

北京市重点建设学科项目系列丛书

ZiMeiTi Chuanbo MoShi XiaDe
WangLuo QinQuan Lifa Yanjiu

自媒体传播模式下的 网络侵权立法研究

赵岚音 著

 法律出版社
LAW PRESS·CHINA

北京市重点建设学科项目系列丛书
本书为北京市属高等学校科学技术与研究生教育创新工程
与北京市重点建设学科民商法学项目建设成果

ZiMeiTi Chuambō Moshixia De Wangluo Qinquan Lifa Yanjiu

自媒体传播模式下的 网络侵权立法研究

赵岚音 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

自媒体传播模式下的网络侵权立法研究 / 赵岚音著

· 一北京:法律出版社,2015.12

(北京市重点建设学科项目系列丛书)

ISBN 978-7-5118-8963-8

I. ①自… II. ①赵… III. ①计算机网络—侵权行为
—立法—研究—中国 IV. ①D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 010927 号

自媒体传播模式下的网络侵权立法研究
ZIMEITI CHUANBO MOSHI XIA DE WANGLUO
QINQUAN LIFA YANJIU

赵岚音 著

责任编辑 彭 雨
装帧设计 贾丹丹

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京玺诚印务有限公司
责任校对 郭艳萍
责任印制 张建伟

编辑统筹 法律职业教育出版社
开本 A5
印张 8.125
字数 190 千
版本 2017 年 10 月第 1 版
印次 2017 年 10 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-8963-8

定价:26.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

内 容 简 介

本书以自媒体传播模式为研究背景,在对自媒体传播模式与传统媒体进行比较研究的基础上归纳出自媒体传播模式的产生对现行法律制度的影响和挑战。通过分析法学理论和现行的法律规范中,尤其是《侵权责任法》针对网络侵权责任的相关规定中无法合理适用于自媒体传播模式之处,提出自媒体传播模式在归责原则、数人侵权等方面应当适用的特殊规定。最终综合总结出关于自媒体传播模式法律适用的若干设想,并从实体和程序两方面提出对自媒体网络侵权立法的若干建议。

前 言

这是一个“新闻爆炸”的年代,每天充斥着各种不明真假的新消息,而当我们关注这些新消息,我们会发现,无法阻止“微博”这种新的新闻发布平台映入眼帘。一个拥有 500 万名粉丝的微博,其影响力胜过一个广播电台,人们受其影响,再把这种影响经由自己的“转播”而扩散开来。而当我们小心翼翼地揭开“微博”的面纱,会发现这种新的媒介与传统的媒介似乎存在质的不同:这个“微博”的主人也许是某个名人或某个普通人,这个“微博”上所陈述的事实是那么具有个人的感情色彩,这些内容的用语经常并不“职业”或专业,甚至因为被限制了字数而不可能冗长,它也许会马上深入读者的内心,引起某种莫测的共鸣,甚至在没有用理智辨别真假的时候已经情不自禁地相信了它,并且下意识地转发了出去。“微博”这种新的“媒体”时时刻刻展现着与报纸、电视、杂志这些传统媒体不同的魅力,而当我们定睛看去,会发现两者之间有着诸多赫然的质的不同:脱离了新闻机构,脱离了专业的记者身份,普通人在传播,普通人在感受,普通人在转播,普通人的连接造就了一个新的传播环境,不再是点对面的发布,而是点对点的链接。正如一位朋友所说的,“人其实活在身边人所构成的一个网中,而自己也是别人的网的成员,就这样互相影响和笼罩着”,现在因为“微博”的产生,这个“网”更加线条化了,更加明晰地展现出来了,这个“网”、这个新的传播模式,它的名字是——自媒体。随着自媒体传播模式的影响日益壮大,从雏形而至逐渐成

