

ICP 对用户言论的法律责任

——以表达自由为视角

陈道英*

目次

一、网络表达自由中的 ICP

- (一) ICP 在网络表达自由上的意义
- (二) ICP 的法律责任之确定对网络表达自由的意义
- (三) 国外相关立法模式

二、我国立法上 ICP 对用户言论的法律责任

- (一) 归责原则
- (二) 过高的注意义务

三、现行立法的问题及改进建议

- (一) 现行立法的问题
- (二) 改进建议

摘要 我国现行(公法)立法在 ICP 应对用户言论承担的法律责任这一问题上采取的是过错责任原则,但是却规定了 ICP 应对用户言论进行全面审查,并且在被禁止言论的判断上采取了非常宽泛的标准,因此实际上是对 ICP 规定了过高的注意义务。从网络和 ICP 的特性、ICP 在网络言论法律关系中所起到的作用以及用户言论自由保护等角度出发,立法应该明确排除 ICP 对用户言论的全面审查义务,并且在被禁止言论的判断上采取“明显属于”标准。

关键词 过错责任 注意义务 表达自由

* 东南大学法学院副教授、法学博士。本文为 2011 年度江苏省社会科学基金项目(11FXC010)阶段性研究成果。感谢深圳大学法学院叶海波教授和东南大学法学院任丹丽副教授为本文提出的宝贵修改意见,当然本人对本文文责自负。

ICP^{〔1〕}对用户发表的言论^{〔2〕}应该承担怎样的法律责任是一个非常复杂的问题。依据 ICP 类型的不同、用户言论侵权对象的不同、权利冲突性质的不同,ICP 所应承担的法律责任也有所不同。本文将 ICP 对用户言论的法律责任分为两类:(1)用户言论侵犯他人的私权,如版权、名誉权、隐私权时 ICP 应承担的法律责任;(2)用户言论侵犯国家安全、社会秩序等公共利益时 ICP 应承担的法律责任。鉴于私法领域已经对第一个问题进行了很多阐述和评论,^{〔3〕}我国《侵权责任法》第 36 条^{〔4〕}也对此做出了明确规定,本文将主要从表达自由的角度出发,围绕第二个问题展开探讨。

一、网络表达自由中的 ICP

(一) ICP 在网络表达自由上的意义

对于网络而言,ICP 具有任何其他主体都不可替代的巨大影响力:耶鲁大学的杰克·M. 鲍克因(Jack M. Balkin)将 ICP/ISP 称为与政府公权力并列的私权力(private power),并认为这两种权力共同左右了互联网的发展走向。^{〔5〕} 具体而言,这种影响力具有正、反两个方面的表现。从正面来说,首先,ICP 是互联网架构和服务的提供者和支持者,网络世界的存在和发展全倚赖 ICP。其次,由于 ICP 在网络表达自由链条上处于关键地位,因此它对于用户言论自由的实现具有重要作用:无论是用户言论的发表,还是对其他用户发表的信息的阅读,都必须通过 ICP 才能实现。第三,包括 ICP 在内的服务商在网络技术上的革新对网络表达自由价值之实现也具有重大的意义。例如,facebook, twitter 等社交媒体(social media)的出现对于网络表达自由而言即起到了重大的推动作用。最后,ICP 也是言论自由的主体,它的表达意见的活动也将促进网络表达自由价值的实

〔1〕 ICP 即网络信息服务提供者。网络服务提供者可以细分为 ISP(网络接入服务提供者)和 ICP,而后者又可细分为网络缓存服务提供者、网络主机服务提供者、网络搜索服务提供者以及网络内容服务提供者。对网络服务提供者分类的讨论可参见程宗璋:《浅析 ISP/ICP 的法律责任》,载《大庆高等专科学校学报》2001 年第 1 期;陈强:《网络服务提供者的分类对侵权责任承担规则的影响——以〈侵权责任法〉第 36 条为视角》,宁波大学 2012 年硕士学位论文。本文所讨论的是 ICP 中的网络内容服务提供者的法律责任,因为对于其他类型的网络服务提供者,法律一般认为其不需对用户的侵权承担责任或只需在极为有限的条件下承担法律责任。例如世界各国一般都明确规定,ISP 不需对第三人的言论承担法律责任。吴伟光:《网络服务提供者对其用户侵权行为的责任承担——不变的看门人制度与变化的合理注意义务标准》,载《网络法律评论》2011 年第 1 期。但我国的立法很少在确立网络服务提供者的法律责任时对其进行类型化区分处理。例如《侵权责任法》第 36 条就并未对 ICP 和 ISP 进行区分对待。对网络服务提供者进行了详细分类的立法比较有代表性的有《信息网络传播权保护条例》(第 20—23 条)。又,我国《电信条例》第 63 条规定:“使用电信网络传输信息的内容及其后果由电信用户负责。”从表面看起来似乎是 ISP 的免责条款,但是从上下文来看,尤其是该法第 62 条、附则二来看,又似乎并非如此。因此笔者认为该条含义亟待明确。

〔2〕 用户在网络上实施的不仅仅是发表言论一种行为。但因本文是从表达自由的角度来探讨 ICP 的法律责任,并且不涉及用户侵犯他人私权的情形,因此本文仅限于探讨 ICP 对用户发表的言论所应承担的法律责任。

〔3〕 例如:前注〔1〕,吴伟光文;周强:《论网络服务提供者的侵权责任》,载《互联网法律通讯》2011 年第 3 期;孙占利、李毅:《ICP 侵权之若干法律问题探析》,载《河北法学》2004 年第 9 期;蔡小萌:《“红旗”如何飘扬?》,载《互联网法律通讯》2010 年第 2 期。另外还有大量的针对《侵权责任法》第 36 条进行分析的论文。详见注释〔4〕。

〔4〕 当然,这一条款还是存在很多问题的,对此论述可见:张新宝、任鸿雁:《〈侵权责任法〉第 36 条解读》,载《中国人民大学学报》2010 年第 4 期;袁雪石、陈怡:《〈侵权责任法〉第 36 条第 3 款研究》,载《电子知识产权》2012 年第 2 期;王超:《网络侵权责任及其规制规则——兼谈对〈侵权责任法〉第 36 条的理解与适用》,载《科技与法律》2011 年第 3 期;贺剑:《侵权责任法视野下的网络侵权制度》,载《互联网法律通讯》2010 年 3 月。

〔5〕 Jack M. Balkin, “Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society”, Faculty Scholarship Series (2004), Paper 240, available at http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/240.

