

专题研讨

法治政府建设与社会管理创新背景下的思维变革

编者按：法治政府建设是中国共产党治国理政从理念到方式的革命性变化，具有划时代的重要意义。目前的中国正站在改革的十字路口，承受着经济转型、分配不公、利益格局调整、社会管理创新等诸多亟待解决的难题。改革有风险，不改革有危险。社会管理是政府职能的重要组成部分，今日的中国，社会变革日新月异，转型犹未完成，各种矛盾叠加变织，社会建设和管理任务之重，挑战之大，难度之高，史无前例。但遗憾的是，无论是理论研究还是实践，法治政府建设还有许多空白点无人涉及，社会管理创新尚处于起步阶段。为此，本刊汇集了相关文章成此专题，从五个全新视角，论述了法治政府建设和社会管理创新的诸多内涵，以期抛砖引玉。

关键词：法治政府；社会管理创新；批评政府；从政道德法；政府埋单；软法理论；城管改革
中图分类号：DF0-053 文献标识码：A 文章编号：1674-9502(2012)02-001-35

论批评政府的权利

——《纽约时报》诉沙利文案与“实际恶意原则”的启示

刘东亮

题记一：在任何一个自由的国家，每一公民都是一个自由的哨兵，一有风吹草动，一有威胁自由的危险苗头出现，他就有义务高声喊叫。——罗伯斯庇尔

题记二：要创造条件让人民批评政府、监督政府。——温家宝

近几年来，公民因批评政府、监督政府而被“跨省追捕”的案件层出不穷，如“河南灵宝王帅帖案”、“重庆彭水诗案”、“陕西志丹短信案”、“四川蓬溪帖案”、“山东曹县帖案”、“辽宁西丰县委书记派警察进京抓记者案”等等，此类案件不胜枚举。你批评政府，就抓你坐牢，这种在现代民主法治社会不可思议的事情，却在当下中国的大地上，一再上演。为了避免此类案件的发生，以致严重影响党和政府的形象，严重损害司法机关公信力，最高人民检察院专门下文要求，不能把对领导干部的批评指责视为诽谤犯罪，该规定要求：“一要准确把握诽谤罪与非罪的界限，不能把对个别领导干部的批评、指责乃至过激的言语当做诽谤犯罪来办。二要严格把握诽谤案件自诉与公诉的界限。属于自诉的，

作者单位：浙江工商大学法学院 收稿日期：2012-01-12

关于“王帅帖案”，参见王俊秀、王帝：《一篇帖子换来被囚八日——青年发帖举报家乡违法征地遭遇跨省追捕》，《中国青年报》2009年4月8日。

应当建议侦查机关撤回或者作出不予批捕决定。三要建立批捕诽谤案件报上一级院审批的制度。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,以便帮助基层院排除干扰,确保办案质量。”

但是,该规定并没有明确“诽谤罪”的界限,没有对现行《刑法》第246条的含混规定作进一步的解释,使得该规定的法律意义大打折扣。可以预见,因批评政府和政府官员而导致的“张帅”或者“李帅”的不幸仍然可能继续发生,因为根本无法把握司法机关,特别是法院在处理这类案件时遵循的是什么逻辑,依照的是什么案件审理标准。我国宪法所规定的公民批评政府、监督政府的权利如何才能由“应然的权利”、“法定的权利”具体化为公民“实然的权利”,而不至于因言获罪、身陷囹圄,实在是一个值得研究的大问题。

一、是“煽动性诽谤”,还是“批评政府的权利”

他山之石,可以攻玉。不妨看看其它法治国家是如何对待公民批评政府这一问题的。限于文章篇幅,这里主要以美国为例。

(一) 美国 1919 年以前的言论管制法

众所周知,美国是一个非常重视言论自由的国家。建国后不久,1791年生效实施的《权利法案》第1条(即宪法第一修正案)即规定:“国会不得制定法律限制言论自由”。宪法修正案第1条这一“不得立法”条款成为美国人民言论自由的基石。然而,美国在历史上却曾经制定过管制言论的法律。1798年,联邦党人利用在国会中的多数优势通过了《反煽动法》(Sedition Act of 1798),把非法联合或者密谋反对联邦政府任何政令措施的行为一律视为重罪,处以5000美元以下罚款,并处以6个月到5年的监禁。《反煽动法》同时还规定:

