

编造、故意传播虚假信息罪的司法认定

黄 怡

宁波大学法学院, 浙江 宁波

收稿日期: 2023年3月1日; 录用日期: 2023年3月13日; 发布日期: 2023年5月11日

摘 要

在司法实践中, 司法机关出现对于编造、故意传播虚假信息罪同案不同判的“窘境”, 而笔者将通过对该罪构成要件的剖析以及将该罪与相关罪名进行比较分析, 从而充分明确对该罪的司法认定。进而统一刑事司法标准, 贯彻落实刑法适用平等原则, 即对任何人犯罪, 在适用法律上一律平等。细处着眼于该罪的构成要件, 广处则从编造、故意传播虚假恐怖信息罪、网络寻衅滋事罪着手, 将其相区分的同时指明之后对于三者之间可能的发展趋势。只有通过刑事立法方面的规范落实, 才能促进刑事司法的完善发展。

关键词

虚假信息, 严重扰乱社会秩序, 编造、故意传播虚假信息罪

Judicial Determination of the Crime of Fabricating and Deliberately Spreading False Information

Yi Huang

Law School of Ningbo University, Ningbo Zhejiang

Received: Mar. 1st, 2023; accepted: Mar. 13th, 2023; published: May 11th, 2023

Abstract

In judicial practice, there is a “dilemma” of different sentences for the crime of fabricating and intentionally spreading false information in the same case, and the author will analyze the elements of the crime of fabricating and intentionally spreading false information and make a comparative analysis of the crime and related charges, so as to fully clarify the judicial recognition of the crime.

Then unify the standards of criminal justice, implement the principle of equal application of criminal law, that is, to anyone who commits a crime, in the application of the law is equal. The detailed part focuses on the constitutive elements of the crime, and the broad part starts from the crime of fabricating and intentionally spreading false terrorist information and the crime of picking quarrels and provoking troubles on the Internet. At the same time, it distinguishes them and points out the possible development trend between the three later. Only through the standard implementation of criminal legislation can we promote the perfect development of criminal justice.

Keywords

False Information, Seriously Disturbing Public Order, Crime of Fabricating or Intentionally Spreading False Information

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. 引言

在确定虚假信息一直都存在于我们日常生活之中并对我们造成严重损害的基础之上,认定构成编造、故意传播虚假信息罪中所涉及的传播媒体,不仅包含信息网络这一传播媒体,还包含譬如纸媒、言语中涵盖的虚假内容也是自不待言的。虽然有些情形下可能与其他罪名形成法条竞合的关系,但是随着大数据全媒体时代的到来,互联网本身所具有传播速度快,影响范围广,发表成本低的特点,导致人们在这种空间内对信息甄别真伪的难度加大,并且由于从众心理的作祟,伴随众多不明情理的网友的点赞、评论和转发,扩大其社会影响力造成恶劣的社会舆论氛围,更有甚者会对现实生活造成不可挽回的危害结果。尤其是在重大突发公共事件发生之时,更是给予了虚假信息发酵的契机和培养的温床。加之,公民权利意识的不断觉醒,言论自由的狂热追求也是诱因之一。面对这一严峻形势。在舆情监测的同时,以国家强制力为保障对这类行为加以严厉规制,从而发挥法律的规制作用。当然相应的方式方法更应该需要高度重视,对其认定范围应当控制在适当程度之内,不会造成矫枉过正的现象,最终达到司法最优效果。

2. “虚假信息”的认定

根据《中华人民共和国刑法》第二百九十一条之一第二款规定¹,可见在刑事立法层面中被认定为本罪“虚假信息”的包括虚假的险情、疫情、灾情和警情。对于虚假信息的认定笔者认为应从立法原意出发,揣摩立法目的,概括总结出符合险情、疫情、灾情和警情的共同特征辅佐理解这四种规制对象的延伸概念。

2.1. “虚假信息”的基本特征

对于刑法的解释,便是对刑法条文文义的阐明——险情指向容易产生危险的情况,而该概念的外延具有不确定性和模糊性,甚至可以涵盖所有危险状况,毕竟有时在交通事故现场也不时会出现该词的身

¹《中华人民共和国刑法》第二百九十一条之一第二款,编造虚假的险情、疫情、灾情、警情在信息网络或者其他媒体上传播,或者明知是上述虚假信息,故意在信息网络或者其他媒体上传播,严重扰乱社会秩序的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制;造成严重后果的,处三年以上七年以下有期徒刑。

