

规制大众传播媒介的回应权： 功能延续与制度发展

朱 虎^{*}

内容提要：针对传统大众传播媒介的回应权，使被报道者能更有效地维护其人格尊严，并能为公众提供多元化的信息来源。信息时代传播媒介的诸多变化，使个人名誉更易受到影响，更为根本和重要的是加剧了社会的碎片化、极端化并产生了注意力经济，从而将对公共领域造成破坏性影响，由此突显了规制媒体表达自由的必要性。作为规制传播媒介的手段，回应权之名誉保护功能和提供多元化信息来源功能在当今依旧延续甚至更有必要。传统回应权的规制对象应予扩张，使回应权也能够针对类似于大众媒体的用户以及平台媒体、搜索引擎行使，回应权并能成为连接点，结合标签、算法等发挥协同治理的作用。但是，回应权毕竟涉及媒体的表达自由，其具体规则的构建、调整和扩充要实现基本权利之间的合比例关系。

关键词：回应权 大众传播媒介 人格尊严 公共领域 表达自由

引言

信息时代，媒介已不仅是工具，也是我们的生存世界；我们不仅是在使用媒介，更是生活在媒介之中。媒介更迭不再仅是信息传播速度的加快，而且是社会生活的全方位变化。“媒介即信息”，媒介的塑造力正是媒介自身，媒介技术更多通过其形式而非传递的内容塑造社会，媒介形式的改变会相应地改变社会行动、社会结构和社会沟通环境。^{〔1〕}信息时代在使人获得更大的解放可能性的同时，也使个体人格尊严和公共领域置身更大风险之中，因而应当思考如何规制信息时代的传播媒介。

本文以针对大众传播媒介的回应权为主题，在工业时代到信息时代这一“时代之变”中观察回应权制度的“中国之变”。其一，大众传播媒介的形式变化对社会生活的影响是全方位的，回应权作为规制传播媒介的工具，具有保护个体人格尊严和公共领域的双重功能，且后一功能在当今时代越来越具有根本性和重要性，回应权因此具有公法和私法的双重面向。以此为

^{*} 中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员。

〔1〕 参见〔加〕马歇尔·麦克卢汉：《理解媒介：论人的延伸》，何道宽译，译林出版社2019年版，第17页以下。虽然“媒介”和“媒体”存在区别，但本文基于主题对两者不作严格区分。

研究主题,必然要求公法视阈和私法视阈的交融,整合公法和私法的相关理论和规范并将之置于传播媒介时代变迁的场景下展开讨论,这有助于在整体法秩序和时代变迁的视野中对回应权予以横向和纵向定位,并将之作为观察个体、社会与国家整体关系的一个窗口。其二,回应权的规制对象正是大众传播媒介,这就涉及保护人格尊严和公共领域与媒体表达自由之间的权衡与协调。这种价值权衡决定了是否以及如何以回应权作为规制传播媒介的工具,同时也是回应权规则展开的价值基点。其三,虽然我国在一些行政法规和规章中存在涉及回应权的规定,国内之前也存在极少数相关研究,但均未详细展开,未注意到媒介的时代变迁对回应权制度功能和具体规则的影响,未细致阐释回应权的公法面向,且几乎都是民法典通过之前的研究。境外相关研究虽持续不断,以基本的社会理论和法律理论为基础,融合公私法细致分析了回应权的双重面向,但就媒介变迁如何影响回应权制度功能和具体规则的研究同样仅仅是开始。基于上述考虑,本文在传播媒介变迁的时代背景下,讨论回应权的功能延续和制度发展。

一、回应权的传统功能

回应权,是指当媒体报道的信息包含直接涉及他人名誉的事实时,该他人有权请求媒体及时采取合理方式发表必要的回应。很多国家通过立法或判例承认了针对大众媒体的回应权;〔2〕还有些国家通过媒体的自律机制予以规定。〔3〕在区域性公约层面,《美洲人权公约》第14条明文规定了回应权;《欧洲人权公约》没有明文规定,但欧洲人权委员会和欧洲人权法院认为,回应权是该公约第10条表达自由的重要组成,媒体必须尽快发表回应,无需详细审查回应的真实性,但对不发表回应者课予剥夺记者执业资格的处罚违反了比例原则。〔4〕在国际层面,1948年联合国新闻自由会议通过的《国际新闻自由公约草案》中的第二公约《国际新闻错误更正权公约草案》以及1952年《国际更正权公约》规定了回应权。可以认为,回应权正

〔2〕有些国家在宪法中规定,例如巴西宪法第5条第5款、土耳其宪法第32条、希腊宪法第14条第5款、葡萄牙宪法第37条第4款等。有些国家在民法典中规定,例如瑞士民法典第28g-1条,被认为是1983年瑞士民法典修正中最重要的革新(参见[瑞士]贝蒂娜·许莉蔓-高朴、耶尔格·施密特:《瑞士民法:基本原则与人法》,纪海龙译,中国政法大学出版社2015年版,第328页),荷兰民法典第6-167条也有明文。有些国家在新闻法或诽谤法等法律中规定,例如奥地利国家媒体法第9-21条、法国新闻自由法第13条、新西兰1995年诽谤法第25-27条,此外还有意大利、丹麦、芬兰、塞内加尔、哥伦比亚、泰国、韩国等国家的相关规定。德国所有州的新闻法第10条或第11条都规定了回应权,具体内容大同小异。关于回应权的比较法规范,参见Andras Koltay, *The Right of Reply in a European Comparative Perspective*, 54 *Acta Jur. Hng.* 73 (2013); 张永明:《欧洲媒体法回复权之研究》,《高法学论丛》2010年第1期,第7页以下。

〔3〕例如英国,BBC的《编辑指南》第6条规定了回应权;同时1996年英国诽谤法第15条第2款规定,只有在以适当方式发表了回应报道的情况下,被告才能主张媒体免责特权。受欧盟影响,英国在修正后的广播法(The Broadcasting Act 1996)第107条和传播法(Communication Act 2003)第326条规定了针对广播电视媒体的回应权。

〔4〕See *Ediciones Tiempo S. A. v. Spain*, App. No. 13010/87, decision of 12 July 1989; *Melnychuk v. Ukraine*, App. No. 28743/03, decision of 5 July 2005; *Vitrenko v. Ukraine*, App. No. 23510/02, decision of 16 December 2008; *Kaperzyński v. Poland*, App. No. 43206/07, decision of 3 April 2012. See also Ronan O. Fathaigh, *The Recognition of a Right of Reply under the European Convention*, 4 *J. Media L.* 322 (2012). 此外,1974年欧洲理事会部长委员会的决议(Resolution (74) 26)建议成员国采纳回应权;1989年欧洲理事会《跨界电视指令》(Directive on Television Without Frontiers)第23条(即现在的《视听媒体服务指令》第28条)要求成员国提供回应权的救济措施;2004年欧洲部长委员会通过《关于新媒体环境下回应权的建议》(Rec (2004) 16 [1]),建议成员国对所有“线上和线下媒体服务”的失实报道赋予回应权;2006年欧洲议会和欧洲理事会部长委员会通过了对在线媒体回应权的新建议,强调成员国采取措施将回应权或类似措施引入国内法的义务以及在线上环境中受害人行使回应权的“迅速、直接”和“技术上的方便”。

演变成表达自由的重要组成，是对媒体侵犯名誉的救济措施和保护人格尊严的工具之一。^{〔5〕}我国《出版管理条例》第27条第2款、《报刊刊载虚假、失实报道处理办法》第3条、《报纸出版管理规定》第26条第3、4款明确规定了当事人针对出版单位要求答辩的权利，一般认为是我国关于回应权的规范基础，虽然其具体规定仍有可商榷之处。^{〔6〕}

回应权作为规制传播媒介的手段，其功能主要有两方面：一是保护被报道者的名誉和人格尊严；二是为公众提供多元化的信息来源，保障公众形成意见的自由。

一方面，就被报道者的名誉而言，以损害赔偿为核心的传统侵权法捉襟见肘。侵权损害赔偿以构成侵权和产生损害为前提，诉讼周期较长、成本较高，且名誉损害的赔偿金额不确定；更重要的是，其着眼于事后救济，而判决本身对早已形成的评价影响较弱，无法完全消除已经发生的名誉损害。^{〔7〕}禁止传播作为预防性救济方式之一，辅之以民法典第997条规定的人格权侵害禁令作为快速实现方式，也以报道内容失实、侵害名誉权为前提。民法典第1000条所规定的赔礼道歉和公告、公布生效裁判文书，同样以构成侵权且有必要消除影响为前提，着眼于对名誉已形成侵害的情况，在构成和行使上仍非常严格。民法典第1028条规定了对媒体的更正和删除请求权，较之回应权，虽然该请求权对名誉的保护更为有利，但以“民事主体有证据证明报刊、网络等媒体报道的内容失实，侵害其名誉权”为要件，构成也很严格。

回应权则是在考虑到个人与大众媒体的传播能力差异所导致的传播效果差异的情况下，为保障媒体报道所涉者具有旗鼓相当的事实描述可能性，而为其提供的针对媒体的平等武器（*Waffengleichheit*）。^{〔8〕}据此，被报道者有机会就涉及自己的事实予以澄清与说明，运用相当的传播影响力补充事实描述，使得媒体的初始报道和回应报道更有机会接触到相同受众，从而发挥澄清和辩驳的效果，以平衡媒体初始报道对所涉者人格形象造成的影响，达到自我防卫的目的。该目的决定了回应权并非基于对侵犯名誉行为的认定，而是基于被报道者自主决定社会形象的可能性，避免媒体决定被报道者的人格同一性而将其物化，从而保护被报道者对涉及本人事实描述的自我决定，以对抗媒体权力。^{〔9〕}这也符合正当程序的要求，即平等获得双方对事实的陈述，让双方描述在武器平等原则下被平等地表达出来，通过对双方表达自由的充分尊重，在程序正义的基础上维护人格尊严。^{〔10〕}因此，回应权仅以自己确实被媒体报道所涉为要件，而不以媒体构成侵权为前提，也不要求回应权人证明初始报道不真实。简言之，其他请求权需要更严格的构成要件，而回应权的构成要件较为宽松，不以构成侵权为前提，故有助于及时提供预防和救济，减少当事人提起诉讼的必要性，促进多元化的纠纷解决。

另一方面，若从整体角度观察回应权，则私人行使回应权也将对公共领域产生积极影响。被报道者运用与媒体相当的传播影响力来行使回应权，使得受众能够在获得媒体报道的同时，

〔5〕 See Kyu Ho Youm, *The Rights of Reply and Freedom of the Press: An International and Comparative Perspective*, 76 *Geo. Wash. L. Rev.* 1061 (2008).

