

内容分级制度视角下的 网络色情淫秽治理*

□ 张志铭 李若兰

内容提要 网络的特性决定了其规制方式与传统媒体不同。在现有法律规制模式存在不足的情况下,通过引入技术手段治理网络将成为未来网络规制的发展趋势。在这种趋势下,治理网络色情淫秽不仅需要法律规制,更需要建立内容分级制度进行对象化区分治理。许多国家和地区一般将内容分级制度视为网络自治的重要构成要件,内容分级制度已成为网络色情淫秽治理的通行经验。中国也应该改变传统运动式的执法方式,通过建立内容分级制度实现网络色情淫秽的有效规制。

关键词 网络色情淫秽 法律规制 技术手段 内容分级

作者张志铭,中国人民大学法学院教授;李若兰,中国人民大学法学院博士研究生。(北京100872)

一、引论

色情淫秽影响人们的身心健康,尤其是对于未成年人的心理和生理造成严重伤害。色情淫秽信息的泛滥和不受控制更会造成社会失范,因此其长期以来一直是各国政府治理的焦点问题。自20世纪90年代起,互联网技术在中国急速发展带来了网络色情淫秽的迅猛传播,由于互联网用户的激增和支付手段的便捷化,通过图片、文本、视频、音频、即时互动方式、广告、网络游戏等方式,网络色情淫秽借助日新月异的互联网传播技术迅猛增长,“性”和色情已然成为网上最触动神经的话题,各种与色情淫秽有关的网络内容层出不穷,网络在事实上已成为色情淫秽快速发育传播的温床。与此相应,如何有效治理网络色情淫秽成为中国政府必须切实面对的重要课题。

事实上,中国的网络色情淫秽治理已经在实践和理论层面开始了积极探索。中国首先通过制定诸多有关网络监管的法律建立起全景式的规制体系,仅现有的各行政部门发起制定的规范性文件多达60多部。^①在执法领域,中国每年由公安部门主导开展大规模的运动式执法行动,集中整治网络色情淫秽。为了进行实时有效的网络监管,中国还设立了直接的监管者——网络警察,网络警察的工作内容之一即是检索网络上的色情淫秽信息并予以惩处。除此以外,中国政府还采用敏感词过滤的措施来规制网络色情淫秽,依据这些技术措施网络会自动进行不同程度的内容过滤,涉及色情淫秽的敏感词汇都将不能在網上被显示。通过法律法规、执法行动、网络警察和过滤技术,中国在实践中构建起独特的规制体系。但是这种主要依托行政规范的规制模式有许多弊

* 本文为张志铭教授主持的教育部项目《网络色情淫秽的法律规制》结项成果的一部分,项目编号:09YJA820080。

端,法律规范效力层级较低,运动式执法难以建立长效的治理体制,网络色情淫秽仍然猖獗,网络色情淫秽规制仍然处于尴尬境地。

在理论探讨层面,国内关于网络色情淫秽规制的研究主要有如下几个方面:有研究从刑法角度来探讨网络色情淫秽的入罪问题,尤其着重关注淫秽物品认定的标准问题;^②还有研究致力于比较互联网治理研究,通过借鉴其他国家的治理经验来应对中国问题;^③也有学者从历史的维度梳理色情淫秽的规制渊源,并对规制的正当性基础作出相关分析;^④除此以外,多数规制研究认为网络色情淫秽规制需要从法律层面上进行建构,并辅之以技术手段和网络自律规范。^⑤以上研究都以立法为核心来谈网络色情淫秽的规制,但是实际上现有以法律为核心的规制模式面临很多理论困境:一方面,由于互联网的无国界特征,在法律适用上存在着管辖权适用的问题;另一方面,立法需要解决色情淫秽的标准问题,但色情淫秽的定义随着社会开放度的变化而难以确定;不仅如此,色情淫秽社区标准的多元化使得建立统一的适用标准成为不可能。可以说,试图通过从法律上廓清色情淫秽的整体面貌并以此进行规制陷入了理论上的困境。

与此同时,世界其他国家同样在处理相同问题时面临法律规制的尴尬,并开始转向通过引入技术手段来规制色情淫秽内容。重视技术措施已经渐渐成为网络规制的潮流。在这其中,广受各国推崇的内容分级制度作为规制网络的重要手段,在规制网络色情淫秽内容上发挥了非常重要的作用。以内容分级制度为支点,以网络使用者为中心的规制模式逐渐发挥了更大作用。现有的国内研究中对技术措施的重要性关注度不够,对网络内容分级制度的讨论也仅限于从技术角度对其进行介绍,而对内容分级制度的运作机制和法律意义并没有详细探讨。从这种意义上说,重新认识内容分级制度的运作机制,梳理内容分级制度的法律内涵并分析其对网络色情淫秽的规制意义就显得尤为重要。本文的讨论即是基于以上思路展开。

