

从权利利益化视角谈公众人物名誉权保护

王福友 张雅萍

(黑龙江大学 法学院, 黑龙江 哈尔滨 150028;
哈尔滨商业大学 法学院, 黑龙江 哈尔滨 150028)

摘要: 名誉权保护与言论自由冲突解决机制受制于民法关于名誉的调整模式, 从而使二者的关系或者体现为权利与利益的关系, 或者体现为利益与利益的关系。普通人向公众人物转化过程中, 其名誉权因权利运动而实现利益化, 公众人物名誉权保护与言论自由关系问题的实质是利益冲突。我国立法将名誉权设定为具体人格权, 但应通过立法以言论自由限制名誉权, 避免名誉权保护与言论自由的关系转化为权利对利益的绝对优势, 而扼杀言论自由。对公众人物名誉权应采取弱化保护, 通过利益衡量使其弱于言论自由, 以强化对公众人物的社会监督。

关键词: 公众人物 名誉权 言论自由 权利利益化

中图分类号: D923.49

文献标识码: A

文章编号: 1004-9428 (2013) 02-0130-11

一、名誉权保护与言论自由关系之问题属性

名誉权等人格权保护与言论自由之间总是存在较大的冲突, 究竟何者更应该优先保护, 各国(地区)立场并不相同, 大体情况是, “英国关于诽谤的法律历史上一直备受批判, 因为其以牺牲言论自由为代价而偏重对名誉的保护。美国法律则与之相反, 其言论自由受到宪法保护。”⁽¹⁾ 但是, “与欧洲大陆国家相比较, 英国对于新闻自由保护的强度要超过对一般人格权的保护。”⁽²⁾ 据此可以得出一个基本结论, 以英国为考察的基准点, 按照更偏重于新闻自由为排序依据, 美国最注重保护言论自由, 其次是英国, 欧洲其他国家居后。我国台湾地区“最高法院”判决再三认为: 按言论自由为人民之基本权利, 有个人实现自我、促进民主政治、实现多元意见等多重功能, 维护言论自由即促进民主多元社会之正常发展, 与个人名誉之可能损失, 两相权衡, 显然有较高之价值。⁽³⁾ 名誉权等人格权与言论自由之间究竟言论自由高于人格权保护, 抑或二者地位平等, 尚需理论上加以阐明。言论自由与名誉权等人格权性质同属宪法权利, 但后者已实现宪法权利之民事化, 又具民事权

作者简介: 王福友, 黑龙江大学法学博士后流动站研究人员, 哈尔滨商业大学法学院教授; 张雅萍, 哈尔滨商业大学法学院副教授、法学博士。

* 本文系 2011 年度中国博士后科学基金资助项目的阶段成果, 资助编号为: 2011M500696; 2012 年国家社科基金项目“期待权的理论展开与制度构建研究”的阶段成果, 编号为: 12BFX076; 教育部人文社会科学研究规划基金项目“涉及公众人物侵权问题研究”的阶段成果, 项目编号为: 11YJA820074。

(1) John Cooke: Law of Tort, 朗文·培生法学基础系列·影印本, 法律出版社 2003 年版, 第 291 页。

(2) [德] 汉斯-贝恩德·舍费尔、克劳斯·奥特 《民法的经济分析》[M], 江清云、杜涛译, 法律出版社 2009 年版, 第 375 页。

(3) 参见“最高法院”2007 年台上字第 2748 号, 2006 年台上字第 236 号, 2006 年台上字第 766 号判决。转引自王泽鉴 《侵权行为》[M], 北京大学出版社 2009 年版, 第 113 页。

利属性。言论自由与人格权保护的关系问题可在不同视域下加以讨论,并应遵守相应的讨论规则。宪法层面上二者均属基本人权,应同等重要而无位阶之区分。民法层面上情况则大为不同,民法关注的是主体之间发生的民事意义关联,人格权保护与言论自由之冲突问题便被转化为,甲对乙所产生的言论自由与乙享有的名誉权之间的关系问题,或者说是甲对于乙的名誉权是否享有言论自由。甲在宪法上享有的言论自由在该具体民事法律关系中并无直接的规范意义,讨论问题的切入点应该是甲对于乙的名誉权是否负有义务,若负有义务,则不享有言论自由;若不负有义务,则享有言论自由。民法视域讨论言论自由与人格权保护问题,首先要明确言论自由的民法意义,而不是被其所具的宪法权利属性所遮蔽。名誉权与言论自由虽同归宪法调整,但分属基本权利和基本自由。“那些归于基本自由项目之下的各项自由,如出版自由,通常不受民法的保护,其外延和内涵也不像民事权利那么明确;相反,那些归于基本权利项目之下的多项权利,一般都受到民法的保护,其外延和内涵在民法里面都有明确的界定。也就是说,有相当一部分基本权利是可以具体化为民事权利的,但是基本自由则不能具体化为民事权利。”⁽⁴⁾ 遵此以言,言论自由虽贵为宪法权利,但在民法上未被权利化,仅应属于利益之范畴;名誉权却属民事权利,二者相较之实质乃是权利与利益之比较。按照民法原理衡量之,权利与利益不处同一地位,权利应高于利益。故名誉权等人格权保护应该高于言论自由,此为处理这一问题的一般原则,法律所作保留应属例外。无视这一结论而笼统地以利益衡量方法处理二者关系显属错误。该原则在对民事主体适用的层面上被确立,故就普通民事主体而言,名誉权保护应优于言论自由。但这是以名誉权作为具体人格权为前提,观之各国立法,尚有不以其为民事权利而仅作为利益予以保护者。那么该问题便转化为两个利益加以比较的问题,二者之间便不再具有了当然的位序,利益冲突应采利益衡量之方法加以解决。可见,名誉权保护与言论自由关系之处理原则取决于各国民法典所设定的名誉保护模式。

