

苏力:《秋菊打官司》的官司、邱氏鼠药案和言论自由 PDF转换可能丢失图片或格式, 建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E8_8B_8F_E5_8A_9B__E3_80_8A_c122_485557.htm 1994年12月和1995年2月, 北京市海淀区人民法院和北京市中级人民法院分别对贾桂花诉青年电影制片厂的侵犯肖像权案(此后称贾案)、邱满囤就邱氏鼠药提出的侵犯名誉权案(此后称邱案)作出了初审和二审判决。尽管这两个案件所涉及的人物和事件并不十分重大, 且都是下层法院作出的判决, 然而, 在我看来, 这两个判决可能是近年来我国司法活动和法治建设具有普遍和深远意义的判决。其意义之重要不仅在于近年来呈上升趋势不断发生新闻舆论、文学艺术和科学技术的某单位或个人“侵犯”公民、法人的名誉权、肖像权的案件纠纷, 1因此这两个案件具有指导意义; 而且它们涉及到中国当代社会的权利的总体配置和其他一些理论和实践的问题。法学界有义务将中国司法实践及其理论内蕴加以提炼、升华, 使之成为法律活动的自觉。这不仅是对我国的法学研究的理论挑战, 而且这一努力有可能对中国的法制实践产生深远的影响。在近年的众多名誉权案件中, 之所以选择这两个案件, 我有特殊的考虑。选择贾案是因为这是一个“难办的案件”(hard case), 而西谚有所谓“难办的案件〔容易〕引出坏法律”(hard cases make bad law)之说。在这个案件中, 原告贾桂花是一个事实上受到伤害的“弱者”; 而被告是社会、经济地位都比较显赫的电影界人士。因此, 就社会情绪来说, 容易倾向于贾氏; 然而一审判决却对贾氏不利。因此, 这一案件可能比其他案件更能提出一些不易为我们的直觉觉察并接受

的问题。选择邱氏鼠药案，则因为这一案件所涉及的是科学技术界，而不是一般的新闻、文艺、出版界，因此使本文所讨论的问题得以延伸，具有更为普遍的意义；此外，这一案件的二审判决体现了一种我认为对今后司法审理这类案件具有指导意义的原则，值得在理论上加以分析阐述并推广；最后，围绕邱氏鼠药案件所引出的最后结果（邱氏鼠药被禁）比任何其他案件都更现实、更直接、也更充分地例证了保护言论自由不只是抽象的公民权利保护，而且对社会的经济文化建 设会产生直接的积极后果。

一、案件与问题 有必要将这两个案件情况及背景作一简单介绍。《秋菊打官司》摄制组在陕西宝鸡进行纪实性摄影时，摄下了一位在场卖棉花糖的公民贾桂花 的形象。贾氏本人自称因“生理缺陷”（贾氏患过天花，脸上有麻子）从来“连照相都不愿”。影片公映后，贾氏形象公之于众大约四秒钟左右（但并不能明显看出患天花的痕迹）。有熟人嘲弄贾氏“成了明星”，“长得那样还上电影”；其子在校也遭人戏谑；这使贾氏极为痛苦。为此，贾氏经律师代理在北京市海淀区人民法院向《秋菊打官司》剧组所属的北京电影学院青年电影制片厂提出诉讼，认为《秋菊》剧组以盈利为目的（因电影是商业发行的）侵犯了她的肖像权，要求影片摄制者向其公开赔礼道歉，剪除影片拷贝上贾氏的镜头，同时赔偿贾氏精神损失费人民币8000元。此案经过审理，海淀区法院于1994年12月8日作出了一审判决，认为《秋菊》剧组的行为不构成侵权，驳回贾氏的诉讼请求。贾氏不服，目前此案已上诉北京市中级人民法院。²

此案判决似乎获得了文学艺术和新闻报道界的好评，认为这一判决是公正的，实事求是的。在此案初审判决的同一天，

中央电视台《焦点访谈》就采访报道了这一事件。报道中，赞同此案判决的人指出，如果这种摄影行为构成侵权的话，那么“以后电影（电视剧、纪录片、新闻报道）没法拍了”。尽管该采访报道是相当平允的，但主持人敬一丹在结语中评论说，此案的决定表明“个人利益应当服从社会利益”。³然而，此案的判决、特别是电视主持人的评论，引起了一些人的不满。⁴在私下论及此案时，许多人，包括一些法学界的同人，都倾向于认为《秋菊》剧组事实上给贾氏造成了伤害，因此，应当给予贾氏赔偿。他们认为，尽管这种赔偿也许会给以后的文学艺术、新闻报道带来一些不便，但在市场经济发展、人民的权利意识增长的今天，同时考虑到中国社会长期以来过份强调个人利益服从社会利益，应当侧重于保护公民、特别是普通公民的权利。与此案相联系，近年还发生了多起有轰动效应的侵犯名誉权案。其中之一是1995年2月北京市中级人民法院二审终结的邱氏鼠药案。邱满囤是河北省的一位公民，声称发明了一种诱杀老鼠的特效药，在这一技术的基础上，邱氏创建了一个颇有名气的老鼠药工厂。五位科学家根据他们的经验和一般的科学原理，在未对邱氏鼠药进行实证研究的情况下，在科技报纸上对邱氏鼠药和邱氏鼠药的宣传提出了批评；他们认为邱氏鼠药中含有某种或某些对生态有害而为国家法令严格禁止使用的有毒化学物质，认为科技界和新闻界应当严肃认真对待这种科学的或涉及科学的问题，防止伪科学的泛滥。邱氏因此对这五位科学家提出诉讼，认为科学家的批评违背了真实，侵犯了邱满囤本人和邱氏鼠药工厂的名誉权。⁵此案一审的中心问题是邱氏鼠药中究竟有没有为国家严格禁止使用的有毒物质。据称经6次实验