〔6〕 参见王利明：《论人格权请求权与侵权损害赔偿请求权的分离》，《中国法学》2019年第1期，第237页；石佳友：《人格权立法的进步与局限——评〈民法典人格权编草案（三审稿）〉》，《清华法学》2019年第5期，第103页；王占明：《论作为人格权救济权之媒体回应权》，载陈小君主编：《私法研究》第12卷，法律出版社2012年版，第227页以下；岳业鹏：《论作为名誉损害救济方式的回应权——兼评〈出版管理条例〉第27条第2款规定》，《北方法学》2015年第5期，第64页以下。

〔7〕 See Richard C. Donnelly, *The Right of Reply: An Alternative to an Action for Libel*, 34 *Va. L. Rev.* 884 (1948).

〔8〕 *MüKoBGB/Rixecker*, 9. Aufl. 2021, Anh. zu § 12 Rn. 385; *BeckOK InfoMedienR/Brose/Grau*, BGB § 1004 Rn. 1.

〔9〕 *BVerfG NJW* 1983, 1179; *Ossenbühl, Medien zwischen Macht und Recht*, *JZ* 1995, 633.

〔10〕 参见前引〔6〕，王占明文，第216页。

同等地获得报道者的陈述,从而免于单方面陈述的可能偏误。因此,回应权也能为公众提供多元化的信息来源,使公众在更充分的信息基础上自行判断是非曲直,从而更好地保障公众形成意见的自由。〔11〕尽管私人行使回应权对公众意见形成和公共领域建构的贡献属于公法功能,旨在保障公共利益而非个人利益,但是公法功能同样可以为私法权利提供证成理由,事实上,财产权最初的证成理由就是基于其公共功能。个人利益与公共利益往往具有相互支持的关联关系,私法功能和公法功能均可以为私法权利提供正当性理由,回应权同样如此。在传统媒体时代,通过回应权的私权行使,公众得以获得多元化的信息来源,公共领域得以建构;下文将进一步论证,在大众传媒时代,回应权的公法功能仍然得到延续甚至更为重要。

尽管回应权兼具维护个人人格尊严与建构公共领域的双重功能,但是其可能侵犯媒体的表达自由,媒体享有决定发表内容的自由,包括决定不发表哪些内容的自由;这进而可能导致媒体形象受损,并可能使媒体被回应请求所淹没,增加其维持成本;且可能产生“寒蝉效应”,媒体报道将极为克制,避免发表任何有争议的陈述,导致违背信息流通和促进公开讨论的目的。〔12〕此时,涉及基本权利之间的冲突或者紧张关系,从而产生关于回应权合宪性的不同观点。德国联邦宪法法院认为,立法者有义务实现有效的回应权,以适应现代大众传播条件,在媒体法领域形成保护个人免受媒体对其个人领域之影响的手段。德国目前关于回应权的规定,是基于德国基本法第2条中的“人的尊严”而对第5条第1款第2句中的媒体自由进行限制,这些保护个人名誉权的一般性法律,构成了媒体自由的界限。〔13〕欧洲人权委员会和欧洲人权法院也持相同观点。美国联邦最高法院在广播电视领域,以1934年美国通讯法所规定的“公平原则”为依据肯定了回应权,媒体对重大争议性问题应当平衡报道各种意见,如果社会成员或群体受到媒体的点名攻击或歪曲报道,有权要求播出回应声明;〔14〕但在书面印刷出版领域则否定了回应权,认为报纸不可能无限扩充版面以发表回应,回应权的要求不仅不现实,而且强迫媒体编辑出版理性告诉其不应出版的东西,构成对新闻自由实质性的内容规制,是对表达自由的侵犯。〔15〕日本最高法院也基于类似理由否定回应权。〔16〕

人格尊严保护和表达自由两种基本权利之间的冲突或者紧张关系,并不导致其中任何一项基本权利归于无效,且两种基本权利没有绝对的优劣之分,而仅是在比例原则下能否得到最优化实现。从一般角度观察,较之其他请求权,依回应权要求媒体发表回应,并不意味着其报道内容失实,且有助于实现受众自主判断的理念,同时对媒体的干预和限制较小,使得“寒蝉效应”最小化,更可能符合基本权利冲突时的比例原则。〔17〕

二、大众传播媒介变迁下回应权的功能延续

(一) 大众传播媒介变迁与回应权功能

从工业时代迈向信息时代,大众传播媒介自身结构发生了变化,其对个人及社会的影响也

〔11〕 BVerfG 63, 131 (142); BVerfG 73, 118 (201); NJW 1998, 1381 (1382); NJW 1999, 483 (484).

〔12〕 Vgl. BeckOK InfoMedienR/Brose/Grau, BGB § 1004 Rn. 2-3.

〔13〕 BVerfG 63, 131; NJW 2008, 1654.

〔14〕 See Red Lion Broad. Co. v. FCC, 395 U. S. 367 (1969).

〔15〕 See Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo, 418 U. S. 241 (1974).

〔16〕 参见〔日〕五十岚清:《人格权法》,〔日〕铃木贤、葛敏译,北京大学出版社2009年版,第214页以下。

〔17〕 See John Hayes, *The Right to Reply: A Conflict of Fundamental Rights*, 37 Colum. J. L. & Soc. Probs. 551 (2004).

同步发生变化。站在信息时代回观回应权这一规制传播媒介的手段，需要思考回应权的功能在今天是否依然延续，其是否仍能作为规制信息时代传播媒介的手段。

建立在工业化和大众民主基础之上并作为其关键特征的大众传播，较之面对面的或凭借简单媒介的人际传播，增加了职业化和组织化的报刊、广电等传播媒介，公共传播交流在大众传播媒体上实现，专业化的媒介系统出现。在人际传播中只存在“言说者”角色，而在大众传播中，媒介系统过滤多元化意见，生产传播内容，在传播内容和方式上占据“守门人”角色，从而新出现了“传播者”角色。^{〔18〕}大众传播在信息时代又发生了变化，互联网成为一切媒体的基础。在 Web1.0 的门户网站时代，与传统的大众传播类似，传播模式仍是一对多，仅是传统媒体的线上版。在 Web2.0 的社会媒体和社交网络时代，受众自己生产大多数传播内容，每个人都是生产消费者（prosumer），是非线性、去中心和参与结构扁平化的传播模式，手机 APP 更是强化了这一点。在 Web3.0 的智能媒体时代，则是根据新闻抓取、用户画像、智能算法提供个性化、定制化的信息传播。较之传统媒介，当代媒介综合运用各种媒介并赋予受众选择权，具有参与互动可能性大、传播速度快、保存信息能力强、受众依赖性强、信息相互连接的网状结构明显、满足个性化需要能力强等特点。同时，信息生产者和消费者日渐融合，专业的媒介内容制造者和受众之间的界限日益模糊，个人利用博客、微博、微信公众号等方式非必然持续性地提供信息。简言之，在信息时代，从大众传播媒体转变为融合式的新社交媒体，是从媒体到平台的转变，体现了从工业文明到信息文明的生产机制的转变。新媒体的出现是革命性的，它不仅是媒体之一或者是传统媒体的延伸，而且是媒体发展的重大转折，构成了“创造性破坏”。

大众传播媒介的时代变迁，对人格尊严和公共领域均形成新的挑战。首先，个人名誉在社会互动中不断被创造和扩散，传达有关个人及其在社会中地位等复杂信息，推动社会合作。因此，名誉本身就是一种社会资本，并构成人格尊严的一部分。^{〔19〕}新媒体服从资本的需要，发展出个性化定制的算法，给传统媒体施加了争夺消费者注意力的压力，注意力也成为稀缺商品之一而产生流量竞争，这进一步促进了生活世界的商业化，传播内容也更为娱乐化、情绪化和个人化，经济模式也从内容生产经济转变为“吸引眼球”的注意力经济。为了获得注意力，人们创造或者传播影响他人名誉的信息，其间泥沙俱下，而当代媒体较传统媒体传播速度更快、范围更广，且信息生产者和消费者日渐融合，信息的生产成本和传播成本降低，往往“造谣动动嘴，破谣跑断腿”。尽管在融合式新社交媒体的时代，人人皆可在网络空间中生产和传播信息，但个人与平台媒体、普通个人与“大 V”之间的传播能力鸿沟却在逐渐变得更加不可逾越。因而，在这众声喧哗的时代，个人更加迫切地需要回应权赋予其针对新媒体的平等武器。

其次，大众传播中的媒介系统是公共领域的基础设施，具有结构性作用。^{〔20〕}提供统治合法性的民主系统需要符合包容和民主两个前提条件，即将所有与决策相关的参与者作为政治意志形成程序中的平等参与者，以及政治意志形成依赖具有商谈性质的讨论。媒介系统负责意见产生过程中的吞吐量，进而影响商谈质量，技术化和组织化的高度复杂的媒体行业中的专业人

〔18〕 有学者将此种转变称为从“街角发言者”模式到“基于媒介”模式。参见左亦鲁：《超越“街角发言者”：表达权的边缘与中心》，社会科学文献出版社 2020 年版，第三章。

〔19〕 See David S. Ardia, *Reputation in a Networked World: Revisiting the Social Foundations of Defamation Law*, 45 Harv. C. R. -C. L. L. Rev. 264-270 (2010).

