

如何解释“告诉才处理”

——以诽谤罪为例

王向荣

北京师范大学法学院, 北京

收稿日期: 2023年9月14日; 录用日期: 2023年10月8日; 发布日期: 2023年11月30日

摘 要

诽谤罪但书规定在实务中适用困难且争议较大, 其关键原因是作为其前置问题的“告诉才处理”和“自诉”之间的关系并未得到澄清, 由此导致在诽谤案件中国家机关的介入方式成为问题。现有的论证一方面来自立法史, 认为将“告诉才处理”解释为“自诉”是法律移植过程中产生的“误读”, 二者在性质上是根本不同的, 所谓类属关系; 另一方面来自诉讼成本分析, 认为自诉机制作为一种“财产规则”而非“禁止交易规则”, 可以留给双方回旋和解的余地。这两种论证思路无法提供充足的理由支撑“自诉”方案的优越性。因此应当重新建构诽谤犯罪的名誉法益, 将其注入规范性和功能性的内涵, 从而得出新的解释方案。从实体上来说, 将“告诉才处理”解释为可罚性要件能够满足诽谤罪保护法益的要求, 从程序上来说, 自诉制度的适用应当得到限制。因此, 本文提出了对诽谤罪“告诉才处理”的一种新的解释方案。

关键词

诽谤罪, 亲告罪, 自诉, 法益

How to Explain the Principle of “Only Handling after Being Informed”

—Taking Defamation Crime as an Example

Xiangrong Wang

Law School of Beijing Normal University, Beijing

Received: Sep. 14th, 2023; accepted: Oct. 8th, 2023; published: Nov. 30th, 2023

Abstract

The proviso of criminal defamation is difficult to apply in practice, and there is much controversy

surrounding it. The key issue is the relationship between the “handling only when informed” and “private prosecution” as its preliminary issues, which has not been clarified. As a result, it raises questions about how the national authorities in defamation cases should intervene and in what way. The existing argument, on the one hand, comes from the history of legislation, believing that the interpretation of “handling only when informed” as “private prosecution” is a “misreading” generated during the process of legal transplantation, and the two are fundamentally different in nature, with the so-called categorical relationship; on the other hand, from the analysis of litigation costs, it is believed that the private prosecution mechanism, as a “property rule” rather than a “prohibited transaction rule”, can leave room for both parties to negotiate and settle. These two argumentative approaches cannot provide sufficient reasons to support the superiority of the “private prosecution” plan. Therefore, it is necessary to reconstruct the reputation legal interests of defamation crimes, inject them with normative and functional connotations, and thus come up with new interpretation plans. From a substantive perspective, interpreting “handling only when informed” as a punitive requirement can meet the requirements of protecting the legal interests of defamation. From a procedural perspective, the application of the private prosecution system should be limited. Therefore, this article proposes a new interpretation scheme for the defamation crime of “handling only when informed”.

Keywords

Crime of Defamation, No Trial without Complaint, Private Prosecution, Legal Interests

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 问题的提出

我国刑事诉讼法规定了与公诉程序不同的自诉程序[1], 根据刑事诉讼法第二百一十条, 我国的自诉案件分为三类: 1) 告诉才处理的案件, 2) 被害人有证据证明的轻微刑事案件(公诉兼自诉), 3) 被害人有证据证明对被告侵犯自己人身、财产权利的行为应当依法追究刑事责任, 且有证据提出过控告, 而公安机关或人民检察院不予追究被告人刑事责任的案件(公诉转自诉) [1]。一般将第一种类型的自诉案件视为真正意义上的自诉案件, 其主要内容由刑事实体法进行规定, 包括第 246 条第 1 款规定的侮辱、诽谤案, 第 257 条第 1 款规定的暴力干涉婚姻自由案, 第 260 条第 1 款规定的虐待案, 第 270 条规定的侵占案。诽谤罪的特殊性在于, 246 条第 2 款有一个但书, 只要符合了但书规定“严重危害社会秩序和国家利益”的犯罪, 就适用公诉程序。这造成诽谤罪侮辱诽谤罪究竟属于自诉案件还是公诉案件并不存在一个相对客观的判断标准(如致人重伤、死亡), 而仰赖于是否符合《刑法》第 246 条第 2 款但书的规定, 使得诽谤罪是公诉还是自诉案件很大程度上依赖于实体法的解释[2]。

