



论网络言论暴力行为的刑法规制

潘 宁

中南财经政法大学刑事司法学院，武汉

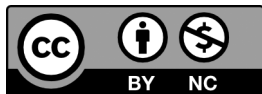
摘 要 | 面对当前网络言论暴力案件数量的急速上升，我国理论界对于言论犯罪的判断却没有统一的标准。为了对网络言论暴力行为进行刑法规制，本文将对事实主义路径、规范主义路径、综合主义路径三种判断路径进行分析比较，以得出最适用的判断标准。本研究认为，在网络言论犯罪规制中，应当寻求各种路径的平衡，倡导多元化的言论表达，提倡包容和宽容的态度，同时加强公众的信息素养教育，培养人们的辨识能力，以更好地应对虚假和误导性的言论。对于极其恶劣的行为，结合现有学说，得出网络言论暴力行为的入罪标准与社会危害性、不法性和有责性有关。关于如何规制网络言论暴力行为，本文借鉴了世界各国的法律法规，并着重分析比较了德国与美国的法律，提出对我国的启示：首先，需要制定网络言论认定的统一标准；其次，政府应成为网络言论的监管主体；最后，要用权益衡量来解决冲突。

关键词 | 网络言论暴力；刑法规制；入罪标准；制度完善

Copyright © 2025 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



近年来，网络普及率稳步提升，网络与现实社会互融共生，极大地改变着人们的生存和生活方式。与此同时，网络暴力也日益引起公众关注。2020年11月，重庆“姐弟坠亡案”发生后，孩子的生母陈某某多方奔走，为被残害的两名幼子追讨公道，却被网友指责“消费孩子，蹭孩子流量”。2023年6月，武汉“小学生校内被撞身亡”事件中，孩子的母亲杨女士在接受采访时，被网友对其穿着样貌进行评价，质疑她“像表演一样，竟然没有崩溃，好像赔偿款的事情盖过孩子的死亡”，最终孩子母亲因受不了舆论压力，选择跳楼自杀。一件件案件中，网络暴力就像从隐秘角落里射出的一支支冷箭，给当事人带来难以治愈的伤痛，甚至

是致命伤害。2024年《最高人民法院工作报告》显示，过去一年中，针对网络暴力“按键伤人”“按键杀人”现象，审结网络诽谤公诉案件32件，判决有罪人数35人，同比分别增长10.3%、102.4%。网络暴力的伤害远不止这些案件，许多隐形网络暴力还让很多网民的生活和工作受到干扰，扰乱了网络秩序，破坏了网络生态。

一、问题的提出

网络暴力案件中数量最多的是言语类暴力，即通过言语对他人进行辱骂、诽谤等行为。然而，在当前网络言论犯罪案件急速上升的背景下，我国理论界对于言论犯罪的判断却没有统一的标准，目前

主要以事实主义路径、规范主义路径和综合主义路径三种判断路径为主。事实主义路径从网络言论的实体内容出发进行筛选,对涉及犯罪的网络言论进行排除,以达到对刑法处罚范围进行限制的目的。规范主义路径从宪法的言论自由视角出发,对涉及犯罪的网络言论的刑法进行规制。姜涛教授认为,干预网络谣言仅从刑法的视角出发是行不通的,对于言论犯罪需要从宪法加刑法的视角来看,尤其是涉及言论犯罪的立法与解释。虽然事实主义路径和规范主义路径的观点有提到这一内容,但相关内容不是很充分。^[1]姜涛教授采用综合主义路径,即将事实主义路径和规范主义路径相结合,强调事实标准与规范标准相统一,笔者也赞同这一观点。

(一) 事实主义路径

违法言论的发表是网络言论犯罪的构成要件。以往大家关注的都是“发表”这个行为方式,例如在发表时是否公然发表,以此作为定罪量刑的依据。然而,大家往往忽略了言论本身的真实性。例如,在新冠疫情期间,对于“封城”等不会引起社会恐慌的虚假网络言论就没有必须进行干预。原因有三:第一,在新冠疫情期间,此类言论数量众多,无法全部进行干预;第二,此类言论不会引起社会恐慌或社会秩序混乱,因为在当时,成为密接者比“封城”更令人恐慌,且事后官方会第一时间进行辟谣;第三,这类言论本身不受刑法处罚,因为编造、故意传播虚假信息罪的构成要件不包括除疫情以外的信息。

事实主义路径认为判断言论内容的真假应从事

实与观点、公事与私事、客观真实与“主观真实”这三个角度出发^[2]。

(1) 言论自由的真理追求价值要求严格区分事实与观点^[3]。该观点认为,言论型犯罪需要基于事实发表言论,但对事实的建议或者价值评判的行为,不能认为是犯罪。

(2) 言论自由的民主自治价值要求区分公事与私事^[4]。该观点认为,公民的言论可以区分为涉及私人的事务和涉及社会公共的事务。对于涉及社会公共事务所发表的言论,即使存在虚假或夸大的成分,也不会受到处罚。

