

· 网络暴力治理专题 ·

# 网络时代侮辱、诽谤罪司法适用之争

金泽刚<sup>1</sup> 张涛<sup>2</sup>

**【内容摘要】** 面对不断滋生的网络暴力，亟待厘清侮辱、诽谤罪在司法适用中的争议。通过对最近五年近百个公开案例进行观察可以发现，侮辱、诽谤罪的适用存在罪与非罪标准模糊、犯罪证明困难、此罪彼罪界限不清、公诉相对保守等问题，已无法适应网络时代治理侮辱、诽谤犯罪的需要。对此，必须明确“一般谩骂”与“诋毁性侮辱、诽谤”的区别；正确认识本罪与强制侮辱罪、寻衅滋事罪之间的界限；适度扩张公诉范围，对这类网络犯罪案件在入口增加“预先公诉程序”，即“按照公诉程序先行审查”的诉讼原则，并对“严重危害国家利益”作限缩解释，努力避免“权力造罪”。

**【关键词】** 网络时代 侮辱、诽谤罪 法益 司法适用 预先公诉程序

**【作者】** 1 金泽刚，同济大学法学院教授；

2 张涛，同济大学法学院博士研究生。（上海 200092）

显而易见的是，网络时代催生了网络暴力。据中国互联网络信息中心（CNNIC）发布的《中国互联网络发展状况统计报告》，截至2022年12月，我国网民规模达10.67亿，互联网普及率达75.6%。<sup>①</sup>作为网络暴力的行为方式之一，侮辱、诽谤行为的高发引发各界关注。比如，此前刘鑫（刘暖曦）及其“刘派”在判决结束后，持续在互联网上恶意发表诋毁、侮辱江氏母女的言论（下称“江歌系列案”），及近期的“武汉丧子母亲坠楼事件”“广州地铁偷拍事件”等也是典型事例。一方面，网络的虚拟性、开放性，导致网络侮辱、诽谤犯罪行为的发现、处置率低，处置成本高；另一方面，网络空间突破人域的高传播性，导致网络侮辱、诽谤犯罪的危害程度出现指数式上升。在网络暴力事件高发的社会背景下，我们很难再以传统思维对待侮辱、诽谤犯罪案件。

可无论是学界还是司法实践部门，对侮辱、诽谤罪本身的认识和适用还存在不少争议。例加，本罪设立的必要性仍受到质疑，部分学者持否定论；刑法设立本罪究竟要保护什么，必须得到深层次阐释；本罪保护的對象是否应有一定的区分，公诉与自诉的界限标准亦不甚明确；更有一些案例显示，司法人员对本罪的错误理解，在一定程度上造成了保护不足与保护过度并存的两极困



境。进入网络时代后，利用网络实施侮辱、诽谤，侵犯他人权益的行为日益增多，这无疑进一步增加了这一问题的复杂性和争议性。有鉴于此，我们以前具有代表性的网络暴力案为切入点，对网络空间侮辱、诽谤罪适用存在的争议问题进行分析，期待对相关研究和司法实践带来助益。

## 网络时代侮辱、诽谤罪存废之争与侵犯法益再审视

我国现行刑法规定的侮辱、诽谤罪沿袭自1979年刑法，但本罪自设立以来司法适用的标准并没有统一。2006年前后，“稷山诽谤案”“记者朱文娜诽谤案”等案例的出现，引发了学界对该罪适用范围过宽的担忧。2010年，周光权曾公开赞同废止本罪，认为该类罪本质上只是公民之间的人身关系侵权纠纷。<sup>②</sup>废止说虽然是少数，但推动了本罪存废的学术争鸣。

### （一）网络时代侮辱、诽谤罪更有存在的必要

总体上看，废止说提出了如下理由：第一，名誉损害没有一个具体的衡量标准，导致个案对是否侵犯名誉的认定差异较大，违反了刑法适用的统一性和明确性。<sup>③</sup>第二，与生命、健康等法益不同，名誉是无形且可被修复的，使用民事手段加以保护即可，诉诸刑法则违反了谦抑性与必要性原则。第三，对名誉的过度保护会压缩公民发表意见的空间与权利，阻碍民众对公权力的有效监督。<sup>④</sup>

首先，在是否存在过度保护的争论上，废止说的观点难以成立。犯罪的本质是侵害法益，刑法设立的法益类型绝大多数以人的生存发展权益为中心。与人生存与发展有关的基本利益，即《民法典》第990条所规定的人格权利，这些人格权利中，生命、身体、健康是生存的基本权利，而姓名、名称、肖像、名誉、隐私等，则是能使人获得社会尊重的、重要的利益需求，它们会影响人在社会生活的名誉。按照马克思的需要理论，作为精神需求的名誉是人区别于其他动物的重要标志，<sup>⑤</sup>然而，与为生命、身体、健康设置了严密的保护体系相比，刑法对名誉的保护力度本来就有不足。例如，在我国刑法分则中，为保护生命设置了故意杀人罪、过失致人死亡罪、故意伤害罪（致人死亡）等罪名，但关于肖像、名誉、荣誉、隐私等权利，只是笼统地设置了侮辱、诽谤罪，所以用刑法保护名誉不算过度。另一方面，在废止侮辱、诽谤罪思潮的影响下，世界各国仅在废除公权名誉犯罪上形成了一定共识；而要完全废止侮辱、诽谤罪，世界范围内尚不存在这种趋势。根据相关统计，目前只有英国、新西兰、乌克兰等十余个国家彻底废除了关于诽谤的刑事立法，<sup>⑥</sup>绝大部分国家仍保留着本罪。

