

隐私权、言论自由与中国网民文化： 人肉搜索的规制困境

刘 晗*

摘 要 人肉搜索是中国社会中的热点现象 ,也是目前网络上典型的法律纠纷。本文通过对于目前政府规制和法院判决的分析 ,认为目前关于人肉搜索的讨论和处理中 ,存在依据隐私权来支持管制人肉搜索和依据言论自由权利支持人肉搜索行为的两种倾向之间的冲突。本文进而通过对于两方意见的深入剖析 ,借助法律的文化研究的视角 ,归纳出人肉搜索问题的法律辩论背后的两种法律文化和法律价值的实质冲突:一方依据自由个体主义的隐私权文化来反对人肉搜索 ,另一方(本文称之为“中国网民文化”)则认为人肉搜索涉及基本的社会道德和家庭伦理 ,不能以自由个体主义的隐私权为之辩护。两种实质价值之间的冲突构成了人肉搜索规制的根本困境。

关 键 词 隐私权 言论自由 人肉搜索 规制 中国网民文化

人肉搜索成为了中国特有的社会现象。从 2001 年的微软陈自瑶事件 ,到 2006 年的“踩猫事件”、“铜须门”事件 ,到 2007 年的流氓外教案、华南虎事件 ,再到 2008 年的“天价头”事件、留美女生支持藏独事件、辽宁口出秽言狂骂四川灾民事件 ,人肉搜索在中国社会的各个方面展现出其巨大的威力。人肉搜索引起了社会各方面的关注 ,甚至引起了国外媒体的报道。⁽¹⁾ 随着 2008 年“人肉搜索第一案”——王菲姜岩案的出现 ,人肉搜索标志性地成为了一个法律事件。⁽²⁾

* 耶鲁大学法学院法律科学博士(J. S. D.) 候选人。本文的研究和写作得到了北京大学法学院互联网法律中心的资助 ,特此致谢。

(1) See Tom Downey , *China's Cyberposse* , New York Times , Mar. 7 , 2010 , at Sunday Magazine MM38.

(2) 2007 年底 ,姜岩因丈夫王菲有了第三者想与她离婚 ,从 24 楼跳下自杀。自杀前在“死亡博客”中贴出了丈夫和第三者的照片。网友展开了“人肉搜索” ,王菲在网上被“通缉”、“追杀”。王菲父母的住宅多次被人骚扰;王菲的工作单位也将其辞退。王菲起诉了相关网站 ,要求赔偿 7.5 万元损失及 6 万元精神损害抚慰金。北京市朝阳区人民法院已经判决 ,对于判决的分析 ,参见胡凌“评‘人肉搜索’第一案的三个初审判决”,《法律适用》2009 年第 7 期。

人肉搜索既是对被搜索人个人信息的披露,也是对被搜索人行为的惩罚。当前中国的人肉搜索事件大致可以分为两大类型。第一类涉及搜索官员以及公众人物,这一类型的案件以南京“九五至尊案”为代表。第二类事关社会道德问题,此类人肉搜索一般是网民对于侵犯其道德情感的人物及其行为进行搜索和谴责的行为。该类型的人肉搜索又可以区分为两种。第一种是以“虐猫事件”为代表的、挑战社会的特定群体的人肉搜索事件。在某种意义上,虐猫事件侵犯了动物保护主义者的道德情感。在虐猫事件上,动物保护主义者的行为高度一致,紧追不舍。第二种构成了中国人肉搜索的主体类型:性道德和婚姻道德问题。它多涉及婚外情等涉及家庭安全和家庭价值的事件。此类人肉搜索以上文提到的王菲姜岩案为最典型案例。本文的研究将主要集中于此类人肉搜索问题。

从王菲姜岩案开始,人肉搜索已经成为一个法律问题。在王菲姜岩案中,法院用隐私权这一法律权利来处理涉及婚外情的人肉搜索问题。此后,人肉搜索也不再仅仅是一个司法需要处理的社会问题;人肉搜索也日益成为政府规制的对象。有些地方已经开始通过立法来规制人肉搜索。比如,江苏徐州就在《徐州市计算机信息系统安全保护条例》中以保护隐私权的理由对人肉搜索进行了规制。⁽³⁾深圳政府据悉也正在酝酿类似的规制法案。2010年5月27日,浙江省十一届人大常委会第18次会议分组审议了《浙江省信息化促进条例(草案)》。该条例草案的第39条对“网上公开个人信息”特别作了规定:“任何单位和个人不得在网络与信息系统擅自发布、传播、删除、修改信息权利人的相关信息。”⁽⁴⁾