〔20〕 参见 [美] 凯斯·桑斯坦：《标签：社交媒体时代的众声喧哗》，陈颀、孙竞超译，中国民主法制出版社 2021 年版，第 59 页以下。

员起到守门人的作用，将所有公共沟通领域的噪声，凝缩成符合包容性和民主性的相关和有效的竞争性公共意见，这特别体现在信息和形式的选择、节目的形式和风格以及传播效果上。^[21]但是，市场系统会殖民化媒体系统，导致传播内容的娱乐化、个人化、事件的戏剧化、复杂事务的简单化和冲突的强烈极端化，甚至走向“娱乐至死”，这对公共话语质量具有毁灭性打击。^[22]公民的社会剥夺和文化排斥则导致媒体沟通中的选择性获得、不均衡参与和反馈机制的系统性缺乏，从而不具备理想商谈情境。^[23]此时，公共领域被国家干预社会与社会僭取国家威权的双重过程侵蚀瓦解，不再是孕育理性观念和可靠信仰的温床，而是脱变成操纵支配民意的舞台，公共领域出现衰落和碎片化，其原有的形成公众舆论的功能被迫与控制大众意见的功能相竞争。^[24]

大众传播媒介的变迁对公共领域的不良影响，具体表现在以下两个方面：一方面，平台媒体的出现和发展突破了沟通的诸多限制，具有扁平化、交互式、快捷性优势，通过去中介化降低了发表者和受众之间的沟通成本，拓展了公共议题，并且普遍平等的多元化也有助于批判性的意见形成，蕴含着更大的解放潜能。^[25]但是，在网络时代，诸如社交媒体等平台媒体为社会流瀑（social cascades）现象提供了滋生地，信息会迅速蔓延形成更为剧烈的“广场效应”，虚假信息很难甚至不可能被纠正。^[26]更重要的是，平台媒体摆脱了传统媒体的内容生产者角色，仅着眼于传播者角色，侵蚀了传统媒体的守门人模式，却没有提供相应的责任替代。在平台媒体上，某些议题上自发形成的没有边界且不受引导的讨论，使得去边界化的公共领域碎片化，消除了传统公共领域的整合性力量。^[27]另一方面，搜索引擎等基于算法的索引机制，在增强人们获取信息能力的同时，也窄化了人们获取信息的视野。由于信息过载，受众要么通过搜索引擎获取自己意欲寻找的信息，要么通过平台媒体的控制架构被动接受平台个性化推荐的信息。个性化推荐实质上是平台媒体通过算法进行偏好区分，通过筛选和屏蔽信息而进行信息的“私人定制”，这就使得传播系统完全个人化，公共媒体的力量缩减。个性化的力量最终导致的是不同群体的自我隔离。人们生活在不同的“平行世界”中，每个人对自己的解释和立场不断自我和相互确证，群体成员一开始的倾向在商议后形成更为极端的观点，激发了群体极化（polarization）以及议题、观点和情感的碎片化，社会失去粘合剂而分裂，产生偏执的交往孤岛和屏蔽式的回声室。^[28]这就是新媒体的“信息茧房效应”。^[29]公共领域丧失包容性而陷入两极分化的持续漩涡之中，公共辩论的合理化力量下降，支撑起商谈政治的活跃社会逐渐

[21] Vgl. Jürgen Habermas, Überlegungen und Hypothesen zu einem erneuten Strukturwandel der politischen Öffentlichkeit, in Martin Seeliger/Sebastian Sevignani (Hrsg.), Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit?, 37 Leviathan Sonderband 476, 477, 485 (2021).

[22] “一个民族分心于繁杂琐事，如果文化生活被重新定义为娱乐的周而复始，如果严肃的公众对话变成了幼稚的婴儿语言，总而言之，如果人民蜕化为被动的受众，而一切公共事务形同杂耍，那么这个民族就会发现自己危在旦夕，文化灭亡的命运就在劫难逃。”[美]尼尔·波兹曼：《娱乐至死》，章艳译，中信出版社2015年版，第186页。

[23] See Jürgen Habermas, *Political Communication in Media Society: Does Democracy Still Enjoy an Epistemic Dimension? The Impact of Normative Theory on Empirical Research*, 16 *Communication Theory* 421-422 (2006).

[24] 参见[德]哈贝马斯：《公共领域的结构转型》，曹卫东等译，学林出版社1999年版，第32页以下，第112页。

[25] 参见[英]丹尼斯·麦奎尔：《麦奎尔大众传播理论》，徐佳、董璐译，清华大学出版社2019年版，第124页以下。

[26] 参见前引[20]，桑斯坦书，第151页。

[27] 参见前引[21]，Habermas文，第488页，第492页，第495页。碎片化的程度可能存在阶段化差异，存在单一模式、多元化模式、核心—边缘模式、强度碎片化模式。参见前引[25]，麦奎尔书，第380页以下。

[28] 参见前引[20]，桑斯坦书，第16页以下。

[29] 参见前引[21]，Habermas文，第492页，第495页。

萎靡，社会整体上受到损害。

据此，大众传播媒介变迁使得个人名誉更容易受到影响，社会的碎片化、极端化加剧，公众的形成意见自由受到影响，公共领域的构建受到妨碍。如前所述，回应权的功能是保护个人人格尊严和构建公共领域。而在今天，回应权的功能不仅是延续的，甚至更有必要。在工业时代，回应权的公共功能从属于其对个体的功能，是第二位的功能，但由于信息时代公共领域的更大和更深层次的危机，回应权的这两种功能至少要并驾齐驱。

（二）回应权规制媒体表达自由的正当性

回应权毕竟涉及对大众媒体表达自由的限制，是法律对大众媒体的规制方式之一，仅以回应权的功能可以而且应当延续，并不能从根本上回答限制大众传播媒介表达自由的正当性。同时，回应权制度本身也应当考虑对媒体表达自由限制的最小化，因此有必要观察在大众媒介变迁的背景下媒介变化对思想自由市场的影响，进一步讨论限制媒体表达自由的正当性。

自由主义在国家和社会区分的基础上坚持消极自由（be free from）而非积极自由（be free to do）观念，着重私人自主。^[30]这在表达自由上，就是霍姆斯的思想自由市场理论：“所期望达到的最终的善应当通过思想的自由交流而实现，对真理的最佳检验是在市场竞争中让思想本身的力量被人所接受。”^[31]该理论得以成立的前提是所有人都对媒体有平等的可使用性，每个人都能自由地进入思想市场。但传播产业趋于集中，降低了公众通过新闻界表达观点的机会，交流思想的能力出现不平等。^[32]此时，大众传播媒体已经让少数人有权力传达和塑造公众意志，现代媒体帝国不受审查的权力集中导致偏见和操纵性报道泛滥，形成媒体垄断而压制信息，使用媒体的困难使得表达的权利虚幻而单薄；并且媒体日益商业化，迫切的市场压力淹没了对理想的追求，媒体被经济殖民。思想自由市场也出现了失灵。^[33]换言之，如果公众不能自由使用媒体而受到媒体垄断的限制，就无法保障公众的表达自由，据此应当有“近用媒体权”（right of access to the media），如果基于促进公共辩论的目的而给予媒体优待，那么可以基于同样目的而对媒体课予限制。^[34]

在信息时代，上述问题在有望改善的同时也被加剧。首先，受众可以进行主动选择，媒体由此在一定程度上丧失了其控制权和垄断力，这似乎改善了公众不能自由使用媒体的困境。即使如此，不同的网络媒体以及发言人的不同网络地位，仍存在影响力强弱之分，每个人都能发表观点，但却无法使观点同等效果地“达”至受众。其次，基础设施企业的垄断仍大范围内存在，新媒体出现并非意味着传统媒体消失，媒体权力从传统的媒体集团转向谷歌、苹果这类大的整合型企业，新媒介和旧媒介会相互再媒介化（remediation）；且对言论的审查更为隐蔽，在传统媒体时代，发言者起码知道自己的言论被审查了，但在新媒体时代，言论可能在发言者毫不知情时就被过滤了。^[35]最后，如前所述，社会在信息时代中可能出现极端化和碎片化，并且可能被商业进一步殖民。

[30] 参见 [英] 以赛亚·伯林：《自由论》，胡传胜译，译林出版社 2003 年版，第 189 页以下。

[31] *Abrams v. U. S.*, 250 U. S. 616 (1919).