熟,我们无法抗拒一个新的传媒时代——自媒体时代的到来。

作为一个法律研究者,当我区别于普通人,透过眼花缭乱的感性的信息,去剖析自媒体的性质,去钻研这种新生媒体与传统媒体的区别后,得出的结论却是:由于自媒体与传统媒体的诸多不同,现存的规范传统媒体的法律法规已经无法再适用于自媒体,至少是无法合理地适用于自媒体。特别是,自媒体产生于网络、发展于网络,即便通过苹果手机可以看到代表自媒体的“微博”,这仍然离不开移动网络。可是,自媒体所传递信息的真真假假,这些真假信息对被涉及人所造成的各方面的危害,已经不是传统的网络侵权责任立法所能震慑和修正的了,甚至《侵权责任法》中关于网络侵权责任的规定也无法企及。新的关于自媒体传播模式下的网络侵权责任的规定呼之欲出,新的基于自媒体的特殊侵权责任类型亟待产生,我怀着兴奋的心情,持着谨慎的态度,去得出目前力所能及的结论——应当创建“自媒体网络侵权”这种新的特殊侵权类型,并且充实这种新的特殊侵权类型项下的具体内容,作出实体和程序两方面的具体规定,使其能够真正适应自媒体传播模式的特殊性,实现《侵权责任法》的“救济受害人、维护社会稳定”的立法目的。

当然,这样的结论是在前人研究的基础上,经由分析、归纳与总结,运用比较研究、历史研究、辩证分析、实证分析等方法而最终得出的。

研究思路和内容结构如下:

首先,介绍自媒体传播模式的相关内容,包括自媒体的概念、自媒体的主要形式、自媒体的宏观与微观特性,在此基础上利用传播学5W模式分析自媒体与传统媒体的区别所在,得出结论:自媒体是与传统媒体相并立的新的传播模式。在分析自媒体的特性和优点之后,探索自媒体在当下体现出的不足之处以及法律管制缺失之处。同时,展望自媒体的未来,预见自媒体将成为人们获取信息的主要途

径,并与传统媒体共同作为两大分支组成超媒体。

其次,介绍自媒体的出现对现行法律的影响和挑战,引导出随后章节中对现行的法律中的相关规定可否合理适用于自媒体的法学思考。

其一,从《侵权责任法》的两大中心轴,即归责原则和构成要件角度,分析自媒体传播模式下的网络侵权。在经过比较、分析与研究之后,笔者认为在归责原则方面,自媒体传播模式下的网络侵权应适用过错推定原则。而自媒体传播模式下的网络侵权责任的各个构成要件亦体现出明显独特的特性。

其二,因自媒体传播模式下的网络侵权主要表现为数人侵权,故从数人侵权角度分析自媒体传播模式。在自媒体传播模式下的数人侵权中,存在共同侵权和无意思联络的数人侵权两种表现形式,但以无意思联络的数人侵权为主要形式。对无意思联络的数人侵权,《侵权责任法》规定应追究连带责任,但出于对自媒体传播模式和网络侵权的独特特性考虑,笔者认为,应该规定对主要责任人追究连带责任,对其他责任人追究补充责任。

其三,自媒体传播模式下的网络侵权归根结底是一种网络侵权,故着手分析现行立法中关于网络侵权的相关规定可否合理适用于自媒体传播模式下的网络侵权。笔者认为,在自媒体的传播模式下,网络服务提供者的角色和地位已经发生根本变化,现行立法关于网络侵权责任的规定中对网络服务提供者的义务的规定在某种程度上已经不再合理,应对自媒体传播模式下的网络侵权中的受害人救济机制做出修正。

其四,在诉讼法层面,自媒体传播模式下的网络侵权在司法管辖和证据认证方面都对传统立法提出挑战,故从自媒体传播模式下的网络侵权的司法管辖权确定和电子证据认证两个方面加以分析,探讨相关的法律适用问题。

最后,在总结之前章节的基础上,进行更深层次的法律思考:首先以侵权责任类型化为视角,法律有必要明文规定新的特殊侵权类型——自媒体网络侵权。而后从实体法和程序法的角度提出“自媒体网络侵权”项下的具体条款设想。

创新之处在于:

1. 以自媒体传播模式为研究背景,在对自媒体传播模式与传统媒体进行比较研究的基础上提出自媒体传播模式的产生对现行法律制度的影响和挑战。

2. 分析现行的法律规范中,尤其是《侵权责任法》中的相关法学理论和法律规定,尤其是对网络侵权责任的规定中无法合理适用于自媒体传播模式之处,在归责原则、数人侵权等方面设想自媒体传播模式应当适用的特殊规定。

3. 综合总结出关于自媒体传播模式的若干设想——应当通过法律明文规定“自媒体网络侵权”这种新的特殊侵权责任类型。并从实体和程序两个侧面提出对自媒体网络侵权立法的具体建议。

