

网络暴力犯罪处罚范围的教义学建构

李本灿

内容提要:网络暴力的海量积聚性特征使得个人形象模糊化,而海量信息呈现情绪化色彩浓厚、违法性弱甚至无法用违法加以评价的特征,这两者共同造就了网络暴力治理中的“法不责众”问题。为此,应当合理界定网络暴力的内涵,更多地从规范角度将其还原为刑法中的具体行为类型,进而围绕相应犯罪建构网络暴力治理的教义学规则。累积犯的思维可以解决法不责众问题,但也仅仅适用于关涉人类生存、经济生活正常运行等重大集体法益的保护,而网络暴力治理却主要关涉个人法益保护。治理的焦点应当回到核心的网络暴力实施者,发起、组织、煽动行为是治理的重点,通过网络实施相应犯罪即满足了情节严重的要求。与此同时,不能一般性地忽视参加者的责任,借鉴数额累计计算的思路,可以通过积量构罪的方案合理判断参加者的责任。此外,还应强调网络平台在网络暴力治理中的作为义务,但出于平衡言论自由等方面的考量,平台企业应当仅在必要、可能和可期待的限度内承担不作为责任。

关键词:网络暴力 侮辱罪 诽谤罪 侵犯公民个人信息罪

李本灿,武汉大学法学院教授。

一 “法不责众”与“网络累积犯”方案的平衡难题

当前,我们生活在一个深度网络化的时代。与网络化并存的另一个社会背景是,中国社会正在经历由传统到现代的时代转型。在转型时期,社会经济获得了跨越式发展,与此同时,也引发了诸多社会性问题。在现实社会中,民众的负面情绪难以得到及时舒缓,而网络的开放、匿名、去中心化等特征使其很快成为民众情感宣泄的重要场域。^[1] 正如有学者所言,“网络暴力是社会戾气与情绪的移情性表达,很多网民将现实空间中基于个人

[1] 参见侯玉波、李昕琳:《中国网民网络暴力的动机与影响因素分析》,《北京大学学报(哲学社会科学版)》2017年第1期,第104页。

经历与观察生出的不满与怨忿,通过匿名化的方式宣泄到虚拟空间。”^[2] 社会问题有多么严重,网络暴力就有多么普遍,关于这一点,想必身为网民的读者都有体察。近些年发生的“德阳女医生遭网暴自杀案”“女硕士因染粉色头发遭网暴自杀案”“武汉被撞小学生妈妈遭网暴自杀案”等无数个让人匪夷所思的案件都只不过是网络暴力案件的冰山一角。中国青年报的采访数据显示,65.3%的受访青年认为,自己或周围人遭受过网络暴力。^[3] 除普遍、多发的特征之外,相较于线下实施的相同行为,网络暴力也具有更大的危害性。^[4] 由于网民交互行动中出现了显著的认同分化,网络暴力往往表现为一种群体性攻击,可以将其理解为具有高度同质性的群体对少数个体的敌对行为。^[5] 网络自身所具有的时空延展性特征也无限放大了这种攻击行为的危害效果,一条诽谤信息可能在瞬间传递到地球的另一端,一条侮辱信息也可能引起亿万网民“在场围观”。以最高人民法院发布的网络暴力典型案例“吴某某诽谤案”为例,相关贴文的阅读量在短时间内达到了4.7亿次。^[6] 这在现实世界中无论如何都难以想象。群体性攻击、瞬间大范围传播等特征使网络暴力具有相较于现实语言暴力更严重的危害性。^[7]

鉴于网络暴力的多发和严重危害性,最高人民法院、最高人民检察院、公安部于2023年9月联合发布了《关于依法惩治网络暴力违法犯罪的指导意见》(下称“《指导意见》”),此后不久,国家互联网信息办公室也发布了《网络暴力信息治理规定》(下称“《网暴治理规定》”),旨在全面治理网络暴力违法犯罪行为,打造风清气正的网络精神家园。如上所述,由于网络暴力通常表现为一种群体性攻击,因而难免遇到如何准确进行责任归属的问题。面对行为人数众多且责任分散的问题,中国的传统方案是“法不责众”。在某种意义上说,也正是这种思想作祟,才使得网暴者有恃无恐,网络暴力愈演愈烈。《指导意见》出台的重要原因就是切实矫正法不责众的错误倾向。^[8] 为了合理进行责任区分,最高人民法院、最高人民检察院、公安部也都分别发布了相关的典型案例。然而,相关问题并未得到解决。从最高人民法院发布的七个典型案例来看,^[9]其遵循的方案仍然是严格追究违法信息发布者的责任,而并未涉及其他转发、评论、点赞者的责任。仍以“吴某某

[2] 劳东燕:《网络暴力刑法治理的基本立场》,《政法论坛》2024年第3期,第43页。

[3] 参见吴欣宇、王品芝等:《65.3%受访青年表示自己或周围人遭遇过网络暴力》,《中国青年报》2023年6月20日第007版。

[4] 关于网络暴力的实际危害,我国学者从心理学角度进行了充分的阐述,具体请参见徐颖:《论“网络暴力”致人自杀死亡的刑事责任》,《政法论坛》2020年第1期,第132、137-138页。

[5] 参见姜方炳:《污名化:“网络暴力”的风险效应及其现实隐喻——以“李刚门”事件为分析个案》,《中共浙江省委党校学报》2012年第5期,第53-57页。

[6] 参见“震惊!网络暴力肆虐:以案普法揭示其法律后果及防范策略”,https://www.sohu.com/a/812721026_121956425,最近访问时间[2025-01-12]。

[7] 有论者主张,“在特定的情况下网络暴力能成为杀人罪的实行行为并与自杀死亡结果有因果关系”。参见徐颖:《论“网络暴力”致人自杀死亡的刑事责任》,《政法论坛》2020年第1期,第132、137-138页。当然,这已经超出了本文的写作范围,此处不再展开。

[8] 参见周加海、喻海松、李振华:《〈关于依法惩治网络暴力违法犯罪的指导意见〉的理解与适用》,《中国应用法学》2023年第5期,第55页。

[9] 参见最高人民法院2023年发布,“依法惩治网络暴力违法犯罪典型案例”,<https://www.court.gov.cn/zixun/xianqing/413002.html>,最近访问时间[2025-01-12]。

诽谤案”为例,在高达 75608 条评论信息中,不乏大量的肆意谩骂和诋毁,那么,这些恶意评议者、转发者是否都不需要刑事处罚?因此,对“法不责众”这一难题,仍需更为清晰的方案加以破解。

与“法不责众”理念相对的是累积犯理论,通过广泛的责任归属,预防同类行为的发生,毕竟“压死骆驼的每一根稻草都不是无辜的”。在我国的文献中,“网络累积犯”“数据累积犯”之类的概念已经被广泛提及,其所表达的也正是这一层面的含义。例如,有学者指出,网络账号恶意注册行为与累积犯有四个方面的契合之处,因而可以借鉴累积犯的理念,对网络账号恶意注册行为加以刑事处罚:个体行为均无损于法益,但仍应运用刑法规制;明知均需推定;个体行为均具有原因力的间接性;被侵犯的均为概括性法益。^[10]也有学者直接提出了“数据累积犯”的概念,并将其进一步类型化为数据收集型、拒绝服务型以及数据分析型,其中的数据分析型累积犯主要关涉侵犯公民个人信息罪。^[11]实际上,这就与“人肉搜索”型网络暴力具有了重合之处。更有学者直接提倡“网络暴力型累积犯”“网络暴力累积危险行为”的概念。^[12]但是,网络暴力型累积犯的方案不仅缺乏刑事政策上的合理性,也是对累积犯概念的滥用,不值得倡导。

否定“网络暴力型累积犯”和“法不责众”理念意味着,广泛地处罚和广泛地不处罚的方案都不足取,需要在两者之间寻找平衡,即合理限定网络暴力犯罪的处罚范围。这是网络暴力刑法治理问题的难点和痛点,也是本文的问题意识和写作价值所在。在具体的写作思路,由于网络暴力概念的非规范属性,要研究网络暴力的刑事治理,首先需要对其概念进行规范限定,即网络暴力问题需要回归规范刑法领域,这样才能探寻更具可操作性的解决方案。在此基础上,对于网络累积犯的概念加以否定,即破除当前颇为流行的一种方案,这是一个理论上“破”的过程。此项工作之后,更重要的是“立”,即建构合理限定网络暴力处罚范围的教义学方案,也即本文的目标。

二 网络暴力:从事实到规范的概念界定

(一) 网络暴力内涵的流变

可搜索的较早的文献主要是在网络系统攻击的意义上使用网络暴力,^[13]在此之后,网络暴力与未成年人保护联系起来,这个层面的“网络暴力”与网络垃圾、网络色情等概念并列,更多指向网络游戏、影视作品中传递的暴力行为。^[14]因为通过网络制造、传播的暴力亚文化会对青少年违法行为起助长作用,因此有学者强调,要构筑针对网络暴力亚文

