

新媒体新闻侵权民事责任研究

何能高

摘要: 新媒体新闻侵权责任与传统媒体的新闻侵权责任存在较大差别。新媒体新闻侵权责任需要存在明知或应知; 因果关系表现更为复杂; 免责减责中存在“避风港”规则的适用与限制; 抗辩事由存在传统媒体侵权责任所不具备的新事由。因此, 归责原则应完善替代责任制度, 明确转载者、中间服务者等特殊侵权主体、共同侵权主体的民事制度, 并在民法典、侵权责任法等法律中予以规范表达, 在新媒体新闻传播自由、公共资讯利益与个人权利保障之间实现平衡保护。

关键词: 新媒体 新闻侵权 替代责任 侵权责任 微信 微博

中图分类号: D923 **文献标识码:** A **文章编号:** 1004-9428 (2019) 02-0144-14

当今青少年获得新闻资讯的主要渠道是新媒体。但新媒体新闻侵权纠纷频发, 如个人肖像被新媒体传播侵害隐私权, 名誉权被恶意评价贬损, 知识产权被随意侵犯等。要改变此种情形, 必须准确把握新媒体新闻侵权的本质特征, 构建相匹配的侵权责任制度。对新媒体的中间服务者, 应当明确替代责任、补充责任, 并在民法典、侵权责任法中予以明确, 完善侵权责任体系。

一、新媒体新闻侵权责任定位

新媒体新闻侵权的民事责任定位, 直接关系到新媒体新闻侵权责任制度的构建。鉴于我国当代民事侵权立法模式, 总体上与大陆法系模式接近。故新媒体新闻侵权责任的定位, 应在借鉴大陆法系新闻侵权责任制度的基础上, 立足我国实际有所创新和发展。我国侵权责任法契合未来民法典之整体布局, 明文以民事权益作为侵权责任成立之判断要素, 在立法模式上属于德国法模式。⁽¹⁾ 《侵权责任法》起草工作的重要参与者王胜明表示, 立法机关在起草

作者简介: 何能高, 北京航空航天大学法学院博士研究生, 最高人民法院第五巡回法庭分党组成员。

(1) 参见曹险峰 《我国侵权责任法之侵权构成模式》, 《法学研究》2013年第6期。

• 144 •

侵权责任法过程中,在对侵权行为归责原则上,没有采纳《法国民法典》之“一元论”;在适用范围上,亦没有采纳德国《民法典》中之“三段论”模式。⁽²⁾由此可见,我国《侵权责任法》根据实际情况,集两种模式的所长,兼收并蓄,为我所用。根据新媒体新闻侵权的特点,其民事责任制度的构建也应兼收并蓄,根据实际有所创新发展。

一是新媒体新闻侵权的违法性。行为人通过新媒体直接实施新闻侵权行为在法律上具有违法性在学术界并无争议。但新媒体中间服务商或网络服务提供者的行为是否具有违法性在各国理论界存在较大争议。美国、德国在互联网兴起之初,从促进互联网和信息技术角度出发,对中间服务商确立了“避风港”规则⁽³⁾,原则上不认为侵权人在网站上发布相关侵权信息,负责提供技术保障的中间服务商不承担责任,客观上否认了中间服务者的违法性。⁽⁴⁾但此后,美、德等国逐步改变态度,对中间服务者的行为是否具有违法性,采用了新标准。从最初认为不具有违法性,转而根据中间服务者所提供的服务内容、行为性质及是否采取相应的识别、处理措施等具体情况,综合认定中间服务者是否具有违法性。如美国纽约州最高法院1995年审理的Stratton Oakmont公司诉Prodigy服务公司一案中,⁽⁵⁾法院认定被告公司应当象“出版商”(Publisher)一样对网络用户发表在其网站上的侵权行为承担法律责任。⁽⁶⁾

二是新媒体新闻侵权的损害结果。由于新媒体新闻侵权的损害行为特征发生显著变化,必须从新媒体新闻侵权的性质、损害、构成等方面构建相应的理论体系,并通过立法手段来解决。如对“人肉搜索”行为,对于一般网友在不了解真相和实情下的批评言行,一般不予认定为新闻侵权行为。而对于新闻的首发者及主要推动者、行为特别过分者,应当认定其实施了侵权行为,并可作为共同侵权人予以承担民事责任。对于中间服务者,则应视情而定。在新媒体时代,新媒体新闻侵权的结果应当是被侵权人即受害者所导致的实际损害,包括被侵权者的物质损害和精神损害。

三是新媒体新闻侵权的因果关系。在新媒体新闻侵权诉讼中因果关系出现了一系列新的变化,突出表现在行为人的新闻发布行为,与受害人的损害结果的因果关系出现了关连性、复杂性和不可预知性。其主要原因为在于新媒体新闻传播内容的可控性与不可控制性。如按照相当因果关系说,如某项事实仅于现实情形发生该项结果,仍不足以判决有因果关系,必须在通常情形,依社会一般观念也认为有发生该项结果的可能性时,方能认为有因果关系。

(2) 参见王胜明《侵权责任法之立法思考(一)》,参见王胜明2009年10月29日中国人民大学演讲内容。http://www.360doc.com/content/11/0414/16/4675050_109617180.shtml,最后访问日期:2018年12月4日。

(3) 参见美国《跨千年数字法案》及美国、德国等相关判例。美国法院通过系列判例确定中间服务商的法律地位和图书馆、报摊等发行商相似,不应对相关内容进行审查,不应对作者等著作权人的侵权内容承担责任。如Jones v. The Dirty网站案。参见第33条注释。

(4) 美国国会1996年公布的《通信正派法案》(Communication Decency Act)第230条明确宣示其立法目的:“促进互联网和其他互动式计算机服务及其他互动式媒体的持续发展”,以及“保持互联网行业和其他互动式计算机服务不受联邦或州管制的自由发展和自由竞争市场的活力”。参见周学峰、李平《网络平台治理与法律责任》,中国法制出版社2018年版,第48页。

(5) See Stratton Oakmont Inc. v. Prodigy Service Co. N.Y.S.2D ,1995 wL323710.

