

网络谣言如何扰乱了公共秩序？

——兼论网络谣言型寻衅滋事罪的理解与适用

卢恒飞*

目次

- 一、问题的提出及症结所在
- 二、认定网络空间属于公共场所是尚属合理的扩大解释
- 三、公共秩序的具体内涵是指公众生活的平稳与安宁
- 四、网络空间秩序不属于公共秩序范畴
- 五、结语

摘要 以寻衅滋事罪规制网络谣言是对传统观念的突破,寻衅滋事罪所具有的口袋罪特征使应对网络谣言的刑事法网几乎密不透风,存在侵犯公民言论自由的危险,对此应当合理地理解和适用。将网络空间认定为公共场所尚属合理的扩大解释,但是不能据此认为网络空间秩序属于公共秩序。公共秩序是指公众生活平稳和安宁的状态,公共秩序严重混乱是指公众日常生活被迫中断或不能正常进行的状况。网络空间仅在信息传播意义上是公共场所,但网络空间秩序、道德秩序以及国家形象都不属于公共秩序范畴。

关键词 网络谣言 网络秩序 寻衅滋事 公共场所 公共秩序

一、问题的提出及症结所在

2013年8月21日,秦志晖(网名“秦火火”)、杨秀宇(网名“立二拆四”)等人因散播网络谣言而被以涉嫌寻衅滋事罪刑事拘留。^{〔1〕}此报道一出,舆论一片哗然,引起了广泛的争议。以往聚焦在

* 华东政法大学2012级硕士研究生。

〔1〕 刘军涛:《公安机关打击网络有组织制造传播谣言等违法犯罪》,载人民网(<http://society.people.com.cn/n/2013/0821/c223276-22637420.html>),最后访问时间2013-08-21)。

公众视野下的“跨省追捕”案例也是冠以公众尚能理解的侮辱、诽谤罪等罪名,而以寻衅滋事罪追究网络造谣的行为至少是对传统观念的一种突破。支持者认为,“互联网是一个虚拟的空间,具有很强的包容性;互联网更是现实生活的延伸,是人们社交生活的一部分……对他人造谣中伤构成了诽谤,有的无端攻击政府机关、社会团体,涉嫌寻衅滋事”。〔2〕反对者则认为,认定网络造谣构成寻衅滋事罪是一个“法律上的突破”,“公安机关的这一做法(将互联网纳入公共场所)不仅突破了‘公共场所’的规定,更是‘突破了罪刑法定原则’,突破了法制的底线”。〔3〕2013年9月7日最高人民法院、最高人民检察院联合颁发《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》(法释〔2013〕21号)(以下简称《解释》),对利用信息网络编造、散布虚假信息的行为,分别从诽谤、寻衅滋事、敲诈勒索、非法经营等犯罪方面进行全面规制。其中第5条规定:“利用信息网络辱骂、恐吓他人,情节恶劣,破坏社会秩序的,依照刑法第二百九十三条第一款第(二)项的规定,以寻衅滋事罪定罪处罚。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。”(笔者称之为“网络谣言型寻衅滋事罪”)至此,以寻衅滋事罪处理网络造谣行为变得“有法可依”。

《解释》最大的问题不在于对侮辱、诽谤以及敲诈勒索等罪名的细化规定——这些细化规定本身并未改变个罪的构成结构,而在于将理论上备受诟病的寻衅滋事罪引入了网络谣言的治理,从而形成了一个几乎密不透风的应对网络谣言的刑事法网:作为一个口袋罪的寻衅滋事罪可以无所不包地将网络谣言一网打尽,形成对言论自由不当的压制。这是《解释》潜在的最大危险。例如,2013年8月26日,河北清河县网民赵某在当地贴吧发帖:听说娄庄发生命案了,有谁知道真相吗?警方竟以严重扰乱了当地公共安全秩序为由,给予赵某行政拘留5日的行政处罚。这一发生在《解释》出台之前的案件在现在完全可能构成寻衅滋事罪,这是因为我国刑法与行政法的衔接与区分的基础并不是行为的“质”,而是行为所造成的社会危害性的“量”,行政违法与刑事犯罪之间“只是社会危害性程度不同而已”。〔4〕从媒体曝光的案例看,网络造谣行为更多的是以抽象的“扰乱公共秩序”为由进行行政处罚或追究刑事责任,而如何衡量社会危害性的量则完全取决于办案人员的裁量,如此一来,网络上所调侃的“一句话即犯罪的时代”似乎也并非危言耸听。

