

宪法监督权的刑事法界限探析

胡 杰 韩玉胜*

【摘要】 宪法第41条规定“不得捏造或者歪曲事实进行诬告陷害”,刑法中诽谤罪“捏造事实,诽谤他人名誉的行为”作为部门法的具体限定之一;真实性证明作为处罚阻却事由的性质,公民宪法监督言论的范围受到不必要的限制,宪法监督言论的刑事入罪标准应当区别一般言论的刑事入罪标准;宪法监督权的言论属于刑法中的“允许的危险”,行为人履行一定的义务作为前提,应当排除宪法监督言论的刑事有责性。

【关键词】 监督权;处罚阻却事由;允许的危险

中国宪法第41条,将“不得捏造或者歪曲事实进行诬告陷害”作为限制监督权实施的要件。监督权作为宪法赋予公民的基本权利,在权利界限之外则是公民必须遵守的义务,否则“捏造或者歪曲事实”损害国家工作人员名誉的,根据刑法诽谤罪的规定需要追究其刑事责任。但是,“限制必须保持在一定范围内;否则,限制基本权利的法律有可能超越界限而构成违宪”^①,公民实施监督权的言论在刑事法中入罪的界限标准,不仅仅是刑事法中罪与非罪的问题,更决定着宪法监督权的权利外延。本文希望通过对公民实施监督权时入罪标准界限的研究,从部门法角度诠释对宪法基本权利的保障。

一、基本权利的博弈:宪法监督言论刑事法入罪界限的模糊

表现自由权与名誉权之间博弈的结果直接决定着宪法监督权的权利范围,而“这两个彼此间冲突的权利必须调和,否则可能两者都会受到破坏。”^②无论过于保护公民的表现自由权,抑或过于保护公民的名誉权,都不利于宪法监督权的实施。有关监督权的言论,被告人入罪相对容易,出罪途径较少,公民为了避免受到法律上的制裁限制自己的言论,监督权的权利范围必然缩小,乃至“在自由制

* 胡杰,中国人民大学法学院博士生,100872;韩玉胜,法学博士,中国人民大学法学院教授、博士生导师,100872。

①郑贤君:《基本权利原理》,北京:法律出版社,2010年,第206页。

②C. W. Gerdtz & K. J. Wolff, “State Court Reactions to *Certz v. Robert Welch, Inc: Inconsistent Results and Reasoning*”, *Vanderbilt Law Review*, vol. 29, no. 6, 1976, p. 439.

度下以一纸明令限制一切自由,以求避免滥用,则是根本不容想象的。”^①反之,被告人入罪门槛较高,出罪途径增多,公民言论受到法律制裁的可能性减少,则监督权的权利外延会明显增加。但是,报纸、电视等新闻资源在市场化逐利的浪潮中,在新闻自由的浪漫光环下,对公民名誉权保护的职业恪守能否让国民重拾信心仍然有相当大的疑问。

中国刑法中规定的诽谤行为是指“捏造事实,诽谤他人的行为”。凭空捏造一个虚假的事实,对他人名誉造成严重损害,这样的行为违背人类普遍的道德标准与价值准则。但是,根据实体法诽谤罪的规定分配诉讼中的举证责任,可能并非如此清晰明了。刑事案件中,原则上举证责任由控诉方承担,诽谤罪属于自诉案件,举证责任一般情形由自诉人来完成。根据刑法的规定,自诉人要达到诽谤罪的证明要求,需要证明自己的名誉权受到被告人的严重损害,同时被告人有“捏造事实”的行为。

所谓的“捏造事实”,简单通俗的解释就是指某一事实是虚假的,没有真实性的事实。在诉讼中,证明某一事实具有真实性,通过证据证明存在客观事实,完成证明要求;而证明某一事实是虚假的,属于捏造的事实,证明途径则截然不同。可行的途径,或许需要列举所有可能存在的事实,再逐一论证排除事实的真实性。但是,全部证明任务的完成未必能够得出虚假事实的结论,只要被告人进行了事实真实性的证明,自诉人仍然需要接受败诉的事实。因此,直接由控诉方证明某一事实是虚假捏造的,可以说,相当程度上意味着排除自诉人通过刑事诉讼获得法律救济的机会。

