



政法

理论前沿

(第一辑)

李志强
张兆西

主编

兰州大学出版社

政法理论前沿

(第一辑)

主编 李志强 张兆西

兰州大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

政法理论前沿.第1辑/李志强,张兆西主编. — 兰州:兰州大学出版社,2005.8
ISBN 7-311-02659-8

I. 政... II. ①李... ②张... III. 法学—文集
IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 103272 号

政法理论前沿

(第一辑)

主编 李志强 张兆西

兰州大学出版社出版发行

兰州市天水南路 222 号 电话:8912613 邮编:730000

E-mail:press@onbook.com.cn

http://www.onbook.com.cn

兰州大学出版社激光照排中心照排

兰州德辉印刷有限责任公司印刷

开本:787×1092 1/16

印张:37.5

2005 年 8 月第 1 版

2005 年 8 月第 1 次印刷

字数:977 千字

印数:1~500 册

ISBN7-311-02659-8/D·187 全套定价:150.00 元(共三辑)

序 言

这是一本以在校硕士和博士研究生为作者的新书,其中也包括国内部分高校教师的最新力作。我的学生同时也是该书的组织者张兆西和李志强找到我,邀我作序。为年轻人摇旗呐喊,义不容辞,便欣然同意。当看到书的题目“政法理论前沿”时,方知年轻人不知轻重。但又一想,年轻人充满朝气,张扬一些,也不见得是坏事,这恰恰应该是他们的做事风格。

学术乃天下之公器,学术研究需要的是信息的沟通和交流,需要的是思想和智慧的碰撞,唯有如此,方能做到问题越研究越深、真理越辩越明,而最终达到一个学术繁荣和睿智的层次。《政法理论前沿》正是这种沟通、交流和碰撞的结果,鲜明的观点和活跃的思想跃然纸上,学术新花灿烂怒放。

本书收录的文章涉及面广、论点缤纷,作者更是来自国内三十多所著名高校。其内容包括了“前沿冲击波”、“名家论点”、“哲学政治学篇”、“法理学篇”、“公法学篇”、“私法学篇”、“诉讼法学篇”及“国际法学篇”等栏目,虽然多是高校研究生的创新之作,但其中也有不少深刻而理性的文章。除学术交流外,对我国的民主和法制建设更具深远的意义!

我衷心的祝贺该书的出版!

是为序。

蔡永民

2005年8月15日

(以下人员排名不分先后,均按姓氏首字母排序)

学术顾问:蔡永民(兰州大学法学院法学教授 硕士研究生导师)

刘志坚(兰州大学法学院院长、法学教授 硕士研究生导师)

王肃元(甘肃政法学院院长、法学教授 全国政法院校经济法研究会会长)

杨立新(中国人民大学法学院法学教授 博士研究生导师)

主 编:李志强 张兆西

副 主 编:边雪莹 任海涛 张卫国

编 委:边雪莹 陈福江 常淑红 李志强 任海涛 张瑞萍 张卫国 张兆西

目 录

一、前言冲击波

谈博客网站的法律监管问题·····	杜韶峰 庞引明 江 卫(1)
美国农业法律变迁及对我国的启示·····	徐世平(9)

二、名家论点

商业银行贷款与关联交易法律问题论析·····	万国华 翟中玉(14)
危害税收征管罪若干问题研究·····	丛中笑(19)

三、哲学政治学篇

试论新时期高校师德师风建设·····	李发荣(23)
加强党的执政能力建设——论党执政地位合法性从外聚型到内聚型的转变·····	郎启武(26)
建构政府信息管理系统,提升政府能力·····	李 芳(29)
责任政府的构造——现代民主政治建设的重要目标·····	张 政(33)
中国现代性及其建构·····	王秋菊(37)
从《中国自由社会的创发》看徐复观对民主政治的思考·····	郑维伟(40)
严复与自由主义在中国的传播·····	毕晓梅(43)
吉登斯的时空观·····	庄世恒(46)
作为原熵的偶然因·····	张亚丽(49)
孟子之思·····	孙乃龙(52)
家庭教育对子女的成长不都是起原文商作用·····	邹 燕(55)
类本质的和谐:马克思的异化劳动思想演绎·····	林济东(58)
浅谈尼采的权力观·····	吴鹏芳(61)
浅析吉登斯结构化理论中的行动者·····	王雪梅(63)
人是否可以成为麦克斯韦妖·····	冯小青(67)
试析海德格尔的技术本质观·····	邓锋琼(70)
对亨廷顿“文明冲突论”几点思考·····	叶茂泉 王瑞娜(74)
提高党的执政能力必须优化执政方式和规范党政关系·····	刘雄旺 张永萍(78)