二、网络规制模式的新变化 ——技术手段的再认识

随着互联网技术的兴起和发展,网络已经成

为现代人生活中不可或缺的一部分,其在带给人们生活更多可能性的同时,其负面效应也导致了随之而来的规制难题。网络有别于传统媒体的特点决定了其要采用不同的规制方式。网络的匿名性一方面促进了网络的蓬勃发展,刺激人们主动大量发表言论,但另一方面也导致了相关法律责任主体的缺位;网络去中心化,无国界的特点使得网络具有独立于现实世界的特质,极端的网络主权理论者甚至宣称“网络空间不在政府管制之下,自由平等是网络空间的特征,思想和心智是其存在。”^⑥除此以外,现代社会的网络使用者大多数在相对隐私空间内使用网络,高私密性大大提高了使用者接触到不适当信息的可能性。我们在享受网络带来的便利的同时,也要遭受互联网上出现的暴力、色情淫秽、侮辱诽谤、侵犯隐私等网络内容的危害。在数字化时代,如何规制网络就成为一个极具考验性的问题。事实上,人们对互联网属性的截然不同的认识则导致了不同的网络规制态度。一种观点认为互联网的去中心化、无国界、容易接近等特征决定了网络具有“自由”的本质,现实世界的法律和技术规制无法真正对网络治理起到作用。^⑦而相反的观点则认为网络的本质特性不是“自由”而是“可规制性”,也就是说网络本身就是由人设计出来的,因此网络在技术上必然具有很高的“塑造性”。^⑧这种技术上的可塑性就决定了网络必然能服从人类的治理逻辑并得到规制。在后者看来,所谓的宣传的“网络自由”只是不可能实现的乌托邦。

对互联网本质的认识不同必然会导致对网络规制的不同进路。与宣称的网络主权思想相反,现实中有大量的法律规制着网络世界,并在纠纷解决实践中发挥着不可替代的作用。制定法无可争议地成为网络规制的最主要的手段,世界各国在版权、网络犯罪、未成年人保护等方面制定广泛细致的法律即是最好证明。在出现争议时,法律提供的可预期性和强制力往往能产生立竿见影的效果,人们往往诉诸现实的法律制度以解决争议,用法律手段规制网络成为最为普遍的做法和最广泛的共识。

但是近年来,有关法律万能的观点受到了越来越多的挑战。对网络技术可规制性本质的再认识使得人们开始重新评估技术手段在网络治理中

的作用。被誉为网络原创思想家的斯坦福大学教授劳伦斯·莱斯格就是这一观点的持有者,其与众不同的观点启发了不一样的规制思路。莱斯格教授认为网络软件能够像法律规范一样规制网络内容,而构成网络软件的代码(code)就是网络世界通行的“法律”,而未来网络规制趋势也必然是技术规制。^⑤诚如其所言,代码是网络技术的核心,而由代码构成的软件和硬件则共同规制着整个网络空间。^⑥比如数字签名、加密技术、屏蔽与过滤技术等使得技术规制网络内容成为可能。莱斯格教授不同于传统的观点引人深思,而可见的是网络内容分级和过滤技术在西方各国的广泛应用,与渐趋流行的技术规制相对应的则是法律规制的无力和尴尬。自21世纪以来,政府在面对网络出现的不可预知的风险时,以无审慎的、未经深思的公权力运作来决定网络世界未来的做法已经遭到普遍质疑和挑战。在言论自由成为普世价值的今天,网络言论自由和国家控制之间的张力愈发明显,要求调整原先的法律规制模式转而追求网络自治自主的呼声日益流行。最为明显的例子是,在中国的社交媒体上限制公众人物言论的行为都最终演变为网民讨论的公共事件,影响不可谓不大。通过这些技术措施,法律规制会带来的争议可能会因为这些技术的引入而得以减少或避免。例如,美国政府为了保护未成年人接触到含有暴力、淫秽等有害其利益的电视节目,要求电视设备生产商在设备中安装特定的芯片,以阻断和过滤含有可能危害未成年人利益的电视节目。这种做法将电视节目选择权由电视媒体运营商转交到家长手中,使得家长能够控制子女观看的电视节目权限。这种技术手段就很好地平衡了言论自由和未成年人利益之间的冲突。除了平衡商业开发和言论自由之间的张力外,技术措施在其他方面也能够起到规制作用。比如,网络使用者必须通过密码进行身份认证后才能进入特定网站,而有些网站需要特殊的电脑程式才能运行;网络用户在面对自己不愿接受的信息时也可以采用特殊软件隔绝不恰当的信息,帮助使用者自行决定其愿意接收到的信息。总而言之,以代码为基础的技术手段在很大程度上能决定我们能够与谁沟通,用何种方式沟通,甚至能够在互联网上获得哪些信息。诸如此类的电脑软件和技术标准已经逐

渐成为了规范网络的一个重要手段。对技术手段的推崇莫基于因特网真正的媒介属性——可规制性,即互联网这一言论媒介在技术上的高度可塑性。可以说,承认网络可规制性是我们思考网络治理最基本的出发点,在网络时代,言论自由的主战场已经转移,通过引入技术手段的治理真正决定着网络规制的未来。

在网络规制的范畴里,法律必然扮演着重要角色,但是由于网络的技术可规制性则导致了技术手段事实上能在网络内容规制上起到更大的作用。可以说,在原有法律规制体系内引入技术手段,将会整体上提高法律规制的技术程度,提升网络自治的水平。

三、网络色情淫秽的治理 ——从法律规制到技术手段的引入

网络色情淫秽信息是网络有害内容的一种,网络的跨国性更是助长了色情淫秽的传播,因而日渐成为一个亟待规制的社会问题。“色情”来源于希腊语“pornographos”一词,在希腊语里,“porno”指的是最低级便宜的妓女,而“graphos”则是指描述、绘画;因此,“色情”可以从字面上解释为“关于妓女描述的作品”。《大英百科全书》中对色情的解释是“在书籍、图画、电影等东西里描述性爱之行为,借以挑起性刺激”。^⑦在英文里“淫秽”(obscene)是指文字、思想、书籍、图画等是猥亵的,是对于性活动的不正当的看法或描写。^⑧而谈到色情淫秽的规制时,通过考察世界代表性国家或地区规制网络色情淫秽的做法时发现各国无一不是针对对象进行区分治理。其中最具有典型意义的区分是将色情和淫秽区分对待,色情信息一般属于有害信息,但是受到言论自由的保护,而淫秽信息则属于不法信息,将交由刑事法律进行规范。

