

doi:10.3969/j.issn.1674-117X.2024.03.009

# 网络型寻衅滋事罪司法认定的现实考察与问题省思

王胜华, 周洲

(石河子大学 法学院, 新疆 石河子 832003)

**摘要:** 对近年来百余件真实案例的分析表明, 网络型寻衅滋事罪的司法认定在司法实践中存在“虚假信息”认定模糊、主观要件认定缺位以及结果要件认定迥异等恣意入罪的问题。为贯彻刑法谦抑和保障人权的理念, 有必要对本罪客观要素“虚假信息”之意涵进行法教义学限缩, 对本罪主观要素“确实知道”应当根据行为人的实施次数、是否获利以及身份经验等进行综合认定, 对本罪结果要件“造成公共秩序严重混乱”应在区分网络场域的前提下进行危害性有无的实质认定, 从而避免该罪适用的“口袋化”, 实现该罪适用的有理有据有度。

**关键词:** 网络空间; 网络型寻衅滋事罪; 司法适用; 虚假信息; 公共场所

**中图分类号:** D924.3

**文献标志码:** A

**文章编号:** 1674-117X(2024)03-0071-11

## Realistic Investigation and Reflection on the Judicial Determination of the Cybercrime of Picking Quarrels and Provoking Trouble

WANG Shenghua, ZHOU Zhou

(Law School, Shihezi University, Shihezi 832003, China)

**Abstract:** The analysis of more than 100 real cases in recent years reveals that there are some problems in judicial practice, such as fuzzy identification of “false information”, absence of subjective element identification and different identification of outcome elements. In order to implement the concept of modesty and protection of human rights in criminal law, it is necessary to specify the meaning of the objective elements—the “false information”, and identify comprehensively the subjective elements—“really knowing”—according to the number of times the perpetrator has committed crimes, whether the perpetrator has profited, and their identity and experience. In order to avoid the pocket-like application of the crime and achieve a reasonable and well-founded one, a substantive determination of whether any harm is caused should be carried out after distinguishing the network field for the result element—“causing serious public disorder”.

**Keywords:** cyberspace; cybercrime of picking quarrels and provoking trouble; judicial application; false information; public places

收稿日期: 2024-01-20

基金项目: 国家社科基金资助项目“新时代新疆反恐的成功经验研究”(21BFX063)

作者简介: 王胜华, 男, 江苏徐州人, 石河子大学副教授, 博士, 硕士生导师, 研究方向为刑法学;  
周洲, 男, 湖南常德人, 石河子大学硕士研究生, 研究方向为刑法学。

21世纪以来,信息网络几乎覆盖了我国社会的每一个角落。截至2023年6月,我国网民规模达10.79亿人,较2022年12月增长1109万人,互联网普及率达76.4%<sup>[1]</sup>。信息网络在给社会大众带来便利的同时,也为违法犯罪活动提供了新的平台,“造谣诽谤”“肆意辱骂”等违法犯罪现象日益突出。

2013年9月,最高人民检察院与最高人民法院联合颁布了《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《网络诽谤解释》),文件第五条将网络空间中辱骂、恐吓行为与编造、传播虚假信息行为明确纳入寻衅滋事罪的规制范围,网络型寻衅滋事罪之罪名由此形成。从司法实践来看,该罪名确立后充分发挥了刑法的秩序价值,有力打击了网络犯罪。但由于司法实践的复杂性以及《网络诽谤解释》条文不够细致,该罪名在理论界一直存在着争议。部分学者倾向于秩序价值的维护,认可该罪名存在的必要性,如认为编造、故意传播虚假信息罪规制的范围过于狭窄,该罪名可发挥较大的补充作用<sup>[2]</sup>;也有学者倾向于自由价值的保障,不认可寻衅滋事罪在网络空间的扩大适用<sup>[3]</sup>;还有学者认为该罪作为寻衅滋事罪在网络空间的扩张,仅仅是服务于打击网络犯罪的临时之举,应当在《刑法修正案(九)》规定编造、故意传播虚假信息罪后被废止<sup>[4]</sup>。鉴于此,本文以裁判文书真实案例为参考,对判决中网络型寻衅滋事罪入罪要件的认定进行归纳分析,从而对本罪的司法适用现状进行考察。

## 一、网络型寻衅滋事罪司法认定的现实考察

本文以“北大法宝”司法案例数据库为检索平台,以“寻衅滋事罪”为案由,以网络犯罪为搜索类别,以“一审”“二审”为审结程序,进行精确检索,共搜索得到审结年份在2013年后的刑事裁判文书272份,从272份刑事裁判文书中随机抽取50%的案例裁判文书,去掉重复案例、无效案例与其他文书后,共得到118份裁判文书,其中一审刑事判决书65份,一审刑事裁定书17份,二审刑事判决书28份,二审刑事裁定书8份。通过对118份裁判文书的整理和汇总,笔者对司法

实践中网络型寻衅滋事罪部分构成要件的认定进行分析。

### (一)行为样态分析

《网络诽谤解释》规定了网络型寻衅滋事罪的行为类型:一是编造、传播虚假信息型,二是网络辱骂、恐吓型。根据上述118份裁判文书的梳理结果,对本罪实行行为分析如下。

#### 1. 实行行为类型

在上述刑事裁判文书中,以网络辱骂、恐吓行为入罪的案例共计24例,而以编造、传播虚假信息入罪的案例则有94例(具体见表1)。由此可见,网络虚假信息型寻衅滋事罪的比例要远高于网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪。

