

# 微博时代私权保护与言论自由之博弈

陈 雄,邓志芳

(湖南工业大学 法学院,湖南 株洲 412007)

[摘 要] 微博使用过程中,微博言论可能会与名誉权、隐私权、商业秘密等私权发生冲突,这就需要通过包括道德、立法和司法途径在内的权利冲突协调机制来化解权利冲突,以保障微博言论的自由,同时防范其滥用导致的对私人合法权益的侵害。

[关键词] 微博;言论自由;私权保护

[中图分类号] D922.7 [文献标识码] A [文章编号] 1674-117X(2012)03-0034-05

## Game between Private Protection and Speech Freedom in Micro - Blog Era

CHEN Xiong, DENG Zhifang

(School of Law, Hunan University of Technology, Zhuzhou Hunan 412007, China)

**Abstract:** Micro - blogging remarks may be contradict with other people's reputation, privacy, trade secrets and other private rights in the process of its using. In order to protect the freedom of micro - blogging speech and prevent its abuse of the lawful private interests, we need coordination mechanism to resolve the confliction, such as moral, legislative and judicial means.

**Key words:** micro - Blog; speech freedom; private right protection

在言论自由高度发展的今天,言论方式也呈现出不同的面貌,从中国古代的谏言上书到近代出现的网络言论,发展之迅速不言而喻。如今在网络空间又出现了一个新兴事物——微博。微博作为一种新的言论平台,不仅承载着言论自由的历史使命,也在很大程度上为言论自由开辟了更大的舞台。但与此同时,蓬勃发展的微博也给我们的私权利带来了不可小视的威胁。基于此,本文具体探讨微博时代私权保护与言论自由之博弈。

### 一 微博言论自由权

微博言论首先归属于言论自由的范畴,具有言论自由权的共性。微博属于网络空间言论,网络空间言论自由权,其实就是言论自由权在网络上的自然延伸,因此研究微博言论自由首先应当从言论自

由出发,言论自由的一般理论是我们探讨微博言论自由权的理论基础。《牛津法律大辞典》就将言论与表达自由(Freedom of speech of expression)表述为:“主要公民自由权之一。其含义是指,以口头、书面、图片、广播或以其他方式传播对任何事项的声明和观点。”<sup>[1]</sup>言论自由是指个人所享有的以口头、书面或其他形式获取和传递各种信息、思想的权利。<sup>[2]</sup>从个人角度来讲,言论自由是精神活动的基础;从国家角度来讲,言论自由是民主政治的关键。为了维护人的尊严,任何人,包括政府在内,都无权命令一个人不去听从危险且大逆不道的蛊惑之言,因为我们必须承认每个有尊严的人,都能凭着自己的思想活动,表达自己的心声。《世界人权宣言》第12条规定:“任何人的私生活、家庭、住宅和通信不得任意干涉,他的荣誉和名誉不得加以攻击。人们

收稿日期:2012-03-23

收稿日期:湖南省社科基金项目(11YBA095);湖南省教育厅科学研究重点项目(11A027)

作者简介:陈 雄(1974-),男,湖南衡南人,湖南工业大学副教授,法学博士,主要从事宪法学基础理论研究;  
邓志芳(1988-),女,湖南郴州人,湖南工业大学硕士研究生,主要从事宪法学与行政法学研究。

有权享受法律保护,以免受这种干涉和攻击。”《公民权利和政治权利国际公约》第 17 条的规定与其相同,只是将“不得任意干涉”扩充为“不得加以任意或非法的干涉”。被认为对言论自由基本原则作出极其透彻而又明晰阐述的英国理论家密尔说:“一切意见应当允许其自由发表,但在方式上需要节制,不要越出公开讨论的界限。”<sup>[3]</sup>也就是说,密尔认为言论在方式上应当具有公正性,但在情绪上不应带有恶意、执迷和不宽容,而应冷静、诚实、宽容地看待对方的意见。即使是发表与对方截然不同的观点也应该是理性的,而不是煽动性的、侵犯性的,不能以牺牲他人的权利来哗众取宠。纵使最极端的自由主义者,不管是自然权利论者还是功利主义论者都承认自由和权利不是绝对的,总要受到或多或少的限制。处于社会中的个体行使其自由不能妨碍其他平等主体行使其自由,即自由只能为自由的缘故而被限制。

