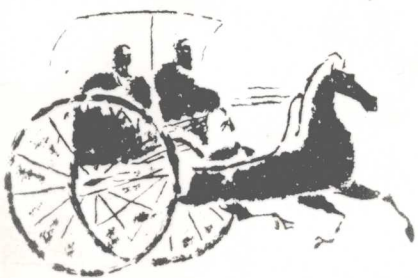


主编
黄东黎
刘海波

法的界限



——丽江「纳西古乐」引发名誉侵权案的法律思考



 人民出版社

D927.744

H823.1

8

法的界限

——丽江“纳西古乐”引发名誉侵权案的法律思考

主编 黄东黎 刘海波



人民出版社

策划编辑：马 赛
责任编辑：马 赛
封面设计：北京汉青文化
版式设计：肖 辉

图书在版编目(CIP)数据

法的界限 / 黄东黎主编. - 北京: 人民出版社, 2006. 6
ISBN 7-01-005594-7

I. 法… II. 黄… III. ①名誉权-侵权行为-案例-分析-中国 ②名誉权-侵权行为-法律适用-中国
IV. D923.49

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 054617 号

法的界限

FA DE JIEXIAN

——丽江“纳西古乐”引发名誉侵权案的法律思考

主编 黄东黎 刘海波

人民出版社 出版发行

(100706 北京朝阳门内大街 166 号)

北京中文天地文化艺术有限公司排版

北京新魏印刷厂印刷 新华书店经销

2006 年 6 月第 1 版 2006 年 6 月北京第 1 次印刷

开本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32 印张: 7.125

字数: 180 千字 印数: 0,001 - 3,000 册

ISBN 7-01-005594-7 定价: 16.00 元

邮购地址 100706 北京朝阳门内大街 166 号

人民东方图书销售中心 电话 (010) 65250042 65289539

序：真理会越辩越明的 ◎ 江 平^①

名誉侵权案件越来越多，越来越被人们关注，形成的司法实践也越来越丰富，这是令人欣慰的一面。但是在新闻报道、文学创作和学术研究领域中的名誉侵权难度仍然很大，司法与社会的看法仍颇有分歧，司法认定的标准也颇有难度，有些判决难以服人，这是令人困惑的一面。实践中，新闻自由与名誉侵权、文学创作自由与名誉侵权的案例在数量上还是相对比较多的，而涉及学术研究与名誉侵权的案例则少得多，经验也更显得不足，这就更需要对审判实践中的问题进行理智的探讨与分析。“纳西古乐”一案就是属于学术研究领域中名誉侵权的一件有代表性的案例。

法院可以判决学术文章是否名誉侵权，但法院无法来判决学术观点的是非，而是否构成名誉侵权往往又与学术研究的是非紧密联系在一起。把学术评论与名誉侵权不适当的混同必然会阻碍学术的自由探讨和进步，这不是我们审判的目

^① 中国政法大学终身教授。

——丽江“纳西古乐”引发名誉侵权案的法律思考

的。是否属于正常的学术批评甚至学术批判必须从学术论文的本质去分析,而不能仅从其中的某一两句尖锐用词来判断。在这方面,法院切忌表面看问题,自以为是,而是应当听取该方面专家的意见。不仅自然科学如此,人文科学也是如此。一篇学术论文,究竟属于虽有个别过激言辞但本质仍属于严肃的学术探讨和学术批评性质的,还是本质不属于学术探讨,亦无学术价值,而是借学术批评为名贬低他人人格性质的,必须要严加区分。

