

所謂「因言獲罪」是對公正判決的誤讀

——刑法學專家談劉曉波案與言論自由

□張正儀

報刊文摘

劉曉波因煽動顛覆國家政權罪，被判處有期徒刑十一年，剝奪政治權利二年。此案已於今年2月終審，正在逐漸淡出公眾的視線。然而出乎意料的是，挪威諾貝爾委員會將今年諾貝爾和平獎授予劉曉波。接着，有境外媒體稱劉曉波被判刑是「因言獲罪」，似乎認為劉曉波的言行屬於公民言論自由的範圍，法院不應對他定罪判刑。這種說法有道理嗎？煽動顛覆國家政權與言論自由的界限在哪裡呢？帶著這些疑問，記者走訪了著名刑法學家高銘煊教授。

已超出批評性言論範疇

高銘煊教授認為，要討論劉曉波的行為是否構成犯罪，應該先搞清楚劉曉波實施了哪些行為。從北京市第一級人民法院和北京市高級人民法院一致認定的事實看，劉曉波的行為有兩項：其一，2005年10月至2007年8月，劉曉波撰寫並在互聯網「觀察」、「BBC中文網」等網站發表《通過改變社會來改變政權》等多篇文章，多次煽動推翻中國的現政權；其二，2008年9月至12月，劉曉波夥同他人撰寫文章，提出「取消一黨壟斷執政特權」、「建立中華聯邦共和國」等多項煽動性主張，並夥同他人在徵集了三百餘人的簽名後，將文章及簽名發給境外網站，在「民主中國」等網站上發表。這兩項行為都是撰寫和發表文章的事實，劉曉波本人在法庭上是承認的。只不過，劉曉波辯解說沒有煽動顛覆國家政權，而只是發表了一些批評性的言論。

需要討論的是，劉曉波撰寫和發表文章的內容，究竟是一般的「批評性的言論」，還是具備顛覆國家政權的犯罪性質？高銘煊教授認為，從劉曉波言論的字面含義，即

可直觀地判斷其具有推翻我國國家政權和現行社會制度的動機和目的。例如，劉曉波說「中共獨裁政權禍國殃民」，要求「改變政權」、「建立中華聯邦共和國」等等，明明白白傳遞了煽動民衆起來推翻中國共產黨領導的我國現行合法的人民民主專政的政權和社會主義制度的信息。又如，劉曉波說：「自由中國的出現，與其寄希望於統治者的『新政』，遠不如寄希望於民間『新力量』的不斷擴張」。這也充分地暴露了他煽動所謂的「新力量」來推翻現政權的目的。這些言論，已經脫離了一般的批評性言論的範疇，屬於具有現實社會危害性的行為。

行為具嚴重社會危害性

說到這裡，記者還有一個疑問沒有解開：凡是發表不利於現政權穩定的煽動性言論的，都需要刑法加以調整嗎？如果這樣的話，會不會影響公民行使言論自由的權利呢？高銘煊教授認爲，任何國家刑法都講究刑罰適用的審慎原則，動用刑罰手段打擊和制止煽動危害國家安全的言論是有條件的。我國刑法也不例外。從我國刑法第一百零五條第二款的規定和司法實踐情況看，構成煽動顛覆國家政權罪的行為，須具備兩個基本條件：第一，該行為必須是以造謠、誹謗或者以其他方式實施的。劉曉波的行為正是造謠、誹謗、污衊等方式的極端表現形式。例如，劉曉波公開發表文章說：「1949年建立的『新中國』，名義上是『人民共和國』，事實上是『黨天下』。」還說：「在當今世界的所有大國中，唯獨中國還處在威權主義的政治生態中，並由此造成連續不斷的人權災難和社會危機。」這些顯然屬於造謠、誹謗、污衊。第二，該行為必須具有嚴重的社會危害性。審判實踐告訴我們，並非所有的以造謠、誹謗爲手段的煽動顛覆國家政權的行為都需要動用刑罰手段，其中區分罪與非罪的標準是看某種煽動行爲有無嚴重的社會危害性。這一標準就是煽動顛覆國家政權罪與一般的煽動性言論之間的實質界限。正確把握這個