目 录

第一章	自媒体传播模式研究	1
第一节	什么是自媒体传播模式	1
第二节	自媒体传播模式的主要形式	3
第三节	自媒体的特性	39
第四节	运用5W模式分析自媒体与传统媒体的差异	47
第五节	自媒体的局限与未来	54
第六节	自媒体传播模式的产生对现行侵权责任法的挑战	65
第二章	从侵权责任法两大中心轴角度看自媒体网络侵权	71
第一节	归责原则角度看自媒体传播模式下的网络侵权	71
第二节	侵权责任构成要件角度看自媒体传播模式下的网络侵权	85

第三章 从数人侵权角度看自媒体传播模式下的网络侵权 92

- 第一节 数人侵权是总则内容还是分则内容 92
- 第二节 共同侵权行为的法律选择 94
- 第三节 数人侵权在自媒体传播模式下的特殊适用 97

第四章 现行侵权责任法关于网络侵权规定的分析 100

- 第一节 关于责任主体的特殊规定的一般理论 100
- 第二节 现行法关于网络侵权的具体规定 104
- 第三节 关于网络侵权的现行规定无法适应自媒体传播模式的特性之处 133

第五章 从司法管辖权角度看自媒体传播模式下的网络侵权 136

- 第一节 自媒体传播模式下的网络侵权对传统司法管辖权确立原则的冲击 136
- 第二节 各国现今关于网络侵权管辖权的规定 140
- 第三节 我国网络侵权司法管辖权的立法现状和典型案例解析 153
- 第四节 网络交易纠纷中司法管辖权的界定 162
- 第五节 网络广告侵权中司法管辖权的界定 174

第六章 从电子证据的认定规则角度看自媒体传播模式下的网络侵权 182

- 第一节 电子证据概述 182

第二节	电子证据的取证	185
第三节	电子证据认证	188
第四节	我国在电子商务民事诉讼中审查认定电子证据的现状	193
第五节	国外电子证据认定的相关理论及其在国内的应用	196

第七章 自媒体传播模式下的网络侵权的若干思考 212

第一节	自媒体传播模式下的网络侵权的类型化	212
第二节	自媒体网络侵权的实体法上的若干思考	216
第三节	自媒体网络侵权的程序法上的设想	233
	参考文献	241

第一章 自媒体传播模式研究

第一节 什么是自媒体传播模式

自媒体传播模式,简称自媒体(we media),是指随着数字科技化和全球知识体系贯通而产生的一种经由普通大众来提供和分享他们所经历的事实和新闻的传播方式,也就是普通大众以自由人的身份通过以互联网网络为典型的媒介和载体,向不特定的多数人或单个人传递规范性或非规范性信息的自媒体的总称。自媒体与传统媒体相比,体现出三种转变:传播者的身份从专业的传播机构和媒体到普通人的转变;传播性质从专业化、单一化、职业化到平民化、多样化、普泛化的转变,大众知晓信息的方式从被动吸收到主动创造的转变。

“自媒体”这个概念最早是由美国《圣何塞水星报》(The San Jose Mercury News)专栏作家丹·吉尔莫(Dan Gillmor)在2002年年末提出的,在此之前,丹·吉尔莫创造性地将新闻媒体演进分为三个阶段:

1. 新闻媒介1.0,即大家所熟知的报纸、杂志、电视广播等传统传播方式。这种传播模式是从我们记事起就开始熟知的:报纸是我们第一时间获悉新闻的途径;杂志往往起到陶冶情操、净化思想的作用;而电视往往使儿时的我们在感性与理智、该看电视还是该读书之间辗转反侧,甚至于也许很多人的人生观和价值观也是在某个经典电视剧的潜移默化中形成的。

2. 新闻媒介 2.0, 即因为计算机技术的升级和革命而产生的网络。网络的传播使新闻受众面空前扩大, 受众群体不再局限于某一地区、某一领域, 而是扩展至全球, 从地球的任何一个角落都可以第一时间获悉其他任何地方的新闻, 哪怕是从未听过的地名、从未接触过的肤色。当然, 新闻媒介 2.0 与新闻媒介 1.0 并没有本质的区别, 仍属于传统媒体范畴, 原因是, 虽然传播信息的途径发生了巨大变化, 但传播模式仍然是“少数对多数”, 由点至面式的传播, 仍然是专业媒体机构主动发布信息, 普通受众被动接受信息, 在受众获取信息的同时, 一个传播行为已经结束。

