

第三辑

生活中的法理

主编 杜宴林
副主编 朱振



五法
法律出版社

第三辑

生活中的法理

主编 杜宴林
副主编 朱振



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

生活中的法理. 第3辑 / 杜宴林主编. —北京:
法律出版社, 2015. 6
ISBN 978 - 7 - 5118 - 8056 - 7

I. ①生… II. ①杜… III. ①法理学—中国—文集
IV. ①D920.0 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 130342 号

©法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制/沙 磊

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/18 字数/324 千

版本/2015 年 6 月第 1 版

印次/2015 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782

西安分公司/029 - 85388843

重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636

北京分公司/010 - 62534456

深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 8056 - 7

定价:30.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

本书系吉林大学理论法学研究中心研究生创新课程“生活中的法理”教材建设成果与国家 2011 计划司法文明协同创新中心新课程建设成果,并由其资助出版。

目 录

Content

“网络谣言”引发的思考

【主题发言】

“网络谣言”引发的思考	张洪新 / 3
言论自由之价值取向	姜 迪 / 7
网络空间中的自由与秩序	栾兆星 / 10
——基于权利与权力的视角	
网络谣言及其规制	王秀燕 / 18

【自由研讨】 / 23

个人与国家：转型中国的财产权之惑

——彭州天价乌木案引发的思考

【主题发言】

对先占制度在我国难以确立的一种可能解释	薛爱昌 / 43
---------------------	----------

2 目 录

“国家所有”财产权属的难题、析题与解题 ——由四川彭州天价乌木案引发的思考	孟 融 / 48
当代中国财产权制度的个案解读 ——以彭州乌木案为背景的考察	毕 滢 / 57
【自由研讨】	/ 62

“Contract”在中国的意义

【主题发言】

“contract”的中国含义及对民主法治建设的影响	齐 伟 / 75
契约精神与契约文化 ——湖北丹江口市保值储蓄事件评析	陶 焘 / 80
兼容或冲突：社会契约论与中国土壤	解志昊 / 85
中国当下对合同自由限制的理论合理性 ——基于“伤害原则”的理论分析	雷婉璐 / 92

【自由研讨】	/ 98
--------	------

转基因与政府的角色定位

【主题发言】

风险社会理论视野下的转基因食品安全问题	赵晓强 / 115
关于技术的政治学思考	陶 焘 / 119
转基因食品强制标识的理论反思	赖建东 / 124

转基因与保护公众知情权的中国语境

王 影 / 133

【自由研讨】

/ 137

“被××”为我们的社会带来了什么？

【主题发言】

“被时代”下公民权利的出路

刘思齐 / 155

从“被现象”大行其道看既存社会利益的实质分配

李璐君 / 159

认识“被”时代,走出“被”时代

于恒姝 / 163

【自由研讨】

/ 167

“不想当厨子的法官能否成为好庭长”

——对我国当下法官培养与管理制度的反思

【主题发言】

司法活动中应谨慎对待法官的社会经验

洪 建 / 179

法官管理制度的缺陷

王 斓 / 183

庭长,为什么你还得是厨子?

孟 融 / 187

——中国法官管理方式的困境与出路:迈向美德法理学

帕累托非理性实证论下的张立勇命题解读

王 珏 / 196

——从不会做饭的好庭长不是好法官说开去

【自由研讨】

/ 204

“冷冻胚胎”的法律困境

【主题发言】

体外受精胚胎的法律地位及其处分权的归属	赵晓强 / 215
中国语境下的胎儿(胚胎)法律地位	薛爱昌 / 218
法律扩张的逻辑阐释	赖建东 / 220
——从冷冻胚胎的“法律困境”说起	
对生物技术发展引发的道德难题的个案解读	毕 滢 / 228
——基于对冷冻胚胎的法律困境分析	
冷冻胚胎的法律属性	李凯文 / 234