现。由此,ICP 可以说是促进网络表达自由实现的重要助力。

但是,ICP 对网络表达自由的影响也有可能是负面的,并且这种负面的影响甚至有可能构成网络表达自由所面临的巨大威胁。

这是因为,ICP 在网络表达自由链条上的关键地位同时也意味着,对于政府规制或审查网络言论而言,ICP 同样不可替代。在传统空间规制表达自由时,政府针对言论发布者追究法律责任即可取得良好的效果。但是在网络空间却并非如此。在没有 ICP 协助的情况下,首先,政府在确定言论发布者的身份上就将存在着巨大的障碍;其次,因为信息在网络上传播速度快、覆盖面广,因此即使主管部门找到了言论发布者并追究了其法律责任,也难以消除其言论所带来的负面影响。而对此,ICP 至少可以:提供言论发布者的身份信息、提供被调查言论的资料、协助删除相关信息、协助惩罚言论发布者、对政府禁止访问的网站和敏感词汇进行过滤、对信息进行审查……换言之,政府管控网络言论如果借助 ICP 将获得事半功倍的效果。

在这一点上,美国对维基解密(WikiLeaks)的封杀可以说是一个集中体现 ICP 在政府对言论自由(新闻自由)规制上重要作用的极端案例。在 2010 年维基解密泄露美国外交电报的事件^[6]发生后,不仅美国司法部对维基解密创始人朱利安·保罗·阿桑奇展开了调查,而且各大 ISP/ICP 也纷纷加入对维基解密的讨伐之中:在参议员李伯曼(Joseph Lieberman)批评了与维基解密保持业务往来的网站后,亚马逊于 12 月 1 日解除了对维基解密的网站托管服务;12 月 4 日,PayPal 关闭了维基解密用来募集捐款的账户;12 月 6 日,MasterCard 和 Visa 也终止了对维基解密的服务;与此同时,EveryDNS 也终止了“wikileaks.org”的域名服务。^[7]事实上,正如有学者所指出的,由于阿桑奇并非美国籍,并且维基解密在多个国家都建有镜像网站,因此仅仅是美国政府对阿桑奇在司法程序上的追究可能无法对维基解密形成真正的威胁。^[8]真正威胁到维基解密生存的正是包括亚马逊、PayPal、Visa、EveryDNS 等在内的各大 ISP/ICP——曾有报道称,由于 Visa 等关闭了维基解密的账户,致其无法收到捐款,因此网站可能面临难以为继的局面。^[9]

据此,ICP 很有可能从表达自由的助力转化为网络言论的审查(censor)者。而且,让事情更糟的是,ICP 也许天生就是用户言论的审查者。例如,鲍克因就认为,由于网络实际上是掌握在少数大的电信公司手中,为了追求经济利益的最大化,这些服务商们必然会要求自己掌握控制网络内容发展方向的主动权,从而倾向于限制公众对网络的主动参与程度和文化创新,这样在客观上就会产生审查(censor)网民言论自由的效果。^[10]

因此,虽然从表面上来看网络似乎天生是“亲言论自由的”,但是其构造实际上并不足以切实保证它的这一特性。根据鲍克因的观点,网络表达自由所面临的巨大危险就是政府与 ICP 的共

[6] 见维基百科“维基解密泄露美国外交电报事件”词条(<http://zh.wikipedia.org/wiki/维基解密泄露美国外交电报事件>,最后访问时间 2014-03-26)。

[7] 见维基百科“维基解密”词条(<http://zh.wikipedia.org/wiki/维基解密>,最后访问时间 2014-03-26); Jack M. Balkin, “The First Amendment is an Information Policy”, 41 Hofstra Law Review (2012), 1.

[8] Jack M. Balkin, *supra* note [7].

[9] “美政府封杀捐款,维基解密濒临破产”, available at <http://www.cw.com.tw/article/article.action?id=5042091>(最后访问时间 2014-03-26)。当然,后来维基解密通过接受比特币等虚拟货币捐款、更换域名和托管服务商等途径而设法生存了下来。

[10] Jack M. Balkin, *supra* note [5]; Jack M. Balkin, “The Future of Free Expression in a Digital Age”, Faculty Scholarship Series (2009), Paper 223, available at http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/223.

谋,因为根据政府行为理论(state action),宪法对于言论自由的保障并不及于作为私主体的 ICP。^[11]而政府与服务商的合作几乎是大势所趋——对于政府而言,服务商掌握着管控用户言论所需的数据及技术,而对于服务商而言,与政府合作则能够给它带来经济上的利益。因此,如果要保证 ICP 对网络表达自由积极作用的发挥,将 ICP 对网络表达自由的危险降低到最低程度,就需要立法政策等多种因素共同来维护网络表达自由。^[12]而在这一过程中,如何以立法正确确立 ICP 对用户言论的法律责任就成为了重要一环。

(二) ICP 的法律责任之确定对网络表达自由的意义

ICP 对用户言论应承担怎样的法律责任,从表面上看起来似乎仅仅是涉及 ICP 自身的一个“小”问题,但它却恰恰是一个可能对网络表达自由产生全局性影响的严肃问题。

上文曾提到过,政府在规制网络表达自由时最有效的途径就是借助 ICP。而政府借助 ICP 最为有效的手段就是要求 ICP 必须对用户发表的言论承担法律责任,这种法律责任越重,ICP 的合作就越为主动、有效。然而,一旦 ICP 被附加了过重的法律责任,^[13]为了避免承担法律责任,ICP 就只有一个选择,那就是进行较政府审查更为严格的自我审查:加大对用户言论的审查力度、放宽屏蔽网站的标准、对被禁止言论的判断标准做最大程度的扩大化理解。例如,我国立法要求 ICP 对用户发表的言论是否属于相关法律、法规所禁止发表的言论进行全面审查,但在这一审查过程中 ICP 往往会对立法的标准做扩大化理解。麦金农(MacKinnon)通过调查发现,我国 ICP 对用户言论的审查标准完全是主观的、不可预知的。在作者所调查的 15 个 BSP^[14]中,有超过 10 个对谈论腐败问题的博文进行了处理(屏蔽或删除);有 4 个甚至对新华社所发的有关当时的国家主席胡锦涛视察煤矿的新闻也进行了处理。^[15]而在 2006 年千龙网等 11 家网站进行的“自查自纠”行动中,仅新浪网就“关闭栏目共 8 个,关闭论坛共 15 个,删除 159 篇文章,删除帖子 510 篇,删除帖子静态页一百七十多页”,并且“修改二十多篇标题不妥的正文页,对 50 篇左右内容没有问题,但是标题导向不妥当的文章进行了修改”。^[16]至少这一自查自纠行动中对“内容没有问题,但是标题不妥”的文章进行修改的行为就已经涉嫌侵犯用户的表达自由。事实上,哈佛大学的金教授还观察到了一个有趣的现象:ICP 对批评自己和自己实行的审查政策的帖子删除率非常之高,即使这一内容的帖子并不在政府要求删除的范围之内。^[17]这也在一定程度上说明了 ICP 已经构成对网民言论自由的严重威胁。

鲍克因将 ICP 对用户言论的这种审查称为“附属审查”(collateral censorship)。所谓附属审查,就是当私主体 A 需对另一方私主体 B 的言论承担法律责任,从而使得 A 对 B 的言论具有了一定的控制权力时所发生的私人言论审查形式。为了避免责任,A 非常可能罔顾 B 的言论对 B 和整

[11] Jack M. Balkin, supra note [5].

[12] Jack M. Balkin, supra note [7].

[13] 例如无过错责任,或过错责任下需要对用户发表的言论进行全面审查。

[14] 博客服务提供商,ICP 的一种。

[15] Rebecca MacKinnon, “China’s Censorship 2.0: How companies censor bloggers”, 14 First Monday 2 (2 February 2009), available at <http://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/2378/2089>, last access 2014-03-26.

[16] 《千龙网等 11 家网站交出第一份自查自纠成绩单》,载人民网(<http://it.people.com.cn/GB/8219/61651/61653/4313664.html>,最后访问时间 2014-03-19)。

[17] Gary King, Jennifer Pan, Margaret E. Roberts, “How Censorship in China Allows Government Criticism but Silences Collective Expression”, 107 American Political Science Review (May 2013), 1-18, available at <http://gking.harvard.edu/files/censored.pdf>, last access 2014-03-26.

