

公民网络匿名表达权之宪法保护

——兼论网络实名制的正当性

杨 福 忠

(中共河北省委党校副教授、法学博士 河北 石家庄 050061)

摘要:网络匿名表达权是公民通过网络匿名或使用假名针对公共事务发表意见而不受非法干涉的权利,具有宪法权利的属性,受宪法保护。宪法保护包括表达内容的保护和匿名身份的保护两个方面。传统宪法理论主要针对的是表达内容的保护,因而需要在宪政实践中不断探索匿名身份保护的方法,以丰富表达权保护理论。美国法院通过测试标准的宽松与严格来控制网络匿名表达权的保护强度,这种做法具有借鉴意义。限制与保护是基本权利法制的一体两面。对网络匿名表达权的限制,首先要考量该权利所蕴含的民主价值,进行法益衡量;其次要考量限制方法的有效性,注意发挥网络架构的作用。

关键词:网络匿名表达权 宪法 保护范围 保护强度 实名制

中国互联网络信息中心发布的《第30次中国互联网络发展状况调查报告》显示:截至2012年6月底,中国网民规模达到5.38亿,互联网普及率达到39.9%。^①随着网络成为我国公民日常生活的重要组成部分,公民匿名或使用假名通过网络参与公共生活也日趋常态化。然而,伴随着这一变化过程的是在互联网管理问题上始终存在着是否实行实名制的争论。特别是近年来,伴随着购票实名制、微博实名制的实施,关于网络实名制的争论也愈发激烈。值得注意的是,在美国、韩国、瑞典等其他国家,实名制也是一个颇具争议性的议题。目前我国关于实名制的争论,有截然相反的两种观点:(1)赞成实名制者认为匿名表达导致了语言暴力、造谣诽谤、网络欺诈甚至违法犯罪,而实名制是解决上述问题的良药。(2)反对实名制者则认为匿名表达不仅为人们公开讨论、表达自己的真实想法、提出有价值的观点提供了一种机制,而且在转型时期还有助于人们的情绪宣泄,可以疏导矛盾,对社会稳定大有裨益;而实名制则会导致人们言论自由的萎缩。由此可见,网络实名制争论的背后是对公民匿名或使用假名针对公共事务发表意见的权利(以下简称网络匿名表达权)的态度以及由此产生的不同政策选择。笔者并不打算陷入赞成还是反对实名制这一无休止的争论当中,而是将关注点放在网络匿名表达权的宪法权利属性以及其作为宪法权利应如何受到保护等问题上,从而为相关政策选择提供一些宪法学上的理论依据。

一、网络匿名表达权宪法保护之缘由

“表达权”,或曰表达自由,是指公民可以自由地发表意见而不受非法干涉的权利。表达权“对于一个

基金项目:国家社会科学基金资助项目(11BZZ059)

自由民主的国家秩序而言,是有建设性功能的,因为它能促成经常性的思想交换及民主生活不可或缺的意见讨论。在某种意义上,它是每一种自由的根本,这个泉源几乎是所有其他各种自由不可或缺的条件”。^②由于表达权所具有的特殊宪政价值,该权利在国际人权公约以及各国宪法中得到了普遍确认。例如,联合国大会通过的《公民权利和政治权利国际公约》第19条第2款规定:“人人有自由发表意见的权利;此项权利包括寻求、接受和传递各种消息和思想的自由……”《欧洲人权公约》第10条第1款规定:“人人有自由表达的权利。此权利包括持有意见的自由、接受和输出信息和观念的自由,不受公权干涉,不受疆界影响”;《美国联邦宪法第一修正案》(以下简称《美国宪法第一修正案》)规定:“国会不得制定……剥夺言论或出版自由的法律……”在我国,表达权的直接宪法依据是《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)第35条和第41条的规定。《宪法》第35条规定的言论自由是公民通过各种语言形式表达自己的思想和见解的自由。按照言论所涉及的领域,言论自由可分为与公共事务有关的言论自由和与公共事务无关的言论自由,其中前者受宪法较强保护。《宪法》第41条主要规定了公民对于任何国家机关和国家工作人员有提出批评和建议的权利;对于任何国家机关和国家工作人员的违法失职行为有向有关国家机关提出申诉、控告或者检举的权利,以及依照法律规定取得国家赔偿的权利。因此,《宪法》第41条规定的主要是公民针对公共事务自由地发表意见而不受非法干涉的权利。在国外,此类权利属于政治性言论表达权,我国学界则称之为监督权。