检验，结论是一半对一半；在没有结论性实验报告的情况下，一审法院判决邱氏胜诉。科学家们不服，上诉。二审判定科学家的批评没有侵犯邱氏的名誉权，但对邱氏鼠药中究竟是否含有违禁物质未作判决。⁶这一案同样自始至终引起了一定的争论。科学界人士一般认为，这五位科学家的言论没有侵犯邱氏的名誉权。但此案之所以能够立案审理，并有一审判决，显然是认为在此案中科学家有侵犯邱氏名誉权之可能；而且二审的判决似乎也留下了一个尾巴，没有对邱氏鼠药中是否含有违禁物品作出决定。⁷在习惯于强调“以事实为根据”的我国法学界，一些学者和律师在私下曾认为，此案的关键问题是邱氏鼠药究竟有没有违禁物质，因此重要的是查清这一事实；无论什么人，包括科学家，都必须对他的言论的真实可靠负责。

二、权利的冲突 表面看来，这两个案件中所涉及的问题是比较简单的，贾案中涉及的是肖像权问题，邱案中涉及的是名誉权问题。但如果仅仅按照原告律师的请求来界定案件的核心法律问题，并进行审理，我认为，那么无论其最后的判决结果如何，都将失去其重要性，并且都将不利于被告一方。⁸换言之，即使在作为个案的这两个案件中被被告一方赢了，那么在此后的同类案件中，处于与被告类似境遇的其他一些人仍然会受到这种诉讼的威胁。这是因为，案件界定、审理的问题未能有效地回答正在发生的或即将发生的诸如此类的案件中体现出来的当代中国社会中的权利配置问题。而事实上，我们看到，在围绕这两案的社会轰动效应中，人们所关心的绝不仅仅是贾氏是否受到了伤害（这个问题不同于《秋菊》剧组是否侵犯了贾氏的肖像权），或者科学家们的批评是否完全准确。这些问题只是对当事人本人

才是重要的。人们所关心的实际是这些案件判决中所体现的社会中一些权利的总体配置。上面提到的电影界说如果贾氏胜诉“以后无法拍电影了”，以及在邱案发生之后许多著名科学家纷纷出面为五位科学家呼吁，⁹就是一个明证。尽管由于种种原因，他们未能或无法明确将他们的关切以一种更为普遍的法律语言表述出来，但至少表明人们所关心的并不仅仅是案件本身的结果。¹⁰那么他们要求的是什么呢？我认为他们所关心的实际上是一种广义上的言论自由权或表现自由权。具体到贾案那就是，当艺术家行使宪法赋予的文艺创作的自由权时，尽管他无意伤害他人，却有或者没有过错地（这句和下局话中的过错都不是法律意义上的，而是常识意义上的）伤害了他人，艺术家是否应当承担侵权的法律责任；应承担多少，什么是恰当的限制。而在邱案中问题是，当科学家行使宪法赋予的科学讨论自由权和公民的言论自由权时，尽管他无恶意伤害他人名誉权以及相伴的财产权时，但有或者没有过错地上造成了事实上的伤害，科学家是否应当对这种伤害承担责任；应承担多少，什么是恰当的和必要的限制。¹¹因此就此案本身来看，其所涉及的并不是“个人利益服从社会利益”的问题，而是两个个体之间所主张的两种权利的冲突。我个人认为，这才是这两个案件中提出的更为根本性的宪法性问题；也许应当首先解决这些问题之后，然后才能对这两案的具体诉讼请求进行审理。并且也只有在这一构架下，才能作出更具普遍意义和更为深刻的分析。当我提出这样一个宪法性的法律问题时，人们也许很快就会意识到问题的重要性，并根据各自的偏好而得出一些判断。支持艺术家和科学家的人们（包括他们自己）很快会提出言论自由

是宪法赋予的根本性权利，而相对说来，肖像权和名誉权可能相对次要一些。12而支持贾氏或邱氏的人们完全可以很快提出宪法赋予的“言论自由”从来不是、在任何国家也不是绝对的；并且宪法第38条也有规定，公民的人格尊严不受侵犯。13的确，“言论自由”从来也不是绝对的，然而，肖像权和名誉权也从来不是绝对的（我将在后面论述这一点）。因此法学家也许无法仅仅以法律效力的等级性等法理原则来支持这种或那种观点；而必须深入分析这种权利的冲突。提到权利冲突，我更愿意称之为权利的相互性？D？D美国法律经济学家、诺贝尔经济学奖获得者科斯的一个重要发现。科斯在分析“公害”（nuisance）及诸如此类的侵权案件时指出，传统的做法是要求公害施放者对其引起的公害给予损害赔偿；这种似乎是毫无疑问的做法实际上“掩盖了不得不作出的选择的实质。人们一般将该问题视为甲给乙造成损害，因而所要决定的是：如何制止甲？但这是错误的。我们正在分析的问题具有相互性，即避免对乙的损害将会使甲遭受损害，必须决定的真正问题是：是允许甲损害乙，还是允许乙损害甲？”14在贾案和邱案中所出现的正是这样一种情况：表面看来，是被告的行为侵犯了原告的权利；但如果换一个角度，并且不预先假定哪一方的权利更为重要，我们就会发现如果我们满足原告的请求，就侵犯了或要求限制被告的权利。因此，无论法院的最终决定如何，只要它保护一种权利的时候，实际上必然侵犯另一种权利。这就是权利的相互性。科斯的分析对传统的法学理论提出了重大挑战。15传统的法学理论一般认为，权利与权利之间是可以划清界限的；严格依法界定并保护一个人的合法权利时，实际上也就是界定了和保

