



## 网络暴力刑法治理的基本立场

### 前沿观点

□ 劳东燕

网络暴力治理所呈现的困境,关涉的是复杂社会的有效治理如何可能的问题。网络暴力问题的社会性与时代性,决定了思考对网络暴力的刑法治理不能只着眼于刑法的视角,而必须在社会治理的框架中来合理定位刑法的角色。笔者主要以网络暴力中的侮辱性、诽谤性言论作为关注对象,尝试探讨为适应互联网时代社会的结构性变迁,实现对网络暴力的有效治理,现行法律机制及其刑法与相应理论需要往什么方向发展。

### 传统言语暴力的基本特性与救济机制

传统线下社会的言语暴力与刑法层面对言语暴力的处理,有其社会现实方面的基础。首先,从加害—被害的关系来看,传统的言语暴力几乎是发生于存在特定关系的熟人之间,表现为个人对个人的侵害。其次,从传播范围来看,由于传播媒介与方式的限制,传统的言语暴力传播范围较为有限,通常局限在特定的时空之中。再次,从危害范围与程度来看,受害对象具有特定性,相应言论在侵害特定个体权益的同时一般不至危及社会利益,且危害程度较为可控。最后,从救济渠道来看,主要依靠私力救济而非公力救济。无论是提起民事侵权的诉讼还是启动刑事自诉的程序,都谈不上对受害方的维权构成重大妨碍。

传统言语暴力的确定性与可控性,使得法律尤其是刑法的扩大介入并无太大必要。法律层面的追究与救济仅作为特殊渠道存在,并以私人执行机制为基础。其一,从私力救济与公力救济之间的关系来看,私力救济构成一般的常规,法律层面的公力救济则作为例外而存在。其二,启动法律层面的追究与救济的权利被归于私人,是否启动相应程序依赖受害一方的自主决定,过程中受害一方有权随时终止程序的进行。其三,无论是通过民事侵权的救济还是借助刑事自诉的追究,都采取的是回溯性的视角,关注的重心在于已然发生的行为。由是之故,民事侵权的诉讼以填平损害为原则,刑事自诉则采取惩罚主义而非预防主义的立场。

传统言语暴力的处理并不倚重法律,根源于

线下社会人们在场式的互动方式,在场空间等同于社会空间;建立在私权模式之上的民事侵权与刑事自诉的相关制度,乃是与其所调整领域的存在论特性相契合的救济举措。同时,刑法上对传统言语暴力的治理采取私权模式,与古典法律体系中“社会”的缺席有关,也与彼时对政府角色的设定有关。

### 网络暴力作为社会压制的体现与根源

虚拟网络空间的出现,极大地影响了社会空间的基本结构与人际之间的互动机制。海量用户的“在场”与交互互动,极易引发类似于黑箱的系统性效应,即混沌与涌现的现象,不仅私人问题容易被公共化,也易于形成浪潮或海啸般的指数级传播。同时,作为社会空间的组成部分,网络空间中不可避免会存在权力结构与支配关系,网络暴力的生成与网络空间的结构特性和网民群体的互动机制直接相关。

当代社会学理论敏锐地洞察到,个人不仅受到来自国家的政治权力的压制威胁,也面临源自社会的压制危险。网络暴力本质上是社会性压制的体现。此处的社会性,不仅意指加害主体是匿名的,且借助的是社交媒体的传播方式,更意指网络暴力根源于社会系统的宰制,带来类似于韦伯说的理性化危机,导致个体陷入理性性昏迷从而受困于系统性权力的支配,陷入系统化的铁笼之中。一方面,网络暴力的生成与互联网时代的技术赋能与匿名运作机制有关,而匿名运作机制下的技术赋能本身就会带来对个体自由的全面威胁。另一方面,网络暴力的加剧与政治系统、经济系统及法律系统未能合理解决相应社会问题有关。

### 网络暴力与私权模式法律机制的脱节

网络暴力的本质属性是社会系统性的力量对个体的压制,属于一种新型的支配关系形式。其一,从加害—被害关系来看,网络暴力主要发生在陌生人之间,表现为具有组织性的群体在网络针对个人实施的言语性攻击,不仅加害主体的范围具有动态性并不确定,而且双方之间处于明显不平等的地位。其二,从传播范围来看,借助于社交媒体的传播媒介,网络暴力易于在极短的时间内迅速蔚然成势,产生超越地域甚至超越国界

