

doi:10.11835/j.issn.1008-5831.2017.05.012

欢迎按以下格式引用:陈伟,霍俊阁.论恶意转发网络虚假信息的司法认定[J].重庆大学学报(社会科学版),2017(5):103-113.

Citation Format: CHEN Wei, HUO Junge. Judicial determination of malicious forwarding cyber false information[J]. Journal of Chongqing University (Social Science Edition), 2017(5):103-113.

论恶意转发网络虚假信息的司法认定

陈伟,霍俊阁

(西南政法大学法学院,重庆 401120)

摘要:刑法在治理网络虚假信息时,过多注重打击直接发布行为,却懈怠了对恶意转发行为的治理。而此种懈怠与治理虚假信息的初衷背道而驰,因为恶意转发网络虚假信息的规范本质,即是故意发布网络虚假信息。实践中之所以放松对恶意转发行为的打击,是因为“恶意转发”缺乏明确的认定标准。化解这一难题,应以转发内容、转发动机为要素,推定行为人是否存在“恶意”。同时,以唯一关联标准和反证规则来限制推定,以实现司法认定的正义性要求。

关键词:虚假信息;恶意的本质;恶意的要素;刑事推定;反证规则

中图分类号:D926.2

文献标志码:A

文章编号:1008-5831(2017)05-0103-11

随着魏泽西事件的发生,网络虚假信息再次引起了人们的关注,甚至其关注度超越了之前的秦火火事件。网络虚假信息再次扣动人们心弦,不仅说明人们安全焦虑程度的增加,而且凸显出互联网时代对虚假信息治理的紧迫性和重要性。尽管人们对网络虚假信息的关注没有消失,但是一直以来,学术界和实务界对虚假信息的研究却没有深入展开。许多需要关注的问题被搁置,诸如何为虚假信息?网络虚假信息与网络谣言有何关系?如何认定恶意转发网络虚假信息的行为?这些基础性关注点的缺失,说明人们对虚假信息的惩治是盲目的、毫无目的的,表面的满腔热情掩盖不了内心的社会冷漠。如果不转变治理网络虚假信息的思维范式,不深入探讨网络虚假信息的传播方式,像魏泽西这样的事件仍会在我们身边发生。笔者在此,以恶意转发网络虚假信息的司法认定为中心,以网络虚假信息的分类为基础,对如何认定恶意转发网络虚假信息的行为提出建议。

一、网络虚假信息的类型

(一)网络虚假信息

何为网络虚假信息?从虚假信息的话语结构来说,网络虚假信息应是指与事实不符的信息。根据“虚假恐怖信息”^①的定义可知,刑法规范语境中的虚假信息也是指不真实的信息。因此,网络虚假信息是指网络中与事实不相符的信息。根据上述定义,网络虚假信息可以分为以下两类:第一,诽谤性网络虚假信息。

修回日期:2017-05-02

基金项目:2016年重庆市社会科学规划一般项目“安全焦虑视角下刑法前置化研究”(2016YBFX097);重庆市教委人文社会科学重点项目“刑法修订中的政策导向与前置化倾向研究——以9个刑法修正案为素材的清理与反思”(16SKGH001)

作者简介:陈伟(1978-),男,湖北宜昌人,西南政法大学教授,法学博士,博士后,博士研究生导师,主要从事刑法学研究,Email:386493801@qq.com;霍俊阁(1990-),男,河南开封人,西南政法大学2016级博士研究生,主要从事刑法学研究。

①2013年最高人民法院《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6条规定:本解释所称的“虚假恐怖信息”,是指以发生爆炸威胁、生化威胁、放射威胁、劫持航空器威胁、重大灾情、重大疫情等严重威胁公共安全的事件为内容,可能引起社会恐慌或者公共安全危机的不真实信息。

所谓诽谤性网络虚假信息,是指信息网络中以损害他人名誉、商品信誉为内容,足以侵害他人名誉、商业信誉、商品声誉的不真实信息。根据《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》(以下简称《解释》),恶意转发此类虚假信息的行为,可能涉及以下罪名:(1)诽谤罪。根据《解释》第1条的规定,如果行为人恶意转发以诽谤他人名誉内容为内容的信息,则可能构成诽谤罪。(2)损害商业信誉、商品声誉罪。根据《解释》第9条的规定,如果行为人恶意转发以损害他人商业信誉、商品声誉为内容的不真实信息,则可能构成损害商业信誉、商品声誉罪。(3)寻衅滋事罪。根据《解释》第5条的规定,如果行为人恶意转发的诽谤性虚假信息,没有达到足以损害他人名誉、商业信誉、商品声誉的程度,但引起社会秩序混乱的,则可能构成寻衅滋事罪。第二,恐怖性网络虚假信息。根据相关司法解释对“虚假恐怖信息”的界定,所谓恐怖性网络虚假信息,主要是指以严重威胁公共安全的事件为内容,可能引起社会恐慌或公共安全危机的不真实信息。根据刑法修正案(九)第291条之一的规定,恶意转发此类虚假信息的行为,则可能构成故意传播虚假恐怖信息罪。但是,如果恶意转发恐怖性虚假信息的行为,仅一般性地扰乱社会秩序,没有达到刑罚处罚程度,则根据《治安管理处罚法》第25条的规定,可能受到治安管理处罚。

(二)网络虚假信息的认定

关于虚假信息的认定,有论者提出,“首先,确定信息属于事实性言论还是观点性言论,观点性言论属于言论自由的范畴……其次,是否具有引起公共秩序混乱的可能性。具有引起公共秩序混乱的可能性是虚假信息的重要特征……最后,判断信息有无根据……没有根据是虚假信息的本质特征”^[1]。该论者提出的认定方法,不仅具有可操作性,而且富有开创性。然而,笔者并不完全赞同上述认定方法。笔者认为,认定网络虚假信息,首先应区分事实性信息与评价性信息,其次应考查虚假信息的法益侵害性,但不应判断有无事实根据。