在大陆法系国家,有关名誉毁损的犯罪,很少出现通过“捏造事实”的规定,直接作为客观行为的描述。以德国刑法第186条为例,“与他人有关的,对他人轻蔑,以及使名誉低下的评价的事实进行散布的行为,限于事实的真实无法证明的情形。”此处的诽谤行为分为两个部分,

第一个部分要求行为对他人的名誉造成毁损,第二部分需要被告人对于毁损名誉的事实真实性进行证明,只有在真实性无法证明时才是完整的犯罪行为。“捏造事实,毁损他人名誉”的规定虽然简单清晰,但是这样的规定面临着一个危险的困境,也就是说,需要自诉人证明诽谤的事实是“捏造”不具有真实性的,而这种证明要求又是很难完成的。

在中国司法实践中,实际上并非要求直接证明这种“捏造事实”,而是通过诉讼中证明责任的重新分配来弥补实体法规定的缺陷。这种举证责任的重新分配,是通过事实推定这种方式来完成。事实推定是指“在诉讼过程中,根据已经确认的事实,按照一定的经验法则和逻辑规则,推断另一事实的存在。”^②通过事实推定,自诉人一般只需证明自己的名誉权受到他人严重损害,名誉毁损事实客观存在,推定该项事实是虚假捏造的。被告人面对这种指控,可以通过证明事实具有真实性进行辩护。通过事实推定,举证责任重新分配,从起诉方证明某件事实的虚假捏造转为被告人证明事实的真实性,名誉权与表现自由权达到暂时的平衡。

然而,这种平衡并非是牢固的。公民在进行宪法监督言论时,同样地,必须证明事实的真实性,否则违反“不得捏造或者歪曲事实进行诬告陷害”的宪法中的限制规定。随着公民对于监督权的权利需求的日益扩大,表现自由权与名誉权的冲突与矛盾正越来越显著。尤其是网络这一新兴媒介的出现,公民通过网络履行宪法监督权,已经成为监督政府以及国家工作人员全新的途径。以陕西“表哥”事件为例,陕西“微笑局长”杨达才在被网民“人肉搜索”到至少十几块价值几万到十几万不等的名贵手表后,杨达才“表哥”的称呼一日之间被国人所熟知。中国网民通过这种略带幽默的方式履行着监督权这一重大的宪法权利。但是,陕西“表哥”事件在全国范围内产生巨大影响,这种情形更多

^①张佛泉:《自由与权利:宪法的中国言说》,北京:清华大学出版社,2010年,第502页。

^②刘广三:《刑事证据法学》,北京:中国人民大学出版社,2007年,第368页。

的只是特例。随着公民通过网络履行监督权的常态化与普遍化,更多的情形只会在一个区域性的范围内,对官员进行的监督。对公民来说,事件巨大的社会影响力形成的“言论保护伞”会逐渐减弱甚至消失。但是,公民在实施监督权时,通常情况下,获得直接证明官员“违纪”行为的证据仍然是非常困难的,可行的途径仍然停留在类似上述“表哥”事件的情形——对官员非合理正常标准财物占有权的拥有。通过此类证据的搜集,来推定官员具有“违纪”行为。

随着网络反腐的推进,公民参与的兴趣以及热情也是前所未有的。而在网络反腐的背后,则是公民对于宪法监督权的实实在在的履行。这种公民自发的监督相比较通过国家力量进行的监督,虽然略显原始与单薄,但是,无论是对于公民参与国家政治生活途径顺畅的维护,还是对于公民民主、宪政思想的萌芽并茁壮成长期待,都意义重大。然而,从刑事法角度可能并非如此。具体来说,公民在实施监督权时,发现某一官员占有非正常标准的财产,即指称这一官员具有“贪污受贿”的行为。官员对公民提起刑事诉讼,并成功地证明了这些财产的合法来源。公民虽然是根据一定的客观事实进行的合理推断,但是对该官员“贪污受贿”言论的真实性无法证明。公民实施宪法监督权,享受基本权利的同时,也需承担必要的义务,但是这种义务需要在合理范围之内。要求公民必须证明事实的真实性,才能进行监督权的实施,对官员的名誉权固然进行充分保护。但是,增加公民过多的“自我检阅”任务,必然会限制公民监督言论的实施。因此,有关宪法监督言论,刑事法中的入罪标准需要重新审慎思考,以合理充分地保障公民的基本权利。

