

网络暴力犯罪“法不责众”的 规制难点与刑事应对

李 森

【摘 要】网络暴力犯罪“法不责众”现象源自其群体性、体系性、技术性特征。由此造成的刑事规制难点表现为:参与人员的处罚范围如何限定;技术性帮助行为在理论上认定存疑;网络暴力行为涉及罪名较为广泛。因此有必要引入类型思维作为司法适用中的解决方案,根据网络暴力的参与主体、侵害对象与侵害行为进行类型化分析:积极参与的普通主体一般不予入罪;重点打击职业化的参与主体;根据网络平台的类型不同采取相应的认定标准。针对侵害对象为特定群体、公众人物的入罪规制需慎重;侵害对象为弱势群体时可以在入罪认定上予以适当放宽。技术性帮助行为是否可罚需考察其在整个网络暴力犯罪中的重要性,部分网络暴力侵害行为的归责应结合具体罪名中的前置法规定加以认定。

【关键词】网络暴力犯罪;法不责众;类型思维;帮助信息网络犯罪活动罪;中立帮助行为

【作者简介】李森,中国人民公安大学法学院讲师,法学博士。

【原文出处】《当代法学》(长春),2024.5.112~123

【基金项目】本文系中国人民公安大学2023年度新任教师科研启动基金项目“帮助犯的规范归责研究”(2023JKF02SK08)的阶段性成果。

一、问题的缘起

为有效遏制网络暴力违法犯罪,最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合发布的《关于依法惩治网络暴力违法犯罪的指导意见》(以下简称《网络暴力意见》)明确规定,在依法严惩网络暴力违法犯罪时,应矫正“法不责众”的错误倾向,实现针对恶意发起者、组织者、恶意推波助澜者以及屡教不改者的重点打击。网络暴力的滋生蔓延,一定程度上便与“法不责众”观念的盛行有关。^①受此观念影响,在相当一部分实务案件中,司法机关往往只处罚网络暴力的发起者、组织者,而忽略了对其他参与者的规制。^②

从学界的研究现状来看,有学者站在价值理念层面,从罪名增设、网络平台的治理义务设定以及细化网暴言论与普通言论之间的界分认定等三个角度,对“法不责众”问题提供了综合性的解决方案。^③但是,如何从刑法解释论出发,在司法适用中进一步明确网络暴力犯罪的刑事处罚标准,尚属有待填补的研究领域。为有效回应网络暴力犯罪的刑事规制需求,在司法层面上对其进行解释论的研究,这一点极为重要。^④故本文拟将研究重心聚焦于此,就网络暴力犯罪的类型特征及司法适用难点进行分析,通过引入类型思维的基本方法,以具体的实务案件作为分析对象,从刑事规

制的角度为司法实务部门提供相对准确可行的理论方案。

二、网络暴力犯罪的类型特征及规制难点

(一)网络暴力犯罪的类型特征

1. 大众自发型网络暴力:参与主体的群体性

网络暴力的一大特点在于,参与主体具有群体性与广泛参与性。^⑤这集中体现在由社会大众自发参与的网络暴力事件中。大众自发型网络暴力由众多网民聚集形成有机整体,针对某一个体、群体或事件进行网络暴力输出。在典型的大众自发型网络暴力事件中,一条网暴信息在产生之后,能够在短时间内被各类参与者通过各种方式予以反复地阅读、加工及扩散,经由网络空间的“发酵”,产生“聚众”效应,对侵害对象形成强大压力与侵害效果。所以,此类网络暴力绝非“一对一”或有限个体之间的侵害,而是一种群体性的权利侵害行为。^⑥

大众自发型网络暴力的广泛参与性特征亦极为显著。网络暴力中非组织化、陌生化、分散化的个体在网络空间聚集成临时性群体,其中既有出于义愤或“看热闹”心态的偶然参与者,也有希冀通过网络暴力获取不正当利益的积极参与者,甚至存在以此为职业的人员。这就使得网暴参与主体的人员组成较为复杂,广泛的参与性也平添了司法认定上的难度。

2. 产业链条型网络暴力:参与主体的体系性

除上述大众自发型网络暴力外,实践中还存在一种具备鲜明体系性、组织性的产业链条型网络暴力。这种类型的网络暴力通常由一个或多个具有相当规模的组织或人员组成上、下游犯罪链条,各个参与主体之间在功能上互为衔接。如“网络水军”等组织形式,其典型的运作流程表现为:组织者、出资人向“网络水军”团队购买服务,团队先行撰写“网暴稿件”或借助热点话题,经由“水

军”引流、炒作,煽动社会舆论,最终制造出一起网络暴力事件;同时“网络水军”能够对网络暴力的程度、范围、目标群体进行完全控制。与之相较,如果是局部或者小规模的网络暴力,则通常只是经由产业中的部分链条或个体介入。例如,网络暴力的发起者雇佣写手写稿之后自行引流实现网络暴力。

产业链条型网络暴力通过多元化、体系化的传播媒介改变了以往网络暴力单一的信息传播效率,使网络暴力的发生、发展呈现扩大化、规模化趋势,造成的社会危害更为显著。常见的产业链条型网络暴力包括造谣引流、舆情敲诈、刷量控评、有偿删帖等多种行为,各个行为之间在体系上实现了分工明确、功能互补。因而可以说,网络暴力的损害范围、程度与产业链条的体系化、规模化密切相关,故应予以从重惩治、重点打击。

3. 网络暴力中的技术性特征

北京互联网法院于2023年8月发布的涉网络暴力案件审理情况报告指出,新型网络暴力手段更新较快,以人肉搜索、合成虚假照片、制作表情包、传播“AI换脸”视频等新兴技术形式发生的网络暴力愈演愈烈。^⑦网络暴力作为网络时代的特定现象,具有鲜明的“技术性”。^⑧