无论是在司法判决还是在立法提议当中,对于人肉搜索的规制理由大部分诉诸的是个人的信息隐私权。在这种理解方式当中,人肉搜索非法披露了被搜索人的个人信息,极大地侵害了被搜索人的隐私权。支持人肉搜索的人们则诉诸另外一项公民基本权利,即言论自由权。按照这种说法,人肉搜索被认为是公民在互联网上行使言论自由的宪法权利的体现。因此,目前对于人肉搜索的法律争论都围绕着隐私权与言论自由权的矛盾及其平衡的可能性而展开。

本文认为,人肉搜索的问题远远比其表面上的法律权利冲突复杂。人肉搜索实际上展现了以隐私权为代表的自由个体主义文化和以公众揭发批判为代表的中国网民文化之间的根本价值冲突。正是两者之间的法律文化和实体价值冲突构成了中国人肉搜索目前的规制困境。对于人肉搜索的研究和处理因此必须建立在对中国互联网文化的深刻认识之上。

一、数字化信息与社会化网络

人肉搜索是数字化网络环境下的新生事物。从互联网技术的角度来看,人肉搜索肇始于web2.0在中国的兴起。进入21世纪以来,视频共享网站、个人博客/微博、社交网站、百度百科/维基百科等新型网络服务日益发展。它们的出现改变了网民以前被动接受信息的局面;网民开始主动参与了互联网内容的创造。这一趋势被称为“web2.0”;我们也可以称之为“参与

(3) <http://news.sina.com.cn/c/2009-01-19/032017070889.shtml> 最后访问日期:2011年5月1日。

(4) http://www.zjrd.gov.cn/portal/Desktop.aspx?PATH=cnzjrd/sy/syxxllnew&G_id=c48dfbdc-ee71-4a65-a657-9b2aa70d052f&T_id=Cms_Info 最后访问日期:2011年5月1日。

式互联网”。参与式互联网的出现使得原先处于信息被动接受者地位的观众参与信息制造和传播过程之中,真正实现了广大民众的信息传播自由。兼具读写功能(Read-Write)的万维网、BBS、博客、维基百科、手机短信(特别是飞信)、RSS(简易内容聚合服务)甚至P2P,使得网民们不再只是信息被动消费者,而成了信息生产者与主动传播者。特别是RSS改变了传统媒体的“一对多”格局(书、电视、广播、报纸)、或“一对一”(电话、信件、电报)状况,变成现在的“多对多”。人肉搜索在技术架构的意义上是网民自主启动、相互写作的一种联合信息搜集、信息数据化和信息公开化的过程。

但作为社会实践的人肉搜索行为先于网络时代的“人肉搜索”概念。在前互联网的时代,人们实际上一直在从事类似于人肉搜索的社会行为。我们一直生活在流言、八卦和小道消息当中。在小型的熟人社会里,我们通过搜罗关于某人的信息和传言来获得乐趣,或者进行道德评判:我们会打听和传播周围熟人朋友的奇闻轶事或风流韵事,我们以此为乐,或者表达谴责。在八卦乐趣之外,一些重要的社会行为需要人肉搜索:比如乡村的媒婆在进行说媒的过程中就要对男方和女方进行各方面信息的探听,以确保双方的人品。所谓小型的熟人社会并不仅仅是我们印象当中的农业社会,它还包括我们日常称之为“圈子”的任何一种群体:律师有律师圈子,商人有商人圈子,学者有学者的圈子,等等。此外,中国人还知道一种被认为是比较极端的搜索行为“文化大革命”时代的检举告密文化和“内查外调”行动。每一次对于“阶级敌人”的处理都建立在调查的基础上;每一次运动都要调查嫌疑者的历史问题和以往表现。如果嫌疑者的原籍或原工作单位在外地,人们就要长途跋涉,查遍祖宗八代和前生今世。对于祖宗八代和历史问题上天入地的追查其实就是前数字化时代的人肉搜索。正如有论者指出的“与其说‘人肉搜索’是在虚拟空间内发生的‘人民战争的汪洋大海’不如说是文革中惯见的暴力行径在网络世界的重演,新时期的网民们不知不觉地在行动上继承了他们在意识上口诛笔伐的文革遗产。”⁽⁵⁾