[10] 参见郭玮:《累积犯视域下网络账号恶意注册行为的规制》,《法学杂志》2020年第1期,第125-127页。

[11] 参见张勇、王杰:《数据累积犯的刑法规制》,《济南大学学报(社会科学版)》2024年第3期,第142-146页。

[12] 参见张喆锐:《网络暴力型累积犯的刑法应对》,《东岳论丛》2024年第4期,第175页;冷必元:《群体性网络暴力累积危险行为的刑法治理》,《法治研究》2023年第5期,第28页。

[13] 参见[美]Peter Coffee:《网络暴力来自何方》,《每周电脑报》1999年第9期,第99页。

[14] 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》,《青少年犯罪问题》2001年第2期,第30页。

化助长作用的防御体系。^[15] 也有学者研究了网络暴力与少年暴力之间的关系,指出“必须充分认识网络的暴力涵化效应,增强少年对网络暴力环境的内在抗拒力。”^[16] 2006 年发生了两起引发广泛关注的网络暴力事件,即“高跟鞋虐猫事件”和“铜须门事件”,由此也引发了网络暴力的内涵扩张以及相关研究的蓬勃展开。以“网络暴力”为关键词在中国知网进行学术检索可以清晰地看到,关于网络暴力的学术文献从 2006 年开始显著增加。由于这两起事件都涉及“人肉搜索”行为,因而这个阶段的网络暴力概念包含了网络人肉搜索以及侮辱、谩骂等行为。^[17] 当前关于网络暴力的讨论,对于暴力形式的理解可能稍有不同,但核心内容并没有超越这个范畴。例如,从最高检发布的“利用网络暴力侵犯企业合法权益典型案例”可以看出,针对企业实施的网络敲诈勒索等财产类犯罪也被归入了网络暴力范畴。这些网络化的财产类犯罪显然不同于网络侮辱、诽谤、侵害公民个人信息,但都是对特定主体私权利的伤害。

一个相对完整的网络暴力内涵经历了“网络系统攻击”——“网络游戏、影视作品中所传递的暴力行为”——“以人肉搜索、侮辱、诽谤等攻击行为为核心的网络违法行为”的流变。当然,这种流变更多的是内涵的扩充,而非对原有意义的取代。^[18] 与本文的梳理结果不同,也有学者将扫黑除恶专项斗争中的“网络言语恐吓”“网络暴力威胁”“个人信息轰炸”等内容理解为独立的“以网络软暴力为内核的网络暴力”。^[19] 对此,本文的观点是,软暴力是与物理世界中的硬暴力相对的暴力类型,其实质仍然是一种语言暴力,^[20] 很难说其与我们今天广为接受的以网络侮辱、诽谤等为主要内容的网络暴力有本质区别,没有必要特意强调。

(二) 从事实到规范的概念限定

从网络暴力的发生机理来看,可以将其理解为社会戾气的移情表达。所以,网络暴力不仅是一个法律问题,也是一个社会问题。从当前的研究情况来看,法学、社会学、传播学等不同领域的学者都在从各自的视角关注和研究网络暴力这一社会现象,并试图寻找综合性的治理方案。很显然,社会学等其他学科的研究与作为事实学的犯罪学具有很大的相似性,可以将其归属于犯罪社会学的研究范畴。将目光聚焦到刑事法学内部,也不难发现,当前对网络暴力的研究也具有显著的犯罪学色彩,^[21] 即更多地将其作为一种新的犯罪形态,从犯罪治理的角度加以研究。这种研究有其自身价值,但在讨论网络暴力的归责方案时有必要将这一具有浓厚事实性特点和犯罪学色彩的概念进行规范限定。^[22] 只有

[15] 参见杨奎臣、章辉美:《网络暴力亚文化对青少年侵犯行为的助长及对策》,《长沙铁道学院学报(社会科学版)》2002 年第 2 期,第 34 页以下。

[16] 孙召路:《网络暴力与少年暴力:从涵化理论说起》,《青少年研究(山东省团校学报)》2004 年第 2 期,第 36 页。

[17] 参见张楚:《“网络通缉”:义举还是暴力?》,《人民论坛》2006 年第 23 期,第 40-41 页。

[18] 直到今天,网络系统攻击仍被视为网络暴力的一种典型事实形态。参见张小虎:《网络暴力的典型事实形态及其刑法定性》,《甘肃社会科学》2024 年第 2 期,第 1 页。

[19] 参见储陈城:《刑法应对网络暴力的流变及其基本立场》,《中国刑事法杂志》2023 年第 4 期,第 38-40 页。

[20] 参见喻海松:《网络暴力的多维共治——以刑事法为侧重的展开》,《江汉论坛》2023 年第 5 期,第 129 页;蔡荣:《“网络语言暴力”入刑正当性及教义学分析》,《西南政法大学学报》2018 年第 2 期,第 64-65 页。

[21] 参见周立波:《网络暴力犯罪的刑事法治理》,《法治研究》2023 年第 5 期,第 38 页。

[22] 参见欧阳本祺:《被害人保护视野下网络暴力的刑法规制》,《江西社会科学》2024 年第 1 期,第 68 页。

回归规范学,才能对相关行为进行刑法学上的评价。^[23] 毕竟,“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;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”。^[24]

从权威的司法解释或规范性文件以及最新的学术观点来看,将网络暴力的概念进行规范限定也具有可行性。《网暴治理规定》第 32 条明确规定,“本规定所称网络暴力信息,是指通过网络以文本、图像、音频、视频等形式对个人集中发布的,含有侮辱谩骂、造谣诽谤、煽动仇恨、威逼胁迫、侵犯隐私,以及影响身心健康的指责嘲讽、贬低歧视等内容的违法和不良信息。”相应地,网络暴力是行为人通过网络对个人实施的侮辱谩骂、造谣诽谤、侵犯隐私等行为。很明显,这个层面的概念所表达的是,网络暴力是通过网络实施的个人权益侵害行为。与此相似,《指导意见》也将网络暴力限定为“在信息网络上针对个人肆意发布谩骂侮辱、造谣诽谤、侵犯隐私等信息的行为”。尽管中央网信办印发的《关于切实加强网络暴力治理的通知》和《指导意见》都强调了网络暴力“侵害他人合法权益,扰乱正常网络秩序”的行为属性,这一点不同于《网暴治理规定》,但在行为方式上,这些文件的表述基本相同。正因如此,在网络暴力犯罪的罪名适用问题上,司法解释的制定者也仅仅讨论了侮辱罪、诽谤罪、侵犯公民个人信息罪、非法利用信息网络罪、拒不履行信息网络安全管理义务罪的适用问题。^[25] 对于这种解构网络暴力概念的方案,有学者提出了批评意见,认为这种过于精确地描述网络暴力行为并将之与部门法对应的方式,难以应对风险社会中网络暴力行为的发展。^[26] 对此,本文的回应是:一则,要合理归属责任,网络暴力这一犯罪学概念必须回归实体规范,限定为若干规范内的犯罪行为;二则,论者提倡的类型化方案其实也是结合实体规范对网络暴力进行了解构,即类型化为网络欺凌、网络骚扰和网络跟踪等类型,这一方案与规范性文件的思路没有本质差异,只不过是基于不同的问题导向对网络暴力行为范围的界定不完全相同而已。

在学理上,网络暴力也可作广义和狭义的概念区分。有学者认为,“网络暴力是发生在虚拟网络空间里,通过引导或自发组织的群体性言语欺凌,损害特定对象的隐私权和名誉权,继而对行为对象进行精神折磨的暴力方式,又可以区分为网络语言暴力和人肉搜索暴力两种基本形态。”^[27] 有学者将这种观点定义为狭义论,并反对从狭义的角度理解网络暴力,而是主张最广义的界定。从该学者的表述及其所引述观点来看,其所谓最广义的概念是指,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。^[28] 值得注意的是,最广义论的支持者在另一篇文献中将网络暴力定义为:“以网络为媒介,通过诽谤侮辱、煽动滋事、公开隐私等人身攻击方式,侵害他人人格权益,危害网络

[23] 参见张明楷:《刑法学中的概念使用与创制》,《法商研究》2021年第1期,第11页。

[24] 储陈城:《刑法应对网络暴力的流变及其基本立场》,《中国刑事法杂志》2023年第4期,第45页。

[25] 参见周加海、喻海松、李振华:《〈关于依法惩治网络暴力违法犯罪的指导意见〉的理解与适用》,《中国应用法学》2023年第5期,第55-56页。

[26] 参见刘柳:《基于类型思维方法纾解网络暴力法律规制困境》,《法学论坛》2024年第5期,第27页。

[27] 石经海、黄亚瑞:《网络暴力刑法规制的困境分析与出路探究》,《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2020年第4期,第80页。

