

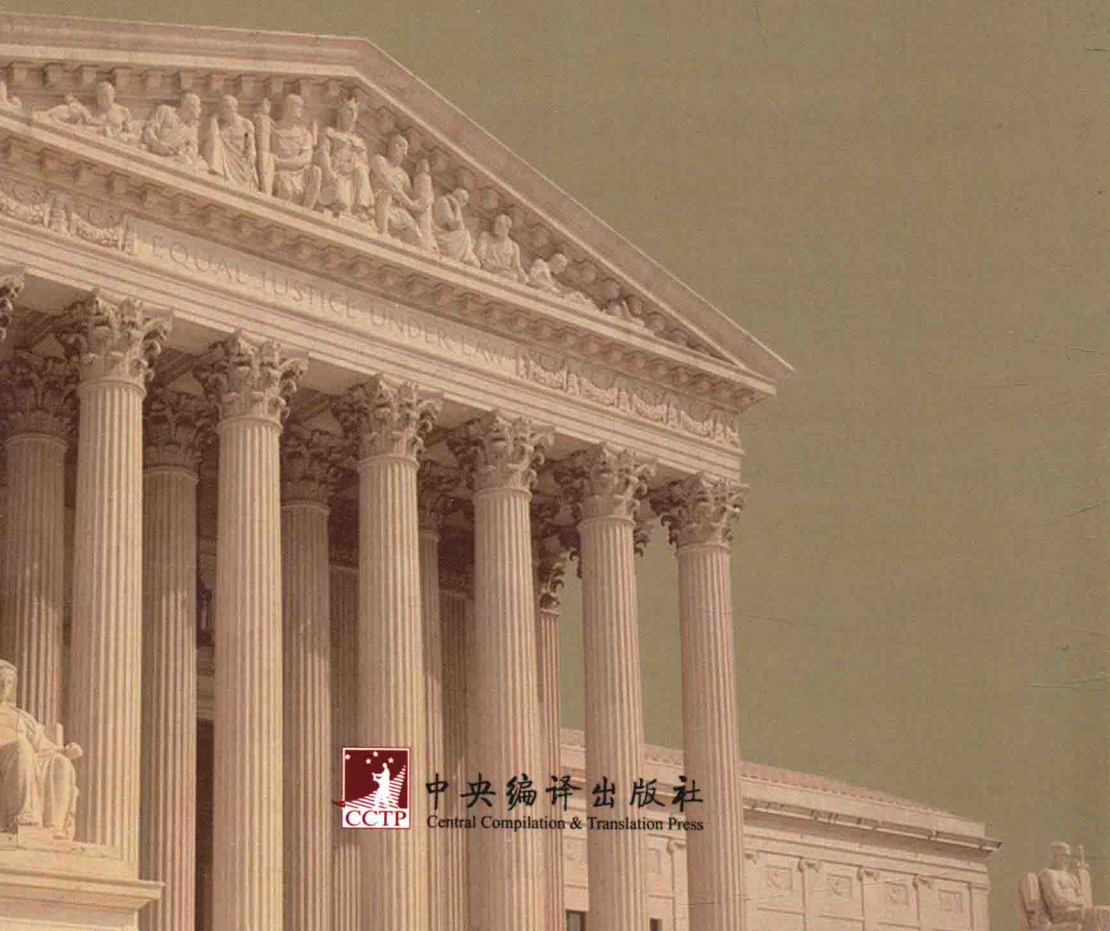
言论表达与新闻出版 的宪政历程

——美国最高法院司法判例研究

Freedom of Speech, or of the Press in the United States of America
Studies on the Cases by the Supreme Court

(上册)

贺文发 著



中央编译出版社
Central Compilation & Translation Press

言论表达与新闻出版的宪政历程

——美国最高法院司法判例研究

Freedom of Speech, or of the Press in the United States of America
Studies on the Cases by the Supreme Court

(上册)

贺文发 著



中央编译出版社
Central Compilation & Translation Press

图书在版编目 (CIP) 数据

言论表达与新闻出版的宪政历程：美国最高法院司法判例研究 / 贺文发著. — 北京：中央编译出版社，2015.6

ISBN 978-7-5117-2683-4

I. ①言… II. ①贺… III. ①新闻工作—法规—审判—案例—研究—美国②出版法—审判—案例—研究—美国
IV. ①D971.221

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 118631 号

言论表达与新闻出版的宪政历程(上册)

出版人：刘明清

出版统筹：董巍

责任编辑：曲建文

责任印制：尹珺

出版发行：中央编译出版社

地址：北京市西城区车公庄大街乙5号鸿儒大厦B座(100044)

电话：(010) 52612345 (总编室) (010) 52612363 (编辑室)
(010) 52612316 (发行部) (010) 52612315 (网络销售)
(010) 52612346 (馆配部) (010) 66509618 (读者服务部)

传真：(010) 66515838

经销：全国新华书店

印刷：北京天正元印务有限公司

开本：710毫米×1000毫米 1/16

字数：684千字

印张：40.5

版次：2015年6月第1版第1次印刷

定价：120.00元(上下册)

网址：www.cctphome.com 邮箱：cctp@cctphome.com

新浪微博：@中央编译出版社 微信：中央编译出版社 (ID:cctphome)