从基本权利规范构成要素的意义上讲,表达权包括两个要素,一是权利主体,二是权利内容。其中,权利内容是当下宪政理论和实践予以重点关注的问题;对于权利主体,学说和判例重点关注的是谁享有表达权,至于权利享有者所处的状态即实名身份还是匿名身份则并未引起人们的关注。这大概是由于在宪政实践中,人们通常遇到的情况是:表达者的身份是公开的和可识别的而非处于匿名状态。这样人们在讨论表达权时,实际上是把实名身份作为一种条件预设,故理所当然地认为实名身份讨论构成了表达权的固有内涵。但是,互联网建立了一种匿名表达机制,允许人们匿名或使用假名参与公共事务讨论,这就给当前的宪法学说提出了一个新问题,即作为与实名表达相对应的匿名表达是否属于宪法权利的范畴而受宪法保护?对此,当前的宪法学说并没有给出答案。笔者对此持肯定观点,理由如下:

首先,匿名表达是个人基于人性尊严而进行自我保护的机制。匿名表达源于这样一种认识:人与人之间都是平等的,每个人都应把自己的身份和思想公开出来,大家坦诚相见,理性沟通;对各种不同观点,每个人都能有一个宽容的心态去对待。然而,理想与现实总是存在差距的。现实中,对他人的不同观点,总是有些人不能宽容对待,对他人发表的真知灼见,要么进行非议,要么进行威胁、恐吓甚至打击报复,而社会又不能为表达者提供有效的保护。为了摆脱他人的非议和报复,人们于是采用匿名身份发表言论。因此,从发生学的角度,匿名“常常代表着对一个并不完美的世界的理性的回应”。^③它是人们出于人性尊严的本能需要而建立的一种自我保护的机制。正如有学者所言:“匿名是一种非常有用的机制:人们可以肆无忌惮地发表自己的看法,对各种主张或幻想可以探索和尝试,同时避开社会的非议,把后果降至最轻微的程度。”^④

其次,宪法的基本权利规范具有开放性。随着社会的发展,那些适应社会发展需要而产生的行为方式都可以通过宪法解释的方法进入宪法保护的范畴。这是因为宪法条文多是原则性、概括性的规定,并没有普通法律规范所具有的“假定条件、行为模式和法律后果”那样的结构;只有对宪法进行解释,将宪法条文具体化,才能产生普通法律那样“构成要件”的内涵。所谓宪法解释,“不是把宪法文字中已经包含解决争议的内涵而解释‘出来’,而是明知宪法只有原理原则,宪法的内容必须靠社会实况的理解,把应有的内涵解释‘进去’,所以释宪者决不是单纯的‘执法’,而是明显的‘造法’”。^⑤这样,尽管宪法文字没有变,但我们已经随着社会的发展赋予其一些新的内容,使其内涵发生了变化。例如,尽管《宪法》第35条和第41条没有明文对公民在行使权利时是以实名身份还是以匿名身份做出限定,但我们仍然可以根据社会发展的需要把网络匿名表达权解释进宪法,赋予其新的内涵。

最后,网络匿名表达权已经被一些国家的宪法判例确认为宪法权利。匿名表达权并非一开始就是宪

法权利,同其他权利一样,最初它仅表现为人们一种主观上的权利要求,或者仅处于观念上的权利形态,并未被法定化为客观权利。20世纪60年代,匿名表达权作为一项宪法权利首先在美国得到承认。美国联邦最高法院在“塔利诉加利福尼亚案”^⑥的判决中首先指出:“匿名传单、小册子甚至书籍对人类进步发挥了重要作用。在人类历史发展过程中,那些经常受到迫害的群体和教派完全可以匿名或公开地对这种令人难以忍受的做法和法律提出批评。”紧接着,法院通过宪法解释的方式,宣称匿名表达权受《美国宪法第一修正案》的保护,加利福尼亚州禁止散发匿名传单的法律因违宪而无效,并强调“身份公开和对报复的恐惧可能会阻止对重要公共事务的和平讨论……第一修正案的目的在于保护不受欢迎的个人在一个不够宽容的社会中免遭报复”。在“麦金太尔诉俄亥俄州选举委员会案”^⑦中,美国联邦最高法院指出,匿名表达权对美国宪法的制定至关重要,它作为美国的重要传统而融入美国历史之中。因此,匿名表达权是《美国宪法第一修正案》的重要组成部分,这种观点已经得到公认。^⑧在美国,首次将网络匿名表达权作为一项宪法权利确定下来是1997年乔治亚州地方法院在“自由公民联盟诉米勒案”^⑨中所作的判决。在该案中,乔治亚州的一项法律为预防诈骗,把匿名或使用假名通过网络传送数据的行为规定为犯罪行为。原告是一些利用互联网进行通信的个人和组织成员,他们认为该法限制他们以匿名或使用假名进行网络交流的权利违背了宪法所保护的言论自由。法院认为虽然防止欺诈确实是一项“重大的国家利益”,但“为了避免受到社会和他人的排斥、歧视和困扰,为了保护个人隐私而匿名发表的言论就是受法律保护的……过于宽泛的法律规定会极大地限制他人的表达自由”。除美国以外,以色列等其他国家的法院也以判例的形式承认匿名表达权是受宪法保护的权力。在以色列,一位名叫拉米·莫尔的医生要求以色列一家宽带运营商提供发表诽谤性言论的一名匿名博客作者的真实身份信息,被拒绝后起诉到法院。最后,以色列最高法院判决认为博客作者的匿名表达权是受宪法保护的权力。^⑩

