

郭莉
著

LEGAL
REGULATION OF

NETWORK

PUBLIC OPINION
SUPERVISION

UNDER
THE VISION OF
POWER
RESTRICTION

权力制约视域下
网络舆论监督的
法律规制

权力制约视域下，权力制约与网络舆论监督是有着内在紧密联系的两个概念。

权力制约视域下的网络舆论监督是网络条件下，基于公民监督性权利而形成的权力制约的客观效果。

权力制约视域限定了网络舆论监督的客体为权力行为，也限定网络舆论监督法律规制的对象为权利与权力关系。

在法学领域，网络舆论监督具有权利属性，是一项涵盖了多项具体权利的概括性权利。



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

LEGAL
REGULATION OF



NETWORK

权力制约视域下
网络舆论监督的
法律规制

PUBLIC OPINION SUPERVISION
UNDER THE VISION OF POWER RESTRICTION

郭莉 著



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

图书在版编目(CIP)数据

权力制约视域下网络舆论监督的法律规制 / 郭莉著

— 北京 : 社会科学文献出版社, 2019.4

ISBN 978-7-5201-4183-3

I. ①权… II. ①郭… III. ①权力制约-关系-互联

网络-舆论-法律监督-研究-中国 IV. ①G219.2

②D926.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2019)第 017078 号

权力制约视域下网络舆论监督的法律规制

著 者 / 郭 莉

出 版 人 / 谢寿光

责任编辑 / 周雪林

文稿编辑 / 殷 霞

出 版 / 社会科学文献出版社·城市和绿色发展分社 (010) 59367143

地址: 北京市北三环中路甲 29 号院华龙大厦 邮编: 100029

网址: www.

发 行 / 市场营销

印 装 / 三河市龙

规 格 / 开 本: 7

印 张: 1

版 次 / 2019 年 4

印 刷

书 号 / ISBN 978-

定 价 / 79.00 元

本书如有印装质量问题, 请与读者服务中心 (010-59367028) 联系

 版权所有 翻印必究

目 录

导 论 / 1

- 一 研究缘起 / 2
- 二 研究的意义 / 10
- 三 研究现状述评 / 14
- 四 研究思路、方法及创新点 / 23

第一章 权力制约与网络舆论监督 / 26

- 一 权力制约视域下网络舆论监督概念的界定 / 26
- 二 网络舆论监督要素特征 / 31
- 三 网络舆论监督是以权利制约权力的一种方式 / 42
- 四 权力制约是网络舆论监督的首要功能 / 60
- 五 网络舆论监督彰显权力制约话语权 / 68
- 六 网络舆论监督权力制约的形成机制 / 83

第二章 网络舆论监督法律规制的现实需求 / 111

- 一 消除网络舆论监督自成性负效应的现实需要 / 111

- 二 明晰网络舆论监督民主边界的现实需要 / 114
- 三 维护国家安全的现实需要 / 116
- 四 保障网络舆论监督制约权力的现实需要 / 119
- 五 化解网络舆论监督与权力冲突的现实需要 / 121

第三章 网络舆论监督法律规制的历程 / 124

- 一 网络舆论监督法律规制初建阶段 / 125
- 二 网络舆论监督法律规制逐渐加强阶段 / 130
- 三 网络舆论监督法律规制深入推进阶段 / 135
- 四 网络舆论监督法律规制的完善任重道远 / 145

第四章 网络舆论监督法律规制实践热点聚焦 / 147

- 一 网络匿名表达与网络实名制 / 147
- 二 “人肉搜索”的法律规制与个人信息权的保护 / 161
- 三 网络舆论监督与司法独立的限度 / 190

第五章 网络舆论监督法律规制的中国法治路径 / 220

- 一 什么是中国法治路径 / 221
- 二 中国法治路径对网络舆论监督法律规制具有本质规定性 / 223
- 三 中国法治路径下网络舆论监督法律规制完善的具体构想 / 242