四、法理学篇

论法律解释的目标	门潇洪(82)
浅析法律解释中的证立理论	宫冬冬(86)
虚无的存在——诠释学视野中的现代法治	申 伟 刘永兴 胡雪梅(91)
论法与科学技术的冲突与协调	王雅霖 汪 灵(101)
和谐的法治——构建和谐社会的法学思考	马永攀(105)
沿着历史看中国人权入宪	唐晓峰 范喜敏(110)
试论我国法学教育中的德育	苏蒲霞(114)
法律程序的价值考量	梁晓勇(117)
我国农民与农民工政治参与制约因素异同解析	刘志磊(121)
刍议人大制与我国宪政环境的契合——兼谈资本主义议会制	史小艳(124)
法律移植探析——兼论我国的法律移植问题	加纳古丽(128)
从美国的司法独立论我国司法独立的制度创新	王源源(133)
法律信仰的构建	滕金聪(137)
寻找安全之地	贾桂海(140)
“机动车第三者责任强制险”之立法分析	伍 岳 黄 琨(143)
残忍背后的无奈——以“苏州 9.11 血案”为例浅议复仇与法律	王 霞 丘玉娟(147)

五、公法学篇

公益诉讼为何呼之难出	杨 蕾(151)
关于巨额财产来源不明罪的几点思考	冯 波(155)
略论传闻证据排除规则	曹海琴 李秀莉(159)
浅析中国建立违宪审查制度的障碍	朱桂龙(164)
经济法是经济秩序之法——论社会主义市场经济中对行政性垄断、限制竞争行为及“官商勾结”限制竞争、严重危害市场经济秩序行为的法律规制	王 浩 赵 飞(167)
反垄断法中的反对行政垄断的立法思考	白雅梅(172)
明代监察制度的运作及现代启示	刘维红(176)
行政垄断问题初探	邹湘木(180)
论知识产权法中的公权干预问题	李旭升(183)
论辩诉交易的制度背景及我国的对策	张云云 程 捷(187)
论建立我国的经济公益诉讼制度	黄嫫翻(191)
试论我国个人所得税法的完善	丁 莉 汪娟海(195)
行业协会与市场竞争的关系及其规制	陈亚男(199)
鱼与熊掌亦可兼得——浅论公司的营利性与社会责任的并立	韩 晶(203)
刍议维护公平竞争原则——作为一项经济法基本原则的合理性论述	李 强(207)
对我国行政执法监督的思考	贾占军 孙勇军(211)
宪政疏议	常淑红 吕国华(214)
证券市场虚假陈述的认定	许丽婷 耿华东(218)

寻租问题的法律研究·····	杨利华	王 猛(221)
浅析信用卡诈骗罪中的几个问题·····	张 鹏	(225)
浅析我国证券犯罪·····	何中育	(229)
浅议公司社会责任·····	闫高斌	蔡明洁(232)
论宪法司法化·····	范喜敏	唐晓峰(236)
宪法司法化浅析·····	吴利民	(239)
刑事证人作证行为法律定位的反思·····	许友军	王 玫(242)
浅论独立董事与监事会制度之协调与完善·····	白旭川	(245)
浅谈招录人民警察不分专业的利弊·····	钟 森	王秀娟(249)
西方社会自然法思想的演进(上)·····	杨建国	杨伟奇(252)
西方社会自然法思想的演进(中)·····	牛 强	张晓黎(255)
西方社会自然法思想的演进(下)·····	王艳军 常世伟 张素珍	田广新(259)
试论经济法的地位问题·····	陈 浩	(263)
西部人口现状与法律政策调整·····	张菊霞	李志强(266)
农村社会保障制度探析·····	于访勤	(272)
论我国宪法司法化的若干问题·····	刘志强	(274)
中国反垄断立法需要关注的几个问题·····	刘明旭	(276)
我国上市公司要约收购对国外相关制度的借鉴分析·····	李 雪	(280)
从标签理论的视角看青少年犯罪·····	杨 娟	(285)
妨害传染病防治罪若干问题探析·····	王晓景	(289)
论虚拟财产的刑法保护·····	胡 鹏	(293)
家庭暴力犯罪的被害预防·····	陈 怡	赵肇韬(296)
论抢劫犯罪的被害预防·····	洪翠临	杨 睿(300)
论有组织犯罪中的亚文化·····	王 虎	张顺伟(304)
虐待罪、遗弃罪中老年人的被害预防分析·····	边雪莹	(308)
论明代法制中的“重典治国”精神·····	汪先平	(312)
试论我国流动人口犯罪的原因——以紧张犯罪理论为视角·····	李改芹	王 瑜(315)
胁从犯争议问题研究·····	徐艳军	刘 娟(319)
浅析法律共同体·····	孙志勇	(323)
西部地区法制环境成因简析——一种法律文化的视角·····	岳 文	(327)
浅析清末修律之动因·····	王 勇	吕玉玲(330)
环境法中人与自然的关系法律定位的几点思考·····	张 虹	(334)
刑事被害人精神损害赔偿的困境及其出路·····	张高平	(337)
从临时征用制度的分析谈行政征用制度的完善·····	纪隆微	(341)
浅论沉默权·····	冯 娜	(348)
美国非法证据排除规则对我国的立法借鉴·····	王祎敏	贾小龙(351)
我国反垄断立法的几点建议——从日本反垄断立法演变中得出的有益启示 ·····	李志强	刘素桂(355)
从孙大午案看刑法第 176 条的立法缺陷·····	黄 琨	伍 岳(358)

