



论文精粹

[> 法学理论](#)[> 部门法哲学](#)[> 学术书评](#)[> 法苑随笔](#)[您的位置>>首页>> 论文精粹 > 部门法哲学 > 阅读正文](#)

> 论文精粹

侯健：诽谤罪、批评权与宪法的民主之约

发表于：2011-12-13 11:08 点击：297

【摘要】公民批评屡屡引发诽谤罪公诉案件，暴露了批评权利的法律困境。这一困境并非由于刑法第246条诽谤罪违反宪法或者抵触宪法第41条有关批评权利的规定，而是由于在制度规定上一些关键表述含糊笼统，界限不清；司法体制的不完善为这些缺陷被利用提供了条件，导致诽谤罪的滥用。在这些因素背后更重要的原因是，在制度运行过程中欠缺对宪法批评权利的价值关怀。为了保障公民的批评权利，应对有关规定予以严格解释，降低诽谤罪追诉的不确定性；改革司法体制，加强程序制约，防止诽谤罪的滥用。

【关键词】诽谤罪；名誉权；批评权；民主之约

Libel Offence, Right of Criticism and the Democratic Compact of Constitution

【英文摘要】The citizens' criticism of the public officials repeatedly incurs public prosecution, which takes on the legal puzzledom of the right of criticism. The reason is not the conflict between the libel offence and the right of criticism, but the overbreadth and vagueness of Article 246 in Penal Code, the defect of judicatory system, and what's more important, the neglect of the right of criticism in process of law enforcement. In order to protect the right of criticism, Article 246 shall be explained exactly and strictly to reduce the indeterminacy of public prosecution, and the judicatory system shall be reformed to prevent the abuse of libel offence.

【英文关键词】libel offence;right of reputation;right of criticism;democratic compact

最近几年发生的一些案件引起了社会的广泛关注，例如重庆市彭水诗案、山西省薛志敬案、《法人》杂志社朱文娜案、四川省邓永固案、内蒙古吴保全案、河南省王帅案、山东省曹县青年发帖案、宁夏王鹏案等。这些案件的结局不尽相同，但是有两个特点是一样的：都与批评国家机关或国家工作人员有关；都以诽谤罪公诉案件立案。第一个特点关涉到一个宪法条文，即第41条。它规定“公民对任何国家机关和国家工作人员，有提出批评和建议的权利”。第二个特点关涉到一个刑法条文，即第246条。它规定“以暴力或者其他方法公然侮辱他人或者捏造事实诽谤他人，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利”；又规定“告诉的才处理，但是严重危害社会秩序和国家利益的除外”。这类频频发生的案件令人不由地想到诽谤罪与批评权的关系问题。诽谤罪规定是否违宪或者抵触宪法有关批评权利的规定？如果不抵触的话，问题出在哪里，又如何加以解决？学界一般认为，既要保护公民（包括国家工作人员）的名誉权，又要保障公民的批评权，但是细致、深入的分析仍然不够。本文将循着上述思路展开探讨，首先讨论的是诽谤罪的合宪性问题。

一、诽谤罪的合宪性问题

诽谤罪的合宪性问题是不是一个伪问题？如果是一个伪问题，便没有讨论的必要。这涉及到对宪法第41条批评权规定的两种不同解读。第一种解读使这个问题成为伪问题，第二种则不会。第一种解读认为，宪法第41条对批评权的规定有正反两个方面，正面是确认公民的批评权利，反面是为这一权利的行使规定界限：“但是不得捏造或歪曲事实进行诬告陷害。”诽谤罪的规定完全符合议一但书，这是清晰、明确的。第二种解读是宪法第41条仅仅规定了批评权利，没有规定界限。两种解读的关键区别在于对宪法第41条但书的适用范围的理解不同。第一种解读认为但书的适用范围包括批评权利，第二种解读认为不包括批评权利。笔者认为，第二种解读是正确的。宪法第41条规定了两组权利：批评和建议的权利，申诉、控告和检举的权利。它们都具有监督的功能，所以一般合成为“监督权”。也许由于它们功能相似，立

宪者将之规定在同一一条中。在具体表述上，这两组权利利用分号分开，但书与第二组权利之后，其间是逗号。从语法逻辑来看，但书是针对第二组权利而言的。从内容逻辑来看，但书的内容“不得捏造或歪曲事实进行诬告陷害”也是与“申诉、控告、检举”联系在一起，而不是与“批评和建议”联系在一起的。

在宪法中，可以引为批评权之界限的是第38条。它规定“公民的人格尊严不受侵犯，禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害”。[1]那么，这就有一个问题了。宪法作了两种不同的规定，但是并没有划出一条明晰的界限。宪法既保护公民的批评权，又保护公民的人格尊严。国家工作人员也是公民，其人格尊严不受侵犯。但是国家工作人员不同于一般的公民，他们被委托行使公共权力，批评权利正是基于对公共权力的民主监督的需要而设立的。刑事和民事诽谤法可以看作是在法律层面上调协名誉权和批评权之关系的具体制度。这些制度界限规定得是否合适呢？这里我们不涉及现行民事诽谤法是否符合宪法。一项符合或至少不违反宪法的制度应当符合或不违反相关的宪法条款。显然，现行诽谤罪规定是有利于保障名誉权的，我们可以假设它符合或不违反宪法第38条，但是它是否不利于保障批评权，抵触宪法第41条呢？至少从常识来看，如果诽谤罪定得宽泛，就会缩减批评权；如果诽谤罪定得狭隘，批评权就可以扩大；如果废除诽谤罪，公民批评便不会面临刑罚威胁。所以，在刑法中设立诽谤罪这一条款，便不能不从公民批评权的角度来考量其合宪性。

批评权是一项重要的民主权利。民主观念的核心是公民与政府的关系。这种观念认为，政府是建立在人民的同意与授权的基础之上，政府是人民的代理人或人民的公仆。民主的基本原则是“人民主权”或“民有民治民享”。政府存在的目的在于维护公共利益和促进公民福祉。同时民主观念认为，广大公民对于影响到他们利益的公共决定都有发言和直接或间接参与的权力。既然政府是人民的公仆，由选举产生，向人民负责，所以人民批评政府理所当然。任何一个批评政府及其官员的人都是在行使自己的权利，这一权利源于他作为其中一份子的全体人民“当家作主”的权力。在现代国家里，在大多数情况下，公民由于人数太多而不能亲自行使权力，不得不把权力委托给通过选举产生的政府机构及其官员。这种监督和批评是公民为了制约所委托的权力的一种必要措施。这种必要的措施，对于全体人民而言，是其民主权力的一部分；对于个体公民而言，是其民主权利的一部分。所以，批评国家机关及国家工作人员的权利，是民主的题中之义。