在网络内容治理方面,世界先进国家的治理经验能给予我们启示。欧盟的做法是将网络内容分为有害和违法两种,对儿童色情、人口运输、种族思想的传播、排外思想传播等四项网络内容进行法律上的重点规范,希望通过法律将其完全排除出网络世界。^⑨但是考虑到法律的局限性和对网络特性的认识,欧盟转而鼓励成员国广泛采用内容过滤和分级软件,推行内容分级制度。1999

年欧盟通过的多年度行动计划中明确提出了以下具体措施:(1)促进从业者制定自律规范网络内容监督计划;(2)鼓励从业者提供过滤工具和分级制度;(3)增加使用者对从业者所提供的服务的认识。^⑭这项法令的核心要旨是采取技术措施来规范色情淫秽,自始欧盟内部各国开始使用技术手段来规制网络色情淫秽信息。除了欧盟的规制外,美国网络色情淫秽的规制实践也具有典型性。事实上,美国治理网络色情淫秽的做法根植于现实世界规制色情淫秽的实践。出于遵循司法主治的传统和对言论自由价值的珍视,美国规制网络色情信息的标准在联邦法院的实践中展示出来。色情淫秽的标准一直在言论自由和保障未成年人利益之间拉锯。至20世纪90年代,美国司法实践中对色情淫秽的认定经过了“希克林标准”、“罗思标准”和“米勒标准”,已经形成了对“淫秽”(obscene)的具体判断,同时区分了不受宪法第一修正案保护的“淫秽”和具有低度言论价值的“低俗不雅”(indecent),也即色情信息。其中认定淫秽的标准广泛地适用于各种传播媒体,而低俗不雅之标准则适用于具有侵入性,易于接近使用的无线电传播。1995年,依据司法实践中形成的色情淫秽判断标准,美国法院在 *United States V. Thomas* 一案中终于将“淫秽”的标准适用于网络色情淫秽规制。^⑮而1996年制定的美国《传播风化法》CDA (Communication decency act) 第一次通过立法明确对网络色情淫秽进行管制,这一法案的主要目标是保护未成年人免受淫秽内容的侵害,同时它还将目标对准网络色情内容。通过CDA法案,立法者试图使未成年人接触不到这些“明显冒犯”和“低俗”的信息。两条款对此作出了明确规定:“禁止任何明知对象未满十八岁,而在因特网上对其进行低俗的传播。”另外一条款是:“禁止任何人在明知可能被未满十八岁人士获得的情况下,在因特网上传播‘以当前社区标准看来明显冒犯的方式刻画或描述性或排泄的器官以及行为的内容’。”^⑯但该法案的规定由于定义模糊不清而被认为侵犯成人的言论自由,遭到了大肆批评。引发这一法案合宪性讨论的里程碑案件则是1997年的 *Reno V. American Civil Liberties Union* 案,最高法院九位大法官判定CDA法案违宪无效。^⑰法庭意见认为:“为了防止未成年人接

触到潜在的有害言论,CDA压制了大量的成年人宪法性权利。这种对未成年人利益的保护并不能使其对大范围的成年人利益的压制正当化。政府不应该仅仅为了未成年人而减损成年人的权利”。^⑱雷诺案宣告了CDA法案的失败,此举标志着立法管制网络色情淫秽的思路在现实中遭遇挫败。自此美国开始使用技术手段,也即屏蔽和过滤软件来对网络色情淫秽进行规制。美国政府2000年通过《儿童因特网保护法》(CIPA)确认了过滤方法的正当性,国会不再试图直接控制地方上的学校和图书馆,学校和图书馆必须具有因特网安全政策和技术保护措施,每一台接入因特网的电脑必须具有相应的过滤软件,可以屏蔽“属于淫秽或儿童色情的图像,并且防止未成年人获取对其有害的材料。”^⑲这一法案指出,莫基于过滤技术至上的规制手段并非最优手段,但是却是对言论自由限制最少的方式。确认了过滤的正当性,剩下的问题就是如何进行过滤。从20世纪90年代至今的规制政策转变昭示了美国未来规制网络色情淫秽的趋势。从某种程度上看,这种制度选择代表美国对色情淫秽内容的规制开始走向了技术管制。现今美国网络色情淫秽的规制措施很大部分就是建立在内容分级制度的基础上。

通过考察世界主要国家对网络色情淫秽的治理历程,我们可以发现各国对网络色情淫秽的规制经历了一个政策变化的过程,由原先的立法规制逐渐转变为引入技术规制和行业自律的模式。

除美国之外,其他国家也纷纷采用技术手段,通过互联网内容分级制度对含有淫秽色情内容的信息进行分级分类来达到对其有效规制。此外,作为立法之外的规制手段,内容分级制度是西方国家以行业自律的方式运行的。网络使用者通过使用分级软件达到对网络色情淫秽进行规范的目的。这种方法不同于通过立法的直接控制后果,而事实上网络采用内容分级方法达到了现实世界中的分区管制功能,并实现了对网络色情淫秽的规范。网络内容分级方法相比立法更为高效,低成本,能达到比较理想的规制效果。实际上,利用分级制度来规范网络色情淫秽已经开始成为很多国家的做法。可以预见,以网络内容分级为代表的信息技术将成为未来规范网络色情淫秽的重要力量。