(3) 客观真实与“主观真实”。客观真实:如果言论内容是客观真实的,那么就不能进行处罚。若要处罚,一般也只对客观上主要、重要或者核心内容都是虚假的言论进行处罚。“主观真实”:采用合理确信规则,根据日本刑法典的规定,发表言论的人基于公益目的,对涉及社会公共利益的事务进行批评,如果这个事实是真的,那么将不进行处罚。^[5]合理确信规则适用于客观上是虚假的,但言表者相信其为真的情况,即“客观虚假,主观真实”。在日本,如果发表言论的人有证据证明其有理由错误地相信某件事是真实的,即使这件事客观上并不是真的,对发表言论的人也不进行处罚。^[6]我国台湾地区规定,言表者虽然不能自行证明言论的真实性,但是依照其所提供的证据材料,认为言表者有一定理由相信其所发表的言论是真实的,就不能以诽谤罪进行处罚。^[7]综上所述,合理确信规则更看重“主观真实”,而不是客观真实。即使出现“客观虚假”但“主观真实”的

[1] 姜涛. 网络谣言的刑法治理: 从宪法的视角 [J]. 中国法学, 2021 (3).

[2] 刘艳红. 网络时代言论自由的刑法边界 [J]. 中国社会科学, 2016 (10).

[3] Jennifer O'Brien. Putting a Face to a (Screen) Name: The First Amendment Implications of Compelling ISPs to Reveal the identities of Anonymous Internet Speakers in On line Defamation Cases [J]. Ford Ham Law Review, 2002, 70 (6): 2752.

[4] Jennifer O'Brien. Putting a Face to a (Screen) Name: The First Amendment Implications of Compelling ISPs to Reveal the identities of Anonymous Internet Speakers in On line Defamation Cases [J]. Ford Ham Law Review, 2002, 70 (6): 2753.

[5] 日本刑法典 [M]. 张明楷, 译. 北京: 法律出版社, 2006: 86; 台湾“刑法”第310条也有类似规定: “对于所诽谤之事, 能证明其为真实者, 不罚。但涉于私德而与公共利益无关者, 不在此限。”

[6] 大谷实. 刑法讲义各论 [M]. 黎宏, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2008: 153-158; 大塚仁. 刑法概说 (各论) [M]. 冯军, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2003: 167-171.

[7] 台湾“司法院”2000年释字第509号解释; 林山田. 刑法各罪论 (上册) [M]. 北京: 北京大学出版社, 2012: 179.

情况,也不受处罚。

笔者认为,事实主义路径可以很好地辨析不真实的言论,确定谣言的范围。在一定程度上,它能够确保信息的客观真实性和准确性,有利于维护公共利益和社会秩序。事实主义路径强调基于事实和证据的言论,可以减少虚假信息和误导性言论对社会造成的负面影响,保护公众免受不实信息的误导和欺骗。此外,事实主义路径也有助于提高人们的信息素养和批判思维能力,鼓励人们更加理性地对待网络言论,从而构建一个更加健康和理性的网络言论环境。然而,一味地采用事实主义路径会给司法实践带来极大的麻烦。目前中国网民数量已达10.79亿人,互联网普及率达76.4%。事实主义路径的核心观点是“主观真实”,如果在司法实践中都按照“主观真实”来进行裁判,那么司法部门的网络言论犯罪办案量会急剧上升,需要花费大量人力物力。因此,在网络言论自由中,事实主义路径应当寻求与其他路径的平衡,采用宽严相济的政策,既要保障言论自由,又要惩罚言论犯罪。

(二) 规范主义路径

规范主义路径将言论分为四种:第一种是不受宪法保护、受刑法禁止的言论;第二种是不受刑法禁止、受宪法保护的言论;第三种是不受宪法保护且不受刑法禁止的言论;第四种是需要具体判断宪法是否保护及刑法是否禁止的言论。规范主义路径从宪法的言论自由视角出发,对涉及犯罪的网络言论的刑法进行规制。^[1]关于前两种言论,我国宪法和刑法已有具体的规定,因此不需要展开讨论。关于宪法不保护但刑法未禁止的言论,值得讨论。因为罪刑法定原则既是刑法原则,又是宪法原则。我国刑法明文规定了罪刑法定原则,虽然宪法没有明文规定,但是宪法规定了要建设社会主义法治国家,而罪刑法定原则产生于法治思想^[2],所以罪刑法定也是宪法原则。