(6) 参见周学峰、李平《网络平台治理与法律责任》,中国法制出版社2018年版,第48页。

但如果从必然关系来看,被侵权人的损害结果应当与侵权人的行为存在直接因果关系;但在新媒体侵权中,受害人的损害结果,不仅仅与直接在新媒体发布侵权新闻的行为人有关,还可能与其他转载者有关;如果转载者众多,关注者不一,“粉丝”数量不一;很可能第一顺序转载者与第二顺序转载者给受害者造成的损害结果存在很大差别,要确定其相应的违法性、法律责任及赔偿数额相当困难。从按照偶然因果关系来看多因一果所造成的最后结果对新媒体新闻侵权的责任认定也存在诸多困难和障碍。有学者认为,偶然因果关系具有间接性⁽⁷⁾、次要性⁽⁸⁾、复杂性⁽⁹⁾特征。只有全面、客观地对新媒体新闻侵权行为与损害结果之间的因果关系进行综合性地分析,把多个前因与最后的侵权结果进行综合比较、比对,并从法律角度、社会角度等多方面进行判断,才能真正把握新媒体新闻侵权责任构成中的因果关系,进而对新媒体新闻侵权在因果关系的层面上进行科学定位。

四是新媒体新闻侵权的过错。新媒体新闻侵权中,直接实施侵权行为的新媒体过错较易确定,但提供入网的服务者、储存服务者的过错不够明显。该如何认定当事人是否存在过错?英国学者科瑞斯·瑞德认为,网络服务提供者的帮助侵权行为由四个要件构成:一是网络用户在网络上实施了直接的侵权行为;二是网络服务提供者对网络用户的直接侵权行为存在客观帮助侵权行为;三是网络服务提供者对网络用户提供的帮助行为与网络用户的侵权行为存在法律上的因果关系;四是网络服务提供者存在法律上的过错。但网络服务提供者的主观过错是仅指故意,还是包括故意和其过失两种状态?理论界存在不同的认识和观点。有观点认为,网络服务提供者主观认知的过错,应当包括应知的过错。这种应知,是指法律上的推定知道,是对主观过错的法律推定。

在英美法系,尤其是美国盛行的网络侵权理论中,法律上的知道内涵可以区分为“实际知道”(actual knowledge)和“推定知道”(constructive knowledge)⁽¹⁰⁾。有观点认为,我国《侵权责任法》第36条第三款所规定的“知道”这一概念,与美国法上不能适用“避风港规则”的两种主观状态——明知(actual knowledge)和基于特定事实和环境的认知(awareness of facts or circumstances)是一致的。⁽¹¹⁾在实体法上,应当知道是特定民事主体对其行为应尽的注意义务,体现了对他人合法权益的关注和尊重,此为行为人划定了行为界限。

在美国版权法历史上,也曾要求网络服务提供者承担较高注意义务,要求其对提供的信息进行审查,结果阻碍了互联网业的发展。1995年,美国政府提出《知识产权与国家信息基础设施》法案,规定网络服务提供者应当承担和出版商类似的法律义务,但因为

(7) 间接因果关系是指由某种行为非直接地、但也合乎逻辑地产生某种危害结果情形下行为与结果的联系。其为两个首尾连接的必然因果关系的间接联系。

(8) 最后结果发生的根据存在于后来出现的原因中的,前因为后果的次要原因。

(9) 虽然条件与结果具有外在的偶然联系,但此种偶然的因果关系仍系因果关系。在某些情况下,偶然的因果关系也能引起损害结果的发生。

(10) 参见吴汉东《论网络服务提供者的著作权侵权责任》,《中国法学》2011年第2期。

(11) 参见杨明《〈侵权责任法〉第36条释义及其展开》,《华东政法大学学报》2010年第4期。

AHGC 组织（网络服务提供者组成）的反对而未获通过。⁽¹²⁾ 后来美国通过的千禧年数据版权法案及相关案例在诸多利益平衡中侧重保护网络服务提供者的利益，对其责任予以限制：其原因主要在于一方面系保护美国宪法第一修正案所确立的言论自由；另一方面也是因为互联网的发展是美国经济发展的重要推动力。

我国在立法与司法过程中同样要考虑互联网产业发展以及国家产业升级问题。我国互联网产业正处于发展、追赶期，从保护互联网产业发展的角度看，不宜让网络服务提供者负担过大的注意义务，至少不应超过世界主要经济体所要求的水平。由于网络信息传播快速、即时、量大的特点，受当前网络技术的制约，网络服务提供者甄别网络用户侵权行为的难度很大。如果要求网络服务提供者承担过失责任，如何确定其注意义务这一问题就难以解决。即使明确了注意义务，也难以有效预防侵权。使网络服务提供者不能准确预见行为后果，限制了行为自由。而对网络自由的限制就是对信息传播自由的限制，容易动摇信息社会的基础，进而影响到社会平等、言论自由、文化传播、个人发展等各个方面。因此，通过加重网络服务提供者的责任来防止网络侵权行为是容易阻碍信息社会发展的，不利于提升整个社会的发展利益。

二、新媒体责任平衡保护原则

新媒体新闻侵权必须依法承担民事责任，情节严重的应当追究行为人的刑事责任。但任何责任的构建，必须在个人权利保护与公共利益之间保持适度的平衡。此为法治的重要原则，也是法治的重要精神。在新媒体新闻侵权的责任制度重建中，也必须关注相关问题的研究。在新媒体新闻侵权责任重建中，必须通过立法、司法活动来依法保障新媒体的正常发展，保障公民的言论自由和新媒体的新闻自由，防止矫枉过度。

