

被害人视角下损害名誉犯罪的教义学构建

——基于“被害人图像”对“公共人物”的检视

张忆然*

Doctrine Construction for Honour Crimes from the Perspective of Victim

—Viewing “Public People” Based on “Victim Image”

Zhang Yiran

内容摘要:言论入罪背后体现的是言论自由与个体权利的博弈。宪法上的言论自由作为刑事政策根据,通过类型化的“公共人物”这一中层理论渗透至刑法教义学内部。根据被害人教义学,当损害名誉犯罪中的被害人属于特定“公共人物”之时,应借助“被害人图像”的实质解释论工具,考察“加害—被害”的规范关系,精准界定法益值得保护性和需保护性大小。通过“个体与国家关系”与“个体间差异”的双重视角,对比例原则、能力理论、自我保护可能性等因素的综合考察,公共人物名誉权保护的不同需求能被全面地反映出来,实现教义学标准的差异化建构。其一,当权力型公共人物作为被害人时,若关涉公共事项,违法性可被阻却,但应附加“事实的公共性”与“目的的公共性”两项限制;其二,当

* 清华大学法学院与日本早稻田大学联合培养刑法学博士生。本文受清华大学2019年短期出国访学基金资助。

传媒型公共人物作为被害人时,可以通过容许风险原理、被害人自陷风险原理排除构成要件不法;其三,当普通公民自愿成为被害人时,只能适用被害人同意的法理作为违法阻却事由。

关键词: 损害名誉罪 言论自由 公共人物 被害人图像 被害人教义学

一、价值:言论自由的教义学叙事

言论自由是宪法保护的公民基本权利,但是,“人生而自由,却无往不在枷锁之中”。^[1] 言论自由与名誉权、隐私权之间,常常处于紧张状态。损害名誉类犯罪便集中体现了言论自由与名誉权之间的张力。

我国的损害名誉类犯罪包括侮辱罪,诽谤罪和损害商业信誉、商品声誉罪三个罪名。^[2] 其不仅罪状描述简单,对于出罪事由的规定同样付之阙如。而与此相对,域外立法则大多倾向于将“言论自由”作为(超法规的)违法阻却事由,并通过“公共事务”(“有关公共利害的事实”)或者“公众人物”等下位概念,判断何种情形下的意见表达属于“行使言论自由”。^[3] 然而,问题在于:其一,从逻辑上看,涉及“公共利益”的言论表达固然属于“行使言论自由”,但与“公共利益”无关的意见陈述,却未必不属于“行使言论自由”。这样一来,将“公共利益”直接等同于“言论自由”倾向,恐怕难以令人信服。其二,受制于各项条件在解释论上的任意性,言论自由与公民名誉权的价值衡量基本上成为法官个人的恣意决断。所谓“公共利益”的内涵与边界,因而显得相当模糊。毕竟,“宪法作为框架秩序而存在,只是给出消极的边界,而不直接形成刑法规范本身”,“刑事立法确立的具有宪法关联性的法益,仍需刑法教义学的进一步形成,宪法在法益的具体解释中只是一个调控性因素”。^[4] 因此关键在于:在刑法领域,如何精确界定“言论自由”的边界与限度?

笔者认为,为了在教义学层面考察确定“言论自由”的边界,有必要在宪法

[1] 卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆2003年版,第4页。

[2] 鉴于法人名誉权涉及法人类型性、商誉与名誉关系等问题的复杂性,本文仅以针对自然人的侮辱、诽谤罪展开讨论。

[3] 例如,日本的“损害名誉罪”(相当于我国的“诽谤罪”)规定:“前条第1项的行为,经认定是与公共利害有关的事实,并且其目的纯粹出于谋求公益的,则应判断事实的真伪,在证明为真实时,不处罚。”其实是以“公共事务”和“事实真实”这两个要素同时作为违法阻却的条件,在构成要件的基础上进一步限缩。参见黎宏:《日本刑法精义》(第二版),法律出版社2008年版,第399页。我国的张明楷教授认为:“由于对公众人物的看法与评论基本上直接属于对公共事务的看法与评论,而这种看法与评论是宪法规定言论自由的主要目的,所以,对公众人物的看法与评论可以阻却行为的违法性。”张明楷:《刑法学》(第五版),法律出版社2016年版,第919页。

[4] 张翔:《刑法体系的合宪性调控——以“李斯特鸿沟”为视角》,载《法学研究》2016年第4期,第55页。

与刑法教义学之间,构建某种价值下渗的中层理论,进而保证宪法价值在刑法层面的稳定性与规范化。本文认为,若想实现上述目标,必须明确两个方面的问题:其一,哪些因素会对“言论自由”产生影响;其二,如何把握这些因素的概念内涵与规范形象。事实上,在利益状况错综复杂的现代社会,确定“言论自由行使”的一般性界限,显然殊非易事。限于本文的主题与篇幅,在此只能对某些可能影响“言论自由”的特定要素稍作剖析,而无法对全部相关因素面面俱到。在接下来的讨论中,本文将重点分析,在言论犯罪中,被害人身份的公共性特征,与言论自由之间的关系。换言之,就是要通过不同类型公共人物的身份特征,确定言论自由在具体情形下的范围。

更进一步的问题在于,“公共人物”的对象类型性差异,将如何具体影响法益侵害性程度,进而影响对不法的判断?这涉及法益如何界定的问题。法益在人际关系中处于变动不居的状态,不具有刑法保护必要性的相关利益,便不再足以称其为“法益”,更无所谓“法益侵害”。〔5〕而特定利益的保护必要性,则在很大程度上取决于加害人与被害人之间的互动关系。在此意义上,如何界定法益离不开被害人教义学视角下,对“加害—被害”关系的深层追问与系统审视。

被害人教义学是一种目的论限缩的构成要件解释方法,其核心概念是被害人的“值得保护性”(Schutzwürdigkeit)和“需保护性”(Schutzbedürftigkeit),旨在被害人不具有值得保护性和需保护性的场合,否定行为人行为的应罚性和需罚性,从而将相应的行为排除在构成要件该当性范围之外。〔6〕其立论基点在于,在事实性的法益侵害概念以外,还要通过对被害人所处的规范关系的考察,判断该法益是否具有值得保护性和需保护性。加害人与被害人的互动关系,在法益侵害性及构成要件的解释上是一对重要的规范关系。从被害人教义学出发,我们应当避免从单一的行为人视角对法益内涵进行定义,而应由行为人视角转变为“行为人—被害人”双维视角来观察犯罪。

在言论犯罪中,公共人物恰恰扮演着被害人的角色。“被害人图像”(后文将予以详述)这一解释论工具,能够揭示公共人物在“加害—被害”关系中的定位。而这种定位,直接决定了公共人物之名誉在特定情形下的值得保护性与需保护性。总概而论,公共人物身份,一方面意味着对于言论自由应有较高的容忍度(“个体与国家关系”视角),另一方面由于其较强的自我保护能力,值得保护性降低(“个体间差异”视角)。被害人利益消失的地方,正是“言论自由”开始

〔5〕 正所谓,“法益只有在动态的状况下,对人的自我实现具有积极意义的限度内,才具有作为有益的特质而受到刑法的保护之必要。法益只有置放在动态的社会交往中才有意义,否则,讲法益的重要性及要保护法益只不过是一种宣示而已。”马卫军:《被害人自我答责研究》,中国社会科学出版社2018年版,第47页。

〔6〕 参见申柳华:《德国刑法被害人信条学研究》,中国人民公安大学出版社2011年版,第97—98页。

的地方。因此,一旦被害人的利益状况得到廓清,行为人的言论自由空间,也就随之得到确定。这样一来,“言论自由”便不再是抽象模糊的价值宣告,而真正转化为刑法教义学内部的规范叙事。下文的研讨,就将循此思路进一步展开。

二、架构:“被害人图像”与“公共人物”的理论意义

在正式探讨“公共人物”与“言论自由”的规范关系之前,有必要解决两个基础性问题。一方面,如前所述,借助作为被害人的“公共人物”界定行为人的自由空间涉及被害人教义学。因而需要说明的是,被害人教义学本身的正当性何在。另一方面,在个案中,被害人具备的特征往往多种多样。附着于其身份之上的“公共性”,只是其中之一。于是有必要澄清,为什么能够以被害人身份的“公共性”特征为准据,确定言论自由的边界。有鉴于此,下文将对“被害人图像”与“公共人物”的理论意义略做探讨。