二、言论真实性的处罚阻却事由说： 刑法解释论的困境

有关诽谤言论,通过事实推定,将举证责任重新分配,由被告人证明事实的真实性以获得

辩护机会。这种真实性的要求,无论是公民在进行言论时就需要拥有事实真实性的根据,抑或是公民事后在诉讼中进行的真实性证明,都是非常严格的标准。客观世界中事实的真实性,对于人类来说,可能是一个无法准确判断与定义的属于极限意义的概念;而法律中事实的真实性,则是通过完整的诉讼后属于裁判意义上的真实性。

诽谤言论作为伴随事实判断的规范构成要件要素,并不同于假冒伪劣产品这类法律的评价要素,也不同于淫秽物品这类与价值有关的评价要素。作为法律的评价要素,由于在法律、法规中已经有了明确的规定,需要证明的标准具体且明确;而诸如淫秽物品的证明,虽然伴随有价值判断,界限标准随着时间、地域的不同而发生变化,不过在一个限定的地区明确的时间段,一般社会观念中淫秽物品并非完全没有标准可言;但是,诽谤言论由于伴随有具体事实的判断,有诽谤言论事实的证明,没有任何具体可参照的标准。如果必须以事后裁判意义上的真实性,要求行为人在具体行为时就通过客观证据搜集而能够进行真实性的证明,只会给予公民过多的自我审查义务。因此,公民在实施监督权时,仅仅是拥有真实性证明的辩护途径是不够的。

作为增加公民辩护条件的可行途径,有关事实的真实性,不仅仅客观的真实性可以作为辩护条件,即使未能进行客观真实性的证明,主观上对有关事实具有真实性的认识,也能够作为辩护条件,对于公民监督言论的保障,无疑具有积极正面的价值。问题是,对于这种诽谤他人的事实,客观上未能进行真实性的证明,只是具有主观方面真实性的认识,真实性认识错误的情形,在刑法中是否可以作为辩护理由,有必要进行进一步的讨论。

在讨论之前,首先需要界定言论相关事实具有真实性时,这种真实性在刑法中的性质。具体来说,监督权言论真实性的性质,存在着两种不同的解释。从真实性的论证必须在诉讼中进行,真实性的证明过程本身来看,这种事实的

真实性属于法律意义上的真实性,需要经过完整的诉讼程序,才能够确定。从这种意义来说,事实真实性的性质是一种刑罚处罚阻却事由。而从刑法规定的诽谤罪的犯罪构成来看,事实具有真实性时,并不具备诽谤罪构成要件规定的“捏造事实”的条件。诽谤他人的事实具有真实性,已经不符合诽谤罪的犯罪构成要件。从这个角度来说,事实的真实性属于构成要件阻却事由。

对诽谤言论相关事实真实性不同性质的解释,真实性认识错误的性质也会有完全不同的结论。真实性的性质解释为刑罚处罚阻却事由,通过事后事实的客观真实性判明的场合,所谓的“物的不法论,阻却违法性”^①。由于真实性的证明并不影响诽谤罪的犯罪构成,只是在符合犯罪构成后对行为人处罚时阻却处罚。事实真实性的认识并不是行为人成立故意的要素。事实的真实性不能证明,即使主观上对相关事实具有真实性的认识,已经不存在所谓的处罚阻却事由。行为人主观上对事实真实性的认识,既不影响诽谤罪犯罪构成的成立,也不能阻却刑罚的处罚。因此,真实性的性质属于刑罚处罚阻却事由的解释,有关真实性认识错误的情形,并不能作为被告的辩护理由。

而相反的,真实性的性质解释为构成要件阻却事由时,对诽谤他人事实的认识错误,属于构成要件阻却事由的认识错误,属于事实的错误。刑法一般理论认为,事实的错误属于构成要件相关的客观要素的错误,阻却故意的成立。由于诽谤罪不存在过失犯,构成要件阻却事由的认识错误,阻却诽谤罪的责任,诽谤罪不能成立。通过这种解释,公民监督言论相关的事实,即使客观上未能完成真实性的证明,但是主观方面具有真实性的认识,诽谤罪也不能成立。公民有关监督权的言论,主观方面的真实性认识也可以作为辩护条件。

