

FREEDOM OF EXPRESSION AT THE INTERNET
PROTECT AND REGULATION



互联网上的 表达自由

保护与规制

黄惟勤 著



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

互联网上的表达自由：保护与规制

黄惟勤 著

图书在版编目(CIP)数据

互联网上的表达自由:保护与规制 / 黄惟勤著. —
北京:法律出版社,2011.9
ISBN 978-7-5118-2481-3

I. ①互… II. ①黄… III. ①互联网络—公民权—研究 IV. ①D911.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 182869 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/丁 敏	装帧设计/李 瞻
出版/法律出版社	编辑统筹/法律考试出版分社
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/永恒印刷有限公司	责任印制/沙 磊
开本/A5	印张/7.375 字数/187 千
版本/2011 年 9 月第 1 版	印次/2011 年 9 月第 1 次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	销售热线/010-63939792/9779
网址/www.lawpress.com.cn	咨询电话/010-63939796
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
全国各地中法图分、子公司电话:	
第一法律书店/010-63939781/9782	西安分公司/029-85388843
重庆公司/023-65382816/2908	上海公司/021-62071010/1636
北京分公司/010-62534456	深圳公司/0755-83072995
书号:ISBN 978-7-5118-2481-3	定价:22.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 一

互联网的兴起和发展,创造了一个与实体社会相对应的虚拟社会。虚拟社会并不是虚构的社会,它与实体社会一道构成了现实社会,是现实社会的另一个侧面。虚拟社会的产生是一场革命。它改变了人们的生活方式和生存方式,扩大了人们的生活范围,创造了新型的社会关系,在法治和人权保护领域提出了很多新的课题。

表达自由是随着科学技术的发展而不断发展的基本人权。随着虚拟社会的产生,表达自由获得了新的内容。表达自由是一个权利体系,在这个权利体系中包含若干具体的自由和权利。宪法和法律所保护的表达自由中的各项自由和权利,几乎都可以在互联网上获得新的表达方式。这就在宪法学理论上提出了如何保障互联网上的表达自由的问题。宪法学界关于表达自由的研究已经很多,宪法学上关于表达自由的理论已经比较成熟,而关于互联网上表达自由的研究却很少。《互联网上的表达自由:保护与规制》一书是我国宪法学上第一本对这一问题进行系统研究的专著。

我国宪法确立了国家要尊重和保护人权的原則。国家对互联网上的表达自由进行保护是宪法的要求,是国家依据宪法承担的义务。国家对于互联网上的表达自由进行保护的价值目标是十分明确和毋庸置疑的。但是,宪法学上普遍承认自由和权利都不是绝对的,法律对于自由和权利进行某些必要的限制是具有合理性的。表达自由也是这样,它不是绝对的不受任何限制的自由。为了保护公民的隐私权,保护知识产权,对少年儿童进行特别保护,维护国家安全和公共利益,等等,对于表达自由的行使进行一些适当限制是必要的。需要研究的问题是究竟应该限制什么,不应该限制什么;可以限制什么,禁止限制什么;限制多少为适当限制,限制的度究竟在哪里。这些问

题是宪法学上永恒的研究课题,在宪法学上已经有了很多研究。关于这些问题的研究并不是本书的研究重点。本书在有关这些问题的研究上,主要是以宪法学界现有的有关研究成果为基础,重点探讨互联网上的表达自由在行使中是否需要限制和如何限制的问题。作者认为,互联网颠覆了关于表达自由限制的传统理论。虽然在互联网上行使表达自由也需要遵循必要的法律限制,但是由于互联网在信息传播技术方面所具有的独特优势,有关表达自由的一些传统限制手段和措施在互联网环境下就显得有些力不从心。虽然可以通过技术手段对于虚拟空间的信息传播进行限制,但是由于信息技术的迅速发展和“互联网无国界”的特点,通过技术手段进行限制的有效性是非常有限的。在表达自由保护方面,不仅需要遵守国际规范和国际惯例,也需要在一些领域进行必要的国际合作。

