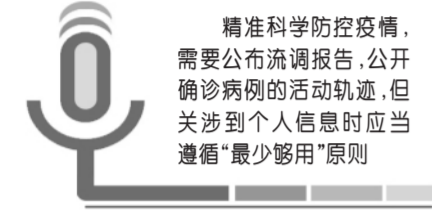




流调报告“不提人”兼顾知情权和隐私权

热点聚焦



精准科学防控疫情,需要公布流调报告,公开确诊病例的活动轨迹,但关涉到个人信息时应当遵循“最少够用”原则

何勇

上海市卫健委1月23日公布的一则疫情流调报告,因为“只提地点不提人”得到多方点赞。北京1月24日公布的流调报告也隐去了确诊病例的年龄、性别等信息。

这项人性化的政策,既让确诊病例的个人信息不再“裸奔”,也再次提醒公众:我们的共同敌人是疫情,而不是那些不幸的感染者。

流行病学调查是掌握病毒传播途径、防控疫情的关键措施之一。发布流调报告,公开确诊病例活动轨迹,既有助于保障公众知情权,也能强化公众疫情防控意识和能力。此次新冠肺炎疫情暴发以来,很多老百姓也养成了查阅当地确诊病例活动轨迹的习惯。

但此前,国内很多地方在通报疫情时,发布的流调报告内容除了详细介绍确诊病例的活动轨迹,还会公开确诊病例的性别、年龄、家庭住址、工作单位等个人信息,这成为一些人窥探确诊病例隐私的渠道,乃至造成确诊病例被“人肉搜索”,进而遭遇网络暴力。此前曾出入酒吧的成都女孩,连续6天下班乘车的石家庄女子身陷网络暴力事件,就是例证。这些事件也引发了人们对流调报告泄露确诊病例隐私的担忧。

此次上海北京两地发布流调报告,选择“只提地

点不提人”的流调公布方式,隐去确诊病例的性别、年龄等个人信息,无疑是一种进步做法,既保障了公众的知情权,也保护了确诊病例的个人信息安全,做到了疫情防控与个人隐私保护之间的精准平衡,可谓一举两得,值得点赞,这也应当成为疫情通报和发布流调报告的标配。

从法律角度说,确诊病例跟普通大众一样,其隐私权受法律保护,任何人都不能侵犯。此前一些流调报告虽然没有公开确诊病例的全部个人信息,但由于公布的信息中包含性别、年龄、家庭住址、工作单位等内容,很容易被熟悉的认识出来,这就给确诊病例个人信息安全埋下了隐患,容易损害他们的合法权益。而从疫情防控角度来说,公布确诊病例的性别、年龄等个人信息,其实并无实质意义,因为这些个人信息与防控病毒传播并不直接关联。

同时,流调报告公开确诊病例的个人信息,也容易模糊公众关注的焦点,人们不再密切关注活动轨迹与

自身的关联性,而是将重点放在确诊病例的人生经历和生活境况上,这不但有助于疫情防控,还会给疫情防控增添堵、添乱,甚至可能引发人们对流调报告安全性、可靠性的质疑,打击人们配合流调的积极性,从而影响疫情防控大局。

总而言之,精准科学防控疫情,需要公布流调报告,公开确诊病例的活动轨迹,但关涉到个人信息时应当遵循“最少够用”原则,切实保障确诊病例的个人信息安全。此次上海北京两地的举措,是对民众呼声的及时回应,体现了以人为本的理念,也为今后其他地方疫情防控数据的收集、运用,保管工作作出了良好示范。

当前,国内一些地方的疫情出现反弹,呈现出多点散发零星病例和局部聚集性疫情交织态势,因此疫情防控形势依然严峻复杂,在此背景下,希望上海北京两地的经验能尽快在全国范围内推广实施,这是重视个人隐私权的应有之义,也是疫情防控、公共管理精细化的应有之策。

正当防卫案件何以难办

编者按:本栏目上期刊发了《正当防卫为何必须回归防卫的本源》一文,从历史角度关注了正当防卫制度的演进,本期文章结合司法实践对办理正当防卫案件存在的难点进行评析。

吴炳彦

正当防卫是我国法律赋予公民保护合法权益、同不法侵害作斗争的重要权利和手段。司法实践中,公安司法机关普遍感到正当防卫案件“难办”,从山东于欢案、昆山“龙哥”案到福州赵宇案、云南唐雪案等正当防卫案件,无一不引发社会各界高度关注。2020年9月,最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合发布《关于依法适用正当防卫制度的指导意见》(以下简称《意见》)后,最高法、最高检又陆续发布了涉正当防卫典型案例和指导性案例。我们在结合案例以案析法,推动深入理解和准确把握《意见》的同时,更应当正视正当防卫案件之所以“难办”的症结及背后的深层次原因。

