追责的先例,影响现有国际法规则的解释并逐渐带动、影响其他国家的实践,进而为今后通过习惯或条约(如在《跨太平洋伙伴关系协定》等区域贸易谈判中制定新的知识产权和商业秘密保护条款)确立相应的国际法规则奠定基础。^[26]《塔林手册》也呈现出试图通过影响国际习惯的形成来为网络空间确立新规则的倾向。该手册的编纂者宣称,手册相关内容属于“各国权威最高的公法学家学说”,该手册所包含的各项规则“由国际专家组一致采纳并代表习惯国际法”。^[27]但该手册的不少规则都缺乏充分的国家实践作为证据,实际上是由西方国际法专家通过对现有习惯国际法加以“移花接木”式的搬用,按照西方政策、利益和价值观为网络空间创设或倡议新规则。

与制定条约相比,形成习惯国际法规则在国家实践的数量方面没有明确要求,有可能绕开特定的国家而主张某一习惯国际法已经形成。同时,习惯国际法的认定也存在更大的模糊性和更多的大国主导色彩。然而,与不成文的习惯国际法规则相比,条约作为现代国际法的首要渊源,在系统性和确定性方面有着较为明显的优势。正因为如此,以条约形式对国际法加以法典化、成文化编纂,是20世纪以来国际法发展的一个重要趋势。在探索网络空间国际法制定时,也应当优先考虑通过国际条约来确立相应的规则。

总之,正如有学者已经指出的那样,国际造法中应当坚持客观性原则,即国际造法者应把握国际社会发展的客观规律,认识国际社会发展的客观需要,在国际社会实践检验的基础上坚持守成与创新的统一;惟其如此,才能使国际法成为真正的法律并获得不断发展。^[28]在当前网络空间国际秩序构建的初期阶段,现有国际法的适用在很大程度上有利于填补相关国际规则的空白状况。但随着网络空间逐步走向法治化,网络空间相关国际法规则的制定和完善仍然势在必行。各国在充分酝酿和合作的基础上适时制定新的国际法规则,乃是网络空间构建国际秩序的客观需要。

[25] United Nations General Assembly, Report of the Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security (24 June 2013), Sixty-eighth session, A/68/98, paras. 11, 16.

[26] Aaron Shull, Cyber Espionage and International Law, http://api.ning.com/files/Ug-Ogup9PZ * wyVLXDplSNaUjM * f0HUBBaN * Hk1qwwORwnR7xopUarjsRlt7Db4H6M7Fa271aTs6Abfp4uYRTjlaVVpQwHEAV/giganet2013_Shull.pdf, p. 15.

[27] Michael Schmitt, International Law in Cyberspace: The Koh Speech and Tallinn Manual Juxtaposed, 54 *Harvard International Law Journal Online*, 13, 15 (2012).

[28] 古祖雪:《国际造法:基本原则及其对国际法的意义》,《中国社会科学》2012年第2期,第131页。

四 国际法在网络空间的适用:阵营化、碎片化与趋同化

国际社会围绕国际法在网络空间适用问题的分歧与博弈,是当前网络空间秩序构建中的一个基本特征。这些分歧的产生固然与网络空间作为一个新的虚拟空间的特殊复杂性有关,但更重要的则是有关国家在意识形态、价值观以及现实国家利益等方面的差异乃至对立。但另一方面,对网络空间的共同依赖和对网络空间国际秩序的共同需要,在客观上要求各国本着求同存异的精神,通过国际合作谋求共同利益。正是在上述多种因素的影响下,网络空间国际法规则博弈呈现出阵营化、碎片化和趋同化并存的复杂态势。

(一) 阵营化

由于意识形态、价值观以及现实国家利益等方面的差异,围绕着网络空间的国际秩序构建和规则博弈,各主要国家间形成了两大对立阵营,即美国为首的西方发达国家阵营和中国、俄罗斯为代表的新兴国家阵营。

美国等西方国家较早认识到,全球联通的网络空间将是传播西方意识形态和价值观的重要渠道,这成为其倡导“互联网自由”和“网络空间法治”的主要目的。就美国而言,时任国务卿希拉里·克林顿(Hillary Clinton)在2010年和2011年两次就“互联网自由”发表演说,其中网络言论自由、宗教自由、人权、政府公开等核心概念被屡屡提及,表明美国政府通过网络政策掌控外交、军事、经济、文化等方面主动权的战略思维。^[29] 2013年出台的《欧盟网络安全战略》,同样十分直白地表达了欧盟希望传递的价值观。^[30]