结 语 / 265

参考文献 / 270

导 论

习近平总书记指出,“要把权力关进制度的笼子里,一个重要手段就是发挥舆论监督包括互联网监督作用。”^① 权力制约视域下的网络舆论监督将网络舆论监督的对象指向了公权力,突出了网络舆论监督的权力制约功能。网络舆论监督是网络条件下权力制约的新途径和新方式,彰显了权力制约的独特优势。由于法律规制不足,网络舆论监督的法治问题凸显出来,法治要求任何主体的行为均要在法律的范围内实施,因此如何加强网络舆论监督的法律规制,有效平衡网络舆论监督与权力关系,保障网络舆论监督权力制约功能的有效发挥,就具有了研究的现实意义。

^① 习近平:《在网络安全和信息化工作座谈会上的讲话》,《人民日报》2016年4月26日。

一 研究缘起

（一）网络舆论监督彰显权力制约的独特优势

当人民赋予国家权力时，监督权力如何不被滥用就成为一个永恒的话题。恩格斯指出，“社会起初用简单分工的办法为自己建立了一些特殊的机关来保护自己共同的利益。但是，后来，这些机关，而其中主要的是国家权力，为了追求自己特殊的利益，从社会的公仆变成了社会的主宰。”^①恩格斯指出了国家权力的本源在于社会，指出了权力存在腐败的天性。马克思主义认为，只有人民群众实现了对权力的监督，才能达到对权力的真正有效制约^②。在现代国家，为了防止权力滥用，国家不仅在权力体系内部通过分工形成权力制约关系，而且还赋予人民群众各种权利来监督制约权力。但由于受社会各种条件的制约，事实上，人民群众作为权力制约的主体，其地位一直没有彰显出来，以权力制约权力仍是权力制约的主导模式。

网络舆论监督是网络条件下舆论监督的一种新形式，它改变了舆论监督的运行机制，创新了舆论监督的话语平台，拓展了舆论监督的内涵和外延，彰显了人民作为权力制约主体的独特优势，使得舆论监督以权利制约权力的作用显现出来，成为权力制约权力的有效补充，并与权力制约权力形成有效互动。

网络作为一种划时代的新媒体，在制约权力方面具有传统舆论无可替代的优势。网络舆论监督是网络技术与政治民主有机结合的产物，网络代码的扁平网状结构特征自然地与民主的发展联系起来。^③网络的公共性促

① 《马克思恩格斯全集》第22卷，人民出版社，1965，第227页。

② 何谓权力制约在理论上有着不同的观点，最狭义的权力制约一般是指通过将权力分属于不同的主体，将权力限制在适当的范围内以实现不同权力之间的制衡。最广义的权力制约与权力监督等同，在马克思主义的视角下，权力制约就等于权力监督。马克思主义认为，只有人民群众实现了对权力的监督，才能达到对权力的真正有效制约。参见张康之《评政治学的权力制约思路》，《中国人民大学学报》2000年第2期；叶战备、金太军《“以权利制约权力”视角下的舆论监督》，《探索》2005年第4期。本课题是从最广义的权力制约来理解的，即权力制约等同于权力监督。

③ 参见周永明《互联网与民主：西方中国网络研究的政治化》，道客巴巴，<http://www.doc88.com/p-2572953269531.html>。

进了政治民主,“和以往各种技术相比,网络似乎更具民主特性,这体现在这一技术本身的互动性、非等级性、大众接触的便利性和惊人的覆盖面。这些特征让互联网具有巨大的政治吸引力。”^①在网络民主刚刚出现的时候,美国学者托夫勒就预言到:“通讯技术方面引人注目的进展,为公民首次直接参加政治决策工作开辟了更多的可能性”,“这是明天可能实行直接民主的一个最初的迹象。”^②托夫勒认为,这种直接的公民参与与“代表制”的间接民主结合起来,可以发挥两种制度的优点,形成一种半直接民主的新制度。