影，其延伸范围过于广泛，但是结合体系解释和同类并列的方法，本罪中规制的险情应当与疫情、灾情和警情在性质上相一致，具有一定扰乱社会秩序的特性，对于人身也有产生伤害可能性；疫情是指重大传染性疾病，譬如新冠肺炎疫情、非典等；灾情是指与自然灾害相关的情况，譬如地震、台风、海啸、泥石流等；警情是指警务人员接警、出警、处理警务的情形。显然，不管这四种规制对象之间的边界，还是这四种规制对象的外延情形都是具有相当的模棱两可性，这就使得司法机关审判过程中能否归入该法条规制范围，从而适用该法条定罪量刑造成了困扰。

立法上采取列举式规定，列举了“险情、灾情、疫情和警情”四种类型的“虚假信息”。结合立法目的解释、体系解释以及文理解释等解释方法，可以归纳出这四种类型的共有特点为：第一，具有紧迫性，包括发生的突然性和紧急应对性。在民众和国家均未做好准备工作时便袭来，同时需要政府相关部门即刻采取措施应对该虚假信息所指向的情形，此种紧迫性是针对法益侵害而言的，只有对法益保护提出挑战才需要动用刑法的力量。第二，社会关注度较高，这些所规制的对象基本上都与人民生活安全稳定息息相关，涉及重大利益，因此民众对此大都抱有“宁可信其有，不可信其无”的心理状态^[1]，险情、疫情、灾情是切实影响民众的生命安全、财产安全的状况会使得大众产生恐慌，警情则是影响了民众对政府部门，尤指公安行政部门的处事行为，是对政府公信力的冲击。第三，波及范围广，社会危害性严重^[2]。本罪的影响范围为不特定多数人，无法预估其潜在的影响力，这四种信息若真实存在都会对国家、社会和个人法益造成侵害，因此不仅仅是对公民造成现实危害，还包括内心恐慌。换言之，对于以上虚假信息也就不能放任其发酵。基于这些共同特征的浮现，即使险情、疫情、灾情和警情四个之间的含义仍然会有重叠现象出现，但是与一般外界普通信息的区分度还是可见一斑的。

2.2. “虚假信息”的时间维度

在确定真实情况之前，所传播的信息是否均应界定为“虚假信息”，亦即“虚假信息”的时间维度问题是值得探讨的。当真实事实已经存在，之后编造信息伪造相应情形混淆视听的，被认定为“虚假信息”是不证自明的，司法工作人员对其展开认定工作的难度也相对较低，毕竟只需要将所传播的信息与真实情况相对比；反之，面对尚未盖棺定论的事实所陈述的信息是否应当被确定为虚假信息将成为我们讨论的核心。

依据陈文的观点，“与事实真相相悖的信息”是我们对于虚假信息的认知概况，且这种认知与我们的常理认知和专业认知不相关涉，同时，基于认识本身的局限性或信息闭塞、信息交互不到位等原因，对真相的认识往往具有滞后性^[3]。也就是这种天生的滞后性会对我们评判其是否属于虚假信息的属性造成困难。在真实事实未被证实并公布时候，政府依照程序以层级报批的形式对该事实进行反复确定，从程序和实质上确保其经得起历史的推敲和检验。诚然，这样的严密流程会降低产生错误的概率，也能保证得出的信息结论可靠权威，令人信服，但是社会和个人在等待定性结论过程中不免会酝酿出不同的观点陈述，引发激烈的探讨，之后形成舆论风波也只是随着时间推移演变的发展必然。但是其中必定包含理性人做出合乎常理的推论，此常理包括日常生活可得到的准则或者其职务领域内的经验之谈，这种表达就不应被无知地一概认定为虚假信息。

那么，针对在政府、专家、社会力量判断信息真伪期间或者之前发表的言论应该如何界定呢？笔者认为，存在时间差的客观事实造成的难题就应该回归理性人的判断，即不能单纯将该信息与之后政府、专家得出的专业性结论进行比对，而应该同时结合发布信息主体的年龄、职业、学历、发布方式、扩散程度等综合因素来判断该主体的主观目的，毕竟信息在交互过程中必然存在的不对称性是无法避免，既不能苛责于政府，也不能强求民众保持绝对的沉默。换句话说其主观上是否能认定该信息为虚假信息，其发布信息的动机是出于警示作用、揭示真相目的还是单纯的哗众取宠。

