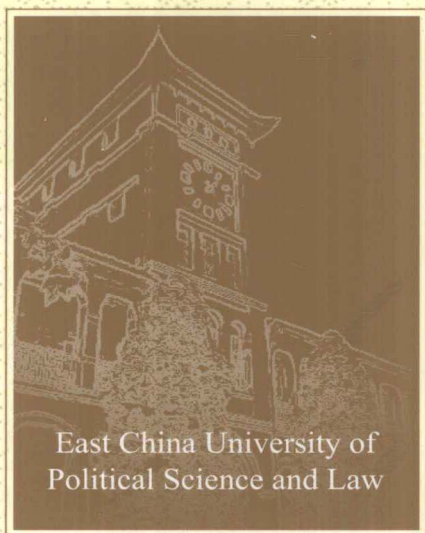




论隐性采访的法治成本

李艺 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



复校三十周年庆典文丛

论隐性采访的法治成本

李艺 著



法律出版社

LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

论隐性采访的法治成本 / 李艺著. —北京:法律出版社,
2009. 9

(华东政法大学复校三十周年庆典文丛)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9898 - 9

I. 论… II. 李… III. ①新闻采访—破究②法治—成本—
分析 IV. G212.1 D902

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 158759 号

论隐性采访的法治成本

李 艺 著

责任编辑 高 山
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 8 字数 195 千

版本 2009 年 9 月第 1 版

印次 2009 年 9 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-9898-9

定价:23.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

华东政法大学复校三十周年庆典文丛

编委会

主任 杜志淳 何勤华

委员 童西荣 张智强 王立民 顾功耘 叶 青
应培礼 刘宪权 吴 弘 朱榄叶 杨正鸣
徐永康 林燕萍 罗培新 宣文俊 王嘉禔
岳川夫 张明军 李建勇 高富平 傅鼎生
童之伟 唐 波

纪念,以学术的名义

——华东政法大学复校三十周年庆典文丛总序

忆往昔,桃李不言,自有风雨话沧桑。1952年6月,经华东军政委员会批准,华东政法学院由原圣约翰大学、复旦大学、南京大学、东吴大学、厦门大学、沪江大学、安徽大学等9所院校的法律系、政治系和社会系等合并组建成立。其后由于历史原因,于1958年和1972年两度停办,1979年经国务院批准复校。2007年3月,经教育部批准,华东政法学院正式更名为华东政法大学。2009年系华东政法大学复校三十周年。

自20世纪50年代从华政的红墙绿瓦中走出新中国第一批政法干部开始,五十多年来,学校在办学条件、办学规模、办学层次、队伍建设、学科建设、科学研究等方面均取得了飞速发展。目前,学校设有长宁、松江两个校区,占地面积1300余亩,是“教育部依法治校示范校”、“国家语言文字规范化示范校”、“上海市文明单位”、“上海市建筑保护单位”、“上海市花园单位”、“国家司法考试阅卷基地”。学校设有22个

本科专业,18个硕士点,2个专业学位点,10个博士点,1个博士后流动站;拥有法学一级学科硕士、博士学位授予权;1个国家重点学科、1个国家级教学团队,3门国家级精品课程。学校在教育部的教学评估中两次获评优秀,毕业生司法考试通过率在全国名列前茅,被誉为“法学教育的东方明珠”。

复校三十年来,华政披星戴月,风雨兼程,赢得桃李满天下,更在中国的法制现代化进程中,留下了浓墨重彩的一笔。而华政的莘莘学子,也见证着学校各方面的长足发展。硬件方面,从帐篷办学到长宁校区的精致典雅,再到松江校区的恢宏大气且美轮美奂;软件方面,从实现上海市法学博士点零的突破,到一举拿下法学一级学科博士点、获得非法学专业硕士学位授予权,再到填补上海市法学国家重点学科零的空白,2009年国家社科基金课题法学类立项数名列全国第一。而2007年3月,华政更名大学的成功,更标志着学校从此踏上了多科性特色大学的新的征程。

此番出版复校三十周年庆典文丛,华政并未走“遍寻成功校友、为其寻章摘句并编撰成册”之路径,而想虚中求实,为青年教师提供出版著作、展示才华之机会。故而,入选本文丛的,绝大多数是并不拥有教授职称的青年学者。华政奖掖才俊、提携后学之美意,尽在其中矣!

