

诽谤罪与言论规制“调适期”

孙 平

内容提要:在罗马法中有公犯诽谤与私犯诽谤之分,其中公犯诽谤与言论规制关系密切。近代多个国家为应对社会和民主发展,围绕着诽谤罪制度密集调适言论规制方式与体系。在“调适”的过程中,由罗马法继承下来的各种公犯诽谤成为系统性的言论规制手段。其中,英国所使用的是文字诽谤罪,德国等大陆法系国家主要使用的是大不敬罪;英国跨越言论规制“调适期”比较顺利,大陆法系国家的改革则相对曲折。二战后,在全球范围内出现了公犯诽谤除罪化与诽谤罪抗辩规则二次强化两大趋势。诽谤罪与言论规制互动历史中带有普遍性和规律性的经验教训值得我们借鉴。这些经验教训主要包括:历史上各国利用诽谤罪维护国家利益或社会秩序的效果并不好,我国应通过完善立法防止诽谤罪及其相关罪名被滥用;吸取德国等国家的历史教训,在完善诽谤罪立法的同时进一步完善相关刑事司法制度;重视言论规制调适背后的深层次动因,从言论自由保障的基础性制度着手解决我国面临的主要问题。

关键词:诽谤罪 言论自由 言论规制“调适期”

孙平,华东政法大学科学研究院助理研究员。

2006年“彭水诗案”开始出现的“网络诽谤案”,第一次让中国学界和公众切身感受到了诽谤罪与言论规制之间的紧密联系。2013年8月,中国公安部门在全国范围内开展了打击网络谣言专项行动,紧接着,最高人民法院和最高人民检察院发布了引起巨大争议的《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“两高解释”)。^[1]对于这个司法解释,学界陷入了严重的分歧:一方认为两高解释“界定了网络上谣言与正当言论的界限,有了具体的违法犯罪标准”,不仅不会打压网络监督,反而“对正常的言论实际上是一种保障”;^[2]另一方则认为公安部门的运动式执法和两

[1] 最高人民法院、最高人民检察院(法释[2013]21号):《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》,2013年9月6日。

[2] 袁国礼:《这不是网上所说的简单打压》,《京华时报》2013年9月10日第8版。类似观点还可参见周光权:《为惩治网络诽谤等犯罪提供法律标尺》,《人民日报》2013年9月11日第4版。

高解释扩大了诽谤罪的入罪门槛,不利于言论自由的保护。^[3] 放眼世界,如何处理诽谤罪与言论规制之间的关系并不是一个新生的问题,实际上从古罗马帝国一直到当代,诽谤罪与言论规制已经断断续续地“缠斗”了 2000 多年。尤其是近代伴随着资产阶级革命和社会民主发展,欧亚多国不约而同地围绕着诽谤罪制度的继受与创新、扩张与缩限,密集调适言论规制的方式与体系,以应对社会迅速发展所带来的各方巨变,从而形成了一段较为集中的言论规制“调适期”。不了解这段历史,我们就无法洞见诽谤罪与国家利益、社会秩序之间的勾联机理,更无法知悉利用诽谤罪制度规制言论的历史发展过程和趋势。因此,只有深入了解诽谤罪与言论规制之间的这段“缠斗”史,我们才有可能吸取其他国家的经验和教训,化解我国当下的争议和问题。

一 罗马法中的私犯诽谤与公犯诽谤

罗马法并没有现代意义上的诽谤罪,但却发展出了两种惩罚诽谤的制度:一种是私犯中的诽谤(以下简称“私犯诽谤”),更倾向于解决一般个人之间的纠纷,在当时与言论规制的关系并不大;另一种是公犯中的诽谤(以下简称“公犯诽谤”),旨在保护国家、最高统治者和社会秩序等,并且带有强烈的言论规制功能。

(一) 私犯诽谤

罗马法中没有单独的“诽谤”或“侮辱”概念,对人的人格等精神利益的损害被包含在一个更加抽象的法律概念之中——*injuria*,即对人私犯,也有学者将其译为侵辱。^[4] 侵辱“原指一切不法行为而言,以后罗马法对此作狭义解释,专指对身体和人格的侵害。”^[5] 《学说汇纂》侵辱一卷的标题“关于侵辱与文字诽谤”(De iniuriis et famosis libellis)也清楚表明了侵辱与诽谤的关系。整部民法大全中关于此类侵辱的规定也较多,如“写作、出版诽谤性的诗歌、书籍,进行侮辱,或恶意策动其事”;^[6] “某人受到辱骂、某人明知他人不欠自己任何东西却公开宣布该人是自己的债务人、某人书写榜文或打油诗诽谤他人”;^[7] “如果某人写作编辑、出版涉及他人的流言蜚语的书籍,或者以恶意诈欺行事,使这些事情中的某种被做成,即使他是以他人的名义出版或匿名出版的【这样的书籍】,允许对这种情况提起诉讼”^[8] 等等。侵辱属于私犯,被侵犯的人既可以提起民事诉讼也可以提起刑事诉讼。无论是民事诉讼还是刑事诉讼,其目的都主要是为了补偿被害人的利益。^[9]

(二) 公犯诽谤

公犯诽谤又分为两种,即大不敬罪(*laesa majestas*)与文书诽谤罪(*famosis libellis*)。

[3] 童之伟:《网谣治理须循法治路径》,《财经》(十五年纪念版),2013 年 10 月 14 日。

[4] 参见[古罗马]盖尤斯:《法学阶梯》,黄风译,中国政法大学出版社 1996 年版,第 282 页。

[5] 周枬著:《罗马法原论》(下册),商务印书馆 2001 年版,第 863 页。

[6] J. 4, 1, 1; [古罗马]查士丁尼著:《法学总论》,张企泰译,商务印书馆 1989 年版,第 201 页。

[7] Gai. 3, 220; [古罗马]盖尤斯著:《法学阶梯》,黄风译,中国政法大学出版社 1996 年版,第 282 页。

[8] D. 47, 10, 5, 9; [意大利]桑德罗·斯奇巴尼选编:《债·私犯之债(II)和犯罪》,徐国栋译,中国政法大学出版社 1998 年版,第 98-99 页。

[9] [英]巴里·尼古拉斯著:《罗马法概论》(第二版),黄风译,法律出版社 2004 年版,第 223-224 页。

1. 大不敬罪

大不敬罪本来并非单指大不敬的行为,而是国事罪的统称。^[10] 其中 *Majestas*, 原意指事物的崇高或伟大,在罗马共和国时期特指所有构成罗马国家的要素的总和、罗马人民或罗马的最高统治权,因此那时的国事罪也就是指所有有损于罗马国家、罗马人民的行为,其含义更接近于现代的叛逆罪。^[11] 对此,塔西佗说得非常明确:“古人的法律中也有过这个名称,不过它所要对付的罪行却不相同,这些都是由于官吏渎职而玷污了‘罗马人民的尊严’的罪行,诸如军队的背叛,煽动人民发动叛乱等等。实际行动要受到惩罚,但言论却是无罪的。”^[12] 这也就是说,罗马共和时期的国事罪或叛逆罪并不包括任何的文字、语言的侮辱或诽谤。