“任何人写作、印刷、谈论或者出版,或者引起、促成针对联邦政府、国会、总统的虚假、诽谤性和恶意的言论,企图诬蔑或者引起藐视、毁损名誉,或者激发美国人民对联邦政府、国会、总统的仇恨,或者煽动骚乱,或者激发非法联合反对、抗抵政府,或者援助、鼓励外国敌意阴谋的行为,都构成犯罪,处以2000美元以下罚款和2年以下监禁。”

《反煽动法》的规定明显受到了英国普通法的影响。在英国普通法的历史上,批评政府及其官员被称为“煽动性诽谤”(Seditious Libel),构成刑事犯罪行为,即使言论属实也不能成为抗辩事由。这一源自罗马法的刑事诽谤法律规则于1606年由星法院(the Star Chamber)通过“De Libellis

徐日丹:《为提高批捕诽谤案件办案质量,高检院将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。

《刑法》第246条规定:“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。前款罪,告诉的才处理,但是严重危害社会秩序和国家利益的除外。”这一条款是关于诽谤罪的规定,然而,对于什么样的情况构成“严重危害社会秩序和国家利益”,一直缺乏明确的司法解释。这种不确定性使人难以预测自己行为的法律后果,也很容易使该条款沦为某些地方政府滥用公权力压制言论自由的工具。因此,法学界对这一条款争议很大,甚至有学者主张应当取消刑法中关于诽谤罪的规定,有关诽谤纠纷一律按照民事诉讼方式解决。参见陈力丹:《中国、欧盟学者共同探讨表达自由的法律与实践——“中欧人权对话研讨会·表达自由”会议综述》,《国际新闻界》2005年第4期,第6页;上官敦铭:《全国人大代表、法学教授周光权:建议取消诽谤罪,避免成压制公民工具》,《南方都市报》2010年11月30日。

在美国,司法界和学界的共识是,宪法第一修正案里的“国会”一词不是仅限立法部门,而是泛指包括立法、行政和司法部门在内的所有政府部门。参见邱小平:《表达自由——美国宪法第一修正案研究》,北京大学出版社2005年版,第74页。

Sedition Act of 1798, § 2.

Famosis”案件正式导入英国普通法体系。幸运的是,《反煽动法》在1801年即到期自动失效。随着反联邦党人杰斐逊总统的上台,因违反这部法律而获罪的人都被宣布特赦,所处罚款也予以退回。此后,国会一直没有针对言论自由问题再次立法。不过,随着第一次世界大战的爆发,情况又发生改变。1917年,美国制定了《反间谍法》(Espionage Act, 1918年修正),规定:

“任何人,在美国参战期间,恶意发表、印刷、撰写或者出版针对美国政府、联邦宪法、美国军队、美国国旗或者美军制服的任何不忠诚、亵渎、庸俗下流和辱骂的语言,或者运用任何旨在蔑视、嘲弄、谩骂和丑化美国政府、联邦宪法、美国军队、美国国旗或者美军制服的语言,或者恶意发表、印刷、撰写或者出版任何旨在挑起、煽动、助长抵抗美国或者助长敌人事业的语言,或者恶意展示任何敌国的旗帜,或者恶意以发表、印刷、撰写、出版或者口头语言的形式,敦促、挑起或者鼓吹美国削减生产任何军需品,从而故意影响、损害或者阻碍美国作战的,处以1万美元以下罚款或者20年以下监禁,或者两刑并罚。”

正是根据这部《反间谍法》,当时的左翼政党领袖申克(Schenck)因散发反对征兵的传单而被判决定有罪,大法官霍姆斯(Holmes J.)提出了影响相当深远的“明显而现实的危险”标准以限制言论。

