

个人目的自然人互联网“翻墙”行为合法性探究

李晓林

贵州财经大学 法学院, 贵州贵阳, 550025;

摘要: 伴随着我国互联网的快速普及,“翻墙”问题悄然出现,相关规范性文件及技术概念解释存在争议,导致自然人个人目的“翻墙”行为的法律评价混乱,有必要就“翻墙”主要技术手段等基本问题和相关行政法规,结合行政案例及有关判决内容,对“翻墙”行为合法性予以探析,指出国内网络内容审查存在的一些问题并提出合理建议。

关键词: 翻墙; 国际出入口信道; 网络内容审查; 行政处罚

DOI: 10.64216/3080-1486.25.03.021

引言

由于国家对互联网内容的审查管控,特别是伴随着近十年来网络虚拟经济的井喷式发展,人们愈加发现互联网好像存在一堵无形的“墙”。为了解决上述问题,“翻墙”逐渐步入大众视野。自2018年“广东韶关”翻墙行政处罚案件(案号:韶雄公(网)行罚决字[2019]1号)曝光后,全国各地类似行政处罚不断浮现,自然人基于个人目的“翻墙”行为的合法性和性质定性问题在学界和社会范围内引起了热烈讨论,网络内容审查与公民权利的冲突及其应受的合理限制方面的讨论也从未止息。

1 “翻墙”的基本问题

目前我国的网络内容审查主要体现在内容监管和准入限制两个方面。这两种方式的实现依赖于整个网络内容审查监管体系,而使这套体系有效运行的工具就被称为中国国家防火墙。中国国家防火墙,又叫防火长城,是由政府统一协调管理的针对网络的审查监控项目,其并非单独运作的个体,而是对多套网络审查系统的总称^[1]。含有“被指定过滤”内容的网站,会受到中国国家防火墙的直接干预,出现例如网站不能正常打开、显示内容被屏蔽等情况,中国国家防火墙的主要作用就是分析和过滤国(边)境内外网络的互相访问。故而,利用技术手段逃避中国国家防火墙的网络访问内容审查拦截,就是翻越这堵“墙”,也即网民通称的“翻墙”。目前网络“翻墙”利用的技术手段主要包括VPN、Shadowsocks、V2Ray三种,VPN即虚拟私人网络,是指在公共网络上利用隧道协议建立的一种临时的、加密的、安全的专用网络^[2]。Shadowsocks是一种基于Socks5协议的匿名通信工具^[3]。V2Ray是一个网络转发程序,支

持TCP、WebSocket、mKCP三种底层传输协议。

2 自然人“翻墙”行为的合法性分析

2.1 相关案例导引

案例一:2023年9月15日山东省滨州市阳信县公安局作出一份案由为“擅自建立、使用非法定信道进行国际联网”的行政处罚决定书,案号:阳公(网)行罚决字[2023]536号,处罚内容为:“根据《中华人民共和国计算机信息网络国际联网管理暂行规定》……没收违法所得*元。”案例二:2023年8月18日河北省承德市公安局双桥分局作出一份案由为“擅自使用非法定信道进行国际联网”的行政处罚决定书,案号:双桥(头)行罚决字(2023)1145号,处罚内容为:“根据《中华人民共和国计算机信息网络国际联网管理暂行规定》第六条和第十四条、《中华人民共和国计算机信息网络国际联网管理暂行规定实施办法》第七条和第二十二条第一款之规定……没收违法所得x元。”案例三:2021年6月28日北京市朝阳区人民法院作出一份民事判决书,案号:(2020)京0105民初23254号,“本院认为”部分有这样的阐述:“网站无法直接在我国大陆地区登录,需要‘翻墙’,也就是私接国际互联网才能登陆。……突破网络管制措施……该行为违反了前述行政法规,属于违法行为。”案例四:2021年12月30日广州互联网法院作出一份民事判决书,案号:(2020)粤0192民初44585-44591号,“本院认为”部分有这样的阐述:“原告……实际上均是以非正常渠道突破网络管制措施,对在中国大陆地区有访问限制的网站进行访问,违反了上述行政性管理规定。”

依据上述四个案例,我们可以发现案涉公安机关和法院认为公民基于个人目的“翻墙”行为,涉及到诸如

“擅自使用非法信道进行国际联网”、“突破网络管制措施”、“私接国际互联网”等问题，并据此认为“翻墙”行为违反了《中华人民共和国计算机信息网络国际联网管理暂行规定》（下称《暂行规定》）第六条或《中华人民共和国计算机信息网络国际联网管理暂行规定实施办法》（下称《实施办法》）第七条等规定，但笔者认为该结论缺乏可靠的法律依据和学理支撑，后文将从立法背景、概念解析、处罚幅度等方面针对相关条文展开重点分析。