[28] 参见刘艳红:《网络暴力治理的法治化转型及立法体系建构》,《法学研究》2023年第5期,第92页。

空间正常秩序的失范行为。”^[29]以上两种观点尽管被区分为广义和狭义,但其实没有本质差异:一则,发生场域都被限定在网络虚拟空间;二则,行为对象都限于特定个人;三则,行为方式都表现为侮辱、诽谤、侵犯公民个人信息等方式。与上述观点存在显著不同的是,有学者主张,网络暴力也包括网下对被网暴者及其亲友实施的滋扰等行为,因为网上暴力和网下暴力往往交织而生,如果将网下暴力排除在外,将会不当限缩网络暴力的范围。^[30]有学者则显著扩张了网络暴力的行为对象,即认为网络暴力的对象不限于特定自然人,单位、民族、政府、国家都可以成为网络暴力的对象。^[31]

通过上文对网络暴力内涵流变的考察不难看出,网络暴力是一个内涵极为丰富且不确定的概念,只是因为出发点不同,所欲解决的问题不同,学者给出的定义也不尽相同。因此,对网络暴力概念的界定还是要回到研究初衷,坚持问题导向。这一轮网络暴力理论研究热潮的开启以及司法解释和规范性文件的出台,很大程度是因为当前网络暴力事件频发,造成了被网暴者自杀、精神失常等严重后果,引起了恶劣的社会影响。面对这些令人愤慨的网络暴力案件,又出现了责任人员难以确定等问题而无法追责,因此急需从理论上解决这些问题。概言之,为了聚焦问题,回应更为突出的网络暴力问题,本文倾向于从狭义上理解网络暴力,即将网络暴力限定为不特定主体在网络空间实施的侮辱、诽谤、侵犯隐私、网络恐吓等侵害他人权益的行为。^[32]具体分析如下:

第一,网络暴力的对象不宜过分扩张。单位、民族、政府、国家固然可以成为网络暴力的行为对象,我国刑法之中也有相关犯罪(例如,煽动民族仇恨、民族歧视罪,损害商业信息、商品声誉罪)对此加以规制,但《网暴治理规定》《指导意见》都将网络暴力对象限定在“针对个人实施”。这体现出的政策导向是,要重点治理以特定个人为侵害对象的网络暴力。从立法论上说,网络暴力的治理需要更为完整的规范体系,这个层面的网络暴力需要囊括实践中更多样化的网络暴力情形,但为了在解释论上更好地解决“法不责众”问题,当前的研究不宜扩张网络暴力的对象范围。

第二,网络暴力施暴主体的不特定性和聚量性特点决定了其发生空间不宜扩展到线下暴力,特定主体实施的以网暴为威胁手段的侵财类行为也不宜归入网络暴力。我们之所以重点治理网络暴力,很大程度上是因为施暴主体的不特定和聚量性特点导致其可能

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

[30] 参见喻海松:《网络暴力的多维共治——以刑事法为侧重的展开》,《江汉论坛》2023年第5期,第129页。

[31] 参见陈罗兰:《网络暴力的刑法治理与罪名增设》,《法律科学(西北政法大学学报)》2023年第5期,第116页。

[32] 需要强调的是,以上概念是以相关司法解释、规范性文件为基础做出的归纳,而这些司法文件的制定依据是《刑法》《民法典》《个人信息保护法》《治安管理处罚法》等,这就意味着,本文的概念限定超越了部门法的界限,同样适用于民事侵权责任、行政责任的认定,只不过本文站在刑事责任归属的角度展开研究。这就意味着,相较于民事侵权或行政违法行为,此处的网络暴力具有罪量的限定。除此之外,在行为对象、方式上没有差异。例如,我国学者在讨论网络暴力侵权民事责任时,也是在讨论网络谣言、语言暴力、人肉搜索以及平台的不作为等行为类型。参见刘金瑞:《网络暴力侵权法规制路径的完善》,《政法论坛》2024年第3期,第67页。正因如此,有学者提出依据危害程度的高低区分网络暴力的民事、行政和刑事责任。参见支振锋:《科学构建网络暴力法律规制体系》,《中国党政干部论坛》2024年第1期,第69-70页。在超越部门法讨论网络暴力的民事、行政、刑事责任时,或者在讨论网络暴力的立法体系时,学者不约而同地都将行为方式、对象进行了聚焦,即重点讨论了侮辱攻击、造谣诽谤、人肉搜索等类型。参见赵宏:《网暴案件中的民行刑责任与一体化衔接》,《北方法学》2023年第5期,第6-7页;刘艳红:《网络暴力治理的法治化转型及立法体系建构》,《法学研究》2023年第5期,第81页。

产生更大的危害。^[33] 尽管网上暴力可能延续到线下滋扰,但物理空间的有限性限制了其侵害程度,传统罪名足以应对规制要求。由于主体有限,证据也更容易收集和固定,现有司法手段足以治理这种类型的滋扰,没有必要将其作为网络暴力专门规制。以最高人民检察院发布的“依法惩治利用网络暴力侵犯企业合法权益典型案例”第一号“李某某等人敲诈勒索案”为典型,其所反映出的观点是,特定主体实施的以网络曝光相威胁的侵财类犯罪,也可以归类为网络暴力案件。如果从网络暴力施暴主体的特征来看,这种类型的犯罪显然是利用计算机网络实施的传统犯罪,而不是网络暴力犯罪。^[34]

第三,网络暴力的行为方式可以限定为谩骂侮辱、造谣诽谤、侵犯隐私、网络恐吓等行为。^[35] 《网暴治理规定》《指导意见》都将网络暴力的核心限定为侮辱、诽谤、侵犯隐私。尽管“道德绑架、贬低歧视、恶意揣测”等行为也被提及,但这些行为多不具有刑法上的规范意义,或者可以被侵犯名誉的行为所包括。例如,道德绑架无法被刑法评价,因为其所表达的无非是一种价值期待;在贬低歧视、恶意揣测的情形下,部分行为可能涉及对人格权的侵害,从而被侮辱、诽谤行为所包含,部分行为则可能无法进行刑法评价。在学理上,基于对实践的总结,寻衅滋事也被作为网络暴力的方式,但考虑到网络暴力的言语暴力特征,结合我国刑法中寻衅滋事罪的行为方式,宜将其限定为网络恐吓。

三 法益界定与网络累积犯之否定

(一) 累积犯的适用限度

在传统刑法理论中,犯罪被类型化为实害犯、具体危险犯和抽象危险犯。^[36] 顾名思义,实害犯的成立以实际损害结果发生为必要。与实害犯相对的是危险犯,危险犯又可以区分为具体危险犯和抽象危险犯。具体危险犯中的危险,在司法上以行为当时的具体情况为根据,认定行为具有发生侵害结果的紧迫性和高度危险。至于危险是否发生,则完全取决于偶然因素。^[37] 从结果不法的角度讲,正是由于具体危险犯对于结果不法方面的严格要求,以至于在学理上,学者普遍将具体危险犯称作危险结果犯,与实害结果犯(实害犯)相对应。^[38] 由于实害犯和具体危险犯都具有完整的行为非价和结果非价,且行为和负面性的后果之间存在明确的因果关系,从而可以将该后果客观上归属于行为人,因此,犯罪构成要件的经典结构就是结果型犯罪。^[39] 当然,肯定结果型犯罪绝非意味着抽象危

[33] 付玉明教授等强调了网络暴力的群体性和信息积量特点,其所表达的也是这个层面的意思。参见付玉明、刘昕帅:《行为解构与危险溯源:“网络暴力”的刑事治理》,《四川大学学报(哲学社会科学版)》2023年第6期,第71-73页。

[34] 参见陈兴良:《网络犯罪的类型及其司法认定》,《法治研究》2021年第3期,第12页。

[35] 参见谢登科:《网络暴力犯罪自诉程序的立案证明标准反思》,《当代法学》2024年第3期,第84页。

[36] Vgl. Roxin/Greco, Strafrecht AT, 5. Aufl. 2020, § 10 Rn. 123 f.; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 35. Aufl. 2005, Rn. 26 ff.

