

21世纪传播研究丛书

大众传播法论

MASS COMMUNICATION LAW

吴 飞 著

图书在版编目 (CIP) 数据

大众传播法论 / 吴飞著. — 杭州: 浙江大学出版社,
2004.
(21 世纪传播研究丛书)
ISBN 7-308- -

I. 传... II. ①吴... III. 传播媒介—产业经济学
—研究 IV.

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 号

责任编辑 李桂云

出版发行 浙江大学出版社

(杭州浙大路 38 号 邮政编码 310027)

(E-mail: zupress@mail.hz.zj.cn)

(网址: <http://www.zjupress.com>)

排 版 浙江大学出版社电脑排版中心

印 刷 杭州余杭人民印刷有限公司

开 本 880mm×1230mm 1/32

印 张 12.25

字 数 365 千

版 印 次 2004 年 12 月第 1 版 2004 年 12 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-308- - / .

定 价 20.00 元

《21 世纪传播研究丛书》编委会

主 编：邵培仁

编 委：（按姓氏笔划排列）

丁柏铨	朱 立	尹德刚	李希光
李 岩	李桂云	吴廷俊	吴 飞
孙沛然	张国良	张 昆	张咏华
张梦新	陈韬文	陈世敏	陈昌凤
陈培爱	林念生	郭镇之	郭庆光
郑贞铭	祝建华	戴元光	

总 序

21 世纪是信息社会,也是传播社会、媒体社会。培根在 1905 年说:“如果船的发明被认为十分了不起,因为它把财宝货物运到各处,那么我们该如何夸奖书籍的发明呢?书像船一样,在时间的大海里航行,使相距遥远的时代能获得前人的智慧、启示和发明,书籍是人类大部分知识的记录、催化剂和刺激品。”如今的大众媒介丰富多彩、功能强大,犹如千万艘装上强大马达的船,正以“光速”改变着现代社会、塑造着未来社会。

在现代社会,大众传媒作为社会的神经中枢、社会力量的源泉,它不仅以其特有的视角和特定的“密码”报道社会、解释社会、分析社会,还以它独立的意志和价值标准影响社会、建构社会和引导社会。大众传媒真正成了发现社会问题的哨兵,维护社会秩序的法官,开展公共事务的场所,授予地位和名誉的机构,引导舆论、教化民众的导师。这就像著名未来学家托夫勒在《第三次浪潮》中所描述的:大众传媒犹如“一枚信息炸弹正在我们之间爆炸,这是一枚形象的炸弹,像倾盆大雨向我们袭来,急剧改变着我们每个人内心世界据以感觉和行动的方式……也在改变着我们的心理。”面对强大的媒介,不仅我们的社会和文化将会改变,我们的生活、工作、外观和内心都将被重塑。

大众传播的无时不有、无处不在、无孔不入,预示着人类历史正在进入一个新的时代——全球化的传播时代。当下大众传媒正以惊人的速度广泛介入政治、经济、文化、艺术、教育、生活等各个领域,这必将使 21 世纪呈现出一个泛政治、泛经济、泛文化、泛艺术……,亦即一个泛

传播的时代。而信息爆炸、信息侵略、话语霸权、媒体歧视、数字鸿沟、精神污染、传播焦虑、信仰危机等等,则是生活在“地球村”中的公民们遇到的前所未有的全球性的挑战和难题。研究发现,在世界范围内,由于信息和知识爆炸式地增长,当一个孩子长到 14 岁时,世界上的知识财富将超过他出生时的 4 倍;当这个孩子 50 岁时,那时的知识的数量将是他出生时的 32 倍;就是说 97% 的知识都是在他出生后发现的。借助现代传播科技,大众媒介中的海量信息迅速涌向人们的感官和大脑,其供给量远远超过人们的接收和处理能力。随着大众媒介与最新的传播科技进一步联姻、生子,不仅会彻底改变传播形态学的面貌,还将全面更新媒介地理学的版图。人类面临的将是地域媒介的消亡和全球媒介的崛起,往日习以为常的传播形态学和媒介地理学将被颠覆或改写。

这一切都提醒人们,大众传媒犹如一柄双刃剑,有利必有弊,如何正确、合理和科学地使用它,正考验着人类的智慧。人,作为万物之灵的智者,是传播的设计者和操纵者,我们必须从现在开始用传播方面的知识来修炼和武装自己;在媒介还没有全面征服人类之前,抓紧寻找征服媒介的种种对策;在未来仍在我们手中之前,抓紧设计和规划新的传播未来。大众传播媒介必须体现人的价值,维护人的尊严,为人类而存在,为人类而服务。

传播学大师施拉姆曾经说过:在未来的一百年中,分门别类的社会科学都会成为综合之后的一门学科。在这门学科里,传播学的研究会被各门学科的学者格外重视,会一跃成为所有这些科学里面的基础。21 世纪将是传播学大有作为的 100 年。《21 世纪传播研究丛书》的推出恰逢其时。她是浙江大学传播研究所联络国内新闻与传播学界专家、学者,编写、出版的一套面向 21 世纪、面向新闻与传播学界和媒体的大型学术性丛书,旨在鼓励以人文的、文化的、思辨的学术精神和多元的、立体的、独特的理论研究;立足中国传播与媒介本位,以直面现代传播、容纳历史经验为主轴,理论研究与应用研究兼顾,定性研究与定量研究并举,聚焦中国传媒的建设与发展;以思想性、开创性、前瞻性、反思性为宗旨,关注全球传媒发展的动态与走向,追踪世界传播研究的前沿问题和热点问题,反映海内外传播学界的新成果和新思想;以学术交流的方

式促进新闻与传播研究社群之间的对话与联系,展示中国新闻与传播学者的思想风采,繁荣和推进中国新闻与传播理论和实践。

我们希望《21 世纪传播研究丛书》在各位作者的共同努力下能以一种崭新的形象屹立于中国的学术之林,希望她能得到广大新闻与传播学者和专家的关心与支持,也希望能得到广大读者的认可与喜爱,更盼望得到进一步修订的意见和建议。

邵培仁

2003 年 1 月 18 日

于浙江大学新闻与传播学院

前 言

现代传播业已成为一项重要的产业,其生产、流通、分配与消费,同其他经济产业一样,靠契约联结在一起。为了保证其契约的公正并得到遵守,需要有完备的法律法规的引导、规范和保障。新闻传播法是国家制定的用于调整因信息传播(出版、刊登、影视、录音录像、表演、播放等)而发生的各种社会关系的法律规范的总称^①。从各国立法现状看,目前,虽然有些国家制定过《新闻出版法》、《信息自由法》之类的专门法,但尚没有一个国家制定过一部旨在规范全部的传播活动的单一法律或法典。传播法几乎涉及宪法、民法、刑法、经济法等所有法律形式。

新闻传播法是人类民主与自由要求的必然产物,同时促进着民主和自由的发展。但传播法的发展史,充满着血泪。多少思想家为此竭心殚智,多少仁人志士甚至为此付出了自己的生命。

16 世纪,英国的出版物必须由皇家特许才能出版。17 世纪,封建制度以“印花税”、津贴制度、煽动诽谤罪等手段压制新闻出版自由。随着近代产业革命的发展,专制被打破了。英国在 1868 年从法律上规定,报道国会消息及批评国会不属诽谤罪;1789 年法国的《人权宣言》规定:“各个公民都享有言论、著述和出版的自由,但在法律规定的情况下,应对滥用自由承担责任。”世界最早的一部有关新闻传播方面的法规是《出版自由法》,由法国在 1881 年 7 月 29 日制订,其中对新闻出版的权益作了详细的规定。

^① 林锦峰. 传播法制的必要性与传播法的思考. 载中山大学学报·社会科学版,1998,1

我国早期的邸报,是朝廷独家经营的御用工具。到宋代,朝报、小报逐渐发达,封建统治集团的一些宫廷秘闻和施政内幕常被辗转传抄,引起统治者不安。朝廷遂下令管制发行,禁止泄密,这大抵算是我国早期的新闻禁令,如为了查禁小报,北宋的仁宗、哲宗、徽宗诸朝,都曾颁布过不少诏旨和法令,限制小报的出版,查缉和惩治小报的发行人。^①和宋代相比,元代的言禁更严。《元史·刑法志》中就有严禁“诸但降诏旨条画民间辄刻小本卖于市”的记载。此外,还有严禁“讹言惑众”、“妄言时政”、“诽谤朝政”及“诸人臣口传圣旨行事者”的记载。太宗时还颁布过“诸公事非当言而言者,拳其耳;再犯,答;三犯,杖;四犯,论死”的禁令。但这些都不是系统性的言论出版法规。清初制定了《大清律例》,其中有言论出版的管制条文,主要内容有:“凡造讖纬妖书妖言,及传用惑众者,皆斩。”“各省抄房,在京探听事件,捏造言语,录报处者,系官改职,军民杖一百,流三千里。”这是我国最早的、较为系统的出版法律条文。清乾隆十六年(1751年)暴露宫廷内幕的“传抄伪稿案”和光绪二十九年(1903年)的“苏报案”,都是据此律例作出处理的。

1898年戊戌变法期间,光绪皇帝诏令康有为、梁启超等依照西方报纸法,“参以中国情形,定为报律”。在陆续颁布的几十道改革诏令中,有一条规定“准许自由创立报馆、学会”,这是中国首次正式承认民报有合法存在的权利。

20世纪初,孙中山领导的资产阶级民主革命运动日益高涨,革命派的报刊宣传活动十分活跃。清统治者感到“报章流弊渐滋,不可不亟为防卫之计”,于1906年匆匆制订颁发了《大清印刷物专律》,这是我国历史上第一部严格意义上的新闻出版法。《专律》共六章41条,其中最重要的规定是:印刷物中有“令人阅之有怨恨或侮慢,或加暴行于皇帝、皇族或政府,或煽动愚民违背典章国制者”,即构成“诽谤”罪。违反者,将罚款5000元以下,监禁10年。这项法律还赋予地方官吏以对印刷物进行指控、逮捕报人和查封报馆的权力。同一年,清朝政府的巡警部又制定了《报章应守规则》,提出“不得诋毁宫廷,不得妄议朝廷”等条款。

① 方汉奇,张之华主编.中国新闻事业简史.北京:中国人民大学出版社,1995,19

1908年1月,清政府又参照日本的《新闻条例》,制定了《大清报律》并于1910年修改颁行。此报律原为42条,后修定为45条,确立了创办报刊的保证金制度、登记注册制度和发表文章的事前检查制度。其中第7条规定:“每日发行的报纸,应于发行前一日晚12点钟以前,其月报、旬报、星期报等类均应于发行前一日中午12点钟以前,送由该管巡警官署或地方官署,随时查核,按律办理”,这是我国最早的新闻检查制。

辛亥革命推翻了清政府,建立了民国,孙中山签发的《中华民国临时约法》,第一次把“人民享有言论、著作、刊行及结社之自由”的权利以法律形式肯定下来。然而,袁世凯于1914年4月,袭用《大清报律》,颁发了《报纸条例》和《出版法》,企图以此压制言论,钳制舆论。这两个专制法一出笼即遭到报界的强烈谴责,终于在1926年被解除。

国民党统治时期,也施展了多种新闻出版专制控制手段。1929年制订了《出版条例原则》和《宣传品审查条例》。1930年又正式颁发《出版法》,拼命维护一党专制,规定凡“意图破坏中国国民党及三民主义者”、“意图破坏公共秩序者”和“妨碍善良风俗者”均不得登载,违反者,“判发行人、编辑人、著作人及印刷人一年以下有期徒刑,拘役或1000元以下罚金”。国民党政府还制订了《出版法实行细则》、《图书杂志审查办法》、《检查新闻办法大纲》等一系列法令以限制人民言论出版自由。正如鲁迅先生所言:“文禁如毛,缙骑启蒙也。”

毫无疑问,当前,我国新闻出版业享有充分的自由。《中华人民共和国宪法》第35条明确规定:“中华人民共和国公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由。”但新闻自由不是绝对的,新闻工作者要对自己的报道负责,其活动应在法律范围内进行。有时新闻具有明显的危害性质,应属于禁止刊载的范围。明确规范传播行为、协调传媒组织与个人和其他社会组织关系,这正是新闻出版法的使命。

从国外传播法涉及的内容看,传播法主要包括《新闻出版法》、《广播电视法》、《著作权法》、《信息公开法》、《网络传播法》等多方面的内容,而其中最重要的当属《新闻出版法》。中国人一直希望有一部独立的《新闻出版法》出台。1980年全国五届人大会议、五届政协会议期间,一些代表和委员,就制定新闻出版法和保障公民言论、出版自由等问题发

言,发表于当时的报刊上。后来的多次人民代表大会上都有新闻立法的提案。1984年,由全国人大教科文卫委员会牵头,新闻立法工作开始启动。1986—1987年期间,中国社科院新闻所新闻法研究室,上海有关部门都分别拟出新闻法草案,最后汇集到新闻出版署作为参考,又重新拟出了一份《新闻法(草案)》。据悉,这个草案曾在内部征求意见,先后十易其稿。1989年2月,当时主持《新闻法》起草的国家新闻出版署署长,正式向新闻界宣布新闻法的“正式草案”,将力争于那年的年底前提交全国人大常委会审议。他还透露说,《新闻法》草案中已明确写出,“国家保障公民在法律允许的范围内行使新闻自由权利不受追究和侵害,同时依法制止滥用新闻自由的行为。”并已写明,“新闻自由是公民通过新闻媒介了解国内外大事,获得各种信息,发表意见,参与社会生活和国家政治生活的一项民主权利。”中共中央自十三大(1987)就提出要抓紧制定新闻出版法;全国人大向中央提出的八届人大期间(1992—1997)的立法规划中就有《新闻法》、《出版法》,这个规划得到中共中央的批准(1994)。1998年3月在全国人大九届一次会议上,一份由广东代表提出,32位代表附议的提案,呼吁“尽快制定《新闻法》”,2003年又有代表递交了同样的提案,可是新闻立法工作迄今仍然是进展甚微。

《传播法》旨在保护公民的表达自由权利,这一观念已经深入人心并获得了世界的广泛尊重。但公民在行使自己的表达权利的时候,总会发现存在着多种矛盾和权利、权益的冲突,如何协调这些权利与权益之间的冲突就成了《传播法》研究和传播立法的当然议题。如公民的政治言论自由权利与诽谤问题、新闻报道与隐私权和名誉权的冲突问题、知情权与控制机密情报的必要性之间的冲突问题、新闻媒介和记者是否有权对一些消息来源予以保密的问题、在这些利益冲突中,新闻媒体的权利是不是应该具有优先性等等的的问题,都需要深入的研究。本书对此作了一些初步的思考,希望我们的研究能为中国的相关法律的出台和现有法律的完善尽一点绵薄之力。

中国的《新闻传播法》虽然千呼万唤,但至今没有出台。不过这并不意味着中国的新闻传播活动无法可依,事实上,我国许多法律条文都或多或少涉及到新闻传播活动,这就需要我们认真地梳理和细致地研究。

本书第一章内容是与传播活动相关的法哲学思想的探讨,其余十章内容,则试图以典型的案例来分析新闻传播活动应该注意的一些具体的法律条文。我们的分析立足点是国内的传播法理论与实践,但在分析一些案例的法理的时候,我们也会关注到世界其他国家的立法现状,同时我们还对中国传播法规一些不足之处,提出了自己的意见。

目 录

第一章 传播法哲学思想比较.....	(1)
第一节 西方传播法哲学思想.....	(1)
一、自然权利学派	(1)
二、功利主义学派	(5)
三、民主的条件论	(9)
四、思想市场理论	(13)
第二节 马克思恩格斯新闻传播思想.....	(16)
一、新理性批判主义理念与书报检查制度批判	(16)
二、历史唯物主义观念的形成与新的自由观	(25)
第二章 国家安全与传播.....	(36)
第一节 严守党和国家的秘密.....	(37)
一、新闻泄密的基本类型	(38)
二、新闻泄密的主要原因	(40)
三、新闻泄密的防范对策	(41)
四、国家机密与表达自由	(43)
第二节 注意民族与宗教问题.....	(45)
一、慎重处理民族生活习俗的报道	(46)
二、妥善安排有关宗教事务的报道	(47)
第三节 国家安全原则.....	(47)

一、“明显而即刻的危险”原则产生的背景	(48)
二、“明显而即刻的危险”原则的实际运用	(51)
三、“明显而即刻的危险”原则的理论基础	(59)
四、国外学者对该原则基本评价	(63)
五、我们对于该原则的基本态度	(67)
第三章 名誉权	(71)
第一节 名誉与名誉权	(71)
一、名誉与名声	(72)
二、名誉权	(73)
三、死者的名誉	(75)
第二节 新闻侵害名誉权的几种类型	(77)
一、新闻诽谤	(78)
二、新闻侮辱	(80)
第三节 名誉权与表达自由的冲突	(84)
一、沙利文案与“实际恶意”原则	(85)
二、“实际恶意”原则的法哲学理念	(91)
三、“实际恶意”原则的缺失与不足	(97)
四、“实际恶意”原则的修订方案	(101)
五、我们对于这一原则的基本态度	(104)
第四节 新闻侵害名誉权的抗辩事由	(106)
一、全面抗辩事由之一：正当理由辩护	(107)
二、全面抗辩事由之二：公正评论辩护	(113)
三、全面抗辩事由之三：特许权辩护	(119)
四、两种局部抗辩事由：更正与答辩	(122)
第五节 新闻侵害名誉权的民事责任	(124)
一、停止侵害	(124)
二、恢复名誉	(125)
三、赔礼道歉	(126)
四、赔偿损失	(127)

第四章 知情权	(128)
第一节 何谓知情权	(129)
一、知情权是基本人权	(131)
二、知情权的基本类型	(133)
三、知情权的价值	(134)
第二节 对知情权的法律保护	(137)
一、外国对知情权的保护	(138)
二、我国对知情权的保护	(144)
第三节 知情权与其他权益的冲突	(148)
一、知情权与隐私权	(149)
二、知情权与既得利益	(150)
三、知情权与国家安全	(151)
第四节 知情权与采访权	(153)
一、从足协“封杀”《足球》说起	(153)
二、采访权来源于表达自由	(157)
三、采访权的法律保护依据	(158)
四、采访权的必要限制	(159)
五、如何看待隐性采访	(161)
第五章 隐私权	(170)
第一节 隐私与隐私权	(171)
一、隐私与阴私	(171)
二、隐私权	(175)
三、隐私权的保护	(179)
第二节 侵犯隐私权的构成要件	(185)
一、存在违法的侵害行为	(185)
二、侵权行为人主观上的过错	(186)
三、对受害人造成了不利后果	(187)
四、侵权行为与后果间有因果关系	(188)

第三节 对传媒侵害隐私权的诉因·····	(188)
一、披露令人难堪的私人信息·····	(189)
二、侵入·····	(191)
三、侵扰·····	(193)
四、给人带来错误印象·····	(194)
第四节 隐私权侵权的抗辩与规避·····	(195)
一、隐私权侵权的抗辩·····	(196)
二、新闻侵害隐私权规避·····	(198)
第六章 肖像权·····	(200)
第一节 肖像与肖像权·····	(201)
一、肖像·····	(202)
二、肖像权·····	(203)
第二节 对肖像权的法律保护·····	(205)
一、有限保护·····	(205)
二、合理使用·····	(206)
第三节 几个相关问题的探讨·····	(208)
一、如何理解“以营利为目的”?·····	(208)
二、肖像权应该保护多少年?·····	(209)
三、公开场所的拍摄与使用·····	(211)
第七章 接近使用媒体权·····	(214)
第一节 接近使用媒体权理论提出的背景·····	(216)
一、“富媒体”与“穷民主”·····	(216)
二、一种积极的表达自由观的出现·····	(218)
第二节 接近使用媒体权理论的基本内容·····	(220)
一、民主参与论与接近权·····	(221)
二、获得了有限的支持·····	(222)
第三节 对接近使用媒体权理论的批评·····	(223)
第四节 接近使用媒体权理论的有限应用·····	(225)

一、特纳(Turner)案的意义	(226)
二、棘手的问题	(226)
第八章 淫秽色情出版物	(228)
第一节 色情作品在国内外的命运	(230)
一、我国以禁止为基调	(230)
二、外国的认识有变化	(233)
第二节 难题一：淫秽色情的界定	(236)
一、难以确立的定义	(236)
二、美国的现代标准	(238)
三、我国的基本观点	(241)
第三节 难题二：权利与道德之间	(242)
一、淫秽色情品对妇女的伤害	(244)
二、色情品对未成年人的伤害	(250)
三、具有“使人沉默”的作用？	(256)
第四节 反思：在宽容与秩序之间	(259)
一、要重视淫秽色情品的负面影响	(260)
二、是道德问题，还是法律问题？	(261)
第九章 著作权	(263)
第一节 著作权的精神权利和经济权利	(264)
一、著作权精神权利	(264)
二、著作权的经济权利	(267)
第二节 编辑与著作权	(271)
一、事前约定方式的规范	(271)
二、防止侵犯作者著作权	(272)
三、引述文献等的著作权	(274)
第三节 对“一稿多投”问题的认识	(275)
第四节 电子期刊的著作权	(277)
一、电子期刊数据库造成侵权	(278)

二、完善著作权集体管理制度	(279)
三、强化电子文献著作权保护	(285)
第十章 网络传播法规与网络法治	(289)
第一节 世界网络立法概览	(291)
一、美国——追求自由精神的立法过程	(292)
二、英国——严格立法亦难阻“违法”者	(294)
三、德国——第一部完备的网络法诞生	(295)
四、韩国——网络经济一枝独秀	(296)
第二节 我国网络立法体系研究	(297)
一、网络案例推动立法进程	(297)
二、我国网络法覆盖的领域	(299)
三、新闻网站的著作权保护	(304)
第三节 网络立法与表达自由	(309)
一、虚拟空间名誉侵权的认定	(310)
二、虚拟空间经营者的责任	(312)
三、虚拟空间言论自由的保障	(314)
第四节 网络立法前瞻	(317)
一、目前网络立法难点	(317)
二、网络自治的可行性分析	(321)
三、网络立法自律先行,立足全球	(323)
第十一章 广告自律与广告法规	(328)
第一节 广告伦理与广告自律	(328)
一、广告业的伦理准则	(328)
二、中国广告行业自律	(331)
三、国际广告行为准则	(332)
第二节 中国广告的法规管理	(337)
一、中国广告监管体系介绍	(337)
二、中国广告监督管理内容	(339)

三、广告违法查处	(345)
第三节 美日广告管理形状	(347)
一、美国的广告管理	(347)
二、日本的广告管理	(351)
主要参考文献	(353)
后 记	(360)

第一章

传播法法哲学思想比较

不同的法理学家和政治学家基于不同的宪政理念和政治思想,形成了如下不同的学派,即自然权利学派、功利主义学派、民主的条件论及思想市场论和马克思主义理论。前四种学派的观点虽各有其长,但都存在着不同程度的困境,惟有马克思主义理论才真正为我们建立了一种科学的传播法法哲学理论思想,对中国传播领域的立法工作来说,具有指导性的意义。

第一节 西方传播法法哲学思想

一、自然权利学派

自然权利论也可称之为天赋权利论或自然秩序理论。该理论的起点是:存在着一种由上帝赋予的绝对的、不可让渡的权利。在“天赋权利”这一概念里,“天赋”表达了一种对早已存在的历史处境的双重论战态势。因为,“习惯的权利,只是属于个人的特许权利,其主体不是个人,

而是特定历史条件下的生活与活动。相反,天赋权利是对特权的全面否定。”^①

自然权利论的主要论点是:一个人无法孤立地实现自己的自然权利,他有同他人签订协议,并为此目的建立政府来保护他在社会中的权利。他在签订契约时为服从共同规则不得不放弃一些权利,而得到公民的权利。也就是说天赋权利和公民权利是有区别的。主要表现在:第一,天赋的权利来自上帝,与生俱来;公民权利来自社会。第二,天赋权利的内容较为抽象,公民权利的内容比较具体。第三,天赋权利是人人既充分具有,又充分行使这种权利的能力;公民权利并非人人都具有,要享受这种权利光靠个人的能力是不够的,需要集体、国家和法律的力量来加以保障才能实现。“每种公民权利都来自于一种天赋的权利,换句话说,是由一种天赋权利换取的。”因此就“不能用以侵犯由个人保留的那些天赋权利。”^②“政府的功能是受限制的,可以限制的。这就是:按照社会条件的许可准确地保护人的天赋权利。”^③这就意味着该权利除了自然外,谁也不能让渡(专指生命权和自由权)、谁也不能剥夺,潘恩讲得很清楚,他说:“人进入社会并不是要使自己的处境比以前更坏,也不是要使自己具有的权利比以前更少,而是要让那些权利得到更好的保障。他的天赋的权利是他的一切公民权利的基础。”^④借用中国古代孟子的话“一介不取于人,一介不以取诸人”。也就是说在自然面前,人人权利平等。

自然权利理论的意义并不在于其描绘和论证了自然状态下人类权利的状况,而在于其从人的理性出发,提出了一种崭新的政治观念,从而为宪政国家的产生和公民政治权利的保护提供了哲学基础。在封建制的政治社会中,人权不过是君主对臣民的恩赐,其既然由君主赋予也可以被君主的意志剥夺,以服从权力为出发点,是人治下无人权保障之

① 圭多·德·拉吉罗:《欧洲自由主义》,杨军译,长春:吉林人民出版社2001年版,第22页。

② 《潘恩选集》,马清槐等译,北京:商务印书馆1981年版,第143~144页。

③ 霍布豪斯:《自由主义》,朱曾汶译,北京:商务印书馆1996年版,第27页。

④ 《潘恩选集》,马清槐等译,北京:商务印书馆1981年版,第142页。

根本所在。与之相反,自然权利是从天上而不是地上寻找人权的依据,其借助“自然权利”的神圣地位,表达了一种全新的法律价值观:即“古典自然法学派在法律与自由及平等价值之间发现了某种联系,而这种联系至少表明,对人施以压制性和专横的统治与法律的概念不相容。”^①这种法律价值观解决了理想社会中政治、法律制度的目的问题,既确保人权免受任何专横干涉和侵害的危险。在此基础上建立起来的制度只能保障人权而不能禁止或剥夺人权,只能维护、扩大人权的内容而不能侵犯和任意扣减人权。美国著名的法理学家 E. 博登海默在谈到古典自然法理论的成就时说,自然权利理论“……开创了宗教和思想自由的时代”^②。

在自然权利论者看来,表达自由是一种不可侵犯的人权,即在任何情况下,没有人愿意放弃它,而这种权利也是不可剥夺和取代的。正如潘恩所言:“言论首先是人们永久保有的天赋权利之一;就国民议会而言,运用这种权利乃是他们的义务,而国民则是他们的权威。”^③美国的《独立宣言》多少受到这一观念的影响:“人人生而平等,他们都从他们的‘造物主’那边被赋予了某些不可转让的权利,其中包括生命权、自由权和追求幸福的权利。”《独立宣言》强调“这些道理是不言而喻的”。^④

“自然权利”的观念最大的问题可能就是这种“不言而喻”(或译为“毋待证明”)的权利的性质与范围,或它们之间相互冲突时没有任何合理解决的办法。^⑤美国著名政治学教授科恩认为,这一观念至少存在以下几方面无法解决的难题:

(1)这个人或这群人所承认的毋待证明的真理与另一个人或一群人所承认的毋待证明的真理发生矛盾时,怎么办?“如果一个人的言论绝对自由的不可侵犯是毋待证明的,那么对他来说,他的‘毋待证明’绝对可靠而对方的‘毋待证明’完全错误,那也同样是毋待证明的。对方以

① [美] E. 博登海默:《法理学、法律哲学与法律方法》,第 63 页。

② [美] E. 博登海默:《法理学、法律哲学与法律方法》,第 64 页。

③ 《潘恩选集》,马清槐等译,北京:商务印书馆 1981 年版,第 165 页。

④ 译文参考罗玉中、万其刚、刘松山:《人权与法制》,北京大学出版社 2001 年版,第 699 页。

⑤ 科恩:《论民主》,聂崇信等译,北京:商务印书馆 1994 年版,第 129 页。

‘母待证明’为依据,也可以同样理由认为自由必须另作解释。他们之间,除一方投降以外,别无解决办法。”^①

(2)是“母待证明”也可能与其他某些可以公开验证的,可称之为科学的证据相抵触。同样,冲突各方一定互相否定对方智慧的可靠性。

(3)是对同一人来说,此时的母待证明的可能与彼时的母待证明的相抵触。何者是真正的母待证明的,他如何决定呢?

(4)即使同一人、同一时间,这种母待证明的权利可能与另一种母待证明的权利有冲突。“我自由说话的权利可能与邻居生活安静的权利相冲突。或者,母待证明的责任也可能互相冲突。我说真话的责任可能与我为诺言保密的责任冲突。”^② 此外,母待证明的权利可能与母待证明的责任相冲突。

也就是说不同的人之间,甚至同一人在不同的情况下,对“母待证明”的权利会有不同的解释,其结果可能是人们在行使自己“母待证明”的表达自由的权利时,会危及他人、国家、民族的权益。因此可以说将表达自由视为一种绝对的自然权利是行不通的。

正是因为古典自然权利理论存在许多缺陷,这一理论受到了多方面的批评^③,马克思和恩格斯在《神圣家族,或对批判的批判所做的批判》中写道:“黑格尔曾经说过,‘人权’不是天赋的,而是历史地产生的。而‘批判’关于人权是不可能说出什么比黑格尔更有批判性的言论的。”^④ 所以,从19世纪到20世纪初,该理论一直处于低潮。

但在20世纪,却出现了自然法思想和价值取向法理学的复兴^⑤。德国的施塔姆斯(1856—1938)、法国的惹尼(1861—1944)和意大利的

① 科恩:《论民主》,聂崇信等译,北京:商务印书馆1994年版,第130页。

② 科恩:《论民主》,聂崇信等译,商务印书馆1994年版,第131页。

③ 霍布豪斯在其著作《自由主义》中系统地分析这自然权利学说的不足,参见霍布豪斯:《自由主义》,朱曾译,北京:商务印书馆1996年版,第26~31页。

④ 《马克思恩格斯全集》,第2卷,第145页。

⑤ [美] E. 博登海默:《法理学、法律哲学与法律方法》,邓正来译,北京:中国政法大学出版社1999年版,第171页。

韦基奥(1878—1970)首先发起了自然法复兴运动^①。虽然新自然法学有不同的学派,但基本认同尊重公民的权利是国家的天然义务。而马里旦(1882—1973)就将人权划分为绝对不能让与和基本不能让与两大类。他将生存权和追求幸福权视为绝对不能让与的权利,而将结社权、表达自由权等视为基本不能让与的权利。^② 对个人的权利是保护,还是侵犯,是衡量国家及其行为正当与否的最高道德标准,同时也对国家及其行为构成道德约束。当然这种约束是消极意义上的约束,诺齐克称之为道德的“边际约束”,即权利保护不是国家的目的,但却是在一旁永远对国家起监督作用的道德准则。诺齐克在《无政府、国家与乌托邦》一书的开篇中写道:“个人拥有若干权利。有些事情是任何他人或团体都不能对他们做的,做了就侵犯到他们的权利。这些权利如此强有力且广泛,以致引出了国家及其官员能做些什么事情的问题”^③。

二、功利主义学派

可以说在 19—20 世纪的哲学与政治理论中,功利主义(utilitarianism)思潮居于主导地位。因为自边沁于 1780 年打出功利主义的旗帜后,许多优秀思想家从不同侧面发展了这一理论。在经济学方面是李嘉图,在心理学方面和教育学方面是詹姆斯·密尔和培根,在法学方面是奥斯丁等等。这种简明性使功利主义成为制订法律制度与政府政策方面诱人的指导原则。那么什么是功利主义呢?

约翰密尔有一段很有代表性的话,他说:“承认‘功利’或‘最大的幸福原则’为伦理学基础信条,即主张行为的正当性是与它增进幸福的倾向为比例,行为的错误是与它产生的不幸福的倾向为比例。幸福是指快乐与免除痛苦,不幸福是指痛苦和快乐的丧失。要对于这个学说所立的

① 张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,北京:法律出版社 1996 年版,第 50 页。

② 张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,北京:法律出版社 1996 年版,第 58 页。

③ 罗伯特·诺齐克:《无政府、国家与乌托邦》,何怀宏等译,北京:中国社会科学出版社 1991 年版。

道德标准作明了的观察,还需要说更多的话;尤其是对于快乐与痛苦的观念包括什么事情,以及在什么程度还需要进一步研究的问题。然而,这些补充的说明并不影响到这个道德理论作为基础的人生理论——即,快乐与免除痛苦是作为目的而可欲求的惟一的事情;并且,所有可欲求的东西(这种东西在功利主义的体系内与在任何其他体系中一样是很多的)是因为它自身内在固有的快乐而值得欲求的,或者作为增进快乐和免除痛苦的工具而值得欲求。”^①从密尔的这一番话中,我们至少可以看出,持功利主义理论的学者们认为功利是道德与立法的根本原则。他们的思想是对 17—18 世纪以来流行的自然法理论的一种反叛,他们认为自然法学派的理论是一种幻想,是虚假的,是不能够实现的。另外,他们也批判了历史法学派关于习惯法的论述,而强调实在法的重要性。

功利主义之所以逐渐成为西方自由主义政治哲学中最重要的学说,一个原因是,关于个人权利与自由的契约主义传统是一种启蒙思想,同革除等级制度与摆脱神权束缚的社会运动相适应,是一种关注于制度的合理基础及建立制度的合理方式的学说,同对于一种制度的持久有效的管理有一定距离。而功利主义则似乎同对一个制度的政治的和经济的管理有更大相关性。另一个原因是,边沁、西季威克和埃奇沃思所阐述的功利主义学说具有理论的简明性,它采取一种将各个个人的福利加总的善总额的观念,并主张以“最大多数人的最大利益”——即这个善总额的最大程度的增长——作为主导社会政治实践的原则。^②

由于“任何功利主义都必定是主张效果论的”^③,因此他们在决定某一具体的思想和言论是应该给予自由的表达,还是应该给予适当的限制甚至禁止,则要作这种保护的实际效果方面的考量。^④他们一方面

① [英]密尔:《功利主义》,北京:商务印书馆 1957 年版,第 7 页。

② 廖申白:《正义论》对古典自由主义的修正,载《中国社会科学》2003 年第 5 期。

③ B. 威廉斯:《功利主义批判》,载 J. J. C. 斯马、B. 威廉斯:《功利主义:赞成与反对》,并斌译,北京:中国社会科学出版社 1992 年版,第 77 页。

④ 参见[美]科恩:《论民主》,聂崇信等译,北京:商务印书馆 1994 年版,第 125 页。

认为,压制意见无助于真理之形成,表达自由有利于其他权利与自由的行使。但在另一方面,功利主义者认为在某些情况下(如战争、社会动荡等),无限制的表达自由与言论自由可能导致更大的弊端,因此有必要对这种自由给以必要的限制。也就是说,功利主义者并不同意对表达自由给以完全的保护,他们试图在保护表达自由时可能带来的利益与不保护这种自由时可能带来的利益之间作出平衡,并在这种权衡的基础上来决定对某特定的表达是不是作出限制。

密尔写道:“一切意见是应当允许其自由发表的,但条件是方式上须有节制,不要超出公平讨论的界限”。^①在密尔那里表达自由必须限制在这样一个范围之内,即不能对他人造成危害和妨碍,此原则被称之为“伤害原则”或“密尔原则”。功利主义的思想在理论和实践领域都有过相当大的影响。如美国大法官霍尔姆斯在1919年提出“明显而即刻的危险”标准时,其基本指导思想就有着明显的功利主义的色彩。他在申诉美国一案的判决书中写道:“在每一个案件中,问题在于使用语言是否处于这种情况和具有这种性质,即它们造成一种明显和即刻的危险,将带来国会有权利制止的实质性罪恶。这是一个接近性和程度的问题。”^②

那么,一个人到底是否有权自由表达他们自己的意见呢?如果按照功利主义的方法来回答这一问题,我们就需要顺沿其思路来继续追问:允许自由表达的意见是否对社会有益,也就是说要看表达自由是否会带来好的结果。因为,在密尔的功利主义思想中,善(Goods)是优先于正当(Right)的,首先把善定义为独立于正当的东西,然后在善的基础上定义正当,将正当定义为善的东西。确切地说,某一制度或行为,只要它能产生最大善的可选择对象,或至少能像其他可行的制度和行为一样产生同样大的善(这里的善是指幸福或利益),那么该制度或行为便是正当的。因此,功利主义认为,只要能最大限度地增加善的总量,牺牲

① [英]约翰·密尔:《论自由》,程崇华译,北京:商务印书馆1959年版,第56页。

② John D. Zelezny: Communications Law, Wadsworth Publishing Company, 1997, P. 74.

某一个体或某一小部分人的利益也是正当的。^① 边沁说:“意向,正和别的东西一样;其好坏悉依效果为准。依效果之足以增进或减低社会之幸福为准。一人之意向,可依两点来讨论:根据它:一、对自己幸福的影响;或二、对别人幸福的影响。总比二者以观,或随便就任何一方来看,它一方面可称为善,而在另一方面可称为恶,或在恶劣的情形下,可称为极恶的。”^② 如果某一思想观念的表达能够带来快乐的结果,那么这一思想或观念的自由表达就是合乎道德的。功利主义的思想家们会说,这是一个可以用一般推理和经验来解决的问题。当然,我们必须把好的意见与坏的意见兼收并蓄。如果允许自由表达意见,错误的意见就会发表出来,会使许多人误入歧途。

问题是:传播错误意见所包含的失是否与自由讨论所包含的得相抵销?功利主义者的答案看来只能是按照结果来评价。因此矛盾就显露出来了:当我们面对任何一种表达性的意见时,我们都无法确定其结果会如何。因为这种结果需要时间来证明和验证,可是我们不可能在一个意见表达出来之前或者表达出来的当下就知道它必然会带来的结果。而且还会存在另一种情况,即一种意见的表达在一段时间内可能会无益甚至有损于社会,但随着时间的推移和人的认识水平的提高,这种意见的真理性才逐渐呈现出来,那么我们如果对待这样的言论和意见呢?功利主义者显然不能解决这一问题。而且,在具体的政治环境中,如果维护自由的理由主要是功利主义的,声称出现那种特殊的事例也就频繁发生。“每一次国家危机、每一次战争、每一次外国的威胁,都会带来这样的叫喊。那些诚心诚意而且说得头头是道的人,他们认为无限地容许一切言论的自由,将走上极危险的道路。对这种要求,单凭功利主义的论点是对付不了的。”^③

功利主义也受到了马克思主义的严厉的批判,马克思曾经指出:

① 刘鑫淼、肖凤良:功利主义与个体自由——密尔思想探幽,载《广州广播电视大学学报》2002年第6月,总第3期。

② 周辅成编:《西方伦理学名著选辑》(下卷),北京:商务印书馆1987年版,第239页。

③ [美]科恩:《论民主》,聂崇信等译,北京:商务印书馆1994年版,第138页。

“劳动力的买和卖是在流通领域或商品交换领域的界限内进行的,这个领域确实是天赋人权的真正乐园。那里占统治地位的只有自由、平等、所有权和边沁。”^① 马克思把边沁的名字作为了“利己心”、“私人利益”的代名词,并尖锐地批评边沁“是企图调和不能调和的东西”^②。恩格斯也指出,边沁把追求幸福当作道德的原则是一文不值的^③。

三、民主的条件论

与前两种对于表达自由的观念不同的是,条件论者强调言论自由是保持民主必不可少的条件。批评的自由、建议的自由、发表反对意见的自由,不论如何不受欢迎,尽管可能有害处或违反常情,但在民主国家中是绝对不可少的。公民对社会关心的所有问题进行公开的讨论,这是充分有效的参与条件。

据考证,荷兰著名哲学家斯宾诺莎是最早从民主的角度论证表达自由的重要性的。他指出:“在所有政体之中,民主政治是最自然,与个人自由最结合的政体。在民主政治中,没人把他的天赋之权绝对地转付于人,以致对于事务他再不能表示意见。”^④ 我相信,政治的真正目的是自由,“绝不是把人从有理性的动物变成畜性或傀儡,而是使人有保障地发展他们的心身,没有拘束地运用他们的理智。”^⑤ 表达自由之所以被视为民主国家的基础,是因为它是民主意见形成的保障。表达自由“不惟是个人发展其健全人格的重要因素,也是社会促进其分工合作,以谋求全体福祉的主要条件。民主政治系以理性与民意为基础,而发扬理性与民意,则有赖于人民议论自由为前提。所以近代民主政治固然与言论自由平等发展,无分轩轻,而言论自由,则亦被用为衡量一个民主

① 《马克思恩格斯全集》,第23卷,北京:人民出版社1972年版,第199页。

② 《马克思恩格斯全集》,第2卷,北京:人民出版社1972年版,第214页。

③ 《马克思恩格斯全集》,第2卷,北京:人民出版社1972年版,第236页。

④ [荷]斯宾诺莎:《神学政治论》,温锡译,北京:商务印书馆1963年版,第219页。

⑤ [荷]斯宾诺莎:《神学政治论》,温锡译,北京:商务印书馆1963年版,第272页。

国家民主进程的标准。”^①可以说“民主本身不是自由,但是它却是保障自由的最为重要的手段。”^②同样自由的本身也不等于民主,但它却是民主社会不可或缺的条件之一。

美国政治学家科恩和法学家米克尔约翰、大法官雨果·布莱克都是持这种观念的代表性人物。在科恩看来,“在一个社会中把言论自由限制到什么程度,也就在同样程度上限制了民主。”^③因为表达自由直接影响到民主的参与广度和深度,国家维护表达自由的条件不应容许有任何例外。“它适用于一切意见和一切人,不论它们或他们是多么错误和不合情理,也不论它们或他们会使多少人感到不快。”^④

科恩认为“充分的言论自由是可以成功地加以维护的;但这种维护是以接受民主理想为条件的。”^⑤如果要保持民主,言论必须完全自由。批评、反对性意见在民主国家中是绝对不可少的,不论这类言论多么令人不快,甚至听起来是多么的离经叛道。科恩认为,这种绝对性不是来自直觉或其他任何官能或证据,而是来自参与管理时工作上的需要。各方面对社会关心的所有问题进行自由与公开的讨论,这是充分有效参与的条件。因此,“充分的言论自由对民主来说不仅是有利的,而且是必需的。”^⑥因为要公民有效地参与管理就要求准许他们对共同关心的每一项建议都能听取正反两方面的意见,必须准许他们听取某些被认为是危险的意见。“如果连这些说法也不让他们听,他们就不能对它作出明智的决断。而民主所依靠的正是公民的智慧,而不是别的什么。”^⑦

雨果·布莱克法官在巴伦布拉特诉美利坚合众国案中发表的著名

① 荆知仁:《美国宪法与宪政》,三民书局1984年版,第155页。转引自徐显明主编《人权研究》,济南:山东人民出版社2001年版,第387页。

② [英]弗里德利希·冯·哈耶克:《法律、立法与自由》,邓正来等译,北京:中国大百科全书出版社2000年版,第273页。

③ [美]科恩:《论民主》,聂崇信等译,北京:商务印书馆1994年版,第141页。

④ [美]科恩:《论民主》,聂崇信等译,北京:商务印书馆1994年版,第142页。

⑤ [美]科恩:《论民主》,聂崇信等译,北京:商务印书馆1994年版,第141页。

⑥ [美]科恩:《论民主》,聂崇信等译,北京:商务印书馆1994年版,第141页。

⑦ [美]科恩:《论民主》,聂崇信等译,北京:商务印书馆1994年版,第143页。

的反对意见中也指出：“第一修正案意味着我们政府保存自己合乎宪法的惟一途径是让人们享有充分可能的自由，按自己的决定来赞扬、批评、讨论政府的全部政策；如果他们愿意，甚至可以提出政府最基本的、被认为当然的主张是错误的，应该加以改变。这是共和国安全所系，也正是宪法政府的基础。”^①亚历山大·米克尔约翰（Alexander Meiklejohn）在1955年参议院宪法权利委员会作证时也指出：“如果不能自由地询问和回答‘现行政府形式应否维持或者改变’这样的问题；如果当问及这一问题时，如果双方的意见不能同样地获得被考虑、鼓吹及采纳的机会，那就不能说我们的政府是由自治的人民通过自由选择而建立的政府。”^②正是基于这一认识，他指出，《第一修正案》保护任何条件下的所有政治言论。“《第一修正案》的主要目的是，”米克尔约翰在1948年写道，“所有公民应当尽可能地理解与我们共同生活有关的问题。那就是为什么我们的社会不会发生无思想、无意识和无信仰的原因所在。《第一修正案》保护政治共同体所有成员的共同需要”^③。

科恩将自己的立场称之为“有条件的绝对论者”。他指出，保持民主，要求言论与出版的自由是绝对的。但这种绝对并不是说每个人原来就有无限制的自由权，而是民主社会后加的而且是绝对必需的要求，其公民必须有言论和批评的完全自由。言论自由不是每个人不可剥夺的权利，而是民主社会中每个公民享有的宪法规定的权利。正是在这一点上，民主的条件论者与自然权利论者存在着差别。他强调表达自由的“这种不可侵犯性不是基于它们超自然的根源或根据，而是基于我们决心时给予它的首要地位。”^④

显然，问题的要点是，表达内容与犯罪行为之间必须存在因果关系，或能证明这些言论已明显违法。条件论者指出那种认为某些言论可能产生这种结果或必须产生这种结果，甚至相似言论过去曾经引发过

① 巴伦布拉特诉美利坚合众国案，360 U. S. 109, 1959.

② 转引自[美]科恩：《论民主》，聂崇信等译，北京：商务印书馆1994年版，第152页。

③ Alexander Meiklejohn, Free speech and Its Relation to Self-Government CONW York: Harper and Brothers, 1947, p89,63.

④ [美]科恩：《论民主》，聂崇信等译，北京：商务印书馆1994年版，第142页。

犯罪,都是不够的。

为了说明这一问题,科恩区别了两个不同的概念,即“煽动”和“鼓吹”。他认为口头煽动有两点清晰可分的含义,一是一般的,一是特指的,他认为“二者是有重大区别的。”^①在他看来,一般意义的煽动是挑拨——激起对应做某些事的兴趣与关心。而特指意义的煽动是教唆,即故意地而且直接地怂恿别人从事某特殊行为。他认为煽动这两种解释的主要区别是:“任何口头的或文字的(或任何其他形式)的煽动,均不得视为特指意义的煽动,除非煽动者确已采取行动。在采取行动以前,敦促这种行动的言论,只能视为一般挑拨。这种挑拨可能是也可能不是令人厌恶的,这要视其目的与方式而定,但在民主国家中,决不能视为非法的。”^②但科恩认为特指意义的煽动是另一回事。由于它与所引起的行为直接相连,它可能涉及对这一行为及其后果的责任。不过科恩也认识到,特指意义的煽动,“既可以激起合法的行为,也可以激起非法的行为。”^③如果证实任何人通过言论或文字,故意造成某种具体的非法行为,那种言论或文字就可以视为非法的一部分。他可以受到制裁,“但不是因为他意见的内容,或者因为他公开发表,而是因为他所作的已经超出言论的界限。”^④也就是说“在民主国家中,言论与文字只有在所说的与所写的经证实的确系其它不法行为的直接原因而且是这种行为的组成部分的情况下,方可视为非法。”^⑤而如果“发表某种思想与某一犯罪行为有任何细微的因果关系”,是不可视为犯罪行为而加以重视的。^⑥

迈克尔约翰指出:“在决心自治的社会中,从长远来说,言论自由绝不会危及国家的安全。不论眼前得失如何,对我们安全的威胁来自政府压迫的,总是大于由于政治自由而形成的对这种安全的威胁。”他认为

① [美]科恩:《论民主》,聂崇信等译,北京:商务印书馆1994年版,第145页。

② [美]科恩:《论民主》,聂崇信等译,北京:商务印书馆1994年版,第146页。

③ [美]科恩:《论民主》,聂崇信等译,北京:商务印书馆1994年版,第147页。

④ [美]科恩:《论民主》,聂崇信等译,北京:商务印书馆1994年版,第147页。

⑤ [美]科恩:《论民主》,聂崇信等译,北京:商务印书馆1994年版,第154页。

⑥ [美]科恩:《论民主》,聂崇信等译,北京:商务印书馆1994年版,第150页。

“压迫总是愚蠢的,自由总是明智的。”^① 因此他指出:“宪法的原则(即国会不得制定任何法律剥夺言论自由)告诉我们在公开讨论中,可以自由地维护宪法,也同样可以攻击宪法。它使我们有自由信奉并鼓吹社会主义或共产主义,正如我们某些同胞有自由鼓吹资本主义一样……。他告诉我们这样的书……列宁的《国家与革命》,或恩格斯、马克思的《共产党宣言》,在美国任何地方都可以自由地印刷,自由地出版,自由地发行,自由地阅读,自由地反对。”他认为:“这一规定的目的,不是要保护希特勒、或列宁、或恩格斯、或马克思‘在他们认为对生命价值具有重大意义上发表意见的需要’。我们也不是维护出版者、或发行者、或作者的利益。我们是要说美国公民在自己的制度下,只有公正地、无畏地正视赞成和反对他们制度的一切意见,他们才有自治的资格。”进而米克尔约翰指出:“不受压制的公开讨论的自由,是我们政府建立的基石。”^② 米克尔约翰的观点虽然我们并不完全赞同,但他从保障言论自由的角度来分析社会民主体制的实现还是有参考价值。

通过以上介绍我们可以看出:表达自由的条件论者对表达自由的保护问题基本上是一种绝对保护论者,虽然他们也认为当一些表达与非法行为直接相连时,这种表达应该受到限制。该理论与功利主义不同的是,他们认为表达自由的行使不受特殊情况(如战争、社会动荡等危急情形)的限制,且应适用于一切人与事,从而限制了当局享有的广泛自由裁量权,以使立法、司法的行为不超过法律的规定。

四、思想市场理论

思想市场理论可以说是传播法哲学思想的主流,至今仍具有相当重要的地位。该理论的源头可以追溯到英国著名的政治家约翰·密

① [美]亚历山大·米克尔约翰:《政治自由》1960年版,第112页。转引自[美]科恩:《论民主》,聂崇信等译,北京:商务印书馆1994年版,第153~154页。

② [美]亚历山大·米克尔约翰:《政治自由》1960年版,第76页。转引自[美]科恩:《论民主》,聂崇信等译,北京:商务印书馆1994年版,第152页。

尔顿。1644年,他在一次演讲中指出:“让我有自由来认识、发抒己见,并根据良心作自由的讨论,这才是一切自由中最重要的自由”^①。密尔顿认为出版许可制度破坏学术、窒息真理,阻挠了最有价值的商品——真理的输入。密尔顿主张让真理“和虚伪交手吧。谁又看见过真理在放胆地交手时吃过败仗呢?她的驳斥就是最好的和最可靠的压制”^②。密尔顿注重意志自由和个人判断原则的优先性,让所有想说的人都能表达出自己的思想。

1859年约翰·密尔出版了《论自由》一书,进一步发展了思想市场理论。密尔认为,迫使一个意见不能发表是一种“特殊罪恶”。因为“假如那意见是对的,那么他们是被剥夺了以错误换真理的机会;假如那意见是错的,那么他们是失掉了一个差不多同样大的利益,那就是从真理与错误冲突中产生出来的对于真理的更加清楚的认识和更加生动的印象。”^③在密尔看来,任何言论,不管它是真理还是谬误,亦不论它是不是部分真理或者部分谬误,都有助于人类追求真理,因而都必须允许其自由表达,而不得进行限制。

密尔与密尔顿思想中相同的是他们都相信人类的理性的能力,相信真理与谬误的对抗中,真理必将胜出。因此,他们都反对对言论出版自由和思想自由的限制,因此这种限制将会导致真理隐而不彰;相反,在一个言论自由的社会里,真理必会愈辩愈明。但他们的思想存在一定的差异,即密尔是从权利的角度来立论的,在密尔那里,表达自由是每个人的基本权利。而密尔顿所关心的是真理,因此他关心的是少数社会精英的知识分子的言论自由,而没有从人权的角度来思考这一问题。还有一点不同的是,密尔顿是与压抑出版自由的政府检查制度作战,而密尔是把公共舆论当成个人自由的最大敌人。恰如哈贝马斯所言:“密尔所谓的古老的思想言论自由问题,和密尔顿著名的演讲《论出版自由》以降该问题在公众与当局的斗争中的表现形式是不一样的。要求宽

① [英]约翰·密尔顿:《论出版自由》,吴之椿译,北京:商务印书馆1958年版,第45页。

② [英]约翰密尔顿:《论出版自由》,吴之椿译,北京:商务印书馆1958年版,第46页。

③ [英]约翰·密尔:《论自由》,程崇华译,商务印书馆1959年版,第17页。

容的呼声针对的是这种公共舆论,而不是曾经压制它的舆论审查;自由表达意见的权利保障不再是公众的批判意识免受机关的侵犯,而是防范公众自身对异己的侵犯。”^①密尔担心的是在思想市场上只剩下一一种“一致性”的公共舆论。

密尔顿和密尔的思想奠定了现代思想市场理论和类似亚当·斯密的“看不见的手”的“自我修正过程”的概念^②,并且影响了后来西方各国的司法实践。1919年在亚伯拉姆诉合众国(Abrams V. United States)一案中,美国大法官霍姆斯(Oliver Wendell Holmes)在其著名的反对意见中,赋予了“思想市场”理论以新的生命。他指出:国会“人们……坚信:他们所期望的至善,惟有通过思想的自由交流(Free Trade)才比较容易获得;也就是说,对某种思想是否是真理的最佳检验方法,就是将其置于自由竞争的市场上,让大众决定是否要接受该思想为一真理。”^③显然,霍姆斯的观念不是横空出世之物,而是西方自由主义思想的必然延伸。他的理论与密尔的观念有着惊人的相似之处。

其后,又有许多学者从不同的角度强化了“思想市场”理论。诸如物理学家玻普尔、经济学家科斯、法学家波斯纳等。综合诸家观念,我们可以说“思想市场理论”包括下列基本含义:

(1)自由和表达自由是人的天赋权利,人民有知情的权利和知情的

① 哈贝马斯:《公共领域的结构转型》,上海:学林出版社1999年版,第151页。

② 自由主义派理论家认为,在出版物的无数意见中,公众所接收到的某种报道,会是虚假的或者是不健康的。然而国家无权去限制它认为是虚假和不健康的东两。如果这样做了,不可避免地会形成压抑那些与国家或政府官员看法不一致的意见。自由主义者提倡的办法是让观众听取一大堆各种各样的报道和意见,其中某些可能是真实的,某些可能是虚假的,某些则有真有假。最后我们可以信任公众会把它们都消化了,抛弃那些不符合公众利益的东西,接受那些符合个人及个人所属社会需要的东西。这就是著名的“自我修正”的过程。(参见[美]韦尔伯·施拉姆等著:《报刊的四种理论》,中国人民大学新闻系译,新华出版社1980年版,第60页。)

③ Terry Eastland, Freedom of Expression in The Supreme Court: The Defining Cases, Rowman & Littlefield Publishers, Inc. 2000, p9. or see: T. Barton Carter, Marc A. Franklin, Jay B. Wright: The First Amendment and the Fourth Estate, Foundation Press, 1985, P. 46.

自由；

(2)人是理性的,能够判别真伪和是非,应当让人民在“思想市场”上发表和接触各种思想,人们能够凭借理性在真实和虚假的各种意见之间做出判断和选择,真理也可以在各种思想的公开竞争中自我完善,最终战胜谬误,而为人民接受；

(3)自由竞争思想市场中,何种意见得到多数人的支持,那么这种意见就是国家政策的基础,这正是民主政治“多数统治”理论；

(4)传媒业应成为不受政府干预的独立企业,按照自由经济原则,在公开的市场上参与自由竞争,其兴衰成败取决于社会和公众的信任与支持的程度。如美国大法官威廉·O. 道格拉斯说指出:“言论自由、出版自由、宗教信仰自由另当别论;它们超越了政府管辖权力,不受像工厂、贫民区、公寓、石油生产及诸如此类的管理方式的管制”^①;

(5)表达自由是寻求真理、保障人民权利的最好办法。通过不受政府干涉而自由发表的意见,人民可以了解关于国家事务的全部情况,监督政府的行为,防止政府损害人民的利益。

第二节 马克思恩格斯新闻传播思想

对于马克思主义表达自由思想的研究,国内已经有不少的学者提供了不少出色的研究成果,如孙旭培教授、陈力丹教授、童兵教授等等。本文不可能全面展示马克思主义的新闻出版自由和表达自由方面的思想,但求理出一条基本的线索。

一、新理性批判主义理念与书报检查制度批判

1835—1842 年这一时期内,马克思完成了从康德的理性主义到黑

^① 转引自罗纳德·哈里·科斯:《企业、市场与法律》,第 241 页。

格尔的理性现实主义思想的转变。而恩格斯也完成了由宗教虔诚主义到“青年德意志”派,到黑格尔主义的转变。在这一转变的基础上,他们“确立了以人类自由理性为核心的新理性批判主义的法律思想。”^① 这一时期的集中论述表达自由的著作有:《德谟克利特的自然哲学和伊壁鸠鲁的自然哲学的差别》(《博士论文》)、《评普鲁士最近的书报检查令》、《第六届莱茵省议会的辩论》(第一篇论文)、《普鲁士出版法批判》、《集权与自由》等。

1. 马克思早期的自由观

《博士论文》实际上是一部“自由哲学宣言”。在这篇重要的著作中,马克思围绕伊壁鸠鲁的自由观,把自由这一法哲学领域中的重要问题上升到本体论、认识论的高度来论证。伊壁鸠鲁认为,作为个人在社会中生存分散性和孤立性,不应该使人惧怕,因为整个物质世界都是由单个的原子构成的;而个人是绝对独立和自由的,因为个性和原子一样,它必然是自由的。在马克思看来,伊壁鸠鲁思想的基本特征在于追求自我满足和内心的平静,诉诸偶然的“抽象可能性”,否定必然的“客观实在性”,崇尚主体的“自我意识”^②。伊壁鸠鲁思想的这一特征,集中体现在以“原子偏离”说为基础的自由观和反抗宗教神学的启蒙精神这两方面。

马克思很欣赏被其称之为“最伟大的希腊启蒙思想家”^③ 的伊壁鸠鲁对于主体自由命题的高度重视,强调在对周围现实的关系中个人所具有的独立地位和基本作用。但是,马克思也看到了伊壁鸠鲁思想的主要弱点,即他过度地肯定了偶然性而否定必然性,把个人的价值、利益与幸福提高到极端的地步,从而导致“绝对自由”观。而且他把主体与客观分裂开来,把人与环境对立起来,抽象地讨论“自我意识”自由的问题,因此他的自由观是建立在幻想基础上的“抽象的可能性”。

① 李光灿、吕世伦主编:《马克思、恩格斯法律思想史》,北京:法律出版社 2001 年版,第 36 页。

② 《马克思恩格斯全集》,第 1 卷,北京:人民出版社 1995 年版,第 27 页。

③ 《马克思恩格斯全集》,第 1 卷,北京:人民出版社 1995 年版,第 63 页。

马克思则认为,考察自由问题,固然要着眼于主体自身,但更需要考虑到具有“实在可能性”的客体;真正的自由,不只是存在于个人的心灵的宁静之中,更主要的是存在于人与人之间的全面交往过程之中,“要使作为人的人成为他自己的惟一现实的客体,他就必须在他的自身中打破他的相对的定在,即欲望的力量和纯粹自然的力量。”^①

总之,马克思在他的博士论文中,已经形成了自己独特的哲学世界观:既强调作为主体的人的自由、价值和尊严,又重视客体、环境的作用;人要成为自由的人,不能单纯地满足于对现存世界的批判,更重要的是要采取行动,来改变世界;体现时代精神的自由哲学应当能够回答这样一个问题:怎样才能使人不受压迫?怎样才能使人成为自由的人?有学者认为马克思在博士论文中表现出来的自由观是以“自我意识”的面目出现的,是新理性批判主义的观念,但这种自由观的内在精神,像“一根红线贯穿于马克思从早年对自由问题探索的整个活动之中。”^②

在其后的《评普鲁士最近的书报检查令》和《第六届莱茵省议会的辩论——关于新闻出版自由和公布省等级会议辩论情况的辩论》等文章中,马克思在抨击专制法律的基础上,在继承近代启蒙思想家和康德的自由观的基础上,进一步发展了他的自由观,并深入地分析了自由法与自由的关系。马克思指出,“自由确实是人的本质”^③,自由是全部精神存在的类的本质,因而也就是出版的类的本质,无论是一般的自由还是个别形态的自由,都是类本质的反映,即人的本质的体现。“自由不仅包括我靠什么生活,而且也包括我怎样生活,不仅包括我做自由的事,而且也包括我自由地做这些事”^④;“不自由对人来说就是一种真正的致命的危险”^⑤。因此,马克思非常重视自由的价值。“没有一个人反对

① 《马克思恩格斯全集》,第1卷,北京:人民出版社1995年版,第37页。

② 李光灿、吕世伦主编:《马克思、恩格斯法律思想史》,北京:法律出版社2001年版,第55页。

③ 《马克思恩格斯全集》,第1卷,北京:人民出版社1995年版,第167页。

④ 《马克思恩格斯全集》,第1卷,北京:人民出版社1995年版,第181页。

⑤ 《马克思恩格斯全集》,第1卷,北京:人民出版社1995年版,第179页。

自由,如果有的话,最多也只是反对别人的自由。可见各种自由向来就是存在的,不过有时表现为特殊的特权,有时表现为普遍权利而已。”^①

马克思还指出:“自由的每一种形式都制约着另一种形式,正像身体的这一部分制约着另一部分一样。只要某一种自由成了问题,那么整个自由就成了问题。只要自由的某一种形式受到指责,那么整个自由都受到指责,自由只能形同虚设,而此后不自由究竟在什么领域内占统治地位,将取决于纯粹的偶然性。不自由成为常规,而自由成为偶然和任性的例外。”马克思由此得出结论说:“没有新闻出版自由,其他一切自由都会成为泡影。”^② 马克思认为,出版自由向来是存在的,问题在于出版自由是个别人物的特权呢,还是人类精神的特权?对此,马克思的回答是:出版自由决不是个别人物的特权,而是人类精神的特权。“如果作为‘普遍自由’的实现的‘自由的新闻出版’和‘新闻出版自由’应该被摒弃的话,那么,体现特殊自由的书报检查制度和受检查的书报就更应当被摒弃了;因为类如果是坏的,种还能是好的吗?”^③ 因此,马克思满怀激情地说道:“自由报刊是人民精神的洞察一切的慧眼,是人民自我信任的体现,是把个人同国家和世界联系起来的有声的纽带,是使物质斗争升华为精神斗争,并且把斗争的粗糙物质形式观念化的一种获得体现的文化。”^④ “自由的报刊是人民用来观察自己的一面精神上的镜子,而自我审视是智慧的首要条件。自由报刊是国家精神,它可以推销到每一间茅屋,比物质的煤气还便宜。它无所不及,无处不在,无所不知。自由报刊是观念的世界,它不断从现实世界中涌出,又作为越来越丰富的精神唤起新的生机,流回现实世界。”^⑤ “新闻出版就是人类自由的实现。因此,哪里有新闻出版,哪里也就有新闻出版自由。”^⑥

恩格斯同马克思一样,继承了近代启蒙思想家的思想传统,抨击封

① 《马克思恩格斯全集》,第1卷,北京:人民出版社1995年版,第167页。

② 《马克思恩格斯全集》,第1卷,北京:人民出版社1995年版,第201页。

③ 《马克思恩格斯全集》,第1卷,北京:人民出版社1995年版,第167~168页。

④ 《马克思恩格斯全集》,第1卷,北京:人民出版社1995年版,第179页。

⑤ 《马克思恩格斯全集》,第1卷,北京:人民出版社1995年版,第179页。

⑥ 《马克思恩格斯全集》,第1卷,北京:人民出版社1995年版,第166~167页。

建专制主义法律践踏人类自由理性,追求个人自由、价值与尊严,维护体现人类自由的各种形式。他在《谢林的启示》一文中写道:“只有本身包含着必然性的那种自由才是真正的自由;而且,这种自由是真理,是必然性的合乎理性。”^①

2. 马克思恩格斯对于书报检查制度的批判

1842年马克思写下了著名的《评普鲁士最近的书报检查令》,这篇文章标志着马克思直接跨入社会政治生活。同年4月他又写下了《第六届莱茵省议会的辩论》文章。这两篇文章集中地反映了马克思对于书报检查制度的态度以及他的表达自由观。

在19世纪的德国,封建专制势力仍然相当强大,自由精神受到压制。1840年,弗·威廉四世上台。他表面上似乎要给人民以“自由”,但暗地里挥动的仍然是独裁的大棒。1841年12月24日,他颁布了新的书报检查令,以取代1819年10月18日的旧法令。这个法令表面上宣称“不得妨碍书籍在书市上自由流通”,给人一种保护新闻出版自由的假象,其实本质上是专制的。马克思敏锐地察觉到这个新法令的真实意图——只是为了掩盖新闻出版自由同书报检查互不相容这个事实。于是他从革命民主主义的立场出发,继承近代启蒙运动的传统,运用新理性批判主义法学观,深入地分析了法与自由的关系,抨击专制制度,捍卫了新闻出版自由。^②

首先,马克思指出,惩罚思想方式的法律是“恐怖主义的法律”。马克思认为,书报检查是一种以当事人的思想方式为衡量标准的法律或制度。他在《评普鲁士最近的书报检查令》一文写道:“你们赞美大自然令人赏心悦目的千姿百态和无穷无尽的丰富宝藏,你们并不要求玫瑰花和紫罗兰散发出一样的芳香,但你们为什么却要求世界上最丰富的东西——精神只能有一种存在形式呢?我是一个幽默家,可是法律却命令我用严肃的笔调。我是一个豪放不羁的人,可是法律却指定我用谦逊

^① 《马克思恩格斯全集》,第41卷,北京:人民出版社1982年版,第651页。

^② 李光灿、吕世伦主编:《马克思、恩格斯法律思想史》,北京:法律出版社2001年版,第57页。

的风格。一片灰色就是这种自由所许可的惟一色彩。每一滴露水在太阳的照耀下都闪现着无穷无尽的色彩。但是精神的太阳,无论它照耀着多少个体,无论它照耀着什么事物,却只准产生一种色彩,就是官方的色彩!精神的最主要的表现形式是欢乐、光明,但你们却要使阴暗成为精神的惟一合适的表现;精神只准穿着黑色的衣服,可是花丛中却没有一枝黑色的花朵。精神的实质始终就是真理本身,而你们要把什么东西变成精神的实质呢?谦逊。歌德说过,只有怯懦者才是谦逊的,你们想把精神变成怯懦者吗?”^①

既然是以思想方式为衡量标准,那么有关书报检查的法律中就不可能存在一般法律所具有的确凿的标准,它们必定只能是随着检查官的主观意愿而飘忽不定的东西。因为“检查制度不是控告我违反了现行的法律。它宣布我的意见有罪是因为这个意见不是检查官和他的上司的意见。”“追究倾向的法律不仅要惩罚我所做的,而且要处罚我在行动以外所想的。所以这种法律是对公民名誉的一种侮辱,是一种危害我的生存的法律。”^②

近代启蒙思想家从不同角度反对惩罚思想方式的专制主义法律。马克思显然继承了这一思想传统。按照他的理解,法律调整的直接对象是人的外在行为,而不是人的内在思想。“只是由于我表达自己,只是由于我踏入现实的领域,我才进入受立法者支配的范围。对于法律来说,除了我的行为以外,我是根本不存在的,我根本不是法律的对象。我的行为就是法律在处置我时所应依据的惟一东西,因为我的行为就是我为之要求生存权利、要求现实权利惟一的東西,而且因此我才受到现行法的支配。”^③而追究思想的法律“处罚我,并不是因为我做了坏事,而是因为我没有做坏事,”^④这显然是滑稽的。

因此,马克思认为“追求思想的法律不是国家为它的公民颁布的法

① 《马克思恩格斯全集》,第1卷,北京:人民出版社1995年版,第111页。

② 《马克思恩格斯全集》,第1卷,北京:人民出版社1995年版,第121页。

③ 《马克思恩格斯全集》,第1卷,北京:人民出版社1995年版,第121页。

④ 《马克思恩格斯全集》,第1卷,北京:人民出版社1995年版,第121页。

律,而是一个党派用来对付另一个党派的法律。追究倾向的法律取消了贫民在法律面前的平等。”因此,“这不是法律,而是特权。”^① 马克思指出,在罗伯斯比尔执政时期,国家在危急情况下所制定的就是这样的法律,在罗马皇帝们在位时期,国家在腐败不堪的情况下所制定的也是这样的法律。他总结说:“凡是不以当事人的行为本身,而是经他的思想作为主要标准的法律,无非是对非法行为的实际认可。”^②

其二,书报检查制度是对社会舆论的真正压制,严重地阻碍了社会、民族和个人的精神发展,“这对人民和对国王都是极其有害和同样危险的。”^③ 在《普鲁士出版法批判》中,恩格斯全面地抨击书报检查制度的专制性质。他指出,要对普鲁士出版法的总状况作出全面的判断,很重要的一点就是不要忽视它所规定的制裁措施。马克思指出:“这些先生们不愿把自由看作是理性的普遍阳光所赐予的自然礼物,而想把自由看作是明星的特别吉祥的组合所带来的超自然的礼物,因为他们认为自由仅仅是某些人物和某些等级的个人特性,所以他们就不可避免地要得出结论说,普遍理性和普遍自由是有害的思想,是‘有逻辑次序的体系’的幻想。”^④ 在《普鲁士国王弗里德里希·威廉四世》一文中,恩格斯则更是嘲讽地说,弗·威廉四世并不是一个绝对反对自由的和专横的人物,他想把一切可能的自由给予自己的普鲁士人,但他给予的却只能是不自由、独占和特权的那些东西;他不是出版自由的死对头,他允许有这种自由,但这种自由却仍然是一种主要为学者阶层所独享的权利。因此恩格斯指出:书报检查的压制在普鲁士竟束缚了这样巨大的力量,只要把这种压力稍微减轻些,就会产生无比强大的反作用。不管国王怎样,首先要他给予新闻出版自由,而新闻出版自由一旦争得,再过一年必然会争得宪法。这样,恩格斯就把争取新闻出版自由的斗争,同改变政治制度的斗争密切结合起来了。马克思同样指出,精神的

① 《马克思恩格斯全集》,第1卷,北京:人民出版社1995年版,第121页。

② 《马克思恩格斯全集》,第1卷,北京:人民出版社1995年版,第120页。

③ 《马克思恩格斯全集》第41卷,北京:人民出版社1982年版,第327页。

④ 《马克思恩格斯全集》,第1卷,北京:人民出版社1995年版,第163页。

力量是不可能在暴力压制下消失的,它只能使斗争的形式发生变化,并为激化矛盾铺平道路。他指出:“检查制度没有消灭斗争,它使斗争片面化,把公开的斗争变为秘密的斗争,把原则的斗争变为无力量的原则与无原则的力量间的斗争。”^①

书报检查制度的实施,必然会导致信息的封闭,这自然会使人民精神的发展受到限制。马克思指出:“书报检查制度几乎扼杀了每一个合理的创举。”^②俄国著名的民主主义者车尔尼雪夫斯基就是典型。恩格斯写道:“他的全部精神发展只能在这种文化封锁所造成的环境中进行。俄国书报检查机关不放过的东西,对俄国说来都是几乎不存在的或者根本不存在的。因此,如果我们在某些地方发现他有弱点,发现他的视野的局限性,那末我们只有对类似的情况不是更多得多而感到惊奇。”^③

因此,马克思指出:“自由报刊的本质,是自由所具有的刚毅的、理性的、道德品性的本质。受检查的报刊的特性,是不自由所固有的怯懦的丑恶本质,这种报刊是文明化的怪物,洒上香水的畸形儿。”^④马克思还分析说,报刊如果不能反映民意,则将必然失去群众基础。他说:“书报检查机关过分谨小慎微,成了自由报刊的外部桎梏;与此同时,报刊内部也存在着局限性,它已经丧失了勇气,甚至不再努力使自己超出报道新闻这样一种水平;最后,人民本身不再关注国家的利益,而且丧失了民族意识,也就是说,他们恰恰失去了这样一些要素,这些要素不仅构成坦率而公开地发表意见的报刊的创造力,而且还构成一种坦率而公开地发表意见的报刊赖以发挥作用、从而能得到民众承认的惟一条件。而民众的承认是报刊赖以生存的条件,没有这种条件,报刊就会无可挽救地陷入绝境。”^⑤

① 《马克思恩格斯全集》,第1卷,北京:人民出版社1995年版,第172页。

② 《马克思恩格斯全集》,第50卷,人民出版社1985年版,第407页。

③ 《马克思恩格斯全集》,第22卷,人民出版社1965年版,第498页。

④ 《马克思恩格斯全集》,第1卷,人民出版社1995年版,第171页。

⑤ 《马克思恩格斯全集》,第1卷,人民出版社1995年版,第381页。

3. 新闻出版法是对新闻出版自由在法律上的认可

马克思坚定地指出,书报检查制度是政府垄断,是徒有法律形式的不合法的奴隶制度,是反对人类成熟的工具,是防备和压制自由的警察手段,是党派争夺私利的武器。因为书报检查制度“一方面装扮成比较自由的新闻出版运动的捍卫者,另一方面却又教训我们说,报刊一旦没有两个宪兵搀扶,就必然会跌进污水沟,难道这还不是愚蠢和伪善的无耻行为吗?”^①那么真正的新闻出版法应该具有怎么样的品质和特点呢?马克思的回答是:“在新闻出版法中,自由是处罚者。在书报检查法中,自由却是被惩罚者。书报检查法是对自由表示怀疑的法律。新闻出版法却是对自由投的信任票。新闻出版法惩罚的是滥用自由。书报检查法却把自由看成一种滥用而加以惩罚。它把自由当作罪犯;对任何一个领域来说,难道处于警察监视之下不是一种有损名誉的惩罚吗?书报检查法只具有法律的形式。新闻出版法才是真正的法律。”“因为它是自由的肯定的存在。它认为自由是新闻出版的正常状态,新闻出版是自由的存在;因此,新闻出版法只是同那些作为例外情况的新闻出版界的违法行为发生冲突,这种例外情况违反它本身的常规,因而也就取消了自己。新闻出版自由是在反对对自身的侵犯即新闻出版界的违法行为中作为新闻出版法得到实现的。”^②

基于新理性批判主义的自由观,马克思和恩格斯对书报检查制度给予了无情的批判。他们还对新闻出版法的基本特性作出了如下总结:“因此,新闻出版法根本不可能成为压制新闻出版自由的措施,不可能成为以惩罚相恫吓的一种预防罪行重犯的简单手段。恰恰相反,应当认为没有关于新闻出版的立法就是从法律自由领域中取消新闻出版自由,因为法律上所承认的自由在一个国家中是以法律形式存在的。”马克思进一步指出:“法律不是压制自由的措施,正如重力定律不是阻止运动的措施一样。因为作为引力定律,重力定律推动着天体的永恒运动;而作为落体定律,只要是违反它而想在空中飞舞,它就要我的命。恰

① 《马克思恩格斯全集》,第1卷,人民出版社1995年版,第211页。

② 《马克思恩格斯全集》,第1卷,人民出版社1995年版,第175页。

恰相反,法律是肯定的、明确的、普遍的规范,在这些规范中自由获得了一种与个人无关的、理论的、不取决于个别人的任性的存在。法典就是人民自由的圣经”。“因此,新闻出版法就是对新闻出版自由在法律上的认可。”^①

二、历史唯物主义观念的形成与新的自由观

从1842年初夏之后,马克思在激烈的社会政治风暴洗礼中,原有的新理性批判主义观念与严峻的社会现实和现实斗争的需要之间发生了剧烈的冲突。马克思撰写的《关于林木盗窃法的辩论》一文,已经初显他由新理性批判主义向历史唯物主义法学转变的迹象,而在《黑格尔法哲学批判》以及其后的《德意志意识形态》和《共产党宣言》的发表,则标志着马克思主义的历史唯物主义法哲学思想的真正确立。从1842年下半年到1844年,恩格斯为《德法年鉴》撰稿,由新理性主义向唯物主义转变。这种转变的标志是他在《德法年鉴》上发表的两篇文章:《政治经济学批判大纲》和《英国状况——评托马斯·卡莱尔的“过去和现在”》。具有说来,马克思和恩格斯的新的权利观和自由观主要体现在如下几方面:

1. 人权不是“天赋”的

如所周知,进入“德法年鉴”时期,随着马克思的政治立场转向共产主义,他开始致力于解构“人权宣言”所宣示的近代西方资产阶级“人权理想国”。在马克思和恩格斯合作撰写的《神圣家族,或对批判所作的批判》中,他们明确地批判了“天赋人权”学说,他们指出:“黑格尔曾经说过,‘人权’不是天赋的,而是历史地产生的,而‘批判’关于人权是不可能说出什么比黑格尔更有批判性的言论的。”^② 马克思认为,人作为社会的主体,既有肉体的自然属性,又有社会属性。与前者相联系的个人称之为“肉体的个人”;与后者相联系的个人称之为“国家的个人”。国家

^① 《马克思恩格斯全集》,第1卷,人民出版社1995年版,第176页。

^② 《马克思恩格斯全集》第2卷,北京:人民出版社1957年版,第146页。

的职能和活动不是和“肉体的个人”发生联系,而是和“国家的个人”发生联系。依此,马克思否定了个人权利来自于天生,以及把自然的个人当作权利根据的观点,强调权利是社会的产物。他指出:“出生只是赋予人以个人的存在,首先只是赋予他以生命,使他成为自然的个人;而国家的规定,如立法权等等,则是社会产物,……所以个人的出生和作为特定的社会、特定的社会职能等等的个体化的个人之间存在着直接的同一,直接的吻合,就是一件怪事,一个奇迹。在这种体系中,自然界就像生出眼睛和鼻子一样直接生出王公贵族等等。”^①1845年他们再次合作撰写了经典著作《德意志意识形态》。在该书中,他们进一步批判了青年黑格尔派,并更为系统地阐发了他们的人权思想。他们认为,“人权”和“正当获得的权利”,“诸如此类的这种概念”,只要脱离了作为它基础的经验的现实,就可以像手套一样地任意翻弄,这一点是已经由黑格尔充分地证明了的,黑格尔曾运用这个方法来对付那些空洞的思想家,是有他的理由的。”^②

马克思认为,“人权宣言”对于人权所理解的“人”的实质性内涵:“就是市民社会的成员”。^③在获得人权主体此一层面的解构性认识后,马克思继续问道:“为什么市民社会的成员称做‘人’,只是称做‘人’,为什么他的权利称为人权呢?”^④这是从理论上进一步解构这种人权的主体。马克思认为:这“只有用政治国家和市民社会的关系,政治解放的本质来解释。”^⑤对马克思来说,把人理解为市民社会的成员,这直接与政治解放所造成的人的二重化的发展有关。^⑥近代资产阶级的政治解放标志着“专制权力所依靠的旧社会的解体”,它使“市民社会从政治中获得解放”,粉碎了原来束缚市民社会利己主义精神的羁绊,使人们脱离了旧的直接的政治共同体,成为利己主义的独立个人,获得了作为利

① 《马克思恩格斯全集》,第1卷,北京:人民出版社1956年版,第377页。

② 《马克思恩格斯全集》,第3卷,北京:人民出版社1960年版,第374页。

③ 《马克思恩格斯全集》,第1卷,北京:人民出版社1956年版,第437页。

④ 《马克思恩格斯全集》,第1卷,北京:人民出版社1956年版,第437页。

⑤ 《马克思恩格斯全集》,第1卷,北京:人民出版社1956年版,第437页。

⑥ 张文喜:解构“人权”:马克思、福柯与自由主义,载《学术研究》2001年第9期。

己主义的人的自由并承认这种自由。但是,正因为如此,政治革命没有对市民社会本身的组成部分“实行革命和进行批判”,^①而是把市民社会、私人利益和私人权利看作“自己存在的基础”。所以,马克思指出,政治革命有自己的“限度”,这种限度在于:政治解放一方面把人变成市民社会的成员,变成利己的、独立的个人;另一方面把人变成公民,变成法人。也就是说,它并没有克服市民社会同政治国家的相互异化,而是通过把人二重化而导致了这种异化。具体地说:通过政治解放所获得的不同于公民权的人权,只是“脱离了人的本质和共同体的利己主义的人的权利。”^②例如,自由这一人权就是从事一切对别人没有害处的活动的权利,它的实际应用就是私有财产这一人权,它是“建立在人与人分离的基础上”的。这里所说的人的自由,是作为“孤立的、封闭在自身的单子的那种人的自由。”^③它使每个人不是把别人看作自己自由的实现,而是看作自己自由的限制。因此,自由也成为与人相外在的东西,国家可以成为共和国,自由人同样不自由。

马克思和恩格斯在其以后的著作中,对两种人权都有非常广泛而深刻的论述,尤其是无产阶级革命斗争迫切需要的“集会自由”、“结社自由”、“出版自由”等成为他们对人权问题进行研究的重点。

2. 人权既有阶级性,也有共同性

虽然在《第六届莱茵省议会的辩论——关于新闻出版自由和公布省等级会议辩论情况的辩论》一文中,马克思已经提到了“报刊的人民性”问题,他指出:“自由报刊的人民性(大家知道,就连艺术家也是不用水彩来画巨大的历史画卷的),以及它所具有的那种使它成为体现它那独特的人民精神的独特报刊的历史个性——这一切对诸侯等级的辩论人来说都是不合心意的。”^④但在马克思看来,不同社会阶层的人,对自由的理解并不相同。

① 《马克思恩格斯全集》,第1卷,北京:人民出版社1956年版,第443页。

② 《马克思恩格斯全集》,第1卷,北京:人民出版社1956年版,第437页。

③ 《马克思恩格斯全集》,第1卷,北京:人民出版社1956年版,第438页。

④ 《马克思恩格斯全集》,第1卷,北京:人民出版社1995年版,第153页。

在其后的著作中,马克思和恩格斯进一步明确了这种观念。他们在《神圣家族》中指出,资本主义社会本身不过是“以人权的形式承认和批准现代资产阶级社会,即工业的、笼罩着普遍竞争的、以自由追求私人利益为目的的、无政府的、塞满了自我异化的自然和精神的个性的社会。”“人权并没有使人摆脱宗教,而只是使人有信仰宗教的自由;人权并没有使人摆脱财产,而是使人有占有财产的自由;人权并没有使人放弃追求财富的龌龊行为,而只是使人有经营的自由。”^①

他们揭露了资产阶级法律人权的真实面目,批判了资产阶级法律人权的虚伪性。恩格斯在《德国状况》一文中指出:“资产阶级的力量取决于金钱,所以它们要取得政权就只有使金钱成为人在立法上的行为能力的惟一标准。它们一定得把历代的一切封建特权和政治垄断权合成一个金钱的大特权和大垄断权。资产阶级的政治统治之所以具有自由主义的外貌,原因就在于此。……资产阶级实行这一切改良,只是为了用金钱的特权代替以往的一切个人特权和世袭特权。这样,他们通过选举权和被选举权的财产资格的限制,使选举原则成为本阶级独有的财产。平等原则又由于被限制为仅仅在‘法律上的平等’而一笔勾销了,法律上的平等就是富人和穷人不平等的前提下的平等,即限制在目前主要的不平等的范围内的平等,简括地说,就是简直把不平等叫做平等。这样出版自由就仅仅是资产阶级的特权,因为出版需要钱,需要购买出版物的人,而购买出版物的人也得有有钱。陪审制也是资产阶级的特权,因为他们采取了适当的措施,只选‘有身份的人’做陪审员。”^② 恩格斯还指出:“可以表明这种人权的特殊资产阶级性质的是美国宪法,它最先承认了人权,同时确认了存在于美国的有色人种奴隶制;阶级特权被置于法律保护之外,种族特权被神圣化了。”^③ 在《德意志意识形态》中,马克思、恩格斯指出,在资本主义社会中,“人权本身就是特权,

① 《马克思恩格斯全集》,第2卷,北京:人民出版社1957年版,第14页。

② 《马克思恩格斯全集》,第2卷,北京:人民出版社1957年版,第647~648页。

③ 《马克思恩格斯全集》,第20卷,北京:人民出版社1971年版,第116页。

而私有制就是垄断。”^① 因此,在资产阶级法律中,一方面,安全被宣布为人权,一方面又公开承认破坏通信秘密是理所当然的。一方面“无限制的新闻出版自由”作为人权和个人自由的后果而得到保证,一方面新闻出版自由又被完全取缔,因为“新闻出版自由一旦危及公共安全,就应取缔”。换句话说,自由这一人权一旦和政治生活发生冲突,就不再是权利,而在理论上,政治生活只是人权、个人权利的保证,因此,它一旦和合自己的目的这些人权发生矛盾,就必然被抛弃。

认真领悟马克思和恩格斯的上列论述,我们至少可以认识到以下几点:一是,资产阶级法一方面确认人权,另一方面又确认特权;二是,资产阶级法一方面保证人权,另一方面又取缔人权;三是,资产阶级法律人权一旦与资产阶级政治生活发生冲突,就不再是权利,恰恰走到了其理论的反面。被抛弃的不是理论上应被抛弃的政治生活,而是理论上不应被抛弃的人权。这些都反映了资产阶级实践和理论的尖锐矛盾,说明了资产阶级法律人权规定和法律人权理论的虚伪性,揭露了法律人权服从于资产阶级政治生活的实质。

当然,我们也注意到马克思和恩格斯在批判资产阶级权利观的虚伪性的同时,也高度评价了“天赋人权”学说和资产阶级人权理论在历史上所起的巨大作用。正如恩格斯所言:“以往的一切社会形式和国家形式、一切传统观念,都被当做不合理的东西扔到垃圾堆里去了”,“从今以后,迷信、偏私、特权和压迫,必将为永恒的真理,为永恒的正义,为基于自然的平等和不可剥夺的人权所排挤。”^②

同时,他们也论及了人权的共同性,而这一点往往被人忽略。恩格斯在《反杜林论》中写道:“一切人,作为人来说,都有某些共同点,在这些共同点所及的范围内,他们都是平等的”,这一“非常古老”的观念,发展到现在,便“引申出这样的要求:一切人,或者至少是一个国家的一切公民,或一个社会的一切成员,都应当有平等的政治地位和社会地

① 《马克思恩格斯全集》,第3卷,北京:人民出版社1960年版,第229页。

② 《马克思恩格斯全集》,第19卷,北京:人民出版社1963年版,第206页。

位。”^①由此可见,马克思主义的人权学说中,人权的共同性与阶级性并不矛盾。因为人权的共同性,在人类社会的不同历史阶段是有不同的表现的,在阶级社会就主要体现为阶级性。^②

3. 权利和义务是统一的

马克思认为,所谓人权无非是权利的一般表现形式,而权利则是国家通过宪法和法律所确认的公民实现某种行为的可能性。权利和义务是相对的,紧密联系的。“没有无义务的权利,也没有无权利的义务。”^③权利既不是像资产阶级学者所说的先天就有的,也不是自然存在的,更不是由神创造和赐予的。权利是历史的、社会的和商品经济的产物,是同阶级、国家、法律的产生紧密联系在一起的。在阶级、国家、法律产生以前,原始社会根本不可能存在一部分压迫另一部分的事情,因而也就不可能存在权利和义务之争。正如恩格斯所说的:“在氏族制度内部,权利与义务之间还没有任何差别。”^④只有当社会有了统治阶级和被统治阶级之分,有了国家和法律之后,才使权利与义务两者区别和对立起来,“如果说在野蛮人中间,像我们已经看到的那样,不大能够区别权利和义务,那么文明时代却使这两者之间的区别和对立连最愚蠢的人都能看得出来,因为它几乎把一切权利赋予一个阶级,另方面却几乎把一切义务推给另一个阶级。”^⑤后来,恩格斯在《1891年社会民主党纲领草案批判》中肯定了马克思的这一观点,并指出:“我提议把‘为了所有人的平等权利’改为‘为了所有人的平等权利和平等义务’等等。平等义务,对我们来说,是对资产阶级民主平等权利的一个特别重要的补充,而且使平等权利失去道地资产阶级的含义。”^⑥

依据马克思主义的观点,“权利平等”不仅仅就权利这一个侧面而言,它还包括义务这另一面,特别是要坚持权利与义务之间严格的统

① 《马克思恩格斯全集》,第20卷,北京:人民出版社1971年版,第113页。

② 罗玉中、万其刚、刘松山:《人权与法制》,北京大学出版社2001年版,第183页。

③ 《马克思恩格斯全集》,第16卷,北京:人民出版社1964年版,第16页。

④ 《马克思恩格斯全集》,第21卷,北京:人民出版社1965年版,第180页。

⑤ 《马克思恩格斯选集》,第4卷,北京:人民出版社第174页。

⑥ 《马克思恩格斯全集》,第22卷,北京:人民出版社1973年版,第271页。

一。因为,在马克思主义看来,权利和义务是互为条件的。一个人在享有权利的时候,必须尽相应的义务;而在他履行义务的时候,也就意味着享有相应的权利。一旦权利与义务相脱节,平等也就消失了。

4. 建立在“个人全面发展”基础之上的共产主义自由观

马克思在《1857—1858年经济学手稿》中曾写道:“人的依赖关系(起初完全是自然发生的),是最初的社会形态,在这种形态下,人的生产能力只是在狭窄的范围内和孤立的地点上发展着。以物的依赖性为基础的人的独立性,是第二大形态,在这种形态下,才形成普遍的社会物质变换,全面的关系,多方面的需求以及全面的能力的体系。建立在个人全面发展和他们共同的社会生产能力成为他们的社会财富这一基础上的自由个性,是第三个阶段。第二个阶段为第三个阶段创造条件。”^①

在这段重要的论述中,马克思提出了“三大社会形态”理论并勾画出了自由发展的三大阶段:一是以“人的依赖关系”为基础的社会形态,即传统的、前商品经济的社会形态。在这一社会阶段中,由于“只是以自然血缘关系和统治服从为基础的地方性联系”^②,因而个人的自由是很有限的;二是以“物的依赖性”为基础的社会形态,即以商品经济为主导的社会形态。在这一社会形态中,各个人看起来似乎是独立地、自由地互相接触并在这种自由中互相交换。因此较第一阶段而言,人看起来享有更大的自由;三是以“个人全面发展”为基础的社会形态,即以产品经济为特征的、未来共产主义的社会形态。马克思认为,只有在这一社会发展阶段中,“第一次能够谈到真正的人的自由,谈到那种同已被认识的自然规律相协调的生活”^③。

须特别注意的是,马克思在这里使用的是“个人全面发展”的概念,而不是“人的全面发展”的概念。这就告诉我们,马克思并不是泛泛地谈论“人的全面发展”,他注重的是“个人全面发展”和“自由个性”的确立。

① 《马克思恩格斯全集》,第46卷(上),北京:人民出版社1979年版,第104页。

② 《马克思恩格斯全集》,第46卷(上),北京:人民出版社1979年版,第108页。

③ 恩格斯:《反杜林论》,单行本,北京:人民出版社,第154页。

这从马克思在《共产党宣言》中写下的那句名言——“每个人的自由发展是一切人的自由发展的前提”^①中也可得到印证。

之所以做如是强调,是因为不少人将马克思的“个人全面发展”的理念误读为“人的全面发展”的理念。而这种误读虽然不见得是人为的,但起码是一种文化传播符码的误解。因为在传统的东方文明中,个人,特别是与作为伟大人物的个人相对的普通的个人是没有任何地位的。正如马克思在批判以亚当·斯密和卢梭为代表的错误见解,即认为远古时代就已经存在着独立的个人这种见解时所指出的:“我们越往前追溯历史,个人(Individuum),从而也是进行生产的个人,就越表现为不独立,从属于一个较大的整体……只有到18世纪,在‘市民社会’中,社会联系的各种形式,对个人说来,才只是表现为达到他私人目的的手段,才表现为外在的必然性。”^②在马克思看来,真正独立的个人在远古时代是不可能存在的,它乃是近代世界的产物。事实上,在中国封建社会中,人只是作为依附性的臣民而存在,远不是一个真正独立的个人。至今,这一观念还束缚着人们的大脑。如肖前等人主编的《历史唯物主义原理》一书中就写道:“在个人中,按其对历史影响的大小,可以分为普通个人和历史人物。”^③在这里,“普通个人”成了一个不起眼的角色,而只有“历史人物”——即作为伟大人物的个人才成为探讨的对象。

马克思指出:“全面发展的个人——他们的社会关系作为他们自己共同的关系,也是服从于他们自己的共同控制的——不是自然的产物,而是历史的产物。要使这种个性成为可能,能力的发展就要达到一定的程度和全面性,这正是以建立在交换价值基础上的生产为前提的,这种生产才在产生出个人同自己和同别人的普遍异化的同时,也产生出个人关系和个人能力的普遍性和全面性。”^④在这里,一方面,我们看到,马克思始终谈论的是“个人”的“全面发展”,而不是泛泛而论“人的全面

① 《马克思恩格斯全集》,第1卷,北京:人民出版社1995年版,第294页。

② 《马克思恩格斯全集》,第46卷(上),北京:人民出版社1979年版,第21页。

③ 肖前等主编:《历史唯物主义原理》,人民出版社1983年版,第363页。

④ 《马克思恩格斯全集》,第46卷(上),人民出版社1979年版,第108~109页。

发展”。

澄清这一误读的意义,在于这可能对我们正确地理解马克思的自由观和权利观,进而也有助于我们理解马克思主义的表达自由观,也对我们正确地把握个人与国家、社会的关系是至关重要的。

5. 个人与国家的统一

关于个人与社会、国家的关系问题,在中外思想史上一直是一个争论不休的问题,各种观点纷出,莫衷一是。以斯宾诺莎、洛克、孟德斯鸠以及当代的哈耶克、罗尔斯等等为代表,强调个人权利高于一切,国家不能侵犯个人的权利和利益;而以格老秀斯、霍布斯等等为代表的人,则主张国家权力至上,个人应当无条件地服从国家。卢梭的思想则显得别具一格,一方面,他强调人民主权,认为“一个人抛弃了自由,便贬低了自己的存在,抛弃了生命,便完全消灭了自己的存在。”^① 但另一方面,他又认为,个人的自由应当受到国家“总意志”即“公意”的制约,而“法制乃是公意的行为”,因此,共同体的每一个成员都必须“以其自身及其全部的力量共同置于公意的最高指导之下”。^② 卢梭的思想对后代的思想家和社会实践产生了广泛的影响。