个社会的价值而对其进行过度审查。^{〔18〕}同时,鲍克因认为,附属审查的后果不仅仅是用户的言论面临过度审查,而且互联网的创新性也将遭受到极大的挫折。因为当 ICP 需要为用户言论承担法律责任的时候,它就很可能在创造新的技术手段和提供新的服务以供用户发表言论(如博客)时而踌躇不前。^{〔19〕}

事实上,即使是在不需对用户言论承担法律责任的情况下,如果面临来自政府的压力,ICP 也会倾向于对用户言论进行过度审查。美国虽然在法律层面上对于 ICP 在对用户言论所需承担的责任上要求非常宽松,但是在实践中也存在着政府要求 ICP/ISP 协助规制网络言论的做法。有学者发现,当来自政府(包括财政部、参议员等)的压力(并非法定义务)要求 ISP 阻断美国公民对某些网站的访问时,ISP 往往会将这一阻断的标准放宽:对于并非处于政府名单上的网站,如果 ISP 认为它可能给自己造成“麻烦”,那么出于经济上的考虑,ISP 就会毫不犹豫地对其予以阻断。^{〔20〕}既然服务商在无须为用户言论承担法律责任的情况下都具有将审查标准扩大化的倾向,那么在法律规定了 ICP 必须对用户言论承担严格责任的情况下,ICP 就势必成为网络言论最为严格的审查者。

因此,ICP 对用户言论法律责任的问题绝不是一个细枝末节的技术性问题,而是一个影响深远的表达自由话题。

(三) 国外相关立法模式

那么,ICP 对用户的言论应承担怎样的法律责任呢? 尽管鲍克因力主 ICP 对用户言论不应该承担任何法律责任,^{〔21〕}但是表达自由毕竟不是网络世界中唯一需要和值得保护的价值——安全、秩序以及公民的其他法益同样也是宪法和法律应该保护的价值。两厢衡量,各国一般对 ICP 采取的是过错责任原则。当然,由于在本文的论域中法律所限制的言论大多为公共言论,并且其中受到限制的可能性和程度最高的大多为政治言论,而根据言论自由理论,尤其是米克尔·约翰所主张的言论自由理论,公共言论构成了言论自由保护的核心;^{〔22〕}因此在这一场合下,法律在确定 ICP 对用户言论所应承担的法律责任时应较其侵犯私权的场合更为谨慎。具体说来,西方国家采取的做法大体包括如下三种模式。

一为美国式的政府与 OSP^{〔23〕} 合作模式。具体说来,美国政府虽然在网络言论的规制上也存在借助 OSP 的做法,^{〔24〕}但是从法律层面上而言 OSP 需对用户发表的言论承担的责任却是极为有限的。在这一问题上,主要的相关法律就是 CDA(the Communications Decency Act) § 230。^{〔25〕}作

〔18〕 Jack M. Balkin, supra note [5].

〔19〕 Jack M. Balkin, supra note [5].

〔20〕 Julie Adler, “The Public’s Burden in a Digital Age: Pressures on Intermediaries and the Privatization of Internet Censorship”, 20 Journal of Law and Policy (2011), 231; Ethan Zuckerman, “Intermediary Censorship”, in Ronald J. Deibert et al. (Eds.), *Access Controlled: The Shaping of Power, Rights and Rule in Cyberspace* (Cambridge: MIT Press, 2010), p. 73, available at <http://www.access-controlled.net/wp-content/PDFs/chapter-5.pdf>.

〔21〕 Jack M. Balkin, supra note [10].

〔22〕 [美]亚历山大·米克尔约翰:《表达自由的法律界限》,侯健译,贵州人民出版社 2003 年版。

〔23〕 OSP,即 online service provider,从其所指内容来看,非常接近本文所探讨的 ICP。它与 ISP 最大的区别就是 OSP 具有自己独立的网站内容。有关 OSP 的释义,可参见 <http://searchsoa.techtarget.com/definition/online-service-provider-OSP>(最后访问时间 2014-03-31)。

〔24〕 Ethan Zuckerman, supra note [20]; Jeffrey (Chien-Fei) Li, “Internet Control or Internet Censorship? Comparing the Control Models of China, Singapore, and the United States to Guide Taiwan’s Choice”, 14 Pittsburgh Journal of Technology Law and Policy (2013), 1.

〔25〕 47 U.S. Code § 230.

为CDA法案仅存的硕果,CDA § 230在C(1)中明确规定不得将服务商视为出版商,在C(2)中规定服务商有义务在与用户订立服务合同的时候以恰当的方式提醒用户存在限制未成年人访问有害信息的父母控制保护(parental control protections)并标示(identify)上述保护的提供商。据此,美国的ICP基本上不需要为用户的言论承担法律责任。

二为德国式的过错责任原则模式。具体而言,根据德国的《多媒体法》§ 5:Responsibility的规定,服务商对于第三方发表的言论所需承担的法律責任分为以下两种情形:(1)对于其所提供的第三方言论,ICP只有在知晓上述言论并且从技术层面上而言有能力以及可以合理地期待阻止(block)对这一言论的提供时,才对其承担法律責任;(2)对于其仅提供链接的第三方言论,ICP不承担法律責任。此外,对于既有立法对ICP阻止违法言论法律責任的承认也是以知晓这一言论并且从技术层面上而言有能力以及可以合理地期待进行阻止为前提的。

三为新加坡式的建立在分类许可证制度上的过错责任原则模式。^[26]具体而言,根据新加坡《广播法(分类许可证)》,^[27]分类许可证制度是一种自动取得许可证的制度。在ICP中,只有以下4种才需要注册:(1)在新加坡注册的政治团体通过互联网络以WWW方式提供其网页者;(2)在WWW上参与有关新加坡的政治和宗教讨论的用户团体或新闻组;(3)为了政治目的或宗教目的而提供网页的个人,以及由广管局(SBA)通知其注册者;(4)通过互联网络在新加坡销售的联机报纸,由SBA通知其注册者。同时,根据《互联网操作规则》(the Singaporean Internet Code of Practice),ICP在满足以下条件的情况下免除法律責任:(1)在接到传媒发展局(MDA)的通知后,按要求关闭了含有“禁止内容”^[28]的网站(denies access to sites);(2)按照MDA的要求取消订阅那些含有“禁止”内容的新闻组;(3)①对基于网络服务而建立的私人讨论区(如聊天室),保证不设定“禁止内容”范围内的话题;②对基于网络服务而建立的公共展示区(如BBS系统),在日常编辑、检查的过程中关闭了含有“禁止内容”的链接;③对于其他网络服务,如果ICP保证其不包括“禁止内容”即可免责;(4)按照MDA的要求,关闭了含有“禁止内容”的链接(deny access to material)。

在以上三种模式中,无疑以新加坡所采取的建立在分类许可证制度上的过错责任原则模式最为严格。然而,即使是与新加坡相比,我国对ICP规定的法律責任也仍然是过于严厉了。^[29]在ICP对用户言论应承担怎样的法律責任的问题上,当然应该考虑到各国所处的不同的政治、文化和法律背景,而不能盲目照搬他国经验。但是,无论如何我们都不能忘记对网络言论所做的任何法律规制均不得侵犯作为基本人权的网络表达自由。

二、我国立法上ICP对用户言论的法律責任

(一) 归责原则

我国历来重视对网络言论的法律规制。早在1995年的《放开经营的电信业务市场管理暂行

[26] 关于新加坡的网络规制,参见牛静:《新加坡网络管理体制探究》,载《中国传媒报告》(China Media Reports)2007年第4期;Jeffrey (Chien-Fei) Li, supra note [24].

[27] The Broadcasting Class License Notification of Broadcasting Act, Chapter 28 Section 9, the version of 31/08/2012, available at <http://statutes.agc.gov.sg/aol/search/display/view.w3p?page=0;query=Id%3A%2219adc826-773d-44e1-96ee-0e533c2af051%22%20Status%3Ainforce;rec=0#pr9->, last access 2014-03-03.