(一)“被害人图像”的渊源及法理

所谓“被害人图像”,是笔者借鉴法哲学和政治哲学的成果,以被害人教义学为理论基础而构建的解释论工具。从理论渊源上看,“被害人图像”的概念由“人之图像”引申而来。“人之图像”(Menschen Bild)即“如何在法律上呈现并准备加以法律规定的人类形象(Das Bild Des Menschen)”问题,它决定了法律如何对人发挥作用。^{〔7〕}这一概念最早由德国学者拉德布鲁赫提出,被我国学者视作刑法上的实质解释根据,涉及以“人”为中心的“预设”(立法者视角)与“观察”(司法者视角)。^{〔8〕}具言之,“被害人图像”是对处于社会结构和规范关系中被害人个体形象的描绘。人在社会中生活,因为身处人际关系之中,才获得了以法律规范其行为的必要。“法律建立在个人与他人之间的关系之上,法律的基础是外在的人际关系。”^{〔9〕}“被害人图像”就是致力于这一规范关系图景的勾勒。个人所处的社会结构,大致包括两类重要的关系,一类是国家与个人的关系,一类是个体与其他个体之间的关系。只有妥善处理这两类关系,才能准确衡量被害人法益的保护必要性。

就本文关注的议题而言,“被害人图像”的法理功能主要体现为三点:

其一,个体与国家之间关系的界定。在“个体与国家关系”的处理上,有学者认为,国家在公民权利保障中的角色不应是“家长”,而应是“守夜人”:“在犯

〔7〕 参见拉德布鲁赫:《法律上的人》,载拉德布鲁赫:《法律智慧警句集》,舒国滢译,中国法制出版社2001年版,第168页;刘炯:《通过刑法的弱者保护——基于“人之图像”的学理反思》,载《法律科学》(西北政法大学学报)2017年第2期,第44页。

〔8〕 参见林子杰:《人之图像与宪法解释》,台湾大学2007年硕士论文,第45页以下;姜涛:《人之图像与刑法实质解释》,载《政法论坛》2013年第3期,第39页。

〔9〕 周漾沂:《被害人自陷风险对于行为人不法之作用》,台湾大学2004年硕士论文,第92页。

罪打击有余、自由保障不足的中国,我们迫切需要确立一种个体主义的人之图像,并最终形成偏重于个人利益、个人自由的刑法价值取向。”^[10]政治性言论自由代表公共利益,言论自由的触角过长,会造成公权力对个体名誉权、隐私权的侵蚀。因此,国家应适当限制公民的言论自由,同时适度介入对公民个人权利的保护。

其二,由“抽象人”回归到“具体人”。近代法律中“人”的形象源自古典经济学中的理性经济人的抽象假设。是“利己的、理性的、运动着的”“自由而平等”的人。^[11]但是,仅仅对人进行面目模糊的抽象,不利于最大化地保护每个具体个人,尤其是弱者的利益。因此,现代法律的考察方法出现了由“抽象人”回归到“具体人”标准的趋势。近代法律中“强而智”的“完全理性人”到现代法律中“弱而愚”的“有限理性人”的变迁,强调对处于信息不对称地位和认知能力被遮蔽的主体的保护,方式是根据人的不同身份设置不同的权利义务。^[12]本文引入公共人物理论,对公共人物与非公共人物在适用损害名誉犯罪时区别对待,就是将被害人作为“具体人”来考察。

其三,立足于不同个体之间“自我保护能力”的差异,区分不同的被害人类型。“被害人图像”要求对“具体人”进行类型化、相对化的考察。哈耶克指出,身份所适用的规则并不具有很高的—般性,而是指向特定的个人或群体,并赋予他们以特殊的权利和义务。^[13]诚如斯言:“社会分层的出现以及由此引发了大量的强者与弱者之间的对象性犯罪之后,刑法中的平等就不能固守‘凡具有脸孔者一律平等’的立场,而是需要引入一种弱势平等观念,即从社会正义出发,给社会弱者以更多的法律保护,给社会强者以更多的法律限制。”^[14]对被害人进行强弱划分的方式可能有多种,例如劳动者与资本者、男性与女性、成年人与未成年人等角色与实力的差异。^[15]但是,按照阶层、国籍、种族、性别等因素的划分未必具有刑法意义。根据“实质平等”的“合理区别原则”,“自我保护能力”作为被害人教义学的规范因素,与法益侵害性程度一样,是一种具有刑法正当性的、合理的区分指标。因此,本文立足于公共人物相对于非公共人物在“自我保护能力”方面的现实差异,揭示言论发表者与言论接受者之间,不同类型的

[10] 姜涛:《人之图像与刑法实质解释》,载《政法论坛》2013年第3期,第46页以下。

[11] 参见孙笑侠、郭春镇:《法律父爱主义在中国的适用》,载《中国社会科学》2006年第1期,第49页。

[12] 参见郭春镇:《法律中“人”的形象变迁与“人权条款”之功能》,载《学术月刊》2010年第3期,第21页以下。

[13] 哈耶克:《自由秩序原理》(上),邓正来译,生活·读书·新知三联书店1997年版,第191页。

[14] 姜涛:《弱势平等:理论界定与刑法实践》,载《江苏社会科学》2012年第5期,第155页以下。

[15] 参见同前注[10],第40页以下。

规范关系。

(二) 引入“公共人物”视角的理论意义

笔者认为,在损害名誉犯罪的解释中,考察被害人是否具有“公共属性”极为必要。理由主要有以下三点:

其一,对于权利界限的精确界定,离不开“公共人物”视角。总有学者宣称,权利和自由止步于他人的权利和自由,“你的权利止于我的鼻尖”,公民的言论自由亦应止步于他人的名誉和隐私。然而问题在于,世界是普遍联系的;任何行为的实施,都将对他人的利益状况产生或多或少的影响。就本文议题而言,所有的言论发表都会对他人的名誉或隐私,产生直接或间接的危险。如此看来,隐私权、名誉权以及言论自由的边界何在,实际上并不明确。而对公共人物的考察正好有助于对权利边界加以澄清。如前所述,法益侵害的有无与程度,取决于行为人与被害人之间的相互地位与互动关系。被害人的值得保护性与需保护性,影响了相关行为不法意涵。就这里关注的问题而言,公众人物拥有的特殊身份,同样会对相关言论之不法内容产生影响。既然被害人的身份特征与行为息息相关,在理论上正好可以利用前者,为后者的明确化创造条件。

其二,仅凭“公共事项”的性质无法准确划定言论自由相关性的范围。如果我们承认,“公共人物”视角的引入有助于明确相关权利的边界与限度,便不得不面临另一个与此相关的质疑——考察言论自由的界限问题既可以关注公共人物的身份,也可以关注相关言论牵涉的事项。那么,判断言论是否涉及“公共事项”,是否同样可以确定权利边界?实际上,在既往讨论中,这样的尝试不乏先例。例如,以往的理论倾向于通过“是否涉及公共事项”来判断是否属于言论自由,进而阻却诽谤行为的违法性。但是,公共事项本身亦是一个极为模糊的宽泛概念,“公共事项”本身如何界定,又是个争议颇多的问题。例如,日本著名的“月刊ペン事件”,对于具有较大政治影响力的某大型宗教团体的会长,与属于该团体影响之下的某政党的女性国会议员之间存在性关系这一事实,虽然其本身属于私生活上的事实,却可以成为“有关公共利害的事实”。^[16]当然,笔者并不否定“有关公共事项”可以成为构建出罪事由的一项条件,但是,对于“公共事项”的界定无法仅仅通过事实本身的公共性来判断。另外,与公共事项有关联的当事人可能有很多,只有具有公共人物身份的当事人才具有自我保护可能性,即有能力通过自己拥有的媒体资源来澄清谣言、对抗新闻媒体的造谣诽谤和不实传闻。而普通人即使卷入了有关的公共事项,也只能被各色言论席卷和裹挟却毫无反抗之力,最终受到难以弥补的创伤,自己的正常生活也深受困扰。

[16] 参见松宫孝明:《刑法各论讲义》(第四版),王昭武、张小宁译,中国人民大学出版社2018年版,第129页。

正因如此,才有学者提出,公共人物与公共议题不能相互替代,公共人物是对事件当事人主体身份的认定,而公共议题则是对事件所涉及内容或者行为的认定。^[17]相较于直接设定言论自由的抽象价值,以及划定公共事项的范围,通过“公共人物”要素的对象类型化,至少是可资参考的限制性要素之一。

