

【新媒体探索】

试论网络传播秩序治理的刑法界限

冯建华

【摘要】随着网络违法信息传播形势日益复杂,刑法介入网络传播秩序治理已成必然趋向。为防止刑法作为“管制不安全性”工具向网络空间扩张,刑法介入网络传播秩序治理不能突破公共性界限,进而沦为实现“特定目的”之手段,更不能以实质剥夺人的基本需求与基本权利为代价。从长远来看,刑法介入网络传播秩序治理并非意在依靠外在支配力量构建“人造的秩序”,而是旨在从内部促长“自生自发秩序”,以最大程度保障网络公众享有的意思自治和个体自由空间。

【关键词】网络空间;公共秩序;网络传播秩序;刑法界限

【作者简介】冯建华,中国社会科学杂志社主任编辑、博士(北京 100026)。

【原文出处】《新闻大学》(沪),2020.11.37~49

【基金项目】国家社会科学基金一般项目“全媒体时代公共传播治理的理论创新研究”(20BXW079)阶段性研究成果。

一、问题的提出

由于网络违法有害信息传播屡禁不止,网络犯罪愈演愈烈,动用刑法手段介入网络传播秩序治理已成趋向。近年来,通过刑法修正案,增设网络服务提供者“拒不履行信息网络安全管理义务罪”,同时在传播虚假恐怖主义信息罪的基础上,增设传播虚假信息罪;最高人民法院与最高人民检察院(简称“两高”)发布司法解释,将网络空间特定的编造、传播虚假信息行为升格为“寻衅滋事罪”,同时拓展信息网络环境下诽谤罪的构成要件。这些情况表明,在刑法立法层面,中国开始不断加大网络传播秩序治理力度。与此同时,有关执法部门密集展开专项治理行动,重点打击谣言、虚假信息、淫秽色情等网络违法有害信息。特别是随着网络空间寻衅滋事罪的创立,包括“网络大V”(如“秦火火”“薛蛮子”等)在内的不少网民,因在网络空间编造散布不实信息“起哄闹事”、严重扰乱“公共秩序”而受到刑事制裁,一时引发社会高度关注。

刑法主要目的之一是保证每个公民的基本权利

不受严重侵害,或者免受外界非法暴力的侵扰,从而为个人和社会创造安宁、有序的环境。由此而言,刑法的根本作用不是体现于它的破坏性或者说暴力性,而是以一种强制规范性手段来达到对于国家安全、社会秩序以及公民基本权利的保护。然而,值得警惕的是,在网络治理形势严峻、行政管理手段乏力、刑法工具主义盛行等主客观因素驱动下,刑法介入网络传播秩序治理变得日趋活跃起来,甚而不时被作为应急性的“优先手段”,以一种威慑性的姿态频频站到社会治理的最前线,这显然偏离了刑法作为法律调控“最后手段”的价值本质。

刑法介入网络传播秩序治理是有限度、有选择的,而不应当是全面的介入。刑罚权的启用只有具备正当性根据,才能更好地获得公众理解与认同,发挥积极的社会功能。随着刑法日益全面、深入地触及网络空间,当下有必要在既有研究大多着重对于微观层面法律问题剖析的基础上(如探讨网络服务提供者的刑事责任、网络空间寻衅滋事罪的适用等),从宏观层面探讨网络传播秩序治理的刑法界

限,以此确立刑法介入网络传播治理的“规则”或“底线”。只有大体区划网络传播秩序治理的边界,才能切实筑牢刑法的正当性根基。在我们生活其间的社会中,我们的行动之所以有着良好的机会去实现它们所指向的目标,是因为我们的思维和行动受到这样一些“规则”的调整——这些规则并不是出于人的设计,而是经由一种选择过程而演化出来的“世世代代的经验的产物”,这构成了我们“共同的文化传统”的一部分(哈耶克,1973/2000:7-89)。探析网络传播秩序治理的刑法界限,即是基于“共同的文化传统”而不断摸索世代性“经验”与建构普遍性“规则”的过程。

目前,学界在宏观研究层面主要是围绕网络犯罪的刑法规制理念进行了探讨。有学者提出,网络平台化给网络犯罪提供了代际跃升的机会,刑法在发展理念上应当快速从“软件、系统”思维跃升到“网络思维”,构建制裁网络犯罪的全新罪名体系(于志刚,2014)。有学者进而提出,鉴于信息散布型犯罪的社会危害性随受众增加而不断扩大,从应然层面看,刑法对于此类犯罪应该进行“从早、从重、从严打击”,《刑法修正案九》增设网络信息犯罪类型即是对此的能动性回应(刘宪权,2016)。相比较而言,研究网络传播秩序治理刑法界限的专门成果则非常少见。这主要是由于网络空间法律主体关系通常是用民法、行政法及部门规章加以调节,刑法介入只是近年来才出现的新问题。另一方面,随着互联网的媒介特性和政治属性不断彰显,在政府主导和推动下,网络治理仍体现出较强的传统管制思维,这在某种程度上也是促动刑法积极介入网络治理秩序治理的制度因素之一。由此而言,对于网络传播秩序治理刑法界限的研究,将可能成为一个日益凸显中国视角的“本土化”问题。