网络舆论监督之所以成为权力制约的独立力量,在于网络改善了人们参与民主监督的技术条件,提高了人们民主参与的能力。网络是网络舆论监督形成的前提和基础,它被认为创造了一个便于形成舆论的相对理想的公共领域。哈贝马斯认为,真正的舆论是在公共领域产生的,是不受权威组织控制和渗透的自主性舆论。在哈贝马斯看来,网络技术的运用,创造了一个迄今不曾有过的公众领域。我国有学者也认为,在“这个崭新的电子空间,将帮助现代人类找回久已失落的参与感、附属感和被需要感,而民主的真谛——人民意志的集体真实表达(而不是代议的寡头政治)——也将在此状似虚拟却又如此真实的场景中获得实践”。^③网络创造了一个相比传统媒体更加开放的、更加多元的、更利于平等表达和传播的公共空间,它将人们从“原子”时代带入“比特”时代,也将人们的交往空间拓展到“比特”构成的虚拟空间,形成了不同于现实的网络公共领域。

网络舆论监督权力制约的实现,与是否有理想的言说公共环境密切相关。公共领域被认为是介于国家与社会之间进行调节的一个领域,能够创造一个理想的言说环境。查尔斯·泰勒认为:“公共领域是一种公共空间,在这里,社会成员必定通过各种各样的媒介相遇,通过印刷品、电子产品,也包括面对面的会见;并就有关共同利益的事务进行讨论;从而能够就这些问题形成共识。”^④公共领域具有政治功能,“哈贝马斯认为,公共

① 周永明《互联网与民主:西方中国网络研究的政治化》,道客巴巴, <http://www.doc88.com/p-2572953269531.html>。

② [美]阿尔温·托夫勒:《第三次浪潮》,朱志焱译,生活·读书·新知三联书店,1983,第532、533页。

③ 刘文富:《网络政治——网络社会与国家治理》,商务印书馆,2002,第85页。

④ Charles Taylor. *Modern Social Imaginaries*. Durham: Duke University Press, 2004 (P. 83). 转引自熊光清《中国网络公共领域的兴起、特征与前景》,《教学与研究》2011年第1期。

领域是检验政治代表自身权力旨趣抑或选民旨趣即人民旨趣的试金石^①”。“公共领域是意味着神秘政治寿终正寝的因素。自从政治不得不在公共领域中予以自我辩护，政治家就再不能无节制地纵容自己的私欲与权力欲了。”^②在网络这个新公共领域，人们的权利意识空前觉醒，对权力不再保持沉默，也不再总是处于被代言的地位，怎么说，说什么，在哪里说的权利回归到普通人的手中。在网络公共领域，没有话语时序、没有话语身份等级的预设，人们享有了更多的话语自由，很容易形成团结的力量。哈贝马斯指出：“团结作为一种社会一体化的力量，不再是仅仅来源于交往行为，它必须通过自主的公共领域以及民主意见和意志在法治国家制度中的形成程序进一步释放出来，并且在面对其他两种资源（金钱和行政权力）的时候能够捍卫自己的地位。”^③网络舆论正是借助网络公共领域的话语空间来显示人民团结的力量，影响国家决策，表达自身利益需求，并实现对权力的制约。

网络监督主体的广泛性、监督内容及过程的公开性、及时性等特点，很容易将分散的个体权利变成集体性力量，并以群体性的共同话语力量影响和改变权力的运行状态，甚至改变权力内容。网络创造了人们的虚拟化存在方式，“虚拟生存是一种在去除了人的物理实体特征，并将其浓缩化数字化符号后，以集合体的形式而存在于虚拟空间的一种生存样式”^④，这种生存样式使得主体能够借助数字化形式实现了对现实的超越，“消解了主体的具体时空特性”^⑤。这种生存样式对民主而言，解决了传统参与民主“屋子装不下”的问题，实现了公民的“指尖发声”。由于网络舆论监督主体拥有了自主发声并影响他人的机会，使得现实中原子化的个人，在网络空间以数字化身份获得寻求新的集体意识和认同的可能，从而使得自发性舆论监督成为可能。网络实现了舆论监督主体的价值，拓展了公民权利行使的空间，消除了公民之间相互交流的时空约束，促进了在更大范围内的舆论聚合，提升了公民作为舆论监督主体的自主话语权，赋予了监督主体更多自我实现权利的能力和更为广阔的实践空间，网络舆论监督作为权力制约