其三,“公共属性”有助于判定行为所造成的法益侵害程度。或许有人认为,该当某一罪名的行为,其法益侵害的程度是同一的。根据行为对象这一非法定身份,认定不同的法益侵害程度,有违平等保护原则。例如,对于良家妇女和卖淫女,尽管从事的职业不同,生活作风和性羞耻心有别,但不应认为对卖淫女的性自主权的保护程度应低于良家妇女,或者侵犯卖淫女性自由的强奸行为社会危害性更小,从而在量刑上区别对待。笔者承认,对于强奸罪的保护法益即性自主权而言,的确不应根据对象身份的差异实行区别性保护;然而,名誉权法益的双重内涵^[18]决定了,根据对象是否具有“公共人物”身份,名誉权的法益侵害确有程度之分。例如,法人没有名誉感情(主观名誉),对于法人名誉的侵害只能是对外部名誉的侵害,因此,对于法人商誉的保护明显要低于自然人名誉权的保护。再如,作为“公共人物”的明星试图拿自己的私生活和绯闻进行炒作,以便为自己带来“流量”,这种有意炒作的行为所招致的外部评价“贬损”,并不会真正侵犯明星本人的名誉感情,对其外部名誉的侵害也很有限。名誉权具有很强的主观性,对于不同对象的名誉权侵害可能具有不同侧面,从而表现为法益侵害性程度有异。实际上,我国司法解释中也有类似规定,例如,盗窃残疾人、孤寡老人、丧失劳动能力人的财物的,或在医院盗窃病人或者其亲友财物的,“数额较大”的标准可以按照一般标准的50%确定;偷拿家庭成员或者近亲属的财物,获得谅解的,一般可以不认为是犯罪,追究刑事责任的,应当酌情从宽。这也是由于对象身份的不同所导致的法益侵害程度的差异。如果不从对象和身份的差别入手,那么虽然容易判断法益侵害性之有无,却无法说明法益侵害之大小。由于构成要件是不法类型,不同的法益侵害程度,对于构成要件的实质解释又会产生影响,从而影响构成要件该当性判断。因此,就判定法益侵害程度而言,被害人身份特征的“公共性”视角不可或缺。

[17] 参见齐晓丹:《权利的边界——公众人物人格权的限制与保护》,法律出版社2015年版,第16页。

[18] 有关损害名誉犯罪的保护法益,存在外部名誉或名誉感情的争议。外部的名誉是指社会对人的价值评判;主观的名誉(名誉感情)是指本人对自己所具有的价值意识、感情,即意欲获得尊重这种人之为人的情感。笔者认为,名誉权法益具有双重内涵,一者为外部名誉,一者为名誉感情。理由大致是:首先,不论是日本还是我国,对于侮辱、诽谤罪都规定了“公然性”要件,如此看来,就很难将损害名誉罪的保护法益仅仅解释为名誉感情。其次,侮辱、诽谤罪之所以被设置成“亲告罪”,很大程度上是为了照顾被害人的名誉感情,而给予被害人自主决定是否行使自我保护权的空间。

三、图式：“被害人图像”对“加害—被害”关系的勾勒

立足于“被害人图像”与“公共人物”的理论意义，可以对“公共人物”在损害名誉犯罪“加害—被害”关系中的形象特征予以细致刻画。以下是详细展开。

（一）“个体与国家关系”视角下的“公共人物”

“个体与国家关系”视角下的“公共人物”，在言论入罪的问题上，体现为国家应在何种程度上干预言论自由，并作为公民名誉权保护的有力后盾。这主要涉及政治性言论的问题。

政治言论是公民对公权力进行舆论监督、维护公共利益的最有效工具。政治言论形成公共意见，具有公共利益取向，与政府官员的名誉权相比，是一种更为优越的利益。因此，当两者产生价值冲突时，对政治性言论自由的保护使得弱化政府官员的部分名誉权获得了正当性。这是比例原则的应有之义。比例原则原本只是宪法学、行政法学的基本原则，但目前学界的有力观点主张在刑法中引入比例原则，助力于国家公权力与公民基本权利之间的合理划界，并作为“贯通刑事政策和刑法体系的调控性因素”。比例原则“以自身具有的、比刑法的基本原则更高的位阶效力，强力约束着刑事权力的运行，从而在刑法的秩序维持机能与自由保障机能的博弈中起着‘安全阀’的作用，有力地规范着公权力和基本权利之间的动态平衡”。^[19] 张翔教授进一步指出，对公民基本权利的剥夺，要接受比例原则的审查。比例原则是对公权力行为的目的与手段进行衡量，也就是在所欲实现的目的与所造成的损害之间进行衡量，不能为了某个目的而付出过分的、不合比例的代价。^[20] 德国学者 R. 哈赛默 (Haseimer) 从被害人教义学的观点出发认为，一个行为的刑事可罚性除了从犯罪人方面以法益受损害的程度或者法益的危险性定义之外，还与法益保护的手段适当性、必要性与合比例性原则相联系，从被害人方面来说就是被害人的需保护性。^[21] 刑法措施在被害人缺乏需保护性的情况下，由于违反合比例性原则而不被运用。^[22] 可见，比例原则也是判断刑法上的被害人需保护性的一个重要标准。目前普遍认为，言论自由权的确蕴涵着一个有利的前提，当公民的言论增进了大众对公共事务的讨论而不是仅仅出于个人经济上的一己之私时，公民这一权利就应处

[19] 姜涛：《追寻理性的罪刑模式：把比例原则植入刑法理论》，载《法律科学》（西北政法大学学报）2013年第1期，第109页。

[20] 参见同前注[4]，第57页。

[21] R. Haseimer, Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik, Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsmerkmals in § 263 StGB, 1981, S. 166. 转引自申柳华，同前注[6]，第218页。

[22] Raimund Haseimer (Fn. 21), S. 80, 81. 转引自申柳华，同前注[6]，第237页。

于优先保护的地位。^[23] 为了民主监督的需要,相比普通公民,可以在更大程度上限制国家工作人员的名誉权。^[24] 从被害人需保护性上看,这种国家干预与公民自由的平衡基本符合比例原则。

总之,从“个体与国家关系”的视角看,为了实现公共利益的目标,促进言论空气的自由流动,政府官员作为公共人物,必须出让部分个体权利,对其名誉权实行弱化保护,否则就会导致“寒蝉效应”(chilling effect)。当然,公众对影视明星或文艺界人士的私生活等事项的好奇心和兴趣,与上述政治言论自由的关联性较弱,不能构成足以对抗公共人物名誉权的价值抗辩。

(二) 立足于“个体间差异”的“公共人物”

“个体间差异”视角下的“公共人物”,着眼于“能力”要素的考察,对被害人进行类型性区分。这是对“弱势平等”观念的阐释和贯彻。“各人的社会上的有差别的状态,明显地表示了其社会地位的强弱,为此方才有可能由法律进行考虑,即保护社会的弱者和限制社会的强者。于是乎,组织化的社会的帮助、集中国家的帮助取代了自由。”^[25] 弱势平等或实质平等的观念并不违反平等保护原则。平等保护原则并不要求人与人之间的“绝对平等”。“绝对平等”的观念认为,只有“绝对无任何差异存在的状态”才是平等,这终究会导致抽象、虚幻的人权。即使是在法律或政治层面,不容许任何差异的绝对平等,事实上等于否定实定法秩序。“相对平等”观念则认为,人与人之间的差异是现实存在的,采取不同的规范或不同的待遇,若能实现平等,就不是违背平等原则;有时不同的待遇或规范,反而是实现平等的手段之一。当然,相对平等所容许的差别对应,不允许恣意的选择,否则必然形成更多的不平等状态。因此,这一差别对待必须有合理性、公平性的基准,此即“合理区别法理”。^[26] “能力”要素便是合理区别的要素和标准之一。

“能力”理论是一种社会学理论。能力(capability)是指一个人能够实现的各种功能的组合,是某种意义上的积极的自由,代表着能够实现理想生活的真实机会。^[27] 努斯鲍姆(Nussbaum)将能力理论应用于个人发展和福利,认为能

[23] See *Palko v. Connecticut*, 302 U. S. 319, 327(1937). 转引自彼得·昆特:《宪法在私法领域的适用——德、美两国比较》,余履雪、蔡定剑译,载《中外法学》2003年第5期,第616—617页。