第一,认定网络虚假信息时,应区分事实性信息与评价性信息。首先,网络虚假信息指的是事实性信息,而非评价性信息。“法律只对事实的虚假性作出评价,而对观点本身却无法评价其是否‘虚假’”^[2]。而且,虚假信息的规范含义也表明,虚假信息必须是能够证明是否符合事实的信息。当然,事实性信息既包括单纯的事实性信息,也应包括整体的事实性信息。如果行为人恶意转发的是虚假的事实性信息,则可能构成诽谤罪;如果行为人恶意转发的是虚假的评价性信息,则可能构成侮辱罪。例如,某网络意见领袖恶意转发他人批评某学者的评论内容,不可能构成诽谤罪,而可能构成侮辱罪。因为其转发的内容本身并不存在虚假的问题,而是对事实本身的一种自我感知。如果批评意见侵害了他人名誉,符合侮辱罪构成要件的,则可能构成侮辱罪。当然,如果某网络意见领袖在转发批评意见时,一并转发了虚假的事实性信息则是下一步的认定任务。当网络虚假信息中既有事实性信息又有评价性信息时,应以社会通常观念判断虚假信息的性质。“社会通常观念并非一个一个独立个人的个人认识,也不是他们认识的平均值,而是超越个人认识的集体认识”^[3]。某种观念虽然从本质上说是主观的,但是当这种观念具备社会通常性时,则成为了一种客观的标准。这种客观标准不仅能够限制法官的自由裁量权,也能为公众的行为提供指引。因此,如果某个包括事实性和评价性信息的虚假信息,从社会通常观念而言,属于事实性信息,则应认定为事实性虚假信息。例如,转发他人发布的虚假事实信息时附加评论而形成的混合性信息,如果社会通常观念认为该混合性信息属于事实性信息的,则应认定为事实性虚假信息。

第二,认定网络虚假信息时,不应只限定为足以引起公共秩序混乱,还应包括足以侵害全部刑法法益。只有严重侵害法益的行为才是刑法的规制对象。当网络虚假信息具备法益侵害内容时,恶意转发该信息的行为才能威胁刑法法益。同时,刑法具有最后性、谦抑性,不以侵害刑法法益为内容的虚假信息,缺乏发动刑罚的正当性。而且,处罚转发不具有法益侵害内容的虚假信息,也不会起到一般预防的效果。尤其是在当今执法、司法并不规范的背景下,反而会引发刑罚的滥用之殇。因此,笔者赞同将足以引起公共秩序混乱作为认定虚假信息的一个要素。但是,又不宜过窄地限定虚假信息的法益侵害范围。刑法不仅具有最后

性,也具有保护法益的广泛性。他人名誉、商品信誉、公共安全、社会秩序等都是刑法保护的法益,足以侵害这些刑法法益的虚假信息不应排除在刑法规制范围之外。我们不能只专注打击虚假信息的深度,而放弃了打击范围的广度。

第三,即使是有根据的信息,如果信息本身不符合事实,亦属于网络虚假信息。虚假信息是指与事实不相符的信息,有无根据并不是判断是否虚假的标准,而只是求证信息是否虚假的要素。即使是存在一定事实根据的信息,只要其与事实不相符就是虚假信息。一方面,网络虚假信息大多是由真实的信息改编而来。网上流传的虚假信息并非都是空穴来风,大多是由对真实信息的夸大、歪曲、转接而成。与毫无根据的虚假信息相比,经过改编的虚假信息不仅更能迷惑、欺骗公众,而且削弱了公众的求真欲望。可见,存在一定事实根据的虚假信息,更具社会危害性,理应认定为虚假信息。另一方面,根据相关司法解释和社会观念,信息的不真实性才是网络虚假信息的本质属性。毫无疑问,上述司法解释定义“虚假恐怖信息”时,已经明确指出虚假的本质属性是不真实。而且,根据已经判处的虚假信息案件显示,大多数案件是因为信息内容不符合实际而非信息本身没有根据才认定为虚假信息。此外,根据通常社会观念,公众也会认为即使信息内容本身是真实的,但如果改变了时间、地点、数量等信息的,也是虚假信息。例如,网传的重庆万州北山烧烤摊撞人事件,实为广东普宁烧烤摊的斗殴撞人事件^[4]。虽然该信息存在一定的事实根据,但是缺乏信息的准确性要素,公众无疑会认为其是虚假信息。

综上所述,应在区分事实性信息与评价性信息的基础上,考查虚假信息内容的法益侵害性以及信息本身是否符合事实,以此来认定网络虚假信息,进而区分诽谤性和恐怖性虚假信息,选择不同的罪名予以规制,以实现司法的精细化、准确化。

二、恶意转发的本质探析

打击犯罪与保护言论自由具有一致性,并非一切转发网络虚假信息的行为,都具备刑罚处罚的必要性,只有“恶意转发”虚假信息的行为才值得刑罚处罚。实践中也存在诸多因行为人不存在恶意而免受处罚的事例。例如,邓飞转发高压泵深井排污信息事件。其是否构成“恶意转发”,成为区分罪与非罪的关键。那么,何为“恶意转发”?“恶意转发”又何以入罪呢?笔者在此对“恶意转发”的规范本质作出阐述,以明确其入罪的法理基础。

