

专栏·王泽鉴

名誉保护、言论自由
与真实恶意 (actual malice) 原则

实践·实例研习

盗窃虚拟财产行为之定性研究 | 陈兴良
第三人行为介入之因果关系及客观归责 | 林钰雄

理论·主题创研一

城市化背景下土地产权的实施和保护 | 张曙光 (主笔)
不动产物权的善意取得 | 崔建远

实践·实务析解

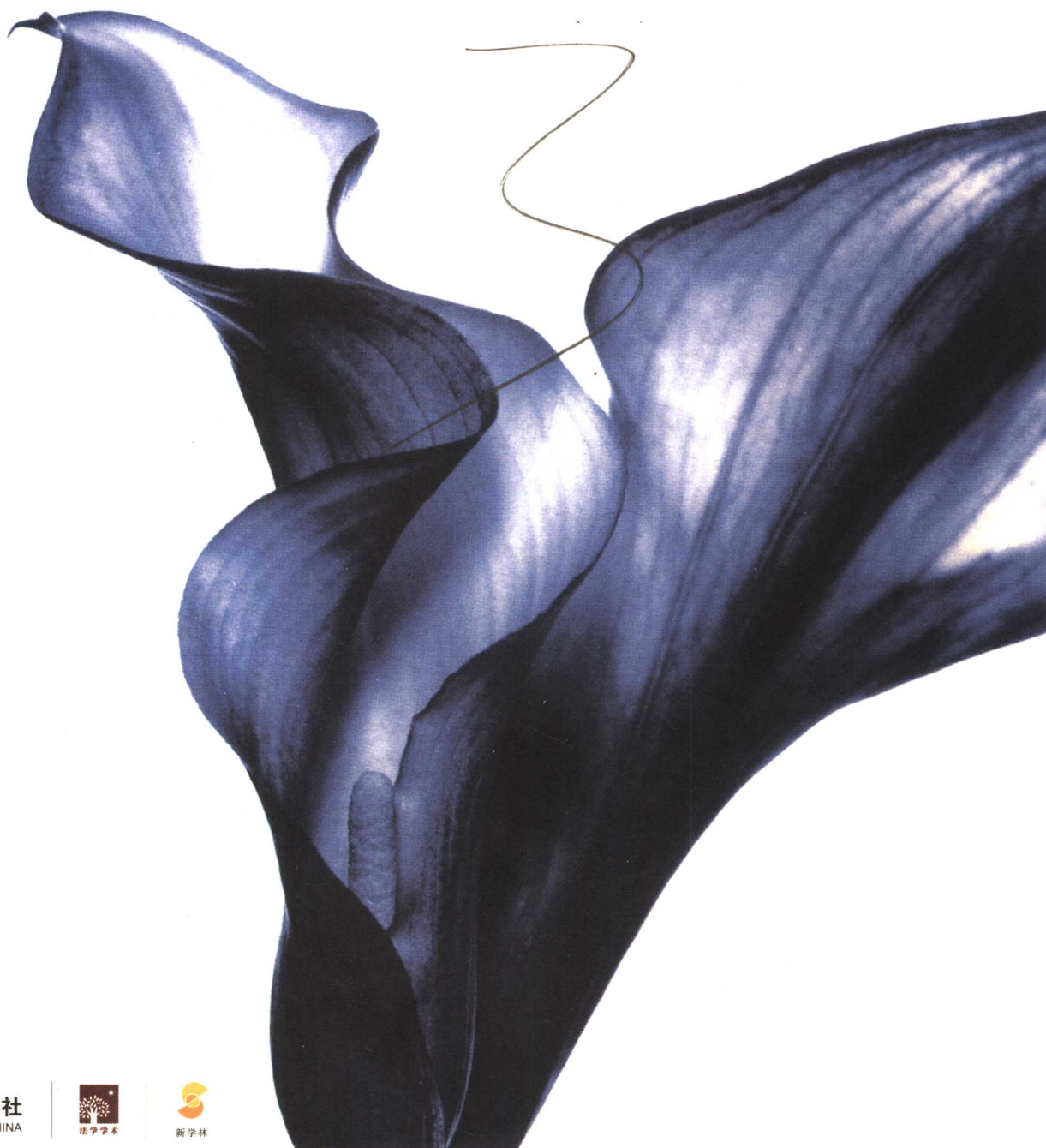
结果加重犯的认定 | 张明
行政法上比例原则之 | 湛中乐

理论·主题创研二

台湾地区“民法”物权编修正经纬 | 谢在全
公共利益与政府征收 | 李建良

实践·实务述评

述怀·华语法律家
不辜负法律专业的尊严和光荣 | 陈弘毅



中國經濟學說
中國經濟學說
中國經濟學說
中國經濟學說
中國經濟學說

中國經濟學說
中國經濟學說
中國經濟學說
中國經濟學說
中國經濟學說

中國經濟學說
中國經濟學說
中國經濟學說
中國經濟學說
中國經濟學說



D920.4/35

:1

2007

中国法律评论

第一卷

China Law Review

Volume 1

《中国法律评论》编辑部



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



法律出版社



新学林

图书在版编目(CIP)数据

中国法律评论(第1卷)/《中国法律评论》编辑部编. —北京:法律出版社,2007. 11

ISBN 978-7-5036-7792-2

I. 中… II. 中… III. 法律—中国—文集 IV. D920.4-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第157195号

©法律出版社·中国

中国法律评论(第1卷)

《中国法律评论》
编辑部 编

责任编辑 本书编辑部
装帧设计 乔智炜

开本 787×1092 毫米 A4

版本 2007年11月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京中科印刷有限公司

印张 11.75 字数 256千

印次 2007年11月第1次印刷

编辑 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939686

