

【信息安全与法律】

网络表达追责的法治理性研究

张 星¹, 陈堂发²

(1. 现代快报社 总编室, 江苏 南京 210005)
(2. 南京大学 新闻传播学院, 江苏 南京 210008)

摘 要:网络表达追责存在法条适用形式化、刑事政策偏重倾向:一是“社会秩序”“社会危害”认定的模糊性,表现为“社会危害性”解释的主观性,缺失“危害社会秩序”是否适合诽谤罪、“社会危害性”认定是否宜于采取优势证据标准的考量;二是以“寻衅滋事”追责须强化法条的实质性解释,强调援引“寻衅滋事”适用对象的明确性及法益取舍的恰当性;三是应当严格诽谤入罪条件,即以民事责任优先政策弱化检举不实言论的诽谤罪适用。

关键词:网络表达追责;社会危害;诽谤;社会秩序;寻衅滋事

中图分类号:DF49 **文章编号:**1673-5420(2018)06-0014-09

2018年3月第十三届全国人大一次会议期间,最高人民法院工作报告显示,最高人民法院2013年至2017年共审结贪污贿赂等案件19.5万件26.3万人,其中,被告人原为省部级以上干部107人,厅局级干部810人。依法惩治行贿犯罪,判处罪犯1.3万人^[1]。最高人民检察院工作报告强调“有腐必反”,2013年至2017年立案侦查职务犯罪254419人,较前五年上升16.4%,其中,涉嫌职务犯罪的国家工作人员县处级15234人、厅局级2405人。严肃查办行贿犯罪37277人,较前五年分别上升6.7%和87%^[2]。这些案件中有不少办案线索来自各种渠道的社会性监督。就基层反腐治理与执政能力提升而言,实践表明多主体协同监管更为有效与可行,其中就包括了网络批评性表达,网民结合自身利益的诉求在有效表达渠道拓展方面取得了显著进展。但不可忽视的问题是,在局部地区的基层权力行使与监管过程中,网民针对具体人或事的妥当或欠妥当批评性言论并没有得到畅通表达,也未实现应有的监督效能,其中比较突出的问题是地方执法司法机关对待少数案件言论追责的法度失去理性。网民涉公性表达要依法行使,而言论的行政或刑事责任追究,如言论的社会危害性或危害社会公共秩序的寻衅滋事、检举性言论的诽谤性质等,亦有待进一步强化法治理性思维。

收稿日期:2018-09-15 本刊网址:<http://nysk.njupt.edu.cn>

作者简介:张 星,主任记者,副总编辑,研究方向:全媒体传播。

陈堂发,教授,博士生导师,国家社会科学基金重大项目“互联网与表达权的法律边界研究”首席专家,研究方向:媒介传播法。

基金项目:国家社会科学基金重大项目“互联网与表达权的法律边界研究”(15ZDB144)

一、“危害社会秩序”“社会危害”认定的模糊性

包括“扰乱社会秩序”在内的“社会危害性”,是构成无明确伤害对象的某些批评性表达具有违法性的重要依据,社会危害性程度是区分罪与非罪的本质属性。“社会危害性”理论成为立法与司法实践的基本指导思想,但作为言论行为违法或犯罪构成要件,“社会危害性”无疑是一个很难测量的范畴。

(一)“社会危害性”解释的主观性

在为数不少的案例中,执法司法机关的文书将“影响社会秩序”“扰乱社会秩序”“扰乱公共秩序”“影响社会稳定和政治稳定”“扰乱社会治安秩序”“严重危害社会秩序”等作为网络批评表达追究法律责任的事由。如果针对地方问题的批评或检举性言论本身并不足以构成违法,那么,对行为有害性的结果举证就成为案件是否被立案的关键。有些有明确批评指向的言论如果具有诽谤性,危害性结果的举证并不困难。但多数网络批评或检举性言论由于有一定的事实依据,言论所导致的消极后果并不存在,或者不利后果并未明确指向某个具体人。如果地方权力部门意欲从重处罚言论行为,就会更多地选择难以被证伪的“扰乱社会秩序”等泛化的社会危害性表述予以处理。