现实中, 246 条第二款但书在实际适用时, 的确出现了无法清晰解释、欠缺可操作性的情况[3]。在公安部《关于严格依法办理侮辱诽谤案件的通知》和《网络诽谤解释》两部规范性文件中, 都提到了“引发群体性事件”, 但相关法律中也没有对“群体性事件”做出明确的界定[3]。在司法实践中这一问题也没有得到澄清, 例如在郑某某诽谤案中, 显然有“引起群体性事件”的情形, 由于司法解释没有解释群体性事件的标准问题, 判决书中对本案例中的群体集聚上访是否属于群体性事件没有进行证明¹。而公安部《通知》中规定的诽谤外国国家元首、政府首脑的情况, 现在还没有找到相应的公诉案例, 更何况这

¹ 参见广东省汕头市潮阳区人民法院(2018)粤 0513 刑初 619 号刑事判决书。

种行为还需要满足“造成恶劣的国际影响”的条件，实际上导致这一条款难以适用。《网络诽谤解释》中规定的情形也存在类似的问题，导致实际上几乎难以找到对应案例，这些司法解释也就面临着与实务脱节的尴尬局面。另外，两部规范性文件都在相应的具体情形中规定了“严重影响社会秩序”“造成恶劣社会影响”“造成恶劣的国际影响”这类表述，这就需要对行为本身造成的后果进行进一步实质判断才能得到最终的结论，没能对刑法 246 条第二款但书做到有效解释。

当前制度规定的问题在于：自诉程序是平行于公诉程序的特殊诉讼程序，而是否适用自诉程序，又需要仰赖实体法的解释。如果实体法不能对 246 条第 2 款但书做出清晰的解释、不能通过形式审查对案件是否符合但书作出判断，那么实体法的规定就和程序法出现了不协调的地方，这将导致两种可能的后果：一方面，公诉范围太窄，一些严重侵害法益的诽谤案无法得到国家机关的支持，受害者无法得到公权力的救济；另一方面，公诉范围又有可能扩张得太宽，导致司法机关(主要是公安机关)不合理地扩大打击范围，干涉那些并不严重的诽谤行为，甚至侵犯到公民的言论自由[3]。事实上，并不是对但书做出清晰的解释，就能解决所有问题，但书的模糊性所造成的问题几乎是必然的，这是因为，要把程序分流的任务交给实体法解释来承担，这是不合理的。

问题可以被分为两层，首先是现行的自诉程序与公诉程序平行设置，而这样的制度设计缺乏合理性，根本的原因在于“告诉才处理”和“自诉”两个概念的关系没有得到妥当处理；其次是对于诽谤犯罪的实体立法存在缺陷，现有的分类方法不能起到保护法益的目的，导致实际适用出现混乱。本文论述的核心观点是：诽谤罪是亲告罪，但是亲自告诉应当是实体法上的要件。理想的情况应当是，所有的诽谤罪都应当由国家机关进行公诉；但是大多数诽谤罪应当亲自告诉，少部分“严重危害社会秩序和国家利益的”，不需要亲自告诉。

2. “告诉才处理”无法解释为“自诉”

2.1. 立法制度史无法提供解释的正当性根据

2.1.1. 立法变迁中的“告诉才处理”

