

网络违法信息传播次数作为入罪标准的困境与出路

——基于186份刑事裁判文书和相关司法解释的思考

熊 波

【摘 要】网络违法信息传播是信息网络犯罪的主要表现形式,我国刑事司法解释和实务界普遍存在网络违法信息传播次数作为入罪标准的现象。该现象的发生主要源于网络社会空间的不确定性风险和“道德恐慌”、精准化刑事司法审判效率等因素。但是,在网络违法信息单纯的传播次数不具有刑法法益的关联性、算法加持的传播次数极易达至入罪标准、当前刑事司法并未彻底排除违法信息的失真传播次数的情况下,网络违法信息传播次数作为入罪标准便违反了刑法的基本人权保障和谦抑性原则。为化解扩张化刑事治理风险,传播次数关联的结果和行为需要分别符合同质性和相当性原则,因而,刑法法益的现实侵害应当作为网络违法信息传播次数入罪的必要条件。并且,司法者还必须重点排除异常不合理的网络违法信息失真传播次数,以理性对待网络违法信息的传播现象。

【关键词】网络违法信息;传播次数;算法传播;入罪标准

【作者简介】熊波,西南政法大学法学院博士生,重庆市新型犯罪研究中心研究人员。

【原文出处】《新闻与传播研究》(京),2020.10.77~94

【基金项目】本文系中国法学会2019年度部级法学研究课题“人工智能立法研究”(项目编号:CLS(2019)Y02)的阶段性成果。

“信息爆炸”时代,网络信息“良莠不齐”。网络违法信息传播是信息网络犯罪的主要表现形式,诸如,网络谣言、网络诽谤、网络淫秽色情、网络诈骗等违法信息类型的传播,有学者将这种现象称之为“信息散布型犯罪”^①。面对网络违法信息的传播现象,我国刑事司法采取了较为激进的方法,将网络违法信息传播次数作为入罪标准。但是,传播次数作为网络信息传播的一种外化形式,其并不等于网络违法信息传播的实际影响效果本身。即使我们承认网络违法信息传播必然会导致公民焦虑感,但公民焦虑感也仅是现代信息社会发展的表层现象,刑法并不直接予以回应。此时,刑法如何理性对待网络违法信息传播便是当下我们不可回避的重大现实问题。面对网络违法信息传播次数作为入罪标准现象

带来的扩张化刑事治理风险,本文拟从现象发生的社会背景和司法背景找寻原因,剖析传播次数作为入罪标准的司法困境,并在此基础上,提出风险化解机制。

一、网络违法信息传播次数作为入罪标准的司法解释与裁判现状

现行《刑法》并未将网络违法信息传播次数作为入罪标准,但是,笔者通过梳理相关司法解释和刑事裁判文书发现,我国刑事司法解释和实务界普遍存在网络违法信息传播次数作为入罪标准的现象。因此,在探讨网络违法信息传播次数作为入罪标准的具体困境之前,我们有必要对相关司法解释与裁判现状进行梳理,并探寻网络违法信息传播次数作为入罪标准的客观规律。

(一) 司法解释的现状梳理

从表1“网络违法信息的传播次数作为入罪标准的司法解释”中,我们可以发现,司法解释将网络违法信息的传播次数作为入罪标准已经是一种常态化现象。其中,网络违法信息的种类具体包括:侵害知识产权,诈骗,侮辱诽谤,妨害网络安全管理秩序,组织、利用邪教组织破坏法律实施,传播淫秽信息等6类,具体涵摄的罪名有8个。传播次数主要是以违法信息的点击、浏览和转发次数,传播信息的具体条数,注册账号的个数以及注册的人数、通讯群组的个数等形式反映出来的。至此可知,传播次数已经成为了网络违法信息传播刑法法益侵害性的直接评价标准,并涵盖大部分

网络违法信息的类型。此外,传播次数的反映形式较为多样化。

(二) 司法裁判的现象归纳

为尽可能全面收集相关案例,截止至2019年12月8日,笔者在中国裁判文书网(<http://wenshu.court.gov.cn>)采取关键词分散的搜索方法,在搜索栏中输入表1中的“点击、浏览次数”“页面浏览”“点击次数”“转发次数”等传播次数的关键词。最终,笔者共获得254件案例。其中,一审135件,二审104件,再审11件,其他案件(如申诉案件)4件。本文剔除与主题无关或者重复性裁判文书的案件68件,最终作为选取186件刑事裁判文书作为本文的分析样本^②。经笔者归纳、统计形成表2-4。

表1 网络违法信息传播次数作为入罪标准的司法解释

侵害法益	具体罪名与入罪情节	司法解释相关条款	传播次数的规定
市场经济秩序	《刑法》第217条侵犯著作权罪“其他严重情节”	《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见》第13条	点击数、注册会员的人数
公民人格权	《刑法》第246条诽谤罪的“情节严重”	《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》第2条第1项和第4条	点击、浏览、转发的次数以及1年内多次未经处理的累计次数
公民财产权	《刑法》第266条诈骗罪的“其他严重情节”	《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见》第2条第4项	诈骗信息的发送条数或者诈骗电话的拨打次数;页面浏览量次数
社会公共秩序	《刑法》第286条之一拒不履行信息网络安全管理义务罪的“违法信息大量传播”	《最高人民法院、最高人民检察院关于办理非法利用信息网络、帮助信息网络犯罪活动等刑事案件适用法律若干问题的解释》第3条和第10条第4项	违法视频文件、信息的传播次数;用户账号或群组账号的传播个数或关注人数;点击次数
	《刑法》第287条之一非法利用信息网络罪的“情节严重”		违法信息的条数、用户账号的个数、群组成员的人数(含累计)
	《刑法》第300条利用邪教组织破坏法律实施罪	《最高人民法院、最高人民检察院关于办理组织、利用邪教组织破坏法律实施等刑事案件适用法律若干问题的解释》第2条第12项	电子文档的字符数和播放时长数;信息和电话的编发或拨打的个数;传播对象的人数;通讯群组的个数;信息的点击、浏览数
	《刑法》第363条制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪和第364条传播淫秽物品罪	《最高人民法院、最高人民检察院关于办理利用互联网、移动通讯终端、声讯台制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第1条	点击数、会员的注册数

表2 网络违法信息传播次数的刑事裁判现状

案件类型	裁判理由	裁判结果	案件数量(件)
1	直接依据传播次数	有罪	114
2	传播次数+损害地方党委的政府形象或者国家工作人员的个人形象		9
3	传播次数+个人的精神损失、心理恐惧		4
4	传播次数+企业经济遭受重大损失/被害人生活和工作受到极大影响/个人财产受到重大损失		6
5	技术上无法排除失真的传播次数	无罪	14
6	传播次数+但情节显著轻微,不构成犯罪的/诽谤单位/有部分事实依据或有事实依据的		5
7	传播次数+但无法提供传播次数的具体证据,导致违法事实不明/传播信息内容真实	不立案或驳回自诉	41
合计			193 ^③