[37] 参见张明楷著:《刑法学(上)》(第六版),法律出版社2021年版,第214页。

[38] 参见张志钢:《论累积犯的法理——以污染环境罪为中心》,《环球法律评论》2017年第2期,第166页。

[39] 参见[德]约尔格·艾泽勒:《抽象危险型犯罪的立法缘由和界限》,蔡桂生译,《法治社会》2019年第4期,第111页。

险犯就没有正当性。大体而言,抽象危险犯立法的理由一方面在于法益侵害结果重大,故需要将处罚时点前置,另一方面在于证明实害结果或具体危险的发生是十分困难的。^[40]例如,枪支类犯罪多规定为抽象危险犯,因为枪支一旦失去控制,将给公共安全造成严重影响;作为本文研究重点的侮辱罪也被作为抽象危险犯的典型,^[41]之所以如此立法,很大程度上是为了避免名誉受损证明上的困难。如果可以为了诉讼程序上的效率而设置抽象危险犯,那么就意味着,抽象危险犯的危险不一定弱于具体危险犯。实际上,抽象危险也可能是紧迫的危险,只不过这种风险不需要司法上的具体判断,而只需要以一般的社会生活经验为根据加以判断。醉酒驾驶即是典型。当然,这绝不意味着抽象危险和具体危险中的危险相同,因为抽象危险中的危险也可能包括缓和的风险,只不过为了避免具体判断的困难,立法者不再具体区分。^[42]

由上述分析可见,实害型结果犯和危险型结果犯是犯罪构成要件的经典结构,但抽象危险犯也具有存在的正当性,^[43]只不过,其已经被学者视为现行法益论体系下的极限类型。^[44]既然是极限,那么在对待抽象危险犯的方向上就应当是限缩而不是扩张。^[45]这种情况下,就需要讨论累积犯的正当性,原因在于,“累积犯中的单一行为一般不具有法益侵害危险的构造,使得累积犯取代抽象危险犯成为法益保护最为极端的扩张形式”。^[46]在文献中,普遍性的观点是,累积犯的概念是 1986 年德国学者库伦(Lothar Kuhlen)教授在讨论《德国刑法典》第 324 条犯罪构成时提出的。^[47]这一概念所欲解决的问题是,单一行为(例如排放污水)往往不具有诸如抽象危险犯所要求的典型性风险,但如果行为被大量实施,可能累积性地侵害法益。^[48]累积犯的概念被提出之后,遭到了多方质疑。无论是德国,还是我国,都广泛存在否定累积犯的声音。有学者认为,累积犯的概念是没有必要的,可以将其视为抽象危险犯的一种。^[49]德国学者罗克辛教授也否定累积犯的概念。^[50]综合起来,累积犯概念主要遭到了如下三方面的理论质疑:违背罪责原则、缺乏明确性和违反微罪不罚原则。^[51]对此,累积犯的支持者也予以了回应:对于累积犯

[40] 参见张明楷:《抽象危险犯:识别、分类与判断》,《政法论坛》2023 年第 1 期,第 75 页。

[41] 参见陈子平著:《刑法各论(上)》,我国台湾地区元照出版有限公司 2022 年版,第 330 页;甘添贵著:《刑法各论(上)》,我国台湾地区三民书局 2019 年版,第 153 页。

[42] 参见张明楷著:《刑法学(上)》(第六版),法律出版社 2021 年版,第 215 页。

[43] 关于抽象危险犯的正当性,请参见张明楷:《抽象危险犯:识别、分类与判断》,《政法论坛》2023 年第 1 期,第 75 页。部分学者甚至将抽象危险犯也归类为结果犯,即所有犯罪都是结果犯。参见黎宏著:《刑法学总论》(第二版),法律出版社 2016 年版,第 74 页。

[44] 参见黎宏:《法益论的研究现状和展望》,《人民检察》2013 年第 7 期,第 15 页。

[45] 关于具体的限缩方案,参见[德]约尔格·艾泽勒:《抽象危险型犯罪的立法缘由和界限》,蔡桂生译,《法治社会》2019 年第 4 期,第 115-117 页。

[46] 张志钢:《论累积犯的法理——以污染环境罪为中心》,《环球法律评论》2017 年第 2 期,第 163 页。

[47] Vgl. Kuhlen, Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerunreinigung (§ 324 StGB), GA 1986, 389, 389 ff.

[48] Vgl. Kuhlen, Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerunreinigung (§ 324 StGB), GA 1986, 389, 399; Kuhlen, Umweltstrafrecht - auf der Suche nach einer neuen Dogmatik, ZStW 1993, 697, 716.

[49] 参见张明楷:《抽象危险犯:识别、分类与判断》,《政法论坛》2023 年第 1 期,第 72 页;黎宏:《法益论的研究现状和展望》,《人民检察》2013 年第 7 期,第 15 页。

[50] 参见[德]Roxin:《法益讨论的新发展》,许丝捷译,我国台湾地区《月旦法学杂志》2012 年第 12 期,第 271-272 页。

[51] 参见[德]保罗·克雷尔:《论累积犯的正当性》,童译瑶译,《南大法学》2024 年第 2 期,第 176 页。

构成要件可能导致第三方连带责任(ex iniuria tertii)进而冲击罪责原则的问题,库伦教授的回要点是,他人是否会大量实施同种行为只是一种判断资料或者背景,就归责而言,还是应当根据个别行为本身来判断,即在累积犯的情形下,每个人只对自身的不法负责;^[52]对于缺乏明确性、违反微罪不罚原则的问题,可以通过将累积危险行为的设定委之于行政标准的方式加以解决。^[53]我国学者也对累积犯与责任主义原则和微罪不罚原则的关系问题做出了类似解释,并从有效保护集体法益的角度论证了累积犯的正当性。^[54]正如弗里施教授(Wolfgang Frisch)所言,如果不动用累积犯的犯罪构造不足以避免法益侵害,那么累积犯就具有了正当性。^[55]

值得注意的是,即便是承认累积犯的学者也一致认为应当对其加以限缩。某种意义上,累积犯使得行为与法益侵害之间的关联更为稀薄,可以将其理解为比抽象危险犯距离法益侵害更为遥远的犯罪类型。既然如此,就应当将其限定在最为重要的集体法益的范围之内。“累积犯的处罚正当化的第一个要素是‘内容的重大性,即该法益对于人类生存和社会共同生活非常重要,当该法益受到危险化和侵害时,受害对象重大并不确定地扩大,且恢复代价巨大’。”^[56]在具体的保护内容上,除了关涉人类生存基础的生态环境法益之外,关乎经济生活正常运行的民众对制度的信赖法益也可以用累积犯加以保护,如伪造货币罪和内幕交易罪都是适例。^[57]

(二)网络暴力犯罪的法益界定

网络暴力是一个犯罪学概念,法益、归责等问题的讨论,需要在对概念进行规范化处理的前提下展开。如上所述,网络暴力可以具体化为侮辱、诽谤、侵犯隐私和网络恐吓四种行为类型,而这四种类型分别被侮辱罪、诽谤罪、侵犯公民个人信息罪和寻衅滋事罪所涵摄。鉴于此,对于网络暴力犯罪法益问题的讨论,需要围绕上述个罪展开。^[58]

关于侮辱罪和诽谤罪的保护法益,学界的观点相对一致,即都认为这两个罪名的保护法益是他人的名誉。^[59]值得注意的是,也有学者将侮辱罪、诽谤罪的法益界定为他人名誉和人格尊严。^[60]我国《宪法》第38条规定,人格尊严不受侵犯,禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害;《民法典》第109条规定,“自然人的人身自由、人格尊严受法律保护”,第990条则规定:“人格权是民事主体享有的生命权、身体权、健康权、姓名权、

[52] Vgl. Kuhlen, Umweltstrafrecht - auf der Suche nach einer neuen Dogmatik, ZStW 1993, 697, 718 f.

[53] 参见[德]保罗·克雷尔:《论累积犯的正当性》,童译瑶译,《南大法学》2024年第2期,第175页。

[54] 参见孙国祥:《论累积犯的正当性及其限度——兼谈累积犯对污染环境罪构成的影响》,《法学》2023年第9期,第68-72页;张勇:《论气候累积犯的刑法规制》,《法律科学(西北政法大学学报)》2024年第5期,第146-147页。

[55] Vgl. Frisch, Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, S. 235.

[56] [日]川口浩一:《环境刑法中的预防原则与累积犯》,陈俊秀、夏杉青译,《犯罪研究》2023年第6期,第100页。

[57] Vgl. Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, S. 124 ff.

[58] 德国学者也大致遵循相同的方式讨论了网络暴力的刑法治理问题。Vgl. Doerbeck, Cybermobbing: Phänomenologische Betrachtung und strafrechtliche Analyse, 2019, S. 138 ff.

