
Регулирование трансграничных потоков данных

Возникновение концепции «информационного общества» можно отнести к 60-м годам XX века. Она связана с появлением компьютеров и упадком в сельскохозяйственном и промышленном секторах экономики многих стран. Развитие сектора услуг стимулировало социальные изменения. Одновременно с этим бурный период разработки, внедрения и использования в повседневной жизни переживали информационные технологии. Наше нынешнее понимание концепции «информационного общества» связано с господством передовых информационных и коммуникационных технологий.

Сегодня «информационное общество» неотделимо от таких средств коммуникации, как Интернет, мобильная телефония и другие средства связи, обеспечивающие интерактивную коммуникацию. Эти средства связи работают на базе инфраструктур, использующих провода, кабели, оптическое стекловолокно и пластиковое волокно, спутники и антенны, которые покрывают весь мир и обеспечивают трансграничный поток данных. Применение различных протоколов связи позволяет людям легко общаться через границы. Провайдеры услуг дают возможность потребителям пользоваться электронной почтой, группами новостей, публиковать информацию на досках объявлений, размещать и поддерживать веб-сайты; позволяют пользователям *выкладывать* («push») пакеты данных на открытые ресурсы или *загружать* («pull») их из таких ресурсов, где бы те ни находились.

С некоторых пор среди различных механизмов взаимодействия с новыми технологиями стал преобладать подход «информационного общества». В настоящее время в политических программах постоянно поднимается тема приближения или наступления информационного

общества, вопросы о том, как мы должны это новое общество развивать, поддерживать и продвигать. Языковые средства описывают это общество как некое новое пространство, существующее отдельно от старого мира. Реальность же говорит о том, что это просто риторическая уловка: старый мир никогда не переставал существовать, он просто приспособливается к новым технологиям.

Интернет и другие современные распределенные средства коммуникации заставили мир пересмотреть способы ведения бизнеса, разработки технологий и выработки политических решений. Интернет можно использовать как глобальный рынок, площадку для торговли идеями и создания приложений. Утверждалось, что новая политика должна будет учитывать рост объема информации и трудности сдерживания ее потока. Иными словами, сфера компетенции ежедневно подвергалась перераспределению и, возможно, даже определялась одним человеком – когда, например, гражданин Германии покупал книгу в книжном магазине в Америке, или программист из Австралии работал вместе с коллегой из Канады над приложениями созданного в Норвегии программного обеспечения.

Юрисдикция государственных законов и полномочий традиционно ограничивается сервисами и серверами в рамках географических границ. Более того, по традиции, провайдеры услуг отвечают за соблюдение законов в рамках юрисдикции того государства, в котором они физически находятся. Если ни серверы, ни отдельные пользователи, зависящие от их работы, не находятся в рамках тех же государственных границ, тогда государство не может контролировать ни книжные магазины, ни генерируемые коды, – так нам ранее виделась эта ситуация. Однако традиционные взгляды на юрисдикцию уступили место интерпретациям, более сложным для воплощения, как с юридической, так и с технологической точек зрения.

Некоторые страны считают, что информационный ресурс находится в их юрисдикции, если доступ к нему открыт для граждан их страны, независимо от физического местоположения сервера. Так, в соответствии с решениями судов Франции и Австралии веб-сайты США находятся в их юрисдикции и должны подчиняться, соответственно, законам Франции и Австралии. В результате провайдеры услуг по всему миру оказываются в сложной юридической ситуации, при которой они вы-

нуждены соблюдать законы нескольких юрисдикций помимо законов своей страны.

Экономические спекуляции и повышенное внимание к теме глобальной безопасности привели к появлению новой формы скептического отношения к свободе Интернета и возможностям, заложенным в ИНФОРМАЦИОННОМ ОБЩЕСТВЕ. Сегодня стало популярным развенчивать ранее существовавшие технологически-оптимистичные заявления относительно информационного общества. Заявления типа «если вы в Интернете – никто не знает, кто вы и где находитесь» или «государства бессильны контролировать глобальные сети» сейчас многими воспринимаются как нереалистичные. В последнее время стало звучать мнение, что регулирование потоков данных ничем не отличается от регулирования других видов деятельности. Скорее всего, истина находится где-то посередине.