随着共和转向帝制,古罗马公共生活的宽松氛围逐渐消失,对言论的规制也逐渐趋严。^[13] 到了共和末期的苏拉独裁时期,国事罪法已经开始包括“对在国家中具有重要地位的人进行的任何种类的侮辱”。^[14] 帝国伊始,“奥古斯都第一个利用这一法律追究在文字上进行诽谤的罪行。因为一个名叫卡西乌斯·谢维路斯的人曾经肆无忌惮地诽谤过显要的男女人士,故而激怒的奥古斯都采取了这一步骤。”奥古斯都的继任者,提贝里乌斯继续执行了这项法律,并将其扩大到言辞诽谤,“和奥古斯都一样,他曾因为一些匿名的诗而深为震怒,因为这些诗讽刺了他的残酷、横傲和对自己的母亲的疏远。”^[15] 此后,大不敬罪几经起落,时而受到开明皇帝的节制,时而又被一些皇帝滥用,以作为压制政敌的武器。^[16] 在最极端的时期,甚至替换奥古斯都雕像的头像、在奥古斯都雕像附近殴打奴隶、不注意听皇帝演讲或者妇女在皇帝雕像前裸体等行为都被认为是违反了国事罪法。^[17] 至于刑罚,除了最为严厉的死刑和流放之外,罗马法针对大不敬罪还创制了全新的刑罚种类:焚烧所有被定为有罪的作品和文字记录。^[18]

2. 文书诽谤罪

到帝国晚期还出现了另一种非常特殊的公犯诽谤——文书诽谤罪。文书诽谤罪的拉丁原文 *famosis libellis*, 与侮辱中的文字诽谤完全一样,但这两者的含义大相径庭。侮辱中的文字诽谤是私犯,而文书诽谤罪则是一种公犯,其较系统的规定最早见于公元 438 年的狄奥多西法典,^[19] 之后在尤士丁尼《法典》中也有相似的规定。其大意是要求发现匿名

[10] 参见[意大利]桑德罗·斯奇巴尼选编:《债·私犯之债(II)和犯罪》,徐国栋译,中国政法大学出版社1998年版,第186-187页。

[11] William Smith, LLD, William Wayte, G. E. Marindin (eds.), *Dictionary of Greek and Roman Antiquities* (London: John Murray, 1890), p. 724.

[12] [古罗马]塔西佗:《编年史》,王以铸、崔妙因译,商务印书馆1981年版,第1卷第72题,第60页。

[13] See Richard A. Bauman, *Human Rights in Ancient Rome* (London: Routledge, 2000), pp. 102-104.

[14] F. R. D. Goodyear, *The Annals of Tacitus*, vol. 2 (Cambridge: Cambridge University Press, 1981), *Commentary on Annals*, p. 143.

[15] [古罗马]塔西佗:《编年史》,王以铸、崔妙因译,商务印书馆1981年版,第1卷第72题,第60-61页。

[16] Richard A. Bauman, *Human Rights in Ancient Rome* (London: Routledge, 2000), p. 108.

[17] Richard A. Bauman, *Human Rights in Ancient Rome* (London: Routledge, 2000), p. 107.

[18] Mary R. McHugh, *Historiography and Freedom of Speech: The Case of Cremutius Cordus*, in Ineke Sluiter, Ralph M. Rosen (eds.), *Free Speech in Classical Antiquity* (Leiden and Boston: Brill, 2004), p. 393, pp. 406-407.

[19] Theodosian code, 9, 34; Clyde Pharr, *The Theodosian code: and Novels* (New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd., 2001), pp. 249-250.

诽谤文书的人必须立即将其撕毁或烧毁,否则将有可能被判处死刑;而如果有人站出来为这一诽谤文书的指控内容负责,那么其指控如被证明为真实则可获得丰厚的奖赏,但若被证明为虚假则将被判处死刑;无论这种指控的结果如何,被指控人的名誉均不受影响。^[20]这种文书诽谤罪与我国古代的“投匿名书告人罪”非常相似,都是古代社会在信息不发达的条件下,为了维护社会秩序而应对匿名文书的一种方法。^[21]

总的来说,罗马法当中有两种惩罚诽谤的制度——私犯诽谤与公犯诽谤。私犯诽谤主要是指侵辱当中与诽谤有关的内容,公犯诽谤则包括大不敬罪和文书诽谤罪。罗马帝国衰亡之后,罗马法为中世纪的欧洲各民族所继受。侵辱中的诽谤在与习惯法、宗教法、封建法、城市法等的融合过程中逐渐获得了独立的发展。^[22]而脱胎于大型帝国的大不敬罪也很自然地各个时期、各个种类的王国所采纳。^[23]尤其是在欧洲大陆,大不敬罪逐渐有了专门的称谓,即 *Lèse Majesté*, 英语中常写作 *Lese Majesty*。^[24]至于文书诽谤罪,它本依附于特定的历史时期和背景,但没想到机缘巧合之下竟也被英国“发扬光大”。

二 文字诽谤罪与英国的言论规制“调适期”

15世纪,欧洲开始进入大变革的时期,宗教势力衰弱,以王权为代表的民族国家异军突起;封建制度瓦解,重商主义大行其道。更重要的是,随着地理大发现、文艺复兴、科学革命、宗教改革、启蒙运动等等一系列技术和思想的大变动,各种新兴思想不断挑战着旧有社会的知识结构和统治秩序。恰在这时,欧洲的活字印刷技术取得了巨大进步,印刷业迅即形成并反过来推动了文艺复兴、宗教改革和科学革命的发展。^[25]借助铅字和纸张广泛传播的“危险”思想和“异端”学说立即与追求集权和专制的王权发生了激烈的冲突,进而形成了一场新旧言论规制手段和体系之间的拉锯战。正是在这场拉锯战中,文字诽谤罪应势而生。

[20] C. 9,36; S. P. Scott, *The Civil Law, Vol. XV* (Cincinnati: The Central Trust Company, 1932), pp. 61-63.

[21] 关于我国古代的“匿名投书告人罪”及其与社会秩序之间的关系,参见王应瑄:《从国渊、王安礼验字破案看古代的投匿名书告人罪、诬告罪、诽谤罪、投书诽谤罪》,《法学评论》1987年第3期,第48页。关于文书诽谤罪与古罗马帝国时期社会稳定之间的关系参见 Francis L. Holt, *The law of libel* (London: Butterworth and Son, 1816), p. 14.

[22] 英国法的发展参见 Ven Vechten Veeder, *The History and Theory of The Law of Defamation I*, 3 COLUM. L. REV. 546 (1903), pp. 549-551。德国和法国的情况分别参见谢庭昆:《妨害名誉罪之研究》,天主教辅仁大学法律学系博士论文2002年1月,第21页;Carl Ludwig von Bar and others, *A History of Continental Criminal Law*, Translated by Thomas S. Bell and others (Boston: Little, Brown, and Company, 1916), p. 169.

[23] 英国继受国事罪法的情况参见 S. P. Scott, *The Civil Law, Vol. XV* (Cincinnati: The Central Trust Company, 1932), pp. 29-30, note;欧洲大陆的情况参见 Carl Ludwig von Bar and others, *A History of Continental Criminal Law*, Translated by Thomas S. Bell and others (Boston: Little, Brown, and Company, 1916), p. 73, pp. 163-164.

[24] *Lese Majesty* 的拉丁语词源就是罗马法当中的大不敬罪“*laesa majestas*”。Carl Ludwig von Bar and others, *A History of Continental Criminal Law*, Translated by Thomas S. Bell and others (Boston: Little, Brown, and Company, 1916), pp. 41-42.

