

朱
巍◎著

法律评论

Falü Pinglun

中国政法大学出版社

朱
巍◎著

法律评论

Falü Pinglun



中国政法大学出版社

2013·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

法律评论 / 朱巍著. — 北京 : 中国政法大学出版社, 2013.8

ISBN 978-7-5620-4942-5

I. ①法… II. ①朱… III. ①法律—文集 IV. ①D9-53

中国版本图书馆CIP数据核字 (2013) 第189088号

书 名	法律评论
出版发行	中国政法大学出版社 (北京市海淀区西土城路 25 号) 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088 邮箱 zhengfadch@126.com http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社) (010) 58908586 (编辑室) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部)
承 印	固安华明印刷厂
规 格	880mm × 1230mm 32 开本 12.125 印张 280 千字
版 本	2013 年 8 月第 1 版 2013 年 8 月第 1 次印刷
书 号	ISBN 978-7-5620-4942-5/D · 4902
定 价	39.00 元

声 明

1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

序

朱巍博士的新书《法律评论》就要出版了，要我作序。他的第一本书也是我写的序，这部著作也是我作序，我有点迟疑，但因为他是我的学生，也没有推辞的理由，便欣然应允。

朱巍博士的新书是一部研究时事法律评论的文集，收集的是他最近三年在报刊杂志发表的评论文章。朱巍博士在学校读书期间，被我管的很严，只准做专业的研究，不准写其他文章。为的是让他学有所成，而不是什么都能够做一点，什么都不精通。这也是我管学生的一个方法，还是比较管用的。因为学问作杂了，就没有自己的专业，很难成才。他毕业之后，到了中国政法大学传媒学院做教师，更多接触的都是传媒法以及媒体人，做好法律评论是其工作之一，因此有大量机会针对时事进行法律上的评论。这不仅需要有敏锐的观察力和敏感的视角，更需要有很好的法律功底和知识。一方面这是他的工作，另一方面我也不能总是管教学生，限制学生的发展，因此，才有了他的这本文集的问世。因此，在朱巍博士的这部著作出版之际，我向他表示衷心的祝贺！

我有时也做一下时事法律评论，深知其不易。它需要善于发现问题，及时反映，做出准确的、有见地的评论。因此，经常需要连夜写作，保证时间。同时，做时事法律评论又不能随

波逐流，人云亦云，而是必须有自己的见解，能够表达社会的需求，针砭时弊，痛斥陈腐，歌颂光明，鼓励创新。朱巍博士的这些时事法律评论文章中不乏这样的力作。作为一个初出茅庐的青年学者，在社会的现实是非中，敢于表达自己的观点，说出自己对时政的看法，用自己的思想和法律知识，干预社会生活，推动社会发展，是难能可贵的。

这部法律评论收集的朱巍博士的文章，尽管是时事法律评论文章，但是既有新闻性、时限性，又有学术性和思想性，表现了朱巍博士在新闻法和民商法等方面结合上，做出了很艰辛的努力，有了很深的探索和挖掘，在法学学术的意义上观察，不乏法理学上的探索和研究。

法学和新闻具有天然的密切联系。这些年来，我一直在做媒体侵权责任的研究，有了很深的体会。将侵权责任法和新闻法的研究紧密结合起来，推出新的研究成果，不仅能够丰富民法和侵权法的理论研究，而且能够补充我国新闻法立法的不足。朱巍博士这些年一直跟我做研究工作，相信他也有我的这种体会。我们应当将这个研究工作继续坚持下去，在我国社会生活中发挥更大的作用。这也是我对朱巍博士研究工作的期待。

不必讳言，任何人的研究和写的文章都不会是十全十美的，朱巍的这些文章也有不尽人意之处。这不仅是青年学者法学修养仍有待提高，而且观察社会的经验也需要进一步积累。我们应当鼓励青年学者努力进步，也应当提醒青年学者不断刻苦努力，提高自己，把自己锤炼得更好，为社会做出更大的贡献！

是为序。

中国人民大学民商事法律科学研究中心主任 杨立新

2013年8月12日于昆明

法莫如显

（自序）

韩非子曾说，“法莫如显，而术不欲见”。

在我看来，能推进中国法治进步的不仅是立法、司法和执法的不断完善，还在于强化媒体对法治的监督和公民法治意识的觉醒。法治社会的本质不仅在于公民知法守法，更在于政府尊重法律；不仅要求立法的步伐跟上时代脚步，而且在于执法手段的与时俱进；司法改革不仅要强调法律的尊严，而且还要彰显法律的人文关怀。

市场经济就是法治经济，市民社会就是法治社会。中国法治社会建设始于改革开放初期，随着经济社会的发展和市民社会的成熟在最近十几年开始发力，目前已经到了立法的高峰期和社会转型关键期。法学界的关注点也逐渐从“有法可依”，转移到“有法必依”和“违法必究”。在如此之多的法律走向我们生活之时，如何更好的理解，适用和宣传成为法学界的新课题。