另一方面,对裁量尺度把握的不同也会成为选择性执法的保护伞,使司法公信力遭受质疑和挑战。例如,2013年7月21日,歌手吴虹飞因在个人微博上发帖称“想炸建委”,被北京警方处以行政拘留。与此不同的是,2013年9月30日,刘某因对医疗事故处理不满在微博上扬言要炸地铁而以“扰乱公共秩序”为由被刑事拘留,后因检察院不予批捕而以情节显著轻微为由决定撤案。再如,2013年8月23日,浙江上虞发生车祸,7人死亡,次日冯某在当地论坛发帖称“死亡9人”,被警方以“虚构事实扰乱公共秩序”行政拘留5天。相反,2013年8月27日,安徽砀山网民于和玉在个人微博上发帖将一起10人死亡车祸描述为16人死亡,被砀山公安局做出行政拘留5日的处罚。5天后,砀山县公安局发微博称,此处罚不妥,已决定撤销对其做出的行政处罚决定,并对于和玉及其家属表示歉意。从这些情况相似处理却完全不同的真实案例似乎可以得出这样一个结论:是否扰乱了公共秩序完全由办案机关说了算。这显然是让人难以接受的。人们不禁要问:网络谣言如

〔2〕 李思辉:《向网络造谣传谣者亮剑》,载《湖北日报》2013年8月22日,第4版。

〔3〕 佚名:《为什么网络造谣不能适用寻衅滋事罪》,载中华网论坛(<http://club.china.com/baijiaping/gundong/11141903/20130826/18014814.html>,最后访问时间2013-10-23)。

〔4〕 李洁:《罪与刑的立法规定模式》,北京大学出版社2008年版,第25页。

何扰乱了公共秩序?散布谣言本身是否即意味着扰乱了公共秩序?扰乱公共秩序究竟是行为属性还是结果属性?仅仅以“扰乱公共秩序”这种简单抽象的暴力式的语言作为处罚行为人的理由是否妥当?

事实上,最高法也很快认识到了《解释》执行中的偏差和问题,并于9月27日联合最高检、律协等单位对相关问题进行解答,表示“已经对地方法院进行指导,并提出严格要求,将进一步统一执法标准,规范执法行为,并发布典型案例,进行有针对性的指导和规范”。^{〔5〕}对此《人民日报》有个专门的说法:“经是好经,可惜让歪嘴和尚给念歪了。”^{〔6〕}问题在于,现实中是怎样将这个经念歪的?如何才能念好这本经?换言之,实践中应如何理解和适用《解释》规定的网络谣言型寻衅滋事罪?我们不妨以《解释》出台后的“第一案”——甘肃张家川初中生发帖涉嫌寻衅滋事罪被刑拘一案看看现实中是如何念这本经的。

2013年9月12日,张家川县张川镇发生一起意外死亡案件。经张家川县公安局现场勘查、调查取证、尸体检验,认定排除他杀,死者高某系高坠致颅脑损伤死亡。9月14日、15日,网名为“骚年少玩杜蕾斯”“辉哥”的杨某(16岁,系某中学初三学生)就高某意外死亡先后多次通过QQ空间、腾讯微博编造虚假信息质疑高某死因,并发布“警察强行拘留死者家属”“必须得游行了!”等攻击政府的煽动性言论。其编造的虚假信息被大量转发,当日,杨某因虚构事实扰乱公共秩序涉嫌寻衅滋事罪被依法刑事拘留。在社会公众以及媒体的强烈质疑和关注下,次日杨某即被警方撤销刑拘而释放。^{〔7〕}

公众及媒体的质疑归结到一点就是:杨某的行为如何扰乱了公共秩序?警方的办案思路无非是:根据《解释》第5条规定,编造虚假信息在网络上散布,起哄闹事,造成公共秩序严重混乱的,以《刑法》第294条第1款第4项规定的“在公共场所起哄闹事,造成公共场所秩序严重混乱的”寻衅滋事罪处罚,杨某在网络上编造散布虚假信息,发表攻击政府的煽动性言论,就是在公共场所起哄闹事,扰乱了网络秩序,造成了公共秩序的严重混乱,因此杨某构成寻衅滋事罪。从逻辑上分析,警方的办案思路至少存在以下三个具体问题值得探讨,也是实践中出现偏差的症结所在:1.网络空间是否是公共场所。认定网络造谣构成寻衅滋事罪的前提就是将网络认定为属于公共场所,这种认定是否如上文某些论者所指出的那样违反了罪刑法定原则,突破了法制的底线?2.作为寻衅滋事罪客体的“公共秩序”的内涵如何界定。现实中办案人员动辄对网络造谣行为冠以“扰乱公共秩序”之名,然而公共秩序的具体内涵是什么?网络谣言又是如何扰乱了公共秩序?3.网络空间秩序是否属于公共秩序的范畴。上文提到的“秦火火”等正是以“严重扰乱网络秩序”为由而以涉嫌寻衅滋事罪被刑拘的,问题在于,网络秩序究竟指什么?网络空间秩序是否属于公共秩序的范畴?这三个问题正是理论上争论的焦点,也是正确理解和适用网络型寻衅滋事罪的关键。

二、认定网络空间属于公共场所是尚属合理的扩大解释

从传统观念理解,公共场所只能是现实中的场所。根据《公共场所卫生管理条例》,公共场所

〔5〕 佚名:《最高法:网络诽谤司法解释执行有偏差 “500次”并非打击转发人》,载观察者网(http://www.guancha.cn/society/2013_09_27_175140.shtml,最后访问时间 2013-10-23)。

