

# 從保護法益到保護規範 — 澳門與內地對網絡侵犯人格尊嚴的刑法保護之比較

鄒菲菲\*

《中華人民共和國憲法》第38條規定：“中華人民共和國公民的人格尊嚴不受侵犯。禁止用任何方法對公民進行侮辱、誹謗和誣告陷害。”

人格尊嚴是指與人身有密切聯繫的名譽、姓名、肖像權不容侵犯的權利。基本內容包括：（1）公民享有姓名權。公民有權決定、使用和依照法律規定改變自己的姓名，禁止他人干涉、盜用、假冒。（2）公民享有肖像權。內地《民法通則》第100條規定，公民享有肖像權，未經本人同意，不得以營利為目的使用公民的肖像。（3）公民享有名譽權。名譽權是公民要求社會和他人對自己的人格尊嚴給予尊重的權利。（4）公民享有榮譽權。公民因對社會有所貢獻而得到的榮譽稱號、獎章、獎品、獎金等，任何人不得非法剝奪。（5）公民享有隱私權。隱私是公民個人生活中不想為外界所知的事，他人不得非法探聽、傳播公民的隱私。

刑法對人格尊嚴的保護主要體現在對名譽和隱私的保護。本文將以人格尊嚴中的名譽權和隱私權作為切入點，對比澳門與內地刑事法律制度之異同，並提出在人格尊嚴的刑事保護中，內地刑法的任務應從保護法益實現到保護規範的轉變。

## 一、澳門與內地網絡侵犯人身權犯罪的刑事立法概況

### （一）網絡犯罪之刑事立法概況

#### 1. 澳門刑事立法概況

在澳門的刑事立法中，沒有專門的網絡犯罪罪名，通過網絡實施犯罪也是作為一種犯罪手段存在，利用網絡可能構成的犯罪可以包括：

\* 澳門大學法學院博士研究生。

### （1）《澳門刑法典》

通過網絡手段實施的行為可能構成《澳門刑法典》第四章侵犯人身自由罪中的第147條“恐嚇罪”及第148條“脅迫罪”等罪名，第六章中侵犯名譽罪中的第174條“誹謗罪”、第175條“侮辱罪”、第177條“公開及詆毀罪”、第186條“侵入私人生活罪”、第189條“違反保密罪”、第191條“不法之錄製品及照片罪”和第215條“勒索罪”等罪名。

### （2）《打擊電腦犯罪法》

還可能觸犯《打擊電腦犯罪法》中第5條“不當獲取、使用或提供電腦數據資料罪”，第7條“損害電腦數據資料罪”和第11條“電腦詐騙罪”等罪名。

當然，《澳門刑法典》和《打擊電腦犯罪法》中的上述罪名不以透過互聯網實施為必要，但透過互聯網實施的一些行為卻可能構成如上犯罪，即利用網絡實施只是行為的一種手段，不是犯罪構成要件。

## 2. 內地刑事立法概況

### （1）《中華人民共和國刑法》

《刑法》針對網絡犯罪，同樣並沒有專門的罪名予以規制，而是將其作為一種犯罪手段，通過網絡實施的侵犯人身權的犯罪行為可能構成如下罪名：第246條“誹謗罪”、“侮辱罪”，第293條“尋釁滋事罪”，第274條“敲詐勒索罪”，第225條“非法經營罪”，還有可能構成操縱證券、期貨市場罪；侵犯智慧財產權罪；煽動顛覆國家政權罪；煽動暴力抗拒法律實施罪以及編造、傳播虛假恐怖資訊罪；戰時造謠惑眾罪；戰時造謠擾亂軍心罪等等。

### （2）司法解釋

僅2010年至今，面對虛擬網絡環境中犯罪行為複雜多變的樣態以及數量劇增之形勢，最高人民法院、最高人民檢察院便有針對性地出

臺了四個抽象性司法解釋予以應對。(a)《關於辦理利用互聯網、移動通訊終端、聲訊台製作、複製、出版、販賣、傳播淫穢電子資訊刑事案件具體應用法律若干問題的解釋(二)》、(b)《關於辦理網絡賭博犯罪案件適用法律若干問題的意見》、(c)《關於辦理危害電腦資訊系統安全刑事案件應用法律若干問題的解釋》、(d)《關於辦理利用資訊網絡實施誹謗等刑事案件適用法律若干問題的解釋》。