(一)“转发”的本质

“转发”一词属于事实用语,描述的是一种动态的行为过程。理解、适用刑法时,应当将事实用语转化为规范用语,从规范视角解读事实行为。那么,“转发”在规范语境中的含义是什么呢?对此,有学者在分析转发电子邮件行为时作出了精确的论述,该学者认为“如果(电子邮件的)内容涉及煽动危害国家安全、淫秽图像与文字信息、虚假的恐怖信息等的,此时的转发行为,在本质上属于一种‘传播’或‘散布’行为”^[5]。笔者赞同“转发”的规范本质是传播的观点,但其理由有待补充。首先,从传播学定义看,转发是传播的一种类型。其实,“传播”的定义在传播学中不统一,说不清也道不明。“‘什么是传播?’每当我们追问这一问题时,人们总会从各自认识和实践的不同角度出发,做出各种不同的回答。归纳起来,对于这一问题目前基本比较一致的看法是,传播是人类社会的信息交流活动”^[6]。可以说,传播的核心要义在于信息从一个传播者或受众到另一个受众。而转发是从一个受众到另一个受众,不包括从传播者到受众的过程。从这一意义而言,转发是传播的一种类型。其次,从刑法关于传播的具体罪名看,法条中的传播与转发可以互换。在中国刑法关于传播的罪名中,对传播的含义论述最详细、最精确的当属传播淫秽物品牟利罪、传播淫秽物品罪。例如,有论者认为,传播淫秽物品牟利罪、传播淫秽物品罪中的传播,是指使淫秽物品让不特定人或多数人感知以及散布、流传淫秽物品的行为^[7]。从传播行为的过程看,传播是使自己以外的人感知。而转发也是意图使自己以外的人感知信息的过程。因此,此罪名中的传播与转发当属同一含义。刑法用语的统一性决定着传播淫秽物品罪中传播的含义,能够成为理解恶意转发意义上的传

播的根据。因此,“恶意转发”虚假信息中的转发,也可以与传播互换,即恶意转发本质上是恶意传播。最后,从行为的法益侵害性考察,转发与传播也具有相同性。就诽谤性网络虚假信息来说,无论是从他处接受后的转出行为,还是直接在网上散布、传播的行为,对他人名誉、商业信誉和商品声誉的侵害并无质的区别。二者均是将虚假的诽谤性信息,传递给其他公众的行为,都毫无疑问会使其他受众知晓诽谤信息的内容,形成对被诽谤者名誉、信誉、声誉的负面评价。二者唯一的区别可能在于,传播的范围宽于转发,传播在转发之外还包括无接受的直接发布行为。因此,将事实语境中的转发理解为规范语境中的传播并无不妥。

虽然“转发”的规范本质是传播,但并不是指任何意义上的传播,基于打击犯罪与平衡言论自由的考虑,应严格限定作为转发本质的传播的范围。尽管有人认为,不能单纯地以是否公开、是否具有扩散性或者其传播对象是不特定的人或多数人等某个单一标准来区分传播行为^[8]。但笔者认为,以传播对象是否为不特定人或多数人为标准,限定恶意转发网络虚假信息中的传播范围,仍具有重要意义。换言之,“恶意转发”是一种不特定对象或多数人之间的传播,而非点对点传播、私下传播等非公开性的传播。第一,所涉罪名中实行行为的公开性,决定着“转发”的公开性。无论是“恶意转发”诽谤性网络虚假信息,还是恐怖性网络虚假信息,都只有在符合刑法规定的犯罪构成要件时,才能作为刑法的规制对象。而上述犯罪的实行行为都要求具有公开性,如诽谤罪要求“在信息网络上散布”,损害商业信誉、商品声誉罪要求“捏造并散布”,故意传播虚假恐怖信息罪要求“在信息网络或其他媒体上传播”,寻衅滋事罪则更要求行为具有社会上的公开性。因此,恶意“转发”行为只有具备公开性时,才能成为上述犯罪构成中的实行行为。亦即,恶意“转发”网络虚假信息,必然是针对不特定人或多数人的公开传播。第二,法益侵害结果的公开性,决定着“转发”网络虚假信息的公开性。网络虚假信息所涉罪名的危害结果,表现为损害他人名誉、商品声誉、商业信誉以及扰乱社会秩序、公共秩序。从这些危害结果的属性看,均具有公开性的特点。一方面,名誉、声誉、信誉是社会公众给予的评价,损害名誉类法益的行为必然先对社会公众发生影响,进而引起社会公众对他人的名誉、声誉、信誉产生负面评价。如果侵害名誉的行为不具有公开性,则不会对社会公众产生影响,更不会实现侵害他人名誉的目的。因而,恶意“转发”诽谤性虚假信息是公开的。另一方面,社会秩序、公共秩序都属于社会中的公共秩序,是一种公开性的社会通常状态,以社会中的多数人或不特定人为基础单元。恶意转发恐怖性网络虚假信息的行为,欲实现扰乱公共秩序、社会秩序的目的,必先作用于作为基础单元的社会多数人或不特定人。只有通过干扰多数人或不特定人的正常社会状态,才能发展成为对公共秩序的扰乱。因此,恶意“转发”恐怖性虚假信息也是公开的。

(二)“恶意”的本质

与“转发”不同,“恶意”一词属于规范用语,起源于民法而后引入刑法之中。然而,即使作为规范用语,“恶意”的规范本质也不是明确的。刑法中关于“恶意”本质的理解,存在以下争议:一是,有论者认为,恶意与刑法规范语言中的故意不同,恶意实际上是一种犯罪目的^[1];二是,有论者在论述恶意欠薪罪时提出,恶意“从规范上表明的是雇佣者以非法占有为目的,侵吞劳动者劳动报酬的一种主观心理态度”^[9],即恶意是一种主观心理状态。

纵观上述本质之争,笔者认为,恶意的本质应当是故意。从故意与目的的区分来看,“恶意”的规范本质必然是故意,而不是犯罪目的。布伦南大法官认为,实质恶意是指明知某陈述虚假或不计后果地漠视事实^[10]。从该定义可知,恶意既包括认识要素也包括意志要素。而“犯罪目的是以观念形态预先存在于行为入头脑中的犯罪行为所预期达到的结果”^[11]。因此,犯罪目的中只包含意志要素,不包括认识要素,无法完全涵盖“恶意”的范围。而故意则既包括意志要素也包括认识要素,与“恶意”在构成上具有一致性。从刑法具体罪名中恶意的定义来看,恶意的规范本质也应是故意。中国刑法中明确包含“恶意”的罪名只有信用卡诈骗罪,且是通过将恶意与透支相关联的方式进行定义的。从本罪中“恶意透支”的定义可知,刑法中的“恶