由此可见,网络匿名表达权是公民通过网络匿名或使用假名针对公共事务发表意见而不受非法干涉的权利,具有宪法权利的属性。它同其他基本权利一样,应该受到宪法保护。

二、网络匿名表达权之宪法保护范围

网络匿名表达权的保护涉及两个方面,一个是权利主体的匿名身份,一个是表达内容。在宪政实践中,对权利主体匿名身份的保护主要取决于表达内容是否属于宪法保护范围,故对表达内容受保护范围的探讨是网络匿名表达权保护之固有议题。

由于表达权构成民主社会的根基,是社会进步和个人发展的一个基本条件,因此其在各国受保护的范 围通常是比较宽泛的。欧洲人权法院在1976年“汉迪赛德案”^⑪的判决中指出,表达自由不仅适用于人们乐于接受或视为无关紧要的“信息”或“观念”,而且适用于那些冒犯、惊扰国家或任何人群的“信息”或“观念”。这是多元、容忍和思想开放的要求,没有这些就没有“民主社会”。美国联邦最高法院在其判决中也强调,尽管存在着表达自由的滥用和过度,但从长远来看,这些自由在一个民主国家对促成开明的公民意见至关重要。^⑫《美国宪法第一修正案》从不拒绝对不恰当的甚至错误的言论进行保护。“在自由辩论中,错误意见不可避免;如果自由表达要找到赖以生存的呼吸空间,就必须保护错误意见的表达。”^⑬根据上述法院的观点,凡是以某种精神影响亦即以企图说服他人为目的的价值判断,无论是他人乐于接受的见解还是有可能引起不快的观点,均受到宪法的保护。

不过值得注意的是,表达权受宪法保护的范 围尽管宽泛,但并非任何表达意见的行为都落入宪法的保护范围。正如美国联邦最高法院霍姆斯法官所言:“宪法第一修正案禁止管制自由言论的立法,但它没有,而且其目的也显然不在于给予任何使用语言的行为以豁免权”。^⑭2011年,欧洲安全与合作组织(OSCE)曾在56个成员国^⑮展开专题调查,并发表了题为“互联网上的言论自由”的研究报告。报告列举了OSCE成员国普遍排除在法律保护之外的言论表达内容,具体情况如下表^⑯所示(表中括号内的数字为所占百分比)。

被法律排除保护的言论表达内容	存在禁止相关内容 法律规定的国家	不存在禁止相关内 容法律规定的国家	没有提供相关 数据的国家
种族主义内容、仇外心理和仇恨言论	45(80.3%)	1(1.8%)	10(17.9%)
煽动恐怖主义、恐怖主义宣传	40(71.4%)	6(10.7%)	10(17.9%)
儿童色情	43(76.7%)	3(5.4%)	10(17.9%)
淫秽和色情内容	41(73.2%)	5(8.9%)	10(17.9%)
互联网盗版	44(78.6%)	1(1.8%)	11(19.6%)
互联网上的诽谤和侮辱	36(64.3%)	8(14.3%)	12(21.4%)
被视为“极端主义”的意见表达	20(35.7%)	10(17.9%)	26(46.4%)