基于不同的问题和立场,刑法界限具有不同的研究视角。概言之,刑法界限研究体现在三个层面。其一,从刑罚权的正当性来分析。乔尔·范伯格(Joel Feinberg)在《刑法的道德界限》中提出,只有“损害原则”和“冒犯原则”能够为刑事立法提供正当性辩护,在司法实践中隐现的“法律家长主义”和“法律

道德主义”则不具有正当性(郑玉双,2016)。有学者结合司法案例确立了刑法界限的“四无”原则(卢建平,2003):1.“无害”原则,即只要行为总体无害,刑法不予惩罚;2.“无效”原则,即不能起到防止损害的作用,不予启用刑罚;3.“无益”原则,即代价过高不予启用刑罚;4.“无必要”原则,即以较小代价便可防止或停止损害行为,则无必要启用刑罚。其二,从刑法的宪法性界限来分析。即认为宪法的理念和原则应当成为对刑法的价值限制,宪法的规范应当成为对刑法的直接限制。确立刑法的宪法性界限,将有利于法治体系的完善与统一,有助于“刑法真正发挥授权法、保护法和塑造法的功能”(张海鸱,2015)。其三,从刑法解释的界限来分析。刑法具有较强的安定性,对于变动现实社会的干预和调控,更多是通过司法解释来进行。刑法解释的界限介于被允许的扩张解释和被禁止的类推解释之间,关键要在刑法解释的明确性与妥当性之间实现均衡。这个设定标准既属于刑法中的“价值判断问题”,又属于“利益安排问题”,事关刑事法律关系双方即国家和犯罪人在权力(利)与义务上的不同配置(王充,2012)。

上述三个层面的刑法界限,为本文研究拓展了理论视野,在具体问题论述中将会不同程度地借鉴运用。刑法主要目的在于维护秩序。从中国立法和司法实践来看,刑法介入网络信息治理主要在于维护“网络秩序”或“网络传播秩序”,如网络空间寻衅滋事罪的创立,就是为了惩罚在网络空间散发虚假信息“起哄闹事”、严重扰乱“公共秩序”的行为。为防止刑法突破秩序边界,“两高”在出台的《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》(下文简称《解释》)中明晰了网络空间寻衅滋事罪的适用条件,特别是定罪量刑的“数量标准”,即“同一诽谤信息实际被点击、浏览次数达到5000次以上,或者被转发次数达到500次以上”。从实际情况来看,这种量化标准目前已成为判断网络公共秩序混乱与否的主要衡量标尺,甚至演变为刑事审判乃至行政处罚的重要依据。在外界不当因素干预下,这不仅可能给刑法不当扩张创造了制度性

空间,而且给网络空间法治化进程带来了诸多不确定性因素。

基于此,本文主要是从刑法和秩序的关系角度来探析网络传播秩序治理的刑法界限。具体而言,本文重点研究三个问题:(1)如何在刑法视野中理解“公共”与“秩序”,这可视为本体论部分;(2)如何把握网络空间“公共秩序”的内在结构,这是理论延展部分;(3)在前两者基础上,如何结合现实语境区划网络传播秩序治理的刑法界限,这是理论运用于实践部分,亦是本文主旨与重心所在。

二、刑法视野中的“公共”与“秩序”

概念是分析问题的逻辑起点。秩序有公私之分,刑法重在保护公共之秩序。在不同学科领域,对“公共”和“秩序”有不同的解释。只有在刑法视野中理解“公共”和“秩序”的概念意涵,才能更好把握刑事法律行为的本质及界限,也有利于司法解释的正当适用。

刑法对“公共”的界定,主要有“地域说”与“人数说”两种(陈新民,2001:184-186)。“地域说”主张,公共是特定区域内大多数人的概念,这个特定区域为公共划定了边界,即“公共”不是漫无边际的,不是纯粹的“想象共同体”。这个特定区域(多以行政区划或组织为单位)内大多数人即公共,少数人为个别。“人数说”认为,“公共”即为不特定之人或者多数人,不论这些不特定之人或者多数人是否存在于同一个特定区域内,只要存在大多数的或者不确定数目的对象或主体即公共。在特定语境中,一个人以上的对象都可称为“公共”。可见,公共的范畴可大可小,对“公共”的判定更多地取决于当事人的理解与解释,公私的边界往往是模糊的和无法确定的(张康之,2004:35)。

推而言之,根据“不特定”与“多数人”之间的不同组合,“人数说”又大体可分为四种观点,分别是“不特定”说、“多人”说、“不特定且多人”说、“不特定或多人”说。中国刑法理论持第四种观点,即“不特定”与“多数人”均可单独作为“公共”的含义。需要强调的是,对“不特定”的界定不能单纯依靠行为人的主

观意识与意志,而是需要进行自然地或者物理地观察与分析(曲新久,2010)。为防止对公共作扩大化理解,对不特定的认定必须做到主客观一致,不特定的界线虽难以准确划定,但它是行为能够控制的,是符合生活经验的(吴桂森,2013)。这意味着,公共不能超越人们的感知范围,它是在人们的实践活动中自觉形成的,并非纯粹主观建构的产物。由此而言,网络空间表面看来似有进一步“虚化”公共的特性。