对于互联网上的表达自由,国家究竟是采取不作为和自由放任的方式,还是采取规制和管理的方式,虽然在理论上不同见解,而在实践上则是一个毋庸置疑的问题。从目前世界各国对于互联网上的表达自由进行保护的现实状况来看,任何一个国家对于互联网上表达自由的保护都没有采取完全的不作为和绝对的自由放任。对于互联网上的表达自由进行规制和管理,是各国的普遍做法和通行的国际惯例。针对我国对于互联网上的表达自由进行保护的现状及存在的问题,作者认为我国应在以下三个方面加强互联网上表达自由的保护:第一,采取各种立法措施,切实保障《宪法》第35条所规定的表达自由的充分和有效实现,为互联网上的表达自由创造一个良好的制度空间。第二,针对互联网的技术特点,制定保护互联网上表达自由的法律,切实保障在网络环境下行使表达自由。第三,关于网站和网民在互联网上的表达行为的法律规制应以国际法规范为依据,吸取各国有关互联网法律规制的经验,并尽快与国际社会的通行做法接轨。

《互联网上的表达自由:保护与规制》一书在对国外和我国关于互联网上表达自由的保护和规制的研究的基础上,对于如何规制我国互联网表达自由的问题提出了自己的见解,并提出了制定《互联

网言论自由保护法》的思路。作者主张我国在立法中应确立以下原则:(1)公民有权利利用互联网接受、传播一切合法的言论和信息。(2)公民有权利利用互联网对国家机关和国家机关工作人员实施宪法和法律的行为进行监督,但任何组织和个人不得利用互联网诋毁国家机关和国家机关工作人员的形象。(3)公民在互联网上行使表达自由的行为应受到公共利益和其他人的合法权益的限制。(4)非经合法程序,不得随意干涉网站的信息传播活动,不得无故限制和关闭网站。(5)个人或法人组织对于政府主管部门的网络规制不服,可以依法申请行政复议或提起行政诉讼。(6)为了加强对互联网上的表达自由进行法律规制,国家需要设立专门的机构,负责协调和监督网络规制和网络执法活动。(7)网民和网站的言论表达行为及其法律责任应在法律上作出明确规定,互联网上的违法行为应依法受到制裁。本书对于互联网上表达自由的研究无疑具有创造性的贡献,丰富了宪法学关于表达自由的理论,对我国加强互联网上表达自由的保护具有一定参考价值。

互联网的发展方兴未艾。互联网上表达自由的保护更是任重道远。随着电子科学技术和互联网技术的进一步发展,虚拟世界必将获得更为广大的发展空间。随着虚拟世界的发展壮大,互联网上的表达自由还会产生新的表达方式;保护表达自由的部分功能将为电子科学技术和互联网技术所取代;保护互联网上表达自由的国家职能将主要放在规制方面。国家不仅需要规制表达自由的限制问题,禁止不具有限制权限的机构和组织对表达自由的行使进行非法限制,而且还要规范表达自由的正确行使。

在表达自由的正确行使方面,公民既需要学会在虚拟世界行使表达自由的技能,也要学会在互联网上对于表达自由的正当行使。互联网创造的虚拟世界是一个相比实体世界更为自由的世界。但是,即使是虚拟世界的自由也绝对不是毫无限制的自由。在虚拟世界,不仅需要关注国家安全问题,而且也需要关注公民个人的各种安全问题,增强公民在虚拟世界的安全感。互联网上的表达自由需要保护,互联网上的其他权利和自由也需要保护。公民的隐私权、名誉

权、人格尊严、个人信息保护、知识产权,等等,在虚拟世界更容易受到侵犯。公民在互联网上行使表达自由的时候,不仅需要承担维护国家安全和公共利益义务,而且还必须承担不侵犯他人的权利和自由与不损害他人利益的义务。

互联网上的表达自由如何正确行使的问题不可能仅仅靠一个国家的国内法律规制来解决。虚拟世界是一个全球性的世界。互联网上的表达自由的保护和规制,需要通过国际合作和国际社会的共同努力来解决。国际社会需要制定有关互联网上表达自由的全球性准则和规范,同时给各主权国家留有充分的国内法规制空间,确保人类在虚拟世界既有统一的活动和互动空间,也有与各国人民的文化传统相适应的活动空间。互联网上的表达自由是宪法学上的一个新课题。希望本书所做的努力能够为在宪法学研究上建立关于互联网上表达自由的研究平台发挥一定的作用。