法院可以判决学术文章是否名誉侵权,但是否名誉侵权又与学术真伪有密切的关系。学术打假正在中国兴起,这是比伪劣产品更关乎国家前途的一件大事。学术打假应当包含两个方面,一方面是剽窃性质的打假,另一方面是属于伪科学性质的打假(自然科学有伪科学,人文科学中也有,但更难认定)。在学术真伪的争论过程中不可避免地会对被认为是伪科学、伪学术的一方使用一些属于“伪”的形容词(如“挂羊头,卖狗肉”等一些词),这也是可以理解的。因此,如何区分属于正常学术真伪之争,究竟文章中所称之“伪”是主要针对一种学说、一种观点、一种流派而言的,还是主要是针对某一具体人,应当分清楚。对于本质属于学术真伪之争而轻易以名誉侵权定性,将会严重挫伤当今学术打假的积极性。

这本文集是“纳西古乐”一案中同意和同情败诉一方观点的文章。显然,这不仅是辩护律师的观点,还有一些学者、专家、同行的意见。我相信,真理会越辩越明的。

2006年5月6日

目 录

序：真理会越辩越明的 江 平 / 1

法律适用、法律推理及自由裁量权的行使尺度 黄东黎 / 1

——丽江“纳西古乐”引发名誉侵权案例分析的视角

名誉权与言论自由：宣科案中的是非与轻重 梁治平 / 24

——宣科诉吴学源、《艺术评论》名誉侵权案评论

批评性言论的法律界限 刘海波 / 56

——宣科诉吴学源、《艺术评论》杂志社名誉

侵权案评论

应当区分学术批评中诽谤与尖刻评论之间的界限 杨立新 / 80

——关于“纳西古乐”案件的第二次评论

案件的正确答案与案件的社会结构 贺海仁 / 89

——以“纳西古乐”案为分析对象

司法如何仲裁学术作品的名誉侵权纠纷 谢海定 / 106

——宣科诉吴学源、《艺术评论》杂志社案评析

从“纳西古乐”案看学术批评的法律困境 阮金阳 / 126

公正评论的边界 甘 霖 / 134

——评“纳西古乐”案二审判决

宣科诉《艺术评论》杂志社名誉侵权案件法律推理的
分析 董晓萌 / 141

侮辱与诽谤的界限 邱 东 黄东黎 / 149

——宣科名誉侵权案件的几点思考

目 录

宣科名誉侵权案件中《艺术评论》杂志社侵权责任的
法律分析 吴志强 / 156

附录 背景资料 / 161

云南省丽江市中级人民法院民事判决书 / 163

云南省高级人民法院民事判决书 / 176

“纳西古乐”是什么东西? 吴学源 / 191

是非公道,自在人心 田 青 / 203

音乐学界五大学术刊物的联合声明 / 221

08\ 第五册 丽江市中级人民法院民事判决书已登报于《纳西古乐》第
五期第二版附案“纳西古乐”干关——

08\ 斗室宽 丽江市中级人民法院民事判决书已登报于《纳西古乐》第
五期第二版附案“纳西古乐”干关——

001\ 吴学源 丽江市中级人民法院民事判决书已登报于《纳西古乐》第
五期第二版附案“纳西古乐”干关——

002\ 田青 丽江市中级人民法院民事判决书已登报于《纳西古乐》第
五期第二版附案“纳西古乐”干关——

081\ 案 七 丽江市中级人民法院民事判决书已登报于《纳西古乐》第
五期第二版附案“纳西古乐”干关——

082\ 案 八 丽江市中级人民法院民事判决书已登报于《纳西古乐》第
五期第二版附案“纳西古乐”干关——

083\ 案 九 丽江市中级人民法院民事判决书已登报于《纳西古乐》第
五期第二版附案“纳西古乐”干关——

法律适用、法律推理及 自由裁量权的行使尺度

◎ 黄东黎^①

——丽江“纳西古乐”引发名誉 侵权案例分析的视角

案 情

2003年10月,《艺术评论》创刊号刊登了云南音乐理论家吴学源的文章《“纳西古乐”是什么东西?》。文章对丽江市(原丽江县)申报联合国“人类口头与非物质文化遗产”的“纳西古乐”进行了学术考证,认为“申遗”所谓的“纳西古乐”,“谎言十分荒唐,完全是对观众的一种欺骗”,是“毫无音乐常识的胡言乱语”,“不仅蒙蔽了广大的国内外观众、新闻媒体,也蒙蔽了许多不同级别的领导、一些社会名流、知名学者,国内一些不了解云南省音乐情况的音乐界人士,乃至蒙蔽了国外一些国家的高层官员”,提出“文化打假势在必行,这样的国际玩笑应该收场了”,因为它“完全是商业炒作行为,甚至是挂羊头,卖狗肉”,并劝告“纳西古乐”的宣传者宣科“切切不可利令智昏,今后的路要走好”。