有些案件之所以引发网络舆论的超常关注,是因为无论作为治安管理处罚还是处以刑事责任,援引“影响社会秩序”“扰乱社会秩序”“扰乱公共秩序”“影响社会稳定”“扰乱社会治安秩序”“严重危害社会秩序”等作为指控事由,更多的是作为加重处罚的“法定”筹码,这些实害性后果则难以举证或根本不存在。“严重危害社会秩序”“社会危害性”是构成刑事责任的必备要素,是公诉案件的必要条件。在该类刑事案件中,除了对个体人格尊严造成严重损害、导致严重后果的情形,社会危害的严重性是另一种普遍性的认定标准。如蓬溪邓某某举报帖案,蓬溪县高升乡林业站工作人员邓某某在博客发帖《铁证举报遂宁市纪委的腐败》,内容涉及其在公开举报该乡农业服务中心主任郑某利用职权侵占退耕还林的农户利益时被乡领导多次威胁,并被停止工作。县纪委仅以党内严重警告对直接责任人予以处罚,郑某的违法行为未得到纠正。遂宁市纪委照搬县纪委的处理材料与意见。邓某某认为在查办郑某侵占农户应得退耕还林补偿款一事上,遂宁市纪委、蓬溪县纪委、县林业局存在共同造假、查处不力问题。蓬溪县公安局、检察机关认定邓某某的帖子涉嫌诽谤何某(时任遂宁市纪委、监察局执法监察室主任)、朱某(蓬溪县纪委副书记、监察局局长)、曾某(县林业局局长)、张某(县林业局纪检组长),严重损害了他人的名誉、声誉,严重危害了社会秩序,情节严重,其行为应以诽谤罪追究其刑事责任。一审法院判决构成诽谤罪,被告人上诉,二审维持原判。

(二)“危害社会秩序”不适合诽谤行为

因内容失实引发名誉侵权纠纷的案件举证事项一般不包括作为抽象的法益的社会秩序,构成刑事诽谤的行为侵害对象与民事侵权行为的损害后果性质认定应当是一致的,即侵害的客体只能是具体的人格权而非抽象的危害社会秩序。但在网络言论案件处理中,一些办案机关出于多种因素考虑,为了加重不适当网络言论行为受追责的过错分量,特别是为了使案件符合公诉的条件,诽谤性案件除了强调当事人名誉严重受伤害,“严重危害社会秩序”往往成为被指控的事由。

在一些以“扰乱公共秩序”“危害社会秩序”为办案事由的案例中,有涉及“诽谤”的案由,包括办案机关认定的构成诽谤罪。案件办理机关倾向于采纳“严重危害社会秩序”的执法标准,是因为《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第二百四十六条对诽谤的客体作了不必要的扩张解释,使得法律的适用在限定公诉条件的同时,将作为名誉核心的综合性“社会评价”与名誉主体所处的客观环境不必要地勾连,导致名誉内涵“复杂化”,并有游离于名誉本质之嫌。名誉权主体的个人社会评价即使显著降低,引起他人或组织误解而损财失业丢官,或精神痛苦导致当事人采取了极端手段,一般情况下这种损害后果的影响只会局限于非常小的范围如单位、家庭内部,对不特定对象的社会影响并不明显,因为名誉损害的直接表现是社会成员的“评价”,评价本身不构成危害社会的行为。除非当事人因被诽谤带来的精神严重伤害而采取故意危害社会的行为,但这种危害行为已属于另一层法律关系。