表1 网络型寻衅滋事罪实行行为类型

案例行为类型	案例数量	占比/%
网络辱骂、恐吓型	24	20.0
编造、传播虚假信息型	94	80.0

#### 2. 行为主体类型

上述裁判文书所涉案件被告人,即行为主体,其具体分布如表2所示。第一类是普通网民。在118份裁判文书所涉及的案例中,被告人为普通网民的共占76例,该类主体实施犯罪行为多归于不同种类的纠纷,如因情感纠纷导致行为人心生不满,遂在网络空间实施辱骂、恐吓或其他行为(如山东省临沂市兰山区人民法院(2020)鲁1302刑初字第295号刑事判决书);也有行为人无事生非,在网络上实施本罪构成要件行为并入罪的,如在网络上无事生非,肆意捏造或传播歪曲历史、危害国家安全等内容的虚假信息的,在76例案例中,有19例属于此种情况。第二类是网络水军。该类主体一般呈现组织化、团伙化共同犯罪的特征,如“秦火火案”(参见北京市朝阳区人民法院(2013)朝刑初字第2584号刑事判决书)。在118例案例中,行为主体为网络水军的案例共21例。第三类行为主体为自身利益受到行政行为管制或影响的人员,如上访人员、被拆迁人员以及因疫情防控需要而被管控人员等。该类行为主体所实施的危害行为,如编造、传播虚假信息,其内容通常涉及公职人员、政策实施以及公权力运行,在118例案例中,涉及该类行为主体的案例共计21例。

表2 网络型寻衅滋事罪行为主体分布

行为主体类型	特点	案例数量	占比/%
普通网民	一般因各类纠纷而发泄不满	57	48.3
	无动机, 无事生非	19	16.1
网络水军	组织化特征明显	21	17.8
自身利益受到 行政行为管制 或影响的人员	行为内容多针对公职人员、 政策实施及公权力运行	21	17.8

此外, 通过对上述裁判文书整理可发现, 行为实施危害行为所针对的对象呈现较集中分布的特征, 大多数都集中于公职人员或公权力机关。在 118 例案例中, 危害行为指向对象为公职人员或公权力机关的案例共计 79 份。

### 3. 虚假信息类型

根据上文, 118 份案例中网络虚假信息型寻衅滋事罪案例共计 94 例。行为人实施的危害行为所涉及虚假信息的类型较为多样, 主要可分为以下几类: 第一类为涉及国家公权力运行的虚假信息, 共计 56 例; 其中, 涉及政府、司法监察机关及其他公权力机关相关行为的 29 例, 涉及国家公职人员职务行为的 11 例, 涉及国家公职人员个人名誉的 16 例。该类信息内容多涉及司法执法、上访维权、冤假错案、利益补偿等公民个体权益与公权力易发生冲突的领域。第二类是涉及民族历史问题、国家领导人、国家统一以及国家安全的虚假信息, 共计 12 例。值得注意的是, 该类信息很多以非法言论和不当言论的形式体现, 如涉及否定社会主义制度、质疑国家统一的言论(如江苏省南京市玄武区人民法院(2020)苏 0102 刑初字第 300 号刑事判决书)。第三类是涉及社会热点炒作的虚假信息, 共计 16 例; 该类虚假信息的编造或传播主体多为网络推手或网络水军。第四类是涉及公职人员个人名誉的虚假信息, 如因利益纠纷等原因虚构事实、诬陷他人, 共计 10 例。具体如表 3 所示。

表3 虚假信息类型

案由类型	虚假信息类型	案例数量	占比/%
网络虚假信息型寻衅滋事罪	涉及公权力机关行为	29	30.9
	涉及公权力运行	11	11.7
	涉及国家公职人员职务行为	16	17.0
	涉及国家公职人员个人名誉	12	12.8
	涉及民族历史问题、国家领导人、国家统一以及国家安全	16	17.0
	涉及社会热点炒作	10	10.6
	涉及他人名誉		

总的来说, 涉及公权力运行的虚假信息占据比例相对最大。在司法实践中, 司法机关倾向于认为涉及公权力运行的虚假信息更具有引起社会公共秩序严重混乱的可能性。94 例案例所涉及的虚假信息在类型上虽不尽相同, 但大部分在内容上可归入《刑法》第 291 条“编造、故意传播虚假信息罪”规定的“险、疫、灾、警”四大虚假信息类别。这说明, 即使是《刑法修正案(九)》颁布后, 网络虚假信息型寻衅滋事罪与编造、故意传播虚假信息罪仍处于并存适用状态, 且网络虚假信息型寻衅滋事罪的“虚假信息”范围更广。

### 4. 裁判文书对虚假信息的认定

《网络诽谤解释》并没有明确规定“虚假信息”的定义和范围, 这也导致司法机关在适用该罪时, 存在忽视对虚假信息进行严格论证和认定的情况。在案由为网络虚假信息型寻衅滋事罪的 94 份裁判文书中, 有 85 份没有对虚假信息的认定进行充分论证, 尤其是在虚假信息内容涉及民族历史问题、国家领导人、国家统一以及国家安全等方面时, 司法机关多以“非法”“不当”等词语概括形容信息的虚假性, 将其归类为自媒体谣言<sup>[5]</sup>。

### (二) 主观要件分析

寻衅滋事罪作为故意犯罪, 司法机关对行为人犯罪主观方面的符合性认定是判断入罪的重要条件。《网络诽谤解释》第五条第二款就规定了在信息网络上散布明知是编造的虚假信息, 造成公共秩序严重混乱的, 构成寻衅滋事罪; 同时, 最高人民法院在《网络诽谤解释》颁布记者会上也表示, 不法分子恶意编造、散布虚假信息, 起哄闹事, 造成公共场所严重混乱, 构成本罪<sup>[6]</sup>。

在 118 例案例中, 裁判文书对被告人犯罪主观心理状态的分析与认定情况如表 4 所示。提及被告人犯罪主观心理状态或分析被告人犯罪主观方面情况的有 67 份(案由全部属于网络虚假信息型寻衅滋事罪), 其中, 仅仅以“为泄私愤”“发泄不满情绪”等话语简单表述行为人犯罪行为主观方面情况的有 57 份, 通过分析案件事实、运用法条和刑法原理详细论证其主观动机的仅有 10 份。在 67 例案例中, 行为人的行为属于明知是虚假信息而在信息网络上传播的有 23 例, 其中仅有 2 例案例的裁判文书对“明知”的认定进行了详细论证(参见湖南省双牌县人民法院(2020)湘 1123 刑初字第 17