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-7792-2

定价:25.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《中国法律评论》创办辞

王泽鉴

中国的崛起与追赶是这本世纪的关注焦点。举凡中国经济成长,国家竞争力、法治建设等,都显出惊人发展。随着这几十年与大陆学者们的互动与交流,我们所熟习的法学学术圈也创造了更成熟的环境。两岸四地人民、学界的往来造就了更宽广的包容与合作的力量。法律出版社与台湾的新学林出版公司所筹办的《中国法律评论》及其国际英文版与新学林出版公司所创办的《台湾法学杂志》企图共同营造属于具有跨越台湾海峡之完整性的法学学术出版物。具有五点重要意义:一者,学术区域乃两岸法学为基础,另发展与国际学术之接轨;其二,不单只某一些科目,而以涵盖各科为主的综合性期刊为主;其三,内容不仅只有学术,仍包括实务的学术化研究;其四,内容不仅只有学术、实务,仍存有一部份信息性与教学性数据,例如学术活动与实务动态的观察,以及作为教学使用之〈实例研习〉专栏的规划;其五,台湾的学者与大陆的学者在策划主题、研究等方面的合作,更是具有一种意义上的完整性。

《台湾法学杂志》是台湾最有影响力的期刊之一,也得到台湾大多数学者的认同。台湾法学杂志已达成发行第一百期的里程碑,同时应法律出版社的热烈邀请揭开《中国法律评论》及其国际英文版的序幕。有感于我们这一代逐渐将学术、实务舞台由更多更杰出的后进接手。而中华法学学术的传承与发扬光大使命,也落在两岸所有有志之士的肩上。《中国法律评论》的创办与同步出版的《台湾法学杂志》第一百期,无论是一个隆重开始或是一个庄严里程碑,都将共同为两岸法学的发达与繁荣,法治进步,做出长远重大的贡献。

《中国法律评论》想做什么？

《中国法律评论》编辑部

我们理解的法学学术

学术活动,应当承担应有的社会责任。法律规范,保障社会公平正义和社会的和谐运行;法学学术,涉及经济、政治、文化、社会建设的方方面面。法学,应当是一门显学,不只是书斋之学,不应当只阐述理论、提供知识。两岸四地的中华儿女,应当关注祖国的法制建设的进程,关心中华民族的伟大复兴。法学学术,应当具有独特的视角,科学的方法,前瞻性的预测,理性的思辨,建设性的批判。对学科而言,提示规律,繁荣发展;对社会而言,创建规范,促进和谐;对个人而言,指引路径,授以方法;对精神而言,追求理性,启迪民智。