[59] 参见张明楷著:《刑法学(下)》(第六版),法律出版社2021年版,第1198页;陈兴良主编:《刑法学》(第三版),复旦大学出版社2019年版,第250-251页。

[60] 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第六版),北京大学出版社、高等教育出版社2014年版,第476-477页;黎宏著:《刑法学各论》(第二版),法律出版社2016年版,第262-263页。

名称权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权等权利。除前款规定的人格权外,自然人享有基于人身自由、人格尊严产生的其他人格权益”。通过这几个条文不难看出,人格尊严实际上是具体人格权产生的基础,是一般人格权的内容。^[61] 作为一般人格权,人格尊严可以具体化为各种具体人格权,并且可以作为解释各种基本权利的基准,限制基本权利的界限。^[62] 第二次世界大战后的日本就是以人格尊严为基础发展人格权体系,以弥补民法典关于具体人格权规定的不足。^[63] 作为一般人格权,人格尊严具有高度抽象性,其自身是否适合作为独立类型的法益值得怀疑。“正因为它是一切的基础,从根本上说,它与罪刑法定原则就是对立的”。^[64] 从形式逻辑的角度讲,将一般人格权和具体人格权并列作为具体罪名的保护法益,可能不合乎逻辑,因为两者并不在一个层面。因此,对人格尊严的概念要结合具体罪名进行限缩,结合侮辱罪、诽谤罪的行为方式,只能认为,此处的人格尊严其实是名誉权的同义表达。也就是说,尽管学者的表述有形式差异,但其核心观点都可以归结为:侮辱罪、诽谤罪的保护法益是他人的名誉。

关于侵犯公民个人信息罪的保护法益,学界充满争论,但主流观点是,本罪的保护法益是公民的个人信息权,虽在权利内容上表述稍有不同,但都将其界定为个人法益。^[65] 值得注意的是,本罪的超个人法益说也得到了部分倡导。例如,有学者认为,本罪中的“公民个人信息”具有“超个人法益属性”,核心根据在于,公民概念的使用使得对本罪的理解不仅需要从个人角度展开,还需要从社会、国家的角度展开。^[66] 这种观点并未否定本罪的个人法益属性,只是同时强调了超个人法益属性。然而,以公民概念的使用作为超个人法益属性的根据,其合理性存疑。我国《刑法》分则第四章规定了“侵犯公民人身权利、民主权利罪”,如果按照这种逻辑推论,那么本章所有罪名都具有超个人法益属性,很显然,这无法让人接受。也有学者认为,侵犯公民个人信息罪多以侵犯群体个人信息为常态,所涉个人信息动辄百万甚至上亿条,显然无法与具体的公民人身权利相对应,仅从保护个体被害人的角度难以对这些个人信息的法益做出全面保护,以此为根据,该学者主张,本罪的保护法益为公共信息安全。^[67] 然而,这种以行为对象的多寡来论证法益属性的方法存在疑问。就我国《刑法》分则而言,行为对象涉众的犯罪有多个,典型的如侵犯少数民族风俗习惯罪等,但这些都是对个人法益的犯罪。对此,张明楷教授已经有了较为全面的归纳。^[68] 也有学者以个人信息的非个人控制性导致个人信息权的实现没有可行

[61] 参见朱晓平:《抽象人格权的理论解构与立法抉择》,《法律适用》2019年第3期,第96页。

[62] 参见王泽鉴著:《人格权法:法释义学、比较法、案例研究》,北京大学出版社2013年版,第65页。

[63] 参见邓曾甲著:《日本民法概论》,法律出版社1995年版,第116页。

[64] Kargl, Verhetzende Beleidigung (§ 192a StGB) - Zum strafrechtlichen Instrumentarium der Risikogesellschaft, in: Brunhöber et al. (Hrsg.), Strafrecht als Risiko: Festschrift für Cornelius Prittitz zum 70. Geburtstag, 2023, S. 362.

[65] 参见张明楷著:《刑法学(下)》(第六版),法律出版社2021年版,第1199页;陈兴良主编:《刑法学》(第三版),复旦大学出版社2019年版,第256页;周光权著:《刑法各论》(第三版),中国人民大学出版社2016年版,第71页;冯军、梁根林、黎宏主编:《中国刑法评注(第二卷)》,北京大学出版社2023年版,第2317页。

[66] 参见曲新久:《论侵犯公民个人信息犯罪的超个人法益属性》,《人民检察》2015年第11期,第5-6页。

[67] 参见王肃之:《被害人教义学核心原则的发展——基于侵犯公民个人信息罪法益的反思》,《政治与法律》2017年第10期,第27-28页。

[68] 参见张明楷:《具体犯罪保护法益的确定依据》,《法律科学(西北政法大学学报)》2023年第6期,第51页。

性基础,且个人信息具有巨大的商业价值和公共管理价值,强行保护公民个人信息权的成本过高为核心根据,主张本罪的保护法益为超个人法益。^[69]相似的观点是,公民除了可以自己决定个人信息是否进入信息流动链条之外,无法决定自己个人信息的走向,因此,个人信息就具有了社会属性,本罪的法益是具备实质权利内涵的集体法益,即法定主体对于所占有个人信息的处分权限。^[70]这种观点面临的疑问是,一方面,数据权属不明确,并不当然归属于平台企业,^[71]最起码在我国,平台享有数据专有权的观点缺乏法律依据。^[72]另一方面,数据不等于信息,即便认为企业享有数据的专有权,也不等于其获得了公民个人信息的专有权,比如公民在使用导航类APP时,只是让渡了对数据的权属,而仍保留对个人信息的权属。^[73]简单讲,尽管超个人法益说对传统观点发起了有力挑战,但其观点都或多或少存在不周延之处,尚待进一步论证,因而,个人法益说应当被维护。

关于恐吓型寻衅滋事罪,传统观点认为,本罪的保护法益是社会秩序,^[74]也有学者进一步具体化,即“公共场所秩序和社会生活基本规则”。^[75]然而,公共秩序或者社会秩序的概念过于抽象,因而难以对构成要件的解释起到指导或者限制的作用,因而有必要对“社会秩序”“公共秩序”等概念具体化。对此,学界的有力方案是,结合寻衅滋事的行为类型进行具体化。有学者认为,社会秩序是本罪的一般客体,而具体客体则需要结合行为类型展开,就“随意殴打他人,追逐、拦截、辱骂、恐吓他人”类型的寻衅滋事而言,其法益为他人的身体健康权、自由行动权以及人格权。在一般客体与具体客体的关系上,两者被理解为并列关系,即侵犯人身权利和财产权利的寻衅滋事行为,必须同时侵犯社会秩序、人身权利和财产权利。^[76]在本文看来,以行为类型为线索,对社会秩序这一抽象法益进行具体化是合理的方向,但既然是具体化,两者就不在一个层面,不宜理解为并列关系,更合适的方案是,仅仅将公共秩序作为一种行为背景,将恐吓型寻衅滋事的法益理解为“公民在公共生活、公共活动中的行动自由和意思活动自由”。^[77]

归结起来讲,以侮辱、诽谤、侵犯隐私、网络恐吓为典型的网络暴力行为所侵害的都是个人法益,而不是集体法益。

(三) 网络累积犯之否定

通过以上两部分的讨论已经可以清晰地看出,网络累积犯的概念难以成立,因为累积

[69] 参见郭泽强、张鑫希:《走出侵犯公民个人信息罪的法益保护之迷思——超个人法益之提倡》,《天府新论》2020年第3期,第93页。

[70] 参见敬力嘉:《大数据环境下侵犯公民个人信息罪法益的应然转向》,《法学评论》2018年第2期,第116、119-120页。

[71] 参见丁晓东:《数据到底属于谁?——从网络爬虫看平台数据权属与数据保护》,《华东政法大学学报》2019年第5期,第73-75页。

[72] 参见欧阳本祺:《侵犯公民个人信息罪的法益重构:从私法权利回归公法权利》,《比较法研究》2021年第3期,第63页。

[73] 参见马永强:《侵犯公民个人信息罪的法益属性确证》,《环球法律评论》2021年第2期,第105页。

[74] 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第六版),北京大学出版社、高等教育出版社2014年版,第537页。

[75] 黎宏著:《刑法学各论》(第二版),法律出版社2016年版,第379页。

[76] 参见陈兴良:《寻衅滋事罪的法教义学形象:以起哄闹事为中心的展开》,《中国法学》2015年第3期,第267-268页。

[77] 张明楷著:《刑法学(下)》(第六版),法律出版社2021年版,第1397页。

犯仅适用于对重大的集体法益的提前保护,而典型的网络暴力是针对个人法益的犯罪类型的集合,两者根本无法适配。^[78] 在否定了网络累积犯概念之后,尚有两点需要理论阐明。

第一,网络暴力犯罪具有溢出效应,但这不等于其就是针对集体法益的犯罪。值得注意的是,《网暴治理规定》仅强调了网络暴力的个人法益侵害性,而《指导意见》则同时强调了网络暴力“扰乱网络秩序,破坏网络生态,严重影响社会公众安全感”的行为属性。在学理上,也有学者强调了网络暴力对于公共秩序的危害。^[79] 对此,本文的观点是,网络暴力确实具有溢出效应,即网络暴力可能辐射社会秩序等法益,正因如此,我国《刑法》第 246 条规定了自诉转公诉的条款。然而,不可否认的是,即便是严重危害社会秩序和国家利益的行为,也仍然构成侵害个人法益的侮辱罪或诽谤罪。由于我国的侮辱罪和诽谤罪以“公然实施”为必要,网下的侮辱、诽谤也可能具有溢出效应,但这些行为都毫无争议地被界定为针对个人法益的侮辱罪或诽谤罪等。网络暴力的情形亦是如此。^[80] 网络空间确实使侮辱、诽谤、侵犯公民个人信息等行为方式发生转变,个人法益侵害标准消解于网络空间的虚拟性之中,但对网络空间管理秩序的理解应围绕个人法益保护展开,两者并不在一个层面,保护秩序只是手段,保护利益性法益才是目的。^[81]