其次，在网络时代，名誉与生命、健康等权利的关系交织复杂、联系紧密，不管是对名誉进行独立保护，还是为保护其他权利，名誉都更具受刑法保护的迫切性。虽然从重要程度上来说，名誉与生命、身体、健康不能画等号，但网络时代侵犯名誉的后果广泛深远，具有连带效应。换言之，网络时代下名誉保护缺位可能会间接导致生命、身体、健康受损，甚至还会波及受害者的家属。实践中，江歌系列案是侵犯死者名誉同时侵犯家属相应利益的典型案例。另外，“粉发女硕士被网暴自杀案”是名誉保护缺位间接导致生命权受损的典型例证，类似案件还有“刘学州被网暴致死案”“女子取快递遭诽谤案”等。

再次，伴随着网络快速普及，再加上网络空间虚拟、匿名等特性，近些年网络暴力屡治不止，相关治理工作收效有限。再加上网络侮辱、诽谤本身存在“多对一”“叠加伤害”的行为特征，本就存在维权取证难、查处率低的情况，如果再废止本罪，那么网络暴力的违法成本会再度降低，



网络侮辱、诽谤行为或出现难以防控的局面。例如，江歌系列案中，江母称其在诉讼过程中发现很多施暴者存在买卖账号现象，一些账号是用国外手机号码注册的，无法查证真正的使用者是谁。再如近期发生的“武汉丧子母亲网坠楼事件”，该母亲本是一位受害者，却陷入了网络暴力的漩涡，使其处境雪上加霜。这些案例都意味着，在网络暴力案件常常发生的当下，我们对侮辱、诽谤罪仍应当依法适用，更好发挥法律的教育、指引功能，而不可轻言废止。

最后，从本土文化层面来说，侮辱、诽谤罪也有存在的必要性。中国人自古就存在重视名声的传统，所谓“君子不畏虎，独畏谗夫之口”。中国民间自古以来也有“打人不打脸”的俗语，西方所倡导的“名誉过时论”在中国必然水土不服。<sup>⑦</sup>

## （二）网络时代侮辱、诽谤罪侵犯法益再审视

由于立法者将侮辱、诽谤罪规定在刑法侵犯公民人身权利、民主权利罪一章中，通说认为本罪侵犯的是个人法益。例如，有观点认为本罪法益是名誉，有的认为是人格尊严与社会名誉，还有的认为是人格尊严与名誉权。我们认为，将本罪法益理解为人格尊严有一定合理性，因为人格尊严涵盖的范围很广，生命、健康也属于其范畴，但人格尊严说的具体性、明确性稍有欠缺。其实，我们可根据《民法典》第990条理解本罪法益。在该条列举的这些人格权中，除生命权、身体权、健康权与本罪没有直接关联之外，侵犯姓名权、名称权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权的行为，达到一定程度都有可能构成本罪。所以，从法秩序和法体系统一的角度来讲，本罪法益不仅限于名誉权一种。上述学说中，认为本罪保护法益仅为名誉权或者名誉权利的观点不甚准确，本罪法益应该界定为广义上的“名誉法益”。

我国学者对名誉法益的理解以引介国外事实名誉说、规范名誉说、功能名誉说等学说为主。例如，有学者认为：“本文主张的名誉概念，坚持规范性的理解作为名誉的（平等的）基础，同时以功能性的理解作为名誉（差异化的）增量。”<sup>⑧</sup>从学界看，大多数学者似乎认为名誉法益是一个约定俗成而不需要拿出来专门研究的概念，所以我国刑法理论上关于名誉法益的研究成果较少。而对于本罪相关争议的解决，名誉法益内涵的重要性不言而喻，因为法益具有解释构成要件的重要机能。<sup>⑨</sup>在这里，我们站在我国法律制度体系化的立场上，尝试对名誉法益进行解读。

第一，名誉法益不是主观的，不包括名誉感。虽然不得不承认大多数侵犯名誉的行为破坏了个人的名誉感，但根据我国名誉侵权的法律规定与司法实践，在名誉侵权判断中，法律保护对象并不包括个人的名誉感。民事司法实践认为，被侵权人主观的内部评价不是认定名誉侵害的标准，如果不存在社会评价降低的情形，即便存在精神损害，也不构成名誉侵权。<sup>⑩</sup>按照民刑关系“出礼而入刑”的基本原理，一种行为不会是名誉侵权，那就更不可能构成犯罪，如果某种利益连民法都认为无须保护，那么更不在刑法的射程范围内。

