



电信网互联协议的特殊性分析及启示

张湘兰 陈小龙

摘 要: 不同电信运营商之间互联互通的实现必须签订互联协议。与一般的民事合同相比,互联协议具有强制签订、协议内容须对外公开以及须经批准方能生效等特殊性质。其特殊性也给我国此领域的发展带来不少启示,如:重构我国互联协议制度,推动互联协议的标准文本格式,建立互联协议的文本公开制度,明确互联协议须经监管机构审批后方可生效,等。

关键词: 互联协议;特殊性;启示

不同电信运营商把他们的网络、设备以及业务连接起来,使用户能在不同电信运营商之间实现通信,并能使用不同电信运营商的业务,这就是电信网互联互通。不同电信运营商互联互通的实现需要签订互联互通协议(简称互联协议)。互联协议本质上是平等民事主体之间签订的互为约束的合同。但与一般的民事合同相比,互联协议具有其特殊性,主要表现在协议的签订、效力及协议内容的透明度等三个方面。本文旨在对互联协议的三个特性进行深入剖析,并对重构我国互联协议相关制度提出设想。

一、互联协议的签订是一种受限制的契约自由

(一) 签订互联协议是法定义务

互联协议的本质就是一种特殊类型的合同,是电信业务经营者之间为了实现电信网互联互通而签订的合同。我国《公用电信网间互联管理规定》第二十五条也规定互联协议方必须按照我国《合同法》进行签订,深刻反映了互联协议属于合同的本质。既然属于合同的范畴,互联协议是否签订及如何签订,就应该遵守契约自由原则。签约自由是合同法的一项基本原则。在民法体系中,合同是民事法律关系的核心部分,而个人意志则是合同的核心,亦即在合同的范围内,一切债权债务关系只有依当事人的意志而成立时,才具有合理性;否则,便是法律上的专横暴虐^①。“契约自由”原则作为民法中的一项基本原则,毫无疑问适用于互联协议。

然而,互联协议的签订却并非完全取决于互联方的自由。这与互联方的特殊法律关系有着必然的联系。相对于一般的法律关系而言,尽管电信网间互联互通法律关系也是由主体、客体和内容三要素构成,但不能将其简单地理解为两个或者若干个电信业务经营者之间平等的通信市场主体之间的法律关系,而是国家凭借公权力对两个或若干个平等的电信业务经营者之间的互联互通进行干预的法律关系^②。是否实行互联互通、如何实现互联互通,这一本应属于电信运营商之间的民事行为,因为国家公权力的介入,使得其

① 尹田:《论意思自治原则》,载《政治与法律》1995年第3期,第38页。

② 王春晖:《中国电信网间互联若干法律问题研究》,载《当代通信》2003年第21期,第51页。

法律关系变得特殊而复杂。这种国家权力的干预主要表现在通过立法对互联协议进行限制。例如《美国通信法》规定,承担本地交换电信业务的经营者为了履行其互联互通方面的法定义务,须基于诚实信用原则与其他电信业务经营者展开谈判,并就互联互通的特殊期限或条件与该电信业务经营者签订互联互通协议^①。很明显,美国法律明确否定了互联方不予签约的自由权。签订互联协议是互联方应尽的法律义务。

(二) 互联协议的谈判空间狭小

互联方只有签订的义务,没有不签的权利。就是签约的谈判过程,也是要严格按照法律的规定以及电信监管机构的要求,可供互联方谈判的自由和空间并不大。在加拿大,电信监管机构(Canadian Radio-television and Telecommunications Commission, CRTC)将互联互通视为一种“通常的资费受管制的服务”(Normal Tariffed Services),仅有少数技术细节问题可由互联双方通过协商确定^②。欧盟1997年网络互联指令规定,网络互联指令使用对象是提供公共电信网络设施(public telecommunication network)的经营者和提供公共电信服务(public telecommunication service)的经营者,原则上电信业务经营者之间的网络互联属于经营者自行协议的事项,但互联指令要求各电信业务经营者负有“协商”的义务^③。也就是说,在欧盟,协商签订互联协议是法律给予电信业务经营者的法定义务。即使是签订过程中,互联方可协商的自由也是很小的。互联协议方除了要遵守合同法的基本规定外,更重要的是要符合各种电信法律制度以及电信监管机构的要求。因此,在互联协议的签订过程中以及签订的具体内容上,协议方的自由权是受到极大限制的,这是互联协议区别于一般合同的最大不同。

(三) 强制签订互联协议的意义

当然,意思自治或者契约自由并非绝对的自由权利。对于某些特殊类型的合同,法律有强制性缔约的规定,即合同一方当事人对相对人的要约,非有正当理由不得拒绝^④,这在法律上是对意思自治原则的合理限制。在某些情况,基于特殊利益的考虑,法律会限制立约人的契约自由,如交通强制险就是法律要求车主强制购买并签订保险合同的一种具体限制。那么,基于什么样的利益考量,要限制互联方的签约自由,强制要求其签订互联协议呢?

