

第24辑

法学家

Teahouse For Jurists

茶座

2008.6

主编 张士宝 特邀执行主编 何家弘



刘德良 『人肉搜索』的法律谜解 石佳友

『人肉搜索』：天使还是魔鬼？ 杨涛 『人

肉搜索』的罪与罚 车丕照 从『华尔街风暴』

联想到『国际规则』 陈兴良 学术废墟上

建立起来的刑法学 吕岩峰 法官的气象

周光权 心仪大师 季美君 立案咋就这么

难？ 吴春岐 聆听华人世界法学泰斗的声

音——王泽鉴教授访谈录（上） 任东来

程法华 瑟古德·马歇尔的故事



卷首语

我需要一个信仰

我需要一个信仰,以使我不再彷徨;
从天子脚下到北国边疆,
从五大湖畔到地中海上;
一样的长路漫漫,一样的雨雾茫茫;
人言大道是康庄,却原来尘土飞扬。

我需要一个信仰,以使我不再迷惘;
从天下大同到共产主义,
从极乐世界到幸福天堂;
一样的美庐广厦,一样的金碧辉煌;
满怀期望望夕阳,却只见断壁残墙。

我需要一个信仰,以使我不再忧伤;
从“文化革命”到改革开放,
从个性压抑到物欲张扬;
一样的潮起潮落,一样的云卷云长;
肃贪反腐再贪腐,只怕是怪圈现象。

我需要一个信仰,以使我获得力量;
从文学春梦到法律学堂,
从伊甸园景到法治国纲;
一样的热血沸腾,一样的爱意高昂;
激情燃烧终有尽,到头来难枕黄梁。

我需要一个信仰,以使我走向高尚;
从图腾幻化到神明凡像,
从深山古寺到闹市圣堂;
一样的五体投地,一样的心灵闪光;
无需神圣与伟大,诚真和美共善良。

何家弘

写于北京世纪城痴醒斋

- 【卷首语】 何家弘 我需要一个信仰 / 001
- 【本期聚焦】 刘德良 “人肉搜索”的法律谜解 / 004
石佳友 “人肉搜索”:天使还是魔鬼? / 008
杨 涛 “人肉搜索”的罪与罚 / 013
- 【法治漫谈】 车丕照 从“华尔街风暴”联想到“国际规则” / 018
喻 中 认真对待政治惯例 / 023
胡吕银 冷静地对待民法典 / 028
周大伟 学院、医院和法院:现代圣殿中的未竟之业(下) / 033
- 【法学札记】 傅达林 “奥运与法治”三题 / 041
范 愉 奥运会遗产与志愿者文化 / 047
陈兴良 学术废墟上建立起来的刑法学 / 053
彭 勃 拿什么拯救你,歧途少年 / 061
- 【法苑随笔】 吕岩峰 法官的气象 / 069
马小红 读、写“后记”的心得 / 074
吕忠梅 导师是谁? / 077
周光权 心仪大师 / 082
- 【身边法事】 季美君 立案咋就这么难? / 085
史玉成 从“投票场景”透析规则表象背后的人生百态 / 088
周海荣 思考在最低良知的边缘 / 094
- 【名家访谈】 吴春岐 聆听华人世界法学泰斗的声音
——王泽鉴教授访谈录(上) / 099

- 【法林逸事】 刘渠景 一个发生在“皇家大院门口”的司法故事 / 108
冯亚东 走婚、母系家庭与泸沽湖 / 114
- 【域外法制】 郝铁川 充满个性的民法典 / 120
任东来 程法华 瑟古德·马歇尔的故事 / 123
- 【茶客论剑】 常纪文 从“依法治国”到“依法治理”:中国法治的必由之路 / 134
翟勇 “违法成本”思维不同于“法的利益引导机制”的法哲学理念
——论一个法哲学上的逻辑思维问题 / 140
- 【书城夜话】 杨忠民 罗伯斯比尔的血腥转身与 43 年前的《编译者序言》/ 144
郭云忠 法学编辑读红楼 / 154
- 【何博士信箱】 读者来信三封 / 160