第二,现有的倡导网络累积犯的学术观点建立在对概念的误读之上,并不足取。例如,有学者在网络暴力型累积犯的概念之下讨论了责任主体的限定问题,提出了“根据不同网络参与主体对形成累积性结果的支配程度”进行责任分配的方案。^[82] 也有学者一方面认为“网络暴力属于累积犯”,另一方面强调,个体网民行为轻微危险叠加形成的危险状态,不宜作为行为不法的认定依据;淡化或抛弃结果不法,从而认为海量网民行为均具有刑事不法属性的观点不符合中国刑法立场。^[83] 在本文看来,这些观点或多或少都有对累积犯概念的误读:既然承认网络累积犯的概念,那么就没有理由否定个别网络暴力行为的行为不法。累积犯是比抽象危险犯更为前置的犯罪类型,其强调的是行为不法本身,结果不法并不必要,相应地,也就无从谈论对结果不法的支配程度。

四 网络暴力犯罪处罚范围之厘清

在网络暴力治理的讨论中,“职业水军”“普通用户”等身份要素不时地被提及,并被作为责任划定的重要线索。^[84] 然而,如果身份要素对于行为不法的认定没有意义,就不应成为类型化的线索。就单一的网络暴力行为而言,不管是职业水军实施,还是普通用户

[78] Vgl. Doerbeck, Cybermobbing: Phänomenologische Betrachtung und strafrechtliche Analyse, 2019, S. 314.

[79] 参见刘艳红:《网络暴力治理的法治化转型及立法体系建构》,《法学研究》2023 年第 5 期,第 84 页。

[80] 参见欧阳本祺:《被害人保护视野下网络暴力的刑法规制》,《江西社会科学》2024 年第 1 期,第 70 页。

[81] 参见付玉明、刘昕帅:《行为解构与危险溯源:“网络暴力”的刑法治理》,《四川大学学报(哲学社会科学版)》2023 年第 6 期,第 175 页。

[82] 参见张喆锐:《网络暴力型累积犯的刑法应对》,《东岳论丛》2024 年第 4 期,第 177 页。

[83] 参见冷必元:《群体性网络暴力累积危险行为的刑法治理》,《法治研究》2023 年第 5 期,第 28-31 页。

[84] 参见李森:《网络暴力犯罪“法不责众”的规制难点与刑事应对》,《当代法学》2024 年第 5 期,第 117-119 页。

实施,其不法内涵没有差别。以“网络大V”为典型,其特殊的身份会对其转发等行为不法具有影响,但其他的身份要素似乎没有这种意义。因此,对于网络暴力处罚范围的讨论还是应当围绕行为本身展开。

(一) 消极排除:以言论自由保障为出发点

如果将网络暴力理解为语言暴力,那么必然涉及暴力内容的区分问题。结合网络暴力的治理实践,我们面临的一个很棘手的问题是如何识别网络暴力信息,即哪些属于网络暴力信息,哪些属于公民的网络言论自由表达。这个问题源自于一个现实,即大量的网络言论缺乏明显的违法性,往往是一种“道德绑架”,或者仅仅是“冷嘲热讽”“阴阳怪气”。例如,在“武汉被撞小学生妈妈遭网暴自杀案”中,大量的信息都是对刚刚遭受丧子之痛的母亲衣着的评价或指责;在“女硕士因染粉色头发遭网暴自杀案”中,大量的网暴信息也仅仅是对女硕士应然形象的描述。从客观上说,这些信息可能给被害人造成心理压力,但能否因此直接给这些信息贴上网络暴力的标签尚有疑问。对于上述类型的信息,有学者将其界定为介于违法和合法之间的“不良信息”,并且提出了如下主张:尽管不良信息并不违法,但不应成为网络暴力不被惩罚的挡箭牌;对于貌似合法的“不良信息”需要专门治理,结合侵害对象、动机目的、行为方式、传播范围、危害后果等因素,认定违法行为并制定相应责任追究机制;对不良信息型网络暴力的治理,应参照家庭场域中对家庭暴力的认定、介入和惩戒方式。^[85] 尽管这种观点将不良信息界定为“合法—违法”二分标准之外的独立类型,但其本质是主张一种实质化的网络暴力认定方案,即便是不良信息,只要产生影响受害人的效果,就可以认定为违法信息。关于这一点,从其用词以及比较对象的选择即可看出。“貌似合法”所表达的是,不良信息仅具有形式合法性,实质上是违法信息。将不良信息型网络暴力与家庭暴力类比也说明,其将不良信息归类为了违法信息。与此类似,也有学者主张,应从形式和实质两个方面判断是否属于网络暴力,即便形式上没有攻击性,但只要有人身攻击效果,就可以认定为网络暴力。^[86]

对此,本文的观点是,不良信息不宜认定为违法信息,相应的信息发布行为也不宜认定为网络暴力,原因如下:一则,合法信息与违法信息构成了言论表达的全部,两者此消彼长,如果采取过于严苛的标准将不良信息归属于违法信息,那么就意味着公民的言论自由空间极度受限。在这种情况下,公民只能以一种标准化的方式发表言论,这是难以想象的。在言论管控的问题上,世界范围内存在不同进路,一种是侧重自由的美国模式,一种是侧重尊严的德国模式。前者强调言论自由至高无上的价值,侮辱、诽谤性言论都不受刑法规制;后者强调人格尊严的价值,当言论自由与人格尊严产生冲突时,强调对人格尊严的维护,限制言论自由。此外还有对两种模式加以折中的方案,即强调言论自由和人格尊严的平衡。^[87] 二则,实质化方案缺乏合理的认定标准。如论者所言,“实际的人身攻击效

[85] 参见张凌寒:《“不良信息”型网络暴力何以治理——基于场域理论的分析》,《探索与争鸣》2023年第7期,第96、106页。

[86] 参见刘宪权、周子简:《网络暴力的刑法规制困境及其解决》,《法治研究》2023年第5期,第19页。

[87] 参见罗翔:《网络暴力刑法规制的路径选择及反思》,《中外法学》2024年第2期,第286-291页。

果”是判断实质违法的核心根据,但人身攻击效果因人而异,很大程度上取决于被攻击者的敏感程度或者心理承受能力。这种主观化的标准不适宜用来区分合法和违法。如果从客观的角度理解“人身攻击效果”,那么就意味着,实际损害后果成为评判行为不法的唯一根据,即“因为后果严重,所以行为违法”。这种认定方案显然不合理。

(二) 积极证立:以法益侵害行为的类型化为中心

1. 积极的网络暴力行为

第一,发起、组织、煽动行为。网络暴力以积聚性为显著特征,是典型的聚众型犯罪。在我国刑法之中,也存在若干个聚众型犯罪。在法定的聚众型犯罪中,立法者较为一致的态度是处罚首要分子,即在聚众犯罪中起组织、策划、指挥作用的犯罪分子。基于结构上的相似性,有学者提议,应当参照聚众型犯罪的立法规定来处理网络暴力案件,以此应对“法不责众”问题。^[88] 这一方案所遭受的质疑是,聚众型犯罪的处理方案具有法定性,而网络侮辱、诽谤、侵犯公民个人信息等罪都没有规定仅仅处罚首要分子和积极参加者,在此情况下,我们不能任意地将前述罪名解释为聚众犯罪。^[89] 确实,侮辱、诽谤、侵犯公民个人信息都不是法定的聚众型犯罪,但此处讨论的是聚众型的网络侮辱、诽谤、侵犯公民个人信息等行为的治理问题。既然具有结构上的相似性,那么通过观察法定的聚众型犯罪的处断规则,从而划定网络暴力犯罪的处罚范围,就不存在理论障碍。实际上,从表述来看,上述论者反对的是仅处罚首要分子和积极参加者,而不是反对处罚网络暴力的首要分子以及积极参加者本身。对于任何的犯罪而言,起组织、策划、指挥作用的首要分子都是处罚的重点,网络暴力犯罪也不例外。

就网络暴力犯罪而言,发起、组织、煽动行为都直接引发了网络暴力事件的发生,相应的责任人当然要为整个事件负责。与一般参加者人数众多不同,发起者、组织者、煽动者等起主要作用的行为人相对固定和明确,可以部分解决“法不责众”问题。^[90] 有人为此负责,就会在一定程度上产生一般预防效果。当然,这里要回答的问题是,让发起、组织、煽动者为网络暴力事件负完全责任是否背离了罪责自负原则。2013 年《最高人民法院、最高人民检察院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》(下称“《网络诽谤解释》”)中规定,“同一诽谤信息实际被点击、浏览次数达到五千次以上,或者被转发次数达到五百次以上的”,认定为诽谤罪中的“情节严重”。发布之后,这一规定遭到了广泛质疑。例如,有学者认为,这一规定意味着,一个人是否构成犯罪要由他人或第三方的行为来决定,这显然不符合我国刑法中的罪责相当、罪责自负和主客观相统一原则。^[91] 然而,“在网络世界,各种信息被点击、浏览与转发是相当正常的现象。既然如此,诽谤信息实际被点击、被浏览、被转发的结果,就必须归属于行为人的诽谤行为;