案件难办,难在判断。司法办案的过程,是一个判断的过程,即通过判断事实、证据以及适用的法律,进而判断罪与非罪、此罪与彼罪、罪轻与罪重。正当防卫案件恰恰切中当前司法办案的软肋。首先,重形式轻实质的判断。一般而言,司法人员办理刑分则规定的犯罪案件,重点是判断构成犯罪的四个要件是否齐备,这是一种典型的形式判断。正当防卫制度被规定在刑法总则中,虽然一般应当具备起因、时间、对象、意图、限度五方面条件,但相比具体罪名的构成要件,常用的形式判断似乎一下不灵了。因此,《意见》规定“要准确理解和把握正当防卫的法律规定和立法精神”,言下之意就是提示司法机关要作出实质判断。

其次,重构成要件轻后果的判断。司法人员找齐构成要件背后的逻辑,是一种单向判断,即只考虑是否成立犯罪,不再考虑是否可能出罪。而正当防卫制度偏偏需要双向判断,既需要从正向判断是否“正当”,还需要从反面判断是否“过当”,甚至还需要判断是否系特殊防卫,这就更难把握了。

再次,重结果轻过程轻情节的判断。某一行为构成犯罪,必须具备社会危害性,司法人员主要根据刑法和司法解释规定的数额、数量、情节、后果来判断,类似于做算术题。然而,我们无法像做算术题那样简单比较防卫瞬间的不法侵害与防卫行为的得失轻重进而判断孰轻孰重,因此《意见》强调,要综合考虑案件发生的整体经过,注重查明前因后果,分清是非曲直。

最后,基本不作价值判断。司法人员办理案件更多时候满足于形式不违法,重形式、重构成要件、重结果的判断也基本可以满足形式不违法,即最后处理结果大差不离,轻视社会效果。而正当防卫恰恰蕴含着维护公民权利、鼓励见义勇为、弘扬社会正气等重大制度价值,办案时不作价值判断难免陷于机械司法,就案办案,孤立办案。

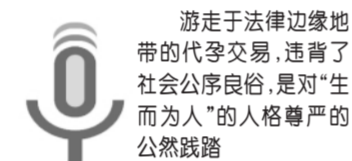
案件难办,难在担当。正当防卫案件造成的损害后果大多非死即伤,司法办案中尤其需要责任担当。实践中,司法人员不敢担当、不愿担当、不善担当,有多种表现形式:以“苛刻”免责,往往是在“理性假设”的基础上,苛求防卫人作出最合理的选择,特别是在致人重伤、死亡的案件中不敢作出认定;以“超脱”免责,往往以“事不关己高高挂起”的超脱态度,要求防卫人是一个冷静理性、客观精确的旁观者,而不是换位思考问问“假如我是防卫人我会如何处理”,置身事外地想想“一般人在此种情况下会如何处理”;以“和稀泥”免责,在办案中无原则地“和稀泥”,特别是不注重区分防卫行为与相互斗殴的界限,只要双方都动手了,就认为是打架斗殴,各打五十大板,“打输了进医院,打赢了进牢房”。笔者以为,案件再难,勇于担当,把自己摆进去,有效化解矛盾、释法析理,就不难。

案件难办,难在治理。正当防卫案件往往让人“拍案惊奇”,惊之惊,案件扑朔迷离,百转千回;奇之奇,背后人生冷暖、世间百态,每一件案件犹如一个多棱镜,折射出案里案外的深层次社会治理问题,引人深思。比如,王新元、赵印芝正当防卫案(涑源反杀案)中,其女儿遭遇“野蛮男友”多次上门滋扰、短信威胁,报警后公安机关多次出警,训诫无效,一家人长期精神高度紧张,心理极度恐惧,最终酿成惨案,有关地方和部门是否真正履职尽责?重庆市梁平区“男子欲性侵13岁继女遭妻子锤杀案”中,有关部门是否依照反家庭暴力法的规定认真履行了家庭暴力的预防、处置职责?《意见》要求,办理一案、教育一片,办案机关更要敢于发现案件背后的制度不健全不落实,监督监管职责在明显漏洞等问题,通过检察建议、司法建议推动改进工作、完善治理,助力国家治理体系和治理能力现代化。笔者以为,案件再难,通过推动源头治理,减少违法犯罪隐患,把坏事变成好事,案件越少越好,自然就不难了。