根據司法解釋，一些通過互聯網實施的行為被特別規定為某種犯罪：捏造損害他人名譽的事實，在資訊網絡上散佈，或者組織、指使人員在資訊網絡上散佈的，或者將資訊網絡上涉及他人的原始資訊內容篡改為損害他人名譽的事實，在資訊網絡上散佈，或者組織、指使人員在資訊網絡上散佈的將構成刑法第246條“誹謗罪”；利用資訊網絡辱罵、恐嚇他人，情節惡劣，破壞社會秩序的，依照刑法第293條第一款第(二)項的規定，以尋釁滋事罪定罪處罰；編造虛假資訊，或者明知是編造的虛假資訊，在資訊網絡上散佈，或者組織、指使人員在資訊網絡上散佈，起哄鬧事，造成公共秩序嚴重混亂的，依照刑法第293條第一款第(四)項的規定，以尋釁滋事罪定罪處罰；以在資訊網絡上發佈、刪除等方式處理網絡資訊為由，威脅、要脅他人，索取公私財物，數額較大，或者多次實施上述行為的，依照刑法第274條的規定，以敲詐勒索罪定罪處罰；違反國家規定，以營利為目的，通過資訊網絡有償提供刪除資訊服務，或者明知是虛假資訊，通過資訊網絡有償提供發佈資訊等服務，擾亂市場秩序，達到一定情節的，依照刑法第225條第(四)項的規定，以非法經營罪定罪處罰等等。

## 二、網絡犯罪之特殊性

第一，網絡犯罪侵犯多重法益。其對各個罪名所保護的法益之侵害是顯而易見的，同時，網絡犯罪主要通過互聯網在資訊空間通過大量傳播虛假資訊、發佈恐怖消息、侮辱誹謗他人、侵犯他人隱私等方式來實行犯罪，侵害了資訊法益。“資訊法益是存在於資訊空間中具有資訊本質特徵包含有人類創造性勞動的資訊資源以及與之相關的權利，由於受到法律的保護而形成的權益，從整體上可劃分為財產性法

益和權利性法益。”<sup>1</sup> 網絡犯罪侵犯到多項資訊法益。比如，公民的資訊安寧權與資訊環境權，“資訊安寧權是資訊社會的主體在資訊化的生活中不被外界不必要因素干擾的權利，它依賴於其他的一切資訊關係人不非法介入主體有序生活為保障，而網絡犯罪所發送發佈的各種垃圾資訊充斥著資訊空間，使人們的資訊生活不勝其擾。”<sup>2</sup> 網絡犯罪行為的氾濫使人們日漸失去了對資訊空間的信任，導致人們不敢接收陌生電子郵件，不敢在網絡平臺發表評論等。長此以往，資訊空間存在的基石將被動搖。另外，網絡犯罪行為中會建立大量虛假網站，無疑是對網絡資源的侵害。

第二，網絡犯罪的行為對象是不特定的多數人。犯罪分子通常在公共網絡平臺發佈虛假或侵犯他人隱私的消息，然而，網絡平臺是面向不特定多數人，消息會在短時間內被不特定多數人知悉，對誹謗、侵害他人隱私罪的受害人而言，利用網絡實施加害行為無疑會對它們造成最大程度的傷害，對於網絡詐騙等行為而言，無疑是在最大程度地擴大犯罪行為的影響範圍。所以，利用網絡實施的犯罪較之其行為所對應的普通犯罪而言，涉案範圍更廣，社會危害性更大。

