



新興法律問題學術研討會

論網路人肉搜索之法律爭議

(評論人) 國立中興大學法律學系 教授 蔡蕙芳

引言

主持人：蔡教授、組長、各位導師、各位同學，現在是新興法律問題的第二場次刑事主題。大家在上一場次表現非常好，專心聆聽討論熱烈，獲得與會評論人好評。雖然研討會探討的是嚴肅的法律問題，透過與評論人及報告人的交流互動學習效果非常好。第二場的題目是「論網路人肉搜索之法律爭議」，邀請中興大學法律系的蔡教授擔任評論人，現在請陳彥霖同學上臺發表。

評論人講評

蔡教授蕙芳：

蔡院長、各位夥伴、工作人員、學習司法官們，我是蔡蕙芳，任教於中興大學，很榮幸今天來這裡。雖然稱為評論人，但我是帶著經驗分享的心情而來。教授的工作除了教書，就是研究、寫論文，今天準備了投影片和一些圖片，以比較好玩、輕鬆的方式與大家分享我的想法與經驗。

我們今天看到的已經是最後的成果，彥霖已經將他思路的過程展現出來。我首先想跟大家說，寫論文需要一個動機，期許大家未來在寫審判書之餘，也能發表論文。論文有很多種類，大家可以在不要違反法官不語原則之下，多多撰寫個案式論文，思考這些個案或評論法律與立法。這是項是很不錯的概念，如果你很想表達自己的想法、認為寫作很愉快、想改變法律，或想獲得職業上的成就或肯定，這些都可做為寫論文的動機。大家未來會寫論文，我認為這是職業上的肯定，今天主辦單位於手冊

一開始即說明，本會議的目的是培養同學對於新興問題的研究能力，不僅能夠寫判決書，也能寫論文，所以這或許是大家未來能努力的一個目標。

接下來，我們來看本文的總體評論。關於論文的前言，我想跟大家說明，通常前言很重要，我們會在這裡提出問題、定義問題，吸引讀者繼續閱讀。再來，要介紹論文的架構，這是給有意閱讀的讀者指引，告知讀者如何閱讀這篇論文。再來，簡要說明成果，這是服務無意繼續閱讀的讀者，趕快告知這篇論文的結論。所以通常前言很重要，這篇報告中，同學已經提出問題，他發現一個新興社會議題：隨著科技發展而來的網路人肉搜索，並思考如何適用法律，對此進行研究。所以他先設定了問題。昨天我交資料給主辦單位時，被告知同學的報告題目改了，由「初探網路人肉搜索之法制對策」改為「論網路人肉搜索之法律爭議」。我特別提出這點，是因為在設定題目的階段，必須清楚自己要研究什麼。我在想，同學原先題目的範圍比較大，有一個大的架構，但礙於篇幅限制，最後可能覺得新的標題比較能詮釋內文，就是「法律問題的解釋」，以司法權解釋現有法律，所以這篇文章比較是這方面的討論。

再來，報告同學有提出他的想法。我有初稿與定稿，兩者有點不同。隨著我們對於問題的思考，會出現不同想法。初稿中，關於如何理解這個問題，他當時的想法是分不同階段，再搭配參與的搜索主體，然後分領域；後來定稿時，認為「前階段的搜索」與「後階段的批判」要綜合觀察，才能完整勾勒出人肉搜索的全貌。我們看出了初稿與定稿的變化，報告同學認為後半段的霸凌與前半段的搜索必須整體觀之，待會兒我會分享我的想法。通常我們會將這兩階段合一，是因為有手段目的，就是為了霸凌而去搜索，但有些情況並非如此，所以可能要分不同的情況，這個稍後我會說明。由此可知，這是兩個不同的結論，這是報告同學的貢獻，告訴我們如何思考問題。

我自己曾經用關鍵字「人肉搜索」去搜尋過司法院的民事與刑事判決，大概有十幾則，有出現「人肉搜索」一詞，但並沒有真正去評價人肉搜索，所以這確實是一個新興問題，值得研究。後面的霸凌可能比較沒有問題。傳統也有傳統的霸凌，我們很早就聽過小朋友在學校會被霸凌。網路霸凌的特色是什麼？報告同學已經於報告中分析得很好，入門整體架構、題目設定、問題對策都很清楚。

再來是，對策（換言之，就是解答）現在可能縮小。報告同學提出問題之後也提出解答，回答自己設定的問題。

第二個是如何分析，他前半段花了很多篇幅對現實進行分析，參考許多中國大陸的資料，聽完報告後，我們對於網路人肉搜索與霸凌，都有基本認識。就論文架構而言，這部分寫得相當充足。另外，論文同學提到要從基本權切入，搭配階段上的評價