但是,从构成要件阻却事由角度进行解释,

如果主观方面的真实性认识,是一种轻信的认识,也就是公民在没有任何客观证据的情况下,仅仅是主观上轻信某一事实具有真实性,相关言论侵害了他人名誉的情形。将这种由轻信而致诽谤他人名誉的行为,也作为法律所保护的正当行为,公民的言论自由虽然获得一定保障,但是又缺失必要的对公民名誉权的保护。为了解决这一问题,旧团藤说认为,这种“所谓的作为实体法侧面的真实,证明可能程度的真实的意味”,“证明可能程度的真实性的认识是指,根据行为人表象的内容健全的常识,有关综合的判断时,能够对有关事实的真实性的认定的场合必要的情形。”^②

通过这种“证明可能程度的真实”,将有关事实的真实性理解为构成要件阻却事由,固然将表现自由权与名誉权的保护进行某种程度的平衡。但是,尚且不说这种诉讼上的“证明可能”与实体上的标准相结合,具体的理论根据以及实际司法的具体操作存在的问题,将这种证明可能作为构成要件要素。也就是说,这种证明可能作为故意的要求,那么犯罪只能在诉讼上事实证明失败的时候才能够成立,起诉阶段这个要件不充足时,严格来说,是不能进行起诉的。^③因此,对于德国刑法第186条文中有关事实的真实性的证明,在德国的通说,是作为处罚阻却事由进行解释。

事实上,有关监督言论的真实性的认识,严格来说,并非对于“真实性”这一事实的认识,而是对于有关监督言论是否具有“真实性”的认识,而后者并非是有事实的认识,只是对于自身行为是否具有违法性的认识。也就是说,有关言论是否具有真实性,并非是一种事实属性上的判断,而只是一种价值意义上的判断。因此,有关监督言论的真实性错误,并非是一种事实的错误,而应当作为法律错误的理解。但是,有关违法性的认识,在中国历来的学说,并不将

^①川端博:《正当化事情の錯誤》,《法律論議》第60卷第2、3卷合并号,1988年,第394页。

^②团藤重光:《刑法綱要各論改訂版》,创文社,1987年,第507页。

^③Bemmann, “Strafrecht: Allgemeiner Teil”, 1985, p. 388.

其作为故意的认识要素。有关法律的认识存在过失时,对于故意的成立并没有影响。从这个意义上来说,虽然真实性的性质可以解释为构成要件阻却事由,但是与此相应的错误论所展开的进一步论述是苍白无力的。因此,试图通过构成要件阻却事由的解释,来扩大对公民表现自由的保护的目的,很难作为可选择的途径。

在诽谤罪的名誉相关的规范名誉说与事实名誉说的争论中,中国刑法从规范名誉说出发,只有虚假的事实对于名誉的侵害行为才作为刑法所规制的对象。规范的名誉是指“尊敬请求权,也就是说根据既有的人格的价值,应当正当的认识、尊重的地位与状态”,^①规范名誉说所保护的法益固然是公民真实的名誉。但是,这种真实的名誉本质的意义是公民对于自己正当的人格价值所应当受到尊重的请求权,这种请求权更多的是一种诉讼意义上的请求权。只有在公民能够证明有关事实具有真实性时才能够真正拥有这种请求权。因此,对于事实名誉说主张的对于名誉进行毁损的行为都是不具有社会相当性的违法行为的论述,是具有一定的说服力的。公民的名誉权作为人格权的重要组成部分,也是宪法所应当保护的正当权利,侵犯名誉权的行为本身是具有社会危害性的。从规范名誉说出发,未能进行真实性证明时,对于侵害名誉权的行为本身作为违法行为,只有被告人在诉讼中未能证明这种事实的真实性时,这种违法行为才具有刑事上的可罚性,并且才能够认定诽谤罪的成立。因此,从这个意义上,刑法有关诽谤罪的事实真实性证明,应当属于刑罚处罚阻却事由。

可以说,将真实性证明的性质理解为刑罚处罚阻却事由,不仅仅具有必要性,甚至可以说是唯一的选择。监督权固然是宪法赋予公民的重要权利,但是,在刑事法中保障宪法监督权的实施,不断提高监督言论的入罪门槛可能并非理性途径。在法律中表现自由权的权利过于膨胀名誉权保护显著缺失,为了使权利在实质意