六、私法学篇

试论我国有限责任公司组织形式的现实与立法差距及其影响·····	窦雍岗(362)
宅基地使用权取得的公法控制·····	杨秋岭(365)
对《民法通则》第十八条第一款的反思·····	李永亮(373)
合伙企业的民事法律地位——第三类民事主体的出现·····	李 泉(376)
论我国动产抵押权的公示制度及其完善·····	郭 恒(382)
独立董事制度探析·····	李晓静 白小平(386)
对“揭开公司面纱”制度的再思考——兼论《公司法》的修改·····	谢 静(390)
完善小股东权益保障制度综述·····	蔡秉坤(394)
我国的市场经济需要法务会计·····	刘海龙(399)
上市公司内部权力制约的失衡与对策·····	王 丽(405)
网络域名与商标冲突的法律保护·····	张瑞萍(411)
浅谈在建工程抵押权的若干法律问题·····	高 岩(415)
中小股东权益的保护——《公司法》的修订有感·····	李 越(420)
浅析中药在我国保护问题·····	焦小丁(423)
有线电视合同的有关法律问题初探·····	杨 航(427)
试论信息网络传播权的限制与保护·····	汪 灵 王雅霖(431)
对继承法中几个问题的思考·····	刘德兴 张卫国(435)
再论学校与学生的法律关系及学校事故的处理·····	郭春发 陈小珍(438)
对我国遗失物民事立法制度的探讨·····	江 丽(443)
我国精神损害赔偿的立法现状及有关问题的探讨·····	陈小平 杨成恩(447)
“敦煌三绝”的版权法律地位·····	高其明(450)
完善破产清算组的若干问题·····	张卫国 苏 磊(455)
赔,还是不赔——论商场、宾馆、旅社、饮食等服务业与顾客之间的财产保管问题 ·····	王刚山 王莉红(458)
浅析代位权诉讼中的债务人——兼评《合同法》解释第16条第1款的缺陷·····	张发生(463)
由个案看信托受托人的义务——管窥《信托法》之相关规定·····	刘永锋(467)
试探讨我国《公司法》的立法理念及其对资本制度的影响·····	于访勤(471)
注册会计师虚假陈述的法律标准分析·····	王丽萍(475)
关于让与担保立法的争议与思考·····	郭晓光(478)
论规制格式合同中的免责条款·····	荆媛媛(482)
论注意义务·····	赵德州 路光明(486)
论预期违约制度的完善·····	裴 丹 周 晖(489)
格式条款论·····	刘 华(493)
我国股份公司监督机制发展研究·····	胡必坚(497)
商业秘密的法律保护·····	袁 怡(500)
浅议农村集体所有权的主体及其法律地位·····	张 郁(508)
离职后的竞业禁止法律问题探析·····	周 娟(512)
对保险中“基因歧视”的解读及制度设计·····	艾 琦(516)

试论网络作品著作权的侵权与保护·····	张兆西(521)
浅谈格式合同·····	丘玉娟 王 霞(526)
中国“入世”后知识产权的发展·····	陈兆兴 陈兆明(530)
电子商务交易安全的法律保护·····	陈兆兴 陈兆明(532)

七、诉讼法学篇

浅析我国民事诉讼审前准备程序·····	聂 燕(534)
环境公民诉讼的理论依据·····	丁焱焱 穆 蓉(537)

八、国际法学篇

两税合一的法学思考·····	马梦青(541)
试论最惠国待遇原则在 GATT94 中的适用 ·····	吉顺平(546)
用先占原则分析南海诸岛主权·····	张爱华 李久耀(551)
从钓鱼岛问题出发论专属经济区和大陆架的法律制度·····	张丽莎(556)
论我国公共秩序保留制度之完善·····	蔡明洁(560)
出口贸易反倾销中的“非市场经济国家”问题思考·····	王 花(563)
国际保理运作中保理商的风险分析与防范·····	殷 冰(566)
论我国现行反倾销立法的再完善·····	么新亮(571)
美国国际私法在合同法领域的晚近发展·····	刘蓉莉 刘 俊(576)
中国“入世”后 BOT 项目融资的两大法律问题探析 ·····	余质斌(580)
论国际合同解释的法律适用·····	王 丹(585)
联合国若干问题研究·····	袁 洁(588)

谈博客网站的法律监管问题

杜韶峰 庞引明 汪卫*

摘要:针对“博客现象”这一新生事物,本文首先分析了博客网站的运营特点,提出博客网站法律监管的对象应该是网站的托管商和博客本人。在详细讨论了博客网站及网络博客与传统媒体的区别之后,设想了适合于博客网站运营特点的法律监管机制。最后对我国的博客网站监管的立法现状作了考察,提出了立法上的建议。