[24] 参见侯健:《诽谤罪、批评权与宪法的民主之约》,载《法制与社会发展》2011年第4期,第158页以下。

[25] 星野英一:《现代民法基本问题》,段匡等译,上海三联书店出版社2012年版,第102页。

[26] 阿部照哉「法の下の平等」,蘆部信喜編『憲法Ⅱ人権(1)』,有斐閣1985年版,214、216頁。

[27] See Amartya Sen, *The Standard of Living*, Cambridge University Press, 1987, p. 36. 转引自袁康:《主体能力视角下金融公平的法律实现路径》,载《现代法学》2018年第3期,第181页。

力不仅取决于知识、技能等内部能力(internal capabilities),还受获取产品、服务的机会等外部条件(external conditions)影响,而特定主体的能力会影响其参与经济社会活动、获取福利和实现发展的水平和程度。^[28] 主体能力与制度存在着关联并受制度影响。制度(institutions)在能力理论中扮演着相当重要的角色,因为制度通过对社会、经济以及政治的调整会影响人们的生活,制度并不只是对个人的行为进行规范,而且还会构造和改善外部环境。^[29] 法律便是这样一种制度。在自由主义法治国家和市场经济体制环境下,由于个体能力的不平等,仅仅保证起点和机会上的平等并不能排除自由竞争过程中所造成的优胜劣汰、弱肉强食的不平等状态。因此,必须在制度、法律、政策等各个方面对主体能力的差异进行协调和平衡,例如,通过立法和司法过程的介入,加强对弱者的保护,限制强者的自由。

加害人与被害人之间的能力强弱对比,在被害人教义学上被界定为不同的“自我保护可能性”。为了与能力理论的表述统一起来,亦可称之为“自我保护能力”(Schutzfähigkeit)。被害人教义学主张,刑法乃是国家保护法益所使用的最后手段,如果被害人本身可运用适当的手段来保护其法益(具有自我保护可能性),而任意不用时,则刑法自无介入之余地。^[30] 换言之,当被害人具有自我保护能力或自我保护可能性时,被害人欠缺值得保护性与需保护性,行为人的行为即欠缺应罚性和需罚性。至于“自我保护可能性”的判断,并不存在一个普遍性的标准,而是总结出一些大致应当被考虑的因素,比如法益享有者的基本能力;具体个案中财产的侵犯方式;是否能够获取进一步的信息;是否可以采取避免措施等。^[31] “个体间差异”视角下公共人物的“加害—被害”关系,根据自我保护能力的强弱对比,具体又可分以下两类情形讨论:

其一,在“公共人物”与普通公民之间,通常存在“自我保护能力”上的巨大差异。“能够影响公共利益之人必定占有更多的社会资源,不是担任公职就是引人侧目的公众人物,此类人群比较能有效利用媒体反驳虚伪陈述,通过个人自助行为就能有效消减名誉法益被破坏的程度,从而适当抑制刑罚发动的可能性。”^[32] 美国的格茨(Gertz)案中对公共人物作出的限制之一是,公共人物有

[28] M. C. Nussbaum, *Women and Human Development: The Capabilities Approach*, Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 85. 转引自袁康,同前注[27],第181页。

[29] Walter W. Powell, Paul J. Di Maggio, *The New Institutionalism in Organizational Analysis*, Chicago: University of Chicago Press, 1991, p. 11. 转引自袁康,同前注[27],第181页。

[30] vgl. Amelung, *Irrtum und Zweifel des Get? uschten beim Betrug*, GA 1977, S. 1ff.

[31] 参见同前注[6],第226页。

[32] 陈珊珊:《论诽谤罪的价值抉择与检验逻辑——以彭水诗案为发端》,载《中国刑事法杂志》2008年第1期,第58页。

“接近媒体以洗刷污名的机会”，此一接近媒体的机会必须规律且具持续性。^[33]例如，对政府官员名誉权予以弱化保护的理，一是与言论自由的相关性（如上述）；二是政府官员的“自我保护可能性”相对较强。影视明星某种程度上也是如此。而普通公民显然没有与公共人物相匹敌的资源与途径，无法在名誉受损时及时有效地为自己“正名”。鉴于公共人物相对于普通公民的强势特性，有必要对公共人物的名誉权保护予以相对的限制。言论自由必须平等保障公平使用、接近媒体的权利。若允许特定集团垄断利用，或排除特定人士与党派接近使用，都是明显的形成差别而违反平等原则。^[34]

其二，在“公共人物”相互之间，“自我保护能力”相差不大，通常处于势均力敌的状态。如果加害人与被害人双方同样具有政府官员或者影视明星的身份，两者在获取媒体资源和疏通言论渠道方面，其进攻和防御手段相当，很难出现一方对另一方的压倒性优势，因而一方对另一方的侮辱、诽谤也很难形成毁灭性打击。相反，公共人物之间的相互攻讦，有时反而成为民众在街头巷尾津津乐道的谈资，借助大众的口耳相传提升了双方的知名度，进一步强化了其作为“公共人物”的影响力。即使认为双方因卷入相互的“口水战”而导致双方的名誉权减损，这也类似于相互斗殴情形无法成立正当防卫，自己招致的名誉风险理应由各方被害人自我答责。因此，在同为“公共人物”之时，加害人行为的法益侵害性，或者被害人法益的值得保护性，都没有较通常情形下、普通公民之间的犯罪有什么特殊性。形象地说，公共人物身份的加害人与被害人之间，类似于旗鼓相当的体育竞技比赛的参与者，对其适用“Fair Play”的竞赛规则较为合适，法律只能居中公正裁判，而无任何正当理由偏重于保护加害人或被害人一方。

（三）类型：“公共人物”的规范界定

通过上述两个视角的透视，公共人物的概念可以进一步类型化、规范化。就此而言，宪法学上的“公共人物”理论可资借鉴。该理论起源于美国衡平时代的相关司法实践，并通过“《纽约时报》诉沙利文案”“格茨诉韦尔奇案”“沃尔鲍姆案”，臻于成熟。按照这一理论，公共人物可以分为三种类型：普适性的公共人物、自愿的有限公共人物、非自愿的公共人物。^[35]普适性公共人物，是指绝大部分时间都出现在公共视野中，在所有背景下和从各个方面看，都具有普遍

[33] See *Eric Waldbaum, Appellant. v. Fairchild Publications, inc.*, 627F. 2d 1287 (1980).

[34] 参见许庆雄，《人权之基本原理》，台湾独立作家出版社2015年版，第160页。

[35] See Clay Calvert, Robert D. Richards, “A Pyrrhic Press Victory: Why Holding Richard Jewell is a Public Figure is Wrong and Harms Journalism”, *La. Ent. L. Rev.* vol. 22, 2002, pp. 305-312. 转引自郭春镇：《公共人物理论视角下网络谣言的规制》，载《法学研究》2014年第4期，第160页。

的声誉和知名度的人,代表性的是公共官员、影视明星等易于被公众普遍关注的人。自愿的有限公共人物也被称为“漩涡公共人物”,这类人在特定范围内自愿地“将自己置于公共问题的漩涡中,从事意在通过吸引公众注意力来影响结果的行为”。^[36]而非自愿的公共人物,则是不小心被卷入某种意外或预谋的公共事件中,非自愿地成为公众关注的焦点。虽然这三类公共人物掌控的社会资源和影响力可能存在数量级的差距,一旦套上“公共人物”这一外衣,其名誉权和隐私权都要受制于媒体的表达自由,适用“实质恶意”标准。^[37]

在本文看来,上述区分虽然对公共人物的具体类型进行了大致清晰的勾勒,却在某种程度上偏离了公共人物理论的初衷。之所以有必要对“公共人物”予以额外关注,正是因为其人格中包含的公共性要素,有可能对不法行为内涵产生某种规范影响,从而反向限定言论自由的边界。然而,根据被害人教义学,之所以作为被害人的“公共人物”能够影响行为不法,不在于其具有何种外观,而是因为其在规范层面拥有更强的名誉保护能力。例如,在现实中,公众人物往往很容易利用公共平台回应不实言论,轻而易举地消除相关言论的消极影响。^[38]反观传统公众人物理论,其片面关注“知名度”或“自愿性”等外部特征,却对公众人物可能包含的规范意涵只字不提。如此一来,通过“公共人物”界定言论自由之规范限度的努力,必然变得无的放矢。

按照被害人教义学的基本观点,自我保护能力的强弱,对应着被害人“需保护性”与“值得保护性”的有无,而这两个要素又直接决定了行为不法的内容与限度。^[39]因此,有必要以“自我保护能力”为主轴,对上述公共人物的分类与内容加以重构。一方面,非自愿的公共人物应当排除在“公共人物”范围之外。原因在于,非自愿的公共人物,通常长期远离社会公共资源,虽然暂时取得一定的媒体曝光率和关注度,但对于信息发布、传播的渠道并不具有实际的控制力和支配力,从实质的资源获取能力上来讲本与普通人差异不大,因而并不具有足以被视为“公共人物”的自我保护能力。如若对之适用公共人物的统一标准,恐怕并不妥当。另一方面,传播权力扩散导致公共人物的类型和范围拓展。在市场经济和网络时代,社会形态和社会结构处于变动之中,社会分工进一步复杂

[36] *Gertz. v. Robert Welch, Inc.*, 418 U. S. 352 (1974).