2004年3月,宣科向云南省丽江市中级人民法院起诉吴学源及《艺术评论》杂志社名誉侵权;指控吴学源“以歪曲事实的方法

^① 中国社会科学院法学所/国际法研究中心研究员、教授。

对原告进行大肆诽谤,大搞人身名誉攻击”,“诽谤原告十多年来蒙蔽国内外观众媒体、各级领导、社会名流、国外高层官员等”;要求吴学源和《艺术评论》“承担对原告诽谤名誉侵权的责任”。^①

2004年12月,云南省丽江市中级人民法院判决:(1)诉争文章涉及对“纳西古乐”的评论,“属于百花齐放、百家争鸣的学术问题”,法院“对学术问题不作法律上的裁判”;(2)吴学源“在文章中有借评论‘纳西古乐’攻击、侮辱原告宣科的内容及言辞”。原因是:第一,“将‘纳西古乐’界定为‘假文化’的前提下将‘纳西古乐’称为‘东西’,就具有对原告和‘纳西古乐’明显的轻蔑和侮辱的意思”;第二,吴学源文章中的用语(本文第一自然段中引用的用语)“明显超出学术评论的范畴,是对原告宣科名誉的贬低、损毁,已构成名誉侵权”。^②

2005年9月,云南省高级人民法院终审判决维持一审关于对学术问题不作法律上的裁判的认定;提出“学术评论和批评应当遵循客观、公正的原则以保证其正当性,即学术评论和批评只应针对学术问题提出不同意见和观点,而不能借学术评论对他人的人格进行攻击和贬损”的道德标准;之后直接在此基础上认定涉案文章中针对宣科的言辞(本文第一自然段中引用的用语),“明显超出学术评论的范畴,并针对上诉人宣科的人格提出质疑,违背了作为学术争论应遵循的公正评价的原则,丧失了学术评论应有的正当性,已构成对宣科的名誉侵权”;判决《艺术评论》杂志社“不仅对文章有审查疏忽的过失,更负有在栏目编排上侵权的主观过失”,应承担相应的民事责任。^③(以下简称本案为“纳西古乐”案)

① 见云南省丽江市中级人民法院民事判决书(2004)丽中民一初字第10号。

② 同上。

③ 见云南省高级人民法院民事判决书(2005)云高民一终字第88号。

云南两审法官对“纳西古乐”案件的裁定,法律适用错误,法律推理失当,自由裁量权使用失度,暴露了目前我国司法判决中普遍存在的三大问题:(1)名誉侵权案件法律的正确适用;(2)科学的法律推理;以及(3)法官自由裁量权的行使尺度。

本文从“纳西古乐”案例分析的视角,第一部分剖析我国现行名誉侵权案件的适用法律,第二、第三部分就法律推理的科学性及法官自由裁量权行使尺度的限制问题进行初步探索,以期引起社会及法学界对这些问题更进一步的讨论。文章最后两部分探讨裁定侮辱的标准及公众对司法实践进行监督的性质及意义。

笔者认为,司法独立本身,并不能保障司法公正。司法维护公正的基础,是司法判决的专业化建设,其最基本和有效的技术手段,是通过“制度化和形式化”科学的法律推理,保障法律统一、正确的适用并规范和限制法官的自由裁量权。

适用法律

任何一个案件的审理,其依据首先是,也必须是相关的法律规定。《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)第7条规定:

人民法院审理案件,必须以事实为根据,以法律为准绳。

作为民事关系与准则基本法的《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)第8条规定:

在中华人民共和国领域内的民事活动,适用中华人民共和国法律。

“有法必依”无疑是我国司法确立的一项最基本的原则。但是,具体案件的审理中,就法律适用而言,“有法必依”中的“法”是何含义?具体到宣科与吴学源和《艺术评论》杂志社的名誉权诉讼案件,法院必须依照的“法”是哪些?