### 三、網絡犯罪中侵犯名譽和隱私權的犯罪規範之對比

#### （一）網絡誹謗

澳門和內地對誹謗罪和侮辱罪的規定都體現在刑法中，均設置獨立罪名予以規制，針對兩地之同罪的犯罪構成進行對比分析如下：

#### 1. 主觀方面

澳門刑法規定並不要求行為人具有損害他人人格、名譽的目的，只要意識到或知道此行為會損及他人名譽即可。而內地法律要求行為人主觀方面“具有損害他人人格、名譽的目的”，即直接故意，類似於澳門刑法理論中的“特定故意”。

1. 黃德勝：“資訊犯罪研究”，吉林大學博士學位論文，2010年。

2. 葛磊：“電信詐騙罪立法問題研究”，《河北法學》，2012年2月。

## 2. 客觀方面

第一，澳門刑法中規定了三種行為方式：一是將某一事實歸責於他人，二是向第三人作出侵犯他人名譽或別人對他人觀感之判斷，三是傳述上述事實或判斷，而內地刑法規定需要“捏造事實誹謗他人”。第二，澳門刑法中的誹謗罪不要求“捏造的事實”為要件，即使某事是客觀事實，但如果法院認定損害他人名譽，也可定罪，當然，法律也在一定程度上接受“事實是真實之抗辯”。第三，不同於內地刑法，澳門刑法不以“散布”作為入罪要件，只要行為人向第三人做出即可。第四，內地刑法要求“情節嚴重”作為此罪構成要件，情節嚴重即誹謗他人手段惡劣，後果嚴重或者影響很壞的情況。公訴誹謗罪的構成則在此基礎上增加了特殊的客觀要件，即“嚴重危害社會秩序和國家利益”一是造成被害人精神失常、自殺自殘等嚴重後果，被害人無法自訴的；二是誹謗國內外領導人，被害人不便自訴的；三是誹謗行為引發群體性事件。而澳門刑法無情節要求，不產生實際損害後果也可以入罪。而澳門刑法無此規定。

### （二）網絡侮辱

#### 1. 主觀方面

澳門刑法理論傾向於過失不構成此罪，一般故意即可，無須特定故意。而內地刑法要求“必須具有貶低他人人格、破壞他人名譽的個人目的”，即直接故意。

#### 2. 客觀方面

澳門刑法規定侮辱須對特定人實施，是被害人本人做出並且須本人在場時做出，至於是否有第三人在場並不重要。內地刑法同樣規定侮辱須對特定人實施，但要求“公然”做出。並且行為人是否遭受痛苦並不是侮辱罪的構成要件，而內地刑法要求“情節嚴重”作為構成要件，其“情節嚴重”的判斷標準同上述誹謗罪之規定。

### （三）網絡侵犯隱私權

#### 1. 澳門與內地隱私權刑法保護模式之差異

在各國或地區隱私權刑法保護模式上，存在直接保護和間接保護兩種類型，其間差異在於是否將隱私權視為獨立的基本權利予以保護。澳門地區隱私權刑法保護採取直接保護模式。澳門地區法律構建了詳細周密的隱私權刑法保護體系，並專門設置侵犯受保護之私人生活罪章節，能夠充分發揮隱私權刑法保護所應有的一般威懾功能。其對侵害隱私權的犯罪行為作出具體規定，不假其他權利之手，對隱私權進行點對點的直接保護。而“在中國大陸地區各種部門法中隱私權始終都未能成為一種獨立性權利而被列入立法者的視野之中。1997《刑法》雖然也有些許條文涉及隱私權刑法保護，但隱私權刑法保護也始終是附著在諸如名譽權等權利的卵翼之下，並無單獨名分。即便是1997《刑法》第253條之一‘非法提供個人資訊罪’，也屬於妨礙社會管理秩序罪一章。”<sup>3</sup>內地所採取的隱私權刑法間接保護模式較之澳門刑法而言難以有效保護公民隱私利益。

#### 2. 澳門與內地隱私權刑法保護具體罪名設置之差異

1996年《澳門刑法典》對於隱私權保護之法律規範具體分配在第一編第七章侵犯受保護之私人生活方面的犯罪、第四編第三章第263條“侵犯通訊之工具罪”，以及第五編第一章第五節違反保密及棄職方面的犯罪。其中，透過網絡實施侵犯隱私權的行為可能觸犯的罪名如下：