护了他人的权利。然而，从这两个案件上，我们发现情况不是如此，我们发现的是权利是交叉重叠的，在两个权利之间无法找到一个互不侵犯的界限，除非我们专断地认定一个界限并声称这就是互不侵犯的界限。即使作了这样的界定，也只能在字面上保持权利的互不侵犯，它没有而且不可能改变权利的相互性。在现代社会，权利相互性是一种极其普遍的法律现象。科斯所说的公害和污染的现象是这样的；而我们日常生活也经常遇到这种情况。例如深夜仍在营业的舞厅，其音乐影响了我的休息；从理论上讲，我有不受打扰的“权利”，而舞厅老板有利用其财产营业收益的权利。又比如，从理论上讲，任何人都享有不受因他人的行为而受严重感情伤害的“权利”，但有多少子女在行使其婚姻自主权时使其父母痛心疾首、要死要活？随着社会生活的发展，人们的交往日益频繁，这种权利的相碰撞的可能性日益增加，我们事实上总是处在一种权利相互性的境地。由此，我们可以看出，仅仅一般地在法律文本上承认公民或法人有权利是远远不够的，因为所有这些被承认的权利在某种程度上或在某些时刻可能发生冲突。对法律活动来说，也许重要的不是承认权利，而在于如何恰当地配置权利，并因此给予恰当地救济。也正是由于这个原因，普通法上的权利一直同司法救济相联系，有“无救济就无权利”之说法。

三、权利的通约和权利的配置

如果承认权利的相互性，我们应当如何判断保护何种权利，保护谁的权利呢？传统的法学理论对此没有给予论理充分的回答，甚至没有给予提示。似乎除了作出某种关于权利的价值判断之外，谁也不能合乎情理地并令人信服地声称自己的权利是优先的，并因此要求他人的权利必须为自己的权

利让步；而除了对诸多权利分享类似的价值判断之外，谁也无法心悦诚服地接受他人的价值判断。16科斯认为，在出现权利相互性的时候，如果交易成本为零，无论初始权利配置给谁，最终的结果都将是一样的：产值最大化，或避免最大的伤害。但现实生活中，不可能有交易成本为零的理想状态，交易成本将总是为正；在这种情况下，科斯的研究发现，不同的初始权利配置，将产生出不同的社会总产值。17因此科斯主张，在权利冲突时，法律应当按照一种能避免较为严重的损害的方式来配置权利，或者反过来说，这种权利配置能使产出最大化。18我认为，这一原则也适用于邱案和贾案中的言论自由权和肖像权或名誉权的配置。有人会指出，科斯讲的是产权的配置，而我们在此讨论的是人身权和自由权。这两种权利是不可通约、不可比较的；因此，这两种权利是无法在同一层面上配置的。我承认，在一般的传统的法学理论上，这两种权利也许是不可通约的，因此无法谈配置和选择问题。但在更抽象的层次上，这两种权利也许是可以按照科斯定理的原则加以配置的。不仅科斯本人就曾在一篇文章中谈到他不相信商品市场与思想市场之间的区分是有根据的，不认为这两个市场之间有根本的差异；19而且事实上，只要我们稍稍从法学家的规范性（ought to be）立场偏离，就会发现，在日常生活中，人们经常将一些权利转化为另一种权利，并加以比较和交换。例如，作为人身权之一的肖像权原则上是个人性的，但肖像权事实上是可以通过契约转化为财产权的。日前发生的几起肖像权诉讼中，造成争议的常常是侵权人未给予经济补偿就使用了他人肖像，而一旦给予经济补偿之后，这一争议就消失了。如果肖像权真的是一种不

可转让的绝对的人身权，那么在给予了经济赔偿之后，为什么就可以继续使用某人的肖像来作广告？事实上，在许多国家的法律中，包括我国的许多民法理论著作中都认定侵权行为（包括侵犯肖像权）引起的是“侵权之债”。也正是在这个意义上，自古以来就有学者认为侵权损害赔偿实际上可以说是一种事后的、“非自愿进行的”交易或权利转让。²⁰这说明那些表面看来不同种类的权利是可以或可能通约的（同时也说明了肖像权或名誉权同样不是绝对的）。如果认可这一点，那么权利配置不仅是可能的，甚至是必要的；而且，这也必然得出言论自由也不总是绝对的，在一定条件下，言论者必须对由自己的言论所造成的后果负责。那么在贾案和邱案中，应当如何配置权利呢？哪一种配置，能避免更大的伤害，或产生更大的总体社会效益呢？这就必然涉及到权利配置的方式问题。