(二) 1919年申克诉美国案与“明显而现实的危险”标准

“申克诉美国”案是发生在第一次世界大战期间的系列抵制征兵案中最著名的一个。联邦最高法院在审理本案时,支持联邦地区法院的有罪判决。大法官霍姆斯在判决书中写道:

“平时,被告在传单中所讲的内容在其宪法权利的范围之内。但是,每一个行为的性质依其作出时的情形而定。即使对言论自由最严格的保护,也不会保护一个人在剧院里妄呼失火而引起惊慌。一切与言论自由有关的案件,其问题是要判断:言论是否发生在如此场合,以致于将造成明显而现实的危险(clear and present danger)。如果具有这样的危险,那么,国会便有权予以禁止。这是一个程度如何的问题。当国家在战争期间,许多平时可以容忍的言论因其妨害战备,自不能不予以限制。法院不得认为它们受到任何宪法权利的保护……”

自“申克诉美国”案以后,“明显而现实的危险”标准一直被视为联邦最高法院解释和适用宪法第一修正案关于言论自由问题的权威论述。霍姆斯这一理论的主旨是在一定的情形下根据言论表达给现实秩序造成的危险的性质来决定是否给予法律保护,它把言论自由看作是一种根据其结果衡量的可予克减(abridge)的权利。这与宪法第一修正案“不得立法”条款存在明显冲突。而根据古典自由主义的滑坡风险(slippery slope hazard)理论:对言论自由的任何限制,一旦被允许,都有着不祥和几乎不可避免的扩大趋势,最后滑向全面的专制。

“申克诉美国”案所确立的“明显而现实的危险”标准严重削弱了对言论自由的保护。因此,从霍姆斯“明显而现实的危险”理论产生之日起,它就受到了许多人的质疑和批评。对这一理论的批评主要集中在两方面:其一,“明显的”、“现实的”、“迫在眉睫的严重危险”等用语含糊不清,难以界定,实际运用仍然取决于个人主观判断。其二,在这一标准支配下,必须等到实际危害已经迫在眉

See Willam T. Mayton, Seditious Libel and the Lost Guarantee of Freedom of Expression, 84 Columbia Law Review, pp.97-102(1984).

根据该法起诉的案件有15起,其中包括8家反联邦党报纸的主编。不过,该法非但没有禁绝不同意见,反而在联邦党人亚当斯总统的众多支持者中激起了分歧。参见[美]唐·R·彭伯:《大众传媒法》,张金玺、赵刚译,中国人民大学出版社2005年版,第49页。

Espionage Act of 1918, § 1(3).

Schenck v. US, 249 U.S. 47(1919).

侯健:《表达自由的法理》,上海三联书店2008年版,第255页。

“明显而现实的危险”标准首次阐发后不久,霍姆斯也发现这一标准不能令人满意。1919年秋天,在另一起关于《反煽动法》的审判中,他改变了立场,脱离最高法院的多数派,提出了一个关于表达自由的在一定程度上更加自由

睫才能防止,所付出的代价可能过高,或者已经无法防止危险的发生。前一种批评指责它不能充分保护言论自由的权利,后一种批评则指责它不能充分保护至关重要的政府利益。还有人认为;申克诉美国案中令人难忘的就是所谓在剧院里妄呼失火而造成恐慌这一类比。但是,这一类比不足挂齿并存在误导性,因为它所说的情况和政治完全无关。妄呼失火的类比根本不同于那些批评政府的激烈政治言论。

在对霍姆斯“明显而现实的危险”标准的批评中,影响最大的莫过于亚历山大·米克尔约翰(Alexander Meiklejohn)提出的言论自由的自治理论。

(三)米克尔约翰:言论自由的自治理论

米克尔约翰被称为是20世纪最有影响的言论自由理论家。他自称是“自由的教师”,意即以教导自由为己任的教师,教导的核心内容是理解、坚持和推进自由的事业。在米克尔约翰看来,自由不仅是一个政治问题,而且是社会、人生问题。1948年,他将自己关于言论自由问题的多次演讲的内容结集出版为《言论自由及其与自治的关系》(Free Speech and Its Relation to Self-government)。这部著作集中反映了米克尔约翰的言论自由思想。