互联网的出现只不过增进了人们人肉搜索的技术条件。这种增进体现为两个方面。第一,在信息网络时代,人类生活痕迹留下的数字化信息大幅度增长,并被长时间地(甚至是永久性地)保存下来,且可供日后任何不特定的人检索。我们每天都接受大量数字信息;我们每天也发出很多数字信息。数字化和互联网大大便利了我们的生活。我们可以通过网络购物,我们也可以通过电子邮件通讯。数字化和互联网也增加了我们的生活内容:在论坛里参与讨论,在博客上抒发自我,以及在社交网络上寻找乐趣都是体现。所有的这些行为都带来了两个后果:一、“雁过留声”:人们在信息网络上的每一次行为都被记录下来,人们的购物记录、搜索记录、博客发表、好友添加等等都被互联网给记下了。二、“雁过拔毛”:人们被记录下来的信息可能会被别人所用,无论是用于赚钱,还是用于整人。最好的例子可能是谷歌。谷歌会记录你的每一次搜索结果,保存你的每一封Gmail邮件。谷歌也会通过分析你的网络使用记录来判断你的喜好,以此给你提供它认为适合你的广告。一句话,你在使用网络,网络在保存你的记录。在互联网时代,人们留下了太多的可供日后检索的信息记录。

第二,也是更为重要的,参与式互联网大大减少了人们的交往成本,因此大大增加了社会网

(5) 参见张梧“‘人肉搜索’的罪与罚”,《互联网法律通讯》第4卷第1期。

络关系的密切化和扩大化。人类其实一直生活在社会网络当中。各种社交网站的出现可以使人很快地与各方人士建立朋友关系,了解他们的资料、喜好以及其他信息。各种聊天工具的出现使得你可以在任何时间和世界上任何地方的朋友进行联络。博客可以使认识你和不认识你的人了解你在干什么、想什么、爱什么、怕什么。互联网的出现不但使得人的社会关系更加紧密,并且使得社会关系更加扩大。因此,所谓“虚拟空间”与“现实空间”的区分日益变得模糊。现实社会网络中的信息可以很快变为虚拟网络中的信息;虚拟网络中的信息也可以很快产生现实社会网络中的效应。⁽⁶⁾ 人肉搜索的出现是“网络社会在经历从网上到网下之后向前跨出的另一个重要的一步,即把现实社会的小圈子带到网络中,社会关系由网下走到网上”。⁽⁷⁾

正是以上两点使得人们古老的街谈巷议变成了新潮的人肉搜索。仅仅是在技术的意义上,人们才可以说人肉搜索是一种新的搜索引擎。人肉搜索是搜索引擎,因为人们可以通过它了解自己想了解的事情,这与传统的机器搜索引擎如谷歌类似;它是新的,因为它的原理不是几何学算法,而是反映在虚拟网络中的社会大众通力合作的信息搜集和消息传播。信息网络改变人类记忆与遗忘的格局“自从时间开始以来,对于人类来说,遗忘是常态,记住是例外。但此平衡为数字技术和全球网络所转移。今日,在广泛传播技术的帮助下,遗忘成了例外,记住则变为常态。”⁽⁸⁾一方面,人们的线上活动在网络上留下了太多关于自己的信息;另一方面,人们的线下活动也可以通过数字化的社会网络关系传递到互联网上。从技术意义上而言,人类社会已经实现了全面监控每个人的可能。从技术上来讲,一个人随时可能被“人肉搜索”。你现在没有被“人肉搜索”只是因为你不够出名、或没做错事、或网民还对你不够感兴趣。总而言之,人肉搜索久已有之,互联网不过是推波助澜而已。

二、隐私权与言论自由

互联网对于街谈巷议的推波助澜在婚姻和性道德问题中最为明显。此类问题构成了目前中国人肉搜索的典型类型和规制难题。在具有代表性的“王菲姜岩事件”当中,有婚外情行为的丈夫王菲在其妻子跳楼之后受到了网民的人肉搜索:其个人身份、工作信息乃至家庭住址很快被公诸网络,甚至其父母的家庭住址和身份信息也被网友公开。网民的谴责行为不仅仅体现在网络上的义愤表达,甚至体现在对其家庭和工作单位的抗议上。对于王菲的内查外调和公判大会似乎在一夜之间就完成了。“网络暴力”淹没了王菲,人肉搜索使得王菲受到了全国人民的深切关注。

(6) 美国互联网理论当中逐渐在物理层、逻辑层、内容层之上区分出一个社会层,用以描述 web2.0 时代的网络社会化状况, see Yochai Benkler, “From Consumers to Users: Shifting the Deeper Structures of Regulation towards Sustainable Commons and User Access” (White Paper for the Brennan Center for Justice, March 2001), at <http://www.law.indiana.edu/fclj/pubs/v52/no3/benkler1.pdf>, 最后访问日期: 2011 年 5 月 1 日。中国的互联网一开始就有社会层。

(7) 参见梁晨“‘人肉搜索’的社会机制与商业模式”,《互联网法律通讯》第 4 卷第 1 期。

(8) Viktor Mayer-Schönberger, *Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age*, Princeton: Princeton University Press, 2009, p. 2.