四、制度和权利配置方式

社会权利的配置有两种基本的方式，一种是制度化的方式或规则的方式。²¹这种方法既存在于普通法国家，也存在并且更多存在于欧洲大陆法系国家。这种权利配置以宪法或成文法的规则形式将权利规定下来，或通过司法而确立为原则，并通过法学家的理论阐述来限定和解释。例如，言论自由在许多国家，无论是普通法国家还是大陆法国家，都被规定为公民的基本权利，优先于其他权利。²²另一种“权利配置方式”则衡平的方式，或个案的方式；²³法官针对每个案件的具体情况作出合乎情理的处理，可能有或没有一般的规则。在这种配置方式中，“权利”是该案中的具体的权利，“义务”是该案中的具体的义务（也许根本不使用权利义务的概念）。由于这种权利配置方式不重视规则的一般性，过多受具体案件中具体

事实的左右，因此不容易产生一般的、确定的法律上的权利概念和权利预期。²⁴因此在一定意义上甚至可以说，这里没有权利的制度化配置，而只有个案中的“利益”配置。²⁵这种“权利”配置方式在中国传统司法中比较突出。²⁶近代以来，尽管中国实际上采取一些制度化的权利配置，²⁷而当代中国又在理论上提出了法律制度化的重要性，²⁸但由于传统的影响，由于“制度”在中国往往被理解为组织机构，而较少理解为规则化的运作或游戏的规则；²⁹因此在中国当代司法和执法实践和人们解决纠纷的思想仍然受传统很大影响。³⁰因此，所谓的权利配置，是指这种制度化的权利配置。所谓最大效益的权利配置，并不是指、至少主要不是指个别案件中的最大效益的权利配置，而是指社会的制度化权利配置。³¹因此，贾案和邱案必须在这种配置的背景下加以考虑。

五、言论自由的重要性 尽管言论自由的重要性为众所周知。然而，如果要对初始权利进行配置，我们无法先验地确定一种权利的相对重要性。因此，就论证各种权利的相对重要性而言，我们首先就必须有这样一种制度或这样一个“市场”，使得当事人（不仅仅是诉讼的当事人，而且包括所有关心案件结果和判决意义的人——科学家、艺术家、法律家以及大众）都能够表示出（signal）他们的对权利的偏好或他们对这些权利的相对重要性的判断。在这一方面，尽管言论自由不是唯一的表达途径，人们的社会生活的行为本身往往就在表达、认定和确立这种权利的相互性，但言论自由往往是表达的一种最重要、最便利的方式。因此，在这个意义上，言论自由可以说本身就是这样一种公共选择或社会选择得以进行的先决条件和前提条件；因此具有一种逻辑上的先在。

当然，法律不是或不仅仅是逻辑，因此这种逻辑的论证是不够的。更重要的是现实。对此，我无须重复各国学者的很多论述；我想在此添加的是针对我国国情和这两案案情的一些新论述。首先，言论自由的重要性不在于其被规定为公民的基本权利，从根本上看，而在于这种规定的制度效益。近代以来世界各国一直将言论自由，在此具体体现为文学创作的自由和科学讨论的自由，规定为公民的基本权利，并写进宪法；而对肖像权和名誉权的保护一般都由民法来保护。之所以这样规定，固然有一些意识形态的原因，但并不完全是或仅仅是意识形态的原因；也决不仅仅是一种“统治阶级的意志”的结果。一种权利之所以能够长期坚持下来，被接受为是社会公民的基本权利，必定有一定的超越了表面的意识形态之论证的合理性。这种合理性和正当性，尽管有人基于概念化的普适人权，但在我看来，更主要的可能在于它给现代社会带来了巨大的实际效益。文学艺术自由带来了大量的精神产品（不否认也有伪劣产品），其受益者不仅是作者，从根本上看受益的是广大的社会公众（否则他们不会自愿花钱去消费）。而科学批评的自由更大大促进了科学的进步。可以说，近代社会的社会经济文化发展在很大程度上得益于“言论自由”。因此，在似乎专断的意志和纯粹的价值判断的背后，似乎有一种权利配置的绩效原则在起作用。其次，尽管言论自由不是绝对的，而且从来也不是绝对的，³²但是对于我们这个民族的社会科学文化经济政治的发展来说，对于我们这个正在改革、追求更为开放的社会来说，我们必须选择一个基本的方向。我们是否应当更多地或优先保护这种文化艺术和科学讨论的自由，将之规定为一种通例，一种规

则？这种制度化配置的言论自由权利将对我国的改革开放更为有利。而且为了保证社会主义的民主法制的发展，特别是为保证公民的政治言论的自由，也必须有一个更为宽泛的、包括了一般的非政治性言论的自由。我们不可能设想，在一个国度里，对文学艺术的创作自由和科学批评的自由有相当严格的限制，而能有政治上的高度言论自由和民主。不可否认，言论自由在能够给每个人和社会带来收益时，个人和社会也必定会为此支付一定的成本。会有一些人因这种自由受到有意和无意的损害。例如，在文艺表现自由的旗号下肯定会有一些淫秽荒诞的出版物；即使是认真严肃的科学讨论有时也可能压制了一些新发现，更会有人打着科学的旗号搞迷信（近年来有一些所谓的气功大师其实就是搞巫术）。但问题是，又要马儿跑，又要马儿不吃草作为理想是好的，但现实中却是不可能的。我当然希望每个人的一言一行都对尽可能严格谨慎，对他人和社会负责。但问题是这种理想的状态无法实际操作。只要我们想一想，我们当中有谁一生中不曾有意无意地说过几句言过其实的、可能对他人有所伤害的话呢？而且，即使是严肃认真的言论或表现，其是否构成伤害也并不完全是由言论本身造成的，而是与环境 and 接受者本人的情况相联系的（例如贾氏就可能比有与她相似的“生理缺陷”的其他人对上镜头更为敏感）。因此，对这个人可能不够成伤害的言论会使另一人感到受了伤害，对一般人不够成伤害的会使某个特定的人感到受了伤害。如果我们的法律要求人们言行时考虑到这一切情况，这种法律岂不是过于苛刻以致无法运作了吗（因此，法律总是强调对象的一般性，而拒绝过分的“因人而异”）？为了避免更大的伤害，因此，