主编 张士宝 特邀执行主编 何家弘

《法学家茶座》项目负责人 李岱岩

执行主编助理 张君周

山东出版集团

山东人民出版社出版发行

网址 <http://www.sd-book.com.cn>

社址 济南市胜利大街 39 号 邮政编码 250001

编辑部电话 (0531) 82098010

E-mail fxjcz@vip.163.com

发行部电话 (0531) 82098021

图书在版编目(CIP)数据

法学家茶座.第 24 辑/张士宝主编

济南:山东人民出版社,2008.11

ISBN 978-7-209-04605-3

I.法... II.张... III.法学-文集 IV.D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 177570 号

山东新华印刷厂临沂厂印刷

16 开本(172×232 毫米) 10 印张 160 千字

2008 年 11 月第 1 版 2008 年 11 月第 1 次印刷

定价:14.00 元

2007年12月29日,北京女白领姜岩从24层的家中跳楼而亡。自杀前,她写下《死亡博客》,记载了自杀前的心路历程并提到丈夫的名字与单位。很快,死者丈夫与第三者的工作电话、家庭住址等资料都被网友查出来,引发了被称为“网络暴力第一案”的风波。2008年3月28日,死者丈夫将“北方的候鸟”、“大旗网”、“天涯”三家网站告上法庭,并索要精神赔偿13.5万元,目前,此案已三次开庭,仍无定论。编辑部特邀三位网络法律造诣颇深的专家对“人肉搜索”的话题各抒己见……

“人肉搜索”的法律谜解

刘德良*

近来,“人肉搜索”引发的的问题日益引起人们的关注。一些学者和人大代表甚至提出将“人肉搜索”纳入刑法作为犯罪处理。虽然网络无国界,但是,在其他国家“默默无闻”却在中国引起热议和关注的“人肉搜索”问题也开始引起了国际社会的关注。在此,笔者将就此问题进一步提出一些见解,以供大家讨论。

一、“人肉搜索”及其引发的问题

“人肉搜索引擎”作为一种信息搜索工具,有广义和狭义之别。广义的“人肉搜索”泛指一切由信息“征集者”提出问题、信息“应征者”回答问题的信息搜索与提供方式。从技术原理上看,“人肉搜索”在主体上至少应该包括信息征集者、信息提供者和信息交流的平台——网络论坛或其他网络空间提供者。理论上,“人肉搜索”既可以被用作合法的目的,比如,当我们不知道在何处购买某种商

* 作者为亚太网络法律研究中心主任、研究员,北京邮电大学文法学院教授。

品或不知道某种知识时,我们可以在论坛上发帖子征集有关信息,知道有关信息的网友就可以提供有关信息。甚至前些日子有受害人在网上发帖子征集盗贼的有关信息,知情的网友在论坛上提供一些有价值的信息等。“人肉搜索”也可以被用作非法目的,如有人征集购买枪支或毒品的信息,而他人向其提供有关信息的行为;又比如,某甲因记恨某乙,便在网上征集某乙的裸照或恋爱史等,而有人因此提供该类信息的情形。因此,作为一种信息搜索方式,“人肉搜索”本身在伦理价值上是中立的,我们不能也不应该秉持“‘人肉搜索’都是一种违法或侵权行为”的观点。

实际上,从目前“人肉搜索”所引发的问题来看,主要包括两类:一种是擅自在网上征集或公布他人的个人信息涉嫌隐私侵权的问题;一种是网友对被征集者或个人信息所有人——被搜索者的行为进行主观评价,由此可能引发侮辱、诽谤等涉嫌名誉侵权——“网络暴力”的情形。这种涉嫌隐私侵权或名誉侵权——“网络暴力”的“人肉搜索”情形就是我们常说的“人肉搜索”(狭义的)。不过,严格地讲,“人肉搜索”只涉及信息的征集和提供行为,不涉及对被搜索者的主观评价。因此,网友在论坛或其他网络空间以捏造事实或侮辱诽谤的方式侵害他人名誉的行为已经不属于一般意义上的“人肉搜索”范围了。之所以做如此区分,其法律意义在于二者涉嫌侵害的权利不同:前者一般涉及隐私侵权(公布真实个人信息)和名誉侵权(公布虚假个人信息)问题;后者一般只涉及名誉侵权问题。