各国对死者名誉保护之规范模式各有不同,故死者名誉保护与言论自由关系问题上的特殊性不得不察。就总体而言,尚未发现直接延长人的民事权利能力,从而实现死者名誉权与生者一体保护的立法例,在与言论自由关系问题上便排除了权利优于利益原则的直接适用。但问题仍然较为复杂,各国在保护死者名誉问题上有两种规范模式,但却可细分为三种不同的主张:一是直接保护模式。以我国最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》规定为代表。“死者的名誉、肖像、荣誉以及死者的遗体、遗骨等法益受到侵害,因其已经丧失民事权利能力和民事行为能力,其赔偿请求权由其近亲属享有,可以死者利益保护人的身份向法院提出损害赔偿诉讼,以保护死者的合法利益。”⁽⁵⁾ 德国法通说与判例均认可死者自身的人格权不受侵害。其联邦法院认为,人至少可以相信,在其死后受到严重歪曲(事实)的名誉毁损时,其生前的生活形象受到保护。只有在能够拥有这种期待的前提下生存时,其生前的作为尊严和自由发展才能够按基本法的含义得到充分保障;其宪法法院则将对死者人格权侵害的认可,仅限于损害了“人的尊严”的场合。⁽⁶⁾ 该规范模式下死者名誉保护与言论自由的关系问题应通过利益衡量加以解决,但冲突双方应是死者利益与言论自由。二是间接保护模式。认为对死者名誉之侵害系侵害生者之权益,但究竟侵害生者何种权益尚有疑问。其中之一主张该利益乃遗族对死亡者敬爱追思之情,“台湾的毁损蒋介石名誉案,不认其所侵害的是死亡者的人格权(隐私、名誉),乃采间接保护的方法,即将遗族

(4) 张新宝 《名誉权的法律保护》[M],中国政法大学出版社1997年版,第91页。

(5) 杨立新 《侵权责任法》[M],法律出版社2010年版,第139页。

(6) [日]五十岚清 《人格权法》[M],[日]铃木贤、葛敏译,北京大学出版社2009年版,第29页。

对死亡者的敬爱追思之情,视同人格利益受侵害加以保护。”⁽⁷⁾“将死者之近亲遗族对于死者的敬仰爱慕之情,视同为近亲遗族之其他重要人格法益而加以保护,不仅有直接的法律依据,且亦符合我国崇敬故人之优良风尚。”⁽⁸⁾该立法例下,死者名誉保护与言论自由间的冲突仍需要通过利益衡量加以解决,但冲突双方应发生在生者利益与言论自由之间。采间接保护模式的另一种主张以英美法为代表,其考虑是否对死者遗族名誉本身之侵害,“在英美,只存在对死者的名誉毁损或侵害隐私同时也侵害了遗族的名誉或隐私的情况下,从遗族的立场可提起诉讼,是采间接保护说。”⁽⁹⁾死者名誉保护与言论自由关系问题虽仍属于利益与利益关系问题,但冲突双方应是死者遗族之名誉与言论自由。

二、公众人物名誉权弱化保护之机理

弱化公众人物名誉权保护几乎成为各国民事司法领域采取的普遍立场。其坚持的是现代民法所特有的弱式意义上主体平等原则,但本着民法价值判断的实体性论证规则:在没有足够充分且正当理由的情况下,应当坚持强式意义上的平等对待。⁽¹⁰⁾但缘何在普通民众与社会公众人物名誉权保护问题上坚持弱式意义上的平等对待,理论上的解释并不相同。一是从名誉权的特性角度予以观察。德国民法将名誉视为一般人格权,“虽然也是一个高位阶的法益,但由于它可能和他人的人格权在同一层面上发生冲突,所以,一般人格权的问题所涉及的都是不确定的事实要件。也就是说,单纯是损害一般人格权的事实,并不指示出损害行为的违法性。”⁽¹¹⁾在判断是否构成对特定主体名誉权之侵害时,应依特定事实并通过利益衡量加以判定。亦有将权利区分为可克减权利与不可克减权利,而名誉权则属于可克减性权利,《欧洲人权公约》即采取了这一立场。⁽¹²⁾基于此,名誉权之可克减性是解释公众人物名誉权弱化保护的理论基础。二是从公众人物所具主体特殊性予以考虑。有学者认为,公众人物名誉权进行适当弱化保护的利益平衡基础,是因为他们已经从自己的角色中得到了足够的报偿:社会的普遍尊重;实现抱负;成就感;物质待遇。⁽¹³⁾亦有学者认为,公众人物因其公众性和公共利益性,与一般社会公众不同,他们对舆论监督可能对其名誉造成的轻微损害应当予以忍受。⁽¹⁴⁾二者之间仍存有差异,前者注重公众人物个人得失之均衡,后者则因其事关公益而主张应被特别对待。从权利客体与主体两个方面分别论述,各有优势,但尚不足以对该问题作出妥当性解释。公众人物的主体特殊性论证能够将其与普通人的有效区分,但却不能解决为什么公

(7) 王泽鉴《侵权行为》[M],北京大学出版社2009年版,第146页。

(8) 刘春堂《判解民法债编通则》[M],三民书局2010年版,第116页。

(9) [日]安次富哲雄《死者的人格权》,载《损害赔偿的课题与展望》,第193页。转引自刘士国《现代侵权损害赔偿研究》[M],法律出版社1998年版,第169页。