「實質界限」，也就解決了煽動顛覆國家政權與言論自由的界限。就劉曉波案而言，以下幾個因素值得注意：首先，劉曉波利用互聯網傳遞信息快、傳播範圍廣、社會影響大、公衆關注度高的特點，長時間、系統性地在互聯網上發表的一連串文章，赤裸裸地對我國現政權進行誹謗、污衊，其推翻現政權的故意是顯而易見的。其次，劉曉波組織或者誘勸他人參加簽名，致使其煽動言論被廣泛連接、轉載、瀏覽，境外反華勢力利用劉的言行向我國發難，事實上造成了嚴重的不良影響和後果。再次，劉曉波長期從事煽動顛覆活動，1991年1月因犯反革命宣傳煽動罪被免予刑事處分（當時劉曉波痛哭流涕表示認罪服法獲得法院寬大處理）；1996年9月又因擾亂社會秩序

被決定勞動教養3年。這三個因素，反映了劉曉波的行為具有嚴重的社會危害性，且表明其人身危險性（即再次犯罪的可能性）極大，到了不動用刑罰手段不可的地步。同時，劉曉波撰寫並在互聯網上發表煽動性文章，並且徵集他人簽名，已經不是言論問題了，而是實施了刑法禁止的「行爲」。可見，西方媒體所謂「因言獲罪」之說，是不了解劉曉波的判決而作出的想「當然」評論。

「言論自由」各國都有限度

高銘煊教授還向記者介紹，以言辭爲表現形式的犯罪行爲，幾乎在世界各個國家的法律和有關國際公約中均有規定。「言論自由」在任何國家都是有限度的。比如，《美國法典》第115章第2383條、2385條規定，對煽動、實施、協助或進行叛亂或造反以反對美國當局或其法律的行爲；蓄意或故意鼓吹、煽動、勸說或講授理應、必須、值得或宜於以武力或暴亂或通過暗殺政府官員的方式，推翻或摧毀美國政府或任何州、領地、特區或佔領地政府，或任何下級政治機構或政府的行爲，判處刑罰。英國《1351年叛國法令》規定圖謀廢除女皇或發表煽動上述意圖行爲違法。德國刑法第90條b規定了針對憲法機構實施敵對憲法的毀謗犯罪。意大利刑法第342條規定了侮辱政治、行政或者司法機構犯罪。加拿大《刑事犯罪法典》第61條規定，發表煽動性的語言文字、參與煽動性的活動構成犯罪。澳洲法律規定鼓吹、煽動推翻聯邦憲法或政府的行爲違法。新加坡刑法第505條規定了煽動實施反政府或者反公共安定秩序的犯罪等。又如，《公民權利和政治權利國際公約》第20條規定，鼓吹民族、種族或宗教仇恨的，應以法律加以禁止。《美洲人權公約》第13條規定，思想和表達自由不能突破保護國家安全、公共秩序、公共衛生或者道德等界限。《歐洲理事會反對恐怖主義公約》第5條規定，各締約方應採取必要措施，將非法和故意公開挑動實施恐怖主義犯罪的行爲作為國內法下的犯罪加以懲治。

西方同類案件時有發生

高銘煊教授還介紹，在西方國家以煽動治罪的案件時有發生。美國在上個世紀就先後審理了申克郵寄反徵兵傳單，煽動軍人反抗服役案；艾布拉姆斯印製、張貼反對美國出兵的傳單，呼籲軍人反對總罷工案；Leon Mack 煽動反對警察案等。在美國發表威脅他人乃至國家領導人的言論也會涉嫌犯罪。據英國《獨立報》報道，美國一名28歲的男子在一個網站上發表了一首題爲《狙擊手》的詩，描述射殺了一名「暴君」的情景，影射刺殺美國總統。儘管詩中沒有提及奧巴馬總統，卻被控構成犯罪。該案將於11月在肯塔基州地方法院宣判，被告人因寫詩威脅