二“人肉搜索”问题的法律解析

基于上述考虑,对于目前“人肉搜索”中所出现的问题而言,法律应该做的是首先界定个人信息与隐私的内涵与范围,针对不同类型的个人信息,根据其价值和功能的不同分别给予不同的权利保护。所谓的个人信息是指能够据此直接或间接识别出某一特定自然人身份的一条或一组信息或信息片段。并非所有的个人信息都与人格尊严或精神利益直接相关,都应该给予人格权保护。事实

上,只有那些一旦公布或被他人知悉即可对主体的人格尊严或社会评价造成伤害的个人信息才与人格尊严有直接关系,才应该被纳入到人格权或隐私权的保护之中。据此,作为个人信息子范畴的隐私不应该包括那些与人格尊严没有直接关系的个人信息,如电话号码、家庭住址、工作单位、教育背景等。这样,基于言论自由和舆论监督而针对某一主体的、与公共利益有关的行为进行评价过程中公布和使用这些个人信息的行为是合法和正当的。在信息时代,一切个人信息都有潜在商业价值,这种商业价值都应该像有形财产一样被视为主体的个人财产而不是商家财产。因此,对于那些滥用主体个人信息的行为,如果是非商业性的骚扰、跟踪、监视等行为,立法应该通过承认主体的安宁权或行为自由权等方式予以规制。对于那些基于商业目的的个人信息滥用行为,由于其侵害的是主体的财产利益,因此,立法应该通过承认主体对其个人信息商业价值的财产权予以规制。

其次,应重申社会公众的言论自由、知情权和舆论监督权,同时对公众的这种权利、自由的行使和个人隐私权的保护划出一个相对清晰的界限。一般来说,未经许可,不得针对与公共利益没有直接关联的个人行为和情事进行可能会引



2008年8月25日,第十一届全国人大常委会第四次会议在北京人民大会堂开幕。会议在分组审议刑法修正案(七)草案时,有委员建议将“人肉搜索”行为在刑法中予以规范。

起该主体社会评价降低的不合理报道、公开评价。所谓的与公共利益没有直接关系的行为或情事是指,某个特定主体的行为不违反社会伦理道德和法律,与社会和公共利益没有直接关系。不过,正如在已经出现的许多“人肉搜索”事件所彰显的那样,如果某一主体在网络上发表容易引起争议的言论,或某一主体的行为严重违反一般社会伦理道德规范乃至法律的规定时,该主体的言行已经不再是单纯的私人领域,而是与社会公共利益直接相关。对此,应该允许社会公众行使合理的言论自由权、知情权和舆论监督权。

另外,对于与“人肉搜索”有关的超出正常的言论自由和舆论监督范围的“网络暴力”乃至“网下暴力”行为,由于它侵害的是主体的名誉权等,现有法律的有关规定基本上可以使用,从刑法上讲,有关侮辱、诽谤罪条款即可调整,故而,没有再专门针对“人肉搜索”修改刑法或制定特别刑法条款之必要。对于严重侵犯隐私权的行为,由于现有的刑法并没有相应的规定,是否应该把严重侵犯隐私权的行为作为犯罪处理值得进一步商讨。不过,由于这种侵权行为实际上并不仅仅出现在“人肉搜索”中,在其他场合中也可能出现,因此,如果是仅仅为了制止所谓的“人肉搜索”之冲动,而不是基于科学、全面和慎重考量的话,那么,其立法的适用范围将受到限制。因此,必须通盘和慎重考虑。

总之,“人肉搜索”现象所折射出来的法律问题并没有什么特质,现有的立法基本上可以应对。我们需要和应该做的是从理论、观念和立法等层面上界定个人隐私和社会公众的言论自由、知情权、舆论监督权及二者之间的界限,保持个人利益与社会利益的和谐与平衡。不仅在界定个人隐私的范围时要尊重社会公众的言论自由、知情权和舆论监督权,同时,在界定言论自由、知情权和舆论监督权的范围时也应该体现出对纯粹的私人领域的关怀和尊重。既尊重纯粹的个人领域,又鼓励社会公众对社会或公共利益攸关的言行、事件大胆行使自己的言论自由和舆论监督权。不过,在行使言论自由和舆论监督权时,一定要做到合理、合法、适度。只有这样,我们正常的社会伦理道德和法律秩序才能得到维护!

