

网络言辞侮辱的典型事实形态及其刑法定性

张小虎

(中国人民大学 刑事法律科学研究中心, 北京 100872)

[摘要]肆意谩骂、恶毒攻击及披露身体隐私是网络言辞侮辱的三种典型事实形态。是否存在流氓动机,是区分在网上肆意谩骂的侮辱罪与寻衅滋事罪的标志。综合分析所攻击的事件的性质、攻击言辞的真实性、攻击的激烈程度以及社会观念对攻击的容忍度这四项要素,是认定网络恶毒攻击的关键。在网络上传播非强制场合的妇女裸体视频的,只能构成侮辱罪;而传播强制性侮辱的裸体视频的,则系强制侮辱罪与侮辱罪的法条竞合犯。

[关键词]网络言辞侮辱;刑法定性;网络肆意谩骂;网络恶毒攻击;网络披露身体隐私

DOI:10.3969/j.issn.1002-1698.2023.10.002

在网络暴力犯罪中,网络言辞侮辱的犯罪更具典型及争议,尤其是作为犯罪的网络恶毒攻击常与作为合法言论行为的网络谴责评论等混淆交织在一起,从而需要我们从法律上对之予以清晰的厘定。对此我国法律法规给予了相应的规制应对。然而,现实情况至为复杂,立于刑法学的视角如何将有待入罪的林林总总的网络言辞侮辱行为予以类型性的归纳,由此对其所可能构成的具体犯罪及相应的构成要素予以分析,这是使网络空间得以净化运行的必不可少的坚固堤坝。

一、网络言辞侮辱的事实特征及典型形态

网络言辞侮辱通常被认为是一种较为突出的网络暴力行为。^[1]而在涉及对这种网络暴力行为予以刑法定性时,如何具体理解网络言辞侮辱是刑法上的一种较为独特的暴力行为呢?对此,可以说网络言辞侮辱具有“暴力性”及“侮辱性”的特征。1. 暴力性。网络言辞侮辱系暴力中的准型暴力,具体表现为言辞性的精神强制。在本质上意义上暴力是指“意图使他人遭受痛苦、伤害、

作者简介:张小虎,《学术界》本期封面人物,法学博士,社会学博士后,现任中国人民大学法学院暨刑事法律科学研究中心教授、博士生导师;中国人民大学刑事法律科学研究中心犯罪学研究所所长;国家社会科学基金评审专家,教育部人文社会科学研究项目评审专家。曾任中国犯罪学学会副会长(2008年至2018年),北京师范大学法律系系主任、校学术委员会委员(2002年至2005年)。独立出版学术著作《宽严相济刑事政策的基本思想与制度建构》《刑法的基本观念》《犯罪论的比较与建构》《刑罚论的比较与建构》《当代中国社会结构与犯罪》《刑法学》等10部;在《中国社会科学》《社会学研究》《法学研究》《中外法学》《法律科学(西北政法大学学报)》《现代法学》《法学评论》《法学家》《当代法学》《比较法研究》《中国人民大学学报》等学术期刊上,独立发表学术论文120余篇;主编“十五”“十一五”国家级规划教材《犯罪学》。

杀害或者使财产遭受损害的物理强制力量的行为”。^[2]由此,概括性地讲,暴力一般具有两个要素:物理的强制力量或由其而呈现出的威胁;旨在使某人或某物等受到伤害或损害。而作为法律规范意义上的一个术语,“暴力”有其专业视角下的具体展开,在刑法上作为犯罪行为的暴力仅指人的行为。具体地说,刑法上的暴力系一种构成要件的行为,该构成要件行为应当具有“心素”“体素”“效素”。其中,心素是对只有受意识与意志支配的行为才是刑法上行为的肯定。而就行为的客观表现特征来讲,这里的关键是暴力行为的体素及效素。对此,基于“暴力”行为的本质意义及其刑法上的呈现:暴力行为的体素,强调暴力是一种实施猛烈的强制力量的行为,其包括行为的“猛烈性”及“强制性”;暴力行为的效素,是指暴力是一种触及或触动所意图施加侵害或破坏的人、事、物的行为,其包括行为的“损害指向”及“影响达成”。以上述暴力的这种刑法上的意义为标准,综合考究我国刑法有关暴力的若干条文的具体规定,我国刑法中的暴力可以分为“基准暴力”“典型暴力”“准型暴力”,^[3]而网络言辞暴力属于一种准型暴力。网络言辞暴力之“准型暴力”的特征表现在:其一,行为体素并非“身体强制”,而是“言辞性精神强制”(“言辞炸弹”式的精神强制);其二,行为效素并非“直接面对施暴对象”,而是“与施暴对象存在空间间隔”(由现实空间发射“言辞炸弹”到虚拟空间爆炸的间隔)。我国《刑法》第246、237条中的“其他方法”即包含这种网络言辞暴力的准型暴力的意义。

2. 侮辱性。网络言辞侮辱是侮辱中的一种在“网络”空间以“言辞”实现的独特的类型性呈现。现实空间中的侮辱主要表现为:其一,典型暴力的侮辱,即“直面施暴对象”的“身体强制”的侮辱,其典型表现包括当众强行扒光他人的衣服、强迫他人当众双膝下跪、吞食粪便等。例如,行为人于某某为报复与其丈夫有不正当男女关系的杨某某,伙同他人强行将杨某某带至一发廊门口,当众将杨某某的裤子扒下使其下