的历时性影响,表现出极为鲜明的时空延展性。其三,从危害范围来看,除特定个体的合法权益受到侵害之外,网络暴力往往还同时影响到重要的公共性法益;就危害程度而言,网络暴力的危害远较传统的言语暴力要严重。其四,从救济渠道来看,被害一方既难以依靠自力救济来保护自身权益,也难以在法律层面展开有效的追究。

由于网络暴力代表的是社会的系统性力量对个体施加的侵害,相应便会出现法律救济机制与社会现实基础相脱节的问题。无论是民事侵权诉讼还是刑事自诉程序,举证问题都成为个体通过法律进行维权时的不堪其负之重。更何况,受害者面临的困境还在于救济措施无法消除社会影响,根本不足以弥补网络暴力所造成的侵权后果。私权模式的法律机制由于将关注的重心放在个案的事后救济之上,会导致对网络暴力的事前预防与预防之善可陈,更难以对公共性的利益展开有效的保护。网络暴力的处理困境,也折射出公法与私法的二分体系无法延续的事实。这种二分体系受到冲击,乃在于古典法律体系的构造中缺乏“社会”的维度。

### 网络暴力治理中法律机制发展的方向

有必要在“国家—社会—个人”的三元结构中,来考虑刑法上如何应对网络暴力的问题。公权力所代表的国家,不仅要承担不得过度干预个人私域与相应自由的消极义务,也要承担使个人免受社会性权力不当侵害的积极义务。国家对个人的消极义务是传统公法主要关注的命题,对应的国家作为可能的侵害者的场景;国家对个人的积极义务则在“社会”崛起之后日益受到关注,处理的是社会作为可能的侵害者的情形。国家的积极保护义务要求国家采取积极措施,以保护个人免受社会性权力的不当侵害。与此相关的对应举措,一方面表现为对弱势的个人进行积极的赋权,另一方面表现为对社会性主体施加各类合规义务。

法律体系由二元结构向三元结构的转变以及对国家双重保护义务的强调,代表的是社会治理基本框架层面整体性的发展方向。其间的启示在于:首先,鉴于在网络暴力中社会本身成为对个体自由的侵害来源,私权模式的法律机制无力给予有效的救济,有必要转而采取以公力救济为主导的法律机制。其次,以公力救济为主导的法律机

制,关注重心需要放在预防性举措的设置之上,而不是事后的责任追究与赔偿。最后,以谦抑为要求刑法对网络暴力尽量不予干预的立场存在疑问,有必要适度扩张刑法的介入范围,强化对加害方刑事责任的追究,以威慑言论自由为由而反对刑法适度扩张的观点存在疑问。不能因为国家与平台在消极保护义务方面履行有亏,反过来论证二者也无需履行对个人的积极保护义务。

### 刑法体系立法与司法层面的相应调整

对网络暴力的治理需要采取以事前预防为主的低风险制法的模式。这种事前预防,要求注重法律体系的预防机制与其他治理手段的预防机制相结合,注重法律体系内部不同环节之间的配合与协调。有必要考虑引入领域法的做法,即立法上出台专门的立法,以便形成能够具有整合性效果的包含事前预防与事后追究的系统性机制。对于侮辱罪、诽谤罪的立法也需考虑作相应修正。单纯借助解释论的路径,即对有关告诉才处理的罪名重新进行理解,难以从根本上解决相关罪名所面临的挑战,采取立法修正的方式显得更为合理。可考虑分两款规定两档法定刑,情节严重的设置为告诉乃论,赋予被害人自主选择自诉或公诉的权利;情节特别严重的,适用加重的法定刑幅度,并按公诉程序处理。

从司法适用来说,有必要依循功能主义的解释论立场,将刑事政策上的一般预防因素整合到解释的过程之中,以期有效提升罪刑规范作为行为规范的指引作用。据此可得出三个推论:其一,刑法对网络暴力犯罪的打击,应当根据所涉场景与行为对象作区分性的对待,涉及公共领域或公共人物的情形,刑法的介入必须节制与慎重;涉及私人领域与普通人的情形,刑法对受害方个人权益的保护需加宽。其二,在现行刑法对侮辱罪、诽谤罪作为亲告罪的规定未作立法修改的情况下,可考虑将“告诉才处理”中的“告诉”理解为同时包含自诉与公诉,并赋予被害人自主决定是选择走公诉还是自诉的权利,以期在加强对个体权益保障力度的同时,提升刑事制裁的确定性。其三,在如何限定追究主体范围与如何判断行为的刑法性质及其程度的问题上,有必要在兼顾罪刑性与应罚性的基础上,对法教义层面相关问题作出针对性调整。

(原文刊载于《政法论坛》2024年第3期)