互联互通好比将不同电信运营商之间的网络连成一张大网,其重要性对于运营商来说不言而喻,尤其是小运营商更是其业务开展、实现竞争的必备条件。网络经济中的“梅氏”定律,精辟地论述了网络价值与节点数量的关系,即通信网络的价值与网络节点数的平方成正比^⑤。只有实现互联互通,弱小运营商才能利用大运营商的电信网络展开竞争,用户才能享受到不同运营商之间的服务,同时也才能从总体上促进网络资源的有效利用,合理配置和利用通信资源,发挥电信网络的规模效应。无论是对于国家的经济利益保护,还是企业自身权益或者用户利益的争取,互联互通所起的作用都是非常关键的。正是基于这些特殊利益的考虑,法律才会要求电信运营企业必须签订互联协议实现互联互通。

(四) 互联协议的签订方式

互联协议的签订除了能明确协议方的基本权利和义务外,对于互联申请方来说,更重要的意义在于尽快实现与主导或大运营商的互联,从而促进其业务开展,进行有效竞争。因此,尽快地签订互联协议对于互联申请方同样非常重要。那么,协议方应该如何签订互联协议,即应该以哪种方式签订才更加公平并且高效呢?

目前国际上通行的做法是采用标准文本格式进行互联协议的签订。在许多国家,电信监管机构都要求主导运营商公开“参考互联合同要约文件(Reference Interconnection Offers, RIO)”或者“标准互联互通合同(Model Interconnection Agreements)”。这些监管机构往往认定,引入“标准互联互通合同”

① 马志刚:《电信互联互通与滥用市场支配地位》,载《经济管理》2003年第33期。

② 白永忠:《电信业热点法律问题透析》,法律出版社2003年,第473页。

③ See Directive 97/33/EC on interconnection in Telecommunications with Regard to Ensuring Universal Service and Interoperability through Application of the Principles of ONP, OJ/L/199/32, 26/7/1997.

④ 洪磊:《论合同自由原则及限制》,载《企业研究》2010年第14期,第96页。

⑤ 信息产业部电信管理局主编:《电信网间互联管理》,人民邮电出版社2003年,第6页。

制度,是保证互联互通透明性和非歧视性法律要求的有效方法^①。

二、互联协议必须对外公开

(一) 透明度原则

互联协议作为合同的一种形式,应当遵守合同法的相关规定。就协议内容而言,由于其属于协议方之间的法律,因此协议内容应该只对协议方完全公开,但对于协议方以外的任何组织或者个人可以属于秘密范畴。尤其互联协议是由电信运营商订立的,可能涉及到企业秘密,因此,对外更需要保密。但互联协议的特殊性却要求协议方遵守透明度原则,即协议方须将协议内容进行公开。如日本2001年《电信事业法》第38条第2款规定了互联协议的公开,即安装有一类电信设施的第一类电信经营者应当按照总务省的相关规则公开得到批准的互联互通协议。欧盟在1997年颁布了 Directive 97/33/EC,其中的第6条规定了拥有显著市场力量的运营商的透明度义务:互联互通协议应该传送给相关的国家管制机构,除了涉及商业秘密的部分以外,协议对所有利害关系方都是可获得的。国家管制机构应该决定哪些部分是涉及商业秘密的,但无论如何,有关互联互通收费,条件及条款以及任何普遍义务分配的详情都应该向利害关系方披露^②。互联协议的透明度原则在欧盟的互联指令中得到确认。同时,欧盟《2002年接入指令》第9条也规定了透明度的义务:电信监管机构可以要求公共电信网络的经营者对特定信息进行公开,比如会计信息、技术规范、网络特点及提供和使用网络的条款和条件、价格。监管机构可以要求公共电讯网络的经营者公布参考报价,参考报价要足够的体现非绑定的要求,以免企业为其不需要的设备付费。监管机构可以对公共电讯网络经营者的参考报价进行改变以使其符合指令的要求。监管机构可以明确公开的信息、公开的方式和所要求细节的程度。

(二) 互联协议的公布

如果说透明度原则是互联协议公开的基本原则,那么协议文本的对外公布则是互联协议公开制度的具体实施了。为了贯彻互联协议的透明度原则,主导运营商必须将其互联协议标准文本对外公布,从而实现互联协议的公开。