四、网络内容分级制度的运作 规范和制度实践

网络内容分级制度就是通过设定不同级别的标准对网络色情淫秽内容进行分级,网络内容提供者根据标准在网页上进行自我标示,由内容接受者自行决定是否接入网站内容的制度。这一思路与现今应用成熟的电影分级制度相似,都是将决定权交由接受者选择。网络内容分级制度产生的主要目的就是防止不当有害内容对未成年人身心健康造成危害。网络内容分级制度在当今许多国家的应用基本是以行业自治的方式出现的,唯一通过强行立法进行内容分级的我国台湾地区也在 2012 年废弃了原先立法。总体来说,网络内容分级制度的运作机理是一以贯之的,多数国家或地区的分级实践都建立在内容分级制度的基础上。

具体说来,网络内容分级制度是由相应的组织机构、分级系统和分级标准组成的。内容分级制度的提出得益于麻省理工学院设立的国际标准化组织 W3C, PICS 是由 W3C(World Wide Web Consortium)设计出的一种软件标准,根据这一标准可以对因特网上的内容进行标记。^⑨ W3C 在 PICS 的首页上就十分清楚地表示,发明 PICS 的初衷就是为了帮助家长和老师控制未成年人对网络的接触,利用网站内容自动标签化的技术来提供网络使用者不同的内容选择。PICS 背后的理念是创立一种关于元数据的标准,其核心就是能显示网页中存储的特定的信息。网络使用者只要进入互联网浏览器“属性”中“内容”一栏,就可以在“内容审查”见到 PICS。^⑩而这种技术方式与电影分级制相似,网络分级标准必须依附于因特网内容选择平台(PICS)才能发挥作用。严格来说, PICS 仅仅是分级过滤软件的一部分,只是为标记、分级提供一个平台。PICS 要求提供网络信息的网站经营者或者发布网络资讯者以自愿的方式就其网络内容或分布的网络内容作自我分级,而该自我分级的结构,则必须写入该网页的电脑程式码中,并且同时将自我分级的标示,显示在该网页上或者其所发布的网络资讯上。此种分级技术标准可以全面使用在各种不同层次的网络技术上,包括网络浏览器,公司防火墙或网络服务公司的服务器等。

PICS 必须与某种内容分级系统相结合才能发挥作用。针对互联网的内容,目前有很多种基于 PICS 平台建立的分级系统和标准,其中最为普遍的是网络内容分级组织 ICRA(Internet Content Rating Association)创立的分级系统。作为一项互联网应用科学技术, ICRA 设立宗旨是为了让儿童安全地使用互联网,推进网络内容过滤。^⑪ ICRA 是由互联网行业联合组成的行业协会, ICRA 期望借由行业内部开发出专门的分级软件,将网站分级作为其主要业务,以儿童、未成年人免受网络不良信息的侵害。通过这种行业自律的方式,互联网行业以此对抗政府的立法管制措施。ICRA 强调他们并不对内容进行任何分级,而是由内容提供者自己进行分级,也就是说, PICS 为因特网对内容进行标记和分级设立一个技术标准,然后 ICRA 在 PICS 的平台上设计一套分级标准。^⑫关键的一点是,由内容提供者通过 ICRA 的标签系统对网络内容分级,而 ICRA 自身不对网站进行价值评判。主观上判断是否打开由网络使用者来决定,这样就使得网络内容判断权交给了使用者。ICRA 分级系统中最为有名的是 ICRA 的词库,也就是著名的“ICRA 问卷”。内容提供者登录到 ICRA 网站填写网站内容问卷,问卷问题是关于网络使用者的网站是否含有 ICRA 词库中的一些元素。在回答完问卷之后, ICRA 将根据网络使用者的回答自动生成一份针对内容的分级报告,内容提供者就可以将这一分级信息输入网站的 HTML 代码中。安装有过滤软件的网络使用者在接入网络使用者的网站前就会首先读取这一分级信息,然后选择过滤或者进入。

ICRA 的著名分级标准体现在其词库里的四大类内容,分别是性、裸体、语言和暴力。而对每一具体种类, ICRA 又会进行一个程度的排列,在这其中就涉及到了网络色情淫秽的分级标准,根据不同程度的行为给予定级。具体的分级标准见表 1^⑬:

随后 ICRA 沿袭以上基本模式并进行了不断更新、修正和改进,但是基本没有改变这一模式。现在 ICRA 的网站上,词库中共有七类内容,分别是裸体、与性有关材料、暴力、语言、潜在有害行为、用户生成内容和语境。^⑭ ICRA 的内容分级奠定了往后其他分级系统的基础,而在 PICS 的网站上,除了 ICRA 之外,还有 Safe For Kids、Safe-Surf 等分级系统可供选择。其中, Safesurf 甚至

将网络内容分为 11 大类,每类细分为 7 个等级,这是目前为止最为详细的分级标准。多元化的分级系统反映了多元价值的存在,这也为网络使用者提供了更多的自由选择。而目前 ICRA 开发的分级系统得到了最为广泛的运用,被许多国家和地区作为制定本国分级标准的参照系。

