



国家智库报告 2016 (19)
National Think Tank

法 治

文化传媒法治建构研究

陈根发 著

A STUDY OF CONSTRUCTING CULTURE MEDIA LAW

中国社会科学出版社



国家智库报告 2016 (19)
National Think Tank

法 治

文化传媒法治建构研究

陈根发 著

A STUDY OF CONSTRUCTING CULTURE MEDIA LAW

中国社会科学出版社

图书在版编目(CIP)数据

文化传媒法治建构研究 / 陈根发著. —北京: 中国社会科学出版社, 2016. 5

(国家智库报告)

ISBN 978 - 7 - 5161 - 8208 - 6

I. ①文… II. ①陈… III. ①传播媒介—法律—研究—中国 IV. ①D922.164

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 103956 号

出版人 赵剑英
责任编辑 王 茵
特约编辑 王 琪
责任校对 李 莉
责任印制 李寡寡

出 版 中国社会科学出版社
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号
邮 编 100720
网 址 <http://www.csspw.cn>
发 行 部 010 - 84083685
门 市 部 010 - 84029450
经 销 新华书店及其他书店

印刷装订 北京君升印刷有限公司
版 次 2016 年 5 月第 1 版
印 次 2016 年 5 月第 1 次印刷

开 本 787 × 1092 1/16
印 张 10.25
插 页 2
字 数 158 千字
定 价 45.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社营销中心联系调换

电话: 010 - 84083683

版权所有 侵权必究

摘要：本研究报告采用历史唯物主义和辩证唯物主义研究方法，分析我国现存的文化传媒法治中存在的理论和实践问题，提出完善我国文化传媒法治的若干建议。笔者在调查研究的基础上，总体上认为：第一，从文化传媒法的渊源——宪法、法律、法规、规章、地方法规、司法解释和指导性案例看，我国已经形成有一个中国特色的“文化传媒法”体系。虽然这一法律体系中法律数量少，法规、规章和司法解释多，但是调整文化和传媒产业的所有规范已经基本具备，并体现出了较强的灵活性和先进性。西方有些国家虽然在形式上拥有众多文化传媒方面的法律和案例，但其无边无际、浩如烟海的解释和争论，实际上在很大程度上削弱了文化传媒法的功能和意义。第二，我国的文化传媒法治研究存在着脱离国情和缺乏体系性的问题。其原因是多方面的，其中既有客观上我国文化传媒法领域缺少诸如新闻法、出版法、网络法、电影法等主要法律的原因，也有学者在梳理和提炼我国文化传媒法时看不见或找不到中国特色文化传媒法体系等方面的原因。因此，如何在现有条件下，把零散的文化传媒法律条文、法规、规章等统合分类，结合司法实践经验和法理并上升到中国社会主义文化传媒法治体系的理论高度，就成了当代文化传媒法治工作者的一个重要课题了。第三，在建构我国文化传媒法治体系的过程中，应该借鉴国外的有益经验，但是不能脱离我国的国情和社会主义法治理念。

本报告共分五个部分：导论；文化传媒法体系与文化传媒法学；文化传媒侵权犯罪的理论与实践；我国网络法的理论与实践；我国广播电影电视法的理论与实践。各部分之间具有一定的连接点和交叉点，一起构成我国当代文化传媒法治主要理论和实践问题的调查研究。

关键词：文化传媒法；侵权；犯罪；网络法；广播电影电视法

Abstract: This research paper, adopting historical materialism and dialectical materialism research methods, aims to analyze the theoretical and practical questions regarding the rule by law in the domain of culture and media, and proposes several suggestions regarding this subject. Based on the investigation and study, the author's opinion in general listed as follows: Firstly, from the perspective of the source of Culture Media Law, which contains constitution, laws and regulations, rules, local statutes and the guiding cases, the system of Culture Media Law with Chinese characteristics has already been established. Although the laws just take a small party in this system, the norms which could adjust the industry of culture and mass media are equipped already with strong flexible and advanced nature. Some western countries literally own numerous laws and guiding cases in the area of culture and media, however, it cuts the functions and senses of Culture Media Law in the practice when facing boundless explanations and numerous arguments. Secondly, there are defects in the study of the rule by law in the domain of Culture Media, such as lack of the consideration of the national conditions, lack of the consideration of system. The reasons of these defects are various. For instance, this system is still short of the principal laws, such as Press Law, Publication Law, Internet Law, Film Law; sometimes, the scholars neglect the system of Culture Media Law with Chinese characteristics when they reorganize and abstract the laws of Mass Media. Therefore, the professionals in this major should focus on an important subject, which is how to integrate and sort the laws, regulations and rules under the existing conditions, in addition, how to bring them into the theoretical level of Chinese Socialism law of culture and media considering the juridical practices and jurisprudence in the current situation. Thirdly, it is necessary to draw useful experiences from foreign countries in construction of the rule by law in the