美国1996年电信法规定:主导电信运营商须保证互联协议的开放性,亦即主导电信运营商在与某一电信运营商签署的互联协议报州电信监管机构批准10日内,由该监管机构在适当媒体(包括通过互联网)上予以公布。

在新加坡,主导运营商的互联协议以及主导运营商的互联互通参考文件(Reference Interconnection Offer,即互联互通合同要约文件)必须公开。新加坡的电信管制机构(IDA)对互联协议的公开采取了一定的措施。IDA对所有批准的互联协议都进行登记。任何电信运营商在缴纳管理费之后都有权查阅、摘录或者复制。

互联协议文本的公开在发达国家的电信监管制度中是一种常态。这是对主导运营商的约束,约束其不得采取反竞争行为及采取歧视性措施,更是对非主导运营商的一种保护,防止非主导运营商在签订互联协议过程中遭遇不公正待遇。

当然,当真正涉及到企业秘密时,互联一方可以向电信监管机构提出申请,要求互联协议中包含商业秘密以及其他敏感信息的内容可以不予公开。电信监管机构审核后可以满足申请方的要求,从而在尊重互联协议文本公开制度的基础上,合理保护运营商的商业秘密。

三、互联协议须经批准方能生效

(一) 对互联协议的实体审核要求

依法成立的合同,自成立时应该具有法律效力,但依法必须办理批准、登记等手续的除外。而后一

①白永忠:《电信业热点法律问题透析》,法律出版社2003年,第483页。

②See Directive 97/33/EC on interconnection in Telecommunications with Regard to Ensuring Universal Service and Interoperability through Application of the Principles of ONP, OJ/L/199/32, 26/7/1997.

种合同在未办理批准、登记等手续前,即是成立未生效的合同。就互联协议而言,自双方签订之日起是否即刻生效?从目前主要发达国家或国际组织的法律规范看,互联协议应该属于需要批准才能生效的类型。

互联协议须批准才能生效,这在欧盟成员国以及美国、新加坡、日本等发达国家都是较为通行的做法。电信监管机构对运营商的互联协议进行审核是一项基本的法律制度,也是电信监管机构的重要职责之一。根据美国《1996 年电信法》的规定,任何通过谈判、仲裁达成的互联协议将呈送州委员会,州委员会应做出批准或不予批准的书面决定。由各方通过谈判达成的互联协议呈送给州委员会 90 天内,或根据仲裁协议达成的互联协议提交给州委员会 30 天内,如果州委员会没有做出批准或不予批准的决定,协议将被视为批准通过。

（二）对互联协议的程序审核要求

在美国,运营商之间的互联协议是要经过报批程序的。当然,为了保证互联协议签订后及时生效,法律对批准程序及时限作了明确规定。只要在法定期限内,州委员会没有批准,则视为自动通过。除非该互联协议存在歧视其他运营商或者不符合公共利益原则或者违反了法律关于互联互通的强制性规定的,否则互联协议一定会生效并得到执行。

从程序上来说,主导运营商事先拟定互联协议的标准文本,然后向社会、监管机构以及其他运营商公开,征求其公开对象的意见并进行修改,将修改稿提交监管机构进行审核。待监管机构审核通过后,主导运营商再将审核后的标准文本向全社会进行公布。此种文本的公布,从合同法上说,实际上为一项有效要约,任何一个有互联需求的运营商按照该文本要求提出与主导运营商签订互联协议的行为都是一种承诺,主导运营商不得拒绝。

四、互联协议的特殊性给我国带来的启示

（一）我国互联协议的现状分析

我国《电信条例》第十九条规定,电信运营商的网间互联须按照电信监管机构的要求进行互联协商,并订立互联协议。这是我国行政法规对互联协议签约自由的限制。同时,该条例第二十条规定,协商不成的,可以向电信监管机构提出争议协调申请,电信监管机构经协调仍不能达成协议的,由监管机构进行组成专家组进行专家论证,并根据专家论证结果作出是否实施网间互联的行政决定。在我国的法律制度设计中,签订网间互联协议也是运营商的法定义务,这与国际上的通行做法是一致的。但是关于互联协议是否应采用标准文本格式,以及协议内容是否应公开等问题,我国现有法律制度并未涉及。

关于互联协议的效力问题,根据我国《电信条例》第十九条的规定,网间互联协议应当向国务院信息产业主管部门备案。部门规章《公用电信网间互联管理规定》第二十六条规定:互联双方省级以上机构应当自协议签订之日起 15 日内将协议发至各自下属机构,并向电信主管部门备案。上述规定过于原则,且并未明确协议的效力是否取决于备案,这是法律上的一个明显漏洞。