那么，诽谤罪是否抵触宪法上的批评权利？这涉及到批评权的宪法意图。批评权的宪法意图在于保障公民可以自由揭露国家机关和国家工作人员的违法不当行为，为公民的政治评判奠定真实的信息基础。事实的真实是一个关键问题。丰富的真实信息不仅是作出明智、健全的政治评判的依据，而且是公民以权利制约权力的基础。公民掌握有关国家机关和工作人员的真实信息，有助于作出明智、健全的政治评判，有利于对权力实施有效的制约。为了防止有人捏造事实，法律处罚是必要的。在利益衡量中，人们普遍认为，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。笔者也主张这种观点。[2]但是容许故意捏造虚假言论，除了损害国家工作人员名誉权之外，对民主监督没有什么益处。所以按照现行刑法，诽谤罪旨在惩罚捏造事实诽谤他人（包括国家工作人员）且情节严重的行为，就此而言，是不与批评权的宪法意图相冲突的，是不违反宪法的。

那么，批评权利是否意味着以正确的事实指控来批评国家机关和国家工作人员的权利？如果是这样，这一宪法规定就几乎没有意义。这一宪法规定并非仅仅强调可批评这一点。它的意义应有更多。它还意味着，即使是不正确的批评也是受保障的，只要这种事实不是批评者捏造的。换句话说，这一宪法规定保护过失的批评者。一个可比照的例子是，宪法第41条在规定批评和建议权利之后，继续规定：“对于任何国家机关和国家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。”在这里，“捏造或者歪曲事实进行诬告陷害”体现的是故意的主观状态。也就是说，借检举、控告之名陷害他人，应负法律责任，而过失地提起不实的控告或者检举，不负法律责任。刑法第243条规定了诬告陷害罪，并规定：“不是有意诬陷，而是错告，或者检举失实的，不适用前两款的规定。”刑法第243条仅惩罚捏造事实陷害他人的行为，与刑法第246条仅惩罚捏造事实诽谤他人的行为，前者并不抵触申诉、控告或者检举的权利，后者并不抵触批评的权利，在精神上是不违背宪法第41条的规定的。

我们从事实与主观心态两个方面分析了现行诽谤罪规定并不抵触宪法有关批评权利的规定。但是仍然可能出现一种反对意见，即虽然在制度规定上诽谤罪不抵触批评权利，但是既然是犯罪，就会启动刑事诉讼程序，而刑事诉讼程序并非完全可靠，可能使无罪的人被定了罪，又因为诽谤案件自诉人或被害人是国家工作人员，程序的运作可能会受到非法干预而更加靠不住。按照罗尔斯的说法，刑事诉讼程序体现一种不完善的程序正义。{1} (P81-82) 如果是这样的话，批评者的民主监督积极性就会受到打击，其他公民也无法获得真实的信息。不过，这种不可靠性存在于任何（刑事的和民事的）案件的诉讼程序中，并非仅存在于刑事诽谤诉讼程序中。适当的做法是尽可能完善诉讼程序和司法体制，减少出错的概率。

我国近年来，诽谤罪的运用有增多的现象，因公民批评引起的大多数诽谤案件，都是控告批评者犯有诽谤罪，以刑事公诉的手段来处理。这些现象的出现主要有以下原因。第一，在制度规定上一些关键表述不够具体明确，含糊笼统，界限不清。例如刑事诽谤与民事侵权的界限是什么，自诉与公诉的区别在哪里，诽谤诉讼中证明与推定的关系如何等，法律规定语焉不详，司法解释也未曾澄清。司法实践中国家公权机关对这些关键表述理解得不够准确，运用存在偏差。

第二，司法体制和刑事诉讼程序的不完善又给被批评的国家工作人员干预司法提供了便利条件，使得制度规定的上述潜在缺陷被利用和放大。第三个方面的原因也许是更重要的，即在这类案件中，在制度的实施过程中欠缺对宪法批评权利的价值关怀，使法律的天平朝向名誉权发生了不适当的倾斜。由于这些原因，诽谤罪的现实运作妨碍了批评权利发挥其应有的宪法价值。[3]

二、刑事与民事

根据现行法律，侵害他人名誉，既可能构成民事侵权行为，也可能构成诽谤罪。[4]但并非所有妨害名誉的行为都会构成诽谤罪。刑法第246条所规定的诽谤罪构成条件也是刑事诽谤与民事侵权之间的界限。就防止诽谤罪的滥用而言，厘清这个界限很重要。何谓“捏造事实”？《现代汉语词典》把“捏造”解释为“假造”、“编造”、“故意把非事实说成事实”。{2} (P930)刑法学著述一般解释为“无中生有”、“凭空杜撰或编造”。捏造的事实源自言论者的主观愿望，而不能反映客观世界。但是人们的主观认识客观，总是存在着一定的差距，包含一定的偏差。只要基本事实是真实的，在细枝末节上有所出人，不应认定为捏造事实。捏造也不同于推论。行为人从已知的事实中推论出未知的事实，这一推论有基础，结论就不是凭空产生的。当然，作为推论基础的事实必须是真实的或被信以为真，而且被明确地揭示出来。[5]何谓“事实”呢？所谓“事实”，是有关曾经发生或现时存在的客观事态的描述性言论。事实不同于评论，也不同于抒发性言辞。评论是指根据某种价值标准对事实的评价，表达的是主观意见。抒发性言辞旨在表达内心的感受、情绪、态度等。评论和抒发性言辞可能关涉到事实，或由事实所引起，但不是对事实的描述。当然，评论和抒发性言辞都可能包含或暗含一定的事实，但是把事实问题剥离之后，纯粹的评论和抒发性言辞不应招致诽谤罪。

“捏造事实”意在“诽谤他人”。“诽谤”指散布虚伪事实、毁人名誉的行为，这一点没有疑义。“他人”是何人？现行刑法条文中有多处“他人”，有的指自然人，有的指法人和其他组织，有的则兼指这两种含义。理解第246条“他人”一词所指，必须结合刑法语境。第246条诽谤罪属于第四章“侵犯公民人身权利、民主权利罪”，这一条的“他人”只能是自然人，而不可能是法人或其他组织。所以，即使是捏造事实，但是如果指向法人或组织，不构成诽谤罪。不过可能会发生这种问题：虽然批评对象是国家机关的工作，但是该项工作是在国家工作人员领导下进行的，或者是由他们具体实施的，他（们）声称自己的名誉权受到侵害，并要求以诽谤罪追究批评者的行为。如何看待这个问题呢？如果承认他们的诉求，那么几乎所有针对国家机关的批评都可能被转化为针对国家工作人员的批评，并面临诽谤罪的威胁。这样的话，宪法上的批评权利就会受到不当的限制。笔者以为，既然诽谤是以不实言论贬低他人的名誉，那么如果在言论传播的范围内普通理性人能够从批评性言论中看出具体指向，这就存在被批评者名誉被贬低的可能性，被批评者也就获得了诉讼主体资格。如果在言论传播的范围内从普通理性人的角度看不出言论的具体指向，自然就不会导致具体特定的自然人的名誉降低，也就没有谁可以获得诉讼主体资格。[6]