秩序是国家与社会良性发展的前提。从功能意义上讲,“秩序”是指平稳有序的状态,可控性是其核心要义所在。任何事情只要超出总体可控范围,便无秩序可言。失去秩序,自然界和人类社会都将陷入混乱状态。由此而言,秩序是自然界和人类社会共同追求的理想状态。在现实社会中,如何理解“秩序”的含义及价值,在很大程度上决定秩序的追求方向。由于难有客观标准,社会秩序既是“一种事实”,又是“一种价值”(曲新久,1998)。综上所述,秩序应是基于客观事实的价值判断,而不能仅仅根据主观想象来判定,更不能以权力意志为转移。

秩序表现为不同的层级水平。随着外在环境的变化,秩序层级往往发生变化。任何一个国家或共同体,不是要不要建立秩序,而是建立什么层级的秩序,通过什么手段建立秩序。正是由于秩序层级范围变动不居,才更加凸显维护秩序稳定性的重要性。自人类产生以来,根据维护秩序手段的不同,大体存在四种形态的秩序,即主要依靠习俗、道德、制度、法律维持的秩序。依靠法律维持的秩序是最后出现的一种秩序,也是秩序最发达最完善的形态(杨锦芳,2011)。当社会秩序受到严重威胁,动用刑法有时便成为“最后的手段”。

秩序形成是利益结构调整与平衡的结果。从影响范围来区分,秩序包括行为秩序与结构秩序两个层面。行为秩序是构成结构秩序的基础,结构秩序影响或决定行为秩序的方向。刑法对个体行为秩序进行强力干预,最终是为了实现对社会结构秩序的保护。从表现形态来划分,秩序可分为“人造的秩序”和“增长的秩序”(哈耶克,1973/2000:7-89)。前

者是一种源于外部的秩序,这种秩序以“命令与服从关系”为基础,优位者的意志决定着每个人所必须做的事情。后者是一种源于内部自我生长的秩序,故又可称为“自生自发秩序”。对之施予影响的并非外在的支配力量,而只是它的“抽象方面”,即其遵循的是在应对即时性环境过程中形成的“行为规则”。

从长远来看,网络空间实现可持续发展,关键在于从内部促进“自生自发秩序”的生成,而非主要依靠源于外部支配力量的“人造的秩序”。进而言之,刑法介入网络传播秩序治理应当避免过多构造“人造的秩序”,更不能在网络主体之间人为制造“等级结构”,而应重在构建普适性的“行为规则”,以此培植与促长“自生自发秩序”。

三、网络空间“公共秩序”的双重结构

从刑法保护的角度出发,刑法制裁网络犯罪旨在维护三方面的秩序(赵秉志、张新平,2002):一是网络系统秩序,以安全性为要旨;二是网络数据秩序,以数据资源所有权、财产权为中心;三是网络合理使用之秩序,即网络虚拟社会之秩序。这三种秩序相嵌共同构成网络空间整体安全。在信息传播层面,网络虚拟社会秩序主要表现为网络空间信息能否做到顺畅、有序、安全流动。即言之,网络空间信息流动一旦受到实质性干扰,网络虚拟社会秩序将失去活力,直至枯竭。

(一)刑法介入网络空间旨在保护“共同生活秩序”

为了维护网络虚拟社会秩序,《解释》将刑法中寻衅滋事罪的客体对象,从物理空间的“公共场所秩序”,扩至抽象范畴的网络空间“公共秩序”,由上文分析可以看出,这实有其内在的价值逻辑。作为人类交往的新平台,网络空间发展活力主要源自“不特定”或“多数的”网络用户,而网络用户背后是一个个实在的人,从这个层面讲,网络空间无疑具有“公共”属性。网络空间所属各个针对不特定对象同时又有着利益诉求、特定规则和无形边界的运营平台,在本质上类似于现实空间的“公共场所”,故其理应具有刑法规制意义上的“公共秩序”属性。前文已述,“公共”边界具有可塑性与模糊性,“秩序”核心要义在于

可控性,两者交相叠加形成的网络空间“公共秩序”,自然更成为有着特定价值导向的“抽象之物”。

作为衍生于网络虚拟领域的新型客体对象,“公共秩序”能否直接作为刑法规制对象,至今仍存争论。随着网络社会不断演进,网络空间秩序或会成为独立法益,但从目前来看,网络空间秩序仍难以成为“法律意义上的公共秩序”(卢恒飞,2015)。因系公共的特定价值取向,这种主张在中国似乎更具合理性与必要性。“公共”一词在中国更多是指向“国家”“社会”“组织”或“集体”,往往与“私人”或“个体”相对立,从“天下为公”“大公无私”等日常用语即可窥见一斑,这导致对公共的认定在特定情形下成为以权力为导向的价值判断。在此情势下,网络空间“公共秩序”是否被严重扰乱,很可能是源自权力主体的主观判断,甚而出现以维护网络公共秩序之名,行压制言论之实现象。这方面的极端案例(如早年广受社会关注的重庆“彭水诗案”、河南“王帅案”等)虽不多见,但若不彻底消除制度性的滋生土壤,其随时都有“死灰复燃”之可能,这对于国家法治建设将产生严重负面影响。