①〔德〕德特勒夫·霍斯特：《哈贝马斯》，鲁路译，中国人民大学出版社，2010，第13页。

②〔德〕德特勒夫·霍斯特：《哈贝马斯》，鲁路译，中国人民大学出版社，2010，第13页。

③〔德〕尤尔根·哈贝马斯：《包容他者》，曹卫东译，上海人民出版社，2002，第289页。

④贾英健：《虚拟生存论》，人民出版社，2011，第40页。

⑤贾英健：《虚拟生存论》，人民出版社，2011，第44页。

的新生力量，彰显了人民无所不在的监督力量。

网络开创了舆论监督与权力直接互动的新局面，并深刻地影响着中国的权力运行，悄然地改变了中国民主监督的状态，也改变了权利与权力的关系状态。曼纽尔·卡斯特指出，在网络社会，“不是政府注视着人民而将是人民注视政府——这是他们本身的权利，因为理论上人民是当地的主人”。^①网络促进了公民意识的觉醒，人民直接参与舆论监督的巨大主体性力量由于网络技术进步而得到彰显。在网络空间，人们“思考什么”和“怎么思考”不再完全由传统媒介议程所决定，“从前所说的‘大众’传媒正演变为个人化的双向交流，信息不再被‘推给’（push）消费者，相反，人们（或他们的电脑）将把所需要的信息‘拉出来’（pull），并参与到创造信息的活动中”。^②人们在网络空间享有更多自由表达和自由传播信息的机会，能够看到更多未经过滤的意见和观点，自发性舆论的生成变得更加容易。在网络空间，人们对权力信息的获得变得容易且敏感，权力及其行使者常常成为网络舆论关注的焦点。面对随时可能沸腾的舆论，权力行使者开始变得谨慎，不再无节制纵容自己的骄横与膨胀欲了，权力行使者更加自觉地慎重对待手中的权力，网络舆论监督彰显权力制约优势的同时，权力形象也得以改造和重塑。

（二）网络舆论监督法律规制不足

网络舆论监督彰显权力制约优势的同时，法律规制不足问题也随之呈现出来。法律规制是运用国家法律、行政法规、政府规章以及具有普遍约束力的法律文件对国家和社会生活的规范和约束。网络舆论监督法律规制不足，主要体现为立法供给不足问题。

网络社会作为对现实社会的拓展与超越，它基于现实社会而超越现实社会，并对现实社会产生重大的影响，网络社会与现实社会这种相互融合、相互依存、相互促进的状态，不仅改变着人们的政治、经济、文化等活动样式，也在悄然改变着传统法律的生存和运行状态，网络社会对传统法律制度提出了挑战。这种挑战一方面表现为法律规制出现空白；另一方面表

① [美]曼纽尔·卡斯特：《网络星河，对互联网、商业和社会的反思》，郑波、武伟译，社会科学文献出版社，2007，第168～169页。

② [美]尼葛洛庞帝：《数字化生存》，胡泳等译，海南出版社，1997，第4页。

现为传统法律向网络延伸出现不周延性。

当前,网络舆论监督对权力制约的规范化和有序化面临相关法律缺失与传统法律如何适应“比特”世界的双重挑战。网络舆论监督由于借助了网络技术而具有了不同于传统舆论监督的特殊性,它在提高舆论监督的权力制约功效的同时,也不可避免地带来了新的法律问题。传统有关舆论监督的法律已无法解决网络舆论监督面临的所有问题。比如网络空间的无边界性导致传统以地域为基础的管辖权难以适用的问题、“人肉搜索”的问题、“网络水军”、“网络推手”、舆论信息载体电子化问题、网络诽谤行为认定问题、网络言论监管限度等问题。网络舆论监督中存在的法律问题凸显了法律操作设计存在缺陷和技术进步产生的立法空白。