“人肉搜索”：天使还是魔鬼？

石佳友*

2008年8月的暑期，中国最受瞩目的事件无疑当数北京奥运会。在这个盛大历史性事件落幕的当日，我照例在网络上去看看法国报刊中有关中国的一些报道和评论。突然间，《世界报》(Le Monde)的一篇长文的醒目标题引起了我的注意：《互联网：中国的新红卫兵现象》(Internet, Les nouveaux gardes rouges)，作者是该报的前驻华首席记者柏滨(Frédéric Bobin)。在北京奥运会的空前成功和中国体育代表团的亮丽表现激起了全球媒体热烈关注的时候，令人颇为诧异的是，作为向来关注中国的《世界报》，居然将大量的篇幅贡献给了中国的互联网现象！

众所周知，《世界报》在法国一直被认为是面向知识分子的报纸，其创立者——法国抵抗运动时期的著名记者于贝尔·伯夫-梅里(Hubert Beuve-Méry)本身就是知识分子群体的一员，他在法国解放后，在戴高乐将军的帮助下，联合30多名年轻记者，改造了著名的上层报纸《时报》(Le Temps)，创办了《世界报》。如今，《世界报》是法国国内发行量第二、海外发行量第一的大报，其鲜明特色在于其思想性和国际视野，有“法语世界的《纽约时报》”的美誉(事实上，数年前这两家报纸已结成了合作伙伴关系)。这样一家报纸，在全球媒体都将聚光灯对准奥运会的时候，却独自关注中国的互联网现象，而且所探讨的主题竟然是国内的主流媒体都不愿意去触及的“人肉搜索”现象。

这篇题为《互联网：中国的新红卫兵现象》的长文的作者有着长期的驻华经历，十分了解中国。不过，作为一名西方记者，他显然十分清楚西方读者的眼球

* 作者为中国人民大学法学院副教授。

关注:文章选择了发生于美国杜克大学的、涉及西藏问题的“王千源事件”作为开篇。2008年4月初,该校中国留学生自发组织反对藏独的示威活动,而部分支持藏独的美国学生也组织了对立游行。当日有一名中国女子表现得十分积极,而让人惊讶的是,她立场暧昧,并未站在中国留学生阵营,而是亲近藏独阵营。随后,她的照片和行为被中国留学生贴到了网上。很快有网友辨认出此人是来自中国青岛的女留学生王千源(后来她声称自己企图调停两派阵营;但这一说法很快被人驳斥,网友揭发她曾帮助藏独分子书写标语,并且做了与藏独分子相同的T字型示威手势)。此后,王的照片和视频迅速在网上流传,大量网民群起谴责其为“汉奸”,网上充斥着对王的攻击、辱骂甚至人身威胁;而她的个人资料——包括电子邮箱、生日、身份证号码、毕业中学、父母姓名、电话及工作单位、家庭住址等——都被网民公布到网上。王收到大量威胁恐吓的电子邮件;她的朋友称,她在青岛的住所被人用石头攻击、泼粪、投掷花盆及涂鸦。随后,作者历数了中国近年来“人肉搜索”的主要事例:陈自瑶事件、虐猫事件、追踪第三者事件、辽宁女子辱骂地震灾民事件……作者指出,所谓的“人肉搜索”,常常是以维护某种大的原则的名义发起,手段是将一个人的姓名、照片、地址、电话等张贴到网上,而后,以“维护社会公德”的名义,网上执法的大量网民便开始了大规模的搜索、攻击、威胁。作者认为,这是互联网用户已经超过美国、拥有全球最多网民的中国在互联网方面的“黑色一面”。互联网在一定程度上促进了中国的言论自由,但是,在这里也出现了暴力倾向的民粹主义,这种民粹主义随时可能转化为极端民族主义;网络成为中国“愤青”们的乐园。作者在最后写道:网络上出现的、越来越多的“道德别动队”值得忧虑;看来,“‘文化大革命’的幽灵仍然在中国徘徊,红卫兵的子孙们仍然在世”!

