

## 对言论自由的法律保护与对滥用言论自由的法律惩罚

杨文革

**内容提要:**刑法中设置以语言作为行为方式的犯罪,其目的不是为了限制言论自由,恰恰是为了更好地保护宪法所确立的言论自由。只有在此目的下修改我国刑法中有关以语言作为行为方式的犯罪,并完善刑事诉讼法中的有关程序,才能使言论自由这一神圣的宪法权利得到切实保障,使那些真正滥用言论自由侵害国家、社会、他人的犯罪行为受到惩处。

**关键词:**言论自由 刑法 以语言作为行为方式的犯罪 权衡

杨文革,法学博士,南开大学法学院副教授。

通过口腔发出声音,向同类传达信息,是许多动物具有的本能。但是,通过这种声音——确切地说,通过语言文字——向同类表达思想,则是只有人类才具有的独特能力。因此,法国大革命时期的领袖罗伯斯皮尔说:“除了思维能力之外,向自己亲友表达自己思想的能力,是人有别于动物的最惊人的品质。”<sup>[1]</sup>数百万年来,尤其是自文字产生以来,人类依赖言论(包括语言和文字等形式),发展起自己高度的物质文明、精神文明和制度文明。在人类文明的进程中,言论自由不仅是文明进步的重要手段,也是文明进步的重大标志。时至今日,世界各国无不在其宪法中对这一神圣权利加以规定和保障。

然而,言论自由是一把双刃剑,在极大地促进文明的同时,也可能对国家、社会以及他人造成伤害。正如美国大法官卡多佐所说:“作为一个法律概念,自由包含了一个潜在的矛盾。最严格意义上的自由是对法律的否定,因为法律就是约束,无约束则导致无政府状态。另一方面,打破约束的无政府状态将使自由成为强人和寡廉鲜耻之人的专有物。”<sup>[2]</sup>因此,洛克说:“自由不是‘人人都可为所欲为’。”<sup>[3]</sup>从当今世界范围看,各国都对某种不适当的言论加以禁止,甚至在刑法中设置若干以语言作为行为方式的犯罪。<sup>[4]</sup>这种对相互冲突利益之间的权衡,是各国法律的共同特点。

[1] [法]罗伯斯皮尔:《革命法制和审判》,赵涵舆译,商务印书馆1965年版,第50页。

[2] [美]本杰明·N.卡多佐:《法律的成长——法律科学的悖论》,董炯、彭冰译,中国法制出版社2002年版,第154页。

[3] Treatises on Civil Government, book 2, sec. 57. 转引自[美]本杰明·N.卡多佐:《法律的成长——法律科学的悖论》,董炯、彭冰译,中国法制出版社2002年版,第154页。

[4] 本文中所谓以“语言”作为行为方式的犯罪,是相对于以肢体动作作为行为方式的犯罪而言的。

## 一 外国以语言作为行为方式的犯罪立法举要<sup>[5]</sup>

言论自由,从广义上讲,还包括出版自由和新闻自由。作为民主社会最为核心和重要的宪法权利,言论自由必须得到真正尊重,不得任意剥夺。因此,许多国家在设置以语言作为行为方式的犯罪时,更多的考虑对言论自由的保护,而不是限制。例如,瑞典非常注重对出版自由和表达自由的保护,对于针对二者的犯罪,必须以宪法的形式予以规定。为此,瑞典特别限制涉及出版和表达自由的犯罪的立法权力。同时,根据《政府约法》的规定,法院必须根据议会制定的具体法律审理案件,不能直接以宪法文件作为审判的依据,所以判断行为是否构成有关出版和表达自由的犯罪仍然必须依据刑法的规定。值得注意的是,《表达自由法》和《出版自由法》规定了一个原则——犯罪赔偿原则,即对于侵犯表达自由和出版自由的案件,只有行为被确定为犯罪,被害人才能向犯罪人提出赔偿,故在程序上表现为先刑事后民事。<sup>[6]</sup>

在保护言论自由的旨趣下,许多国家在刑法中对以语言作为行为方式的犯罪的设置都有严格限制。主要表现是:

第一,设置较高的入罪门槛。美国宪法第一修正案明确禁止制定任何剥夺公民言论出版自由的法律。其联邦最高法院在1925年的一个判决中指出,如果这种自由产生“明显的和现实的危险”,那么国家就可以“干涉这个权利”。1941年,布莱克大法官说:“明显的现实的危险”是一个工作原则,“只有当实质罪恶是非常严重的高度现实时,言辞才能被作为犯罪来惩罚”。如果第一修正案保护的自由权利没有达到“明显的现实的危险”的地步,国家予以干涉,就是违反宪法。据此,最高法院于1972年在一项决定中认为佐治亚州的一个法律违宪。该法律规定:“在没有受到挑衅的情况下,当面对他人使用……辱骂性语言,会引起扰乱治安的……构成轻罪。”<sup>[7]</sup>这项决定使得普通民众的绝大多数的言论自由具有了基本保障。