把“捏造事实”与“诽谤他人”这两个表述结合在一起，并置于第246条的语境中，可以看出以下两点含义。第一，诽谤罪是一种以捏造事实的方法诽谤他人的犯罪行为。就如同该条规定“以暴力或其他方法”作为侮辱他人的限定语一样，“捏造事实”也是诽谤他人的限定语。“暴力或其他方法”、“捏造事实”是“方法”，侮辱他人人格、毁损他人名誉是目的。就行为表现来看，诽谤罪表现为两种不可或缺的行为：捏造与散布。从时间上看，这两种行为可能是共时性的一捏造与散布同时发生，也可能是历时性的一先捏造事实，再加以散布。从功能上看，散布是本体性行为，捏造是方法性行为。诽谤罪规定的惩罚对象是散布行为，犯罪形态是指散布行为的预备、中止、未遂和既遂。构成诽谤罪的典型情况是一个人既实施了捏造行为，又实施了散布行为。但是一个人捏造了某件事实，由于某种原因没有加以散布，这种情况就不构成诽谤罪。再如捏造事实，将有关材料投寄给具有保密义务和调查职权的国家公权机关和中国共产党纪律检查委员会，则是一种举报行为，而不是散布行为。保密义务意味着不能把举报内容加以传播，调查职权意味着对举报内容不能信以为真，只有在履行了必要的调查程序后才能做出决定。但是如果甲负责实施捏造行为，乙负责实施散布行为，两人分工配合，则构成共同犯罪。第二，诽谤罪是一种故意犯罪。尽管单看“诽谤”一词，既包括故意也包括过失的主观状态，[7]但是刑法把“捏造事实”与“诽谤他人”结合起来规定，把捏造事实作为诽谤他人的方法，而捏造事实总是故意的，那么诽谤他人就是故意的了。这种故意包括直接故意不必说，是否包括间接故意呢？从“捏造事实诽谤他人”的刑法表述中可以看出目的性因素，捏造事实的目的在于损害他人名誉，诽谤者希望并追求这一危害结果的发生。如果没有这一目的性因素，就不构成诽谤罪。由于诽谤罪要求这一目的性要素，因此是直接故意犯罪。[8]所以，刑法有关诽谤罪的规定旨在惩罚损人名誉之谣言的始作俑者。那种捏造事实并传播出去、以贬低他人名誉的行为，才可能构成诽谤罪。其他损害名誉的行为可能构成民事侵权行为或其他刑事犯罪，但不构成诽谤罪。

但是，即使捏造事实诽谤他人，也并不必然成立诽谤罪。根据刑法第246条，这种行为“情节严重”，才会构成诽谤罪；如果情节并不严重，可以作为民事侵权行为来处理。何谓“情节严重”？立法本身没有规定，司法解释也未曾涉及。司法实践中似乎普遍地把诽谤重要人物（特别是党政领导）看作是“情节严重”的行为。刑法学著述一般认为，第246条所谓的情节严重指动机卑鄙、手段恶劣、内容恶毒、后果严重、影响极坏等，但是对于包括哪些情形则语焉不详。笔者认为，需要把握两个方面的问题。第一，应当把诽谤罪的定罪情节与量刑情节区别开来。作为定罪情节，“情

节严重”中的情节不是指随便哪一个方面的情节，而是指主要的情节。就诽谤罪而言，动机、手段、影响都不宜列为诽谤罪的定罪情节。动机是一个道德问题，动机是否卑鄙难以确定。把动机看作基本情节，以此为主要标准来定罪，不符合现代法治精神。手段属于犯罪行为的客观表现，诽谤犯罪的手段无非是口头或书面散布诽谤言论，似乎也谈不上“恶劣”。至于“影响”，是犯罪行为所激起的（负面的）政治或社会反应，影响不同于“后果”，也不宜作为定罪情节。这样排除之后，可以作为定罪情节的，只有诽谤犯罪的行为内容、行为后果。第二，应当注意诽谤罪是属于行为犯还是属于结果犯。只有当保护的法益相当重大，例如国家安全、社会和政治制度的稳定，才设立行为犯。这些法益，一旦受到损害，往往是不可逆的。人的名誉固然重要，但是似乎还没有重要到国家法益的高度，而且名誉的损害是可逆的，判决诽谤罪成立，就可以把被害人的名誉恢复到受损以前、甚至比受损前更高的水平。那么，在结果犯中，诽谤罪属于哪一种情形：危险犯还是实害犯？[9]日本学者大谷实认为：“（侵害名誉罪）是抽象危险犯。但是本罪之所以被看作为抽象危险犯，是由于在诉讼上，法院难以认定有没有发生侵害，而不是像一般危险犯中一样，因为法益重大，要特别予以保护。因此，不能将其看作为单纯的举动犯。一般而言，具有某种损害名誉的危险发生的时候，就应当说成立本罪（准抽象危险犯）。”{3} (P145-146)也许还有人认为，诽谤犯罪是具体危险犯。但是笔者认为，损害名誉罪在本质上属于实害犯，没有发生任何危害结果或者被害人的名誉没有受到任何损害，就不应成立本罪。最高人民法院在《关于审理名誉权案件若干问题的解答》[法发（1993）15号]中指出：“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有因果关系、行为人主观上有过错来认定。”“确有名誉被损害的事实”，是妨害名誉的民事侵权责任成立的必要条件。但是确如大谷实所言，在诉讼中很难证明名誉被侵害的事实，所以可以适当运用推定，即可以推定某种诽谤性言论必然导致名誉被侵害。又由于成立诽谤罪要求“情节严重”，所应考虑的就是什么样的虚伪言论会导致名誉受到严重侵害。在各种虚伪言论中，比较确定的是，捏造他人有犯罪事实，会致人名誉严重损害。因此，当证明存在此种言论时，可以推定名誉严重受损：谁都不想被别人看作犯罪分子，社会普遍地藐视、嘲笑、排斥有犯罪行为的人。捏造其他事实，例如违反党纪政纪或伦理道德，会不会导致名誉严重受损，就是需要证明的了。名誉严重受损是诽谤罪的直接危害结果，除此之外，诽谤罪还可能会导致其他危害结果，例如被害人自杀、自残、精神失常，社会秩序混乱等，这些都是间接危害结果。一般情况下间接危害结果是量刑情节，而不是定罪情节，但是当间接危害结果严重时，也可以作为定罪情节。由此观之，刑法第246条有关诽谤罪规定的“情节严重”，可指以下两种情形之一：捏造他人的犯罪事实；捏造其他事实，致使被害人的名誉严重受损或造成其他严重后果。

在刑事法理上，刑事诽谤与民事侵权的界限问题涉及到刑法的谦抑性原则。刑法并不惩罚所有的具有社会危害性的行为，仅仅惩罚其中具有严重社会危害性的行为。即使是一般的民事侵权行为或违约行为，也具有一定的社会危害性，如果不为受害人提供法定的救济措施，也可能导致社会秩序的混乱。所以社会既需要刑事手段，也需要民事手段和行政手段，并使它们分工配合。但是，如果对于某些行为，适用民事手段和（或）行政手段，就可以救济受害人的损失，并起到预防效果，就不必使用刑事手段。对于某些行为，适用民法和行政法还不足以惩戒加害人，起到预防的效果，才考虑适用刑事手段。刑民不分、泛刑罚主义不符合现代刑法的谦抑性原则。