马克思批判地继承了近代思想启蒙运动中对人的价值和尊严的重视、对人的权利维护的精神传统,尤其是批判地吸收了卢梭的思想,对黑格尔关于国家与个人之间的统一性的论题进行了唯物主义的改造。并第一次提出了要从现实的人的活动中把握人的本质的思想,他们指出:“生存于一定关系中的一定的个人只能生产自己的物质生活以及这种物质生活有关的东西,因而它们是个人自主活动的条件,而且是由这种自主活动创造出来的。”^③ 他们批评费尔巴哈“从来没有看到真实存在着的、活动的人,而是停留在抽象的‘人’上,并且仅仅限于在感情范围内承认‘现实的、单独的、肉体的人’”。^④ 这显然与其在《博士论文》中

① [法]卢梭:《人类社会不平等的起源和基础》,商务印书馆1986年版,第137页。

② [法]卢梭:《社会契约论》,商务印书馆1980年版,第51页。

③ 《马克思恩格斯全集》,第3卷,第80页。

④ 《马克思恩格斯全集》,第3卷,第50页。

用个体性人的概念以及在《莱茵报》时期将人的本性归之于自由理性的思想有较大的不同。在《德意志意识形态》中,马克思、恩格斯更是把人的本质放到生产力与“交往方式”的矛盾关系中加以考察,从而科学地解决了个人与社会、个人与国家的关系问题。

不少人对于个人与社会的关系问题存在一种误解。他们认为,马克思主义强调的只是社会和集体,因此,他们总是强调社会的价值而否定个人的自由。好像一谈到个人的自由、谈到个人的权利就是资产阶级的自由主义的观点。马克思、恩格斯不但经常严厉抨击蔑视人的自由与权利的专制主义,而且强调不能把社会作为抽象的大写的符号同个人对立起来。认为“对于各个个人来说,出发点总是他们自己,当然是在一定历史条件和关系中的个人,而不是思想家们所理解的‘纯粹的’个人。”^①而共产主义制度的现实基础,就是“排除一切不依赖于个人而存在的东西”,^②确立个人对偶然性和社会关系的统治,以之代替社会关系和偶然性对个人统治。从这一思想出发,马克思、恩格斯继《经济学——哲学研究手稿》以后,进一步分析现实社会中人的异化现象,强调决不能把社会和国家看作霍布斯心目中的“利维坦”,即凌驾于人们之上并将自己的意志强加于人们的特殊机体。

6. 必须保留个人绝对的自由领域

马克思在 1849 年 3 月 13 日的《新莱茵报》上发表《三个新法案》一文中,批评了曼托伊费尔政府提出的关于俱乐部和集会、关于招贴^③和关于出版的法案,认为这些法案必然把国家引回到旧普鲁士立法的宗法式野蛮状态。他分析说,基于俱乐部法,俱乐部的活动“需要得到警察局的预先批准”^④,所以俱乐部的活动就几乎不可能开展。对于招贴法,马克思说,根据这个法案,凡属政治性内容的招贴,除关于合法的、即业经批准的会议的通告外,一律禁止。对此马克思曾在《关于招贴法的辩

① 《马克思恩格斯全集》,第 3 卷,第 86 页。

② 《马克思恩格斯全集》,第 3 卷,第 79 页。

③ 在 19 世纪前半叶,凡是贴在街头供大家观看的号召、声明和告示,统称为招贴。

④ 《马克思恩格斯全集》,第 6 卷,北京:人民出版社 1995 年版第 402 页。

论》中明确指出：“必须说明招贴的作用，捍卫‘街头文学’，特别是捍卫工人享受免费文学的权利，而招贴则是勉强文学的一种。不应该对用招贴引起激愤情绪的权利含糊其词，而应该公开地维护这种权利。”^① 对于出版法案，马克思分析说，拿破仑法典只是规定对公开进行的或到处散布的侮辱或者诽谤加以惩罚。但新法案则企图把私人谈话中、在自己房屋中、在自己家庭中、在私人通信中所发表的任何意见都置于警察局和检察机关的监督之下并加以惩罚，——也就是说，新法案企图组织最卑鄙的无孔不入的特务活动。他还指出，普鲁士有家长立宪制的监视和惩罚竟推广到私人生活，推广到私人生活最忌讳的领域——甚至连野蛮人也认为不可侵犯的家庭关系的领域。通过马克思的相关论述，我们不难发现，马克思实际上指出了私人空间应该受到绝对的保护，也就是说国家必须保留个人部分的绝对自由领域，这一观念至少到今天已经得到法学界的广泛承认。

^① 《马克思恩格斯全集》，第6卷，北京：人民出版社1995年版，第522页。

第二章

国家安全与传播

人是社会的动物,人的生存方式只能是社会性的,离开了社会的人,不可能具有人的生存方式。印度曾发现“狼孩”,虽然是人的后代,但由于长期生活在狼群里,离开了人类社会,没有社会性,因之也就不成其为人了。人认识自然的必然性,利用自然、爱护自然,是以社会为主体的自由。马克思说:“人的类特性恰恰就是自由的自觉的活动。”^①自由是人的特性,但只能是作为自然界的一个类的特性,不是个人的特性;个人作为类存在物、作为类的一个分子才具有自由的特性。人作为一个类的自由,就是社会自由;这种自由表现为一定历史阶段上的社会支配自然的总体能力。当然,一个合理的社会,不论法律上还是事实上,每一个人的个人自由都应得到充分发展。每一个人的个人自由充分发展,必将极大地促进总体的社会自由的高度发展,这就是马克思的理想。《共产党宣言》中说:“代替那存在着阶级和阶级对立的资产阶级旧社会的,将是这样一个联合体,在那里,每个人的自由发展是一切人的自由发展的条件。”^②但自由有时会发出冲突,如何处理社会安全与个人自由的问题,正是法律永恒的研究主题之一。

① 《马克思恩格斯全集》,第42卷,北京:人民出版社1983年版,第96页。

② 《马克思恩格斯选集》,第1卷,北京:人民出版社1995年版,第273页。

第一节 严守党和国家的秘密

保密工作直接涉及到国家的安全和利益,涉及到改革开放和建设有中国特色的社会主义事业能否顺利进行,历来就是党和国家的一项非常重要的工作。^① 革命战争年代,保密就是保生存、保胜利;和平建设时期,保密就是保安全、保发展。在新的历史条件下,就新闻宣传而言,保密就是保稳定、保繁荣、保大局。当前,国际形势总体上趋向缓和,但天下并不太平。保密与窃密的斗争仍然十分复杂,特别是以军事、科技为重点的保密与窃密斗争日趋激烈,保密工作面临着严峻考验^②。

为严防新闻出版中发生泄密事件,世界上各个国家和地区都有其保密法律法规或具体管理的措施。英国对宣传报道有一种由来已久的保密制度。法国的法律明确规定,新闻出版必须注意保守国家秘密和司法秘密。战后,美国对宣传报道和出版物一直采取以追惩制为主的管理办法。美国总统里根上台后,为了进一步强化宣传报道的保密,在1982年6月,又补充签署了一项法案,规定对有意泄露情报的人,要判处3年徒刑或者罚款1.5万美元。美国政府在不断强化情报工作的同时,又于1983年8月颁布了一个新的保密规定,要求凡是接触过国家秘密的官员,未经有关部门批准不得发表文章或讲话;凡是在撰写书稿、社论或杂志文章中涉及国家秘密时,都必须报有关部门审查,甚至连文艺作品和书面讲稿也不例外。1991年海湾战争爆发前,美国发布了《新闻检查法》,对新闻报道实施控制,严防泄密。^③

《中华人民共和国保守国家秘密法》中规定:“报刊、书籍、地图、图

① 潘学燕、杨继民、王启坤:科技期刊保密工作中存在的问题及其对策郭柏寿,载《编辑学报》2001年第2期。

② 嵇法宝:浅谈军事科技宣传的新闻价值与保密的关系,载《新闻与成才》2003年第6期。

③ 刘羽飞:重视新闻出版中的保密工作——从《每日镜报》对一件绝密文件的处理谈起,载《报刊之友》2000年第1期。

文资料、声像制品的出版和发行及广播节目、电视节目、电影的制作和播放,应当遵守有关的保密规定,不得泄露国家机密。”在《保密法》第二章第八条中规定的保密范围,编辑尤其应该充分了解:(1)国家事务的重大决策中的秘密事项;(2)国防建设和武装力量活动中的秘密事项;(3)外事和外事活动中的秘密事项以及对外承担保密义务的事项;(4)国民经济和社会发展中的秘密事项;(5)科学技术中的秘密事项;(6)维护国家安全和追查刑事犯罪中的秘密事项;(7)其他经国家保密工作部门确定应当保守的国家秘密事项。

对于违反《保密法》的行为,《保密法》第四章第 31 条还专门规定了法律责任:“违反本法规定,依照刑法第 186 条的规定追究刑事责任。”同时还规定:“违反本法规定,泄露国家秘密,不够刑事处罚的,可以酌情给予行政处分。”与此相关联的我国刑法第 186 条规定:“国家工作人员违反国家保密法规,泄露国家重要机密,情节严重的,处七年以下有期徒刑、拘役或剥夺政治权利。”“非国家工作人员犯前款罪的,依照前款的规定酌情处罚。”

为做好新闻出版保密工作,防止国家秘密的外泄,国家有关部门 1992 年 6 月 13 日还联合发布了《新闻出版保密规定》,强调要在区分密与非密的基础上,坚持稿件送审的原则。稿件送审,审稿把关要严,避免新闻出版泄密事件发生。

一、新闻泄密的基本类型

从近年新闻出版的泄密情况看,主要的泄密有这几方面:

(1)政治方面,有的传媒热衷于抢先发表党和政府及有关领导机关尚在研究中和尚未公开的重大决策、方针;发表国家的外交和海峡两岸上层交往、祖国华人华侨交往的所谓秘闻。1992 年 9 月 30 日,香港《快报》记者梁慧珉获我国有关部门的批准,到北京采访党的十四大。临行前,其所在部门主任给她一项“特殊使命”——窃取尚未公开的江泽民总书记的报告抢先发表。梁慧珉一下飞机,就和新华社记者吴士深取得联系,双方谈妥以“美元 2 万,兑换券 3 千”换取江泽民总书记的报告。

10月4日,吴士深之妻——马涛将国家“绝密”文件——尚未公开的江泽民总书记在“十四大”上的报告交与梁慧珉,梁慧珉获取这一报告后于10月5日在香港《快报》上全文发表,造成了十分严重的后果。香港记者梁慧珉被拘留7天后经香港方面与大陆有关方面交涉后返港,而新华社记者吴士深及马涛因犯有为境外人员非法提供国家机密罪而分别被判处无期徒刑,剥夺政治权利终身和有期徒刑6年,剥夺政治权利1年。

(2)军事方面,泄露国防和军队建设的重大方针与规划,军事领导机关的重大决策,重要的军事会议,军队的编制、实力等。1994年江西省社会科学学会联合会主办的《争鸣》杂志,在其总第69期上刊登《中国最新式手枪、冲锋枪秘闻》、《中国在秘密营造航空母舰?》、《中国第三代主战飞机性能内幕》等,经解放军保密办公室鉴定,严重泄密。新闻出版署于1994年4月决定予以撤销登记。

(3)公安司法方面,披露公安侦破手段、公安机关的实力等。

(4)经济方面,泄露尚不能或者不便于公开的决策,发表未经国家有关部门正式颁布的有关统计信息和国家的经济情况。1995年8月22日,山东省某报在第一版上刊登《国家“九五”计划框架已定》一文,抢先报道国家“九五”计划的有关数据,造成泄密。新闻出版署于10月18日决定对其处以停刊整顿3个月的处罚,并对转载这则新闻的贵州和江苏另两家报社也处以罚款。

(5)科技方面,详细报道我国处于领先水平的重大科技成果。

因违反国家有关保密法规而受到处罚的,我们有过不少的案例,如北京市中级人民法院于1982年2月25日,判处《中国财贸报》一名前负责人有期徒刑5年,该负责人于1981年6月中国共产党十一届六中全会召开前后,将会议召开的时间、地点、议程以及提交会议审议的文件内容、讨论修改情况等重大秘密泄露给外国人。案发后,不但被判刑,《中国财贸报》党组织还开除了其党籍。

作为一名新闻工作者,应记住,新闻报道的重要属性之一就是“公开化”。不管何种秘密事项,一旦公开报道就没有任何机密可言,必然给国家造成不可挽回的损失。这一点我们有过很多的教训,像我国“一箭

三星”技术的失密,就是新闻报道把关不严造成的。所以新闻工作者应熟悉国家保密工作的宗旨、方针、管理体制、国家秘密的含义和范围、密级以及保密期限、变更和解密的法定程序,以及保密制度和法律责任等。在披露政治经济等方面的重大历史材料时,要注意保密期限。对重大历史性事件和经济数据,须经有关部门批准、证实已过保密期予以解密或不属保密范围,才能公开报道。另外,记者在采访中,应自觉遵守国家法令和机要单位的规定,对军事禁区和对社会开放的工业、科研基地,不得擅自闯入采访、拍照。

二、新闻泄密的主要原因

新闻意味着公开,而保密的核心是隐匿,所以,做好新闻保密工作就是协调两者之间的矛盾。对于新闻保密,已有大量经验,但是,近年来,随着改革开放的不断深入和新闻事业的快速发展,新闻保密工作面临着比以往更加复杂的新形势^①。从目前的情况看,新闻泄密事件的发生大体有如下几方面的主要原因:

1. 报道时机不宜

特定的新闻,只有选择恰当的时机进行报道,才能取得预期的社会效果。否则,报道时机不适当,就会造成泄密,给国家和人民带来不应有的灾难。也就是说,新闻报道虽然要强调时效性,但也必须注意适宜性。^② 1992年,国家调整储蓄利率,4月9日,《农民日报》发表了《利率调整问答录》的文章,把国家计划于4月15日出台的储蓄利率调整方案提前捅了出去,虽然抢得了独家新闻,但造成严重泄密。

2. 忽视保密纪律

事实证明,新闻泄密中,不遵守保密纪律造成的泄密占有相当的比例。1990年“八一”前夕,某晚报采访守卫金库的武警班,本义是想歌颂守卫金库的武警战士,但对于这样的涉密单位的稿件,记者不按要求送

① 丁川、张国平:新闻保密:要正确处理好三个关系,载《新闻采编》2003年第4期。

② 宋永泽、郝全梅:坚持真实性注意保密性,载《新闻战线》2000年第2期。

被采访单位审阅就将《金库卫士》一文发表,文中公开披露了中国人民银行在某地的金库的大致方位、库容规模、警卫力量等情况,泄露了国家秘密,金库被迫搬迁。

3. 内容叙述过详

1981年9月20日,我国首次运用一枚运载火箭发射了3颗人造卫星,新华社就此做了言简意赅的报道,结果引起了全世界的强烈反响,有些外国人还急于了解卫星的详细情况。而就在外国人想方设法、可又苦于未能得手之际,我国一家广播电台于9月22日播发了一篇题为《太空奥秘夺桂冠》的文章,9月23日一家报纸又发表了题为《我国第九颗人造卫星》的文章,并附有3颗人造卫星的图样和总装车间的工人正在总装的照片。这两篇报道内容过详,将这颗卫星运行轨道大致情况和卫星无线电遥测频率等情况和盘托出,导致严重泄密。在新闻报道中,这类报道对关键试验数据、技术诀窍以及详细装置过程一般不要作介绍,如有必要,也应进行恰当的技术处理和适当的概括说明。同时,在播发前,应由相关单位的领导人签署审稿意见,待手续完备齐全了,才能发稿。^①又如2002年12月9日,四川某晚报发表《警民携手解救被拐女》的通讯,将村民谢某如何与被拐女相识、如何给被拐女的家人报信、如何配合警方解救的细节描写得一览无余,报道固然生动精彩,但忽视了对谢某身份的保护,导致严重的邻里纠纷。

三、新闻泄密的防范对策

要处理好及时的信息传播与党和国家保密信息的保护之间的矛盾,至少应从如下三个方面入手^②

1. 要把握对外公开的时间

涉密事项是有保密期限的,限期已满的事项可以及时公开。有些重大事件虽然还在保密期限内,但政府考虑到公布后利大于弊,也可以公

① 宋永泽、郝全梅:坚持真实性注意保密性,载《新闻战线》2000年第2期。

② 丁川、张国平:新闻保密:要正确处理好三个关系,载《新闻采编》2003年第4期。

开。英国财政大臣克拉克原计划于 1996 年 11 月 26 日下午,在议会下院宣读政府的 1996/1997 财政年度预算报告。然而,这一绝密级报告的全部内容,已在前一天被泄露给伦敦的一家小报《每日镜报》。报载,这是近 50 年来英国发生的最严重的泄密事件。梅杰首相下令安全部门全力调查这一案件。对于英国政府来说,这无疑是层层设防的一份绝密文件,预算报告如何外泄,因调查报告尚未公布而仍是一个谜,但《每日镜报》的抉择却引人注目,并值得称道。首先,在获得了预算报告文件后,报社负责人通过电话报告了首相办公室。其次,与政府达成不发表这些文件的协议,并于 25 日晚将预算文件送还了财政部。《每日镜报》的负责人为何这样处理?据负责人摩根说的原因之一,就是“为了避免引起国际金融市场的混乱”。其实,因为预算文件外泄,不仅“有可能导致金融市场的混乱”,还“有可能引起政治局势的变化”,这是英国政府所深知的。^①

2. 做好技术处理工作

为了让人民群众了解事件的真相又不影响保密,对事件公布时,可以将影响社会稳定的因素剔除掉,有些保密事项只公布粗略的概况。如抢劫案件,可以公布案件发生的地点、时间、犯罪嫌疑人等情况,不公布公安机关的侦察方案、手段等。

3. 创新新闻发布机制

要建立健全新闻发布会制度、新闻发言人制度,提高领导机关活动的开放程度,重大情况、重大事项及时让人民群众知晓。而 2003 年,我国政府在非典疫情中后期的信息处理方式在这方面做得还是比较成功的,如广东省人民政府颁布了政府信息公开的地方性规章,在全国率先以立法的形式对政府信息公开的义务、职责、程序进行规定。2003 年 1 月,北京市也在各政府系列的局以上单位都建立新闻发言人制度,各部门由一名主要负责同志担任新闻发言人,今后重大新闻都将以新闻发言人面对媒体发布(如今新闻发言人制度正在全国逐步推广)。这些是

^① 刘羽飞:重视新闻出版中的保密工作——从《每日镜报》对一件绝密文件的处理谈起,载《报刊之友》2000 年第 1 期。

新闻保密与公民知情权互为尊重、良性互动的开端。

总之,每个新闻工作者一定要坚持党性原则,坚持实事求是,维护社会稳定,在新闻报道中,要力求处理好真实性和保密性的关系。正如江泽民同志所言:“有些应该透明而且必须透明,有些不能马上透明时要到时机成熟才能透明,有些就不能透明。有些事情,只限于一部分人员知道和掌握,并不意味着他们有什么特权,而是工作的需要。在军事方面、外交方面、政治方面、经济方面、科技方面等等,都有一些东西属于国家秘密,不能见诸报纸、广播、电视。这在任何国家都是如此的。要求任何事情都透明,以为这样才是民主、自由,不是幼稚无知,就是别有用心。什么可以透明,什么不能透明,什么可以增加一点透明,都要以党的利益、国家利益、民族利益、人民利益为标准,要看是否有利于社会的稳定、政治的稳定、人心的稳定。”^①

四、国家机密与表达自由

世界范围内国家机密的增加,除了战争、恐怖袭击等原因外,国家自身功能的日益增强是主要的原因。因为现代国家越来越多地控制着公民和企业的秘密,导致这一结果的主要原因有:其一,政府为加强税收,掌握了大量企业的信息。这些信息均被定为秘密;其二,政府广泛参与了社会福利、人民生活和教育各领域,接触到大量的私人文件纪录,这些也是保密资料增加的原因;其三,在立法及决策过程中,为了防止信息走漏导致出现不公平的竞争和混乱,政府必须保持有关秘密;其四,政府机构增大,有关人事管理文件也随之增多,而这些材料也不能泄露;其五,行政机构的扩大还导致其内部文件的增加,这些均被列为政府机密。^②

国家机密与公民的表达自由之间必然存在着紧张关系,西方新闻法研究者认为,这些国家机密包含的许多要素威胁到作为民主基础的

^① 江泽民:《关于党的新闻工作的几个问题》,载《求是》1990年第5期。

^② 刘迪:《现代西方新闻法制概述》,北京:中国政法出版社1998年版,第42页。

言论自由与新闻出版自由。这是因为,如果一遇到“国家利益”这个震慑力量就让步的话,就谈不上什么言论自由和新闻出版自由了。因为,任何政府,如果打算以预检预禁这样的手段来限制新闻自由的话,他们可以找到的最好借口,就是国家利益。比如,尼克松的水门事件丑闻,尼克松政府同样可以以“国家利益”为借口来阻止。因为这些材料的公布,必然会引起政局的动荡,社会的不安定。而且许多国家,因为机密的范围并不明确,所以经常导致政府对言论自由进行广泛的限制,政府甚至可能用“国家安全”为名来惩罚所谓的“泄密者”。此外,机密问题往往与国家的重大问题密切相关,如果这些重大问题不予报道,就会剥夺人民的知情权,违反民主社会中政治需要全体人民决定的原则。^①如何协调这国家机密与表达自由之间的关系呢?显然,问题的关键是要衡量究竟哪些事项是属于确实不能公开的,在这个问题上,美国最高法院在一些重要的案例中所持有的主张是值得注意的。

1971年的“五角大楼文件案”,起因是“纽约时报”和“华盛顿邮报”要公布一批有关美国卷入越战的五角大楼秘密文件。在这个案件中,短短的几星期里,各级法院就产生了种种不同意见。一个首席法官甚至由于进程过快而拒绝对案件引起的一些问题作出判断。最后,法院是以6票比3票的结果,反对美国政府限制这两家报纸发表这些秘密文件。美最高法院判决指出:“政府所出示的证据并不足以禁止敏感文件的披露,对于任何对言论的事前禁止,本院都假设它违宪无效。因此政府具有沉重的举证负担,去证明施加这类限制的理由。”当然,我们也可以领会到该判词的另外的涵义就是,如果政府有足够充分的证据证明新闻事态的公布会给战争和国家安全带来严重影响,将不允许媒介公开。

1979年“《进步》杂志诉合众国案”(亦称瓦德·莫兰原子能案)中,美国政府要求法院禁止一篇有关氢弹制作方式的文章发表,他们担心如果该文章出版,“会有损美国的安全,会帮助外国发展热核武器,会增加热核战争的危险。”所以,1979年3月2日,美国能源部副部长领着能源部和司法部的官员,来到了《进步》杂志社。编辑坚持说,文章的来

^① 刘迪:《现代西方新闻法制概述》,北京:中国政法出版社1998年版,第43页。

源是公开的读物。但是能源部提出可以帮他们重写,然后再让他们发表。考虑了几天之后,《进步》杂志社通过律师回答说,他们有宪法第一修正案所保护的权力,有权按原样发表。在审理这一案件时,法官担心的是“如果发出一张初步的强制令,据本庭所知,这将是这个国家历史上,用新闻检查制度禁止出版的第一个实例。这种声名狼藉的事情是大家都不愿意看到的。”但一审时,合众国地方法院还是承认了政府要求禁止该刊载该文的请求,发出了禁止刊载的命令。因为法院认为,这篇文章的发表,将可能导致任何人都可能制造氢弹,后果不堪设想。发表这篇文章有“明显而即刻的危险”^①。《进步》杂志自然不服这一判决,提起了抗诉。就在这期间,一个叫恰克·汉森的“原子爱好者”,发起了一个反对政府起诉《进步》杂志社的运动。同时,他还发起了一场“氢弹设计竞赛”。不久,他也弄出来了一个氢弹秘密的轮廓,并把自己的成果寄往全美各地的一些报社。9月16日,威斯康新州的一家小报,发表了他的文章。第二天,政府就对《进步》杂志案撤诉了。

这一案件至少说明了两点:其一,美国政府所谓的“国家机密”是一个模糊不清的概念,没有什么实际的意义;其二,美国政府强调的发表后不堪设想的理由,往往是站不住脚的。

第二节 注意民族与宗教问题

这是一个多元化的社会,文化、习俗、思想与宗教信仰的多元化,对于人类社会的发展来说,具有重要的意义。各国的法律都明确保护每一个人的信仰自由,也明确保护个人的生活习俗。

^① 刘迪:《现代西方新闻法制概述》,北京:中国政法出版社1998年版,第62页。

一、慎重处理民族生活习俗的报道

我国是一个拥有 56 个民族的大家庭。民族平等、团结、进步与繁荣是关系国家前途命运的大事。我国《宪法》强调：“中华人民共和国各民族一律平等，国家保障各少数民族的合法权利和利益，维护和发展各民族的平等、团结、互助合作关系。禁止对任何民族的歧视和压迫，禁止破坏民族团结和制造民族分裂的行为。”1955 年全国人民代表大会常委会《关于处理违法的图书杂志的决定》中，就把“煽动对民族和种族的歧视和压迫，破坏国内各民族团结”列为禁载内容。20 世纪 80 年代也有不少与此类似的法规，如《期刊管理暂行规定》和《报纸管理暂行规定》的禁载内容中都有“煽动民族、种族歧视或仇恨、破坏民族团结”一项。现行《刑法》第 250 条规定了“出版歧视、侮辱少数民族作品罪”：“在出版物中刊载歧视、侮辱少数民族的内容，情节恶劣，造成严重后果的，对直接责任人员，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制。”

但在新闻出版活动中，因种种原因，仍然会发生传播内容失当的问题。如 1987 年《人民文学》第一、二期全刊本上刊登小说《亮出你的舌苔或空荡荡》。小说运用第一人称的手法，猎取在西藏的所谓奇闻轶事，用耸人听闻的语言，歪曲西藏地区的风貌，丑化藏族同胞的形象，影响十分恶劣。新闻出版署决定该期杂志一律回收销毁，经济损失由《人民文学》杂志社承担，《人民文学》杂志编辑部公开做严肃深刻检查，主编被停职检查。^①

1997 年，上海某杂志刊登有关“猪年谈猪”的文章，丑化少数民族风俗习惯，违反我国民族宗教政策，造成不良影响，新闻出版署予以罚款处罚。^②

^① 见 1988 年 4 月 21 日《人民日报》。

^② 《新闻出版工作文件选编》，中国 ISBN 中心 1995 年版，第 159 页。

二、妥善安排有关宗教事务的报道

与民族问题有关的还有宗教问题,也需要特别重视。因为宗教问题引发的往往不是普通的新闻官司,往往会导致民族间矛盾,甚至会造成社会不安定。这就要求我们认真检验新闻媒介和新闻工作者的政策水平。从实践中看,编辑记者时常会犯错误。首都一家报纸,曾刊出一篇译文《人性是真实的——美国数百名神父也染艾滋病》,文中强调:“美国天主教神父死于艾滋病的比率是正常人的四倍”。这显然是把宗教信仰说成了一种不良的心理现象。此文一刊出,立即引起宗教界人士强烈的反感和不满,造成极不好的社会影响。

第三节 国家安全与表达自由

我国《宪法》中确认:“禁止任何组织或者个人破坏社会主义制度。”这一条并非我国独有,其他许多国家也有相似的法律规范。如法国新闻法就规定,报刊不得披露“有关为揭露或拘捕那些犯有叛国、间谍或危害国防之罪行的主张而采取的措施”,不得用新闻报道对国家元首进行侮辱,“包括针对共和国总统的所有诽谤和侮辱在内”。维护国家制度及其尊严,是一切国家新闻立法的首要条款。

与此相联系,不得报道未经核实的重大“事实”蛊惑人心,不得用发表耸人听闻的评论,来激发人民的情绪,更不能制造民族对立情绪。《中华人民共和国刑法》第102条规定:严禁“煽动群众抗拒、破坏国家法律、法令。”第158条规定:“禁止任何人利用任何手段扰乱社会秩序。”1998年最高人民法院《关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第1条规定:“明知出版物中载有煽动分裂国家、破坏国家统一或者煽动颠覆社会主义制度的内容,而予以出版印刷、复制、发行、传播的,依照刑法第103条第二款或者第105条第二款的规定,以

煽动分裂国家罪或者煽动颠覆国家政权罪定罪处罚。”根据该则司法解释,我们可以了解到构成这两条犯罪的,不仅有提出煽动言论的人,而且包括编辑出版者、印刷复制者、销售者和其他方式的传播者。即使并无分裂国家、颠覆政权的目的,而是出于营利或者其他目的,只要明知出版物中含有法律禁止传播的内容而对国家安全具有危害性却采取放纵的态度仍然加以传播的,同样构成本罪。

煽动虽是一种言论方式,但它不同于一般的言论,它具有如下几方面的特点:一是表述的方式的非理性,即使用浮夸的、情绪化的、蛊惑性的语言;二是内容的非事实性,如虚张声势、夸大其事,攻其一点不及其余,有的还要进行造谣诽谤;三是直接面向公众,公然散布;四是具有导致反常行为的目的,不是“书生清谈”,而是希望激起他人的反常热情,采取某种不利于社会或他人的行动。这和新闻出版媒体对官僚主义和“行贿受贿”、坏人坏事以及其他不正之风的揭露的言论有根本的区别,因为后者是实事求是来引导人们认识这些社会弊端的本质,为了更多地促进和维护社会稳定。因此,不能把对不良倾向的揭露与破坏社会稳定的煽动混为一谈。

下文我们要讨论的就是社会安全与个人的表达自由之间的关系。这一方面最典型的尝试是美国高等法院建立的“明显而即刻的危险”标准。

一、“明显而即刻的危险”原则产生的背景

第一次世界大战前后,左派势力对美国政府的一些做法提出尖锐的批评,并号召人们反对政府的备战政策。为此美国国会于1917年制订了《反间谍法》(Espionage Act)。该法确认了3项新的犯罪活动:“在合众国参战时,(1)任何人不得企图以故意制造或传达虚假报道或错误陈述来干涉合众国军事行动的成功或促使敌人成功;(2)任何人不得故意引起合众国军队的违抗、不忠、兵变或拒绝履行使命;(3)任何人不得故意阻碍合众国的征兵计划,以损害合众国或其服役。违者可被判罚不

超过 10,000 美元罚款或不超过 20 年的监禁。”^①此后,美国政府根据该法精神,指控左翼势力阻碍政府征兵的言行。

1919 年出现了有名的“抵制征兵第一案”(Schenck V. U. S.),该案的被告查里斯·申克(Schenck)是美国社会党总书记。在该党散发的传单中,呼吁人们“不要向恐吓投降”,号召美国公民索求自己的权利,指责美国政府无权把美国公民送往国外去枪杀其他国家的人民。联邦政府认为申克在鼓动抵制征兵,因此据《反间谍法》对他加以指控。在地区法院审讯后,大陪审团裁决被告有罪。申克认为《反间谍法》违背了宪法第一修正案对言论自由的保护,上诉到联邦最高法院。联邦最高法院一致认定申克构成犯罪。霍姆斯法官(J. Holmes)为最高法院首次确定了“明显而即刻的危险”的司法原则。他在解释高等法院作出这一判决的理由时指出:

“我们承认,被告传单所说的一切,若在平时的许多场合,都属宪法所保障的权利。但一切行为的性质应由行为时的环境来确定。即使对自由言论最严格的保护,也不会保护一人在剧院谎报火灾而造成一场恐怖。它甚至不保护一人被禁止言论,以避免可能具有暴力效果。每一个案件中,问题都是,在这类环境中所使用的那些言论和具有这种本性的言论是否造成了一种明显和即刻的危险(clear and present danger),以致这些语言会产生国家立法机关有权禁止的那些实质性罪恶。它是一个准确性和程度的问题。”^②

霍姆斯认为,当一个国家处于战争状态时,许多在和平时场合可以说的话就会对它的努力构成如此的障碍,以至于只要人们还在战斗,他们的意见就不会受到容忍,而且任何法庭都不会把它们看作是受宪法权利保护的。人们似乎承认,如果这些言论被证明会对征兵产生一种实际妨碍效果,那么,对于导致这种效果的言论可以追究法律责任。

① John D. Zelezny: Communication Law: Liberties, Restraints, and the Modern Media, Wadsworth Publishing Company, 1997, P74.

② Terry Eastland, Freedom of Expression in The Supreme Court: The Defining Cases, Rowman & Littlefield Publishers, Inc. 2000, pp2—3. or see: Wayne Overbeck: Major Principles of Media Law, Harcourt Brace College Publishers, 1997, P46~47.

此案的裁决是美国高等法院关于言论出版自由作出的第一个重要裁决^①，“明显而即刻的危险”原则开创了美国联邦最高法院设定言论自由之司法标准的先河。在此之前，国会曾制定了一个管制言论自由的法律——1798年的危害治安法，也引起了一些讼案，但都没有上诉到最高法院，也就不可能产生对它的合宪性进行司法审查的问题。但公众舆论对该法的抨击却自始就非常激烈，肯塔基州甚至还通过了一个谴责该法的决议。1798年的危害治安法至1801年3月3日效期届满。自此以后一个多世纪国会未制定管制言论自由的立法。1917年《反间谍法》的出台始为联邦最高法院设定言论自由的司法标准提供了契机。

从申克诉合众国案对“明显而即刻的危险”表述的上下文分析，联邦最高法院对言论自由的立场有以下几方面的意义：一是第一修正案所保护的言论自由不是绝对的权利。二是对言论自由的保护，可作和平时期与战争时期之分，而不是不分背景、场合、时间概无差别；三是对言论自由以保护为原则，而限制为例外；四是确定一项绝对的标准是困难的，在涉及到言论自由的讼案时，言论是否需要承担责任得视发表言论的性质和当时的环境而定。

如果认定霍姆斯在该案中已经很有目的地重新阐述第一修正案的原则，这是值得怀疑的。^②实际上，他似乎采用了当时流行的“恶劣倾向”原则，因为他说：“如果一项行为（发表言论或传播文件），它的倾向和意图都是相同的，那么我们就没有理由说，只有根据效果才可给这项行动定罪。”可以看出霍姆斯对这一原则的理解也不是非常清晰的，另一位自由主义的大法官布兰代斯（J. Brandeis）在后来的案件中对这一原则做了进一步阐述（后文将作介绍）才让这一标准稍微明确一点。事实上，“明显而即刻的危险”作为一项原则经历了一个发展和培育时期。大致说来，从提出至1940年属于培育时期，1940年以后则日渐风行。

① 李道揆：《美国政府和美国政治》（上册），商务印书馆1999年版，第132页。

② 林子仪：《言论自由与新闻自由》，月旦出版社股份有限公司1994年版，第174～175页。

二、“明显而即刻的危险”原则的实际运用

由于霍姆斯对“明显而即刻的危险”规则的陈述尚有不少模糊之处,因此在“明显而即刻的危险”原则培育时期,联邦最高法院对言论自由的讼案适用多个原则。弗洛维克诉合众国(Frohwerk V. U. S. 1919)案适用了“可能的影响”(probable effect)原则,德伯斯诉合众国(Debs V. U. S.)案适用了“自然倾向”(natural tendency)原则,在1920年的舍弗诉合众国(Schaefer V. U. S.)案和皮斯诉合众国(Pierce schaefer V. U. S.)案适用的是“恶劣倾向”(reasonable tendency or bad tendency)原则。但美国国内不少自由主义学者对霍姆斯提出的这一原则感到灰心,一些学者包括霍姆斯的同事对他提出了非常严厉的批评。^①也许正因为如此,霍姆斯法官后来部分修正了自己的观点,并在8个月后的另一个案件亚伯拉姆诉合众国(Abrams V. U. S.)中发表了以下著名的反对意见:

“针对战争所特有的危险,自由言论权利的原则从来是一致的。只有那些能产生即刻危害的现存危险,才能授权国会去限制不影响私人权利的见解表达。国会自然不得禁止国人交换思想的一切尝试……一旦人们理解时间曾推翻一度富有战斗力的许多信念,他们终于……坚信:他们所期望的至善,唯有通过思想的自由交流(free trade)才获得;也就是说,对某种思想是否是真理的最佳检验方法,就是将其置于自由竞争的市场上,让公众决定是否要接受该思想为一真理。……政府认为,第一修正案允许普通法继续禁止煽动性诽谤。我全然不同意这种论点;历史是反对这种论点的。我看到,合众国在多年来一直为1789年的《反煽动法案》忏悔,并偿还它施加的处罚。把危害留待时间来纠正,有时确实会构成直接危险;只有这种紧急情形才能为[第一修正案]绝对

^① Don R. Pember: Mass media law, Wm. C. Brown Publishers, Dubuque, Iowa, 1987, P61.

命令提供任何例外:‘国会不得制订任何法律……去剥夺言论自由’。”^①

霍姆斯法官在这次辩论中强调了思想应该在思想的自由市场进行自由交换的观念,这其实是西方自由主义思潮的延续。不过事实表明,即使自由主义思想在西方思想发展史上颇有渊源,但在当时的美国法官当中,这种思想并没有在实践中得到切实的贯彻,霍姆斯和另一位法官布兰代斯的观点仅属于少数派的意见。因此尽管他们对征兵第四案持有不同的意见,但法院多数意见还是作出了被告有罪的判决。

一战以后,联邦政府虽然失去了控制左派言论的理由,但此类控制并没有减轻。在1925年的Gitlow V. New York一案中,左派人士吉特罗(Gitlow)因在《革命时代》杂志上发表“左翼宣言”,鼓吹阶级斗争和革命暴力而受到惩罚。联邦最高法院在判决意见中主张对言论自由得作事前的限制,所谓“潜隐的革命火种一经点燃,可以酿成有席卷之势和毁灭性的火灾。因是之故,政府基于保护公共和平和安全的必要考量之判断,不待其燎原而及时扑灭火花,就不能说是专断或无理的行动。”最高法院的判决意见称:“言论和新闻自由并不保护任何人去扰乱公共治安或企图颠覆政府。它并不保护具有危险倾向的出版和教学,去颠覆或危及政府、或妨碍或阻止政府履行职责。它也不保护鼓动用暴力推翻政府的刊物;如果作品发表具有推毁组织社会的倾向,那么处罚这类作品对保障自由和国家稳定而言都是必不可少的。如果言论公开宣扬用暴力和其他非法手段,来推翻合众国和州的代议制和宪政形式的政府,那么国家就可以对它施加惩罚。”^②我们可以看出,这次判决中,“恶劣倾向”的原则又占有主导地位。与判决意见相左,霍姆斯认为:“申克诉合众国案全体法官一致认可的标准适用该案。显而易见,大家公认与被告持相同的观点的人是少数,没有蓄意以暴力推翻政府的明显的

① Terry Eastland, Freedom of Expression in The Supreme Court: The Defining Cases, Rowman & Littlefield Publishers, Inc. 2000, p9. 译文参考张千帆著:《西方宪政体系》上册,第360~361页。

② Douglas S. Campbell, The Supreme Court and the Mass Media, New York, Westport, Connecticut London, 1990, P200.

危险。”^①在此案中同样持异议的布兰代斯则呼吁第一修正案应该适用于对州的限制。他写道：“我不相信第十四条修正案保障的自由仅仅只有获取和享受财产的自由。”虽然最终吉特罗仍被判有罪，但此案在美国表达自由进步史上还是值得一提的，因为此案中美国最高法院的多数同时认为，第十四修正案对州也有同样的约束，限制其对言论自由和出版自由进行不合理的限制。^②

与此同时，布兰代斯还在精心铸造一个保护公民自由的思想武器，他的出发点与霍姆斯那种竞争性的思想市场模式不同。1927年 *Whitney V. California* 一案中，当最高法院维持对 *Whitney* 的判罪时，布兰代斯从程序的角度对法院的意见表示同意。但他提出了一份十分有力的保护表达自由的意见，他认为，言论自由是一个民主政体中积极的公民活动的核心内容：“那些为我们赢得独立的人相信……思想和言论的自由，对于政治真理的发现和传播来说是必不可少的……对自由的最大威胁是毫无生气、惰性十足的人民。”他指出：

“对严重伤害的恐惧本身，并不能为自由言论的压制提供理由；人们曾因害怕巫婆而焚烧妇女。言论本身的作用就在于把人们从非理性的恐惧中解脱出来。要为镇压言论提供理由，就必须存在畏惧的合理基础：一旦实行言论自由，严重危害就将发生；所忧虑的危险必须迫在眉睫，并且所要防止的危害必须是十分严重的（relatively serious）……如果宣扬违法并未构成煽动，且没有证据表明这类倡议将被立即实施，那么无论在道德上应该受到何种谴责，宣扬违法并不能成为剥夺自由言论的理由。我们必须记住宣扬与煽动、准备与企图、集会与阴谋之间的区别。要发现明显而即刻的危险，必须证明即刻的严重暴力可被预期或受到鼓动。”^③

布兰代斯强调“明显而即刻的危险”指的是那些不但非常可能即刻

① Ronald P. Rotunda and others, *Modern Constitutional Law*, West Publishing, Co., 1989, P. 728.

② [美]埃里克·方纳：《美国自由的故事》，王希译，商务印书馆，2002年版，第266页。

③ T. Barton Carter, Marc A. Franklin, Jay B. Wright: *The First Amendment and the Fourth Estate*, Foundation Press, 1985, P48.

发生,且事件的发生还具有“严重危害”的程度。否则,言论自由就受第一修正案的保护,而不受联邦或各州政府的禁止。布兰代斯的理念是,某种犯罪的危险是“如此临近发生的(imminent),以至于在 we 有机会对之进行充分的讨论之前,它就可能会发生。如果我们还有时间通过讨论去揭示、通过教育过程来避免这种犯罪的虚假性与虚谬性的话,那么我们可以运用的补救方式,就是允许人们有更多的言论(more speech),而不是以强制来让人们保持沉默。惟有紧急(emergency)情况下才可以证明压制的正当合理性,如果权威要与自由保持和谐,这必须成为规则。”他在谈到辩护性主张(而非煽动)时又说:“言论有可能导致某种暴力或财产破坏的结果,这一事实并不足以证明压制言论是正当合理的。它还必须是有严重伤害国家之可能的言论。用来防止人们犯罪的方式通常是教育和惩罚违法行为,而不是剥夺人们自由言论和自由集会的权利。”^①最高法院判决后一个月,加利福尼亚州长将惠特尼特赦,称“言论自由是每个自由美国人的与生俱来的权利”。^②

进入 20 世纪 30 和 40 年代后,由于社会紧张气氛相对缓和,第一修正案中对于言论自由的绝对保护似乎重新起作用,社会对政府反对派言论的指控相对较少,对此类言论的审讯也大多较为宽松。

但随着第二次世界大战的结束和冷战的开始,美国国内对左派活动尤其是对共产主义活动又加强了控制,国会于 1939 年通过了《史密斯法》(Smith Act)。该法案第 2 条规定:“任何人不得故意鼓吹、帮助、建议或教唆他人有责任、必要或需要,去通过暴力或谋杀官员来推翻或摧毁合众国的任何政府。”

在 20 世纪 50 年代和 60 年代,法院对言论的表达的限制更为严厉。在著名的“丹尼斯诉合众国案”(Dennis V. U. S. 1951)中,法院多数在名义上“重述”了“明显而即刻的危险”的原则,但实际判决时又采

① 转引自约翰·罗尔斯:《政治自由主义》,万俊人译,北京:译林出版社 2000 年版,第 373 页。着重号为本书作者所加。

② [美]埃里克·方纳:《美国自由的故事》,王希译,北京:商务印书馆,2002 年版,第 267 页。

用了极为严厉的“恶劣倾向”(bad tendency)的标准。首席大法官文森(C. J. Vinson)虽然指出适用“明显而即刻的危险”原则,但对该原则又做了新的解释:“本案中,我们在面对适用‘明显而即刻的危险’的原则时,必须先要确定该原则的意义。首先,我们注意到最高法院在许多案件中之所以采取此原则推翻下级法院的有罪判决,是因为那些案件中政府立法所要防止的弊害不太严重,因而不构成限制言论的正当理由。但对于主张以武力或暴动推翻政府之言论,政府确有实质的理由予以限制。在任何国家,防止政府不受颠覆乃是其根本的价值。否则国家如不能保障其免于内部武力的颠覆,则其他附随的价值,当然也无从获得保障。”^①

文森着重强调,政府有必要对共产党的威胁做出反应;危险检验并不意味着政府“必须等待,直到暴乱就要发生,直到计划制订完毕,专等发出信号就要行动”。相反,政府可以采取行动反对颠覆政府的阴谋或企图,尽管这些企图从一开始就注定要失败。暴乱能否成功不是标准,政府也不能到迫在眉睫时再采取行动。最高法院采用了下述危险检验的新方案,这是首席大法官勒尼德·汉德在联邦上诉法院中提出的:“在每一个案件中,法院都必须提出这样的问题:‘罪恶’的严重性(考虑到其不可能实现应打的折扣)是否能证明侵犯言论自由是正确的,是避免危险所必需的。”此案的判决有如下几个特点:一是言论的责任并不绝对要求言论造成的祸害是现实的,还可以是潜在的;二是排除了言论与言论所能造成的祸害的时间考虑,实际上等于否定了言论责任的“即刻的”限制;三是不考虑言论的环境,只要言论是法律所禁止的就予以惩罚,显然纯粹以言论的性质来论定言论的责任。显然恶劣倾向重新复活,而布兰代斯的政策又被束之高阁了。

事实上,对“明显而即刻的危险”规则的解釋的分歧一直存在着,争论也一直进行着。多数法官仍然采用利益“平衡”的标准:即在政府的治安利益和第一修正案所保护的个人的言论利益之间作出平衡处理,少数法官则反对任何形式的平衡,坚持认为第一修正案对自由言论授予

^① 341 U. S. at 508.

“绝对”保护。最后,在1969年布兰登堡诉俄亥俄州(Brandenburg V. Ohio)一案中,最高法院正式推翻了1927年左翼党派第二案的多数决定,再次回到了布兰代斯提倡的对言论采用更为宽容的政策上来了。该案中,一名三K党首领通过电视媒介,召集地方三K党成员,在电视上辱骂黑人和犹太人,并扬言“如果我们的总统、国会和最高法院继续压制高加索白种人,我们将采取某些报复行动。我们有40万人,将于7月4日向国会进军。”俄亥俄州法院判定该首领有罪,但该三K党首领上诉至联邦法院后,最高法院的全体意见(per curium opinion)推翻了州法:

“左翼党派第二案”已被其后的决定彻底抛弃。这些决定形式的原则是:除非宣扬使用暴力或违反法律的倡议是为了煽动或制造迫切的无法行为,宪法所保障的言论自由和新闻自由就不允许一州去禁止这类倡议。

一些评论家把布兰登堡格一案说成是采用了“直接煽动原则”^①检验,它着重于有关言论的性质。他们认为,言论自由是受到绝对保护的,但是煽动用暴力推翻政府的言论不属于第一修正案所说的言论。这种表达被明确地排除在保护之外。另外一些评论家把该案解释为是霍姆斯—布兰代斯危险标准检验和“煽动”标准检验的结合。霍姆斯—布兰代斯危险标准检验把焦点集中在言论发生的环境上。为惩罚某种言论,讲话者必须既使用了鼓吹采取行动的语言,而且讲话的环境足以造成迫在眉睫的紧急情况,即政府要阻止的严重的实质性罪恶可能要发生。

多数学者认为,布兰登堡格案所宣示的原则恢复了“明显而即刻的

① “直接煽动原则”(direct incitement test)由汉德(Learned Hand)法官在1917年的 *Masses Publishing Co V. Pattenr* 提出的。当时主导原则是恶劣倾向原则,汉德担心恶劣倾向原则由陪审团衡量客观情况,再对所涉及的言论可能产生的危险做出预测,这一做法可能对表达自由的保护产生相当大的威胁。而根据汉德提出的“直接煽动原则”,某一言论是否要受保障,完全取决于该言论的内容。如果表意人以言论直接地煽动他人做违法行为(direct incitement to illegal action),则可予以限制或处罚;如果只是单纯地批评法律或政策,并不构成直接煽动。汉德认为言论本身可能导致的效果,对于决定该言论是否应受保障,并非重要因素。

危险”原则的真正意涵,同时又充实了曾经为汉德(Learned Hand)法官所主张的“直接煽动”原则,使明显而即刻的“危险”原则更加完善。这样,明显而即刻的危险原则包括以下几个要点:

(1)言论只有在对社会秩序已经造成或极有可能造成重大而实质性的危害时,才可予以限制或处罚;

(2)言者具有通过言论煽动或产生立即非法行为以破坏既存社会秩序的目的,或者说,具有如此之故意,是限制或惩罚的一个必要条件;

(3)对社会秩序所产生或可能产生的破坏必须达到明显而严重的程度,才足以牺牲言论自由的利益;

(4)言论之后的非法行为之产生有一种“立即性”或“可能性”,对于这种可能性,除非限制言论自由,无法阻止与避免;

(5)决定社会危害性的因素主要不是言论的客观环境,而是其实际内容,客观环境乃是判断其危害性大小的参考因素。

在布兰登堡格案之后,最高法院在“平衡”标准和“绝对”保护之间确定了折衷位置。法院采取的基本方法是把言论加以分类:某些具体类型的言论——例如鼓励犯罪、商业广告以及挑畔、泄恨或淫秽言论——不受第一修正案的保护,因而立法机构可以行使权力加以限制与惩罚。其他言论——尤其是政治讨论——则列入第一修正案保护的“言论自由”范围。对于后者,只要是为了促进公共利益而采取必要措施,政府仍然可以调控言论的时间、地点或方式。然而,政府调控必须保护“内容中性”(content neutral):即调控不得规定或限制言论所要表达的内容信息。对于受保护言论的“内容调控”,法院仍然沿用霍姆斯法官的“明显而即刻的危险”一词,因而要求对每个案例的实际情况作出平衡。然而,这项平衡在实际上强烈倾向于保护个人的言论自由。法院要求言论不但相当可能导致即刻危害,而且危害必须相当严重,政府才能限制受宪法保护的言论。不仅如此,“右翼党派案”还要求政府证明被告具有损害公共利益的主观意图。不过这类证明极为困难,这项标准在实际上对言论内容给予了绝对保护。因此半个世纪之后,最高法院最终接受并超越

了霍姆斯和布兰代斯法官所表达的少数意见。^①

促使“明显而即刻的危险”原则内涵变化的因素是多方面的,但最直接也最重要的因素主要是两个:战争和共产主义运动。进入 20 世纪之后,美国向世界各地到处伸手,频频参战。为争取战争胜利的立法也就层出不穷,当然少不了对言论的管制。1917 年的侦察法就是第一次世界大战的产物。1917 年 4 月 6 日美国国会对德宣战,6 月 15 日就制定该法,遂有“明显而即刻的危险”原则面世。根据战时立法确立的原则到了和平时期适用的角度由限制让位于保护,故布兰代斯在惠特尼诉加利弗尼亚一案中采取了较为大度的立场阐扬该项原则。这表明在不触及根本利益的前提下,美国统治者尚颇有几分沾自由之名的兴趣。随着共产主义运动的勃兴,到第二次世界大战后大有席卷全球之势,这几分兴趣便烟消云散了。共产主义学说坦然宣称要以暴力推翻资本主义的国家机器,资产阶级确实“有理由”感到恐惧。如果说美国的统治者在共产主义运动之初(美国 1919 年成立共产党)还能粉饰一下自由民主的门面,那么到了 20 世纪 40 年代以后,外表的粉饰就渐渐被内心的恐惧取代了,1940 年制定史密斯法(Smith Act——Alien Registration,又称外侨登记法),1947 年制定塔夫托—哈特莱法(Taft-hartley Act——Labor Management Relations Act),又称劳工管理关系法,1950 年制定国内安全法(Internal Security Act——Subversive Activities Control Act),亦称颠覆活动管制法,1954 年制定了共产党管制法(communist Control Act),其间又有杜鲁门和艾森豪威尔两位总统迭次推行的“忠诚计划”(Loyalty Program),凡此种种无一不针对共产主义运动而做。1951 年,丹尼斯诉合众国一案对“明显而即刻的危险”原则的修补正是第二次世界大战后共产主义与资本主义两大阵营互相敌对状态的反映,当然也是联邦最高法院统治者利益之实的表现。

① 张千帆:《西方宪政体系》(上册),中国政法大学出版社 2000 年版,第 381 页。

三、“明显而即刻的危险”原则的理论基础

从前文的陈述可以看出,美国法院对“明显而即刻的危险”原则的理解存有分歧,而在不同的社会情形下,法官们对这一原则的理解直接左右着美国的司法实践。那么美国理论界是如何理解这一原则,而他们的分歧又是建立在怎样的理论基础之上的呢?

1. 思想、言论与行为

在讨论“明显而即刻的危险”规则时,我们有必要区分思想、言论和行动这三个不同的概念。仔细区分这三个不同的概念对我们理解美国人的思想是有帮助的。

在一端是随我们愿望而思想的权利。人与动物的区别,就是因为人有思想,人生而不给予思想的自由,无疑是在用强力来压制人性潜能的发展。思想自由包括信仰自由与意志自由。信仰自由包括两个方面:一是宗教信仰的自由,二是政治信仰的自由。意志自由,是指行为的自我决定的自由。恩格斯指出:“意志自由只是借助于对事物的认识来作出决定的那种能力。”^① 尽管在实践中有时有偏差,但一般认为思想不容侵犯。政府无权因思想问题而处罚人,也无权以任何方式干涉思想自由。

另一端是行为。行为是指人们根据自己的判断,为了争取和实现自己的利益而在社会中开展各种对社会利益关系和其他人产生影响的活动。在现实社会中,人们渴望行为自由,但行为自由的实质和自身规定性决定了它不可能无限度地扩张。一方面,现实社会中的所有的人都基于特定的社会关系而与其他人相互联系、相互制约。某一主体的社会活动,不可避免地会对其他主体发生这样或那样的影响。尽管人们之间有多种共同利益的存在,但共同利益并不能取代每一个单独主体的特殊利益,这是各个主体作为独立的存在所决定的。因此,另一方面,人们在基于行为自由参与社会活动时,就不得不考虑其自由的行为可能对其

^① 恩格斯:《反杜林论》,载《马克思恩格斯选集》,第3卷,人民出版社1995年版,第455页。

他社会主体利益的冲突或一致状态,谋求尽力避免妨害其他社会主体所应享有的或法定的利益,以维持既定的社会关系。总之,宪法保护我们不受政府控制地设想可以抢劫,但是我们没有宪法权利去实施抢劫行为。正如人们所说,“挥动你的手臂的权利,以不触及他人的鼻尖为止。”

言论介乎思想与行为之间,它不像思想那样的享有绝对的权利,也不像行动那样易受政府约束。淫秽、诽谤或煽动造反的(sedition)言论,或使用挑衅字眼(fighting word)的言论不属于宪法保护之列,虽然在区别是否属于这些言论范畴上还有很多问题。^①爱默生教授认为言论与行动界线既清晰又模糊。他说,坚持一种信念必须视为等同于纯粹的“表达”;妨害私人名誉,公开他人隐私,应被视作一种“行动”;通过影响诉讼参与人(陪审员、证人或其他各方)的判断而妨害他人受公平审判权利的“表达”具有“行动”的实质性特征;在言论可能威胁公共秩序的场合中,若所使用的言论与行动有着不可分离的联系,即是“行动”的一部分;同样地,导致身体伤害的面对面的言语威胁,也是行动,作为行动之信号的言论也是行动,等等。^②爱默生教授对于影响私人利益的言论是否为“行动”的分析基本上是成功的,而对于影响公共利益的言论是否为“行动”的分析则比较粗疏和模糊。

2. 自由

美国政治学教授乔·萨托利曾写道:“自由这一术语和‘我有……的自由’这一断言,体现了人类生活本身千变万化的范围和种类。”^③因此正如阿克顿勋爵所言:“没有什么障碍能像谈论真实自由的性质时产生的含糊与混乱那么顽固和难以克服。如果说相互敌对的利益为害甚多,那么虚假的观念为害就更多。”^④霍布斯根据英国人“公认的意义”

① 詹姆斯·M. 伯恩斯、杰克·W. 佩尔塔森、托马斯·E. 克罗宁等著:《民治政府》,陆震纶等译,中国社会科学出版社1996年版,第120~121页。

② Thomas I. Emerson, Toward a General Theory of The First Amendment, 72 Yale Law Review 1963, P877, 932.

③ 乔·萨托利著:《民主新论》,冯克利、阎克文译,东方出版社1998年版,第335页。

④ John Acton: Essays on Freedom and Power, New York: Meridian books 1955, P53.

对自由一词作出了评价,他在《利维坦》一书中写道:“自由权,或自由,从根本上说,其含义就是没有……对行动的外部障碍。”关于自由,绝大多数论者都强调对其含义理解的巨大分歧。但是如果把政治自由(言论自由可以看作是政治自由的一部分)从其他自由中离析出来,就会突出一个特征:它的意义的连续性和持久性超越了时间限制。只要国家具体表现了纵向的实体,那么西方的个人在要求自由的时候,基本上总是霍布斯所说的自由:没有外部压制,摆脱外部障碍,减少强制性的束缚。这就是说,就其特征而言,政治自由是摆脱外物的自由,而不是行动的自由。孟德斯鸠在他的那部名著《论法的精神》的第11章中确定了“法律”、“自由”及“宪法”之间的三位一体的结构,并阐述了作为司法事务的法律同作为价值的自由及作为政体结构的宪法之间的关系。在他看来,法律就是“人的理性,因为它支配着地球上的所有人民;每个国家的政治法规和民事法规应该只是把这种人类理性适用于个别的情况”。政治自由丝毫不意味着为所欲为:在一个存在着法律的国家中,“自由仅仅是:一个人能够做他应该做的事情,而不是强迫做他不应该做的事情”。实际上,“自由就是做法律所许可的一切事情的权利;如果一个公民可以做法律所禁止的事情,他就不再有自由了,因为其他人也同样会有这种权利”。^① 孟德斯鸠这里说的是“做”与“不应该做”的自由问题,而“做”实质上就是一种行为。而“言论”如前所述是介乎于“思想”和“行为”之间的东西,那么认为言论的自身存在一种无可限制与应该限制的进阶,当是可以接受的一种理念。

也有学者强调,区别言论与行动的实质在于界定国家行为的范围。虽然对于界定国家行为的范围的观点并不完全一致,但是自由主义学者至少具有以下这些共识:国家权力不应当是无限的。洛克、布坎南主张“有限政府”,洪堡、斯宾塞、诺齐克主张“最小国家”。特别是,自由主义学者在这一问题上形成了高度的共识,即,国家不应当干涉思想领域。这一理念落实下来,成了近代以来法律制度的基石之一。它包括以

^① 转引自[意]萨尔沃·马斯泰罗内:《欧洲政治民主思想史》,社会科学出版社1998年版,第159页。

下几个部分:

第一,法律调整的对象应当限于行动。

第二,如密尔所言,完全涉及私人本身的行动一般不应当受到外来强制力包括法律的干涉。

第三,一般而言,法律限于调整个人给他人带来非自愿伤害的行动。^①

第四,一般而言,国家不可以通过限制言论的方式来预防非法行动的发生。^②

适用到言论自由问题上,这些理念要求,言论惟有在本身就是或直接促成了给他人带来非自愿伤害的行动,才受制于国家法律的限制。霍姆斯法官和布兰代斯法官针对言论的自由与限制而提出的“明显而即刻的危险”原则的哲学基础盖在于此。

3. 言论保护的界限

随着时间的推移,人们认识到对所有一般性学说探讨以及对基本结构之正义及其各种政策的探讨都要得到充分的保护,这一观念已渐成共识,但颠覆性、煽动性之类的言论还是一个没有解决的问题。人们普遍认为言论自由是宪法应当保护的公民的基本权利,但颠覆性、煽动性的言论却又应当被排除在这种保护之外,也就是说言论自由存在一个界限。那么言论的界限到底该如何确定呢,这一问题一直是美国理论思考的重要问题之一。在 *Gitlow V. New York* 案件中,最高法院采取的原则是“自由言论和自由出版的宪法保护并不允许某个州禁止或剥夺使用暴力或犯法的主张,除非这种主张直接产生煽动或即将导致违法行动,或可能产生煽动或导致这类行动。”^③ 也就是说这种被禁止的言论必须既是有意图的、又是直接会产生非法行动并在使这一结果成为可能的环境下会引起此类行动的言论。但即使是这样的标准,也是令人担心的,正如著名的美国当代哲学家、哈佛大学教授罗尔斯谨慎地提

① 密尔:《论自由》,程崇华译,北京:商务印书馆,1959年,第10、81~101页。

② Emerson, *Toward A General Theory of The First Amendment*, P930.

③ 《俄亥俄州诉布兰登堡格》,美国第395卷;第444号(1969)之447。

醒人们注意的：“颠覆性主张总是一种更为完备的政治观点的一部分；而且，在所谓犯罪工团主义（许多历史情形中的法律犯罪）的情形中，这种政治观点就是社会主义，也是有史以来最为完备的政治学说……压制颠覆性主张，就是镇压有关这些理由的讨论，而这样做，也就是限制我们在判断基本结构的正义及其社会政策时，自由而明智地公共使用我们的理性。因而思想自由这一基本自由〔权〕就受到了侵犯。”^①

4. 未遂行为的法律解释

霍姆斯法官提出的这一原则是根据他在其《共同法》一书中对未遂行为的法律解释。未遂行为的法律试图在被告的行为与已经依法裁定的犯罪之间的鸿沟上架起一座桥梁。在未遂行为中，以及在与之类似的自由言论情形中，未产生严重后果的行为可以忽略不计。关于未遂行为的传统看法要求特别注意这种特殊犯罪行为的意图。在霍姆斯看来，意图之所以相关，只是因为它增加了行为者的行动将要产生实际伤害的可能性。罗尔斯指出：“当我们把这一看法运用到自由言论上来时，这一看法就具有宽容无害言论的优点，也不会证明那种对纯粹思想的惩罚是正当合理的。但是对于政治言论的宪法保护来说，这一看法就只是一个不能令人满足的基础，因为它把我们引导到只集中关注这种言论是多么危险这一方面，仿佛通过说明这种政治言论多多少少是危险的，它就成了一种很平常的犯罪。”^②

四、美国学者对该原则基本评价

“明显与即刻的危险”原则提出之后一直受到多方面的讨论，赞成与反对之声似乎没有间断过。美国著名的教授查菲在一定程度上是支持霍姆斯的观念的。他认为，“明显与即刻的危险”原则的优点在于它给予了国会一定的空间，允许其在公共言论领域内制定法律，但这种立法的范围受到非常严格的限制。查菲教授主张在时局紧张的情况下，对于

① 约翰·罗尔斯：《政治自由主义》，第366～367页。

② 约翰·罗尔斯：《政治自由主义》，第370页。

世俗的偏狭必须以立法的形式做出让步。除非如此,否则在任何骚乱和令人忧虑的时刻,自由表达的结果必定要比不允许放宽对第一修正案文本的绝对解释的情况来得更糟。查菲教授的观点应该说在美国是有代表性的,不过从现在的发展看,这一观念远没有达到压倒性的优势。政治哲学家米尔克约翰在他的那本著名的小册子中《言论自由与民主自治》中写道,霍姆斯提出的“明显与即刻的危险”原则有时纵容了为第一修正案所禁止的东西;即剥夺表达自由的国会立法。他认为这一原则仅仅是一种口头上的托辞,其目的是使国会能够随心所欲地限制言论和出版的自由。他批评霍姆斯没有把表达自由的最重要的方面——政治性表达——隔离开来并给予绝对的保护。在美国政治学者科恩看来,“民主国家中维护言论自由的条件不容许有任何例外。它适用于一切意见和一切人,不论它们或他们是多么错误和不合情理,也不论它们或他们会使多数人感到多么不快。因为是没有例外的,这种观点不仅适用于讨厌的人与意见,而且适用于那些危险的思想。”^① 所以他认为,依据言论是否具有“明显与即刻的危险”来决定是否限制这些言论表达的主张是与它所要保护的民主的精神与运行原则格格不入的。在美国学者的眼里,“明显而即刻的危险”原则存在如下几方面的问题:

(1)“明显而即刻的危险”原则模糊不清,难以准确把握。正如布兰代斯和霍姆斯在 *Whitney 诉 California* 一案中承认的,最高法院尚未“确定一个标准用来决定何时危险是明显的;危险可能有多遥远及应被视为即刻的;以及什么程度上的恶行应该被认为是可以正当诉诸言论和集会自由并将作为保障的手段。”^②

(2)即使人们普遍了解这一规则的含义,将其用于直接或间接禁止言论自由方面受到社会质疑的立法,其后果也会因战争或和平、冷战或国际关系缓和、以及繁荣世界形势萧条等外部条件的变化而异。在一种社会背景下,表达自由有可能得到第一修正案的保护,在另一种社会情

① 科恩:《论民主》,北京:商务印书馆 1994 年版,第 142 页。

② T. 巴顿·卡特、朱丽叶·L. 迪、马丁·J. 盖尼斯、哈维·祖克曼等:《大众传播法概要》,黄列译,北京:中国社会科学出版社 1997 年版,第 9 页。

况下又可能被拒绝给予保护,而且,除非法院认可了当事人的表达,否则,言论或出版者不会知道其具体表达是否可以得到保护。而且表意人可能会为他无法预见的结果承担责任,不仅对表意人不公平,也易造成“寒蝉效应”(chilling effect),“因此‘明显而即刻的危险’标准也可能产生使边缘写作或议论失去信心的作用。”^①

(3)民主即公民可以有效地参与管理,要做到这一点就要准许他们就共同关心问题听取一切意见,其中当然包括某些被认为是危险的意见。否则是不利于他们作出明智的决断的。而民主所依靠的正是公民的智慧,而不是别的什么。宪政学者史蒂芬·霍姆斯指出:“民主就是通过公众讨论来进行统治,而不仅仅是贯彻多数派的意志。公众意见的分歧是符合民意的政府的必要手段。不是任何‘意志’,而只能是经过激烈的普遍的讨论而形成的意志才应该给予最高的权威。因而受法律保护的反对权是民主政府的基本规范;它为民主的公众意志的形成提供了一条基本的前提。如果不存在威胁或不会被剥夺生命,公民必定能够发表和公开捍卫其异端性的政治主张。如果不存在有关异议不受处罚的制度保障,同意是没有意义的。如果缺乏组织和保护公众辩论的规则,人民主权也就毫无意义。”^② 如果一个国家要通过压制与检查才能“保全”,所挽救的可能不值得一救。剥夺自由就可能毁灭我们打算保全的这一制度。压制言论自由必然(在其实行范围内)否定它宣称要保护的民主。从这一层面上看,“明显与即刻的危险”原则“干扰了这种智慧,也就削弱了民主。”^③

(4)“明显与即刻的危险”原则的背后是对人民缺乏基本的信任,对人民判断能力缺乏信心。然而民主要求尊重的正在于此——正是由于对公民的信心才有理由把社会的最高决定权置于他们手中。如果认为

① T. 巴顿·卡特、朱丽叶·L. 迪、马丁·J. 盖尼斯、哈维·祖克曼等:《大众传播法概要》,第10页。

② 史蒂芬·霍姆斯:《先定约束与民主的悖论》,录自[美]埃尔斯斯特、[挪]斯莱格斯塔德编《宪政与民主——理性与社会变迁研究》,潘勒、谢鹏程译,生活·读书·新知三联书店1997年版,第258页。

③ 科恩:《论民主》,北京:商务印书馆1994年版,第142页。

危险时期社会成员即不可信任,任何以此为前提的主张是和民主不相容的。科恩指出:如果某些意见太危险而不准发表,或某些人太危险而不准有言论自由,谁替社会来做这些决定呢?凡持此种观点的虽未明言,却已假定某些人可以听取那些难应付的人的意见而不受危害,但其余的人必须禁止接触,以免感染。简言之,他们所假定的正是民主所否定的——因为广大人民无能自治,他们需要一伙聪明的统治者以保护他们免受“危险思想”的侵害。“明显与即刻的危险”原则是公然与民主为敌。^①

(5)任何限制言论自由的观点都是以国家的安全为依据的,他们往往认为言论如果不利于国家的安全,法院就有权对发表意见的人加以惩罚。按照这一假定,如果某些人或某些意见不加禁止,整个社会即处于危险之中。这一前提显然是荒唐可笑的。正如马克思所言:“新闻出版自由不会造成‘变动的局势’,正如天文学家的望远镜不会引起宇宙系统的不断运动一样”^②。国家的幸福与安全从不系诸于禁止任何人或任何党说话。如果一个国家真的如此不稳固,我们说应当对其政策的明智与公正表示严重关切,而且要更急于听取一切可能与政策有关的意见。^③对此,罗尔斯指出:“一个得到适度而良好管理的民主社会的基本制度不会如此脆弱或如此不稳定,以至于会仅仅用颠覆性的主张就可以颠覆之。确实,在这样一个社会里,一位明智的政治领导者会把这种主张看作是一种警告,它使他意识到,可能有必要进行某些根本的变革。而他部分是从那种用来解释和证明抵抗和革命之主张的更为完备的政治观点中,了解到需要做些什么样的变革。”^④也许正是持有同样的理念,布兰代斯在前文所引的一份判决的不同意见书中表达出了一种以“言论对抗言论”的思想,他说:“如果我们还有时间通过讨论去揭示、通过教育过程来避免这种犯罪的虚假性与虚谬性的话,那么我们可

① 科恩:《论民主》,北京:商务印书馆1994年版,第142页。

② 《马克思恩格斯全集》,人民出版社1995年版,第186页。

③ 科恩:《论民主》,北京:商务印书馆1994年版,第143~145页。

④ 约翰·罗尔斯:《政治自由主义》,第368页。

以运用的补救方式,就是允许人们有更多的自由言论,而不是以强制来让人们保持沉默。”它提示我们,一般而言,清除某种言论弊害的方式不是压制言论,而是鼓励更多的言论,抑制言论自由副作用的途径不是压制自由,而是促进更大的自由,通过言论的自由流动以及在此过程中所迸发出的人们理性与智慧来达到激清扬浊、自我净化的效果。只有在除了限制与惩罚之外别无其他方法抑止言论所带来的弊害的情况下,才可以限制与惩罚言论。限制与惩罚应当被视为一种最简单、最粗暴和最后的策略。

五、我们对于该原则的基本态度

今天,人们虽然抛弃了最初意义上的“明显而即刻的危险”标准,但这种思想还有相当深厚的理论基础和现实土壤,因而我们不能下断言说美国司法实际中将不会重新回到“左翼党派第二案”中采取的对言论采取的严厉的控制的“明显而即刻的危险”标准,即“不良倾向”标准。因为到目前为止,“尽管自由言论对民主政治具有重大价值,有些人似乎认为,只有同意自己意见的人才有言论自由。当容忍原则表现为一般的、抽象的形式时(例如,‘你是否信奉言论自由?’美国人绝对支持这些原则。一旦问题或矛盾变得比较具体时,美国人对言论自由就表现为很低的支持。不仅四个美国人中有三个人‘当问到是否知道第一修正案是什么……或它讲什么问题时,茫然无知’,而且几乎40%的公众愿意看到对报纸更加严格的管制。)”^①

对“明显而即刻的危险”标准含义的争论反映了对危险检验本身的价值继续存在着争议。一些批评者认为,危险检验没有对第一修正案的利益给予充分的保护,对讲话者提供的保护不比特别平衡检验提供得多。另一些批评者认为,危险检验没有对至关重要的政府利益提供充分的保护。他们认为,从功能上说,隐藏在危险检验语言中的是严格审查

① 詹姆斯·M. 伯恩斯、杰克·W. 佩尔塔森、托马斯·E. 克罗宁等:《民治政府》,第119~120页。

标准。从这种观点来看,要在国家安全之类的领域中对立法裁决进行严格的司法监督是不适当的,因为它限制了民主意志。总之,情况很可能是这样:在过去使用危险标准检验的地方,今天法院将使用严格审查的检验。

尽管霍姆斯的规则、甚至布兰代斯在惠特尼案件中对“明显而即刻的危险”规则的陈述“都不能令人满意”。^①但我们认为,相比其他原则,在正确理解与适用之下,“明显而即刻的危险”原则可以较好地保护言论自由,可以说是在言论自由与国家利益(或其它利益)之间做出一种平衡的有效尝试。当然,我们在分析这一原则时,要注意到它不能脱离其他的制度条件而孤立地发挥所期望的作用。至少到目前为止,我们认为对于言论自由的保护与限制问题想制订出一个尽善尽美的原则是困难的,一个能够彻底地满足两种对立利益的原则也是困难的。对于某一言论的保护与限制,“根本的问题是我们讨论的这种言论和这种言论在民主政体中所具有的作用。”^②罗尔斯指出:要检验这一原则必须区别“一种必要的宪法危机”与“一种紧急情况”之间的不同。在紧急情况下,有一种即刻的或预见的严重伤害(政治的、经济的和道德的伤害)国家甚至是毁灭国家的威胁。比如说,国家处于战争状态和出现这种紧急情况的事实,并不必然意味着也存在必要的宪法危机。理由是,限制或压制自由政治言论,包括颠覆性主张,至少总是意味着一种部分的民主的悬置。罗尔斯强调:“强行实行这种悬置必须是在存在一种宪法危机的情况下进行的,在这场宪法危机中,自由政治制度已经无法有效运作,或者需要必要的手段来维持这些制度。许多历史情况表明,自由民主政治制度一直都能在遇到各种严重的紧急情况时,有效地采取各种必要手段,而无需限制自由政治言论。在某些强行采取这类限制的情况中,这些限制实际是不必要的,对解除紧张情况也毫无益处。”^③所以罗尔斯告诉我们,言论自由的“核心应用范围”要求对报刊自由没有先在的

① 约翰·罗尔斯:《政治自由主义》,第369页。

② 约翰·罗尔斯:《政治自由主义》,第370页。

③ 约翰·罗尔斯:《政治自由主义》,第375页。

限制,没有煽动诽谤罪,并且对颠覆性和革命性学说给予充分保护。

因此,如果一定要使用“明显而即刻的危险”原则的语言,就必须:首先,立法所力图防止的那些实质性罪恶,必须是极为特殊的罪恶,也即是说,必须是造成我们失去思想自由本身,或失去其他基本自由的罪恶。其次,必须在我们除了限制自由言论之外别无选择的情况下这样做。据此罗尔斯对“明显而即刻的危险”原则提出如下要求:“即那种必然的宪法危机乃是一种使得自由政治制度无法运作或需要采取各种步骤来保护这些自由政治制度的危机。”^①

从美国司法实践看,美国人对于自由言论的主张一直存在着较严重的分歧,一些人强调自由言论是全体公民的基本的权利,因此应受到第一修正案的绝对保护,但更多的人愿意采取一种“利益平衡”的原则,也就是从权衡政府的治安利益和个人的言论利益的角度来处理这一问题。很明显,判决案件的既不是原则,也不是符合宪法的检验标准,而是法官。原则是法官的出发点,每个案件都要求法官衡量各种因素。说的是什么?在什么地方说的?是怎样说的?说话的人的意图是什么?哪一级政府(是州政府还是国会)想控制这种言论?该级政府想怎样控制这种言论?如此等等,问题是如此之复杂。不同的法官甚至同一法官在不同的社会情形下对类似的案件往往会做出不同的判决,并不是一成不变的模型。所以简单地认为美国公民享有绝对的言论自由或者同样简单地认为美国公民没有享有绝对的言论自由,都是不了解美国历史与现状的。

无论“明显而即刻的危险”原则的本质如何、适用和操作上存在各种各样的缺陷和不足,它毕竟表明了言论问题可诉诸司法公断,应该说这种制度是与法治吻合的。对言论问题的司法裁决,不是对言论的真实性有时还包括言论的真实性作出决断,而是在维护发表言论的权利与社会秩序之间作利弊权衡。只有言论——不管是谬见还是谎言能表达

^① 约翰·罗尔斯:《政治自由主义》,第378页。

出来,权衡才有前提,因此对言论自由的事前限制一般应受到排除。^①

“明显而即刻的危险”原则至少为考察美国的言论自由提供了一个视角,而该原则作为司法上的标准,对它的解读应是能真切地把握隐藏于其后的宪政文化的精神的。《牛津法律大辞典》在“公民权或公民自由权”这个条目中的一段话甚是公允:“公民在特定的政府和法律制度下享有什么公民权或自由权问题,部分取决于宪法、法律和判例赋予了哪些公民权或自由权,但也取决于,并且经常更重要地是取决于这些权利或自由在实际中怎样被解释,取决于它们在多大程度上能被获得和实行。”^②

美国联邦最高法院在适用“明显而即刻的危险”原则时探求的是崇尚自由的理想与务实的步骤相结合的路径。既不囿于抽象的原理原则,也不盲目附合现存法律对言论的管制。联邦最高法院仿佛是美国这般船的压舱物,使得美国社会行进于动荡中还有稳健。

前文从“明显而即刻的危险”这一原则入手,有利于我们更深一层地了解美国人对于言论自由的理解,对我国制订新闻传播法也有一定的借鉴意义。

① 龙显雷:美国宪政下的言论自由——“明显而即刻的危险”原则的历史分析,载《法商研究》1997年第2期。

② 《牛津法律大辞典》,北京:光明日报出版社1988年版,第164页。

第三章

名誉权

据报道,2004年1月,著名电视节目主持人杨澜将重庆《21世纪人才报》告上法庭,目前,重庆渝中法院已正式受理此案,杨澜在民事诉状中称,2003年12月26日,由《21世纪人才报》编辑出版的《欢乐城市》周刊第19期,发表的“杨澜注定破产”一文严重失实,文章中称“可怜的杨澜真的有些山穷水尽的味道了”,使用侮辱性语言,采用了诽谤的手段,抵毁了她的名誉和信誉。为此,杨澜要求被告停止侵害,公开赔礼道歉,并赔偿其精神损失1元,承担案件诉讼费。^①

民法通则公布实施以来,名誉权案件就成为人民法院审理民事案件的一个重要方面。从1988年的“告记者热”到1992年的名人名誉权高峰,直到今日,名誉权诉讼越来越多,这表明中国公民和法人的名誉权意识越来越强;同时,关于名誉权的各种问题应引起传媒业者高度重视。

第一节 名誉与名誉权

名誉与名誉权是两个不同的概念。

^① 见2004年1月12日《北京娱乐信报》。

一、名誉与名声

虽然西方学者认为,“名誉”一词更多地趋向于表明一个人对他或她自己的主观评价(对名誉的主观感受),而“声誉”一词则用以形容他人对他或她的评价。^①但在汉语中,我们很少做这种区别。在汉语中,名和誉均指声誉、声名。从字源上理解,名誉是不可虚设的外在评价。《墨子·修身》即有“名不徒生,而誉不自长,功成名遂,名誉不可虚假,反之身者也”^②。在古罗马社会,名誉倍受重视,被视为完全人格权力能力的外观形象。为此,《十一铜表法》设立了“名誉减损”概念,只有名誉没有缺陷的人,才能享有罗马法规定的全部公权和私权,而名誉减损的人的权利将受限制。^③由此看来,名誉即名声,指社会上人们对公民的品德、情操、声望、信誉、形象、性格等方面的综合评价。“名誉的核心是社会评价。”^④这是理论界普遍接受的看法。一般认为,名誉有如下特征^⑤:

1. 社会性

名誉是公民和法人获得的社会评价,它既源于公民和法人在社会中的所作所为,同时也是周围的个人和组织依社会观点对其作出的评价。

2. 客观性

客观性指名誉并不随名誉主体主观上认识的变化而变化,在一特定的时期,某一主体的名誉是特定的,不可改变的。名誉的客观性一方面表现在主体外在客观性上,另一方面则表现在公众对这种外在表现评价的客观性上。

① [奥]曼弗雷德·诺瓦克:《民权公约评注》(上册),毕小青、孙世彦译,北京:生活·读书·新知三联书店2003年版,第304页。

② 何序哲:关于名誉权法律保护几个理论和实践问题的探讨,载《辽宁公安司法管理干部学院学报》2000年第1期。

③ 龙斯荣:《罗马法要论》,长春:吉林大学出版社1991年版,第28页。

④ 李大元主编:《法律服务必备丛·民事卷》,北京:中国政法大学出版社,第362页。

⑤ 李玫:简论名誉权的几个法律特征,载《中国青年政治学院学报》1999年第2期。

3. 特定性

即名誉只反映着社会对某一特定人或特定组织的评价,总是有着具体而明确的对象。失去了特定对象,名誉就失去了客观物质载体。名誉可能针对着单个的人或组织,也可能针对着一群人或团体,但对象总是可以界定其范围的。

4. 观念性

评价虽有客观性,但就其本质来说,是当时社会意识的一个组成部分。这种名誉意识先作为一种观念存在于人的心目中,在适当的时候可以表现出来。

5. 时间性

名誉是在某一时刻某一主体所获得的社会评价。随着时间的推移,名誉随时在变化。这种变化可能是由于主体行为改变因而导致评价变化,也可能是行为依旧而社会对特定行为的评价变化导致名誉的变化。

二、名誉权

正是由于名誉权是以名誉作为客体,因而决定了名誉权的本质在于权利人有权要求他人作出客观公正的评价,有权排除他人对其名誉享有的权利的侵害。但是关于什么是名誉权,目前我国的法律没有明确定义。史尚宽先生认为,名誉权是指“以人在社会上应受与其地位相当之尊重或评价之利益为内容之权利也。”^① 王利明先生认为:“名誉权是指公民和法人依法对其名誉所享有的权利。”^② 张新宝认为:“名誉权作为一种民事权利,它是民事法律规定的民事主体所享有的获得和维持对其名誉进行客观公正评价的一种人格权。”^③ 顾理平则认为:“名誉权是指公民或法人对自己在社会生活中所获得的名誉享有的不可侵犯的

① 史尚宽:《债法总论》第145页。

② 王利明:《民商法理论与实践》,长春:吉林人民出版社,第440页。

③ 张新宝:《中国侵权行为法》,北京:中国社会科学出版社1998年版,第307页。

权利。”^① 还有人认为,名誉权是人身权中人格权的一种,是指公民和法人就其自身属性和价值在社会生活中所获得的社会评价(即自己的名誉)依法享有和维护的不受他人侵害的权利,是人格权中内容最为丰富和复杂的一项权利。^② 综合各家论述,我们认为名誉权就是指公民、法人或其他组织对自己所获得的社会评价享有的不可侵犯的权利。

显然,名誉权是法律赋予公民和法人所享有的一项权利,受国家的法律保护。公民有权要求社会对自己进行客观公正的评价并排斥他人贬损自己名誉的权利。1986年4月12日全国人民代表大会会议通过的《中华人民共和国民法通则》第101条规定:“公民、法人享有名誉权,公民的人格尊严受法律保护,严格禁止用侮辱、诽谤等方式损害公民、法人的名誉。”第102条规定:“公民、法人享有荣誉权,禁止非法剥夺公民、法人的荣誉称号。”第120条规定:“公民的姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权受到侵害的,有权要求停止侵害、恢复名誉,消除影响,赔礼道歉,并可以要求赔偿损失。法人的名称权、名誉权、荣誉权受到侵害的,适用前款规定。”另外,1999年3月15日全国人民代表大会通过并公布施行的《中华人民共和国宪法》的第38条规定:“中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯。禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害。”这些法律条文充分表明,公民有权要求社会对自己进行客观公正的评价并排斥他人贬损自己名誉的权利。当然,同样,社会也有权对公民或法人进行公正客观的评价。贺卫方曾经写道,在社会生活和交往过程中,一个人珍惜自己的名誉是相当自然的一件事情。人们常说的“身败名裂”,实际上,更多的情况下是名裂而导致身败。名誉的这种重要性在一定程度上使得社会秩序得以维系。我们可以想象,当一个社会中相当数量的人不珍惜名节,无所谓声誉、口碑,这个社会要形成和维持良好的秩序实在是一件极困难的事情。

① 顾理平:《新闻侵权与法律责任》,中国广播电视出版社1998年版,第177页。

② 李玫:简论名誉权的几个法律特征,载《中国青年政治学院学报》1999年第2期。

三、死者的名誉

这里需要提及的是死者的名誉权问题。如果新闻侮辱、诽谤了死者是否要承担责任呢？回答是肯定的。虽然究竟是保护死者的名誉还是名誉权在学术界曾经争论得很激烈，先后出现五种观点：第一，是“社会利益说”^①。第二，“准名誉权说”^②。第三，“死者遗属名誉权说”^③。第四，“死者名誉说”^④。第五，“死者名誉权应为死者生前名誉权”^⑤。笔者个人赞同第二种观点，即“准名誉权说”。即死者的名誉应受到保护，但死者不能像生者那样享有完整的名誉权，不能通过赋予死者名誉权的方式来保护死者的名誉，但为了保护死者生前的利益使死者的名誉不受损害可以由法律明文规定，在名誉方面视同生者享有准名誉权。^⑥1989年4月，最高人民法院以“复函”的形式草率做出答复，称“吉文贞（艺名何花立）死后，其名誉权应依法保护”，^⑦明确答复保护的是死者的名誉权而不是名誉。

这一“复函”出台后，引发了理论上的许多问题：死者既非民事主体，为何仍有名誉权？^⑧既有名誉权，其主体资格是如何取得的？等等。归根到底，所谓死者的名誉权保护违反了民法上的常识：权利能力是权利存在的前提和基础。在没有充分的理论说明情况下，最高人民法院主动地纠正了这一“复函”的错误。在1993年《关于审理名誉权案件若干问题的解答》中，审慎地提出“死者名誉”而不是“名誉权”，认为“死者名

① 王利明、杨立新：《人格权与新闻侵权》，北京：人民法院出版社2000年版，第26页。

② 孙家锋：依法保护死者名誉的原因和方式，载《法律科学》1991年第3期。

③ 魏振赢：侵害名誉权的认定，载《中外法学》1990年第1期。

④ 史浩明：关于名誉权法律保护的几个理论与实践问题，载《学术论坛》1990年第3期。

⑤ 曹瑞林：《新闻媒介侵权损害赔偿》，北京：人民法院出版社2000年版，第334页。

⑥ 朱伟光、郑全兴：死者名誉权刍议，载《当代法学》1999年第4期。

⑦ 最高人民法院民事审判庭编：《民事手册》第三辑（下），人民法院出版社1994年版，第1161页。

⑧ 参见侯明光：论对死者名誉的法律保护，载《人民司法》1989年第3期。

誉受到损害的,其近亲属有权向人民法院起诉。”^① 从而初步确定了死者名誉法律保护的基点,避免了实务与理论的不协调。1990年第2期的《中华人民共和国最高人民法院公报》上刊登了两则侵犯死者名誉的典型案例,即唐敏诽谤案和陈秀琴诉魏锡林、今晚报社侵害名誉权的纠纷案。这说明,只要新闻媒体使用侮辱、诽谤方式侵害了死者的名誉,就要承担民事责任。1997年李林诉《新生界》杂志社、何建明侵害名誉权纠纷案中,北京市高级人民法院认为:公民的名誉即使在其死后,也不应当受到侵害。如果公民的名誉在其死后受到侵害,其近亲属有权提起诉讼。上诉人何建明在报告文学中叙述我国当代科学史上的重大事件时,理应尊重事实;在对著名历史人物的经历和人品作出评价时,应当持客观、慎重的态度。但是何建明在其撰写的《科》文^②中,却从政治、学术、人品等方面对李四光进行了不恰当的描写,许多情节缺乏客观事实根据。《科》文的发表,客观上影响了公众对李四光的公正评价。何建明的行为已损害了李四光的名誉,同时也给李四光之女、被上诉人李林造成了一定的精神痛苦,何建明应当依法承担侵权的民事责任。原审被告《新生界》杂志社未尽审查职责,在其主办的《新生界》杂志上发表明显带有侵权内容的作品,也应依法承担相应的民事责任^③。这一判决再次强化了对死者名誉(请注意判决书中使用的是“名誉”,而不是“名誉权”)保护的理念^④。然而,对于为何确定以此为基点及如何保护等深层次问题,仍未能从实务上找出答案,理论上仍有说明的必要。

① 中华人民共和国《最高人民法院公报》1993年第3期。

② 指1995年7月,何建明在其主编的《新生界》杂志1995年第3期上发表了自己撰写的长篇报告文学《科学大师的名利场》一文。

③ 《中华人民共和国最高人民法院公报》1998年第1期。

④ 无独有偶,2003年12月29日判决的陈永贵亲属告北京青年报社、吴思因名誉权纠纷一案中,判决书再次使用了“死者的名誉”一词。(见北京市第一中级人民法院民事判决书(2003)一中民终字第8549号)。

第二节 新闻侵害名誉权的几种类型

由于“公民或法人的社会活动是新闻报道的主要内容,而名誉权与之密切相联,所以,新闻媒体和新闻记者稍有不慎,就有可能构成对公民或法人名誉权的伤害。”^①《南方日报》社委会曾将新闻侵犯名誉权分为以下几种^②:

(1) 虚假新闻损害他人名誉。即新闻完全失实或基本失实,对他人名誉造成损害。虚假新闻历来是新闻界所反对的。但由于一些从业人员追求轰动效应,工作马虎,不深入调查采访等原因,导致一些虚假新闻出笼。例如,有一家报纸,曾刊出一篇表扬性的关于一对打工仔冲破重重阻力恋爱结婚的报道。事后查明,该报道是一个外报记者根据两对打工仔爱情经历编造出来的,其中的所谓“事实”多属杜撰。后来,两对打工仔先后起诉该报侵害名誉权,使该报非常被动。

(2) 侮辱他人人格。报道的内容虽然基本属实,但是其中有侮辱他人人格的词句的,也构成侵权。例如,报道中针对受害人的某种生理缺陷,某种不正当的行为,或某种不足为外人道的疾病等,运用贬低、伤害性的言辞,对受害人进行攻击的违法行为。

(3) 新闻诽谤。即报道中恶意编造虚假事实而侵害他人名誉权的行为。恶意是故意的一种主观状态,它与新闻报道中的一般故意的区别在于:新闻诽谤者在主观动机上对受害人不怀好意,如挟私报复,心存偏见等,其损害受害人名誉的针对性非常明显。而一般故意的动机只是为了制造轰动效应,取得稿酬或为个人出名等,不存在刻意对受害人进行伤害的心理状态。一般来说,新闻诽谤中的所谓“新闻事实”,是侵权人

① 顾理平:《新闻侵权与法律责任》,北京:中国广播电视出版社1998年版,第183页。

② 蓝芳:构筑新闻“防火墙”——南方日报报业集团建立预防新闻侵权制度,载《新闻记者》2000年第10期。

恶意编造的,或者虽与生活真实有一定联系,甚至个别细节是生活真实,但主要事实是凭空捏造的。而这些编造的“新闻事实”,会使读者对受害人的人格产生明显的贬低性的评价。

(4)不当评论损害他人名誉。就是说,在新闻报道中,对受害人的品质、行为、信誉等作出不恰当的评论,从而损害他人名誉。这种评论可以是记者本人作出的,也可以是其他人做出的。但无论是谁作出的,只要在报纸上发表了,就可能构成侵权。例如有一家报纸发表几篇读者来信,其中部分内容对某一特定当事人的行为进行了评论,使用了诸如“白嫖”、“抠女大王”、“老流氓”等字眼,结果成讼,且招致败诉。

《南方日报》社委会强调,凡涉及指控个人违法犯罪的、单位声誉的、个人名声的、个人疾病的、对个人智力评价的,以及其他可能引起对个人或单位贬低性评价的内容,必须掌握足够的证据方能报道。禁止在报道中出现侮辱、诽谤他人人格的词句。正面报道对象的材料也要全面掌握,言之有据,评价要准确无误,不要人为拔高或贬低。在报道中注意这些方面,方能有效地避免新闻侵犯名誉权事件的发生。^①

事实上,我们可以将《南方周末》对于名誉权侵犯的类型进一步归纳为新闻诽谤和新闻侮辱两种方式。

一、新闻诽谤

一般认为新闻严重失实或者基本内容失实,损害了他人名誉,这就是新闻诽谤。^②我国的《宪法》、《民法通则》和《刑法》都有禁止诽谤、侮辱的条款。《刑法》第246条对诽谤罪的构成作了“捏造事实诽谤他人,情节严重”的规定,第221条对损害商业信誉、商品声誉罪的构成作了“捏造并散布虚构事实”的规定。

在美国,诽谤的构成一般须具备这样一些要素:

① 蓝芳:构筑新闻“防火墙”——南方日报报业集团建立预防新闻侵权制度,载《新闻记者》2000年第10期。

② 魏永征:《中国新闻传播法纲要》,上海社会科学出版社1999年版,第223页。

一是诽谤性陈述。一般而言,诽谤诉讼倾向于涉及以下几个范畴的虚假指责:①犯罪指控;②不当性行为或其他不道德行为;③染有讨厌的疾病或心智残疾;④职业上的不称职或渎职;⑤破坏、财务方面的不负责任或不诚实;⑥不名誉的行为如虐待儿童或滥用钱财;⑦对产品的批评(贸易诽谤)。^①二是公布于众;三是识别确认;四是经济损失。

在英国,1952年英国制定了现行的《名誉侵权法》,规定:公布使普通人对人评价的下降的言论,即构成名誉侵权。英国法中名誉侵权罪构成要有三个要件,受害人必须予以证明:第一,名誉侵权的言论;第二,提及被害者;第三,公布。^②可以作为参考。

对于新闻报道失实是否构成侵权,1993年我国公布的《解答》有如下界定:

“因新闻报道严重失实,致他人名誉受到损害的,应该按照侵害他人名誉权处理。”但对因撰写、发表批评文章引起名誉权的纠纷区分为三种情况:

“文章反映的问题基本真实,没有侮辱他人人格的内容,不应认定为侵害他人名誉权。

“文章反映的问题是基本属实,但有侮辱他人人格的内容,使他人名誉受到损害的,应认定为侵害他人名誉权。

“文章的基本内容失实,使他人名誉受到损害的,应认定为侵害他人名誉权。”

可见,如果新闻报道以虚假或攻击性的内容指责他人有不道德或违法行为,损害其名声,就构成对该公民名誉权的损害。

新闻报道的结论中或批评性新闻评论中,其结论或评论的内容可能有一定的事实依据,或者所依据的事实是真实的,但得出的结论却是不真实的。如果结论或评论针对的是特定的对象,那么就会造成特定对象名誉减损的结果,同样会构成侵权。如毛阿敏诉《山西晚报》案:2001

① [美]T. 巴顿·卡特等:《大众传播法概要》,北京:中国社会科学出版社1997年版,第32页。

② 刘迪:《现代西方新闻法概述》,北京:中国法制出版社,第105页。

年5月17日《山西晚报》所登《毛阿敏八成不来太原》一文的主要内容都是转自《金陵晚报》，但结尾一句“而对山西太原歌迷来说，期待已久的……5月25日……一睹毛阿敏风采的愿望恐怕也要泡汤了”猜测性的推论则没有根据——毛5月25日如期到达太原便是证明。为此，《山西晚报》付出了87万元的代价。^①