米克尔约翰指出,宪法第一修正案中“国会不得制定法律以限制言论自由”的规定,是不应打任何折扣的。而霍姆斯“明显而现实的危险”理论,创造了言论自由的例外。这一理论实际上取消了宪法第一修正案。霍姆斯和最高法院之所以冒险取消第一修正案,是因为他们相信宪法第五修正案“正当程序条款”(Due Process Clause)可以取而代之。)他们相信,政府可以在某些情形下,即在符合“正当程序”的条件时,取消公民的言论自由。可是,如果宪法第五修正案能够取代第一修正案,制宪者还要制定第一修正案干什么呢?霍姆斯和最高法院的根本错误在于他们忽视或者否认了宪法第一修正案和第五修正案之间的区别。

米克尔约翰指出,言论自由当然并不意味着任何人可以在任何时间、任何场所和以任何方式表达言论;不是任何人可以想说就说,想在什么时候说就在什么时候说,想说什么就说什么,想说谁就说谁,想对谁说就对谁说。任何一个理性的社会都会基于常识否认这种绝对权利的存在。但是,根据美国宪法,存在着两种言论的自由:“公言论”(public speech)的自由和“私言论”(private speech)的自由。所谓公言论,就是与统治事务、与人民参与自治过程有关的言论;所谓私言论就是与统治事务、与自治过程无关的言论。前者受到宪法第一修正案的保护;后者受到宪法第五修正案的保护。第

化的定义。但是最高法院的多数法官继续使用“霍姆斯标准”来驳回以宪法第一修正案为辩护理由提起的上诉。“霍姆斯标准”原来的支持者另一大法官布兰代斯(L.Brandeis)则认为,言论所造成的危险仅仅“明显而现实”是不够的,它还必须是非常严重的。在1927年的惠特尼案(Whitney v. California)中,布兰代斯指出:“要证明压制言论自由的合理性,必须要有合理的理由担心,如果言论自由付诸实践,严重的罪恶将会发生。必须有合理的理由认为,这种被认定的危险是迫在眉睫的;必须有合理的理由认定,我们要阻止的罪恶是严重的……”这一“迫在眉睫的严重危险”标准,被称为布兰代斯的改进版本,亦称布兰代斯标准。参见[美]唐·R·彭伯:《大众传媒法》,张金玺、赵刚译,中国人民大学出版社2005年版,第53-55页。

侯健:《表达自由的法理》,上海三联书店2008年版,第142页。

邱小平:《表达自由——美国宪法第一修正案研究》,北京大学出版社2005年版,第21页。

参见[美]亚历山大·米克尔约翰:《表达自由的法律限度》,侯健译,贵州人民出版社2003年版。该书原名为“言论自由及其与自治的关系”,据译者称,在出版社的要求下,中译本改名为“表达自由的法律限度”。参见侯健:《表达自由的法理》,上海三联书店2008年版,第229页。——中译本书名的改动完全不符合甚至是完全颠倒了米克尔约翰的绝对主义言论自由理论。这一改动背后所蕴藏的某种意义颇为耐人寻味。

美国宪法第5修正案规定:“……未经正当法律程序,不得剥夺任何人的生命、自由和财产……”

参见[美]亚历山大·米克尔约翰:《表达自由的法律限度》,侯健译,贵州人民出版社2003年版,第28-29页。同注,第18页。

一和第五修正案保护的是两种不同意义上的言论自由。把言论分为“公言论”和“私言论”，是米克尔约翰言论自由理论的前提。

米克尔约翰认为，宪法第一修正案保护的言论自由是讨论公共事务即“公言论”的自由，这是一种绝对的权利，是在任何条件下都不得克减的权利。这是从公共问题取决于民主投票这一基本社会契约推导出来的。根据《独立宣言》和宪法序言，美国社会实际上存在着一个关于自治事务的基本契约。根据这一契约，美国人民既是被统治者，又是统治者。如果不能对公共事务进行自由讨论，人民就无法实现自治。人民在行使这种自由的时候，并不是在行使一种私人权利，而是在履行统治的责任。米克尔约翰认为，言论自由的实质就是保障人们参与自治的权利。这一权利当然绝对不可以被自治过程中推举出的代理人（政府）加以限制。我们赋予代理人的自由唯一地源于我们投票人的更根本的自由。这正是宪法第一修正案“不得立法”条款的法理基础。

