

# 论毁誉犯罪的特殊对象

## ——从死者和官员名誉保护视角的分析

蔡曦蕾

**内容提要:**从自然属性与社会属性视角思考,死者与官员成为毁誉犯罪的两类特殊对象。在名誉的刑事保护问题上,应否将死者囊括其中,以及应否对官员特殊看待,本文通过对68个具代表性法域刑事毁誉规范的对比分析,立法中明确规定死者为毁誉犯罪之对象以及着重保护官员名誉的占一定优势,而中国刑事立法在此两个问题上均属少数派。从实然法的立场,基于亲属权益说的观点,中国刑法教义学上存在将侵害死者名誉之行为犯罪化的余地。而在官员名誉权的刑事保护问题上,在立法、理论与实务界存在三种截然不同的态度。从应然法的立场,采用实证的研究方法,最终揭示出当下中国处于将名誉财产化的市场社会阶段中,从而刑事立法上不应保护死者名誉,在官员名誉权的刑事保护问题上宜持平等保护之观点。

**关键词:**毁誉犯罪 诽谤罪 特权 实证研究

蔡曦蕾,北京交通大学法学院讲师。

在刑事毁誉罪的保护范围上,主要针对人及单位之名誉(或商誉)加以保护。就人的名誉保护而言,普通自然人的名誉权受到刑法的保护自不待言,需要探讨的是,对自然属性下的特殊人——死者的名誉,刑事毁誉法上应否加以保护;对社会属性下的特殊人——官员的名誉,刑事毁誉法上应否予以特殊对待。如果将普通的自然人视作毁誉罪的一般对象,那么,这里的死者与官员,可以看作为毁誉罪的特殊对象,对该二者名誉的刑事保护问题,值得加以探究。

### 一 毁誉罪特殊对象之法域纵览

针对侵犯自然人名誉的行为,我国刑法采取犯罪化的立场,然而,在世界范围内,有的

国家或地区(下文简称“法域”)则将毁誉行为完全交由民事法律规制。在当前世界各法域中,毁誉行为的立法规制存在怎样的共性,对我国的刑事政策与立法能够提供何种参考,均有待探讨,因而,本文首先就世界范围内毁誉刑事规制做一对比考察。

本文的分析框架主要依据以下三个标准:(1)影响力标准。在一定程度上,纳入比较视野的文本所属地域应当在国际影响力上处于相对较高水平,从而对比所形成的趋势性结论对于中国的刑事立法更具借鉴价值,基于此,笔者将主要以西班牙皇家埃尔卡诺研究所关注的60个国家为对象,<sup>[1]</sup>以体现研究的影响力标准;(2)代表性标准。由于前述60个国家的国际影响力较高,进而必将表现为后发国家的相对缺失,从而无法完全展示世界现状,基于此,笔者在分析对象中加入阿尔巴尼亚、蒙古、朝鲜、越南、古巴、埃塞俄比亚、肯尼亚、喀麦隆8国,以其作为相对后发国家的代表;(3)相关性标准。由于文本主要以中国大陆为对比分析基准,从而,加入与其同源的中国台湾、香港以及澳门三个地区,使对比分析更具相关性。最终,通过公开渠道对前述71个国家和地区的刑事法律文本进行搜索,获得了除沙特阿拉伯、伊朗、塞浦路斯3国之外的全部68个法域相关刑事法律文本,并从下列几个方面展开了对比分析。

### (一)犯罪化与否问题

在对毁誉行为的犯罪对象进行大范围法域对比之前,无法回避的问题是对该行为犯罪化与否问题的探讨。对毁誉行为采取犯罪还是非犯罪方式来规制,体现了各法域间基本立场的差异,有一种观点认为这种差异深受法系传统的影响,即在英美法系,随着实用主义思潮的兴起,各国开始普遍认为民事赔偿对毁誉的处罚比刑事更有效;<sup>[2]</sup>而在大陆法系,在毁誉问题上一贯有刑事制裁的倾向。<sup>[3]</sup>为此,笔者将前述68个法域按照当前主要法系进行分类,各自对应的犯罪化法域数量及比重如下表1所示。

表1 不同法系毁誉行为犯罪与否比较

法系类别	法域总量	犯罪化数量(比重%)	非犯罪化数量(比重%)
英美法系	18	13(77.2%)	5(27.8%)
大陆法系	38	37(97.4%)	1(2.6%)
斯堪的纳维亚法系	5	5(100%)	0(0)
社会主义法系	4	4(100%)	0(0)
伊斯兰法系	3	3(100%)	0(0)

根据表1的统计,整体上看,多达62个法域对毁誉行为坚持犯罪化立场,在全部法域中占比91.2%,这说明将严重毁誉行为看作是一种犯罪是当今国际社会的主流做法。从

[1] 西班牙皇家埃尔卡诺研究所每年依据经济、军事、科技、社会和文化等共14个指标,对包括中国在内的世界影响力较强的60个国家发布“全球影响力埃尔卡诺指数”。

[2] 参见刘勇:《论言论自由与诽谤罪适用的宪法控制》,湘潭大学硕士学位论文2012年,第10页。

[3] 参见法治斌:《新闻报道与诽谤罪——一个宪法观点》,载法治斌主编:《人权保障与司法审查》,月旦出版社1994年版,第6-7页。

法系属性上,英美法系非犯罪化立法例的比重明显高于大陆法系及其他法系。在英美法系中,对毁誉非犯罪化的国家包括英国、美国、新西兰、爱尔兰、墨西哥,<sup>[4]</sup>大陆法系仅有罗马尼亚一国,其他法系全部采犯罪化立场。

在英美法系下,英国“诽谤作为民事诉讼大约于13世纪成为较为普遍的诉讼,诽谤既作为民事诉讼也作为刑事诉讼大约始于14世纪末到15世纪初”,<sup>[5]</sup>而在《死因审判官与司法正义法(2009)》颁布后,普通法下的毁誉犯罪——煽动和煽动性诽谤罪、毁誉性诽谤罪以及淫秽性诽谤罪被废除,毁誉行为在英国被非犯罪化,在英国境内针对毁誉行为具有普遍约束力的成文法——《毁誉法(2013)》中,明确规定毁损名誉的行为属于民事违法,交由民事诉讼解决。美国的情况较为特殊,在联邦层面,《美国法典》第18章并未将毁誉行为犯罪化,但在州的层面,及至2006年,在包括波多黎各在内的全美共51个州一级的行政区中,仍有28个将毁誉行为犯罪化。<sup>[6]</sup>在新西兰,《刑法》第9部分原本是针对名誉的犯罪,然而,根据《毁誉法(1992)》第56条(2)项的规定,《刑法》第9部分针对名誉的犯罪被整体废除。<sup>[7]</sup>除此之外,爱尔兰与墨西哥刑事法规范中也将毁誉行为予以非犯罪化。

在大陆法系,毁誉行为是否犯罪化在一些国家存在不确定的情形。比如,罗马尼亚加入非犯罪化阵营就颇具意味。2006年7月,为了符合欧盟的人权标准以便顺利加入欧盟,罗马尼亚国会决定废除《刑法》第205和206条的侮辱和诽谤罪,在加入欧盟数天后的2007年1月,其宪法法院又裁定国会废除该两罪的决定违宪,直到2010年,最高法院才裁定废除该两罪。2013年12月10日,罗马尼亚国会又出现了将毁誉重新犯罪化的提案,在时任总统特拉扬·伯塞斯库(Traian Basescu)的反对下,2014年国会新修订的刑法中,毁誉行为未被重新犯罪化。<sup>[8]</sup>再如,俄罗斯在毁誉行为犯罪化与否问题上,也存在一定的反复。当然,2012年,俄罗斯国家杜马最终还是通过《有关俄罗斯联邦刑法典及其他法律修正案》再次增加了第129条的毁损名誉罪。但相较之前的犯罪,再次获得确立的毁损名誉罪取消了自由刑,仅规定了罚金刑种。<sup>[9]</sup>

## (二)自然属性之特殊对象:死者

在前述62个将毁誉行为犯罪化的法域中,侵犯自然人名誉的行为具有犯罪性自不待

[4] 在英美法系各法域中,爱沙尼亚有些特殊,虽然废除了针对普通人的毁誉犯罪,但根据其《刑法》第247、275、305条的规定,仍然保留了享有豁免权的外交代表、国家代表、普通政府官员以及法官的毁誉犯罪。

[5] 朱文雁:《英国诽谤诉讼及其法律规制》,《烟台大学学报(哲学社会科学版)》2012年第1期,第43页。

[6] 毁誉行为犯罪化一般规定在各州刑事成文法中,它们分别是佛罗里达、乔治亚、爱达荷、伊利诺伊、堪萨斯、肯塔基、路易斯安那、马萨诸塞、密歇根、蒙大拿、内华达、新墨西哥、华盛顿、俄亥俄、俄克拉荷马、南卡罗来纳、北卡罗来纳、犹他、弗吉尼亚、明尼苏达、密西西比、威斯康辛、新罕布什尔、北达科他、南达科他、维京群岛、波多黎各。但是,在爱荷华州,毁誉行为犯罪化未出现在其成文法中,而是以判例的形式获得确认,在 Park v. Hill 380 F. Supp. 2d 1002 (N. D. Iowa 2005)一案中,确定了爱荷华州毁损名誉罪的基本规定,而在 State v. Heacock 76 N. W. 654 (Iowa 1898)一案中,则确定了爱荷华州通过公追究毁损名誉行为为刑事责任的规定。

[7] 参见蔡曦蕾:《谣言刑事规制对比考察》,《国家检察官学院学报》2015年第2期,第82-83页。

[8] 参见 Bogdan, Romani: re-criminalising defamation, <https://edri.org/romania-re-criminalising-defamation/>, 访问时间:2016年4月26日。

[9] 参见朱冬传:《俄罗斯刑法典中恢复诽谤罪》,《法制日报》,2012年8月7日,第11版。

言,需要关注的是,刑事毁誉法规范死者名誉的态度。在全部犯罪化的法域中,37个法域在刑法中明确规定侵犯死者名誉的行为属于毁誉犯罪,占比59.7%,其余25个法域对侵犯死者名誉的行为是否犯罪未做规定,依据罪刑法定的理念,可以认为这25个法域下,侵犯死者名誉的行为不属于犯罪行为。这些国家和地区包括:中国大陆、中国香港地区、俄罗斯、加拿大、西班牙、澳大利亚、阿联酋、波兰、捷克、阿尔及利亚、智利、哥伦比亚、南非、埃及、保加利亚、斯洛伐克、立陶宛、斯洛文尼亚、拉脱维亚、蒙古、朝鲜、越南、古巴、所罗门群岛。从数据比较上看,肯定死者成为毁誉犯罪对象的占相对优势。在这37个将侵犯死者名誉行为犯罪化的法域中,具体规定上有如下特点。

首先,在立法技术上,如德国、法国、意大利、葡萄牙、冰岛、挪威、克罗地亚、瑞士、希腊、土耳其、奥地利、匈牙利、韩国、泰国、印度尼西亚、埃塞俄比亚、委内瑞拉以及我国台湾与澳门地区共19个法域,均选择在普通毁誉罪法条外,另立单独条款的方式规定对死者的毁誉犯罪,而少数法域则选择在非法条正文部分,以解释的形式将死者纳入毁誉犯罪的“人”中。比如,巴基斯坦《刑法》第499条未就毁损死者名誉的行为加以规定,但在该条的释义1中,则进行了补充规定:“假设在死者活着时,这样的行为被认为有损其名誉,并且行为人试图通过这样的行为来损害死者家人或近亲属的感情时,针对死者的该行为构成毁誉犯罪。”<sup>[10]</sup>