在开放的年代,学术应当具有世界的眼光。在交流中寻找中国法律和中国法学的最佳功能和价值。

《中国法律评论》想做什么？

《中国法律评论》想做的,就是一件推进法学中西交流的事情。《中国法律评论》有三个版本形式:内地简体字版、台湾繁体字版、英文版,简体字版先期出版,我们力图收集当代华语学者的上佳表现,并以中英文版的三种面目展现给世人。一位学者的一篇文章,将以三个版本,就教于海内外学人,犹如三种声道的同声传译,将“妆罢低声问夫婿,画眉深浅入时无?”的问题传播到两岸四地与七洲。或许今日中国法学学术与实践尚不够成熟,但《中国法律评论》仍然要将这尚不成熟的、但终将成长的华人表现,推到世界面前。与此同时,我们也将收入国际学者的上乘表现,这不仅是一种对比,也是一种沟通、鞭策,还是一种“世界工厂”的全球化式的表现。

我们认同:中国是世界的一部分

在《尚书》和《左传》里,“中国”一词已在使用。我们看晁错的《言兵事疏》中对比匈奴与汉军时,更在娴熟使用“中国”,且意义已与今日相同:“此中国之长技也。”云云。这还在汉孝文帝时。人们常说,中国人缺乏民族国家观念,看来并不确切。其时,以北方游牧民族为对照的中原,其实不可能将自己视为世界的全部。

后来两千年中国沉浮的实践更加表明,一旦有自视为世界全部的苗头,就伏下危险。哪怕将自己视为世界的主要部分,亦危险——天朝大国的优越感,实在误尽苍生。进一步说,不但中国自视为中心,是成问题;基督教国家倘自视为中心,亦成问题。我们必须承认,每个国家,每种文明,都是世界的一部分。

同时,文明亦需交流。茫茫大雪中张骞的马队和茫茫大海上丁韪良的航船,都是国家与文明的传播者。而美国 1979 年任命的恒安石大使原本出生在中国内陆,这一事实本身,也隐喻着不同的国家与文明,是在友爱的交流中一起成长。

法律需要友爱的交流

在友爱而非敌视的交流中,法律移植和法学学术交流是重要部分。丁韪良为中国带来了国际法和国际法的视野,恒安石的父亲恒慕义后来返美创建的国会图书馆东方部,也藏有大量中国法律书籍。不过,中国引进西法,以能经世致用者居多;西方收藏中法,则关注古典者甚众。这真是一个有趣对比。这表明,中国是将西方化的法律落实在文本与实践,西方对中国近日实践与当代法学学术的关注还嫌不够——我们去 google 的英文网页上 google,就能发现,中国法学学者的英文名字实在是少。对十几亿国人,几百多法学院,上万名法学家、数十万法律职业人来讲,面对这一学术交流上的巨大逆差,不能不催人奋发。对西方来讲,坐视世界最大人口聚居区的实践及其本土研究的存在而不重视,似亦不妥。

晁错在《言兵事疏》里,对比匈奴和汉朝,完全以敌我而论。这是一篇策对,也显出一种军事思维。法学交流就不是军事思维。对军事思维而言,最好的做法是保密,对法学交流来说,最好的做法是开放。《中国法律评论》想扮演的角色,可以说就是中国法学学术与实践以及部分世界法学的公开者。将来的人们也许能说到:张骞从西域带回核桃;丁韪良把国际法带到中国;恒慕义在美国收藏中国图书;《中国法律评论》将当代中国法学家的声音、将当代中国的法律实践撞击大地的声音,传播到世界,还把部分的世界声音,连接到了中国。

谁都不是世界中心,不同的国家和文明应当彼此尊重。在这样友爱交流的氛围中,《中国法律评论》诞生了,并且一定会长大。

中国法律评论（第1卷）

学术顾问:(内地)(以姓氏拼音为序)

陈光中	高铭暄	梁慧星	江 平	江 伟
潘汉典	王保树	王家福	曾宪义	

(台湾地区)(以姓氏拼音为序)

蔡墩铭	陈自强	黄维幸	邱联恭	汤德宗
王泽鉴	张特生			

学术委员:(内地)(以姓氏拼音为序)

陈桂明	陈瑞华	陈兴良	崔建远	方流芳
韩大元	何勤华	贺卫方	黄 进	黄松有
姜明安	季卫东	龙宗智	孙宪忠	王利明
王卫国	吴汉东	熊选国	杨立新	赵秉志
张明楷	张千帆	张守文	张卫平	张文显
朱苏力	朱孝清			

(台湾地区)(以姓氏拼音为序)