### 热点聚焦

□ 马丽

## 浅析民间音乐传承的法律保护路径

民间音乐作为中华民族传统文化的重要组成部分,承载着丰富的历史记忆和文化价值。然而,在现代社会的转型和全球化浪潮冲击下,民间音乐传承面临诸多挑战,应从法律层面入手,构建一套切实可行的保护机制,为民间音乐的传承发展提供制度保障。

### 构建民间音乐知识产权制度,明确权益保障路径

明晰权利主体,平衡社区利益与个人权益。民间音乐的权利主体具有特殊性,既包括世代传承的个人,也涉及整个传承社区。明晰权利主体是厘清权属关系的前提。应综合考虑传承人的劳动付出和社区的集体贡献,在个人权益与社区利益之间求得平衡。在利益分配机制上,应确保传承人个人和社区能够共享民间音乐开发利用所带来的收益。

延长保护期限,促进创新发展。与一般的知识产权客体不同,民间音乐具有历史悠久、代代相传的特点。现行的著作权保护期限难以适应民间音乐传承的需要。应考虑延长民间音乐的保护期限,以有效维护其权益。

完善地理标志保护,彰显文化特色。许多民间音乐与特定的地域文化紧密相连,具有鲜明的地方特色。完善地理标志保护制度,有助于凸显民间音乐的文化属性,提升其品牌价值。应加快民间音乐地理标志的认定步伐,建立特色鲜明、准入规范的地理标志保护名录。同时,加强对冒用、侵权行为打击力度,维护民间音乐的声誉和权益。通过地理标志保护,能够促进民间音乐与区域文化的深度融合,打造独具魅力的文化名片。

建立公共领域补偿机制,促进利用与传播。对于进入公共领域的民间音乐,在鼓励自由利用的同时,应设立补偿基金,对利用者征收一定比例的费用,用于支持民间音乐传承发展。补偿基金的分配应向传承人、社区倾斜,并专门用于传习活动、人才培养等。公共领域补偿机制的建立,既有利于民间音乐的广泛传播,也能为传承发展提供经济支撑。

### 搭建传承扶持体系,强化人才培养和保护

建立传承人认定与管理制度。传承人是民间音乐传承的核心载体,应借鉴非遗传承人认定经验,制定科学规范的民间音乐传承人认定标准和程序,对不同类型的传承人分类认定、分级管理,建立动态管理机制,及时调整传承人名录。同时,加强对传承人的培训管理,定期开展技艺考核、培训研修等,促进传承人专业素质和传承能力的不断提升。

完善传习平台,创新传承模式。应发挥各级文化单位作用,因地制宜建设一批民间音乐传习所、传习点。传习所不仅要成为传承人的教学场所,也要成为研究、展示、交流的平台。要发挥传习所的资源优势,广泛开展征集、挖掘整理工作,为传承人提供丰富的素材。在传承模式上,既要延续师徒传承等传统方式,又要积极探索现代学徒制、学校教育等新路径。鼓励传承人与专业院校合作,培养高层次传承人。

加强生计保障,提高传承积极性。民间音乐传承,很大程度上依赖传承人的自觉坚持,应从生计保障入手,调动传承人的积极性。建立健全民间音乐传承补助制度,根据传承人的级别、贡献,给予相应的传承补贴,并建立动态调整机制。将民间音乐传承纳入社会保障体系,在养老、医疗等方面给予传承人优待。鼓励用人单位吸纳传承人就业或为其提供兼职机会,在稳定其经济收入的同时,拓宽其艺术渠道。

拓宽传承路径,推动融合发展。推动民间音乐进校园,开发校本课程,让更多青少年接受熏陶。鼓励民间音乐融入文旅产业,开发沉浸式体验项目,创新传播模式。在传承中注重与数字技术形式的融合,激发创作灵感,孕育新的艺术生命力。同时,要运用现代科技手段,加强对濒危曲种、唱腔的抢救性记录,为后续传承奠定基础。

### 优化传播利用机制,增强文化影响力

加强数字化传播,提升公共服务水平。民间音乐应顺应时代潮流,推动数字化传播。支持文化机构和社会力量开展民间音乐资源的数字化采集、整理,建设高质量的数据库、音像库。加强与网络视听平台的合作,开设民间音乐专区,扩大受众覆盖面。同时,创新公共文化服务,向社会、农村延伸数字音乐服务,促进优质资源共享。

推进产业化利用,实现传承与发展的良性互动。民间音乐要在创新发展中实现自身价值,引导民间音乐与旅游、动漫、演艺等产业深度融合,打造特色文创产品,鼓励社会资本投入,培育新的经济增长点。通过产业化利用,拓宽民间音乐的传播渠道,提升其市场影响力,实现传承与发展的良性互动。