[37] 参见郭春镇:《公共人物理论视角下网络谣言的规制》,同前注[35],第162页。

[38] 参见张明楷:《网络诽谤的争议问题探究》,载《中国法学》2015年第3期,第70页。

[39] 从被害人教义学的视角来看,行为的刑事可罚性从被害人方面来说就是被害人的需保护性,被害人的需保护性与法益侵害的普通危险成正比,而与被害人的自我保护可能性成反比。当被害人具有自我保护可能性(保护能力)却未进行自我保护时,无法归责于普通的法益危险,被害人的需保护性丧失。哈赛默指出,当潜在的被害人并非处于无保护的地位,而是具有保护能力时,支持这样一种不成文的规则——在法益享有者自己可以保护其法益之处,不需要、也不允许刑法保护。参见同前注[6],第217、231、225页。

化;加之网络二次传播扁平化的时代背景,传播门槛降低,传播权力倾向于平均,使一些原本不具有自我保护能力的职业从业者,一定程度上也拥有了“经常和持续接触媒体的能力”,掌握一定的媒体话语权。公共人物因其身份和职业的差异,概念内部的类型性也愈加明显。我国有学者认为,公共人物不仅包括公共官员,在一定范围内为人民所公共知晓和关注,具有一定的社会知名度,为公众熟知的人士,比如文艺体育界的明星、知名学者、劳动模范,也包括在内。^[40]当然,无法对上述提及的各种公共人物类型一一加以分析。在此,为了使讨论具有代表性,同时又具有某种程度的普适性,笔者将公共人物分为三类:

第一类是“权力型公共人物”,亦即因掌握“公共权力”而获得公共性的人。在我国,指的是具有公职人员身份的人,典型代表就是前述提及的政府官员。

第二类是“传媒型公共人物”,指代不掌握公共权力,仅通过大众媒体的宣传而获得公共性的人。例如影视明星等不具有公职人员身份的人(下文以影视明星为样本展开探讨)。

第三类是自愿成为公共人物的普通公民。

美国公共人物理论出于平衡言论自由与名誉权的初衷,以“公共人物”为核心构建出一系列司法规则。我国完全可以在引入公共人物理论的同时,在刑法教义学层面设定主观责任以外的影响标准,使该理论在损害名誉犯罪的教义学构建中焕发出新的生命力。

基于上文阐明的法理,下文将根据“公共人物”的不同类别,立足于被害人法益的值得保护性与需保护性,分情形对损害名誉犯罪的教义学标准进一步展开探讨。在细部构建中,也渗透了有关“加害—被害的强弱关系”“公共人物作为被害人的保护力度”等被害人教义学上的考量因素。

四、权力型公共人物作为被害人:关涉公共事项的违法性阻却

当权力型公共人物作为被害人时,言论自由的优越利益究竟应当阻却违法性,还是以欠缺实质的法益侵害性为由,直接否定构成要件该当性?这里就涉及刑法教义学上的技术性问题。笔者认为,一般不宜直接否定损害名誉类犯罪的构成要件该当性,构建超法规的违法阻却事由是较为合适的途径。

以政府官员为例,对于政府官员的名誉权而言,虽然对比言论自由和维护公共利益的重要性后,需要弱化保护,但这并不意味着,诽谤、侮辱官员的行为自始不具有构成要件符合性。政府官员的公职人员身份,决定了其作为国家的代表行事,其名誉不仅承载着自身的仕途生涯,更承载着政府机关的公信力。

[40] 参见张新宝:《隐私权的法律保护》(第二版),群众出版社2004年版,第97页;王利明:《人格权法研究》(第二版),中国人民大学出版社2012年版,第218页;杨士林:《“公众人物”的名誉权与言论自由的冲突及解决机制》,载《法学论坛》2003年第6期,第6页。

对于官员的职业生涯来讲,清正廉明的职业声誉是其生命线,职业性质决定了对于“政治清誉”的保全远比其他职业更重要。如果有人肆意捏造有关公职人员的谣言,将政府官员污名化,即使事后澄清是谣言,造成的影响也是不可估量的。此外,可能由此引发的政府公信力的毁损灭失,将会削弱公民的法治信仰和规范认同。况且,许多层级较低的公务员,虽然其公务行为也与公共利益有关,但因能量较小而不具有典型的公共人物的影响力,从自我保护可能性上看可能与普通人无异。这种情形下,不可否认谣言有时会产生“塔西佗陷阱”,使普通公务员面对无端诋毁而陷入百口莫辩的状态。因此,政府官员的名誉权本身值得保护,政府官员作为被害人时,一般不宜直接否定构成要件该当性。

其实,对于政府官员“无中生有”的毁谤和污蔑,具有值得刑法处罚的法益侵害性,只能在违法性阶层,根据优越利益原理阻却违法。鉴于民主法治国家的政治传统和社会一般通常观念,在政府官员名誉权和言论自由之间,存在较为稳定的价值位阶。利益衡量原理的优势在于个案判断和个案衡量,因此,笔者主张借鉴德日刑法中的处理方式,在构建“公共人物”身份这一基础上,另行附加“事实的公共性”“目的的公共性”的限制条件,以在个案中容许弹性化的综合判断。具体阐述如下。

(一) 事实的公共性

当政府官员作为被害人时,在身份认定的基础上,再叠加公共事项的性质予以限定,可以更精确地引导出罪。政府官员的公共人物身份并不是全天候的,还要判断其是否基于政府官员的身份从事有关公益的行为,例如履职行为、竞选行为等。对于政府官员的私人事务,如私生活、病历、身体缺陷,只要不涉及私德和生活作风问题而与公共利益产生联系,原则上不允许捏造和散布。这也是民法领域的主流观点:“公共人物并不是完全‘公共的’,其纯粹私人性质的言行不应纳入公共范围,其合法权益不能因其特殊身份而受限制甚至遭受不法侵害。”^[41]问题在于,究竟如何区分“私事”与“公事”。笔者认为,民法上有关公务员隐私权的限定,可为此处“事实公共性”的判断提供借鉴。

民法上将政府官员的隐私权分为“绝对隐私”和“相对隐私”。绝对隐私是指与履行公职和公共利益无关的信息,属于纯粹的私人领域,享有与普通民众同等的保护,如住宅不受侵犯、家庭生活和正常私生活不受侵犯、通信自由和通信秘密受法律保护、正常婚恋和正常两性生活不受干扰等。相对隐私是指与公共利益有关,基于官员身份而产生的个人生活信息资料,如个人履历、家庭主要成员就业、财产状况以及纯粹家庭生活之外的人际交往等。^[42]“相对隐私”的

[41] 张红:《人格权各论》,高等教育出版社2016年版,第330页。

[42] 参见喻军:《论政府官员隐私权及其规制——以绝对隐私、相对隐私为切入点》,载《政治与法律》2013年第5期,第81页。

范围,主要以我国现行法律法规为据。^[43]例如,在财产方面,根据我国公务员财产申报制度,对于不属于申报对象的国家工作人员,其财产信息享有与普通公民同等的保护;在社会关系方面,本人、配偶及共同生活子女的出境、经商、婚嫁、买房等事宜,应向党组织和政府部门报告。至于私生活中个人品质和道德行为等方面的问题,即所谓私德,通常涉及政府官员的生活作风和廉洁性,也会与公共利益有关,比如“包养”情妇等。

参照上述隐私权的范围,能够大致判断什么是与公共利益相关的事项。有关“相对隐私”的信息,一般具有“事实的公共性”。在“绝对隐私”领域,隐私权保护的是信息的私密性,防止被公开;在“相对隐私”领域,隐私权保护的则是信息的客观真实性,在公开和讨论过程中不能被歪曲。如果行为人在有关“相对隐私”的事项上捏造并散布虚假事实,由于与公共利益的强烈相关性,仍然能够阻却损害名誉类犯罪的违法性。

