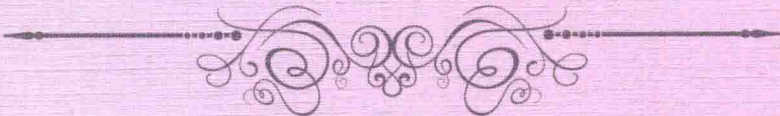


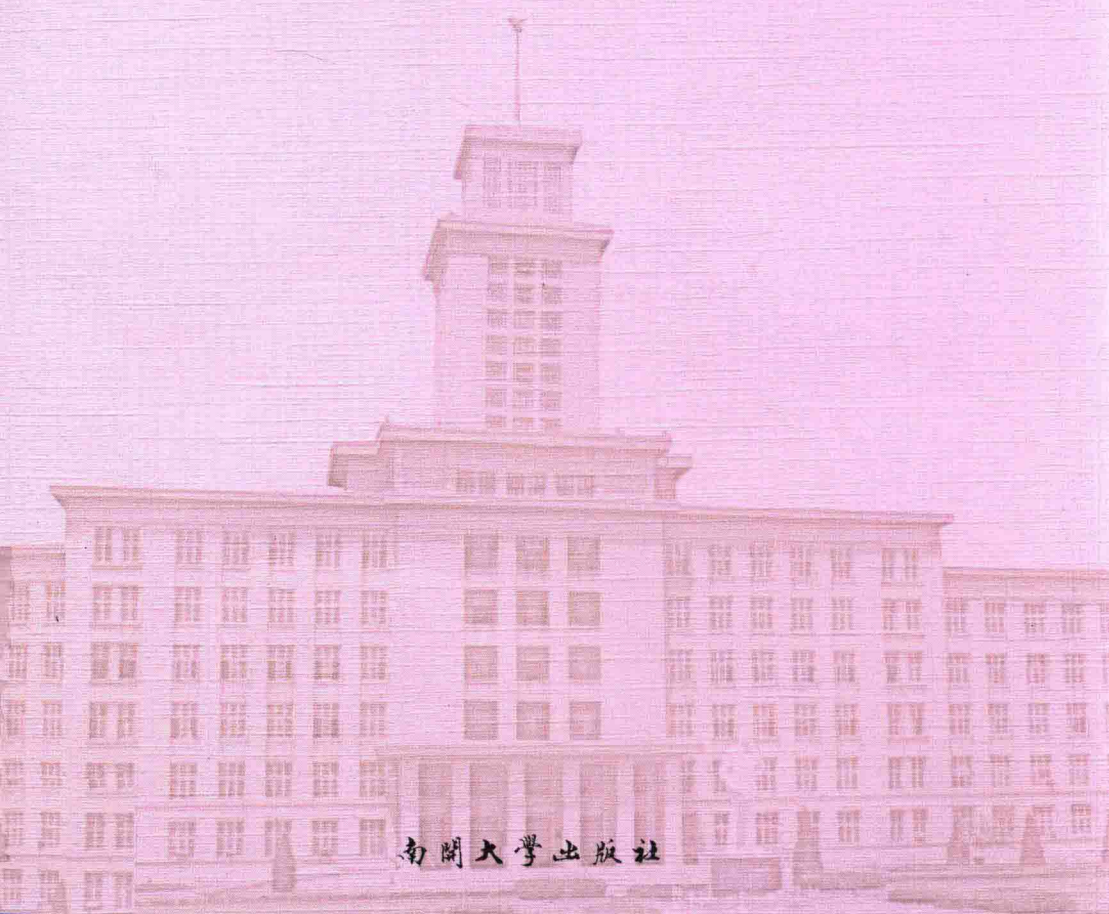
南开法律评论

Nankai Law Review



第九辑

2014



南开大学出版社

南开法律评论

Nankai Law Review

第九辑

2014

主编 贾浩强

南开大学出版社
天 津

图书在版编目(CIP)数据

南开法律评论. 第9辑 / 贾浩强主编. —天津: 南开大学出版社, 2014.10

ISBN 978-7-310-04673-7

I. ①南… II. ①贾… III. ①法律—文集
IV. ①D9—53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 223720 号

版权所有 侵权必究

南开大学出版社出版发行

出版人: 孙克强

地址: 天津市南开区卫津路 94 号 邮政编码: 300071

营销部电话: (022)23508339 23500755

营销部传真: (022)23508542 邮购部电话: (022)23502200

*

天津市蓟县宏图印务有限公司印刷

全国各地新华书店经销

*

2014 年 10 月第 1 版 2014 年 10 月第 1 次印刷

250×170 毫米 16 开本 14.75 印张 2 插页 236 千字

定价: 38.00 元

如遇图书印装质量问题, 请与本社营销部联系调换, 电话: (022)23507125

《南开法律评论》编委会

(按汉语拼音排列)