第二，名誉法益成为刑法保护的对象是因为其具有客观上的利益属性。一方面，名誉是人格的主要内容之一，它客观上依附于人身，具有利益属性。另一方面，良好的名誉使人在经济、社交、社会地位等各领域获得更多的反射性利益，这些利益同样是客观现实的。对逝者而言，名誉的客观利益属性则表现为近亲属对逝者的特殊感情，以及逝者名誉损毁后对近亲属的不良影响。

第三，名誉法益表现为外部评价。《民法典》第1024条规定：“名誉是对民事主体的品德、声望、才能、信用等的社会评价。”众所周知，社会评价作为一种意见集合体，很难被量化，这也是判断名誉法益是否受到侵害时的难点。在民事上的名誉权侵权领域，法官判断受害者的社会评价是否降低，往往会采用推定的方式，即将“因被告的过失而使第三人知悉”作为确定原告的社会评

价是否降低的重要标准。<sup>①</sup>那么刑事领域是否也可以此为标准呢?我们认为,由于刑法具有严厉性和最后手段性,决定着刑事司法认定的证明规格要相对高,法院在认定外部评价是否降低时,不能采取推定的手段,而要结合主客观要素,围绕危害地域范围、危害时间持续长短、产生的实害后果等进行实质性审查,以判断危害后果是否达到了“情节严重”的标准。

第四,网络时代名誉法益的二重性、复合性特征较为突出。《刑法》246条规定了“前款罪,告诉的才处理,但是严重危害社会秩序和国家利益的除外”,而“社会秩序”和“国家利益”显然不再属于个人法益的范畴。在网络尚未普及的20世纪末,“严重危害社会秩序和国家利益”一般是指侮辱、诽谤行为造成被害人精神失常或者自杀,及严重损害国家形象或者造成恶劣国际影响等。<sup>②</sup>或许是考虑到精神失常或者自杀与“社会秩序”的关联性不大,2013年“两高”《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《关于信息网络诽谤问题的解释》)将造成被害人精神失常或者自杀的情节排除出“严重危害社会秩序”的范围,并根据网络时代的新特性,新增了“引发群体性事件”“引发公众秩序混乱”“引发民族、宗教冲突”“诽谤多人、造成恶劣社会影响”等七类情形。可见,集体法益在本罪法益中的地位越来越突出。网络时代,我们必须正视名誉法益的二重性与复合性。

基于自诉案件的特点,自诉侮辱、诽谤罪需要自诉人自行举证,举证不能则要承担败诉后果,但随着网络时代名誉法益二重性、复合性特征越来越显著,本罪诉讼程序开始出现显著变化。一方面,2015年《刑法修正案(九)》在《刑法》第246条中增加一款作为第3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。”但长期以来,这一款的司法适用没有明确的标准与操作规程。另一方面,本罪自诉转公诉的案件量近年来开始增多。相关数据显示,2019年以来,全国检察机关共批准逮捕涉嫌侮辱、诽谤罪犯罪嫌疑人168人,起诉213人。<sup>③</sup>这正反映了网络时代侮辱、诽谤罪保护法益的新变化。

## 网络侮辱、诽谤犯罪的司法适用现状与适用界限

侮辱、诽谤罪本是司法实践中较少出现的罪名,在《关于信息网络诽谤问题的解释》颁布之后,涉及本罪的案例逐渐增多。我们通过Alpha案例库挑选了近5年来“侮辱罪”和“诽谤罪”的所有案例,再用“网络”“互联网”“信息网络”等关键词筛选,共下载了一审、二审、再审法律文书342份。经人工筛选后,删去非网络型案件、程序性法律文书、二审维持原判的裁定书、再审驳回通知书等,共得到有效法律文书88份。其中,共涉及诽谤罪判决72份,侮辱罪判决14份,侮辱、诽谤罪判决2份。考虑到该类犯罪常常涉及当事人的隐私,部分文书可能未上网公开,为力求研究的全面与科学,我们还通过公开渠道检索了近年媒体报道的典型案列,在后续讨论中一并展开。

### (一) 有罪无罪的标准何在

侮辱、诽谤罪与侮辱、诽谤违法行为的构成要件在字面理解上并无质的差异,二者的界限主要在于量上。所以,如何判断某一侮辱、诽谤行为是否构成犯罪,是司法实践中需要面对的首要问题。在我们搜集到的88份判决中,有22个无罪判决,无罪率高达25%。我们对这22个案列进行了逐一分析,发现法院判决无罪理由主要有以下情形(表1)。

表 1 样本案例法院判决无罪的理由归纳表

序号	无罪理由	无罪判决数量
1	被告人实施的仅是宣泄情绪的一般谩骂行为，应当区别于以诋毁人格为目的的谩骂与捏造。	3
2	网络发布传播不全是虚假事实，有一定事实依据，不符合诽谤罪的构成要件。	6
3	被告人虽然捏造了事实，但没有传播的行为与故意，传播系第三人独立完成，被告人不应承担刑事责任。	1
4	证据欠缺，没有证据证明行为人身份、诽谤对象身份、情节严重程度、是否为捏造事实等。	12