[25] [美]迈克尔·埃默里等,展江译:《美国新闻史——大众传播媒介解释史》(第九版),中国人民大学出版社2004年版,第4页。

(一) 言论规制“调适期”与文字诽谤罪的产生

在18世纪以前,王权规制言论的最主要手段是出版特许制,但是在蓬勃发展的新闻出版业和潮水般喷涌的新兴思想面前,这种以事前审查为主要目标的言论规制手段逐渐显出了疲态。实际上,在斯图亚特王朝复辟末期,许可证制度已经名存实亡。1679年,国会曾批准1662年的《许可证法》(Licensing Act)失效,之后该法又不时被恢复。直到1694年,《许可证法》最后一次停止生效,此后该法再也没有被恢复过,这也宣告英国的特许出版制度正式寿终正寝。^[26] 旧有的严酷规制手段已然失效,但真正适应新格局的规制体系尚需随着民主政治与社会的进一步发展,经过另外一段由紧而松的“调适”方能培育出来。而在历史惯性的驱使下,当政者没有立即放松对言论的规制。于是,想方设法寻求替代方案便成为资产阶级革命之后的当政者的必然选择。

最初,英国当政者试用的是其他几种比文字诽谤罪更加严苛的罪名和法律,但均效果不佳。比如最开始受到青睐的《叛逆法》(the Law of Treason),它只能用来对付极少数的极端言论,加之相关诉讼程序日益繁琐,根本无法应付特许出版制度废止之后蓬勃发展的新闻和出版业。^[27] 此外还有同样是专门用来保护权贵免受各种言语冒犯的《诋毁权贵法》(De Scandalis Magnatum),因脱胎于对付农民起义的封建社会时代,同样无法有效应对新的社会现实。^[28]

与古老的叛逆法和诋毁权贵法相比,文字诽谤罪的产生则晚近了许多。17世纪以前英国的诽谤法还相当落后,宗教法庭和封建法庭的诽谤罪制度过于简陋,普通法中的刑事诽谤法还几乎是一片空白。^[29] 17世纪初,作为王权代表的星室法院巧妙套用了古罗马帝国时期的侵辱和文书诽谤罪,创制出一套全新的“文字诽谤罪”,以达到严厉控制言论的目的。^[30] “文字诽谤罪”创制于1605年的“文字诽谤案”(Case de Libellis Famosis)。该案起因于一份诽谤已故的坎特伯雷大主教的诗文,在爱德华·科克大法官主笔的判决中写道:“文字诽谤罪要么是针对一般个人要么是针对大臣或其他官员。针对一般个人的诽谤应当受到严惩,因为虽然这类诽谤针对的是个人,但是这种罪行会激起其亲朋好友的报复,从而导致争斗并破坏社会安定,甚至可能引起流血和其他大麻烦。针对大臣或其他官员的诽谤是一种更严重的罪行,因为它不仅关乎社会的安定,而且关乎政府的声誉。如果国王指派和选拔来治理他的国民的大臣们都被污蔑为腐败或不道德,还有什么样的诽谤比这种诋毁和丑化政府的行为更严重的呢?”^[31]

科克大法官所创制的“文字诽谤罪”与古罗马帝国晚期的文书诽谤罪有很大的不同,

[26] [美]迈克尔·埃默里等,展江译:《美国新闻史——大众传播媒介解释史》(第九版),中国人民大学出版社2004年版,第15-16页。

[27] Philip Hamburger, The Development of the Law of Seditious Libel and the Control of the Press, 37 *Stan. L. Rev.* 661 (1985), pp. 719-721.

[28] See Ven Vechten Veeder, The History and Theory of The Law of Defamation I, 3 *Colum. L. Rev.* 546 (1903), pp. 553-554.

[29] Ven Vechten Veeder, The History and Theory of The Law of Defamation I, 3 *Colum. L. Rev.* 546 (1903), pp. 553-554.

[30] Ven Vechten Veeder, The History and Theory of The Law of Defamation I, 3 *Colum. L. Rev.* 546 (1903), p. 567.

[31] Sir Edward Coke, John Henry Thomas, John Farquhar Fraser, Robert Philip Tyrwhitt, *The Reports of Sir Edward Coke, Knt.*: In *Thirteen Parts*, Vol. 3 (London: J. Butterworth and son, 1826), Parts 5-6, p. 255.

它只在两个方面借鉴了罗马法。首先是法律概念名称。科克大法官所称的“文字诽谤罪”完全照搬了罗马法公犯“文书诽谤罪”所使用的拉丁语名称,即“*famosis libellis*”。^[32]其次是设置这项罪名的目的。文字诽谤罪既包括了针对一般个人的犯罪,也包括了针对特殊主体——大臣和官员的犯罪,无论是针对谁的犯罪,其考虑的重点不是被害人的个人利益而是社会秩序和安定。这一点与古罗马的“文书诽谤罪”非常相似。不仅如此,诽谤大臣、官员与诽谤个人是有很大差别的,因为诽谤前者属于更加严重的犯罪行为,这种行为破坏的不仅是普通的社会秩序和安定,而且是王权及其政府的声誉和统治的稳定。这一点又与罗马法中的大不敬罪在创制目上暗中契合。从这个角度来说,文字诽谤罪就是借用了罗马法的概念,同时又装进了罗马法中两大公犯诽谤的内在目的和精神的一种全新公犯诽谤。

当然,在法律技术方面,文字诽谤罪完全是普通法式的。这在文字诽谤罪的日后发展当中体现更为明显,它的证明体系、抗辩规则、诉讼程序等等均与大陆法系的诽谤罪制度迥异其趣,而且也显得更加严苛。这其中最具创造性、同时也是最为核心的便是以内容的真实性进行抗辩不被允许,即不适用真实抗辩。^[33]而且对于英国的统治者及其官员来说,真实的言论比起明显虚假的诽谤更容易危及社会秩序,因此在很长一段时间内,在文字诽谤罪案件中实行的都是“越是真实,越是诽谤”(the greater the truth, the greater the libel)的法律原则。^[34]

(二)文字诽谤罪的发展及其影响

17 世纪中后期,经历了资产阶级革命之后的英国成为第一个建立民主制度的资本主义国家。专制的王权被削弱,星室法院也在资产阶级革命前夕就被废除,但是文字诽谤罪却被革命后的普通法院完整地继承了下来。在之后很长的一段时间内文字诽谤罪也一直受到当政者的青睐,无论掌权的是国王、“护国主”还是议会,从未有大的改变。其中,针对大臣和官员的文字诽谤不断发展壮大,到 18 世纪晚期竟成为文字诽谤罪的一个独立分支,即“煽动诽谤罪”(Sedition Libel),专门用于惩罚“发表对政府官员、国家法律或机构的责难的文字,且发表时具有非法的意图的行为”。^[35]独立出来的煽动诽谤罪在政治功能上与罗马帝国时期的国事罪一脉相承,并且逐渐发展成为当时英国君王和其他当政者控制言论的最主要工具。^[36]

文字诽谤罪奠定了整个英美法系诽谤法的基础,它对其他英美法系国家的影响毋庸多言。但相比之下,将文字诽谤罪(包括由其衍生出来的煽动诽谤罪)作为言论规制主要手段的做法却并没有对其他英美国家产生足够大的影响。这主要是因为,大多数英美法

[32] 需要说明的是,上文提到的罗马法侮辱中的“文字诽谤”,其拉丁语也是“*famosis libellis*”。为了在中文当中区分这些概念,笔者在翻译时采用了上述不同的表述。

[33] “诽谤的内容是否属实并不重要”,这一原则也是在 1605 年的“文字诽谤案”当中确立的。Sir Edward Coke, John Henry Thomas, John Farquhar Fraser, Robert Philip Tyrwhitt, *The Reports of Sir Edward Coke, Knt. : In Thirteen Parts*, Vol. 3 (London: J. Butterworth and son, 1826), Parts 5 - 6, p. 255.

