

民商法论丛

Civil and Commercial Law Series

新闻媒体侵权问题研究

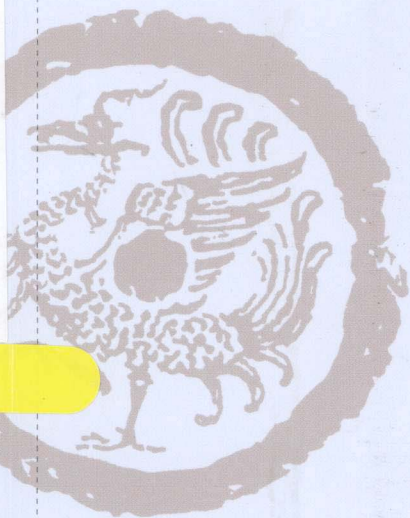
——新闻媒体侵权的判定、抗辩与救济

Research on Torts in Media Law: Ascertainment, Defence and Remedy

● 于海涌 等著



法治建设与法学理论研究部级科研项目



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

C13057833

D923. 49

03

民商法论丛
Civil and Commercial Law Series

新闻媒体侵权问题研究

——新闻媒体侵权的判定、抗辩与救济

Research on Torts in Media Law: Ascertainment, Defence and Remedy

● 于海涌 等著



北航

C1669114



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

D923.49
03

图书在版编目(CIP)数据

新闻媒体侵权问题研究/于海涌等著. —北京:北京大学出版社,2013.6
(民商法论丛)

ISBN 978-7-301-22633-9

I. ①新… II. ①于… III. ①传播媒介-侵权行为-研究-中国
IV. ①D923.494

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 124477 号

书 名: 新闻媒体侵权问题研究——新闻媒体侵权的判定、抗辩与救济

著作责任者: 于海涌 等著

策 划 编 辑: 周 菲

责 任 编 辑: 周 菲

标 准 书 号: ISBN 978-7-301-22633-9/D·3351

出 版 发 行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电 子 信 箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 三河市北燕印装有限公司

经 销 者: 新华书店

965 毫米×1300 毫米 16 开本 22 印张 350 千字

2013 年 6 月第 1 版 2013 年 6 月第 1 次印刷

定 价: 42.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

013057833

献给恩师梁慧星教授七十华诞

序：法治和中国传媒的出路

江 平

法治对于中国传媒发展的影响，几乎是老生常谈了，归根到底，传媒领域也应当逐渐摆脱人治，实现法治。传媒和法治的关系，主要在两个方面，一是传媒对于中国法治发展的作用，二是法律的完善对于中国传媒发展的影响。今天我们继续探讨传媒和法治的关系问题，希望能将这些问题引向深入。

对于第一个方面的问题，首先我想应当审视一下中国现在法律发展的状况和规律，媒体只有真正了解了这些状况和规律，才能起到应有的、更好的作用。建立一个法治国家是我们国家的目标，但是中国离这个目标还很远，我想这一点大家都承认，也就是说中国的法治状况还不那么乐观，还远远不能认为已经到了完善的地步。在这个过程中，我认为中国的法治发展有三个规律。

第一个规律，中国的法治成长不仅要靠自上而下的宣示，而更多的要靠自下而上的推动，中国的法治必须上下结合。中国改革开放的经验表明，法律发展的过程既要有自上而下，又要有自下而上，而且自下而上现在看起来是绝对不可缺少的，而且也是主要的方面。我们把依法治国写进宪法，也是自下而上的推动，并不是上面的恩赐，当然最后还要得到上面的认可。但是自下而上的推动，包括通过具体事件的推动以及有些专家教授持续不断通过媒体或者其他途径的“呐喊”，是极其重要的。比如“非典”事件，涉及政府信息公开的义务和公民的知情权问题，就在吴邦国委员长召集我们八个教授的座谈会上，我们很多人提到了公民的知情权问题，这促进了《政府信息公开条例》的出台。第二个是孙志刚案件，促进了我们对违宪审查和人权保障的反思，使得人权条款写进了宪法修正案，包括孙大午案件、拆迁自焚

案件等,到现在要制定农民权益保障法,这些都是事件性的推动。每一次事件都表明了社会中的一些观念经历了一个量变到质变的过程。媒体暴露了这许多问题,不仅引起了很大的震动,并且不断地使人们在这些事件中受到了法治教育,提高了法治观念。