身裸露,之后又将杨某某带至某路口的绿化带,再次强行扒光杨某某的裤子(北大法宝案例引证码 CLI. C. 484752);又如,行为人张某某因琐事与张某某发生口角,遂对其追赶及殴打,在殴打中当众以向张某某头部小便的方法公然对其进行侮辱,情节严重(北大法宝案例引证码 CLI. C. 51666239)。其二,准型暴力的侮辱,是指直接身体强制以外的其他形式的强制侮辱,主要表现为:(1)言辞性精神强制的侮辱,即用语言、文字、图画对他人进行谩骂诋毁。例如,行为人傅某某为发泄不满,不点名却有针对性地公然对毛某某大肆威胁辱骂达五六十分钟,致毛某某自杀身亡。^[4](2)肢体语言型精神强制的侮辱,即用手势、动作对他人进行谩骂诋毁。例如,“伸出中指向”“与人握手后,随即取纸巾擦拭,做嫌恶状”等。^[5]在上述两种形式的侮辱中,第二种形式即“准型暴力的侮辱”,既可以发生在现实空间,而且随着网络的日益普及与发达,更可能发生在网络空间,从而构成“网络言辞性精神强制的侮辱”,而后者正是网络言辞侮辱在现实生活中的典型性表现,而且是当今有关侮辱的犯罪中更为常见的一种行为表现。例如,行为人通过网络公开大量发布他人的裸照及其家人的照片,致被害人自杀未遂(北大法宝案例引证码 CLI. C. 10758612);行为人因家庭琐事公然殴打他人、扯掉其内衣,并拍摄现场视频上传网络,点击量达1万(北大法宝案例引证码 CLI. C. 10708978)等均是如此。那么,在网络空间发生的各种具体的“网络言辞性精神强制的侮辱”,从刑法定性的角度来看,其典型性的类型究竟有哪些呢?

如上文所述,在网络空间所实施的侮辱行为的体素表现为“网络言辞性精神强制”,这意味着,网络侮辱系通过在网络上公然发布具有贬低及破坏他人人格或名誉内容的语言、文字、图画、图像(网络言辞),给他人的精神及心理以强烈的压迫、紧张、恐惧、损害等作用。在现实生活中,这种网络侮辱的具体表现是纷繁复杂的。立于刑法定性的视角,行为的事实样态是考究的关

键,由此根据语言及文字等的内容与发布的不同特征,可以将网络言辞侮辱的基本事实形态分为三种:1. 网络肆意谩骂。在网络上公然对他人冠以各种粗鄙的言辞,贬低及破坏其人格与名誉。例如,行为人谭某在社交网站上发文以“恶毒”及“极具侮辱性”的语言对他人进行人身攻击(北大法宝案例引证码 CLI. C. 316768805)。应当注意,成立侮辱的谩骂也有其特定的情境。其一,区分绝对侮辱(如骂人禽兽不如)与相对侮辱(如指斥律师系法盲,但指斥普通人系法盲则不构成侮辱);^[6]其二,谩骂中是否包含具体事实的差异,如只是空洞地辱骂他人为娼妓可谓侮辱,但是若再加上其为娼的具体事实则为诽谤。^[7]不过,如果展示的他人丑陋生活的具体事实是真实的,则仍可构成下文所称的网络恶毒攻击的侮辱。2. 网络恶毒攻击。以过激的言辞在网络上公然对他人的失德行为予以有违社会常规的攻击及斥责。与上述单纯的网络肆意谩骂不同,这种网络恶毒攻击所针对的是他人确有一些失德行为的事实,但是行为人就事件对他人攻击的言辞已超越了一般的社会观念所能容忍的限度。例如,在“常某等侮辱案”中,确系被害人打人在先,但行为人获取被害人身份信息、照片、视频,并配上具有明显侮辱色彩的标题向网络推送,引导大量网民对被害人指责、谩骂,造成被害人自杀身亡。法院认定行为人构成侮辱罪(北大法宝案例引证码 CLI. C. 504488915)。网络恶毒攻击常常与对不良行为的网络评论抨击相伴,如何正确地区分这两者也是对网络言辞侮辱刑法定性的一个重要方面,其涉及网络言辞侮辱的罪与非罪的问题,对此下文将详述。3. 网络身体隐私披露。这是指将他人的身体隐私部位以及男女私生活情节等人类禁忌公开的信息资料,通过网络向社会公众予以披露。相当于在现实空间扒光他人的衣服或者将他人的裸照等向公众展示及广泛散发。显然,网络身体隐私披露的实施更为便捷、流传更为广泛、影响更为恶劣、危害更为严重、强制效果更为强烈。网络身体隐

私披露也是目前较为常见的及典型的网络言辞侮辱形态。例如,行为人岳某与被害人原有不正当男女关系,在被害人提出与行为人断绝交往后,行为人为报复被害人将之前在两人不正当关系存续期间拍摄的被害人的裸照及视频,在微信朋友圈及短视频账号上散布,造成被害人自杀身亡(北大法宝案例引证码 CLI. C. 431229703)。

需要特别说明的是,网络肆意谩骂、网络恶毒攻击、网络身体隐私披露揭示了网络言辞侮辱中行为事实特征的不同形态,不过这并不否认在实际发生的案件中这些不同的网络侮辱形态会交织在一起,尤其是各种形式的网络侮辱常常会伴随着网络肆意谩骂。例如,上文提及的谭某对他人的侮辱、常某等对他人的侮辱就包含了“网络恶毒攻击”及“网络肆意谩骂”两种形态,而岳某对他人的侮辱则包含了“网络身体隐私披露”及“网络肆意谩骂”两种形态。但是,网络肆意谩骂、网络恶毒攻击、网络身体隐私披露这三种网络言辞侮辱各有其较为独特及典型的行为事实特征的表现,而这种较为独特及典型的行为事实特征对其在刑法上的定性又具有重要的意义。

二、肆意谩骂型网络侮辱的刑法定性

在刑法定性上,肆意谩骂型网络侮辱易与网络寻衅滋事相混淆,有时这两者也会存在法条竞合关系。在网络上以各种粗鄙的言辞公然谩骂他人以贬低及破坏其人格与名誉,这符合侮辱的事实特征。不过,公然的言辞谩骂他人也可以成为寻衅滋事的事实特征的表现之一。我国《刑法》第293条第1款第2项,将“辱骂、恐吓他人,情节恶劣的”作为“寻衅滋事行为之一”。而在司法实际中,对于相似案情的案件也存在着两种不同的定性判决。例如,行为人杨某自认为受到不公正对待,为表达不满,在多个网站使用多个用户名发帖辱骂常某某、贾某某等人,引发大量网民的点击及跟帖,造成恶劣的社会影响。法院认定行为人的这一事实系寻衅滋事罪的组成部分(北大法宝案例引证码 CLI. C. 119496062)。