(1) 规范主义路径认为,犯意表示虽不受宪法保护,但也不会受刑法处罚。因为犯意表示本身不构成犯罪,只是在编造、故意传播虚假恐怖信息罪增设后,某些司法部门认为某些犯意表示也构成犯罪。张明楷教授认为,此罪要造成严重扰乱社会秩序的后果才构成犯罪,单纯的编造行为如果没有传播出去,就不可能对社会秩序产生影响。此外,

编造传播虚假信息罪的构成要件是编造了真实存在的威胁,而内心想法只能算作犯意表示。因此,对于编造、故意传播虚假恐怖信息罪应进行实质性判断,不能仅作形式上的理解。

(2) 编造、故意传播虚假信息罪的信息对象被限定为险情、疫情、灾情、警情。有人主张编造、故意传播其他虚假信息应当被认定为寻衅滋事罪,但张明楷教授对此持否定态度。他认为,编造、故意传播该罪规定之外的虚假信息的行为不构成犯罪。原因在于:第一,刑法已将虚假信息内容限定为虚假的险情、疫情、灾情、警情,根据“法无明文规定不处罚”的原则,对于除此之外的虚假信息内容不应进行处罚;第二,寻衅滋事罪的处罚比编造、故意传播虚假信息罪更重,对影响较小的行为予以较重的处罚,明显不符合罪刑相适应原则。

(3) 我国刑法规定了七个煽动罪。煽动行为本身是犯罪的实行行为,罪名的成立与他人是否实施被煽动的行为没有关系,而且此罪的处罚程度依据被煽动人实施煽动行为的危险性而定。有学者提出,煽动罪的存在可能使对政治理论的表明、政府政策的批评也受到处罚^[3],因为煽动罪的增设可能会侵害言论自由。因此,对于煽动罪的认定不能形式化,必须考虑在宪法框架下的言论自由。重点讨论煽动暴力抗拒法律实施罪,张明楷教授认为,煽动行为是否构成煽动暴力抗拒法律实施罪,需要从四个方面进行考察:第一,行为人是否煽动使用暴力抗拒国家法律和行政法规的实行;第二,国家法律、行政法规的内容是否具有合宪性;第三,人民实施被煽动行为是否具有紧迫性;第四,行为人是否具有故意与不法目的。^[4]

笔者认为,规范主义认为网络言论不能被过度处罚,需要保障宪法赋予人民的言论自由,同时言

[1] 姜涛. 网络谣言的刑法治理:从宪法的视角[J]. 中国法学, 2021(3).

[2] [日] 泷川春雄. 罪刑法定主义[J]. 日本评论新社, 1952: 38.

[3] [日] 佐藤幸治. 宪法[M]. 青林书院, 1981: 362.

[4] 张明楷. 言论自由与刑事犯罪[J]. 清华法学, 2016(1).

论犯罪的立法与解释都应受到宪法的监督与验证。在这一点上,笔者赞同规范主义的做法。如果刑法的目的是惩罚错误行为,那么过度依赖刑法可能会变得无意义甚至产生负面效果。例如,增加言论犯罪的刑罚可能会减少网络言论犯罪的发生,但也可能导致人们不敢就公共事务提出自己的观点和建议。^[1]刑法的自由模式认为,在一个自由的社会中,公民应该通过遵守法律来避免滥用刑法,所以最好是让大多数人自由表达自己的观点。^[2]然而,规范主义并没有从宪法角度来明确言论自由的具体审查标准。言论自由是许多国家宪法赋予公民的基本权利,任何对言论进行审查和规范的行为都应当受到宪法和法律的约束。在制定具体的审查标准时,需要遵循宪法所确立的言论自由原则,即在不损害他人合法权益和社会公共利益的前提下,尊重个人言论自由。这意味着对于具体言论内容的审查标准应当具有明确性、合理性和可操作性,以确保不会滥用权力,限制公民的合法言论权利。此外,规范主义的路径应当充分尊重宪法和法律所规定的程序正义,即在进行言论审核和规范时,需要依法进行、公开透明,避免出现任意扩大审查范围或滥用审查权力的情况。只有遵循宪法和法律的规定,保障言论自由的基本原则,规范主义才能在保护公共利益的同时,不损害个体的合法权益,维护社会的公平和正义。

因此,规范主义在对网络言论自由进行规制时,需要充分考虑宪法和法律的规定,确立明确的审查标准,并遵循程序正义的原则,以保障公民的合法言论权利,推动言论自由的发展。

(三) 综合主义路径

综合主义路径是指将事实主义路径与规范主义路径相结合,利用事实主义对言论犯罪的审查标准来弥补规范主义缺失审查标准的不足,同时利用规范主义从宪法的角度保障公民基本的言论自由,并制定更为严格的网络言论自由限制标准。笔者也赞成综合主义路径。在网络言论犯罪规制中,应当寻求各种路径的平衡,倡导多元化的言论表达,提倡包容和宽容的态度,同时加强公众的信息素养教育,培养人们的辨识能力,以更好地应对虚假和误导性的言论。此外,政府和社会机构也需要采取有效措施,建立一个网络言论犯罪的审查标准,监管

