

徘徊在歧义与正义之间的刑法释义

——网络寻衅滋事罪司法解释妥当性反思

陈劲阳

【摘要】学界对两高的网络寻衅滋事罪《解释》妥当性之争,实质上是解释方法选择之争,肯定说与否定说均难以令人信服。三段论的解析发现,《解释》的规定是一种法律拟制,是基于法律用语歧义而进行的较为隐蔽的法律拟制。超越解释方法之争,惟有对《解释》加以正义观念上的思辨,才能澄清法律用语歧义的正确处理方式。正义观念可以用法律融贯性与比例原则加以检视。适当的歧义,允许被相同处理;不适当的歧义,应被区别对待。《解释》中的网络寻衅滋事行为也应遵循上述正义观念,分别加以处理。

【关键词】网络;寻衅滋事罪;司法解释;歧义;正义

【作者简介】陈劲阳(1975-),男,吉林长春人,吉林大学法学院副教授,法学博士(长春 130012)。

【原文出处】《法制与社会发展》(长春),2016.6.94~105

《刑法》第293条第1款第4项设定了起哄闹事型寻衅滋事罪的罪状,即“在公共场所起哄闹事,造成公共场所秩序严重混乱的”的情形。对此,2013年9月施行的两高《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《解释》)第5条第2款做出了进一步的规定:“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,造成公共场所秩序严重混乱的,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。”此规定可简要称之为网络起哄闹事型寻衅滋事罪。

对此规定作进一步语义剖析的话,实施网络起哄闹事型寻衅滋事行为可能造成两种结果:其一,造成现实的公共场所秩序严重混乱;其二,造成虚拟的网络空间秩序严重混乱。^①众所周知,现实世界和网络虚拟世界存在差别。那么,这一司法解释规定是否妥当?笔者将聚焦此问题,并逐步展开下文的

论述。

一、《解释》妥当性存否的对立观点

《解释》出台之初,便在刑法学界引起广泛争议。迄今三年多过去,对之的争议热度已逐渐降温。回顾其间理论争议,焦点问题就在于网络空间秩序能否被《刑法》293条第1款第4项所规定的“公共场所秩序”所涵摄,对之的回答,更是涉及到《解释》规定妥当性的存否。

首先来检视一下学界对此焦点问题的对立见解:

(一)肯定《解释》的妥当性(肯定说)

肯定说普遍认为:第一,网络空间属于“公共场所”;第二,“造成网络空间秩序严重混乱”属于“造成公共场所秩序严重混乱”。也就是说,网络起哄闹事,造成网络空间秩序混乱,能够被《刑法》293条的规范所涵摄。肯定说采用的主要解释理由和解释技巧是:

1. 目的解释

肯定说主张应当对法律做出符合时代发展的目的解释。目的解释的出现在于补充成文法律字面含义涵盖不了复杂的现实生活即文义解释的缺陷,目的解释同时并不超越文义的可能含义。目的解释需要在对文义本身的规范理解基础上,结合社会发展变化和刑事政策需要做出事实合理性解释。传统上起哄闹事型寻衅滋事罪被理解为只是在现实的公共场所才能发生,随着人类全面迈向网络社会,网络空间寻衅滋事行为所造成的危害也越来越大。肯定说认为《解释》将网络空间解释为“公共场所”便是运用了这样的解释方法。

2. 扩张解释

肯定说将“公共场所秩序”扩张解释为“公共秩序”,认为这样的解释符合国民预测可能性。如有学者认为,《解释》对刑法理论和司法实践的真正作用在于它的潜在意蕴:对于“公共场所”和“公共秩序”的探索性解释,实为传统刑法和罪名体系向网络空间的延伸适用。^②这样,使刑法条文既涵摄现实空间,又涵摄网络虚拟空间。

此外,持肯定说观点的学者进一步认为,认定“公共场所秩序严重混乱”的合理标准,应当是以“网络空间秩序混乱”为主标准,同时兼顾现实空间中的传统标准:网络秩序混乱是入罪的主要标准,如果犯罪的危害结果落地到现实空间之中,引发《解释》第三条的情形,则作为从严的量刑标准。^③

(二)否定《解释》的妥当性(否定说)

否定说普遍认为,网络起哄闹事,造成网络空间秩序混乱,不能被《刑法》293条的规范所涵摄。否定说采用的主要解释理由和解释技巧是:

1. 文义解释

否定说主张刑法解释应遵守文义解释。并指出《解释》已经不是扩张解释,而是用上位概念替换下位概念。亦即,将公共场所提升为公共空间,将公共场所秩序提升为公共秩序。如同将刑法条文中规定的“妇女”提升为“人”的概念一样,属于典型的类推解释。^④司法解释中的“公共秩序”是“公共场所秩序”和“网络空间秩序”的上位概念。也就是说,司法

解释以上位概念代替下位概念,人为拓展了法律用语的可能含义,进而拓宽了法律词语的涵摄范围,是令人生疑的。

2. 体系解释

否定说主张刑法解释应兼顾体系解释。如果同一刑法术语在不同罪名中具有不同的内涵和外延,这容易造成理解上的困难,也超出了一般国民的预测可能性,显然是不妥当的。刑法典中有多个罪名均以“公共场所”作为构成要件要素或者作为法定刑升格条件,^⑤这些犯罪中的“公共场所”应该被理解成现实物理空间,是供不特定或者多数人自由进出的空间。上述罪名中的“公共场所”,不可能涵摄到网络空间。将寻衅滋事罪中的“公共场所”与上述犯罪中的“公共场所”作区别对待,存在困难。另外,两高2013年7月《关于办理寻衅滋事刑事案件适用法律若干问题的解释》第五条规定:“在车站、码头、机场、医院、商场、公园、影剧院、展览会、运动场或者其他公共场所起哄闹事,应当根据公共场所的性质、公共活动的重要程度、公共场所的人数、起哄闹事的时间、公共场所受影响的范围与程度等因素,综合判断是否‘造成公共场所秩序严重混乱’。”这一解释也将公共场所视为现实的公共场所。