典型如“网络水军”的高度智能化。从发展历程来看,“网络水军”经历了“僵尸粉”和智能化两个阶段。^⑨早期的“网络水军”主要是作为“僵尸粉”出现,仅起到为社交平台中的“大V”扩充人气、增加粉丝数量的作用,甚至不具备转发、评论、点赞等稍复杂的功能。但是随着人工智能技术的深入发展及广泛应用,“僵尸粉”通过深度学习后能够发表更显真实的网络评论,成为名副其实的“机器人水军”,并日益成为“网络水军”中的主流力量。

“深度合成”等生成式人工智能技术成为网络

暴力的重要助力甚至来源之一。“深度合成”等生成式人工智能技术作为一种技术手段,能够通过深度学习、合成类算法批量生成网络虚假信息、图像、音视频、场景。在近来引发热议的ChatGPT这类通用人工智能中,因为其自身生成性的特征,能够大量且快捷地制造、产出虚假信息,可能成为网络暴力的重要“助力”。^⑩同样,在算法推荐技术蓬勃发展的当下,网暴主体可以通过搭上算法推荐技术的“便车”,将网络暴力信息及内容做成热点,实现推荐内容对于受众的广泛分发与精准推荐,使得这一技术成为网络暴力的“帮凶”。

(二)网络暴力犯罪“法不责众”的规制难点

上述网络暴力犯罪的类型特征致使“法不责众”现象的出现,在司法适用时面临如下难题:

1. 如何限制参与人员的处罚范围在标准上较为模糊

在司法实践中,无论是大众自发型还是产业链条型抑或二者特点兼而有之的网络暴力犯罪,除网暴的主要组织者、策划者以外,通常还存在大量的普通或职业参与者,这些参与者不仅人数众多且具有不特定性,在对其进行刑事规制时必然需要回答如何限制其处罚范围这一关键问题。

在大众自发型网络暴力中,其组织形式为“聚众施暴”,参与者人数经由网络空间的叠加,顷刻间可达成千上万之众。对于司法机关而言,不仅网络暴力的积极参与者、一般参与者无法准确核实、查清,甚至难以对其中的组织者、煽动者进行有效追责。即便能够在事实上查明网络暴力中参与者的基本情形与行为事实,但如何确定值得刑法处罚的积极参与者与应当排除处罚的一般参与者之间的界限,仍成为一项重大障碍。

在产业链条型网络暴力中,各类网络暴力产业链条之间形成了任务导向明确的职能分工:有部分人员负责寻找相关热点或承接任务,根据需

求或通过“僵尸号”对负面舆论进行“优化”,或是协助有偿删除、屏蔽网上负面信息,又或是以撰写、炒作负面信息为由敲诈勒索。^⑪部分网暴产业的职业化参与者在接到删帖业务后,还可以对客户要求删除内容的难易程度进行评估,继而二次转包。^⑫正是因为网络暴力链条各个环节上的产业众多且分工各异,进一步加大了明确其处罚标准的认定难度。

2. 网络暴力中的技术性帮助行为在理论上认定存疑

网络暴力犯罪中技术性帮助行为与结果之间的因果流程判断标准并不明晰。^⑬在网络暴力的行为风险转化为现实危害结果的过程中,由于其中介入要素较多,无论是参与者的围观、点赞、转发、评论行为,还是算法推荐等各项技术应用,都会导致网络暴力行为与侵害结果之间的关联存在较大的不确定性,进而产生归责认定上的疑问。在当下的司法判例中,存在对网络暴力的技术提供者打击力度过软,对职业、兼职的“网络水军”的刑事、行政处罚区分不明等多种问题。^⑭故而若想要妥当地划清归责范围的边界,便需要对参与行为、技术应用与损害结果之间的因果链条加以明确。

网络暴力犯罪中技术性帮助行为的中立性争议。例如,近年来快速兴起的AI技术被不法分子广泛应用于网络暴力犯罪中:只要往AI软件系统里输入如“杀人、失踪”等敏感字眼,附以时间地点,就能自动生成虚假信息;或是通过AI换脸技术制作他人的不雅视频加以传播,实施网络侮辱、诽谤。尽管AI技术本身具有技术上的中立性特质,但以上种种网络暴力犯罪的频繁发生使得此类技术的应用被推至司法争议的风口浪尖。在此,刑法如何区分合理的技术风险与技术违法,并在二者之间找到平衡,将成为理论上的重要争点。

3. 网络暴力犯罪涉及罪名较为广泛

我国刑法未对网络暴力专设罪名,《网络暴力意见》考虑到网络暴力的法益指向性特征,根据不同环节和情形,对可以适用的罪名作出了指引性规定。典型的网络暴力表现为针对他人发布贬低、恶意攻击信息,主要涉及侮辱、诽谤类犯罪。而从实践来看,还可能包括侵犯公民个人信息罪、线下滋扰类犯罪(寻衅滋事罪等)、拒不履行信息网络安全管理义务罪、非法利用信息网络罪以及非法经营罪等。

由于网络暴力所涉及的罪名多样,且各罪之间的保护法益、构成要件存在较大不同,故对其进行刑事规制必然需要依托具体案情进行判断。例如,网络暴力涉嫌构成非法经营罪时,需就行为是否违反前置的行政法规进行考察,以确证行为侵害了相应的市场经济秩序。再如,网络暴力涉嫌构成帮助信息网络犯罪活动罪时,基于本罪近年来的扩张适用态势,有必要结合本罪的主客观构成要件进行详尽检验,避免入罪泛滥。