人肉搜索的巨大力量引起了人们对于规制的广泛讨论。在目前的讨论当中,隐私权是规制人肉搜索的最大理由。这种观点认为,人肉搜索需要加以禁止,因为人肉搜索大大侵犯了被搜索者的个人隐私权。虽然在中国具体法律上,隐私权并未具有法律文本上的明确性,但作为一般的法律理念,隐私权被接受下来成为一种规则。学理上和司法实务上也已经形成基本一致的看法。这体现为民法当中的安宁权概念:隐私权所保护的内容是与公共利益无关的私人生活,包括私人生活的安宁、私人信息、私人活动以及私人空间。“人肉搜索”侵害被搜索对象的隐私权,主要是擅自公开、传播他人的私人信息,例如将他人的相片、电话号码、工作单位、家庭住址等,以及侵入他人的私人生活空间,破坏他人私人生活的安宁权。

中国法院在王菲姜岩案件中首次明确地将隐私权规则适用于人肉搜索案件。北京市朝阳区人民法院在其判决书中对隐私权进行了明确的界定:“隐私一般是指仅与特定人的利益或者人身发生联系,且权利人不愿为他人所知晓的私人生活、私人信息、私人空间及个人生活安宁。隐私权一般指自然人享有的对自己的个人秘密和个人私生活进行支配并排除他人干涉的一种人格权。采取披露、宣扬等方式,侵入他人隐私领域、侵害私人活动行为,就是侵害隐私权的行为。”并且法院将隐私权应用到了网络环境中:考虑到信息传播速度和范围,法院认为网上信息披露行为在将个人信息传播到互联网上,使得信息超出特定人的范围而为不特定人所知晓,即构成隐私权侵犯行为。

但即使根据隐私权的逻辑,人肉搜索的行为也不能一概禁止。将人肉搜索放入隐私权的框架中进行处理之后,对于人肉搜索中所涉及的具体信息就需要区别对待,分别处理。隐私权要区分纯粹私人的信息和具有公共性的信息。前者的例子有个人的裸照、身体缺陷以及个人情感生活史等等;后者则是姓名、家庭住址、电话、电子邮件等一系列具有公共性的信息。⁽⁹⁾ 后一类信息具有社会公共性:它们构成了我们成为一个社会成员并与其他社会成员进行交往的必要公开对象。按照这种区分,人肉搜索不能一概禁止。具有社会公共性的信息的隐私权保护程度显然不能与纯粹个人的信息相提并论。

此外,还要区分隐私权的侵权主体和侵权阶段。对于“人肉搜索”中涉及的公布他人个人信息的行为问题,应该区分公布的信息类型及公布信息行为与后续的信息滥用行为进行规制。⁽¹⁰⁾

但从另外一个方面而言,隐私权不仅仅是一项消极权利,隐私权同样是一项积极权利。隐私权是一种阻止他人搜索和谈论某个人的权利;隐私权进而要求政府禁止他人对自己的信息进行搜集、传播和评论。因此,隐私权问题总是与言论自由问题相联系。

从言论自由的角度来看,人肉搜索在某种意义上是公民行使其言论权和监督权的体现。人肉搜索问题很容易被看做是法律与道德之间的冲突:在涉及婚外情以及性道德的案件当中,被搜索方一般诉诸隐私权这一法律理由,搜索方似乎只能诉诸法律无法容纳的道德主张和伦理义愤。但事实上,搜索方可以在法律体制当中找到其理据。这一理据就是宪法所保护的公民言论自由权。以此为据,人肉搜索当中的评论行为和信息传播行为是言论自由和舆论监督

(9) 参见刘德良“人肉搜索中的隐私权问题思考”,http://topic.news365.com.cn/rssxgpr_6521/200807/t20080714_1947538.htm,最后访问日期:2011年5月1日。