学术顾问:	柏桦	陈耀东	程宝库	付士成	侯欣一
	何红锋	李晟	刘芳	刘萍	刘士心
	史学瀛	宋华琳	万国华	王彬	魏健馨
	向波	闫尔宝	杨文革	于语和	岳纯之
	张玲	张丽霞	赵正群	张心向	张勇
	张志坡	朱京安	左海聪		

主 编: 贾浩强

编委会:	陈春阳	金品	金德良	龙晶
	马子云	王之仪	殷碧蒿	杨金晶
	尹晴晴	张明旭	张薇	周沅霖

目 录

网络实名制立法：在自由与秩序之间 / 潘德勇	1
网络诽谤入罪量化标准信度分析 / 王璐	16
论日本法上输血及血液制品感染的侵权责任 / 李雯静	35
中国软件侵权案件惩罚性赔偿法律制度之构建 ——一个国际比较考察的视角 / 左安磊	48
把法律作为修辞 ——关于话语、方法与制度的多重反思 / 邱成梁	71
多元化社会矛盾纠纷解决机制探析 / 刘艺工 戴昶舒	84
论刑事案件证明标准的主观性 ——以证明标准和证据标准的分野为视角 / 赵凤祥 刘昊	94
云计算背景下的软件复制权问题探析 / 姚泓冰	112
赔礼道歉辩的双重面向：兼论赔礼道歉的司法适用 / 瞿灵敏	124
论建筑物区分所有权专有部分的登记阙如及其解决路径 / 王毅纯	142
论司法中心主义视野下裁决基准的重建 / 韩振文	164
电子商务环境下常设机构概念探讨 / 王少棠	179
论互联网企业市场支配地位的认定规则 / 刘苏	190
论搜索引擎违反 Robots 协议不正当竞争行为的认定问题 ——兼评最高法院“3Q 大战”判决对“3B 大战”的启示 / 刘建臣	202
取法民间，自传统深处寻找法意 ——评于语和教授之《寻根——民间法絮言》 / 刘顺峰	217

网络实名制立法：在自由与秩序之间

潘德勇*

摘 要：《关于加强网络信息保护的決定》关于“网络实名制”的规定，受到社会各界的广泛关注。该法在几种相互冲突的价值之间做出的选择，被认为是牺牲了言论自由和隐私权，而选择了国家安全、信息安全、社会稳定。这种选择是否正当，是否存在其他更好的方法来实现目前的立法目标，需要结合网络言论自由的特点和发展态势，以及我国的特殊国情做出判断。在现有法律已经颁行的背景下，应深入分析该法实施的可能效果，尽快完善相关法律制度保障公民的网络言论自由和隐私权。

关键词：网络实名；国家安全；言论自由；隐私

2012年12月28日，全国人大常委会表决通过《关于加强网络信息保护的決定》，规定实行“后台实名”的网络身份管理办法，自此，众说纷纭的“网络实名制”立法终获通过。从2002年清华大学李希光教授最初提出的“中国人大应该禁止任何人网上匿名”的极富争议的建议开始，期间经过在网吧、

* 潘德勇，湖北经济学院法学院副教授，法学博士，主要研究方向为国际法、比较法。本文是湖北省教育厅人文社会科学研究项目：14G283阶段性成果。

高校论坛、网络游戏、博客、微博等领域推进网络实名制^[1]，再到 2008 年两会期间有代表正式递交网络实名制的立法议案，最后到近期《人民日报》连续发表关于“加强网络监管”的文章，网络实名制及其讨论已经走过十个年头。在这十年中，网络实名制每推行一步，都引起社会的广泛争论。赞成者有之，反对者居多。在争议中前进的“网络实名制”，随着《关于加强网络信息保护的決定》的通过，似乎足以用权威性的命令配以技术性的手段来强制推行，并逐渐平息这场旷日持久的争论。正如在高校论坛、微博等先行实施实名制的过程一样。然而，关于该部法律的通过，存在着诸多立法上的尚未解决的问题。有人质疑：对于这样一部涉及公民宪法基本权利的法律，制定是否过于匆忙？是否有必要征求公众意见？并且，如果为了解决《決定》所提到的信息保护，并不一定需要采取服务接受者末端管理的方式，而只需要加强对网络运营商的监管就足够，而且不会涉及个人隐私问题。有人则担心实行实名制之后，对公民参政议政和网络反腐，将会产生极为严重的不利影响。^[2]