(10) 王轶《民法价值判断问题的实体性论证规则——以中国民法学的学术实践为背景》[C],《民法原理与民法学方法》,法律出版社2009年版,第41-42页。

(11) [德]马克西米利安·福克斯《侵权行为法》[M],法律出版社2006年版,第57页。

(12) 《欧洲人权公约》第8条规定:(1)人人享有私生活和家庭生活、住所和通信受尊重的权利。(2)公共权力当局对行使前款规定的权利的干涉仅得在法律规定的情况下进行,并且该干涉构成民主社会中所必需的、为了国家安全、公共安全、国家经济福利的利益,为了防止社会无序或者犯罪、保护健康或道德,或保护他人权利和自由而采取的必要措施。

(13) 张新宝《名誉权的法律保护》[M],中国政法大学出版社1997年版,第107页。

(14) <http://www.lawtime.cn/info/minfa/qlrsmingyu/2010082651444.html>,访问时间:2012年12月1日。

公众人物的名誉权、隐私权等人格权该受到限制，而生命权、身体权等人格权与普通人一样得到保护而不需受到限制的问题。名誉权权利客体角度的论证无法解决同是一样的权利，为什么主体是公众人物时要区别对待。

公众人物名誉权之弱化保护，其缘由应始自于对权利构成原理之反思。法律通过权利、利益等形式达成社会资源配置之目的，这些形式之间在效力、法律意义等方面各有不同。权利乃法律赋予保护力之利益，其标志着权利客体专属于权利人。私权为社会共同生活而存在，是为保障个人的身份与财产关系上利益的垄断性享受的，它是以其权利主体的个人利益为直接目的。⁽¹⁵⁾ 利益则不具有主体专属性，被置于社会中在遵守竞争规则的前提下可被主体予以争夺。权利是法律实现社会资源配置的基本手段，法律基于社会正义需要设定权利，但要区分权利分配与权利运动之不同，以在静态与动态结合的意义上全面把握权利。权利分配阶段乃权利人按照权利设计之原型予以享有，处于静止状态，其配置资源的目的在于划定行为界限。权利配置本身因专属性的确立而解决了权利客体在社会主体之间的分配，具体权利客体在不同主体之间不存在彼此交叉的问题，否则配置权利会造成主体之间的竞争状态，而没有解决社会资源的依法有效配置问题。从该意义上讲，民事权利冲突是不存在的，以权利位阶理论解释权利冲突其实是一个伪命题。人是目的而非手段，权利乃人的构成性要素，为其组成部分的权利之间划定位阶之实质就是对人的目的性之否定。“在仅只涉及本人的那部分，他的独立性在权利上则是绝对的。对于本人自己，对于他自己的身和心，个人乃是最高主权者。”⁽¹⁶⁾ 一般认为，生命权相对于财产权具有更高的价值位阶，但这一认识显已在现代社会多元价值背景下被颠覆。法律应该允许人们基于宗教或者其他因素而放弃生命权，生命权具有的崇高地位不复存在，人格权能演变的趋势在于自主决定。“当患者认为接受输血违反自己的宗教信仰，明确表示拒绝伴有输血的医疗行为的时候，将这样的意思表示作为其人格权的一部分，必须予以尊重。”⁽¹⁷⁾ 承认权利冲突中的位阶理论，意味着他人的权利可以成为对权利予以限制的原因，客观必然违反主体平等原则。对于权利所表明客体，尤其是绝对权，义务人对其连利益都不享有，故在绝对权被侵害时应基于侵权法之调整机理予以保护。人身权相比于财产权之所以显示出较高的位阶，其实质是因为法律对二者设定的权利原型不同，突出表现在所有权限制的法律保留，“所有权者，指于法令限制之范围内，对物为全面支配的权利。”⁽¹⁸⁾ 可基于法律规定对其予以限制既是所有权应有之义也是其存在之常态，诸如征收之情形，所有权可以在公共利益需要面前被限制。人身权基于权利原型之设定，显无通过公共利益加以限制的合法性。问题的重点在于，公共利益为什么不是先在地可以限制民事权利。公共利益无论多么重要说到底都仅是利益，其效力显然要低于权利，以公共利益限制权利必须是在法定情形下才可以适用，而不能成为一般原则。故所谓权利冲突问题应由立法通过权利原型之设定与规划加以解决，若将其留给司法通过权利位阶理论加以解决，必然无法实现对私权的有效保护。基于此，若名誉权被创设成为具体人格权，在法律没有明确限制性规定的前提下，非但不能基于公共利益需要对其加以限制，反而必须旗帜鲜明地树立名誉权高于公共利益之原则。故公众人物名誉权之弱化保护问题，便成为了对“公众人物之名誉权到底是不是具体人格权”这一问题的追问。

(15) [日] 我妻荣 《新订民法总则》[M]，于敏译，中国法制出版社 2008 年版，第 30 页。

(16) [英] 约翰·密尔 《论自由》[M]，程崇华译，商务印书馆 1996 年版，第 10 页。

(17) 同前注 [6]，第 188 页。

(18) 王泽鉴 《民法物权（1）通则·所有权》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 148 页。