（一）新媒体责任平衡保护的制度变化

新媒体新闻媒体报道，从本质而言，是公民言论自由和出版自由的延伸及表现。而公民的言论、出版自由受宪法保护。1664年，英国约翰·密尔顿在《论出版自由》一书中首次提出新闻自由思想。⁽¹³⁾ 此后，1789年法国的《人权宣言》和1791年美国的《权利法案》以法律形式将言论自由和新闻出版自由作为公民的基本权利确立并得到世界各国推崇。有学者认为，美国宪法第一修正案“关于言论和出版自由的规定，对于保障人类自由来说，无疑是重要的；但对于构建一个健康的社会，并不是惟一重要的。如果言论自由的实现必须以彻底牺牲个人隐私为代价，那么其只会是一个令人恐惧的胜利。”⁽¹⁴⁾ 美国大法官霍姆斯1919年在撰写艾布拉姆斯案的反对意见时写道，即使那些言论罪该万死，即便那些言论令我们十

(12) 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室《侵权责任法立法背景与观点全集》，法律出版社2010年版，第593页。

(13) 参见曹瑞林《新闻媒介侵权损害赔偿》，人民法院出版社2000年版，第3页。

(14) See Anthony Lewis, *Freedom for the Thought that We Hate* (New York: Basic Books, 2008), 836.

分痛恨，我们依然必须警惕我们对它们进行钳制。除非，这些言论威胁到法定目的；除非这些言论对国家产生紧急的、迫在眉睫的危险；除非，必须通过立法来限制这些言论，才能挽救我们的国家……我们才能对国会不得通过立法限制言论自由这一禁止性的根本原则作出正当的例外⁽¹⁵⁾。霍姆斯的观点论述了立法与言论自由的关系、包括新闻自由在内的言论自由与国家制度的关系，不同意见之间的包容、交流对国家和安全的关系。由此可引申出新闻自由（公民知情权）与个人人格权保障，公共资讯利益与个人人格权的平衡保护关系。

值得注意的是，1998年，在加利福尼亚的舒尔曼诉 Group W 制作公司案（Shulman v. Group W Production）中，法院判决舒尔曼胜诉。凯瑟琳·沃德加（Kathryn M. Werdegar）法官指出：政府不得规定新闻媒体“应当报道什么，但也不允许媒体打着搜集新闻素材的名义非法窥视民众，实行新闻专制”⁽¹⁶⁾。美国最高法院众多大法官的主张，实际上展示了美国的立法、司法一方面试图努力保护个人的隐私权、名誉权；另一方面，为了保护社会公共利益，也更加注重保护多数公民的知情权。⁽¹⁷⁾ 法院甚至通过判例宣示，对公众人物、准公众人物的名誉权，如果大众传媒的侵权行为，不是出于故意，而是出于过失；那么，新闻传媒也可以免除或减轻其相应的侵权责任。这实际上是为新闻媒体对公众人物和准公众人物的新闻侵权，打开了一个免责的窗口，使新闻媒体在法律上，实际拥有一种新闻监督的特权。⁽¹⁸⁾ 在德国，在窃听德国总理柯尔（Kohl）和比登科夫（Biedenkopf）的私人电话谈话一案中，德国联邦法院面对的价值选择——实质就是：当公民的个人隐私权保护与社会公众的知情权保护发生矛盾，孰轻孰重？法院该采取什么样的平衡或倾斜原则？经过再三权衡，德国联邦法院最终判定：德国《星》画报发表上述私人电话的窃录记录，不属于对公共资讯利益的公开，构成侵权。在揭开面纱（Aufmacher I und II）案件中，公民的隐私权、名誉权与社会公众的知情权的保护也发生了矛盾，同样需要法院在利益的取舍、价值的选择上，作出适当裁决。最后，德国联邦法院也优先考虑了社会公共利益。德国联邦法院驳回了原告某报社对潜入该报社暗访并发表新闻报道的起诉。该案被告（Guenter Wallraff）获胜。⁽¹⁹⁾

对于新闻自由与个人人格权的冲突问题，对社会公众利益与个人人格权保护的冲突问题，我国的立法、司法也将社会公共利益放在更高的地位，当个人利益与社会公共利益发生冲突时，一般优先考虑社会公共利益。在这方面，相关的立法和司法案例很多。如最高人民法院出台的关于信息网络侵害人身权益适用法律的相关司法解释中就明确规定，网络用户或者网络服务提供者为促进社会公共利益且在必要范围内，公开自然人基因信息、私人活动等个人隐私和其他个人信息，造成他人损害，不负侵权责任。此规定实质上为促进社会公共利益而对个人的隐私权有所限制，有利于公共利益的保护和社会的进步。

(15) Ibid., 81.

(16) Ibid., 73.

(17) See Cox Broadcasting Corp. v. Cohn, 420 U.S. 469 (1975).

(18) See New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1968).

(19) 参见德国联邦法院判决 BGH JZ 19 81, 709 = BGH NJW 1981, 1366.

新中国成立以来,我国为保障公共资讯利益的发展和公民的言论自由,通过大力促进新闻报刊的发展等措施来促进公共资讯事业的发展。尤其是近年来,我国加强互联网信息技术、通讯技术、电子技术等现代科学技术的研发和运用,加大新媒体与传统媒体的深度融合,有力地保障和促进了公共资讯事业的发展。与此同时,通过不断完善宪法、民法总则等形式来保障公民的言论自由和姓名权、肖像权、名誉权、隐私权。我国现行《宪法》第35条明确规定公民有言论、出版等自由,以根本大法的形式直接保障公民的言论自由和出版自由。法律保障新闻自由,是对公民政治、民主权利的保障。作为一个国家公民,享有对国家政治活动、政治事务和其他社会活动的知情权,从而更好地参与各项社会活动,行使各项政治民主权利。

新媒体新闻传播能最大程度地满足公民对社会知情的需要,因此各国都通过立法司法予以保障。但自由须有边界,新闻自由也同样如此;其边界就是法律规定的限制条款或例外条款。综观世界各国立法,在保护新闻自由的同时,也努力防止新闻自由的滥用。在自称新闻自由度最为宽松的美国,1868年宪法第14修正案补充规定:各联邦不得制定或执行任何废止美国公民的权利或安全的法律,不得未经法律程序,而剥夺任何人的生命、自由或财产。在实践中,基于保护个人不受诽谤,维护社会公共利益和国家安全的目的限制言论出版自由,不视为违反宪法第一修正案的规定。