3. 新闻媒介 3.0, 即网络点对点 (peer to peer) 的传播方式, 加上分享 (share) 与链接 (link) 这两种性能, 就造就了一个与前两种新闻媒介有着质的不同的新闻媒介形式, 如前所述, 这就是自媒体。自媒体的特点不单体现在传播途径的多样化, 还体现在它已经打破了“传统的新闻机构发布信息、受众接受信息”的传播模式。在自媒体传播模式中, 新闻可以由普通人发布, 无须拘泥于专业限制, 接受信息者也不再只是被动接受, 他们可以发表感言甚至“添枝加叶”, 然后他们可以将此信息转发出去, 也就使新闻接收者成为新的新闻发布人, 使传播行为继续下去。而且因为网络的特性, 这种“点对点”的传播并不意味着“一对一”的传播, 在一个信息发布的那一刻, 该信息是会被无法计数的多数人同时接收的, 这些人又可以同时选择是否进行评价和转播而导致新的新闻行为的产生。许多对科技娴熟的受众, 已经迫不及待却又自然而然地参与了新闻对话而成为整个新闻传播流程中重要且有影响力的一环。^①

可见, 自媒体之所以能够区别于传统媒体而成为一种全新的媒

^① Dan Gillmor, *News for the next generation : Here comes "we media"*, <http://ejrarehives.org/issues/2003—/wemedia—gillmor.asp>.

体形式,是因为它实现了由“广播”到“互播”的转变。广播,亦可称为传播、推播,其中关键角色是新闻机构,新闻机构掌握了新闻的整体脉络,新闻机构所发布的新闻在发布之前都经过了专业的把关和过滤,这种把关不仅仅是职业操守,更是一种责任,甚至是法律责任。互播,亦可称为点对点、社会网络的传播,不再有专业机构的参与,参与其中的所有人都可能是“不甚专业”的普通人,并且随时可以实现身份互换,由传播者成为被传播者,又由被传播者成为传播者,甚至经常出现某些传统的新闻机构成为被传播者的情况。新闻不再经过职业性的过滤而被直接传播出去,在目前中国的法律环境下,这种传播有时是真空的、不受约束的。这种转变显然表明从“专业机构新闻”到“普通受众新闻”的转型。

第二节 自媒体传播模式的主要形式

一、个人主页(personal homepage)

个人主页是自媒体最早期的雏形。个人主页是随着互联网的发展而出现的。所以,要了解个人主页,首先要了解互联网的起源和发展。

在20世纪50年代,通信研究者认为需要实现在不同计算机用户和通信网络间的常规通信,于是便引发了关于分散网络及分组交换的研究。1960年美国国防部国防前沿研究项目署(ARPA)出于冷战考虑创建的ARPA网引发了技术革命并使其成为互联网发展的中心。1973年ARPA网扩展成互联网,第一批接入的有英国和挪威的计算机。1974年ARPA的鲍勃·凯恩和斯坦福的温登·泽夫提出TCP/IP协议,定义了电脑网络之间传送报文的方法。1983年1月1日,ARPA网将其网络核心协议由NCP改变为TCP/IP协议。1986

年,美国国家科学基金会(National Science Foundation, NSF)创建了大学之间互联的骨干网络 NSFNET,这是互联网历史上重要的一步。1994年,NSFNET 转为商业运营。1995年随着网络开放于商业,互联网中成功接入的比较重要的其他网络包括 Usenet、Bitnet 和多种商用 X.25 网络。网络世界通过超文本协议连结成一个广大的虚拟空间。20世纪90年代,整个网络向公众开放。1991年8月,在蒂姆·伯纳斯-李(Tim Berners-Lee)于瑞士创立 HTML、HTTP 和欧洲粒子物理研究所(CERN)的之后两年,他开始宣扬其万维网(World Wide Web)项目。1993年,Mosaic 网页浏览器版本 1.0 被放出。1994年晚期,公众的使用率在之前以学术和技术为中心的互联网上稳步增长。1996年,“Internet”(互联网)一词开始广泛流传。^①

中国个人主页的历史也正是开始于1996年年初。那同样是中国互联网网络的雏形时期,网络上提供服务的网站少之又少,但是第一代“网虫”仍然为这神秘的新生事物而欣喜,他们感觉到互联网不同于传统媒体的苗头,同时也发现了一个全新的展现自我的平台——个人主页。