另一相似的案件,行为人与杨某某、吴某某发生金钱纠纷后,在网络中发短视频达 206 条,对杨某某、吴某某进行谩骂、侮辱,引发大量网民点击浏览以及数名不明真相的网民在网上发表评论,对杨某某、吴某某进行讽刺、谩骂和人格侮辱。法院认定行为人构成侮辱罪(北大法宝案例引证码 CLI. C. 311616410)。上述两案在本质动因(为发泄对他人的不满)、行为特征(针对特定他人的网络谩骂)、行为后果(造成大量网民点击及负面抨击)等方面具有较大的相似性,而法院对两案的定性则各不相同。或许有论者认为,这种审判定性上的差异是因为案情存在竞合犯使然,然而在上述案件的审理论述中却没有涉及竞合犯的说理。事实上,在司法实际中对类似上述网络谩骂的侮辱行为通常的处理似乎是,如果造成被害人自杀的一般按侮辱罪定性,而虽未造成被害人自杀但情节恶劣需予以入罪的则定寻衅滋事罪。例如,常某等在网络上侮辱他人“造成被害人自杀身亡”,该行为被认定为侮辱罪(北大法宝案例引证码 CLI. C. 504488915);杨某在网络上辱骂他人“造成恶劣社会影响”,该行为被认定为寻衅滋事罪(北大法宝案例引证码 CLI. C. 119496062)。不过,应当注意的是,网络谩骂型侮辱与网络辱骂型寻衅滋事并不是必然地存在竞合的事实情形,同时侮辱行为造成被害人自杀的确系侮辱情节严重的情形之一,但造成他人自杀后果的也系辱骂他人的寻衅滋事行为应予立案追诉及“情节恶劣”的情形之一^[8]。所以,问题的关键是如何正确理解网络谩骂型侮辱罪与网络辱骂型寻衅滋事罪在犯罪的构成要素上不同之处,以及在何种场合该两罪之间存在竞合关系。

作为一种侮辱罪的网络谩骂型侮辱罪与作为一种寻衅滋事罪的网络辱骂型寻衅滋事罪,这两者在犯罪的构成要素上的关系主要表现为:1. 相同关系。(1)实行行为基本一致,一系网络谩骂(网络谩骂型侮辱罪),一系网络辱骂(网络辱骂型寻衅滋事罪)。(2)行为主体相同,均为一般主体。(3)行为对象基本一致,法条的规定均为

“他人”,鉴于下文将论及的两罪在行为动机及法益侵害属性等方面的差异,似乎在对这里的“他人”的抽象解释上各有侧重。对侮辱来说,行为动机没有特别限定,而侵害法益也只是人格权与名誉权,因此“他人”通常被理解为一定范围内的特定他人;而寻衅滋事强调流氓动机以及公共秩序、他人人身权利的法益侵害的要素,从而“他人”常被理解为不特定范围中的具体他人。不过,这种各自侧重的理解并不是绝对的,也就是说,就行为对象本身而论,谩骂型侮辱罪与辱骂型寻衅滋事罪的行为对象在法定构成要素及其本质意义上并无绝对的区别。司法实际中针对一定范围内(如缘于日常生活的特定纠纷)的特定他人辱骂的,可以成立寻衅滋事罪。例如,行为人为报复曾经体罚过自己的班主任张某某,在路上遇见张某某时即当众对其予以呵斥、辱骂、殴打,并将同步录制的视频上传网络,造成张某某“身心伤害及恶劣的社会影响”(北大法宝案例引证码 CLI. C. 309778159)。同样,司法实际中针对不特定范围中(如缘于某一场合的事端冲突)的具体他人谩骂的,也不排除成立侮辱罪。例如,行为人蔡某某因怀疑徐某某偷了其服装店的衣服,遂将徐某某的有关视频配上“穿花花衣服的是小偷”等字幕上传网络,并发起“人肉搜索”,造成徐某某“自杀身亡,严重危害社会秩序”(北大法宝案例引证码 CLI. C. 8307730)。(4)定量要素基本一致,侮辱罪要求“情节严重”,辱骂型寻衅滋事罪要求“情节恶劣”。(5)主观责任形式一致,侮辱罪及辱骂型寻衅滋事罪均系故意。2. 包容关系。主要表现在客观规范要素(刑法分则具体犯罪的法益侵害属性)上,侮辱罪系公民的人格权与名誉权,而辱骂型寻衅滋事罪的法益侵害属性系公共秩序及他人人身权利。显然,后者包容了前者。3. 差别关系。主要表现在动机要素上,侮辱罪对行为动机没有特别的要求,而寻衅滋事罪要求行为人出于流氓动机。这里的流氓动机是指公然藐视法纪和社会公德,寻求精神刺激,开心取乐,发泄情

绪,逞强耍横,无事生非等的行为心态。

通过上述对网络谩骂型侮辱罪与网络辱骂型寻衅滋事罪的法定构成要素的比较分析可以看出,两罪在实行行为、行为主体、行为对象、责任形式等核心构成要素上一致,法益侵害属性呈包容关系,唯有行为动机网络辱骂型寻衅滋事罪有其独自的流氓动机要求。由此,规定网络谩骂型侮辱罪的法条与规定网络辱骂型寻衅滋事罪的法条之间存在着竞合关系。或许有论者会认为上述两罪之间可能存在的只是想象竞合关系。对此应当说,想象竞合与法条竞合之间的重要区别之一就是,想象竞合是由于一个事实上的犯罪行为引起了数个具体犯罪的竞合,竞合的数个具体犯罪之间本无构成要素之间的竞合关系,而法条竞合系基于法条的设置,无论是否存在事实上的犯罪行为,法条本身所规定的具体犯罪之间就存在着构成要素上的竞合关系。^[9]