來適用法律，這是他的架構。我自己覺得，就評論而言，這篇論文的資料蒐集完整，論證脈絡層次分明，是非常好的論文。論文需要原創性，我覺得這篇論文最大的原創性是選擇從基本權切入，稍後我會說明刑法與憲法的關係，所以我覺得這是個很棒的想法。但是做為一個評論人，我想與同學討論「均衡論述」的問題，亦即一篇論文中的各大重點是否獲得平均分配。再來是「引註格式」的問題，這篇文是短文中，未來同學寫的論文也可能是短文，不是碩士論文。短文如何兼顧深度與廣度？這一點特別提出來與各位分享。我認為論文有兩個焦點，第一個焦點是提出國家保護義務，就是基本權，以及基本權的衝突，但是內容有點少，因為只有第四頁至第五頁，以及第十一頁至第十二頁，就是有三角的那個圖，就是國家具中立地位，涉及兩個人的基本權，國家如何去保護。我們會在刑法提出來特別討論的，最典型的就是妨害名譽，立法者已經告訴你，所以你就要做基本權的衡量，因為它有第301條第3項與第311條，這是我們要做的。但是刑法還沒習慣從基本權衝突去思考，這我後面會跟大家說明。如果這個地方可以以一個焦點就好，以此深入，會很好；也建議可以增加內容，多一點討論。目前，有關基本權的論文很多，隨著大法官會議越來越多針對刑法犯罪的解釋，我們累積了很多資料，從憲法觀點去審視刑法的合憲性。我覺得報告同學在這方面很有創意。第二個焦點是比較法，在談比較法之前，可能要提出一個立法政策，釐清是要單獨立法或分別各領域適用，報告同學有針對這點說明。接下來，本文「肆、人肉搜索之法律規範」下有個「一、比較法介紹」，其下有「（一）歐美國治」、「（二）亞洲國治」，接下來的「二、我國法研究」才是我國法，可見這篇文章第二個重點是比較法的研究。依據我的個人經驗，需要倒過來，換句話說，要先寫我國法，再寫比較法。為什麼要先寫我國法？因為通常談到比較法，是因我國法有不完善，要探討國外有哪一個立法可以提供更佳的解決方案，作為我國借鑑，這時候你要再去搜尋，到底要選哪一個法作為我國參考。當然，一般文獻中，確實有一些是屬於法律彙整，這位同學的報告中有用一本書，美國網路霸凌的彙整，那種其實就是工具書，有時候大概做簡要介紹，但是我們對於美國法不是那麼了解。「fine」到底是罰金或罰鍰？談的是行政或形式？有時候會有陷阱，而且很廣。我們的脈絡並不是美國刑法的脈絡，而且美國還有聯邦與各州，坦白說很複雜，所以說要用這種比較法的話，需要大篇幅，而且要理解各國法。我們這個論文裡面很廣，因為標題很廣，像「歐美國治」與「亞洲國治」都很大。如果著眼於刑事，就不要再提說裡面可能有一些是行政罰，像中國大陸的可能都是行政罰。所以要做比較罰，其實比較不容易，可能有討論不夠深入的問題，這提供給大家參考。

因為我們討論到論文的形式，所以我跟大家分享一下法學論文有哪些類型，給大家做參考。其實多年來，我一直在尋找法學論文有哪些類型，後來看到加州大學教授的一篇文章「How to Write a Law Review Article」，其中列出十種法學論文類型，美國是案例法，未來大家是要進法院，最常接觸到案例，那怎麼做案例論文？所以第一種就是案例法的研究。其實，像這方面我們都力有未逮，因為法院每天都產出多判決，有時真的很難去追蹤。如果大家在法院工作，第一線也會接觸到，當然我們訓練也都是訓練案例法，就是過去法院如何理解。所以第一種類型就是分析法院在判決中表示的意見，看有沒有不明確、矛盾，或見解有改變，我們最常講，最高法院的見解已經改變，如果你覺得不合時宜，是否建議它重新樹立新原則。這是案例法。

第二個是立法的修正建議，覺得哪個法是惡法，像我個人覺得，「貪汙治罪條例」就是一個不好的法，缺點無法細數。所以去評論不好的法的文章，叫做立法修正建議文章。

第三個是立法評論，是針對現在的草案或新通過的法逐條討論，指出應改進之處，例如2005或2006年時刑法修正，林山田老師那時候還沒過世，就針對刑法修正案逐條討論、批評。這就是針對新法的評論。這要及時，等到立法階段就來不及了，要在草案階段就及早發表意見。這可以改變法律，得到快樂與成就感。

第四類個是跨領域的研究，通常是借用心理學、經濟學、社會學的觀點，來讓法律更明確，針對持續出現難解問題的法律部分，就是法律已經沒有解藥了，試著從別的領域引進，我想大家最清楚美國有法律經濟學，就是去解決法律可能走到極限，沒有辦法去適用。還有以前很難理解，受暴婦女，為什麼要殺害先生，後來有人從心理學角度研究，發現有個受暴婦女症候群，因為法官都認為，如果你受暴，為什麼不趕快離開？經過心理學研究，她們是離不開的，所以法官知道這點之後，就會影響判決。這就是跨領域的研究。

第五個是新理論的建構，就是學者去看法院判決，發現法官於其中提出新概念，將這些新概念稱為種子，並接下去使其發芽。在美國，最重要的例子就是隱私權，有人發覺案例法提到隱私的概念，跳脫傳統的財產概念，例如從前侵入住宅是以財產為基礎，而非隱私，所以就開始發展隱私權。

第六類法學論文比較雜亂，是關於法律職業、法律語言、法律論證、法學教育的討論。通常會說法律職業，有點類似律師法，如果在談律師相關職業的話。法學教育是法律系老師會寫的，我自己也寫過一篇法律教育的文章。

第七類型是學者的論戰，今天這篇文章比較像這類型，針對現存的法律爭議問題



提出討論。如果各位看外國文章，通常有一來一往，就是甲寫了，乙會回應。早期我的兩個老師會寫這種文章，比如甲老師寫了文章，乙老師也會撰文回應。做這樣的論戰，要有接受批評的雅量。台灣學者比較少寫這種文章。