淘宝店铺：中央编译出版社直销店 (<http://shop108367160.taobao.com>)

本社常年法律顾问：北京市吴栾赵阎律师事务所律师 闫军 梁勤

凡有印装质量问题，本社负责调换。电话：010-66509618

前 言

言论自由和新闻自由的保护一般而言对一个社会有如下价值：首先有助于发现事件真相或有助于呈现真理，因为大凡真理都具有愈辩愈明的特征。这一点自约翰·弥尔顿至约翰·斯图亚特·密尔等古典自由主义理论家已多有论述，实际上也是本书中谈及的“观念的市场竞争”所蕴含意项的最本质反映。若溯其源流，古希腊哲人亚里士多德所谓“人是拥有逻各斯的动物”，意谓“人之为人，乃在于拥有独立思考与言说、表达、沟通的理性”。质言之，人类之文明最终依存于思想之自由、言论之表达。

其次，有助于公民积极参与政治决策。当代社会中的政治参与实质上就是公民对与公共利益相关联的公共事务能自由发表看法和意见。这一点，本书中也有反复阐释，所谓言论自由和新闻自由，其实质是对公共关切的公共事务，以及由此连带出的对于公共事务相关的政府官员以及公共人物等予以评判的自由。公民的评判自由与当今政治治理中的政府信息公开究其本源实乃异曲同工，是民主政治这枚硬币的两个层面。某种程度上，公民言论自由（现代社会，言论自由更多借助于新闻自由来实现）的保障可以扮演促进政府信息公开倒逼机制成型的角色。

再次，有助于创造和形成一个避免使社会出现大的失序、混乱乃至政府坍塌境况的“安全减压阀”。因为言论自由和新闻自由使得社会上不同（甚至是极端的）声音有充分的渠道得以表达，从而可以减缓他们对和平之外其他手段（如秘密结社等）的诉求。反之，这种层面上自由的张弛程度也与一个

政府对自身社会治理的自信程度成正比。为了避免出现大的失序与混乱，则必然要承受一些小的因为言论自由和新闻自由带来的冲击和震荡。这当然是一种对政治治理团队的智慧挑战，政治治理的目的是寻求和谐和秩序，但消灭任何差异和冲突的“天堂秩序”几乎不可能存在。就政治治理而言，社会化的差异观念是一种常态，而无差异化的一致几乎不存在。

第四，有助于确保个人的自我实现和追求。因为表达自由可以帮助个人有效认知自我，促进个人对社会认同的维系，最终可以让社会中的个体人感觉到做人的尊严。这一点，在美国更多体现在一次世界大战后联邦最高法院对言论自由和新闻自由的界定和保护状况。大致而言，美国建国后乃至整个19世纪秉承的是共和主义的自治自由，而20世纪以降尤其二战以来则转变为自由主义的程序自由。简言之，前者强调的是公民的美德，而后者更多看重公民的权利。就美国的政治进程而言，共和主义的自治自由有其历史污点，如“共和主义的传统与奴隶制、排斥妇女参与公共事务、选举资格财产限制以及本土主义者敌视移民等现象的共存，甚至共和主义传统还为这些做法提供说辞”^①。也正因为如此，本书中一再强调的一个事实性观点与此形成一种反观的默契呼应——即第一修正案关于言论自由与新闻自由的规定及其司法效应在一次世界大战前的近一个半世纪里几乎是被遗忘的尘封岁月。

第五，有助于发挥公民社会权利对政府权力滥用的有效制衡（checking abuse of governmental power）。哥伦比亚大学社会新闻学教授舒德森在他的文章中用了一个形象的比喻把这一点说得透彻至极：新闻业时时刻刻关注与监督的焦点人物是那些站在舞台上表演的统治者（the governors）而不是坐在礼堂里观看演出的被统治者（the governed）。……这一切足够在那些手握权柄的人的圈子里制造种种恐惧——在公众面前的尴尬或丢脸、引发公众的争辩和论战、导致法律诉讼，或是对输掉竞选的担忧和恐惧。新闻媒体这份职业存在的目的就在于使得那些拥有权力的权威人士感到恐惧、焦虑和敬畏。^② 质言之，言论表达和新闻出版自由的核心即保障人民批评和监督政府的权利，而这也恰好是理解美国宪法第一修正案最精当也最本质的入口。1964年“纽约时报诉沙利文”判例对于言论自由和新闻自由的伟大彰显也恰恰表

^① 参见 [美] 迈克尔·桑德尔：《民主的不满——美国在寻求一种公共哲学》，曾继茂译，江苏人民出版社2008年版，第7页。

^② 可参见拙译 [美] 舒德森：《为什么民主需要不可爱的新闻界》，华夏出版社2010年版，第26、27页。

现在这里。言论自由的理论家亚历山大·米克尔约翰认为最高法院对该判例的裁决值得信奉自由的人们“当街起舞”。

第六，言论自由和新闻自由的保护有助于形成和谐宽容的社会氛围。从近代人类文明的发展历程来看，凡是言论自由（在近代欧洲尤其表现为对一枝独大的天主教的自由讨论和抗议）得以保障的地区，其政治空气相对和谐宽容、社会相对开明、经济相对发达。当然，后者的发达、开明与宽容反过来又进一步促进了对言论自由和新闻自由的保障。总之，言论表达和新闻出版自由的保障有助于形成一个多元开放、富有活力和积极创新（diverse, robust and creative）的社会。