domain of culture and media, without neglecting national conditions and socialist idea of rule by law.

This paper contains five chapter; Chapter I Introduction; Chapter II Culture Media Law system and Culture Media Law theory; Chapter III The theory and practice of Culture Media crime and tort; Chapter IV The theory and practice of Internet Law; Chapter V The theory and practice of the law of radio, film and television. Each chapter has the connection and intersection with the others, which consists this investigation and study of main theories and practical issues regarding the rule by law in the domain of Culture Media.

Key Words: Culture Media Law; Tort; Crime; Internet Law; the Law of Radio, Film and Television

目 录

一 导论	(1)
(一) 传媒法学的多样性	(1)
(二) 本报告的主要观点	(2)
二 文化传媒法体系与文化传媒法学	(4)
(一) 我国文化传媒法的渊源	(4)
(二) 我国的文化传媒法体系	(20)
(三) 从“传媒法”“传播法”到“文化传媒法”	(31)
(四) 中外文化传媒法学比较论	(36)
三 文化传媒侵权犯罪的理论与实践	(43)
(一) 文化传媒侵权与犯罪的法律规定	(44)
(二) 文化传媒侵权的民事责任与宽容	(46)
(四) 文化传媒犯罪的特点与问题	(61)
四 我国网络法的理论与实践	(75)
(一) 网络的自由与规制	(78)
(二) 网络与反腐败	(79)
(三) 微博的维权、增权与侵权	(83)
(四) 网络与表达自由	(89)
(五) 网络侵权与“避风港原则”	(106)

2 国家智库报告

(六) 网络犯罪的特点与治理	(110)
(七) 网络的立法与司法问题	(115)
五 我国广播电影电视法的理论与实践	(120)
(一) 广播电影电视法的渊源和体系	(123)
(二) 广播电影电视的经营和制作许可	(126)
(三) 广播电影电视的内容审查	(138)
(四) 我国广播电影电视分级制度的实践	(144)

一 导论

(一) 传媒法学的多样性

我国的传媒法研究和教学只有十几年的历史，作为法学学科的传媒法学尚处在形成和建构当中，加上新闻法、出版法、网络法、电影法等重要法律的缺失，因此可以说，在我国尚未形成一个成熟的、规范的传媒法体系和传媒法学体系。正因为如此，传媒法的理论与实践问题研究成了传媒法学者竞相展开和交流的热点课题之一。我国传媒法的理论与实践问题的形成虽然稍晚于英、美、日、德、法等西方发达国家，但是，进入21世纪以来，在中国共产党的“三个代表”重要思想，特别是“代表着中国先进文化的前进方向”思想的贯彻和引导下，正在蓬勃兴起和发展，在性质上具有鲜明的社会主义文化传媒法的特征。在国外，冠名以“文化法”的研究和著作不多，大多学者由于学术习惯的原因，将这一包括文化法和传媒法在内的法律群和研究称作“大众传播法”“传播法”或“传媒法”。虽然英、美、日、德、法等国家已经形成了比较庞大的有关文化、传媒的法律群，但是在文化法和传媒法的理论与实践，或是强调某一民族文化的普适性，或是鼓吹“多元”“多样性”而忽视了主流和先进文化价值观。