美國總統人身安全而面臨最高五年的監禁，同時可能被處罰16.5萬美元。可見，美國的言論自由同樣是以維護其現存制度和社會穩定爲前提的。其他國家也有類似案例。比如，2005年，加拿大聯邦法院認定德國人Zundel鼓吹破壞政府和多元社會，已經超出言論自由的範圍，威脅了國家安全，將其驅逐出境。2001年，德國一個名叫Landser的樂隊因涉嫌在網上散布含有種族主義內容的音樂而被判刑；2007年，德國法院認定Zundel煽動種族仇恨和否認納粹屠殺，對其判刑。2003年，法國判決一名製作煽動種族仇恨網頁的網站站長有罪；2007年，法國戈爾尼施因發表質疑納粹大屠殺死難人員死亡原因及人數的言論被判刑。2004年，丹麥判決在網上發布針對猶太人種族仇恨言論的一名男子有罪。2006年，英國歷史學者戴維歐文因否認納粹大屠殺，被奧地利法院判刑。國際司法機構也有相關案例。比如，聯合國盧旺達國際刑事法庭通過盧旺達電台煽動種族仇恨和暴力的比利時記者喬治魯久因等人有罪。

北京法院判決無可質疑

此外，由於文化背景、社會生活條件和法律體系的區別，各國在對言辭行爲認定犯罪的審判實踐中把握着不同的標準。英美國家通常以「明顯且現實的危險原則（THE CLEAR AND PRESENT DANGER TEST）」作為定罪標準。這一原則是依據美國霍姆斯大法官在申克寄發反徵兵郵件案（SCHEINER v. UNITED STATES）中的意見而確立的。「一切行爲的性質應由行爲時的環境來確定。對言論自由所作最嚴格的保護，也不會容忍一個人在劇院中妄呼起火，引起恐慌。禁令所禁止的一切可造成暴力後果的言論也不受保護。一切有關言論的案件，其問題在於所發表的言論在當時所處的環境及其性質下，是否能造成明顯而現實的危險，產生實際禍害。如果有這種危險，國會就有權阻止。」很有意思的是，美國大法官舉出的「在劇院中妄呼起火」的實例，如果沒有造成人員傷亡或者 other 嚴重擾亂社會秩序後果的話，在中國公衆的心目中，充其量只是個治安案件，但在美國卻屬於刑事犯罪。

最後，高銘煊教授認爲，美國法院就限制言論自由問題提出的具體認定標準，對於我們來說是有啓發意義的：一是言論自由是一種可以根據危害結果來衡量的可以限制的權利；二是言論自由的限制與否之標準，是根據在一定環境下的言論給現實秩序造成的危險的性質和程度來確定的。據此，對具體的、極易引起社會動亂的煽動言論，國家必須加以限制。即便用這個美國的標準去衡量劉曉波案，北京市兩級法院的判決也不存在可質疑之處。

摘自2010年11月03日《法制日報》，小標題為編者所加

港事港心

《施政報告》清楚地指出，香港市區重建必須「以民爲本」，強調設立「市區更新平台」廣收民意，成立「市區更新信託基金」以加強「社區服務」，推動重建範圍內的「文物保育」和「地區活化」項目。市建局被調整爲「執行者」和「促進者」的角色。更值得欣喜的是，政府首次在市區重建中認同「社區網絡」的重要性。此外，發展局長林鄭月娥更於立法會上承諾在規劃局增設專責單位以支援市區重建的工作。這些政策上的改變，反映政府如今比以往更重視市區重建對社會的影響，「以民爲本」的政策思維跨進了「一大步」。

報告也談及要爲市民「改善居住環境」。和城市規劃不同，市區重建理念上存在着市區規劃和都市設計的二重性。市區規劃是在「原來的建設基礎」上改善區內的生活環境、經濟民生，穩定社區的網絡關係爲目的，包括靜動態活動空間、文化、康樂、晴雨、採光、照明、交通、噪音、衛生、安全，及一切方便居民生活的措施。這方面，任何專業人士、學術團體也不會比區內的居民更清楚他們的需要，未來「市區更新諮詢平台」應該積極地參與和主導這方面的具體工作。都市設計主要是爲社區建立地區風格，包括園林、綠化、文物、歷史建築和文化遺產保育、建築環境（例如：空間與空間、建築物之間的比例、大小、高矮、風格、裝飾等在功能、美觀上的對比、融合或協調）設計等。香港至今，除了在港島半山至山頂的一些住宅用地在土地契約內列出設計指引（例如：高度、大小、位置，並指定爲歐陸式建築）外，市區發展只有城市規劃指引而沒有都市設計概念，因而市區地塊可以在規劃條例的範圍內隨意合併，重建條件也可以隨當局主觀的規劃意圖修改，例如建築密度、容積比例、高度，至於建築風格、比例、協調等環境美化元素則沒有在城市規劃條例範圍內。影響所及，市區建築規模大小不一、比例不配、高矮不調、新舊相棄，都市環境雜亂無章，更遑論打造地區風格了。爲今之計，當局在重建的政策中盡快在區域範圍內建立「都市設計指引」，以補救多年累積下來的規劃漏洞。