[34] 魏永征著:《新闻法新论》,中国海关出版社 2002 年版,第 240 页。

[35] James Fitzjames Stephen, *A History of the Criminal Law of England*, Vol. 2 (London: Macmillan and Co., 1883), p. 359.

[36] Willian E. Conklin, *Origins of The Law of Sedition*, 15 *Crim. L. Q.* 277 (1972 - 1973), p. 289.

系国家在独立之前,英国本土的文字诽谤罪已经经历了不小的改革,其规制言论的功能大幅萎缩。以美国为例,早在其殖民时期,文字诽谤罪就已经很少被用于惩治新闻记者或其他出版从业者,尤其是在著名的曾格案发生之后。^[37]而在建国之后,各州的诽谤法大都加入了比较完善的真实抗辩规则,这一变革甚至早于英国。^[38]当然在历史上,煽动诽谤罪也曾被美国政府用来控制言论,但那都只存在于一些短暂而特殊的历史时期,比如只生效了两年的1798年《惩治煽动叛乱法》(The Sedition Act of 1798),其制定的背景是美法之间的准战争状态;1918年《反煽动叛乱法》(Sedition Act of 1918)和1940年《史密斯法案》(The Smith Act)则分别对应着两次世界大战。这些特殊时期更像是一种对外来危机的“应激反应”,而不是本文所要探讨的因为内在民主转型而产生的“调适期”。

三 大不敬罪与德国的言论规制“调适期”

与英国相比,大陆法系国家的资产阶级革命普遍要来得晚一些。相应地,他们的言论规制“调适期”也产生得较晚。以德国为例,在统一之前,书报检查制度一直是各个邦国规制言论的利器。1848年受到欧洲革命的影响,普鲁士国王威廉四世曾短暂允诺实行新闻自由,但是仅仅一年之后威廉四世即回归专制,颁布新的新闻法,重新恢复各种书报检查制度。^[39]一直到1870年德意志帝国建立之后,德国的新闻自由保障制度才初步确立。1871年德意志帝国宪法宣布保障言论自由。3年之后,1874年新闻法出台,正式废除了各种事前审查制度。1890年在恩格斯的组织下,德国“反社会党人法”被废除。^[40]也正是在19、20世纪之交,德国出现了一个与17、18世纪的英国相似的言论规制“调适期”:一方面新闻出版业和社会民主快速发展,旧有的言论规制手段已经完全失效;另一方面,政治民主尚处于转型之中,新的言论规制格局也有待“调适”形成。乘着这个空档,德国的当政者也同样是循着历史的惯性,抓紧一切机会寻找控制言论的替代品。与英国不同的是,德国的当政者并没有重新创制新的罪名,而是主要利用了现成的、从古罗马法继受和发展而来的大不敬罪等诽谤罪。

(一)对罗马法的继受与发展

1871年德国刑法典继承了罗马法将诽谤区分为公犯诽谤与私犯诽谤的两分法。在公犯诽谤这边,罗马法中的大不敬罪几乎被德国刑法全盘继受。而对于罗马法的私犯诽谤——侵辱,德国刑法在继受的同时也做了大幅度的发展和改进。

首先来看看大不敬罪的继受。1871年德国刑法典犯罪分论(刑法典第2部分)的第1章是叛逆罪(Hochverrath und Landesverrath),紧接着第2章便是“侮辱君主罪”(Beleidigung)。

[37] Harold L. Nelson, Seditious Libel in Colonial America, 3 Am. J. Legal Hist. 160 (1959), p. 164.

[38] [美]迈克尔·埃默里等,展江译:《美国新闻史——大众传播媒介解释史》(第九版),中国人民大学出版社2004年版,第48页。

[39] 值得一提的是,马克思的名篇《评普鲁士最近的书报检查令》正是由此而做,马克思本人也深受书报检查制度的迫害。龚刀韧:《马克思新闻出版自由经典理论之重温》,《法学》2010年第7期,第4-6页。

[40] 作为当时的反对党,社会民主党所主办的报刊获得了空前发展,到恩格斯逝世时,出版党报65种、工会报50种,总发行量高达100万份。展江:《马克思主义新闻自由观再探》,《中国青年政治学院学报》2000年第1期,第109页。

gung des Landesherrn), 其中就包括了侮辱皇帝罪和侮辱皇室罪。^[41] 此外, 第3章“侮辱联邦诸侯罪”(Beleidigung von Bundesfürsten) 则是侮辱君主罪在当时帝制加联邦体制下的自然延伸。^[42] 而第4章“针对友邦的敌对行为罪”(Feindliche Handlungen gegen befreundete Staaten) 第104条规定的侮辱外国王室、官员、使节罪, 实际上就是国际法对等原则之下的侮辱君主罪。通观这几条法规, 德国刑法中的侮辱君主罪及其相关衍生犯罪基本就是古罗马法大不敬罪的近代翻版, 其共同的特点是言简意赅、概念模糊, 几乎没有附加任何的抗辩规则, 并且是实行公诉。由此也可以看出, 德国刑法对罗马法大不敬罪的继受要远远大于发展。^[43]

其次, 相较于罗马法的侵辱, 德国刑法中针对一般个人的诽谤罪不仅立法形式更加科学, 而且为平衡保护新闻出版自由设置了多项新的规则。旨在保护一般个人的侮辱罪和诽谤罪被置于1871年德国刑法典第14章“侮辱罪”(Beleidigung) 当中。^[44] 相对于罗马法的侵辱来说, 德国刑法在立法的科学性上已经非常完善。其最主要的表现是区分了侮辱与诽谤, 并做了明确的界定。更为重要的是, 德国刑法在平衡保护新闻出版自由方面有了很大的进步。首先, 诽谤罪的真实抗辩原则已经被完全采纳。就在1848年, 通行于德国的拿破仑刑法典还对真实抗辩原则施加了诸多不合理限制。^[45] 其次, 为平衡保护新闻出版自由增加了几项全新的抗辩事由。如第193条规定: “有关科学、艺术、商业上的批评, 或与此相类似的为履行或保护权益, 或使用其正当权益所发表的言论, 以及对部下的训诫和责备, 官员职务上的告发或判断, 或诸如此类的情况, 只在根据其陈述方式或当时的情况, 认为已构成侮辱罪的, 始受处罚。” 最后, 为了限制公诉权力的滥用和保护公民权利, 这部刑法典还吸收了1851年普鲁士刑法典所确立的亲告制度, 将针对一般个人的诽谤罪列入亲告范围。^[46]

(二) 规制言论的“利器”

尽管在立法上已经非常进步, 但是1871年德国刑法中的诽谤罪依然被当政者改造成规制言论的“利器”。

其中, 首当其冲的便是侮辱君主罪。由于其所使用的概念异常模糊且限制较少, 因而成为王室打压批评言论的绝好工具, 尤其是其中的第95条——侮辱皇帝罪。根据德意志帝国最高法院的判决, 帝国皇帝受到法律的绝对保护, 他本人或其行为不受批评, 哪怕这种批评具有合理的理由。而在各个州当中, 普鲁士州的警察和检察官对追诉此类犯罪最为积极, 因为只有这个州的检察官在起诉侮辱皇帝罪时不需要取得上级的授权。1895

[41] Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich (1871), art. 95 & 97.

[42] Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich (1871), art. 98 - 101.

[43] [德]安塞尔姆·里特尔·冯·费尔巴哈:《德国刑法教科书(第14版)》,徐久生译,2010年版,第157-158页。

[44] 德国刑法上的侮辱(Beleidigung)有广义和狭义之分,它既可以指德国刑法典第14章中所有的侮辱和诽谤行为,也可以单指其中第185条的侮辱罪。谢庭昆:《妨害名誉罪之研究》,天主教辅仁大学法律学系博士论文2002年1月,第23页。

[45] 参见马克思:《法庭对“新莱茵报”的审讯》,载《马克思恩格斯全集》第5卷,人民出版社1958年11月版,第231-232页。

[46] Ann Goldberg, *Honor, Politics, and the Law in Imperial Germany, 1871 - 1914* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), p. 26.