Об юрисдикции и информационном обществе

Транснациональная деятельность создает конфликты между национальным законодательством стран и международной практикой. Это значит, что государства, как правило, имеют право принимать и применять законы в рамках своей юрисдикции; в конце концов, это их суверенное право. «Принцип суверенитета» часто определяется как исключительное право государств, осуществляемое строго в рамках государственных границ и более нигде¹.

Однако возникают условия, при которых данное суверенное право подвергается сомнению, и, таким образом, возникает коллизия. В одних случаях подобная коллизия появляется при наличии большой активности зарубежом, т. е. когда деятельность, ведущаяся за пределами суверенной юрисдикции, влияет на способность этой юрисдикции применять свои законы. В других случаях коллизия возникает тогда, когда сама способность юрисдикции применять правовые нормы ослабевает вследствие сомнений в возможности применения законов по причине особенностей контекста законодательного регулирования.

¹ Jonathan W Leeds. 1998. United States International Law Enforcement Cooperation: «A Case Study in Thailand. *Journal of International Law and Practice*» (Целевое исследование в Таиланде. *Журнал международного права и практики*) 7(1): 1–14.

Подобные проблемы касаются не только информационного общества. Возьмем страну, которая решает принять закон, запрещающий разработку некоего лекарственного препарата. Эффективность этого закона сомнительна, если в другой стране аналогичного закона нет. Если первая страна не сможет предотвратить проникновение лекарства через свои контрольно-пропускные пункты, то лекарство станет доступным в нарушение духа закона. То же касается и контроля над состоянием окружающей среды: строгие ограничения на загрязнение воздуха в одном государстве не будут иметь никакого смысла, если граничащие с ним страны не примут аналогичные ограничения. В каждом случае законодательное регулирование связано с издержками и расходами без учета эффективности самого регулирования.

В случае с потоками данных в цифровых сетях и связанных с ними сервисами и продуктами подобные коллизии обостряются. Действие может быть совершено удаленно, активная деятельность конкретного индивидуума может производиться за пределами той юрисдикции, в рамках которой он физически находится. В таких ситуациях создание пограничного контроля становится еще более сложным с технологической точки зрения делом, затрагивая интересы большого количества стран, неправительственных организаций и отраслей промышленности.

Рассмотрим одну из первых политических проблем, с которой столкнулись государства: политику криптографии. Правительства различных стран были намерены регулировать использование определенного прикладного программного обеспечения, но оказались практически бессильны запретить гражданам, проживающим в открытых демократических государствах, скачивать эти приложения на свои компьютеры, получая их из других юрисдикций. Новые проблемы возникли в сфере информационного общества и электронной коммерции. Они были связаны с вполне осознанной необходимостью развивать коммуникационные сети и снижать стоимость доступа; убирать препоны на пути ведения бизнеса, наносящие вред национальным экономикам; заниматься вопросами влияния новых технологий на гражданские свободы. Время показало, что практически все попытки ввести законодательное регулирование в этих областях провалились.

Государства извлекали уроки из своих неудач. Трансграничные потоки данных представляли собой явную опасность для национальной политики. Потоки данных не подчинялись юрисдикции.

Интернет как самостоятельная юрисдикция

Одним из вариантов анализа сложившейся ситуации является взгляд на Интернет как на самостоятельную юрисдикцию и выработка соответствующего отношения. Традиционные понятия суверенитета и юрисдикции предполагают, что правительства придают большое значение границам, которые должны обеспечить им власть, дать силу их законодательным нормам и правилам, создать легитимность их действий и обеспечить информированность тех, на кого распространяется регулирование. Джонсон и Пост – специалисты по вопросам права и Интернета – написали в своей известной статье следующее:

«Быстрый рост глобальной компьютерной сети разрушает связи между географическим расположением и (1) способностью местных властей установить контроль над онлайн-средой общения; (2) влиянием онлайн-среды на людей и предметы; (3) легитимностью усилий местного руководства применять местные нормы и правила в отношении явлений глобального масштаба; (4) способностью физического положения определять, какой набор правил применим в конкретном случае»².