其次,在侵犯法益的内容方面,更多的法域明确对死者名誉权的保护是基于在世者(一般限定为死者的近亲属或关系密切的人)对死者记忆、思念相关的权利,也有的直接规定为在世者的名誉权。认为从犯罪学的本质上看,侵害死者名誉的行为实质上损害了在世者的权利。比如,泰国《刑法》第327条规定:“在第三者在场的情况下,将特定事实归咎于死者,并且此种归咎行为将有损死者父母、配偶、子女的名誉,或导致前述对象遭人仇恨、欺辱,即属毁誉犯罪,应受到刑法第326条(即普通毁誉罪,笔者注)相应之惩罚。”<sup>[11]</sup>而少数法域如冰岛、挪威、日本、韩国及我国台湾地区等则认为,毁誉行为侵犯的是死者的名誉权益,因此,尽管法条中规定了侵害死者名誉罪,不意味着死者的名誉保护必定能够辐射到在世者的权利。

再次,在罪名设定方面,绝大多数仍以普通毁誉罪对侵犯死者名誉的行为追责,而极少数如葡萄牙、希腊、匈牙利等,则在普通毁誉罪之外,另行规定了单独的“侵犯对逝者的记忆罪”、“贬低对逝者的记忆罪”、“不尊敬罪”等罪名。

最后,在追诉时效方面,多数法域均未做特别限制,但部分法域则规定在死者去世后经过一定期间,对毁誉行为不再以犯罪追究。对于这个经过期间,规定不一,比如,瑞士规定为30年,葡萄牙规定为50年。

[10] 资料来源:Pakistan Org, Pakistan Penal Code, <http://www.pakistani.org/pakistan/legislation/1860/actXLVof1860.html>,访问时间:2016年5月25日。

[11] 资料来源:Samuiforsale, Thailand Penal Code, <https://www.samuiforsale.com/law-texts/thailand-penal-code.html>,访问时间:2016年5月25日。

### (三) 社会属性之特殊对象: 官员<sup>[12]</sup>

从社会属性上来说,具有官员身份的人也是有别于普通人的特殊对象,其特殊性在毁誉犯罪的法规范上主要表现为:刑法将针对普通人的毁誉行为非犯罪化,却将针对官员的毁誉行为犯罪化,或者,将针对普通人毁誉行为犯罪化的同时,又规定当犯罪对象具有官员身份时,另行构成单独犯罪、具备不同罪状,或者属于加重处罚情节。<sup>[13]</sup>

在62个针对官员毁誉行为犯罪化的法域中。就毁誉犯罪的法律规定来看,占比为61.3%的共38个法域存在将官员在毁誉类犯罪中予以特殊化的规定,剩余占比为38.7%的共24个法域在毁誉犯罪的设定上则未凸显出官员的特殊性,前者处于相对优势的立法例。在该62个法域中,毁誉犯罪未凸显官员特殊性的包括:中国大陆、中国香港地区、加拿大、澳大利亚、印度、巴基斯坦、新加坡、马来西亚、奥地利、捷克、尼日利亚、阿根廷、卢森堡、芬兰、匈牙利、智利、哥伦比亚、南非、以色列、斯洛伐克、菲律宾、立陶宛、拉脱维亚、朝鲜。在毁损官员名誉有特别规定的法域中,针对官员不同类型以及法定刑方面,也体现出一些特色。

#### 1. 官员的类型

官员主要分为皇室成员、政权高层与普通官员三种类型。

在实行君主立宪制政体的法域,皇室成员是形式上的国家代表。将皇室成员作为毁誉犯罪特殊保护对象的有西班牙、挪威、瑞典、荷兰、丹麦、日本、泰国、与所罗门群岛8个国家。<sup>[14]</sup>在这些国家中,当皇室成员名誉受到毁损时,对行为人的法定刑要显著高于针对普通人的名誉毁损犯罪。

在现代国家,实质上的国家代表一般为该国政权高层。他们一般包括正副总统、总理、最高法院院长、国会议长等。从数据上来看,更多的法域将政权高层与普通人的名誉权等同视之,但仍有十几个国家将政权高层作为毁誉犯罪特殊对象,包括德国、意大利、葡萄牙、冰岛、希腊、波兰、土耳其、爱沙尼亚、委内瑞拉、巴西、古巴、马其他、印度尼西亚、印度、阿尔及利亚、喀麦隆共16个国家。<sup>[15]</sup>在该16个国家中,当侵犯政权高层名誉时,其法益、罪名、法定刑,甚至诉讼方式均会发生改变。以德国为例,根据德国《刑法》第90条的规定,当侵犯总统名誉时,主要法益从名誉权变成了法治之下的民主国家利益,此时构

[12] 本文中的官员取广义的理解,不仅包括现代政治体系内的政府公务员这一群体,还包括现代君主立宪制政体下的君主。同时,当官员在履行公务之时名誉权受侵犯的场合下,各国均会认为构成妨害公务等相应之犯罪,本文中官员作为毁誉犯罪特殊对象不包括此种情形,而仅指官员在非履行公务之时名誉权受到侵犯,因其官员身份而被作为特殊的毁誉犯罪或者具备毁誉犯罪特殊情节的情形。

[13] 在极少数法域,针对特殊对象的法定最高刑反而比针对普通对象的要低,比如,马其他《刑法》第72条规定,针对总统的毁誉行为最高法定刑为3个月监禁刑;而第252条第3款规定,当针对普通对象的毁誉行为是以“书件、模拟像、图画、透露或展示给公众等方式”进行时,最高法定刑为1年监禁刑。资料来源:Legislationline, Criminal Code of the Republic of Malta (1854, amended 2014), <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, 访问时间:2016年5月25日。

[14] 所罗门群岛虽然不存在皇室,但由于其属于英联邦国家,因此将英国女皇作为毁誉犯罪的特殊对象。

[15] 法国《1881新闻自由法》原来有针对总统、外国元首等特殊对象的加重诽谤罪规定,但是,在2002年欧洲人权法院作出了哥伦巴尼判决(Colomban Judgment)中,专门针对外国元首的加重诽谤条款被废除。2013年3月,在Eon V. France一案中,欧洲人权法院又裁定专门针对总统的加重诽谤条款由于违反表达自由权而无效。

成了单独的“诽谤联邦总统罪”，其法定最高刑也由“侵犯名誉罪”的2年监禁刑提高至5年。<sup>[16]</sup>而印度虽然规定毁誉犯罪为自诉案件，但根据其《刑事诉讼法》第199条第(2)项的规定，当侵犯正副总统名誉时，不受自诉的限制，只要有公诉人起诉书即可受理案件。<sup>[17]</sup>

除国家代表外，一般的政府官员如立法、行政与司法机构的官员等，在有些法域也可能成为毁誉犯罪的特殊对象，包括中国澳门地区、德国、法国、葡萄牙、意大利、荷兰、比利时、土耳其、丹麦、波兰、爱沙尼亚、阿联酋、巴西、古巴、埃及、埃塞俄比亚。在这16个法域中，毁损普通官员名誉罪相较于一般毁誉罪，差异主要体现在法定刑幅度上。以我国澳门地区为例，根据澳门《刑法》第178条的规定，当诽谤行为被害人为公务员时，在其执行职务时或因其职务而受侵犯的场合下，法定刑最低及最高限度均提高二分之一，据此，在非执行职务期间，公务员因其职务行为被他人诽谤时，即属普通诽谤罪的加重情节。同样，根据土耳其《刑法》第125条之1的规定，普通诽谤罪法定刑为3个月以上至2年以下监禁或者罚金，但根据第125条之3-a)的规定，在针对公务员实施诽谤时，所判刑罚不能低于1年监禁。<sup>[18]</sup>

## 2. 法定刑状况的官民对照

总的来看，前述各法域在官员作为毁誉犯罪特殊对象问题上，最集中地体现在法定刑的设置上。当毁誉对象为官员时，往往具有较普通人更重的法定刑，以各法域下毁誉罪有期自由刑之法定最高刑为例，图示如下：

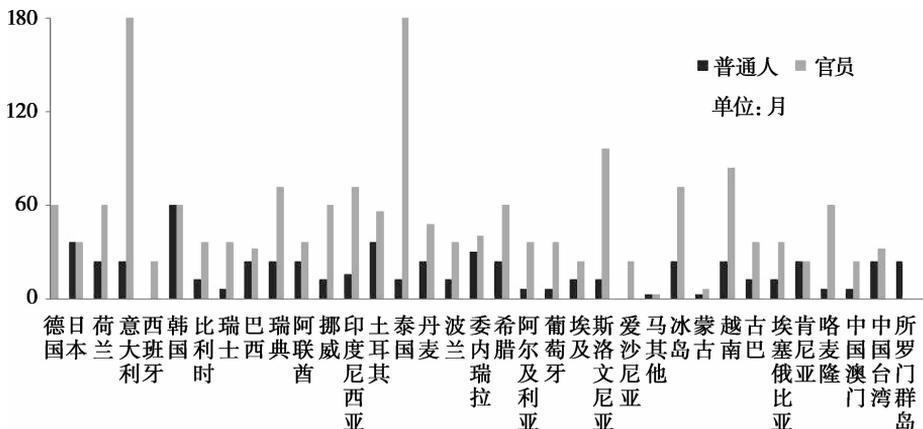


图1 各法域法定刑状况之“官民”对比

[16] 资料来源:Legislationline, Criminal Code of the Federal Republic of Germany (1971, amended 2013), <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, 访问时间:2016年5月25日。

[17] 资料来源:World Intellectual Property Organization, The Code of Criminal Procedure of India, [http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file\\_id=207834](http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=207834), 访问时间:2016年5月25日。

[18] 资料来源:Legislationline, Criminal Code of the Republic of Turkey (2004), <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, 访问时间:2016年5月25日。

上图共对 35 个法域毁誉类犯罪有期徒刑的法定最高刑进行了描述。<sup>[19]</sup> 从整体上看,在这 35 个法域中,针对普通人与官员毁誉犯罪法定最高刑的设定上,前者平均值为 19 个月,后者平均值为 52 个月,两者之间体现出显著的差异。从具体法域来看,日本、韩国、马其他与肯尼亚,虽然在针对普通人毁誉犯罪的规范外,另行规定了针对官员的毁誉犯罪,但两者法定最高刑相同。除此之外,其他法域毁誉犯罪在普通人与官员两种对象上,均规定了差异悬殊的法定最高刑,在针对普通人与官员毁誉犯罪法定最高刑的设定上,差异悬殊度最大的十个法域按从小到大的顺序依次为中国澳门地区、印度尼西亚、挪威、瑞士、阿尔及利亚、葡萄牙、意大利、斯洛文尼亚、喀麦隆、泰国。

## 二 实然法下中国毁誉罪之特殊对象

我国属于前文 68 个法域中将毁誉行为犯罪化的多数派,但仅仅将这一犯罪行为当作一般的犯罪处理,并未对死者名誉和官员名誉做特殊对象看待。从世界立法潮流看,无论是从自然属性出发的死者,还是从社会属性出发的官员,就这两类特殊对象的刑法规制而言,我国均持少数派立场。然而,从实然法的角度观察,对于死者名誉,能否在教义刑法学的视域下,将侵害死者名誉的行为解释至我国《刑法》第 246 条之内。对于官员名誉权的保护,虽然在刑法规定上体现出平等性,但在司法实践中是否严格地贯彻了平等原则,这些问题值得思考。

### (一) 死者名誉的刑事保护

中国《刑法》第 246 条诽谤罪的罪状描述为“捏造事实诽谤他人”,条文中并未对犯罪对象加以明确,学界一般否定侵犯死者名誉行为的犯罪性,认为:“从刑法角度来讲我国刑法第 246 条只规定了捏造具体事实诽谤他人情节严重的行为构成诽谤罪,而诽谤罪所侵犯的对象只能是具体特定的自然人,死者不能成为诽谤罪的犯罪对象。”<sup>[20]</sup> 事实上,“他人”在我国刑法中虽非严格的法律术语,但出现频率却非常高,至刑法修正案九为止,共有约 140 次出现了“他人”。一般而言,刑法中的“他人”仅指自然人,但却不能绝对化。比如,《刑法》第 217 条规定了侵犯著作权罪,“制作、出售假冒他人署名的美术作品”即属该罪的一种客观行为,而这里的“他人”显然不单指自然人,还包括死者。对于诽谤罪中“他人”的理解,应当保持法条内部的统一性,第 246 条在侮辱罪与诽谤罪的罪状规定上两次运用了“他人”,前者是“侮辱他人”,后者是“诽谤他人”,从立法技术上,同一法条中的同一词语,所指涉的含义应当完全一致,否则,立法者会避免用同一词语,或至少对该词语进行必要修饰。