从比较法上看,日本的损害名誉罪对于“事实的公共性”有较具体的规定。^[44]我国刑法中虽未予以规定,但在其他法律法规中有类似规定,可以在判断公共事项时作为参照。例如,我国《律师法》和《全国人民代表大会和地方各级人民代表大会代表法》中,明确规定了律师的“法庭言论豁免权”和人大代表的言论豁免权。

(二) 目的的公共性

成立违法阻却事由要求行为人主观上具有正当化要素。因此,当政府官员作为被害人时,要求行为人出于正当的公益目的,也就是“目的的公共性”。问题在于,在诽谤罪的场合,当行为人散布的是虚假事实,且对该事实与客观真实不符有所认识,若行为人主要出于公益目的,自认为是正当的言论自由行使,是否还可以评价为诽谤罪的“捏造或散布事实”。^[45]这种情形其实属于容许性构成要件错误(假想正当化)。在这一点上,日本学界的部分理论可以提供一点启发。

[43] 相关文件有:中共中央、国务院《关于党政机关县(处)级以上领导干部收入申报的规定》,中共中央纪委、中共中央组织部《关于省部级现职领导干部报告家庭财产的规定(试行)》,中共中央办公厅、国务院办公厅《关于领导干部报告个人重大事项的规定》,《公务员法》,《行政机关公务员处分条例》,《中国共产党党员领导干部廉洁从政若干准则》,地方政府《公务员职业道德规范》等。

[44] 《日本刑法典》第230条之2第2项规定:“与尚未提起公诉的人的犯罪行为有关的事实,在适用前项规定时,视为与公共利害有关的事实。”第3项规定:“前条第1项的行为所指摘的事实,与公务员或者基于公选的公务员候补人有关时,则应判断事实的真伪,证明其为真实时不处罚。”可见,日本刑法特别指出犯罪追诉、公务员任职两项事项属于公共利益的范围。

[45] 为了应对网络诽谤的严峻情势,我国的《网络诽谤解释》将法定的诽谤罪要件即“捏造事实”扩展到“篡改事实并在网络上散布”与“明知是捏造的事实而在网络上散布”两种情形。或言之,行为方式由“捏造并散布”扩张到“明知并散布”。

《日本刑法典》第 230 条之 2 对损害名誉罪的违法阻却事由明文规定了“真实性证明”要件,有关公共利害的事实,只有能够证明为真实的才能阻却违法。但是,为保障言论自由、知情权,不仅仅是真实的言论,即便是不真实的言论,在一定限度内也有允许的必要性。为此,日本学者藤木英雄认为,基于确实的资料、根据而相信事实是真实的场合,属于表达自由的正当行使,因此,即便不是根据《日本刑法典》第 230 条之 2 规定的违法阻却事由,根据《日本刑法典》第 35 条“正当行为”的一般性违法阻却事由也可能阻却违法性。在此基础上的修正说认为,提出以确实或相当的资料、根据为基础的言论本身,就可以作为第 35 条的正当行为阻却违法性。^[46] 这一修正虽然在逻辑上行得通,却意味着,客观上披露了虚假事实因而损害名誉权的行为,只要有一定的根据,不是完全凭空捏造,也能被正当化。这样,对于第 230 条之 2 所规定的“真实性证明”的要求就被虚置了,使得特殊的违法阻却事由的规定失去意义。不过,这一阐释反倒是与本文的构建暗地合致。我国诽谤罪的构成要件必须散布虚假事实才能构成,散布真实事实的行为原本就不符合构成要件,根本无法进入违法性阶层,因此,“事实真实性”也无所谓成为违法阻却的条件之一。以此法律规定为基础,在我国完全可以认为,即使事实本身为虚假,行为人也对此有所认识,但是,如果具有相当的资料、根据,并非完全凭空捏造,根据容许性构成要件错误的理论,可以否定构成要件故意,仍应肯定行为人的“目的公共性”,属于言论自由的正当行使,因此,不应认定为诽谤罪的“捏造并散布”或“明知并散布”。反之,如果行为人极其轻率,将信口胡言的事实肆意传播,难以认定行为人具有公益目的,该当诽谤罪的构成要件。当然,日本刑法理论的探讨更加复杂,例如,“事实的真实性”究竟是违法阻却事由还是处罚阻却事由,究竟是客观真实还是“证明可能程度的真实”等一系列的问题。此处不再赘述。在我国,这些讨论得到了简化,因为我国自始就未将披露真实事实的情形纳入诽谤罪的构成要件。

附带提及的是,侮辱罪与诽谤罪具有法益同一性,法定刑完全相同,是补充关系。因而此处以诽谤罪为原型所构建的违法阻却事由,由于并不涉及“真实性证明”的要件,对于侮辱罪也完全适用。

五、传媒型公共人物作为被害人:容许的风险与不法之否定

相较于权力型公共人物作为被害人的情形,传媒型公共人物作为被害人时的探讨较为复杂。传媒型公共人物也具有公共人物身份,其名誉权并不比政府官员值得更多的保护。如果涉及公共事项,且兼具“目的的公共性”,言论自由

[46] 参见西田典之:《日本刑法各论》(第六版),王昭武、刘明祥译,法律出版社 2013 年版,第 116 页。

依然是更为优越的利益,对于损害其名誉权的言论,也应该阻却违法。例如,日前在网络上传播得沸沸扬扬的“范冰冰偷漏税事件”,由于关涉国家税收的公共利益,相关评论和报道尽管对范冰冰个人的“星途”造成了毁灭性打击,仍然能够阻却违法。然而,对于传媒型公共人物来讲,其名誉权与公共事项和政治言论的关联度较小,关涉公共事项因而阻却违法的情形并非常态。例如,在非公共领域,与影视演员有关的评论和报道,通常是为了娱乐、休闲目的,关涉的话题可能从私生活到穿衣搭配,甚至接受采访时的言行。这些场合由于缺少压倒性的优势公共利益,因而无法基于法益衡量原理排除违法性。此时,影视演员与其他不同主体之间“加害—被害”关系的差异性就凸显出来,值得细致分析。在与公共利益无关时,传媒型公共人物作为被害人的出罪路径不在违法性阶层,而在构成要件阶层。具体而言,可能有两种方式:一是容许的风险;二是被害人自陷风险。

(一) 容许的风险

对于传媒型公共人物而言,例如影视演员、模特、体育明星以及其他类似从业者,其名誉权的保护相较于普通公民而言,具有行业特殊性。一方面,接受大众的广泛关注和评价是其所从事的行业性质的固有特点。传媒型公共人物的生命力在于其“人气”或“热度”,必须将自己置于闪光灯下接受别人的鉴赏和评价。如果没有观众关注和评论,反而是其行业影响力缺乏的体现。即使略微有些出格的评论,某种程度上也是传媒型公共人物基于行业性质所必须容忍的。另一方面,传媒型公共人物的知名度决定了其收入来源,其名誉权更多地承载着经济价值和经济利益。甚至可以说,其知名度本身就是一种无形的财产。例如,有关注度的演员能够吸引更多接拍广告和电影的机会,反之,说哪个演员已经“过气”了,基本意味着其职业生涯很难再向上跃进一个台阶。因此,传媒型公共人物的名誉权较之于普通人,具有更显著的经济特性。

罗克辛(Roxin)认为,行为容许与否的判断基础,是人们行动自由及与自由实现相连结的社会利益,和由此而生之必然风险之间的权衡。^[47] 借由利益衡量而决定的实质不法概念,是浮动的且相对的,禁止某一行为所要维护的利益越小,或者从事该行为所能体现的利益越大(侵害越小),刑法就越不能禁止这个具有侵害倾向的行为。^[48] 这一“容许的风险”原理,能够通过融入被害人教义学的判断,使之在运用时进一步精确化。这是因为,在事实的法益侵害性恒定的基础上,被害人法益的值得保护性和需保护性越小,禁止制造风险的行为所要维护的利益就越小,就越没有理由禁止该风险。其实,被害人教义学原

[47] vgl. Claus Roxin, *Bemerkungen zum Regreßverbot*, FS—Tröndle, 1989, S. 177(187).