第二,区别对待。在许多国家,出版具有色情内容的书刊和影视作品的犯罪都是为了保护未成年人,防止未成年人受到色情书刊和影视的毒害。因此,并不一概禁止出版具有色情内容的作品。只有向未成年人展示这些色情书刊和影视作品时,才构成犯罪。

在美国,第一个制裁色情的法律是1842年的海关法。该法禁止进口淫秽图画、雕塑、印刷品等。1873年通过的Comstock法案规定,所有色情书刊、图片等都不能邮寄,初犯处5000美元以下罚金和5年以下监禁,再犯者加重处罚。20世纪60年代又对邮政法作了补充规定,成为《美国联邦法典》第39篇第3008-3010条,旨在严格限制色情物品的扩散。1966年,美国联邦最高法院决定允许对电影实行事先检查,指出不存在完全的和绝对的放映自由。但同一年,美国联邦最高法院在一个决定中指出,考虑到宪法保护的言论自由和出版自由,州和联邦都应大大限制刑法色情罪条款的适用。70年代以来,许多大城市出现一个趋势,即制定划分区域的法律,将色情活动隔离在城市的一个特定区域,尽量削减其影响。例如,1972年,底特律一项法律规定,各个成年人剧院、酒吧、营业性舞厅、歌舞表演餐厅、游泳

[5] 为了论述上的方便,将我国香港特别行政区的有关立法在本部分一并阐述。特此注明。

[6] 参见《瑞典刑法》,陈琴译,北京大学出版社2005年版,中译者序,第2-3页。

[7] 参见储槐植:《美国刑法》(第二版),北京大学出版社1996年版,第36页。

馆必须设在居民区 500 英尺之外。1977 年,西雅图市的一项法律要求所有成年人剧院固定坐落在一个附近的小镇上。<sup>[8]</sup>

在德国的散发色情文书罪中,只有散发对象属于 18 岁以下的,才构成犯罪。在日本,近年来,通过互联网或计算机通信,有偿或无偿发送与性有关的情报(图像)的行为引人注目,成为公然猥亵罪的解释中的新课题,为了对性风俗进行保护,制定了《有关规制风俗行业以及整顿营业的法律》,要求从事“播放影像型性风俗行业”的人必须向公安委员会登记,公安委员会有必要对他们进行指导,禁止未满 18 周岁的客人入内等。<sup>[9]</sup> 当今,许多国家都对影视作品实行分级管理制度。对于具有色情内容的三级片,只有向未成年人播放时,才构成犯罪。这既保护了未成年人的利益,又保护了出版自由,可谓两全其美。

第三,设置免罚例外。根据“天赋名誉”的观点,世界各国都对名誉进行严格保护,在刑法中规定有诽谤等侵犯名誉的犯罪。但是,出于保护言论自由的考虑,许多国家在规制诽谤罪的同时,明确规定了若干不予处罚的例外情形。

在美国,诽谤罪由损害名誉、公布诽谤材料、恶意三个要件构成。如果所公布的诽谤材料真实,且动机良好,或者如果不明真相,误传诽谤性材料,都不构成诽谤罪。当代美国社会中多数诽谤案件,是用民事制裁的办法按侵权赔偿案件处理。<sup>[10]</sup>

在《日本刑法》中,为保护名誉设置的罪名有损害名誉罪、损害死者名誉罪和侮辱罪。日本学者认为:“在现行刑法看来,损害名誉罪的构成,原则上和所披露的事实真假没有关系,即便是虚假名誉,也值得用刑法进行保护。另一方面,在民主主义的社会中,不少场合,为了保护公共利益,也必须对虚假名誉进行揭露,在此意义上讲,‘说真话的权利’也必须得到保障。在此,为了调和宪法所保障的言论自由和保护名誉之间的关系,便制定了有关‘披露事实’不罚的刑法第 230 条之 2 部分的规定。……由于证明真实被广泛认可,所以,不处罚的范围有了扩大。”<sup>[11]</sup> 按照刑法第 230 条第 1 款的规定,对符合以下三个要件的损害名誉行为不处罚:(1)披露事实和公共利益有关(事实的公共性);(2)披露的目的完全是为了公共利益(目的的公益性);(3)事实的真实性能够被证明(事实真实性的证明)。只要是有利于增进公共利益的事实,即便是有关私人生活态度也行。<sup>[12]</sup>

《瑞典刑法》第五章第 1 条第 1 款规定了诽谤罪。但第 2 款同时规定:“有义务表达自己的想法,或者考虑到环境因素就事项发布信息是可辩解的,或者行为人能证明信息真实或有合理根据的,不处罚。”