编辑在配图时还可能因为将不相干的文字与图片放在一起，而产生一种新的意义，导致对他人名誉权的伤害。如1999年第5期广东《希望》杂志以梅婷的一幅半身肖像照作封面，压在“男性避孕药最新情报”、“擦亮眼睛看有钱男人”等该期杂志的标题下面。本来，照片与这些标题的内容是没有任何瓜葛的，但合在一起，则极易引起误解，使当事人处于不良的社会评价中。因此，梅婷起诉《希望》杂志社侵犯名誉权、肖像权。

二、新闻侮辱

新闻侮辱就是指新闻报道侮辱了他人人格，损害了他人的名誉。魏永征先生认为：“新闻侮辱是利用各种新闻作品贬低他人一般人格、损害他人人格尊严的行为，哪怕事实完全属实，但只要使用了侮辱性的语句，也可以构成侮辱。”新闻侮辱与新闻诽谤的区别是：“新闻诽谤是贬低他人的某一方面或若干方面的社会评价；新闻侮辱则是否定他人的整个人格和人格尊严。”^②侯健博士分析说：“直接的辱骂是一种典型的侮辱性言辞，外部特征易于认定，可以恰当地构成名誉侵权的诉因。而比喻类侮辱性言辞则难于从其他贬义的比喻类言辞中区别开来。不是所有贬义的比喻类言辞都会构成侮辱性言辞。”

比喻类言辞是否构成侮辱性言辞，可以考虑这样几个因素：

第一，侮辱性言辞旨在侮辱人格，降低被侮辱者本来应受到的尊敬。但是如果把一名贪污犯称为蛀虫，称一名行凶施暴的警察为禽兽，

^① 案例转引自《中国记者》2002年第5期。

^② 魏永征：《中国新闻传播法纲要》，上海社会科学出版社1999年版，第234页。

并不算侮辱性言辞。因为公众并不是因为这些比喻才降低了对那名官员或警察的尊敬,而是因为官员和警察自身的劣行才降低对他们的尊敬。这些描述在公众看来是恰如其分的。如果在公共讨论中,仅仅因为某某官员体态臃肿而称之为‘肥猪’,则可能降低了该官员本应该受到的尊敬。所以是否会导致公众降低对被描述者的尊敬,是判断一种言辞是否构成侮辱性言辞的重要因素。

第二,侮辱性言辞一般出于恶意。如果是善意且并不过分的讥刺,并不构成侮辱性言辞。

第三,侮辱性言辞是在公开场合发表的。这里的公开场合意指有两个或两个人以上的场合,但是言论对象是否在场并非必要因素。如果是在私下场合或者在除了言论者与言论对象之外没有第三人的场合下发表的,这种行为构成另外的而非名誉侵权的诉因。

除此之外,我们还应注意到,如果某种称谓是被称谓者自己招致的,也不构成侮辱性言辞。例如报纸多次报道某官员的不当行为,该官员不仅不予改正,反而满不在乎地说:‘老子是属猪的,禀性难移’。报纸因此称他是‘死猪不怕开水烫’,并不算过。另外,对于某些言辞需从特定的场合和特定的文化背景出发才能准确地判断它是不是侮辱性言辞。”^① 结合众家之说,笔者认为新闻侮辱一般表现为如下情形:

(1) 冒骂,即用“非人”的语词冒骂他人。如“猪”、“狗”、“王八蛋”、“垃圾”之类。1992年一位湖北女作家在某杂志上发表了一篇回顾成功之路的自述,文章在谈到她在读小学时因课堂上传递纸条而受到老师陈圣同的批评时写道:“以后,我永远直呼其名:陈圣同或者狗。”“这个姓陈的人我很少再想起,想起来也很可怜他;一名老师,好歹也是知识分子,怎么就一点也不懂文学?”陈圣同诉至法院,法院认为这位女作家使用了损害陈老师的人格和名誉的语词,因此判决作者和杂志社承担侵权责任。

当然使用一些贬义的形容词也会造成侵权。曾有一位当过记者的律师说,撰稿人和编辑要谨慎使用某些词汇,下面是他列出的部分需要

^① 侯健:《舆论监督与名誉权问题研究》,北京大学出版社2002年版,第118~119页。

谨慎使用的词汇:^①

通奸、二流子、私生的、破产、人贩子、不称职、重婚者、酒徒、有性关系、勒索、行贿、有前科、说谎的人、偷窃、精神病、贿赂、作伪证的人、懦夫、欺骗、伪君子、不道德、违反行业规范。

如 1987 年,某刊发表了已故评弹艺术家徐丽仙的爱情生活的报道。报道内容基本属实,但在谈及徐丽仙的前夫严某时,作者用了“花花公子”、“负心郎”等带有侮辱性的语言,且称严某的现妻为“姘妇”。严某夫妇据此起诉杂志社及作者侵害名誉权。被告败诉,须登报赔礼道歉,并赔偿人民币 900 元。被告败诉的原因就是因为文章中有侮辱他人人格的内容。

(2)丑化,即通过文字或图像手段,把相对人的形象描写得使人可憎、可恶、可鄙。^②如王国藩诉小说《穷棒子王国》侵害名誉权一案中,被告的小说的主人公是“靠三条驴起家”的黎明农业合作社社长殷大龙,在政治上搞权术整人、在经济上贪污投机倒把、在生活作风上腐化玩女人。王国藩认为作品中的主人公就是特指自己,对他进行侮辱诽谤,于 1991 年状告作者古鉴兹和作家出版社侵害名誉权。1993 年 3 月法院一审判原告胜诉,同时做出了在 15 日内全部销毁《穷棒子王国》的判决。

(3)嘲讽,即嘲笑他人的生理缺陷,对他人的正常表现或者应予褒扬的表现加以无端的讥诮、嘲弄。

(4)污蔑,即把他人的人格置于常人之下,加以藐视性的评说。特别表现为以陈旧的观念评说女人、少数民族、残疾人、体力劳动者等属于相对弱势的群体的特定的人。如“这位售货员女士摆出的岂至是后娘脸,简直就是寡妇脸”的语词就是一种污蔑性的语词。

(5)猥亵,即以轻浮、挑逗的笔法陈述两性关系,不仅格调低下,也具有侮辱相对人的性质。如 1987 年 1 月《小说林》杂志发表了《杨沫的初恋》的文章,描写女作家杨沫青年时代的一段恋情。作者凭想象做了一些虚假而轻浮的描绘,如“狂乱地亲吻”,“软软地扑进了他的怀里”,

① 引自[美]特德·怀特:《广播电视写作与报道》,新华出版社 2000 年译本,第 216 页。

② 魏永征:《中国新闻传播法纲要》,上海社会科学出版社 1999 年版,第 236 页。

“男人的冲动再也压抑不住”，等等，严重地损害了这位女作家的声誉和人格尊严。杨沫为此发表声明：“我的初恋，不经我的许可，我本人不愿意公布它，任何人、任何报刊也无权公之于众……”尽管撰写此文的河北香河作者王某本人并没有任何损害杨沫名誉的动机，如王某自己所言，她是：“怀着一腔激情，来歌颂这种纯洁的初恋的……”，但她的行为仍然构成了侵权。后经调解，《小说林》杂志公开道歉，并赔偿损失。^①

值得注意的是，侵犯他人的名誉权并不一定用贬义的词语。有的时候，一些“不真实的好话”同样会构成对他人名誉的侵害。例如，1998年，与余秋雨、马兰夫妇素不相识，也从未采访过他俩的孙敏写了一篇题为《余秋雨和马兰》的文章，在十几家报刊上发表。余秋雨为此写了题为《一个劝告》的信致孙敏，好言相劝不要说假话。信中说：“您的文章写了一些生活琐事，全为我们说好话，口气十分善意，这是应该感谢的。但这些事，我们作为当事人怎么有很大一部分都不知道呢？”对此，余秋雨认为：“不真实的好话与不真实的坏话，在社会功能上是一样的……这种吹嘘反而会让人家轻视我们，效果比骂我还坏。须知，大量不真实的传递只能加剧文化信号的无序和错乱，中国文化在这个方面吃的亏已经够多的了。”

继余秋雨之后，经济学家厉以宁教授也受到“恶性吹捧”。最近，中国国际广播出版社出版的署名马啸的《厉以宁启示录》一书内虚构的情节几十处。厉以宁在1998年8月20日《羊城晚报》上奉劝作者不要再胡编乱造。厉以宁在文中写道，并非经济学出身而且一直置身于经济界之外的署名马啸的作者，对这一切都不了解，书中不止一处说说我如何如何在股份制与所有制改革研究中独树一帜，仿佛是“众人皆醉，唯君独醒”，这种“赞扬”简直令人受不了。厉以宁还有选择地列举马啸一书中不实之处，他怒斥道：“尽管这本书是‘赞扬’我的，但由于不符合事实真相，这赞扬无异于贬损。”可见，新闻作品必须真实，否则，善良的出发点只能导致不良的后果。

^① 《民主与法制》1987年第3期。

第三节 名誉权与表达自由的冲突

毫无疑问个人的名誉权与表达自由权利之间必定存在一种紧张关系,那么法制如何解决这一问题呢?对于处理名誉权与表达自由的关系,国外有两种基本理论,一种是“个别比较平衡论”(ad hoc balancing),这一理论的基本要点是当宪法上两种价值发生冲突时,根据个别案例,分析表达自由所获得的社会利益与个人蒙受的利益损害之间的大小。如果确定保护前者的利益更大时,而承认表达自由;反之,如果确定保护后者的利益更大时,则尊重个人的名誉权。这一理论有人认为比较暧昧,当然更重要的是有时这两利益的价值大小没有一个统一的权衡标准,做出哪一种利益更大的判断往往是不确定的。因此有人提出了一种新的理论,即“界限确定平衡论”(definitional balancing)。后一理论的基本观点是不对个别事例进行利益比较,而从宪法原理出发,承认表达自由的优越地位,根据这个原理决定适用原则。这一理论的根据是把表达自由当作政治过程中的权利,作为维护与发展民主社会必不可少的要素。目前,“在新闻界,有关新闻自由与个人权利调整问题上,该理论影响日益增大。”^①

因《东方体育日报》报道了有关范志毅世界杯期间涉嫌赌博而打假球一事,范志毅一怒之下将该报告上法庭。2002年12月18日,上海市静安区人民法院正式宣判,被告《东方体育日报》最终胜诉。这也是中国足球职业化以来第一例媒体胜诉的官司。判决书中指出,判断一则新闻是否构成名誉侵权,应当综合案件的具体情况,按照民事侵权责任构成要件去衡量。首先,被告主观上不存在过错,行为也不违法。其次,被告的报道并未对原告的名誉造成损害后果。最后,报道的新闻报道是以为社会公众利益进行新闻宣传和舆论监督为目的,应当受到法律保护。笔

^① 刘迪:《现代西方新闻法制概述》,中国法制出版社1998年版,第146页。

者对此判决书最感兴趣的是如下言语：“即使原告认为争议的报道点名道姓称其涉嫌赌球有损其名誉，但作为公众人物的原告，对媒体在行使正当舆论监督的过程中，可能造成的轻微损害应当予以容忍与理解。”^①

这只不过是近年来频频出现的涉及“公众人物”的诸多案件中的一个代表而已。在此类案件的审理过程中，媒体被告一般都会拿“公众人物”作为自己的辩护理由，而法官有的是默默地接受了这个辩护，更多的是不予理会。事实上许多人坚持媒体的报道一旦引发侵权纠纷时，尤其是当侵害对象是名人、是公众人物时，新闻媒体的侵权行为仍然要受到保护。他们称这种保护在国外——至少在美国，自从《纽约时报》诉沙利文（New York Times V. Sullivan）一案之后已成共识。是不是共识我们姑且不论，本文的问题是美国最高法院在《纽约时报》诉沙利文案中确立的“实际恶意”规则的法理理念是什么？法院为什么要给予新闻媒体相当大的豁免权？“实际恶意”规则有没有缺失？如果有，我们能给出一种比这一规则更好的规则吗？为便于分析，让我们先介绍《纽约时报》诉沙利文案的具体情况。

一、沙利文案与“实际恶意”原则

1954年，美国联邦最高法院做出了著名的布朗案判决，宣布美国南方盛行的种族隔离制度违反美国宪法的平等保护原则。此后，美国南方的黑人民权运动风起云涌，热火朝天。为了扩大影响，争取社会支持，1960年3月29日，一个民权组织出资4800美元，购买了《纽约时报》的一个整版篇幅，刊登了题为《请倾听他们的呐喊》（Heed Their Rising Voices）的政治宣传广告，广告呼吁读者捐款，以保释因领导民权而被捕的民权运动领袖小马丁·路德·金牧师。这份广告署名的84人中，既包括了前总统罗斯福的夫人，也有南部的黑人民权运动领袖人物，以及4名来自阿拉巴马州的黑人牧师。广告描述了南部黑人正在进行的

^① 2002年12月23日《北京青年报》。

反种族歧视的非暴力抗争运动,以及他们遭到地方警察残酷镇压的情形,其中尤其提到阿拉巴马州蒙哥马利市(Montgomery)的警察对黑人学生施用暴力。广告还称,这些“南方的违宪者”正在一意孤行,镇压并力图消灭黑人民权运动。事实上,广告中有个别细节不够真实。^①比如,广告中说有几位黑人学生因领导和平示威而被警察驱出大学校园,实际上这几位学生是因进入一家仅供白人就餐的餐厅抗议,使餐厅无法正常营业,违反了当时阿拉巴马州的种族隔离法和社会治安法而被驱,警察的行为基本上属于依法行事。又比如,广告称阿拉巴马州立学院的“全体学生”都抗议警察的这一行动,实际上只是大部分学生。还有,金博士被捕过4次,但广告上却说有7次。另外,广告还说阿拉巴马州暴动时,接踵而来的卡车满载警察,这些警察配带枪械和催泪弹,冲进阿拉巴马州州立学院,所有的学生被关起来不许进午餐,警察的目的是用“饥饿迫使他们屈服”,这也不是事实。

L. B. 沙利文(L. B. Sullivan)是蒙哥马利市的民选市政专员(elected commissioner),负责当地的警察局。根据阿拉巴马州法律,在沙利文起诉前,可以要求报纸刊出更正启事,但《纽约时报》没有刊出这样的启事,只写信问沙利文,广告中什么词涉及了他,沙利文以起诉作为回复。沙利文称这一广告虽然没有点他的名,但他即代表广告中的警察,证人也指出,他们能从广告中辨认出警察局长。沙利文控告金博士等4名牧师和《纽约时报》严重损害了他作为警方首脑的名誉,犯有诽谤罪,要求50万美元的名誉赔偿费。

虽然刊登这则广告的《纽约时报》在蒙哥马利市只有35份传阅,据此,蒙哥马利市地方法院陪审团基于严格的私人诽谤规则,假定广告的诽谤存在(libelous per se),除非被告能够证明广告所作的陈述属实,否则就对假定性的错误的陈述所造成的诽谤负有责任,且原告无须证明实际损失的存在,就可以获得惩罚性赔偿(punitive damage)。据此,法庭判沙利文胜诉,并判《纽约时报》需要支付50万美元的赔偿金。《纽约时报》不仅不服,而且非常愿意把官司闹大,他们认为如果不坚持打

^① Don R. Pember: Mass media law, Boston, MA: McGraw-Hill 2000 Edition, P158.

赢这一官司,那么以后类似的因报道有误而产生的官司还会接踵而来。历时两年,官司打到阿拉巴马州最高法院。1962年8月,州最高法院维持原判,并给诽谤罪下了一个很宽的定义:“任何刊出的文字只要有损被诽谤者的声誉、职业、贸易或生意,或是指责其犯有可被起诉的罪行,或是使其受到公众的蔑视,这些文字便构成了诽谤。”《纽约时报》不服,聘请哥伦比亚大学著名宪法权威韦克斯勒教授(Herbert Wechsler)为律师,把官司一直打到了最高法院。

《纽约时报》要打赢这场官司,并非易事。^① 因为,诽谤案的审理素来由在州法院按州法进行,各州通常依照普通法的惯例来审理涉嫌诽谤的案件,即只要证明被告对原告进行了诽谤和诬蔑的事实存在,罪名即可成立,而无需讨论原告是在何种情况下(即原告是有意的还是无意的或无知的)使用了涉嫌诽谤的材料和信息。这正是阿拉巴马州巡回法院判沙利文胜诉的方式。联邦宪法中与言论权利联系最紧密的是宪法第一修正案;该修正案保障公民在宗教、言论、出版、和平集会和请愿方面的自由和权利,但在传统上,它将涉嫌诽谤的言论排除所保护的言论和出版自由之外。

针对这一情况,韦克斯勒教授在上诉过程中,跳出侵权法的范畴,不再纠缠于诽谤是“受保护的”还是“不受保护”的言论,而是紧紧抓住宪法第一修正案保护言论自由这一条,强调诽谤罪成立可能会妨碍美国人珍视的言论自由的表达权。韦克斯勒在他的案情陈诉(brief)中,提出了几条界定言论自由、对政府官员的批评与诽谤间界限的法律原则,包括:对政府及其官员的批评不能被随意视为是诽谤行为;由此引发的诉讼必须遵循宪法第一修正案的原则来审理;政治言论不能因伤害了政府官员的名誉而受到压制和惩罚。他同时还提出,如果政府官员要在诽谤诉讼中取胜,他们必须证明被告具有“实际恶意”(actual malice),

① 虽然早在1923年,《芝加哥论坛报》曾因报道芝加哥市政府破产的一篇新闻内容失实,而被当地政府告上法庭。伊利诺伊州法院,判决《芝加哥论坛报》无罪。判决书中说:“宁可让一个人或报纸在报道偶尔失实时不受惩罚,也不能使全体公民因担心受惩罚而不敢批评一个无能和腐败的政府”。不过,这个判例的影响范围仅局限于伊利诺伊州。

即以明知故犯或肆无忌惮的方式使用已经明知的虚假材料来攻击和诬蔑原告。后来的事实证明,韦克斯勒的这些极有创见性的观点为联邦最高法院判决意见的形成,做了极为重要的铺垫。

1964年3月9日,联邦最高法院就《纽约时报》诉沙利文案作出裁决,9名大法官一致同意推翻阿拉巴马州州最高法院关于沙利文胜诉的判决。

最高法院指出:如果阿拉巴马州的作法“适用于公职人员对其执行公务行为的批评者所提出的起诉,那么,言论自由和新闻自由是否会因此受到损害?”回答是肯定的。因为在大法官们看来,美国宪政史上没有任何判决“赞成以诽谤罪压制对公职人员执行公务行为的批评”。他们裁定,让新闻媒体保证每一条新闻报导都真实无错,是一件不可能的事。联邦法院的法官们认为纽约时报虽然刊登了内容不实的广告,并且也的确对原告的名誉造成了一定的损害,但由于原告是一名“政府官员”,他必须“明白无误地和令人信服地”证明《纽约时报》事先知道广告上的指控是假的,但仍然明知故犯,照登不误;或者证明《纽约时报》严重失职,对于广告上的指控存有严重疑问,但未作任何努力去查核事实真相(reckless disregard for the truth)。布伦南(Willian Brennan)法官将此称之为“实际恶意”原则。^①

实际上此案建立了判断和裁决言论自由、舆论对政府官员的批评与诽谤罪之间的关系和界限的法律准则。其要旨包括:^②

(1)沙利文案涉及的是言论自由的问题,必须采用宪法第一修正案的标准来审理;

(2)对于公共事务进行“不受阻碍的、充满活力的和广泛的”的辩论是美国社会的一项基本原则,纽约时报刊登的广告是对“我们时代面临的一个主要问题”所表达的一种“怨愤和反抗”,是一种政治言论,必须受到宪法的保护;

(3)在自由的辩论中,难免出现“带有错误的言论”(erroneous

^① Don R. Pember: Mass media law, p158.

^② New York Times V. Sullivan, 376 U.S. 254~305 (1964)).

statement), 这种情形在新闻界尤其如此; 即便如此, 宪法必须保护这种(可能出现错误的)自由辩论, 因为这是表达自由(freedom of expression)存活下去所必须具有的一个“呼吸空间”(breathing space); 同理, 自由辩论可能对政府官员的名誉造成伤害, 但这也不能成为压制言论自由的理由, 因为对于政府官员施政行为的自由的公共讨论是美国政府的一个根本性原则; 阿拉巴马州州最高法院的判决实际上是强迫人民和报纸自我约束对政府和政府官员行为的批评。

(4) 如果政府官员要在与其相关的名誉损失和诽谤案中胜诉, 必须举证说明被告(媒体)在进行那些具有诽谤和诬蔑的报道时带有“实际恶意”, 即媒体在进行有关原告的报道时清楚地知道自己使用的材料或信息是“虚假不实的”(false), 或对其使用的材料和信息的真伪予以“肆无忌惮的无视”(reckless disregard); 在这里, 美国最高法院把“实际恶意”定义为明知争论中的陈述为谬误或“毫不顾及”陈述是否为谬误而公布于众。依此标准, 当原告如果是一个政府官员时, 他要想打赢一场诽谤官司就必须向法庭证明被告含有恶意, 或者是蓄意地对他实施诽谤。含有恶意包含两方面的意思: 一是明知故犯, 二是严重失职。明知故犯意指被告明知消息与事实不符, 还是不顾一切地将消息发表, 换言之就是撒谎、造谣。严重失职则是反映记者编辑在对消息的准确性有怀疑时, 不核实、不查证, 照发不误。

(5) 如同政府官员被赋予法律的保护而不会因执行公务而遭到诽谤罪的起诉, 公民也应具备同样的特权, 即不会因为批评政府官员而被起诉;

(6) 联邦最高法院最后认为, 沙利文呈庭的事实和证据, 并不能证明《纽约时报》刊登那份广告是“明知其言虚假, 或满不在乎它是否虚假”。因为, 那幅广告由 64 位名人联名签署, 如果他们预先知道某些内容不实, 显然是不会轻易签名的。因此, 他们的行为不属于故意诽谤。从《纽约时报》这方面来说, 既然宪法保护新闻自由, 那么《纽约时报》当然有权利决定刊登什么样的文章和广告。基于对 64 位社会贤达的信任, 《纽约时报》对这个政治宣传广告的细节未做精确的核对, 但这并不能证明时报公司对沙利文有“实际恶意”, 故意刊登内容虚假的广告来诽

谤和诬陷公职官员。

该原则成为后来美国法院处理类似案件的指针,并在1967年的“足球教练和退伍将军案”中,最高法院将“公共官员”的概念扩展到“公众人物”(public figure)。这样一来,不仅政府官员,而且娱乐界的明星,体育界的精英,工商界的大亨,甚至是某一社区的头头脑脑,都可以囊括在内。这些人在抛头露面,出尽风头的同时,却不能不牺牲自己的一些权利,被新闻界曝光若干见不得人的隐私。公众人物大致包括两类,一种是那些具有一定名声而被大众看作为公众人物的人,如影视、体育明星等;另一种是自己原来并不出名,但却因某件事引起社会公众注意而成为公众人物的,如政治运动领袖、一夜暴富的买彩票得奖者等。这些公众人物在受到诽谤时,要想赢得官司,必须证明被告言论不实,且有实际恶意;而私人人物(private figure)受到诽谤时,要打赢官司则只需要证明被告言论不实,而不需要证明有没有实际恶意。^①事实上,布伦南法官在沙利文案之后的一个判决中,又提出了一个更宽泛的规则,他说,即使是普通百姓,如果他对起诉某一讨论“公共利益或普遍关注”的问题的陈述时,他也应该被要求履行沙利文判例的检验标准。^②

很明显,在《纽约时报》案确立的原则之下,认定媒体侵权的要件上严格了很多。

第一,在这个原则之下,在涉及“公众人物”的报道中,只要媒体在报道的时候不是有意地制造虚假的新闻,法律允许报道出现失误甚至是重大的失误,而在此之前,此类案件实行的是“严格责任”,也就是说,不管媒体有什么样的理由,只要是报道错了,就要负侵权责任。

第二,证明被告有“实际恶意”的举证责任在原告,即“公众人物”一方,这就意味着原告一方负有证明媒体报道被告的情况失实的责任,如果他不能证明被告的报道是失实的,就要承担败诉的后果,相反,被告

① 李亚虹:《美国侵权法》,北京:法律出版社1999年版,第173~174页。

② 罗森布勒姆诉大都市媒体,《美国案例报告》,第403卷第29页。转引自罗纳德·德沃金:《自由的法——对美国宪法的道德解读》,刘丽君译,上海人民出版社2001年版,第295页。

没有义务证明自己的报道是属实的。由于诉讼的实质就是举证,如果法律规定媒体不需要举证,胜利的天平实际上已经向媒体倾斜了。

第三,“实际恶意”不是一般的过错,它几乎接近于“故意”和“明知故犯”,是一种“重大的过错”,在证明被告存在这样的一种过错状态的时候,原告的举证必须“明白无误和令人信服”,而在一般的侵权案件中,证明是否侵权的标准只是“占有优势的证据”,意思是看原被告双方哪一方所提供的证据更加有力。这一条的深层意义实际上是假定作为媒体的被告在报道的时候是“无罪”的,假定它们有足够的理由相信报道是属实的,这就要求作为“公众人物”的原告必须在法庭上证明自己是无辜的,否则就要承担不利的法律后果。

“实际恶意”原则出台后,不独在美国,在世界各国的司法领域中都产生了广泛的影响,一些国家采用了类似的原则来处理诽谤案件。如据中新网北京 2002 年 2 月 19 日消息,以色列最高法院 18 日驳回了沙龙有关《国土报》对其进行诽谤的诉讼请求,并要求沙龙为此支付约 3240 美元的诉讼费。此诽谤案的起因是《国土报》记者本兹曼 11 年前在一篇题为《贝京完全知道沙龙欺骗了他》的文章中披露说,在 1982 年以色列入侵黎巴嫩的战争中,时任国防部长的沙龙对贝京总理隐瞒了他的军事意图。沙龙遂以诽谤罪对《国土报》及本兹曼本人提起诉讼。1997 年 11 月,特拉维夫地方法院以本兹曼披露内容属实,且无不良动机为由驳回了沙龙的诉讼请求,沙龙随即向以色列最高法院提出上诉。最高法院三位法官 18 日裁定,本兹曼报道动机纯正,对沙龙的诉讼不予支持。请注意以色列法院采用的“无不良动机”或者说“动机纯正”的理由与“实际恶意”原则是一回事。

二、“实际恶意”原则的法哲学理念

在西方,言论自由、新闻自由和名誉权都被认为是基本人权。包括《公民权利和政治权利国际公约》在内的重要国际人权法文件,都是把表达自由(freedom of expression)和尊重个人名誉作为一对矛盾来加以规定的。西方诽谤法研究学者认为,诽谤法就是努力求得保护个人名

誉和言论自由这两者之间的平衡。言论自由包括了揭发坏事的自由,同时也会带来损害他人名誉的自由。如果所发表的言论伤害了其他公民的人身、财产或名誉,那么个人必须对其言论所造成的损害负责。因此一人的言论自由可能和他人的身、财产或名誉权利发生冲突。各国的诽谤法就是试图平衡这类“权利冲突”(conflict of rights);它既允许公民为公共利益自由发表确实的言论,又对不负责任的错误言论所产生的损失规定了刑事或民事的处罚。在《纽约时报》诉沙利文一案之前,美国各州的诽谤法都是建立在这样的理念之上的。但在《纽约时报》诉沙利文一案中,以布伦南大法官为代表的美国联邦最高法院对传统的平衡“权利冲突”的理论做出了新的阐释:即他们一方面承认对私人诽谤施加赔偿责任,并不剥夺公共言论自由或第1修正案保护的其他自由。但另一方面他们又强调一旦涉及公共官员或公共事务时,结论就不一样……正如歌德伯格(J. Goldgery)法官所言:“第一修正案的主要功能之一,就是保证人民有充分机会去决定并解决公共问题。每当涉及公共事务,疑问的解决就应有利于——而非反对——议论自由。”^①在这样的情况下,公众人物状告媒体诽谤的官司胜诉的可能性很小。为什么法律还要做这样的规定呢?我们可以从当时美联邦法院的几位法官对该案的分析中得出一些基本理念:

第一,在布伦南法官的意见中,我们看到他一再强调“我们的决定所确立的普遍规则是,第一修正案保障对公共问题的自由言论。”他说:“我们曾指出,对于为带来人民所期望的政治和社会变革,宪法保障不受阻碍的思想交流。我们宪政体制的基本原则,乃是保护自由政治讨论的机会,使得政府响应人民的愿望,并通过合法手段得到改革;这种机会对共和国的安全必不可少。”他引用了汉德法官的一句话说:“第一修正案假设,众说纷纭权比任何形式的权威选择更可能获得正确结论。对许多人来说,这永远是不可思议的事情;但它和我们所有人的利害相关。”在布伦南法官看来,对于公众事务的辩论,应当是毫无拘束、富有

^① 引自张千帆著:《西方宪政体系》(上册),北京:中国政法大学出版社2000年版,第395页。

活力和完全公开的。它可以是针对政府和公职官员的一些言词激烈、辛辣嘲讽的,有时甚至令人极不愉快的苛刻尖锐的批评。即使这种批评是错误的,也应该予以保护。布伦南法官指出:“错误的陈述也有‘呼吸的空间’(breathing space),故也需要保护。如果仅是事实错误,并不得抑制言论自由。”^①判决还进一步引用以前的有关判例,指出“本案涉及的政治广告,就是对当今一个重大的公共问题表示不满和抗议,它显然有权得到宪法保护。”这实质上是在强调当公众人物的名誉权与舆论监督权发生冲突时,都要服从公共利益,公共利益最大。在前文所引的范志毅诉《东方体育日报》一案的吴裕华审判长就认为,范志毅诉《东方体育日报》一案的公共利益是国人关注世界杯、关注中国足球队,如果《体坛周报》报道之后没有媒体去调查,直到现在还不知道范志毅是否赌球,那对球迷是不公正的。这样的背景下,不论公众人物是谁,都应优先保护舆论监督权。

第二,对于政府及其官员的批评之所以受到特别的保护,是因为他们的言行对社会影响巨大,其所作所为直接关系到社会的整体利益,理应受到比一般老百姓更严格的舆论监督。正如贺卫方教授所言“大众传媒对公众人物——政府官员、名流贤达、演艺与体育明星等等——的监督是司法首先要保护的。个人的名誉权当然也很重要,但是,传媒自由地发挥监督职能对于维护官场的清廉与效率、明星的操守以及社会的安全更是至关重要的。”^②正如布莱克(J. Black)法官在该案的赞同意见中所言:“通过诽谤赔偿来惩罚公民行使讨论公共事务的权利,乃是剥夺或封闭最亟须的讨论,即使不存在针对讨论公共事务和官员的诽谤诉讼,我想我们国家还是可以和乎生存。但如果为了批评政府、其行为或其官员,人民必须在人身或财产上承受损失,那么我真的怀疑一国是否还能自由地生存。一旦公共官员被解脱他们对其选民的责任,那么代议制民主就停止存在;且这每每发生于选民受到限制,以至不能

① 引自李瞻编译:《传播法——判例与说明》,〔台湾〕黎明文化事业公司1992年版,第163页。

② 贺卫方:《名人的名誉权官司》,载1998年4月17日《南方周末》。

对任何公共措施或执法官员的行为进行评论、写作或发表见解。”^① 对于公众人物,他们的职业角色决定了必须处于全民严格监督之下,因为他们是人民选举或被任命出来为百姓做事的,不监督就可能干坏事;而且凡公众人物,皆强势人物,他们极可能利用权势阻止干扰监督,所以更需加大监督力度,权力越大,监督力度应越大。监督中难免有误会误伤夸大其词的情况发生,只要不是恶意诬陷,就不能认定侵权,这是当公众人物必须付出的成本。克林顿闹绯闻时,美国大小不计其数的报道,肯定有很多不实之词,克林顿也没敢追究哪家报纸,这是他当总统必付的成本。可以说,当上公众人物,就意味着没有了一部分隐私,意味着接受误解、承受委屈,这是角色使然。没当公众人物前,你可选择干或不干;选择干后,你就没有选择了,只能在聚光灯下工作,灯光太亮可能灼伤你,也是没有办法的。

第三,而且,就新闻报道来说,报道既要真实,又要快速,但真实和快速之间必然存在着内在的紧张关系。要求记者将所有细节都核实无误再发表报道,是将记者与科学家两种职业相混淆。“于传播资讯之过程中,要求传媒所及之任何事实均属正确无误,恐非易事。对以此为业者,此种天衣无缝之要求标准,更系难如登天,故对被告至为不利。因此原告之名誉虽得确保,但同时却可能影响他人意见表达之自由。尤其原告为公务员,而被告为反对政府之人士的,妨害名誉之法制即可能成为政府打击异己之利器,法院亦因此于无形中被利用为政治压迫工具。”^② 此案中美国联邦最高法院的判决认为,“如果以法规强迫官方行为的批评者保证其所述全部情况属实,否则动辄即判有诽谤罪、处以不限量的赔偿,则可能导致‘新闻自我检查’(self-censorship)。如果要求由被告负责举证,证明其所述情况属实,被禁锢的则将不仅仅是不实之词,更令官方行为的潜在批评者噤若寒蝉。即便他们相信自己的批判无不实之词,也会因为他们无法确定自己在法庭上能否证明所述情况属

① 引自张千帆:《西方宪政体系》(上册),北京:中国政法大学出版社2000年版,第394页。

② 法治斌:《人权保障与司法审查》之“论美国妨害名誉法制之宪的意义”,(台)月旦出版社1994年版,第30页。

实,或是担心付不起诉讼费用,而在发表言论时多半会‘远离非法禁区’。这种法规阻碍公共辩论的力度,限制公共辩论的广度”。^①我们也可以想见,在报道任何事件的时候,如果传媒都谨小慎微,“治学严谨”,对所有细节均要考证准确,那么就是以科学家的标准要求记者或传媒文章的作者,新闻本身的时效性便谈不上了,言论自由的生存空间(breathings space)必丧失殆尽。^②正如有学者指出,民众批评公众人物特别是官员时由于自身的地位局限不可能保证决不出错,只允许完全正确的批评等于取消批评。^③如果对负面报道苛求百分之百属实,那无异于“封杀”了舆论监督,宣判了舆论监督的“死刑”,贪官们就会在暗地里偷着笑。国内新闻官司,屡有媒体败诉,基本事实俱在,只要细梢末节稍有失实,即告败诉。可惜国内仍然有这样糊涂的认识,如有学者强调“报道要客观公正,不带任何偏见,不感情用事。也就是不但应确保事实本身准确无误,叙述、评价事实也要无懈可击”^④。在国内舆论监督尚艰难时,屡屡败诉无疑打击了媒体监督的积极性,不少媒体对负面报道望而生畏,视为雷区;记者下笔时慎而又慎,心有余悸。舆论监督之所以步履艰难,除了新闻体制、从业人员素质等因素外,还有一个很重要的原因——法律保护不够。舆论监督如不突破这个法律瓶颈,新闻界的悲剧将是不可避免的,因为法律是捍卫正义的最后一道防线。^⑤在前所引的范志毅诉《东方体育日报》一案的判决书中所写的“新闻报道由于其时效性的特点,不能苛求其内容完全反映客观事实”应该说是合乎这一理念的。

第四,除此之外,一些人相信,比之于一般老百姓,“公众人物”有更多的渠道对不真实的报道进行纠正,从而对自己的名誉进行维护。^⑥也

① New York Times Co. V. Sullivan, 376 U. S. 254.

② 贺卫方:《司法对新闻自由的保护》,载1999年8月5日《法制日报》,第七版。

③ 孙旭培主编:《新闻侵权与诉讼》,北京:人民日报出版社1994年版,第10页。

④ 参见张选国:《舆论监督与监督舆论》,载《北京观察》1999年第7期。

⑤ 石树仁:《公众人物与舆论监督的成本》,见2001年5月14日《法制日报》。

⑥ Wayne Overbeck: Major Principles of Media Law, Holt, Rinehart and Winston, Inc. 1997, P109.

就是说,公众人物的地位、权力和影响使他具有较强的抗御名誉侵害的能力。^①著名的法学家理查德·波斯纳认为将公众人物与一般公民加以区别对待“是有其经济理由的”^②。他指出,与普通人相比,社会知名人士更容易通过新闻媒介来对诽谤者进行答辩。而且对宪法第一修正案的价值而言,由于答辩维护了未管制的思想市场,所以它的成本低于诽谤诉讼。再者,社会知名人士信息的社会价值一般总比平民信息的社会价值高。要求证明被告确实知道(或放任不顾)诽谤的虚假性,这在以下并非难以置信的假设中是有道理的:公开对社会知名人士的批评意见所产生的收益并非全部归出版者所获。这一要求的作用是为了免除加害人(出版者)的过失责任,而且我们已经看到在其他的案件中由于被告的过失行为造成的外在收益也是这么解决的。如果一个记者得到一则重要的内幕新闻而抢先独家报道,他的报纸将取得较高的销售收入。但这只是这一新闻对公众所产生的价值的一部分,因为所有竞争性报纸都将在稍后刊载这一新闻。由此可见,这一记者和雇佣他的报纸都可能面临重大损害,即使这则新闻的社会总收益(而不是其私人收益)依所有报纸读者付款阅读这一新闻的意愿衡量会超过其损害,他们也不会愿意公布这一则新闻。因此波斯纳认为:“鼓励报纸公开这一则新闻的一种方法就是降低公开成本;而其手段就是使报纸没必要对新闻的真实性做全面、彻底的调查,但在它对公开假诽谤负有严格责任或过失责任的情况下,它就不得不做这种调查。”^③

总的看来,美国在诽谤问题上赋予新闻媒介“宪法特许权”,实际上就是认为在个人名誉和言论自由这两种权利之间,只有适当向新闻媒介做出倾斜,才能实现“两权”的合理平衡。不过,美国的若干判例表明,这种平衡不是绝对的、静止的,而是相对的、可变动的。几十年来,美国对“公众人物”的范围、“实际恶意”的含义,都在不断进行修改调整,并

① 贺卫方:名誉权要有界限,见1999年9月15日《中国青年报》。

② [美]理查德·A·波斯纳:《法律的经济分析》(下),蒋兆康译,北京:中国大百科全书出版社1997年版,第876页。

③ [美]理查德·A·波斯纳:《法律的经济分析》(下),北京:中国大百科全书出版社1997年版,第877页。

且对那些非公众人物起诉的新闻诽谤案断然判决媒介败诉,体现对个人名誉仍然予以切实保护。^① 在 1974 年的格兹诉罗伯特·韦尔奇公司案中,美国联邦最高法院阐明了两个观点:第一,《纽约时报》案认可的特许权仅仅适用于涉及诽谤政府官员和公共人物的案中。如果私人个人既不是政府官员或公共人物,亦不是自愿或非自愿地卷入某一具体的公益纠纷,则媒体对该私人个人信息的传播便不再享有宪法特权。这就是说,在此类案件中,作为被告的媒体应承担普通法对诽谤诉讼规定的严格责任。第二,在涉及诽谤政府官员和公共人物的案件中,法院应尽可能地将事实(Statements of fact)和意见(Opinions)加以区分。无论一种观点多么邪恶,都不得对其惩罚。因为根据宪法第一修正案,不存在错误的思想这种事物(No such thing as a false ideas)。但是,如果意见表达可以解释成为陈述或暗示虚假事实,这种意见就不受上述原则的保护。

三、“实际恶意”原则的缺失与不足

《纽约时报》诉沙利文一案之后,诽谤法十分有效地保护了传媒,使其免受终审判决。但事实上新闻机构被诉的案件反而有增无减。主要原因是许多新闻机构认为沙利文案例扩大了对新闻媒体的保障,对新闻报道的处理态度有所轻率,甚至有所放任与娇纵。在沙利文判例的一次纪念讨论会上,代表新闻界的律师们指出,美国新闻界虽因此判例有了很大的保障,但从许多法院陪审团新的判决看来,一般公众对新闻机构处理新闻的轻率态度深为不满。很多陪审团对新闻机构诽谤案的巨额赔偿判决,就是这种情绪的反应。^② 根据衣阿华诽谤研究计划(Iowa Libel Research Project)的调查统计,自 1974 年到 1984 年,诽谤控诉获胜的比例约为 10%。^③ 而且上诉法院一般均有效地控制着最后的损

① 魏永征:《舆论监督和“公众人物”》,载《国际新闻界》2000 年第 3 期。

② 李子坚:《纽约时报的风格》,长春:长春出版社 1999 年版,第 336 页。

③ 李子坚著:《纽约时报的风格》,长春:长春出版社 1999 年版,第 336~337 页。

害赔偿,但任何一个传媒律师不可能向当事人保证,他的案子不会成为裁定巨额赔偿的首例。如美国学者所言:从美国最高法院历年的诽谤判例来看,他们在新闻自由与个人名誉间努力寻求一种妥协。这种妥协的结果,使现行的诽谤法规既不能保护个人名誉,又对新闻自由构成极大的威胁。^①具体说来,“实际恶意”规则存在如下缺失:

(1)新闻媒介并没有免受骚扰和因诉讼而遭受经济和新闻工作上的损失,也无法使其摆脱会受严重损失的恐惧。

“实际恶意”规则对《纽约时报》、《道琼斯平均指数》、《时代》周刊有限公司、新闻网络和大报系等相当有利。因为这些机构有雄厚的财政实力,不怕引起这样一场辩论。他们聘请的诽谤案辩护律师都是一流的,能轻而易举地胜过和他们对阵的大多数原告律师。

对于地方报纸,电视台,特殊利益集团的出版物以及城市杂志社等其它传媒机构来说,现行的诽谤法制度却是既有利也有弊。一方面,该制度能使诽谤损失总额保持在一个很低水平上,因此,一般来说用合理的价格就可以买到诽谤保险。另一方面,这些机构很难从总体来看待问题。一场官司给它们带来的新闻和经济上的影响比规模较大的新闻机构要大得多。仅仅是起诉就会使保险费大幅增加,支付的诉讼费用让一些小的新闻机构难以承受。^②在 Gillmor 研究的 614 件诽谤案件中,虽然只有 33 件原告获得金钱赔偿。但其中 31 件案件的平均赔偿金额达 54.4 万美元。而且同一研究还表明,40% 以上的诽谤诉讼至少要四年才能结案,一些案件的诉讼时间更是长达十多年。因此胆小怕事的媒体不得不对他们认为好惹事生非的记者严加控制。可是,如果传媒都由于这种担忧而三缄其口,我们的社会将会为此付出更为惨重的代价。我们需要在个人权利与言论自由之间做出更好的平衡。很显然,两者都很

① Anderson, David A. Is Libel Law Worth Reforming? In John Soloski and Randall P. Bezanson(eds.), Reforming Libel Law. New York: Duilford, 1992. 转引自罗文辉:《美国诽谤法规:法制、判例及修法提案》,载《新闻学研究》,第五十一集,第 198 页。

② 美国伊利诺伊州阿顿市的一家小报——《电讯报》,就因为一起诽谤案需要支付 670 万美元的名誉损失费和 250 万美元的惩罚性赔偿,而不得不申请破产。参见李瞻编译:《传播法——判例与说明》,台北:黎明文化事业公司 1992 年版,第 215 页。

重要,不过,在许多情况下,要使两者都得到完善无缺的保护却是人力所无法达到的境界。人们只能有所取舍,追求有助于良好制度形成的平衡。

(2)对许多知名人士来说,当针对他们的新闻报道不真实,确实对他们进行了诽谤时,“实际恶意”规则使他们失去了获得经济和其他损失补偿的机会。

(3)由于原告需要证明被告在发表的信息除了确有不实之词,还要证明被告怀有实际恶意才可能胜诉。因此原告被允许对被告的报道人员、编辑人行政人员进行检查,并查看他们至少部分的笔记和其他准备的材料,以便决定他们对所报道的事实真伪的掌握的真实情况。^①这自然会干扰在诽谤案中为自己辩护的媒体工作者的日常事务。在 *Herbert v. Lando* 一案当中。^②在这里,一个“知名人士”由于受诽谤而要求赔偿。他为了证明“事实上的恶意”,便想方设法地盘问被告及其同事的信念与识见。被告抗辩说,这种盘问给被告带来了沉重的经济负担并给传媒批评公职人员意愿造成了“令人寒心的影响”,但法院没有接受这一抗辩。阿尔契博德·考克斯教授就此写道:“当他们被严厉地盘问他们着手撰写一个故事时所抱持的思想和情绪时,他们所感受到的羞辱是很容易理解的,但这难以否认是(*Sullivan* 案)实质性法律的结果,因为这一法律强调行动者的思想状态。”^③

(4)此规则中两个重要的概念没有清晰的界定:一个是“公众人物”,另一个是“实际恶意”。关于公众人物的认定问题。由于美国最高法院在 1964 年的判例中,并未明确界定公众人物的定义,使下级法院颇感难以适从,因此最高法院 1966 年于格兹诉威切案(*Gertz v. Robert Welch, Inc.*)中虽然试图给出过一个确定的范围:即,“公众人物是指该个人在社会事务中的角色有独特的显著性,有些人从任何角

① 罗纳德·德沃金:《自由的法——对美国宪法的道德解读》,刘丽君译,上海人民出版社 2001 年版,第 267 页。

② 441 U.S. 153(1979).

③ A. Cox, Punitive Damages and Libel Law, Note, Harv. L. Rev. 1985, 98:847.

度看,都有相当的权力及影响力;说得更直接,即这些所谓的公众人物通常投身在特殊公共事务的最前线,以便能影响到这些事件的解决方式。”^①在此案中,美国联邦最高法院尝试将公众人物分为两类,即全面(all-purpose)公众人物与有限(limited-purpose)公众人物。所谓的“全面公众人物”就是指那些在社区事务中扮演着特别显著的角色,他们的地位使他们具有说服力和影响力的人。而“有限公众人物”则是指那些自愿投入引起广泛争议的重大的公共和社会事件中,并试图影响事件结果的人。^②由于这个定义不够具体,使各级联邦院及各州法院在审理案件时,仍感难以适从,因此各级法院大多采取扩张解释,几乎把任何与政府有关的人员都视为公务人员。^③对此一些学者提出了自己的修订方案,即将公众划分为以下两种基本类型:①自愿的公众人物和非自愿的公众人物;②政治公众人物和社会公众人物。

自愿的公众人物是指那些主观上直接追求或放任自己成为公众人物并在客观上成为公众人物的人,如政府高级官员、体育影视明星、歌星等等。这些人有的可能做过希望出人头地、成为社会关注对象的意思表示,直接追求显赫名声。有的虽然没有做出这样明示的意思表示,但他们清楚或应当清楚其活动、职业的后果,必然使其成为社会公众关注的对象,这可以认为是一种默示的意思表示。

非自愿的公众人物,指的是那些虽出名或成为社会公众关注的对象,但他们往往不是其主观追求或放任的结果,而是由于某些重大事件的偶然性介入所造成的。由于这些重大事件有新闻价值,与之有联系或受牵连的人也因媒体的传播而成为公众人物。在他们成为公众人物之前或成为公众人物时,没有作出过明示或默示的希望成为公众人物的意思表示。这样的事例在日常生活中较常见。一个兢兢业业的工人,其出色工作可能被上司赞赏、被媒体宣传,自己不知不觉地成了公众人

① 参见李瞻编译:《传播法——判例与说明》,台北:黎明文化事业公司1992年版,第175页。

② Don R. Pember, Mass Media Law, McGraw-Hill Companies, 2000, p. 170~171.

③ 罗文辉:美国诽谤法规:法制、判例及修法提案,载《新闻学研究》第51集。

物。一个重大交通事故的目击者、一个产下三胞胎(或者三胞胎以上)的妇女或一个刑事案件的受害者均可能成为非自愿的公众人物。

政治公众人物主要指国家政府官员。

而社会公众人物主要指体育、影视明星等。在言论表述和新闻出版自由与名誉权、隐私权等的矛盾冲突中,一般主张对于公众人物尤其是政治公众人物的舆论监督和批评适当从严,而对于普通公民的名誉权、隐私权等人格权保护适当从严。这是因为此种安排不仅符合社会公共利益之需要,而且也具有平衡的利益基础。^①

对于“实际恶意”的认定同样也是一个司法难题。因为对同一种行为,视角不同,所用的描述语言会出现很大差别。怎样是正当批评,怎样是恶意侮辱,二者之间难以找出泾渭分明的界限。如果没有立法上以及司法过程中形成的严格解释,承办案件的法官就会无所适从,当然,腐败也可能在这种法律的漏洞里繁衍滋长。

四、“实际恶意”原则的修订方案

虽然当时美国最高法院 9 位大法官一致同意判决《纽约时报》胜诉,但理由却不尽相同。布莱克(Black)大法官特别提出了他的补充理由,并得到了道格拉斯(Douglas)和戈德堡(Goldberg)两位大法官的附议。在补充意见中,布莱克表现出对言论自由的坚定信念。鉴于“证明有恶意”难;证明无“恶意也难”,他认为有必要对新闻界进行绝对的保护,“诽谤罪成立的前提是言论者有‘恶意’,但这一要求对言论自由所提供的保护太弱。因此,我投票推翻原判的惟一理由是几位被告有绝对和无条件的宪法权利在《纽约时报》的广告中批评蒙哥马利市各级政府机构及其官员”。言下之意,即便批评者有“恶意”,其言论自由也应当得到保护。

由于“实际恶意”规则仍然存在不少的问题,因此不少人试图对这一规则做出某种程度的修订。如莱弗尔法官曾指出,如果一个名人对报

① 张新宝、康长庆:名誉权案件审理的情况、问题及对策,载《现代法学》1997年第3期。

纸和电视对其报道的内容的真实性有争议,那他与出版商或电视制作商之间可以达成协议来采取一种仲裁公断的形式。在这一形式中,争议点是关于报道的真伪,而非关于出版商或电视制作商的善意动机;如果在仲裁中发现报道不真实,出版商或者电视制作商将依照协议所规定的合宜方式公开报道这一事实真相。莱弗尔法官的这一提议在某些情况下是切实可行的。因为仲裁与审判相比要便宜得多,原因是后者必须证明被告所涉及的各种记者和编辑人员的动机以及陈述申明的真伪。^①

怀特大法官则认为,采用“实际恶意”这一规则时,常常会与新闻媒体的目的——给大众提供自由传播的信息——相违背。因为对这一规则的适用阻止了国家公务员向传播不真实信息的行径挑战,以及以允许虚假性来污染公众用做帮助他们自己的信息。怀特大法官对此提出过多种提议。其中之一就是让陪审团对事实真相与实际恶意这两种不同的侧面分别做出判决,这样,即使作为被告的公众人物不能证明对方的实际恶意而不能获得赔偿,但至少他们能在洗清蒙受的不白之冤方面得到满足和惠利。怀特法官甚至还建议如果公众人物仅仅要求名义上的损害赔偿,或法律诉讼费补偿,或他能证明所遭受的任何实际经济损失,那么公众人物甚至可以在诽谤案中胜诉而不需要证明被告是否存有实际恶意。如果认为《纽约时报》诉沙利文一案的判决目的在于保护媒体免受巨大的惩罚性赔偿费,那么怀特的建议由于在禁止的经济赔偿同时,允许名誉受损的政府官员也能得到一定的补救以恢复名誉。这似乎对双方来说都是一个可以接收的规则。但是,德沃金指出,被告为诽谤辩护的费用,即使仅限于挖掘事实真相这一点也是无比巨大的,所以怀特的建议可能恢复很大部分的潜在诉讼,即旨在对报纸是否报道公众应该获得的某些信息的诉讼。如 20 世纪 80 年代,美国前侵越美军统帅威斯特摩兰 (Gen. William C. Westmoreland) 控告 CBS 的诽

① 罗纳德·德沃金:《自由的法——对美国宪法的道德解读》,刘丽君译,上海人民出版社 2001 年版,第 268 页。

谤案^①,以及前以色列国防部长沙龙(Gen. Ariel Sharon)控告《时代周刊》的诽谤案,涉及要求赔偿金额千万美元以上(前者更是高达1.2亿美元)。虽然前者以原告撤诉了事;沙龙一案,《时代周刊》被判决不负诽谤之责。可是CBS和《时代周刊》分别花在诉讼上的费用各在200万美元,该新闻机构负责人在诉讼期间精神上的负担更是苦不堪言。^②

当然还有一个被著名的法哲学家罗纳德·德沃金教授评价为“可能会更加有效”的方法来修改“实际恶意”规则——即经由美国著名的法律学者Rodney A. Smolla率领11位诽谤法专家,仔细研究之后于1988年提出的安那伯格诽谤改革提案。该提案的主要目的是鼓励真实的信息在社会上传播,并强调用金钱以外的方式,来迅速有效地处理诽谤诉讼。该提案称:如果有人控告媒体诋毁某人,媒体应该即时发表撤回声明,此声明要与原报道同样显著和引人注目。罗纳德·德沃金指出:一个知名的人士若要向已发表或播放的歪曲他形象的陈述抗争,他必须首先向媒体提出质疑,要求他们发表或播放一种及时而显著的撤回声明,或发表、播放由指控人准备的长短合宜且正确的反驳报道。如果媒体拒绝其中一项,那么,这个名誉受损者如果能够用他在要求媒体公开撤回其陈述或报道他的辩驳词时所引证或提供说服陪审团,并提供明晰而令人信服的证据证明媒体有关他的陈述为虚假,那他就可以起诉并获得实质性的补偿。^③德沃金提出修改《纽约时报》规则的另一种简化现行诽谤法复杂而多变规则的方法是,不再将知名人士和普通百姓加以区别并试图对涉及知名人士的诉讼规定一个独立的标准,而是制定一种无差别的规则,使之可以平等地适用于普通百姓和知名人

① 1982年,哥伦比亚广播公司(CBS)在一部电视新闻片中透露,前侵越美军司令威斯特摩兰将军(William C. Westmoreland)别有用心地向总统和军方提供了完全虚假的北越军队作战实力的情报,致使美国在越战泥潭中愈陷愈深。威斯特摩兰将军以故意诽谤为由,将CBS告上法庭,索赔高达1.2000万美元。虽然4年后威斯特摩兰将军自行撤回了起诉,但哥伦比亚广播公司为此已经破费了200万美元的律师费。此案给美国新闻媒体的深刻教训是,诽谤诉讼案不论胜败如何,其结果只能是劳民伤财、两败俱伤。

② 李子坚:《纽约时报的风格》,第337页。

③ 罗纳德·德沃金:《自由的法——对美国宪法的道德解读》,第270页。

士。

德沃金的第一种方案可以将争端集中于决定性的问题上:如果原告所指控的公开陈述被证明是纯粹虚假的,则原告应该胜诉,因为新闻界不得阻挠它的受害者对它的虚假报道做出反击。但是,如果出版人同意发表撤回声明或反驳报道,原告便不能要求赔偿。在第二种方案中,德沃金似乎又回到了普通法诽谤诉讼的举证负担原则,也就是说,面对原告的指控,被告可以报道内容真实为由进行辩护。相比之下,《纽约时报》规则确立的原则却是(正如上文所指出的):除非出于实际的恶意,即使内容不实,媒体及其他评论者仍可对涉及政府官员的报道免责。

五、我们对于这一原则的基本态度

前文分析介绍了美国现行的诽谤法的最重要的原则——“实际恶意”原则以及美国法学界对于该原则的不同修正提案。我们认识到,诽谤法的要旨是在个人的名誉权和新闻出版自由权之间做出妥协。我国法学界和新闻传播学界不少人对美国的最高法院的这一原则非常感兴趣,甚至有学者提议引进这一原则。论者认为,对于国家工作人员起诉侵权案,可以借鉴美国诽谤法,采取只有证明被告方面主观上出于故意方可追究侵权责任的原则。^① 贺卫方教授就指出,媒体是否构成对被报道对象的侵权,并不完全取决于对象感到其名誉受到了伤害,更应考虑记者及编辑在处理报道的过程中是否故意违反了新闻业者的基本伦理准则和正常工作程序。如果没有违反,或并非故意违反,则不应追究媒体责任。因此他指出:“对于公众人物诉媒体的名誉权案件,法院在决定受理之前须对案情做初步的审查,只有媒体可能存在实际恶意时,受理才是正当的。”^② 持这一论点的学者们的主要依据是我国《宪法》第 41

① 参见陈泰志:《论新闻诽谤指控的定性依据及防控对策》,参见《新闻法制全国学术研讨论文集》,北京:中国民主法制出版社 1991 年版,第 108 页。王瑞明等:《无冕之王走上被告席》,北京:人民日报社 1993 年版,第 66 页。魏永征:《被告席上的记者——新闻侵权论》,上海:上海有民出版社 1994 年版,第 235 页。

② 贺卫方:《名人的名誉权官司》,载《南方周末》1998 年 4 月 17 日。

条“不得捏造和歪曲事实进行诬告陷害”对批评权的限制性规定。他们据此推理国家工作人员只能对故意捏造和歪曲事实的批评才可以追究批评人的法律责任。但是这个构想,涉及我国新闻媒介的法律地位问题,因此魏永征研究员认为“看来一时尚难实施”^①。不过也有人不同意这一理念,他们认为,作为一个普通的民事主体,政府官员和公众人物,无论具有多高的社会地位,他都应享有民法所确认和保护的名誉权。因此“那种认为必须在公民的言论自由和官员的名誉权之间作出选择或者取舍的观点,是违反宪法第 41 条第一款所体现出的相对主义精神的。”^②

当然也有人担心“实际恶意”原则是资本主义法律体系中的一部分,与我国社会主义法律原则有着根本的区别,我们不能引进这样的原则。如果仅仅是从这样的角度来看问题则是相当糊涂的。恩格斯说过,现代社会主义“就其理论形式来说,它起初表现为 18 世纪法国伟大启蒙学者所提出的各种原则的进一步的、似乎更彻底的发展。”^③ 列宁也曾指出过:“马克思主义这一革命无产阶级的思想体系赢得了世界历史性的意义,是因为它并没有抛弃资产阶级时代最宝贵的成就,相反地却吸收和改造了两千多年来人类思想和文化发展中一切有价值的东西。”^④ 毛泽东更明确、更直接地指出:“我们决不可拒绝继承和借鉴古人和外国人,哪怕是封建阶级和资产阶级的东西。”^⑤ “还有外国古代文化,例如各资本主义国家启蒙时代的文化,凡属我们今天用得着的东西,都应该吸收。”^⑥ 因此,对于“实际恶意”原则来说,虽然它是美国法律文化的产物,只要其确有合理科学之处,我们完全是可以吸收的。

一切真正的、进步的法律都表现确立与捍卫自由、法律保护自由。

① 魏永征:舆论监督和“公众人物”,载《国际新闻界》2000 年第 3 期。

② <http://chinalawinfo.com/research/academy/details.asp?lid=4478> 张伦:政治性言论的自由和官员的名誉权——从一则“官告民”案件探讨。

③ 《马克思恩格斯选集》,第 3 卷,人民出版社 1972 年版,第 56 页。

④ 《列宁选集》,第 4 卷,人民出版社 1972 年版,第 362 页。

⑤ 《毛泽东选集》,第 2 卷,人民出版社 1991 年版,第 860 页。

⑥ 《毛泽东选集》,第 2 卷,人民出版社 1991 年版,第 707 页。

洛克说:“法律按其真正的含义而言,与其说是限制还不如说是指导一个自由而有智慧的人去追求他的正当利益,……法律的目的不是废除或限制自由,而是保护和扩大自由。”^① 马克思则更进一步指出“法律不是压制自由的手段,正如重力定律不是阻止运动一样。……相反,法律是肯定的、明确的、普遍的规范,在这些规范中自由的存在具有普遍的、理论的、不取决于个别人的任性的性质。法典就是人民自由的圣经”。^② 表达自由、新闻出版自由作为人的一项基本的权利,当然要受到保护。也正因为如此,我们发现美国人对于诽谤法的所有修正提案都不想有损于新闻自由这一基本内容。对于个人的名誉的保护虽然重要,但一旦与新闻自由有矛盾时,人们更倾向于保护新闻自由。

基于这一理念,我认为我国司法界在范志毅诉《东方体育日报》一案所引入的英美法系里“微罪不举”这一理念是合适的。所谓“微罪不举”就是,媒体的报道可能造成了对公众人物名誉在一定程度上的损害,但如果媒体没有捏造事实,公众人物应该“容忍”,而不应去追究媒体的责任。当然从“实际恶意”原则出台后,美国学界不断地推出一些修正方案,我们也应该认识到人们也希望对媒介的不失的报道作出限制甚至惩罚。这一精神,在我们制定新闻传播法时要充分考虑。

第四节 新闻侵害名誉权的抗辩事由

所谓抗辩权,是指被告针对原告提出的诉讼请求,提出具体事实和理由使自己免责或减轻责任的权利。在新闻侵权诉讼中,只要媒体具有正当的抗辩事由,就可以用这种抗辩事由进行抗辩^③。如果法庭确认这种抗辩事由成立,新闻媒体就会被免除侵权责任。新闻侵害名誉权的抗

① [英]洛克:《政府论》(下篇),北京:商务印书馆1993年版,第35~36页。

② 《马克思恩格斯全集》,第1卷,北京:人民出版社1995年版,第71页。

③ 慕明春:新闻侵害名誉权的抗辩事由及其运用策略,载《宁夏社会科学》2003年第1期。

辩事由是新闻媒体自我保护的一道防线。一般认为,新闻侵害名誉权的抗辩事由包括全面抗辩和局部抗辩这两个层次。前者是免除责任的抗辩,后者只能减轻责任而不能完全免除侵权责任。全面抗辩最基本的抗辩事由包括三个方面,即正当理由辩护、公正评论辩护和特许权辩护。局部抗辩一般指媒体对侵权报道有补救措施。

一、全面抗辩事由之一:正当理由辩护

正当理由辩护,又叫用事实辩护。即用真实的事实来证明所发表的新闻是真实的,绝无虚假捏造的内容。这种抗辩方法是中外各国通用的抗辩方法。

我们以湖北省造纸公司诉《湖北法制报》社的新闻报道侵害名誉权纠纷案^①来说明这一问题。1989年5月11日,《湖北法制报》头版刊登该报记者李汉江的文章,标题为“省造纸公司违法经营问题初见端倪”,副标题为“不正当牟利达七百余万元”。该文章称:“根据群众举报,省清理整顿公司领导小组办公室(属省政府)对省造纸公司的经营活动进行了检查,其问题相当严重”。文章列举了随意定价加收管理费、多收企业税、利用计划物资在系统内连环倒等七个方面的问题。最后以“省造纸公司的经营问题在进一步检查之中”结尾。原告省造纸公司以《湖北法制报》社和记者李汉江为被告,向武汉市武昌区人民法院起诉,以文章严重失实,侵害其名誉为由,要求被告公开道歉,恢复名誉,并赔偿经济损失30万元。

武昌区人民法院经审理查明:李汉江的文章的依据是湖北省清理整顿公司领导小组办公室编发的《情况简报》第12期(1989年4月15日)。两者内容相同,只是增加了副标题。该《情况简报》是由省造纸公司办公室副主任王授铭给报社送去后,由李汉江编发的。文章发表后,有关部门对省造纸公司的问题进行清查核实,并写出结论性报告,肯定

^① 此案的详细情况请参见祝铭山主编:《名誉权纠纷》,北京:中国法制出版社2003年版,第99~102页。

了《情况简报》所列七个方面的事实。法院认为：被告李汉江未通过正当途径获取《情况简报》，被告《湖北法制报》社未经有关部门批准即予以登载，且文章所称七百余万元数字与查证核实数字相差甚远，为此，给原告名誉造成一定影响，致使其经济受到一定损失。故判决：一、被告在判决生效之日起 30 日内在《湖北法制报》第一版登报声明，向原告赔礼道歉；二、被告赔偿原告经济损失 1 万元。

宣判后，《湖北法制报》社和李汉江不服，以判决不公为由上诉至武汉市中级人民法院。武汉市中级人民法院审理认定，文章主要反映省造纸公司在经营中存在违法行为，报道内容基本属实，不构成对省造纸公司名誉权的侵害。原审判决认定李汉江未通过正当途径取得《情况简报》，没有事实依据。据此，武汉市中级人民法院于 1991 年 8 月 12 日改判：一、撤销武汉市武昌区人民法院判决；二、驳回湖北省造纸公司的诉讼请求。

真实是新闻的生命，只要新闻报道是真实的事实，新闻工作者就可以理直气壮地面对任何非难与指控。马克思当年在为“《新莱茵报》被指控诽谤总检察和宪兵案”的辩护中，采用的也是用事实来抗辩的手段。马克思在辩护中说：“只要粗略地看一看被指控的那篇文章，就可以确信，《新莱茵报》抨击地方检察机关和宪兵，毫无侮辱或诽谤之意，它只是在履行它的揭露职责。对证人的访问已经向你们证明，我们对于宪兵的报道完全是千真万确的事实。”

所报道的新闻如果真的是“千真万确的事实”（个人隐私及泄密除外），新闻工作者自然不怕人无理取闹。问题是引发新闻纠纷的报道总有些不足之处。那么，在司法实际中，报道内容与事实相符到何种程度才算是属实呢？

在新闻法未出台前，我们需要有一个较客观的、公认的标准。由于新闻报道的特点，这个标准不宜定得过高，基本事实属实就不能认为是侵权。这有利于保护新闻工作者。因为新闻报道要求一个快字，记者报道新闻不能像公检法人员办案那样，经过大量调查取证才能认定某一事实，因此，报道中某个细节稍有不符，某些言词不够确切、不够严谨也不应求全责备。1993 年最高人民法院《关于审理名誉权案件若干问题

的解答》第8条规定：“文章反映的问题基本真实，没有侮辱他人人格内容的，不应认为侵害他人名誉权。”构成侵害名誉权，必须是文章基本内容失实。如果文章非基本内容或一般内容失实，则不能构成侵害名誉权。这就产生了一个问题，如果是文章部分内容失实，失实部分到底是基本内容还是一般内容？是次要内容还是主要内容？现行法律、法规和司法解释均无明确的判断标准，因此法院在审理这类侵害名誉权案件中，常有很大分歧。

有学者认为，判断是主要内容失实还是次要内容失实，是基本内容失实还是部分内容失实，要有一定的客观标准。这个客观标准就是受害者的社会评价是否被降低，凡是能对受害人的名誉产生根本性的质的影响的，就是文章的基本内容。从中国的一些判例，我们可以看出，文章基本内容失实的情况大体有三种：

(1)文章基本事实不真实。指文章所述事实与客观存在的事实不符，使受害人的名誉遭受贬损，社会评价降低，这时应认定为侵害名誉权。例如：北京市朝阳区人民法院受理的原告耿建梅诉法制日报社和作者刘忱侵害名誉权案。被告刘忱撰写一篇《幼虎之死》的文章，刊登在《法制日报》上，文中有这样一段话：“耿建梅这个见钱眼开的河北张家口卷烟厂的女工，为了李皓那点小恩小惠，便抛家弃子成了李皓的姘妇。”经北京市朝阳区人民法院审理查明：原告耿建梅是一名大学生，分配到张家口卷烟厂工作，是一名未婚女青年，无子女。《幼虎之死》这篇文章其他内容是属实的，整篇文章涉及到耿建梅的只有这一段话，这段话对耿建梅本人来说是一句严重失实的话，足以使耿建梅的社会评价降低，她的同学、朋友、同事、亲属对她另眼看待，给她造成了极大的精神痛苦，曾产生轻生的念头。朝阳区人民法院根据查明的事实认定，被告刘忱撰写的《幼虎之死》一文，其中涉及耿建梅的部分，内容严重失实已构成了对原告耿建梅的名誉侵权，两被告应赔礼道歉，刊登声明，更正失实内容，并赔偿精神损失和经济损失。《幼虎之死》这篇文章系作者刘忱所写，《法制日报》社为什么也要承担民事责任呢？这是因为，文章是通过报纸、杂志、广播发表出去的，如果不经该报社发表，损害后果则不会出现，所以，《法制日报》社对该文章有审查不严之责，应与作者承

担共同的连带责任。^①

(2) 文章的评论、结论内容不真实。指文章给受害人所做的结论不符合公众对受害人的评价,使受害人的社会评价降低,其名誉受到贬损。例如,北京市朝阳区人民法院受理的原告王春林诉《法制日报社》、《农民日报》社及《唐山劳动日报》社的三名记者侵害名誉权案,三记者在《法制日报》上署名刊登《有这样一起故意伤害案》,在《农民日报》上刊登《执行政策者何罪之有》这样两篇报道,称原告王春林“这个政法委书记指令公安局立案侦查”、“公安局受命重新立案”、“以人代法”、“违法办案”、“朝中有人好办案”、“原来王春林和张成斋是表兄弟”等评论文字。经朝阳区人民法院审理查明认为:两篇文章对原告的评价、结论不真实,有贬损原告王春林名誉之言辞,构成了对王春林名誉权的侵害。判决被告为原告恢复名誉,消除影响,赔礼道歉,赔偿损失,被告不服,上诉北京中院,二审判决:驳回上诉,维持原判。^②

(3) 文章反映内容不全面。指文章所反映的内容不是事实的全部,而是事实的一部分,贬损了受害人的名誉,使受害人的社会评价降低。^③ 以 1999 年初判决的一起“画评官司”为例:画家甲撰文,“针对有人利用美术作品形式含沙射影地向政府发难”的现象提出批评,另一位画家乙撰文对甲的文章进行商榷,认为按照甲文的引申,“没有一个画家的作品能经得起作者提供的那种引申方法的考验”,“确实有问题的应该进行批评,但决不应该无限上纲”。甲向法院起诉乙侵害其名誉权。起诉依据是乙文中一段话:我“不会由于作者(指甲)画了因经济丑闻而下台的日本前内阁大臣的肖像,而指责作者歌颂外国资产阶级败类,只是觉得他为了几千美金而忘掉自己的共产党员身份,心有惋惜而已”。甲称,他确曾画过一位日本内阁人物的画像,但不是因经济丑闻下台的前大臣,而是当时在位的日本内阁首相竹下登。那是竹下应邀来华访问,经外交部安排而去画的。说我收了几千美金,纯属造谣。法院认定

① 康长庆:试论报纸侵害名誉权问题,载《新闻与传播研究》1997年第3期。

② 康长庆:试论报纸侵害名誉权问题,载《新闻与传播研究》1997年第3期。

③ 康长庆:新闻侵害名誉权的构成要件,载《人民司法》1999年第6期。

侵权成立,判决乙承担相应的民事责任。本案看起来是画评引起的官司,但是其实已同画评没有关系。甲评论一些画有问题,乙不赞成,评论甲的评论是无限上纲,这是正常的讨论,不能说我说了画有问题就是有问题,你说我的意见不对就是侵害我的名誉权。甲不同意乙的意见,可以再写评论。其他人也可以参加讨论。甲乙两人的观点是非曲直不应由法律裁判。本案法律要判断的仅仅是乙所说的甲为了几千美金去画外国的下台政客这事实是否属实,因为此事关系甲的社会评价,现在查明事实既然有误,侵权当然成立。^①

也就是说,判断传播内容是否达到基本真实的衡量标准,主要不是比例上的测算,而是要看作品中事实的偏差是否足以影响到特定人正当的社会评价。如果文章所涉及的内容足以对当事人的名誉发生质的根本性的影响,使其社会评价降低,就可以认定文章的基本内容失实。譬如文章的大部分内容都未出现差错但却有一两处地方出现名字、数字、地址等方面的失误,使相对人的名誉受到损害,就应认定为基本事实失实。例如,一篇报道将犯罪嫌疑人的名字写错了一个字,变成了同村的另一个人的名字,使无辜者蒙受冤屈,受到人们的指责,就是这方面的典型例子。如1998年5月,厦门某报刊登消息《一步迈错,班房“入座”——连志忠持刀抢劫的士被警方捕获》。由于文章把犯罪嫌疑人姓名写错了,实际应为连信忠。而连信忠的村里,真有一位名叫连志忠的农民,周围的人看见他都认为他就是被宽大释放了的作案人。连志忠看到报纸,方知因新闻写错了姓名而致名誉受损,遂向法院起诉。经法院审理达成调解,某报刊登更正词,并赔偿精神损失3000元。^②与此相类似的是肖像与文字不符也能构成侵权。如1994年《陕西工人报》发表河南某地走私文物情况,配发了两幅照片,其中一幅为一男一女在山洞内交谈,说明文写道:“走私贩在洞内进行罪恶交易”,但照片的真实情况是河南某县文化局局长刘金茹同文化股长谢起超在恐龙蛋出土地点调查违法活动情况。刘谢两人认为《陕西工人报》侵害了他们的名誉权。经

^① 魏永征:文坛官司与“公正评论”,载《新闻记者》1999年第10期。

^② 见1998年9月28日《民主与法制画报》。

法院审理,判决报社和投稿者承担民事责任。^①

真实作为抗辩事由,在策略上有几点需要注意:^②

(1)新闻媒体必须强化证据意识,树立一种法律意义上的真实的观念。即报道中的事实的真实性,不仅取决于它是确有其事的、非虚构的,更重要的在于它是有证据支持和证明的。正如美国学者所说:“知道某事是真实的和在法院证明该事显然是两件不同的事情。……假如传播的内容的实质能够得到证明,辩护理由即可成立。”^③打官司说到底就是打证据,没有证据再有理也是枉然。媒体必须凭借有说服力的证据为报道的真实性与合法性进行辩护。陈永贵亲人诉北京青年报一案中,还提出了个证据的权威性问题,且事实上成了北青报和吴思败诉的关键。我认为是值得研究的。法院有权力来确认什么证据是权威性的吗?

(2)新闻真实必须以尊重他人隐私为前提。在后文中,我们将会分析到,在法治社会中,每个公民都享有一定范围内私生活秘密不受侵犯的权利,只要个人隐私不和社会公共利益、公共道德准则发生冲突,就应该受到法律的保护。据此,最高人民法院《关于审理名誉权案件若干问题的解答》第7条规定:“对未经他人同意,擅自公布他人的隐私材料或者以书面、口头形式宣扬他人隐私,致他人名誉受到损害的,按照侵害名誉权处理。”披露他人的隐私虽未虚构事实,但将他人不愿对社会公开又对社会公众利益没有妨碍的私人信息和盘托出或随意侵扰他人私生活的空间,都会给他人带来精神压力甚至痛苦。因此,这种真实同样是侵权行为。

(3)对事实陈述,不能使用侮辱性的语言。如某市股民王某系深度近视,有一天他在股市戴着眼镜又手握望远镜看大屏幕上的行情,被记者拍摄成照片,并加上“六只眼看行情”的标题在某报刊登。从此,王某被周围的人戏称为“六只眼”。王某认为,照片的说明是对自己生理缺陷的调侃和对自己人格的侮辱,将记者和报社诉至法院。法院审理后认

① 见《新闻记者》1994年第7期。

② 慕明春:新闻侵害名誉权的抗辩事由及其运用策略,载《宁夏社会科学》2003年第1期。

③ [美]T. 巴顿·卡特等:《大众传播法概要》,北京:中国社会科学出版社1997年,第42页。

为,涉讼作品在选择图片说明的用词时,忽略了目前大众的道德水准,致使王某被一些人称为“六只眼”,身心受到一定伤害,判决报社侵害名誉权成立^①。本案涉及的是新闻作品由于用词不当,导致当事人的人格尊严受损害。作品有优有劣,评论有对有错,即或把作品或评论说的一无是处,还是属于“公正评论”界限之内,法律决不干预。但法律要干预骂人,骂人是违法的。争论可以,骂人不行。^②

二、全面抗辩事由之二:公正评论辩护

2003年《中华人民共和国最高人民法院公报》第2期公布了余一中诉《新闻出版报》社一案^③,原告余一中是南京大学外国文学研究所教授,近年来陆续发表了《〈钢铁是怎样炼成的〉是一本好书吗?》、《炼出的“一炉废钢”》、《“大炼〈钢铁〉”炼出的废品》等文章。作者在第一篇文章中认为《钢铁是怎样炼成的》一书不是一本好书,应当把它送进历史的博物馆。后两篇文章,则主要针对一本名为《钢铁是怎样炼成的(电视连续剧文学剧本)》(以下简称文学剧本)中出现的字词、修辞、语法、体例、标点、地名、人名、称谓等编校错误提出批评。

针对原告余一中的上述文章,被告《新闻出版报》社在2000年6月26日的《新闻出版报》上,刊登了署名钟宜渔的《由批评编校差错所引发的论争》(以下简称“钟文”)的文章,并配发编者按。“钟文”认为,“余先生指责文学剧本的编校质量是项庄舞剑”,只要综合考查余一中在三篇文章中的一系列评论就可以看出,“其批判编校质量只是一层薄薄的面纱,借题发挥的后面却做着一块更厚重的文章”。“钟文”在摘引了余一中三篇文章里对《钢铁是怎样炼成的》一书,以及对同名电视连续剧本发表的一些评论原话后,认为:“余一中先生对《钢铁是怎样炼成的》

① 我个人并不认为“六只眼”是一种侮辱性语言,因为国人多用此词来指称戴眼镜的。何况他人的“戏称”是否就有辱其人格,也值得探讨。

② 魏永征:文坛官司与“公正评论”,载《新闻记者》1999年第10期。

③ 摘自《中华人民共和国最高人民法院公报》2003年第2期。另见祝铭山主编:《名誉权纠纷》,北京:中国法制出版社2003年版,第1~6页。

一书及同名电视连续剧本的评判态度已不是严肃的学术研究,而是在借题发挥肆意攻击”,“如果带着政治和自己的狭隘眼光、偏见来评判一部被公认了的优秀文学作品,这种批评的用心就值得怀疑”。《新闻出版报》配发的编者按中写到:“围绕出版《钢铁是怎样炼成的》书籍和改编电视连续剧一事,居然有一场尖锐的思想论争”,“这个论争不是纯学术的,也不是鸡毛蒜皮的小是小非,而是关系到是否坚持中国先进文化前进方向的原则之争”,是一个“大是大非”的问题。

原告余一中认为,《新闻出版报》把纯属学术讨论的问题引到政治上,用虚构的言论诽谤自己,损害了自己在学术界的声誉和形象,并给自己带来了许多的精神痛苦,故请求法院判令被告赔礼道歉,消除影响,并赔偿精神损失。

南京市鼓楼区人民法院认为:被告《新闻出版报》社不同意原告余一中对《钢铁是怎样炼成的》一书的评价,针对余一中的观点,发表了持相反观点的文章并配发“编者按”。这是《新闻出版报》社行使舆论监督的权利,履行新闻机构的职责,同样应当得到尊重。“钟文”和“编者按”的措辞虽然较为严厉,但就其发表文章的动机来说,是欢迎读者参与讨论,并无损害对方权利的目的。据此,法院认为原告余一中认为被告《新闻出版报》社侵害其名誉权,要求《新闻出版报》社承担侵权责任,理由不能成立,其诉讼请求不予支持。南京市鼓楼区人民法院于2002年8月20日判决:驳回原告余一中的诉讼请求。案件受理费100元,由原告余一中负担。

第一审宣判后,余一中不服,向南京市中级人民法院提起上诉。

南京市中级人民法院经审理,确认了一审查明的事实。认为,判令当事人承担侵害名誉权的责任,应当根据确有名誉被侵害的事实、行为人实施了侮辱、诽谤的违法行为、违法行为与损害后果之间有因果关系、行为人主观上有过错等来认定。报纸作为新闻媒介,就他人的文章或观点展开讨论,是办报的一种形式。被上诉人《新闻出版报》社发表的“钟文”及“编者按”中,既没有捏造事实对上诉人余一中进行诽谤,也没有侮辱余一中的人格,故不构成对余一中名誉的侵害。余一中的上诉理由,主要是认为“钟文”和“编者按”表达观点的方式不当。而在有关争论

中,争论双方在表达自己的观点时,只要不构成侮辱、诽谤,就不能认定侵犯他人的名誉权,要求其承担民事责任。一审认定的事实清楚,适用法律正确,应予维持;余一中的上诉理由无法律依据,不予支持。

南京市中级人民法院于2002年11月7日判决:驳回上诉,维持原判。二审诉讼费100元,由上诉人余一中负担。

法院在该案中,强调了《新闻出版报》社行使舆论监督的权利,履行新闻机构的职责,应当得到尊重。并且认为“报纸作为新闻媒介,就他人的文章或观点展开讨论,是办报的一种形式。”虽然本案中,法院没有使用“公正评论”这一概念,但这一判例的精神符合后文我们要分析的公正评论辩护原则的基本要求。^①

《中华人民共和国宪法》第35条规定:“中华人民共和国公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由。”而《宪法》第41条则更明确地规定公民对于任何国家机关及其工作人员有批评的权利,只要这种批评不是“捏造或歪曲事实进行诬告陷害”。这就从法律上为公正评论辩护提供了依据。因为新闻媒介的舆论监督的目的之一,就是通过对公民(主要是党政官员和知名人士)的违反道德、有悖法律行为的揭露性报道,达到使其名誉与其现实的品德、情操相适应的水平。也就是说,正当的舆论监督所牵涉的是公民的名誉,而不是他的名誉权。

当然,正当的舆论批评在效果上会影响到被批评者的名誉,但事实上社会对他们的评价的下降以及他们在名誉上的贬损,并不是新闻批评造成的,而是他们自己的不良行为造成的。试以对胡长清的批评揭露报道为例来说明这一问题,在新闻媒介揭露批评他之前,胡长清在人们的心目中是一个不错的政治人物,他的犯罪嫌疑行为经由新闻媒介披露之后,社会对他的评价则发生了根本性的变化,认为他是一个道德败

① 当然,对这一判决,我个人还存在一些疑惑,即我认为“钟文”和《新闻出版报》的编者按,都有“上纲上线”味道,在一个媒体承担着党和政府的“耳目”和“喉舌”的国家里,此类“上纲上线”的文字确实会给人造成一定的精神负担,难道媒体发表的此类文字真的一点过错都没有吗?我认为,余一中教授的观点,在现今的中国,反倒是一种“少数人”的声音,而“钟文”和《新闻出版报》的编者按代表的是一种强势的话语,如果说自由的本意在于保护“少数人”的权利的话,那么对余一中教授的观点的保护就显得更为重要了。

坏、政治腐败的分子。事实上新闻媒介在这其中只起到了一个协助人们做出正确评价的作用,新闻媒介对他的违法行为的报道,丝毫没有损害他的名誉权。

著名的法学家贺卫方先生认为“对社会中存在的某一类现象的抨击,对某种政府机关或某个行业的批评,无论言辞如何激烈,都不构成对名誉权的侵犯,也不构成诽谤罪”^①。这就是说,任何人和出版物在不怀恶意的情况下,都有依据事实,就公众所关注的人和事务发表评论的权利。若评论被指控为诽谤侵权,为此进行的辩护就是公正评论辩护。公正评论辩护主要是指对社论、批评文章、读者来信以及新闻中所含的分析性的议论的辩护。

公正评论原则的确立体现了在言论自由和公民的人格权之间,法律对与社会公益有关的言论予以优先保护的倾向,其目的是要激励和保护公众追求真理、解放思想、勇于探索、畅所欲言,敢于就公共事务发表各种意见以维护社会整体利益的积极性,形成一种高度民主和自由的舆论氛围^②。

显然,公正评论辩护的关节点是评论的公正性,即所谓的“公正评论”。那么,怎样的评论属于公正的评论呢?我认为,评论的“公正性”,至少应该包括公开、公平、公益等几个方面的含义,其中公益性是它的最核心的内容。美国学者在谈到美国司法实践中对“公正评论”的解释时就很强调这一点:“法院广义地解释公正评论。对于带有夸张、不合逻辑、讽刺挖苦、嘲弄奚落甚至是错误百出的评论,如基本事实都可证明它们的合理性,便一律受到保护。”^③ 英国《文字诽谤法》中指出,公正评论应具备如下重要条件:^④

(1)所批评者乃关于一事,此事为公众之利益或对公众有兴趣的。英国法律中公众的利益及兴趣是包含极广范围的,如国家大事,国际事

① 贺卫方:名人的名誉权官司,载1998年4月17日《南方周末》。

② 慕明春:新闻侵害名誉权的抗辩事由及其运用策略,载《宁夏社会科学》2003年第1期。

③ [美]T. 巴顿·卡特等:《大众传播法概要》,北京:中国社会科学出版社1997年版,第47页。

④ 吴飞:《新闻编辑学》,杭州:浙江大学出版社2003年版,第108~109页。

件,地方政府所有公众机关的处理,慈善机构教育,宗教、法官、大律师、政治家等的公共行为等。法官、大律师、政治家的私人生活,如果是影响他们的公事生活的,亦为公众所有兴趣的。已出版的书籍、公开展览的图画、报纸或刊物的内容,音乐会,公众跳舞及一切的娱乐,亦属为公众所有兴趣的。甚至私人公司的事务,如果能影响许多人的,亦是公众所有兴趣的。又如租给工人住的许多房屋的卫生状况,甚至当铺做生意的方法,在英国的司法案例中,都曾被判为公众有兴趣的。

(2)批评所根据之事实,需要清楚陈述指示。

(3)该事实必须是真实的,除非是由享有特免权的记录或文件得来的,或从原告之口得来的(即原告曾经说过)。

(4)批评需要与事实的陈述有清楚的分别,该事实是为批评所根据者,使读者可以自己判断批评是否公正。

(5)批评不要对被批评者存有恶意。所谓恶意,即指不好的动机。如明知是假的,故意说是真的,此无疑是恶意的。在英国法律中,确实相信一事是真的,但因为被成见所囿以致不能做公正的判断,这也是恶意的。

结合中外新闻司法实践以及我国新闻报道的实际情况,我们认为公正评论基本上包括四个条件:

(1)评论的对象必须与社会公共利益相关,即媒介从社会公共利益的角度对社会政治、经济、文化、科技等公共领域的事务发表意见和看法^①。我国《宪法》第51条规定:“公民在行使自由和权利的时候,不得损害国家、社会、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。”根据此规定,可以认为,公民法人在保护自己名誉时,不得妨碍广播电视报刊为维护公共利益对社会事务进行报道和批评的权利。评判新闻报道是否侵权,就必须要看其批评的内容是否与公共利益有关,即是否出于公心或者善心。如果在报道中以损害他人名誉作为动机和目的,或者违反了对他人名誉权的保护义务,并不是为了社会的共同利益,则构成侵权。在北京国贸中心诉吴祖光侵害名誉权一案审理中,法院正是运用了这

^① 慕明春:新闻侵害名誉权的抗辩事由及其运用策略,载《宁夏社会科学》2003年第1期。

一条件,做了不构成侵权的判决。吴祖光针对国贸惠康超市搜查两名顾客一事,发表了《高档次事业需要高素质员工》一文进行评论,文章虽有一些贬义用词,但作者为了社会公共利益,为了使这种现象不再发生,做出了公正评论,这正是新闻媒体行使舆论监督作用的体现。^①

(2)评论必须依据真实的事实。评论不是空穴来风,它必须植根于事实的土壤,基于一定的事实发表意见。因此其前提之一是,评论乃据事实有感而发;二是事实要基本真实,不是捕风捉影,主观臆断。事实是评论的由头,也是评论的论据,是评论具有强大的说服力的保证。论据出现重大失误,论点就可能成为无稽之谈而授人以柄。对此,美国学者提出:“如果评论或意见是建立在重大事实错误基础之上,公正评论辩护同样无效。……例如,某位报纸专栏撰稿人在文章里称‘琼斯医生是杀人凶手’,若与事实不符,此描述即为诽谤。可是,如果读者知道琼斯医生在某一例子里实施了安乐死,他们可自由表态是否同意琼斯医生是凶手的意见。”^②

(3)评论应主要针对事而非针对人。评论如果将“兴奋点”由事实转移到对人的评价上,就可能涉及到对特定人的品德、才能方面的评判,某些偏激的言词就可能伤害特定人的感情,构成侮辱他人人格^③。中央电视台的评论节目《焦点访谈》进行舆论监督的一条经验就是“对事不对人”,他们在总结这方面的经验时提出:“我们关注的第一目标是事实本身,而非张三、李四具体的参与者。围绕主题事实出现的人物,也只是为了证明事实,而并非作为‘前景’和‘衬托’被无原则地展示。”^④

(4)评论者主观上应无恶意。评论自然不能完全淡化感情色彩,有时出现比较片面和比较尖刻的言词也是可以理解的。但必须坚持的是,评论者主观上应出于诚意和善意,而不能把评论本身当作贬低他人人

① 徐晓放:是名誉侵权,还是舆论监督?——兼论新闻媒体侵害名誉权的认定,载《上饶师专学报》1999年第4期。

② [美]T. 巴顿·卡特等:《大众传播法概要》,北京:中国社会科学出版社1997年版,第47页。

③ 慕明春:新闻侵害名誉权的抗辩事由及其运用策略,载《宁夏社会科学》2003年第1期。

④ 王军:批评性报道的采访技巧和角色把握,载《中国记者》1999年第6期。

格,对他人进行人身攻击的一种手段。^①《民法通则》第101条关于侵害名誉权的规定没有明确故意和过失,但结合第106条第二款的规定:“公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产,侵害他人财产、人身的,应当承担民事责任。”可以认为过失与故意均可构成侵害名誉权。有些人,特别是新闻界人士,从新闻工作的复杂性、舆论监督的重要性出发,认为过失不能构成新闻侵权,但多数人主张新闻单位过失侵害他人名誉权也应承担民事责任。

三、全面抗辩事由之三:特许权辩护

新闻机构或新闻工作者对政府文书(包括立法、司法以及其他政府档案文件)进行公开而真实的报道,这种报道是经过特许的,如果报道被指控,所进行的辩护即为特许权辩护。

特许权辩护是西方许多国家法律允许的一种辩护手段。在美国,报道各级司法、立法、行政机关可以公布的工作,可以视为特许权成功的辩护。其限制条件是:报道必须是公平的,具有实质上的正确及完备的。例如,一位食品检查员可以向卫生局提出公务报告,说明他在一家商店所发现的情形。这个材料,即使是不实的,报纸对此所做的新闻报道只要充分、公平,与该公务报告所言完全相符,即是真实的。

但是,如果知道要求报道的真相,这项特许权就不足以作为辩护。而且食品调查员所说的与他职业无关的事,也不能作为特许权。也就是说,仅报道官方依其职能所做的官方行为,才可能作为特许权用于辩护。检查员或人民团体职员的陈述,通常不能作为特许权。政府单位所发出的新闻资料亦然。

特许权的规定,实质上是为符合特定条件的言论自由和舆论监督网开一面。“尽管原告因诽谤而遭受名誉上的损害,诽谤者仍可能受到庇护而不承担任何责任,因为法律将首先考虑相互冲突的利益,如在传播诽谤内容时被告的利益,或收到传播的内容时第三者的利益,或在鼓

^① 慕明春:新闻侵害名誉权的抗辩事由及其运用策略,载《宁夏社会科学》2003年第1期。

励普遍关心问题的自由表达时公众的利益等。”^①

特许权分绝对特许权和有条件的特许权。

1. 绝对特许权

绝对特许权又称为绝对的免于起诉权。在美国法律中,立法、司法和行政机关的人员在一定条件下都享有绝对特许权而无须顾虑因诽谤之罪受到起诉,其中包括美国国会参众两院的议员、各州议会议员、地方议会议员在立法会议上的言论,法官、律师、证人、被告和原告在听证或审判过程中的发言,总统、州长、市长、政府机构负责人的官方声明等。“规定绝对特许权的理由很明确:假定参与者有所疏忽,因而不得不去分析他们的言论招致严格法律的约束的可能性及民事责任的风险,他们的无畏精神的独立性就有可能受到破坏,他们代表公众而采取的行动就有可能受到阻碍。”^②

我国《宪法》第75条规定:“全国人民代表大会代表在全国人民代表大会各种会议上的发言和表决,不受法律追究。”其实质也属于绝对特许权的性质,“其目的是为免除代表害怕承担政治、法律责任而不敢正确、全面反映人民的意见,不敢积极提出自己的主张的顾虑。”^③

对于新闻报道来说,如果报道的材料是由权威消息来源提供,一般可作绝对特许权辩护。在司法实践中,权威消息来源被认为是侵害公民、法人名誉权的重要抗辩理由。按我国的社会实际,以下情况可以认为是权威消息来源:

- (1)法律、法令、行政法规和规章认定的事实;
- (2)人民法院的裁判文书认定的事实;
- (3)合法的仲裁机构认定的事实;
- (4)行政机关在正式文件和正式行政程序中认定的事实;
- (5)执政党的正式文件、出版物认定的事实和执政党正式向社会发

① [美]T. 巴顿·卡特等:《大众传播法概要》,北京:中国社会科学出版社1997年版,第43页。

② [美]T. 巴顿·卡特等著:《大众传播法概要》,北京:中国社会科学出版社1997年版,第43~44页。

③ 张新宝:《名誉权的法律保护》,北京:中国政法大学出版社1997年版,第165页。

布的事实；

(6)国家立法、行政、司法、监察机关通过新闻发布会、记者招待会、白皮书、蓝皮书等发布的事实；

(7)国家立法、行政、司法机关在其正式出版物(如国务院公报、最高人民法院公报等)上发布或者认定的事实；

(8)公民、法人关于自身活动以书面(如广告宣传材料)或口头方式(如答记者问)公布的有关材料。^①

2. 有条件的特许权

对大众传播媒介来说,更具有实际意义的是有条件的特许权。有条件的特许权又称有限特许权。在美国的传播法中,规定新闻媒介享有相对特许权的范围比较宽泛,主要包括对于议会立法活动、司法机关的审判活动、政府和私人机构的公开活动的报道以及依据在这些活动中制作的公开文书材料撰写的新闻报道。

有条件的特许权的成立应当具备三个条件:^②

(1)有关新闻报道必须公正准确；

(2)传媒应出于社会责任感,满足公众的知情权,所报道事项与公众利益相关；

(3)有正当合法的理由,没有恶意。

在论及“没有恶意”这一条件时,美国学者认为,“如果诽谤性报道的主要目的不是在于让那些‘有必要了解情况’的人得到情报,公布于众即被视为带有恶意,特许权将无效。一旦公布于众的主要原因不是某一适当理由,如让那些法律承认他们对报道内容有合法利益的人了解情况,即可认定存在恶意。……如果传播动机主要是出于记者或出版商的自私目的,如牺牲竞争者(在所报道的公开活动中做不利的议论)以加强自己的营业利益,将不得获得有条件的特许权”^③。

① 张新宝:《名誉权的法律保护》,北京:中国政法大学出版社1997年版,第166页。

② 慕明春:新闻侵害名誉权的抗辩事由及其运用策略,载《宁夏社会科学》2003年第1期。

③ [美]T. 巴顿·卡特等:《大众传播法概要》,北京:中国社会科学出版社1997年版,第46页。

我国法律制度中对于大众传媒的有条件的特许权的规定主要是最高人民法院的有关司法解释。如1998年《关于审理名誉权案件若干问题的解释》第6条规定:“新闻单位依据国家机关依职权制作的公开的文书和实施的公开的职权行为所作的报道,其报道客观准确的,不应认定为侵害他人名誉权;这一条规定实际上是明确了新闻媒介根据权威的信息来源发布的新闻报道是可以免除承担新闻侵权的民事责任。但是新闻媒介享有这项特权是有前提的,即报道依据的是国家机关职权范围内的公开的公务活动和公开文书,而且报道必须客观正确,与官方公开的文书内容和公务活动一致。未经认定的内部拟议意见,人民法院依法不公开审理的案件则不宜报道。”