号刑事判决书)。除以上裁判文书外,剩余51份裁判文书仅针对行为人的危害行为和危害结果进行分析讨论,而未对被告人的犯罪主观方面进行认定。

表4 被告人犯罪主观方面的认定情况

裁判文书在犯罪主观方面的认定情况	案例数量	占比/%
仅仅以“为泄私愤”“发泄不满情绪”等话语简单表述	57	48.3
通过分析案件事实、运用法条和刑法原理详细论证	10	8.5
未涉及对被告人犯罪主观方面的认定	51	43.2

### (三) 结果要件分析

《网络诽谤解释》规定造成“公共秩序严重混乱”与“情节恶劣,破坏社会秩序”分别为网络虚假信息型寻衅滋事罪和网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪的入罪结果要件。基于上述案例梳理,本文对本罪入罪结果要件进行如下分析。

#### 1. 信息传播渠道

网络虚假信息型寻衅滋事行为主要通过信息网络平台编造、传播虚假信息,进而造成公共秩序严重混乱。但是网络平台类型多样,因其符合公共场所特征的程度不同,公共性与开放性特征不一致,行为人的危害行为造成公共秩序严重混乱的认定难度和要求也不尽相同。

在案由为网络虚假信息型寻衅滋事罪的94份裁判文书中,行为人通过“微博”“抖音”“知乎”“小红书”等新媒体APP平台编造或传播虚假信息的共有50例;通过公开性的网站编造或传播虚假信息的共有16例;通过微信群、QQ群或其他类似渠道编造、传播虚假信息的共有28例,其中,在成员身份不特定、完全开放的群聊中实施危害行为的有10例,在成员身份较特定、开放程度较低的群聊中(如家族群)实施危害行为的共有18例,其包括通过一对一私信聊天等渠道,向不特定多数人传播虚假信息的情形。

#### 2. 危害行为对公共秩序的影响

在上述118份裁判文书中,根据行为人危害行

为对社会公共秩序的影响程度,可分为如下两类:第一类是危害行为仅仅扰乱网络公共秩序,其行为影响力尚未对现实社会产生严重的影响。该类案件共有61件,其中案由为网络虚假信息型寻衅滋事罪的案件共45件,案由为网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪的案件共16件。第二类是危害行为造成现实社会公共秩序混乱的案件,共有57件;其中20件案件的被告人同时在现实空间中也实施了寻衅滋事行为,或同时构成其他犯罪。

#### 3. 裁判文书对造成公共秩序严重混乱的认定

通过对裁判文书进行梳理,发现司法机关在司法实践中已经将网络公共秩序囊括该罪所保护的法益“公共秩序”之中。94例网络虚假信息型寻衅滋事罪案例中,行为人危害行为仅扰乱网络公共秩序的占45例,但均被认定为属于“造成公共秩序严重混乱”。

司法机关对造成“公共秩序严重混乱”的认定,一是以虚假信息的点击量、浏览量、转发量、评论量等为指标;若达到一定数量,则认为是造成公共秩序严重混乱。在94份裁判文书中,共有58份裁判文书以类似指标为标准。二是以行为人多次发布或传播虚假信息以及虚假信息的传播范围、受众人数作为参考标准。在94份裁判文书中,共有10份文书采用此类认定标准。三是以严重破坏他人私人生活安宁、造成个人或集体现实利益受损以及政府被迫作出相应措施为参考标准,共有10份文书采用该标准。值得注意的是,仍然有16份裁判文书,没有采用具体的标准认定公共秩序是否严重混乱,仅仅因为公权力机关公信力受损、引发社会民众猜忌,便直接认定行为人的行为造成了“公共秩序严重混乱”。

而在24份网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪裁判文书中,对于情节恶劣、破坏社会秩序的程度要件,司法机关则直接以“情节恶劣”一词简单提及。

“公共秩序严重混乱”的认定情况如表5所示。

表5 “公共秩序严重混乱”的认定情况

案由类型	涉及入罪结果要件	认定情况	案例数量
网络虚假信息型寻衅滋事罪	造成公共秩序严重混乱	以虚假信息的点击量、浏览量、转发量、评论量等为指标	58
		以行为人多次发布或传播虚假信息以及虚假信息的传播范围、受众人数为标准	10
		以影响他人生活、造成现实的严重后果以及政府作出相应措施为标准	10
		未采取具体标准认定	16
网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪	情节恶劣,破坏社会秩序	直接以“情节恶劣”简单提及	24

## 二、网络型寻衅滋事罪司法认定的问题 审视

### (一) 虚假信息认定模糊

通过上文分析可以发现, 司法实践中对于网络型寻衅滋事罪中“虚假信息”的认定较为模糊, 主要体现在如下两个方面。

#### 1. “虚假信息”涵括类型泛化

2015年11月,《刑法修正案(九)》增设了编造、故意传播虚假信息罪, 该罪以完全列举的形式, 将编造、故意传播网络虚假信息类型严格限定在涉及险情、疫情、灾情、警情四个方面, 因此有学者指出, 这是否意味着立法者注意到了网络型寻衅滋事罪司法适用的问题, 并以立法对此进行了否定? 现实显然并非如此<sup>[7]86</sup>。

在《刑法修正案(九)》颁布近9年后的今天, 网络型寻衅滋事罪仍被用于对各领域编造、传播虚假信息行为的打击。有学者以2021年上半年为审结日期, 对编造、故意传播虚假信息案件的罪名类型进行了检索, 共得到224例案例; 其中寻衅滋事罪占141例, 编造、故意传播虚假信息罪以及编造、故意传播虚假恐怖信息罪的案件数量分别为35例和48例<sup>[7]81</sup>。这表明, 网络虚假信息型寻衅滋事罪仍存在较大的适用空间; 在司法实践中, 没有被编造、故意传播虚假信息罪以及其他涉及虚假信息的罪名所列举的虚假信息种类, 便成为网络型寻衅滋事罪的规制对象。这使得该罪所规制的虚假信息类型在现实中不断扩充, 而虚假信息类型的不当扩充将会导致“罪与非罪”的边界趋于模糊, 使得网络型寻衅滋事罪“口袋罪”的标签“深入人心”, 其不利于司法机关公信力的提升和法律权威性的维护。