此外,持否定说者还有观点认为“造成公共场所秩序严重混乱”显然是指一种物理秩序的混乱。在网络上散布虚假信息,起哄闹事的行为,虽然可能导致人们的心理秩序混乱,但不会直接引起物理秩序的混乱。^⑥网络起哄闹事确需刑法规制,解决的出路不在于司法解释,而在于立法,应该在恪守罪刑法定原则的前提下,通过将上述行为犯罪化,纳入刑法第293条规定之中,然后以寻衅滋事罪定罪处罚。^⑦

综观肯定说与否定说两种对立观点,双方各持论据,各采不同解释方法,谁也无法说服对方。也就是说,当肯定说以目的解释、扩张解释为解释理由和解释技巧肯定《解释》时,否定说则以体系解释和文义解释为解释理由和解释技巧,对《解释》加以驳斥和归谬,甚至指责《解释》是类推解释。究其实质,双方你来我往的交锋其实是在进行解释方法选择之争,而且双方所持解释方法均拘泥于常见的特定解

释方法。双方对存在歧义的词语“公共场所”和“公共场所秩序”均按照自己选择的解释方法加以释义,并相互指摘对方的解释结论,陷入解释方法选择之争。

在此,笔者强调对于解释刑法不要拘泥于“常见解释理由”。这主要针对学界在刑法解释方法上的机械固化模式而言。比如,有的刑法教科书只谈刑法的“常见解释方法”,仿佛对刑法的解释方法无外乎就这几种,这实际是在解释方法选择上禁锢人们的头脑。也就是说,解释方法选择的菜单不仅是封闭的几种类型。刑法解释的理由是多样性的,如德国著名学者考夫曼认为,“法律安定性、正义、结果评价、是非感、应用性、法律一致性”等,均可以作为解释理由。^⑧我们完全可以不拘泥于常见的、特定的解释理由而对刑法加以阐释。当然,超越“常见解释方法”只是打破解释方法的固定选择,并非无底线的随意解释刑法,因为任何解释方法都有个前提,那就是不能逾越法律用语的可能含义,不能违背国民的可预测性。学者对刑法进行的任何学理解释都应始终以之为前提。人们在穷尽法律用语的可能含义的时候,也要受到正义观念的限定。也就是说,法律用语的含义符合性是第一道关口,正义观念则是底线。任何刑法解释方法都不能逾越这两条线。

当然,也有学者认为“解释”一词本身就是一个不太严密的概念。如美国著名法学家波斯纳曾指出:“我却随时准备承认解释这个概念也许变化太多、太不严密以至于不能用它来指导成文法和宪法的运用,准备承认没有这个概念也许对我们会更好一些。解释……可以是理解、翻译、扩展、补充、变型、甚至转换……不能区分合理和不合理解释。”^⑨可见,对法律适用问题仅仅进行解释方法选择之争,难以辨识孰是孰非,只能令人眼花缭乱,无法令人信服。

二、《解释》的三段论解析:歧义谬误与法律拟制

我们在审视《解释》规定时,首先应当释疑的就是,《解释》是在“解释”刑法规范,还是在“创设”刑法规范?如果是后者,上述肯定说与否定说的解释方

法选择之争将大为失色。实际上,笔者强烈怀疑《解释》是在“创设”法律。此部分的论证就是要运用三段论解析《解释》的逻辑构造,印证笔者的上述怀疑。

标准的司法解释须是对规范文字用语可能的含义所涵摄适用的范围加以阐释、说明,加以定量化,以指引各级司法工作者在刑事诉讼中一体遵行,方便认定犯罪规格标准。最常见的司法解释就是针对某个具体犯罪在实践中的具体适用展开的解释说明。其标准解释模式是将法条文字表述用语含义在现实中涵摄的范围尽可能细化,比如前述《关于办理寻衅滋事刑事案件适用法律若干问题的解释》就是对刑法第293条规定中的各个法律用语的含义结合实践加以具体阐明。典型的表述方式为:“某种具体的行为方式或情形,应当认定为某个法律规定的情形。”例如,其背后的三段论推论模式是演绎式的,即从一般到特殊的推论。例如:

图示1

符号说明:

R=规则

F=案件

E=结论

R: { 随意殴打他人,情节恶劣的,构成寻衅滋事罪(刑法规范)
致1人以上轻伤或者2人以上轻微伤,属于情节恶劣(司法解释)

F: 随意殴打他人,致1人以上轻伤或者2人以上轻微伤

E: 随意殴打他人,致1人以上轻伤或者2人以上轻微伤,构成寻衅滋事罪

可见,刑法规范和司法解释共同处在大前提的地位,司法解释的作用是辅助性的,它进一步使大前提的规范更加明晰,使大前提的含义具体化、明确化,使规范能够涵摄到具体的案件之中。

接下来,我们化繁为简,将《解释》中网络起哄闹事型寻衅滋事罪的司法解释用三段论来表示如下:

图示2

R: { 在公共场所起哄闹事,造成公共场所秩序严重混乱的,构成寻衅滋事罪
(刑法规范)
在信息网络上起哄闹事,造成公共秩序严重混乱的,构成寻衅滋事罪
(司法解释)

