

刑法应对网络暴力的流变及其基本立场

储陈城

【摘要】网络暴力作为一个社会问题,经历了以音像暴力、网络软暴力、人肉搜索以及当下的网络中伤为主要内容的形式流变。因应网络暴力的内容变迁,刑法从坚守罪刑法定原则,保持审慎克制,开始转向追求预防效果,显现出积极介入的倾向。为优化刑法参与网络暴力的社会治理,可采用“网络暴力的核心特征+可能构成犯罪的行为”的方式来界定网络暴力的概念,挤压非规范性语词在网络暴力界定中的比例,以保证刑法明确性原则的贯彻。根据反言论法则,当公民基于公共利益对公众人物或者组织发布涉网络暴力言论时,也应慎重对其施以刑罚,以消除萎缩公民监督的隐患。根据冒犯原则,应将“转发”“评论”等不具备深度性冒犯和具有日常性的行为排除出犯罪圈,以防止刑法追究刑事责任主体的范围过大。由于遭受网络暴力的被害人举证困难,公安机关和人民法院应在为被害人协助取证上切实履行各自职能,激活自诉制度,以避免刑法规制网络暴力流于象征化。与此同时,立法机关应出台《反网络暴力法》,对网络暴力的法律治理予以协调和指导。

【关键词】网络暴力;反言论法则;冒犯原则;自诉;反网络暴力法

【作者简介】储陈城,安徽大学法学院副教授。

【原文出处】《中国刑事法杂志》(京),2023.4.35~52

【基金项目】本文系国家自然科学基金后期资助项目“利益衡量视角下刑法规制尖端网络技术问题研究”(项目编号:21FFXB071)的研究成果。

一、问题的提出

网络时代,任何人都可以利用互联网传播信息,而且信息接受的群体呈现出聚量性激增。信息交流越便利,验真难度就越大,由信息急速流转带来的权利侵犯事件就越容易发生。^①网络暴力就是如此。虽然同为言论表达行为,但是有了网络的加持,便会产生远远大于传统侮辱罪、诽谤罪的社会危害性。

2020年5月23日,日本职业摔跤手木村花在参加某恋爱真人秀节目后自杀身亡,原因是其遭受了严重的网络暴力。在木村花自杀前的三个月内,推特上约有200个账号发布超过300篇诽谤、辱骂她的文章,与此同时,这些文章也带来了大量匿名恶意评论。其中一名男子多次对木村花发布匿名恶意评价,包括“你的个性这么差,还有脸活下去吗?”“你打算什么时候去死?”等内容。2021年,检察机关指控

该男子的帖子内容“极其恶毒”,^②法院最终判决其构成侮辱罪,罚金9000日元。^③木村花案在日本发生并非偶然。自2011年以来,日本每年发生的网络暴力案件约有200起。相关调研显示,虽然明面上表示参与过网络暴力的人只有1.5%,但是不少人认为在互联网上“可以相互指责”,而且越是年轻的人越觉得互联网是“想说什么就说什么”的地方。^④日本法制审议会刑事法讨论会研究侮辱罪的资料中,公布了2020年30起典型的侮辱罪案件。这些案件均属于通过网络暴力的方式实施,且大部分受害人为女性或者儿童,侮辱的主要载体多为涉性话题。从结果上来看,刑罚较为轻缓,均为罚金9000日元至9900日元。^⑤鉴于日益严重的网络暴力现状,而刑罚力度相对轻缓,以木村花案为导火索,2022年6月13日,日本法务省发布《刑法等部分修正的法律》,修正案

涉及内容之一就是侮辱罪的修改。侮辱罪原来的法定刑是拘留(30日以下)、罚金(1万日元以下),修正后的法定刑提升为1年以下有期徒刑或者监禁、30万日元以下的罚金或者拘留、罚金。与刑法相配套,《日本刑事诉讼法》第250条也将本罪的追诉时效从1年调整为3年。但是,值得注意的是,这一做法从一开始就被质疑“可能会对监督性言论产生萎缩效果”。^⑥

无独有偶,早在2008年10月,韩国人气女演员崔真实因不堪网络暴力而自杀的事件,也引起了韩国立法机关的积极反应,以新设严惩网络中伤的网络侮辱罪等为内容的《信息通信网利用促进法的修正》,这也被称为崔真实案。^⑦在韩国,很早以前就开始出现网络暴力的社会问题,比如在网络上散布虚假事实、诽谤中伤,暴露他人隐私信息,进行人身攻击等,而且时常出现被中伤者精神衰弱甚至自杀等后果。根据韩国警察厅的资料显示,与利用网络实施诈骗、侵害个人信息等犯罪案件案发数量各年度呈现出不规则的波状起伏状态不同,网络暴力案件在该国呈直线型持续增加的态势。以2004年到2007年的数据为例,2004年网络暴力的案发量为3667件,到了2007年则飙升至10028件,增加了173%。为了抑制网络暴力,一方面,韩国实施了网络实名制。这一制度要求平均每天超过十万人访问量的互联网门户网站和媒体网站用户(或读者),在网站上发表评论时,有义务以某种形式进行本人确认。^⑧另一方面,韩国制定了网络侮辱罪。新设的网络侮辱罪的法定刑更重,并从亲告罪转变为公诉罪。^⑨但是,需要说明的是,这些措施曾于2012年被韩国宪法法院认为“侵犯了个人隐私及阻碍国内互联网事业发展”因而是违宪的,一度被废止。^⑩

面对网络暴力,提高原有罪名的法定刑或者增设法定刑更重的新罪名,配以其他法律的修订如刑事诉讼法或者行政管理法,相互配合以期实现惩罚和预防网络暴力的目标,这是日本和韩国给出的方案。在我国,近年来,引起社会广泛关注的网络暴力事件被频繁曝光。2023年5月23日,武汉汉阳区弘

桥小学一名一年级学生谭某,在课间活动时被老师刘某开车撞倒并碾压,送医后不治身亡。谭某母亲杨某接受媒体采访后,网络出现大量恶意评论,对其穿着打扮和身材肆意评价,有网友质疑她在摆拍,还有网友指责她为了夺人眼球而特意打扮。6月2日,杨某坠楼自杀身亡(以下简称杨某遭网暴坠楼事件)。^⑪该案发生后不久,6月9日,最高人民法院、最高人民检察院、公安部发布了《关于依法惩治网络暴力违法犯罪的指导意见(征求意见稿)》(以下简称两高一部《征求意见稿》)。为更好促进我国刑法惩治和预防网络暴力,需要妥当回应如下质疑:一是网络暴力的概念能否满足刑法明确性的要求,二是刑法介入网络言论是否会导致公民监督的萎缩,三是刑法惩治网络暴力如何防止打击面过广,四是刑法应对网络暴力怎样避免走向规制上的象征化。

二、以音像暴力为形式的网络暴力及刑法治理的克制

从地方性规范文件开始追溯,最早开始关注网络暴力的是上海市和江西省。2011年上海市人民政府印发的《上海儿童发展“十二五”规划》提出:“健全网络协同管理机制,及时查处网络暴力、色情、赌博及其他危害儿童身心健康的内容及不法经营场所。”2014年中共江西省委《关于全面推进法治江西建设的意见》中也明确:“防范和打击网络违法犯罪。依法打击网络攻击、网络暴力、网络色情、网络诈骗、网络窃密泄密、网上造谣传谣、非法网络公关及以网络敲诈勒索等违法犯罪行为。”在中央层面,2016年教育部《关于政协十二届全国委员会第四次会议第1645号(教育类173号)提案答复的函》则提道:“积极推动‘违法和不良信息举报中心’平台建设,加大对网络暴力内容的举报查处力度,深化拓展净网行动成果,营造干净健康和谐的网络空间。”