米克尔约翰指出，霍姆斯和最高法院关于言论自由“明显而现实的危险”理论，实际上将第一修正案融合到第五修正案中去了。根据这一理论，言论自由变成可以让渡的而不是不可让渡的，可以削减的而不是不可削减的，成为一个条件的问题而不是一个原则的问题，一种相对的权利而不是绝对的权利。结果，公共讨论被降低到私人讨论的法律地位，公共福利被给予个人利益一样的宪法保障，人们作为法律制定者的权利与他们作为法律规制对象的权利混然不分……总之，由于第一修正案被第五修正案所覆盖，公共讨论的自由不再是免于限制的自由，而是免于不当限制的自由。美利坚合众国宪法就这样被司法裁决彻底改变。

针对某些言论可能引起“危险性”的观点，米克尔约翰指出，为了保障正确的决策，每一种意见都必须倾听，每一种相关的事实或者价值都必须考虑，而不论这些观点可能引起什么危险。一个人是拥护征兵还是反对征兵，是支持战争还是抵制战争，是赞成民主还是谴责民主，是计划用共产主义重建我们的经济还是批评这种做法，都没有关系。只要他的言论是参与到有关公共政策的讨论中的言论，这些言论的自由就不应受到任何限制。这种自由是一个由公民投票决定公共事务的社会的基本信条。

米克尔约翰指出，即使错误的观点也有表达的自由。某些相互冲突的观点可以而且必须表达出来，并非因为它们是正确的，而是因为它们与所要处理的问题是有关系的。如果有人负责任地把它们表达出来，我们投票者就有必要倾听。“如果将来某一天无产阶级专政的信念注定要被社会的多数势力所接受，言论自由的唯一含义就是给予这些信念表达的机会和传播的途径。”

米克尔约翰指出，言论自由不得克减的宪法原则告诉我们，诸如希特勒的《我的奋斗》、列宁的《国家与革命》、马克思和恩格斯的《共产党宣言》等书籍都可以在美国自由地印刷，自由地发售，自由地传播，自由地阅读，自由地讨论，自由地相信，自由地质疑。这一原则的目的并不是要满足那些特定的人的“表达生活意义和价值”的需要，也不是要保护印刷者、传播者甚至作者的经济利益。它的目的是，公民只有充分、无畏地面对针对他们制度的一切辩护和一切批评，才适合于自治。公共讨论的自由是不可限制的，这是自治政府的基石。立于这样的基石之上，我们不应当在明显而现实的一——甚至是极其严重的——危险面前畏缩倒退。

参见[美]亚历山大·米克尔约翰：《表达自由的法律限度》，侯健译，贵州人民出版社2003年版，第1页。

同注，第27页。

同注，第41-43页。

同注，第33页。

同注，第20页。被认为是美国历史上最伟大的法官之一的伦尼德·汉德（Learned Hand）也曾说过：“自由的精神就是一种不太确定何为正确的权利。”参见[美]罗纳德·德沃金：《自由的法：对美国宪法的道德解读》，刘丽君译，上海人民出版社2001年版，第472页。

同注，第33页。

参见[美]亚历山大·米克尔约翰：《表达自由的法律限度》，侯健译，贵州人民出版社2003年版，第65页。

在米克尔约翰的著作出版之前,美国法学家在言论自由问题上几乎都是霍姆斯主义者,认为“明显而现实的危险”原则是一个很好的可行标准。在米克尔约翰的著作刚发表时,许多学者觉得难以接受。但是随着时间的推移和政治气候的变化,米克尔约翰的主张逐渐得到越来越多人的支持。在20世纪40年代末50年代初美国麦卡锡主义盛行时期,许多言论诉讼案中被告散布“危险性”或“颠覆性”言论的被告往往引用米克尔约翰的理论为自己辩护,批评政府和法院的做法违背宪法第一修正案。米克尔约翰的许多表述成了名言。甚至国会也注意到了米克尔约翰的理论,1955年,他应邀到参议院宪法权利委员会的听证会上阐述自己对宪法第一修正案的解释,批评了政府对于“危险性”言论所采取的压制政策。而米克尔约翰的理论对法律最明显的影响则体现在联邦最高法院1964年划时代的“《纽约时报》诉沙利文”案的判决之中。