(作者系最高人民检察院法律政策研究室处长)

莫把孕育生命当成一场交易

法治观察



游走于法律边缘地带的代孕交易,违背了社会公序良俗,是对“生而为人”的人格尊严的公然践踏

吴焱

有的夫妻因生理原因无法生育,有的人担心事业受阻而不愿生育,为此,有人选择到海外代孕,有人采用非法方式在国内代孕,以延续血脉。近期,某女明星“代孕弃养”的新闻登上热搜,让全社会开始再次关注代孕,隐藏在幕后的代孕法律问题重新浮出水面。法学界亟待重新审视近年提倡的放松代孕呼声,社会各界也需高度关注代孕引发的伦理、社会、健康等一系列问题。

代孕是指有生育能力的女性借助人类辅助生殖技术,为他人妊娠、分娩的行为。目前的代孕大多指有偿代孕,即委托通过非法中介机构安排代孕。代孕通常要由医院或医生等专业人士负责实施,委托人要向代孕者、医生、中介机构等支付高昂费用。目前,代孕交易的违法成本过低,是导致灰色

产业链兴旺的直接原因,其背后透露出的是对生命的淡漠态度。代孕交易不仅给代孕子女带来诸多不确定风险,也会侵害代孕者的身体权与健康权。现实中,一些农村妇女因代孕多次做流产手术,导致终身无法生育甚至死亡。

无法生育者在法律上同样享有生育权,但无论是基于价值追求抑或利益衡量,代孕子女的权利保护,应当高于代孕诉求人群的生育权。在代孕交易中,“包生男孩”代孕者若怀上女孩,可能会被强行终止妊娠;当婴儿出现身体缺陷时,可能面临被丢弃。法学界不应仅关注代孕委托者的生育诉求,更应注意到代孕弃养、妊娠终止、非法交易等引发的各种法律问题及社会风险。婴儿是绝对的弱势群体,他们无法对自身权益提出诉求,也无法进行自我保护,只能完全依赖于父母或监护人。实际上,非法代孕而后弃养绝非小概率事件,这种做法还涉嫌构成遗弃罪。

对于代孕行为的法律效力,理论界和实务界曾众说纷纭、看法不一。有观点认为,若不承认代孕合同的有效性,则可能给代孕双方带来不可预期的风险。然而,代孕者不是工具,孩子不是商品,双方自愿达成代孕的合意,也不意味着代孕合同当然有效。非法代孕机构将弃养及终止妊娠等行为称为“退货”,在他们眼中,孩子俨然成为一种被预约的商品,这严重违反民法典第8条、第143条和第153条关于公序良俗的规定,是法律不能容忍的行为,不

应承认代孕合同的效力。因此,无论基于何种原因实施代孕,代孕的法律风险都非常高,若一方反悔,即使另一方诉至法院,也难以有效维权。

当孕育生命变成一场交易,当孩子成为一种商品,谁才有资格成为代孕子女的合法监护人?我国民法典第1073条对亲子关系确认作出规定,“对亲子关系有异议且有正当理由的,父或者母可以向人民法院提起诉讼,请求确认或者否认亲子关系”。该条款并未界定何谓法律意义上的亲子关系,但依据我国传统观念及有关实践,“分娩”是判定亲子关系,尤其是母子关系的首要依据。在代孕中,孩子虽为代孕者所生,却与其不存在血缘关系,如何确认亲子关系及合法监护人,遂成为司法实践的棘手问题。在对代孕子女尚无充分法律保护的背景下,若急于放开代孕禁令,将造成不可小觑的不良影响及难以挽回的社会悲剧。

代孕问题,关系到部分人群的生育权,更关系到未成年人的健康成长。游走于法律边缘地带的代孕交易,已经完全违背了社会公序良俗,是对“生而为人”的人格尊严的公然践踏。就此而言,立法者需要正视代孕行为,加大打击非法代孕机构的力度,提高非法代孕交易的成本,审慎对待放开代孕的呼声,高度重视代孕子女的权益保护,不要让女性成为生育工具,让孩子沦为非法获利的商品。(作者系兰州大学民典法研究院副院长、副教授)

图说世象

近日,有媒体记者从中国裁判文书网获悉,上海一职员因父亲生病请假回家,因公司未准假,次日准备返回上海,途中得知父亲去世,再次回老家乡安徽办理丧事,一周后返沪被公司以无故旷工三日为由辞退。后一、二审法院均驳回涉事公司诉求,判决其违规解除劳动合同,赔偿涉员工7.5万元。

