

寻衅滋事型网络谣言的刑法规制

黄晓锐

扬州大学法学院, 江苏 扬州

收稿日期: 2023年8月9日; 录用日期: 2023年8月29日; 发布日期: 2023年11月9日

摘要

随着网络以及深度合成技术的发展, 网络谣言呈现出爆发式增长的趋势, 我国对网络谣言的打击力度也逐渐增大, 对于网络谣言有进行刑事规制的必要。但为了避免无限扩大寻衅滋事罪的适用范围, 平衡好言论自由和社会公共利益之间的关系, 故对其中的“虚假信息”进行限缩解释, 并对网络空间中的“公共空间”与“公共秩序”进行说明。在保持刑法谦抑性和威慑性的双重特性下, 适用刑法规制时采用“主观的客观解释论”立场, 加强平台责任, 采用提前介入的策略, 避免网络谣言快速蔓延。

关键词

网络谣言, 虚假信息, 寻衅滋事

Criminal Laws and Regulations on Provocative Internet Rumors

Xiaorui Huang

Law School, Yangzhou University, Yangzhou Jiangsu

Received: Aug. 9th, 2023; accepted: Aug. 29th, 2023; published: Nov. 9th, 2023

Abstract

With the development of Internet and deep synthesis technology, Internet rumors show an explosive growth trend, and China's crackdown on Internet rumors has gradually increased. It is necessary to carry out criminal regulation on Internet rumors. However, in order to avoid unlimited expansion of the scope of application of the crime of provoking troubles and balance the relationship between freedom of expression and social public legal interests, the "false information" is explained in a limited way and the "public space" and "public order" in cyberspace are also explained. While maintaining the dual characteristics of modesty and deterrence in criminal law, the "subjective and objective interpretive theory" stance is adopted in the application of criminal law, the responsibil-

ity of the platform is strengthened, and the strategy of early intervention is used to avoid the rapid spread of Internet rumors.

Keywords

Internet Rumors, False Information, Provoking Troubles

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 问题的提出

自 2013 年 8 月 20 日公安部启动打击网络谣言专项行动以来, 各地开展了惩治网络谣言的“净网行动”。2015 年 11 月, 《刑法修正案(九)》的通过表明传播网络谣言正式入刑。2022 年 9 月, 中央网信办开展 3 个月的“清朗·打击网络谣言和虚假信息”专项行动。2023 年 6 月, 两高一部发布了《关于依法惩治网络暴力违法犯罪的指导意见(征求意见稿)》, 这一系列的措施体现了国家对于打击网络犯罪、治理网络谣言的重视程度。虽然采用民事和行政手段也可以治理网络谣言, 但用刑事手段进行威慑仍然必不可少。

规制网络谣言, 首先明确谣言的含义, 大部分学者认为谣言是指未经证实的事实, 而非一律是虚假的。事实上, 我国法律还没有对谣言的概念进行明确的定义, 谣言是“未经证实的事实”更多来源于卡普费雷在传播学意义上对谣言的认定, 并且倾向于从“无法判断其真实性, 仅仅是充当谣言传播者和传播对象的社会公众”的角度来进行界定[1]。如果从法律的角度来看, 法律之所以要处罚网络谣言的行为, 是要打击故意捏造和传播的人, 对这一类人来说, 他们明知谣言就是虚假的、没有根据的, 所以本文在此意义上来进行网络谣言相关问题的讨论。

以下将要分析的问题是, 既然对于网络谣言的行为有刑事化的必要, 那么哪一类行为应当进行犯罪化处理, 对其归罪的原因又是什么? 不是所有的行为都有严重的法益侵害性, 一些行为虽属于违法行为, 但通过民事或行政手段进行规制更有利于平衡好言论自由与打击网络谣言之间的关系。在考虑具体哪些行为入刑时, 有必要妥善处理好二者之间的关系, 同时要坚持谦抑性原则。不过, 尽管刑事处罚应该坚持谦抑性, 但仍应保持必要的威慑力, 考虑涉案行为的影响力以及社会危害程度来进行综合认定。

2. 寻衅滋事型网络谣言刑事治理的司法争议探析

认定哪些信息是为刑法所规制的虚假信息, 以此来作为犯罪进行刑事处罚, 涉及到对言论自由的干涉。换言之, 刑法对虚假信息的规制, 本质上是对宪法赋予的公民基本权利的限制。但我国宪法除了对公民的言论自由进行明确规定外, 也规定了其边界, 如第 51 条便对言论自由作出了总体性的限制, 也有其他条款涉及言论自由行使的具体限制, 因此宪法上的边界为刑法上处罚编造和传播虚假信息的行为提供了依据[2]。言论自由并非绝对的权利, 根据权责相一致的原则, 权利的出现也伴随着义务的产生, 如果违反了义务, 打破自由的边界, 则理应受到惩处。