个人主页,简单地说,就是一个没有下级页面的简易网站。一个图文并茂的“个人主页”可以充分地向其他人展示自己的才华,让其他人知道你的长处。可以说,你的“个人主页”就是你最好的简历;制作你的“个人主页”,展示你自己的个性,将自己喜欢的东西放在“个人主页”上,让大家都可以来欣赏,^②记载生活中的点滴,与点击个人主页的每个人分享,从而结识更多新的朋友,某天走在大街上忽然碰到某个陌生人向自己微笑致意,他也许想说的正是因为看过你的个人主页而成为与你“最熟悉的陌生人”。

^① 载 <http://zhidao.baidu.com/question/295497987.html>, 2014年12月17日访问。

^② 载 <http://baike.baidu.com/view/18294.htm>, 2015年1月2日访问。

个人主页经历了一个从无到有、由盛转衰的发展历程。1996年初,唯一可以提供免费个人主页空间的网站是 geocities;其后影响较大的是飞捷个人主页,它是个人主页实现网络互联的开始;个人主页技术最成熟、受众范围最广的网站当属丁磊创立的网易个人主页空间。网易的个人主页因为空间流量大,配套服务新颖,出现留言板、计算器等实用的功能而风靡全国。但随着整个互联网环境的改变、互联网技术和网民要求的提高,个人主页的影响力逐渐被博客所代替,最终销声匿迹。

二、博客(weblog)

(一) 博客与个人主页的区别及博客的定义

博客是一种真正意义上的自媒体,也是自媒体的典型形式。博客与个人主页皆是展示个性的平台,但博客与个人主页相比有诸多飞跃:

1. 个人主页由于出现在互联网发展的初期,当时的互联网技术无法支持个人随心所欲地使用个人主页,或者说个人主页对技术的要求很高,个人主页的主人需要在制作主页、租用空间等技术细节上花费大量时间、倾注大量心血,而博客出现在互联网技术日趋成熟的21世纪的初期,各网站为增加浏览量积极改进技术,积极为网民提供“四零”条件,即零技术、零成本、零编辑、零形式,实质上就是零门槛进入。博客主人不需要注册域名,不需要租用服务器空间,不需要懂得软件和网页制作知识,博客几乎成为一种“傻瓜式”的工具,凡是会打字的人就会使用博客。^①

2. 正是因为前述博客较之于个人主页在技术上的进步,使博客主人有更多的精力专注于写作本身,使发表的文字内容从“个人简

^① 孙晓静:《博客的传播学思考》,载《淮海文汇》2006年第3期。

历”深入“个人日记”之层面,将知识传播与深入沟通推向新的境界。

3. 经由前述两点的积淀,博客体现出与个人主页的质的不同,那就是——互动。个人主页通常是散沙式的,个人主页的主人分散地展示自己,个人主页的浏览者至多只能通过留言板分散地反馈意见,而且个人主页经常被“一览而过”,最终被湮没于茫茫网络中。与个人主页不同,博客具有强大的链接功能,博客主与博客浏览者往往因为经验、想法和感受的共鸣而连结到一起,又通过互相交流和切磋而逐渐凝聚成一个相对稳定的虚拟社区。这样的虚拟社区往往因为“众志成城”“人多力量大”而产生不可估量的社会影响。也就是说,即便我们姑且认为博客是种个人主页,那么它也一定是能够互动的个人主页,无互动而无博客。正因为这种“互动性”使博客与个人主页相比产生了质的飞跃,也使博客在真正意义上具有了自媒体传播模式的“自媒体”属性。

通过分析博客与个人主页的区别,我们可以大致归纳出博客的定义:一种可链接、易传播,经常有特定主题,甚至因为浏览者对所浏览内容的互动而产生不可预测的社会影响的网络日志。

(二) 博客的起源及发展史

博客的长足发展起源于1997年12月17日,也就是在这一天,Jorn Barger发明了“weblog”这个新名词,并把“weblog”用在自己名为“Robot Wisdom”的网站中,以之作为“链接明细单”的统称。^①1999年4月至5月,另一位网络达人Peter Merholz将“weblog”拆分为“we blog”,并简化为“blog”用在自己的网站中,从此“blog”这个词便被传播开来,成为发展至今的网络日志的代名词。^②

经过前期的酝酿,在萌芽阶段过后,博客迅速大受欢迎,在1999

^① Jenna Wortham, *After ten years of blog, the future's brighter than ever*, the wired website, Feb. 2015, p. 30.

^② Jenna Wortham, *It's Links, stupid*, The Economist, Feb. 2006, p. 15.