陈春生	陈聪富	陈荣传	陈荣隆	陈忠五
陈子平	郭丽珍	郝凤鸣	洪家殷	黄程贯
江朝国	焦兴铠	李建良	李念祖	林钰雄
约翰逊林	刘连煜	刘幸义	潘维大	施慧玲
宋蕙琬	温丰文			

民事法实务研究中心	主持人:	杨立新教授
	助理主持:	袁雪石博士
刑事法实务研究中心	主持人:	冯 军教授
公法实务研究中心	主持人:	湛中乐教授

特别感谢: 王卫权博士 丁相顺博士

本卷作者
(按文章先后为序)

王泽鉴 台湾大学法学院名誉教授

张曙光 中国社会科学院经济研究所研究员
盛 洪 山东大学经济研究中心教授,北京天则
经济研究所所长

赵 农 中国社会科学院经济研究所副研究员
刘守英 国务院发展研究中心研究员
时红秀 国家行政学院教授
程 炼 中国社会科学院金融研究所博士后

崔建远 清华大学法学院教授

谢在全 台湾地区“司法院”大法官

李建良 台湾大学法学院副教授,
台北“中央研究院”法学研究所副研究员

林钰雄 台湾大学法学院副教授

林诚二 东吴大学法学院教授

温丰文 东海大学法学院教授

陈兴良 北京大学法学院教授

张明楷 清华大学法学院教授

蔡圣伟 东吴大学法学院助理教授

湛中乐 北京大学法学院教授

陈弘毅 香港大学法学院教授

中国法律评论(第1卷)

北京·法律出版社
台北·新学林出版公司

出版人:黄 闽
总编辑:胡一丁
主 编:茅院生 田金益
执行主编:董彦斌 林廷遥 刘彦泮
编 辑:孙东育 高 山 王旭坤
刘文科 田会文
行政编辑:吴绍怡

目 录

- 1 专栏·王泽鉴
- 3 名誉保护、言论自由与真实恶意(actual malice)原则 | 王泽鉴

- 35 理论·主题创研一 [不动产权利:经济学家和法学家的对话]
- 37 城市化背景下土地产权的实施和保护 | 张曙光(主笔)
- 65 不动产物权的善意取得 | 崔建远

- 79 理论·主题创研二 [华语地区的物权文本]
- 81 台湾地区“民法”物权编修正经纬 | 谢在全
- 94 公共利益与政府征收 | 李建良
——略说《中华人民共和国物权法》第四十二条:台湾地区观点

- 101 实践·实例研习
- 103 盗窃虚拟财产行为之定性研究 | 陈兴良
——孟动等网络盗窃案分析
- 116 第三人行为介入之因果关系及客观归责 | 林钰雄
- 124 买卖不破租赁规定之目的性限缩与类推适用 | 林诚二
- 130 占有改定与善意取得 | 温丰文

133	实践·实务析解
135	结果加重犯的认定 张明楷 ——评北京市高级人民法院[2006]京高刑终字第451号判决
144	行政法上比例原则之原理与实践 湛中乐 ——兼评汇丰实业发展有限公司诉哈尔滨市规划局案
151	实践·实务述评
153	2006年公法裁判选辑
157	2006年民事裁判和判解
164	台湾地区2006年刑事判决评释:不能未遂 蔡圣伟
167	述怀·华语法律家
169	不辜负法律专业的尊严和光荣 陈弘毅

专栏 · 王泽鉴

名誉保护、言论自由与真实恶意(actual malice)原则

名誉保护、言论自由与真实恶意 (actual malice)原则

王泽鉴*

目次

壹 | 绪说

- 一、名誉权保护法律体系的再构成
名誉在“民法”及“刑法”上的保护
“司法院”释字第509号解释
- 二、政治社会变迁、名誉保护与言论自由
- 三、实务见解及法律发展
- 四、研究课题

贰 | 名誉权的侵害及救济：规范体系的建构

- 一、损害赔偿请求权
请求权基础
侵害他人的“名誉”：名誉的概念及保护范围
侵害“他人”的名誉：当事人
他人名誉的“侵害”：事实陈述与意见表达
侵害他人名誉权的不法性：违法阻却问题
故意过失
- 二、保护请求权：侵害人格权(名誉权)的侵害除去及妨害防止请求权