2.3. “虚假信息”的扩张程度

虚假信息所规制的信息范围是否仅限于险情、疫情、灾情和警情属于对虚假信息内容扩张程度的把握。对此，郑蝉认为需要被刑法规制的虚假信息为只要达到了严重扰乱社会秩序程度的虚假信息，而对其所属的信息类别在所不问^[4]。在该种观点指引下是对虚假信息进行了扩大解释，其是否构成类推解释，暂时不做讨论。这种囊括了社会方方面面，对虚假信息的概念界定已经超越了本罪规定的四种情形。笔者则持相反的观点，对于虚假信息应局限得限定为险情、疫情、灾情和警情。

首先，经过过往裁判审理总结中，虚假信息主要集中于险情、灾情、疫情和警情中，继而刑法才以修正案的形式进行约束。法律本身具有的局限性是由社会物质发展所制约，过分依赖法律统筹规范各种社会规范行为是理想化的，同时也忽视发挥其他社会规范的调整作用。其次，本罪中在立法时并未添加“等”或者“其他”的字眼来给予扩充的余地，因此从文义解释的角度是欠妥当的。不过目前可以将这种观点作为发展趋势佐以参考，随着犯罪案件样本的增多，其他具有强大传播力的虚假信息涌现，其他同质虚假信息进入审判者、立法者视野，那时再对虚假信息的内涵进行扩大解释也才言之有理。但是在立法层面尚未变动的前提之下，基于本文的主旨是规范司法认定，因此要忠于现阶段的立法规定。刑法中的虚假信息虽然不周延，但也具有其合理性、科学性。既不能将其形同虚设，也不能将之作为包罗万物的容器存在。

在学界中，有些学者会对“谣言”与“虚假信息”二者之间进行比较研究，认为谣言的内涵范围大于虚假信息，或者虚假信息的涵盖对象大于谣言，亦或者谣言与虚假信息的核心相近，二者含义相同。笔者就认为二者只是在表达方式上略有不同，或者说只是刑法条文在表述过程中选用了“虚假信息”这一阐述方式，对于二者进行文义细化切割分析对于司法机关定罪量刑并无帮助的。根据《治安管理处罚法》第二十五条²所述的谣言与虚假险情、疫情、警情属于性质相同的信息而共同规定处置，从这种角度分析谣言确实可以与虚假信息相等同。且谣言的特性——缺乏依据与捏造，恰恰证明了信息的虚假性，从刑法限制角度出发，谣言与虚假信息应当具有同样的内涵与外延^[5]。

3. 严重扰乱社会秩序的认定

在认定是否达到严重扰乱社会秩序的程度时应坚持先客观后主观，最后达到主客观相统一的原则，即客观上该编造、传播行为是否对现实社会造成紧迫危险；同时主观上是否存在故意，继而保持二者之间相统一。

3.1. 先从客观方面着手深入

从客观方面来讨论，在信息网络上编造、故意传播虚假信息的行为可能会造成三个维度上的实际危害结果：第一，该虚假信息自然会造成互联网这个“第二社会”的混乱秩序；第二，在某种程度上会引发群众内心的恐慌；第三，该犯罪行为最终导致现实社会产生了某种现实的、紧迫的、实害的结果。其中我们应着重关注或者说应该作为客观方面危害结果来确定的是第三种结果。因为本罪保护的法益为公共秩序。从某种角度上说，公共秩序应同时具有公共场所性以及社会秩序可维护性。

从公共场所性出发，其包含公共性质和场所性质。从这个方面而言，第二维度中的危害结果便不存在立足之处了，毕竟群众内心的恐慌还是安定都不会表现为公共性质，换言之这种空泛的安全感并不会直接产生公共影响。而马路瑶判定“严重扰乱社会秩序”的标准虽然也有社会恐慌考虑因素穿插，但是其最终落脚点仍然是将该社会恐慌达到现实化后果时，才可评价为“严重扰乱社会秩序”的危害程度^[6]。此外从场所性质分析，针对第一维度网络空间中造成危害的观点，戴锦澍认为，网络空间性不属于刑法²《治安管理处罚法》第二十五条，散布谣言，谎报险情、疫情、警情或者以其他方法故意扰乱公共秩序的。