通过设定诽谤罪来阻止“严重危害社会秩序”犯罪,不是诽谤罪立法的本意。其一,不符合罪责刑相适应原则。根据最高院、最高检《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》及公安部《关于严格依法办理侮辱诽谤案件的通知》的规定,“严重危害社会秩序”主要是指诽谤行为引发群体性事件,或诽谤行为引发公共秩序混乱,或诽谤行为引发民族、宗教冲突,或诽谤外交使节造成恶劣政治影响,或诽谤国家领导人造成恶劣影响,或诽谤多人造成恶劣社会影响。诽谤罪是轻微刑事犯罪,是针对特定主体的言论侵害,其社会危害性即群体危害性不大。其二,与诽谤罪的犯罪构成要件不吻合。一是诽谤罪设置在侵犯人身权利罪下,犯罪行为所侵害的只能是个人的人身权客体,不应该是“社会秩序”客体;二是行为人出于故意捏造并散布虚构事实而非由于信息不对称导致表述事实不完全准确;三是故意的言论损害他人人格、名誉的情节恶劣或后果严重。“严重危害社会秩序”的犯罪行为所侵犯的客体是社会公共管理秩序,客观方面表现为导致群体矛盾、社会恐慌、群体性事件,以及扰乱公共秩序等严重后果。其三,不符合公众的经验认知法则。诽谤罪的对象为特定的人,一般情况下,诽谤的后果仅是损害特定的人格利益,将其与严重危害社会秩序勾连,意味着个体名誉等同于社会秩序,不符合一般人的社会认知逻辑。如果单纯地诽谤个体,个体与个体之间应当是平等的,诽谤地方党政干部与诽谤普通民众应追究的法律责任应当是相同的。如果行为人确有借诽谤地方党政干部以达到故意严重扰乱社会秩序的目的,则行为人已超出了“诽谤”本意,以煽动颠覆国家政权罪,煽动民族仇恨、民族歧视罪,煽动暴力抗拒法律实施罪,编造、故意传播虚假恐怖信息罪等罪名追究行为人刑事责任,则更为适当。

(三)认定“社会危害性”不宜采取优势证据标准

在刑罚谦抑原则的指导下,考虑到言论案件自身价值以及与其他实害性违法犯罪行为有本质区别,应放弃一般的违法犯罪所采纳的优势证据认定标准,以定性分析为主定量分析为辅的方法,对“社会危害性”作出符合多数人“生活经验法则”的认定^{[3]166}。“社会危害性”的理性认定标准强调,网络言论的失当表达已经产生的社会危害性事实证据应达到何种程度才能确定具备社会危害性后果。一般认为,案件受理的证据标准应低于起诉的证据标准,或者说,受理案件的证据标准明显不如起诉的证据标准那么严格^{[4]79}。据以起诉的证据应当达到确实、充分的程度,能够对所认定的事实排除合理怀疑。优势证据标准是指社会危害性的认定应适用较低的标准,只

需达到对程序性事实而非实体性事实认定即可,程序性事实的认定标准应低于实体性事实的认定标准^{[5]44}。也就是说,基于查证所获取的事实只要足以防止社会危害性发生的可能性大于不足以防止社会危害性发生的可能性,就可以认定符合社会危害性条件。

排除优势证据标准的采纳,实际上是一个操作性比较强的量化比较的认定方法问题。其基本思路是确立两组赋值的权衡因素,即削弱因素和加强因素,削弱因素的每项给定负数值,加强因素的每项给定正数值。将削弱因素、加强因素各自赋值所得的总和进行比较,如果削弱因素的绝对值小于加强因素,则表明不采取处罚措施或处罚措施保持谦抑不足以防止社会危害性发生,应认定具备“社会危害性”条件^{[6]196}。此种情况下,应根据设定的社会危害性的五个等次,分别确定不具有违法性、具有违法性但免行政责任、具有违法性并实施行政处罚、构成犯罪但免于刑罚,以及构成犯罪并施以刑罚。反之,如果削弱因素的绝对值大于加强因素,则应当认定不具备社会危害性条件。

构成削弱因素、加强因素的一级测量指标的具体事项列举至关重要,就网络言论的“社会危害性”认定而言,削弱因素的事项应当考虑如下要素,如引发不当言论的诱因是否与公权力行为的过错有关,该不当言论不得已公开扩散的理由充足程度,与公共利益或公众利益的关联度,以及事实详细与可合理相信程度。加强因素的事项应包括正常社会秩序变动的显著度,可以证明的表达者的主观恶意,支撑所宣称的事实的证据欠缺程度,以及权力主体介入的积极程度。两组因素的构成事项的可测量性还有赖于更进一步的二级测量指标的精确设定。借助定量方法可以将“社会危害性”作相对客观化的认定,但网络言论不法行为是比较复杂的多因素综合影响过程,赋值权重可能因为言论的不同违法性质而有所差异。准确的评估并非各因素赋值的简单计算结果,因为削弱因素或加强因素中的相同一级考量指标因素在不同的案件中往往具有不一样的影响力度。