【自由研讨】	/ 240
--------	-------

附录:第 100 期“生活中的法理”座谈会

编者前言	/ 255
参加“生活中的法理”论坛第 100 期座谈会的邀请	朱 振 / 256
点滴努力,助推中国法治进程	杜宴林 / 257
——在“生活中的法理”论坛第 100 期座谈会上的发言	
感受“生活中的法理”	赵 畅 / 262
“生活中的法理”第 100 期座谈会记录整理稿	/ 270

“生活中的法理”系列论坛(107)

主 题 “网络谣言”引发的思考
主 持 人 刘雪斌 张 琪
时 间 2013 年 9 月 27 日(星期五)18:00
地 点 匡亚明楼五楼 543 会议室
主办单位 吉林大学理论法学研究中心

背景材料

2013年9月9日,最高人民法院、最高人民检察院联合发布了《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》),其规定了诽谤信息“实际被点击、浏览次数达到五千次以上,或者被转发次数达到五百次以上”即构成犯罪等内容。在《解释》发布以后,人们对其在依法严厉打击利用信息网络实施诽谤等犯罪的同时,如何保护公民的言论自由和监督权、实现网络空间言论自由与社会秩序的平衡等问题非常关注,展开了热议。

1. 魏巍:“抓捕造谣者:为何总是寻衅滋事罪?”,载 <http://news.ifeng.com/opinion/special/xunxinzhishi/>。
2. 黄庆畅:“‘秦火火’供述惯用伎俩:网络谣言,如此炮制”,载 <http://legal.people.com.cn/n/2013/0822/c204794-22651710.html>。
3. 鞠靖、曾鸣等:“打击谣言的法律边界:重拳打击,天下无谣?”,载《南方周末》2013年9月5日,第R3版;刘仁文:“刑法应慎重介入公民言论”,载《南方周末》2013年9月5日,第R3版;刘俊、鞠靖等:“‘打击网络谣言’台前幕后”,载《南方周末》2013年9月5日,第R4版;郭丝露:“各国‘治谣’法”,载《南方周末》2013年9月5日,第R4版。
<http://www.infzm.com/content/93974>。
4. 展江:“微博谣言止于法治和信息公开”,载 <http://www.infzm.com/content/93795>。
5. 于志刚:“网络谣言与网络言论自由背道而驰”,载 http://news.xinhuanet.com/zgjx/2013-09/17/c_132726806.htm。
6. 周光权:“为惩治网络诽谤等犯罪提供法律标尺”,载 <http://opinion.people.com.cn/n/2013/0911/c1003-22877681.html>。
7. 谢望原:“言论自由的法律边界:不得诽谤他人”,载 <http://opinion.people.com.cn/n/2013/0912/c1003-22891848.html?prolongation=1>。
8. 《全国人民代表大会常务委员会关于维护互联网安全的决定》,最高人民法院、最高人民检察院《关于办理寻衅滋事刑事案件适用法律若干问题的解释》,最高人民法院、最高人民检察院《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》。

问题与思考(不限于此)

网络言论自由与传统的言论自由有何区别?网络言论自由的法律边界何在?如何在法律上界定“网络谣言”?两高关于“网络谣言”的司法解释是否符合刑法的谦抑性?

“网络谣言”引发的思考

张洪新(吉林大学理论法学研究中心 2013 级博士研究生)

各位老师、同学：

大家晚上好。

我的观点是这样的。无论是哪种意义上,言论自由都不是绝对的,以各种方式基于各种理由都可以对言论自由进行限制。言论自由既然不允许公民以自己的言论侮辱诽谤他人,进行煽动、破坏社会秩序和国家安全,那么言论自由同样也不允许公民以自己的言论利用其他新的高科技手段(包括但不限于信息网络)进行上述违法犯罪行为。所以,在这个意义上,最近司法机关所出台的司法解释是没有问题的。然而,问题并没有如此简单。我们一定不要忽视了言论在信息网络上所具有的独特特点、信息网络本身的技术性特质以及信息网络之于言论自由的独特作用。