鉴于网络谩骂型侮辱罪与网络辱骂型寻衅滋事罪在构成要素上的上述关系,该两罪在司法实际中可能呈现如下关系形态及其处置结果:1. 仅成立侮辱罪。行为人在网络上对他人进行谩骂情节严重,可能出于泄愤、报复等心理,但缺乏流氓动机。其中,较为典型的案件是仅仅针对个人而实施,并以侵害个人法益为主要表现形式,属于自诉案件。例如,杨某对他人的网络侮辱(北大法宝案例引证码 CLI. C. 311616410)等。不过,不排除并非出于流氓动机的网络谩骂侮辱在侵害个人法益的同时也会波及社会秩序,但是只要其不是出于流氓动机则不应认定为寻衅滋事罪。对于这种“严重危害社会秩序和国家利益”的侮辱,可以由公安机关立案侦查。^[10]例如,蔡某某对他人的网络侮辱虽无流氓动机,但“严重危害社会秩序”,即由公安机关立案侦查、检察院提起公诉(北大法宝案例引证码 CLI. C. 8307730)。2. 适用寻衅滋事罪的法条。行为人在网络上对他人进行辱骂情节恶劣,并且出于寻求精神刺激、开心取乐、借故生非等流氓动机。这种案件表象上看是对个人的辱骂,而实质上是对社会的

藐视。这种事实情形属于网络谩骂型侮辱罪与网络辱骂型寻衅滋事罪的法条竞合的同一事实行为,根据司法解释应当适用寻衅滋事罪的法条(重法法条)。^[11]在司法实际中,网络寻衅滋事的具体流氓动机主要表现为以下几种情形:(1)逞强斗狠型,例如行为人翟某某因子女抚养纠纷,为威逼被害人满足其要求,剃下自己左手的中指及无名指后,将手指粘到一封威胁信上公开挂出,并将剃手指的视频及辱骂被害人的视频上传网络,引起多人点击(北大法宝案例引证码 CLI. C. 116773764)。(2)借故生非型,例如行为人宋某某借其丈夫死亡赔偿金问题而肆意发泄情绪及不满,利用信息网络用极其不堪入耳的言语辱骂被害人,情节恶劣(北大法宝案例引证码 CLI. C. 108037752)。(3)无事生非型,例如行为人张某某为发泄情绪无故制造事端,多次利用信息网络辱骂恐吓他人,破坏社会秩序,情节恶劣(北大法宝案例引证码 CLI. C. 103958055)。(4)网络炒作型,例如行为人董某为发泄对审判机关及法官的不满情绪,多次在网上发表文章炒作司法个案,辱骂法官,所发帖文被大量点击,情节恶劣(北大法宝案例引证码 CLI. C. 8660848)。(5)肆意发泄情绪型,例如行为人翟某某与被害人王某某曾系情人关系,后王某某因故与行为人分手,行为人因此心怀不满,利用信息网络辱骂恐吓被害人,情节恶劣(北大法宝案例引证码 CLI. C. 324568114)。

三、恶毒攻击型网络侮辱的刑法定性

网络恶毒攻击行为刑法定性的关键问题是,如何区分这种作为网络言辞侮辱典型形态之一的行为与相对正当的网络评论抨击行为的界限。我国宪法及法律赋予公民正当的言论自由,而任何自由的行使也要在法律制度的框架下进行,我国宪法及法律同样要求公民必须遵守宪法、法律、社会秩序及社会公德。由此,公民在网络空间既享有言论自由也必须遵守社会规范,尤其是网络空间具有“发散性、互动性和难以辨认性”的特点,“保护与限制的平衡问题”系网络空间

言论自由的核心议题。^[12]就刑法的视角而论,对情节严重的网络恶毒攻击行为应予依法定罪处罚,而正当的网络评论抨击行为应当被允许乃至得到提倡。笔者认为,要将犯罪的网络恶毒攻击从正当的网络抨击中过滤出来,关键是需要综合把握以下四个要素:事件性质(被作为攻击对象的失德行为的性质);言辞真实性(攻击言辞所述的事件具体情节的真实性);攻击程度(攻击言辞的具体内容所触及的法益及其性质等);社会观念(社会大众基于事件性质及其真实性而对攻击程度的具体容忍度)。其中,事件性质、言辞真实性及攻击程度相对较为具体,并且较具形式意义,而社会观念则较为抽象,并且属于网络攻击行为的实质性的评价根据。那么具体而论,在对网络抨击行为是否达到“恶毒”程度而成立犯罪的认定中,如何展开对这四个要素的具体判断呢?对此,应当说,社会观念是判断网络攻击行为是否可以纳入犯罪的价值根基,而这里的社会观念的具体判断又是和事件性质、言辞真实性及攻击程度紧密关联的。

法国社会学家涂尔干指出:“如果一种行为触犯了强烈而又明确的集体意识,那么这种行为就是犯罪。”^[13]社会观念的容忍度是确定应否对某种网络抨击行为定罪的实质根据,而在刑法技术层面其表现为构成要件行为的价值判断。^[14]成立犯罪的网络恶毒攻击行为属于构成要件行为,构成要件行为由形态描述与价值判断构成。通常,形态描述与价值判断密切相连,但不排除在特殊场合由于价值判断的被否定而致构成要件行为的符合不能成立。社会观念的容忍度即为网络攻击行为的价值判断,其也是社会相当性理论的一种呈现。德国学者威尔哲尔提出社会相当性理论试以诠释构成要件行为符合的排除。^[15]威尔哲尔在《刑法体系研究》一书中指出:“社会共同生活系在一定范围内不断地限制行动自由而成立”,“如法律对所有法益侵害都认为客观的违法,而加以禁止,则全部社会生活都不能不立刻停止,仅留下只许观览的博物馆般的世

界”,故不应一切法益侵害的行为都禁止,“应于历史所形成的国民共同秩序内,将具有机能作用的行为排除于不法概念之外,并将此种不脱逸社会生活上的常规的行为,称为社会相当行为”。^[16]社会相当性理论作为基于行为的实质性评价而对犯罪成立予以限制,有其观念上的价值与意义;社会相当性理论将犯罪的实质评价与特定时空的社会文化现实密切关联,也给刑法注入了活力。然而,社会相当性的标准,实际上是从法之正当性的社会意识根源上寻求犯罪成立技术机制中有关事项的应有价值结论,如果不从具体的社会生活议题及特定的时空条件中去讨论这里的社会观念容忍度,则无从解决应否对某种网络攻击行为定罪的技术问题。因此,在肯定社会观念容忍度的实质根据的前提下,仍需具体确立对成立犯罪的网络恶毒攻击行为的形式层面的明确性、可操作性的判断。而这种明确性及可操作性的判断应是基于“事件性质”“言辞真实性”结合“攻击程度”而对社会观念容忍度的具体确认。