意透支”既包括“超额、超限透支”的明知要素,也包括“仍不归还”的意志要素。换言之,刑法明确要求“恶意”必须同时具备认识要素和意志要素。同时,以非法占有目的来定义恶意透支,再次表明犯罪目的只是恶意中的一个要素,而非全部要素。因此,在刑法用语统一性的指导下,恶意转发中的“恶意”也应包含认识要素和意志要素。即“恶意”的规范本质应当是故意。

另一方面,由于直接故意与间接故意在非难程度上存在差异,所以在理解“恶意”的规范本质时,不免又会遇到另一个老生常谈的问题,即“恶意”本质上的故意,是否应包括间接故意?对于该问题,持言论自由立场的学者可能会得出否定结论,而持法益保护立场的学者则会得出肯定结论。然而,笔者认为,“恶意”本质上的故意,应包括直接故意和间接故意。从“恶意转发”的社会背景看,大多数人所持有的意志态度往往是放任的。据统计,当事人造谣的目的中,吸引关注占15%、赚取粉丝占30%、非法牟利占30%、报复泄愤占5%、发泄不满占12%、寻开心占8%^[1]。可见,不以直接侵害法益为目的的造谣行为占据了大多数,证明大多数公众是基于漠视法益侵害的心态而“恶意转发”网络虚假信息的。如果将“恶意”本质上的故意限定为直接故意,无疑会形成处罚漏洞,导致法益保护的不周全。从直接故意与间接故意的关系看,在判断罪与非罪时并无区分必要。直接故意与间接故意的区别只限于责任内部,是量的区别而非质的区别。无论是基于直接故意还是出于间接故意的“恶意”转发,都具备非难可能性,理应受到刑罚的责难。因此,“恶意”本质上的故意,应包括直接故意和间接故意。

综上所述,在恶意转发网络虚假信息中,“转发”的规范本质是不特定对象或多数人之间的传播,“恶意”的规范本质是包括直接故意和间接故意在内的故意。

三、“恶意”的刑事推定

恶意转发网络虚假信息的司法认定难题,在于如何证明“恶意”,“恶意”的主观性特征使一般的证明方式显得捉襟见肘。而针对司法实践中的证明困难,推定是一种重要的解决方式,这在中国规范性文件和司法实践中都有体现^[12]。因此,笔者在明确“恶意”构成要素的前提下,就如何推定“恶意”进行分析。

(一)“恶意”的构成要素

1. 明知是“恶意”的核心要素

上文已述,“恶意”的本质是故意,所以,“恶意”必然包含认识要素和意志要素。然而,二者在故意内部的地位却存在不同理解。有论者提出,“在我国刑法学界,相对犯罪故意的认识因素而言,通常认为犯罪故意的意志因素才是犯罪故意成立的关键和标志”^[13]。笔者认为,这种认识并不确切,认识要素才是故意的核心要素。“行为是‘目的性的’……其根据在于,人能够按照他对因果关系的认识,在一定范围内预测其活动可能造成的结果,在此基础上设定不同的目标,并且有计划地引导其活动朝着实现该目标的方向发展”^[14]。而故意中的意志要素正是对结果的预测和实现的努力,从行为的内部结构看,认识要素作为对因果关系的认识,则是意志要素得以形成和发展的前提。因此,在故意的内部结构中,认识要素具有核心地位。换言之,明知是“恶意”的核心要素,在认定“恶意”过程中具有基础性地位。

另一方面,中国刑法中的“明知”存在确定程度的分级,包括确知、实知、或知、应知^[15]。确定作为“恶意”核心要素的明知时,如何限定明知的程度则存在疑问。有论者在论述网络型寻衅滋事罪的明知时,指出《解释》中“明知是虚假信息”仅指“确实知道”^{[11]19}。但是,笔者并不赞同该观点。“‘明知’的含义包括‘知道’和‘应当知道’两种形式,在中国的一系列司法解释中已经形成惯例”^[16]。如果认为《解释》中对虚假信息的明知,不包括应当知道,则会造成司法解释的不协调,有违刑法解释的体系性、协调性。同时,认为“明知网络虚假信息”仅指确实知道,不仅是不科学的,也是不完善的。上文已述,“恶意”规范本质上的故意包括直接故意和间接故意,如果认为“明知”不包括应当知道,则会否定间接故意的存在。因此,笔者认为,对虚假信息的明知应当包括“确实知道”和“应当知道”两种形式,即“恶意”中的明知是指“实知”和“应知”。其中,“实知”依据一般刑事诉讼证明规则即可认定,而“应知”则需要进行刑事推定。

2. 转发动机是“恶意”的基础要素

转发网络虚假信息时,行为人主观恶意的形成,不仅受认识要素的影响,而且受行为动机的刺激。就网络虚假信息的转发而言,其不是一个单纯的行为举动,而是一系列从感知到转发举动的主观心理过程。网络社区用户转发行为的影响因素,包括感知信息质量、感知风险、信任、成就需要、转发行为五个变量^[17]。在这些影响因素中,感知信息质量、感知风险和信任属于对信息内容的认识要素,成就需要则属于转发的动机要素,转发举动是完成转发的最后动作。而且,行为动机作为转发虚假信息的内心起因,是实现特定行为结果的内心原因,与故意中的“意志要素”具有相似性。因此,转发动机是“恶意”的基础性要素。

然而,转发网络虚假信息的行为动机具有多样性,不同转发动机与行为人主观“恶意”的关联度不同。有论者以微博为例,将促使人们转发网络信息与否的行为动机分为三类:(1)表达观点、寻求归属感;(2)传递信息、存储知识;(3)宣传效益、微博营销^[18]。笔者认为,从规范的角度而言,上述三种动机与“恶意”的关联性逐渐增强。表达观点型动机,更趋向于刑法中的言论自由,是人们通过转发来实现自我意识的外化,距离实现个人非法利益的“恶意”目的最远。传递信息型动机,则往往呈现出中性的目的色彩,可能是行使言论自由的权利,也可能是通过传递信息实现非法目的,处于法定权利和私人利益的过渡地带,其与“恶意”的关联也更进一步。宣传效益型动机,则往往与“恶意”相关,属于私人利益的实现。而且,网上传播虚假信息的事件中,通过贬低他人、传播虚假性骇人消息引起关注,实现自我炒作和恶意营销的情形占据大多数。因此,转发动机是构成“恶意”的基础性要素,转发动机的私利性与“恶意”呈正相关关系。