监管范围,这种虚拟的空间性,实质上是网络工具性的延申;作为一种自下而上的网络空间秩序,其自生自发性决定了应适度介入并以现实的法益侵害为绳尺[7]。依其言,既然“双层社会”理论(犯罪行为在现实与网络之间自由切换[8])中的网络空间已经丧失了被刑法规制的基础,从某种意义上源于其割裂了网络空间和现实空间的联系,也就空有公共性质而缺乏场所性质。因此,无论一味忽视网络空间,将网络仅视为工具存在[9],还是将网络空间的“秩序”,独立于现实空间而存在,将其视为现实空间的一种,都是不可取的。

除此之外,虽然不存在对本罪中“严重扰乱社会秩序”的相关司法解释,但是基于下文认定本罪与编造、故意传播虚假恐怖信息罪之间为并列关系,所以可以参照2013年最高人民法院发布的《关于审理编造、故意传播虚假恐怖信息刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《虚假恐怖信息罪解释》)中第2条中对“严重扰乱社会秩序”的列举性规定³,不难发现其都是立足现实危害,并且分别从对民众直接造成财产损失、人身伤害或者对相关职能部门处置着手,综合判定该行为的社会危害性。综上所述,客观层面应围绕现实公共秩序加以断定危害结果。当然,构造一个刑法制裁网络虚假信息犯罪的双层定量标准体系[10]也逐渐进入学界的视野。

另外,为了进一步确认是否达到这个危害结果需要同时辅助一些判断手段。在现实社会中的危害结果发生后,有时很容易判定其与编造、故意传播虚假信息行为存在联系,但有时二者之间的因果关系是模糊不清的,因此需要通过因果关系的紧密性加以判断,对于因果关系,以条件说为切入点,即第一步,先判断该虚假信息的编造或者传播行为是否是造成该社会危害结果的条件之一;第二步,探索二者之间是否有介入因素的影响,这种介入因素的异常与否以及其对最终危害结果的作用大小将直接决定二者是否存在因果关系的判定。对此笔者认为也不能过宽扩大编造、故意传播虚假信息行为的影响范围,需要根据一般人的一般价值观加以斟酌。另外,也有学者认定行为人行为与严重扰乱社会秩序的结果之间因果关系是将规范层面和价值判断层面相结合考虑[11]。当然实践中会存在“多因一果”的模式,对于“多因”之中,社会成员本身对虚假信息的认知和判断的作用力不可小觑[12]。

3.2. 再从主观方面探讨分析

犯罪主体对其实施的危害行为以及其所造成的危害结果所持的心理态度为犯罪的主观方面,其是追究行为人刑事责任的主观基础。我国刑法坚持以主观罪过责任原则对犯罪进行认定,摒弃了不合时宜的结果责任制度。因为以结果作为定罪量刑的导向时,司法认定时难免会忽略犯罪主体的主观心态,单纯以其所造成的社会危害结果来认定,有失偏颇。

注重主观方面的探究从某种角度上也是对公民言论自由权的保障,明确本罪设定目的并不是防治公民的言论自由权,而是规范公民行使言论自由。权利与义务不能割裂看待而是具有统一性,公民在行使权利的同时,不能忽略其所赋予的自由会相对受到法律的束缚。因此,公民也负有履行法律、行政法规、地方政府规章等规定的义务。尤其是在网络信息化运作,数据以十进制方式流动交汇的时代,匿名社会悄然而至,为自己言论负责的心态受到扭曲。而这种义务的设定何尝不是为了公民更好的行使权利呢?而这天然的统一性,二者相互限定,相互制约,不可分割,也正是法律所具有的特征。延伸至本罪,公民自然拥有表达自己想法和阐明事实的权利,且该种权利是自由的,无需经过他人同意或者批准的,但是为了维持社会稳定,国家安宁,获得更大利益而需要加以限制。