第二个规律,中国法治建设有进有退,是曲折中发展。中国的法治发展绝不是一个坦途,绝不是笔直的前进,如果认为我们的法治建设一直是笔直地前进,那就太天真了。中国的法治建设是有进有退的,也许总的说来是进三步退一步,次点儿的话是进两步退一步,或者个别时候个别地方可能是进一步退两步,我们要历史地来分析,否认了这一条,就不是一个现实主义者。但现在关键的问题是,什么是进,什么是退?这个问题应该允许人们来探讨,无论学者还是媒体,都可以有自己理性的分析,但是绝不能违背自己的良心。有一次会上我说了不久前有些地方在竭力宣传浙江绍兴的“枫桥经验”,可能也引起了一些人的不快。“文化大革命”期间,毛泽东对浙江绍兴枫桥镇作过一个批示:“要把‘枫桥经验’向全国推广。”这个经验是什么呢?是“矛盾不能够离村,矛盾就地解决”。什么叫“矛盾不离村”啊?就是任何争议纠纷就在村里解决,不许到上面去告,不许到上面上访!如果村里是土霸王怎么办?这个人上访了回来还要受各方面的打压,那他的宪法权利到哪里了呢?就是这样一个精神,现在还要“大力宣传,大力贯彻”!?对于哪个是退步,哪个是进步,我们要有自己的理性分析。对于那些明显是不对的东西,至少也可以不去过分渲染。法治是建立在理性的基础之上的,对于这个发展中的进退我们也应当更多地运用理性去分析。

第三个规律,在中国目前的政治体制下,任何社会生活的领域都有国家管制的一面,又有开放自由的一面。这跟过去纯粹的计划经济完全的国家管制相比已经是很大的进步,但是我们仍然在一定范围内脱离不了管制。问题是我们如何在管制和自由的矛盾中有所作为,推动社会的进步。当初我们提市场经济的时候,讲市场经济是计划宏观调控下的,当时陈云同志对这种市场经济有一个比喻叫“鸟笼经济”。市场是有自由,鸟也可以自由飞,但是你不要飞出这个鸟笼,因为国家还有个管制在那里。今天我们讲法治的话,用个可能不太恰当的比喻,某种意义上也可说是“鸟笼法治”,“鸟笼”就是管制。如果过去市场经济说如何把蛋糕做大一点,经济学家的任务是把蛋糕做大一点,在这个意义上,我可以说,从改革开放一直到现在,我们所

搞的法治无非就是把“鸟笼”做大了。但是和发展市场经济一样,国家的管制会越来越少,市场经济里面国家力量在逐渐退出,在政治领域里面、国家管制里面是不是也要逐渐退出啊?也是逐渐退出!关键是退出的幅度多大,时间如何。这也是很难解决的一个问题,在这个问题上,我们如何能够更多地去呐喊?有些事情或许现在是做不到的,但是我们呐喊了可能就前进了一步;有些可能现在做不到的,如果我们努力了,奋斗了,也许我们能够做得比原来更好一点。我们要知道在什么范围之内我们可以有所作为,来促进它更多一点。

媒体要考虑到我们法治进程的这三个规律,在这里面,我认为媒体能起到三个方面的作用。首要的当然是提供信息。其次,过去叫宣传作用,今天用客观的话来说应该是“新闻媒介的舆论导向作用”。导向作用也有好有坏,比较主观一些,但是导向必须有社会良心,如果一个导向没有社会良心,那你这个导向可能就走向歧路了。第三就是监督作用,法治建设里面的监督。监督是需要勇气和胆识的,有时候我就觉得作为一个新闻媒体比我们教授要难得多,有时候得罪人不说,有的新闻工作者弄不好还会有杀身之祸。但是在这个过程中,中国的媒体正在建立起自己的相对独立的标准,包括真实和理性的标准,这体现了一种历史责任感,对于中国的法治发展会是一个重要的推动力。