(二)以转发内容作为推定“恶意”的基础

转发内容不仅是“恶意转发”的行为对象,也是推定行为人主观恶意的基础事实。以转发内容为基础,可以从转发内容本身及其对行为人的求证难度两个方面,推定转发者是否存在“恶意”。

1. 转发内容本身的可信度

转发内容的可信度与行为人的明知程度呈负相关关系,转发内容越是可信的则行为人对信息的虚假性越缺乏明知,转发内容越是可疑的则行为人对信息的虚假性越是明知。从行为人对转发内容的明知故犯而言,如果行为人转发的是社会公众普遍怀疑的虚假信息,则说明行为人主观上存在“恶意”的可能性较大;如果行为人转发的是社会公众普遍相信的虚假信息,则说明行为人对虚假性的明知较弱,存在“恶意”的可能性就小。例如,转发“美国出现外星人袭击事件”虚假信息时,行为人主观上很可能明知是虚假信息,存在“恶意”的可能性较大。再如,转发“某大学出现学生打砸事件”虚假信息时,行为人主观上很可能不明知其虚假性,存在“恶意”的可能性则较小。于是,证实了转发内容的可信性,则可推定出是否存在“恶意”。

然而,对转发内容可信度的判断并非一项简单的任务,我们有必要追根溯源地从情报学的角度予以考查。有论者在论及突发事件信息可信度时,对此有着详细、科学的论述:“来源可信度、信息内容可信度在 $P=0.05$ 水平下对突发事件信息可信度有正向影响;传播渠道可信度在 $P=0.001$ 水平下对突发事件信息可信度有正向影响;评论质疑在 $P=0.001$ 水平下对突发事件信息可信度有显著负向影响。”^[19]

由此,我们可以从以下四个方面来考察转发内容的可信度。第一,转发内容的来源。如果转发内容来自权威的、官方的信息,则转发内容的可信度较高。如果来源于民间的、非组织机构发布的信息,则转发内容的可信度较低。此时行为人存在较高的安全审查义务,也很可能意识到信息内容的虚假性,存在“恶意”的可能性较高。第二,转发内容的传播渠道。如果转发内容的传播渠道是大众媒体、正式媒体,则转发内容的可信度较高。如果信息的传播渠道是非主流媒体、个人媒体,则转发内容的可信度较低。行为人此时存在较高的安全审查义务,也很可能知道信息是未经证实的,此时“恶意”的可能性较大。第三,转发内容所述事件的可信度。如果信息包含的事件本身是具体的、贴近生活的,则转发内容的可信度较高。如果信息所包含的事件本身是抽象的、非公众可以接触的,则转发内容的可信度较低。行为人也很可能知道其虚假性,此时存在“恶意”的可能性较大。第四,评论质疑。如果评论质疑是有根据的、官方的,则转发内容的可信度

较低。特别是在官方辟谣以后,转发内容几乎无可信度而言,此时行为人仍然转发该虚假信息的,应认定主观上存在“恶意”。上述四个方面的考查,仅是从转发内容到行为人的角度所得的结论,为了维护推定的严谨性,还应当再次从行为人到转发内容的角度来考查。

2. 转发内容之于行为人的求证难度

转发内容本身的可信度与“恶意”的明知要素具有密切关联,而其之于行为人的求证难度则与“恶意”的意志要素密不可分。在行为人转发了网络虚假信息时,如果转发内容对行为人而言容易求证真伪,则说明行为人主观希望、放任虚假信息传播的心态较强;如果转发内容对行为人而言难以求证真伪,则说明行为人主观希望、放任虚假信息传播的心态较弱。同时,行为人的求证难度,也与安全审查义务的履行存在关联。如果行为人难以求证信息的真伪,则安全审查义务履行的可能性较低;如果行为人容易求证信息的真伪,则安全审查义务履行的可能性较高。在具备较高的履行可能性时,仍然不履行审查义务而转发虚假信息的,则存在放任、希望传播的“恶意”。换言之,转发内容之于行为人的求证难度,与“恶意”存在负相关关系。因此,考查行为人求证信息真伪的难度,不仅是判断“恶意”意志要素的资料,也是对推定“恶意”的反向检验。

另一方面,行为人求证信息真伪的难度,并不是直观可见的,需要综合客观要素来考察。笔者认为,具体可从以下方面判断:第一,行为人与信息所涉事件发生地点的距离。所涉事件的发生地点,不仅是信息内容真伪的一个重要要素,也决定着行为人对信息进行求证的难易程度。如果发生地点与行为人的距离较远,或虽然较近但行为人难以亲至的,则行为人求证真伪的难度较大。如果发生地点与行为人的距离较近,则行为人进行求证的难度较小,此时行为人能够履行安全审查义务而不求证的,证明其主观上存在希望、放任虚假信息传播的状态。第二,行为人与信息所涉人物的熟悉程度。诽谤性网络虚假信息中往往涉及到具体的人物,而行为人与该人物的熟悉程度则是判断行为人求证难度的重要指标。如果行为人对所涉人物较为陌生,则其向目标人物求证的难度较大。如果行为人对所涉人物较为熟悉,不仅很可能直接知道信息内容的真伪,而且容易向目标人物求证,若此时行为人不履行安全审查义务,则说明行为人放任虚假信息传播的心态较强。第三,行为人与信息所涉领域的关联度。网络虚假信息中有时也涉及专业知识问题,特别是恐怖性虚假信息,往往利用人们某一领域知识的匮乏,来实现迷惑大众的效果。如果对转发内容涉及的领域较为陌生,则行为人较难求证信息的真伪,履行安全审查义务的可能性也较小,尤其是当信息的专业性较强时。如果行为人对所涉领域较为熟悉,则容易判断信息的真伪,若此时行为人仍然转发的,说明主观上存在对所转发内容是否虚假持漠视态度。所以,当行为人对信息所涉领域较为熟悉时,存在“恶意”的可能性较大;反之,则存在“恶意”的可能性较小。