当然,由于各国具体道德、风俗、社会文化的不同,各国网络使用者也会根据 ICRA 的标准作出适当的调整,以满足内容分级的要求。

表 1

分级标题	等级	尺度说明
性	0 级	无,没有性行为和不雅行为
	1 级	热吻
	2 级	着衣热吻
	3 级	非直接性爱抚行为
裸体	4 级	明显性活动
	0 级	无,没有裸体
	1 级	衣着暴露
	2 级	部分裸露
语言	3 级	正面裸露
	4 级	煽情的正面裸露
	0 级	无,无害的俚语
	1 级	影射身体器官的言语
暴力	2 级	温和无害的言语
	3 级	猥亵的用词
	4 级	明显的性暗示
	0 级	无,无暴力
	1 级	生命体的损害
	2 级	人或动物的宰杀(非威胁性)
	3 级	人受到伤害或杀害
	4 级	原因不详的暴力

五、内容分级制度的现实应用——以台湾为例

作为规制网络色情淫秽的有效手段,内容分级制度已经在实践中获得了广泛的运用。现实中网络内容分级分为自愿内容分级和强制内容分级两种模式。自愿内容分级制度和强制内容分级制度所贯穿的规制理念和体现的规制效果都大不一样。如果采取的是自愿内容分级制度,则法律仍

然给予了未进行分级的信息得以表达的空间,而网络使用者也可以享有接近信息的权利。内容自愿分级制度的伦理基础是社会对产业伦理的期待,基于内容提供者和内容接受者两者之间的约定而来,本质上没有政府公权力作为管制后盾,也不容易出现侵害人民基本权利的法理问题。这种通过行业自律的做法较少会引起侵犯言论自由的争议,也不会带来违宪审查问题。

如果法律强加给网络使用者进行自我审查和自我分级的义务,此一法定义务不但加诸网络使用者不合理的负担,同时也会产生扼杀网络言论的寒蝉效应。若实行强制内容分级,则在以 PICS 技术标准为主导的分级体制下,政府对网络内容的选择将全面取代个人选择。尽管最终的内容决定权是在网络使用者手上,但也存在公司、学校、国家等集体在更高层次统一过滤相关信息的可能性。正如防火墙一般,任何国家都可以透过在对外的网络连接层次上使用 PICS 过滤资讯。只要政府愿意控制信息的流通,PICS 有可能成为最有效率的过滤信息方式。换言之,透过 PICS 国家可扮演家长式的,事前管制网络信息的角色,这种方式完全不顾及个人的自主性与选择自由,更不论个人的尊严。就这一层面来说,PICS 产生的规制效果远远超过其制度预期。PICS 被接受的程度越高,受到政府支持的可能性越高,其对与言论自由的威胁和个人的自主性的伤害性也就越大。而世界不少国家倾向于将内容分级作为网络经营者和使用者自主选择的规制手段,以在保障成年人言论自由和未成年人利益两者中达到平衡。因此这些国家往往通过行业自律来进行内容分级,美国就是通过行业组织来推进内容分级制度的典型国家。

我国台湾地区是唯一强制推行内容分级的地区,由政府制定详细的电脑网路内容分级处理办法,具体规定了分级的标准和规制方向。内容分级制作为管制网络内容新型立法,创制了专门针对网络内容的措施。而这些立法措施的目的在于保护未成年人的利益,对于网络上的色情淫秽信息进行分类。台湾通过对规制对象的区分,最终建立起了较为完整的网络色情淫秽规制体系。

通过考察台湾现行立法,可以发现台湾对色情淫秽的管制方式截然不同,其将网络内容分为淫秽(Obscenity)和色情(Indecency)。对淫秽的

界定,台湾已经通过司法实践形成了较为成熟的判断标准:台湾刑法第 235 条规定“散布、播送或贩卖猥亵之文字、图书、声音、影像或其他物品,或公然陈列,或以他法供人观览、听闻者,处二年以下有期徒刑、拘役或并科三万元以下罚金”。^⑥而台湾大法官会议 407 号解释对猥亵(淫秽)作出了进一步的文义解释,即指一切在客观上足以刺激或满足性欲,并引起普通人羞耻或厌恶感而侵害性的道德感情,有害于社会风化之行为。^⑦但是台湾网络内容分级制度并不适用淫秽,而是只针对色情信息,即未达到淫秽之标准的色情内容,未违法但有害的信息。2005 年,台湾制定《电脑网络内容分级处理办法》,其立法依据是《儿童及少年福利法》第 27 条规定“出版品、电脑软件、电脑网路应予分级;其他有害儿童及少年身心健康之物品经目的事业主管机关认定应予分级者。前项物品列为限制级者,禁止对儿童及少年租售、散布、播送或公然陈列。第一项物品之分级办法,由目的事业主管机关定之。”由此可见,台湾网络分级的主要内容是合法的色情信息,从而排除刑法规范的猥亵性信息。《电脑网路内容分级处理办法》第三条“电脑网络内容不得违反法律强制或禁止规定。”也印证了刑法对淫秽网络内容的规制。而《电脑网路内容分级处理办法》第十条规定网络内容有害儿童及少年身心发展者,列为限制级,未满十八岁者不得浏览。其中关于性的限制级描述为“以动作、影像、语言、文字、对白、声音、图书、摄影或其他形式描绘性行为、淫秽情节或裸露人体性器官,尚不致引起一般成年人羞耻或厌恶感者。”由此可见,台湾立法中认为“淫秽”与可被容忍的“色情”的分界线在于“是否引起一般成年人的羞耻或厌恶感”。但是实际上“成年人的羞耻感或厌恶感”很难在司法实践中确立清楚。