[32] 参见 [美] 新闻自由委员会：《一个自由而负责的新闻界》，展江等译，中国人民大学出版社 2004 年版，第 21 页以下。

[33] 参见 [美] 罗纳德·哈里·科斯：《论生产的制度结构》，盛洪、陈郁等译，上海三联书店 1994 年版，第 335 页。

[34] See Jerome A. Barron, *Access to the Press—A New First Amendment Right*, 80 Harv. L. Rev. 1641, 1660 (1967).

[35] 参见 [美] 劳伦斯·莱斯格：《代码 2.0：网络空间中的法律》，李旭、沈伟伟译，清华大学出版社 2018 年版，第 271 页以下。

虽然不能认为国家与社会区分基础上的消极自由观念不再具有价值,相反,这是现代性的底线,但是,宪法应当能够在此基础上实现更大的抱负,为国家和社会的整体结构提供更深厚的根基。得到保障的私人自主之有助于公共自主的“形成条件保障”,就好像反过来公共自主的恰当实施之有助于私人自主的“形成条件保障”。〔36〕宪法可能以国家和社会的相互构成、私人自主和公共自主的互为形成条件保障为基础,突破国家和社会的二元区分,超越对消极自由的保障,统合自由主义和共和主义,通过公众参与而不断使权利受到质疑和扩张。国家并非社会的旁观者,而是在不同社会情境中扮演单纯的秩序维护者、结果取向的干预者和参与者以及结构和程序取向的管理者这些不同的角色。

就表达自由而言,由于大众传播的存在,此时要从“个人—国家”的结构想象转变为更为复杂的“个人—媒体等社会组织—国家”的结构预设。〔37〕政府既可能是言论的敌人,也可能是其朋友。〔38〕报刊、广电等传统媒体以及新媒体都需要财产权的保障,从而更有利于生产和传播言论;即使在网络空间中,网络本身、网络空间中权利的创制和保护也都是政府的产物。纯粹的自发秩序不存在,网络并非法外之地,一个有效的思想自由市场也需要精心设计的法律框架。在表达自由上,不能仅保护已经发表的言论而对表达机会的创造漠不关心。〔39〕基于表达自由而对表达自由的规制,并非自由的削减,而是自由的加强。〔40〕有学者据此区分表达自由和表达权,从起初偏重“不被干涉”的消极自由面向的表达自由,转化为兼具消极与积极双重面向的表达权;表达权的实现需要国家在消极层面不干涉公民的合法表达,也需要国家在积极层面为公民的合法表达提供必要的物质保障和制度安排,其中既包括经由基础设施建设来打破“数字鸿沟”,保障公民能够自由合法地“表”明自身观点,也包括通过制度安排尊重网络平台的自治并对其进行规制,使公民的观点“达”至受众,为公众参与公共辩论提供便利,培育全面、公开的辩论市场。〔41〕因此,对媒体结构予以矫正,以实现公共领域的包容性以及公共舆论和意志形成的商谈性,并非政治的决定,而是宪法的要求。〔42〕换言之,表达自由作为基本权利,不仅是对抗国家的防御权,同时也是一种客观价值秩序,课予国家积极保护义务。〔43〕

规制表达自由的方式也需要正当性。规制方式依据规制主体可以分为他律、自律和共管;依据规制对象分为结构规制和行为规制;依据规制形式可以区分为个体赋权方式和外部规制形式;依据规制强度,可以区分为内容中立的规制、基于内容但不歧视任何观点的观点中立的规制以及基于内容而观点歧视的规制,且规制强度越高,需要的理由越强。〔44〕“近用媒体权”

〔36〕 参见〔德〕哈贝马斯:《在事实与规范之间:关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,生活·读书·新知三联书店2014年版,第505页。

〔37〕 See Jack M. Balkin, *Free Speech Is a Triangle*, 118 Colum. L. Rev. 2011 (2018).

〔38〕 参见〔美〕欧文·M.费斯:《谁在守望言论》,常云译,北京大学出版社2015年版,第155页。

〔39〕 参见前引〔34〕, Barron文,第1641页。

〔40〕 参见前引〔32〕,新闻自由委员会书,第76页。

〔41〕 参见郭春镇:《作为中国政法话语的表达权》,《法学家》2021年第5期,第117页,第124页以下。

〔42〕 参见前引〔21〕, Habermas文,第499页。

〔43〕 关于基本权利的双重性质,参见张翔:《基本权利的双重性质》,《法学研究》2005年第3期,第21页以下。国家的积极保护义务包括提供组织、程序等制度性保障。例如,德国联邦宪法法院认为,广播电视要承担保证意见多元化的公共任务,因此在涉及广播电视媒体的组织时,就应考虑媒体不得被特定的社会势力所独占(BverGE 57, 295 (322f.))。参见张翔:《学术自由的组织保障:德国的实践与理论》,《环球法律评论》2012年第4期,第113页以下。

〔44〕 参见前引〔20〕,桑斯坦书,第264页以下。

也仅是表达了规制的理念，但具体的规制手段包括回应权、读者来信、付费发表评论性意见、合理使用频道、公共使用频道、机会均等多种方式。^[45] 聚焦到回应权，其作为私法上的规制手段之一，是一种他律和行为规制，采取个体赋权方式，同时是一种基于内容但观点中立的规制，其正当性取决于特定的界限划分是否暗示了潜在的观点歧视以及是否具备充分的正当化理由。^[46] 回应权之所以是基于内容的规制，是因为能够被回应的是影响到他人名誉的特定事实陈述，但其仍是观点中立而不包含任何观点歧视的规制，并未隐含对观点的惩罚。这意味着回应权的力量有限，其对实现有力而广泛的公共辩论而言是不充分的。^[47]

三、回应权规制对象的范围扩张

（一）扩张回应权规制对象的必要性

媒介的时代变迁并非一个断裂的过程，而是一个交叉叠加的非线性更迭过程，新媒介并未完全取代旧媒介。基于媒介变迁这一背景对回应权制度展开的讨论，应首先涉及其规制对象的范围。

针对传统媒介，回应权的相对人应当是所有的大众媒体，包括报社、期刊社、图书出版社、音像出版社和电子出版物出版社等出版单位和广播电台、电视台。如前所述，美国联邦最高法院在广播领域承认回应权但在报刊领域否认回应权，区分理由在于频谱资源具有物理属性上的稀缺性，其市场可能会失灵，故取得执照的广播媒体作为受托者要考虑普通民众通过大众媒体传播和交流的表达自由需要，确立回应权可以对机会的有限性加以补偿。但该理由广受批评，例如科斯针对此种因为稀缺而管制的观点，认为一切资源都是稀缺的，但并非所有资源都要求政府管制。^[48] 随着技术的发展，卫星、光缆的普及颠覆了稀缺理论，美国联邦最高法院转而采取了广播的全面渗透性（pervasive presence）理论，认为广播无处不在且易于使用，人们对广播只能被动接受，故应对广播进行管制。^[49] 但随着社会的发展，该理由显然也无法成立。据此，区分出版单位和广电单位不具有充分的正当性。^[50] 但是，由于回应权要求媒体发表回应，只出版一次的印刷品或者电影胶片无法实现回应权的目的，故回应权要求发表原始报道的出版物应当定期出版（periodische Druckwerke），持续而非有规律地出版（ständiger, auch unregelmäßige）即可满足该条件。^[51]

我国关于回应权的规则中，位阶最高的是《出版管理条例》第27条第2款关于答辩的规定。这里的答辩究竟是被报道人有权要求自行答辩而媒体发表，抑或是媒体答辩，尚不清晰；如果理解为前者，则其是关于回应权的规定。根据该规定，回应权的规制对象仅限于出版单位

[45] 参见林子仪：《论接近使用媒体权》，载林子仪：《言论自由与新闻自由》，元照出版公司1998年版，第246页以下；江嘉琪：《接近使用媒体之权利》，《法令月刊》2006年第6期，第31页以下。

[46] 参见前引〔20〕，桑斯坦书，第266页以下。

[47] See Stephen Gardbaum, *A Reply to the Right of Reply*, 76 Geo. Wash. L. Rev. 1070-1072 (2008).

[48] 参见前引〔33〕，科斯书，第59页。同时，即使在20世纪70年代，美国的广播电台也比日报多。See L. A. Powe, Jr., *Or of the [Broadcast] Press*, 39 Texas L. Rev. 55-56 (1976).

[49] See *Columbia Broadcasting Systems v. Democratic National Committee*, 412 U. S. 94, 127-128 (1973). 该理论也影响到我国台湾地区“司法院”，其在“释字第364号解释”中特别标明：“广播电视无远弗届，对于社会具有广大而深远之影响。”

[50] 同样观点，参见前引〔6〕，王占明文，第235页以下；前引〔6〕，岳业鹏文，第66页。

[51] MüKoBGB/Rixecker, 9. Aufl. 2021, Anh. zu § 12 Rn. 391.

