

Globethics Repository

The logo for Globethics, featuring the word "Globethics" in white sans-serif font on a blue rectangular background.

言论自由及其限度 [Freedom of Speech and its Limitation]

This page was generated automatically upon download from the Globethics Repository. More information on Globethics see <https://www.globethics.net>. Data and content policy of Globethics Repository see <https://repository.globethics.net/pages/policy>.

Item Type	Preprint
Authors	侯, 健
Publisher	公法评论网
Rights	With permission of the license/copyright holder
Download date	2026-04-13 07:40:52
Link to Item	http://hdl.handle.net/20.500.12424/182138

侯健：言论自由及其限度

侯健

目录

1. 引言

2. 言论自由的价值

2. 1. 言论自由的价值与近代观念的演变

2. 2. 言论自由的价值

2. 2. 1. 增进知识，获致真理

2. 2. 2. 维持和健全民主政治

2. 2. 3. 维护与促进个人价值

2. 2. 4. 两种重要的衍生价值

2. 3. 两种学说。

3. 言论自由的限度

3. 1. 限度的含义

3. 2. 两种立场

3. 3. 一个方法

3. 4. 若干应考虑的因素

3. 5. 对一些原则的评述。

4. 结语

Abstract

This article examines the values and limits of freedom of speech . Free speech has three main kinds of values: maintenance of a system of free speech is necessary (1) as a means of enriching knowledge and attaining the truth , (2) as a method of upholding and promoting democratic politics , (3) as guaranteeing and assuring individual interests. In addition, it has value in maintaining the balance between stability and change in the society and advancing the construction of culture .The author argues that the most important value is its guaranteeing and assuring individual interests. Then , the article discuss how to settle the conflicts between the values of freedom of speech and other values that the society is in pursuit of . The author argues that , freedom of speech is restricted by the law only when this freedom has brought about or is most likely to bring about true and material damage that can' t be avoided or cleared up by more speech. The author suggests that , in the process of settling the conflicts , the values of freedom of speech should be well taken into consideration .

1. 引言

言论自由 (freedom of speech) , 或称“表达自由” (freedom of expression) , 意指所见所闻所思以某种方式或形式表现于外的自由。这是言论自由的核心内涵。若把这个核心展开, 它还包括搜集、获取、了解各种事实和意见的自由以及传播某种事实和意见的自由。 [1]显然这一界定是广义的。[2]在此界定之下, “主体”延及所有公民, “言论”也被作了扩张性的解释, 不仅指传统意义上以声音和文字体现的语言, 尚包括许多形式的象征性语言 (symbolic speech) , 如形体动作、图像、绘画、雕像、音乐等。言论自由涵盖一般国家的宪法中言论自由、出版自由、集会游行示威自由、科学研究和文艺创作的自由、批评国家机关及其工作人员的权利和提出建议的权利等条款。其他一些条款与言论自由有交叠重合的部分, 是一种法律竞合问题。[3]言论自由, 既包括有关言论、出版、集会游行示威等自由, 也包括其他自由中涉及言论的自由的部分。

在法学界, 言论自由的有关问题已经包含对一些论题的讨论之中, 例如对于名誉权、隐私权, 特别是对于舆论监督等论题的讨论。这些讨论主要涉及言论自由的两个问题: 它的价值和限度。但是总的来说, 法学界对言论自由的关注和探讨是远远不够的。对于言论自由的价值或利益往往是匆匆地、附带式地加以讨论。对于言论自由的限度也缺乏专门和深入的讨论。这两个问题实际上是相关的。言论自由的价值是一个正面或肯定性的 (affirmative) 问题, 这一问题从正面探讨言

论自由有何价值。而它所包含的价值与一个社会所追求的其他价值发生冲突时，就涉及到言论自由的限度问题。限度问题作为一个反面或否定性的(negative)问题，表明解决价值冲突的方法和原则，也表明一个有效的言论自由制度发挥所期望的价值的条件。言论自由的限度是理解言论自由的价值不可缺少的内容。本文即旨在探讨言论自由有何价值，并探讨当这些价值与一个社会所追求的其他价值发生冲突时应采取何种立场、方法和原则去处理。有时，我们用“利益”一词替代“价值”一词来讨论，但二者的含义是一样的。

2. 言论自由的价值

2. 1. 言论自由的价值与近代观念的演变

言论自由的价值与近代社会的一定的观念有着密切的联系。有些观念构成逻辑上的根据，舍此根据，则无作为结果的价值。承认某种观念，即意味着要承认某种形式的言论自由或言论自由某一方面的价值。这些观念都包含着对于言论自由的某种价值的认可。因此归纳、梳理、彰显言论自由与近代社会的某些观念的渊源关系，以表明言论自由的深刻的理论根据，对于我们更好地理解言论自由在一个社会中所能发挥的价值，无疑是有助益的。这些观念主要是知识与真理观念、民主观念和有关人的观念等。

第一，有关知识与真理的观念与言论自由关联甚密。如果真理确是存在的，那么真理是绝对的、普遍的和不变的，还是相对的、有条件的和发展的？思想必须统一于某种真理还是允许有所背离？追求真理的方式是藉说服自由讨论还是藉强力和压迫？对于这些问题的不同答案，决定了一个社会中言论自由的存在和限度。

如果真理是唯一的、绝对的、普适的，全部包容在固定不变的传统和经典之中，那么言论自由不仅没有存在的必要，而且其存在有很大的弊害。人们只需每日从某处领取教条和指示，然后照办即可。在某种思想被膜拜为永恒不变的教条的时代，其他不一致的思想就有可能被看作是应予剪灭的异端邪说。

如果真理是相对和有条件的，那么自由的讨论不仅必要，而且应当。近代以来，各种知识和学科的发展证明了真理的相对性。事物的不断运动、变化和发展使得我们在某一阶段上获得的知识具有一种暂时的性质，只是为以后进一步的认识奠定了基础，而不能阻断后人的认识。除非一个时代能够使世界停止发展，并能够全部、正确地认识了停止发展之前的世界，便不能禁止后代的自由讨论。每一时代所认识的真理在时间和空间上都是有限的。这种真理观是言论自由的知识论基础。

第二，有关民主的观念。民主观念的核心是个人与政府之间的关系。近代以来，这种观念日益深入人心，即政府是建立在人民的同意与授权的基础之上，政府是人民的代理人。“人民主权”和“民有民治民享的政府”成为最流行的政治话语。这种观念实践上来源于近代资产阶级革命，理论上来源于约翰·洛克等人的学说。洛克等人认为，人民亦即组成社会的每一个人有着法律不能剥夺或取消的自然权利，出于理性的考虑，个人将自然权利的一部分让与政府，俾使自然权利获得更妥当的保障，政府的目的亦在于此，而且政府是权力有限的政府。

这种观念认为，每一个人都是他自身利益最深切的了解者和最忠实的关心者，因此每一个人对于影响到他的利益的公共决定都有发言和直接或间接参与的权利。这种观念还认为，个人享有一个不可侵犯的私人生活空间，个人的价值藉自己的行动来体现。这种私人空间意味着他的思考与言论的自由。

与民主观念相对立的是专制思想。专制主义有很多种，但是它们有一个共同点，即视人民从属于统治者。而民主理论恰正相反，视执政者从属于人民，为人民的代理人。专制思想认为，人民议论国事超越他们的本分，批评政府更是大逆不道。而民主观念认为，既然政府是人民的公仆，因为人民的同意和为了人民的幸福而存在，由选举产生，向人民负责，所以人民批评政府为理所当然。

第三，在有关人的观念中，民智未开一向是各种形式的压制言论自由的理由。民智未开不仅用来指民众的理性水平不足，而且指他们在道德上是不能自立的。当民众的理性水平不足时，他们便不能够对纷繁复杂的各种意见和观点作出正确的分析和明智的判断；当他们在道德上不能自立时，他们就易于受到各种“危险性”言论的蛊惑，就有堕落的危险。在这种情况下，他们必须接受高明人士的指导，必须将他们与各种“危险性”言论隔绝开来，同时也必须肃清他们本身的“危险性”言论。这种观念的实质是人们在理性与道德能力上的不平等。它主张领袖与群众判然有别，只有少数人堪膺领袖的重任。领袖的理性、智慧、经验和道德品质高人一等，总是伟大、光荣和正确的。领袖掌握着一切的真理，因此也必须掌握着芸芸众生的灵魂与舌头。基于如此根据压制言论自由的思想有两个源头，一个是神学的，另一个是世俗的。

在基督教神学思想支配一切的时代，教会自认为神谕的唯一正统的解释者与传布者。他们视人类为一群羔羊，而自视为牧者，负责不使启示受到污染，不使羔羊受到误导。他们认为上帝是一切真知的源泉，而又认为自己是神人交通的中介，因此垄断着真理的解释权和得救的可能性。有了这种自命不凡，自然就难以容忍不同声音的存在。他们不仅以宗教裁判所的绞刑架和火刑柱极其严厉地惩罚所谓的异端分子，而且严禁平信徒阅读圣经原本和未经御准的神学著作。理由是平信

徒不能甄别良莠，甚至不能正确地解读圣经。

这种思想的世俗方面源自柏拉图。柏拉图的理论认为人的灵魂是由三部分构成的：理性、激情与欲望。[4]平民难以使欲望与激情服从正确的部分即理性的领导。换言之，他们是不能充分自持的，理性往往为某些情欲所迷惑，因而迷失自我，其行为不能与真正的目的相一致。[5]而哲学王（a philosopher-king）拥有最高的理性，能够藉理性控制欲望与激情，能够透过纷繁复杂的现象看到一切事物的本质，能够发现真理和正确地做出一切决定。因此哲学王便可以规范公民的精神生活，用严厉的文化法规制定文艺创作的规律和模式，决定哪些作品可以提供给公民享受和为教育下一代所用，禁绝一切错误的艺术创作。

这种蔑视民众理性和道德能力的思想在宗教改革和启蒙运动时期受到挑战。开创宗教改革之先声的路德，其因信称义说的重要根据便是私人评断权理论。这一理论主张普通的个人有资格评判神学问题，有能力凭自己的真诚（信）与上帝相沟通（义）。这一种有限的良知自由蕴育了言论自由的萌芽。这个萌芽到密尔顿和洛克时代成为明确的权利要求。前者的《论出版自由》和后者的《论宗教宽容》的主题即是宗教性言论的自由。[6]可以说，言论自由是宗教自由的副产品。

启蒙运动旨在确立一种自信，——即人类可以凭藉自己的能力来理解事物；不需要寻求超自然的渊源而可以获得一定的认识。平等的有限的理性观逐渐被接受。人人皆享有平等的理性，具有一定的认识能力。辨识真理与错误、谎言与事实的权力属于每一个人而非先经选择的少数人，更不是非统治者莫属。如果政府声称为保护“真理”而压制“谬误”，那么人民的理智能力就可能遭到贬损。既然如此，每个人都可以接受一切信息和意见，然后运用理性加以判断。每个人都可以参与真理的发现与发展。只要不是故意歪曲事实、颠倒是非，每个人都可以根据他的良知、他对事物的认识与理解发表他的正确或错误的意见。同时，每个人的理性与经验范围都被认为是有限的。因此，对于任何事物，任何一个人或一群人都不能探讨完毕而可以使后人停止思考、仅仅乘其荫凉即可。每一个人的经验对于他人而言都是不同的，相互的交流便殊为必要。特别是，每一个人都是有可能犯错误的，密尔顿曾说：“有一点我却知道：一个好政府和一个坏政府同样容易发生错误。”[7]既然我们不管用心是否良好，都不能绝对地保证我们所言皆为真理，便不能压制不同意见的发表。

近代以来，人被视为自由意志的主体，意即道德自治的主体。除开某些例外情况外，每个人皆被认为有能力评判某事某物的道德意义，从而决定接受还是拒绝，有能力判断自己行为的道德意义，并且有能力控制它和承受它所带来的后果。说一个人或一群人需要接受他人的道德指导，即是在表明他们在道德品性上存在着等级区分。这种说法违背道德自治的原则。这意味着，只要一

个人的行为对社会没有构成危害，他都可以自由选择外在的信息以发展自己的道德个性。政府不能借口保护公民的道德不受污染而将公民与“非道德的”信息和意见隔离开来，否则政府便是一个道德教化的机构而凌越一般公民的品行之上。

这三种观念分别对应着下文所论证的言论自由的三种价值：（1）增进知识与获致真理；（2）维持与健全民主政治；（3）维护与促进个人价值；。它们构成三种价值的逻辑前提和根据。

2. 2. 言论自由的价值

此处所谓的价值，也可以表达为功能、作用或利益。言论自由的价值与言论的价值有着密切的联系，但是二者之间的区别是显然的：言论自由的价值是和言论受到压制时的情况相比较而言的。

言论自由有何价值或功能？言论自由的作用何在？言论自由能够给个人、社会、国家带来什么好处（或利益）？这些一直是关注言论自由的论者所思考的问题。他们从不同的方面论证了言论自由的价值，以作为支持言论自由的根据。

对于言论自由价值的综合说明，美国联邦最高法院大法官布兰代斯（Louis Brandeis）曾作过一个简洁而集中的概括。他说：“吾国立国先贤秉持有一信念，亦即，国家的最终目的乃是协助个人自由地发挥其天赋才能，并且国家在治理国事时必须深思熟虑，切不可仅凭一己之喜怒而恣意行事。他们认为，自由同时具有目的性及手段性之价值。他们相信快乐的秘诀在于自由，而能够享受自由的秘诀则在勇气。吾国之立国诸贤同时也相信自由自在思考以及把你思考的自由地表达出来乃是发现及散布真实政治之不二法门。如果缺少了言论及集会自由，讨论即不具有任何意义。有了言论及集会之自由，公众讨论即能发挥其平常之功能，提供大众一适当的保护以对抗邪说之散布横行。立国先贤也告诫吾人，对自由最大的危害就是人民的消极冷漠。他们认为参与公众讨论乃是人民之政治义务，这也是美国政府运作时之一项基本原则。虽然他们承认任何一种人为之制度都存有一些风险，但是立国先贤却强调，社会秩序之维持不能仅依恃人们对刑罚的惧怕，对人们自由思想、未来的希望及想象力的吓阻是危险的；因为恐惧会导致自由的压抑；长期之压抑将导致怨愤；而怨愤则将威胁政府的稳定。欲求长治久安，必须给予人们机会以自由地讨论表达既存的委屈以及如何加以补救之道。” [8]

对于布兰代斯在这一段话中所表述的言论自由价值，博克（Robert Bork）曾经归纳为以下四类，即（1）促进个人才能之发展；（2）自由表达带来快乐；（3）增进社会的稳定以及（4）保障政治真实之发现与传布。[9]尼莫（Melville .B .Nimmer）将之归纳为三类：（1）民主对话功能（democratic dialogue function），亦即言论自由为一个民主而自治的社会做出明智决定所必

需；（2）自由表达本身即是目的，它是自我实现的组成部分；（3）言论自由是一个社会安全阀，缓释社会的不稳定因素。[10]博克所指的第（1）（2）类可以概括为尼莫的第（2）类。所以尽管类别不同，实质内容是一样的。

爱默生（Thomas I. Emerson）也曾经综合说明言论自由的价值。他认为言论自由具有四种价值：

（1）促成个人的自我实现；（2）作为获致真理的一种手段；（3）作为保证社会成员参与社会的包括政治的决策过程的一种方式；（4）维持社会稳定和变化之间的平衡。[11]

爱默生教授分析的言论自由价值与布兰代斯所指陈者大同小异。事实上，从事相同研究的绝大多数论者皆未能超出他们提出的分析框架。本文也以这个框架为基础，列举说明言论自由的价值。

本文认为，维持一个有效的言论自由制度，有助于：（1）增进知识与获致真理；（2）维持与健全民主政治；（3）维护与促进个人价值。并认为言论自由具有以下两种重要的衍生价值：（1）达成社会的稳定与变化之间的和谐以促进社会的健康发展；（2）推动和繁荣文化建设。虽然分列这几种价值，但是用以支持和说明它们的理由在很大程度上是相通的。易言之，它们是相互支持和相互说明的。