(四) 1964年《纽约时报》诉沙利文案与“实际恶意”原则

1960年3月,《纽约时报》刊登了一个民权运动组织“为马丁·路德·金辩护和争取南方自由委员会”发布的一则政治广告。广告呼吁社会各界支持马丁·路德·金和南方民权运动,并抨击阿拉巴马州蒙哥马利市警察局镇压黑人的抗议活动。蒙哥马利市警察局长沙利文(Sullivan)向州地区法院提起诉讼,指控该广告的内容侵害了他的名誉权,构成诽谤。法院在审理中查明,广告的部分内容与事实有所出入(如黑人领袖马丁·路德·金只被政府逮捕过4次,而广告宣称他被逮捕过7次,等等),从而认定沙利文遭到诽谤,判决《纽约时报》向沙利文支付50万美元作为损害赔偿和惩罚性赔偿。州最高法院维持了下级法院的判决。联邦最高法院认为本案涉及重大的联邦宪法问题,主动发出纠错令,一致通过了大法官布伦南(Brennan J.)撰写的判决书。判决书认为,按照联邦宪法,阿拉巴马州法院适用的法律规则存在瑕疵,因为它没有能够为在由公共官员提起的针对批评其官方行为的诽谤诉讼中的当事人提供宪法第一修正案要求的对言论自由和出版自由的保障。按照这些保障,本案提供的证据,在法律上不足以支持沙利文的诉讼请求,因此州法院的判决应予推翻。

布伦南强调,必须在此背景下考察本案,即整个国家都深信这样一个原则:关于公共问题的讨论应当是不受禁止的、活跃的并具有广泛的开放性,它包括对政府和政府官员激烈的、刻薄的有时甚至是不友好的、尖锐的攻击。在本案中,《纽约时报》的广告表达了对当代美国社会一个重要的公共问题的不满和抗议,因此它显然应当受到联邦宪法的保护。但问题是,广告中的有些事实陈述存在错误,这是否构成原告所宣称的诽谤并使之丧失宪法第一修正案的保护呢?

布伦南指出,绝对不能把证明言论真实的责任都推到说话者头上。在自由辩论中,错误陈述是不可避免的。要使言论自由具有它所需要的“呼吸空间”,这类错误就必须受到容忍。州法院强迫政府官员行为的批评者保证所有事实陈述的真实性,并使之承受几乎无限数量的诽谤赔偿风险,这无异于要求批评者作出“自我审查”。在这种规则下,就再也不会对官员行为的批评,因为即使这些批评是真实的,但是出于对能否在法院证明其真实性的怀疑(在对政府行为的批评中,由于信息不对称,要举证证明所有的事实陈述在细节上都是真实的是非常困难的)或者对这种证明所必需的花费开支之畏惧,原来想要批评政府官员行为的人就可能受到震慑而不敢表达他们的批评……因此,普通法上的诽谤赔偿规则窒息了公共辩论的活力,这和宪法第一修正案是不相容的。

布伦南强调,仅仅因为言论不实不能成立诽谤。他引用约翰·密尔在《论自由》中的话说,“甚至不实言论也可视为对公共辩论作出了宝贵贡献,因为不实言论在辩论中会使概念更加鲜明,真实更加彰显。”最高法院认定,言论自由的宪法保障所要求的规则是:政府官员必须证明被告的陈述具有

New York Times v. Sullivan, 33 U.S. 254(1964).

