

刑法上恶劣影响情节的 经验考察与理论构建

郭旨龙*

内容提要：行为是否造成恶劣影响，会影响定罪量刑和程序适用。恶劣影响情节的性质较为复杂，涵盖了负面信息传播、公共信用贬损、公共安宁扰乱和稳定秩序冲击等四种类型。对于恶劣影响情节的适用，可以通过保护法益理论和犯罪情节理论来予以规范和限定。媒体影响等因素的随机性和偶然性，的确是适用恶劣影响情节时应当考虑的问题，但不应一概否认媒体影响因素的合理性。对于犯罪行为及其后果被披露给公众的可能性，应当阶层式地考量披露行为是否具有正当性、是否符合法律的道德信用和媒体的伦理规范。对于合理评估和客观测量恶劣影响的问题，应当强调正当法律程序的理念与机制，说明适用恶劣影响情节的理由，通过证人证言、信访情况、上级重视、信息因素的合理明确规则等，系统认定社会影响的恶劣程度。

关键词：恶劣影响 犯罪情节 情节严重 保护法益

在我国刑事司法中，恶劣影响作为定罪量刑情节，更多是法律政策和司法惯例的产物。现行刑法明确规定恶劣影响的条款只有一个，即刑法第 292 条第 1 款，根据该款规定，“社会影响恶劣”是聚众斗殴罪加重情节的部分要素。在“北大法宝”“无讼”等数据库中检索“恶劣（社会）影响”，可得到 120 个司法文件。^{〔1〕}分析发现，其中的 89 个规范性文件主要是把恶劣影响列举为某种情节或后果，或者是把某种利益侵害归为恶劣影响。这表明恶劣影响情节的性质较为复杂，有待进一步分析。相关典型案例和指导性案例属于具体个案对恶劣影响情节的适用，但典型案例和指导性案例均未表明其对恶劣影响情节的适用是否属于对相关规定的解释性适用，而是直接认定行为人的行为造成了恶劣影响。这体现了司法实践在具体适用恶劣影响情节时对规范性依据的解释不足，对此需要加强研究。

* 中国政法大学刑事司法学院副教授。

〔1〕 其中的 89 个规范性文件包括 20 个司法解释、40 个司法解释性质文件，29 个工作规定性质文件；剩余 31 个司法文件包括 6 次指导性案例发布通知，25 次典型案例发布通知。典型案例是指最高司法机关公开发布的指导性案例以外的案例。

在中国裁判文书网的裁判“理由”栏目搜索“恶劣（的）影响”“恶劣（的）社会影响”“不良（的）影响”等关键词，得到的裁判文书统计结果如图 1 所示。司法裁判对恶劣影响情节的适用，在近七年（2014-2020 年）稳定地居于较高频次。全国法院刑事裁判文书上网的总体数量在 2016 年、2019 年两次达到高峰后开始下降，图中相关裁判的数量波动曲线与这一趋势大体一致。可见，司法实践在定罪量刑时较为频繁地考虑了恶劣影响情节。

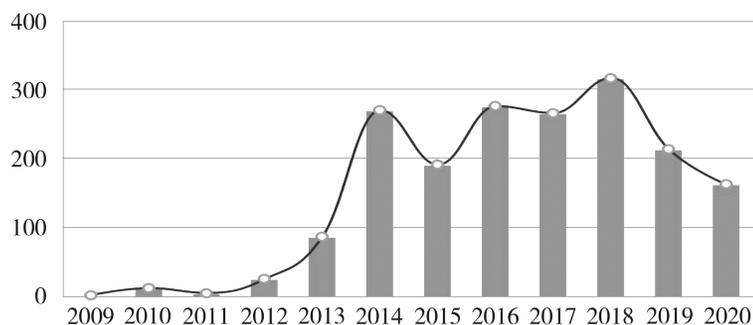


图 1 司法裁判适用恶劣影响情节的案次年份趋势 [2]

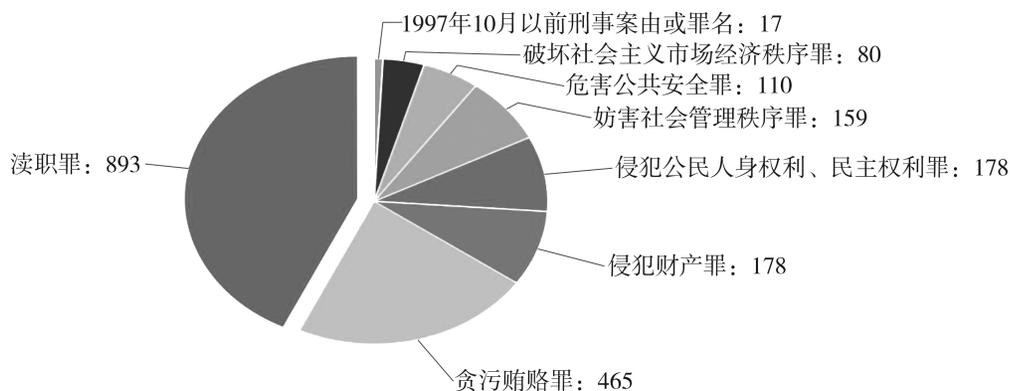


图 2 司法裁判适用恶劣影响情节的罪名分布

图 2 表明，司法裁判对恶劣影响情节的适用遍布各大罪名群。虽然各罪适用该情节的案次数量有差异，但不难看出，恶劣影响已经成为刑法适用中被普遍考虑的情节。

对于恶劣影响情节的司法适用，学者的立场并不一致。有学者一概否定对恶劣影响情节的适用，认为恶劣影响是设置法定刑时要考虑的因素，不应当对量刑产生影响；是否造成恶劣影响，往往由媒体偶然、随机决定，这实质上等同于间接处罚；恶劣影响难以评估、测量，易导致司法判断的随意和量刑的恣意。〔3〕也有学者部分认可对恶劣影响情节的适用。〔4〕总体而言，理论界对恶劣影响情节的认识还不清晰，更谈不上系统。为此，本文以相关规范性文件和案例等经验材料为基础，系统分析和反思司法实践对恶劣影响情节的适用，为恶劣影响情节初步搭建体系性的理论框架。

〔2〕 中国裁判文书网 2021 年公布裁判文书数量明显减少，故统计截至 2020 年。

〔3〕 参见张明楷：《论影响责任刑的情节》，《清华法学》2015 年第 2 期，第 17 页以下；陈洪兵：《“情节严重”司法解释的纒繆及规范性重构》，《东方法学》2019 年第 4 期，第 95 页。

〔4〕 参见刘艳红：《网络时代言论自由的刑法边界》，《中国社会科学》2016 年第 10 期，第 149 页。

一、恶劣影响情节的经验性揭示与分析

（一）恶劣影响情节的功能

其一，恶劣影响情节会影响定罪量刑。纵览我国现有的立案或者追诉标准，情节作为立案或者追诉标准的情况有很多。其具体表述有：“严重损害国家声誉、国际形象或者造成其他恶劣社会影响的”；“致使国家或者人民利益遭受重大损失的”；“使国家或者社会利益遭受重大损失的”；“造成恶劣影响的”。这些表述可统称为“造成恶劣影响”。虽然在具体的文件中，表述会有差别，但从不同文件的横向对比来看，各种表述本身并无完全固定的含义。^{〔5〕}除了上述明文规定的影响实体责任的恶劣影响情节，恶劣影响情节还会影响司法实践中的责任判定倾向。比如，在总计41个公报案例和指导性案例中，恶劣影响情节导致从重处罚、从严惩处的也不少（6个）。反之，对于恶性小、有悔罪、偶然性的案件，并且未造成恶劣社会影响的，可予以非刑事化、非监禁化处理。^{〔6〕}

其二，恶劣影响情节会影响程序适用。首先，恶劣影响情节是自诉转公诉的影响因素。根据2013年最高人民法院、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3条的规定，利用信息网络诽谤他人，具有下列情形之一的，应当认定为“严重危害社会秩序和国家利益”：诽谤多人，造成恶劣社会影响的；损害国家形象，严重危害国家利益的；造成恶劣国际影响的。这三种情形可统称为“造成恶劣影响”。其次，恶劣影响情节是适用追诉核准程序的影响因素。指导性案例“马世龙（抢劫）核准追诉案”（检例第20号）提出，入室抢劫杀人对被害人家庭和亲属造成严重伤害，在案发当地造成恶劣影响，虽然经过20年追诉期限，但社会影响没有消失的，仍然应当追诉。最后，恶劣影响情节会影响司法实践中的程序适用倾向。例如，对于影响恶劣、社会影响大的犯罪案件，在立案标准上应当从严，坚决及时立案，组织力量侦破，保证及时查处。^{〔7〕}