不难看出,彼时的规范性文件对于网络暴力的理解,更聚焦在与网络垃圾信息、网络色情影像相关的网络音像暴力层面。网络暴力的社会危害性,主要体现在对青少年、未成年人等的身心健康的侵蚀。^⑫因此,网络暴力主要关注的是“网络中的一些

暴力恐怖场面,如枪战、绑架、武打、黑帮道会、走私贩毒等”,以及“在网络游戏中,青少年……通过角色扮演或者角色替换参与暴力恐怖行为的实施,在虚拟空间中身临其境般地感受血腥暴力恐怖的情境”。^⑬当时,未成年人因浸淫于网络音像暴力,实施恶性刑事犯罪案件不胜枚举。比如2011年发生在河南省三门峡市的李某某、程某某故意杀人案中,二被告人无故殴打被害人杨某某,对其拳打脚踢,并用水泥块猛砸其身体。在杨某某哭喊求饶中,李某某又掏出随身携带的尖刀朝其腹部横切两刀,背部猛刺一刀,后二人逃离现场。杨某某经抢救无效死亡。法院对被告人进行了社会调查,了解到二被告人过早辍学,混迹社会,整日沉溺于网络暴力影视、游戏,崇尚暴力,是非不分,追求刺激,最终走上犯罪道路。^⑭可以说,这一时期,我国开始重视并塑造最早期的网络暴力概念,并从制度层面予以关注。

在这一阶段,即便是社会危害性程度并不高于网络暴力的网络色情,也有走私淫秽物品罪、传播淫秽物品罪、组织播放淫秽音像制品罪、组织淫秽表演罪,以及制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪等诸多罪名加以规制,而且都属于最高法定刑为无期徒刑的重罪。但是,无论是制作、发布涉网络暴力内容的行为,抑或是将其进行传播的行为,刑法都不加干涉。即便也有学者提出立法建议:“对开发传播网络暴力游戏情节严重的,可以参考制作、贩卖、传播淫秽物品罪,将制作传播网络暴力游戏的行为纳入《刑法》进行规制。”^⑮但是,这一观点并没有得到任何刑法立法上的回应。涉及网络暴力的相关主体至多在行政法层面被处罚,对于涉网络暴力的治理无非是“及时查处网络暴力、色情、赌博及其他危害儿童身心健康的不良内容,加大对相关经营场所、网站的处罚力度”等。可以说,刑法在网络暴力的“元时代”,显得寂寥无声。

三、以网络软暴力为内核的网络暴力及刑法介入的审慎

网络暴力的内涵第一次出现变化与扫黑除恶专项斗争有关。2018年最高人民法院、最高人民检察

院、公安部、司法部印发的《关于办理黑恶势力犯罪案件若干问题的指导意见》(以下简称2018年《指导意见》),明确规定了“组织或雇佣网络‘水军’在网上威胁、恐吓、侮辱、诽谤、滋扰”这一黑恶势力类型,将其作为打击的重点。由于恶势力、恶势力犯罪集团与黑社会性质组织之间具有进阶性的关系,即恶势力是恶势力犯罪集团的早期阶段,而恶势力犯罪集团也是黑社会性质组织的雏形,^⑯恶势力、恶势力犯罪集团的成立必须具备与黑社会性质组织类似的“为非作恶、欺压百姓”特征,而这一特征的直接体现是实施带有暴力因素的违法犯罪行为,比如敲诈勒索、寻衅滋事等。随着网络技术的发展,黑恶势力犯罪也在网络中找到新的发展空间,网络黑恶势力在行为方式上形成网络暴力与物理暴力并存的二元状态。^⑰网络黑恶势力实施网络暴力多表现为在线上对被害人进行滋扰的软暴力,而黑恶势力进行网络滋扰的主要内容多为通过发布威胁信息对被害人的非法债务进行催收。^⑱正如有学者对恶势力团伙犯罪进行实证分析显示的那样,在2019年1月至2020年6月已判决的82起恶势力团伙犯罪案件中,有70起案件的恶势力团伙以互联网作为实施违法犯罪行为的主要平台,其中有62起案件的恶势力团伙采取了网络言语恐吓、网络暴力威胁、个人信息轰炸等行为。^⑲这反映了网络暴力已经成为网络黑恶势力的重要特质,具有黑恶势力犯罪所要求的暴力及暴力威胁相当性。

至此,第一次转变后的网络暴力概念,几乎与黑恶势力犯罪的软暴力画上了等号。这一阶段的网络暴力在刑法中的实务意义主要有两个,一是作为黑恶势力犯罪行为特征的认定标准之一,二是作为寻衅滋事罪成立的构成要件要素。但是,由于内涵和外延的模糊性,网络暴力的概念受到了质疑。在判断黑恶势力犯罪成立时,有观点认为这一概念“认定标准模糊,存在架空客观构成要件之嫌”。^⑳因此,当时一般认为仅凭网络暴力型的软暴力,难以认定黑恶势力犯罪成立。比如,2015年最高人民法院发布的《全国部分法院审理黑社会性质组织犯罪案件工

作座谈会纪要》指出,在黑社会性质组织类犯罪的认定中,如果行为人仅有轻微软暴力,在“定性时应当特别慎重”。在符某友等人敲诈勒索、强迫交易等案中,法院认为,行为人实施犯罪“手段的暴力色彩极为微弱”,不符合黑社会性质组织的行为特征。^③另一方面,由于长期以来寻衅滋事罪本身兜底条款的存在,使其成为最具代表性的口袋化罪名。由2018年《指导意见》所确立的、将通过软暴力手段“强索不受法律保护的债务”定性为寻衅滋事罪的做法,经过《刑法修正案(十一)》的调整,被构成要件更为明确、法定刑更轻的催收非法债务罪所取代。^④由此可见,网络暴力在黑恶势力犯罪语境下,尽管其内涵发生了变化,但是由于其实质内容的模糊性,再一次在刑法领域遭到了质疑。

四、以人肉搜索为代表的网络暴力及刑法惩治的谦抑

2005年前后,人肉搜索成为互联网的热门关键词之一,从陈自瑶事件、虐猫女事件、铜须门事件到死亡博客案等,受到社会广泛关注的人肉搜索案件层见叠出。由此,网络暴力以隐名的方式逐步形成了符合当时主流认知的内涵,即网络人肉搜索或人肉搜索型网络暴力。

死亡博客案被称为人肉搜索第一案。2007年12月29日,王菲的妻子姜岩从24楼的家中跳楼自杀。随后,姜岩生前的博客被网友大量点击,上面记载了她因“老公出轨”而经历的煎熬。针对王菲的人肉搜索就此展开,并且一发不可收拾。王菲与“第三者”的真实姓名、住址、照片、王菲工作单位等信息尽被披露,甚至王菲家人的相关信息也被公开。根据王菲后来在起诉书里的说法,他的生活从此受到多方面的影响:不断收到恐吓邮件、失去工作、父母住宅门口经常被涂满各种标语。^⑤本案最终以法院判定被告构成对王菲隐私权和名誉权的民事侵权而画上句号。2009年《全国人民代表大会内务司法委员会关于第十一届全国人民代表大会第二次会议主席团交付审议的代表提出的议案审议结果的报告》显示,当年有92名代表提出建议,要“追究‘人肉搜索’行为

人及网络服务提供者的法律责任”。但是,上述建议是放在修改《治安管理处罚法》的议案中的,换言之,人大代表的建议中对人肉搜索的责任设定还仅仅停留在治安处罚的层面。发生在2013年的蔡某青侮辱案,是我国人肉搜索刑事入罪的标志性案件。被告人蔡某青怀疑徐某在自己经营的服装店试衣服时偷了一件衣服,2013年12月2日18时许将徐某在该店的视频截图配上“穿花花衣服的是小偷”等字幕后,上传到其新浪微博上,并以求人肉搜索等方式对徐某进行侮辱。同月4日,徐某因不堪受辱跳水自杀。^⑥法院认定蔡某青公然对他人进行侮辱,致徐某因不堪受辱跳水自杀身亡,情节严重,其行为构成侮辱罪。