从上表可以看出,目前被 OSCE 多数国家立法明确排除在保护范围之外的表达内容主要包括:(1)种族主义内容、仇外心理、仇恨言论;(2)煽动恐怖主义、恐怖主义宣传;(3)侵害未成年人权利的内容,如淫秽、色情等;(4)侵害他人知识产权的内容,如互联网盗版;(5)侵害个人名誉权的内容,如诽谤、侮辱等。在我国,2000 年全国人民代表大会常务委员会通过的《关于维护互联网安全的决定》将排除在保护范围之外的表达内容分为以下三类:(1)危害国家安全和社会稳定的言论。例如,利用互联网造谣、诽谤煽动颠覆国家政权、推翻社会主义制度,或者煽动分裂国家、破坏国家统一;利用互联网煽动民族仇恨、民族歧视、破坏民族团结等。(2)危害市场经济秩序和社会管理秩序的言论。例如,侵犯他人知识产权,传播淫秽书刊、影片、音像、图片等。(3)侵害个人、法人和其他组织合法权利的言论。例如,侮辱或诽谤他人等。上述这些内容既为公民网上的意见表达设定了行为界限,也为国家保护公民的网络匿名表达权设定了法律边界。

三、网络匿名表达权之宪法保护强度

对于都属于宪法保护范围的不同表达内容,其受到保护的强度并不一样。欧美国家通常的情况是,较之于与公共事务无关的言论如商业性言论和艺术表达性言论,与公共事务有关的言论往往受宪法较强程度的保护。正如美国学者凯斯·桑斯坦指出的:“与政治治理过程有关的言论,应当受到最高级别的宪法保护;与公共事务无关和关联性不强的言论,应当受到较弱的宪法保护,甚至不受保护。”^⑩在我国,虽然《宪法》第 35 条规定的言论自由和第 41 条规定的监督权同属于表达权范围,但《宪法》对监督权的保护程度高于对言论自由的保护。^⑪

从宪政实践来看,表达权受到保护的强度主要取决于保护方法。例如,在表达内容方面,美国联邦最高法院通过宪法判例确立了危险言论标准,即根据言论表达内容是否导致“明显而即刻的危险”来决定对其的保护强度。由于传统的宪法理论和判例主要针对的是表达内容的保护,这决定了网络匿名表达权的保护不能简单地套用传统理论,而需要在宪政实践中不断探索对权利主体匿名身份的保护方法,以丰富表达权保护理论。在这方面,近年来美国联邦法院和州法院审理了一系列网络侵权案件,形成了一些宪法判例,其保护匿名表达权的做法值得关注。

美国法院审理的若干网络侵权案件的共同特点是:侵权行为人通过匿名、假名或提供不完整的身份信息来实施类似于诽谤、侵犯版权、欺诈等侵权行为。受害人几乎没有或根本没有希望去弄清侵权人的真实身份,因此,他们向法院提出申请,要求法院命令网络服务提供商(ISP)提供侵权人的信息,以弄清侵权人的真实身份。^⑫法院在处理此类案件时,出于对网络匿名表达权保护的需要,提出了对要求公开匿名网络用户身份信息的申请进行评估的测试标准。只有当申请通过该标准的测试后,法院才能命令公开匿名者的信息。其实,在实践中存在两种情况:一种是涉及披露匿名当事人身份的测试标准,另一种是涉及披露非诉讼当事方匿名身份的测试标准。对于涉及披露匿名当事人身份的测试标准,目前美国各州法院普遍采用的是新泽西州高等法院在“登卓公司案”^⑬中确立的测试标准。“登卓公司案”的起因是:匿名被告在雅虎布告栏上发表了评论登卓公司的帖子,登卓公司认为该行为构成诽谤而提起诽谤索赔诉讼。在审判期间,原告登卓公司要求法院发出传票以快速确定被告身份。新泽西州高等法院在处理此案时提出了下