建立都市設計指引

任何公共政策都會涉及如何公平、公正地分配現今和未來的資源和機會問題。市區重建在這方面包括了地區、制度組合，以至個體之間的得失關係，因而重建工作也應該包括了如何平衡社區總體效益和被影響者切身問題的責任。可是，這些問題錯綜複雜，不易處理。但，無論如何，一些基本的經濟理念（例如：和重建計劃並沒有直接關係卻因重建而受到間接影響的「負界外效應」；在重建行爲中，若一方得益而不會令他方受損的「福利經濟」理念；以至如能夠公平、公正的補償受損者而不讓其他沒有關係方面受損的補償原則等）都應該納入重建考慮範圍內。其實，在未有一個成熟的社會政策來妥善處理這些利與害關係之前，不宜進行大型市區重建項目。

在報告中，政府刻意地把市建局的角色勾劃爲「促進者」與「執行者」，前者相當合理，也容易理解；但後者的職責卻含糊不清。本來，在現代公共行政學和項目規劃的範疇上，參與人士可分爲業權人、策劃者、規畫者、生產者、分配者／供應者、調控者、促進者和支持者等角色，分別由政府、市場、社會個體或團體、社區（包括制度組合和持份者）、專業人士，以至半政府組織及非正式政府組織，按不同的地區環境、社區需要來擔任一至多個角色。政府既然強調以民爲本，以改善市區環境爲己任，重建項目在策劃、規劃、設計和實施的過程中，不但要顧及上述的政治、經濟、歷史、文化、社會的各種因素，也必須在權利、責任和義務的條件下，清晰地分配好各參與者的角色，還要反思市區重建和房屋、土地分配政策，它們與房地產市場的相互關係也值得反思。

作者為香港註冊建築師

確定市區重建參與者角色

□羅慶鴻



一輛宣傳台灣旅遊「大玩台灣」的電車近日穿梭在香港鬧市。由台灣首次舉辦的「2010台北國際花卉博覽會」將在11月6日至4月25日舉辦，向海外大力推介宣傳園藝產業。

日媒，稍安勿躁

連日來，圍繞在河內舉行的東亞峰會中日兩國領導人見面交談十分鐘一事，日媒開足馬力對中國「激烈反彈」，惹人注目。

它們主要論點是什麼？有日媒對中國定性爲「性格異常，是個難纏的國家」。

日本主流媒體此舉經不住推敲。稱「中國性格怪異難纏」純屬攻擊性情緒化的語言。中國維護主權統一、領土完整，維護世界和平和地區和平的堅定原則立場，與人爲善與鄰爲善及講信用的作風是贏得世界讚揚的，對歷史事實證明是中國版圖的釣魚島，中國始終堅持其主權立場，面對日本的無理指染，都予以堅決駁斥。爲避免紛爭，中國領導人在上世紀曾提出

在堅持主權的基礎上，「擱置爭議，共同開發」的主張，但時下日本領導人卻不認賬，公開稱日本從來沒同意過擱置爭議。在經中日兩國領導人通過「走廊外交」、「電梯外交」之努力，中日關係有所緩和之後，日外相前原誠司卻杜撰「會談成果」，此不守信、不得人心的外交手段，理所當然遭到中國的抵制。