（二）恶劣影响情节的类型

首先，恶劣影响是指负面报道和宣传，这一类型侧重于群众和媒体对负面信息的关注与传播。41个公报案例和指导性案例中，有2个损害商品声誉的案例直接指向此类恶劣影响。例如，被告人多次采取砸空调等手段损害三菱牌空调声誉，并通过媒体报道在全国范围内造成重大恶劣影响，可认定为“有其他严重情节”，符合刑法对损害商品声誉罪行为后果的规定。^{〔8〕}还有刑事审判参考案例认为，损害商业信誉、商品声誉罪中的“其他严重情节”，一般是指在行为人捏造并散布虚假事实，损害他人商业信誉和商品声誉的过程中除“重大损失”以外的严重情节，例如虚构并散布的虚伪事实传播面较广，在消费者中产生严重的不良影响。^{〔9〕}负面信息的传播既可能造成品牌价值的损失，^{〔10〕}也可能造成对相关利益的侵害，如聚众斗殴视

〔5〕 参见周光权：《论受贿罪的情节——基于最新司法解释的分析》，《政治与法律》2016年第8期，第41页。

〔6〕 参见董治良：《再论宽严相济的刑事政策》，《法律适用》2007年第8期，第62页。

〔7〕 参见张智辉：《宽严相济刑事政策的司法适用》，《国家检察官学院学报》2007年第6期，第148页。

〔8〕 参见上海市奉贤区人民检察院诉陈恩等人损害商品声誉案，《最高人民法院公报》2004年第6期，第17页以下。

〔9〕 参见刘树德：《王宗达损害商业信誉、商品声誉案〔第85号〕——损害商业信誉、商品声誉罪中的“重大损失”如何认定？》，载最高人民法院刑事审判第一庭、第二庭编：《刑事审判参考》2001年第2辑（总第13辑），法律出版社2001年版，第13页。

〔10〕 例如山东刘飞等人销售假冒注册商标的商品案。参见《最高人民法院发布2016年度检察机关保护知识产权十大典型案例》，https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/201704/t20170425_188983.shtml#1，2024年3月10日最后访问。

频在网上大量传播，造成恶劣社会影响。^{〔11〕}这就不仅考虑了对公共场所秩序的扰乱效果，还考虑了负面信息的传播效果。再如，指导性案例“岳某侮辱案”（检例第138号）指出，网络上的隐私侵犯和侮辱行为造成恶劣社会影响的，不仅侵犯人格权，而且严重扰乱社会秩序。

其次，恶劣影响是指政府公信力和威信（包括国家声誉、国际形象等）受到损害。这类恶劣影响情节在41个公报案例和指导性案例中占比最大（30个），一般出现在职务类违法犯罪案件中，或者具有特定公共身份的人的违纪失范行为中。有刑事审判参考案例认为，要认定国家机关工作人员渎职犯罪“造成恶劣社会影响”，在正确认识渎职犯罪行为侵犯的法益是国家机关公务的合法、公正、有效执行以及人民群众对此的信赖的基础上，要把握渎职行为严重损害国家机关形象，致使政府公信力下降的情形。^{〔12〕}公报案例认定，行为人“玩忽职守，致使港商在白洋淀温泉城开设赌场，聚众赌博，严重损害了国家声誉，在境内外造成了极坏的政治影响”。^{〔13〕}指导性案例“朱炜明操纵证券市场案”（检例第39号）认定，证券公司、证券咨询机构、专业中介机构及其工作人员操纵证券市场，破坏了证券市场管理秩序，违反了证券市场公开、公平、公正原则，并造成严重社会影响，具有较大的社会危害性。在例外情形下，无特定公共身份人员的非职务行为也会涉及对政府公信力的恶劣影响。有司法意见认为，实施暴力袭警行为，造成多人围观等恶劣社会影响的，酌情从重处罚。^{〔14〕}

再次，恶劣影响是指一种公共冒犯，即公众的朴素情感受到严重冲击，公众的内心安宁受到严重扰乱。此类恶劣影响情节在41个公报案例和指导性案例中占比不小（6个）。指导性案例“曾云侵害英烈名誉案”（检例第51号）提出：英雄烈士的姓名、肖像、名誉和荣誉等不仅属于英雄烈士本人及其近亲属，更是社会正义的重要组成部分，承载着社会主义核心价值观，具有社会公益性质；侵害英雄烈士名誉就是对公共利益的损害，易产生不良社会影响。通过适用恶劣影响情节，可以保护公众免于严重冒犯所带来的内心安宁丧失。指导性案例“仇某侵害英雄烈士名誉、荣誉案”（检例第136号）提出，侮辱英雄烈士的微博言论在网络上迅速扩散，引起公众强烈愤慨，造成恶劣社会影响，应当认定为“情节严重”。刑事审判参考案例认为，司法实践在认定国家机关工作人员渎职犯罪“造成恶劣社会影响”时，可以考虑渎职行为是否引发新闻媒体广泛关注，是否引起强烈社会反响。^{〔15〕}强烈社会反响，首先是指社会公众在情感上受到了强烈冒犯。有地方司法意见认为，聚众斗殴罪、寻衅滋事罪对治安秩序的危害包括造成恶劣社会影响，此种影响包括行为在当地造成恶劣影响、民愤较大的情形，以及造成一定范围的群众人心不安，引起人群惊恐的情形。^{〔16〕}指导性案例“郎某、何某诽谤案”（检例第137号）提出，行为人拍摄取快递的女子并上传网络，造谣其与快递员发生性关

〔11〕 参见江苏省苏州市姑苏区人民法院（2019）苏0508刑初349号刑事判决书；江苏省徐州市泉山区人民法院（2017）苏0311刑初523号刑事判决书。

〔12〕 参见孔德伦：《杨德林滥用职权、受贿案〔第1089号〕——滥用职权造成恶劣社会影响的及供犯罪所用的本人财物如何认定，受贿既、未遂并存的如何处罚》，载最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭编：《刑事审判参考》2015年第2集（总第103集），法律出版社2016年版，第103页。

〔13〕 参见姜殿武受贿案，《最高人民检察院公报》1999年第2号，第26页。

〔14〕 参见2020年最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于依法惩治袭警违法犯罪行为的指导意见》第2条第1款。

〔15〕 参见前引〔12〕，孔德伦文，第103页。

〔16〕 参见2000年江苏省高级人民法院、江苏省人民检察院、江苏省公安厅《关于办理聚众斗殴等几类犯罪案件适用法律若干问题的讨论纪要》第1条第3款，第2条第1款第2项、第4项。

系，破坏了公序良俗和公众安全感，严重扰乱网络社会公共秩序。^{〔17〕}指导性案例“马世龙（抢劫）核准追诉案”（检例第20号）、“杨菊云（故意杀人）不核准追诉案”（检例第22号）指出，案件超过追诉期限后是否仍然严重影响人民群众安全感，是考虑是否核准追诉的重要因素。

最后，恶劣影响是指行为对社会稳定秩序的负面影响，即行为导致种种不稳定的社会因素和动向。这种对社会稳定的负面影响可谓形形色色、种类繁多，包括引发群体性事件、公共秩序混乱、民族、宗教冲突等情形，这事实上等同于严重危害政治、经济、文化、宗教、民族等社会秩序和社会公共利益、国家利益的各种情形。^{〔18〕}此类恶劣影响主要强调对社会秩序的破坏性影响，在41个公报案例和指导性案例中占有一定比例（4个）。指导性案例“罗甲、罗乙、朱某、罗丙滥用职权案”（检例第6号）认为，四被告人大肆勒索商販，并放任商販占道经营，导致暴力抗法事件频发，社会影响相当恶劣。暴力抗法事件频发，就是对市场和社会秩序的恶劣影响。再如，公报案例认为，某文发表之后造成恶劣影响，全国各地一些不明真相的读者纷纷投书《民主与法制》杂志谴责作者，并强烈要求给予法律制裁，影响很坏，作者的行为已构成诽谤罪。^{〔19〕}在此，恶劣影响不仅在于导致读者的愤慨，这是一种对公众的严重冒犯，而且在于导致读者提出了法律制裁的强烈要求，这在一定程度上也冲击了社会管理秩序。