2.2 主要法律依据的立法背景分析

《暂行规定》于1996年2月1日发布实施，并于1997年5月20日修订，《实施办法》于1998年2月13日发布实施。法律解释如果不考察其立法背景，那么语义理解上不免出现偏差，笔者尝试通过历史解释的法律解释方法进行立法背景分析。资料一：“建立一个中文的Internet环境，只有这样才能大力推进Internet在我国的应用和发展。”^[4]资料二：“3. 语言障碍问题。Internet信息资源90%是英语，这对我国大多数用户来说需要先过语言关。”^[5]资料三：“有三分之二的用户经常访问国外站点，并渴望得到便捷的在线翻译软件。”^[6]

以上三份资料能够很好地证明1997年前后即《暂行规定》及《实施办法》出台时人们通过国内互联网获取的可浏览信息大多数来源于境外，其中亦不乏官方权威人士的观点，由此可以证明，当时官方不仅不禁止人们访问境外网站，甚至网民浏览的大部分网站都是境外网站。

综上所述，1997年前后，官方对于网民浏览外网的态度可以简化为：既不反对、也无管制。由此，通过对立法背景的分析考究，我们可以得出如下结论，《暂行规定》及《实施办法》既不是限制公民访问境外网站的法律，更不是用作公民违反网络管制的处罚依据，所以，即使仅从立法目的考量，前述四个案例的行政处罚（观点）也是欠妥的。

2.3 案涉“翻墙”行为合法性的重点争议解析——国际出入口信道

2.3.1 《实施办法》的解释

前述案例都认为“翻墙”违反了《暂行规定》第六条，而该条的最关键定义即为国际出入口信道，该条中“国际出入口信道”的概念在《实施办法》中有具体解释：“3. 国际出入口信道，是指国际联网所使用的物理信道。”因此，国际出入口信道具有物理性，根据《电

信业务分类目录（2015年版）》，国际联网所使用的物理信道包括但不限于以下几种：“国际陆缆、陆地入境站……光缆等国际通信传输设施”。由此我们可以更好地理解国际出入口信道的物理介质。而前述“翻墙”使用的三种主要技术手段都是建立虚拟通道，不可能具有物理性。

2.3.2 相关规范性文件带来的争议

《工业和信息化部关于清理规范互联网网络接入服务市场的通知》（工信部信管函[2017]第32号）中指出：“二、工作重点（二）严格资源管理，杜绝违规使用4. 违规开展跨境业务问题。未经电信主管部门批准，不得自行建立或租用专线（含虚拟专用网络VPN）等其他信道开展跨境经营活动……”以上文件中的“未经电信主管部门批准，不得自行建立或租用专线（含虚拟专用网络VPN）等其他信道开展跨境经营活动。”极易引发争议，且不论工信部的行政解释权及文件的效力位阶问题，规制主体的限制即可解决争议。通过摘录通知对象就可以发现规范性文件不针对自然人基于个人目的的跨境网络传输。

2.4 行政处罚幅度分析

2.4.1 比例原则

前述中公安机关均就《暂行规定》第十四条作出行政处罚，该条规定的罚款上限为15000元，同时期1997年上海市国有企业职工年平均工资为11483元^[7]，行政处罚的数额和幅度要结合违法者的“痛觉”区间和承受能力而定^[8]。罚款上限达到了同期我国经济发展领先城市——上海市，国有企业职工年平均工资的1.3倍，假使该罚款上限适用于个人，那么其罚款额度是明显违背比例性原则的。

2.4.2 体系解释

首先进行横向对比分析——以《管理办法》为例，《管理办法》对于利用国际联网制作、复制、查阅和传播诸如“（二）煽动颠覆国家政权，推翻社会主义制度的……”等信息的个人规定的行政处罚幅度为“对个人可以并处5000元以下的罚款。”而《暂行规定》第十四条的行政处罚上限就达到了15000元，假使前述案涉公安机关适用法律正确，也即自然人仅仅“翻墙”浏览被GFW限制访问的合法信息，面临的行政处罚数额居然是上述《管理办法》规定的利用国际联网制作、复制、查阅和传播非法信息的三倍，这明显导致了法律体系内部的矛盾，亦违背了行政处罚的过罚相当原则。纵向对比分析来看，虽然《暂行规定》第六条将行为主体规定为“任何单位和个人”，但笔者认为此处包括个人的目