微博,即微博客(MicroBlog)的简称,是一个基于用户关系的信息分享、传播以及获取平台,用户可以通过 WEB、WAP 以及各种客户端组建个人社区,以 140 字左右的文字更新信息,并实现即时分享。微博言论自由权是从网络言论自由引申出来的一个概念,指微博用户在微博平台上发表、评论、转发他人言论自由的权利。相对于强调版面布置的博客来说,微博的内容组成只是由简单的只言片语组成,从这个角度来说,对用户的技术要求门槛很低,而且在语言的编排组织上也没有博客要求那么高。此外,微博开通的多种 API 使得大量的用户可以通过手机、网络等方式来即时更新自己的个人信息。2009 年 8 月份中国著名的门户网站新浪推出“新浪微博”内测版,成为门户网站中第一家提供微博服务的网站,微博正式进入中文上网主流人群视野。由此可知,微博是介于博客和口语之间的一种言论方式。一段话、一句话、一个词,甚至几个标点符号,都可以成为一条微博,引起无数人的点击和关注、转发。在内容上,微博使用者可以发表各类言语。从目前的微博内容来看,没有受到任何限制,只要经过注册,人人都可以成为责任编辑、新闻主播和评论嘉宾等角色。当前,在中国,微博成为最重要的言论平台之一,至少它已成为即时新闻最重要信息源头的聚散地,在相当程度上变革了中国信息传播的方式。

## 二 微博言论自由与私权利的冲突

公民在微博这个自由度极高的网络空间中,使

网络空间本身言论自由发挥到了极致。在这里,公民享有如口语中不受限制的话语权一样,甚至比口语更容易侵犯到他人的私权利。源于言论自由本身的冲动,微博用户的言论具有很大的随意性,主观色彩浓厚,微博的发表不像面对面的交流,需要受到对方情感、表情、语调的影响,而是在发表上具有隐蔽性,不受任何他人的限制,只取决于微博发表者本人的思想和情感控制。另外,微博便捷的运行方式也使得侵权行为传播速度之快、波及范围之广达到前所未有的程度。一些不负责任的言论往往因为其语出惊人在短时间内获得高度关注而被高频转发,在半小时内即可传遍全球。在众多的公民私权利中,首当其冲的当属公民的隐私权、名誉权、知识产权这三项私权利。

### (一) 微博言论可能侵犯隐私权

一度在微博上被炒得沸沸扬扬的大 S、汪小菲夫妇遭搜搜狐公司 CEO 张朝阳在其没有授权的情况下擅自通过微博以图文形式“直播”其婚礼的全过程,并称,如果张朝阳不公开道歉,将通过法律途径解决问题,此事件虽然没有进入司法程序,但其法律思考远远大于事件本身:微博言论自由与公众人物隐私权之间的冲突。

从隐私权的概念来说,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具体人格权。<sup>[4]</sup>重要的隐私权包括:隐私隐瞒权、隐私利用权、隐私维护权、隐私支配权。只有当个人隐私与公共利益产生冲突的情况下,才可以权利协调来满足知情权的需要。“大汪”的婚礼对于他们俩人来说属于他们自己的隐私,完全与公共的利益没有关系,属于自己支配的私人活动,依法享有自由选择公开或者不公开的权利。从公众人物这个角度来说,公众人物是指在社会生活中广为人知、具有相当高的社会知名度的社会成员,如著名歌星、影视明星、体育明星、电视节目主持人、著名科学家和文化艺术家、皇亲贵族、战犯和社会公敌(如毒枭、恐怖组织首领等)。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,有的虽然没有作出明示的意思表示,但他们清楚或应当清楚,其活动、职业后果,必然会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。公众人物是社会关注的焦点,他们的一言一行随时具有新闻价值,满足公众的合理兴趣,他们的一些隐私已构成公众社会兴趣所指向的对象,通过微博发表

的言论不可避免的会与公众人物的隐私权产生冲突。他们的恋情与婚姻、家庭、收入、行为可能作为新闻被大肆炒作宣传,给他们的生活和精神带来极大的困惑。也许会有人反驳说,他们每天光鲜亮丽,享受社会高等的分配。但是我们也不得不重视一点的是在他们取得高额的经济、物质价值的同时,也是以付出辛勤的汗水和磨砺为代价的。我们不能因为我们没有目睹某事物就理所当然的否定某事物的存在。公众人物与常人所不同的仅仅在于职业分类上的差别,其他别无不同。因此,在享有法律所规定的隐私权这一点上与常人没有差别。虽然我们不可否认,在某些方面,公众人物的隐私可以公开,但应符合社会公德和人性。