第八類型是研究立法史，這個比較偏向歷史，藉由法律制度起源，來闡明現行法應該如何運作。關於立法史的研究，研究近期得比較有可能，研究較遠期的就比較難，因為資料比較不足。

第九類型是比較法，我們今天這篇文章也有比較法的研究。關於比較法的研究，你必須說哪一個問題，國外已經有更有效率或更符合人性尊嚴的解決方法。

第十類型也是跟實務比較有關，剛才第一種是案例法，大量的、體系的，法院長期以來的案例所形成的法律，而這個類型是案例研究，就是針一個案例去研究，這個可能法官比較不適合寫，因為這已經是個案，但學者可以去寫。所以第一種與第二種其實與實務最有關係。

今天這篇文章，我認為有比較法的研究，所以剛才評論表示可能要先談論我國哪裡不足，再看外國制度哪裡比較好，那台灣是否都有法律可以規範，這樣就沒有比較法的需求了嘛。這是可以討論的地方。

第二個，我要談的是引註，因為這是這篇論文的學術價值，這篇文章引用資料非常豐富，有德文、英文、中文，我們採用的是同頁註，而不是用整個文章後的，有些書是這樣子。引註有三個功能，第一個功能是權威，就是你這句話是來自一個權威學者寫的；第二個是標示資料來源；第三個是文字說明，是說明不適合在文字內容呈現，但需要進一步討論的資訊。報告裡面有比較多都比較長，如第13頁的註24，裡面有德文與解釋，「關於國家保護義務於我國法上之繼受，可參考…」，這就是典型的延伸說明，無法出現於主文。我跟大家經驗分享一下，我之前寫過一篇文章，一開頭我寫了兩句話，兩個英文註，然後審稿老師，我不知道是誰，就說基本常識為什麼要註解，但我覺得那不是基本常識，我覺得那是很簡單，但很有深度的一句話，為什麼老師覺得是基本常識？我最後還是留著那個註解。可是我認為我那兩篇文章都是隱私權最早的，不是後來的，所以我覺得很重要，我寫其實是出於第二個，因為我真的是看到人家的，我覺得不寫就不誠實。後來這件事我忘了，前幾天在準備這個資料，有看到一篇文章，文中有個註解說，我最近在審什麼文章，比如2010年有一個人，就把我這個問題寫進來，然後說，身為教授還講這個基本常識，還去引用外國人的，那麼沒自信等等，我差一點…我就終於知道他是誰。我拿這個來分享，是讓大家比較瞭解我的心路歷程，我是這個居多，因為確實是看到人家的文章內容而引用，但老師是

批評我基本常識還需要註解嗎？我自己當老師閱讀文章時，主要會注意文章有沒有引用到關鍵、權威文章。我們今天這篇文章，同學在一些問題上引用了很多文章，但是我並沒有很了解中國大陸的人肉搜索有哪幾篇文章被引用最多。通常我們用SSCI跟SCI索引來了解文章的引用頻率，這個就是權威。所以如果討論隱私權，一定引用權威文章，不會漏掉。所以寫論文時，可能要找到權威著作，當然一方面也是為了誠實，因為你確實是從別人那裡看到的，這就是學術價值。

第三個是格式，有直引、轉引，還有同一註腳中，不同文獻的排列順序。回到剛才的例子，第24頁，裡面有德文、中文、法條、論文，國外的Bluebook描述得很詳盡，比如我們有中文與外文，文章中應該是先列中文或外文；不同來源也就會規定排序，如憲法優於法律，法律優於條約等等，有個次序。但這不是真理，只是習慣，這是國外的。國內通常是以目標期刊的規定為主，如台大法學論叢就有規定自己的格式，沒有很詳細，但是大概都有包含。很多老師在審論文，不看內容，是先看格式，所以格式很重要。那是你的價值。

接下來，是我對本文的回饋。比較屬於實體問題，因為我是刑法老師，大概只能談論刑法的部分，剛才同學提到的民法部分，我就沒辦法討論。同學提到分階段，我是用同學的架構，再把它更深入。其實我認為有四個階段，第一個階段是提問，你是發動者，其實你會上傳個資，這開始就有個資問題。第二階段是群眾搜索，是屬於蒐集、處理個資，這是臨時線上群體，這個行為的結果導致第三個階段：身分暴露，就是起底，這個人沒有辦法做客觀歸責，因為這是臨時線上累積的，有人功力強，有人功力弱，但也有很勤勞的人，日夜做，所以很難區分這個結果是誰造成，所以連損害賠償都很難進行。第四階段是網路霸凌，是集體施壓與評價。報告同學清楚寫出來說，即使是個人隱私權（個人資訊的自我決定權）、名譽，以及言論自由、知的權利出現權衡狀況。報告同學有講調和，這是來自德國基本法，當基本權發生衝突時，就是去調和。那如何調和？也就是如何落實？衝突是說，一個基本權主體在行使權利時，會影響到另一基本權主體行使權利，那我們的個人資料保護法與刑法妨害名譽罪章都有預設基本權衝突的規範。我舉個例子，關於第一階段，上傳就會有肖像、身體特徵，這已經是未經許可使用他人個資，公務機關（如消防局）上傳的是個資法第15條與第26條，非公務機關（自然人）是個資法第19條與第20條，這是行為規範，不是制裁規範，制裁規範在後面。第二個是制裁規範，可能同學沒有引用到第41條的刑事責任。為了因應個資法過寬，其實大家去看，個人資料保護法都在做權衡，很明顯地這裡說，51條不適用「自然人為單純個人或家庭活動之目的，而蒐集、處理或利用個