年,德国全国有 597 人因为侮辱皇帝而被判有罪,其中有 395 人来自普鲁士。^[47] 这项罪名不仅被用来规制一般公民的批评言论,在 19 世纪 90 年代当社会民主党取得了合法地位之后,它又成为压制社会民主党的政治工具。从 1882 到 1888 年,德国全国平均每年有 493 件侮辱皇帝罪案件最终被判有罪,而从 1889 年到 1895 年,这个数字则上升到 551 件,期间最多的一年(1894 年)甚至达到了 622 件。这其中有相当一部分案件是针对社会民主党所主办的报纸的。比如汉诺威的《人民意志报》(Hannoverscher Volkswille)在公开发行的头十年(1890 - 1900)就受到了不少于 28 次指控。^[48]

除了侮辱皇帝罪,“针对一般个人”的诽谤罪也常被用来规制言论,尤其是那些针对政府官员的言论。在德意志帝国建国初期,一些法院曾经拒绝给予官员在诽谤案中以特别的保护。在一个某报纸诽谤地方法院和州检察官的案件中,法官甚至拒绝受理公诉,并指示原告可到民事法庭去提起亲告。但德国司法高层因此案震怒,并很快发布了一条指令,要求在诽谤罪公诉案件中必须加强保护政府官员的名誉。随即,各地法院便将所有针对官员任期内的言行的诽谤视为涉及“公共利益”,也即将其作为公诉案件来处理。^[49] 这里需要说明的是,尽管德国 1871 年刑法典第 194 条规定针对一般个人的诽谤罪适用亲告制度,但是依据德国 1874 年刑事诉讼法,如果案件涉及“公共利益”,检察官依然有权接管案件进行公诉。^[50] 此外,上文已述,1871 年德国刑法典为平衡新闻出版自由而制定的第 193 条,也被帝国最高法院进行了大幅度的缩限解释,以致这一条款几乎起不到什么保护言论的作用。^[51]

总的来说,在 19、20 世纪之交的德意志帝国,那些以维护国家名誉的名义而进行的各种诽谤罪案件判决、司法命令、司法解释逐渐发展成为一种全新的、事实上的新闻审查制度。^[52]

(三)其他大陆法系国家

在 19 世纪的欧洲大陆,虽然很少有哪个国家像德国一样如此大规模的利用诽谤罪来规制言论,但是在其他大陆法系国家,诽谤罪尤其是以大不敬为代表的公犯诽谤与言论规制之间也都存在着密切的联系。

最为典型的是法国。法国“七月王朝”复辟政权为了稳定统治实施较宽松的政策,废除了拿破仑时期的新闻审查制度。但与此同时,1819 年新闻法将 1810 年刑法典中的诽谤罪纳入新闻法的规范范围,并增加了侮辱国王罪、侮辱王室罪等新罪名。^[53] 此后,将诽

[47] Alex Hall, *The Kaiser, the Wilhelmine State and Lèse-Majesté*, 27 *German Life and Letters* 101 (1973 - 74), p. 101.

[48] Alex Hall, *The Kaiser, the Wilhelmine State and Lèse-Majesté*, 27 *German Life and Letters* 101 (1973 - 74), p. 102.

[49] Ann Goldberg, *Honor, Politics, and the Law in Imperial Germany, 1871 - 1914* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), p. 82.

[50] Ann Goldberg, *Honor, Politics, and the Law in Imperial Germany, 1871 - 1914* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), p. 35.

[51] Ann Goldberg, *Honor, Politics, and the Law in Imperial Germany, 1871 - 1914* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), p. 83.

[52] Ann Goldberg, *Honor, Politics, and the Law in Imperial Germany, 1871 - 1914* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), p. 102.

[53] Loi du 17 mai 1819 relative à la répression des crimes et délits commis par la voie de la presse, art. 9 - 12. 这部法律奠定了法国刑法中公犯诽谤与私犯诽谤的两分基本格局。

谤罪纳入新闻法的立法模式为各个时期的新闻法所继受。^[54] 一直到第三共和国时期,标志法国正式实现新闻自由的 1881 年《新闻出版自由法》亦成为诽谤罪的集大成者。^[55] 其他如奥匈帝国、意大利、西班牙等国家在 19 世纪出台的一些新闻法当中也都植入了诽谤罪的内容,其中又以大不敬罪最为普遍。^[56]

还有部分大陆法系国家在利用诽谤罪规制言论时“兼容并蓄”,既移植了英国的文字诽谤罪,又继承了传统大陆法系的公犯诽谤与私犯诽谤两分法。19 世纪 60 年代,俄罗斯亚历山大二世对新闻法制进行改革,^[57] 于 1865 年颁布了新闻法。该法吸收了英国的煽动诽谤罪,将任何有损政府机关信誉的言论(无论该言论是否属实)视为严重损害社会秩序的行为加以严惩。这些规定也为翌年颁布的 1866 年俄罗斯刑法典所吸收。^[58] 与此同时,1866 年俄罗斯刑法典也没有抛弃大陆法系刑法典对诽谤罪进行两分的做法,即在国事罪部分规定了侮辱皇族罪,又在针对一般个人犯罪部分规定了诽谤罪与侮辱罪。^[59] 与此类似的还有日本。明治初期,日本明治政府为加强言论规制于 1876 年颁布了《谗谤律》,其有关诽谤罪的规定就基本照搬了英国 18 世纪的文字诽谤罪。^[60] 之后,这种不适用真实抗辩的诽谤罪又被 1880 年日本旧刑法典所吸收,并一直沿用到二战之后。^[61] 同样是这部刑法典也保有传统大陆法系对诽谤罪的两分作法。^[62]

四 “调适期”的渡过及其后续发展

(一)“调适”的两种路径

言论规制“调适期”是很多国家在民主转型过程都会遇到的一个问题,因此期间整个言论规制制度的调适过程也与其民主转型完全同步:民主转型较为顺利,则言论规制制度

[54] 其中比较重要的主要包括 Loi du 25 mars 1822 relative à la répression des délits de presse; Loi du 29 novembre 1830 relative aux délits de presse; Loi 9 septembre 1835 relative des crimes, délits et contraventions de la presse et des autres moyens de publication; Loi du 27 juin 1849 relative répression des délits de presse.

[55] Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. 该法第 4 章第 2 至 4 节都是关于诽谤罪的,其中公犯诽谤就包括侮辱总统罪(第 26 条),侮辱军队、司法机关、国家(公共)机关罪(第 30 条),侮辱国家机关工作人员罪(第 31 条),侮辱外国国家首脑(第 36 条),侮辱外交官员罪(第 37 条)等。

[56] Robert J. Goldstein (ed.), *The War for the Public Mind: Political Censorship in Nineteenth-century Europe* (Westport: Greenwood Publishing Group, 2000), Spain, p. 188; Italy, p. 109; Austria, pp. 225 - 226.

[57] 沈固朝:《欧洲书报检查制度的兴衰》,南京大学出版社 1999 年版,第 196 - 199 页。

[58] 在 20 世纪初的另一场以放松规制为主要内容的新闻法制改革之后,这些规定再次成为规制言论的重要手段。Charles A. Ruud, *Fighting Words: Imperial Censorship and the Russian Press, 1804 - 1906* (Toronto: University of Toronto Press, 2009), pp. 167 - 169.