法律设定权利之原型,落实权利分配思路实现了社会资源在法律调整层面的初次配置。但是社会不能停留在静止状态,权利人必然追求权利之流动,即促成权利运动以实现社会资源的再配置,以达创造财富之目的。权利运动是指权利人自身享受权利之外的权利运用状态,包含但不局限于权利的出让、出租等形式,权利人依此旨在实现单纯权利拥有之外的利益最大化。拥有并实现权利仅能达成该特定权利之创设目的,但不能满足权利人透过权利实现增殖的需求,却更符合民事主体追求权利之目标。实现这一目标有赖于权利运动,即以权利运动的形式将权利客体重新投入社会参与交易,使其成为其他主体追求并可被交易的发展要素,在交易过程中通过要素流转、聚合,实现权利人利益最大化,这一过程就是权利的利益化过程。权利人可能选择放弃权利以换回新的权利,如签订买卖合同;或者仍保有权利但通过释放权利客体的交换价值或使用价值以获取利益,如在所有权上设定用益物权。在保有权利而又推动权利利益化的过程中,必然以减弱权利的伦理性为代价,尤其以人身权最为明显,作为权利原型因其所具伦理性而无法以金钱衡量之,但利益化过程中其权利客体——人格身份利益被释放出来,在权利运动中便具有了交易性而可被价格予以衡量。在所有权与用益物权并存时之所以用益物权具优先效力,是因为所有权人设定用益物权的实质是实现了权利运动,这一过程中用益物权人享有的是权利,所有权人之所有权利益化,权利与利益相较当然权利的效力更为强大。权利运动可能基于权利人同意,在物权征收等情形也可能不以权利人同意为必要,但均使得原本被划定为权利人专属的客体投放到社会中,重新成为具有可资竞争性争夺的资源,需要讨论的问题便不再是什么权利冲突问题,而是利益与权利的关系或者利益与利益的关系问题。名誉权等人身权本来是主体对自身人格利益享有的权利,若停留在第一层次资源配置的意义上,任何人即便是基于公共利益也不能对其加以限制,这就是普通人的权利应受到强力保护的根据。普通人一旦转换成为公众人物,无论是主动的还是被动的,都意味着原本由其专属的权利客体,被重新纳入到社会交易市场而致利益化。但公众人物仅是将其与成为公众人物的相关权利重新投放社会交易市场利益化,而不是其全部权利。被利益化的权利如名誉权之客体恰与言论、新闻自由之客体产生交集,便导致利益冲突;而生命权、身体权、健康权、所有权等仍然处于权利分配状态。

三、公众人物名誉权与言论自由冲突解决之比较考察

(一) 美国法之处理

美国法在名誉保护问题上本不区分普通民众与公众人物,而统一适用普通法规则。“传统上,诽谤诉讼中的原告无须证明被告明知或应该知道诽谤言论的不实性。故意地、严重不负责任地或过失地将言论传达给第三人,如果事后证实该言论是虚假的,被告都要为不实的言论承担严格责任。”⁽¹⁹⁾ New York Times Co. 诉 Sullivan 一案中布伦南法官明确了“(对言论及报刊自由的)宪法上的保障要求联邦的原则是,只要公务员不举例证明言辞所具有的‘实际恶意’(actual malice)——即,明知是虚构的或者是轻率地无视是否是虚构,只要不对所说的进行举证,对于有关自己职务行为上的毁损名誉的虚构,联邦的原则是禁止获取损害赔偿”的判断标准。⁽²⁰⁾ 该判例确立的实际恶意原则不但改变了普通法在诽谤领域确立的严格责任原则,且其适用范围被扩张到公众人物。

(19) [美] 文森特·R·约翰逊 《美国侵权法》[M], 赵文秀等译, 中国人民大学出版社 2004 年版, 第 294 页。

(20) [日] 藤仓皓一郎等 《英美判例百选》[M], 段匡、杨永庄译, 北京大学出版社 2005 年版, 第 101 页。

“实际恶意原则一般反对媒体‘自我审查’的做法，鼓励关于政府官员及公众人物的消息的自由流动，因为此类消息对于民主政府的运行是很重要的。”⁽²¹⁾ 本判例转移举证责任要求原告负担被告具有“实际恶意”之举证责任，但作为被告的媒体应能够判别公众人物与私人之间的差别，否则将承受因规则上的差别对待而带来的不利后果。“美国宪法第一修正案（即保护言论自由的条款）要求，在确定对公众人物或政府官员的诽谤是否成立时，应该考虑被告主观上是否有过错，如果被告没有诽谤的故意或过失，就不能轻易定被告的罪，因为言论自由是受宪法保护的。这样一来，一个政府官员或公众人物想要打赢诽谤的官司就比一般人困难了。因为一般人要证明被告在‘公开’时在主观上有过错；而公众人物和政府官员则需要证明被告不仅在‘公开’时有过错，而且在‘制造’时就有过错，才可能确立被告的诽谤责任。”⁽²²⁾ 但作为社会名流、文化英雄等“完全意义上的公众人物”易于判断，而作为“有限意义上的公众人物”却难于判别。“通常，新闻记者们需要弄清以下几个问题：（1）是否存在一场公共论战，这场论战是否在被诉的出版物发表之前就已经存在了？（2）原告是否自愿地加入了论战以图影响论战的结果，并且在其中表现十分突出？（3）原告是否曾针对那些有损其声誉的出版物通过传媒机构来进行论辩？如果对所有这些问题的回答都是肯定的，那么原告就可能是所谓的‘有限意义上的公众人物’；否则，原告就可能是一个‘普通个人’。”⁽²³⁾ 美国在处理公众人物名誉权保护与言论自由关系问题上形成了独特的方式，将该问题上升为宪法问题，在宪法层面上更强调言论自由相对于名誉权保护的优先性。其突出体现在诽谤法的宪法化，即从宪法保护言论自由的意旨决定毁损名誉，确定了不同主体之间名誉权保护的不同原则，同时言论自由方面亦区分事实陈述和意见表达。“关于名誉毁损法的宪法准则就展示了三个范畴。第一，是关于公职人员及公众人物的法，因此要规定‘实际的恶意’的要件，要求证明度的‘令人信服的明了性’，而陪审的判断要服从法院特别的缜密斟酌。第二是关于对公共关注事务而遭到诽谤的私人的法，因此，就有了某种过失的要件、‘实际的损害’的要件及否认惩罚性损害赔偿的准则。第三是纯粹的在私人事务上的私人被诽谤的场合，在承认惩罚性赔偿和上面的第二项是不同的，但在其他要点上尚不明确。”⁽²⁴⁾ 美国法将公众人物名誉权保护与言论自由之关系的解决超出了普通法中诽谤法的范围，而从宪法的层面予以考量，并确立了言论自由优先于人格权保护的原则，其突破了私法领域在世界法律体系内独树一帜。