当然,即便将我国《刑法》第 246 条侮辱罪和诽谤罪中的“他人”都解释成自然人,也

[19] 在共 38 个将官员名誉予以特殊保护的法域中,法国、俄罗斯、保加利亚三国对毁誉犯罪仅设定了罚金刑,图中未做描述。在针对普通人的毁誉行为上,西班牙仅设定了罚金刑,而爱沙尼亚则予以非犯罪化,因此,图中该两国仅有针对官员毁誉犯罪的刑期数据;所罗门群岛对官员的毁誉犯罪规定了无期徒刑,图中只显示该国针对普通人的刑期数据。

[20] 邱灵:《网络诽谤行为的定性分析》,《江西警察学院学报》2011年第2期,第36页。

不宜仓促得出中国刑法不调整侵犯死者名誉行为的断语,还有必要审视民法上对死者名誉问题的解读,在此基础上得出妥当的结论。我国民事领域在死者名誉问题上,旗帜鲜明地体现出实务与学理的双向互动现象,经历了对死者名誉从“名誉权”向“名誉利益”再向“亲属权益”衍变的过程。

### 1. 名誉权阶段

1987年的《民法通则》虽然规定了公民享有名誉权,但未就死者名誉的法律属性加以界定,法律语焉不详、法理又未深入探讨,最终集中反映在“荷花女”一案的纷争之上。在该案中,作为一审法院的天津市中级人民法院作出了“公民死亡后名誉权仍应受法律保护”的结论。在该案的二审过程中,天津市高级人民法院就死者是否享有名誉权问题请示最高人民法院,后者于1989年4月《关于死亡人的名誉权应受法律保护的函》中批示如下:“吉某某(艺名荷花女)死亡后,其名誉权应依法保护”。同样,在次年针对四川省高级人民法院关于侵害海灯法师名誉案的请示上,最高人民法院在《关于范应莲诉敬永祥等侵害海灯法师名誉权一案有关诉讼程序问题的复函》中,再次批示“海灯死亡后,其名誉权应依法保护”,通过两个批示,从而确立了死者享有名誉权这一观点。

### 2. 名誉利益阶段

虽然最高人民法院通过批示的形式确立了死者名誉的权利属性,但这一规定在法律体系内是存在逻辑矛盾的。《民法通则》第9条将公民的民事权利限制在从出生时起到死亡时止的期间内,而最高人民法院的批示却认为死者享有名誉权,进而突破了《民法通则》以及民法学界对民事权利主体的限制。为了既具备理论上的妥当性,又解决现实中客观存在的侵犯死者名誉的问题,学理上提出了名誉利益说。根据该一观点,死者不能享有任何权利,但是其在生前所享有权利中涉及的利益,仍然有加以保护的必要。尽管死者不享有名誉权,但其名誉作为一种客观存在的精神利益,仍有法律保护之必要。<sup>[21]</sup>受学理的影响,最高人民法院也悄然改变了以往肯定死者名誉权的立场,在1993年8月《关于审理名誉权案件若干问题的解答》中,通篇谈及“名誉权”,但第5条在提及死者名誉的问题上,将“权”字去除,仅以“名誉”代替。之后,在2001年2月《关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》中,在第3条提及死者名誉时,也刻意不提“名誉权”,以更正之前批示中死者仍可拥有权利的说法。

### 3. 亲属权益阶段

根据罗斯科·庞德的观点,利益的种类包括个人利益、公共利益和社会利益。从名誉利益说出发,势必要对死者名誉的利益属性加以判断,其到底属于个人利益,还是非个人的公共或者社会利益。假设其属于个人利益,由于此时该个人利益的承载主体已经死亡,个人利益已经丧失了存在的基础。有学者指出:“名誉利益更仔细须说成名誉利益支配权,终归也要说权,不能用了利益作为保护客体就忽视于权的存在的重要性……名誉利益、名誉、名誉权,三者并不相同,但必须连结在一起才能产生价值,名誉利益作为保护客体,

[21] 参见王利明著:《人格权法新论》,吉林人民出版社1994年版,第444页。

名誉提供指向性,名誉权指出客体依附于何者,三者只保护其一仍是值得思考的问题。”<sup>[22]</sup> 总之,作为个人利益的名誉不能脱离主体而空洞地存在着。假设其属于非个人的公共或社会利益,正像有学者所认为的,此时并非为了保护死者的个人利益,而是为了保护社会利益。<sup>[23]</sup> 对于这样一种非个人利益的具体表现形式,一种强有力的观点认为是“对和平秩序的破坏”。<sup>[24]</sup> 据此,该利益确实不需依存于任何个人而存在。对于该利益侵犯的救济主体,进而也可以不限于近亲属,但由此又将与民事诉讼的基本原理相背离,并带来滥诉的可能。实际上,司法解释将侵犯死者名誉案件的诉讼请求人限定于近亲属,俨然是对将死者名誉利益视作非个人利益的否定。由此看来,如果认为死者具有名誉利益,那该种利益将落入既非个人利益,又非公共或社会利益的黑洞之中。

回到最高人民法院对死者名誉问题的基本态度上,虽然其明确否定死者拥有名誉权,但却并未直接认定死者享有名誉利益,仅肯定近亲属在死者名誉受损时所享有的诉权。由此,对于诽谤死者的行为,司法解释并未完全采纳学界名誉利益说的立场,从而为更合理地解决死者名誉问题预留了空间。那么,究竟如何既能理顺法律、法理的逻辑关系,又能妥当规制诽谤死者名誉的行为,亲属权益说应运而生。

根据亲属权益说的观点,“保护死者名誉的实质与作用是保护死者的配偶、子女和父母的利益”,<sup>[25]</sup> 此时死者近亲属的兴诉依据,不需要牵强地以诽谤行为侵犯死者名誉利益为理由,而是直接以该行为侵犯自己名誉权益为根据。从社会关系与伦理的角度,近亲属之间的名誉具有密切的关联性,个人在社会中的名誉,客观上也会随着近亲属名誉的变动而发生改变,因而,死者名誉被侵犯的场合,首当其冲的直接受害者就是其近亲属,当近亲属自身的名誉随着死者名誉的贬损而受创的情况下,此时实际上就是近亲属的名誉权益受损。

亲属权益说虽然具有前述优势,但其立论前还有待解决一个问题,即如果认为诽谤死者直接侵犯到其近亲属的名誉权益,那就意味着死者生前的名誉受损,亦同样侵犯到其近亲属的名誉权益,此时法律为何未赋予近亲属独立的诉讼权利呢? 把该问题具象化,假设侵犯某自然人甲名誉的情况下,该甲却并不认为自己名誉被侵犯而不愿提起诉讼,其近亲属以自身名誉权益受损为由提起的名誉保护诉讼就将使法院陷于两难境地:如判定支持近亲属的诉讼请求,则必然会侵犯到某甲对自身名誉的维护权;如判定不支持近亲属的诉讼请求,则基于亲属权益说的立场,必然又会侵犯到近亲属对某甲所享有的名誉权益。事实上,这一两难境地就是典型的权利冲突(或权利相互性),即不预设哪一方权利更重要,保护一种权利的同时,必然侵犯或限制另一种权利。在权利冲突的场合如何配置权利,苏力教授借助科斯的产权配置理论,提出“应当按照一种能避免较为严重的损害的方式来配置权利,或者反过来说,这种权利配置能使产出最大化”,<sup>[26]</sup> 在这一权利的配置方向下,

[22] 翁静晶:《论中国死者名誉保护》,中国政法大学博士论文2006年,第68页。

[23] 参见王利明主编:《民法·侵权行为法》,中国人民大学出版社1993年版,第265页。

[24] Libel, Right to Sue for Defamation of Deceased Relative, *California Law Review*, Vol. 10, 1922, p. 362.

[25] 魏振瀛:《侵害名誉权的认定》,《中外法学》1990年第1期,第9页。

[26] 参见苏力:《〈秋菊打官司〉案、邱氏鼠药案和言论自由》,《法学研究》1996年第3期,第69-70页。

有学者也提出了以基本权利优先于非基本权利的观点作为权利冲突的配置原则。<sup>[27]</sup> 据此,可以妥当地解决权利冲突问题。

还以上文提到的某甲为例,某甲自身的名誉权相较于因某甲名誉受损而带来的近亲属名誉权益而言,显然某甲的名誉权为基本权利,而其近亲属的名誉权益则为非基本权利。无论着眼于维护家庭关系,还是放眼于维护社会关系、使总体社会效益最大化的角度,将基本权利置于非基本权利的优先地位都是值得肯定的。因此,以亲属权益说为基础,在世者对于自身名誉的维护权高于其近亲属针对在世者所享有的名誉权益,当在世者不认可名誉被侵犯的场合下,立法上自然不会允许近亲属越过在世者而单独提起名誉侵权诉讼。而当死者名誉受到侵犯时,此时死者并非权利主体,其名誉权自然无从谈起,但其近亲属对死者仍享有名誉权益,立法上理应认可近亲属享有这一权益,并赋予近亲属名誉侵权的当事人地位。

总之,从民法理论、法律及司法解释的梳理来看,亲属权益说更具理论的完备性与现实的操作性。如若采取这一立场,诽谤死者这一事实行为就侵犯了死者近亲属的名誉权益。结合我国《刑法》第 246 条诽谤罪的“捏造事实诽谤他人”,此时的“他人”并非死者,而是其近亲属,从而,诽谤死者的情况下,在我国刑法体系内有以诽谤罪入罪之可能。<sup>[28]</sup>

## (二) 官员名誉权的刑事保护

### 1. 学理框架内的讨论

我国刑法上将政权高层与普通官员两种官员类型统括在“国家工作人员”这一概念之下,对二者并未加以区分。在特殊对象名誉权的保护问题上,除在执行国家安全工作任务时,针对国安及公安人员的毁誉行为可能以妨害公务罪定罪,<sup>[29]</sup>以及在开庭时毁损司法工作人员名誉的行为可能以扰乱法庭秩序罪定罪等履行公务的情形外,其他场合下针对任何层级官员的毁誉行为均可能构成《刑法》第 246 条的诽谤罪。因而,从刑事立法上,官员并非我国毁誉刑法规范所特殊保护的主体,官员与普通人的名誉权在刑法上受到平等的保护。然而,立法上的平等性并不完全为理论界所秉持。从理论上来说,正如有学者所概况的,相比于普通人而言,官员的名誉权在法律保护上呈现出三种样态,即保护官员重于保护普通人、保护官员同于保护普通人、保护官员弱于保护普通人。<sup>[30]</sup>

[27] 参见王肃元:《权利冲突及其配置》,《法学杂志》1999 年第 1 期,第 11 页。

[28] 我国 1979 年《刑法》与 1997 年《刑法》在诽谤罪罪状规定上基本不存在差异。根据前者第 145 条诽谤罪的规定,我国司法实践曾出现了诽谤死者名誉并以诽谤罪定罪处刑的判例,在该案中,法院认为被告人“唐敏在自己写的小说中以谣传和捏造的事实,公然侮辱和诽谤他人,对死去的王练忠和三名自诉人的名誉造成严重损害,是故意犯罪”,最终认定诽谤罪成立。参见最高人民法院审判委员会:《唐敏诽谤案》,《中华人民共和国最高人民法院公报》1990 年第 2 期,第 27-28 页;同样,在河南省郑州市金水区人民法院(2004)金刑初字第 935 号刑事判决书中,被告人于 2004 年 9 月 9 日,借纪念毛泽东主席逝世 28 周年之际,印发传单诽谤毛主席的名誉,法院在判决书中虽然对辩护人提出的诽谤罪只能对世的自然人实施的意见予以采纳,仍以诽谤罪判处两名被告人有期徒刑 3 年。