值此华政复校三十周年之际,谨祝这颗法学教育的东方明珠更加光彩夺目!

华东政法大学复校三十周年庆典文丛编委会

2009年9月

前 言

经济分析法学认为,每一个有理性的人在选择一定的行为方式时都会坚持三个原则:第一,投入较少原则;第二,一举两得原则;第三,成功率较高原则。

这一从常识中提升的理论告诉我们,从本质上讲,每一个人都是经济人,都有趋利避害的本能。他选择什么、放弃什么,都会本能地进行一番成本与收益的盘算。很少人会完全超越现实功利、一味追求未来理想,绝大多数人在从事社会活动时,都在自觉或者不自觉做成本核算,都有一本投入产出的账,无论是否从事经济工作,也无论是否懂经济学。

从这个角度入手来考查隐性采访为何能兴起、兴盛以致几成滥用,无疑会更直观。在成本—收益的模式里,只有在收益大于成本的情况下,人们才会乐于作出自己的选择。隐性采访这种特殊的采访方式也不例外。基于这样的成本—收益模式,本文所要考查的正是,当隐性采访在实践中遭遇法律时,其成本是否大于收益,或者相反?所获得的收益与成本相比较,是长期可持续的还是相反?换言之,隐性采访对

中国法治及其进程到底是其中的动力还是阻力？

应该说,这是新闻界在中国法治化进程中不可避免的一个问题。

尽管法治已逐渐成为人们的共识,但人们对阻碍法治及其进程中的代价和成本则大都认识不足。其结果是:一方面一些人没有代价和成本意识,对法治及其进程盲目乐观;另一方面,一些人对成本和代价缺乏预期,一旦法治进程需要付出成本和代价时,患得患失,甚至因此动摇对法治的信心。科学分析隐性采访的法治成本,准确评估隐性采访在法治进程中所付出的成本和代价,其现实意义在于,新闻从业者会对自己的行为选择更具理性、科学性和自觉性。而从理论上讲,在新闻学研究中引进经济学的观点,对隐性采访进行经济学意义上的成本分析,是对新闻学研究方法论的一个大胆尝试。

目 录

绪论 001

第一章 隐性采访与法治成本 008

第一节 隐性采访的内涵与特征 008

一、隐性采访的历史 008

二、隐性采访的定义 012

三、对隐性采访的分析——从信息的角度 014

四、隐性采访兴盛的原因考察 018

第二节 隐性采访的法律依据 045

一、渊源：表达自由 045

二、基石：新闻自由 051

三、动力：公众知情权 057

四、使命：舆论监督权 064

第三节 隐性采访的法治成本 070

一、宣传政策在国家规范体系中所占的比重和所起的作用要有所缩减 071

二、为实行法治，在隐性采访中新闻从业者必然要牺牲许多原有的“权力”和自由，受较多的制约 075

三、由于隐性采访的范围和程序受到限制，会增加新闻机构和记者在时间和金钱上的投入，牺牲其工作效率，甚至可能无功而返，从而在某种程度上妨碍社会经济生活的正常运行或发展 077

第二章 隐性采访与名誉权的冲突 079

一、隐性采访对名誉权的侵害 079

- 二、名誉权的法律保护 082
- 三、隐性采访侵害名誉权的构成要件 088
- 四、隐性采访侵害名誉权的侵权责任 095
- 五、隐性采访侵害名誉权的抗辩 098

第三章 隐性采访与隐私权的冲突 104

- 第一节 偷窥与隐私 104
 - 一、偷窥时代的到来 104
 - 二、偷窥使个人隐私无处藏身 107
- 第二节 隐私与隐私权保护 110
 - 一、隐私的渊源与概念 110
 - 二、隐私权的概念及特征 114
 - 三、隐私权的法律保护 118
- 第三节 隐性采访对隐私权的侵害 127
 - 一、隐性采访侵害隐私权的构成要件 127
 - 二、隐性采访侵害隐私权的侵权责任 135
 - 三、隐性采访侵害隐私权的抗辩 137