表3 有罪案件中网络违法信息传播次数对应的案件数

案件类型	传播次数(万) ^④	案件数量(件) ^⑤
1	$X > 0.5$	16
2	$0.5 \leq X < 1$	23
3	$1 \leq X < 5$	52
4	$X \geq 5$	50
5	交代不明 ^⑥	5

表4 有罪案件中网络违法信息发帖个数对应的案件数

案件类型	发帖数量(个)	案件数量(件)
1	$X = 1$	31
2	$2 \leq X < 5$	45
3	$X \geq 5$	25
4	交代不明 ^⑦	30

从表2“网络违法信息传播次数的刑事裁判现状”中,我们可以发现:基本上,案件类型1“直接依据传播次数推定入罪”的裁判理由占据总数的59.07%。而在具体裁判文书的说理过程中,法院虽然在裁判理由中明确排除了违法信息的传播次数,从而作出了无罪判决亦或是不立案和驳回自诉的裁定意见,但这仅是因为技术障碍或者是证据不足导致捏造事实不明等原因导致审判程序无法进行下去,法院并未否定网络违法信息传播次数作为入罪标准。诸如,案件类型5、7。如此看来,在司法实务中,法院直接或间接承认传播次数可以作为入罪标准的案件其实共计169件,约占据总数的87.56%。

此外,在梳理案件涉及的相关罪名中,笔者还发现,有部分罪名虽然司法解释并未明文将“传播次数”作为行为“情节严重”的认定标准,但是由于犯罪行为也可以以网络违法信息的传播形式存在,因而,在部分司法裁判中,法院也将传播次数作为了特定行为的入罪标准。诸如,《刑法》第293条的寻衅滋事罪^⑧、第221条损害商业信誉、商品声誉罪^⑨。

从表3“有罪案件中网络违法信息传播次数对应的案件数”中,我们可以发现:网络违法信息的传播次数一般在1万-5万之间,在1万以上的案件(不含交代不明案件)约占据总数的69.86%。该比例的最终呈现与网络传播与算法推荐等新技术的结合紧密相关,在网络传播的新技术的发展下,网络违法信息的传播次数很容易达到表1司法解释中普遍存在的“5000”“500”等入罪标准。

表4中“有罪案件中网络违法信息发帖个数对应

的案件”的“ $X \geq 2$ ”(含交代不明案件)的案件所占比例约为76.34%。在司法实务中,多个发帖的传播次数是累计计算的^⑩,并未区分各个发帖内容中网络信息违法性的差异程度。而多个数量发帖的累计传播次数,无疑也会加剧网络违法信息传播次数到达入罪标准。这也解释了为何表3的网络违法信息传播次数在1万-5万之间所占的比例最高。

最后,结合表1-4反映的具体信息,我们可以发现:

第一,传播次数作为入罪标准的网络违法信息类型不止司法解释中明确界定的6类,司法实务还对其进行了扩充。至此,网络违法信息的类型具体包括侵害知识产权,诈骗,侮辱诽谤,妨害网络安全管理秩序,组织、利用邪教组织破坏法律实施,传播淫秽信息,损害商业信誉,妨害社会管理秩序等8类违法信息。

第二,网络违法信息传播次数在司法实务中的处理情况有以下四类:(1)在绝大部分案件中^⑪,法院是直接将传播次数作为入罪标准的裁判理由,亦或是虽然客观上法院排除了传播次数作为入罪的条件,但本质上还是承认传播次数可以直接作为入罪标准。(2)部分法院以个人抽象化心理情绪或者官员、政府的个人形象作为网络违法信息传播次数的附加条件。(3)极少数案件中传播次数并非是入罪标准,行为人只有在企业经济遭受重大损失、被害人生活和工作受到极大影响、个人财产受到重大损失的情况下才可入罪。(4)极少数案件中传播行为虽然达到了司法解释规定的传播次数,但这并不代表行为对刑法法益的严重侵害性,因而法院判决行为人为无罪。由此可见,在刑事司法解释和裁判实务中,网络违法信息的传播次数基本上被直接作为了一种入罪标准。

第三,在网络信息算法传播等新兴技术的发展以及多个发帖数量传播次数的累积下,网络违法信息的传播次数极易达到入罪标准。

二、网络违法信息传播次数作为入罪标准的双重原因

网络违法信息传播次数作为一种入罪标准的现象并非凭空产生,该现象是在社会背景和司法背景两种现实因素的考虑下被引入了司法解释与裁判现状之中的。

(一)社会原因:急于应对网络社会空间的不确定性风险和“道德恐慌”

现代社会无疑是信息网络和人工智能社会,在现代社会中“人即传媒”,微博、微信、QQ、抖音等信息接收应用的网络沟通,已经与“面对面”的人际交流并列成为了人类两种普遍的交流方式^①。但与此同时,网络新兴传媒技术的发展也带来了现实社会生活的复杂性和不确定性,网络空间引发的不确定性风险为社会治理带来了极大难度^②。网络空间的不确定性风险体现最为明显的就是社会网络空间的区隔和网络信息类型的分化导致的信息泛滥和信息污染。诸如,网络诈骗、网络群体事件、网络谣言、网络诽谤、网络淫秽等违法信息甚嚣尘上^③。

在网络社会空间的区隔化和违法信息的不确定性风险的影响下,广大人民群众的道德焦虑感、道德恐慌感油然而生。在社会学语境中,“道德恐慌”(moral panic)是新闻媒体、社会控制机构解释特定社会现象和网民心理反应特征的一种工具^④。正是这种道德恐慌和焦虑,使得国民能够突破网络空间的虚拟性而聚合为网民群体。有学者将这种“群聚现象”比拟为网络社会秩序的一种最具凝聚力的纽带^⑤。而道德焦虑感、道德恐慌感是网民面对违法信息的一种心理反应或者是行为的特定社会现象,其要形成一种凝聚力的纽带,必须要通过信息的外化形式反映出来,而这一外化形式就是网络违法信息的点击、浏览、转发的传播次数以及传播范围的影响人数。

抽象的道德焦虑感、道德恐慌感在传播次数的外化形式下被具体化、可感观化,从而引起一系列的社会反响,当社会反响愈演愈烈时,普通民众最为迫切的要求便是加强社会控制手段,诸如,“强化和更新规则、增强公众敌意和谴责、制定更多的法律、判处更长的刑罚、增加更多的警察、逮捕更多的嫌犯以及建造更多的监狱等”^⑥。