四、两种局部抗辩事由:更正与答辩

局部抗辩是一种减轻媒体侵权责任的抗辩事由。在英美传播法里,局部抗辩事由只能减少侵权作品受害人可获得的赔偿额,而不能阻止追究侵权责任^①。局部抗辩事由主要有以下两种:

1. 更正

更正就是新闻媒体在发现已发表的作品有侵害特定人名誉权的内容后,主动发表声明,对原传播内容予以撤销或纠正,以消除作品造成的不良影响的补救措施。在美国,“如果诽谤者发表一则撤销其诽谤传播的声明,且声明在报刊的位置、长短同他或她的诽谤基本相当,即有可能避免惩罚性损害赔偿的裁定,亦可能减少损害赔偿额”^②。更正应符合以下几个基本条件:^③

(1)主动性。即新闻媒体在发现所刊登或播出的作品有侵害他人名誉权的内容时,主动予以纠正。如果不是出于主动行为而是由法院判决

① [美]T. 巴顿·卡特等:《大众传播法概要》,北京:中国社会科学出版社1997年版,第48页。

② [美]T. 巴顿·卡特等:《大众传播法概要》,北京:中国社会科学出版社1997年版,第42~48页。

③ 慕明春:新闻侵害名誉权的抗辩事由及其运用策略,载《宁夏社会科学》2003年第1期。

予以更正,消除影响,就不能作为减轻侵权责任的抗辩事由。

(2)及时性。即新闻媒体及时发现错误及时更正。国家新闻出版署《报刊刊载虚假、失实报道处理办法》规定:凡公开更正的,应自虚假、失实报道和失实作品发现之日起,在其最近出版的一期报纸、期刊的同等版位上发表。及时更正,就可以尽快消除影响,化解矛盾,平息诉讼,变被动为主动。即使受害人提起诉讼,也可以减轻甚至免除媒体的侵权责任。

(3)对等性。即媒体发布更正声明所占的版面、位置或播出时段,都要同侵权作品所占的版位或播出时段基本相当。

(4)彻底性。即更正声明应当就侵权的内容做完全、彻底的撤销或纠正,不要遮遮掩掩,含含糊糊,留有尾巴,更不要一味辩解,想方设法证明侵权的合理性。

2. 答辩

根据《扬子晚报》报道,安阳市人民广播电台“交通热线”节目在直播中接到一起电话投诉,称该市公安局交警支队工程设施大队民警呼某在执行公务时索贿两盒烟。呼某说,在听到这一直播节目的内容后,他立即向交警支队的领导进行了汇报,支队也立即与“交通热线”节目组取得了联系,反映呼某的不同说法,节目组当时说:“等我们派记者调查落实后,再向听众解释。”但是,此后该热线并未向其进行调查核实,也没有在节目中对此进行澄清。当呼某要求电台进行调查时,电台却以“找不到司机”为由,不理睬呼某的正当要求。呼某认为,电台是“企图不了了之”。作为一个公民,他的合法权益同样受到法律的保护。于是,他一纸诉状将安阳市人民广播电台告上了法庭。^① 后来法院对此案所作出的判决是:驳回原告的诉讼请求,案件受理费50元由原告负担。法院在判决书上指出,“被告主观上不存在诋毁原告的故意和过失,客观上也并未发表任何评论以引导听众对原告作出不当评价而降低其社会信誉从而侵害名誉权。”在法定的15天的上诉期内,原告呼某没有向安阳市中级人民法院递交上诉状。对于此案的判决,有人提出了疑问,认为

^① 见2002年11月6日《扬子晚报》。

它剥夺了政府公务员作为公民的正当权利,使得政府公务员在接受市民监督时失却了对自身权利的必要的法律保障。不过也有人认为该案的判决是本着更多地保护公民和媒体对政府及其公务员的监督权利这一原则来进行的,在我国的舆论监督环境还远远称不上完善的现状下,这个判决的积极意义大于其消极影响。^①不过我认为,安阳市人民广播电台“交通热线”节目确实存有不当之处,即他们没有给予呼某答辩的机会。

答辩就是新闻媒体允许侵权作品的相对人利用本媒体提供的版面或播出时段就侵权内容作出辩解,提出异议。和更正一样,这也是一种很有效的消除侵权作品的不良影响的补救措施。所不同的是,更正是媒体自己的作为,戏由媒体自己来唱,答辩是媒体让别人作为,提供戏台让别人来唱。其效果可以说是殊途而同归,都有利于缓冲和化解新闻报道活动中新闻媒体和相对人之间的冲突,有助于新闻侵权的受害人非正常减损的名誉恢复到常态。

第五节 新闻侵害名誉权的民事责任

侵害名誉权的民事责任是指侵害名誉权的行为人依法向受害人承担精神损害赔偿等民事责任,以恢复受害人被侵害的名誉。

一、停止侵害

停止侵害是指受害人对正在实施的侵权行为依法要求加害人停止实施。这种方式适应于各种正在进行的或者处于持续状态的侵权行为,对于已经终止和尚未实施的侵权行为不适用。例如在王国藩诉中国作

^① 周海燕:在表达自由和名誉权保护之间——对一起由失实直播引发的名誉侵权案的剖析,载《新闻记者》2003年第8期。

家出版社和作者古鉴兹侵害名誉权案中,朝阳区法院判决主文第1条就是《穷棒子王国》一书于本判决生效后十五日内全部销毁。这是发生名誉权纠纷诉讼时,应首先考虑适用的民事责任形式。停止侵害只适用于正在实施的侵害公民名誉的行为,对已经中止或终止的侵权行为不适用这种民事责任。

应注意的是,停止侵害应当包括防止侵害,如某些诽谤性的新闻作品即将发表或传播,为阻止该作品传播,受害人有权要求法院禁止该作品的发表和传播。停止侵害的请求权只能由权利受到侵害的当事人或其监护人、利害关系人提出,既可以直接向加害人提出,也可以向人民法院提起诉讼,人民法院可以根据当事人的申请或者依职权先行作出停止侵害的裁定^①,停止侵害可单独适用,也可以与其他承担民事责任的方式合并使用。

二、恢复名誉

这里所说的恢复名誉,消除影响,是指根据受害人的诉讼请求,人民法院判令侵害人在侵害行为影响所及范围内,以公开形式承认其过错,澄清事实,以消除侵害行为所造成的不良影响,恢复受害人未受侵害前的社会评价。这是名誉权纠纷案中最常用的承担民事责任形式^②。例如北京市朝阳区法院在审理耿建梅诉《法制日报》社、刘忱侵害名誉权纠纷案中,在判决主文中写明:被告刘忱、《法制日报》社于本判决生效后十五日内在《法制日报》第二版与《幼虎之死》一文同等位置刊登声明,更正失实内容,向原告耿建梅赔礼道歉,声明内容应经本院审定。如拒不执行,则本院将在全国性报刊上刊登本案判决书和主要内容,费用由拒不执行者承担。这样才能为受理人恢复名誉,消除影响。

新闻媒介侵害名誉权是通过一定的传播媒介造成的侵害,传播范

① 最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》第106条。

② 康长庆:试论报纸侵害名誉权问题,载《新闻与传播研究》1997年第3期。

围较广,这种民事责任的承担,一定要与侵害传播的范围相适应,目的在于消除和恢复,而不是扩大影响,继续损害名誉。在某报上造成侵害就要在某报上消除影响,在数人中口头传播,偏要在报纸、广播、电视上去消除影响,则只能是扩大影响。在责令侵权人承担消除影响,恢复名誉责任时,一定要根据原告诉讼请求判决,如果原告不请求或请求在一定范围内消除影响,恢复名誉,法院应准予原告请求,没有必要扩大范围造成新的损害后果。

有一些新闻工作者出于自己的“面子”,一些新闻单位借口有损于自己的“威信”,常常拒绝更正,这其实是极不明智的,也是一种对读者不负责任的态度,是有违于新闻职业道德的。事实上,“捂”和“盖”的最终结果,反而是真正有损于自己的“面子”和“威信”。

如朱秀琴、朱良发、沈珍珠诉《青春》杂志社侵害名誉权案中,1986年第2期《青春》发表纪实小说《太姥山妖氛》后,原告及所在乡、区、县政府多次向编辑部反映,要求澄清事实,消除影响,编辑部却未予置理;在诽谤案审结后,编辑部仍不采取措施。法院将案情请示最高人民法院,1992年最高人民法院发出(1992)民他字第1号《关于朱秀琴、朱良发、沈珍珠诉〈青春〉编辑部名誉权纠纷案的复函》称:“经研究认为:1986年,《青春》杂志社刊登唐敏撰写的侮辱、诽谤死者王练忠及原告的小说《太姥山妖氛》一文,编辑部未尽到审查、核实之责。同年6月,原告及其所在乡、区政府及县委多次向编辑部反映:《太姥山妖氛》系以真实姓名、地点和虚构的事实侮辱、诽谤王练忠及原告,要求澄清事实、消除影响。1990年1月,作者唐敏为此以诽谤罪被追究刑事责任后,《青春》编辑部仍不采取措施,为原告消除影响,致使该小说继续流传于社会,扩大了不良影响,侵害了原告的名誉权,故同意你院审判委员会的意见,《青春》编辑部应承担民事责任。”法院于1993年4月1日判决《青春》杂志社承担对原告人消除影响、赔偿经济精神损失等民事责任。

三、赔礼道歉

赔礼道歉是指侵权行为人向受害人承认错误,表示歉意,以求得受

害人的原谅。赔礼道歉可以采取口头方式,也可以采取书面形式,但其内容须事先经过人民法院审查^①。这种责任形式一般与恢复名誉、消除影响一起适用,最高人民法院《关于审理名誉权案件若干问题的解答》第10条第二款规定:“恢复名誉、消除影响、赔礼道歉可以书面或者口头的方式进行,内容要经人民法院审查。在审判实践中要注意适用这种责任形式应经侵权人自愿,以受害人同意为前提,只要有一方当事人不自愿,法院就不宜判令侵权人采用口头的方式向受害人赔礼道歉。否则难以对侵权人强制执行,达不到保护受害人目的。如果双方当事人都同意采用口头方式赔礼道歉,可以在法院主持调解程序中,先由侵权人向受害人口头表示道歉,受害人谅解后再做其他调解工作。”

四、赔偿损失

这里所说的赔偿损失,是指人民法院根据受害人的诉讼请求,判令侵权人赔偿由于其侵害他人名誉的行为而给受害人造成的损失的一种责任形式,赔偿损失是一种财产责任形式,即侵权人必须从经济上给予受害人以赔偿。^②

在名誉侵权发生后,受害人受到的损害包括人格损害(社会评价的降低),可能的精神损害(受害人心理方面的痛苦)和可能的附带的财产损害(包括受害人到法院起诉路费,住宿费、误工费、请律师的代理费等实际损失的费用)。赔偿损失的方式除对于财产损失具有回复原状的功能以外,还可以对名誉的降低和“精神痛苦”两种损害后果在采取其他三种责任方式回复原状不能时进行救济,依此种功能所请求之赔偿即为国外立法中的“慰抚金”。

① 姜淑明:论侵犯名誉权的民事责任及其抗辩事由,载《湖南省政法管理干部学院学报》2000年第3期。

② 康长庆:试论报纸侵害名誉权问题,载《新闻与传播研究》1997年第3期。

第四章

知情权

党的“十三大”就已提出了“重大情况让人民知道”的原则，充分体现了我国执政党对人民知情权的承认和重视，具有高度的权威性。知情权是防止腐败的良药。“阳光是最好的消毒剂、防腐剂”，一切见不得人的事情都是在阴暗的角落里干出来的。一个真正为人民服务的政府，应当光明磊落，欢迎公众监督。^①但中国的现实并不乐观：大量的信息被有意无意地封堵，无论是政府的决策还是一些灾难事故，我们不知道详情，我们甚至不知道我们所住的房子是不是安全的，也不知道日常的食品中那些含有对人体有害的成份。人们谈论面对重大灾难的时候，我们的迫切需要的信息为什么没有得到传播？当媒体曝光伪劣的“金华火腿”和“太仓肉松”的生产过程时，人们也在追问，为什么这些事实不让我们早一点知情？食物中毒、连环杀人、安全事故、传染病流行乃至中国足球是否真的是“不良资产”等等，这一切的“内情”和人们的切身利益联系太密切了，迫使人们不得不关注和争取知情权。

^① 毛磊：公众呼唤知情权（上），载《中国律师》2003年第3期。

第一节 何谓知情权

知情权(the right to know),又被译为“知的权利”、“了解权或知悉权”^①、“资讯权”^②、“得知权”^③。知情权作为一种学理性的权利类称,是由美国的一位名叫肯特·库伯(Kent Copper)的记者在1945年1月的一次演讲中首次提出的。^④其基本含义是公民有权知道他应该知道的事情,国家应最大限度地确认和保障公民获取信息的权利,尤其是政务信息^⑤。在美国,“知情权”开始使用,除了美国民主制的政治传统外,与新闻界的活动有直接的关系。1946年美国制定行政程序法,开始规定公众获取公共情报的权利;但规定有诸多限制,仍然表现出政府的秘密主义倾向,对此新闻界表现出强烈不满。1950年美国新闻编辑者协会为促进情报的自由流通,设立“情报自由委员会”;1951年该协会委托当时的纽约《先驱论坛报》的法律顾问、新闻法权威哈罗德·克洛斯进行关于情报自由法的研究。作为研究成果,出版了《国民知情权》一书,对接触政府公文书及会议而获取信息的法律权利进行了认真的探讨,对该权利的限制也进行了深入的分析研究。^⑥后来,美国在20世纪50年代和60年代兴起“知情权运动”,并涉及至全球,知情权一词被广泛引用并很快作为公民的政治文化权利得到各国法律确认。不过,到目

① 参见谢鹏程:《公民的基本权利》,北京:中国社会科学出版社1999年版,第261~266页。

② 如澳门《出版法》第1章“出版自由和资讯权”所用的概念。

③ 参见赵正群:得知权理念及其在我国的初步实践,载《中国法学》2001年第3期。他认为该词能表达公民得知国家政务与社会公务状况这一核心意义,能更显公民权利的本质属性。

④ 高景芳:宪法视野中的公民知情权,载《当代法学》2003年第1期。

⑤ 冯渊源、邓小兵:私权与知情权的冲突与协调,载《行政与法制》2000年第10期。

⑥ 松井茂记:美国情报公开法,载《法学家》1996-06-01(103)。转引自皮纯协、刘杰:知情权与情报公开制度,载《山西大学学报》(哲社版)2000年第3期。

前为止,对于知情权的理解仍然存在一些分歧。目前学术界的理解大抵可以概括为如下四种:

(1)知情权是一种信息自由权,它“主要指公民有获取信息的权利和自由,并不包括传播信息的自由,但知情权是信息传播自由的理论依据”。^①同时,知情权又是一项基本人权,“知情权是现代社会公民的一项基本人权,具有不可剥夺的性质”。根据“权利推定”,在民主制度下,公民应当充分享有知情权^②。

(2)知情权即政治权,即行政法意义的了解权:“了解权作为新的政治权利概念,意指公民了解政府的情况,是现代民主政治不可缺少的权利。为了实现这一权利,政府活动应当公开化”。^③“行政公开”即“了解权”:“行政公开是指个人或团体有权知悉并取得行政机关的档案资料和其他信息而言,通常称这种权利为了解权”,“公众的了解权和对了解权的限制构成行政公开的主要内容。”^④

(3)知情权是一种请求权:“所谓知情权是在实质性不对等的法律主体之间,通过请求信息公开来实现的、对自己有直接或间接利益的权利。”^⑤请求权即主张权,权利来自于主张。《世界人权宣言》第19条规定:“人人有权享有主张和发表意见的自由”。《公民权利与政治权利国际公约》第19条第一款也规定:“人人持有主张,不受干涉。”这一观点是借用民法学的请求权来界定知情权的,有学者认为值得商榷^⑥。

(4)不少学者认为,知情权有广义和狭义之分,如谢鹏程认为,广义的知情权,包括政治知情权、司法知情权、社会知情权和个人信息知情权等四项权利;狭义的知情权则为政治知情权和司法知情权。^⑦皮纯协和刘杰认为,广义的知情权是指公民及居民、法人及其他组织依法所享

① 李步云:《信息公开制度研究》,长沙:湖南大学出版社2002年版,第2页。

② 李步云:《信息公开制度研究》,长沙:湖南大学出版社2002年版,第3页、第6页。

③ 应松年:《行政法新论》,北京:中国法制出版社1999年版,第512页。

④ 王名扬:《美国行政法》,北京:中国法制出版社1995年版,第953页。

⑤ 李步云:《信息公开制度研究》,长沙:湖南大学出版社2002年版,第361页。

⑥ 姚小林:知情权的宪法基础,载《广东法学》2003年第3期。

⑦ 谢鹏程:《公民的基本权利》,北京:中国社会科学出版社1999年版,第261页。

有的要求对方向本方公开一定情报的权利和在不违法的范围内获得各类信息的自由。从范围上讲,它涉及政治、经济、社会、文化、教育等各领域及各法律部门。狭义的知情权,是指公民及居民、法人及其他组织对国家机关掌握的情报知道的权利。该权利包括国家机关主动公开某些信息的义务和应对方请求公开某些信息的义务。^① 宋小卫认为,广义的知情权泛指公民知悉、获取信息的自由与权利;狭义的知情权仅指公民知悉、获取官方信息的自由与权利。^② 他们的陈述,虽略有差异,但内核是相通的,即他们都将涵盖公法(官方的)和私法(非官方的)领域的知情权视为“广义的知情权”,而单称公法领域的知情权为“狭义的知情权”。

一、知情权是基本人权

所谓基本权利,是指宪法所确认的公民所享有的最重要的权利,也是法律所规定的普通权利的基础和依据。^③ 之所以说知情权是基本的人权之一,是因为它具有了基本权利的全部法律特征:

第一,知情权具有对人的不可缺少性。人有权知道其应该知道的信息。如果一个人不知道诸如 SARS 一类的重大灾情的相关信息,将会导致严重的后果。

第二,知情权具有不可取代性。知情权代表着公民参与社会生活深度和广度的一方面。如果用另一项别的权利取代知情权,等于宣告公民在知情权所联系的社会关系领域的主体地位被消除。

第三,知情权具有不可转让性。一个人的知情权转让于他人,接受者并不因此就具有了两份知情权。“契约与人的合意在基本权利面前变得毫无意义”^④。

① 皮纯协、刘杰:知情权与情报公开制度,载《山西大学学报》(哲社版)2000年第3期。

② 宋小卫:略论我国公民的知情权,载《法律科学》1994年第5期。

③ 殷啸虎、王月明:《宪法学》,北京:中国法制出版社2001年版,第240页。

④ 徐显明:基本权利析,载《中国法学》1991年第6期。

第四,知情权具有稳定性。知情权,在人的生命的整个旅程中稳定不变。

第五,由知情权可以衍生出一系列从属性的子权利,如知政权、社会知情权或个人信息知情权等。因此,可以说知情权具有母体性,质言之,知情权具备基本权利的法律特征,是公民的一项基本权利。^①

1946年联合国大会通过的第59(I)号决议中,知情权被宣布为基本人权之一。该决议称:“知情权自由是基本人权之一,且属联合国所致力维护之一切自由之关键。”1948年的《世界人权宣言》第19条规定:“人人享有主张和发表意见的自由;此项权利包括有主张而受干涉的自由,和通过任何媒介和不论国界寻求、接受和传递信息和思想的自由。”1966年《公民权利和政治权利国际公约》第19条重申了表达自由的权利包括不受国界限制“寻求、接受和传递各种消息和思想的自由”。《欧洲人权公约》第10条也宣称言论自由的权利包括“在不受公共机关干预和不分国界的情况下,接受并传播信息和思想的自由。”以上一系列的国际法律文件都把知情权确认为公民的一项基本人权。由此可见,知情权作为“二战”后新出现的一项基本人权已经得到国际社会的普遍认可。尽管各国对知情权的认识有不同程度的差别,但从基本人权的高度对知情权予以重视,并通过立法来保障公民知情权,已逐渐成为国外权利立法的一个新动向^②。如1951年,芬兰颁布《政府文件公开法》,将知情权从新闻报道中的自由权独立出来,加以确认。1966年,美国国会通过《信息自由法》(Freedom of Information Act),在原则上要求政府公开其所有的信息资料,并规定了保密权的限制条件。1974年,美国对该法的修正中,进一步扩大了政府公开其文件材料的范围,并规定了在政府拒绝公开信息的时候公民向法院提出诉讼的法律程序。日本于1981年1月通过《情报公开权利宣言》,并将知情权列为国民的固有权利之一。^③

① 高景芳:宪法视野中的公民知情权,载《当代法学》2003年第1期。

② 颜海娜:论公民知情权的宪法确认,载《国家行政学院学报》2003年第5期。

③ 参见徐耀魁主编:《西方新闻理论评析》新华出版社1998年版,第189页。

二、知情权的基本类型

知情权按不同标准可进行不同的分类：^①

(1)按照权利主体的不同,它可分为个人的知情权和社会组织的知情权。权利主体个人可表现为“自然人”、“公民”、“居民”、“当事人”、“选民”、“议员”、“SARS 病人”等不同的法律角色,因此个人的知情权在不同的法律关系中也有不同体现;社会组织的知情权可分为法人的知情权和其他社会组织的知情权。

(2)按照义务主体和内容不同,它可分为知政权、社会知情权和公众知情权。知政权即对政府信息的知情权,可分为行政知情权、立法知情权和司法知情权,其中行政知情权是当代各国法律确认和规制的重点,一般通过信息公开法或信息自由法予以规定;社会知情权是对一切社会公共权力机构(如学校、医院、国有企业、律师协会、消费者协会等)、公众团体(如共青团、工会、集邮协会等)和营利性社会组织(如跨国公司)的知情权;公众知情权主要是对公众人物的知情权。

(3)按照适用法律规范的性质不同,它可分为公权性的知情权和私权性的知情权。公权性的知情权,是通过宪法、宪法性法律、行政法律法规等公法予以规制,并借助宪法诉讼和行政诉讼的制度设计予以保障实现的知情权,这类知情权的权利主体主要为公民,而义务主体为国家机关,两者之间在信息资源占有上具有明显的不对称性,信息资源基本上被控制在国家机关为主体的政府手中;私权性的知情权,即民事知情权,它主要通过民商法等民事法律法规予以调整,但也会由宪法、诉讼法、经济法等公法来调整,如我国《消费者权益保护法》所规定的消费者对商品和服务的知悉权,《医疗事故处理条例》所规定的病人对自身病情的了解权,其权利主体与义务主体的民事法律地位是平等的。

(4)根据权利主体的主体性程度不同,它可分为积极的知情权和消极的知情权:前者是权利主体向义务主体主动寻求与己利益相关信息

^① 姚小林:知情权的宪法基础,载《广东法学》2003年第3期。

的自由,即主张权;后者是权利主体被动获取义务主体所提供信息的权利,即接受权。

(5)根据适用法律规范领域的不同,它还可分为宪法性知情权、行政法知情权、刑事知情权和民事知情权。

三、知情权的价值

现代民主社会为何非常重视知情权问题,乃知情权具有多重价值。简言之,大概包括如下几方面:

1. 知情权是民主政治的基础

所谓的民主,从理论上讲,是“一种人民自治的制度”。^① 民主有三个基本原则,一是多数决定原则;二是保护少数原则;三是正当程序原则。这三个原则充分实现的前提就是参与民主决策的成员具有对所决事务,即让公众知道有关情报(或称信息)的权利。比如说,如果我们对被选举人的情况不清楚,虽然也让我们参与选举,但这不过借民主的形式罢了。所以有学者指出,知情权是一种民主政治权利,他们认为:“了解权这一新的政治权利的概念,意指公民了解政府的情况,是现代民主政治不可缺少的权利。为了实现这一权利,政府的活动应当公开化,除了必要的保密以外,应当充分地向社会公开。”^② 他们强调知情权是参政权之一种,指出:“公民要有知情权,了解国家的政治生活的情况,以便形成自己的政治主张和意见。”^③ “一个社会如果希望民主成功,必须负责提供并发行普遍参与管理所需的信息。”^④ “没有知情权的保障,民主主义就不可能得到真正的实现。因为主权者不能获得有关政治的信息就不可能作出准确的判断。”^⑤ 美国第四任总统詹姆斯·麦迪逊也曾

① [美]科恩:《论民主》,聂崇信译,北京:商务印书馆1988年版,第6页。

② 应松年:《行政法学新论》,北京:中国方正出版社1998年版,第512页。

③ 谢鹏程:《公民的基本权利》,北京:中国社会科学出版社1999年版,第258页。

④ [美]科恩:《论民主》,聂崇信译,北京:商务印书馆1988年版,第159页。

⑤ [日]杉原泰雄:《宪法的历史——比较宪法学新论》,吕昶等译,社会科学文献出版社2000年版,第190页。

指出:“不掌握正确的信息情报及获得信息情报的方法,(所谓)人民的政府只能是滑稽喜剧或者悲剧的序幕,或者除此两者之外什么也不是。掌握情报者通常支配不掌握情报者。因此,要使自身成为统治者的人民,必须从信息情报中获取知识,把自己武装起来。”^①也正因为如此,美国独立宣言的起草人之一托马斯·杰斐逊在1787年1月16日写给友人的信中强调:“必须发展新闻事业,通过报纸使他们充分了解国家大事,并且努力使这些报纸深入到整个人民中间去。”^②

2. 知情权是监督控权的需要

近代民主思想非常强调人权与民主,并在此基础上形成了三项基本规则,即法治的规则、限权的规则和公民参与的规则。现代民主制多是代议制民主,但仍然需要保障人民能够监督和制约政府的行为。正如杰斐逊所言:“人民对他们政府机关的控制,是衡量一个政府是否为共和制的标准。”^③他还指出:“要珍惜我们人民的这种精神,并且让他们警惕地监督政府。”^④监督权的行使,在时间上具有持续性,在空间上具有广泛性,其内容与形式丰富多样,是国家为人民所有、为人民所用的重要保证,立法、执法、司法的透明度愈高,公民实行监督的可能性就愈大。^⑤要想做到重大的事情让人民知道,重大的事务让人民参与决策,其基本的条件就是政府掌握的信息,要充分公开。同时,人民对政府的监督也需要充分的信息公开,否则监督、制约、控权都会成为一纸空文。诚如英国启蒙思想家约翰·洛克所言:“政府所拥有的一切权力,应该完全服务于社会福祉,决不允许任意妄为。权力实施必须通过明确、公开的法律。只有法律公开,人民才能了解自己的义务,遵守法律,社会才能保持稳定;同时,才能保证统治者不逾越限度。”^⑥

① 转引自徐显明主编:《人权研究》第二卷,济南:山东人民出版社2002年版,第287页。

② 《杰斐逊集》(下),北京:生活·读书·新知三联书店1993年版,第980页。

③ 转引自徐显明主编:《人权研究》第二卷,山东人民出版社2002年版,第261页。

④ 《杰斐逊集》(下),北京:生活·读书·新知三联书店1993年版,第981页。

⑤ 李步云:《信息公开制度研究》,长沙:湖南大学出版社2002年版,第4页。

⑥ 转引自国家保密局法规处编:《美国保密法律制度》,金城出版社2000年版,第7~8页。

3. 知情权是增加效益的手段

这主要表现在,其一,知情权的行使能避免立法成本和实施成本过高的问题。只有充分吸收民意,让社会公众参与立法,才能做到各种社会资源配置效率最大化,而做到这一点就必须赋予公众广泛的知情权。因为没有知情的参与只能是盲目的参与,最终必然是徒劳无益,反而增大立法成本。其次,在当事人意志自治的领域,彼此的知情保证交易的最小成本投入而有最大收益,从而实现效益最大化。^①其三,在法律救济(司法)领域,原被告的知情确保了司法资源的最优化利用。其四,只有获得准确而客观的信息,才能确保市场经济的公平竞争,维护社会诚信和信用^②。而交易也能在诚信的基础上高效地运行。

4. 知情权是防止权力腐败的有效措施

杰斐逊曾有言,阳光能够杀死病菌,路灯可以防止小偷。无论是保护自己的权益,还是有效地参与行政管理,公民都需要材料和信息,尤其是政府信息(行政机关为履行其职责所产生、获取、利用、传播、保存和处理的信息)和涉及本人切身利益的材料。知情权的保障,将有利于置权力于阳光之下,腐败的发生将会受到有效的遏制。如2003年的孙志刚事件所暴露的执法黑暗,并最后导致一些权力腐败分子被绳之以法,就是最好的证明。

5. 知情权是增强社会稳定的强粘合剂

社会全面发展,公众的素质也在不断提高,选择和接受信息的能力也相应提高。中国长期以来奉行的“报喜不报忧”的政策,从某种意义上说,是对人民普遍不信任。一种错误的观点是,如果公开某些负面信息,公众心理承受不了,必须会引起恐慌,进而会影响社会稳定。其实,把事情真相公之于众,反而能够锻炼公众的承受能力,提高公众对信息的判别能力。2003年中国非典事件的处理情况表明,政府致力于信息的真实、及时、公开,有利于建立公众与政府之间的信任,建立信任社会,解决好这个问题,面对突发事件,公众在信息选择和行动上就会心中有

^① 汪习根、陈焱光:论知情权,载《法制与社会发展》2003年第2期。

^② 李步云:《信息公开制度研究》,长沙:湖南大学出版社2002年版,第4页。

数。现代政治学证明,社会的自主能力和信息的公开程度是成正比的。一个社会只有信息越公开,社会的自主能力和承受能力才会越高,社会才会越稳定。^①

第二节 对知情权的法律保护

知情权可以视作为表达自由中一部分,国际人权法,例如《世界人权宣言》、《公民权利和政治权利国际公约》都公认表达自由包含了“寻求、接受和传播信息和思想的自由”。我国是《世界人权宣言》、《公民权利和政治权利国际公约》的缔约国之一,知情权在我国理应得到承认和保护。在现代社会言论自由“除包括思想表达与传达自由外,还包括了解权、反论权,言论机关的自由等方面。特别是随着情报手段的发展与信息的扩大,个人行使言论自由的形式越来越丰富和多样化,了解权、反论权等权利的保护是当代各国宪法保护言论自由的重要形式。”^② 这里的“了解权”也就是我们所说的“知情权”。

一般认为,充分而完备的表达自由至少包括以下几方面:^③

- (1)了解信息的自由;
- (2)持有信息的自由;
- (3)传播意见的自由;
- (4)接受意见的自由;
- (5)意见表达方式的自由。

因此,有学者认为,公民知情权作为我国宪法的一项隐含权,隐含在“表达自由”的内容中。^④ 如我国《宪法》第2条规定:“中华人民共和国

① 邓胜利:从“非典”事件看信息公开的价值,载《图书与情报》2003年第4期。

② 董和平、韩大元、李树忠:《宪法学》,北京:法律出版社2000年版,第365页。

③ 徐显明:《人权研究》(第一卷),济南:山东人民出版社2001年版,第369页。

④ 颜海娜:论公民知情权的宪法确认,载《国家行政学院学报》2003年第5期。

国的一切权力属于人民,人民依照法律规定,通过各种途径和形式,管理国家事务,管理经济和文化事业,管理社会事务。”既然说人民要管理各种事务,就必须知道各方面情报,这就意味着国家机关应主动地或应公众请求公开这些情报,以使人民“知”和“行”,否则,让人民管理国家事务便是一句空话。诚如美国第四任总统麦迪逊所言,“不掌握正确的信息情报及获得信息情报的方法,(所谓)人民的政府只能是滑稽喜剧或悲剧的序幕,或者除此两者之外什么也不是。掌握情报者通常支配不掌握情报者。因此,要使自身成为统治者的人民,必须从信息情报中获取知识,把自身武装起来。”^①

一、外国对知情权的保护

近年来,世界各国的政府管理透明度日益增强,迄今为止,世界上已经有 40 多个国家制定了此方面的法规,其中包括相当数量的欧洲国家、美国、加拿大以及亚洲的日本、韩国和泰国^②。后文就此略作介绍。

1. 欧洲各国的情报公开制度

瑞典的出版自由、表达自由和信息公开制度主要是通过《政府宪章》中有关言论自由和信息自由的规定、《出版自由法》、《表达自由法》以及《保密法》加以确立的。瑞典于 1766 年制定的《出版自由法》是世界上最早一部新闻自由法^③。瑞典出版自由法的国内背景是由于当时北方战争失败,国王的权威下降,议会权力至上。同时议会内部党派的斗争中,代表下层贵族和农民的“便帽党”在选举中取胜,在政治上进行了一系列的改革,其中包括出版公文书的自由、为出版而阅览公文书的权利制度的确立。为区分泌密文书和公开文书,瑞典在多年经验的基础上形成了数百条秘密法,该制度运行起来较为复杂,所以几乎没有传入他国。瑞典的情报公开制度公文书公开机关较广,除行政机关外,国会、教

① 转引自徐显明主编:《人权研究》(第二卷),济南:山东人民出版社 2002 年版,第 287 页。

② 肖永英:英国《信息自由法》的主要内容及其影响初探,载《情报杂志》2003 年第 9 期。

③ 周汉华主编:《外国政府信息公开制度比较》,中国法制出版社 2003 年版,第 14 页。

会会议、法院、地方公共团体等都成为情报公开的实施机关。1991年,瑞典又以《出版自由法》为蓝本,制定了《表达自由法》,该法规定,广播、电视等电子媒体所享有的表达自由不如报刊杂志等印刷媒体充分以及不能完全免除政府的事先审查。

芬兰在瑞典统治时期,也适用瑞典1766年《出版自由法》,以后中断,1951年制定了《公文书公开法》。丹麦在二次大战后,对引进公开原则展开了讨论,1970年颁布了《行政文书公众使用法》。^①

丹麦于1970年6月制定《行政文书公开法》。该法的主要特点是:第一,为了请求公文书公开,必须表明与特殊案件的关系;第二,公开例外的条款非常模糊,例如:由于“有特定事情必须作为秘密加以保护和其他利益”时可以不公开;第三,对于是否向官方直接请求,以何种形式请求,官方享有广泛的裁量权。丹麦情报公开制度的实施机关有国家行政机关、地方公共团体、电力、供热等公共企业。^②

挪威的信息公开原则受到了瑞典1766年《出版自由法》的影响,于1970年制定了《公众使用法》。该法的主要特色是:第一,规定行政文书公开明显招致国民误解时,可以推迟公开或者不公开;第二,关于文书公开的方法,考虑公务的正确执行决定;第三,该法对既存的文书不能适用。该法的实施机关是国家行政机关、地方公共团体和公共机关。

法国于1978年制定《行政文书公开法》。在法国这样一个行政占主导地位的国家建立该制度,让世人惊喜。该法的主要特点是:非公开的文书,除私生活上的秘密外,记名的文书也不公开;实施机关有国家行政机关、地方公共团体、营造物法人及私法上法人被委以公共职能的组织等。

英国于2000年11月30日,通过了《信息公开法》(Freedom of Information Act 2000),这意味着英国终于成为有信息公开法的国家之一^③。虽然此法比瑞典的《新闻自由法》晚了二百多年,但其意义非同一般,因为在英国出台这一法律是相当艰难的。要理解英国信息公开制度

① 吴微:日本《信息公开法》的制定及其特色,载《行政法学研究》2000年第3期。

② 皮纯协、刘杰:知情权与情报公开制度,载《山西大学学报》(哲社版)2000年第3期。

③ 周汉华主编:《外国政府信息公开制度比较》,中国法制出版社2003年版,第137页。

建立的难,需得首先了解英国与欧美其他先进国家不同,英国一直以来奉行较强的秘密主义传统,对政府情报的公开不积极。1911年制定的公务员秘密法最为典型,不管是否属于秘密,公务员职务上得到的情报均禁止外传。由于国际社会的压力,政界开始重视信息公开立法,1985年制定地方自治法,包括地方公共团体信息公开内容,建立了地方公共团体信息公开制度。1998年提出信息公开法案,该法案在2000年通过,尽管《信息自由法》的全面实施还要等到2005年1月,但该法的部分条款自2002年已经开始实施。以保守著称的英国《信息公开法》的出台,至少说明信息公开是一个世界性不可逆转的趋势。英国的《信息自由法》具有政治和经济的双重意义。正如英国政务院所指出,《信息自由法》的主要特征有如下四个方面:其一,除非有明确规定的豁免和限制条件,广大民众有获取公共信息的权利;其二,即使是在适合豁免的情况下,对于信息的公开也应考虑到公众的利益,应具体情况具体处理;其三,公共部门(包括政府部门)有积极主动地出版公共信息的义务;其四,通过信息官一职和异议审查会的设立,加强信息公开的实施力度。^①

德国的知情权制度是广义上的知情权制度,德国《联邦基本法》第5条第1项关于“表达自由”规定就充分体现了对知情权的保护,该项规定:“每个人都有以语言、文字和图画自由表达和传播意见的权利并有权从一般的允许取得情报的来源不受阻碍地进行了解。”1994年7月制定《环境情报法》,作为环境领域情报公开的法律。在德国,公民的言论自由通过各种形式表达,其内容涉及政治、经济、文化、教育以至法律允许的军事事宜。对此一方面保证公民或社团要求议会或政府公开相关的情报,使其知情,并且保证新闻自由和发表自由;另一方面,在大多数情况下,德国议会或政府能够及时地履行公开的情报的法定义务,以使公民和社会了解议会和政府的立法或行政行为。^②目前在德国,联邦议会的立法完全公开,每次会议都有专门的电视频道直播其政务公开,这是由专门设置的联邦新闻局和政府的信息机构及时向新闻媒体

① 肖永英:英国《信息自由法》的主要内容及其影响初探,载《情报杂志》2003年第9期。

② 李步云主编:《信息公开制度研究》,长沙:湖南大学出版社2002年版,第365页。

公布信息实现的;其司法公开主要体现在法院,如听政制度,当事人可以直接查阅案卷,就有关事宜询问法官,甚至法院调查当事人的时间、地点都是公开的。此外,德国联邦政府在其民间还设有“信息研究所”,负责监督政府的信息公开状况。^①

2. 美国的信息公开制度

美国信息公开的法律是 1966 年制定的《信息自由法》(Freedom of Information Act 2000), (经 1974 年、1976 年、1986 年修改,编入美国法典第 5 编第 552 条), 1976 年制定的《阳光下的政府法》(Government Under Sunshine Act)(编入美国法典第 5 编第 552 条之二), 1974 年制定的《隐私权法》(或称《个人隐私法》(The Federal Privacy Act), 编入美国法典第 5 编第 552 条之一), 1972 年制定的《咨询委员会法》中有关会议和文件公开与保密的规定, 1996 年又制定了《电子化信息自由法》(Electronic Freedom of Information Act)^②。美国的信息公开制度, 从信息自由法制定以来, 经过 30 多年的建设和完善, 已经形成了较为完备合理的制度体系。

政府文件的公开与保密, 是美国联邦政府长期以来未解决的问题。第二次世界大战后随着民主的发展, 美国于 1946 年制定了行政程序法, 该法规定公众可以得到政府文件, 同时规定了非常广泛的限制, 而且该法没有规定救济手段。从 1955 年开始发起要求修改 1946 年行政程序法的运动, 主要社会力量有律师界、新闻界及社会上要求行政改良的人士。1966 年制定《信息自由法》, 1967 年 7 月 4 日开始实施, 《信息自由法》的主要原则是: 其一, 政府信息公开是原则, 不公开是例外。该法限制政府机构自由决定不公开信息的权力。依据该法, 除涉及国家安全、公民隐私等豁免公开的九项信息^③ 外, 所有的政府信息均应公开;

① 黄梓良: 外国的信息公开立法实践及其启示, 载《情报杂志》2003 年第 7 期。

② 参见李步云主编: 《信息公开制度研究》, 长沙: 湖南大学出版社 2002 年版, 第 307 页。

③ 这九项免除公开的文件是: 国防和外交领域的信息; 纯属行政机关内部人事规则和惯例的文件; 其他法律明文规定可以免除公开的文件; 贸易秘密和从个人以及特权机构和保密机构获得的商业或金融信息; 行政机关内部或行政机关之间的备忘录或往来函件; 公开后可能明显地侵犯个人隐私的人事的、医疗的以及类似的档案; 执行法律的记录和信息; 关于金融机构的信息; 关于油井地质和地球物理信息。

其二,政府信息面前人人平等。政府信息具有公共财产的性质,人人享有平等获取的权利,没有申请人资格的限制,个人申请获取信息无须申明理由;其三,政府拒绝提供信息需负举证责任。政府拒绝提供申请人查询的信息,必须负责说明理由;其四,法院具有重新审理的权力。在政府机构拒绝提供信息申请者请求司法救济时,法院对行政决定所依据的事实可以重新审理。^① 1976年出台的《阳光下的政府法》实际上要求行政机关将其制定的行政规章公开,将其处理的行政个案结果公开,简言之,是要求行政机关将其行政处理结果公开。1974年出台的《隐私权法》则是解决信息公开与保护私人秘密的矛盾的法律。该法的主旨是:承认并保护个人被政府掌握的、关于自己的记录存在,并保护个人的隐私权;控制联邦行政机关处理个人记录的行为;平衡个人得到最大限度的隐私权的利益和行政机关为了合法执行职务需要保有关于个人记录的公共利益。《隐私权法》与《信息自由法》同属于行政公开法的范畴。不同之处在于:《隐私权法》只适用于个人记录,而《信息自由法》适用于全部政府记录;《隐私权法》着重保护公民的个人隐私权,而《信息自由法》着重保护公众的了解权。《隐私权法》企图限制某些政府文件的公开,而《信息自由法》则寻求政府文件最大限度的公开。^② 1972年制定的《联邦咨询委员会法》,该法要求联邦咨询委员会的组织、监督文件和会议必须公开。该法还企图增加咨询委员会的利用的效率,避免不必要的咨询机构,使咨询委员会的组织更为合理^③。1996年出台的《电子化信息自由法》对信息自由法的立法目的、电子记录的概念、电子信息的检索、公开、期限等都有新的规定或补充。

3. 韩国和日本的情报公开制度

韩国第一个信息公开的规定是 Cheong-ju 市议会于 1991 年制定的。该市市长因不喜欢该规定,甚至控告其违宪^④。但韩国最高法院于

① 国家保密局法规处编:《美国保密法律制度》,金城出版社 2000 年版,第 10 页。

② 周健:《美国〈隐私权法〉与公民个人信息保护》,载《情报科学》2001 年第 6 期。

③ 丁先存:《论美国的政府信息公开制度》,载《情报科学》2001 年第 3 期。

④ 周汉华主编:《外国政府信息公开制度比较》,北京:中国法制出版社 2003 年版,第 355 页。

1992 年认定该规定合宪。此后许多地方政府纷纷制定类似的条例。金泳三上台后,大力推进信息公开制度的建立,1996 年 11 月 30 日韩国国会通过了《公共机关信息公开法》,1998 年 1 月 1 日开始实施,是亚洲国家首先制定并实施情报公开法的国家。韩国的情报公开制度首先在地方公共团体实施;其后,由政府公布并实施《情报公开法案》。该法主要内容为:

(1)立法目的:“保障国民知情权,确保国民对国政的参与和国政运营的透明性”;

(2)情报公开对象机关:国家行政机关、国会、大法院、宪法法院、中央选举委员会、地方公共团体以及政府投资的机关;

(3)情报公开的原则及定义:明确“情报”、“公开”的定义,规定情报公开是原则,不公开是例外;

(4)公开请求人的范围;

(5)适用除外的情报;

(6)权利救济制度:行政裁判和行政诉讼。

对于日本人来说,知情权概念也是一个舶来品,第二次世界大战后的日本,在美国的直接干预下逐渐实施美国式的民主政治,美国对表达自由保护的观念也渐受重视,这从日本的宪法规定中就可以看出来。如日本《宪法》第 21 条规定:“保障集会、结社以及言论、出版等一切表达自由”。但日本的宪法没有关于知情权或自由获取信息的直接规定。在日本,在市民的活动方面,早在 60 年代妇女联合会就围绕食品安全问题,要求政府审议会和议事记录公开。日本消费者联盟在刑法修改设立泄漏企业秘密罪后,就提倡进行情报公开立法。1972 年 4 月每日新闻登载的关于西山记者泄漏冲绳机密事件,引发了对国民“知的权利”(亦称“知情权”、“了解权”)的议论,他们就记者是否有报导自由,国民是否有了解事实真相的自由等话题进行了广泛的讨论,学术界借此机会,重点介绍了瑞典、美国有关信息公开的情况^①。社团法人“自由人权协会”于 1979 年 9 月发表《信息公开法纲要》,以此为契机掀起了市民要求制

^① 宋长军:日本信息公开法的制定及特点,载《外国法译评》2000 年第 1 期。

定信息公开法的热潮。后来原日本首相大平正芳,于1979年曾指示认真研究这个问题。1980年5月发生里库路特事件,《朝日新闻》以《开放的政府》为题,发表连载,透漏事情真相,在日本引起轩然大波。日本政府迫于舆论压力,同月,经内阁会议出台《关于提供信息的改善措施》,同年10月开始实施。1994年坚决实行政治改革的细川内阁在行政改革大纲中明确规定审议信息公开制度。1999年5月7日,日本信息公开法正式成立,2001年开始实施。日本《信息公开法》共分4章,由44条组成。主要对行政文书的开示、不服申诉、咨询、信息公开审查会、审查会调查审议的程序以及诉讼管辖的特例等做了规定^①。其主要内容为:

(1)立法目的及定义:立法目的强调“国民主权”、“行政情报公开”、“向国民说明责任”;定义规定“行政机关”、“适用文书”范围。

(2)公开请求权人:规定“任何人”均可成为公开请求权人。

(3)不公开的情报和限制公开的情报。

(4)情报公开法上的第三人:确定第三人的地位,以保护利害关系人的合法权益。

(5)情报公开审查会:由国会两院同意后经内阁总理大臣任命的委员组成,行政机关因情报公开和当事人发生争议,行政机关必须向其咨询,为咨询机关。

(6)情报公开的有关程序及行政诉讼的管辖的特别规定,等等。日本于《信息公开法》的出台,是“当今民主政治的发展趋势,是健全法治的客观要求”^②。

二、我国对知情权的保护

在我国,80%的社会信息资源掌握在政府部门手中^③,政府是最主

① 吴微:日本《信息公开法》的制定及其特色,载《行政法学研究》2000年第3期。

② 杜钢建、刘杰:日本情报公开法的制定与实施,载《国家行政学院学报》2000年第2期。

③ 孙云川、高柳宾:政府网上信息资源环境管理研究,载《图书馆杂志》1999年第11期。

要的信息生产者、使用者和发布者。作为一种重要的国家资源,政府信息是用纳税人的钱生产、搜集和加工的,具有全社会所有的公共属性。这就要求我们对可以公开的政府信息及时开放,使其在尽可能大的范围内供人们利用^①。知情权概念从 20 世纪 80 年代就被引入中国。1987 年中国共产党第十三次全国代表大会政治报告提出,建立社会协商对话制度,提高领导机关活动的开放程度,重大情况让人民知道,重大问题经人民讨论。在党的“十三大”精神的推动下,为促进为政清廉,于 20 世纪 80 年代后期,我国开展了“两公开一监督”^② 活动,这可视为我国推行政务公开的最初尝试。^③ 近些年来,随着人民权利意识的觉醒和政治地位的上升,普通民众对于天下事“早知道”的要求也越来越强烈,公民的知情权作为一项基本权利的重要性显得越来越突出。人们普遍认识到,知情权是公民保护自身利益的重要手段。“普通公民只有及时了解社会上即将发生或已经发生的事情,才能对自己的生活做出相应的安排,以使趋利避害,有效保护自己的利益”^④。

1. 日渐重视的知情权

中华人民共和国宪法赋予了公民的监督权、批评建议权,以及申诉、控告与检举权。如《宪法》第 27 条第二款规定:“一切国家机关和国家机关工作人员必须依靠人民的支持,经常保持同人民的密切联系,倾听人民的意见和建议,接受人民的监督,努力为人民服务。”《宪法》第 41 条第一款规定:“中华人民共和国公民对于任何国家机关和国家工作人员,有提出批评和建议的权利;对于任何国家机关和国家机关工作人员的违法失职行为,有向有关国家机关提出申诉、控告或者检举的权利,但是不得捏造或者歪曲事实进行诬告陷害。”监督、批评、建议以及申诉、控告、检举,前提当然是必须了解行政机关及其工作人员的有关活动。知情权无疑是以上任何一项权利的潜在权利。另外,对公民“言

① 周健、赖茂生:《政府信息公开与立法研究》,载《情报科学》2001 年第 6 期。

② “两公开一监督”活动指的是“公开办事制度,公开办事结果,接受群众监督”。

③ 赵正群:《知情权理念及其在我国的初步实践》,载《中国法学》2001 年第 3 期。

④ 马红:《论公民知情权与政府信息公开》,载《理论研究》2003 年第 2 期。

论、出版、集合、结社、游行、示威的自由”，“科学研究、文学创作和其他文化活动的自由”等规定，也包含了知情权的内容。

1990年新闻出版署的《报纸管理暂行规定》规定了报纸“宣传中国共产党和中华人民共和国的方针和政策；传播信息和科学技术、文化知识”的职能，可以推理受众有从报纸获取党和政府的方针政策和各种信息、知识的权利。^①

改革开放以来，我国还陆续制定了一些法律规范，以确认和保障公民知悉、获取有关信息的自由和权利。有的法律条款直接赋予公民知悉、获取信息的资格和权利，如《消费者权益保护法》第8条规定：“消费者享有知悉其购买、使用的商品或者接受的服务的真实情况的权利。”但绝大部分是保障公民获知信息的义务性规范，如《行政处罚法》的第4条和第31条、《行政诉讼法》的第4条和第23条、《环境保护法》的第11条、《产品质量法》第10条、《价格法》的第23条和24条、《统计法》的13条等。这些法律规范大都零散分布在各种法律文件中，分属于不同的法律部门和法律制度，它们的总和构成了我国公民知情权的法律基础。

在2003年抗击“非典”期间，中央及时总结前期在疫情通报和信息公开方面的经验与教训，加强了对重大突发事件下政府工作信息和社会公共信息的发布工作，为最终实现信息公开的立法工作积累了经验。媒体在这方面所发挥的无以替代的巨大作用，也为我们理解现代信息社会中及时、公开地传播新闻信息，满足群众知情需要的重要意义提供了生动的范例。^② 我们已经注意到，2003年6月份之后，北京、上海、河南、深圳、浙江等地纷纷建立新闻发言人制度。深圳市委办公厅要求全市各级部门自觉接受舆论监督，除涉及国家安全和机要、保密的内容外，凡公务活动必须自觉接受采访^③。可以说，中国的知情权已经受到广泛的重视。

① 参见魏永征：《中国新闻传播法纲要》，上海社会科学出版社1999年版，第53页。

② 郑保卫：关于信息公开的理论思考与实践意义，载《国际新闻界》2003年第5期。

③ <http://www.hebeidaily.com.cn/20030516/ca275033.htm>

2. 保障力度仍然不够

经过多年的理论研究与实践,我国的信息公开制度无论是立法上还是理论上,都已取得了很大的成就。1996年《行政处罚法》便是其典范。上海市于2004年1月20日公布的《上海市政府信息公开规定》已于5月1日正式施行,政府信息公开化同样强调了公开是规则,不公开是例外,这确实是个了不起的进步!然而,我国法律规范对于知情权的规定缺乏系统性、全面性,多局限于具体行政行为实施过程,保障力度不够。“长期以来,我国的政府信息一直处于封闭、闲置或半封闭、半闲置状态,应予公开和豁免披露的政府信息一直没有法律意义上的明确界定”^①。换言之,在中国知情权作为公民基本权利的地位并没有获得确认,与西方先进国家差距很大,与当今信息时代的要求明显不符。由此导致的结果往往是:一方面,公民知悉、获取政府信息的法律依据尚不充分,政府也没有公开政府信息的法定义务;另一方面,公民对于政府拒绝公开相关信息的行为缺乏救济的手段与途径^②。更为严重的是,在一些民主和法制意识淡薄的地区,出现不尊重甚至公然践踏公民知情权的现象。如江西省有关部门以“社会稳定”为由查禁、“封杀”宣传中央减负政策的《减轻农民负担工作手册》,并追究相关人员的责任。^③知情权作为公民的一项基本人权,应首先在宪法的层面得以确认,因为“基本权利属于宪法保留事项,其判断标准仰赖于抽象人权法的理性思辨以及习惯法的支持、比较法的域外影响。”^④有学者指出,我国公民知情权的法制保障匮乏,保障公民知情权缺乏宪法依据,从某种程度上制约着公民其他宪法性权利,如选举权与被选举权、批评建议权、申诉控告权、国家赔偿请求权等的有效行使,也从一个侧面反映出我国民主宪政建设的滞后^⑤。毕竟“宪政是以宪法为前提,以民主政治为核心,以法

① 周健、赖茂生:《政府信息公开与立法研究》,载《情报科学》2001年第6期。

② 颜海娜:《论公民知情权的宪法确认》,载《国家行政学院学报》2003年第5期。

③ 一本奇书的奇遇,2000年10月12日《南方周末》。

④ 于立深:《我国宪法典公民权利条款评析》,载《长白学刊》2002年第4期。

⑤ 颜海娜:《论公民知情权的宪法确认》,载《国家行政学院学报》2003年第5期。

治为基石,以保障人权为目的的政治形态和政治过程。”^①

从世界的范围看,知情权在宪法层面的确认一般有两种形式。一是在宪法中直接规定公民知情权(或情报自由权、信息自由权)。例如,1949年《联邦德国基本法》第5条第一款规定:“任何人享有自一般情报来源接受报道获取情报而不受阻碍之自由。”泰国1997年《宪法》第58条规定:“除非公开政府信息会影响国家安全、公共安全或其他人受到法律保护的利益,人们应有权获得国家机关、国有企业或者地方政府机构所拥有的公共信息。”尼泊尔1990年《宪法》第16条规定:“每个公民应有权要求和得到任何有关公共事务的信息。”二是通过判例法确认知情权为公民的一项基本权利。例如,在日本,虽然知情权也只能从《宪法》第21条的“表现自由”中推导出来,但《判例法》对知情权作出了明确认可。日本最高法院1969年在博多车站电视录像带扣押一案的判决中指出:“报道机关的报道,在民主主义社会,当国民参与国政时,应提出重要的判断资料,服务于国民的知情权。”自此案判决开始,知情权在日本被普遍视为一项基本人权,成为三大新人权(和平权、知情权、环境权)之一。

第三节 知情权与其他权益的冲突

西方社会知情权在实践层面的冲突而在西方社会,知情权在实践上却面临着众多的冲突。^②除了历史上著名的“五角大楼文件案”等新闻诉讼反映了知情权与传统政治观念和政府的行政特权等存在冲突外,在当今新闻实践中,知情权的推进与实行还存在着另外一些越来越突出的矛盾。

^① 李龙、周叶中:《宪法学基本范畴简论》,载《中国法学》1996年第6期。

^② 赵虹:《知情权刍议》,载《新闻记者》2002年第5期。

在进行人物报道的时候,知情权和隐私权经常是一对矛盾。西方国家由于传媒业存在巨大竞争,因此揭露名人私生活的消息报道已成为争夺受众的一种手段和习惯。

二、知情权与既得利益

1999 年在美国有一部引起轰动的由真实故事改编的电影《知情者》(the Insider)。说的是一家著名的烟草公司(实际上就是著名的生产万宝路等香烟的菲利浦·莫里斯公司)受利益驱动,不肯改变将会导致肺癌的一种烟草配方,对公众利益造成威胁。该公司内部一位科学家因良心不安,在哥伦比亚广播公司(CBS)的著名节目《60 分钟》中讲述了内情,但该集节目却迫于各方压力遭到禁播。最后经过一系列的冲突与斗争,CBS 才得以播出节目的大部分内容。原因是:首先,该烟草公司有个内部的保密法规,要求员工必须遵守,否则就会引起官司纠葛。而菲利浦·莫里斯所聘请的大律师从来没有打输过此类官司。其次,财大气粗的烟草公司曾要挟 CBS 要将其收购,即使像《60 分钟》这样的以揭露性报道而著称的节目,也只得把嘴闭上。

有人指出,在西方的新闻实践中,这样的案例已是屡见不鲜,在满足公众知情权的同时,媒体的编辑部不得不顾及来自本集团内部特别是高层的态度,媒体也不得不顾及自己的报道是否威胁到与自己相关的广告主利益。一句话,就像一句西方谚语所讲的,“钱才是真正说话的人”(Money talks,也就是中国人的“有钱能使鬼推磨”),一旦当知情权与集团自身利益特别是既得的经济利益产生冲突,那么知情权则多半要流于空谈,或至少是“犹抱琵琶半遮面”。^①

其实,此类事实不独西方国家如此,我国也有,最典型的莫过于山西繁峙“6·22”特大爆炸事故中,11 名新闻记者采访事故过程中收受当地有关负责人及非法矿主贿送的现金、金元宝。结果是这些记者因为“吃了人家的嘴软,拿了人家的手软”而“集体”失声,新闻的舆论监督

^① 赵虹:知情权刍议,载《新闻记者》2002 年第 5 期。

功能严重缺位。^①

还有一种情况是日渐多见的买断新闻源头的情况,如2001年3月的雷峰塔地下迷宫开启。当时浙江影视文化频道买断现场直播权,很多新闻记者包括新华社和中央台记者都没有采集到任何新闻。在2002年足球世界杯期间,先是新浪网与搜狐网进行的中国足协世界杯指定网站之争,接着出现一些实力雄厚的体育类媒体买断一些球员的信息来源,打探“独家”消息,被买断的新闻源对外界严格保密。这些问题引起了新闻界广泛的关注和讨论。我赞同李希光教授的观点,他认为,无论是体育比赛、娱乐报道还是政治、经济、社会新闻,其最重要的功能是赋予了公众一种知情权,作为知情权就是要让公众知道真相。怎么样知道真相呢?就是要全面、平衡、公正、多方位、多角度的报道各种意见。……如果信源被买断,那么,重大事件发生后,人们听到的就只是一种声音,这样很可能导致真相永远得不到揭露,结果最终危害的是公众的知情权。……因此,作为一个真正的媒体,就是要维护公众的知情权。买断新闻源符合商业利润,但是损害公众利益,不符合新闻的本性,不符合新闻学的基本原理。^②

三、知情权与国家安全

传统意义上的国家安全仅指国防安全和外交安全。在信息时代,国家安全的内涵和外延都发生了重大变化,除了传统意义上的国防与外交安全外,还包括经济安全、科技安全、信息安全、文化安全、生态环境安全和社会安全等诸多方面。而克服国家危机的两个法宝就是国家团结和统一纪律,团结是力量,纪律是形成团结力量的必要条件。^③

① 吴飞:重构专业理念,完善监督机制——“6·22”特大爆炸事故中11名记者“集体”失声的反思,载《传媒观察》2003年第10期。

② 饶文清:新闻知情权与娱乐化——访李希光教授, <http://www.amainfo.com/ama/content/04/20021010a.htm>

③ 杨燕绥:国家公共安全和公民知情权——“非典”事件引起的法律思考,载《清华大学学报》(哲学社会科学版)2003年第4期。

国家团结有赖于公民对政府的信任和政府对民情的了解;纪律建立在完善有效的法律体系和执行机制的基础之上。只有依法建立信息共享机制,才能产生这样的效果和达到这样的目标。然而,信息共享的法律渊源是宪法赋予公民的知情权。台湾学者高希均对此感慨甚深:“介于开放与封闭之间的政府,如果一定要干预新闻报导,宁可因比较开放的政策而出现漏网之鱼的报导,不要因政策管制而导致新闻的全面封杀,因为在听不到实情的情况不,人民就容易误信耳语,也无法辨清耸人听闻的报道是否夸大。”^①

长期以来,一些人总是相信,在危急关头需要封锁信息,以免国人知道事情的真相而恐慌。事实上,这种担心是多余的。国家团结有赖于公民对政府的信任,信任是在相信基础上的认同,即公民相信政府并同政府保持一致的行动。因此,政府要树立自己的权威,就必须保证在第一时间里对外公布一致的、可靠的信息;如果隐瞒信息、信息不实和用虚假信息愚弄公民,不仅会导致更多毫无权威的信息发布源,更重要的是失去政府信息的权威性,加大百姓的恐慌心理程度,导致集中购物和提款这样严重危害国家安全的行动;失信于民还会失去克服危机的最佳时机和最有利的条件。在2003年中国抗击非典的战役中我们可以看到,政府信息公开的程度与公民对政府的信任程度是成正比例的。当中国政府如实公布疫情、宣传其严重性和有效隔离措施以后,百姓在瞬间惊恐之后,对政府为战胜非典作出的每项决策都在无条件地配合。正是基于这一认识,清华大学管理学院的杨燕绥博士认为,“民众知情有利于社会稳定”。^② 2003年5月23日至25日,南京大学主持的一项大型调查,支持了谣言止于公开的观点。这次调查的主持人之一王燕文在分析调查结果时说,有超过40%的受访者表示,并不是从主流媒体最先知道非典的有关信息的,而是通过其他的途径。其中疫情出现较早的广

① 转引自周国文:《传媒与知情权》, http://chinese.mediachina.net/index_law_view.jsp?id=771。

② 杨燕绥:《国家公共安全和公民知情权——“非典”事件引起的法律思考》,载《清华大学学报》(哲社版)2003年第4期。

州有近 60% 的受访者是从非正规渠道最先得知有关非典的信息。从流言的传播路径来看,主要以“听别人说”(56.7%)、“与人交谈”(如通过电话等)(19.4%)与“网络”(14.2%)传播为主。^①正式公开报道非典疫情前,流言满天飞,造成了一定的恐慌,北京、广州等地出现的抢购风潮等就是最明显的佐证。2003 年 4 月 20 日,党中央、国务院以对人民健康和生命安全高度负责的态度,及时地总结此前非典防治方面的经验教训,采取了包括非典疫情公开等在内的一系列果断措施,使流言趋于消失,民众恐慌趋于缓解,非典疫情处于逐步控制之中。

第四节 知情权与采访权

一位英国新闻学教授在给他的研究生讲课时,传递了一个惊人的数字:近几十年,在英国,为了揭露腐败而殉职的记者为 87 人。他们都是在调查某一政治丑闻、某大公司的违法交易等事件中,被人为的车祸、枪杀夺去生命的。中国的情况是,据中国记协统计,1998 年设立新闻工作者维权委员会以来,受理的关于记者受害的投诉有 300 多起,其中包括很多非法拘禁和殴打记者等恶性案件。^②笔者于 2004 年 1 月 8 日,使用百度搜索引擎,搜索“记者被打”一词,竟发现有相关网页约 14 900 篇!

一、从足协“封杀”《足球》说起

最近《足球》报被中国足协封杀一事更是引人注目。2004 年 1 月 7 日,广州《足球》报因其刊登了《“国资委”阻击中国足球》的文章而受到

① 顾兆农:谣言止于公开——专家解读五大城市非典舆情调查,载 2003 年 6 月 3 日《人民日报》。

② 魏晶:如何保障记者的采访权?,载《声屏世界》2003 年第 10 期。

了强力反击,1月9日傍晚,中国足协发表声明,对1月7日《足球》报发表《“国资委”阻击中国足球》一文做出正式表态,中国足协认为,广州《足球》报的这篇报道“严重失实”,给中国足球和国资委都带来了严重的不良影响。为此,中国足协决定:一、要求广州《足球》报要澄清此事,并公开赔礼道歉,以消除其恶劣影响。二、从即日起,中国足协取消广州《足球》报对中国足协主办、承办的所有赛事和活动的采访资格,并将保留进一步追究《足球》报对此事应承担相关责任的权利。三、中国足协希望其他媒体、记者在足球采访报道中,要本着对中国足球、对社会负责任的精神,进行实事求是、客观公正的报道,避免此类事情的再次发生。^①1月10日上午,足协针对《足球》报的“封杀”令已经体现在国足训练场上,国足副领队吕枫亲自下场将《足球》报的摄影记者请出训练场。^②

《足球》报总编辑谢奕1月9日晚就中国足协处罚作出声明,强调《足球》报有关报道不存在“失实”,中国足协也没有权力断定本报的报道“失实”,并认为他们的报道探讨“中国足球目前是否为不良资产”,“国有企业是否应退出足坛”的问题,是本着对中国足球善意、负责的出发点,无论是媒体还是公众,中国的宪法赋予我们权利和自由讨论这个问题。谢奕在声明中还指出中国足协对《足球》报的这个处罚违宪违法,限制了新闻自由,他们有权利不接受《足球》报的采访,但没有权利剥夺限制任何记者采访的权利,如果中国足协不收回该处理决定,《足球》报将用法律赋予的权利,向人民法院起诉中国足协,捍卫报社的正当权利。^③

这一纠纷中,《足球》是不是存在“失实”问题,我们还有待进一步关注,但有一点是肯定的,即中国足协对《足球》报的处罚中“取消广州《足球》报对中国足协主办、承办的所有赛事和活动的采访资格”的做法是

① 中国足协封杀《足球》,载《杭州日报》2004年1月10日。

② 王剑涛:“封杀”令传至国足训练场,《足球》报记者遭驱逐,载《京华时报》2004年1月11日。

③ 张玮:《足球报》反击:报道没有失实 采访权不容剥夺!载2004年1月10日《解放日报》。

不妥的。作为一家新闻媒体,采访是其权利,中国足协没有权利去剥夺《足球》报的采访权。因为记者的采访权、媒体的报道权,是受法律保护的。我们记者手头持有的记者证就是其采访的通行证,《足球》报社作为合法的出版物,也有经营许可证。此类证件的获得,就意味着《足球》报和《足球》报的记者们,具有法律保护的采访新闻和发表新闻,并依据事实对新闻进行评论的权利。非经法定程序,任何国家机关、社会组织或个人,都不能任意否定、限制或推翻许可证所确定的许可证持有人的权利,都应当对此表示尊重。即使许可证有瑕疵或违法情形,也应如此。在这一冲突中,足协宣称的“取消广州《足球报》对中国足协主办、承办的所有赛事和活动的采访资格”并已经在实施这一限制,中国足协对这种采访、报道权的限制或剥夺是违法的。我同意中国法学会行政法研究会副会长、上海交通大学法学院教授叶必丰的观点,他认为“从我国法律上看,许可证持有人即使在从事所许可的行为时违法,实行的也是谁发证谁监督谁处罚的制度。也就是说,即使记者及《足球》报做了不实报道,有处罚权的机关也只能是记者证和报刊许可证的颁发机关,而不是中国足协”^①。

就这一事件的相关评论中,有人认为“中国足协有权利对《足球报》不提供可以提供的采访便利条件,例如办理相关采访证件等”^②。这正是足协在其后的辩解中一再陈述的理由。中国足协的新闻官解释说,中国足协的处罚决定并不是取消《足球》报及记者的报道权,而只是不欢迎、不接受采访而已。笔者认为,单是这不配合采访、不提供采访便利条件的行为也是违法的。我们知道,作为一个普通的公民,我们可以这样做。甚至记者的采访也需要取得我们的同意。但中国足协不一样,因为它是一个公共机构,从欧美的法治理念看,国家机关、公共机构的开放和透明是原则,不公开是例外。中国足协其实是一个近似于国家行政机

① 沪学术界希望人大政协关注“封杀”, <http://sports.sina.com.cn/c/2004-01-19/1120742510.shtml>

② 张军:律师:中国足协可以对《足球》不提供采访便利条件,载《北京晚报》2004年1月10日。

关的组织,就算它们不是国家的权力机关,但它仍然属于公共机构。

胡锦涛教授就这一冲突发表评论说,从宪法精神来看,一般群众团体是无权规定哪些媒体可以报道、哪些媒体不可以报道,但是在场有限制的情况下,有时可以按照一定的原则,根据报纸的影响力,用采访证的方式来限定采访人数。但是这个原则必须是正当的,而不能是带排斥性的或是不公正的。具体到这件事情来看,在中国的足球报道领域里,《足球》报具有很大的影响力,同时足协不给《足球》报发采访证的理由又缺乏正当的法律基础,所以这种做法是根本站不住脚的。^① 胡锦涛教授的这一分析,是非常到位的。

我们注意到,足协取消《足球》报采访资格的一个主要理由,就是《足球》报“报道失实”。基于这一理由而限制甚至取消其采访权,也是错误的。

首先,是否“报道失实”,不是仅凭足协的“一家之言”就可以判定的,而是应当由中立的司法机关通过合乎法律程序的裁判才能判定,这是一项基本的宪政原则。设想,如果所有机关或组织都可以“报道失实”的理由取消媒体采访报道资格的话,那么新闻报道权就毫无保障,新闻报道也就不成其为“权利”了。依此类推,司法权也就没有存在的必要了。因此,对权利的限制必须经过法定的程序、并且由法定的机关来行使。^②

其次,我们知道,凡公众人物或者公共机构,皆强势人物和组织,他们极可能利用权势阻止干扰监督,所以更需加大监督力度,权力越大,监督力度越大。监督中难免有误会、误伤和夸大其词的情况发生,只要不是恶意诬陷,就是允许的,正所谓我们需给予批评性言论以“呼吸空间”。因此,即便《足球》的采访报道确实存在“报道失实”的情形,也不能因此而剥夺它的报道资格,只要他们不是出于恶意。

其三,这似乎又涉及到另一个问题了,即《足球》是不是存有恶意

① 胡锦涛:不发采访证无法律基础,载 2004 年 1 月 16 日《足球》。

② 沪学术界希望人大政协关注“封杀”,<http://sports.sina.com.cn/c/2004-01-19/1120742510.shtml>

呢?这一方面,美国在1964年出台的“实际恶意”原则,可以参考。“实际恶意”不是一般的过错,它几乎接近于“故意”和“明知故犯”,是一种“重大的过错”。那么,《足球》是否存在“实际恶意”呢?要证明这一点,足协需要承担举证的责任,即足协必须“明白无误和令人信服”的举证,来证明《足球》具有这一恶意。而也只有在这一基础上,最终由法院来做出判决。而在此之前,足协是没有权力来限制《足球》的采访自由的。

二、采访权来源于表达自由

采访权是以记者向大众传播新闻为主要目的,在法律允许的范围
内,自主选择采访对象和采访方式进行自主调查,获取新闻事实材料的
权利。^①采访权在目前的新闻法理论上多被界定为一种新闻记者的“个
体权利”,有学者认为新闻记者的采访权就是指他们自由地搜集新闻信
息的权利;^②也有学者认为采访权属于记者个人的民事权利,是新闻记
者作为公民的个人人身自由权的一部分。^③《光明日报》社法律处处长
黄晓博士则认为,采访权不纯粹是一种民事权利,而且具有行政权力的
性质,因为报道与否不是由记者自己的意愿决定,不是记者依照自己的
合意决定是否行使的民事权利,而是其职责所在。因此,一旦发生纠纷,
法律应适当向公众利益的捍卫方倾斜。^④

因为保障表达自由必须同时保障表达者获取外界信息特别是国家
和社会公共事务信息的权利。而且,表达必须以他人为接受对象,自言
自语不是表达,面对旷野的呼唤也是没有任何意义的。这样保障表达自
由又必须保障他人接受表达内容的权利。基于这样的推论,知情权就被
认为是从表达自由中引申的一项“潜在”的权利。^⑤由于“采访权来源于

① 徐芳、李俊良:新闻记者采访权初探,载《当代法学》2002年第11期。

② 顾理平:《新闻法学》,北京:中国广播电视出版社1999年版,第112页。

③ 蔡铭泽:为记者的采访权大声疾呼,载《羊城晚报》2000年11月30日。

④ 魏晶:如何保障记者的采访权?载《声屏世界》2003年第10期。

⑤ Holsinger & Dilts: Media Law, Third Edition, New York, 1994, p. 360~362.

知情权”^①,因此,我们可以说,采访权是来源于表达自由的。

有人认为“由于公民不可能自己掌握新闻媒介,所以要把自己的新闻出版的权利委托给新闻媒介和新闻工作者。新闻媒介和新闻工作者是人民的代言人,他们代表人民行使新闻出版的权利。因而在我国,公民的新闻出版权利只能表现为新闻媒介法人的权利”^②。对此魏永征教授提出了不同的看法,他认为“采访并不是记者才拥有的特权。人人皆有言论自由,人人也就皆有采集信息的自由”^③。我同意这个观点,不过有一点需要指出,虽然采访权是一项基本的公民权利,但作为具体的公民,其采访权的实现往往是通过新闻记者的具体采访报道行为来完成的。如果新闻采访权受到暴力干涉,整个社会的公共利益就会受到伤害,因此对新闻采访权更需要特别的明确保护。

三、采访权的法律保护依据

记者的采访权、报道权和舆论监督权,不仅仅是新闻记者和新闻机构的权利,更是广大公众的权利,是公众的知情权和表达权的体现,是公众对国家生活、对国家工作人员监督权的延伸。对记者和记者采访权的侵害,也是对社会公共利益的侵害。因此,对侵犯记者的采访权乃至人身权的行为理应给予严厉的制裁。^④

我们可以在中国的《宪法》中找到知情权的法律渊源,如《宪法》第35条、第41条明确规定公民有言论自由、参政议政权利,以及中国政府在1998年10月签署《公民权利和政治权利国际公约》,充分肯定人有自由表达意见的权利。这些都能延伸出舆论监督权,实际上肯定了记者的正常采访权。^⑤

① 魏永征:《新闻法新论》,北京:中国海关出版社2002年版,第430页。

② 参阅严铭:《论新闻自由》,载《新闻战线》1990年第8期。

③ 魏永征:《新闻法新论》,北京:中国海关出版社2002年版,第430页。

④ 崔丽:《专家记者研讨新闻采访权,呼吁应出台专门的新闻法规》,载2001年11月7日《中国青年报》。

⑤ 陈翔:《关于采访权的几点思考》,载《新闻界》2001年第5期。

一些地方性的法规,更是明确规定了采访权的保护。如2003年12月27日,深圳市人民检察院起草的《深圳市预防职务犯罪条例》初稿首次亮相。《条例》规定:“新闻记者预防职务犯罪采访工作过程中享有知情权、无过错合理怀疑权、批评建议权和人身安全保障权,任何单位和履行职务的人员应当配合、支持,自觉接受新闻媒体的监督。”^①

立法保障记者有采访权,并不是为了给予特殊的照顾,而是权利与义务规范的统一。据报道,中国最高人民法院院长肖扬曾表示,人民法院将坚决依法惩罚那些侵害新闻机构和新闻记者的人身权利、民主权利和合法权益的违法犯罪行为,通过法律手段保护新闻单位和新闻记者的采访权和舆论监督权^②。肖扬还就人民法院支持新闻监督,提出了6条要求,其中包括“对新闻单位和记者的一切合法权益,人民法院依法充分保护”、“新闻单位和被批评者发生纠纷时,人民法院应在坚持以事实为依据、以法律为准绳,在公正裁判的基础上,尽量采取调解方式解决,依法保护新闻单位的名誉权”。

四、采访权的必要限制

当然,“任何自由从来都不是抽象的而是具体的,不是绝对的而是相对的。在任何一个国家中,都不存在绝对的毫无限制的‘新闻自由’”。^③按照宪法关于权利与义务相辅相成、对等共生的原则,采访权无论是作为“权力”还是作为“权利”,都需受到相应的限制。记者采访权的界定,除了坚持客观、真实、全面的原则外,还要根据社会一定时期的法律的、行政的、政治的、道德的、经济的需要,对记者的采访进行必要的限制或者是敦促。例如,在一定时期一定条件下,采访公众人物、事件或非公众人物,符合社会的利益和需要,记者就应千方百计进行采访;而在某个时期某种条件下,采访又不符合社会的利益与需要,采访就应

① 甘雪明、贺平涛:深圳起草的预防职务犯罪条例规定,载2003年12月28日《南方日报》。

② 中新社北京2003年1月27日电。

③ 江泽民:关于党的新闻工作的几个问题,载《求是》1990年第5期。

当中止,以防负面效应发生。^①英国“报业投诉委员会”的记者行为准则就有一系列的规定。

(1)摄影记者不允许用远距离镜头拍摄新闻人物在教堂、饭馆或海滨的活动。

(2)记者不能侵扰新闻人物,特别是他们正在参加葬礼、感情悲痛或精神受到刺激的时候。

(3)记者禁止用金钱引诱孩子接受拍摄。

(4)报刊禁止刊登使用非法手段拍摄到的照片^②。具体说来,采访权要受到如下方面的限制:

1. 不得从事非法采访

记者直接介入恶性新闻事件中,成为当事人,与新闻事件构成紧近的违法互动,以此诱导他人甚至设置陷阱来达到其事先设置议题的采访和报道。有位“南方某晚报颇有名气的记者”在婚后发现妻子在从事贩毒勾当,但他一不制止,二不报告,忽发奇想,要利用这个关系“深入”贩毒的“虎穴”去作一次“体验式采访”,写一篇“有深度、有力度的纪实报道”。在妻子的安排下,他两次前往中缅边境,“亲历”了贩毒的全过程,其中一次就带回毒品两公斤。虽然他事先打算毒品是要送交公安机关的,但别人早已把“货”提走了。他终于意识到自己已成为一个事实上的贩毒者。经过一段时间的痛苦抉择,他只好去自首。他的妻子被捕,他也因涉嫌贩卖、窝藏毒品罪而被羁押候审。^③

2. 慎用偷拍偷录手法

所谓偷拍偷录,就是不征得当事人的许可而自由地拍摄、录音,在估计当事人不会许可的情况下则采取秘密方式强行摄录。魏永征教授认为,新闻采访活动不仅要合法,而且要合乎道德。国际新闻界认为,偷拍偷录的最大害处,是降低公众对于媒介的信任和尊重。新闻媒介和记者的生命力植根于群众之中。如果群众对于新闻媒介和记者是敬而远

① 曾素萍:关于维护记者采访权的思考,载《声屏世界》2002年第2期。

② 转引自1997年10月8日《北京法制报》,许华珍文。

③ 2001年2月20日《深圳商报》。

之的话,那么这家新闻媒介和记者的日子就不会很好过了。有些偷拍偷录的节目,从眼前看,也许是成功的,从长远看,却有可能造成媒介公信力的下降。因此魏永征教授认为,偷拍偷录的方法应当慎用。^①

3. 不得侵犯他人隐私

除非为了社会公益,揭露社会丑恶的目的,不得侵犯他人隐私。

五、如何看待隐性采访

隐性采访并没有一个公认的定义,类似的称谓还有“秘密采访”、“隐身采访”、“暗访”等说法。目前学界对隐性采访有多种不同的界定,如《新民晚报》编辑朱家生将隐性采访视为“体验式采访”,他将采访方法分为两类,“一是记者深入现场,不暴露身份,它主要靠耳闻来的,故而缺乏亲自经历和生活感悟,对有些题材要写出有血有肉的深层次报道难度较高。二是记者改变身份,成为某个角度的体验者。这种体验式采访一般不常用,只有当记者不改变身份就不能采访到所需的真实材料才加以采用。”^②

魏永征教授认为隐性采访又称“隐身采访”、“暗访”,广义是指不显示记者身份的采访,狭义是指在采访受到拒绝或者估计会受到拒绝时,隐瞒记者身份、以至伪装其他身份进行的采访,采访的手段不止是观察、记录,还包括拍摄、录音,即所谓偷拍、偷录^③。

新华社高级记者孙世恺先生则认为,在隐性采访是在“特定的采访环境里,为了弄清事实的真相,隐藏起记者的身份而装扮成一般群众进行暗访的一种方法。”^④

陈力丹教授认为:“隐性采访是记者不暴露自己的身份或以其他假身份,采用各种能够获得信息的方式(包括偷拍偷录)从事的采访活

① 魏永征:偷拍偷录应当慎用——谈记者的采访权,载《电视研究》2000年第11期。

② 朱家生:体验式采访要重视报道题材和写作方法,载《新闻记者》1998年第3期。

③ 魏永征:《新闻法新论》,北京:中国海关出版社2002年版,第438页。

④ 转引自徐斌:隐性采访及道德问题,载《新闻知识》2003年,第8~9期。

动。”^①

罗以澄教授则认为,“隐性采访,也叫‘暗访’,是记者不公开自己的职业活动身份或者不暴露自己的真实的采访意图的一种新闻采访样式……一般是在显性采访无法获取真相的情况下才‘被迫’使用的”。^②

界定或有不同,但基本上都认同隐性采访是在采访对象不知情的情况下,通过偷拍、偷录等记录方式,或者隐瞒记者身份来获取新闻素材的。也就是说,隐性采访对被采访对象全部或部分地隐藏记者身份、采访目的、采访行为、采访器械、记录方式,并且是在非公开状态下进行的。

大多数论者都认为隐性采访是不得已而为之的一种采访方式,这就意味着,这一采访手段存在一些道德和法律的问题。

一方面我们要认识到,这种方式在开展舆论监督,进行批评报道中经常采用,并起到积极效果,为各种媒体广泛采用。由于新闻事实是复杂的,新闻的采集方法也必定是多种多样的。现实生活中,有些当事人的行为可能涉嫌违反法律或道德,当事人不愿接受公开的采访;有些当事人对公开接受采访存在种种顾虑,害怕因此受到打击报复,新闻记者不便于进行公开采访;有些当事人的行为涉嫌刑事犯罪,如果公开采访则会危及记者的人身安全。更重要的是,有时候公开采访只能看到表象或假象。由此可见,如果禁止隐性采访,那么,许多重要的新闻事实将被遗漏,这就有悖于新闻的本义和目的。^③

然而我们也应该认识到,隐性采访本身所含有的强烈的主体意识,会产生负面效应,即在保证新闻真实、可读的同时,如果超越限度介入,也可能对新闻事件发展方向产生影响,有违社会伦理道德,甚至违反国家法律^④。诚如陈力丹教授所言:“特别是其中假冒身份、偷拍偷录、说谎以及未经告知进入私人领域等行为,即使是为了揭露坏人坏事,有时

① 陈力丹:试论隐性采访的法律意识和行为规则,载《现代传播》1999年第5期。

② 罗以澄:《新闻采访新论》,武汉大学出版社,第363、368页。

③ 陈茗:舆论监督中隐性采访面对两种权利冲突,载《理论探索》2002年第1期。

④ 宋宏伟:浅论隐性采访记者介入的限度,载《新闻前哨》2003年第4期。

也会构成法律与道德的悖论,并且不受法律保护。法律只保护公安、检察和安全机关因工作需要、经过批准的这类行为”^①。这就意味着,媒体在具体运作中要避免主体意识介入超越限度,在使用隐性采访手段时要有节、有度,后文就此展开分析。

1. 隐性采访的特征

隐性采访具有以下几方面的特征:^②

(1)采访行为的非公开性。主要表现在三个方面:第一,记者采访时故意隐瞒身份;第二,被采访对象不知情;第三,携带偷拍偷录设备。非公开性是隐性采访的本质特征。当然,隐性采访的非公开性是相对的,只隐瞒被采访对象及其相关人员,而非隐瞒所有人。

(2)采访题材的选择性。隐性采访题材一般是以公开采访方式无法取得或无法保证其真实性的题材,如重大新闻事件、危及公共利益事件等。对一般性题材则不必采用。

(3)采访效果的双重性。隐性采访一方面具有无可辩驳的真实性,另一方面又可能侵犯被采访对象的某些权利。新闻记者对于一些通过公开采访无法获得的新闻素材,运用隐性采访的手段,全面、真实地了解事实真相,将社会丑恶现象曝光,使之受到正义的鞭挞,对满足受众知悉社会真实情况的需要,发挥新闻的舆论监督功能具有积极意义。但是,如果隐性采访被滥用,就会带来许多负面影响。同时,根据这种采访制作的新闻公开发表以后,有的还会引起麻烦,引发新闻纠纷和新闻诉讼。

2. 在新闻自由与隐私权之间

新闻自由有两层含义:首先是新闻作者的言论自由,即采访、写作、发表新闻作品不受非法控制、约束;其次是新闻出版单位的出版自由,即组织新闻、出版新闻不受非法控制、约束。舆论监督实质上属于新闻自由的范畴,可以理解为通过行使新闻批评的自由权利实现对社会生

① 陈力丹:试论隐性采访的法律意识和行为规则,载《现代传播》1999年第5期。

② 文玮、周诗贤:关于隐性采访与新闻侵权的法律探讨,载《湘潭大学社会科学学报》2003年第4期。

活的监督功能^①。

记者有权通过隐性采访等方式对不正当社会现象提出批评,形成舆论,督促其改进。如《焦点访谈》的大多数偷拍节目,都以维护公共利益为目的,重在批评社会阴暗面。无论是揭露官员贪污,行业腐败,还是制假售假,都是以维护大多数人的利益和社会秩序的稳定为前提的,其表现出的是记者强烈的社会责任感。^②从1994年6月29日《焦点访谈》隐性采访节目的处女作《触目惊心假发票》开始,到1991年1月,对綦江彩虹桥垮塌的报道,2001年7月对南丹特大透水事故的报道,到注水猪肉、私盐、假黄豆、黑心棉、劣质地条钢……所有的隐性采访形成的这些作品,无不出于记者对国计民生的责任,对营私造假的愤慨。这类节目也因之广受好评。但自由都不是绝对的,新闻自由也不是一种不受约束的绝对权利。

隐私权制度在于保护公民能够控制自己个人的信息,强调对个人的信息的独占性、专有性,它一般不主动与外界发生联系,只要不被外界侵入和干扰,个人的隐私权也就得以实现了。因此,它具有保守性和封闭性。而新闻自由制度则在于将除自己个人以外的信息尽可能多地向社会披露,以满足公民知情权的需要或扩大公民的信息视野。这就可能会侵入他人的信息空间,并将他人的信息进行公开,因此具有公开性、扩张性。两者涉及的内容都与个人的信息有关,但是两者对个人信息的处理态度却不同,为了各自的利益,一个想“公开”,一个想“保密”。生活中新闻界对各种社会信息的收集和挖掘的活动经常被隐私权所阻却,这就是新闻自由与隐私权冲突的表现。^③

现在学者基本上同意按社会利益最大的原则进行“优先权”的配置,正所谓“警车国宾车队几乎不会在街道上与普通汽车发生冲突,因为前者具有优先权。”^④但在具体对新闻自由与隐私权这二者进行价值

① 程卓兰:《国内经典案例解析》,长春:吉林人民出版社2001年版,第303页。

② 董广安、张淑华:“狗仔队”与《焦点访谈》的偷拍——论隐性采访的度的把握,载《新闻爱好者》2003年第5期。

③ 刘永春:论隐私权和新闻自由权的冲突,载《洛阳大学学报》2002年第1期。

④ 张新宝:言论表述和新闻出版自由与隐私权的保护,载《法学研究》1996年第6期。

判断时,却有分歧之处:有的学者认为应优先保护新闻自由;^①也有的认为应对隐私权倾斜保护。^②本书作者认为,这两种权利都是人类社会最重要的权利,因此我们不能轻易就下结论说应给予哪一种权利以倾斜,而应该在结合二者性质和我国的基本国情的情况下进行综合考虑。

3. 慎用“隐性采访”手段

在隐性采访的具体方式中,有的是法律允许的,有的是法律禁止的。2001年12月6日,最高人民法院通过的司法解释《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》,在一些重大原则问题上突破了以前的规定和司法解释。依据该解释第70条第3项规定,在民事诉讼中,“有其他证据佐证并以合法手段取得的、无疑点的视听资料或者与视听资料核对无误的复印件,对方当事人提出异议但没有足以反驳的相反证据的,人民法院应当确认其证明力。”而与此形成鲜明对照的是1995年最高人民法院在《关于未经对方当事人同意私自录制其谈话取得的资料不能作为证据使用的批复》则规定:未经对方同意私自录制的谈话录音资料,不具有合法性,不能作为证据使用。有学者认为:“新的司法解释实质上突破了在此之前有关司法解释中的原则性规定,它在一定程度上使偷拍偷录有条件地合法化,并从法律的角度为隐性采访的新闻空间运作提供了一定的保障。”^③但即使如此,我们仍然不能认为隐性采访手段不存在侵害他人权利的危险。总之,隐性采访至少要注意如下几方面的问题:

(1)在一般情况下,采访应该公开进行,并且应当征得被采访对象的同意。但是在特殊情况下,隐瞒记者身份,记录正在发生或已经发生的新闻事件,获取新闻素材,应当是合法的。应该注意的是,在任何情况下,新闻记者不许以人大代表、政协委员、国家公务员、军人、警察、法官、检察官等身份进行采访。这类职务是依照法律的规定专门授予的,

① 王利明:《人格权与新闻侵权》,北京:中国方正出版社2000年版,第8页。

② 杨振山:《民商法实务研究·侵权行为卷》,太原山西经济出版社1993年版,第136页。

③ 曾励:解读隐性采访的运作空间,载《现代传播》2002年第5期。另见曾励:试论隐性采访的法律定位——解读《关于民事诉讼证据的若干规定》,载《新闻与传播研究》2002年第3期。

任何人不得假冒。记者伪装成犯罪嫌疑人搞暗访也是不允许的。因为我国现行法律没有赋予记者通过伪装搜集证据揭露犯罪的权力。即记者没有法外特权。而且,记者实施这类行为不仅有损其尊严,而且可能引发意外事故,甚至会助长犯罪活动。^①

(2) 记者通过偷拍、偷录方式进行采访,必须符合《保守国家秘密法》和《国家安全法》等法律的有关规定。在我国现行的法律框架内,《保守国家秘密法》、《国家安全法》、《统计法》、《军事设施保护法》等专门法规都不同程度地规定了隐性采访的禁区。如《保守国家秘密法》规定:“一切国家机关、武装力量、政党、社会团体、企事业单位和公民都有保守国家秘密的义务”。“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。”“新闻出版、电影电视节目制作和传播不得进入军事禁区摄影、摄像、录音、勘察、测量、描绘和记述”。从上述条文可知,包括隐性采访在内的所有新闻采访都负有保守国家秘密的义务,如果泄露国家秘密,不管是故意还是过失,情节严重的,都要依照《刑法》第186条的规定追究刑事责任。《国家安全法》第21条规定:“任何个人和组织不得非法持有、使用窃听、窃照等专用间谍器材。”这里据说的“专用间谍器材”是指进行间谍活动特殊需要的下列器材:暗藏式窃听、窃照器材;突发式收发报机、一次性密码本、密写工具;用于获取情报的电子监听、截收器材;其它专用器材。从这条条文可以看出,法律禁止个人和组织持有的是专用间谍器材,而不是一般采访器材。在隐性采访中,记者采用一般采访器材偷拍、偷录,不会受到法律的特别禁止,但是,如果采用专用间谍器材进行隐性采访,则为违法,《刑法》还规定了“非法使用窃听、窃照专用器材罪”。另外,我国《民事诉讼法》规定:“涉及商业秘密案件,当事人申请不公开审理的可以不公开审理,新闻媒体也不得采访报道”。还有,人民法院依照法律规定独立行使审判权,任何机关团体不得干涉,新闻媒体也不例外,记者不得以暗访的形式干预司

① 文玮、周诗贤:关于隐性采访与新闻侵权的法律探讨,载《湘潭大学社会科学学报》2003年第4期。

法审判。总之,新闻记者有义务维护国家机构、商业机构、军事禁区的秘密和法庭的正常审判秩序。

(3)记者设置圈套引诱被采访对象违法犯罪的采访行为是法律所禁止的。这里最值得关注的是高枫事件。1996年5月的一天,歌手高枫在北京家中接到武汉的一位朋友的电话,两个人随便地闲聊着,尔后又有一位男士参加进来。不料这次通话竟是一家电台的直播节目,后一位男士是在向高枫作隐性采访。这样,高枫“很多没有经过大脑脱口而出”的话被当场向成千上万的听众播出,他知道真相后提出了强烈抗议,并向广播电影电视部投诉。7月16日,广电部有关部门发出关于该电台违反宣传纪律侵害被采访人权益的通报,希望各新闻媒介引以为戒。这家电台正式向高枫道歉,有关责任人也受到了处分。^①

(4)对于公众人物、政治事件和社会事件,隐性采访不应受不合理的限制。而对于非公众人物、纯私人事务、私人住宅及休息室等一般不得进行隐性采访。如澳门《新闻出版法》规定:经法律认定或有关机构宣布为机密的事项,尚处在保密状态下的司法审判以及与私人生活和家庭生活有关的事项禁止采访报道^②。隐性采访是实现公众知情权的需要,社会和公众的认可是隐性采访合法性基础。在现代社会中,公众急切需要新闻媒体提供大量真实的、有现实意义的消息,尤其想知道通过公开方式无法获得的事实。新闻媒体的职责就是将社会已经发生的和正在发生的真实情况告知公众。隐性采访满足了社会和公众的这种需要,因而得到公众的肯定。^③

从某种意义上说,隐性采访在今日中国之新闻界大行其道,实属无奈的选择;公众求助正义的法定渠道不顺畅,只能借助道德舆论的力量。隐性采访的曝光,引起各界重视,错误得到纠正,违法乱纪得到查处。这种模式不是正常的,而今却为全体人民发自内心的拥护,确实应

① 朱秀清:《隐性采访浅论》,载《鲁行经院学报》2002年第5期。

② 米建:《澳门法律》,北京:中国友谊出版公司,1996年版,第370页。

③ 文玮、周诗贤:《关于隐性采访与新闻侵权的法律探讨》,载《湘潭大学社会科学学报》2003年第4期。

“引起法律界、新闻界、政界人士的深思”^①。

我非常赞同魏永征先生的一句话：记者不是警察，不享有警察的权力，因而也不可能得到警察享有的特殊保护。^②诚然，警察为破案可以采取在犯罪集团内部卧底或者诱惑侦查的手段来惩治犯罪，但作为普通社会成员的记者，在一般情况下法律并没有赋予他们可以采用这种方式获得信息的权利。不论是我国现行的法律，还是多数国外的法律（包括新闻法及新闻自律条例），都没有明确赋予记者可以假冒身份、偷拍偷录等行为的权利，相反却有一些法律、法规对此有所限制。^③如在美国的大部分州，未经许可非法偷拍都被认为是犯罪，“按照美国法律，在采访中录音或电视采访，都必须事先征得采访对象的同意”^④。在美国各州，一旦触犯了关于偷拍偷录的禁止性规定，有关记者和新闻媒介将被处以程度不等的罚款。1992年，美国广播公司为了调查北卡罗来纳州食品连锁巨头食狮公司（Food Lion）的卫生情况，曾派出采访人员到该公司任职，利用售货员的身份，偷拍了公司食品的储运存放过程。并将偷拍到的镜头在电视上播出，致使该公司股票暴跌，销售锐减，全国88家连锁店面临倒闭危险。该公司以“非法侵入”和“对雇主有不义之举”为理由向法院提起诉讼，并要求支付巨额赔偿。法院于1997年1月判处食狮公司胜诉，因其采访手段欠妥，要求ABC支付补偿性损失赔偿费1402美元和惩罚性损失赔偿费550万美元。1997年8月，法院将惩罚性损失赔偿费减至31.5万美元。^⑤这一案例的引人注目之处在于，起诉者并不追究新闻的真实性（因为是真实的），而只对新闻的取材方式提出异议。“在审判时，法庭没有让陪审员观看有关的录像带，而只是让后者就ABC制片人佯称求职而进入超市搜集证据的行为是否犯

① 陈茗：舆论监督中隐性采访面对的两种权利冲突，载《理论探索》2002年第1期。

② 魏永征：记者，不是警察，《检察日报》2000年10月。

③ 陈力丹：试论隐性采访的法律意识和行为规则，载《现代传播》1999年第5期。

④ 张西明：隐性采访中的道德与法律问题，载《中国记者》1997年第7期。

⑤ 参见《世界广播电视参考》，1998年第8期第42页。

了欺诈罪作出裁决”^①。针对这一案例,有学者提出警告说:“监督违法现象的记者,自己首先必须守法,那种‘以恶制恶’的观点是没有法律依据的”。^②

从目前的情况看,公众利益是判定某一特定的隐性采访手段是不是合法的重要依据,因为,法律虽然保护公民的隐私权,但若公民的隐私涉及公共利益,就不纯粹是个人私事,而是社会公共事务的一部分。此时个人私事要让位于新闻自由,隐私权应做适当牺牲。人们有权了解,新闻媒介有权予以报道,^③如英国报业投诉委员会 PCC 规定在三种条件下,个人隐私应当服从公众利益,可以被适当侵犯:(一)侦查或揭露罪行或严重的卑劣行为;(二)保护公众的健康或安全;(三)防止公众被某个个人或组织的某些陈述或行为所误导。^④美国学者海曼和韦斯廷在他们的著作中也写道:“必须自问:偷拍所披露的事实是否与公众密切相关,是否能揭露上层的‘制度缺失’,或者防止对某人造成严重的伤害?除了偷拍是否别无他法?偷拍得来的镜头是否有其他文件或者其他方法收集的材料可以佐证?所用的手段是否合法?即使合法,但会否侵犯他人的隐私,特别是那些无辜被摄入镜头的人?”^⑤

① [美]海曼、韦斯廷:《最佳方案——公平报道的美国经验》,郭虹、李阳译,汕头大学出版社 2003 年版,第 117 页。

② 张芑:《对隐性采访法律依据及传播缺陷的思考》,载《新闻界》2001 年第 5 期。

③ 吴凌凌:《公共利益是杆称——论隐性采访中的公民隐私权和言论自由的利益权衡》,载《新闻与传播研究》2002 年第 3 期。

④ 徐迅:《以自律换取自由——英国媒介自律与隐私法》,载《国际新闻界》1995 年第 5 期。

⑤ [美]海曼、韦斯廷:《最佳方案——公平报道的美国经验》,郭虹、李阳译,汕头大学出版社 2003 年版,第 118 页。

第五章

隐私权

2002年6月3日,《中国青年报》“法治社会”曾经发表了肩题为“铁链囚禁母女俩”,正题为“哈尔滨惊现‘家庭地狱’”的新闻。报道的事情是,哈尔滨市居民张某虐待妻子和养女,用铁链囚禁母女俩,并屡次强奸养女。稿件配发的两幅照片,右边为“养女”坐姿正面照,右边是“母亲”左脚被铁链拴着,左手拉着铁链的正面坐姿照片。两位受害人的面部都未经打码或其他形式的处理。根据报道,养女李某某今年才16岁!