〔6〕 范正伟:《依法治网要警惕“歪嘴和尚”》,载《人民日报》2013年9月25日,第5版。

〔7〕 佚名:《甘肃张家川“少年发帖”被拘始末》,载华商晨报电子版(http://news.liaol.com/epaper/hsch/html/2013-09/26/content_346436.htm,最后访问时间 2013-10-24)。

是提供公众进行工作、学习、经济、文化、社交、娱乐、体育、参观、医疗、卫生、休息、旅游和满足部分生活需求所使用的一切公用场所及其设施的总称。《刑法》第 291 条聚众扰乱公共场所秩序、交通秩序罪以及“两高”2013 年 7 月发布的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理寻衅滋事刑事案件适用法律若干问题的解释》对公共场所作了列举,包括车站、码头、民用航空站、商场、公园、影剧院、展览会、运动场或者其他公共场所。无论是从一般人的理解,还是从现有规范性文件看,虚拟的公共空间都不属于公共场所。正如上文指出,认定散播网络谣言行为构成寻衅滋事罪、网络属于公共场所至少在公众传统观念上是一种突破。但是这种突破是否就当然违反罪刑法定原则而突破了法制的底线呢?对此,有论者认为,这是“一种相对合理的扩张解释,没有违反罪刑法定原则,是可以接受的”。^{〔8〕}相反观点则认为,公共场所必须是“现实的三维空间”,“网络实际上根本不是什么空间,而只是一种传播和存储信息的载体。当我们说一块硬盘的存储‘空间’有多大,我们只是说它存储数字信息的容量有多大,而不是说在它的内部,存在着一个不同于现实的三维空间的另一空间”。^{〔9〕}笔者认为,认定网络空间属于公共场所是尚属于合理的扩大解释,并不违反罪刑法定原则。理由有如下几点:

其一,将公共场所扩大解释为包括网络空间是现实的需要。当今社会信息网络已经成为人们的一个生活平台,网络使信息的传播变得前所未有的方便和快捷。在虚拟的网络空间内,人们可以进行信息的交换和思想的交流,在这一点上,网络空间和现实中的公共场所一样,而且比传统公共场所传播的范围更加广泛、速度更快。网络不仅使信息传播更加便捷,在“信息流瀑”“群体极化”和“偏颇吸收”等心理效应下,使信息接受者更容易接受信息的内容,^{〔10〕}无论信息内容真实与否,都会被人们当作真实的信息接受,人们以所接受的信息为基础决定为或不为一定的行为,从而严重扰乱公共秩序。例如,神木“7·15”群体性事件正是网络谣言传播的结果。^{〔11〕}然而我国刑法并没有规定造谣罪,仅仅是行政处罚显然不足以遏制网络谣言的传播,期望通过修改刑法进行规制显然也不能解决当下面对的问题。另一方面,网络空间传播信息与在实体公共场所传播信息(起哄闹事)在行为上具有同质性,在此意义上网络空间具有公共场所的属性,将网络空间认定为公共场所并无不当。

其二,作为成文法载体的语言本身具有模糊性,由语言构成的法律规则也具有模糊性,哈特称之为法律的“空缺结构”,对此他提出了“意思中心说”。“他认为,构成规则的日常语言既有‘意思中心’也有‘开放结构’。意思中心,是指语言的外延涵盖具有明确的中心区域,在这里人们不会产生歧义。所谓开放结构,是指语言的外延涵盖具有不确定的边缘区域,在这里,人们常常易产生困惑或争议。”^{〔12〕}而法律用语的真实含义只有在具体案件中才能发现,语言的这种开放结构只能通过实践中不断出现的真实案件去填补,这个过程中难免会突破传统观念。例如,司法实践中曾经将

〔8〕 曲新久:《一个较为科学合理的刑法解释》,载《法制日报》2013 年 9 月 12 日,第 7 版。

〔9〕 张雪忠:《一个较为科学合理的刑法解释?——与曲新久教授商榷》,载陈光武律师博客(http://blog.sina.com.cn/s/blog_63aeaff70102eg54.html,最后访问时间 2013-10-23)。

〔10〕 参见[美]卡斯·R.桑坦斯:《谣言》,张楠迪杨译,中信出版社 2010 年版,第 98 页。

〔11〕 该案基本案情:2013 年 7 月 12 日,一条内容为“神木经济一落千丈,神木人民人人要账,三角债务你拖我拖,现任领导要跑神木不得解放,定于 15 日上午 10 时在广场集会”的信息在神木县的微博、贴吧等平台上热传。7 月 15 日,部分民众陆续到县政府聚集,形成群体性事件。7 月 16 日官方表示此系网络散布谣言引发的一起群众聚集事件,4 名嫌疑人被当地警方拘留。详见新浪网(<http://news.sina.com.cn/c/2013-07-16/222427686748.shtml>,最后访问时间 2013-07-16)。