[59] 《俄罗斯刑法》,[清]萨荫图译,修订法律馆 1905 年版,卷三,第 244 - 248 条;卷十,第 1535 - 1539 条。

[60] 《谗谤律》最初是由一个主要由留学英国伦敦的人员组成的民间团体“共同存众”向政府提出的,其初衷只是要求在尊重报纸发行自由和报道自由的基础上学习西方国家尊重民众的隐私,避免将个人私生活在报纸上公开报道。然而,这项建议书却被当政者所利用,转而变成控制言论的利器。王文勋、张文颖:《日本明治维新时期的舆论研究》,中国传媒大学出版社 2014 年版,第 94 - 95 页。

[61] 谢庭晃:《论日本法上名誉毁损罪之立法变迁与言论自由》,载《刑事法学之理想与探索:甘添贵教授六秩祝寿论文集(二)》,学林文化事业有限公司 2002 年版,第 216 页。

[62] [日]牧野英一著:《日本刑法通义》,陈承译,中国政法大学出版社 2003 年版,第 93 - 94 页,第 101 页,第 209 - 211 页。

的调适过程也就波澜不惊；民主转型磕磕绊绊，则调适的过程也总是反反复复。

英国是渐进式民主转型的典型，与此相呼应，其诽谤法的变革也相对比较平稳。从18世纪末期开始，新闻出版自由的理念在英国逐渐得以确立，带有明显政治意图的文字诽谤罪制度便显得越来越不合时宜。在国会的主导下整个文字诽谤罪法渐次被大幅修正。1792年文字诽谤法赋予陪审团概括裁断权，从而限制了法官的肆意专断。^[63] 1840年国会文件法将公开、报道国会立法程序、报告、文件、表决等等的记载视为绝对免责抗辩。^[64] 1843年文字诽谤法则将证明出于公共利益目的而发布的表述为真实作为文字诽谤罪案件的抗辩理由，同时允许被告的道歉可以作为减少赔偿的证据。^[65] 1881年报纸诽谤与登记法规定对于新闻媒体负责人的诽谤诉讼如果符合条件可以适用刑事案件简易程序进行审理。^[66] 1888年修正文字诽谤法又增加两项重要制度，一是将报纸报道各类公共机关举行的公开会议列为抗辩事由；二是对报纸责任人的刑事指控需要法官事先发出命令。^[67] 实际上，正式承认真实抗辩原则的1843年文字诽谤法就已经宣告在英国将刑事诽谤罪作为压制言论自由工具的历史的结束。而经过持续的改革，刑事诽谤制度虽然依然被看作是维护社会秩序的法律，但在实践中法官核准提起的刑事诽谤诉讼已很少见，而最后定罪的就更罕见了。^[68]

相比之下，大多数大陆法系国家的民主转型过程更加曲折，因此其诽谤罪改革也显得困难重重。还是以德国为例。在德意志帝国后期，当政者逐渐发现使用诽谤罪和司法手段来规制言论不仅不能起到应有的作用，反而常常成为政敌批评政府、获取大众支持的另一种手段。于是，1907年，威廉二世下令限制侮辱皇室罪的起诉，紧接着宰相伯恩哈德·冯·比洛也下达命令限制对侮辱宰相案件的起诉。此后，相关案件也大幅下降。^[69] 但是，真正的立法改革却长期停滞不前。从1897年开始，社会民主党就曾在议会中尝试废除侮辱皇室罪，但是这项动议在其他政党看来过于激进而宣告失败。^[70] 到了魏玛共和国时期，刑法中的诽谤罪，除了把侮辱皇帝罪改为侮辱共和国总统罪之外，并没有太大的变化。1927年的刑法修改草案曾经打算限制诽谤诉讼的滥用，并扩张加强对新闻自由的平衡保护。^[71] 但是这份草案在希特勒上台之后便被彻底搁置。

日本、意大利、奥地利、西班牙等国家也都经历了类似的曲折改革过程，其中大多数国家都是在二战后才真正完成了诽谤罪的民主化改革。稍有些例外的是法国和俄罗斯。尽

[63] 概括裁断权 (general verdict)，即陪审团作出的概括地宣布原告胜诉或被告胜诉或者刑事被告人有罪或无罪的裁断。在此之前，陪审团只能对案件事实的认定作出裁决，而法律裁决由法官做出，而且诽谤内容的真实与否属于法律问题而不是事实问题。Libel Act 1792 (c. 60), art. 1.

[64] Parliamentary Papers Act 1840 (3 & 4 Vict., c. 9), art. 1.

[65] Libel Act 1843 (6 & 7 Vict., c. 96), art. 1 & 6.

[66] Newspaper Libel and Registration Act 1881 (44 & 45 Vict., c. 60), art. 4.

[67] Law of Libel Amendment Act 1888 (51 & 52 Vict., c. 64), art. 4 & 8.

[68] 吴永乾：《美国法所称“真正恶意”法则之研究》，《中正大学法学集刊》2004年4月第15期，第53页。

[69] Ann Goldberg, *Honor, Politics, and the Law in Imperial Germany, 1871 - 1914* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), pp. 85 - 87.

[70] Alex Hall, *The Kaiser, the Wilhelmine State and Lèse-Majesté*, 27 *German Life and Letters* 101 (1973 - 74), p. 110.

[71] David Riesman, *Democracy and Defamation: Fair Game and Fair Comment I*, 42 *Colum. L. Rev.* 1085 (1942), p. 1109.

管法国的政治体制在 19 世纪也经历了剧烈的震荡,但是到第三共和国时终于成功实现了民主转型。法国在第三共和国期间颁布的 1881 年《新闻出版自由法》虽是一部各类诽谤罪的“集大成者”,但这部法律也“剥夺了政府当局对报业实行监督、施加压力的一切手段”。^[72] 苏联刑法在形式上完全废除了俄罗斯刑法中以大不敬罪和煽动诽谤罪为代表的公犯诽谤,但是公犯诽谤的实质内容被别的罪名所吸收。比如反革命罪就包括了“以报道、传播或泄露显然虚伪或未经检查的消息等方法来损害政府威信”的犯罪构成。^[73]

(二) 以保护言论自由为主要方向的诽谤罪改革

二战之后,随着民主制度的确立和宪政制度的完善,两大法系也不约而同对诽谤罪进行了大幅度的改革,其改革的方向都是加强言论自由的保护,改革的趋势主要有两个:公犯诽谤除罪化与诽谤罪抗辩规则二次强化。

1. 公犯诽谤除罪化

二战后,公犯诽谤除罪化首先表现为公犯诽谤司法实践的极度萎缩。在英国、美国、英国、澳大利亚、新西兰、加拿大等英美法系国家诽谤罪已经绝少发生,更遑论煽动诽谤罪了。^[74] 在法国、德国、丹麦、荷兰、挪威、葡萄牙等欧陆国家也已经几十年未曾发生针对特殊公权力主体的诽谤罪案件。^[75]