实际上，刑事手段与民事手段对于恢复受害人的名誉没有什么差别。因为判决被告人有罪与判决被告败诉，都可以起到端正视听、消除影响、恢复名誉的效果。甚至可以说，民事手段更有利于恢复原告的名誉，因为从法律的角度来看，在民事诉讼中判决被告败诉要比在刑事诉讼中判决被告人有罪的可能性大一些，前者的证明标准低于后者。[10]另外，按照司法解释，如果对批评者提起民事诉讼，还有可能获得精神损害赔偿，如果提起刑事诉讼，就不可能获得精神损害赔偿。[11]作为被批评者的国家机关工作人员放弃了精神损害赔偿，而选择使用刑事手段，其意图如何？这就有借以惩罚批评者、打击报复的嫌疑。为了防止这种情况发生，就应该在妨害名誉的民事侵权之诉与诽谤罪的刑事诉讼之间设置一些障碍。这一障碍应当设置得足够严格，不容易被越过或突破。

三、自诉与公诉

制度规定的另一模糊之处是，自诉与公诉的界限不清。在司法实践中因公民批评引起的刑事诽谤案件，大都作为公诉案件来立案、侦查、起诉和审判。较少见到有国家工作人员作为自诉人，去亲自提起诉讼，基本上都是调动国家公权力机关，运用司法资源，去追究犯罪嫌疑人。何以如此？考察诽谤罪的公诉实践，可以归纳出以下几个原因。第一，出于一种高高在上的心理，国家工作人员不愿意在法庭里亲自面对作为被告人的批评者，与批评者辩论。第二，他们可以调动国家公权力资源，来实现自己惩罚批评者的目的。许多被批评者是地方党政部门的主要负责人，或是地方政法部门的领导，可以授意或者暗示政法部门采取行动。第三，他们之所以可以这样做，毕竟还有制度上的原因。制度规定的含糊不清为这些行为提供了可能性。有关诽谤罪，刑法规定，“告诉的才处理，但是严重危害社会秩序和国家利益的除外。”但是法律并未规定哪些情形属于“严重危害社会秩序和国家利益”。在某些官员看来，反对他们就是反对社会和国家，诽谤他们就是诽谤政府，危害他们的利益就是危害社会秩序和国家利益。

自诉和公诉作为诽谤罪的两种追究方式，笔者以为，自诉是一般原则，公诉是例外。这种关系从第246条的但书可以看出。有关诽谤罪的起诉，人民检察院不应大包大揽，将自诉案件转化为公诉案件。对于人民检察院的起诉，人民法

院也应以审查，发现属于刑法规定的告诉才处理的案件，应当裁定不予受理。

那么，什么情形属于“严重危害社会秩序和国家利益”呢？一种有代表性的观点认为，“‘严重危害社会秩序和国家利益’，主要是指侮辱、诽谤行为严重扰乱社会秩序的，侮辱、诽谤外交使节造成恶劣国际影响的，侮辱、诽谤行为给国家形象造成恶劣影响的，等等”。{4} (P504) [12]这里分开解释：严重危害社会秩序、严重危害国家利益。笔者以为，所谓严重危害社会秩序，可以理解为诽谤行为导致了刑法所规定的危害社会秩序的犯罪行为，例如刑法第六章第一节“扰乱公共秩序罪”所规定的犯罪行为。如果诽谤行为导致了应受治安管理处罚的行政违法行为，对于诽谤行为可予以行政处罚，而不必提起刑事公诉寻求刑罚手段制裁之。“国家利益”也是一个模糊的概念。它应该是指国家的整体利益，而不是指某一个地方的局部利益，大体包括国家的主权和领土完整、国家安全、国家政权和社会制度稳定、国家尊严不受侵犯、良好的外交关系等内容。如果诽谤行为导致这些方面的社会秩序和国家利益受到严重危害，也就意味着被害人名誉与社会秩序和国家利益之间存在着联系，其名誉受损引发了社会秩序的混乱和国家利益的损失。进而言之，严格地解释第246条的原文，“社会秩序”与“国家利益”之间是“和”字而不是“或”字，说明只有当诽谤行为同时严重危害“社会秩序和国家利益”，才可对之提起刑事公诉。这样解释的话，几乎没有一起针对地方官员的诽谤行为能够达到提起公诉的条件。[13]

有一种意见认为应废除诽谤罪的但书，并呼吁“全国人大常委会组织专门调研，统计一下司法实践中这一‘但书’条款的实际执行情况。即便是确有‘诽谤罪’严重危害了社会秩序和国家利益，而被害人或被害人家属又不愿出面面对诽谤者起诉的，也可通过‘检察支持起诉’来解决”。{5}笔者以为，尽管一些案件表明，在司法实践中这一但书条款经常被滥用，但是不能排除诽谤行为“严重危害社会秩序和国家利益”的可能性。如果诽谤行为不仅损害了被害人的名誉，而且同时“严重危害社会秩序和国家利益”，那么就有运用公权力资源、提起公诉的必要性。“检察支持起诉”是在被害人有起诉意愿的前提下采取的措施。被害人出于种种考虑，不愿提起自诉，检察机关也不能强迫其提起诉讼。主张废除但书的学者痛心于这一条款被滥用的事实，但是即使但书被废除，公安检察机关不便插手诽谤罪的追诉活动，但是只要现行司法体制不改革，法院依然可能听命于地方官员，做出对被告人不公正的判决。

四、证明与推定

制度规定的第三个模糊之处是诽谤诉讼的证明责任分配问题，特别是证明与推定的关系问题。在这一方面存在着许多错误的认识和做法。

第一，在诽谤诉讼中应由谁来承担涉讼事实的证明责任？尽管按照刑事诉讼原理，由控诉人承担举证责任，但是具体到诽谤案件似乎有一些变数。这也许是由于诽谤案件的一种特殊的双层事实证明过程造成的：不仅要证明被告人是否有散布涉讼言论的行为这一层事实，还要证明涉讼言论内容是否真实那一层事实。流行的观点认为，在刑事诽谤案件中，控诉人有责任来证明涉讼言论是由被告人散布的，控诉人一旦证明了这一点，剩下的证明责任则由被告人来承担，即由被告人来证明涉讼言论的真实性，如果证明不了，即可以推定涉讼言论是虚伪的。司法实践也普遍这样分配证明责任。由被告人来证明涉讼言论的真实性，实际上是由被告人来证明自己无罪，并承担证明不了的风险。有些诽谤案件，控诉人证明不了涉讼言论的虚伪性，被告人也证明不了涉讼言论的真实性，这就成为所谓的“疑案”。按照“疑罪从无”的原则，不应判定被告人有罪，而按照上述流行观点，就会判被告人有罪。[14]支持这种观点的有这样一种理由：证明涉讼言论之虚伪性的难度要大于证明其真实性的难度。实际上这并不是诽谤诉讼证明过程的一般规律。有的案件控诉人具有举证便利，有的案件被告人有举证的便利。被告人有没有捏造事实，他自己最清楚。自诉人（或公诉案件的被害人）有没有做过所指控的事情，他自己也是最清楚。在总体上控诉人与被告人具有大致同样的接近证据的距离。

第二，在公民批评所引发的刑事诽谤案中，有利于控诉人的推定被普遍地使用。只要是“诽谤”政府，有关领导自然就成为诽谤对象，获得诉讼资格；只要是“诽谤”政府或有关领导，“诽谤”行为就必然会“严重危害社会秩序和国家利益”，当地检察部门就自然获得公诉的资格；只要存在诽谤性言论，就必然产生损害事实。这种思维实际上是推定而不是证明。