叁 | 名誉保护与言论自由的调和机制

- 一、调和机制的探寻
现行侵权行为法调和机制
以真实恶意原则为调和机制
- 二、美国诽谤法上的真实恶意(actual malice)原则

概说

- 普通法上的诽谤侵权行为
诽谤法的宪法化：真实恶意规则的创设
体系整理、利益衡量基本原则及实务运作
- 三、“真实恶意”原则在我侵权行为法的检讨分析
“真实恶意”原则与法律解释适用
采用真实恶意的理论基础
真实恶意原则与释字第509号解释意旨
真实恶意原则与过失责任主义
“真实恶意”：混淆的概念及适用范围
比较法上的观察
综合分析
- 四、名誉保护与言论自由调和基准的建构
人格权(包含名誉权、隐私权等)与言论自由的
同位阶性
法律构造
意见表达与事实陈述：区别推定原则及法律问题
意见表达与合理评论
事实陈述：真实性、合理查证义务与举证责任

肆 | 结论

* 台湾大学法律学院名誉教授。

壹、绪说

一、名誉权保护法律体系的再构成

名誉在“民法”及“刑法”上的保护

名誉系体现人的尊严及价值的重要人格法益,法律设有保护的規定。在私法方面,“民法”*第195条第一项明定不法侵害他人之名誉者,被害人虽非财产上之损害,亦得请求赔偿相当之金额(慰抚金)。其名誉被侵害者,并得请求回复原状之适当处分。^①在“刑法”方面,更设有妨害名誉罪,即:(1)第309条(公然侮辱罪):“公然侮辱人者,处拘役或三百元以下罚金(第一项)。以强暴犯前项之罪者,处一年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罚金(第二项)。”(2)第310条(诽谤罪):“意图散布于众,而指摘或传述足以毁损他人名誉之事者,为诽谤罪,处一年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罚金(第一项)。散布文字、图画犯前项之罪者,处二年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罚金(第二项)。Ⅲ对于所诽谤之事,能证明其为真实者,不罚。但涉于私德而与公共利益无关者,不在此限(第三项)。”(3)第311条(阻却违法事由):“以善意发表言论,而有左列情形之一者,不罚:一、因自卫、自辩或保护合法之利益者。二、公务员因职务而报告者。三、对于可受公评之事,而为适当之评论者。四、对

于中央及地方之会议或法院或公众集会之记事,而为适当之载述者。”(4)第312条(侮辱、诽谤死者罪):“对于已死之人公然侮辱者,处拘役或三百元以下罚金(第一项)。对于已死之人犯诽谤罪者,处一年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罚金(第二项)。”

“刑法”本着罪刑法定主义,详设妨害名誉罪的类型、要件及不罚事由,旨在兼顾名誉保护及言论自由。关于“民法”上的侵害名誉,系适用侵权行为的一般规定。“刑法”与“民法”同在保护名誉,二者适用关系如何,尤其是“刑法”第310条第三项关于“证明真实不罚”及第311条关于“善意发表言论不罚”的规定,得否“类推适用”于侵害名誉的侵权行为,系理论及实务上的重要问题,而此实导源于“司法院”**释字第509号关于“刑法”第310条规定是否违宪的解释。

“司法院”释字第509号解释

2000年7月7日作成的“司法院”释字第509号解释^②,是台湾地区名誉保护与言论自由发展的里程碑,具有重大深远的意义。本号解释的意旨有三:

1. “言论自由为人民之基本权利,宪法第十一条有明文保障,国家应给予最大限度之维护,俾其实现自我、沟通意见、追求真理及监督各种政治或社会活动之功能得以发挥。惟为兼顾对个人名誉、隐私及公共利益之保

* 以下“民法”、“刑法”等均指台湾地区“民法”、“刑法”等。——编者注

① 关于名誉权在侵权行为法的规范,比较法上有四种模式:1. 明文规定:除我“民法”第195条第1项外,尚有日本民法,其第709条规定:“因故意或过失侵害他人之权利者,负损害赔偿责任。”第710条明定:“不问其侵害他人之身体、自由或名誉时,与侵害财产权时,依前条之规定,负损害赔偿之人,对非财产上之损害,亦应为赔偿。”2. 明文排除:德国民法第823条第1项规定:“因故意或过失不法侵害他人生命、身体、健康、自由者,所有权或其他权利者,对所生损害应负赔偿责任。”不包括名誉(Ehre)在内,其后创设“一般人格权”(Allgemeines Persönlichkeitsrecht),而将名誉纳入其保护范围。3. 瑞士民法第28条明定人格关系应受保护,解释上包括名誉在内。4. 法国民法无关于人格权的一般规定,但实务上肯定应受法国民法第1382条的保护。又毁损名誉(defamation)系英美法上重要的一种侵权行为(Tort)。关于各国名誉权保护的比较研究,在日本有深入的研究,参阅五十岚 清:《人格权论》,一粒社1989年版;齐藤 博:《人格权法研究》,一粒社1979年版。