诚然，网络实名制“对打击网上违法犯罪活动、净化网络环境、强化网民责任意识、推动诚信社会建设，起到了积极作用”^[3]，并且，加强对互联网的监管，也是近年来世界各国的惯例。不过，网络实名制立法引起争议，不仅在于其有可能限制网络言论自由，也在于其缺乏立法的透明度。对于此类涉及权力与利益相冲突的法律，立法时必须充分考虑各种因素并进行深入论证，以保证法律具有正当性。

一、法律价值的创造与发现

价值是事物满足主体的需要的属性，在事物—主体—价值之间存在着不即不离的关系。无论如何，把事实与价值割裂开来是不现实的，也是不可能的。菲尼斯曾指出：现代社会科学的发展以及对任何社会科学方法论的反思

[1] 参见 2004 年教育部《关于进一步加强高等学校校园网络管理工作的意见》；2006 年国家新闻出版总署《网络游戏实名制方案》；2007 年中国互联网协会《博客服务自律公约》；2011 年《北京市微博客发展管理若干规定》。

[2] 参见《“网络实名制”，一种很奇怪的逻辑》，载搜狐网，<http://m.sohu.com/n/361806515/?v=3>，2014 年 5 月 6 日访问；《网络实名制，请公开说服我》，载财经网，<http://www.caijing.com.cn/2012-12-27/112395858.html>，2014 年 5 月 6 日访问。

[3] 参见国家互联网信息办公室、工业和信息化部《关于〈互联网信息服务管理办法〉（修订草案征求意见稿）公开征求意见的通知》。

都证明，没有理论家能够对社会事实作出理论性的描述和分析而不同时对其作出评价，去理解什么是真正对人类有利的，什么是实践理性真正要求的。^[4]

尽管人们无法形成关于某一事物的完全一致的价值，但由于特定事物的属性以及主体理性在某些方面的相近性，某种价值仍可获得相当多的认可。这些价值主要有两类：一是被主权者（国家）所规定的价值；二是约定俗成的价值。不过，即便这些价值得到一定程度的认可，但仍然具有相对性。

价值产生于社会交往所形成的社会组织（以往学者称为社会连带）。个人的价值观无时不受社会的影响。当人们谈及某一类行为、使用某种语言（例如婚外情、拜金、贪污）去描述时，实际上就已经被社会价值观预先支配了。而这种暗含价值的“语言”有相当一部分是法律创设，诸如故意、过失、正当防卫、侵犯等，包含了对行为方消极的、否定的评价。然而，一旦某类行为被置于社会场景之外，或是在另一个场景下考察，人们对价值的认识可能会发生质的转变。例如，在与世隔绝的环境中，为了生存，或是为了延续后代，诸如近亲结婚、乱伦、同类相残等价值判断将不再适用。

（一）共同价值的创造：主权者的权威

第一个提出价值——无论是法律价值还是道德价值——是创造的还是发现的这个问题的现代哲学家是霍布斯。按照霍布斯的观点，只有当道德价值和法律价值由主权者宣布时，才成为主体间有效的。^[5]如果按照这种观点，则对价值的实证就相对容易了：法律、政策、政治言论、舆论、宗教等都可以作为价值存在的直接证据。

在法学中研究价值的客观性，政治伦理是一个无法回避的问题。主张价值无法实证、道德并非被法律或主权者创造，或许代表了一种自由主义的态度。自由主义者担心价值问题一旦成为政府话语，人们思想就会受到控制，言论与行为就会受到越来越多的限制。普特南曾指出：

对作为自主的道德主体的人的尊重，要求我们尊重他人為自己选择道德标准的权利，而不管我们觉得他们的选择是多么令人反感。按照政治自由主义的哲学，它还要求我们坚持政府不应通过制定国家宗教和国家道德来预先左右个人的道德选择。但是誓死反对形形色色的政治上和

[4] John Finnis, *Natural Law And Natural Rights*, second Edition, Oxford university Press, 2011, p.3.

[5] Hilary Putnam, *Are Moral and Legal Values Made or Discovered?* *Legal theory*, vol.1, NO.1, 1995, p.5.