关键词:博客;法律监管

“Blog”是“Web log”的缩写形式,中文翻译为网络日志。而创建个人网站,撰写网络日志的人,被称为“Blogger”,就是“博客”。

在 google 评选的 2004 年 IT 十大热点词汇中,“Blog”位列榜首,可见其热门程度。网民可以在托管商的服务器上注册成立个人博客网站,在网站上发表文章、建立内容链接,从而成为博客。其他网民可以登录这些博客网站,阅读并下载文章、发表评论。由此确立了博客网站的社会影响力。

从本质上看,博客模式其实就是网站模式与 BBS 模式的混合体。但是从它诞生的那天起,就迅速地风靡全球,成为时尚人士的热点话题。11% 的网民承认他们经常浏览博客网站。尤其是 2004 年以来,博客更是以异常火爆的态势在发展着。据称,世界上每 5.8 秒就诞生一位博客,全球 2005 年的博客网站数量就将超过千万大关。单是美国 2004 年统计的博客网站就达 500 万个,并以每天 1500 个的速度在增长,以至于到了 2004 年 11 月,《纽约时报》就惊呼博客网页数量已经超过传统互联网页面的数量。2005 年 3 月 7 日,网络博客加雷特·M·克拉夫作为首位博客网站媒体代表正式参加了白宫的记者招待会,引起了世人瞩目。

从 2002 年 8 月起,“博客中国”网站(托管商)就开始在国内全面引介博客概念,使得博客这一新型的网络传播方式正式进入中国。之后闹得沸沸扬扬的木子美的博客日记《遗情书》就是通过博客网站发表的。

当全社会都在讨论日见兴盛的“博客现象”时,我们作为法律工作者,也在思考这一全新的社会现象所带来的一系列法律问题。尽管现代国家无不把维护公民言论自由权、促进信息流动作为一项重要任务。但是为了保障其他公民的合法权利和社会稳定与安宁,也都会对言论和信息传播加以某种程度的控制。报刊、广播和电视等传统媒体,过去十年中从严格管制的状态走向减少、放宽和解除管制(from Regulation to De-regulation);而网络媒体的法律与规范的

* 本文受上海市科委攻关项目“安全数据库技术”资助。

** 作者简介:杜韶峰,女,华东政法学院法律系硕士研究生。研究方向:电子商务的法律问题,网络的法律监管。

庞引明:男,复旦大学计算机与信息技术系博士研究生。研究方向:数据库与知识库,电子商务。

汪卫:男,复旦大学计算机与信息技术系教授,博士生导师。研究方向:电子商务,数据库与知识库,信息安全。

环境发展趋势恰恰与此相反,正在从无管制的状态日益走向增加管制(from Non-regulation to Regulation)。

博客网站的实质是一种可能走向商业化的个人媒体性质的信息传播方式。在“人人都能当记者”和“人人都能当作家”的博客口号下,博客们所写出的文字,带有很大的随意性。在享受着最大限度的言论自由的同时,也具有着侵害他人或团体的合法权益的可能性。在实践中,已经出现了利用博客网站发布、传播反动、色情及含有侮辱、诽谤他人内容的言论,泄露商业机密的事件。笔者认为,对博客网站进行法律监管已经刻不容缓。而与法律监管相关联的关键问题有两个:其一,监管的对象是什么——网络接入服务商 ISP? 博客网站托管商 ICP? 博客网站? 博客网站的信息浏览并传播者是否属于监管对象? 其二,应该建立什么样的监管机制? 使得既有利于博客网站的健康发展,又能最大限度地保护个人、团体及国家的合法权益不受侵害。

以上两个问题,将是本文要重点阐述的问题。

一、博客网站法律监管的对象

(一)博客网站可能涉及的责任主体

确定博客网站的法律监管对象,也即承担不当言论责任的主体,是博客网站法律监管首先需要解决的问题。这里应当明确的前提是,当博客网站发表了不当言论造成侵权时,可能涉及到的责任主体有哪些?

1. 网络服务提供商(ISP):在网络传播中,ISP 主要是指提供网络接入与信息服务的互联网服务商。比如,国内的电讯业、上海热线等,国际上的 AOL、Altavista 等。主要提供网络硬件接入等服务;

2. 网络内容供应商(ICP):ICP 是指纯粹提供网上信息的网络服务商,以新浪、搜狐(国内)、雅虎(国外)等为代表,他们是博客网站的托管商,直接负责个人博客网站的注册、日常运营维护等软件服务;

3. 个人博客网站(Blog):自愿在 ICP 处注册成立博客个人网站,并且发表个人言论,是可能的侵权言论的直接发出者。

4. 浏览博客网站的网民:由于他们可能会对博客网站发表的不当言论进行下载和转发,从而使得博客网站的不当侵权言论得以传播和对被侵害者的权益造成更大的侵害。

(二)对可能的责任主体的考察

1. 关于网络侵权行为发生后,网络服务提供商 ISP 是否应当承担责任,世界各国的法律实践有着不尽相同的回答。比如,2000 年 3 月,英国的戈弗雷医生诉互联网服务供应商 demon 名誉诽谤案,根据最后的和解协议,ISP 支付的赔偿费和诉讼费高达 40 万美元。事后导致英国数以百计的 ISP 自动停业,以免被诉诽谤而支付高额赔款。英国的判例实际上对 ISP 应否为网络用户的不当言论承担责任做了肯定的回答。但在新加坡,其电子交易法令规定,网络服务商 ISP 无须对第三方在网上所提供的资料负责,因为 ISP 只是提供技术上的接入服务,让第三方能在网上提供资料。