[28] 《互联网操作规则》第4条。《互联网操作规则》,available at http://www.mda.gov.sg/RegulationsAndLicensing/Licences/Documents/Properties/mobj.981.Internet_Code_of_Practice.pdf.

[29] 根据台湾学者的分析,即使是新加坡采取的建立在分类许可证制度上的过错责任原则与《公民权利与政治权利国际公约》第19条第3款的要求也是相符合的。Jeffrey (Chien-Fei) Li, supra note [24].

规定》中就有经营单位不得“传播含有违反国家政策和法规或封建迷信、色情等有害内容的信息”的规定(第16条),而1997年的《中华人民共和国计算机信息网络国际联网管理暂行规定实施办法》和《计算机信息网络国际联网安全保护管理办法》也已经针对ICP对用户言论所应承担的法律责任做出了具体的规定。^[30]那么,我国现行立法所确定的ICP对用户言论所应承担的法律责任是怎样的呢?下面笔者就将对此做出详细介绍。

首先,根据我国法规、规章的规定,ICP需向主管部门备案或申请许可方能开展业务。根据《互联网信息服务管理办法》(以下简称《办法》)(2000年制定,2011年修订)第4条的规定,“国家对经营性互联网信息服务实行许可制度;对非经营性互联网信息服务实行备案制度”。^[31]同时,与新加坡的分类许可证制度不同,我国的许可证制度并非自动取得,而是必须向主管部门提出申请,并由主管部门进行相应审查最终做出批准或不予批准的决定(《办法》第7条)。此外,从事新闻、出版、教育、医疗保健、药品和医疗器械等互联网信息服务的ICP在申请经营许可或者履行备案手续前,应当依法经有关主管部门审核同意;拟开办电子公告服务的,在申请许可或备案时必须提出专项申请或者专项备案(《办法》第5、9条)。同时,《中华人民共和国电信条例》(以下简称《电信条例》)(2002年)第7条也规定:“国家对电信业务经营按照电信业务分类,实行许可制度。”这一许可也并非自动取得,而是需经申请、审批而取得的。与此相对应,在ICP需承担法律责任的事项上,吊销证照构成了对其最严重的惩罚。

其次,如上所述,从1997年的《中华人民共和国计算机信息网络国际联网管理暂行规定实施办法》和《计算机信息网络国际联网安全保护管理办法》开始,我国多部法规、规章均规定ICP在一定条件下应对用户的言论承担法律责任。这些规定虽然在具体表述上存在些许差异,但基本上都是大同小异。具体说来,相关立法中法律效力最高者为2000年《全国人大常委会关于维护互联网安全的决定》(以下简称“2000年《决定》”)和2012年《全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的决定》(以下简称“2012年《决定》”),^[32]其次为《办法》和《电信条例》。具体说来,2000年《决定》在第7条中有如下规定:“从事互联网业务的单位要依法开展活动,发现互联网上出现违法犯罪行为和有害信息时,要采取措施,停止传输有害信息,并及时向有关机关报告。”2012年《决定》第5条则规定:“网络服务提供者应当加强对其用户发布的信息的管理,发现法律、法规禁止发布或者传输的信息的,应当立即停止传输该信息,采取消除等处置措施,保存有关记录,并向有关主管部门报告。”可以发现,二者在具体表述上存在一定的出入,根据后法优于前法的原则,应从2012年《决定》之规定。

根据2012年《决定》第5条,ICP对用户发表的被禁止言论所应履行的法律义务包括:(1)立即停止传输;(2)采取消除等处置措施;(3)保存有关记录;(4)及时向有关机关报告。据此,如果ICP对用户发表的被禁止言论没有履行上述义务,就需要对其承担相应的法律责任。当然,ICP并非对所有由用户发表的被禁止言论都应履行上述法律义务。根据该条的表述,只有当ICP“发现法律、法规禁止发布或者传输的信息”时,才需履行上述法律义务。综上,如果ICP没有“发现”自己平台

[30] 这两部规章对ICP法律责任的规定基本上为此后的法规、规章所继承,具体表述为:“发现有害信息应当及时向有关主管部门报告,并采取有效措施,不得使其扩散。”

[31] 需要注意的是,实际上早在1998年的《关于计算机信息网络国际联网业务实行经营许可证制度有关问题的通知》中就已规定对电信与信息服务市场“实行必要的经营许可制度”。

[32] 虽然《决定》并非正式的法律,但是作为全国人大常委会决定权行使的结果,它具有与全国人大常委会通过正式的立法程序制定的法律相同的法律效力。蔡定剑:《中国人民代表大会制度》,法律出版社2003年版,第323页。

上的信息是法律所禁止的信息,或者 ICP 发现了被禁止言论后履行了法定义务,则 ICP 对用户的被禁止言论不需承担任何法律责任。显然,这一条款在 ICP 的法律责任的认定上采取的是过错责任原则。据此我们可以得出结论,我国公法领域的立法所确定的 ICP 对用户言论所需承担的法律责任是建立在备案/许可制基础上的过错责任。

除 2012 年《决定》外,笔者认为还有必要分析一下《办法》的相关规定。考察我国的互联网立法规制历史即可发现,我国早期均是以法规、规章的形式对互联网进行规制的,因此 2012 年《决定》的相关规定也是在借鉴相关法规、规章的基础上制定的。由此出发,对相关法规做一考察对于更好地理解 2012 年《决定》的相关规定将有一定的助益。同时,2012 年《决定》毕竟并非经过正式的立法程序制定的法律,在规范性、严谨性上难免存在一定的欠缺,因此将其与《办法》相对照以进一步确定 ICP 的法律责任也仍然是具有一定意义的。而《电信条例》虽然也属于行政法规,但是如同前文注释中提到的,由于其第 62 条与第 63 条之间存在一定的矛盾,因此在此不拟对其进行探讨。

《办法》中涉及 ICP 对用户言论所应承担法律责任的条款为第 13、16 条。其中,第 13 条规定 ICP 应保证所提供的信息内容合法。这一条款实际上是对 ICP 法律责任的一种原则性宣示,它表明了立法者的如下态度:ICP 不仅需对自己发布的信息负责,而且需对用户发布的信息负责。而 ICP 对用户言论具体应该承担的法律责任则需要通过第 16 条来确定。

根据第 16 条,ICP 对用户发表的被禁止言论所应履行的法律义务包括:(1)立即停止传输;(2)保存有关记录;(3)向有关国家机关报告。将此规定与 2012 年《决定》相比可以发现,2012 年《决定》规定的 ICP 之法律义务还包括采取消除等处置措施。二者之间之所以存在这一区别,笔者认为更多的还是出于立法技术层面的原因。事实上,《办法》和 2012 年《决定》的立法者在此要求 ICP 承担的都是“采取必要的处置措施”的义务,但是在这一“必要的处置措施”所包含的具体内容上发生了分歧:“立即停止传输”是否就是“必要的处置措施”?它与“删除”“消除”之间的关系如何?除了“消除”“删除”和“立即停止传输”外,必要的处置措施还包括哪些?这实际上反映了立法者对于互联网技术性事项上知识的欠缺。日后我们制定正式的互联网法律时,应在咨询互联网技术人员的基础上对此做出准确表述。除此之外,二者之间还有一个重大的区别,即《办法》第 16 条中有“发现……明显属于本办法第十五条所列内容之一”的表述,而 2012 年《决定》仅仅规定“发现……”。这一区别并非只是修辞上的区别,它直接关系到我们下一步需要探讨的问题:ICP 所应履行的注意义务的具体内容是什么?