[88] 参见储陈城、刘森:《网络暴力刑法规制的乏力与重塑——以侮辱、诽谤罪为中心》,《新闻记者》2024 年第 3 期,第 109 页。

[89] 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》,《法学杂志》2024 年第 1 期,第 35 页。

[90] 参见刘宪权、周子简:《网络暴力的刑法规制困境及其解决》,《法治研究》2023 年第 5 期,第 24-25 页。

[91] 参见李晓明:《诽谤行为是否构罪不应由他人的行为来决定——评“网络诽谤”司法解释》,《政法论坛》2014 年第 1 期,第 186 页。

与此同时,只要行为人在网络上散布捏造的信息,就明知他人会点击、浏览或者转发。”^[92]也就是说,让行为人为他人的点击、浏览、转发行为负责,并不违背罪责原则。

接下来要讨论的是,发起、组织、煽动行为是否有量的要求,即是否所有的发起、组织、煽动网络暴力的行为都应当处罚。就网络侮辱、诽谤行为而言,其都是抽象危险犯的犯罪构造,作为入罪条件的“情节严重”也需要根据行为是否增加了名誉权受损的风险来判断。如上所述,网络具有强大的时空延展性,以文字、图片等客观形式存在的语言暴力内容不仅远远超越传统的物理空间的局限性,还会持续产生影响,即便原始信息被撤回或者删除,也可能以截图等形式被持续传播。就此而言,通过网络形式实施侮辱、诽谤行为本身就可以被评价为情节严重,从而构成侮辱罪或诽谤罪。就网络人肉搜索等侵犯公民个人信息行为而言,信息的搜集、提供往往被用来对被害人实施侮辱、诽谤、恐吓或者线下滋扰等违法犯罪活动,这本身也已经满足了《关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》(下称“《侵犯个人信息解释》”)第5条的相关规定,成立情节严重的侵犯公民个人信息罪。就网络恐吓行为而言,网络的积聚性特征决定了,相较于物理空间内少数人实施的恐吓行为,网络恐吓会对被害人产生更强的心理压力,进而对其工作生活产生更大的负面影响,而这也已经满足了司法解释对于寻衅滋事罪的罪量要求。

第二,参加行为。观察聚众型犯罪不难发现,以聚众扰乱公共场所秩序、交通秩序罪为典型,除极个别犯罪仅处罚首要分子,其他的绝大部分聚众型犯罪同时处罚首要分子和积极参加者(或罪行重大者、多次参加者)。在本文看来,在网络暴力的情形下,没有理由将参加者排除出处罚范围。^[93]一则,聚众型犯罪现行立法体现出的旨意是,一般性地处罚积极参加者或多次参加者,而网络暴力严重的法益侵害性以及紧迫的预防必要性使其无法适用例外性规定;二则,没有众多的参与者,就不会有网络暴力,无论是转发、评论还是点赞等行为,都加速了暴力语言信息的传播,提升了法益侵害程度。

在肯定应当处罚参加者的前提下,尚有的疑问是,处罚哪些参加者?“只要有参与就原则性加以处罚”的方案不仅不符合我国刑法的定量要求,也无现实可能性和政策必要性。因此,问题的关键是,如何筛选出值得刑法处罚的行为。由于我国刑法有罪量要素的要求,因此在网络暴力之外的诸多情形都面临着同样的问题,即单一行为无法满足罪量要件,但数次类似行为的累计可以满足,这种情况应当如何处理?最典型的是财产类或贪腐类犯罪。对此,我们的现有方案是积量构罪,而这种方案在涉及网络暴力治理的罪名中也有体现。例如,《侵犯个人信息解释》第5条、《网络诽谤解释》第2条、《最高人民法院、最高人民检察院关于办理寻衅滋事刑事案件适用法律若干问题的解释》第3条都有相关规定。以现有的立法和司法解释为参照,也有学者主张在网络类犯罪治理中引入积量构罪的方案。例如,在处理单次帮助行为无法构成犯罪,但存在“一对多”这一特殊情形时,有

[92] 张明楷:《网络诽谤的争议问题探究》,《中国法学》2015年第3期,第72页。

[93] 相似的观点参见王锡铤、黄智杰:《网络义举还是网络暴力——网络举报监督行为的边界及法律控制》,《法论坛》2024年第5期,第14页。

学者主张借鉴数额累计计算的思路,采取规范性视角认定行为单数,在此基础上实现共犯不法叠加的整体性判断,应对信息技术对共犯参与模式带来的冲击。^[94] 在网络暴力的治理上,积量构罪方案也被我国学者所提倡。^[95]

这种方案的合理之处在于,契合了我国处理罪量问题的整体思路,而且也具有犯罪论上的根据。从共犯论的角度说,对于网络暴力发起行为进行加功的行为具有帮助犯的性质,即具有相应犯罪的行为不法,这种解释方案也最大程度上契合了法秩序统一性原理。^[96] 也就是说,即便是轻微的网络侮辱、诽谤、侵犯公民个人信息行为都可以被评价为不法,只不过,是否要动用刑罚这一严厉手段加以制裁则另当别论。在这一问题上,罪量要素就具有了意义。通过考察网络暴力的参与次数及其程度等因素,可以评价是否有预防必要。也就是说,参与次数等罪量要素是刑罚合目的性考量的重要参考要素。此时,“网络水军”“网络大 V”等特殊身份就具有了意义,因为相比于普通网络用户,网络水军往往意味着多次、习惯性地参与到网络暴力之中,网络大 V 则意味着单一参与行为(例如转发、点赞等)的法益侵害性更大,而这些都提升了一般预防必要性。

2. 网络暴力治理中平台的消极不作为

在网络暴力的治理问题上,由于网络聚合导致个体责任模糊,而网络平台是网络社会中的关键节点,对其规制能产生更直接的治理效果,因此有学者建议拓展规制视角,即强化网络平台的责任。^[97] 从实践来看,为了增加流量,平台主动“制造热点”或者对于网络暴力等热门事件故意不予处理等情形不在少数。因此,对网络暴力的治理,除了合理处罚(包括平台实施的)发起、参与等积极行为之外,也不能忽视对网络平台不作为的治理。在我国,《网络安全法》等相关法律已经明确赋予了网络平台对其用户发布违法信息的管控义务,而《刑法》也已经通过拒不履行信息网络安全管理义务罪、帮助信息网络犯罪活动罪等罪名对该义务加以确认。因此,网络平台在网络暴力治理上的不作为可能受到刑罚处罚。关键是,如何划定平台的不作为责任,这不仅关涉网络平台的义务限度,还涉及与公民言论自由的平衡问题。

网络平台的保证人地位来源于自由行动所带来的组织圈的扩张,即扩展自己自由领域的人,有责任防止由此产生的危险。^[98] 在网络平台的作为义务范围问题上,形式上的逻辑推论是,如果赋予其宽泛的作为义务,例如在处理违法信息时的全面审查义务,那么可以更好地治理网络暴力。然而,在网络暴力的治理问题上,赋予网络平台全面的信息审查义务并不可行。一则,如上所述,网络暴力事件中的诸多信息都仅仅表现为“道德

[94] 参见王华伟:《网络语境中的共同犯罪与罪量要素》,《中国刑事法杂志》2019年第2期,第68页。皮勇教授也指出,我国的帮助信息网络犯罪活动罪、拒不履行信息网络安全管理义务罪等新型网络犯罪都具有“积量构罪”的构造,而他也赞同这种立法模式。参见皮勇:《论新型网络犯罪立法及其适用》,《中国社会科学》2018年第10期,第135-138、150页。

[95] 参见刘期湘:《人工智能时代网络诽谤“积量构罪”的教义学分析》,《东方法学》2019年第5期,第128页。

[96] 参见于改之:《法域冲突的排除:立场、规则与适用》,《中国法学》2018年第4期,第87-88页。

[97] 参见夏伟:《网络有组织犯罪的组织进化与治理转型》,《法学论坛》2024年第1期,第70页;冯俊伟:《网络暴力治理中的法律程序衔接》,《法学论坛》2024年第5期,第23页。

[98] Vgl. Ceffinato, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internetplattformbetreibern, JuS 2017, 403, 408.