F: 在信息网络上起哄闹事,造成网络空间秩序

严重混乱

E:网络起哄闹事,造成网络空间秩序严重混乱的,构成寻衅滋事罪

仔细分析的话,这里面真正的大前提已经是来自司法解释的规定,而非来自刑法规范。司法解释规定在这里不是起到使刑法规范更加明晰的作用,而是代替刑法规范,自己成为大前提,创设出新的规范,进而使新规范涵摄到具体案件之中。也就是说,在此三段论中,我们忽视掉刑法规范,司法解释已独自充当大前提。不难理解,最高司法机关借司法解释试图表明某种因应社会发展的刑事政策倾向:当起哄闹事的行为及其导致的严重结果全部或部分发生在虚拟网络空间的话,均可构成寻衅滋事罪。其实,最高司法机关应该也能意识到,仅凭原有的刑法293条寻衅滋事罪规范作为大前提来涵摄网络空间秩序是存在逻辑困境的,也就是说,对原有规范的单纯解释说明已经无法完成涵摄任务,必须创设新的规范。为什么这样讲呢?我们先来看一下,倘若没有《解释》的规定,就会出现这样的三段论推论:

图示3

R:在公共场所起哄闹事,造成公共场所秩序严重混乱的,构成寻衅滋事罪(刑法规范)

F:在信息网络上起哄闹事,造成网络空间秩序严重混乱

E:网络起哄闹事,造成网络空间秩序严重混乱的,构成寻衅滋事罪

那么,从三段论的角度看,图示3里面就不难看到一个常见的逻辑推理问题,那就是:“歧义谬误”,也称“四词谬误”。四词谬误,是出现四种措辞的谬误。三段论的有效取决于“中词”(middle term),中词在前体中重复,而在结论中消失。我们无法有效地从孤立的四个词项当中得出结论,否则就犯了四词谬误。^⑩先举一个歧义谬误的例子,例如:

图示4

所有的人都有婚姻能力

有限责任公司是人

有限责任公司有婚姻能力

错误很明显:第一次出现时“人”意味着自然人,

而第二次出现时意味着法人。^⑪这是因为“人”一词出现了语言上的歧义,因而事实上存在四个概念,而在三段论的判断上出现了“四词谬误”。这在刑法学中并不罕见。

再来说图示3,缺乏司法解释规定的三段论推论,俨然就是歧义谬误的典型例子。这里面甚至存在双重的歧义,即“公共场所”出现了语言上的歧义,它既指代现实公共场所,又指代虚拟网络世界。“公共场所秩序”同样存在语言歧义,它既包括现实公共场所秩序,又包括虚拟网络空间秩序。所以当缺乏司法解释明确规定的时候,这样的推论就存在歧义谬误。

因此,《解释》在这里起的作用就像图示2那样,已经是在创设新的规范。必须看到,《解释》是在造法,而不是在解释法律。可以说,离开《解释》的规定,一般国民甚至法官都会对图示3的逻辑感到茫然,无所适从。

《解释》造法是以法律拟制的形式出现。^⑫原则上讲,法律拟制不应当出现在司法解释中,尽管我国司法解释有时确实存在法律拟制之处。^⑬法律拟制本不该在司法解释中设定,因为司法解释不具有法典的国民行为规范指引作用,法律拟制是法律规范,应由立法规定,而不能由司法机关经由解释制定。

三、超越解释方法选择之争:澄清歧义背后的正义

那么,抛开法律拟制是否该由司法解释来规定的争议,我们更深入地谈论一下,《解释》即使是在进行法律拟制,这样的法律拟制是否公平适当?是否符合正义观念呢?事实上,有的国家传统上盛行法官造法,比如英国,法官造法有其秉持的原则,“法官造法……在很大程度上它的目标是为了保持法律的逻辑性和匀称性。”^⑭可以看出,在英国,得到允许的法官造法需要遵循“逻辑性”和“匀称性”,讲的其实就是法官造法有其限度,要确保司法结论的适当性、公平性,符合正义观念。

首先让我们先来讨论一下法律拟制的观念。德

国法学家拉伦茨指出：“法学上的拟制是：有意地将明知为不同者，等同视之……法定拟制的目标通常在于：将针对一构成要件(T1)所作的规定，适用于另一构成要件(T2)。则其与隐藏的指示参照并无不同……不采用(T1的法效果亦用于T2)的规定方式，法律拟制：T2系T1的一种事例……立法者并非主张，T1事实上与T2相同，或事实上为T1的一种事例，毋宁乃是规定，对T2应赋予与T1相同的法效果。为达此目的，他指示法律适用者，应将T2视为T1的一个事例”。^⑤美国法学家富勒曾指出：“法律拟制是系统性法律思考中必要的恶。”^⑥

那么，对于法律拟制这样一个毁誉参半的概念，我国学界也是认识不一。有学者对于刑法中法律拟制的运用持相对乐观的态度，认为：“法律拟制是立法者追求实质正义的生动体现，而罪刑均衡是实质正义在刑法中的具体表达，正是以实现罪刑均衡为目标引领，立法者方才设置了诸多法律拟制条款；在刑事法领域，我们需要运用类比思维来解决新问题、开拓新思路，以使我们的刑事法律在保持稳定性的同时也能够应对不断产生的新问题，而刑法中的法律拟制其实就是类比思维在刑法领域的生动写照。”^⑦还有学者进一步论证法律拟制的合理性：“在拟制的背后所存在的是规范本身的实质合理性，而非‘拟制’自身的合理性，拟制从本质上说不过是作为一种方法，是为了实现某种‘目的’，用以达到这种实质合理性的手段。”^⑧

同时，我国也有学者对法律拟制表示出担忧。如有人指出“立法上我国对法律拟制尚无系统的限制性规定，容易导致拟制不当的情况出现，违背拟制初衷，造成司法混乱。”^⑨还有人指出刑法视野中的法律拟制作为一种“决断性虚构”，造成罪刑不均衡，有违实质正义。^⑩