(二) 过高的注意义务

对比 2012 年《决定》与《办法》第 16 条,可以发现在确定 ICP 的注意义务的具体内容上有两个关键词:“发现”和“明显属于”。下面笔者将对其分别进行探讨。

首先,怎样的情况属于“发现”?我们可以推测,以下情况可能属于“发现”:(1)有关主管部门通知;^[33](2)ICP 非通过全面审查机制而发现存在被禁止信息;(3)ICP 通过全面审查机制发现存

[33] 在这里要特别提出的是,在本文的论域中不会出现被侵权人通知的情形。实际上,我国公法领域规制互联网的法规、规章,以及全国人大常委会于 2000 年和 2012 年就互联网法律规制做出的两个决定都未提及被侵权人通知的情形。与之相对应,《信息网络传播权保护条例》第 14、23 条和《侵权行为法》第 36 条则对此做出了明确规定。因为被侵权人通知一般仅可能出现在私权遭受侵犯的场合。唯一的例外就是“损害国家机关信誉”的情形。在这种情形下,被侵权的国家机关有可能向 ICP 发出通知。但是笔者认为这一禁止性规定本身就是存在问题的,因为国家机关被认为不构成名誉权的主体,是不能提起诽谤之诉的,因此根本就无所谓“损害国家机关信誉”。胡弘弘:《论公职人员的名誉权救济》,载《法学》2009 年第 2 期,第 58~65 页;郑文明:《诽谤的法律规制——兼论媒体诽谤》,法律出版社 2011 年版,第 198~199 页。

在被禁止信息。第一种情况属于一般注意义务,并无讨论余地,所以本文将集中讨论第2、3种情形。

首先来看第2种情形。笔者认为,这种情形与《侵权责任法》第36条第3款中的“知道”^[34]极为类似。而根据最高法院有关人士的理解,^[35]“知道”是指一个正常的、理性的人认识到某一事实的存在的主观状态。因此,这里最重要的问题就是:如何证明这种主观认知状态的存在?根据该人士的理解,有两种途径,即通过直接证据和间接证据。前者包括ICP的工作人员明确承认、有关文件中有明确记载等;后者包括有关机构或者个人已经向网络服务提供者发出警告或者提醒等。需要说明的是,由于依靠直接证据证明“知道”较为困难,因此在证明ICP“知道”存在被禁止信息时主要依靠的还是间接证据。同时,因为在公法领域不存在被侵权人通知的情形,而考虑到在主管部门通知的情形下不存在ICP主观判断的余地,与ICP自己发现被禁止信息的情形存在较大差别,因此本文将单列作为一种情形,这样证明ICP“知道”时可以依赖的间接证据就比较有限了。在这种情况下,类似《互联网视听节目服务管理规定》第21条所规定的公众监督举报制度就构成了间接证据的主要来源。^[36]

但是,在ICP“知道”存在被禁止言论的情形下,还有一个非常重要的问题,这也是上文提到过的第2种情况与第1种情况的重要区别,那就是:如何判断某一信息是否属于被禁止信息?这种判断比判断用户的行为是否构成侵权要困难得多。同时,对这一问题的回答也将直接影响到ICP承担的注意义务的程度。由于第3种情况下同样存在这一问题,所以本文将对此进行合并探讨。

至于第3种情形,笔者认为它集中体现了我国公法在对待ICP对用户言论的法律责任上较私法更为严厉的态度。虽然各界对于《侵权责任法》第36条的“知道”条款是否包括“应当知道”^[37]存在一定的争议,但是从目前的情况来看,大多数学者和最高法院的部分法官均认为“知道”条款仅仅指“明知”而不包括“应当知道”。^[38]因此可以说,我国私法是否承认ICP的全面审查义务的。^[39]

但是从公法领域来看,情况却截然相反。虽然《办法》对ICP是否应针对用户言论建立全面审查制度语焉不详,但是早在1997年所颁布的《计算机信息网络国际联网安全保护管理办法》中就已经规定了ICP对用户言论的全面审查义务。该规章第10条规定:“互联单位、接入单位及使用计算机信息网络国际联网的法人和其他组织应当履行下列安全保护职责……(四)对委托发布信息的单位和个人进行登记,并对所提供的信息内容按照本办法第五条进行审核。”虽然该规章法律效力等级较低,但是由于至今并未出现与之相反的上位法规定,因此从实践层面来看,ICP就承担

[34] 如同下文中将要提到的,该“知道”有两种解释,即仅指“明知”和包括“明知与应当知道”。而民法学界大多数学者认为应采前者理解。本文也采取这种理解。

[35] 见前注[4],贺剑文。

[36] 例如新浪微博就建立了“微博举报处理中心”,在每一条微博后都有一个“举报”按钮,用户只需点击这一按钮就可以向管理者举报。在微博遭到举报的情形下,就可以推定ICP已经知悉了这一疑似违反法律规定的微博的存在。

[37] 如果“知道”包含“应当知道”的含义在内,那么它就意味着ICP需对用户言论承担事前的审查义务。对“应当知道”的分析详见奚晓明:《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文理解与适用》,人民法院出版社2010年版,第265页;见前注[2],周强文。

[38] 见前注[4],张新宝等文;见前注[4],贺剑文;王胜明:《中华人民共和国侵权责任法解读》,中国法制出版社2010年版,第185~186页。

[39] 见前注[4],张新宝等文;见前注[2],周强文。

了对用户言论进行全面审查的义务。^{〔40〕}

事实上,上述规定甚至可以说得到了全国人大的认同。2012 年《决定》第 5 条规定,“网络服务提供者应当加强对其用户发布的信息的管理”——这一表述似乎就暗含着 ICP 应对用户言论进行全面审查之意。再对比 2000 年《决定》,则其中并未出现此类用语。由此,我们就更有理由得出“2012 年《决定》第 5 条包含 ICP 应对用户言论进行全面审查之意”的结论了。退一步说,即使立法者认为本条并非包含这一含义,但是它的确为容纳全面审查制度提供了足够的空间,从而也为执法者预留了足够的裁量空间。

除此之外,《互联网文化管理暂行规定》(第 18 条)、《互联网新闻信息服务管理规定》(第 20 条)、《北京市微博客发展管理若干规定》(第 8 条)、《杭州市计算机信息网络安全保护管理条例》(第 11 条第 3 款)、《关于进一步做好互联网信息服务电子公告服务审批管理工作的通知》等都明确规定了 ICP 需建立用户言论全面审查制度。据此,提供以下服务的 ICP 都有义务建立用户言论全面审查机制:电子公告服务(BBS)、文化产品、新闻信息服务、视听节目服务。同时,服务器在北京的、提供微博客服务的 ICP^{〔41〕}与服务器在杭州的所有 ICP 也都必须建立用户言论全面审查机制。

由此,ICP 除了“知道”用户发表了被禁止言论和接到主管部门的通知后未履行删除、报告等法定义务的情形外,对于未尽到审查义务的用户被禁止言论也应承担法律责任。这种法律责任虽然仍属于过错责任,但其要求 ICP 承担的注意事项显然已经超越了一般的注意义务。

当然,对 ICP 注意义务的描述至此还没有完结。要完成这一任务,我们还需要回答最后一个问题,那就是:ICP 应以什么为标准来判断用户的言论是否属于被禁止言论。这就涉及了《办法》第 16 条中“明显属于”含义的确定。