（二）重构我国互联协议的相关制度设计

1. 推行互联协议的标准文本格式

按照我国《电信条例》第十九条的规定,订立互联协议是法律给予互联方的义务。虽然互联协议的强制签约义务在我国法律中得以明确,但由于我国并无 RIO 互联协议标准文本制度,如何签订、通过哪种形式签订并无具体规定。笔者以为,要将互联协议强制签订义务落到实处,并最大限度地保证互联协议签订的公平、公正和高效,应当建立互联协议标准文本格式制度,可以尝试通过以下三种方式进行:

一是标准文本模式。该模式可由主导运营商事先按照法律的规定以及电信监管机构的要求制定并进行公布。且该文本一旦公布后立即生效。需要与其实行互联的电信企业可以向该主导运营商提出互联申请,并按照其公布的标准文本格式签订互联协议。当然,这种模式的标准文本必须符合法律的规定,并经过电信监管机构的审核,从而确保主导运营商不会利用其主导地位而制定出显失公平的条款。

二是先例文本模式。该模式主要是电信运营商(主要也是指主导运营商)就已经与其他运营商签订

的互联协议进行公开。之后如有类似互联需求的运营商,只要按照主导运营商公开的之前已签订的互联协议文本,即可与该主导运营商签订他们之间的互联协议。只要遵循先例原则,运营商之间即可快速达成互联协议的签订。这种模式相对比较简便快捷。

三是具体谈判模式。在前两种模式均无法达成互联协议的情况下,互联申请方可就具体互联事项与主导运营商进行谈判,协商具体互联协议事宜。当然,在法律给予签订自由和谈判空间非常有限的情况下,这种协议的签订模式相对比较复杂,双方往往会因为协议中某些问题无法达成共识而耗费比较长的时间。这对互联需求方往往是不利的。不像前两种模式,互联协议签订过程中的分歧一般在文本确定之前就已经消化或解决掉了,互联需求方只需按照已经公布的文件签订就行。当然,谈判模式一旦成功,就可以成为先例模式中的先例,可为下一个互联需求方签订互联协议提供蓝本。

上述三种模式反映的一个重要特点就是:互联协议文本必须公开,这样才能保证该文本的有效性,从而最大限度地保障互联申请方即弱小运营商的利益,实现互联协议的公平及非歧视待遇。

2. 建立互联协议的文本公开制度

目前,我国法律关于互联协议格式文本是否应该公开的规定是空白的。互联协议标准文本格式可以确保协议方公平公正高效地签订,其中有一项重要的制度必须建立,即文本公开制度,否则难保主导运营商利用优势地位在协议标准文本上做手脚,制定出显失公平的条款,侵害弱小运营商的利益。文本公开制度的核心就是,要求主导运营商按照法律的规定以及监管机构的要求,提前拟定互联协议的标准文本并公开,文本内容可供任何运营商查阅并接受监管机构和社会的监督。一旦发现标准文本出现违法或不公平的条款,监管机构应该依法责令其改正。互联协议标准文本公开,既可做到协议内容本身的合法性和合理性,又可确保主导运营商能一视同仁地对待所有有互联需求的运营商,避免歧视待遇。

3. 明确互联协议须经监管机构审批后方可生效

按照我国《合同法》的规定,合同自成立时生效。但法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的,依照其规定。我国《电信条例》及部门规章《公用电信网间互联管理规定》均规定互联协议须向电信主管部门备案。但“备案”可以理解形式上的告知,即告知监管机构协议内容,监管机构不作实质审查或批准;也可以理解为批准,即监管机构必须对互联协议批准方能使其生效。从《电信条例》的出台时间来看,其距离我国《行政许可法》出台尚有五六年时间,在当时行政许可相关事项并未完全规范的情况下,很多许可形式都是以“备案”出现的。我们可以理解《电信条例》的备案实际上就是审批。不过,遗憾的是,《电信条例》包括其配套的规章均未就备案的程序和期限作出具体的规定,使得这种备案并不具备审批的实质内容和可操作性的措施。因此,这种审批在法律地位上并不具有多大的实际意义。在将来的电信立法中,应该明确互联协议须经电信监管机构审批,并对审批的具体程序和期限作出相应的规定。

■作者简介:张湘兰,武汉大学国际法研究所教授,博士生导师,法学博士;湖北 武汉 430072。

陈小龙,武汉大学国际法研究所博士生。

■责任编辑:车 英