囿于本文主旨，笔者对于学界关于法律拟制的争议并不做更深层挖掘。我们重点围绕法律拟制的本质及其自身特点作进一步展开。

笔者认为，究其本质，法律拟制的出现是为了解决法律适用的不确定性。法律适用的不确定性源自人类语言的不确定性。通过立法制定的法律规则是

通过语言文字的形式表现出来的。因此“无论它们怎样顺利地适用于大多数普通案件，都会在某一点上发生适用上的问题，将表现出不确定性，它们将具有人们称之为开放结构的特征。”^⑪哈特认为法律规则存在“核心意义”和“开放结构”，在法律规则的核心意义区域内，人们对怎样适用法律规则没有歧义。在法律规则的“开放结构”领域内，人们既支持又反对法院适用法律规则，这就需要法官“根据具体情况，在互相竞争的、从一个案件到另一个案件分量不等的利益之间做出平衡。”^⑫法律解释或法律拟制经常就体现着这种平衡。

法律拟制的特点是导致将原本不同的行为按照相同的行为处理。(包括将原本不符合某种规定的行为也按照该规定处理)。^⑬我们讨论《解释》中的法律拟制的时候，其实也就是在探讨《解释》中词语的歧义分别指向两种不同行为或情形的时候(如公共场所秩序的含义指向现实与虚拟两种维度的时候)，将这两种不同行为或情形相同处理是否适当。这不是形式逻辑三段论所能回答的，需要我们做深层次的追问。正如美国学者德沃金所说：“一种成功的阐释不仅要适合，而且必须为其阐释的实践提供正当理由。”^⑭

其实，这正是在追问法律的正当性。法律的背后有着更深层次的内在机理，那就是，法律应合乎正义。正义的基本要求是：相同的情形，相同对待。进而我们可以引申为：不同的情形，须区别对待。我们认为，《解释》是否合乎正义，关键问题不在于网络空间是否属于公共场所，网络空间秩序是否属于公共秩序，这些问题在解释论上都有争论的余地。关键问题在于，将在现实的公共场所与虚拟的网络空间两种起哄闹事行为配置以同样的法定刑幅度，将两种不同行为等量齐观、相同处理是否合适？也就是，将词语歧义的两种不同情形同样对待是否符合正义观念？

对此人们也许会疑惑，这种直观的正义观念能否用来阐释刑法呢？其实，刑法解释的理由是多样性的，如前文所述，我们完全可以不拘泥于常见的、特定的解释理由而对刑法加以阐释。

仔细分析《解释》进行的法律拟制,我们会发现它是一种较为隐蔽的法律拟制。它实际上是对于有歧义的法律用语,将其明显分歧的两种含义相同处理。也就是说,将歧义用语的一重含义通过《解释》拟制为另一重含义的情形加以相同处理。应当承认,我们的语言极其复杂。假如每个词语都有唯一一个公认的含义,我们要进行有效交流自然会方便很多。正如有学者从规则运用的语义学角度勾勒出理想的法律“语法”：“法律是一个于内部定义的有概念意义构成的系统或具有特定法律价值的系统,它是一种专门语言且大体而言在其应用中具有单义性。”^②然而,法律用语的单义性只不过是理想愿景,绝大多数词语的含义都不止一个。这就需要我们考察、分析、比较每一个词语在不同场合的含义和定义,从而得出公正的判断。正像19世纪英国著名伦理学家亨利·西季威克在《伦理学方法》中曾指出的那样：“……他(苏格拉底)发现他自己和其他人可能是无知的。就是说,他们自信地使用一般性的词语,而当需要时却又不能理解哪些词语的意义。他打算提出医治这种无知的药方,是通过考察和比较每一个词语在不同场合的用法来探讨它们的真正定义。例如公正的定义要靠比较哪些通常被判断为公正的不同行为,并提出一个符合所有这些具体判断的一般命题才能获得。”^③这里,“词语在不同场合的用法”也即词语的歧义。有美国学者指出：“歧义并不总是不公平或不适当的,其实许多文件——比如《美国宪法》就有意留置了某些有歧义的表述,好让关键词语的含义随着实际情况的演变而发生变化时,文件也能随之做出相应的发展。事实上,当我们在日常交流中借助词语来传达观点时,歧义是永远无法避免的。然而在论证当中避免歧义的现象,却不仅可能,而且必须。”^④的确,在日常会话中,外延不是最重要的,关键是双方能够有效的沟通。而在法律语境中,词语外延的确定却是十分重要的。美国学者布莱恩·比克斯认为：“带有命令、指令和建议等的情景是不同的。因为在此情境中关注的焦点是行为的指引,因为此类判决应该适用于不确定的场合,所以规则适用的范围——至少部分地是由规则的与此范围

确定的——是重要的。”^⑤

其实,直观的正义观念也并非仅仅是人们的直觉,并非不可以用理论加以阐释。当然,人们对于衡量正义的标准自古以来就有着不同维度的思考。笔者在此的着眼点是以下两点。概言之,对于前面所述的“相同的情形,相同对待”以及由此引申的“不同的情形,相同处理不公平的,须区别对待”这样的正义观,我们认为,从深层次上讲,就是符合法律的融贯性和比例原则。

首先,法律解释或法律拟制的正义性应当符合法律融贯性。法律通常被认为是一个具备逻辑结构的统一整体。法律科学的整个历史和主要工作一直都是将法律素材构建为一个融贯的整体。^⑥考察一项立法内容是否妥当,理由有很多,但我们不能孤立地衡量某一理由,而如哈贝马斯所要求的那样,所有的论据应该被“尽可能的考虑”,因此我们必须关注“规则体系在整体上的融贯”。^⑦达到这一标准就可以形成一个合理的体系,在此基础上证成的结论就是正当的,这一标准就是融贯性(coherence)。