网络言论,防范虚假信息的传播,确保信息的透明和公正。只有在综合考虑公共利益、个体自由和多元化表达的情况下,网络言论自由才能更好地发挥其正面作用,促进社会的发展和进步。

二、网络言论犯罪入罪标准

刘艳红教授认为,网络言论犯罪的入罪标准有三种情形:第一,具有极大社会危害性的言论,一经发布就构成犯罪,例如煽动宣扬型言论犯罪;第二,所发布的言论具有较大的社会危害性,此类言论构成犯罪需要造成严重扰乱社会秩序的后果,例如编造传播型言论犯罪;第三,侮辱、诽谤型犯罪需要达到情节严重,或者有严重危害社会秩序和国家利益的后果,才能构成犯罪。^[3]

对于言论犯罪的处罚还需要加以限制。首先,需要在客观方面加以限制。在《诽谤等犯罪解释》中,网络言论犯罪的入罪标准有两个特点:一是将网络虚拟空间秩序与现实社会秩序对等;二是将法益侵害程度用点击、浏览、转发的次数进行衡量。这会导致网络言论犯罪“严重危害社会秩序”的标准仅用点击、浏览、转发的数据来评判,不符合法律所规定的要求。因为诽谤行为需要伤害物质属性,即如果只是情感受到伤害,法律则不会给予任何赔偿。^[4]因此,将网络虚拟空间秩序解释为现实社会秩序的方式是错误的,而“严重危害社会秩序”是一种现实物理秩序的混乱,不能仅用数据来衡量。其次,需要在主观方面加以限制。对于结果加重犯,在主观上需要满足三点:一是认识到他们的言论会导致社会秩序混乱或其他对社会发展不利的结果;二是希望或者放任这种结果的发生;三是没有正当目的。最后,需要进行司法程序的限制。亲告罪的设立是基于不必无视被害人的意愿而提起

[1] Andrew Ashworth, Lucia Zedner. Prevention and Criminalization: Justifications and Limits [J]. New Criminal Law Review, 2012, 15 (4): 554.

[2] Andrew von Hirsch. Proportionality in the Philosophy of Punishment [J]. Crime and Justice, 1992 (16): 64.

[3] 刘艳红. 网络时代言论自由的刑法边界 [J]. 中国社会科学, 2016 (10).

[4] 路易斯·D·布兰代斯等. 隐私权 [M]. 宦盛奎, 译. 北京: 北京大学出版社, 2014: 9.

诉讼。合适的做法是，在行为达到进一步侵犯被害人声誉的程度后，再征求被害者的意愿，对诉讼作出决定。^[1]因此，当行为严重危害社会秩序和国家利益，且被害人不能作出是否提起诉讼的决定时，检察院可以提起公诉，理由是严重危害社会秩序和国家利益。

姜涛教授认为，言论犯罪的入罪标准包括：第一，具有不法性和有责性，达到可罚标准；第二，要严格区分刑法与其他法律法规对网络言论犯罪的规制。^[2]

言论的真实性分为主观真实与客观真实。对于客观真实的言论，无需过多讨论，但对于主观真实的言论，存在一定的争议。可以确定的是，在主观真实的言论中，若行为人存在实际恶意的话，则该言论就具有可罚性。美国对于实际恶意的评判标准是：行为人发布明知内容虚假的言论，或者忽视可能虚假的争议性陈述。^[3]姜涛教授认为，美国的实际恶意评判标准太过抽象，应从法教义学角度明确该标准：首先，采用公共利益对实际恶意进行限制。在现实中，高价值的言论受宪法保护的程度高，越不容易构成犯罪；反之，低价值的言论受宪法保护程度低，越容易构成犯罪。^[4]因此，立法者需要重新制定标准，如果言论符合公共利益，那么实际恶意的范围应该受到限制。涉及公共利益的言论，即使不是真实的，也不应被视为具有实际恶意。其次，应采用利益权衡原则来限制实际恶意。当言论自由与其他权利发生冲突时，应根据具体情况进行利益权衡。若言论自由与公共利益发生冲突，那么应优先考虑言论自由。除涉及公共利益以外的冲突，需要衡量两个法益的重要性。当需要保护特别重要的法益且使用最小的限制手段达到目的时，言论自由的权益不受优先保护，这也是符合宪法的要求。^[5]最后，为了约束恶意行为，可以运用义务冲突理论。根据这一理论，当行为人存在两个相互冲突的义务时，只有在履行第一个义务的价值大于或等于履行第二个义务时，才能视其未履行第二个义务为正当。^[6]