在大陆法系国家,公犯诽谤除罪化的最直接表现当然还是相关立法的废除。比较早的废除公犯诽谤的国家是瑞典,该国在 20 世纪 60 年代至 70 年代之间将包括侮辱政府官员、国家标志,国会、外国首脑等在内的所有特殊诽谤罪统统废除。^[76] 到上个世纪 90 年代,又有多个新兴国家废除了公犯诽谤:1993 年阿根廷在美洲人权法院的压力之下废除了刑法中大不敬罪的有关规定;中美洲的巴拿马共和国在 2004 年 7 月由国会通过一项宪法修正案将宪法第 33 条有关处罚侮辱执勤公务员行为的规定废除;捷克于 1994 年由宪法法院宣告侮辱政府、国会与宪法法庭罪违宪,1998 年该国又废除了侮辱总统罪;摩尔多瓦共和国于 1996 年废除侮辱总统及国会议长罪;乌兹别克斯坦共和国 1996 年也废除了侮辱总统罪。^[77] 进入本世纪,这一趋势更是波及到老牌大陆法系国家法国。2004 年和 2008 年,法国议会分别废除了 1881 年《新闻出版自由法》第 36 条规定的侮辱外国元首罪^[78] 与第 26 条规定的侮辱共和国总统罪^[79]。

[72] [法]皮埃尔·阿尔贝,费尔南·泰鲁著:《世界新闻简史》,许崇山等译,中国新闻出版社 1985 年版,第 75 页。

[73] 苏联司法部全苏联法律科学研究所编:《苏维埃刑法分则》,中国人民大学刑法教研室译,法律出版社 1956 年版,第 56 页。

[74] 美国和新西兰实际已经废除了煽动诽谤罪。徐伟群:《论妨害名誉罪的除罪化》,台湾大学法律研究所 2005 年博士论文,第 64-66 页、第 81-83 页。

[75] Ruth Walden, *Insult Laws: An Insult to Press Freedom* (Reston, Virginia: World Press Freedom Committee, 2000), pp. 23-37.

[76] Ruth Walden, *Insult Laws: An Insult to Press Freedom* (Reston, Virginia: World Press Freedom Committee, 2000), p. 43.

[77] 徐伟群:《论妨害名誉罪的除罪化》,台湾大学法律研究所 2005 年博士论文,第 62 页。

[78] Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, art. 52.

[79] Loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France, art. 21 (V).

在英美法系国家,由于文字诽谤罪以及以文字诽谤罪为基础发展起来的其他诽谤罪^[80]都属于以保护社会秩序为目的的公犯诽谤,因此在这些国家,公犯诽谤除罪化就直接表现为诽谤罪除罪化。英美法系诽谤罪除罪化的先行者是美国。美国并没有联邦统一的刑事诽谤法,相关内容都由州法规范。1970年至1980年间,美国境内有10个州废除了刑法典中的刑事诽谤罪,到2003年1月,这个数字已经增加到33个,仍保有刑事诽谤法的只有17个州及2个海外领土。^[81]就在2003年9月,犹他州最高法院又宣告该州的刑事诽谤法违宪。^[82]在国家层面,最具标志性意义的英美法系的发源地——英国于2009年通过国会立法废止了包括文字诽谤罪、煽动诽谤罪和淫秽诽谤罪在内的所有刑事诽谤罪名。^[83]

2. 诽谤罪抗辩规则二次强化

为什么说是二次强化呢?这是因为在二战之前,世界各国的诽谤罪抗辩规则已经经历了一次强化,其核心就是真实抗辩规则的确立。二战之后,很多国家为了平衡保护言论自由又对整个抗辩规则体系做了进一步的改进,所以笔者称其为“二次强化”。“二次强化”的首要代表就是美国纽约时报诉苏利文案所确立的实质恶意原则(actual malice)。^[84]在该案判决中,布伦南大法官论证了当现有诽谤法中的责任规则适用于政府官员时违反了美国宪法所保障的言论自由与新闻出版自由。他认为公民对公共事务的讨论应该是百无禁忌、活力四射和完全开放的,即使讨论中针对政府和官员的抨击是偏激的、刻薄的、甚至有时是尖锐得令人不悦的也应予以包容。而错误言论在自由讨论中不仅在所难免,而且有其存在的价值,应该受到保障。由此,联邦最高法院在诽谤法中增设了一条联邦法则:“当政府官员因为针对他的公务行为的不实诽谤而作为原告提起诉讼时,原告只有证明被告在发表该不实陈述时具有‘实质恶意’时方可得到损害赔偿。所谓‘实质恶意’是指被告明知该陈述虚假或者轻率不顾其真实与否。”^[85]

不过对于大多数国家来说,实质恶意原则在保护言论自由方面显得太过激进,因而很少有国家吸收采纳。^[86]相比之下,其他发达国家所采纳的强化方式显得更加温和,比如英国著名的“雷诺斯抗辩”(the Reynolds Defence)。该原则因1999年的雷诺斯案而得名,它是指在诽谤诉讼中当被告发表意见关乎公众利益,同时发表时又是负责的,就可以得到

[80] 除了上文提到过的煽动诽谤罪,还包括亵渎诽谤罪(Blasphemous Libel)、淫秽诽谤罪(Obscene Libel)。参见赵秉志主编:《英美刑法学》,科学出版社2010年版,第443-459页。

[81] 徐伟群:《论妨害名誉罪的除罪化》,台湾大学法律研究所2005年博士论文,第82-83页。

[82] I. M. L. v. Utah, 61 P.3d 1038, 1048 (Utah 2002)。

[83] The Coroners and Justice Act 2009, Section 73. 相关立法过程参见 Uta Melzer, *Insult Laws: In Contempt Of Justice 2009*, (Reston, Virginia: World Press Freedom Committee, 2010), p. 41。另外,亵渎诽谤罪在2008年被废止, see Criminal Justice and Immigration Act 2008, Sec. 79。

[84] New York Times v. Sullivan, 376 U. S. 254 (1964)。这项原则也适用于刑事诽谤, see *Garison v. Louisiana*, 379 U. S. 64 (1964), at 67。

[85] 376 U. S. 254 (1964), at 279-280。

[86] 王泽鉴:《名誉保护、言论自由与实际恶意(actual malice)原则》,载《中国法律评论》第1卷,法律出版社2007年版,第28-31页;吴永乾:《美国法所称“真正恶意”法则之研究》,《中正大学法学集刊》,2004年4月第15期,第82页。

相对特权保护(Qualified Privilege),无需证明其所涉事实是否真实。^[87]德国联邦宪法法院则要求普通法院使用“利益均衡理论原则”审核双方当事人相互冲突的权益,并更加看重公共讨论的言论自由的重要性,“致力于重要公共问题的言论应该比仅仅服务于私人利益的言论受到更多的保护”,因此,“在包括政治争论在内的公共讨论中,必须允许批评存在的空间,即使这种批评是某种夸大或论战。否则,就会有阻塞和限制观念形成的过程的危险。”^[88]欧洲人权法院所强调的“区分价值判断和事实”与德国的“利益均衡理论原则”异曲同工。表达自由“不仅适用于人们乐于接受或视为无关紧要的‘信息’或‘观念’,而且适用于那些冒犯、惊扰国家或任何人群的‘信息’或‘观念’。”^[89]据此,欧洲人权法院细致区分了事实陈述与价值判断,前者可以被证明为真实或虚假,后者则根本无所谓真假之分。

亚洲各国采用比较多的是“真实确信原则”。日本在 1966 年的和歌山时事晚报事件判决中采纳了这一原则:“事实即使无法证明为真实时,行为人误信其为真实,而其误信若是基于确实的资料与根据,而有相当理由时,行为人因不具有犯罪的故意,而不成立名誉毁损罪。”^[90]我国台湾地区“司法院”大法官也做出过类似的判决:“惟行为人虽不能证明言论内容为真实,但依其所提证据资料,认为行为人有相当理由确信其为真实者,即不能以诽谤罪之刑责相绳,亦不得以此项规定而免除检察官或自诉人于诉讼程序中,依法应负行为人故意毁损他人名誉之举证责任,或法院发现其为真实之义务。”^[91]韩国则是由普通法院确立了这一原则。1984 年汉城地方法院在一起媒体诽谤的民事诉讼中认为新闻媒体的活动如果涉及公共利益,只要有充分理由相信其真实就不构成诽谤侵权行为。韩国最高法院在 4 年之后,认可了汉城地方法院的合理确信原则,并将其扩大适用于刑事诽谤案件。^[92]

五 结论:对中国的启示

眼下在我国,因为两高解释的发布,如何“调适”诽谤罪及其相关罪名与言论规制之间的关系也成为各方争议的焦点,而上述这些国家的历史经验和教训是非常值得我们借鉴的。当然,21 世纪的社会主义中国与 17 至 19 世纪的资本主义国家并不能做简单类比,我们的政治制度基础、法律制度、社会发展状况以及面对的具体问题与两、三个世纪之

[87] Reynolds v. Times Newspapers Ltd., 3 W. L. R. 1010 (Eng. H. L. 1999). 需要说明的是,2013 年雷诺斯抗辩又被更加宽松的“公共利益抗辩”所代替, see Defamation Act 2013, art. 4.