根据现有的法律法规及司法解释, 有些罪名的适用标准仍然留有讨论的空间, 《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》(以下简称《信息网络诽谤解释》)之后, 又新增了限于“险情、疫情、警情、灾情”四类情形的编造、故意传播虚假信息罪,

那么为了避免寻衅滋事罪中再次沦为口袋罪，有必要对其中的虚假信息做限缩解释。此外，网络空间是否是公共空间、“公共秩序”与“公共场所秩序”能否等同也需进行说明。

2.1. 虚假信息

2.1.1. 信息的内容：事实与观点的区分

只有事实类的信息才能被归为虚假信息，发表观点类的言论并不属于虚假信息的范畴。然而，一则谣言往往是事实中掺杂着意见、评论，无法简单地区分是纯事实还是纯观点。此时，可以根据信息的核心内容来判断：如果这则信息的主要和核心内容是事实信息，则为虚假信息；如果主要内容是批评建议或者无恶意的猜测性等意见型信息，则是不为刑法所规制的虚假信息。前者是为了保障公民的监督权，网民批评、检举、建议类的言论对于促进网络反腐起到一定的作用，这种行使法定权利性质的言论信息，即便有夸张失实之处也不应算作虚假信息，也可以参照美国的“公共人物理论”，对于批评和监督公共人物和政府言论行为的言论应该持有更加宽容的态度；后者只要不给相关机关的办案带来影响，就无须进行规制。比如在发生杭州失踪案期间，网民在网络上给出了很多个人猜测性的评论，这些事后证明都是虚假的，但只要不是恶意的、引导舆论的、给办案机关的工作造成影响的，就无需进行干涉，属于网络上正常的言论发表行为。此外，法院在沈某某寻衅滋事案的裁判要旨中指出，虚假信息是内容上关于事实的信息，且具有明确性、较大程度的误导性¹。

此外，关于认识错误的情形，在日本有关于真实性之误信的理论探讨，即“行为人误以为事实是真的，但未能成功进行‘事实的证明的’”，在这种情况下，要求行为人进行一定的信息搜集，若违反了此种义务，即使因为过失而未认识到其虚假性，也会对过失毁损名誉进行处罚[3]。所以对于散布谣言者，对信息应具有一定的搜集义务，不能因为辩称没有认识到信息的虚假性而一律阻却责任，只不过对搜集义务的证明标准可以适度放宽。

2.1.2. 虚假的程度

在事实类信息中，也有全部虚假和部分虚假之分。对于部分虚假的信息，笔者认为应该根据这类信息的性质来判断，即部分虚假的内容对事件是否有实质性的影响，如果只是在数量上、时间上、地点上等与实际消息不符，但主要事实没有发生变动，对事件本身的影响并不大，不妨碍对事件的处理，那么这种带有部分虚假性的信息便不纳入刑法规制中虚假信息的范围，而且在消息传递的过程中，信息一定程度上的失真也是被允许的。

2.1.3. 规制的对象

寻衅滋事罪中的虚假信息是带有公共性质的，但有的时候会出现针对个人的法益侵害上升到公共层面的情形。这里拿诽谤英雄烈士和政府机关工作人员来举例说明。

英雄烈士是指故去的英烈，侵害英烈名誉、荣誉的行为虽然损害了英烈的人格名誉，但其人格名誉本身已经转化成为社会公共利益的一部分，所以最终侵犯的仍是社会公共秩序[4]。对英烈发表的不当言论对社会主义核心价值观和主文化造成了冲击，破坏的是公共秩序。

而对政府机关工作人员的造谣行为，并不一定代表公共利益，不能随意将其上升为国家形象的代表。个别领导干部并不能代表国家形象，针对其发表的言论也不一定会对公共秩序造成影响，但对党和国家领导人这类主要领导干部的形象进行恶意捏造、传播，则会受到刑事处罚[5]。如韦某散播卫生局局长邱某权色交易、贪污腐败的谣言案中，邱某是政府机关工作人员，但编造传播的虚假信息对其个人的诽谤，在法律上不能判定为其代表国家形象而用寻衅滋事罪来规制²。