根据我国的国情和未来的发展趋势，我们必须作出制度性的权利配置选择。第三，更大程度的言论自由可能是从根本上改变贾氏以及与她相似的其他人的境遇的最深刻和最有力途径。我们只要想一想，就会发现真正伤害贾氏精神的只是由肖像引发的，造成这一伤害的最主要和最直接原因是她周围那些不尊重他（她）人而当面或背后嘲弄贾氏的人，³³这是由于我们社会中的某种封闭性造成或促成的。如果贾氏一直生活在一个更为开放的社会，她周围的熟人思想更为开放和尊重他人，也许就不会而对贾氏作那种伤害性的评论；而即使有人这么做，贾氏也不可能感受到那么强烈的痛苦以致提出诉讼。我这里的境况虚拟并不是要否认贾氏受到了某种伤害，而仅仅想论证，给予文学艺术创作自由以更大的保护，也许是改变贾氏以及类似者的境况的一个重要甚至更为有效的途径。在法律上将这种初始权利配置给言论者，并不是说在贾案和邱案中《秋菊》剧组和科学家们就一定总是正确无误，更不是说他们可以利用这种权力肆无忌惮地损害他人。而只是说，在一般的情况下，至少当他们不是有意或恶意利用这种言论自由伤害他人或有重大过失并从中获利时，即使他们的权利行使损害了他人的某些利益，也应当受宪法的保障。如果要对他人的言论自由加以法律上的限制，权利主张者必须能够提出足够的证据证明言论者有法律上认可的过错并造成了或可能造成更大伤害、且这一限制不过多影响他人行使言论自由。换言之，要在涉及限制言论自由问题的侵犯名誉权或肖像权的诉讼中获胜，依据“谁主张，谁举证”的原则，权利主张者不仅要提出受到或可能受伤害的证据，并且要证明：1、言论者主观上有法律上认可的过错（过失、故

意或故意伤害)；2、这种过错的行为造成了或可能造成伤害，且这种伤害比限制言论自由所带来的伤害要大；3、请求的限制不会具有太多的“外溢效应”(完全没有几乎是不可能的)而造成该言论者和其他言论者未来的言论自由权受到重大或实质性的限制。34只要满足这些条件，具体个案中的权利是可以变更的；但这种变更必须仅限于该案或限于同类案件中具体的当事人的权利义务，而不改变或危及改变这种总体的、制度化的权利配置。例如，一个人在影剧院放映电影时大声说话，即使他讨论的是非常重要的科学、社会或政治问题，影剧院的工作人员仍然可以请他离开，甚至请警察强迫他离开，他不得以自己的言论自由权为由而侵犯他人的权利。但是在这种例子中，对言论自由权的限制并不改变社会的总体的、制度化的权利配置。这位自由受限制的人仍然可以在自己家中、或适当的场合讨论他所要讨论的问题；他没有失去言论自由权，失去的只是在特定时间和场合行使言论自由的权利。这种限制没有对他的总体的、或未来的言论自由构成实质性的或根本性的限制。根据这一原则，我们可以说，目前许多已为法院接受、准备审理的相当数量侵犯名誉权案都是无法满足这些条件的，因此许多已经审理、正在审理或准备审理的此类案件35实际上都难以构成应进入实质性司法审理的“案件”；在这样的原则面前，律师必然会趋于慎重提起诉讼，即使提出了，法院也可以无须进行实质性审查，可以以未满足举证责任为由而将其驳回或判其败诉。这样，司法机关就可能集中人力物力和财力解决一些具有普遍和指导意义的案件。这种做法，不仅将有利于规制我国目前有“滥诉”之倾向的名誉权诉讼，36而且将大大便利人们对

自己权利义务的预期和活动，从进而大大减少整个社会在这一方面无谓地耗费各种资源。六、贾氏和邱氏的诉讼请求对言论自由的法律限制 根据上述标准，因此，有必要对两案原告的诉讼请求进一步加以考察，看看是否可能对言论自由构成实质性和重大限制。贾氏的诉讼请求有三项，赔礼道歉，减去镜头和8000元精神赔偿。赔礼道歉是否应当，取决于《秋菊》剧组是否有法律上的过错，而不仅仅取决于贾氏是否受到了实质性的伤害；³⁷此外是否有法律过错也是其他两项诉讼请求的基础。因此，如果就案件本身而言，也许我在此只要分析《秋菊》剧组是否有过错就可以了。但由于本文关注的并不是贾案或邱案本身，而是更为一般的言论自由权和其他权利之间的冲突问题。为保持论题集中，斟酌之后，我决定正文中不就过错问题对贾案进行分析，而仅考察贾氏的后两个诉讼请求是否对被告或对其他言论者未来的言论自由权行使构成了实质性的重大限制。如果这种限制很小，不会对权利配置产生什么制度性的普遍影响。那么，在有法律上的过错和因果关系的前提下，法院也许可以认可贾氏的诉讼请求。我认为减去镜头的请求是不恰当的。这个四秒钟的镜头尽管有人物形象，但其在影片中的实际作用相当于一个空镜头，目的是展现一种社会氛围和调整影片节奏，它与剧情故事的发展并没有直接的必不可少的联系，至少有许多人认为剪去这个镜头对影片的完整性几乎毫无损害。因此，仅仅从解决纠纷来说，《秋菊》剧组完全可以在这一请求上妥协。但问题的关键不在于这一请求是否对影片的内容有损害，而在于如果同意了这一诉讼请求，实际上，就是法律要求作者按照原告的要求来进行创作，就是要将原告的意愿强加在