³《最高人民法院关于审理编造、故意传播虚假恐怖信息刑事案件适用法律若干问题的解释》第二条:编造、故意传播虚假恐怖信息,具有下列情形之一的,应当认定为刑法第二百九十一条之一的“严重扰乱社会秩序”: (一) 致使机场、车站、码头、商场、影剧院、运动场馆等人员密集场所秩序混乱,或者采取紧急疏散措施的; (二) 影响航空器、列车、船舶等大型客运交通工具正常运行的; (三) 致使国家机关、学校、医院、厂矿企业等单位的工作、生产、经营、教学、科研等活动中断的; (四) 造成行政村或者社区居民生活秩序严重混乱的; (五) 致使公安、武警、消防、卫生检疫等职能部门采取紧急应对措施的; (六) 其他严重扰乱社会秩序的。

进而从主观方面来分析,本罪并不包含过失心态,而故意包括直接故意和间接故意[13]。行为人实施编造、故意传播虚假信息行为可以通过互联网络传播信息,也可以通过其他媒体扩大影响。若明知该信息本身的虚假性质的情况下进行转发、扩散,其中包括转至朋友圈、微信群、QQ群等私密性聊天交流环境,也包括扩散到微博、博客、短视频软件等公共交流平台都应认定为主观上为直接故意,此时犯罪主体是希望这种危害结果发生。

另外,虽然对于编造行为不明知,但是该信息作为正常理性人稍作分析即可辨别,但仍然加以传播的主观心态属于间接故意,此时,犯罪主体放任危害结果发生,其虽然不积极追求该结果,但是也并不采取相应措施来避免该结果的发生。而对于一般网民的转发行为可以不认定为故意,只是在判断上产生了偏差,若将该转发行为即认定为故意,有违刑法的谦抑性原则。毕竟,目前网民人数逐日增长,而网民的知识储备量参差不齐,特别是面对专业领域问题更是不可能充分的理解。况且,依赖于熟人之间的相互信任,对于转发到微信群、QQ、朋友圈等的信息大多数都会被不假思索地认定为真实可靠,这也是天然的信任使然。当然,也不乏存在寻找共同认同感群体的现象存在。正如哈佛大学教授桑斯坦阐述:“你相信谣言的意愿必然取决于你已有的信息储备。”若将这种一味寻觅认同感即一致观点的人的无意行为,也用刑法加以对待,显然违背了刑法的罪责刑相适应原则,犯罪分子主观恶性与刑罚的判定密切相关,据此推论存在的情况不能感知到行为人的主观上存在恶性时,也就不应将其以犯罪处理对待。

但是,对于有些学者认为应当将明知的范围扩大到其认识主观上明知会造成严重扰乱社会秩序的结果。笔者并不赞同此观点,过度扩张明知的范围不利于司法机关定罪量刑。编造、传播虚假信息的行为并不会必然引发严重的社会混乱情形发生,但是从主观上规制严重扰乱社会秩序这一结果将更加难以判断,还是将严重扰乱社会秩序作为客观方面进行规制更具合理性。

4. 编造、故意传播虚假信息罪罪数的认定

4.1. 与编造、故意传播虚假恐怖信息罪的区别

与编造、故意传播虚假恐怖信息罪相比较,从构成要件着手分析,二者只有在犯罪客体方面存在差别,进一步发现是二者的规制对象,即虚假信息的内容界定上有所不同。

与上文界定虚假信息相结合,通过文义解释的方式来琢磨,虚假恐怖信息富有其独特的恐怖色彩。依据《刑法》第291条之一规定,虚假恐怖信息包括爆炸威胁、生化威胁、放射威胁等虚假恐怖信息。与本罪规制的虚假信息不同的是,在立法中虚假恐怖信息存在的“等”常引起广泛的热议——第一,对于虚假恐怖信息作列举后煞尾的理解,即在规定的爆炸、生化、放射威胁后仍然包含同种性质的虚假恐怖信息;第二,虚假恐怖信息应作列举穷尽式的解释,即该罪中规制对象仅限于刑法明文规定的爆炸、生化、放射威胁等虚假恐怖信息。

笔者更倾向于该“等”属于列举后煞尾的理解。恐怖信息不仅仅包含规定的类别,同时最高人民法院和最高人民检察院也多次出台司法解释对虚假恐怖信息的外延进行扩充,另外,加“等”这一词本身就体现保护范围的开放性而非封闭性,可见对其作扩大解释是符合立法目的的。在此基础之上,虚假恐怖信息虽然不限于明文指出的爆炸、生化、放射威胁等信息,但是所能囊括的对象范围至少也要与这三类信息具有同等性质,即同样具有恐怖性、危害性、灾难性以及影响广泛性的特征,这也遵循了同类解释的原则。