正如许多学者已经指出的，我国现行的刑事诉讼法把“告诉才处理”作为“自诉”的典型，是出于对自诉制度的误解[4]。在清末及民国刑事诉讼立法中，“告诉”与第三人“告发”并列，为国家追诉犯罪的案件线索之一。而且，立法者通常还会针对“亲告罪”“告诉乃论之罪”，专门就此类犯罪的告诉权人、告诉的期间、撤回、法律效力等问题作出专门的规定[2]。在我国台湾地区的立法例中，“告诉乃论”中的“告诉”是指“犯罪之被害人或与被害人有某种关系之人向侦查机关申报犯罪事实，请求追诉之意思表示”；自诉是指“被害人向法院声请就被告之犯罪确定国家对其有无刑罚权之诉”[5]。实际上，“告诉才处理”是对国家追诉原则的限制(诉讼条件)，而自诉是国家追诉原则的例外；前者是规定在刑法中的，是对犯罪行为发动刑罚所需的条件，即“裁判规则”，后者规定在刑事诉讼法中，是授予国家公诉权力的授权规范。即，前者是一个能不能处罚的问题，后者是通过怎样的程序来处罚的问题，二者在性质上是根本不同的，根本无所谓类属关系。但是作为实体法上的制度，“告诉才处理”明显和构成要件要素不同，因为其并不指向行为的违法性，而是制约国家追诉权的行使。本文认为将其作为可罚性要件看待更为合适，“可罚性”属于实体刑法的范畴，与“诉追可能性”不同。诉讼前提(如刑事告诉)和诉讼障碍(如赦免)这些决定诉追可能性的要素、只影响诉讼程序的进行，不影响犯罪的成立，对其存否无需进行实体的裁判[6]。

2.1.2. 法律制度的实质合理性问题尚未解决

然而，仅仅做如上学理上的辨析，却没有实质上的说服力，因为就算承认现行的刑事诉讼法存在学

理上的误读，却依然可以辩解称，这样来处理实际中的案件具有妥当性。因此如果要反对现行法的规定，需要仔细考察现行法能否达到立法的目的。就实体法而言，规定“告诉才处理”的犯罪，一般是出于轻微、和解、隐私这三种思想[4]。就诽谤罪而言，三种思想都有可能涉及：我们一般认为诽谤罪是“轻罪”，其刑罚最高为三年有期徒刑；同时，诽谤罪需要捏造事实，针对个人的诽谤行为很有可能发生在熟人之间，发生在家庭和小社交圈子之中，在加害人和被害人之间存在和解可能，当然进入互联网时代之后，发生在网络空间的诽谤行为就可能脱离“熟人作案”的特征；诽谤主要是基于保护隐私的思想规定为“告诉才处理”。诽谤行为捏造、散布虚假的事实，损害他人的名誉，而一旦对其提起诉讼，有可能使得更广泛的公众知道受害人受到诽谤的事实，也有可能牵扯出被害人不愿被公众知晓的其他事实，这反而不利于保护被害人的利益。另外，诽谤所侵害的名誉，本身是一种非常主观的后果，面对相同的诋毁，有的受害人不至于以为忤，有的受害人却深以为耻，这样，公诉机关就难以证明法益侵害后果，因此规定为“告诉才处理”更加合适。

以上观点的确能够说明，对于诽谤罪的“告诉才处理”，理解为自诉是合理的；但是同样也能够证明，将“告诉才处理”理解为是可罚性条件是合理的，两种解释方案并无高下之分。类似的观点都认为，在诽谤犯罪中，应当让受害人享受是否追诉犯罪的主动权。如此，如果认为公诉制度能够更加周全地保护受到犯罪侵害的国民的权益，那么将“告诉才处理”理解为可罚性的条件就更具合理性。

但是，还有学者从诉讼成本的角度对诽谤罪适合于自诉做出辩护，认为对于诽谤罪进行公诉“确权成本过高”“自诉机制是避免无谓损失的最小成本防范机制”“公诉机制在确权之后的评估成本较高”“自诉机制能带来好的边际效益”“自诉机制作为一种‘财产规则’而非‘禁止交易规则’，可以留给双方回旋和解的余地”[7]。车浩教授的观点利用了法经济学的方法对言论自由和名誉保护之前进行了权衡，由此来证明自诉制度在诽谤犯罪中的合理性，但是其细节值得推敲。

首先是，在论证公诉成本过高这一点时，车浩教授假设了“一种非常可能出现的情形”：行为人所说的“坏话”属实[7]。但是实务中究竟有没有类似的情形、这种情况是否经常发生、同别的犯罪相比这种情形发生的可能性是较高还是较低，都没有相应的说明。在任何一类案件中，实际上都存在着行为人并没有实施犯罪的情况，这必须经历一个查明和证明的诉讼过程才能得知，诽谤罪当然也并无例外，这也是无罪推定原则存在的意义，以此来论证诽谤罪公诉成本过高，显然缺乏说服力。