〔12〕 梁晓俭、宫燕明:《哈特法律规则说的解释学研究》,载《法学》2003 年第 3 期。

向同性提供性服务认定为属于《刑法》第358条规定的“卖淫”行为,这显然也超出了传统观念的理解,但是仍能够为公众所接受。

其三,从方法论上讲,概念法学的理想——借抽象的概念来确定规范的构成要件,在此基础上形成一个封闭的法律体系,法律的适用只是由法官进行简单的“涵摄”——即使在其鼎盛时期也被证明是不可能的。现代方法论上,类型化思考方式被引入到包括社会学、法学等诸多学科中。“借助定义,概念可被确定到如下程度:‘当且仅当’该定义的全部要素在具体事件或案件事实全部重现时,概念始可适用于彼。这不适用于类型。为描述类型而提出的各种因素不需要全部出现,它们也可以多少不同的程度出现。通常它们可以有不同的强弱阶段,而且在一定的范围内可以彼此交换。”^[13]基于类型化的思考方式,“实体三维空间属性”只是“公共场所”这个规范概念的一个要素,在某些具体场合其完全可能不出现,只要某事物具备了公共场所的“公共属性”“信息传播属性”等其他要素,仍可将其归为公共场所这一类型。

其四,将网络空间认定属于公共场所并不违反罪刑法定原则。罪刑法定原则要求禁止类推解释,对刑法文字的解释不能超过其本身可能具有的含义。但是,刑法的文字一经确定,即具有客观的含义,“刑法是成文法,它通过语词表达立法精神与目的,因此,解释者应当通过立法者所使用的语词的客观意义来发现立法精神与目的”。^[14]对于公共场所的理解,不能拘泥于立法时所理解的公共场所的含义,将公共场所局限于现实社会中的公共场所。德国联邦法院曾经将携带盐酸抢劫认定为携带武器抢劫,从传统意义上理解,盐酸与武器很难在一般人的思维中产生关联,但是在携带盐酸抢劫中,盐酸具有了武器一样的危险性,在此意义上盐酸就属于武器。^[15]这种逻辑思路是:从一般意义上理解,A事物并不属于B事物的一种(盐酸不是武器),但是在某种场合B事物的某一要素(危险性)具有与A事物主要属性同样的决定性意义时,在该具体场合可以认定为A事物是B事物的一种(盐酸是武器)。同样的道理,一般意义上网络空间并不是公共场所,但网络空间在信息传播意义上具有公共场所属性,在这一特定意义上网络空间属于公共场所,而且在网络如此普遍的社会将网络空间认定为公共场所并不会超出一般人的预测可能性。因此在信息传播意义上将网络空间认定为公共场所属于扩大解释,而非罪刑法定原则所禁止的类推解释。

需要指出的是,将网络解释为公共场所的主要原因还是现实的需要,其虽然符合刑法基本原理,但由于对传统观念的突破,仍不免引发各种质疑,因为对刑法用语做出突破传统观念的解释不可避免地形成与罪刑法定原则的紧张关系,这也是反对者对《解释》扣上“违反罪刑法定原则”的原因。笔者虽然同意这样的观点:对刑法用语的解释并非只能是进行平义的解释,逻辑的合理性也并非都优于实质的合理性,在不超出构成要件可能范围的情况下对刑法用语做出突破文义性的扩大解释在特定情况下也是“合理”的。^[16]但是从保障个人自由的角度看,这种对传统文义的突破仍然体现着国家权力扩张的冲动,即使能够为公众所接受,其中蕴含的国家权力扩张的危险对法治国的根基带来的潜在威胁仍然值得警惕。正是基于此,笔者强调其为“尚属合理”的扩大解释,这样的解释并不违反罪刑法定原则,但也不值得提倡,而只能作为权宜之计谨慎地适用。上述将“盐酸”解释为“武器”的判例在德国也受到各种批判,最终不得不通过修改立法来消除对类似判决的质疑,这种做法值得我们借鉴。

[13] [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2004年版,第100页。

[14] 张明楷:《刑法分则的解释原理》,中国人民大学出版社2011年版,第29页。

[15] 参见[德]阿图尔·考夫曼:《法律哲学》,刘幸义译,法律出版社2011年版,第87~96页。

[16] 参见张明楷:《实质解释论的再提倡》,载《中国法学》2010年第4期。

三、公共秩序的具体内涵是指公众生活的平稳与安宁

根据《解释》规定,“造成公共秩序严重混乱”是成立寻衅滋事罪的结果要件,但是认定“公共秩序严重混乱”并无规范标准,上文所述的“听说姜庄命案”以及现实中发生的“歪曲狼牙山五壮士”^[17]等案件显示出了实践中对公共秩序理解和认定的差异。公共秩序是否被扰乱在很大程度上还要靠办案机关的主观判断,而自从打击网络谣言的行动开始以来,“主观判断”所展现的差异已经非常清晰,擅断的案件也不乏其例。公共秩序的抽象性是导致这种情况的重要原因,要解决这一问题,首先必须确定公共秩序的具体内涵。