义上达到平衡,通过法律之外的途径对国家工作人员的名誉权进行保护——这损害的恰恰是法律的裁判性与权威性。表现自由权能够获得权利声张的范围,某种程度上正是取决于对名誉权的法律保护完善程度。在监督权的实现过程中,适当限制监督权的权利外延,保护被监督人的名誉权,同样是完善宪法监督权的重要组成部分。

因此,诽谤罪相关言论的事实真实性的性质,应当解释为刑罚处罚阻却事由。由于真实性的认识并非作为故意的对象,真实性的认识错误并不能阻却故意,对于公民在实施宪法监督权时的言论并未能进行扩大保护。事实上,仅仅对于刑法诽谤罪的条文进行解释,即使能够进行某种程度的扩大解释,但是,这种扩大解释必然也适用于一般言论的情形。从这个角度来说,这种扩大解释,并没有真正体现对宪法监督言论特别保护的初衷。也就是说,在现代意义上的宪法监督言论与一般的言论已经有着本质的区别,两者所体现的表现自由也有着本质的差别。因此,这两种言论的入罪标准必须区别对待,对于有关宪法监督言论必须适用新的标准。

三、基于责任阻却事由的允许的危险： 宪法监督言论的刑事法属性

公民有关宪法监督权的言论,宪法规定“不得捏造或者歪曲事实进行诬告陷害”作为限制要件,从宪法角度来说,宪法中表现自由权与名誉权,同时作为公民的基本权利,并没有所谓高低之别。针对普通公民的言论,公民自由表达意见以不损害他人名誉作为前提,是言论自由的应有之意与基本前提。实施监督权的言论,虽然言论的具体表达方式与针对普通公民的言论没有实质性差别,但其背后的价值承载已经完全不同。有关监督权言论,同时是公民对政

^①平川宗信:《名誉毁损罪と表現の自由》,有斐閣,1983年,第10页。

府监督权的具体体现,是国家政治生活中权力相互制约的重要组成部分。有关公共利益的事实,事实真相不仅关系国家工作人员的个人名誉,更关系着整个社会公众的知悉权。禁止所有有关公共利益的讨论,公民因为害怕法律的制裁限制自己的言论,监督权的实施必然会受到限制。表现自由优先的衡量,使得其在宪法中拥有优越性的地位。因此,有关监督权的言论,相比较一般的言论,需要对于表现自由权予以特殊的保护,而相应的,在刑事法中,宪法监督言论的入罪标准,也需要重新判断与界定。

宪法监督言论的入罪标准与一般言论的入罪标准予以区分,需要解决的前提性条件是,在刑事法中宪法监督言论入罪标准重新界定的理论根据,以及与此相关的宪法监督权言论在刑事法上入罪的具体标准如何界定的问题。

公民的监督言论,具有真实性的情形时言论的合法属性自不必说,而在事后未能进行真实性证明时,并非一概地具有违法属性,或者一概地具有合法属性,是需要具体区分情形的。公民如果没有进行任何资料、根据的搜集,只是轻信事实的真实性,并对国家工作人员名誉造成损害,这种错误言论的社会危害性以及违法属性是毋庸置疑的;而如果公民在言论时,为了监督国家工作人员的行为,已经做了必要的相当准备,也就是说已经履行了自己能力范围内的必要义务,在这个前提下,可以说公民已经排除了言论错误的“危险”,即使在事后未能证明,也应当属于法律所允许的“危险”的范围之内。因此,公民在监督言论时履行必要的义务进行的言论所产生的危害,某种意义上属于刑法中的“允许的危险”。

有关允许的危险所需要满足的条件,宾丁认为符合下面情形之一的危险是法律所允许的,“第一,一定的行为,作为义务承担者,作为原则,该义务的履行所不可欠缺的危险是允许的。其次,法所允许的行为之际不可避免的需要承担的危险,同样的,作为原则也是正当