推定意味着，在一定条件下，当某一事实（基础事实）得到证明时，就可以认定另一个事实（推定事实）是存在的。对于推定事实，提出主张的一方当事人无需承担证明责任，对方当事人如欲推翻，须提出反证。[15]刑事诉讼法实行无罪推定的原则，这意味着被告人被推定为无罪，证明其有罪的责任落在控诉人身上。这是基本原则，所以有利于控诉人的推定必须严格控制。但是出于诉讼效率的考虑，在具体的证明过程中，对于控诉人所主张的若干事实，也有可能一定条件下推定其成立。例如，如果有证据表明被告人传播某种言论，而被告人又无法说明这一言论的来源，可以推定被告人为言论的最初来源，即他捏造了有关言论。有些言论具有诽谤性，属于社会常识，是无需证明的。而有些言论是否具有诽谤性，则需要结合一定的语境和一定的损害事实来判断。[16]诽谤性也有轻重之分，捏造他人犯罪的言论相比捏造他人违反党纪政纪的言论，诽谤性要严重得多，这也可以适当地运用推定。至于损害后果是否可以推定，也是因言论的不同而异。

诽谤性不等于损害后果，严重诽谤性也不等于严重的损害后果。诽谤性是一种潜在的损害性，只有当具有诽谤性的

言论被散布、传播出来，诽谤性才转化为现实的损害事实。所以，证明了诽谤性，并不能推定损害后果就已经发生或者损害后果的大小。证明损害后果的有无和大小，无论是对于定罪还是对于量刑，都有决定性的意义。

损害后果=言论的诽谤性×扩散范围

所谓扩散范围即接触到该言论的人数的多少。言论的诽谤性愈大，接触到该言论的人数愈多，则损害后果愈严重。言论的诽谤性愈小，接触到该言论的人数愈少，则损害后果愈轻。为了证明损害后果的严重程度，控诉人需要证明言论诽谤性的轻重和扩散到的人数的多少。但是这个公式并不准确。它忽略了一个重要的条件，即言论损害后果的发生是以人们相信它为前提的。不是所有接触诽谤言论的人都会相信言论的内容，即使相信，也不一定会百分之百地相信。诽谤性言论的可信度涉及到多种因素，例如诽谤者的社会信誉度、诽谤对象的社会信誉度、诽谤性言论的捏造水平等。它可以用这个公式来表示：

诽谤言论的可信度=诽谤者的社会信誉度 / 诽谤对象的社会信誉度×诽谤性言论的捏造水平

在诽谤性言论的捏造水平不变的条件下，诽谤者与诽谤对象的社会信誉度的比值愈大，则言论的可信度愈高，反之，二者的社会信誉度比值愈小，言论的可信度愈低。也就是说，社会信誉度高的诽谤者诽谤一个社会信誉度低的人，人们就比较相信这种言论，反之则比较不可信。因为人们一般比较相信社会信誉度高的人说的话，而比较不相信诽谤言论所指责的社会信誉度高的人做过某事，又一般不太相信社会信誉度低的人说的话，比较相信诽谤言论所指责的社会信誉度低的人做过某事。不过，一般情况下，当诽谤言论被证明为虚伪时，捏造者的社会信誉度会降低，而诽谤对象的社会信誉度会升高。捏造水平也影响着诽谤言论的可信度。当编造得巧妙、圆满，言之凿凿，诽谤言论的可信度就高，反之，当编得粗糙、蹩脚，破绽百出，诽谤言论的可信度就低。既然言论之可信并不是当然的事情，其可信度有高低，而这个高低又直接关系到损害后果，所以证明言论的可信度也是控诉人的责任。考虑到诽谤言论的可信度，有关衡量损害后果的公式调整如下：

损害后果=言论的诽谤性×扩散范围×言论的可信度

公式的特征是简洁明了，但是在人文社会科学中，却可能具有遮蔽性和机械性。除了这一公式所提示的三种因素之外，也许还有一些其他需要考量的因素。而且，名誉的损害程度很难量化，无法像用温度计显示温度一样来加以检测。这一公式提供了衡量名誉损害后果的基本思路和主要考量因素，其意图在于制约诉讼过程中相关推定的滥用。

第三，在诽谤罪诉讼中，如何看待被告人的证明行为？按照无罪推定的基本原则，被告人声称无罪，是无需证明的。但是如果被告人提出具体的事实主张，就应为该事实主张提供证据，如果不能提供优势证据，该事实主张就不成立（但是这并不意味着被告人的罪名成立，被告人的罪名是否成立，还有赖于控诉人的证明）。但是即使被告人的事实主张不成立，也不能减低控诉人的证明责任。如果被告人的事实主张成立，事实上就加大了控诉人的证明难度。为自己的事实主张提供证据，这从一个角度来说是被告人的证明义务，从另一个角度来说也是其辩护权利。

最后，在刑事诽谤案件中法院往往疏于审查控诉人的起诉条件，倾向于在开庭审理之后才要求控诉人履行证明责任。这样即使最后判决罪名不成立或裁定终止审理，也使批评者遭受了诉讼的困扰。就自诉案件而言，自诉人需要证明如下：(a) 被告人存在着散布涉讼言论的行为；(b) 这一言论是诽谤性的，亦即具有毁损他人名誉的性质；(c) 被告人诽谤的对象是自诉人；(d) 该言论是被告人捏造的、不真实的；(e) 被告人的诽谤行为“情节严重”c在法庭审查起诉阶段，刑事诉讼法第171条第1款规定了“犯罪事实清楚，有足够证据”的标准，但是在这一阶段，诽谤案件的自诉人到底应当提供哪些方面的证据，并不清楚，实践中由法院自行把握。笔者以为，自诉人履行证明责任的过程可以分两个步骤，在审查起诉阶段需要提供前述(a)(b)(c)三方面的证据；在开庭审理阶段，还需要进一步提供(d)(e)两个方面的证据。对于公诉人而言，不仅需要证明自诉人所需要证明的一切内容，而且还应证明被告人的诽谤行为“严重危害社会秩序和国家利益”。检察机关在决定是否批捕和起诉时就应审查诽谤行为是否“严重危害社会秩序和国家利益”，因为这一点是表明它获得案件的公诉资格的前提条件。审查发现属于告诉才处理的案件，应当不予批捕或作出不起诉决定。如果检察机关向人民法院提起公诉，经法院审查，认为属于依照刑法告诉才处理的案件，应当裁定终止审理裁定，或决定不予受理。[17]

五、制度运行的环境

实体性规定是运行于一定的体制和程序环境之中的。法律实施环境影响着法律的实效，法律实施环境的不合理会放大法律本身的不合理或技术上的不完善；相反，合理的法律实施环境会降低法律本身的不合理或不完善所带来的影响。诽谤罪的制定规定也是如此。在因公民批评引起的诽谤诉讼中，普遍的现象是，民事侵权行为被当作诽谤犯罪行为来处理，刑事自诉案件被当作公诉案件来处理，在应当由公诉机关证明的事项上运用推定或免除其证明责任。在这个过程中，似乎有一种高高在上的力量在指挥、协调着整个行动，迫使案件偏离正常的法律轨道。