第四章 隐性采访与公法的冲突与平衡 150

- 第一节 隐性采访与国家安全 151
 - 一、国家安全受法律严格保护 151
 - 二、隐性采访与国家安全的冲突 153
- 第二节 隐性采访与保守国家秘密 155
- 第三节 隐性采访与司法权 161
 - 一、我国媒介与司法关系的法律制度 162
 - 二、隐性采访与司法权的冲突 165
 - 三、合理构建传媒与司法的关系 169

第五章 隐性采访与法律信仰 180

- 第一节 法律信仰的概念及意义 181
- 第二节 隐性采访对法律信仰的背离 189

一、隐性采访对法律信仰的背离——以《亲历盗墓》为例 189

二、隐性采访对法律信仰背离的原因 194

三、新闻从业者构建法律信仰的责任 200

结语 隐性采访何处去 207

第一节 信息立法——隐性采访的法律底线 207

一、关于《新闻法》 208

二、关于《舆论监督法》 211

三、关于《信息公开法》 215

第二节 信任重建——隐性采访的道德力量 221

一、隐性采访带来的负面效应 221

二、自律应伴随隐性采访的始终 224

参考文献 237

后记 245

绪 论

自“依法治国,建设社会主义法治国家”的治国方略和目标成为我国的一项重要宪法原则以来,“法治”一词就持续成为我们这个经济日益发展、社会日益繁荣、文明日益进步的国家点击率最高的关键词之一。而与此相对应的,则是我们当下所面临的一个确然的、深刻的社会现实——伴随着市场经济的确立、法治的推进,一个权利文化的时代已经来临。其兴起的标志,就是权利观念的普及、权利诉求的扩张及权利冲突的泛化。在今天的生活中,人们对权利的诉求几乎成了一幕最激动人心的场景,它已经超越了当事人之间单纯的“个人恩怨”的范畴,而被赋予了更为宏大的意义——为权利而斗争就是为法律而斗争,就是为正义而斗争。在某种意义上,今日中国正处于一个泛权利化的时代,人们趋向于将其生活中所有的诉求都化为“权利”,希望将普通的诉求贴上“权利”的标签,让某一具体的诉求拥有合法的依据,从而成为一项客观的、确定的、可予实现的请求。然而,在对“法治”运动的一片赞颂声中,却不能不令人对我国走法治之路

可能半途而废的前景感到担忧。因为法治并不仅仅是某些人(如法学家或立法者)或某一类人(如法律工作者)的事业,作为一项全社会的事业,它需要全社会的参与和投入。理论上,传媒与各种具体法律的关系可以看做是它与法治发展关系的一部分。在这个意义上,新闻界在其中所起的传播普及作用尤为卓越。但现实如何呢?譬如,“隐性采访”这种近年来颇受新闻界青睐的采访方式,在法治化进程中到底起着怎样的作用呢?可以这样说,对“隐性采访”与法治之间的关系认识我们还基本处于开拓状态。因为缺少法律的明确规范,隐性采访的法律地位始终模糊不清。但隐性采访的出现、兴盛实际上已经在要求对它的承认并解决新闻采访与公民权利可能存在的权利冲突。所以,与其说隐性采访是个实践和运用问题,不如说它更是一个新形势下的新的理论问题。但学界和业界却更多地以“侵权”作为研究隐性采访的着眼点,而甚少关注隐性采访背后隐藏的东西。隐性采访何以可能?其理论渊源何在?如何规范这种特殊的新闻采访方式?隐性采访首先需要新闻法学理论的解释,然后才是司法解释。如果我们只是关注它的运用,无异于舍本求末。

其次,在现行的法律制度内,隐性采访是一种快捷、方便、经济、长远的采访方式还是相反?这就涉及隐性采访的成本问题。

经济学界有这么一句话:“没有免费的午餐。”它的意思是说,要想取得收益或达到目的,就必须付出代价。对隐性采访的研究也到了应该从具体的法律侵权的层面转向评估其法治成本的时候了。能否充分认识和勇敢面对隐性采访所付出的法治成本,至少牵涉三方面大的宏观的问题:

中国传媒应该扮演怎样的角色?

中国传媒人应该肩负怎样的历史责任?

中国传媒的管理应如何与时俱进?