其次，车浩教授认为，“自诉机制是避免无谓损失的最小成本防范机制”，但是这一点的论证也不充分[7]。车浩教授分析了诽谤案件中的两种可能情况，如果行为人所说的“坏事”为真，那么受“诽谤”的人就会理性选择不起诉，如果行为人说“坏事”为假，那么问心无愧的受害人就会选择起诉。这样，就会过滤掉很多不那么“问心无愧”的受诽谤之人，也会使得方便查明真相的那些案子进入审理范围。但是，这样的论证放在任何犯罪中都是成立的！这只论证了自诉制度相较于公诉制度的合理性，但没有论证到在诽谤案件中体现出的这种合理性。例如，对于强奸罪，如果也适用自诉，那么同样可以发挥“过滤”案件的功能，使得那些是否属于犯罪比较模糊的案件无法进入审理的范围，节约诉讼的成本。但是，这样的立法是人们完全无法接受的。

第三，车浩教授认为“公诉机制在确权之后的评估成本较高”[7]。但是，诽谤犯罪不仅仅发生在熟悉的亲戚、朋友之间，在网络诽谤的情形下，加害人和受害人完全有可能素不相识。并且，就算诽谤犯罪时常发生在熟悉的人之间，也不足以构成国家侦查机关拒绝介入的理由，因为“告诉才处理”已经构成了对追诉权进行限制的诉讼条件，一旦被害人选择告诉，那么就证明此类案件已经不同于生活中的“小矛盾”“小摩擦”。实际上，车浩教授认为的公诉机关取证较难，不仅不应该是公诉机关拒绝介入的理由，反而应当是积极介入的理由[7]。因为一般来说，自诉人的取证能力是低于公诉机关的，如果将这种取证困难的案件规定为自诉，那么将可能导致罪名形同虚设，无法有效保护国民的名誉。

第四，车浩教授还认为“自诉机制能带来好的边际效益”，他主要的论证是“只要被诽谤的群体中有一部分成员做出如此决定，选择了替换行为(不告诉)，就说明“告诉的才处理”的自诉机制具有合理性。”并且，车浩教授还认为封建社会的告御状需要“滚钉板”的机制发挥的作用与此类似[7]。但是，现代社会是否需要自诉机制来为案件提供这种“过滤”的功能，是存疑的。并且，在关注到自诉制度正面的边际效益时，也应当注意到其有可能带来负面的“边际效益”，自诉制度较高的门槛有可能导致受害人寻求公力救济的积极性减弱，从而使得诽谤他人的行为得不到应有的惩罚，这样就容易在社会上形成不用对自己言论负责，随意攻击他人的风气，不利于营造良好的社会风气，这样固然在微观上节约经济效益，但是不是在宏观上反而制造了更多社会摩擦、冲突呢？如此一来不仅程序正义难以得到实现，恐怕连经济效益也难以保证。

言论自由和名誉权之间的冲突，是一个实体法上如何配置权利的问题，但是选择自诉还是公诉，还要考虑到国民在遭受侵害时，是否有寻求公力救济的权利，以及这种权利应当具备怎样的范围、如何对其进行限制等，这也即法律程序有其独立价值的体现。我们当然可以用程序设置的手段来影响实体的权利配置，但这样做的合理性不仅仅需要实体上合理性的论证，也需要有程序上合理的论证，而车浩教授却没有进行后一种意义上论证，导致只考虑经济效益的效率原则在车浩教授的运思中占据了压倒性的地位，甚至是唯一的考虑因素。车浩教授用法经济学的方法优化权利配置时，已经先花费了大量笔墨论证表达自由和名誉权可以“通约”，但是这并不意味着要用成本收益的分析来权衡二者[7]。成本收益的分析意味着要用经济上的效率原则，即追求经济效益的最大化的目标指导权利配置方案，这在论证上跨了太大步子。表达自由和名誉权可以通约只能证明二者的可比较性，而不能证明二者要受到效率原则的辖制。车浩教授看似严密的论证实际上偷换了论证概念，把“表达自由和名誉权具有可通约性”替换成了“表达自由和名誉权可以在效率原则之下通约”。