一个地方的政法部门在组织上要当地党委负责，并在其领导下开展工作。地方党委及领导能够对政法部门组成人员的任命、政法经费的分配产生很大的影响力。这种体制关系给被批评的官员干预案件提供了方便。他们通过授意或暗示的方式，让政法部门顺着自己的意志办理案件，以达到自己不用出面起诉就可以惩罚批评者的目的。这实际上是一种公权私用的行为。{6}在这种体制下，即使被批评的官员不是政法部门的领导，也可以利用与政法部门领导的关系干预

政法部门的工作。另外，一种官官相护的心理、杀一儆百的动机，也促使被批评的官员、当地的政法部门对批评者提起刑事公诉，予以严惩。

显然，在体制方面，这些案件暴露出司法独立性不强的弊端，这也是此类案件屡屡发生的根本原因。实际上，我国法律并非没有规定司法机关依法独立行使职权原则。宪法（第126条、第131条）、人民法院组织法（第4条）、人民检察院组织法（第9条）、刑事诉讼法（第5条）等法律都规定，人民法院、人民检察院依照法律规定独立行使审判权、检察权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。宪法（第135条）、刑事诉讼法（第7条）等法律还规定，人民法院、人民检察院和公安机关办理刑事案件，应当分工负责，互相配合，互相制约，以保证准确有效地执行法律。但是这些规定在这类案件的追诉过程中似乎都没有起到什么作用，配合有余而制约不足。如果体制关系不顺，司法行政化、司法地方化不改变，依法独立办案的原则就很难切实的实行，这类案件就会层出不穷。

在体制关系尚未理顺的情况下，这类案件的错误能否得到纠正，在很大程度上取决于案件是否有机会得到曝光、外界的关注度和舆论压力。不少案件，由于外界强烈的关注和巨大的舆论压力，当地政法部门不得不作撤案处理，例如彭水诗案、王帅案、山东曹县青年发帖案和王鹏案。这说明，由于互联网的兴起和普及，民意表达的空间得到了拓宽，成为一种影响社会进程的重要力量。这是可喜的。但是仅凭这种外部的力量来规范案件的处理是不够的。第一，能够得到曝光的案件毕竟是少数的，公众所了解的因公民批评引起又被错误处理的案件可能只是冰山一角。第二，即使能够得到媒体曝光，由于公众对同类事件的关注会产生疲劳，不可能维持同样的强度，一些错误案件没有机会得到纠正。第三，公众关注和舆论压力对于案件的处理来说也是一种干预。从长远来说，这种干预并不有利于司法机关独立办案，反而可能会形成一种舆论干预司法的传统。问题还要从内部的根源处去解决。也就是说，理顺体制关系，保障司法机关依法独立行使职权。《人民法院第三个五年改革纲要（2009—2013）》表示，“研究建立对非法干预人民法院依法独立办案行为的责任追究制度。研究建立违反法定程序过问案件的备案登记报告制度。加大对不当干预人民法院审判和执行工作的纪检监察力度”。但是这些制度顶多实行于法院内部，如果没有理顺法院外部的体制关系，便不能抵制住外来的干预力量。如何理顺法院外部的体制关系，法学界提出了许多建设性的改革方案。本文在此不再赘述。尽管存在许多困难，司法体制改革还是应当逐步推进。只有通过改革完善司法机关依法独立行使职权的体制机制，公民的批评权才能获得切实的司法保障。司法体制的改革是需要时日的。目前可以考虑在刑事诉讼程序方面做些努力，以使诽谤案件的审理等工作避免受到非法干预。在国家机关方面，第一，上级检察机关应当加强对下级检察机关的诽谤罪公诉案件的批准逮捕、审查起诉等工作的监督，必要时可以要求下级检察机关将案件移送本院，由本院承担相关工作，如决定起诉，则向同级人民法院提起。[18]第二，上级人民法院也应当加强对下级人民法院诽谤罪自诉及公诉案件的审判工作的监督，必要时可以要求下级人民法院将案件移送本院审理，或者指定下级人民法院将案件移送其他法院审理。在当事人方面，第一，应加强对刑事诽谤案件被告人的申请回避权利的保障。驳回回避申请，应当说明理由。第二，可以考虑赋予刑事诽谤案件被告人在一定条件下请求上级法院审理本案或指定其他法院审理本案的权利。有时候回避制并不能解决问题，因为自诉人或被害人是当地党政主要领导或政法部门负责人。只有将案件移送另一法院审理，才有可能避免受到干预。最高人民法院发布的《人民法院第二个五年改革纲要（2004—2008）》第12项中曾规划当事人管辖转移申请权的内容：“对于具有普遍法律适用意义的案件，下级法院可以根据当事人的申请或者依职权报请上级人民法院审理。上级人民法院经审查认为符合条件的，可以直接审理。”这一规划并没实现，第三个五年改革纲要不再提及。现在看来，至少就刑事诽谤案件的公正审理而言，还有重新提出和实行的必要。

六、民主之约

现行刑法的诽谤罪条款，就其立法本意来说，并不抵触宪法上的批评权利，但是在制度规定上存有许多解释空间，在实际运作中也有许多裁量余地，这些因素因为不完善的司法体制和程序规定而被错误地利用，妨碍了批评权利发挥其应有的宪法价值。本文的解释和讨论透露出一种制度立场。这种制度立场就是，在因公民批评所引发的诽谤罪案件中，在制度规定的含糊不清之处以及实际运作的裁量余地，刑事司法权力的行使应当有利于限制诽谤罪的成立和保障公民的批评权利；同时应当完善司法体制和刑事诉讼程序，以防止被批评的国家工作人员利用公权力干预案件。这自然就有一个疑问，即为什么在这类案件中，在那些制度规定的模棱两可之处，刑事司法权力不能朝着有利于诽谤罪成立和保障国家工作人员名誉权的方向行使？实际上，在刑事法理上，对刑事法规应当予以严格解释，以限制罪名的成立，这已经成为法治与人权时代一个广为接受的共识，得到诸多思想家和法学者的充分阐述，在此不再讨论。[19]置于中国的法律语境下，这种倾斜保障批评权的制度立场除了基于一些现实的考虑之外，还有宪法上的依据。

在宪法意图中，批评权蕴含着制约权力的价值预期，而在现实生活中它却处于非常弱势的地位。公众批评可以督促一个法定监督机构对一个国家工作人员或另一公权力机构履行制约与监督的法定职责，并可以为法定监督机构提供违法犯罪信息。在信息广泛分散的情况下，公民的批评可以使许多权力滥用和腐败行为“浮出水面”，为公众进而为法定监督机构所关注。在反腐败形势依然严峻的今天，需要大力加强批评权利的作用。然而，这一权利的实际保障并不充分，仍然受到根深蒂固的权力至上观念和强大的权力结构的压制。这种权力至上观念构成我国长期以来的权力主导社会、国