人資料」，這個個資法不管。那評價上認為兩個個資打平手，因為自然人在個人與家庭活動屬於私領域，有隱私權，你會蒐集到個資，個資法認為兩個隱私差不多，就不規範。接下來是，如果是在公開場所蒐集，一定不能有個人資料特徵，所以如果你上傳沒有個資特徵，也不會適用個資法。可是通常我們上傳，就是希望臉、車牌越清楚越好，如果不清楚，根本沒辦法搜索，所以通常都會違反隱私權，所以要去做利益衡量。再來是第二階段的搜尋，是網民大量，剛才同學有說，谷歌是機械的，笨笨的，有關與無關都列出來，但人會將無關的刪除，有關的列出，變成用馬賽克拼圖方式，讓一個人透明，也開啟後續霸凌的可能性。因為這個行為使人暴露於公眾，所以已經侵害隱私權的匿名與自公眾隱退的隱私利益。第二個階段起底之後已經屬於侵害隱私，可以打民法的損害賠償訴訟，但關鍵是要找誰，因為它是群體的，可能找不到人，刑法也可能找不到人。我用這兩個圖想跟大家說，都是中國的北京，因為國外沒有這個圖，所以目前為止，我看人肉搜索大概只有中國在討論，美國、德文的都是當新聞討論，還沒人寫過論文，所以同學報告裡面用的國外資料大部分都是有關霸凌，人肉搜索是沒有。我認為第一階段有個資法的適用，大家去看制裁規範第41條，那個是有刑事責任。我們看這兩個圖，他極為痛苦，然後右邊的圖已經脫光衣服了，赤裸地在大家面前，剛才同學有講到，很多人。

再來是個資有處理隱私權與資訊自由，非公務機關（自然人）依照第19條第1項第6款，裡面有個公共利益，如果是為了保護基本權，是可以去衡量。同條第7款，個人資料取自於一般可得來源，也就是說這個資料沒有被加鎖，就可以合法使用。但當事人對該資料之禁止處理或利用，顯有更值得保護之重大利益者，不在此限。以此來證明，報告同學提到的基本權衝突，其實個資法都有規範，個資法說蒐集只能做特定目的使用，然後以下是特定目的之外，開大門，讓妳去做利益權衡。這是回應同學的報告。再來是個資，我有列出來第8、9、16、19、20條，都有公益條款。所以雖然違反第15、16、18、19條，都還是可以用這些條款去做基本權衝突的衡量，而讓行為合法。這張圖是我見過最清楚的圖，我們在這裡；此外，還有人的身體特徵；我們會活動、有行為，例如開車就是行為；個人對應出來的就是個人資訊；此外，設計者特地把通訊獨立出來，所以通訊保障及監察法是獨立，是屬於隱私權的範圍。這也是我讀過隱私寫得最好的，剛好我們這邊可以用到，不過大家的版本是黑色，看不出顏色。我們談的人肉搜索是第三種，他在人群中不希望被辨識出，但你讓他被辨識出。這個圖想表達的是，雖然大家現在旁邊有同學，但內心還是有一條線，雖然是公開場所，內心還是有不欲人知的東西，專門用來解決這個問題的方法是填寫問卷。有時候應徵

工作時，雇主為了瞭解你個性是否沉穩，也會請你填問卷。雖然我來應徵工作，但我內心還是有一個虛線。第一個、第二個比較好理解，我們的住家空間封閉；此外，你也可以選擇與親愛的人、喜歡的人，組成親密的小單元，這個我覺得最好。用這個來跟大家說明，其實人肉搜索屬於第三種，破壞匿名，讓對象於公眾中暴露。最後階段的霸凌，是可以找得到報凌的行為人，這裡的關鍵不是找不到人，關鍵是不知道誰才是客觀歸責中應該負責的人。如果霸凌嚴重，可以使用刑法現有的規範。我很喜歡這個圖，清楚展現霸凌的樣態。這邊看到手機，其特色就是隨時隨地，無時無刻都可以接近被害者；另一個圖是德國人畫的，上面的圖是垃圾話，很多OOXX，接著開始指責，說你是爛人，接著出手打你一拳，另一手還拿著小刀，霸凌會出人命的。所以我們來看，如果網路霸凌涉及評價性用語，會有刑法的妨礙名譽罪章，公然侮辱、誹謗，剛才同學有介紹。通常在適用時，刑法第309條、刑法第310條第1項、第2項所提供的規範功能，只有確認是否有名譽受損，但這個行為的違法性，只有待刑法第310條第3項與第311條判斷後，才能被確認。這邊立法者已經告訴你，必須進行名譽、隱私、言論自由的利益衡量。我利用這個表格告訴大家，如何做基本權的優先與退讓。第一類型是文義侮辱，就是實務上經常提到的「抽象謾罵」，這沒有言論自由可言，也不能主張所訴是真實，例如「他真的就是豬」，這句話沒有真實性可言，所以不能做這樣的主張。但如果有語境，舉例來說，有個人在公共場所對媽媽進行非常違反人性的事，就罵他「畜生」，那個有語境，我們要給他一個可能性，做言論自由的評價。如此一來，雖然他符合第309條，但還要進入第311條，是不是可受公評之事而為適當評論。第二類型是具體負面事實，就是310的，有事實的。那還要區分真假，但因為時間有限，我寫這個只是跟大家說，如果惡意捏造，不用言論自由衡量，直接就沒救了，因為沒有值得保護的；但如果無法證明為真，無法證明為假，我覺得法官判刑時要給他機會，同時這也回應報告同學一直強調的，基本權的衝突，你不是只看名譽、隱私，還要看另一方面的言論自由，其實刑法都有規範。