由于《办法》采取的“明显属于”标准是源自于网络版权法领域中的“红旗标准”,因此在探讨“明显属于”标准前,有必要简单介绍一下“红旗标准”。“红旗标准”是美国国会在对 1998 年《千禧年数字版权法》的报告中就第 512 条(c)款(1)(A)(ii)提出来的。国会报告指出,该条款可被形容为“红旗标准”,即当服务提供商意识到能够从中明显推出侵权行为的“红旗”时,如果不采取措施,它将失去该项责任限制。具体而言,国会报告认为“红旗标准”包括主、客观两方面的标准:主观标准即“在决定服务提供商是否意识到‘红旗’的存在时,服务提供商对于所谈论的事实或者情况的主观认识需要确定”,客观标准即在判断信息是否构成侵权时需看侵权行为对于一个在相同或相似情况下的理性之人是否明显。^{〔42〕}而适用“红旗标准”的条件是提供信息存储空间和信息定位服务的 ICP“并不实际知晓”该信息是侵权的。此外,报告还明确排除了 ICP 监视其服务或者积极地搜索可能侵权的活动的义务。^{〔43〕}

如上所述,“红旗标准”包括主观标准和客观标准,而《办法》所确定的“明显属于”标准显然借鉴的就是其中的客观标准。但是在这里,仍然存在一个如何界定什么情况才为“明显属于”的

〔40〕 网络表达自由的法律规制上应适用法律保留原则,因此从理论层面来看,在缺乏法律的相关规定的情况下,即使是未与上位法相冲突,规章对网络表达自由所做的限制也是无效的。但是我国的互联网立法领域内长期处于法律空白,而是由规章、法规占据了主导地位。如果一概否认其效力,互联网法律制度也将不复存在。因此,从实践层面来看,即使是规章、法规对网络表达自由所做的法律规制在我国也是产生了法律效力的。对此问题的更多论述可见陈道英:《我国网络空间中的言论自由》,载《河北法学》2012 年第 10 期。

〔41〕 我们需要注意,最大的微博客服务商新浪微博以及搜狐微博的服务器都在北京。

〔42〕 见前注〔3〕,蔡小萌文。

〔43〕 江波、张金平:《网络服务提供商的知道判断标准问题研究——重新认识“红旗标准”》,载《法律适用》2009 年第 12 期,第 52~57 页。

问题。^[44] 美国国会报告对于“红旗标准”中的客观标准并没有给出具体的判断标准,而只是笼统地使用了“理性人”的标准。这虽然为我们确定“明显属于”标准的具体含义指明了一个方向,但却仍然不够。因此,我们在明确“明显属于”标准的含义时应该在坚持“理性人”标准的方向上展开自己的探索。同时,需要注意到,对于“红旗标准”曾有学者做出了如下分析,“从文本上推断,国会意图建立较高的认识标准”,“仅有暗示潜在或可能的侵权的事实或者可能导致对侵权的怀疑的事实并不足够”,“必须有实际侵权行为存在,并且从这些事实或情况来看它很明显”。^[45] 综合各方面的考虑,笔者认为在这里可以借鉴日本最高法院在砂川事件^[46]中所创设的“一见即明”标准,即:(对于条约的合宪性判断)除非是一眼看去极为明显的违宪(一見極めて明白に違憲無効であると認められない限り),否则就不在法院的审查范围之内。借鉴这一标准,笔者认为所谓“明显属于”指的是除非用户言论的违法性明显到了这样的地步——一个具有理性的普通人一眼看去即能断言该言论违反了法律、法规的有关规定,否则 ICP 就对用户的被禁止言论不负有停止传输、报告等义务。笔者认为在此意义下,“明显属于”标准在确立 ICP 的注意义务上是一种较为恰当的标准。

然而遗憾的是,与《办法》一样采用了“明显属于”标准的仅仅只有《电信条例》和《互联网电子公告服务管理规定》等少数法规、规章。具有最高法律效力的 2000 年《决定》和 2012 年《决定》都没有采取这一标准,而是仅仅规定 ICP“发现……信息,应当……”。不难看出,在后一种规定的情形下,ICP 将承担更高的注意义务——无论是多么隐晦、多么模糊和难以判别的言论,一旦被主管部门认定为被禁止言论,ICP 只要没有对其履行删除、报告等义务,就必须承担法律责任。

由于全国人大常委会做出的决定处于更高的法律位阶,因此根据上位法优于下位法的原则,我国立法加之于 ICP 的就是这样一种非常高程度的注意义务:ICP 不仅应对用户言论进行全面审查,而且在审查过程中 ICP 必须承担与执法机关的专业法律人士同样的注意义务。与此相比,号称最为严厉的新加坡不仅明确排除了 ICP 的全面审查义务,而且将 ICP 的注意义务主要限于 MDA 的通知、指导(directions)和 ICP 的日常管理,并对“禁止内容”做出了详细而明确的规定。这就不由得让人对我国 ICP 法律责任认定之妥当性打上一个问号。

三、现行立法的问题及改进建议

(一) 现行立法的问题

从上文的介绍和分析可以看出,我国在公法领域中对于 ICP 对用户言论所需承担的法律责任规定的不仅是一种非常严格的过错责任,而且是一种较私法更为严格的过错责任。这种规定对于网络表达自由无疑将造成极大的负面影响。具体说来,我国现行立法存在的问题至少有以下几点:

1. 不应规定 ICP 对用户言论的全面审查义务。我国公法与私法在 ICP 对用户法律责任上虽然采取的都是过错责任,但是二者却存在一个最大的区别:是否承认 ICP 对用户言论的全面审查义务。如上文所述,在侵犯公益的场合,ICP 对用户言论的法律责任应较侵犯私权的场合更为宽

^[44] 对于“明显属于”的准确含义,《办法》的立法者(国务院)并未做出明确解释,因此在执法中主要依赖执法者的主观判断。

^[45] Edward Lee, “Decoding the DMCA Safe Harbors”, The Columbia Journal of Law & the Arts(2009), 233. 转引自前注[3],蔡小萌文。

^[46] 最大判 1959 年 12 月 16 日刑集 13 卷 13 号 3225 页。

松。然而,我国却恰好相反。事实上,全面审查义务的存在使得我国立法所确立的过错责任近乎要求 ICP 对用户言论承担无过错责任,也就是要求 ICP 承担出版商的法律責任。这种要求显然是不适宜的。具体说来,不应规定 ICP 对用户言论的全面审查义务的理由主要有以下几点:

(1) 事实上的不可能性。ICP 与出版商存在着一个本质的区别,那就是出版商有可能对其出版的书籍进行事前的审查,但 ICP 则不可能做到这一点。因为,与出版商不同,ICP 对网络用户的控制力非常小。与其说它是“看门人”,不如说它只是网络信息流动的导体。^[47] 出版商面对的是有限的待出版的书籍,有可能对其进行逐一的详细核查;而 ICP 面对的则是瞬息万变、浩如烟海的信息,二者之间的差别宛如云泥。根据统计,新浪微博每分钟就有 9.5 万条微博发送。^[48] 在这样的情况下,即使 ICP 投入巨大的人力、物力也不可能做到对用户发表的信息进行有效的全面审查。