具体到台湾网路内容分级标准,立法最初将网络内容按照年龄分为四级(普遍级:一般网站浏览者皆可浏览;保护级:未满六岁儿童不宜浏览;辅导级:未满十二岁儿童不宜浏览,十二岁以上十八岁以下少年需父母或师长辅导浏览;限制级:未满十八岁不得浏览)。^⑧其中针对这四项级别,从语言、性和暴力三个方面进行了分级。^⑨这种内容分级标准参考了电影分级制,但是由于网路与传统电影的不同,使得四级制无法很好地适用于网

路。同时由于在适用时出现的辅导级与保护级之间的标准十分模糊,因此台湾重新修订了分级标准,将原来的四级变为两级标准:限制级和非限制级。其中对于可能严重影响未成年人利益的内容作了详细的分类定级。分级标准具体见表 2:^⑩

表 2

类别	级别名称	级别描述	对应值
网站内容语言之使用	18 岁以下之未成年人可单独阅读或由家长陪伴阅读之容许语言	一般性语言,略带轻蔑或经修饰过之粗鄙字眼	非限制级
网站内容语言之使用	18 岁以下之未成年人不可阅读之明显粗俗语言使用	以语言描述强奸、性行为等情节,用语明显粗暴未经修饰,表现淫秽与性暗示	限制级
性与裸露之图文或多媒体	完全无裸露及在父母陪伴之下可观看	裸露之艺术作品或教学素材,不致引发性联想之胸部、臀部裸露或着衣之爱抚	非限制级
性与裸露之图文或多媒体	明显的性活动,18 岁以下之未成年人不可观看	性器官接触,或直接明白裸露性器官以暗示性行为	限制级

通过以上对网络内容进行区分,使得不同级别的色情信息得以标示,在订立具体的分级标准的同时,台湾也依据《网络内容分级处理办法》第九条规定成立财团法人台湾网站分级推广基金会,由其负责推行网络内容分级制度。网站分级推广基金会的主要任务是订定网站分级系统,推动行业自我分级标示,提供分级标签产生器给内容提供者自我标示。^⑪依照台湾现行法律,这种管制方式避免了国家对于网络内容的直接监管而引发的侵害言论自由的问题。

虽然台湾推行的网络强制内容分级系统取得

了较好的效果,但是却遭到了很多的批评和指责。国家通过对网络服务提供者、网络内容提供者等方面进行不同程度的限制,以此达到管制网络世界的目的。而这种管制一定程度上与言论自由的基本精神相悖,因为言论自由的核心旨趣在于任何人不能使用强力将自己的观点推销给他人。在这种考量下,任何对言论审查的做法都必须接受审视和检查。而对于言论自由的侵害也有可能来自于对公共讨论空间的控制,可能使表意人根本无法使用该讨论空间。

很明显,台湾通过立法建立的内容分级制度体现了政府的意志,具有指令性的管制作用,并没有贯彻内容分级制度行业自律的精神。所谓的自律自愿分级精神在分级架构、分级标准均受到当局介入前提之下已经无从谈起,内容分级制度因此被认为是言论事先管制的一种形态。不符合台湾当局认定标准的信息将会被标识或者事先过滤,这也剥夺了公民自主选择和自我判断的权利。台湾通过立法强制自我分级并制定了相应的法律,但是相比由政府制定分级制度,由网络行业推行内容分级并进行行业自律应该是更为可行的态度。事实上,2012年6月13日,台湾正式废止了《电脑网路内容分级处理办法》,停止了强制推行内容分级制度的做法,而改由行业协会来推进分级制度。这一做法也恰巧与其他国家希望行业自律,建立自愿内容分级的制度相呼应。一开始PICS设计者的出发点就是希望建立最能符合家长理想的自律机制上,保护儿童的利益,而这一自律机制应该由民间来操作。而且现存的也不应该只有一种内容分级标准,而是可以包含多元价值的多元标准,选择权交由网络使用者来使用。

总的来说,利用内容分级制度来规范网络色情淫秽已经成为当下普遍流行的做法。但台湾地区的政府强制内容分级的做法将信息选择的权力交由政府,极大地侵害言论自由违背内容分级自律精神。除台湾外,其他国家的做法都是由行业内部自行建构相应标准,网络服务提供者自愿自行进行内容分级。自愿的内容分级制度将选择的权利还网络使用者而顾及了言论自由。但是内容分级制度也存在制度设计的漏洞。在执行层面说,并非所有的网站都能适用内容分级制度,社交网站、聊天室、BBS、新闻网站这类特殊的网站可

能需要分级标准之外的措施来管理。同时,从内容分级的实效性来看,网络的跨国性会导致内容分级制度实效的减弱,网络的跨国性是现在较难克服的问题,但一旦世界各国都开始意识到了内容管制的重要性后,可能会通过国际条约和跨国性组织的方式建立一套国际性的网络分级制度。整个网络内容分级制度的核心还是将选择权交还于网络使用者。让网络使用者了解该项制度并运用过滤软件的操作设立分级标准,网络内容分级制度不失为管理色情信息的好方法。