一个外国人对于成长迅猛的中国互联网发表这样严厉的批判,这或许让许多中国网民感到难以接受和反感。但是,在去除狭隘的民族主义情感之后,我们有理由就作者的批判进行冷静反思,由此我们不能不赞同他的某些分析。

按照通常的说法,“人肉搜索”就是利用现代信息技术特别是网络技术,通过网络发动互联网用户来搜索特定的人或追踪特定事件等;按照许多人的初

衷,“人肉搜索”可以在最短时间内揭露某些事件的真相,或者为某些伦理事件确定“道德定位”,或者是发现在社会大众所无法达到的地方的奇闻轶事,以满足公众的强烈好奇心。之所以把“人肉搜索”称为一种现象,是因为网络上还有其他许多类似的做法:“网上追踪”、“网络通缉”、“网络追杀令”……这样的东西,在如今的网络上随处可见。在一些个别性事件中,我们也确实看到“人肉搜索”发挥了积极的作用,例如帮助他人找到了失散多年的家人,或者是找到了向地震灾区运送医疗物资却始终不留姓名的志愿者。但是,是否可以因此把“人肉搜索”推上道德王国的领奖台、把“人肉搜索令”的发布者们誉为抑恶扬善的“骑士”呢?

有人说,互联网的发明是一场革命。但是,也有很多人并不同意这一提法。传播学领域声誉卓著的《Hermès》杂志的主编、法国著名学者 Dominique Wolton 早在十多年前,在其《思考传播》一书中即指出:传播技术的进步与人的解放之间并无必然关联;交往技术的进步往往对人的自主性造成严峻的挑战。在数年之后的另一著作《互联网及其之后? 对新传媒的一种批判理论》中,他进一步指出,“传播的本质并非技术层面的,而是人类学和文化层面的”;因此,“必须抛弃将传播简约为技术……的技术意识形态”。类似的批判,哲学家 Régis Debray 在更早就已经做出了,他在上世纪 90 年代初所出版的名著《印象之生与死》一书中,即表达了如下的担忧:传播技术的进步毫无疑问可以导致人与人之间联系更为密切和频繁;信息和印象的瞬间性传播,容易滋生出人类获得更大程度的自由的幻觉;那么,我们是否因此在更大程度上保持了我们的独特性? 答案或许正好是相反:信息技术的进步可能使得人与人之间更具有依附性,人的行为具有更大的趋同性和一致性。空间距离重要性的降低,及时性和自发性的重要性更为突出,个人由此失去了其内在性和反思,这在相当程度上会使得个人服从于对于个人态度所进行的“模式化”进程。

这种对个人思维模式的“模式化”现象在所谓的“人肉搜索”中表现得尤为突出。“人肉搜索”具有典型的自发性、分散性、大众参与性等特点。在其中,我们经常看到的现象是,在一个人发布了所谓的“人肉搜索令”、“网络通缉令”之后,

跟帖者和读者极少去反思或质问发布“人肉搜索令”、“网络通缉令”所依赖的事实本身的真伪——当然，这些事实的真伪也难以单靠网络去鉴别和核实。当第一个跟帖者在跟帖中写出一个“杀”字的时候，无数随后的跟帖也同样是“杀”字。事实上，“人肉搜索”给人留下印象最深的，就是其“杀气”和语言暴力！在这里，我们看到的是理性的完全缺位：没有人去反思，到底谁该有权力和合法性发布“搜索令”、“通缉令”？到底应该遵循什么程序发布？如何保证所发布的事实是真实的？如何确保被搜索者本身的正当权益不受大众暴力的侵害？人们会忘记最起码的常识：即使是罪犯，他也享有基本的人权，他的隐私也应当得到尊重，他的个人信息也不应被随便张贴到网络上昭告于天下大众^①！