在我国的法律理论和实践领域，对于规范文化和传媒领域的法律或法制有不同的称呼。以往在文化部的文件和活动中，习惯于称其为“文化法”或“文化法制”。在广电总局、新闻出版总署系统的文件和研讨中，习惯上将包括文化法和传媒法在内的法律群统称为“传媒法”或“传播法”，2004年北京广播学院更名为“中国传媒大学”也是基于这一背景。在法律编纂中，有的学者和专家将包括文化法和传媒法在内的法律群做成了《新编文化传媒法小全书》（法律出版社2007年版），有的则将其做成了

《中华人民共和国传媒法典》（法律出版社 2008 年版）。笔者认为，鉴于我国文化法和传媒法理念上的先进性，文化法和传媒法紧密连接、不可分离的特点，及在文化产业中的“文化传媒有限责任公司”等冠以“文化传媒”的说法已经成为习惯用语，因此将包括文化法和传媒法的法律群统称为“文化传媒法”比较符合我国的国情。本报告在考察众多学说的基础上，建议将文化法和传媒法结合起来建构一个“文化传媒法”体系。这样，不仅在国内能够克服有关行政部门单一使用“文化法制”所带来的脱离“文化传媒”产业的弊病，而且在国际上也能够与另一片面倾向的“大众传播法”或“传播法”相比较而突出我国社会主义先进文化传媒法的特点。

（二）本报告的主要观点

本报告在澄清传媒法概念的基础上，提出了建构我国文化传媒法律体系和文化传媒法学的主张。首先，“文化传媒法”的概念是 2007 年以后产生的学术用语，类似的概念有“文化法”“文化法制”“大众传播法”“传播法”“传媒法”“信息法”等，这些概念之间存在怎样的差异和共性本身就是一个应该澄清和界定的问题。笔者在分析诸多类似概念的渊源、内涵和外延的基础上，建议使用“文化传媒法”的提法。其次，笔者在总结《新编文化传媒法小全书》《中华人民共和国传媒法典》和名称中含有“传播法”或“传媒法”的教材著作的基础上，勾画出了一个宽容的“文化传媒法”体系的轮廓，结合实践，阐明事实和理由。再次，对中外传媒法学比较研究中存在的问题提出建议，探索新路。以往这一领域的比较研究，由于我国文化传媒法律法规的缺失和理论研究的不足，导致了介绍西方文化传媒法律和理论多、主张和肯定我国文化传媒法制经验和科学性少。笔者的研究试图改变这一消极倾向。从中、美、英、日等国的传媒法教材和著作的比较中，可以看出，美、英、日等国的教材普遍重视的内容主

要有：宪法规定的言论自由或表达自由、对传媒表达自由的限制、诽谤、侵犯隐私权、对淫秽色情的管制、采访自由、新闻自由与公正审判、广告与法等问题。我国的传播法教材虽然也把宪法对言论自由的规定及限制、新闻与法治作为主要内容予以阐述，但是在对诸如诽谤、侵犯隐私权、淫秽色情的管制、广告与法等问题上缺乏深入的理论探索和实务研究，以至于目前许多大学的传媒法课程和讲座没有合适的教材可供参考，有的学校干脆把美、英等国的传媒法教材作为主要参考资料。这种拿来主义的教学方法，不仅脱离了我国文化传媒法制的国情，而且在理论指导上也出现了一定程度的混乱和偏激。笔者认为，要建立我国自己的文化传媒法学体系，并且能够与国际真正接轨，那就必须在全面分析、总结和提升我国现有文化传媒法律、法规、规章和典型案例的基础上，借鉴各国传媒法学体系的结构形式，编写出我国自己的文化传媒法学教材。

文化传媒法的研究对于我国文化和传媒产业的发展具有重大现实意义。文化和传媒产业涵盖面广，牵涉众多业务主管部门，如果没有一套科学完善系统的文化传媒法，必将阻碍文化和传媒产业的发展。目前，我国在文化传媒领域只有《文物保护法》《著作权法》《广告法》《非物质文化遗产保护法》等几部法律和相关法规、规章。大量的调整文化和传媒关系的法律，如新闻法、出版法、网络法、广播电视法、电影法、演出法、图书馆法、博物馆法、文化馆法、文化产业促进法、文化娱乐法、文化合同法等尚未制定。国务院发布的文化行政法规也比较少。2006年年初党中央、国务院发出的《关于深化文化体制改革的若干意见》也要求健全文化法律法规和政策体系，加强文化立法，通过法定程序将党的文化政策逐步上升为法律法规。因此，有关文化传媒法的理论研究、立法研究和实践经验的总结具有重大的现实意义。