中的报纸、期刊出版单位。《出版管理条例》第2条第3款规定出版物包括报纸、期刊、图书、音像制品、电子出版物，第9条第2款规定了出版单位，故第27条第2款仅适用于报纸、期刊，适用范围狭窄，定期出版物应不限于报纸、期刊。同时，《广播电视管理条例》没有类似规定，故回应权对广播电视无适用余地。但是，出版媒体和广电媒体在资源稀缺度上不存在明显量差，且各国对广电媒体的管制要比对平面出版媒体的管制密度更高；^[52]同时，民法典第252条规定了无线电频谱资源为国家所有权，结合宪法第6条，可以认为无线电频谱资源的使用者负有更高的社会义务，故更应有回应权的适用余地。

可见，即使是针对传统媒介，我国现行回应权规则的适用范围也过窄，应予扩张。更何况，随着大众传播媒介向融合式社交媒体或平台媒体的转变，个人的人格尊严与公共领域在诸多方面受到平台媒体的冲击与挑战。为了使回应权仍然延续其保障人格尊严与维护公共领域的功能，应当进一步扩张回应权的规制对象。

（二）用户与平台媒体

民法典第1194-1197条对于网络侵权责任区分了网络用户、网络内容服务提供者的侵权责任和网络平台服务提供者的侵权责任，即使回应权能否被认为是侵权责任形式之一存在疑问，民法典所作类型区分仍有意义。如果由职业媒体生产编辑内容的电子报刊或定期更新的门户网站发表了影响他人名誉的报道信息，支持回应权针对此类媒体行使与支持其针对传统媒体行使在理由上并无区别，并且通过互联网发表回应技术上更为容易，媒体的成本更小。将回应权扩张适用于这一类型的网络媒体，是一个普遍的趋势，各国法律都在朝这个方向发展。^[53]

在平台媒体中，其内容生产欠缺传统媒体的专业化和审核机制，但其传播速度更快，且传播往往由于个性化选择而分众化。所以，在提供网络平台服务的媒体中，要区分利用网络平台服务发布信息的网络用户与平台服务提供者（即平台媒体）。对网络用户而言，首先需要判断其行为是否构成大众传播，只有在构成大众传播的情形下，才可以考虑适用回应权。以微信为例，微信中的传播方式包括私聊、微信群、朋友圈、公众服务号等。如果网络用户通过私聊、微信群或朋友圈发布、分享信息，此时仍是一种以强人际关系为基础的较为私密性的传播，即使是朋友圈也仅能进行简单的评论和点赞，无法形成多级链条传播，仍是一种利用社交软件进行的人际传播或群体传播，并非大众传播。但是，网络用户利用公众服务号发布信息时，大众传播的机制更为明显，其不需要双向的好友确认关系，而是以松散的社交关系这种弱人际关系为基础，通过单向的追随关系简化了社交关系，使其具有了大规模群体交流的能力，且借助转发使得其影响力几何级增长，出现爆发式传播，甚至影响到传统媒体。^[54]利用微博、抖音、

[52] 参见吴永乾：《通讯传播内容管制的重要课题——论媒体问责机制与当事人回复权》，《法令月刊》2010年第1期，第26页以下。

[53] 例如，瑞士、奥地利、丹麦、法国、德国、卢森堡、波兰、葡萄牙等都将回应权扩张适用于这一类型的网络媒体。参见前引〔2〕，Koltay文，第80页，第88页；OFK ZGB/Andrea Büchler/Marco Frei，2. Aufl.，2011，Orell Füssli Verlag AG，Art. 28g Rn. 3。德国法中，《德国国际广播条约》（RStV）第56条第1款将回应权扩张适用于网络中电信媒体的新闻编辑内容提供者（journalistisch-redaktionelle Angebote），特别是期刊印刷品内容被全部或部分地以文字或图像形式复制的报刊电子版和在线版。Vgl. Walter Seitz/German Schmidt，Der Gegendarstellungsanspruch，5. Aufl.，C. H. Beck，2017，S. 2-5；MüKoBGB/Rixecker，9. Aufl. 2021，Anh. zu § 12 Rn. 391。德国地区法院曾判决网页不适用回应权（LG Düsseldorf ZUM 1998，946），但之后也判决回应权适用于网页中的事实陈述部分（OLG Bremen ZUM 2011，416）。Vgl. Zoebisch，Der Gegendarstellungsanspruch im Internet，ZUM 2011，390。

[54] 参见方兴东等：《微信传播机制与治理问题研究》，《现代传播》2013年第6期，第123页以下；靖鸣、娄翠：《叠加、同质化：微信传播的大众化及其思考》，《中国出版》2019年第6期，第49页。

B 站等发布文字、图片或视频信息时更是如此。^[55] 只有在存在比较明显的大众传播的情况下，网络用户与媒体具有类似地位，才有适用回应权的余地。

即使用户的行为构成了大众传播，回应权能否适用仍存在疑问。回应权适用的前提是初始发表信息者与回应者传播能力上的不平等，而在平台媒体中，理论上每个人都可以利用平台便利地发表回应。但是，实践中仍存在传播能力不平等所导致的传播效果差异。例如，微博中的“大 V”粉丝众多，拥有更多的受众和更强的传播能力，这种传播能力不平等的现象在各个平台媒体中都会出现。同时，考虑到个性化定制所导致的受众群体分化，被影响者自己在平台上发表回应可能无法被与初始报道相同范围的受众所接收。回应权恰能解决这些问题，这一点不会因为初始报道是否允许受众评论而有所不同。如果不允许评论或者可以筛选评论，这更符合传统媒体的单向性特点；即使允许评论且不限字数，甚至将初始报道受影响者的评论置顶，这也仅类似于传统报刊媒体中的“读者来信”，无法达到与初始报道相似的传播效果，仍无法实现回应权所意图实现的武器平等要求。

在回应权能否针对平台用户行使的问题外，另一个不可忽视的问题是回应权能否针对平台媒体行使，而对这个问题的回答取决于平台媒体是否在传播过程中享有与传统媒体相似的自主性权力。各个社交媒体都宣称自己是“平台”而非“媒体”，仅向用户提供服务 and 场所，其他权利都属于用户，故具有信息中立的地位。但是，社交媒体事实上在传播过程中享有巨大的技术权力和算法权力，其为用户提供了基础技术服务，而用户的表达权限受制于此。例如，微博文字输入的字数限制；其对用户的权限资格享有控制权，如对用户的账户暂时性或者永久性地封禁；且可以制定和实施信息的传播规则，如对用户发表的信息进行删除、屏蔽，对用户的投诉和举报作出处理；其还可以利用算法控制传播，掌握传统媒体所具有的守门人和议程设置能力，例如利用置顶或推荐技术服务功能，直接或间接地引导或控制网络舆论的走向；社交媒体的所有权集中现象也非常明显。^[56] 较之传统媒体，社交媒体所享有的权力很难说减少了，而只是更为隐蔽了。正是基于社交媒体的这种权力，近年来互联网管理法规和司法案例进一步扩大了这些平台媒体的内容监管义务的范围。^[57] 同时，媒体的自主性权力越大，公众直接近用的可能性越小，公众直接近用的程度和媒体的自主性权力程度呈反比。^[58] 基于回应权的目的尤其是回应权建构公共领域的功能，媒体自主性权力越大，回应权越有必要针对该类媒体行使。

[55] 最高人民法院 2014 年公布的利用信息网络侵害人身权益典型案例中，案例三（北京金山安全软件有限公司与周鸿祎侵犯名誉权案）的一审判决书认为，“微博的特点在于寥寥片语、即时表达对人或事所感所想，是分享自我的感性平台，与正式媒体相比，微博上的言论随意性更强、主观色彩更加浓厚”，微博具有“影响受众不特定性、广泛性的‘自媒体’特性”。参见《最高人民法院公报》2015 年第 9 期，第 19 页。

[56] 参见梅夏英、杨晓娜：《自媒体平台网络权力的形成及规范路径——基于对网络言论自由影响的分析》，《河北法学》2017 年第 1 期，第 37 页以下；张凌寒：《权力之治：人工智能时代的算法规制》，上海人民出版社 2021 年版，第 122 页以下。当然，不同的社交媒体存在一定程度的差异，例如“微博”的算法更多基于社交推荐，而“今日头条”的算法更多基于热点推荐。

[57] 最为典型的是 2017 年阿里云服务器案（北京乐动卓越科技有限公司诉阿里云计算有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷案，北京市石景山区人民法院（2015）石民（知）初字第 8279 号民事判决书）和 2016 年深圳快播案（深圳市快播科技有限公司及王欣等传播淫秽物品牟利案，北京市海淀区人民法院（2015）海刑初字第 512 号刑事判决书）。法院都极为强调这些平台的内容监管义务。