新加坡以法治闻名于世,其法律规范的严密性、法律执行的有效性、社会活动的规范性,十分典型。<sup>[13]</sup> 《新加坡刑法》第 499 条规定诽谤罪的同时,还明确列出了不属于诽谤的十项例外:(1)如果为公共利益应当制作或公布诽谤言论,则对某人的真实陈述并不属于诽谤;(2)善意地对任何人履行公务职责的行为或其在履行公务职责行为中所表现出的品格发表意见,而不涉及其他的,不属于诽谤;(3)善意地对涉及公共问题的任何人的行为及其行为

[8] 参见储槐植:《美国刑法》(第二版),北京大学出版社 1996 年版,第 257-258 页。

[9] [日]大谷实:《刑法各论》,黎宏译,法律出版社 2003 年版,第 368-369 页。

[10] 参见储槐植:《美国刑法》(第二版),北京大学出版社 1996 年版,第 263-264 页。

[11] [日]大谷实:《刑法各论》,黎宏译,法律出版社 2003 年版,第 119 页。

[12] [日]大谷实:《刑法各论》,黎宏译,法律出版社 2003 年版,第 120 页。

[13] 刘涛:《新加坡刑法的历史、渊源及特色》,载《中国刑事法杂志》2006 年第 1 期。

中表现出的品格发表意见,而不涉及其他的,不属于诽谤;(4)公布法院或议会程序中实质真实的报告或任何此程序的结果的,不属于诽谤;(5)对任何由法院判决的民事或刑事案件的对错,在此案件中任何当事人、证人或者代理人的行为,或者上述人员在案件行为中表现的品质,善意地发表意见,而不涉及其他的,不属于诽谤;(6)善意地对作者接受公众评判的任何演出的好坏或者作者在该演出中所表现出的品格发表意见,而不涉及其他的,不属于诽谤;(7)根据依法授权或由合法协议而产生的权利,对有关此种合法权利或权利的事项,善意地对他人的行为进行批评,不属于诽谤;(8)对他人提出指控之人善意地对他人提出指控的,不属于诽谤;(9)为了保护自己、他人或公共利益,而善意地诋毁他人的品格,不属于诽谤;(10)善意地向一个人提出提防另一个人的警告,如果该警告是为了受警告者、他人的利益或公共利益,则不属于诽谤。<sup>[14]</sup> 这些例外既详细又具体,对于保护出于公共利益且真实的言论和善意的言论,具有重要意义。

在中国香港特别行政区,在永久形式诽谤罪中,绝对特权、受限制特权及有理可据,可构成抗辩理由。如果被告人的陈述受绝对特权保护,被告人不能被定罪。根据《诽谤条例》香港法例第 21 章第 7 条:“当诽谤名誉的陈述是真实的,并且将其发布符合公众利益时,有理可据的抗辩即告成立。”<sup>[15]</sup>

免罚例外的明确规定,使得刑法对于言论自由的限制划定了明确界限,在一定程度上限制了刑罚对于言论自由的过度干预,体现了对于言论自由的保护。

第四,构筑程序障碍。从一些国家的有关规定看,对于诽谤等侵犯名誉犯罪的追究一般均设置有一定的程序上的限制。在英国,检察官一般对诽谤案件不提起诉讼,除非他证实所指控的诽谤极其严重,为了公共利益必须提出控告。上议院认为,提出控告应获得检察总长的同意也是必要的。如果控告涉及应对出版报纸中带有其所指控的诽谤语言负责的个人,那么根据《1888 年诽谤法修正案》第 8 条,控告应当得到一名法官的同意。法官不应随便准许一项诉讼请求,除非他证实:1. 此案很清楚是表面上证据确凿的案件;2. 诽谤的行为严重到应该运用刑法来处理;3. 出于公共利益,要求进行刑事诉讼。<sup>[16]</sup> 在德国,侮辱罪属于被害人自诉的犯罪,并且对例外进行了明确规定。诋毁联邦总统,只有根据联邦总统的授权才予以追究;诋毁国家及其象征,以及针对宪法机构进行的敌对宪法的诋毁,只有根据有关的宪法机构或者成员的授权,才予以追究。在瑞典,诽谤罪、重诽谤罪和侮辱罪都是自诉罪。如果被害方告诉,并且基于特别理由为公共利益提起诉讼是必要的,公诉人也可提起诉讼。在日本,对侵犯名誉的犯罪,属于自诉罪。可以提起告诉的,是天皇、皇后、太皇太后、皇太后以及皇嗣的时候,由首相代行告诉(刑法第 232 第 1 款);是外国的君主或总统的时候,分别由该外国的代表代行告诉(刑法第 232 第 2 款)。