道德上的权威主义，并不应该使人投向道德相对主义或道德怀疑主义。政府为公民个人指定道德之所以是错误的，并不是因为在有关什么生活方式令人满意、什么生活方式不令人满意、或某些其他方面在道德上是错误的问题上，不存在既成事实。许多人为之担心的一个事实是，如果他们公开承认任何类型的道德客观论，他们就会发现某个政府正在用它自己的道德客观性概念来堵他们的口。毫无疑问，这正是为什么有如此众多的人赞同一个他们未必真正同意的道德主观论的原因之一。^{〔6〕}

（二）共同价值的发现：群体的语言及行为

如果在价值的证明中不采取政治权威路径，或者不以主权者的价值观为唯一价值存在证明，那么，是否还有其他方式证明价值的存在？或是证明主权者的价值创造不同于某种方式的价值发现？

主权者（通过法律、宗教或道德等方式）的价值创造大致可以分为两类，一类新价值的创造；另一类是旧价值的认可。这两类方式都可称之为价值创造。并且，二者之间的界限也并非泾渭分明。任何新价值的创造都是建立在既存的某些价值的基础上的；既存价值也总是不同领域权威的体现，如果要被新的权威取代，统一为一个新的价值，则必须给出充足的理由。这两种情形都涉及对既存价值的论证，即价值的发现。

价值的主观性似乎意味着共同价值的发现是不可能的。不过，由于价值产生于习惯、信仰、教育等途径，我们可以在特定范围内发现相对统一的价值存在，即表现为群体性和地域性的价值观。而且，无论是习惯、信仰还是教育，都是通过语言或行为的方式来实现的，因此，对于共同价值观的发现，可以从语言和行为的视角去研究。

对于同类行为，从不同群体对其表述的不同语言中，我们可以发现价值差异；从群体的行为方式，我们也可以看出其在价值观上的主张。因此，研究某一群体价值的最好方式是研究他们的语言和行为。并且，越是具有地方特色或是传统特色的语言，越能体现出一个地域群体的价值观。在人类学、伦理学、价值学、政治学等的研究中，对语言的研究以及语言背后的价值研究，能使我们理解不同族群的人的基本需求和价值观，进而通过有效的制度

〔6〕希拉里·普特南：《理性、真理与历史》，上海译文出版社1997年版，第160页。

设计促进相互了解，从而实现一定的社会整合的目的。

在行为层面认识价值，是另一个重要的视角。自从人类社会出现国家以来，不断有新的行为被纳入到法律的框架中来，由事实行为转变为法律行为。欺凌残杀等行为在人类社会早期被视为是强大的表现，并非自始就受法律或习俗规范；“流氓罪”在特定的时期也并非完全与法制文明背道而驰；甚至将“强奸山羊”行为判处十年徒刑的做法也只是代表了人们对行为所具有的意义理解不同。^[7]不过，这并非意味着在这一问题上我们应该采取历史主义的态度，主张“存在即合理”。相反，它可以促使我们去对一些被“理所当然”地认为合理的行为和价值进行反思：对某种行为进行评价的基础是该行为能产生的社会和法律意义。

因此，行为是一种单纯的事实，还是包含价值的判断，是很难一概而论的。有的行为无论是事实行为还是法律行为，都可以在特定的场合中被当做事实来处理，只要社会对这种行为的定性或认同达到相当的一致。然而，有的行为会在不同时代、不同社会、甚至不同场景下被差别对待。例如，即便是故意杀人行为，也会因主观动机、行为方式、社会后果等方面而在“性质”方面有所不同。而当我们开始尝试对事件或行为进行更加精确的定性时，就需要借助语言、逻辑、甚至统计的实证方法。

二、网络实名制的自由与秩序价值之争

在网络实名制的立法问题上，存在着正反两种观点。支持者认为，实施网络实名制，有利于保护信息安全和国家安全，并能净化网络环境，减少网络谣言和诽谤等。持反对观点的人则认为，网络实名制实际上潜在地限制了所有人的言论和行为自由，并且使隐私权的保护受到威胁。

（一）网络实名制的秩序价值

为什么要实施网络实名制？支持者认为，实名制对于大多数人的网络言行并不会产生较大影响，它只针对特定主体的网络行为和言论，包括敌对势力、未成年人、网络水军等。

[7]《肯尼亚一男子因强奸黑山羊被判10年监禁》，载环球网，<http://look.huanqiu.com/article/2013-12/4628872.html>，2014年5月6日访问。