第二个方面的问题,法治对于中国传媒发展的影响,几乎也是老生常谈了,归根到底,传媒领域也应当逐渐摆脱人治,实现法治。

就司法领域和行政领域相比较,行政领域的人治要更多一点,这大家可能会同意。遵行正当的程序是实现法治的一个前提条件,目前行政上还没有很严格的程序法,而司法的领域在这些年毕竟建立了一整套程序法。就行政的权力和党的权力比较起来,我可以说法党的权力的人治成分更多。因为行政权力现在已经有了一些制约了,行政复议、行政诉讼、行政处罚、行政许可,都有了或者至少正在努力制定相应的规范,而党的机关手中的权力,没有相应的制约。现在我们在制定公务员法,马上要决定,公务员的机制里面,党委的机关成员叫不叫公务员。有的说不叫公务员,叫什么“公务人员”,改个词儿吧,那他承担不承担责任啊?权责要相当,党委机关的成员,他权力、责任如何界定呢?就宣传工作来讲,什么消息让登,什么不让登,有判断的法律程序没有?对于“决定”,允许不允许人家申辩?允许不允许人

家复议?我们可不可以诉讼?我们在宣传、新闻媒体领域,离法治还太远。

在保障宪法权利的立法方面我们有三大难:一个新闻法,一个出版法,一个结社法。新闻法或者出版法,现在看起来似乎遥遥无期!在七届人大的时候,我在七届人大当法律委员会副主任期间,当时七届人大已经在起草新闻法啦,新闻法已经差不多啦,那是什么时候?那还是1987年,到现在过了这么多年了,一点声音都没有了。难道是中国倒退了,已经不具备制定新闻法、出版法的任何条件了吗?总而言之,应当逐步放开民意的空间,如果上访不让去,网上不让说,如果政府把公民表达意见的渠道都堵塞住了,社会就会看似安定,而实际上十分危险;民众的不满一旦迸发出来,如同决了堤的水,所以“民意不可堵”,只可“疏”,这是从社会稳定的角度来讲的。

此外,现在市场经济正在要求事业单位进行一系列的改革。出版社、电视台、广播电台,都逐步走向企业化经营,组成集团、有限公司、股份公司。所以我们一方面把原来的这种事业单位像这些媒体企业化了,但是另一方面呢,我们又不把它看做企业,还完全按照意识形态来控制,这就形成了一个很大的矛盾。再者,市场经济已经承认了民营和国营的同样作用。民营的作用与地位都提高了,已经得到了宪法宪法的肯定,但是我们仍然在对民办的报纸、民办的研究所等机构进行过分的控制。在这些领域里面都要真正按照法治的精神,按照平等的精神来办,不能容许任何人和组织高于宪法和法律,这个宪法的精神应当得到贯彻和执行。因此,无论是出于社会功能还是媒体市场化的需要,对于媒体的管理应当尽早摆脱人治,保障其宪法权利,并依法管理。

最后祝贺海涌的新书出版,祝贺海涌在学术上取得更大成就!

2012年12月北京

(江平:第七届全国人大代表,第七届全国人大常委会委员,第七届全国人大法律委员会副主任委员,著名法学家,著名法学教育家,曾任中国政法大学校长,现为中国政法大学终身教授,博士生导师)

目 录

导论	(1)
----	-----

第一编 新闻媒体的表达自由及其限制

第一章 新闻媒体的表达自由	(7)
第一节 媒体与表达自由	(8)
第二节 平面媒体的表达自由	(11)
第三节 电子媒体的表达自由	(14)
第四节 网络空间的表达自由	(20)
第五节 表达自由的保护级别	(22)
第二章 新闻媒体表达自由的限制	(24)
第一节 限制表达自由的依据	(24)
第二节 限制表达自由的目的	(29)
第三节 限制表达自由的原则	(35)
第四节 限制表达自由的方法	(40)

第二编 新闻媒体侵权的判定:原则与问题

第三章 判定新闻媒体侵权的归责原则	(49)
第一节 推定过错责任的归责原则	(49)
第二节 推定过错责任之例外:实际恶意	(54)
第四章 新闻暗访的合法性问题	(57)
第一节 新闻暗访的困境	(57)
第二节 新闻暗访困境的法律突破	(61)