被告作者身上；而被告是有权利按照自己意愿进行艺术创作和表现的，尽管被告的权利行使给原告带来了某种实际的、但未必是法律认可的损害。尽管存在事实上的伤害，但被告的行为并非法律禁止的，甚至未必违反了一般的社会公德。如果在这种合法并可能合乎一般道德的范围内，仍然要求被告服从原告的意旨，这显然是对被告权利的法律上无法认可地过份限制。8000元的损害赔偿也有同样的问题。问题不在于钱多少或谁有无支付能力，而在于有没有道理。如果被告法院判决被告必须支付贾氏8000元，那么这实际上意味着的是被告只有在支付8000元后才能行使他本来就拥有的言论自由权。如果仅仅限于此案，那么这些请求也许都不那么严重；然而，问题在于这个案件在很大程度上具有一种示范作用。如果贾氏的请求得以成立，有人说《秋菊》中所有被纪实性拍摄而进入影片的大约300人就都可以以同样的理由起诉；“这样一来，根据小说《万家诉讼》改变的《秋菊打官司》，就真地陷入了‘万家诉讼’的尴尬境地”。³⁸这些语言显然是夸张的，肯定不会有那么多人会提出诉讼，即使提出诉讼其中绝大多数人也肯定会输。但有一点是肯定的，即许多人都可以以此为范例而拥有诉因（cause of action）和诉权，这不仅会使艺术家以及许多人处于对自己的行为的法律后果难以预期，而且可能会迫不得已卷入大量诉讼之中。即使是善意的非批评暴露性的电视剧、新闻报道、绘画、摄影、甚至小说创作和文学评论（诸如“未经我的许可，对我的作品进行批评，使我身心受到创伤”之类的诉讼就可能出现。³⁹）也将受到重大威胁。任何涉猎于这一领域的人都不可能有一个大致确定的预期，他将无法确定自己能够做什么，不能

作什么，这将对言论自由构成实质性的限制。40同样的道理，在邱氏案件中，就算科学家们的批评与事实不完全相符，并因此使邱氏鼠药工厂的经济收益受到了损害，那么又怎么样？如果每个科学家都必须对自己讨论的每个问题以至每个细节的完全了解才能发言，那么还有哪一位科学家敢批评其他人呢？谁敢保证？D?D尽管是出于职业道德和好意？D?D自己的理解没有一丝错误，尽善尽美了？还有谁敢一般性地就科学技术问题发表任何批评或表扬意见吗（由于要抽象，对任何一般现象发表看法必然会省略许多细节；而任何批评在一定意义上都是有意要使被批评者受到某种事实上的“伤害”）？这样的“严格要求”只能窒息科学研究、讨论和批评，只能阻碍科学技术的发展。从事后看来，邱氏鼠药之所以最终被查禁，不就是因为有一些敢于进行批评、坚持自己的科学责任感和行使自己的科学批评的自由的科技工作者吗？如果没有他们的引起了诉讼的批评，也许今天邱氏鼠药还在继续污染着我们的生存环境。没有一大批这样的有责任感但也许有偏颇、固执甚至有偏见的科技工作者，我们的科学技术是不可能真正健康地发展起来的。更展开一点，社会科学家呢？如果法院接受邱氏的诉讼请求，并作为一般原则加以坚持，我们的社会科学家还敢对国家各级政府的计划决策或社会中的其他现象提出任何批评吗？我们其他个人（包括贾氏和邱氏本人）还可能对任何现象发表言论吗？我们对任何个人、单位或法人的有社会影响的批评都可能因不实之处而被指控为侵犯名誉权。那样一个社会是不可想象的，也是我们每个人包括邱满囤本人都无法忍受的。在此，我还要提出两点以支持我的观点。第一，真正的自然科学技术（其他问题

上可能有例外)是不怕批评的,因为自然科学特别是技术和技术产品的效力和效果一般都是可以重复测定的,其标准相对说来比较确定。因此,在自然科学技术问题上必须格外注意保护批评的自由。其次,在许多情况下,批评事实上也并没有损害产品或工厂或个人的名誉权。相反,这种批评甚至可能扩大了其名誉,增加了其销售。⁴¹近年来,之所以有许多人或法人打这种名誉权、肖像权的官司,不仅事实上增加了其名望,甚至是有人有意借此来增加其名望,扩大或保持其影响。⁴²这种现象虽然不普遍,但其中的人情世故也许值得我们法律界和法学界深思的。无疑,我们的社会要保护公民的名誉权或肖像权,但问题是以什么为代价,以多大的代价!