上述四种类型往往在个案中交织并存。比如，第四种恶劣影响是社会秩序不稳定的客观表现，可能引发第一种恶劣影响，即负面信息传播，继而引发第二种、第三种恶劣影响，即公共信用贬损和公共安宁扰乱，最终导致第四种恶劣影响的加剧，即社会秩序更加不稳定。实践中也可能存在负面信息传播引发后续三种恶劣影响的情形。在法律、社会与文化的视野中，媒体的公开宣传具有巨大力量和即时影响，公众可以针对突发性的丑闻和事件进行即时交流与反馈，丑闻、事件和公众抗议的爆发变得普遍。^{〔20〕}

（三）恶劣影响的作用机制

恶劣影响何以成为影响刑事责任追究的重要因素？我们可以通过法政策学的视角，研究政策与法律如何互动。下面以公共信用贬损这一恶劣影响类型为例，分析相关法律政策的形成与运作机制。

1. 恶劣影响情节的政策来源

公共信用的贬损，在法规范上是渎职、贪污贿赂等腐败行为的共性特征，而非某一渎职、贪污贿赂行为的独有特征。因此，将此类恶劣影响作为处罚绝大部分腐败行为的考量因素，还需要在法规范之外找到合理根源。在此，民主责任是值得考虑的外部因素。全心全意为人民服务，就要着力解决人民群众反映强烈的突出问题，并消除一切有损党的先进性和纯洁性的因素。先进性和纯洁性是执政正当性和合法性的来源，并在具体的治理活动中体现于具体的国家机关及国家工作人员的言行之中。国家机关及国家工作人员滥用公权力的行为，特别是渎职和贪污贿赂犯罪，直接贬损了人民对党和国家的信赖。当社会成员对公共机构的信赖变得稀薄时，公共机构的信用就会出现危机。

根据大众传播理论，信息时代的信息是过剩的，而注意力资源是固定的、稀缺的，所以媒

〔17〕 相关解读，参见车浩：《杭州诽谤案为何能转为公诉》，《检察日报》2020年12月30日第3版。

〔18〕 参见前引〔5〕，周光权文，第36页。

〔19〕 参见沈涯夫、牟春霖诽谤二审案，《最高人民法院公报》1988年第2号，第42页以下。

〔20〕 See L. M. Friedman, *American Law in the 20th Century*, New Haven: Yale University Press, 2002, p. 590.

体会根据信息目标受众的兴趣偏好、知识结构和价值观念等，确定传播内容的相关动机、倾向或议题以及传播技术手段等与媒介渠道相关的因素，包括确定发行量、收视率、点击量以及一定的广告收入或预期收益，由此，食品安全和环境保护等民生领域议题就很可能获得广泛关注。^[21] 特定领域受到更多社会关注，受到更加严格的社会评价，是由特定社群的社会分工和价值观念所决定的。工作性质之不同，不仅是劳动分工之不同，还存在职责重要程度之区分。例如，司法公正问题受到更多关注，司法腐败引发更加强烈的社会反响，是因为司法公正往往是社会公正制度安排中的最后一道防线。对司法腐败的恶劣影响予以法律责任追究上的考量，具有鼓舞激励人心的作用，即通过表明决心而重振和恢复信心与信赖，增强凝聚力，同时也具有避免逆向示范效应的作用。^[22] 治理者需要探索法治化地通过公民与社会组织的监督和制约力量倒逼公权依法行使，恢复人民信赖感和法治权威性。^[23]

将政治价值目标转化为法律概念，是现代社会的治理手段。政策决定中确立的价值，常常通过条例、判决或规则所协调和组合的进程与路径，转化为法律上的概念或类型，从而对既有法律体系的形式合理性产生影响，并为公权机关创设介入相关过程的法律义务。^[24] 我国在整体上重视恶劣影响情节在司法中的适用。在“北大法宝”数据库中，可搜索到百余个纪检监察等方面的党内法规和数十个行政法律法规，“恶劣（社会）影响”在其中都是高频词。刑法概念和类型的一大功能在于服务变动中的刑事政策，例如，宽严相济的刑事政策要求区分犯罪的社会影响是恶劣还是一般，追求法律政策和社会效果的有机统一。^[25] 当治国理政的政策目标包括避免执政理政方面合法性、正当性的信赖受到不必要贬损时，从法律的视角看，此种政治价值选择所带来的概念（如恶劣影响）和类型（如公共信用贬损），将经由“纪法衔接”的规范与实践进入刑法等场域。

2. 恶劣影响情节适用的实践效果

首先，在已有的法律实践中，恶劣影响的概念内涵十分模糊，类型亦不明确，这导致案件中是否存在恶劣影响的结论和判断过程缺乏逻辑一致性，这反过来影响了恶劣影响情节的功能发挥。这可能是法律行动者试图将政治价值输入法律，却找不到适当路径与形式的表现，即法律行动者虽然面临来自政治和社会行动者的压力，却未能找到或发明一个合适的法律概念或法律类型来将该价值转化进入法律体系，也可能是他们默认新价值的转化进入是危险的，从而试图以降低语言的可理解性程度等方式来阻挠该转化。^[26]

其次，并非所有影响法律制度运行的法律概念或类型都能完美地产生预期效果。如果过度追求将政治价值转化为法律概念或类型，所产生的实际效果可能会与政治领域的价值选择背道而驰。^[27] 例如，对于公共信用贬损这类恶劣影响，若处理不当反而会对国家和政府的公共信

[21] 参见秦正发、秦洁：《渎职罪中“造成恶劣社会影响”认定评析——以舆论监督为视角》，《科技与法律》2019年第1期，第87页。

[22] 参见钟纪发：《惩治腐败必须加大办案力度——学习邓小平惩治腐败思想的体会》，《人民检察》1995年第3期，第5页。

[23] 参见江必新、王红霞：《法治社会建设论纲》，《中国社会科学》2014年第1期，第146页。

[24] See M. Zamboni, *The Policy of Law: A Legal Theoretical Framework*, Oxford: Hart Publishing, 2007, pp. 123-129.

[25] 参见2010年最高人民法院《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》第5条，第8条第1款、第3款；陈国庆：《贯彻宽严相济刑事司法的认知与对策》，《检察日报》2007年4月26日第3版。

[26] 参见前引[24]，Zamboni书，第126页，第144页。

[27] 同上。

用造成次生损害；对于公共安宁扰乱这类恶劣影响，如果它是徇私舞弊、人为操纵造成的，随意出入人罪的巨大不公平感将引发公众的巨大愤慨；对于稳定秩序冲击这类恶劣影响，如果它是公权机关不当披露违法信息造成的，也会损害公共信用，甚至引发新的社会不稳定因素。

综上所述，政策依据给予了恶劣影响情节进入刑法体系的初始动力，也是学界正视恶劣影响情节的重要理由。但是，政策因素只有在以某种规范方式进入刑法体系时，才应当被司法者考虑，并且需要限定其适用范围：基于特定政策目的将恶劣影响情节纳入刑法体系时，需要满足保护法益、实现刑罚目的的基本要求。