将侵犯名誉的犯罪规定为自诉罪,虽然出于“考虑到由于刑事追诉,反而有可能侵犯被害人的名誉”,<sup>[17]</sup> 是出于保护被害人名誉的考虑,但却具有防止政府官员利用公权力任意追究言论自由的功能。

第五,需要特别强调的是,在许多国家,言论自由的观念深入人心,这对于司法判决中保

[14] 参见《新加坡刑法》,刘涛、柯良栋译,北京大学出版社 2006 年版,第 113 - 116 页。

[15] 参见《香港刑法纲要》,北京大学出版社 1996 年版,第 248 页。

[16] 参见[英]J. C. 史密斯、B. 霍根:《英国刑法》,法律出版社 2000 年版,第 841 页。

[17] [日]大谷实:《刑法各论》,黎宏译,法律出版社 2003 年版,第 128 页。

护言论自由具有关键作用。比如,在英国,法官在处理煽动诽谤政府罪的时候,都要强调言论自由和新闻自由的重要性。在伯恩案中,开维法官认为:“回顾往事,新闻自由对我们大家是多么宝贵的祝福呀。我敢肯定,自由是不会受到伤害的。不会在我们手里打折扣。”在康特案中,伯克特法官对陪审团的最后一席话是:“本案所有情况中,有两点比较明显。首先,最重要的是法庭不能做出任何削弱新闻自由的行为;其次,任何时候都切记原告有责任证明本案无任何疑点。”<sup>[18]</sup>在日本,在散发淫秽物罪中,大谷实主张,判断淫秽的定义时,应当注意社会观念随着时代的变化而变化,因此,应准确把握现存一般人的性观念即社会一般观念,并且要注意不得侵犯言论自由、学问的自由。<sup>[19]</sup>

法官和社会大众所具有的这种高度保护言论自由的观念和意识,对于司法实践中正确处理以语言作为行为方式的犯罪案件,防止刑法异化为惩治言论自由的工具,从而走向宪法的对立面,具有十分重要的作用。

## 二 中国以语言作为行为方式的犯罪问题剖析

中国具有数千年的专制主义统治历史。专制主义的最大特点之一,就是禁锢人的思想,提倡用强权“禁锢言论”,认为“言当则有大利,不当则有重罪,是以愚者畏罪而不敢言……”<sup>[20]</sup>因此,专制统治者历来“防民之口,甚于防川”,对任意言论者,处以极重的刑罚。战国时期的《法经》中有“议国法者诛”的规定。秦始皇统一全国后,严令“以古非今者族”,<sup>[21]</sup>秦律中即有“诽谤者族,偶语者弃市”的规定。汉代甚至有“腹诽罪”,即无言而行而非议于心,<sup>[22]</sup>也可处死刑。秦始皇时期的“焚书坑儒”,以及清朝的“文字狱”,都集中体现了维护皇权的专制主义特征。<sup>[23]</sup>

新中国成立后,获得解放的广大人民群众享有高度的言论自由。我党不仅提倡“百花齐放,百家争鸣”,而且在 1954 年制定的新中国第一部宪法中明确规定:“中华人民共和国公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由。”(第 87 条)然而,由于新中国刚刚成立,几千年的专制主义余毒远未肃清,中国在保障言论自由方面所犯的 errors 和教训也是较为深刻的。尤其在史无前例的“文化大革命”期间,林彪、“四人帮”更是以言治罪、无限上纲。

拨乱反正后,中国宪法对于言论自由再次予以充分肯定。1982 年宪法第 35 条明确规定:“中华人民共和国公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由。”随着改革、开放政策的成功,中国公民获得了较以往历史上都更为充分的言论自由。然而,需要完善的余地仍然存在。由于中国尚没有制定相关旨在保护言论自由的专门宪法性法律,宪法所确立的言论自由的权利仍然需要进一步的具体落实。加之刑法所规定的以语言作为行为方式的犯罪存在一些不够完善和合理的地方,致使一些不当追究公民言论自由刑事责任的案例在实践中时有发生。

[18] 参见[英]J. C. 史密斯、B. 霍根:《英国刑法》,法律出版社 2000 年版,第 866-867 页。

[19] [日]大谷实:《刑法各论》,黎宏译,法律出版社 2003 年版,第 371 页。

[20] 《韩非子·问辩》。

[21] 《史记·秦始皇本纪》。

[22] 《陈光中法学文集》,中国法制出版社 2000 年版,第 85 页。

[23] 《陈光中法学文集》,中国法制出版社 2000 年版,第 87 页。

孟德斯鸠在批评他所处时代的法律时指出：“在大多数的国家中，自由所受到的束缚、侵犯或摧残往往超过宪法所规定的范围，所以还是应该谈谈特别法，因为特别法在每种政制下，对每个国家所可能接受的自由原则，能够起支持作用，也能够起摧残作用。”<sup>[24]</sup>作为特别法之一的刑法，自然要么对自由起支持作用，要么对自由起摧残作用。因此，孟德斯鸠进一步指出：“政治的自由是要有安全，或是至少自己相信有安全。这种安全从来没有比在公的或私的控告时受到的威胁更大的了。因此公民的自由主要依靠良好的刑法。”<sup>[25]</sup>可见，良好的刑法虽以惩罚为表征，却以保障自由为灵魂。