首先,司法解释得以存在的一个背后理据是信息网络上的言论具有危害性,特别是虚假信息对于社会秩序的破坏性。即第 5 条“利用信息网络辱骂、恐吓他人,情节恶劣,破坏社会秩序的,依照《刑法》第 293 条第 1 款第 2 项的规定,以寻衅滋事罪定罪处罚。编造虚假信息,或者明知是编造的虚假信息,在信息网络上散布,或者组织、指使人员在信息网络上散布,起哄闹事,造成公共秩序严重混乱的,依照《刑法》第 293 条第 1 款第 4 项的规定,以寻衅滋事罪定罪处罚。”这本身没有问题,有问题的是所谓的虚假信息的危害性(如果有的话)的化解以及对于何谓破坏社会秩序的理解。特别是对于某种言论在何种程度上会造成破坏社会秩序,司法解释中并没有明确的标准,而在现实的司法实践中,在政府的维稳的思维逻辑之下,对此的理解则非常狭隘,诸如三人以上的公民由于受到某种所谓虚假信息的鼓动而聚集到事业单位、政府部门的“请愿”、“示威”等正常地表达公民诉求、行使公民权利的行为都有可能被视为破坏社会秩序的行为。

在此,我们不妨看一下对于言论的危害性以及破坏社会秩序的理解。我们知道,现代意义上对言论自由作为一种重要的政治价值、一种自由、一种法律权利的理论认识和实践,在很大程度上归功于霍姆斯大法官在 1919 申克案的著名异议意

见。其案情主要是第一次世界大战期间,美国与德国正处于交战状态。作为反对参加战争的美国社会主义党的秘书长的申克,参加了准备并向等待入伍的人散发传单。霍姆斯写下了如此反对意见:“我们承认,在许多场合和一般情形下,那些被告人在表达该传单中所涉及的全部内容时,原本应当其在宪法权利的范围之内进行表达。但是一切事情的性质均取决于实施该行为的环境。……即使是对于言论自由最严格的保护,也不保护一个人在剧院中谎称失火而引起恐慌之人。它甚至也不会保护一个人免受禁止发表可能产生暴力后果言辞的禁令的约束。……在任何案件中,问题均在于,所使用的言辞是否在此类环境中予以使用,并且是否具有将会造成明显且即刻的危险(clear and present danger)的此类性质,以致那些言辞将会造成实质性危害,而国会则有权防止此类实质性危害。这是一个有关接近与程度的问题。”〔1〕

在同年的Abrams案霍姆斯表达了言论自由的认识论基础,即真理只有经过思想市场的竞争才能达到。“如果你对自己的前提或者说服力毫不怀疑,并且十分希望得到某一确定无疑的结果,那么你自然就会在法律的范围之内表达你的愿望,并且会将所有的反对观点一扫无疑。容许通过某种言论来表达对立的观点,似乎是在表明你怀疑自己的前提或说服力。但是,当人们已经认识到时间曾经推翻过许多为之奋斗的信仰时,相对于相信自己行为基础而言,他们或许更加相信,通过思想的自由交流能更好地实现人们所渴望的至善——即检验真理的最佳标准就是思想是否具有使自身在市场竞争中得到认可的那种说服力,并且,更加相信,真理是人们的愿望赖以确实实现的唯一依据,无论如何,那就是有关我们《宪法》的理论。”〔2〕

在此很明显,霍姆斯的明显且即刻的准则以及言论的市场观念对于今天的我们关于言论自由的理解、何谓破坏社会秩序的标准无疑具有重要的参考意义。网络上所出现的诸多虚假信息(还是如果有的话),只有更多地通过信息的传播、竞争才能得到正确的信息,所谓的“谣言止于智者”。而对于勇敢、自信的人们来说,对于相信自由和无限辩论的力量并将之应用于民主政治过程中的人来说,除非言论所能引起的明白的祸害是如此紧迫以致来不及充分讨论就会发生,言论所导致的危险就不应是明显且即刻的。倘若还有时间通过讨论来揭穿谎言和谬误,得以用教育的方式防止祸患,那么补救的方法就是更多的言论,而非强制的缄默。只有紧急情况才能够证明压制的正当性。如果秩序要与自由协调一致,这一点必须成

〔1〕 Schenck v. United States, 249 U. S. 47, 311(1909).