首先,为避免侮辱、诽谤罪的不合理扩张,司法判决创设了“一般性谩骂”与“诋毁性侮辱、诽谤”这一组概念,并认为只有“诋毁性侮辱、诽谤”才可能构成侮辱、诽谤罪。例如,在(2018)苏0612刑初230号判决中,南通市通州区人民法院认为,被告人发帖中使用的“恶霸”“混混”等词汇,是被告人认为权益受到侵犯为发泄情绪而为,充其量属一般谩骂性质,不存在贬损他人人格、损毁他人名誉的情况。(2018)青2802刑初75号判决中,德令哈市人民法院认为,被告人发帖中的“黑恶势力、诈骗团伙、黑社会”等词语是被告人认为权益受到侵害而使用的一般谩骂语言。

我们认为,将一般性谩骂从侮辱、诽谤行为中剔除是司法进步的体现,契合了刑法的谦抑精神。因为,谩骂的语言难以统一界定恶劣程度,个人认识的标准也不尽相同,将一种不会使社会评价降低的谩骂交由民事手段或者道德手段去解决是合适的。例如,某社会地位较高的人走在路上撞到了一位行人,行人骂道“你是瞎子还是猪”。哪怕被撞行人的社会地位再高,“你是瞎子还是猪”也不会导致社会公众将其评价为“瞎子”或者“猪”。在这样分类处理思维下,我们在媒体上经常看到邻里吵架“骂死人”的案例,谩骂死者的人很少有被定侮辱罪的情况,其中的道理也是如此。<sup>④</sup>

问题在于如何区分这样一组概念,我们搜集到的判决书中对此鲜有涉及。我们认为,可以从以下方面对二者予以区分。其一,从目的上来说,一般性谩骂原则上没有贬损他人人格、损毁他人名誉的目的,仅是为了发泄情绪。其二,从语言内容上来看,一般性谩骂用词比较低俗、常见、易于被大众理解描述,这些话有时还成为一些人的口头禅;而诋毁性侮辱、诽谤用词比较微观具体,往往与他人的身份、种族、性别、信仰、职业等相关联,且第三人听起来具有较强的可信度,易产生错误评价,同时也会让被害人因外界错误评价而对自己的名誉感到担忧、冒犯。例如,相比“猪精”而言,“妓女”更易使第三人被害人产生排斥心理,从而作出负面评价。

其次,对于被告人发布的内容有一定事实基础的,即便没有达到100%真实程度,也不认为是犯罪。例如,(2020)鄂1127刑初299号判决中,黄梅县人民法院认为,被告人在法律文书中虽有部分夸大事实,但当时公安部门确有对蔡某某、石某犯罪事实征集证据的情况,被告人上述行为是根据自行掌握的材料作出的判断,并非凭空捏造,不属于诽谤。(2020)吉0822刑初183号判决中,通榆县人民法院认为,被告人在快手上发布的作品虽然表述有失实之处,但从现有证据看,该土地的实际管理人是原告,且改变土地用途,堆放砂石、煤炭是客观存在的事实,被告人的上述行为不属于诽谤。然而,我们也注意到,这一标准在实践中并未被普遍接受,不同法院之间观点分歧还比较大。例如,在媒体最新报道“村民举报村干部违法被告诽谤,一审无罪重审获刑半年”的案件中,<sup>⑤</sup>法院认定被告人发布的内容部分属实,但对不属实的部分依然以诽谤罪定性。

最后,传统侮辱、诽谤案件往往事实清晰、简单,而网络具有匿名性、多变性、虚拟性等特征,网络侮辱、诽谤犯罪的司法认定出现了举证难的问题。其中,自诉人举证不足是无罪数量大的主要原因。从上述22个无罪案例来看,有12个案例是法院以证据不足宣告被告人无罪的,涉及到无法证明发布言论系被告人所为,无法证明被告人发布的言论是否为捏造等情形。例如,(2020)鄂1127刑初319号判决中,黄梅县人民法院认为,涉案文章系昵称为“诺言”的作者发布,对于“诺言”是何人,其与被告人是什么关系,该文是否系被告人授意“诺言”发布,发出的网络IP地址与被告人有无关联等事实,自诉人均未提供证据予以证明。2015年颁布的《刑法修正案(九)》在《刑法》第264条增加了第3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。”但在因涉及举证不能而宣判无罪的12个案例中,没有发现法院主动要求公安机关提供协助取证的情况。除这12个案例,再加上我们对342份案例样本进行筛选的过程中因初步证据不足而被裁定驳回起诉、裁定不予受理(参照无罪)的情形,基本可确定举证不足是网络侮辱、诽谤行为被判决无罪的主要原因。虽然因证据不足而被判处无罪的案例越多,一定程度上说明司法的宽容度越高,但也反向揭示出自诉人取证困难的现实困境。而且,这一问题并未随着《刑法修正案(九)》的出台而得到有效改观。