第186條“侵入私人生活罪”，以不法窺探他人私密生活，尤其是家庭生活或者性生活隱私為目的，規制未經他人准許，竊聽、錄音、記錄、使用、傳送或洩露私密談話或者電訊通話的，或者獲取、以相機攝取、拍攝、記錄或洩露他人之肖像、或屬隱私之物件或空間之圖像的，或者偷窺在私密空間之人，或竊聽其談話的，或者將他人私密生活狀況或重大疾患狀況公之於外的行為。第187條“以資訊方法作

3. 王立志：“澳門地區隱私權刑法保護及其評析”，載《法學》，2014年第7期。

侵入罪”，規制行為人借助電腦、網絡等現代資訊科技手段，非法搜集、儲存他人身份、信仰或者其他私密性資訊的行為，同時，該罪還處罰犯罪未遂。第188條“侵犯函件或電訊罪”，規制未獲准許，介入或知悉電訊內容等行為。第189條“違反保密罪”，防範行為人洩露基於合法原因而獲取的他人秘密。第190條“不當利用秘密罪”，行為人因合法原因而獲取他人秘密，雖然未曾向外界洩露，但是自己利用該秘密給他人造成財產損失的行為構成此罪。第191條“不法之錄製品及照片罪”，以防範行為人雖然參與私密性對話或者某種私密事件，但在未告知他人的情況下擅自偷拍偷錄的行為。例如，和他人進行私密對話或者同網友實施性愛活動時，設置錄音裝置進行偷錄或者用針孔攝像機進行偷拍，尤其是後者業已成為在臺灣地區不法分子敲詐恐嚇受害網友的常見犯罪手段。

內地《刑法》中對網絡侵犯隱私權行為的保護主要集中表現在第四章“侵犯公民人身權利、民主權利罪”中，第252條“侵犯通信自由罪”，隱匿、毀棄或者非法開拆他人信件，侵犯公民通信自由權利，情節嚴重的行為，如侵入他人電子郵箱刪除他人重要電子郵件並因此給他人造成重大損失等行為。第253條“出售、非法提供公民個人資訊罪”，此條規制的是國家機關或者金融、電信、交通、教育、醫療等單位的工作人員，違反國家規定，將本單位在履行職責或者提供服務過程中獲得的公民個人資訊，出售或者非法提供給他人，情節嚴重行為。第253條之一“非法獲取公民個人資訊罪”，對於竊取或者以其他方法非法獲取上述資訊，情節嚴重的行為會構成此罪。

可見，澳門刑法針對隱私權的保護設置罪名更為全面，保護力度大於內地刑法，並且，同誹謗罪、侮辱罪一樣，內地刑法中涉及隱私權保護的零散規定同樣要求達到“情節嚴重”的標準。

## 四、在人格尊嚴的刑事保護中，法益保護的困境與出路

### （一）內地刑法對人格尊嚴保護之局限

通過以上比較分析，對於網絡誹謗、侮辱和網絡侵犯隱私權的行為，澳門的刑法規制範圍更廣，更為嚴格，內地刑法規制的行為範圍

明顯小於澳門刑法，並不是因為這些行為在內地被允許，而是這些行為被規定在內地的《治安管理處罰條例》中，第42條規定：

“有下列行為之一的，處五日以下拘留或者五百元以下罰款；情節較重的，處五日以上十日以下拘留，可以並處五百元以下罰款：

1. 寫恐嚇信或者以其他方法威脅他人人身安全的；
2. 公然侮辱他人或者捏造事實誹謗他人的；
3. 捏造事實誣告陷害他人，企圖使他人受到刑事追究或者受到治安管理處罰的；
4. 對證人及其近親屬進行威脅、侮辱、毆打或者打擊報復的；
5. 多次發送淫穢、侮辱、恐嚇或者其他資訊，干擾他人正常生活的；
6. 偷窺、偷拍、竊聽、散佈他人隱私的。”