此外, 上文将所涉案件信息类型分为四类, 而在内容上, 仅第三类“涉及社会热点炒作的虚假信息”就包含了涉及社会突发事件的虚假信息、涉及商业信誉或商品声誉的虚假信息、涉及证券与期货交易的虚假信息以及涉及其他行业内容的虚假信息, 这些信息分别在编造、故意传播虚假信息罪, 损害商业信誉及商品声誉罪以及编造并传播证券与期货交易虚假信息罪等罪名的列举范围内。网络型寻衅滋事罪将一些本来由其他具体罪名涵括的虚假信息类型纳入规制范围, 如此,

势必会模糊“此罪与彼罪”的界限, 违背刑法的罪刑法定原则。

#### 2. “虚假信息”界定标准不够明确

对于虚假信息的认定标准,《网络诽谤解释》并未进行规定, 这使得网络型寻衅滋事罪可以最大限度地发挥刑法的功能性价值, 提高对网络造谣等违法犯罪行为的打击力度, 但同时, 这也使得网络型寻衅滋事罪司法适用范围过大, 且呈现出较大的模糊性和不确定性。

从上文对裁判文书的梳理可以看出, 司法机关审理网络型寻衅滋事案件时对虚假信息的认定缺乏明确标准, 对于何为虚假信息、如何认定其为虚假信息的问题, 司法机关通常不予说明。此外, 在面对涉及公权力行为的虚假信息以及涉及民族历史问题、国家领导人、国家统一以及国家安全的虚假信息时, 司法机关通常对相关言论信息直接冠以虚假信息之名, 而很少论述为什么该信息属于虚假信息。以上表明部分司法机关将“是否对公权力造成负面形象”作为虚假信息的认定标准, 以“非法言论”“不当信息”等模糊概念来代替依据法律条文的具体认定。这类做法是典型的以“危害结果”反推“行为性质”, 属于先有结论而后定罪<sup>[8]</sup>, 其违反了刑法的罪刑法定原则和谦抑性原则, 容易导致民众形成“网络型寻衅滋事罪属于公权力‘保护伞’”的错误观念, 降低民众对法律公平正义的信任。

### (二) 主观要件认定缺位

寻衅滋事罪属于故意犯罪, 对于网络虚假信息型寻衅滋事罪的主观要件,《网络诽谤解释》有较明确的规定, 即要求行为人“明知”是编造的虚假信息而传播。

从上文对118份裁判文书的梳理可以看出, 网络型寻衅滋事罪在司法适用中存在着明显的主观要件认定“虚化”现象, 司法机关在司法实践中不仅未能就“明知”形成较统一的标准, 反而在案件审理中弱化了主观要件认定。在裁判文书中, 部分司法机关通常以“为泄私愤”“无事生非”“发泄不满”等模糊性词语简单形容被告人的犯罪动机, 而并未就被告人主观心理状态进行详细论证。

### (三) 结果要件认定迥异

作为网络型寻衅滋事罪的结果要件, 造成“公共秩序严重混乱”的认定关乎“罪与非罪”的界限。



对于网络空间与公共场所的关系,司法机关在司法实践中明确将网络空间归入公共场所范畴,使得“公共秩序严重混乱”的结果可以适用于网络空间。但是,通过对上述裁判文书的梳理可以发现,在司法实践中,对网络型寻衅滋事罪造成“公共秩序严重混乱”的认定仍存在不足。

#### 1. 将不同网络场景不加区分地等同于公共场所

司法机关在认定公共场所时,忽视了网络平台的多样性,存在着将不同类型、公共属性程度不同的网络场景全部归于公共场所,即将网络平台等同于公共场所的现象。

在118份裁判文书中,无论是“新浪微博”“抖音”等网络平台,还是微信朋友圈、QQ空间、平台群聊,甚至是微信聊天,都被认定为公共场所,这就带来如下疑问:信息网络平台均具有公共场所属性吗?信息网络空间是否存在非公共场所?<sup>[9][10]</sup>在某些网络场景(如家庭群聊中)散布虚假信息是否也应当认定为在公共场所散布虚假信息?

在118份裁判文书中,有被告人发泄不满情绪,多次通过微信私聊、朋友圈、微信群编造、转发虚假信息,司法机关认定该行为属于在信息网络空间编造、散布虚假信息,构成寻衅滋事罪(参见江西省新余市渝水区人民法院(2018)赣01182刑初459号刑事判决书)。那么本案中,被告人散布虚假信息的网络场景是否都属于公共场所?与好友私聊的行为是否属于在公共场所编造、散布虚假信息,或者哪些属于公共场所,哪些不属于公共场所?司法机关对此并无区分。显然,不同网络场景的公共性、开放性程度不同,其是否属于公共场所需要经过严密的论证。司法实践虽然默认网络空间属于公共场所,但如果缺少相应的论证过程,则会让人难以信服。司法实践中不能因为司法裁判已经形成的“沉默成本”而忽略“网络空间是否属于公共场所”的论证理由。若不加区分地将所有网络场景等同于公共场所,这事实上就降低了本罪的入罪门槛,也无端加重了行为人的犯罪情节,使其需要承担更严厉的刑罚,这不符合我国刑法罪责刑相适应的原则。