对于一个现代民族国家和自由民主社会而言，上述言论表达和新闻出版的种种利好基本有达成共识的底线和基础，即无论对于自由派和保守派（亦包括笼统划分的左派和右派），无论对于上层精英、中产阶级和普罗大众，基本都能接受。退一步而言，即便当今世界那些专制独裁国家也宣称和标榜对言论表达和新闻出版的青睐和钟爱。但这里的问题在于大家都接受的言论表达和新闻出版自由只是停留在一个形而上的抽象意义上的概念自由，一旦涉及对这一抽象理论的具体实践和身体力行则不免产生分歧，有时甚至是激烈的争议。

这个即便在把自由作为最核心文化价值观的美国也概莫能外，早年殖民地围绕宗教自由和信仰正统的阐释处处闪烁着刀光剑影与冲突。第一修正案1791年通过后的整个19世纪——即便有1868年第十四修正案的“正当程序”与“平等保护”原则作为依托使得《权利法案》中规定的公民各项根本自由和权益呈现“公民权利联邦化，宪法权利全民化”——也并不多见关于言论表达与新闻出版的司法诉讼。这一艰难的发展过程即一明证：落实书面上宪法自由和权益从来就不会是一帆风顺的。某种程度可以说是“一战”刺激了美国言论表达权利在社会各阶层的讨论、争执和反思。历经20世纪的风雨洗礼，言论表达和新闻出版的神圣地位在美国人民心目中，尤其在美国各级法院基本达成共识。但这种共识依然只能是一种抽象观念上的共识，亦便到今天，联邦最高法院对一桩桩关涉言论表达和新闻出版的具体判例的司法裁决，除过少数的全体一致投票，大多数都存有争议，有时甚至是反映社会不同阶层难以弥合的分裂性争议。

因此，所谓言论表达和新闻出版的自由实质上是一个国家在某一历史阶

段以某种制度性的规范通过正当法律程序由司法机关对自由边界的协商性裁定。换言之，这里的自由权利是国家（包括法官本身）以传统文化价值与社会共同经验为基础，综合考察言论表达与新闻出版的“公共属性”或“公共利益”，借助于自身或他者的智识结构与理性判断而推论出来的一种法律或宪法解释。不同时代的宪法解释衔接起来也即本书标题所谓的“宪政历程”。^①简言之，一个实行宪政的民主政府无论怎样宣称其理论上对自由、民主、平等宪政信条的服膺，其政府的代理人在立法、行政和司法上必然要拥有一定的自由裁量权。

一般而言，在一个司法独立的国家和社会中，司法机关遵照“正当法律程序”行使的自由裁量权便代表着正义的化身，也是正义赖以保障的最后防线。质言之，法谚中所谓“立法是对权利的分配；而司法是对权利的救济；没有救济，就没有权利”的要义也正在于此。^②这里的自由裁量权或协商性裁定实质上即是政府司法机关在言论表达与新闻出版自由权利与其他重要的社会权利（如隐私权、公平审判权、不得有作伪证的言论自由等或发布出版欺骗性或误导性商业广告、儿童色情读物等）或利益（如国家或社会安全、稳定或秩序等）之间的一种界定或权衡取舍。

这种相互权衡取舍的权利又可称为“竞争性权利”（competitive rights）。此种权衡取舍与分割划定一则由于法之本质乃在于对自洽的逻辑体系的权责界定；二则出于法律往往需要与当下的道德体系（或社会的共同经验）相适应，以产生最少监督成本，所谓道德乃最便宜的法律。但无论怎样权衡与取舍，言论表达与新闻出版都是宪法权利中最为珍贵的权利之一。它是其他所有宪法自由和权利赖以依存的母体自由，如杰克逊大法官所说，言论自由与新闻自由及其他一些基本权利是不可诉诸于投票来决定的，这些权利亦不取

^① 正是在这里，美国宪法修正案第一款对宗教自由和言论自由保障的路径差异体现出来：前者侧重属灵的、信仰的“内心自由”与“良心自由”，而后者侧重外在的、参与的自由与权利。不过，最终，内在信仰的自由必然转换为思想的自由，而思想的自由又不可避免要求有言说表达的自由。因此，如果说前者成就个人的感性与理性自由，而后者则成就了社会的感性与理性自由。

^② 英美普通法理认为：善德若不转为法律，不过是慈善广告，正义若不化作权利，则成政治口号；权利若无救济，等于空头支票。在英美，道德之争常常寓于法律论题，正义之理常常化为权利话语，政治问题法律化，法律问题司法化，司法问题程序化。于是，政治服从法律，司法型塑立法，程序优于实体，救济先于权利。在英美，司法具有独立性，法院是法律帝国的首都，法官是法律帝国的王侯；法律程序仪式化，法庭似剧场，诉讼如戏剧。实践表明，司法程序化有助于化解纠纷，法律司法化有助于缓和冲突，政治法律化有助于防止动荡。见高鸿钧：《认真对待英美法》，载《清华法学》2010年第6期。