寻衅滋事罪之所以被视为口袋罪而备受诟病,很重要的一个原因就是其结果要件不明确,“温岭虐童案”“假和尚把妹案”起初都以寻衅滋事罪定性的现实案例是现实中办案人员对公共秩序理解混乱的真实写照。^[18]虽然《刑法》第293条对寻衅滋事罪罪状的规定使用了“破坏社会秩序”的用语,但一般认为,寻衅滋事罪的客体是公共秩序而非广泛意义上的社会秩序。这是因为社会秩序是抽象的概念,刑罚惩罚的根本目标就是保障社会秩序,^[19]任何犯罪甚至任何违法行为都会破坏社会秩序,这种抽象意义的社会秩序显然不适合作为具体个罪的客体。《刑法》分则第6章“妨害社会管理秩序罪”原本就带有兜底的性质。就分则其他章节而言,或者是依照同类客体进行建构,或者是依据犯罪主体的身份进行建构(当然一定意义上也可以认定为特殊的主体身份与客体具有天然的联系),而第6章下属的罪名显然十分庞杂。各节罪名侵犯的法益迥然不同,譬如“妨害司法罪”与“制作、贩卖、传播淫秽物品罪”显然不存在任何关联性。但最终都放置于一章中,迫不得已将章名设定为“妨害社会管理秩序罪”。其实未尝不可说所有的犯罪都是违反了社会管理秩序。当然,正常的秩序又可以分为对公共的管理秩序和对个人的管理秩序。第6章第1节显然是针对公共的管理秩序,这从节名——“扰乱公共秩序罪”——就可见一斑。

刑法理论一般认为,公共秩序是指社会公共生活依据共同生活规则而有条不紊进行的状态,既包括公共场所的秩序,也包括非公共场所人们遵守公共生活规则所形成的秩序。^[20]然而,公共秩序仍然是一个十分庞杂的概念。只要进入公共领域的事务都存在一个公共秩序问题。譬如,宏观上可以包括法律秩序、环境秩序、公共安全秩序等等;具体的可以包括公共场所秩序、特种器材生产秩序、无线电管理秩序等等。正如有学者指出“公共秩序与社会秩序是十分抽象的概念,保护法益的抽象化,必然导致对构成要件的解释缺乏实质的限制,从而使构成要件丧失应有机能”,^[21]而不利于实践中的具体操作。秩序是一种事实,也是一种价值,秩序总与一定的规范相联,规范是秩序的内核,是秩序的实际内容。^[22]对规范的违反往往即被视为对秩序的破坏,而刑法上“公共”的内涵“要以特定与否作为标志,即不特定是公共特性的本质要素,多数只是公共的常态形式,一

[17] 该案基本案情:2013年8月27日,张某在新浪微博发信息称:狼牙山五壮士实际上是几个土八路,当年逃到狼牙山一带后,用手中的枪欺压当地村民,致当地村民不满。后来村民将这5个人的行踪告诉日军,又引导这5个人向绝路方向逃跑。广州警方以其虚构信息、散布谣言扰乱公共秩序为由给予行政拘留7日的处罚。详见网易新闻中心(<http://news.163.com/13/0830/22/97IDBE3300014JB6.html>,最后访问时间2013-08-30)。

[18] 参见张训:《口袋罪视域下的寻衅滋事罪研究》,载《政治与法律》2013年第3期。

[19] 杨锦芳:《秩序——刑罚的伦理价值目标》,载《云南民族大学学报(哲学社会科学版)》2011年第3期。

[20] 高铭喧主编:《新编中国刑法学(下册)》,中国人民大学出版社1998年版,第808页。

[21] 张明楷:《刑法学》,法律出版社2011年版,第935页。

[22] 参见曲新久:《论社会秩序的刑法保护与控制》,载《政法论坛(中国政法大学学报)》1998年第4期。

个人也可能形成公共境地”。^[23] 因此只要违反规范的行为侵害了他人,即使是一个人,就会被认为破坏或扰乱了公共秩序,这正是实践中认定破坏或扰乱“公共秩序”的逻辑路径,也是寻衅滋事罪作为口袋罪不断扩张的重要原因。从深层次上分析,这种思维逻辑是“秩序维持论”的产物,秩序中心主义立场倾向于凸显社会秩序的重要性,而漠视或者忽略民众的权益,包括不惜伤及某些个人权利,将某种行为(包括此种行为的连带行为及延伸行为)纳入刑事管制范畴。^[24] 作为寻衅滋事罪具体个罪的客体的“公共秩序”必须更加具体化。