的。第三,行为人对于自己权利的行使受到妨碍的场合,这种允许的危险范围增大。第四,作为法益维持的唯一手段的法益的危殆化,常常,也是允许的危险。”^①公民在监督言论时,发生错误的情形是不可避免的,可以说是“法所允许的行为之际不可避免的需要承担的危险”。仅仅允许真实言论的存在,所谓的讨论事实上已经失去存在的空间与必要。讨论的生命就是通过在不同意见的交锋中,新的观点与意见的形成过程。所谓正确的言论,只有通过于对立意见的交锋与辩论,支持正确言论的理由才能更加深刻,事实真实性的认识也才能更为全面。有关公共利益的讨论,错误言论是必不可少的前提。因此,对于实施宪法监督权的错误言论,某种意义上与具有真实性的言论处于同等重要的地位。

刑法中的允许的危险,对于思考过失犯认定具有重要意义。通常意义的过失是指,如果行为人对于行为结果应当预见并具有预见可能性,危险结果的发生时,行为人需要承担过失责任。但是,并非所有的有预见可能性的过失行为都是需要处罚的,如果对于所有的具有预见义务的过失行为都予以处罚,那么诸如交通、生产、医疗等等有益于社会发展与进步的行为都将受到极大的限制,社会甚至有陷入停滞的危险。因此,满足一定的条件下的危险,即使行为人对于危害结果具有预见可能性,应当认为属于社会正常发展所允许的危险,需要免除刑法的制裁。

有关宪法监督权的言论同样如此,作为刑法所应当保护的危险,行为人“已经履行了社会生活上必要的注意,如果这个行为存在危险,行为者对此也有认识,即使有认识的状态,所有的刑事责任都不需要承担。有关这一点,作为与责任的问题不可分的结合的违法性的问题。”^②作为刑法中的“允许的危险”,如果行为人在监督言论的时候,履行了必要的义务,即使对于有

^①Binding, “Lehubuch Des Gemeinen Deuschen Strafrachts”, 1902, p. 440.

^②Exner, “Biblothek Des Deutschen Strafrachts”, 1949, p. 197.

关事实的虚假性有预见可能性,应当排除行为的有责性。如果仅仅因为某一言论并非正确的言论,就认为是公民“捏造或者歪曲”的言论,那么公民因为害怕受到法律制裁,必然会限制自己的监督行为,履行宪法监督权的行为也必然会有陷入停滞的危险。因此,有关宪法监督言论的非真实性,公民即使有预见可能性,存在一定的过失责任,但在一定的条件下,这种监督言论引起的危险,也是法律所应当保护的允许的危险。

但是,另一方面,对于监督言论的虚假性具有预见可能性的行为都予以保护,即使是没有任何根据轻信的认识,也会对于公务员的名誉权保护不利,宪法所规定的“不得捏造或者歪曲事实进行诬告陷害”,可能会彻底变为空文。从这个意义上,公民在有关监督言论时,需要满足怎样的义务,满足何种条件属于刑法所允许的危险,这种具体标准如何界定,直接关系着宪法监督权的权利范围。

四、宪法监督言论的刑事法入罪的具体界限

公民进行宪法监督言论需要履行必要的义务,本文尝试通过下面的论述,初步探索判断的标准:公民有关宪法监督权的言论,如果公民能够证明其言论针对的对象是国家工作人员,那么,作为原告的国家工作人员如要获得胜诉,需要证明公民的监督言论的事实是完全没有任何资料、根据的事实,或者有关事实虽然是根据一定的资料、根据,但是这种资料、根据或者是错误、捏造的,或者从一般的公民角度来说,被告搜集的资料、根据与监督言论的事实没有必要的应然逻辑关系。因此,公民在言论时,对有关监督言论的非真实性,即使已经有所预见或者应当预见,但是并非具有这种预见可能性的义务,就认为这样的行为具有过失的危险性;符合

上述条件的监督言论,即使具有客观的危险,也属于法律中所应当允许与保护的危险。

首先,如前所述,诽谤罪的事实真实性证明,原则上是由被告人承担的,但是,如果是有关公共事项,公民为了履行宪法监督权的言论,被告人对于这种事实真实性的证明并非是必要的前提条件。也就是说,被告人只要提出有关言论是有关国家工作人员的言论,无论其是否进行了事实真实性的证明,都可以适用上述标准。因为,上述的有关宪法监督权的标准设定,是有关公民监督权言论时所享有的特殊的权利,这种权利既可以使用,也可以放弃;既可以在有关事实真实性证明失败之后提出,也可以直接提出,均不受影响。