的为兜底性涵盖和立法态度宣示,《实施办法》的处罚幅度规定可以很好地验证这一点,《实施办法》的诸如第十二条对于个人是有具体针对性的罚款上限的,而《暂行规定》第六条和《实施办法》第七条均没有规定个人的罚款上限,这绝非偶然,而正是立法目的的展现,笔者认为《暂行规定》第六条和《实施办法》第七条在制定之初就未将个人列为规制目标。

2.5 结论

综上,无论是相关法规的立法背景、概念解析还是处罚幅度层面,前述公安机关和法院认为自然人基于个人目的“翻墙”违反《暂行规定》或《实施办法》的观点很难得到法律支持和学理支持,事实上,根据仍处于征求意见阶段的《网络数据安全条例(征求意见稿)》^[9]亦对自然人基于个人目的“翻墙”行为予以排除,由此,不能一刀切式认为所有“翻墙”行为违法,而应当细化分析,并对网络内容审查限制范围进行更加具体的规定。

3 网络内容审查合理限制的完善建议

《网络数据安全条例(征求意见稿)》第41条第一款第一次对中国国家防火墙予以法律定位,遗憾的是,2024年9月24日正式通过的《网络数据安全条例》未出现该款内容。笔者支持国家在互联网领域的内容审查,这亦是世界上绝大多数的国家和地区的通行做法。从1997年到2024年,我国互联网领域的内容管制从无到有,从宽松到收紧,在网络安全维护、不良信息审查等方面发挥巨大作用。然而,建设中国特色社会主义法治体系,必须坚持立法先行。^[10]网络内容审查,必须首先完善相关法律法规,为其提供科学完备的法律依据,必须把包括网络内容审查在内的一切行政行为限制在宪法和法律的基本框架内,绝对禁止非法审查、非法处罚。除此之外,要求修筑必要的“国家防火墙”,拆除不必要、过分干涉自由的不合理的“墙”。对“法律和行政法规禁止发布或者传输的信息”之外的信息不得进行非法干预,尽可能减少网络内容审查对公民浏览正常信息自由的干扰。

4 结语

党的十八大以来,以习近平同志为核心的党中央从坚持和发展中国特色社会主义的全局和战略高度定位法治、布局法治、厉行法治,把全面依法治国纳入“四个全面”战略布局,创造性地提出了全面依法治国的一

系列新理念新思想新战略,领导和推动我国社会主义法治建设发生历史性变革、取得历史性成就^[11]。网络审查领域的立法、执法、司法,必须自觉坚持习近平法治思想的正确指引,加强网络审查关键领域重点立法,在坚决保护公民自由浏览信息权利的同时维护网络安全及网络生态环境。

参考文献

- [1]张琛.从中国防火墙治理看网络空间秩序变迁[J].当代传播,2016,(1):71.
- [2]张正旭,许源.网络监管下的上网代理类插件分析与研究[J].网络空间安全,2020,11(6):44.
- [3]何杭松.基于Shadowsocks的流量识别研究[D].北京:中国人民公安大学信息网络安全学院,2019:12.
- [4]朱鹏举.我国信息化进程和MIS建设[J].电子与信息化,1996,8:7.
- [5]刘文云,葛敬民,刘云.关于INTERNET的冷思考[J].中国信息导报,1997,10:23.
- [6]洪艳平.风云迭起喜忧参半:1997年我国Internet市场及应用调查报告[J].电子与信息化,1998,1:62-64.
- [7]上海市劳动局,上海市统计局,上海市财政局,上海市地方税务局.关于公布上海市1997年度全市月平均工资、国有企业职工年平均工资及增长率的通知(沪劳综发[1998]15号 1998年3月24日)[EB/OL].[2024-02-24].<https://www.pkulaw.com/lar/240787accde3132a3563a5e4d98cd783bdfb.html?isFromV5=1>.
- [8]彭辉.上海市地方性法规行政处罚罚款数额和幅度研究[J].复旦学报(社会科学版),2019,61(2):149.
- [9]国家互联网信息办公室.关于《网络数据安全条例(征求意见稿)》公开征求意见的通知[EB/OL].[2024-04-09].https://www.cac.gov.cn/2021-11/14/c_1638501991577898.htm.
- [10]中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定[R].中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议,2014.
- [11]栗战书.在全国人大常委会党组会议学习习近平法治思想时的讲话[R].2020-11-23.

作者简介:李晓林(2002-),男,山东济南人,贵州财经大学法学院硕士研究生。