再來是妨害自由，剛才說網路霸凌，看情況除了恐嚇還有其他，但都有門檻，不易達成。如果用刀、用拳頭打你，因為這是開放性構成要件，傷害沒有一定要手打下去，只要產生傷害結果就可以了，所以霸凌可能也構成傷害罪，看情況也可能有加工自殺。這部分我們都不覺得困惱，我們困擾的是，如果騷擾輕微呢？報告同學有強調，因為網路霸凌是群體攻擊，個人的責任被稀釋掉，可能無法找到客觀歸責的人，這是最困難之處。就立法需求而言，是否需要創造新的罪名？報告同學剛才也有著重這點，進行討論。我可以給大家參考的是，如果要設騷擾，傳統而言，騷擾於刑



法中是不入罪的，要到達恐嚇才入罪，足以深損害與安全；還有毀損，物的毀棄損壞，如果你干擾物的使用，它很快就可以恢復正常，那也不屬於毀損，所以當時刑法是不罰。可是如果你考慮到，網路霸凌有那樣的特色，其實是有可能立法。問題是，現在可以參考的條文是性騷擾防治法對「騷擾」的定義，包括「使人心生畏怖」，這其實都可以成立恐嚇了，剛才同學有引到外國法，就是綜合，全部都把它放進去。可是我們不需要這樣，我們把它拿開，我們現在可能需要評價的是那種比較輕微的有沒有設置騷擾罪的可能性，這可能是立法要討論的。目前性騷擾防治法第25條都要身體的，所以如果你是使他感受敵意，冒犯，不當影響工作，都可能未達刑事不法的程度。

第二個是特別嚴重，你要加重。關於加重的特色，剛才報告同學有提到是無法辯解，也就是不可逆轉的損害，其實它另外一個特色是，因為是用可隨身攜帶的手機，所以可以隨時隨地、如影隨形，還可以反覆不斷，如果強調工具上面對損害的嚴重性，可以設一個加重構成要件，比如新設刑法第304條強制罪的加重構成要件。可以參考刑法第339條之4，因為新修正詐欺罪有針對用廣播電視、電子通訊、網際網路或其他媒體等傳播工具，對公眾散布詐欺資訊，所以這是可以參考的方式。這是回應同學的報告。

接下來討論的是應刑罰性與需刑罰性。要把一個行為入刑之前，通常要討論應刑罰性與需刑罰性。應刑罰性，簡單來說就是無法容忍，客觀上要有惡害，主觀上要有惡性，良知上面有特別嚴重。德國聯邦憲法有個概念叫做「社會損害性」，你注意這個用詞是社會，其實是指社會的觀感與共識。進入第二個，需刑罰性，有沒有需要對應的意思。傳統刑法是用刑罰的最後手段性，又稱補充原則，後來我剛才回應到剛開始說，我現在拙見覺得其實刑法可以納到基本權討論，所以就用比例原則來檢驗，大法官會議都直接用比例原則來檢驗。

最後一個要向各位介紹的是憲法與刑法的關係，左側的罪刑法定原則、罪責原則、補充原則，以及刑法所保護之生命、身體、自由法益，是自啟蒙時代以來刑法用來控制立法機關的恣意性，它隨便立法，所以我們要靠這個來。但是後來有人說，這樣並沒有比較好，因為刑法與憲法全部都有相同功能：法治國原則就是罪刑法定原則；過度禁止原則就是罪責原則，就是刑法57條，量刑不是以它的責任，就是以違法的責任來量刑；補充原則（亦即最後手段）就是憲法的比例原則。上位階是基本權，那我們基本權有衝突，基本權競合，所以後來有人主張刑法無須自己形成體系，置於憲法下即可。大家可以去看大法官會議解釋，有一些會提到補充原則、罪責原則，可

是大部分都用比例原則，但這有盲點，因為刑法畢竟是個較特殊的領域，所以直接列在基本權之下討論，其實用罪責會比較好。

以上是我針對報告同學的一些回饋，謝謝大家。

意見交流及討論

主持人：謝謝彥霖非常詳細的分析，也謝謝蔡教授精闢的評論。各位有什麼問題，可以提出來就教於兩位。

陳彥霖：院長，蔡教授。首先，非常感謝蔡教授詳細地、切中要點的評論，我也會回去再思考，再依據老師提供的建議去調整本文的內容。剛才老師有提到，針對國家保護義務的篇幅，是不是要加以擴充，原本我的確想要從基本權著手，撰寫通篇論文，但後來發現要多從刑法的角度加以著墨，所以才會綜合討論不同法領域的問題。第二個是，老師提到中國大陸是否有相關權威文獻，其實我看的大陸文獻，針對這個議題的部分有個特色，就是不太引註，所以我也只能就是盡自己的力量去整理。

其次，我有兩個問題請教老師的意見。之所以我會有點猶豫我國法到底適不適合去訂定一個特別的構成要件去處理人肉搜索的問題，就想到因為我們在構成要件上面的描述，如果訂得太嚴格，是否可能很難涵蓋到人肉搜索的全貌；但如果構成要件訂得太廣泛，又怕包山包海，太空泛，有可能出現明確性的問題。