## (二) 此罪与彼罪的区别适用

此罪与彼罪的区别适用,包含侮辱罪与强制侮辱罪的区分、侮辱罪与诽谤罪的区分以及侮辱、诽谤罪与寻衅滋事罪的区分三个重要问题。

### 1. 侮辱罪与强制侮辱罪的区分

在侮辱人格的案件中,相关方对认定侮辱罪还是强制侮辱罪常常发生争论。以“殴打过程中强行将被害人衣服扒开,裸露被害人性器官,并进行录像,后录像传播至互联网上”的行为为例,<sup>⑩</sup>检察院认为该行为满足了被告人的性刺激心理,侵犯了被害人的性羞耻心、性自由权,应构成强制侮辱罪;而法院则认为,被告人殴打过程中强行将被害人衣服扒开,裸露被害人性器官的目的是为发泄心中的愤怒,贬损被害人的人格,而不是追求性刺激,被告人的行为应构成侮辱罪。<sup>⑪</sup>最高检指导案例持法院方的这种观点,检例第138号“岳某侮辱案”形成了类案指导规则:对传播被害人的裸照、视频等行为认定要结合行为人的主客观方面综合判断,如果行为人以破坏特定人名誉、贬低特定人人格为目的,故意在网上对特定对象实施侮辱行为,情节严重的,应当认定为侮辱罪。如果行为人出于寻求精神刺激等动机,以暴力、胁迫或者其他方式,对妇女进行身体或者精神强制,使之不能反抗或者不敢反抗,进而实施侮辱的行为,应当认定为强制侮辱罪。然而,我们认为检例第138号形成的指导规则有待商榷。

首先,从法条措辞上来说,《刑法》第246条对侮辱罪的规定是“以暴力或者其他方法公然侮辱他人”,《刑法》第237条对强制侮辱罪的规定是“以暴力、胁迫或者其他方法强制侮辱妇女”。显然,《刑法》第237条的暴力型强制侮辱行为原则上更强调行为人侮辱行为的攻击性,以体现强制性。“殴打过程中强行将被害人衣服扒开,裸露被害人性器官,并进行录像,后录像传播至互联网上”的行为,显然更契合强制侮辱罪的犯罪构成。

其次,不能以行为人主观追求的是贬损他人人格而否认被害妇女的性羞耻心得到了破坏的客观后果,二者在犯罪构成上不是一个层次的概念。刑法理论上,行为所侵犯的客体是犯罪构成的要件之一,而犯罪目的并不是必备的犯罪构成要件。况且,犯罪目的具有主观性,其内容到底为何,

难以在事后被证明且经常容易认定出错，但行为所侵犯的客体却是客观实在的，以犯罪目的而否认犯罪客体，易陷入刑法主观主义的陷阱。我们仍以上述案例为例进行说明，包括最高检指导规则在内的观点认为，该案中行为人的主观目的是破坏特定人名誉、贬低特定人人格，所以应当构成侮辱罪。可是，行为人（多数方）将被害人当众扒的一丝不挂，性器官裸露，视频还被传到了网上，显而易见地侵犯被害人的性羞耻心。行为人（多数方）追着被害人扒其衣服拍裸照，也明显属于暴力、强制。很显然，这种行为更符合强制侮辱罪的构成要件，而不是侮辱罪的构成要件。

最后，根据学界通说，故意向妇女裸露生殖器侵犯了妇女的性羞耻心，属于强制侮辱妇女的行为；而当众撕下妇女的衣物使其性器官裸露在外并上传到网上，却被认为是贬损了妇女的人格构成侮辱罪，这显然违反了罪刑均衡的刑法基本原则。不能因为强制侮辱妇女的强制侮辱行为包含了普通的侮辱行为，采取就低不就高的原则认定为侮辱罪，这明显有悖刑法的竞合理论。

## 2. 侮辱罪与诽谤罪的区分

根据我国刑法学界的通说，侮辱罪、诽谤罪的犯罪客体相同，所以如何准确区分它们，是司法适用的一大难题。德国刑法理论一般认为，诽谤是对事实的捏造，而侮辱是陈述一种有损人格名誉的意见，该观点历来被我国学界认同。除此之外，学界对两罪的区分还提出了方法上的不同、行为上的不同等路径，如诽谤行为只能是口头、文字的，侮辱行为则可以是暴力、动作。<sup>⑧</sup>我们认为，一方面，这些区分在网络时代下已无实质意义，网络空间中的侮辱、诽谤手段方法趋于一致，传统“泼粪”“遛狗”方式的侮辱手段在网络空间中难以实现。另一方面，“诽谤是对事实的捏造，侮辱陈述一种有损人格名誉的意见”的表述固然经典，但也带来了一个问题：什么是诽谤容易判断，而什么是侮辱却难以明确。所以我们看到，网络侮辱、诽谤犯罪的判例中，侮辱罪的判例很少，仅占总量的六分之一，可见司法实践对侮辱罪的判决极其慎重，甚至于已高度定型化为几种构罪行为。在一些典型案例中，即便行为人使用了“司法蛀虫”“黑法官”等带有一定侮辱性的词语，司法机关也没有追究行为人侮辱罪的刑事责任，仅以诽谤罪一罪定罪处罚。<sup>⑨</sup>而在“江歌母亲诉谭某侮辱诽谤案中”，法院认定，谭某发表意见性文字“人渣、下贱胚子、戏精脸”的行为构成侮辱罪，捏造江歌是刘鑫情敌而遭陈杀害等事实构成诽谤罪。对这两起案例进行比较可以发现，司法在侮辱罪认定上的一些倾向性态度，再深入下去，便可知侮辱罪与诽谤罪在司法适用中的实质性差异。根据我们对样本案例的观察，总体上可将网络侮辱犯罪划分为传播私密信息类型的侮辱罪和发帖咒骂型侮辱罪。对于传播私密信息类型的侮辱罪，只要行为人通过网络将私密信息传播出去，符合“情节严重”的罪量要求，法院一般会直接认定行为人构成侮辱罪，此类型占网络侮辱犯罪案件的绝大多数。对于发帖咒骂型侮辱罪，行为人只有在使用了极端骂人词语，且社会影响极其恶劣（如引起全网关注）的情况下，法院才会认定其构成侮辱罪。而诸如“黑社会”“欺上瞒下”“欺男霸女”“村霸”“贪污分子”等词语，法院多认定为一般性谩骂，或者认为“贪污分子”“黑社会”等属于捏造事实，转而以诽谤罪论处。所以，同一案例中，行为人同时构成侮辱罪和诽谤罪的情形确实不多见，“江歌母亲诉谭某侮辱诽谤案”算一个特例。