决于任何选举的结果。美国著名宪法学家、哈佛大学法学院却伯 (Laurence Tribe) 教授也指出, 应当从“元自由” (metafreedom or metaliberty) 的角度来理解新闻与出版自由 (包括言论与表达自由)。^① 质言之, 宪法 (法院) 对言论表达与新闻出版自由和权利的捍卫应是常态, 而对其限制则应是例外。

当然按照当代西方政治自由思想史中对宪政的解释, 立法、行政和司法三种权力之间必要相互制约和制肘。政府权力部门之间的制约只是近代西方行宪政的一个层面 (就联邦制下的美国而言, 还有一个联邦权和州权的相互制约), 另一个重要的层面是政府之外社会权利的彰显和兴起, 这实际是西方近代文明“三驾马车”包括文艺复兴、宗教改革和启蒙运动的最紧要和最核心之处。而社会权利的核心表达又在于个人享有的自由权利。因为如果没有这种对个人自由权利的彰显和保障, 那么无论政府权力各部门之间怎么制约都不大可能带来“民有、民治、民享”的局面, 甚至会走向专制和独裁的反面。

汉密尔顿 (亦可能是麦迪逊) 在《联邦党人文集》第五十一篇中对权力制衡以及限制权力的原因描摹得栩栩如生: 防止把某些权力逐渐集中于同一部门的最可靠办法, 就是给予各部门的主管人抵制其他部门侵犯的必要法定手段和个人的主动。在这方面, 如同其他方面一样, 防御规定必须与攻击的危险相称。野心必须用野心来对抗。人的利益必然是与当地的法定权利相联系。用这种方法来控制政府的弊病, 可能是对人性的一种耻辱。但是政府本身若不是对人性的最大耻辱, 又是什么呢? 如果人都是天使, 就不需要任何政府了。如果是天使统治人, 就不需要对政府有任何外来的或内在的控制了。在组织一个人统治人的政府时, 最大的困难在于必须首先使政府能管理被统治者, 然后再使政府管理自身。^②

就公民社会权利的彰显和保障而言, 托克维尔说得好: “除了一般道德观念之外, 我不知道再有什么观念可与权利观念媲美了, 或者毋宁说两者是浑然一体的。权利观念无非是道德观念在政界的应用。使人们能够用以确定什么是跋扈和暴政的, 正是权利观念。权利观念明确的人, 可以独立地表现自

^① Laurence Tribe, *American Constitutional Law*, second Edition, p. 61, 1988. The Foundation Press. 转引自崔之元: 《关于美国宪法第十四修正案的三个理论问题》, 载《美国研究》1997年第3期。

^② [美] 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年版, 第264页。

己的意志而不傲慢，正直地表示服从而不奴颜婢膝。屈服于暴力的人，只能自侮和自卑。”^①“强制向来只是转瞬即逝的成功因素，而被强制的人民将随即产生权利观念。”^②

社会和个人的自由与权利又可基本划分为两个层次，第一层次即人之为人或生而为人最为根本的内生和内化权利，所谓根本即伴随人生命始终，所谓内生和内化即不是乞怜于政府或权力的馈赠，亦不是任何外力可以随意剥夺。被剥夺的唯一渠道只能是遵循“正当法律程序”。就美国历史而言，大约《权利法案》便是这个意义上的选项。第二层次即在上述根本的内生内化权利之外围的其他社会权利，诸如接受教育权、就业工作权、福利保障权等等。最终，这种个人自由和权利的存在、彰显和保障既受制于政府权力部门在正当法律程序下的自由裁量，同时对来自权力部门的自由裁量又有监督和对抗。即以权利监督权力，即以自由内生内化的个人权利监督民主选举代表（代议）的外生外化之社会治理权力。

对政府权力部门自由裁量的监督和对抗自由裁量被滥用下的对抗——从而防范其可能带来对大多数人或一部分人利益以及思想观念构成威胁——的唯一办法只能是让普通民众完全有可能就政府的行为展开辩论。这一点实际上表明民主的真正理想不是基于人民的所谓同意（consent），而是基于对政府所作所为的可论辩性（contestability）。换言之，要保证的是政府行为须经得住

① [美]托克维尔：《论美国的民主》（上卷），董果良译，商务印书馆1988年版，第271—272页。就限制权力而言，托克维尔也“确信在一切政府中，不管其性质如何，下贱者一定趋炎，献媚者一定附势。而且我认为只有一种方法可防止人们自侮，那就是不赋予任何人以无限权威，即不赋予任何人可诱引使他堕落的最高权力”（见本书298页）。德国“目的法学派”的代表人物耶林更是指出：法的起源在于人们对权利的渴望和斗争，因此，斗争是法的生命。尽管法的目标是和平，但实现和平的手段则是斗争。为权利而斗争不仅是对自己的义务，更是对社会的义务，为国民生活权利而斗争的重要性是法的灵魂。人们对斗争争取来的权利的热望就像一位母亲对怀胎十月艰难分娩的婴儿的喜悦，她不允许孩子被他人夺走。参阅 [德] 鲁道夫·冯·耶林：《为权利而斗争》，胡保海译，中国法制出版社，2004年版。