笔者认为,要 ISP 为其博客托管商的博客用户的不当言论负责,从网络传播目前的实践来看,就如同要电话局为用户在电话中的通信内容负责一样,既不尽合理,也往往缺乏实际的可行性。

不过,需要指出的是,在实践中,在世界范围内,由于仅靠网络接入与信息服务无法维持生存与发展,ISP 和 ICP 合而为一的情况越来越普遍。比如前面提到的 ISP 上海热线,同时也是提供博客网站托管服务的 ICP。这样,一旦其博客用户言论侵权,ISP 就作为 ICP 承担法律责

任了。

2. 网络内容提供商 ICP, 也就是博客网站的托管商, 对博客网站的发展负有管理之责, 因此, 也就必然成为法律监管的对象。如果其托管的博客网站出现违法的侵权行为, ICP 是应该承担一定的法律责任的。

3. 在讨论 BBS 的法律监管对象时, 曾有人主张不将 BBS 的用户列为监管对象, 理由有二: 其一, 由于 BBS 用户身份难以确定; 其二, 由于 BBS 用户的跨国性特点。

笔者认为, 第一点理由在博客网站环境下已经较难成立。博客网站的创建者, 不同于在 BBS 上发帖子的网民。他们一般具有如下的一些特点:

(1) 博客网站一般具有较强的目的性。博客们围绕各自的设定主题, 撰写大量的文字, 上传图片及资料, 为的是能让其他网民通过搜索引擎找到自己, 扩大网站的影响力。这一点与极力隐藏 IP 地址, 发表不当言论的 BBS 用户有着本质的区别; 也为法律将其列为监管对象提供了事实上的可能性。

(2) 博客一般都会定期花费较长时间去维护自己的网站。这一较长的在线时间也为我们的监管者以技术手段侦察到博客登陆的 IP 地址等信息, 以进一步确定博客的真实身份提供了技术上的方便性。

(3) 博客网站一般也具有一定的稳定性。它不像 BBS 用户那样可以打一枪换一个地方, 到处以虚假的登陆信息发帖子。因为博客网站需要以稳定性来换取浏览量。因此, 在法律监管制度里, 完全可以考虑要求博客在托管商处登记真实个人信息以换取网站开通的方式来实现监管。这样也就说明了将博客本人列为监管对象的现实可行性。

综上可知, 在博客网站环境下, 博客网站应该也完全可以被列为侵权行为的法律监管对象。关于网络用户(无论是 BBS 网民还是博客网站)的跨国性特点, 笔者认为应该予以澄清的是: 跨国性不应该成为逃避法律监管的理由。因为任何法律法规的触犯者都有可能具有跨国性的特点。因为被监管主体具有跨国性特点而放弃监管显然是不能成立的。

另外, 说到跨国性特点, 其实, 博客网站的托管商也可能具有跨国性的特点。也就是说, 中国境内的博客, 完全有可能通过登陆境外的托管商服务器建立自己的博客网站。难道我们对托管商也要放弃监管? 答案是否定的。这也进一步说明了博客网站及托管商的跨国性特点不应成为放弃监管的理由。

事实上, 我们所建立的法律监管制度与一般法律的管辖权范围是完全一致的, 并没有对传统法学理论的管辖权观念提出新的挑战, 只不过进一步增加了监管执行的难度而已。这也确实是信息时代带给我们的新课题。

4. 至于浏览博客网站的一般网民, 如果通过下载并转发传播了所浏览博客网站的不当言论, 就需要仔细分析了。首先, 这样的网民可分为两类, 一类网民也是博客, 他们如果将含有不当言论内容的文章贴到了自己的网站上, 或者在自己的网站上建立了相关链接, 则应该被视为侵权而承担责任; 如果属于非博客的一般浏览者, 将含有不当言论内容的文章转发到了别处, 则正如 BBS 用户那样, 因为较难以确定其身份, 只能不被列为法律的监管对象。

其次, 将其他博客网站的不当言论粘贴或链接到自己网站上的博客, 我们认为是应当承担相应的侵权法律责任的。其实, 从这里可以看出, 作为法律监管对象的博客网站的侵权行为可能有两种情况, 一是直接发出不当言论; 二是通过粘贴和建立链接传播其他博客网站的不当言论。二者在应否承担法律责任这一点上是没有分别的。