同时,围绕网络空间国际秩序构建和规则博弈的分歧,也与各国现实国家利益的争夺密切相关。随着互联网发展为各国以信息化方式运作的金融、商贸、交通、通信、军事、思想文化等系统的神经中枢,信息网络正在成为与土地及其他有形资本一样重要的权力资源,对国家实力、国家安全和国际关系发展起着关键性作用。^[31] 而在网络空间确立和适用何种国际法规则,直接关涉各国对信息网络资源的控制和支配,关涉各国在网络空间国际秩序中的话语权和主导权,并反过来对现实世界的话语权和主导权产生影响。

总体而言,西方国家作为现有国际秩序的主导者,在网络空间相关事务中有着明显的技术和话语优势,迄今为止也牢牢把握着该领域的主导权。这些国家以“互联网自由”和“网络空间法治”为主要旗帜,通过在国际层面大力倡导它们所支持的网络空间国际法规则,积极地推动和塑造对其有利的网络空间国际秩序。高洪柱在其2012年9月的演讲

[29] 参见尹建国:《美国网络信息安全治理机制及其对我国的启示》,《法商研究》2013年第2期,第138-145页。

[30] 该文件指出:“开放和自由的网络空间推动了世界范围内的政治和社会包容;它打破了国家之间、社区之间、公民之间的壁垒,促成了全球范围的信息和观念的互动和共享;它提供了自由表达和行使基本权利的场所,并使人民在追求民主和更加公正的社会时变得强大——‘阿拉伯之春’就是一个最突出的例证。”参见 European Commission, Cybersecurity Strategy of the European Union: An Open, Safe and Secure Cyberspace-Joint Communication to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions (JOIN(2013) 1 final), 7 February 2013, p. 2.

[31] 参见申琰著:《互联网与国际关系》,人民出版社2012年版,前言第1-3页。

中,就曾直言不讳地提出,推动在网络空间遵守国际法,是美国“巧实力”策略的体现。^[32]

中国、俄罗斯等新兴国家在网络空间国际秩序构建中处于少数和弱势地位,一直受到西方国家的价值观和规则打压。例如,由于中国互联网的迅猛发展和特殊的意识形态、社会制度,中国长期被西方国家视为网络领域的主要假想敌之一,并在互联网监管政策、网络黑客等问题上不断受到各种施压和指责。2010年谷歌退出中国事件,堪称中国参与网络空间规则博弈的一次前哨战。在该事件中,美国等西方国家以国际人权法上有关表达自由的规定和WTO法上有关货物贸易和服务贸易自由化的规定为依据,对我国互联网监管措施加以批评。中国政府则针锋相对地发表声明,强调中国依法管理互联网,有关管理措施符合国际通行做法,并坚决反对将商业问题政治化。此后,中俄等国对网络空间的国际法问题日益重视,并越来越多地在各种国际场合提出网络主权等相关主张,强调各国对本国互联网加以管理。上文提及的《信息安全国际行为准则》(2015年1月提交修订本)和2012年9月召开的首届新兴国家互联网圆桌会议等,都可以视为这些国家反对美欧网络强权和维护网络主权的重要举措。随着网络空间秩序构建和规则博弈的深入推进,各国在有关问题上的分歧和斗争还有可能加剧。

(二) 碎片化

随着网络空间国际秩序构建和规则博弈领域两大对立阵营的形成,当前国际社会有关网络空间国际治理的机制、平台以及相关国际法规则的适用都呈现出较为明显的碎片化状态。

目前,国际上涉及网络空间国际治理的全球性、区域性和双边磋商、对话机制为数众多。例如,成立于1998年10月的“互联网名称与数字地址分配机构”(ICANN),主要负责IP地址的空间分配、协议标识符的指派、通用顶级域名以及国家和地区顶级域名系统的管理以及根服务器系统的管理,是当前互联网国际治理机制中最具影响力的机构之一。尽管ICANN在形式上是一个独立的非营利机构,但它通过每三年与美国商务部签署一次谅解备忘录的方式行使其职权,这些职权从根本上说是来自美国政府的授权,其实际运作也常常受到美国政策的影响。^[33]另外,由英国政府在2011年发起的“伦敦进程”,迄今为止已先后在伦敦(2011年)、布达佩斯(2012年)、首尔(2013年)和海牙(2015年)召开了四次网络空间国际会议。作为目前国际上唯一一个专门围绕网络空间秩序构建开展的多边对话和辩论议程,伦敦进程对未来的网络空间国际治理乃至更广泛意义上的国际关系都将产生不可忽视的影响力。但由西方国家发起和主导的这一进程,在代表性和民主性等方面均存在较为严重的缺陷。^[34]随着20世纪90年代以来互联网的全球性发展,越来越多的国家特别是发展中国家对少数大国在网络资源分配和管理中“一家独大”的局面

[32] Harold Koh, *International Law in Cyberspace: Remarks as Prepared for Delivery by Harold Hongju Koh to the USCY-BERCOM Inter-Agency Legal Conference Ft. Meade, MD, Sept. 18, 2012*, 54 *Harvard International Law Journal Online* 1, 10 (2012).