二、恶劣影响情节的规范性承认与限定

（一）恶劣影响情节的规范性承认

作为影响保护法益种类、法益侵害程度的因素，恶劣影响可以成为定罪量刑的情节。

1. 恶劣影响所关联的保护法益

第一种恶劣影响是指负面报道和宣传，如果将这种负面报道和宣传限定为针对个人名誉、商业信誉和商品声誉，那么它就主要是针对个人和商业主体的声誉类侵害。相关的负面影响直接处于声誉类保护规范的目的涵摄范围之内，将其作为刑事责任的考量因素具有正当性。然而，前述司法实践的总结表明，第一类恶劣影响其实不局限于个人名誉与商业声誉方面负面信息的传播，还包括诸如聚众斗殴之类负面信息的传播，即凡是不道德、违纪、违法、犯罪等失范行为的信息传播，都可能被认定为第一类恶劣影响。在此种泛化趋势下，有必要将个人和商业主体声誉之外负面信息的传播在规范上予以排除。这种排除符合集体法益理论的基本逻辑：打击负面信息传播，可能仅仅是为了管理便利上的秩序需要，而非为了提升人们的福利；可能仅为抽象的集体所看重，却推断不出是何种利益为何种范围的公众所看重；也可能仅为特定的个人或单位所看重，却不为共同体成员所共享；无论是上述何种情形，都背离了集体法益的正当性必须建立在保护可理解的公民生活利益的基础之上这一基本逻辑。^[28] 据此，可将恶劣影响在规范上初步限缩为后三类，即对公共信用的贬损、对公共安宁的扰乱、对稳定秩序的冲击，然后分别加以法规范上的探析。本文第一部分归纳的公共信用、公共安宁、稳定秩序虽然难以在所有情形下全部认定为保护法益，但也难以一概否认其可受、已受刑法保护。以公共安宁为例，可以继续论证这类法益的概念和类型。

首先，公共安宁是值得法律保护的利益。其一，法益必须是根据人类共同生活事实的经验，能够满足社会一般成员生存和发展需要的利益。^[29] 公共安宁法益符合这一要求。短暂的不快（包括情绪上的不快）与个人的利益无涉，因为利益的重点是各种长期生活目标所需的最低条件，包括持久的情感稳定、没有毫无根据的焦虑和不满。^[30] 短暂的不快可以由冒犯造成，此时，给他人造成（哪怕是短暂的）严重冒犯可以成为支持刑事禁令的理由。^[31] 冒犯行为侵犯的法益，就是他人在规范性情感基础上的内心安宁。安宁关乎所有人的利益，包括内心

[28] 参见孙国祥：《集体法益的刑法保护及其边界》，《法学研究》2018年第6期，第48页以下。

[29] 参见张明楷：《法益初论》，商务印书馆2021年版，第181页。

[30] See J. Feinberg, *Moral Limits of Criminal Law (Vol. 1): Harm to Others*, Oxford: Oxford University Press, 1984, pp. 37-56.

[31] See J. Feinberg, *Moral Limits of Criminal Law (Vol. 2): Offence to Others*, Oxford: Oxford University Press, 1986, p. xiii.

的安宁。〔32〕没有情感上的不愉快，甚至是没有不愉快的短暂感觉，对于保证和提高生活质量非常必要。情绪上的不愉快往往转瞬即逝，但摆脱这种情绪的需求或愿望却持久稳定。保护个体生活功能的完整性，即应当保护个体不受身体和心理上的损害，包括短暂的疼痛、不适或焦虑。〔33〕这是对公共安宁可以成为法律上可保护的利益的确认。其二，公共安宁法益具有相应的实证法依据。我国的法律体系承认了对内心安宁的保护，如民法典第 1032 条第 2 款就明确保护自然人的生活安宁。这里的生活安宁不仅包括外在的物理性生活条件的安定与平稳，也包括内在的心理性情感与体验的安定与平和。生活安宁与人们的生活质量密切相关，诸多司法案例表明，人们的内心安宁被扰乱，导致人们处于紧张、不安、恐惧、痛苦等精神压力状态之中。〔34〕刑法通过寻衅滋事罪打击辱骂、恐吓他人的行为，规定有关虚假恐怖信息、危险物质、英雄烈士名誉荣誉、国家象征、尸体尸骨骨灰等的罪名，就是意图保护人们内心情感的安宁。例如，认定投放危险物质罪，可以考察行为所引起的大众恐慌程度；认定编造、故意传播虚假恐怖信息罪，可以考察是否引起了社会公众心理上的严重恐慌；侵害英雄烈士名誉、荣誉罪的保护法益，是公众对英雄烈士的崇敬感情。〔35〕对这一保护动向，可以通过考察普通法上的“体统”犯罪来予以理解。“体统”一直是某种具有公共性的东西，〔36〕可用“不成体统 (indecenty)”指在公共场合违反得体标准的行为，也就是把不成体统行为的讨论限制在社会所厌恶的发生在公共场合的不雅行为。“无序的不成体统是一种冒犯”，该观念得到了权威司法判决的肯定：是否定罪的关键在于在场者是否会感到震惊 (shock)。苏格兰和南非的公然不成体统罪 (public indecenty) 的入罪要求正似英格兰普通法上的践踏公共体统罪 (outraging public decency)，即根据客观的评估，被控诉的行为可以引起对公众的冒犯。〔37〕

其次，公共安宁是值得刑法保护的利益。大陆法系和英美法系的理论都承认，情绪或心理状态可以受到刑法的保护。〔38〕其一，公共安宁具有可侵害性。对这种利益的侵害方式是冒犯 (offend)。作为对受保护利益的事实性打击，冒犯是对基于规范情感并以其为中介的内心安宁的破坏，这种破坏是由信息沟通引起的。典型的被冒犯状态 (悲伤、害怕、焦虑、恐慌、恶心、愤慨等) 的产生，可以由社会学和心理学机制予以解释。〔39〕恶劣影响在此意义上是指某个信息经由沟通和传播，导致了对公众规范情感的严重冒犯和对内心安宁的严重扰乱。其二，公共安宁可以由值得法律保护的利益上升为值得刑法保护的利益。该利益能否由刑法保护，因为涉及对公民自由与权利的限制，需要根据宪法展开价值判断，即刑法保护该利益要么能保护宪法性法益中最重要法益以确保公民基本权利的实现，要么能保护很容易受到较严重侵害的法益以保障那些为实现公民基本权利所必需的现实存在和条件。〔40〕公共安宁很容易受到较严

〔32〕 See J. J. Thomson, *Feinberg on Harm, Offense, and the Criminal Law: A Review Essay*, 10 *Phil. & Pub. Aff.* 381, 386 (1986).

〔33〕 See V. A. Greenfield & L. Paoli, *A Framework to Assess the Harms of Crimes*, 53 *British Journal of Criminology* 864, 869 (2013).

〔34〕 参见张红：《侵害生活安宁利益之侵权责任》，《财经法学》2018 年第 6 期，第 39 页以下。

〔35〕 参见张明楷：《刑法学》下，法律出版社 2021 年版，第 1390 页以下。

〔36〕 See L. Farmer, *Disgust, Respect, and the Criminalisation of Offence*, in R. Cruft et al. (eds.), *Crime, Punishment, and Responsibility: The Jurisprudence of Antony Duff*, Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 273-289.

〔37〕 *Webster v Dominick*, 2005 1 J C 65 [51]- [52].

〔38〕 See N. Peršak, *Criminalising Harmful Conduct*, New York: Springer, 2007, p. 114.

〔39〕 See e. g., R. M. Sapolsky, *Behave: The Biology of Humans at Our Best and Worst*, London: Bodley Head, 2017, pp. 34-35.

〔40〕 参见前引〔29〕，张明楷书，第 184 页以下；〔德〕弗兰克·萨利格：《积极主义刑法与象征性刑法——刑事政策视角的衡量考评》，郑童译，《国外社会科学》2022 年第 3 期，第 171 页。

重侵害的情况，已经在民法典第1033条列举的“电话、短信、即时通讯工具、电子邮件、传单等”侵扰方式中得到部分说明。该条出台的社会背景是，各种信息传播媒介的侵入性、泛在性和易得性不断凸显，城市人口密度带来的生活碰撞与日俱增，陌生人社会非正式规范的功能日渐弱化，导致公共安宁变得异常脆弱，相关生活事例和司法案例有增无减。^[41]基于此种情势，刑事司法也开始重视犯罪行为对公共安宁的扰乱。

2. 恶劣影响所关联的情节

恶劣影响成为定罪量刑情节，除了在聚众斗殴罪中有明确的刑法规定作为依据，在其他情形中只能以法律原则、刑法理论等作为依据。有研究认为，恶劣影响要么作为犯罪构成要件，在立法设置法定刑时发挥作用；要么不属于犯罪构成要件的结果，此时不应当将其作为构成要件之外的法益侵害结果来考虑。^[42]然而，这种简单区分忽视了定罪情节和量刑情节之间的复杂关系。