刑法应对人肉搜索型网络暴力,除了开始启用侮辱罪、诽谤罪加以规制以外,另一方面则是在刑法中添加了富有刑事程序法特色的条款,以期通过赋予自诉案件一定的公诉权能,来实现对网络暴力的进一步规制。随着通过信息网络实施侮辱、诽谤犯罪的行为增多,与传统的侮辱、诽谤犯罪有所不同,这种新形式的侮辱、诽谤传播快、涉众广、危害大,而且往往具有一定的隐蔽性,行为人通过网络化名、假名发布侮辱、诽谤信息,被害人由于难以确认犯罪嫌疑人的真实身份、固定相应的证据,其通过法律途径维护自己的权益、追究行为人的责任较为困难。为了应对在网络上侮辱、诽谤他人犯罪的新情况,适应惩治这类犯罪的实际需要,维护被害人的权益,维护正常的网络秩序,2015年《刑法修正案(九)》在《刑法》第246条中增加了一款作为第三款:“通过信息网络实施第一款规定的行为,被害人向人民法院告诉,但提供证据确有困难的,人民法院可以要求公安机关提供协助。”^⑦

其实,当时有不少学者借着刑法对人肉搜索网络暴力产生反应之东风,大力鼓动立法和司法机关作出积极反应,严惩人肉搜索行为。比如,有学者主张,面对社会对刑法提出的新挑战,应该适度扩大犯罪圈,“‘人肉搜索’通过信息网络传播他人的个人信息,将他人与某种负面事件相联系,从而造成对他人

的负面评价乃至人身、财产损失。在当前背景下,‘人肉搜索’入刑与我国刑法功能的转化趋势相契合,具有正当性”。^⑧还有学者直接提出:“在刑法第二百五十三条后再增加一条:‘以利用网站的搜索功能和人与人之间广泛的社会资源实施违法犯罪为目的故意利用网络引擎等现代信息技术获取他人信息并采用公示、传播、渲染等手段侵犯他人隐私并就此对被害人进行侮辱、谩骂等人身攻击情节严重的,处三年以下有期徒刑或者拘役并处或者单处罚金。’”^⑨即便人肉搜索引发的舆论事件不绝于耳,刑法有适度的回应且理论界也有鼓吹的声音,但是,规制人肉搜索型网络暴力的立法选择和司法应对,似乎并没有急于寻找刑法共同参与,而是倾向于采取民法、行政法或者软法治理路径,对人肉搜索型网络暴力审慎入罪。

一方面,“慎重入刑”“前置法先行”成为当时在规范层面治理人肉搜索型网络暴力的基本共识。而且,即便是“行政法规制”的方案,也遭到了社会的广泛反对。比如,2009年,徐州出台了《徐州市计算机信息系统安全保护条例》,通过行政处罚的方式禁止人肉搜索行为。这一条例遭到90%的网民反对,最后当局让步表示“揭示官员贪腐不在此限”。事实上,中央以及各地方政府也几次试图立法对人肉搜索的权利边界予以划定,但都由于种种原因而遭到事实或者法定上的政策否决而以失败告终。^⑩目前,规制人肉搜索的有效规范多为软法性质的文件。比如,2019年国家互联网信息办公室发布的《网络生态治理规定(征求意见稿)》第22条规定:“网络信息内容服务使用者不得利用网络和相关信息技术,实施侮辱、诽谤、威胁以及恶意泄露他人隐私、散布谣言、人肉搜索等网络侵权、网络暴力行为,侵害其他组织或者个人名誉权、财产权等合法权益。”再比如,2020年最高人民法院《关于人民法院加强民事审判工作依法服务保障经济社会持续健康发展情况的报告》仅是强调:“依法保护名誉权、隐私权等人格权,加大网络侵权行为制裁力度,坚决制止网络暴力。”另一方面,“慎重入罪”“民行优先”也是当时在司法适用

层面回应人肉搜索型网络暴力的基本样态。综观当时的人肉搜索典型案件,以人肉搜索为代表的网络暴力行为人所承担的法律责任的相对较轻。2015年,有报道指出“梳理近年来十起人肉搜索案例发现,被人肉者采取法律手段追究责任的仅两例”,^⑪且追究责任的主体仅限于发布信息者和网络平台。而且,时至今日,中国裁判文书网中因人肉搜索而入罪的案件也是屈指可数。即便是行为人被刑事惩处,人肉搜索也不是其中违法性判断的决定因素。^⑫

由此可见,即使网络暴力概念已经初步定型,并进入到刑法的射程范围内,但是仍然没有引发刑法积极介入的态势。之所以如此,原因无非有二。其一,网络暴力的概念仍然难以厘清。前述的《网络生态治理规定(征求意见稿)》虽然吸收了网络暴力的概念,但是正式发布的《网络信息内容生态治理规定》又删除了网络暴力的表述。《网络信息内容生态治理规定》第21条规定:“网络信息内容服务使用者和网络信息内容生产者、网络信息内容服务平台不得利用网络和相关信息技术实施侮辱、诽谤、威胁、散布谣言以及侵犯他人隐私等违法行为,损害他人合法权益。”由于概念的模糊性,网络暴力即便是在软法当中都难有容身之所,更是无法获得坚守罪刑法定原则的刑法之青睐。其二,人肉搜索型网络暴力利弊相依。在很多案件中,人肉搜索不仅起到类似于正当化行为的私力救济作用,而且有利于公民基于公共目的对公权力进行监督。前者比如在某起盗窃案中,被害人在烧烤店被盗后,调取该店监控,发现了被告人的盗窃行为。被害人将盗窃经过拍摄视频发到其微信朋友圈,对被告人进行人肉搜索。被告人迫于压力,于次日将所盗之物还给被害人。^⑬后者如在周某耕案中,其因收受他人财物人民币1071257元、港币11万元,以受贿罪被判处有期徒刑十一年。^⑭该案的案发就是人肉搜索的结果。人肉搜索的社会监督效果显著,“一旦禁止‘人肉搜索’,会削弱网民对社会丑恶现象、违法犯罪、不文明行为的监督权利,更会堵塞一条反腐败的新渠道”。^⑮早在2008年8月全国人大常委会对《刑法》进行第七次修

正时,有部分全国人大常委会委员就曾提出,人肉搜索已经超出了道德谴责的范畴,严重侵害了公民的基本权益。鉴于人肉搜索造成的危害甚至比出售公民个人信息更为严重,部分全国人大常委会委员建议将人肉搜索行为入刑。但是,由于人肉搜索存在正负功能,且还是一个新生事物,其发展趋势尚无法预料,出于慎重考虑,《刑法修正案(七)》最终并未采纳将之入罪化的建议。

五、以网络中伤为主体的网络暴力及刑法积极化的倾向

随着互联网终端越来越便捷,自媒体越来越普及,微博、微信、抖音等已成为国民发布与获取信息最为重要的途径。在某种程度上来说,自媒体前所未有地在这些平台中超越大众传媒,形成巨大的信息流量。^④在此背景之下,以人肉搜索这一初步定型的内核为基础,近年来网络暴力的形式又出现扩张化。这种扩张化表现为人肉搜索型网络暴力是部分网民在线上公布个人信息、部分行为人于线下对被害人进行滋扰,而当下的网络暴力则演变成群体性、全流程地在线上对被害人进行语言暴力滋扰。由于所有的网络暴力的实施者均是通过线上语言暴力对被害人进行攻击,参与者更多,网络语言中伤的特点更为明显。^⑤