具体地说:1. 事件性质。一般情况下,网络言辞攻击所针对的事件的性质越严重,则社会观念的容忍度相对就越大。例如,汉奸行径是极端的罪行,公众对抨击汉奸的容忍度就相对较大。国民党元老吴稚晖发表《卖国贼是世上最凶恶的毒物——汪精怪夫妇因学三等娼妓而甘之》一文,采用近似于谩骂的言辞对汪精卫及陈璧君的行径给予了猛烈的痛斥与抨击,该文被称为“诙谐、辛辣的讨汪檄文”。^[17]与此截然相反,对于正面崇高形象的网络肆意言辞攻击则较大程度地超越了社会公众正直善良的情感所能容忍的底线,根据这种网络言辞攻击的具体事实特征,应当依法予以治罪。例如,英雄烈士的名誉和荣誉是社会公共利益的重要组成部分,彰显着崇高的道德价值及重大的社会价值,承载着社会主义核心价值观。热爱崇敬英雄烈士是全社会正直善良的公民所应有的一种最基本的情感,英烈名誉及荣誉不容有丝毫的亵渎与诋毁。如

果对英烈发表带有侮辱性质的不当言论,这就触犯了社会观念所能容忍的底线,情节严重的视具体案情成立侵害英雄烈士名誉、荣誉罪或者其他有关具体犯罪。^[18]不过,除了上述所举的在事件性质上趋于正反两端的情形之外,通常对网络抨击之社会观念容忍度的判断,应当将“事件性质”与“言辞真实性”及“攻击程度”结合起来具体分析。

2. 言辞真实性。抨击言辞所述的具体事件及其情节的真实性,是判断言辞抨击是否存在“恶毒”性的一个极为重要的标准。通常,网络言辞攻击即使在具体言辞的内容及表现形式上存在一定的情绪性,但是只要所述具体事件及情节基本真实,并且抨击所持价值观立场没有明显超出社会道德规范所能接受的范畴,就应当认为这种网络言辞攻击为社会观念所容忍。网络言辞攻击常常会出现文笔犀利及观点较为激进的情况,也正因为如此所以才会在一定程度上使之在边界上与网络言辞攻击的犯罪行为似呈模糊状态,然而对以事实为根据且并不明显背离社会公德的网络言辞抨击应予许可。例如,行为人伊某某在网络上发布数篇网帖,对某小区物业管理中存在的诸多问题予以披露及抨击,并以“丑恶嘴脸”等激进言辞指向相关人员。法院审理认定,行为人网帖的内容属实,虽在维权过程中“出现了一些过激语言”,但没有达到情节严重程度,应宣告无罪(北大法宝案例引证码 CLI. C. 36868383)。反之,如果抨击的内容为虚构事实或者篡改事实则系诽谤等不法行为。例如,行为人冯某某在网络上发文,对处理其违章建筑的干部予以攻击。然而,冯某某发文的内容系“凭空捏造,已经超出了公民正常反映问题的限度”,且诽谤信息被点击达 5000 次以上,冯某某的行为构成诽谤罪(北大法宝案例引证码 CLI. C. 85966842)。

3. 攻击程度。其一,对伴以披露他人身体隐私的网络抨击应予禁止。针对他人的失德行为予以网络抨击,甚至可以在一定程度上采取较为严厉的言辞,但是如果将所持有的或者通过“深度合成”技术制作的暴露他人身体隐私

的照片、图像等信息上传网络,则违背了社会的公序良俗及伦理道德,不仅属于“恶毒”攻击,而且也是对社会精神环境的严重污染。对于这种网络抨击行为,情节严重的应视行为的具体事实特征,构成侮辱罪或其他有关犯罪。其二,对伴以披露他人私生活具体信息的网络抨击应予禁止。他人私生活中的一些不雅婚恋及其他有关不雅举止言行等的具体信息属于个人隐私的组成部分,也涉及个人的人格及名誉;此外,网络空间的大肆散布也不同于现实空间的一般流传,前者具有传播极其迅捷及广泛等特征,是典型的“公然”。这种肆意披露他人生活隐私的网络抨击侵犯了他人的隐私权及名誉权。例如,在“王某诉张某某名誉权纠纷案”中,法院认定王某的“婚外情”行为背离社会道德,应予批评,但是对王某的批评谴责“不应披露、宣扬其隐私”,公民个人感情生活“属个人隐私范畴”,“此类情况一般仅为范围较小的相对特定人所知晓”,张某某将王某的“婚外情”事实在网络上传播,“使不特定的社会公众得以知晓”,并且使王某的“社会评价明显降低”,其行为构成了对王某隐私权及名誉权的侵害(北大法宝案例引证码 CLI. C. 362322)。

四、披露身体隐私型网络侮辱的刑法定性

在网络上披露他人身体隐私部位或男女私生活情节等行为刑法定性的关键问题是,如何区分这种网络侮辱行为与强制侮辱行为的界限。司法实际中对有关相似的披露身体隐私的网络侮辱行为也存在两种刑法定性:其一,认定为强制侮辱罪。例如,行为人邓某与被害人郑某系男女朋友关系,邓某“因不同意郑某提出分手”,出于报复便将之前拍摄的郑某裸体视频上传网络,造成恶劣社会影响。法院认定“邓某犯强制侮辱罪”(北大法宝案例引证码 CLI. C. 503043280)。其二,认定为侮辱罪。例如,行为人谢某某与被害人刘某发展成不正当男女关系,后谢某某与刘某发生争吵,谢某某“为报复刘某”便将其与刘某发生性关系以及刘某隐私的视频上传网络,造