(二) 我国新媒体责任平衡保护的法律规定与新观点

我国一方面保障新闻自由,保障民众获得公共资讯利益;保障公民的表达自由,保障包括新媒体在内的媒体传播报道自由;另一方面也反对滥用新闻自由。主要限制有:不得损害或危害公共安全、公共利益;不得对公民进行侮辱、诽谤他人等等。我国《互联网新闻信息服务管理规定》第19条明确将11项内容排除在互联网新闻信息服务单位登载、发送的新闻信息之外。其中,包括但不仅限于散布侮辱或者诽谤他人的非法信息等内容。该规定第27条明确规定国务院新闻办公室或者省、自治区、直辖市人民政府新闻办公室及电信主管部门的行政处罚权。《网络安全法》也同样依法授权相关行政机构对新媒体新闻侵权行为进行行政处罚的职权。当然,上述规定主要是我国的行政法规而非民事法规。在公共利益与个人新闻自由发生冲突时,国家公权力机关可以使用合法手段,平衡相关权益。

与此同时,我国民事法律禁止包括新媒体在内的民事主体侵害公民、法人和其他组织的合法权益,禁止对公民进行侮辱和诽谤。如我国《侵权责任法》第2条原则规定侵害他人的合法民事权益,应当承担侵权责任。并采取列举的方式,将民事权益的具体内容确定为名誉权、肖像权、隐私权等人身、财产权益。这也是规制媒体、新媒体新闻侵权的重要内容。规制媒体和新媒体新闻侵权,是法律对公民政治、民主权利与公民人格权协调保护的产物。一方面,新闻媒体利用其传播信息的优势,满足公民知情权的需要,为公民行使公法上的政治、民主权利创造良好的条件;另一方面,公民作为社会的独立主体,其人格尊严和合法权利是安身立命的根本,也是其行使其他权利的基础。两者的统一与冲突,形成了规制新闻侵权的基础,在何种情况下构成法律规制的新闻侵权,往往是上述公权利与私权利利益综合平衡与协调保护的结果。

学者龙卫球认为,人格权的保护也存在一定的限制。不同的利益可以综合考量,有的利

益高于其他利益，优先性的属性客观存在。龙卫球学者举了一个较有说服力的例子说明这种情形。他举例说，犯罪嫌疑人在被法院正式定罪前，根据无罪推定的原则，他是无罪的，是普通公民；从法律来说，他也依法享有肖像权。但是，公安机关在依法对其作出通缉时，并将其肖像广泛张贴在各种通报上，法律是允许的。实践中也一贯如此。在这一事件中，犯罪嫌疑人在定罪前是公民，他的肖像权是受法律保护的；但是，法律为了打击犯罪，保护更多民众，不得不允许在布告上公开张贴其照片——这就说明，当个人的人格权与社会公共利益发生矛盾时，社会公共利益应当优先受到法律保护。因此名誉权等人格权的保护在一些特定情形下，必然受到其他更高利益的限制。在德国，遇到此种情形同样如此。该国对肖像权保护，如与“更高的艺术利益”发生冲突，法律当然首先保护更高的艺术利益。此种保护，在《德国艺术品著作权法》中有专门的规定。具体条文可见该法的第23条第1款第4项。龙卫球教授主张，公共资讯或公共言论，较名誉和肖像等利益而言，某些情形即更高利益的表现。他认为，就言论而言，一般情形下，可分为纯粹私人言论及公共资讯言论。所谓公共资讯言论，其实就是为了社会公共利益而发表的言论。⁽²⁰⁾ 为社会公共利益代言，从法理上来说，当然应当视为正当言论，其价值、作用、地位，当然应当高于个人的私人言论；法律，应当赋予其相对优先的地位。

具体到新媒体新闻侵权民事责任，同样必须建立起新媒体新闻传播自由与公民人格权保障，公共资讯利益与个人隐私权保障等权利平衡保护的责任制度。从法律原则而言，民事主体的权利义务平等。但在司法实践中，处在不同法律地位的当事人（如原告与被告）存在权利义务不完全一致、不完全对称和不完全平等（如个人隐私的保护在公众人物与普通公民之间就有所不同）等情形。为保证新媒体有自由传播新闻的合法权益，保障公民的合法权益，有必要在公民的人格权和民众知情权之间建立起权利保护制度。

（三）国外对新媒体责任平衡的借鉴

在美国，1995年的“白皮书”提出网络中间服务商的地位与责任问题，就是试图在新闻自由、互联网发展和公民合法权利保护之间找到平衡保护的责任制度。“白皮书”提出，网络中间服务者ISP在网络上自动的复制行为、暂时性的复制行为、传输行为，都属于版权法上的复制行为，网络中间服务者对此应当承担严格的法律责任。此后，美国1996年通过的《通信正当行为法》，也用法律形式规定网络中间服务者如果出于善意，并且对其认为是侵权、违法的信息进行了必要的遮拦、屏蔽措施，就可以不承担侵权责任。这实际上是美国立法对中间服务者的行为确立是否存在违法性的标准。在康普斯公司（CompuServe）诉讼案中⁽²¹⁾，法院认为，康普斯公司只是一个“电子新闻发行者”，应当按公共图书馆、书店和报摊等适用的较低标准来定其所应负的法律义务，即，它是否知道或有理由知道出版物中含

(20) 参见龙卫球《自然人人格权及其当代进路考察——兼论民法实证主义与宪法秩序》，《清华法学》2002年第2期。

(21) See *Cabby, Inc. v. CompuServe, Inc.*, 776 F.Supp.135(S.D.N.Y.199).