#### 2. 公共秩序严重混乱的认定过于僵化

关于本罪入罪要件“造成公共秩序严重混乱”的认定,从118份裁判文书的梳理结果来看,司法实践中关于公共秩序严重混乱的认定标准不一,

主要从如下两个不同的视角进行认定。

第一,对“是否造成网络公共秩序严重混乱”的认定标准主要基于虚假信息的浏览量、转发量、评论量等数据指标。这一标准其实是挪用了《网络诽谤解释》第二条关于网络型诽谤罪“情节严重”的认定标准规定。对此,有学者认为,将“被大量点击、观看、转发或评论”或“民众质疑、批评的消极影响”解释为网络空间公共秩序严重混乱是一种司法层面上的“法律拟制”<sup>[10]</sup>。网络型诽谤罪侵犯的法益为个人法益,通过对虚假诽谤信息的浏览量、点击量以及转发、评论数据的参考,可以认定该信息的传播范围,进而推测犯罪主体的网络诽谤行为对受害人造成的损失范围,这是合理的。但网络型寻衅滋事罪侵犯法益为社会公共秩序,公共秩序严重混乱的结果与虚假信息的阅读量、传播范围等数据指标并不存在紧密的关联性。再者,如果采用上述标准来认定行为属于造成“公共秩序严重混乱”,那么分别达到了多少阅读、点击量或转发评论量可视为造成公共秩序严重混乱呢?司法机关在适用该标准时是否存在统一的尺度?上文对裁判文书的梳理显示,司法实践中并没有形成统一标准。如广州黄埔区欧阳佳子等人寻衅滋事案的被告人在网络空间有组织地编造、传播涉及国内重大事件虚假信息,虚假信息总阅读量高达4 074 261次,造成网络舆论混乱,司法机关据此认定被告人行为造成公共秩序严重混乱(参见广东省广州市黄埔区人民法院(2020)粤0112刑初字第230号刑事判决书);而在广西河池市韦尉剑寻衅滋事案中,被告人发布的三篇文章(含虚假信息),点击量分别为3210次、2990次、477次,这种小范围的传播同样被司法机关认定为造成公共秩序严重混乱(参见广西壮族自治区河池市宜州区人民法院(2019)桂1281刑初字第321号刑事判决书)。通过上述两个案件的对比可以发现,司法机关对于造成公共秩序严重混乱这一结果的虚假信息所要达到的浏览量、点击量、转发评论量的认定存在着较大差距,该标准在司法实践中也未形成统一尺度。

第二,从“造成现实社会秩序严重混乱”方面认定公共秩序严重混乱。此种认定同样缺乏统一标准,如司法实践对于据以认定造成现实社会秩序混乱的现象类别以及现实社会秩序混乱的程度

标准均未达成一致。上述 118 份裁判文书中, 有因被告人编造、散布虚假信息造成现实社会房地产成交量及离婚数量明显增多的情形, 司法机关据此认为其造成公共秩序严重混乱的案例(如上海市浦东新区人民法院(2017)沪 0115 刑初 183 号刑事判决书); 也有因行为人编造、散布虚假信息给公权力机关带来负面影响、造成其公信力受到损失, 而被司法机关认定为造成公共秩序严重混乱的案例。

### 三、网络型寻衅滋事罪司法认定的改进之策

本文对于网络型寻衅滋事罪的存在、适用与发挥价值持肯定态度, 但本罪规制范围容易涉及公民基本权利, 在打击犯罪的同时, 出于维护民众言论自由、正确运用刑事司法力量的需要, 司法机关应当审慎适用本罪, 基于限缩适用的基调, 严格认定行为人的行为是否满足入罪的各项要件。

#### (一) 宜对本罪中的“虚假信息”认定进行教义学限缩

网络型寻衅滋事罪名确立的主要目的在于打击当时日益猖獗的网络造谣行为, 对于本罪中“虚假信息”的认定, 笔者认为应在明确“虚假信息”含义边界的基础上进行实质判断。

##### 1. “虚假信息”涵括范围应与“谣言”含义相当

在日常社会生活中, 民众一般将虚假信息等同于谣言, 但从解释学的角度来理解, 虚假信息的含义是不符合事实的信息<sup>[11]</sup>, 而谣言则是被公认为既无根据也不符合事实的消息。虚假信息虽不符合事实, 但不一定没有根据。如某地某日上午乌云密布, 某人声称当日下午有大雨(下午并未下雨), 另一人则声称该地此刻晴空万里, 前者为虚假信息, 后者则可理解为谣言。由此, 汉语言中虚假信息的含义范围要大于谣言。那本罪中的“虚假信息”又该以何种含义作为标准来认定? 笔者认为应当以后者的含义来认定, 即将本罪中“虚假信息”含义限缩理解为谣言含义。

第一, 根据目的解释的原理, 司法解释对法条文字的解释必须在该文字原意的射程之内<sup>[12]</sup>。在《刑法修正案(九)》之前, 我国刑事立法体系仅有一例针对编造、散布虚假信息行为的立法

文件, 即《全国人民代表大会常务委员会关于维护互联网安全的决定》(以下简称《决定》)<sup>[13]</sup>, 该法律规范第二条明确将互联网造谣行为纳入刑罚处罚范围。那么根据目的解释, 《网络诽谤解释》中的“虚假信息”应当是对《决定》中互联网造谣行为的“谣”的解释, 由此, 网络型寻衅滋事罪中的“虚假信息”含义应当与谣言含义保持一致。

第二, 司法实践中, 法律用词应符合规范性、专业性的要求。根据社会一般公众的理解, 传播谣言的行为即为民众日常生活所称的造谣行为, 这带有明显的贬义色彩, 若在法律规范中使用谣言一词, 则违背了刑事规范“客观”“明确”的用词要求, 也不符合司法实践审判客观、中立的要求, 易造成“道义上的审判”。

第三, 法律具有一致性, 刑事立法规范要与行政立法保持协调。我国《治安管理处罚法》第 25 条第一款明确处罚散布谣言的行为, 若网络型寻衅滋事罪中“虚假信息”涵括范围大于谣言含义的涵括范围, 此时就可能出现行为人传播虚假信息的行为不违反《治安管理处罚法》却反而构成犯罪的情况, 这显然违反了刑法的谦抑性和最后手段性。

##### 2. “虚假信息”司法认定应从实质层面进行判断

首先, 本罪中“虚假信息”在内容上应具有无据性、具体性的特征。既然将虚假信息限缩理解为谣言, 则虚假信息必须具有无据性, 属于毫无依据、子虚乌有的消息。其内容要么属于无中生有、凭空捏造的消息, 要么对原信息内容进行了实质性篡改, 足以颠覆原信息内容、引起他人误解。故尚在合理推断所得结果的辐射范围内、符合社会一般人正常思维逻辑推理过程的信息不属于虚假信息。再者, 虚假信息必须包括具体内容, 无所指向、言语不详的情绪化表达不属于信息, 更不应当认定为虚假信息。信息必须包含实质性内容, 必须对所针对事实的关键信息进行细致描述, 如人物、时间、地点等基本要素, 如“这太黑暗了”等笼统说法, 不应当认定其属于虚假信息。