[英]约翰·斯图亚特·密尔:《论自由》,于庆生译,中国法制出版社2009年版,第24页。密尔在同一著作中指出,正确的东西也要允许批评。如果牛顿的哲学实际上未被允许加以质疑,那么,人类便不能对它的真理性像现在这样感到有完全的保证。[英]密尔:《论自由》,于庆生译,中国法制出版社2009年版,第31页。

“实际恶意”(Actual Malice),即被告明知陈述是错误的,或者全然不顾陈述是否真实而发表此种言论,否则官员就不能对有关其官方行为的诽谤错误而获得赔偿……宪法第一修正案保障公民享有批评政府官员的特权。

在大法官布莱克、道格拉斯和戈德堡三人的附议中,他们的观点走得更远。三者强调,公民和新闻机构对批评政府官员的官方行为享有绝对的和无条件的豁免权,也就是说,即使一个政府官员可以证明批评者具有“实际恶意”,该官员也不得向法院提起名誉权诉讼。因为相对于一般民众,政府官员更有机会接近公共论坛,可以很方便地发布“真实”情况澄清是非。布莱克怀疑说,当一个国家的人民因为批评政府和政府官员,就不得不面临罚款坐牢,这个国家(的人民)是否还能生活在自由之中?不过,布伦南没有接受布莱克等人的绝对主义,而是确立了“实际恶意”原则,以作为普通法确认的诽谤严格责任和布莱克等人主张的根本无责任之间的一种妥协。

概言之,《纽约时报》诉沙利文案确立了涉及政府官员名誉权诉讼的三项原则:(1)错误必须容忍;(2)实际恶意标准;(3)原告应当证明被告存在实际恶意。这三项原则改变了普通法上适用了几百年的诽谤认定规则。首先,在《纽约时报》案之前,普通法上的诽谤诉讼不区分原告的身份,原告是否是政府官员或者普通个人与案件完全无关。在《纽约时报》案之后,诽谤认定规则因原告的身份是政府官员或者普通个人而有不同的要求。其次,在《纽约时报》案之前,只要被告的言论失实即构成诽谤。虽然有时也要认定被告是否具有过错,但是其目的不在于确认诽谤是否成立,而在于考虑给予原告何种损害赔偿。在《纽约时报》案之后,在由政府官员作为原告提起的诽谤诉讼中,被告仅有不实言论未必构成诽谤,成立诽谤要求被告必须存在“实际恶意”,即被告明知发表的言论错误或者全然不顾其是否真实。再次,在《纽约时报》案之前,在举证责任问题上,应当由被告举证证明其言论属实;而在《纽约时报》案之后,作为原告政府官员必须举证证明被告存在“实际恶意”。而这一举证责任之艰难,通常使其诉讼请求难以成立。这样,《纽约时报》案确立的诽谤认定规则就为没有实际恶意的报道包括不实报道提供了有力的保护。

《纽约时报》诉沙利文案在美国宪法史上具有里程碑式的意义。著名法学家德沃金(R. Dworkin)评论说,布伦南大法官的判决意见成为美国言论自由法的现代基石。《纽约时报》案的判决结果解放了美国新闻界,它使美国的新闻机构在保护自由民主制度的奋斗中比世界上任何一个国家和地区的新闻界都扮演着更为骁勇自信的角色。这一案件所确立的言论自由保障规则不仅在美国沿用至今,而且对许多国家的法律制度都产生了深刻影响,引发了许多国家对传统诽谤法的反省和改革。

二、我国关涉政府和政府官员不当行为的诽谤诉讼

从历史上看,在大多数国家,包括以美国为代表的法治国家,从宪法承认言论自由发展到明确承认公民有批评政府的权利,这之间都有一个过程,而我国则不存在这一过程。我国《宪法》第41条规定:“公民对于任何国家机关和国家工作人员,有提出批评和建议的权利……”。这条规定是我国公民享有揭露和批评政府和政府官员不当行为的言论自由的直接法律根据。它与《宪法》第35条有关

张千帆:《西方宪政体系》(上册·美国宪法),中国政法大学出版社2000年版,第394-395页。

邱小平:《表达自由——美国宪法第一修正案研究》,北京大学出版社2005年版,第162页。

同注,第180-182页。

[美]罗纳德·德沃金:《自由的法:对美国宪法的道德解读》,刘丽君译,上海人民出版社2001年版,第277、300页。

同注,第168页;See Nick Braithwaite, The International Libel Handbook, Boston: Butterworth-Heinenann, 1995, pp.163-164.