评判言论的危险性时，姜涛教授提出了可能性、重大性、急迫性三大标准。首先，危险必须是可能的，也就是说，只有存在法益侵害或者其危险，才构成刑法上的犯罪。因此，法益侵害的内容标准应该是社会公众可以理解的，且在公众对危险

的认知范围内进行规定。其次是重大危险。利用利益衡量说来解释重大危险的标准，即只要比言论自由更重要的权利受到侵害，且引起重大危险，该行为就会受到刑法的处罚。最后是急迫的危险，我国对言论犯罪的规定是要有潜在的危险，但是潜在的危险不是单独存在的，需要对个人或者公民有急迫的危险作为条件，才能构成犯罪。

从刘艳红教授和姜涛教授的观点可以得出结论：确定网络言论犯罪的刑法边界需要综合考虑言论的社会危害性、不法性和有责性。言论如果具有极大的社会危害性，或者严重扰乱社会秩序，或者造成严重危害社会秩序和国家利益的后果，就可以构成犯罪。同时，需要严格区分刑法与其他法律法规对网络言论的规制，确保言论自由和社会稳定的平衡。这两种标准的优点在于，它们都考虑了言论的社会危害性和言论行为的不法性，既重视了言论自由，也充分考虑了社会的稳定和秩序。然而，这两种标准也存在一些缺点，如对“极大的社会危害性”“严重扰乱社会秩序”和“严重危害社会秩序和国家利益”等表述的具体定义可能存在模糊性，容易引起解释上的歧义。对于当前社会，需要采取更加具体、明确的标准，以保证言论自由的同时，又能有效地维护社会秩序和国家利益。可能需要制定更为详细的法律标准和案例指引，以帮助司法实践更好地裁决网络言论犯罪案件。同时，需要加强对网络言论的监管与引导，提高公众的法律意识，有效防范和打击网络言论犯罪行为。最终目标是确

[1] 山口厚. 刑法各论[M]. 王昭武, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2011: 173.

[2] 姜涛. 网络谣言的刑法治理: 从宪法的视角[J]. 中国法学, 2021(3).

[3] New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

[4] 马得华. 我国宪法言论自由条款类似于美国宪法第一修正案吗?[J]. 比较法研究, 2016(4): 142; 张明楷. 网络诽谤的争议问题探究[J]. 中国法学, 2015(3): 71.

[5] 张明楷. 新闻及言论自由管制之检讨——从侦查不公开的观点出发[J]. 月旦刑事法评论, 2018(9): 5.

[6] [德] 罗克辛. 德国刑法学总论(第1卷)[M]. 王世洲, 译. 法律出版社2005(1): 504.

保言论自由的同时，维护社会秩序和国家利益。为了弥补这些标准的缺点，社会可以加强舆论引导和教育，提高公民的法律意识和言论自律意识，同时加强相关法律法规的解释与完善，以减少对标准解释上的歧义，以调整和维护网络言论自由的刑法边界。

三、域外对于网络言论规制的借鉴

（一）世界各国对网络言论的规定

根据统计，各国对网络言论在宪法上的规定主要有以下四种类型：第一种类型是概括性规定，即规定了本国公民都有言论自由和表达自由的权利。这项规定在印度、意大利、瑞士等国的宪法中有所体现。^[1]第二种类型是在赋予公民言论自由权利的同时，也对言论自由进行规制。典型代表是西班牙和希腊。例如，西班牙的宪法第20条规定公民享有“以口头、书面或其他任何方式自由表达和传播思想、观念和见解的权利”，并在同条第4款规定：“本章所承认的这些自由权利，其形式在涉及他人的荣誉权、隐私权、名誉权及青少年保护等方面，应依法受到限制”。第三种类型是赋予公

民言论自由的同时，也提出了不得限制言论自由的类型。例如，日本国宪法第21条规定：“保障集会、结社、言论、出版及企业一切表现的自由，不得对言论进行事前检查”。此外，奥地利国家基本法第13条^[2]及葡萄牙宪法第37条也有此类规定^[3]。第四种类型是赋予公民言论自由的同时，还对可否进行限制或惩处的情况进行规定。例如德国魏玛宪法第118条^[4]，德国基本法第5条第1款、第2款和第18条^[5]，以及法国《人权宣言》和挪威王国宪法等，都对言论自由的限制条件作出了类似规定。

（二）美国对网络言论的规制

美国宪法将言论自由放在非常重要的位置。早在1791年通过的宪法第一修正案中就明确规定：“国会不得通过法律侵犯言论自由或出版自由。”^[6]美国人认为言论自由是人民最基本的权利之一，并受到宪法的保护^[7]。任何试图限制言论自由的法律都将受到美国宪法的审查和挑战。

美国法院认为，政治言论自由是第一修正案的核心目的，因为美国的体制需要自由讨论，以应对政府通过手段封锁反对意见、扭曲事实的行为。因

[1] 世界各国宪法编辑委员会编译. 世界各国宪法·亚洲卷[M]. 北京: 中国检察出版社, 2012: 783.