总结以上分析, 应当被列为法律监管对象的是网络托管商和博客本人。

二、被监管对象的法律责任

(一) 博客网站的独特运作机制及监管对象的法律地位

在欧美等西方国家的法律中,均将以传统媒体为基础的信息传递过程中的当事人明确地区分为信息的提供者(Provider)、发布者(Publisher)和传播者(Distributor)。提供者,顾名思义,就是提供待传递的信息内容的人或组织。比如,各类撰稿人、新闻记者等。发布者是指公开向他人发布信息的人或组织。比如:出版社、报纸杂志编辑部、广播电视机构等。而传播者则是指在不必关心信息内容的前提下,消极地、被动地继续传播发布者公开发布的信息的人或机构,比如书店、报亭、图书馆等。三者的法律地位完全不同。

作为信息提供者,必须对信息内容的真实性、恰当性负责。如果出现不当言论,是必然要负法律责任的,因为它是信息的原始提供者,是不当言论的源头。

作为“发布者”的媒体,在其将信息以书籍、报章杂志、广播电视节目等方式向社会公众公开发布之前,都有充分的时间和业务手段对待发布的信息进行选择 and 审查。各国法律普遍规定发布违法信息的发布者均应承担相关法律责任原因就在于此。

而信息的传播者的情况却有所不同。书店、报亭、图书馆等的经营者所经营的书籍、报刊、电子音像产品等浩如烟海。经营者不可能对这些资料一一审查甚至编辑修改。所以一般法律法规都推定他们事先不知道或无法知道出版物的内容。除非能够证明他们事先知道内容违法而仍然予以传播,否则不必为此承担法律责任。

可以看出,按照西方法学理论的“三分论”原理,将信息在传统媒体上的传递过程中所涉及到的当事人区分为提供者、发布者和传播者,可以很清晰地勾勒出各自不同的特点,从而较为准确地把握三者所应承担的不同的法律责任。

然而,当我们将“三分论”应用于博客网站的法律监管实践时,就遇到了一些困难。首先,网站托管商在三分论中处于什么位置?属于哪一个角色?它显然不是信息的提供者,但是,如果认为网站托管商属于信息的发布者,我们会发现,传统媒体的发布者的显著特点之一就是其可以在信息发布前,行使充分的编辑方面的权力。可是,由于网络本身的特点及博客网站运作的一般机制,当博客网站发表侵权言论之前,网站托管商并不可能事先拿到其内容并予以审查。因为这些信息的上载是完全由系统自动完成的。在未完成上载前,托管商对这些信息内容可能完全被动,完全不知情。

不过,如果据此就认为网站托管商可能属于被动的信息传播者,也会遇到麻烦。因为传统媒体的传播者,一般只能被动地传播信息内容,不太可能对其进行任何形式的编辑和删除动作。而托管商却可以在博客网站完成信息上载后予以审查,并可以删除相关不当内容。

其次,博客网站究竟属于“三分论”中的哪一个角色的问题也让人颇费思量。由于博客网站在信息流动上属于“自产自销”,不同于传统媒体的发布者和传播者。它与信息的提供者都是有几分相像。

2005年2月1日,美国苹果电脑公司将一名19岁的网络博客哈佛学生尼克·西雅瑞里告上了加利福尼亚高等法院,罪名是引诱他人向其建立的博客网站提供尚未公布的苹果产品信息,泄露苹果公司的商业机密。

尼克·西雅瑞里从小就是个地地道道的苹果迷,他建立了自己的网站 thinksecret.com,提供有关苹果产品的绝密独家新闻。thinksecret.com 的名气越来越响,不过麻烦也就随之而来了。

苹果公司在声明中称,他们确信西雅瑞里是从公司内部获得这些新产品信息的,而那些走漏消息的员工违反了与公司之间的保密协议。

这不禁让人们想起了另一起案例。上世纪60年代,《纽约时报》和《华尔街日报》都从线人处获得了国防部有关越南战争政策的研究报告,并刊发了一系列引起轰动的报道。国防部试图进行阻止,但最高法院以美国宪法第一修正案保护新闻自由为由站在了新闻媒体的一边。西雅瑞里也以相同的理由为自己辩护,他认为自己使用的是与新闻搜集方法相同的合法手段获得信息,苹果公司不能因为个人没有大媒体强大而区别对待。

显然,此案的争论焦点集中于:博客是否都有权依据保障新闻自由的美国宪法第一修正案获得宪法保护?博客属于新闻记者吗?

此案正在审理中,虽然网上的声音大多支持西雅瑞里,但人们确实无法预测案件的走向,因为在制定宪法时,根本没人知道博客日志是一样什么东西。但是,有一点已经肯定了,那就是在互联网日益发展的今天,法律的步伐也必须跟上了。就全球的法律界而言,都存在一个如何认识博客网站的法律地位,从而建立一个合适的法律监管制度的问题。

笔者认为,将博客网站简单地归为信息的提供者,比如新闻记者一类,似乎显得粗糙。两者的区别还是比较明显:

第一,对于博客网站所刊载的不当言论所造成的侵权程度无法事先估计。因为不当言论造成的权益侵害程度应由网站浏览量来决定。而网页浏览量的随机性很大,尤其在博客网站数量较大的今天。倘若一篇侵权文档无人浏览,就好比是博客自己关上门写了一些诽谤他人的言论,只有自己看过,没有别人知道,则法律尚不能判定其侵权行为。而传统媒体一旦刊载了由信息提供者提供的含有不当内容的言论,则侵权行为已经成立。且由媒体的发行量就可以大体上估计出其侵权的程度。两者的这一区别是人们始料未及的。