2004年的《关于进一步加强高等学校校园网络管理工作的意见》提出加强对互联网的管理,是因为“各种敌对势力把互联网作为渗透、煽动和破坏的重要工具,借助网站论坛、聊天室、虚拟社区、新闻跟帖等多种方式,散布资产阶级自由化言论,攻击党的路线方针政策;利用热点和敏感问题,蓄意制造谣言,煽动社会不满情绪,破坏正常社会秩序;传播淫秽色情、凶杀暴力和封建迷信等不良信息,进行网上违法犯罪活动”。2006年《网络游戏实名制方案》采取实名注册,是为了能够区分成年人和未成年人,并将未成年人纳入防沉迷机制。通过实名认证确定为未成年人身份的、实名身份信息不规范的和验证未通过的用户,均纳入网络游戏防沉迷系统范围。2011年《北京市微博客发展管理若干规定》是为了“维护网络传播秩序,保障信息安全,保护互联网信息服务单位和微博客用户的合法权益,满足公众对互联网信息的需求,促进互联网健康有序发展”。

上述网络实名制立法的目的,集中体现在刚通过的《关于加强网络信息保护的決定》中,决定列举了三个方面:保护网络信息安全;保障公民、法人和其他组织的合法权益;维护国家安全和社会公共利益。显然,在上述三个方面,采取实名注册,可以方便破坏国家安全和社会稳定、制造传播谣言的发帖人认定并制裁,或对其起到威慑作用,使其不敢从事相关活动。因而,从这方面讲,网络实名制实际上通过限制传播有害于社会稳定和社会道德信息的网民的言论自由,从而保障社会公共利益。

近年来,网络暴力、民族和地区主义、网络水军等泛滥,充斥着网络论坛和评论,网络信息的多样促成了价值观的多元化,对于同一现象,不同人存有不同看法实属正常。然而,网民的素质各有不同,有的难以包容不同观点,有的不择手段炒作,有的一味迎合媒体。一时间,粗野、偏执、刻薄和低级趣味在网络空间蔓延。这在某种程度上影响了社会稳定。

国家安全则是另一个重要考虑。国家安全问题广泛涉及政治、经济、文化、环境、军事、科技、信息等多个领域,传统的国家安全一般包括领土、主权、军事等领域。在网络时代,国家安全所面临的威胁更多地来自信息、科技、环境、恐怖主义等方面,这些“非传统国家安全”在国家安全中变得日益重要。网络信息安全对于国家安全的意义,在各国都受到重视。^{〔8〕} 言论

〔8〕例如,美国国会2012年10月作出报告,认定中国华为和中兴企业对美国的国家安全造成威胁,其中一个主要的理由是华为和中兴的通讯系统存在所谓的“后台程序”。

自由对于国家安全的威胁，已经不再限于发表反动或颠覆的言论，而是可能涉及一国的网络信息系统安全问题。基于此，对网络信息的输入和输出加强管理和保护，不仅涉及网络运营者，而且涉及信息发布者。

（二）网络实名制对网络自由的影响

然而，互联网并非处处充满险恶与粗俗。人们通过网络了解社会，关注民生，参与国家治理。在网络上，发表言论批评政府、揭露腐败，语言或诙谐，或讽刺；方式或公开，或匿名，似乎已经成为这几年来网络言论的一个主流导向。网络舆论对于社会制度的推进，政治与经济制度的改革，发挥着潜移默化的作用。例如，党的十八大后，新一届中央领导人履职以来，在会议、巡防、演说等方面开创的清新风气，与这几年来广大网民通过网络积极参与议政不无关系。

理论上，网络实名制并非禁止或限制言论自由，然而，由于言论自由中最受关注的政治见解、宗教信仰等，在不同国家的开放程度不同。对于政治言论自由开放的国家，网民不必担心因为发表了不同的政治见解而被受到审查或追究。实名制对言论自由的影响就不大。但对于政治言论自由程度低、政府对于不同见解容忍度不高的国家，实名制实际上成为审查或追究的一个重要途径。因而，在中国，出于对政府等公权力部门滥用权力的担忧，很多网民可能不会在网络上揭露腐败，甚至是评论时事。所以，网络实名制明显的后果是，限制了言论自由。例如，在 2009 年杭州市准备实施网络实名制时，就遭到网民的一直反对。有人认为，在网络参政议政、网络监督、网络举报、网络反腐初显成效的关键时刻，杭州市匆匆忙忙出台网络实名制，并非是为了保护“民众隐私”，而更多的是惧怕网络反腐或是网络评论会殃及自身。例如，2007 年“海南儋州网络山歌案”、2009 年“重庆网民转帖被劳教案”、2011 年“湖南教师发表网文被拘案”、2012 年“广东佛山网友转帖被拘案”等给不少的网民留下了心理阴影。