[2] 《关于公民一般权利的国家基本法》第13条规定: 人人均有在法律规定的范围内以口头、书面、印刷品或图表达其观点的权利。详见世界各国宪法编辑委员会编译. 世界各国宪法·欧洲卷[M]. 北京: 中国检察出版社, 2012: 93.

[3] 《葡萄牙共和国宪法》第37条规定: 1. 任何人都运用语言文字、图像或任何其他手段自由地表达和公开发表其思想, 以及有权不受阻碍和歧视地传播和接受信息。2. 任何类型或任何形式的审查均不得妨碍和限制上述权利的行使。3. 行使上述权利时的违法行为应受到刑法一般原则或行政法规的约束, 依法分别由法院审理或由独立的行政组织进行审查。4. 个人、法人或其他组织, 都有权进行平等地、有效地答辩和更正, 以及有权因所受到的损害获得赔偿。详见世界各国宪法编辑委员会编译. 世界各国宪法·欧洲卷[M]. 北京: 中国检察出版社, 2012: 477.

[4] 德国魏玛宪法第118条规定: 德国人民, 在法律限制内, 有用语言、文字、印刷, 图书或以其他方法, 自由发表其意见之权, 并不得因劳动或雇佣关系, 剥夺其此种权利。如其人使用此种权利时, 无论何人, 亦不得妨害之。不得施行检查。惟对于电影, 得依据法律, 酌设相当规定。又为防止淫褻文书之发行及于开展览及演艺时为保护青少年起见, 得以法律处置之。详见肖蔚云等编. 宪法学参考资料(下册)[M]. 北京: 北京大学出版社, 2003: 1025.

[5] 德国基本法第5条第1、2款规定: 1. 人人享有以语言、文字和图画自由发表和传播观点以及不受阻挠地从普遍公开的来源中获取信息的权利。出版自由以及广播和电影的报道自由受到保障。对此不得进行审查。2. 一般法律的规定: 有关青少年保护的法律规定以及个人名誉权构成上述权利的界限。德国基本法第18条: 滥用观点表达自由, 特别是出版自由(第5条第1款)……来攻击自由民主的基本秩序的人, 丧失相应的基本权利。基本权利的丧失和丧失程度由联邦宪法法院宣布。详见世界各国宪法编辑委员会编译. 世界各国宪法·欧洲卷[M]. 北京: 中国检察出版社, 2012: 178-180.

[6] [美] 罗伯特·波斯特. 民主、专业知识与学术自由[M]. 左亦鲁, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2014: 11.

[7] [美] 约翰·密尔. 论自由[M]. 康慨, 译. 湖南文艺出版社, 2011.

此,美国法院支持对于公共事务的自由讨论。^[1]根据美国的经验,想要限制政府权力、实现民主,就需要保障宪法赋予的言论及出版自由,让更多民众发声。^[2]

尽管美国对于言论自由进行保障,但也出台了一系列法律来规制网络言论自由:第一,将言论分为涉及政治与没有涉及政治,面对政治言论与非政治言论所进行规制的方法是不同的。^[3]对没有涉及政治的言论,政府会进行限制,但是这种限制是有正当目的且需要符合特定条件才能进行。对于政治性言论,政府的限制较为宽松,一般涉及公共事务的言论哪怕是虚假或者有些偏激都不被限制,唯一限制的一点是主观上不能带有恶意来诋毁政府。第二,政府采用正当性、合理性以及是否符合公共利益这几个标准对网络言论进行判断。第三,对于违法的网络言论要采取损害最小的处罚方式,以免受宪法的违宪审查。^[4]

(三) 德国对网络言论的规制

德国的基本法规定了公民享有自由表达和传播观点的权利,且法律不得侵犯公民的合法权益。然而,如果利用言论自由这个权利去攻击民主、自由的基本价值,破坏自由秩序,法院可以剥夺其言论自由的权利。

德国通过普通立法和“法益衡量”来规制网络言论自由。在立法方面,德国不仅进行了网络言论的专门立法,还在《刑法典》中增设了网络言论犯罪的规定。例如,《多媒体法》中有以下规定:

(1) 对网络服务提供者进行监管,让其承担一定的责任;(2) 利用网络安全警察队伍对网络上的言论犯罪行为进行打击;(3) 注重对未成年儿童

的保护,将涉及儿童的言论犯罪进行刑事处罚。在“法益衡量”方面,德国宪法法院指出,对言论犯罪的处罚必须采取危害最小的方法且要达到立法的目的。正如德国宪法法院所强调的:“在出现冲突的情况下,普通法院应尽力平衡两种宪法价值;如果达不成平衡,就要依据案件性质和特殊情形,决定应让步何种利益。”^[5]当社会公共利益与网络言论自由权利发生冲突时,德国法律更加倾向于保护社会公共利益。

(四) 美国与德国关于规制网络言论的方法比较

(1) 对网络言论自由都进行规制。不管是美国还是德国,都对网络言论自由进行了法律的规制。言论自由在美国需要受到违宪审查的规制^[6],而在德国,更是出台了专门的法律来规制网络言论自由。

(2) 保护网络言论自由的方式有所不同。德国采用的是相对保障模式,允许其他法规对宪法的基本权利进行限制,并允许普通法律对言论自由进行限制,制定具体的规定。^[7]德国采取的方式是“宪法直接保护和特别立法保护、限制结合”。^[8]而美国采用的是绝对保障模式,美国宪法禁止普通立法对言论自由的限制,并对涉及言论自由的法律进行违宪审查。在美国,法官直接依据宪法来保障言论自由。

(3) 网络言论自由的保护程度不同,德国采用“法益衡量”来限制言论自由,将公民的公共利益置于最高保护地位。如果言论侵犯了公民的公共利益,那么该言论就会受到限制。美国更加注重对个人权利和自由的保护,德国则更重视对公共利益

[1] [美] 阿兰·艾德斯, 克里斯托弗·N. 梅. 美国宪法个人权利案例与解析 [M]. 项焱, 译. 北京: 商务印书馆, 2014: 67.

[2] [美] 罗伯特·波斯特. 民主、专业知识与学术自由 [M]. 左亦鲁, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2014: 9.

[3] 陈明辉. 言论自由条款仅保障政治言论自由吗 [J]. 政治与法律, 2016 (7).

[4] 柯卫, 汪振庭. 域外网络言论自由法律规制的比较及启示 [J]. 政法学刊, 2019, 36 (3).

[5] 陈新民. 宪法人民基本权利的限制 [J]. Dubai Medical Journal, 1992 (158): 48-55; 陈新民. 德国公法学基础理论 (下册) [M]. 济南: 山东人民出版社, 2001: 387-388.

[6] Miller B. Freedom of Speech on the Internet [J]. Journal of Society, 2010: 4-5.

[7] 张千帆. 宪法学 [M]. 北京: 法律出版社, 2004: 167.

[8] 邢璐. 德国网络言论自由保护与立法规制及其对我国的启示 [J]. 德国研究, 2006 (3).

的保护。因此,美国对言论自由的保护范围更广,德国的保护范围相对较窄。

(五) 我国对于网络言论的规制

我国在民法、行政法、刑法等多个层面都对网络言论自由进行了规制。《中华人民共和国民法典》第一千零二十四条规定:“损害他人名誉权的,应当承担侵权责任。”《中华人民共和国治安管理处罚法》第二十五条规定:“编造、散布虚假信息,扰乱公共秩序,或者恶意造谣、诽谤他人,损害公民身心健康和社会公共利益的,处五日以上十日以下拘留,可以并处五百元以下罚款。”《中华人民共和国刑法》第二百九十一条之一规定:“编造、故意传播虚假信息,扰乱公共秩序的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制;情节严重的,处三年以上七年以下有期徒刑。”民法和行政法可以有效处理轻度的网络造谣案件,但对于严重的网络造谣行为,必须通过刑法才能进行有效规制。^[1] 宫本英修认为,刑法的目的是对违反第一次规范的行为进行有力的第二次保护。张明楷认为,这种观点强调了刑法的补充性,具有一定合理性。^[2] 尽管我国出台了一系列关于网络暴力惩治的司法解释,也增设了一些关于网络暴力的罪名,但在网络言论自由方面的规制措施还需更加合理。

(六) 域外网络言论规制措施对我国的启示

1. 制定网络言论认定的统一标准

尽管我国关于网络言论的法律文件较多,但是网络言论认定的标准并不统一。例如,《计算机信息网络国际联网安全保护管理办法》将“封建迷信”界定为不当言论,而《互联网信息服务管理办法》却没有将此言论界定为不当言论。此外,在“淫秽”和“暴力”等词语的认定方面也缺乏清晰的界限,导致无法进行具体判断,更进一步导致司法机关在案件审理过程中对犯罪行为的判断出现模糊性和随意性^[3]。基于上述情况,我国可适当借鉴德国的相关做法,制定关于网络言论自由的统一认定标准,以明确网络言论自由的界限。网络言论自由认定的标准应包括:(1)当个人言论自由与国家安全发生冲突时,国家安全的权益应优先受到保护,不能容忍发表危害国家安全的言论。^[4] (2)不允许发表违反公序良俗的言论。通过法律