另外想請問老師，如果要增訂刑事騷擾罪，跟既有的刑法304條之間是否有適用上的關係？因為目前很多學者說強制罪的構成要件比較廣泛，刑事騷擾罪在手段上已經有點限縮了，不知道老師認為它和刑法304條之間的關係是什麼？

以上問題請教老師，謝謝。

蔡教授蕙芳：謝謝。雖然我們的論文題目是人肉搜索，其實內容包含網路霸凌，網路霸凌是你的第二個問題，第一個問題是人肉搜索。人肉搜索現在應該是適用個資法，而且個資法中，我認為很不錯是因為它有很多基本權衝突的衡量，讓法官於適用時可以衡量，只是個資法大家似乎較不熟悉。個資法裡面也有行政責任、民事責任、刑事責任，41條與42條就是刑事責任，大家可以看看這是否能解決人肉搜索的問題。問題是，搜索比較輕微，累積起來會有一個結果，結果就是起底，如果你不能找到誰來負責，因為是大家一起努力的，這樣就沒辦法打民事訴訟。但是資料取得只要不是入侵他人系統，是從一般資料可得的，這樣也是屬於合法。所以人肉搜索的可怕是後續結果，不是過程，因為這些人就是苦力，只是很認真用時間去換取，所以說應該是



比較不需要立法，用個資來評價應該是可以。如果第一階段，上傳個資，也可能可用利益衡量，就是個資法的公共利益條款去做基本權衝突的衡量。

第二個部分是網路霸凌，這部分其實第304條，大家如果有讀傳統刑法教科書，我看國家考試很多人也會寫第304條，要去做手段目的的衡量，所以在德國第304條是本來就一定要做出衡量，因為第304條就是現在我們台灣越來越多大家將來審判都會遇到，有人去臥軌，有人去抱樹，這些都是在主張言論自由，但可能導致他人財產行使權受限，所以傳統的強制罪，妨害名譽罪，還有吸毒的那種自殺、自傷，都有基本權衝突，特別還有墮胎，這是刑法本來在這些罪的時候就要做衡量。

我贊同你說的，如果要寫比較輕微的，是寫不出來，所以我才說，如果按照性騷擾防治法，它的標準……包括你有說過，我記得美國好像有一個叫做痛苦，痛苦就不一定有傷害，也不一定有心生畏懼，而是日常生活受到影響，這樣如果要立法，面臨的第一個問題是，要能寫得出來。這時候就有參考必要，這時候也許就可以參考，我記得美國似乎有一州是用痛苦當作要件，如果你可以把痛苦寫出來，可是它有到應刑罰性嗎？有需刑罰性嗎？如果沒有，可能也不適合立法。

目前為止，我看法官在審判裡面，其實大概也不會有什麼困擾，因為就是侮辱、誹謗、恐嚇，除非你要把你要下修應刑罰性的標準。

提問人1（學員簡志宇）：現在刑法公然侮辱罪與誹謗罪都有一些加重事由，尤其像誹謗罪有文字加重，現在網路上霸凌行為可能比傳統文字或圖畫造成更大的法益侵害，這部分是否有修法的必要？這個問題請教老師，謝謝。

蔡教授蕙芳：這是好問題。關於網路霸凌，傳統第310條第2項就是文字，傳統解釋上，文字可以包含廣播，但當時的廣播與現在的大眾媒體，以前的是單向，現在我們是行動裝置，所以有這個問題，其實第310條是可以設加重構成要件。

侮辱的話，其實也可以，第310條第2項是強暴，要針對這個行為去設加重構成要件，比較不困難，因為原本應刑法性已經確定，而且裡面也有利益衡量的條款。所以我們用既有的架構去增補加重構成要件，比較可行。如果要設一個新的去掌握原來不該當的，也就是說本來是無罪，現在要新設構成要件去掌握，就可能要進行憲法上比例原則的衡量，還有罪責原則。這可能會稍微有點難，因為刑法要比較小。

提問人2（學員張文愷）：蔡教授認為，網路霸凌應該加以規範與處罰，我也同意網路霸凌本來就應該加以禁止。但我的疑問是，什麼行為叫做網路霸凌？什麼樣的行為不是？彥霖報告提到布丁三姊妹的案例，教授認為這種網路霸凌應該被禁止嗎？如果是，這與中國貪官因網路搜索而被糾舉的案例相比，有何不同？為什麼布丁三姊妹

應該被禁止，而搜索貪官卻該被允許？差異在哪裡？

蔡教授蕙芳：網路霸凌其實不是法律用語，可能來自心理學領域，其實最早就是小朋友在學校被欺負，後來就出現霸凌一詞，這一詞很早就存在，只是網路發展之後，再冠上「網路」變成「網路霸凌」。網路霸凌不一定與人肉搜索有關，因為人肉搜索是大範圍的，但霸凌可能是同學間，現在小學生也可能使用網路，有手機，所以就變成說霸凌是一個社會學、心理學上的描述，比較強調對於小朋友或個人的身心傷害。那刑法上沒有這樣的罪，所以要看行為的具體樣態。通常法院的判決，如果是辱罵，可能就會涉及第309條，至於剛才的布丁案例，是張冠李戴，搜錯了，亂搜，那可能涉及第310條的散播不實之事，所以要看具體情況，有沒有符合第309條與第310條。