** 以下“司法院”等均指台湾地区“司法院”等。——编者注

② 关于本件有苏俊雄大法官及吴康大法官的协同意见书,常被引用,将于相关部分,再为说明。

护,法律尚非不得对言论自由依其传播方式为合理之限制。”此项解释旨在调和“言论自由”与“名誉权”(人格权)二种基本权利,并涉及“事实陈述”与“意见表达”二种“言论”的区别。值得研究的是,本号解释是否蕴涵“言论自由”显然具有高于名誉(人格权)的价值。

2.“刑法第三百十条第一项及第二项诽谤罪即系保护个人法益而设,为防止妨碍他人之自由权利所必要,符合宪法第二十三条规定之意旨。至刑法同条第三项前段以对诽谤之事,能证明其为真实者不罚,系针对言论内容与事实相符者之保障,并藉以限定刑罚权之范围,非谓指摘或传述诽谤事项之行为为人,必须自行证明其言论内容确属真实,始能免于刑责。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。就此而言,刑法第三百十条第三项与宪法保障言论自由之旨趣并无抵触。”此段解释增设“合理查证”作为不罚事由,对“刑法”第311条第一项及第二项诽谤罪规定作“合宪性解释”,系为强化对言论自由的保护,而将“刑法”诽谤罪的违法阻却事由加以扩张,在方法上相当于美国最高法院1964年 New York Times v. Sullivan 判决采 actual malice(真实恶意,真正恶意)法则,而将普通法(common law)诽谤(毁损名誉侵权行为)加以法宪法化,以保障言论自由。

3. 解释理由谓:“惟为保护个人名誉、隐

私等法益及维护公共利益,国家对言论自由尚非不得依其传播方式为适当限制。至于限制之手段究应采用民事赔偿抑或兼采刑事处罚,则应就人民守法精神、对他人权利尊重之态度、现行民事赔偿制度之功能、媒体工作者对本身职业规范遵守之程度及其违背时所受同业纪律制裁之效果等各项因素,综合考虑。以现况而言,基于上述各项因素,尚不能认为不实施诽谤除罪化,即属违宪。况一旦妨害他人名誉均得以金钱赔偿而了却责任,岂非享有财富者即得任意诽谤他人名誉,自非宪法保障人民权利之本意。”此段解释理由系认现行侵权行为民事金钱赔偿制度不足保护言论自由,不能作为诽谤除罪化的理由。兹应研究的是,现行侵权行为法如何规范名誉保护与言论自由。

二、政治社会变迁、名誉保护与言论自由

名誉保护的法律机制正处于重大的变革过程。此项变迁反映了台湾地区的政治社会发展,除重视名誉的传统外,应予提出的有二:

1. 政治选举活动:台湾地区各种选举频繁,政党对立情形严重,互相指责,当事人及相关人士为澄清传闻,或为造势活动的选举策略,辄以诽谤罪互控,提起刑事诉讼并附带请求高额损害赔偿。^①

2. 民主宪政与言论自由:80年代以来的民主宪政改革,使“宪法”所保障的言论自由得以落实,新闻媒体的快速发展,形成了相当活泼的言论市场,同时也增加侵害他人名誉的可能性,造成言论自由与人格权(尤其是名誉、隐私、肖像)保护的紧张关系。^②

① 著名的相关案件,参阅“最高法院”2004年台上字第829号民事判决(李“前总统”夫人李曾文惠控告“立法委员”冯沪祥);台北地方法院2004年诉字第4592号民事判决(赵少康控告陈水扁、苏贞昌);台北地方法院2006年诉字第1439号民事判决(连战之女连惠心控告“立法委员”段宜康)。

② 著名的相关案件,参阅“最高法院”2004年台上字第851号民事判决(吕秀莲控告新新闻周刊);“最高法院”2004年台上字第1979号民事判决(张俊宏控告李敖);“最高法院”2004年台上字第1805号民事判决(谢长廷控告璩美凤)。