我们无法列举穷尽什么是隐私权,因为随着时间、地域和人群的不同,隐私权的内涵和范围是不同的,所以我们必须理解法律规定的精神,正如美国联邦法院解释联邦宪法的内容一样:“联邦宪法的规定与语词不是透明的和固定不变的水晶,而是一个活生生的思想的外壳,根据使用环境和时间的不同,可能在颜色和-content上有各种各样的变化”。<sup>[5]</sup>

## (二) 微博言论可能侵犯名誉权

2010年5月25日至27日间,周鸿祎分别在新浪微博、搜狐微博及网易微博,连发数十条直指金山网盾的微博。随后,金山公司将周鸿祎告上法庭,指认其所发微博中,有40余条“严重侵害了原告的名誉权和商业信誉”,请求法院判令周鸿祎停止侵权,撤回相关微博文章,在指定媒体公开致歉,承担1200万元的经济损失及公证费用等。此案被称为中国内地“微博第一案”。一审法院判决支持原告的观点,被告应当删除20条微博,并公开致歉,承担包括公证费在内的经济损失8万元。终审法院判决被告删除其中两条微博,赔偿金山5万元。虽然判决结果不一样,但法官都在探索微博言论自由的边界。

名誉权是指公民和法人就其自身属性和价值所获得的社会评价,属于人格权的范畴。名誉权案件都包含了名誉权与言论自由两种权利之间的紧张。<sup>[6]</sup>金山公司诉周鸿祎案件判决之后,法律界众说纷纭,一审法官李颖主张:网络上的言论有一定的“豁免权”,网友说一些出格、过激的言论,是很正常的。但值得深思的是为什么人们极度偏爱躲到网络上骂人呢?是否和“网络上的言论有一定的‘豁免权’”有关系呢?我认为这个“豁免权”很值得探讨。

我们一般所讲的豁免权分为两种:一种是律师豁免权,一种是外交豁免权。律师豁免权是指在刑事诉讼中,基于犯罪嫌疑人、被告人的委托,法律赋予辩护律师所拥有的拒绝就其执业行为所得知的委托人有关事项向司法当局作证,以及不因其正当执业行为而为的言论及行为受到相关法律追诉与制裁的权利。它包括作证豁免权和责任豁免权。外交豁免权指一国派驻外国的外交代表(不论是常驻代表或临时使节)享有一定的特殊权利和待遇,既包括对驻在国管辖权的豁免,也包括在外交特权上的豁免。估计李颖法官使用“网络言论豁免权”的概念是从以上两个概念引申而来的。但本人觉得微博虽然属于网络言论的一种,具有多种渠道、多种方式的言论自由,但并不是说网络语言的违法性是可以合理存在的。例如,虚假陈述是诽谤的首要构成要件,往往表现为作者无中生有、捏造虚假事实或因听信一面之词妄下结论造成对受害人的诽谤。现实中,很多微博使用者利用微博这种便捷的传播方式,在微博中发表各种虚假的言论,虚构故事,蛊惑人心,不但侵犯他人名誉,还制造社会混乱,具有严重的危害性。存在不代表合法,就如社会存在各种犯罪,我们不能说犯罪就是合法的。微博作为疾驰于合法与违法边界的事物,应该谨慎对待。我们只能说对于有真实信息来源的微博言论,即便是言论、观点存在犀利、苛刻之嫌,也应该享有一定的“言论豁免权”;但对于虚假的、带有不良动机的微博言论,是绝对要予以打击的。

## (三) 微博言论可能侵犯著作权

2011年5月,著名作家六六就《读者》在未经其许可的情况下引用其微博言论进行谴责,并搜集证据予以起诉。在探讨这个问题之前,首先要解决的问题是:微博是否享有著作权。“著作权是自由精神所特有的、精神的、内在的东西,而不是外在的东西,但是精神同样可以通过表达而给它们以外部的定在,而且把它们转让。”<sup>[7]</sup>这就是著作权的本质属性。事实上在精神世界之外,我们在努力营造社会空间,公众意见受到锤炼,社会规范被详加争论并精心阐发。<sup>[8]</sup>从著作权的本质出发,微博具有著作权。首先,从著作权本身来说,著作权是指各类作品的作者依法享有的权利,内容包括人身方面的权利和财产方面的权利。<sup>[9]</sup>因此,问题的关键是看微博这个承载140字的内容是否为作品。什么样的文字称得上是作品?最核心的问题在于,这些文字是否具有《著作权法》所保护作品规定的“独创