其次,公民在履行宪法监督权时的言论,只要是进行了必要的义务的履行,也就是说只要进行了有关资料、根据的收集,并且这些资料、根据与有关监督言论的事实存在着必要的逻辑联系,就应当对公民的这种言论自由予以保护。公民在言论时对于有关事实的非真实性,存在过失,甚至是有关故意的认识,再所不问,均可以认为是刑法中所允许的危险。有关允许的危险,主要是有关危险的过失形态进行的思考,但是这种允许的危险“并非与故意行为完全没有关系,而作为实例,主要是在间接故意的领域。”^①事实上,无论故意是否可以作为允许的危险的范畴,在这里有关监督言论的允许的危险,所谓的故意与过失并非是对行为讨论的必要前提,只要是符合上述条件的言论,无论其主观方面对有关言论的认识如何,都应当是法律所保护的正当言论。

第三,对于公民搜集的资料、根据,与监督言论的事实之间是否存在逻辑联系,并非根据行为人的认识标准来认定,而是根据普通的第三人是否有认识的可能性来判断。“危险的相当性,也就是有关许容性的判断,是根据经验的重叠而产生的,具有作为平均判断的集合的意味”,“有关法规的诸规定以及前述的平均的判

^①井上祐司,《キーナッペル,刑法における許された危険》,《九州大学法政研究》,第34号,第183-224页。

断的集合(规则、习惯等)作为规范,根据这种规范有关允许的危险,作为根据规范的危险。”^①但是,这种从第三人角度进行的平均意义上对于危险与否的判断,与一般意义上的第三人角度的判断并不相同。具体来说,这里通过普通的第三人进行的判断,并非是指普通第三人根据有关资料、根据,对于有关监督言论的事实是否具有预见可能性的判断;而是指对公民所搜集的客观资料、根据进行判断、分析,固然会产生诸多可能性的判断结果,在这诸多的结果中,普通的第三人是否能够将这种客观的资料、根据与监督言论的事实之间建立起合理的符合逻辑的联系。如果普通的第三人对于公民所搜集的资料、根据与监督言论的事实进行判断分析,认为两者之间存在合理必要的逻辑联系,普通的第三人通过有关资料、根据同样有得出监督言论的可能,只要满足这样的条件,就应当认为公民已经履行了必要的义务。

举例来说,公民在实施监督言论时指出,某一官员的儿子经常开各种豪华跑车,并将照片贴到网络上,指出这一官员有贪污受贿行为。固然,且不说官员的儿子与官员本身并非具有必然的联系,而且这一豪华跑车的所有人也很可能并非是该官员儿子自己所拥有,从一般的标准进行判断,公民这样的言论很可能侵犯官员的名誉权。但是,为了保证公民的监督言论,普通公民在发现某一官员的儿子开豪华跑车后,均会产生疑问,但是,需要公民以此去调查、证明该官员是否具有贪污受贿行为,否则不能发言,并不具有合理性。因此,只要普通的第三人,对于同样的资料、根据,通过合乎逻辑的判断,同样可能得出该官员具有贪污受贿行为的判断,那么就应当认为这种言论应当受到保护。

第四,以“必要的应然逻辑关系”作为认定判断的标准,从某种意义上说,确实存在界限不够清晰的弊端。但是,作为现实生活中的言论的具体情状是相当复杂的,需要根据言论的具体背景、情况进行综合的分析。作为判断的

因素,以下几个因素可以作为相应的参考:(1)综合考虑公民言论时的主观动机。具体来说,需要区分判断公民履行宪法监督权的动机,以及诽谤他人名誉的动机这两种不同动机的具体的情况。虽然原则上只要求言论的对象是国家工作人员,但是对于行为人的主观动机也需要予以必要的注意。例如,对一位刚考入公务员的年轻人的私生活录像进行曝光,这种行为并不具有合法性;(2)对比分析对于名誉权这一法益侵害的程度的范围以及对于表现自由权的法益所应当保护程度的范围。对于已经远远超出表现自由权所应当需要的范围,严重侵害名誉权法益的言论原则上不需要保护;(3)有关言论虚假性的盖然性程度作为是否具有必要逻辑性的辅助的判断标准。如果这种真实性的盖然性程度很低,可以认为有关资料、根据与监督言论之间没有逻辑联系。例如,仅仅看到某一官员的轿车停在其他小区的停车场,就认为该官员的作风有问题,这种情形并不能认为具有逻辑关系;(4)如果从普通的第三人角度,有关资料、根据与言论的事实之间是否具有逻辑联系难以判断抉择时,原则上,为了保护公民的表现自由权,应当偏向于认为两者间具有逻辑联系。