在中国刑法中，有关以语言作为行为方式的犯罪大体可以分为三类：（1）行为上表现为煽动的类型。包括第 103 条第 2 款规定的煽动分裂国家、破坏国家统一罪；第 105 条第 2 款规定的煽动颠覆国家政权罪；第 249 条规定的煽动民族仇恨、民族歧视罪；第 278 条规定的煽动群众暴力抗拒国家法律实施罪；第 373 条规定的煽动军人逃离部队罪；第 378 条规定的造谣惑众扰乱军心罪；第 433 条规定的战时造谣惑众罪。（2）侵犯对象为名誉、信誉的类型。包括第 221 条规定的损害商业信誉、商品声誉罪；第 246 条规定的侮辱罪、诽谤罪；第 250 条规定的出版歧视、侮辱少数民族作品罪。另外，第 293 条寻衅滋事罪中的第 2 项中辱骂他人，情节恶劣的，也属于此类。（3）内容涉及色情的类型。包括第 363 条规定的制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪、为他人提供书号出版淫秽书刊罪；第 364 条规定的不以牟利为目的传播淫秽物品罪；组织播放淫秽音像制品罪。

考虑到保护宪法所确立的言论自由，中国刑法所规定的以语言作为行为方式的犯罪似乎仍然存在某些问题，具体来讲，主要表现在以下几个方面：

第一，在煽动犯罪类型的设置上，入罪门槛较低。一般来讲，煽动类型犯罪侵害的对象是国家或者政府利益。而对政府进行批评监督又是民主社会言论自由的重要方面。因此，除非会对国家和政府利益造成严重损害，以致威胁到社会和平，对于一般性的煽动或者不是在公共集会上的煽动，一般不视为犯罪。正如美国的史蒂芬所说：“破坏和平的现象是实际存在的，它们将损害或威胁人们的生命、肢体和财产，这些犯罪行为可能源于某种煽动。但是，任何可能对政府的指责，除非即刻导致对和平的践踏，都不应被视为犯罪。”<sup>[26]</sup>在中国刑法所规定的全部有关煽动类型的犯罪中，除煽动军人逃离部队罪和造谣惑众扰乱军心罪规定有“情节严重”这一要件，以及造谣惑众扰乱军心罪和战时造谣惑众罪规定有“战时”这一限制性要件外，其他各罪中，只要有“煽动”行为，即可予以追究。缺乏如德国刑法所规定的煽动进行侵略战争罪中的“在集会中”或者“通过散发文书”的犯罪手段的限制。这就使得实践中对这类行为的追究较为容易。

第二，在侵犯名誉、信誉类型的犯罪中，一方面，没有对作为犯罪对象的一般公民与国家官员进行区分，没有充分考虑到公民有监督、批评国家工作人员的权利与需要。中国宪法第 41 条规定：“中华人民共和国公民对于任何国家机关和国家机关工作人员，有提出批评和建议的权利；对于任何国家机关和国家机关工作人员的违法失职行为，有向有关国家机关提出申诉、控告或者检举的权利，但是不得捏造或者歪曲事实进行诬告陷害。”刑法第 254 条规定：“国家

[24] [法]孟德斯鸠：《论法的精神》（上册），张雁深译，商务印书馆 1961 年版，第 188 页。

[25] [法]孟德斯鸠：《论法的精神》（上册），张雁深译，商务印书馆 1961 年版，第 188 页。

[26] See also Holdsworth, *History of English Law*, vol. 8, p. 338. 转引自[美]本杰明·N. 卡多佐：《法律的成长 法律科学的悖论》，董炯、彭冰译，中国法制出版社 2002 年版，第 169 - 170 页。

机关工作人员滥用职权、假公济私,对控告人、申诉人、批评人、举报人实行报复陷害的,处二年以下有期徒刑或者拘役;情节严重的,处二年以上七年以下有期徒刑。”然而,由于中国刑法所规定的诽谤罪,缺乏如许多国家所规定的“为了公共利益”而披露的“能够被证明为真实”的事实,或者“善意”提出的评论不处罚的例外规定,致使实践中仅仅由于公民的言论引起某些官员的不快,往往不问言论内容是否真实,不分是否出于善意,便以诽谤罪加以追究。