性”。独创性也称原创性或初创性,是指一部作品经独立创作产生而具有的非模仿性(非抄袭性)和差异性。一部作品只要不是对一部已有作品的完全的或实质的模仿,而是作者独立构思的产物,在表现形式上与已有作品存在差异,就可以视为具有独创性,从而视为一部新产生的作品,而不是已有作品的翻版。所以,一篇能够受到著作权保护的微博文章,并不在于字数的多寡,而在于其如何在140字之内“妙手著文”,在于通过文字所传达出来的精妙构思和遣词造句的功底。

微博侵犯著作权的表现为用户隐去原作者署名的方式转发作者作品内容。微博上的转发分为两种形式:一种是显名转发,可直接显示原创微博主的姓名和内容,此种是合法的;另一种是隐名转发,即采取复制粘贴他人具有“独创性”的微博内容,却删去原作者署名的转发方式。使用目的和市场影响因素等合理使用条件的消失和淡出,使得网络时代知识产权的合理使用中的“合理性”判断标准缩小为:使用行为是否造成权利人直接的实质损害,行为人有无过错。如果使用行为造成权利人直接的实质损害或行为人有过错就不构成对作品的合理使用。因此,后者的转发就构成侵犯他人著作权的行为,违反了2006年出台的《信息网络传播权保护条例》中的相关规定。

### 三 冲突的解决机制

在微博迅猛发展的今天,微博侵权屡见不鲜。从19世纪开始,许多学者就主张侵权法应对一般人格权特别是“名誉权”和“隐私权”进行保护。在中国这个微博使用人数巨大的国家如何引导这一新兴事物向正确的方向发展,是当务之急。

#### (一)道德途径

法律并非对一切社会关系都加以调整,一般来说,在调整社会关系的广度上,道德远远超过法律,可以说任何社会交往和人际关系都或多或少的受到道德的调整。<sup>[10]</sup>并且道德规范是出自自由人内心的约束,并不威胁适用外部的强制手段,道德命令所诉诸的是我们的内在态度、我们的良知。在网络自由这个问题上,同样既需要技术和法律的手段,也需道德手段。在现实社会中,我们每个人都不能脱离其社会属性而独立存在,但是仅在极个别城市实名制的微博世界里却是以一个虚拟的身份从事网络活动的,这种行为的结果随时会被外界了解,但是这种行为却很有可能是在无任何人在场的情

况下完成的。这种非在场性使得很多人在网络中无所顾忌,因此需要依靠其内心的道德来调整其行为。但是,什么样的行为才是应当提倡的虚拟世界道德行为呢?对此,网络伦理学家罗伯特和苏珊两位学者就提出了如下10条网络伦理规范:“防止网络污染;拒斥网上审查监控;防止网络泄密;禁止披露个人隐私;现实的对待网络成本;尊重版权;禁止剽窃;尊重网络上的学术规范;拒斥网络意识形态的宣传;不要使网络成为唯一的交流方式。”<sup>[11]</sup>让各位博主的网络言论自由“遵从道德、止于法律”。

微博行为自律不仅包括微博使用者的自律,还应该包括微博运营商的自律。2002年3月26日,《中国互联网行业自律公约》正式签署生效。国内著名网站,如人民网、新华网、新浪网、搜狐网等,作为首批签约单位签署了公约。该公约规定的自律条款有13条,对网络从业者提出了总体的和具体的道德要求。微博运营商属于网络服务提供商的一部分,理所当然要受到公约的约束,负有事前预防、事后跟踪审查、尽可能防止微博内容侵害他人合法权益事件发生的义务。如果微博主发表的微博中出现了侵害当事人名誉、隐私或商业秘密的内容,微博运营商有义务及时通知删除。如果未采取必要措施,则与相关责任人承担连带责任;如果权利人已经向网站发出警告、要求删帖,但微博运营商仍然没有作为,放任损害结果的发生或者扩大,则就损害的扩大部分与相关责任人承担连带责任。

#### (二)立法途径

任何自由都不是绝对的,微博言论存在内在的制约性。因此,有必要加快立法步伐,规范微博言论,使宪法权利的抽象性具体化、法律化。我国《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。”同时《宪法》第51条规定“中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候,不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由。”这就为微博立法提供了宪法依据。目前,我国颁布的有关互联网管理的法律法规有:《互联网信息服务管理办法》《互联网站从事登载新闻业务管理暂行规定》《中国公用计算机互联网国际联网管理办法》《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》《关于维护互联网安全的决定》等。由此可见,专门针对微博的法律法规还没有出现,层出不穷的问题亟待一部专门规范微博的法律法规出现。