三、网络暴力犯罪类型化处理思路的提倡

(一) 类型思维的引入

基于上述网络暴力犯罪的类型特征与司法适用难点,如何对网络暴力犯罪“法不责众”现象实现更为精确的治理,便成为研究的前进方向。

有观点认为,网络暴力犯罪“法不责众”现象对于刑法规制而言其实是一个伪命题,只要能够对隐藏在群体中的关键个体进行精准辨别,这一难题便可迎刃而解。^⑤具体来说,在进行司法认定时,应根据参与人员的特定性与不特定性对“众”进行拆分:网络暴力的发起者、组织者、煽动者、教唆者等起主要作用的行为人相对特定且明确,属于网络暴力的“核心”;被煽动者、跟风参与者等人员在本质上属于网络暴力的“外围”,具有不特定性。因此,即使是上百人的犯罪集团,如果犯罪人

是特定化的多数主体,对其施加刑事处罚也不会出现“法不责众”问题。上述观点属于对网络暴力犯罪处罚标准进行类型化处理的一种有力尝试,尽管这一尝试并未将判断标准予以细化,但其中所蕴含的类型思维将会是破解网络暴力犯罪“法不责众”难题的关键。

所谓类型思维,是指通过类型化的描述来揭露社会结构本身。^⑥一方面,类型思维具有客观的可视性。类型思维的形成植根于人们所能观察到的经验和现象,并以经验类型作为事实基础;^⑦另一方面,类型思维具有类型的目的性。尽管类型思维建立在对客观事实的认识基础上,但其并非一种事实性判断,而是一种以类型的本质为根据的实质、价值判断。^⑧类型思维确保观察对象和思考起点定位于客观事实,在此基础上实现价值判断。可以说,在处理网络暴力犯罪处罚判断标准不明等司法适用问题时,类型思维能够承担由案件事实的分析到归责判断的实现这一重要任务。

本文认为,有必要通过类型思维的引入,针对网络暴力违法犯罪的各种具体样态、情形进行分析,基于其类型化建构提出对应的规范判断标准,完成从“法不责众”到“罚当其罪”标准明确的转变。

(二) 学界现有的类型化尝试

根据本文梳理,学界现有的针对网络暴力犯罪的类型化尝试主要有如下三类:

第一,根据网络暴力可能涉及的罪名进行类型划分。恶意竞争型,行为人基于恶意竞争、打击对手的目的在网络上发布虚假消息、恶意抹黑、制造负面舆论,主要涉及损害商业信誉、商品声誉罪。肆意经营型,行为人、团体有偿提供删评、控评、优化舆情等经营服务,涉嫌构成非法经营罪。侮辱诽谤型,行为人在网络空间中发布或传播侮辱诽谤信息,煽动公众制造舆论攻击,涉及侮辱、

诽谤罪的认定。敲诈勒索型,行为人以在网络空间中编造、传播负面信息为由,对被害人实施威胁、恐吓,涉嫌构成敲诈勒索罪。^⑩

第二,根据网络暴力参与主体在犯罪中的作用进行类型划分。网络暴力的引发者、首倡者,这类主体通常是少数的个人或团伙,在网络暴力中起主要作用。受雇佣的网络暴力参与者,这类主体按照雇主的需求参与网络暴力,既可能起主要作用也可能起次要作用。普通网民,这类主体是网络暴力中数量最为庞大的施行者,其往往在舆论的裹挟下直接或间接参与网络暴力,通常起次要作用。^⑪

第三,根据网络暴力参与主体在犯罪中的职能进行类型划分。网络暴力中的职业参与者,典型的职业参与者如“网络水军”“网络黑公关”等。网络暴力中的积极参与者,主要指积极参与其中的普通网民,如果其明知是网络暴力仍积极投身参与,则可能涉及刑事追责。网络平台,网络平台直接或间接实施参与网络暴力的行为并非罕见,我国《刑法》中诸如拒不履行信息网络安全管理义务罪等罪名,均直接涉及对网络平台的刑事规制。

(三)本文观点

本文认为,上述的类型化区分仍存在一些不足之处:一是网络暴力中参与人员所涉罪名繁多,上述的四种罪名类型尚不足以完全概括,如《网络暴力意见》中指出可能涉及的帮助信息网络犯罪活动罪、寻衅滋事罪等罪名。二是网络暴力参与主体在犯罪中所起到的作用及职能多有重复之处,有必要予以更为准确地划分。三是对网络暴力的侵害对象及侵害行为等重要归责因素的考察有所欠缺。

基于此,有必要在上述类型化研究的基础上对其进行重构,使思考能够更加全面。在网络暴力犯罪中,参与主体、侵害对象与侵害行为是组成

网络暴力的三项基本要素。本文也将以这三项要素作为类型化处理的基本框架,并将网络暴力参与者所涉嫌的罪名、作用、职能等要素放入这一基本框架内进行综合讨论。

首先,对网络暴力的参与主体进行类型化。在此,可以将其区分为发挥积极作用的普通参与者、职业化的参与者以及网络平台。发挥积极作用的普通参与者一般应排除出刑事规制范围,但需要注意其中的例外情形。职业化的参与者通常是具有专业技能、技术的人员,是网络暴力犯罪的“中流砥柱”。网络平台作为第三方的服务提供者,对于发生在平台上的网络暴力犯罪具有监督责任,同时也可能直接或间接实施网络暴力犯罪行为。

其次,对网络暴力的侵害对象进行类型化。如果网络暴力行为指向社会中的普通个人或群体,在归责认定时不会因为对象的不同而有所差异。但当网络暴力指向特定的个人或群体时,如针对社会公众人物、国家机关或未成年人、妇女等弱势群体,则有必要根据对象的特殊性质采取相应的认定标准。