从恐怖性特质方面,可以区别部分虚假恐怖信息与虚假信息。但是由于存在司法解释规定的冲突导致仍然存在二者适用上的难以辨别。根据《虚假恐怖信息罪解释》第六条规定、将重大灾情、重大疫情等划归为虚假恐怖信息的规制体系之中,从而与虚假信息规制的疫情有了表面上的重合。对此也就存在

两种解读,其一,虚假恐怖信息与虚假信息是交叉重叠的关系,前者的范围包含后者所涵盖的信息内核。其二,虚假恐怖信息与虚假信息之间是并列关系,二者在概念上并无交集,也就不存在认定上的竞合。

笔者秉持立法严谨的态度,认为同样被规定在《刑法》第 291 条之一的两个罪名中的不同虚假信息由于在虚假的程度或者是内容上存在重大区分度,使得二者之间更应该被认为并列关系。针对《虚假恐怖信息的解释》中的划分是在特定时期为了顺应特定时代要求,当时并未增设编造、故意传播虚假信息罪,对于重大灾情和重大疫情缺乏处罚基础,导致司法实践举步维艰,是历史的产物。而《刑法修正案(九)》是 2015 年 8 月应社会出现的新情况、新问题、新犯罪的需求由全国人大常委会表决通过的。根据上位法优于下位法,新法优于旧法,理所当然应依据《刑法修正案(九)》中的规定,将编造、传播虚假灾情、疫情的行为以本罪规制。若从量刑角度考虑,二者并非相差甚远,由编造、故意传播虚假信息罪本身也具有合理性。在新型冠状病毒肺炎疫情防控期间出台的《关于依法惩治妨害新型冠状病毒感染肺炎疫情防控违法犯罪的意见》中重申了对编造、故意传播虚假信息罪的适用,而并未提及在此次重大疫情中适用编造、故意传播虚假恐怖信息罪,司法机关对此的态度显而易见。

另外,若确实认为一旦虚假疫情具备恐怖信息本质特征便属于“虚假恐怖信息”,涉嫌编造、故意传播虚假恐怖信息罪^[14],也就是区分何为重大灾情、重大疫情,即使是持有此种观点也提出应严格认定,防止扩大认定的负面影响^[15]。但是究竟何为一般灾情、普通疫情,笔者认为这会给司法机关徒增困难,因为这不能仅仅依靠司法机关所具备的法律专业知识加以断定,而要依靠相关地质知识、医学知识乃至卫生管理条例等进行比对分析。以疫情为例,疫情是具有传染性、变化性的疾病,它的发展并不都是爆发式的,也不是稳定不变的,即使是新型冠状病毒肺炎疫情也有一定的渐进发展演变过程,那么是否应当再次区分一个疫情不同发展阶段的不同虚假信息究竟为何种性质呢?经过正反推理的结果便是将虚假恐怖信息与虚假信息交叉重叠看待并不合理,二者有各自归属的规制领域范围应当并列处置。

4.2. 与网络虚假信息型寻衅滋事罪的区分

2013 年出台的司法解释⁴使得编造、故意传播虚假信息罪与网络虚假信息型寻衅滋事罪产生关联性,也就有了探讨的必要。正如,朱某某伙同郝某某、李某某为获得政府拆迁补偿,遂决定以共同制作燃烧瓶,使用手机录制视频通过网络传播途径给政府造成负面影响的方式,意图向政府施压,从而从中获利⁵。在该判决书中,司法机关认定为寻衅滋事罪。但是对此学界便产生不同的看法。

对于相关案件两罪之间的认定,学界存在“并行适用论”和“否定论”两种针锋相对的理论学说。“并行适用论”认为《刑法修正案(九)》中增设的编造、故意传播虚假信息罪中规制对象仅仅为险情、灾情、疫情和警情,另外具有恐怖性质的虚假信息也由编造、故意传播虚假恐怖信息罪加以规制,这中间空缺的虚假信息内容则应当顺势由网络寻衅滋事罪补上缺位。二者的法条关系类似于特别法之于一般法。相对的“否定论”坚持自从《刑法修正案(九)》增设了编造、故意传播虚假信息罪后,作为“兜底性”条款而存在的网络寻衅滋事罪便应该退出历史舞台。笔者综合看待此问题,对此分为两个时间段来解读,在现阶段笔者赞同“并行适用论”的看法,而对于日后的解释趋势笔者更倾向于“否定论”的观点。