在立法中,首先,要明确微博的法律定位,从法律的角度正确看待微博在承载和传播信息方面的作用。其次,要严格执行微博实名制,明确侵权主体。2011年16日,北京市发布《北京市微博客发展管理若干规定》,规定任何组织或者个人注册微博客账号应当使用真实身份信息,这是我国首个推行微博实名制的城市,也必将以后微博发展的方向。再次,确定微博管理机构,明确监管职责。在我国十几个部门分管网站的设立及经营,其权责的分散极易导致管理上的漏洞。最后,应规范微博侵权诉讼,明确诉讼规则。

### (三)司法途径

审判微博案件应持宽容态度。微博言论具有限制性,不代表审判微博案件就不能持宽容态度。我国对言论自由向来是缺乏宽容的,网络言论的极大自由度不可避免地引起国人的恐惧,因此主张在法律上对网络言论严加管制的人不在少数。诚然,网络言论要受到法律的限制,不能想说就说,任何人无论以何种媒介发表言论,只要违反法律就要承担相应的法律后果,这是毫无疑问的。但是网络微博作为一个新事物,它为网民营造了一个更加轻松、没有束缚和歧视、精神更加自由的环境,于是网络言论多具有轻松、随意、幽默、没头没脑的特点,平时听起来言过其实的话,放在互联网上可能就见怪不怪了。言论的限度主要取决于社会的容忍度,网络社会对于言论的容忍度总体上应该比传统媒介更高一些。在网上,用语尖酸一点、语气嘲讽一点应在可以接受的范围之内。正是由于网络言论自由的这些鲜明的特点,法官在处理网络言论侵权案件的时候应当坚持的一个原则就是宽容。言论自由是民主的基石,尤其是在我国民主法治不够健全的背景下,网络言论自由显得弥足珍贵,对网络言论自由的过分压制不仅会影响网络的发展,更会扼杀促进我国民主和法制发展的机会。正是基于这样的原因,法官在处理网络言论自由案件的时候,尤其需要对网络言论自由与公共利益及私权利之间进行认真的权衡,充分考虑网络言论的特点,在自由裁量时给予网络言论较传统言论更大的容忍度。言论自由并非只允许歌功颂德、一团和气,毋宁说,它的真意更在于保护不同见解和言论的

自由。

综上所述,网络微博应成为沟通思想、分享快乐和思考的交流平台、社交工具,而不是进行名誉侵权、商业诋毁等不正当竞争的营销地。公民的言论自由并不是没有限制的,言论自由和权利保护是一个平衡博弈的过程。<sup>[12]</sup>净化网络和微博环境,营造文明的微博新风尚,各位博主应发挥自律作用。在微博时代,除了需要公民对自己的言论负责外,国家也应当加快网络立法进度,细化侵权责任标准,强化违法惩戒措施,明晰侵权连带责任,使微博侵权的利害关系人能够通过便捷的渠道来表达诉求和维护权益。

### 参考文献:

- [1] David M. Walker. 牛津法律大辞典[M]. 李双元,等,译. 北京:法律出版社,2003:445.
- [2] 周叶中. 宪法学[M]. 北京:北京大学出版社,高等教育出版社,2000:312.
- [3] 密尔. 论自由[M]. 程崇华,译. 北京:商务印书馆,1959:63-67.
- [4] 王利明,杨立新. 民法学[M]. 2版. 北京:法律出版社. 2008:221.
- [5] Alexander Hamilton, James Madison, and John Jay, The Federalist[M]. (J R Pole ed) Indianapolis: HackettPublishing,2005:84-455.
- [6] 梁治平. 名誉权与言论自由:宣科案中的是非与轻重[J]. 中国法学,2006(2):146-148.
- [7] 黑格尔. 法哲学原理[M]. 范扬,张企泰,译. 北京:商务印书馆,1961:75.
- [8] Ronan Deazley. The Myth of Copyright at Common Law[J]. Cambridge Law Journal Vol. 62. 106-133.
- [9] 刘春田. 知识产权法[M]. 3版. 北京:高等教育出版社,北京大学出版社,2007:36.
- [10] 张文显. 法理学[M]. 3版. 北京:法律出版社,2007:428.
- [11] 梁晓杰. 网络自由[J]. 开放导报,2000(12):7-8.
- [12] 陈雄. 宪法学视野下的和谐社会建构探析[J]. 湖南工业大学学报:社会科学版,2011(5):48-50.

责任编辑:黄声波