2. 2. 1. 增进知识，获致真理

最早为论者所强调的言论自由价值即是它有助于我们增进知识与获致真理。它表明，当我们可以自由地认识一切事物，自由地发抒我们对于一切事物的认知，那么真理将在与谬误的斗争中自动显现，为大众的理性所辨明。它还表明，欲作出一个正确合理的决定，应该倾听各种各样的信息和意见，特别是对立方的意见，而且还应把自己的判断置于公众的质疑与挑战之下，进行不断的锤炼与修正。在此过程之中，我们所拥有的真知会越来越丰富。

许多学者对这一作用进行了学理上的论证。密尔顿和密尔是这方面的先驱者。二十世纪初，霍姆斯从自由市场理论的角度再次弘扬了这一价值。卡尔·波普尔也阐明了言论自由在知识进步中的重要作用。其中，以密尔和霍姆斯的论证最为著名。

密尔反对政府对发表一种意见的禁止，无论这种政府是人民的还是非人民的政府。他陈述这种禁止自由讨论的弊端：

“迫使一个意见不能发表的特殊罪恶乃在它是对整个人类的掠夺，对后代和对现存的一代都是一样，对不同意那个意见的人比对抱持那个意见的人甚至更甚。假如那意见是对的，那么他们是被剥夺了以错误换真理的机会；假如那意见是错的，那么他们是失掉了一个差不多同样大的利益，那就是从真理与错误冲突中产生出来的对于真理的更加清楚的认识和更加生动的印象”。[12]

具体而言，密尔是以这四点递进的论据来论证言论自由对于人类精神福祉的必要性的。[13]

第一，如果被权威压制的意见是真确的，那么我们就失去了获得一个真确的认识的机会。这自然是不应当的。

第二，即使被迫缄默的意见是一个错误，它也可能是而且通常总是含有部分的真理。而另一方面，被公认为正确的意见也难得是或从不全部是真理：既然如此，只有借助对立意见的冲突才能使不完善的真理有所完善。第三，即使公认的意见不仅是而且全部是真理，若不容它去接受猛烈而认真的挑战，那么它就会逐渐脱化成一个教条。坚持它的人们并不能够深刻认识它的合理性，而实际上和坚持一个偏见的情形是一样的。

第四，在上述情况下，教条即有可能丧失或减弱它作为真理的本来意义，并有可能失去对人们品行的陶冶作用，因为教条已变成一种纯粹的形式和术语，不仅对于优良生活是无益的，而且妨碍人们以理性或亲身经验去体味真理和培养真正的、虔诚的信念。密尔所论可以归结为一点，即言论自由和意见的多样性是真理浮现和彰显的必要环境，在此环境之中，真理具有自我矫正能力，真理的运动是一个自矫纠正的过程，而权威的干涉只能破坏这一过程。[14]

密尔的真理自我矫正的见解为霍姆斯所继承，不过不是在一部学术著作而是在美国联邦最高法院的一份判决的不同意见书（dissenting opinion）中。霍姆斯原本不起眼的几句话是这样的：

“若人们意识到时间已经推翻许多战斗性的信念，可能会比相信自己行动的根据而更加相信这一道理：吾人所欲求的至高之善（the ultimate good）唯有经由思想的自由交换，才比较容易获得，——亦即要想测试某种思想是否为真理的最佳方法，就是将之置于自由竞争的市场上，看它有无能力获得认可”。[15]

这就是著名的“思想与观点的自由市场”（free marketplace of ideas）理论，是美国经典的言论自由理论。

在这一理论中，霍姆斯不过是把意见多样化的主张置于自由市场理论的背景之下，却使之得到了很好的说明。这也把物质市场的观念扩展至思想市场的观念。霍姆斯的潜台词是，所谓思想也是一种商品。任何一种商品的品质是否优良，是否适合大众需要，必须投诸市场，在一场优胜劣汰的自由竞争之后，才能辨其良莠。市场提供了一个检测各种商品生存能力的机制、程序和标准。思想的市场也是如此，各种观点自由进入市场，进行自由交流和自由竞争，一段时间之后会有高下优劣之分，具有内在说服力的观点赢得了较多的受众，反之则应者寥寥。而最有可能的结果是

不同的观点适合了不同接受者的需要，因而呈现出一个意见多样化的局面。市场开放和自由竞争持续进行。因此多种观点都处在不断的被检验、被接受或被抛弃的过程之中。决定这一过程的后力量不是强力而是理性，不是政府或某个领导人的理性，而是大众的理性。[16]

当霍姆斯的“思想与观点的自由市场”理论投放于思想市场之后，逐渐为笃信自由市场机能的美国人所接受，并且成为彼国联邦最高法院若干言论自由判决的理论依据，[17]但是也招致了很多的批评。许多学者指出，完全竞争的市场是不存在的，实际上思想市场也不是一个完全竞争和开放的自由市场，例如在思想市场上扮演主要角色的大众传媒往往为少数人所把持，所谓不同观点之间的竞争往往与财富、阶级、权力、种族、性别等等势力结合在一起。在此情况下，“思想与观点的自由市场”乃是一个虚构物。本文认为，这些批评并不能完全否定言论的自由市场对于发现真理的作用，相反从反面说明了言论市场的垄断和不公平竞争对于真理的危害和障碍。它们指出了理想与现实之间的差距。鉴于这种差距的存在，有必要在某些条件下承认维护自由市场的一些措施的必要性。

霍姆斯和密尔的言论自由观侧重于强调意见 (opinion) 或观点 (ideas) 之间的自由竞争对于获得真理性认识的作用，言论自由对于我们了解事实 (facts) 的作用可以引申于其中。我们知道，“偏听则暗，兼听则明”。如果对于某一问题任何了解情况的人和任何愿意说明的人都有发言的机会，尽管真实与虚假纷繁芜杂，但我们可以凭藉理性和经验进行甄辨以获得在别种情况下无法获得的更近似和更丰富的事实真相。这就如同任何欲调查事实的法庭必须让相关当事人有发言和辩论的权利一样。在一般情况下，对于过去事情的叙述，利害关系人倾向于 (1) 说出与已有利的事实；(2) 回避与掩盖不利的事实；或者 (3) 对事实作歪曲、虚假的描述。如果只让甲方当事人说话，其陈述一般只能落入上述三种情形之中。法庭不可能得知事实真相，基于一面之词的判断也必然是错误的。因此也必须让乙方当事人说话，使对立的甲乙双方公开、公平地展开辩论。法官依据日常经验和逻辑推理便有可能在他们之间的相互质问与辩论中大致发现事实的真相。如果让目击者作为证人也参与辩论，可以发现更多的事实，更多地接近真相。在此基础上的判断也愈近合理。实际上，社会的公共论坛也应当按照此理向所有的人开放，为大众自己在复杂多样的信息中运用理性和经验辨明真实与虚假，正确与谬误。言论自由是我们了解真实与正确的一条最少危险的道路。虚假掩盖真实，谬误压倒正确，往往不是因为言论自由的过度，而是因为言论自由的不足。

2. 2. 2. 维持和健全民主政治

根据一般的理解，民主即是多数统治，或者治者的统治必须建立在被治者的同意之上，或者一切

公共决定须最终取决于多数公民的同意。言论自由对民主政治的重要性表现在（1）言论自由是人民表示同意和进行自我统治的必要条件和基本原则，没有言论自由即没有民主；（2）言论自由是制约公共权力和避免民主从多数统治走向多数暴政的重要保障；以及（3）言论自由促进着社会内不同群体之间和政府与公民之间政治上的相互信任关系。概括之，言论自由之于民主政治具有三种功能：对话（dialogue）、制约（checking）与共信（trust）。本文是在这两种关系中分析这些功能的：多数与少数之间或不同群体之间；政府与公民之间。

1. 对话

对话亦即民主对话（democratic dialogue），这是言论自由之于民主政治的首要和基本的功能。民主意味着公共决策最终取决于多数意见。然而，多数意见之形成不仅要具有大致相同的利益基础，而且应当发生在公共讨论的空间。任何一个社会，特别是现代社会，不可能是完全同质的社会，存在着不同的政治、经济、文化群体或阶层。它们如果愿意相互共存以形成一个政治共同体，必须解决所面对着的公共问题，并在谋求公共问题的解决中，达到一定程度的共识（consensus）。[18]共识不是强加于每个社会成员的，而是通过“对话”形成的。对话意味着公民之间、不同群体之间对于公共问题之意见的相互交流。[19]对话不仅是平等的，而且是自由的，否则共识便是虚假而不是真实的，基于强力而不是基于自愿的。民主政治是建立在自愿达成的真实共识的基础之上的。所谓言论自由便为不同群体之间的相互对话并进而达成必要的共识提供了一个不可或缺的自由空间，赋予公共决策以民主性。

美国哲学家亚历山大·米克尔约翰（Alexander Meiklejohn）认为言论自由源于人民自我统治的需要，[20]强调指出言论自由对于自治过程中作出明智、有效的公共决策的重要性。他说，投票似乎是人民统治性活动的唯一形式，而在宪法更深的意蕴里，它只是有关公民做出判断的广泛而分散的一系列活动的外在表达。这些活动包括以下三个方面：作为统治者的我们必须理解所面临的公共问题；我们必须对政治代理人就这些问题作出的决定进行判断；我们必须共同设计一种方法，促使这些决定是明智的和有效用的。这几个方面的活动皆是有关言论自由的活动。[21]只有当投票者的判断是明智的、真实的、基于充分信息的，自治才是有意义的。为了实现这一点，投票者必须听取与某一问题所有相关的、正面和反面的事实。不可以因为某种言论被认为是荒谬的、错误的，与我们的主张不合，就予以禁止。只要是相关的事实和观点，都必须有表达的自由。不是每个人都要说话，而是每件值得说的事情都要说出来。因此，言论自由原则不是自然的或理性的抽象法则，而是从公共问题应决定于普遍性投票这一基本契约推导而来的。[22]米克尔约翰进而主张公言论（public speech）享有完全的自由，是绝对不受限制的。[23]

米克尔约翰所强调的是自由对话对于保障正确的民主决策的工具性价值。实际上言论自由还意味着每个公民对于对话的自愿的参与(participation)。参与本身也是一种民主价值。在对话中，我们可以表达自己的意见，我们的意见被别人所倾听，我们体会到自己是民主社会的成员，而没有被排除在民主程序之外。

对话不仅展现于不同公民、不同群体之间，而且展现于政府与公民之间。良好的政治运作体现在政府与公民的有益的相互交流之中。一项法律是否公正，一项政策或其他公共决定是否公平地体现了相关各方的利益，不仅需要程序上的保证，而且要听取有关各方的意见。政府于必要时亦应开放所控的信息，解释公共决定的理由。当然言论自由并不体现在对政府的这些强制性要求之中而是体现在对政府压制信息流动的行为的限制之中。公民可以知道政府在做什么，知道政府为什么这样做，然后从自己的立场出发无拘束地作出反应。政府再根据信息反馈作出一定的政策性调整。合理的公共决定就形成于政府与公民之间的不断的双向交流——“对话”之中。如果压制信息的自由流动和公民的意见，对话的正常过程就会遭到破坏。如果仅仅存在从政府到公民的信息流动，而没有从公民到政府的信息流动，对话就会变成单向的灌输。[24]当然任何政体之下都存在一定程度的双向流动，而唯有在承以言论自由的政体之中政府与公民的对话才有可能。

2. 制约

言论自由对民主政治的制约作用体现在两个方面（1）言论自由对多数权力的制约；（2）对政府权力的制约。[25]

分析言论自由对多数统治权力的制约作用涉及到对民主及其与自由之间的关系的一种理解。民主并非至上的价值，个人自由和权利是更根本的。民主是统治权力，然而无论权力掌握在多数人手里还是少数人手里，都有可能侵害自由。孟德斯鸠曾说“不要把人民的权力和人民的自由混淆起来”，并且指出民主政治和贵族政治的国家，在本质都不是自由的国家，[26]这是足可令人回味的。如果民主权力没有任何制约、无所不能，民主运作既无既定的规则，亦无确定的界线，多数统治极有可能成为多数暴政。许多宪政设计旨在避免民主从多数统治走向多数暴政，而言论自由便是其中的一种。

宪政意味着，宪法是对于多数权力的一种制约，旨在保障个人免于多数人经民主程序之多数决而实施的侵害。宪法之所以规定基本权利，基本权利之所以不可剥夺，本身即是对多数权力的一种制约。[27]言论自由即是基本权利之一。而言论自由不同于其他基本权利之处在于，当多数欲通过民主程序对少数人的其他某种权利进行压制时，少数藉自由的讨论可以表示反对意见，可以据理力争，可以争取多数内部一些人的同情和支持，由此抵制压制以保护权利。而当没有言论自由

时，他们除了被迫忍受或诉诸暴力之外别无其他办法。[28]

言论自由不仅是多数人的言论自由，而且是少数人的言论自由。当政府是为多数人所支持的一个民主政府时，也是不应压制少数人的言论自由的。[29]这种压制对于健康的民主政治是有害的，其弊害在于：（1）多数可以压制少数人政治性言论的自由，意味着只有宣传主流政治理念的自由，而没有宣传边缘政治理念的自由。然而，社会主流意见实质上并非固定不变，而是迟早要失去它的多数性质而成为少数人的意见，执行这种意见的政府将失去民主性质。（2）不允许不同意见的存在，实际即是压制或剥夺了部分公民的民主权利，有害于民主主体的广泛性。（3）多数不过是多重少数暂时、有条件的结合，而一个不容忍他人之意见存在的多数也难以容忍内部的不同意见。当某一条件不复存在时，多数之中的某些少数便会分裂出来，又成为言论压制的受害者。民主就是这样在不断有人失去言论自由时走向反面。因此，只有保障每一个人的言论自由，才能保障民主政治的健康发展。雨果·布莱克（Hugo Black）曾言：“吾深信，吾人之言论、出版与信仰自由，当属于所有人，否则，最后可能无人拥有这种自由。”[30]当无人拥有这种自由时，也无人可以进行真正民主意义上的自治。

在这种意义上再来理解言论自由，可以说，言论自由不仅是表达“正确的”、与社会主流观点相一致的言论的自由，而且是表达“错误的”、为社会大众所反对甚至厌恶的言论的自由；不仅是多数人宣传、实践其纲领路线的自由，而且是少数人申说其政治主张的自由；不仅是批评和质疑占统治地位的政治理念的自由，而且是将边缘政治理念转化为主流政治理念的自由。在一个民主社会中，多数的意见实际上是不需要保护的，而少数的观点则常有遭受压制之虞。因此，言论自由的核心意义在于保护那些偏离社会整体价值观的言论，“一旦脱离这一认识，就很难发现言论自由的意义了”。[31]检验一个社会言论自由之真实性的最可靠的标准是少数意见受保障的程度。

言论自由对政府权力的制约作用表现为言论自由的舆论监督功能。在一个民主社会里，公民享有了解政府事务的权利，享有揭露和批评政府机构及其官员的滥用权力等不当行为的自由，这对于公共权力的行使可以起到一种监督与制约的作用。政府及其官员若违反宪法、法律或其他规定，甚或违反社会公德，皆可能构成不当行为。当一个公民认为政府官员行为不当时，他可以将之揭露于众，并加以谴责，唤起公众对这些行为的注意和反对。新闻媒体在舆论监督中发挥着重要，甚至是主要的作用。但是也不能够忽视公民的其他表达方式如因官员腐败或司法不当而引起集会游行示威、控告申诉检举上访以及在一个具体的社区和单位里口口相传的舆论声讨所起到的分散、广泛的作用。