另一方面，对网络实名制可能带来的个人信息泄露的担忧，也会使很多网民对于网络言论望而却步。韩国自 2007 年实行“网络实名制”^[9]，在 2011

[9] 2007 年 7 月，韩国信息通信部颁布《促进利用信息通信网及个人信息保护有关法律》修改案，规定韩国 35 家主要网站都要求用真实姓名和身份证号码才能注册和发表评论，如不遵守命令，将课以最高 3000 万韩元的重罚。2012 年 8 月，韩国宪法法院宣布废除 2007 年生效的网络实名制法案，8 位法官一致裁决这一政策破坏了言论自由。

年7月,韩国两个大型网站被黑客侵入,3500万用户(约占95%的韩国网民)资料外泄。但另一方面,根据首尔大学的研究,诽谤跟帖数量从实名制实施前的13.9%下降到后来的12.2%,下降幅度微弱。而与此同时,网络论坛平均参与者从2500余人锐减到不到800人。几项数据都显示,实名制对于抑制网络诽谤和传播虚假信息方面效果非常有限。^[10]

由此可见,网络实名制立法是基于对两者价值的选择。一种价值是国家安全、网络环境的净化、社会稳定;另一种是言论自由、隐私权。《关于加强网络信息保护的決定》是否是牺牲一种言论自由、隐私权法律价值,来换取另一种安全和秩序价值?这种选择是否正当,是否存在其他更好方法来实现目前的立法目标?对于这些问题的回答,需要结合网络言论自由的特点和发展态势,以及我国的特殊国情做出判断。

三、网络实名制下自由与秩序价值的平衡及选择

网络实名制,无论是出于净化网络环境的考虑,还是出于保护网络信息,都不可避免地产生限制言论自由的效果。然而,问题在于,这种结果上的限制,是否侵犯了言论自由?

主张言论自由不应受侵犯的人,倾向于从言论自由的价值着眼。认为无论何种言论,即便是极端的、谩骂、攻击性的言论,只要不违反法律,也应当受到保护。因为人类文明的进步,依赖于新思想的自由表达,尤其是非主流思想。言论自由原则是社会应当坚守的最核心价值。互联网不仅提供了言论自由的场所,而且还丰富了言论自由的内涵。如果人们承认真理的内在价值,承认真理产生于自由的环境,那么互联网就是促进言论自由的最重要工具。对于互联网的“匿名传统”,有的国家甚至以立法方式予以确认。如德国在2007年《电讯媒介法》(Tele-media Act)第13(6)条中就规定,电讯媒介服务提供商必须在可能且合理的情况下保证用户能够匿名接受服务。^[11]

然而,就言论自由本身来看,在任何国家都不是绝对的。对言论自由进行适度的限制,从而保护具有更高价值的个人或社会利益,是世界通行的做

[10]《误入歧途——韩国“网络实名制”的教训》,载和讯网, <http://tech.hexun.com/2012-12-24/149413048.html>, 2014年5月6日访问。

[11]《网络实名制,请公开说服我》,载财经网, <http://www.caijing.com.cn/2012-12-27/112395858.html>, 2014年5月6日访问。

法。只不过，在网络领域，因为不涉及真实信息，人们不需要承担任何言论的后果，因而，就有可能将人性的另一方面暴露出来：在现实社会不敢说的都可以不计后果地说出来，甚至于欺诈、诽谤等。因此，从国家对网络的管理来看，即使没有网络实名制，网民也不能不负责任地发表任何言论。应当说，在某种程度上，网络实名制限制的是不适当的言论，是言论自由正当行使的保障。那么，在什么情况下要对言论自由做出限制呢？这需要平衡受限制的言论自由与要保护的利益之间，哪一个具有更高的价值。

（一）结果正当性考察：以可能及现实的影响为衡量标准

美国法院在对言论自由程度及管制的判决，体现了较为明显的“结果导向”和“优先价值考虑”。

美国法律承认，言论自由的核心是，政府没有权力基于言论所表达的信息、思想、主题或内容而禁止该言论的表达。^{〔12〕}不过，在司法实践中，并非对任何言论都不能采取审查或限制措施。在 *Chaplinsky v. New Hampshire* 案中，法院根据言论内容的不同，区分“低价值言论（low—value speech）”和“高价值言论（high—value speech）”，提出，“言论自由这项权利并非在任何情形、任何条件下都受绝对保障。限制或禁止经过谨慎界定并限制范围的几种类型的言论，并不会违反宪法的规定。这些言论包括淫秽、粗俗、诽谤以及挑衅。”^{〔13〕}法院进一步分析，“从长远看，这些言论的内容并不涉及任何思想、意见的表达，而且，其对追求真理而言也无任何社会价值。即便这些言论能给社会带来一些利益，它也会明显小于因限制这些言论而带来的社会秩序和道德规范方面的社会利益。”^{〔14〕}