我认为,《中国青年报》的做法实际上已经侵害了受害者的隐私权。因为,第一,“养女”的照片刊登需要得到相关父母或者监护人的同意;第二,作为受害者,“养女”及其“母亲”张某的照片都应该处理的。但是《中国青年报》“法治社会”版的编辑都没有处理;第三,报道出现了三位当事人李某和妻子养女的全名,到底是真名还是化名,文章结尾没有说明。如果未说明,亦不妥。

第一节 隐私与隐私权

“隐私”一词来源于美国。英文中对应的词是 privacy, 乃从 private 演化而来的。意指与他人无关的私人生活范围。^① 隐私, 在法国称之为个人生活, 日本称之为生活, 我国的台湾地区有学者称之为秘密, 也有学者称之为隐私^②。

一、隐私与阴私

隐私观念起源于人类的羞耻心。圣经描述夏娃、亚当在伊甸园偷吃智慧果明目, 互见裸体知耻而摘无花果叶遮阴部。这一传说反映了远古人类对人体阴私器官遮羞需要产生的“阴私”观念^③。在汉语中“阴”有生殖器官之意, 阴私谓隐密不可告人之事。人类从羞耻心理出发, 以衣裳遮蔽身体阴私部位, 将两性间性行为视为秘事而不欲为他人所知, 这些观念可以说已具备了隐私的基本特征, 故隐私有时又称阴私。但是, 二者并不完全相同, 王利明教授认为, 隐私不同于阴私 (privacy), 阴私在社会生活中仅指男女两性关系的秘密, 而隐私则是指有关人生活领域的一切不愿为他人所知的事情^④。另一种主张认为隐私包括阴私^⑤。亦有人认为, 阴私除了指男女两性关系方面的秘密外, 还理所当然的包括与自然人人体有关的秘密, 阴私作为私生活秘密的一种, 应当包括在

① 颜林、刘志强: 隐私权与知情权——冲突、协调与解决, 载《广西社会科学》2003 年第 1 期。

② 王泽鉴:《侵权行为法》(第一册), 中国政法大学出版社 2001 年版, 第 133 页。

③ 杨育明: 试谈隐私权的法律保护, 载《青岛大学师范学院学报》2000 年第 3 期。

④ 王利明主编:《民法侵权行为法》, 北京: 中国人民大学出版社 1993 年版, 第 303 页。

⑤ 张新宝: 隐私权研究, 载《法学研究》1990 年第 3 期。

隐私之中,两者是一种包含与被包含的关系^①。隐私显然并不局限于人体器官或两性关系方面的秘密。就现代而言,隐私,是指自然人个人生活中不愿为他人公开或知悉的私人秘密。其中包括个人私生活日记、电话号码、财产状况、个人数据资料、生活习惯等。

构成隐私需要具备两个方面的要件,其一是“私”,其二是“隐”。私,完全是指个人的,与社会利益、公共利益、群体利益无关的事情。隐,是指自然人不愿将这种私事让他人知悉,这是隐私权的本质特征所在。我国学者认为隐私主要包括个人的健康情况、生理缺陷和残疾情况;恋爱、婚姻与家庭生活情况;私人日记、信函、录音等。梁治平先生曾写道:“在现实生活中,我们每一个人都有一些个人的‘秘密’,不希望别人知道,这并不是因为它们是丑。”

从目前审判实践看,隐私的界定范围并不宽,主要限定如下几方面:

1. 公民的通信、日记、私人文件、电话号码、财产状况

我国宪法保护公民的通信自由和秘密;公民的储蓄、财产状况不受非法调查或公布,凡未经同意公开这些内容,均为侵害隐私权行为。例如,某市某厂门市部负责人秦某(女),赴外地出差,因临行时匆忙,未将自己办公桌抽屉上锁,其抽屉里放有秦某记载个人生活的日记本。在同一办公室工作的陈某看到后,偷阅了秦某的日记,当他看到日记里记载的秦某与一男子恋情的内容后,异常兴奋,遂将日记中的有关内容抄录多份,分别寄给有关部门及有关领导。随后,陈某又召集门市部全体职工,公开宣读了日记有关内容,并任意阐发了对日记内容的理解,造成职工对秦某的生活作风议论纷纷。秦某开会回来,得悉上述情形,精神受到很大刺激,在厂里威信大跌。为此秦某向法院起诉,请求保护自己的人格尊严,追究陈某的侵权责任。而陈某则以日记系他在办公室所拣,日记内容也并非是他任意编造,而是秦某亲笔所写为由,予以抗辩。法院在审理此案中,一种意见认为陈某不应承担民事责任,偷看日记的行为只是一种不道德行为,告诉别人也只是为了对她进行帮助,因此对

^① 李元华:隐私权问题探析,载《社会科学》2002年第6期。

陈某的行为给予批评教育即可。另一种意见认为,陈某的行为侵犯了秦某的名誉权,应承担民事责任。依据我国《民法通则》以及最高人民法院《关于审理名誉权案件若干问题的解答》的司法解释,法院最后判决,陈某的行为是泄露他人隐私而侵犯秦某的名誉权,应向对方赔礼道歉赔偿损失。上述案件中,陈某的行为既侵犯他人隐私权,又侵犯了他人的名誉权,应该说法院的判决合法、公正。

2. 住宅

在 19 世纪形成的对住宅的保护代表了隐私观念的精髓,这意味着在私人住宅以外的事件属于公共生活领域并因此受到法律规范和社会行为规则的制约。但“在一个人的四堵墙之内的”事件,则是私人的,即对公众是隐藏的、秘密的。在这一领域中,个人得以一种与其需要和期望相适应的方式追求他或她的自我实现。按英国的说法:“家就是我的城堡”,正表明了保护住宅和财产权之间的相互关联。住宅象征着一个庇护的场所,在这里,一个人能够享受家里的宁静、和谐和温暖而不必担忧干扰。^①

3. 他人的恋爱婚姻经历

恋爱、婚姻、家庭是公认的私生活领域,受到法律的保持。但总有一些不尊重他人的隐私权,以一种猎奇的心理去探挖他人的私生活领域的传播行为。如 1987 年 1 月号《小说林》杂志,因刊登河北作者王某的纪实作品《杨沫的初恋》而引发的官司,就是未经当事人同意而擅自披露杨沫的隐私的典型案例。其实,即使客观报道他人的婚姻恋爱情况,也会引发侵害隐私权。

4. 生理缺陷

如果媒体在没有征得当事人同意的前提下,擅自披露当事人的生理缺陷,如当事人缺乏生育能力或者其他披露后可能招致当事人难堪的生理情况,都属于侵害隐私权的行为。

① [奥]曼弗雷德·诺瓦克:《民权公约评注》(上册),毕小青、孙世彦译,北京:生活·读书·新知三联书店 2003 年版,第 300~301 页。

5. 与“性”有关的话题

“性是天然的隐私”^①,用文字或者图像把个人的性生活、性器官、性特征、性心理、性癖好、性缺陷等等公示于光天化日之下,对当事人无疑都是一种侮辱,都足以构成侵权行为。特别在披露性犯罪、性侵扰的被害人的姓名、身份、地址和其他足以让人辨认,而使受害人难堪的,更是一种侵害隐私的行为。1988年某女士在单位值班,困倦瞌睡,被歹徒侮辱。三个月后,该案告破,某报在报道时,详细报道了作案经过,如“猛击其头,致其昏迷后,翻剥其上衣和裙子,进行侮辱”,群众“发现这名上衣敞开、身体裸露的昏迷女子,经医院抢救脱险”,在该报道中,作者还写明了单位名称、被害人身份为当夜“总值班”。新闻见报后,单位群众议论纷纷,女士的家人将她赶出家门。女士走投无路,诉至法院。

6. 其他明显的隐私

另外还有许多方式都可能导致侵犯隐私权,如扮演某种角色、伪装打扮、秘密潜入、使用隐藏摄像机等等调查手段。尽管一些人认为只要是有利于公众的利益,可以采取这样的方式来获取报道素材,但许多情况下会惹官司,法律也没有就此提出明确的条文。在大多数情况下法院都不认为在公共场所使用照相机或录像机是侵权行为。但是,在私人空间这样做则通常令记者陷入困境。

网络传播同样会发生侵害个人的隐私权的问题。如关于个人信息数据收集不准确、不完整,数据处理有误或者系统故障,缺乏安全性等都可能侵害个人隐私。一个典型的例子是,某人的汽车遇窃,该案被报送执法机关的数据库。后来汽车找到了,并交还失主。但找还一事却没有被载入数据库,于是在车主驾驶这辆原本是属于自己的汽车时被捕。处理的结果当然是无罪释放,但由于在作了被捕记录后却未根据最终结果将被捕记录从数据系统中清除,于是车主便可能“拥有”一份“盗窃汽车”而被捕的记录。随后或者因为系统缺乏安全性,或者因为雇用单位需要查看个人档案,上述车主便可能信用受损,甚至名誉、人格、尊严

^① 魏永征:《中国新闻传播法纲要》,上海社会科学出版社1999年版,第269页。

也受到伤害,从而严重侵害个人的隐私。^①

二、隐私权

一般认为,1890年,美国私法学者路易斯·D·布兰代斯(Louis D Brandeis)和萨缪尔·D·沃伦(Samuel D. Warren)在《哈佛法学评论》上发表的《隐私权》一文,第一次提出了对公民的隐私权应受法律保护的原则和设想。^②他们认为,保护个人的著作以及其他智慧或情感的产物的原则,是为隐私权^③。他们认为新闻报道有时为了迎合低级趣味,不厌其烦地制造流言,而这种流言侵犯了个人私生活的神圣界限,逾越了符合社会礼仪的规范。只有文明教养达到一定程度的人才会认识到隐私的价值。因而隐居或隐私对每个人来说,则是十分重要的。此后,美国法学界对隐私权产生了浓厚的兴趣,并进行了热烈的讨论。同时,法官也开始在判例中承认隐私权并对其进行保护。最早的判例是纽约高等法院于1890年审理的玛诺诉史蒂芬私拍演出图片案。以后一百年来,世界各国的宪法和法律都逐步把隐私权作为一项公民的基本权利或民事权利确认下来,进行有效保护,并且纳入了《欧洲人权公约》、《美洲人权公约》等区域性公约以及《公民权利和政治权利国际公约》和《世界人权宣言》等国际公约中,成为一项国际人权。迄今,隐私权不仅被许多国家纳入法律保护范围^④,而且出现了国际统一化的趋势。^⑤

① 严耕、陆俊、孙伟平:《网络伦理》,北京出版社1998年版,第94页。

② Warren and Louis, "the Right to Privacy", Harvard Law Review, 1890, Vol. 4. 193. 参见唐纳德·M. 吉尔摩、杰罗姆·A. 巴龙、托德·F. 西蒙:《美国大众传播法:判例评析》,梁宁译,清华大学出版社2002年版,第227~228页。另见陈光中主编:《〈公民权利和政治权利国际公约〉批准与实施问题研究》,中国法制出版社2002年版,第360页;张新宝:《隐私权的法律保护》,群众出版社1997年版,第1页。

③ 转引自杨育明:试谈隐私权的法律保护,载《青岛大学师范学院学报》2000年第3期。

④ 一个美国学者考察了142个国家的宪法中,涉及私生活保护的国家有117个,占被考察国家的80.4%。参见亨利·兴尔赛文、格尔·范德唐:《成文宪法的比较研究》,陈云生译,久大文化股份有限公司、桂冠图书股份有限公司1990年版,第146页。

⑤ 刘炼科、张修敏:论隐私权,载《江淮论坛》2003年第1期。

有学者认为,隐私权所显示的是自由主义的自由概念(liberal concept of freedom)的核心。处于自由主义自由观念的核心地位是:人是自主的主体,即个人自己,他或她对自己及其不对他人构成干预的一切行动具有绝对的主权。这一观念在前文所分析的密尔的思想中已经得到了充分的展示。我们知道,人的自由不仅靠存在,还要依行动而实现。人的行动通常指向他人并因而干涉隐私,即他人的自由领域的危险。按照经典的自由主义的自由概念,这恰恰是对个人自由的绝对保护终结之处。“个人自主的领域——其存在和行动的范围不触及其他人的自由领域,即是我们所称的隐私。它使个人有权利使自己与其他人隔离开来,从公共生活中退回他自己的私人区域中,以按照他自己的(以自我为中心的)愿望和期望塑造自己的生活。”^①

虽然隐私权已为大多数国家所承认,但国内外学者们对于隐私权的概念的解釋却颇不相同。美国的侵权法著作对隐私权没有做出明确的定义,而是在《美国侵权行为法(第二次)重述》中概括地列举了美国判例法确认的构成侵犯公民个人隐私权的行为:侵入隐秘;窃用姓名或肖像;公开私生活;公开他人不实形象。英国学者认为隐私权是公民享有的关于个人私生活不受他人侵犯、不为他人非法公开的权利,并将侵害隐私权的形式归纳为侵扰、盗用及披露私人事务等三种。日本学者前田雄二认为,隐私权即保护个人私生活秘密的权利。如果个人的私生活秘密被窥见或者公开发表,让他人知道,便会觉得羞耻、不愉快。那些“希望沉默过去的事”如被暴露,便构成对于隐私权的侵害。^②美国法学家威斯廷(Alan F. Westin)在《隐私与自由》一文中指出,“所谓隐私权,指个人、集团或组织拥有决定在何时,以何种方式,在何种程度上将自己的信息传达给他人的权利”^③。

我国大陆学者比较有代表性的观点有如下几种:佟柔认为,“隐私

① [奥]曼弗雷德·诺瓦克:《民权公约评注》(上册),毕小青、孙世彦译,北京:生活·读书·新知三联书店2003年版,第286~287页。

② 转引自黄唯力:建立和完善隐私权的法律保护制度,载《人民公安》2001年第4期。

③ 引自刘迪:《现代西方新闻法制概述》,北京:中国法制出版社1998年版,第119页。

权是指公民对自己的个人私生活秘密和个人生活自由为内容,禁止他人干涉的一种人格权。”王利明认为,“隐私权是自然人享有的对其个人的、与公共利益无关的个人信息、私人活动和私有领域进行支配的一种人格权。”杨立新认为,“隐私权是自然人和社会组织对其秘密信息加以控制、保护的权力。”张新宝认为,“隐私权是指私人生活安宁不受他人非法干扰,私人信息保密不受他人非法搜集、刺探和公开的权利。”还有学者认为,“隐私权是控制私人活动、个人信息等私人领域内不为或不愿为他人所悉的秘密,禁止他人干涉的权利,但不以危害公共利益为限,包括动态性和静态性的隐私权。”我国台湾学者吕光认为:“隐私权是对个人私生活的保护,使每个人能安宁生活,不受干扰,未经本人同意,其与公众无关的私人事务,不得刊布或讨论,其个人姓名、照片、肖像等非事前获得本人同意不得擅自使用或刊布,尤不得做商业上的用途。”^①

虽然学者下定义的角度不同,隐私所包含的具体内容也有差异,但都注意到,隐私的基本内容应包括以下三方面:个人生活安宁不受侵扰;私人信息保密不被公开;个人私事决定自由不受阻却^②。综合众家观点,我们认为,隐私权的内涵至少应包括如下几点:^③

(1)隐私权的主体只能是自然人。隐私源于人的羞耻感,故只有自然人才可以成为享有隐私的主体^④。隐私权的根本目的在于保护人们生活的自由和精神的安宁,它源于人们精神生活的需要,基于自然人的生命而产生,因而自然人享有隐私权。

法人有没有隐私?有的学者认为,企业法人也有隐私权,企业法人的隐私就是企业法人的商业秘密。这种观点不能成立。隐私权是私生活信息权。生活是生命的运动。企业法人是拟制人,没有真正意义的私生活,当然也没有私生活、私生活信息和隐私。企业法人没有隐私权。企

① 转引自孙振栋:论医院见习教学中患者隐私权之保护——兼谈我国隐私权立法,载《法学》(沪)2001年第2期。

② 罗冰眉:隐私权与知情权的法律冲突,载《现代情报》2003年第7期。

③ 周作斌、刘凡:隐私权及其立法确认,载《理论导刊》2003年第1期。

④ 梁慧星、廖新仲:隐私本质与隐私权的概念,载《人民司法》2003年第4期。

业法人的商业秘密,受商法和知识产权法调整。^①

(2)隐私权的客体是一个极敏感而又难以界定的问题,隐私权在立法上之所以难以明文规定,其客体难以界定是一个极其重要的因素。隐私权是自然人享有即支配私人信息的权利,在这一意义上,隐私权的客体是自然人的个人事务、个人信息和个人领域^②。

需要指出的是,并非所有的自然人的个人隐私都可以成为隐私权的客体而受到法律的保护,隐私权的保护范围要受到社会利益和国家利益的限制。当个人隐私与社会利益和国家利益发生冲突时,应优先考虑社会利益和国家利益。如政府公务员的储蓄、财产情况,因其与国家廉政建设发生冲突而应予以公开,法律不予保护。因此,隐私权的保护范围,仅限于与社会利益和国家利益无关的个人隐私。大体上说,隐私权的客体包括:(1)身体秘密,指身体隐秘部位即生殖器官和性感器官、身高、体重、健康状况、身体缺陷等;(2)私人空间,即个人住宅及周围居住环境、私人专用箱包、日记等;(3)个人事实,指个人生活经历、生活习惯、性格爱好、社会关系、学历、婚恋状况、家庭住址、电话、收入情况等;(4)私人生活,指一切与社会无关的个人生活,如日常生活、社交、性生活等。

(3)隐私权的内容包括多项权利。其一是对个人信息的控制权,即公民有收集、储存、传播、修改自己的个人信息权利,他人不得擅自收集、储存、传播这些信息;其二是个人活动自由权,即公民有权按照自己的意志从事或不从事某种与公益无关的活动,不受他人干涉、调查和支配的权利;第三是公民的私有领域不受侵犯,即公民的身体、通信、日记,不受偷看、刺探和公开,以及公民的住宅不受擅自闯入和窥探的权利。^③

要指出的是,权利主体对其个人隐私的利用,不得违反法律规定和社会公序良俗。如权利主体可以展露自己的身体以供画家、摄影师进行

① 冯菊萍:《隐私权探讨》,载《法学》1998年第11期。

② 梁慧星、廖新仲:《隐私本质与隐私权的概念》,载《人民司法》2003年第4期。

③ 李步云主编:《宪法比较研究》,北京:法律出版社1998年版,第188页。

临摹、拍摄,但不得利用自己身体制作淫秽物品,可以在自己家中待客会友,但不得容留他人卖淫嫖娼。因为这些行为违背法律规定和社会公序良俗,是一种违法行为,因而不但得不到法律的保护,还要承担相应的法律责任。

三、隐私权的保护

在世界范围内引起对侵害隐私权问题强烈关注的是 1997 年英国王妃戴安娜不幸身死的事件。1997 年 8 月 30 日午夜(格林尼治时间 22 点),戴安娜与其新男友、埃及百万富翁多迪·法耶兹的座车在巴黎塞纳河北岸的阿尔马桥下的隧道突发车祸,戴安娜本人和她的保镖被撞成重伤,住进了附近的比基—萨尔贝特里医院,经紧急抢救,终因肺部大出血而不治身亡。法耶兹和司机当场死亡。

据悉,戴安娜乘坐的轿车经过桥下隧道时,几位专门偷拍名人照片的摄影记者驾驶摩托车在一旁紧追不舍。司机为摆脱他们的追逐,掉转头,慌乱中不幸撞上了路边的一根水泥柱,最后轿车碰在隧道内的一堵墙上,车体几乎解体。法国警方当即拘留五名肇事的摄影记者,并没收了三辆摩托车。

一代名妃香陨塞纳河畔,人们在为戴安娜扼腕叹息的同时,也开始认真地关注起自己的隐私、自己的隐私权以及和新闻媒体、新闻记者之间的关系。西方舆论开始了一场有关“帕帕拉齐”及公民隐私权的争论。^①戴安娜的哥哥斯潘塞伯爵一直担心戴安娜将死于西方媒体之手。他说,他只是没想到媒体竟如此“直接的”杀害了她。曾深受“帕帕拉齐”之害的意大利歌唱家帕瓦罗蒂说,现在已到了限制“帕帕拉齐”活动

① “帕帕拉齐”意指专门追逐名人偷拍照片的摄影者或记者。这一角色最初出现于意大利著名导演费利尼 1960 年拍摄的电影《甜蜜的生活》中。在这部电影里,一位名叫帕帕拉佐的摄影师因追逐名人偷拍照片“享誉”欧洲。“帕帕拉齐”无孔不入,对他们来说,名人无隐私可言。他们把偷拍来的照片卖给喜欢登与小道消息的报刊,并换得巨额的财富。戴安娜生前身着泳装与男友法耶兹在海滩亲吻的照片,是一位名叫布雷纳的意大利籍“帕帕拉佐”偷拍的。据说,他的这张照片卖得数十万英镑。

加拿大《信息获得法案》(Access to Information Act)也规定,除了机密材料,政府及公用事业机构与公共事务有关的资料都属于应该向社会公开的信息。但根据加拿大政府《隐私权法案》(Privacy Act)的规定,政府档案中有关个人的资料是受到保护、不得随意公开的,除非征得个人同意。对私人之间的交流行为录音录像,只要获得一方同意便可进行。但不获得所有方面的认可,公共广播机构 CBC 一般不公开播出这种材料。^①

(2)间接保护。隐私权只能附属于其他权利之中,须依附于其他诉讼才能使侵害隐私权的行为得以追究,例如英国、澳大利亚和我国。英国法律尚未确认隐私权为一项独立的公民权利,在普通法中也没有隐私权的概念,涉及隐私权的判例也极少,更没有将侵害隐私权的诉讼确认为一项独立的诉讼,对侵害隐私权的案件,通常将其纳入侵害名誉权、财产权、违反信托或默示契约的范畴对受害人进行救济。其保护方式是间接的,从而引起人们的不满。1972 年一个专门成立的隐私权委员会(the committee on privacy)提出一份报告,呼吁隐私权保护的系统化和专门化。作为英联邦成员的澳大利亚,对隐私权的保护与英国基本相似,因此也遭受不少批评,其法律改革委员会曾提出三个单项法律文件的讨论稿《隐私与统计数据》、《隐私与侵扰》、《隐私与个人资料》。由上述可见,英美法系国家对隐私权保护,美国是直接的,英国和澳大利亚是间接的,但趋势是确认隐私权为一项公民权利(英美法系国家无人格权概念),对之进行直接保护。

我国现有立法虽未直接规定隐私权,但从立法精神和司法解释来看,对隐私权是加以保护的。如《宪法》第 38 条:“中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯。”第 39 条:“中华人民共和国公民的住宅不受侵犯。禁止非法搜查或者非法侵入公民的住宅。”第 40 条:“中华人民共和国公民的通信自由和通信秘密受法律的保护。”《民事诉讼法》第 66 条:“对涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的证据应当保密,需要在法庭

① 郭镇之:采访、暗访与偷拍——北美国关于新闻采访中涉及隐私权的若干法律规定,“新闻与法”研讨会(1999.12,北京)论文。

上出示的,不得在公开开庭时出示。”第120条:“离婚案件,涉及商业秘密的案件,当事人申请不公开审理的,可以不公开审理。”《刑事诉讼法》第152条:“……有关国家秘密或者个人隐私的案件,不公开审理。14岁以上不满18岁未成年人犯罪的案件,一律不公开审理。16岁以上不满18岁未成年人犯罪的案件,一般也不公开审理。”《未成年人保护法》第30条:“任何组织和个人不得披露未成年人的个人隐私。”《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》第140条:“以书面、口头形式宣扬他人的隐私,或者捏造事实公然丑化他人人格,以及用侮辱、诽谤等方式损害他人名誉,造成一定影响的,应当认定为侵害公民名誉权的行为。”《最高人民法院〈关于审理名誉权案件若干问题的解答〉》第7条:“对未经他人同意,擅自公布他人的隐私材料或以书面、口头形式宣扬他人隐私,致他人名誉受到损害的,按照侵害他人名誉权处理。”《人民检察院直接受理的侵犯公民民主权利人身权利和渎职案件立案标准的规定》第10条:“非法开拆他人信件、涂改信件内容、或者张扬他人隐私、侮辱他人人格、破坏他人名誉的,应予立案。”其他如《统计法》第14条规定,属于私人、家庭的单项调查资料,非经本人同意,不得泄露。《银行管理暂行条例》规定,国家保护个人储蓄存款,实行为储户保密的原则。其他法律法规中,如《妇女权益保障法》第39条规定:“妇女的名誉权和人格尊严受法律保护。禁止用侮辱、诽谤、宣扬隐私等方式损害妇女的名誉和人格”;国务院1987年的《艾滋病监测管理的若干规定》中明确指出:“不得将病人和感染者的姓名、地址等有关情况公布和传播”。

值得注意的是,民法作为我国最基本的人身权利保护法,却没有将公民的隐私权作为公民的一项独立的人格权作为自己的保护对象,而只是简单地规定了与公民的隐私权有关的肖像权(《民法通则》第100条)、名誉权(《民法通则》第101条)。最高人民法院《关于执行中华人民共和国〈民法通则〉若干问题的意见》只列举了现实生活中两种与公民的隐私权有关的侵权形式。第一种是第139条的侵犯公民肖像权;第二种是第140条的“以书面、口头等形式宣扬他人的隐私”。而且侵犯公民的肖像权把“以盈利为目的”作为构成侵权的要件。而“以口头、书面形

式宣扬他人隐私”又必须造成一定的影响。与此种立法精神相一致的是最高人民法院《关于审理名誉权案件若干问题的解答》。在《解答》里虽然多处提到隐私这一概念,但对侵犯隐私权行为的处理却以他人的名誉权是否受到损害为前提。^①这就必然带来对“文章反映的问题基本属实,没有侮辱他人人格的内容”,因而即使侵犯了公民的隐私权,也“不应认定为侵犯他人名誉权”,而使擅自公布他人隐私材料或以书面口头形式宣扬他人隐私的行为逃避了法律的制裁。^②

因为,按照我国司法解释确定的对隐私权的保护方法,只有擅自公布、恶意宣扬他人隐私,造成名誉损害后果的,才能认定为侵害名誉权的侵权行为,追究行为人的民事责任;对于其他侵害隐私的行为,例如刺探他人私人情报信息,擅闯他人私人住宅,跟踪私人活动,等等,由于并没有造成名誉权的损害,因而都无法追究民事责任^③。有学者认为,我国对隐私权采取间接保护方式,目前这种保护方式还很不完备,缺陷很大。^④

2. 名誉权与隐私权的区别

隐私权与名誉权是“两项各自独立的具体人格权,二者之间有着本质的区别”^⑤,这主要体现在如下几方面:

(1)主体不同。如前所述,隐私权的主体只能是公民即自然人,法人拥有的秘密如商业秘密等不属于隐私权范畴。而名誉权的主体可以是法人。

(2)作为客体的人格利益不同。隐私权的客体隐私是基于公民个人生活安宁和平静需要而产生的精神利益,保护隐私的宗旨是维护公民个人的心灵安宁不受侵犯。名誉权的客体名誉则是他人对公民或法人的品德、才干、思想、作风、素质等属性的综合社会评价。保护名誉的宗

① 参见杨育明:试谈隐私权的法律保护,载《青岛大学师范学院学报》2000年第3期。亦可参见齐勇:关于隐私权的几点思考,载《当代法学》2001年第11期。

② 王四新:论我国隐私权立法与实施的完善,载《攀枝花大学学报》1997年第5期。

③ 杨立新:隐私权不容侵犯,载《人民日报》1999年9月8日第11版。

④ 刘炼科、张修敏:论隐私权,载《江淮论坛》2003年第1期。

⑤ 周作斌、刘凡:隐私权及其立法确认,载《理论导刊》2003年第1期。

旨是维护权利人所享有的社会评价不受损害。

(3)主观过错不同。侵犯他人隐私权,侵权人通常有过错,但不一定为恶意,且归责原则不以过错为限。侵犯名誉权的侵权人通常主观上有恶意,即具有败坏他人名誉的故意。

(4)侵权方式不同。侵犯他人名誉权一般是以侮辱或诽谤的方式,传播不利于受害人名誉的虚假事实,从而影响第三人及社会公众对受害人的评价降低。而侵犯他人隐私权,传播的隐私不论是否真实以及是否有利于受害人,也不以向第三人传播为要件(如向受害人揭露其隐私),只要行为人实施了获取、干扰、公布、利用他人隐私的行为,便构成对其隐私权的分割。

(5)侵权的后果不同。分割名誉权的后果表现为受害人名誉贬损,社会评价降低,不仅给受害人带来精神痛苦,而且在社会上产生不良影响。而侵害隐私权的后果一般只给受害人带来精神痛苦,不一定造成社会不良影响。但如果侵犯隐私权的行为在社会上造成不良后果,影响了受害人的社会评价,则同时构成对他人名誉权的侵害。

(6)救济的方式不同。名誉权受侵害,受害人可以通过请求侵权行为人停止侵害、消除影响、恢复名誉、赔礼道歉、赔偿损失而获得救济。而隐私权受到侵害,因其内容的真实性,一般无法适用消除影响、恢复名誉的救济方式,而只能请求侵权行为人停止侵害,赔礼道歉或赔偿损失。^①

(7)保护的强度不同。如果我们认真品味联合国《公民权利和政治权利国际公约》第17条第一款内容:“任何人之隐私、家庭、住宅或通信不得加以任意或非法干预,其名誉和声誉不得加以非法攻击。”我们会发现,公约给予了名誉与名声以明确保护,但是这一保护只限于禁止“非法的攻击”。而对于隐私的保护,使用的是“任意或非法干预”的概念,这是不是意味着,法律对名誉、名声的保护没有对隐私的保护那么强?我认为是这样的,显然,这里的“攻击”所指的强度显然要高于“干预”的强度,因为“攻击被理解为仅指一定程度的干预。”“仅指他人对名

^① 周作斌、刘凡:隐私权及其立法确认,载《理论导刊》2003年第1期。

誉和名声的有意损害。”^①

第二节 侵犯隐私权的构成要件

侵权行为的构成要件,是指构成某一侵权行为的各种作为必要条件的因素。行为人的某一行为只有具备了法律规定的相关要件,才构成侵权行为,行为人才承担相应的民事责任。相反缺乏任何一个构成条件,就不构成侵权行为,行为人也不承担任何民事责任。^② 侵权行为的构成要件的理论,是对立法和司法实践的高度概括,也是对归责原则的系统阐述。^③ 根据我国侵权行为损害赔偿的构成要件来看,构成侵害隐私权,承担民事责任必须具有以下四个方面的法定要件:^④

一、存在违法的侵害行为

侵害他人隐私权的行为,从其行为的方式上看,均表现为一种积极的作为行为,即以某种行为、动作或发表某种言论等,而侵害他人的隐私权,造成隐私权人生活安宁与安全受到侵扰。这种积极的作为行为的表现形式可以是口头的,也可以是书面的,还可以是通过现代通讯技术以及足以使第三人知晓的方式进行^⑤。隐私权是公民的一项基本权利,是自然人民事权利的一部分,只要是法律不禁止的,均是合法的权利。作为一项具体人格权,隐私权属于绝对权,任何人均负有不侵犯的法定义务。违反法定义务而作为的为作为的违法行为。《民法通则》第5条

① [奥]曼弗雷德·诺瓦克:《民权公约评注》(上册),毕小青、孙世彦译,北京:生活·读书·新知三联书店2003年版,第303页。

② 张新宝:《隐私权的法律保护》,北京:群众出版社1997年版,第252页。

③ 王利明主编:《民法·侵权行为法》,北京:中国人民大学出版社1993年版,第35页。

④ 参见1993年最高人民法院《关于审理名誉权案件若干问题的解答》答问之七。

⑤ 强晓如:有关我国隐私权问题的探讨,载《学术交流》2000年第7期。

规定：“公民、法人的合法的民事权益受法律保护，任何组织和个人不得侵犯。”

至于何种行为是侵害他人隐私性的行为，我们在下一节中将单列出来分析。

二、侵权行为人主观上的过错

对于侵害隐私权行为的责任构成是否以过错为要件，学术界有不同的观点。王利明教授认为侵害隐私权的行为主观上多有故意，但隐私权的侵害不以行为人主观上的故意或过失为要件^①。有的学者认为侵害隐私权为无过错责任的观点，认为侵害隐私权的行为定当属于过错侵权行为^②。还有学者认为，侵害隐私权的侵权人行为主观上需具有过错，由此种侵权行为责任的构成以隐私的不当披露为已经作为，因而只要加害人能够或者应当预见其行为后果，不论其在主观上是希望、放任还是疏忽大意，均不影响侵权责任的构成。采用这种做法将更有利于对受害人的惩罚和对受害人的保护，从而维持社会正常秩序。^③

笔者认为将主观上的过错引入为侵害隐私权行为的要件是合适的。毕竟，隐私权所反映的是“在独处的权利中或个人对接近其空间、事物、思想及行动的行为的控制权中所蕴含的对于个人或社会文化的价值”。^④但隐私权保护总是与宪法所追求的对于新闻出版自由的保护的观念之间存在矛盾冲突。由于新闻出版自由对于社会发展和人类的进步具有特别重要的意义，对此种自由的任何限制都必须小心谨慎。如果新闻报道在每一篇新闻报道中，都必须顾虑是不是造成对他人隐私权的侵犯，这必然会导致自我审查。其结果是，他们的报道会越来越小心，报道的时效会越来越慢，报道的范围会越来越窄。那么对于人类来说，

① 王利明主编：《民法·侵权行为法》，中国人民大学出版社1993年版，第305页。

② 张新宝：《隐私权的法律保护》，北京：群众出版社1997年版，第182页。

③ 李元华：隐私权问题探析，载《社会科学》2002年第6期。

④ 美国林德(Linde)法官语，转引自唐纳德·M. 吉尔摩、杰罗姆·A. 巴龙、托德·F. 西蒙：《美国大众传播法：判例评析》，梁宁译，北京：清华大学出版社2002年版，第251页。

还企望什么开放的思想市场呢?

三、对受害人造成了不利后果

损害事实即指侵权人的行为给受害人造成不利的后果^①。损害不同于损失,损害是指侵害财产权和人身权的后果。损失是指侵害财产权所造成的后果。侵害隐私权的损害主要表现为个人隐私的暴露。只要没经自然人同意而非法公之于众,即构成对隐私权的侵害,其不以公开的是否有损隐私权人的名誉为判断标准,也不以该事实是否为第三人知道为前提。

侵害隐私权的损害事实,主要包括以下三个方面:^②

(1)名声的降低。名声的降低为侵害隐私权比较直接的后果,这是由隐私权的人身权特性所决定的,也是我国将隐私权以名誉权方式予以保护的一个重要原因。在实践中,受害人只需要对侵害隐私权行为的发生进行举证而不需要证明名声下降的事实,因为根据一般人的经验可以推断其损害后果。

(2)精神的痛苦。所谓精神痛苦应是一种社会心理学上的概念,主要表现为心理的悲伤、怨恨、忧虑、气愤和失望等感受。隐私权属于人身精神利益类的民事权利,这种侵害行为自然容易引起受害人精神上的痛苦并直接影响其正常生活。

(3)利益的损失。隐私权虽然不直接体现为财产利益,但和财产利益的损失有关。有学者认为,侵害他人隐私权,主要损害后果是精神损害,即导致精神上的痛苦,通常没有直接的财产损失,但可能会出现间接的财产损失。^③

① 张新宝:《隐私权与言论自由和新闻出版自由》,载《法学研究》1996年第6期。

② 强晓如:《有关我国隐私权问题的探讨》,载《学术交流》2000年第7期。

③ 王利明主编:《民法学》,中国人民大学出版社2001年版,第548页。

四、侵权行为与损害后果间有因果关系

侵权行为与损害后果之间的因果关系,是指二者之间具有前因后果的关联性,它是新闻侵害隐私权的又一构成要件。判断隐私权违法行为与损害之间是否存在因果关系可从以下两个方面进行确定:

(1)时间上的顺序性。在作为原因的侵害行为与作为结果的损害后果之间,必然存在时间上的顺序性。凡是原因现象必然先于结果现象出现。隐私权人精神或财产受损结果的产生,必须以致害人的违法行为为前提或基础的。

(2)认定上的客观性。作为原因的现象应当是一种客观存在的事实。因为,只有外在致害人的具体行为,才可能构成其侵害原因。如前述,在认定受害人精神损害时,无须当事人对精神痛苦进行举证,单凭致害人的侵害行为就可以认定精神痛苦已产生。在司法实践中,可视为侵权行为与精神痛苦之间存在必然因果关系,而无须运用相当因果关系说去分析。

第三节 对传媒侵害隐私权的诉因

现代大众媒体越来越屈从于市场的压力,他们为了获取某种利益,譬如为了吸引受众的注意力,为了扩大广告收入,往往会在未经权利人的允许的情况下擅自将他人隐私公之与众,以求轰动效应。当然,有的时候,他们为了公众的利益,去搜集重要的信息而不得不采取一些非常规的手段,如跟踪、偷拍、伪装等等。诸种做法都会给权利人带来经济或精神上的损害。

美国法庭将侵犯隐私的指控分为四大类,彼此相互交迭:一是“虚光”(false light)指控,即所报道的信息对常人来说带有严重的冒犯性,从而损害了原告的名誉;二是“私事”(private facts)指控,即报道虽然

真实,但却令原告极其尴尬或者严重冒犯原告,而又并非公众合法关注的范围;三是“滥用”(misappropriation)指控,也称为曝光权(right of publicity),即未经当事人书面许可而使用其姓名和外形;四是“侵入”(intrusion)指控,即以身体或其他方式蓄意侵入他人的独处状态或私人事务,而且这一侵入对一般人来说带有严重的冒犯性。^①

我国最高人民法院在《关于审理名誉权案件若干问题的解答》中只规定了未经权利人许可而公布、披露他人隐私的行为是侵权行为。^② 这里,未经权利人许可而公开披露的行为主要有两种形态:其一,大众媒体根本未取得权利人同意而私自公开披露其隐私;其二,大众媒体获得权利人附加限制的同意,即在部分范围内使一定群众知晓该隐私,但大众媒体却私自将该知晓范围予以扩大,超出了授权范围,给权利人带来了精神或物质利益上的损失。

结合中国媒体的实际情况,以及外国(主要是美国)的相关判例,我们可以将针对媒体的侵犯隐私权而发生的诉讼理由归纳为以下几种:

一、披露令人难堪的私人信息

人们都会同意,个人的隐私利益必然会与公众获取新闻的利益相冲突。如何处理这一矛盾呢?最早关注这一方面的华伦和布兰代斯就认为,像政府官员这样的公众人物必须牺牲自己的隐私权,至少将部分生活置于公众监督之下以作为获取权力的代价。不过即使是公众人物也不应该完全被剥夺其私人的一面。^③

媒体应对这一指控的最有效抗辩手段是新闻价值。从美国的情况看,新闻价值的抗辩常常是很有效的,甚至几乎使得这种诉讼形同虚设。但问题是新闻价值对不同的人有不同的含义。有时,法院会认为那

① [美]海曼·韦斯廷:《最佳方案——公平报道的美国经验》,郭虹、李阳译,汕头大学出版社2003年版,第124页。

② 最高人民法院:《关于审理名誉权案件若干问题的解答(之七)》,1993年8月7日。

③ 参见唐纳德·M. 吉尔摩、杰罗姆·A. 巴龙、托德·F. 西蒙:《美国大众传播法:判例评析》(上),梁宁等译,清华大学出版社2002年版,第233页。

些可能影响受众的问题才具有新闻价值,而那些只是有趣的信息则不能适用这种抗辩。但有时候,法院会依据新闻机构的原则来做判断。

在认定什么是“令人难堪的私人信息”时,美国法院有一个基本的判断的标准,即“严重违反社会良俗”。这一标准,很好地保护了新闻报道和出版行为。但对那些“真正私密性的信息”仍然划出了一个保护的空間,对新闻机构确实不合情理的做法也保留了追究责任的要求。在一个涉及有古怪癖好的人体冲浪者迈克·维吉尔和《运动图解》杂志的案例中,有关社会良俗的标准问题得到了充分的讨论。美法院指出:“至于什么才是受公众合理关注的事,则权参照社会的习俗与公约;归根到底,什么是适当的行为是一件有关社会道德观念的事。当公开发布的信息已不是公众有权获得的信息时,其行为就失去了正当性,而成为一种单纯的私生活的、病态的、哗众取宠的窥探。这时,一个正派的、理性的社会成员都会说他对这类信息不感兴趣。”^①

有一个典型的案例。一位整形医生在公开演示及电视访谈中使用了病人术前与术后的对照照片。当拍摄这些照片时,病人被告知这是“医生操作规程的一部分”。一年后,这位医生在电视节目和一次演讲中使用了四张照片,并指明了该病人的姓名。与这位病人熟识的人在看到节目后即开始传播与她的手术有关的消息。这位病人则完全被“击垮”而陷入了“可怕的抑郁”中^②。法院认为该病人的隐私确实受到了侵犯,因为“即使照片本身不带贬损色彩或令人生厌,但问题在于将其曝光……对于一个理性的人来说是否是极为不快的。”在此案中,被告亦辩称整形手术是能引起合理的公众兴趣的主题,但法院并没有采纳这一新闻价值抗辩理由,而认为该主题的新闻价值与使用原告的照片之间不存在“逻辑关联”。^③

① Virgiri V. Time, Inc., 1 Med. L. Rptr. 1835, 527 F. 2d 1122(9th Cir. 1975).

② Vassiliades V. Garfinckel's, 11 Med. L. Rptr. 2057, 492A. 2d 580 (D.C. App. 1985).

③ 唐纳德·M. 吉尔摩等:《美国大众传播法:判例评析》(上),梁宁等译,第235页。

二、侵入

“侵入”(trespass)的概念适用于私人产业和私人领域,与传统上的面向社会公众的政府机关和事业机构是不同的。^① 美国在 1977 年的《第二次侵权法重述》(the Restatement Second of Torts)的第 652B 节中,对此做出了如下的解释:

“对原告个人空间的有形侵入,例如强行进入原告所在的旅馆房间,或者在原告反对的情况下坚持进入他的住宅。也可以指无论是否借助于仪器设备,通过被告的感知,监视监听原告的私人事务,经如用望远镜向原告室内窥探或者对他的电话进行监听。”

与前所指的“披露令人难堪的私人信息”不同的是,“侵入”着眼于采集新闻行为的本身,而不关心所公开的信息。一般认为,当人们处于他认为不应受到别人窥视的地方时,他享有不受打扰的权利。当有人故意进入他人享有隐私权利的地方,就可以发生“侵入”之诉。譬如说,一些媒体的采访者为了获得吸引公众的秘密资料,在无法正面达到目的的情况下非法潜入他人住宅,了解他人生活情况,破坏他人居住之安宁。该行为不论是否触犯了其他部门法之规定,均应认为其已实施了侵犯隐私权的行为。

当然,媒体的行为是不是构成了“侵入”,在美国还要看这一行为是不是满足了“对一个理性的人来说构成严重冒犯”这一条件。因此,如果新闻信息是在一个人都可获得同样信息的地方取得的,则不构成严重的冒犯,同样,如果是受害人同意或者允许,更不构成严重的冒犯了。

但是一些媒体通过不正当的方式,比如用望远镜、照相机等方式调查、刺探他人通信等行为,了解他人生活秘密,不管媒体是否公开了通过窥视、刺探而获得的他人隐私,只要该媒体没有合法的原因而实施了

① 郭镇之:《采访、暗访与偷拍——北美国关于新闻采访中涉及隐私权的若干法律规定,“新闻与法”研讨会(1999.12,北京)论文。

该行为,都应视为侵犯隐私权之行为。^① 因为此类行为都可视为是对“理性人的严重冒犯”。

在美国有一起诉讼,很有代表性。起因是《生活》杂志的记者和摄影师装扮成一位“治疗师”的朋友的朋友而进入了“治疗师”的家中。随后他们暗中进行了拍摄,并在这位“治疗师”为他们中的一人进行检查时,将拍摄到的录像转播给了等在外面的执法人员。

由于地区检察官办公室与州卫生局都参与了这次行动,所以尽管他们并非完全依赖于《生活》杂志提供的证据,这家杂志仍然被视为在行动中扮演了执法机关的代理人的角色。

那位“治疗师”最后被逮捕并以无照行医罪被起诉,《生活》杂志则刊登了一篇配有图片的“打击庸医”的文章。在此后的引发的诉讼中,法院认为《生活》杂志侵犯了那位“治疗师”的隐私权,法院认定《生活》杂志的行为构成了非法监视与非法侵入。

哥伦比亚广播公司也曾有一起类似的纠纷。当时一名记者与摄像师为了拍一个叫《街头故事》的节目而秘密拍摄了纽约一间被认为有信用卡阴谋的公寓。这一秘密行动显然太公开了。当记者闯入爱妮的公寓时,只有爱妮夫人与她 4 岁的儿子在家。之后,爱妮一家以侵犯隐私罪起诉哥伦比亚广播公司的摄制组。爱妮家的律师批评那些拍电视的人与侦探一同冲进她家并到处摄像,还自称得到许可的做法。广播电视新闻督导人协会的律师同意这一说法。他警告记者们在对于私人财产的拍摄上要更加谨慎。

记者对公共场所拍摄,也存在类似的问题。纽约 WCBS 电视台在进入一个著名的饭店擅自拍摄,也被起诉。最后饭店以侵犯隐私权胜诉。^②

① 参考郭奕:大众传媒对隐私权的侵犯与抗辩,载《郑州经济管理干部学院学报》2002 年第 2 期。

② 引自[美]特德·怀特:《广播电视新闻写作与报道》,北京:新华出版社 2000 年版,第 250 页。

三、侵扰

侵扰,是指大众媒体经常为了得到其渴望受访人物的信息,在多方联系遭拒的情况下,锲而不舍地用电话、跟踪、监视等各种方式不分时间、不分场合地联系受访者,使其生活之安宁、内心渴望私生活不被干扰的愿望受到侵犯。其主要表现是对采访对象寸步不离、纠缠不休,这一行为也可视作是一种“严重的冒犯”。“这种令人生厌的报道手段在某些方面与极大的噪音干扰,或者在临近的地方开办养猪场的效果相似。”^①这种持续不断的追踪、骚扰,以及不正当的监视行为,即使是发生于公开或半公开的场所,也可能构成对他人的个人空间侵扰。

这一事件最典型的案例是葛莱拉诉欧纳西斯(Galella V. Onassis 1972)案。葛莱拉是一个“狗仔”记者,他长期跟踪报道美国前第一夫人杰奎琳·肯尼迪·欧纳西斯的生活状况,并几乎以此为业。他就像欧纳西斯的影子一样,无论她走到哪里他都会尾随而至并做出令人厌恶的举动;无论是在教堂、葬礼、剧院、学校、饭店或者在国外的游船上,对他来说,没有什么地方是神圣的。

联邦地区法院认为葛莱拉的行为不受第一修正案的保护并向其发布了禁止令。在判决书中,库柏(Cooper)法官指出:“隐私权的核心利益在于‘不受打扰的权利’,具体而言,包括为自己划定一个私密空间,保护自己的私密事务及个人活动不受公众注意,以及能够暂时地躲开世人的批评与意见以获得片刻的安宁或实现自己的打算,这对于生活的乐趣来说是不可或缺的。这种价值可以用来对抗那些试图或者已经成功地利用不正当的侵扰活动来收集信息的行为。”^②

当然,法院的禁止令是在做出了多方面的考量之后才做出的。在沃

① 唐纳德·M. 吉尔摩等:《美国大众传播法:判例评析》(上),梁宁等译,北京:清华大学出版社 2002 年版,第 254 页。

② 唐纳德·M. 吉尔摩等:《美国大众传播法:判例评析》(上),梁宁等译,北京:清华大学出版社 2002 年版,第 264 页。

尔夫森诉刘易斯(Wolfson V. Lewis 1996)一案中,法院对一位新闻节目的记者的侵扰行为发出了禁止令。布罗德里克法官在该案中发表意见时说,在原告请求发布先予执行的禁止令的动议时,法院应该考虑以下几个因素:①原告在审判中在实体问题上获胜的可能性;②如果不发布禁止令,原告可能遭受的不可能挽回的损失;③如果发布禁止令,被告可能遭受的不可能挽回的损失;④公共利益。布罗德里克法官强调说,“只有当原告提供的证据表明四个因素均倾向于发布禁止令的时候,地区法院才可能这样做。”^①

这里的关键点是,什么样的行为是一种侵扰性行为?在善待动物协会诉贝鲁斯尼(People for the Ethical Treatment of Animals V. Berosini)一案中,斯普林格(Springer)法官指出:“要从侵扰之诉中获得赔偿,原告必须证明下列要素:①存在(有形或无形的)故意的侵扰行为;②针对的是他人的独处状态或个人空间;③对心智正常的人会造成严重的冒犯。”^②

四、给人带来错误印象

到目前为止,笔者还没有见到过国内的据此理由进行判决的例子。但在美国,这种诉讼是很常见的。所谓的“给人带来错误印象”是指“如果有人将他人的事务公开而使得公众产生了对后者的错误印象,并且一是对一个理性的人来说,给人这种印象是十分令人不快的;二是行为人为明知或者不计后果地漠视所公开的事实的虚假性及可能给公众造成的印象,则他应当为侵犯了后者的隐私权负责。”^③

可以看出,这一诉因与诽谤有相似之处。两者针对的都是对事实的

① 唐纳德·M. 吉尔摩等:《美国大众传播法:判例评析》(上),梁宁等译,北京:清华大学出版社2002年版,第262页。

② 唐纳德·M. 吉尔摩等:《美国大众传播法:判例评析》(上),梁宁等译,北京:清华大学出版社2002年版,第255页。

③ 唐纳德·M. 吉尔摩等:《美国大众传播法:判例评析》(上),梁宁等译,北京:清华大学出版社2002年版,第270页。

错误断言或错误暗示。不过,两者也存在一定的差异,即“给人带来错误印象”的诉讼中,错误不需要造成对他人名誉的贬损,而只须令其感到难堪就足够了。因此,予人错误印象属于侵犯隐私权的范围而不是诽谤的一种,通常人们认为这种行为损害的是他人的尊严而不是名誉。

这一方面最典型的案例是邓肯诉 WJLA 电视台(Duncan V. WJLA-TV 1984)案^①。这是一件因新闻记者因报道“生殖器疱疹”而产生的案件。这位新闻记者原本不知该如何组织播发这则报道,所以他用了一些在街上随意拍摄的录像资料。弗兰科拉说,在 6 点播放的新闻里,没有人给以特别的关注。后来,这位记者将其编辑之后在晚上 11 点钟播出,观众们看到了一个年轻妇女的特写镜头,而这时主持人正在说:“有两百万美国人患有生殖器疱疹,这种疾病难以治愈。”这个特写镜头中的妇女因电视台播放的画面而受到了伤害。

密苏里大学的卡伦·弗兰科拉教授认为,虚假的声画比显而易见的错误更容易出现于新闻记者那里。记者并没有说“这个妇女患有疱疹”,但是,其画面和语言已经暗示了这个妇女得了这种病。

当年国内引起广泛讨论的《秋菊打官司》剧组被诉侵犯肖像权一案,似可以说更适合于“给人带来错误印象”而导致隐私权受损。因为上诉人是因为张艺谋在电影中,未经她同意使用了她的部分镜头,后被人指责为“出风头”。

第四节 隐私权侵权的抗辩与规避

如前所述,我国并没有将隐私权作为一项独立的权利,而是作为名誉权的一部分来加以保护的,这必然会导致一些混乱。毕竟,隐私权是一种异于名誉权的独立民事权利,公民的名誉权与隐私权在主体、性质、及侵权方式等方面都有很大的差异。因此我们不能将隐私权等同于

^① Duncan V. WJLA-TV, 10 Med. L. Rptr. 1395, 106 F. R. D. 4(D. D. C 1984)

名誉权或视作其一部分^①。其实,从司法实践看,隐私权与名誉权的抗辩事由也不相同。

一、隐私权侵权的抗辩

对于新闻侵犯隐私权的抗辩事由,学界已形成了较为一致的看法,基本包括以下几点:^②

(1)公开记录。公开记录是指党和国家机关公开发布的正式文件、通知、判决书、布告,以及其他允许公开发布、引用的材料。由于这些记录的公开性,即使其内容涉及到个人隐私,亦丧失隐秘性,引用者免负侵犯隐私权的责任。^③

(2)公开场合。对人们在公开场合下的行为进行报道,不存在侵犯隐私权的问题。因为隐私的本质是“隐”,即不公开性,一旦自我公开便不存在所谓隐私了。例如在美国堪萨斯市有个男青年因涉嫌偷窃而被当地警察在法院附近逮捕,当地电视台摄下了被捕时的情况当晚播放。后来这个男青年被释放了,警察局承认捕错了人,由此发生了隐私权诉讼,法庭驳回了原告的请求。法庭指出:此案发生在酒吧,原告处在公众应知晓的事件之中,被告有权对此事加以报道。虽然这与原告意愿相反,纯属非意愿性,但仍可报道。^④

(3)公众人物。公众人物是指因其身份、地位、事业的成就、罪行重大或因为与某一特定事件有关而为公众普遍知晓的人物。如著名科学家、作家、明星、高官皇戚及恶名昭彰的罪犯等等。这些知名人物常常成为公众关注的焦点和报道追踪的目标,他们的隐私权范围要比普通人小得多,对他们某些个人信息的报道不构成侵犯隐私权。但新闻界报道公众人物的私生活内容可以详细到什么程度是很难明确回答的,这与具体人

① 李爱芹:新闻侵害隐私权民事责任的抗辩事由,载《行政与法》2002年第3期。

② 王笑冰:新闻价值与新闻侵犯隐私权抗辩事由的系统化分析,载《政法论丛》2000年第5期。

③ 曹瑞林:三种情况排除侵犯隐私权,载《黑龙江史志》1996年第3期。

④ 宋克明:《美英新闻法制与管理》,北京:中国民主法制出版社1998年版,第89页。

的公众身份有密切关系。曾有人说:美国总统生活的白宫是透明的。言下之意法律能确定给总统的私生活细节少得可怜。由此,我们也不难理解为什么美国总统克林顿的“绯闻案”会成为一个新闻热点,而克林顿却未因此申明要求保护其隐私权。有人甚至认为,政府官员的隐私权要受到更严格的限制,并且职位越高,其个人的私事和公共利益的联系就越紧密,其隐私的范围也就越小。^①当然这并不是说,公众人物就没有一点自己的隐私,一般认为公众人物的下列隐私还是应该受到法律的有效保护的:①其住宅不受非法侵入或侵扰;②家庭生活和正常的私生活不受监听、监视;③正常婚姻和夫妻生活不受他人的干扰;④正常通信自由不受侵犯;⑤与社会政治和公共利益无关的私人事项不受侵扰。

(4) 公众利益。如果某位公民的隐私与公共利益、或者说与社会的政治、经济生活发生联系,它就不再是一般意义上的个人私事,不受隐私权的保护。对这个问题,恩格斯曾举过一个生动的例子:法国国王路易十五有两个情妇,这是其隐私,但如果抛开这些私事不谈,那么法国革命前的全部历史就变得不可理解。恩格斯举的这个例子提出了处理这类事情的公共利益原则。媒体在处置涉及这类内容的稿件时,也应遵循这样的原则。比如,政府官员是人民的公仆,人民有权了解和评价其品行,有权知悉其收入和财产状况,当报刊有必要刊发这类内容时,只要事实确凿,应不算侵犯其隐私权。^②从隐私权的立法来看,许多国家也都从公共利益出发,对隐私权的保护范围加以一定的限制。而从各国情报公开的立法来看,各国情报公开法的实施机关扩大到一些特定的公共服务和管理性的企业。其理由便是这类企业虽然不是行政机关,但却与公共利益密切相关,负担一定的公共服务和行政管理职责,因此它的情报应向公众公开。相反,如果当知情权与隐私权发生矛盾时,我们强调对隐私权的保护,以体现对个人权利的尊重,那结果很可能是使公共利益受到潜在或现实的威胁,从而最终影响到个人隐私权的实现。^③

① 李爱芹:新闻侵害隐私权民事责任的抗辩事由,载《行政与法》2002年第3期。

② 赵明健、张国胜:报刊编辑应加强隐私权保护意识,载《河南社会科学》2000年第5期。

③ 罗冰眉:隐私权与知情权的法律冲突,载《现代情报》2003年第7期。

(5)本人同意。隐私权是一种自主性很强的私人权利,法律允许当事人放弃。这是指当事人经口头或书面的形式明确表示对新闻报道的同意,具体表现为愿意接受采访、主动提供资料、协助新闻作品的完成等等。事实上,社会现实生活中有不少人有意或无意地放弃自己的一部分隐私。如许多政治家、体育艺术明星等在自己的回忆录中,详细分析自己的经历、家庭、生活甚至个人的隐私等。如英儿(诗人顾城遗作《英儿》中的主人公)在她的纪实小说《爱情伊妹儿》中详尽披露了她与某诗人的情爱关系,把原本非常隐秘的、完全属于私人性的 50 多封 E-mail 公之于众。更有“木子美”之类的人,甚至乐意将自己性生活体验公开出来。这些都是当事人自愿的,因此根据当事人的陈述或提供的材料写成的文章或发出的报道中有当事人的隐私内容时,不应视为侵权。但需要注意两点:一是本人的隐私涉及他人的隐私时,本人无权放弃,包括父母、兄弟、姐妹、夫妻等都不例外。如果新闻报道中涉及第三人的隐私,就必须取得第三人的同意,否则就会构成对第三人的侵权^①;二是涉及个人隐私的案件在不公开审理时,披露的敏感内容也是属于法律保护的隐私。^②

二、新闻侵害隐私权规避

正是基于以上事由,魏永征先生在其著作《中国新闻传播法纲要》中曾提出几种规避新闻侵害隐私权的手段。

(1)认真分析披露内容是否出于公共利益的需要。因为凡是与社会公共利益有关的事情,或者出于社会公共利益的需要必须公开的事情,不受隐私权的保护;

(2)征得当事人的同意。1998年2月山西临汾农村一位16岁的少年,因受伤到医院手术,没有想到因输血混乱,被误输入艾滋病毒携带者的血液而感染艾滋病。《民主与法制》报道此事时,在文后注明“根据

① 李爱芹:新闻侵害隐私权民事责任的抗辩事由,载《行政与法》2002年第3期。

② 李星红:新闻舆论监督权与公民隐私权的冲突平衡,载《新闻采编》2002年第5期。

受害人的监护人的要求,为寻求全社会的关心和帮助,本文使用了受害人的真实地址、姓名和照片,特此声明。”^①

(3)使不可辨认。还有一些私人事情有报道价值,但当事人又不同意公开。一个变通的方法就是使公众不可能从新闻中辨认或推断有关当事人,如略去当事人的姓名、模糊当事人的身份等。刊登照片时遮盖住局部,在电视上打上马赛克,有时连声音也要予以处理。

^① 载《民主与法制》,1998年第16期。

第六章

肖像权

据 2003 年 6 月 9 日新华社北京电,因《乡镇论坛》杂志社刊登自己的照片,77 岁的陕北老汉常国义在北京提起肖像权诉讼,结果获得部分赔偿。

北京市第一中级人民法院 9 日终审判决,《乡镇论坛》杂志社因使用他人肖像照片不当,被判对肖像权人进行书面道歉并支付使用费 2000 元,同时赔偿肖像权人经济损失共计 1052 元。

据法院介绍,1998 年 1 月,摄影家吕广臣在陕北进行摄影艺术创作时,为绥德人常国义拍摄了一张具有陕北人特点的人物照片。照片中的常国义头戴白羊肚手巾,手里拿着烟袋,布满皱纹的脸上挂着喜悦的笑容。这张照片被《乡镇论坛》杂志社刊登在该杂志的 2001 年第 12 期封面位置上,标题为《喜悦》。

常国义见到照片发表后,即以杂志社未经自己同意而使用自己的肖像,导致被村民误解为自己在做广告,给自己造成巨大的精神压力 and 经济损失为由,向法院起诉,要求《乡镇论坛》杂志社赔偿各种经济损失 6 万元及肖像权使用费 6 万元。

杂志社辩称,该摄影作品的使用已征得著作权人吕广臣的同意;该图片主题明确,画面客观真实,新闻要素完整,是以新闻图片的形式刊载的新闻作品,符合新闻报道的客观真实性原则,并没有对常国义造成

肖像侵权,故不同意原告的诉讼请求。

法院经审理认为,新闻报道可以依需要合理使用他人肖像,但必须是该人处于新闻事件当中,或该人物属于社会公众人物。而引起争议的常国义肖像照片中,仅有常国义一人处于画面正中,占据了画面大部分位置,身边并没有新闻事件发生。杂志社虽称是为了宣传党的农村政策进行的正面报道,并为照片取名“喜悦”,但并不能因此就认为该照片属于新闻照片。杂志社在自己发行的杂志封面以显要位置刊登一名非公众人物的肖像,明显不属合理使用。

虽然法院最终支持了常国义的诉讼请求,但对于其提出的索赔数额,并没有全额支持。常国义提出索赔 12 万元,法院只支持 3052 元。

另有一案,是名模陈娟红状告《青年一代》,要求赔偿 120 万元。原告诉称:上海人民出版社的《青年一代》2002 年 4 月号(总第 204))上刊登了一篇“本刊特稿”——《都是漂亮惹的祸》,文中对“漂亮女人如何把握婚姻”进行了所谓在“进行一组有关婚姻与家庭的调查与采访”基础上的探讨。其中有一部分描写了“有着魔鬼身材和出众容貌的陈娟红”抛弃前男友,与某大酒店副总结婚,后该副总因出差时嫖娼被警方抓获并被停职,故陈娟红与其离异。《青年一代》还配发了原告的两张照片。原告认为,这篇文章侵犯了其名誉权和肖像权,要求被告回收并销毁刊登侵权文章的杂志,公开向原告赔礼道歉,赔偿直接经济损失和精神损害共计 120 万元。

以上是媒体涉及侵犯肖像权的两个典型案例。

第一节 肖像与肖像权

要弄清楚媒体侵害肖像权问题,首先要弄清楚几个基本概念,一是肖像,二是肖像权。

一、肖像

所谓的肖像是自然人真实形象的再现,它是指通过绘画、照相、雕刻、录像等方式,把自然人的外貌在物质载体上再现的视觉形象。^① 一般认为肖像具体有如下特点:

(1)专有性。即肖像是特定人的形象。无论采用何种方式再现,只要能清楚地反映出某个人的形象特征,能与其他人区别开来,就是肖像。当然艺术家运用想象构思创作的画像,不属于任何特定人,就不属于肖像。^②

(2)永久性。即肖像的记录是瞬间的,但肖像的存在是永久的。一个人一生之中多变其容,但每一次留下的肖像都是其个人的,主体不会改变。即使死亡了,其肖像也可永久保存。

(3)财产性。即肖像独立于人的身体之外,能被任何人利用。在利用过程中,会产生一定的财产利益。可以成为一种商品,尤其是丽人和名人之肖像。

要补充说明的是,肖像权中的肖像之像,不能仅仅指的是“五官”,而是指的自然人外貌形象在物质载体上的再现,当然主要是指人的面部形象,因此,不能仅仅理解为“五官”。杨立新教授认为,当一个照相所承载的形象足以认定是何人的形象所再现的时候,就应当认定这个肖像就是该人的肖像。他认为那种持“肖像须描绘包括五官的形象,完全不涉及五官的形象,例如背面、蒙面或者颈以下局部人体作品,均不属于肖像”的观点是不准确的。他强调,肖像是自然人的形象的标志、标识,就像姓名是以文字作为自然人的标志、表识一样,借以标表此人与彼人的不同,在人格上加以区别。这样,肖像当然是以人的面部形象为主。但是,确定人的肖像的标准应当是客观标准,在“不露脸”的肖像上,如果不能判断是谁的肖像,当然不能认定侵害了谁的肖像,但是,已经

① 曹瑞林:《新闻媒介侵权损害赔偿》,人民法院出版社2000年版,第379页。

② 曹瑞林:《新闻媒介侵权损害赔偿》,人民法院出版社2000年版,第379页。

能够确定“不露脸”的肖像就是某人的肖像,那还有什么必要再去研究这种“不露脸”的肖像要不要保护呢?这是没有意义的,起码是对法律保护自然人肖像权的规定的意义不理解。至于使用的肖像是自己的照片与使用的照片对照属实,还是别人认为照片就是该人的照片,我认为应当是同等的效力,不能说已经对照属实的使用肖像行为,因为被人认不出来,不能公认,就不构成侵害肖像权。判断适用肖像的标准应当是客观的,在客观上证明了使用的肖像与肖像权人的肖像的一致性,即可确认使用,不是要人人都必须认可才能认定。^①

二、肖像权

肖像权,是自然人享有的以其肖像所体现的人格利益为内容的权利。肖像权属于公民终生享有的一项人格权利,所体现的人格利益包含精神利益和财产利益。^②肖像权作为一种具体的人格权,它直接关系到自然人的人格尊严及其形象的社会评价。因此,肖像权应具有如下法律特征:第一,肖像权作为自然人的基本人格权,所体现的基本利益是精神利益;第二,肖像权所具有的物质利益,是肖像权所体现的一项重要内容,这种物质利益并不是其主要内容,而是由其精神利益所派生、所转化的利益,带有附属的性质;第三,肖像权是自然人专有的民事权利;第四,肖像权的主体是特定的自然人。^③这就意味着:

其一,公民有权拥有自己的肖像,有权禁止他人恶意玷污自己的肖像,或是未经本人许可,以营利为目的地使用自己的肖像;

其二,公民有权同意他人摄制、写生本人的肖像并无偿或有偿请求司法保护。^④

肖像权的内容学界有不同的认识,各国法律也无统一的标准,不过

① 引自 <http://www.jcrb.com/ournews/asp/readNews.asp?id=35610> 检察日报正义网·2001年5月13日杨立新签约评论,本书作者于2003年11月20日下载。

② 郭卫华主编:《新闻侵权热点问题研究》,人民法院出版社2000年版,第170页。

③ 吴培玉:谈肖像权,载《山西高等学校社会科学学报》2001年第8期。

④ 浦增平、瞿崇林:肖像权几种特殊情况的法律保护,载《法制通讯》第16期。

大体上包括了以下内容:^①

1. 制作权

制作肖像是通过造型艺术手段,将人的外部形象表现出来,并固定在某种物质载体之上的全部过程。通过肖像的制作,人的形象转化为肖像,成为游离于人体之外的物质形态而为人们所传播和利用。无论是自己制作的肖像,还是他人制作的肖像,肖像权人都对自己的肖像享有制作专有权。^② 因此,制作专有权主要表现在三个方面:一是肖像权人可以根据自己的需要和他人、社会的需要,在合法的前提下通过任何形式由自己或由他人制作自己的肖像,他人不得干涉;二公民有权允许他人制作自己的肖像;三公民有权禁止他人未经许可制作自己的肖像。

2. 使用权

肖像使用权是指肖像人有权决定自己的肖像的使用,或者以何种方式、在何时、何地许可他人使用。关于肖像权的使用现有两种不同的司法制度:一是全面保护制度,即未经授权,不得以任何目的使用他人肖像;二是有限保护制度,即未经同意,不得以营利等方式使用他人肖像。

3. 肖像使用转让权

这是从肖像使用专有权中派生出来的一项权利。肖像使用转让权并不是绝对的独占权。对于肖像使用价值的转让支配权,依肖像权人自己的意志决定是否转让。如将肖像使用价值转让他人,他人就有权制作或使用。但是,由于肖像利益是自然人的人格利益,肖像使用转让权只能部分转让。^③

4. 利益维护权

肖像权也表现为肖像权人对肖像利益的维护权。肖像权是绝对权,除权利人之外,其他任何人都负有不得侵害的义务。

① 参见郭卫华主编:《新闻侵权热点问题研究》,人民法院出版社2000年版,第171~172页。

② 杨立新:《侵权行为法案例教程》,北京:中国政法大学出版社1999年版,第198页。

③ 吴培玉:谈肖像权,载《山西高等学校社会科学学报》2001年第8期。

第二节 对肖像权的法律保护

对肖像权的法律保护,各国规定并不相同,大多数国家将它纳入版权范围内加以规定(如联邦德国、意大利等),少数国家则将它纳入人身权编章内(如我国等),还有相当一部分国家的法律没有明文规定,但在司法实践中则据情予以保护(如日本、美国等)。

从保护层次看,各国规定也不相同。有些国家禁止擅自非法拍摄他人肖像,如日本,1967年在国铁田町电东区,一名国铁职员上班时洗澡,被铁路公安员发现,公安员欲将该职员裸体拍摄下来,双方发生争执后诉至法院,东京地方法院认为,公安员侵犯了公民的隐私权。对此案,法院认为:“在我国虽不能说肖像权已在实体人确立,但作为受宪法保护的国民权利中的一项内容,公民具有不经同意不被摄影、不被随意发表的权利……”而另一些国家则规定的是未经同意,他人不得擅自使用,如意大利法律规定:“未经肖像人同意,肖像不得展览、复制或出售”,由于司法、治安、科教等需要,涉及公众利益的除外。还有个别国家将肖像权作为一种相似财产收益的权利去加以保护。下文具体分析我国对肖像权的法律保护问题。

一、有限保护

我国《民法通则》第100条规定:“公民享有肖像权,未经本人同意,不得以营利为目的使用公民的肖像。”最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第139条明确规定:“以营利为目的,未经公民同意利用其肖像做广告、商标、装饰橱窗等,应当认定为侵犯公民肖像权的行为。”第159条规定:“以侮辱或者恶意丑化的形式使用他人肖像的,可以认定为分割名誉权的行为。”另外,我国《广告法》第25条也规定:“广告主或广告经营者在广告中使用他人

名义、形象的,应当事先取得他人的书面同意”。从这些规定来看,侵犯肖像权要有两个条件:一是未经当事人同意,二是以营利为目的。这就是说,我国对公民肖像权实行的是有限保护。所谓“有限”,主要是指禁止未经肖像人同意并以营利为目的的使用行为。这是我国公民肖像权保护的出发点也可以说是基本原则。

二、合理使用

关于如何认定是否侵害肖像权问题,我国各级人民法院的《立案手册》一共列举了 30 条判定标准,可供司法工作人员参考。其中第 24 条规定,在下列情形下未经公民本人同意而使用其肖像,不应认定侵害了肖像权:

- (1) 为了维护社会利益的需要而使用他人肖像;
- (2) 为了维护公民本人利益的需要而使用该公民肖像;
- (3) 为了司法活动的需要而使用他人肖像;
- (4) 为了时事新闻报道的需要而使用他人肖像;

(5) 为了科学研究和教学活动的需要而使用他人肖像。下面就据上述内容并结合一些具体的案例,对肖像的合理使用问题略作分析。

1. 使用具有新闻价值的人物的肖像

政治家、外交官、人大代表、知名学者、社会活动家、作家、艺术家、运动员等各类社会知名人士,其活动往往为社会公众所普遍关注,而其活动本身,通常也同时体现国家的政治生活、国事活动、社会焦点或公众兴趣。为了报道这些人士的活动和事迹而使用其肖像,即使未经本人同意,亦不构成侵权。^①

2. 国家机关为执行公务而强制使用自然人的肖像

如公安机关为通缉犯罪嫌疑人而使用其肖像、司法机关在诉讼活动中作为证据而使用当事人的肖像等。

^① 吴培玉:谈肖像权,载《山西高等学校社会科学学报》2001 年第 8 期。

3. 使用在特定场合出席特定活动的人物的肖像

如参加集会、游行、庆典等活动的人物的肖像。这类活动往往具有新闻报道价值,而参加者将自己置身于此类场合,亦即在一定意义上处分了自己的肖像权益,因此应允许将自己肖像用于公开的场合。

4. 为了自然人本人的利益或社会公共利益而使用其肖像

如为了寻找下落不明者而在寻人启事上使用其肖像、为了行使正当舆论监督而使用他人肖像等。如1988年,上海虹口区市民杜某向当地法院起诉,告《民主与法制画报》侵犯其已故亲属肖像权。经过及理由是:原告亲属因工作行为发生意外死亡,死者单位由于善后工作没有做好,导致家属强占办公室作为灵堂,直接影响到单位的正常办公。《民主与法制画报》记者用图文的形式予以了报道。原告认为该画报未经过死者亲属同意,侵犯了死者肖像权。法院审理认为该报道出于舆论监督的需要,不构成侵犯肖像权,驳回原告请求。^①

5. 为了科学研究和文化教育的目的而在一定范围内使用他人肖像如出于临床医学教学科研的目的而在特定场合或专业报刊上展示病人照片等。如1989年,上海卢湾区朱某状告《上海科技报》侵犯其肖像权。20年前,6岁的朱某右眼患了一种影响眼睛美观的眼病,去医生陈某处治疗。经过一段时间的治疗,眼疾有所治愈。作为攻克医疗一个难关的病例,陈某为了保存资料,病前和病后都拍摄了照片。20年后,《上海科技报》约请陈写一篇关于自己医术方面的文章,宣传科技的进步。陈在文章中使用了朱某的照片。文章刊登后,朱某认为报纸用整版的篇幅是为了宣传陈的医术,使用自己童年的照片是为了更好地做广告,以侵犯肖像权为由诉至法院。法院认为该则报道属于科学宣传,不属于广告,无营利性质,不构成侵犯肖像权。

6. 基于肖像作品著作权的使用

肖像是以作品形式存在的,因此在肖像上同时存在着肖像权与肖像作品的著作权。由于权利的竞合,目前世界各国主要是通过著作权法加以调整。具体做法包括:

^① 陈堂发:一起侵犯肖像权的新闻官司,载《新闻记者》2001年第5期。

- (1)把肖像权作为邻接权的一部分,由著作权直接予以保护。
- (2)通过合同约定肖像作品著作权的归属,原则上属于受托人所有。
- (3)雇佣模特进行肖像作品创作的,肖像作品的著作权归作者所有。我国肖像权制度应借鉴有关立法和审判实践中的有益经验,在民事基本法中规定肖像合理使用的具体内容,并应就著作权法中肖像权与肖像作品著作权的冲突做出协调性的决定。

第三节 几个相关问题的探讨

法律虽然对肖像权问题做了一些规定,但司法实践中还是有一些特殊情况难以解决,分歧较大。因此我们需要多花些笔墨就这些问题进行分析。

一、如何理解“以营利为目的”?

根据前所引《民法通则》和最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》的相关条文看,“以营利为目的”是判定是否侵权肖像权的要件之一。但目前学界和司法实践中,对“以营利为目的”的理解还存在一些争论。有学者认为:“在新闻报道中采用人物肖像作为插图或者图片报道,一般不可能涉及肖像权问题。”其理由是,我国的新闻业不是以营利为目的的。^①我认为,这一观念值得商榷,因为,一则我国大多数新闻媒体已经纳入市场经济的轨道,营利是其生存与发展的必然议题,也是其目的之一,要不然就没有什么经济效益之说了。二则,一些肖像的使用,确实可以增加媒体的吸引力,从而扩大发行,提升收视率,从而为达到更好的经济利益创造了条件。可

^① 魏永征:《被告席上的记者》,上海人民出版社1994年版,第143页。

见,新闻媒体的肖像运用,包括新闻肖像照片,是与营利目的联系在一起。

但这并不意味着,新闻报道中如果“没有征求他人同意”的情况下使用了他人的肖像就一定会侵犯他人的肖像权。我认为,从新闻媒体的功能和社会利益的角度看,需要考虑一些合理使用原则^①。比如说,在新闻媒体上使用党政官员和知名人士(如著名的社会活动家、影视明星、体育运动员)的肖像时;在新闻媒体上可以使用参加集会、游行、庆典或者其他公开场合活动的群众肖像;为了科学、文化、教育、卫生、体育等公益事业的需要而有限地使用他人的肖像;为行使正当舆论监督而使用他人的肖像以及为了公民本人的利益而使用公民的肖像等等都应认为不构成侵权。

二、肖像权应该保护多少年?

中国社会科学院法学所王家福先生曾于1986年7月在北京市高级人民法院举办的《中华人民共和国民法通则》培训班上针对公民肖像权的保护谈到,“如果人已故去,其肖像权还保护不保护?”。至今这一问题也没有得到很好的解决。

笔者认为,这一问题的核心是公民死后,其遗像能否以肖像权被侵害而由其家属要求法律保护的问题。就目前的审判实践看,大体有两种不同的观点:一种观点认为,我国法律规定公民的权利能力至死时终结,肖像权作为公民的一种人身权利,亦应随该公民死亡而自然消失。因此,遗像就不能作为肖像权而请求法律保护;另一种观点认为,死者不可能享有任何法律上的权利。因此“死亡人的肖像权”之说实为“死者生前的肖像利益”。保护死亡人肖像权,实为保护死者生前的肖像利益。

^① 参见曹瑞林:《新闻媒介侵权损害赔偿》,北京:人民法院出版社2000年版,第384~389页。亦可参见郭卫华主编:《新闻侵权热点问题研究》,北京:人民法院出版社2000年版,第181~182页。

他们认为,死亡人应有肖像权,即其生前的肖像利益应受法律保护^①。

如围绕周海婴为其父亲鲁迅先生的肖像权的使用问题引发的肖像权纠纷案,就引起了热烈讨论。冯象在《读书》上撰文认为,中国民事主体制度的一般原则是,自然人的权利能力始于出生,终于去世(《民法通则》第9条)。死者无民事权利能力,不能享有民事权利并承担民事义务。肖像权属人身权或人格权。传统的(教科书)民法理论认为,人格权的对象,如生命、姓名、肖像、名誉、隐私、贞操等,均非财产,不能用金钱衡量换算。又因为这类“精神权利”与公民的人身紧密相连,它们的存在便被看作须以民事主体的存在为前提;即人格权惟主体本人方能享有,不允许占有、转让、继承、抛弃,因而必随主体的死亡而自动消灭。换言之,公民死后,肖像权即不复存在,旁人(包括配偶子女)也就没有替死者诉求法律救济的资格,或“站在他的脚印里”,以继受人的身份充当新的权利主体了^②。

民法专家杨立新在其网站上发表看法认为,首先,死者肖像的保护,原则上要比死者的名誉保护的时间短,按照德国的立法,保护时间是死者死亡之后的10年,因为肖像权的保护涉及到肖像著作权的问题,时间过长不利于保护肖像作者的著作权。其次,鲁迅是公众人物,一般情况下,公众人物的肖像权不受保护,即存在阻却违法的事由。即使是应予保护,也已经超过了著作权的保护时限50多年,所以不应当支持前述诉讼请求。

网友野山闲水提出,本例可归结为两方面的问题:一是时间;二是公众人物。鲁迅逝世于1936年,已过大半个世纪,其肖像不应再受到保护。鲁迅是公众人物,这无须证明,对公众人物,弱化其肖像权是通例。鲁迅肖像可以认为是公共资源,利用这公共资源无论是否有营利,均不构成侵权和付费。当然,如果是侮辱性质地使用该肖像,则另当别论了。网友曹呈宏说,根据我国现在的法律,人死后肖像权根本就不应该得到

① 朱妙春:死亡人肖像权初探——鲁迅肖像案剖析,载《法学》1998年第8期。另见朱妙春:鲁迅肖像权引起法律争端,载《中国律师》1998年第10期。

② 冯象:鲁迅肖像权问题,载《读书》2001年第3期。

保护。而如果是带有丑化性质的使用的话,则是属于名誉权的范畴,已经不属于保护肖像权了。对于肖像权来说,如果以后要立法对死者进行一定的保护的话,期限也应当是很短的,仅应考虑照顾死者亲属的感情因素(可能不希望自己亲属的肖像被人用来营利的意思表示)即可。^①

网友沈浪认为,死者的肖像权利,大致可以分为:①经济利益。②感情利益。③社会公益。前两种利益,属于一般的民事利益,应归属于近亲属。后一种利益,则归属于国家,但是此一利益只有涉及到民族感情等重大社会公益时,才能由国家行使。还有学者认为,在保护归属于近亲属的权益时,应结合我国文化推重“孝思”的传统,采取以感情利益为主、兼顾经济利益的原则。在保护经济利益方面,可以参考德国的立法,规定保护时间是死者死亡之后的10年。但是在保护感情利益时,可以结合我国旧律关于“九族”的规定,向上推至父母、祖父母、曾祖父母、高祖父母,向下推至子、孙、曾孙、元孙。逾期皆不保护,以此而论,如果在使用鲁迅肖像的时候,没有侵害其近亲属的感情利益,就是合法的。虽然目前立法没有就肖像权的经济利益的保护作出规定,但是按一般法理及各国立法例,肖像权的经济利益的保护,总不能超过通行的著作权保护时限。^②

笔者个人同意杨立新教授的观点,即,对鲁迅的肖像权不应予以保护。但是有一点疑虑,就是在保护死者的利益上,对公众人物涉及到国家利益的,也是可以保护的,这种保护,不是由受害人的近亲属来要求,而是应当由检察院提出请求。鲁迅的肖像是不是应当这样呢?

三、公共场所的拍摄与使用

在新闻报道中,有时候,记者为了接近真相或获得更真实的新闻,采取了偷拍这种方式。对此,有人认为,在公共场所,凡可以看到的,都

① 转引自翦法平:肖像权该保护多少年?载《检察日报》2000年08月16日。

② 转引自翦法平:肖像权该保护多少年?载《检察日报》2000年08月16日。

可以拍摄,不论被拍摄者是什么人,都不存在侵害肖像权问题。^① 他们的理由是,在公共场合,任何人都无权将他看到的一切东西记录或拍摄下来,除非法律规定禁止拍照或者事先约定不得拍照,否则任何人都无权对在公共场合的拍摄活动进行干涉,无论这种拍摄是在被拍摄者知道的情况下也好,还是偷拍也好。记者在采访中把在公共场合中的所见所闻以拍照、摄像的方式记录下来。处在公共场合的人,无论其愿意也罢不愿意也罢,都不得以侵犯肖像权为由起诉记者。但也有人不同意这一观点,因为这一问题其实涉及到公民肖像的制作权问题。如果公民无权决定何时、何地、在何状态下制作自己的肖像,没有权利许可或禁止他人制作自己的肖像,那肖像权的保护也就成了一句空话。因此有人认为,如果现实中新闻记者可以不受限制、随意地拍摄他人各种场合和情况下的照片,那必然导致一些丑化和侮辱的现象。

笔者赞同第一种观点,因为,其一,公民在公共场合下的行为,本来就是公开的,其所作所为必然已经考虑到了与在私人场合的所作所为之间的差异,他们显然是不怕被人看见(公开);其二,如果连公民在公开场合下的活动都不能拍摄,那么,新闻报道将无法做到现场的纪实,而现场感是新闻真实的一个组成部分,真实则是新闻报道的基本原则。所以我认为新闻记者有权进行对公共场合的拍摄活动,而不必事先征求被拍摄者的同意。

在新闻报道中,使用公民肖像的情况一般有两种:一是使用新闻照片或录像;一是以公民的肖像作为插图。笔者同意以下观点,即:公民虽然在公共场合无法拒绝记者拍照、摄影,但是却有权拒绝记者使用自己在公共场合的肖像,只要这种使用与公共利益或公共兴趣无关。但如果在报道中使用的公民的照片与公共利益有关时,公民不能主张肖像权,这跟隐私权与公共利益的关系是一样的。比如,有人横穿高速公路,被记者拍了下来,并在报道中使用了这张照片。由于这个人违反交通规则并不利于自己的生命安全的行为,将这一行为公之于众,有批评、警示的作用,在这种情况下,肖像人的肖像权不受保护。另外,对于非自愿的

^① 董炳和:《新闻侵权与赔偿》,青岛:海洋大学出版社 1998 年版,第 120 页。

公众人物,其肖像权也有限。非自愿的公众人物是指与公共事件相关的第三人,比如交通事故的目击者,尽管他不是肇事者,但是他目击了交通事故的过程,有帮助有关部门获取真相的义务,在新闻报道中使用与公共利益相关的非自愿公众人物的肖像,未经其同意也不构成对肖像权的侵害。如果对公民肖像的使用纯属装饰性,即非新闻报道,也非配合新闻报道,这种使用如同商品的包装一样,起到的只是美化和吸引读者购买的作用,有以营利为目的之嫌。根据法律对肖像权保护的实质,可以认为凡是未经本人同意而使用其肖像的行为,除了法律规定不构成侵权的以外,都是对肖像权的侵害。因此,笔者认为对公开场所不能随意拍摄和使用他人的肖像这一问题应该认真权衡利益之得失,而不要轻易下结论。

在私人场合,偷拍所侵犯的就不是公民的肖像权了,而是隐私权。

第七章

接近使用媒体权

西方国家新闻传播的产业化进程,在 19 世纪以前呈算术级数增长,而在传播科技突飞猛进的 20 世纪,则呈几何级数增长。大规模的媒介集团兼并,以及其他产业兼并新闻传播业,可以最大限度地充分而有效地利用新闻资源和其他信息资源,提高效率;但是这也带来了传播业的更大规模的垄断。据调查,1981 年,全美大部分媒体是由 46 家传媒集团控制,1990 年控制这些媒体的集团缩减为 20 家了,^①而目前,则只有 10 家了。陈力丹教授在一篇文章中指出,尽管有各种法律的限定,“旨在保证新的媒体集团具有开放、多样和自由的特点”,“但是新的更大的集团利益也可能扼杀公众对新闻的接近权和知晓权,以及意见和表现形式的多样化。”^②美国学者罗伯特·W. 麦克切斯尼在其著作《富媒体,穷民主》中也指出,联合性媒体规模越大,公司就越富有,影响力就越大,那么参与性民主的前景就越暗淡,这是民主衰落的重要原因。麦克切斯尼认为,当媒体世界逐渐集中到少数巨头手中时,就必然导致媒体的惟利是图(hypercommercialism),玷污新闻和公共机构的正统

① Peverill Squire, James M. Lindsay, Cary R. Covington and Eric R. A. N. Smith, Dynamics of Democracy, Wm. C. Brown Communications, Inc. 1995, P. 189.

② 陈力丹:西方新闻传播产业化的进程,传媒观察(<http://www.chuanmei.net>)2002-7-27 1:51:16。

精神。“公众不再被看作是民主政治的一部分,而只是被当作一大消费群。”^①

其实,列宁很早就注意到“资本主义使报纸成为资本主义的企业,成为富人发财、向富人提供消息和消遣的工具,成为欺骗和愚弄劳动人民的工具。”^②他发现“问题不在于‘出版自由’,而在于剥削者对他们占有的印刷所和纸张拥有神圣的所有权!!”^③因此,1918年7月苏维埃“五大”通过的国家宪法第14条规定:为了“保障劳动者表达自己意见的实际自由”,不使“出版物依赖于资本”,要向工人阶级和贫农提供出版发行报纸、小册子、书籍以及其他一切出版物的所有物质、技术手段,并保障这些出版物在全国自由散发。

1919年2月列宁在党纲草案中明确指出:“资产阶级的民主制和议会制同苏维埃的或无产阶级的民主制之间的差别在于:前者是把重心放在冠冕堂皇地宣布各种自由和权利上,实际上却不让更多居民即工人和农民稍微充分地享受这些自由和权利,相反地,无产阶级的或苏维埃的民主制则不是把重心放在宣布全体人民的权利和自由上,而是着重于实际保证那些曾受资本压迫和剥削的劳动群众能实际参与国家管理,实际使用最好的集会场所、最好的印刷所和最大的纸库(储备)来教育那些被资本主义弄得愚昧无知的人们”。^④

1919年3月俄共(布)八大通过的党纲,完整地阐述了列宁起草党纲时的思想,党纲写道:“资产阶级民主在形式上把集会、结社、出版权等政治权利和政治自由扩大到全体公民,但实际上,行政上的实践、主要是劳动者经济上的从属地位,总是使劳动者在资产阶级民主下即使享有一点点权利和自由也不可能广泛使用。与此相反,无产阶级民主首先不是在形式上宣布权利和自由,而是实际上将这些权利和自由给予受资本主义压迫的各阶级的居民,即无产者和农民。为此,苏维埃政府

① 罗伯特·W. 麦克切斯尼:《富媒体、穷民主》,谢岳译,北京:新华出版社2004年版,第86页。

② 《列宁全集》,第40卷,北京:人民出版社1986年第2版,第335页。

③ 《列宁全集》,第32卷,北京:人民出版社1986年第2版,第230页。

④ 《列宁全集》,第36卷,北京:人民出版社1985年第2版,第86~87页。

下,媒体为公众服务的天职,总是受到冷落。当意识形态力量取得决定性地位时,媒体会沦为政客施展其阴谋和“阳谋”的工具,政客的意志就是媒体的意志;当市场力量取得主导性的地位时,媒体公司决策人会履行新闻检查任务,其结果是市场竞争产生市场检查。^①正如 Petros Iosifides 所言:“集中化、国际化、商业化导致了人们对获利比对文化质量更加重视。这并不奇怪,也不是对市场驱动机制的非常反应。由于对利润更多的需求,广告融资媒介更多地把目标对准广大观众。媒介接受用户直接付费,对用户喜好的强度更加敏感。然而用户往往无力选择而不得不购买以‘一揽子’形式传送的内容。罗伯特·默多克在天空电视台就使用了这一策略。除此之外,随着付费电视频道的增多,如何建立和控制加密系统就成为至关重要的了。新频道往往不能引进新的系统,他们不得不利用现存的拥有最大市场渗透力的体系。对加密系统和诸如电子节目导机等其他‘通路’的潜在垄断控制,代表了对多样性的最新威胁之一。”^②

已故美国教授科伊(V. O. Key)认为:“广播电视网络的经济地位并不值得羡慕。在出售他们的产品——播出时段时,他们并非是完全自由的。如果他们为那些倡导政治异见的人提供服务,就会引起大主顾的反对。”^③而出版商承受着同样的压力,“报纸发行人主要都是些把报纸上的空白版面出售给广告商的人”。大部分情况下,他们只是些从他人手里购买原材料的加工者。这就意味着,当代大众传媒的结构导致了对内容的漠视。因此可以认为,“如果大众媒介从本质上说是商业企业,他们的商业属性将使得它很难全面而有效地听取一些广泛的意见和观点。”^④

① Sue Pierre Rosanvallon, *Censorship: The Knot that Binds Power and Knowledge*. New York, Oxford, 1988.