成恶劣社会影响。法院认定“谢某某构成侮辱罪”(北大法宝案例引证码 CLI. C. 105089595)。上述两案在行为的起因、动机、方法及后果等作为犯罪成立的核心要素方面基本一致,而法院对该两案的定性却不尽相同。或许法院将类似上述案例的行为认定为强制侮辱罪,系因此类行为构成想象竞合犯。^[19]然而,就此类案件的案情而论,这种结论也是存在疑问的。尽管强制侮辱罪与侮辱罪确有竞合关系的情形,但是在司法实践中根据具体案情的不同,具体到某个案件其并不一定是此两罪的竞合犯。

抽象地考究强制侮辱罪与侮辱罪之间的关系,该两罪在犯罪成立的要素上既有重合的一面,也有差别的一面,但不存在对立关系。1. 包容或交叉重合关系:(1)实行行为。强制侮辱罪的实行行为系由“强制(暴力、胁迫或其他方法)+侮辱”构成,而侮辱罪的实行行为亦由“强制(暴力或其他方法)+侮辱”构成。暴力是两罪方法行为的典型形态,而正如本文在对暴力含义的分析中所指出的,暴力即意味着一种强制力量。这里关键是两罪行为“侮辱”的含义。强制侮辱罪之侮辱是指奸淫以外而贬低妇女人格、名誉的性侵犯行为,例如偷剪妇女的发辫、衣服,向妇女身上泼洒腐蚀物、涂抹污物,向妇女显露生殖器,用生殖器顶擦妇女身体等。而侮辱罪之侮辱是指贬低他人人格,破坏他人名誉的行为,这种侮辱行为除了可以表现为性侵犯行为之外,还包括恶毒辱骂攻击或使用肢体语言对他人进行诋毁,强迫他人下跪、吞食粪便等非性侵犯的侮辱行为。由此,侮辱罪的侮辱行为包容了强制侮辱罪的侮辱行为。(2)行为对象。强制侮辱罪的行为对象系妇女,而侮辱罪的行为对象则无此特别限定,由后者包容前者。(3)客观规范要素。强制侮辱罪的法益侵害属性系妇女的性自决权以及与此密切相关的妇女的人格权及名誉权,而侮辱罪的法益侵害属性系公民的人格权与名誉权,两者存在一定的重合。2. 相同关系:强制侮辱罪与侮辱罪的行为主体及主观责任形式的构成要素一

致,即行为主体均为一般主体,主观责任形式均系故意。3. 差别关系:(1)行为情境。其一,公然与否。强制侮辱罪不要求“公然”进行,在“公共场所当众”强制侮辱妇女的,是该罪的加重犯的要素;而侮辱罪的构成则以“公然”为要素。其二,直面与否。如上文对强制侮辱罪实行行为的分析所述,强制侮辱是对妇女的一种“性侵犯行为”,其必须面对被害妇女进行,这种“面对”既可以在现实空间,也可以表现为通过网络在虚拟空间进行,如行为人在网络上胁迫被害妇女观看其显露生殖器,这与在现实空间面对被害妇女实施该行为的侮辱无异。与此不同,侮辱罪之侮辱是一种侵害他人的人格及名誉的行为,这种对人格及名誉侵害的行为,既可以直接面对被害人进行,也可以不必直面被害人实施,如背着被害人而将其裸照大肆向社会公众散发。(2)定量要素。强制侮辱罪系行为犯,其基准犯罪构成没有特定构成结果及定量要素的特别要求,而侮辱罪则为情节犯,其基准犯罪构成须有“情节严重”的特定定量要素。4. 特别说明:对于是否应将行为的主观目的或倾向作为界分强制侮辱罪与侮辱罪的要素,刑法理论颇存争议。肯定说认为,强制侮辱罪往往是出于流氓动机,以追求性刺激为目的;而侮辱罪则往往是出于报复、嫉妒等动机,追求贬低或损害他人人格的目的。^[20]否定说则主张,强制侮辱罪是“行为人非基于刺激和满足性欲这种特定倾向而实施的侵犯他人性的羞耻心的行为”。^[21]司法实际对此也存在两种不同的判例:持肯定态度的判例,如行为人冉某某为泄愤报复,暴力公然扯掉被害人的衣裤,法院认定该行为的“动机有别于满足变态性欲、寻求精神刺激动机”,该行为构成侮辱罪(北大法宝案例引证码 CLI. C. 410191209);持否定态度的判例,如行为人刘某某等因被害人朱某婚姻越轨,遂以暴力使被害人赤裸于公共场所,法院认定刘某某等“不是基于淫秽下流的目的”,构成强制侮辱罪(北大法宝案例引证码 CLI. C. 308771030)。对此应当说,追求性刺激的主观倾向并非强制侮辱罪的

构成要素,这是因为:其一,从现行法条的表述来看,在《刑法》第237条对强制侮辱罪的规定中,难以切实地找到强制侮辱罪必须具有追求性刺激这一主观倾向的明确的文字形式根据。其二,就法条的历史解释而论,从1979年《刑法》规定的流氓罪中分解出来的强制侮辱罪被规定在了1997年《刑法》的第四章,而其他分解出来的寻衅滋事罪、聚众淫乱罪、聚众斗殴罪则仍规定在第六章,从而在立法原意上也不能简单地将强制侮辱罪与原先的流氓罪相提并论。其三,立于司法实际的合理处置,如果将追求性刺激的主观倾向作为强制侮辱罪的要素,则对情节严重的行为人并非当众对妇女实施性侵害侮辱的行为,就难以合理地定罪。如行为人张某与其妻温某某因与被害人秦某的婚姻及经济纠纷,在某出租房内对秦某实施性侵害侮辱,该案不属于公然侮辱,从而不能认定为侮辱罪。而该案也未表现出行为人追求性刺激的倾向,如果将这一“倾向”作为强制侮辱罪的要素,则该案似乎也不能认定为强制侮辱罪。值得肯定的是法院对该案作出了合理的处理,认定行为人构成了强制侮辱罪(北大法宝案例引证码CLI.C.545111161)。类似上述既非公然侮辱又无追求性刺激倾向但情节严重的侮辱案大量地存在且危害大,何以固执于一个主观要素无视法律允许的射程而放弃对这种行为的制裁呢?