秩序是人类有序化生存的表现,而法律规制是实现有序化生存的最有效的途径。网络技术的发展,拓展了人们的生活空间,网络生活已构成现实生活不可分割的一部分,网络社会与现实社会形成相互融合、相互依存、相互促进的关系。网络社会数字化生存“是现实生存向虚拟空间中的延伸,它不仅不会远离人的现实生存,相反还会以人的现实存在为背景”。^①随着网络与现实生活的紧密结合,网络空间越来越需要国家的全面管理介入和法律的规制,以便实现社会秩序化的生存。然而,传统法律根本无法满足互联网社会规范化运行的现实需要。马克思指出:“与法学家的幻想相反,社会不是以法律为基础的,相反地,法律应该以社会为基础;法律应该是社会共同的、由一定的物质生产方式所产生的利益和需要的表现。不顾社会发展的新的需要而存旧的法律,会造成社会危机。”^②尼葛洛庞帝也指出法律随时代而发展变化的特性,“大多数法律都是为了原子的世界,而不是比特的世界而制定的……电脑空间的法律中,没有国家法律容身之处”。^③劳伦斯·莱斯格为了阐明网络空间如何与现实不同,举例网络赌博以及国家通过“蠕虫”对公民硬盘进行搜查监控,从而说明在网络条件下行为方式的变化,以及现实法律在网络空间遭遇的困境。^④虽然网络社会

① 贾英健:《虚拟生存论》,人民出版社,2011,第184页。

② 《马克思恩格斯全集》第6卷,人民出版社,1961,第4页。

③ [美]尼葛洛庞帝:《数字化生存》,胡泳、范海燕译,海南出版社,1997,第278页。

④ 参阅[美]劳伦斯·莱斯格《代码2.0:塑造网络空间的法律》,李旭等译,中信出版社,2004,第17、22页。

与现实社会不可分,但网络社会毕竟不同于现实社会,它创新人们的交往方式和生活方式,形成带有信息技术特点的数字化社会交往行为,如网络购物、网络社交、网上支付、网络游戏、网络视频、网络新闻等,它覆盖了人类政治、经济、文化等生活的方方面面。网络舆论监督也是网络数字化生存的产物,传统舆论监督法律制度同样无法解决网络舆论监督所面临的问题。网络的数字化本质决定了法律向网络空间延伸的复杂性和对传统法律的超越性。

法律制度有其形成发展变化的规律,马克思指出:“法的关系正像国家的形式一样,既不能从它们本身来理解,也不能从所谓人类精神的一般发展来理解,相反,它们根源于物质的生活关系。”^①法律具有受生产力发展状态制约的客观属性和随着生产力发展而不断发展的“成长性”特点,它作为上层建筑总是与一定社会生产力的发展状况相适应,随着社会生产力发展而发展,因而不同时期的法律具有不同的时代特征。从法律变迁与科技发展关系上看,每一次新的技术革命,在改变生产力实践状态和社会关系存在状态的同时,也必然会带来法律的重大变革。网络作为20世纪最伟大的发明之一,是继蒸汽机的发明以及电力的应用之后,影响人类生活最深远、意义最重大的技术创新,是代表当前最为先进的生产力,网络技术革命必然会成为法律变革的新动力。德国学者弗里德曼指出,“法律犹如有机体,必须随着社会生活之发展变化而变化,并在变化中求其长生。否则,必不免陷于僵化,不能适应社会的需要。”^②有什么样的物质生活条件,就有什么样的法律关系。网络社会的到来,使得法律由“工业社会立法向后现代立法转移,主要特征是规范无形产权和非现实社会关系的法律规范”。^③网络舆论监督体现了一种非现实社会关系,它要求对传统法律进行超越与创新,以弥补网络舆论监督法律规制不足所带来的负面效应,促进网络舆论监督制约权力的规范化、有序化。

(三) 网络法治的提出

党的十五大报告明确提出“依法治国,建设社会主义法治国家”后,

① 《马克思恩格斯选集》第1卷,人民出版社,1995,第32页。

② 转引自王泽鉴《民法学说与判例研究》第1册,中国政法大学出版社,1997,第293页。

③ 周庆山:《论网络法律体系的整体建构》,《河北法学》2014年第8期。

法治的重要地位和作用获得空前的重视。^①党的十八届三中全会公报和全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》提出,“建设法治中国,必须坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进,坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设。”当前,网络已深度融入人们的社会生活中,网络社会法治建设的重要性凸显。习近平总书记指出:“要坚持依法治网、依法办网、依法上网,让互联网在法治轨道上健康运行。”网络法治意味着将一切个人与组织都约束在宪法与法律之下活动,不管是普通公民、网络媒体,还是国家权力机关,都要崇尚法治,自觉遵守法律的规定,以法治思维、法治话语表达利益诉求,解决利益纠纷,参与国家治理。