¹ 沈某某寻衅滋事案，上海市浦东新区人民法院(2017)沪0115刑初183号刑事判决书。

² 韦智等诽谤案，广西壮族自治区兴宾区人民法院(2013)兴刑初字第409号。

因此，英雄烈士和政府机关工作人员虽然针对的都是个人，但对英雄烈士的名誉、荣誉的保护是“基于公共性、重大性和不可分配性，这里要保护的法益属于集体法益，并表现为公民形成的集体性心理认同”[6]，而对政府机关工作人员的保护大部分情况针对的还是个人法益的保护，如果遭到侵犯，一般通过民法上的侵犯名誉权或者刑法中的诽谤罪予以救济；如果是针对党和国家领导人发表的虚假言论，此时也属于集体法益，可以用寻衅滋事罪进行规制。

2.1.4. 编造、传播虚假信息的时机

“言论发表的场合、对象和时间，也会像言论的内容那样，成为确定言论是否应当受到限制的要件之一”[7]。对虚假信息的认定要结合散布的时间、地点、社会背景来进行综合判定。因为在空旷的大街上散布着火的谣言和在封闭的商场里捏造着火的消息对社会秩序造成的混乱程度是不一样的，在疫情期间造谣涉疫的信息和在无疫情期间造谣对民众造成的心理恐慌程度也是不一样的。所以看是否是刑法规制的虚假信息，还要结合虚假信息的时机来看。

2.1.5. 基于善意发表并且可能促进公共利益的言论

这种情形下，行为人主观上就没有故意扰乱公共秩序的故意，所发表的言论即便不够准确，也不能认定为寻衅滋事罪中的“虚假信息”，更何况，舆情反转的事情并不少见，急于用刑法对当事人处罚，会让更多的人对于公共事件不敢发声。此外，可以从公共对话与非公共对话的角度来看，对于当学者就公共议题在大众媒体上发言时，他其实是以普通公民的身份介入了公共对话，采取的是“发言者本位”，服务于发言者自身的利益，他们最在乎的是言论能否被说出，而非已经说出的言论的对错、真假和优劣，故在公共对话中，医生可以就公共卫生事件畅所欲言[8]。

2.2. 公共空间与公共秩序

《信息网络诽谤解释》中规定“……在信息网络上散布，起哄闹事，造成公共秩序严重混乱的……以寻衅滋事罪定罪处罚”。

2.2.1. 网络空间是否是“公共空间”

网络空间与现实空间相比，它突破了长度、宽度、高度这类物理意义上的限制，属于虚拟的空间，虚拟空间中是否存在公共秩序？关于公共秩序的含义有不少学者进行过探讨，但我国法律上并没有对公共秩序进行明确的定义，有学者借用阿伦特、哈贝马斯、泰勒等人对公共领域这一概念的阐释，得出作为公共参与物理基础的公共领域应具有的三个必要前提：可供公共参与的场域或平台，公众以及公共议题[9]。前两者网络空间已经符合条件，并据第51次《中国互联网络发展状况统计报告》，至2022年底，我国网民规模达10.67亿，互联网普及率达75.6%。如此庞大的数据体现出网络已成为公众参与的新型空间，它是现实物理空间的延伸，“具有公共参与、公共讨论乃至集体行动的公共空间特征”[9]。所以，网络空间可以作为公共空间。

2.2.2. “公共秩序”与“公共场所秩序”

《刑法》在寻衅滋事罪这一条款中的表述是“公共场所”，据司法解释，公共场所指的是车站、商场或者公园等这种现实物理空间。《刑法》第二百九十三条第四款中涉及到两个“公共场所”，分别对应着犯罪行为发生地和犯罪结果发生地，只有犯罪行为地和结果地是一个地方，才会构成犯罪。但是在网络空间，这两个概念被模糊掉了，两者共存于同一个空间。持反对观点的学者认为，公共场所秩序并不等于公共秩序，如果将二者等同起来，相当于用上位概念替代下位概念[10]，或者说二者是“包含与被包含的种属关系”[11]。但“公共场所的核心在于‘公共性’和‘社会性’，而非仅仅存在于有限的物理空间”[12]。

从另一个角度来说，元宇宙、ChatGPT 的出现和发展，公民作为虚拟人、数字人的身份进入网络空间、数字空间参与公共讨论，在这种情况下，即使是虚拟空间也存在场所。

此外，把“场所”二字拆解来看，其中“场”的概念可以追溯到 19 世纪法拉第发现的电磁场，后由布尔迪厄集成，形成了社会科学领域的“场域”理论：“场是行为者和他们社会地位所在的空间……[1]”网络空间中的言论聚集地便可以看作是舆论场。在司法实践中，开设赌博网站被解释为开设赌场罪已表明刑法将网络空间视为公共场所。赌场中“场”的重心更多在于赌博活动的聚集性而非空间性[13]。台湾地区的司法实践将“场所”淡化为“一定之所在”，即只要有“一定之所在”供人发表言论即可，通过网络发表言论与在现实空间发表言论只是行为方式的不同。