Reno v. ACLU 案涉及对 1996 年制定的《庄重通讯法》（*Communications Decency Act*）关于限制言论自由的措施是否恰当的认定。《庄重通讯法》旨在保护儿童不受互联网有害内容的影响。该法规定，任何通过网络向未满 18 周岁的未成年人传播“淫秽（*obscene*）”或“猥亵（*indecent*）”言论或信息的行为，构成刑事犯罪，将面临两年以下监禁，以及 250000 美元以下的罚款。虽然该法的立法目的具有正当性，但实施起来却异常困难。很多人认为，该

〔12〕 *Police Department of Chicago v. Mosley*, 408 U. S. 92 (1972).

〔13〕 *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U. S. 568 (1942).

〔14〕 *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U. S. 568 (1942).

法过于模糊并且限制了成年人之间合法的言论。以“美国公民自由联盟”为首的团体，对该法提出挑战。法院于1997年作出判决，认定该法律违反宪法关于言论自由的规定，因为条文用语模糊且限制过度。判决书提到，“就美国宪法的传统来看，除非有相反的证据，我们认为政府对言论内容进行管制的做法，很可能干预思想的自由交换。而在民主社会中，鼓励表达自由的重要性，远远超过任何对言论内容进行审查所带来的、在理论上可能存在却未经证实的利益。”“在保护未成年人免受不良信息的影响方面，政府的确有其正当利益可言。但这一利益不能因此证明，采取任何非属必要的方式、广泛限制成年人传播信息的做法是正当的。”^{〔15〕}

在FCC v. Pacifica Foundation案^{〔16〕}中，联邦最高法院在该案判决中指出，广播电视等媒体所受到的言论自由管制，要严于其他媒体，例如互联网。^{〔17〕}因为广播电视影响层面深远且广泛的媒体，并且是一般未成年人非常容易接触的信息，所以政府可以采取管制措施，要求广电业者将粗俗不雅的节目安排在特定的晚间时段播出，以避免或尽量减少未成年人观赏，该种规制做法是正当的；但政府对互联网上的言论与信息内容进行规制的措施，不同于对广播电视的规制，应受到较高程度的言论自由原则的限制。

通过美国立法及司法实践可以看出，网络言论自由，并非完全不受限制。不过，对其限制的立法，必须具有正当的利益，例如出于保护未成年人不受网络淫秽信息的影响等。虽然，美国的立法并不涉及网络实名制，但如果其能通过一定的方式，对于在网络传播“淫秽”或“猥亵”言论或信息的人做出认定，本质上来说，仍然是一种对网络言论自由的限制。

对网络言论自由进行管理的必要性在于，网络言论在特定情形下，已经不是一种私权利，而演变成为一种公共的、不受规制的“权力”。“人肉搜索”、“追杀令”、“网络法庭”等产物均在一定程度上涉嫌对当事人的隐私造成侵犯，甚至构成人身安全威胁。而发表相关言论的网民，则可能涉嫌构成刑事犯罪。例如，2012年8月，挪威法院就曾对极右翼分子埃文德·伯格多次在其博客上发表鼓动公众对警察实施谋杀言论的行为，进行审判。

人类社会进入21世纪，权利的保障机制的建立相对健全。大规模的权利

〔15〕 Reno v. ACLU, 521 U. S. 844 (1997).

〔16〕 FCC v. Pacifica Foundation, 438 U. S. 726 (1978).