有诽谤内容。⁽²²⁾ 据此,法院判决康普斯公司对指控的诽谤不承担责任。此外,法院也没有对卡麦龙公司是否应承担责任作出任何判决。⁽²³⁾ 美国司法机关在互联网发展初始,为促进计算机企业发展及保护互联网上的言论自由、新闻自由,对中商服务者的违法性的认定标准严格把握,并确立了“避风港”规则。关于这一点,美国司法机关并不讳言。法院认为,“如果不对电子新闻的发行者适用与公共图书馆、书店和书商一样的较低标准,这种不一致将会给信息的自由流动带来过分的负担。”⁽²⁴⁾ 但随着时间的推移,美国司法机关对互联网提供网络服务网的中间服务者的新闻侵权态度即法律上所指控的诽谤标准发生了悄然变化。如在神奇网络服务公司被诉 (Satrron Oakmonnt, Inc. v. Prodigy Serviaes. Co.) 一案中⁽²⁵⁾,法院认为,神奇公司由于启用了审查筛选软件、公告板使用准则并聘用了负责在线讨论的管理员而形成了“家长式”定位,这种定位使其“足以对计算机电子公告板拥有充分的控制而使其应承担与报纸出版者一样的责任”。法院对本案与康普斯公司一案进行了区分,认定神奇公司一是使自己在公众及成员面前处于电子公告板内容控制者的地位。二是通过自动筛选软件,并要求版主们执行其公告板使用准则来实施控制。这在事实上已经建立起一个监控讯息传输、审查讯息内容的编辑班子。在花花公子 (Playboy Enters. v. Frenna) 一案中,对于未经授权,就在电子公告板上张贴“花花公子”版权照片的行为,法院裁定认为,当事人的行为是否构成侵权,并不需要行为人在主观上具有侵权的故意。当事人是否存在主观故意或者明知,并不影响侵权行为的构成。即使行为人在主观上没有恶意,而是出于善意,但只要他是侵权人,实施了侵权行为,也应当对其侵权行为承担相应的侵权责任。⁽²⁶⁾ 1998年,美国在国会通过的 DMCA 法案⁽²⁷⁾ (《千年数字化版权法》)中,改变了“白皮书”和《通信正当行为法》所制定的若干规则,对 ISP 侵权责任做出了限制。该法在第二章第 512 条分别对网络服务者在提供传输通道、系统缓存、存储信息、搜索等服务时所需要承担的版权责任做出减免限制。根据该法,如果网络服务者在其用户侵权时,制定了合理的规则,采取了相应的标准技术措施,并在其用户再次侵权时,中止了它的账号;那么,网络服务者就可以在侵权诉讼中,免除或减轻其侵权责任。可以说,美国 1998 年《跨世纪数字版权法》对网络服务提供中间者明确规定了若干“安全港”规则,即按法律规定遵守上述规则即可免责。在客观上,有利于互联网发展,有利于公民言论自由保障和新闻自由保障。在奈特康姆在线通讯服务公司 (Netcom On-Line Communication Service) 被诉侵权一案中⁽²⁸⁾,法院认为,对主要侵权人的行为承担代位责任的前提是,被告有权利和能力控制主要侵权人的行

(22) See Church of Scientology v. Minnesota State Medical Asso. Foundation, 264 N. W. 2d 152, 156 (Minn. 1978).

(23) See Jonathan Rosenoer, *CyberLaw: The law of the Internet* (New York: Springer Science & Business Media, 2012), 167.

(24) See Cabby, Inc. v. ComouServe, Inc., 776 F. Supp. 135 (S. D. N. Y. 199).

(25) See Satrron Oakmonnt, Inc. v. Prodigy Serviaes. Co., 1995 N. Y. Misc. Lexis 229, 23 Meadia L. Rep. 1794 (N. Y. Sup. Ct. 199).

(26) See Playboy Enters. v. Frenna, 839F. Supp. 1152, 1559 (M. D. Fla. 199).

(27) See “Digital Millennium Copyright Act of 1998”.

(28) See Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Service, Inc., No. C-95-20091.

为; 并且, 被告从该侵权行为中直接获得利益。⁽²⁹⁾ 本案不但确立了侵权信息发布平台的新媒体(中间服务者)存在违法性的前提, 还明确了中间服务者到底是承担直接责任、间接责任、帮助责任或代位责任等问题, 对构建我国新媒体新闻侵权民事责任制度具有重要的参考作用。在“索尼案”“Napster案”判例中, 美国法院更是明确网络服务提供者对其用户的直接侵权行为只应承担间接责任, 这种间接责任, 主要是指帮助侵权责任或替代责任。例如在“Napster案”判例中, 法院最终认定被告Napster公司对其用户构成帮助侵权。

此外, 美国还特别针对互联网所特有的复制侵权和链接侵权问题, 发展出一种新的版权规则。其中, 链接(hyperlink, 又称超文本链接), 是指通过超文本制作语言(HTML, hypertext markup language)编辑⁽³⁰⁾。链接被称为Web最基础、革命性的特征, 故此案的判决对提供链接服务的中间平台或网络服务者意义十分重大。中间服务者提供链接, 一方面能给使用者带来巨大方便, 同时也能给中间服务者带来用户关注和利益。当然, 链接也同时会给著作权人带来财产损失等消极影响。

1997年, 德国第一个出台专门针对互联网内容管理《信息和通讯服务规范法》(以下简称《多媒体法》)。和美国所确立的“版权体系”不同的是, 德国的著作权法体现了“作者权体系”特点。⁽³¹⁾ 对作者的版权和中间服务商的版权保护侧重点存在较大差别。与此同时, 《多媒体法》明确了几个方面法律制度和规定: 一是服务提供者仅对自己上网提供的具体内容承担法律责任; 二是如果提供用户或第三人的信息内容, 服务提供者了解这些内容、并在技术上能阻止其传播, 那么服务提供者应当对这些内容负责; 三是用户或第三人提供的内容, 在服务提供途径中进行传播, 服务提供者不对其内容负责。由此可见, 德国通过立法对网络服务者与用户的权利冲突、个人的合法权益与社会公共利益冲突进行平衡考量的制度。