(2) 对用户的言论自由将造成严重威胁。如上所述,要求 ICP 对用户的言论进行全面审查是一件不可能完成的任务。根据新浪提交的 2013 年第四季度和全年的财政报告,2013 年 12 月份,新浪微博的月活跃用户数为 1.291 亿户,日活跃用户数为 6140 万户。^[49] 而新浪微博的审查人员规模仅为 150 人。这也就决定了审查人员的工作强度非常之大。事实上,在一个 24 小时的周期内,每个审查人员平均需要审查 300 万个帖子,并一天工作 12 小时,而在敏感时期则需 24 小时连续工作。^[50] 在这样的劳动强度下,审查人员不可能对每个帖子做出正确的判断。为了避免导致网站被关闭的后果,审查人员将不得不将审查标准放宽,以避免出现“漏网之鱼”。因此,用户的言论自由势必无法得到保障。

(3) 妨碍互联网的发展。如果立法对 ICP 规定了过高的注意义务,那么 ICP 为了防止侵权和避免承担法律责任,就只能将原本用于互联网产业发展的人力、物力投入到对用户言论的审核中去,这势必会阻碍互联网产业的发展。更为重要的是,这种过高的注意义务还会极大地破坏互联网发展的外部环境,挫伤 ICP 的积极性,使得 ICP 趋于因循守旧。而这种保守化最大的负面后果就是阻碍了网络的创新性、开放性和信息的自由流动,从而最终对网络表达自由造成侵害。

2. 在 ICP 对被禁止言论的判断标准上规定过于宽泛。如上所述,我国立法实际上在被禁止言论的判断标准上没有为 ICP 提供任何指引,这也就是要求 ICP 承担与执法机关的法律专业人士一样的注意义务,这显然是非常不妥当的。

(1) 我国立法并未对被禁止言论做出精确的描述,^[51]这就为 ICP 判断用户言论是否为立法所禁止增加了难度。纵观我国的网络立法,在被禁止言论的规定上大量使用的是这样的词汇:国家安全/利益、封建迷信、淫秽、色情、社会公德、民族优秀传统文化传统、损害国家机关信誉……这些关键性用语都需要进一步的解释和界定。例如,说自己半夜看见鬼魂了算不算“宣扬封建迷信的言论”?“切糕党”事件中网友的戏谑言论算不算“煽动民族仇恨、民族歧视,破坏民族团结的言论”?面对如此模糊的法律规定,即使是法律专业人士也很难对言论的违法性做出准确判断,更遑论是

[47] Jack M. Balkin, “Media Access: A Question of Design”, 76 George Washington Law Review (2008), 933, 934.

[48] Li Hui and Megha Rajagopalan, “At Sina Weibo’s Censorship Hub, China’s Little Brothers Cleanse Online Chatter”, available at <http://weibo.com/1784501333/A9429IPbJ?mod=weibotime>, last access 2013-09-13.

[49] 《新浪微博营收增长率完胜新浪 预估市值或超 100 亿美元》,载金融界(<http://finance.jrj.com.cn/tech/2014/03/26054116928755.shtml>,最后访问时间 2014-03-26)。

[50] <http://www.reuters.com/article/2013/09/11/us-china-internet-idUKBRE98A18Z2013091>(最后访问时间 2014-03-26)。

[51] 这也是我国立法对网络言论的限制无法通过合宪性检验的一个非常重要的原因。

ICP 的工作人员。

(2) 对 ICP 做出与专业法律人员相同的要求显失公平。ICP 对用户言论合法与否的判断是由其负责网络内容审查的工作人员进行的,而这些工作人员并非法律专业人士,没有受过专门的法律训练,因此不可能像具备专业知识的执法人员一样对用户言论的违法性做出准确的判断。在这种情况下,要求 ICP 承担与执法机关的法律专业人士一样的注意义务就是要求 ICP 去完成“不可能之事”。

(3) 在判断标准上要求过于宽泛将有损用户的表达自由。如上所述,ICP 不具备准确判断某一言论是否属于被禁止言论的能力。而根据现行立法,ICP 对于自己平台上发布的所有被禁止言论,不论多么隐晦、含糊和难以辨别,都必须履行删除、报告等义务,否则即需对其承担法律责任。这样,为了避免承担法律责任,ICP 唯有一个选择,那就是对被禁止言论的判断标准做最大程度的扩大化理解。这种做法势必造成侵害用户言论自由的后果。

3. 立法理念上存在偏差。我国相关立法存在的更为根本性的问题在于立法理念上的偏差:立法者在制定相关法律、法规的时候并非是从网络发展的客观规律和 ICP 的特性出发,并非是从保障公民基本权利的考虑出发,而是从降低社会管理的成本、提高社会管理的效率的角度出发进行立法,而全然不顾这种立法的结果是否人为地、不当地提高了 ICP 的注意义务。

这一点在对 BBS 和微博的法律规制上表现得尤为突出。BBS 和微博都是 WEB2.0 的典型代表,但我国立法对待 BBS 和微博服务商却尤为严厉。对于 BBS,我国先后以《互联网电子公告服务管理规定》和《关于进一步做好互联网信息服务电子公告服务审批管理工作的通知》规定了包括专项申请/专项备案制、版主负责制(即人工审查)、规则张贴制度、用户信息事前审查制度等严格的审查制度;而对于微博,《北京市微博客服务管理规定》也规定了用户信息全面审查制度和虚假信息揭露制度,并规定“开展微博客服务,应当在申请电信业务经营许可或者履行非经营性互联网信息服务备案手续前,依法向市互联网信息内容主管部门提出申请,并经审核同意”。^[52]

但是,相关立法做出上述规定是否具有充足的理由呢?如果要对提供某种网络服务的 ICP 规定较其他 ICP 更高的注意义务,那么可能的理由只可能是此种网络服务对表达自由而言价值更低或者此种 ICP 对用户言论的控制性更高。那么 BBS 和微博是否如此呢?答案显然是否定的。首先,BBS 和微博作为各自的时代的技术突破都极大推动了用户的意见表达,因此对于网络表达自由而言具有积极的意义。以微博为例。微博的碎片化、零门槛和病毒式传播的特征,使得它为每一个普通民众都提供了表达意见、参与公共事务讨论的有效途径,更为重要的是,在信息的即时性传播和公民与政府的直接沟通上可以说无人能出其右。我国政务微博蒸蒸日上的状况就从侧面说明了这一点。其次,无论是 BBS 还是微博服务商,对于用户言论的控制性都不比其他 ICP 更高。仍以微博为例。由于微博比以往的任何网络交流形式都更新更快、信息量更大,^[53]因此,提供微博服务的 ICP 对用户言论的控制性可以说是所有的 ICP 中最低的。从以上两点出发,对于提供 BBS 和微博服务的 ICP,立法不仅不应该提高其注意义务,反而应该降低其注意义务。可见,上述立法很难说具有充足的正当性基础。

^[52] 虽然这只是一份地方性法规,但是需要注意的是,我国最大的微博客服务商——新浪微博的服务器就在北京。除此之外,还值得注意的是,远在 2012 年《决定》全面规定实名制之前,BBS 和微博就成为了用户实名制的先行者。

^[53] 对微博特征的详细分析,可见陈道英:《微博言论自由之法律规制初探——从“微博第一案”谈开去》,载谢佑平主编:《司法评论(第四卷)》,中国检察出版社 2013 年版,第 190 页以下。

显而易见,立法者之所以做出如此规定,用意只是在降低社会管理的成本、提高社会管理的效率。因为BBS、微博都具有信息更新快、信息量大、用户参与度高的特点,因此相对而言更容易产生所谓“危害社会秩序”的后果。于是立法者从方便政府对网络言论管理的角度出发对提供这两种服务的ICP规定了更高的注意义务。这种本末倒置的做法不仅严重侵犯了网络用户的言论自由,而且从长远来看也不可能达到政府所期望的目标。^[54]