第二,博客网站可能存在独特的“侵权中止”现象。如上面所说,如果博客在自己的网站上写了一些足以构成侵权行为的不当言论,在尚未有人浏览该条信息的情况下,又自行将其删除,则法律仍然无法判定其侵权。这就是在博客网站环境下存在的奇特的“侵权中止”现象。同样也是传统媒体信息提供者所不具备的特点。

第三,博客网站的复杂性还在于它自身可能存在商业价值!尽管博客网站最终会走向何方尚不清楚。但有一点很明确,浏览量就是潜在的商业价值。这也就是网络时代人们所鼓吹的所谓“眼球经济”。这更加异于传统的媒体信息提供者的角色内涵。

总之,简单地将托管商和博客网站纳入传统媒体当事人“三分论”的角色体系,来界定其法律地位和责任,显然是不太合理的。因此,需要我们根据博客网站独特的运营特点,来设计一套全新的法律监管机制。

(二)建立博客网站的法律监管机制

根据前面的分析,博客网站有着不同于传统媒体、甚至不同于其它网络传播方式的独特运营特点,使得我们必须建立一种全新的法律监管机制来予以规范。这种新的监管机制应该包括下面几层含义:

1. 博客网站的法律责任比较明确,只要博客在网站上发表了侵权言论,并且有人浏览过,其社会影响已经造成,则其侵权行为就已经成立。

2. 作为博客网站的托管商,情况就会复杂一些,可以这样认为:

(1)在博客网站的侵权言论发表前,由于文章的上载是由系统自动完成的,网站托管商无法事先知晓其具体内容,也谈不上进行内容审查。所以不必承担法律责任。

(2)网站托管商或其委托人必须在博客网站的文章发表后的一段时间内完成对文章内容的审查。发现不当即行删除,否则托管商需要为此承担相应的行政或法律责任。这段时间被定义为从文章发表到达到“合理浏览量”时所用的时间。

所谓“合理浏览量”是指博客网站的不当言论发表后,到达尚不至于造成严重影响的程度时所拥有的浏览量。我们知道,博客网站的侵权言论只有达到一定的浏览量,其侵权行为才能成立。没有浏览量的帖子就等同于博客自己关上门写了一些侵权言论,但没人看到,法律是难以界定其侵权行为的。

之所以采用达到“合理浏览量”之前的时间来规范托管商的管理责任,是基于上文对博客网站的运营特点的分析而得来的。有人用“合理时间”来界定托管商的管理责任,认为托管商在一段合理时间内完成文章内容的审查就可免责,就是没有考虑到网络环境的特殊性。在所谓的“合理时间”内可能已经有了十分巨大的访问量,则同样造成了较大的影响。而国内外的侵权法律实践都是以侵权损害的程度来确定最后的处罚措施的。像前一段时间闹得沸沸扬扬的某著名高校招生信息泄露事件,就是在网络访问量较小的深夜,网络端口仅仅开放了五分钟,就达到了一千多次的访问量。这一事件再一次告诉我们,仅仅规定时间作为网络监管的依据忽略了网络环境的特点。

同时,考虑到网络环境的复杂性,可以采用一些技术手段,辅助网站托管商尽可能地在达到“合理浏览量”之前完成文章的审查。由于人工智能技术、文本处理技术和数据库技术的快速发展,现有的信息过滤技术已经在一定程度上具有了实用性。由于博客网站内容的相对稳定性,对于托管商通过自学技术构建稳定的信息过滤机制提供了较大的方便。在技术上可以考虑为博客网站的文章设置状态,将尚未审查的文章的状态置为“受限”。处于该状态的文章,只可浏览,不可下载、转贴。只有经过审查的文章的状态才被置为“非受限”,可以自由地下载、转贴。这样就会在一定程度上进一步减小在未达到“合理浏览量”之前侵权言论的影响力。

那么,究竟如何来确定“合理浏览量”呢?这一点也可以交给 IT 技术来完成。可以在信息过滤技术中加入适当的模型,由网站托管商根据经验设定初始值,在系统运营过程中根据具体值予以反馈调整,直到达到稳定值,它就是“合理的浏览量”。它还会随着网络环境的变化而变化。

三、关于博客网站法律监管制度的立法现状和建议

纵观我国的有关法律法规,至少有下列法律法规对博客网站起着一定的监管作用:

首先,国务院发布的《互联网站从事登载新闻业务管理暂行规定》。不少人把博客网站当作媒体,用来发布新闻。按照国务院的《互联网站从事登载新闻业务管理暂行规定》,只有“中央新闻单位、中央国家机关各部门新闻单位以及省、自治区、直辖市和省、自治区人民政府所在地的市直属新闻单位依法建立的互联网站(以下简称新闻网站),经批准可以从事登载新闻业务”。对于非新闻单位依法建立的综合性互联网站,只有具备规定的第九条所列条件的,经批准可以从事登载中央新闻单位、中央国家机关各部门新闻单位以及省、自治区、直辖市直属新闻单位发布的新闻的业务,但不得登载自行采写的新闻和其他来源的新闻。非新闻单位依法建立的其他互联网站,不得从事登载新闻业务。也就是说,非新闻单位具备相关条件才能转载新闻。但是,博客网站是新闻媒体吗?如果是,如何界定其地位?如果不是,该如何来管制其作为传播信息的手段的行为?