六、结语:治理中国网络色情淫秽也需设立网络内容分级制度

中国目前对互联网内容并未实行分级制度,包括国外较为成熟的电影分级、图书分级等制度都未在我国得以实行。具体到对网络色情淫秽的监管,我国主要采取的是规制网络内容提供者行为的思路,对规制网络用户并没有给予过多关注。中国对网络淫秽信息采取通过基本法律予以规制的手段,刑法第363条至367条规定了制作、贩卖、传播淫秽物品罪,其中367条规定“本法所称淫秽物品,指具体描绘性行为或者露骨宣扬色情的诲淫性的书刊、影片、录音带、图片及其他淫秽物品。有关人体生理、医学知识的科学著作不是淫秽物品。”这条规定为规制网络淫秽提供了法律依据。除通过刑法规制外,新闻出版署于1988年出台的关于《认定淫秽及色情出版物的暂行规定》对于“淫秽”有较为详细的规定。^⑥而规定中同样对于色情出版物的认定有着规定:色情出版物是指在整体上不是淫秽的,但其中一部分有第二条(一)至(七)项规定的内容,对普通人特别是未成年人的身心健康有毒害,因而缺乏艺术价值或者科学价值的出版物。从规定中可以看出有立法规定严格区分淫秽和色情,但是对于淫秽的具体定义仍然模糊不清。相比对淫秽信息采取刑事制裁和行政处罚两种方式,中国对色情信息的治理则主要由公安机关采取行政处罚的规制方式。但在实际治理网络色情淫秽过程中,这种粗放式的认定标准仍然难以得到较好适用。

网络色情淫秽治理离不开法律的支持,法治化治理网络色情淫秽一方面需要进行基础立法,尤其制定保护未成年人利益法律,另一方面需要

引入内容分级制度。运用内容分级措施来治理色情淫秽还是一个较为陌生的概念,我们有必要引入和厘清内容分级制度的相关理论和制度实践,对色情淫秽进行对象化区分治理,选定与我国社会发展水平和道德标准相匹配的内容分级标准。对于具体分级标准和分级系统的选择则是凝聚社会共识,达成共同价值标准的过程。可以说,通过引入技术措施治理网络色情淫秽应该成为中国未来的主要规制趋势。

注释:

- ①张党盟:“中国媒体涉黄规制规范分析”,中国人民大学2012年硕士论文,第19页。
- ②刘淇:“网络淫秽色情犯罪问题研究”,郑州大学2009年硕士论文。卢建斌:“网络传播淫秽物品犯罪研究”,厦门大学2009年硕士论文。艾娜艳:“网络色情犯罪的侦查与防范研究”,华东政法大学2011年硕士论文。毕云庆:“论淫秽物品的认定”,内蒙古大学2011年硕士论文。邵立:“网络环境下传播淫秽物品罪若干问题研究”,华东政法大学2011年硕士论文。
- ③徐天晓:“新加坡网络色情管制分析及对我国的启示”,北京交通大学2011年硕士论文。郑文阳:“全景与律法的权衡——中日网络监管制度比较研究”,复旦大学2012年硕士论文。徐颖:“英国互联网行业自律及其启示”,华中科技大学2010年硕士论文。张化冰:“互联网内容规制的比较研究”,中国社科院2011年博士论文。苏丹:“法治严明秩序为先——新加坡的网络内容管理”,《中国记者》2004年第10期。郭明飞:“国外对因特网管制的做法及启示”,《政治学研究》2008年第4期。陈晓云:“韩国网络治理现状及启示”,《新闻与传播研究》2010年第6期。
- ④谢晖:“运动式执法与政府间合作——以上海市整治网络色情淫秽专项行动为视角”,复旦大学2009年硕士论文。李建新:“传媒涉黄规制研究”,中国人民大学2010年博士论文。张党盟:“中国媒体涉黄规制的规范分析”,中国人民大学2012年硕士论文。
- ⑤曾维导:“网络色情信息传播及其治理研究”,兰州大学2008年硕士论文。袁媛:“网络淫秽、色情信息治理法律问题研究”,北京邮电大学2011年硕士论文。蒋广东:“网络淫秽色情活动与对策初探”,苏州大学2008年硕士论文。王娟:“网络色情信息的法律规制”,中国政法大学2009年硕士论文。范伟华:“试论网络淫秽色情表演行为的法律对治”,复旦大学2008年硕士论文。李畅:“论我国互联网信息的政府管制——以政府管制网络色情信息为视角”,吉林大学2010年硕士论文。鲁珺英:“网络色情的传播与控制”,华中科技大学2004年硕士论文。吴兴民、文伯聪:“网络色情及其控制研究”,《政法学刊》2004年第2期。欧树军:“网络色情的法律规管”,《网络法律评论》2007年第1期。李旭:“网络传播行为法律规制探析”,《信息安全》2008年第6期。
- ⑥⑦John Perry Barlow:“网络空间独立宣言”,赵晓力译,载《互联网法律通讯》,2004年第1卷第2期,第16