第五章 政府机关名誉权的废除问题	(88)
第一节 政府机关名誉权诉讼的浪潮及成因	(88)
第二节 为什么必须废除政府机关的名誉权?	(91)
第三节 剥夺政府机关“名誉权”的后续解决机制	(102)
小结:政府机关的名誉权必须彻底废除	(112)
第六章 新闻机构的商业诽谤问题	(114)
第一节 新闻机构商业诽谤的特殊性和类型化	(115)
第二节 名誉诽谤与商业诽谤	(118)
第三节 单一传播规则和再次传播规则	(123)
第七章 群体组织的名誉权问题	(133)
第一节 非经济性质的群体组织原则上不得享有名誉权	(134)
第二节 群体组织的个人成员原则上不得提起诉讼	(136)
第三节 群体组织的规模较小:个人成员不得提起 诉讼之例外(一)	(146)
第四节 陈述涉及群体组织的个人成员:个人成员不得 提起诉讼之例外(二)	(155)
第五节 多因素考量理论:个人成员不得提起 诉讼之例外(三)	(164)
第六节 我国群体组织名誉侵权规则的具体构建	(172)
第八章 网络空间的隐私权问题	(182)
第一节 个人隐私与个人数据	(182)
第二节 对个人数据的保护模式	(186)

第三编 新闻媒体侵权的抗辩

第九章 真实性之抗辩	(193)
第一节 真实性抗辩的利益考量	(194)
第二节 真实性抗辩的适用规则	(195)
第十章 公正评论之抗辩	(222)
第一节 公正评论抗辩的适用规则	(222)

第二节 公正评论抗辩之分析检讨·····	(231)
第十一章 公众人物之抗辩·····	(238)
第一节 公众人物抗辩制度的发展·····	(238)
第二节 公众人物抗辩中的利益考量·····	(242)
第三节 公众人物与私性人物的划分·····	(245)
第四节 实际恶意与一般疏忽·····	(248)
第十二章 特许权之抗辩·····	(254)
第一节 特许权抗辩的基本理念·····	(254)
第二节 特许权抗辩在美国的适用·····	(255)
第三节 特许权抗辩在我国的适用·····	(262)
第四编 新闻媒体侵权的非物质救济	
第十三章 连续报道·····	(269)
第一节 连续报道之恢复名誉、消除影响的救济功能·····	(269)
第二节 连续报道的应用·····	(270)
第十四章 更正报道·····	(272)
第一节 更正报道的必要性·····	(272)
第二节 更正报道的制度构建·····	(274)
第十五章 申辩报道·····	(278)
第一节 申辩报道的合理性·····	(279)
第二节 申辩报道的制度构建·····	(281)
第十六章 行为保全:暂时停止侵害·····	(287)
第一节 行为保全的特征·····	(288)
第二节 行为保全的合理性·····	(289)
第三节 实质要件:最小限制原则·····	(295)
第十七章 道歉广告·····	(300)
第一节 赔礼道歉的现状困惑·····	(301)
第二节 区分道德上的赔礼道歉和法律上的赔礼道歉·····	(302)
第三节 道歉广告的适用·····	(306)

结语	(309)
第十八章 新闻记者的特权——拒绝作证	(310)
第一节 司法利益与新闻自由的冲突	(310)
第二节 记者在没有拒证特权情况下的利益状态分析	(312)
第三节 记者在享有拒证特权情况下的利益状态分析	(315)
第四节 我国新闻立法应确定新闻记者的拒证特权	(317)
第十九章 新闻媒体侵权的责任分配	(318)
第一节 新闻机构	(319)
第二节 重复传播者	(322)
第三节 信息提供者	(326)
第二十章 新闻媒体侵权的立法思考	(328)
第一节 “新闻媒体侵权”肯定说	(328)
第二节 《侵权责任法》中没有“新闻媒体侵权”是一种遗憾	(329)
参考文献	(332)
后记	(339)