[29] 在依法执行国家安全工作任务时,被告人诽谤国安、公安人员,亦可构成妨害公务罪。参见上海市杨浦区人民法院(2015)杨刑初字第 681 号、广东省深圳市宝安区人民法院(2013)深宝法龙刑初字第 833 号等刑事判决书。

[30] 参见侯健著:《舆论监督与名誉权问题研究》,北京大学出版社 2002 年版,第 122 页。

赞成第一种样态的论者认为,官员的名誉比普通人更有价值、更重要,官员名誉的背后体现了国家利益。<sup>[31]</sup> 重视官员名誉的做法在我国有着深厚的历史根基。“在专制国家,臣民批评官家,常被视为‘犯上’、‘大逆不道’。这种遗风流传下来,在我国曾经长期有所谓不许‘矛头向上’、‘反对领导’”。<sup>[32]</sup> 在第二种样态之下,官员的名誉与普通人不存在实质的差别,任何人名誉受损都是个人权利受到侵犯,而不涉及国家利益。正如有学者认为的:“普通法中妨害名誉之规定的严格责任的核心观念是某人的生活或事务被认为是私人性的,一如他们的动产和不动产。”<sup>[33]</sup> 因此,在对名誉权的保护问题上,侵犯对象的身份是不重要的,需要考虑的仅仅是侵害的行为。而持第三种样态的论者则认为,“官员的名誉并不完全是官员私人的所有物,它既包含着对官员作为一个公民的私人努力的回报,也包括他因为担任公职所获得的超乎私人努力之上的额外收获”。基于此,在官员名誉权的保护上,应适当弱于普通人,从而将基于官员身份所额外获得的名誉利益还之于公众,这一部分的利益不受法律保护。<sup>[34]</sup> 有学者发现多数研究均未特别关注官员的名誉权,认为“官员的名誉权较之普通公民要受限制”。<sup>[35]</sup> 由此可以推论认为,同样的毁誉行为,针对普通人将构成诽谤罪,但针对官员则不一定构成犯罪。官员名誉权的刑法保护低于普通人。

## 2. 实践生态下的探讨

关于官员名誉权法律保护问题,在立法上持平等观,而理论上却将保护的天平偏重于普通人,司法实践中则又将如何呢?本文试图通过对生效刑事裁判文书的实证分析来回答这一问题。

### (1) 样本范围及基本情况

一般情况下,诽谤罪在我国属自诉案件,司法实践中诽谤罪存在一定的滥诉可能,为确保样本的权威性,仅选取诽谤罪公诉案件、具有官员身份的自诉案件,以及委托律师的自诉案件。<sup>[36]</sup> 本文以中国裁判文书网、北大法宝、北大法意三大权威裁判文书数据库内的全部诽谤罪刑事裁判文书为对象,共收集到179份符合条件的刑事裁判文书。对于共同犯罪的情况,依照被告人数量,又可拆分为体现罪刑关系的共199份样本。从各样本的基本情况来看,各变量所对应的频次与比重如下表2所示:

[31] 参见侯健著:《舆论监督与名誉权问题研究》,北京大学出版社2002年版,第122-123页。

[32] 郭道晖:《舆论监督权与官员名誉权》,《炎黄春秋》2010年第11期,第34页。

[33] Frederick Schauer, Social Foundation of the Law of Defamation: A Comparative Analysis, *Journal of Media Law and Practice*, 1981, p. 18.

[34] 参见侯健著:《舆论监督与名誉权问题研究》,北京大学出版社2002年版,第124-125页。

[35] 郝铁川:《官员的名誉权不是没有》,《法制日报》2015年9月18日第007版。

[36] 一般认为,官员在名誉被侵害时,有更强大的澄清力,相应地,其在提起刑事自诉时,也有更强的证据收集力。而非官员在名誉被侵害时,当在聘请律师提起刑事自诉时,也可认为具有与官员自诉人相匹配的证据能力,从而使得官员自诉案件与非官员自诉案件在证据收集能力上具有相当性。

表 2-1 数据库样本各变量频次及比重状况

总量 199 份	公诉	自诉	非涉官	涉官	因公	
						因私
起诉频次	19	180	140	59	36	23
比重	9.5%	90.5%	70.4%	29.6%	8.1%	11.5%
公诉频次			3	16	14	2
比重			2.1%	27.1%	38.9%	8.7%

表 2-2 数据库样本各变量频次及比重状况

总量 199 份	频次	比重	刑种	频次	比重		频次	比重		频次	比重
判决有罪	51	25.6%	判决有期徒刑(实刑)	30	15.1%	涉官 (重刑)	39 (24)	66.1% (40.7%)	因公	28	77.8%
			判决有期徒刑(缓刑)	6	3%				因私	11	47.8%
			判决拘役(实刑)	4	2%				非涉官 (重刑)	12 (6)	8.6% (4.3%)
			判决拘役(缓刑)	3	1.5%						
			判决管制	4	2%						
			判决剥夺政治权利	2	1%						
			判决免于处罚	2	1%						
判决无罪	15	7.5%									
裁定不予受理/驳回	99	49.7%				涉官	8	13.6%	因公	4/36	11.1%
						非涉官	91	65%	因私	4/23	17.4%
裁定撤诉	34	17.1%									

根据表 2-1 和表 2-2 可知,全部 199 份诽谤罪样本中,由检察机关提起公诉、被害人或自诉人身份为官员、最终被判决有罪的样本所占比重均较小。多数诽谤罪案件由被诽谤人提起自诉,而自诉案件中,绝大多数因证据不足而被裁定不予受理/驳回,或者撤诉。在全部 59 份涉官样本中,官员基于履行公务而被诽谤的样本要略高于官员基于个人私事的样本。在判决有罪的共 51 份样本中,多数被告人被处以有期徒刑实刑,判处有期徒刑缓刑及其他刑种的占比较低。总之,从表 2 的数据描述可以得出结论:在刑事司法实践中,涉官的诽谤案占比较低,绝大多数诽谤案以自诉救济,并且最终不认定为犯罪的比重较高。同时,在认定为犯罪的场合,更倾向于运用有期徒刑实刑加以惩罚。

## (2) 官员名誉权的强化保护

根据数据库反映的情况看,相较于普通人而言,官员在作为诽谤罪被害人时,存在以下几个方面的特殊性,从而导致官员在刑事毁誉问题上被赋予了强化保护的地位。

首先,诉讼地位的公力救济性。全部样本的公诉率仅为 9.5%,非涉官样本的公诉率则更低,仅为 2.1%。然而,在 59 个涉官样本中,公诉率却高达 27.1%,显著高于非涉官

以及全体样本。具体来看,在涉官样本中,涉官(因公)的样本为36个,其公诉率为38.9%,而涉官(因私)的样本为23个,其公诉率为8.7%。由此来看,在启动公诉保护名誉时,官员身份确实较普通人有更大的优势,且该种优势在官员基于其履行公务而被诽谤的场合下体现得更为明显。

其次,归罪问题上的偏向性。从定罪上看,全部样本的定罪率仅为25.6%,非涉官样本的定罪率则低至8.6%。然而,在59个涉官样本中,定罪率却高达66.1%,并且涉官(因公)样本定罪率更高至77.8%,涉官(因私)样本则为47.8%。从出罪上看,以裁定不予受理/驳回为例,全部样本被裁定不予受理/驳回的比重高达49.7%,非涉官样本则高达65%,然而,涉官样本此种裁定的比重仅为13.6%,并且涉官(因公)的比重更低至11.1%,而涉官(因私)则为17.4%。总之,从定罪与出罪两方面来看,官员基于履行公务而被诽谤的场合下,定罪率极高、出罪率极低;即使基于私人事务而受到诽谤,定罪率亦明显高于普通人,而出罪率却明显低于普通人,因此,官员身份与诽谤行为的入罪与出罪均有关联。

再次,配刑问题上的重罚性。从刑种的选择上,以有期徒刑(实刑)为诽谤罪的重刑,有期徒刑(缓刑)及其他刑种为轻刑,则全部样本的重刑率为15.1%,非涉官样本的重刑率仅为4.3%。然而,全部59个涉官样本的重刑率却高达40.7%,并且涉官(因公)样本的重刑率更高达52.8%,而涉官(因私)样本为21.7%,均高于非涉官样本。从刑罚期限上,从有期徒刑(实刑)期限来看,全体被判处有期徒刑(实刑)样本均值为21.6个月,非涉官样本中判处有期徒刑(实刑)的均值仅为18.3个月,然而,涉官样本该均值为22.4个月,涉官(因公)为24个月,涉官(因私)为21.9个月,官员身份也与刑罚期限变化相关。总之,从刑种与刑期上,官员身份将导致诽谤罪被判处更重的刑种、更长的刑期。

最后,从统计学上的相关性分析,<sup>[37]</sup>将涉官、涉官(因公)以及涉官(因私)3个变量各与公诉、判决有罪、判决无罪、裁定不予受理/驳回、裁定撤诉、判决有期徒刑(实刑)、有期徒刑(实刑)期限7个变量进行相关性分析,结果如下表3所示:

表3 变量的相关性分析

		公诉	判决有罪	不予受理/驳回	裁定撤诉	有期徒刑实刑	有期徒刑期限	判决无罪
涉官	皮尔逊系数	.388	.602	-.470	-.295	.465	.221	.
	显著值	.000	.000	.000	.000	.000	.240	.
		199	199	199	199	199	30	15

[37] 相关性分析,是对两个变量之间是否存在相关关系所进行的检测。换言之,如果一个变量的值发生变化,另一个变量的值也有相应变化,那么该两个变量之间就相关了。在相关性检验中,两变量相关关系值(比如皮尔逊系数)的绝对值在0—1之内波动,越接近于1,说明两者的相关关系越强。一般来说,两变量之间的相关关系值大于0.8时,认为两变量之间有较弱的线性相关关系。两变量之间的相关关系值小于0.3时,则认为两变量之间具有较弱的线性相关关系。同时,两变量之间如果要达到统计学意义上的相关性,则相关性检验的显著值要小于0.05,否则两变量之间的相关关系由于不处于95%的置信空间内,不具有统计学上的显著意义。

表 3 变量的相关性分析

(续表)

		公诉	判决 有罪	不予受理/ 驳回	裁定 撤诉	有期 实刑	有期实刑 期限	判决 无罪
涉官 (因公)	皮尔逊系数	.469	.561	-.363	-.213	.495	.069	.
	显著值	.000	.000	.000	.002	.000	.719	.
		199	199	199	199	199	30	15
涉官 (因私)	皮尔逊系数	-.010	.184	-.234	-.164	.067	.149	.
	显著值	.883	.009	.001	.021	.345	.432	.
		199	199	199	199	199	30	15

根据表 3 可知,除判决无罪由于仅有 15 个样本从而无法进行相关性分析外,涉官、涉官(因公)以及涉官(因私)3 个变量均可与剩余 6 个变量进行相关性分析。结果为:(1)涉官变量除与有期徒刑(实刑)期限之间由于显著值为 0.240,大于 0.05 而无相关性外,与其他 5 个变量均存在统计学意义上的相关性。在数据库中,如果被诽谤者身份为官员时,越有可能会采取公诉救济、判决有罪或者判处有期徒刑(实刑),越无可能会被裁定不予受理/驳回或者撤诉,并且,涉官变量与判决有罪变量之间皮尔逊相关系数为 0.602,这说明两者之间具有一种统计学上相对较强的相关关系,与其他变量之间基本均为非弱相关的关系。(2)涉官(因公)变量与有期徒刑(实刑)期限之间由于显著值为 0.719,大于 0.05 而无相关性,除此之外与其他 5 个变量均存在统计学意义上的相关性。在数据库中,如若官员是基于履行公务而被诽谤的,越有可能会采取公诉救济、判决有罪或者判处有期徒刑(实刑),越无可能会被裁定不予受理/驳回或者撤诉,并且,涉官(因公)变量与判决有罪变量之间皮尔逊相关系数为 0.561,也属于一种相对较强的相关关系,与其他变量之间基本均为非弱相关的关系。(3)涉官(因私)变量与公诉、判决有期徒刑(实刑)以及有期徒刑(实刑)期限 3 个变量因显著值均大于 0.05 而无相关性,但仍与其他 3 个变量间存在统计学意义上的相关性,可是在强度上仅为弱相关关系。