那么,什么是融贯性?对此问题的回答,在西方法理学乃至哲学史上都有广泛而深刻的讨论。囿于篇幅,本文不做过多展开。简单地讲,西方哲学认为,必须在和一致性的对比中,才能够更好地理解融贯性的要求。对于法律的融贯性,比利时法学家马克·范·胡克进一步指出：“首先,融贯性意指一致性(consistency)或矛盾的不存在。不应当有不相兼容的规则;若有,它们应是很例外的情形。法律系统应当提供解决这种自相矛盾的方案,如通过解释。其次,‘融贯性’还涉及法律系统要素之间的某些结构联系,亦即某种内在聚合性(internal cohesion)……这意味着法律规则必须相互支撑,至少在一定程度上如此。”^⑧据此,我们认为,评价某项法律拟制是否妥当,要观察其与已有的其他规定或者说已有的规则体系是否存在“融贯”关系。而这一融贯的标准,至少应当满足两个主要条件:一是与已有的立法内容互不矛盾,即应当满足一致性的要求,另一个则是与已有规则体系之间的相互支持关系。其实,法律的融贯性的正义性就体现在规则适用的平等性与交互性。

某项法律拟制如果能够获得这样一个融贯的规则体系的支持,它就是合理的。若法律解释或法律拟制的结果不具有体系检视上的融贯性,则难满足正义观念。

其次,法律拟制的正义性应当符合比例原则。法律拟制的背后体现的是刑罚配置的比例性原则,比例性原则具体展开为:第一,适当性原则,即排除刑罚手段过于偏离的情况。第二,必要性原则,意味着“最小侵害原则”,也称过度禁止原则,即禁止过度的刑罚。第三,均衡性原则。不允许国家设置的刑罚与惩罚效果(对个人自由领域的侵害)之间出现不均衡状态。如果将“须区别对待的不同的情形加以相同处理”,则意味着出现上述刑罚偏离、刑罚过度、刑法不均衡状态,从深层次上讲,是对比例性原则的违背。

总而言之,从上述正义观念理解出发,我们将刑法领域对歧义的词语的处理模式分成两类:一是公平的或合适的歧义,也就是说,刑法中一个词语不同含义所涵摄的不同情形允许被相同处理;另一类是不公平或不合适的歧义,也就是说,刑法中一个词语不同含义所涵摄的不同情形不允许被相同处理,只能区别对待,否则就不符合比例原则,是不公平的。下面,笔者将超越表面化的解释方法选择之争,对上述歧义处理模式加以正义性思辨,对《解释》的妥当性问题做出进一步澄清。

四、适当的歧义:允许被相同处理

适当的歧义的首要前提就是,法律用语按照其可能含义的理解,确实存在两种以上的情形,这一点很重要,因为两种以上的歧义均在法律用语含义之内,仍具有一般国民可预测性,不会带来国民对法律的不安定感。当然这里不允许类推,但允许运用各种解释方法和解释技巧,将不同的歧义解释在词语含义的射程之内。这仍属于解释论的层面。其次,尽管词语存在歧义,但允许歧义的不同情形得到相同的处理。这个层面则属于对上述解释的结果是否合乎正义做出实质的衡量。正如张明楷教授曾指出:“若先前的条文理解不符合刑法的正义理念,也

不能与上下条文之间相协调,则应寻求新的解释结论,再将新的解释结论置于正义理念之下‘相关条文之间’生活事实之中进行检验,直至得出满意的结论为止。”^⑩这正说明,解释的结论需要做出是否合乎正义理念的判断。

刑法中允许被相同处理的适当的歧义的例子并不少见。例如,刑法第238条第三款,“为索取债务非法扣押、拘禁他人的,依照前两款的规定处罚”,也即按非法拘禁罪处理。这里的词语存在双重歧义:首先,债务的含义存在歧义,既包括法律保护的债务,又包括高利贷、赌债等法律不予保护的债务。^⑪其次,“他人”的含义也存在歧义,既包括债务人本人,也包括债务人的亲属、合伙人、其他利害关系人等。实践中发生的非法拘禁债务人的亲属,向债务人索取债务的,也要按非法拘禁罪处理。(如果非法拘禁的是不满14周岁的未成年人,还可能与拐骗儿童罪发生竞合)。此时对刑法的释义,允许将存在歧义的词语含义所包含的不同情形加以同样处理。这是因为,这些不同情形有着相同的法律性质,均是侵害了相同的保护法益,主客观所反映出的行为的严重程度也大体相当(排除想象竞合的情形),不值得用区别的刑事政策加以区别对待,适用同样的罪名、配置相同的法定刑并不违背正义观念,这就属于本文所讲的允许被相同处理的适当的歧义。

再如,《刑法》第246条第1款将诽谤罪的构成要件行为表述为“捏造事实诽谤他人”。《解释》第1条第2款还指出:“明知是捏造的损害他人名誉的事实,在信息网络上散布,情节恶劣的,以‘捏造事实诽谤他人’论。”对此,学界又产生了解释论上的争论。有学者认为这属于类推解释,根据刑法第246条的规定,只有捏造事实诽谤他人的才构成犯罪;但上述规定的情形是,行为人并没有捏造事实,只是在信息网络上散布了他人捏造的事实,因而不符合诽谤罪的构成要件。所以,上述“解释已经超出了刑法的原意,且不具有国民可预测性,属于以解释之名行类推之实。”^⑫张明楷教授则认为,将刑法第246条中的“捏造事实诽谤他人”解释为“利用捏造的事实诽谤他人”或者“以捏造的事实诽谤他人”并非没有可能。^⑬从

而,“以捏造的实施诽谤他人”存在歧义:既包括自己捏造事实诽谤他人,又包括散布捏造的事实诽谤他人。张明楷的论证更多地仍停留在解释方法选择之争的层面。其实,本质上讲,“捏造事实诽谤他人”存在上述两种歧义,其实从侵害法益的严重性、行为应受谴责的严重性上几乎没有什么差别,完全值得同样处理,不值得在刑事政策上加以区别,不必配置不同的法定刑。