在中国刑法中,“公共秩序”被涵盖于“社会管理秩序”之中。刑法典将“扰乱公共秩序罪”作为第六章“扰乱社会管理秩序罪”的第一节,便可从中大体看出立法机关的意图,即刑法维护“公共秩序”主要是出于“社会管理”之需。在扰乱公共秩序罪中,既包括妨害公务罪、聚众冲击国家机关罪、故意杀人罪、寻衅滋事罪等严重破坏现实生活秩序的犯罪,又包括非法侵入计算机信息系统罪、破坏计算机信息系统罪、拒不履行信息网络安全管理义务罪、帮助信息网络犯罪活动罪等利用或针对信息网络的新型犯罪。由此可见,网络空间“公共秩序”事实上已得到中国刑法典的认可,作为社会管理对象而被纳入刑法规制范围。

在刑法理论中,公共秩序是个十分庞杂的概念,一般被认为是基于“共同生活规则”而形成的有条不紊的社会状态(高铭暄,1998:808)。在司法实践中,公共秩序的主要判断依据是社会危害性,只要违法

行为被认为具有社会危害性(即不特定人都可能受到此违法行为的侵犯),即使最终结果侵犯的是一个特定之人(多人更是如此),其行为也可被认定破坏或扰乱了“公共秩序”。例如,王某在某一路段对陌生人李某实施了抢劫,即使侵犯的是李某一个人,但其他经过此路段的每个人在理论上都可能成为王某的抢劫对象,侵犯对象的“不特定”无疑会影响当地民众既有的安宁生活状态,制造一种普遍担忧,由此可言,王某侵犯了当地社会公共秩序。

不同于现实社会,网络空间信息传播行为本质上属于言论表达范畴,并非直接体现为社会行动,两者之间实现转化需要借助诸多条件,是个充满不确定性的过程。因而,不宜将现实社会“公共秩序”的刑法规制逻辑简单适用于网络空间,如不能仅仅依据《解释》规定的“数量标准”而不考虑实质危害后果,即认定某网络虚假信息传播者严重扰乱了“公共秩序”,进而对其治罪处罚(最常见如寻衅滋事罪、传播虚假信息罪等)。这种价值逻辑在《解释》公布后的刑事审判案例中不时显现,一旦形成制度惯性将可能导致网络空间秩序层级不断扩张,最终损害的是普通网民作为社会公众所应享有的正当的表达权利。

在人类社会生活中,对于普通大众而言,建立秩序只是手段,其最终目的是能够更幸福、更安全地生活。秩序或能带来安全,但安全的生活未必是幸福的生活,它也可能“因为无趣和单调而令人感到沉闷”。因而,我们不能仅仅满足于安全,或者想象“它能带来太平盛世”。在追求秩序与安全的过程中,个人生活应有它适当的位置,不必过于完全屈从于大型组织的控制。在一个现代技术所创造的世界里,“防范这种危险是极其必要的”(伯特兰·罗素,1949/2012:73-85)。从价值理想层面而言,公共秩序可视为“公众生活的平稳与安宁的状态”,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(卢恒飞,2015)。由此言之,刑法维护网络空间公共秩序应旨在保护或营造公众赖以幸福生活的“平稳而安宁的状态”,而不是为了让个人生活变得“无趣和单调”,更不是“让个人生活屈从于大型组织的控制”。

与此同理,判断网络空间公共秩序是否受到严重扰乱,其主要依据亦应是公众生活平稳与安宁的状态是否受到实质损害。具体言之,只有网络违法信息传播已给线下公众的安宁生活造成严重影响,才可能构成刑事制裁意义上的“公共秩序”已达到“严重混乱”之地步。值得注意的是,为了避免《解释》扩大打击面,立法机关特别强调,对于“造成公共秩序严重混乱”应基于“客观主义立场”从严把握,即在造成“信息网络秩序”严重混乱的同时,也一并引发了重大群体性事件,或者引发民族、宗教冲突等,才有必要动用刑罚这一“最后手段”(最高人民法院刑事审判三庭,2014:172)。由此可言,网络空间公共秩序实际上具有双重结构,其不仅涵盖虚拟空间的“信息网络秩序”,而且指向物理空间的“现实社会秩序”。前者是导致后者的新型手段或前提条件,后者是前者造成的直接后果,且这个“后果”必须达到造成群体性事件、暴力冲突等足够严重的地步。两者辩证统一,不可分割。

(二)在个体自主性与公共秩序性之间取得平衡

网络空间公共秩序的形成是个体自主性与公共秩序性动态平衡的过程或结果。从社会秩序演进的历史来考察,人类社会经历了农业秩序和工业秩序,正在迈向数据秩序。在新旧秩序转型的过程中,必然会出现“行为失范、秩序缺位”现象,这是一个必经的“秩序混沌状态”。在此“混沌”状态下,数据秩序的形成是个体自主性与公共秩序性的再一次平衡,表现为具有“自组织、自适应、非线性”特征的复杂系统(何明升,2018)。网络空间公共秩序本质上是一种数据秩序,而网络社会与现实社会的交融互构,使得这种数据秩序会产生较大的外部溢出效应,必须在个体自主性与公共秩序性之间不断进行调试和平衡。