② [法]托克维尔：《论美国的民主》（上），董果良译，商务印书馆1988年版，第313—314页。托氏这里的意思实际上是说权利的观念来源正是由于人类对压迫等不公正的反抗性经验。人类从自身文明发展的脉络中认识到正是对权利（尤其那些决定人之为人的根本内核权利，如本书探讨的表达自由权利）的伸张才得以使得人类减少重蹈历史灾难的覆辙。质言之，权利来自于强制和不公。一个国家和社会越是充满强制、邪恶和不公，那么这个社会对权利的呼吁和抗争也就越是奋勇和激烈。

民主的论辩，而不必须是民众意志的产物。^①对政府行为的民主辩论实质上也是所谓法治的核心本意——即法治并非完全聚焦于对政府权力的防范，而在于有一种可以让政府就其行为本身予以负责、解释和答复的体制。这在现代社会也就是指公民既有服从自己选举出来的合法政府的义务，也有对抗合法政府滥用权力的权利。^②

就西方政治思想史的发展历程而言，这实际上又是近现代民主与古代民主的根本性不同：

古代雅典城邦制民主的核心即在于全民（当然是自由民）投票直接治理，全民投票形成的权力是一种绝对的至高无上的权力，不容置疑和分割的统治权力。投票表决是正义的最后表述。根据投票结果，少数服从多数。如果恰好真理掌握在少数人手中——被人类文明史反复证明的一个必然存在的现象——那么少数人对多数的服从或多数对少数的统治也就是近现代民主启蒙思想所批评的“多数暴政”或“民粹民主”；近现代的民主核心却是公民选举（委托）自己的代表（议员）进行治理，即间接治理，代表或议员的社会治理权力不是绝对的，而是相对的，甚至有制度安排故意形成分权、制约。这种治理不是至高无上的，而是可以质疑、监督和约束的，少数当然要服从多数，但多数须尊重少数自由与权利，而且有些东西，如前面所言属于公民内生内化的第一层次的自由和权利，不是投票可以决定的。对公权力的有效限制和制衡，对个人基本权利的保障以及承认司法裁决代表正义的最后防线等——亦即遵循法治、宪治等制度设计——为有效避免古代民主可能带来的“多数暴政”与“民粹民主”提供了新的制度保障。

美国研究民主的学者科恩认为：“涉及统治的，有一部分是压服的权力，强迫被统治者，或违背他们意愿采取行动的权力。从这一重要意义来看，虽然一部分人民可以统治另一部分人民，但人民是不能统治他们自己的。”科恩还引用格莱斯通的话：“严格地说，可以构成一个民族的那么多人民从来就没

^① 参见 [澳] 菲利普·佩迪特著：《共和主义——一种关于自由和政府的理论》，刘训练译，江苏人民出版社 2009 年版，第 308 页。

^② 所谓对抗在美国的文化体系下也即公民的“不服从权利”，公民的不服从在理论上的滥觞源于超验学派的文学家梭罗 1849 年的一篇文章《论公民的不服从》（*Civil Disobedience*）。日后的印度圣雄甘地、民权运动的领袖金博士与南非的民族领袖曼德拉无不是从该理论中汲取了权利抗争的灵感。

有自己管理过自己。在人类生活的条件下，可以达到的最高境界，看来只能是他们应自己选择自己的管辖者，同时，在某些选定的情况下，能直接对管辖者的行为施加影响。”^① 这里谈论的就是间接治理的代议制前提——选举投票制。而这其实正好是民主得以实行的一个政治自由上的保障——选举自由和投票自由。所以从这个角度，民主的实现更多的是代表性，而全民对民主的践行是通过参与和评判得以实行的。这也是为什么在美国，政治性的言论表达与新闻出版总是优先受到最高法院的青睐和保护。^②

20世纪西方自由主义的重要代表人物卡尔·波普尔也认为，如果简单地把“民主”这个词语从词源学上理解为“人民统治”，其实是相当危险的。因为每一个平民百姓心理都清楚，统治者不是他本人，所以他会觉得民主不过是一个骗局。也因此，民主的基本道德原则应该是：它可以通过不流血的手段来更替政府。从历史上看，古代雅典的民主，强调的也不是多数统治，而是不计任何代价避免独裁统治。借助于修昔底德的记录，我们读到伯里克利的名言：“在我们这群人中，可能只有几个人有能力制订政策、具体实行，但是，我们所有人都要有评判的能力。”在今天也就是说，我们不可能全部统治、全部当家，但是，我们要参与评判政府表现的工作，我们要扮演审判者的角色。卡尔·波普尔认为，选举政治应该是这么回事：我们不是让新政府合法化，而是评判旧政府的表现如何——投票日那天是旧政府缴成绩单的时间。^③

公民对政府的监督和对抗是否运行在一个健康轨道上，很大程度上又进一步取决于政府公共政策、公共事件或公共行为在决策前的信息公开程度、社会自由与民主的宽容风气以及其治下公民的整体政治参与与法治信奉的素质。一般而言，检验一个政府究竟在多大程度上是自由的、民主的与法治的一杆标尺往往就是对公民监督和对抗的宽容和接受程度。质言之，二者之间的关系是正相关的，正相关系数的高低实际上也反映了一个政府对自身的合法性以及道路和制度的自信程度的高低。