点评:涉事公司以旷工为由辞退员工,看似严格遵循公司考勤制度,实则枉顾民俗、违背伦常、不近人情,也触犯法律。两审法院的态度,不仅为被辞退员工撑了腰,也给一些任性的公司以有力警示。

文/马树娟



漫画/高岳

抓取他人数据,缘何构成不正当竞争

E法之声

薛军

最近一段时间,北京市海淀区人民法院针对两个涉数据权益的不正当竞争案件先后作出判决,引发业界高度关注。一是新浪微博诉超级星饭团案,二是抖音诉刷宝案。两个案件都是被告方被指控采取各种手段,抓取原告方运营的平台上呈现的各种类型的信息。相关数据在微博案中主要是明星、网红所发的各种微博动态,在抖音案中主要是用户上传的视频及用户评论互动信息。

海淀法院在两个案件的一审判决中,都认定被告的数据抓取行为构成了不正当竞争行为。这两个案件还有一个特点就是,法院都支持了原告方提出的数额不低的损害赔偿请求。在新浪微博诉超级星饭团案中,法院判决被告赔偿原告损失1000万元;在抖音诉刷宝案中,法院判决被告赔偿原告损失500万元。这些赔偿数额相比于先前类似案件的象征性赔偿数额,有显著提高,这表明司法机关已经不再满足

于对相关行为进行定性,也加大了对此类不正当竞争行为的制裁力度。这毫无疑问是正确的,因为如果没有强有力的制裁,就相当于违法者不会为其行为付出成本,那么即使法律上有相对清晰的行为定性,也不能真正遏制某些人明知故犯。而这似乎正是数据抓取型不正当竞争行为屡禁不绝的原因所在。

因数据抓取而引发的不正当竞争纠纷,并不是一个新事物。法院在此前的类似案件中,如大众点评诉百度案,也作出了相同的认定。上述海淀法院的两个一审判决,在裁判思路上也延续了先前的逻辑,着重分析数据抓取行为是否构成对原告平台功能的实质性替代,即是否属于不具有正当性理由的损人利己;是否属于不劳而获地搭便车行为;是否影响目标平台的正常运行以及相应平台责任的履行等。在这些分析的基础之上,得出被告的行为构成不正当竞争,应该说,法院的裁判思路是妥当的,论证也是有说服力的,值得支持。

在笔者看来,这两个判决,具有超越个案的重要理论价值,非常值得探讨和进一步挖掘。数据抓取型的不正当竞争,之所以引发讨论,其中最关键同时也最容易引发争议的问题,仍然是平台对平台上的“用

户生成内容”(UGC)数据的权属界定问题。在上述两个案件中,在平台上呈现并且被抓取的数据,其生成(创作)主体是用户。在微博案中是博主所发微博,在抖音案件中是用户所发布的视频和评论。既然平台并非这些内容的生产者,那么有什么理由不允许他人来抓取呢?

其实这里涉及的就是数据权益如何界定的问题。需要注意的是,这里所指的数据,应该作广义的理解,而非狭义的作品,因为在不少情况下,与数据有关的权益分配机制与著作权权利体系存在区别。例如用户上传到抖音之类的短视频分享平台上的自主创作的短视频,毫无疑问,其创作者享有著作权,但相关视频一旦以特定方式上传到视频分享平台上,平台需要投入大量人力、物力、存储、计算资源,才能让相应的视频作品以特定的方式存储、播放,并且能够被平台用户观看、评论、转发。经过这一转化之后,这一作品也同时构成“平台数据”的组成部分,平台对其也应当享有相应的权益。平台对用户上传视频所享有的这种数据权益,与作者基于创作而享有的著作权其实是并行不悖的,那种认为既然作者享有著作权,就意味着平台不享有数据权益的观点,在实

质上忽视了数据权益本身所具有的复合、多元的特点。究其根本,仍然是对数据现象的理解存在偏误。

但问题在于,平台对相关数据所享有的,究竟是什么性质的权益?目前我们似乎只能通过反不正当竞争法对此类数据抓取行为进行规制,来间接映射这一权益,而放弃从正面予以定性。这固然是解决问题的一种思路。但基于个案中的行为规制,似乎难免沦为一种事后的定性,对相关行为缺乏积极的正面引导。

在笔者看来,对于数据权益的界定,在一定程度上可以借鉴德国法上的“框架权”理论,也就是说,我们可以而且应该从正面认可类似微博、抖音、微信之类的平台,对于其运营的平台上呈现的各种数据,享有一种作为框架权性质的数据权利。但在涉及这一权利的范围、边界的具体判断时,需要融合较多的公共政策的因素。对于侵犯平台数据权利的行为,特别是抓取其他平台上数据的行为,是否具有不法性、不正当性的判断,需要有更多的实质性论证。