言论自由对政府权力的制约作用体现在以下几个方面：（1）启动公共权力内部的监督机制。在很多时候，某一公共机构之所以会对另一机构行使制约与监督的法定职责，乃是在社会舆论的压力下所为，而且这种职责的履行往往得益于新闻记者和公民个人的工作。（2）维持和促进政府机构及其官员的自律意识。（3）通过选举机制发挥作用。在自由的言论空间里，人们对政府及其官员的不当行为的揭露和批评，可以形成一定的舆论压力。由于在一个民主社会里官员的命运最终决定于选民在投票时的评价，而这种揭露和批评自然影响选民对他们的评价，所以这种舆论压力可以对权力滥用起到一定的制约、威慑和遏止的作用。如果要问舆论监督的法律根据是什么？由于本文视舆论监督为言论自由的功能之一，因此毋宁问：公民是否有揭露以及批评政府及其官员不当行为的言论自由？多数国家只规定言论自由权，并未提及揭露和批评的自由。在这种情况下，这种自由可以从宪法解释中引申出来，在实践上则由司法机关在处理案件中发展而得。但是从历史中看，从宪法承认言论自由发展到承认批评及揭露滥用权力等不当行为的言论自由，这之间往往有一个可能很长的历史过程。在我国则没有这种困难。我国宪法第41条规定，公民对于任何国家机关和国家工作人员有提出批评和建议的权利；对于他们的失职渎职行为，有申诉、控告或检举的权利。这一条规定即我国公民享有揭露和批评政府及其官员不当行为之言论自由的直接法律依据。它与宪法第35条有关言论自由的规定是特别规定与一般规定的关系。我国宪法在一般性地规定言论自由之外，又特别规定公民享有揭露和批评政府及其官员不当行为的言论自由，足可说明我国宪法的真正民主性。

3. 共信

维持一定的信任关系是民主政治存在的基础，这种信任关系表现在两个方面：（1）不同的公民群体不仅对于相互之间可以生活在同一个政治框架之中拥有信心，而且对于作为共同游戏规则的政治法律体系也具有最低限度以上的共同信任。（2）公民与经他们直接或间接选举产生的政府之间也是相互信任的。很显然，如果没有第一种信任关系，社会必然分裂为不同的政治共同体，而可能“生活在同一个屋檐下”，社会是不稳定的。没有第二种信任关系，政府的基础是不稳定的。当这些有关政治秩序、制度和人事的原有信任关系出现裂缝或呈下降趋势时，便会出现“合法性危机”[32]的问题。民主是一个社会中各不同群体的共同事业，共同建设民主事业是在维持与促进这两种信任关系的条件和目的下进行的。

维持与促进这两种信任关系的方式和途径有很多种，其中最主要的方式和途径可能是对于民主政治所面临的公共问题和公共事务可以作自由、公开、平等的讨论。

这种讨论至少可以促进不同群体之间、多数与少数之间的相互了解。当一方表达了什么，另一方

便可以知道他们在想什么，在希望着什么，在主张着什么。反之亦然。相互信任是建立在相互了解的基础之上的。如果对立双方能够理智、平静地讨论问题，便有可能达成一定的谅解与信任。在对话之中，各方的政治分歧和政治对立肯定是存在的。但是民主政治的特征之一就是通过自由对话的机制使分歧和对立各方达成一定程度的和谐与信任。如果不能容忍政治分歧，而强求意见一律，虽然在政治舆论的舞台上呈现清一色的唱腔，但是那些未登台的演员并未因此放弃了自己的追求，而且强求意见一律堵塞了这一群体和其他群体在这一问题上达成相互了解、沟通和信任之可能性的渠道。弱势群体由此生发出对优势群体愤恨和敌视的情绪，以及对此一政体之正当性根据的质疑。那些不能通过言论表达的愿望很可能通过暴力表达出来，去寻求分裂或建立另一种政治制度。因此，在对立言论问题上的选择，实际上是在民主社会各成员关系是“和而不同”还是“同而不和”之取向上的选择。如果“和”与“同”不可兼得，还是应当采纳取向“和而不同”的制度设计。[33]

言论自由之所以有助于各方建立起一种信任关系，在于它所具有的一种深刻的类似法律之正当程序的功能：它使得在大众接受何谓真理之前，选民在选择何种路线之前，各种不同的意见和主张都有一个公平的表达机会，一如对立之诉讼当事人有着对等的诉讼权利，因此这一公平、开放、理性的选择机制保证了它的终端结果是最少争议的，亦如依据法律正当程序作出的判决更可能令败诉当事人心平气和地接受一样。那些在选民面前“落选”的纲领和主张唯可抱怨的是自身欠缺说服力，明智的选择是自我调整，为成为多数意见而努力。因为少数意见成为多数意见的和平之途是开放的，诉诸暴力的可能性便被大大地降低了。而那些在自由对话机制中形成的公共决定也可以获得普遍的信任与服从。

当然，某些带有憎恨情绪或明显偏见的极端言论确实可能引发激烈的对抗，对民主政治的信任关系构成一定的威胁。[34]但是这并不能构成压制言论自由的充分理由。如上所述，即使压制了这种言论，并不等于清除了作为其土壤的憎恨与偏见。同时还应看到，政府保有规制人们行为的权力，它可以藉控制人们的行为而将言论的危害停留在言论之上，使对抗不至于发展为暴力冲突，从而维持继续对话和相互理解的可能性。

政府与公民之间也应当是相互信任的，这不仅是政府合法性的基础，而是民主政治运行良好的征候。然而在现实生活中，政府与公民之间的相互惧怕和猜疑却比较常见。惧怕与猜疑的原因之一就是言论的不自由。公民在进行学术研究和发表其他言论时常常担心踏入了禁区而引起政府的制裁，因此造成不敢言、不愿言和言不由衷的现象。冷漠、不满而不是坦诚的信任就成了公民对待政府的态度。同时，政府也是不自信和不信任公民的，它害怕出现不同的声音，害怕自由的舆论引起对政府行为的批评和质疑。这样的政府必然压制信息的流动，特别是有关政府本身的信息和

来自国外的有关另一种可能更好的统治形式的信息。它惮于把自己所作所为的真相公布于众，特别是那些有损于它的形象的事实真相。由于公共舆论的虚假性质，它无法从中获得真正的民意以作为施政和控制民众的依据。因此一个以搜集民间信息为主、纵向的内部的信息网络就建立起来了，各种非公开的出版物和印刷材料必定在政府内部大量出现。而公民无法确切得知有关政府的和另一地公民的信息，猜疑和小道消息盛行。政府与公民之间的不信任在言论不自由的状态中继续下去。这样的政府还极有可能实行文字的事前检查制度。它要压制或删除那些不利于其统治的文字。事前检查制源于一种对公民的不信任心理，又加重了公民对政府的不信任。

另外，在合法性要求之下，政府可能采取特殊手段以使自己合法化。合法化是一种证明的手段或方式问题，[35]然而政府的证明手段并不限于提供满足一个社会基本需求的物品，而且欲通过通过传播媒体去制造它的合法性根据。因此政府掌控甚至垄断传播媒体便成为必要。传播媒体作为一种证明手段，其作用体现以下几个方面：(1)掩盖于政府不利的事实；(2)通过制造谎言和作空洞许诺等方式证明政府的合法性；(3)压制他人的反证明；(4)将域外的不同的合法性观念排除在外。

然而，这一合法化过程所导致的最好结果也不过是公民对于政府的暂时的、脆弱的、盲目的单向信任。公民信任政府，而实际上政府并不信任公民。在为获致公民信任而实施的一整套从肉体到精神的控制措施的背后潜藏着对公民极大的猜疑、担心、惧怕和威胁的心理。当这一控制系统在某一环节上失灵或动摇的时候，整个系统可能在顷刻间瓦解，全部合法性基础可能立刻崩塌。公民由全面信任转变为全面怀疑。而相反的是，公民由对域外信息的全面排斥转变为全面接纳。他们首先为本国统治势力所愚弄，后来为外国统治势力所愚弄。这就是政府扼制言论自由、与公民之间缺乏相互信任所导致的悲剧。[36]

当我们表明对言论的压制是滋生和增长政府与公民间不信任的一种重要原因后，剩下的问题似乎就比较明朗了：言论自由对于减少政府与公民间的怀疑情绪、培养相互信任的重要性。当公民可以自由地了解和传播有关政府行为和人事的信息，使会觉得政府是公开的、坦诚的、不隐瞒缺点和失误的。当公民可以自由地批评和议论政府机构及其官员的表现，便会觉得它们是谦虚的和包容的。当公民看到政府对民间舆论作出了积极的反应，便会认为政府是负责的、倾听民意的。总之，言论自由有助于增强公民的民主意识和对于政府的信任感。

言论自由相比对言论的压制，更有助于培养公民冷静、理性的思考与判断能力。公民可以在自由的讨论中增长这一种能力：辨别一种公共政策对自己以及对整个社会有利还是有害。正确的政策必定会获得公民坚定的支持。因此自由舆论不仅是政府获得民意的一个源泉，而且是它获得支持

的一个源泉。一个认真的、负责的民主政府只有在言论自由的环境中才有可能做到相信人民和依靠民意施政。

言论自由对于民主政治的三种功能：对话、制约与共信。其中，对话是基本功能，制约和共信是派生功能。从表面上制约与共信似乎是不一致的，例如制约与怀疑有着密切的关联——少数对多数的怀疑和公民对于政府的怀疑，而共信则强调言论自由有助于它们之间达成相互理解和信任。但是制约与共信并不是矛盾的。制约的目的并不是为了加深和扩大怀疑，而是为了达到相互信任。而同时，共信之所以作为一种目的和取向，正因为存在着这两种怀疑。没有怀疑的信任是盲信，它的最终结果必定是产生更大的怀疑。一定程度的怀疑与信任对于民主政治都是需要的。换言之，我们不仅应当强调言论自由的制约功能，而且应当强调它的共信功能。这样认识的意义在于表明，言论自由并非仅仅是个人对抗政府、少数对抗多数的权利。所谓对抗的权利，意味着言论自由需要排除外来的干涉，意味着公民个人的利益和其他利益是相互对立的。本文所要揭示的意义更多：言论自由的实现不仅需要排除政府的干涉，而且需要政府的配合和保障；在言论自由的空间中公民个人利益与政府利益、多数利益不仅有对立的一面，而且有一致的一面。在新的理解中，言论自由既蕴含着对抗，又蕴含着和谐。唯遵循对抗思路的言论自由理论不仅已经无法解释现实的发展，而且也不能满足时代的要求。从这部分的分析中，我们还可以看到，言论自由不仅是一项基本权利，而且是一项重要的民主政治制度。作为一项基本权利，它是目的，但是它同时又是维系民主制度的一个手段。没有言论自由，权力分立、选举制、代表制都将失去应有意义。一个清晰地意识到言论自由在此方面意义的社会既把言论作为一项基本人权，也把言论自由作为一项民主政治制度加以维护。

2. 2. 3. .维护与促进个人价值

言论自由不仅是增进知识获致真理、维持与健全民主政治的必要手段，而且其本身即是目的。作为手段，它促进着听者的利益；作为目的，它促进着言者的利益。

言论自由所促进的言者利益，在不同的学者那里有不同的理解与表达方式。通常有这几种称谓：“个人自由” (individual liberty) [37]、“个人的自我实现” (individual self-realization) [38]、“自我发展” (self-development)、[39]“自我成就” (self-fulfillment) [40]、“个人自主” (individual autonomy) [41]、“自我表现” (self-expression) [42]等。就使用者所作的分析来看，这些术语分别侧重于以下两种内涵中的一种：

(1) 强调个人的自由意志，人是他自身的主人，他自主地决定有关自身的事宜，言论自由即是自由意志的一种必要条件和外在表现；(2) 强调言论自由是个人得以发展其能力和才智——实现他

的各种潜在资质或“尽性”“践形”——的必要条件以及个人提升自我、完善自我、实现个人目标的必要条件。第一种内涵侧重于不受外在控制的个人自主与自决；第二种内涵侧重于个人内在的潜能及愿望的实现。第一种属于（消极）自由的概念；第二种属于发展的概念。本文所谓“个人价值”涵盖这两种价值。易言之，本文认为言论自由有助于维护与促进这些价值。

自由——不受外在控制的自主与自决，本身就是一种善(good)，是人之为人的一个首要条件。在古希腊、罗马时代，自由是一个公民区别于奴隶的标志。言与行，是人类存在的两种根本方式。我思我言我行，故我在。如果无往而不在枷锁之中，则减损我的自由，也减损了人之存在的价值和意义。而言论的自由发抒，“使表意人享受到作一个独立自主的自由人，自由表达的满足，而能有某种程序的自我成就之感” [43]

自由赋予一个人作为人的尊严。一个自由人被视作拥有正常理性以判断是非和道德能力以区别善恶的人，一个能够有效地自理与自控的人，一个能够做出自己的选择的人。这样的一个人，自主地搜集他所需要的信息，听取他所感兴趣的观点，然后运用理性加以分析，并且根据自己的经验形成判断，做出选择或决定：它们是真实的还是虚假的，有益的还是有害的，是公正的还是不公的？如果政府认为，他不适宜听到这些信息和意见，否则他就会被蛊惑或被误导，步入歧途走向反动或堕落，那么政府实际把他视为一个在理性和道德能力上不能自立的人。这种认识无疑降低了他的内在价值，贬抑他作为一个人应有的尊严。因此任何势力——无论是行政机构还是议会中的多数——都没有权利基于我们不适宜听到或思考某件事情的根据而阻隔我们接触某些信息和意见，——唯有如此，我们才能保存作为人的尊严。

我们作为国家的公民、社会的成员，持有一种有关国家或社会的信念，而愿意把它传播给其他人，或是出于对他们关心，或是出于一种自信，或是为了追求某种正义。然而政府认为，由于我们持有这种信念，因而是一种没有价值的参与者，我们被剥夺了表达的机会，这种剥夺本身就构成对人的尊严的蔑视。这种剥夺的结果在表面上是我们的意见没有受到与其他人意见一样的尊重，而实际上是我们没有享受与别人同等的关心与尊重。如果我们相信，我们在组成政府之时彼此约定所合力组成的这一个公共机关应该同等地关心和尊重每一个成员，那么政府在允许社会一部分成员发表意见的同时压制另一部分发表意见，这不能不说是一种歧视。[44]这种歧视减损了我们作为一个国家公民和社会成员的意义。另外，政府给予一部分人言论自由而剥夺另一部分人的言论自由，然而剥夺一部分人的言论自由并不等于同等地增加了另一部分人言论自由，因此社会里的自由总量也减少了。总之，当我们被剥夺参与意见之公平竞争的机会，在可能被倾听之前必须缄口，在可能被接受之前不得申辩，当我们被封杀一切言论的管道而近乎窒息，当我们因为一句话、一个主张、一种信仰而被判刑，被流放，或被梟首，——一句话，当自由被压制，生命的

尊严皆被压制。布兰代斯所说的因自由表达所带来的快乐更是与我们无缘。

压制言论不利于一个人德性的发展和道德人格的健全。若一个人不能表达他的意见或不得不放弃他所坚持的信念，他的内心必定是痛苦的。而当他不得不表达他所反对乃至厌恶的意见，——特别是必须交代自己的“谬误”和附合他人的“真理”之时，他的痛苦则更甚。他惮于受到惩罚，惮于被剥夺某种利益而谨言慎行，萎琐卑陋。等不到别人的贬抑时，他就自我贬抑了，因为他知道自己是个懦夫，不敢说出真话。而在同时，会有另一些人，为了追逐现实利益而颂扬那些他们自己并不相信的信仰和并不忠诚的思想，他们乃是自愿的说谎者而白甘堕落。因此言论不自由的时代必定是一个谎言流行、人格扭曲、道德堕落的时代。我们不能说言论自由会使人们全都说出真话，——在任何时候都会有人故意说假话和造谣言，但是言论自由至少能够使那些不想说假话的人可以不说假话。言论自由提供了人格健康成长的一个必要和正常的环境。