〔2〕 Abrams v. United States, 250 U. S. 616, 624(1919).

为准则。如果除此之外,秩序只能依靠对于言论自由的压制,那么这样维持的秩序也是极为脆弱的。又如果因为对于某种言论自由的容忍和保护,造成对秩序的破坏和瓦解,那么造成这种结果的原因就绝不在于单独的对于言论自由的保护,而在于其他地方。当然,这是孟德斯鸠的逻辑了。

其次,司法解释,特别是第2条(利用信息网络诽谤他人,具有下列情形之一的,应当认定为刑法第246条第1款规定的“情节严重”:同一诽谤信息实际被点击、浏览次数达到五千次以上,或者被转发次数达到五百次以上的)。所存在的问题是,对于普通公民和公共人物的保护标准没有区分。在现代社会,特别美国的司法实践1964年的沙利文诉《纽约时报》,确立了对于公共人物的名誉权以及隐私权的保护标准应该要远远高于普通公民的保护标准。这是问题的一方面。但我认为,问题的关键不在于这里,而在于这种保护标准仅仅采用技术性的量度手段,这点尤为致命。原因在于无论在何种意义上说,信息网络本质仅仅是一种技术化的工具和手段。既为工具,即非常容易为一些人所利用。这表现在网络高手、网络推手自己或者在他人的指使下利用一些我们无法想象的手段,对于出现在信息网络上的信息可以以一定的方式、一定的次数、一定的时间、一定的受众等而不停地变换。可以说,谁掌握了信息的控制权,在现行司法解释的合力下,谁就掌握了他人的生命、自由以及财产。

最后,如果说在现代社会言论自由所主要表达的是一种宪法上的承诺,即一个民主的政府应该是一个能够回应民众意见的政府,政府应该回答民主的意见而不是控制公共意见的内容或者公共意见的表达方式。那么,我们一定不能忽视了信息网络之于言论自由的独特的构建作用,信息网络之于言论自由的作用不仅仅是像语言、文字、书籍等使言论得以表达的手段,重要的在于由于信息网络具有的信息性、开放性、参与性以及公共性,使得信息网络在一定程度上成为一种像剧场、学校、广场、公共论坛、议会之类的表达公民诉求、传递公共信息、参与公共事务的公共场域。在这个意义上,公共意见应该在一个没有强制的公共话语领域中才能得以形成。我们不否认在剧场里可能会存在个别的像霍姆斯所说的大喊“失火了”的人存在,但解决的办法是把说这种话的人赶出剧场,而不是限制其他人去剧场的时间、次数或者干脆把整个剧场关掉。即是说,政府仅仅以预防和惩罚犯罪为理由,并不能以此得以正当化对于犯罪工具的管制。如果是这样的话,政府就可以为了预防杀人,而把有可能伤害人的生命的所有工具管制起来,而这又是不可能的。如果仅仅是预防和惩罚犯罪,可以通过其他的替代手段来做到。以限制公民的言论自由为手段而达到预防和惩罚犯罪的目的,是违反现代民主政府所应该有的品质和德性。同样,作为表达公共意见的重要场所的信息网络也需要采取各种技术

性措施维护其良好的环境,对滥用信息网络的人事后采取应有的措施,而不是事先限制剥夺所有人的自由。我们应该记得,一种权利不能为了防止某种程度上的被一些人滥用而被取消乃至废止。

言论自由之价值取向

姜 迪(吉林大学理论法学研究中心 2013 级博士研究生)