最后,对网络暴力的侵害行为进行类型化。网络暴力中有相当一部分侵害行为具有鲜明的技术性特征,由此面临中立帮助行为这一理论难题,故需在认定时综合考察技术性帮助行为在整个网络暴力犯罪中的重要性。此外,网络暴力侵害行为的归责还需检验其是否符合相应的前置法规范。

四、网络暴力犯罪类型化处理的判断标准

(一)网络暴力参与主体的类型化

1. 积极参与的普通主体

普通主体参与网络暴力犯罪的方式主要表现为“转发”“评论”行为。此类行为在网络空间中具有普遍性和日常性,若动辄以刑法手段加以规制,

明显有过度评价之嫌。从“转发”“评论”的行为危险性上看,其本身并不必然具备法益上的严重侵害性,在大多数情形下至多算是一种轻微的冒犯行为。^①即便多个参与主体共同实施的网暴行为作为整体对被害人造成了法益侵害,但这样的后果应当归咎于“组织者”等起主要作用的人员,个体参与者积极的“转发”“评论”行为单独来看难以被评价为达到了值得刑法处罚的程度。

不过,这不意味着所有普通主体的积极参与行为均应被排除出刑事规制范围。面对新形势下的网络暴力犯罪,不能以刑法谦抑性、言论自由为由一概反对刑法的介入。^②而应检验普通主体的积极参与行为对网络暴力犯罪是否具有实质性的影响:若“转发”“评论”等积极参与行为已足以被评价为达到与支配、操纵整个网络暴力犯罪相当的程度,将存在肯定其入罪的可能。例如,具有影响力的网络“大V”在具备明知的情况下,仍然对网络暴力信息进行“转发”“评论”,以其影响力带动、促成网络暴力的发酵升温。此时从性质上看,这类主体是参与到网络暴力中的普通网民,虽具有一定的影响力,却并非职业化的网络暴力参与者,其所实施的“转发”“评论”行为仍属于一般的积极参与行为。但是,如果对其行为的实质作用进行考察,则可以发现,这一积极参与行为对网络暴力的发展壮大具有实质性的重要作用,甚至于实际上支配、操纵了网络暴力犯罪的进程,故应例外地肯定对其归责。

2. 职业化的参与主体

职业化的参与主体具有丰富经验、专业能力与协作团队,在网络暴力中能够轻易地造成更为严重的法益侵害,故有必要予以重点打击。职业化主体的参与行为主要表现为如下两种形式:

一种是为直接引发网络暴力而实施的编造、运作行为。职业化的参与主体往往会在事前运营

大量网络账号,故意编造虚假信息“造热点”“蹭热点”,借此实现牟利的目的。刘某某“养号引流”造谣、传谣案即属于典型案例。刘某某利用剪辑软件对网络信息、图片、视频等进行篡改,编造虚假的社会热点为个人账号获取粉丝关注,后再将账号出售,最终被公安机关采取刑事强制措施。^③职业化的网暴参与主体既可以制造网络暴力,也可以通过反向抑制信息传播的方式实现网络暴力。例如,在杨某某提供有偿删除负面信息服务案中,杨某某等人通过搭建有偿删帖专用平台,以“口碑营销”“舆情优化”等名义实施有偿删帖服务,通过投诉举报、替换下沉、删除目标帖文等方式,为各类企业和个人删除网上负面信息,最终杨某某团伙被公安机关采取刑事强制措施。^④杨某某团伙的删帖服务制造出了一种强制“无声”式的反向网络暴力,严重影响公民的言论自由甚至网络生态、社会秩序。

另一种则是根据已有的网络暴力“苗头”实施的推动、促进行为。比如,在秦某某被指控诽谤杨某与兰某的两起案件中,秦某某作为职业化的网络暴力参与主体,其明知“杨某向希望工程虚假捐赠”与“兰某被老女人包养”系捏造的事实,在获取接收不实信息后,基于不法目的对信息进行转发散布,被主审法院定罪处罚。^⑤在此,秦某某仅仅是网络暴力信息的转发者,而非信息的原始编造者、发布者。所以,即便职业化的参与主体并未直接编造、发布网络暴力信息,而仅实施了对已有的网络暴力信息推波助澜的行为,仍有可能因为其行为能够直接催生网络暴力,而肯定对其刑事归责。

3. 网络平台

网络平台在网络暴力犯罪中可能表现为三种责任类型,即网络平台直接触发的正犯责任、其帮助行为产生的共犯责任以及基于监管、协助义务

而触发的监管责任。^⑤

首先,网络平台的正犯责任。如果网络平台直接实施网络暴力犯罪,则依据涉嫌的罪名进行认定即可。网络平台构成非法利用信息网络罪在司法实践中较为常见,如果网络平台是为实施网络暴力等违法犯罪活动而设立,或是发布有关网络暴力等违法犯罪活动信息的,构成本罪。然而,本罪中的“违法犯罪活动”这一要素不能随意扩张认定。在司法适用时必须进行同类解释,要求网络平台所实施的不法行为与本罪罪状所列举的实施诈骗、传授犯罪方法、制作或者销售违禁物品、管制物品等在行为危害性上相等同。据此,单纯侵犯他人名誉、企业商誉等尚未构罪的一般违法行为,便不应纳入本罪的规制范围。倘若使“违法犯罪活动”包含一般的违法行为,则只要网络平台为违法活动设立网站或发布信息就涉嫌构罪,将会使得本罪的适用几乎没有边界。