~18,17~19页。

- ⑧转引自左亦鲁:《“基于媒介”模式——大众传播时代的美国言论自由》,清华大学2011年硕士论文,第52页。
- ⑨⑩劳伦斯·莱斯格著:《代码》,李旭、姜丽楼、王文英译,中信出版社2004年版,第134、7页。
- ⑪转引自杨国安:《色情文化批判》,群众出版社2007年版,第15页。
- ⑫杨国安:《色情文化批判》,群众出版社2007年版,第16页。
- ⑬高玉泉:“欧盟有关网络内容管制政策及原则”,载《中正法学集刊》第11期,月旦法律数据库。
- ⑭Annex1, Article1. 2, Decision N0 276/1999/EC of the European parliament and of the council of 25 January 1999 adopting a multiannual community action plan on promoting safer use of the internet by combating illegal and harmful content on the global network.
- ⑮United States v. Thomas, 74 F. 3d 701 6th Cir. 1996.
- ⑯引自 http://www.bc.edu/bc_org/avp/law/st_org/iptf/exhibits/1997042901_cda.html, 2013年1月9日访问。
- ⑰⑱ACLU v. Reno, 929 F. Supp. at 846.
- ⑲http://en.wikipedia.org/wiki/Children's_Internet_Protection_Act, 2013年1月10日访问。
- ⑳PICS是(platform for internet content selection)的缩写。
- ㉑引自 <http://www.w3.org> 官方主页, 2013年1月10日访问。
- ㉒这一组织由英国的IWF(Internet Watch Foundation)、美国的RASC(Recreational Software Advisory Council)、德国的ECO(Electronic Commerce Forum)这三个非营利组织共同设立,本部设在英国。
- ㉓关键的一点是,由内容提供者通过ICRA的标签系统对网络内容分级,而ICRA自身不对网站进行价值评判,主观上判断是否打开由用户决定。
- ㉔引自台湾展翅协会官网(原台湾终止童妓网站), 2013年1月8日访问。
- ㉕引自 <http://www.fosi.org/icra/>, 2013年1月8日访问。
- ㉖引自“中华民国刑法”,月旦法律数据库。2013年1月15日访问。
- ㉗⑳引自 <http://www.ticrf.org.tw/chinese/laws-rating.htm>, 2013年1月15日、20日访问。
- ㉘台湾《电脑网路内容分级处理办法》,月旦法律数据库。
- ㉙引自 <http://www.nkhs.tp.edu.tw/chat.html>。2012年8月20日访问。
- ㉚引自维基百科 <http://zh.wikipedia.org/wiki/>, 2013年1月20日访问。
- ㉛(一)淫亵性地具体描写性行为、性交及其心理感受;(二)公然宣扬色情淫荡形象;(三)淫亵性地描述或者传授性技巧;(四)具体描写乱伦、强奸或者其他性犯罪的手段、过程或者细节,足以诱发犯罪的;(五)具体描写少年儿童的性行为;(六)淫亵性地具体描写同性恋的性行为或者其他性变态行为,或者具体描写与性变态有关的暴力、虐待、侮辱行为;(七)其他令普通人不能容忍的对性行为淫亵性描写。

责任编辑 陈亚飞

developmental state theory is generally used to explain the East Asian economic miracle. The two core concepts are state autonomy and state capacity. As a gathering ideal type, the tension between the universality of developmental state theory and the specific historical experience reached its peak after the Asian financial turmoil in 1997, which was the greatest challenge truly formed by the political and economic transition within developmental countries rather than neo-liberal economics. This theory needs to be amended rather than be denied, somewhat "flexible developmental state" theory has more reasonable interpretation. Facing with the new historic opportunity, developmental states need embedded and limited autonomy, but also mostly strengthen the bureaucratic internal coercive power to seek more social embedded balance. In the process of state capacity construction, developmental states should reinforce infrastructural power, improve the new public governance capacity, explore local knowledge and living wisdom, construct the "governed interdependence" relationship between the state and society, and achieve the transformation and transcendence of national governance.

Key words: developmental state; economic miracle; embedded autonomy; state capacity; governance transition

The Governance of the Network Pornography and Obscenity from the Perspective of Content Rating System (66)

Zhang Zhiming, Li Ruolan

(Law School, Renmin University of China, Beijing 100872, China)

Abstract: The characteristics of network determine its regulation mode is different from the traditional medias. Because of the deficiencies in the existing legal regulation mode, the adoption of technical measurements will become the new trend of network regulation in the future. In this situation, the governance of network pornographic and obscene materials not only needs legal regulation, but also is required to build the network content rating system to govern different objects. Many countries and regions generally consider content rating system as an important constituent element of network self-government. In a word, the network content rating system has become the prevailing experience of the regulation of network pornography and obscenity. China should also change the traditional campaign-style way of law enforcement, and achieve the effective regulation by establishing network content rating system.

Key words: network pornography and obscenity; legal regulation; technical measurement; content rating

On the Legitimacy of Legal Paternalism (75)

Guo Chunzhen

(Law School, Xiamen University, Xiamen 361005, China)

Abstract: Legal paternalism can be legitimated from the perspective of utilitarianism, liberalism and common good to some extent. From the perspective of utilitarianism, some paternalistic laws can have the best effects. The researches of behavioral law and economics show that the paternalistic rules like default rules even can be compatible with the opinions of libertarians. From the perspective of liberalism, some paternalistic laws can protect negative freedom, positive freedom and real freedom. From the perspective of common good, some paternalistic laws are conducive to the confirmation and guarantee of common good, so that the society can work effectively and orderly, personal purpose and value also can be realized. Paternalism should be performed in gentle and cautious manner. When utilitarianism, liberalism and common good are in conflict, it should make decisions with the minimal restriction way through proper procedures based on the distance between the three and human dignity.

Key words: legal paternalism; legitimacy; human dignity; gentle; cautious

On the Child-bearing Disputes from the Perspective of Natural Obligations and Innominate Agreement of Status (83)

Chen Xinyong

(Guanghua Law School, Zhejiang University, Hangzhou 310008, China)

Abstract: The cases of child-bearing right appear in the judicial practice in recent years. The positions of courts at all levels are different from each other conforing the matters of child-bearing right. According to current laws, the child-bearing right is the right of the public law and social law,