2018年四川安医生自杀案中,乔某、安某夫妇在游泳池与常某的儿子发生冲突,引起常某的强烈不满。常某遂到二人所在单位公示栏及官网,拍摄、截取其姓名、单位、职务及照片,通过微信、微博将这些个人信息与泳池冲突的视频推给记者或者其他入爆料,并通过网络发布侮辱性标题贴文和评论,引发网民对乔某、安某作出负面评价。涉及乔某、安某的游泳池事件被多家媒体大量报道、转载,引起广大网民对乔某、安某诋毁、谩骂。其后,安某服药自杀身亡。^⑥2020年发生轰动性影响的郎某、何某诽谤案中,郎某、何某分别假扮快递员和被害人谷某,捏造谷某结识快递员并多次发生不正当性关系的微信聊天记录、视频和图片,并将之陆续发布在微信群,引发群内大量低俗、侮辱性评论。其后,上述信息被他

人合并转发,并相继扩散到110余个微信群、7个微信公众号及1个网站等网络平台,仅微博话题“被造谣出轨女子至今找不到工作”阅读量就达4.7亿次、话题讨论5.8万人次。该事件在网络上广泛传播,给广大公众造成不安全感,严重扰乱了网络社会公共秩序。^⑦

上述典型案件代表了当前我国网络暴力的基本样态。随着网络暴力表现形式的逐渐扩大化,所带来的舆情压力也越来越大。不少人认为为了重申网络并非法外之地,任何形式的网络暴力,包括发表非原创言论、跟风参与骂战等的侮辱、诽谤行为均需要被法律所规制,作为保障法的刑法开始被推向前台。刑事法理论界也开始研究动用刑法规制网络暴力的相关方案。一是在实体法层面,建议设置诸如网络暴力罪等新型犯罪。具体方案是在刑法侮辱罪、诽谤罪之后增加一款,将构成要件和法定刑设置为:“通过网络信息引导或自发组织在网络上对他人进行群体言语攻击,或向社会公众暴露个人信息,以造成心理压力或精神压迫,情节严重的,处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。”^⑧二是在程序法层面,考虑对涉网络暴力案件全面适用公诉。理由是自诉的运行效果普遍不佳,亲告罪设立缺乏相关法理,自诉难以对被害人的权益实现充分救济。^⑨本文认为上述观点存在以下值得商榷的问题。

增设网络暴力罪的不妥之处至少包括如下三个方面。其一,网络暴力概念流变的过程,已经表明这一概念具有易变性、包容性和抽象性,难以形成统一、明确的概念内涵,这对罪刑法定原则的坚守而言是巨大的挑战。比如,中共中央网络安全和信息化委员会办公室秘书局发布的《关于切实加强网络暴力治理的通知》(以下简称网信委《通知》)中给网络暴力作出的定义是:“针对个人集中发布侮辱谩骂、造谣诽谤、侵犯隐私等违法信息及其他不友善信息,侵害他人合法权益,扰乱正常网络秩序。”其中的“其他不友善信息”表述,不仅包含了难以划定界限的概念如“不友善”,而且还存在兜底性要素如“其他”。如

果刑法按照这一定义规制网络暴力,那么司法将不可避免地扩大适用边界。其二,网络暴力所侵害的法益不仅是公民的人格权法益,还存在其他法益如社会管理秩序法益。将新设的网络暴力罪置于侮辱罪、诽谤罪之后,难以全面评价网络暴力可能侵害的法益类型。其三,网络暴力罪设立的原因之一是本罪具有更高的法益侵害性,更强的社会危害性。但是,提倡本说的学者将该罪的法定刑设置与侮辱罪、诽谤罪等同,导致罪责刑不相适应。与此同时,在侮辱罪、诽谤罪与网络暴力罪竞合时,将会出现难以确定适用何种罪名的困局。

全面公诉化的建议存在两个疑问。一是全面公诉化是否会带来司法工作的巨大压力,从而导致案多人少的矛盾进一步激化。众所周知,危险驾驶罪入刑以来,案发数量已经跃至刑事犯罪首位;帮助信息网络犯罪活动罪增设之后,仅2021年该罪的起诉数量就高达12.9万人,位居全国第三。^⑩刑事案件量的突然激增,引发司法资源在应付犯罪案件时捉襟见肘,进而触发刑事司法体制改革,同时也会造成连锁性的社会问题。基于前车之鉴,侮辱罪、诽谤罪成为公诉罪名后,是否会导致新的司法难题引人忧虑。二是全面公诉化是否会导致被害人选择权的丧失,进而让其实质利益受损。由于侮辱罪、诽谤罪法益侵害性程度较低,其违法性介于刑事不法和民事侵权的临界点之上,这是立法将此类犯罪作为亲告罪的主要原因。与此同时,亲告罪的设置能够给被害人选择权,当被害人选择通过刑事诉讼的途径来救济,就无法获得一定数额的民事赔偿尤其是精神损害赔偿;反之,通过民事诉讼的途径来救济,就可能丧失让被告人受到刑事处罚的机会。被害人通过这种选择权的自我抉择,一方面获得自身利益的最大化,另一方面也可以化解矛盾。

六、刑法应对当前网络暴力应当秉持的基本立场

为了打击愈发严重的网络暴力,营造清朗的网络环境,近来有关部门密集发布相关规则的征求意见稿,如前述的2023年6月两高一部《征求意见稿》,

以及2023年7月国家互联网信息办公室发布的《网络暴力信息治理规定(征求意见稿)》(以下简称网信办《征求意见稿》)。尽管目前都还处于《征求意见稿》阶段,但是已经显现出我国全面启动刑法规制网络暴力的决心。与此同时,刑法的及时入场虽回应了国民的诉求,但“意气之刑,虽陟罚臧否,却刀可伤人”。^⑪为优化刑法参与网络暴力的社会治理,刑法应对网络暴力时还需要遵循如下基本立场。

(一)恪守明确性原则

上述《征求意见稿》中需要价值判断的要素较多,增加了概念的不确定性。比如,网信办《征求意见稿》将时下网络暴力信息定义为:“通过网络对个人集中发布的,侮辱谩骂、造谣诽谤、侵犯隐私,以及严重影响身心健康的道德绑架、贬低歧视、恶意揣测等违法和不良信息。”这一定义涵盖的过度包摄性概念,甚至要比前述网信委《通知》对网络暴力信息的界定还要多得多。比如,“谩骂”“身心健康”“道德绑架”“贬低歧视”“恶意揣测”“不良”等,都很难明确其具体外延。尽管相关行为被认定为网络暴力并不意味着必然构成犯罪,犯罪的成立还需要在构成要件、违法性和责任层面进一步予以判断,但是,网络暴力的定义越明确,可能被刑法所关注的行为范围也就越精准,罪刑法定原则也必然越能得到更好地落实。相反,网络暴力的内涵越抽象,就越有可能取代犯罪构成的判断。正如有学者所言,刑法学研究中存在事实学和规范学的分野。犯罪学是典型的事实学,犯罪学中的概念就属于事实学范畴的概念,着眼于对某一类犯罪现象的概括性总结。网络暴力就属于这一类型的概念。刑法中与网络暴力同属于一种类型的概念还包括套路贷、软暴力、网络犯罪等。司法实务应避免将这些事实学范畴的犯罪学概念,直接作为判断犯罪成立的前提。^⑫为此,在犯罪认定过程中,避免对这些概念的依赖是可行的路径之一。除此之外,尽量去除此类概念内容中抽象性表述,也是保障刑法在治理网络暴力时恪守罪刑法定原则的有效方案。