首先,从刑法条文本身出发,本罪中在规制对象——险情、灾情、疫情和警情之后并未加上“等”这个表示列举的标志,因此司法机关应该限制理解。诚如上文所述,除去这四类的虚假信息较少编造、传播亦或者较少产生严重扰乱社会秩序的后果,但是也不乏有这种虚假信息的存在。此时就有网络寻衅滋事罪出场的必要了。另外,二者在法条表述上存在些许差别——网络寻衅滋事罪更强调“起哄闹事”

⁴《关于办理利用信息网络实施诽谤等适用法律若干问题的解释》第 5 条第 2 款规定:编造虚假信息,或者明知是编造的虚假信息,在信息网络上散布,或者组织、指使人员在信息网络上散布,起哄闹事,造成公共秩序严重混乱的,依照刑法第二百九十三条第一款第(四)项的规定,以寻衅滋事罪定罪处罚。

⁵参见黑龙江省七台河市人民法院(2018)黑 0903 刑初 87 号判决书。

这个构成要素[16],因此对于朱某某的司法判决从这个角度来看也具有其合理性。也有学者将虚假疫情信息和虚假疫情相关信息相区分,关于疫情本身的谣言应以编造、故意传播信息罪认定,而仅仅是与其相关的信息则应以网络寻衅滋事罪定罪处罚[17]。

但是从深远的角度考虑,网络寻衅滋事罪有“口袋罪”的嫌疑,所以还是需要日后加强立法解释或者司法解释的途径来规范适用编造、故意传播虚假信息罪。对此从以下方面来说明:其一,从法律位阶角度出发,规定网络寻衅滋事罪的法律依据为两高联合出台的司法解释,而编造、故意传播虚假信息罪则是由刑法典以修正案的形式加以增设,司法解释不得与全国人大制定的法律相抵触,由司法解释来规定、增设某一罪名或者扩充某一罪名内涵信服程度更低。其二,纵观刑法规定,特别法与一般法相比较,其适用的刑罚一般都会更加严苛,但是,网络寻衅滋事罪则比编造、故意传播虚假信息罪处罚更为严厉,这有违一般法理。正如姜瀛所指在增设编造、故意传播虚假信息罪后,网络虚假信息型寻衅滋事罪在司法实践中应自动停止适用[18]。从刑法分则类型化构成角度来分析,时斌也认为如果能通过类型化方法改造现有罪名,将同一类型行为囊括在一个罪名之下,就完全没有增设新罪名的必要性[19]。虽然时斌讨论的并不是网络寻衅滋事罪的存废问题,但是二者异曲同工。同时,这也是简化寻衅滋事罪本身的一种途径[20]。

已经确定编造、故意传播虚假信息罪和网络寻衅滋事罪属于兜底性条款和专用条款的关系,试想,如果通过司法解释所确立的“网络虚假信息型寻衅滋事罪”具备正当性,完全没有必要重复立法增设一个规制范围相对更小的新罪名[21],并且在这一罪名之下在将来可以通过立法解释等途径对虚假信息扩大解释从而涵盖空缺客体,使得其具备类型化特征,依据此理网络寻衅滋事罪也就没有规制该类客体,泛泛而规的必要了。不过,无论是“并行适用论”,还是“否定论”都不同程度的强调扩张本罪中虚假信息的内涵界限,只是其扩大程度参差不齐亟待刑法解释做到统一规定。

5. 结论

通过本文对编造、故意传播虚假信息罪的解剖,对该罪中包含的模糊法律用语进行探讨,从司法机关角度出发,其基本工作为对犯罪主体进行定罪量刑,以定何罪、是否达到该罪标准为出发点。首先,笔者认为针对网络虚假信息型寻衅滋事罪这个“口袋罪”已经不再适应这个社会时代的变迁,在立法上也无其存在必要性,因此在司法实践中司法机关应尽量避免对网络虚假信息型寻衅滋事罪的适用。其次,通过对虚假信息本身概念的界定来细化区分编造、故意传播虚假信息罪和编造、故意传播虚假恐怖信息罪。最后,辅助“严重扰乱社会秩序”中主客观相统一的判断原则,确定是否造成对现实社会空间的实害结果。简而言之,结合多方认定标准和方式,摒弃以往笼统、抽象的认定方式,便于司法机关进一步实践操作。不再是以司法机关工作人员的主观心证来发挥其自由裁量权,而是以标准化的统一认定方式精准打击该类犯罪,支持司法机关在法治轨道上充分施展其应有的作用。