同样，压制言论也不利于一个人智性的发展。人有一种自我表现和自我实现的欲望，他欲展示和发展他的各种潜能，欲利用潜能以达成设定的人生目的。他或许有着独特的想像力和创造力，对世界有着非同寻常的理解方式。至少他在这个无限多样的世界的人生旅程中积累了不同于其他任何人的经验。他期望把它们表达出来，不仅用行动而且用语言。如果压制了他的自我表现，必定压制他的潜能和愿望，压制他自我实现的程度。这种压制若对于一个文学家或艺术家而言，就可能毁去了他的前程。

2. 2. 4. 两种重要的衍生价值 人类的诸多活动与言论有着密切的联系，自由的言论是促进这些活动成就的必要条件之一。我们不必一一列举人类活动的每一领域中言论自由的作用。相比以上三种价值，言论自由在其他方面的价值可以说是衍生价值，反映前三种价值而来的具体价值。只要前三种价值得以保障，其他方面的价值必然会显现出来。然而指出两种重要的衍生价值并不算多余。一种是对社会稳定的价值；另一种是对文化的建设的价值。

(1) 言论自由提供了以正常、和平的手段改革政治、法律及社会制度的一个条件，提供了以民主的程序更换统治者的一个条件，因此也提供了使得社会的进步不以社会的稳定为代价的一个条件。

许多人可能认为，言论自由势必须导致邪说横行，伪言四起，人们因视听淆乱而迷失所以，社会因思想多元而组织涣散，甚至因为观点的激烈对立而陷于动乱。这种担心往往导致追求这样一种结果，即，社会藉对正统思想的极力维护和对异端言论的大加挞伐而高度凝聚，统一的行动因为统一的思想而蕴含着巨大的力量。然而，这种做法在非常时期如遭遇敌国入侵时尚可以不得已而

为之，其正面作用也许大于负面作用，而在平常时期，弊害就很大。爱默生教授曾经归纳前人所指出的一些弊害为以下三端：(1)以强力代替逻辑使得做出一个合理的判断为不可能；(2)导致僵化和凝滞，不利于社会适应变化的环境和新的观念；(3)掩盖社会所面临的真实问题，使公众无法注意到这些问题。[45]

爱默生教授所指陈者的确为是。然而这种做法的最大弊害在于，它往往以后来更大的社会动荡换得现在暂时的社会稳定。历史表明，禁锢思想压制言论总是导致社会动乱和革命的一个根源。因为异端思想决不可能被完全压制住，它在社会的暗流中慢慢传布，积蓄力量，犹如地火在地下运行。当一切和平的发泄管道被堵塞，它必然强行爆发而成为一场破坏性的社会地震。诚如布兰代斯所言：“对人们自由思想、未来希望及想象力的吓阻是危险的；因为恐惧会导致自由的压抑；长期之压抑将导致怨愤；而怨愤则将威胁政府的稳定。”[46]而稳定之策，亦如布兰代斯所言，在于“必须给予人们机会自由地讨论表达既存的委屈以及如何加以补救之道。”[47]言论自由和公开讨论之有助于社会安全和稳定，不仅在于使社会不公有可能得以平伸，而且在于它所具有的一种类似法律之正当程序的功能，这一点前文已经指出。言论自由固然可能造成一定的混乱，但是两害相权取其轻，对于社会稳定而言，这是必要的、可容忍的、能够从行动上加以控制的混乱。

任何社会都难免不满情绪，不满之中，往往包含着改善制度所需要的智慧和动力。[48]观点的对立和意见的多样，是社会的常态，是必要的和有益的。它给予社会以活力，培养社会适应新的境况的能力，推进社会的新陈代谢过程。正如爱默生教授所指出的那样，一个社会的通常特征是趋于凝滞，有鉴于此，表达自由可以被适当地视为一个催化的过程，——加速社会的和政治的变化，使社会避免僵化和衰朽。[49]

社会稳定与社会发展是相辅相成的，言论自由在这一相辅相成的过程中发挥着不可或缺的作用，这一作用尤其体现在一个社会的改革时代。改革是一个涉及千家万户之切身利益的事业，错误的改革措施往往引起社会的震荡。因此不能压制利益相关者的意见，人民的广泛参与是改革稳定推进的最大保障。同时改革成功所需要的智力资源是广泛的，这非一个人或少数人所可提供，最有成效的改革措施往往是人民群众在实践中探索而得。没有言论自由，人民群众的原创力就得不到充分的发挥。为了社会的稳定和发展，改革的时代是一个尤其需要言论自由的时代。(2)论者很少强调言论自由对于文化建设的意义。文化涉及个人或群体的美学偏好问题，难以用正确或错误来区别，因而与真理问题无关，恰恰落入人的自我表现的范围之内。

言论自由对于文化建设宣示的主旨是：社会中的每一个人都有权利参与文化的塑造，每一个人都

可以把他感受到或主张的“美”表现出来。其具体义涵为两个方面：（1）言论自由保障为传统习俗和惯例所不容的新式文化；（2）言论自由保障为大众文化所排斥和厌恶的边缘文化。

因此，言论自由之于文化的意义主要体现在两个方面：丰富和更新。如果每个人都可以表现他的美学偏好，而不分其种族、性别、年龄、信仰、政治立场和知识水平，那么文化花园确是百花齐放，而非一支独秀。如果规定一个模式甚至制造若干样板，强制千姿百态的艺术之自我表现框入其中，其结果便减少了文化的丰富性。如果容许少数人走出传统的樊篱去尝试新的文化样式，那么传统的文化内容将可能得到更新。

文化是一项灵性活动，言论自由给予它自由翱翔的广阔天空。

2. 3. 两种学说。

论者在阐述言论自由的价值时形成了一些不同的学说，这些学说涉及言论自由的不同论证方式。

基于言论自由的三种价值：发现真理、健全民主政治和自我表现，形成了三种学说：“追求真理”说、“健全民主政治”说、“自我表现”说。[50]或认为言论自由之主要目的如此，或认为言论自由的唯一目的如此。[51]追求真理说与健全民主政治说关联密切，二者都将言论自由视为一种工具。它们认为，言论自由之所以重要，并不是因为人们有一种内在的道德权利去表达他们的意见，而是因为允许他们表达意见能够给社会带来好的结果。与此不同的是，自我表现说认为言论自由之享有并非因为它能够会给社会带来多少好处，而是源于人的内在的道德权利。前二者重视听者的利益，后一者重视言者的利益。健全民主政治说的提倡者米克尔约翰说，“在政治自治的方式中，最高利益并不在于言者之言，而在于听者之心。”“关键之处，并不是每个人都可以说话，而是每件值得说的事情都必须说。”[52]而自我表现说的支持者声称“言论是否受到宪法保护之判断标准，并不在于该言论是否对于他人(听众)有无功用——譬如是否有助于他人追求真理，或是否有助于促进民主程序之健全——而是在该言论是否为表意者(speaker)自主的表现。”[53]。所以后者与前二者的出发点和立论基础是不同的。

本文认为，言论自由的目的并非限定于一种，而是而包含了一系列的追求。但其中最根本的是为了保障公民的自我表现的自由。也就是说，本文的理解是，宪法主要是将言论自由作为公民的一种基本权利加以规定，而权利之享有乃是为了权利主体的利益，但是这也并不排除这种享有同时可能促进国家和社会的整体利益。

根本而言，宪法并不是政府治国安邦的手段，而是“人民自由的圣经”，是人民与政府之间的契约书，是公民对于作为其代理人的政府的权力授予书。宪法保障基本权利，旨在保证每个公民享

有一些不可剥夺的利益。言论自由作为公民的一项基本权利，乃是保障公民在自由传播信息和表达意见中所享有的个人利益。追求真理增进知识，健全民主程序，只是中介价值，其最终目的在于藉真理之追求和民主政治之参与助成个人成长及实现自我，促进个人自主及尊严。[54]因此，我们不应基于外在的角度来评判这种权利，而应当首先从内在的角度肯定之，不应根据听者的利益来臧否，而应把它作为言者的利益来保护。一种意见即使被认为是错误的，也可以将它表达出来，主要不是因为它可以作为真理的反面教材提供了使后者更加鲜明的对照，而是因为持有这种意见的人拥有一种不可剥夺的表达意见的权利。有一句人所共知的箴言：“我虽不赞同你的观点，但是坚决捍卫你表达观点的权利，”所说正是此义。而密尔也说：“即使除一人之外的全人类持有一种意见，而这一人持有相反的意见，那么人类要使这一人沉默并不比这一人（假如他有权力的话）要使人类沉默较可算为正当。”[55]

基于同一道理，言论自由对于民主政治的良性运作确有功用，但是参与民主政治并不仅仅是为了明智的公共决策献计献策，参与本身就是一种权利。我们在民主过程中的发言和投票即是在行使这种权利。如果持有一种工具论，我们必须成功地论证工具的外在功用，才能够保有言论自由的权利。一旦论证失败，权利的存在则面临危险。我们因为它的功用而承认它，而有些人却可能基于他们认为的其他事物的更大功用而取消它。工具论的论证是脆弱的和有缺陷的。

应予指出的是，承认言论自由是一种内在权利，并不能自动地表明它的应受保障的范围和程度。权利的存在与权利的程度不是一回事。本文虽然赞同“自我表现”说，但是并不认为凡为“表意者自主的表现”的言论都应受到保障，而是主张权利的相对性，以及可以根据言论所引起的各种冲突的不同性质给予不同言论以不同的保障。这些是下一部分的考察内容。

3. 言论自由的限度

3. 1. 限度的含义

如果不能恰当地说明言论自由的限度，任何支持言论自由的理论都是片面和有缺陷的，既缺乏足够的说服力，也没有切实的实践意义。本文所谓的限度是指法律上的限度，而不是物质的或道德的限度。物质上的限度决定于人的认识能力，道德上的限度体现社会伦理对言者的诚实及善良的要求。而法律上的限度则说明言者可以自由地表达言论而不必担心法律之强制惩罚的界线。因此，言论自由的限度也可以说成是法律之施加于言论上的若干限制。这一部分所勉力探讨的即是何谓合理的限制。显然，这是一个密尔式的问题。[56]

“合理的限制”是一个应然问题。在涉及这个问题之前，在实然层面上分析限制的心理学的和政治

经济学也具有一定的意义。一般而言，人们总是认为主张和持有某种观点关系着自身的能力、尊严与荣誉。若所持观点被表明为非时，大多数人会感到良好的自我感觉的丧失。常人难以做到闻过则喜，不愿意看到自己的观点被驳倒、被证明为非，希望别人能够服膺自己的见识，甚至希望用自己的意见统一所有的声音。所以人们有一种心理倾向，即拒绝、排斥甚至剥夺另一种不同声音的存在。当两个不同意见者地位平等、势力相当时，一方争取另一方的手段是说服。当一方握有权力——无论是专制的还是民主的权力时，便有可能使用法律的力量以压制对方。言论自由之限度实际上是社会中居于优势地位的一部分人所能够容忍另一部分人表达不同意见的限度。

根据马克思主义的唯物史观，在最终的和根本的意义上，物质的生产决定着思想的生产。这意味着，就普遍情况来看，言论与言论者的现实利益有着或强或弱的联系。在一定情况下，维护某种言论的最终目的乃是维护某种现实利益，压制某种言论也旨在压制某种竞争着的对立利益。统治阶级利用所掌控的公共权力以维护某种意识形态的统治地位，实质在于通过维护这种意识形态的统治地位以维护他们在政治与经济上的统治地位。在某些时候，对立观点的威胁被夸大，被消灭于未然之中。权力者手中的批判之武器具有一种转化为武器之批判的趋向。历史表明，利益多元化可以促进思想与言论的多元化，当社会的主要对立势力之间达到一种均衡态势，当各种势力认识到无法通过强力以铲除持不同意见者，当它们不愿再次经受思想与信仰冲突所引发的流血斗争，言论自由便有望成为现实。

限制的心理学和政治经济学告诉我们，没有谁真心实意地反对一切人的言论自由，而只是反对其他人的言论自由，围绕言论自由的斗争有时并不是正确与错误、善良与邪恶、高尚与卑鄙之间的斗争，而是各种利益之间的斗争。限制一方所通常标榜的那些维护真理与道德的根据可能是虚弱的，甚或是虚假的。限制与被限制的两方并没有在理性与道德上的差别，而主要是利益上的差别。当人人意识到这一点时，或许能够给予不同言论多一点的宽容。因此，我们探讨言论自由的限度，从另一方面也可以说是在探讨国家法律所可施加于言论之上的强制力的限度。

3. 2. 两种立场

“言论自由的限度”这一提法表明着作者的立场，即言论自由是相对的，并不是绝对的，这一利益并非可以绝对地压倒其他一切社会利益。然而，在表明作者的这一观点时，不能不提到另一种一般被称为“绝对主义”的立场。

绝对主义立场，并不像有些人所误解的那样主张言论享有压倒一切的绝对自由，而仅仅是主张某些言论享有绝对的自由。米克尔约翰是一位著名的绝对主义论者。他认为，言论自由实质上所保障的是人们参与自治的权力。因为自治的权力是绝对不可以被在自治的过程中推举出的政治代理

人限制的，所以言论自由也是不可限制的。所不可限制的言论并非一切的言论，而仅仅是与自治事务有关的“公言论”，即那些涉及到必须由大众直接或间接投票表示意见且与公益有关之公共问题的“政治性言论”（political speech）。[57]米克尔约翰后来将绝对保护范围扩展至有关教育、哲学和科学、文学和艺术的言论，因为这些言论有助于开发民智，培养公民在投票时所必需的健全和明智之判断的能力。[58]相反，与自治无关的“私言论”（private speech）则无此特权。米克尔约翰认为，“议会不但有权利，而且有义务禁止某些形式的言论”，例如口头及文字诽谤。[59]他甚至认为，“致人犯罪的言论本身即是犯罪，且必须持如是观”。[60]米克尔约翰还认为这两种表述是不矛盾的：在严格限定之下，议会可以“调整”（regulate）公民据以治理国家的言论表达活动，但是这种“调整”并没有限制那些统治性活动的自由。[61]

罗伯特·博克教授的绝对主义立场不同于米克尔约翰之处，在于他所主张的绝对保障范围仅限于那些“纯粹而明显的政治性言论”（purely and explicitly political speech），这样的言论包括凡涉及政府之行为、政策或人事的言论，具体而言，不仅包括对政府及其官员的公益行为之评价和批评，而且包括从事政治竞选活动以及宣扬政治理念的言论。[62]

在美国，这种绝对主义的思想也影响了联邦最高法院的某些法官。例如雨果·布莱克：“我相信，第一修正案赋予了信奉任何政治制度、讨论一切政府事务和呼吁有目的地改变既存秩序的绝对权利。”[63]道格拉斯（William Douglas）：“第一修正案的表达方式是绝对的，——言论自由不可限制。因此相比其他公民权利，言论自由享有一种优先的地位。”[64]戈德堡

（Goldberg）：“依我之见，宪法第一和第十四修正案赋予公民和报业一种批评官员的职务行为的绝对、无条件的特权，而不管这种特权的滥用和过份行使可能带来什么危害。”[65]

绝对主义者反对相对主义者的平衡观——平衡言论自由的利益与其他利益之间孰轻孰重以决定取舍的观点，而主张在政治性言论的领域内不存在平衡问题。实际上绝对主义也是一种在利益考量之后取舍的结果：在民主政治的领域，讨论公共事务的利益绝对地压倒了其他利益。绝对主义在学界并非是一种主流观点。上述若干法官的观点也都是出现在判决的不同或协同意见书之中，而从未成为多数意见。然而，绝对主义虽然难以被接受为处理言论讼案的法律原则，但是它对言论自由的深切关怀具有一种提醒人心的作用，它的主张也有一定的启示，即有关公益的言论、对公共事物的讨论应当受到更多的保障。相对主义认为，言论自由可以因为其他社会的和私人的利益而受到限制，言论自由在社会的权利配置系统中应与周围一系列权利形成一种相互制约、均衡发展的形态。当言论自由与其他权利发生冲突时，相对主义者会考量诸种冲突权利的利益份量以及保护或压制所造成的不同后果，然后进行判断给予何种权利以何种程度的保护，并可能形成