對於澳門刑法典中的一些危害較小的犯罪行為，在內地沒有上升到以刑法予以規制的嚴厲程度，也就是對於這些行為，內地的社會危害性評價沒有達到犯罪的惡性程度。然而，如果是在互聯網應用不發達的歷史時期，這樣的法律設置是可以有效應對犯罪的，但在網絡時代的今天，一些行為通過網絡實施比非網絡手段實施的社會危害性要大得多，而這些行為有時卻無法適用刑法進行規制。可見，內地的刑法規範現狀具有明顯的局限性。

從目前被內地學者普遍接受的法益侵害說的理論出發，一些行為如偷拍偷錄公車上的女子面龐但只用於自己觀看，此類行為並不觸犯內地刑法，因為沒有侵害法益，但如果發生在澳門就會觸犯澳門刑法。又如侮辱罪，內地刑法公然侮辱，並且情節嚴重才可構罪，而澳門刑法無此要件，但即使不是公然侮辱，未達到情節嚴重，其受害人就不會受到傷害嗎，其社會危害性就不足以入罪嗎？以何種標準來判斷一個行為是否有足夠的惡性進入刑法予以規制？筆者認為，這要從刑法的任務這一根本性問題出發，對此問題的不同回答直接決定著不同的立場和不同的體系。

## （二）保護法益與保護規範的刑法任務之概述

根據法益侵害說，刑法的任務是保護法益，犯罪是對法所保護的生活利益侵害或者引起危險。“刑法是為了更好地保護更大多數國民的利益而統制社會全體的手段，故國民的利益受到侵害是違法性的原點。因此，首先將違法行為定義為導致法益的侵害或者危險的行為。”<sup>4</sup> 刑法並非目的而是手段，刑法不能處罰單純違反倫理秩序而沒有侵害法益的行為，倫理秩序的維持應依靠刑法以外的其他社會機制。刑罰的對象是已然犯罪行為，刑罰的意義和本質在於報應犯罪行為所造成的惡害，用刑罰所施加於犯罪人的痛苦來均衡犯罪行為的惡害和犯罪人的罪責，以實現社會正義的要求，即報應主義理論。它強調，設定刑罰量的依據是犯罪行為對社會造成的客觀危害和體現於犯罪行為的主觀罪責，刑罰的輕重應當與犯罪行為的嚴重性和罪犯主觀罪責的大小相對稱。

規範違反說的基本立場是，刑法的任務是維持社會基本的倫理規範，犯罪的本質就是對這樣的倫理規範的違反。由於人們的生活直接或者間接地是由規範所塑造的，所以對犯罪本質的解釋，也必須從規範違反說入手：犯罪是對隱藏於生活利益背後法規範、社會同一性以及公眾規範認同感的公然侵犯，而不僅僅是對法益本身的侵害。<sup>5</sup> 規範違反說的基本價值、國家觀和刑法觀，雖然沒有表明反對個人主義及自由主義的立場，甚至在相當程度上主張個人主義與自由主義，但是因其偏重於“義務”、“倫理”等概念，故有傾向於全體主義與社會連帶思想之嫌。<sup>6</sup> 這也正是功利主義理論的思想。功利主義從未然之罪中去尋求刑罰的合理限度，關注的是刑罰權行使的社會功利性，它認為，無論刑罰對已然之罪的事後報應多麼公正，都不可能彌補犯罪所造成的惡害或恢復犯罪行為發生前的原狀，強調刑罰作為社會防衛手段的必要性和合目的性，主張刑罰的目的是預防犯罪防衛社會，是實現國家預防犯罪目的必不可少的手段。