吴新平

2010年12月18日于北京

序 二

黄惟勤博士的力作《互联网上的表达自由：保护与规制》就要出版了，作为曾经拜读过其中最主要的学术精华的读者之一，我很是替他高兴。一方面，这部著作是在他的博士学位论文《论网络表达自由》基础上进一步发展起来的，对于网络与表达自由的关系，黄博士近年来倾注了自己的大量心血，可以说是法学界介入该领域最深的专家之一，应当说，从《论网络表达自由》到《互联网上的表达自由：保护与规制》，其形式及内容都有一个质的飞跃，反映了黄博士本人近年来孜孜不倦的研究成果。另一方面，作为在国内法学界比较早的关注表达自由问题的学者，我对黄博士就网络与表达自由之间的关系开拓的新的研究问题和领域，感到由衷的敬佩。记得1998年我曾在挪威人权研究所就表达自由的法律限制问题做了近一年的研究，回国后出版了半土半洋的《表达自由的法律界限》（中国人民公安大学出版社1998年版）一书，其中涉及了表达自由的诸多问题，当然主要是关于表达自由的内容的合法性问题，重点讨论了挪威最高法院审理的“羞示”案件，对于与表达自由相关的表达形式、空间、环境问题没有做深入探讨，总想哪一天静下心来认真地思考一下这个问题。不过，虽然当时互联网已经开始兴起，网络与表达自由的关系也有人开始探讨，但是，这方面的系统性研究成果很少。事实上，网络与表达自由的关系成为学术界关注的重点和一个学术意义上的问题，只是近年来的事情。因为网络环境下的表达方式发生了巨大变化，用传统的表达自由理论和传媒理论无法有效解决许多新问题，所以，网络与表达自由的关系突出出来了。我知道黄博士关心这个问题已经有近十年的时间。在过去的十年中，他不断地积累素材，对这个问题进行了系统和深入的思考，终于在博士阶段完成了自己的最

重要的研究成果,并且因此拿到了博士学位。可谓“十年寒窗”,也可以说是“后生可畏”。我通读了黄博士的新作《互联网上的表达自由:保护与规制》,总的感觉是黄博士在全面深刻地理解表达自由理论的基础上,对于网络环境下的表达自由问题进行了诸多创新性的研究,取得了丰硕的成果,也算是了却我自己多年的研究夙愿。我想在表达自由的理论海洋中,黄博士的《互联网上的表达自由:保护与规制》算得上是一个独具特色的奇葩。它的可贵之处就是给出读者一个历史的线索和一个比较的视野,使得读者对表达自由以及网络下的表达自由都有了一个较为系统的认知,这是一份很重要的学术贡献。尽管其中还有一些值得细敲的地方,但瑕不掩瑜,它的出版和面世必将会推动我国法学界对该问题的进一步探究。我相信,黄博士也会在今后的学术生涯中,对表达自由理论,对互联网上的表达自由问题,通过扎扎实实的研究,为读者奉献出更多更好的作品和思想。

莫纪宏

2011年8月20日

Freedom of Expression at the Internet

With the rapid development of the Internet and economic globalization, it is easy for people to communicate and express their ideas and views among themselves, and submit their criticisms and suggestions to the government through the Internet, which has brought about a great change for the exercise and protection of the freedom of expression, and thus aroused the question of freedom of expression at the internet.

The internet has become a faster and diverse means for the freedom of expression. It not only provides a convenient way to share ideas and information, but also raises new issues for the protection of the freedom of expression. This paper attempts to explore how to protect the freedom of expression in the era of the internet in China in the process of the Chinese drive to build the country into a socialist state under the rule of law, in order to protect the freedom of expression for individuals and safeguard the fundamental interests of the whole people as well.

In the time of the development of Internet, how to establish and perfect the institutions and laws for protection of the freedom of expression is an important issue both in theory and practice. This paper might help enrich China's constitutional theory in the freedom of expression with a systematic study of the freedom of expression in the Internet era in China.

Chapter I talks about the nature, establishment and the constitu-

tional value of the freedom of expression. Especially, it discusses the last topic with the following questions: (a) the formation and consolidation of democratic institutions; (b) ensuring the balance of powers and strengthening the political oversight; (c) incubation of public awareness of civic and social responsibility; (d) fostering of ideas of tolerance and political pluralism institutional space; (e) personal independence and autonomy.