（二）大陆法系国家处理原则

大陆法系国家在对待公众人物名誉权保护与言论自由关系的问题上，视其为民法问题，在侵权法体系内寻求二者之协调，由法官通过利益衡量寻求个案的公正性。实际上，即便是美国之外的普通法，亦坚持以诽谤法为保护名誉，并顾及言论自由的保护，设有真实抗辩及公正评论抗辩。为强化言论自由的保护，得依宪法明示或默示（尤其是在加拿大及澳洲）保障言论自由的意旨来扩张解释适用相对免责权。⁽²⁵⁾

德国以名誉权侵害行为的违法性为解决问题的切入点。名誉权被视为属于一般人格权这一框架

(21) 同前注 [19]，第 295 页。

(22) 李亚虹《美国侵权法》，法律出版社 1999 年版，第 172 - 173 页。

(23) [美] 唐纳德·M·吉尔摩等《美国大众传播法：判例分析》（上册）[M]，梁宁等译，清华大学出版社 2002 年版，第 210 - 211 页。

(24) [日] 望月礼二郎《英美法》[M]，郭建、王仲涛译，商务印书馆 2005 年版，第 216 - 217 页。

(25) 王泽鉴《名誉保护、言论自由与真实恶意（actual malice）原则》[C]，《中国法律评论》（第一卷），法律出版社 2007 年版，第 29 页。

性权利,其性质介于权利与利益之间。从请求权基础的角度上意味着,对名誉之保护,从适用第823条第2款转向了第1款,个中差异体现为,“在依照第823条第1款受保护的权利(a)中,权利人被赋予的追求和实现特定利益的权能的排他性程度如此之高,以至于只要是因故意或过失所致的对此种利益的损害本身就足以构成侵权行为。与此相反,其他的利益(b)则只针对特定的损害方式才受保护。”⁽²⁶⁾ 名誉虽列入第823条第1款中的“其他权利”予以调整,但却无法与生命、身体权等享受同一待遇,其尚未达到权利的属性密度,在违法性认定上却与其他人身权有不同。“侵害这些框架性权利的行为还不能推定其具有违法性,而是必须通过对行为不法的确定来积极地认定这种违法性。”⁽²⁷⁾ “对违法性进行积极的判断,这可以通过证明被告的行为不符合适用于所涉情形的特殊的强制规则所施加的行为标准来达成。或者说,被告的行为在违反了施加给所有人的应采取注意不对他人造成损害的一般注意义务时才具有违法性。”⁽²⁸⁾ 就名誉而言,“其实并没有什么‘名誉权’,也就是说,没有由‘名誉’这个概念所涵盖的专属的利益领域。就名誉而言,更确切地说就像在财产问题上一样:单是故意或过失造成损害尚未属应予谴责;只有特定的损害方式和情状才构成侵权。”⁽²⁹⁾ 其司法对这些框架权利被确定的领域,可以在“中等程度的抽象高度”上,根据人民大众中行之有效的生活准则和礼仪规则,进行法益权衡和利益衡量。⁽³⁰⁾ 名誉的法律地位,与利益相比获得提升,但与权利比则是下降了,其原因应是受制于言论自由。二者实践关系的摆布,将决定制度配置的方向。若坚持言论自由处于更高的位阶,则在二者冲突的问题上偏向被告,而使原告承担较重的法律义务。但若是强调名誉向具体人格权方向的成长,使其优位于言论自由,那么被告方将被苛以义务。基于此,分别在陈述事实和发表言论领域形成了两个违法性判定规则。在通过事实陈述引发名誉侵害的情况下,如能证明相关事实的真实性,原则上可以排除名誉侵害的违法性。然在例外情况下,即使陈述的事实是不真实的或者不可证明是真实的,由于存在着合法的利益需要维护,这种行为仍然具有合法性。在以发表言论的方式侵害名誉的情况下,行为人无法通过证明其言论的真实性来主张其行为的合法性。⁽³¹⁾ 德国在《艺术著作权法》第22条提到了公众人物:报刊等媒体在使用他人肖像进行报道时,原则上应当征得他人同意,但是对于特殊人物则是例外,不经其同意也可以传播或登载其图片。“当行为人未经授权商业性地使用名人的肖像、姓名或者其他人格特征不构成诽谤时,只要名人能证明其遭受的经济损失是由行为人未经授权的使用行为导致的,名人就有权向法院起诉,要求行为人支付损害性赔偿金。”⁽³²⁾ 德国学者据此提出了判断言论侵犯名誉权的标准:与一般私人不同,公众人物须对他人言论承担忍受义务。“在对公众关心的热门话题发表言论时,只有在例外的情况下,这种言论才可被理解为诽谤性批评;毋宁说,诽谤性批判仅局限于对私人的人身进行攻击。”⁽³³⁾ 德国之所以将名誉视为一般人格权的一部分,通过利益衡量