(四) 新媒体新闻侵权责任平衡的制度完善

在我国, 同样需要在公民的合法权益与公共资讯利益以及国家信息技术发展间找到适当的平衡点。其中, 在依法保护原告诉权同时, 有必要完善以下相关制度。

1. 抗辩制度。新媒体新闻侵权抗辩制度是针对诉权的平衡与救济。在新媒体新闻侵权中, 有被侵权人的起诉, 就应当有侵权人的抗辩。针对原告的起诉, 被告以有力的事实、有效的证据和合法合理的理由进行答辩, 就是民事诉讼中的抗辩。有效抗辩, 必须有相应的抗辩事由。而所谓抗辩事由, 是指被告针对原告的诉讼请求提出的证明原告的诉讼请求不成立或不完成成立的事实和理由, 通过向法院提供相关事实、证据和理由以达到免除或减轻责任的目的。在新媒体新闻侵害名誉权诉讼中, 免责抗辩事由主要有: 新媒体新闻传播的内容基本属实, 没有无中生有或编造、传播虚假信息; 传播的新闻来自权威的消息来源, 如政府权威部门所发布的信息; 对新闻事实的评论基本上做到公正客观; 新媒体传播的新闻来源于受害人积极主动提供相关信息来源, 新媒体没有进行歪曲事实或片面传播; 读者来信、来电话

(29) Rosenoer, Cyber, 167.

(30) 参见郭卫华等《网络中的法律问题及其对策》, 法律出版社2001年版, 第26页。

(31) 同前注[6]。

客观反映情况，新媒体新闻做到客观传播；有关民事主体在新媒体上的直播，中间服务者已尽到合理的审查义务或注意义务；报道有关机构的特许发言，转载过程中没有过错等情形。此外，新媒体关于公众人物之新闻报道及评论，也存在特殊之处，因为公众人物必须对新媒体之批评承担更多、更大的容忍义务。在这方面，美国的做法可以提供一定的借鉴。美国在1998年正式通过《在线版权侵权责任限制法案》，规定网络服务提供商在下列情形下不承担法律责任：仅仅传输信息、按用户要求自动存储信息、为第三者的资源提供主机服务、为其他地方的资源提供搜索和寻址工具。与此同时，网络中间服务者要通过抗辩达到免除责任的目的，还必须符合下列条件：不知道所传输的信息是违法的，未直接从第三方的行为中获利，尊重资源控制人的版权管理技术。需要说明的是，在美国、德国等发达国家的立法、司法的推动下，网络服务提供者的责任限制原则已经被广泛接受；当然，由于各国之间的法律制度存在较大差距，就网络服务者的相关法律责任问题，各国还仍然有所差别。但无论如何，世界各国的立法、司法机关都认识到，如果互联网对社会有益，就应当对网络服务提供者的法律责任科学界定，并视其功能、作用、地位依法适用“避风港”规则，适当进行责任减免；惟其如此，互联网及互联网经济才能健康发展。毕竟，在互联网时代，没有网络服务商提供的服务，就没有互联网。

基于上述认识，在我国的立法和司法实践中，如果中间服务者在其用户或第三人实施侵权行为后，及时采取了法律法规所规定的必要措施；那么在被诉共同侵权诉讼中（包括帮助侵权诉讼），中间服务者可以将其作为有效的抗辩事由，应当免除或减轻其相应的民事责任。

2. 建立新媒体新闻侵权通知与反通知制度。因新媒体新闻侵权行为发生，很容易在很短的时间内发生非常严重的侵权后果，建立通知与反通知制度就特别重要。在被侵权人认为新媒体新闻报道损害其合法权益后，应当及时通知新媒体或新媒体服务者采取必要措施停止和防范用户继续侵权，被侵权人应当采用书面通知或者可识别的电子信息方式让侵权人或中间商能够知道或应当知道。在国际唱片业协会诉百度一案中，北京市第一中级法院认为原告的“警告信”虽然具备通知的形式，但存在缺陷。故判定原告未能发送符合要求的删除通知，百度对侵权行为并不知晓，不应当承担著作权侵权责任。⁽³²⁾北京高院维持了这一判决。而在IO Group Inc. v. Veoh Networks Inc.一案中，法院认定，侵权行为完全由视频网站Veoh的用户实施，原告在起诉前并未向其发送删除通知，故法院认为Veoh对侵权行为并不实际知晓，并最终认定其符合获得避风港保护的条件的条件，驳回了原告的诉求。⁽³³⁾

在现阶段，有效电子信息告知方式包括电子邮件、微信、QQ等即时通讯工具送达信息。通知除了应当包括一般通知所具有的正常事项及联系人方式外，还应当附上用户侵权的具体网址或者其他可以确定侵权内容相关信息。这是通知的核心要素和内容。如被侵权人发送的通知不能达到让中间服务者查找相关侵权信息的最低要求，应当视为通知的有效性不足，通

(32) 参见国际唱片业协会诉百度案，(2005)一中民初字第7965号，(2007)高民终字第594号。转引自宋海燕《中国版权新问题》，商务印书馆2011年版，第31页。

(33) 参见宋海燕《中国版权新问题》，商务印书馆2011年版，第16-18页。

知所要达到的法律后果就要打上折扣或者存疑，需要通过司法程序进行必要的确认。反通知应当提供被采取必要措施的行为不构成侵权的初步证明材料等。

三、新媒体新闻侵权替代责任与补充责任

我国《宪法》第35条明确规定公民有言论、出版自由。我国《侵权责任法》第36条规定网络用户、网络服务提供者利用网络侵害他人民事权益，应当承担侵权责任。我国《网络安全法》第12条规定，任何个人和组织使用网络应当遵守宪法法律，不得侵害他人名誉、隐私、知识产权等合法权益。应当说，这些规定对治理新媒体新闻侵权提供了宪法和法律依据，意义重大。但上述规定仅为原则性的规定，针对新媒体新闻侵权的情形，相关的民事责任制度亟待完善。我国民法通则和侵权责任法都规定了过错原则和连带责任。其中，侵权责任法还创造性地确立了补充责任。新媒体新闻侵权责任的归责制度，除了上述责任外，还需要建立替代责任等相关归责制度。