通过上述对强制侮辱罪与侮辱罪的法定构成要素的比较分析可以看出,该两罪的行为主体及主观责任形式的构成要素一致,实行行为、行为对象及法益侵害属性呈包容或交叉重合关系,该两罪在行为情境及定量要素的要求上虽有不同但并不彼此对立^[22]。由此,就法条设置的本身来看,强制侮辱罪与侮辱罪之间即存在着竞合关系,换言之,其竞合犯的出现从根本上说是缘于法条本身的设置(法条竞合犯)而非某种事实行为的偶合(想象竞合犯),其中规定强制侮辱罪的法条系特别法条,而规定侮辱罪的法条系普通法条。对法条竞合犯处置的关键是选择法条

适用,在特别法条与普通法条竞合的场合,选择法条适用的规则是特别法条优于普通法条。讨论到这里,本文所论主题的实质性及关键性的问题来了,既然强制侮辱罪与侮辱罪之间存在着法条竞合关系,那么在网络上大肆传播妇女的裸体照片或视频是否均按强制侮辱罪处置呢?应当说,对此不能一概而论,因为法条竞合与法条竞合犯还不是一个概念,即使在存在法条竞合的场合,要成立法条竞合犯还必须是竞合法条的两罪相重合的构成要素在事实上得以呈现,或者说法条竞合犯是一种兼有竞合法条的两罪构成要素的一种具体的犯罪行为(同一犯罪行为)。然而,在网络上传播妇女裸体视频的行为未必就兼有强制侮辱罪及侮辱罪的构成要素。

有些在网络上传播妇女裸体视频的行为可能只构成侮辱罪。例如,行为人王某甲与被害人赵某某系恋爱关系,其间王某甲曾拍摄其与赵某某的隐私视频。后王某甲又欲与以前的恋爱对象王某乙恢复关系,并同时与赵某某保持接触。王某乙获得王某甲转发给其的赵某某的隐私视频后,“出于泄愤”便将该视频转发给他人,造成大量传播,情节严重。法院认定“王某甲及王某乙的行为共同构成了侮辱罪”(北大法宝案例引证码CLI.C.8787020)。应当说,法院的这一定性是正确。在该案中,行为人王某甲与被害人赵某某性行为及对该行为的视频拍摄,鉴于行为时两人之间的恋爱关系,从而不存在强制的内容及特征,也不能认为该行为系对赵某某的性侵害的人格侮辱,因此该行为并不构成强制侮辱。而在此之后当两人出现感情裂痕时,行为人王某乙将王某甲转发给其的这一先前拍摄的有关赵某某身体隐私的视频上传网络,属于在公共网络空间(公然)以发布视频这种言辞性精神强制(准型暴力)的方法对赵某某的人格和名誉予以诋毁(侮辱)的行为,这相当于在现实空间将私下获得的既有的他人的裸照予以广泛地散发,只是单纯地对赵某某人格及名誉的侮辱,而非通过对赵某某的强制性性侵害所实施的侮辱。同理,上文

所提到的案例,行为人邓某出于报复将与被害人处于男女朋友期间拍摄的被害人的裸体视频上传网络的行为,也只是成立单纯的侮辱罪。

有些在网络上传播妇女裸体视频的行为可能构成强制侮辱罪与侮辱罪的法条竞合犯。例如,行为人石某因感情纠纷对被害人李某怀恨在心,为报复泄愤在某宅将李某的衣裤扒光致其全身赤裸,并拍摄李某的裸身视频,将赤裸的李某拉至屋外的场地上殴打,随后石某又将所拍摄视频上传至李某的微信朋友圈,造成恶劣影响。法院认定“石某的行为构成强制侮辱罪”(北大法宝案例引证码 CLI. C. 42351794)。从学理上分析,法院的这一定性是合理的。在该案中,行为人石某以暴力强制对被害妇女李某实施了扒光衣裤致其裸体这一性侵害的侮辱行为,同时石某还将裸体的李某拉到室外并将李某被强制侮辱的裸体视频上传网络,从而使强制性性侵侮辱的行为具有了公然的事实特征。由此,行为人石某的这一强制性性侵侮辱行为既具有强制侮辱罪的构成要素,又符合侮辱罪的事实特征,是兼有强制侮辱罪及侮辱罪的构成要素的一种具体的同一犯罪行为。对于这一犯罪行为按照法条竞合的场合选择法条适用的规则,应当适用规定强制侮辱罪的特别法条,从而成立强制侮辱罪。

五、结 语

在网络空间日益渗透到我们日常生活的方方面面的今天,网络犯罪的恶流也随之在网络空间中肆意蔓延,成为现代社会绚烂生活中难以挥去的阴霾,而网络言辞侮辱的不法侵害更是令大众闻之色变。惩治网络言辞侮辱的犯罪成为当今刑法理论与实践的重中之重。就规范学的层面,要合理地应对网络言辞侮辱的犯罪,需要对其犯罪的典型性事实形态及其相应的法律上的具体轮廓予以规范刑法学的深入考究,以罚当其罪,从而为人们应有的社会行为的合规底线确立标准,唤起社会公众对法律的尊重与信奉,以实现刑法的预防犯罪的机能。从这个意义上说,网

络言辞侮辱是一种较为典型的网络暴力。刑法上的暴力分为基准暴力、典型暴力、准型暴力,而网络言辞侮辱的网络暴力属于一种准型暴力,即表现为“网络言辞性精神强制”。根据所发布言辞内容的特征,可以将网络言辞侮辱的行为分为网络肆意谩骂、网络恶毒攻击、网络身体隐私披露这三种基本事实形态,这一视角的分类揭示了网络言辞侮辱的典型事实特征,为其刑法定性奠定了事实基础。