在刑法规制意义上,强调网络空间公共秩序的双重结构,可以更好地在个体自主性与公共秩序性之间取得平衡。具体而言,双重结构指向的“信息网络秩序”具有“自组织、自适应、非线性”的特征,应充分体现个体自主性,以充分保障宪法赋予公民的表达权利;双重结构指向的“现实社会秩序”则更多体

现出公共秩序性,以充分保障社会公众享有平稳安宁的生活状态。

只有抱持双重结构的理念,才能完整理解网络空间公共秩序的意涵,从而更好防范刑法成为秩序治理的器用工具。在现实生活中,既不能不考虑危害社会秩序之实际“后果”而对所谓扰乱“信息网络秩序”的单一传播行为施以刑罚制裁,又不能不问“原因”而对扰乱“现实社会秩序”的网络传播行为扩大追究刑事责任(即不考虑两者之间是否存在或存在多大程度的因果关系)。进而言之,信息网络秩序(判断依据如点击量、浏览量、转载量等)至多只是权衡罪责轻重“情节”因素,是否受到刑罚制裁关键是看网络传播行为是否直接造成了危害现实社会秩序的严重后果。一般情况下,刑法主要针对的是现实世界中发生的实际暴力,而不能仅仅是网络世界中的虚拟“暴力”。司法机关在指控网络传播行为构成“寻衅滋事”的时候,一定要提出具体证据表明有关信息或言论确实造成现实公共场所发生严重和清楚的混乱,以免导致公权力滥用和腐败(张千帆,2015)。如果仅仅是造成特定意义上的“信息网络秩序”混乱(如网络谣言滋生蔓延、“网上骂声一片”等),而现实社会危害性尚不明显,此时刑法介入则“无必要”,而且“无益”。这不仅可能造成刑法资源的浪费,还会危及到言论自由这一最重要的基本人权(廖斌、何显兵,2015)。

值得关注的是,网络空间公共秩序双重结构的理念在刑事审判案例中已有所显现。如在“安永飞寻衅滋事案”(河北省尚义县人民法院刑事判决书,2018)中,被告人安永飞在互联网上发表“侮辱涉及接访的公安干警和市委书记的言论”,河北省张家口市尚义县人民法院一审认定其扰乱了“信息网络秩序”,以寻衅滋事罪判处被告人有期徒刑一年六个月。因被告不服提出上诉,张家口市中级人民法院将案件发回重审。后经合议庭重审认为,行为人虽利用网络辱骂他人,但“无证据证明该行为给他人正常生活和工作秩序造成严重的不良后果”,不构成寻衅滋事罪,遂改判“被告人安永飞无罪”。

四、刑法介入网络传播秩序治理的三重界限

随着网络社会的到来,不确定性的社会风险呈加剧趋势,国家面临的非传统安全问题日益突出。新兴传播技术打破了传统媒体环境下的信息生产与传播模式,开放式网络空间在释放巨大能量的同时,也日益演变为风险积聚之地,网络传播治理的现实与心理压力随之成倍增大。为应对各种或隐或现的风险,刑法开始积极介入网络传播秩序治理。客观而论,这在特定情况下实有必要,但其前提是树立规则和底线意识,整体把控刑法介入网络传播秩序治理之界限。

(一)刑法介入网络传播秩序治理不能破坏网络空间基本秩序结构。网络空间基本秩序结构是基于互联网内在基因而形成的相对稳定的规则、架构等,是互联网赖以生存发展的根基。基本秩序结构一旦遭到实质性破坏,网络空间发展进程将严重受阻甚至出现崩塌。作为人类社会生活的“第五疆域”,网络空间有不同于现实社会的秩序结构,它是互联网价值与规律的集中体现。从这个意义上讲,破坏网络空间基本秩序结构,实质是对互联网本质属性的漠视与践踏。

网络空间基本秩序结构大体可分为两个层面:一是主体结构,对应的是权力配置,它决定网络空间的发展路向;二是价值结构,可塑造网络空间的精神气质。前者是后者的外在体现,后者是前者的内在根据。刑法介入网络传播秩序治理,既不能破坏主体结构之平衡,又不能侵蚀价值结构之根基。

刑法维护秩序之目的在于保护主义,而非一种惩罚主义。具体言之,刑法目的在于保护人类社会的“共同生活秩序”。所谓共同生活秩序是指刑法通过保护个体达到保护社会的共存秩序,以及通过保护社会结构以保护社会的共存秩序(贾健,2014:20-32)。从中可见,“共同生活秩序”涵盖个体和社会两个层面,两者是辩证统一的关系,即社会结构以个体为基础,失去个体自由度与价值感的社会结构,将失去活力与韧性;反言之,没有结构秩序的稳定,个体保护也将失去依托或支撑。