根据罪刑法定原则,刑法中的概念应具有明确

性。明确性原则可谓是宪法性原则。^④我国罪刑法定原则条款虽然从形式上看并没有规定在《宪法》当中,但毫无疑问的是,罪刑法定原则是刑法的帝王原则,且包括罪刑法定主义在内的诸多刑法原则都是源于刑法的宪法原则。^⑤作为罪刑法定原则的重要子原则,明确性要求刑法有关罪状的规定必须具有足够清晰的内涵,以保障公民足以清楚地了解禁止性规范并防止司法者对罪状作出任意的解释。^⑥因此,应当时刻警惕可能违反罪刑法定原则明确性的异动。从宏观上来说,基于刑法功能主义,刑法被不断推向解决社会问题的前台,以实现刑法在社会系统中所承担的功能,这就导致罪刑法定原则“在惩罚犯罪的确定性方面也不断动摇”。^⑦从微观的角度来说,如前所述,近年来刑法中充斥着诸如“恶势力”“套路贷”“软暴力”等概念不清晰、标准不明确的非规范性表述,不断在挑战着罪刑法定的明确性原则。^⑧

前述事实学的概念充斥于刑法之中,其备受质疑之声还犹在耳畔,刑法规制网络暴力时应避免重蹈覆辙。如前文所言,网络暴力的概念极具包容性,规制网络暴力的一大难点就在于其概念上变化多端、界定上模棱两可。目前我国有明文规定网络暴力的规范性文件,分散在民事、行政、刑事等各个领域,概念表述不统一,导致网络暴力治理也捉襟见肘。^⑨因此,用更为精确性的规范表达来定义网络暴力,挤压内涵丰富的语词在网络暴力范围界定中的比例,是刑法介入这一领域的逻辑前提,也是维护罪刑法定原则的基本底线。本文认为,宜采用抽取“网络暴力的核心特征”+“可能构成犯罪的行为”的方式来界定网络暴力的内容。因为网络暴力的核心特征是利用网络发布信息,而可能构成犯罪的行为包括侮辱、诽谤、侵犯公民个人信息、寻衅滋事等,所以网络暴力的概念可以拟定为:“利用网络发布信息侮辱、诽谤他人,以及侵犯公民个人信息、寻衅滋事等行为”。这样定义网络暴力一方面排除了抽象概念的成分,保证了概念的明确性,另一方面能够避免刑事司法在介入网络暴力时以犯罪学概念取代犯罪构

成。因为构成网络暴力概念的各个行为要素,实际上也是刑法规定的相关罪名的行为要素,网络暴力是否构成犯罪,仍然会回归到各个犯罪构成的判断当中。

(二)适用反言论法则

虽然上述《征求意见稿》考虑到了防止萎缩公民监督,但并未提出有效方案。如日本与韩国在规制网络暴力时所存在的担忧一样,我国强调刑法介入网络暴力的同时,仍然要鼓励公民通过网络进行基于公共目的对公权力进行的社会监督。^⑩根据网信办《征求意见稿》第9条的规定,要在“区分舆论监督和善意批评的基础上,明确细化网络暴力信息标准,增强识别准确性”。两高一部《征求意见稿》也提出:“准确把握违法犯罪行为的认定标准。通过信息网络检举、揭发他人犯罪或者违法违纪行为,只要不是故意捏造事实或者明知是捏造的事实而故意散布的,不应当认定为诽谤违法犯罪。针对他人言行发表评论、提出批评,即使观点有所偏颇、言论有所过激,只要不是肆意谩骂、恶意诋毁的,不应当认定为侮辱违法犯罪。”但是,当轻罪治理已然成为犯罪治理的重点时,人们自由的空间越来越窄。^⑪在网络暴力本身概念极不清晰的基础上,希冀于通过含糊不清的标准,来消除公民行使监督权后可能出现被误认为是犯罪的风险,其可行性有待检验。鉴于公民在网络上的言论具有较好的社会监督效果,针对公民基于公共目的对公共人物或公权力机关的网络暴力,可以考虑适用“反言论法则”。^⑫

反言论法则也可以称之为对抗言论理论,是指对于言论所产生弊端,以更进一步的言论对抗作为回应的原则。^⑬主张人格、名誉等受到损害的人或组织,在通过对抗言论可以恢复名誉的情况下,为了防止监督性言论受到不当打击,与其由国家公权力为了救济而介入,不如委诸当事人之间通过自由言论来进行解决。因为这一理论强调限制国家公权力介入言论范畴,因此是一种较好地防止“因言获罪”的理论。近年来,域外具有调动网络流量优势的公众人物或组织,面对针对自己的网络暴力,也会尝试直

接选择借助司法的力量来迅速摆脱困局。但是,“对于言论诽谤,应该首先用更多的言论来反击”,这一观点来自美国惠特尼诉加利福尼亚案中的陈述。在该案中,布兰代斯法官认为,不能仅因有人害怕遭受言论的伤害,就压制他人发表言论的自由。而且,如果有时间通过讨论揭露出虚假和错误,有时间通过教育来避免邪恶,那么要采取的解决方案就不应该是强迫他人保持沉默,而是使用更多的言语来反驳。^⑤

反言论法则的合理性在于互联网的使用者在信息发布和接收方面,可以平等地进行言论交锋,这一点与以往的信息媒体有着显著的不同。因此,在互联网上因言论表达行为而感到受冒犯者,只要有能够使用互联网的环境和能力,就可以很容易地反驳侵害者。对于来自侵害者方面的侵犯人格、名誉的言论发表,当然不能说理所当然地就可以期待受害者来进行反驳。但是,如果被害人自己存在某种不良劣迹,而这些因素能够诱发侵害人进行有损其名誉的言论行为的,或者参照侵害者发布名誉损毁言论前后过程,对于侵害者的该表达,存在特别情形导致被害人发布相关对抗性信息并不违背社会期待的,那么,要求被害人自己进行反驳也并无不当。当我们能够认可这样特别的情形存在时,不管被害人实际上是否进行了反驳,基于这种反驳可能性的存在,就应成为阻却相关犯罪成立的事由。^⑥本文认为,借鉴反言论法则,只要公民是基于某种公共利益的考虑,即便其有对公众人物或者组织发布涉网络暴力言论的嫌疑,也应慎重对该网络暴力实施者施以刑罚,因为公众人物或者组织一般具有掌握网络媒体的优势地位,而完全可以利用这种优势地位消解网络暴力给自己带来的损害。

当然,反言论法则也可能会引来质疑:名誉损害言论的违法性,以及附随的导致他人社会评价低下的危险性,并不会因为给了受害者反驳的机会而消失;即使名誉受到侵害的一方作出了适当的反驳,只要侵权者自己或网络服务提供商不主动删除该侵害性信息,其就不会从网络上消失;此外,受害者的反

驳本应是一种权利,而不是义务。^⑦本文认为,反言论法则的提出实际上是利益衡量的结果。如果肯定反言论法则,则可能增加网络暴力受害者的维权成本;如果否定反言论法则,则可能影响公民利用网络进行社会监督。在博弈选择过程中,不可避免地要进行利益衡量。目的创造了整体的法律,没有目的就没有法律,目的是实践的动机,也是法律的根源;目的与利益是不可分的概念,法律的创设以及适用不能执着于形式逻辑的方法,立法者创设法律应先掌握社会生活事实以及利益目的的追求。法律是利益的产物,但利益通常处于冲突状态,法律的创设以及适用应遵循利益衡量的方法加以解决。基于利益价值判断,公共利益的维护往往需要适度克减私人权利,但不能脱离一般人的价值观和法感觉。在利益之间发生冲突时,应经由利益衡量,以决定取舍或调和。在网络时代,每一位网络暴力受害者也很容易成为侵害者,也同时会是参与社会监督的监督者。基于公共利益的考虑,在网络时代平衡权利与义务之间的关系,让具有利用网络资源优势的公民或组织,在面对网络暴力时通过反言论法则自行消除损害后果的同时,适当分担公共权力救济所产生的成本,维护社会监督的有效运行,符合利益衡量的基本逻辑。