我们总体认为，网络时代从严认定侮辱罪构罪范围的司法政策具有合理性，未来也应将这一司法政策继续推行下去。这一方面可以为行政处罚留足空间，另一方面也可以集中有限的司法资源治理更易产生连带负面效应的诽谤行为。

## 3. 侮辱、诽谤罪与寻衅滋事罪的区分

侮辱、诽谤罪与寻衅滋事罪原本没有直接联系，但《关于信息网络诽谤问题的解释》第5条

的出台,使得两罪的关系变得微妙复杂。通说认为,侮辱、诽谤罪与寻衅滋事罪是竞合关系,如果利用信息网络辱骂、诽谤特定的个人,情节恶劣,破坏社会秩序的,应依照处罚较重的罪即寻衅滋事罪定罪处罚。<sup>④</sup>这种关系界定导致司法实践中寻衅滋事罪的数量急剧扩张。通过“北大法宝”检索,目前因在网络上公开辱骂构成寻衅滋事罪的判决有100余份,已是网络侮辱犯罪数量的十倍之多。这表明实践中出现了以寻衅滋事罪替代侮辱、诽谤罪的司法倾向。在我们看来,正确理解网络寻衅滋事罪与侮辱、诽谤罪的区别,需要注意以下内容。

首先,从法益保护的角度,侮辱、诽谤罪侵犯的主要是个人的名誉法益,寻衅滋事罪侵犯的主要是公共秩序法益。如果行为人主观目的就是损毁某个人的名誉,即便其侮辱、诽谤的行为导致了“严重危害社会秩序”的后果,也不可能成立寻衅滋事罪。

其次,从犯罪构成上讲,“严重危害社会秩序”是侮辱、诽谤罪可能发生的结果,而非构成本罪的必要条件,它存在的意义只是影响本罪的追诉方式;而“破坏社会秩序”“造成公共秩序严重混乱”是寻衅滋事罪的必备构成要件。实践中有些司法机关没有注意到二者构成要件上的区别,对一些案件的处理结果并不妥当。例如,暴力催收案件中,行为人通过手机电话一对一的非公开辱骂没有还款的贷款人,难以达到“严重危害社会秩序”的后果(甚至成立不了侮辱罪),就更不可能成立寻衅滋事罪,而实践中将该类行为以寻衅滋事罪定罪,其合理性需要进一步商榷。

再次,作为比侮辱、诽谤罪性质更恶劣、刑罚更重的上一位阶犯罪,寻衅滋事罪必须有独特的加重构成要件才能映射出两罪罪刑关系设置的合理性,再加上寻衅滋事罪本来就有“口袋罪”之名,对该罪的适用更要适度限缩。虽然《关于信息网络诽谤问题的解释》第5条将网络空间作为整个社会公共秩序的组成部分,但出于侮辱、诽谤罪与寻衅滋事罪的位阶关系,司法适用中需对寻衅滋事罪中的“破坏社会秩序”“造成公共秩序严重混乱”进行更严格的解释,认定标准要比侮辱、诽谤罪的“严重危害社会秩序”更高。司法实践中认定寻衅滋事罪“破坏社会秩序”“造成公共秩序严重混乱”的观点主要有两种:一是故意实施了破坏社会秩序的行为,根据点击浏览量、转发量判断“造成公共秩序严重混乱”。公开案例显示,如果行为人发布网帖后,点击浏览量或者转发量很高,说明破坏网络公共秩序的行为造成了公共秩序严重混乱,则被法院认定为寻衅滋事罪的可能性较大。二是寻衅滋事行为“破坏社会秩序”“造成公共秩序严重混乱”,原则上是对现实社会公共秩序产生不良影响。<sup>⑤</sup>不管是上述哪一种观点,都体现出相比侮辱、诽谤罪中的“严重危害社会秩序”,实践中对寻衅滋事中的“破坏社会秩序”“造成公共秩序严重混乱”的罪量程度要求要高得多。