网络舆论监督的法律规制是网络法治的必然要求。网络不是一个法外之地。2015年9月22日,习近平总书记在接受美国《华尔街日报》采访时指出:“网络空间与现实社会一样,既要提倡自由,也要遵守秩序。自由是秩序的目的,秩序是自由的保障。我们既要充分尊重网民交流思想、表达意愿的权利,也要构建良好的网络秩序,这也是为了更好地保障广大网民合法权益。”^②有效的法律规制是实现秩序的必要条件,而秩序则是自由的保障。事实证明,网络自身是无法实现秩序的。法律具有分界和保护的功能,从一定意义上就是为社会划界,它有助于建立每个人都能获得安全且自由的社会环境。“每个个人的存在和活动,若要获致一安全且自由的领域,须确立某种看不见的界线(the invisible border line),然而此一界线的确立又须依凭某种规则,这种规则便是法律。”^③任何自由都不能超越一定界限,当自由超越一定的界限,也就失去了被保护的理据,进而成为被规制的对象。因此,要“加强互联网领域立法,完善网络信息服务、网络安全保护、网络社会管理等方面的法律法规,依法规范网络行为”。^④

网络民主从无序走向有序,离不开法律的规制,法治应成为网络空间的价值追求。理论界有一种提法,“法制+民主=法治”,这种提法其实反

① 张文显:《全面推进法制改革,加快法治中国建设——十八届三中全会精神的法学解读》,《法制与社会发展》2014年第1期。

② 《习近平:七亿网民是了不起成就 领导干部要常上网看看》,人民网, <http://media.people.com.cn/n1/2016/0420/c40606-28289031.html>。

③ F.C.von Savigny, *System des heutigen romischen rechts* (Berlin, 1840), I, 331-332. 转引自〔英〕哈耶克《自由秩序原理》上册,邓正来译,生活·读书·新知三联书店,1997,第183页。

④ 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,《人民日报》2014年10月29日。

映了民主与法治的内在关联性。民主是法治的应有之义，而法治则是民主的保障，将民主和法治联系在一起的则是法律制度。法治要求任何人在享有网络带来的民主自由的同时，也要受到法律的规范，不受法治控制的民主将走向“极权民主”^①。洛克指出：“法律的目的不是取消或限制自由，而是维护和扩大自由。这是因为在所有能够接受法律支配的人类的状态中，哪里没有法律，哪里就没有自由。”^②自由与法律的关系，决定了必须对网络舆论监督进行法律规制，通过立法的规范和引导，使得网络舆论监督成为一种制度化的力量，才能最大限度地发挥网络舆论监督的民主优势。

权力是否受到法律的有效规制，是区分法治与非法治的主要标志。实现网络法治，必须坚持依法治网、依法办网、依法上网，提高网络管理法治化水平，意味着不仅要依法规范网络舆论监督行为，还要依法规范权力，只有从权利与权力关系出发，将权利与权力共同置于法治的要求下，才能使得权利与权力的行使均沿着法治的道路运行，也才能体现法治国家、法治政府和法治社会一体化建设的要求。“治理网络公共空间，既要实现政治社会以及社会整体的秩序，又要约束国家权力，传递其民主价值。”^③网络舆论监督对权力的制约是一种关系性存在，网络舆论监督法律规制因而也要有这种关系性的视角，不仅要规范网络舆论监督主体的行为，也要规范作为监督客体的权力行为。“近代法治的产生与运行是以权力制约和权利保障为基础和核心的，并强调当权者与其他人同样服从既定的法律。”^④马克思提出了用法律来限制政府绝对权力的法治思想，指出“法律的用处通常是限制政府的绝对权力”。^⑤规范权力的运行是中国特色社会主义法治的必然要求，党的十八大以来，党中央更加强调依法执政、依法治国、依法行政、依法治理社会，更加鲜明地提出法治是治国理政的基本方式。习近平总书记指出：“纵观人类政治文明史，权力是一把双刃剑，在法治轨道上