② Petros Iosifides: 多样化与集中化——放松管制的大众传媒领域,郭丽萍译,载《国际新闻界》2000年第5期。

③ V. O. Key, *Public Opinion and American Democracy*. 1961. 373—379, 387. 转引自[美]唐纳德·M. 吉尔摩、杰罗姆·A. 巴龙、托德·F. 西蒙:《美国大众传播法——判例评析》,梁宁等译,北京:清华大学出版社2002年版,第430页。

④ [美]唐纳德·M. 吉尔摩、杰罗姆·A. 巴龙、托德·F. 西蒙:《美国大众传播法——判例评析》,梁宁等译,清华大学出版社2002年版,第430~431页。

西奥多·彼德森在《报刊的社会责任理论》一文中,揭示了商业化对媒介运作必然导致的多方面的负面影响:

(1)报刊运用其巨大的影响力自私自利。在政治和经济问题上传播老板自己的意见,损害反对的意见。

(2)报刊屈服于大企业的操纵,为大企业效劳,并且有时让广告商影响其编辑方针和内容。

(3)报刊曾对抗社会变革。

(4)报刊的时事报道,更多注意肤浅的和刺激性的事件,而不注意当前发生的重要事件;过分注重事实表面及煽情部分,忽视事实的实质意义。娱乐材料缺乏积极的内容。

(5)报道内容危害社会公共道德。

(6)报道常常毫无必要地无理地侵犯个人的私生活。

(7)报刊已经被一个社会阶级——笼统地说即“商业阶段”——所控制,新的媒介无法立足,危及到自由和公开的意见表达。

这些批评说明,“市场型”观念下,受众的多种需要既没能得到真正的重视,也没能得到充分的满足。^①

二、一种积极的表达自由观的出现

传统的表达自由理论认为表达自由同其他任何自由权利一样,是一种消极自由权利,因此一般对于表达自由权利的研究都是从要求政府以消极不作为的方式来保障表达自由的。但是今天的民主潮流,不只允许少数学者、政治家有表达思想的自由,同时,也要使大多数的平民都能够有表达其思想、意见的自由的自由的能力。不仅消极地不妨碍其合法的自由,同时,还要积极地培植他们有运用此项自由的能力。因此有学者指出:“现在报纸、杂志、通讯社、广播电台等新闻机构的工作人员,他们所发表的意见,还只是少数人的意见,我们应进一步使这些新闻机构,

① 见 1945 年美国哈钦斯委员会的报告《自由而负责的报刊》,转引自《报刊的四种理论》,中国人民大学新闻系译译,新华出版社 1980 年版,第 90~91 页。

能够成为促使多数人发表意见的工具。”^①其实,美国著名的政论家、新闻学家李普曼早就指出:“自由新闻只有在一种情况下存在,那就是读者接近具竞争性和敌对性的报纸,使社论、评论和新闻报道有经常而迅速的比较、查证和确认。新闻独占和自由新闻是不并立的,人们可以依照这个原则来推断:如果传播工具——广播、电视、杂志、书籍、公众集会——有独占的事情,那么这个社会无论从定义上还是从事实上都是剥夺了自由的。”^②因此,1941年查菲教授已经很敏锐地注意到,在未来的时代,表达自由理论的重要议题,将是要求政府采取积极的措施,以促进言论或意见之表达。^③

大众传播媒体为人民获取信息的主要来源,也因此成为引导与制造舆论的重要工具。然而当今世界各国媒体逐渐集中化与商业化,其结果将会使经济及政治上的弱势者,无法藉以表达其意见或引起公众讨论其所关心的议题,造成言论表达的不公平现象。正如美国著名的传播法教授吉尔摩和巴龙教授所言:“宪法对于政治传播中非政府性的障碍异常地漠视。当信息内容及其供给的决定权只掌握在一小撮人手中,当街头临时演说逊位于广播,当政治宣传册让位于垄断性报纸时,这种漠然的态度就更进一步地凸显了出来。……接近并使用媒介的重重困难随着大众传媒的技术进步而变得越来越严重。”^④

20世纪60年代,美国民权运动者,期望将不同意见透过媒体传达给公众,因无法如愿而走上街头,利用示威抗议活动制造新闻,传播信息。这一做法,虽然达到接近使用媒体的目的,却造成社会的动荡不安,有识之士因此积极寻求解决方法。正是在这一背景下,重新考虑查菲教授的观点就显得更有意义了。

① 吕光:新闻自由与新闻法,载《新闻法律问题》,台北:学生书局1975年版,第2~3页。

② [美]李普曼:自由新闻之重要及其维持,载《新闻自由与自律》,台北:学生书局1974年版,第34页。

③ Zechariah Chafee, Jr., Free Speech in the United States, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1941, P. 559.

④ [美]唐纳德·M. 吉尔摩等:《美国大众传播法——判例评析》,梁宁等译,清华大学出版社2002年版,第426页。

第二节 接近使用媒体权理论的基本内容

1967年,在哈钦斯委员会发表那份著名的报告20年后,华盛顿大学法学院的杰罗姆·巴龙(Jerome Barron)教授在《哈佛法学评论》上发表了一篇文章,正式提出了接近使用媒体权(the right of access to the media)的概念。广义的接近权包含的范围很广,如参与媒体的娱乐节目,或经由媒体组织社会活动,在媒体上刊登新闻或文学艺术类作品等。狭义的接近权则是指,每个公民都有在媒体上表达意见、观点的自由。^①

巴龙教授指出接近使用媒体权的基本内涵是指一种法律上可强制执行的权利,一般私人可根据该权利,无条件,或在一定的条件下,要求媒体提供版面(如报纸)或时间(如广播或电视)允许私人免费或付费使用,藉以表达其个人之意见。^② Access一字,实际上包含接近与使用两个概念。接近权是人民以间接、有限的方式,改变媒体刊载或播送的内容,通常包括答复权及更正权;使用权则是人民可以自行提供或制作节目内容(不须顾虑专业规范问题),并要求媒体发表、刊载与播送的权利,甚至可以扩大到人民要求公平地分享电波频率,自行建立及经营媒体的权利。巴龙教授对此进行了长期的、系统的研究^③。

① 张国良主编:《传播学原理》,上海:复旦大学出版社1995年版,第171页。

② Jerome A. Barron, Access to the Press—a New First Amendment Right, 80 Harvard Law Review, 1967, p. 1641.

③ 据介绍,Barron教授在发表那篇著名的文章之后,又发表了一系列的研究文章,主要有:An Emergging First Amendment Right of Access to the Media? 37 Geo. Wash. L. Rev. 487(1969); Access: The Only Choice for the Media? 48 Texas L. Rev. 766(1970); Freesom of Press for Whom? Access to Mass Media,(1973)。他还在1974年的Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo (418 U.S. 241(1974))一案中担任Tornillo先生的辩护律师,为其争取接近使用媒介的权利。(参见(台)林子仪:论接近使用媒介权,载《新闻学研究》第45期(1991年),第2页。

一、民主参与论与接近权

接近使用媒体权是现代民主政治参与的重要途径,一个公正客观的大众传媒乃是社会民主的保证。在《自由而负责任的报刊》中,美国报刊自由委员会就指出,必须恢复一般公众作为发言者的地位,为此必须保障接近权。以此改变垄断体制下,受众被动接受的地位。

在 20 世纪 70 年代,西方社会又出现了一种新的媒体规范理论——民主参与理论。这一理论体系的形成反映了一般民众随着信息化的发展和媒介集中垄断程度的加强要求自主使用媒介的呼声。该理论的主要观点有:

- (1)任何民众都拥有知情权、传播权和媒介接近使用权;
- (2)媒介应主要为受众而存在,不应该主要为媒介组织、职业宣传家和广告商而存在;
- (3)社会各群体、组织和社区,都应该有自己的媒介;
- (4)与大规模、单向、垄断的传媒集团相比,小规模、双向的、参与性的媒介更合乎社会理想。民主参与理论认为,受众有根据自身的需要去接近使用媒体的权利,媒体也应该为受众实现民主政治参与提供充分条件。^①

1980 年,联合国教科文组织国际交流问题研究委员会在报告中也指出,“负责管理交流工具的人应该鼓励他们的读者、听众和观众在信息传播中发挥更加积极的作用,办法是划出更多的报纸篇幅和更多的广播时间,供公众或有组织的社会集团的个别成员发表意见和看法”。^②

① Denis Mcquail: Mass communication Theory: An Introduction, SAGE Publications Ltd. 1987. p. 121~123.

② 转引自胡正荣:《传播学总论》,北京:广播学院出版社 1997 年版,第 289 页。

二、获得了有限的支持

目前,巴龙教授的观点已经在美国学界获得了一定的支持。他们认为随着传媒技术的迅速发展,在我们的生活中出现了广播、电视、有线电视网等。大众媒介从本质上来说是商业企业,他们的商业属性将使得它很难全面而有效地听取一些广泛的意见和观点。因为“它们的竞争性减少而重要性及影响力提高到可以支配大众观点改变事件进程的程度。大城市的主要报纸已合作建立起全国范围的新闻服务机构,并提供辛迪加式的‘解释性报道’和特写与评论。”由于同一利益实体拥有电台、电视台和独家报纸,因此,在多数大城市取消竞争性报纸及集中控制媒介导致了流向公众的信息出口趋向于集中。“这些巨大的变化的结果已使得少数人有权力来传送和塑造公众意见。”^①已刊登的大部分社论和评论是辛迪加联合的专栏作家们在全国范围内发表的,于是我们获知的无非是如出一辙的关于政府、世界大事的社会观点、评论及解释性分析性的新闻报道。而事实一再表明,媒体存在大量的偏见的报道,并且存在通过操纵和制造“媒介事件”的事实。相反,在这些强大的媒介帝国面前,公众已经失去了任何应对能力,“除了在某些读者范围有限的专业期刊中,传播方式的垄断并不或很少允许对媒介的批评性分析。”^②

对新闻传播媒体的垄断可能会产生的不良后果,道格拉斯大法官也注意到了,他说:“一个地区有一家垄断报纸就很少会报道事件的两个不同方面。报纸时常利用其垄断地位反复强调一种意识形态或政治观点,它不是去教育人民、促进讨论,而是反复灌输一种思想、一种态度——为追求其经济利益。实际上报道多种观点、不发布带有偏见和人为

① [美]唐纳德·M. 吉尔摩等:《美国大众传播法——判例评析》,北京:清华大学出版社 2002 年版,第 438 页。

② [美]唐纳德·M. 吉尔摩等:《美国大众传播法——判例评析》,北京:清华大学出版社 2002 年版,第 438 页。

制作的新闻的报纸已很少了,实际的情况还会更糟。”^①因此他们建议,在当今社会,必须要求政府积极作为,打开表达意见的管道,为每一个人提供公平表达意见的机会,以促进不同意见的表达及讨论,并有助于民主社会之和谐及实践。但反对者也大有人在,有的质疑说,接近使用媒体权是否真能有助于宪法保护表达自由目标之达成?有的则担心此种权利不仅无助于保护表达自由权,反而会严重侵害媒体的新闻出版自由。还有人则质疑此种权利的实际可能性不大。^②

毫无疑问,接近使用媒体权是一种积极自由的权利观。早期的社会责任论强调媒介的公器角色,建议应让民众有接近传播媒介的机会,并进而促成各种不同意见得以透过媒介的版面或频道公开传送。后来的媒介参与理论则更为主动积极,认为如果社会中的官僚体制视媒介为控制对象,致使公众接近使用媒介受到限制,或某些特定的个人或团体无法参与传播活动,所以,必须推动传播成为一种普遍的人权,倡议个人或弱势团体都应拥有接近使用媒介的权利,并通过大众传播媒介接收和表达意见。^③这无疑表明在现代社会中,民众接近使用媒介的权利愈来愈受到重视。

第三节 对接近使用媒体权理论的批评

显然,接近权理论是建立在对传播内容的生产者——“传播者”与传播渠道的所有者——“发行人”权利的划分的基础之上的。该理由认为前者享有更大的权利,而后者权利的保护将会得到一定的制约。

对此纳戴尔(Nadel)在其著作中分析得比较透彻,他认为,按照接

① 转引自[美]唐纳德·M. 吉尔摩等:《美国大众传播法——判例评析》,北京:清华大学出版社2002年版,第439页。

② 林子仪:《言论自由与新闻自由》,第196页。

③ (台)新闻评议委员会:《媒体如何经营公众论坛园地》,台北:新闻评议委员会1994年出版,第8~9页。

近使用媒体权理论,在组成信息传播体系的两大要件——“硬件”方面的媒介所有者和“软件”方面的信息生产者之间,其权利是不一样的。第一修正案保护的權利只属于后者——那些通常享有著作权的、编辑软信息的人。修正案绝对保护的是他们的思想和编辑工作(对信息的取舍)。如果这种对信息的保护并不触犯其他受宪法保护的价值,那么政府就不能对他们接近使用媒介强加任何不合理的限制。

纳戴尔分析说,赞同接近使用媒体权理论的认为“媒介所有者并不享有任何宪法修正案赋予的直接的保护,尽管他们有权代表那些使用媒介的人声明要求获得保护。他们对信息的采纳和排斥只是经济财产权利。这项权利让他们可以选择使自己盈利的信息。然而,如果经济权利膨胀到足以审查信息,或者对行使自由裁量权利的限制降到了最低限度,那么政府就应调整对媒介的使用,甚至施以对一般传播者的约束。”^① Ayn Rand 在其著作《自私自利的美德》一书中也指出:“出版自由意味着一个人可以自由地表达观点,而不用担心政府压制、干涉和惩罚的危险。但这并不意味着,其他人必须向他提供演讲厅、电台或印刷品以供其表达自己的观点”。如注意到第一修正案所指的“国会不得制订以下法律……禁止言论自由、出版自由……”并不包括“要求私人(private citizens)为那些鼓吹破坏性言论的人提供麦克风。”^②

由于这一理论实际上允许政府来决定接近的充分程度,因此不少学者认为这是有违于宪法基本精神的^③。在迈阿密先驱出版公司诉托尼罗(Miami Herald Pub. Co. V. Tornillo)一案中,首席大法官伯格指出:“自‘美联社案’开始,法院对于报纸加以特定的要求或限制是否

① Nadel, A Unified Theory of the First Amendment: Divorcing the Medium from the Message. Fordham Ueb. L. J., 1983(2): 183. 转引自[美]唐纳德·M. 吉尔摩、杰罗姆·A. 巴龙、托德·F. 西蒙:《美国大众传播法——判例评析》,梁宁等译,北京:清华大学出版社2002年版,第434页。

② see. Toho C. Merrill, The Imperative of Freedom—a philosophy of journalistic Autonomy, New York: Freeddom House, 1990, p. 107.

③ C. Edwin Baker, Scope of The First Amendment Freedom of Speech, Free Speech Volume 1, Garland Publishing, Inc. New York & London, 1990, p987.

造成,由政府来强制报纸刊登那些他们原本不会刊登的内容的效果这一问题就显示了相当的敏感。它明显地暗示:如果出版者的理性告知他们不应出版特定内容,那么任何强制出版这些内容的做法都是违宪的。”伯格大法官强调说:“建立一个负责任的新闻行业毫无疑问是理想的目标,但是新闻职业道德不是由宪法来规定的。正如其他许多伦理道德都是不能通过立法来要求一样。”他还分析说,当编辑们在面临受到接近权法律规范惩罚的可能性时,他们很可能得出结论认为安全的做法就是在新闻或评论中避免争议,这就不可避免地“给公众讨论的热情泼冷水并限制讨论的多样性”^①。也就是说,强制媒介接近的法律规范必然干涉到编辑功能的发挥,而这从根本上与第一修正案冲突的^②。

第四节 接近使用媒体权理论的有限应用

到底如何才能确保个人和团体能够就公共事务发表自己的观点呢?一种选择是提供司法救济,从而赋予他们无差别利用社区媒介的权利。这项权利可以通过读者来信和广告栏部分体现出来。另一种更为合适的方法,则是通过立法来确保获得接近权。也就是说将接近使用权视为一种法律上可以强制执行的权利。受众在媒体上表达意见,不再只是媒体促销或提升公共形象的工具。

① 前所引伯格的观点均见[美]唐纳德·M. 吉尔摩、杰罗姆·A. 巴龙、托德·F. 西蒙著:《美国大众传播法——判例评析》,梁宁等译,北京:清华大学出版社2002年版,第439~440页。另见Miami Herald Pub. Co. v. Tornillo, 418 U.S. 241, 94 S. Ct. 2831, 41 L. Ed. 2d 730 (1974)。

② 参见[美]唐纳德·M. 吉尔摩、杰罗姆·A. 巴龙、托德·F. 西蒙:《美国大众传播法——判例评析》,第434页。

一、特纳(Turner)案的意义

美国联邦通讯委员会于1972年规定:有线电视业者,必须免费拨出供给地方政府、教育和社会服务机构及社区民众使用的三个频道。在1984年的《有线通讯政策法》中,美国国会允许市政当局要求有线经营者为公众、教育和政府使用保留频道(即PEG频道)。该法规定拥有36个以上的有线频道经营者,必须保留总量的10%租给无经营隶属关系的个人作商业使用^①。法律还禁止经营者对租赁和PEG频道行使任何编辑控制权。著名的法学专家、芝加哥大学法学教授凯斯·R. 孙斯坦通过研究发现,特纳(Turner)案表明:“政府不仅可以通过补助也可以通过管理来提供接近的权利。”^②

二、棘手的问题

现在的棘手问题是这一观念是否符合宪政精神呢?有人认为,一个公正客观的大众传播媒体乃是社会民主的保证,接近权之所以被提出,并受到重视,乃因受众不满大众传媒的表现。当然更大的挑战是,如果需要确保公众的媒介使用接近权,则将会同时赋予政府具有确立判断真伪标准的权力。而这样做又与第一修正案的宗旨——保护那些不受欢迎的思想和观点相违。

施密特(Schmidt)教授认为,解决接近权问题的方法在于调和“自治与多样性这两种价值”。至于如何实现,他提出,法律分析的目的在于决定,为了更好保持自治价值,哪些“出版者”应该受到保护,使其免于被“接近”;反过来,也就是要决定哪些“出版者”应该服从于多样化的目

① [美]唐纳德·M. 吉尔摩、杰罗姆·A. 巴龙、托德·F. 西蒙:《美国大众传播法——判例评析》,第456页。

② Cass R. Sunstein, The First Amendment in Cyberspace, Yale L. J., 1995 (104):1774. 另可见凯斯·R. 孙斯坦:《自由市场与社会正义》,金朝武、胡爱平、乔聪启译,中国政法大学出版社,第241页。

标而可以被接近。接近权的分配方式应该能最大化地实现多样化的目标,但对自治的价值的威胁应保持最小。^①施密特的思路当然是对的,问题是如何能做到这一点呢?

另外还有学者建议,在指出保障接近使用媒体权的同时,我们也要避免该权利被滥用,因此有人指出,媒体应多作自我调整,以求能更客观、完整地报道社会现实。对于重大争议性之社会议题应有不同观点的平衡报道或评论,如此,则不仅能减少媒体的压力,亦能建立公平之声誉,发挥应有的社会功能。报纸与广播或电视仍有特性之差异,因此,必须依据媒介特性建构其权利,分别对待。^②

以英国 BBC 为典范的公共广播体系,一直以来深受媒体研究者和教育者的推崇。因为人们相信,这一媒体体制,可以摆脱市场带来的负面影响,为公众,尤其那些弱势的群众提供信息服务,提供了部分保证。但随着媒体全球化商业性浪潮的推进,公共服务媒体体制已越来越力不从心了。事实上,英国政府就一直试图推进 BBC 的商业化和私有化改革。看来,接近使用媒体权的讨论将会越来越沉重,实现这一权利的可能性也越来越小了。

① [美]唐纳德·M. 吉尔摩、杰罗姆·A. 巴龙、托德·F. 西蒙:《美国大众传播法——判例评析》,第434页。

② 张毓麟:台湾受众“接近使用媒介”概况——兼论“接近使用媒介”存在之必要,载《新闻记者》2002年第7期。

第八章

淫秽色情出版物

2002年8月18日晚,陕西省延安万花山派出所民警接到一居民家正播放“黄片”的举报,民警前去调查时与当事人发生冲突,当事人因妨碍警方执行公务被拘留。此事引起了社会的广泛关注。《南方都市报》评论文章指出:从法理上说,我国颁布《治安管理处罚条例》等一系列的法律和行政法规,旨在维护社会公共秩序,而公民在家中观看淫秽物品并没有对社会公共秩序造成危害。因此,公安警察破门而入,不仅侵犯了公民的基本财产和人身权利,而且践踏了行政法规的基本准则。《中国青年报》刊登李启咏的文章认为,居民在家中看“黄碟”不违法,派出所的做法与现代法治精神背道而驰。文章认为,甚至不能以此考量广大人民群众的道德水准。虽然社会各界反映强烈,但10月28日,对当事人张某以“妨害公务罪”刑事拘留的延安市公安局宝塔分局仍然向宝塔区人民检察院提交了材料,报请批准逮捕张某。^①此案不但涉及公安警察破门而入是不是侵犯了公民的基本财产和人身权利问题,而且也涉及到公民有没有在不影响他人的前提下观看色情信息的权利问题。

美国色情出版业的巨头拉里·弗林特曾因一篇红酒促销广告的文章——《宗教运动领袖科韦酒后和母亲在茅厕乱伦》引发了一场官司。

^① 江雪:从黄碟事件探讨公民权利,载2002年11月6日《华商报》。

但在这场号称“神与魔鬼的较量”中,魔鬼取胜了,色情领袖战胜了道德领袖!让我们听听拉里的律师是怎么说的吧——

“我并不喜欢拉里所做的一切。但我喜欢的是:我活在一个可以自行做出决定的国家。我可以拿起《好色客》杂志,喜欢便看;不然便把它扔进垃圾桶,或者干脆不去买。我喜欢有这样的权利,我在乎这个,你们也应该这样。因为我们活在自由的国家,这是有力的概念,这是极好的生活方式。但自由是有代价的。有时候我们要容忍不一定喜欢的东西。到房间去,自由地去想拉里和他的杂志,有什么看法都行。若想为我们做出决定便得问自己;因为这里每个人都应当有自由,自由就掌握在你们的手中!若禁止某些人认为是猥亵的东西,有一天我们便会发现禁止在各种各样的方面均实施起来……我们不能看或做任何事,那不是自由。我们坚信,不受欢迎的言论对国家的健全是绝对重要的!确认自由交换的基本重要性。说出个人意见的自由是个人的自由,对追求真理及社会作为一个整体的活力是必需的。”^①

律师无疑是在说拉里·弗林特的行为应该受到法律的保护!这样的态度显然不是我们中国人所能理解的,其实不少美国人也难以接受这样的结果。在他们看来淫秽色情出版物应该受到禁止,出版传播此类出版物的人应该受到法律的严惩。可是美国的大法官们并没有接受这些人的劝告,他们显然更倾向于为拉里作辩护的律师的态度。

本文要讨论的正是色情品对社会所造成的伤害与人们所拥有的表达自由权利之间的利益与价值冲突问题,我们希望通过本文的讨论,会对人们再一次回答如何对待拉里·弗林特之类的人的类似言行时会有所帮助。我们还要分析美国的宪法第一修正案在多大程度上保护了拉里·弗林特们出版他们的色情出版物这一行为,同时我们还要通过比照分析我国在类似问题上处理方式的差异。

^① <http://life.21cn.com/school/egg/cuo/2001-08-22/471104.html>;看这个“人渣”。

第一节 色情作品在国内外的命运

在中国,淫秽色情制品习惯上被称之为黄色物品。虽然黄色曾经是我们的老祖宗们敬畏的颜色,因为此种颜色非皇帝不能乱用。但后来,黄色竟成了色情猥亵的代名词,小说、电影、书报、歌曲……一旦前面冠上了“黄色”的字眼,必会令人警惕。我国这样一个有长期封建历史的国家,人们对与性有关的问题一直采取回避态度。不过从《金瓶梅》一类作品被禁止传播,我们可以看到国人对于色情制品的基本态度。新中国成立后,人们认识到社会色情淫秽制品的传播,会直接影响到青少年性罪错行为。因此,淫秽色情品问题一直是司法关注的重要问题之一,不仅《中华人民共和国刑法》的有关条文涉及了这方面的问题,而且我国的有关政府部门也已经发布了若干法规和部门规章,对色情和淫秽问题作了明确的规定。

一、我国以禁止为基调

我国关于淫秽以及色情作品的法律、法规主要有:1979年《刑法》中就规定了制作、贩卖淫书、淫画罪。1985年4月17日国务院发布的《关于严禁淫秽物品的规定》第2条规定,“查禁淫秽物品的范围是:具体描写性行为或露骨宣扬色情淫荡形象的录像带、录音带、影片、电视片、幻灯片、照片、图画、书籍、报刊、抄本,印有这类图照的玩具、用品,以及淫药、淫具”。1986年《治安管理处罚条例》也做了与《刑法》相衔接的规定。1987年《海关法》禁止淫秽物品进出口。1989年出台的《关于整顿清理书报和音像市场严厉打击犯罪活动的通知》,取缔淫秽色情物品内容占有主要地位。1988至1989年新闻出版署先后出台了《关于重申严禁淫秽、色情出版物的规定》、《关于认定淫秽及色情出版物的暂行规定》、《关于鉴定淫秽、色情出版物权限的通知》、《关于部分应取缔

出版物认定标准的暂行规定》，重申要严厉禁止色情作品的出版，并试图对色情作品作出界定。如1988年12月27日国家新闻出版署公布的《关于认定淫秽及色情出版物的暂行规定》中，将“淫秽出版物”界定为“在整体上宣扬淫秽行为，挑动人们的性欲，足以导致普通人腐化堕落，而又没有艺术价值或科学价值的出版物。具体为：淫秽性地描述性行为、性交和心理感受，公然宣扬色情淫荡形象；淫秽性地描述或传授性技巧，具体描写乱伦、强奸或其他性犯罪的手段、过程或者细节，足以诱发犯罪的；具体描写少年儿童的性行为；淫秽性地具体描写同性恋的性行为或其他性变态行为，或者其他与性变态有关的暴力、虐待、侮辱行为，以及其他令普通人不能容忍的对性行为的淫亵性描写。”1989年8月8日新闻出版署发布《关于鉴定淫秽、色情出版物权限的通知》。这个通知规定，鉴定淫秽色情出版物的最低权限属于省、直辖市、自治区人民政府。1989年11月3日新闻出版署发布了《关于部分应取缔出版物认定标准的暂行规定》。这项规定对如何确定“夹杂淫秽色情内容、低级庸俗，有害于青少年身心健康的”出版物，作了具体的解释和规定。1990年，最高人民法院、最高人民检察院发布《关于办理淫秽物品刑事案件具体应用法律的规定》，就有关淫秽物品的犯罪作出司法解释。1990年12月28日全国人民代表大会常务委员会通过《关于惩治走私、制作、贩卖、传播淫秽物品的犯罪分子的决定》。这项决定的第八条规定，“本决定所称淫秽物品，是指具体描写性行为或者露骨宣扬色情的淫秽性的书刊、影片、录像带、录音带、图片及其他淫秽物品。有关人体生理、医学知识的科学著作不是淫秽物品、包含色情内容有艺术价值的文学、艺术用品不视为淫秽物品。淫秽物品的种类和目录，由国务院有关主管部门规定”。1992年《未成年人保护法》出台，专门规定了严禁向未成年人出售、出租或以其他方式传播淫秽、暴力、凶杀、恐怖等物品。1993年1月19日新闻出版署、公安部发布了《关于鉴定淫秽录像带、淫秽图片有关问题的通知》。这项通知对鉴定淫秽录像带、淫秽图片的权限、程度等作了规定。1997年3月14日第八届全国人民代表大会第五次会议修订《中华人民共和国刑法》。新修订的《刑法》第367条规定：“本法所称淫秽物品，是指具体描述实际性行为或者露骨宣扬色情的淫秽性的书刊、

非法所得并处罚款,对责任人和负责人给予行政处分或者追究刑事责任。^① 2004年,《少女之心》的出版同样受到查禁,而《查太莱夫人的情人》的出版也受到了新闻出版署和宣传部的严厉批评。

二、外国的认识有变化

在国外,人类历史上对色情淫秽的认识是不断变化的,对待色情品的态度也有一个变化的过程。如古希腊人开始使用“色情”一词时专指描写妓女生活,那时的妓女身价不低,“色情”一词的欣赏意味多于鄙夷。古代巴比伦少女性成熟后务必要去阿佛洛狄神庙同陌生男子交合,否则不可回家,男子在交合后随意丢下些钱,后人称为“宗教卖淫”。17世纪是一个压抑时代的开始。米歇尔·福柯指出:“从这个时代开始,指称性成了一件更加困难的和要付出更高代价的事情。如果要在现实中控制性,人们首先必须把它还原到语言层面,控制它在话语中的自由交流,把它从语言对象中剔除出去,禁用明显表现性的词语。”^② 维多利亚时代的净化社会和愚民运动,就是从女王明令禁止出版淫秽书籍开始的,一开始还只是没收或销毁色情书,后来殃及许多著名的经典著作,就连莎士比亚、密尔顿、但丁的著作都受到审查,甚至连《圣经》中与性有关的章节也遭到删节。

在法国,自1939年以降,开始用“危害善良风俗”一词替代淫秽色情概念。所谓的“危害善良风俗”,法国法院没有明确的界定,一般指具有挑逗性或煽动性之表情、动作、姿态、位置等均构成有罪认定的主要基础。法国法院最不能容忍的是以营利为目的的行为。当然在法国判断一出版物是不是“猥亵”,也要考虑其是否具有文学或艺术价值。而作出这些判断时,不能断章取义,而必须从作品的整体来考察。^③

① 新华社1988年7月11日电讯:《新闻出版工作文件选编》(1988—1989),第216~218页。

② [法]米歇尔·福柯:《性经验史》,余碧平译,上海人民出版社2000年版,第12页。

③ 法治斌:《人权保障与释宪法制——宪法专论》(一),台湾:月旦出版股份有限公司1993年版,第126页。

在美国,自第一次世界大战后,对色情作品的检查呈稳步上升之势。从联邦到州、市政府开出了长得吓人的禁书书单。当然,受到限制的不仅是书刊,电影也没有逃出审查之网。在电影里禁止表现娼妓,长时间的作爱,禁止出现裸体、毒品、混血儿、性病、生育和嘲笑神职人员的镜头。对“色情作品”的审查是最严的,受到打击的决不止是真正的色情作品。就以作家为例,不但海明威、雷马克有作品被禁,连最为“道学”的列夫托尔斯泰也上了禁书榜。在 20 世纪 20 年代,美国的禁书榜上不但包括了乔伊斯的《尤利西斯》,劳伦斯的《恋爱中的女人》等,连拉伯莱斯的《阿拉伯之夜》和雷马克的《西线无战事》也只能出节本。美国也曾立法禁止淫秽色情品的进口,在 20 世纪 20 年代,美国海关曾禁止巴尔扎克和伏尔泰等人的作品进口。

对色情出版物采取如此严厉的控制手段,是有其理论基础的。这种理论认为一切对性的公开正面(非谴责性)的讨论都会导致性活动的泛滥,因为性知识是性行为的前兆。这就是说,性冲动是强大的,一受刺激就会自动表达出来。与此相辅相成的是另一个理论:性是危险的,人是薄弱的,必须控制性来保护人。我国也有人认为青少年的性犯罪和书籍、录相带有关系;还有一些家长反映孩子看了与性有关的书刊,影响了学习。因此主张对有性内容的书刊、录像严加限制。

美国对色情作品的审查浪潮在第二次世界大战后忽然退潮了,约翰·盖格农认为这和美国从一个保守的、乡村为主的单一清教国家,转变成了多元的国家有关。前者是反移民、反黑人、反共、排外的,社会掌握在道德警察手里;后来变成了一个都市化、工业化的社会,那种严格检查的背景就不存在了。^①

在日本,其刑法典对于淫秽色情品的禁令强调的是以销售为目的的占有,如果不是以销售为目的则不在处罚之内。不过日本人对于淫秽色情概念的理解在近半个世纪也发生了很大的变化。1957 年日文版的 D. H. 劳伦斯的名著《查太莱夫人的情人》的译者和出版商被指控犯罪,淫秽是其主要原因。但今天日本法院再也不会判《查太莱夫人的情人》

^① 约翰·盖格农:《性社会学》,李银河译,郑州:河南人民出版社 1994 年版。

为淫秽出版物了。虽然日本一直对海关进出口色情类出版物加以限制,但他们也认识到随着网络技术的迅速发展,这样的限制已经力不从心了,效果也会越来越不显著了。^①

就西方各国的情况看,虽然具体做法有所不同,但我们也能看到一些相通点,即现在法律对于成人色情出版物持一种相对宽容的态度,控制并不是很严。但对于儿童色情出版物仍然会采取严厉的处罚措施和控制手段。

如日本就强调保护未成年人远离明显性材料的重要意义,至于旨在保护未成年人的规章,日本最高法院已应用不够严格的标准去发现规章的目的和采用的方法之间的关系。法院说作为公正性的规章,在有害材料与误导青少年之间的因果关系的明显证据并非总是必要的。在这样的标准下,县市级的当地政府有一个训令来规范明显的性或“伤害性”的材料对青少年的销售与发行。^②

在俄国,自从苏联解体以后,淫秽色情业十分兴旺。性自由与政治自由的气氛掺杂在一起,使那里关于淫秽色情品的论争带上了西方所不具备的政治色彩。从1985年开始,传媒上展开了一场关于淫秽色情品的公开辩论。1988年,发生了一件最为有名的色情事件:在俄国中央电视台电视节目《午夜前后》中,播出了一场淫秽色情表演,其中有一位只在身上抹了一些奶油的裸女。这一事件将辩论推向高潮。

俄国的这场公开讨论主要围绕着两个问题展开:一是此类活动可以被允许的界限;二是关于性道德和性行为的讨论。迄今为止,俄国所有的淫秽色情品展示的都是裸女,显而易见,它们是为男性观众服务的;目前性行为本身和非异性恋的性表现还比较少见。人们的意见大多集中于两个方面:从正面效果看,它是禁忌的放松,在国内营造了一种宽松的氛围;从反面效果看,这类现象是对女性的商品化利用和商业剥削。

1985年开始的这场围绕淫秽色情问题的辩论有一个显著的特点,

① ② Junichi Hamada, “Freedom of Speech in Japan”, The University of Tokyo, Review of Media Information and Society, V6. 2001, p53~54.

那就是它带有相当明显的政治色彩。俄国《刑法》第 228 条是禁止淫秽品的,淫秽的度量尺度从最广义的到最狭义的幅度很大,而这一定义往往是根据政治标准而不是根据法律标准来确定的。在基辅,有一个地下组织,取名为“进步政治色情团体”。他们认为淫秽色情品具有反对保守派的意义;淫秽色情品的女主人公不仅是色情的象征,而且是政治革命之象征。^①

国外围绕色情材料的争论离中国的现实似乎仍十分遥远,中国在这个问题上根本没有争论的余地。这并非因为这个问题已经解决了,事实上,据我国著名的性学研究专家李银河调查表明,虽然没有公开的消费,但地下的色情材料消费相当普遍。李银河认为,随着中国社会的进一步现代化,这个问题终会被提上公开探讨的议事日程。

第二节 难题一:淫秽色情的界定

色情(pornography)一词可追溯自古希腊文,“porno”意指最“低级的女奴”,也就是“妓女”(prostitutes);graphos 则有描绘(writing)的含意。从而我们可知,色情一词之本意就是指描述妓女生活的文字或艺术品。随着历史的演进,色情开始以各种不同的样态与方式呈现,从而单纯“描述妓女生活的文字或艺术品”已无法正确地确立色情一词的内涵与外延,对色情加以定义也就显得越来越困难。

一、难以确立的定义

已故美国最高法院法官波特·斯图尔特(Potter Stewart)在审理著名的“雅各贝利斯诉俄亥俄州”(Jacobellis V. Ohio 378 U. S. 476)

^① Rai, S., Pilkington, H. and Phizacklea, A. Women in the Face of Change, The Soviet Union, Eastern Europe and China, Routledge, London and New York, 1992, 130~144

(1964)一案时,就如何界定“淫秽”这一问题大挠其头,最后他绝望地说:“这些材料就是赤裸裸的色情,我可再也不想劳神费力地去给它们下什么定义了,我这辈子恐怕也难做到这一点。不过只要我看见了,我就知道是不是色情(I know it when I see it)。”^①波特·斯图尔特棘手的就是他面临着无法避免的“两难的困境”(dilemma),因为色情的定义不是太过广泛(overbroad),就是太过于模糊(vague):如将任何描述人类性器官(human sexual organs)不论其描述之目的或方式如何,均认定为色情,如此纵然认定清楚、便利,但一些具有文学、艺术、科学价值的著作也将遭到株连;另一方面,法院也可以利用一些“感性的字眼”,如“性欲”(prurient interest)、“明显恶劣”(patent offensiveness)等词汇,来划分言论受保障之界线。如此虽然回避了定义过于广泛的弊病,却又落入了定义过于模糊的窠臼。可法律又必须在受保护及不受保护言论之间划下一条明显的界线,不能模糊不清。

早期美国对于淫秽色情品的检测沿用的是英国在1868年由英国法官希克林等做出的一项裁决中,曾为淫秽色情品做出的一个判别标准,即从孤立的段落对于那些对淫欲和好色念头非常敏感的人产生什么样的作用。^②由于这一标准过于严格,因此受到很多人的批评,但这一标准的影响力仍然持续到20世纪。直到1957年,最高法院在“罗斯诉合众国案”的裁决中确立了一个新的标准,这一标准强调淫秽品是:首先,制约整个作品的主题必须是淫秽的;第二,它必须是冒犯了社会共同的准则的;第三,它必须被判定为完全没有社会价值。^③1959年,美国最高法院根据这一定义,驳回了纽约州禁演影片《查太莱夫人的情人》的要求,批准放映这部影片,理由是:禁止“意识形态上或主题上的淫秽”是不符合宪法的。^④随后,在1964年围绕法国影片《情侣们》的上

① [美]雷蒙德·塔塔洛维奇、拜伦·W.戴恩斯编:《美国政治中的道德争论》,吴念等译,重庆出版社2001年版,第313~314页。

② T. 巴顿·卡特、朱丽叶·L.迪、马丁·J.盖尼斯、哈维·祖克曼等:《大众传播法概要》,第102页。

③ Don R. Pember: Mass media law, Boston, MA: McGraw-Hill 2000 Edition, p456.

④ 转引自塞威特兹等:《性犯罪研究》,1988年,第145~146页。

映,和1966年围绕《范尼·希尔》一书的出版,最高法院又一再修正了关于淫秽色情的定义。由于这个定义实在难下,最高法院将解释权下放到州法院,有些州法院又将其下放到地方法院,允许其根据各自的标准下定义。

二、美国的现代标准

自1973年的“米勒诉加利福尼亚州案”判决之后,美国对淫秽言论的检验的现代标准包含三个部分,每一个部分都必须得到满足。它必须确定:“(1)一个普通人运用当代的社区标准,是否发现一部分作品从整体上来讲会引起人们淫乱情趣;(2)作品是否以一种显然令人作呕的方式描绘或描写现行州法律做出特别规定的性行为;以及(3)从整体上看作品是否缺乏重大的文学、艺术、政治或科学价值。”^①

综观美国最高法院在米勒案所建立的判准,有几个关键性的内容:

(1)对作品的审查必须经过“整体上看”(taken as a whole),不得以“断章取义”的方式抽取其片段的内容而认定该作品是否猥亵物。

(2)必须依据“当代社区”(local community standard)标准加以认定。显然“当代社区标准”成了米勒标准的关键点。^②在“米勒案”中,最高法院否决了只有不受地方偏见影响的全国性的社会标准才会提供第一条修正案的适当保护的论点,允许下级法院在确定什么是淫秽作品时使用地方标准。此后的案件使这一点更清楚了,即州可以故意不提及任何具体的地理社会、州或地方,尽管它可以这么做。如果不提及地理社会,每一个陪审员都可以自由地确定当代社会标准。见“詹金斯诉佐治亚州案”(1974年);“哈姆林诉合众国案”(1974年)。由于陪审团在确定淫乱情趣和显然令人作呕性上使用社区标准,专家证据就不需要了。美最高法院确立这一标准的理由是美国是一个幅员广大的国家,各地风俗民情颇有不同,在这一背景下,想要建立一个全国统一的标准是不

^① Miller V. California, 413U. S. 15, S. Ct. 2607, 37L. Ed. 2d 419(1973).

^② Don R. Pember: Mass media law, Boston, MA: McGraw-Hill 2000 Edition, p458.

可能的。

(3)必须是以“一般人”的标准加以认定。在英美早期对色情资讯加以管制时,更多的是考虑是否会“明显使青年人道德腐化”。Miller 案之前承袭的是 1957 年在罗思一案(Roth V. United States)中确立的标准,即以“一般普通人”(average person)为判断基础。

(4)作品的主要目的在于激发淫乱情趣(appeal to prurient interest)。淫乱情趣检验是由“罗斯案”引申出来的。根据合乎宪法的解释,淫乱作品是宣扬可耻或病态的性兴趣的材料。它不包括正常的性兴趣。

(5)作品以“显然令人作呕”的方式描述或形容某些特定的性行为。这一表述沿袭了 1964 年 Jacobellis v. Ohio 一案中最高法院的见解。最高法院指出,所谓“显然令人作呕”,是指对性行为的描写“已严重超越习惯上形容或描述此类事件的坦白程度并冒犯了当代社会的礼仪标准。”美国大法官雷奎斯特(Rehnquist)解释说,所谓的“令人作呕”主要包括:“(1)对最终的性行为——正常的或不正常的,实际的或模仿的——显然令人作呕的表现或描绘,(2)对手淫、排泄功能和对生殖器的猥亵展示等的显然令人作呕的表现或描绘。”^①

(6)作品欠缺重大(serious)的文学、艺术、政治或科学价值。

最高法院在米勒案中所建立的判断标准虽然相较于此前所确立的一些标准明确许多,但仍然有许多不确定的地方,尤其是其中关于“当代社区”以及“重大”两项考量要素。

不过,米勒案是自罗斯案以来,最高法院的大多数大法官首次就淫秽品检查标准取得的一致意见。布伦南大法官在此案中持反对意见,他认为这个概念本来就是含糊的,没有引起适当的注意,是对受保护言论的冷漠,持续地给公共机构造成压力。对他来说,答案是把对淫秽品的控制限制在保护未成年人和不搞同性恋的成年人。但是,当州根据城市分区权,规定只许成人进入的设施的具体位置时,最高法院把这些法律看作是对时间、地点和方式的控制,而不是需要更严格审查的内容规

^① Don R. Pember: Mass media law, Boston, MA: McGraw-Hill 2000 Edition, p460.

定。这些只给言论施加间接限制的法律必须服务于政府实质性的利益，必须给交流留有合理的选择途径。

在 1976 年的“杨诉美国小型剧院公司案”中，最高法院以五票对四票维护了底特津要求分散成人娱乐地点的“反贫民区”法。史蒂文斯大法官代表最高法院强调，该法是一种促进了城市重要利益的合理手段，它为了维护城市的生活质量而规定如何使土地用作商业目的。史蒂文斯大法官说，非淫秽的性爱表达享受第一修正案保护的程序低于政治言论：“我们当中不会有人愿意把自己的儿女送上战场，去维护公民们在我们的一流剧场中观看‘特别性活动’的权利。”他说，因此底特律市在规定娱乐设施的地点时可能考虑了言论的猥亵内容。鲍威尔大法官同意这种看法，其理由是，创造性地利用土地的法令只涉及了对第一条修正案的“附带和最低的”限制，但他没有谈及史蒂文斯大法官提出的各种言论受保护的不同程序。四名持异议的大法官明确拒绝史蒂文斯大法官提出的对言论价值的两个层次分析法：“‘令人作呕’的言论可能没有谈及‘重要的’题目——用最高法院的术语说，具有社会和政治意识的思想——这一事实并不意味着它受宪法保护的价值就小。”

此案标准确立后，最高法院没有再作出重要之改变，这表明米勒案确立的标准确实可行。不过，米勒一案的标准也存在着一些例外的情形。在 1982 年的 *New York V. Ferber* 一案中，最高法院支持政府禁止“儿童色情”(child pornography)——以儿童从事性行为为其内容之猥亵资讯——而不论其内容是否已经符合了米勒案所定下的猥亵之程度。

另一个值得注意的思想是，最高法院已经将管制色情的原因由传统上所谓“防堵不道德行为”(preventing immoral acts)转变成为“对商业行为的管制”(regulation of commerce)。最高法院注意到色情品本质上具有相当高的商业性，进而认为对带有商业色彩的色情品加以管制是合法的政府利益。

不过对米勒案确立的标准最大的冲击是网络的出现。米勒案所建立之“社区标准”使用于网络传播时，产生了定义上的困难。

三、我国的基本观点

我国司法界和法学理论界对这一问题的解释也并不是没有分歧的。新闻出版署为此先后发布了《关于重申严禁淫秽出版物的规定》(1988)、《关于认定淫秽及色情出版物的暂行规定》(1988)和《关于部分应取缔出版物认定标准的暂行规定》(1989)。根据这些规章,黄色出版物被分为三种不同的类型:

一是淫秽出版物。即在整体上宣传淫秽行为,挑动人们的性欲,足以导致普通人腐化堕落,而又没有艺术价值或者科学价值的出版物。共有七种情况:

- (1)淫褻性地具体描写性行为、性交及其心理感受;
- (2)公然宣扬色情淫秽形象;
- (3)淫褻性地描述或者传授性技巧;
- (4)具体描写乱伦、强奸或者其他性犯罪的手段、过程或者细节;
- (5)具体描写少年儿童的性行为;
- (6)淫褻性地具体描写同性恋的性行为或者其他性变态行为,或者具体描写与性变态有关的暴力、虐待、侮辱行为;
- (7)其他令普通人不能容忍的对性行为的淫褻性描写。

二是色情出版物。即在整体上不是淫秽的,但其中一部分有以上(1)至(7)项规定的内容,对普通人特别是未成年人的身心健康有毒害,而缺乏艺术价值或者科学价值的出版物。

三是夹杂淫秽内容的出版物。即尚不能定性为淫秽、色情出版物,但是夹杂有以上规定内容的出版物。

显然中国对于淫秽色情品的定义借鉴了国外的立法、司法经验,如1988年新闻出版署制定的《关于认定淫秽及色情出版物的暂行规定》与国际接轨较好。但也有不足之处,一是新闻出版署出台的规定权威性不够,二是规定中对“普通人”的解释不明。

1990年,第七届全国人大常委会通过《关于惩罚生产、制作、贩卖、传播淫秽物品的犯罪分子的决定》,对淫秽物品作出了如下界定:“是指

具体描写性行为或者露骨宣扬色情的淫秽性的书刊、影片、录像带、图片及其他淫秽物品。有关人体生理、医学知识、艺术作品不视为淫秽物品。”1997年《刑法》第367条对淫秽物品界定与此完全一致。

第三节 难题二：权利与道德之间

从前文的介绍我们可以看出，到目前为止，还没有一个国家很好地解决了淫秽、色情品的问题。法律之所以在淫秽、色情品面前犯难，其主要原因是执法的要求常常与宪法保护的表达自由的精神相抵触。^①

在一些人看来，禁止色情材料的出版会伤害到出版自由和言论自由这一基本原则，为专制主义的检查制度张目。一个明显的后果是，如果要求一般地禁止色情出版物，也就要禁止女同性恋类的色情出版物，这就伤害了这部分妇女的利益。因此，一些女权主义者提议，不要一般地禁止色情出版物，而是改变过去色情材料以男性为主要消费对象的局面，多出版为女性服务的色情材料，以便既改变了妇女在这个领域被剥削、被消费的局面，又维护了出版自由的基本原则。她们在淫秽色情品问题上提出的口号是：“由女人来生产，为女人而生产（by women, for women）”。^②而在另一些人看来，色情出版物纯粹是社会资源的浪费，是精神污染物，禁止此类出版物的生产与流通，对人类社会而言，只有正效益，而不会有负效益。围绕这一问题的论争，西方国家在20世纪70年代末和80年代的妇女运动中占据了非常显著的地位。

在英国，关于如何对待淫秽色情品问题分成了两大阵营：激进女权主义者总的来说是反对淫秽色情品的，主张应当禁止淫秽色情品的生

① [美]雷蒙德·塔塔洛维奇、拜伦·W.戴恩斯编：《美国政治中的道德争论》，吴念等译，重庆出版社2001年版，第313页。

② Richardson, D. and Robinson, V. (ed.) *Introducing Women's Studies*, macmillan, 1993, 96

产和消费;社会主义女权主义则与此针锋相对,她们认为,检查制度的危险性超过了淫秽色情品的危险性。前者对后者的反驳是:检查制度并不是仅仅在淫秽色情品问题上存在,检查制度总是存在的,它无时无刻不在检查着各种出版物,检查和禁止淫秽色情品并不会对检查制度起到过多的推波助澜的作用。这两种立场出于不同的原则,强调不同的方面:反对禁止淫秽色情品的人们更强调言论自由的原则;而主张禁止淫秽色情品的人则认为,淫秽色情品的制售是对妇女暴力的合法化。因此又有人将女权主义在淫秽色情品上的两种立场概括为反淫秽色情(anti-pornography)立场和反检查制度(anti-censorship)立场。

在美国,人们同样分为赞成和反对两大阵营。美国著名的哲学家、普林斯顿大学哲学系教授斯坎伦(Scanlon)认为:①人们有不被“令人作呕”的性材料干扰的权利。这里的“令人作呕”不是指不被赞同的行为,而是类似于痛的瞬间的不适感,害怕或尖锐的尴尬。假设许多人对一些性的资料有反应,假设我们应该把他们的抵制淫秽信息的权利小心地维护起来。②使大多数人不舒服的内容是根据各地经历和习俗不同而不同的。因此恰如其分的保护尺度也在改变。③淫秽信息的泛滥和合法化将导致“性”观念的改变并引发诸多社会问题。在司坎伦看来,淫秽信息的危害还有如下几种:①危害道德;②其表现所造成的刺激导致发生同类行为;③其表现对人的性格产生有害的效果,最终可能导致出现违法行为、态度;④其表现具有对人感情产生动摇性冲击效果;⑤其表现对理性和感情未成熟的儿童产生危害。①因为司坎伦认为色情淫秽品不在第一修正案的保护范围之列,应该受到限制。但另有一些人认为色情品包含在美国第一修正案所保护的珍贵的表达自由范围之内。已故美国最高法院大法官雨果·布莱克的观点最具代表性,他认为包括诽谤和色情在内的一切思想及其言论表达都应该受到绝对保

① . M. Scanlon: Freedom of expression and categories of expression, University of Pittsburgh Law Review, V40:519, 1979, p542~548.

护。^①看来在对于如何平衡表达自由这一基本人权与保护人们免受淫秽色情出版物所带来的伤害时,我认为就不能回避如下几个核心问题:

一、淫秽色情品对妇女的伤害

淫秽色情品对于妇女的伤害是围绕两个基本问题展开的:

1. 淫秽色情品会不会使妇女处于一种从属的地位

西方把淫秽色情品分为硬核(hard core)与软核(soft core)两类。所谓的硬核淫秽色情品是指女人被捆绑,被鞭打,被折磨,被羞辱,被杀害;而所谓软核淫秽色情品则是指女人被攫取,被使用。要求禁止淫秽色情品的女权主义者的主要观点是:在色情淫秽品的制作与消费过程中,女性成为男性所消费的“商品”,她们是被统治、被利用、被羞辱的。正如苏珊·格里芬在《色情文学和沉默》中所言,“被压迫的实体”是色情文学的根本起因。她写道:“在色情文学中,女人的身体是无言的,它被征服,被束缚,被殴打,甚至被残杀,它是自由情感和自由力量的象征,而这正是色情所痛恨和惧怕的……”^②

在禁止淫秽色情品一派中最为出名的人物是美国女权主义者凯瑟琳·麦金农(Catherine Mackinnon)和安德里娅·德沃金。麦金农指出色情不应存在的三个基本理由:第一,色情造成的伤害是对女性整体的伤害,不局限于那些消费色情商品或与色情商品有关的人;第二,此种伤害的本质不是指对个别女性的冒犯(offense),而是形成女性整体的被压迫(subordination)地位;第三,重点不只是色情造成女性的被压迫地位,甚至色情本身就是女性被压迫的展现。色情的内容经常都是暴力的,男性以粗鲁的方式对待女性,色情其实就是展示女性在“性”上被压迫的状态。她仔细地分析了美国在米勒一案(1973)中所作的色情

① T. 巴顿·卡特、朱丽叶·L. 迪、马丁·J. 盖尼斯、哈维·祖克曼等:《大众传播法概要》,黄列译,北京:中国社会科学出版社1997年版,第8页。

② 转引自[美]约瑟芬·多诺万:《女权主义的知识分子传统》,南京:江苏人民出版社2003年版,第188页。

品的法律上定义。^①麦金农追问道：为什么是中性的“普通人”（the average person）？为什么“淫乱情趣”（the prurient interest）算数，而“弱势”不算？她认为此标准中“整体上看”（taken as a whole）保护了像《花花公子》之类的淫秽色情出版物免受法律的制裁。她指出：“如果某事令女人受宰制，为什么还要管它是否有其他的‘价值’？”^②安德里娅·德沃金（Andrea Dworkin）指出：“性别关系是一个简单的非历史的形式，即男人压迫女人。这种压迫的机制就是异性恋的性交。”^③ 她认为淫秽出版物侵犯了妇女的公民权，所以应当允许单个妇女对因淫秽出版物而造成的损失起诉，成立这一新的罪名。她进一步指出，淫秽出版物是一种暴力形式，它唤醒了男性内心深处的本能，并将其指向女性。即使有些淫秽出版物本身并没有直接描写暴力，但它们的人物形象的背后的意识形态，仍然是男性世界观念的暴力表述，她称之为“男性真理”。

凯瑟琳·麦金农和安德里娅·德沃金共同起草了一项《市政府法令》，法令允许性暴力行为的受害者对淫秽品的作者——“对罪行负有间接责任者”——提出起诉。这项法令草案一开始没有被批准。在1989年至1990年间，在美国的印第安纳波利斯（Indianapolis，美国印第安纳州首府），地方权力机构批准了一项法令。这项法令将色情定义为“从性角度以图示书画形式明确详述妇女的屈从性”，其意思是，例如妇女“被表现为性对象，喜欢强奸、疼痛或屈辱、物体或动物的进入体内，……或处于有辱人格的折磨虐待之中，且这种环境使得有辱人格和折

① 该定义的英文原文是：whether “the average person, applying contemporary community standards” would find that the work, taken as a whole, appeals to the prurient interest; whether the work depicts or describes, in a patently offensive way, sexual conduct specifically defined by the applicable state law; whether the work, taken as a whole, lacks serious literary, artistic, political, or scientific value.

② Catharine A. Mackinnon, *Pornography, Civil Right, and Speech*, 20 Harv. Civ. Rts. — Civ. Lib. L. Rev. 1, 21 (1985).

③ Campbell, K. (ed.) *Critical Feminism, Argument in the Disciplines*, Open University Press, Buckingham, Philadelphia, 1992, 25

虐待具有性色彩。”^①该法令规定,妇女在出现下列情况时可以提起诉讼:第一,在她们被胁迫制造淫秽色情品时;第二,当她们被胁迫观看淫秽色情品时;第三,当她们是某项侵犯的受害者,而这项侵犯是淫秽色情品所导致的直接后果时;第四,公开制售淫秽色情品是对妇女公民权的侵犯。

这项法案一出台,马上引起激烈的辩论。支持该法案的法学家们认为,一个社会确实具有禁止色情品的深层合理依据,因为色情品对妇女造成极大的伤害和攻击;而某些女权主义团体则强调色情品不仅引起实际的暴力,而且导致一种更为普遍和流行的对妇女地位的贬低,他们认为,从这一角度出发,色情品造成了男女之间的不平等;甚至还有人认为对于色情品的传播者来说,消极自由不仅与平等权相冲突,而且与积极自由相冲突,因为色情品导致了妇女在政治上和经济上或社会上的附属地位。他们认为:“色情品使性活动的男性至上约定俗成化,将色情场景中的优势和屈从与男人与女人组成的社会构架相融合……男人把女人当作一个他们视为生物的群体,色情品构建了这个群体组合。男人拥有压倒女人的权力意味着,男人观察女人的方式界定了妇女成为什么样的人。”^②

法案的主要反对者的反击主要是从三个方面展开的:

(1)他们认为持保守的反性的观点的人会不知不觉落入道德派的陷阱,限制了女性对自身的性欲与快乐的追求。罗素早年也表达过对女权主义者陷入道德派陷阱的担忧,他说过:“最初,男女平等所要求的,不仅涉及到政治问题,而且也与性道德有关……那些争取妇女权利的先锋分子是一批极为严厉的道德家,他们希望用以前束缚女人的那些道德锁链来束缚男人。”^③还有学者指出,即使事实可以从因果关系方面表明色情品确实对这种经济结构负有部分责任,这也并不能赋予审

① T. 巴顿·卡特、朱丽叶·L. 迪·马丁·J. 盖尼斯、哈维·祖克曼等:《大众传播法概要》,黄列译,北京:中国社会科学出版社1997年版,第112页。

② Catharine A. Mackinnon, Pornography, Civil Right, and Speech, 20 Harv. Civ. Rts. — Civ. Lib. L. Rev. 1, 21 (1985).

③ 罗素语,引自牧原编:《给女人讨个说法》,华龄出版社1995年版,第64页。

学家也收集了证据,证明色情不是刺激对妇女的暴力就是使对妇女暴力合法化。与此同时,越来越多的实验性和实地研究也支持色情将刺激或使对妇女的暴力合法化的理论。^①但不少人认为这种观点说服力不够强;大多数人赞同这样的观点,即淫秽色情品的制售是影响男人对女人态度的间接原因。苏珊·布朗米勒(Susan Brownmiller)指出,由于色情品和卖淫制度贬低、凌辱女性的身体,最终导致强奸行为^②。因此她认为色情文学是纯粹的反女性宣传。持这一立场的女权主义者非常强调有暴力内容的淫秽品,因此,在 pornography 一词之外,她们又创造出 porenography 一词,专指有暴力内容的淫秽品;还有人认为,不管淫秽品中是否有暴力内容,它本身就是针对妇女的一种暴力。另一方面,她们也提请公众警惕那些不包含淫秽内容的纯暴力内容。

持有反对禁止淫秽色情品观点的女权主义者认为,美国淫秽出版物检查委员会的报告夸大了淫秽出版物的有害后果,过于强调了淫秽出版物对于针对妇女的暴力的潜在影响力。她们提出的主要争论点是,应不应当对有暴力内容的淫秽色情品和无暴力内容的淫秽色情品加以区别;有一种较为精细的观点,将淫秽出版物与色情出版物加以区分。调查表明,前者得到负面评价;但后者得到正面评价;有暴力内容的淫秽出版物得到最负面的评价。^③

反对禁止淫秽色情品的学者指出,虽说有些证据表明阅读色情品会削弱人们抵制性暴力行为的意志,但事实上并不存在令人信服的证据表明色情品导致了更为实际的攻击事件。美国联邦上诉法院第七巡回法院引证过各种研究成果(包括 1979 年英国的威廉委员会的研究报告)。法院指出,所有这些研究推断,“在色情猥亵题材的作品和强奸行

① T. 巴顿·卡特、朱丽叶·L. 迪、马丁·J. 盖尼斯、哈维·祖克曼等:《大众传播法概要》,第 111 页。

② 转引自[美]约瑟芬·多诺万:《女权主义的知识分子传统》,南京:江苏人民出版社 2003 年版,第 203 页。

③ Senn, Charlene Y., and Radtke, H. Lorraine: Women's evaluations of and affective reactions to mainstream violent pornography, nonviolent pornography, and erotica, Violence—and—Victims, 1990, Fall, V5(3), p143~155

为之间不可能表征出一种直接的联系。”^① 在一项对在押性罪错者同其他犯人及普通人的对比研究表明,接触淫秽色情品对这三组人的影响并无差别;犯罪与否的差别倒是更多地取决于年龄、教育和社会经济阶层的区别。另外,金赛调查发现,性幻想在社会地位低下和少受教育的男性的性行为中,仅占很小的分量;由于多数性犯罪者没有受过很好的教育,所以缺少性幻想;而对淫秽色情品的强烈反应是与幻想联系在一起的;因此淫秽色情品不是他们性犯罪中的直接因素。鉴于 85% 的成年男子和 70% 的成年女子曾或多或少地接触过淫秽色情品,而且无论法律如何禁止,大多数美国成人还是会接触到这些出版物,不如减少控制,放宽政策。这个专门委员会的最终建议是:取消各种对成年人接触使用淫秽色情品的限制和禁令;废除所有适用于成年人的反淫秽色情的法律。

在淫秽色情品问题上最广为人知的是“丹麦试验”。1967 年,丹麦开放了色情文学(真正的色情文学)作品,1969 年开放了色情照片,规定色情作品可以生产,并出售给十六岁以上的公民。丹麦试验的两个主要结果是:第一,合法化以后,淫秽色情品的制售经过一个短暂的高潮之后急剧下降,大多数公民对淫秽色情品产生了厌恶感。一项对大量观看淫秽色情品的后果的研究表明:被试者的性行为并未发生变化,虽然最初他们对性想得有些,但不久他们的性幻想又降到了观看前的水平。试验表明,观看淫秽色情品产生了一种稳定地降低对淫秽色情品的兴趣的效果,不断接触此类材料的结果使人感到匮乏和无聊。他们的欲望完全满足了,发腻了。第二,犯罪率下降。1967 年的犯罪率比上年下降了 25%;1968 年又下降了 10%;到 1969 年淫秽色情品彻底解禁后,犯罪率下降了 31%。其中猥亵儿童罪下降了 80%;露阴癖的犯罪率和报案率下降;观淫癖只剩下很小的比例;暴力侮辱妇女的犯罪(包括强奸和猥亵)也大幅度下降了。在淫秽色情品合法化后的 10 年中,任何种类的性犯罪均无增长。在英国、荷兰、西德和瑞典等国家,放宽控制淫秽色

① 转引自罗纳德·德沃金:《自由的法——对美国宪法的道德解读》,刘丽君译,上海人民出版社 2001 年版,第 313 页。

情品、同性恋和流产的法律努力获得了成功。从 20 世纪 60 年代到 70 年代,大多数西方国家都经历了从法律上的道德主义到更自由的法律制度的转变。据统计,西方的性犯罪率到 20 世纪 60 年代一直保持相对稳定,但到了 60 年代下降得相当快,而这正是许多西方国家对淫秽色情品放宽政策的年代。

1970 年,美国国会任命了一个全国专门委员会调查淫秽色情品问题,他们提出的报告令议员们大吃一惊。特别是该报告发现:1. 没有证据表明接触性材料是导致青少年和成年人过失行为或犯罪行为的重要原因;2. 绝大多数美国成年人认为不应当限制成年人阅读或者观看自己喜欢的性材料;3. 取消政府关于成年人性材料的禁令不一定会妨碍公众接触其他书籍;4. 没有证据表明接触性材料会影响人格或性道德观;5. 取消联邦、州以及地方关于禁止向愿意接受的成年人销售、展览或传播性材料的法规。1970 年 10 月 13 日,美国参议院以 60 比 5(34 人缺席)的投票结果,拒绝接受该委员会的研究结果和建议。^①

有人指出,淫秽出版物问题的最初提出是出于道德动机。虽然现在更多的人是从女权的角度提出问题的,但它仍是一个道德问题,只不过在现在的提法中,科学和科学家扮演了重要的角色。他们创造出一个神话,即淫秽出版物与暴力的因果关系的神话。^②

二、色情品对未成年人的伤害

2003 年 6 月 21 日,美国一位名叫保罗·斯林格的自由 IT 记者因下载 200 张儿童色情图片被捕入狱。虽然斯林格的辩护律师加利·鲍恩斯称斯林格只是在离婚后心情极度压抑时才会访问色情网站的。但是法官里查德—霍金斯认为下载这些图片说明被告具有鼓励儿童性犯

① 转引自拉里尔等:《人类性心理》,北京:光明日报出版社 1989 年版,第 165~166 页。[美]雷蒙德·塔塔洛维奇、拜伦·W. 戴恩斯编:《美国政治中的道德争论》,吴念等译,重庆出版社 2001 年版,第 323~324 页。

② Altimore, Michael: The Social Construction of a Scientific Myth: Pornography and Violence, Journal of Communication Inquiry, 1991, 15, 1, winter, 117~133

罪的倾向,尽管斯林格并没有将这些图片进行复制或传播。斯林格被判登记在美国《性侵犯登记册》中 10 年,并且终身不得参与与儿童相关的工作。^①

儿童是世界的未来,这句话大多数国家都认同,因此各国法律和法规对于未成年人色情品问题都相当重视,一般来讲,相较于成人色情出版物,各国对于儿童淫秽色情品都给予了更严格的标准和更严厉的处罚措施。之所以如此,是因为未成年人正处于身体、心理、社会认知、感情意志与意识形态等的形成、发展与建构形塑时期。其基本特点是可塑性强,易受感染,对不良事物难以作出准确的判断,并易受负面的信息的影响。因此各国对于涉及儿童色情方面的问题都不敢怠慢。

在中国,我们的《未成年人保护法》第 25 条和《刑法》第 364 条都有禁止向未成年人传播色情品的规定,1996 年广播电视电影部、文化部公布的《音像制品内容审查办法》第 15 条和 16 条也规定禁止向未成年人传播淫秽色情品。1999 年 6 月 28 日,第九届全国人大常委会第十次会议通过了《中华人民共和国预防未成年人犯罪法》。这部法律共 57 条,其中 8 条与媒介暴力、色情淫秽以及不利于儿童健康的信息传播有关。由此可见我国对于儿童色情淫秽品对儿童的影响问题是相当重视的。^②

中国香港地区现行《淫褻及不雅物品管制条例》对于涉及未成年人色情品的处罚是相当严厉的。为进一步加强对于未成年人色情品的管理,香港特区政府已经着手制定专门制裁未成年人色情物品的法律。这项工作从 1999 年开始,已于 2003 年 7 月经香港立法会三读通过,并于 2004 年起生效。新的法律名叫《防止儿童色情物品条例》。这个条例对制作、传播甚至拥有儿童色情物品都提出了严厉的制裁措施,规定任何人生产、印刷、复制、发布或者拥有描绘未满 16 岁的儿童色情物品,包括通过任何电子方式传递信息、资料或数据,均属犯罪,最高刑罚可罚

① <http://tech.sina.com.cn/me/roll/2003-06-21/0803200727.shtml>

② 可以参看卜卫:《大众传媒对儿童的影响第十二章相关内容》,北京:新华出版社 2002 年版。

款 200 万元及监禁 8 年。

在英国,2002 年 11 月的一个判例中,英国上诉法院把儿童色情内容分为如下 5 级:

- (1)一般表现性诱惑姿势;
- (2)表现儿童之间的性活动;
- (3)表现成人和儿童之间的性活动;
- (4)表现成人和儿童之间的性行为;

(5)表现性虐或性变态。涉及生产和传播儿童色情内容的,将会受到轻为 1~3 年,重为 10 年监禁。

在法国,1949 年 7 月 16 日通过了有关保护青少年的法律,禁止向 18 岁以下的未成年人“推荐、提供、销售一切对青少年构成某种危险的读物,这些读物具有淫秽、黄色的性质或具有某种变相犯罪的性质。”^①

在德国,联邦政府于 1953 年制定了《传播危害青少年道德之出版物法》,禁止下流或猥亵的出版物的制作与传播。1997 年 8 月 1 日该法更名为《危害青少年道德的出版物和其他媒体传播的法律》,扩大了该法的适用范围,并规定“音像载体、数据存储设备,图片和其他表现形式等同于文字作品。”对于严重危害青少年身心健康的猥亵、下流内容的制作与传播都要受到法律的严惩。^②

在美国,对儿童色情品问题的处理也相当严厉。1968 年的金斯伯格诉合众国(Ginsberg V. U S A.)一案中,最高法院认定:纽约州的刑法禁止向十七岁以下的青少年出售低级下流的东西是合宪的。法院认为:金丝伯格向一个十六岁的未成年人出售两本《妓女》是有罪的。^③虽然法院认为对成年人来说这不算什么,但对于未成年人来说属于明显的猥亵,金丝伯格故意将其出售给未成年人因而违犯了纽约州的法律

① 转引自魏玉山、杨贵山:《西方六国出版管理研究》,北京:中国书籍出版社 1995 年版,第 30~31 页。

② 转引自魏玉山、杨贵山:《西方六国出版管理研究》,北京:中国书籍出版社 1995 年版,第 49 页。

③ T. 巴顿·卡特、朱丽叶·L·迪、马丁·J·盖尼斯、哈维·祖克曼等:《大众传播法概要》,第 109~110 页。

而应当受到惩罚。1982年,美国最高法院在纽约对费伯一案中,判定政府可以禁止儿童色情作品的传播。并裁定儿童色情材料的标准不同于米勒案的标准。此案中,美国最高法院对儿童色情作品的定义是:

- (1)审查员不需要发现材料可诱发普通人的性欲;
- (2)性行为的描写不需要达到“公开无礼”的程度;
- (3)所涉及的材料不需要作为整体来看待。

为何要下这样的定义,美最高法院的理由是:第一,将儿童作为性行为表现的对象有害于儿童的身心健康,这一结论符合第一修正案的要求;第二,在惩办那些鼓动玩弄儿童、与儿童发生性行为的犯罪方面,米勒一案的标准与解决在作品的制作过程中儿童身心是否受到损害问题没有联系;第三,允许现场表演儿童的猥亵行为或性行为,或允许复制有关照片本身毫无价值。第四,明确将儿童色情材料划入不受第一修正案保护的材料范围,这与早先的判决并不矛盾。^①美国国会于1984年加强了旨在保护未成年人的立法,对色情供应人员的处罚力度也大大加强,初犯者罚款从1万美元增加到了10万美元,重犯者的罚款从1.5万美元,增加到了20万美元。1985年美国国会制定了《电脑色情和儿童剥削法案》;次年通过了《儿童虐待受害人权益法案》;1987和1988年通过了《儿童保护法和淫秽强制执行法》。到1988年美国已经有大约32部关于儿童色情问题的联邦法案。^②1994年又通过了《儿童性虐待防范法案》,1995年制定了两部儿童色情法律:《儿童电脑色情保护法》和《儿童色情防范法》。1996年由美国总统克林顿签署、美国国会通过了《防止儿童色情法》,该法把拥有、制作及出售包括儿童色情的图片定为罪行,即使图片中未包括真正的儿童,亦在禁止之列。由于先进的计算机图像技术能把儿童天真的图像转变为儿童涉入性行为,法律规定拥有这种图像者最高可判五年徒刑,制作与出售者则最高可判15年徒刑。此外,这项法律也禁止任何“显然”或“示意”有18岁以下儿童涉入

① [美]伦纳德·D·杜博夫:《艺术法概要》,周林、任允正、高宏微译,北京:中国社会科学出版社1995年版,第179页。

② One porn' law too many, Washington Post, 5/23/1989, P14.

性情境的素材。

美国国会于 1996 年通过了《电讯法》(the Telecommunications Act of 1996)。该法的第五部分是《通讯严肃法》(The Communication Decency Act),简称 CDA 法案。与其他六个部分相比,CDA 法案的条款不是在《电讯法》立法执行委员会举行的听证会之后制定的,而是作为《电讯法》的修正案在议员讨论期间增加上去的。该法案禁止任何向未满 18 岁的未成年人传送淫秽或猥亵的信息。^①CDA 法与金丝伯格一案对猥亵行为的追究相比,我们发现至少有如下几方面的不同:首先,在金丝伯格案中,纽约州的法律虽然禁止向未成年人出售相对于未成年人来说是猥亵的材料,但法律并没有禁止作为未成年人的父母出于教育或其它正当的目的为自己的孩子购买或指导自己的子女阅读此类材料。但是按照 CDA 法案,即使是未成年人的父母,也完全有可能因为同意自己的子女或指导自己的子女阅读这方面的材料而遭到惩罚。其次,州法律只适用于商业交易行为。而 CDA 法案的条款里却没有与之相似的适用限制。它不仅适用与商业有关的猥亵材料的传播,而且同样适用于非商业性的猥亵材料的传播。第三,纽约州法律明确给“有害的材料”界定了范围,即:这些出售给青少年的东西是对青少年没有任何社会补偿性价值的材料。而 CDA 法案里没有对“猥亵”做出任何定义,也未对“明显令人厌恶”作出限定,即这些材料必须是缺少严肃的文学、艺术、政治和科学价值。最后,金丝伯格案中所涉及的未成年人限制在 17 岁以下,而 CDA 法案所涉及的未成年人是 18 岁以下。其规制的范围比金丝伯格案规制的范围要大的多。

由以上介绍可见美国人对于儿童色情方面的问题是相当重视的。1998 年 9 月 2 日凌晨 4 时(格林威治标准时间),欧洲、北美和大洋洲

① 该法案的相关部分如下:(a)明知阅听人未满 18 岁而制作、创设、销售、或架设电讯设施,传送任何猥亵或低俗不雅的评论、建议、提案、要求、图像、或其他内容,处以徒刑或易课罚金。(d)利用互动电脑服务,将描绘或叙述性或排泄行为或器官,在现行社区标准下明显恶劣(patently offensive)的评论、建议、提案、要求、图像、或其它内容加以传送、展示或供给未满 18 岁之未成年人者,无论其为中介或经营该项资讯服务。(e)知情而利用电讯设施供给上述猥亵或低俗不雅资讯者,处以罚金及两年以下有期徒刑。

14 个国家的警方同国际刑警组织采取同步行动,联手对一个在国际互联网络上传播儿童色情图片的犯罪团伙“奇境俱乐都”(总部设在美国)在不同国家的众多据点,实施了代号为“大教堂”的突然大搜捕,共搜查了 180 多名嫌疑人,逮捕了其中的 100 多人,搜缴儿童色情图片约 10 万幅(图片中最小的儿童只有 18 个月大),以及大量用于制作、存贮和传播儿童色情图片的电脑、磁盘、调制解调器和软件等物品。^①

不过这并不表明美国对于未成年人色情出版物问题已经完全达成了共识。1997 年 6 月 26 日,美国联邦最高法院以 7:2 之多数判决 CDA 法违宪,最高法院表示,CDA 法剥夺了第一修正案所保障之言论自由。在由 Steven 大法官执笔的多数意见书中,最高法院表示,该法在许多方面均与先前最高法院所支持之管制法规有所不同,如不允许父母同意其子女接受被限制的信息;又如其并未以商业交易行为作为管制的理由;还有,该法没有对“低俗不雅”作出界定。而网络又与无线电传播(radio)不同,凡无线电传播媒体所具备的“频道稀少性”以及“侵入性”等等,在网络中均不存在,从而网络应享有第一修正案;且由于 CDA 是针对言论内容的限制(content-based blanket restriction),所以不能被视为“时间、地点及方式”(time, place, and manners)的规范。

另外,最高法院还表示,该法除了欠缺明确性以外,虽然其目的是保护青少年免于接触有害的信息(harmful materials),但该法却因此限制了大量成人本来依宪法有权传播(send)以及接收(receive)的信息。

另一件更重要的事件是美国最高法院的九位大法官以六票对三票之多数,于 2002 年 6 月 16 日就推翻了国会于 1996 年通过的《儿童色情防范法》,美国最高法院认定这项法律违反美国宪法第一修正案中保障对言论自由权利的条款,因而裁定该法违宪且过于笼统。代表最高法院发言的大法官安东尼·肯尼迪说,1996 年通过的《儿童色情防范法》禁止“视觉描绘一种概念”,显示少年儿童从事性活动的画面与影像,实

① 田杰:传媒、权力与权利——现代青少年社会问题的媒介背景及防护策略分析,载《当代青年研究》(沪)1999 年第 5 期。

际上当今社会这样的镜头到处可见,也是数百年来艺术与文学领域的重要主题。安东尼·肯尼迪说,联邦法中禁止未成年人淫秽物的条款涉及内容过广,侵害了保护自由艺术创作和艺术价值的现有联邦法律。肯尼迪大法官说:“一个看上去只有 17 岁的人与他人发生性关系,并不一定被社会认为违反了行为准则。”大法官还指出,被推翻的联邦法还禁止人们在公共讲演中和在文学作品中说出或写出能够使人联想到成人与未成年人或未成年人与未成年人性交的形象。支持最高法院决定的人士指出,莎士比亚名作《罗米欧与朱利叶》中的主人公都是未成年人,按照旧法律,莎翁原著中描述他们之间的性关系都应该是算作淫秽物品。另外,一些诸如《美国丽人》之类的奥斯卡获奖影片,也有成人与未成年人性交的情节,那是不是也是淫秽电影呢?大法官中持反对意见的人坚持,虽然他们服从多数意见,但是有保留意见。希望保留旧法的三名法官认为,计算机互联网上一些所谓未成年人性交图像网站,也许记录的是成人行为,但是图像很难让人区别到底是成人还是未成年人。美国司法部长艾许克洛夫则严厉批评最高法院的这项裁定。他说,这项裁定使“起诉制造与拥有儿童色情作品的人变得非常困难”。^①

三、具有“使人沉默”的作用?

麦金农曾指出:“第一修正案现在仍然保护色情作品,但不会促进妇女的言论自由。色情刊物令妇女们陷入了沉默。站在自由主义者的立场上,言论自由被理解成一种抽象的制度。但站在女权主义者的立场,所理解的则是言论如何同样存在于权利关系的实体性制度之中。”^②哈佛大学法学院教授弗兰克·米歇尔曼也认为,某些言论,包括色情出版物本身,可以具有“使人沉默”的作用,所以它的效果在于阻止

① http://61.218.178.12/repression/deviant/Age/AgeLove/pedophilia/pedophilia_index.htm

② Catharine A. Mackinnon, *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, 1987, p140.

他人行使表达言论的消极自由。^①

从法学理论的角度分析,我们确实可以认可某些言论具有使他人处于消沉无声的效果。如在一个会议开始之前,会场上有很多人在各自交流。大会主席通过麦克风大声宣布“开会了,请大家安静!”这里大会主席的言论就具有使他人沉默的效果。弗兰克·米歇尔曼认为除了诸如大会主席的言论外,还有论争和形象,这样的论争和形象可以改变一个人的听众对其品质、需求、愿望以及立场等方面的认知,同时还可能改变她对“自己是谁”以及“她想要什么”等问题的看法。弗兰克·米歇尔曼强调:“将色情文学艺术作品归结于导致妇女的从属地位和沉默无声的主张,是一个具有高度诡辩性的主张……为什么我们的社会对挑战所具有的开明态度就不需要严防那些压制私人及大众的行为的发生呢?这是一个合理而明显的问题。”^②

他指出,如果我们对言论的消极自由所作的承诺是一种顺理成章的——如果我们需要言论自由,从而使社会中任何思想都不被禁止——那么,我们就必须审查某些思想,以便使其他思想具有存在的可能性。他认为,在美国的宪法中,对公刑法(public criminal law)的影响所造成的对一些思想的压制,和私人言论的结果所造成的对一些思想的压制之间的区别是任意武断的,而过分注重开明宽松将同样会令人担忧这两种不同的控制形式。但是,法律所造成的差异并不是关于公共权利和私人权利之间的差异,而是关于消极自由和其他功效(包括积极自由)之间的差异。如果一部宪法既要禁止政府的审查制度,同时又要保障公民阻止其他公民发表或传播特定的思想而采取行动这一权利,那这一宪法必定是有争议的宪法,因为它准许了普通公民通过阻止其他公民的言论自由权来侵犯消极自由。

针对弗兰克·米歇尔曼的这一观点,著名的法学家罗纳德·德沃

① 转引自罗纳德·德沃金:《自由的法——对美国宪法的道德解读》,刘丽君译,上海人民出版社 2001 年版,第 316 页。

② Frank Michelman: Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument: The Case of Pornography Regulation, 56 Tennessee Law Review Vol. 291, 1989, p. 303 ~ 304.

金指出:坚持百家争鸣意味着人们具有面对所有的思想的机会,即使那些误导性的、微不足道的或者尚未公开的思想(因为这样的思想的持有者并不能决定自己的公开身份,以至于不能得到人们真正的理解)。这样的主张并不自相矛盾。对此,我们必须通过宪法所允许的任何手段,对现实中存在的一些极为不良的后果加以抵制。但是,具有这些后果的行为并不由此剥夺他人的消极的议论自由,正如伯林所强调的,这一差异特征完全不是任意武断的,也不是不计后果的。^①

罗纳德·德沃金分析指出,弗兰克·米歇尔曼和其他想要按照他们的方式对消极自由的思想加以扩展的原因是可以理解的。只有通过努力将某些思想表征为“使人沉默”的思想,即使假定审查色情淫秽品即等于制止起哄压倒演讲者的行为,他们才能期望在宪法系统结构——这样的宪法结构给予了言论自由极高的位置——中为审查制度寻找合理的基础。但是,这个同化却是一种混淆,因为它使必须做出的、真正的政治选择变得含糊不清。^② 罗纳德·德沃金引用了伊赛亚·伯林(Isaiah Berlin)的一段话来坚持他自己的观点,伯林的这句话是:“一种牺牲不会增长被牺牲的东西,牺牲自由并不会增长自由,无论那种牺牲在道德上有多大的需要或补偿,都是如此。一件东西是什么就是什么:自由就是自由,不是平等、公正、正义,不是文化,也不是人类的幸福或平静的良心。”^③

伯林对于自由的理念是坚定的,不过依我的理解,这并不意味着伯林相信自由是不受任何限制的。在《两种自由的概念》一文中,伯林也认为:“为了使某些人获得自由,有时候其他人的自由,必须消减,这一点

① 罗纳德·德沃金:《自由的法——对美国宪法的道德解读》,刘丽君译,上海人民出版社2001年版,第317页。

② 罗纳德·德沃金:《自由的法——对美国宪法的道德解读》,刘丽君译,第318页。本文引用时对原译者的译文略有改动。

③ I. Berlin: Two Concepts of Liberty, 中文译文见刘军宁、王炎、贺卫方等编:《市场逻辑与国家观念》,三联书店1995年版,第204~205页。

仍然没错。”^① 问题是：在什么原则下，我们才能如此消减某些人的自由？如果自由是神圣不可侵犯的价值，那么，我们将找不到任何这样的原则。无论如何，在实际上，这些互相冲突的规则或原则中，有些必须让步；这种让步并不一定都基于某些可以证明陈述的道理，更不是都能够概化成规则或普遍的公理。无论如何，我们仍然必须找到一个实际的妥协办法。对于淫秽色情品问题，我认为妥协的办法之一就是对此类作品进行分类。而要进行这样的分类，那我们首先要对淫秽色情品作出界定。这就又回到了我们在第二节面临到的困境了。

第四节 反思：在宽容与秩序之间

传媒已成为人们日常生活的一部分，亦即“生活政治”的传导和表达机制并整合成某种制度化的形式。^②借助于特定的话语形式，传媒创造出以影视形象为主要象征符号，既轻松休闲又鲜活刺激，对人们的日常生活和自我意识具有习惯性的支配作用的“话语权力”。这种“话语权力”表现为极强的渗透性和最大的普适性，既是现代化过程中的全球性文化背景，也是人们日常生活中习惯性的支配力量。1982年罗马俱乐部在它完成的第12份报告中指出：“微电子技术所带来的，改善人类处境和消灭贫穷的许诺，是相当有力的；而愚蠢地开发这项技术，所造成

① I. Berlin: Two Concepts of Liberty, 中文译文见刘军宁、王炎、贺卫方等编：《市场逻辑与国家观念》，三联书店1995年版，第205页。

② 这里参照了安东尼·吉登斯关于现代性论述的一些观点。在《现代性与自我认同》一书中，吉登斯提出“解放政治”和“生活政治”一对概念，前者“是一种生活机遇的政治”，“解放政治包含了两个主要的因素，一个是力图打破过去的枷锁，因而也是一种面向未来的改造态度，另一个是力图克服某些个人或群体的非合法性统治。”后者则是“生活方式的政治”，关涉的是“在自我实现过程中所引发的政治问题”；“生活政治是一种生活决策的政治”。生活政治的重要性质取决于生活方式概念在现代社会生活中的特殊意义。吉登斯特别注意到大众传播媒介对于“高度现代性起源”的重要意义，指出现代社会人类经验传递的“拼贴画效应”和“远距离事件侵入到日常的意识中”的两个基本特征，而这两个特征的形成主要是现代媒体发展和作用的结果。（安东尼·吉登斯：《现代性与自我认同》，三联书店1998年版。）

社会堕落的可能性也是同样巨大。”^① 罗马俱乐部的预言应验了,现代传媒所结出的果实并不都是甜美的,枝头上也挂满了许多的苦果与涩果,淫秽色情品就是其中之一。

一、要重视淫秽色情品的负面影响

由于传媒的功能和作用已深入和渗透到一般的社会心理和个体思维活动过程之中。媒体并不反映现实,反而在某些方面塑造现实。它所建构的媒介环境实际上已经成为我们认识世界的一个中介,而且在很多情况下这种虚拟媒介环境已经替代至少是部分替代了真实的现实环境本身,这就是李普曼当年所指的媒介真实。“话语权力”强势的习惯性支配力量在人们的日常生活和思维活动中得到最充分的体现。所以到底该如何对待和处理传媒中的淫秽色情信息问题,我认为需要从此类信息在社会认知心理方面对人的影响尤其是儿童的影响方面考虑。

以往我们更多的是凭自己的直觉来感悟传媒对人的影响的,对于淫秽色情出版物,我们很容易得出这样的结论:“媒介传播的某些内容(如色情、凶杀、暴力)对青少年身心健康直接造成不良影响或损害”^②。但我们却很少从实证的角度来研究这样的影响到底有多大,或者在怎样的情况下发生影响。因此我们对于此类信息的处理态度就不免显得理论支持不力,这也是为什么淫秽色情品在历史上会有不同的命运。当然生活的观念在变化,传播的技术也在革新,我们不可能期望建立、也不能建立一个一劳永逸的法律条文来处理淫秽色情信息。但我认为这都不能成为我们在立法前不进行深度研究的借口。

从这一角度看,美国对于淫秽色情品的立法精神和立法程序是值得我们借鉴的。从前文的介绍中可以看出,虽然不少美国人也讨厌淫

① 甘特·佛德里希等:《微电子社会学》,林剑秋等译,台北:桂冠图书公司1989年版,第351页。

② 田杰:《传媒、权力与权利——现代青少年社会问题的媒介背景及防护策略分析》,载《当代青年研究》(沪)1999年第5期。

秽色情品,他们尤其关注此类信息对于儿童的影响。像里根政府和克林顿政府都试图加大对于淫秽色情品的打击力度,并一度出台了一些法律条文,但美国联邦最高法院先后宣布 CDA 法案和《儿童色情防范法》违宪,这一事实一方面表明淫秽色情品的法律基础还存在不少问题,一些关键的问题没有得到科学理论的支持,而另一方面又表明美国人在处理涉及表达自由的案件时总是持有一种特别的谨慎态度。这一点确实是值得我们深思的。

二、是道德问题,还是法律问题?

淫秽色情品,确有许多人认为是令人不快的,制作和传播色情品无疑是一种不道德的行为。但问题也正出在这个地方,即它到底是一个道德问题,还是一个法律问题?