3. 寻衅滋事型网络谣言的应对路径

3.1. 坚持“主观的客观解释论”立场

网络谣言属于不纯正的网络犯罪、半新型犯罪，其主要犯罪特性依然是传统的法益侵害性，但同时又可能存在侵害新的“网络法益”的特性。有学者认为，针对网络谣言这种半传统半新型犯罪，在刑法适用上宜采用“客观的主观解释论”，对于“半新型犯罪”，应先从立法原意来进行主观解释，但由于社会发展出现新情况，仅仅用立法原意来进行文义解释会难以形成“文义相符性”，所以应立于当下秩序所诉求的规范价值或规范目的而最终作出客观解释[14]。另有类似主张的学者主张用形式解释论的方法来确立涉众型网络谣言的责任边界，认为在实质解释论下，扩张解释与类推解释界限不明，容易违背罪刑法定原则[15]。但是，实质犯罪论限于出罪解释，而非入罪。“实质的犯罪论本身并不存在借用实质可罚性擅自扩大刑罚处罚范围的问题”[16]。

笔者认为，相比“客观的主观解释论”，采用“主观的客观解释论”更为合理，即以客观解释为主，继而以主观解释来约束客观解释[17]，如此来避免类推解释，违反罪刑法定原则。

这两种解释方法是形式判断与实质判断的位阶关系，即优先进行何种判断。“主观的客观解释论”主张优先进行客观解释，其后用主观解释进行限制。而另一种则认为在客观解释之前，首先进行主观解释的判断。如果对“公共空间”优先进行主观解释，即根据法条的语义和立法者原意，其只存在于物理空间，但根据时代的发展所蕴含的价值规范，应将其扩张解释为存在于网络空间。而如果采取“主观的客观解释论”立场，由于网络谣言的危害性，而将“公共空间”的范围扩大到网络空间，同时为了防止无限制地扩大处罚范围，仍然要在法条用语之下进行解释。尽管两种不同的解释方法可能最终结论是一致的，但是，“客观的主观解释论”在根据立法原意无法达成时，采用客观解释，有时反而会导致处罚范围的不当扩大，因为此时的客观解释缺乏其他可以对此进行约束的因素。而“主观的客观解释论”在进行客观解释之后，会用立法原义进行制约，保证不超过文义的最大射程，符合罪刑法定原则的要求，避免不合理的类推解释。因此，笔者认为，对于网络犯罪仍应坚持“主观的客观解释论”。

3.2. 规制平台责任

平台作为网络资源的搭载载体，对网络安全具有不可推卸的管理责任和监管义务。即便是对于元宇宙、ChatGPT 等的刑事规制，背后也是对平台的规制。美国冈萨雷斯诉谷歌案，便涉及到关于言论自由与网络平台的关系³。其中争议条款《通讯规范法》第二百三十条是美国宪法第一修正案关于言论自由内容的延伸，它使互动式计算机服务者免于承担来自第三方内容提供者的责任，通常保护网站不因其他人在网站上发布内容而承担责任。在此案中，这一条款面临着是否应被打破的问题，此条款自通过以来给予互联网平台极大的保护，营造了自由公开的网络环境，但正因如此，使得平台对于在其上散布虚假、

³See *Gonzalez v. Google LLC*, 2F. 4th 871 (2021).

恐怖、暴力等言论的行为也会被免责，然而在网络言论爆发式增长的今天，平台应对发布的内容承担更多的责任。

我国对于网络服务提供者的规制设立了拒不履行信息网络安全管理义务罪。但是，此罪的效果甚微，该罪名自《刑法修正案(九)》新增以来，在北大法宝中以“拒不履行信息网络安全管理义务罪”为案由进行搜索，2018年至今相关判决只有四例。其中两例是关于提供境外联网服务，一例是关于违反实名制管理规定，只有一例是关于致使违法信息大量传播的案例⁴。

拒不履行信息网络安全管理义务罪是一个纯正的不作为犯。一般来说，平台对网络信息内容的审查并不具有积极的义务，而是在“消极”地发现违法信息时负有采取相关措施并报告等义务。监管部门在监控过程中如果发现违法信息可以通知或“责令”相关网络服务提供者采取措施，若其拒不采取措施可追究其刑事责任[18]。

此罪的罪状之一是“致使违法信息大量传播的”。从司法解释上来看，该罪是低于诽谤罪中“情节严重”的入罪门槛的，如致使违法信息实际被点击数达到五万以上就是致使违法信息大量传播，但是同一诽谤信息被点击五千次以上就属于“情节严重”，应当提升此罪的刑罚配置水平，以此来督促平台履行监管义务。