再度审视《解释》,利用信息网络散布虚假信息,起哄闹事的,可能造成两种结果:1.造成现实的公共场所秩序严重混乱的;2.造成虚拟的网络空间秩序严重混乱的。利用信息网络散布虚假信息,起哄闹事的,造成第1种结果的行为,与《刑法》第293条规定的“在公共场所起哄闹事,造成公共场所秩序严重混乱的”,从法益侵害严重程度、行为应受谴责性上看完全相同,也就是说,以网络为媒介实施起哄闹事的行为结果已波及现实的公共场所,刑事政策的考量上既应避免发生现实中的风险,也应避免发生由虚拟向现实转换的风险,避免网络空间力量激化现实空间中矛盾的风险。比方说,网络欺诈与现实欺诈均损害现实的他人财产权,刑事政策无需区别对待,应同样处理。利用信息网络散布谣言,起哄闹事,与手持扩音喇叭站在大街上散布谣言、起哄闹事,当二者均造成现实公共场所严重混乱时,是完全可以等量齐观的,均可以按照寻衅滋事罪论处。至于造成第2种结果,本文认为属于不适当的歧义,应区别对待,在下文论述。

五、不适当的歧义:应被区别对待

不适当的歧义的首要前提同样是,法律用语按照其可能含义理解的话,确实存在两种以上情形。此不同之情形,应被区别对待。如果得到相同处理,则有违正义观念,就是不适当的歧义。

刑法上亦可举出不适当的歧义的例子。最为显著的例子就是《刑法》第133条末段之规定:“因逃逸致人死亡的,处七年以上有期徒刑。”众多刑法教科书里对此规定中“致人死亡”的含义做出解释,大多认为既包括交通肇事后逃逸致使被害人得不到及时

救助而死亡之情形,亦包括逃逸过程中第二次肇事的“致人死亡”之情形。也就是说,“人”的范围,既包括前次事故因逃逸未得到及时救助死亡的受害人,又包括第二次肇事的受害人。这里面就出现了词语歧义。持此观点的人将这种歧义的发生归结为立法规定的不明确。^⑧对此,张明楷教授在他的经典教科书中的态度则较为暧昧,将之作为值得研究的情况加以讨论。他带着探讨的语气指出:“‘因逃逸致人死亡’中的‘人’既包括先前交通肇事中的被害人,也包括肇事后逃逸过程中致死的其他人。因为这种情形完全符合刑法规定的‘因逃逸致人死亡’的条件:发生了交通事故,行为人驾车逃逸,发生了死亡结果;将这种情形适用‘因逃逸致人死亡’的法定刑比采取其他方式处理更符合罪刑相适应原则。果真如此,则‘逃逸’既包括不救助被害人的不作为,也包括驾驶机动车逃离的作为。”^⑨

笔者则认为,此处的“致人死亡”不应包括第二次肇事致人死亡的情形。即使从解释论上“致人死亡”这一法律用语的可能含义涵摄到第二次肇事致人死亡之情形。但是,从犯罪性质上看,因逃逸致先前交通肇事中被害人死亡与第二次肇事致人死亡不可等量齐观。前者从实质上说,存在先行行为(交通肇事行为)致受害人受伤,却不救助被害人,其不作为与被害人罪中死亡结果具有因果关系。从一定意义上说,是一种特殊的不作为的故意杀人情形,因此刑法对之配置的法定刑幅度大大高于情节较轻的故意杀人罪,即7-15年有期徒刑,而后者是3-10年有期徒刑。而二次肇事仍属过失犯罪的范畴。刑法上,分别以故意和过失两种主观心态造成同样的结果,在处理上应区别对待,不可等量齐观。如果相同对待,则是有违一般正义观念。

再次回到前面的《解释》的议题。利用信息网络散布虚假信息,起哄闹事的,造成虚拟的网络空间秩序严重混乱的,能否通过法律拟制按照寻衅滋事罪处理呢?首先应当承认,在虚拟公共领域高度繁荣的今天,其秩序建构有其必要性,诚如塞缪尔·亨廷顿所说:“首要的问题不是自由,而是建立一个合法的公共秩序。人类当然可以有秩序而无自由,但不

能有自由而无秩序。必须先存在权威,而后才谈得上限制权威。”^⑧但是,针对虚拟网络秩序的刑事政策,应当与针对现实世界的刑事政策有所区别。利用信息网络散布虚假信息,起哄闹事的,造成虚拟的网络空间秩序严重混乱的,与造成现实的公共场所秩序严重混乱不可等量齐观。刑事政策对二者应当区别考量,不宜置于同一条文中并配置以同样的法定刑,此时进行法律拟制是违反罪刑均衡原则的。刑法分则设定的是不单是一个个犯罪的定义,而是一对对罪刑关系,即使有的情形在定罪层面能被“解释”为特定犯罪,那么在刑罚层面,其处罚合理性能否也被一并打包“解释”?也就是说,从法律用语的可能涵摄的范围上讲,“网络空间秩序”可能被涵摄到“公共场所秩序”中,但将“网络空间秩序”与“公共场所秩序”等量齐观,则是不符合正义观念的。这主要考虑二者存在以下一些差异:

第一,刑法奉行危害原则,刑法上禁止行为的原因是行为对他人造成危害。对现实公共场所的危害与对虚拟网络空间的危害截然不同:现实公共场所本身是活生生的物质世界,“他人”是具体的、活生生的人,《刑法》第293条寻衅滋事罪所保护的法益具有同质性,如随意殴打他人,追逐、拦截、辱骂、恐吓他人等行为,在妨害社会管理秩序的同时,还侵犯到他人的人身或财产权利,即使是在公共场所起哄闹事,造成公共场所秩序混乱,也往往伴随他人人身或财产权的侵犯或潜在现实威胁。而网络空间本身是虚拟的,“他人”虽然是现实活动主体的映像,但却是扁平化的、抹平差异的虚幻主体。对虚拟主体在网络中难以造成像现实世界中那样的权利伤害。行为与时间是可逆的,例如网络滋事行为是可能收回、删除并在一定范围内消除影响的,涉事网站是可以关闭的,网络秩序混乱是可以得到事后纠正的,其实际社会危害性与不可逆的真实世界明显不同。并且,危害虚拟空间秩序与传统的寻衅滋事罪相比,两者所导致的公众不安全感也是不可同日而语的。若将二者在刑法上同样对待,就破坏了法律的融贯性。