〔17〕 江登琴：《美国网络色情刑事处罚的宪法审查——雷诺案的经验与启示》，载《国家检察官学院学报》2011年第1期。

立法已经告一段落。法律的执行和实施因此成为权利保护的重点。然而，尽管在权利的法律体系中，对侵权要件、违法救济等都做了详细规定，但由于越来越多的权利侵害具有常发性、侵权人难以确定等特点，这种依赖于传统的司法救济的权利保障体系显现出较大的不足。在 20 世纪以来，政府的职能已经从消极的“警夜人”转变为积极的“调控者”。21 世纪的复杂社会问题表明，政府更应向有效的管理者转变，其中包括对法律遵守的管理。在网络管理的立法方面，立法者采取一些措施或手段，必然对其他既有的权利造成限制，但这种限制却是以一个较高的价值为追求目标的，因而在结果上具有正当性。

（二）手段正当性的考察：以手段的相称性和有效性为衡量标准

从《关于加强网络信息保护的決定》可见，网络实名制只是网络信息保护的手段之一。由于加强网络信息保护的主要目的是保护国家安全和社会公共利益，那么，如果不采用网络实名制，是否不足以解决当前存在的一些突出问题？

1. 网络实名制措施的相称性

网络言论的开放性和自由性，使政府在控制网络过激政治言论的能力大大削弱。互联网在促进信息交流的同时，也成为诽谤和颠覆合法政府、破坏社会安定的工具。对政府执政进行批评的激烈言辞具有两面性。如果恰当处理，可以使政府改进执政水平，从而得到人民肯定。但对于言论自由长期受禁不畅的国家，一旦突然打开言论的束缚，很可能会形成一股洪流，动摇政府的合法性，对社会秩序和国家整体稳定构成一定的威胁。^{〔18〕}例如，在我国台湾地区的民主化进程中，解除“报禁”和“党禁”，放开言论自由，其结果是党派相争，政府的权威在一段时间内始终无法重建。目前，网络评论中，对于政治和腐败事件普遍存在着对政府的高度不信任。很多网民对于有些事件，甚至不作任何分析，就直接武断地给出观点和判断。而这种“先入为主”式的言论，往往会被认为具有“反叛”精神而受到较多支持和关注。显然，长此以往，相关言论对于社会稳定必然会产生一定的影响。

网络时代的言论，同传统的媒体传播方式相比，具有即时性和快速扩散

〔18〕高中：《国家安全与表达自由比较研究》，法律出版社 2008 年版，序言第 2 页。

性，从而使政府难以通过对传统媒体审查的方式加以控制，尤其是在以“博客”、“微博”为代表的“自媒体”出现之后。尽管从技术上，一国政府对于本国领域内的互联网能够实行有效的管理，然而，网络的全球性以及信息的海量性，使得一国政府对相关信息的过滤不可避免具有滞后性，并且难以有效根除。而不断前进的网络技术，为网民提供了更多逃避政府审查的方式，从而进一步改变了政府与网民之间在舆论争夺方面的力量均衡。政府如果要针对网民所表达的言论进行控制，就必然需要不断地投入大量的人力和物力。而如果针对发表言论的主体进行有效的管理，则能够掌控过激言论的风险。特别是对于有组织的、以网络发帖为职业的“网络水军”，网络实名制方式更是具有直接的效果。

不仅如此，不受管制的网络言论自由所带来的另一严重问题是：国家认同感和民族认同感的降低。^{〔19〕}对于一个国家来说，仅仅满足国际法上关于领土、居民、主权和政权的四项要素，还不足以使国家长治久安，免受外族入侵。没有国民的认同，就没有国家的精神和凝聚力。在近年来，网络用语所流行的“爱国贼”一词，就反映了我国目前在各行业一定范围内所存在的打着爱国旗号，却危害国家和人民利益的人。例如，在中日“钓鱼岛”事件中，不少游行示威的民众，实际上是怀着“凑热闹”甚至借机“捞一把”的心态去的，因此才发生一些暴力性事件。对于一个多民族国家来说，“如果民族主义能够上升为爱国主义，它将成为国家统一和发展的强大聚合力量和推动力量；但如果民族主义表现为狭隘的大民族主义、地方民族主义和民族分裂主义，它就成为国家统一和发展的的心腹大患。”^{〔20〕}从我国目前相关网络论坛的激进言辞可以看出，部分网民除了表达对政府的意见外，还具有强烈的地域意识和民族主义意识。如果对这些激进的言论采取简单的“删帖”处理方式，可能激起评论人更大的不满。尽管网络实名制不足以完全阻止这些激进的民族主义的评论，但通过这种方式，可以使国家可以掌握评论人的基本情况，以便于在其危害国家安全时，对其采取法律所允许的措施。

2. 技术手段在成本与效率上的有效性

实际上，随着“微博”实名制的推行，不少网民在某种程度上已经接受了网络实名制。网络评论实名制，只不过是在这一领域的进一步推进。这是

〔19〕李方杰：《网络言论自由和国家安全的冲突与平衡研究》，华中师范大学2011年硕士论文。

〔20〕刘跃进：《国家安全学》，中国政法大学出版社2004年版，第223页。