言论自由的规定是特别规定与一般规定的关系。也就是说,我国宪法在一般性规定言论自由之外,又特别规定公民享有揭露和批评政府和政府官员不当行为的言论自由。有人认为,这足可说明我国宪法真正的民主性。

然而,“徒法不足以自行”,宪法的规定还需要具体的法律制度来保障落实。在我国现行法律体系中,无论是《民法通则》第101条还是《刑法》第246条都没有体现出对公民批评政府和政府官员不当行为之权利的保障。

综合现行法律规定和司法实践中的做法来看,我国关于名誉权的诽谤诉讼有这样几个特点:(1)不区分原告的身份。“被诽谤者”是一般个人还是政府和政府官员不作区别对待。承认政府和政府官员享有名誉权。(2)案件审理的焦点集中于被指控的事实是否“属实”,而不考虑言论的内容是否涉及公共问题。(3)把被告即使是“过失”的主观过错也认定为侵害名誉权责任的构成要件,等等。从这些特点来看,我国现行名誉权法制实行的还是传统的诽谤法规则,法律规定和司法实践根本没有把正当的舆论监督和名誉权保护的界限划分清楚。

令人忧心的是,近段时间以来,有关政府和政府官员的诽谤案件,出现这样一个趋势:早些年,这类案件大多通过民事诉讼途径解决,由政府和政府官员向法院提起侵害名誉权的民事诉讼;最近几年,某些地方政府动辄发动“跨省追捕”,直接动用公权力对批评者进行追责(本文开头提到的一系列案件即能说明这个问题)。法外滥权的严重暴力化倾向昭示着我们的社会正在发生某种程度的“法治倒退”和“法治失效”。

为了纠正上述倾向,笔者认为,我国目前的诽谤法规则必须进行改革,修正、完善包括《民法通则》第101条和《刑法》第246条在内的涉及名誉权保护和诽谤罪认定的法律制度。这样才能落实温家宝总理多次在政府工作报告中和其他场合所作的“要创造条件让人民批评政府、监督政府”的庄严承诺。否则,就不足以保障人民批评政府、监督政府的权利,就会造成所谓的“寒蝉效应”(chilling effect)。例如,以“王帅帖案”来说,河南省灵宝市公安局对王帅的“跨省追捕”,这场打压造成了王帅对维特根斯坦(L. Wittgenstein)的哲学形成了一种虽然肤浅却有着切肤之痛的苦涩理解:“对于不能说的东西,我们必须保持沉默。”当民众对政府的一切行为都选择保持沉默,以致于万马齐喑、鸦雀无声时,我们不知道接下来会发生什么。

三、结 语

道理再简单不过,一个健康社会必须不断改革才能保持活力,而人民对政府的批评就是改革的不竭动力。主持改革的政府必须不断接受来自人民的批评,才能继续保持改革的动力。如果不允许批评政府,所谓的言论自由就成为一味赞扬和吹捧政府的自由。在这样的制度环境下,民主政治就成了无源之水,无本之木。政府如何对待公民的批评,是法治的试金石。保障公民的批评权利是一个法治政府最基本的政治品格。当前,是否承认公民具有批评政府的权利,如何对待公民的这种批评权利,是摆在我国各级政府和政府官员面前的一个严峻的现实课题。

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11页。

参见《民法通则》第101条,《刑法》第246条的规定。

同注,第28-34页。

张新宝:《名誉权的法律保护》,中国政法大学出版社1997年版,第237页。

同注,第33页。

[奥]维特根斯坦:《逻辑哲学论》,贺绍甲译,商务印书馆1996年版,第23页;田国垒、吉玲:《曾因发帖遭跨省追捕的王帅:“我再也不反映问题了”》,《中国青年报》2009年12月28日。