Chapter II focuses on the emergence of the Internet and freedom of expression in three aspects. Section I explores the Internet origins, development and the characteristics of information dissemination. Section II upholds that the Internet has enriched and widens the scope of the right to the freedom of expression: (a) The extension and development of the freedom of speech; (b) The extension and development of the freedom of press and freedom of communication; (c) The extension and development of the freedom of publishing; (d) The extension and development of the freedom of association and demonstration. Section III states that the Internet has subverted the traditional theory on the restrictions of freedom of expression.

Chapter III discusses the protection of freedom of expression in the Internet. Section I studies the freedom of expression at the Internet under the protection of international law. Section II concerns the freedom of expression at the Internet under the domestic law.

Chapter IV illustrates the legal boundary and restrictions of the exercise of the freedom of expression at the internet. Section I explores the legal boundary. Section II is about the legal restrictions. And Section III concerns the relationship between the freedom of expression and other relevant rights.

Chapter V specifies the legal regulation for the action of expression at the Internet. Section I explores the conception of legal regulation and its possibility and necessity. Section II explores legal regulation of users. And Section III discusses about the legal regulation of the website.

Chapter VI discusses the protection of freedom of expression at the Internet in China. Section I introduced the legal protection of freedom of expression at the internet and its problems. Section II focuses on the legislative situation of protection of the freedom of expression in the Internet. Section III discusses the issues of legal protection of freedom of expression in the Internet in the following aspects: (a) the legislative issues of protection of freedom of expression in the Internet; (b) the issue of administrative protection of freedom of expression in the Internet; (c) the issue of judicial protection of freedom of expression in the Internet; (d) a number of measures of strengthening legal protection of freedom of expression in the Internet.

The topic of administrative protection of freedom of expression in the Internet includes the following questions: (a) the plight of recovery after individuals registered domain name was cancelled; (b) “green dam” software subject to various aspects of negative assessment and resistance; (c) Radio and Television Administration shut down illegal audio-visual program service sites, which was suspected of excessive restrictions on freedom of expression on the internet.

As for the strengthening of the legal protection of freedom of expression in the Internet, the following measures may be taken: First, it is necessary to further strengthen the enforcement of the provisions of article 35 of the Constitution and establish more perfect institutions to protect freedom of expression. Second, relying on general legal regime, it is also necessary for the state legislature to protect freedom of expression at the Internet based on the technical features of the internet, and a basic law for the protection of freedom of expression at the Internet should be enacted as soon as possible. Third, regulation of expression at the website and users of the network should be based on the norms of international law.

Based on the previous studies, the author analyzes the characteristics of freedom of expression in the internet era, explores effective pro-

tection measures to adapt to these characteristics, conducts research on the conflict and fusion between traditional freedom of expression and freedom of expression at the internet, and discusses how to deal with the protection of freedom of expression and maintenance of national security, public interests and the legitimate rights and interests of citizens in the Internet era. At the same time, based on the integration of ideas and experiences in the international community to protect freedom of expression at the Internet, the author tries to establish an institutional pattern and the legal system for the protection of freedom of expression, in accordance with relevant international rules.

Key words: Freedom of Expression, Internet, Regulation.

前 言

表达自由作为基本人权,是现代民主制度的基石。表达自由不仅仅保障了个人的思想、观点的自由,而且为社会公共利益的形成、集体主义和爱国主义精神的铸造提供了思想平台。表达自由也是现代人权制度的基础,没有对表达自由的保护,其他一切人权都失去了权利自我救济的功能。因此,作为现代宪政价值的重要组成部分,表达自由得到了近现代宪法以及国际人权法的一致肯定,并通过一系列法律制度加以具体化,通过司法机关对重大和有影响案件的审判所作出的判决,树立了表达自由法律保护的一个丰碑。

表达自由会随着表达手段的发展产生各种新的法律问题。特别是当个人的表达能力突破了制度限制的障碍之后,如何在保障表达自由的同时,又对表达自由加以合理的法律规制,是现代法治社会一个重要的课题。