另一方面,刑法对于诽谤罪作为公诉案件所需的“严重危害社会秩序和国家利益”这一前提条件,规定得比较笼统和模糊,加之刑事诉讼法对于诽谤罪作为公诉案件处理时,没有设置任何程序上的控制,导致实践中某些权高位重的政府官员随意以诽谤罪指示司法力量,打击言论自由变得非常容易。发生在重庆的“彭水诗案”以及东北某省某县的县委书记指使司法人员进京拘传《法制日报》记者的案件,都充分说明了我国诽谤罪在设计上的缺陷。

第三,在有关色情的罪犯中,没有对成年人和未成年人做出区分,不仅扩大了打击面,也侵犯了公民的自由权利。在许多国家,只有向未成年人散布、播放色情文书、图片、影视等,才构成犯罪。但是,在中国,根据刑法有关制造、贩卖、传播淫秽物品罪的规定,不管贩卖、传播对象是成年人,还是未成年人,均构成犯罪。向不满 18 周岁的未成年人传播淫秽物品的,只是从重处罚的一个情节。这种不分对象,一刀切式的入罪设置,显示出立法技术粗疏的一面。还有,几年前,延安一对夫妻因在家看黄碟遭公安人员查处的案例,更加说明了我国色情犯罪设置上的不科学性:一方面,音像商店可以合法出售夫妻性生活教育的光碟,另一方面,在家观看黄碟的夫妻却被公安人员查处!夫妻性生活教育的光碟与所谓的黄碟二者之间在内容上究竟有何本质区别?

第四,在中国目前,包括司法人员在内的社会大众对于言论自由、出版自由、新闻自由仍然存在不少误解,导致司法部门在权衡保护言论自由与惩治以语言作为行为方式的犯罪之间的关系时,常常倾向于后者而不是前者。不久前发生的“彭水诗案”,以及东北某县有关部门派人进京拘传《法制日报》记者案,还有几年前山西省某报记者因报道某地区假“渗漏工程”而被判刑的案例,都充分说明了这一问题。

### 三 中国以语言作为行为方式的犯罪完善分析

基于以上分析,对中国的刑事法律似应作如下修改,以彰显刑法保护言论自由的旨趣,发挥刑法保护言论自由的功能。

#### (一) 在刑法方面

##### 1. 关于煽动犯罪类型

在中国目前的煽动类型犯罪中,似乎有必要提高入罪标准。当前,煽动分裂国家、破坏国家统一罪、煽动颠覆国家政权罪、煽动民族仇恨、民族歧视罪等犯罪发案较少,保留目前刑法的规定是可以的。煽动军人逃离部队罪、造谣惑众扰乱军心罪、战时造谣惑众罪等犯罪则基本属于备而不用。唯有煽动群众暴力抗拒国家法律实施罪时有发生。当前,中国社会仍然处于转型期,各种社会矛盾交织,一些群体性事件在各地不时出现。群体性事件中的挑事者,可能煽动群众,酿成所谓的“暴力抗法”事件。在这些事件中,有的可能出于维护自己的正当权益,有的则没有酿成重大后果。为防止激化矛盾,维护社会和谐,保障社会长治久安,对一般性的煽动群众暴力抗拒国家法律实施的行为,以不追究为宜。为此,有必要将该罪规

定的“煽动群众暴力抗拒国家法律、行政法规实施的”这一罪状改为：“煽动群众暴力抗拒国家法律、行政法规实施，造成严重后果的”；将该法条中“造成严重后果的”改为“造成特别严重后果的”。

提高煽动罪入罪门槛，不仅仅是一个涉及言论自由的问题，更是一个党和政府增强自信心的问题。1941年，一个炸雷将延川县代县长李彩云击死。因征粮任务重，引发农民不满，一位农民说了句“老天爷不开眼，响雷把县长劈死了，为什么不劈死毛泽东？”保卫部门闻讯，要把这件事当作反革命事件来追查，杀一儆百。毛泽东闻知后，阻止了保卫部门的行动。他说：“群众发牢骚，有意见，说明我们的政策和工有毛病。不要一听到群众有议论，尤其是尖锐一点的议论，就去追查，就要立案，进行打击压制。这种做法实际上是软弱的表现，是神经衰弱的表现。我们共产党人无论如何不要造成同群众对立的局面。”<sup>[27]</sup>毛泽东同志的处理高瞻远瞩，不仅没有损害自己和党的形象，反而极大提高了党在人民群众中的威信。因此，将一般性煽动行为除罪化，不使人民动辄得咎，不仅不会造成社会的动荡，相反更有利于团结人民群众，有利于国家的长治久安。