有時候霸凌只是現象的描述，不是一個罪。同學有引出美國的霸凌，那它裡面就很綜合，裡面有名譽、安全等。適用第309條與第310條時，以布丁姊妹的案子為例，也不一定都適用第309條與第310條，它是初步判斷，如果對方有侮辱或散播不實，但是如果你講的是真實，跟隱私無關，其實按照第310條是不罰。那第311條是善意發表言論，如果是評論，也不罰。

可是你的語言可能有侵害對方的名譽，只有兩種情形不需要言論自由的衡量，就是語言就成立辱罵，這個就是文字辱罵，你直接把對方貶為動物跟非人，這對人的尊嚴傷害，那是絕對的禁止，不需要討論言論自由。第二個，惡意散布，明知不實也去散布，這也沒有言論自由考量。那其他的都要考量言論自由與名譽，看個案，要法官去衡量到底是名譽保護優先、言論自由退位，還是言論自由優先、隱私名譽退位。

接下來談到高官，還是要區分情況。我看過法院的判決，曾經有個人在網路上被騙，法官說，他自己進行人肉搜索，把騙子找出來，這種情形可能在個資法中就看條文，第20條認為雖然未經許可使用或上傳對方資料，但如果是為了犯罪告訴，就可以去衡量兩個基本權，但是誠如剛才彥霖說的，行為上不能有保護過度或保護不足，這是法官要去衡量的。高官的例子是起底貪汙犯，我認為，無論是個人資料保護法或刑法的妨礙名譽罪章，或強制罪，都有可能合法，但不一定。所以你剛才說高官這件事絕對合法，我也覺得不一定，要看實際上是否過當。所以永遠就是報告同學講的兩個基本權的權衡，去調和。

提問人3（學員周禹境）：報告人的論文中區分搜索階段與霸凌階段，蔡教授是將整個行為細分為四個階段。我想請問，這四個階段或兩個階段都必須經歷才能稱為人肉搜索嗎？還是可能只進行到某個階段就停止？各個階段可能重疊交錯或同時發生嗎？我想請教報告人，在案例蒐集過程中，有沒有什麼案例可以與大家分享，幫助我



們進一步了解目前人肉搜索的實際具體情況？以上是我的問題，謝謝。

陳彥霖：謝謝同學的提問。老師將其區分為四階段，我將之區分為兩階段，我就先用我的兩階段來回答。我將它分成兩階段，但認為理論上不是必然會有兩階段，比較像是目的性取向，因為目的是要完整勾勒出整個人肉搜索的面貌，目的是在完整評價整個人肉搜索的行為，所以可能出現只有搜索行為或只有霸凌行為的個案，也可能既搜索又霸凌，或先霸凌再搜索，這也是大部分人肉搜索事實上會發生的狀況。以布丁三姊弟為例，大部分網友是一邊搜索一邊罵，越搜越多，越罵越多，所以是會發生交錯的情形。也必須要說明，搜索與霸凌兩階段是從行為上去做客觀劃分，所以前後階段的主體的確常常會不同，有些人只從事前階段，有些人只從事後階段。以上大概是基本的想法，謝謝。

蔡教授蕙芳：有個滿有名的「中指蕭」的案例，這個人開車擋在救護車前面，可能是消防局上傳車子資料，可能人臉也上傳了，當然這可能涉及隱私權，因為隱私權的概念是對方的特徵，臉或其他，經過上傳，就涉及隱私權問題。後來有一群人進行搜索，發現是台大…，之後就開始批評他，這是一個具備階段一至階段四的完整案例。這個案子起底很嚴重，連爸爸、前任女友都被起底出來，所以牽連很廣。

另外還有一個剛才提到的案例，一個被害人在網路上被騙，被害人自己進行人肉搜索，所以可能沒有後面的霸凌，如果有，也只是火花，就是找到加害人之後，兩人可能有一些對話，這樣就會有公然侮辱的問題。報告同學提供很好的架構，切入階段與行為人。如果是第一階段是很特定，因為有一個源頭，上傳影片，所以我們要談行政責任、民事責任、刑事責任，都比較清楚；這樣具備惡性是因為引發後續搜索。但是後面這個階段是大家累積，這個在刑法上無解，因為刑法碰上複數行為人只有一種模式：共同正犯。

如果不是共同正犯，而且共同正犯一定要是故意，你只能回到民法第185條共同侵略行為。當然同學已經講到因果關係難以證明，所以這個部分就只能回到自律機制，還要想辦法用別的方式，如利用網路管理功能把對方資料下架，所以報告同學講的對策，可能他原來是要寫一個整體思考，所以才使用對策一詞，後來比較是在做法律議題的探討。那同學其實也講到一個對策是，中國可以切斷連線，這也要檢驗有沒有比例原則。

我國是利用別的方式，像第185條的酒醉駕車。在比例原則討論上，其實刑法不一定比民法更有預防功能，其實有時候吊銷執照，使其不能開車，遠比用刑法管制更有效果。所以同學提到基本權，那比例原則可以來探討，無論網路霸凌或人肉搜索，你

就去掌握刑法可以被評價的，有完整性的。那些都需要門檻，要嚴格適用第309條與第310條。這個條文我們大概都不缺。如果不該當，當然就無罪，我個人是比較是這樣，就讓別的領域去規範，用別的方法達到目標。現在是比例原則會這樣，刑法還是做為最後手段。