列五项测试标准:(1)原告必须利用互联网通知匿名被告正在进行的身份识别程序并通知被告为抗辩作准备。其目的旨在给被告一个合理机会应诉。这个提请被告注意的程序要件可以提醒被告去聘请律师为他进行辩护。(2)法院要求原告确定并提供匿名发帖人确切的涉嫌侵权的网络言论。(3)原告必须提供充足证据用以支持法院下令披露匿名被告身份的动议理由。(4)原告提供支持侵权赔偿方面的证据。(5)原告向法院表明,经过权衡并考虑案件的具体情况,认为披露匿名者身份的的利益大于匿名者受《美国宪法第一修正案》保护的言论自由。上述五项程序性措施,如原告有一项条件不满足,法院即不能命令公开匿名者的身份信息。这对于被告权利的保护而言,就具有“安全阀”的功能。对于涉及披露非诉讼当事方匿名身份的测试标准,最早是在“多伊诉 2theMart. com 案”^②中确立的。2theMart. com(以下简称 TMRT)公司是一家上市公司,其认为信息空间网站(InfoSpace)在专门针对 TMRT 公司开辟的电子公告板中,有网络用户匿名或使用假名发表了一些极度令人生厌的脏话,构成诽谤,于是向法院提出申请,要求法院向 ISP 发出传票,命令其提供 23 名网络用户的身份信息,其中包括网名叫 NoGuano 的用户。经法院同意,信息空间网站将传票内容用电子邮件通知了所有网络用户。之后,从来没有针对 TMRT 公司发帖的 NoGuano 委托代理律师提出了撤销该传票的动议。华盛顿联邦地区法院审理了此案。法院首先明确指出,网络匿名表达权是受《美国宪法第一修正案》保护的。紧接着,法院在适用法律标准中指出:“互联网上思想的自由交流,在很大程度上是由网络用户匿名沟通能力所驱动的。如果网络用户的匿名权因民事传票的实施而被剥夺,这将对网络通讯,进而对第一修正案的言论自由产生明显的寒蝉效应。因此,法院对确定匿名网络用户身份的取证申请必须进行严格审查”。后来,法院提出了下列用以评估寻找非诉讼当事方匿名网络用户身份的民事传票的标准:(1)寻找身份信息出于善意而不是为任何不正当的目的;(2)所寻找的信息涉及核心主张或抗辩;(3)识别的身份信息与该核心主张或抗辩有直接和实质性的关系;(4)无其他来源获得该信息。上述四项标准既是法院对申请进行审查的基准,也是 ISP 代表网民利益来决定是否挑战某一具体传票的指导。最后, TMRT 的申请因未通过该标准测试,故传票被撤销。

通过上述分析,我们可以发现网络匿名表达权的保护方法不同于网下对实名表达权保护的一般方法。对于后者,法院直接进入权利内容的审查并根据确立的言论审查标准来决定对表达内容的保护强度;而对于网络匿名表达权的保护,法院首先要解决的是匿名网络用户的真实身份是否应公开,只有在决定公开匿名网络用户的真实身份后,才能进入到权利内容的审查阶段。在决定是否公开的程序中,法院建立了一个用以权衡网络匿名表达权与受宪法、法律保护的其他法益的弹性机制,该机制运作的原理是通过测试标准的宽松与严格来控制对网络匿名表达权的保护强度。测试标准越宽松,申请越容易通过测试,对网络匿名表达权的保护强度越弱;反之,测试标准越严格,申请越不容易通过测试,则对网络匿名表达权的保护程度越高。

近年来,我国网络侵权纠纷的数量也像美国一样呈不断增多的趋势。此类纠纷大体上可以分为两类:一类是与公共事务有关的网络侵权纠纷。例如,网络用户通过“人肉搜索”的方式收集涉嫌违法或行为不端的国家公务人员的个人隐私信息而后向社会公布,继而侵害他人隐私权、名誉权。另一类是与公共事务无关的网络侵权纠纷。例如,网络用户未经权利人许可,将他人所有的作品、表演、录音录像制品等通过网络向社会传播,继而侵犯他人的知识产权。此类纠纷在全国各级法院受理的网络侵权纠纷中占较大的比重。从司法实践来看,我国法院在处理网络侵权纠纷时,往往侧重对原告民事权利的保护,而对被告网络匿名表达权的保护力度却明显不足。例如,根据江西省高级人民法院 2011 年出台的《关于网络侵权纠纷案件适用法律若干问题的指导意见(试行)》规定,在原告认为自己的权利受到了侵害并申请法院调取匿名被告的身份信息时,法院可以查明被告真实身份的就正式立案,无法查明的则不予受理。这样的立案门槛显然比较低,相应的,被告的匿名表达权也不能得到保护。由前所述,网络匿名表达权具有宪法权利的属性,应受到保护。当其与受法律保护的其他权利产生冲突时,不能片面强调其他权利而置网络匿名表达权于不顾。基于此,笔者认为,在未来的制度设计中,可以借鉴美国的做法,建构具有中国特色的网络匿名表达权的保护制度。具体而言,法院对被告的网络言论是否涉及公共事务首先要进行初步审查,然后区分不

同情况适用不同的立案标准:对与公共事务无关的匿名网络言论,法院的立案标准可以低一些;而对与公共事务有关的匿名网络言论,法院的立案标准应提高。也就是说,只有对原告权利保护的必要性超过了网络匿名表达权的价值且原告有充分证据证明被告的言论构成了对原告的实质损害时,法院才予以立案。这就是通过立案标准的提高来体现对网络匿名表达权保护的加强。