毋庸置疑,作为一种特殊的采访方式,隐性采访在某些方面肯定是优于公开采访的,它可以更全面、完整地了解事实真相,揭露社会丑陋现象,极大地满足公众知悉社会真实情况的需要。然而是不是隐性采访的实施不论何时何地都只会给人们带来好处呢?回答是否定的。任何事物都会有利有弊,隐性采访的实践运用在给我们带来好处的同时,也肯定要迫使人们做出一些牺牲,付出一些代价,有时甚至是重大的牺牲或代价。隐性采访到底让我们付出了什么代价?这个代价有多大?运用隐性采访的收益与其成本相比较到底如何?在现阶段,隐性采访这种特殊的新闻采集方式该如何运作才能把它进行到底?学界与业界对此的认识还是相当模糊的。在这个意义上,有必要对隐性采访进行成本上的估量。本书所说的法治成本,指的正是在实行法治、建设法治国家进程中隐性采访不得不付出的代价、做出的牺牲或不得不接受的不利条件。考查法治成本与隐性采访两者之间深刻的内在联系,这表现在两个方面:一方面,如果人们过高地估计隐性采访带来的好处,看不到新闻界要为此付出的代价和牺牲,将其视为有百利而无一害的新闻采集方式,那么,在由人治社会向法治社会转型的进程中,就很可能自觉或不自觉地退回到以“青天”自居的“媒介正义”的人治道路上去;另一方面,如果只看到隐性采访带来的种种弊端,而提议在中国禁止隐性采访的使用,以便能使新闻处于有效的控制之下,不必重复一些国家走过的“先放开,再限制,最后禁止”的道路,^①显然也并不适合今日中国社会的实际情况。从总体上说,通过这种手段及时揭露了一些违反党纪政纪、违反社会公德及违法犯罪的恶劣现象,有利于推进我国的政治体制改革和民主法制建设。为了更好地使用隐性采访,有必要进一步

^① 徐迅:《中国新闻侵权纠纷的第四次浪潮——名记者眼中的新闻法治与道德》,中国海关出版社2002年版,第253页。

认识隐性采访的地位、作用及隐性采访中应注意的问题,这是研究隐性采访的现实意义。

在中国法治化进程中,隐性采访需要付出的成本有两种:显性成本或曰有形成本,隐性成本或曰无形成本。前者主要是指隐性采访在实施中与具体的法律之间发生的侵权关系,与私法(如名誉权、隐私权)、公法(如泄露国家机密、司法权)的冲突,在一定意义上,它是可计量的;后者则是把隐性采访放在一个更高的层次上——我国法治化进程的背景下进行分析,考量其所带来的对法律信仰的缺失。隐性采访在实践中有意无意地对法律信仰的摒弃,这种损害虽然是无形的,无法通过司法手段来调整,无法用物质来计量,但影响却远比有形的损害更厉害,所付出的代价更巨大。

“隐性采访”^①作为中国法治化背景下的无数权利诉求者之一,无疑是其中最具挑战性的研究领域之一。

如果以“1992年中央电视台对无极假药市场的暗访”为隐性采访兴盛的源头,隐性采访在中国已走过了十余年的历史。从最初的不得已而采用发展到今天几近滥用,对隐性采访的认识始终有分歧。鉴于我国目前的法律对隐性采访没有成文规定,隐性采访是否可行,作为一种舆论监督手段是否值得提倡,从它产生起,学术界对于其利弊得失的讨论从来就没有停止过。

赞成者认为:基于我国《宪法》第35条“言论出版自由”和第41条“批评和建议”的权利及有关新闻出版法规的概括式授权,隐性采访是新闻媒体和新闻记者的一项合法权利。^②“采访自由作为新闻自由的重要组成部分,自然受到法律保护,这就保障了记者对任何新闻事件有采

^① 徐迅、陈力丹、魏永征、郭镇之、顾理平等大家从理论层次就隐性采访问题有过精辟论述。此外业界人士也结合自己的亲身体验探讨了隐性采访的利弊和看法。本书出于论述方便,不再单独列文。