刑法介入网络传播秩序治理重在维护或规范网络空间“共同生活秩序”,这也是推动构建网络空间人类命运共同体的重要保障。网络空间要形成“共同生活秩序”,其基本前提是合理配置权力结构,使网络主体之间形成平等、信任且又相互制约的关系。只有切实构建共治共享的治理格局,才有可能逐步形成“自生自发秩序”,从而推动网络空间走上自我良性发展的道路。依靠外在支配力量(如刑罚手段等)构建的“人造的秩序”,易造成网络空间秩序结构失衡,乃至形成一方独大的权力结构,这显然难以达致“共同生活秩序”之目标。刑法积极介入网络传播治理或能维护一时之秩序,实际上很可能破坏了网络空间主体结构的平衡,致使网络空间处于一种更加不安全的境地。如一些地方政府动用刑事手段高调打击“网络造谣者”(如“电视受众认罪”“跨省追捕”“进京抓捕”等),这种权力碾压行动可造成网络主体之间形成或对立或依附等非正常关系,其将带来两种极端情况:一是顺向导致“寒蝉效应”,导致难以听到不同声音;一是反向激发“破窗效应”,造就更大的“信息黑市”。这两者无疑都是对网络空间基本秩序结构的极大破坏。

从另一个层面而言,构建网络空间“共同生活秩序”意味着不能把现实社会中的刑法理念及手段,简单延伸或者变本加厉地适用于网络空间,从而破坏内化于网络空间的價值结构。自由、效率与安全,是构成网络空间秩序结构的價值根基。唯有维护“三位一体”的格局,刑法介入网络传播秩序治理才不会轻易突破底线,迷失方向。

从内容规制走向平台规制,是刑法介入网络传播秩序治理的新趋向。在网络空间传播格局中,作为中介平台的网络服务提供者具有技术优势和支配地位,加大对其刑事处罚力度,可有效遏制网络犯罪,保障网络安全,规范网络秩序。为以更高“效率”达致“安全”需求,有关权力机构往往倾向于将刑事责任压在或转移至网络服务提供者等关键主体身上,以扼其“要害”达到有效管控之目的。如中国刑法专门设立了“拒不履行信息网络安全管理义务

罪”,重点制裁“经监管部门责令采取改正措施而拒不改正”的网络服务提供者。然而,对于后者是否有能力“改正”以及应该为此承担多大的责任,从最初颁布实施的法律规范来看并没有予以充分考量,导致在司法实践中为刑法扩张留下了诸多弹性空间。2019年10月,“两高”联合发布《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》,进一步明确了拒不履行网络安全管理义务罪的定罪量刑标准和有关法律适用问题。例如,该解释规定对是否“拒不改正”应作综合判断,综合考虑监管部门责令改正是否具有法律、行政法规依据,改正措施及期限要求是否明确、合理,网络服务提供者是否具有按照要求采取改正措施的能力等因素。对于确实因为资金、技术等条件限制,没有或者一时难以达到监管部门要求,不能认定为“拒不改正”。

客观而论,这种以低成本实施高效管控的立法思路无疑具有合理性,然其前提是必须遵循对等责任原则。所谓对等责任原则,是指只有行为主体在有能力和合适的机会做出相反选择而没有选择时,行为主体才具备“可责性”,并为之承担刑事责任。法律漠视行为主体的能力范围,要求其做不可能之事,这违背了法律的基本精神,也是对人性尊严的冒犯(沈宗灵,1992:65)。从可能性来分析,在强大的刑罚压力之下,网络服务提供者为了自身“安全”,所能采取的措施就是不断加大内容监控与“删帖”力度,在缺乏清晰规则和内部制约的情况下,这种法律“义务”实则已转化成一种合法性的“权力”。更重要的是,这种利益交织形成的权力在刑法严苛责任的刺激之下,很可能出现非理性增长乃至异变,其最终损害的则是网络空间的“自由”及更高层面的“效率”(如信息自由流动可带来更具广度和深度的资源配置)。网络空间价值结构一旦遭到外力侵蚀或破坏,无疑将严重影响网络空间整体生态环境。

(二)刑法介入网络传播秩序治理不能突破公共性界域,旨在体现或凝聚最大化的公共利益,而不是为了实现特定“少数人”之“特定目的”。刑法是国之

重器,其启用必须充分彰显公共化属性,主要体现在三个方面。一是动机,即刑法介入是为了更好地保护面向不特定多数人的“共同生活秩序”,而不是为了达致特定“少数人”利益之目的。二是手段,即刑法介入网络传播秩序治理必须符合正当法律程序,而不能“公”权“私”用。三是效果,即刑法介入网络传播秩序治理当体现或凝聚最大化的公共利益,而不是沦为“管控不安全性”的器用工具。

任何法律行为都是权益保护比重分配的结果。刑法的天然属性当然是社会保护,然而现代法治国家的刑法莫不强调人权保障的思想。在当代,人权保障机能甚至跃升成为社会保护机能之上的首要机能(黄荣坚,2004:11)。只有个体权益得到充分保护,社会才能切实做到长治久安。保卫社会如果以实质牺牲个体权益为代价,则无异于暴力专制。因而,刑法介入网络传播秩序治理不能将“公共秩序”凌驾于“个体权益”之上,而应以充分保护后者为基础,以此最大程度实现秩序的公共性价值。换言之,刑法介入不是仅仅为了整治个体“行为秩序”,而应重在维护网络空间“结构秩序”,以此更好保护或规范个体“行为秩序”。