## 2. 关于侮辱、诽谤犯罪

在侮辱、诽谤罪中，应当参考他国（比如新加坡）刑法的有关规定，增加若干不构成诽谤罪的例外情形。比如，为了公共利益而披露他人真实事实的，以及出于善意而对公职人员和公众人物提出批评意见的。总的原则应当是，充分保护宪法所赋予公民的言论自由权利和监督政府官员、对政府官员提出批评建议的权利，防止公民因对政府官员的正当监督、批评而动辄得咎。这些例外不仅应当明确而具体，更应当贯彻保护言论自由而不是限制言论自由的精神。

除此而外，为了防止政府官员躲在幕后，操纵司法公权力对言论监督者打击报复，有必要对刑法规定的不作为告诉才处理的“严重危害社会秩序和国家利益”的情形予以明确列举。比如，对于捏造不存在的虚假事实，诽谤政府官员，致使酿成群体性事件，并造成人员死伤，或者长时间的交通拥堵的，才能够作为“严重危害社会秩序和国家利益”的情形。对于捏造虚假事实，诽谤政府官员，即使传播面积很广以至于全国13亿人口人人皆知的程度，只要没有酿成对于社会秩序和国家利益的严重损害，也只能算作对于该官员名誉的侵犯，应当由该被诽谤官员提起自诉，而不能作为公诉案件处理。

## 3. 关于色情表达犯罪

关于色情类的犯罪，应当区别情形，一般宜将向未成年人贩卖、传播淫秽物品、播放淫秽音像制品的行为列为犯罪。但是，不是以未成年人为对象的在网上贩卖、传播淫秽物品、播放淫秽音像制品的行为，也应列为犯罪，因为当今互联网传播很广，对于未成年人上网接触此类影像，难以防范。对于难以控制的在农村地区露天播放此类影像的，也应列为犯罪。总之出于践行言论自由的考虑，有必要适当放宽对于色情类出版物的自由。至于向成年人散布、传播淫秽物品的是否都不构成犯罪，这是一个需要进一步研究的问题。总的原则是尽量不作为犯罪处理。因为性是成年人生活的重要内容之一，向成年人传播色情物品并不会对成年人造成伤害。没有社会危害性，自然不应构成犯罪。如果说向成年人传播色情物品会对其造成伤害的话，在正式播出前，对电影进行审查的有关部门的官员以其每年审查色情电影

[27] <http://cul.news.tom.com/2007-11-08/074A/85760391.html>, 2008年9月18日访问。



之多,自然是最大的受害者。

## (二)在刑事诉讼法方面

鉴于侵犯名誉的犯罪本属于轻罪,且一般属于自诉案件,但在近年来又被个别腐败官员滥用,作为打击言论自由的工具,因此,似有必要对这类案件的诉讼程序进行以下改革。

### 1. 关于自诉转公诉的程序设置

对于侮辱、诽谤罪中作为“严重危害社会秩序和国家利益”的,除应当在刑法中列出明确的情形外,还应当在刑事诉讼法中增设可供操作的程序控制措施。考虑到人民检察院对国家工作人员的监督职责,<sup>[28]</sup>以及在刑事诉讼中的地位 and 职权,<sup>[29]</sup>借鉴相关条文的规定,<sup>[30]</sup>以笔者愚见,似乎应当在《刑事诉讼法》第 18 条增加规定第四款:对于告诉才处理的案件,如果以严重危害社会秩序和国家利益为由,需要由公安机关或者人民检察院作为公诉案件立案侦查的,应当经省级以上人民检察院批准或者决定。

### 2. 关于管辖和回避

中国《宪法》第 126 条和《人民法院组织法》第 4 条都规定:“人民法院依照法律规定独立行使审判权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”《宪法》第 131 条和《人民检察院组织法》第 9 条都规定:“人民检察院依照法律规定独立行使检察权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”《刑事诉讼法》第 5 条也做出了相同的规定。但是,在中国当前,司法机关与党政机关的现实关系是:地方法官的任免实际掌握在地方党委手中,审判机关的经费由地方政府负责,地方政府又听命于地方党委。<sup>[31]</sup>因此,在地方党政官员,尤其是主要官员作为当事人的案件中,要使司法机关保证客观公正地处理案件,其难度可想而知。实践中因批评地方党政官员,而被以诽谤罪予以追究的事件时有发生,也就不足为奇了。鉴于此,为保护公民的言论自由权利,尤其是保护公民对党政官员监督的积极性,并保障此类案件得到公正处理,应当对涉案党政官员所辖地区的司法机关实行整体回避。即,对此类案件实行异地管辖。凡涉及被害人为地方党政主要官员的案件,应当由该领导所在地的上一级法院审判,或者由上一级法院将案件指定至异地法院审判。作为公诉案件立案侦查的,应当由上级公安机关或检察机关进行,或者由异地的公安机关或者人民检察院进行。