其次, 本罪中“虚假信息”在言论上应严格限定为事实性言论, 而不包括观点性言论。我国《宪法》赋予公民言论自由的权利, 而言论自由的真理追求价值要求严格区分事实与观点, 因为观点



无所谓真假<sup>[14]</sup>。《网络诽谤解释》颁布后,网络上有观点认为,社交媒体等虚拟场所实际上是言论场所,属于言论自由的范畴。尽管凡是现实社会中不能僭越的法律和伦理底线,网络空间内同样不可逾越<sup>[15]</sup>,但保障公民权利、维护言论自由也属于我国刑法的价值追求,同样也是现代法治社会的基本要求。观点性言论是一个人对某件事物的观点或看法,若将“我认为某事不正确”等公民的观点性言论一并囊括入虚假信息认定的覆盖范围,这不符合法治社会下刑法反对主观入罪的原则,社会也将面临逐渐失声的风险。

最后,本罪中“虚假信息”应当关切社会公众现实利益,具备引发公共秩序严重混乱的可能性。一些“天马行空”的虚假信息并不能引起社会生活的变化,更不会影响社会秩序。如某人在微博上发布虚假信息,谎称太平洋彼岸的某国将遭遇重大地质灾害。该信息与我国民众日常生活毫无关系,不可能引起社会公共秩序的变动,故而不可能属于本罪要求的“虚假信息”。再者,根据刑法的精神,对违法性构成要件的解释,必须使行为的违法性达到值得科处刑罚的程度<sup>[16]</sup>。作为本罪违法性构成要件要素的虚假信息,在认定中也应考虑是否值得科处刑罚,即是否可能或已经引发公共秩序严重混乱,而可能性的判断,则需要从社会一般理性人的立场出发。

## (二)宜对本罪所需主观要件的“明知”程度进行限定

我国刑法采取主客观相统一的刑事责任归责原则,而犯罪主观方面则是判断行为人的危害行为是否构成犯罪的重要一环。对于网络型寻衅滋事罪主观要件的认定,司法实践中应形成统一的标准,并对本罪所要求的“明知”程度进行限定。

### 1. 本罪的“明知”仅指“确实知道”

《网络诽谤解释》第五条第二款规定:明知是编造的虚假信息,在信息网络上散布,造成公共秩序严重混乱,构成寻衅滋事罪,即要求行为人对虚假信息的认识属于“明知”。

而事实上,“明知”的含义在不同的罪名中不尽相同。学界通常认为,根据行为人对客观事实的认识程度,“明知”可分为“确实知道”“可能知道”两种情况。对于本罪中“明知”的认定,有学者认为应采取确定性认识说,即“明知”仅

指确实知道,而不包括可能知道<sup>[17]</sup>。笔者认同这一观点。

首先,从维护公民言论自由权利的角度考虑,应当尽可能限制言论型犯罪的适用,故应将本罪“明知”认定为确实知道。本罪保护的法益为社会公共秩序,体现了社会义务与个人权利的冲突,只有将“明知”确定为行为人确实知道,才能避免对个人言论自由权利的不当压制。其次,刑法在控制犯罪和人权保障中,应当保持适当的平衡。面对互联网社会中纷繁复杂的网络信息,在信息来源不明的情况下,不排除民众因为随大流和从众心理,在将信将疑等“可能知道”的心理状态下跟风传播虚假信息,若将该类行为也归入本罪规制,则属于仅仅重视该行为的危害性而忽略行为人的主观心理状态和公民基本权利对于入罪的排除性,这容易导致为了处罚而无节制扩大适用的现象<sup>[18]</sup>。

### 2. “确实知道”的司法判断标准

司法实践中,司法机关可从以下两方面认定行为人是否确实知道传播的信息属于虚假信息。第一,可从实行行为本身进行判断。首先是行为人实行行为的次数,如果行为人在信息网络中连续多次实施传播虚假信息的行为,则可以据此推定行为人对虚假信息的主观心理状态为明知。其次是行为人是否寻求在行为中获利,当行为人传播虚假信息行为是为了寻求获得收益,如接受他人的开价而进行有偿传播,此时基于社会一般公众的认识程度考虑,行为人应当察觉并认识到传播、散布的信息具有特殊性,即此时行为人就具有了相对于无偿传播、散布消息更高的注意义务和辨别义务,若行为人传播、散布的信息为虚假信息,则可以直接推定行为人主观上属于“明知”是虚假信息而传播、散布。第二,判断是否“明知”,可综合考虑行为人自身的社会经验、学历水平、知识结构以及从业经历。对于不同身份、不同情况的行为主体,司法机关不能对其“一视同仁”,应当具体问题具体分析。如网络世界中存在大量老年人用户,这一类群体整体上学历水平较低,在面对网络场景中铺天盖地的信息时,司法机关不能要求其具备与年轻群体等同的注意义务。同理,具备特殊身份、特殊职业、特殊知识结构的群体(如微博大V、网红等),认定时应当要求



其面对网络虚假信息时具备超越社会一般公众的较高程度的注意义务和审查义务; 该类群体在转发虚假信息时若未尽到相应较高程度的义务, 则主观上可以认定为“明知”。

### (三) 宜对本罪所需结果要件的“公共场所”认定进行网络场域区分

场域是公共空间内由一定的组织形式和交往规则的相互作用构成的活动范围, 在该空间内, 有相对固定的参与者根据一定的规则进行相对频繁的交流 and 互动<sup>[19]</sup>。网络空间作为整体的互联网场域, 内部由不同类型的网络场景构成, 对于本罪结果要件“公共秩序严重混乱”的认定, 首先应肯定网络空间属于“公共场所”, 并对“公共场所”进行网络场域区分, 进而认定是否造成公共秩序严重混乱。