① 参见 [美] 科恩：《论民主》，聂崇信、朱秀贤译，商务印书馆1988年版，第7页。

② 这也是本书在下编的诸多司法判例中反复引证和总结一个现象——凡是“指点江山、激扬文字”的表达和出版大多会得到最高法院的认可，如1964年的“纽约诉沙利文”、1969年“廷克佩戴黑袖纱”（抗议越战）判例、1971年的“科恩诉加州”（抗议越战）、1971年的“纽约时报诉合众国”（五角大楼判例）等等。

③ 参见 [英] 卡尔·波普尔：《二十世纪的教训——卡尔·波普尔访谈演讲录》，王凌霄译，广西师范大学出版社2004年版，第130—132页。

就今天人们对美国言论自由和新闻自由在宪法框架内的理解，未尝不可这样认为即——言论自由保障的核心并不在于它能发现多少真理甚或真相，而更多在于保护那些非主流的、偏激的以及少数派的言论权利。美国著名作家马克·吐温以文学修辞的语言这样叙述：一旦当你发现自己站在了多数派的一边，就是你该停下来反思的时候了。尊崇程序正义的美国司法体系亦复如是，其司法的首要目标并非严惩罪犯，甚至也不是追求真相，因为真相有时候的确求而不得，故其首要目标是保护公民的合法权利（尤其受宪法保护的最根本自由和权利）不受政府非法侵犯。

美国最高法院历史上对言论自由与新闻自由的司法裁决，很多时候，其精粹的闪光点亦是来自于少数的反对意见之中，这一点恰好说明没有人能占有和垄断对真理的解释权，而这恰恰是自由主义最为根本的出发点之一。人们需要自由是因为人们对真相或真理的不确定，对何谓正确的不确定。因为人们有怀疑的天性，所以宽容就应该成为至善的美德。就本文研究的主题而言，人们追求和喜爱言论表达与新闻出版的自由，其最终的目的虽然与对追求和喜爱真相和真理有关，但整个追求的过程却时时体现的是一种对不同认识和观念（甚至极其偏颇和偏激）的包容和宽容。

民主政治的“妥协”很大程度上也是“宽容”的一种体现。寻找“天堂”的理路须在“宗教”与“信仰”当中，而在“人间政治”与“社会生活”的治理中，我们应当明白与学会“权衡”与“妥协”的艺术，欲求“大善”必须而且也只能以容“小恶”为代价。对于言论表达与新闻出版自由而言，同样如此。托克维尔这样表述：因此，在出版问题上，屈从和许可之间没有中庸之道。为了能够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。想得好处而又要逃避痛苦，这是国家患病时常有的幻想之一。^①

托克维尔认为民主的真正好处在于：“民主的自由举办的事业，不能每项都像开明的专制所做的那样完善，但是，随着时间的推移，它办好的事业虽然较少，但它举办的事业却很多。民主并不给予人民以精明能干的政府，但能提供最精明能干的政府往往不能创造出来的东西：使整个社会洋溢持久的积极性，具有充沛的活力，充满离开它就不能存在和不论环境如何不利都能创造出奇迹的精力。”^②

① [法]托克维尔：《论美国的民主》（上），董果良译，商务印书馆1988年版，第207页。

② 同上，第280页。

民主社会更多彰显的是理性的判断，而少有被天才的激情判断所俘虏的机会，因此，民主社会少得见或者不出产旷古未有的英雄、先知和领袖；民主社会有能力尽可能地抑制弊端、罪孽，更可能避免某些无谓的人为悲剧，因此民主社会的目的在于培养和构建温良的习惯，不擅长“创造”甚至是“制造”出一系列英勇的美德、高尚行为之先进典型、模范人物；民主社会不在于追求国家的强力和荣誉，却力求保障个人的福利和生命的免遭涂炭；也因此，民主社会氛围下的公民为一个繁荣的社会而付出，而满足，却少见那种为富丽堂皇的奢侈以及糜烂生活而得意的人。

本书论及的“言论（表达）”自由与“新闻（出版）”自由在美国的语境中，尤其在宪法第一修正案的时代框架下，或者确切地说在 20 世纪的第一修正案的宪政历程中的意义绝非指任何公民都被宪法赋予全方位的不论何时、何地、面向任何对象的任意表达，言论与新闻自由的本质或精髓仅仅在于保护那些批评（或评议，或评判）政府公共政策、公共事件和公共行为（及其背后的公共官员、公共人物等）的表达和出版免受政府的审查和迫害。^①

研究美国早期新闻业的杰弗里·史密斯也认为 1791 年的宪法第一修正案只是保障（guarantees）“言论自由和新闻自由”不受国会山（联邦国会山）剥夺，但究竟什么属于（define）言论自由和新闻自由则付之阙如。^② 换言之，宪法第一修正案并没有对受宪法保护的“言论自由和新闻自由”给予定义或确切地说对其边界予以明显界定。这实际上也正是本书标题暗含的另外一种