二、“寻衅滋事”追责须强化实质性解释

援引“寻衅滋事”成为近几年来地方执法司法机关办理网络言论案件的一种趋势,网民对具体当事人进行举报,以及针对具体事件或现象发表过激或尖锐批评的,有些案件在未查明基本事实之前,或被处以治安拘留,或被采取刑事拘留,或以“寻衅滋事罪”被公诉,追究刑罚责任。

(一)寻衅滋事侵害客体的特定性

寻衅滋事罪是刑法理论和司法实践中争议比较多的罪名之一。因寻衅滋事罪的条款缺乏“罪刑法定”实质标准的明确性,在网络言论的治理实践中援引该罪名追究当事人刑事责任所招致的非难与质疑,已经越过刑法与刑罚理论探讨的专业性知识壁垒,成为社会舆论关注的公共性话题。从刑法的社会调控机能来说,寻衅滋事罪的存在是不可或缺的。就网络空间的表达而言,任何一次过激的、粗鄙的言辞辱骂或编造涉及民众切身利益的谣言,都有可能将表达者的暴戾情绪引向现实空间,酿成影响社会正常秩序的群体事件。如2017年7月,江苏邳州铁富镇居民汤某某因一笔生意未成,在朋友圈抱怨郯城人不诚实,使用侮辱性言辞,导致部分郯城群众“组团”讨说法,沟通过程中发生集体冲突。汤某某因涉嫌寻衅滋事罪被公安机关刑事拘留。网络型寻衅滋事罪的出现,体现了寻衅滋事罪治理的新样态,而网络空间的特征赋予了寻衅滋事罪新的特

点,也提出了新的法律适用标准问题。

寻衅滋事罪的适用对象是寻衅滋事行为,但根据相关法律条款规定,一方面,就构成要件的要素如“随意”“强拿硬要”“公共场所”等而言,是否符合网络空间的情绪过激表达或捏造事实所具有的外在行为特征,并不明确。另一方面,入罪标准如“情节恶劣”“情节严重”等具有极大的模糊性,尤其在被批评者出于恶意而制止正当的批评监督行为上,收缩的尺度过大。再者,寻衅滋事罪因其补充性罪名的性质,与其他一些言论犯罪在行为方式上存在一定相似性,造成司法实践中具体案件的处理上难以与其他犯罪明确地区分^[7]²⁰²。网络言论表达的寻衅滋事罪应强调恐吓辱骂型的寻衅滋事罪和编造传播虚假信息型的寻衅滋事罪,但尚未解决的适用标准是,是否应该简单地把“网络空间”认定为广义上的“公共场所”,是否应当一概地将“网络空间秩序”包含在“社会公共秩序”范畴内。《关于办理寻衅滋事刑事案件适用法律若干问题的解释》第五条规定,“在公共场所起哄闹事,造成公共场所秩序严重混乱的行为”,有其特指的现实空间处所概念,即车站、码头、机场、医院、商场、公园、影剧院、展览会、运动场,而作为兜底的“其他公共场所”,因其与诸多现实空间处所并列,根据语词并用的基本规则,“网络空间”语词属性不同,不应在此之列。根据第五条后款解释“应当根据公共场所的性质、公共活动的重要程度、公共场所的人数、起哄闹事的时间、公共场所受影响的范围与程度等因素,综合判断是否‘造成公共场所秩序严重混乱’”则能进一步推定,寻衅滋事的场所被限定在实体的空间处所,扩张性适用明显不妥^[8]。因此,寻衅滋事罪立法的主观性、模糊性、口袋性必须通过对构成要件进行明确的界定和对量刑标准进行全面、多层次的设定来完善,使其更好地发挥规制网络言论表达秩序的作用。