[33] Johann-Christoph Woltag, *Internet*, in R Wolfrum (ed), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (online edition), www.mpepil.com.

[34] 参见黄志雄:《2011年“伦敦进程”与网络安全国际立法的未来走向》,《法学评论》2013年第3期,第52-57页。

表示不满,强烈要求进行相关改革,包括要求将网络治理的职责交给联合国或国际电信联盟等政府间国际组织。但由于西方国家的反对,上述政府间国际组织还未能能在网络空间国际治理中发挥真正的核心作用。

网络空间国际治理机制和平台的碎片化,使得网络空间国际法规则难以得到专门、系统的编纂和澄清,进而导致有关国际法规则的适用也呈现出日益明显的碎片化状态。其主要表现在,即便对于网络空间的同一行为,各国对有关国际法规则的适用也常常主张不一。例如,一起由甲国黑客对乙国发起的网络攻击,可能分别被不同国家认定为网络犯罪行为、网络恐怖主义行为、《联合国宪章》第2条第4款所指的使用武力或第51条所指的武力攻击行为。即使是在网络犯罪这一原本政治敏感度相对较低、国际合作较易达成的领域,西方国家极力推动使欧洲理事会制定的《网络犯罪公约》成为全球性公约,中国、俄罗斯等国则力主在联合国框架内制定新的网络犯罪国际公约。事实上,现实世界业已存在的国际法碎片化现象,在网络空间得到了更为明显的表现。

(三) 趋同化

上述阵营化和碎片化态势,表明在网络空间国际秩序构建和规则博弈中,各国特别是主要大国之间的分歧不可忽视,话语权和主导权的争夺日趋激烈。但与此同时,网络空间对于人类社会日益增加的重要性,也推动了各国对于网络空间国际秩序构建和相应的网络空间国际行为准则的共同需求。惟其如此,继美国在2011年最早提出“网络空间法治”后,在2012年布达佩斯网络空间国际会议上,中国代表也指出:“‘无规矩不成方圆’,当今世界是一个以规则为基础的世界,网络空间虽是虚拟空间,同样必须遵循公平、合理的规则。”^[35]在2013年中美互联网论坛上,中国代表进一步提出:“我们需要一个国际法治的网络空间……互联网发展到今天,我们需要法律规则的引领。法治应当成为网络治理的基本方式。”^[36]中国政府还主张,应当建立一个以“和谐”为本质,以“共进”为目的,以“携手共建”为成就之路的国际网络空间秩序,致力于构建和平、安全、开放、合作的网络空间,使各国人民在网络空间和谐共处,并倡导人类命运共同体意识,使各国在网络空间同舟共济、权责共担、实现共同繁荣。^[37]上述立场顺应了网络空间国际法治的客观需要,其中“和谐”、“共进”等理念和目标,更是站在人类共同利益和共同命运的高度,致力于为国际社会提供不可或缺的公共产品,对当前网络空间秩序构建和全球治理具有重要的指导意义。

应当看到,在网络空间国际法规则博弈中,阵营化和碎片化仍然是现阶段的基本态势,趋同化则更多地处于“蓄势待发”的状态。目前,国际社会涉及网络空间治理的全球性、区域性和双边磋商、对话机制为数众多,都在不同层面和不同领域推动着网络空间国

[35] 《黄惠康司长在网络问题布达佩斯国际会议上的发言》,《中国国际法年刊(2012)》,法律出版社2013年版,第718页。

[36] 《中国代表在中美互联网论坛上的发言》,《中国国际法年刊(2013)》,法律出版社2014年版,第666页。

[37] 参见《中国代表在网络空间首尔会议上的发言》,《中国国际法年刊(2013)》,法律出版社2014年版,第681-682页。

际行为准则的确立。^[38]但网络空间治理机制碎片化状态的持续存在,也在很大程度上妨碍着网络空间国际秩序的构建和相关国际法规则的确立。以推动趋同化、消弭阵营化、应对碎片化为着眼点,加强现有国际磋商和对话机制的协调和整合,特别是充分发挥联合国在网络空间国际规则制定中的主渠道作用,应当成为国际社会在今后一个时期的工作重点。例如,根据联合国大会有关决议于2014年成立的新一届联合国信息安全政府专家组,在2015年7月通过了一份新的共识性文件(A/70/174),提出了10项自愿性、非约束性的负责的网络空间国家行为规范,并在2013年第A/68/98号共识性文件的基础上,进一步就国际法如何适用于信息和通讯技术的使用提出了6点意见,从而就国际法在网络空间的适用取得了新的重要进展。^[39]在各国广泛磋商的基础上,由联合国大会通过一份有关网络空间行为准则的原则性宣言,将有助于继续凝聚各国共识,为网络空间的国际秩序提供方向性指引。联合国国际法委员会作为专门负责国际法逐渐发展和编纂的机构,也可以在国际法适用于网络空间这一问题上发挥重要作用。