秩序是人们对于稳定与规范价值的追求。秩序的实现是动态平衡的结果,在收放之间只要做到总体可控即可,并非意在“管制越严、秩序越好”。从新闻信息传播层面而言,网络空间很难说有既定“秩序”可言,对其施以“秩序”要求,主要是为了防范带来或引发实质社会危害性的行为,如煽动冲击国家机关、颠覆国家政权等。故刑法介入网络空间不能以传播内容的主观“好恶”作为秩序治理的依据,刑罚手段启用一旦失去公共性约束,将会导致秩序边界的不断扩张,这无疑会埋下或引发更大的不可控风险。历史证明,刑法严厉管控下的言论壅塞,带来的溃堤之害将更加严重。

刑法介入网络传播秩序治理,其结果既可形成“善”的秩序,又可带来“恶”的秩序。刑法要发挥应有的强制规范作用,离不开公众对法律行为的认同和尊重。而要做到这一点,刑法手段的运用当凝聚

或体现最大化的公共利益,最终形成一种“善”的秩序。秩序只有以“善”为先,才会真正转化为人们的自觉行为。而在“恶”的秩序中,有些行为人不惜选择破坏“秩序”的极端方式来保护自己的正当权益或谋取更大的灰色利益,这种非正当规则的诱惑力与离心力将会导致更大的秩序混乱。作为一种暴力工具,刑法自带“恶”属性,故刑法介入网络传播治理首当防范陷入“恶”的秩序,在此前提下不断追求“善”之秩序。

(三)刑法介入网络传播秩序治理不能以压制或剥夺人的基本需求和基本权利为代价。人类社会对于互联网的基本需求,是对于信息自由与价值共享的追求和向往。前者让人找到了摆脱现实社会约束的快感,后者为人寻求共识提供了新的广阔空间。意思自治是人的本真状态。创造条件充分实现人的意思自治,是现代民主国家的根本任务。网络空间相比现实社会具有更大的延展性,为拓展人的自由与价值提供了巨大的可塑性空间,这也是推动互联网持续发展的主要源动力。为充分发挥互联网之于人类社会的积极价值,刑法介入网络传播秩序治理不能悖逆网络空间“人心”所向,这个最大的“人心”就是人们寄托于网络空间的基本需求与基本权利。后者实现程度越大,“人心”之基则越稳,网络社会发展空间也会越大。

网络空间信息生产与传播是交互式的合作行为,而非单方主体的封闭性呈现。这是一个主体间性的有机过程,也是新媒介环境下探寻真相与凝聚共识的必然路径。在开放式传播环境下,难免会出现多元混杂的信息或声音,只要由此带来的后果能够做到总体可控,不在“非极端情况下”不宜考虑动用刑罚制裁手段(唐兴华,2020)。对于普通网民在网络上发泄不满,辱骂他人,未对现实的社会秩序造成实际破坏的,一般不宜追究刑事责任(最高人民法院刑事审判三庭,2014:167-172)。为了避免出现打压言论的行为,应严格区分尖锐的批评言论和恶意的煽动言论,从而使谈论国事的公民不会轻易受到刑罚(陈小彪、余杰新,2014)。刑法重在维护“基本底

线”,对于批评、建议的网络言论,即使有部分内容失实、评论偏激,也应保持司法克制(最高人民法院刑事审判三庭,2014:154)。

转发信息(俗称“转贴”)已成为普通网民的日常生活内容,也是其实现表达权利的新方式。一定层面上,能否相对自由地接收与转发信息,将决定网络空间的发展活力与前景。基于此,刑法对普通网民转发信息不宜赋予过高的注意义务,特别是不能轻易对单一“转贴”行为进行治罪处罚。刑法启用具有极大的权力宣示效应,其不当介入可在网络空间制造无形的紧张氛围,从而对网络空间信息流动起到严重抑制作用。

网络空间大大拓展了公众言论表达的秩序边界。严格说来,纯粹的信息传播行为属于道德秩序范畴。道德与法律的分离是现代法治社会的基本特征。作为公共秩序的一部分,道德秩序若偏离主流价值观,可能会程度不同地冲击社会公共秩序。由于道德秩序往往难有绝对是非标准,一般须在历史长河中对其进行评判,故不能以掌握“真理”为由,对所谓不合道德秩序的网络传播行为(如对某位主流历史人物进行“负面”评价)轻易使用刑事制裁手段。对偏离正统价值观的言论表达予以刑事打击,进行“道德净化运动”,是对思想的压制和禁锢,悖离了现代民主社会的基本原则(卢恒飞,2015)。道德秩序存在一定的模糊性及可变性,刑法只能保护具体的法益,而不允许保护“政治或者道德信仰、宗教教义和信条、世界观的意识形态或者纯粹的感情”(克劳斯·罗克辛,2007:147)。

五、结语

当代刑法立法的功能性特征极其明显,导致通过刑法控制社会的欲望不断滋长,触角也伸得更长。现代社会中,不确定因素很多,人们往往将漠然的不安集中于对犯罪的不安,并往往试图通过重刑化来象征性地消除这种不安,以求获得精神上的安宁(周光权,2016)。安全无疑是好事情,但安全的生活未必是幸福的生活,更不能指望其“带来太平盛世”。刑法介入网络传播秩序治理当避免陷入这种