[58] 参见前引 [25]，麦奎尔书，第 263 页。

民法典第1195-1196条确立的网络平台的“通知—反通知”规则以及第1197条确立的“红旗规则”，仍是着眼于平台的损害赔偿这种事后救济，无法直接适用于回应权；尤其是第1196条第2款规定的“网络服务提供者在转送声明到达权利人后的合理期限内，未收到权利人已经投诉或者提起诉讼通知的，应当及时终止所采取的措施”，更是不能适用于回应权，否则将导致回应权的目的无法实现。事实上，针对平台的回应权恰恰有助于降低上述规则给平台媒体带来的成本。按照上述规则，平台媒体需要判断是否构成侵权，除非是非常明显的侵权情形，否则这种判断会让其处于两难境地：如果轻易采取删除、屏蔽、断开链接等措施，会导致该平台的用户黏性降低；如果不采取措施，则可能需就扩大的损害与用户承担连带责任。即使平台媒体作出决定，该决定也可能带来诸多争议，而给其带来成本。回应权则不以构成侵权、初始报道失实为前提，平台无需对此作出判断，且其不确保初始报道和回应的真实性，由此避免履行上述规则课予的判断义务所面临的成本。并且，平台媒体本来就要针对用户的投诉进行处理，回应权能够针对平台行使，也不会给平台媒体增加过多的管理成本。反倒可能的是，回应权有助于增加平台媒体的点击量而带来新的收益。

（三）搜索引擎与算法

通过搜索引擎查询信息，在信息时代极为普遍、频繁，搜索引擎提供了进入信息世界的一个主要入口。与其他媒体的不同之处在于，搜索引擎是基于算法信息的索引，将其他媒体或者平台上的言论以“信息流”的方式呈现给网络用户。此时，搜索引擎不提供信息内容，无法控制“信息流”中的具体信息。但是，其对所使用的算法具有控制能力，算法对信息的筛选、过滤本身就隐含着权力；通过算法对所筛选信息的呈现，有关呈现顺序的标准也可能是多元化进而不透明的，甚至搜索引擎的收入几乎全部来自广告收入和被搜索对象的付费，最为典型的就是竞价排名，所有这些都重新构造着新闻内容和受众的理解。^[59]并且，搜索引擎天然具有垄断倾向，其所有权集中的情形更为明显。就此，搜索引擎也掌握着巨大的传播权力，不可避免地会对公共领域建构产生重大影响。就回应权而言，可以考虑的是，通过名誉权人的请求，使得处于垄断地位的搜索引擎在排名靠前的搜索结果页上显著标明有回应报道的存在，并进一步将初始报道与回应报道链接起来，引导受众了解双方报道的信息。^[60]其内在机理与电子商务法第40条规定的“对于竞价排名的商品或者服务，应当显著标明‘广告’”是一致的。较之为实现反向目标而针对搜索引擎的“被遗忘权”，此种标明的方式对搜索引擎的干涉更弱一些，从而正当性更强。

如果对此予以进一步延伸，可以看出这其实是对算法本身的规制。算法已经是现代信息系统自动化运行的默认技术架构，已经从技术化“工具”升级为不透明的复杂自主性体系，并通过嵌入社会权力结构发生作用，可能产生算法“黑箱”和滥用等问题。需要从算法的设计、运行、监管各方面对算法进行嵌入和外部规制，也要通过对个体赋权方式考虑算法解释权、自动化决策的拒绝权等，建立规制体系，合理化规制价值，优化规制工具。就本文所论及的回应权而言，可以考虑通过算法而非名誉权人的请求执行回应权。例如，对于影响他人名誉的热点

[59] 参见前引〔25〕，麦奎尔书，第313页以下。关于搜索引擎是“信源”还是“信道”的争论与分析，参见前引〔56〕，张凌寒书，第87页以下。

[60] See Frank Pasquale, *Asterisk Revisited: Debating a Right of Reply on Search Results*, 3 J. Bus. & Tech. L. 61 (2008); 前引〔19〕，Ardia文，第318页以下；Emily B. Laidlaw & Hilary Young, *Internet Intermediary Liability in Defamation*, 56 Osgoode Hall L. J. 159 (2018).

问题，搜索引擎在显示结果的最前列，集合排列显示事件的发展历程和线索，主导网络上的新闻议程设置，将传统的历时性展现转变为共时性展现，增强新闻的可见性，以促进公众形成对事件的整体认知，促进议题讨论和公共领域建构。^[61]这在有些初始报道的被报道者不方便出面直接回应的情况下更为重要。

四、回应权的制度展开

（一）基于规制功能的应然规则设计

回应权应然规则的设计，应以回应权的功能实现为基点。尤其是，回应权是通过强制手段矫正思想自由市场的失灵，倘若这一强制手段超出必要限度，不仅不能重塑公众意见的自由形成机制，甚至还可能通过国家的强制手段进一步瓦解公共领域。故此，回应权的应然规则设计，既要立足于回应权的功能，又要着眼于比例原则，注重保障人格尊严、维护公共领域与保障媒体表达自由这些价值之间的平衡。

回应权首先是针对初始报道中的事实陈述。事实陈述依据无偏见的理性受众的理解，具有可证明性和客观澄清可能性，而与单纯的意见表达不同。^[62]民法典第 1025 条区分了事实陈述和意见表达，“捏造、歪曲事实”和“对他人提供的严重失实内容未尽到合理核实义务”针对事实陈述，而“使用侮辱性言辞等贬损他人名誉”针对意见表达；第 1024 条中的“诽谤”和“侮辱”也蕴含了此种区分。在比较法中，法国式回应权既能针对事实陈述也能针对意见表达，德国式回应权仅能针对事实陈述，采取后一做法的国家较多。^[63]我国也有学者主张法国式回应权。^[64]但是，对意见表达的回应构成了基于内容的规制，对媒体的限制更大，会导致媒体可能因报道公共事务而承受双倍负担进而倾向于自我审查；同时，意见表达本身具有较强的主观性，如果允许回应，则使得媒体成为双方无休止地免费论辩的战场，而过度侵害媒体的编辑自主权；^[65]并且，对于意见表达，被涉及者可以通过付费发表评论性意见的方式而实现。因此，过分宽泛的回应权可能导致合宪性疑虑，而将回应权限于针对事实陈述，则有助于增强其合宪性。^[66]当然，如果策略性地将事实陈述隐藏于意见表达中，则基于武器平等的要求，即使两者不可分割地联系在一起，仍可针对能够被提取出来的作为价值判断基础的事实陈

[61] 桑斯坦也认为，可以成本较低地提供不同观点的相互链接，减少群体极化和碎片化，但不强迫受众点击链接。参见前引〔20〕，桑斯坦书，第 290 页以下。

[62] BVerfG NJW 2017, 1537 (1538).

[63] 参见前引〔2〕，Koltay 文，第 81 页。在德国法中，由于回应权仅能针对事实陈述，故被称为“相反陈述权”（der Gegendarstellungsanspruch）。

[64] 参见前引〔6〕，王占明文，第 234 页；于海涌等：《新闻媒体侵权问题研究——新闻媒体侵权的判定、抗辩与救济》，北京大学出版社 2013 年版，第 282 页。

[65] 参见前引〔5〕，Kyu Ho Youm 文，第 1026 页以下；前引〔6〕，岳业鹏文，第 66 页。美国法中，联邦通讯委员会之所以在 1987 年放弃“公平原则”，原因之一也是因为过分宽泛的公平原则会导致媒体的自我审查。参见前引〔38〕，费斯书，第 110 页。

[66] See Joshua Crawford, *Importing German Defamation Principles: A Constitutional Right of Reply*, 41 Fla. St. U. L. Rev. 793 (2014). 德国基本法第 5 条第 1 款所规定的言论自由的保护范围当然包括意见表达，但是否包括事实陈述则存在争论。德国联邦宪法法院认为，如果意见表达和事实陈述的因素结合在一起或者事实陈述是意见表达形成的必要前提，事实陈述就一并落入言论自由的保护范围，除非独立存在的事实陈述是故意作出的不真实的事实陈述。参见刘刚：《基督教社会联盟：欧洲的国家民主党案（竞选案）》，载张翔主编：《德国宪法案例选释（第 2 辑）言论自由》，法律出版社 2016 年版，第 94 页以下。无论如何，对事实陈述的保护强度较之对意见表达的保护强度要弱。

述行使回应权。〔67〕需注意的是，基于回应权的目的，回应无需证明初始报道的内容失实和回应的真实性，而由受众对所涉事实进行自主判断，除非回应明显虚假；〔68〕回应权也不必以辨别并确认报道构成侵权为先决条件，即使在已经确认初始报道因媒体尽到合理注意义务而不构成侵权的情况下，仍应允许被报道人行使回应权。〔69〕

回应权行使主体必须证明自己客观上被初始报道所直接涉及。即使初始报道并未指名道姓，但只要一般受众能够很容易地通过互联网搜索获得一般性信息，非通过相应询问就能够确定何者为当事人，该人也能够行使回应权。〔70〕被报道所涉及不见得一定是负面评价，即使是过分的正面赞美导致沉默有可能被认为是狂妄时，也可以回应。〔71〕被报道者无论是自然人还是组织，都享有回应权。但是，对于公众人物而言，由于其更有能力使用媒体发声，可以考虑基于民法典第998条对其回应权进行适当限制。〔72〕如果报道涉及一个团体，则并非团体的每个成员都能回应，只有法定代表人、负责人或整个组织有回应权。〔73〕同时，回应权由于与人格尊严之间的密切联系而被认为是不可转让和继承的。〔74〕

回应内容也同样应当限于事实陈述，且不包括与初始报道中的事实陈述无关的部分，能够对抗事实的只有事实；回应长度也不应过分超出初始报道争议范围的长度，过长的回应不仅导致关键陈述被淹没而达不到回应的目的，且对媒体负担过重，但该标准不宜太过严苛，毕竟回应通常需要比初始陈述更多的内容。〔75〕回应也应包含所针对的初始报道的名称，要有明确的发表要求。回应一般应以文字形式作出，除非插入图片、视频等对理解回应是必须的。〔76〕