平台经济的发展,催生了新的社会现象。平台数据就是其中的一个重要表现形态。法学只有不断发展与创新,才能够回应实践中不断涌现出来的新问题与需求。

(作者系北京大学法学院教授、北京大学电子商务法研究中心主任)

治理儿童软色情表情包当形成合力

社情观察

安冀

“我馋你身子好久了”“想把你压在床上”……最近,网络上出现一批儿童软色情表情包,引起了公众关注。在这些表情包里,不谙世事的孩童依然有着纯真的笑容、懵懂的采萌,但这份童真与一些带有“颜色”的性暗示文字组合在一起,还是引发了很大的争议。

表情包是当下网络社交中一种不可或缺的语言,用在寒暄、缓和气氛、表达友好、终止谈话等情境下,往往能起到远甚于文字的表达效果。尤其是一些萌趣十足的儿童表情包,更能为聊天营造出一种轻松活泼的氛围,因此颇受用户欢迎。但是在呆萌、可爱的儿童表情包上,配上性暗示,甚至是性明示的文字,让其作为表露自己欲望的载体,则让人颇为不适。

当然,也有人认为,即便在儿童表情包上添加一些软色情文字,使用者本人也并非恶意。在我们这样一个羞于谈性的社会文化中,把羞于启齿的需求以“直言无忌”的方式婉转迂回地表达出来,既能有效传递出“性”息,试探对方,也能为自己留有余地,不至于使场面太尴尬。这种观点可谓道出了儿童软色情表情包流行的文化基础。

如果说情侣恋人之间萌趣化的儿童软色情表情包表达需求,属于非常私人化的、隐秘性的个人传播范畴,那么一些电商平台、公众号、App将儿童软色情表情包作为商品出售,或借此吸引流量,无疑加速了儿童软色情表情包的社会化传播。在这些儿童软色情表情包的社会化传播中,儿童天真呆萌的表情不再是一种童趣,而是一种能够带来经济利益的工具和带来流量人气的手段,由此引发的社会争议和法律风险也随之放大。

实际上,很多售卖儿童表情包的商家,并未取得这些孩子监护人的授权,而且将儿童表情包配以性暗示的软色情文字,很容易让外界将儿童本人同色情印象关联起来,造成儿童社会评价降低,因此这种行为不仅侵犯儿童的肖像权,还涉嫌侵犯他们的名誉权 and 人格权。去年修订的未成年人保护法新增的“网络保护”专章,也明确规定任何组织或者个人不得通过网络以文字、图片、音视频等形式,对未成年人实施侮辱或者恶意损害形象等网络欺凌行为。由此观之,这种以盈利为目的,制作销售传播儿童软色情表情包的做法,不仅突破了社会的道德底线,而且违背了立法精神,触碰了法律红线。

从网络内容生态治理的角度看,依据国家网信办颁布的《网络信息内容生态治理规定》,网络信息内容生产者不得制作、复制、发布侮辱他人、侵害他人名誉、隐私的违法信息;同时,应当采取措施,防范和抵制制作、复制、发布带有性暗示、性挑逗等易使人产生性联想的不良信息。这就意味着,在互联网上制作、销售、传播儿童软色情表情包,均违反了这一规定。此外,依据此项规定,网络平台一旦发现违法、不良信息,应依法立即采取处置措施,并向有关主管部门报告。也就是说,在儿童软色情表情包的传播过程中,平台并非事不关己的旁观者,而是要承担相应管理责任的。如果放任儿童软色情表情包的销售和传播,那么也要承担相应的法律责任。

由此说开,表情包作为一种网络社交语言,的确有其存在的巨大市场需求,但这其中也是鱼龙混杂,各种侵权现象频发,对此有必要制定表情包的行业标准。以儿童表情包为例,很多带有软色情意味的表情包就极不利于儿童权益的保障,为此有必要从保护未成年人的角度出发,明确厘清儿童表情包中合法与非法的边界,从而为平台进行技术拦截管控提供具体的指引,也为监管部门执法治理提供细致的依据。

保护未成年人的合法权益,尊重未成年人的人格尊严,让未成年人免受低俗网络文化的侵蚀和影响,是全社会共同的责任。避免软色情表情包借助儿童形象招摇过市,就需要完善法制,建立标准,严格执法,只有各方形成合力,营造出风清气正的网络空间,才能最大程度守护童真,呵护童趣,保护童心。