第二,从本源上讲,传统的寻衅滋事罪脱胎于79年旧刑法的流氓罪,此类犯罪严重扰乱社会秩序,历

来是刑法打击的重点,表现出严厉的刑事政策。从主观心理看,传统的寻衅滋事罪属于内心倾向犯,往往表现为行为人为寻求刺激、发泄情绪、逞强要横、无事生非等。这里面行为人的情绪发泄管道主要是指向对外在物质世界秩序的破坏。网络寻衅滋事行为的发生机理与之不同,它基于网络民粹主义激发的网络怨恨,凭借虚拟公共领域对传统话语格局的解构,大众阶层赢得了话语优势,怨恨主体充分发挥这一优势,在虚拟公共领域刻意划分出人群界限,制造阶层对抗,发泄内心郁积的不满。^⑨其情绪发泄管道主要是指向虚拟的网络世界。正是由于二者发生机理不同,二者的可谴责性和伦理罪过差异也是明显的,国家对二者的治理结构、方式、策略也不相同,应当分而治之,而不应套用同样的刑罚手段施以无差别威吓,否则是不符合前述的法律融贯性,同时也是违反公权力行使的比例原则的。

第三,在现实世界,传统寻衅滋事罪主体直接对抗社会秩序,呈现出个人—社会秩序的对抗模式。与之相对,在虚拟网络世界,网民则要利用一些特定技术,这些技术是网络服务商提供,在网络上要遵守特定的技术规则,那么,网络起哄闹事型寻衅滋事行为则呈现出网民—(经由)网络提供服务者—社会秩序的对抗模式。在网络空间,网络提供服务者是处于明显的强势地位的,对于网络风险以及网上不法行为具有高度的管控能力和管控责任,它对特定网络空间是积极还是怠于监管,直接决定网络不法行为的效果是限缩还是扩大。由此可见,现实世界的不法与网络世界的不法在对抗模式上存在很大差别。

第四,刑罚权可以适度介入网络管理秩序的维护,但要考虑民众的普遍接受性和刑罚的道德基础。传统寻衅滋事罪有其特定道德基础。而网络寻衅滋事罪的道德基础尚在构建之中。刑罚权的发动不应当挤占道德发挥作用的空间。在消除网络怨恨的社会根源方面,道德的力量在网络空间中的引导甚或决定作用成为化解网络空间共识形成逻辑的关键所在。很大一部分造成网络空间秩序的行为可由道德力量调整,道德与刑法的各自管辖界限应当泾

渭分明,否则将模糊刑法中罪与非罪的界限。同时,刑法具有谦抑性,如果网络空间秩序能由其他法律调整,则刑罚权不应轻易发动。

第五,当前,对于将网络寻衅滋事行为按照传统寻衅滋事罪的规定处理,无论是理论界还是普通民众,都存在严重的意见分歧。并且,对于网络空间秩序,究竟是一种什么样的秩序?物理秩序还是心理秩序?^④网络寻衅滋事威胁的是网络信息安全还是网络运行秩序?另外,对于网络寻衅滋事的“造成公共秩序严重混乱”的司法认定也存在着困境,当网络起哄闹事没有波及现实社会时,如何认定公共秩序严重混乱?是否应该借鉴网络诽谤的点击、浏览、转发次数的规定?网络服务提供者又该怎样承担责任?对上述种种问题,均缺乏统一而确定性的权威解答,这更加深人们的意见分歧。“如果对法律存在严重的社会分歧,法律便不大可能是有效的。实际上,法律可能名声扫地,弊大于利。”^⑤

总之,随着网络时代的到来,刑法的解释领域出现了前所未有的挑战。有学者呼吁加强司法解释工作,将刑法术语实现网络化解释。笔者则认为,司法解释的强化,不能违背基本的正义观念。我们建议出台更为全面的、特别的网络空间立法,使刑法作为保护法,得到前置法的指引和说明,对造成网络空间秩序混乱的不同情形加以教义学上的细致区分,使歧义的法律用语涵摄范围得以澄清,使立法和司法推论更加具有融贯性,同时也符合比例性原则。如果仅凭《解释》的少数几个规定就套用传统模式来使刑罚权介入调整网络空间秩序,则是缺乏深思熟虑的权宜之策,其妥当性难以完全被认同。

六、结论

综上所述,学界对两高的网络寻衅滋事罪《解释》妥当性之争,实质上是解释方法选择之争,肯定说与否定说均难令人信服。倘若离开《解释》,仅凭刑法典的规定无法进行合理的三段论推演,从而直接涵摄网络寻衅滋事行为,因为这会发生歧义谬误。《解释》则是创设法律的一种法律拟制,这种法律拟制又存在其特殊性:是基于法律用语的歧义而进

行的拟制。法律拟制与法律解释背后的正义性基础,可以用法律融贯性与比例性原则来检视。法律用语歧义,也就是法律用语存在两种(以上)不同语义。这种基于法律用语歧义所进行的法律拟制或解释,根据其是否具有合理性,又可划分为适当的歧义与不适当的歧义两种类型。适当的歧义是指,通过法律拟制或解释,将歧义的法律用语中的一重语义解释为另一重语义是合理的。与之相反,不适当的歧义是指,通过法律拟制或解释,将其中一重语义解释为另一重语义是不合理的。利用信息网络散布虚假信息,起哄闹事的,可能造成两种结果:一是造成现实的公共场所秩序严重混乱的;二是仅造成虚拟的网络空间秩序严重混乱的。对于前者,属于适当的歧义,与传统的寻衅滋事是可以等量齐观的,不必区别对待。至于后者,则属于不适当的歧义,不宜法律拟制或解释为传统的寻衅滋事罪,二者不可等量其观,而应区别对待,最佳途径是设立属于网络信息法范畴的专门立法,使之成为刑法的前置法,进而使刑法适用到该领域。