#### 1. 网络空间属于“公共场所”已有法律根据

2013年7月, 最高人民法院、最高人民检察院联合颁布《关于办理寻衅滋事刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《寻衅滋事解释》), 该解释对于寻衅滋事罪“公共场所”的认定采取了列举式的界定, 将“公共场所”概括为“车站、码头、机场、医院、商场、公园、影剧院、展览会、运动场等相关场所”<sup>[20]</sup>; 而《网络诽谤解释》第五条第一、二款分别规定了网络辱骂恐吓型与网络虚假信息型寻衅滋事罪, 并与《刑法》第293条第一款第二、四项一一对应, 这其实表明了司法解释将网络空间纳入本罪所要求的“公共场所”的立场。

从特征上看, 网络空间符合公共场所要求的开放性和公共性。场所的开放性是指场所面向公众保持开放的状态, 不设准入门槛, 即允许不特定人随意进入, 而场所的公共性的本质特征是人与人之间的共享性<sup>[9][10]</sup>。在我国刑法中, 涉及公共场所的罪名既包括将公共场所限定为现实物理空间的罪名, 如强奸罪的加重情节、聚众斗殴罪的加重情节; 也包括将网络空间归于公共场所的罪名, 如强制猥亵、侮辱罪、开设赌场罪。所以结合不同刑事法律规范可以总结出, 公共场所的主要属性为公共性和开放性。网络空间虽然为虚拟空间, 但在互联网技术的支持下, 网络已使得世界成为了地球村, 网络空间帮助社会民众完全打破了空间距离的限制, 为社会民众提供了一个针对不特

定多数人开展即时社交的平台。因此, 网络空间的本质属性也是公共空间。

同时, 网络世界的概念早已深入人心, 将网络空间理解为公共场所符合“常识常理常情”, 具有预测可能性。法律具有滞后性, 刑法需要随着社会发展而更新。当今社会, 网络空间成为全体民众生活、社交、工作的重要平台, 网络犯罪也日益增多, 民众对于网络空间内秩序井然和自身权利有所保障的渴望也越来越强烈, 刑法对此也给予了积极回应, 多次进行相应立法活动, 如开设赌场罪, 强制猥亵、侮辱罪, 编造和传播虚假信息罪中已经包含了网络空间内犯罪的情形。这表明, 将网络空间纳入公共场所是顺应社会发展的, 并不是对公民言论权利的压制。

#### 2. 各种网络空间是否属于“公共场所”需差异化认定

如上文论述, 网络空间属于公共场所, 但网络空间由不同的网络场景组成, 并非所有网络场景都具有同样的公共性和开放性, 网络空间内也同样存在着非公共场所。民众日常生活中常见的网络场景包括贴吧、微博、抖音等大型网络平台, 也包括各种大小群聊(如微信群、QQ群)、好友私聊或者各种其他一对一私信聊天。不同类型的网络场景的公共场所属性显然不能一概而论。

基于各类网络场景的公共性和开放性程度的区别, 笔者将其分为公开型网络场所、准入型网络场所和私密型网络场所三类。其中公开型网络场所指的是完全符合公共空间的公共性和开放性要求, 没有任何准入门槛, 可供全体网民自由进出、自由发表观点、自由交流的网络场所, 如微博、抖音、知乎、小红书等面向全体网民开放的网络平台; 准入型网络场所是指具备一定的准入限制、面向特定人员开放的网络场所, 如QQ空间、微信朋友圈、由不特定人员组成的群聊等; 私密型网络场所则是指不具备公共性和开放性、不存在社会介入的网络场所, 如一对一私信聊天、仅自己可见的微信朋友圈以及由具有紧密社会关系的特定人员组成的群聊(如家庭群), 该类型网络场所一般具有禁止准入和排他性特征, 与社会公共空间之间不存在联系。

对于公开型网络场所, 其完全符合公共空间的公共性与开放性要求, 毫无疑问应当认定为公

公共场所。私密型网络场所不应当认定为公共场所。其一,私密型网络场所完全不具备公共性和开放性,如果将该类场所认定为网络型寻衅滋事罪中的公共场所,举轻以明重,则网络空间内任何场景都在该罪规制范围内,这意味着寻衅滋事罪对公共场所的要求将失去实质意义,现实空间中也就不再存在区别于公共场所的私密空间,民众言论自由权利也将形同虚设。其二,私密型场所不存在破坏公共秩序的可能性,将私密型网络场所认定为公共场所显然不符合刑法罪刑法定原则的要求,且将可能出现刑法过度干涉私人生活和思想入罪的情况。当然,司法实践中存在着行为人通过一对一私信聊天向多数人发送虚假信息的情形,若行为人明知是虚假信息,故意通过一对一发送的途径向不特定多数人散布虚假信息,此时应当对散布行为和散布对象进行整体看待,认定其在公共场合散布虚假信息。

准入型网络场所“公共场所”的认定,主要取决于场所的准入门槛和人员流动情况。准入型网络场所主要分为两种类型,第一是存在一定的准入门槛、组成人员为不特定人员的网络场所,该类平台的人员流动性较大,进出相对较随意,场所人员一般是因为具备某一共同点而聚集,如公司工作群、共同兴趣爱好者聚集的群聊(如广场舞群)。这一类网络场所虽然存在一定限制,但是其限制并未阻却人员的流动,无法减弱场所的公共属性,因而应当被认定为公共空间。第二是存在较高准入门槛、由相互具有紧密社会联系的人员组成的网络场所,如家族群、班级群等。该类场所成员较固定,人数较少,人员流动性较小,且一般对外界人员具有较高的排斥性,这一类场所可以看成个体间私人关系的延展,不具备较强的公共性和开放性,不应当认定为公共空间。

3. “公共秩序严重混乱”的判断需达到现实已然性

通过上文对118份裁判文书的梳理可以看出,司法机关多以虚假信息的阅读量、传播量以及转发评论量等数据标准来认定行为人的行为是否造成公共秩序严重混乱,或以现实公共秩序的破坏为标准作为认定其行为满足本罪入罪的结果要件,如以公权力机关公信力受到损失、引发社会民众猜忌等为标准。对此,笔者认为本罪认定中对于