2.2. 既往解释思路的失败

将“告诉才处理”理解为是将诽谤罪规定为“自诉”的论证失败之处在于重点的偏离。车浩教授的论证思路是试图通过重构诽谤罪的保护法益，使得名誉法益与表达自由统一在社会沟通的功能性视角之下，从而能够用经济分析的框架从自诉或者公诉来配置实体权利，但用经济分析的角度来论述自诉制度对实体权利分配的合理性，其前提不是实体权利的可通约性，而是经济分析方法本身的合理性。车浩教授之所以竭力论证名誉法益与表达自由的“可通约性”，也是出于刑法法益理论的内在缺陷。正是由于刑法法益与宪法上的基本权利理论存在学术语言上的“不可通约”，才使得车浩教授不得不要打通这一点。但真正需要通约的不是“名誉权”和“言论自由”，而是“名誉法益”和“名誉权”。名誉法益和基本权利究竟是怎样的关系，这一点横亘在刑法学和宪法学之间，成为难以解释的理论问题。

接下来，本文的论述重点是从实体和程序两个方面分别证明：诽谤犯罪中的“告诉才处理”应当理解为实体上的可罚性条件。

3. “告诉才处理”的合理解释

3.1. 实体上的解释方法

3.1.1. 名誉法益的功能性

车浩教授忽视的问题，即名誉法益和名誉权的关系问题，就涉及法益理论本身的构造。事实上，车浩教授所忽略的事实在法益理论史上也曾经出现过，那就是费尔巴哈曾经提出的关于犯罪本质的“权利说”。根据雅克布斯教授的梳理，有关犯罪本质的学说最初是费尔巴哈的权利侵害说，后来比恩鲍姆提出了法益概念，并由宾丁发展出形式的法益概念；经过耶林影响的李斯特用实质的先于法律的法益概念，将个

人或集体的利益称为法益[8]。法益明显不能直接等同于权利，如果刑法是为了保护国民的权利免遭侵害的话，那么对于环境犯罪、侵害社会秩序的犯罪、无被害人犯罪等立法就无法解释。在诽谤罪中，无论是事实性的名誉概念、规范性的名誉概念，还是功能性的名誉概念，都不是指一种法律上的规范状态：权利。我们固然可以不断在理论上进行诽谤罪的法益重构，但是名誉权本身和名誉法益还是有所区别的。刑法所保护的名誉法益，其实是名誉权产生的一项规范性要求，名誉法益仅仅是指需要由刑法来保护的那一部分，但名誉权还有更多的内容无法为名誉法益涵盖，在诽谤罪这里，权利反而是比法益更上位的概念——法益是权利派生出来的。

那么自然，法益就是带有规范性的概念，没有先在的规范，就不可能产生法益。在诽谤罪中，我部分地赞同车浩教授的结论，对于自然人来说，名誉有两个部分组成，首先是来自人的尊严，规范的名誉概念证立的规范性名誉、基础性名誉，但是这种名誉的证成方法难以解答的问题是，作为抽象的价值的名誉，怎样会被实际具体的诽谤行为损害？其次是功能性名誉(增量性名誉)，这代表着名誉中实际存在的社会沟通的条件和能力[7]。但是，功能性名誉是怎么和规范性的名誉嫁接起来的？车浩教授语焉不详。如果不能解决这个问题，那么我们怎么知道诽谤行为侵害的是自然人名誉的哪个部分呢？紧接而来的还有尚未解决的规范性名誉是否能够被侵犯的问题。另外，综合两种理论的方案未必只有“拼接”，还可以使之“融合”，换言之，不是把名誉区别为两个不同的部分(基础性和增量性)，而是论证名誉同时具备规范性和功能性，甚至把规范性和功能性进行“沟通”。

结合之前的分析，本文认为，名誉法益是名誉权的外延，名誉法益必然是规范性的，同时，名誉法益也具有功能性，而功能性的特点使得，诽谤罪有不同于其他犯罪的规范结构，“告诉才处理”正是功能性的要求。

3.1.2. 规范性名誉法益的证成

法益是具备规范性的。这一点在当今的法益理论中很难称得上是共识(车浩教授或许在无意中通说的法益理论作出了突破)。张明楷教授很鲜明地将法益侵害说作为和规范违反说相对立的学说，并且坚定地认为法益理论强调刑法与伦理道德的相分离[9]。但是，法益理论处在一个既不能承认规范性，又不能离开规范性的尴尬地位，因为法益理论又必须承认，“犯罪是对法所保护的利益或价值造成侵害或引起危险(威胁)”[9]。法益的对象肯定有价值内容，但是对法益的侵害却不是规范的违反，而是价值中立的损害后果，这是一个明显的悖论。