^① 除过传统的言论自由之外，美国新闻自由的一个悖论或者说困境就是尽管对来自于政府等权力部门的干预基本达成一个“警惕性共识”，但对于资本的干预有时候却很难予以界定。虽然在进步主义时代后，由于对“黄色报业”、对“广告业”与“现代公关公司”（即现代公共关系学科得以奠定的时代以及主体基础）对新闻自由“操纵”和“干预”的反思，为“新闻专业主义”时代的到来奠定了一定基础，但 1980 年代以来的对媒体行业的资本重组所产生的媒体集团（甚至是“媒体巨鳄帝国”等）现象再次让人们开始反思资本对于新闻自由的双刃剑作用。如何把握和权衡“资本”对“新闻自由”保障和侵蚀，这大约是一个伴随美国新闻传媒业与生俱来必须面对的，却永远也不可能有理想答案的问题。不过，若以“洋为中用”的“拿来主义”为思考的出发点，笔者以为，当下我们研究美国言论自由与新闻自由的宪政历程更为重要的是思考对前者，即对政府权力部门的限制；对于后者，即在大众传媒市场化的疾风劲雨的洗涤下，如何警惕资本对言论自由和新闻自由的腐蚀，当然也是我国新闻传媒改制过程中必须要面对和思考的一环。这实际上也是我国大众新闻传媒业在当下的专业主义发展道路中必须要面对的双重束缚和压力。换言之，即如何在抵御与解构来自政治和资本双方的权力压迫过程中渐次形成符合我国国情的新闻专业主义理念。

^② Jeffrey A. Smith, *Printers and Press Freedom: The Ideology of Early American Journalism*, New York, Oxford University Press, see Preface, P. 1.

解释，即“言论表达与新闻出版自由”在美国历史上的内涵和界定是随着时代的变迁而有不同的具体内容、定义及其边界。而这一内涵和界定就联邦制的合众国层面基本依据联邦最高法院对不同判例的不同裁决，而很多裁决所界定的内涵与边界很大程度上又都打上了深深的时代烙印。

本书标题“宪政历程”质言之实际上就是指美国最高法院在不同时代根据宪法第一修正案对言论表达与新闻出版自由的一个司法界定。这里的界定也即“宪政边界”。因此，某种程度上说，本书的标题亦可等于“第一修正案中言论自由与新闻自由的宪政边界”。所谓“宪政”一词，可借鉴中国社会科学院美国研究所原所长王缉思先生在给任东来、陈伟等的著作《美国宪政历程：影响美国的25个司法大案》一书题签序言中所做题解的“宪政”之内涵——宪政即 constitutionalism，即在判例、司法解释、颁布法令中，依据宪法逐步形成一整套法律体系，借以治理国家。当然这里的说法更多局限于对宪政的司法裁决方面的狭义解释；泛而言之，美国框架下宪政的元素又可包括私有制市场经济（private market economy）、代议制民主（representative democracy）、政党竞选执政或参政（two political parties campaign）、联邦制（federalism）、三权分立（separation of powers）、司法至上（judicial supremacy）、司法审查（judicial review）等等宪政设计和治理模式。

有学者对于“宪政”从政治科学的学理层面作了更进一步的描述：宪政立足于双重人性预设，持性恶的假定，即休谟所谓的“无赖假定”，这样才能防止统治者作恶；对民众，持性善的假定，所以才要去尊重他们作为人所应有的尊严，去保障他们的自由、财产和权利。宪政的精髓之一是用法律的手段使政治家对公民采取负责任的行动，为公民提供判断政治行为合法、正当与否的最可靠的天平。对于一个政府，宪政关注的不是它能做什么，而是它不能做什么。宪政的本质的确是而且必须是限政。宪政的功绩在于把用法律取代暴力的原则从私人领域转移到公共领域。这种宪政把政治纳入法律程序，把残酷的杀戮原则变成文明的“法治”原则。立宪政府意味着法律至上。^① 罗素则从另一个侧面讲到宪政的本质在于以理性获得秩序，以权利保证安定：“自由主义的本质就是企图不根据非理性的教条而获得一种社会秩序，并且除了为保存社会所必须的束缚以外，不再以更多的束缚来保证社会的安定。”^②

① 见刘军宁：《保守主义》，天津人民出版社2007年版，第74—75页。

② [英]罗素：《西方哲学史》（上卷之绪论）何兆武、李约瑟译，商务印书馆1964年版，第23页。

因此，从这个角度出发，所谓第一修正案中言论表达和新闻出版自由的精粹以及核心表现为——对政府负责的政务以及对公众关切的公务的言论表达和新闻评论最为受宪法第一修正案的保护。这种保护的背后正是回应宪政中的核心——以言论表达、新闻报道及评论来限政。由这种保护可推知，政府官员即本书中所谓“公共官员”、“公共人物”以及与“公共利益”息息相关（公共关切）的“公共事务”，大约是媒体最为关注的表达聚焦。所谓言论自由是人民的，而不是官府的特权；所谓街头是穷人的写字板或印刷机（the street is poor man's printing）说得也正是这一层面的意思。^①

本书在上编中主要探讨美国自建国以来，言论表达自由与新闻出版自由如何在宪法第一修正案以及第十四修正案的保障下一步一步行进到当下的历史进程。而这种行进的历程又包括联邦以及各州对两大自由的规范和约束，各级地方法庭、联邦法庭以及最高法院对两大自由的解释和界定。正是探讨和分析最高法院对宪法解释和界定背后的种种影响因素，包括美国政治、经济、社会等不同历史阶段的不同表现形态，形成上编中两大自由宪政历程的历史框架和理论阐释。上编中涉及的一些判例多数在下编有详细陈述，读者在阅读中可以互文参考。