^② 李鑫编著:《法制新闻报道概说》,中国广播电视出版社2002年版,第180~181页。

访、了解、发掘的权利,有采访选择方式的自由。偷拍、偷录作为采访形式之一,理应属于记者可以采用的权利。”^①有的学者则通过反证来说明隐性采访的可行性。杨立新认为:“按照隐性采访是采访权利的内容,而这种权利又是以言论和出版自由作为其权利的渊源这一理论基础,法律上没有禁止性的规定,并且受到公众的欢迎和认可,不应当认为新闻媒体不能使用隐性采访的手段进行采访。”^②曹瑞林则认为,秘密采访从国家的基本法律中可以找到依据。他所找到的依据是《刑事诉讼法》第2条的规定:刑事诉讼法的任务之一是“教育公民自觉遵守法律,积极同犯罪行为作斗争”。他认为,此规定赋予了每个公民同违法犯罪行为作斗争的权利和义务。肩负舆论监督职能的记者,较之一般公民而言,与违法犯罪行为作斗争的责任更大,义务更重。而他们与之斗争的武器就是手中的笔和机(录音机、录像机)。^③

反对者则认为,依据《中国新闻工作职业道德准则》的有关规定,要通过合法的正当的手段获取新闻,尊重被采访者的声明和要求,上述情况可以理解为我国政府及新闻界自身对秘密采访方式均未予提倡。^④而且,隐性采访未经国家授权,不是依法进行的采访活动。

对隐性采访持中立态度者则认为,只有在无法或不能公开采访,或者在正常采访无法实现预期目标的特定情况下,才能考虑使用。魏永征认为,“隐性采访”的法律依据只能解释为采访对象由于实施了违背道德或违法犯罪的行为,他的自主权利发生退缩,因此,这些手段是有严格限制的。^⑤郭镇之认为,隐性采访,如偷拍偷录等做法,会影响新闻工作者的职业形象,削弱行为媒介给予社会的亲和力,降低新闻媒介的

① 郭晴:“偷拍偷录的‘为’与‘不为’”,载《中国记者》1998年第1期。

② 杨立新:《人身权法论》,人民法院出版社2002年版,第333页。

③ 曹瑞林:《新闻法制初论》,解放军出版社1998年版,第82页。

④ 徐迅:“偷拍偷录问题的法律研究”,载《中国广播电视学刊》1997年第12期。

⑤ 魏永征:“论采访权”,载传媒学术网,<http://academic.mediacchina.net/article.php?id=609>。

公信度,从长远效果来看是不利于舆论监督的。他建议控制隐性采访的使用,只在十分必要的情况下采用隐性采访的方法。^①

不管赞成或反对,对隐性采访激烈的论争也反过来说明了隐性采访在现实中的尴尬地位:一是从理论上说,作为显性采访的有益补充,隐性采访有着独特的重要作用。在问题比较突出、采访又有相当难度的时候,它使许多正常情况下无法暴露的社会阴暗面得以曝光,加强了舆论监督,有利于社会进步。二是在实践中,隐性采访的操作难度很大,极易逾越法律与道德的界限,需要法律规范与调整。

本书以隐性采访在中国法治化进程中所起的作用为着眼点,反思了运用这种舍法求法的采访方式在给媒介带来好处的同时,也迫使人们付出很大的代价和牺牲。从隐性采访所带来的法治成本看,其收益和成本的关系并不平衡,在新闻实践中要谨慎实施。全书以此思路为主线,共分为三部分:

第一章,介绍隐性采访的历史、现状,探讨其概念、内涵和它在当代中国的兴盛。这种颇具中国式“微服私访”文化色彩的采访方式是随着新闻改革的深化,新闻从业者主体意识的觉醒、民众的需要和社会承受能力的加强,媒介在符合新闻体制前提下实现新闻从业者表达意图的一种尝试,其中既有理想主义的成分,也有现实主义的考虑。溯源其法律依据,指出隐性采访存在的法律渊源是表达自由、新闻自由;其发展动力是公众知情权;其使命则来自于舆论监督权。隐性采访带来的法治成本表现为:宣传政策要在国家规范体系中所占的比重和所起的作用要有所缩减;要牺牲新闻从业者的许多原有的权力和自由;在一定时间内影响新闻机构的办事效率,增加新闻机构在时间和金钱上的投入,

^① 郭镇之:“关于当前舆论监督的结论和建议”,载新浪传媒, <http://tech.sina.com.cn/me/2003-02-08/1847164289.shtml>。