(26) [德]迪特尔·施瓦布《民法导论》[M],郑冲译,法律出版社2006年版,第216页。

(27) [德]霍尔斯特·埃曼《德国民法中的一般人格权制度——论从非道德行为到侵权行为的转变》[C],载梁慧星主编《民商法论丛》(第23卷),金桥文化出版(香港)有限公司2002年版,第421页。

(28) Markesinis and Unberath, The German Law of Torts, p. 81. 转引自李昊《交易安全义务论——德国侵权行为法结构变迁的一种解读》[M],北京大学出版社2008年版,第258-259页。

(29) 同前注[26]。

(30) 同前注[27],第429页。

(31) 同前注[27],第435页。

(32) [德]苏珊娜·伯格曼《美国和德国公开权制度的比较研究》[C],载张民安主编《公开权侵权责任研究:肖像、隐私及其他人格特征侵权》,中山人民出版社2010年版,第302页。

(33) 同前注[27],第435页。

而不是结果不法去判定名誉侵权行为是否成立，其旨在从民众层面就为言论自由留下较为广阔的空间，并顺应社会发展使其得到适时把握。使公众人物承担更大的容忍义务，有利于落实公众人物的社会责任并发挥其建设性的社会作用。

日本在坚持将名誉定位为利益的前提下，在公众人物名誉保护的问题上，没有像德国侵权法那样凡公众人物之名誉均予以特别对待，而是以判断名誉毁损是否涉及公共领域或者与公共利益相联系为基准。日本民法典第709条中权利被严格的解释（即在绝对权侵害的场合推认有违法性），关于法律上被保护的利益则根据基于违法性的相关关系说来判断。⁽³⁴⁾ 名誉是作为被保护的利益而非权利加以看待的，“一般而言，当叙述真实的事实时，违法性较小；而叙述虚伪的事实时，违法性较强。”⁽³⁵⁾ 日本是在考虑侵权行为构成要件是否成就的意义上，对违法性及可责性均予以考察，并因事实陈述与意见表达而有不同的判断，其依据判例形成的基本规则是，“如果该行为涉及与公共利益有关的事实并且其目的完全是为了公益的场合，揭示的事实的重要部分被证明是真实的则该行为没有违法性；假设即使不能证明是真实的，但是行为者有正当理由相信该事实是真实的则应当否定行为人的故意或者过失。与此相反，以某种事实为基础发表意见或评论的名誉损害，该行为涉及与公共利益有关的事实并且其目的完全是为了公益的场合，作为该意见或者评论的前提的事实，如果重要部分被证明是真实的，只要没有人身攻击等超出作为意见或者评论的限度的，该行为应该说不具有违法性；假设即使以此为基础的事实不能证明是真实的，但是行为者有正当理由相信该事实的重要部分是真实的则否定行为人的故意或者过失。”⁽³⁶⁾ 涉及公务员等公众人物名誉保护时，言论自由的尺度较之更大一些。“当批评的对象为公务员时，即使经由批评行为降低了社会对该公务员的评价，如果批评的目的是为了公益且可以证明作为前提的事实在主要方面属实时，只要不具备具有人身攻击性质的评论，因欠缺违法性，以上行为不构成名誉毁损。”⁽³⁷⁾

（三）我国台湾地区的处理模式

我国台湾地区对名誉保护非常独特，其将名誉权规定为具体人格权，但在认定违法性上却与德国框架权之违法性认定保持一致。“侵害权利之所以被认为不法，系以权利的内容具有明确范围为前提，例如生命、身体、健康、自由、所有权等是。若权利的内容过于广泛不具明确保护范围时，例如名誉、隐私、信用等人格法益，多涉及言论自由，其违法性，应依利益衡量及价值判断加以认定。”⁽³⁸⁾ 同时，在判断名誉权侵害之违法性时又溢出侵权法框架，而在判例中引入了真实恶意原则。王泽鉴认为，其改变了“现行法”的体系结构，破坏了其“现行法”已经建构的名誉保护与言论自由协调的合理机制。名誉保护与言论自由系同受“宪法”保障的基本权利，无优先位阶的问题，发生冲突时应就个案特殊性，以“宪法”的意旨作合比例性的利益衡量。意见表达系属“合理评论”时，得阻却违法，不成立侵权行为。因事实陈述而侵害他人名誉者，加害人得证明事实为真实，而阻却违法，不成立侵权行为。行为人虽不能证明言论内容为真实，但以其所提证据资料，认为行为人有相当理由确信其为真实者，得阻却违法。⁽³⁹⁾ 台湾地区的“立法”旨在将名誉权确定为具体人格权的前提下，谋求名誉权保护与言论自由之间得到协调，但应该说其价值追求与保护现状

(34) [日] 圆谷峻 《判例形成的日本新侵权行为法》[M]，赵莉译，法律出版社2008年版，第70页。

(35) [日] 田山辉明 《日本侵权行为法》[M]，顾祝轩、丁相顺译，北京大学出版社2011年版，第62页。

(36) 同前注 [34]。

(37) 同前注 [35]，第64页。

(38) 同前注 [7]，第220页。

(39) 同前注 [25]，第32-33页。

之间产生较大冲突,非但没有形成独特规范模式,且以牺牲侵权法体系为代价。就普通民众层面上,台湾地区法律试图矫正判例确定的言论自由优先原则基础上,在名誉权保护与言论自由之间构建均势;但对公众人物名誉权保护而言,因其承担较大的容忍义务,故对其而言言论自由居于优先地位。“公众人物之言行事关公益,其故应以最大之容忍,接受新闻媒体之监督,然新闻媒体就其言之报道,仍负查证之注意义务,仅其所负注意程度较为减轻而已。”⁽⁴⁰⁾