二 文化传媒法体系与文化传媒法学

文化与传媒是紧密相连、密不可分的。人类只有借助传媒才能进行广泛有效的沟通，只有沟通和相互交流才能创造文化，并且文化也是在传播中发展的。有的学者甚至认为“文化主要是个动词”，文化的本质就是“人化”和“化人”。^① 人类文明发展到今天这样色彩斑斓的程度，如果离开了传播媒介的一系列革命性变革，几乎是不可能的，可以说“文化是传媒的灵魂，传媒是文化的翅膀”^②。因此我们把文化和传媒组合起来，“文化传媒”就既有了灵魂，又有了翅膀，完全是一个顺应世界潮流的工程了。但是在以往很长一段时间里，我们并没有刻意在文化和传媒两大现象之间寻找连接点和共同体，致使文化和传媒的发展缺少了联系和联合，造成了相互隔阂。这种情况，在法律和法学领域也相当普遍和突出，即许多学者虽然提出了文化法、传媒法的概念和构思，但鲜于在文化法、传媒法的链接上和一体化上做文章，以致影响了我国文化传媒法体系的建构和发展。本部分在考察众家学说的基础上，试图在文化法和传媒法的链接和一体化上做些探索，提出“文化传媒法体系”的构想，阐述“文化传媒法学”的现实意义。

（一）我国文化传媒法的渊源

我国一般法的渊源主要有宪法、法律、国务院制定的行政法

① 李德顺：《什么是文化》，《光明日报》2012年3月26日。

② 孙家正：《追求与梦想》，文化艺术出版社2007年版，第440页。

规和国务院各部委制定的部门规章、军事法规和军事规章^①、地方性法规和地方政府规章、自治条例和单行条例、经济特区法规和规章^②、香港和澳门特别行政区法律^③、国际条约和国际惯例^④、其他法律渊源（司法机关的法律解释和司法判例等）^⑤。

与一般法的渊源相适应，结合我国现有文化传媒法的形式，我国文化传媒法的主要渊源有：宪法、法律、国务院制定的行政

① 我国《立法法》第93条第1款规定：“中央军事委员会根据宪法和法律，制定军事法规。”第2款规定：“中央军事委员会各总部、军兵种、军区，可以根据法律和中央军事委员会的军事法规、决定、命令，在其权限范围内，制定军事规章。”按照宪法推论，军事法规的法律地位和效力低于宪法和法律，军事规章的法律地位和效力低于宪法、法律、行政法规和军事法规。参见刘作翔主编《法理学》，社会科学文献出版社2005年版，第97页。

② 1981年11月26日，第五届全国人大常委会第十一次会议授权广东省和福建省制定所属经济特区的各项单行经济法规。1992年7月1日，全国人大常委会又通过决定，授权深圳市人大及其常委会和深圳市人民政府分别制定法规和规章。2000年公布的《立法法》确认了这一法的渊源，该法第65条规定：“经济特区所在地的省、市的人民代表大会及其常务委员会根据全国人民代表大会的授权决定，制定法规，在经济特区范围内实施。”

③ 根据全国人大制定的《香港特别行政区基本法》和《澳门特别行政区基本法》的规定，特别行政区享有高度的自治权，包括行政管理、立法权、独立的司法权和终审权，其法律渊源同中国大陆其他地区有明显不同，是两种特殊的法的渊源。参见孙国华、朱景文主编《法理学》，中国人民大学出版社1999年版，第263页。

④ 国际条约是国际法的主要渊源，但由于它对签约国有约束力，因此我国政府签约的国际条约也属于我国法的渊源之一。我国的《民法通则》等法律对国际条约和国际惯例的法律效力有明确规定。

⑤ 有些法理学教科书不把“司法机关的法律解释和司法判例”作为我国法的渊源，但是实际上我国最高司法机关对法律的解释越来越起到法的渊源的作用，最高司法机关选择、确认和公布的典型案例、指导性案例，在司法实践中也起着法的渊源的作用。参见张文显主编《法理学》，高等教育出版社2003年版，第70页。