认为法益必然排斥规范性，往往只能在实在论意义上看待法益——例如有关名誉法益的事实性概念和人际性概念，以及在此基础上进一步推演出的功能性概念。这些名誉概念都是先在现实生活中考察出所谓的“名誉”究竟是怎样的存在物，然后再将其规定为刑法保护的对象。这些有关名誉的理论的共同点在于要先脱离于刑法规范本身来构造名誉的法益结构，然后把这种法益结构作为根本原则来指导规范的构成——这样规范成为保护法益的工具，法益则成为规范的基础。这种方法正是典型的基础主义。美国哲学家理查德·罗蒂首先提出了哲学中的基础主义(Fundationalism)这一概念，用其指称一种传统的哲学倾向，即将我们的知识、信念，以及世界的表象都归结到某种形而上的基础之上[10]。其实，任何具有本体论野心的理论都是基础主义的，这些理论试图将纷繁复杂的现象世界用统一的原理加以认识和解释。显然，唯物主义反映论，以及科学主义，都必然是基础主义的，基础主义是一种常识性的思维习惯。受到当代社会思潮的影响，在刑法中，也存在着这种基础主义式的研究方法：由于教义学研究需要具有说服力的解释根据，我们总是要在刑法之外寻找一些解释理由，由这些刑法之外的原因来为刑法教义学的结论提供正当性，说明施加刑罚的措施是合理的。例如，被法益学说替代了的权利侵害，或者我国刑法上的社会危害性；这些学说都把刑法规定的惩罚犯罪行为的规范性要求的终极正当性诉诸人的权利或者

社会的整体安全这些最高原则。法益理论和被它替代掉的方案都是基础主义方法的表现,某种程度上,选择使用“法益”还是选择使用“社会危害性”,都是一样的,真正的重点是有这样一个终极原则,在我们对具体规则的理解出现争议时,可以作为“上诉法庭”出现。事实上,基础主义的方法把整个犯罪解释体系建立在由假设组成的地基上,这带来法律解释的随意性,使得法律争论毫无意义地无休无止,也易于偏离事情本身。例如,就贿赂犯罪而言,如果仅仅依赖于直觉,那么会形成大致两种立场,一种起源于罗马法,认为受贿罪保护职务行为不可收买性;一种起源于日耳曼法,认为受贿罪保护职务行为的公正性;“刑法理论以这两种立场为基础,形成了诸多学说”[11]。显然,立场是无所谓对错的,起源于罗马法的立场与起源于日耳曼法的立场并没有什么正确与错误的区分,从选定的立场出发去得到法益,是不可能做到的。教义学研究不能假设一个贿赂犯罪的保护法益,然后在遭遇不同观点时,躲进去寻求庇佑,这缺乏理论上的说服力。

在诽谤罪中,试用一下反思平衡的方法,自然而然地会挖掘出规范性名誉。无疑,我们都承认,保护名誉的规范是应当存在的,特别是对于利用诽谤行为损害他人名誉,各国都普遍对此进行惩罚。其实并非是我们先通过研究得出名誉法益,然后再推动的立法,反而是优先在社会共识的基础之上诞生了保护名誉的规范,然后在此基础上我们才会回溯性地建构起相应的法益概念。例如雅克布斯指出,法益产生的原因本质上是人与人之间的社会交往构成的社会关系[12]。什么样的侵害被定义为是需要被规避的、保护的法益,是一定(bestimmt)社会历史条件下人们共同实践的产物。从根本上来说,刑法本也就是历史的产物,这一点在诽谤罪中体现得淋漓尽致——什么是诽谤行为,是高度历史性的,不仅不同国家间肯定具有不同的标准,同一国家内部在不同的历史时间、不同的地区、城市中,也会具有不同的标准——甚至于诽谤在很大程度上成为一个个人主观感受的问题——如果要把诽谤的侵害法益(即名誉)用实在论的方法对象化,那么名誉就是相对主义的,不可证明的:自我的名誉感可能会由于个体自我感觉良好而过于夸大和强烈,外部的社会声誉也可能名不副实甚至徒有虚名[7]。