① 哈耶克认为，“只要民主制度不受有生命力的法治国家传统控制，就会很快蜕变为‘极权民主’或者甚至‘公民表决的独裁’”。转引自〔德〕格尔哈德·帕普克主编《知识、自由与秩序》，黄冰源等译，中国社会科学出版社，2000，第154页。

② 转引自鄂振辉《自然法学》，法律出版社，2005，第81页。

③ 秦前红、李少文：《网络公共空间治理的法治原理》，《现代法学》2014年第6期。

④ Joseph Raza: The Authority of Law, Clarendon Press, 1979, P.210. 转引自马长山《国家、市民社会与法治》，商务印书馆，2002，第155～156页。

⑤ 《马克思恩格斯全集》第12卷，人民出版社，1962，第576页。

行使可以造福人民,在法律之外行使则必然祸害国家和人民”^① 法治就是要“把权力关进制度的笼子里”^②,让权力不再任性。

二 研究的意义

(一) 有助于回应网络舆论监督对传统法律提出的挑战

深刻把握和回应现实的需要是学术研究的逻辑起点,面对网络舆论监督实现权力制约过程中存在的法律规制不足问题,如何回应网络舆论监督对传统法律提出的挑战,是现实向学术界提出的一个新课题。

网络舆论监督对传统法律提出挑战的同时,也给理论界提出了很多值得研究的课题,比如,“许霆案”“药家鑫案”等引发的人们对网络舆论与司法独立二者之间冲突的激烈讨论,河南灵宝“王帅诽谤案”引发的关于网络言论自由与政府名誉冲突的讨论,网络服务商删帖引发的网络言论自由权保护问题的讨论,“网络水军”“人肉搜索”等行为引发的人们对网络诽谤、网络侵权主体责任及管辖权认定的讨论等。

网络空间所面临的法律问题往往具有自身独特性要求,网络化生存由于挣脱了时空的限制和“原子”^③的束缚,必然会对原有社会制度产生巨大的冲击和挑战。传统舆论监督的相关理论及其法律规则面对网络舆论监督出现的新情况、新行为,常常遭遇困境,显得力不从心,无力应对,这就需要针对社会的发展和现实法律实践所面临的新情况,进行理论创新和发展,对法律实践做出有效的理论指导,使得网络在打破旧规则的同时,新规则能及时跟进,让社会始终能在一个有序的法治轨道内运行。

网络法治要求国家立法对这些新问题做出回应,并对传统法律制度做

① 《习近平关于全面依法治国论述摘编》,中央文献出版社,2015,第37~38页。

② 《习近平关于全面依法治国论述摘编》,中央文献出版社,2015,第127~128页。

③ 尼葛洛庞帝认为,工业时代是原子的时代,信息时代是比特的时代。比特和原子遵循着完全不同的法则。原子只能由有限的人使用,使用的人越多,其价值越低;比特可以由无限的人使用,使用的人越多,其价值越高。〔美〕尼葛洛庞帝:《数字化生存》译者前言,胡泳、范海燕译,海南出版社,1997,第3页。

出调整和变革,以适应网络条件下,舆论监督规范化的需要。然而对这些新问题的回应,大多数还处于理论的探索和实践的摸索阶段,司法界和学术界对同一问题还存在诸多争议。以网络诽谤行为为例,网络诽谤行为是在网络技术广泛运用的条件下诽谤行为在网络空间的延伸,“网络诽谤在行为主体、行为对象、发布载体、传播途径以及案件启动程序等方面呈现出有异于传统诽谤行为的新型特征,在某种程度上引发了司法实践中作为与不作为、名誉权与言论自由的冲突。”^① 面对网络诽谤日益高发的态势,现有罪名体系对于此类行为的评价存在着诸多的滞后与不足。比如,对象不特定的网络诽谤刑法应如何评价的问题,“对于以特定个人、单位为对象的网络诽谤行为的惩治有着现实的罪名基础,但针对不特定对象实施的网络诽谤却大多存在刑法评价的空白,”^② “对于针对不特定对象实施的网络诽谤行为,只要其诽谤内容不属于‘虚假恐怖信息’,就无法进入刑法的打击范围之内。为解决行政执法和司法实践中的难题,针对网络诽谤的新特点,最高人民法院给出了相关的解释作为司法依据,在这一司法解释中,虽然充分考虑了网络的特殊性,以被点击、浏览或者转发的次数作为定罪的数量化标准,但这一标准的权威性、科学性问题引发学界的广泛讨论,尤其是“被点击、浏览五千次,或者被转发五百次”以上,即应认定为“情节严重”,构成诽谤罪的规定,成为关注的核心和焦点。有学者指出:“一个人是否构成犯罪如果由他人或第三方的行为来决定,不符合我国刑法罪责相当、罪责自负和主客观相统一的基本原则,也违背了犯罪构成的基本原理。应排除因‘恶意’点击或转发给行为人造成‘客观归罪’的情形。”^③ 网络社会的形成需要创设新的法律规制,但如何实现对网络舆论监督科学的法律规制,仍需要根据实践不断地进行探索与反思。