(三)以行为人所属的种类人标准作为推定“恶意”的根据

刑事推定必须有一定的根据,不能任意进行推定;而在事实推定中,基础事实与推定事实之间的关联根据是经验法则^[20]。“恶意”的刑事推定属于事实推定,所以从转发内容的可信度、转发内容之于行为人的求证难度推定行为人主观存在“恶意”的关联根据,也应是经验法则。笔者认为,此处的经验法则具体来说是指行为人辨别信息真伪的能力和行为人转发行为的影响力。

1. 行为人辨别信息真伪的能力

行为人辨别信息真伪的能力,决定着能否从转发内容本身,推定出对虚假信息的明知。“就转发决策而言,用户在转发时会冒着某种程度的风险”^{[17]33}。而这种风险的判断以行为人对信息的辨别能力为前提,如果行为人在感知风险阶段,明知信息虚假而继续转发的,说明行为人自愿承担刑罚处罚的风险,应推定存在主观“恶意”。如果行为人在感知风险阶段,不能辨识信息的虚假性,则说明行为人缺乏违反刑法的意愿,难以推定存在主观“恶意”。同时,在故意的认定中,行为人的认识能力是判断主观明知的重要因素,行为人的认识能力低于常人时则缺乏明知。如果行为人不具备辨别真伪的能力,则对虚假信息缺乏明知,不能推定存在“恶意”;反之,则对虚假信息存在明知,能够推定存在“恶意”。但是,对他人能力水平的判断是无法直

接感知的,只能运用技术性方式推知。而理性人标准即是这样的技术性方式,其通过塑造一个生动的人格形象,进而将该人格形象置身于重构的场景中来观察其所为与所思^[21]。于是,如何塑造这样一种理性人,则是推知行为是否具有辨别信息真伪能力的关键。

笔者认为,应以行为人所处的种类人标准来构建理性人。一则,行为人的辨别能力受知识储备、专业领域和社会经验等因素的限制。社会分工的存在是不争的事实,社会分工给予了不同行业者差异较大的知识体验。而且,法律不强人所难,不会要求他行业的人必须具备此行业的能力。因此,只有在行为人所处的种类人范围内,判断行为人的辨别能力,才符合社会正义。例如,对以食品安全为内容的虚假信息而言,食品安全领域工作者辨别其真伪的能力,明显高于出租车司机。如果以前者具备的辨别能力来要求后者也必须辨别出该信息的真伪,则显然违背社会正义。二则,对行为人辨别真伪能力的司法认定是具体而非抽象的。在司法认定过程中,对是否具有辨别虚假信息的能力的判断是具体的。这种具体的司法认定,应当围绕判断对象所具有的要素进行,不能脱离判断对象本身。如果将理性人标准扩大到种类人之外,则会将非对象性要素纳入司法认定中,可能会不当降低司法认定的准确性。因此,就所转发的虚假信息而言,如果行为人所处的种类人具备辨别信息真伪的能力,则可以推定行为人存在恶意;如果不具备,则不能推定行为人存在恶意。

2. 行为人转发行为的影响力

行为人转发行为的影响力,决定着能否从转发行为本身推定出对虚假信息传播的希望、放任心态。在明知信息虚假的前提下,转发行为的影响力越大,希望、放任虚假信息传播的主观心态也就越明显。在转发网络信息过程中,何种程度的影响力才能对法益产生严重侵害,才能推定存在“恶意”,则应以是否达到意见领袖水平为标准。“越来越多的研究表明,意见领袖在政治选举、突发事件传播、网络口碑效应等社会现象中具有重要作用”^[22]。意见领袖对社会事件的影响力,也恰恰证明其在侵害法益时的严重性。因此,将意见领袖水平作为推定恶意的标准,符合刑法的谦抑性、国民的法感情和预测的可能性。

如何判断行为人的影响力是否达到意见领袖的水平,则是一个需要实证分析的问题。有论者在实证研究的基础上,提出以“基于加权转发的 HITS 算法”来识别意见领袖^[22]。该算法与以往注重粉丝数、转发数、评论数的评价方式不同,其在判断转发行为的影响力时,加入了对转发次数、用户权重的考量。因而,在目前判断转发行为影响力的技术中较为客观、完善。但是,笔者认为,刑法中判断行为人转发行为的影响力时,既要借鉴情报学中的算法,又不能单纯地依靠情报学的算法,而应将情报学算法与法律理性人相结合,在行为人所处的种类人范围内,运用上述算法得出行为人影响力的大小,进而判断行为人的影响力是否达到意见领袖标准。在明知虚假信息而转发的情形下,如果行为人在所属领域内的影响力达到意见领袖水平,则可以认定行为人存在“恶意”;如果没有达到意见领袖水平,则难以认定其存在希望、放任心态。例如,行为人的微博是僵尸账号,不具有对他人的影响力,其将转发网络虚假信息的行为视同自己的收藏行为,此时,难以认定行为人存在希望、放任虚假信息传播的心态,不能推定其存在恶意。

综上所述,推定转发虚假信息的行为人存在“恶意”时,应以明知和转发动机为考查重心,以转发内容作为刑事推定的事实基础,以行为人所处的种类人标准作为刑事推定的根据。

四、推定“恶意”的合理限制

“刑事领域的推定实际上涉及国家权力与个体权利之间关系的处理,推定的背后上演的可能是国家权力悄然扩张的一幕”^[23]。虽然中国承认刑事推定的合理性,但理论界和实务界普遍认为,为保障行为人的合法权利,对其进行合理限制是必要的。因此,在推定恶意转发网络虚假信息的“恶意”时,如何作出合理规戒是需要进一步讨论的问题。笔者认为,应从唯一关联标准和允许行为人反证两个方面,对推定“恶意”作出合理规戒。