我的学术生涯正是起航于这样的一个时代。作为一个公民，每天都在见证中国法治一点一滴的进步与完善；作为一名法律工作者，经常被一些含有时代特征的法治事件所吸引；作为一个学者，愿意为正在经历的法治改革和社会转型呐喊。在呐喊中，有褒扬，有批评，更多的是一种期待。

我把大量的时间用在关注那些具有时代印记的事件上，其中一些是注定要载入中国法治史册的伟大事件，还有一些是与我们生活密切相关的小事。一件接着一件，可能你没注意到，但你总能感觉到，正是这些伟大而渺小的事情，在一步一步的改变着我们的社会和生活。我将它们用评论的语言和的律师的态度记录下来，这些轨迹逐渐汇聚，也就成了今天这本书。

这本书的出版是对我近三年来兼职担任媒体评论员生活的总结。本书收录的这些文章在人民网、新华网、腾讯网、新浪网、凤凰网、搜狐网等网络媒体都有转载，也多被一些电视台、电台的新闻节目编录，其中2013年《红绿灯之源》的文章还被我国权威期刊《新华文摘》2013年第3期转载。这些文章主要集中在研究的几个领域：网络法律、消费者权利和人格权。虽然这些文章都已发表，但是本书记录的文章与发表时都有不同，大都经过一定程度的增补。

在本书出版之际，我要感谢我的恩师杨立新教授，正是他带我走进法学殿堂，教会我如何用律师的态度去观察世界。感谢我的工作单位中国政法大学新闻与传播学院的领导和同事们给我的指导与关爱。感谢那些和我讨论观点和修改稿子的各位良师益友，他们是：《检察日报》的王松苗总编、张立老师、《新京报》王爱军副总编、高明甬老师、王华老师、于平老师、兰燕飞老师、余宗明老师、程仕才老师、《北京日报》的刘阳老师、《光明日报》的华挺老师、《法制晚报》的张琼老师、《人民日报》的白龙老师、《新法制日报》的戴平华老师等。

非常感谢中国政法大学出版社的丁春晖老师，他为这本书的出版耗费了大量精力。感谢我的研究生刘东晓同学，她为我的这本书出版做了很多工作。

目 录

contents

网络法律编

“QQ 相约自杀民事赔偿案” 判决结果令人担忧	3
“微博第一案” 的法律解读	6
“微博版权” 该如何认定	11
微博之殇止于法	14
网络实名制的法社会学分析	20
网络隐私加强保护刻不容缓	25
解读网络实名制	28
《新浪微博社区公约》的解读	34
网络公关公司是滋生“网络腐败” 的温床	39
网络保险可行么?	42
网络立法必须将保护公民权益放到首位	47
《网络出版服务管理办法》: 规范中国互联网出版业	

法律评论

发展的指南针	49
网络立法: 规制“网络垃圾信息”势在必行	55
从《加强网络信息保护的決定》看百度禁用 360 浏览器	57
自律、自净和他律是网络法治的三个法宝	59
“微信收费”博弈的背后	61
@的前世和今生	64
《关于加强网络信息保护的決定》解读和适用	72
诉前禁令制度不应引入网络侵害人格权	82
线上纠纷解决机制势在必行	84

知识产权编

民事权利不得滥用	89
为权利而斗争	93
山寨“苹果镜子”也侵权	96
模仿与超越	98
是时候管管“洋品牌”了	102
“冠名”应该适可而止	107
商标法修改: 法定赔偿上限增加	109
商标法修改: 域名侵权	112
网络非法转载等同剽窃	114

目 录

消费者权益保护编

“平谷经验”为消费者保驾护航	119
低碳消费理念与消费者	122
预付费中的消费者权益保护	127
“信用评价”体系是网络商誉的基石	132
“拷问”高速路“延时费”	137
反思“购物返利”模式	139
“全额罚息”几时休	144
“搭顺风车”应该区别对待	146
“代订车票”收取适当手续费不能定性为 “黑票点”	148
立法应跟上社会发展的步伐	150
不应对手机电召出租车设立行政门槛	152

人格权保护编

记者人身权利应该特别保护	157
寻找人格保护与新闻自由的最佳平衡点	162
范曾诉文汇报、郭庆祥侵害名誉权案提出的 法律问题	166
律师能用微博直播庭审么	170

“张显案”背后的法律思考	174
生命不能用钱来买断	178
私人信件的拍卖不得侵害他人隐私	180
艺人的格权应该如何保护	184

政府改制编

政府处理事变中的法律价值取向	193
精英流失之痛	198
从“公费旅游事件”看网络反腐	203
拆迁补偿款“被理财”的做法值得商榷	207
中国古代大学特色	209
“破案”也要尊重法律程序	217
历史的看待钓鱼岛问题	219
中国交通规则起源	227
运河与国运	236
红黄绿灯之争	244
长治污染事件：必须严惩瞒报之风	252
“破格”提拔也要讲规则	254
话说禁酒令	256
PX项目“上与不上”的思考	266
亲子鉴定不应成为“出生证”的门槛	268
“临时工”不是责任的“挡箭牌”	270