4. 張明楷：《刑法的基本立場》，中國法制出版社，2002年，第154頁。

5. 參見陳興良、周光權：《刑法學的現代展開》，中國人民大學出版社，2006年，第271頁。

6. 張明楷：《刑法的基本立場》，中國法制出版社，2002年，第154頁。

### （三）法益保護之困境與出路—保護規範更有利於人格尊嚴的保護

誹謗罪為告訴才處理的犯罪，如果行為人在網上實施了誹謗行為，但受害人並不知情，此種情況行為人的行為不該受到懲罰嗎？侮辱罪同樣是告訴才處理，受害人被公然侮辱，內心已經受到傷害，羞於告訴或不願回憶被侮辱的事情也是十分常見之事，那麼此種情況下行為人就可以免於懲罰嗎？如果行為人仍應受到懲罰，那麼刑法依據從何而來？刑法中並未對此類行為做入罪處理，根據法益保護說，刑罰的對象是已然의 犯罪行為，刑法不能處罰單純違反倫理秩序而沒有侵害法益的行為。如媒體在網絡平臺發佈捏造的事實對明星進行誹謗以博人眼球，並可因此產生較高的經濟利益，利用部份明星所謂的“緋聞炒作上位”的心理而不會主動提起告訴來逃避法律責任。此種現象對會造成對社會公眾的誤導和不良炒作的不正之風盛行，但上述行為並非已然的犯罪行為，所以如果堅持保護法益的刑法任務，則無法通過刑法對此類行為進行有效規制。而這也正是網絡犯罪盛行的原因之一。網絡犯罪預期刑罰成本不足以抗衡犯罪收益，難達預防犯罪的目的。透過互聯網實行的犯罪，實際上很難追蹤犯罪嫌疑人，犯罪破案率低，加之侵犯人格尊嚴犯罪的受害人並不必然選擇告訴方式解決問題，而導致行為人抱有僥倖心理或有恃無恐。當刑罰確定性降低時，現有法律規定的刑罰就顯得過輕了，犯罪分子對刑罰成本的預期較低，而犯罪收益巨大。“如果有10%的利潤，資本就保證到處被使用；如果有20%的利潤，資本就會蠢蠢欲動；如果有50%的利潤，資本就會冒險；如果有100%的利潤，資本就敢於冒絞首的危險；如果有300%的利潤，資本就敢於踐踏人間一切的法律。”<sup>7</sup> 所以，較低的刑罰成本預期無法抵抗巨大的利益誘惑，難以達到預防犯罪的目的。

雅各斯認為，“刑法作為保護規範適用的理論，特別是在刑罰目的的理論上，證明是合適的：行為是對規範適用的損害；刑罰是對這種損害的清除。”<sup>8</sup> “離開社會倫理規範來把握犯罪本質的法益保護

7. 鄧林格：《公會與罷工》，倫敦，1960年，第36頁。

8. [德]G·雅各斯著，王世洲譯：“刑法保護甚麼：法益還是規範適用”，載《比較法研究》2004年第1期，第96-107頁。

主義的見解並不妥當，必須根據社會倫理主義來對法益保護主義進行修正。”<sup>9</sup>

針對網絡侵犯人格尊嚴的犯罪，內地刑法規定遭遇困境，以保護法益為刑法任務，一則無法對日益更新的侵害行為做出有效規制，二則難以起到預防犯罪的作用。而如果轉向以保護規範為刑法的任務，側重對“義務”、“倫理”的保護，則刑法是從未然之罪中去尋求刑罰的合理限度，關注的是刑罰權行使的社會功利性，強調刑罰作為社會防衛手段，目的是預防犯罪、防衛社會。

綜上所述，筆者建議，對於公民人格尊嚴的保護，內地刑法應學習澳門刑法之規定，從嚴規制，將《治安管理處罰條例》第42條的規定分別併入刑法相關法條中；取消刑法第246條“誹謗罪”、“侮辱罪”中“情節嚴重”要件；將“侮辱罪”中的“公然”去掉；取消第252條“侵犯通信自由罪”、第253條“出售、非法提供公民個人資訊罪”、第253條之一“非法獲取公民個人資訊罪”中的“情節嚴重”要件。這樣一來，不僅對人格尊嚴的保護更加嚴格全面，而且通過網絡實施的侵犯人格尊嚴的行為可以得到更為有效規制。

---

9. [日]大穀實著，黎宏譯：《刑法講義總論》（新版第2版），中國人民大學出版社，2008年，第214頁。