回应须在被报道者知道或应当知道初始报道后不迟延地提出，最长也不能超过初始报道发表后一定期限。这一方面是因为媒体报道具有一定的时效性；另一方面是因为只有在初始报道的受众尚有记忆时回应，才能确保回应的目的有达成可能性。〔77〕具体期限可以根据初始报道的事实对被报道人利益和公共利益的重要性、被报道人的身份及其在公共领域中的地位、媒体的不同类型等确定。〔78〕

针对发表回应的要求，媒体也有一些抗辩理由。如果所针对的事实陈述的不正确性与人格

〔67〕 BeckOK InfoMedienR/Brose/Grau, BGB § 1004 Rn. 11; 前引〔2〕, 许莉蔓-高朴等书, 第330页。

〔68〕 BVerfG NJW 1998, 1381 (1383); MüKoBGB/Rixecker, 9. Aufl. 2021, Anh. zu § 12 Rn. 392. 当然, 不同国家的方案并不完全相同, 法国、意大利、比利时等要求最初报道内容失实; 对回应的真实性, 匈牙利等允许媒体证明回不真实而抗辩发表要求, 葡萄牙则允许媒体在发表后发现回应虚假时请求付费。参见前引〔2〕, Koltay文, 第82页以下。

〔69〕 MüKoBGB/Rixecker, 9. Aufl. 2021, Anh. zu § 12 Rn. 386; 前引〔6〕, 王占明文, 第233页; 前引〔6〕, 王利明文, 第237页。

〔70〕 BeckOK InfoMedienR/Brose/Grau, BGB § 1004 Rn. 30; 前引〔53〕, Seitz等书, 第23页。我国最高人民法院2014年公布的利用信息网络侵害人身权益典型案例中, 在案例五(范冰冰与毕成功、贵州易赛德文化传媒有限公司侵犯名誉权纠纷案)中, 法院认为, “并不要求毁损性陈述指名道姓, 只要原告证明在特定情况下, 具有特定知识背景的人有理由相信该陈述针对的对象是原告即可”。参见《最高人民法院公报》2015年第9期, 第21页。

〔71〕 参见前引〔53〕, Seitz等书, 第23页; 前引〔2〕, 许莉蔓-高朴等书, 第331页。

〔72〕 同样观点, 参见前引〔66〕, Crawford文, 第793页。

〔73〕 BeckOK InfoMedienR/Brose/Grau, BGB § 1004 Rn. 30.

〔74〕 BVerfG NJW 2006, 3409; 前引〔53〕, Seitz等书, 第37页。

〔75〕 BeckOK InfoMedienR/Brose/Grau, BGB § 1004 Rn. 42-43; MüKoBGB/Rixecker, 9. Aufl. 2021, Anh. zu § 12 Rn. 390.

〔76〕 BeckOK InfoMedienR/Brose/Grau, BGB § 1004 Rn. 23-24; OFK ZGB/Andrea Büchler/Marco Frei, 2. Aufl., Orell Füssli Verlag AG, 2011, Art. 28h Rn. 1.

〔77〕 参见前引〔53〕, Seitz等书, 第50页以下。

〔78〕 BeckOK InfoMedienR/Brose/Grau, BGB § 1004 Rn. 51.

尊严无关，例如仅是时点或地点的细微差异且不影响报道的有效性，不能要求回应。^{〔79〕} 如果回应包含了对初始报道者人格的侮辱等违反法律或者违背公序良俗的内容，媒体有理由拒绝发表。^{〔80〕} 当回应具有明显的误导性，例如仅是对初始报道进行了补充，或者媒体已证明了回应明显不正确或者自相矛盾，并且达到了无需进一步证据而确信无疑的程度，或者回应包含不正确的内容或造成不正确的印象，例如回应认为报道完全不正确而报道实际上仅需要进行补充时，媒体也可以拒绝发表回应。^{〔81〕} 如果回应人已经同意公布对初始报道的争议内容，例如同意接受采访，或者回应人对所报道事件的表态已在初始报道中被详细述及，则其也不能行使回应权。^{〔82〕} 如果报道已被媒体自行撤回或更正，且使得报道引起的误解得到充分纠正和消除，则同样没有回应权。^{〔83〕} 如果回应本身无法辨认理解而欠缺发表的成熟度，则同样不能要求发表。同样，回应不当侵犯了非参与的特定第三人的利益，或纯粹是为了宣传而滥用回应权，则媒体也可拒绝发表。^{〔84〕} 媒体对国家公权力机关举办的公共活动作如实报道，而被报道人确曾参与该公共活动的，被报道人也不能行使回应权。^{〔85〕} 媒体应当将拒绝发表回应的理由及时通知被报道人。

媒体如无上述抗辩理由，则基于武器平等原则，报刊媒体应在收到回应请求后，在印刷品的下一期以与初始报道相同栏目、相同字体免费发表回应，广电媒体应不迟延地在与初始报道相同时段、以相同节目形式免费播出回应，并标明为被报道者的回应，以产生与初始报道相同的影响力。^{〔86〕} 简单地以读者来信方式发表回应则不符合上述要求。^{〔87〕} 并且，媒体只能全部发表或者全部拒绝，不能自行更改或者删减回应内容，不能增加评论，仅容许少量的语法文字修正，以保持回应的完整性，进而保障被报道者的人格尊严。^{〔88〕}

如果媒体阻扰行使回应权（例如广电媒体不提供报道原文使得当事人无法回应）、拒绝或不正确发表回应，则被报道者有权申请法院强制媒体发表。这同时意味着，被报道者在向法院申请之前应先要求媒体发表。^{〔89〕} 此时的程序往往是保全程序等简单程序，法院进行形式审查，以使得被报道者能快速地维护自己的人格权。^{〔90〕} 在回应权与可能的侵权责任衔接问题上，即使媒体充分、及时地发表了回应，也不能正当化已经发生的侵权行为，故不应影响被侵权人提起侵权请求，但是，发表回应已经削弱了侵权后果的严重性，尤其是在侵权损害赔偿责任的承担上，可考虑适当限缩媒体对发表回应后所产生损害的赔偿责任，以增强媒体发表回应

〔79〕 MüKoBGB/Rixecker, 9. Aufl. 2021, Anh. zu § 12 Rn. 393.

〔80〕 Melnychuk v. Ukraine App., Nos. 28851/95, 28852/95, January 16, 1998.

〔81〕 BVerfG NJW 2008, 1654, 1656; BeckOK InfoMedienR/Brose/Grau, BGB § 1004 Rn. 35.

〔82〕 MüKoBGB/Rixecker, 9. Aufl. 2021, Anh. zu § 12 Rn. 393.

〔83〕 反对观点认为此时仍能回应，因为较之媒体的更正，被报道者自己对事实的陈述可能对受众产生更大的影响。Vgl. OFK ZGB/Andrea Büchler/Marco Frei, 2. Aufl., Orell Füssli Verlag AG, 2011, Art. 281 Rn. 4.

〔84〕 参见前引〔53〕，Seitz等书，第112页；OFK ZGB/Andrea Büchler/Marco Frei, 2. Aufl., Orell Füssli Verlag AG, 2011, Art. 28h Rn. 4.

〔85〕 BeckOK InfoMedienR/Brose/Grau, BGB § 1004 Rn. 56; 前引〔53〕，Seitz等书，第114页。

〔86〕 MüKoBGB/Rixecker, 9. Aufl. 2021, Anh. zu § 12 Rn. 397-398.

〔87〕 参见前引〔53〕，Seitz等书，第196页。

〔88〕 BeckOK InfoMedienR/Brose/Grau, BGB § 1004 Rn. 59; MüKoBGB/Rixecker, 9. Aufl. 2021, Anh. zu § 12 Rn. 399.

〔89〕 BeckOK InfoMedienR/Brose/Grau, BGB § 1004 Rn. 47.