其一，在定罪和制定法定刑时所考虑的法益侵害要素，仍然可以在量刑时再次予以考虑。情节具有可分割性，即某情节在犯罪构成中发挥了部分评价作用，当该犯罪构成的认定完成时，该情节剩余部分的评价功能可用于量刑。^[43]例如，犯罪数额是诸多犯罪的定罪要素和设置法定刑时要考虑的因素，但在认定构成相应犯罪之后，超过入罪门槛的数额仍然要在量刑时予以考虑。聚众斗殴、贪污贿赂、渎职等犯罪立案追诉标准中的恶劣影响情节在用以确定入罪之后，具体的恶劣程度也可以用来帮助量刑。

其二，入罪情节包含多个并列的标准时，满足其一即可入罪，同时满足其他标准（如恶劣影响）的，体现了侵害该罪所保护法益的严重性和多维性，应当在量刑时予以考虑，即定罪剩余事实可转化为量刑情节。^[44]指导性案例“叶源星、张剑秋提供侵入计算机信息系统程序、谭房妹非法获取计算机信息系统数据案”（检例第69号）认为，有些破坏计算机信息系统犯罪案件的违法所得或经济损失并不能全面、准确反映犯罪行为造成的危害，如果仅根据数额并不大的违法所得或经济损失来评估危害后果，可能会导致罪刑不相适应；应当从扰乱公共秩序的角度，客观、全面、准确认定受影响的用户数量、用户满意度降低或用户流失、恶劣社会影响等危害后果，从而实现罪责相当、罚当其罪。此时，用户情况可作为入罪情节，而提供公共服务的特定类型或领域的系统受到损害，导致公共信用贬损的情节，在犯罪成立环节没有发挥评价作用，则可以在量刑环节发挥评价作用。

其三，刑法分则各章节保护的主要法益有差别，也应当有差别，但各章节保护的法益并非完全不同，也没有必要完全不同。法益主体被害的样态是复杂的，包括自然人、单位、国家或社会的生理、心理、情绪、经济、自然条件、基本权利等法益受到直接或间接侵害等情形。例如，在抢劫的对象性质特殊时，除了考虑行为对财产的伤害，还要考虑行为对社会秩序、经济秩序、公共安全等利益的侵害。同理，刑法中某个章节或某个条款（如聚众斗殴罪）所针对的后果本身包括某种恶劣影响时，就意味着这种恶劣影响能够成为定罪和量刑的情节要素。这可以说明刑法第61条规定的“情节和对于社会的危害程度”，在同种类型犯罪行为的不同个

[41] 参见前引〔34〕，张红文，第44页以下。

[42] 参见前引〔3〕，张明楷文，第18页。

[43] 参见周金钢：《量刑情节研究》，法律出版社2012年版，第85页以下。

[44] 参见赵廷光：《量刑公正实证研究》，武汉大学出版社2005年版，第373页以下。

案情况下具有区别功能。渎职犯罪可能同时造成公共安宁扰乱、稳定秩序冲击等后果，这属于附带造成恶劣影响。此类恶劣影响如能认定为已被刑法相关规定（如妨害社会管理秩序罪）所涵摄，即刑法已经保护了此类恶劣影响所关联的法益，渎职犯罪的量刑就可以考虑此类恶劣影响。

本文认为，恶劣影响作为法益侵害的表现可以成为量刑情节。首先，这符合刑罚根据上的报应和预防要求。对公共信用的贬损、对公共安宁的扰乱、对稳定秩序的冲击，相关法益侵害如能归责于行为人，将其作为责任刑情节就是符合报应要求的；如果不能归责于行为人，也存在符合预防要求的可能性。结果主义或功利主义的观点认为，报应基础上的威慑是刑罚预防目的的应有内容，而恶劣影响情节可能反映了这种威慑的必然性，因为司法需要而且可以威慑人们的初犯可能。^[45]比如，公众受到严重冒犯，如不（从重）处理犯罪，公众的规范感情没有得到满足、规范意识没有得到确证，公众的初犯可能就会在一定程度上被唤醒或强化。当然，在确定预防刑时能否考虑一般预防，还存在很大争议。本文后续部分主要考察恶劣影响在能被归责于行为人的情形下作为责任刑情节的理论主张。其次，恶劣影响情节应具有一定的法律依据。刑法第61条规定的“情节和对于社会的危害程度”，虽然字面上没有明确包括恶劣影响，但立法史表明，恶劣影响已经为概括性的量刑原则所涵摄，只是为了避免重复表述，立法者不再另行详细列举“犯罪造成的损害和影响”。^[46]最后，恶劣影响情节在同类型犯罪的不同个案之间具有区别性，对刑罚个别化有较为显著的影响。前文对此已作充分说明。

总之，在恶劣影响被刑法条文或规范性文件明确为犯罪情节且用以定罪时，它就是定罪情节，在其他情况下它可以成为量刑情节。

（二）恶劣影响情节的限定

我们需要在恶劣影响情节的认定上附加一定的限制性条件，避免概念的滥用。但遗憾的是，在41个公报案例和指导性案例中，司法者并未对“造成恶劣影响”提出过明确的限制性条件。“造成恶劣影响”，在逻辑上存在着如下的先后承继关系：真实准确、经调查核实的行为（及其直接危害后果）经过一定途径（媒体报道或多人次上访等）被发现和传播出去，并在一定范围内被不特定的社会公众所知晓、感知，进而引发社会上的不良反应，造成恶劣的影响。^[47]在此逻辑链条的基础上，可以推论出如下三个条件对恶劣影响情节的认定予以限制。

首先，恶劣影响应当是已然发生的客观事实。恶劣影响应当是客观现实，而非潜在的可能性。恶劣影响本身是否存在，是一个事实问题，该事实问题的认定是法律适用中的难点。任何不道德、违纪、违法、犯罪的行为都可能被公开、被报道，都有可能对社会造成种种影响。在认定客观存在的恶劣影响时，就已经存在易泛化、判断过程复杂等问题，若进一步肯定潜在的恶劣影响也构成恶劣影响情节，则认定泛化、判断过程复杂等问题会更加突出。况且，如果对违法犯罪行为均须考察其潜在影响，则恶劣影响情节就失去了作为定罪量刑情节的类型化意义。

以对公众造成严重冒犯为例，这种冒犯必须是实然的，即必须是具有冒犯性质的行为已经

[45] 参见陈兴良：《刑法适用总论》下卷，中国人民大学出版社2006年版，第308页以下。

[46] 参见高铭喧：《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》，北京大学出版社2012年版，第54页。

[47] 参见关福金、王爱平、白洁：《渎职犯罪“造成恶劣社会影响”的理解与认定》，《人民检察》2017年第7期，第36页；宋远升：《法治国视阈下司法压力的发生机制及法律规制》，《学术月刊》2017年第5期，第91页以下。

被揭示、传播给了公众，并且事实上引发了对公众的严重冒犯。冒犯是一种表达和沟通，接收到冒犯性信息是反对这种冒犯性行为的前提。^[48]指导性案例“马世龙（抢劫）核准追诉案”（检例第20号）、“丁国山等（故意伤害）核准追诉案”（检例第21号）在核准追诉时所考虑的恶劣社会影响，除了犯罪对社会公众的持续严重冒犯（在当地造成恐慌和愤慨），还包括当下的社会稳定等重大利益受到私力报复、集体上访等群体性事件的威胁。此处的严重冒犯是现实的，可以在规范上作为恶劣影响情节予以考虑；反之，对社会稳定的冲击则是潜在的，其是否实现取决于群众后续的自主行为，故不应被视为犯罪行为已经造成的恶劣影响。在其他类型恶劣影响的认定上，少数人员信访，即使是越级上访，往往不会形成对社会稳定秩序的冲击。如果该类行为没有被宣传、传播，也就不会贬损政府的公信力。有司法者认为，刑事执行领域发生的渎职犯罪，其犯罪场所封闭，传播途径间接、传播速度滞后、传播易被控制，成立恶劣影响不需要该影响波及社会，而只需考察其对正常司法、执法职能活动的影响、案件性质的恶劣程度，并预测可能的社会危害。^[49]然而，基于“造成恶劣影响”的规范性要求，这种作为次生性危害的影响也必须是社会化的影响而非局限于特定封闭领域的影响，必须是实然的影响而非可能的影响。