注释:

①从实际案例来看,更多的表现为后一结果。如著名的秦火火案等。

②参见于志刚:《“双层社会”中传统刑法的适用空间——以“两高”〈网络诽谤解释〉的发布为背景》,《法学》2013年第10期,第106页。

③参见于志刚、郭旨龙:《“双层社会”与“公共秩序严重混乱”的认定标准》,《华东政法大学学报》2014年第3期,第136页。

④参见张明楷:《简评近年来的刑事司法解释》,《清华法学》2014年第1期,第17页。

⑤如非法携带枪支、弹药、管制刀具、危险物品危及公共安全罪、强奸罪、强制猥亵、侮辱妇女罪、聚众扰乱公共场所秩序、交通秩序罪、聚众斗殴罪等。

⑥参见注④,第15页。

⑦参见张向东:《利用信息网络实施寻衅滋事犯罪若干问题探析》,《法律适用》2013年第11期,第14页。

⑧[德]亚图·考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,台北五南

图书出版有限公司2000年版,第47页。

⑨[美]波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社1994年版,第376页。

⑩参见[美]梅森·皮里:《笨蛋,重要的是逻辑!——谬误的分析、破解与运用》,蔡依莹译,北京联合出版公司2013年版,第21页。

⑪参见[德]阿图尔·考夫曼:《法律获取的程序——一种理性分析》,雷磊译,中国政法大学出版社2015年版,第92页。

⑫《解释》的表述也很符合法律拟制的标准表述模式,法律拟制在刑法中通常表达为:“某行为,依照刑法第某条的规定定罪处罚。”如《刑法》第269条:“犯盗窃、诈骗、抢夺罪……依照本法第二百六十三条的规定定罪处罚。”而本解释的表述与之类似:“……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。”

⑬2000年最高人民法院《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第五条中所规定的“以交通肇事罪的共犯论处”即是一例。

⑭[英]戴雪:《公共舆论的力量:19世纪英国的法律与公共舆论》,戴鹏飞译,上海人民出版社2014年版,第279页。

⑮[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,台北五南图书出版公司1996年版,第160页。

⑯ Aviam Soifer, "Reviewing Legal Fictions", *Georgia Law Review*, (20)1986, p. 875.

⑰刘宪权、李振林:《论刑法中法律拟制的法理基础》,《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2014年第4期,第75页。

⑱郑超:《论法律拟制思维在刑法中的重要性》,《西南政法大学学报》2011年第6期,第27页。

⑲周一平:《法律拟制及其改进思考》,《理论导刊》2011年第9期,第84页。

⑳参见秦珍珍:《刑法视野中的法律拟制质疑》,《法制与社会》2009年第3期(下),第23页。

㉑[英]哈特:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第127页。

㉒同注㉑,第134页。

㉓参见张明楷:《刑法分则的解释原理》,中国人民大学出版社2004年版,第253页。

㉔[美]德沃金:《法律帝国》,李常青译,中国大百科全书出版社1996年版,第254页。

㉕[美]彼得·古德里奇:《法律话语》,赵洪芳、毛凡译,法律出版社2007年版,第1页。

㉖[英]亨利·西季威克:《伦理学方法》(第7版),第98-99页,转引自[英]布莱恩·巴里:《正义诸理论》,孙晓春、曹海军译,吉林人民出版社2004年版,第339页。

㉗[美]M. 尼尔·布朗、斯图尔特·M. 基利:《走出思维的误区:批判性思维指南》,张晓辉、马昕译,世界图书出版公司2012年版,第53页。

㉘[美]布莱恩·比克斯:《法律、语言与法律的确定性》,邱昭继译,法律出版社2007年版,第17页。

㉙参见[比]马克·范·胡克:《法律的沟通之维》,孙国东译,法律出版社2008年版,第147页。

㉚侯学勇:《融贯论在法律论证中的作用》,《华东政法大学学报》2008年第4期,第8页。

㉛同注㉚,第160页。

㉜同注㉛,序说第XI-XII页。

㉝这得到了有关司法解释的承认,参见2000年最高人民法院《关于对为索取法律不予保护的债务非法拘禁他人行为如何定罪问题的解释》的规定,“行为人为索取高利贷、赌债等法律不予保护的债务,非法扣押、拘禁他人的,依照刑法第二百三十八条的规定定罪处罚。”

㉞高铭喧、张海梅:《网络诽谤构成诽谤罪之要件》,载赵秉志等主编:《现代刑法学的使命》(下卷),中国人民公安大学出版社2014年版,第1216页。

㉟参见张明楷:《网络诽谤的争议问题探究》,《中国法学》2015年第3期,第61页。

㊱参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第三版),北京大学出版社2007年版,第405页。

㊲张明楷:《刑法学》(第四版),法律出版社2011年版,第635页。

㊳[美]塞缪尔·亨廷顿:《变化社会中的政治秩序》,王冠华、刘为译,上海人民出版社2008年版,第6页。

㊴参见陶鹏:《网络怨恨:虚拟公共领域秩序建构的梗阻与消解》,《北京邮电大学学报(社会科学版)》2015年第4期,第11页。

㊵张明楷教授对此就怀有疑问,参见注④。

㊶[美]迈克尔·D. 贝勒斯:《法律的原则——一个规范的分析》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第359页。