刑法作为现代社会治理的一种工具和方法,其当然需要同社会发展与时俱进。当社会发展进程中出现矛盾和冲突时,刑法便会及时回应广大人民群众的社会关切。其中,相较于刑事立法,刑事司法的回应是最为及时、最为便捷,也最为符合社会群众法治需求的一种社会治理方式。其中,制定刑事司法

解释和启动刑事裁判是两种典型的刑事司法手段。这就不难发现为何网络违法信息传播次数会被刑事司法普遍作为一种入罪标准——刑法为回应民众需求、防止社会矛盾和冲突的激化,不由分说地直接将现代社会的表层现象作为了司法规制对象。

(二)司法原因:为精准化刑事司法审判提供了具体的可操作基准

在刑法规范并未将网络违法信息传播次数作为入罪标准的情况下,传播次数之所以能够被引入刑事司法之中,不仅是因为传播次数是现代社会的表层现象,还在于传播次数“5000”“500”等量化标准,为精准化刑事司法审判提供了具体的可操作基准。当前,网络违法信息传播次数能够作为公民抽象化心理恐慌和个人情感困扰的直接评价因素的原因就在于,上述抽象化法益是无法具体评价的,而选取传播次数作为入罪标准刚好为司法人员认定法益侵害的严重性提供了具体的可操作标准。

一般而言,司法实践中认定传播次数,是以网页截图或者网络服务后台的统计数据为依据,或者在前者基础上再进行公证^⑦。这在理论界和司法解释的制定者看来,主要有以下三个原因:(1)累积的危害结果。网络违法信息的传播次数直接反映了客观行为累积后的严重危害结果,行为的累积包括行为本身及其波及范围的效果^⑧。累积行为严重影响网络空间中或者现实社会的正常活动和秩序^⑨。(2)点击和浏览等传播次数可以直接表明刑法法益侵害的严重程度,而具体的传播次数性规定是依据网络传播规律和专业技术部门论证而得出的,具有科学性。(3)违法信息传播的次数性规定,为司法人员明确法益侵害的程序性标准提供了依据,限制了法官的自由裁量权^⑩。

以最高人民法院、最高人民检察院(以下简称“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》第2条第1项和第4条规定的传播次数为例,“两高”一致认为:“如果一个捏造的损害他人名誉的信息被众多人点击、浏览而知晓,足以说明被害人的名誉已经受到侵害,具有现实的社会危害性。《解释》将被点击、浏览次数确定为五千次,是依据实证调研的结果,也参考了有关司法解释的先例。将被转发次数确定为五百次,与被告点

击、浏览次数保持一比十的关系,是根据网络传播规律,听取了专业部门意见,进行了技术论证,严格审慎确定的。”^②

由此可见,在理论界和实务界看来,反映抽象化道德焦虑感、道德恐慌感的网络违法信息传播次数作为入罪标准的司法原因在于,传播次数的认定不仅有利于提高刑事司法效率,还能够反映网络违法信息的传播范围,而传播范围本身也是刑法法益侵害性的直接征表。

三、网络违法信息传播次数作为入罪标准的司法困境

(一)网络违法信息单纯的传播次数不具有刑法法益的关联性

在上述表2有罪裁判文书的观点归纳中,除了表2“案件类型4”的6起案件,基本上刑事司法裁判将司法解释中网络违法信息传播次数视为了公民抽象化的心理恐慌、情感(形象)困扰或者网络公共秩序严重侵害程度的标记。但笔者认为,网络违法信息传播次数侵害的法益并非是公民抽象化心理恐慌、情感(形象)困扰亦或是网络公共秩序等抽象化利益。

1. 单纯以网络字符序列形式存在的传播次数不指代任何法益类型

理论界和实务界之所以将传播次数作为抽象化道德焦虑感、道德恐慌感的外在表现形式,主要是因为网络违法信息传播次数越多,证明传播范围越广,其更能够引起公民抽象化的心理恐慌和情感(形象)困扰。但本质上,单纯的网络违法信息传播次数仅是网络空间介质中以一串数字字符或序列形式存在的信息数据的客观记录,其并不能代表线下网民实际接收网络违法信息后会产生道德焦虑感或恐慌感。换言之,传播次数越大并非就是严重的心理恐慌和情感(形象)困扰。因此,我们不能仅依据网络违法信息传播次数越大,影响面越广,其能够引起公众的心理恐慌、情感(形象)困扰,就直接推定了传播次数等于心理实际受到严重影响的网民人数。因为,公众的心理恐慌、情感(形象)困扰完全会受到网络违法信息的类型、具体内容以及信息接受个体认知能力、传播媒介等方面的影响^③。因而,两者之间不存在正相关的关系。

2. 公民抽象化心理恐慌、情感(形象)困扰无需动辄启用刑法予以规制

当然,不可否认,网络违法信息传播次数在某种程度上可能与公民抽象化心理恐慌、情感(形象)困扰存在间接联系。但笔者认为,公民抽象化心理恐慌、情感(形象)困扰无需动辄启用刑法予以规制,同时,其也不属于值得刑法保护的、具有刑法价值性的法益类型^④。按照《侵权责任法》第22条和《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第8条第1款的规定,在抽象化的精神损害尚未达到被害人死亡、残疾等严重程度的情况下,被害人也仅是可以请求法院要求侵权人停止侵害、恢复名誉、消除影响或者赔礼道歉。在这一民事救济手段下,我们单纯依据传播次数间接关联的心理恐慌和情感(形象)困扰,就将传播次数作为入罪标准,显然有悖于刑法的比例性原则^⑤。

3. 抽象化心理恐慌或情感困扰无法与“情节严重”的其他情形相提并论

单纯的网络违法信息传播次数,虽然在某种程度上能够间接反映公民抽象化心理恐慌、情感(形象)困扰,但是,这与传播次数同作为“情节严重”入罪标准的其他情形而言,基本上两者之间并不存在任何的同质性和相当性。以《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》第2条第1项和第4条表示的传播次数,以及第2条第2-3项的情形为例。该解释的第2条第2项是“造成被害人或者其近亲属精神失常、自残、自杀的严重后果”;第3项是“2年内曾因诽谤受过行政处罚,又诽谤他人的”。其中,第2项是以精神失常或者重伤、死亡结果为基本的人罪情形;第3项是以行为人的重大人身危险性为标准。很明显,公民抽象化心理恐慌、情感困扰无法与精神失常(并非情感困扰)、重伤、死亡结果或者重大人身危险性相提并论。

4. 网络公共场所秩序并不是刑法法益,刑法不对其单独进行保护

理论界将公民抽象化心理恐慌作为刑法法益的主要原因还在于网络空间的公共场所秩序被视为了一种单独的刑法法益。诸如,有观点认为社会公众的恐慌就表明了网络公共场所秩序的严重混乱,而