其次，恶劣影响的发生应当出于真实信息。信息污染是信息网络时代行为风险不确定性的重要表现，因此，媒体或群众传播的行为信息必须真实、准确，明显偏颇的、过分夸大的媒体报道或者过激、违法上访行为信息所产生的恶劣影响，不应作为行为人行为的恶劣影响来认定。媒体监督和上访监督是宪法和法律所保障和规范的监督行为，目的是监督有关人员合法、正当行为，保障相对人、相关人的合法权利和正当利益。如果不真实、不准确的信息所引发的恶劣影响也能归责于行为人的行为，那么在面临监督的威慑时，行为人就可能倾向于与相关主体形成利益联盟和攻守同盟，拦截上访、封锁媒体，而非正视监督并矫正自身行为。^[50]此外，部分线下缠访、闹访行为在信息网络时代演化为对公职人员的诽谤和抹黑，^[51]源于这种不实信息的恶劣影响，也不能归责于行为人的行为。

最后，恶劣影响情节的认定应当契合法律规范。在“情节严重”的判断上，应当剔除与法律规范的法益保护目的不相契合的因素：其一，作为定罪标准的恶劣影响应当被限定在与违法类型直接相关的范围内，即应当是行为性质或行为后果本身严重、恶劣从而导致了直接相关的恶劣影响，该恶劣影响是该行为所蕴含的内在危险的现实化。基于构成要件所具有的划定违法范围的功能，具体犯罪的构成要件都有特定的保护范围，只有当主客观要素表明了违法程度，这些要素才能成为认定恶劣影响情节的依据。如果特定案件中的恶劣影响所关联的利益并不在相关犯罪构成要件的保护范围之内，就不能将该恶劣影响认定为定罪情节。其二，作为量刑情节的恶劣影响可以是与恶劣的行为性质或行为的严重后果大体相关的社会影响。此时，恶劣影响所关联的法益可以是附随性法益。例如，刑法中侵犯公民个人信息罪的条款规定，履行

[48] See A. P. Simester & A. von Hirsch, *Crimes, Harms and Wrongs: On the Principles of Criminalisation*, Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 111, p. 120; A. von Hirsch, *Injury and Exasperation: An Examination of Harm to Others and Offence to Others*, 84 Mich. L. Rev. 700, 712 (1986).

[49] 参见杨忠平、李艳红：《浅谈刑事执行领域渎职犯罪“造成恶劣社会影响”的认定》，《中国检察官》2018年第6期，第15页以下。

[50] 参见商凤廷：《渎职罪中“造成恶劣社会影响”的司法认定》，《国家检察官学院学报》2016年第4期，第120页。

[51] 参见金鸿浩：《论互联网时代诽谤罪的公诉范围》，《政治与法律》2021年第3期，第153页。

职责或者提供服务的人犯本罪的从重处罚，就是考虑到了该类行为进一步侵害了公共信任。该类行为如经过信息传播引发了大规模的公共信用贬损，可以考虑将此恶劣影响作为从重处罚的量刑情节。其三，作为加重处罚情节的恶劣影响至少应当与刑法条文明文揭示的附随性法益有关联。加重犯的法定刑偏高，如果将与具体犯罪的保护法益无关的恶劣影响作为加重处罚情节，则有违罪刑相当原则。根据刑法规定，盗窃罪、诈骗罪中财产法益侵害之外的其他法益侵害难以成为该罪社会危害性的判断资料。^[52]所以，盗窃、诈骗数额（特别）巨大导致被害人自杀或者突然病发，不论被害人最终是否身亡，即便引发了极其恶劣的影响，也不能将此类恶劣影响认定为“情节特别严重”。

据此，可以理解和批判一些典型案例的判决。有公报案例认为，某文发表后，全国各地一些不明真相的读者纷纷投书杂志谴责行为人，并强烈要求给予法律制裁，影响很坏，作者的行为构成诽谤罪。^[53]诽谤罪保护的是个人名誉，因此本案中造成的对公共安宁的扰乱和对稳定社会秩序的冲击，在定罪时不应予以考虑。再如，微信招嫖类诈骗案件被认定为“虽然案值不大，但严重败坏了社会风气，对当地治安形势造成恶劣影响”。^[54]但是，如果不是诈骗12696元可以认定为侵犯财产数额较大，则不能仅以存在对稳定社会秩序的冲击为由认定成立诈骗罪。反之，2014年轰动全国的太原警察粗暴执法涉嫌滥用职权案，在当时造成了极为恶劣的社会影响。这种影响实际上是损害国家机关和警察群体声誉的危险的现实化，可以归入作为渎职罪入罪标准的“重大损失”的范围。^[55]再如，法院认定，被告人参与的持械聚众斗殴人数多、规模大，造成交通混乱，社会影响恶劣，且相关视频经网络广泛传播后，对群众社会安全感影响较大，更为严重地破坏了社会秩序，量刑时应当考虑此类影响。^[56]在此，恶劣的社会影响应限于与聚众斗殴行为侵害公共秩序法益密切相关的恶劣影响类型，即当时当地的公共交通秩序混乱这一直接的社会影响，其在恶劣影响的类型上属于对社会稳定秩序的冲击。但是，后续的网络视频传播对群众社会安全感的影响则属于聚众斗殴行为的间接影响，不能作为定罪情节来考虑，至多只能在量刑时予以酌情考虑。

三、恶劣影响情节的规范性归责与审查

（一）恶劣影响情节的归责

1. 分阶层处理归责问题

41个公报案例和指导性案例并未论及恶劣影响情节的归责步骤和限制性条件。有司法意见提出了考察恶劣影响情节归责问题的必要性：侵犯公民个人信息“情节特别严重”的一类认定标准是个人信息用途引发严重后果，包括造成恶劣社会影响，此时需要审查认定侵犯公民

[52] 参见张明楷：《论缓和的结果归属》，《中国法学》2019年第3期，第274页。

[53] 参见前引〔19〕，沈涯夫、牟春霖诽谤二审案，第42页以下。

[54] 杨学巍诈骗案，载最高人民法院：《电信网络诈骗犯罪典型案例》，<https://www.court.gov.cn/zixun/xiangqing/200671.html>，2024年3月10日最后访问。

[55] 参见劳东燕：《滥用职权罪客观要件的教义学解读——兼论故意·过失的混合犯罪类型》，《法律科学》2019年第4期，第67页。

[56] 参见广西壮族自治区南宁市江南区人民法院（2019）桂0105刑初561号刑事判决书。

个人信息的行为与严重后果之间存在因果关系。〔57〕

在归责理论上，我国学界近年来多采纳发源于德国的客观归责学说，但该学说并不能直接用于解决由第三方披露信息而导致的恶劣影响情节的归责问题。在恶劣影响情节的归责问题上，最重要的是如何具体评价造成恶劣影响的风险高低程度。本文认为，风险程度和风险行为的不法性都是影响归责的相关因素，但应当在评估风险行为不法性之前先考量风险程度的高低。在评估风险行为（既不是完全无害也不是直接、必然有害的行为）的犯罪化时，范伯格提出了如下系列规则：（1）可能发生的危害的严重性（gravity）越显著，发生该危害的可能性（probability）越显著，该危害的复合风险（risk）越大，禁止该风险行为的理由就越充分；（2）危险行为对行为人和他人越有价值，社会承担该风险就越合理，而危害风险越合理，则禁止造成危险的行为的理由就越弱。〔58〕这些规则其实就是先评价风险的高低程度，再评价风险行为的不法性。

基于上述规则，可以提出对恶劣影响进行合理归责的双层步骤：（1）造成恶劣影响的风险水平越高，就越有理由将结果归责于行为。风险水平的高低取决于恶劣影响的严重性和恶劣影响发生的可能性，但在不同的归责问题中，重点可能放在不同的因素上，因为这两种因素在不同情况下相互作用以确定风险水平的方式是可变的。通常情况下，如果恶劣影响足够严重，但这种恶劣影响发生的可能性非常低，则似乎没有必要进一步评估恶劣影响是否严重。因为公平地说，不应当把微不足道的风险归责于行为。（2）即使造成恶劣影响的风险很大，将恶劣影响归责于行为仍然可能不公平，这是因为归责还取决于风险的可接受性，或者更确切地说，风险行为的合理性。行为的合理价值可以排除把恶劣影响归责于行为。这一层面的评价需要平衡行为的价值和恶劣影响的重大风险，而行为的价值可能以不同的形式（对行为人的个人重要性、对社会的价值）出现在归责问题中。