适用于某些情形的一些原则。相对主义论者往往是结果主义论者 (consequentialist)，问题的解决不取决于抽象的权利，而取决于具体的后果。但是，多数相对主义论者并不主张一切冲突都要就事论事的解决，也强调追求一致的判断与选择方法，以增强言论者对其言论后果的预见性。相对主义思想支配了各国有关言论自由立法和司法的实践。

《公民权利和政治权利国际公约》第19条规定，“…2、人人有表达自由…。3、本条第2款所载权利之行使，附有特殊义务及责任，因此得以限制，但是，这些限制必须是由法律所规定的并且为下列所需：（1）尊重他人权利或者是名誉；（2）保障国家安全或者是公共秩序，或者是公共健康或道德。”第20条规定：“1、任何鼓吹战争之宣传，应以法律禁止之。2、任何鼓吹种族、民族或宗教的言论，构成煽动歧视、敌视或强暴者，应以法律禁止之。”《欧洲人权公约》第10条所列举的限制言论自由的事由更为详细，包括保障国家安全、领土完整或者公共安全的利益，防止混乱或者犯罪，保护健康或者道德，保护他人的名誉或者权利，防止秘密收到的情报的泄漏，维护司法官员的权威与公正，等。

规定言论自由的各国宪法大都说明了这一权利的相对性。我国宪法第31条明确表示：“中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候，不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民合法的自由和权利。”刑法第103条规定了煽动分裂国家罪，第105条规定了煽动颠覆国家政权罪，第249条和250条禁止散布煽动民族仇恨之言论，第221条和222条规定了对于商业性言论的限制。分则第五章第九节规定了制作、贩卖、传播淫秽物品罪；刑法第240条和民法通则第101条规定了对侵犯公民名誉权的惩罚，等等。美国宪法第一修正案虽然以绝对的口吻表达了言论自由的不可限制性，但是国会也曾通过限制言论自由的法律，而且联邦最高法院在判决中多次表明言论自由的相对性。

通常可以引作对言论自由进行限制的因素可以分为两类：公共利益和私人利益。公共利益诸如国家安全、国内秩序、社会良俗和司法权威。私人利益诸如个人之名誉权、隐私权、财产权以及受到公平审判的权利。因此我们可发现两类冲突：（1）言论自由与公共利益的冲突；（2）言论自由与私人利益的冲突。解决这些冲突的方法和原则包含着言论自由的限度。

3. 3. 一个方法

相对主义论者在面临利益冲突问题时广泛采用“利益衡量法” (the balancing of interests formula)。它作为一种分析和解决冲突的办法，其学术传统源于庞德的社会学法学。庞德在对人类各种需要和利益进行详细的分类之后，注意到利益之间是有重叠的或冲突的，因此在制定、解释和适用法律时就会产生一些根本性的问题，即“对这些利益如何估量，对它们如何评价？用什

么原则来决定它们相互之间的分量？在发生冲突的情况下，那些利益应让位？”[66]显然，庞德主张一种进行利益衡量以解决利益冲突的办法。国内一些民法学者明确提出使用这种方法，按照张新宝研究员的界定，利益衡量的方法，就是对两种或者两种以上相互冲突的利益进行分析和比较，找出其各自的存在意义与合理性，在此基础上作出孰轻孰重，谁是谁非的价值判断。[67]本文对利益衡量法的定义非常宽泛，它意指一种普遍存在的思维方式，即在现有的信息基础上对各种备选项的成本及收益进行分析以获得效用最大化的决策过程。国内一些民法学者主要将这一方法用于法律解释的过程中或用于填补法律漏洞。然而本文却将它用在在更广泛意义的（法律）制度建构上，例如用在调整公民言论自由权与政府机构及其官员名誉权之冲突的法律制度的改进上。关于利益衡量的准则，庞德认为是以最小限度的阻碍和浪费来尽可能满足各种相互冲突的利益；[68]苏力教授主张，在权利冲突时，法律应当按照一种能够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。[69]所说实际上是同一道理。

然而，也有学者反对使用这一方法，例如，林子仪教授基于基本权利理论认为，言论自由之自我表现说反对用利益衡量方法作为判断言论自由应否限制之标准；即使真的使用利益衡量的方法，那也是极端例外及不得已之手段。[70]

本文认为言论自由是一种基本权利，不可基于它的有关外在功用来赋予或剥夺它的存在，但是赞同它可以因与其他权利或利益发生冲突而受到限制。现实生活中权利或利益冲突是大量的普遍的。当面对两种权利或利益的冲突，当我们如何决定保护谁和限制谁时，很难避免求助于结果分析和利益衡量的办法。正如同尤因（A.C.Ewing）所言：“…若两个定律发生冲突，除非考虑到结果的善或恶，否则很难根据理性作出选择。无论讲真话多么重要，无论撒谎多以邪恶，但肯定还有因撒谎而使更邪恶的事得以避免的情况，难道这样的撒谎还是错误的吗？”[71]如果保护甲而限制乙所产生的是正结果，那意味是一种有条件的正确选择，否则，便是一种有条件的错误选择。当然，这里所谓“利益”必须是最广义上的，并不局限于经济性质。利益衡量法的意义在于它反对居于统治地位的一人或一集团以一己之私利代替社会利益，给予最大多数个人利益之集合利益以首要考虑地位，允许自由在与其他利益的冲突中被选择。它有助于消除我们所贯有的“无代价自由”的错误观念和对自由所作的叶公好龙式的幻想，有助于抑制我们的一种错误倾向，即，当自由特别是言论自由损及其他利益时，不假思索地限制言论自由。它提示我们，如果愿意享有言论自由则必须牺牲一些次要和暂时的利益。利益衡量法有它的自由主义根源，可以说是一种符合民主社会性质的解决冲突的办法；在一定条件下，与权利理论也是相容的。问题不在于是否明确提出使用利益衡量法，而在于如何去使用它。因此，我们必须明确利益衡量法的缺限和局限，并采取措施努力弥补或避免。首先，利益衡量办法并不是纯粹、可以保证产生客观结果的方

法论，其中起决定作用的是判断者的价值观和个人经验认识。所以选择结果不免是因人而异的。例如前述苏力和张新宝使用的是同一种方法，面对的是同一个问题，却得出不同的结论，前者主张保护言论自由权，后者主张保护肖像权。[72]美国联邦最高法院在处理言论自由讼案时也发展了一种被称为“逐案权衡”的原则（ad hoc balancing test），即在具体案件中比较言论自由与其他利益之轻重缓急，做出一个具有高度局限性的结论。[73]而且，这一原则成了最高法院的当前趋势。[74]这一原则的适用要求法官具有高度的正义感和智慧。即使这可以保证判决的公正，也使得判决结果难以预测。可以推测的是，在这一原则支配之下，言者无法确知其言论的后果，担心不测的惩罚，便可能产生一种自抑的态度，许多未必会受到惩罚的言论也受到抑制。言论自由受到不当损害。如果司法制度和法官的人品才识本来不足以保证判决的公正，这一原则还是推迟使用为好。因此，利益衡量法的使用必须能够抑制法官不恰当的自由裁量，应当尽可能地发展出一些制度化的解决言论自由与其他利益冲突的准则。

利益衡量法的另一个重大局限是，它无法对抗一个社会中多数人的利益而保护少数人的正当利益。这一局限更多地发生在立法和行政领域。它总是倾向于将少数人的利益牺牲给多数人的利益，以获得所谓的效益最大化或最大多数人的最大幸福。它易于被居于政治、经济优势地位的人们歪曲和利用以打击、排斥他们的对立者。边缘政治理念和边缘文化意识难以在这种方法之下取得和主流理念与意识平起平坐、受到同等保护的地位。它也难以抑制一个社会以暂时利益压制长远利益的急功近利的要求。利益衡量法容易沾染功利主义的一些弊病，因此我们必须求助于对立的理论来抑制这些弊病。契约论的现代发展即是以罗尔斯（John Rawls）和德沃金（Ronald Dworkin）为代表的权利法哲学。权利法哲学尊重个人权利，强调权利的普遍性和平等性，重视正义原则而非结果，优先考虑权利而不是善，主张一定条件下的最少受惠者的最大利益，要求政府同等关心和尊重所有的人，反对将权利看作是公共福利的附属品，反对为了抽象的公共利益牺牲个人权利。[75]权利法哲学要求对那种在公共决定中以公共利益为由限制言论自由的做法进行限制。例如，不能以保护大多数人的政治理念为由压制少数人申说其政治主张，不能以维护社会稳定为由而禁止公民进行集会、游行和示威，不能以保障大众的美学情感不受触犯为由而取缔鼓吹另一种生活方式的出版物。适用权利法哲学，甚至主张有条件地保护反自由、反民主、煽动违抗法律、宣扬种族敌视的言论。契约论从契约的角度论证权利；功利主义从功利的角度论证权利。契约论主张有权利即有救济；功利主义主张有救济才有权利。然而，正如同功利主义无法令人满意地解决个体权利与公众幸福之冲突一样，权利法哲学对于如何解决个体权利之冲突也贡献甚少。相比而言，功利主义更多地带有私法哲学的意味，关注个体权利之冲突的解决，追求解决结果的效益最大化；权利法哲学更多地带有公法哲学的意味，关注权力与权利之间的冲突，强调以

权利对抗权力。因此，这给出一个启示：我们在解决言论自由与私人利益之冲突时，可以更多地考虑功利主义的一些启发；解决言论自由与公共利益之冲突，可以更多地考虑权利法哲学的若干提示。或许这样可以给我们寻找恰当的解决原则提供帮助。

然而，任何理论设计如果不包括恰当的制度安排，无异于空中楼阁。在一个民主社会中，在作出有关利益冲突的公共决定方面，谁是最最终的衡量者？多数民众，代议机构还是司法部门？利益衡量法似乎倾向于使多数民众或者民众的代议机构成为最终的衡量者。而恰当的利益衡量需要一个超然而中立的衡量者，他掌握最终的衡量权力，拥有高度的理性和智慧，能够最大限度地考虑到相冲突的各种利益的意义以及各种明显和潜在的影响因素，能够准确地预见到各种备选方案将带来的利弊结果，善于作出一个客观、公正、最有益的决定。然而，这样的衡量者是不存在的。我们只有在现实的制度设计中分散最高的衡量权力，一是使冲突利益各方在权力分配中都有一席之地，二是使各种权力相互制约与平衡，保证有一种反向力量和不同声音给予多数势力以更多的思考和清醒的机会。深入地探讨有关的制度设计超出本文的能力和范围，这里只补充一个实例，言论自由作为一种优先性自由或享有一种优先地位的原则在制度上源于美国对议会有关言论立法的司法审查。这一原则主张，任何明确限制言论自由的立法都必须首先被认为是违宪的并受制于比对一般立法更严格的司法审查，由此保证言论自由的利益在立法衡量中得到充分、应有的重视。[76]尽管现在联邦最高法院很少提及优先性自由原则，这一原则的实质已经被吸收在一些其他原则之中。

3. 4. 若干应考虑的因素

为了恰当地衡量和解决言论自由与其他利益之间的冲突，所应当考虑的因素可能是很多的。对这些因素的考虑构成了探索恰当的解决原则或规则的过程，虽然获得一个简单、统一的原则是非常困难的，但是这些考虑可以在复杂的两难处境中寻觅出一些大致明了的思路。在这些因素之中，本文所指陈者主要为以下三个方面。

(1) 公共利益与私人利益。

为了恰当平衡冲突中的各种利益，除了认识到各种利益的重要性之外，还必须了解它们的特点。言论自由对于言者来说，是一种立刻显现的利益：自由无拘束的表达可能会带来一种心理愉悦，也是实现其他个人目标的手段，而对于社会来说却是一种需要假以时日方能呈现的利益，一种长远利益。从短时期来看，言论自由可能造成一定的混乱与动荡，然而，从长远看来，一个健全而有效的言论自由制度最终是有益于国家和社会的。无论是对于政体的改良、社会的繁荣与稳定，还是对于道德的进步来说，一个言论自由制度必须经过长期而持续的作用方显其功。这表明，我

们不应当为了某些短期利益而压制长期利益。

个人利益与公共利益的区分仅具有形式上的意义。在一个开放、平等的民主社会中，体现在制度化权利配置中的个人利益因其主体的无限制性而具有广泛的社会意义。[77]言论自由并非像有些人所认为的那样仅关涉着私人利益，也应当被认为寓有一种公共利益，特别是那些讨论公共问题的自由。当我们要求将私人利益牺牲给公共利益而限制言论自由时，所牺牲的则可能是一种更大的公共利益。当我们解决讨论公共问题的自由与其他公共利益——国家安全、公共秩序、社会良俗之间的冲突时，应当给予言论自由与其他公共利益相并存的最宽广的空间。这不仅因为言论自由本身即是一种公共利益，而且因为，根本而言，其他公共利益之维持有赖于言论自由，言论自由对于它们的妨碍只是暂时的、局部的和具体的。这还意味着，讨论公共问题的言论应当比那些仅关涉私人利益的言论受到更大的保障。当然，在这两种言论之间划出一条清晰精确的界线是不可能的。但是借鉴罗伯特·博克的“纯粹而明显的政治性言论”的概念，我们总可以确定这样的几类言论：宣扬政治理念的言论，讨论政府行为（有关立法、司法、执法的行为，具体的和抽象的行为）的言论，批评政府官员（公职行为，以及某些范围内的私人行为）的言论；还有一类领域模糊的讨论社会问题的言论。[78]

（2）言论与行动。

言论是介于思想与行动之间的一种事物。思想是内心的意见、信念、见解和要求。行动是具体的行为，旨在将某种思想付诸于社会实践。言论的目的不仅在于表达思想和内心要求，而更在于将思想和信息传播于他人，使之接受和相信，在于唤起更多人的身体力行，实践这种思想。在某些情况下，言论纯粹是思想的流露，不过是思想的外在形式，与言者所欲求的行动有着遥远的距离。而在另一些情况下，言论本身即是行动，发表言论即实现了言者所欲求的现实目的。前者如宣扬一种新的政治理念或生活方式，后者如言语侮辱他人和揭人隐私。在更多的情况下，言论是介于思想与行动之间的一种事物。问题的关键在于，言论距离实际的行动有多远。言论与实际行动之间的距离与一系列复杂的因素有关。有关言论之特点的因素可列举如下：（1）言论的内容是具体的还是抽象的。抽象地谈论一种社会制度的弊端，难以唤起现实的行动；而直接煽动的言论则与现实行动有着更密切的联系。（2）言论与行动之间的时间差。言论与现实行动的时间距离越远，言论的影响可能越小，因为这中间可能介入了其他影响因素；如果距离越近，则影响越大。

（3）言论的场合也是一个判断因素。密尔曾举例说，如果有人说粮商是使穷人遭受饥饿的人，或者说私有财产是一种掠夺，这些意见是通过报纸在流传，那是不应遭到妨害的，但是如果是对着一大群麇集在粮商门前的愤怒的群众以口头方式宣传或者以标语方式宣传，那就可以惩罚而不失

为正当[79]。只有当言论与行动之间的因果链是直接相扣的，言论是促成行动的最主要乃至唯一的决定因素时，言论方可以为随后的行动负责。倘若言论所欲求的行动是有害于他人和社会的，构成法律惩罚的对象，那么言者亦不能辞其咎。

言者的主观状态也必须是考察的因素之一。如果有证据表明，言者积极、主动地追求其后行动的发生，言论与行动之间就可能存在着一种实质性的联系。但是，确实存在着“言者无意，听者有心”的情形，这时候，言论与行动之间仅有一种表面的联系。还有的时候，听者的行动超出了言者所期望的范围，言论与它所可能影响的范围之外的行动是一种非常遥远的联系。