网站数量、违法信息数量以及信息反馈,恰好可以直接以社会公众的心理恐慌等要素表明网络公共场所秩序受到了严重侵害^③。

但笔者并不以为然,将网络空间视为公共场所与网络公共场所秩序作为刑法法益根本就是两码事。刑法承认网络空间可以作为公共场所,是因为危害行为确实可以像现实物理社会中的行为一样客观存在^④,因而,才存在窃取网络虚拟财产的犯罪行为。但这仅是因为网络虚拟财产同样具有财产的交易、流通等现实功能,而并非是因为网络公共场所秩序作为刑法法益。因此,仅依据公民抽象化的心理恐慌,就直接承认网络公共场所秩序属于刑法法益,并不具有说服力。

同样,网络违法信息传播次数引起了网络公共场所秩序的混乱也无法与《刑法》第293条寻衅滋事罪的随意殴打他人或者追逐、拦截、辱骂、恐吓他人等入罪情形等量齐观。如果司法者仅因公民抽象化的心理恐慌,就承认网络公共场所秩序可以单独作为一种刑法法益,那么,寻衅滋事罪被诸多学者诟病为“口袋化”罪名便不足为奇^⑤。

(二)算法加持的网络违法信息传播次数极易达至入罪标准

通常而言,网络违法信息的传播是以从众效应为目的,以获取信息的流行度和推荐指数。从众效应的相关研究表明:“互联网用户常常根据表面现象做出在线判断,如视频的点击次数、用户投票数和流行度标准。而视频内容的可信度和质量判断最初则会被观看者忽略。”此时,“人们并不真正关注材料,而是受到某种潜意识选择过程的引导”^⑥。因而,算法加持过的网络违法信息极易受到网民欢迎。

但是,网络违法信息传播次数在算法自主化操控下极易达到入罪标准,也就是说,在信息传播的算法时代,人人都处在网络违法信息传播行为的入罪边缘。具体而言:

1. 算法歧视致使算法设计者和运作指令的输入者可以控制算法的传播范围

算法歧视是指设计者和指令输入者可以通过设计算法运作程序和指令输入,嵌入主观偏见的算法数据,以控制算法自动化运作,将不同结果反馈给不

同特性的人群^⑦。在算法歧视的操作模式下,违法信息可以向谁传播以及向哪些领域传播,行为人都可以通过嵌入主观偏见的算法数据进行控制的^⑧。诸如,在“赵某等非法控制计算机信息系统案”中,行为人为提高自己搭建的网站上信息的点击次数,可以利用URL采集器、“挖掘鸡”等软件的算法推荐技术,使对方链接点击行为跳转到算法指定的网页信息上,从而提高指定网站的访问量、点击量^⑨。

但在传统的网络媒体时代,违法信息向谁投放以及向哪些领域散播均是不确定的,更是难以预料的。因而,网络违法信息的传播量完全依靠网页的会员或者关注网民偶然间的转发和特定人群的关系来进行传播,传播范围肯定较为有限^⑩。但在网络违法信息算法歧视的传播特性下,即使预设或者嵌入的过多传播量的指令,算法程序也能够实现精准化传播,而这显然是一种恶意的传播。但司法者囿于“算法黑箱”,难以准确发现算法的恶意传播,亦或是算法系统难以依据法律语言的特性,独立思考程序运作和数据指令的恶意规则^⑪。此时,一旦将网络违法信息传播次数作为入罪标准,那么,算法歧视下的传播由于具有恶意、盈利等目的的针对性,出现上述表3传播行为入罪时次数畸多的现象也就不足为奇。

2. 自主学习为算法推荐网络违法信息并主导传播次数提供了便捷途径

与算法歧视不同的是,算法推荐完全不需要行为人事先嵌入主观性偏见的信息数据,而是通过后期算法数据的深度学习,自主分析网民兴趣点或者依据推荐指令,实现信息类型的自动化投放和传播。“目前的算法推荐技术主要基于对用户行为数据的统计分析,算法系统通过分析用户的点击、浏览、转发、评论等行为,生成用户个人偏好数据并进行针对性的内容推送。”^⑫因此,网页或者APP中用户的点击、浏览、转发、评价行为产生的“数据废气”^⑬(data exhaust)就会被算法用来提升违法信息传播的精准度。

网络违法信息在很大程度上完全可能依赖算法推荐进行传播,其通过提升优化内容的创新程度,吸引网民的热爱。网民基于兴趣会不由自主地点击并进行浏览,继而予以转发。此时,点击、浏览或转发等传播行为,会潜移默化地被算法系统所吸收。下

次类似的视频信息会自动向你优先推荐,并主动诱使你点击^⑤。现如今,算法推荐基本上已经成为移动互联网信息传播的一种主流趋势,并形成一种新的商业模式。可想而知,在算法推荐的传播趋势下,网络违法传播次数也极易达到入罪标准。

3. 神经网络自动化点击的算法技术加剧了网络违法信息的传播次数

上述两种情况均是算法推荐诱导公民加剧传播次数,而本部分主要论述的神经网络自动化点击的算法技术则主要依靠算法系统本身的自动性和反复性的检测和制造。其中,神经网络主要是生成式神经网络和鉴别式神经网络。这两组神经网络互相配合、不断衔接,从而使伪造的违法信息看起来极为真实^⑥。其中,很重要的一点是,该过程主要是依靠反复的点击、查询、验证等传播方式来实现的。而且,算法系统为了得到高质量的违法信息,需要对输入的本体数据信息进行反复性点击。诸如,“印度知名作者 Rana Ayyub 的合成色情视频案”就是如此操作的^⑦。

此外,自动化、连续性点击的验证过程并非仅停留于生产、制造阶段,后续自动化的点击为增强违法信息的“真实性”或者视频热度,还会进行修补性的点击、验证和查询。也就是说,在算法自动学习的特性下,网络违法信息不再是“出现即固定”的文本,算法系统会自动检测网络空间中随时更新的图像、空间等视听数据,并据此再次激活原先违法信息制造的两组神经网络,对违法信息进行修补,以及时向读者反馈更为真实以及最新动态的违法信息。

(三)当前刑事司法并未彻底排除违法信息的失真传播次数

从前文论述的传播次数作为入罪标准的司法原因来看,网络传播规律、专业技术部门论证以及直观明了的传播次数性规定,符合了实务部门“情节严重”认定的日常操作。但关键在于:

第一,网络传播规律和专业技术部门论证的方法必须是建立在科学、合理方案的基础上,才可以将传播次数作为一种入罪标准。但在网络传播规律和技术部门论证无法排除网络违法信息失真传播次数的情况下,司法解释制定者作出如此解释就存在显著问题。