言论自由作为自由的一种存在形态,是《世界人权宣言》和各国宪法都普遍赋予公民的根本性权利,是一个国家民主发展程度的晴雨表,法治国家毫无疑问都赋予公民充分的言论自由。言论自由的实质是公民拥有按照自己的意愿自由地发表言论以及听取他人陈述意见的权利。而所谓网络言论自由,其实就是言论自由在虚拟网络空间上的自然延伸,其核心依然是人人都有权享有主张和发表意见的自由。网络言论也属于言论自由的范畴,二者在本质上是一样的。一方面,言论权作为公民一项基本权利,也是民主社会存在的基础之一,这种自由绝对不受任何无故的侵犯和剥夺;另一方面,任何一项自由都是有限的,不存在绝对的自由。网络言论自由也具有有限性,并且还是一项更容易发生权利冲突的自由,借助网络这种新形式的言论自由,由于其固有的特征,使得这些冲突更加明显和激化。

法律对网络言论自由的限制也就是对权利的限制。权利特征本质可以归结为“利益”,对利益的追求是每个心智正常的人的合理且正当的诉求,但是,并不是每个人都可以恰如其分地把握好自己追求的分寸,在人类社会中,“利益之间是有重叠和冲突的”,当一个人把自己的某种信念以一定的方式表达出去,实现了自己的某种欲望、目的或心理上的要求时,很有可能这种“自由的表达”会妨碍甚至侵害其他的正当、合理的利益。网络言论自由作为一种权利也必然会遭受到诸如此类的滥用:为了追求自己的利益而在网络上对他人进行诽谤、诬蔑、陷害,为了达到自己不可告人的目的而广散谣言引起社会的不稳定,等等。国家通过司法途径节制网络言论自由,其实质就是对利益的调整、平衡,尤其是网络言论自由与诽谤罪所保护的名誉权、隐私权之间的冲突。但是,对利益的调整也应该是动态的调整、平衡而不应是静态的调整、平衡。因为在法律的价值体系中并不存在一个固定的价值排序,每种价值在价值体系中的位置都会随着时空的转换而发生变动。也即是说法律对网络言论自由的限制应是相对的而不是绝对的,应随着时间、空间、侵害对象的不同而进行相应的调整。

在美国,言论自由领域实行的是“双阶理论”,即将言论分为高价值言论和低

价值言论,对不同位阶的言论给予不同程度的宪法保障。对于某些经过谨慎界定及范围相当有限的几类言论,加以禁止或处罚,也从未产生宪法上的争议。这些言论类型包括淫荡及猥亵性言论、粗俗的言论、诽谤性言论及诬蔑性或挑衅性言论。这些言论内容并未涉及任何思想或意见的表达。而从追求真理的观点而论,这些言论无任何社会价值。即使这些类型的言论能给社会带来利益,这些可能的利益也明显小于限制这些言论所维持的社会秩序及道德规范的社会利益。对于这样的价值比较低的言论法院会依照低价值言论的不同类型衡量所涉及的不同利益,而界定在什么情况下得对特定的低价值言论加以限制。而对传播思想的高价值言论如政治性言论、宗教性言论、文化及艺术性言论则获得绝对性的保障。这一理论与米克尔约翰对于公私言论的划分相一致。米克尔约翰认为,存在两种言论权利,对于这两种言论权利也应予以不同的保障。第一种言论是指那些与公民自治和公共利益有关的“公言论”,这种言论宪法应予以绝对保护,政府无权加以限制。因为,这种言论是保证国家政治自由,贯彻民主和自治所必须的。第二种言论是指与自治无关的“私言论”。对于这种言论权利,政府可以在符合正当程序的条件下加以限制。^[1]

那么我们据此可以判断,针对公众人物尤其是政府官员的网络监督和批评应属于高价值言论,即使出现个别公民批评举报与事实有出入的现象,这种行为也应该受到法律的优先保护,也即是说当公民的网络言论自由与官员隐私权或名誉权相冲突时,前者具有优先性。如果这个言论的指向对象为一般公民时会构成诽谤罪的话,则指向对象换成政府官员就可能不构成诽谤罪,在纵容批评错误和官员腐败这两种风险中我们应该选择前者。