上述对于言者主观状态的分析涉及到言者与行动者之间的关系。不同的关系意味着言者的不同责任，因此也必须在考察之列。他们之间的关系主要有以下几种：（1）言者与行动者为同一人或同一群人，他（们）必须为言论所表达的行动的危害负责。当实施惩罚时，所惩罚的应是行动而非纯粹的言论。（2）言者与行动者不是同一人或同一群人，但是后者的行动是前者所欲求的或并不违背其希望的。言者可能为行动的危害负责。然而，对言论的限制和对言者的惩罚是应当在危害性行动发生之前还是在之后？若要求惩罚在行动发生之前，则须考虑其他的有关因素才能确定。

（3）言者对听者的攻击性言论（fighting words）激起了后者的破坏性行动。言者不须为行动的危害负责。

爱默生教授十分重视他称之为表达一行动（expression-action）的二分法。他指出，二者界线在很多情形下是清晰的，而在另一些情形下又是模糊的。表达通常发生在行动之中，或与之有着密切的联系，或者本身即等于行动。关键问题在于确定何谓表达，因此给予保护；何谓行动，因此要受到限制。[80]爱默生具体分析说，坚持一种信念必须视为等同于纯粹的“表达”；妨害私人名誉，公开他人隐私，应被视作一种“行动”；通过影响诉讼参与人（陪审员、证人或其他各方）的判断而妨害他人受公平审判权利的“表达”具有“行动”的实质性特征；在言论可能威胁公共秩序的切合中，若所使用的言论与行动有着不可分离的联系，即是“行动”的一部分；同样地，导致身体伤害的面对面的言语威胁，也是行动，作为行动之信号的言论也是行动，等等。

[81]爱默生教授对于影响私人利益的言论是否为“行动”的分析基本上是成功的，而对于影响公共利益的言论是否为“行动”的分析则比较粗疏和模糊。

区别言论与行动的实质在于界定国家行为的范围。界定国家行为的范围，一直是近代以来自由主义学者所探讨的问题。各种各样的观点，并不完全一致。但是自由主义学者至少具有以下这些共识：国家权力不应当是无限的。洛克、布坎南主张“有限政府”，洪堡、斯宾塞、诺齐克主张“最小国家”。特别是，自由主义学者在这一问题上形成了高度的共识，即，国家不应当干涉

思想领域。这一理念落实下来，成了近代以来法律制度的基石之一。它包括以下几个部分：第一，法律调整的对象应当限于行动。第二，正如密尔所言，完全涉及私人本身的行动一般不应当受到外来强制力包括法律的干涉。第三，一般而言，法律限于调整个人给他人带来非自愿伤害的行动。[82]第四，一般而言，国家不可以通过限制言论的方式来预防非法行动的发生。[83]适用到言论自由问题上，这些理念要求，言论唯有在本身就是或直接促成了给他人带来非自愿伤害的行动，才受制于国家法律的限制。

(3) 对限制的限制。

不仅要考虑对言论自由的限制，而且要考虑对这种限制的限制。历史表明，限制的滥用与自由的滥用一样有害，甚或更为有害，而且人类有关滥用限制的历史要比滥用自由的历史长得多，有关限制自由的经验要比保护自由的经验多得多。这是因为，人们担心过份的自由远甚于担心过份的限制，限制总是超过必要的限度，造成对自由的戕害。本文所秉持的观点是，言论自由是一项重要的基本权利，应当被赋予与其他利益相并存的最宽广的空间。它只应当接受为抵消其可能造成的弊害所需要的最小限制，或者说，限制应与弊害相当。这要求，如果出于对其他利益的考虑对言论自由的限制是确有必要，我们在施予这种限制时，必须仔细计算和考量，以免造成一种“外溢效应。”当然，完全没有“外溢效应”是不可能的，[84]但是我们应当意识到这一问题，并采取必要的措施尽可能地降低“外溢效应”。这些措施属于限制的程序性因素。首先，从限制对象来看，限制发表和传播言论的权利一般要比限制搜集和接收信息的权利严重一些。因此，当为了避免信息的散播对某种利益的损害而必须限制言论自由时，如果限制信息泄露即可以达到目的，就不必规定限制获得信息的局外人发表和传播信息。限制发表和传播信息的权利干涉了一个更重大的利益。[85]表达的权利是言论自由的核心权利。另一个更重要的问题是，限制言论内容要比限制言论形式严重得多。限制言论内容，是一种实质性的限制，而限制言论发表的时间、地点、场合一般只构成形式性的限制。借用苏力所举的一个例子来说明这个问题：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。他不得以自己的言论自由权为由而侵犯他人的权利。这位自由受到限制的人仍然可以在自己的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。[86]在这个例子中，限制的根据并不是他发表了影剧院工作人员所反对的科学、社会或政治见解，这种限制的程度是与维持影剧院的宁静氛围的需要相适应的。再如，政府可以以维护交通秩序和公共安全为由限制公民的集会、游行、示威的权利，可以适当地规定集会、游行或示威的路线、时间和方式，可以划定禁止集会、游行、示威的街道和区域。但是若因

为不赞同公民通过集会、游行、示威所表达的意愿而拒绝批准公民的申请，则施加一种实质性的限制，严重地侵害了公民的权利。当然，如果限制及于行使言论自由的主要途径和方式，如垄断媒体或将城市的主要干道划为禁止区域，也构成实质性的限制。其次，从限制手段来看，不同的限制手段对言论自由的限制程度是不同的。限制手段大致可以分为两类：事前预防(prior restraint)和事后追惩(subsequent punishment)。[87]前者包括许可证制、检查制和报告制度等。后者括刑事、行政和民事的追惩手段。许可证制是政府藉颁发经营执照的手法，决定谁是印刷媒体或电子媒体创办人，有权经营这一行业，以此防止言论自由带给统治利益的危害。持有许可证的人是为政府所信任的人，他们愿意出版政府所希望看到的東西。检查制(censorship)要求所有的手稿与校样在送上印刷机之前，送请政府书报检查官检查与核准。检者官完全依据主观认识来判断言论有否具有危害性。事前预防所限制的是言论自由的核心权利——表达的权利。限制的依据主要是主观的臆测，而不是言论所引起的现实危害。密尔顿曾激烈抨击许可证制和检查制，历数其种种弊害。[88]马克思也曾辛辣地嘲讽过普鲁士的书报检查制度。[89]事前预防制，特别是检查制和报告制以及对于印刷媒体的许可证制是专断的、蛮横的、非理性的制度，是对言论自由最严重和最不可容忍的侵犯。它所施予的限制总是超过实际的需要。这类制度原则上是不合理的，只可以适用于严格限定的极少数场合——如战争期间和一些特定媒体上，例如许可证制之于利用有限波段和频道的电子媒体，检查制之于电影作品。现在，事前预防制被大多数国家抛弃，事后追惩制成为限制手段的主流。事后追惩制承认表达的自由，而又允许政府的为了其他利益的缘故抑止过份自由的危害。当言论发表以后，政府根据它所产生的或即将产生的现实弊害来追惩言论者。因此相比之下，事后追惩制所施加的惩罚有着现实基础，而非仅凭主观臆测，是一种较为合理的限制言论自由的手段。但是，第一，事后惩罚的严厉程度不能超过必要的程度；第二，事后惩罚的条件和范围必须严格精确地界定，规范性语言不能“过度宽泛”(overbreadth)和“含糊笼统”(vagueness)，有关法规必须予以限制性的解释。

3. 5. 对一些原则的评述。

学者和法官们在思考和处理言论自由与其他利益之冲突时，提出了决定应否对言论自由进行限制的检验标准或原则(test)。符合某种标准，便可以对言论自由进行限制，否则，限制便是非法或不当的。迄今为止，人们提出过很多检验标准。当然，不同的检验标准可能适用于不同的情形；在同一情形之下，不同的检验标准对言论自由提供着不同的保护。以美国联邦最高法院曾经在实践中发展出来的标准为例，学者常提到的有以下这些原则：恶劣倾向原则(bad tendency test)，直接煽动原则(direct incitement test)，明显且即刻危险原则(clear and present danger test)，优先地位原则(preferred position test)、逐案权衡原则(ad hoc balancing test)

等。[90]日本和德国的法院发展出了一些较明确的原则，如公共福祉原则、必要且最小限度原则、相当原则、必要原则和法益衡量原则等。[91]由于篇幅所限，全面评介这些原则殆不可能，本文择其要者一二评述之，而对于其他一些原则作附带讨论。本文所述原则主要包括密尔的伤害论、明显且即刻危险原则和“更多的言论”思想。

(1)密尔的伤害论。

密尔《论自由》的主旨在于探讨“社会所能合法施于个人的权力的性质和限度”，按严复的译法来说，就是“群己权界”的问题。密尔的基本论点是，个人对于仅涉及其本身的行为，不受社会通过道德和法律的约束，只有对那些对社会或他人造成了伤害的行为，惩罚不失为正当。密尔宣布说：“本文的目的是要力主一条极其简单的原则，使凡属社会以强制和控制方法对付个人之事，不论所用手段是法律惩罚方式下的物质力量或者是公众意见下的道德压力，都要绝对以它为准绳。这条原则就是：人类之所以有理有权可以各别地或集体地对其中任何分子的行动自由进行干涉，唯一的目的只是自我防卫。这就是说，对于文明群体中的任一成员，所以能够施用一种权力以反其意志不失为正当，唯一的目的只是防止对他人的危害。若说为了那人自己的好处，不论是物质上的或者是精神上的好处，那不成为充足的理由。……任何人的行为，只有涉及他人的那部分才须对社会负责。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。对于他自己，对于他自己的身和心，个人乃是高主权者。”[92]

仔细分析密尔的伤害论，它包括以下一些要点。第一，当且仅当自由对社会或他人造成了“伤害”(harm)时，才可以对之进行限制，否则便是不正当的。第二，密尔有时用“影响”(affect)或“涉及”(involve)来表达“伤害”的意思。一个人无须为只影响到他本人的行为向社会负责，这里对“影响”必须作限制性的解释，“说只影响到本人，意思是这影响是直接的(directly)和最初的(in the first instance)：否则，既是凡属影响到本人的都会通过本人而影响到他人，也未可知，那么，凡可根据这个未可知之事而来的反对也必须予以考虑了。”[93](着重号为原文所有——引者注)。例如一个人挥霍了自己的财产，可能会对那些依赖他资助的人产生“伤害”。但这并不构成对他进行惩罚的根据。因此，不能因为私人领域内的某行为间接地“影响”或“伤害”了他人而受到惩罚。另外，行为对他人或公众有了确定的损害或者有了确定的损害之虞的时候，才受到道德或法律的约束。[94]如果行为产生出来对社会的损害仅仅源于非必然的或者推定的性质，那么对于这点点的不便利，社会为着人类自由的更大利益之故是能够承受的。[95]第三，私人领域内的行为使他人产生精神上的反感乃至厌恶，并不算作“伤害”。密尔说，“一个人若只在涉及自己的好处而不影响到与他发生关系的他人的利益的这部分行为和性格上招致他人观感不佳的判定，他因此而应承受的唯一后果只是与那种判定密切相连的一些不便。”[96]密尔

强烈反对扩展道德警察的力量去侵及个人的合法自由。因此，密尔对不合流行道德观念的生活方式和有伤风化的出版物持一种不干涉的态度。

这条原则是自由主义有关自由限度的经典论述，成为其他一些原则的理论基础。它虽然一般性地适用于对个人自由的限制，但是密尔所开列的适用这一原则的自由清单中，言论自由为第一类自由，[97]所以这条原则也适用于对言论自由的限制。当然，密尔的观点自有可商榷之处，尤其前所分析的第三点引起非议良多。[98]然而“伤害论”基本上仍然是成立的，并被大多数学者接受。

(2)明显且即危险原则。

明显且刻危险原则可以看作是密尔“伤害论”在法律领域内的应用，这一原则最早是美国联邦最高法院大法官霍姆斯在*Schenck v. United States*[99]一案判决书中提出的。

本案系发生在美国参加第一次世界大战期间。被告社会党书记申克（*Schenck*）及其友人为抵制战争和征兵制度向应征男子寄发传单，煽动他们依宪法第十三条修正案所宣称的权利反抗在军队中服役，抨击征兵制度为违反宪法的暴政。传单并举例说可用和平手段，例如以请愿方法要求国会废除征兵法。申克等人被控违反了1917年的联邦《侦察法》（*Espionage Act of 1917*）。[100]申克辩称，《侦察法》在本案之适用抵触宪法第一修正案言论出版自由条款，上诉至联邦最高法院。最高法院全体一致确认其有罪。霍姆斯主笔的法院判决意见云：“我们承认，被告传单所说的一切，若在平时的许多场合，都属宪法所保障的权利。但一切行为的性质应由行为时的环境来确定。对言论自由作最严格的保护，也不会容忍一个人在戏院中妄呼起火，引起惊慌。禁令所禁止的一切可能造成暴力后果的言论也不受保护。一切有关言论的案件，其问题在于所发表的言论在当时所处的环境及其性质下，是否造成明显且即刻的危险，产生实际祸害。如果有这种危险，国会就有权阻止。这是一个是否迫近和程度的问题。当国家处于战争状态下，许多平时可容忍的言论，因其妨碍战事而变得不能容许了，法院也不认为它们是宪法所保障的权利。”[101]

明显且即刻危险原则还获得布兰代斯大法官的支持。1920及30年代两位大法官只能在判决的不同意见书中坚持其立场，但是自1937年*Herndon v. Lowry*[102]一案后，该原则获得多数意见的支持。至麦卡锡主义盛行的50年代，该原则被曲解以镇压美国共产党人。“明显而即刻的危险”被解释为“明显而可能的危险”，使这一原则实质上成为恶劣倾向原则。[103]明显且即刻原则之再生是在1969年联邦最高法院所作*Brandenburg v. Ohio*一案的判决中。

该案被告因鼓吹暴力而被控违反了俄亥俄州《有组织犯罪防治法》（*Ohio's Criminal*

Syndicalism Statute)。而联邦最高法院推翻了原有罪判决，认为，宪法保障言论及出版自由并不允许政府可以禁止或限制任何主张暴力或主张不遵守法律之言论，除非该主张是以煽动他人为立即非法行为或以产生立即非法行为为目的，而且只有该言论的确可能煽起或产生此种立即非法行为者，才可对之予以限制或处罚。[104]

多数学者认为，Brandenburg案所宣示的原则恢复了明显且即刻危险原则的真正意涵，同时又充实了曾经为汉德 (Learned Hand) 法官所主张的直接煽动原则，[105]，使明显且即刻危险原则更加完善。这样，明显且即刻危险原则包括以下几个要点：(1) 言论只有在对社会秩序已经造成或极有可能造成重大而实质性的危害时，才可予以限制或处罚；(2) 言者具有通过言论煽动或产生立即非法行为以破坏既存社会秩序的目的，或者说，具有如此之故意，是限制或惩罚的一个必要条件；(3) 对社会秩序所产生或可能产生的破坏必须达到明显而严重的程度，才足以牺牲言论自由的利益；(4) 言论之后的非法行为之产生有一种“立即性”或“可能性”，对于这种可能性，除非限制言论自由，无法阻止与避免；(5) 决定社会危害性的因素主要不是言论的客观环境，而是其实际内容，客观环境乃是判断其危害性大小的参考因素。有关明显且即刻危险原则的适用范围，佛洛德 (Freund) 指出“显然，这一原则源自刑法，特别是源自曾经作为学者和州法院法官的霍姆斯对刑法的分析。因为刑法与这一界线有关。这一界线是无罪之准备的结束和有罪之阴谋实施的开始。”[106]在美国，对刑事案件的处理在州权的范围之内，而法官必须区别纯粹的犯意和实际的犯罪行为，后者才是惩罚的对象。后来，这一原则在实践中的适用超出了刑法的领域，兼及对违反行政措施之言论的处理，但是核心范围仍是刑法所针对的煽动或鼓吹内乱和违法行为之言论类型。台湾学者荆知仁总结明显且即刻危险原则的适用范围如下：(1) 罢工纠察哨案 (picketing cases)；(2) 传教自由案 (Jehovah's witnesses cases)；(3) 强迫向国旗敬礼案 (flag-salute cases)；(4) 蔑视法庭案 (contempt of court cases)；(5) 公共集合演说案 (public assemblies cases) [107]。亨托夫 (Hentoff) 认为，该原则适用于以下言论：(1) 煽动他人为暴力内乱行为的言论；(2) 攻击性言论 (fighting words)；(3) 批评审判中的案件或者意在阻碍法院审判之正当程序的言论；(4) 煽动他人为违法行为的言论。[108]这一原则主要是用来解决言论自由与国家安全、公共秩序之间的冲突。