Интернет и киберпространство действительно поставили суверенитет органов власти в сложное положение. Действуя на расстоянии, Интернет и трансграничные потоки данных создали эффект переизбытка. Помимо этого, говорится, что архитектура Интернета создала среду, которая вошла в противоречие с действиями органов власти. В то время, когда органы власти пытались наладить регулирование путем принятия решений, обязательных для выполнения внутри страны (например, политика криптографии), Джонсон и Пост говорили:

«Многие из сложностей, юридические и повседневные, вызванные пересекающимися границы электронными коммуникациями, можно было бы разрешить принятием одного простого принципа: нужно думать о Киберпространстве как об отдельной, с юридических позиций, «территории» по причине существования юридически значимых границ между Киберпространством и «реальным миром».

² David R. Johnson and David G. Post, «Law and Borders – the Rise of Law in Cyberspace» (Закон и границы – рост влияния закона в киберпространстве), *Stanford Law Review* (1996).

Опасения властей строились не на безуспешности национальных мер или национальной политики, а на заложенных в них противоречиях в условиях новой социально-технологической среды. Вероятнее всего, применение законодательного регулирования, ограниченного географическими границами, по отношению к среде, не имеющей границ, бессмысленно. Важнее то, что регулирование силами одной юрисдикции будет иметь мгновенные последствия для другой юрисдикции именно в силу безграничности киберпространства.

Проще говоря, если бы США ввели нормы на определенную форму речи, то это бы означало регулирование речи и в других местах, поскольку большая часть Интернета приходится на США. Другим примером является решение французского суда, привлечшее Yahoo! к ответственности за содействие аукциону по продаже реликвий времен нацизма³. Yahoo! было предписано не допускать французских националистов к тем разделам веб-сайта, на которых были выставлены на продажу предметы времен нацизма. Важна сама по себе попытка определить «французских националистов», пусть пока только в онлайн. В итоге Yahoo! закрыл доступ всем пользователям из всех стран к аукционному разделу сайта. В первом примере принятая в США норма могла иметь фактические последствия для всего мира; во втором примере французское распоряжение распространилось на другие юрисдикции и повлияло на них.

Интернет как часть общей практики

Можно взглянуть на эту проблему и с другой точки зрения: рассматривать «информационное общество», «киберпространство» и Интернет так же как все остальные формы трансграничной деятельности. Транзакции в киберпространстве не так уж сильно отличаются от других транснациональных транзакций, поскольку задействуют людей в «реальном пространстве» в разных территориальных юрисдикциях, что приводит к «реальным» действиям и последствиям.

В этом смысле транзакции в киберпространстве по сути своей не являются основанием для большего внимания со стороны регулятивных

³ Хороший обзор данного вопроса представлен у Yaman Akdeniz, «Case Analysis of League against Racism and Antisemitism (Licra), French Union of Jewish Students, v. Yahoo! Inc. (USA), Yahoo France, Tribunal De Grande Instance De Paris, Interim Court Order, 20 November 2000», *Electronic Business Law Reports* 1, no. 3 (2001).

органов отдельных стран⁴. Политика, принятая в какой-либо одной стране, всегда отразится на другой. В Интернете происходит то же самое.

Изменения в технологиях транспортировки и коммуникации, произошедшие в первой половине XX века, превратили деятельность с участием разных юрисдикций в обычное дело. Это совпало с ростом уровня регулирования и, несмотря на усилия арбитражных судов разных юрисдикций, коллизии юрисдикций стали очевидными. Даже в судебных делах по вопросам, связанным с множественными юрисдикциями, суды применяли универсальное обычное право, не имеющее привязки ни к одной конкретной суверенной власти, а именно: торговое право, морское право или международное право⁵.