营造跨界融合的创新生态。艺术的生命力在于不断创新,打破艺术门类的界限,营造跨界融合的创新生态。鼓励民间音乐与戏剧、舞蹈、影视等艺术形式交相辉映,孕育新的艺术样式。支持传承人与当代艺术家开展对话交流,合作创新,激发创作灵感。举办高水平的民间音乐创新创意大赛,为青年才俊搭建施展才华的平台。在尊重传统的基础上,以开放包容的心态,用好、活用、用新民间音乐,焕发传统艺术的勃勃生机。

推进国际交流互鉴,讲好中国故事。支持民间音乐“走出去”,积极参与国际民间艺术节、博览会,展示中国民间音乐的独特魅力。同时,引进世界优秀民间音乐,为我国民间音乐发展提供有益借鉴。鼓励中外艺术家开展交流合作,促进不同民族音乐文化的对话融通。要创新国际传播方式,用好国际传播平台,共同推动中国民间音乐的全球传播。

(原文刊载于《政法论坛》2024年第3期)

## 网络暴力侵权法规制路径的完善

### 前沿话题

□ 刘金瑞

侵权法规制是网络暴力协同治理的重要路径之一。网络暴力通常表现为在网络空间发布和传播违法或不良信息,一旦侵害他人的名誉权、隐私权等人身权益,就应当承担网络侵权责任。我国民法典构建了较为全面的网络侵权责任制度,既包括网络用户、网络服务提供者对自己行为负责的单独侵权责任,也包括网络服务提供者对用户侵权行为承担的帮助侵权责任。在网络暴力事件中,如果仅是网络用户发布和传播侵权信息,判断网络服务提供者是否应当对用户侵权行为承担责任,就需要依据网络服务提供者的帮助侵权责任规则。对此,民法典遵循过错责任原则,围绕判定网络服务提供者是否存在“过错”,确立了“知道或者应当知道”的过错判断标准,引入了“通知—删除”的过错推定机制,划定了合理注意义务的范围,平衡了权利人、网络用户、网络服务提供者三者之间的利益关系,为探索网络暴力多方协同治理提供了各方责任承担和利益平衡的基本考量。

网络暴力引发的侵权行为,相较于一般网络侵权行为,具有特殊性和复杂性:侵权主体众多,主要侵害人身权益,侵权信息扩散快且受众广,经常叠加重复侵权、群体性侵权,一旦不能及时制止就容易造成无法弥补的损害后果,取证维权极为困难。这种特殊性和复杂性导致网络暴力侵权法规制路径面临一系列实践难题与制度困境:一是“通知—删除”规则运用人身权益面临挑战。虽然我国民法借鉴域外著作权法上的“避风港”规则,规定了适用于所有民事权益的“通知—删除”规则,但相较于著作权侵权,网络服务提供者应当对“通知”和“反通知”有更高的注意义务,但这种合理注意义务的范围何在尚不明确。二是网

络服务的预防和取证难题亟待破解。网络技术的快速发展,虽然一方面极大地助长了网络用户的侵权能力,催生了以传播侵权信息攫取流量利益的乱象,但另一方面也为打击网络侵权行为提供了新的技术手段。采取技术措施预防网络侵权,通过区块链存证电子数据,是目前依靠技术手段破解网络侵权规制难题的有益尝试,但两者却都存在法律依据不足的问题。二是侵权法规制与公法规制缺乏有效衔接。面对网络暴力事件频发的严峻形势,中央网信办印发《关于切实加强网络暴力治理的通知》(以下简称《通知》)明确要求“加强内容识别预警”“及时清理涉网暴内容”等,如何正确理解这些监管要求对私法注意义务的影响存在困惑,如何在必要时引入公权力规制以克服侵权法规制局限也有待探讨。

针对上述问题与困境,就网络暴力协同治理下侵权法规制路径的完善提出以下建议:

一是厘清平台应尽注意义务,合理设定平台主体责任。一方面,网络平台应当对明显侵害人身权益的信息尽到合理注意。对于网络暴力引发的人身权益侵害,虽然多数情况下仅凭所涉信息本身难以判断是否构成侵权,但如果这些信息侵害人身权益足够明显,比如公布他人的裸照或家庭地址,以一般理性人标准来看足以认为存在侵权行为,此时应认为网络服务提供者对此信息为“应知”,应该尽到合理注意义务,及时采取删除、屏蔽等必要措施,否则就具有“过错”而承担连带责任。换言之,对于明显构成侵权的信息,应该适用“知道或者应当知道”规则,而不再适用“通知—删除”规则。另一方面,建议将技术拦截纳入必要措施以遏制重复侵权。考虑到仅删除特定链接对于遏制侵权信息扩散来说往往是杯水车薪,“通知—删除”规则已经不足以有效遏制侵权,建议借鉴欧盟相关立法,通过法律解释的方法引入一种“拦截”义务来提高网络服务提供者的注意义务。具体而言,将民法典第一千一百九十七条和第一千一