中日兩國均是亞洲大國，維護東亞穩定，兩國均有着不可推卸的責任。推進中日友好是兩國人民的共同願望，因此，對在河內發生的中國外交事件，需要理性分析。

作爲社會公器，負責的媒體應以事實爲據，以理性爲原則，才能站得住腳。

科學發展觀實現二次跨越

□陳群

社會發展中存在的突出矛盾和問題，特別要充分認識影響我國發展全局的重大問題，充分認識長期積累的體制機制性矛盾，充分認識發展中出現的新情況新問題，居安思危，未雨綢繆，更加積極主動地做好工作。」筆者以爲，對於突出的矛盾和問題，如「三農」問題、總量平衡問題、宏觀經濟穩定問題、經濟社會協調發展問題等；對於體制機制性矛盾，如城鄉二元結構、體制機制性障礙、粗放形生產方式、社會分配不公等，中央提出「又好又快發展」也是歷史必然選擇。其後，在「好」字統領下，中國突出了轉變經濟增長方式，注重經濟社會發展質量，實現了科學發展觀第一次跨越。

強調包容性增長

中國前十七年和改革開放三十年的一個重要經驗，是無論「快」與「好」，僅同「經濟發展」聯繫是不夠的。筆者以爲，無論「快」與「好」仍重在「經濟發展」。但是從中國「構建和諧社會」到人類文明目標來說，「經濟發展」只是基礎性東西，在「經濟發展」後面，還有社會公平正義、人民幸福指數、社會道德情操、文化審美價值、信念信仰追求等等。「十二五」規劃十大重點概念。它比亞行的「包容性增長」更加科學全面：體現出轉變經濟發展方式、共享全球化成果、保護弱勢群體、經濟社會平衡發展、推進社會公平正義、強調人民更加富裕等六大內涵及特色。「十二五」規劃十大重點體現了科學發展觀的第二次跨越。

價值觀也要改變

二次跨越也是中國歷史經驗的總結。1958年我國就提出過「鼓足幹勁，力爭上游，多快好省地建設社會主義」的總路線。雖然「多、快、好、省」四字並提，但結果是以「多、快」擠掉了「好、省」。原因固然十分複雜，也屬歷史之於中國的萬般無奈，但從指導思想上的「求快」硬於「求好」，是價值觀上的重要原因。筆者多次寫道，「快」字當頭的結果，漸漸把鄧小平「發展是硬道理」變成了「增長是硬道理」。「增長」就是指經濟，甚至狹義爲GDP，不僅使官員產生「唯GDP」的執政理念與政績觀，也使百姓向「增長就是掙錢」、「幸福就是財富」的資本價值觀蛻變。

對於中國的發展目標來說，經濟增長只是基礎，經濟、政治、文化、社會全面發展，特別是人的價值觀的優化發展，才是更重要的。如果經濟不斷增長，人的幸福指數不斷下降，這叫「無目標經濟」或「苦惱的富有」。

作者為資深評論員

動態中國

10月27日，中共中央公布了關於制定「十二五」規劃建議的全文。建議提出，制定「十二五」規劃的指導思想是「以科學發展爲主題，以加快轉變經濟發展方式爲主線，深化改革開放，保障和改善民生，鞏固和擴大應對國際金融危機衝擊成果，促進經濟長期平穩較快發展和社會和諧穩定，爲全面建成小康社會打下具有決定性意義的基礎」。建議提出了五大基本要求和五大主要目標。給筆者的深刻印象，是科學發展觀出現了第二次超越性認識，第二次跨越式飛躍。簡單概括，第一次跨越是從「又好又快」到「又好又快」；第二次跨越是從「又好又快」到「包容式增長」。

清晰區分快與好

對於經濟增長來說，中國百姓真正清晰認識「快」與「好」的區別，是在2006年12月的中央經濟工作會議之後。那次會議把「又好又快發展」調整爲「又好又快發展」，體現出中國決策層對宏觀經濟戰略的第一次重大調整，形成了科學發展觀提出後的第一次認識與行動的飛躍。回首1978年，十年動亂困局、百廢待興困境與一窮二白困窘，就像當年鄧小平乘坐日本高鐵與中國農村牛車之反差一樣，「快」發展必然成爲中國第一選擇。於是，以鄧小平「發展是硬道理」爲發令槍，「時間就是金錢」、「效率就是生命」首次從深圳特區喊響，即刻旋風般吹遍全國。

但是，就像跑得太快難免傷腳一樣，「快」在高速運行中往往帶來種種風險。那次中央經濟工作會議指出，「在充分肯定成績的同時，我們必須清醒地看到經濟