其次,网络平台的共犯责任。这里的主要认定难点在于,网络平台促进网络暴力犯罪的帮助行为是否足以认定构成帮助信息网络犯罪活动罪(下文统称为帮信罪)。

帮信罪作为网络帮助行为的兜底罪名,如果网络平台明知正犯实施网络暴力犯罪,仍然为其提供帮助,就能够以帮信罪论处。由于帮信罪的司法认定存在过度扩张趋势,如何限缩本罪的处罚范围成为问题。^⑥应主要从帮信罪的主客观构成要件出发对网络平台予以入罪限制:一是从主观上考察网络平台是否明知被帮助对象实施了网络暴力犯罪。就帮信罪的罪状要求来看,行为主体对其实施的帮助行为只有达到“明确知道”才能追责,这就要求网络平台已然实际认识并且希望或放任法益侵害结果的发生。然而,司法实践中在判断帮信罪中的明知时,大多采取“可能知道”这一较低标准,明显降低了对明知的认定要求。^⑦

因此有必要对帮信罪的明知要求进行重申,强调只有网络平台明确认识到其所帮助的行为属于相应的犯罪,且希望法益侵害结果发生,才能构成本罪的明知。二是从客观上要求被帮助对象实施了犯罪行为,但不需要其确定构成犯罪。根据帮信罪的构成要件规定,网络帮助行为至少要依托于一个刑法分则中明确规定的利用信息网络实施的犯罪行为。如果能够证明所帮助的正犯行为属于犯罪行为,即便被帮助的正犯行为未达到入罪的罪量要素标准,或正犯不具备刑事责任能力,均不影响帮信罪的认定。反之,如果能证明受帮助的正犯行为属于违反行政法规的一般违法行为,或者根本无法证明被帮助对象实施了犯罪行为时,即使帮助行为的金额、情节达到了帮信罪的入罪标准,也不能以本罪定罪处罚。

再次,网络平台的监管责任。一般认为,应当避免对网络平台施加过重的主动、积极监管责任。^⑧但这并不意味着平台的监管义务在任何情况下都处于被动状态。如果特定情形下平台能够不待通知而自主发现网络暴力,此时就应积极主动地履行监管义务。^⑨有研究进一步指出,根据网络平台应尽监管责任的主动性不同,可以将网络平台区分为网络通信平台、搜索平台以及交易平台,由此设定不同的监管认定标准。^⑩本文赞同这一观点,并根据网络平台的不同类型分而述之:

对网络通信平台的监管义务要求相对较低。网络通信平台是一种即时通信平台,其特点是用户利用平台向另一个用户或群组发送信息,信息的交互对象、内容均由用户自主决定,平台仅居中提供技术保障服务。从技术层面上看,网络通信平台内通常存在数以亿计的信息,监控查询的技术难度极高,几乎不可实现。从权限层面上看,除非在具备权限的行政机关给予明确授权的情形下,网络通信平台基于与用户之间的服务协议,无

权查看、编辑用户之间的信息内容。因而与其他网络平台相较,网络通信平台只需承担事后被动审查、监管信息的责任。

对网络交易平台的监管义务要求相对较高。当下网络交易平台参与交易的技术、能力和程度都在不断增强,不再是单一提供交易服务的中立平台,而涉及介入甚至管理全方位、多层次的网络交易活动。如仍一味强调平台的中立服务特质,忽视其理应承担的监管责任,则可能会使之沦为塑造网络暴力犯罪产业链的潜在危险源。同时,网络交易平台还拥有最迅捷、便利地发现和限制网络交易中违法行为的能力,是成本最低的违法行为的控制者。基于“谁经营、谁负责”的基本逻辑,网络交易平台也必须承担与其角色匹配的监管义务。例如,平台应对有潜在侵权风险的商家进行积极的事前资质审查。再如,基于“权利与义务相一致”原则,网络平台从特定交易中获取经济利益的可能性越大,则应对此类特定交易履行更为严格的监管义务。^②

对网络搜索平台的监管义务要求则介于上述二者之间。网络搜索平台的特点是根据用户输入的关键词提供搜索链接服务,搜索到的所有信息都是由网站或用户自主撰写或编辑呈现。平台作为技术工具,对搜索到的信息内容没有编辑和控制能力,也难以在技术上实现实时监控。故对搜索平台径直适用“通知—移除”的“避风港规则”即可。但在诸如“百度魏某某事件”中,网络搜索平台基于链接网站的竞价排名使某些违法侵权内容处于搜索结果页面的优先位置,迫使用户优先接受这些内容。^③网络搜索平台对于搜索内容竞价排名的做法,不仅在一定程度上侵犯了用户的知情权,也影响了搜索结果的客观公正性。因此有必要要求网络搜索平台在提供竞价排名等收费搜索服务时,承担更高的监管责任:平台应依法查验

客户资质,区分并明确标出自然搜索结果与收费搜索信息;在收费搜索信息涉及不法内容时,有必要建立实时巡查的信息安全管理制度,履行更为积极的事前防控义务。

(二)网络暴力侵害对象的类型化

1. 国家机关或公众人物

针对国家机关或公众人物的网络暴力,主要是指针对政府部门、官员等涉公共性质的群体实施的造谣、传谣等行为。一般认为,对国家机关、公众人物的名誉权、隐私权保护在部分场合中应当让位于公民的言论自由。^④国家机关、公众人物往往涉及公共话题或事务,与社会公众的利益紧密相关。所以,民众在进行讨论时即便有部分过激言论,也应视作是行使言论自由权利或对公共事务、人物的监督。并且国家机关、公众人物易于掌握更为丰富的社会资源与发声渠道,能够有效地对虚假言论作出澄清。《网络暴力意见》亦明确指出,应准确把握违法犯罪行为的认定标准与行为界限,切实防止对正当权利的不当干预,维护公民的表达自由,不能将网络检举、揭发认定为网络暴力,正确对待网民的评论、批评。