导 论

在英美和西方发达国家,大众传播始终是一个庞大的行业,它不仅在经济领域起着举足轻重的作用,而且它对国家的政治、文化和社会生活同样发挥着巨大的影响。互相制约的权力分配体制和第四权力部门的角色无疑会为新闻媒体提供广阔的发展空间。我国早在1986年就开始研究和酝酿起草《新闻法》,但至今未见踪影;1987年实施的《民法通则》虽然是我国的民事基本法,但它只有简单的156条,本来就挂一漏万,更不可能对新闻侵权进行针对性的规定;2010年实施的《侵权责任法》同样没有关注新闻侵权的特殊性。由于立法机关对新闻侵权问题的立法相对滞后,大量的灰色区域只能留给司法机关、新闻媒体和法学界去摸索。长期以来国内一直没有关注新闻侵权的特殊性,司法机关只是将新闻侵权案件作为一般侵权案件来审理,理论界也没有专门针对新闻侵权展开类型化的研究。用一般侵权理论来解决特殊侵权的问题,这是目前我国新闻侵权研究领域存在的重要缺陷。大众传媒造成的新闻侵权必须与一般侵权行为区分开来,作为特殊类型的侵权进行特殊处理。由于国内新闻立法严重滞后,致使司法机关在审理新闻侵权案件时举步维艰,甚至出现一些严重的错误。本课题的下述核心观点或许会对我国已经制定的《侵权责任法》、正在酝酿的《人格权法》和未来的《新闻法》具有一定的参考价值。

一、新闻媒体侵权的归责原则:过错推定

在新闻媒体侵权的归责原则中,如果适用过错责任,那么按照《民事诉讼法》中“谁主张,谁举证”的举证规则,原告应当证明媒体存在过错;相反,如果适用过错推定责任,那么原告无须举证,直接推定媒体存在过错,而媒体要举证证明自己没有过错,否则就要承担败诉的后果。究竟应当适用过

过错责任还是过错推定责任,这对新媒体侵权案件的审判结果至关重要,应当谨慎选择。事实上,在媒体侵犯名誉权和隐私权的案件中,受害人很难弄清侵害行为是如何完成的,而保证新闻作品的真实性、准确性、合法性是对新闻从业人员的基本要求。因而在确定新闻侵权行为人过错时应当采用过错推定原则,惟有这样才能使受害人的合法权利得到有效保护,避免因难以举证而蒙受不正当的侵害。

二、公众人物的弱度保护

在新闻侵权中,要根据原告是否属于公众人物而给予不同的保护。一个人通过接受政府职务、在公开场合频繁露面成为公众人物后,也就意味着接受一种将曝光更多的生活方式,应该预料到他们的工作和职业会受到其服务对象的细致审查,甚至会遭到批评。这种公众的关注给予他社会的普遍尊重、实现抱负、成就感、物质待遇等,在享受公众关注带来的好处的同时,公众人物必须忍受社会大众对他的批评、监督以及对其名誉、隐私的差别保护,这是理所当然的。简言之,在新闻侵权诉讼中,如果原告是普通民众,首先推断新闻媒体存在过错,然后由媒体来证明自己没有过错;如果媒体不能推翻这个推定,则新闻媒体必须承担侵权责任;相反,当原告是公众人物时,必须由原告举证证明媒体存在实际恶意。原告只有举证证明媒体存在实际恶意,才能获得损害赔偿,否则新闻媒体就无需承担侵权责任。

三、新闻暗访的合法性界限

随着媒体对社会渗透力度的扩张,新闻暗访逐渐从一种专用于揭露隐蔽性事件的特殊采访方式转变为广用于各类社会事件甚至挖掘公民隐私的“法宝”。暗访报道的日益增多引起了新闻伦理界的警惕,新闻界开始反思暗访中包含的欺骗性和非道德性。由于“暗访热”的兴起,以及公众权利意识的日益增强,暗访已不仅仅是新闻界关注的课题,其合法性问题及对公民权利的漠视开始进入法学家的视野,于是新闻暗访就成为一种“广受欢迎却备受争议”的采访方式。学术界对新闻暗访的态度从刚开始的积极赞成,到中期的冷静处理,到现在的批判质疑,对新闻暗访的采访手段越来越谨慎。新闻暗访是把“双刃剑”,原则上应当禁止采用,因为暗访本身就意味着对公民隐私权保护的限制。但在特定应用领域、严格的审批程序、妥善实施的严