参考文献

- [1] 李永升,张楚.公共事件网络谣言的刑法规制[J].理论月刊,2016(8):163-168.
<https://doi.org/10.14180/j.cnki.1004-0544.2016.08.028>
- [2] 哈书菊,张淇.新媒体下的虚假信息犯罪[J].知与行,2016(5):96-100.
<https://doi.org/10.19309/j.cnki.zyx.2016.05.019>
- [3] 陈文.论重大灾害事件中的网络谣言传播及法律应对——以新型冠状病毒肺炎疫情为例[J].北方法学,2020,14(5):80-90.
<https://doi.org/10.13893/j.cnki.bffx.2020.05.008>
- [4] 郑蝉.编造、故意传播虚假信息罪的司法适用[J].中国检察官,2020(12):51-55.
- [5] 廖灵莉,凌晶.网络谣言的刑法规制——以编造、故意传播虚假信息罪为视角[J].对外经贸,2018(6):132-133+146.

- [6] 马路瑶. 编造、故意传播虚假信息罪中“严重扰乱社会秩序”的认定标准探析[J]. 西部法学评论, 2019(3): 68-77.
- [7] 戴锦澍. 编造、故意传播虚假信息罪的处罚基础——检视“严重扰乱社会秩序”认定标准[J]. 公安学刊(浙江警察学院学报), 2019(5): 68-76.
- [8] 黄本超. 以“双层社会”为视角的自媒体谣言刑法规制研究[J]. 辽宁公安司法管理干部学院学报, 2017(3): 58-61.
- [9] 敬力嘉. 论编造、故意传播虚假信息的刑法规制——虚假疫情信息依法从严治理[J]. 中国西部, 2020(3): 106-111.
- [10] 殷勤. 网络谣言的犯罪化及其限度——以刑法修正案(九)编造、故意传播虚假信息罪为依据[J]. 人民司法(应用), 2016(1): 60-64. <https://doi.org/10.19684/j.cnki.1002-4603.2016.01.013>
- [11] 李中华, 王欢欢, 李思博. 编造、故意传播虚假信息罪的认定[J]. 人民司法, 2020(11): 25-29. <https://doi.org/10.19684/j.cnki.1002-4603.2020.11.007>
- [12] 白雪婷, 徐艺津. 对编造、故意传播虚假信息罪的法益解读[J]. 法制博览, 2017(6): 131-132.
- [13] 金经纬. 编造、故意传播虚假信息罪主观方面探析[J]. 黑龙江省政法管理干部学院学报, 2016(5): 27-29.
- [14] 翟慎海. 疫情防控背景下编造、故意传播虚假信息行为的刑法规制[J]. 河南司法警官职业学院学报, 2020, 18(2): 67-71.
- [15] 莫洪宪. 重大疫情防控中信息犯罪的刑事规制边界[J]. 人民检察, 2020(7): 10-13.
- [16] 张磊, 俞小海. 利用信息网络实施寻衅滋事犯罪中“编造虚假信息”的界定[J]. 中国检察官, 2020(18): 70-73.
- [17] 欧阳本祺. 疫情期间刑法对谣言的合理界定[J]. 人民检察, 2020(7): 5-9.
- [18] 姜瀛. 从“网络寻衅滋事罪”到“编造、故意传播虚假信息罪”——适用关系、优化路径与规制场域[J]. 法治现代化研究, 2019, 3(2): 119-129.
- [19] 时斌. 编造、故意传播虚假恐怖信息罪的制裁思路——兼评刑法修正案(九)相关条款[J]. 政法论坛, 2016, 34(1): 93-102.
- [20] 张天姝. 新媒体背景下网络谣言的产生原因及刑法规制探析[J]. 西部学刊, 2019(10): 130-134.
- [21] 姜瀛. 网络寻衅滋事罪“口袋效应”之实证分析[J]. 中国人民公安大学学报(社会科学版), 2018, 34(2): 106-113.