1958 年,德富林勋爵曾在一次题为“论道德的强制性”的讲演中提醒人们:我们是否把它看作是一种令人厌恶的罪恶以至于它的存在本身就是犯罪?如果这是我们所生活于其中的社会的真实感情,那我不明白社会怎么可以被剥夺将其根除的权利呢?^① 德沃金将他的论点归纳为两个方面:一是“社会有权保护自己”^②;二是“社会遵循自己标准的权利”^③。

德沃金转引哈特教授的观点做出了批驳,哈特教授认为这种观点所依据的社会是什么的概念相当混乱。哈特认为,指出社会所认定的特别不道德的和令人气愤的每一种行为都威胁到社会的存在简直是荒谬

① 转引自[美]罗纳德·德沃金:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社 1998 年版,第 319 页。

② 转引自[美]罗纳德·德沃金:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社 1998 年版,第 321 页。

③ 转引自[美]罗纳德·德沃金:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社 1998 年版,第 324 页。

的^①。德沃金本人对于德富林勋爵观点的第二个方面做出有力的批评,他认为由于德富林勋爵误解了根据道德原则的不赞成的真实含义,因此,“他的结论也是没有根据的”。^②德沃金认为许多人对待淫秽色情品的观点与德富林勋爵的观点颇为相似,这主要表现为^③:

(1)如果我们允许淫秽书刊像早上的牛奶一样可以自由出售和散发,那么社会的整个风气就会逐渐变坏。

(2)社会的腐败会通过广大的群众所不能控制的媒介和力量来进行,因此,当我们还可以坚持自己的标准时,我们必须强制执行它。

(3)虽然禁止淫秽色情品是剥夺了作者、出版商的未来的读者的自由,但是,如果这些人想做的属于不道德的行为,我们有权以此为代价保护自己。

德沃金认为这一观点的要害在于,无论别人会对这个问题怎么想,“但如果可以证明普通人对色情文学家的厌恶只是一个口味问题,是一种颇具随意性的立场,那么这种观点也就轰然崩塌了,因为,这里也就没有令人满意的限制自由的理由了。”^④

① 转引自[美]罗纳德·德沃金:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,北京:中国大百科全书出版社1998年版,第321页。

② 信春鹰、吴玉章译,北京:中国大百科全书出版社1998年版,第326页。

③ 信春鹰、吴玉章译,北京:中国大百科全书出版社1998年版,第336~337页。

④ 信春鹰、吴玉章译,北京:中国大百科全书出版社1998年版,第338页。

第九章

著作权

《著作权法》是我国现行宪法——1982年《宪法》中关于公民有言论、出版自由的规定的具体化。《宪法》第35条规定公民有言论、出版的自由,第47条还规定公民有进行科研、文艺创作和其他文化活动的自由。《著作权法》的设立目的之一,就是确认和保障出版者的出版自由。《著作权法》第1条开宗明义:“为保护文学、艺术和科学作品作者的著作权,以及与著作权有关的权益……根据宪法制定本法。”《著作权法》第10条详细列举了著作权的内容,其中就包括复制权、发行权、汇编权等。《著作权法》第4章中还有报刊出版者权利的一些规定。《出版管理条例》第1条也有类似的规定,即为了保障公民依法行使出版自由的权利……根据宪法,制定本条例。可见,《著作权法》担负起了确认并保障出版自由的重任。它为宪法的原则规定转化为社会的客观现实提供了具体的法律规范,使期刊出版自由在著作权法的保障下获得了应有的社会意义。可以说,《著作权法》的制定和实施是以言论、出版自由为出发点和归宿的^①。但正如我们在前文中分析的那样,任何权利的实施都存在一定的利益冲突,著作权也一样,因此,需要通过提供公正合理的冲突规则和秩序,和平地、公正地解决各种出版利益冲突。

^① 冯向辉:《著作权法对我国期刊出版业的作用》,载《学习与探索》2002年第2期。

第一节 著作权的精神权利和经济权利

2001 年春,中国医学会、中国科学杂志社、中国工商杂志社等 12 家期刊社就重庆维普咨询有限公司侵犯著作权及版式设计专有使用权,共同起诉到北京市第一中级人民法院,请求判定被告侵犯原告期刊著作权。北京市高级法院作出终审判决,重庆维普公司分别赔偿数十位原告经济损失共计 53 万余元。

1999 年 6 月以来,重庆维普公司未经原告许可,将 7000 多种学术类期刊原版原文制成《中国期刊数据库》,并以光盘、硬盘复制和互联网等多种形式进行销售,极大地侵害了原告的合法权利。北京市高级人民法院查明,重庆维普公司将该“数据库”以扫描录入方式,分别收录了原告部分期刊中的内容,且对期刊的字体设计、格式编排等也一并原样收录。经审计,维普公司销售“数据库”光盘及其他相关产品,仅从 2000 年 9 月至 2001 年 6 月就获利 152 万余元。被告未经原告许可将原告享有著作权的作品全盘复制,虽然被告在事后也就该“数据库”的许可问题与有关机构签订了合同,但由于这些机构并未得到原告的授权,故被告的行为仍为未经著作权人许可的使用行为。类似维普案的著作权纠纷频频出现,这里首先要研究著作权的精神权利和经济权利,任何纠纷都是围绕着这两种权利被侵犯而出现的。

一、著作权精神权利

著作权中的精神权利,又称为著作人身权,是指作者因创作作品,而获得的身份、名誉及维护作品完整性方面的权利。我国著作权法规定了作者的四项精神权利:发表权、署名权、修改权和保护作品完整权。

1. 发表权

发表权是指决定作品是否公之于众的权利。所谓公之于众,是指披

露作品使不特定的公众可以获知该作品的内容。著作权法意义上的发表,包括作品的出版、广播、放映、表演、展览等。作品的发表与否,须具备主客观要件。主观要件是指,权利人主观上有发表作品的意愿,他人未经权利人许可擅自公布作品,是侵犯权利人发表权的违法行为,不具有作品发表的法律效力;客观要件是指须有作品被发表的事实,如作者向新闻媒体投稿,但因故未被采用,尽管作者主观上有发表其作品的愿望,但由于没有作品被发表的事实,该作品不能算发表。^①

发表权只能行使一次,作品发表后,已处于为公众所知悉的状态,权利人不可能再一次行使发表权。发表权行使的结果是使作品从不为公众所知悉变为公众所知悉。从这个意义上讲,一稿多发违背了发表权只能行使一次的著作权法原理。

2. 署名权

署名权是指表明作者身份,在作品上署名的权利。署名权是极其重要的精神权利。一方面,署名权是对作者创造性劳动成果的尊重,另一方面,保护作者的署名权也是对社会公共利益的保护,^②这使社会公众(受众)得以知晓信息产品的来源,从而对知识、信息做出更好的判断。

对署名权应作广义的理解。署名权既包括署真名的权利,也包括署假名的权利,既包括署名的权利,也包括不署名的权利。在新闻作品中,常有人署以笔名,这是受著作权法保护的署名权的行使方式之一。

曾轰动一时的《我的前半生》案即涉及署名权问题。

1987年6月,中国最后一位皇帝溥仪的遗孀李淑贤,以李文达侵害溥仪《我的前半生》一书著作权为由向北京市中级人民法院起诉,主张溥仪是其书的惟一作者。李文达认为其对此书付出了创造性劳动,该书著作权应由他和溥仪共有。1995年1月26日北京市中级人民法院作出一审判决,认定《我的前半生》一书是溥仪的自传体作品,溥仪享有该书的著作权。李文达的合法继承人其妻和其子不服,上诉至北京市高级人民法院,北京市高级人民法院二审1996年6月判决,认定原审判

① 李永明:《知识产权法学》,杭州大学出版社1995年版,第83~84页。

② 郑成思:《版权法》,北京:中国人民大学出版社1990年版。

决结果正确,驳回上诉,维持原判。

这是一起中国法制史上历时久、影响大的著名案例。这里引起纠纷的原因主要在于《我的前半生》一书是在特定历史条件下产生的一本自传体著作。在《我的前半生》著作权纠纷一案中,判断李文达是否具有作者身份只能通过其有无创作行为来判定,最高人民法院《关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十四条规定,当事人合意以特定人物经历为题材完成的自传体作品,当事人对著作权权属有约定的,依其约定;没有约定的,著作权归该特定人物享有。这样的规定固然有利于促使当事人事先约定著作权的归属,减少纠纷,但从著作权法原理上分析,此规定是值得商榷的。

3. 修改权和保护作品完整权

修改权是指修改或授权他人修改作品的权利;保护作品完整权是指保护作品不受歪曲、篡改的权利。我国《著作权法》规定的修改权和保护作品完整权实际上是一枚硬币的两面,保护作品完整权是修改权的派生权利。如果没有保护作品完整权,那么任何人都可合法地修改作者的作品,修改权也就失去存在的意义。因此,可以将修改权和保护作品完整权共同理解为广义的修改权。

对上述广义修改权的不能作绝对理解。

尽管作者有权修改自己的作品,但这不等于说,作者修改自己的作品可以不受任何限制,恰恰相反,不少国家的著作权法对此加以限制。如对于已经出版发行的作品,作者只有在再版时才能修改,并且应在出版者所允许的范围内进行修改。^①

作者对于他人修改自己作品的禁止权也是相对的。在新闻编辑中,编辑常常要对来稿进行修改。如果这种修改并不改变作品的内容、观点,也不会对作者的声誉造成影响,则不能认为这是对作品完整性的侵害。但如果编辑对来稿作品的修改涉及作品的内容、观点,或已超出技术性处理范围,则应征得作者同意,否则将构成侵害作者的保护作品完整权。

^① 李永明:《知识产权法学》,杭州大学出版社1995年版,第85页。

当然,我国《著作权法》没有将保护作品完整权纳入修改权,在司法实践中也有一定的优越性。曾发生这样一个案例:某作者将作品交出版社出版,出版后发现作品错别字、错误标点很多,作者一纸诉状,将出版社告上法庭。在此案中,认为出版社侵犯作者的修改权是比较牵强的,而用保护作品完整权则更能说明问题。

二、著作权的经济权利

著作权中的经济权利,又称为著作财产权,是指著作权人依法享有的从作品使用中获得财产收益的权利。我国《著作权法》规定的著作权的经济权利包括复制权、发行权、出租权、展览权、表演权、放映权、广播权、信息网络传播权等。下面对与新闻传播关系较密切的经济权利进行介绍。

1. 复制权

复制权是指以印刷、复印、拓印、录音、录像、翻录、翻拍等方式将作品制作一份或者多份的权利。复制权是著作权中最基本的经济权利。权利人只有控制了作品的复制,才能够有效控制随后的多种使用作品的行为。^①

大体上,复制可以分为两种形式。第一种复制形式可以称为不改变载体的复制。这种复制方式较易为人们理解。如报纸、刊物的印刷,静电复制机的复印,手工抄写,磁带拷贝,等等。第二种复制形式可以称为改变载体的复制。这种复制方式有的尚不难理解,有的则可能引起较大的争议。将口述作品以书面形式记录下来,这是一种复制,人们对此大致可以取得共识;但如果认为将设计图纸上的建筑图以施工方式建成真正的建筑物也是一种复制,则很多人会发生疑问,但在著作权法中,这确实是一种复制行为。此外,将作品进行数字化是否是复制?这曾在学界引起激烈争论。持肯定意见的人认为,数字化未改变作品的表现形式,当然是复制行为,持否定意见的人则认为,在数字化制品中,作品是

^① 刘春田主编:《知识产权法》,北京:中国人民大学出版社2000年版。

以“1”和“0”的排列序列表现的,因此作品数字化不是复制。1999年,国家版权局颁布的《关于制作数字化制品的著作权规定》,将已有作品制成数字化制品,不论已有作品以何种形式表现和固定,都属于《著作权法》意义上的复制行为。

2. 发行权

发行权是指以出售或者赠与方式向公众提供作品的原件或者复制件的权利。作品的发行是著作权人实现经济权利的重要环节。在报刊为例,印刷(复制)的目的是为了向受众发行,否则印刷也就失去了意义。值得注意的是,就同一作品载体,著作权人的发行权只能行使一次。比如,报刊出版者将报刊出售给零售商,此时它已行使了一次发行权,对已售出的报刊,出版者不能以侵犯发行权为由,控制零售商的转售行为。

3. 表演权

表演权是指公开表演作品,以及用各种手段公开播送作品的表演的权利。

表演,包括现场表演和机械表演。所谓现场表演,亦称为“活表演”,是指演出者运用演技,向现场观众表现作品的行为。而机械表演是指借助录音机、录像机等技术设备,以物质载体的形式,向公众传播被记录下来的表演的方式。机械表演可以打破时间、地域的限制,再现表演。^①但是,在《著作权法》修改之前,我国的著作权法律制度对著作权人表演权的保护仅限于现场表演权。1991年颁布实施的《著作权法实施条例》在第5条中对表演的界定是“演奏乐曲、上演剧本、朗诵诗词等直接或者借助技术设备以声音、表情、动作公开再现作品”,这就明确排除了著作权人控制机械表演的权利。

然而,《伯尔尼公约》要求其成员国对著作权人的机械表演权进行保护。《伯尔尼公约》第11条规定:“戏剧、戏剧音乐及音乐作品的作者,享有专有权以授权:1. 以任何方法或方式公演其作品;2. 将其作品的演出向公众作任何传播。”“以任何方法或方式公演其作品”指的是现场

^① 薛虹:《网络时代的知识产权法》,北京:法律出版社2000年版。

表演,而“将其作品的演出向公众作任何传播”则是指机械表演了。我国是在1992年10月15日加入《伯尔尼公约》的,为了适应加入《伯尔尼公约》的需要,国务院于1992年9月颁布了《实施国际著作权条约的规定》,其中第11条规定:“外国作品的著作权人,可以授权他人以任何方式、手段公开表演其作品或者公开传播对其作品的表演。”该规定是符合《伯尔尼公约》要求的,与当时适用于中国公民的作品的《著作权法实施条例》相比,增加了“公开传播对其作品的表演”即我们所称的“机械表演权”。这样,就表演权而言,对外国人的保护力度显然超过了对中国著作权人的保护,形成了所谓的“超国民待遇”。在《著作权法》修改之前,中国音乐著作权协会曾与肯德基、麦当劳等公司以及北京、上海等地的一些大饭店洽谈过播放背景音乐的著作权问题,但是遭到拒绝,理由是《著作权法》中没有规定中国著作权人的机械表演权。法学界和著作权人要求修改法律的呼声越来越高。2001年10月27日九届全国人大常委会第二十四次会议通过了《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国著作权法〉的决定》,终于以法律的形式赋予我国著作权人以机械表演权。^①

4. 广播权

广播权是指以无线方式公开广播或者传播作品,以有线传播或者转播的方式向公众传播广播的作品,以及通过扩音器或者其他传送符号、声音、图像的类似工具向公众传播广播的作品的权利。这与《伯尔尼公约》的规定是一致的。《伯尔尼公约》第11条之二第1款规定:“文学艺术作品的作者享有下列专有权利:(1)授权广播其作品或以任何其他无线传送符号、声音或图像的方法向公众传播其作品;(2)授权由原广播机构以外的另一机构通过有线传播或转播的方式向公众传播广播的作品;(3)授权通过扩音器或其他任何传送符号、声音或图像的类似工具向公众传播广播的作品。”

以无线方式广播作品,其载体是无线电波。在著作权法上,具有无线发射功能的电视台、广播电台、卫星电视等对作品的传播均属广播行

^① 胡滨斌:《背景音乐收费之法理分析》,载《经济与法》2003年第5期。

为。因此,只要是电视台或广播电台播放享有著作权的作品,就应取得权利人的许可,并向权利支付相应的报酬,至于电视台或广播电台是否以营利为目的,并不重要。在《著作权法》修改之前,曾规定广播电台、电视台非营业性播放已经出版的录音制品,可以不经著作权人、表演者、录音制作者许可,不向其支付报酬,和国际公约的规定相悖的。

以有线方式传播作品,通常指以同轴电缆传送电视或广播信号,也包括旅店、住宅小区内部的有线广播或电视系统对作品的传播。这种方式的传播同样要经著作权人许可,并向其支付相应的报酬。

5. 信息网络传播权

信息网络传播权,即以有线或者无线方式向公众提供作品,使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品的权利。

信息网络传播权是信息技术发展的产物。《著作权法》明确规定信息网络传播权之前,法学界对通过互联网传播作品是否侵权,侵犯的是何种著作权利争论不休。这是由于传统的著作权经济权利无法说明互联网交互式传播的特点。

我国目前《著作权法》对信息网络传播权的规定是符合有关国际公约的规定的。1996年12月在日内瓦召开了关于若干著作权与邻接权问题的外交会议,制定了《世界知识产权组织版权条约》(WCT),规定了作者通过互联网传播作品专有权利。WCT第8条规定作者享有“将其作品以有线或无线方式向公众传播,包括将其作品向公众提供,使公众中的成员在其个人选定的地点和时间可获得这些作品”的专有权利。这和新《著作权法》对信息网络传播权的表述是基本一致的。

6. 汇编权

汇编权,即将作品或者作品的片段通过选择或者编排,汇集成新作品的权利。在《著作权法》修改之前,我国《著作权法》将该项权利称为“编辑权”。

汇编权不同于汇编作品的著作权。设想某人准备编辑一本中国当代文学作品选,选中了一位文学家的作品,则编辑者应事先取得文学家的许可。对文学家而言,他有许可(当然也可以拒绝)编辑者将其作品编入此选集,并取得相应报酬的权利。用著作权法的术语,他可以行使对

该作品的汇编权。汇编作品的著作权是指编辑者享有的著作权。根据我国《著作权法》的规定,汇编若干作品、作品的片段或者不构成作品的数据或者其他材料,对其内容的选择或者编排体现独创性的作品,为汇编作品,其著作权由汇编人享有,但行使著作权时,不得侵犯原作品的著作权。

第二节 编辑与著作权

编辑是传播活动的把关人,许多著作权侵权行为如果能够在编辑眼中发现,被编辑及时处理好,就会避免一些纠纷的出现。同时,加强编辑的著作权意识,对防范编辑本人侵犯作者和他人著作权的职务行为也是非常必要的。

一、事前约定方式的规范

我们常常可以在报纸和杂志中看到类似“稿约”或“声明”,合同法中,稿约是一种“要约邀请”行为,当作者向媒体投稿的时候,他实现的是“要约”行为,如果媒体决定录用他的稿件,并向他表明,则是“承诺”,这时候双方才达成“合意”,当事双方互相享受权利、承担义务。我们所看到的“稿约”往往指出此报纸和杂志在这一阶段需要什么样的稿件,同时注明:由于力量所限,概不退稿;禁止作者向他报或他刊投稿;编辑部具有对作者稿件的修改编辑权等内容。这里却没有交代任何对于稿酬支付标准的具体条款,没有说明编辑部对稿件修改的具体权限,更没有承诺在收到稿件后多少期限以内给予作者回复。这些行为有的是明显有失公平的单方面格式合同,是不存在效力的。按照《著作权法》第32条第一款规定:“著作权人向报社、期刊社投稿的,自稿件发出之日起十五日内未收到报社通知决定刊登的,或者自稿件发出之日起三十日内未收到期刊社通知决定刊登的,可以将同一作品向其他报社、期刊

社投稿。双方另有约定的除外。”超过这个期限没有回复的,作者可将其视为不采用稿件而另投他处。《著作权法》并没有将这个期限规定死,“双方另有规定的除外”一条,就给当事双方留下了余地。在这种情况下,如果媒体要告知作者本社的特殊规定,而且内容合理,可以在特定的版面和位置加以告知,并且需要周期性的刊登或者连续登载,以尽告知义务。编辑对来稿的编辑权不是毫无限制的。《著作权法》第33条规定:“报社、期刊社可以对作品做文字性修改、删节。对内容的修改,应当经作者许可。”没有特殊约定,修改内容是不被允许的,即使是“文字性修改”,编辑也要注意这并不代表就是全部的“文字修改”,因为对于某些蕴含作者观点和倾向的关键词不能仅仅当作一般的文字进行修改,改了可能内容就完全不同了,因此,对这种关键词的修改已经进入了内容修改的范畴。总之要把握的标准是这种修改不会影响作品内容的完整和作者思想的表达。

二、防止侵犯作者著作权

编辑是传播活动的把关人,对其编辑行为的要求一是把好别人的关,即鉴别来稿不侵犯他人著作权,二是把好自己的关,即避免自身职务行为侵犯他人著作权。

1. 避免侵犯他人署名权

对于来稿,尽可能在查阅相关文章的过程中判断其是否对他人作品有侵犯署名权的嫌疑,这种行为是将他人作品全盘复制,只改动一下名字,占为己有。目前许多媒体的征稿启示中,一般都有“文责自负”一条,但现实中即使发生来稿“全盘剽窃”现象也对其无计可施,这一方面是由于编辑精力和能力所限,不可能对每一篇文章都认真检查,另一方面是因为即使发现此类行为,也往往是在文章发表之后,不能撤稿下来,又没有相应的其他处罚措施跟上,所以客观上造成了对此类行为的纵容。笔者认为,这种侵犯他人署名权的行为,是学术上最严重的“剽窃”现象,除了被侵权人主张之外,媒体也可以制定严格的处罚措施,比如号召读者、观众检举,一旦发现此类现象,则本媒体对那位作者进行

“封杀”，几年或者更长时间内不采用他的作品，同时接受读者、观众的监督。另外，严格把关“合作作者”署名，目前有些文章在得知被采用后要求追加第二作者、第三作者的现象比较普遍。根据《著作权法》规定，合作作者必须对该作品有实质性的参与，而不仅仅限于一般的帮助，将原本不属于合作作者的人署名是对作者署名权的侵犯。现实中，这些要求追加的第二第三作者往往并没有参与创作，只是虚有其名，有的编辑利用职务之便为自己或帮人署名，则更是荒唐之举。

2. 正确行使修改权，保障他人作品完整

根据《著作权法》赋予编辑的“文字性修改”的权利，在实际操作过程中，为避免纠纷，期刊社应根据专家审稿意见，对作品中可能存在的非文字性问题告知作者，让作者修改或做出说明，对于观点上有分歧的问题，在没有试验方法、试验设计、统计分析等错误的情况下，应尊重作者的观点，坚持“百花齐放、百家争鸣”的方针。如果时间允许，尽可能的将编辑修改后的稿件发送给作者，让作者做最后的修改和确认，这样可以有效的避免纠纷。^①现实操作中，某些编辑为求文章生动活泼，在文章中间插入大量的图片、表格、漫画等内容，如果出现指示不清或者隐含错误信息，致使作品完整性受到破坏的话，编辑同样实行了侵权行为。

3. 防止侵犯他人信息网络传播权和获得报酬的权利

修改后的《著作权法》明确规定作者有网络信息传播权，著作权人有权通过网络传播获得报酬的权利。媒体不经著作权人允许，无权将他人向传统媒体来稿刊登在网络上，无权在网站上擅自登载“版权所有”等“声明”字样，如果取得作者授权，也应把网络用稿和传统媒体用稿区分，及时将网络用稿稿费寄予著作权人。同时网站编辑在链接或转载其他网络作品时，也应深入学习《著作权法》，防止侵权。关于网站著作权保护的策略，笔者在网络法一章有详细的论述。现实中存在某些编辑部将全年或半年刊物抵作稿费回报作者的现象，除非双方有事先约定，这种行为也侵犯了著作权人获得报酬的权利。

^① 胡景辉、孙而敏：《论编辑活动中的著作权保护》，载《农业图书情报学刊》2002年第4期。

三、引述文献等的著作权

在报纸、广播、电视三种传统媒体中,除了出于保密等特殊需要,编辑应严格把关引用他人观点、语言的出处,操作中有些媒体用“据消息灵通人士透露”、“据悉”、“某专家说”等模糊语言蒙混过关,虽然很少有人会与作者和媒体较真,但严格地说,只要这些引用不是被采访对象透露,而是作者从其他作品中引用,就存在一个著作权问题,《著作权法》允许“合理使用”,但需要注明著作权人出处。新闻作品出于时间的需要,很少有在文后作引注的情况,但编辑需要将这种情况在文中引注处理完成,严格编辑细节。

参考文献引用规范对学术期刊尤为重要。《著作权法实施条例》第27条规定:适当引用他人已经发表的作品,必须具备下列条件:(1)引用的目的仅限于介绍、评论某一作品或者说明某一问题;(2)所引用部分不能构成引用人作品的主要部分或者实质部分;(3)不得损害被引用作品著作权人的利益。这个条例实际上对引用作品的“量”度有一个规定。根据文化部1985年颁布的《图书、期刊版权保护试行条例实施细则》规定,作者引用他人作品不得超过原作品的1/10,所引用作品的量在作者创作的作品中不得超过1/10。对于引用的“质”,《著作权法》没有明确规定,因为《著作权法》保护的只是内容的表达,而对内容的实质却很难制约。因此从这个角度说,如果有人将他人观点用自己的语言进行阐述,则很难被认定为侵权,某些盗用他人学术成果情节严重的,我们也仅能以道德规范施以谴责。

转引侵犯著作权人利益的情况比较普遍。有的作者在引用原著时未将其列入文后的参考文献中,导致后面的转引者将中介作者当作原始文献的著作权人,有的仅在文后列出参考文献,却未将其与文内具体内容对应,“一方面,随着转引次数的增多,导致原始文献失真和被断章取义的可能性增大,有时甚至以讹传讹,这就侵犯了作者保护作品的完整权;另一方面,当中介文献被列为参考文献时,原始论文的作者享有的署名权无形中被剥夺,被中介论文的作者所占有。因此学术期刊编辑

的很大一项工作就是查阅原始文献,在规范文后参考文献时,必须要求作者记录原始论文的作者、篇名、出版项等内容。但当原始论文是国外文献,而中介论文又是原始论文的译文时,可再加注中介论文的译者、篇名、出版项等内容。”^①

这里引用一位编辑体验的国外编辑对参考文献的重视程度。“在向外国刊投稿前,笔者在参考文献中已较国内做了更多的工作,但在编辑的回函中,仍在参考文献上做了一些记号,告知笔者必须在补齐这些‘缺少的信息’后,才被接受发表。经笔者核查,这些缺陷主要是百科全书的责任人只写了主编,未写明具体所参考文献的那些文章的作者;合作作者未把三个作者全列出;个别编辑作品未写明起止页等。一看便知国外编辑仔细检查了全部参考文献,似乎还检索了全部英文参考文献,哪怕是微小的疏忽,也不可能蒙混过关。”^②

第三节 对“一稿多投”问题的认识

1999年7月,舆论界曾对一稿多投现象进行集体讨伐。事件缘自《青年与社会》杂志刊登出一稿多投“黑名单”,在这张“黑名单”上,编辑部列出了20位相关的作者姓名和联系地址,并由此引发了一场名誉权纠纷。除此以外,许多报刊陆陆续续地对某些一稿多投的作者进行“封杀”,尽管讨伐之声不绝于耳,然而现状仍然不容乐观。近年来,还有一些法律界、新闻界的专家及从业人员提出“一稿多投”的合法性,与讨伐者针锋相对,质疑之声频传。这里对“一稿多投”问题作个梳理。

讨伐“一稿多投”者认为:根据《著作权法》第32条第一款规定:“著作权人向报社、期刊社投稿的,自稿件发出之日起十五日内未收到报社通知决定刊登的,或者自稿件发出之日起三十日内未收到期刊社通知

① 金铁成:《从著作权法的角度审核文后参考文献》,载《出版发行研究》2002年第7期。

② 刘可静、鲍良言:《参考文献与著作权》,载《编辑学报》1995年第7卷第3期。

决定刊登的,可以将同一作品向其他报社、期刊社投稿。双方另有约定的除外。”因此,如果在这个期限内再投他刊,可以认定是一种违法现象。一些作者完成作品后,一次性将文章投至多家媒体,并没有等待媒体在规定期限内的通知。虽然有人能“歪打正招”被一家媒体刊登,从而避免一稿多用现象的发生,但其行为的实质已经违法。探究这些作者动机,无非或是出于多拿稿费,追求物质利益,或是出于博得名声,扩大作品影响的目的。其行为的结果,是污染了整体传播氛围,同时造成媒体经济利益和社会声誉的降低。

赞成“一稿多投”者认为,《著作权法》第32条规定的时间过长,一些时事性很强的文章如果要等到三十天或十五天的期限,可能早已失去时效性,即使到时改投他刊,也已毫无用处。事实上,许多媒体和出版机构很少有在这个期限内进行答复,有的强调各种编辑部客观原因在“稿约”中注明“恕不退稿”“延长期限至两个月”等条款,公然违反《著作权法》规定,本身不合法在先。

对于以上两种对立的观点,笔者认为,单纯的“封杀”和道德谴责作用不大,“一稿多投”问题最终还是要通过法制来解决。

第一,《著作权法》的立法宗旨在于保护著作权人的利益,“一稿多投”不会侵犯著作权人利益。作者将作品“一稿多投”并不会损害其自身的著作权,相反,将有限的资源进行多次利用反而有利于整体传播环境的发展,所谓“好书不厌百回读”,说明受众也有接收的迫切欲望。从媒体和出版社的角度考虑,其对作者作品的修改与编辑在构成汇编作品后享有对该汇编作品的著作权,如果是出版社则享有对该作品的邻接权,但“一稿多投”并不会侵犯汇编作品的著作权,也不会侵犯出版社的邻接权,因此从媒体和出版社的角度考虑,不会侵犯他们的合法利益。

第二,目前媒体运作现状是“一稿多投”频发的原因之一。在作者投稿之后,虽然自己没有“一稿多投”,但发现自己的文章被多家其他媒体刊用,后来发现,原来或是转载,或是所投媒体与其他媒体间的“合作协议”使得自己的作品在未得到同意的情况下被刊用,同时得不到稿费的现象屡屡发生。在这种情况下,作者和媒体双方各自形成两个群体,无疑作者一方由于资源稀缺而成为弱势群体,弱势群体在这种情况下寻

求“一稿多投”的无奈之举也是对自身权益的救济。

第三,《著作权法》对于投稿回复期有待调整。目前即使是修改后的《著作权法》也未对第32条的期限作出调整,15天、30天的期限已经跟不上信息时代对传播速度的要求,只有对《著作权法》源头上的修改才能改变目前“一稿多投”频发的现状。

第四,目前应遵循“专有许可使用”条款。在《著作权法》还未作出调整的情况下,媒体和作者双方应该按照《著作权法》的规定,就著作权许可使用与作者签订合同,如果媒体想独占作者发表权,并且得到作者许可,则双方可以在合同中约定“专有许可使用”。在签订了“专有许可使用”合同的情况下,作者的一次发表权在这家媒体“用尽”,如果再投他处,则属于违约行为。对于媒体在类似“声明”的“稿约”中提出的“专有使用”要求,要具体考虑是否能够保证每位作者都能看到,如果是显失公平的格式合同,则没有效力。

另外,探究“一稿多投”产生的原因,稿件资源未被合理利用也是原因之一,一方面是大量稿件被长期积压,一方面是舆论打击“一稿多投”,但结果往往成效甚微。寻求良好的稿件利用机制是改变这种现象的方法之一,比如学习国外“稿件托拉斯”类似机构,各媒体联合建立稿件处理平台,利用网络环境将投稿、选稿、退稿等程序进行协调,投给一家媒体的稿件不被采用,则可以在其他媒体间进行调配,这样,对杜绝“一稿多投”现象会起到一定的作用。

第四节 电子期刊的著作权

维普公司的《中国期刊数据库》是学术圈里广为利用的全文电子数据库,它将纸质期刊文章全文扫描录入,通过多种形式进行出售,确实为相关人士提供了方便的检索方式,然而,这种便捷的检索方式里面暗含着对文章作者和期刊出版者权利的侵犯。当2001年这个案例呈现在大众面前时,反思的目光主要集中于几点。

一、电子期刊数据库造成侵权

1. 著作权人

首先,类似维普的电子期刊数据库是以提供单篇文章供用户选择查阅为方法的,用户最终接触的是他所需要的文章,因此文章作者是电子期刊数据库首先侵犯的著作权人,文章作者以其作品的独创性拥有著作权,享有决定自己的文章如何发表的发表权,维普公司未取得作者的许可将其作品编入自己的数据库是一种侵权行为。未经过作者授权,电子期刊数据库的制作使作者对稿酬数量多少的控制权减弱,甚至因不知情而无法控制。其次,此类数据库除了对作者文章进行收录利用外,还采取整本期刊集中录用、扫描的方式采集作品,这直接从数据库的检索关键词中反映出来,输入“期刊名”,用户可以发现许多期刊历年的全部作品尽收其中。由于期刊社对来稿作品进行了修改、整理等再加工,根据《著作权法》第14条和第35条,期刊社享有对汇编作品的著作权,同时享有对作品版式设计的著作权。

针对电子数据库所收录作品的著作权人类型,电子期刊数据库应取得期刊出版者和作品作者的授权,才能合法销售其数据库产品。第一,对于期刊出版者,与其签订著作权许可合同,这项工程虽然比较浩大,像维普公司涉案的7000余种期刊,一一与期刊社达成协议应该还是可行的,况且大量的工作都是可持续甚至是永久性的。如果作者与期刊社签订了专有著作权使用协议,那么数据库制作者只需与期刊社交涉即可解决作品作者的著作权问题。第二,对于大量作者未与期刊社签订专有著作权使用协议的情况,数据库制作者还必须与作者签订著作权许可合同才能避免侵权问题的产生。

2. “合理使用”与“法定许可”是否适用?

除了维普公司的《中国期刊数据库》,目前流行盛广的还有清华大学的《中国学术期刊网》(CNKI)等为使用者大量应用的产品。有人对于此类数据库的认识比较模糊,“合理使用”与“法定许可”概念在这里能否适用?

大专院校、科研院所等机构电子期刊数据库的使用可以纳入“合理使用”范畴。合理使用是指依据法律明文规定,不必经著作权人许可而无偿使用其作品。目前我们看到的许多电子期刊数据库大量的被大专院校、科研院所的师生和研究人员使用,根据《著作权法》第22条规定:“为个人学习、研究或欣赏,使用他人已经发表的作品;为学校课堂教学或者科学研究,翻译或者少量复制已经发表的作品,供教学或者科研人员使用,但不得出版发行。”如果电子期刊数据库的制作和使用都限于此严格的范围之内,那么这种数据库是受《著作权法》保护的“合理使用”行为,但事实上,电子数据库制作者除了在一些高校通过“集体用户”形式允许其使用外,其他面对个人的服务都是有偿的。而针对高校和研究机构这样的“集体用户”,有一部分通过校际间的共享达到了数据库的共同使用,更多的或是通过买卖,或是通过转让其所出版刊物发表权等形式达成合同,真正无偿的“合理使用”少之又少。

电子数据库转载作品不能完全适用针对因特网的“法定许可”。法定许可是指在法律明文规定的范围内不经著作权人许可使用作品,但应向著作权人支付报酬。《最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》第3条规定:“已在报刊上刊登或者网络上传播的作品,除著作权人声明或者上载该作品的网络服务提供者受著作权人的委托声明不得转载、摘编的以外,网站予以转载、摘编并按有关规定支付报酬、注明出处的,不构成侵权。但网站转载、摘编作品超过有关报刊转载作品范围的,应当认定为侵权。”期刊全文电子数据库在互联网上发行可以主张适用法定许可,如维普公司所行,将转载报酬交由中国版权保护中心集体管理部,但这种网络上的传播只是该公司出售其产品的一种形式,其他光盘等出版物形式都难以纳入这一范围。另外,对于最高人民法院的这个司法解释,由于新修改的《著作权法》未对其进行确认,学界还有对这一解释是否“合法”的质疑。

二、完善著作权集体管理制度

网络时代,对类似电子期刊数据库等作品,一方面通过网络进行传

播能够促进知识成果的广泛传播与共同分享,另一方面,对于作品的著作权保护又成为激励创新,推动科技进步的前提。著作权集体管理制度的引进与建立将在著作权人和普通受众之间寻求良好的利益平衡,同时还是具有操作性的可行之路。著作权集体管理是指著作权人通过一定形式授权著作权集体管理机构代其行使自身部分权利,并享受由他人使用其作品带来的物质利益。这些机构代行的任务包括监视著作权人作品的使用情况、和使用者协商订立使用方式与条件、发放作品授权使用证明、收取使用费并将使用费转交给著作权人等等。

1. 著作权集体管理的基本情况

(1)概念:著作权集体管理是指著作权人、邻接权人或者其他权利人授权有关组织,代为集中管理著作权、邻接权的制度。^①

著作权的集体管理起源于法国。1777年,法国著名戏剧家博马歇创立了戏剧法律局,其职能是与拒付作品演出使用费的剧院老板作斗争,该组织就是今天法国戏剧作者和作曲者协会(SACD)的前身。集体管理历史上另一重要的事件发生在1847年。两位法国作曲家和一位作家在巴黎一家音乐咖啡厅发现那里正以现场演奏的方式表演其音乐作品,于是提起诉讼并获得胜利。鉴于词曲作者个人很难单独控制和行使自己的权利,他们成立了世界上第一个管理音乐演奏权的组织,这就是现在的音乐作者作曲者协会(SACEM)。^②

(2)性质:对著作权集体管理组织的性质,各国立法的态度不完全相同。

大多数国家认为著作权集体管理组织是非营利性组织。在这些国家一般的看法是集体管理组织成立的目的是为了维护著作权人的合法权益和促进社会文化艺术事业的发展和繁荣,带有社会公益性质。法国、德国、瑞士、西班牙等国都是这样规定的。

少数国家立法规定著作权集体管理组织可以进行营利性活动。例

① 韦之:论著作权集体管理机构管理的权利——关于著作权法修订稿的思考,载《法商研究》1999年第3期。

② 国家版权局编:《著作权的管理和行使文论集》,上海译文出版社1995年,第36页以下。

如俄罗斯联邦著作权和邻接权法规定,著作权集体管理组织就是在个人实际行使财产权利有困难的情况下,为了保障作者、表演者、唱片制作者及其他著作权和邻接权所有人的财产权,建立的这些权利所有人的财产权集体管理组织。该财产权集体管理组织有权从事商业活动。日本也有类似的规定。^①

我国的立法和大多数国家相同,《著作权法》第8条明确规定著作权集体管理组织是非营利性组织。

(3)与权利人的关系:对于集体管理组织与权利人的关系,一般认为有代理、信托、转让等。如果主张代理关系,则集体管理组织只能以权利人的名义主张权利和进行诉讼,我国也有许多学者主张集体管理组织与权利人的关系是信托关系。

我国的发展:中国第一家著作权集体管理组织是成立于1992年12月的中国音乐著作权协会,是经国家民政部登记的自主经营的社团法人。根据中国音乐著作权协会章程,协会的宗旨是保护音乐著作权,维护音乐著作权人的合法权益,推动音乐创作和使用,促进中国音乐的繁荣。协会主要管理音乐作品的录制权、表演权、广播权。最新统计数据表明,2002年中国音乐著作权协会的收缴使用费总额超过1600万,年增长率达60%以上。

目前,国家版权局已经批准成立文字作品著作权协会,筹备工作正在进行中。截止到2001年12月底,中国文字作品著作权协会筹备委员会已经吸收了包括中国许多著名作家在内的会员2200多人。而中国音像协会著作权集体管理筹备委员会也已于2002年上半年成立。

2. 组建期刊著作权集体管理组织

针对电子期刊数据库作品的特点,我们可以借鉴发达国家的做法,对不同种类的著作权集体管理组织展开研究,组建期刊著作权集体管理组织是解决这一问题的良好途径。

(1)首先由各期刊社成为著作权集体管理组织的分组织。由各期刊

① 全国人大常委会法制工作委员会民法室:《〈中华人民共和国著作权法〉修改立法资料选》,北京:法律出版社2002年版,第354页。

社和作者签订出版合同,这种合同,可以是“使用”,也可以是“专有”出版使用合同,要求作者将作品的著作权“部分”或“完全”“转让”给出版者。由此,期刊社成为该作品使用权的独家所有人,期刊社常常享有“独占”的权利,一旦其他出版单位刊登作品,或者以转载、汇编等其他形式使用该作品,期刊社可以主张自己的权利。这时,按照国际通行的认识,期刊社成为期刊著作权管理组织的分组织,处于分散状态的各作者无需与集体管理组织交涉,即可通过期刊社以统一和公平的形式与著作权集体管理组织协商事宜。

(2)明晰著作权中作者所有与期刊出版者所有的界限,如果期刊出版者交付电子期刊出版者的内容仅仅是作者劳动产生的作品,则在利益分配中期刊社仅作为一个中间人的角色出现,如果其交付电子期刊出版者的内容中还包含了期刊社的汇编、修改等形式的劳动,则应将所得收益进行分割,这里如何分割,按什么样的比例,有无监督机构等问题都需要有更完善的机制与条例跟进。

(3)国家版权管理机构承担严格的监督管理职能。一方面或按行政区划或按部门分割进行著作权集体管理分组织的设立,让不同研究方向、不同地区的每一个著作权人都能毫不费力的找到对其受理的著作权集体管理分组织;另一方面,积极组建并完善全国期刊行业行使著作权的惟一组织,使这个组织与分组织之间的联系直接而紧密,让著作权人的委托要求最直接的到达这个惟一的组织,由国家相关行政部门赋予著作权集体管理组织一定的职能,达到更好的管理职能,同时在条件成熟时,实现由半官方性质的集体管理组织向民间社团形式的期刊著作权集体管理组织的转变。^①

(4)提高电子期刊数据库的网络传播效果与合法性。大量的网络服务商为了提高访问量,获取更多广告收入,常会搜集大量信息来丰富自己的网站,如果网络服务商和著作权集体管理组织进行合作就可以达到双赢。服务商与期刊著作权集体管理组织达成协议,就可无需通过著作权人许可对其作品进行使用,并迅速交付报酬,一方面避免侵权,另

^① 张爱绒:组建期刊著作权集体管理组织,载《科技与出版》2002年第5期。

一方面期刊著作权集体管理组织还可以提供给网络服务商其他服务,比如告知是否侵权的情况、定时通知最新信息等。

3. 期刊著作权集体管理组织的性质

作品作者或者期刊出版者是不是将其著作权委托给期刊著作权集体管理组织是一种自愿行为,著作权人有权选择委托哪个组织,以何种形式进行委托,委托期限的长短,以及其他权利义务关系。

(1)是否进行委托是著作权人的自有权利。由于其智力劳动的创造,著作权人是其应获利益的承受者,著作权人有权选择获得自己利益的时间、方式,同时有权放弃其应获利益,在著作权集体管理制度中,表现为著作权人可以选择授权给某集体管理组织,也有选择这家、不选择那家、以后选择、现在不选择等权利,因此,是否委托完全出于自愿,而非强制。著作权人的这种选择能力是与权利涵义相一致的,如果没有这种选择的能力,就不能说他们拥有著作权。

(2)著作权具有绝对性和排他性。著作权人享有获得作品著作权的权利,其对权利的拥有和支配是绝对的,除著作权人以外的他人都必须履行不侵犯著作权人权利的义务,也就是不作为的义务。著作权集体管理组织是著作权人以外的他人,因此也必须履行不侵犯著作权人权利的义务,是不作为的,因此只有在著作权人自愿的情况下才可能进行授权。著作权的排他性决定了除著作权人本人外的他人都没有使用作品的权利,如果著作权人将其权利委托给他人,那么他人才可以对这种权利进行处理,因此,著作权集体管理组织只有在得到著作权人委托的情况下才可以发生代理行为。

(3)著作权集体管理组织接受著作权人的自愿委托还通过该组织非营利的有偿行为体现。国际上,著作权集体管理组织更多的是一种民间机构,在我国此类组织发展的初期阶段,半官半民的状态更有利于树立组织的威信和形成良好的发展,不管是民间的,还是半官半民性质,此类组织所具有的公益性特征更凸现了著作权人委托行为的来去自由。著作权人向组织的委托是建立在平等主体间产生的等价有偿关系的基础上的,双方互负权利义务。一些著作权集体管理组织将其向使用者的收费分割成几个部分,除了支付给著作权人之外,还将一部分提取

出来扶持某领域的发展和青年人才的培养,当然还有一部分是作为集体管理组织自身正常运营所需的。这最后一部分份额里面包括了运营成本 and 所得利益,在非营利性的集体管理组织中所得利益几乎为零,而在营利性的集体管理组织中则包括这一部分收入,但一般也不会很高。公益性是其主要共同特征。如德国的美术作品集体管理机构,机构从使用者的会费中收取 10% 的行政费,15% 的用于扶持青年艺术家的社会文化基金,剩余 75% 归著作权人,经过 20 余年的积累,该机构年收入高达 2500 万马克,在公众中既有良好的声誉,又有较稳定的行政收入,从而形成了较好的运营条件。^①

4. 建立延伸性集体管理制度、特许性法定许可制度

在维普案中,由于包括作品作者和期刊出版社在内的著作权人数量庞大,即使维普公司一一与著作权人签订著作权许可合同,也很难保证不出现差错,因为具体操作过程中要处理好著作权人、汇编者和电子期刊出版人的关系,其中少一个环节都有可能造成侵权,何况这样的工作牵涉的人员部门众多,实践上并不可行。有专家提出建立延伸性集体管理制度和特许性法定许可制度,以解决电子数据库的著作权问题。

(1) 延伸性集体管理制度。北欧国家出现的“延伸性集体管理”允许在法律特别规定的范围内,集体管理组织可以管理非会员的权利。例如北欧国家就“对影印复制权”即采取“延伸性集体管理”体系,集体管理组织可以授权影印复制机构对不在该集体管理组织管理下的特定种类的作品进行影印和复制。这样,由期刊编辑出版者代作者与数据库制作者签订著作权许可合同的现有模式有望改变。现有模式存在的问题是:其一,期刊编辑出版者的数量也是成千上万,并不便于数据库制作者取得授权许可。其二,现有模式似乎把每个期刊编辑出版者都变成了实质上的集体管理组织,由其代作者向数据库制作者发放使用许可,并向作者转付稿酬。与其如此,还不如集中到一家集体管理组织统一管理提高效率。其三,期刊编辑出版者自身也是利益的分割者,有可能单独或者联合数据库制作者损害作者利益。虽然期刊编辑出版者将期刊稿费与

^① 王兰萍:《设立著作权集体管理机构的必要性及其定位》,载《出版发行研究》1999 年第 3 期。

电子数据库中的使用费一并支付给作者,但相比未加入电子数据库之前,稿费可能并无增加。第四,某些数据库制作者有可能与一些期刊出版者签订独占许可使用合同,从而影响其他数据库制作者的竞争。而在集体管理组织下,根据各国法律的强制要求和集体管理组织实践的通例,是不可能签订独占许可使用合同的。^①

在电子期刊数据库的管理中引进延伸性集体管理组织,有助于在不严重侵犯著作权人利益的情况下,充分适应目前我国著作权集体管理组织未发展壮大,会员数量有限等现状,平衡公众与著作权人的利益,达到最大程度的传播信息和知识。

(2) 特许性法定许可制度。所谓特许性法定许可,指在现行著作权法上的一般法定许可的范围之外,经过国家著作权行政管理部门审查批准后,特别允许极少数具有一定资金实力和信用保障的使用人,在著作权人未明确反对的情况下,可以不经著作权人许可,而使用其已发表的作品,但应委托中国著作权报酬收转中心向著作权人支付报酬。相对于强制许可,特许性法定许可不要求使用人先与著作权人协商,因而降低了使用人在需要海量作品时的交易成本。^②

对于什么样的使用者可以被相关部门认定“具有一定的资金实力和信用保障”可能是需要这项制度继续完善的地方,如果未对主体作出确切的阐释,那么相关行政部门在缺乏监督的情况下很难操作,并且充满着违法危机。因此,相关配套制度和特许性法定许可制度一样还有待建立和完善。

三、强化电子文献著作权保护

电子期刊制作者的侵权行为已引起社会各界广泛注意,对电子期刊著作权的保护也应引起足够重视。

① 袁真富:期刊全文数据库面临的著作权问题——以维普公司被诉侵犯著作权一案为引子, <http://go.6to23.com/soip/soip/qiany003.htm>

② 袁真富:期刊全文数据库面临的著作权问题——以维普公司被诉侵犯著作权一案为引子, <http://go.6to23.com/soip/soip/qiany003.htm>

2000 年月,一个网名为 shllKox 的人在网上传播对超星数字图书馆的破解软件,且超星每次升级后不久,破解软件也会立即升级更新,得到破解软件的人无须购买读书卡即可畅通无阻地下载、打印,损害了著作权人和著作权有关权利人的利益。虽然对于电子期刊数据库的侵权还未见大量报道,但由于传播规律的相同,其与数字图书馆的侵权方式和性质基本相同。

按照原《著作权法》,这种行为不构成侵权,因其只是解密,或只为解密提供技术或装置,自己并不实施盗版行为,但在修改后的《著作权法》中,这种行为已构成侵权。根据修改后的《著作权法》第 47 条规定:未经著作权人或著作权有关权利人许可,故意避开或者破坏权利人为其作品、录音录像制品等采取的保护著作权或者与著作权有关的权利技术措施的,属侵权行为。^①

1. 我国法律体系有关电子期刊数据库的保护条款

2000 年 12 月最高人民法院公布的《关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》对网络作品著作权纠纷案件的管辖、保护对象、作品数字化和网络传播权等作了明确的规定。

2001 年 10 月修改后的《著作权法》确立了信息网络传播权。在许可使用合同中,增加了转让权,即作者或其他著作权人通过法律许可的方式将其作品著作权中的全部或部分转让他人,如网络传播权、复制权、翻译权等。

《关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》明确规定了侵犯网络传播权、网络著作邻接权以及明知会导致侵权后果而故意去除或改变著作权管理信息等行为,都应依法承担民事责任。对网络环境下侵犯著作权应承担的法律责任主要是民事责任,适用民法通则、著作权法等关于法律责任的有关规定。《解释》还对追究网络著作权侵权行为人的法律责任所应当适用的法律条款做出了规定:首先,在审理涉及网络著作权侵权纠纷案件须追究行为人侵权责任时,

^① 戴波、徐静安、杨春雷:新著作权法与数字图书馆的著作权处理,载《图书馆理论与实践》2003 年第 2 期。

适用《著作权法》第 46 条关于侵害人身权、财产权的有关规定;其次,在审理涉及网络著作邻接权侵权纠纷案件以及在认定明知会导致侵权后果而故意去除或改变著作权管理信息等其他著作权纠纷案件须追究行为人为人责任时,适用《著作权法》第 46 条之规定;认定剽窃、抄袭他人作品的,适用《著作权法》第 46 条之规定。

我国 1997 年修订的《刑法》中已经设立了“侵犯知识产权罪”,对于著作权给予了刑法保护。《最高人民法院关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》对《刑法》的相关条款做了更加详细的解释。由此,我国网络环境下著作权的保护,已经实现了行政法规、民法到刑法的全面而有效的保护。^①

2. 通过技术手段进行保护

目前的网络发展还很大程度上受技术左右,虽然法律赋予著作权人“信息网络传播权”,而在现实中,著作权人主张这种权利存在一定的难度。在避免电子期刊数据库被技术手段侵权的同时,也应加强对电子期刊数据库的技术保护。

(1) 利用防火墙技术。由于电子期刊数据库很多情况下在图书馆、校园网上使用,因此在局域网或校园网与因特网之间设置防火墙,用以监测、限制、更改跨越防火墙的数据流就显得尤为重要。防火墙的主要功能是通过限制因特网用户对局域网的访问而使局域网与因特网分离,然而在现实操作中,由于局域网用户需要向外发出信息,在得到因特网用户反馈的同时,其 WEB 服务器就可以访问局域网,这时,将 WEB 服务器放置在局域网外部,通过防火墙对其进行保护就成为必然之举。现在效果较好且运用较多的是使用双层防火墙。外层一道防火墙,内层一道防火墙防,局域网可以突破内层防火墙访问外部网络,在攻击者侵入外层防火墙之后,也还有一个停火区域缓冲,更好的保护了内部网络的安全运营。

(2) 辅助反向代理方式。局域网和校园网的代理服务器负责内部网络对因特网的请求,而外部因特网对局域网的访问则需要将发到 WEB 服务

^① 晁晓筠:传统学术期刊数字化面临的著作权问题,载《编辑学报》2002 年第 4 期。

器上的信息首先通过指定的代理服务器转发。这种代理服务器并不是事先配置的,常常处于不确定状态,用户在通过一个代理服务器访问局域网时,这种代理服务的方式就是反向代理。而在反向代理过程中,代理服务器上并不会保存用户所访问网页的信息,使用反向代理服务器就将避免局域网与校园网上电子期刊数据库网页受到侵犯,提高了安全性。

值得一提的是,这是一对相对的概念,防火墙旨在保护局域网、校园网用户向因特网访问安全进行,同时避免因特网用户非法访问局域网、校园网,而反向代理针对因特网用户访问局域网、校园网时的安全防护问题。因此,将两者结合运用,共同施行是良好的组合。

(3)访问控制技术。为避免用户对电子数据库已有网页的随意删除、修改或拷贝行为,访问控制技术以对用户分配的使用权限对其进行查找和分类,比如说有的用户只有浏览标题和文摘的权限,有的用户可以整篇查看,有的还可以单篇复制或者整本下载,在用户进行浏览的时候,将其登陆的方式与出版者前期制作的访问控制表相比对,让先前登记在册的不同用户获得其应该得到的各项服务,对号入座,避免错误的发生。对于没有某种权限的用户,则将其严格挡在使用者之外。

(4)信息确认技术。与访问控制技术配合,信息确认技术通过严格限定信息的共享范围来达到防止信息被非法伪造和篡改。一个安全的信息确认方案应该能使:①合法的接收者能够验证他收到的消息是否真实;②发信者无法抵赖自己发出的消息;③除合法发信者外,别人无法伪造消息;④发生争执时可由第三人仲裁。按照其具体目的,信息确认系统可分为消息确认、身份确认和数字签名。消息确认使约定的接收者能够验证消息是否是约定发信者送出的且在通信过程中未被篡改过的消息。身份确认使得用户的身份能够被正确判定。最简单而最常用的身份确认方法有:个人识别号、口令、个人特征等。数字签名是附加在数据单元上的一些数据,或是对数据单元所做的密码变换,这种数据或变换允许数据单元的接收者用以确认数据单元来源和数据单元的完整性,保护数据,防止被伪造。^①

① 郑颖毅同:数字图书馆的著作权保护问题,载《图书情报论坛》2003年第1期。

第十章

网络传播法规

继报纸、广播、电视之后,网络作为新的传播载体日益成为大众媒体的崭新形式,为受众广泛接受并不可或缺。据 CNNIC2004 年《第十三次中国互联网发展状况调查统计报告》的最新统计,中国的家庭上网人数已突破 7950 万。伴随着“第四媒体”的发展,以保障公民言论自由,规范网络社会环境为主旨的网络立法也逐步发展。

大众传播法体系囊括一切大众传播媒介活动的法律规范。网络不仅作为大众传播媒介形式中的一种受囊括其中,而且由于网络作为信息传播的通道,前三种大众传播媒介可以借其“平台”更大程度的发挥信息传播功能,因此对于网络的立法还将影响到其他媒介的传播活动,推动整个传播法体系的创立和完善。

网络违法犯罪现象日益凸现,以维护公民权利,制止侵权,打击犯罪为目标的网络法需要覆盖的领域主要有:维护国家安全和互联网信息安全、规范电子商务活动、网络知识产权保护、涉外民事诉讼中的新问题,以及公民人格权保护在网络环境下的新发展等。

网络法是规范网络传播活动的法律。根据目前国际通行的立法现状,网络法并非表现为单一法律规范的形式,而是渗透到各国的宪法和部门法,在英美法系国家,判例法是主要的法律渊源,而在中国等大陆法系国家,我们的网络法也不是像刑法、民法那样立的单行法或基本

法,而是覆盖宪法这一根本大法,民法、刑法、诉讼法等部门法,还有一系列行政法规、地方性法规,各部门规章和地方政府规章等各个领域。这样既可节约立法资源,又可避免与现有法律的重复与冲突。

从1997年世界上第一部规范网络的法律——德国《多媒体法》颁布以来,世界各国对于网络的法律和规范性文件不断制定颁布。美国的《反域名抢注消费者保护法》、《通信法(1996)》、《美国数字千年版权法》,澳大利亚的《电子交易法》;欧洲共同体委员会颁布的《信息社会的版权和有关权绿皮书》;联合国国际贸易法委员会的《电子商务示范法》;世界知识产权组织《统一域名争议解决政策》、《统一域名争议解决办法补充规则》等。这些法律和规则不仅对于解决发生在本国网络世界的问题,同时对于协调处理国际间网络纠纷也提供了较好的解决方案。

我国从1996年2月1日颁布《中华人民共和国计算机信息网络国际联网管理暂行规定》开始,全国人大、国务院、国务院各部门、最高人民法院等单位相继出台了一批专门针对网络行为的法律、法规及行政规章。其中包括全国人大颁布的《关于维护互联网安全的决定》;国务院颁布的《中华人民共和国电信条例》、《互联网信息服务管理办法》;国务院新闻办公室颁布的《互联网从事登载新闻业务管理暂行规定》、《互联网电子公告服务管理规定》;最高人民法院颁布的《关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》等。虽然整个网络法体系还不尽完整,这些法律的颁布对于规范净化网络环境,推进我国网络法体系的完善作出了积极的努力。

随着网络信息的广泛传播和传统媒体纷纷上网,网络名誉侵权现象时有发生,在维护公民名誉权的私权利和言论自由的公权利之间,如何达到两权平衡是网络传播法的重要课题。由于目前我国网络法体系还处于发展完善阶段,网站和传统媒体新闻从业人员对信息传播权的认识还比较模糊。针对层出不穷的网络著作权侵权现象,传统媒体、网站、著作权人各方的权利义务需要明确界定并落实到新闻单位的规章,防止著作权侵权现象的发生。

互联网引领我们进入的是一个“peer to peer”的“对等传播”时代。在这种传播模式中,“非中心化”是对等传播的最本质特征。这一特征为

网络法治带来了一定的困难,同时为网络自治创造了良好的条件。网络新闻管理,可以自治和法治相结合,在伦理建设的基础上辅之以法制建设,网络新闻自治与法制建设相辅相成、和谐统一。

第一节 世界网络立法概览

1999 年 12 月 6 日美国唱片业协会 (Recording Industry Association of America; RIAA) 起诉被告 Napster Inc. 的 Napster 软件程序对于原告录音著作之著作权构成侵害。法院于 2001 年 2 月 12 日终审判决 Napster 败诉,正式停止各项音乐交换服务。

Napster 是一种免费下载的共享软件,可以让用户分享各自电脑硬盘上存储的文件,其功能强大的改进版本甚至允许用户交换各种类型的文件。该软件被下载后,首先会对用户的硬盘进行搜索,找到储存的文件,用户可以在其中选定允许他人通过网络复制、下载的部分。NAPSTER 网站的中央服务器记录了这些信息,并提供详细的文件分类列表。用户通过这些列表找到文件,但下载却是从他人电脑的硬盘中进行的。由于 Napster 软件可让使用者自由编辑、上网与朋友分享、交换 MP3 数字音乐,特别受大学生喜爱,而对唱片业造成极大冲击,因此美国唱片业协会与环球、华纳等五大唱片公司联名控告 Napster Inc. 侵犯著作权。

虽然 Napster 公司最终败诉,但此案的发生却让法律界重新审视了网络传播的魅力与威力,版权人与社会公众利益的平衡要求立法者审慎考虑科技创新与法律的关系,这只是网络世界出现的诸多案例中的一件。规范网络秩序、为网络立法,成为迫切需要解决的传播问题,同时也是法学界新的研究焦点。

“网络法”是 20 世纪 90 年代中后期,因国际互联网络的广泛应用及电子商务的迅速发展而产生的一个新的法学概念。国外从 1997 年起,已经出版了一批有关“网络法”的学术专著。多数发达国家及一部分

发展中国家已经开始了“网络法”的制定与完善。它同时成为国际法的一个重点。在这一领域,中国显然是滞后的。无论在学术上还是在立法实践中,“网络法”都是“解决因互联网络而带来的新问题”的有关法律的一个总称。国际上现有和正在制定或完善中的“网络法”,有的力图新增有关单行法,有的则致力于实行网络法“法典化”,以便一揽子解决网络给知识产权保护带来的新问题。^①

到目前为止,美国、英国、德国、韩国、日本、新加坡、法国等大多数国家都在网络立法上迈出了坚实的脚步,全球范围的网络立法还通过各种国际组织和地区联盟展开,联合国国际贸易法委员会的《电子商务示范法》,欧洲共同体委员会的《信息社会的版权和有关权利绿皮书》,世界知识产权组织的《世界知识产权组织统一域名争议解决办法补充规则》、《统一域名争议解决办法程序规则》、《统一域名争议解决政策》等先后颁布。

一、美国:追求自由精神的立法过程

美国的网络立法进程是伴随着追求言论自由的脚步同行的。因特网最早出现于美国军方的阿帕网系统,用于传输军队内部的文件与信息,后来随着越来越多计算机联网工作,终于形成了目前这样“点对点(peer to peer)”的对等传播,整个网络没有端点的发展模式。美国是全世界因特网发展最早也是最完善的国家。发展伴随着案例的增加,从1996年开始,美国的网络法律制定程序逐渐迈上进程,这同时又是美国人在网络世界争取言论自由的进程。

1996年2月1日,国会通过《电信法(1996)》(Telecommunications Act of 1996)。该法是对美国《电信法(1934)》的全面修订,特列专节规范以电脑通讯设备在网络上传送“色情、下流、淫荡、猥亵”的文字档案、影像档案等信息的问题,规定有:1、凡直接在网络上传送或“粘贴”“猥亵不正”的信息给未成年人,或者以未成年人可以取得的方式在网络上

^① 郑成思:《国际上电子商务立法状况》,载《科技与法律》2000年3月。

“展示”上述信息者,可处最高美金 25 万元的罚款,以及 2 年以下的有期徒刑。²、授权州政府可以在本法规定之外,针对非商业性质的网络活动,制定较本法严格的管制措施。^① 这是美国通信产业发展史上的一个重要转折点,也是第一次对网络进行规范立法的举措。

1996 年 10 月 11 日,国会通过《计算机反欺诈和滥用法》(Computer Fraud and Abuse Act),这是对 1986 年颁布的该法的修订,旨在惩罚与计算机有关的犯罪行为,被认为是惩治计算机黑客犯罪的里程碑。

1997 年 7 月 1 日,《全球电子商务框架》报告发表。该报告阐述了美国政府对全球电子商务基础结构的建设原则。

1998 年 10 月 7 日,美国众议院通过《儿童在线保护法案》(Child Online Protection Act),以限制未成年人访问国际互联网上的成人内容。

1998 年 10 月 28 日,克林顿签署《数字千年版权法》(Digital Millennium Copyright Act),对网络上的软件、音乐、文字作品给予全新的保护,严格侵犯著作权行为的惩处。

2000 年 2 月,美国政府通过了《统一电子交易法》(Uniform Electronic Transaction Act)。由此,电子签名与书面签名在美国具有同等法律效力。在规范网络商务行为和制定电子合同上提供了法律的支撑。

值得一提的是,在这些成文法中 1996 年的《电信法》和 1998 年的《儿童保护权利法案》受到了美国社会各界的广泛争议。《电信法》中限制网络色情的信息的法律受到攻击,一些网站经营者不得不设置过滤程序,把凡是含有 sex,erotic,erotica,canal 等具有 vulgar 含义的信息列入禁止范围,America Online 甚至将 breast 一字也列入禁止清单内,有人认为自此之后,不但许多医学或科学信息难以进入互联网,而且连 Ulysses 或者 Schindler's List 这类的经典作品,也都会因为这一

^① 陈志华:《美国网络立法概览》,2000 年 4 月《赛迪网》。

法律的限制而无法出现在网络上。^①网络团体认为这是以牺牲公众言论自由为代价的,违背了宪法第一修正案。1997年6月26日,美国最高法院作出终审裁定,判定CDA违宪,该法被宣布即刻废止。《儿童保护权利法案》要求所有图书馆及高中以下学校,都必须过滤互联网网络的内容,以保护儿童。这同样受到了美国图书馆协会的攻击,认为其有侵犯言论自由之嫌,以致这部法律从来都没有真正实施过。

二、英国:严格立法亦难阻“违法”者

与美国人追求高度民主自由的精神相异,务实的英国人对于网络的立法更多的是一种纯政府行为,对于网络犯罪的控制措施更为严格和细化。

在1996年以前,在没有网络专门法的情况下,英国主要依据当时现行的《黄色出版物法》、《青少年保护法》、《录像制品法》、《禁止泛用电脑法》、《刑事司法与公共秩序修正法》来规范网络犯罪行为。

1996年9月23日,英国政府颁布了《3R安全规则》,这是英国第一个网络监管行业性法规。“3R”分别代表分级认定、举报告发、承担责任。

英国政府1999年公布了《电子通信法案》。其主要目的是为促进英国电子商务发展,并为社会各界树立对电子商务的信心提供法律上的保证。

2000年10月,英国制定了《监控电子邮件和移动电话法案》。根据该法案,有权监控电子邮件和移动电话内容的部门,除警方和国家情报安全部门之外,还包括税收和社会福利监察部门。凡拒绝向监察部门提供解密密码或拒绝与监察部门合作的当事人,将被判处2年以下监禁,并课以重罚。颁布电子通信管理法有利于监察部门调查取证和打击犯罪行为。

虽然英国对于电子邮件的监控之严是世界其他国家难以企及的,

^① 陈旭锋:美国1996年通讯传播法简介,载《中国广播电视学刊》2002年第2期。

然而即便这样严格的立法思维也难以堵截网络“违法”现象的发生,“法无明文规定不为罪”,事实上很多行为除了引起社会争议外,还没有专门的法律对其进行规范。2003年8月,英国一家专门致力于为女同性恋和单身女性提供服务的网上精子银行19日宣布,他们的一名女客户通过该网站提供的精子,已成功怀孕并产下一名健康男婴。这是英国历史上第一个“网络精子婴儿”,然而他的诞生却在英国社会引发了巨大的争议。“根据1990年的英国《人工授精和胚胎管理法》,为了发现精子是否存在缺陷或类似艾滋病之类的疾病,所有捐赠给不孕诊所的精子都必须存放180天后才能使用。然而现在,精子提供者和购买者直接通过网络渠道进行交易,其交易过程完全游离于我们的控制之外。”^①

三、德国:第一部完备的网络法诞生

1997年8月1日,德国开始实施由联邦议院通过的世界上第一部全面调整网络媒体的法律——《多媒体法》,这是世界上最早也是最完备的成文网络法。他由三个新的联邦法律和六个将现有法律适用于新媒体的附属条款所组成。这三个联邦法令是:远程服务法(The Tele—Service Act)、数据保护法(The Data Protection Act)和数字签名法(The Digital Signature Act)。

与美国、英国等判例法国家大量借鉴网络法案例不同,在这部法律中,规定了社会诸方面出现的网络法律问题,涉及的领域有ISP的责任问题、个人隐私保护、数字签名、网络犯罪、未成年人保护等等,虽然并不是非常完善,却几乎囊括了网络法保护的各个方面。其中,区别于其他国家隐私权保护未在网络法中单列条文的现象,对于个人资料完善的保护措施在《多媒体法》中是比较系统的;对数字签名的管理是这部法律的另一亮点,这对于网络间传递信息尤其是电子合同行为提供了法律保障。

ISP责任问题是困扰世界各国网络立法的问题。德国这部《多媒体

^① 英国首例“网络精子婴儿”诞生,载《华商报》2003年8月。

法》的颁布为处理此类问题开创了先河,由此成为目前大部分国家普遍适用的标准。规定 ISP 应对其制作的内容负责。对于由他人制作、通过 ISP 经营者传播的信息,如果 ISP“合理地”可以预见信息内容违法,并且能够采取技术措施避免其使用,那么他应与信息提供者一起对该信息负责。然而,对于仅接受其接入服务的第三方的信息内容,ISP 并不承担责任,而由信息制作者和发布者负责。

这部法律的颁布在世界范围内引起震动,成为各国立法机构进行网络立法的参考,同时也为全球网络法研究专家广泛关注和引用。然而,在 1997 年,网络发展还远未完善,过早的颁布成文法并不利于网络媒体的发展。因此也暴露出一些缺陷。首先,在 ISP 责任问题上,什么样的内容是违法的,作为经营者的 ISP 能在多大程度上判断出信息的违法性?什么样的情况是可以“合理”预见的,ISP 经营者一旦发现“不良信息”,应该在多长的“合理”时间内进行删除?这部《多媒体法》并未严格规定,导致在许多案例中法院难以据此作出判决。其次,由于德国的刑法司法管辖采用领土原则和犯罪行为地原则,也就是说,只要犯罪行为是曾经在德国境内实施,德国即具有司法管辖权。这样一来,在德国境内任何可以接入的因特网站点发生的纠纷都可由德国司法机构管辖。这种普遍的管辖权现象带来的是不确定、不可操作的实际情况。事实上,这也是目前世界尚未解决的跨国管辖权问题。

四、韩国:网络经济一枝独秀

韩国总统金大中多次强调 21 世纪是“无限竞争的时代”,是“网络时代”。为了在这一时代站稳脚跟,韩国将发展网络经济看作是新世纪求生存、谋发展的法宝之一。早在 1999 年 3 月,韩国政府就确定了至 2002 年的国家信息化综合计划——“网络韩国 21 世纪”。^①

在《关于保护个人信息和确立健全的信息通信秩序》的法律中,明确规定个人信息管理者和使用者的权限和责任,对向第三者泄漏个人

^① 高浩荣,新华社,2001 年 5 月 16 日。

信息者将加重处罚,刑期在 7 年以下,并将处以 10 亿韩元以下的罚款(1100 韩元合 1 美元)。与此同时,这一法律还将加强对淫秽、暴力、犯罪等非法信息流通的管理。

与其他国家更多关注网络犯罪等立法问题不同,经济快速发展的韩国致力于电子商务和电子政务的建设。

电子政务从 1996 年开始。根据《促进信息化基本法》,韩国政府在 1996 年拟订了共同利用行政信息、电子文件系统、公共政府服务等 10 个“信息化基本计划”。2001 年 2 月,韩国国会讨论、通过了《关于实现电子政府和促进行政业务电子化的法律》。运用电子政务,政府信息高度公开,赢得了公民的信任,同时提高了政府的工作效率。

电子商务齐头并进。1999 年颁布的《电子商务基本法》“旨在通过澄清以电子讯息方式进行交易的法律效力以保证交易的安全和可靠,确保公平交易,并进一步通过确立健全有序的交易模式,促进电子商业的发展,以有利于国民经济。”2000 年 2 月,韩国政府发表了“促进电子商务综合对策”,确定了搞活电子商务的五项主要措施,包括整理和完善有关电子商务的法律法规;设立电子交易纠纷协调委员会;扩充高速通信网和物流体系等基础设施;加强对电子商务的技术开发;促进政府采购的电子商务化;在企业经营的各个方面引进并扩大电子交易;加强网络贸易的国际合作。同时,韩国全面修改《电子商务基本法》、《电子签名法》,使之与国际接轨。^①

第二节 我国网络立法体系研究

一、网络案例推动立法进程

1999 年 4 月,原告陈卫华以“无方”为笔名撰写了《戏说 MAYA》

^① 高浩荣,新华社,2001 年 5 月 16 日。

一文,刊载在其个人网页《3D 芝麻街》上。被告《电脑商情报》未经原告同意将该文全文转载。原告诉称,被告的行为侵犯了原告的著作权。被告对转载事实没有否定,但称该稿件系他人通过电子邮件推荐,没有见到“版权所有请勿转载”的内容。被告于1998年10月16日在报纸上将该文全文发表,署名为“无方”,并在发表时加注“作者与3D一样发源不详”。被告同意以国家稿费标准付给《戏说MAYA》一文的作者稿费231元,但是原告须证明他就是作者“无方”。同时被告认为自己并无主观过错,不构成侵权,因此不同意支付惩罚性稿费的要求。经北京市海淀区法院审理,最终判决被告侵犯原告《戏说MAYA》一文的版权行为成立,判决被告停止侵权、赔礼道歉和赔偿经济损失924元。

这起被称为网络著作权第一案的案件已被我国《最高人民法院公报》收录,成为当时司法界审理网络案件较早的参照案例。虽然法官根据著作权保护客体的独创性和可复制性,将此案例圆满解决,但当时并没有明确的法律条文对网络作品著作权加以保护。2001年,修改后的《著作权法》规定了“网络信息传播权”,从此,网络著作权保护有据可查。

我国网络立法是随着因特网的发展和诸多案例的不断涌现而逐步推进的。

钱天白先生是我国互联网创始人。1987年9月20日,钱天白先生通过国际互联网向前西德卡尔斯鲁厄大学发出了中国第一封电子邮件——《穿越长城 走向世界》。1990年11月28日,他代表CANET在美国的国际互联网中心正式注册了中国的顶级域名CN,标志着互联网正式进入中国。

第一次与国际互联网连接是1994年4月,中国科学技术网(CNNET)接入因特网。

第一个上网的媒体是《中国贸易报》,于1995年10月20日上网。

我国第一部网络法规是《中华人民共和国信息网络国际联网管理暂行规定》。在1996年1月23日由国务院颁布。该法规确定了“国家对国际联网实行统筹规划、统一标准、分级管理、促进发展的原则”,并且决定成立国务院信息化工作领导小组,负责协调、解决有关国际联网

工作中的重大问题。

电子证据第一案——“薛燕戈诉张男案”是我国网络法启蒙第一课。1996年7月该案原告因被告冒名发出电子邮件而痛失出国深造的机会,案件的审理使“电子证据”概念从此深入人心。

我国第一例黑客案件发生在1998年6月16日。黑客先后侵入上海某信息网中的8台服务器,破译了工作人员和500多个用户的账号和密码。犯罪分子杨某以“破坏计算机信息系统”的罪名被逮捕。这是新刑法实施以来,我国第一起以该罪名侦查批捕的刑事犯罪案件。

第一个公开道歉的病毒制造者是一位台湾大学生。1998年7月26日CIH病毒侵入中国,该病毒作者陈盈豪是一名台湾大学生,后来他发表公开道歉。

第一个中文域名注册于1998年由中西公司首次推出。中文域名注册的推出使因特网汉化的程度大大进步。中西公司决定在第一批申请单位中为10家政府机构和10家企业提供免费中文域名。

我国第一张专业扫黄软件“五行卫士”于1999年4月8日在京推出。这一软件能有效识别网络、磁盘、光盘等上的中英文黄色内容,任何人想通过电脑终端查询黄色信息都将被发现,在技术上把实时监控和加密结合起来。

第一个信息产业行业自律组织于1999年4月8日产生,由国内8家知名中文互联网站——搜狐、新浪、ChinaByte、网易、国中网、上海热线、瀛海威等在京宣誓成立。

第一例网上著作权案是1999年4月陈卫华诉《电脑商情报》案。最终法院判决被告《电脑商情报》因未经同意,转载陈卫华刊载在其个人网页《3D芝麻街》的文章而败诉。

二、我国网络法覆盖的领域

对于网络行为的规范主要集中在:维护国家安全和利益,不在网络上发布有关损害集体、国家和民族的言论;自觉维护网络系统的安全和正常运行;不制造、传播计算机病毒及从事其他侵犯网络 and 他人合法权

益的活动;不利用网络散布虚假、淫秽或恐怖信息;防止侵犯他人合法权益的违法行为发生,同时正确运用法律手段保护自己的合法权益不受侵犯。

1. 网络安全立法

2000年12月28日,全国人大通过《关于维护互联网安全的决定》,针对保护互联网运行安全,维护社会主义市场经济秩序和社会管理秩序,保护个人、法人和其他组织的人身、财产等合法权利,列举了具体的违法犯罪现象,从宏观上进行互联网安全的管理。

维护互联网信息安全的法律集中在新修改的《刑法》中的条文里。

非法侵入计算机系统罪。《刑法》第285条规定,违反国家规定,侵入国家事务、国防建设、尖端科学技术领域的计算机信息系统的,处三年以下有期徒刑或者拘役。由于对未经许可侵入网络服务供应商、公共信息网络等计算机系统,新刑法并无作出规定。因此在实践中对上述现象还无法规制。

非法破坏计算机系统罪。《刑法》第286条规定,违反国家规定,对计算机信息系统功能进行删除、修改、增加、干扰,造成计算机信息系统不能正常运行,后果严重的,处五年以下有期徒刑或者拘役;后果特别严重的,处五年以上有期徒刑。违反国家规定,对计算机信息系统中存储、处理或者传输的数据和应用程序进行删除、修改、增加的操作,后果严重的,依照前款的规定处罚。故意制作、传播计算机病毒等破坏性程序,影响计算机系统正常运行,后果严重的,依照第一款的规定处罚。

以计算机为工具的犯罪。《刑法》第287条规定,利用计算机实施金融诈骗、盗窃、贪污、挪用公款、窃取国家秘密或者其他犯罪的,依照本法有关规定定罪处罚。

信息产业部发布的法规主要有:

2002年3月14日,《国际通信出入口局管理办法》颁布,对国际通信出入口的设置、调整和撤销,国际通信出入口的管理和运营都有明确的规定。办法指出,未获得国际通信业务经营权的电信业务经营者,不得租用国际通信传输信道用于经营国际通信业务,不得购买、自建或参与建设国际通信传输信道。

2002年3月14日,《国际通信设施建设管理规定》颁布,旨在加强国际通信设施建设的统筹规划和行业管理,维护国家利益,保障国家通信主权和安全。规定制定了明确的条文,国际通信设施建设项目的审批应当遵循何种程序,建设单位申请审批国际传输网建设谅解备忘录或建设维护协议应当提供规定的材料。

2002年3月14日,《建立卫星通信网和设置使用地球站管理规定》颁布,旨在规范建立卫星通信网和设置、使用地球站行为,避免卫星网络之间、地球站与共用频段的其他无线电台之间的相互干扰,促进卫星通信事业的健康发展。

2002年5月10日,文化部发布了《文化部关于加强网络文化市场管理的通知》,要求各地文化行政部门针对网络文化市场存在的问题,深入研究、充分论证,建立、健全全国网络文化市场监控管理系统,形成统一、高效、便捷的网络文化市场管理平台。

2. 版权立法

2000年11月,信息产业部发布《关于互联网中文域名管理的通告》,规定在中华人民共和国境内从事中文域名注册服务或注册代理活动,应获得信息产业部批准,同时列举了申请从事中文域名注册服务或注册代理活动应当具备的条件和应提交的材料。

2001年1月,最高人民法院颁布的《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》,对网络纠纷案件的管辖、作品数字化和网络传播后的著作权归属、侵权行为的认定、网络服务提供者的法律责任以及损害赔偿等问题作出了规定。

2001年6月26日,最高人民法院审判委员会第1182次会议通过了《最高人民法院关于审理计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》,对涉及计算机网络域名注册、使用等行为的民事纠纷案件的管辖,域名注册、使用等行为构成侵权的条件、对恶意的认定、对驰名商标事实的认定、法律适用、民事责任的承担等问题作出了规定。

2001年10月,全国人大修订了《著作权法》,新法中规定了“网络信息传播权”,确立了作品通过网络传播的法律地位。

2001年12月24日,新闻出版总署颁布《互联网出版管理暂行规

定》。指出新闻出版总署负责监督管理全国互联网出版工作。制定全国互联网出版规划,并组织实施;制定互联网出版管理的方针、政策和规章;制定全国互联网出版机构总量、结构和布局的规划,并组织实施;对互联网出版机构实行前置审批;依据有关法律、法规和规章,对互联网出版内容实施监管,对违反国家出版法规的行为实施处罚。

3. 信息服务管理立法

2000年9月20日,国务院通过《互联网信息服务管理办法》,它将互联网信息服务(即网站)分为经营性和非经营性两类,并具体规定了其经营的资格、内容、管理机构和处罚方式等。

2000年10月8日,信息产业部通过《互联网电子公告服务管理规定》,“电子公告服务,是指在互联网上以电子布告牌、白板、论坛、留言板、聊天室等交互形式为上网用户提供信息发布条件的行为。”从此之后,网络服务商承担起了监控和记录义务,中国每个网络用户上网的第一分钟起,一举一动均被记录在案,而且每一份记录都将保存60天,以备国家有关机关依法查询。

2000年11月8日,国务院新闻办公室、信息产业部《互联网站从事登载新闻业务管理暂行规定》,中国的互联网上“非官方出身”的网站不允许有自己的新闻记者,不能自己采编新闻。这条规定的最大受影响者,莫过于在纳斯达克上市的数家中国网络公司。这也表明了中国政府对网络沿用了与传统社会一样的管理观念和措施。

2001年4月3日,信息产业部、公安部、文化部、国家工商行政管理局公布《互联网上网服务营业场所管理办法》,对于申请开办互联网上网服务的营业场所,列举了应当具备的具体条件,同时对于互联网上网服务营业场所经营者应当履行的义务进行了严格界定。

2001年4月3日,针对当时社会出现的诸多违法现象,国务院办公厅发出了《关于进一步加强互联网上网服务营业场所管理办法的通知》,要求由各省、自治区、直辖市电信管理机构负责,组织协调公安机关、文化和工商行政管理等部门,从2001年4月5日开始,集中3个月的时间,对本地区“网吧”等互联网上网服务营业场所进行一次专项清理整顿活动。

4. 电子商务立法

2000年2月,中国国家信息化办公室公布《中国电子商务框架》,这是中国迈向电子商务的第一座里程碑式的文献。与别国提倡的由企业主导的“全球电子商务框架”不同的是,中国将由政府主导当前的电子商务进程。总体框架主要包括:政策法规标准;组织机构明确电子商务工程的实施者、监督者;市场和应用先搞好试点工程,进而推出示范工程;技术产品和产业;多层次、多领域的人才培养;电子商务基础设施,确立国家级的灾难检测恢复中心。

2000年1月上海市制定政府规章《上海市电子商务价格管理暂行办法(数字证书部分)》,以加强上海市电子商务数字证书认证服务价格管理,规范上海市数字证书认证服务收费行为。

2000年3月30日,中国证监会发布《网上证券委托暂行管理办法》,旨在切实保护投资者利益,防范风险,加强网上证券委托的管理,保证我国证券市场健康发展。规定证券公司应提供一个固定的互联网站点,作为网上委托的入口网站;证券公司开展网上委托业务的同时,如向客户提供证券交易的行情信息,应标识行情的发布时间或滞后时间;如向客户提供证券信息,应说明信息来源;并应提示投资者对行情信息及证券信息等进行核实。

2000年5月,北京市工商局发布《关于对利用电子邮件发送商业信息的行为进行规范的通告》,通告提出,因特网使用者利用电子邮件发送商业信息,应遵守以下规范:未经收件人同意不得擅自发送;不得利用电子邮件进行虚假宣传;不得利用电子邮件诋毁他人商业信誉;利用电子邮件发送商业广告,广告内容不得违反《广告法》的有关规定。

2000年9月1日,北京市工商行政管理局发布《经营性网站备案登记管理暂行办法》,指出北京市工商行政管理局是国家工商行政管理局授权的进行全国经营性网站备案登记试点的主管机关,对经营性网站实施监督管理。

2001年4月,海南省颁布了政府规章《海南省数字证书认证管理试行办法》,规定凡在海南省从事数字证书认证业务活动的单位,须经省信息产业行政管理部门进行资格认定,方可开展数字证书认证业务,

并且列举了申请应具备的条件和应提交的书面材料。

2002年12月6日,广东省人大常委会通过《广东省电子交易条例》,各级人民政府应当采取鼓励措施,促进电子商务及相关电子技术、电子交易方式的发展和体制创新;省人民政府信息产业行政主管部门负责电子交易的政策指导、行业监管和协调;通信、工商、公安、税务等行政管理部门在各自的职权范围内,依法监督电子交易活动,及时查处违法行为。

三、新闻网站的著作权保护

网络著作权问题是传播学界和法学界共同研究的焦点,涉及因特网上媒体的著作权问题,虽然新修改的《著作权法》已将“网络信息传播权”专门列出,但两年来媒体侵权现象却层出不穷的出现,因此笔者专列一段,以作深入探讨。

目前因特网上提供新闻信息的网站主要有三大类,其一是新浪、搜狐等大型商业性网站;其二是传统媒体上网,如新华网、人民网等;其三是由传统媒体联合组成的大型新闻网站,如上海的东方网、天津的北方网、广州的南方网。除此之外的商业网站、政府网站、个人网站相较于前三者,刊载新闻的功能要弱许多。本篇主要讨论后两者的著作权问题,因为只有这两者才具有发布新闻的权利,商业网站只有通过跟新闻网站合作的方式才能登载新闻。^①

据CNNIC2003年7月9日的最新统计,中国的家庭上网人数已突破5560万,居世界第二位。^②细心的网民却往往发现,没有署名,或者署名模糊的新闻充斥网际,同一新闻不同署名的现象时有发生。新闻网站如何以恰当的方式防止侵害他人的著作权,同时又避免被他人告上被告席呢?

① 根据《互联网站从事登载新闻业务管理暂行规定》(国务院新闻办公室和信息产业部2000年11月7日联合发布)。

② 中国互联网络发展状况统计报告,2003年7月。

1. 防止侵犯他人著作权

新闻网站具有发布新闻的特权,但就目前的大型新闻网站而言,他们早已超越了建站之初单纯发布自采新闻的初衷。

新华网囊括了上海、浙江、重庆等全国 32 个分社的地方频道。人民网开设了时政、国际、娱乐、健康等 30 个版块,加之新华网的“新华论坛”、“焦点网谈”、人民网的“强国论坛”以及各新闻网站名目繁多的小社区,有的甚至都具有手机短信等增值业务。新闻网站综合化、门户化是发展方向,事实上,国际大媒体也都有诸多的网站分支。华尔街日报拥有 3 个网站;CNN 拥有 10 个网址,包括 CNN 新闻网,CNN 财经网,CNN 个人化新闻服务网等。

如此庞大的信息规模,其中包括传统媒体记者自采信息、作者来稿、网站转载信息、汇编信息、社区上载信息等多种来源。规范各种信息来源的著作权问题是新闻网站的当务之急。

(1)未授予著作权,新闻网站无权将传统媒体的投稿搬上网。这里指的是由作者投稿,首先在报纸等传统媒体刊登,后被新闻网站发布的信息。

对这种信息新闻网站是否有权利直接搬上网?根据我国《著作权法》的规定,对来稿作品,报社并不拥有著作权,只是拥有一次发表权,在报纸上发表过了,只支付了一次稿酬,是否就当然可以在其网站上再次发表呢?众所周知,新闻网站是赢利机构,不具合理使用的权利。而法定许可则被允许。根据《解释》的规定:“已在报刊上刊登或者网络上传播的作品,除著作权人声明或者上载该作品的网络服务提供者受著作权人的委托声明不得转载、摘编的以外,网站予以转载、摘编并按有关规定支付报酬、注明出处的,不构成侵权。”^①参照目前事实,新闻网站向作者支付稿酬的情况少之又少。有的媒体可能说,我们在支付报纸用稿的时候已经将网络版稿费一并支出,但这却很难解释开办网站前和开办网站后稿费未见提高的事实,也未有任何告知。新闻网站只有通

① 《最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》(2000 年 12 月 21 日颁布)第 3 条

过传统媒体与作者签订版权协议,才具有对来稿作品的网络发布权。

由于目前商业网站还没有自采新闻的权利,他们常常通过与新闻网站签订转载合同的形式发布新闻。这时,新闻网站也应考虑自己与著作权人签订的版权协议中有没有完全取得著作权,如果作者已经授予,则可以对作者的发表权作处理,如果作者只是将发表权授予传统媒体和由传统媒体联合组成的新闻网站,则商业网站无权登载作者来稿。

(2)标题式深层链接无法法律依据。新闻网站常常在主页上标出一醒目标题,读者点击后进入其他网站阅读。

从目前的操作实践来看,主页链接的现象少之又少,更多的是直接进入他人网站目的网页的深层链接。这种链接跳过主页,直接进入信息所在页面,导致受众不易辨认信息的真正来源,即使文末注明作者,也会侵害被链接网站的权利。因为主页对网站的重要性不可低估,人们习惯于将重要的广告放置在主页上,以此实现应有的点击率和广告收入。

对深层链接,应从两方面考虑:一方面,新闻网站应尽量采取链接主页的方式引导受众阅读信息,或者在本网站页面上列出被链接信息的明确网址,而不仅仅一个标题。另一方面,用户通过深层链接访问某一特定网页时,网页上的信息只是临时存储在用户自己的计算机内,尚未构成复制或传播,但在实际案例中,新闻网站却有可能被原告以不正当竞争之由起诉,或者由于标识太过模糊而侵犯他人著作权。因此,在接到权利人关于侵权的通知后,被告有义务及时采取技术措施,防止侵权后果的扩大。

(3)社区侵权新闻网站只负注意义务。目前大多数新闻网站都设有论坛、聊天室等社区。网站对这种开放式空间配有版主等管理人员。

如果网友在论坛中转贴他人文章造成著作权侵权,新闻网站只负注意义务,即在“合理时间”内将文章删除。根据论坛自身的独特运行机制,论坛经营者法律责任机制的核心是:在信息发表后的一段合理时间内审查并行使编辑权力。该机制包括以下三层含义:首先,在信息发布前,论坛经营者(包括版主)由于不能审查信息内容,因此不承担法律责任。其次,论坛经营者必须在信件发表后的一段“合理时间”内对信息内容进行审查,如发现有不当之处应立即删除。由于论坛系统都有自动记

载发表时间和删除时间的功能,因此对于时间的举证是可行的。第三,如论坛经营者超出“合理时间”后怠于履行审查义务或应该发现并删除不当内容却因忽略而没有发现或删除,则论坛经营者应依情况承担行政和民事责任。^①

网站所负的注意义务还包括在网友登录论坛之前应设置一个注册程序。据《解释》规定:服务提供者在著作权人的要求下无正当理由应提供侵权行为人在其网络的注册资料。^②所以,为便于查找提供侵权作品的侵权行为人,用户注册就成为一个必不可少的程序。

2. 保护自身著作权

虽然目前从事登载新闻业务的商业网站都必须通过协议方式从新闻网站转载,然而,当我们随意点击大小商业网站,甚至小到个人主页,由权威媒体发布的新闻随处可见,有的内容完全相同,署名却不见踪影。于是新闻网站维权呼声日益高涨,这也成为目前网络发展的一大顽症。

(1) 汇编作品声明版权,同时做好被侵权后的证据保存。汇编作品是新闻网站自行编辑新闻后的劳动成果,享有对作品的汇编权。

版权声明通过警告不得转载未经授权的作品行为,用法律的威慑力告诫试图非法转载的行为人,尤其对那些没有网络信息传播权概念、自认为网站上的作品可以自由流传的网友起到一定的警示作用。值得注意的是,如前文所言,网站上有些作品的作者并未将著作权授予网站。这时,网站的版权声明只对自己享有权利的作品有效,对于其他作品则没有效力。

汇编作品包括网站编辑劳动后的新闻组稿,也包括由网站技术人员加工后的网页镜像。

从多篇新闻稿的编辑修改、排列组合、编辑评语,到网页主体色彩、风格、布局、频道名称,这些都受著作权保护。曾经发生在上海东方网股

① 王迁:论BBS的法律管制制度,载西北政法学院学报《法律科学》,1999年第1期。

② 见《最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》(2000年12月21日颁布)第6条。

份有限公司与济南某公司间的“真假东方网案”中,被告济南这家公司以“eastdays.com”为域名的网站几乎将东方网“eastday.com”的镜像全盘复制,侵害了东方网的网页、图标著作权,最后以败诉告终。^①在目前网络法规还不完善,网络执法困难重重的情况下,一旦新闻网站发现权利受到侵害,应做好两方面的工作。第一,要进行证据保存,如果侵权主体是出版商或者报纸等传统媒体,可以购买或复制被侵权作品。如果是网站,则要考虑到网络常常被更新的现实,提请公证机关进行公证,根据《办法》规定,网络信息需在 60 小时内被保存,^②因此只要在这个时间段内提起公证,取证是可行的。超过这个期限,即使提请公证,公证机关也可能无法公证。第二,及时发出侵权通知,告知对方在哪些地方有侵权嫌疑,发生在哪天、哪个网页、具体文章。如果拒绝对方转载,则告知其停止侵权,如果允许,则可以要求对方支付费用。做好这两方面的工作,即使将来发生侵权诉讼,新闻网站将会处于更主动的位置。

(2) 技术措施为非时事性作品著作权加道锁。非时事性作品是指除了消息之外的其他新闻体裁,包括评论、述评、通讯等等,还可以包括自创性较强的长标题。

前文提及的版权声明和证据保存在现实中还不足以防止侵权事实的发生,技术保护为著作权上道锁是可行而有效的。著作权法不保护时事性新闻作品,然而对于具有一定自创性的其他新闻体裁却在保护之列。新闻网站与其在事后疲于起诉,不如事前进行预防。这不仅能起到良好的效果,还有助于在网络上提倡尊重知识产权的意识。

对于评论性、汇编性作品,新闻网站可以采取技术允许“只读”,防止拷贝。虽然目前还没有新闻网站采取此种方法,但随着网站内容的趋于完善和网站经营更趋企业化,这种保护方式一定会如同邮件收费般摆在网民面前。对于某些交互性的服务频道,如果未向全体网民公开,只是采用注册或者会员制形式,可以收费形式限制进入,这样即使侵权

① 高云:中国网络经典案例法律透视, <http://www.blogchina.com/new/display/2486.html>。

② 《互联网信息服务管理办法》,国务院第 31 次常务会议 9 月 20 日通过。

也容易取证。如果是向全体网民公开的,则可以采用征询用户意见的方式,当用户上传信息时,他可以选择“允许他人复制”和“不允许他人复制”两种处理方法,“允许他人复制”的网站不对其信息做任何处理,“不允许他人复制”的网站则对其进行加密。

联系新华社所拥有的强大的信息中心,目前主要采用内部网络的形式将商业信息售与相关企事业单位,如果做好技术保护工作,这些信息完全可以搬到因特网上让个体用户付费订阅,不仅有利于信息的充分利用,还将收到良好的经济效益。

对于网上另一种新媒体的保护是当务之急。“流媒体”是目前新闻网站上发展最快同时也是保护最薄弱的环节。所谓“流媒体”,指在网络上线性传播,同时与传统媒体,主要是广播、电视同步播放的影音节目。由于“流媒体”作品制作复杂、传播效果较好,日益成为侵权的对象。国内媒体网站如中央电视台还主要是将部分已经播放过的节目置于网上,而香港的凤凰卫视、台湾东森电视台,以及 CNN、BBC 等都有“流媒体”在网站上发布直播节目。虽然网站会通过设置权限、过滤等方式避免侵权者复制,但高明的技术人员还是能够写出各种软件来破解,这时加密与解密这对矛盾的对抗就要看谁技高一筹了。

第三节 网络立法与表达自由

1997 年 8 月初,消费者王洪购买了一台恒升公司生产的笔记本电脑,不久发现存在严重的产品质量问题。经与公司多次交涉,没有得到满意答复。1998 年 6 月,王洪将《请看我买恒升上大当的经过》一文发布在互联网上。并且设立名为“IT315”个人网站,向社会公众全面介绍本案进展。本案被告《生活时报》和中国计算机世界出版服务公司出版的《微电脑世界周刊》也就此事撰写了报道。1998 年 9 月 7 日,恒升集团以王洪、中国计算机世界出版服务公司和《生活时报》社为共同被告,向北京海淀法院提起名誉侵权诉讼,索赔经济损失 240 万元。

法院最终判决:被告王洪停止在国际互联网上对北京恒升远东电子计算机集团名誉权的侵害、删除全部主页内容,注销网址以及主页有连接的镜像域名,在新浪、网易等中文站点刊登向北京恒升远东电子计算机集团致歉的声明,声明须经法院审查许可;王洪赔偿原告经济损失人民币9万元;被告服务公司和《生活时报》公开赔礼道歉。

这不仅仅是一起普通的名誉侵权案件,虽然当事双方都是现实中可以认定的原被告,但名誉侵权的事实却发生在网络上,该案涉及许多目前法律上界限模糊不清、尚待解决的问题,如消费者身份的认定、网络言论自由尺度、网络管理者的责任等。

除了王洪诉恒升案,另一起发生在网络上的名誉侵权案更可借鉴,这是一起原被告以网名形式出现的特殊案例。

2001年在南京颇有口碑的论坛西祠胡同上曾发生一起名誉侵权纠纷案,网名“红颜静”的小姐状告网友“大跃进”对其进行侮辱、诽谤,造成她的名誉权受侵害。法院作出一审判决:“大跃进”侵权事实成立,被判在该网站向原告公开赔礼道歉,并赔偿精神损失费1000元。用网名公开侮辱网友而输官司,在我国尚属首例,专家称,此案的判决将载入中国互联网史册。^①

网络言论自由更多的体现在网友能够自由发言的虚拟空间。此案之后,像“红颜静—大跃进”案一样发生在虚拟空间的侵权案还时有发生。

一、虚拟空间名誉侵权的认定

虚拟空间的言论自由不等于侵权自由,它同样要承担法律责任。这是没有争议的,但因为其电子媒体的特性而带来了几点争论。首先,他们并非以真实身份进入网络,名誉侵权的构成需要有明确所指,这样以ID形式出现能否构成侵权?其次,传统媒体有记者、编辑充当信息传播的把关人,他们站在信息传入的通道过滤、筛选信息,同时承担造成不

^① 《网络立法:强制与激励并行》,载2001年7月19日《人民日报华东新闻》。

良后果的责任,那么以第四媒体著称的网络又有谁来把关,怎样承担责任?另外,网络作为一种新的传播方式本身是以言论自由、个性张扬的特性安身立命的,很难想象传统媒体审稿制度等类似操作程序注入后虚拟空间还会有多大优越性,网络立法如何面对表达自由?