在大量的“人肉搜索”中，大众体现的是一种对于暴力的盲从；这种意义上的大众参与，就其本质而言，只能是“群氓文化”的典型症候；“人肉搜索”中的大众盲从和集体无意识，能让人回想起“文化大革命”中的许多作为，这并不夸张！从哲学上说，人对于权力——包括话语权——以及由此导致的支配和暴力关系，常常具有天然的服从和盲从心理；而当群体需要以暴力来达到“众神的狂欢”的时候，这本身就是社会道德处于危机的征兆，因为这充分说明：群体成员本身在价值观上处于严重分裂，由此使得他们只有在集体性地对少数群体使用暴力这一点上才能达成共识。从这个意义上说，“人肉搜索”的异样走红、大量的网络“道德法庭”的设立、无数“道德法官”的自发涌现和他们自觉或不自觉间对语言暴力的偏好，这些都只能说明当前的道德危机何等之严重！

互联网是公共空间——虽然它只是虚拟空间，网络言论当然要受到言论自由的保护。只是，这个自由本身不是无限度的；对它可以施加必要的限制。例如，

① 2008年9月26日的《北京青年报》网络版上刊载了首例“人肉搜索”被判赔精神损害赔偿的案例，颇为典型。该案中，严先生因为离职纠纷离开原单位后，居然被原单位“网上通缉”。该公司发布的“网络通缉令”称：严先生是“贼”，事发前曾“盗窃公司电脑数台，给单位造成损失30多万元”，现负罪潜逃；公安机关正在“紧锣密鼓的抓捕”，因此“特发布此通缉令，提供线索者有重奖”！原单位并将严先生的身份证号码、家庭住址、电话等个人信息张贴在网上。严先生随后将原单位告上法院。法院终审判决原单位侵犯其人格权，除应赔偿经济损失1300余元之外，还必须赔偿受害人精神抚慰金1万元。

法国的《数字经济信任法》第1条即开宗明义宣告：“在公众之间通过电子手段进行传播是自由的。对这一自由的行使进行限制，只能在基于以下考虑：一方面，出于对人的尊严、对他人自由或所有权的尊重，对于思想和意见的表达多元的尊重；另一方面，系出于保护公共秩序、国防需要、公共服务要求、传播手段的内在技术性制约，以及为视听服务之利益而发展视听产品之必要性。”这就是说，如同所有的自由一样，网络言论自由也必须受到必要的限制。这些限制需要符合两方面的要件：其一，目的合法，这就是说，限制措施本身是基于合法的目的，譬如，公共秩序、保护他人的人格尊严和其他合法权利；其二，手段符合比例性原则，也即是说，所使用的手段与所追求的目的相称，具体的限制措施的强度与所要保护的价值的价值重要性之间成比例。对于所谓“人肉搜索”及类似做法，我们仍然要坚持这些限制的必要性。

这些限制，对于网络这个虚拟空间在当代中国的成长尤为必要。网络空间对于当前中国的价值可谓无限宝贵；我们已经看到，许多公共事件都是由网络率先披露，网络在相当程度上也反映了民意和大众诉求，而网络评论本身对于当权者也构成了一个重要监督（正因为如此，如今的官员甚至包括高官都流行上网去体察民情），在一些重大灾害事件前（如汶川地震），网络是信息发布和凝聚社会公众共识的重要媒介……这些都在相当程度上弥补了现实世界中有关制度构建上的不足，有力地推动了中国的民主化进程和公民社会的成长。但是，正是出于对这样一个弥足珍贵的言论空间的爱护，我们更应该呼唤网络空间的理性、宽容和责任意识。

自上中学时起，我就一直颇为喜欢台湾歌手赵传的歌曲：其歌如其人，“外表粗糙，质地坚硬”。在一首歌中，他形容了现代人的困境是生活在“钢筋水泥的丛林里”。而当下的人们，在面对“人肉搜索”实践的无时和无处不在的时候，他们应该会很容易忆起赵传的另一首歌：“世界是如此的小，我们注定无处可逃！”也许，这该是“后现代社会”的人们“生命中无法承受之重”了。