(三) 践行冒犯原则

上述《征求意见稿》强调纠正“法不责众”的错误倾向、扩大追究刑事责任主体的范围。以往,我国刑法治理网络暴力时,不仅介入时较为慎重,而且即便介入,所圈定的主体范围都极小,刑法只是通过对极个别实施网络暴力者宣告犯罪,以达成以儆效尤的作用。比如,在秦火火案中,被告人秦某晖在信息网络上散布多个虚假的、侵害他人人格法益的信息,引发大量网民转发和负面评论。^⑧本案对社会秩序造成的负面影响极大。可以说,产生这一结果除了被告人秦某晖之外,网络平台、信息的转发者、恶意评论者都是造成“雪山崩塌的每一片雪花”。但是,本案被认定构成犯罪的仅有秦某晖一人。尤其值得注意的细节是,在秦某晖被指控诽谤杨澜及兰和的两

起事实中,他仅仅是转发者,并不是信息的原始发布者,司法机关也并没有追究其他主体的刑事责任。但是,两高一部《征求意见稿》特别要求,“对于网络暴力违法犯罪,应当依法严肃追究,切实矫正‘法不责众’错误倾向。要重点打击恶意发起者、组织者、推波助澜者以及屡教不改者”。网络暴力行为涉及的人员范围复杂,有被追究刑事责任风险的至少包括网络平台的运营者、网络信息的原创发布者、网络信息的转发者以及网络信息的评论者等。两高一部《征求意见稿》摒弃“法不责众”的错误倾向,意味着“法亦责众”,但是其并不代表刑法惩治网络暴力时要无限扩大打击面。

刑法不能仅以不道德为由将所有参与到网络暴力的人都入罪,除非该网络暴力的参与行为给他人造成严重的精神性冒犯,这就是冒犯原则。根据冒犯原则的基本原理,只有当行为对公众产生了深度冒犯,那么刑法介入并予以犯罪化才具有正当性。比如,侮辱尸体、公开聚众淫乱入罪就是典型的例子。通过冒犯原则确定刑法对某一行为予以犯罪化需要满足四个条件。一是冒犯行为必须具有深度性。其下又有三个辅助性判断规则,即该冒犯导致他人反感的强度较高、该冒犯持续的时间较长、该冒犯致使产生反感情绪的人员范围较广。二是被冒犯者通过合理方法避免被冒犯的难度较大。三是该冒犯行为缺乏合理的理由。其下也有辅助性判断规则,即如果存在如下情形即可以否定冒犯行为具有合理的理由:冒犯行为不具有诸如增进个人福祉之类的个体重要性,冒犯行为不是在行使正当的表达式,冒犯行为不具备社会正面价值,冒犯行为怀有恶毒的动机,冒犯行为不具有普遍性,并不是习以为常的日常行为,不存在只产生较少冒犯感的其他时间、地点等。四是被冒犯者的反应是理智的。简言之,只有当冒犯通过该四个要件的检验,才能被评价为可以被刑法规制的行为。^⑤

实际上,绝大部分网络暴力参与的主体实施的行为,至多算是一种轻微的冒犯行为。这样的行为会导致他人产生一时的恼怒、失望、恶心、尴尬,以及

其他诸如害怕、焦虑、轻微疼痛之类的令人不快的感受,其本身并不必然具有严重损害性。一般而言,冒犯不是刑法所理会的范畴。如果有其他的规制方法可以同样经济有效,就不应该通过刑法控制冒犯行为。^⑥在网络暴力领域,“转发”和“评论”已经成为网络用户的日常操作行为,这两类行为不符合冒犯原则的第一个子原则——冒犯的深度性,也不符合冒犯原则的第三个子原则——缺乏合理的理由,因为在网络时代“转发”和“评论”具有普遍性和日常性。由于刑法不当介入“转发”“评论”行为难免会出现负面风险,通过冒犯原则进行检验可以为刑法原则上不介入“转发”“评论”行为提供解释。

本文认为,如果刑法全面评价“转发”和“评论”行为的违法性,将可能招致网络用户群体活力的丧失,引来寒蝉效应。尽管网络暴力对被害人造成的严重法益侵害,往往是“发布者”“转发者”“评论者”所带来的累积效果引发,但是,一般而言,单独来看,个体“转发”“评论”行为,难以被评价为达到值得刑法处罚程度的违法行为。尤其是在各自独立实施“转发”“评论”者没有犯罪合意、不能成立共同犯罪的情况下,刑法也难以用“违法是连带”的共犯基本理论来回应。

(四)激活自诉制度

两高一部《征求意见稿》在回应网络暴力问题时,建构了极为全面且严厉的惩治体系。这一方面体现在其规制网络暴力的罪名呈现出全面开花的局面。这些罪名至少涵盖了侵犯公民人身权利罪、妨害社会管理秩序罪以及侵犯财产罪等三大类犯罪中的六个具体罪名。另一方面则体现为在规制网络暴力问题上刑罚将变得更为严厉,比如其第9条规定了五种实施网络暴力犯罪应当从重处罚的情形。本文认为刑法治理网络暴力固然需要表明严厉的态度,但更需要抓住网络暴力治理中的主要难点,以免出现刑法介入流于象征性。刑法的象征性表现为刑法虽然表达出对某种犯罪进行严厉打击的姿态和情绪,但是并不会或者难以发挥真正规制的效果。此时,刑法的回应只是为了单纯满足社会期待,“宣示

国家已经着手采取相对应的行动来抵制风险”，而对于犯罪的实际处罚来说并没有打击与预防犯罪的效果。^⑤本文认为，刑法对网络暴力的规制重点如果在织密犯罪之网、加重刑罚力度，并不会产生降低网络暴力数量的效果。众所周知，涉网络暴力案件的核心罪名是侮辱罪、诽谤罪。而遭受网络暴力型侮辱、诽谤的被害人，之所以难以得到救济进而形成更严重的社会问题之根源，不在于刑法法网不密、刑罚力度不大，而是在于程序上、证据上给予被害人的帮助过少。

本文在中国裁判文书网检索到以网络暴力实施侮辱罪、诽谤罪的案件共计有539件，其中自诉案件高达529件，占比98.14%。在自诉案件中，法院裁定不予受理的案件达到194件，不予受理率约为36.7%；驳回起诉的案件37件，占比约为6.9%；无罪案件数量为167件，占比31.6%；有罪裁判数量为131件，占比24.3%。而在对网络暴力案件提起公诉的10起案件，没有一起案件中有被告人被宣告无罪，无罪裁判率为0。以无罪裁判率的横向对比为例，我国近五年总体无罪裁判率仅在0.047%~0.083%之间。^⑥由此可见，一般刑事案件的无罪裁判率与网络暴力型侮辱罪、诽谤罪无罪裁判率相差过于悬殊。即便是与自诉案件整体的无罪裁判率相比，网络暴力型侮辱罪、诽谤罪无罪裁判率也是极高的。根据最高人民法院的公开数据统计，2008年到2012年的五年间，自诉案件的整体无罪判决率约为5.59%。^⑦仅以裁判无罪为基准，网络暴力型侮辱罪、诽谤罪自诉案件无罪率也是一般自诉案件的近5倍。法院作出大量不予受理、驳回起诉的裁定，是挡在网络暴力刑法规制面前的一个重要的现实障碍。比如，在一起网络暴力诽谤案中，被告人宛某在网络中发布消息称自诉人钱某有行贿、嫖娼等行为，相关文章被大量浏览转发，自诉人以诽谤罪提出自诉。但是，一审法院以被告人下落不明、自诉人不能补充证据证明自己没有实施行贿和嫖娼等违法犯罪行为、自诉人的控诉缺乏罪证等为由，先后作出不予受理、驳回起诉两次裁定。对于一审法院作出的第二