第二,将传播次数作为入罪标准虽然可以明显且直观地权衡法益侵害的程度,但是在行为侵害的刑法法益类型界定存在争议以及传播次数是否对接刑法法益的实际侵害之时,以直观明了的传播次数作为入罪标准,并非起到了限制法官的自由裁量权的实际效果,反而在某种程度上会放任法官直接借助网络违法信息传播次数,认定信息的编造者和转发者构成犯罪。但这显然是以程序效率牺牲实质的刑法公正。

诸如,在“肖某等网络诈骗案”中,法院就直接认为:“依照《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见》(法发[2016]32号)第二条(四)规定,应按发送的信息数量认定发送诈骗信息条数,有多少人收到短信并不是认定发送诈骗信息数的依据。因此,一审判决对于认定发送诈骗信息数量以群成员数与发送信息数相乘统计符合法律规定。”^⑧由此可见,在具体的实务操作中,司法者较易忽视网络违法信息的失真传播次数。

从本文统计的刑事裁判文书来看,失真传播次数具体包括:算法加持的、点击者无意识支配之下的、被害人自我的、行为人虚增的、点击者无效的、网站人员维护等情况下的点击浏览数^⑨。该种网络违法信息失真传播次数无法产生任何实际性的危害结果。

当然,如果暂且不论公民抽象化心理恐慌、情感(形象)困扰以及网络公共场所秩序是否可以作为刑法法益类型。我们利用当前网络技术如果可以排除所有的失真传播次数,那么传播次数作为入罪标准也是较为合理的。但是,笔者考察了现有的传播次数统计方法和网络信息传播的规律,当前刑事司法利用的单一化网络传播效果量化技术的统计方法并未彻底排除网络违法信息的失真传播次数。具体而言:

依前文所述,当前司法实践认定传播次数,是以网页截图或者网络服务后台统计的次数为依据,或者在前者基础上再进行公证的,这是一种传统的网络访问统计方法。但是,传统统计方法并未完整展现刑法法益的侵害效果。诸如,有学者在统计分析网易、搜狐和知网三大门户的点击量、网站发布信息的访问量与信息传播的实际效果的关联度时候发现

两者是不成正比的。因而,该学者提出“信息点击量和网页停留时间的合并法”,^⑩以此检测信息传播的影响效果。但对于用何种技术方法来确定网络用户在网页的停留时间,该文并未作进一步详细探讨。也就是说,在当前刑事司法利用的单一化、传统化网络传播效果量化技术的统计方法下,我们还没办法彻底排除不具有实际刑法法益侵害效果的失真传播次数。这一结论也正好解释了表2的案件类型5所持的裁判理由。

四、网络违法信息传播次数作为入罪标准的风险化解路径

很显然,网络违法信息传播次数作为入罪标准是网络犯罪刑事治理风险扩张化的一种典型表现。为化解该刑事风险,笔者认为,实务界可以从风险化解的原则确立、传播次数侵害刑法法益的类型明确以及失真传播次数的技术排除等方面塑造具体规则,以确保刑法能够理性应对现代信息社会的表层现象。

(一)传播次数关联的结果和行为需要分别符合同质性和相当性原则

当然,“作为法律规范,刑法应力求简短,因此,刑法所规定的各种犯罪类型,都是对犯罪现象进行抽象化、类型化的结果,而不可能详尽叙述各种犯罪的具体表现”^⑪。因而,仅从刑事立法的简洁性考虑,刑法规范并未直接将传播次数作为“情节严重”的具体结果要件是情有可原的。但这是否就意味着司法解释可以将传播次数纳入入罪标准呢?刑法作为最为严厉的法律,司法解释在对刑法规范进行深度阐释以及司法者在具体案件中适用刑法规范时,必须把握一定的尺度或遵循特定原则,如此,刑法规范的适用才不会在现代社会发展中跟随公民焦虑感而迷失方向。

当前,刑法主流观点为限制刑事司法犯罪化的扩张,仅对兜底条款的司法解释确立了同类解释的适用规则^⑫,而对于司法解释已经明确的“情节严重”入罪标准的并列情形之间缺乏对比性研究,从而导致实务界在办理网络违法信息传播犯罪案件时,不假思索地直接照搬传播次数的入罪规定。有鉴于此,笔者认为,在探讨具体适用规则之前,我们必须明确网络违法信息传播次数作为入罪标准的风险化解路径应当遵循的原理或原则。

本文认为,传播次数的现实危害需要符合危害结果类型的同质性和法益侵害的相当性原则。其中,危害结果类型的同质性要求网络违法信息传播次数反映的结果类型应当与同一罪名司法解释中的其他入罪标准情形具有同等的性质,而法益侵害的相当性原则是针对侵害行为而言的,其表明网络违法信息传播的犯罪行为在同一罪名的侵害行为类型中应当具有相当性。

首先,危害结果类型的同质性暗示司法者需要明晰:网络违法信息纯粹的传播次数直接对接的公民抽象化心理恐慌、情感(形象)困扰或者网络公共场所并不是刑法法益类型。以上述表2的裁判依据而言,单纯个人的精神损失、心理恐惧;以及地方党委的政府形象、国家工作人员的个人形象等法益类型,无法与企业经济遭受重大损失、被害人生活和工作受到极大影响(精神失常)、个人财产受到重大损失相提并论,更何况导致被害人或者其近亲属自残、自杀等严重后果。

其次,法益侵害的相当性原则暗示司法者需要明晰:网络违法信息纯粹的传播次数在算法传播特性的影响下,传播行为很容易就构成犯罪。因而,在处理网络违法信息传播的刑事案件时,司法者必须清楚地知道,刑法规制传播行为时,一定要遵循比例性和合宪性原则,传播次数即使是符合入罪标准,但仅导致了轻微的法益侵害时,我们也可以直接通过停止侵害、恢复名誉、消除影响或者赔礼道歉等民事救济手段来惩治行为人,防止司法者借助根本不具有刑法法益侵害相当性的传播次数,滥用刑法规制手段。

因此,最高司法机关应当尽快将“传播次数”等类似性规定直接从网络犯罪“情节严重”的司法解释规定中祛除出去,并依据危害结果类型的同质性和法益侵害的相当性原则,重新确立其他入罪标准。但是,该做法不能一概而论。我们需要考虑到网络违法信息不同类型,诸如,淫秽物品、利用邪教组织破坏法律实施以及侵害知识产权等网络违法信息,上述信息内容本身的性质决定其具有刑事违法性,而不单取决于信息传播范围的广泛程度。因此,传播次数的排除规则仅适用于侮辱诽谤、妨害网络安全管理秩序、寻衅滋事、网络诈骗等其他刑事案件。