既要坚持历史主义态度,又不能堕入相对主义,具体的平衡方式就是委之以法律共同体的共同实践规范。我们已经提到,反思平衡确定的法益,其实是一种对某罪的处罚模式、处理意见的指代,而这种反思平衡的主体,则是作为现实世界实践主体的“我们”,即律师、司法者和学者等。法益归根到底就是对案件处理的某种学说,这种学说的正当性、规范性,依赖于我们的公平正义观念,而由于我们又是现实实践的主体,其实我们的公平正义观念又在根本上是社会实践的需求。这种社会实践的需求就体现为社会规范,所以一个自然的结论就是:不法的本质来自规范的违反。这里的规范不是指刑事的实定法,而是作为社会存在“本体”的规范。在雅克布斯那里,人格体、规范和社会本来就是同一的:刑事不法是对规范的违反,也是对规范保护的社会秩序的侵犯,当然也是对自我人格的否认[12]。

3.1.3. 规范性名誉的“可侵犯性”问题

上文以及对规范性的名誉进行证明,但是,“他人的侮辱或诽谤行为又如何可能现实地侵犯到一个抽象的价值”却成为一个问题[7]。其实,这种问题的提出本就是自相矛盾的。为什么名誉法益是规范性的,侵犯法益的行为就不能是规范性的呢?不能因为诽谤行为是现实可观察到的,就否认其规范意义,其实,诽谤行为如果不是违反了尊重他人的社会规范,又是怎么被识别出来的呢?现实的行为同样具有规范性意义,并且后者是前者存在的前提,前者“奠基”于后者。

并且,规范性名誉仍然具备功能性。规范性并不代表着抽象的价值,相反,规范性是最贴近于人们生活的“事情本身”,规范性构成了生活的点点滴滴。自然人的名誉代表着他人应当对自己的人格平等尊重的应然状态,换言之,代表着所有他人的尊重义务,在这样的规范性环境中,才能有所有人平等普遍的沟通和交流。功能性名誉作为一种社会现象可以用来解释规范性名誉,但是功能性名誉本身无法和

规范性名誉相区分，因为规范性名誉是功能性名誉的具体内容，所谓“满足平等主体之间沟通要求的规范期待的能力”，即指一种规范状态，一种所有人都普遍遵守的尊重他人义务，个人满足他人沟通要求的期待的能力，也是建立在“平等沟通”这一尊重义务上的。诽谤行为不仅仅是对规范义务的违反，还是破坏规范主体参与社会交往的能力的行为，受到诽谤之人有可能被排除在遵守同一法秩序的群体之外，规范性名誉的受损即意味着法秩序之上的正常的社会交往地位受到威胁，这是名誉法益的功能性的一面。

正是在这个意义上，诽谤罪“告诉才处理”是合理的，因为规范性名誉要求任何诽谤都是对规范的违反，应当得到规范的反应。但功能性名誉却显示出，规范性侵害的后果可以为个人所评估；规范性名誉代表着所有人的普遍义务，功能性名誉代表着个人在规范秩序中的交往地位。违反普遍尊重义务的诽谤行为，具体能否被评估到造成了威胁他人交往地位的危害后果，需要在具体的法律程序中证明。

3.2. 刑事诉讼程序中自诉应用范围的限缩

在国家追诉主义成为共识的现代社会，似乎只有自诉才会激起人们讨论热情，反过来问一下，公诉制度存在的意义又是什么？从私人追诉主义到国家追诉主义，伴随的是对犯罪行为性质的认识发生了变化。犯罪被视为是对国家和社会利益的侵犯，而非仅仅是对个人利益的侵犯，由此出发，将它与民事侵权行为相区分；犯罪是具有严重社会危害性的行为，由此出发，将它与行政违法行为相区分^[5]。在保留自诉的国家，自诉必然只能作为公诉制度的补充而存在。人类纠纷解决的历史也证明，在诉讼制度从纯粹的私力救济到一定范围的公力救济，再到国家全面干预纠纷解决、公力救济取代私力救济的演变过程中，基于社会对安定和公正的需要，以及国家权力供给公共产品的能力，诉权拥有了权利的属性，这是诉讼制度历史发展的必然结果^[13]。