理论上,与某具体诉求直接相关的所有法律都是对该诉求进行判决的法律依据。司法实践中所谓的“有法必依”,不仅包括宪法和全国人民代表大会的立法,也包括行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、国务院部门规章和地方政府规章、部门规章以及最高人民法院为指导法律的正确适用,针对具体法律规定所作的司法解释。

譬如,名誉侵权诉求的相关法律规定就有:《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)第38条,^①《民法通则》第101条、第120条,^②以及《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解答》(以下简称《解答》)的规定。

以上三种规定,从法律的位阶来看,国家根本法的《宪法》第38条无疑具有最高的法律效力,但其内容高度原则、概括,只规定了公民在自己名誉权受到侵犯时的诉权。

其后是《民法通则》,其第101条和《宪法》一样,也只规定了公民在自己名誉权受到侵犯时的诉权,而第120条进一步规定在此侵权行为发生时公民可以寻求的法律救济——“有权要求停止侵害,恢复名誉,消除影响,赔礼道歉,并可以要求赔偿损失”。

① 《宪法》第38条:“中华人民共和国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。”

② 《民法通则》第101条:“公民、法人享有名誉权,公民的人格尊严受法律保护,禁止用侮辱、诽谤等方式损害公民、法人的名誉。”第120条:“公民的姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权受到侵害的,有权要求停止侵害,恢复名誉,消除影响,赔礼道歉,并可以要求赔偿损失。法人的名称权、名誉权、荣誉权受到侵害的,适用前款规定。”

最后才是司法解释性质的《解答》，对名誉侵权认定作出了比其他相关法律更为详尽的规定，包括案件审判适用法律的构成要件和审理步骤，从而成为审理名誉侵权案件《民事诉讼法》第7条意义上“人民法院审理案件，必须以事实为根据，以法律为准绳”之“法”。

具体到认为自己名誉权受到侵害的宣科作为原告，以吴学源作为第一被告、《艺术评论》杂志社作为第二被告提起的名誉侵权诉讼一案，其所应适用之“法”则是《解答》第七、第八部分的规定。

“纳西古乐”案中，两审法官都认定《民法通则》作为案件判决的法律依据而忽视《解答》的具体规定。对适用法律作如此的认定，无疑扩大了法官对案件进行自由裁量的空间，也直接违反了法律具体规定优于一般规定的正确适用原则。正是由于我国法律规定比较原则，不确定的法律概念较多，自由裁量权的范围很大，最高人民法院才试图通过司法解释，对法官自由裁量权进行限制，以减少对同一事实作不同认定、对同一法律作不同理解等情况的发生，以增加裁判的透明度和可预见性。^①

《解答》第七、第八部分明确规定了法官审理名誉侵权诉请的法律步骤及批评性文章名誉侵权的法律构成要件。

《解答》第七部分规定如下：

问：侵害名誉权责任应该如何认定？

答：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。

① 见《司法解释：是对司法权的约束而非扩张》一文中最高人民法院副院长江必新的讲话内容，载2003年3月18日《法制日报》。

理想状态下,法律适用无非是适用法律的具体规定对案件事实的逻辑运用。但司法实践的经验告诉我们,抽象、概括的法律规定往往需要先行对法律规定进行构成性阐释,以确定法律具体的构成要件和适用步骤,并以此对案件进行审理,这是彰显判决公正性的法律推理的要求。对《解答》第七部分的构成所做的法律解释可以看出,关于名誉侵权的法律要件如下:

第一,认定行为人行为违法;

第二,认定受害人名誉受损;

第三,认定受害人名誉受损与行为人违法之间存在因果关系;

第四,认定行为人主观上有过错。

以上四个法律要件之间是并列关系,只有对上述四个法律要件一一进行认定之后,法院才能判定被告是否侵权。

《解答》第八部分进一步阐明在因撰写、发表批评文章引起的名誉权纠纷中,正如宣科与吴学源和《艺术评论》杂志社之间的纠纷,如何认定上述第一要件中的“行为人行为违法”,亦即如何认定吴学源与《艺术评论》杂志社的行为违法。

第八部分规定如下:

问:因撰写、发表批评文章引起的名誉权纠纷,应如何认定是否构成侵权?

答:因撰写、发表批评文章引起的名誉权纠纷,人民法院应根据不同情况处理:文章反映的问题基本真实,没有侮辱他人人格的内容的,不应认定为侵害他人名誉权。文章反映的问题虽基本属实,但有侮辱他人人格的内容,使他人名誉受到损害的,应认定为侵害他人名誉权。文章的基本内容失实,使他人名誉受到损害的,应认定为侵害他人名誉权。

上述规定,不仅需要对其构成进行法律解释,更需要根据其词义、含义关联、规范目的以及立法宗旨等对其正确适用进行法律解释。通常,这样的解释,其出发点必须是用语解释,亦即法律文字含义和语法含义的解释。因为含义明确的法律用语本身具有法律约束力,任何其他法律解释的最终结果,都不能超出该法律用语含义可能涵盖的语义范围。

用语解释之后是体系解释,亦即对各用语含义进行关联上的解释,其目的是尽可能在法律体系的关联之中理解和阐释法律规则的真实意义。

再之后是历史解释,亦即对立法者立法意图的解释,其目的是借助立法史阐明该法律的立法目的。

具体解释过程中,往往用语及体系解释的运用已经能够满足司法实践的需要,从而很少涉及历史解释方法的运用。此外,历史解释面临立法者意图不确定(如立法者无法预见的法律适用问题或有意识地将某些问题留待司法判决和法学理论进行探讨等)以及现实发展可能带来的立法目的变迁(如现实的变化可能是立法者始料不及的)等问题,造成该方法使用意义上的局限。

对《解答》第八部分进行构成性解释可以看出,规定涵盖了三种侵权行为的认定:第一种是文章真实,没有侮辱性内容,不侵权;第二种是文章真实,有侮辱内容,侵权;第三种是文章失实,侵权。这里,可以明显地看出,第八部分将名誉侵权行为分为两种:第二种情况下的侮辱侵权与第三种情况下的诽谤侵权。

上述三种情况,第一、第三种情况的规定较为直接,容易理解,而如何理解法律对第二种情况下侵权与否的认定则是“纳西古乐”案判决中法律适用是否正确的关键。

在批评文章有“侮辱他人人格内容”和“损害”的情况下,认定侵权是否仍然必须先认定文章反映的问题是否基本属实?换句话

说,“文章反映的问题虽基本属实”这第一句话是否限定第二句话“但有侮辱他人人格的内容”和第四句话“应认定为侵害他人名誉权”?运用用语及体系解释方法分析该部分规定得出来的答案是肯定的。

首先,第八部分对三种不同情况下侵权的认定采用了相同的语言结构。换句话说,对三种不同情况下认定侵权的法律要件,根据其性质以同样的顺序排列。因此,第一种和第三种情况规定中语句之间的法律关系,同样适用于第二种情况的规定,亦即三种情况下认定侵权的法律规定中的第一句话,都起到限定后面规定内容的作用。换句话说,三种情况,无论哪种,认定侵权,必须先对文章的真实性予以认定。