“权利保障论”要求从个人权利的角度去界定法益,社会和国家不应具备独立的利益,公共利益必须能够还原为个人利益。据此,笔者将公共秩序界定为“公众生活的平稳与安宁的状态”。首先,“公共安全和公共秩序之中的‘公共’概念,乃是相对于国家利益和个人利益的社会利益,利益之主体是社会公众,因而‘公共’概念可以转换为刑法分则章节之下条文中的更为具体的概念——公众”,^[25] 公众是指不特定人或多数人。“秩序”在这里只能作为一种事实状态理解,即生活平稳安宁的状态,扰乱公共秩序就是打破了不特定人或多数人生活平稳安宁的状态;其次,从法条规定的寻衅滋事罪的罪状来看,无论是“随意殴打”“追逐、拦截、辱骂、恐吓”,还是“强拿硬要”“在公共场所起哄闹事”所针对的对象都是不特定的人或多数的人,由于对象的不特定性使任何一个人都有可能成为受害者,为了避免成为受害者,公众往往无法或不再正常进行日常生活,也即公众生活的平稳与安宁被打破。最后,将“公共秩序”具体化理解为“公众生活平稳与安宁的状态”有利于限制寻衅滋事罪作为口袋罪无限地扩张,“口袋罪之所以形成,最重要的手段则是通过强调结果的危险性,从而否定了行为的规范性”,^[26] 寻衅滋事罪行为罪状的模糊性是其成为不断扩张的口袋罪的重要原因,在这样的情况下,如果结果的危险性或危害性本身也不具体明确的话,口袋罪的扩张会更加无拘无束。

将公共秩序界定为“公众生活平稳与安宁的状态”,公共秩序混乱即是指破坏了这种平稳与安宁的状态,具体来说分为两种情况:一是正在进行的公共生活因行为人的行为而无法正常进行;二是行为人的行为导致公众基于恐惧或其他心理而不再进行正常的生活劳动,“河南汤阴挖肾谣言案”中,^[27] 谣言导致村民不敢出工劳动,破坏了公众正常劳动的状态,即为造成了公共秩序的严重混乱。

有论者指出,道德秩序属于公共秩序,认为针对抹黑雷锋、狼牙山五壮士的谣言就是造成了道德秩序的混乱。^[28] 此外,实践中也常把国家机关形象作为公共秩序保护,认为攻击政府或国家机关的言论由于降低了国家在公众心目中的形象而扰乱了公共秩序。笔者认为,所谓的道德秩序、国家机关形象都不属于公共秩序。其实,与其说是导致了“道德”秩序混乱,不如说是导致了“思想

[23] 吴贵森:《刑法上“公共”概念之辨析》,载《法学评论》2013年第1期。

[24] 参见张训:《口袋罪视域下的寻衅滋事罪研究》,载《政治与法律》2013年第3期。

[25] 曲新久:《论刑法中的“公共安全”》,载《人民检察》2010年第9期。

[26] 孙万怀:《以危险方法危害公共安全罪何以成为口袋罪》,载《现代法学》2010年第5期。

[27] 该案基本案情:2013年8月10日,张某在汤阴县论坛上转发帖子称:“云南有一批犯罪分子来到河南作案,主要手段是在玉米地附近埋伏,等小孩或妇女通过时,拖去玉米地麻醉后挖肾,贩卖。”随后这篇帖子在网络上被广泛转载,在当地一度引起恐慌,很多人胆战心惊,不敢下田劳作。当地居民称“刚开始看了也不信,后来传得越来越多都不敢不信了”。张某称:“当时自己也没有想是真是假,因为自己也有孩子怕家里出事,也没细看内容就随手转发了,没想到引起这样的后果。”后张某被当地警方处以治安拘留。详见新华网(http://news.xinhuanet.com/legal/2013-09/04/c_117223135.htm,最后访问时间 2013-09-04)。

[28] 参见佚名:《教授谈网络谣言入刑:转发的转发也要计算在内》,载东方网(http://news.eastday.com/c/20130910/u1a7650952_2.htm,最后访问时间 2013-09-10)。

混乱”。道德与法律的分离是现代法治社会的基本特征，法律往往只被允许保护最低限度的道德。价值观的多元化本身即意味着道德领域充满着各种价值的冲突和碰撞，道德领域有无秩序可言尚存争议。如果某种价值观以正统的道德价值观自居，进而动用国家刑罚权对其他价值观进行打击，无疑是对思想的压制和禁锢，动用刑罚进行道德净化运动是十分危险的。道德领域的问题属于思想领域的问题，对于他人价值观、思想产生影响并不涉及公共秩序的问题，因而依照对公共秩序的危害进行刑罚非难本身就缺乏说服力。譬如，通过诽谤方式导致被害人在公众心中的评价降低，这是一个信誉受损的问题，并不会直接损害到公众生活的平稳与安宁，因而不是一个涉及公共秩序的问题。所谓的国家形象更不属于公共秩序的内容，在现代法治社会，每一个公民都有批评国家机关的自由，国家不具有独立的利益，对国家的诽谤或侮辱即使导致公众对国家形象评价降低也不会直接损害到公众生活的平稳与安宁。