本书在下编中对美国最高法院关涉第一修正案中第二自由（言论表达与新闻出版）的司法判例予以详细展开陈述。正是在一个一个的司法判例裁决意见书中，包括法庭意见、同意意见和反对意见，我们看到了上编中历史框架和理论阐释在下编具体案件裁决中的应用。联邦最高法院是美国的终审法院，而这终审权又是由9名大法官投票决定。因此，这9名大法官也就是美国一切问题和争议的最终司法裁决者。也因此司法的公正最终也要取决于这9名大法官的公正司法。在9名大法官被誉为“神”（基督教中，神是裁决人间“正义”和“是非”的最终把关人）的同时，我们要清晰明白他们也是人，是

^① 以“言论表达、新闻报道与评论来限政”的宪政核心某种程度也与公法和私法中的两个经典命题交相辉映——“法不授权皆禁止；法不禁止皆自由。”前者将公权力作为一个整体加以限制，而仅仅对授权的具体权力网开一面；后者对私权利作为一个整体加以保护，而仅仅对具体的否定行为予以禁止和限制。前者之要义在于防范公权力的滥用，使其保有谦抑性；后者之要义在于保障乃至弘扬私权利的享用，使其保有外溢性。前者强调强制权力的最小化；后者强调自由权利的最大化。前者强调法治；而后者强调自治。若进一步将此关涉私法与公法的两个经典命题与美国宪法第十修正案（“宪法未授予合众国、也未禁止各州行使的权力，由各州各自保留，或由人民保留。”）结合起来思考，也就不难理解费城制宪会议上联邦党与反联邦党之间的冲突与矛盾的根源了。

活生生的人。尽管联邦宪法采取了一系列的保障司法独立和公正的手段和措施，大法官们不可避免要受到来自政治、经济和社会等各方面要素的影响，但最终影响他们司法裁决倾向的是大法官本人的司法哲学和司法理念。而司法哲学和司法理念很难超越时代的影响，尽管最高法院历史上的大法官也涌现出一些先知先觉的伟大的时代先驱者。而这一切正是本书探讨两大自由宪政历程中所要一点一滴予以梳理和解释的。从这个角度出发，本书某种程度上是抱着“同情”与“理解”的路径来“回溯”和“追记”二百多年来美国“言论表达”和“新闻出版”自由的宪政历程的。

下编对判例陈述的文本主要依据美国最高法院对于每起判例所撰写的判决意见书。这一点是需要向读者预先说明的。所有这些最高法院的裁决意见书都取自美国康奈尔大学法学院法律信息所自1992年所提供的公开电子文档。在今天这样一个电子信息网络化的时代下，美国最高法院判例裁决的司法意见书只要联网登陆，就可以进行文本接触和阅读。这或许是人类文明媒介传播史中继口语、文字、纸张、书籍印刷、报纸、杂志，电报、电话、传真以及广播、电视等媒介之后又一次的传播科技革命，而且这次传播革命，由于我们尚身处其中，所以其对人类文明影响力究竟有多么深远，目前可能还无法完全估计。但有一点可以肯定，网络传播改变了20世纪后半期人类文明的书写与传播方式，或者借用麦克卢汉（媒介即讯息）的表达风格：网络传播本身即为21世纪人类文明的集大成者。

还有一点需要向读者说明的是下编中对二百多起判例的梳理经过再三权衡采用了按不同判例的主要特征以及其所围绕的主要议题进行了类型的范畴划分和编排。实际上，笔者最初对这些判例的研究是根据法庭裁决的时间顺序来排列的，但这么叙述，似乎又缺乏了对如此多的判例进行提炼和归纳的对比研究。当然，这么多的判例最终被划分为19个类别范畴的概括显然不够科学，有时甚至显得很勉强。但为了统一体例，只能如此。提醒读者在阅读本书下编时，不要拘泥于笔者为这些判例所做的类别范畴的编排。举例而言，本书中涉及十多起关于耶稣见证者教派成员的司法判例，但并没有放在一个类型范畴，而是根据不同的言论表达范畴、表达的权利主体以及表达的时间、地点或场合来加以叙述。实际在阅读过程中，倒也不妨放在一起互文对照。最终，我们会发现，这个教派由于在美国基本属于少数派甚至被主流教派打入另册、划为异端，但最高法院根据1938年斯通大法官的“脚注四”理论而对这些所谓的少数派极尽保护，对于凡是打压这些少数派宗教自由的司法禁

制令极尽“严格审查”之能事。这实际上也是前面所言理解美国言论与表达自由的一个切入点，即尽可能地宽容和包容。

质言之，笔者期待通过对这些判例的爬梳和研究能抛砖引玉，激发更多的学者在这一块领域耕耘研究，百家争鸣、百花齐放。

本书适用于学习美国新闻史、美国大众传播法、美国新闻传播与司法宪政理论的本科生与研究生，也适用于学习美国宪法学的本科生与研究生。对于研究美国文明史的人也有一定的借鉴和参考价值。当然对于做中美文化对比研究的人，如果阅读本书，也许应该会有很多意想不到的收获！