格制约下,新闻暗访的存在还是有必要的,在这种情形下新闻暗访能够扬长避短,发挥其不可替代的优势。

四、政府名誉权的废除:允许民众对政府进行无限制的批评

在政府提起的名誉权诉讼中,政府一般都诉称被告的诽谤性言论导致政府的形象和威信大受减损,并进而导致政府职能的开展遭到严重的障碍。政府在诉讼请求中一般都要求当事人赔礼道歉,消除影响,以弥补政府名誉权中精神利益的损失。的确,新闻媒体的报道(尤其是新闻批评)会对政府机关的威信造成一定的影响。但是,对于政府机关的所作所为,社会公众对其评头论足是理所当然的。不论这些评论是否公正,政府都不能够禁止民众的评论。这些评价本来就不应当受政府意志的支配。政府不应当鼓励、引导民众对自己歌功颂德,更不能对批评性言论进行打击和压制。政府的威信是靠政府机关在合法、合理行使权利的过程中积累的。政府机构最高的威信莫过于它们获得了在言论的自由空间里抒发的民意的真正认可和褒扬。对于政府威信的民主界定就是政府必须开放给公众的自由批评,政府不能通过强制手段来获得公民对它的尊敬和服从。

五、新闻媒体侵权的抗辩:真实报道、公正评论和特许权

新闻媒体作为舆论监督的“公众代言人”,在国家与市民社会的良性互动中发挥着重要的作用。对于舆论监督,公众的讨论和批评应当在消息真实的前提之下展开。对一个虚假的事件发表评论,对于舆论监督并无益处,甚至可能造成损害,与国家保护公民表达自由的初衷相悖。因此,新闻工作者的一个核心任务就是将事情的真相完整地透露给公众,使之接受舆论监督。一般认为,真实性抗辩是一个完全性的抗辩理由。公正评论抗辩原则,即“以意见形式表达的对公益事务的批评,如建立在真实或者可免责的事实陈述基础上,且评论者确信事实真实,在主观上没有恶意”,则评论内容即使侵害了被评论者的相关权利,评论人也得以免责。在舆论监督和公民人格权之间,应对与社会公益有关的评论予以优先保护。换句话说,“与社会公益有关”构成了评论人排除其行为违法性的正当理由。许权抗辩是指“即使原告主张的表面证据成立,假如被告证明其行为由于表述的环境而享有特权,法院也不会给予救济”。我国学者一般称之为“权威的消息来源”。特

许权抗辩在本质上接近一种责任分担原则,是新闻机构基于其承担的公法义务而享有的特权。

六、新闻媒体侵权的非物质救济

新闻侵权行为造成的损害后果有非财产的人格损害和财产损失两种表现形式,新闻侵权民事救济方式可相应地分为非财产性的责任方式和损害赔偿两种。在侵害人格权的民事救济方式中,停止侵害、恢复名誉、消除影响和赔礼道歉为非财产性方式。结合我国的实际,应当分别构建连续报道、更正报道、申辩报道、暂时停止侵害保全四个制度对当事人的名誉进行非物质的救济。

七、新闻记者的特权——拒绝作证

如果在新闻侵权诉讼中,强迫新闻记者披露信息提供者的身份,就个别案件而言,确实有利于案件事实的查明,但从整体而言,这势必会破坏媒体和被采访者之间的信赖关系,限制今后媒体采访的信息来源,导致新闻采访的基础丧失,最终威胁到新闻自由和市民社会的知情权。与此相反,如果赋予新闻记者以拒证特权,一方面维护了新闻记者和信息提供者之间的信赖关系,另一方面也没有对受害人造成实质性不可弥补的损害,同时对恶意的信息提供者也并非没有制约功能。因此,面对司法利益和新闻自由之间的冲突,两害相权取其轻,应当赋予新闻记者隐匿信息提供者身份的拒证特权。

八、新闻机构、重复传播者和信息提供者之间的责任分配

在“新闻机构”、“重复传播者”和“信息提供者”之间,比较合理的制度安排是:(1)当新闻作品构成新闻侵权,且新闻作品是新闻机构的职务作品时,由新闻机构向受害人承担民事责任;(2)转载或转播其他正规新闻机构公开发表的侵权新闻作品,重复传播者在原则上不承担侵权责任,但是,如果重复传播者明知该新闻为侵权新闻作品而仍予以转载或转播的,或者通过对新闻的内容进行表面审查就明显可以获悉其失实或构成侵权行为而仍予以转载或转播的,或者新闻作品侵害他人人格权而重复传播者拒不进行连续报道或采取补救措施的,重复传播者应当承担民事责任。(3)故意或过失主动向新闻媒体提供虚假或诽谤性新闻材料的信息提供者,应向受害人承担侵权的民事责任。

第一编

新闻媒体的表达自由及其限制