2. 对恶劣影响情节的阶层式归责

首先，应当评估引起公众冒犯的可能性大小。通常，因为公众人数众多，积量不可忽视，对公众的冒犯往往足够严重。但如果行为造成这种严重冒犯的可能性本身很小，该风险水平就不足以证成对恶劣影响的归责。如果恶劣影响的发生可能“过于遥远、偶然”，〔59〕后续的恶劣影响就不应影响对罪行严重性的判断。例如，即使亵渎国旗等私人不道德行为被偷窥的房东等其他人士披露出去，对社区造成了严重冒犯，行为人也不应当基于后续的冒犯而被处罚，因为这种披露超出了行为人的控制。〔60〕当披露行为不受行为人控制时，例如通过要求在私人场合的其他人不要录制、传播视频，行为人已经作出了合理努力，避免传播冒犯性信息给公众的，应当认为行为本身冒犯公众的可能性很小。因此，将后来的公众冒犯归责于行为人，原则上是不可接受的。

反之，聚众类犯罪客观上就容易出现他人披露不法行为的情况。例如，“围观人员拍摄了王某甲被殴打视频并上传互联网，引发网民关注，造成恶劣社会影响”。〔61〕利用国际互联网

〔57〕 参见2018年最高人民检察院《检察机关办理侵犯公民个人信息案件指引》第2条第4款第2项。

〔58〕 参见前引〔30〕，Feinberg书，第216页。

〔59〕 American Law Institute, *Model Penal Code*, Philadelphia, PA: American Law Institute, 1985, Sec. 2.03 (2) (b), (3) (b).

〔60〕 参见前引〔31〕，Feinberg书，第53页以下。

〔61〕 何某某等三人保护处分案，载最高人民法院：《未成年人检察社会支持体系建设工作典型案例（事）例》，https://www.spp.gov.cn/spp/zdggz/201904/t20190411_414435.shtml，2024年3月10日最后访问。

和翻墙软件等工具，在境外互联网发布，或在境内网络发布，被境外主要传统媒体、网络媒体、外事机构转载、引用的，可以认定为造成恶劣国际影响，因为造成这种国际影响的可能性在行为时就客观存在且这种可能性并非可以忽略。在个人信息犯罪和电信网络诈骗犯罪已形成犯罪产业链的背景下，行为人收取高额报酬出售个人信息，若无可信依据可以排除个人信息的后续使用可能引发人身伤亡、经济损失、恶劣社会影响等严重后果，此时引发恶劣影响的可能性在实质上就不可忽视。〔62〕

其次，信息披露行为在实质上不应当是不正当的。具体而言，先前的行为可能具有适当价值，这使得随后的信息披露行为和相应的惩罚会变得不公正。我们应当比较相关利益的个人重要性和道德正当性，如若对相关利益的牺牲被认为是违法的、不公正的，则不应当把相应的恶劣影响归责于行为人。例如，摄制和泄露私人场合的视频既侵害了隐私权，也违反了人际交往中的信任伦理，允许不正义的归责不利于社会信任的养成。〔63〕因此，随后的恶劣影响不应归责于行为人。

在“黄赌毒”等社会治安管理案件中，警方依据行政法或刑事法采取行动，获取信息的过程合法，但传播信息的过程是否合法，需要进一步考察。首先，根据信息传播的事先限制，如有任何法律或裁决形式的立法或司法干预，禁止在正式发布、广播或上传之前传播信息，该限制必须得到遵守。其次，根据事中警觉执业的要求，在信息传播工作中出现道德或法律问题，应当中止执行开展专业反思，设想可能出现的缺陷，设计出符合公共利益的方法，并认识到这些问题对所有主要利益相关者的影响。〔64〕在传播信息之前，职业伦理也不允许以下几种获取信息的行为：侵害隐私（对一般敏感的理性人而言非常冒犯的对信息、行为的观察）；非法侵入（未经实际或暗示的许可进入土地或处所，在被要求离开后拒绝离开，或在别人的财产上放置录音设备）；侵害数据保护（信息隐私法控制的个人身份信息的收集和存储）；监视（通过人类观察或数字技术监控人们的生活或数据）。〔65〕是故，超出信息传播的必要性不当获取和滥用个人信息（渲染特定情节）以获得更大传播效果的，应当排除对恶劣影响的归责。

信息网络时代的复杂问题是，媒体为了扩大影响力，常常会将其发现的丑闻进行加工，甚至是自给自足地制造舆情。〔66〕信息空间中的网络巨头掌握着网络分化和异化所产生的私权力，影响其他行为者或机构的态度和行为。算法加持的网络传播常态化地决定了社会影响是否恶劣、有多恶劣，这类行为均涉嫌违反信息媒体的伦理规范。其一，传播者事先主观的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技术及信息传播范围；其二，后期算法的自主化深度学习为算法推荐失范行为信息并主导传播范围提供了便捷途径；其三，神经网络算法自动化、连续性地实时点击、检测、修补和更新信息，加剧了失范行为信息的传播。〔67〕算

〔62〕 参见杜天禹侵犯公民个人信息案，载最高人民法院：《电信网络诈骗犯罪典型案例》，<https://www.court.gov.cn/zixun/xiangqing/200671.html>，2024年3月10日最后访问。

〔63〕 参见湛中乐：《自媒体时代公众人物言论自由与隐私的冲突与协调——由毕福剑不雅视频事件说开去》，《学海》2015年第4期，第40页以下。

〔64〕 See M. Pearson & M. Polden, *The Journalist's Guide to Media Law: A Handbook for Communicators in a Digital World*, 6th ed., NSW: Allen & Unwin, 2019, p. 28.

〔65〕 同上书，第446页。

〔66〕 参见前引〔20〕，Friedman书，第590页以下；张燕：《风险社会与网络传播——技术·利益·伦理》，社会科学文献出版社2014年版，第107页以下。

〔67〕 参见熊波：《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》，《新闻与传播研究》2020年第10期，第85页以下。

法全程深度介入、设计、塑造传播过程和环境,已经成为信息网络时代的主流传播形态和业务样式,这给恶劣影响的刑法评价带来了重大挑战。

对于技术升级所带来的网络空间中的信任与安全问题,可尝试通过技术手段来解决。在人工智能时代,社交媒体提供商使用社交机器人账号伪装成人类用户,此种拟人化表象的、海量规模的信息协同活动,以及利用人工智能选择、安排和展示内容的个人偏好定制活动,对内容的可获取性有较大影响,并放大用户的偏差效应。对此,我们可以、也应当通过人工智能来实现算法透明和非歧视性对待,让系统披露内容聚合、选择和呈现的主要标准和权重,包括披露算法运行信息,标记社交机器人;同时,没有客观理由,提供商不得妨碍或区别对待所编辑的内容。^[68]对此,可以借鉴网络中立性的理论。网络中立性是指,不允许高速互联网或宽带接入提供商通过提供更快的服务来显示对某些内容或内容类型提供者的偏爱。^[69]虽然网络中立性理论在立法上的地位历经波折,但其追求言论表达自然状态的理念值得重视。2021年,国家网信办发布新修订的《互联网用户公众账号信息服务管理规定》,国家网信办、中宣部、公安部等9部门印发《关于加强互联网信息服务算法综合治理的指导意见》,分别规制了数据操纵、算法操纵等问题。如果能够证明网络账号的转发、平台的热搜超出了常规操作,则可以认为这类传播所造成的恶劣影响超出了行为人的归责范围,从而成为排除归责的除外情形。

(二) 恶劣影响情节的审查

在41个公报案例和指导性案例中,有7个案例在一定程度上对恶劣影响情节进行了审查。有法院认为,被告人虽有滥用职权的行为,但公诉机关列举的政协委员证言及提案,多名教师的证言及刑事附带民事判决书,不能证实造成了恶劣社会影响。^[70]然而,该法院并未提及相关材料的具体内容和认定“不能证实”的具体理由。另一再审裁判文书提供了一探究竟的机会。一审、二审法院认为,行为人擅自决定挪用收取的取保候审保证金,不能返还当事人,导致数百人次上访要求返还取保候审保证金,严重干扰了国家机关的正常工作秩序,损害了国家声誉,在社会上给国家机关造成恶劣影响。但申请再审意见提出,案卷中并没有数百人次上访的相关证据,只有不足10人到公安局要过保证金,不会造成恶劣的社会影响。再审法院认为,缴纳保证金的180余人中只有11人到东港市党政机关索要,其余133人都是在保证金到期后正常到刑警大队索要,还有50人从未要过保证金,因此行为人并未造成恶劣的社会影响。^[71]不管是认定为对政府公信力的损害,还是认定为其他类型的恶劣影响,恶劣影响都必须是实然发生的客观事实,必须有客观的证据予以证实。

司法者应当规范地证明恶劣影响真实存在,并透彻说明恶劣影响的归责依据。传播程度、传播范围、传播渠道的界定等问题,在实践中的表现形式复杂多样,较难形成共识。但是,不可仅仅因为难以量化,司法执法资源有限,就径直将媒体报道、引发信访、上级重视、证人证言等的客观存在一律推定为造成恶劣影响,从而降低司法者自身的证明责任,将证明责任转嫁给行为人,甚至不允许行为人提出反证。恶劣影响的认定与归责等方面诸多规则的构建,都需

[68] See C. Krönke, *Artificial Intelligence and Social Media*, in T. Wischmeyer & T. Rademacher (eds.), *Regulating Artificial Intelligence*, Cham, Switzerland: Springer, 2020, pp. 145-171.