Сегодня международное право разрешает государствам применять их право к экстерриториальным случаям, имеющим значительные последствия для локального уровня. Один из ведущих специалистов по данному вопросу отмечает:

«В современном мире транзакция может на законных основаниях регулироваться и в той юрисдикции, в которой она совершается, и в юрисдикциях, в которых ощущаются значительные последствия от данной транзакции, и в тех юрисдикциях, регулятивными нормами которых обременены участвующие стороны»⁶.

На самом деле страны успешно справляются с регулированием потоков данных. В 1995 г. Европейский Союз принял окончательный вариант гармонизирующей директивы по защите данных, в которую вошли две статьи, регулирующие трансграничные потоки данных⁷. Такие

⁴ Jack L. Goldsmith, «Against Cyberanarchy» (Против киберанархии), *University of Chicago Law Review* 65 (1998).

⁵ Jack L. Goldsmith, «Symposium on the Internet and Legal Theory: Regulation of the Internet: Three Persistent Fallacies» (Симпозиум, посвященный Интернету и теории права: регулирование Интернета: три устойчивых заблуждения), *Chicago-Kent Law Review* 73 (1998).

⁶ Goldsmith, «Against Cyberanarchy».

⁷ European Union, «Directive 95/46/EC of the European Parliament and the Council of 24 October 1995 on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data» (Директива 95/46/ЕС Европейского Парламента и Совета ЕС от 24 октября 1995 г. о защите прав частных лиц применительно к обработке личных данных и о свободном движении таких данных) (1995).

совершенно разные страны, как Австралия, Китай и Саудовская Аравия, приняли законы о цензуре для контроля отправляемой, получаемой информации или того и другого; это было сделано, несмотря на предупреждения о невыполнимости и ошибочности подобных мер.

В каком-то смысле каждая новая технология нарушает существующий правовой режим. Телеграф кардинально увеличил скорость и объем коммуникации, сократив скорость коммуникации с месяцев и недель до часов и минут. Телефон сократил стоимость и увеличил частоту и приватность международной коммуникации⁸. Интернет нарушает привычную практику так же, как другая инфраструктура, но он делает это несколько более замысловатым образом.

Интернет как отдельная проблема

Сказать, что сейчас ничего не изменилось, – значит закрыть глаза на конкретные перемены, проблемы и возможности, появившиеся в связи с развитием и внедрением информационного общества. Государства часто заявляют, что просто «обновляют» свои законы с учетом новых технологических условий, стремясь сократить до минимума споры и признавая основные изменения в политике естественным и бесспорным фактом.

Транснациональные коллизии часто разрешались путем гармонизации законов. Что касается Интернета, то известны инициативы, предложенные ООН, Советом Европы, Организацией по безопасности и сотрудничеству в Европе и странами Большой восьмерки для рассмотрения таких изменений, коллизий и различий в правовых системах. Совсем недавно Всемирный саммит по информационному обществу считался центром распространения информации о том, как следует эффективно регулировать экономическое, социальное и криминальное поведение за пределами границ государств.

Проблематичными представляются попытки обращаться с потоками данных в сетевой среде так же, как мы делали это в прошлом. Возникают новые проблемы и задачи, независимо от того, насколько упорно мы делаем вид, что новые технологии похожи на своих предшествен-

⁸ Goldsmith, «Against Cyberanarchy».

ников. Новые технологии могут стать основанием для новых правовых методов, которые, в свою очередь, могут создавать новые коллизии для наших норм международного права. Наконец, различия в системах управления существовали всегда, и никакой уровень гармонизации не сможет адекватно защитить права личности.

Итак, мы возвращаемся к дискуссии об «информационном обществе» и связанной с ним политике. При обсуждении вопросов, касающихся юрисдикции и Интернета, с одной стороны, возникает опасность распространения национального законодательства за пределы конкретного государства. С другой стороны, мы рискуем обращаться с Интернетом совершенно отличным от других форм транснационального управления образом. Так в чем должна заключаться роль управления в «информационном обществе»? Отвечая на этот вопрос, мы входим в сферу технологической политики.