表达自由在互联网时代遇到了前所未有的发展机遇,通过不分国界的互联网,人们比以往任何时代都能够更有效地表达自己的思想、观点,能够更好地沟通和交流信息。当然,伴随着人们在互联网环境下表达能力的提高,原先设定在表达自由上的有些法律规制措施就失去了应有的规制能力,互联网环境的复杂性也使得对表达自由的法律规制更需要跨国界的合作,单纯的国内法规制和保护措施已经远远不能满足在网络环境下行使表达自由的需要,表达自由在互联网环境下的权利内涵不断地扩展,一系列新型的属于表达自由范畴的法律权利随着互联网技术的发展跃出水面,需要国家立法、行政和司法的高度关注。此外,互联网空间的表达者相互之间的法律关系比以往更具有不确定性,如何在保护互联网上表达自由的同时,能够保持传统主权国家对网络表达进行有效规制,如何建立起有效

的惩戒机制来防范各种侵害表达自由行为的发生以及滥用表达自由给他人的合法权益和社会公共利益造成的危害等问题,都是互联网时代法治建设亟待研究和解决的课题。

笔者深感互联网上表达自由对于我国民主、法治、人权制度建设的重要性,在本书中从多重角度,在对互联网技术进行细致考察的基础上,根据宪法和国际人权法上所确立的表达自由的一般法理,比较详细地分析了互联网上表达自由的立法规范、行政规制及司法保障中存在的各种问题,通过对发生在互联网上有关表达自由的诸多有社会影响案件的分析,全面和系统地阐述了网络环境下保障表达自由的重要性和意义,并对互联网上表达自由与隐私权、名誉权和肖像权等人格权之间的价值平衡关系,互联网上表达自由在保障公众政治参与及政治监督权等方面的作用做了比较详细的分析和考察,从法律理念、法律制度、权利保障、法律规制、法律限制等角度提出了进一步加强对互联网上表达自由的法律保护的许多新的设想和建议。

笔者还通过分析图表以及列举的分析数据,对当下网络环境下与表达自由相关的现象进行了定量分析,归纳总结出了有关互联网上表达自由的一般事实特征和存在的法律问题。这些研究在互联网上表达自由领域都具有首创性,改变了过多主观价值判断的分析思路,有助于更加全面和清晰地从整体上把握目前互联网上表达自由发展的状况和存在的问题,以及今后需要进一步加以健全和完善的制度方向。笔者通过研究认为:首先,对于互联网上表达自由的法律保护,取决于一个国家的宪法理论的发达和完善;其次,对互联网上表达自由的保护需要制定一些关于保护表达自由的法律,例如,新闻法、出版法、表达自由法、互联网上表达自由保护法,只有为保护互联网上表达自由提供充足的法律依据,互联网上表达自由才能有更好的制度发展空间和前景;再次,互联网上表达自由需要得到政府机关的尊重,政府对网络的管制必须要以尊重和保护表达自由为前提,对互联网上表达自由过度限制必然会导致网络在传播信息方面技术优势的丧失;最后,互联网上表达自由的情形比较复杂,在制定一般保护制度的前提下,还需要司法审判机关更多地发挥司法能动性,通过

对涉及互联网上表达自由的典型案件的审理,提炼出可以供社会公众参照的行使表达自由的一般标准。此外,表达自由需要一个良好的政治发展环境,没有民主制度的保障,表达自由就不可能真正地得到保障;没有法治的保护,表达自由就很难发挥自身的人权功能和政治监督功能。所以,必须要建立起一个保护互联网上表达自由的全面和系统的法律制度。

目 录

前言 / 1

第一章 导论 / 1

- 第一节 表达自由基本理论 / 1
- 第二节 表达自由的确立 / 12
- 第三节 表达自由的哲学基础 / 19
- 第四节 表达自由的权利属性 / 21
- 第五节 表达自由的宪政价值 / 25
- 第六节 表达自由的保障模式 / 31
- 第七节 表达自由的限制原则 / 34
- 第八节 表达自由与价值协调 / 43
- 第九节 世界著名表达自由案例分析 / 48
- 案例链接 / 57

第二章 互联网的兴起与表达自由 / 61

- 第一节 互联网的起源、发展及其信息传播特点 / 61
- 第二节 互联网与表达自由权利范畴的发展 / 65
- 第三节 互联网与表达自由限制理论的发展 / 79
- 案例链接 / 83