(10) 同上注。

权利的体现；网络表达是平民化、最应受保护的宪法基本权利——互联网提供了极为广泛的言论自由行使空间和便利的行使方式。“人肉搜索”是公民言论自由和信息自由的表现形式之一，在客观上能够对不符合道德观念却不违法的行为起到震慑作用。因此，“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。网民将涉嫌违法、违纪或道德败坏的人和事及其相关信息公布在网上，进行评判，如果是适当合理的，将有利于公共利益的实现和社会正义的维护。因此，不能因为“人肉搜索”与网络暴力有关系，就简单地将“人肉搜索”纳入网络暴力盲目叫停。

由此看来，人肉搜索的规制问题就其法律方面来看乃是两种公民基本权利的冲突：隐私权与言论自由权。如果说隐私权注重的是人类生活“私”的一面，那么言论自由权注重的则是人类生活“公”一面。两者在人肉搜索问题上的冲突在另一种意义上乃是“私”权利与“公”权利的冲突。而在目前的中国法律和社会舆论当中，“公”与“私”的界定在不同类型的人肉搜索中出现了一定既有的模式。

在针对官员和公众人物的搜索事件中，法律上的处理已经达成共识。其核心乃是如下命题：公仆没有隐私权；公仆没有私生活。该处理方式基本是根据公民的言论自由权和监督权对于官员和公众人物的隐私权保护进行克减。根据张千帆教授的分析，“如果普通‘群众’的隐私权和言论自由之间必须适当划界，那么这条界限为国家‘干部’等公众人物保留的个人隐私将大为缩减。之所以如此，是因为公众对政府官员具有天然的知情权。品德、个性、能力、财产、立场、行为乃至外表等个人信息对于常人而言是‘隐私’，对于官员来说就是必须披露的公共信息，因为只有具备这些信息，人民才能理性判断特定官员是否适合作为‘社会公仆’。”⁽¹¹⁾ 这非常类似于美国宪法上著名的 *NY. Times v. Sullivan* 的逻辑：针对政府官员的言论在宪法上的保护近乎绝对。⁽¹²⁾ 与此相类似，对于其他公众人物来说，其隐私权也适当地予以克减。比如很多影视明星，他/她们的隐私是娱乐新闻的焦点，甚至是自身出名的重要噱头。对于他/她们的隐私权保护程度自然不能与一般的法律主体处在同一水平上。

但以上总结的“公”与“私”问题上的共识在涉及社会道德、特别是婚姻和性道德的问题时远远未能达成。在这类问题上，“私”与“公”的区分模糊不清。对于诉诸隐私权的一方而言，婚外情的相关信息确乎是“私”事：一个人的恋爱和性生活跟其他人有什么关系？对于诉诸言论自由的一方而言，婚外情乃是一种涉及公共道德和社会伦理的行为，乃是“公”事；至少这种行为侵犯了很多人的基本道德情感。对于后者而言，人肉搜索乃是一种道德言论。比照美国宪法当中对于言论自由区分等级和门类的区别保护，人们完全可以在法学理论和实践当中将涉及婚外情的道德言论纳入一种特殊的保护体制当中去。⁽¹³⁾

总而言之，将人肉搜索问题纳入公法框架之后，所有的问题都归结为隐私权与言论自由的平衡问题。具体说来，涉及官员和公众人物的权利平衡目前已经初具规则；涉及平民的婚姻道

(11) 张千帆：“‘人肉搜索’究责须区别干部群众”，<http://view.news.qq.com/a/20100704/000037.htm>，最后访问日期：2011年5月1日。

(12) *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

(13) 参见左亦鲁“人肉搜索与道德言论”未刊稿。

德和性道德问题目前的平衡性处理未见端倪。在后面一种问题上,人肉搜索仍然处于两种公民基本权利的微妙界定和具体平衡的泥潭中。

三、隐私权文化与中国网民文化

在目前的法学讨论中,主流声音是通过法律技术来解决人肉搜索当中隐私权和言论自由权的平衡问题。但实际上,无论是法官还是普通网民都认识到了人肉搜索(尤其是涉及婚姻道德和性道德问题的搜索事件)问题背后都展现了实质价值的冲突。因此,本文在法律技术思路之上,增加一种实质性的分析思路。本文引入法律的文化研究这一路径以更清楚地凸显人肉搜索规制问题背后的真正困境。⁽¹⁴⁾这一研究路径侧重探讨法律规则和法律制度背后的社会想象和文化取向,并探讨这些社会想象和文化取向如何影响和型构具体的法律制度。从法律文化研究的视角来看,人肉搜索的真正问题不在于隐私权和言论自由权之间的平衡,人肉搜索的真正问题在于源于西方的个体权利法律文化和中国特色的互联网文化(姑且称之为中国网民文化)之间的根本性冲突,隐私权与言论自由权之间的冲突只不过是深层次的法律文化冲突的表层展现。