四、网络匿名表达权宪法保护之限制

如前所述,网络匿名表达权是一项受宪法保护的权利,然而如其他宪法权利一样,网络匿名表达权的行使也有其界限。特别是由于网络具有去中心化、分散式传播、多点接入、传播迅速以及影响面广等特点,一旦这种权利被滥用将会给公共利益或他人合法权益造成重大侵害,因此国家在对网络匿名表达权进行保护的同时,也应对其进行必要的限制。限制与保护是基本权利法制的一体两面。限制的目的在于确保公民该项权利的正当行使,以防止其被滥用。因限制具有剥夺、阻碍的性质,限制失当即可能造成对权利的侵害,故国家在限制网络匿名表达权时需恪守一定的原则界限,注意选择适当的限制方法。具体而言如下:

1. 考量该项权利所蕴含的民主价值,进行法益衡量

考量网络匿名表达权所蕴含的民主价值,进行法益衡量的要求可以称之为“法益衡量原则”。在我国,公民借助互联网参与公共事务、发表意见涉及《宪法》第35条规定的言论自由和第41条规定的监督权行使,这两项权利是民主社会健康发展必不可少的前提条件。1945年7月,毛泽东同志在同民主人士黄炎培谈到中国共产党能否跳出“其兴也勃焉,其亡也忽焉”的历史“周期率”时指出:“我们已经找到了新路,我们能跳出这个周期率。这条新路,就是民主。只有让人民起来监督政府,政府才不敢松懈,只有人人起来负责,才不会人亡政息”。^②30年后,邓小平同志在《解放思想,实事求是,团结一致向前看》的讲话中也指出:“要相信绝大多数群众有判断是非的能力。一个革命政党,就怕听不到人民的声音,最可怕的是鸦雀无声”。^③正是为了保证人民监督政府、保证人民发出声音,1954年《宪法》和1982年《宪法》才规定了监督权。因此,“监督权的规定与其说是为了保障公民的言论自由,毋宁说是通过权利规定确认民主的价值秩序,为实现民主,为跳出历史‘周期率’创造条件,其背后有着重大的法益”。^④然而,在互联网诞生之前,由于我国公民的政治参与渠道比较少且不够畅通,^⑤同时政府运转也不够透明,这导致公民无法有效行使监督权。特别是当人们实名对国家机关或国家工作人员提出批评或者控告、检举其违法失职行为时,经常面临直接或间接的打击报复。^⑥而网络技术和普及则为公民参与公共事务、有效行使监督权开拓了一条新途径。互联网不仅使在传统参与形式下缺少话语权的普通公众有机会把他们所关注的问题、想表达的意见其中包括各种批判性意见坦诚地与政府进行交流,直接传递给决策层,对立法和公共政策的制定、实施产生影响,而且更为重要的是,人们在匿名表达意见时,不再受到打击报复的困扰,因而敢于起来讲真话,敢于起来监督政府,而这恰恰是我国的立宪者所希望看到的。因此,互联网监管部门在对网络匿名表达权进行限制时必须考量这一权利行使背后所蕴含的民主价值。国家应把这一法益作为评估某项限制措施是否值得实施的重要标准,即只有当限制网络匿名表达权所取得的利益超过这一法益时,该限制措施才能够付诸实施。

针对长期以来备受争议的网络实名制而言,笔者并不赞同我国实行网络实名制,主要理由有三:(1)网络实名制将造成公民网络政治参与状况的萎缩。笔者曾带领课题组成员针对网络实名制展开过专门调查,调查对象是有机会接触网络的大学生和在职人员。^⑦调查中当问道:“当遇到需要填写实名信息再发表意见的网页,你该如何处理”这个问题时,大学生和在职人员的普遍做法是“关闭网页,不发表评论”,所占比例分别达到65.7%和58.2%;还有一部分人选择填写虚假信息;而选择填写真实信息再发表评论的,平均只有20.3%。由此不难得出这样的结论:在其他条件不变的情况下,若实行网络实名制,公民网络政治参与的积极性会大大降低。(2)网络实名制起不到应有的作用。支持实名制者把实名制作为净化网络环境的良药,认为实名制有助于减少目前的网络谣言、语言暴力等不正常现象。但是,韩国的经验表明,这并不