這個報告很有意義真的是新興問題，我還是沒有看到談人肉搜索，霸凌有，所以這個報告非常有價值，可能未來大家判案，案子也可能都會有這些問題。

提問人4（學員林柔孜）：我有兩個問題分別想請教報告人與蔡老師。報告人提到，可能有網路平台問題，如大陸有個貓扑論壇，有機制讓賞金獵人獲得報酬，促使大家更願意進行人肉搜索，乃至於公開資料與侵害他人隱私。網路平台作為人肉搜索的載體與空間，於犯罪或侵權行為中有一定重要性，想請問報告人認為網路平台於其中可能扮演什麼角色？或認為應該承擔什麼責任？

以下問題請教蔡老師意見。剛才老師評論時，分成搜索與霸凌，跟報告人採取比較類似的觀點。關於霸凌階段，除了現有名譽罪章、隱私罪章，以及原本的罪之外，無論是增設刑事騷擾罪或使用304條加重，即便使用304加重，也只是方式與刑度更明確一點而已，仍無法解決剛才老師提到的複數行為人問題，我們找不到一個真正的行為人去歸責。所以霸凌階段，似乎比較難找到一個現行額外出來的立法方式或解決方式，所以又要回到搜索階段。剛才老師的認為可以從個資法的角度切入，因為我對於個資法比較不太理解，所以特別想就教老師關於個資法的適用情形。個資法的內容，有提到「特定目的」，無論蒐集、利用、處理，都須經「特定目的」此一要件的解释，剛才老師也提到個資法第19條與第20條中的「特定目的」，不知老師有什麼看法？

還有一個我自己比較不太能理解的問題，在布丁三姊弟的案例中，多數資訊都是布丁三姊弟自行公開的，如在臉書上或交友社群軟體上。如果是當事人自己公開，由其他人拼湊出來成為一個完整的圖像，不知個資法中是否有相關規範或應負擔的責任？因為大家可能是見義勇為，看到一些東西就把它PO上去，但其實個資法規範很嚴，所以不知道老師對於這部分有沒有什麼樣的看法？謝謝。

蔡教授蕙芳：於搜索階段，我認為第一階段可以找到行為人，因為有一個發動者與明顯的上傳行為，所以我認為第一階段有行為人。比較困難的是不特定群體自發性地加工，以至於產生一個結果：非自願性的曝光。這絕對是隱私的侵害，但刑法上關於隱私的保護，只能從妨害秘密罪章去看，但裡面沒有合適的條文，因為關於隱私保護的條文有限，比較可以用的話是個資，其精神就是蒐集、處理、利用。剛才同學



提到的臉書公開，個資法第19條規定，非公務機關（即自然人，亦即今日探討案例主體）蒐集個資，除了第六條（特種個資）之外，應有特定目的。所以剛才同學問我「特定目的」如何使用。除了「特定目的」，還要符合下列情形之一，其中第七款就是個人資料取自於一般可得之來源，這就是指臉書這類，當事人自願公開。理論上，本來是自願公開，通常比較不會有隱私侵犯的問題，但有一個可能。剛才我有分享到Westin教授所提的四種隱私狀態，第四種狀態是隱退，亦即雖然處在公共場所，但仍會有心理界線，希望他人不要靠近我，例如許多明星在公開場合，但一般人仍不能靠太近，所以這些明星已經出來、曝光了，但心裡還是有一條線，所以如果妳認為臉書上的資料就是有意給大家看，可能也太過。所以可能就用這條，也許其實當事人還想保護一點隱私。不過這有個但書，搜索人是第七款的個人資料取自一般可得的，所謂「一般可得」就是臉書資料，沒有加密，沒有設限，所以可以輕而易舉地找到，可是通常沒有加密，那是因為不在意，被人家知道沒關係，可是這是因為很多人沒有隱私的概念，可是有一天被暴露的時候，會覺得隱私很重要，所以當當事人有隱私的期待時，我們必須進行權衡，再看回被搜索人對該資料的處理與利用，是否有更值得保護的重大利益。所以這個要去衡量，易言之，其隱私保護更大。

至於如何解釋個資法第19條非公務機關蒐集、處理、利用應有特定目的，這就真的問倒我了，這個我也不太清楚。因為自然人蒐集會有什麼特定目的？這很難想像，我個人覺得這也需要再研究，釐清何謂「特定目的」。

陳彥霖：關於網路平台部分，我迅速解釋一下。這裡要分成兩個問題點討論，第一個是網路資訊平台是否應隨時過濾，主動刪除言論，負有主動義務；第二個問題是收到通知後，是否要被動地移除平台內容。兩者一個是主動義務，一個是被動義務。基本上，目前實務見解都認為，網路業者皆不須負主動義務，也不用負被動義務，因為如果要求他們負起這個義務，就代表要讓網路平台有一個編輯、控制言論的權限，這樣有可能會侵害到言論自由。以上是大概簡要回答，謝謝。

主持人：謝謝。大家討論到欲罷不能，蔡教授肯定這個題目，非常有意義，有是很新興的法律問題，從來無人於國內發表過文章，所以竟然在學院中有同學提出，非常難得。這兩位同學發表的文章，將來都會收錄於《司法新聲》，所以大家還可以進一步探討。像這樣的討論，讓同學在未來雖然實務工作繁忙，但還能探討學術相關問題，也不要放棄鑽研法律理論的動機。今天非常感謝蔡教授與辛苦報告的兩位同學。今天研討會就到此結束，最後掌聲鼓勵，感謝他們三位。