[48] 参见周漾沂:《风险承担作为阻却不法事由——重构容许风险的实质理由》,载台湾《“中研院”法学期刊》2014年第1期(总第14期),第193页。

理最根本的意图不过就是,“如果把被害人的自我保护可能性概念和从行为人角度相对应的犯罪能量连结起来,则有可能在微罪的领域里由于不法程度减轻而使得不动用刑罚的决定正当化”。^[49] 根据容许的风险原理,对于传媒型公共人物的侮辱、诽谤行为,其法益侵害风险有限,被害人的值得保护性亦有限,基于风险权衡应被容许:

首先,基于传媒型公共人物所处的行业性质,对其名誉权的法益侵害,较之普通人更小。通常情况下,名誉权具有外部名誉的侧面,即本来应有的社会评价。外部名誉之所以值得保护,是由于社会评价如同一个人的名片,代表了一个人的品行和信用,对一个人正常的人际交往、经济活动以及求学、工作等均有重要影响。但对于传媒型公共人物而言,外部名誉不再承载这些重要的信用价值,外部名誉的贬损与其职业生涯不是呈负相关,甚至呈正相关的关系。例如,许多影视演员通过营造自己的绯闻来提升影响力或知名度,以此为手段来追求事业的成功或者积累财富,名誉权所具有的外部名誉侧面已经被行业性质消融了。因此,普通大众出于娱乐目的或消遣、释放压力的动机所进行的调侃、戏弄,很难说对于演员的外部名誉造成了实质性贬损,仅限于对其名誉感情的侵害,甚至对名誉感情的侵害也很有限。就此而言,普通大众的评论,可以说是具有社会相当性的行为,并未制造法上具有重要性的风险。

其次,根据被害人教义学原理,传媒型公共人物的自我保护能力较强,能够进行自我保护,因而法益的值得保护性较小。影视演员通常能够借助影视公司发布宣传和通告,在微博等自媒体上也有相当的粉丝量和关注度,有宽广的渠道和影响力去为自己澄清谣言、消除影响;而普通公众的言论影响力有限,即使在网络上捏造并散布,其传播面和受众通常也极其有限,信息受众一般也会持谨慎态度仔细分辨消息的真实性,一般难以在整个行业市场里面产生足以毁损名誉、造成相当经济损失的效果。因此,当普通个体作为加害人时,传媒型公共人物与个人之间“加害—被害”的强弱关系失衡性加剧,被害人的值得保护性较小,刑法上的需保护性较弱。

鉴于上述两方面的衡量,如果是普通大众在微博等自媒体、网站刊登的新闻后面附加侮辱性留言,或者转发相关不实传闻,甚至在微信朋友圈或者其他社交空间中发布对传媒型公共人物的猜测、诋毁等议论,即使引起一定的关注度,形成一定范围的舆论场,基于“容许的风险”原理,也难以谓之为侮辱、诽谤行为。当然,并不是说普通公民一定无法构成对于传媒型公共人物的侮辱、诽谤。例如,有组织的网络水军恶意灌水发帖,或者在具有影响力的网站上批量

[49] 周漾沂:《被害人自陷风险对于行为人不法之作用》,台湾大学2004年硕士论文,第36页。

化地发布污蔑性评论和谣言,形成较为恶劣的影响,可能构成共同犯罪。在韩国轰动一时的“崔真实自杀事件”中,一个证券公司的女职员在股票论坛发帖,捏造了“因崔真实放高利贷给男演员安在焕而致其自杀”的谣言,成为导致崔真实自杀的直接诱因。陈冠希“艳照门事件”也是由电脑维修工将维修电脑中的私密照片上传至公共网络引起的。不过,这已经超出了通常情况下基于娱乐、休闲目的随意发布在留言区、评论区的议论,因而超出了容许风险的范围,属于极其例外的情形。

相反,当与传媒型公共人物处于平等力量地位的媒体、记者、“微博大V”、电影公司等作为加害人时,相较于普通个体作为加害人的情况就发生了变化。此时,由于加害人与被害人具有同等畅通的言论宣传渠道和广泛的公众影响力,在这些加害人面前,明星甚至还要稍处下风,两者的进攻和防御手段相当,“加害—被害”的强弱对比关系被弱化,被害人的自我保护可能性相对削减,值得保护性升高,刑法上的需保护性增强。如所周知,记者或者具有官方地位的媒体的公开报道往往具有一定的说服力,如果错误报道容易误导公众,所产生的不利影响因而不易消除。这对于传媒型公共人物的名誉损害风险是很大的,容易在较广范围内,如在某一行业或地区,或者网络上形成广泛影响。例如,所谓的“中国第一狗仔卓伟”披露的新闻具有真实性,凭借其记者身份和长期的“从业信誉”获取信任,即使伺机捏造不实传闻,也不会有人怀疑其真实性,这样就为明星澄清谣言保全声誉造成了很大的障碍。另外,与普通大众基于娱乐目的的戏谑性评论不同,报纸、记者或影视公司的宣传报道往往基于存心的污蔑、报复或泄愤目的,或者夸张地描绘以博人眼球、提升销量,因而在报道的内容上容易重点突出一些色情内容或者极具人格贬损意义的传闻,危害性更甚。因此,对于这类情形一般不能以容许风险的原理否定其构成要件该当性。

(二) 被害人自陷风险

在交通、能源和医疗等特殊危险领域,为了实现正当有益的社会目的,应容许进入该领域的行为人从事一定的危险行为。类似地,考虑到接受评判和谴责的概率,影视行业、文体行业等具有一定曝光度的行业,对于从业者的名誉权而言就是一个风险领域。或许有人认为,影视行业的行业性质所带来的危险,与交通、能源和医疗等特殊危险领域的风险不可同日而语,因而无法视为一个危险领域。然而,危险领域本来就不是一个绝对概念,只是针对某一类或某几类犯罪而言,是否是这些犯罪的高发领域。例如,交通领域的高发危险是针对生命、人身法益而言的,并不会对名誉的减损有什么威胁;相反,影视等行业的高曝光度与大众传媒的多样性,虽然不会对传媒型公共人物的生命和身体法益造成威胁,但对于其名誉权施加风险的概率就非常大。同时,影视行业与体育竞技行业一样,有其现实存在的合理性。对于明星“八卦新闻”的关注和讨论能够

满足普通民众的猎奇和娱乐心理。如果说体育竞技行业具有社会有益性,那么影视行业、文体事业满足民众的娱乐享受的功能,也自有其社会价值。当然,这也并不是说,只要从事影视行业等,进入这个“圈”,就意味着自愿进行了“风险接受”,自动放弃了对于自己法益的保护。不过,不容忽视的是,有时传媒型公共人物的自我宣传行为有可能被界定为自招风险,从而在不法的归责上产生疑问。在现实社会生活中,也存在类似较为成熟的行业和领域,以往也有学者对被害人自陷风险原理在这些领域中的运用进行了探讨。例如,在商业领域,被害人以投机目的从事交易最终受骗或决策失误而遭受财产损失的,应由被害人自担风险;在证券交易市场,无论股票是低价抛售还是被“套牢”,均取决于被害人自己对瞬息万变的股市行情的预测,不能归咎于他人;自愿购买银行的金融产品的,不仅有权利获取金融产品产生的收益,同时也要承担交易造成的损失。在古玩市场也久已形成“不打假、不三包、出售赝品不算骗”的交易行规,也使“打眼”和“疑假买假”的行为由被害人自负其责。上述事例均说明,当被害人自愿进入特殊的风险领域,遵守约定俗成的交易习惯或行业规则从事交易,就应当对自己缺乏审慎的行为所造成的损失后果自我答责。

同理,以影视演员为代表的传媒型公共人物,一旦进入相应的“风险行业”,就将自己的名誉置于巨大的舆论风险之中,应当具有基本的风险意识,特别注意自己在镜头下的言行举止,以及提高警惕防范偷拍和跟踪等。美国的格茨案判决指出:公众人物必有接受公众检视的认知。^[50] 尤其是,传媒型公共人物自身具有较强的自我保护能力和可能性,有一定的媒体资源和宣传渠道,理应履行自我保护的义务。然而,前文已然提到,由于行业性质的缘故,传媒型公共人物的名誉权与经济利益之间千丝万缕的联系决定了很多时候其不惜以自曝其丑或者抹黑自己的方式来换取一举成名的机会或者媒体流量,还美其名曰“自我炒作”或“自我营销”。例如孙宇晨借“巴菲特午餐”之机对区块链技术进行炒作与营销,在公众中产生了恶劣的影响。诸如此类,传媒型公共人物在进行个人的价值衡量已经决定了,这种积极主动的炒作所招致的外部评价的“贬损”,并不会真正侵犯其本人的名誉感情。这种丑闻或绯闻既为其自己制造和散布,其本人也就无法被视为“被害人”。毕竟,被害人如何对待自己的法益,是自己的“分内之事”,是基于自己的自主决定,根据自己的主观偏好所做的个人化判断,无须与社会主流价值观和社会道德观念保持一致,法律也应当对其个人选择保持尊重。其实,这样的行为与古玩市场的投机交易并无本质区别,被害人主动放弃了对于自己法益的妥善保护,属于被害人自陷风险的行为,如果因此不雅照在网络上被广泛传播,或者被恶意侮辱和抨击,被害人不能再请求法律

[50] See *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U. S. 323 (1974).