总之,从前文分析来看,官员身份确实会对是否提起公诉、是否认定犯罪、是否判处重刑产生影响,并且在官员基于履行公务而被诽谤与基于私人事务而被诽谤两种情形下,前者所体现的影响关系在各个方面均大于后者。由此可知,如果说在官员与普通人名誉权的刑事保护问题上,立法持平等观,学术界保护的天平向普通人倾斜,司法实践中这一保护天平明显偏重于官员。

### 三 应然法下中国毁誉罪之特殊对象

从实然法的立场出发,在毁誉犯罪特殊对象保护问题上,侵犯从自然属性出发的特殊对象——死者之名誉,可以视作直接侵犯死者近亲属的名誉权益,从而具备入罪之可能,这一解释从教义刑法的视角上具有可行性,但是否具有坚实的社会支撑;侵犯从社会属性出发的特殊对象——官员之名誉,在立法、学理与实践,展现出三种对立的景况,究竟应如何抉择等问题有待进一步澄清。总之,从应然的层面探讨死者与官员这两个特殊对象

在刑事毁誉犯罪化上的地位,无法脱离对名誉本质的探讨、对毁誉内在机理的研究。进而,由于名誉观也是一种社会现实(或社会环境)的回应,对名誉本质的研究还需要在社会现实的背景中展开。

### (一) 名誉本质溯源

就名誉的涵义而言,代表性观点认为,名誉的意义有三层,分别是内部的名誉、外部的名誉与名誉感。内部名誉是人格的客观真实价值,外部名誉是社会对于人格的价值评价,名誉感是人格价值的自我评价。<sup>[38]</sup> 就内部名誉来说,作为一种真实对应的人格客观价值,是一个假定的概念,而不是一个可被客观衡量的对象,无法被纳入法律体系内加以评价,不应成为法律保护的内容。名誉感是名誉主体对自身价值的自我评价,属主观认识范畴,而法律作为一套评价体系,应当具有客观性、平等性与统一性,如果完全基于个体主观的认识来界定名誉,法律就将丧失客观、平等与统一性,也不宜交由法律来保护。总而言之,受法律调整与保护的应当是外部名誉,即社会对个体的名誉评价,理想状态的外部名誉处于内部名誉与名誉感两个极点之中。外部名誉以内部名誉为基础,避免了名誉感的完全主观性,又从社会角度出发进行评价,从而避免了内部名誉的虚拟性。<sup>[39]</sup> 作为外部名誉语境下之名誉,必然随着社会观念的更新而发生变化,从而,在一定时期内被认为是对名誉的侵害行为,在另一时期却可能被认为不具侵害性,<sup>[40]</sup> 据此,名誉的界定与社会所处现实环境息息相关。

就毁誉行为来说,以美国为例,传统观点认为是“损害他人名誉,以使其被仇恨、轻蔑或者嘲弄”。<sup>[41]</sup> 有学者认为传统观点过于狭窄,因为在某些场合下对具有经济利益之名誉的侵害,并不会导致被侵害者“被仇恨、轻蔑或者嘲弄”,因此,应将带来经济损害的名誉侵权行为包括进来。<sup>[42]</sup> 最终,根据美国《第二次侵权法重述》第559条的规定,毁誉行为被定义为“降低他人在社会中的评价,或者阻碍第三方与其交流或者交易的损害名誉的行为”。<sup>[43]</sup> 当然,即便根据该定义,“阻碍与之交流或交易”也并非一个纯客观的评判要素,仍然需要结合当下的社会现实予以评价。总之,毁誉的定义无法离开社会评价,其根植于一定社会现实。

可见,名誉与毁誉的界定都与社会评价相关,更与这种评价所立足的社会现实相联

[38] 参见甘雨沛、何鹏著:《外国刑法学》,北京大学出版社1985年版,第919页。

[39] 当然,在变异的情况下,也可能发生社会名誉与内部名誉不相匹配的情况,有论者认为,这就表现为一种虚名,但即便“对可能是虚名的名誉的损害,仍会动摇被损害人的生活,既然这样的名誉是由社会评价形成的,也不容他人以虚构事实的方式恶意贬损。何况,在司法实践中,往往无法证明其名誉是否为‘虚名’”。参见钱舫、秦思剑:《诽谤罪与名誉权的刑法保护》,《中外法学》1996年第2期,第32-33页。

[40] 例如,在古代社会,寡妇终身不嫁是一种良好的名誉,在当代社会则并不如此;建国初期,婚前同居是一种有损名誉的行为,而当下婚前同居已然成为一种正常的社会现象,婚后性行为并不比婚前性行为在社会上享有更高的名誉评价。

[41] A. B. Hanson, *Libel and Related Torts*, New York: American Newspaper Publishers Association Foundation, 1969, p. 161.

[42] 参见 Clement Gately, et al., *Gately on Libel and Slander* (8th Ed.), Thomson Professional Pub. Co., 1981, p. 4.

[43] 转引自 Robert C. Post, *The Social Foundations of Defamation Law: Reputation and the Constitution*, *California Law Review*, Vol. 74, 1986, p. 718.

系。美国学者罗伯特·帕斯特(Robert C. Post)对名誉的本质进行了深入研究,认为名誉有三种不同的本质类型,每一种类型又对应着一定的社会环境,分别是“遵从社会”(Defence Society)、“市场社会”(Market Society)与“社群社会”(Communitarian Society)。<sup>[44]</sup>在这三种社会中名誉本质与内涵的差异,影响到对于毁誉行为的认定,最终导致法律上对名誉侵权采取不同的态度。

应当加以说明的是,遵从社会、市场社会和社群社会这三种类型只是理论对现实社会最本质、最内核、最典型状态的归纳总结。任何一个现实社会阶段下,都不可能壁垒分明地只能是遵从社会、市场社会抑或社群社会。一个具体社会形态,从某一个侧面上描述可能符合遵从社会的特征,在另一个侧面上描述又具有市场社会的印记,甚至会有社群社会的影子,但是,如果从最具普遍化的角度出发,从将法律作为社会统治的“弱”辅助措施开端,到将法律作为社会治理的“强”规制手段为止的社会发展进程中,上述三类社会类型总能对某一具体的社会形态进行最贴切的概括。依此理,本文借鉴该三种社会类型对中国当下名誉观的实证考察,并不能断然地得出现实名誉观准确对应遵从社会、市场社会或者是社群社会特征的绝对化结论,而只能指出,现实名誉观最大体上符合哪一种社会类型特征的相对化结论,进而探讨从法律的规定上,如何构建一般性的规范来解决最普遍性的问题。

### 1. 三种社会及其名誉观

在遵从社会中,名誉的侵犯究其里是荣誉的受损。莎士比亚在《奥赛罗》中对名誉与财产进行了比较,并认为“无论男人女人,名誉是他们灵魂中最贴心的珍宝,如果有人偷走了我的钱袋,他不过偷走了一些废物,那不过是些毫无价值的东西罢了……而如果我丧失了名誉,他不会得到丝毫利益,我却一无所有了”。<sup>[45]</sup>在这种观点看来,名誉不可能用其他东西交换,名誉的背后是荣誉,这是最为珍视的一种价值。而对于作为荣誉之名誉的获取方式,则更多地强调它的先验性。名誉并非是社会中的个体通过努力或者劳动而获取的,而是由于其居于一定的社会地位,而被天然地赋予了相应的荣誉。<sup>[46]</sup>当名誉权被侵犯时,不能简单地通过财产性补偿而获得对名誉权的救济,此时毁誉法关注的核心是对被侵害者荣誉的恢复,依此而将被毁誉行为所侵犯的社会地位予以恢复,这一过程被学者形象地形容为一场“地位复权的仪式”。<sup>[47]</sup>就具体的救济途径而言,正如一句西方谚语所

[44] 英国著名经济学家、历史学家汤普森(F. M. L. Thompson)教授将18世纪前后英国社会描述成“遵从社会”,罗伯特·帕斯特教授对遵从社会的定义即借鉴于此。在遵从社会中,注重地位、身份,以及与此相伴随的先天性“荣誉”,名誉本质就是一种荣誉。在市场社会中,人们更加重视平等,并珍视具有财产价值的一切,名誉的实质是其背后的财产利益,而非其他价值。在社群社会中,虽然同样注重人与人之间的平等,但个人只有在与社会其他个体不断交往的过程中才获得社会化,因此,名誉不再是中空的存在,仰赖于社会的评价。参见 Robert C. Post, *The Social Foundations of Defamation Law: Reputation and the Constitution*, *California Law Review*, Vol. 74, 1986, pp. 695, 702, 716。

[45] 转引自 Rodney A. Smolla, *Law of Defamation*, New York: Clark Boardman Company, Ltd., 1989, pp. 1-2。

[46] 参见 Pitt-Rivers, *Honour and Social Status*, in *Honour and Shame: The Values of the Mediterranean*, J. G. Peristiany ed., University of Chicago Press, 1966, pp. 21-22, 35。

[47] 参见 Robert C. Post, *The Social Foundations of Defamation Law: Reputation and the Constitution*, *California Law Review*, Vol. 74, 1986, pp. 703-704。

表述的——“荣誉的污垢只能由血来涤清”。对于荣誉的受损,在西方的遵从社会中是通过决斗、羞辱报复、重刑惩罚等方式解决。<sup>[48]</sup> 在东方的遵从社会中也表现为私仇报复、自杀、报官等非平和的形式。而就制度化的刑罚惩处这一救济方式而言,以当前的价值观来衡量,遵从社会中刑事手段的名誉恢复措施显然是罚过于罪的。

在市场社会中,判断名誉被侵犯与否的实质是其所带来的财产性损失,“这种概念下的名誉被理解为类似于商誉的无形财产……这样的名誉能够以一种通过个人后天努力或者劳动的形式去获取”。<sup>[49]</sup> 市场社会中名誉的获得与个人后天的努力密不可分,此时的名誉带有鲜明的个人化色彩,拥有好的名誉经常可以等同于拥有好的个人特质,这样的人在日常生活中被称为“好人”。市场社会中的名誉侵犯,实际上就是将个人为取得此种名誉状态而付出的努力虚无化,而法律上对名誉侵权的保护“实质上是对财产的保护……对诽谤案件的原告人而言,诉讼的核心是财产性的损失”,<sup>[50]</sup> 因此,市场社会中对于毁誉的弥补方式就可以转换成直接的经济补偿,将为获得此种名誉所付出的努力物化成一定的金钱,从而实现对名誉权受到侵犯的救济。

在社群社会中,名誉侵犯的实质是尊严受损。尊严“是个体具有的与正直相关联的最具典礼性与仪式化的部分”,<sup>[51]</sup> 是人的完整性的一个重要标志,然而,尊严并不能脱离社会评价而中空地存在,正如美国哲学家郝伯特·施皮格伯格所宣称的,“尊严只有在其获得所应得的尊重时才能被确认”,人的尊严不可能凭空产生,只有在受到社会评价的重视与尊重时,才获得存在之可能。<sup>[52]</sup> 因此,个体尊严的存在与发展依存于个体处于社会之中并与社会产生互动的这一过程,“当个体基于尊严受损而被潜在地排除出社会之时,在被害人看来,毁誉法此时的作用在于通过使其重新获得社会成员资格而将尊严予以恢复”。<sup>[53]</sup> 总之,将名誉视为尊严的观点,并不过分强调尊严之于个体的内在化倾向,而重视尊严是个体与社会成员互动过程中的一种社会评价结果。名誉不是某人一成不变的特质,主体真实对应的人格客观价值并不重要,<sup>[54]</sup> 需要关注的是主体在社会交往过程中,社会基于与其相关的事实之社会价值的评价结果。

[48] 边沁曾列举了针对荣誉侵犯行为的12种不同的惩罚方式,比如,侵犯者向受损者下跪、佩戴有蛇头的羞辱面具等。这种救济手段的目的,是通过羞辱侵害者,而使被害人感受到报复的快感。转引自 Robert C. Post, *The Social Foundations of Defamation Law: Reputation and the Constitution*, *California Law Review*, Vol. 74, 1986, pp. 704-705。