当网暴侵害对象为国家机关或公职人员时,一般不应认定为网络暴力的相关犯罪。如上文所述,公民通过网络举报、揭发公权力部门及其相关人员违法违纪行为,其行为性质是维护公共利益和监督公职人员,不宜贸然动用刑事手段。此外,行为人针对社会公共领域发表评论、提出批评的,即使言论过激、观点偏颇,只要网络言论并非故意捏造事实且未造成现实社会中公共秩序严重混乱的,也不应该认定构成相关犯罪。

如果行为侵犯了公众人物的个人隐私,则有认定成立网络暴力犯罪的空间。公众人物的定义除去上述的公职人员外,还包括了为大众所广泛知晓和关注的人物,例如影视、体育明星等。考虑

到公众人物具有公共属性与私人属性,对发生在公众人物身上的事件需一分为二地看待。^⑤公众人物的公共属性是指公众人物在工作、生活中涉及的诸如社会关系、公共利益分配等与普罗大众紧密相关的“公共议题”。对公众人物公共属性的网络批评、议论涉及公众对公共事务的参与,应当允许公民在这一领域内享有言论自由。公众人物的私人属性则主要是个人隐私等与公共利益无关的私人生活。公众人物的私人生活不必完全向社会公开,对其私人属性部分的攻击逾越了言论自由的行使边界,直接侵犯了个人的合法权益,公众人物对此不负有容忍义务。不过,当公众人物的个人隐私与公共关系、公共利益之间的关联密不可分,公众人物的个人隐私就不再具有私人属性而具有公共属性。

如果网暴行为还额外侵犯了个人财产、社会公共秩序等法益,则有认定成立网络暴力相关犯罪的空间。例如,行为人假借举报、投诉之名,对官员行敲诈勒索谋财等犯罪之实,侵害他人合法的财产权益时,则可以对其是否构成敲诈勒索罪进行检验。而针对国家机关或国家机关工作人员的网络暴力行为造成社会公共秩序法益侵害时,亦存在入罪的认定空间。以“陕西神木四人传播网络谣言”一案为例,四名被告人通过网络传播县政府非法集资案件处置不力的虚假信息,引发群众聚集,严重扰乱了现实社会的公共秩序,涉嫌构成编造、故意传播虚假信息罪。^⑥而在“王某某犯罪团伙寻衅滋事案”中,王某某等人因不满法院判决结果,在网上多次发布恶意编辑制作的虚假信息,引发公众对主审法官进行人身攻击,严重危害社会秩序。^⑦

2. 针对未成年人、妇女等弱势群体的特殊保护

弱势群体如未成年人、妇女等往往是网络暴

力犯罪中“涉性”话题的集中侵害对象,此类群体更容易受到网暴伤害。同时,也容易因为自身能力不足等因素,难以有效维权。因此,《网络暴力意见》的制定重点之一,便旨在为遭受网暴侵害的未成年人、妇女等弱势群体提供特殊保护。

上述着重打击针对弱势群体的网络暴力的刑事政策需求,可以为强化刑法保护、扩张入罪范围的司法适用提供理论依据。典型案例如“吴某某对妇女实施网络诽谤案”。吴某某通过在网络上获取的信息,编排并发布“73岁东莞清溪企业家豪娶29岁广西大美女,赠送礼金、公寓、豪车”的不实信息,对被害妇女造成了极为恶劣的影响。主审法院经审理后判决被告人吴某某构成诽谤罪。^⑧本案司法机关通过扩张适用公诉程序,实现了对被告人吴某某的刑事追诉。这一做法拓宽了编造“涉性”话题侵害妇女的网络暴力案件的自诉转公诉范围,在一定程度上与严厉打击侵害妇女人格权益违法犯罪行为、保护网暴弱势群体的刑事政策需求相契合。

再如,行为人谭某在其新浪微博账号上发布系列漫画,将“江某案”中江某母亲描画得面目狰狞、形象丑陋、衣着暴露(甚至裸露下半身),公然丑化、侮辱其形象及人格。该漫画浏览次数达24690次,主审法院认定谭某构成侮辱罪。^⑨对此类网络侮辱犯罪的认定,面临的最大问题在于如何界定网络侮辱行为的入罪门槛。为限制侮辱、诽谤罪的不当扩张,司法判决创设了“一般性谩骂”与“诋毁性侮辱、诽谤”,只有“诋毁性侮辱、诽谤”才能构成侮辱、诽谤罪。^⑩然而,由于谩骂的语言在恶劣程度上难以量化,对其如何明确界分在实践中也不尽相同,易于引发争议。相较之下,图片传达含义的明确性明显更为含混模糊。可以说,本案主审法院的认定结论体现了保护网暴弱势群体的刑事政策需求及从严惩治精神,在基本事实得以满

足的基础上尽量拓宽了“诋毁性侮辱、诽谤”的认定范围。

(三)网络暴力侵害行为的类型化

司法实践中对网络暴力侵害行为的认定难点主要集中在:一是网络暴力中的侵害行为与中立帮助行为的认定。网络暴力侵害行为日益呈现出技术化的趋势,由此必然会涉及中立帮助行为理论的理解与适用。二是网络暴力中侵害行为的归责往往会与具体罪名中的前置法认定息息相关,故有必要在探究前置法规定的基础上对行为是否构罪进行综合研判。