### 3. 关于陪审

根据中国刑法,一般性诽谤案件属于自诉案件。按照《刑事诉讼法》的规定,自诉案件由一名法官独任审判,没有实行陪审的可能。笔者建议,在以“严重危害国家和社会利益”为由实行公诉的诽谤案件中,应当实行陪审,以体现人民主权原则和民众对于官员的监督精神。罗伯斯皮尔说:“一般说来,关于通常的诽谤,存在着两种审判它的法庭,即法官的法庭和社会舆论的法庭。后者毫无疑问是最自然的、最权威的、最有影响的;这是憎恶和仇恨

[28] 《人民检察院组织法》第 1 条规定:“中华人民共和国检察院是国家的法律监督机关。”第 4 条规定:“人民检察院通过行使检察权……保护公民的人身权利、民主权利和其他权利……”

[29] 《刑事诉讼法》第 2 条规定:“……检察……由人民检察院负责……”第 8 条规定:“人民检察院依法对刑事诉讼实行法律监督。”第 76 条规定:“人民检察院在审查批准逮捕工作中,如果发现公安机关的侦查活动有违法情况,应当通知公安机关予以纠正,公安机关应当将纠正情况通知人民检察院。”

[30] 《刑事诉讼法》第 18 条第 2 款规定:“……对于国家机关工作人员利用职权实施的其他重大的犯罪案件,需要由人民检察院直接受理的时候,经省级以上人民检察院决定,可以由人民检察院立案侦查。”

[31] 宋英辉、李玉华:《论司法独立》,载陈光中主编:《依法治国 司法公正》,上海社会科学院出版社 2000 年版,第 841 页。

最喜欢攻击的法庭,因为应当看到,诽谤比起它所侵害的那个人的正直与美德,一般说来是软弱无力的,人越有权向社会呼吁,他就越少需要去请求法官的维护。因此,他不会轻易决定把对他所进行的侮辱通知法庭,只有在一些重要的场合,即在诽谤结合罪恶的阴谋活动,能给他造成重大损害,甚至能破坏最巩固的声望的时候,他才会向法庭提出自己的控诉。在遵循这种规则的时候,无谓的诉讼程序就会少些,关于名誉的夸夸其谈就会少些,可是名誉、尤其是正直与美德,就会多些。”<sup>[32]</sup>因此,在此类案件中实行陪审,不仅有利于实现实质公正,更有利于震慑那些惯于利用诽谤罪打击公民言论自由的腐败官员。

#### 4. 关于强制措施

在司法实践中,不少地方的司法机关在处理针对政府官员的诽谤案件时,任意抓捕和关押涉案嫌疑人或者被告人。即使涉案人最终没有被追究刑事责任,但几乎都免不了“脱一层皮”,受到了实质的惩处。鉴于此,建议“两高”发布司法解释,明确规定对于诽谤案件,即使作为公诉案件来处理,也一般不应当采取强制措施,尤其是不应当采取拘留和逮捕措施。因为诽谤案件中的嫌疑人或者被告人,几乎不具有社会危险性,因而没有逮捕的必要。同时规定,对于在此类案件中采取拘留或者逮捕措施的,应当以非法拘禁罪追究有关人员的刑事责任。以防止和惩处“以拘代刑”和“以捕代惩”等变相惩罚言论自由的行为。

最后,需要特别强调的是,务必使司法人员明白,对以语言作为行为方式的犯罪的追究,涉及言论自由这一宪法权利与其他社会利益之间的平衡,因此刑事司法人员应当从保障宪法实施的高度看待刑事司法。“必须永远记住这一原则,即公民应该有权对于社会活动家的行为发表意见和写出文章,而不受任何法律的裁判。”<sup>[33]</sup>为此应当树立牢固的言论自由观念,将刑事司法视为言论自由的保护神,而不是言论自由的桎梏。积极勇敢地追求和贯彻审判独立,抵制各方面的压力。“在那种平衡很难把握的时候,……更应当侧重于对自由的保护。”<sup>[34]</sup>

---

[ Abstract ] The purpose of establishing crimes with speech as the offending behavior in the criminal law is not to restrict the freedom of speech, but on the contrary, to better protect the freedom of speech established by the Constitution. Only by amending the provisions on crimes with speech as offending behavior in criminal law and improving the related process in criminal procedural law can China truly protect the sacred constitutional freedom of speech and punish the criminal acts of abusing the freedom of speech to violate the interests of the state, the society and other persons.

---

(责任编辑:支振锋)

[32] [法]罗伯斯皮尔:《革命法制和审判》,商务印书馆1965年版,第67页。

[33] [法]罗伯斯皮尔:《革命法制和审判》,商务印书馆1965年版,第61页。

[34] [美]本杰明·N.卡多佐:《法律的成长——法律科学地悖论》,董炯、彭冰译,中国法制出版社2002年版,第170页。