第五,有关宪法监督言论的入罪标准的证明,重新回到起诉一方承担证明责任的通常标准的刑事诉讼的证明责任分配。不过,这并非简单的将举证责任再次进行重新分配,有关适用的标准也需要重新设定。具体来说,有关普通的言论的真实性,原则上需要由被告人证明,而有关宪法监督言论的情形,如果公民能够证明有关言论的对象是国家工作人员,那么有关举证责任需要重新由国家工作人员来承担。但是,如前所述,由于事实的虚假性的证明难以完成,即使对于公共事项的言论,需要对表现自由权扩大保护,直接由国家工作人员证明事实的虚假性,同样是过高的证明要求。因此,国家工作人员在完成公民所收集的资料、根据与监督

^①Mi ri cka, “Die Formen der strafschuld und ihre gesetzliche Regelung”, 1903, p. 154.

言论的事实之间不存在逻辑联系的证明要求时,可以认为公民的言论具有追求刑事责任的必要。

这种举证责任的重新分配,是在刑事诉讼中,举证责任原则上由检察官证明的一种理性回归。这种回归类似于美国诽谤法上的“真实恶意原则”^①,美国诽谤法中的“真实恶意”原则的标准,从某种意义上说,联邦最高法院的大法官正是通过这种途径,最大可能地保护公民的表现自由权。由被告承担证明责任,不仅仅增加被告的证明责任要求,而且需要承担证明失败的不利风险。国家工作人员提出诽谤罪的诉讼时,“真实性、相当性的证明作为被告人的严格的要求,对于言论主体的自主的规制、言论萎缩的产生也是相当严重的。”^②因此,有关宪法监

督的言论举证责任由国家工作人员来承担,是对表现自由权的宪法保护的应然要求。

最后需要指出的是,某种程度上,上述的界限标准对于公民的言论自由是相当宽泛的,甚至有对名誉权保护不利之虞。然而,相比较强大的国家机关,以及拥有各种社会资源的国家公务人员,在直接的对抗中,普通公民自身的力量,是相当弱小甚至不堪一击的。公民作为社会进步与成长的核心力量,公民权的保障作为宪政重要的基础,对于公民正当监督权的实施,部门法应当给予充分的保护。尤其刑事法作为最为严苛的部门法,有关监督言论的入罪应当慎之又慎,方是合理的途径选择。

(责任编辑:蔡道通)

Defining Citizens' Constitutional Rights to Supervision and Its Implications for Criminal Law

HU Jie, HAN Yu-sheng

Abstract: Article 41 of the Constitution provides that “there should be no fabrication or distortion of facts for false accusation”, and as the specification of this constitutional spirit, the criminal law has the corresponding provision to define the crime of “fabricating facts to slander others”; the burden to prove the truth of the accusation put citizens' freedom to exercise their supervision rights under unnecessary restrictions. The criteria for incriminating the constitutional supervisory speech action should be distinguished from those for incriminating the ordinary speech action. The speech made for exercising constitutional supervision belongs to the “allowed dangers” in the criminal law; when the necessary obligations are fulfilled as a prerequisite, the speech should be exempted from legal punishment.

Key words: supervision rights; reason for exemption from punishment; allowed dangers

^①美国诽谤法实际恶意原则是指有关公共利益的事实,原告需要证明被告对有关事实的真实性具有“明知是错误的”或者“不管是正确或错误”的心理状态,原告才有获得胜诉的机会。实际恶意原则对行为对象的“明知”的证明要求类似于明知中“确知”的标准,确知是指“从客观上看,足以直接判断行为人知道”。通过严格的证明要求,有关言论只要被告能够证明属于公共利益,原告就很难通过证明被告具有实际恶意而有获得救济的机会。

^②前田稔:《名誉毀損における“相当性理論”の憲法の考察(1)》,《筑波法政》第38号,第358页。