次裁定，自诉人上诉后，二审法院以同样的理由驳回上诉，维持原裁定，^⑧导致自诉人通过刑法追究网络暴力者法律责任的道路极为困难。

如前所述，2015年《刑法修正案(九)》早就已经预料到网络暴力型侮辱罪、诽谤罪案件中，自诉人会存在诸多举证上的困难，因此在侮辱罪、诽谤罪中加入公安机关为自诉人提供协助的条款。与此同时，2011年公安部发布的《关于建立实名制信息快速查询协作机制的实施意见》、2016年最高人民法院、公安部联合发布的《关于建立快速查询信息共享及网络执行查控协作工作机制的意见》，都为人民法院与公安机关在相关刑民案件的办理过程中建立信息查询与共享机制提供了制度依据。但是，在司法实践中，自诉人希望获得公安机关的协助，抑或者通过人民法院要求公安机关提供协助的机会都微乎其微。比如，在徐某明诉徐某艳诽谤案中，“自诉人委托代理人申请将案件移交公安机关协助调查，但未明确调查内容，对其申请依法不予支持”。^⑨又如，在叶某诉被告人杨某侮辱罪一案中，“叶某在一审时提交的接(处)警登记表、公安机关对杨某的询问笔录、网页截图等证据能够证实被诉人杨某通过信息网络实施了采用上诉人头像备注‘骗子借钱不还’，并发表上诉人向其借钱不还等内容的行为，从而引发网友跟帖发表负面评价等事实”。自诉人对于证据的原始载体等涉案证据确实无法取得，依据《刑法》第246条第3款的规定，申请“人民法院可以要求公安机关提供协助”。但是，本案一审法院以自诉不符合受理条件为由，先是说服自诉人撤诉，之后裁定不予受理。^⑩

整体观察网络暴力型侮辱、诽谤自诉案件，不予受理、驳回起诉、裁判无罪的结果在样本案件中占比过高。而产生这一现象的主要原因是公安、司法机关对于自诉人的求刑权没有给予足够的重视，也没有充分落实为自诉人提供证据协助的规范要求。这导致自诉人在自诉过程中相对处于弱势地位。司法救助出现缺位，会进一步促使网络暴力受害人的心理防线的崩盘，进而出现更为严重的社会问题。令

人欣慰的是,两高一部《征求意见稿》就“落实公安机关协助取证”,也作出了较为翔实的规定。本文认为,根据网络暴力型侮辱罪、诽谤罪刑事司法的基本现状,综合前文的相关分析,在司法实践中公安机关全面有效地落实协助取证义务,人民法院切实履行对公安机关提供协助的督促职能,帮助网络暴力受害者破除举证难的症结,实现被害人以自诉完成救济途径的通畅,应该是刑法规制网络暴力的核心措施,也能够防止网络暴力治理流于象征化。

七、余论

面对网络暴力的侵扰,我国及时启动刑法予以适度应对,是符合社会治理规律的应然之举。但是,刑法过度介入网络暴力治理也可能会引起一些隐忧。比如,威胁罪刑法定原则,萎缩通过网络言论实现的社会监督,不当惩治轻微冒犯行为,缺乏实效性,等等。“作为用宪法保障言论自由的民主和法治国家,讨论如何抑制网络言论引起的权利侵害,应该在确保发表意见的自由以及自由开放基础之上进行。”^⑥预防网络暴力的社会危害,应该采用更为有效且有针对性的方案。

当某种新型的社会危害行为广泛出现,而关联的治理规则盲目且零散,规制路径亟须统一,以彰显国家规范此类行为的立场时,立法机关就会顺势施宜,出台一部具有宏观指导价值的法律。比如,早期以保护家庭成员合法权益为内容的《反家庭暴力法》,近两年来为规范反有组织犯罪工作的《反有组织犯罪法》,以及为预防电信网络诈骗活动的《反电信网络诈骗法》等。鉴于网络暴力治理过程中存在的复杂关系,刑法更为系统地规制网络暴力的妥当路径,有待于诸如《反网络暴力法》等宏观指导性的法律制定出台后,^⑥在相关原则的指导下,进行更为细致的权衡和讨论。

实际上,当前网络暴力受到广泛关注,要求立法机关出台《反网络暴力法》的声音也开始出现,而且《反网络暴力法》的立法基础也已经具备。首先,根据“坚持和发展全过程人民民主”的立法原则(《立法法》第6条),回应民众对安全的诉求,应出台《反网络

暴力法》。处在网络社会中的每一位公民,身兼数角,既可能是网络暴力的参与者,也有可能成为网络暴力的受害人。网络暴力所形成的社会影响力,已经几乎让所有公民都产生法益会受到威胁的紧迫感。其次,根据“倡导和弘扬社会主义核心价值观”的立法原则(《立法法》第8条),将这一价值观融入网络空间的治理之中,应出台《反网络暴力法》。网络暴力对我国社会的伦理道德造成了较大的挑战,《反网络暴力法》应当在营造清朗的网络空间中发挥重要功能。最后,根据“符合宪法的规定、原则和精神”的立法原则(《立法法》第5条),保障公民在网络空间中享有的宪法性权利,应出台《反网络暴力法》。网络暴力的内涵具有模糊性,而且与公民实施言论表达、社会监督等存在重叠。法律应对网络暴力,需要满足规范的明确性要求,且不能伤及公民的宪法权利。《反网络暴力法》必须重申公民在网络中的合法权利受到保护这一基本立场。

注释:

①参见王萍:《社会化网络的信息扩散研究》,载《情报杂志》2009年第10期,第39-42页。

②在日本,尽管侮辱罪也是亲告罪,亲告罪遵循被害人(及其近亲属)不告不理原则,但是如果被害人(及其近亲属)提出告诉,也是由检察院进行公诉。参见[日]田口守一:《刑事诉讼法》(第7版),张凌、于秀峰译,法律出版社2019年版,第197页。

③西貝吉晃「サイバーいじめと侮辱罪」法律時報10号(2021)1-3頁参照。

④山口真一「ネット炎上の実態と政策的対応の考察—実証分析から見る社会的影響と名誉毀損罪・制的本人確認制度・インターネットリテラシー教育の在り方—」情報通信政策レビュー11号(2015)52-53頁参照。

⑤参见《法制審議会刑事法(侮辱罪の法定刑関係)部会第1回会議配布資料,侮辱罪の事例集》,载日本法务省网2023年6月1日, <https://www.moj.go.jp/content/001375709.pdf>。

⑥西貝吉晃「サイバーいじめと侮辱罪」法律時報10号(2021)1-3頁参照。

⑦参见黄鑫:《由“崔真实案”引发的若干法律思考》,载《中国刑事法杂志》2010年第4期,第25-29页。

⑧参见董俊祺:《网络治理的多方博弈——韩国网络实名制的历史回顾》,载《南京理工大学学报(社会科学版)》2016年第3期,第88页。

⑨山口真一「ネット炎上の実態と政策的対応の考察—実証分析から見る社会的影響と名誉毀損罪・制的本人確認制度・インターネットリテラシー教育の在り方—」情報通信政策レビュー11号(2015)52-53頁参照。

⑩See John Leitner, Identifying the Problem: Korea's Initial Experience with Mandatory Real Name Verification on Internet Portals, 9 Journal of Korean Law 83(2009).