近年来网络侵权事件随着因特网的普及而频繁出现,从《大学生》杂志状告“首都在线”侵犯了该社对《考研胜经》的著作权、名誉权,引起个人主页设计者与服务商谁该成为被告的讨论,到“恒升笔记本电脑名誉权纠纷案”中关于法人名誉权和公共利益孰轻孰重的争锋,网络名誉侵权问题为司法审判提供了最新的案例。发生在西祠胡同上的这起案件不同之处在于,原告和被告并非以真实姓名展示于人前,一方对另一方的侮辱、诽谤也只是以ID身份为攻击目标,这就存在一个侵权能否真正实现和原被告身份认定问题。

根据《中华人民共和国民事诉讼法》,民事诉讼案中的原告为保护自己的民事权益向法院提起诉讼,对于原告的要求必须是能够证明与本案有直接利害关系的公民、法人。如果虚拟空间中的一切行为都仅仅在虚拟情况下完成和传播,没有构成对现实中具体公民、法人的名誉侵害,那么这种侮辱行为和诽谤也是虚拟的,但如果他人能够在现实生活中指认被侵权人,就构成了名誉侵权案。

1997年12月30日公安部发布的《计算机信息网络国际互联网案例保护管理办法》第10条第五款规定:“建立计算机信息网络电子公告系统的用户登记和信息管理制度”。建立用户登记制度就是为了确定虚拟空间用户的身份,以便必要的时候追究其法律责任。原告主张自己的名誉受侵害,只要能够重新登陆就能证明自己的身份,因此对于原告的认定应该不是问题。被告的身份是原告在主张其权利时必须举证的。由于“红颜静—大跃进”案中双方曾在网友聚会上见过面且有众多网友证明,因此对于被告“大跃进”的认定就相对比较简单。如果发生在其他案件上没有人证,那么原告一旦发现侵权事实就应立刻报告公安机关,因此根据《信息产业部互联网电子公告(BBS)服务管理规定》第15条“互联网接入服务者应当记录上网用户的上网时间、用户账号、互联网地址或者域名、主叫电话号码等信息,记录备份应保存60日,并在国家有关

机关依法查询时,予以提供。”公安机关可以通过上述信息确定违法行人的身份。

二、虚拟空间经营者的责任

1. 经营者的法律地位

网络法律关系的主体,无非就是两个方面,一是网络服务商,二是最终用户。网络服务商由它在网络行为当中具体所处的地位和作用区分,主要包括网络服务供应商(ISP)和网络内容供应商(ICP),ISP 主要提供接入与信息服务,提供虚拟主机,国内以瀛海威、讯业等为代表,国际上有 AOL、Altavista 等;ICP 主要提供内容服务,以新浪、搜狐、Chinabyte 等为代表。^①如果所有的网络服务商能够明晰得被分为这两种类型,那么对于他们的责任还是容易分辨的,ISP 相当于电信服务商这样一个法律主体,如果有人通过电话侮辱、诽谤他人,在电话上有违法行为,电话局不应承担责任。因为它对网上的内容没有过滤、编辑、审查、监控等方面的权力和能力。ICP 则不同,它类似于传统媒体中的报纸,如果文章或者其他作品侵权,报社应当承担一定的责任。虚拟空间如 BBS、聊天室、论坛等开设在 ICP 提供的场地内,虽然 ICP 不是行政机关,但它应该履行一定的行政管理职能。而实际上,中国 ISP 5 年来的发展证明,仅靠网络接入与信息服务无法维持生存与发展,ISP 与 ICP 合而为一的情况越来越普遍,因此 ICP 面临的问题实际上与 ISP 极其相似,这时就出现了责任不清的问题。

ISP 与 ICP 的法律地位在美国等西方国家可以建立传播者与发布者的概念区分。与传播学上对于传播概念的定义不同,这里的传播者是指在不知信息内容是否违法,不对信息承担筛选、检验、核实义务,仅仅是机械、消极、不加改变地对制作完成的信息进行传播的人与机构、书店、图书馆、报亭等都属传播者之列。由于传播者没有对信息进行把关

^① 张西民、康长庆:《新闻侵权:从传统媒介到网络》,北京:新华出版社,2000 年版,第 33~34 页。

审核义务,也不享有“充分的编辑方面的控制权”,一旦经过它的传播渠道的信息发生违法行为,如果不能举证证明传播者具有在了解信息内容违法之后仍进行传播的故意或过失,就不承担任何法律责任。

与传播者相对,发布者是一般意义上的大众媒体,报社、电视台、出版社、杂志社都属此列。他们自行采集、筛选、修改、发布信息,正是由于他们处于传播链条上的把关位置,对于信息有“充分的编辑方面的控制权”,法律推定有能力预见违法信息可能产生的危险后果,因而必须承担法律责任,根据违法信息产生的不同情况,发布者如果没有自行采集信息,他将与信息提供者承担连带责任,否则将独立承担。

虚拟空间作为一种全新的信息发布和传播场所,其特殊的动作方式使它既难以被归入“发布者”,也不完全符合“传播者”的特征。由于虚拟空间用户通过网络上载信息的过程是全自动的,经营者不能在用户信息发表前进行阅读、修改或删除,这使得他有别于传统媒体。同时,区别于书店、图书馆、报亭等法律意义上的传播者,虚拟空间经营者还可以在发现信息不当后对其进行修改和删除。这时,原本清晰的法律责任在这第三类情况下变得模糊不清。但这也并非代表虚拟空间经营者的法律地位及法律责任无法确定了,以虚拟空间上的信息被网民自动发表为分界,发表之前,虚拟空间经营者无法如传统媒体的编辑般对信息紧紧“守门”,因此不能以产生危险后果为标准追究其责任,而发表之后,经营者的责任也应该在一段合理的时间和标准下产生。

2. 以“合理时间”和“合理标准”追究虚拟空间经营者的责任

根据信息产业部《互联网电子公告(BBS)服务管理规定》第13条:“电子公告服务提供者发现其电子公告服务系统中出现明显属于本办法第9条所列的信息内容之一的,应当立即删除,保存有关记录,并向国家有关机关报告。”第9条所列的禁止性条款包括反对宪法所确定的基本原则的、危害国家安全、侮辱或者诽谤他人等9项。这里对于“发现”的具体界定及“发现”前后经营者的法律责任没有明确的解释,但在司法实践中这一点非常关键,无法避免。

根据虚拟空间自身的独特运行机制,这里应该有三层含义:首先,在信息发表前,虚拟空间经营者由于不能审查信息内容,因此不承担法

律责任。其次,虚拟空间经营者必须在信息发表后的一段“合理时间”按“合理标准”对信件内容进行审查,如发现有不当之处应予删除。由于虚拟空间系统都有自动记载发表时间和删除时间的功能,且大多数随信息本身登出,因此对于时间的举证是可行的。第三,如虚拟空间经营者超出“合理时间”后怠于履行审查义务或应该发现并删除不当内容却因忽略没有发现或删除,则虚拟空间经营者应依情况承担行政和民事责任。

这里的“合理时间”是指用户信件发表后至其必须被删节或删除的一段时间,对“合理时间”的科学规定应平衡社会公共利益和虚拟空间经营者的利益两方面。如时间规定过长,信件可能被广泛阅读或转载造成了大范围的不良后果;如规定过短,则会迫使虚拟空间经营者增加成本,之后转嫁于用户。^① 因此对于合理时间的解释需要法官依据规定精神与实践情况自由裁量。另外,虚拟空间经营者所指定的管理者(如站长、版主)区别于传统媒体经过严格训练与教育的编辑,他们对于信息的判断不可能如编辑般足具敏感,而且传统媒体严格的审稿制度是在一条流水线的过滤下完成的,对于管理者的要求只能根据普通人的普通思维进行衡量,当然随着网络传播的逐步规范和对网络从业者素质要求的提高,我们可以确定更为严格的把关机制,但在目前,还只能是“合理标准”而非固定的惟一标准。

三、虚拟空间言论自由的保障

美国联邦最高法院在威尔逊案的判决中明确指出:“互连网络和其他类型传播信息的网络是一种新的传播媒介,因此它也应享受宪法第一修正案规定的新闻自由,同时受法律上的义务与责任条款的规范和约束。”^② 保障网络上的言论自由和对网络上侵犯名誉权行为进行追究并不矛盾。

^① 王迁:论BBS的法律管制制度,载西北政法学院学报《法律科学》1999年第1期。

^② <http://www.shuku.net:8080/novels/zatan/mgxfgl/mgxfl1.html>。

1. 虚拟空间的传播者以自由的个体角色出现,对传播者的制约是实现自由的前提

不同于传统媒体的记者,虚拟空间的传播者完全以个体姿态出现,不代表任何组织与团体,无需依照既定的社会期望行使其权利,履行其义务。这是一个全通道型的交流网络,平等的交流结构提供给传播者的是一个宽松的对话环境,有些人从中体会舌战群儒的乐趣,有些人纯粹只是解闷和发泄,旁观者更多体会到的是“头脑风暴”的过程。信息虚拟化是网络传播尤其在虚拟社区频频出现的现象。传统媒体以真实为传播的生命,正是其真实性建立起良好的传播诚信度。然而在网络第四媒体上,人们还未完全习惯像传统媒体的编辑一样对于信息进行甄别,接收者更多的是信任的接受信息,无序状态的出现于是成了这种传播自由的必然结果。

目前我国尚无明确的法律法规规范虚拟空间用户的传播行为,从国务院各部委颁布的关于计算机网络的规定、条例和办法看,对于用户的跟踪也只限于注册登记这一点,事实上对于这个完全虚拟的社区,用户隐匿真实情况进行注册的情况时有发生,切实可行又真正有效的规范机制仍需探索研究。首先,对于用户的登记可以借鉴国外订立电子合同时的签名制度,这种制度的好处在于促使鉴别的迅速与有效,避免公安机关人力物力的浪费和追究法律责任时的无端推诿。其次,由公安、安全机关开发应用跟踪防护软件,ICP 经营者在开设虚拟社区之时必须安装,对于用户发出的信息有泄露国家机密、侵犯他人隐私、侮辱诽谤倾向的进行分等级划分,管理者及时记录,一旦倾向有可能付诸传播行为立即把信息反馈给防护程序。这种制度的好处在于可以以网络一盘棋的态度。对待侵权行为,虚拟社区的管理者能及时调整管理行为,对于用户也建立了类似银行信用机制的约束规范,切实承担起网络传播的法规性责任。

2. 对传播媒介和“把关人”的规范是解决虚拟空间名誉侵权案件的保障

研究虚拟空间的传播现象,首先应该明确的是,在这个传播体系中,虚拟空间本身是作为媒介出现的,这是一个提供公共交流空间的媒

介,管理的宽松化甚至让你感觉没有任何管理形式存在。就像红颜静——大跃进案中,大跃进之所以能极尽侮辱、诽谤之能事也正是因为自以为是隐身在网上,没人能管也没人管得了他的言论。互联网虚拟空间的管理者已不是传统意义上的“把关人”了,他对于信息是否发布、什么时间发布、以什么方式发布无法事前管理,只有在信息发布后才行使注意义务。绝对自由的言论失去了制衡,没有信息传播通道中“把关人”的筛选审核,网民最终也会在言论自由的外衣包装下茫然得面对所有信息,到底哪些信息是真实的?谁才是可依赖的朋友?

我国现已颁布的《互联网信息服务管理办法》和《互联网电子公告服务管理规定》对于电子公告服务经营者的经营行为也只是落实在登记注册制度,管理不够有力和细致。鉴于目前虚拟社区侵权纠纷不断增多的趋势,建立科学、合法又便于贯彻落实的法律管制制度是非常必要的。

(1)虚拟社区的设立应实行严格的审批制。设立之初向电信管理机构和公安机关申请备案,同时应出具完整有效的管理计划方案、技术证明以及遇到侵权案件等法律纠纷时排除风险的能力证明,这是虚拟社区经营者开设这家“虚拟公司”的注册资本,是保障“公司”正常运行的首要条件,也是遭遇风险顺利排难的先期准备。

(2)对虚拟社区的管理人员进行统一管理。综观网上大大小小的聊天室、留言板、论坛社区,站长、版主等管理者,有的由经营者直接指定,有的根据先占原则进入指挥,有的以个人经验值赢得社区中的美誉进而晋升取得,素质参差不齐,统一管理很成问题,主动避免纠纷排除风险能力更无从谈起。公安机关和电信管理部门作为虚拟社区的审批机关,应建立一套系统的人员培训和考试制度,对于他们的要求无需如传统媒体般严格,而对于基本管理知识与能力的培养仍不可或缺,除了技术业务能力的提高,对于传统媒体“把关人”应具备的政治素质、信息敏感、法律意识等的要求也应贯彻其中。

(3)对虚拟社区的管理采用分类、分级别制度。目前网民熟知的社区主要分为以下几类:情感宣泄型,如各种情感聊天室;沟通交际型,交友热线、校友留言簿等均属此类;实用生活型,如购物社区、跳蚤市场和发卡中心等;行业论坛型,众多以职业、学科划分的论坛现已成为人们

学习和接受信息的理想场所。对于不同类型虚拟社区的管理人员采用不同的吸收机制,严格有针对性的培训方案是规范社区、减少和杜绝纠纷的有力措施。所谓分级别制度是指对虚拟社区的监管采用诸如年审制和评级制等制度。公安机关应接受对虚拟社区中不当言论的投诉并进行调查。如发现明显不当言论在超过“合理时间”后继续传播,则可依情节对经营者处以警告或罚款。每年对虚拟社区的违规情况进行统计并对其划分等级,不合格者采用行政手段责令其进行罚款、整顿甚至吊销执照。

在虚拟社区,对言论自由的保护和对侵犯名誉权行为进行追究要考虑两权平衡思想,过紧的监管措施和过松的自由空间不利于两种权利的实现,同时由于网络传播的特殊性,技术因素、运作成本的综合协调又是研究者不可忽略的问题。立法上的完善是管理者合理实施管理的保障。目前我国法律规定和司法解释中对侵犯名誉权的定义不够明确,对什么样的言论与行为才能构成侵犯名誉权,对什么是批评、评论文章,什么是侮辱性言辞或内容等都没有做出细致明确的界定;隐私权仍未被作为一项独立的人格权利规定下来,而是按照侵害名誉权处理,造成司法实践中两种权利的混淆,必须通过进一步的立法或明确的司法解释来加以弥补,使侵犯名誉权的违法行为变得易于辨认和掌握,让接收者和管理者较为清楚地知道什么可能是违法的,什么可能会构成侵权,从而在采取行动之前,知道自己行为的法律后果。

第四节 网络立法前瞻

一、目前网络立法难点

1. 网络纠纷司法管辖问题

1999年9月,“瑞得在线”状告东方信息公司抄袭其主页、侵犯著作权一案曾经引起司法界关于管辖问题的争议。当时法院以“瑞得公司

的主页在制作完成后,是储存在其特定的硬盘上并通过自有的 WWW 服务器向外界发布的,任何人在任何时间、地点通过主机接触该主页内容,必须经过设置在瑞得公司住所地的服务器及硬盘。鉴于瑞得公司以主页著作权侵权为由提起诉讼,是基于其主页被复制侵权这一理由,因此本区应视为侵权行为实施地。”为由驳回管辖权异议,裁定北京海法院受理这一案件。然而根据事后发布的《最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》,“侵权行为地”是“实施被诉侵权行为的网络服务器、计算机终端等设备所在地”,而不是“侵权结果发生地或者被实施侵权行为的网络服务器、计算机终端等设备所在地”。因此现在看来,这一案件应该在东方信息公司所在地进行审理。

发生在国内的纠纷尚有争议,牵涉到跨国侵权的案件更难以立法。世界各国法院对于网络纠纷的管辖问题见仁见智。有这样一个案例:网络用户在法国起诉美国雅虎网站,法国法院认为雅虎网站虽然在美国,但在法国仍然可以接触到,因此认定自己有管辖权。案件判决后,涉及执行问题,用户于是向美国法院申请,由于美国法院认为雅虎网站设在美国,法国法院对此案并无管辖权,由此拒绝了该用户的执行申请,导致法国法院的判决毫无意义。^①

加速知识产权法“全球一体化”是解决“地域性”矛盾的有效方法。然而,如何在尊重其他国家审判主权,履行各国既有准据法的基础上推进“全球化”的进程,这是一个需要不断努力的课题。

我国法院对于网络纠纷管辖问题的态度是:依据“被告住所地”和“侵权行为地”原则来确定。根据《解释》第 1 条的规定,网络著作权纠纷案件仍然适用民事诉讼法第 22 条、第 29 条的规定,“由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖”。根据实施网络侵权行为必须通过计算机设备的特点,侵权行为地包括实施被诉侵权行为的网络服务器、计算机终端等设备所在地。“对难以确定侵权行为地和被告住所地的,原告发

① 张西明:从 Non-regulation 走向 Regulation——网络时代如何保障言论自由,载《法学》2001 年第 7 期。

现侵权内容的计算机终端等设备所在地可以视为侵权行为地”。但这里又有问题出现,引用这一标准的前提是“难以确定侵权行为地和被告住所地”,目前发生在跨国领域的网络纠纷,并不是因为难以确定侵权行为地和被告住所地,因为通常网页上已经注明了这些情况,这时国内的原告很难举证证明“难以确定侵权行为地和被告住所地”,而跨出国门寻求救济又困难重重。

2. 著作权集体管理问题

1999年5月,王蒙、张抗抗、毕淑敏、张洁、张承志、刘震云等六位作家状告世纪互联公司侵犯其“网络传播权”,这是我国“网络传播权第一案”。1999年年初,被告下属的“北京在线”网站设立了“小说一族”栏目,在未征得作者同意的情况下,刊登了原告六位作家的《一地鸡毛》、《白罂粟》等七部小说。六作家认为被告的上述行为侵犯了自己的著作权,遂向北京海淀法院提起诉讼。法院最终判决,被告停止侵权、在被告主页上刊登致歉声明和赔偿经济损失。

像这样网站转载作品的行为日益增多,关于信息网络传播权的问题在新修改的《著作权法》中已经有明确的规定,这里要讨论的是,网站经营者如何方便高效地将稿酬支付给著作权人的问题。国际上通行的转载稿酬支付是通过著作权集体管理制度实现的。网络作品的传播与使用主要包括以下几种情况:授权付酬后使用、合理使用、法定许可使用与强制许可使用。对于授权付酬使用与法定许可使用,集体管理组织的中介作用则十分重要。

我国对于音乐作品的著作权集体管理已经建立并有所发展,目前应针对不同种类的网络作品,加快网络中著作权集体管理组织的设立,深入集体管理制度在网络环境下的完善,同时加强国家版权局对著作权集体管理组织的监督,其监督范围主要有以下几方面:1、设立条件满足《著作权法》、《信托法》、《社会团体登记管理条例》及国家版权局在部门规章中规定的有关条件,由国家版权局批准设立。2、收费标准与分配原则合理,协调好著作权人、作品作用者及著作权集体管理组织三者之间在作品使用费、管理费方面的关系,使三者都有工作的积极性。由于收费标准纠纷与国家版权局有利害关系,因此该纠纷应由人民法院审

理解决。^③、许可证的颁发标准合理,不得对符合条件的使用者拒绝颁发许可证,也不得对不符合条件的使用者颁发许可证。4、根据国外经验,一般来说一类作品在一国只设立一个集体管理组织,因此国家版权局亦有监督集体管理组织有无垄断行为的任务。5、国家版权局作为公益事业的管理机构,还应根据《信托法》的有关规定,行使其他监督权,如检查著作权集体管理组织处理著作权集体管理事务的情况及财产情况。^④

3. 网络不正当竞争问题

根据我国的《反不正当竞争法》,“经营者在市场交易中,应当遵循自愿、平等、公平、诚实信用的原则,遵守公认的商业道德”。不正当竞争行为是指“经营者违反本法规定,损害其他经营者的合法权益,扰乱社会经济秩序的行为”。《反不正当竞争法》进一步规定,“经营者不得以排挤竞争对手为目的,以低于成本的价格销售商品”,“经营者不得捏造、散布虚假事实,损害竞争对手的商业信誉、商品声誉。”如果是仅仅通过网络这个平台进行传统的侵权行为,那么侵权事实很容易认定,但如果利用网络技术的特有规律实施不正当竞争,则需要由专业人士进行深入的取证与分析。

关于域名抢注的不正当行为。1999年8月,“北京国网信息有限责任公司”因为抢注荷兰英特艾基公司的域名“IKEA.COM.CN”,被英特艾基公司告上法庭而最终败诉。后来查实,该公司从1997年起,已经在CNNIC上注册了2000多个域名,其中包括姓氏、职业、属相和与互联网电子技术相关的“E”系列。统计结果表明中国互联网顶级域名的10%都已被“北京国网信息有限责任公司”注册完毕。^⑤

关于链接技术的不正当行为。2000年10月,刘京胜在网上访问搜狐网站时发现,通过点击该网站首页上“文学”栏目下的“小说”,可在终端监视器显示的页面上看到其1995年在漓江出版社出版的译著《唐·吉珂德》。刘京胜遂向北京市第二中级人民法院提起诉讼。

^③ 毛孜然、周实,载《当代法学》2002年第5期。

^④ 2001年1月19日《深圳商报》。

以上这些行为都可以用《反不正当竞争法》对其进行规制。对那些虽未在该法具体条文中规定的不正当竞争行为,但已违反公平交易原则,损害其他经营者或消费者合法权益,扰乱社会经济秩序的竞争行为,是否属于不正当竞争行为呢?答案应该是肯定的,而且我国已经有了直接依据《反不正当竞争法》第二条所规定的法律原则制裁不正当竞争行为的先例。^①《反不正当竞争法》具有更为灵活、开放的体系结构,在其他部门法对网络上出现的问题难以及时规制的情况下,此法可以囊括诸多解决方案,因此《反不正当竞争法》在网络环境下的适用对知识产权审判实践具有良好的现实意义。

二、网络自治的可行性分析

电子前沿基地(the Electronic Frontier Founder)的合作人之一约翰贝里巴罗在《互联网的独立宣言》中指出:我来自虚拟空间,一个精神的家园,代表着未来。这是一篇无政府主义的互联网独立宣言,虽然目前它更多的被其他理论所否定和取代,但其对网络时代虚拟社区可能实现的民主、自由以及维护自治理论却有一定的积极意义。

区别于传统媒体有大量经过职业训练的“把关人”过滤信息,由在线讨论组发展起来的各种虚拟社区是实现言论自由的主要场所。在线讨论组的参与者通过进行互动和讨论逐渐发展了一套反映本社区成员价值与喜好的价值判断标准,同时也在此基础上形成社区规范。这种由下而上逐步定型的价值规范是实现言论自由进而达到较高民主度的良好方式。

虚拟社区是实现对等传播的场所,种类 BBS,网络聊天室,OICQ 都能即时迅速地传播信息、接收信息、形成反馈。每一个虚拟社区都由一群有某种共同特质的人组成。这些特质或兴趣爱好,或是情感需求,或是知识背景,全国甚至世界各地的人们以他们的这种同质性聚集于同一社区,充分的进行交流,发表自己的观点。这时的传播效果中融合

^① 薛虹:《网络时代的知识产权法》,北京:法律出版社 2000 年 7 月版,第 347 页。

了人际传播、组织传播与大众传播各种模式。其中虚拟社区中诸如 OICQ 中的传播实现的是现实社会中人际传播的形式,只是借助于网络这一载体,而类似 BBS 和聊天室(除了私聊外)中的传播模式则更多的是组织传播形态。传统媒体大众传播的模式只存在于一些门户网站中,而这些门户网站却不应该是将来网络信息高速公路的主载者。人类传播模式由小众传播到大众传播,如今日益突出的小众化要求正是适应人类物质、精神生活多元化的要求而再度扩张的。

议程设置理论在虚拟社区被改写。由美国传播学者马克思维尔·麦考姆斯和唐纳德·肖率先提出的这一理论认为,虽然大众传播媒介不能决定人们怎样思考,但是它可以为人们确定哪些问题应该思考。传统媒体遇到最大政治事件或突发新闻,往往不惜版面集中进行报道。而这时网络 BBS 上的讨论却不仅仅局限于事件本身,观点的碰撞在这里较传统媒体要新锐和丰富的多。当 2003 年 10 月 15 日神州五号飞船成功发射上天,中国载人航天技术跃入世界三强之际,网络上对于航天员杨利伟的讨论声势高昂,在新华网的 BBS 上网友自发为杨利伟起草太空发言稿,跟贴者有数十页之多。同时对于中国航天技术在世界的地位进行深入讨论,引经据典,正反交锋,比之传统媒体单一的新华社发通稿、中央电视台独家转播的信息要丰富得多。作为传播者的个人在虚拟社区具有很大的随意性,如果一个议题确实能够引起诸多网民的关注,那么它就有可能成为广泛传播与讨论的选题,而大多数个人的议题常常会淹没在大量的信息中,除了寻求到他所希望的一部分反应之外,不可能有传统媒体那样的炒作与渲染,因为这里少有引发炒作的利益趋动。

虚拟社区的开放性特征为广大网民提供了进出的自由。这种自由很大程度上是有选择的自由。在物理空间,我们常常限于地域问题难于买到外埠的报纸、看到国外电视台,这里有诸多体制和利益分配的原因。但在虚拟空间却可能更大程度的实现,如果你不满意一个社区,你将得到比在物理空间更便捷的方式,付出比物理空间更小的成本搜索到一个更适合你的社区。通过关键词的组合搜索,你将更准确地定位你的需要,并且可以不费太多力气就“弃暗投明”,寻找其他更适合你的社区。

由于以上两点原因,少了议程设置,多了自由进出,因此自治是网络较好的管理模式,网民们还可以通过在网上的交谈与建议影响虚拟社区规则的不断改进。虚拟社区实行自下而上的管理,在不断的实践中产生社区规则,从而产生以同意为基础的自治。这里的自治并非排除管理,只是这种管理应该是宽松的,甚至政府应该考虑为互联网的健康发展提供法律上的支持,而非现在出现问题就“堵”,“堵”多于“疏”的情况。

三、网络立法自律先行,立足全球

1. 自律的优势

网络上非法信息、不良信息、有害信息的大量存在是个严峻问题。越来越多的人认识到自律是管理网络信息的一个重要手段。由于因特网特有的自由度和开放性,过于严厉的管制手段反而会影响网络信息资源的正常开发与利用。因特网的体系结构本身就是分散的、分布式的网状结构,采用树状或者金字塔式的管理模式并不能消除网络传播的负面影响。所以,与政府的直接干预比较,自律有其优势,是一个较适合的政策取向。自律模式已经取得了各国政府和国际社会的认同,曾经在1997年11月4日的《纽约时报》上有这样的标题:克林顿政府顾问鼓励赛伯空间的自律(Clinton Adviser Urges Self — Regulation in Cyberspace)。经济合作与发展组织(OECD)在1998年论坛上也发布了关于因特网内容自律的声明,欧盟也是因特网自律模式的积极倡导者。我国光明网负责人张碧涌认为“以德治网”是互联网长治久安的根本保证。政协委员、网络文明工程组委会秘书长徐文伯在给全国政协的关于网络管理问题的提案中指出应该“在网络空间中建立道德规范,提倡道德自律”。国务院新闻办公室网络新闻宣传管理局负责人指出网络媒体需要自律。^①

① 张久珍:网络信息传播的自律机制研究,Chinese Cyberethics Initiative,2002.11.09,见<http://www.chinaethics.org/cyberethics/main/paper/20021017072524.htm>。

事实表明,意图通过立法解决所有网络问题是行不通的,引导网站进行自律往往更为有效。欧盟的“绿皮书”,美国的“通讯正当行为法”和“在线保护儿童权益法案”都曾引起巨大的争议。美国的两个法案还被法院裁决违宪。中国 2000 年以来加快了这方面的步伐,关于网络新闻传播、电子公告板、互联网的服务和内容等通过了一系列的政府规章,但同样也引起了业界和网络使用者激烈的竞争,还产生了很大的国际反应。相反,2000 年 2 月,雅虎网站为收录种族主义团体站点道歉却是通过自律起到良好效果的例子。当时,反诽谤团体称雅虎收入种族主义团体的做法违反了该网站的服务宗旨,即禁止刊登非法、有害、辱骂、诽谤、下流、色情、侵犯个人隐私和具有种族歧视色彩的内容。这一组织称他们并不是妨碍言论自由,只是希望雅虎能够遵守自己的规定。最终雅虎表示对此事的反应过慢,为此对该组织正式道歉。美国各大网站对其违反“道德准则”的问题很重视,在实践中初步形成了一套管理办法:“一是制定张贴规则,供张贴者自律;二是网站行使权利,删除违规信息;三是接受举报,制止违规行为。”^①通过电子邮件或其他形式向提供服务的网站举报他人的违规行为,这是一条普遍接受的原则。有关网站接到举报后,有责任回复举报者,对举报内容作出处理,并对被举报者提出警告或采取技术措施限制违规者继续张贴信息。目前来看,由于广泛的社会参与,这是一种可取的自律途径。^②

2. “过滤技术”的开发应以推动技术进步为前提

目前常见的技术管理手段有:一是制成黑名单,在网络出口路由器上加上过滤功能,拒绝有害信息源的 IP 地址,或者采用专门的软件在服务器上形成一个专门的网关,通过一个词库来过滤信息。二是在信息资源的保护方面,主要是防火墙技术,即在内部网与外部网之间设立一个保护层,阻挡外部不速之客的入侵,或者采用加密技术,通过密码的形式保护内部信息资源。西方国家从 1994 年开始就采取措施,鼓励开

^① <http://www.finterne.com.cn/dcoz001.htm>1:美网站加强对网上论坛的管理

^② 张西明:从 Non-regulation 走向 Regulation——网络时代如何保障言论自由,载《法学》2001 年第 7 期。

发相应的信息过滤技术,力图将突飞猛进的网络传播新技术带来的负面效果减到最低。^①

软件过滤也引发了对言论自由保障问题的讨论,大部分反对过滤技术的人所关注的是软件“过分过滤”效应,因此对“防火墙”阻挡网站的合法性与道德性感到质疑。网上的过滤包括积极的过滤和消极的过滤。积极过滤是指负责搜索信息的代理商在用户的浏览主页上为用户定制一份信息网;消极的过滤是指对不需要的信息或不喜欢的网站通过某个程序来禁止其进入。过滤技术发展到会使用户在思想和观念上陷入过度的孤立,用户会过于挑剔所接受的信息,只固守自己喜欢的观念。这不利于形成一个在政治和文化等方面相互融合的社会,其实质是剥夺了用户获得信息的自由。现在已经有越来越多的黑客写出可以解除过滤系统的程序,并且将它放在网络上。即使过滤软件完美无缺,大部分自由主义者也反对政府下令公共组织使用它。The Censorware Project 的 Jonathan Wallace 的意见颇有代表性:“它可以成为父母和其他消费者的工具,但是政府如果要强制人们使用它就违宪了,不论是用在图书馆或是学校中”。^②

虽然如此,就目前网络传播产生的弊端来看,发展能够在网上“过滤”和消除黄色淫秽、暴力和其他反社会内容的软件技术,应该是信息安全的题中应有之义。中共中央办公厅、国务院办公厅、教育部及各地教委近年不断加强计算机信息网络的管理,并制定了相应的实施细则。其中规定,网络管理中心应有专人负责网络信息安全的监控工作,并要认真研究如何有效控制黄色和反动的电子出版物通过网络向校园渗透的技术措施和方法;要安装必要的临近设施,防止泄露我国政治、经济、科技等方面的机密文件和资料;要制定严格的登录上网规定。但是,有时人们会因噎废食,走向另一极端,即在没有充分有效的“过滤技术”情

① Internet 的利用和管理,载 1997 年 3 月 12 日《信息产业周报》。

② Jonathan Wallace, The Censorware Project, 见 Information Technology Law Page 699, 张西明:从 Non-regulation 走向 Regulation——网络时代如何保障言论自由,载《法学》2001 年第 7 期。

况下,就“泼脏水连同孩子一起泼掉”,禁止一切有益信息的网络交流。这些因为新技术带来一些消极后果,就完全将之拒之门外的做法,很可能使整个社会丧失参与营造信息社会的机会。

3. 网络立法应全球化思考,本地化行动

互联网络的发展与管理问题已经在世界范围内引起广泛的重视,各国政府纷纷考虑采用法律的手段管理互联网络。到目前为止,已有近50个国家对互联网络的管理有了明文规定,这些规定要么是对现有法律条文的修正和补充,以适用于互联网络的管理;要么是专门针对互联网络制定全新的法规,以规范网络上的各种行为。

美国《通信法》(1996)第五编《色情和暴力》经国会参众两院同意后,以《通信规范法》的名称公布,以限制色情和暴力信息的传播;德国专门为互联网络的健康发展制定了《信息与通信服务规范法》(又称《多媒体法》);法国互联网络理事会制定了行业法规《互联网络宪章》;英国则以“分级认定、检举揭发和追究责任”三管齐下,强化对互联网络的管理;新加坡从维护国家稳定、促进种族和谐与保护民族文化着想,对互联网络的信息内容实行较严格的管理;国际组织也将互联网络管理和立法的协调正式提上议事日程。欧盟、东盟、西方八国集团等都已作出了十分积极的反应。

我们的立法工作要改变被动滞后的状态,除对条件具备的法律、法规要加快立法步伐,对已有的法律、法规中不适应经济发展的部分进行修改外,更积极的态度是解放思想,更新观念,发挥法律、法规对经济生活的导向和保障作用,并不断进行探索,大胆进行超前立法,以适应网络全球化对人们的政治、文化生活、传统观念的改变和为我国经济、法律的发展带来的新的机遇和挑战。

网络超前立法是相对于传统的经验立法而言的。经验立法强调制定法律、法规是在充分实践的基础上,成熟一个,制定一个,这符合认识论的观点,无可非议。但面对网络全球化趋势,如果我们制定法律、法规仅仅停留于传统的经济决定论观点,将立法视为对过去事物的机械表述和总结,那么网络立法工作将会一直处于被动的落后状态,很难适应网络全球化这一关系世界经济全局的大趋势。

网络的全球性使得发生在网络中的任一行为都具有了跨国的特点,这就对传统的国际私法提出了挑战。单纯以属人法、物之所在地法、行为地法、法院所在地所等传统国际私法原则来判别法律的适用已经很难。例如悉尼奥运会期间当地的妓院人满为患,有些妓院为了拓展市场,还专门在网上开辟站点,招徕人们的参与。如果一个中国人到悉尼或阿姆斯特丹的妓女网站上预约服务,那么其行为是否合法?如果一家中国公司在中国国内的服务器上开辟妓女站点,无疑,这种违反中国法律的行为会被中国政府取缔;如果这家中国公司在美国设立服务器或站点建立在美国的服务器上,在中国通过FTP对服务器进行远程控制,那么是否是非法行为?美国专门探讨强奸问题的网站DatrRape.org曾引起很大争议,而“另类网站”如“同性恋网站”、“自杀网站”等在西方国家大量存在,这样的例子不胜枚举。^①虽然各国的管理法规和具体措施因政治体系、民族文化和信息化程度的不同而有差异,但立法与管理的目的却基本相同,那就是:既要充分利用互联网络促进经济发展和社会进步,又要尽量清除它带来的消极影响,做到兴利除弊;既要规范团体、个人在网络上的行为和关系,又要保护和推进本国信息产业的发展。

网络的虚拟空间和现实的物理空间是存在较大差异的两个空间。企图用现实空间的手段控制网上信息流动并非切实可行的想法。我们对待网络空间必须摆脱原来的光“堵”不“疏”的立法观念。任何最新制订的法律都不可能完全跟上层出不穷的网络新现象,立法需要在新事物成熟稳定之后才能对其进行科学的规范,因此网络立法过程应该是渐进式的,同时又具有较高自由度与宽容性的。最后,“法律的目的不是废除和限制自由,而是保护和扩大自由”^②,这与互联网这一传播载体最大的优势与特点是一致的,因此网络立法也需围绕这一主旨进行变革。

① Jonathan Wallace, The Censorware Project, 见 Information Technology Law Page699, 张西明:从 Non-regulation 走向 Regulation——网络时代如何保障言论自由,载《法学》2001年第7期。

② 徐大同:《西方政治思想史》,天津人民出版社1985年版,第36页。

第十一章

广告自律与广告法规

在很大意义上,对广告的限制主要表现在法规与伦理之间,所以这是一个非常宽泛的问题,除了广告本身所具有的商业属性外,几乎所有关于广告的讨论都集中于此。广告业的发展已是那样的迅速,它对经济和市场的促进也是不争的事实。然而更进一步,问题的核心是广告作为一种广泛的信息传播形式,无时无刻不在向社会大众进行着商业诉求,它直接瞄准的是受众的观念,试图并且在实际上也影响甚至以其无形的手在操纵着受众观念。很少有一种信息如同广告这样,反复地对受众进行着无休无止的诉求,而且大张旗鼓毫不遮掩。正因为此,在涉及到调节广告与社会关系问题时,着重强调的除了相应的法制法规问题外,还涉及到有关广告伦理道德以及广告的社会责任问题。前者一般由广告法规做出规定,而后者则由相应的行业规范进行约束和调节。

第一节 广告伦理与广告自律

一、广告业的伦理准则

严格地讲,伦理道德是一个社会历史演化而来的是非原则,它是评

判社会行为的标准系统。伦理道德与法律制度的一个很大的不同,就是法律具有强制性规定而伦理道德只是一种约定形式。在某种程度上,伦理道德与社会文明程度、生活准则以及社会成员普遍的价值观念是一致的。所以,广告的社会责任就在于它在促进经济繁荣的同时,必须遵循普通的社会伦理与社会价值。

由于社会伦理并没有强制性规定和十分严格的限制,加之社会经济和文化思想的发展往往会导致多种社会思潮和价值观念,因此在很多情况下,所谓符合社会伦理规范的广告,往往意味着广告主相信其广告在特定情况下具有一定的道德感。美国《底特律新闻》曾发表一封题为“你们这些讨厌的广告人让我恶心”的公开信,作者在其中谈到了广告中的性问题。

这封信曾经引起了广告专业人士对广告淫秽和色情问题的讨论,然而最终并没有确切的结论。正如广告法规中明确地限定色情淫秽内容的广告,但是对这种内容却很难有一个量度性划分。所以有关广告伦理的问题,在很大程度上要依靠广告主及广告创作者的自我约束和努力。在这里有两个问题要注意区分。

(1)伦理困境。伦理困境所指的是对同一问题出现的相互冲突的两个方面,各自一方都有理有利而相互对立。广告为了避免陷于伦理困境,必须回答三个问题:①哪种行为方向可能对最大多数人产生最大权利?②哪种行为方向会侵犯其他一些人的权利?③双方的行为方向是否会引起对其他有关群体的不公平对待?

(2)伦理过失。伦理过失指的是一个特定条件下,广告决策明显地不符合社会伦理规范甚至是不符合政策法规。比如,虚假广告,运用欺骗手段向消费者提供错误资讯。明确的虚假广告是广告法规所严格禁止的,问题是常常有一些广告有意无意利用某种文字表述的真实,或者是通过模糊性处理,故意误导消费者以致其判断失误,这种广告更需要伦理道德的规范和约束。

由于伦理道德标准通常并不能具体量化,对其加以认识和判断大多从定性方面来分析,这样在具体运用中难免有其主观性。这就要求,当广告主或广告创作人员在考虑某种合乎伦理的广告行为时,既要考

虑这种行为带给自己的利益,也要考虑到相关利益群体的利益,尽可能地进行利益权衡,使广告有利于社会大众。因此,在广告诉求、广告品味、广告时间安排、广告价值取向等各个方面,都要遵循一定的行为准则。有关广告的行为准则,除了相关法律条规之外,广告行业还建立了自己相应的行业规范,也就是广告行业自律制度。

广告行业自律是广告业达成与社会经济发展协调一致的一种形式,它代表了广告业在发展过程中对自觉与规范化的追求。所谓广告行业规范,并不是国家政府对广告业的管理规范,而是广告行业组织、广告经营者和广告主,为了保证广告活动有序化,根据广告业及其外部环境所制定的约束广告活动的各项公约和规章制度,其并非法律意义上的规定,而是隶属于道德伦理范畴。

作为广告业及广告活动所遵循的制度,广告行业规范及行业自律具有三方面特征:

(1)自愿性。它是广告活动参与者自愿性行为,不需要也没有任何外来强制性。比如,广告行业协会一般是在自愿基础上形成组织,制定出相应的章程与共同遵守的准则,其在于维护行业整体利益进而协调各种社会关系。行业自律的实现主要依靠参与者自觉的信念与同业及社会舆论的监督。

(2)广泛性。比之于法律法规,广告行业自律所涉及的范围更加广泛。这是因为广告本身所涉及领域比较广阔,法律法规很难具体到各个环节,在许多法规未及的地方,往往需要行业规范和行业自律的自我约束。

(3)灵活性。作为一种约定俗成的行为准则,广告行业规范不像法律条规一样,其规定、修改、废止都要经过严格的程序。广告行业规范的条款只要经过行业大多数参与者认同,即可修订补充调整。另外,它的灵活性还表现在对一些具体的广告行为,必须参照相应的广告环境作出判断。

广告行业自律是广告业发展到一定阶段的必然产物,它对于提高广告行业自身的服务水平,维护广告活动秩序,有着重要的意义,因此在广告业发达国家,广告行业规范已形成系统性规模。中国广告业随着

市场经济体制的不断完善,行业规范和行业自律也在逐步建立,尤其是在广告法规尚不完备的情况下,通过行业自律和行业规范来调节广告行为,其意义更加突出。这里,我们简要介绍中国广告行业自律及国际广告行为标准。

二、中国广告行业自律

中国广告协会是目前中国最大的广告行业组织,成立于1983年。作为一个特殊性的行业协会,它一方面是具有独立法人资格的社会团体和行业组织,对广告行业起到一定的自律作用;另一方面挂靠工商行政管理局,其人事任免和主要业务都受工商局领导,协助政府管理广告,在某种意义上具有一定的政府色彩。在广告协会所兼具的双重职能中,对广告活动进行指导、协调、咨询和服务是其主体,虽具政府管理性质却并不享有行政和法律权力。广告协会的主要任务是:

(1)维护广告的真实性、科学性,提高广告思想性、艺术性,推动广告事业健康发展。

(2)调查研究国内外广告发展趋势,传播国内外广告界的信息和先进科学技术,研究制定中国广告的发展规划并向政府提出建议。

(3)组织广告行业经验交流,开展咨询服务,促进广告业改善经营管理,提高广告的经济和社会效益。

(4)协调各种广告关系,促进广告业的协作与交流。

(5)开展广告学术研究,推广优秀广告,培训广告专业人员,提高广告从业人员的职业水准。

中国对外经济贸易广告协会是中国广告协会之外的又一个具有影响的独立组织,成立于1981年,其成员主要是国内外经贸交流的广告经营机构。其活动宗旨是,在国家有关方针政策指导下,遵循平等互利原则,积极发展与世界各国广告界、贸易界的友好合作关系,促进中国广告事业和国际广告交流。

应该说,中国虽然已经建立了相应的广告行业组织和广告业自我约束机制,但与发达国家相比,我们的广告业在自我管理、自我约束、自

我教育等方面,还显得非常幼稚,整个广告行业在自律意识和自律观念上还非常淡薄,比之于国外广告行业来,中国广告业的管理在很大程度上是以政府法规为主的,所以从广告行业自律的发展而言,要走的路还很遥远。

三、国际广告行为准则

我们主要介绍《国际商会国际广告行为准则》,简称《ICC 准则》。这是国际商业社会根据市场竞争需要,所普遍尊奉的一种广告行业准则。

该准则首次于 1937 年公布,并于 1949、1995、1996、1973 和 1987 年修改。它表明,商业社会承认自己在商业信息流通领域中负有社会责任。世界经济的全球一体化和由此而来的激烈竞争,要求国际商业社会采取标准的规则。这些自律规则的采取,乃是一种最佳方式,作为对社会责任的承诺,商界领袖人物借此显示:社会责任感才是他们的工作动力,在市场日趋自由化的今天尤其如此。

《ICC 准则》将过去的经验和当前的观念融为一体,这样做是基于以下认识:广告是销售者与消费者相互交流的一种手段。在这个方面,国际商会认为信息的自由交流(见《联合国国际公民和政治权利公约》第十九款)是一项具有根本意义的原则。《ICC 准则》主要是作为自律文件推出的,但是法院在适用的法律框架内亦可将之用作参考文件。国际商会相信,《ICC 准则》将对商业信息交流中高标准的推行起到促进作用,将导致有效的国际市场运作,同时给消费者带来显著利益。

1. 《ICC 准则》适用范围

《ICC 准则》适用于旨在推销任何产品或服务的任何形式的广告。它应与其他 ICC 运营行为准则一起实施,它们是:

- (1) ICC 国际促销行为准则;
- (2) ICC 国际直销行为准则;
- (3) ICC 国际环境广告行为准则;
- (4) ICC 国际赞助行为准则;
- (5) ICC/ESOMAR 国际营销和社会调研行为准则。

《ICC 准则》确立的道德行为标准应被所有与广告有关的人遵守,无论他们是营销者还是主,是广告从业人员,广告代理公司还是媒体。它应该在法律适用的背景下执行。

2. 解释

《ICC 准则》无论在精神还是在实质上均应不折不扣地贯彻。

因为不同的媒体(报纸、电视、广播和其他广播媒体,户外广告、电影、直接邮购、传真、电子邮件、互联网和在线服务等等)特点各异,一种媒体能接受的广告另一种媒体可能无法接受。因此在考虑广告载体的同时,评判广告应当以广告对消费者造成的影响为标准。《ICC 准则》适用于广告的全部内容,包括所有的文字和数字(口头和书面的)、视觉表现以及音乐和声音效果。

(1) 定义

“广告”:应在最广泛的意义上理解“广告”一词。无论广告被何种媒体刊播,“广告”一词均指对产品或服务的任何形式的广告宣传。

“产品”:指任何产品或服务。

“消费者”:指作为广告宣传对象的任何人,或者说一则广告按常规可望达到的任何人,无论他是最终消费者还是贸易消费者或使用者。

(2) 基本原则

所有广告均应做到合法、得体、诚实、真实。

合法。制作每一则广告,均应负有相应的社会责任感,应该符合商界普遍接受的公平竞争原则。任何广告均不得损害公众对广告业的信心。

得体。广告中不应出现违反公认体面标准的言词或视觉表现。

诚实。广告不得造假,从而滥用消费者的信任或利用消费者经验或知识的缺乏。

社会责任。广告不允许任何形式的歧视包括种族、国别、宗教、性别、和年龄歧视,也不得以任何形式损害人类尊严;广告不得渲染恐惧;广告不得容忍或挑动暴力,也不应该鼓励非法或应受指责的行为;广告不得渲染迷信。

真实表现。广告不得包含任何通过直接或暗指的手法和省略、含糊

其词或言过其实的手段使消费者可能被误导的言词或视觉表现,尤其是在与下列情况有关的方面:

产品特征:产品性质、构成、生产方法和生产日期、使用范围、效力和性能、质量;商业或地理原产地、环境影响;产品价值和实际应付的总价格;交货、交换、返还、维修和保养;保证条款;版权和工业产权如专利、商标、设计、样机以及贸易名称;对产品的官方认可或批准,各类奖章、奖项和证明文件;慈善事业的受益范围。

广告不得误用研究结果或技术和科学刊物上的引语。不得利用统计数字夸大广告宣传的正确性。不得滥用科学词汇,造成广告宣传具有科学性的虚假印象。

比较设计广告包含的对比,应该不产生误导,并应符合公开竞争的原则。对比点应该有充分事实根据,对比点的选择应当公平。

不许诋毁。广告不应该通过使其遭到公众蔑视或嘲笑或任何类似方式诋毁任何公司、组织、行业或商为行为、职业或产品。

鉴定。广告不得包含或引用任何鉴定或赞同,除非该鉴定或赞同真实无误、可以证实、事实充分并以个人经历和知识为基础。不得使用业已过时或随时间流逝可能引起误解的鉴定或赞同。

不可任意描绘或模仿个人资质。除非事前已经得到允许,广告不应该描绘或提及任何人,无论当事人以私人或公共身份出现;没有取得当事人事先许可,广告对个人资质的描绘或模仿不得制造当事人赞同广告宣传的印象。

不可滥用善意。没有充分理由,广告不得使用其他任何公司、机构的名字、简称、标记或商标;不得以任何方式滥用其他公司、个人或机构的善意,用其名称、贸易名称或其他知识产权为己牟利;亦不得利用其他广告活动赢得的声誉牟取私利。

不可模仿。广告不应该模仿任何其他广告的总体设计、文字、口号、视觉表现、音乐和声音以误导或迷惑消费者;广告主一旦在一个或多个国家发起了特色显著的广告活动,其他广告主不得在前者可能运营的其他国家中不适当地模仿这些广告活动,从而防止其他广告主在一个合理的时期内将其广告活动扩展到这些国家。

3. 广告识别

无论采用何种形式,使用何种媒介,广告均须明显识别;当广告出现在包含消息或其他新闻题材媒体上时,它应能被轻易地识别为广告。

安全和健康。在没有充分教育或社会理由的情况下,广告不得包含对危险行为或无视安全和健康情况的任何视觉表现或描述。

照顾儿童和少年特点。广告不得利用少年儿童缺乏经验和容易轻信的特点,缩小少年儿童使用或享受产品所必须的年龄或技巧。而应在广告中明确注明产品的实际大小、价值、性质、耐用性和性能;如果需要额外物品(如电池)才能使用产品,或需要额外物品(如颜料)才能产生广告所展示或描述的效果,广告中应明确指明。如产品是系列产品之一,应在广告中明确说明获得整套产品的方法。广告中对产品结果的展示或描述,应当代表该年龄段一般少年儿童所能达到的合理的水平。标准价格不应使用“惟一”之类的词汇,从而使少年儿童对产品的真正价值产生错觉,不得暗示广告宣传的产品对所有家庭来说都能轻易承受。

广告不应该包含可能给少年儿童造成精神、道德或身体伤害的任何言词或视觉表现,不得将他们引入对他们的健康和安全生产严重威胁的活动或形势中,亦不得鼓励他们陪伴陌生人或进入陌生、危险的地方。

广告不应提示少年儿童只要拥有或使用某产品,就能在体力、社交或心理上对同龄人拥有优势,或者没有该产品就会产生相反的效果。

广告应充分考虑目前的社会价值观,不应损害家长的权威、责任、判断或口味。

广告不得以任何方式直接呼吁少年儿童说服父母或其他成年人为他们购买广告宣传的产品。

担保。广告中提出的担保,不得向消费者提供超过法律规定的任何权利。只有在以下情况下,广告中方可使用“保证”、“有保证”、“担保”、“有担保”或含义相同的其他词汇:广告明确说明担保的全部条件以及购买者可以采取的补救行为;在销售点经书面认定即可获得担保,或与供货同时提供担保。

非求购商品。不得利用广告介绍或支持以下行为,即要求人们接受

送货上门的非求购商品,或者给人们留下有义务接受非求购商品并为之付款的印象(惯性销售)。

环境行为。对于同法律、自律准则或公认的对环境负责的行为标准背道而驰的行动,广告均不得赞成或鼓励。广告主应尊重国际商会在其环境广告行为准则中确立的原则。

4. 责任

广告主、广告从业人员和广告代理商、出版商、媒体业主或承包商都有遵守《准则》的责任。

广告主应该对其广告全面负责。

广告从业人员或广告代理商应精心策划广告,其运作应使广告主能够履行其责任。

发布、广播或散发广告的出版商、媒体业主或承包商应充分关注广告能否被接受及其在公众面前的表现。

公司或机构中符合以上三类的雇员和那些参与设计、创作、出版或传播广告的人,对保证法令得以遵守并付诸实施负有与他们的职位相当的责任。

5. 适用于广告整体的规定

对遵守《ICC 准则》所列规则的责任,涵盖广告的全部内容和形式,包括出自其他来源的鉴定、声明或视觉表现,部分或全部内容或形式出自其他来源不构成违背本《准则》的借口。

违规后果的纠正。即使广告主对违规广告的更正或纠正令人满意,也不能因此原谅他们原先违背《准则》的行为。

证实。与可核查的事实有关的描述、声明或图示必须能够证明。广告主应该准备好这样的证明,以便及时向《ICC 准则》实施机构提供。

尊重自律决定。任何广告主、广告从业人员或广告代理商、出版商、媒体业主和承包商均不得参与发布被自律组织判定为不可接受的任何广告。

6. 实施

《ICC 准则》应由为实施本《准则》而设立的全国性机构实施;必要时,由 ICC 国际营销行为委员会实施。

第二节 中国广告的法规管理

在对广告的调控管理中,与广告行业自律和广告伦理规范制度相并行的是政府对广告的监督管理。比之于广告的社会伦理规范和广告行业自律,政府对广告的监督管理是通过立法和执法形式来实现的。因此,与行业自律和伦理规范的自愿性截然不同,政府监督管理具有强制性和不可抵触性,它通过确定不移的法律形式对广告与社会秩序进行调节和维护,当广告或者其他相关的行为与法律形式不符或发生冲突时,广告法规即为必须尊奉的标准。

一、中国广告监管体系介绍

政府对广告行业的管理是市场经济发展的必然表现,世界各国都有其相应广告监管体系和广告法规,在发达国家,随着市场发展的成熟和广告业的高度发达,政府监管体系已经非常完善了。中国广告业的监管体系是二十年来逐步建立起来并日趋走向完善的,目前我国广告监管体系主要是行政管理系统与广告法律体系的密切结合,另外相应的行业协会作为社会监管和补充,在整个监管体系中也发挥一定作用。

1. 广告行政管理体系

中国广告行政管理政府机构是县级以上人民政府的工商行政管理部门。根据中华人民共和国《广告法》和国家有关行政法规的授权,政府工商管理部门主要行使以下广告监督管理职能:

(1)立法和法规解释。负责起草广告管理法律、法规,单独或合同其他部门制订广告管理行政规章,制订各类广告发布标准,并且根据授权负责解释广告行政法规和广告管理行政规章。

(2)负责广告市场准入。工商行政管理部门依据履行广告经营审批登记职能,申请设立广告公司或从事广告经营,必须首先向工商行政管

理机关申请立项,经过相应的资质审查,在核定经营范围之后,方可领取“营业执照”和“广告经营许可证”。各类媒介或者特殊形态的广告经营机构,也必须经过工商行政管理部门核准,方可从事广告经营。

(3)广告监督检查。对各类广告经营者,发布单位进行监督检查,看其是否符合广告从业资格;对各类广告活动进行监督检查,看其是否符合国家法律、法规要求。监督检查是工商行政管理部门的经常性工作,对检查中不合格的广告经营单位,依法停止广告业务。

(4)广告违法查处。工商行政管理部门有权受理用户或消费者对违法广告的投诉,对各类广告违法行为按照情节情况,可以行使立案检查和行政处罚,对情节严重,构成犯罪的,可以移交司法机关依法处理。上一级工商行政管理部门对下级部门所作出的各项处罚决定,承担行政复议职能,可以根据事实和法律做出维持、变更或撤销原处罚决定。

(5)指导广告业发展。工商行政管理部门担负着研究和行政广告行业方针、政策及发展规划,并组织实施的职能。

2. 广告法律体系

广告法律体系由与广告行业相关的各种法律规定的综合构成,按照政府对广告进行管理所依据的法律效力和作用的不同,大致分为以下几种:

(1)适用于调整各种经济关系的普遍性的法律规范,如《民法》中有关法人资格的确立、民事责任的规范等条文,适合于调整广告行为人之间的关系。

(2)综合性法规,如《消费者权益保护法》和《反不正当竞争法》。所谓的不正当竞争,是指经营者违反法律规定,损害了其他经营者的合法权益,扰乱社会经济秩序的行为。《反不正当竞争法》第9条有关广告不正当竞争行为中规定,经营者不得利用广告或其他方法,对商品的质量、制作成分、性能、用途、生产者、有效时限、产地等作出引人误解的虚假宣传。广告经营者不得在明知情况下,代理设计、制作、发布虚假广告等。

(3)各种行业性、专业性法规,用以规范某一方面的广告行为,如《食品卫生法》、《药品管理法》等,其中都涉及到了对相应产品的广告管

理规定。

(4)广告专门法规,即《中华人民共和国广告法》以及与之相应的各种细则和管理规定。《广告法》是目前我国广告管理最基本和最主要的法规,是调整一切广告行为和广告活动的基本法则。《广告法》自1995年2月起正式施行,其管理范围限定为商业广告。所谓商业广告,指的是由商品经营者或服务提供者承担费用,通过一定媒体形式直接或间接介绍自己所推销的商品或服务的商业性广告。在《广告法》颁布以前,曾有过两个有关广告管理的专业法规:《广告管理暂行条例》(1982)和《广告管理条例》(1987),《广告法》的施行是广告管理作为完整法律形式的体现,它标志着中国广告管理真正地走向了法制化和规范化,标志着中国广告法规体系的确立趋于完善。

二、中国广告监督管理内容

广告监督管理就是按照相应的法律体系所实行的政府行政监管。按照《广告法》及有关法规,中国广告监管的内容大致可分为四个方面。

1. 广告准则及基本要求

这是对广告内容与表现方式的规定,在《广告法》“总则”中明确指出:“广告应该真实、合法,符合社会主义精神文明建设要求”,“不得含有虚假内容,不得欺骗和误导消费者”。进而在“准则”中又进一步提出了有关广告内容及表现形式的要求。

根据《广告法》的有关条款,广告内容应当真实、合法、符合社会主义精神文明的要求。广告不得含有虚假的内容,不得欺骗和误导消费者。广告内容应当有利于人民的身心健康,促进商品和服务质量的提高,保护消费者的合法权益,遵守社会公德和职业道德,维护国家的尊严和利益。广告不得有下列情形:

- ①使用中华人民共和国国旗、国徽、国歌;
- ②使用国家机关和国家机关工作人员的名义;
- ③使用国家级、最高级、最佳等用语;
- ④妨碍社会安定和危害人身、财产安全,损害社会公共利益;

- ⑤妨碍社会公共秩序和违背社会良好风尚;
- ⑥含有淫秽、迷信、恐怖、暴力、丑恶的内容;
- ⑦含有民族、种族、宗教、性别歧视的内容;
- ⑧妨碍环境和自然资源保护;
- ⑨法律、行政法规规定禁止的其他情形。

广告不得损害未成年人和残疾人的身心健康,不得损害女性良好形象。广告中对商品的性能、产地、用途、质量、价格、允诺有表示的,应当清楚、明白。广告中表明推销商品,提供服务附带赠送礼品的,应当标明赠送的品种和数量。广告中使用数据、统计资料、调查结果、文摘、引用语,应当真实、准确,并表明出处。

2. 广告活动及特种广告

由于广告活动涉及到的不仅是广告主、广告经营者及广告发布者之间的业务代理关系,还直接涉及到了广告信息和各项广告活动对广告受众的影响,所以广告活动中除了要保证广告经营的有序化规范化,还要保护广告受众的利益,因而对一些特殊内容的广告,必须遵循相应法规。

(1) 关于药品广告

① 药品及医疗器械广告。

药品是指用于预防、治疗、诊断人的疾病,有目的地调节人的生理机能并规定有适应症、用法和用量的物质,包括中药材、中药软片、中成药、化学原料药及其制剂、抗生素、生化药品、放射性药品、血清疫苗、血液制品和诊断药品等。

医疗器械包括:用于人体疾病诊断、治疗、预防、调节人体生理功能或替代人体器官的仪器、设备、装置、器具、植入物、材料及相关物品。按照广告法规定,药品、医疗器械广告不得有下列内容:

- 含有不科学的表示功效的断言或者保证的;
- 说明治愈率或者有效率的;
- 与其他药品、医疗器械的功效和安全性比较的;

利用医药科研单位、学术机构、医疗机构或者专家、医生、患者的名义和形象作证明的;

法律、行政法规规定禁止的其他内容。

药品广告的内容必须以国务院卫生行政部门或者省、自治区、直辖市卫生行政部门批准的说明书为准。国家规定的需在医生指导下使用的治疗性处方药品广告中,必须注明“按医生处方购买和使用”。麻醉药品、精神药品、毒性药品、放射性药品等特殊药品,不得做广告。

② 农药广告与兽药广告。

农药包括:用于防治农、林、牧业的病、虫、杂草、鼠害和其他有害生物,以及调节植物、昆虫生长的药物(包括化学农药的原料、炽工制剂及生物农药)。兽药是指用于预防、治疗、诊断禽、兽等动物疾病的物质。根据广告法规定,农药广告不得有下列内容:

使用无毒、无害等表明安全性的绝对化断言的;

含有不科学的表示功效的断言或者保证的;

含有违反农药安全使用规程的文字、语言或者画面的;

法律、行政法规规定禁止的其他内容。

(2) 关于烟草广告

烟草广告是指烟草制品生产者或经销者发布的,含有烟草企业名称、标识、烟草制品名称、商标、包装、装潢等内容的广告。由于吸烟直接关系到人民的身体健康和影响社会风气,我国对烟草广告一直实行严格的监督管理。

① 禁止利用广播、电影、电视、报纸、期刊发布烟草广告。禁止在各类等候室、影剧院、会议厅堂、体育比赛场馆等公共场所设置烟草广告。

② 禁止利用广播、电视、电影节目以及利用报纸、期刊的文章,以下列形式变相发布烟草广告:

专题报道、文学作品、有奖征文、学术研讨等;

道具、前景、服装、对话等。

③ 在国家禁止范围以外的媒介或场所发布烟草广告,必须经省级以上广告监督管理机关或其授权的省辖市广告监督管理机关批准。

烟草经营者或其委托代理人向商业、服务业的销售点和居民住所发送广告品,须经所在地县级以上广告监督管理机关批准。

④ 烟草广告不得有下列情形:

吸烟形象；
未成年人形象；
鼓励、怂恿吸烟的；
表示吸烟有利于人体健康、解除疲劳、缓解精神紧张的；
其他违反广告管理规定的。

⑤在各类临时性广告经营活动中，凡利用烟草经营者名称、烟草制品商标为活动冠名、冠杯的，不得通过广播、电视、电影、报纸、期刊发布带有冠名、冠杯的广告。

⑥烟草经营者利用广播、电视、电影、报纸、期刊发布下列广告时，不得出现烟草制品名称、商标、包装装潢。出现的企业名称与烟草商标名称相同时，不得以特殊设计的办法突出企业名称。

社会公益广告；
迁址、换房、更名等启事广告；
招工、招聘、寻求合作、寻求服务等企业经营广告。

⑦烟草经营者不得单独作为赞助单位，在影视、广播节目首尾以烟草经营者名称的形式被鸣谢。赞助单位中烟草经营者所占比例不得超过赞助单位总数的 $1/3$ 。

⑧烟草广告中必须标明“吸烟有害健康”忠告语，忠告语必须清晰、易于辨认，所占面积不得小于广告面积 10% 。

(3) 关于食品类广告、酒类广告与化妆品广告

① 食品类广告。

这里讲的食品包括供人食用或饮用的成品或原料。食品类广告包括：食品广告、食品添加剂广告、食品容器和包装材料的广告，制作食品用的工具和设备类广告、清洗食品和食品工具的清洗剂广告。

对食品类广告内容的规定有：食品广告语言、文字及画面的含义，不得超出《食品广告审批表》中核准的内容。食品广告中不得出现医疗术语、易与药品混淆的用语以及无法用客观标准评价的用语，如返老还童、延年益寿、白发变黑、齿落更生、防老抗癌、宫廷秘方等。

食品广告不得表示或暗示有减肥功能，若表示有助于消化，保持体型，应在广告中同时强调体育锻炼、营养均衡等与之配合。

食品广告中表示低脂、低糖、低盐、低胆固醇等含量的,必须出具卫生监督机构说明明显低于同类产品含量的证明。发布特殊营养食品广告及食品新资源广告,应交验省级以上卫生行政部门出具的证明。

禁止发布母乳替代食品广告。

②酒类广告。

广告主自行或者委托他人设计、制作、发布酒类广告,应当提供真实、合法、有效的各种有关证明文件。对内容不实或证明文件不全的酒类产品,广告经营者不得经营,广告发布者不得发布。

酒类广告应当符合卫生许可的事项,并不得使用医疗用语或者易与药品相混淆的用语。酒类广告不得出现下列内容:

有鼓励、倡导、引诱人们饮酒的文字、语言和画面,或者宣传无节制饮酒;

有饮酒形象或动作;

有未成年人形象;

饮酒后,表明驾驶车、船、飞机等具有潜在危险的活动;

诸如可以“消除紧张和焦虑”、“增强体力”等不科学的明示或暗示;

把个人、商业、社会、体育、性生活或其他方面的成功归因于饮酒的明示或暗示;

关于酒类商品的评优、评奖、评名牌、推荐等评比结果;

不符合社会主义精神文明建设的要求,违背社会良好风尚和不科学、不真实的其他内容。

③化妆品广告。

化妆品是指用涂擦、喷洒等方面,散布于人体表面部位,以达到清洁、消除不良气味,护肤美容等修饰目的的日用化学工业品。

申请发布化妆品广告,应按规定交验有关证明:《营业执照》、《化妆品生产企业卫生许可证》、《化妆品生产许可证》以及其他卫生防疫部门、卫生行政部门、轻工部门等出具的卫生检验合格证明、批准文件及科技成果鉴定证明等。化妆品广告中禁止出现下列内容:

化妆品名称、制法、成份、效用或性能有虚假夸大的;

使用他人名义保证或以暗示方式使人误解其效用的;

宣传医疗作用或使用医疗术语的；
有贬低同类产品内容的；
使用最新创造、最新发明、纯天然制品、无副作用等绝对化语言的；
有涉及化妆品性能或功能、销量等方面的数据的；
有违反其他法律、法规的。

另外，有可能引起不良反应的化妆品，应在广告中注明使用方法和注意事项。

(4) 关于金融广告

金融广告是近几年出现的新型广告形式。金融广告包括：银行业广告、证券业广告、保险业广告、信托业广告、租赁业广告、金银业广告、外汇买卖广告以及各种社会融资活动的广告。对金融广告管理的一般规定有：

金融广告必须真实、准确、合法、明白，不得欺骗或误导公众。金融广告应当保证其内容的准确性和完整性，确保公众对广告中所涉及内容的性质（如投资机会、资金用途、附加条件等）有充分的了解，不得夸大或隐匿关键内容，对于有风险的金融活动，必须在广告中予以说明。

股票广告，应在显著位置标注“股市有风险，股民须慎重入市”或含有类似内容的忠告性语言。

禁止发布广告的金融活动，一是违反国家法律、法规的；二是未经国家金融主管部门批准的；三是企、事业单位内部的金融融通行为。

3. 广告资格与广告审查

广告法规与广告监管体制的完善，对广告组织行为提出了进一步要求。

广告主作为广告活动的发起者和广告投资者，首先必须遵循公平竞争和对社会负责的态度，严格遵守各项广告法规制度，向广告经营者或媒介，进而向受众提供各种可供选择的消费信息，并对其信息行为负责。而作为广告经营和发布单位的广告中间商及媒介，除了要处理好与广告主的关系外，更重要的是自觉接受有关部门监管。在这方面，大致有几点必须注意：

(1) 广告经营及广告发布单位，作为独立法人单位，必须经工商行

政部门审批登记,经过资质审查,核定经营范围,最后领取“营业执照”和《广告经营许可证》,方可从事广告业务。

(2)广告经营过程中,要严格落实广告合同制,以明确经营各方的权利、义务和责任;

(3)广告审查制度。从事广告经营和发布业务,应当审查广告内容,检验有关证明,对国家有明确规定的相关广告应提供相应主管机构所出具的有效证明,按照有关法规确定广告内容是否合法。

(4)广告技术岗位任职资格制度。广告专业岗位资格任职制度从1995年1月1日开始施行,广告经营单位中达到岗位培训合格人数的多少,将作为其单位资格的认证标准之一。按规定广告专营单位中,考取《广告专业技术岗位资格证书》的各类专业人员不少于从业人数的2/3,其他兼营单位,不少于1/3。

三、广告违法查处

广告违法行为的具体表现形式是多种多样的,主要有下列表现形式:发布虚假广告,欺骗和误导消费者;广告内容违反广告法律、行政法规禁止的情形;广告内容不清楚,使用资料不真实、不准确;广告中侵犯他人专利;广告中有贬低他人生产经营的商品或者提供的服务的内容;以新闻报道形式刊播广告;发布广告法律、行政法规规定应当审查批准而未经审查批准的广告;利用广播、电影、电视、报纸、期刊发布烟草广告,以及在公共场所设置烟草广告;广告主提供虚假证明;伪造、变造或转让广告审查决定文件;在广告活动中,进行不正当竞争;未经工商行政管理机关批准或登记,擅自经营广告业务;超越经营范围经营广告业务;非法设置户外广告;广告主发布超越其经营范围的广告;广告审查机关出具非法或虚假证明。

1. 对虚假广告的处罚

对虚假广告的处罚要区分不同的法律责任者,根据《广告法》的规定,广告主利用广告为商品或者服务作虚假宣传的,由广告监督管理机关责令广告停止发布,并以等额广告费用在相应范围内公开更正,消除

影响,并处广告费用1倍以上5倍以下罚款;对负有责任的广告经营者、广告发布者没收广告费用,并处广告费1倍以上、5倍以下罚款,情节严重的,依法停止其广告业务,构成犯罪的,依法追究刑事责任。

违反法律规定,发布虚假广告,欺骗和误导消费者,使购买商品或接受服务的消费者的合法权益受到损害的,由广告主依法承担民事责任;广告经营者、广告发布者明知或者应知广告虚假仍设计、制作、发布的,应当依法承担连带责任。

社会团体或者其他组织,在虚假广告中向消费者推荐商品或者服务,使消费者的合法权益受到损害的,应当依法承担连带责任。

2. 发布违法的新闻广告

广告发布者通过新闻的形式发布广告,混淆广告与其他信息节目,由广告监督管理机关责令发布者改正,处以1000元以上1万元以下罚款。

3. 发布违法的烟草广告

利用广播、电视、电影、报纸、期刊发布烟草广告,或者在公共场所设置烟草广告的,由广告管理机关责令负有责任的广告主、广告经营者、广告发布者停止发布、没收广告费用,可以并处广告费用1倍以上5倍以下罚款。

4. 违反药品、食品、酒类、化妆品等广告准则的规定

对违反药品、食品、酒类、化妆品等广告准则规定的,由广告管理机关责令有责任的广告主、广告经营者、广告发布者改正或者停止发布广告,没收广告费用,可以并处广告费用一倍以上五倍以下罚款。情节严重的,依法停止其广告业务。

5. 提供虚假或不实广告证明文件的违法行为

广告主提供虚假的证明文件,由广告监督管理机关处以1万元以上20万元以下罚款。伪造、变造或转让广告审查决定文件的,由广告监督管理机关没收违法所得,并处1万元以上10万元以下罚款。构成犯罪的,依法追究刑事责任。

6. 未经审查的广告或违法提供审查文件的违法行为

对于有些特殊商品广告需要经过广告审查机关审查,未经广告审

查机关批准,发布广告,由广告监督管理机关责令有责任的广告主、广告经营者、广告发布者停止发布,没收广告费用,并处广告费一倍以上五倍以下罚款。

广告审查机关对违法的广告内容做出审查批准决定的,对直接负责的主管人员和其他直接责任人员,由其所在单位、上级机关、行政监察部门依法给予行政处分。

7. 广告侵权行为

广告主、广告经营者、广告发布者违反广告法规定,有下列侵权行为之一的,依法承担民事责任:

- ①在广告中损害未成年人或残疾人的身心健康的;
- ②假冒他人专利的;
- ③贬低其他生产经营者的商品或者服务的;
- ④广告未经同意使用他人名义、形象的;
- ⑤其他侵犯他人合法民事权益的。

第三节 美日广告管理现状

世界各国因其不同的社会历史和经济文化前景,对广告的管理往往具有各自不同的特色,可以说每一种管理方式和管理制度,都是相应国家经济社会发展的产物。相对而言,一些发达国家由于市场发育成熟,市场体制比较完善,其广告管理也相应比较健全。比较具有代表意义的是美国和日本的广告管理。

一、美国的广告管理

在美国,联邦政府通过法律、法规和仲裁等形式对广告进行严格的限制。作为当今世界第一号广告大国,美国有很多联邦机构和部门管理广告,如联邦贸易委员会(FTC)、联邦通讯委员会(FCC)、食品与药品

管理局、专利与商标局、国会图书馆等。由于各自职能不同,广告主在应付各种广告限制时常常感到困难。

1. 美国联邦贸易委员会(FTC)

FTC 是 1914 年由国会设立的,它是管理全美商业广告的主要机构。最初,它的功能是保护受虚假广告影响的有关竞争者。在 1938 年,国会修订了 1914 年通过的贸易委托法案,通过了《惠勒—利修正案》(Wheeler—lee Amendment),给予 FTC 更大的权力以保护受虚假广告和不公正广告影响的消费者和竞争者,但对虚假广告和不公正广告的定义却是有争议的。

1983 年以前,FTC 对虚假广告的定义是:以物质的方式误导足够数量的消费者的倾向或能力。1983 年,FTC 的主席 James C. Miler 下了一个新的定义:虚假广告有一个错误的陈述、省略或其它的行为,它能够误导消费者,使这些理智消费者在他们所处的环境中理智的行为被误导,从而利益受到损害。

一些批评者担心去证实或处理一个虚假广告案例将变得更加困难和成本更高,尽管存在着这些批评,FTC 仍然是强有力的管理者。FTC 可能处罚一个半小时电视广告,因为它可能使观众误解为它是一个常规节目。

对不公正广告的定义是,有些广告对消费者来说尽管不是欺骗性的,但却是不公正的。按照 FTC 的解释,不公正的广告是指消费者受到不恰当或不公正的伤害,或此广告冒犯了公共政策(如冒犯了政府的形象等)。实践中认为不公正是指没有事先提供证据的宣传,利用儿童和老年人这些易受伤害的群体或者由于广告省略了一些关于产品或竞争产品的重要的信息而使消费者无法做出有用的选择。但不公正这个词同样模糊,它能对任何给定个人的价值评价都可能冠以不公正,一些广告机构游说国会要求取消 FTC 对不公正广告起诉的权力,但国会至今没有接受。

对虚假广告和不公正广告的认定,从理论上讲仍然是有争议的,但在实际处罚过程中应该不以侵害事实为前提条件,这与一般违法案例不同。虚假广告在实质方面令人误解,而在考虑某一具体的广告时,考

虑的不仅仅有陈述的语句、外观设计、音响、图案、背景等因素以及它们的混合体,还应考虑广告所没有揭示的事实范围,而这些事实从广告宣传来看又是实质性的。因此,认定的标准是理智消费者在他们所处的环境中理智的行为被误导从而利益受损,它的认定不须证明事实上的欺骗,只须证明令人误解的宣传或实质上的省略有着欺骗占决定意义数量的消费者的“倾向或能力”。

由于虚假广告和不公正广告的表现方式多样,依不同产品或依同一产品的不同广告设计者等不同,以下列举一些常见的表现:

(1)虚假的承诺。制定一个不可能维护的广告承诺,如“永葆青春”、“抗癌”等。

(2)不完全的描述。陈述一些信息,但又不是产品的全部内容,例如“坚固的橡木桌”,没有提及仅仅桌面是橡木,而其他部分是一般硬木。

(3)误导的比较。做一些毫无意义的比较,如“像宝石一样好”。

(4)“诱饵转换”的奉送。广告用一个不寻常的低价把消费者诱入商店然后将标价的同一产品变成高价,解释为原广告中的产品“脱销”或者说那只是针对“低质产品”。

(5)视觉歪曲。例如电视广告常常使一个产品比真实产品大得多,或比真实产品豪华气派得多,但这并不是真正按售价出售的那种产品。

(6)虚假的证明。广告暗示了某产品是某著名或权威人士所使用或推崇,而实际上这个诉求形象并不是真实的产品使用者。

(7)虚假的比较。用精心挑选的优等产品做示范而没有给予一个劣质产品展示的机会或者与一个最差的竞争产品做比较。

(8)部分暴露。陈述一个产品能做什么但并没有证明它不能做什么,诸如一则广告宣称一种电动汽车每小时能跑 60 公里而不用汽油,却没有提到每跑 100 公里就需要更换一个充电 8 小时的电池。

(9)“小印刷体的资格”限制。用一个大印刷体作一个广告陈述,却用小字体标明它的限制条件,例如美国一公司用大字体作广告:本公司已获得火星上的土地使用权,谁想在火星上投资请先预交 200 美元。然后小字体的限制条件是:起码得先在火星上种一棵树。结果很多人只留意大字体,匆匆就交了钱,结果能获得土地吗? 答案是否定的,怨谁?

2. 对虚假广告的管理办法

如果 FTC 收到了来自消费者、竞争者或者自己专职广告负责人的抱怨或指控,FTC 可立刻发起调查,但这种调查必须是在有足够的资料性的、被证实的各种信息的前提下才能够进行。

当 FTC 决定一个广告是虚假或不公正时,它可能要采取三个步骤:

(1)与广告主协商,停止广告中一些主观的陈述,并在 FTC 的指导下处理后期的广告。

(2)如果广告主不同意 FTC 的建议,则 FTC 要求停止全部广告。在停止期结束前,要举行一个听证会,如果听证会上仍达不成协议,则上诉法庭。

以上两个措施,不管广告主同意与否,只要 FTC 认定虚假广告成立,就处以罚款,额度是广告每播出一次罚款一万美元。

(3)更正广告:更正广告中错误的陈述。对于严重的违法虚假广告,FTC 一般要求广告主拿出广告预算的 25% 在相应的范围内做更正广告,美国广告史上“李斯特林”(Listerine)药剂广告的罚款是 1002 万美元,更正广告的陈述是:“Listerine 无助于防止感冒或喉痛或减轻它们的症状。”为了帮助广告主避免如此昂贵的罚款,FTC 通常要在广告播出之前审查一下或者以建议的口气给广告主一个好的忠告,此外,FTC 还出版《广告业指南与交易法规》,提供给广告主、代理商。

3. 联邦通讯委员会(FCC)

根据 1934 年传播法建立的 FCC 只有 7 个成员。对电台、电视、电话、电报业具有管理权,FCC 对广播广告的控制是间接的,来源于颁发或取消开播执照的权威性。FCC 严格控制淫秽和亵渎的语言的传播,它还能控制通过电台、电视所做的广告的内容,按照国会的规定禁止用电台、电视做烟草广告。

20 世纪 80 年代以后,FCC 不再限制商业节目的时间。因此电台不再需要保留详细的节目安排,但是电台电视台仍需保留广告记录以使广告主确信他的广告计划的执行。

新的立法给予 FCC 有可能影响广告主行为的一些额外权力,1992

年的《有线电视消费者保护和竞争法》,对有线电视台产业增加了新的控制,以便促进服务质量的提高,力求税收与不断增加的广告收入之间的平衡,这一规定使 FCC 能对有线电视开增广告税。

1992 年国会的另一反电视暴力法案许诺:如果电视建立良好的反暴力自律机制,将会从不信任法案中获得豁免,因为电视网和有线电视一直否认生活中的暴力与电视有关。政府管理能比较容易地影响节目的特征,导致对购买广告的控制,而且甚至改变广告内容。

4. 食品和药品管理局(FDA)

作为美国健康和人类事业部的一个单位,FDA 有权对标签与包装、包装食品的品牌命名实施管理。FDA 要求制造商在产品说明书上,在所有这类产品广告中公布全部成份。20 世纪 80 年代中期以后,由于针对消费者的药品广告激增,FDA 规定药品广告必须在插页包装中包含所有关于药品的信息内容,这意味着广告主不得使用较长的广告时间或最小字型的印刷广告。

1987 年,FDA 提出一个关于食品说明的营养和健康宣传的法案之后,承认食品说明中使用“高纤维”、“低胆固醇”的语句是合法的。这一新的政策使得包装食品的销量激增,也导致了对消费者的过分夸张的宣称,结果 1990 年布什总统签署了《营养说明和教育法案》,尽管这一法案不禁止营养和健康方面的宣称,但 FDA 从一个较大范围内对某些术语从立法方面加以定义,如“轻淡”、“低脂肪”、“低卡路里”等,它还要求产品说明书要展示食品对每天所需全部营养价值的比重。

此外,美国的专利商标局负责处理因广告而引起的商标和专利方面的纠纷,美国的国会图书馆负责广告方面的版权纠纷。

二、日本的广告管理

日本是世界第二号广告大国,日本广告业半个多世纪以来蓬勃发展,在世界最大型广告公司中,日本广告公司排位仅次于美国。立法完善和行业自律是日本广告管理的最显著特征。

在日本涉及广告方面的法律很多,广告立法既有国会制订,还有各

省(地方政府)制订的。1940 年制订《日本广告律令》、《广告取缔法》。1986 年制订了《消费者保护基本法》。以此为主,在《药物法》、《食品卫生法》中都对广告做了规定,如药品食品在推销过程中做了言过其实的夸大虚伪的表示,则分别处以三年以下劳役或 50 万日元罚款。1975 年制订的《不正当竞争防止法》强调,如广告造成使竞争双方以外第三者的误解,则被认为是虚伪的表示,处三年以下劳役或 20 万日元罚款,对于广告中侵犯他人专利、商标等,均作为虚伪表示,加以判刑或罚款。在《进出口保护法》中,对日本企业到国外做广告的效果予以“海外广告保险”,鼓励和保护日本企业参与国际竞争。1962 年,日本制订了一项旨在限制虚伪广告宣传的法规,其中规定:禁止企业在商标和广告上进行容易使一般消费者产生错觉、误认为其商品质量远远优于其他竞争产品的宣传,日本各地方政府都有权对违反上述规定的商业广告或商标予以取缔。

1974 年 10 月,日本建立了日本广告审查机构,主要对广告客户进行管理。首先,它保护消费者,接受和处理消费者对广告的意见;其次,它对广告的内容进行审查,如果发现问题,立即与有关企业联系,责令改正。

在各种广告法的原则指导下,日本广告行业自律很成功,各行业组织一般有明确的自律条文,如全日本广告联盟的《广告道德纲要》,日本新闻协会《报纸广告道德纲要》以及《报纸广告刊载标准》等。

主要参考文献

著作类

1. John D. Zelezny, Communication Law: Liberties, Restraints, and the Modern Media, Wadsworth Publishing Company, 1996.
2. Terry Eastland, Freedom of Expression in The Supreme Court: The Defining Cases, Rowman & Littlefield Publishers, Inc. 2000.
3. Wayne Overbeck, Major Principles of Media Law, Harcourt Brace College Publishers, 1997.
4. Don R. Pember, Mass media law, Wm. C. Brown Publishers, Dubuque, Iowa, 1987.
5. Wojciech Sadurski, Freedom of Speech and Its Limits, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1999.
6. Thomas I. Emerson, The System of Freedom of Expression, Random House, Inc., New York, 1970.
7. Isaiah Berlin, "Two Concepts of Liberty", see Nigel Warburton, Freedom: An Introduction with Reading, London and New York, Routledge, 2001.
8. Alexancler Meiklejohn, Free Speech and its Relation to self-Government, New York: Harper and Brothers, 1948.
9. 张文显. 当代西方哲学. 长春: 吉林大学出版社, 1987,

10. 罗德·霍顿,文森特·霍珀. 欧洲文学背景——西方文明巨著背后的政治、社会、思想潮流. 北京:人民文学出版社,1992.
11. 北京大学哲学系. 古希腊罗马哲学. 北京:商务印书馆,1962
12. 沈国朝. 欧洲书报检查制度的兴衰. 南京:南京大学出版社,1999
13. 夏勇. 人权概念的起源——权利的历史哲学. 北京:中国政法大学出版社,2001
14. 罗素. 西方哲学史. 北京:商务印书馆,1976
15. 笛卡尔. 哲学原理. 北京:商务印书馆,1959
16. 洛克. 人类理解论. 北京:商务印书馆,1959
17. 洛克. 政府论. 叶启芳,瞿菊农译. 北京:商务印书馆,1964
18. 卢梭. 论人类不平等的起源和基础. 北京:商务印书馆,1997
19. 康德. 实践理性批判. 北京:商务印书馆,1960
20. 阿克顿. 自由与权力. 侯健,范亚峰译. 北京:商务印书馆,2001
21. 康德. 法的形而上学原理——权利的科学. 北京:商务印书馆,1991
22. [美]昂格尔. 现代社会中的法律. 北京:中国政法大学出版社,1994
23. 沈宗灵. 现代西方法理学. 北京:北京大学出版社,1992
24. 马克思恩格斯全集》第1卷. 北京:人民出版社,1995
25. 姚建宗. 法律与发展研究导论. 长春:吉林大学出版社,1998
26. 张文显. 二十世纪西方法哲学思潮研究. 北京:法律出版社,1996
27. 罗尔斯. 正义论. 何怀宏译. 北京:中国社会科学出版社,1988
28. 埃德蒙·柏克著. 自由与传统. 蒋庆等译. 北京:商务印书馆,2001
29. 约翰·密尔. 论自由. 程崇华译. 北京:商务印书馆,1959
30. 李强. 自由主义. 北京:中国社会科学出版社,1998
31. 魏定仁主编. 宪法学. 北京:北京大学出版社,1994
32. 林子仪. 言论自由与新闻自由. 台北:月旦出版股份有限公司,1994
33. 钱端升,王世杰. 比较宪法. 北京:中国政法大学出版社,1997
34. 侯健. 舆论监督与名誉权问题研究. 北京:北京大学出版社,2002
35. 徐显明主编. 人权研究. 第一卷. 济南:山东人民出版社,2001
36. 李步云主编. 宪法比较研究. 北京:法律出版社,1998
37. 斯宾诺莎. 神学政治论. 温锡增译. 北京:商务印书馆,1963

38. 斯宾塞. 社会静力学. 张雄武译. 北京: 商务印书馆, 1996
39. 张千帆. 西方宪政体系(上、下册). 北京: 中国政法大学出版社, 2000、2001
40. 莫纪宏. 现代宪法的逻辑基础. 北京: 法律出版社, 2001
41. 方汉奇, 张之华主编. 中国新闻事业简史. 北京: 中国人民大学出版社, 1995
42. 斯坦, 香德. 西方社会的法律价值. 王献平译. 北京: 中国人民公安大学出版社, 1990
43. 科恩. 论民主. 北京: 商务印书馆, 1988
44. 约翰·罗尔斯. 政治自由主义. 万俊人译. 上海: 译林出版社, 2000
45. 托克维尔. 论美国的民主(上卷). 董果良译. 北京: 商务印书馆, 1991
46. 霍布豪斯. 自由主义. 朱曾汶译. 北京: 商务印书馆, 1996
47. 潘恩选集. 潘恩. 马清槐等译. 北京: 商务印书馆, 1981
48. 罗伯特·诺齐克. 无政府、国家与乌托邦. 何怀宏等译. 北京: 中国社会科学出版社, 1991
49. 密尔顿. 论出版自由. 吴之椿译. 北京: 商务印书馆, 1958
50. 理查德·A. 波斯纳. 法律的经济分析(下). 蒋兆康译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1997
51. 凯斯·R. 孙斯坦. 自由市场与社会正义. 北京: 中国政法大学出版社, 2002
52. 迈克尔·埃默里, 埃德温·埃默里. 美国新闻史(第8版). 展江等译. 北京: 新华出版社, 2001
53. 凯尔森. 法与国家的一般理论. 沈宗灵译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1996
54. 孟德斯鸠. 论法的精神. 北京: 商务印书馆, 1982
55. 哈耶克. 自由秩序原理. 邓正来译. 北京: 三联书店, 1997
56. 石元康. 当代西方自由主义理论. 上海: 上海三联书店, 2000
57. T. 巴顿·卡特, 朱丽叶·L. 迪, 马丁·J. 盖尼斯, 哈维·祖克曼等. 大众传播法概要. 黄列译. 北京: 中国社会科学出版社, 1997
58. 王利明. 民商法理论与实践. 长春: 吉林人民出版社, 1997

59. 罗纳德·德沃金. 自由的法——对美国宪法的道德解读. 刘丽君译. 上海: 上海人民出版社, 2001
60. 顾理平. 新闻侵权与法律责任. 北京: 中国广播电视出版社, 1998
61. 魏永征. 中国新闻传播法纲要. 上海: 上海社会科学出版社, 1999
62. 魏永征. 新闻传播法教程. 北京: 中国人民大学出版社, 2002
63. 张新宝. 中国侵权行为法(第二版). 北京: 中国社会科学出版社, 1998
64. 张新宝. 名誉权的法律保护. 北京: 中国政法大学出版社, 1997
65. 张新宝. 隐私权的法律保护. 北京: 群众出版社, 1997
66. 王利明主编. 民法·侵权行为法. 北京: 中国人民大学出版社, 1993
67. 曹瑞林. 新闻媒介侵权损害赔偿. 北京: 人民法院出版社, 2000
68. 郭卫华主编. 新闻侵权热点问题研究. 北京: 人民法院出版社, 2000
69. 董炳和. 新闻侵权与赔偿. 青岛: 青岛海洋大学出版社, 1998
70. 约翰·盖格农. 性社会学. 李银河译. 郑州: 河南人民出版社, 1994
71. 雷蒙德·塔塔洛维奇, 拜伦·W. 戴恩斯编. 美国政治中的道德争论. 吴念等译. 重庆: 重庆出版社, 2001
72. 伦纳德·D. 杜博夫. 艺术法概要. 周林, 任允正, 高宏微译. 北京: 中国社会科学出版社, 1995
73. 张西民, 康长庆. 新闻侵权: 从传统媒介到网络. 北京: 新华出版社, 2000
74. 徐大同. 西方政治思想史. 天津: 天津人民出版社, 1985
75. 李永明. 知识产权法学. 杭州: 杭州大学出版社, 1995
76. 郑成思. 版权法. 北京: 中国人民大学出版社, 1990
77. 刘春田主编. 知识产权法. 北京: 中国人民大学出版社, 2000
78. 薛虹. 网络时代的知识产权法. 北京: 法律出版社, 2000
79. 唐纳德·M. 吉尔摩, 杰罗姆·A. 巴龙, 托德·F. 西蒙. 美国大众传播法: 判例评析(上、下). 梁宁等译. 北京: 清华大学出版社, 2002
80. 刘迪. 现代西方新闻法制概述. 北京: 中国法制出版社, 1998
81. 曼弗雷德·诺瓦克. 民权公约评注(上、下). 毕小青, 孙世彦译. 北京: 生活·读书·新知三联书店, 2003

82. 李步云主编. 信息公开制度研究. 长沙: 湖南大学出版社, 2002
83. 周汉华主编. 外国政府信息公开制度比较. 北京: 中国法制出版社, 2003

论文类

1. Robert Bork, Neutral Principles and Some First Amendment Problems, 47 Indiana Law Journal (1971).
2. Melville . B . Nimmer, Introduction-Is Freedom of the Press A Redundancy: What Does it Add To Freedom of Speech? 26 The Hastings Law Journal (1975).
3. Thomas I. Emerson , Toward A General Theory of The First Amendment , 72 Yale Law Review (1963).
4. 李道军. 思想自由、表达自由与行为自由的法律界限. 社会科学研究. 1999 年第 4 期
5. 杜钢建. 首要人权与言论自由. 法学. 1993 年第 1 期
6. 李夕斯. 论言论自由权利及其行使. 探索. 1987 年第 3 期
7. 王德志. 论思想自由权. 当代法学. 1998 年第 2 期
8. 李道军. 思想自由、表达自由与行为自由的法律界限. 社会科学研究. 1999 年第 4 期
9. 吴撷英. 论美国宪法中的表现自由权. 北京大学学报. 1987 年第 6 期
10. 侯健. 言论自由及其限制. 北大法律评论. 第 3 卷第 2 辑. 北京: 法律出版社, 2001
11. 朱苏力. 《秋菊打官司》的官司, 邱氏鼠药案和言论自由. 法学研究. 1996 年第 5 期
12. 林子仪. 论接近使用媒介权. 新闻学研究. 1991 年第 45 期
13. 龙显雷. 美国宪政下的言论自由——“明显而即刻的危险”原则的历史分析. 法商研究. 1997 年第 2 期。
14. 李玫. 简论名誉权的几个法律特征. 中国青年政治学院学报. 1999 年第 2 期

15. 贺卫方. 司法对新闻自由的保护. 法制日报. 1999 年 8 月 5 日
16. 罗文辉. 美国诽谤法规: 法制、判例及修法提案. 台湾: 新闻学研究. 第 51 集
17. 张新宝, 康长庆. 名誉权案件审理的情况、问题及对策. 现代法学. 1997 年第 3 期
18. 慕明春. 新闻侵害名誉权的抗辩事由及其运用策略. 宁夏社会科学. 2003 年第 1 期
19. 康长庆. 试论报纸侵害名誉权问题. 新闻与传播研究. 1997 年第 3 期
20. 杨育明. 试谈隐私权的法律保护. 青岛大学师范学院学报. 2000 年第 3 期
21. 张新宝. 隐私权研究. 法学研究. 1990 年第 3 期
22. 李元华. 隐私权问题探析. 社会科学. 2002 年第 6 期
23. 冯菊萍. 隐私权探讨. 法学. 1998 年第 11 期
24. 强晓如. 有关我国隐私权问题的探讨. 学术交流. 2000 年第 7 期
25. 张新宝. 言论表述和新闻出版自由与隐私权的保护. 法学研究. 1996 年第 6 期
26. 陈力丹. 试论隐性采访的法律意识和行为规则. 现代传播. 1999 年第 5 期
27. 张西明. 隐性采访中的道德与法律问题. 中国记者. 1997 年第 7 期
28. 王笑冰. 新闻价值与新闻侵犯隐私权抗辩事由的系统化分析. 政法论丛. 2000 年第 5 期
29. 吴培玉. 谈肖像权. 山西高等学校社会科学学报. 2001 年第 8 期
30. 陈堂发. 一起侵犯肖像权的新闻官司. 新闻记者. 2001 年第 5 期
31. 朱妙春. 死亡人肖像权初探——鲁迅肖像案剖析. 法学. 1998 年第 8 期
32. 翦法平. 肖像权该保护多少年? 检察日报. 2000 年 08 月 16 日
33. 王迁. 论 BBS 的法律管制制度, 载《西北政法学院学报》. 1999 年第 1 期
34. 张西明. 从 Non-regulation 走向 Regulation——网络时代如何保障

言论自由. 法学. 2001 年第 7 期

35. 胡景辉, 孙而敏. 论编辑活动中的著作权保护. 农业图书情报学刊. 2002 年第 4 期
36. 金铁成. 从著作权法的角度审核文后参考文献. 出版发行研究. 2002 年第 7 期
37. 韦之. 论著作权集体管理机构管理的权利——关于著作权法修订稿的思考. 法商研究. 1999 年第 3 期
38. 张爱绒. 组建期刊著作权集体管理组织. 科技与出版. 2002 年第 5 期
39. 戴波, 徐静安, 杨春雷. 新著作权法与数字图书馆的著作权处理. 图书馆理论与实践. 2003 年第 2 期
40. 晁晓筠. 传统学术期刊数字化面临的著作权问题. 编辑学报. 2002 年第 4 期
41. 郑颖毅. 数字图书馆的著作权保护问题. 图书情报论坛. 2003 年第 1 期
42. 侯明光. 论对死者名誉的法律保护. 人民司法. 1989 年第 3 期

后 记

中国正处于一个艰难的社会转型期,从计划经济到市场经济,从人治到法治,一切都有待完善和提高。历史表明,任何转型期充满着激情和热望,也同时充满着纷繁与无奈。我们已经不能将国家的命运和自己的命运寄望于一两位圣者贤能的身上,我们需要的是执着的探索和冷静的协商。信息、畅通无阻的信息,就成了每一个公民的渴望。

与以往任何一个时期相比,我们发现,大众传播组织,尤其是新闻传播组织与我们的生活越来越近了,它们广泛地介入政治、社会、文化生活的方方面面,包括司法审判、行政执法、基层政权建设、公民日常生活。它们为我们提供了各方面的信息,行使着舆论监督的权利,新闻调查、焦点访谈等节目深得民心,孙志刚事件、婚姻法修订、基金黑幕等等,无不彰显着媒体的力量。但同时,我们也看到“三 X”(腥、性、星)新闻占据着越来越多的版面和节目时段;隐性采访、偷录偷拍亦成媒体的宠儿;那个曾经让我们激动过的《南方周末》再也没有让我辈热泪盈眶了。一会儿听到记者被打了,一会儿又听到记者受贿了,我们不竟要问,这世界到底怎么了?新闻媒体又怎么了?其实,细想来,所有这些无非是体制的问题,是道德的问题,但更重要的是法制的问题。

大众传播是现代社会最重要的信息手段,它既是一个国家和社会稳定的助剂,同时也是一个国家和社会变革的催化剂。它是人民意见的讲坛,也是信息沟通的渠道,它对公众影响巨大,对国家的政局稳定、民族利益的保障、国民素质的提高、高尚传统道德的发扬光大,都是一个

窗口。也正是因其牵一发而动全身,所以涉及到新闻传播的任何法律与法规都必须仔细推敲。

近几年,国内已经有不少的研究著作,法学界的,如张新宝、王利明、贺卫方、杨立新、徐显明、朱苏力、侯健、郭卫华、甄树青等先生都有不少优秀的成果。新闻传播学界近年从事这一研究的人也不少,如魏永征、孙旭培、张西明、陈力丹、顾理平等。其中魏永征先生对新闻传播法的研究尤令人注目,他先后出版了多部著作,这些著作作为中国的传播法研究奠定了坚实的基础,本人从魏老师处获益良多诚非一个“谢”字能表达了。

本书事实上是本人的博士论文的写作的副产品,我的博士论文的选题是《法意下的表达自由》,现有第一章的部分内容就是博士论文中的一部分。在我撰写博士论文期间,得到过导师张国良教授的悉心指导。愿借此机会表示深深的谢意。

我不会忘记担任我的博士论文答辩委员会主席的王邦佐研究员曾给予的热情鼓励和支持;我更不会忘记几位答辩委员会成员,如童兵教授、黄旦教授等,他们与本人就表达自由问题进行的激烈讨论。此情此景,宛如昨日。他们的批评与鼓励以及他们的许多真知灼见一直引导着本书的写作,在此深表谢意。

感谢北京大学法学院贺卫方教授、美国威士康辛的潘忠克教授和北卡罗莱纳大学的赵心树教授、以及复旦大学法学院侯健博士、浙江大学法学院的夏立安教授和石毕凡博士,我曾就一些法律问题向他们请教,得益良多。

我还要感谢《新闻与传播研究》、《中国人民大学学报》、《中国传媒报告》、《浙江大学学报》、《新闻记者》、《当代传播》、《新闻实践》、《传媒观察》等刊物的编辑们,本书的部分章节经由他们之手得以先行发表,这在一定程度上鼓励了我进行更深入的研究。

卫军英副教授撰写了本书第十三章广告法规的内容;上海外国语大学的吴瑛女士撰写了第十二章网络传播法部分;胡滨斌律师撰写了第十一章著作权法。为尊重各位合作者的风格,我在统稿时,虽然作了

一些调整,但改动不大。

本书是浙江大学新闻与传播学院组织出版的“21 世纪大众传播研究丛书”中的一部,该丛书的总策划人、博士生导师邵培仁教授在确立选题和联系出版方面做了大量的工作;本书的责任编辑李桂云女士为本书的出版和优化花费了大量的心血一并表示感谢。李老师为使本书得以顺利出版,对书稿作了大量阔斧的删节,我不得不说她是极有远见的,也是很明智的。

由于我们的水平有限,本书必然会存在大量不足之处,还望各位大方之家予以批评指正。本书参考了大量的优秀成果,我们尽可能一一注明出处,特向这些作者们表示衷心的感谢。也希望各位同行们多联系多赐教,我的联系方法是 linkwf@hotmail.com,先行谢过了!

吴 飞

2004 年 3 月 18 日于杭州