法规和国务院有关部委制定的部门规章、地方性法规和地方政府规章、自治条例和单行条例、香港和澳门特别行政区法律、国际条约和国际惯例、其他法律渊源（如司法机关的法律解释和司法判例等）。军事法规和军事规章、经济特区法规和规章，由于它们高度专业的军事性、经济性，一般很少涉及文化传媒法律问题，因此一般不属于文化传媒法的主要渊源。

1. 宪法

宪法是我国法的最高层次的渊源，当然也是文化传媒法的最高渊源。我国《宪法》涉及文化传媒的规定主要有第22条“文化事业”、第24条“精神文明”、第35条“基本政治自由”、第36条“信仰自由”、第38条“人格尊严权及保护”、第51条“公民自由和权利的限度”、第52条“维护国家统一和民族团结的义务”、第54条“维护祖国的安全、荣誉和利益的义务”等条款。

在整个文化传媒法的渊源中，文化传媒法的宪法渊源具有两个突出的特性：第一，具有宏观指导性和方向性。如《宪法》第22条中规定：“国家发展为人民服务、为社会主义服务的文学艺术事业、新闻广播电视事业、出版发行事业、图书馆博物馆文化馆和其他文化事业，开展群众性的文化活动。”这是关于我国新闻出版广播电视事业的指导性和方向性规定。《宪法》第24条中规定：“国家提倡爱祖国、爱人民、爱劳动、爱科学、爱社会主义公德，在人民中进行爱国主义、集体主义和国际主义、共产主义的教育，进行辩证唯物主义和历史唯物主义的教育，反对资本主义的、封建主义的和其他的腐朽思想。”这对我国文化传媒法治的发展具有纲领性的指导意义，明确了我国文化传媒法治的方向。第二，具有权利和义务相结合的不可分割性。如《宪法》第35条规定：“中华人民共和国公民享有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由。”这里有公民言论、出版自由等广泛的文化传媒权利的规定，可以进一步引申到法治社会的表达自由原

则。但同时《宪法》第51条规定：“中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候，不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。”这就从另外一个层面规定了文化传媒权利特别是表达自由的界限，即公民在从事文化传媒等活动时不得超出“言论自由的范畴”^①。

2. 法律

我国的《民法通则》《侵权责任法》《著作权法》《广告法》《文物保护法》《消费者权益保护法》《国家通用语言文字法》《刑法》《治安管理处罚法》《合同法》《民事诉讼法》《行政诉讼法》《行政许可法》《行政复议法》《行政处罚法》《保守国家秘密法》等法律中的许多条款是文化传媒法的直接渊源。

《民法通则》第94条“著作权”、第99条“姓名权、名称权”、第100条“肖像权”、第101条“名誉权”、第118条“侵犯知识产权的民事责任”、第120条“侵害人格权的民事责任”等条款，《侵权责任法》第15条“承担侵权责任的方式”、第36条“网络用户、网络服务提供者的侵权”等条款，《著作权法》第2条“著作权范围”、第3条“作品”、第10条“著作权内容”、第46条“侵犯著作权的民事责任”、第47条“民事、行政、刑事责任”、第48条“侵权赔偿”等条款，《广告法》第3条“广告真实、合法”、第4条“不得含有虚假内容”、第7条“内容一般要求与禁止性广告行为”、第34条“广告审查”、第37条“虚假宣传责任”、第38条“虚假广告责任”、第47条“侵权责任”等条款，《文物保护法》第2条“文物的种类”、第3条“文物保护单位和文物的级别”、第5条“文物的所有权”、

^① 2009年12月北京市中级人民法院在判决刘晓波“煽动颠覆国家政权罪”时指出：“本案庭审查明的事实和证据，已充分证明刘晓波利用互联网的传媒特点，在互联网上发表诽谤性文章的方式，实施煽动颠覆我国国家政权和社会制度的行为，刘晓波的行为显已超出言论自由的范畴，构成犯罪。”参见北京市（2009）一中刑初字第3901号《刑事判决书》。