(二)刑法法益的现实侵害应当作为网络违法信息传播次数入罪的必要条件

当然,将网络违法信息传播次数作为入罪标准的规定直接从网络犯罪“情节严重”的司法解释规定中祛除出去,是最为理想的风险化解路径。但是,理论研究同时也应当考虑到司法机关的作法是基于网络违法信息传播犯罪的隔空性特征,司法机关难以明确隔空区域中受害者的具体损失情况^⑤。因而,短时间内我们要想司法解释和实务操作快速摒弃传播次数的入罪标准可能是不太现实的。

因此,当务之急,理论研究必须还要探索一条契合现行司法解释规定的风险化解路径。而最好的办法就是在司法解释的基础上,我们再对网络违法信息传播次数作为入罪标准的规定做进一步的限缩解释。笔者认为,刑法法益的现实侵害应当作为网络违法信息传播次数入罪的必要条件。其中,刑法法益的现实侵害包括:行为人的非法获利、受害者现实工作和生活的严重干扰、现实社会秩序的严重混乱、维护社会秩序所导致的严重经济损失等情形。具体而言:

刑法必须以保护具体可感观的法益类型为宗旨,恪守犯罪圈的边界^⑥。在明确了风险规制的基本原则之后,此时司法者肯定就不能再直接依据公民抽象化心理恐慌、情感(形象)困扰或者网络公共场所,将网络违法信息的传播次数作为行为人构成犯罪的唯一标准。换言之,表1中的传播次数性规定仅是行为人构成犯罪的条件,至于行为人是否构成犯罪,还需要依据危害结果类型的同质性和法益侵害的相当性原则做进一步的确定。

对于如何理解抽象化法益侵害之外具体可感观的法益类型,美国学者道格拉斯·哈里斯采取的是“极端结果标准”,其认为刑法规制的网络违法信息的传播行为必须是建立在受害者极端心理痛苦基础之上的,“诸如此类羞辱、尴尬、愤怒或恐怖的因素和反应必须是极端的,或者这种精神痛苦以至于达到没有一个通情达理的人可以预料到的结果程度”^⑦。“极端结果标准”虽然明确了单纯的传播次数导致的抽象化心理恐慌、情感(形象)困扰并非是刑法法益,但是,何种程度才算是“极端的结果”?哈里斯教授并未给出明确的答案。换言之,司法者仍可对“极端

结果”的认定标准进行随意解释。

诸如,在“庞某诽谤案”中,法院也还是会认为:“从跟帖网页上无法证明这些信息内容被点击浏览的数量超过5千次,也无证据证明庞某某组织、指使他人对蔡某作出负面评价的跟帖。”^⑧以“极端结果标准”作为实务裁判依据,案件中负面评价完全可以体现“通情达理的人难以预料到的极端痛苦”内容。但是,如果负面评价的受害者由于技术限制完全不知晓跟帖内容,可想而知,在一般人看来属于“极端结果”的负面评价跟帖,对受害者而言却是完全无任何现实影响的,甚至连抽象化心理恐慌、情感(形象)困扰都不存在。

因此,笔者认为,只有公民个人的现实生活受到极大影响,或者公共场所秩序遭受到严重混乱,或者维持现实社会公共秩序导致严重经济损失等情形,才能作为司法解释和裁判实务中传播次数入罪的必要条件。

网络违法信息在仅停留于虚拟空间未造成现实危害的情况下,我们完全无需刑法予以规制。但不可否认的是,操纵网络违法信息传播范围的主体是现实空间中的“人”,因而,网络违法信息传播次数导致的危害完全可以渗透于现实生活之中。在社会学语境中,网络社会空间的无边界性、信息流动的迅捷性、网民参与的便捷性三者结合起来,完全可以使网络违法信息传达的特定“事件”迅速引起现实社会的反响。因此,“数以万计甚至数以百万计的不同身份的网民,超越位置和环境的限制,迅速形成网络关注兴奋点,设置结成网络共同体,通过信息交流和观念沟通,形成具有广泛影响力的社会认同,进而引发实际社会行动,爆发大规模群体事件”^⑨。

与此相对应的,现实社会发生了群体性事件、民族或宗教冲突、公民哄抢商品的现象,再或是政府耗费大量人力、物力派人前往事件现场予以排查和预防的(不包括政府职能部门在网上发布辟谣公告),都是网络违法信息传播范围广泛而导致的现实危害结果。

对于网络违法信息传播严重损害公民人格权的情形,司法者可以结合受害者在现实生活中遭受到陌生人的骚扰、跟踪和威胁,或者受害者不堪忍受精神痛苦多次接受精神治疗而导致工作或生活无序以及工作

被辞退等情形,认定行为人构成犯罪。诸如,在印度作者 Rana Ayyub 遭受的“深度伪造”合成色情视频案中,该合成视频在 Facebook、Twitter 和 WhatsApp 上被成千上万人的传播。随之而来,Rana Ayyub 遭受了大量的强奸威胁,工作也受到了严重的影响^⑨。

至于行为人非法获利的情形,本文考虑的是在某些刑事案件中,行为人发布网络违法信息旨在通过大量的传播次数,实现竞争公司经济严重亏损、APP 算法推荐牟利、传播淫秽物品牟利、窃取知识产权获利等危害结果^⑩。基于此,刑法应当通过司法解释和案件办理,及时阻断潜在行为人事先存在的非法获利想法,防止行为人通过犯罪行为而“合法获利”,以实现司法解释适用的一般和特殊预防之功效。

(三)司法者必须重点排除异常不合理的网络违法信息失真传播次数

虽然当前刑事司法利用的单一化、传统化网络传播效果的量化技术无法彻底排除违法信息的失真传播次数,但这也并不意味着司法者在认定网络违法信息传播次数之时,完全可以忽视异常不合理的失真传播次数。依前文所述,当前司法实践所采用的是一种传统的网络访问统计方法,而这种认定方法并没有完全排除失真传播次数。因而,有学者将实务界的这种认定方法称之为“概括化认定法”“计量对象海量量化认定法”^⑪,或者是“综合认定法”^⑫。但是,无论是按照上述的哪一种方法,该类学者都不反对司法实践可以利用该方法得到的粗略证据直接印证案件整体事实。也就是说,在上述三种方法下,传播次数导致的现实法益侵害与案件客观事实之间不需要一一印证。

但笔者认为,按照《刑事诉讼法》第 55 条的规定,所有定罪量刑的案件事实都必须要有证据证明,并且所认定的事实都排除了合理怀疑。因此,网络违法信息的传播次数只要作为定罪量刑的标准,那么,司法机关就有义务排除违法信息的失真传播次数。虽然,司法者利用当前网络技术还无法彻底排除违法信息的失真传播次数,但并不意味着可以完全忽视异常不合理的失真传播次数。如果我们一味采信“概括化认定法”“计量对象海量量化认定法”“综合认定法”,那么,在当前缺乏异常不合理的传播次