四、网络空间秩序不属于公共秩序范畴

在《解释》发布会上，最高院新闻发言人孙军工指出，信息网络也是人们沟通交流的平台，是现实生活的延伸，是社会公共秩序的重要组成部分，又具有很强的“公共属性”，网络空间属于公共空间，网络秩序也是社会公共秩序的重要组成部分。“秦火火”等正是以“严重扰乱网络秩序”为由而以涉嫌寻衅滋事罪被刑拘。从警方公布的资料看，其所称的“网络秩序”应是指网络空间秩序。有论者指出，解释中“公共秩序”应是指现实中的社会秩序。^{〔29〕}相反观点则认为，“公共秩序”是既包括网络公共秩序也囊括现实公共秩序，并不是只有危害网络信息系统的行为才能视为危害网络公共秩序，在现实空间会破坏公共秩序的行为，例如侮辱、诽谤、威胁、编造虚假信息等等，如果被移植到网络空间中，同样会破坏网络公共秩序。^{〔30〕}笔者认为，网络空间在信息传播意义上属于公共场所，但网络空间秩序不属于公共秩序。理由如下：

其一，网络空间虽然具有公共属性，但其本质属性仍是其工具性。即使网络逐渐成为人们生活中不可缺少的生活平台，在网络上可以进行信息交流、娱乐、电子商务等在现实生活中可以进行的的活动，但是网络仍然仅具有工具属性。网络的功能在于人们通过网络改变了人们现实之间的关系，网络空间只是人的一种工具，人是使用工具的主体，而不会成为工具的一部分。法律是调整人与人之间关系的规范，网络上的各种活动形成的各种关系只有最终在现实社会中实现对人们才具有意义，才能进入法律调整的领域。纯粹网络虚拟空间中不会对现实中人与人之间的关系有任何影响的虚拟行为不具有法律上的意义，人们在网络空间形成虚拟的各种关系及秩序由虚拟世界的规则（如网络游戏游戏中的游戏规则）予以调整，而不需要现实的法律规制。网络空间秩序的混乱最终如果不会对现实社会产生影响，就不会损害任何利益。对网络空间秩序的规制仍应以对现实社会产生影响为出发点，即以现实生活中的公共秩序作为保护的对象，网络空间秩序不能独立地成为刑法的法益。而且，从《解释》的标题看，也是“利用信息网络实施”几种犯罪的解释，网络仍然只是工具。

其二，网络空间秩序不同于网络秩序，网络空间秩序是网络虚拟空间中形成的所谓秩序，而网络秩序是人们使用网络形成的现实的秩序。网络秩序属于“扰乱公共秩序罪”类罪法益中的公共秩序，是指互联网服务秩序，扰乱网络秩序的行为应是《刑法》第 285 条、286 条所规定的非法侵入、

〔29〕 见前注〔8〕，曲新久文。

〔30〕 于志刚：《“双层社会”的形成与传统刑法的适用空间》，载《法学》2013 年第 10 期。

破坏计算机系统的行为,是对网络系统或设施的物理损坏,在网络上散布虚假的信息显然不会造成这种损坏。

其三,2013年9月16日发布的《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2条列举了“严重扰乱社会秩序”的五种情形:“(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。”列举的五种扰乱社会秩序的情形都是影响到现实中公众的正常生活的,而不包括虚拟的网络空间秩序。虽然第(六)项以“其他严重扰乱社会秩序的”兜底,但至少说明现阶段网络空间秩序不属于社会秩序从而也不属于公共秩序范畴,否则该司法解释没有理由不予单独规定。

其四,散布虚假信息仍属于言论的范畴,言论自由是宪法赋予人们的基本自由,言论往往是思想的表达,只要内容不属于煽动国家分裂、民族仇恨、侮辱、诽谤等刑法禁止的言论,表达的内容就是不受限制的,也很难说具有秩序性可言。只有表达的方式需要遵循一定的规则,才能形成一定的秩序,所谓网络空间秩序只有在这一层面上才具有意义,散布虚假信息的行为显然不会损害这种规则。实体公共场所秩序的混乱会使不特定人遭受侵害或者使公众无法进出公共场所而使公共生活稳定安宁的状态被破坏,但是在网络上散布虚假信息的行为不会使人们直接遭受损害,人们不会被迫接触或者相信这种信息,也不会造成公众无法进入网络空间进行正常的网络生活,因此难以说对公众平稳安宁的生活状态造成了破坏。