绑架”“阴阳怪气”“冷嘲热讽”，或者通过隐喻的方式表达不满情绪，相比于违法信息，这些信息不具有违法性，或者仅具有弱违法性，而且这些信息很难用智能语言模型加以有效识别。^[99] 在这种情况下，为了履行全面的治理义务，平台企业可能更倾向于采取整体屏蔽或删除等简单粗暴的方式处理不良信息，而这又会显著限缩网民的言论自由，也背离了网络自由、开放、共享的精神，并且可能压制网络创新活动的实施。从治理效果的角度来看，这种过于压制的方式也未必有效，受到压制的言论可能借助其他渠道或事件以更加汹涌之势卷土重来。二则，过于宽泛的义务意味着平台企业需要为此投入更多的内部控制资源，这不仅会增加公司运营成本，也会由于过度管控而遭受流量损失。在流量为王的时代，是否可以期待平台企业这样做，是存在疑问的。^[100]

基于以上考量，本文认为，应当强调平台的治理责任，但不宜过度强化，还是要主张一种有限度的管控义务。第一，网络平台的监管义务应当符合比例性。^[101] 也就是说，企业的监管义务必须必要、可能和可期待。必要即手段适格与最轻微手段性，即在具有治理网络暴力效果的前提下，选取对义务人影响最小的举措。在强调平台承担治理责任时，不能忽视其作为企业的私有属性。这意味着，平台在承担监管义务时，其经营自主权和基本权利应当得到尊重。第二，应当对网络信息内容采取分级管理，即针对违法性特征较强的网络暴力信息和违法性并不明显的“不良信息”采取不同的监管措施，网络平台只对明显的违法信息才负有刑法上的积极作为义务。这一点也已经得到了学理上的部分认同。^[102] 第三，只有当网络平台未正确履行其刑法上的监管义务时，才有可能面临刑事处罚。首先，由于成立拒不履行信息网络安全管理义务罪的前提条件是在监管部门责令其采取改正措施后仍然拒不改正，并造成违法信息大量传播或者其他严重情节，这也为网络平台在存在监管过失的情况下及时采取补救措施留下空间。实际上，该规定旨在通过刑事责任的方式倒逼网络服务提供商建立有效防范网络暴力风险的监管机制，履行安全管理义务。^[103] 未删除违法信息的行为并非直接与可罚性挂钩，而是将这一情形视为网络平台没有正确建立有效监管机制的“参考资料”。网络犯罪的规制应当由个案惩治走向生态治理，消除网络犯罪赖以生存的环境，以实现网络秩序和相关法益的有效维护。^[104] 其次，对于帮助信息网络犯罪活动罪的适用应当严格限制。一方面，与提供旨在实施犯罪的互联网平台本身所积极制造的风险相比，合法平台运营者在表达类犯罪（诽谤等与言论相关的犯罪）所涉及的法益方面，其制造的可归责危险更多体现为对违法内容未能及时删

[99] 参见张冬瑜、卢俊宇、闵昶荣、林鸿飞：《网络暴力言论检测的技术和实践》，《语言战略研究》2024年第1期，第64页。

[100] 参见朱笑延：《从内容监管到生态调控：网络暴力信息治理的平台义务重塑》，《南京大学学报（哲学·人文科学·社会科学）》2024年第1期，第79-82页。

[101] 参见王燃：《论网络暴力的平台技术治理》，《法律科学（西北政法大学学报）》2024年第2期，第121页。

[102] 参见石佳友：《网络暴力治理中的平台责任》，《法律科学（西北政法大学学报）》2023年第6期，第14页。

[103] 参见李本灿：《拒不履行信息网络安全管理义务罪的两面性解读》，《法学论坛》2017年第3期，第140页。

[104] 参见喻海松：《网络犯罪的碎片化与刑事治理的体系化》，《法律科学（西北政法大学学报）》2022年第3期，第68页。

除(即不作为)。^[105] 换言之,与那些旨在为网络犯罪行为积极提供犯罪工具的违法平台相比,社交网络平台因未履行监管义务而产生的违法性更低。另一方面,本罪在司法实践中有扩张适用趋势,为防止该罪的扩张适用和责任主义的弱化,应当对主观上的“明知”、客观上的帮助行为以及定罪情节上的“情节严重”予以从严解释。^[106] 具体而言,网络平台主观上“明确知道”存在涉及网络暴力且明显违法的信息后仍然消极不作为;客观上说,这种消极不作为对已经达到犯罪程度的网络暴力的发起、组织、煽动行为起到了促进作用;在此之外,还需根据具体案情(如被害人的身心伤害情况,对社会造成的不良影响等)进行综合考量,判断是否达到了需要追诉的罪量要求。

五 结 语

传统的犯罪以单个人实施为基本形态,即便是在少数人基于意思联络的共同犯罪或者是物理空间内的聚众型犯罪中,个体的形象也相对清晰。与此不同,虚拟空间可以容纳以亿计的网民同时“在场”,网络暴力呈现显著的海量积聚特征,典型案件中的参与者动辄千万甚至过亿,从而使得个人形象模糊化。^[107] 加之大量信息都呈现违法性弱、情绪化色彩浓厚的特征,使得对网暴者的刑事追诉面临诸多障碍。为了解决网络暴力治理中最为突出的“法不责众”问题,学界提出了诸多富有启发的立法论方案。例如,有学者提出,可以通过增设“网络暴力罪”来解决网络暴力的刑事归责问题。^[108] 有学者则反对设立“网络暴力罪”,主张通过增设“煽动仇恨情绪罪”,在立法上保留追究网络暴力一般参加者刑事责任可能等方式解决法不责众问题。^[109] 然而,无论是通过设立网络暴力罪,还是通过其他类似罪名规制,都同样面临如何在众多的网络施暴者中进行合理责任归属的问题。现有的立法方案并未解决这一问题,合理的方式是,通过教义学的方式划定网络暴力的处罚范围。为此,需要合理界定网络暴力的内涵,并从规范的角度将其还原为现行刑法中的犯罪行为,进而围绕相应犯罪展开教义学建构。对此,本文的基本观点是:第一,运用累积犯的理念解决网络暴力归责障碍的方法不可取。第二,发起、组织、煽动行为是治理的重点,通过网络实施相应犯罪即满足了情节严重的要求,与此同时,不能一般性地忽视参加者的责任,借鉴数额累计计算的思路,可以通过积量构罪的方案合理判断参加者的责任。第三,应强调网络平台在网络暴力治理中的作为义务,但出于平衡言论自由等方面的考量,平台企业应当在必要、可能和可期待的限度内承担不作为责任。

[本文为作者主持的 2022 年度司法部法治建设与法学理论研究部级课题“网络暴力的刑法规制问题研究”(22SFB4012)的研究成果。]

[105] Vgl. Ceffinato, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internetplattformbetreibern, JuS 2017, S. 407.

[106] 参见王华伟:《帮助信息网络犯罪活动罪的司法误区与理论校正》,《财经法学》2024 年第 5 期,第 189-190 页。

[107] 参见胡子涵:《刑事热点案件司法回应的优化途径》,《法学论坛》2024 年第 3 期,第 159 页。

[108] 参见石经海、黄亚瑞:《网络暴力刑法规制的困境分析与出路探究》,《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2020 年第 4 期,第 88-89 页。

[109] 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》,《法学杂志》2024 年第 1 期,第 43 页。

The Doctrinal Construction of the Punishment Scope of Cyber Violence Crimes

[**Abstract**] Significantly different from the traditional form of crime, the massive aggregation characteristics of online violence blur the image of the individual. The massive amount of information presents strong emotional color, weak illegality, or even characteristics that cannot be evaluated by illegality. Together, these two create the problem that “the law does not hold the crowd responsible” in the combat against online violence. In light of relevant laws, judicial interpretations, and the urgent issues encountered in judicial practice in China, this article chooses to understand cyber violence narrowly, limiting it to acts that violate the rights and interests of others, such as insults, defamation, invasion of privacy, and cyber intimidation, committed by an unspecified subject in cyberspace. An examination of the legal interests of these crimes shows that cyber violence is a crime against the legal interests of individuals. Accordingly, the idea of cyber cumulative offence is not advisable. While the idea of cyber cumulative offence can solve the problem of the law not being applied to the masses, it has obvious methodological errors in terms of concept transplantation. Even if the concept of cumulative offence is recognized, it only applies to the protection of major collective legal interests, such as human survival and the normal operation of economic life, while combating cyber violence mainly involves protecting individual legal interests. After rejecting the idea of cumulative offence, a balance needs to be struck between the “law not being applied to the masses” and “cyber cumulative offence” options, i. e., the scope of punishment for cyber violence needs to be reasonably defined. In this regard, the basic views of this article are as follows: First, initiating, organizing, and inciting acts are the focus of the combat against the crime of cyber violence, and the corresponding crime committed through the internet satisfies the requirement of aggravating circumstances. Second, the responsibility of participants cannot be generally ignored. Drawing on the idea of calculating the amount of accumulation, the responsibility of participants can be reasonably judged through the solution of cumulative crimes. Third, the obligation of online platforms to act in the combat against online violence should be emphasized. However, to balance considerations such as freedom of speech, platform companies should bear the responsibility for inaction within the limits of what is necessary, possible, and expected. In terms of specific regulatory solutions, online platforms should manage online content by category, i. e., take different regulatory measures against online violent information with strong illegal characteristics and “undesirable information” with no obvious illegality. Online platforms only have a positive obligation under criminal law to act with regard to obviously illegal information.

(责任编辑:贾元)