最后,司法实践尤其是基层司法实践中还有一种倾向,只要是涉及到侵害对象为政府机关或其中相关人员的案件,法院倾向于将被告人的行为认定为“破坏社会秩序”“造成公共秩序严重混乱”,判定被告人构成寻衅滋事罪。例如,(2020)皖1225刑初6号判决中,被告人为发泄心中私愤,通过网络发布经过其拼接的附有文字的照片、文章等虚假信息,对其不满的部分县领导干部进行辱骂、恐吓及抹黑。安徽省阜南县人民法院认为被告人上述行为对部分县领导干部造成了恶劣的社会影响,对县政府的形象亦造成负面影响,其行为构成寻衅滋事罪,判处被告人有期徒刑一年三个月。可是,从罪量程度来看,被告人发布的两份网帖加在一起浏览量不过万余次,是否达到寻衅滋事罪中“破坏社会秩序”“造成公共秩序严重混乱”的标准有待商榷,且被告人侵害的是特定的县领导干部,破坏社会秩序的主观意图不明显。我们认为,认定网络空间中的寻衅滋事罪,应从实质上看其行为是否达到了“破坏社会秩序”“造成公共秩序严重混乱”的程度,

还要结合行为人的主观目的进行综合认定。所以，前述（2020）皖 1225 刑初 6 号判决的裁判思路有一定不足。面临类似的情形，另一起案例的判决结果则更具有说服力。在（2019）湘 1125 刑初 208 号判决中，湖南省江永县人民法院认为被告人在信访场所不登记直接插队，辱骂接待人员长达十几分钟，并在网络上炒作，导致信访场所半小时无法办公，严重破坏了社会秩序，依法认定被告人的行为构成寻衅滋事罪。

### （三）关于自诉转公诉的问题

侮辱、诽谤罪在我国刑事诉讼法中原则上属于自诉罪名，公权力往往不过多干预，这主要是考虑给予被害人选择权，让其选择是否接受被二次伤害的风险主动发起诉讼，是否在诉讼之外调解等。同时，刑法也规定了除外条款，这意味着在符合“严重危害社会秩序和国家利益”的情况下，侮辱、诽谤行为也可以被提起公诉。从被害人的角度来讲，自诉程序与公诉程序的差异很大，如果案件进入自诉程序，个人需要担起公诉机关的职能，举证证明所控诉的犯罪事实，而因个人没有侦查权，很多证据无法获取，就产生了前文所述的很多因证据问题而立不上案、驳回起诉、宣判无罪的情况。为了正确适用公诉程序，《关于信息网络诽谤问题的解释》第 3 条列举了七种“严重危害社会秩序和国家利益”的情形。<sup>②</sup>可以明显看到，《关于信息网络诽谤问题的解释》希望通过该条扩张本罪的公诉范围，以更好地解决本罪自诉难的问题，同时也想采用公诉这种更严厉的手段有效打击侮辱、诽谤型网络暴力，以应对网络时代侮辱、诽谤型网络暴力案件多发的问題。

《关于信息网络诽谤问题的解释》出台后，侮辱、诽谤案件的公诉率确有提高。2019 年以来，全国检察机关共批准逮捕涉嫌侮辱、诽谤罪犯罪嫌疑人 168 人，共起诉涉嫌侮辱、诽谤罪被告人 213 人。但因《关于信息网络诽谤问题的解释》第 3 条规定的内容比较宏观，司法工作人员在实践中仍较为谨慎，且大多数的网络侮辱、诽谤案件不属于该七种情形，导致该类案件的公诉适用率依然不足。在我们检索的样本案例中，除引起较大恶劣社会影响的极少数案例外，绝大部分案例都还是自诉案例，如江歌系列案中两起案件是由江母自诉发起，但在诉讼过程中江母面临着举证难、确定侵权人难等困境。因为网络侮辱、诽谤案件证据搜集难度高，如果行为人使用境外服务器或者冒用他人身份注册账号，普通人常常难以提出符合刑事诉讼法规定标准的证据。所以，在网络暴力屡禁不止的当下，侮辱、诽谤罪公诉与自诉的界限到了需要变革的时候。

我们认为，要完善该类案件的自诉转公诉问题，可考虑增加新的情形进一步扩大该类案件的公诉范围。有学者认为，部分网络诽谤给当事人造成了恶劣的负面影响，严重危害互联网安全与管理秩序，可将之看作社会危害性达到了“严重危害社会秩序”的程度，进而将此类案件转为可公诉案件。<sup>③</sup>我们对这一解决问题的方向表示认可，但并不完全认同。因为，虽然网络侮辱、诽谤案件与“严重危害社会秩序”有紧密关系，即网络侮辱、诽谤行为极易“严重危害社会秩序”，但不是所有的网络侮辱、诽谤行为都会“严重危害社会秩序”。不过，所有网络侮辱、诽谤案件的被害人，都会面临维权难、取证难的问题，所以问题的根本不在于将网络侮辱、诽谤行为纳入“严重危害社会秩序”范畴，而是为了保障被害人的合法权益，应赋予网络侮辱、诽谤案件的被害人获得公权力救济的权利。