对网络言论的限制并不是最终目的,限制网络言论是为了更好地保护言论自由,更好的发挥言论自由的价值。言论自由作为宪法的根本性权利是由言论自由本身无与伦比的价值决定的。美国联邦法院大法官布兰代斯曾对言论自由的价值作过一个简洁而集中的概括,被视为言论自由价值的一个经典性表述:“我们的建国者认为自由既是手段也是目的。他们相信快乐的秘诀在于自由,而自由的秘诀在于勇气。他们相信自由地思想以及如你想的那样说,对于发现和传播政治真理是必需的途径。缺少言论和集会自由,讨论将变得毫无意义;有言论和集会自由,公共讨论就可以抵抗邪说之散布流行。……秩序不能建立在对刑罚的畏惧上,这对于自由思想、未来的希望和想象都是危险的。……长久的安定依赖于人们自由

[1] [美]亚历山大·米克尔约翰:《表达自由的法律限度》,侯健译,贵州人民出版社2003年版,第65页。

地表达不满以及提出补救的方法。他们相信公共讨论的力量,避免了法律强制手段带来的沉寂。正因为他们认识到了强权统治的可能,他们才修订了宪法保证言论和集会的自由。”〔2〕

通过这一表述我们可以发现,言论自由的价值之一体现为对公共权力的有效制约。“公共权力是一种必要的恶”,它可以提供公共安全和公共服务,通过它可以提供一种可控的、有序的自由,但同时权力本身具有一种天然的扩张性,如孟德斯鸠所言:一切有权力的人都容易滥用权力,这是万古不易的一条经验。有权力的人们使用权力一直到遇有界限的地方才休止。〔3〕如果不制约国家权力,公民权利将受到侵吞和剥夺,国家权力就有蜕变为专制和暴政的危险。言论自由对公共权力制约一个重要的途径就是对政府对官员的监督与批评,随着互联网的兴起,利用网络进行监督已成为公民监督的常态,这种监督要比传统的监督形式更具有有效性。因此,从某种意义上我们也可以说法律对网络言论的限制是为了使公民能够更好地行使网络监督与网络批评的权利。

近日,最高人民法院和最高人民检察院联合颁布了《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》,该解释已于9月10日正式生效。这一司法解释的出台引发了人们众多讨论,有人拍手叫好,有人心存疑虑。拍手叫好的人认为:互联网泥沙俱下、乱象丛生,如果互联网不受法律的管辖,所有人在某一天都有可能成为谣言和诽谤的受害者。心存疑虑的人认为:最高法院、最高检察院这一司法解释的出台是否会出现政府借打击网络谣言而压制公民的言论自由,尤其是公民对官员腐败的网络监督。

这种担心不无道理,我国最高法院、最高检察院这次颁布的司法解释,还是存在一些不合理之处。在诽谤的对象上,我们本可以区分为公众人物(尤其是政府官员)与一般公民,并对这两种主体采取不同的诽谤罪构成标准,一般公民相较之政府官员则应该享有更多的诽谤立法的保护。也就是说,如果一个公民发表了针对某位官员的网络言论,言论的内容涉及公共事务,就算该公民这一行为侵犯了官员的隐私权与名誉权,除非该公民怀有真实恶意,也不能构成诽谤罪。而这一司法解释中并没有对诽谤罪的侵害对象进行详细区分,而笼统的称为他人,这就将针对普通一般民众和政府官员的诽谤行为归为一类,并采取相同的诽谤罪构成标准,没有体现出法律针对政府官员诽谤行为的谨慎态度。

〔2〕 *Whitney v. California* (Brandeis, Concurring Opinion), 274 U.S. 357, 375 (1927).

〔3〕 [法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆1961年版,第154页。