家高于社会的传统，而强大的权力结构即是在这种传统的长期发展中形成的严密牢固、无孔不入的官僚化的组织和体系。作为批评者的公民与作为被批评者的国家工作人员处于不同的势力地位，其实际关系是失衡的。宪法对批评权的强调可以用来扶助批评者的弱势地位，防止被批评者利用其强势地位干预法律的运行，构造和维持二者在诉讼过程中的平衡。在这一意义上，宪法对批评权的强调也许并不意味着应创造两种不同的刑事实体标准，分别适用于国家工作人员和普通自然人，而是意味着应严格解释制度规定的含糊不清之处，防止诽谤罪的滥用，以及在诉讼程序上公正地对待作为批评者的公民，防止法律的天平在实际运作中不适当地朝向作为被批评者的国家工作人员倾斜。[20]

为什么说宪法强调对批评权的保障呢？在宪法权利中，批评权享有一种特别受保护的地位吗？这要把批评权放在宪法的语境中、联系其他相关条款来分析。宪法第35条规定公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由，概括地说规定了表达自由。将这一条与宪法第2条“一切权力属于人民”的规定联系起来解释，可以从中引申出公民批评国家机关和国家工作人员的权利（以及提出建议的权利）。但是宪法第41条还是直接、明确地规定了公民的批评权利。[21] 宪法语言高度凝练，不容许有累赘和冗余。这一条有关公民批评权利的规定可以看作是特别规定，与第35条有关表达自由的规定之间可以理解为特别规定与一般规定之间的关系。第35条一般性地规定表达自由，涉及广泛的表达内容和多种多样的表达方式，第41条特别强调了对国家机关及其工作人员提出批评的权利。第41条有关公民批评权利的规定并不是多余的，它们起到强调的作用，要求有关国家机关予以特别的重视和积极的保障。为了保障公民有效地行使他们所拥有的批评权利，宪法第27条第2款还施加国家机关和国家机关工作人员“倾听人民的意见和建议，接受人民的监督”的积极义务。

有关言论表达，宪法蕴含着一种双层保障结构。第一，宪法保障一般意义上的言论表达自由。对于普通的言论表达，宪法赋予国家一种不干涉的义务和保护它们不受侵犯的义务。第二，宪法似乎还包含着这样一种企图，即根据言论的宪法价值，特别是对于民主政治运作的价值，对具有不同价值的言论给予不同程度的重视和保障。大致说来，对与民主政治的运作过程有密切关系的言论表达应予以更大程度的重视和保障。批评性的言论就是这样的言论。批评的权利是于1982年载入宪法条款的。1982年《关于修改中华人民共和国一九七八年宪法的报告》在谈到宪法修改草案第51条关于对自由和权利的限制时说：“只有广大人民的民主权利和根本利益都得到保障和发展，公民个人的自由和权利才有可能得到切实保障和充分实现。”这段话说明，包括批评权利在内的民主权利不仅本身就是一种价值，而且还具有维护其他宪法权利的制度性价值，应得到更大的保障和发展。[22]

宪法关于公民批评权利的强调不仅意在对国家权力实施监督和制约，还有更深邃的民主意蕴。一方面，对于公民而言，这一规定意味着一项承诺，保证公民在国家中的民主地位。“一切权力属于人民”，不应仅仅化约为普通公民的选举权。在选举日之后，在日常生活中，掌握决策权和管理权的是少数人所组成的国家机关。普通公民经常处于国家权力的支配之下，是国家管理的对象，甚至就像卢梭夸张的说法一样，“等于零”。[23] 如何克服公民在选举之后便沦为“零”的难题呢？一个重要的办法就是公民享有充分的批评权利，他们可以运用批评权利以监督和制约被委托出去的权力。当他们有这种权利的时候，在选举之后仍然可以控制政治的运作，掌握自己的命运。选举权是特定时刻的民主形式，批评权是日常时期的民主形式，二者相辅相成。另一方面，对于国家工作人员而言，这一规定意味着一项要约。任何人若试图成为国家工作人员即被推定接受了这种要约。他可以被认为已自动将他的品行置于公民的质疑之下，以便获得对他的适任性的赞同。这项承诺与要约所构成的民主之约，也许就是我们理解宪法批评权规定的本质所在以及协调诽谤罪与批评权关系的根本原则。

【注释】 [1] 宪法第51条规定，公民在行使自由和权利的时候，不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。这是一项一般性的规定，不仅针对批评权利，而且针对可以从宪法第38条引申出的名誉权等权利。批评权的滥用会侵害到名誉权，名誉权的滥用也会侵害到批评权。

[2] 参见侯健：《舆论监督与名誉权问题研究》，北京大学出版社2002年版，第158页以下。

[3] 本文对规范意图与规范价值作了区别。意图是规范本身的内涵及其动机和出发点，价值是规范在某种环境下发挥的作用、功能或意义。这一区别类似于罗尔斯对自由与自由价值的区别。参见[美]罗尔斯：《正义论》，何怀宏、何包钢、廖申白译，中国社会科学出版社1988年版，第191-192页。本文采用一种较低的合宪性审查标准，即从规范意图而不是规范价值来判断刑事诽谤罪规定的合宪性问题。

[4] 当然，也有可能构成行政违法行为，参见《治安管理处罚法》第42条。

[5] 从一些国家和地区的制度变迁来看，传统上诽谤法中作为抗辩事由的真实仅包括客观上的真实，二十世纪下半期以来不仅包括客观上的真实，还包括主观上的真实。所谓客观上的真实，意即被告人必须证明言词的内容是客观上存在或发生过的事实。所谓主观上的真实，也就是被告人主观上相信所传播的言词是真实的，如果被告人能够证明这一点，也可以免责。

[6] 对于民事诽谤行为而言，言论内容的特定指向或受害人的特定性，是其构成要件之一。有关分析，参见王利明、杨立新：《人格权与新闻侵权》，中国方正出版社1995年版，第560页以下；张新宝：《名誉权的法律保护》，中国政法

出版社1997年版，第122页。在刑事诽谤诉讼中，如果控诉人无法证明涉讼言论的特定指向，不仅其指控无法成立，而且在根本上其诉讼主体资格就存在问题。

[7]诽谤行为的主观状态既可能是故意，也可能是过失。在古代汉语中，无论是指“诽”，还是“谤”，都不特指某种心理状态。一些现代汉语词典把“诽谤”一词解释为故意行为，也可能是受到1979年以来刑法相关条款表述的影响：捏造事实总是故意的，所以诽谤他人也是故意为之。但是如果把捏造事实看作是诽谤行为的可能情状之一，就不应把诽谤行为的主观状态限定于故意。最高人民法院司法解释和法学著述关于“诽谤”一词的通常用法都是把故意和过失包括在诽谤行为的主观状态中。例如最高人民法院《关于审理名誉权案件若干问题的解答》[法发（1993）15号]对第7个和第9个问题的回答。

[8]可作为对照的是，有些学者认为，间接故意也构成诽谤罪，例如陈珊珊：《论诽谤罪的价值抉择与检验逻辑——以彭水诗案为发端》，《中国刑事法杂志》2008年第1期；唐煜枫：《论诽谤罪成立之宪法限制》，《甘肃政法学院学报》2006年第2期。