(二)援引“寻衅滋事”法条与实质性解释

目前,网络言论案件办理的法律依据基本依赖刑法及相关司法解释扩张适用的思维。这种直接援引可能带来的问题是,与一般的实害性行为不同,即便失当或不法的网络言论由于“虚拟空间”所具有的内趋固化机制及适度自净功能,其“行为”所能产生的“结果”与现实环境勾连强度与效能明显不同于实害性的不法行为,后者在实际后果与主观推测结果上一般都会呈现基本一致状态,某些适当或不法的网络言论尽管能够发酵成剧烈的舆论波并直接影响现实的舆论环境,但舆论本身仅具“象征性行动”的部分属性,将可能发生的结果与实然性后果直接画等号,明显不符合违法行为认定的基本要件。由于行政执法的高效性与机械性的功利目标,对一般违法性的“寻衅滋事”及“寻衅滋事罪”的适用偏重法律条文的粗浅比对层面,忽略了立法初衷所包含的法益衡量作为基石的法条实质性解释。就此而言,利益或权益比较思维优先的条文实质性解释无论对《治安管理处罚法》或《刑法》及相关司法解释的理性适用都尤为重要,它划定了良法与恶法的界线。否则,因为缺少价值主导的精确解释,网络表达者作为有批评义务的公民对其行为后果应承担何种责任会产生不确定感。

实质解释论主张对违法行为要件的解释应摆脱法条字面含义,以法益衡量为核心。尤其追究言论表达“寻衅滋事”的刑事责任方面,必须满足罪责罚的一致性要求。对违法构成要件的解释,必须使行为的违法性达到值得科处刑罚的程度;对责任构成要件的解释,必须使行为的有责性达到值得科处刑罚的程度^[9]。严重社会危害性强调客观危害结果与主观恶性的统一,对网络表达犯罪性要件的解释必须以实害性结果证据证明行为具有应受刑罚处罚程度的社会危害性。

网络批评性言论的法益衡量标准之一是言论本身的法律价值,参与国家事务与社会事务管理的建言,质疑各级各机关及公职人员工作中的问题,是宪法授予公民权利的基本要义。宪法未明确保护但刑法未禁止的言论,以及需要具体判断宪法是否保护及刑法是否禁止的言论^[10],对这些言论的限制亦应以有利于当事人的解释为前提。指导实质性解释的“法益”的另一标准是政治价值目标,民主政治架构应该有充分容纳民众善意但不一定正确的“减压阀”装置。习近平在2016年4月召开的网络安全和信息化工作座谈会上强调:“对网上那些出于善意的批评,不论是对党和政府工作提的还是对领导干部个人提的,不论是和风细雨的还是忠言逆耳的,我们不仅要欢迎,而且要认真研究和吸取。”^[11]

三、网络检举应严格诽谤入罪条件

诽谤侵害的对象是人格利益,人格利益表面上体现为社会评价,但社会评价的状况取决于个体的言论或行为符合社会规范与社会价值体系期待的程度,最终表现为“得其应得”的结果。诽谤对象的名誉感是其对自身价值的自我评价,属主观认识范畴,往往与其真实价值和社会评价不尽一致。民事法律或刑事法律所保护的法益是公众对个体的评价所形成的名誉,不包括名誉感。目前法律并未对诽谤损害对象的客体予以严格限定,尤其是作为诽谤罪的客体,更应该有相对客观的认定条件。