[49] Robert C. Post, *The Social Foundations of Defamation Law: Reputation and the Constitution*, *California Law Review*, Vol. 74, 1986, p. 693。

[50] John Townshend, *A Treatise On The Wrongs Called Slander And Libel; And On The Remedy By Civil Action For Those Wrongs*, Cornell University Library, 1877, pp. 108-109。

[51] Michael S. Pritchard, *Human Dignity and Justice*, *Ethics*, Vol. 82, 1972, p. 299。

[52] 在此意义上,尊严与荣誉存在很大的不同。荣誉不需要借助外界的评价就能独立存在,只要血管中流淌着的是骄傲的血液,就足以证明荣誉的存在。

[53] Robert C. Post, *The Social Foundations of Defamation Law: Reputation and the Constitution*, *California Law Review*, Vol. 74, 1986, p. 712。

[54] 因此,在1975年的 *Cardillo v. Doubleday & Co., INC* 一案中,英美法系中的“无法被诽谤的原告”学说被首次提及。根据该学说,被告人即使证明原告本质上是无名誉之人,从而对其毁誉行为根本无从导致原告名誉受损,也不能作为适当的抗辩事由,原告不良名誉的证据仅能在损害减轻中被使用。参见 *Cardillo v. Doubleday & Co., INC*, 518 F.2d 638 (1975)。

遵从社会下将名誉等同于荣誉的观点,因具有典型的不平等性而较易被区分,容易发生混淆的是后两种社会下的名誉观。市场社会中的名誉财产观与社群社会中的名誉尊严观,虽均具有平等性特质,但两者的差异诚如帕斯特教授所言:“市场社会中的个体建构自己的名誉,而社群社会中的个体在一定意义上却为名誉所建构;市场社会中的名誉仅可被视作个体利益,而社群社会中的名誉既具个体利益性,又具公共利益性;市场社会中名誉的价值由其所处的市场来衡量,而社群社会中名誉由个体与社会的互动来决定,因而其不能用市场化的金钱方式来衡量。”<sup>[55]</sup>基于此,在判断毁誉是否存在时,市场社会重点关注毁誉行为所造成的特定损害结果,进而判断是否导致了经济上的损失。而社群社会则重点关注毁誉内容的真实性与否,进而判断是否影响到了被侵犯者正常地融入社会。同时,在判断名誉是否受损时,社群社会还会基于特定的评价视角而采取利益衡量的办法,譬如,在美国 *Peck v. Tribune Co.* 一案中,采用了“有声望的社会阶层”的视角。<sup>[56]</sup> 在 *Kimmerle v. New York Evening Journal, Inc.* 一案中,采用了“理智人”的视角。<sup>[57]</sup> 在 *Van Winton v. Pulitzer Publishing Co.* 一案中,则采用了“社会认为理所当然”的视角。<sup>[58]</sup> 这种利益衡量的做法在美国名誉侵权案件中体现得淋漓尽致。

以 *Connelly v. McKay* 案为例,<sup>[59]</sup> 该案的原告经营着一家主要由州际卡车司机光顾的服务站和停车住宿处,他声称自己被诽谤,有人说他向州际商业委员会举报有的卡车司机违反了州际商会规则,原告认为这种诽谤导致了他直接的经济损失。然而,法院拒绝支持原告的诉求,认为宣称他人向相关机关举报违法行为的内容缺乏构成毁誉行为的基础要件。毫无疑问,在该起案件中,原告在“违法卡车司机群体”中的名誉确实受到了损失,同时也导致了经济利益的受损,这在将名誉财产观的市场社会中当然可以认定为毁誉。然而,从利益衡量的角度,毁誉法不应该保护仅为“违法卡车司机群体”所认可的“名誉”利益,而应保护受社群整体所认可的“名誉”利益,因此,原告的名誉侵权诉求在名誉尊严观的社群社会中不被认可。

## 2. 死者名誉的刑事保护

前文已及,从亲属权益说出发,对于侵犯死者名誉这一事实行为,不应认为侵犯了死者的名誉权,亦不应认为是对死者人格利益的延伸保护,而应直接视为对与死者具有密切关系的近亲属名誉权益的侵犯。结合遵从、市场及社群三类社会下的名誉观,对于毁损死者名誉的事实行为的法律评价可以做如下思考。

在遵从社会中,名誉的实质是荣誉,而荣誉又来源于主体的身份和地位,其天赋性要远大于后天性,因此,个体在具备特定社会地位后,就会天然地被赋予与该地位相对应的名誉。在某种意义上,死者近亲属也是一种身份或地位,这一状态无须经后天努力即可获

[55] Robert C. Post, *The Social Foundations of Defamation Law: Reputation and the Constitution*, *California Law Review*, Vol. 74, 1986, pp. 716 - 717.

[56] 参见 LexisNexis 数据库之 *Peck v. Tribune Co.*, 214 U. S. 185, 190 (1909) 案例。

[57] 参见 LexisNexis 数据库之 *Kimmerle v. New York Evening Journal, Inc.*, 262 N. Y. 99, 186 N. E. 217 (1933) 案例。

[58] 参见 LexisNexis 数据库之 *Van Winton v. Pulitzer Publishing Co.*, 218 F. 795, 796 (8th Cir. 1914) 案例。

[59] 参见 LexisNexis 数据库之 *Connelly v. McKay*, 176 Misc. 685, 28 N. Y. S. 2d 327 (1941) 案例。

得。而在成为具有特定荣誉人的近亲属后,亦天然地被赋予了该特定荣誉人的部分甚至全部荣誉,一旦特定荣誉人死亡后,其近亲属仍在不同程度上享有此种作为荣誉的名誉利益。他人对死者名誉的侵犯,也就是对死者近亲属所“继承”名誉之侵犯,毫无疑问,在遵从社会中,将对侵犯死者名誉的事实行为加以规制,在严重的情形下,将其定义为犯罪无可厚非。

在市场社会中,具有财产价值的名誉是个人后天努力的结果,与名誉主体的出身、财富、天分、地位等均无关系。死者与其近亲属是平等独立的个体,死者的名誉权益在其生前存在,在其死后随之消逝。这一名誉在死者生前体现着一定的经济价值,从而值得毁誉法保护,而在其死后,法律主体业已消失,根本谈不上经济利益的保护。同时,死者所谓的名誉即使对于近亲属具有一定之意义,这种意义在市场社会中对于近亲属而言,也仅具有非常间接的经济利益对应关系,难以做出与经济损失对等的衡量。总之,死者的名誉之于死者本人,无法体现出经济价值,而之于近亲属,则这种非直接的经济利益难以为市场所衡量,因此,市场社会将不会重视对死者名誉的保护,侵犯死者名誉的事实行为之刑事救济自然无从谈起。

在社群社会中,死者与其近亲属的平等独立关系得以维持,然而,毁誉行为的救济不再像市场社会一样,偏重于考察名誉毁损行为给他人造成的经济性损失,个人利益的维护只是法律规制毁誉行为的一个方面,另一个方面在于对公共利益的保护。而就后一方面而言,虽然侵犯死者名誉的事实行为不会直接给其近亲属带来特定的经济性损失,但这一事实行为客观上或多或少会导致后者在社会中获得不利的名誉评价,这是社会所不乐见的,因此,为了维护社会稳定性,法律为了保护近亲属的名誉权益,从而介入侵犯死者名誉的事件是有必要的。当然,同样从社会评价的角度出发,近亲属与死者的亲密关系程度与其因死者名誉而获得的权益程度呈正比关系。两者之间关系越密切,近亲属所享有的对死者名誉的权益程度越大。同时,死者名誉之于近亲属的利益程度与死者去世时间基本呈反比关系。死者去世时间越长,其近亲属所享有的名誉权益程度越小。因此,在对侵犯死者名誉行为的刑事归责上,应严格限定近亲属的范围,并且就近亲属对侵犯死者名誉行为救济权的行使做一定期间的限制。

### 3. 官员名誉权的刑事保护

与死者名誉的法律评价类似,结合遵从社会、市场社会及社群三类社会下的名誉观,能够更加形象而具体地探讨应然层面上官员名誉权在法律(特别是刑事法)上的特殊保护问题。

在遵从社会中,对名誉的侵犯不仅是对名誉载体——个人利益的侵犯,更重要的是对确定这种名誉分配模式的社会体制的侵犯。“对于皇帝的诽谤不仅侵害了皇帝的个人利益,更损害了这种将皇权赋予至高地位的社会体制”,<sup>[60]</sup>因此,针对皇帝名誉毁损的惩罚要重于普通人。同样的,官员的名誉不仅是官员的个人权利,更表现为一种公共利益,在

[60] Robert C. Post, The Social Foundations of Defamation Law: Reputation and the Constitution, *California Law Review*, Vol. 74, 1986, p. 702.

一定意义上,官员本人甚至不能自主地放弃名誉权利,因此,刑事法上对官员名誉权的强化保护,在遵从社会中是可以理解的。

在市场社会中,个体的名誉权具有鲜明的平等性,任何人在进入该“市场”前,均无权享有优于他人的名誉。任何人在进入该“市场”后,都有平等地通过自身努力获取一定名誉的机会。显而易见,在市场社会中,官员的名誉权并不天然具有优于普通人的地位,要想获得一定程度之名誉,与社会中的其他人一样,都需经过自身的努力,最终,官员名誉权在刑法保护的设定上,也完全无需与普通人存在差异化规定。

在社群社会中,作为尊严的名誉既具个体利益性,又具公共利益性,基于此,有学者认为“官员名誉之公共物品部分应当向公众开放,由公民评说……当官员以公民身份起诉他人侵害了他的名誉,我们须对他的名誉作仔细的分析。对于有关职务行为的名誉应做较弱的保护,即使不慎侵害了他的这部分名誉,也不应向官员赔偿。因为按理说,这部分名誉是属于公众的”。<sup>[61]</sup> 官员作为尊严的名誉,更不能离开社会的评价,因此,在判断官员名誉是否被侵权时,利益衡量非常重要。在美国,通过一系列名誉权纠纷的案件,形成了针对公众人物名誉权侵权判断上的“实质恶意原则”、“事实—评论区分原则”等,这显然是在对作为公众人物之一的官员名誉权法律保护上的限制性规定,在客观上起到了弱化官员名誉权保护的效果,这一效果在刑事法上也应获得认可。

## (二) 中国名誉观之现实定位

“荣誉、财产、尊严这三个概念,展示了名誉之三种不同的社会生活图景,每一种都与该社会本质相联系”。<sup>[62]</sup> 在对侵犯死者名誉的事实行为之界定,以及官员名誉权的特殊保护问题上,究竟应做何种决断,恐怕也应紧紧依存于当前所处的“社会生活图景”。法律上的设计只有更多地考虑所处的社会现实,才能更符合社会发展规律、更贴近公众民情观念,由此,问题的关键又转变到对中国名誉观所依存之社会阶段的判定上。

### 1. 样本范围及基本情况

要判定中国司法实践中对于名誉的界定究竟为何,可以从涉及名誉权纠纷的民事判决书着手。本文通过对中国裁判文书网、北大法宝、北大法意三大权威裁判文书数据库2015年内审结的、毁誉对象为自然人的全部生效二审民事判决书进行调查,<sup>[63]</sup> 最终,共收集到354份符合条件的生效民事判决书,其基本情况如下表4所示:

[61] 侯健著:《舆论监督与名誉权问题研究》,北京大学出版社2002年版,第126页。

[62] Robert C. Post, *The Social Foundations of Defamation Law: Reputation and the Constitution*, *California Law Review*, Vol. 74, 1986, p. 721.