(一) 基础事实与“恶意”之间应存在唯一关联

“国内几乎所有关于推定的研究都会提到,推定的成立,要求基础事实与推定事实之间存在合理的联

系”^[24]。而且,刑事推定具有“基础事实+常态联系→推定事实”的特定结构^[25]。可以说,在中国司法活动中,合理联系标准是对刑事推定是否有效的一种限制。那么,对恶意转发行为的刑事推定,能否以合理联系标准进行限制呢?笔者认为,答案是否定的,合理联系标准在中国的推定实践中不能起到限制作用。第一,合理联系标准冲击了排除合理怀疑原则。合理联系标准与排除合理怀疑原则存在冲突,是学界的一致共识。尽管有人认为,在规则服务的价值前提下,排除合理怀疑标准是可以突破的,认为推定无需满足排除合理怀疑的要求^[23]。但从规则确立的适当性、正义性而言,合理联系标准存在的质疑是不可回避的事实。而且,即使承认合理联系标准符合规则的价值,也应否定其存在的合理性。价值是规则所追求的功利目的,对价值的实现和维护固然值得肯定,但并不等于追求价值的方式没有限制。在追求保护法益价值的前提下,只有保证实体与程序的双重公正,才能真正实现法益保护价值的内涵。第二,合理联系标准存在放纵司法权力之嫌。中国刑法和刑事诉讼法中,缺乏对“合理联系”的明确规定,而且合理联系是一种抽象性、模糊性的判断标准。因此,司法过程中对合理联系的认定路径,或是选择运用经验法则进行判断,或是选择运用司法机关的解释文件进行判断。然而,这两种认定方式在中国都会造成司法权力的扩张。一方面,如果根据经验法则进行判断,则必然会加入法官的主要价值要素。而主观要素的渗入,在司法权力滥用的背景下,容易背离客观主义立场,难以得出科学结论。另一方面,中国司法机关滥出司法性解释的情况并不鲜见。“最高法院之外的法院行使司法立法权的情况非常普遍,各种以所谓‘意见’‘办法’甚至‘条例’等名义出现的准司法解释层出不穷”^[26]。因此,以“合理联系”为标准限制基础事实与恶意之间的关联,不仅不能实现理想的效果,反而可能会促进司法权力的扩张。

因此,笔者认为,应以唯一关联标准限制“恶意”的刑事推定。首先,唯一关联标准符合中国法律规定的证明标准。中国刑事诉讼法规定,定罪的证据必须达到“确实、充分”的标准,而“确实、充分”的条件之一即是“对所认定事实已排除合理怀疑”。虽然就认识论而言,排除合理怀疑并不等于结论的唯一性,但是,就法律事实的认定而言,排除合理怀疑与推定结论的唯一性具有相同含义。而且,也有论者指出“《死刑案件证据规定》中的‘唯一结论’与刑诉法规定的‘排除合理怀疑’并无高下之分,任何认定被告人有罪的结论都应当是唯一的”^[27]。其次,唯一关联标准符合人权保障的要求,契合无罪推定规则。“刑事案件目的是尽可能地保障无辜者不被错误定罪,只要有罪结论不是‘唯一合理的’解释,那么就不得认定构成犯罪”^[28]。换言之,只有有罪结论是“唯一的”,才能认定行为人构成犯罪。而“唯一关联”标准正是保障人权和无罪推定原则的具体展开。所以,如果基础事实与“恶意”之间不存在唯一关联,则不能推定行为人存在“恶意”。最后,合理联系标准出现被排除合理怀疑标准替代的趋势。在美国司法实践的发展过程中,限制刑事推定的审查标准,由合理联系标准逐渐向排除合理怀疑标准过渡。特别是自排除合理怀疑原则宪法化以后,判决对合理联系标准的适用范围作出了重大限制,此后合理联系标准只构成针对推定类型之一的允许性推定的审查标准^[24]。因此,在对推定“恶意”的限制中,也不宜再使用合理联系标准。应顺应司法实践的发展趋势,以类似排除合理怀疑的唯一关联标准为限制条件。

(二)推定“恶意”应当允许反证

单从刑事推定的正向程序限制推定是不够的,还应从推定的反向程序作出限制,应允许行为人反证。司法裁判过程是对客观事实的回溯,是站在事后立场对行为时的客观事实作出判断。然而,由于认识的时间限制和认识资料的补充,事后的判断可能会得出与事前判断不一致的结论。尤其是在推定行为人主观心态的情形中,这种事前与事后判断的差异性更加明显。因此,为了避免因认识的局限性而导致的误差,应当允许行为人提供反证,以保障司法重现实事的客观性。笔者认为,对推定“恶意”的反证规则,应作以下设计。

第一,行为人反证的对象。刑事推定是一个动态的思维过程,基础事实和推定根据中任何一环的错误,都将导致推定结论的错误。因此,行为人的反证对象应当包括全部推定环节,如果能够推翻二者之一,即可

说明行为人主观上不存在“恶意”。同时,推定恶意转发网络虚假信息中“恶意”又有不同于一般推定的复杂性,网络的特征使“恶意”包含了较多的虚拟性要素。具体而言,反证推定“恶意”的对象,应当包括转发内容的可信度、转发内容之于行为人的求证难度、行为人辨别信息真伪的能力、行为人转发行为的影响力。上文已述,如果上述几个要素中有一个要素不符合标准,则不能推定行为人存在“恶意”。