对于技术性帮助行为的可罚性,应予以具体判断。网络暴力中的技术性帮助行为通常具有一定的职业性,即行为人通过提供技术的方式履行其职业服务。典型如网络工程师为涉网暴平台提供技术性维护。但帮助行为的职业性,不能径直成为排除归责的理论依据。^④本文认为,对于技术性帮助行为是否具有可罚性的判断,需要综合考察技术性帮助行为在整个网络暴力犯罪中的重要性。具体可以从正犯、帮助犯以及二者之间的关联三个维度加以展开:第一,从正犯的维度上看,在参与者提供帮助行为时,正犯将要实施的犯罪是否达到了极为紧迫的程度。^⑤正犯实施犯罪越紧迫,技术性帮助行为的重要性就越强,反之则重要性越弱。例如,某一网络技术的提供者明知他人即将使用其技术传播虚假信息实施网暴犯罪,仍然提供技术服务。此时正犯行为具有即将实施犯罪的紧迫性,网络技术提供者实际上是直接为他人的网络暴力犯罪提供工具,其行为可以直接类比帮助犯向正欲实施杀人行为的正犯提供刀具的行为。第二,从帮助犯的维度上考察帮助行为技术难度的高低,帮助行为的技术难度越高,其重要性就越强,反之则重要性较弱。^⑥在部分网络暴力犯罪中,网络技术提供者的技术服务具有较强

的专业性,这类技术性帮助行为于其中扮演了极为重要的角色,甚至无可替代,一旦缺失则整个犯罪将难以为继。那么考虑到此类技术在网络暴力犯罪中具有不可或缺的重要性,便存在认定成立帮助犯的空间。第三,从正犯与帮助犯之间的关联来看,判断二者是否具有较强的业务关联性。业务关联性强弱的判断,可以考察技术性帮助行为是否参与、渗透到正犯中的一个甚至多个核心环节,如是则可以给出肯定归责的答案,相反则仅仅属于边缘的帮助行为。例如,在以网络暴力营销炒作涉嫌构成非法经营罪的案件中,如果参与者提供的技术性帮助直接参与到如活动策划、分配任务、具体炒作等多个实现犯罪的关键环节,那么即便技术性帮助行为具有职业性等特征,也会因为其与正犯之间存在较强的业务关联性,足以肯定其在整个共同犯罪中的重要性。

如果网络暴力侵害行为并未违反相应的前置法规范,应否定归责。在此,最为典型的是涉及非法经营罪的网暴案件。两高于2013年发布的《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《诽谤解释》)第7条规定,提供有偿删帖、发布虚假信息等行为,达到入罪要求的,可以认定为非法经营罪。^④但是,考虑到非法经营罪的“口袋罪”性质,该条的适用范围应当被严格限定。对此则应从非法经营罪的前置法规范着手。有观点指出,考虑到非法经营罪的保护法益为市场经济秩序,《诽谤解释》中提及的“违反国家规定”主要是指《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》(以下简称《互联网决定》)第3条的规定。^⑤所以,如果要以非法经营罪来认定相关的网络暴力行为,便应涉及《互联网决定》第3条规定情形。^⑥在“立二拆四”非法经营案中,“立二拆四”作为“网络水军”与某旅游公司签订推广合同,约定由其通过个人微

博账号发布各种虚假信息,对旅游公司的旅游项目进行炒作。根据本案案情,“立二拆四”的虚假宣传行为符合《互联网决定》第3条第(一)项的规定,属于利用互联网对旅游公司的服务进行虚假宣传,认定其构成非法经营罪当无疑问。不过,如果网暴行为仅仅损害公民的个人名誉,而与参与到市场经济秩序中的商业信誉、声誉无关,此类行为就并未触犯作为前置法规定的《互联网决定》,也未侵害非法经营罪所欲保护的市场经济秩序,那么就不能以非法经营罪论处。

再如“刘某侵犯公民个人信息案”,本案中刘某因感情纠纷,为泄愤报复从他人处购买了被害人及其父母的姓名、年龄、住址、身份证号码、照片等个人信息,编辑并添加诅咒文字后,通过几十个网络账号多次发布,引发大量负面评论。本案司法机关经审理后认为,刘某构成侵犯公民个人信息罪。^⑪然而值得注意的是,除直接侵犯公民个人信息的正犯刘某外,向其售卖被害人信息的“他人”作为参与者至少有论以共犯的空间。售卖者未经被害人同意向刘某售卖被害人本人及其父母的个人信息,这一行为违反了我国《个人信息保护法》而具有违法性。并且其售卖个人信息的行为促进了刘某侵犯公民个人信息,对于正犯的实现具有刑法意义上的帮助作用。所以本案中售卖他人个人信息的行为至少足以评价为侵犯公民个人信息罪的帮助犯。

注释:

①参见喻海松:《刑事一体化视野下网络暴力的规制模式》,载《法律科学》2023年第5期,第84页。

②参见刘艳红:《网络暴力治理的法治化转型及立法体系建构》,载《法学研究》2023年第5期,第81页。

③参见田宏杰:《网络暴力刑法治理中的“法不责众”困境

及其化解》,载《法学杂志》2024年第1期,第38页以下。

④参见劳东燕:《网络暴力刑法治理的基本立场》,载《政法论坛》2024年第3期,第51页。

⑤参见姜涛:《网络暴力治理中刑事责任、行政责任与民事责任的衔接》,载《法律科学》2023年第5期,第104页。

⑥参见邵登辉:《群体性网络暴力治理——以网络平台风险预防义务为视角》,载《中南民族大学学报(人文社会科学版)》2023年第5期,第98页。

⑦参见张晨、张雪泓:《人民法院加强网络空间人格权益保护 妥善处置“AI换脸”“盗图造谣”等侵权行为》,载《法治日报》2023年8月10日,第6版。

⑧参见孙道萃:《网络暴力犯罪:一个刑法的规范分析》,载《中国应用法学》2023年第5期,第77页。

⑨参见刘期湘、宋凡:《互联网+人工智能时代“网络水军”的刑法规制及限度》,载《山东警察学院学报》2019年第6期,第23页。

⑩参见刘维、马春晓:《ChatGPT的风险挑战及刑事应对》,载《警学研究》2023年第5期,第34页。

⑪参见邬春阳:《对“网络水军”、网络黑产、偷拍偷窥等“零容忍”》,载《人民公安报》2022年9月9日,第2版。

⑫参见肖雅菁:《网络“水军”的罪与罚》,载《检察日报》2021年11月30日,第7版。

⑬参见付玉明、刘听帅:《行为解构与危险溯源:“网络暴力”的刑事治理》,载《四川大学学报(哲学社会科学版)》2023年第6期,第170页。

⑭参见付想兵、刘杰:《网络黑公关的刑法规制》,载《人民司法》2021年第13期,第78页。

⑮参见刘宪权、周子简:《网络暴力的刑法规制困境及其解决》,载《法治研究》2023年第5期,第24页。

⑯参见周光权:《类型思考与中国法学研究》,载《中国社会科学评价》2015年第4期,第16页。

⑰参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》(第6版),黄家镇译,商务印书馆2020年版,第583页。

⑱参见陈兴良:《刑法教义学中的类型思维》,载《中国法律评论》2022年第4期,第91页。

⑲同前注⑭,付想兵、刘杰文,第79页。

⑳参见石经海:《论网络暴力的实质与刑法适用规则的完善》,载《法律科学》2023年第5期,第71-72页。

②①参见储陈城:《刑法应对网络暴力的流变及其基本立场》,载《中国刑事法杂志》2023年第4期,第49页。

②②参见于冲:《网络“聚量性”侮辱诽谤行为的刑法评价》,载《中国法律评论》2023年第3期,第92页。

②③参见董凡超:《如何打准“网络水军”的“七寸” 公安机关加强网络安全监管严打整治突出犯罪》,载《法治日报》2023年2月9日,第6版。

②④同前注②③,董凡超文,第6版。

②⑤参见秦某某诽谤、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。

②⑥参见叶良芳、童璇:《类型化思维下网络服务平台的监管责任探讨》,载《中国检察官》2019年第5期,第15页。

②⑦参见刘艳红:《帮助信息网络犯罪活动罪的司法扩张趋势与实质限缩》,载《中国法律评论》2023年第3期,第59页。

②⑧参见周振杰、赵春阳:《帮助信息网络犯罪活动罪实证研究——以1081份判决书为样本》,载《法律适用》2022年第6期,第87页。

②⑨参见敬力嘉:《网络服务提供者网暴治理义务的体系展开》,载《北方法学》2023年第5期,第39页。

②⑩参见刘文杰:《网络暴力中个体维权困境与平台安全保障义务》,载《国家检察官学院学报》2023年第5期,第48页。

②⑪同前注②⑩,叶良芳、童璇文,第16-18页。

②⑫参见申屠彩芳:《网络服务提供者侵权责任研究》,浙江大学出版社2014年版,第136页。

②⑬参见刘兴广:《从“魏则西事件”看网络搜索引擎媒介责任的缺失》,载《新闻研究导刊》2018年第24期,第69页。

②⑭参见陈珊珊:《诽谤罪之省思》,载《华东政法大学学报》2012年第2期,第34页。

②⑮参见范洁:《论权利行使与网络公共言论的出罪》,载《南大法学》2023年第5期,第49-50页。

②⑯参见敬力嘉、胡隽:《网络暴力法律规制的完善路径》,载《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2021年第5期,第144页。

②⑰参见《公安部公布依法惩治网络暴力违法犯罪10起典型案例》,载中华人民共和国公安部网站, <https://www.mps.gov.cn/n2254098/n4904352/c9306937/content.html>。

②⑱参见朱宁宁:《全国妇联等部门公布第五届依法维护妇女儿童权益十大案例 全链条治理侵害妇女儿童权益问题》,载《法治日报》2023年12月12日,第7版。

②⑲参见沈言、朱银萍:《在网络上侮辱、诽谤死者及其母亲的刑法规制》,载《人民司法》2021年第8期,第19页。

②⑳参见金泽刚、张涛:《网络时代侮辱、诽谤罪司法适用之争》,载《探索与争鸣》2023年第7期,第112页。

㉑参见王伟伟:《中立帮助行为的解构与重建》,载《法学家》2020年第3期,第151页。

㉒参见张明楷:《刑法学(上)》(第6版),法律出版社2021年版,第570页。

㉓参见邹兵建:《网络中立帮助行为的可罚性证成——一个法律经济学视角的尝试》,载《中国法律评论》2020年第1期,第128页。

㉔《诽谤解释》第7条规定:违反国家规定,以营利为目的,通过信息网络有偿提供删除信息服务,或者明知是虚假信息,通过信息网络有偿提供发布信息等服务,扰乱市场秩序,达到非法经营罪“情节严重”数额的,以非法经营罪定罪处罚。

㉕参见罗翔:《网络水军与名誉权的刑法保护》,载《社会科学辑刊》2019年第4期,第122页。

㉖《互联网决定》第3条规定:为了维护社会主义市场经济秩序和社会管理秩序,对有下列行为之一,构成犯罪的,依照刑法有关规定追究刑事责任:(一)利用互联网销售伪劣产品或者对商品、服务作虚假宣传;(二)利用互联网损害他人商业信誉和商品声誉;(三)利用互联网侵犯他人知识产权;(四)利用互联网编造并传播影响证券、期货交易或者其他扰乱金融秩序的虚假信息;(五)在互联网上建立淫秽网站、网页,提供淫秽站点链接服务,或者传播淫秽书刊、影片、音像、图片。

㉗参见王金虎:《散布他人隐私煽惑网暴被定罪判刑》,载《光明日报》2023年10月7日,第7版。