在刑法定性上,肆意谩骂型网络侮辱易于与网络辱骂型寻衅滋事相混淆,规定有关该两行为之罪的法条之间存在着竞合关系。行为人在网络上对他人进行谩骂情节严重但缺乏流氓动机的,仅成立侮辱罪;行为人出于逞强斗狠、借故生非、无事生非、网络炒作、肆意发泄情绪等流氓动机,在网络上对他人进行辱骂情节恶劣的,系法条竞合犯,根据司法解释应适用寻衅滋事罪的法条。网络恶毒攻击行为刑法定性的关键问题是,如何区分这种行为的犯罪与相对正当的网络评论抨击行为的界限。而这一界限厘定的关键,是需要综合把握所攻击的事件的性质、攻击言辞的真实性、攻击的激烈程度以及社会观念对攻击的容忍度四项要素。其中,社会观念的容忍度属于实质性的判断,而其他三项则侧重形式性的考究,为社会观念容忍度的具体确认提供可操作性的根据。一般情况下,网络言辞攻击所针对的事件的性质越严重,则社会观念的容忍度相对就越大;符合社会公序良俗、伦理道德且所述具体事件及情节基本真实的网络言辞攻击,不应受到刑事追究;对伴以披露他人身体隐私以及伴以披露他人私生活具体信息的网络抨击,应予禁止。网络披露身体隐私行为刑法定性的关键问题是,该行为究竟是成立侮辱罪还是应被认定为强制侮辱罪?对此,就法条设置来看,强制侮辱罪与侮辱罪之间存在着竞合关系,而要成立法条竞合犯还必须是竞合法条的两罪相重合的构成要素在事实上得以呈现。因此,在网络上传播妇女裸体视频,如果这种裸体视频所述行为系行为人与被

害人在恋爱关系等非强制性的情形下所摄,则这种视频的网络传播只能构成侮辱罪;如果这种裸体视频所述行为系行为人对被害人的强制性侮辱,则传播该视频使先前的强制性侮辱具有了公然性,系强制侮辱罪与侮辱罪的法条竞合犯,应当适用强制侮辱罪的特别法条。

对网络言辞侮辱的犯罪行为予以刑法定裁是必要的,其可以为社会公众提供肯定及明确的行为规范标准,并给社会不稳定分子以客观及深刻的警示。但是,更为重要的是应使这种刑事制裁具有犯罪学的“眼睛”。刑事制裁如果“只埋头拉车不抬头看路”,则不仅效果堪忧而且易于迷路。“应当确信,就社会防范犯罪和提高民众道德水平而言,预防犯罪的改革哪怕只是措施上的一丝一毫的进展,其所拥有的效益也比出版一部完整的刑法典要高出上百倍。”^[23]因此,治理网络言辞侮辱犯罪更为重要的是对其产生的原因予以深入地揭示,并在此基础上通过协调社会机体而寻求具体的可操作性的措施。相信随着社会的进步以及犯罪社会学研究的深入,包括网络言辞侮辱犯罪在内的犯罪的社会控制及预防将会得到质的发展,这无疑是从根本上遏制网络言辞侮辱犯罪的更为有效的路径。

注释:

[1]最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于依法惩治网络暴力违法犯罪的指导意见》(2023年),第1条;曲伶俐主编:《刑法修正案(七)及网络犯罪实务问题研究》,北京:中国人民公安大学出版社,2010年,第145-146页。

[2] Catherine Soanes, Angus Stevenson (eds.), *Oxford Dictionary of English*, 2nd ed., Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 3635.

[3]其中,基准暴力的特征:行为体素表现为“身体强制”(肢体积极动作的猛烈性的实际侵害)或者“精神强制”(侵害威胁),行为效果表现为“直接面对”暴力对象的施暴,如《刑法》第123条中的“暴力”。典型暴力的特征:行为体素仅表现为“身体强制”,行为效果也主要表现为“直接面对”暴力对象的施暴,如《刑法》第121条中的“暴力”。

[4]杜先福:《骂死证人,判她侮辱罪》,《政府法制》2004年第2期。

[5]林东茂:《刑法综览》,北京:中国人民大学出版社,2009年,第268页。

[6]赵琛:《刑法分则实用》下册,台中:梅川印刷有限公司,1979年,第743页。

[7]陈朴生:《刑法各论》,台北:正中书局,1978年,第263页。

[8]最高人民法院、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(一)的补充规定》(2017年)第8条第2款第4项;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》(2013年)第3条第4项。

[9]张小虎:《想像竞合犯的理论探究》,《法律科学(西北政法学院学报)》2005年第4期。

[10]公安部《关于严格依法办理侮辱诽谤案件的通知》(2009年)第2条。

[11]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》(2013年)第5条第1款。

[12]李忠:《因特网与言论自由的保护》,《法学》2002年第2期。

[13][法]埃米尔·涂尔干:《社会分工论》,渠东译,北京:生活·读书·新知三联书店,2000年,第43页。

[14]张小虎:《刑法学》第二版,北京:北京大学出版社,2022年,第62页。

[15]李海东:《刑法原理入门(犯罪论基础)》,北京:法律出版社,1998年,第39页。

[16]转引自黄丁全:《社会相当性理论研究》,陈兴良主编:《刑事法评论》第5卷,北京:中国政法大学出版社,2000年,第321页。

[17]张家康:《吴稚晖呼吁抗日斥奸贼》,《钟山风雨》2008年第1期。

[18]行为人为博取眼球在网络上对特定的英雄烈士发表带有诋毁及贬损的不当言论造成恶劣社会影响,司法实际中对这种情形仅认定为侵害英雄烈士名誉、荣誉罪有轻纵侵害英雄烈士名誉及荣誉的犯罪之嫌,这样的认定也未必就体现了我国《刑法》第299条之一的立法精神。

[19]曹思漫、陆汉群:《在微信群发布他人裸体视频构成强制侮辱罪》,《人民司法》2022年第32期。

[20]余剑主编:《侵犯公民人身权利、民主权利罪·侵犯财产罪》,北京:法律出版社,1999年,第98页。

[21]陈家林:《〈刑法修正案(九)〉修正后的强制猥亵、侮辱罪解析》,《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2016年第3期。

[22]所谓对立是指两个构成要素之间彼此冲突或分离而不能同时共存,如故意与过失之间就是对立关系。

[23] Enrico Ferri, *Criminal Sociology*, Illinois: Project Gutenberg's Etext, 1996, p. 51.

【责任编辑:邹秋淑】