〔90〕 参见前引〔2〕，许莉蔓-高朴书，第336页。

的积极性,实现回应权的制度目的。〔91〕

(二) 对我国现行规则的反思

如前所述,我国《出版管理条例》第27条第2款关于答辩的规定或许可以认为是关于回应权的规定,但该规定在适用对象范围、构成要件和行使后果上,都有可调整的空间。结合上文讨论的回应权的具体设计,可以对该规则予以更具体的分析和调整,使其更好地适用于传统媒介和信息时代的新媒介。

第一,第27条第2款的适用要件之一是“报纸、期刊发表的作品内容不真实或者不公正”。首先,这意味着该款能够针对报道内容中的事实陈述和意见表达,适用范围可能过宽。1999年《报刊刊载虚假、失实报道处理办法》第3条规定的要件是“报纸、期刊刊载虚假、失实报道和纪实作品”,2005年《报纸出版管理规定》第26条第3款规定的要件是“报纸刊载虚假、失实报道”,都限于原始报道中的事实陈述。其次,“致使公民、法人或者其他组织的合法权益受到侵害”作为更正权的前提并无问题,但如果回应权也以“受到侵害”作为要件,可能就需要被报道人证明发表内容失实、发表报道构成了侵权行为,这又会导致回应权的适用范围过窄。

第二,未规定回应内容、长度、期限等具体要求以及媒体拒绝发表的抗辩事由,而后者在我国尤为重要。关于回应长度,传统的规则设计要求回应不过分超出初始报道争议范围的长度,这一要求的主要考虑是媒体的回应成本。但在信息时代,可以考虑放宽或取消这一限制,因为较之报纸等传统媒介的版面成本,信息时代新媒介的回应成本较低。

第三,第27条第2款的适用效果是“有关出版单位应当在其近期出版的报纸、期刊上予以发表”。这里隐含着发表回应的具体要求。首先是免费发表。其次是近期出版。《报刊刊载虚假、失实报道处理办法》第4条第2项和《报纸出版管理规定》第26条第4款都具体规定为应自当事人要求之日起在其最近出版的一期报纸的相同版位上发表,但对期刊等其他媒体没有更为明确的规定。对于新媒介,在网络环境下平台发表回应的方式可以考虑一些变化。除了将回应报道与初始报道在相同位置发表或置顶之外,还可以将回应报道与初始报道通过技术方式连接起来,例如,通过技术方式对初始报道加注标签,以显著标明初始报道存在回应报道,并且在初始报道的适当而显著的位置呈现回应报道的链接;甚至可以考虑通过技术方式对点击初始报道的用户进行适当提示或者推送。〔92〕同时,可以通过设置类似“信息广场”等方式,将回应报道统一在该处公开。

第四,欠缺诉讼保护的具体规则以及与侵权责任的衔接规则。关于诉讼保护的具体规则,仅规定了“拒绝发表的,当事人可以向人民法院提起诉讼”,可以认为先向媒体请求发表是诉讼的前置程序,同时诉讼请求是强制媒体发表,但并未规定所适用的具体程序,就此可以考虑民事诉讼法中的行为保全程序。在侵权损害赔偿诉讼中也应注意与回应权的衔接,适当限缩媒

〔91〕 参见前引〔6〕,王占明文,第235页;前引〔6〕,岳业鹏文,第67页;前引〔64〕,于海涌等书,第281页。美国统一州法委员会整合的《诽谤更正或者澄清统一法》(1994)第3条规定,为了提起名誉侵权诉讼,必须及时向出版者提起充分的更正或者澄清请求;为了保留惩罚性赔偿,必须在初始报道发表后90天内提起;第5条规定,如果出版者及时、充分地更正或者澄清,受害人只能获得在更正或澄清前的经济损失赔偿。对这些规定的批评,参见〔美〕辛西娅·南希:《〈统一名誉侵权校正或澄清法〉:如何避免修改阿肯色州的名誉侵权法》,廖嘉娴译,载张民安主编:《侵权法报告》第4卷,中山大学出版社2011年版,第359页以下。

〔92〕 例如,新浪微博已经在一些热点微博下面加注“事件相关方回复与声明”的标签。

体对发表回应后所产生损害的赔偿责任。

民法典未明文规定回应权，^[93]但第 179 条、第 995 条和第 1167 条规定了停止侵害、排除妨碍、消除危险、消除影响和恢复名誉这些责任形式，可以将回应权包含在这些责任形式的对应请求权之中，^[94]同时辅之以第 997 条规定的人格权侵害禁令快速实现回应权申请。民法典第 1028 条规定：“民事主体有证据证明报刊、网络等媒体报道的内容失实，侵害其名誉权的，有权请求该媒体及时采取更正或者删除等必要措施。”在解释上也可以考虑将回应权包含在“等必要措施”中，这意味着回应权的行使主体包括自然人和组织，相对人也是所有媒体，同时仅应针对原始报道中的事实陈述部分。但是，这同时意味着被报道人必须证明“报道的内容失实”和“侵害其名誉权”，在解释上应考虑到更正、删除与回应对媒体的限制程度有大小之别，回应权的构成要件似乎应更为宽松。据此，在回应权的构成要件上，可以将“民事主体有证据证明报刊、网络等媒体报道的内容失实，侵害其名誉权”解释为“民事主体有证据证明其为报刊、网络等媒体报道中的事实部分所直接涉及”。同时，第 1028 条中的更正和删除不以请求媒体限期更正或删除为提起诉讼的前置程序，名誉权人在有确切证据证明媒体报道失实的情况下，可以直接请求人民法院责令该媒体限期更正、删除。^[95]但基于回应与更正、删除的不同，对此仍然可以考虑不同的解释方案。

结 语

对于信息媒介变化所导致的社会图景变化，法律不应采取“鸵鸟政策”，而应考虑如何更好地以“私”促“公”、以“公”护“私”、“公”“私”结合。回应权作为对大众传播媒介的规制方式之一，将私人请求和外部规制结合起来，通过私人请求实现公共目标，通过公共目标实现私人保护，其在信息时代仍然具有独特的价值，实现信息时代的人格尊严保护和多元化公众意见的提供，当然其也要根据信息时代媒介结构的变化在相对人和实现方式等具体规则方面作出调整和扩充。媒体既可以是自由的，也可以是公平的。^[96]法律规定的回应权可以作为连接点，将社群规范、市场和技术性控制架构相互连接。社群规范即使在传统的影响名誉行为中也能发挥作用，在信息时代，其能通过“虚拟社群”评价发挥更大作用。市场也能够发挥作用，但也可能根据算法形成小众市场，反而加剧了群体极化和碎片化。架构则同样能发挥事先的、客观化和自我执行的作用。在信息时代，要将法律、社群、市场和架构结合起来发挥协同作用，而法律在其中是重要的助推，回应权有助于此种作用的展开。^[97]通过法律将市场、社群规范和代码架构连接起来实现治理目标，也体现出习近平总书记的重要论述：“随着互联网特别是移动互联网发展，社会治理模式正在从单向管理转向双向互动，从线下转向线上线

[93] 在民法典编纂过程中，曾经对回应权进行了讨论并在内部草拟了一个条文，但最后仍未被明文规定。

[94] 德国法中，在解释上也认为回应权可以通过类推德国民法典第 1004 条的不作为请求权实现。Vgl. BeckOK InfoMedienR/Brose/Grau, BGB § 1004 Rn. 1.

[95] 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典解读 人格权编·侵权责任编》（精装珍藏版），中国法制出版社 2020 年版，第 168 页。

[96] Jerome A. Barron, *Rights of Access and Reply to the Media in the United States Today*, 25 Comm. & L. 1 (2003).

[97] 参见前引 [35]，莱斯格书，第 120 页以下，第 360 页以下。关于规范多元情形下法律通过共识凝聚、结构锚定、协调试错、类型化处理等机制统摄其他规范的作用，参见彭小龙：《规范多元的法治协同：基于构成性视角的观察》，《中国法学》2021 年第 5 期，第 161 页以下。

融合，从单纯的政府监管向更加注重社会协同治理转变。”〔98〕

本文也试图通过回应权这个切入点，观察社会基础和相应的国家形象转变对法律的整体功能、价值考量以及具体规则提出的挑战。但是，新的现象不等于全部是新的问题，挑战也并非意味着推倒重来。就本文所涉主题而言，传统的大众传播媒介结构是工业时代决定的，并构成了工业时代的关键特征之一，从工业时代到信息时代的转变自然也会导致大众传播媒介结构的转变，媒介权力也在相应变化。国家的形象也相应转变，其有时是表达自由的敌人，是权力的唯一来源，表达自由作为防御权，体现了自由主义的消极自由、私人自主观念；但有时也是表达自由的朋友，针对媒体权力，表达自由预设了国家的保护义务，体现了积极自由、公共自主观念。由此，表达自由并非绝对，针对媒介权力的规制力图使传播媒介成为自由的助力而非阻碍，更好地发挥大众传播媒介建构公共领域的功能。“网络空间同现实社会一样，既要提倡自由，也要保持秩序。自由是秩序的目的，秩序是自由的保障。我们既要尊重网民交流思想、表达意愿的权利，也要依法构建良好网络秩序，这有利于保障广大网民合法权益。网络空间不是‘法外之地’。”〔99〕通过法律促进社会行动和社会结构的转变，这是宪法的承诺，也是包括民法在内的法秩序整体的承诺。

Abstract: The right of reply against traditional media enables the reported persons to uphold their personal dignity more effectively and provides a plurality of sources of information. The many changes in the media in the information era have made individuals' reputations more vulnerable and, more fundamentally and importantly, have had a destructive impact on the public sphere by intensifying the fragmentation and polarization of the society and creating an attention economy, thus necessitating the regulation of the freedom of expression in the media. Today, the right of reply has become a means of regulating the media, and its function of protecting reputation and providing a plurality of sources of information remains and even becomes more necessary. The traditional right of reply should be expanded in terms of its objects of regulation so that it can be exercised against users similar to mass media, media platforms and search engines, and become a connection point and play its role in the cooperative governance together with tagging and algorithms. However, since the right of reply can infringe on the media's freedom of expression, a proportional relationship between the fundamental rights should be achieved in the construction, adjustment and expansion of its specific rules, so that it can play the regulatory role of both traditional media and new media at the same time.

Key Words: the right of reply, mass media, personal dignity, public sphere, freedom of expression

〔98〕 中共中央党史和文献研究院编：《习近平关于网络强国论述摘编》，中央文献出版社2021年版，第21页。

〔99〕 习近平：《在第二届世界互联网大会开幕式上的讲话》（2015年12月16日），载习近平：《论党的宣传思想工作》，中央文献出版社2020年版，第173页。