第28条“考古发掘计划的报批”、第36条“文物馆藏”、第5条“民间收藏与流通”、第64条“文物犯罪”、第65条“民事责任与行政责任”等条款,《消费者权益保护法》第25条“禁止侵犯消费者人身权”、第43条“侮辱、诽谤消费者的民事责任”等条款,《国家通用语言文字法》第5条“使用的原则”、第8条“语言文字自由”、第11条“汉语文出版物”、第12条“播音用语”、第14条“基本用语用字”等条款,对文化传媒的权利和义务做出了界定和限制,在文化传媒法的渊源中占有总则性和原则性的地位。

《刑法》第103条“煽动分裂国家罪”、第105条“煽动颠覆国家政权罪”、第181条“编造并传播证券、期货交易虚假信息罪”、第217条“侵犯著作权罪”、第221条“损害商业信誉、商品声誉罪”、第222条“虚假广告罪”、第246条“侮辱罪、诽谤罪”、第250条“出版歧视、侮辱少数民族作品罪”、第363条“制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪”、第364条“传播淫秽物品罪”等条款,则规定了涉及文化传媒犯罪的要件和处罚,从刑法角度对文化传媒的自由和权利做出了限制。《治安管理处罚法》第24条“扰乱文化、体育等大型群众性活动秩序的行为及处罚”、第25条“扰乱公共秩序的行为及处罚”、第27条“利用封建迷信、会道门进行非法活动的行为及处罚”、第28条“干扰无线电业务及无线电台(站)的行为及处罚”、第29条“侵入、破坏计算机信息系统的行为及处罚”、第38条“对违反安全规定举办大型活动的处罚”、第40条“对恐怖表演、强迫劳动、限制人身自由的处罚”、第42条“对侵犯人身权利六项行为的处罚”、第44条“对猥亵他人和公共场所裸露身体的处罚”、第47条“对煽动民族仇恨、民族歧视的处罚”、第48条“对侵犯通信自由的处罚”、第55条“对非法集会、游行、示威的处罚”、第68条“对传播淫秽信息的处罚”、第69条“对组织、参与淫秽活动的处罚”等条款,则规定了涉及文化传媒非法活动的

要件和治安处罚，从治安管理角度对文化传媒的自由和权利做出了规制。

《合同法》是平等的文化传媒主体之间设立、变更、终止权利义务关系的法律依据。《民事诉讼法》和《行政诉讼法》是文化传媒诉讼的主要法律依据。《行政许可法》《行政复议法》《行政处罚法》等法律则是有关机关处理文化传媒的行政许可和纠纷的主要法律依据。《保守国家秘密法》^①则是所有新闻媒体都必须遵守的保密规定。

3. 国务院制定的行政法规和国务院有关部委制定的部门规章

我国文化传媒法的渊源中，虽然法律的数量较少，但却存在着数量可观的行政法规和部门规章，这可以说是我国文化传媒法的一大特色。国务院制定的文化传媒行政法规主要有《广告管理条例》（1987年）、《法规汇编编辑出版管理规定》（1990年）、《卫星电视广播地面接收设施管理规定》（1993年）、《计算机信息系统安全保护条例》（1994年）、《地图编制出版管理条例》（1995年）、《计算机信息网络国际联网管理暂行规定》（1996年）、《广播电视管理条例》（1997年）、《广播电视设施保护条例》（2000年）、《电信条例》（2000年）、《互联网信息服务管理办法》（2000年）、《音像制品管理条例》（2001年）、《集成电路布图设计保护条例》（2001年）、《电影管理条例》（2001年）、《出版管理条例》（2001年）、《印刷业管理条例》（2001年）、《计算机软件保护条例》（2001年）、《著作权法实施条例》（2002年）、《文物保护法实施细则》（2003年）、《著作权集体管理条例》（2004年）、《国务院关于加强文化遗产保护的通知》（2005年）、《信息网络传播权保护条例》（2006年）、《长城保护

^① 《保守国家秘密法》第20条明确规定：“报刊、书籍、地图、图文资料、声像制品的出版和发行以及广播节目、电视节目、电影的制作和播放，应当遵守有关保密规定，不得泄露国家秘密。”