第二,行为人反证的证明程度。严格说,证明程度是刑事规则在司法机关和行为人之间分配风险的一种工具,是实现控辩双方平衡的重要措施。在控方运用刑事推定的方式以唯一关联标准证明行为人主观为“恶意”时,已经增加了行为人承担不利结果的风险。此时,只有允许行为人运用反证的方式,以明显轻于“唯一关联标准”的优势证据标准证明自己主观无“恶意”,才能实现二者的平衡。特别是在控方本就强势的中国司法程序中,更不应过高地要求行为人反证的证明程度,仅以达到民事证明标准的优势证据程度即可。而且,优势证据程度本来就是证明基础事实所要求的证明程度。英美法中对基础事实所规定的说服责任,就是以达到优势证据标准为足已。

第三,行为人反证的程序性保障。在深入推进依法治国的背景下,实体权利只有得到程序性保障才是安全、可靠和可诉的。如何在程序上保障行为人反证的顺利进行?有论者提出,至少应从以下两个方面保障被追诉者的反驳权:一是法官承担对反证线索调查取证的责任;二是法院在开庭前为被告人指定承担法律援助的律师,以帮助被告人充分行使反驳权^[29]。然而,笔者认为,上述两种考虑固然合理,但缺乏对侵犯反证权利的救济。在案件审理过程中,如果行为人提出反证线索、证据,而法院不为行为人提供反证机会的,则应认为法院推定的相关事实没有达到“事实清楚,证据确实充分”的标准,不能作为定案依据。

综上所述,为了实现国家权力和公民权利的和谐运行,应运用唯一关联标准和反证规则,对“恶意”的刑事推定作出合理限制;同时,应在反证的对象、证明程度、反证的程度性保障方面,保障行为人反证权利的行使。

参考文献:

- [1] 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.
- [2] 廖斌,何显兵.论网络虚假信息的刑法规制[J].法律适用,2015(3):37-42.
- [3] 蒋小燕.淫秽物品的“淫秽性”之判断标准——以社会通念为基点[J].法学评论,2011(1):139-144.
- [4] 佚名.网传多地发生“烧烤摊斗殴撞人”事件实系广东普宁[EB/OL].(2015-09-15)[2017-04-30].http://www.chinadaily.com.cn/dfpd/dfshehui/2015-09-15/content_14187657.html.
- [5] 于志刚.论电子邮件的刑法定位[J].法学家,2003(6):73-85.
- [6] 姚君喜.传播的意义[J].现代传播,2006(5):7-11.
- [7] 张明楷.刑法学[M].第五版.北京:法律出版社,2016.
- [8] 周详,齐文远.传播“艳照”行为的刑法评析[J].法学,2008(4):32-39.
- [9] 姜涛.恶意欠薪罪若干问题探究[J].法学论坛,2012(1):19-86.
- [10] 李迎春.诽谤诉讼“实质恶意”原则的法理探讨[J].广州广播电视大学学报,2011(6):89-95.
- [11] 梅传强.双重视野中的犯罪目的[J].现代法学,2004(3):106-111.
- [12] 褚福民.刑事推定的基本理论——以中国问题为中心的理论阐释[M].北京:中国人民大学出版社,2012.
- [13] 冷大伟.犯罪故意认识因素问题研究[D].重庆:重庆大学,2013:3.
- [14] 汉斯·韦尔策尔.目的行为论导论[M].陈璇,译.北京:中国人民大学出版社,2015:1.
- [15] 周光权.明知与刑事推定[J].现代法学,2009(2):109-118.
- [16] 王新.我国刑法中“明知”的含义和认定——基于刑事立法和司法解释的分析[J].法制与社会发展,2013(1):66-75.
- [17] 单晓红,蒋丽娜,刘晓燕,等.关系型网络社区用户转发行为研究[J].北京工业大学学报(社会科学版),2015(4):31-37.
- [18] 刘照荧.浅谈微博假新闻中的转发行为[J].新闻知识,2013(8):58-59.
- [19] 薛传业,夏志杰,张志花,等.突发事件中社交媒体信息可信度研究[J].现代情报,2015(4):12-16.

- [20] 宋英辉,何挺. 我国刑事推定规则之构建[J]. 人民检察,2009(9):12-16.
- [21] 叶金强. 私法中理性人标准之构建[J]. 法学研究,2015(1):101-114.
- [22] 熊涛,何跃. 微博转发网络中意见领袖的识别与分析[J]. 现代图书情报技术,2013(6):55-62.
- [23] 劳东燕. 认真对待刑事推定[J]. 法学研究,2007(2):21-37.
- [24] 劳东燕. 刑事推定中的合理联系标准——以美国联邦最高法院的判例为视角[J]. 清华法学,2010(4):112-130.
- [25] 竺常赞. 刑事推定的正当性与规则设计探讨[J]. 浙江工商大学学报,2010(2):15-21.
- [26] 杨翔. 我国法官自由裁量权:存在、运行及规制[J]. 湘潭大学学报(哲学社会科学版),2016(1):20-25.
- [27] 卞建林,张璐. “排除合理怀疑”之理解与适用[J]. 国家检察官学院学报,2015(1):93-101,174-175.
- [28] 李昌盛. 反思排除合理怀疑标准[J]. 南京大学法律评论,2013(1):181-199.
- [29] 张旭,张曙. 也论刑事推定[J]. 法学评论,2009(1):16-21.

Judicial determination of malicious forwarding cyber false information

CHEN Wei, HUO Junge

(School of Law, Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 401120, P. R. China)

Abstract: When Criminal Law manages cyber false information, too much is focused on combating direct publishing behaviors, but slacking off in the management of malicious forwarding behaviors. And such slacking is contrary to the original intention of dealing with false information, because the nature of cyber malicious information forwarding is deliberately publishing cyber false information. The loosening of attacking on malicious forwarding behaviors reasons in the lack of clear standards for the identification of “malicious forwarding”. To solve this problem, we should consider the content forwarded and the motive of the forwarding behavior as factors, to presume whether the perpetrators are “malicious”. At the same time, in order to achieve the justice of judicial determination, we should use the only association standard and anti-evidence rule to limit the presumption.

Key words: false information; malicious nature; malicious element; criminal presumption; anti-evidence rule

(责任编辑 胡志平)