目 录

司法机关应介入伪官事件调查	272
红头文件不能成为“救市主”	274
诚信法治化也要体现公平	276

热案点评

“李文维权”涉及到的法律问题	281
昂坪缆车事故的法律责任分析	285
“乌木之争”带来的启示	289
京石高速不能以“天灾”免责	291
“罚款月票”是“治超”还是“致超”	293
“不雅照事件”中的自由底线与责任分担	295
汉字何以不能兼容并包	299
要警惕“变相腐败”	301
是什么“火了”“江南 STYLE”	303
反思“任建宇案”	306
“7·23 动车事故”应尽早提起公诉	308
热气球事故赔偿责任分析	310
为买房假离婚存在巨大法律隐患	315
骑虎拍照错在哪里	317
李天一辩护案凸显律师职业伦理底线	319
“空中别墅”系违法建筑	321
“空中别墅”追责：物业公司难逃其咎	323

立法评析

韩国传赏权制度对我国的启示	327
再议“馒头税”	330
乡村司法应重视民俗习惯	334
“未成年人反家暴”立法还有多远	337
中国的“吹哨人”在哪里?	339
“执法经济”岂能成为“执法目的”	341
道德与法律应并驾齐驱	343
如何理解台湾将“人肉搜索”“合法化”	345
《关于审理道路交通事故赔偿的司法解释》	350
“恶意诉讼”入法有利于维护公平正义	355
“新民诉”亮点之电子送达	357
反家暴立法不能仅靠个案胜利	359
《助人行为保护条例》：为好人立法	362
“假离婚要求复婚不予支持”是对江苏省高院《关于 “新国五条”对法院工作的影响及对策建议的报告》 的误读	364
北京出租车调价听证会应该“接地气”	366
震后房贷处理的法律解释	368
司法如何正确适用“常回家看看”条款	370

网络法律编

“QQ 相约自杀民事赔偿案” 判决结果令人担忧

2010 年 12 月 3 日浙江省丽水市莲都区法院对全国首例 QQ 相约自杀案作出判决, 不仅判决自杀约定者张某承担 20% 的责任, 而且判决腾讯公司承担 10% 的责任。至此, 轰动一时的全国首例 QQ 相约自杀民事赔偿案暂时落下了帷幕。

从法律角度看, 我认为本案判决结果值得商榷。在侵权责任承担问题上, 损害并不是承担责任的主要因素, 在侵权责任构成认定中, 侵权人是否有过错才是认定是否承担侵权责任的核心, 正如耶林所说, 使人负损害赔偿责任的, 不是因为有过错, 而是因为有过错, 其道理就如同化学上使蜡烛燃烧的不是光而是氧一般的浅显明白。

因此, 腾讯是否承担责任, 首先要看腾讯是否在这起事件中具有过错。腾讯旗下的 QQ 本身属于即时信息沟通工具, 在网民相互的通讯过程中, 网络服务商仅为网民提供网络沟通平台, 其本身没有义务, 更没有权利对网民之间的沟通进行审查。网民之间的信息传递属于个人隐私范畴, 网络服务商不能对聊天记录进行即时监控, 在技术上也无法对多达数亿的腾讯用户进行随时监察。因此, 法律对网站这部分责任是豁免的。

那么, 是不是所有网络发生的侵权案件网站都不承担责任

呢?答案当然不是。按照《侵权责任法》第36条的规定,网民在自己权益被侵害之时有权通知网站采取必要措施,如果网站怠于采取措施阻止侵权的发生,那么这时网站就要承担相应的责任,这就是所谓的“通知规则”。但是在某些特定情况下,如果有证据表明网站在没有得到通知之前就应该知道侵权的发生而未采取措施的,网站也要承担相应的责任。这些特定情况法律没有明确列举出来,按照我对《侵权责任法》的理解和国外成熟判例的研究,大致有以下几种情况:第一,对网民帖子进行了“置顶”或者“推荐”;第二,网站主动创设的讨论议题本身具有可责性;第三,将网民投稿以网站的名义进行过编辑或修改;第四,网站主动的转载行为。在以上几种情况中,法律之所以要增加网站的额外责任,就是因为网站对这些讯息存在主观因素,因此即使没有被“通知”,网站也要承担责任。

本案的情形不属于《侵权责任法》第3款规定的那些特殊情形,而且在事发之前没有任何证据表明腾讯得到了任何人的“通知”,因此,腾讯在法律上不具有过错要素。值得一提的是,本案的判决依据是《全国人民代表大会常务委员会关于维护互联网安全的决定》(以下简称《决定》),这个决定是在10年前,也就是2000年的时候通过实施的,按照新法优于旧法的原则,最近通过实施的《侵权责任法》当然应该优先适用,而且按照《立法法》的规定,《侵权责任法》属于基本法,效力位阶当然高于那个10年前的《决定》。

问题在于为什么主审法官舍近求远去违反最基本的法律常识呢?我认为,答案可能是主审法官在判决时可能更多的考虑到对当事人的安抚和社会的和谐。那么,这种判决结果真的能达到社会的和谐么?答案是否定的,这是因为:

首先,从互联网产业发展来看,本案的判决将导致即时通