[69] See A. Packard, *Digital Media Law*, 2d ed., West Sussex: Wiley-Blackwell, 2012, p. 94.

[70] 参见云南省文山市人民法院(2017)云2601刑初526号刑事判决书。

[71] 参见辽宁省高级人民法院(2008)辽审刑提字第5号刑事判决书。

要相应的证明责任方面的规则设计。

首先，证人证言、信访情况、上级重视成为司法实践中比较常见的认定恶劣影响的证据，应当准确把握其证明力和收集、运用方面的要求，不断构建明确合理的规则。指导性案例“马世龙（抢劫）核准追诉案”（检例第20号）、“杨菊云（故意杀人）不核准追诉案”（检例第22号）表明，最高人民检察院在核准是否追诉时考虑了犯罪是否造成了恶劣影响，具体收集了被害人家属、当地群众及基层组织的意见。公报案例表明，在认定职务犯罪中的恶劣影响时考虑了相关主管部门的善后工作情况。^[72]收集和运用这些意见和工作情况时，必须有证据证明其符合前述规范性承认、限定和归责方面的系列规则：（1）这些意见和工作情况必须是与定罪情节相关的特定犯罪的保护法益受到不利影响的体现，或者是与量刑情节相关的特定犯罪的附随性法益受到不利影响的体现，或者是与特定制度目的直接相关的利益受到不利影响的体现。（2）这些意见和工作情况的存在必须是客观现实，而非潜在可能的情况，必须是源于真实、准确的信息，而非明显偏颇、过分夸大的媒体报道或者过激、违法上访行为的信息。（3）这些意见和工作情况的出现是行为人可控制或者可预见的，而非源于不正当的个人、商业或行政操控。

其次，信息网络时代“造成恶劣影响”的抽象评价应当而且可以具体化为新的信息因素。指导性案例“曾云侵害英烈名誉案”（检例第51号）提出：“对于在微信群内发表侮辱、诽谤英雄烈士言论的行为，要重点收集微信群成员数量、微信群组的私密性、进群验证方式、不当言论被阅读数、转发量等方面的证据，证明侵权行为产生的不良社会影响及其严重性。”这种认定恶劣影响的具体化方法具有网络风险社会背景下的某种合理性，体现了犯罪社会危害性的网络聚焦性。如果说犯罪是一种“经济形态”，这种经济形态在信息网络时代就在一定程度上演变为“注意力经济”——聚拢的注意力越多，社会秩序、国家声誉、国家和人民群众利益遭受的危害就越严重。信息泛滥态势下，媒体层面出现的社会现象是注意力经济，而网络群体层面出现的社会现象是道德恐慌（moral panic）。网民日常接触不道德、违纪、违法、犯罪信息，对社会安全出现了抽象的焦虑和恐慌，并在新旧媒体的披露下聚集成群，迫切要求加强社会控制。为了呼应、安抚和纾解这种信息网络社会发展进程中的安全诉求，可以通过立法增设“造成恶劣影响”的处罚规定，或者通过司法解释、部门规章明确提出“造成恶劣影响”的处罚规范，或者通过执法、司法活动适用“造成恶劣影响”的处罚规定和规范。正视这种恶劣影响背后的公众参与性，有利于提升法律实施活动的可接受性和社会效果，实现法律规范的社会治理目标。

在运用信息因素对恶劣影响情节进行具体化时，需要遵循以下两项规则：其一，不可根据媒体报道的层级、数量直接推定恶劣影响的程度，而应当综合分析造成的恶劣影响程度。值得警惕的司法倾向是，在互联网上主要门户网站传播的，直接认定为在社会中引起强烈反应；在一定数量的其他网站传播的，直接认定为在多个不同的社会群体中引起强烈反应；点击量、跟帖数达到一定数量的，直接表明引起了强烈的影响。^[73]须知社会影响的恶劣程度还受到失范行为的类型和具体内容、信息受众的认知能力和认知态度以及媒介形态等多方面因素的综合影响。所以，应当综合多方面因素分析所造成的恶劣影响程度：首先考察媒体的类别、地位、潜

[72] 参见郑筱萸受贿、玩忽职守案，《最高人民法院公报》2007年第6期，第25页以下。

[73] 参见郭旨龙：《信息时代犯罪定量评价的体系化转变》，《东方法学》2015年第6期，第122页。

在传播对象等因素，帮助判断信息扩散知悉的范围，进而考察一定范围内负面评论的数量，最后考察评论的负面程度。^[74]以科学方式收集的恶劣影响材料具有直接的证明力，可委托具有资质的专业调查、统计组织，利用大数据、算法等信息技术，对随机的、相当数量的社情民意进行分类、分层级鉴定。^[75]其二，不可完全依赖对信息因素的定量分析，司法者应当对评论的负面程度进行规范性的审查和认定。在许多情况下，公众对同一事件的评论的负面程度很可能存在差异，即使“大多数人”的观点可以通过传播范围和评论数量进行识别，但忽视看不见的“少数人”的意见和利益也未必妥当。因此，司法者要对评论的负面程度进行规范性的审查和认定。例如，对于对公众的冒犯程度是否真的在规范上达到了“践踏”公序良俗的程度，^[76]在专业机构利用信息技术调查、鉴别社会公众和新闻媒体反应的基础上，应当允许司法者依据自由裁量权和内心确信综合认定恶劣影响的程度。但是，应当预防司法者基于个人价值取向、社会经验而滥用或误用自由裁量权，从而显著偏离司法共同体的职业共识和集体经验。

Abstract: Whether a crime has a bad influence affects conviction, sentencing and procedure application. The nature of “bad influence” is complex, including four categories of dissemination of negative information, damage to public credit, disturbance of public peace and disruption of stable order. Legal interest theory and crime circumstance theory can be used to normatively recognize and define “bad influence” as a legal concept and circumstance type. The randomness and contingency of factors such as media influence are indeed issues that should be considered in imputation, but their reasonableness should not be denied entirely. As to the possibility of the behavior and its consequences being disclosed to the public, whether the disclosure is justified, in line with the moral credibility of the law and the ethical norms of the media should be considered hierarchically. As to the reasonable evaluation and objective measurement of bad influence, the idea and mechanism of due process of law should be emphasized, the reasons for applying the “bad influence” circumstance should be explained, and the degree of bad social influence should be systematically determined through reasonable and clear rules on witness testimony, petition situation, attention paid by authorities and information factors.

Key Words: bad influence, crime circumstance, gravity of the circumstance, legal interest

[74] 参见前引 [47]，关福金等文，第39页。

[75] 参见陈浩：《中国社会情绪的脉搏：网络集群情绪的测量与运用》，载胡泳、王俊秀主编：《连接之后：公共空间重建与权力再分配》，人民邮电出版社2017年版，第246页以下。

[76] 英国法律委员会建议，践踏公共体统罪的人罪要求应改为行为达到足以践踏陪审团所判定的当代社会最低公共礼仪标准的程度。See Law Commission, *Simplification of Criminal Law: Public Nuisance and Outraging Public Decency*, Law Com. No. 358, 2015, para. 4. 10.