[88] Edward J. Eberle, *Dignity and Liberty: Constitutional Visions in Germany and the United States* (Connecticut: Praeger, 2002), pp. 210 - 214.

[89] The Sunday Times v. The United Kingdom (No. 1), Eur. Ct. H. R. 6538/74. 译文引自张志铭:《欧洲人权法院判例法中的表达自由》,《外国法译评》2000 年第 4 期,第 63 页。

[90] 日本最高法院昭和 44 年 6 月 25 日大法庭判决,刑集 23 卷 7 号 957 页。转引自谢庭昆:《妨害名誉罪之研究》,天主教辅仁大学法律学系博士论文 2002 年 1 月,第 75 页。

[91] 我国台湾地区“司法院”大法官会议释字第 509 号解释,2000 年 7 月 7 日。

[92] Kyu H. Youm, Libel Law and the Press: U. S. and South Korea Compared, 13 *Pacific Basin L. J.* 231 (1995), note 226, at 249 - 250.

前的英、德等国家有很大的不同。但也正因此,我们更应该重视历史发展中那些带有普遍性和规律性的经验教训。

首先,历史上各国利用诽谤罪维护国家利益或社会秩序的效果并不好,我国应通过完善立法防止诽谤罪及其相关罪名被滥用。从罗马帝国至今,利用某些种类的诽谤罪来维护国家利益和社会秩序已经有很长的历史。但总的来看,诽谤罪并不是维护国家利益和社会秩序的好办法。从上述大多数国家的历史经验来看,当政者利用诽谤罪来维护国家利益或社会秩序不仅不能达到预期效果,反而会造成一些不利于言论自由保护、损害公民基本权利的后果;有时甚至是会反过来损害当政者的威信和公信力,塑造社会对立面,加深社会矛盾。这也是为什么二战之后,西方公犯诽谤全面式微的重要原因。为此,我们国家应当注意警惕并避免类似“反作用”的发生。同时,为了防止诽谤罪及其相关罪名被滥用,我国有必要完善相关刑事立法。具体包括:借鉴其他国家诽谤罪抗辩规则一次强化的历史经验,以真实抗辩为中心完善我国诽谤罪的犯罪构成和抗辩规则体系;在有条件时开展诽谤罪抗辩规则二次强化;重新评估公诉诽谤罪的法益定位,进一步明确诽谤罪适用公诉的法定条件;尤其应当注意以完善犯罪构成、增加必要的抗辩规则为重点,修改部分与公诉诽谤罪相似、且同样是以保护“社会秩序与国家利益”为目的的罪名,如部分煽动型犯罪、损害商誉罪、寻衅滋事罪、聚众扰乱社会秩序罪等。

其次,吸取德国等国家的历史教训,在完善诽谤罪立法的同时进一步完善相关刑事司法制度。这里所说的刑事司法制度主要包括两个层面的内容,第一个层面的内容是基础性的司法制度完善,如审判公开、司法独立以及处理好公检法的关系等。从其他国家的经验来看,基础性司法制度的完善对言论自由保护至关重要。当下,我国新一轮的司法体制改革已经拉开序幕。从十八届三中全会决议来看,其改革措施如果能够落到实处,必将对诽谤罪及其相关案件的执法和审判工作产生积极的作用。第二个层面的内容是具体的刑事司法制度完善,如自诉程序的完善、自诉程序与公诉程序的区分与衔接、公诉案件立案和公诉权力的规范限制等。德国19、20世纪之交之所以会出现大面积的诽谤罪滥用,其重要原因之一就是诽谤罪公诉权力缺乏司法制度上的制约。2010年,我国最高人民检察院就曾提出“凡批捕、起诉诽谤案件,一律要报上一级检察院批准”。^[93]既然已经有了诽谤罪及其相关罪名实体方面的司法解释,相关程序方面的司法解释也应及时跟进。

最后,应当重视言论规制调适背后的深层次动因,从言论自由保障的基础性制度着手解决我国面临的问题。近代资本主义国家之所以会在一段时期内集中调整言论规制手段和体系,主要是因为当社会处于迅速发展或民主转型时,其言论规制制度建设常常会跟不上社会和民主政治的发展步伐,从而造成法律制度与社会发展之间的矛盾。而上述17至19世纪欧亚各国围绕诽谤罪的继受与创新、扩张与缩限所进行的各种“调适”也只是这一矛盾发展的结果。同样的,对于我们国家来说,尽管经过改革开放三十年的法治建设,言论自由保障的整体水平已经有大幅提升,但言论规制制度建设依然存在很多不足,尤其是一些比较适合公民理性表达的社会机制和渠道还不太顺畅,比较典型的如新闻媒体的专

[93] 孟绍群:《重大案件分管检察长要出庭 批捕起诉诽谤案须上级院批》,《法制日报》2010年7月21日第05版。

业调查与评论、人大选举与监督、各类制度化的批评和建议渠道等。制度上的滞后不仅抑制了公民通过其他渠道的民主表达,让“民意”裹挟着各种社会矛盾一股脑涌向了互联网,同时也暴露了“网络民意”自身所具有的各种弱点,放大了这些弱点所造成的社会危害。因此,仅仅依靠刑罚来遏制网络诽谤和谣言并不能解决这些深层次矛盾。我们还是应该进一步完善民主选举制度、政府信息公开制度、人权司法保障制度等基础性配套制度,切实贯彻宪法,保障言论自由。

[**Abstract**] In Roman law, there were two kinds of defamation, defamation in Delictum and defamation in Crimen, with the latter closely related to the regulation of the freedom of speech. In modern history, the system of free speech regulation was adjusted frequently around the crime of defamation in quite a few countries in response to the development of society and democracy. In this adjustment period, defamation in Crimen became a systematic means of regulation of free speech. It took the form of libel in Great Britain and the crime of Lese-Majesty in Germany and other civil law countries; Great Britain got through the adjustment period smoothly, while in most of civil law countries it was full of ups and downs. After the World War II, there emerged two global trends: the de-criminalization of defamation in Crimen and the second reinforcement of defense rules in defamation law. The historical experiences and lessons of these countries in the history of the interaction between defamation in Crimen and regulation of freedom of speech are worthy learning by China. These experiences and lessons include: the effect of defending national interests and social order through the crime of defamation was not satisfactory; China should improve legislations on the crime of defamation and other related crimes to prevent them from being abused while, at the same time, further improve related criminal justice system; and it should pay more attention to the deep-rooted causes behind the adjustment of free speech regulation and try to solve the problem by improving the basic system of guarantee of freedom of speech.

(责任编辑:田 夫)