虚幻误区之中。

在充满不确定性的复杂社会形势和网络治理压力之下,动用刑法手段介入网络传播秩序治理将成为必然趋向,关键在于把握好刑法与秩序之间的内在张力,其底线是刑罚手段使用不能违背刑法的本质与功能,更不能以此破坏乃至践踏内化于网络空间的价值根基和行为规则。在网络传播秩序治理过程中,什么情况下适用刑法,什么情况下慎用刑法,什么情况下不能动用刑法,必须有着严格的界限约束,否则刑法对于秩序“安全性”价值的惯性追求,将可能窒息互联网发展的自由空间。

刑法介入网络传播秩序治理,大体可从规范和价值层面予以界限约束。在规范层面,如何理解和把握网络空间公共秩序,是把握网络传播秩序治理刑法界限之关键。由于存在“虚化”特性,网络空间公共秩序只有确立双重结构的理念,才能有效遏制刑法积极介入的制度惯性或冲动。在价值理念层面,刑法介入网络传播秩序治理必须面向不特定的“多数人”,体现或凝聚最大化的公共利益,而不能沦为实现“特定目的”之手段;不能以实质剥夺人的基本需求与基本权利为代价,而应以促长“自生自发秩序”为旨归,最大程度保障或拓展网络公众享有的意思自治和个体自由空间。刑法介入网络传播秩序治理,当不以突破上述规则为界限。“只有这些规则为人们普遍遵守的时候,他们的行动得以成功所须依凭的整体秩序才会得以产生。”而且,秩序的复杂程度越高,控制也就会越发依赖于“规则”而不是“具体命令”(哈耶克,1973/2000:7-89)。

参考文献:

[1][英]弗里德利希·冯·哈耶克著,邓正来等译.法律、立法与自由(第一卷)[M].北京:中国大百科全书出版社,2000.

[2]于志刚.网络思维的演变与网络犯罪的制裁思路[J].中外法学,2014(4),第1045-1058页.

[3]刘宪权.网络犯罪的刑法应对新理念[J].政治与法律,2016(9),第2-12页.

- [4]郑玉双.为犯罪化寻找道德根基——评范伯格的《刑法的道德界限》[J].政法论坛,2016(2),第183-191页.
- [5]卢建平.从“黄碟案”看刑法的界限[J].法学家,2003(3),第22-26页.
- [6]张海鸥.论刑法的宪法性界限[J].法制与社会,2015(17),第13页,第18页.
- [7]王充.明确性与妥当性之间——论刑法解释界限的设定标准[J].社会科学研究,2012(1),第85-90页.
- [8]陈新民.德国公法学基础理论(上)[M].济南:山东人民出版社,2001.
- [9]张康之.公共行政中的哲学与伦理[M].北京:中国人民大学出版社,2008.
- [10]曲新久.论刑法中的“公共安全”[J].人民检察,2010(9),第17-23页.
- [11]吴贵森.刑法上“公共”概念之辨析[J].法学评论(双月刊),2013(1),第115-116页.
- [12]曲新久.论社会秩序的刑法保护与控制[J].政法论坛,1998(4),第17-18页.
- [13]杨锦芳.秩序——刑罚的伦理价值目标[J].云南民族大学学报(哲学社会科学版),2011(3),第118-122页.
- [14]赵秉之,张新平.试论网络共同犯罪[J].政法论坛,2002(10),第53页.
- [15]卢恒飞.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[J].交大法学,2015(1),第119-127页.
- [16]高铭喧.新编中国刑法学(下册)[M].北京:中国人民大学出版社,1998.
- [17][美]伯特兰·罗素著,储智勇译.权威与个人[M].北京:商务印书馆,2012.
- [18]最高人民法院刑事审判三庭编著.网络犯罪司法实务研究及相关司法解释理解与适用[M].北京:人民法院出版社,2014.
- [19]何明升.智慧生活:个体自主性与公共秩序性的新平衡[J].探索与争鸣,2018(5),第21-25页.
- [20]张千帆.刑法适用应遵循宪法的基本精神——以“寻衅滋事”的司法解释为例[J].法学,2015(4),第3-9页.
- [21]廖斌,何显兵.论网络虚假信息的刑法规制[J].法律适用,2015(3),第38-40页.
- [22]河北省张家口市尚义县人民法院.冀0725刑初16号刑事判决书,2018.
- [23]贾健.刑法目的论——以关系本体论为视角(第1版)[M].北京:法律出版社,2014.
- [24]沈宗灵.现代西方法理学[M].北京:北京大学出版社,1992.
- [25]黄荣坚.基础刑法学(上)[M].台北:台湾元照出版公司,2004.
- [26]唐兴华.如何看待“武汉处理8名发布不实信息者”[EB/OL].<http://news.sina.com.cn/c/2020-01-28/dociihnzakh6772012.shtml>,20200206.
- [27]陈小彪,余杰新.网络谣言刑法治理的基本立场[J].吉首大学学报,2014(1),第76-83页.
- [28][德]克劳斯·罗克辛著,樊文译.刑法的任务不是法益保护吗?[M].刑事法评论(第19卷),北京:北京大学出版社,2007.
- [29]周光权.积极刑法立法观在中国的确立[J].法学研究,2016(4),第39-40页.