（一）替代责任

在民法上，所谓替代责任是指民事主体对他人的侵权行为造成损害所承担的替代责任，以及民事主体对物件侵权所造成的损害所产生的民事责任。简言之，即是民事主体为他人以及为物件损害所替代承担的民事责任。通俗地说，就是民事主体不是因为自己本人的直接侵权行为而产生的责任，而是因为他人（如雇员、如新媒体新闻侵权中的关联人）或相关物件（如自己包养的宠物）致人损害的民事责任，由相关民事主体来代替他人、它物承担的民事责任。

在替代责任中，民事主体对他人的行为承担责任即对人的替代责任，主要包括法人对自己公司的员工承担侵权责任、雇主对自己所雇佣的人员给他人所造成的损害结果承担民事责任、定作人指示过失导致相关定作之物产生损失所需承担的民事责任以及未成年人、精神病人等因无民事行为能力、限制民事行为能力，相关的法定代理人所需要替代无民事行为能力人、限制民事行为能力人所承担的民事责任等等。对物的替代责任，主要表现为高空作业的坠落物件、高速运输中抛落的物件等致人损害所需承担的民事责任、饲养的动物致人损害所需承担的民事赔偿责任等等。

在理论上，替代责任的理论各国学者各不相同，较有影响的理论主要有以下四种学说：一是管理说。此学说认为，雇主因雇佣关系对雇员拥有管理上的职责，雇员在被雇主雇佣期间，其职务行为受雇主指挥、管理，其职务行为所造成的后果，包括对他人的侵权后果，也应当由雇主承担。二是利益说。该学说认为，雇主在雇佣雇员期间，雇主一方面对雇员支付一定报酬，另一方面也对雇员的劳动成果所产生的利益可以行使一定的支配和占有权利；那么，雇员在受雇期间因行为侵权所造成的侵权责任也应当由雇主承担。三是风险说。该学说认为，雇主在雇佣雇员期间，由于根据雇主的要求进行雇佣劳动，应当承担雇员在劳动中的相关风险。四是控制说。该学说认为，由于雇主在雇员受雇期间，人身关系、劳动时间、雇佣方式多受雇主控制，因此，雇员因雇佣关系而出现的工作侵权行为，雇主也具有一定的控制能力，其在雇佣期间因侵权行为所产生的损害责任，也应当由雇主承担。当然，我国立法

机关及有些学者在现阶段对替代责任不予明确承认。⁽³⁴⁾ 当前,不少国家和地区将替代责任作为认定第三人承担著作权侵权责任的一种理论。

在美国,著作权人如要求网络中间服务者承担相应的替代侵权责任,必须在三个方面提供相应的证据:一是要证明网络用户有侵权行为;二是要证明网络中间服务者在一定程度上具有管理或规制用户侵权的能力;三是网络中间服务者从用户实施的侵权行为中取得直接利益。如在艾里森诉罗伯森 (Robertson) 被诉一案中,新闻组服务在美国在线的网络接入等业务经营活动中,无论是经营范畴还是相关收入,所占的比例都非常低。故法院最终认定美国在线没有达到构成侵权所需要的取得直接经济利益的标准。但在埃姆斯特 (In re Aimster) 一案中,司法裁判耐人寻味。埃姆斯特网站对用户将自身电脑上的文档材料上网分享保持宽容态度。法院认为这种做法对吸引网络客户不断访问其网络起到相当的引导作用。而且,要求用户每月交纳 4.95 美元租金给埃姆斯特网站就是获取直接经济利益。⁽³⁵⁾

在“Napster 案”中,美国法院认定, Napster 可以终止用户帐号,可以通过其系统存储的用户文件名称,基本了解用户文件的相关内容,由此可证明该公司对侵权用户具有较大的监管权利与能力。与此同时,法院认为, Napster 正是通过有意放任用户侵权,才积累了较多客户资源,获取了较多服务费与广告费,符合替代侵权的所有构成要件,故法院最终认定 Napster 侵权替代责任成立。⁽³⁶⁾ 值得关注的是,“Napster 案”确立的间接侵权责任构成要件同样可以适用于新媒体中间服务者。随着替代侵权责任的发展,其构成要件也发生了变化:一方面,替代责任人对直接侵权行为人的监控能力和权利被扩大解释;另一方面,替代责任人虽但从直接侵权人处不直接获得经济利益,间接获益也可构成替代侵权责任。

有学者认为,我国最高人民法院关于信息网络传播权司法解释第 11 条所规定的,网络服务提供者针对特定作品等投放广告获取收益,或者获取与其传播的作品存在特定联系的经济利益,应当认定其直接获得经济利益。实际上是吸收了替代责任的要素。当然,该规定也明确网络服务提供者如果只是提供上网服务而收取一般性的广告费、服务费不应认定为获取直接经济利益。从最高法院司法解释的此规定来看,与美国关于替代责任的构成要件存在相似之处。但也有学者认为我国侵权法不宜通过立法规定替代责任。理由系此种说法不科学。⁽³⁷⁾ 替代责任如在雇主对雇员的损害赔偿中“不科学”,但在新媒体新闻侵权的责任中,有一定的科学性。因为在新媒体上直接发布侵权新闻的民事主体与网络服务者的关系,并非雇主与雇员的关系,也非监护人与被监护人的关系。它们之间的关系,主要表现为新媒体服务提供者与用户之间的关系。此种关系,应是密切关系者。此外,一些网络服务商和在新媒

(34) 参见王胜明 《侵权责任法的立法思考》, <http://wenku.baidu.com/view/0354520d6c85ec3a87c2c563.html>, 最后访问日期: 2016 年 4 月 2 日。

(35) 参见万柯 《如何判定著作权侵权替代责任中的直接获利》, http://www.sipo.gov.cn/mtjj/2014/201408/t20140808_992494.html. 最后访问日期: 2016 年 4 月 2 日。

(36) 陈蓉 《网络版权侵权案中网络服务商法律责任的认定》,《安徽科技》2006 年第 1 期。

(37) 同前注 [34]