(二) 有助于深化舆论监督制约权力的研究

监督和制约权力是当前我国政治体制改革的重要内容,党的十八大报

① 于冲:《网络诽谤行为的实证分析与刑法应对——以10年来100个网络诽谤案例为样本》,《法学》2013年第7期。

② 于冲:《网络诽谤行为的实证分析与刑法应对——以10年来100个网络诽谤案例为样本》,《法学》2013年第7期。

③ 李晓明:《诽谤行为是否构罪不应由他人的行为来决定——评“网络诽谤”司法解释》,《政法论坛》2014年第1期。

告明确指出,要“建立健全权力运行制约和监督体系”,要“让人民监督权力,让权力在阳光下运行”,并提出了中国特色社会主义法治。中国特色社会主义法治是具有中国特色的法治话语,这一法治话语的提出,对理论研究网络舆论监督对权力的制约提出新要求。它要求将网络舆论监督与权力的关系置于中国法治建设的大背景下研究,坚持以中国特色社会主义法治理论为指导,走中国特色社会主义法治道路。网络舆论监督的法律规制既要改变基于权力本位,导致的网络监管权力与公民权利之间存在的失衡问题,又要立足于中国实际,防止偏执的理想主义观与放纵的实用主义观对中国特色社会主义法治的破坏,在体现中国法治应有的政治逻辑的同时,有限度、有辨识地借鉴西方国家媒介制度规范经验。

注重以法律规范权力,是权力法治的表现。党的十八届四中全会《决定》强调“以规范和约束公权力为重点,加大监督力度,做到有权必有责、用权受监督、违法必追究,坚决纠正有法不依、执法不严、违法不究行为。”^①规范权力的运行是中国特色社会主义法治的必然要求,这就意味着执法、司法、守法、法律监督等权力运行环节要纳入法治的范围。法治要求权力的分配和权力内容必然遵循“权力法定”原则,党的十八届四中全会决定强调,“依法规范权力,就是给权力立规矩、划界线,明确其权力属性、内涵、边界,权力与责任的关系,自由裁量权的基准等。如果权力没有规范或者规范是‘稻草人’、‘纸老虎’、‘橡皮泥’,权力的滥用就会像洪水一样成灾。”^②在网络空间,导致权力会被滥用的情况有两种,一种是立法空白会常常导致权力的自我膨胀,一种是立法过于粗疏,导致权力自由裁量权过大。因此,国家强调要完善相关立法,通过立法明确网络空间的权力清单,使得权力职能、权限、程序的法定化,使得权力运行制约和监督的体制机制得到不断完善。党的十九大报告指出:“要加强对权力运行的制约和监督,让人民监督权力,让权力在阳光下运行,把权力关进制度的笼子。强化自上而下的组织监督,改进自下而上的民主监督,发挥同级相互监督作用,加强对党员干部的日常管理监督。”“构建党统一指挥、全面覆盖、权威高效的监督体系,把党内监督同国家机关监督、

① 《《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》辅导读本》,人民出版社,2014,第6~7页。

② 《习近平关于严明党的纪律和规矩论述摘编》,中央文献出版社、中国方正出版社,2016,第59页。