过是主张实名制者的一厢情愿。韩国从2007年7月开始实施网络实名制,规定每天访问人数超过10万的153家网站必须要求网民用真实姓名和身份证号注册并通过验证后才能发帖。该制度实施四年后即在2011年底被废止。值得注意的是,韩国的网络实名制导致3500万用户信息外泄。^⑧(3)网络实名制将有碍公共事务讨论。公民愿意参与公共事务的讨论,是民主政治健康发展的前提条件。一个致力于民主政治建设的政府应该创造一个公众可以就公共问题自由讨论的环境,并且确保这种讨论应当是“不受抑制的、活跃和充分开放的,当然也包括激烈的、尖刻的、有时是令人不快的、针对政府和官员的严厉抨击”。^⑨近年来,我国每年都会发生一起或几起“跨省追捕”案,地方政府因对公民的批评不满而以诽谤政府或侵害政府官员名誉权为由追究发帖人的责任,这导致公民在行使监督权时产生恐惧心理。赞成网络实名制者旨在希望利用法律强制的恐惧心理使人们谨言慎行、理性参与。然而,正如美国布兰代斯大法官所指出的:“惩罚违规固然能产生畏惧,但是,单有畏惧不足以确保秩序……只有自由讨论人们的苦难陈述、救助呼吁,才能引导我们走向真正的安全。应坚信理性的力量会贯穿公共讨论,同时竭力避免人们在法律强制之下的沉默”。^⑩从韩国网络实名制的实践来看,网络实名制的实施对公民参与公共事务的讨论产生了负面影响。首尔大学的一位教授研究发现,以网络协议(IP)地址为基准,网络实名制实行前后,网络论坛的平均参与者从2585人减少到737人。^⑪我国若实行网络实名制,极有可能出现类似于韩国的情况。

上述情况表明,目前没有证据证明实名制的实施所产生的利益会超过民主这一重大的国家利益,通过网络实名制限制公民网络匿名表达权所产生的秩序价值不足以支持这种限制政策本身的正当性。因此,目前我国不宜把实行网络实名制作为限制公民网络匿名表达权的一个主要政策选项。

2. 考量限制方法的有效性,注意发挥网络架构的作用

目前各国对网络匿名表达权的限制主要包括法律限制和采用技术手段进行限制两种方法。法律限制是立法机关通过立法为人们设定义务和责任,公民违反法定义务,公权力机关或公民个人就可以启动法律程序,要求当事人承担法律责任,通过法律的惩处和警示的教育功能来达到预防或减少违法行为的目的。对公民的网下行为,法律限制的效果比较明显,因为行为人很容易被发现,也很容易追究其违法责任。然而,不能将网下这种限制方法简单地复制到网络用于规范公民网上的行为,这是由互联网的特性所决定的。匿名网络用户的真实身份不会像网下那样被轻易发现,尽管利用IP地址或者采取在线搜查等技术手段也可以追查违法者,但往往执法难度大、成本高。这种情况也容易使人们产生脱逃法律约束的心理,故法律直接限制公民网上行为的效果往往并不理想。

在互联网上,可对人们行为产生明显约束效果的是网络架构。所谓架构,又称代码,或协议,是人们基于一定的价值考量而有意识设计的各种程序性规则,直接规制着人们的网上行为。正如美国学者劳伦斯·莱斯格教授所言:“架构就是一种法律:它决定人们能够做什么,不能够做什么。”^⑫架构改变了,人们在网上的行为方式也会改变。例如,发表言论无须注册,这是一种架构。它允许人们在网匿名发言,人们网上行为的自由度比较大;但如果这种架构改变了,如必须先实名注册,之后才能发表言论,那么,人们不注册就不能发表言论。这样,架构就对人们的行为产生了约束。基于互联网的这种技术特性,法律在对公民网络匿名表达权进行限制时,应注意发挥网络架构的作用。具体而言,国家应针对ISP制定互联网内容管理方面的法律,明确其享有的权利、应履行的义务以及应承担的法律责任,督促其以技术能力分配法律义务,为法律的实施提供技术支持,从而达到防止匿名表达权滥用的目的。目前,世界上很多国家都有互联网内容管理方面的专门立法,如1996年法国的《菲勒修正案》、1997年德国的《多媒体法》等。目前我国互联网内容监管方面的法律存在的问题是缺少权威性的统一的法律规范。现有立法主要是行政法规、部委规章以及一些地方性法规和政府规章,这些立法不仅层次低而且缺少协调性和系统性。尽管2011年5月我国改变了互联网内容多头管理的体制,由国家互联网信息办公室统一行使互联网内容管理职能,但法律统一问题仍然未予解决。基于这种情况,笔者建议全国人民代表大会常务委员会适时出台互联网内容管理方面的法律,对有关内容统一作出规定,如明确互联网内容管理部门的主要职能、权限和责任,为其履行管理职能提供法律依据;明确ISP在以网络技术能力支持法律实施时所享有的权利、需履行的义务以及