其次,如果认为第二种情况的规定,虽然用语构成与第一和第三种情况相同,但语句之间的法律关系不同,换句话说,在第二种情况下,认定侵权无须先对文章反映的问题是否基本属实进行认定,只要有侮辱他人人格的内容,无论事实属实与否,都可仅凭侮辱他人人格的内容本身认定侵权。

如果第二种情况下认定侵权的规定果真是这个法律含义,最高人民法院完全可以在规定中采用不同的用语,直接将“无论反映的问题是否基本属实”这层含义表达清楚,以避免适用中产生歧义。最高人民法院没有这样规定,充分说明不应对该规定做如此解读。

再次,如果法官抛开对批评文章内容真伪的事实认定而直接对文章用语进行有否“侮辱他人人格的内容”的判决,将会使法官失去语言把握的客观性,容易导致自由裁量权的滥用。

因此,本案对“纳西古乐”的真伪进行事实认定是对相关法律的正确运用。若批评文章的基本内容失实,则行为人行为的性质是诽谤,诽谤侵权成立;若批评文章反映的问题虽基本属实,但有

侮辱他人人格的内容,则行为人为行为的性质是侮辱,侮辱侵权成立。

根据《解答》第八部分规定对本案进行审理还需要对另一个问题进行法律解释:吴学源文章《“纳西古乐”是什么东西?》是否属于该规定规范的批评文章范畴。第八部分没有限制批评文章的范畴,可以理解为该规定的规范范畴不只局限于对人进行批评的文章,也应涵盖对诸如学术问题进行批评的文章,包括本案争议的《“纳西古乐”是什么东西?》一文。

总结《解答》第七、第八部分的规定,可以归纳法院判定诽谤侵权成立的法律步骤如下:

第一,认定文章是否属于第八部分的涵盖范围;

第二,认定文章内容是否基本属实;

第三,若内容失实,认定受害人名誉是否受损;若无名誉受损,不侵权;

第四,若受损,认定文章是否与名誉受损存在因果关系;若无因果关系,不侵权;

第五,若有,认定行为人的主观故意;若无主观故意,不侵权;

第六,若主观故意,侵权;

或者,判定侮辱侵权成立的法律步骤如下:

第一,认定文章是否属于第八部分的涵盖范围;

第二,认定文章内容是否基本属实;

第三,若基本属实,认定内容是否有侮辱受害人人格的内容;若无,不侵权;

第四,若有,认定受害人名誉是否受损;若无名誉受损,不侵权;

第五,若受损,认定侮辱是否与名誉受损存在因果关系;若无,不侵权;

第六,若有,认定侮辱内容是否行为人主观故意;若无主观故意,不侵权;

第七,若主观故意,侵权。

具体到“纳西古乐”案,法院进行判决的步骤如下(诽谤侵权):

第一,认定文章内容是否属于《解答》第八部分规范的“批评文章”范畴;

第二,认定文章内容是否基本属实;

第三,若不属实,认定宣科名誉是否受损;若无损,不侵权;

第四,若受损,分别认定吴学源撰写该文章与《艺术评论》杂志社刊载该文章是否导致宣科名誉受损的原因;若不是,不侵权;

第五,若是,认定吴学源撰写该文章与《艺术评论》杂志社刊载该文章是否存在主观过错,即两行为的目的是否为了使宣科的名誉受损;若不是,不侵权;

第六,若是,侵权。

或者(侮辱侵权):

第一,认定文章内容是否属于《解答》第八部分规范的“批评文章”范畴;

第二,认定文章内容是否基本属实;

第三,若是,认定文章内容是否有侮辱宣科人格的内容;若无,不侵权;

第四,若有,认定宣科名誉是否受损;若无受损,不侵权;

第五,若受损,认定吴学源撰写该文章与《艺术评论》杂志社刊载该文章是否导致宣科名誉受损的原因;若不是,不侵权;

第六,若是,认定吴学源撰写该文章与《艺术评论》杂志社刊载该文章存在主观过错,即两行为的目的是为了使宣科的名誉受损;若不是,不侵权;