数认定规则的情形下,司法者完全有可能概而括之地将失真传播次数也纳入入罪标准之中。这一结论可以从表 2 中的案件类型 2 和 5 对应数据的强烈反差中得到佐证。

笔者认为,按照第二种风险化解规则,传播次数在作为入罪标准的风险规制方法中仍发挥着基础性限缩作用。因此,司法解释的制定者或司法者在处理具体案件时,必须将不具有刑法法益关联性的异常不合理的网络违法信息失真传播次数排除出去。而“异常不合理”的网络违法信息失真传播次数可以采取如下方法进行认定,具体而言:

第一,排除违法信息管理的相关职能部门及其下设机构的人员以及具备违法信息涉及领域的专业知识、技能的人员产生的传播次数。因为上述国家工作人员和技术专业人员具有较强的违法信息的识别能力,因而一般情况下,他们不会轻易以转发、点击等行动迎合与其工作职能和专业技巧直接相关的网络违法信息。诸如,地质勘探的专业人员和地震管理部门的国家工作人员查看网络散布地震的谣言信息所产生的点击数和浏览数就属于异常不合理的失真传播次数。

第二,去除网络违法信息传播行为人身边的利益关系者的恶意传播次数。司法者依据网络服务平台的后台管理信息,即可发现某一时间段特定人的重复且多次性的点击、转发、推荐。诸如,受害者或者行为人的仇人雇用的网络水军以及恶意的算法设计导致的点击量激增的情况,这也需要司法者予以排除。

第三,排除持有中立态度或怀疑态度的转发次数。网络违法信息的第三人转发行为,必然存在部分持有中立态度或怀疑态度的转发次数。此类人群并不会轻信网络违法信息的内容,因而通常情况下,行为人转发过程中带有中立态度或怀疑态度的评论和回帖的传播次数,司法者应当予以排除。

第四,去掉僵尸算法系统账号的传播次数。“僵尸算法系统”表明网络空间中存在着无任何粉丝用户或者仅是僵尸账号关注度的算法系统账号,因而,该类系统的转发和点击的传播次数也根本不可能产生公民个人的现实生活和工作受到极大影响、现实公共场所秩序遭受到严重干扰或者维持现实社会公

共秩序导致严重经济损失等必要条件的危害结果。

有学者认为:“网络犯罪是非接触性案件,物证、人证不易获取,而且,动辄是千万级乃至亿级海量数据,犯罪数量、数额不存在人工筛查、逐一认定的现实性。”^⑤但笔者认为,该种理由不足以作为“综合认定法”的支撑理由。纵使是上述四类异常不合理的网络违法信息失真传播次数呈现海量特点,但依靠现有网络信息传播的计量方法,司法者也是可以将失真传播次数排查出来的。从表4统计的网络违法信息的传播形式来看,网络违法信息通常是通过发帖的形式进行传播的。因而,根据网络违法信息的传播形式,上述四类异常不合理的失真传播次数的排查,完全可以通过统计学普遍使用的“面向特定主题需求”的python网络爬虫程序予以实现。司法者可以在海量数据信息中,通过特定关键词以及程序的网页抓取能力,快速定位出与主题相关的URL地址^⑥,进而排除失真传播次数。

当然,异常不合理的失真传播次数的认定并非一成不变。随着智慧公安技术的深度发展,部分地区的公安系统已经开始运用电子数据轨迹的可追踪溯源技术查明证据的真实性^⑦。而网络违法信息传播轨迹的溯源技术,对于当前网络技术还无法彻底排除的重复性点击次数、传播页面停留时间、算法推荐次数等传播次数的具体认定都是非常有益的。因而,随着网络违法信息传播轨迹溯源等技术的成熟,并完全被实务部门普遍运行后,在当前看来无法彻底排除的失真传播次数都会转变为可排查的异常不合理的失真传播次数。很显然,“概括化认定法”“计量对象海量认定法”“综合认定法”得出的传播次数结论既不符合刑诉法规定的证据认定规则,也不符合时代发展潮流。可以预料的是,现有理论研究很难持续产出科学的司法效应。

五、结语

在网络信息社会中,人类的日常沟通和信息获取必须以传播形式予以实现,而传播次数又是信息传播的外化形式。随着信息网络技术的快速发展,信息传播的过程将变得更为精准、快捷和广泛,信息传播的渠道和种类也将更为多样。“信息爆炸”时代,网络信息“良莠不齐”,刑法如何理性对待网络违法

信息传播便是当下我们不可避免的重大现实问题。传播次数作为一种外化形式,其并不等于网络违法信息传播的实际影响效果本身。即使我们承认现代信息社会中网络违法信息传播必然会导致公民焦虑感,但公民焦虑感也仅是现代信息社会发展的表层现象,刑法并不直接予以回应。较为遗憾的是,我国刑事司法解释和实务界普遍存在网络违法信息传播次数作为入罪标准的现象。面对此类扩张化刑事风险,我们必须从现象发生的社会背景和司法背景找寻原因,剖析网络违法信息传播次数作为入罪标准的司法困境,并在此基础上,提出相应的化解机制。

注释:

①刘宪权:《网络犯罪的刑法应对新理念》,《政治与法律》2016年第9期。

②本文选取的186件刑事裁判文书仅指2019年12月8日之前刊登在中国裁判文书网的案件,不包括该时间点后更新的案件。

③需要说明的是,案件类型2、4或者5、6中部分案件的裁判理由存在交叉引用的现象,因而表2统计的案件数量总和将大于186件,但本文分析的总体样本仍是186件裁判文书。

④考虑到表1司法解释中传播次数的普遍以“5000”作为最小值,并且实务中多以点击、浏览或转发次数为入罪因素,因而,本表以“5000”作为统计最小临界值。

⑤该表有罪案件中存在重复案件,重复案件主要体现在传播行为的多元化类型。诸如,案件中存在点击、浏览又转发的次数,或者淫秽视频个数和点击、浏览次数等情况。

⑥该表中“交代不明”案件是指裁判事由中并未指明具体的传播总次数,法院仅直接援引司法解释中的传播次数作为裁判依据的案件。

⑦该表中“交代不明”案件是指裁判文书中以“等”“多次发帖”“多个网站”等概括化词语交代发帖数量的案件。

⑧湖北省宜昌市中级人民法院(2019)鄂05刑终297号刑事裁定书;广东省中山市中级人民法院(2018)粤20刑终155号刑事裁定书;吉林省高级人民法院(2018)吉刑申145号驳回申诉通知书。

⑨河南省辉县人民法院(2017)豫0782刑初209号刑事判决书。

⑩山东省临沂市河东区人民法院(2018)鲁1312刑初235号刑事判决书;北京市海淀区人民法院(2015)海刑初字第513号刑事判决书。

⑪主要是集中在网络侮辱诽谤、妨害网络安全管理秩序、网络寻衅滋事、网络诈骗等案件中。

⑫刘少杰:《网络社会的结构变迁与演化趋势》,北京:中国人民大学出版社,2019年,第5-6页。

⑬刘少杰:《网络社会的结构变迁与演化趋势》,北京:中

国人民出版社,2019年,第329页。

⑭谢俊贵:《高新技术社会风险的生发逻辑与控制理路》,《社会科学研究》2019年第3期。

⑮See Goode, Ben-Yehuda, Moral Panics: The Social Construction of Deviance, Malden: Blackwell, 1994, p.53.