(二) 改进建议

在制定法律确定ICP需对用户言论承担的法律 responsibility 时,我们不应该忘记,ICP只是一个公司。它存在的唯一目的只是追求经济上的利益。无论是做出什么样的决策,ICP唯一考虑的因素都只是在经济上是否有利于自己,用户的表达自由绝对不会被纳入ICP的考虑范围之内。换言之,在表达自由的保障上,ICP既无所谓正相关,也无所谓负相关——只是它追求利益的行为在客观效果上会对表达自由造成一定的影响。

例如上文提到过的以微博为代表的社交媒体。微博的出现和运用无疑对于网络表达自由而言起到了极大的推动作用。但是,ICP开发和推广微博的目的却并非推动表达自由的实现,或构建民主文化;它看重的只是这一产品所具有的聚合用户的强大潜力——微博使得门户网站首次具有了像腾讯QQ这样的即时通讯工具一样的用户黏合力,而这种黏合力对于ICP来说,就是未来的巨大经济利益。新浪之所以大力推广微博,其用意只是在扩大用户规模、提高用户的活跃度、忠诚度,并在此基础上挖掘其经济效益,而与捍卫和促进表达自由完全没有任何关系。因此,当政府表达出要对微博用户的言论加大审查力度的意愿时,新浪不会为了保障用户的表达自由而与政府抗争,或者不与政府合作。的确,如果排除政府干预的因素,在一定程度上ICP是愿意对用户的言论保持较高的开放性和容忍度的,因为宽松的环境将为它吸引更多的用户,从而带来更高的经济效益。但是,当面临生存困境(吊销证照的威胁)时,ICP将毫不犹豫地选择与政府合作,并对用户言论进行过度审查。^[55]当然,当ICP加大审查力度时,它也会面临一定的来自用户的压力(用户会选择其他服务商),但是由于中国的整体网络环境差异性不大,用户实际上没有多少选择空间,因此这种压力还不至于对其生存和发展真正造成威胁。^[56]

[54] 压制并非对待令人不安的言论的正确方法,这一点已经为古往今来的中外学者反复论证。

[55] 对此,考察一下2013年的新浪微博将是非常有趣的。2013年我国政府发动了以微博为主要对象的打击网络谣言行动,而新浪微博在同年3月30日因谣言事件受到了禁止评论功能3天的处罚。就在这一年年底,CNNIC发表的《第33次中国互联网络发展状况统计报告》首次记录了微博用户规模的下降。报告指出,2013年相比2012年底微博用户规模下降2783万人(但需注意这里的微博不仅仅包括新浪微博),同时,减少使用微博的人中的37.4%转移到了微信。《新浪腾讯微博因谣言被批评将整改》,载财新网政经频道(<http://china.caixin.com/2012-03-31/100375105.html>,最后访问时间2014-03-28);《第33次中国互联网络发展状况统计报告》(<http://www.cnnic.net.cn/hlwfyj/hlwzbg/hlwjbg/201403/P020140305346585959798.pdf>,最后访问时间2014-03-28);《2012年新浪微博用户发展报告》,载新浪微博微报告(http://data.weibo.com/report/detail/report?copy_ref=AEdhAAT9K9k7&_key=INEzoa&,最后访问时间2014-03-28);《曹国伟解读新浪财报:微博将继续“移动为先”战略》,载36氪(<http://www.36kr.com/p/203343.html>,最后访问时间2014-03-28)。笔者认为,用户规模的回落虽然有多种因素,但也可以认为它从反面证明了新浪微博在这一年加大了对用户言论的审查力度。

[56] 根据新浪的报告,虽然其用户规模可能有所回落,但是其活跃用户数却是稳步上升的。2012年12月底新浪微博的日活跃用户数为4620万,而到了2013年12月底,这一数据已上升至6140万。《新浪微博用户数超5亿日活跃用户达到4620万》,载新华网(http://news.xinhuanet.com/info/2013-02/21/c_132181760.htm,最后访问时间2014-03-28);《新浪微博营收增长率完胜新浪 预估市值或超100亿美元》,载金融界(<http://finance.jrj.com.cn/tech/2014/03/26054116928755.shtml>,最后访问时间2014-03-28)。

同时,与美国网络服务商较为集中的格局不同,中国的服务商更加分散。^[57]就微博而言,美国主要的 ICP 就是 twitter,而中国除了新浪之外,还有腾讯、搜狐、网易等二十多家服务商。在这种情况下,政府直接管控的效果更差,因此对 ICP 的依赖程度更高,而 ICP 对用户言论的过度审查也就更加严重。此外,相比于政府对公民言论自由的侵犯而言,ICP 对用户言论自由的侵犯还存在一个更大的弊端,那就是法律对于 ICP 侵犯用户言论自由的行为没有规定任何法律责任,换言之,用户对于 ICP 侵犯自己言论自由的行为无法寻求法律救济。^[58]

因此,就我国的情况而言,从保障网络表达自由的角度出发,在 ICP 对用户言论的法律责任上就更应该采取最大程度的宽松态度。笔者认为,综合考虑各种因素,德国模式可能是更值得我们借鉴的。

最后,我们还必须注意到,我国网络表达自由之法律规制上需要调整的不仅仅是 ICP 法律责任,我国网络立法整体都是需要调整的。因此,从更好地保障网络表达自由的角度出发,我们不仅应对 ICP 对用户言论的法律责任重新做出规定,而且这一新的规定还应该是在重构网络立法的大框架下进行的。这一新的网络立法至少应该符合以下要求:^[59]以保持互联网的开放性和信息的自由流动为前提,对其施加的限制只能是例外情况;任何对网络表达自由进行规制的法律都必须符合限制言论自由权的标准,即:具有法律的明确规定,依据合法的目的,尊重必要性和比例原则。同时,对网络言论自由施行限制不应该危害权利本身,且相关立法应由独立的司法机关以非随意、非歧视的方式来实施,并有足够的保障防止滥用,包括提出质询的可能性以及滥用发生时的补救措施。

而如果在短期内,我们无法做到这种全局性的调整,那么至少应做到如下几点:(1)在 ICP 对被禁止言论的判断标准上适用《办法》所规定的“明显属于”标准(除非用户言论的违法性明显到了这样的地步——一个具有理性的普通人一眼看去即能断言该言论违反了法律、法规的有关规定,否则 ICP 就对用户的被禁止言论不负有停止传输、报告等义务);(2)明确排除 ICP 的全面审查义务。

(责任编辑:林彦)

[57] Gary King, Jennifer Pan, Margaret E. Roberts, *supra* note [17].

[58] 2011 年 12 月通过、2012 年 3 月 15 日开始施行的《规范互联网信息服务市场秩序若干规定》第 13 条确实规定了“互联网信息服务提供者不得有下列行为:(一)无正当理由擅自修改或者删除用户上传信息;……”,但是在相关罚则中关于本条却并未规定被侵权人的救济权利,例如要求恢复信息、损害赔偿等,而只是规定了由主管部门“依据职权责令改正,处以警告,可以并处 1 万元以上 3 万元以下的罚款,向社会公告”。这是非常奇怪的。考虑到 ICP 之所以会删除用户的信息大多出自主管部门的授意(“敏感词”等都是主管部门提供的),该条规定在保障用户言论自由方面的实际效果就非常可疑了。另外,最高法院还曾发文要求各级法院对于因网络管理而引发的民事、行政纠纷“不予受理”。见《最高人民法院关于涉及互联网管理案件立案审查工作的通知》。

[59] A 66/290, *Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression*, available at http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?m=85, last access 2014-03-27.