从法律文化角度来看,隐私权实际上是个舶来品。作为一个法律概念,隐私权的概念起源于 1890 年美国学者在《哈佛法律评论》(Harvard Law Review)的一篇文章。在那篇奠基性的文章当中,两位作者认为“由于技术的进步和都市报纸的窥私癖,有必要为隐私提供新的法律保护。快速照相和报社已经侵犯了个人和公民生活的神圣领地,许多机械设备的使用使我们面临着这样的威胁,最亲近的人们之间说的悄悄话也将被从屋顶上宣扬出去。……隐私权之所以值得保护,是因为它体现了个人自决、自我控制、尊重个性和人格发展的价值,而这些最终源于对作为独立主体的人的尊重。”⁽¹⁵⁾20 世纪的美国法院进一步通过一系列的判例法将隐私权确认为宪法权利。⁽¹⁶⁾隐私权可以用来保护诸如堕胎权的一系列权利。

从更广泛的意义而言,隐私权根植于西方文化的历史特性:贵族的身体和财产意义。隐私权背后是对于财产的所有权。在这一方面,最为经典的隐私权信条是“风进,雨进,国王不能进。”该信条实际上是说:在我拥有的房屋场所中,我的行为和思想不受任何人为干涉。这一信条当然受到很大的挑战:比如个人垃圾里所透露的信息不受隐私权的保护;雇员在办公室的隐私也受到保护等等。因此这种信条将隐私权的基础投向了對自己身体的所有权。该信条实际上是说:即便房屋和其他财产不完全属于我,身体也是属于我的;我对我的身体有绝对的控制权,外人不得干涉。⁽¹⁷⁾隐私权的理念因而强调个体与社会之间的区分界限。隐私权的理念

(14) See Paul Kahn, *The Cultural Study of Law*, Chicago: University of Chicago Press (2000).

(15) Samuel Warren and Louis Brandeis, "The Right to Privacy", 4 *Harv. L. Rev.* 193-220 (1890).

(16) *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

(17) Paul Kahn, *supra* note 14, p. 45.

与自由主义的个体自治观念密切关联：自由主义强调自治的、前政治社会的个体。⁽¹⁸⁾ 身体乃是最具个体性的事物。人对于自己身体信息的控制乃是独立于社会和国家之外的。因此，隐私权的深层意义乃是财产权的逻辑——无论是对住所还是身体的财产权。正因为如此，我们才可以理解，个人的信息为何可以用于换取其他经济利益。比如明星可以通过披露隐私权来获得更大的名利，比如隐私权受到侵犯后要获得赔偿也是遵循财产权的逻辑。

隐私权这项法律权利背后实际上承载了一种西方式的对于个体的社会想象。⁽¹⁹⁾ 隐私权承载的是一种个体不受社会干涉的想象。当然，这种想象并非事实。在美国对于隐私权的讨论中，很多论述已经侧重于从社群的角度重新理解隐私权：隐私权实际上不仅仅服务于个体的独处权利的保障，更服务于社群的文明化的建构；隐私权同样承载了某种集体性的价值；隐私权不仅仅服务于个人利益，也服务于社会利益。⁽²⁰⁾ 事实上的自我是社会建构起来的自我。在网络时代，个体成为了网络当中的自我；自我的主体性由网络所建构和影响。因而自由主义所预设的前社会和前政治的个人前提乃是站不住脚的。⁽²¹⁾ 但即便有如此的批判，隐私权作为自由个人主义的一种社会想象仍然存留下来。这就好像即使有诸多史学材料已经否定了《三国演义》的很多情节的真实性，人们依然相信《三国演义》一样。

隐私权的想象在当代中国也逐渐发展起来。在当代中国对于隐私权的想象当中，隐私权乃是个体自由、尤其是免受国家和社会干涉的消极自由的最终体现和根本需求。在性解放、权利话语以及个体自由、个性凸显的时代，隐私权成为了涉及婚姻和性道德的人肉搜索事件中主要的辩论理由。隐私权的逻辑实际上是说“我的身体属于我自己；我有权支配我的身体；别人不得干涉。”婚姻因而被想象为个体身体的自由结合；婚姻被构想为个体自由意志之上有关身体行为的契约。婚外情虽然违背公众道德，但对于个体身体自由的选择权可以对抗社会公众依据道德对其身体信息的披露和批判。一言以蔽之，在涉及婚姻和性道德的人肉搜索案件中，隐私权的逻辑乃是个体主义的身体自由文化在中国的展现。