“人肉搜索”的罪与罚

杨 涛*

2008年8月25日,部分全国人大常委会组成人员在分组审议刑法修正案(七)草案时,认为保护公民个人信息,需要追究网络“人肉搜索”者的刑事责任。全国人大常委会委员朱志刚提出,“网上通缉”、“人肉搜索”泄露公民姓名、家庭住址、个人电话等基本信息,同样是严重侵犯公民基本权益的行为,其造成的危害甚至比出售公民个人信息更为严重,因此建议将“人肉搜索”行为在刑法中予以规范。

近些年来,“人肉搜索”造成的社会危害是众所周知,例如2006年的“铜须”事件、“虐猫”事件,2007年的“辱师”事件,在这些事件中,网民在事件不清的情形下,凭着网上的只言片语就挥舞道德大棒,发动网民进行大搜索,将当事人的姓名、住址、电话以及家庭成员等个人隐私肆无忌惮地公布在网上,给当事人情感与生活带来极大的损害。因此,朱志刚委员的建议得到了许多网民的支持。

不过,对于“人肉搜索”的痛恨,并不能成为“人肉搜索”行为入罪的理由,“人肉搜索”行为入罪本身涉及价值判断、合理性、可行性等等诸多问题,不能一概而论。

从价值判断上,“人肉搜索”事件是否都应当界定为恶的、应当予以打击的?我的答案是否定的。在许多“人肉搜索”事件中,的确有侵犯公民隐私的恶的行为发生,但是,不可否认的是,“人肉搜索”在某种程度上,也是一种公民行使监督权、批评权的体现。网民在网上将涉嫌违法、违纪或道德上存在严重问题的人和事件以及相关信息公开在网上,进行评判,如果行使得当,有利于社会进步,

* 作者现供职于江西省赣州市人民检察院。

也有利于公共利益的实现。在著名的“山东济宁副市长下跪”事件中,舆论监督就起到了重要作用。最近,还有一个案件再次印证了“人肉搜索”的正义力量。据报载,一段时间以来,江西宜春市袁山大道农话中心、体育中心、秀江中路等地出现“敲头”事件,一名中年男子专门选择单身女性下手,不劫财、不劫色,只用铁锤敲人头,一时间,女性市民不敢独身外出,人心惶惶。事后,市民在网上发《人肉搜索城区敲头男子》的帖子,有 2000 余次浏览量及近百条回复、6 个类似真实案例,“人肉搜索”最终推断出敲头男子特征。2008 年 9 月 1 日,警方据此果断出击,锁定该作案男子并将其抓获,让人不得安宁的“敲头案”终于告破。因此,“人肉搜索”本身具有的两面性,很难让我们将这一行为一概规定为犯罪,从而一网打尽,否则就是“倒洗澡水时一并将婴儿倒掉”的愚蠢做法。

“人肉搜索”行为也不能一概认为就涉嫌违法。比如在“人肉搜索”行动中,有些网民是将网下一些当事人的广为人知的信息或者鲜为人知的信息传到网上,有些网民是通过特殊技术手段在网上窃取了当事人的个人信息公布在网上,有些网民只是借助搜索引擎将网上已经公开的当事人个人信息再次进行公布。在北京女白领因丈夫出轨而跳楼自杀引发的“人肉搜索第一案”中,被告网站的律师就认为,相关网站公布的信息,是在网络上已经被搜索到的信息,因此不能认为是“隐私”。我个人认为,首先,当事人的手机号码、住址、身份证号等等个人基本信息,只要是当事人不愿意在大范围内公开的,都算“隐私”。但对这些信息,如果当事人自愿或他人得到当事人许可而公布在网上,任何人都能搜到,那就不能算“隐私”;不过,要是通过相应的授权才能查看,或者要通过特殊技术才能获取的,也算“隐私”。其次,网民将网下小范围知晓的当事人个人信息公布在网上,应该视为侵犯个人隐私,而其他网民或网站明知或应当知道这些个人信息非自愿公布,而是他人恶意公布或转载,也应视为侵犯“隐私”;但是,如果网民在网下将当事人众所周知的个人信息公布在网上,不能视为侵犯“隐私”。