七、结语至此,也许有些读者发现作者似乎没有回答贾案和邱案提出许多具体问题,相反提出了许多问题,却已进入了结语。这是因为本文虽然围绕了两个民事侵权案件,但其所关注的并不是其中一般的侵权法问题,而是其中隐含的宪法的、政制的(constitutional)的问题。⁴³本文的要义不在于提出一个具体的解决办法,而在于提出一些关于中国法治发展的重要问题。希望引起法学界和法律界的思考。本文的核心是提出一个思路,提出这些案件中被许多人所忽视的重要的社会价值,提出权利配置的制度化问题。因此当我们在处理一般的所谓民事的、刑事的、经济的或行政案件时,我们的律师和法学家们不能仅仅着重于“官司的了结”,而忽视一个社会中的纠纷所具有多重法律问题和普遍的意义。我们需要专门家,但我们应当从大处着眼,小处着手。只有这样,才能对我国的社会主义法治建设作出更大的贡献,才能使法学的研究成为法学,而不仅仅是“律学”。应当指出

，法学和法律界有不少人是出于保护公民权利（肖像权、名誉权以及与此相伴的经济权利）、特别是保护“弱者”的角度来为贾桂花案件“讨个说法”的。这种为在中国当代社会中公民权利的保障和发展的努力和热情无疑是应当肯定和褒奖的，这种努力保护“弱者”的道义感是可贵的。但我看到的问题更可能出在这里，当我们在热诚或极力推进和保护一种权利，并认为是正义在手而大义凛然之际，我们必须看到我们是否会不留心地削弱了另一种同样应当得到重视和保护的权利，特别是那种不具有显著并直接物质收益的公民权利，那些并非某个人所独占的公民权利，例如言论自由权。我们必须平衡这类案件中所涉及的各种利益。确实，我们生活在一个对公民的权利保护日益增强、而且也必须日益增强的时代。但我们从来没有、也永远不可能生活在一个没有风险、没有错误的时代。既然有风险，要有代价，那么总是必须有人（而不论他是谁）来支付这些风险的代价。将这种代价通过法律转移由他人或社会来支付，也许是可以的，有时甚至是必要的（例如通过保险制度），但如果考虑到不同个人之间的不同权利的冲突，也许我们应当对在同情心或直觉冲动下作出的决断略加迟疑。我们不能因保护了一种权利而伤害甚或否定了其他的权利。这里的问题不是或不只是谁支付得起这个代价，而是由谁支付了这种代价之后对这个社会会产生什么样的后果。作为制度的法律就应起到这样的作用，防止我们由于一时冲动而干一些貌似公正而其实未必恰当的傻事。同时，这也就表明道义上无可非议的命题——保护“弱者”——在法律制度上的局限性，因此必须有所制约。即使保护弱者也不应超越法律。因为当我们强调弱者而不是强

调案件本身的是非时，我们实际上是主张调整法律的规则来迁就某个与案件当事人的具体因素。其结果必然是对“强者”和“弱者”适用不同的法律，实际上为法律面前不人人平等开了道。试想，如果在《秋菊》案件中，提出诉讼的不是贾氏，而是一位政府高级官员或一位社会名流，我们会对这一案件的审理有一个什么样的期望呢？目前的一审法院判决会引起我们的什么样的感觉呢？而且“弱者”“强者”之分别并不总是确定的，在社会普遍有保护“弱者”的心态下，弱者未必就弱，强者也未必就强。而法律所要保护的不仅是“弱者”的权利，而是要保护一切公民的合法权利。由此，我们也许应当重新反思我们对“法治”和“法律面前人人平等”的习惯理解。⁴⁴我们不仅要强调政府官员、社会名流犯了罪也要受同样的惩罚，而且要注意不能因为某个人是“弱者”就在个案中改变法律（我并不反对就某个范畴的“弱者们”提供特殊的保护，但这种法律保护的范畴仍然具有一般性）。因为真正作为制度性的“法律”，而不是作为一种纠纷解决办法的“法律”，从来都是强调一般性，而较少考虑特殊性。这就是法律面前人人平等的精髓，这就是同等法律保护精髓。⁴⁵如果不注意在法律限度之内保护弱者，而片面地强调法律应当保护弱者，其结果必然是把法律仅仅作为一种可以在个案中随意更改以满足情感直觉的工具，不仅作为制度的法治不可能建立，而且正在形成的法治也会因此被破坏。因此，正是在这个意义上，我们必须认识到法律和作为我们今天所追求之理想的法治（rule of law）或制度化的法律不是、也不可能是完美无缺的，它不能完全跟踪或满足我们的道德直觉。但也许正因为它的无情，它才成为一种制度