对其名誉权予以保护,名誉权受损的结果不能归责于行为人,应由被害人自我答责。

六、普通公民自愿成为被害人:被害人同意的法理

对于普通公民的侮辱、诽谤行为相当程度上侵害了其名誉权,不仅侵害其外部名誉,更侵害到其名誉感情,因此无法直接阻却构成要件该当性。由于普通公民不具有公共人物身份,也无法以维护公共利益为由,凭借言论自由的优势利益来阻却违法。或者,即使与言论自由有所关联,笔者也并不赞同将非自愿地卷入公共事件的普通人界定为公共人物。因为,从“自我保护可能性”的大小来看,其资源获取能力和接触媒体的能力与普通人无异,并不具有强势特征。

一般而言,普通公民的名誉权具有全面的防御性质,刑法应予以全面保护。当然,普通公民也可能自愿放弃自我保护,同意新闻媒体的采访和报道,由此阻却违法性。其背后蕴含的法理基础是“被害人同意”或“被害人自陷风险”:人们借助合约机制分配风险,划定权利义务边界,例如,以明示的允诺表明对于不可测风险的承担;以默示的允诺认可对于不利后果的接受。当事人真实的风险承担意愿赋予了各方现实的权利义务格局以正当性。^[51] 具言之,公民参与公共事务时,对于个人名誉、隐私可能遭受的风险是可以预测到的,并能够理解这种风险所导致的后果和意义,公民用自己的参与行动默示同意了可能的风险承担。从被害人教义学视角看来,当普通人自愿生活到闪光灯下,或者主动追求高曝光度时,意味着其能够采取自我保护措施却放弃自我保护,只能表明其放弃或漠视法益的态度,因而不具有值得保护性。一旦普通人同意新闻的报道,或在互联网上主动发布自己的照片或视频等,就意味着其默许了个人相关信息在网络等媒体上传播,并接受大众随意的评论和嘲讽,由此招致的名誉贬损风险,理应由被害人自我答责。如2009年“杨丽娟诉《南方周末》案”,法院认为,杨丽娟及其父母多次主动联系并接受众多媒体采访,属“自愿型公共人物”,对于可能的轻微伤害,杨丽娟应予容忍。^[52]

目前在民法领域,“同意”作为侵犯隐私权等具体人格权的违法阻却事由已是法律公认的原则。^[53] 被害人同意较多地发生于新闻报道领域,通常表现为两种情形:一是被害人明确请求损害,如受害人将有损自己名誉的照片主动提供给报社;二是被害人默示承担损害结果,如明知对方为记者并接受采访,问题

[51] 参见吴元元:《法律父爱主义与侵权法之失》,载《华东政法大学学报》2010年第3期,第137页以下。

[52] 参见陈堂发:《10年:媒体侵权诉讼的“公众人物”理念》,载《新闻记者》2009年第12期,第67页。

[53] 参见艾伦·托克音顿:《美国隐私法:学说、判例与立法》,冯建妹等编译,中国民主法制出版社2004年版,第207页。

回答中涉及损害自己名誉的事实。但是,新闻媒体与记者的报道应当符合被害人同意的内容,超越其范围即认为其侵害了被害人的名誉权。^[54]当然,在前两类公共人物作为被害人时,基于强势地位的自我保护可能性和言论自由的价值相关性,本文构建出了特殊的构成要件阻却或违法性阻却的理由,只要满足这些条件,就具有出罪的正当性,因而不具有考量同意与否的必要性。

七、结论

根据本文所绘制的“公共人物”作为被害人的理论谱系,可以较全面地反映出三类公共人物名誉权保护的不同需求,及其对相关言论犯罪出罪机制的影响。本文具体结论如下:

首先,相较而言,对于权力型公共人物的名誉权保护更为严格。当权力型公共人物作为被害人时,在构成要件该当性阶层一般无法出罪,要在违法性阶层进行更严格的利益衡量。言论自由的优越利益与其名誉权在较量中胜出,成为构建超法规违法阻却事由的根据。然而,为了容许个案中的弹性判断,“事实的公共性”与“目的的公共性”应被附加并列性的限制条件。

其次,对于传媒型公共人物的言论自由通常与公共利益无关,非政治性的言论自由与传媒型公共人物的名誉权相比,并非优越利益。当传媒型公共人物作为被害人时,出罪路径只能在构成要件阶层而非违法性阶层予以考虑。具体而言可能有两种方式:一是容许的风险,二是被害人自陷风险。

最后,当普通公民自愿成为被害人时,名誉权的脆弱性非常显著,因而需要全面保护,只能适用被害人同意的法理例外地阻却违法性。对于前两类公共人物,出罪机制与被害人同意不同,因而无须考察被害人是否同意。

此外,对于本文在方法论上的创新,可总结为下述三点:

其一是引入“公共人物”理论。“公共人物”是一个富有张力的宪法概念。这一概念向上可以追溯到所承载的宪法上的言论自由价值,向下则可以渗透到刑法教义学的规范性分析当中:作为被害人的“公共人物”所处的规范关系,可以成为被害人教义学核心内涵即“值得保护性”和“需保护性”的前置性分析工具。这一概念所体现的延展性和包容度,决定了将这一概念引入损害名誉犯罪的教义学构建,能够发挥很强的解释力,向四面八方延伸出多样化的教义学解释路径。

其二是以被害人教义学为基础,构建“被害人图像”的规范关系分析工具。被害人的值得保护性与需保护性是被害人教义学的核心概念;但如何具体加以判断,目前仍然缺少成熟的规则。传统被害人理论没有认识到,被害人的教义

[54] 同前注[41],第315页。

学形象发挥作用的途径是抽象出其所处的“规范关系”，因而在理论构建上较为粗糙，常被诟病为“欠缺与不法的联结”。而本文对于“被害人图像”的解释论工具之建构，揭示出公共人物所处的“加害—被害”关系，为判断被害人的值得保护性与需保护性提供了规范性前提。就此而言，“被害人图像”是被害人教义学的必要组成部分，相较于传统上规范规则缺失的被害人教义学而言，是搭建“由法益到规范”的解释框架的尝试，以形成与犯罪论中的二元论相呼应的“二元互动”。

必须明确，被害人教义学本身并非构成要件要素，甚至不属于三阶层犯罪论体系的任一阶层；但是，被害人的典型关系性特征能够反映其值得保护性和需保护性，进而影响实质不法，由此达成被害人教义学“有效分配风险”的初衷。例如，其为“容许的风险”“被害人自陷风险”等不法的判断规则进一步具体化、精致化，提供了论理支持，破除了以往对于“被害人教义学与不法判断没有规范上的连结基础”的质疑。^[55] 形象地说，被害人教义学转变为“被害—加害”双重视角的犯罪阐释，不是制造了“真空”，而是填补了“真空”。

其三是以法益侵害性、法益的值得保护性与需保护性为联结点，实现了宪法价值的刑法教义学化。社科法学、刑事政策与法教义学的相遇，并非一场“误会”^[56]，宪法与刑法可以通过适当的途径进行沟通，在刑法教义学的考量中渗透进价值判断，并实现充分、合理的解释诉求。不过，在确定想要实现的核心价值目标和途径之后（当然这是一个繁复的工作），问题的讨论应回归到刑法教义学内部。只要充分运用教义学层面既有的、核心性的规范概念，便能在教义学构建中“润物细无声”地融入各色价值判断。

（审校编辑 徐 成）

[55] 参见同前注[49]，第37页。

[56] 反对刑事政策、社科法学与刑法教义学的简单嫁接，具体观点可参见邹兵建：《跨越李斯特鸿沟：一场误会》，载《环球法律评论》2014年第2期，第123—142页；邹兵建：《社科法学的误会及其风险——以戴昕教授对刑法学中自杀研究的批评为样本的分析》，载《法商研究》2019年第4期，第76—88页。