四、我国公众人物名誉权保护与言论自由

(一) 名誉权保护与言论自由调和机制之规范模式

《民法通则》第101条即将名誉权规定为具体人格权,在促进人权保护问题上发挥了建设性的作用。但名誉权与生命权等具体人格权并不相同,其作为具体人格权本身是否绝对是一个制度创新或者进步尚值深刻反思。德国、日本等始终没有承认其具体人格权身份,表面上的理由是因为名誉权不具有确定的内涵,但实质上应该是受制于侵权法体系与调整机制。台湾地区在名誉权规范上的独特性应该引起重视,其一方面确认名誉权的具体人格权身份,另一方面却脱离具体人格权的保护机制而仿照德国采一般人格权的方式保护名誉权。无论是德国对其留在一般人格权阵营的坚持,还是台湾地区虽在形式上承认其具体人格权的形式,但仍以一般人格权之模式对其予以保护,都充分说明,将名誉权与生命权等人格权同等对待是存在问题的,完全将其按照具体人格权对待,不但会造成人格权体系及侵权法体系的冲突,而且重要问题在于会最大限度地窒息言论自由;尤其在我国这样一个更为注重名誉的国度,这一担忧尤其强烈。

作为具体人格权的名誉权保护与言论自由之间具有先天的理论困惑。名誉权作为权利,言论自由则为利益,二者相较,权利之效力当然地优于利益。那种认为,“只有在这种情况下,才可以认定出于国家利益或者社会公共利益的考虑,而对民事权利的行使予以限制,这就是类似于新闻批评权的行使而允许受批评者人格权的适当限制”⁽⁴¹⁾的观点是不妥当的。立法以设定具体人格权的形式保护名誉权,对于解决该问题具有重要意义,但其同时又会在与言论自由并存的问题上造成失衡而走入极端,导致普通民事主体层面上名誉权绝对优于言论自由,只要因过错侵害他人名誉权就应承担侵权责任,从而严重制约在普遍公众意义上的言论自由。“对于与公共利益无关或者关系不大的事务,就没有必要予以密切的关注,更无必要在任何情况下都加以传播、批评。”⁽⁴²⁾通过具体人格权的形式强化名誉权的保护若是到了极致,就无法在普通民众层面上保有言论自由。言论自由不能等同于对私人事务的传播与批判,其是促成人与人交流并达成沟通理性的前提。理论上,名誉权与言论自由之间亦存在着内在的关联,离开言论自由恐连名誉权都无法形成。“名誉权者,以人在社会上应受与其地位相当之尊敬或评价之利益为内容的权利也。”⁽⁴³⁾社会若不能为言论自由留有足够的空间,非但不能建成民主社会,且名誉权亦无从产生。基于此,就普遍民事主体的意义上,必须在名誉权保护与言论自由之间保持一种可资调和的机制,不但是名誉得以产生的社会前提,而且

(40) 同前注 [7],第115页。

(41) 杨立新《权利的冲突与协调》[C],载杨立新主编《侵权司法对策》,吉林人民出版社2002年版,第103页。

(42) 同前注 [4],第264页。

(43) 史尚宽《债法总论》[M],中国政法大学出版社2000年版,第150页。

能够通过言论自由之保有促成社会人际关系之和谐。这便是德国始终将名誉视为一般人格权，并通过行为不法说证明其侵害行为违法性的理由——为名誉权与言论自由之间留有利益衡量的空间。而我国台湾地区承认名誉权为具体人格权，但却仍然以利益衡量方法确定名誉权侵害行为的违法性，不但造成名誉权与其他具体人格权之间在人格权体系内差别，而且也导致侵权法内部权利与利益分别保护的规范结构冲突。我国法律将名誉权定性为具体人格权，但对名誉权之侵权法保护该如何规范不无疑问。结合上述比较考察，应有三条道路可供选择：一是如台湾地区一样，承认其属于具体人格权，但却是按照一般人格权的调整方式加以规范。已如前述，不但造成人格权体系、侵权法体系内的冲突，而且更为严重的是，名誉权被立法确认但却要通过司法层面上的利益衡量来确定其加害行为是否构成侵权，从而造成司法变相行使立法权的结果。二是借鉴德国立法例，通过违法性要件实现对名誉权侵害行为的调整。但我国侵权责任法不承认违法性属于责任构成要件，该种选择因违背侵权责任法体系而没有可能。三是借鉴日本立法通过过错要件实现对名誉权侵害的调整。过错之认定具有体系内的一致性，若在认定侵害名誉权时采取对过错的特别理解，亦同样会对侵权责任法构成要件理论造成体系性伤害。我国立法客观上亦不能为了维持侵权法体系完整而将名誉权从具体人格权中除去，建构名誉权保护与言论自由调和机制的路径应该是通过立法界定名誉权，将言论自由之制约纳入名誉权之设定原型，使得言论自由在立法上具有限制名誉权保护之功能，以解决公共利益与私权冲突的问题，并为司法领域形成名誉权侵权行为判定规则提供法律依据。“在私人之间的关系当中，权利的限制问题从根本上说就是一个权利的内容的问题。在侵权法中发展起来的规范保护领域说（只在损害行为恰恰对于此种类型的损害和此种类型的损害方式而言属应予谴责之行为的情形给予损害赔偿），也为阐释权利提供了正确的开端。权利的内容和限制首先由制定法规定。而界限问题则留给司法判例和法学界去解决。”⁽⁴⁴⁾ 权利可以受到限制的，但其属于权利的构成性要素，乃法律设定权利原型之体现。权利限制必须坚持法定原则，权利一旦被设定后就受到法律保护，不能因为其他权利或者公共利益而随意受到限制。