；它的用途也许正是它的短处，它的优点也许就是它的弱点。现代的、作为制度化的法律或法治，它只是也只能对社会的权利作一种大致公正的配置，它不可能保证一切损害都得到绝对公正的赔偿，它所能实现的只是制度的公正，⁴⁶而不是、也从来不可能是“无讼”或绝对地在每个案件中令各方都满意的那种公正。作为权利的“right”并不等同于作为正确的“right”。因此，在努力加强社会主义法制或法治的同时，我们还必须重视以其他社会机制或因素来协调社会，排解和解决冲突。例如，在贾案中，也许《秋菊》剧组在认定贾氏确实受到伤害的情况下可以通过协商而自愿给予贾氏某些补偿，或自愿从影片中将贾氏的镜头剪减去。但尽管如此，在我看来任何人都不能通过法律的或其他手段来强迫《秋菊》剧组做那种道义上似乎是正确的事。否则，不仅违背了宪法的原则，而且对这个社会是极其不利的。还必须再谈到言论自由的问题。我国宪法规定了言论自由的权利，而且随着我国的改革开放，这种权利正在不断发展。然而，从这两个案件中我们可以看到，无论是法学界还是法律界都没有人从这个角度提出这个问题，这本身就是一个值得深思的问题。在这些以及类似的案件中，各种直接冲突的当事人权利都有人在主张和维护，而唯独没有人为言论自由这种与每个人都有关、却又不直接有关的权利辩护。在此，我只能简单地指出，这反映我们的法律界和法学界尽管在理论上重视言论自由，但在实际上，还非常欠缺这种意识。也许是因为我们的宪法条文难以进入操作层面？也许，我们的言论自由概念过于政治化了，仅仅指直接的政治言论？这也许反映了“公共物品”无人爱护、或经济学家称之为“搭便车”的现象？无

疑，政治上言论自由是重要的，但对于绝大多数公民来说，最常见的言论也许不是那么政治化的；特别是随着我国改革开放，社会热点的转移，我们必须转变或扩大我们对言论自由的理解。言论自由是一种传统，需要我们在日常的不经意处精心维护和培养。特别是考虑在我国没有宪法法院或司法审查的制度设置、但有一定程度的法学传承的条件下，也许法学工作者应当承担起关注和保护这种“公共物品”不受各种无心或有意伤害的重任！我以这样的角度讨论和主张言论自由，并非完全免除了言论者的责任；相反，这种分析恰恰提出了文学艺术、新闻报导以及其他有权势的知识界和职业界人士（包括本文作者）在行使言论自由权时更应当注意职业的道德自律。正如上面对这两个案件的分析所显示的，当他们行使言论自由权时，有时即使是好意或无意，他们的言行也可能损害其他人的某些利益。他们必须理解到，社会之所以将初始权利配置给了他们，并不是由于他们个人有什么天然的优越，而是社会为了避免一种更大的伤害；他们应珍惜这种自由和理解自身的责任，应当格外注重职业道德和道德自律，这并不是要限制他们的权利，而恰恰是为了更好地行使这种自由权。最后，还应当指出这两个案件的判决体现了我国法律实践正开始走向成熟。因此，我想对审理这两个案件的法官表示一位法学工作者的敬意。也许他们心中也并没有一种非常清晰展开的逻辑分析，但是他们的判决结果体现出了一种实践的智慧。在贾案中，尽管一审法官由于答辩律师的问题而没有讨论言论自由的问题⁴⁷，但他们实际上考虑到了如果准予贾氏的诉讼请求，那么今后电影和新闻界就难以进行工作这样一个现实的然而又不是目光短浅的问题。

这种思考实际上具有法律经济学分析的意味，尽管很粗糙。他们也没有按照一般的中国传统的那种就事论事的个案“公平”来思考决断这个案件（那样，贾氏就应当胜诉），而是在实践上将这个案件同中国社会的法律制度化联系起来，因此他们的审理结果体现了法律是普遍的原则和制度的思想。而这不仅需要见识和眼光，而且更重要的是需要一种勇气——针对的是中国社会传统的思维方式和“保护弱者”的社会思潮。这并不是说他们的判决就一定要得到二审法官的认可，二审法官完全可以也完全可能基于其他事实和法律问题以及其他思考而推翻一审判决。但即使如此，这也并不意味着一审法官们的思考和处理就完全错了；他们的思考和处理已经超越了一般意义上的对错，而获得了一种更为深刻的社会的意义。在邱案的二审中，法官们没有考察一般中国人通常最容易关注的事实问题，即邱氏鼠药中究竟有没有违禁物质，而是针对了一个更为关键、更为基本的法律问题，一个二审法官有能力而且有权力解决的问题，即五位科学家是否有权进行批评，这种批评是否构成了对公民的名誉权的侵犯。他们机智、简单明了又直截了当地维护了科学家们作为公民的宪法基本权利。他们没有把作为法官的自己混同于科学家，没有试图解决他们实际上无法完全理解和解决的有关科学事实的问题；因此他们是在双重意义上坚守了他们的职务，即“有所为”同时又“有所不为”。⁴⁸由于这两个判决中法官的努力，尽管中国实行的不是普通法的前例制度，这两个案件中所体现出来的原则（而不是其结果）实际上对此后中国这类案件的处理必定具有、也应当具有某种意义的参照和指导作用，因而将产生超越这两个案件自身的社会影响。

这是中国司法在成长的标志，是值得中国法学界和法律界庆幸的事；它反映出中国的法治建设尽管有许多问题，有些甚至是严重的问题，但毕竟开始有一种新的气象。正因此，我才在本文的开头大胆地说，这两个案件也许是中国近年来最重要的案件。其重要性不在于其所涉及的人和事，也不仅仅在于这些案件所涉及的问题，而且在于从这两个案件的处理中我感到中国法院开始从先前对事实问题的关注转向对法律问题的关注，法院的职能从仅仅重视解决纠纷转向了兼顾权利的配置，这意味着法院在中国当代社会生活中所扮演的角色正在获得一种先前不具有的重要性。我相信，如果人们理解到这一点，就不会以这仅仅是两个下级法院的决定而轻视其中所隐含的、或许是深远的意义。 新闻来源:中国民商法律网 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com