“公共秩序严重混乱”的判断需达到现实已然性,即必须造成现实公共秩序的严重混乱。

首先,本罪所保护的“公共秩序”不应当包括网络公共秩序。其一,网络公共秩序受制于网络公共场所的虚拟性,其发生混乱的结果难以认定,而通过虚假信息的阅读量、传播量、转发量、评论量来认定网络公共秩序是否严重混乱则显得过于僵硬。该标准主要参考的是网络型诽谤罪“情节严重”的规定,而诽谤罪与寻衅滋事罪所侵犯的法益性质并不相同,虚假信息的阅读量、传播量、转发量等指标与个人法益的受侵害程度紧密相连,但该指标与公共秩序混乱的结果之间并不具备因果关系。我国网民数量庞大,短时间数以百计或更高的浏览量、转发量并不意味着数以百计或更高数量的网民被煽动被诱导,更并不意味着网络公共秩序的混乱。再者,该标准也未考虑特殊情况,即少数人反复点击、多次评论、反复阅览的情况。其二,刑法保护现实的法益,即人的利益,这属于刑事立法的普遍立法原意,法益最终是为现实中的人而服务的<sup>[21]</sup>。这意味着网络公共秩序混乱如果不涉及现实的人的利益,则不在刑法所保护的法益之列。

其次,关于现实公共秩序严重混乱的具体认定,应当关注其是否达到现实已然性,是否造成严重的危害结果。对于本罪来说,行为人在网络上实施的危害行为如果达成一定的危害程度,往往可以造成现实空间的法益侵害结果。例如在上述118份裁判文书中,有案件被告人实施编造、传播虚假信息的行为,造成被害人人格受损,无法在原居住地立足,被迫举家外出务工(参见湖南省双牌县人民法院(2020)湘1123刑初字第17号刑事判决书);又如,在司法实践中经常发生的,行为人在网络上编造、散布虚假涉警信息,因而激发重大涉警舆情,或引发涉警群体事件,造成公安机关形象严重受损,以及行为人通过编造、散布虚假信息造成民众生活秩序严重混乱,造成社会面动荡等。这些都可以认定为造成了现实的公共秩序严重混乱。

网络型寻衅滋事罪属于适应互联网时代社会发展的产物,特别是近年来网络犯罪高发的背景下,有必要对网络谩骂等危害行为适用该罪予以

打击, 从而实现依法管网、依法治网, 营造风清气正的网络空间。可是, 寻衅滋事罪本身就是一个“口袋罪”, 有泛化适用的风险, 加之行为人在网络上实施的滋事行为本身较难界定, 如果司法机关对本罪入罪门槛有意降低标准, 对本罪入罪要素不进行实质解释, 那么就会加剧网络型寻衅滋事罪适用的“口袋化”倾向, 造成刑法介入过早的诟病。因此, 司法机关就行为人在网络空间中实施的滋事行为要坚持审慎原则, 既要对明显破坏网络秩序的行为人适用该罪予以刑事打击, 也要对一般破坏网络秩序的行为人是否适用该罪保持克制。简言之, 司法工作人员应当基于法教义学限缩的态度, 对网络型寻衅滋事罪的入罪要素进行实质判断, 尽可能避免刑法对此类行为适用的过度扩张。

#### 参考文献:

- [1] 中国互联网络信息中心. 第52次《中国互联网络发展状况统计报告》[R/OL]. [2023-12-28]. <https://www.cnnic.cn/n4/2023/0828/c88-10829.html>.
- [2] 李怀胜. 编造、传播虚假信息犯罪的罪名体系调整思路: 以《刑法修正案(九)》为背景[J]. 重庆邮电大学学报(社会科学版), 2015, 27(6): 39-44.
- [3] 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): 3-9.
- [4] 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.
- [5] 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.
- [6] 网络空间“罪”与“罚”: 解读两高关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件司法解释五大焦点[EB/OL]. [2023-12-28]. [http://www.gov.cn/jrzq/2013-09/09/content\\_2484647.htm](http://www.gov.cn/jrzq/2013-09/09/content_2484647.htm).
- [7] 张萌. 编造、故意传播虚假信息行为的刑法规制[J]. 法律适用, 2022(7).
- [8] 覃波. 寻衅滋事罪的边与界[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2020: 55.
- [9] 盛豪杰. 网络寻衅滋事罪的刑法规制边界: 以行为空间与结果空间的限缩解释为路径[J]. 江西警察学院学报, 2019(5).
- [10] 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.
- [11] 李行健. 现代汉语规范词典[M]. 北京: 外语教学与研究出版社, 语文出版社, 2004: 1470.
- [12] 孙万怀, 卢恒飞. 刑法应当理性应对网络谣言: 对网络造谣司法解释的实证评估[J]. 法学, 2013(11): 3-19.
- [13] 全国人民代表大会常务委员会关于维护互联网安全的决定[EB/OL]. [2023-12-28]. [http://www.gov.cn/gongbao/content/2001/content\\_61258.htm](http://www.gov.cn/gongbao/content/2001/content_61258.htm).
- [14] 刘艳红. 网络时代言论自由的刑法边界[J]. 中国社会科学, 2016(10): 134-152, 204-205.
- [15] 张向东. 利用信息网络实施寻衅滋事犯罪若干问题探析[J]. 法律适用, 2013(11): 12-14.
- [16] 张明楷. 实质解释论的再提倡[J]. 中国法学, 2010(4): 49-69.
- [17] 曲新久. 一个较为科学合理的刑法解释[N]. 法制日报, 2013-09-12(7).
- [18] 江国华, 梅扬. 论“口袋罪”的治理: 以寻衅滋事罪为例[J]. 桂海论丛, 2014, 30(3): 112-116, 2.
- [19] 陈雅楠. 数字化时代互联网治理的法理反思: 以平台公开IP属地为例[J]. 武陵学刊, 2023, 48(5): 83-92.
- [20] 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[EB/OL]. [2023-12-28]. [http://www.sc.jcy.gov.cn/zlxx/sfjs/201606/t20160617\\_18091187.shtml](http://www.sc.jcy.gov.cn/zlxx/sfjs/201606/t20160617_18091187.shtml).
- [21] 张明楷. 法益初论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2003: 144.

责任编辑: 徐海燕