百九十五条中的“必要措施”解释为包括“必要的技术拦截措施”,即对于用户发布的侵权信息,网络服务提供者无论是因为自身运营而知道或应知,还是因为权利人通知而知道,其不仅要删除特定侵权信息,还要采取技术拦截措施阻止相同侵权信息被再次上传。考虑到服务类型的差异以及可能对网络言论表达造成的影响,可以将上述解释仅适用于应用于要求存储并向公众传播信息的网络平台,如在线社交平台、视频分享平台等。

二是明确技术规制法律依据,推动破解在线治理难题。一方面,要明确技术预防措施善意免责规则。在技术环境下对用户发布信息尽到合理的注意义务,就必然需要采取合理的技术预防措施,但由于技术措施本身会存在不足和误差,出于担心误删而承担法律责任,网络服务提供者是否采用技术预防措施方面有较大顾虑。为了激励网络服务提供者采用技术预防措施来遏制侵权,应该明确技术预防措施善意免责规则:网络服务提供者出于善意并尽到合理注意,采取技术预防措施去发现、识别、删除或禁止访问侵权信息,对其因技术措施误差导致的损害,在知道后及时采取补救措施的,免除承担侵权责任。另一方面,要完善电子数据的区块链存证规则。从目前的规范看,电子数据区块链存证主要是指基于区块链技术核电子数据,上链的仅是电子证据的哈希值,此时的电子证据真实性推定仅限于“上链后未经篡改”,对于上链前的电子证据,在出现异议时取证人仍负有举证义务,这对权利人维权来讲仍是不小的难题。对此,笔者认为,应该鼓励主要网络服务平台引入区块链存证服务,通过在网络平台技术环境下直接取证,可以大大补强上链前电子证据的真实性,有利于获得法院的支持采信。这种做法也从技术上落实了《通知》关于向用户提供网暴信息一键取证功能的要求。当然,考虑到成本,可以对使用该服务的用户收取合理的费用。此外,实践中当事人往往是通过第三方存证平台进行电

子证据区块链取证,应当对第三方存证服务进行有效管理,确保第三方存证的规范性和可靠性。

三是规定报告和透明度义务,促成私法公法衔接共治。一方面,要澄清私法注意义务与公法审查义务的关系。网络安全法规定了网络服务提供者对网络内容的公法审查义务,强调了“发现”违法信息时及时采取处置措施。经过对比研究发现,对于用户发布的网络信息,虽然公法审查义务和私法注意义务在关注内容上有所区别,但在责任判定上同样遵循过错标准,“发现”在判断过错上起到了类似于“知道或者应当知道”的作用。从这个意义上看,私法注意义务背后的利益平衡同样适用于公法审查义务,私法上违反注意义务而具有过错的标准同样可以为违反公法审查义务判断过错时所借鉴。当然,公法审查义务可能会影响私法注意义务,如果网络平台按照公法规定应该配备专门的内容审核人员,而审核人员基于常识和一般理性人标准,完全可以对明显侵害人身权益的内容作出判断,此时网络平台应对此类内容尽到必要的注意义务,否则就应承担相应的侵权责任。不过公法上设定网络服务提供者的审查义务,如果超出了私法注意义务背后的利益平衡,就应当尤为慎重。另一方面,要规定涉嫌严重违法时的报告义务以及平台的透明度义务。由于侵权法制度的自身局限,无法有效遏制网络暴力恶性侵权等严重违法行为,建议规定网络服务提供者在知道或应知侵权行为可能涉嫌严重违法或犯罪时,负有及时向监管部门报告的义务,在制定专门立法之前可以通过解释民法典第一千一百九十七条和第一千一百九十五条中的“必要措施”来引入这一义务。此外,鉴于网络服务提供者并非执法机关,为便于监管部门和社会各界对其处理网络侵权信息的做法进行监督,建议规定网络服务提供者有发布透明度报告的义务,定期公布其其对侵权信息的处理情况,包括按照用户协议进行的处理。

(原文刊载于《政法论坛》2024年第3期)