⑯汪明亮:《过剩犯罪化的道德恐慌视角分析》,《法治研究》2014年第9期。

⑰汪明亮:《过剩犯罪化的道德恐慌视角分析》,《法治研究》2014年第9期。

⑱四川省达州市中级人民法院(2019)川17刑终7号刑事附带民事裁定书;辽宁省鞍山市中级人民法院(2015)鞍刑二终字第00402号刑事裁定书。

⑲庄乾龙:《论虚拟空间刑事法网之扩张与克制——以〈网络诽谤解释〉为背景的分析》,载陈兴良主编:《刑事法评论》第34卷,北京:北京大学出版社,2014年,第472页。

⑳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。

㉑骆琼:《网络诽谤、寻衅滋事司法解释之评析》,《重庆邮电大学学报(社会科学版)》2015年第1期。

㉒《解读最高人民法院司法解释(含指导性案例):刑事卷》,北京:人民法院出版社,2019年,第614页。

㉓林丽、王玉琦:《危机事件的媒介化研究:理论、实践与变迁》,《江西师范大学学报(哲学社会科学版)》2018年第4期。

㉔[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》第1卷,王世洲译,北京:法律出版社,2005年,第12-13页。

㉕陈伟、熊波:《网络谣言型涉众事件的刑事归责理论之匡正》,《现代传播(中国传媒大学学报)》2017年第1期。

㉖时斌:《编造、故意传播虚假信息罪刑事制裁思路》,《政法论坛》2016年第1期;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。

㉗陈伟、熊波:《网络犯罪的特质性与立法技术——基于“双层社会”形态的考察》,《大连理工大学学报(社会科学版)》2020年第2期。

㉘孙万怀、卢恒飞:《刑法应当理性应对网络谣言》,《法学》2013年第11期;马长山:《法律的空间“穿越”及其风险》,《苏州大学学报(法学版)》2014年第4期。

㉙[英]艾莉森·艾特莉尔、克里斯·富尔伍德主编:《网络心理学:探寻线上行为的心理动因》,杨海波、刘冰译,北京:人民邮电出版社,2018年,第47、48页。

㉚Anupam Chander, "The Racist Algorithm," Michigan Law Review, vol. 115, no. 6, 2017, pp. 1023-1046.

㉛See Susan N. Mart, "Every Algorithm Has a POV," AALL Spectrum, vol. 22, no. 1, 2017, pp. 40-44.

㉜扬州经济技术开发区人民法院(2016)苏1091刑初131号刑事判决书。

㉝逯宝峰:《人工智能环境下广告传播的模式创新》,《传媒》2019年第3期。

㉞马靖云:《智慧司法的难题及其破解》,《华东政法大学学报》2019年第4期。

㉟匡文波:《移动互联下的内容生产规律与传播规律》,《新闻与写作》2018年第7期。

㊱See Harford T., "Big data: A big mistake?" Significance, vol. 11, no. 5, 2014, pp. 14-19.

㊲Seema Ghatnekar, "Injury by Algorithm," Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review, vol. 33, no. 2, 2012-2013, pp. 171-204.

㊳See Chesney Bobby, Citron, Danielle, "Deep Fakes: A Looming Challenge for Privacy, Democracy, and National Security," California Law Review, vol. 107, no. 6, 2019, pp. 1753-1820.

㊴See Keats C. Danielle, "Sexual Privacy," Yale Law Journal, vol. 128, no. 7, 2019, pp. 1870-1961.

㊵广东省江门市中级人民法院(2018)粤07刑终117号刑事裁定书。

㊶这与当前学者论述的部分观点类似。张平寿:《网络犯罪计量对象海量化的刑事规制》,《政治与法律》2020年第1期。

㊷张珠玉等:《改进的访问统计方法及对用户兴趣度的计算》,《计算机工程与设计》2011年第2期。

㊸张明楷:《刑法学》,北京:法律出版社,2016年,第28页。

㊹张明楷:《刑法学》,北京:法律出版社,2016年,第36-37页。

㊺张平寿:《网络犯罪计量对象海量化的刑事规制》,《政治与法律》2020年第1期。

㊻[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》第1卷,王世洲译,北京:法律出版社,2005年,第12-13页。

㊼Douglas Harris, "Deepfakes: False Pornography Is Here and the Law Cannot Protect You," Duke Law & Technology Review, vol. 17, no. 1, 2018-2019, pp. 99-128.

㊽广东省湛江市赤坎区人民法院(2015)湛赤法刑初字第32号刑事判决书。

㊾刘少杰:《网络社会的结构变迁与演化趋势》,北京:中国人民大学出版社,2019年,第62页。

㊿See Keats C. Danielle, "Sexual Privacy," Yale Law Journal, vol. 128, no. 7, 2019, pp. 1870-1961.

①延边朝鲜族自治州中级人民法院(2019)吉24刑申31号驳回申诉通知书;广东省茂名市电白区人民法院(2018)粤0904刑初77号刑事判决书;河南省辉县市人民法院(2017)豫0782刑初209号刑事判决书。

②张平寿:《刑事司法中的犯罪数额概括化认定研究》,《政治与法律》2018年第9期;张平寿:《网络犯罪计量对象海量化的刑事规制》,《政治与法律》2020年第1期。

③高艳东:《网络犯罪定量证明标准的优化路径:从印证论到综合认定》,《中国刑事法杂志》2019年第1期。

④高艳东:《网络犯罪定量证明标准的优化路径:从印证论到综合认定》,《中国刑事法杂志》2019年第1期。

⑤李玉香、王孟玉、涂宇晰:《基于python的网络爬虫技术研究》,《信息技术与信息化》2019年第12期。

⑥魏少勋:《构建“智慧公安”新格局打造警务发展新模式》,http://legal.people.com.cn/nl/2019/0410/c42510-31022628.html,2020年1月16日。