对明显且即刻危险原则的批评主要集中在两个方面。其一，“明显”、“即刻”、“严重性”等用语含糊不清，难以界定，实际运用仍取决于个人主观判断。其二，在这一原则支配下，必须等到实际危害的发生已迫在眉睫，才能防止，所付出的代价可能过高，或者已经无法防止危险的发生，这无异于坐以待毙。第一种批评指责它有时不能充分地保护言论自由的利益，第二种批评指责它有时不能充分保护至关重要的政府利益。前者来自学者米克尔约翰和特里克 (T. Trike)、

大法官雨果·布莱克和道格拉斯等人，后者来自文森（Winson）大法官、汉德法官和弗兰克福特（Frankfurter）大法官等人。

然而明显且即刻危险原则获得了大多数学者的认可。本文认为，相比其他原则，在正确理解与适用之下，这一原则可以较好地保护言论自由，又不致于置其他利益于无可保护之地。同时，我们也不要孤立地看待这一原则，它不能脱离其他的制度条件而孤立地发挥所期望的作用。一个尽善尽美的原则是不存在的，一个能够彻底地满足两种对立利益的原则也是不存在的。

（3）“更多的言论”思想的启示。

美国联邦最高法院大法官布兰代斯在一份判决的不同意见书中表达了这样一种思想：“除非言论所能引起的明白的祸患是如此紧迫以致来不及充分讨论就会发生，言论所导致的危险就不应是明显且即刻的。倘若还有时间通过讨论来揭穿谎言和谬误，得以教育的方式防止祸患，那么补救的办法就是更多的言论（more speech），而非强制的缄默。” [109]

这段意见所表达的思想可以概括为一句话：言论对治言论。它的另一面即是，一般而言，不应当以行动对治言论。用我国的一句民间格言来表达，就是“君子动口不动手”。这段话本来是说明明显且即刻危险原则的“即刻”之含义的。但是它的意义超出了作为一个附带性说明的作用，具有一般的适用性。它提示我们，一般而言，清除某种言论弊害的方式不是压制言论，而是鼓励更多的言论，抑制言论自由副作用的途径不是压制自由，而是促进更大的自由，通过言论的自由流动以及在此过程中所迸发出的人们理性与智慧来达到激清扬浊、自我净化的效果。[110]它还启示我们，只有在除了限制与惩罚之外别无其他方法抑止言论所带来的弊害的情况下，才可以限制与惩罚言论。[111]限制与惩罚应当被视为一种最简单、最粗暴和最后的策略。[112]

“更多的言论”这一思想不仅可以用于言论自由与公共利益的冲突之中，还可以有条件地用于与私人利益的冲突之中。在言论自由与名誉权的冲突之中，如果刊登不实言论的媒体在诉前主动发表了澄清事实和向受害者表示歉意的声明，法庭应当减轻媒体的责任；在媒体败诉时，承担责任的主要方式也应当这样的一个声明；一般而言，惩罚性的赔偿是应当禁止的。在言论自由与被告受公平审判权利的冲突之中，“更多的言论”思想也有着可以适用的地方。但是，它一般不适用于言论自由与隐私权的冲突。

（4）小结。我们可以从密尔的“伤害论”、明显且即刻危险原则、“更多的言论”思想以及前述若干应考虑的一些因素中得出处理言论自由与其他利益之冲突的最笼统最一般的原则，作为一个暂时的结论。那就是，当言论自由对其他利益造成了真实而非臆测的、实质而非边缘的损害，且

又没有其他手段以避免或消除这种损害时，可以对言论自由进行最小必要程度的限制。这个原则标志着言论自由的限度。

4. 结语

在言论自由的基本理论的观照之下，我们在试图解决与言论自由有关的问题时或许能够作些更审慎、更深广的思考。例如，在有关言论自由与名誉权之冲突的问题上，我们承认个人尊严是一切法律制度最终的和核心的价值，认识到并非常强调名誉权之于个人尊严的意义。这一意义在美国斯图尔特大法官的一段协同意见书中表达得最为典型：“一个人保护其名誉免于不当侵犯和伤害的权利，恰正反映了我们所秉持的有关每一个人不可或缺之尊严和价值的基本信念，——这一信念根植于任何一个体面的、有秩序的自由制度之中”。^[113]然而，我们也应当看到，根本而言，言论自由并非是与个人尊严相对立的事物，维护个人尊严也是言论自由所追求的价值之一。而且，我们应当看到，对人类尊严的最大侵犯莫过于有组织的统治权力的滥用，言论自由具有有效的抵御和制约这种滥用的作用。言论自由包含着这样一种期望，即通过个人观念的自由发抒而最终创造出一个更加进步、开明和体面的社会制度，在这种社会制度下，我们每个人的尊严将会得到更好的支持和维护。这要求，在言论的自由发抒中，对个人名誉——特别是那些有能力破坏现代法律制度之根本价值的人的名誉的侵害，必须有一定程度的容忍；以及，我们所习惯于称谓的“名誉权保护法制”不仅应当保护名誉权，而且应当保护言论自由，应当在二者之间建设一个富有远见和智慧的平衡。再如，对于舆论监督，我们习惯于视之作为一种统治策略和一种权力，视为政府“吏治”的需要和思想与舆论部门对其他部门的监督。尽管不应排斥这种需要和多种形式的政府内部监督，但是，从根本上说，舆论监督是公民行使民主权利的体现，是公民据以维护自己的民主地位和民主政体所包含的其他价值的必要方式。我国的言论自由始于对舆论监督制度的正确理解和恰当建构。尽管舆论监督非常重要，但它不是言论自由的全部，不宜作为言论自由的理论基础，否则，这一基础是脆弱和不牢固的。在有关舆论监督的制度建设，我们不仅应当注意增强言论自由对公共权力的制约功能，而且应当培育言论自由所具有的促进公民与政府之间对话和共信的功能。本文讨论的意义还在于揭示，有关的制度建设不仅需要限制言论自由的滥用，而且要保护言论自由的正当权利不受侵害。保护与限制都应当依法治的原则进行。政府按照既定的公开的规则行使公共权力，受法律的约束。不能把言论自由排除在法治事业的范围之外。正如马克思所说：“应当认为，没有关于出版的立法就是从法律领域中取消出版自由，因为法律上所承认的自由在一个国家中是以法律形式存在的。……因此，出版法就是出版自由在法律上的认可”^[114]这意味着，有宪法和一些基本的法律规定和保障公民的言论自由权利；政府对公民言论自由的限制性权力仅限于法律的授权范围，任何没有法律根据的限制都是非法的，应被撤消的；

法律对于言论自由的限制性条款或对于政府的授权性条款都必须做到用语清晰、明确，不能过于含糊和宽泛；对于言论自由的非法损害可以获得经由独立的司法依正当程度所提供的救济，等等。然而对对这些问题的深入探讨已经超出本文的题旨。

[1] 我国立法机构并没有对宪法中言论自由条款的内涵作出这样的解释。但是证之于一些法律文献，可知这一自由清单并非妄列。《公民权利和政治权利国际公约》第19条第2款：“人人享有表达自由；该权利应当包括以口头、书面或印刷物，艺术或自己选择之其他方式，不分国界地寻求、接受和传播各种信息和思想的自由”。《世界人权宣言》第19条、《欧洲人权公约》第10条、《美洲人权公约》第13条也作了内容几乎完全相同之规定。我国是《世界人权宣言》的起草国；我国政府于1998年10月签署了《公民权利和政治权利国际公约》。

[2] 狭义理解者如《布莱克法律辞典》的“言论自由”条 (Liberty of Speech)。该条称，“言论自由是宪法所赋与的以口头形式表达意见和事实，不受政府检查和限制的自由”。Black's Law Dictionary, West Publishing Co., 1979, p.828。也有的学者将言论自由指称一般公民通过口头、书写和传统意义上的出版形式表达信息与意见的自由，而不包括新闻工作者的新闻自由。林子仪：《言论自由与新闻自由》，月旦出版社股份有限公司，1994年，页71-72。

[3] 如信仰自由、结社自由。信仰自由由两部分组成：信仰的自由与行其所信的自由。后一部分便又属于言论自由。阻碍行其所信的自由，例如禁止印刷与传播宗教性书籍，不仅违反信仰自由而且违反言论自由。

[4] 柏拉图：《理想国》，郭斌和、张竹明译，商务印书馆，1986年，页366-367。

[5] 以赛亚·伯林 (I. Berlin) 认为柏拉图的这些观点是积极自由概念的一个来源。因为人不能认识他的真正目的，不能使他的行为与目的相一致，所以能够认识他的真正目的的领袖便可以藉强力使他的行为与目的相一致。这样虽在表面上有了强制，但是符合被强制者的真正意愿与利益，因而他实质上是自由的。参见I·伯林：《两种自由概念》，陈晓林译，载《公共论丛》No. 1·1995，（北京）三联书店，1995年，页210-214。

[6] 当时宗教自由之下的言论自由是有严重缺限的。例如无论是密尔顿还是洛克都主张言论自由是宗派内的自由，而不将这种自由给予基督教的敌人。见密尔顿：《论出版自由》，吴之椿译，商务印书馆，1958年，页48-49；洛克：《论宗教宽容》，吴云贵译，1982年，页39-42。有关密尔顿言论自由观的讨论，请参见Cole, Agon at Agorn: Creative Misreading in the First

Amendment Tradition ,95Yale Law Journal 857, 876-877(1986); Canavan , Freedom of Expression , 41-53(1984)。

[7] 密尔顿: 《论出版自由》, 吴之椿译, 商务印书馆, 1958年, 页52。

[8] Whitney v. California , 274U.S.357, 375(1927)(Brandeis , J., concurring opinion)。译文采用林子仪: 《言论自由与新闻自由》, 月旦出版社股份有限公司, 1994年, 页13-14, 但是改动了个别字词。

[9] Robert Bork, Neutral Principles and Some First Amendment Problems, 47Indiana Law Journal 24-25 (1971) 。

[10] Melville .B .Nimmer, Introduction—Is Freedom of the Press A Redundancy: What Does it Add To Freedom of Speech? 26The Hastings Law Journal 653(1975)。

[11] 参见Thomas I. Emerson ,Toward A General Theory of The First Amendment , 72 Yale Law Review 877, 878-79(1963),以及同一作者的The System of Freedom of Expression 6-7(1970)。

[12] 密尔: 《论自由》, 程崇华译, 商务印书馆, 1959年, 页17。

[13] 同上引, 页17-58。

[14] 梁启超有一段话很好地说明在言论自由的状态中真理的自我矫正过程: 报刊“虽稍偏激而不为病, 何也? 吾偏激于此端, 同时必有人偏激于彼端以矫我也, 又有人焉执两端之中以折衷我者, 互相倚, 互相纠, 互相折衷, 而真理必出焉; 若相率为从容模棱之言, 则举国之脑筋比静, 而群治必以沉滞矣”。梁启超: 《敬告我同业诸君》, 载《饮冰室合集》, 中华书局, 1936年。

[15] Abrams v. United States, 250U.S.616, 630(1919)(Holmes, J., dissenting)。

[16] 仔细辨析, 霍姆斯与密尔的理论有着深刻的区别。密尔在《论自由》中所持的近乎一种机械的真理观, 他相信真理是客观存在的, 并且是近乎不变的。而霍姆斯则是一个道德怀疑主义者, 他怀疑是否有客观不变的真理存在。“人生是一场实验”, 是他的名言。 [17] E.g., Red Lion Broadcasting Co. v. F CC, 395U.S.367, 390(1969); Bridges v.Colifornia,314U.S.252, 291,293(1941); Alder v. Board of Education , 342U.S.485, 511(1952); Columbia Broadcasting Co. v. Democratic Committee,412U.S.94, 189(1973), etc.。

[18] 共识可以分三个层次(1)基本共识,或曰有关终极价值如自由和平等的共识;(2)政体层次的共识,或曰主要表现为宪法的程序的共识;(3)政策共识,或曰有关政府或政策的共识。参见乔·萨托利:《民主新论》,冯克利、阎克文译,东方出版社,1998年,页101-4;戴维·伊斯顿:《政治生活的系统分析》,王浦劬等译,华夏出版社,1989年,第18章。

[19] 有关不同群体之间的对话是否可能以及对话能否达成共识这两种问题,本文持肯定的回答,详细论述超出本文范围,可参见Bruce Ackerman, *Why Dialogue*, *Journal of Philosophy*, LXXVI(1), January 1989, 5-22; John Rawls, *The Idea of Overlapping Consensus*, *Oxford Journal of Legal Studies* (1987), 7(1), 1-25。

[20] 米克尔约翰认为,宪法是人民自治的宪章。作为一个欲结成政治团体的人群,人民之间彼此同意,他们是自我统治的,而不受制于外人。他们又认为,作为自由人,在政治上是平等的。他们自己制定法律,并决定法律面前人人平等,人人服从法律。他们亲自建立政府,因此政府的正当权力来源于被治者的同意。这些合意便是人民之间的基本契约(Basic Compact)。参见Meiklejohn, *Free speech and its Relation to Self - Government*, 1948, pp.3,105, or, Meiklejohn, *Political Liberalism*, 1961, pp.250-4。认识这种基本契约,是理解宪法保障言论自由的关键。在此理解之下,第一修正案的革命性含义即是“否认所有的属于人民的机构可以拥有限制人民行使选举权力的自由的权威。”因此,第一修正案所保障的并非说话的自由,而是“我们据以进行统治的那些思想和交流活动的自由。”参见Meiklejohn, *Political Liberalism*, 1961, pp.254-255。虽然米克尔约翰分析的具体对象是美国宪法第一修正案,但是他的分析也具有一般的意义。

[21] Meiklejohn, *Political Liberalism*, 1961, p.255。

[22] Meiklejohn, *Free speech and its Relation to Self - Government*, 1948, pp.25-27。

[23] *Id.*, at 27。

[24] 因此,我们必须把政府的对话活动与政府参与公共舆论的塑造活动区别开来,所谓“对话”是指政府与公共舆论的主体——公民之间的双向交流活动。政府从公共舆论中获得民意,回应公共舆论的要求。而政府对公共舆论的参与体现着政府的一种控制与支配的态度。但是基于民主原理,基于这样一种认识——人民通过公共舆论主宰政府,而不是政府通过公共舆论主宰人民,必须将政府在塑造公共舆论中的参与性活动限制在一个最小必要的限度之内。政府的参与性活动主要通过以下四种途径:(1)掌控传播媒体;(2)规制言论的表达活动;(3)规定学校教育和考

试内容；(4)将某种“政治”条件列入对公职人员的适任性的要求之中。 [25] 1974年，美国已故斯图尔特大法官在耶鲁大学法学院发表题为“Or of the Press”的演说，解释美国宪法第一修正案。他认为，第一修正案保障新闻自由的目的在于给予新闻媒体一种机构上的自主地位（the institutional autonomy），以作为对于立法行政司法三种官方机构的额外制约，使人民免于专制统治。参见Potter Stewart, Or of the Press, 26The Hastings Law Journal 634(1975)。学者布拉斯从美国立宪思想史和最高法院的若干判例中分析指出宪法第一修正案的一个重要目的和价值即在于制约权力的滥用。参见 V.Blasi, The Checking Value in First Amendment Theory, 1977American Bar Foundation Research Journal 521-649。本文这里提供一个一般性的说明。