（二）我国公众人物名誉权保护与言论自由之协调

自2002年上海市静安区人民法院关于范志毅名誉侵权案判决起，我国司法判决承认了公众人物这一概念并在公众人物侵权领域确认了容忍义务。该判决书指出，被告（文汇新民联合报业集团）的新闻报道是以为社会公众利益进行新闻宣传和舆论监督为目的，应当受法律保护。即使原告认为争议的报导点名道姓称其涉嫌赌球而有损其名誉，但作为公众人物的原告，对媒体在行使正当舆论监督的过程中可能造成的轻微伤害应当予以容忍与理解。这一判决思想在后续的司法判决中得到了参照和发展，大致可以判断为正在判例形成的途中。⁽⁴⁵⁾ 但“公众人物的忍受义务”和“名誉权案件不能忽略公共利益”等法院据以判决的理由却没有法律根据。⁽⁴⁶⁾ 虽具有某种学理上的合理性，但却不得不承认其在合法性方面尚存欠缺。对公众人物予以区别对待背离了私主体平等原则，在没有立法根据的前提下司法的判断显然不妥。公众人物的容忍义务本身易于造成理论上的混乱，其究竟是否造成对公众人物名誉权的限制不无疑问。基于主体平等原则，名誉权对于任何主体而言

(44) 同前注 [26]，第174-175页。

(45) 黄卉 《关于判例形成的观察和法律分析——以我国失实新闻侵害公众人物名誉权案为切入点》 [J]，《华东政法大学学报》，2009年第1期。

(46) 李正春 《公众人物名誉权与言论自由的冲突与救济》 [EB/OL]，<http://czyxfy.chinacourt.org/public/detail.php?id=1010>。

其权利原型都是一致的,这一点不能因主体差别而有不同,并非是权利构成中权能数量的减少而导致公众人物所享之名誉权权能缺项。况且公众人物的容忍也不是无限的,当批判目标是一位政治家或其他公众人物而不是一个私人时,可接受的批判的界限要更为宽广;他们有意识地任由自己受到新闻界和公众的审查。然而,即使是公众人物也被赋予权利保留某些隐私;而由于几乎没有什么公共利益应当来源于暴露政治家私人生活的特定一些方面。⁽⁴⁷⁾“政治家和一些大企业的董事会也须比普通人更多地容忍公众舆论的抨击。但即使是这些公众人物也无须容忍那些关于他们从事了刑事违法行为的攻击,诸如‘和伊拉克进行了肮脏的武器交易’这样的言论。”⁽⁴⁸⁾公众人物名誉权之弱化保护亦非因其从角色中得到足够的报偿,与普通人相比,公众人物之所得事实上总是更多。媒体通过对公众人物的追逐报道获得公众的关注,公众人物则从媒体的报道中获得巨大利益。如果没有害及其人格尊严,公众人物对媒体采访报道过程中的轻微损害理应予以容忍,这是保证媒体生存、保障新闻自由的合理需要。⁽⁴⁹⁾公众人物身份生成过程中导致权利利益化,其名誉权弱化保护主要是基于主体自身的选择,同时因为每个人都存在着随时归于平凡生活的机会,从这个意义上讲,公众人物自身权利义务配置均衡才是问题之根本。公众人物名誉权利益化,为其与同样作为利益属性的言论自由进行比较解决了理论障碍。公众人物名誉权的弱化保护不是在与普通人的直接比较中体现出来,而是二者在与同一第三方即言论自由比较中,体现出的比较劣势。但是,公众人物名誉权在与言论自由的比较中处于怎样的地位,需要遵循利益冲突规则在个案中加以判断,而无确定性结论。解决利益冲突的方法为利益衡量,即通过交替地站在各个当事人的视角上复合地理解纠纷,试图对个别具体的纠纷中当事人的利害关系,甚至对当事人在纠纷中的行动、心理进行分析、理解,从中找到合适的解决办法。⁽⁵⁰⁾利益衡量方法对法官而言并非任意行为,仍应遵循一定的基本原则,突出体现为公共利益对个体利益的优先性。言论自由乃与公共利益有关,其重要功能在于监督社会,而公众人物之行为即在监督之列,按照公共利益优先性原则,二者相较,言论自由应具有高于公众人物名誉权保护的地位。在普遍民事主体名誉权与言论自由协调的层面上,以言论自由作为限制性因素设定名誉权之权利原型,目的在于构建社会主体交往、沟通的基础;确立言论自由在总体上优先于公众人物名誉权保护,则旨在强化民众对社会的监督,对公众人物加强监督和批评。

(责任编辑:杨会新)

(47) [英] 克莱尔·奥维·罗宾·怀特 《欧洲人权法:原则与判例》[M],何志鹏、孙璐译,北京大学出版社2006年版,第383页。

(48) [德] 克里斯蒂安·冯·巴尔 《欧洲比较侵权行为法》(下卷)[M],法律出版社2001年版,第118-119页。

(49) 洪波、李轶 《公众人物的判断标准、类型及其名誉权的限制》[J],《当代法学》2006年第4期。

(50) [日] 大村敦志 《民法总论》[M],江溯、张立艳译,北京大学出版社2004年版,第102页。