应承担的法律责任,等等。

注释:

①参见中国互联网络信息中心(CNNIC):《第30次中国互联网络发展状况统计报告》,http://WWW.cnnic.cn/research/bgxz/tjbg/201207/t20120719_32247.html,2012-07-19。

②黄启祯:《联邦德国宪法法院吕特案判决(1958)》,http://WWW.calaw.cn/article/default.asp?id=6010,2011-10-20。

③④胡泳:《人人都知道你是一条狗》,《读书》2006年第1期。

⑤吕炳宽:《台湾第三部门之法制规范:一个历史制度论的观点》,台湾政治大学主编:《华人社会第三部门研究回顾与展望》研讨会论文集,台北,2008年11月,第6页。

⑥See ETalley v. California, 362 U.S. 60, 65 (1960).

⑦See McIntyre v. Ohio Elections Comm'n, 514 U.S. 334, 357 (1995).

⑧See Buckley v. Am. Constitutional Law Foundation, 525 U.S. 182, 200 (1999).

⑨See A. C. L. U. v. Miller, 977 F. Supp. 1228 (N. D. Ga. 1997).

⑩参见《以色列高院:用户的网上匿名权受宪法保护》,http://net.china.com.cn/ywdt/txt/2010-03/30/content_3440119.htm,2010-03-30。

⑪See Handyside v. The United Kingdom Judgment,07/12/1976, A24,para. 49.

⑫See Scantwell v. Connecticut, 310 U.S. 296(1940).

⑬See N. A. A. C. P. v. Button, 371 U.S.415, 433(1963).

⑭Fronhwerk v. United States,249 U.S. 204,206(1919).

⑮欧洲安全与合作组织是世界上最大的区域安全组织,包括欧洲、亚洲和北美地区的56个国家。

⑯表中数据系作者据欧洲安全与合作组织2011年发布的“互联网上的言论自由”研究报告整理而成。See Yaman Akdeniz, Freedom of Expression on the Internet, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1906717, 2011-07-08.

⑰转引自王四新:《表达自由与民主政治》,《环球法律评论》2009年第1期。

⑱参见杜强强:《基本权利的规范领域和保护程度》,《法学研究》2011年第1期。

⑲网络允许人们匿名参与网上生活,但用户的真实身份信息一般通过ISP可以查到。在美国,主张权利受侵害的当事人要想从ISP哪里获取用户的真实身份,必须向法院申请以传票的形式调取这些资料。

⑳See Dendrite Int'l, Inc. v. Doe, No. 3, 775 A.2d 756 (N.J. Super. A.D. 2001).

㉑See Doe v. 2theMart.com, 140 F. Supp. 2d 1088 (W.D. Wash. 2001).

㉒转引自朱泚:《毛泽东与黄炎培话“周期率”》,《光明日报》1993年1月20日。

㉓邓小平:《解放思想,实事求是,团结一致向前看》,载中共中央文献研究室:《三中全会以来重要文件选编》上册,人民出版社1982年版,第23页。

㉔杨福忠:《网络言论自由的规制方法与保护程度》,《首都师范大学学报》2012年第2期。

㉕有学者指出,当前我国公民参与制度建设相对滞后,由此决定了“非典型参与”成为我国公民满足其参与意愿的主要模式。参见江国华:《我国公民非典型参与及其文化隐喻——以个案为研究视角》,《法商研究》2010年第2期。

㉖最高人民法院的统计资料显示,在那些向检察机关举报涉嫌犯罪的举报人中,约有70%的举报人不同程度地遭受到打击报复或变相打击报复。参见杜萌:《“隐性打击报复”受害人被置法律救济死角》,《法制日报》2010年6月18日。

㉗2011年下半年,课题组对公民网络政治参与状况展开调查。调查采用发放问卷的方式,对象一类是尚未参加工作的在校大学生,另一类是已经参加工作的在职人员。共发放调查问卷600份,收回问卷556份,其中有效卷为438份。

㉘㉙参见朱景:《网络实名制的全球先行者,韩国为什么失败了?》,http://int.nfdaily.cn/content/2012-01/19/content_36711818.htm,2012-01-19。

㉚Terminiello v. Chicago, 337 U.S. 1, 4(1949).

㉛Whitney v. California, 274 U.S. 357, 375 - 376(1927).

㉜[美]劳伦斯·莱斯格:《代码2.0:网络空间中的法律》,李旭、沈伟伟译,清华大学出版社2009年版,第87页。

责任编辑 胡弘弘