体上直接实施侵权行为的网络用户关系，在新闻侵权关系上，还存在帮助侵权的法律关系，在此种情形下，由网络服务商承担帮助侵权的补充责任或连带责任更具有法律上的合理性。

（二）补充责任

所谓补充责任，不同学者有不同认识。有学者认为，补充责任是指在行为人实施侵权且补充责任人存在过错的情况下，补充责任人承担相应补充赔偿责任的责任形态。⁽³⁸⁾也有学者认为，多个侵权人负有赔偿义务，直接侵权人下落不明或其能力不足以承担全部赔偿责任时，补充责任人对剩余部分进行相应的赔偿。⁽³⁹⁾

在我国，补充责任在《侵权责任法》出台之前，在立法上并不存在。但在司法实践中，旅馆、银行、列车等相关经营场所如发生侵权案件，如何追究相关直接侵权人及相关经营者的侵权责任，成为一个重大课题。在法无明文规定的情形下，人民法院不能拒绝裁判，故通过司法实践逐步创立了补充责任；并由最高人民法院通过司法解释予以确定。经过较长的司法实践检验，发挥了良好作用，最终得到立法机关之立法确认。

我国《侵权责任法》第37条规定，行为人因侵权行为造成损害，在由直接侵权人承担侵权责任的同时，管理人或者组织者没有尽到安全保障义务，应当承担补充责任。在侵权人无法确认或者侵权人没有能力赔偿的情况下，旅馆、银行、列车的所有者、经营者如果没有尽到保护义务，应当承担补充赔偿责任。应当指出，从法律来看，此条规定并未明确新媒体新闻侵权同样适用。因为法律明确规定的是旅馆、银行、列车之所有者或者经营者，并未规定新媒体的服务提供者。但在新媒体新闻侵权案件中，新媒体的服务提供者，与旅馆、列车给旅客提供的服务有相似之处，其责任也有相似之处。因此，在新媒体新闻侵权案件中，可以适用补充责任。尤其是新媒体新闻存在大量转发、无限转发之情形下。在新媒体新闻侵权案件中，往往存在侵权行为人将相关侵权新闻发布到新媒体后，其他新媒体竞争转发之情况。如“海某女”案件，海某女之前男友将其个人肖像及隐私发至某网站后，其他诸多网站竞相转发。在本案中，海某女之前男友乃直接侵权人，其必须承担直接的、主要的侵权责任。与此同时，首发该侵权之新闻之新媒体承担连带责任亦非常正确。然其他转发网站共同承担完全相同、毫无区别之连带责任似与公平不合。如转发者承担补充责任则较为合适，更能体现法律之公正。毕竟，在刑法中尚有首恶者严惩，跟从者从轻之原则。在新媒体新闻侵权中，更应如此。

与此同时，由于新媒体影响的大小不一，有的新媒体粉丝上千万个，影响力巨大。有的新媒体粉丝仅数个，影响力较小。但在新媒体传播中，一些新闻侵权内容很可能先从影响小的新媒体发布，而在影响力大的新媒体传播。在此种情形下，由于影响力的大小与公众知晓的范围大小、被侵权人的受损害的大小有着密切关系，甚至有着直接关系。如简单地对所有共同

(38) 参见葛清 《侵权补充责任研究》，http://kns.cnki.net/kns/brief/default_result.aspx。最后访问日期：2018年12月19日。

(39) 参见邓乐 《论我国侵权法上的补充责任》，http://kns.cnki.net/kns/brief/default_result.aspx。最后访问日期：2018年12月19日。

侵权人，包括所有转载者实施同等连带责任，与民法理论上的公平原则违背。因此在此种情形下，应对不同的转载者承担有区别责任。对受害人导致损害最大的侵权人，应当承担主要侵权责任，对受害人造成损害小的共同侵权人，应承担补充责任。惟其如此，才能真正体现民法、侵权法所蕴含的公平精神，有效解决在新领域出现新特征的新媒体新闻侵权纠纷。

因此，其归责原则应当在坚持过错原则的前提下，对不同转发主体认定不同的归责原则。即，包括网络媒体在内的新媒体新闻侵权的民事责任归责，首先必须坚持过错原则。其次，在新媒体新闻侵权共同侵权人较多的情形下，受害者已举证其受到多个新媒体损害的情形下，应当有条件地适用替代责任和补充责任。惟其如此，方能为新媒体创造更好之发展空间，更有利于保护公民、法人和其他组织之言论自由、新闻传播之自由。

结 语

新媒体由于其独特新闻传播方式与独特新闻功能作用已深刻地影响着我国国家民主法治建设，对促进公民权利保护，促进社会进步具有重要作用。惟有充分认识到新媒体新闻侵权独有特征与独特归责原则，在坚持过错原则基础上，建立替代责任、补充责任等法律制度，并通过民法典制定、侵权法完善、个人信息保护法立法等立法完善其相关制度，方能使新媒体新闻侵权责任制度发挥其应有作用，方能使所有民事主体合法权益得到更好保护，方能使我国法治建设更加完善。

(责任编辑: 赵玉)

Research on the Civil Liability of Press Tort of the New Media

Abstract: There are substantial differences between the press tort liability of the new media and that of the traditional media. The press tort liability of new media requires the infringer to know or should know the possible damages. Its causality is more complicated. The “haven rules” can be applied with restriction to reduce or exempt liability, and it has more grounds for defenses which traditional media press tort liability does not have. Therefore, to realize the balanced protection among freedom of new media press, public information interests and individual rights, vicarious liability in imputation principles of press tort liability of new media shall be improved. Furthermore, the civil liability of press infringement of special tort subject, such as reproducers and ISP, and joint infringer shall be clarified and formally regulated in legislations including the civil code and tort law.

Key Words: New Media; Press Tort; Vicarious Liability; Tort Liability; Wechat; Weibo

He Nenggao, Ph. D. Candidate of Civil and Commercial Law at the Law School of Beihang University, Party Member of branch group of the Party Group of the Fifth Circuit Court of the Supreme People's Court of PRC.