因此，我们建议针对网络侮辱、诽谤案件增加“预先公诉程序”，即“按照公诉程序先行审查”的诉讼原则，在被害人发现自己被侮辱、诽谤后，其本人或者逝者家属可以主动到公安机关报案，

公安机关都应当先予以立案审查,如果经过审查,认为符合公诉条件的,则进入侦查程序,直至提起公诉。如果认为不符合公诉标准的,则告知被害人另行自诉。被害人另行自诉的,可以申请人民法院依职权调取侦查程序中公安机关取得的相关证据材料,这样也契合《刑法》第246条第3款的立法本意。如此,便可破解网络侮辱、诽谤罪自诉程序中自诉人立案难、取证难、成本高的现实问题,也可更好地保护被害人合法权益,最大程度降低网络侮辱、诽谤罪的犯罪数。当然,如果司法机关主动发现某案属于“严重危害社会秩序和国家利益”的情形,但被害人没有告诉的,司法机关也可依据《关于信息网络诽谤问题的解释》第3条的规定主动立案侦查。需要说明的是,适当扩大网络侮辱、诽谤案件公诉范围的目的,是为了更好保护被害人的合法权益,而非扩张、放纵公权力。从法益保护的角度而言,因集体法益是本罪的次要法益,所以我们仍需对“严重危害国家利益”作限缩解释,竭力避免“权力造罪”。<sup>②4</sup>

#### 注释:

①《截至2022年12月,我国网民规模达10.67亿》,证券时报网, <http://www.stcn.com/article/detail/806705.html>, 2023年3月2日。

②④ 参见周光权:《法学教授建议取消诽谤罪》,《南方都市报》2010年12月1日,第5版。

③ 参见徐伟群:《论妨害名誉罪的除罪化》,台北:台湾大学博士学位论文,2005年,第154页。

⑤ 参见姚顺良:《论马克思关于人的需要的理论——兼论马克思同弗洛伊德和马斯洛的关系》,《东南学术》2008年第2期。

⑥ 参见李淑娟:《网络诽谤的刑事规制比较研究》,《学习论坛》2016年第4期。

⑦ 所谓“名誉过时论”,是指部分西方学者认为,在当今社会名誉不应该成为对人的一种评价指标,名誉的社会地位正在下降,以至于已经“过时”了。

⑧ 车浩:《诽谤罪的法益构造与诉讼机制》,《中国刑事法杂志》2021年第1期。

⑨ 参见张明楷:《法益初论·上册》,北京:商务印书馆,2021年,第262—279页。

⑩⑪ 任明艳:《名誉权的司法保护》,上海市第一中级人民法院官方微信公众号, <https://mp.weixin.qq.com/s/bbQbDGycZtmEw3nOVXmh7Q>, 2021年8月16日。

⑫ 参见胡康生、李福成主编:《中华人民共和国刑法典释义》,北京:法律出版社,1997年,第350—351页。

⑬《加强人格权刑事保护,用心用情办好群众身边“小案”》,12309中国检察网, [https://www.12309.gov.cn/llzw/jcyksjb/202202/t20220223\\_545918.shtml](https://www.12309.gov.cn/llzw/jcyksjb/202202/t20220223_545918.shtml), 2022年2月23日。

⑭《邻里吵架吵出人命,死者家属要求赔偿,最后……》,澎湃新闻网, [https://www.thepaper.cn/newsDetail\\_forward\\_](https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_)

8783603, 2020年8月17日。

⑮《广西一村民举报村干部违法被告诽谤,一审无罪重审获刑半年》,极目新闻, [https://view.inews.qq.com/k/20230518A031WS00?no-redirect=1&web\\_channel=wap&openApp=false](https://view.inews.qq.com/k/20230518A031WS00?no-redirect=1&web_channel=wap&openApp=false), 2023年5月18日。

⑯ 以该行为为例具有典型性,14个侮辱罪的样本案例中,有10个案例是此类行为或者与此类行为相似的行为,占网络侮辱犯罪数量的70%以上,这10个案例均是以侮辱罪定罪量刑。

⑰ 天津市和平区人民法院(2018)津0101刑初407号刑事判决书。

⑱ 参见张明楷:《刑法学(下)》,北京:法律出版社,2016年,第920页。

⑲《浙江宁波:一男子网上散布不实信息,污言秽语诽谤法官,判刑!》,中国法院网, <https://www.chinacourt.org/article/detail/2020/11/id/5616967.shtml>, 2020年11月21日。

⑳㉑ 参见最高人民法院刑事审判第三庭:《〈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〉的理解与适用》,《人民司法》2013年第21期。

㉒(一)引发群体性事件的;(二)引发公共秩序混乱的;(三)引发民族、宗教冲突的;(四)诽谤多人,造成恶劣社会影响的;(五)损害国家形象,严重危害国家利益的;(六)造成恶劣国际影响的;(七)其他严重危害社会秩序和国家利益的情形。

㉓ 参见赵秉志、彭新林:《“严重危害社会秩序和国家利益”的范围如何确定》,《法学评论》2009年第5期。

㉔ 金泽刚:《媒体诽谤与权力造罪》,《法学论坛》2009年第2期。

编辑 孙冠豪