[9]本文采纳此观点：行为犯是与结果犯相对应的概念；危险犯是与实害犯相对应的概念，二者都属于结果犯。

[10]按照法理，刑事案件的证明标准应高于民事案件，因为刑事制裁的严厉性大于民事制裁的严厉性。在我国法律及其实践中，犯罪行为的证明标准是“案件事实清楚，证据确实、充分”，民事侵权行为的证明标准是优势证据。前者的证明标准也严于、高于后者。控诉人自付没有确实、充分的证据，可以不提起刑事诉讼，而提起民事侵权诉讼。要提起刑事诉讼并使得被告人被判为犯罪分子，使他受到更加严厉的惩罚，就要有“确实、充分”的证据。

[11]参见最高人民法院《关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定》[法释（2000）47号]、《关于人民法院是否受理刑事案件被害人提起精神损害赔偿民事诉讼问题的批复》[法释（2002）17号]。

[12]公安部2009年4月3日下发《关于严格依法办理侮辱诽谤案件的通知》与这种代表性的观点基本一致。该通知称：“对于具有下列情形之一的侮辱、诽谤行为，应当认定为‘严重危害社会秩序和国家利益’，以侮辱罪、诽谤罪立案侦查，作为公诉案件办理：（一）因侮辱、诽谤行为导致群体性事件，严重影响社会秩序的；（二）因侮辱、诽谤外交使节、来访的外国国家元首、政府首脑等人员，造成恶劣国际影响的；（三）因侮辱、诽谤行为给国家利益造成严重危害的其他情形。”

[13]这个“和”字可以考虑修改为“或者”，因为在特殊情况下针对地方官员的诽谤行为如果导致严重的社会混乱，也适宜由检察机关提起公诉。

[14]当然，在刑事诉讼中也不是没有实行举证责任倒置的可能性，例如在巨额财产来源罪案件和非法持有型犯罪案件（例如控诉被告非法持有国家秘密、枪支、毒品）。参见何家弘：《刑事诉讼中举证责任分配之我见》，《政治与法律》2002年第1期。实行举证责任倒置，是基于举证便利和司法效率的特殊考虑，且应由法律特别规定。

[15]当然也存在着所谓“不可反驳的推定”这一说法。但是一般的意见认为，这实际上是一种必须执行的实体法规定，本身不涉及基础事实和推定事实之间的推理，其性质是“规定”，而不是推定。

[16]英国法院发展出了比较细致的解释规则，以认定涉讼言论是否具有诽谤性质，参见[英]萨莉·斯皮尔伯利：《媒体法》，周文译，武汉大学出版社2004年版，第53页以下。这在很大程度上是一个如何解释的问题，需要结合特定社会的文化背景和具体语境来理解涉嫌诽谤的言论。

[17]参见《中华人民共和国刑事诉讼法》第15条、最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》（法释[1998]23号）第117条第（五）项。

[18]据报道，2010年8月最高人民检察院要求，“今后一段时间内，对于公安机关提请逮捕的诽谤案件，受理的检察院经审查认为属于公诉情形并有逮捕必要的，在作出批捕决定之前应报上一级院审批”。除此之外，还要求准确把握诽谤罪与非罪的界限和严格把握诽谤案件自诉与公诉的界限。具体内容见徐日丹：《建立批捕诽谤案件报上一级院审批制度》，《检察日报》2010年8月7日第1版。此前，公安部发布的《关于严格依法办理侮辱诽谤案件的通知》规定：“对于侮辱、诽谤案件，公安机关经过审查，认为具有严重危害社会秩序和国家利益的情形，需要追究刑事责任的，应当报经上一级公安机关同意后立案侦查；立案后需要采取强制措施的，应当在采取强制措施前报经上一级公安机关同意。对于可能引起较大社会影响的侮辱、诽谤治安案件，在作出行政拘留处罚决定前，应当报经上一级公安机关同意。”在体制性关系理顺、司法机关能够有效地依法独立行使职权之前，这些程序性举措是具有积极意义的，有助于基层检察机关、公安机关排除干扰，公正办案。但是它们都属于政策范畴，尚不是正式的法律制度。体制改革路途漫漫。可以通过修改刑事诉讼法或其司法解释，将其中行之有效的措施纳入正式的刑事诉讼制度。

[19]在古典作家中，贝卡利亚也许是最著名的反对刑法司法解释的人物。然而刑法解释是刑事司法过程中不可避免的现象。有关严格解释立场或形式理性的解释标准的阐述，参见陈兴良、周光权：《刑法司法解释的限度——兼论司法法之存在及其合理性》，《法学》1997年第3期；蒋熙辉：《刑法解释限度论》，《法学研究》2005年第4期；白建军：《刑法分则与刑法解释的基本理论》，《中国法学》2005年第4期。归纳其理由，主要有罪刑法定，刑法的稳定性、确定

性、可预测性，权力分立（司法机关是法律适用机关而不是立法机关）和人权保障等。人权保障是根本理由。

[20]由此看来，最高人民检察院和公安部有关诽谤罪诉讼程序的规定还可以改进，例如对于自诉人或被害人不具有国家工作人员身份的诽谤罪案件，就不必要采取规定中的那些特别的程序性措施。

[21]从比较法的角度来看，世界上绝大多数国家的宪法仅仅规定言论表达自由等条款，鲜有直接规定公民针对国家机关和国家工作人员的批评权利。这一权利是司法实践从言论表达自由中引申出来的。这一引申尽管在逻辑上并不困难，却往往经历漫长的历史过程。

[22]在二十世纪五十年代，中国共产党政法工作领导人董必武有一段话反映对自由加以分类保障的意图。他说：“我们人民民主政权是属于世界上最民主的社会主义的类型。人民在这个政权下，不仅有言论、出版、集会、结社、游行示威等各种自由，尤其是有反对帝国主义的自由，有反对剥削制度和压迫制度的自由，有反对侵略战争和维护世界和平的自由，有肃清社会前进道路上障碍物的自由，有随着生产发展改善物质文化生活的自由等等。像这类极广泛的自由是帝国主义统治下的人民绝对享受不到的。”参见董必武：《进一步加强人民民主法制，保障社会主义建设事业》（1956年9月19日在中国共产党第八次全国代表大会上的发言），载《董必武政治法律文集》，法律出版社1986年版，第478 - 479页。

[23]卢梭曾批评英国的代议制度说：“英国人民自以为是自由的；他们是大错特错了。他们只有在选举国会议员的期间，才是自由的；议员一旦选出之后，他们就是奴隶，他们就等于零了。”参见[法]卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆1980年版，第124页。

【参考文献】{1}[美]罗尔斯. 正义论[M]. 何怀宏, 何包钢, 廖申白译. 北京: 中国社会科学出版社, 1988.

{2}现代汉语词典(修订本)[M]. 北京: 商务印书馆, 1997.

{3}[日]大谷实. 刑法讲义各论[M]. 黎宏译. 北京: 中国人民大学出版社, 2008.

{4}全国人大常委会法制工作委员会刑法室. 中华人民共和国刑法: 条文说明、立法理由及相关规定[M]. 北京: 北京大学出版社, 2009.

{5}王刚桥. 能否废除“诽谤罪”的“但书”条款[N]. 新京报, 2009-04-22 (A02).

{6}郭延军. 地方“一把手”不可公器私用违法止“谤”——评山西稷山“诽谤”案的侦检审[J]. 法学, 2007. (6). 原载于《法制与社会发展》2011年第4期