与技术的手段对危害公序良俗的网络言论予以规制^[5]。(3)不允许发表侵犯公民合法权益的言论。凡是涉及侵犯公民合法权益的网络言论都将被禁止,特别是涉及名誉权和隐私权。^[6] (4)不允许发表其他禁止性言论,例如恐怖、极端等言论都不被法律允许。

2. 政府应成为网络言论的监管主体

从美、德两国对网络言论的规制经验来看,我国应该做到以下几点:首先,要遵循“合法原则”,具体包括法律优先,即政府的监管行为和履行法定义务需要依照法律规定,同时还需遵循法律保留原则,即法无授权即禁止,监管行为的实施需有法律的明确授权。其次,政府对网络言论上的监管措施要具有合理性和正当性,对言论犯罪的处罚要尽量将伤害降到最小。最后,要加强公众的信息素养教育,培养人们的辨识能力,以更好地应对虚假和误导性言论。政府不仅要加强管控,还需培养公民的信息素养和社会责任感。

3. 用权益衡量来解决冲突

美、德两国通过违宪审查机制解决冲突,但我国没有这一机制,因此只能采用权益衡量的方式来解决冲突。在网络言论自由监管中,权益衡量可用于解决不同权利之间的冲突。这可以通过权利间的妥协来完成,以保护公共利益,同时尊重个人权利。在这种情况下,权益的衡量可以由法律、宪法、国际标准、社区规则等指导。例如,某项网络言论可能侵犯他人的隐私权,但同时也可能是新闻公共利益的一部分。在这种情况下,需要对言论的内容、来源、目的、影响等进行详细的分析和权

[1] 刘宪权,周子简.网络暴力的刑法规制困境及其解决[J].法治研究,2023(5).

[2] 张明楷.刑法学[M].北京:法律出版社,2021:5.

[3] 肖成俊,袁俊斌.论公民网络言论自由的保护与规制[J].北华大学学报(社会科学版),2017(9).

[4] 刘玉安,玄理.国家安全与言论自由的冲突及平衡[J].东岳论坛,2015(12).

[5] 戴维·凯瑞斯.美国言论自由的历史与现实[J].清华法学,2002(1).

[6] 戴激涛.从“人肉搜索”看隐私权和言论自由的平衡保护[J].法学,2008(11).

衡，以确定如何平衡不同权利之间的冲突。总的来说，权益衡量是网络言论自由监管中的一种有效方法，可以在尊重个人权利的同时，更好地保护公众和社会的利益。

四、结语

信息网络仍然处于不断发展中，网络秩序涵盖的范围及其受众也在不断扩大，维护网络秩序的和平稳定是打击网络造谣犯罪的目标所在。网络造谣犯罪的司法理论与实践都处于发展中，法律体系建

设还不完整，需要更加具体、完整的刑法管理规制与更加明晰的相关概念标准，真正做到有法可依、违法必究。同时，在自媒体发达的网络时代，打击网络犯罪、加强网民素质教育和增强网络透明化几乎成为全民共同诉求。政府也应在媒体引导方面发挥积极作用，在平衡言论自由与舆论干预的基础上，扩大信息审查监督和筛选的范围，为公民创造一个绿色、自由的网络空间。

（责任编辑：何 为）

On the Criminal Law Regulation of Online Speech Violence

Pan Ning

Department of Criminal Justice, Zhongnan University of Economics and Law, Wuhan

Abstract: Faced with the rapid increase in the number of online speech violence cases, there is no unified standard in China's theoretical community for judging speech crimes. In order to regulate online speech violence through criminal law. We will now analyze and compare three judgment paths: The factual path, the normative path, and the synthesis path, and determine the most applicable judgment criteria. We believe that in the regulation of online speech crimes, it is necessary to seek a balance of various paths, advocate diversified expression of speech, promote inclusive and tolerant attitudes, and strengthen public information literacy education to cultivate people's discernment ability, in order to better deal with false and misleading speech. For extremely heinous acts, based on existing theories, the criteria for criminalizing online speech violence are related to social harm, illegality, and responsibility. Regarding how to regulate online speech violence, we have drawn on the laws and regulations of various countries around the world and focused on analyzing and comparing the laws of Germany and the United States. The insights for China include the need to first establish a unified standard for the recognition of online speech, secondly, the government should become the regulatory body for online speech, and finally, conflict resolution should be based on rights and interests.

Key words: Online speech violence; Criminal law regulation; Criminal standard; System improvement