(一)民事责任优先更能体现法治理性

网民检举、批评性言论在名誉、人格尊严侵害问题的法律关系处理上,较之一般性言论更具有复杂性。办案机关在接纳当事人选择民事诉讼或者刑事诉讼解决诽谤问题的意志时,必须考量宪法条款规定所体现的“故意”归责原则,即公民对国家机关及国家机关工作人员提出的批评建议存在明显的故意歪曲或脱离事实的行为,才应被追究法律责任,且根据民事侵害的相关司法解释,以民事责任的承担为主导思想。与非公职的普通公民明显不同,国家机关工作人员在面对确实符合诽谤的违法性要件之言论而主张人格权利益时,必须尊重宪法的这一条款所体现的精神。2010年8月,最高人民检察院出台的《不能把对领导干部的批评指责视为诽谤犯罪的规定》就明确要求,要准确把握诽谤罪与非罪的界限,不能把对个别领导干部的批评、指责乃至过激的言语当做诽谤犯罪来办。最高人民检察院作为法律监督的最高机关,无论对案件的侦查机关还是案件的审判机关,都具有法律正确适用的监督权。国家机关工作人员的名誉保护是民事法律层面、刑事法律层面的问题,更是宪法层面的问题。宪法之所以被推为国家根本法,其本意在于宪法是“治理国家”的法律而非“国家治理”的法律,治理国家的主体当然是人民,公职人员接受民众的批评、检举是宪法规定的义务,只要这种公开的批评、检举不是出于故意的捏造事实,在宪法层面上,公职人员不应该、也没有权利追究批评、检举者的法律责任。而诽谤行为的民事责任、刑事责任、行政责任追究都不宜与宪法赋予公民的批评监督权相抵牾。

当然,包括公职人员在内,公民的名誉、人格尊严作为个体立足社会的基本条件,名誉权同样受宪法条款保护。宪法层面的权利平衡如何落实?对于公职人员尤其是党政官员提出的诽谤追责要求,案件办理机关应当考虑两个因素:其一,诽谤行为的主观状态,具有过错的言论是否属恶

意或故意。如果办案机关未经调查核实就认定内容构成诽谤,不在此种情形讨论之列。由于对公权力的监督、检举普遍存在信息的不对称,批评、检举者的言论不可能与实际情况完全相符,只要基本的事实存在,或对问题性质的判断符合一般人的认知水准,虽分寸有所夸大,对被批评、检举对象造成一定程度的不利影响,不应认定为法律意义上的过失,更不应认定为故意。消除不利影响的方式是公职人员所在机构以单位名义对事实予以澄清说明。只有确能以证据证明的故意编造事实的虚假言论,才构成对公职人员的诽谤,这才符合宪法所规定的“故意责任”的追责原则。其二,追究责任的法律意志行使必须考虑社会效果,只要能达到追究责任、维护法律尊严的目的,应采取民事诉讼的追责方式优先,以体现对宪法精神的遵从。目前民法层面对于公民名誉权保护的立法已经相对完善,诸多的司法解释条文在处理名誉侵权的纠纷方面已经够用,刑法条款可以少用或不用。“诽谤去罪化”的主张还有待立法的进一步完善以及整个社会法律文化氛围的逐渐形成,在目前的反腐倡廉建设环境下,虽不完全放弃以刑事责任追惩出于故意的诽谤性言论,但也不提倡轻易采取刑事诉讼,只有民事确实不能解决的诽谤行为,方以刑事诉讼作为救济。

诽谤罪的立法意图在于把诽谤侵害行为纳入主体平等的个人之间的纠纷,非特殊情况下司法机关采取个人自治原则而不宜强力介入,权利救济凸显民事纠纷的性质,这在《刑法》第二百四十六条第二款的规定“告诉的才处理,但是严重危害社会秩序和国家利益的除外”有明确的体现,“告诉才处理”是权利救济的原则。当然,“告诉才处理”并不表示不告诉就不构成犯罪,而是强调不告诉司法机关对这种犯罪就不提起诉讼,充分体现“意思自治”精神。对诽谤行为实施惩罚的目的是救济个体权利,而不是为处罚本身。鉴于该类言论的特殊属性,只要能对被侵害人的权利施以救济,惩罚手段不具有唯一性,民事诉讼所追求的民事责任同样可以达到救济目的。在传统媒体主导社会舆论的时代,无论是针对公权力机关或公职人员的言论,还是针对普通公民、社会公众人物或是企业法人的言论,如果内容失实导致他人名誉受损,言论表达者存在过错,当事人承担责任的方式除了20世纪80年代初中期屈指可数的刑事自诉案件被追究刑事责任外,数千起侵权纠纷均采取民事诉讼的方式,也并未出现严重影响法律威严的消极社会舆论。网络舆论环境对于诽谤性言论更应该体现民事责任的优先性。