五 结 论

从武力到外交,再从外交到法律,是国际关系发展的一条基本主线。习近平主席在和平共处五项原则发表60周年纪念大会上指出:“我们应该共同推动国际关系法治化,推动各方在国际关系中遵守国际法和公认的国际关系基本原则,用统一适用的规则来明是非、促和平、谋发展。”^[40]随着国际关系和国际秩序向网络空间的延伸,网络空间国际法治成为人类的共同目标。目前网络空间的国际秩序构建仍然处于初期阶段,各国意识形态、价值观分歧和现实利益的争夺等因素使国际法在网络空间的适用还面临着种种分歧和障碍,各国在这一领域的规则博弈很可能将会旷日持久。如何更好地发挥国际法在网络空间治理中的作用,直接关涉国际社会能够在网络空间建立什么样的国际秩序、如何共同分享网络技术给人类带来的繁荣和福祉,对未来影响深远。从这个意义上说,国际法在网络空间的适用既是当前国际法面临的一个重要的新课题和新挑战,也是网络空间国际秩序构建中的一个重大问题。

随着中国的和平发展和国际地位的提升,中国政府日益重视积极参与国际规则制定,增强我国在国际法律事务中的话语权和影响力。《中华人民共和国国民经济和社会发展第十三个五年规划纲要》进一步明确提出,要“积极参与网络、深海、极地、空天等新领域国际规则制定”。^[41]网络空间国际秩序的走向与我国未来的发展空间休戚相关。该领域相

[38] 仅以中国为例,我国与美国、英国、欧盟、东盟、金砖国家等主要国家(集团)之间均已建立各种官方和半官方的网络事务磋商机制,为各方之间的对话和协商创造了良好条件。

[39] United Nations General Assembly, Report of the Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security (22 July 2015), Seventieth session, A/70/170, paras. 13, 28.

[40] 习近平:《弘扬和平共处五项原则 建设合作共赢美好世界——在和平共处五项原则发表60周年纪念大会上的讲话》,《人民日报》2014年6月29日第2版。

[41] 《中华人民共和国国民经济和社会发展第十三个五年规划纲要》,2016年3月17日新华社受权播发。

关国际法规则和制度尚未成型,为我国参与国际规则制定提供了前所未有的契机。但另一方面,在网络空间这样的新领域,国际法是否适用以及如何适用等问题还存在诸多不确定性,这对我国运用和塑造国际法的能力提出了重大挑战。近年来,我国对网络空间国际规则制定日益重视,并提出了一系列重要主张,但与西方主要大国相比,我国在网络空间的话语权和影响力仍处于较为明显的弱势地位。究其根源,我国在研究和运用国际法并据此提出符合本国利益的主张这一“软实力”上还有着较大欠缺。例如,我国政府倡导的“网络主权”原则已经在国际上引发较大关注,但国家主权适用于网络空间的理论依据是什么?“网络主权”包含哪些具体内涵?其确立和适用的标准是什么?这些问题都还有待通过深入研究加以回答。作为当务之急,我国政府应当在战略层面对网络空间国际规则博弈的重要性和复杂性加以充分认识,在此基础上更加积极、深入地参与网络空间国际规则的制定,从而切实提升我国在网络空间国际秩序构建中的话语权和影响力。

[Abstract] In recent years, cyberspace has been moving towards the rule of law, and the issue of application of international law in cyberspace has attracted more and more attention. Since the year 2013, the international community has made some important progresses in this field, but States still have divergent views on which rules of international law can apply in cyberspace, and how. Based on their self-interests, the United States and other western countries mainly emphasize the application of existing international law, particularly international human rights law, and the rules on use of force in cyberspace. However, existing international law should be applied in a balanced way and with due diligence. With the development of the rule of law in cyberspace, the focus should move to new rules specifically designed for cyberspace. The current controversies over the application of international law in cyberspace mainly result from divergent ideologies and values as well as struggle for national interests among States. China should enhance its power of discourse and influence in cyberspace by actively engaging in rule-making in this domain.

(责任编辑:廖 凡)