被害人获得司法正义的权利既包括其可以接近司法，又包括其可以获得公正的审判。在刑事诉讼中，被害人的诉权表现在：在公诉案件中，被害人享有一种“从属告诉权”，被害人的告发(告诉、举报、控告)是引起刑事追诉程序启动的主要原因之一，而且在刑事诉讼过程中，被害人协助检察机关行使控诉权；被害人还有权提起附带民事诉讼，在刑事诉讼过程中附带解决民事赔偿问题；在告诉乃论和自诉案件中，被害人成为刑事追诉程序是否启动的决定性因素^[5]。因此，一方面是国家具有保护受害公民的义务，另一方面是公民的诉讼权利也要求公权力机关对公民的告诉做出积极回应。将诽谤罪规定为自诉制度，虽然具备一定的好处，但是全都可以被“告诉才处理”的优化实体解释结论代替，诽谤的自诉完全是国家机关推卸责任的做法。正如有的学者建议的，“因此，自诉制度的功能在一定程度上可被刑事和解制度所替代。考虑到自诉制度与其他刑事诉讼机制之间的关系，如果其他刑事诉讼机制能够实现自诉制度的功能，则可考虑限制乃至废除自诉。”^[5]

4. 结语

总而言之，刑法 246 条但书存在疑问：自诉程序是平行于公诉程序的特殊诉讼程序，而是否适用自诉程序，又需要仰赖实体法的解释；如果实体法不能对 246 条第 2 款但书做出清晰的解释，如果不能通过形式审查对案件是否符合但书做出判断，那么实体法的规定就和程序法出现了不协调的地方。但是，既往的学说要么是通过立法史的“刻舟求剑”，要么是用并不可靠的法经济学方法进行论证，无法对诽谤罪“告诉才处理”进行妥当解释。对此，应当从诽谤罪的法益入手，通过规范性的法益内容，为解释构成要件提供指引。最终，应当认为：诽谤罪是亲告罪，但是亲自告诉应当是实体法上的要件。理想的情况应当是，所有的诽谤罪都应当由国家机关进行公诉；但是大多数诽谤罪应当亲自告诉，少部分“严重危害社会秩序和国家利益的”，不需要亲自告诉。通过这一解释，将有效缓解实体法与程序法、个人权利与国家权力之间的张力。

参考文献

- [1] 宋英辉, 主编. 刑事诉讼法[M]. 北京: 清华大学出版社, 2007.
- [2] 吴宏耀. 告诉才处理犯罪的追诉制度: 历史回顾与理论反思[J]. 中国刑事法杂志, 2021(1): 39-50.
- [3] 金鸿浩. 论互联网时代诽谤罪的公诉范围[J]. 政治与法律, 2021(3): 149-161.
- [4] 张明楷. 网络诽谤的争议问题探究[J]. 中国法学, 2015(3): 60-79.
- [5] 熊秋红. 论公诉与自诉的关系[J]. 中国刑事法杂志, 2021(1): 17-38.
- [6] 冯军. 德日刑法中的可罚性理论[J]. 法学论坛, 2000(1): 106-112.
- [7] 车浩. 诽谤罪的法益构造与诉讼机制[J]. 中国刑事法杂志, 2021(1): 63-77.
- [8] 赵秉志, 宋英辉, 主编. 当代德国刑事法研究[M]. 北京: 法律出版社, 2017.
- [9] 张明楷. 新刑法与法益侵害说[J]. 法学研究, 2000, 22(1): 19-32.
- [10] 杨虎. 哲学的新生——新基础主义道路: 传统基础主义和反基础主义之“后”[J]. 江汉论坛, 2016(10): 47-53.
- [11] 张明楷. 刑法学下[M]. 北京: 法律出版社, 2016.
- [12] (德) Gunther Jakobs. 规范·人格体·社会法哲学前思[M]. 冯军, 译. 北京: 法律出版社, 2001.
- [13] 吴英姿. 论诉权的人权属性: 以历史演进为视角[J]. 中国社会科学, 2015(6): 112-130, 207-208.