[63] 应提请注意的是:可以这样认为,名誉本质的界定之所以求诸于民事立法及其实践,概因对于毁誉行为的认定,民事侵权与刑事犯罪的区别仅在于量的差异,并不存在质的不同,因此,凭借民事裁判文书而从民事领域来界定名誉观是稳妥的。此处选取二审民事判决书,可以更好地归纳出当事人对于案件的争议焦点,一审之后基于何种理由认为自身名誉权益未获得法院支持而上诉,从而判定出公众观念中名誉的核心要素。另外,单位名誉即商誉,体现了鲜明的经济性,显然与名誉财产观一致,无判断之必要,故将单位作为毁誉行为对象的名誉权纠纷案件排除在外。

表 4-1 数据库样本各变量频次及比重状况

毁誉形式 <sup>[64]</sup>	语言类毁誉 - 单向	语言类毁誉 - 双向	电子类毁誉	展示类毁誉	证据类毁誉	媒体类毁誉	职务类毁誉	其他
频次	78	26	72	62	60	22	22	12
比重	22%	7.3%	20.3%	17.5%	16.9%	6.2%	6.2%	3.4%

表 4-2 数据库样本各变量频次及比重状况

总量 354 份		频次	比重			
裁判结果	成立毁誉	156	44.1%			
	不成立毁誉	198	55.9%	理由	频次	比重
				证据不足	66	33.3%
				未公开实施	54	27.3%
				无毁誉性	78	39.4%
上诉结果	维持原判	346	97.7%			
	改判	8	2.3%			

根据表 4-1 和表 4-2 可知,虽然 2015 年已进入电子信息高速发展的年代,网页、微博、微信等电子交流工具不断涌现,但从毁誉行为的形式上来看,真正进入法院范围的还是以背后议论、当面争吵等形式的语言类毁誉居多,两者总计所占比重为 29.3%,与其他毁誉形式相比,属于绝对高发事件。在毁誉行为的认定上,虽然生活中很多场合下,某些语言或行为会被认为是他人名誉的侵害,但真正向法院提起诉讼的情形还是非常罕见的,即便是起诉到法院,毁誉诉求得到法院支持的比重要低于被法院否定的比重,全部样本中有 55.9% 的名誉权侵害诉求未获得法院认可。由此可见,法官在认定名誉侵权的问题上,较普通公众具有更严苛的标准。从 198 份未获法院支持的样本来看,因程序上的证据不足问题而未认定毁誉的占全部样本的 33%。除此之外,一般从行为或语言无毁誉性以及未公开实施的角度否定毁誉行为的成立,前者所占比重相对更高。从上诉结果来看,在名誉权纠纷案件中,维持原判的比重高达 97.7%,而全部改判以及部分改判的整体比重仅为 2.3%。将之与全国法院案件的整体改判率作对比,在 2012 和 2013 年,全国法院二审改判率分别为 9.06% 与 9.15%。<sup>[65]</sup> 在名誉权纠纷问题上,法院二审改判率远低于其他案件的改判率,这或许可以推断,名誉权并未被法官群体视为重大权益,得到二审再次审查的机会相对较低。

[64] 这些毁誉形式对应的具体行为方式主要为:语言类毁誉-单向:背后议论、散布谣言;语言类毁誉-双向:双方争吵;电子类毁誉:以 qq 群、微信群、微博、网贴、网上视频、短信、邮件等为中介的毁誉形式;展示类毁誉:张贴大字报、小字报、拉横幅、举广告牌、刷油漆字、发传单等;证据类毁誉:法庭陈诉、提供证据、控告他人、举报他人等;媒体类毁誉:在电视节目、报纸以及杂志文章上的毁誉;职务类毁誉:依职务决议在单位内部通报、批评、处分、开除,或者依职务认定他人为精神病人等。

[65] 冬季:《2012 年全国法院审理各类案件情况》,《人民司法》2013 年第 3 期,第 28 页;冬季:《2013 年全国法院审理各类案件情况》,《人民司法》2014 年第 5 期,第 110 页。

## 2. 名誉观的司法界定

对于名誉的界定,影响到了对于名誉权的法律界定,从而亦与名誉权构建过程中各种主体的权利义务分担有关,而这些都是有赖于所处的社会现实环境,即如帕斯特教授所归纳的遵从、市场与社群三种社会。司法实践对具体问题的处理或许可以成为判断中国究竟处于哪种社会阶段的一个视角。

### (1) 名誉观的差异对比

从遵从社会、市场社会与社群社会的对比来看,当下中国已然与将名誉视作荣誉的遵从社会相去甚远,名誉的获得不再与身份或地位相关,名誉的受损也不再以强烈的重刑惩罚来弥补。在个人权利范围内,名誉权的地位远较生命权、健康权要低,甚至在某些场合下还不及财产权,由此,值得探讨的是,当下中国究竟是处于市场社会,还是社群社会,抑或是在两者的转换中。这就需要考察市场社会与社群社会中毁誉的基本态度。

首先,在经济赔偿问题上,市场社会重视对毁誉行为的经济赔偿,由于名誉受损的程度只能抽象地进行价值评判,基于对名誉经济补偿的考量,人们将更重视名誉受损所带来的特定损害结果。罗伯特指出,在市场社会中,“毁誉法将仅保护个体名誉中能被市场所衡量的方面,因此,个体名誉的价值衡量将随着市场环境的变化而变动”。社群社会不注重名誉受损的经济赔偿,尊严也无法通过金钱性赔偿而获得恢复,只要有毁誉性行为存在,并且该种行为经社会角度的评价,认可其作为尊严之名誉受损,即可认定毁誉。对于毁誉行为所带来的特定损害结果亦不会过分关注。比如,罗伯特还介绍说,在美国名誉侵权的司法实践中,“原告无法证明任何损害结果的存在,或者被告证明没有任何人相信自己的毁誉内容而不可能产生损害结果,名誉侵权仍然成立”,<sup>[66]</sup>这就具有明显的名誉尊严化色彩。

其次,在名誉恢复问题上,市场社会以经济的形式对名誉损害予以恢复。在一般情况下,只要经济赔偿到位,即认可名誉侵害获得充分救济。社群社会则认为,作为尊严之名誉的受损导致被侵害者被剥离出社群关系,而对名誉的恢复则需要采取措施将被侵害者在社群关系中的成员地位加以确认,这一确认程序显然无法通过单纯的经济赔偿来完成,由此,对于尊严之名誉侵害的恢复,需要注重对毁誉内容的真实性审核。往往法院在名誉纠纷案件的审理过程中,通过双方在证据上的展示,对毁誉内容进行评判,确定毁誉内容的真实与否,当其被确定为虚时,则通过诉讼程序的进程以及裁判结论的确定,通过官方的正式途径在一定程度上“驳斥”毁誉内容,进而获得对名誉损害的救济。

再次,在惩罚程度问题上,市场社会在一定程度上将名誉等同于财产,为获得某一程度之名誉所付出的努力即对应着一定的财产,从而名誉受损的程度与经济赔偿之间存在“平等”的对价关系。社群社会则否定这种对价关系,经济利益并非名誉的全部,因此,当

[66] Robert C. Post, The Social Foundations of Defamation Law: Reputation and the Constitution, *California Law Review*, Vol. 74, 1986, pp. 696, 698.

其他方式无法获得充分的名誉救济时,会用“不平等”的经济惩罚方式来制裁侵害者。<sup>[67]</sup>此时针对名誉侵害的“不平等”经济赔偿,实质上并非为了恢复被侵害者的名誉,而仅表明法院代表国家对侵害行为所给予的否定态度,究其里,惩罚性赔偿只是一种无奈的选择。

(2) 实证研究所呈现的问题

结合我国相关法律、司法解释、代表性判例对名誉权及名誉侵权行为的相关规定与做法,以及前文中共 354 份名誉权纠纷民事判决书来看,我国对于名誉权的保护主要体现在如下几个方面。

第一,在名誉侵权的经济赔偿问题上,数据库反映的情况如下表 5 所示:

表 5 数据库样本经济赔偿状况

精神赔偿情况			频次	比重	平均数
原告诉求	未诉求	0 元	12	3.4%	6.44 万元
	形式诉求	1 元	10	2.8%	
	实质诉求		332	93.8%	
法院支持诉求			84	23.7% (整体样本 354 份)	0.31 万元
			84	53.8% (认定毁誉 156 份)	

根据表 5 可知,从原告的角度,基于名誉权受侵犯而提起精神损害赔偿的案件占整体数据库样本数的 93.8%,而未提起精神损害赔偿或提起 1 元形式赔偿的案件占比极低,这至少说明了从当事人的角度,对名誉侵害的救济形式中,救济赔偿占有至关重要的地位。而从法院的角度,虽然整体数据库仅有 23.7% 的样本法院支持给予精神损害赔偿,但由于全数据库仅有 156 份判决被法院最终认定毁誉,只有这些判决存在精神损害赔偿的可能,由此,从有效比重上来看,有占比为 53.8% 的毁誉判决中支持了精神损害赔偿,这也说明了法院亦在一定程度上认可精神损害赔偿对名誉侵权的救济作用。当然,当事人与法院之间在精神损害赔偿对名誉侵权的救济问题上,存在质与量的差别。从质的角度,当事人更倾向于通过精神损害的经济赔偿来弥补名誉权的受损,而法院对这种做法并不积极。从量的角度,提起实质精神损害赔偿诉求的平均请求额为 6.44 万元,而法院支持精神损害赔偿诉求的平均支持额仅为 0.31 万元,这深刻说明了两者在认可精神损害赔偿这一经济赔偿措施对名誉权救济问题上所存在的差异。

第二,在名誉侵权的其他责任承担形式上,除赔偿损失外,还有停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉四种形式。全数据库中仅有占比为 2.3% 的 8 份判决书,原告仅提出

[67] 在 Laniecki v. Polish Army Veterans Ass'n 一案中,陪审团认为名誉的损害无法通过金钱的赔偿获得恢复,但事实上诽谤行为已经对原告造成了名誉侵害,因此,要求法院判处高达 5000 美元的惩罚性赔偿。参见 Laniecki v. Polish Army Veterans Ass'n, 331 Pennsylvania Superior Court (1984)。我国亦存在对于名誉侵犯附加惩罚性赔偿的判例,在上海市静安区人民法院(2009)静民一(民)初字第 779 号民事判决书中,针对宋祖德、刘信达在网络上诽谤已故著名导演谢晋的行为,该判决书给出了高达 20 万元的精神损害赔偿,由于上海法院系统内把握的精神损害赔偿限额一般在 5 至 10 万元之间,因此,该判决书给出的 20 万元赔偿金额显然带有惩罚的性质。

了精神损害赔偿,而未提起其他赔偿形式。从这一角度来看,对于原告来说,其他责任承担形式与经济赔偿的责任承担形式地位不相上下。然而,在认定毁誉的156份判决中,不存在法院支持被告承担精神损害赔偿,但不支持其他责任承担形式,而原告基于法院不支持其他责任承担形式而提起上诉的情况;相反,却存在法院支持其他责任承担形式,但不支持精神损害赔偿,或者赔偿额度未达到原告预期,而原告基于法院不支持赔偿或赔偿额度过低而提起上诉的情况,共有判决38份,占全部认定毁誉样本的比重为24.35%,从这一角度再次证明了经济性赔偿在名誉侵权救济中之于当事人的重要意义。

第三,在名誉侵权的价值衡量与市场环境的关系问题上,假定两者之间存在影响关系,则同样名誉侵权所对应的经济赔偿问题上,将明显体现出经济发达地区高于经济落后地区的现象,由此,将原告诉求精神损害赔偿额、法院判决精神损害赔偿额这两个变量分别与各判决书所属省级行政区2015年的人均可支配收入这一变量进行相关性分析,则前二者应与后者间存在统计学上的相关关系。结果显示:原告诉求精神损害赔偿额与所属省级行政区的经济发展水平的显著值为0.523,皮尔逊相关系数为0.034;法院判决精神损害赔偿额与所属省级行政区的经济发展水平的显著值为0.047,皮尔逊相关系数为0.221,后者显著值小于0.05,存在统计学意义上的相关性。这说明在数据库中,法院在对名誉侵权进行经济衡量时,会在一定程度上考虑所属地区的经济发展水平,结合皮尔逊相关系数来看,这种衡量体现出一种经济发展水平越高,名誉侵权经济赔偿越高的较弱的正相关关系。