(二) 检举不实言论需弱化诽谤罪适用

互联网的开放、连接与互动属性使得国家、政府、社会与民众的合作共治具备了现实条件,就反腐工作纵深推进而言,权力的运行状态是相互监督制约并有效运转,还是缺少监督制约或效率低下,这既是衡量国家治理水平的重要参数,更是考察权力是否腐败的关键因素。在有些案例中,办案机关将网民检举内容与实际事实不完全相符简单等同于故意散布虚假事实,以“诽谤罪”予以追责几成一种定势思维。

网络检举批评与传统媒体舆论监督相比,由于扩散的瞬时性、不可撤销及信源利用存在的不确定性,产生的损害后果可能更为严重。从人格权保护的一般性规则出发,不能被证实的检举性言论草率公开,对被检举对象确实不公平。但如果网络检举腐败的不实之言损害了官员的声誉而必须承担侵权的民事责任、行政责任和刑事责任时,法治思维下的反腐要求权力机构将网络反腐信息视为一种线索来源而加以正视的政策性要求则难以落实,宪法明确规定的故意责任原则就失去指导意义。为了避免此种情况,对于一时难以核实的检举言辞,立法完善方面应当以党政

干部日常的履职失误行为信息充分公开为基础,结合举报人对于检举信息客观性的审慎程度与主观过错状态,就涉及官员名誉权的保护尺度做出适当的利益平衡,尤其是弱化诽谤罪的适用。在网民检举行为的性质上,如检举人与被检举官员之间不存在可以被合理解释为“私人恩怨”,有明确的消息来源,则网络检举行为属于公民行使批评、建议、控告、检举等监督权利的行为,不属于捏造事实、诽谤他人的违法性行为。

《刑法》第二百四十六条对于诽谤罪的规定被认为是刑事诽谤与民事侵权之间的界限。就该条款的字面表述而言,“捏造事实诽谤他人”即捏造并散布某种虚构的事实与举报不实之词直接相关。但“捏造”强调的是不实之词扩散者的主观故意动机,而不够真实或偏离真相的被表达“事实”不能成为主观故意的证据,应当是完全凭空编造的“虚假事实”才可以证明表达者的故意过错。指控方所强调的“不实之词”可能只是一种尚待被证实的言论,不应当包括有一定的事实根据、却与事实并不完全相符的情况。诽谤所指的“伪称事实”应当强调事实性信息的具体性,包括对事件中人物、地点、内容等方面的具体描述,如果仅仅是高度抽象或概括的事实断言,缺乏具体的事实性元素表达,这类话语不构成事实。《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》所规定的“明知是捏造的损害他人名誉的事实,在信息网络上散布,情节恶劣的,以‘捏造事实诽谤他人’论”,有将诽谤罪的认定扩大化的倾向。因为在实际执行中可能存在两种倾向,一是网络检举性案件中“明知”解释如何保证有利于被告人,缺乏持续性规则;二是将明知他人捏造的事实“单纯予以散布”的行为直接解释为“捏造”,无疑不属于诽谤罪的立法本意,也超出了一般人认知水准的可预测性。

对于诽谤罪的“情节严重”这一要件,是区分承担民事责任还是刑事责任的重要依据,上述的司法解释将“情节严重”的标准确定为“同一诽谤信息实际被点击、浏览次数达到五千次以上,或者被转发次数达到五百次以上的”。这一规定并没有考虑到检举信息扩散过程所具有的特殊性,一方面,社会民众对官员的腐败行为很敏感,网络反腐言论总是更能吸引人们的注意,转发扩散的行为难以避免;另一方面,该类言论散布并不一定代表出自恶意造谣中伤的动机,可以理解为公民以比较低的成本去寻找真相。本质上,诽谤罪以被证实的名誉严重受损的犯罪事实为刑罚的必备要件,如果简单地以点击、浏览次数来衡量情节严重与否,那些潜在的腐败案件的线索举报人只能望而却步。最高人民检察院、最高人民法院相关负责人在回答《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》(以下简称为《解释》)出台意图时强调,《解释》旨在“保护公民合法权益的需要”,“是保障公民表达权和监督权的需要”,“维护社会公共秩序的需要”^[12]。