其次,信息产业部发布的《互联网电子公告服务管理规定》。个人博客网站还提供了作者与读者的互动交流,读者可以在博客网站上对有关文章发表看法。看起来有点像一种电子公告服务了。按照《互联网电子公告服务管理规定》,经营电子公告服务(包括电子布告牌、电子白板、电子论坛、网络聊天室、留言板等等),除了要有经营许可证以外,还“应当在向省、自治区、直辖市电信管理机构或者信息产业部提出专项申请或者专项备案”。据说,目前全国的成千上万的 BBS 论坛只有网易、大洋网、强国论坛等几个少数网站是领了牌照的。众多的 BBS

都无法做到。但是前面已经提到,博客网站与BBS也有着较为明显的区别。

再次,文化部发布的《互联网信息服务管理办法》和新闻出版总署与信息产业部联合出台《互联网出版管理暂行规定》。对从事互联网信息服务和出版活动都做了严格限制,按照规定,“从事互联网出版活动,必须经过批准。未经批准,任何单位或个人不得开展互联网出版活动”。规定中特别是对从事互联网出版服务和信息服务的主体条件都做了限定。博客网站是不具备这些条件的。但问题还是如何用上述办法来界定和规范博客网站的类似于互联网出版行为?

除此之外,还有文化部发布的《互联网文化管理暂行规定》等等,也对博客网站发挥着法律效力。同样的法律适用问题也存在。

由此可见,我国在管制博客网站的法律上不是空白,博客网站在目前这种没有任何管制的情况下活着,是一种极不正常的状态。但是完全针对博客网站这一新生事物的法律规范尚待建立。

要想博客网站健康的发展,政府必须管制。但是若不考虑博客网站的特点,依然运用上述并不完全适合的法律法规予以规范,就根本没有博客网站的生存空间,但我们必须正视博客网站给这个社会的积极作用。我们应该创设出适合博客网站发展的管制模式。

我们认为:我国的博客网站法律监管制度应该包括以下内容:(1)建立两级审批机制。由公安机关作为博客网站托管商的审批机构,负责对博客网站托管商开设博客网站托管服务的申请进行审查。对有足够的硬件设备条件、拥有专业管理人员并配备相关软件的申请者发放许可证。同时,要建立个人博客网站的博客本人,也必须持本人有效证件,到网站托管商处登记,以取得许可,建立个人博客网站。(2)网站托管商或其委托人必须在博客网站的文章发表后达到“合理浏览量”前的一段时间内完成对文章内容的审查。发现不当即行删除,否则托管商需要为此承担相应的行政或法律责任。博客网站也必须对文章的合法性负责。如果博客网站上出现侵权行为,并且已经超过了“合理浏览量”,则视其情节轻重,托管商和博客本人必须承担相应的法律责任。(3)公安机关对托管商的管理,托管商对博客网站的管理均可以实行“年审制”和“评级制”。网站托管商应当建立完善的内部管理制度,使用相关内容管理软件,并且安排一定数量的管理人员负责审阅信件,并将所有用户信件保存一年以备监查。公安机关应接受对博客网站不当言论的投诉并进行调查。如发现明显不当言论在超过“合理浏览量”后仍未删除,则可依情节对网站托管商和博客本人处以警告或罚款,并将处理结果记入档案。如网站托管商因自己托管的博客网站发表了不当言论而在法院诉讼中败诉,公安机关也应予以记录。公安机关应每年对各托管商的违规情况进行统计,并据此为其按“A”(优良)、“B”(合格)、“C”(不合格)三个档次评级。对于“C”级的托管商,责令其进行整顿。如该托管商连续两年被评为“C”级,则应吊销其许可证,停止其经营资格。同样,托管商也可以在平时的监管中对经常发表不当言论、经常被删除言论的博客网站给予较低的评分和评级,并定期对评级情况进行审查。对审查较差的博客网站,可以考虑予以警告、限制功能、直至撤销其网站的处罚。公安机关负责监督托管商对其博客网站的管制,并将监督情况作为对其评级的重要指标。

总之,借鉴国外立法和司法的成败经验,考虑博客网站在运作机制方面与传统传媒的巨大差异,以保护社会公共利益、托管商和博客网站的合法权益,促进网络服务发展为目的,以博客网站托管商和博客网站为管制对象,以博客网站托管商在达到“合理浏览量”的时间内审查信息的义务为核心,辅之以两级管理机制,建立具有中国特色的博客网站法律监管体制是完全可行的。