[26] 孟德斯鸠：《论法的精神》（上册），张雁深译，商务印书馆，1961年，页154。

[27] 正如德沃金所言，基本权利是多数人对少数人允诺其会尊重少数之尊严及平等待遇所作之保证。参见德沃金：《认真对待权利》，信春鹰、吴玉章译，中国大百科全书出版社，1998年，页205。

[28] 麦迪逊曾谈到保护少数人的两种办法：传统的阶层或团体按照惯例或自身特有的方式运作，不受社会约束；利益、阶层的多样化。参见汉密尔顿、杰伊、麦迪逊：《联邦党人文集》，程逢如、在汉、舒逊译，商务印书馆，1980年，页206-7。从制度的角度而言，结社自由是保护措施之一，然而没有言论自由，结社自由也必定受到限制，有关讨论参见托克维尔：《论美国的民主》，董果良译，商务印书馆，1991年，页641-44。

[29] 正如密尔所言：“且让我假定政府是与人民完全合一的，除非在它想来是符合于人民心声时从来就不想使出压制的权力。但我所拒绝承认的却正是人民运用这种压力的权利，不仅是由他们自己来运用或者是由他们的政府来运用，这个权力本身就是不合法的。最好的政府并不比最坏的政府有资格来运用它。”密尔：《论自由》，程崇华译，商务印书馆，1959年，页17。

[30] Carlson v. Landon, 342 U.S. 524, 555(1952) (Black, J., dissenting opinion)。

[31] R. Dworkin, Freedom's Law, Harvard University Press, 1996, p.206。

[32] 关于合法性的概念，哈贝马斯从一种“价值判断”的角度把它理解为某种政治秩序得到认可的价值。参见J·哈贝马斯：《交往与社会进化》，张博树译，重庆出版社，1993年，第五章。弗里德曼从程序的角度着眼，认为合法性即是“对结构性程序的信心或信任。”弗里德曼：《法律制度》，李琼英、林欣译，中国政法大学出版社，1994年，页130。这两种理解都与本文所称

的“信任关系”有关。可以说，所谓合法性危机根本上是一种对于实体价值或结构程序的信任的危机。

[33] “君子和而不同，小人同而不和”，语出《论语·子路》。

[34] 这现象构成桑斯坦恩 (Sunstein) 一本论著的核心事实，她的主要结论是极端言论的实质危害不可能通过公共讨论去消除，因此吁求政府的强力干预。参见Cass R. Sunstein, *Democracy and the Problem of Free Speech*, 1993。

[35] 哈贝马斯：《交往与社会进化》，张博树译，重庆出版社，1993年，页188-189。

[36] 政府通过压制新闻自由以证明自己合法性的弊端还有：（1）这一合法化过程是一个导致公民意志被扭曲、被虚假反映的过程。公民对于政治秩序之认可，不是出于完全真实和自由的意志，因此这一过程所赋予的合法性是虚假的。（2）政府若可以通过新闻媒体证明自己的合法性，必定疏于通过其他方式去证明，例如疏于维持社会治安、提供社会福利和其他生存手段、发展民主等。而这些所疏忽的事务则是公民的福祉所系。相反，如果政府不能够通过新闻媒体去证明，而同时必须抵御公共舆论的反证明，它必定要在其它方面、通过其他方式更加努力地证明才能够确立自己的合法性。 [37] e.g. Edwin Baker, *Scope of the First Amendment Freedom of Speech*, 25UCLA Law Review 964-66, 990-98, (1978)。

[38] e.g. Martin H. Redish, *The Value of Free Speech*, 130U.Pa.L.Rev. 591(1982)。

[39] e.g. Lieberwitz, *Freedom of Speech in Public Sector Employment: The Deconstitutionlization of the Public Sector Workplace*, U.C.D.L. Rev. 597,602(1980); Schauer, *Must Speech Be Special?* N.W.U. L. Rev. 1284, 1289-90(1983)。

[40] e.g. Thomas I. Emerson, *Toward A General Theory of The First Amendment*, 72 Yale Law Review 877, 879(1963),以及同一作者的*The System of Freedom of Expression* 6(1970)。

[41] e.g. Scanlon, *A Theory of Freedom of Expression*, in *The Philosophy of Law*, 162-68 (R. Dworkin ed. 1977)。

[42] 例如，林子仪：《言论自由与新闻自由》，月旦出版社股份有限公司，1994年，页34。

[43] 同上引，页36。

[44] 此处，政府应同等地关心和尊重每一个人——这一理念得自德沃金德“同等的关心和尊

重”权利观，参见德沃金：《认真对待权利》，信春鹰、吴玉章译，中国大百科全书出版社，1998年，特别是第7章。

[45] Thomas I. Emerson, *Toward A General Theory of The First Amendment* , 72 *Yale Law Review* 877, 884(1963)。

[46] *Whitney v. California* , 274U.S.357, 375(1927)(Brandeis , J., concurring opinion)。

[47] *Ibid.* 。托克维尔认为：“报刊是把善与恶混在一起的一种奇特的力量，没有它自由就不能存在，而有了它秩序才得以维持”，“为了享用出版自由提供的莫大好处，必须忍受它所造成的不可避免的痛苦。想得到好处而又要逃避痛苦，这是国家患病时常有的幻想之一”。托克维尔：《论美国的民主》，董果良译，商务印书馆，1991年，页206、207。

[48] 贺卫方：《传媒与司法三题》，《法学研究》1998年第6期，页23。

[49] Thomas I. Emerson, *Toward A General Theory of The First Amendment* , 72 *Yale Law Review* 885(1963)。

[50] 林子仪：《言论自由之理论基础》，载氏著《言论自由与新闻自由》，月旦出版社股份有限公司，1994年。

[51] 米克尔约翰认为宪法言论自由条款的唯一目的，即是健全“民主程序”，见Meiklejohn, *Free speech and its Relation to Self-government*, 1948。雷丁什认为宪法言论自由条款的主要目的在于保障个人之“自我实现”，见Martin H. Redish , *The Value of Free Speech* , 130U. Pa. L. Rev. 591(1982)。布拉斯认为宪法言论自由条款主要目的在于制约政府权力，见V. Blasi, *The Checking Value in First Amendment Theory* , 1977 *American Bar Foundation Research Journal* 521-649。

[52] Meiklejohn, *Free speech and its Relation to Self-government*, 1948, p.25。

[53] 林子仪：《言论自由与新闻自由》，月旦出版社股份有限公司，1994年，页43。

[54] 同上引，页47-48。

[55] 密尔：《论自由》，程崇华译，商务印书馆，1959年，页17。在我看来，密尔在《论自由》

中将言论自由既看作一种手段，又看作一种目的，实际上《论自由》中的密尔并不是一个严格的功利主义者。有关密尔在《论自由》中这种立场的讨论，参见R. 德沃金：《认真对待权利》，信春鹰、吴玉章译，中国大百科全书出版社，1998年，第11章“自由和自由主义”。

[56] 参见密尔：《论自由》，程崇华译，商务印书馆，1959年，页1。

[57] 参见Alexander Meiklejohn, *Free speech And Its Relation to Self-Government*.1948, 特别是pp.17-19, 23-27,34-41,99-100。

[58] Alexander Meiklejohn, *The First Amendment is an Absolute*”, *Supreme Court Review*256-257(1961)。

[59] A. Meiklejohn, *Free speech and its Relation to Self-government*, 1948, p.18。

[60] *Ibid.*, p.8。

[61] A. Meiklejohn, *The First Amendment is an Absolute*”, *Supreme Court Review*257(1961)。

[62] Robert Bork, *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*. 47 *Indiana Law Journal* 27-28 (1971)。

[63] *Carlson v.Landon*,342U.S.524,555(1952)(Black, J., dissenting opinion)。

[64] *Beauharnais v.Illinois*,343 U.S.250,285(1952)(Douglas, J., dissenting opinion)。

[65] *New York Times Co. v. Sullivan*,376U.S,254(1964)(Goldberg J. & Douglas J. , concurring opinion)。

[66] 庞德：《法理学》第3卷，页327-328，转引自沈宗灵：《现代西方法理学》，北京大学出版社，1992年，页295。

[67] 张新宝：《名誉权的法律保护》，中国政法大学出版社，1997年，页10。

[68] 庞德：《法理学》第3卷，页16，转引自沈宗灵：《现代西方法理学》，北京大学出版社，1992年，页291。

[69] 苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社，1996年，页183。

[70] 林子仪：《言论自由与新闻自由》，月旦出版社股份有限公司，1994年，页53、55。

[71] A. C. Ewing , *Ethics*, New York: Free Press, 1965, p.58。

[72] 苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社，1996年，页193—197；张新宝，《名誉权的法律保护》，中国政法大学出版社，1997年，页185—186。

[73] 确定这一原则的是American Communication Association v. Dounds, 339U.S. 94(1950)。

[74] T·卡特等著：《大众传播法概要》，黄列译，中国社会科学出版社，1997年，页14—18。

[75] 对权利法哲学主要观点的概述主要源于罗尔斯的《正义论》和德沃金的《认真对待权利》。参见罗尔斯：《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版，1988年，特别是第二章；德沃金：《认真对待权利》，信春鹰、吴玉章译，中国大百科全书出版社，1988年，特别是第6、7、12、13章。

[76] 参见Robert B. McKay , *The Preference for Freedom* , 34 *New York University Law Review* 1184-1227(1959).

[77] 这也是机会平等和身份自由的意义。在一个具有无限可能性的世界上，无论权利如何配置，利益如何衡量，其社会结果都是一样的。当然，这样的世界只是一种假设，在社会分工日趋细密、专业身份难以变换的今天，个人利益与公共利益的区分仍是必要的，法律上个人权利的社会意义是相对的，受现实制约的。

[78] 美国联邦最高法院发展了一种被称为“界定式衡量”（the definitional balancing）的原则，意即划分不同的言论类型，予以不同程度的宪法保障。相比“逐案权衡”原则，这一原则所给予的保障具有相对明显的确定性。

[79] 密尔：《论自由》，程崇华译，商务印书馆，1959年，页59。

[80] Thomas I. Emerson, *Toward A General Theory of The First Amendment* , 72 *Yale Law Review* 877, 917 (1963) 。

[81] *Ibid.*, p.932。

[82] 密尔：《论自由》，程崇华译，商务印书馆，1959年，页10、81—101。

[83] Emerson, *Toward A General Theory of The First Amendment* , 72 *Yale Law Review*

930 (1963)。

[84] 苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社，1996年，页191。

[85] 美国联邦最高法院在处理有关新闻自由与公平审判之冲突的讼案时，原则上反对禁止媒体发表已到手的有关刑事司法信息的限制令，而赞同限制诉讼参与者向外界洩露信息的限制令。参见 Barron and Dienes，*Handbook of Free Speech and Free Press*，1979，Chapter 5。

[86] 苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社，1996年，页192。

[87] 限于篇幅，这里只讨论这些直接的限制手段。

[88] 参见密尔顿：《论出版自由》，吴之椿译，商务印书馆，1958年。

[89] 参见卡尔·马克思：《评普鲁士最近的书报检查令》，《马克思恩格斯全集》，人民出版社，1956年，第一卷。

[90] 叙述、探讨、评价这些原则的英语文献可谓汗充栋，于其要者，可参看 Emerson, *Toward A General Theory of The First Amendment*，72 *Yale Law Review* 908-912 (1963)；L. Tribe，*American Constitutional Law*，The Foundation press，841-45(2nd ed. 1988)等。

[91] 有关这些原则的简单介绍，参见朱武献，《言论自由宪法保障》，载氏著《公法专题研究》(二)，辅仁大学法学丛书编辑委员会编，1992年。

[92] 密尔：《论自由》，程崇华译，商务印书馆，1959年，页9-10。

[93] 同上引，页12。

[94] 同上引，页89。

[95] 同上引，页89。

[96] 同上引，页84-85。

[97] 同上引，页12-13。

[98] 在《论自由》出版(1859年)的100年后，H·L·哈特和德夫勒勋爵就类似问题展开论战。哈特秉承密尔的观点，主张道德自由主义，而德夫勒认为，社会有权将其整体道观念强加于每一个

成员。参H. Hart, *Law, Liberty and Morality*, 1963, p.5 ; Devlin, *The Enforcement of Morals*, 1959, p.13-14。

[99] 249U.S.47(1919)。

[100] 该法是美国国会继1798年的《危害治安法》(The Sedition Act of 1798)之后制定的第2个管制言论的法律,经1918年的修正,规定了12项对言论的管制情况,其中第2项和第3项涉及征召兵员和煽动反叛的言论管制。

[101] *Schenck v. United States*, 249U.S.47, 51-52(1919)。许多学者认为霍姆斯只是提出了这一原则,并然而在此案中所适用的仍是以前的“恶劣倾向”原则,即根据言论的恶劣倾向来决定予以限制。

[102] 301U.S.242(1937)。

[103] 例如1951年 *Dennis v. United States*, 341U.S.494(1951)一案。

[104] 395U.S.444,449(1969)。

[105] 林子仪:《言论自由与新闻自由》,月旦出版社股份有限公司,1994年,页172。

[106] Freund, *On Understanding the Supreme Court* 25(1949)。

[107] 荆知仁:《美国宪法和宪政》,三民书局印行,1993年,页172-183。

[108] Note Hentoff, *Speech, Harm, and Self-government: Understanding the Ambit of the Clear and Present Danger Test*, 91 *Columbia Law Review* 1459-61(1991)。

[109] *Whitney v. California*, 274U.S.357,377(1927) (Brandeis , J., concurring opinion)。

[110] 托克维尔发现“美国政治学有一项原理:冲淡报刊影响的唯一办法,是增加报刊的样数。”这里的“影响”主要指报刊自由带来的“恶”和“痛苦”。参见托克维尔:《论美国的民主》,页208。这项原理为“更多的言论”思想提供了支持。

[111] 例如,在言论自由与公平审判发生冲突时,许多国家立法对言论自由予以限制,而美国一些法院却采取一些措施使得二者避免冲突。偏见的、有倾向的报道可能会影响陪审团的判断能力,但是可以通过预先甄选未接触如此报道的陪审员、易地审判、使陪审团与外界暂时隔离等措

施来避免媒体的有害影响，而不是签发一纸限制令（restrictive orders）强制媒体沉默。

[112] 它还可以引申表明，言论自由的支持者未必像有时候被看作的那样是“反动的”、“有害的”言论的鼓励者，边缘政治理念的坚持者，反人类反社会思想的同情者，“堕落”的生活方式的实践者。那不能不说是一种误解。言论自由的支持者也许并不反对正统的、主流的意识形态，他们所反对的是对非正统、非主流的意识形态的不恰当的压制和藉强力维护主流意识形态的做法。他们也许并不赞同那些“有害”的思想和观点，他们所赞同的是不同观点、不同思想之间的自由公平的竞争。言论自由的支持者更不一定是那些没有是非观念、不能辨别善恶的人。他们之中有一些是道德怀疑主义者和哲学上的相对论者，但是也不乏观点鲜明、立场坚定、有强烈的正义感和明确的道德信条的人士。坚持言论自由的人往往是对自己所怀有的思想观念虔诚而自信的人。总之，我们不可以从一个人对不恰当的压制言论的反对中推测出他的信仰和立场。 [113]

Rosenblatt v. Baer, 383U.S.75, 92(1966)(Stewart, J., concurring)。

[114] 《马克思恩格斯全集》，人民出版社，1956年，第一卷页71。

<http://www.gongfa.com/yanlunziyoujixianduhoujian.htm>

/