中国网民并不认同个体主义的身体自由文化。对于在那些针对婚外情进行人肉搜索的网民而言，个体对于身体的自由所有权逻辑是说不通的。网民的人肉搜索行为的实质主张和行为模式都反映了一种相反的逻辑。网民的实质主张可以概括为“你的身体不是你自己的；你的身体属于家庭、单位等一系列的社会网络；你需要对你的身体负责。”网民的行为模式可以概括为“众人拾柴火焰高”——网民团结起来，动用各种社会网络和虚拟网络工具，将那些违反身体道德的人公之于众、使之受辱。这种逻辑构成了中国网民的一种集体文化。

中国网民文化下的人肉搜索实际上分为两个阶段：信息搜集发布和公开批判惩罚。信息搜集发布阶段跟隐私权密切相关；公开批判惩罚行为（包括转帖、评论乃至大批判等）与隐私

(18) Peter Galison and Martha Minow, "Our Privacy, Ourselves in an Age of Technological Intrusions", on *Human Rights in the 'War on Terror'*, ed. Richard Ashby Wilson, p. 258, New York: Cambridge University Press, 2005.

(19) Charles Taylor, *Modern Social Imaginaries*, Duke University Press, 2004.

(20) See e. g., Robert Post, "The Social Foundations of Privacy: Community and Self in the Common Law Tort," 77 *Cal. L. Rev.* 957 (1989).

(21) Julie Cohen, *The Networked Self*, Yale University Press, 2011, forthcoming.

权相距甚远。前者类似于公审,后者更像是耻辱刑的惩罚。

在信息搜集发布阶段,中国网民文化的逻辑是:婚外情不是私事,不是隐私。⁽²²⁾信息的搜集和发布实际上背后有着极其强烈的社会价值作为支撑:网民要捍卫心目中的家庭价值和婚姻伦理。实际上任何信息搜集都体现某种社会价值。比如,对于个人收入信息的搜集很大程度上服务于社会财富再分配;对于男女差别的信息的搜集服务于性别平等的价值。对于人肉搜索中的网民而言,对于诸如婚外情丈夫的信息搜索、信息汇总、信息发布乃是服务于家庭伦理。如果用财产权作为类比的话,我们可以将网民强行搜集信息的行为看做是为了公共利益对个体财产的征用——对于网民来说,婚外情不是私事,而是涉及社会公共利益。中国网民文化实际上认为,隐私权的主体仍然是生活在一个政治道德共同体中的。我们无法设想将一个人逐出这个共同体来保护其隐私权,离群索居的人与隐私权无涉。

在信息转贴和评论阶段,中国网民文化的逻辑是:违反社群道德的人(比如有婚外情的人)需要游街示众。在这一点上,中国网民文化反对以自由刑和财产刑为主体的现代西方惩罚体系。⁽²³⁾对于维护群体道德的目的而言,网络上的大批判和大揭发乃是一种耻辱刑;人肉搜索就是对于侵犯社区价值的惩罚;人肉搜索就是维护社区价值的重要手段。想一想小型熟人社会中对于违反社区伦理人的惩罚:小则满城风雨,大则游街示众。如果太过严重,那就是放逐:想一想王菲最后的处境就是单位开除、人人喊打,无异于被放逐。中国网民文化就是扩大化了的、电子化了的社区伦理文化。互联网大大继续了中国熟人社区文化的存在。⁽²⁴⁾中国的网络社区成为了一个伦理共同体。

中国网民文化中另外一种对于社区道德违反者的惩罚更为有意思。比如在“王菲姜岩案”当中,网民最终不但要谴责王菲本人,而且要对于王菲的父母进行批判。这在自由个体主义的逻辑中显得格格不入:王菲的事情与其父母何干呢?但在中国网民文化看来,个体的品行并非自我本身的建构。个体的品行乃是由其所处的一切社会网络所塑造的结果。家庭就是中国社会关系中最重要的一個网络:儿子成为今天这个样子,父母当然要负责任,“养不教,父之过”。只有明白这种逻辑,我们才能理解为什么王菲所在的广告公司也要辞退他——工作单位也是影响个体自我特性建构的重要社会网络。