3.3. 提前介入

传统犯罪以实行行为为中心，只有在行为着手之后才对法益有现实的实质性侵害。而借助网络这一媒介，很多行为在预备阶段已经呈现出较大的危害性。传统犯罪的预备行为向实行行为的演进发展往往是呈线性的，遵循着一定的时空条件，把对法益的潜在危害转化为现实侵害。但是得因于网络的技术特性，网络犯罪预备行为可以打破时空以及人数的限制，其向实行行为的发展伴随着犯罪人数指数式的爆发增长，一旦进入实行行为会使结果无法挽回[19]。

网络谣言在各大社交平台上的传播是指数型的增长，再加上网络水军的推波助澜，谣言更是井喷式的漫向社会大众，所以对于有些情况有必要在预备阶段进行提前介入，等到已经实行的时候，短时间内就会造成大规模的蔓延。

4. 结语

已有的网络技术已经让谣言传播速度较之传统的纸媒时代有质的飞跃，而深度合成技术则进一步降低了内容生产的成本，信息内容更加真假难辨。传统的手段应对新型犯罪呈现不足的趋势，对于网络谣言的治理应寻求一些新的治理方式，正如福柯所言“对象变了，范围也变了。需要确定新的策略以对付变得更微妙而且在社会中散布得更广泛的目标……需要建构关于处罚权力的新结构和新技术”[20]。不过，虽然网络谣言在各种智能技术的作用下愈演愈烈，但刑事规制手段仍要慎用，结合民事、行政手段，才能更好地发挥治理网络谣言的作用。

参考文献

- [1] 刘荣. 网络谣言的善治研究[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2019.
- [2] 黄波. 网络传播有害信息的刑法规制[M]. 北京: 知识产权出版社, 2022.
- [3] [日]西田典之. 日本刑法各论[M]. 第6版. 王昭武, 刘明详, 译. 北京: 法律出版社, 2007.
- [4] 刘艳红. 法秩序统一原理下侵害英雄烈士名誉、荣誉罪的保护对象研究[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2021, 39(5): 110-123.
- [5] 尹建国. 基本权利冲突视角下网络虚假、诽谤性有害信息的范围判定[J]. 法学, 2023(1): 65-78.

⁴许华拒不履行信息网络安全管理义务罪，四川省泸州市中级人民法院(2019)川05刑终41号刑事裁定书。

- [6] 李冠煜, 石晓南. 论侵害英雄烈士名誉、荣誉罪的保护法益[J]. 中南大学学报(社会科学版), 2023, 29(2): 70-82.
- [7] 王四新. 网络空间的表达自由[M]. 北京: 科学文献出版社, 2007.
- [8] 左亦鲁. 表达权的边缘与中心[M]. 北京: 社会科学文献出版社, 2020: 51-54.
- [9] 阎国华, 何珍. 公共性与反公共性: 网络空间公共参与的悖论与破解[J]. 理论与改革, 2022(6): 133-146, 161.
- [10] 张明楷. 刑法学[M]. 第6版. 北京: 法律出版社, 2021: 1401.
- [11] 曾粤兴. 网络寻衅滋事的理解与适用[J]. 河南财经政法大学学报, 2014, 29(2): 139-146.
- [12] 薛美琴. 网络造谣犯罪的类案解析及刑法适用研究[J]. 法律适用, 2020(8): 43-54.
- [13] 刘艳红. 网络犯罪的刑法解释空间向度研究[J]. 中国法学, 2019(6): 202-223.
- [14] 马荣春. 论新型犯罪对刑法理论的影响: 以网络犯罪为中心[J]. 学术界, 2022(4): 126-142.
- [15] 王平, 徐永伟. 涉众型网络谣言刑事治理的规范逻辑与责任边界[J]. 宁夏社会科学, 2022(3): 80-89.
- [16] 刘艳红. 实质犯罪论[M]. 第2版. 北京: 中国人民大学出版社, 2022: 100.
- [17] 刘艳红. 网络时代刑法客观解释新塑造: “主观的客观解释论” [J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2017, 35(3): 93-105.
- [18] 苏青. 网络谣言的刑法规制: 基于《刑法修正案(九)》的解读[J]. 当代法学, 2017, 31(1): 15-26.
- [19] 喻海松. 网络犯罪形态的碎片化与刑事治理的体系化[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2022, 40(3): 58-70.
- [20] [法]米歇尔·福柯. 规训与惩罚[M]. 刘北成, 杨远婴, 译. 上海: 生活·读书·新知三联书店出版社, 2019: 94-95.