况且,把“人肉搜索”行为规定为犯罪,我们就真的能有效地防范和打击这种行为吗?我没有这么乐观,也不会这么天真。网上,没有人知道你是一条狗,网

上发言是匿名的,而“人肉搜索”恰恰是发动无数网民参与的行为,是一种大众化而且无形化的行为,我们无法知道是哪一个网民将当事人的个人信息传到网上来的。因此,我们几乎无法查处始作俑者。

当然,有人认为,在考虑“人肉搜索”入罪的同时,我们可以考虑实行网络实名制,借鉴韩国



韩国影星崔真实的自杀,可能催生一部《崔真实法》

正在讨论的《崔真实法》。2008年10月2日,韩国明星崔真实在家自杀身亡。此前,网上曾出现过有关她“放高利贷”的言论。为此,韩国广播通信委员会已经表示,计划从11月起,将适用“确认制”的网站扩大到日用户数量超过10万的所有网站。如果这一方案实施,则几乎所有稍有影响的网站,都将实行实名制。执政的韩国大国家党甚至提出应通过更为严格的《崔真实法案》,推行网站实名制。“他山之石,可以攻玉”,但是前提是具有相同或者相似的国情。我们国家的现状是法治不健全、权力得不到有效的监督与制约,网络是公民申冤、寻求正义、表达利益诉求、进行舆论监督的重要平台,如果贸然实施“网络实名制”,就会为许多官员打击报复提供方便,从而堵塞公民伸张正义的重要渠道。我们知道,包括著名的“华南虎照”事件、“彭水诗案”在内的许多公共事件,都是在网民的参与和监督下才得以揭开内幕;我们也知道,“稷山诽谤案”、“西丰县委书记进京抓记者”等等事件表明,公民因言获罪还非常普遍。因此,在我国推行“网络实名制”,其后果就是公民不敢发言,更不敢大胆监督。事实上,在韩国,在野的民主党也表示,执政党提出的《崔真实法案》,实际是利用崔真实自杀事件之名行限制言论自由之实的“政治战略”。在绝大多数民众反对“网络实名制”的情形下,通过“网络实名制”来寻找“人肉搜索”的行为人,也是不得人心的。

集“一半是火焰,一半是海水”于一身的“人肉搜索”,难道就真的无法可治

了吗?非也!在现行法律中,对于“人肉搜索”行为,并非完全无法可依,如果在实施“人肉搜索”行为时对他人的进行了造谣、诽谤的,刑法规定了诽谤罪;对于在网上、网下进行辱骂、骚扰,刑法也规定了侮辱罪。现在争议较大的是对于“人肉搜索”侵犯他人隐私权的行为如何处理。从目前的法律来看,相关的民事法律并没有对什么是“隐私权”作出明确的规定,但是,2001年最高人民法院出台的《关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》规定:违反社会公共利益、社会公德侵害他人隐私或者其他人格利益,受害人以侵权为由向人民法院起诉请求赔偿精神损害的,人民法院应当依法予以受理。此外,《妇女权益保护法》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”,《治安管理处罚法》规定“偷窥、偷拍、窃听、散布他人隐私的”,应当“处5日以下拘留或者500元以下罚款;情节较重的,处5日以上10日以下拘留,可以并处500元以下罚款”。这说明,对于“人肉搜索”侵犯他人隐私权的,受害人可以向法院提起诉讼,主张停止侵害和民事赔偿;公安机关等机关也可以对行为人进行治安处罚。

但是,相对于诽谤、侮辱行为情节严重的可以以犯罪处理,侵犯隐私权的行为,即使情节严重,也不能作为犯罪处理。因此,如果主张将“人肉搜索”入罪,是特指对侵犯隐私权情节严重的行为规定为犯罪,我个人倒是赞同。因为,有些侵



“华南虎照”事件就是在网民的参与和监督下才得以揭开内幕的。图为本案在庭审中出示周正龙拍摄假虎照用的年画。