在根本的道德行为认知上,自由个体主义的隐私权文化与中国网民文化大相径庭。目前涉及人肉搜索的隐私权论述诉诸了一种无知之幕的同情理论:“假如你有一天也会像王菲一样被人肉搜索怎么办?”因此推己及人,你不能以人肉搜索的网络暴力来对抗。但对于中国网民文化来说,这个逻辑不成立。网民的回应则是“我道德上没有任何问题,所以我不怕人肉搜索。”百度姜岩贴吧的一位前任吧主曾言“我理解那些人肉搜索的人们。如果一个人不做错事,他是不会被人肉的。”⁽²⁵⁾甚至中国网民也会以另外一种无知之幕的同情理解来反驳隐

(22) 中国人对于公与私的界定非常语境化:对于国来说,家是私;但对于个人来说,家又成了公。其他社会团体也是如此,想想“公司”这个名词。

(23) 实际上,当代美国刑法学界也开始重新认识到了耻辱刑的重要性。See Dan Kahan, “What Do Alternative Sanctions Mean,” 63 U. Chi. L. Rev. 591 (1996).

(24) 这一点上与西方很大不同,比如中国的网络购物(如淘宝)就呈现熟人化的特征。

(25) Tom Downey, *supra* note 1.

私权文化“假如我是姜岩该怎么办？”这种想法对于中国社会中很多与姜岩处境类似或者有此担忧的女性而言再正常不过了。

中国的网络文化需要在对比当中才能得以凸显。《纽约时报》在报道中国人肉搜索时曾总结道“对于一个西方人来说，最令人震惊的是中国互联网文化与我们如此不同。新兴网站和个人博客在中国远没有我们的有影响力，社交网站还没有正式起步。最有生机的仍然是大量不知名的在线论坛，这也是人肉搜索开始的地方。这些论坛已经进化为比英语互联网上的任何事物更具参与性、更动态、更平民主义甚至更加民主的公众空间。”⁽²⁶⁾中国的网络论坛以及人肉搜索代表了中国特色的网民文化。中国网民文化与传自西方的自由个体主义隐私权文化有着根深蒂固的冲突。我们已经在人肉搜索这一现象当中看到了这种冲突。这种冲突也构成了中国人肉搜索乃至其他一系列网络现象的规制问题（比如知识产权问题）的根本困境。

中国已经变成了一个多元的社会。这似乎已经成为老生常谈。但我们很少会细致地认识社会的多元究竟意味着什么。社会多元不仅仅意味着我们需要宽容各种价值观和秉承这些价值观的人。社会多元还意味着多元的价值及多元的共同体之间的原则性分歧，甚至由这些原则分歧引发的暴力性冲突——无论是实际的暴力还是隐喻的暴力（比如“网络暴力”）。我们必须认识到，中国内部已经形成很多的自治共同体，这些自治共同体各自信奉着某种社会价值。在人肉搜索事件中，我们就看见了信奉自由个体主义的共同体与网民伦理共同体之间的冲突。两个共同体有着自己的规范观念和规则系统：前者诉诸自由个体不受干涉的权利，后者诉诸家庭道德。

当某个社会事件涉及了两个规范共同体之间的原则分歧时，此问题上的政府规制便陷入了困境。政府在两个共同体的价值冲突之间面临着抉择的困难。无论支持哪一方，都必将导致另外一方的道德价值和法律文化诉求无法在政府过程中得以代表和表达。无论支持哪一方，都必然面临着另一方对政府决策正当性与合法性的质疑。在世界上法律最为发达、法律最为民众所重视的美国，法律（无论是司法还是立法）在面对诸如宗教、族群以及家庭/性道德的问题上都会面临文化冲突的巨大挑战，并且目前很难找到解决问题的有效途径。⁽²⁷⁾在法律目前仍然处于致力于获得民众尊重和遵奉的中国，法律受到文化冲突的挑战则更大。如果政府规制和法院判决不能很好地考量多元社会的文化冲突的话，法律本身的权威甚至会受到极大的威胁。人肉搜索现象及其带来的相应法律问题凸显了这种规制的困境——当网民所代表的民众不认同政府和法院依据隐私权和隐私文化对于人肉搜索的规制时，政府决策和司法判决本身的正当性便处于质疑之中。本文分析所得出的结论显然不能够、也不试图解决法律如何面对文化冲突的问题，但希望本文的分析能够使得规制者和观察者透过法律形式上的权利冲突看到诸如人肉搜索等法律问题背后的实质争议。对于这些问题的法律处理需要建立在对于实质争议的理解和把握之上。

（责任编辑：章永乐）

(26) Ibid.

(27) See e. g., Robert Post, “Law and Cultural Conflict”, 78 *Chi. - Kent L. Rev.* 486 (2003).