⑪参见孙天骄、丁一:《网暴受害人,违法又失德》,载《法治日报》2023年6月6日,第4版。

⑫参见苗伟明:《救救“网虫”——网络虚拟世界对未成年人负面影响的探讨》,载《青少年犯罪问题》2001年第2期,第30-33页。

⑬苏明月、焦阳:《忧虑与规制:中国当代青少年犯罪抑制与网络影响》,载《中国青年政治学院学报》2013年第1期,第25页。

⑭李某某、程某某故意杀人案,载最高人民法院网站2023年6月1日, <https://www.chinacourt.org/article/detail/2014/11/id/1490715.shtml>。

⑮王鹏飞:《论网络暴力游戏与未成年人的权益保护》,载《预防青少年犯罪研究》2017年第4期,第19页。

⑯参见陈兴良:《论黑社会性质组织的组织特征》,载《中国刑事法杂志》2020年第2期,第23-37页。

⑰参见王爱鲜、蔡军:《网络黑恶势力犯罪的生成及其认定》,载《中州学刊》2023年第3期,第69页。

⑱参见闫雨:《网络黑恶势力犯罪刑法规制》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》2022年第2期,第83-95页。

⑲参见郭一霖、靳高风:《犯罪学视角下网络恶势力团伙犯罪行为模式刍议》,载《湖北社会科学》2021年第11期,第131-132页。

⑳魏汉涛、陈心哲:《四步认定法:化解“软暴力”扩大化风险的路径——基于230份裁判文书的分析》,载《中南民族大学学报(人文社会科学版)》2022年第1期,第109页。

㉑参见周斌、余乃荣:《符青友等人敲诈勒索、强迫交易、故意销毁会计账簿、对公司、企业人员行贿、行贿案——如何

把握黑社会性质组织行为特征中的暴力性》,载最高人民法院刑事审判第一、第二、第三、第四、第五庭主办:《刑事审判参考》总第107辑,法律出版社2017年版,第63页。

㉒参见张明楷:《催收非法债务罪的另一类解释》,载《政法论坛》2022年第2期,第3-17页。

㉓参见石岩:《“网络暴力第一案”一审落槌》,载《人民法院报》2008年12月21日,第3版。

㉔参见何帆主编:《新编最高人民法院司法观点集成·刑事卷Ⅲ》(第2版),中国民主法制出版社2023年版,第1339页。

㉕参见陈兴良等编:《注释刑法全书》,北京大学出版社2022年版,第1276页。

㉖袁彬:《“人肉搜索”的刑事责任主体及其责任模式选择》,载《政治与法律》2014年第12期,第154-155页。

㉗齐晓伶、张训:《“人肉搜索”与刑法规制》,载《贵州社会科学》2010年第5期,第116页。

㉘参见王程韡:《政策否决的社会建构——以我国几次立法禁止“人肉搜索”的失败为例》,载《公共管理学报》2011年第4期,第21-31页。

㉙程媛媛等:《十起人肉搜索案例仅两起追责》,载《新京报》2015年5月7日,第A15版。

㉚参见程某亮强奸、敲诈勒索案,定州市人民法院刑事判决书(2019)冀0682刑初191号;杨某、杨某平、喻某华组织、资助非法聚集案,苍溪县人民法院刑事判决书(2018)川0824刑初133号。

㉛参见张某某盗窃案,湘阴县人民法院刑事判决书(2018)湘0624刑初112号。

㉜参见周某耕受贿案,南京市中级人民法院刑事判决书(2009)宁刑初字第70号。

㉝王程韡:《政策否决的社会建构——以我国几次立法禁止“人肉搜索”的失败为例》,载《公共管理学报》2011年第4期,第26页。

㉞参见王一岚:《县域自媒体崛起的媒介逻辑分析》,载《新闻大学》2019年第11期,第23-37页。

㉟四方光「サイバー犯罪の動向」犯罪社会学研究45号(2020年)124頁参照。

㊱《2021年度全省法院十大典型案例》,载四川省高级人民法院网站2023年6月1日, <http://scfy.scSSFw.gov.cn/article/detail/2022/03/id/6611454.shtml>。

㊲郎某、何某诽谤案(检例第137号),最高人民检察院第

34批指导性案例(2022年)。

⑳石经海、黄亚瑞:《网络暴力刑法规制的困境分析与出路探究》,载《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2020年第4期,第88页。

㉑参见熊秋红:《论公诉与自诉的关系》,载《中国刑事法杂志》2021年第1期,第21页。

㉒参见梁云宝:《我国应建立与高发型微罪惩处相配套的前科消灭制度》,载《政法论坛》2021年第4期,第30页。

㉓刘艳红:《刑法的根基与信仰》,载《法制与社会发展》2021年第2期,第150页。

㉔参见张明楷:《刑法学中的概念使用与创制》,载《法商研究》2021年第1期,第3-22页。

㉕参见储陈城:《罪刑法定原则出罪功能的体系性构造》,载《国家检察官学院学报》2017年第4期,第99-118页。

㉖参见张明楷:《宪法与刑法的循环解释》,载《法学评论》2019年第1期,第11-27页。

㉗参见姜涛:《基于明确性原则的刑法解释研究》,载《政法论坛》2019年第5期,第90页。

㉘参见高巍:《重构罪刑法定原则》,载《中国社会科学》2020年第3期,第123页。

㉙参见刘宪权、林雨佳:《恶势力形态的认定及其对刑事责任的影响》,载《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2020年第1期,第118-125页。

㉚参见刘艳红:《理念、逻辑与路径:网络暴力法治化治理研究》,载《江淮论坛》2022年第6期,第21-30页。

㉛土平英俊「名誉毀損の不法行為責任における相当性の法理の射程に関する考察」法學政治學論究:法律・政治・社会9号(2021年)75-115頁参照。

㉜参见刘艳红:《民刑共治:中国式现代犯罪治理新模式》,载《中国法学》2022年第6期,第39页。

㉝ See Edward Glaeser & Cass R. Sunstein, Does More Speech Correct Falsehoods, 43 Journal of Legal Studies 65(2014).

㉞市川正人「表現の自由とヘイトスピーチ」立命館法学

2号(2015年)122-134頁参照。

㉟ See Whitney v. California, 274 U. S. 357(1927).

㊱東京地裁平成20年2月29日判決・判例タイムズ1277号46-59頁参照。

㊲三代川邦夫「名誉毀損罪と対抗言論の法理—ラーメンプランチャイズ事件(最決平成22年3月15日刑集64巻2号1頁)の検討—」学習院大学大学院法学研究科法学論集20・21号(2014年)1-35頁参照。

㊳参见秦某晖诽谤、寻衅滋事案,北京市朝阳区人民法院刑事判决书(2013)朝刑初字第2584号。

㊴参见[美]乔尔·范伯格:《刑法的道德界限(第二卷)》,方泉译,商务印书馆2014年版,第29页。

㊵参见[美]乔尔·范伯格:《刑法的道德界限(第二卷)》,方泉译,商务印书馆2014年版,第1-3页。

㊶参见刘艳红:《以科学立法促进刑法话语体系发展》,载《学术月刊》2019年第4期,第94-105页。

㊷相关数据来源于《中国法律年鉴(2019-2023)》。

㊸参见储陈城:《出罪机制保障论》,法律出版社2018年版,第16页。

㊹宛某诽谤案,庐江县人民法院刑事裁定书(2022)皖0124刑初143号,庐江县人民法院刑事裁定书(2022)皖0124刑初261号,合肥市中级人民法院刑事裁定书(2022)皖刑01刑终623号。

㊺徐某艳诽谤案,兰陵县人民法院刑事判决书(2019)鲁1324刑初168号。

㊻杨某侮辱案,乐山市市中区人民法院刑事裁定书(2019)川1102刑初517号,乐山市中级人民法院刑事裁定书(2019)川11刑终210号。

㊼参见《侮辱罪の法定刑の引上げに関する意見書》,载日本律师协会网2023年6月1日, <https://www.nichibenren.or.jp/library/pdf/document/opinion/2022/220317.pdf>。

㊽参见刘艳红:《理念、逻辑与路径:网络暴力法治化治理研究》,载《江淮论坛》2022年第6期,第21-30页。