其五,如上文所述,将网络空间在信息传播意义上理解为公共场所,已经是对传统观念的一种突破,这种突破不免引起与罪刑法定原则的紧张关系,对网络空间秩序的认定不能再进行这种突破。一方面,对于第一个突破也只能认为“尚属合理”,双重的突破无疑会使之与罪刑法定原则的关系更加紧张,甚至形成直接的冲突或违反。另一方面,公共场所属于寻衅滋事罪的客观要件,对刑法进行扩大解释的原因之一即在于对罪状描述的语言不能包含复杂多变的客观事实,即所谓的罪刑法定原则的“文字困境”,^[31]法律规则的开放结构在此意义上就存在一定的合理性。而公共秩序是寻衅滋事罪的客体要件,在我国刑法理论中,对客体的侵害反映着犯罪的本质,将何种社会关系作为刑法保护的客体代表着立法者对不同价值的规范评价态度,只能由立法者决定,对于客体的改变也只能由立法者决定,而不能任由司法者通过解释调整。

其六,如果肯定网络空间秩序属于公共秩序,承认网络空间秩序独立的法益地位,如何判断网络空间秩序混乱暂且不问,就会导致不仅在网络上散布虚假信息会构成寻衅滋事罪,而且在网络聊天室的聊天行为也会构成聚众扰乱社会秩序罪、聚众扰乱公共场所秩序、交通秩序罪等罪名,如此一来我们似乎也找不到在虚拟空间里的杀人、抢劫等行为不构成故意杀人罪、抢劫罪等罪名的理由,这显然是十分荒诞的。事实上,网络空间的行为只有对现实生活产生了影响的才能作为法律调整的对象,例如对于盗窃QQ币等网络虚拟财产的行为以盗窃罪进行处罚,就是因为虚拟财产与现实中的财产是相对应的,“虚拟财产已经不仅仅在网络中存在,它已经突破了网络空间的限制,开始和现实中的货币产生了联系”。^[32]盗窃虚拟财产的行为在客观上导致了被害人实际财产

[31] 参见孙万怀:《罪刑关系法定化困境与人道主义补充》,载《政法论坛》2012年第1期。

[32] 于志刚:《论网络游戏中虚拟财产的法律性质及其刑法保护》,载《政法论坛(中国政法大学学报)》2003年第6期。

的损失，而网络游戏中杀人的行为，与现实世界并没有这种联系，也没有实际的致人死亡的危害结果发生，因此不能以故意杀人罪处罚。同理，网络空间散布虚假信息的行为只有与现实世界产生了联系在现实中产生了危害后果即扰乱了现实中的公共秩序才具备刑罚处罚的基础。

其七，刑法不能脱离一定的社会背景而存在，信息网络的迅猛发展使网络空间开始成为与现实社会对应的“第二空间”，但是“网络冲击了传统的道德观、法律观，而适应网络发展的新道德观尚未确立，由于缺乏既定的、得到公认的道德规范，故难以形成一部良法，调整网络空间的行为，维护网络空间的良好秩序”。^{〔33〕}随着信息技术的发展，不久的将来网络空间秩序或许会成为独立的法益，但在当下刑法的谦抑精神不允许其直接介入发展尚不成熟的虚拟性的网络空间世界。

五、结 语

《解释》规定以寻衅滋事罪处理网络谣言是对传统观念的突破，寻衅滋事罪所具有的口袋罪特征使应对网络谣言的刑事法网几乎密不透风，存在侵犯公民言论自由的危险，对此应当合理地理解和适用。将网络空间认定为公共场所尚属合理的扩大解释，但是不能据此认为网络空间秩序属于公共秩序。公共秩序是指公众生活平稳和安宁的状态，公共秩序严重混乱是指公众日常生活被迫中断或不能正常进行的状况。网络空间仅在信息传播意义上是公共场所，但网络空间秩序、道德秩序以及国家形象都不属于公共秩序。如此对《解释》进行理解和适用，使类似于上文提到的“7·15 神木事件”等散布网络谣言的行为得到应有的刑事制裁，同时使并未破坏现实中公众生活平稳与安宁的谣言排除出刑事制裁的范围，在遵循罪刑法定原则与应对现实需要之间找到了最佳的平衡点。出于应对现实的需要或政策的要求，司法解释的规定往往会突破传统的观念，这种现象即使在法治发达的西方国家也无法避免。但只要其没有根本性地突破罪刑法定的基本原则而处在尚属合理、能够被公众接受的范围之内的，就不能只是一味的批判。必须说明的是，笔者为《解释》辩护并不是反对对司法解释乃至立法的批判，学术的批判是立法改进的动力，也是刑法理论发展的开端。但是纯粹的批判无法解决当前的问题，特别是对于刚颁布的规范，即使给其贴上“违反罪刑法定原则”甚至“恶法非法”的标签，也无法改变它作为现行法秩序一部分运行的现实。因此，对于《解释》本身的正当性和合理性的批判固然重要，但是抱着“少谈些主义，多谈些问题”的务实态度，在现行法秩序范围内对规范做出相对合理的解释以指导实践问题的处理则更为迫切和必要。这至少是法学研究的一个基本层面。

（责任编辑：林喜芬）

〔33〕 刘守芬、孙晓芳：《论网络犯罪》，载《北京大学学报（哲学社会科学版）》2001年第3期。