公民检举权在法律位阶上应高于公民尤其是公职人员的名誉权,因为前者系“宪法性权利”,即公民依赖宪法治理国家,后者则是“宪法规定的权利”,且宪法内嵌条款有公职人员接受公民批评建议的义务。这也符合“角色期待”的社会普遍心理特征。因此,政治价值实现的优先性要求对官员名誉权的保护是极为有限的。有课题组受中国记者协会的委托起草的“新闻侵害名誉权、隐私权新的司法解释建议稿”,就曾提出包括政府官员在内的公众人物应当减让名誉权保护力度:“人民法院在审理公众人物提起的名誉权诉讼时,只要内容涉及公共利益,被告没有主观恶意,对于公众人物提出的侵权要求,人民法院不予支持。”^{[13]338}作为具有特殊价值的检举言

论,其相对自由表达权与官员名誉权的冲突并不是私权利的冲突,在事关公务行为上政府及其官员提起的名誉权主张,尤其是刑法层面的惩治要求,必须确立以满足官员的主张为例外的原则。

参考文献:

- [1] 第十三届全国人大一次会议最高人民法院工作报告[EB/OL]. [2018-03-26]. http://www.npc.gov.cn/npc/dbdhhhy/13_1/2018-03/26/content_2052568.htm.
- [2] 第十三届全国人大一次会议最高人民检察院工作报告[EB/OL]. [2018-03-26]. http://www.npc.gov.cn/npc/dbdhhhy/13_1/2018-03/26/content_2052569.htm.
- [3] 余净植. 宪法审查的方法:以法益衡量为中心[M]. 北京:法律出版社,2010.
- [4] 洪浩. 证据法学[M]. 北京:北京大学出版社,2005.
- [5] 陈卫东,谢佑平. 证据法学[M]. 上海:复旦大学出版社,2005.
- [6] 罗伯特·阿列克西. 法律论证理论:作为法律证立理论的理性论辩理论[M]. 北京:中国法制出版社,2002.
- [7] 周其华. 中国刑法罪名释考[M]. 北京:中国方正出版社,2001.
- [8] 陈堂发. 网络舆情调控的基本理念[J]. 南京邮电大学学报(社会科学版),2014(3):37-40.
- [9] 张明楷. 实质解释论的再提倡[J]. 中国法学,2010(4):49-69.
- [10] 张明楷. 划定言论自由与刑事犯罪的边界[N]. 检察日报,2013-09-10(7).
- [11] 习近平主持召开网络安全和信息化工作座谈会[N]. 人民日报,2016-04-20(1).
- [12] 保护公民合法权益,促进网络健康发展[N]. 检察日报,2013-09-10(8).
- [13] 徐迅. 新闻(媒体)侵权研究新论[M]. 北京:法律出版社,2009.

(责任编辑:刘 云)

On ruling expressions on the Internet by legal rationality

ZHANG Xing¹, CHEN Tangfa²

(1. Chief Editorial Office, Modern Express, Nanjing 210005, China
2. School of Journalism and Communication, Nanjing University, Nanjing 210008, China)

Abstract: Accountability for network expression tends to have a formalized application of legal terms and particular stress on criminal policies. Firstly, there exists fuzziness in recognizing “social order” and “social harmfulness”, which can be found in the subjectivity of explaining “social harmfulness”, the lack of whether “harmful to social order” is suitable for libel conviction, and the lack of whether “social harmfulness” can be determined based on priority evidences; Secondly, the accountability for “quarrel-provoking” needs to strengthen the substantive interpretation of legal terms, emphasizing the clarity of applicable objects and the appropriateness of the legal interests. Thirdly, the incrimination conditions of libel conviction need to be strict, that is to say, the priority policy of civil liability should be stressed by weakening the application of libel in the prosecution of false remarks.

Key words: accountability for network expression; social harmfulness; libel; social order; quarrel-provoking