第四,在惩罚性损害赔偿问题上,数据库中共有84份判决显示支持精神损害赔偿。从具体判决上看,不存在法院判决额度大于原告诉求额度的样本,而判决额度大于等于诉求额度50%的样本仅有14个,<sup>[68]</sup>即使假定这些判决即属惩罚性赔偿,不计入法院认定毁誉侵权但未判处精神损害赔偿的共72份判决,其所占比重也仅为判决支持精神损害赔偿的84份判决的16.67%;而从整体判决来看,将该84份支持精神损害赔偿样本的判决额度与诉求额度进行对照可知,从平均数上来看,法院仅在24.44%的程度上支持了原告精神损害赔偿的额度诉求,两相结合来看,数据库中并未展示出法院对惩罚性赔偿的支持态度。

第五,在特定损害结果对毁誉认定的影响问题上,以全部因证据不足而未获法院支持的共66份判决为例,除有56份由于原告无法提出证据证明毁誉性行为为被告实施的外,其余10份在判决理由中均明确表示:即使在有证据证明存在毁誉性行为时,仍由于原告无法提出证据证明造成自己社会评价降低的特定损害结果而未获得法院支持。<sup>[69]</sup>这样的判决结论也与我国相关司法解释的观点一致,根据1993年8月7日最高人民法院《关于审理名誉权案件若干问题的解答》第7条第1款的规定:“是否构成侵害名誉权的责任,应当根据受害人确有名誉被损害的事实、行为人行为违法、违法行为与损害后果之间

[68] 其中判决额度等于诉求额度50%的有4个,等于60%的有2个,判决额度等于诉求额度的有8个。

[69] 这些判决主要有北京市第二中级人民法院(2015)二中民终字第10359号、天津市第一中级人民法院(2015)一中民一终字第0564号、广西壮族自治区柳州市中级人民法院(2015)柳市民一终字第511号民事判决书等。

有因果关系、行为人主观上有过错来认定。”由此,仅有毁誉性行为的存在,但无证据证明毁誉性行为导致特定损害结果时(即对因果关系的证明),无法认定名誉侵权。我国无论在成文规定上,还是在司法实践中,对于毁誉性行为造成特定损害结果的存在与否较为重视。与此相对,美国毁誉法通过不可反驳的推定损害规则来解决对于特定损害结果的证明问题,即只要认定行为人基于真实恶意而实施了毁誉性行为,无需对该行为给他人造成的具体损害结果加以证明即可认定毁誉。因为这种损害结果在法律上是推定存在的,美国毁誉法不重视特定损害结果。这一做法“与市场社会的经济名誉格格不入,而与社群社会的尊严名誉相匹配”。<sup>[70]</sup>

第六,在内容真实与否对毁誉认定的影响问题上,在我国司法实践中,从入选最高人民法院公报的代表性案例来看,内容的真实与否并不完全是名誉权纠纷案件的争议焦点。除此之外,在涉及名誉权纠纷的一系列典型案例中,亦未将毁誉内容真实与否作为庭审的焦点。从数据库中反映的情况来看,法院在审理过程中,除对66份证据不足的判决无法评判毁誉内容真实与否外,对于其他288份判决应均有加以评判之可能,然而,其中却仅有占比为18.2%的52份判决书将毁誉内容的真实与否作为庭审的焦点进行裁判,由此,共有236份判决在未就毁誉内容真实与否进行判定的基础上,即做出了名誉侵权成立或不成立的结论。

## 四 余 论

从我国当前公众及法院对名誉的界定来看,名誉的经济性显然较其尊严性体现得更为明显,毁誉行为不仅损害了被害人的名誉,也侵害到与其名誉相对应的经济利益。特别是在经济社会中,名誉侵权在侵犯人格的同时,实质上对被害人经济利益的侵犯也不容小觑,因此,经济赔偿应成为名誉侵权救济措施之核心。从对毁誉犯罪的刑种配置上,一定程度上也接近于对侵财犯罪的配置逻辑,符合针对侵财犯罪配置财产刑这一刑种配置原则。

从刑种选择上,我国《刑法》第246条诽谤罪在刑种设置上未将财产刑作为待考虑之刑种,将之与前文中62个对毁誉行为犯罪化的法域进行对比。全部法域普通毁誉犯罪的刑种设定主要有以下三种模式:单处财产刑、单处自由刑、自由刑与财产刑并处。单处财产刑的代表法域仅占比6.5%,包括法国、俄罗斯、西班牙、保加利亚。单处自由刑的代表法域占比12.9%,包括中国、加拿大、尼日利亚、捷克、委内瑞拉、斯洛伐克、菲律宾、朝鲜。自由刑与财产刑并处的代表法域占比高达80.6%,为剩余的50个法域,属于最常见的刑种模式。由此,占据绝对优势比重之法域均将财产刑作为毁誉犯罪的法定刑种之一,与我国诽谤罪的刑种配置形成鲜明对比,据此,中国刑法诽谤罪的法定刑配置中增加财产刑,至少从世界范围内的立法现状来看,有其正当性根据。

[70] Robert C. Post, The Social Foundations of Defamation Law: Reputation and the Constitution, *California Law Review*, Vol. 74, 1986, p. 717.

当然,财产刑作为刑事毁誉犯罪的刑种之一,还有如下深意。虽然如前文对比发现,当前毁誉行为犯罪化仍属于国际刑事立法之主流,但不可否认,针对毁誉行为非犯罪化的呼声越来越高,而在规定了毁誉犯罪的法域,也尽可能在保留立法上犯罪条文的同时,在司法实践中采取“准非犯罪化”措施,比如,我国香港地区虽然存在刑事诽谤罪名,但“近数十年来有关诽谤的刑事检控个案几乎不存在,律政署一般不会提出检控,很可能当局认为名誉受中伤是私人之间的纠纷,应循民事诉讼途径解决。法例保留刑事诽谤条文主要是针对严重的恶意的诽谤”。<sup>[71]</sup> 同样,在2005年,西欧各主要国家因毁誉犯罪而被定罪的人数分别为法国57人、意大利91人、匈牙利195人、克罗地亚374人、捷克179人、拉脱维亚19人、丹麦12人、斯洛伐克2人,挪威当年为0人。<sup>[72]</sup>

虽然各国定罪人数多寡不一,但在司法实践中尽量抑制刑罚对毁誉行为的惩罚已然成为一种努力方向。作为“准非犯罪化”措施,可以通过在司法实践中严格限制定罪途径来实现,亦可以通过轻刑化的途径来实现。日本在面对毁誉犯罪问题上,“学界及实务界的普遍态度都是朝向缩小处罚范围的方向进行。只是在其中解释论上的论点或有不同而已”。<sup>[73]</sup> 而如果从轻刑化的思路出发,我国《刑法》上诽谤罪增设财产刑的做法,就更是值得推崇了。

在美国,通过一项与毁誉相关的“爱荷华诽谤研究项目”发现:被调查的原告中,“仅20%的人是为了通过诉讼获得与诽谤所造成的经济损失相当的赔偿……更多的原告不将诽谤所造成的经济损失看得过重,其提起诽谤诉讼最主要的动机是为了恢复名誉,纠正原告看来是虚假的、恶意的内容”。<sup>[74]</sup> 由此,美国社会大体上应处于名誉尊严化的社群社会中。

而通过前文我国与毁誉相关的情况分析,从代表社会公众的原告角度来看,其普遍重视经济赔偿对名誉权侵害的救济作用,甚至在法院支持名誉侵权诉求,并且采取赔礼道歉等其他责任承担形式的前提下,仍以不支持经济赔偿或经济赔偿不足为由提起上诉,这充分表明了公众在一定意义上将名誉侵害的内核等同于经济性损失的立场。从法院角度来看,虽然在名誉侵权的经济赔偿问题上,与原告体现出质与量的差别,但这在一定程度上囿于各地精神损害赔偿的限额规定,<sup>[75]</sup> 法院在判定名誉侵权的赔偿额度上,也体现出与所属地区经济发展水平的正相关性,并且并不支持对毁誉行为的惩罚性赔偿。同时,从判决书展示的庭审焦点来看,不存在(或无法证明)特定损害结果成为法院否定名誉侵权的一个重要依据,而对于毁誉内容的真实性问题,则并未普遍成为法院庭审关注的对象。由

[71] 梁伟贤,陈文敏主编:《传播法新论》,商务印书馆(香港)1995年版,第329页。

[72] 资料来源:Defamation, <http://home.broadpark.no/~wkeim/files/defamation.htm>,访问时间:2016年4月26日。

[73] 谢庭焜:《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》,学林文化事业有限公司2002年版,第242页。

[74] Randall P. Bezanson, Libel Law and the Realities of Libel Litigation: Setting the Record Straight, *Iowa Law Review*, vol. 71, 1985, pp. 227-228.

[75] 根据最高人民法院2001年出台的《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》的规定,自然人因人格权利遭受侵害,可以向人民法院起诉请求赔偿精神损害抚慰金,但第十条第(六)项明确规定,在确定精神损害的赔偿数额时,应根据“受诉法院所在地平均生活水平”,从而授予各地法院在精神损害赔偿数额上进行限制性规定,目前已有安徽、山东、福建、江苏、北京、四川、重庆、陕西、广东、云南、河南等省级行政区高级人民法院就此进行了限制性规定,一般最高不能超过10万元。

此可知,我国司法实践在名誉权纠纷案件中体现出来的特征,与市场社会中的经济名誉以及社群社会中的尊严名誉作对照,显然与前者更具共通性。

如果认可一项制度的建立应当与其所依存的社会现实环境相匹配这一观点,结合前文的分析,尽管在遵从社会与社群社会中,侵犯死者名誉的行为,在不同程度上应当认可其犯罪性,但在市场社会中,名誉的核心价值在于经济性,而死者已非法律主体,其名誉所承载的经济权利自然无从谈起,同时,死者近亲属对死者所享有名誉权益的经济价值,在市场环境下由于过于间接亦难以为市场所衡量,因此,在当前的刑事立法与司法语境下,对于自然属性的特殊对象——死者名誉,不应加以刑事调整。对于社会属性的特殊对象——官员名誉,我国存在理论、立法与实务的三个层面。在理论界,提倡官员名誉的保护应弱于普通人,这带有鲜明的名誉尊严化的社群社会特征。在刑事立法上,对官员与普通人名誉平等保护,带有鲜明的名誉经济化的经济社会特征。在司法实践中,实质上对官员名誉的保护却重于普通人,这又带有鲜明的名誉荣誉化的遵从社会特征。刑事实务不仅未贯彻立法的平等精神,也未切合所依存的社会现实,显然过于落后。理论界只注重公权力的限制,而忽视名誉所依存的社会现实,显然过于激进。从公众对名誉的内涵来看,我们不能落后地选择过分保护官员名誉权的做法,也不宜激进地支持限缩保护官员名誉权的立场。与现实社会相照应的是平等地保护,官员不该基于其特殊身份而享有超过普通人名誉保护的特殊地位,也不该基于公众人物的属性而在名誉权的保护问题上,将其排除在普遍保护之外。

[本文为作者主持的2015年北京交通大学中央高校基本科研业务费人才基金项目“刑事热点问题实证研究”(2015RC074)的研究成果。]

---

---

[ **Abstract** ] The deceased and officials are two special categories of victims of defamation crime. The two corresponding criminal law issues are: should the criminal law protect the reputation of the deceased and should government officials be treated differently in matter of defamation? Through the comparative analysis of 68 representative jurisdictions around the world, this paper shows that the majority of jurisdictions expressly stipulate that the deceased can be the victim of defamation crime and government officials should be treated differently. However, Chinese criminal legislation belongs to the minority on the issue. From the perspective of the law as it is and based on the theory of interests of the relatives, there is scope for China to criminalize the defamation of the deceased. Furthermore, there are three very different attitudes in Chinese legislative, theoretical and practical circles towards the reputation of government officials. From the perspective of the law as it ought to be, empirical research reveals that China currently is at the stage of market society at which reputation is regarded as property. Therefore, the reputation of the deceased should not be protected by criminal law and the reputation of government officials should enjoy equal protection by the criminal law.

---

---

(责任编辑:王雪梅)