

中国传媒大学博士后文丛

BLAODA ZIYOU YUANLI YU YINGYONG

表达自由——原理与应用

ZHONGGUO CHUANMEI DAXUE BO SHI HOU WEN CONG

王四新 著

中国传媒大学出版社



中国传媒大学博士后文丛

表达自由——原理与应用

BLAODA ZIYOU YUANLI YU YINGYONG

ZHONGGUO HUAMEIDAXUE SHIHOU WENCONG

王四新 著

中国传媒大学出版社



图书在版编目 (CIP) 数据

表达自由：原理与应用/王四新著. —北京：中国传媒大学出版社，2008.1
ISBN 978-7-81127-118-8

I. 表… II. 王… III. 自由—研究 IV. D081

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 194137 号

表达自由——原理与应用

作 者 王四新

责任编辑 董媛婷

责任印制 曹 辉

出 版 人 蔡 翔

出版发行 中国传媒大学出版社 (原北京广播学院出版社)

社 址 北京市朝阳区定福庄东街 1 号 邮编：100024

电 话 65450532 或 65450528 传真：010-65779140

网 址 <http://www.cucp.com>

经 销 新华书店总店北京发行所

印 刷 北京京晟纪元印刷有限公司

开 本 670×970 毫米 1/16

印 张 16.25

版 次 2008 年 7 月第 1 版 2008 年 7 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-81127-118-8/D·118 定价：39.80 元

版权所有

翻印必究

印装错误

负责调换



序

正如这本著作开篇所论证的那样,无论对个体还是对于社会,表达自由都具有非常重要的价值。这是包括中国在内的许多国家的宪法和国际人权条约将其作为基本权利加以保护的重要原因。在人权价值、人权话语成为中国与世界对话的基调,成为国内立法、司法和执政党执政目标和执政理念的情况下,这本专著,无疑具有明显的时代感和强烈的现实意义。

这本书从理论和实践的层面,用历史和现实生活中的素材,用法学、传播学和政治哲学等理论分析工具,探究了表达自由的价值,解析了社会发展,尤其是媒介环境变迁背景下表达自由权的形式和内涵的扩张与变化,并在此基础上提出了限制表达自由的理路和方式、方法等问题。对于中国如何建构互动、良性和更有建设性的言论生态环境,对于个体和媒体组织怎样获得更加宽裕的表达空间等问题,这本著作都作了较为深入的思考和探讨。

王四新的著作还用较大的篇幅讨论了催生西方表达自由理念的事先约束制度,以及作为表达自由权利实现方式之演进的表达性行为的宪法保护。王四新参阅了大量的英文一手资料,介绍了美国等西方国家的表达自由理论和实践,以及国际人权条约标准。这对于正确理解十七大报告中提出的民主政治建设,特别是对十七大报告中强调的民众知情权、表达权、监督权的理解,我相信都会有所助益。

王四新是社会科学院的法学博士,从事媒体法研究多年。目前是中国传媒大学媒体法规政策研究中心副主任,政治与法律学院副教授。2004年底进入中国传媒大学博士后流动站进一步研究大众传媒法理论。这本专著就是王四新的博士后研究报告修改而成。作为他的博士后研修导师,领略到了王四新严谨认真的学风和积极探索的勇气,相信这本书会给新闻传播学界和法学界的教学科研工作者和专业工作者带来新的感悟和启示。

曹璐

2008年1月10日

表达自由——原理与应用

导 论

历史和现实语境中的表达自由



—

现代西方国家日趋成熟的表达自由制度，与在古希腊、古罗马和中世纪基督教一统天下的欧洲中世纪都能找到的审查制度（Censorship）和审查理念、审查实践有关。英文中的“审查”一词的含义，可以追溯到古罗马在公元前 443 年设立的审查官及其职责。在古罗马，这种审查官主要负责人口普查。除统计人口增减外，他还需要随时关注他所负责统计的各个阶层的人的操守。对不符合古罗马人习俗、道德的做法，审查官有权进行劝诫，使其行为符合当时的道德要求。破坏习俗、恶语诽谤他人的言论是审查官关注的主要内容，但也仅仅限于人们在公共场所发表的言论。^①从审查官的职责来看，他们倒是有几分值得尊敬的地方，全然不像密尔顿在《论出版自由》中描述的那种审查官令人生厌。^②

在后来的西方世界，Censorship 演变成为一种对新思想、新观点怀有敌意、带着偏见的审查制度。审查的范围也不再限于人们在公共场所发表的言论、表演的节目，而是包括手抄本和各种印刷品（书籍、杂志和小册子、传单等）在内的各种能够传播信息、思想、观点和意见的作品。15 世纪之后，在这种制度成型时期的英国，审查的对象不仅涉及作者、出版商等直接与作品和作品的传播有染的人，连装订商、发行商甚至读者也不能幸免。如果装订商、发行商不慎为没有经过

① 对于古罗马人来讲，自己的家是非常神圣的地方，外人不经家长同意，不得越门槛入内。古罗马人这种私宅神圣不可侵犯的观念，与他们的神话思维有关。按照恩斯特·卡西尔的解释，古罗马人公共财产与私人财产的区分，这家的房子与那家的房子的区分，都由占卜官根据神圣的宇宙秩序划定，而这种区域一经划定，相应的神灵便会进驻。参见〔德〕卡西尔著，黄龙保等译：《神话思维》，中国社会科学出版社 1992 年版，第 114～115 页。在这种情况下，不仅普通人不能随便侵入别人的私宅，就是国王或执政官也不能，西方有句谚语“风能进、雨能进，国王不能进”，说的就是这种情况。此外，根据公元前 451 年至前 450 年间制定的《十二表法》第 8 表的规定，以文字诽谤他人，或当众歌唱侮辱他人的歌词的，要被处以死刑。参见：周枏：《罗马法原论》（下册），商务印书馆 1996 年版，第 938 页。

② 〔英〕密尔顿著，吴之椿译：《论出版自由》，商务印书馆 1996 年。



审查的读物提供了服务,读者阅读了非法的出版物,也会受到非常严厉的刑事处罚。^①

难道他们不知道这样做会损害刚刚起步的印刷业吗?不知道这样做会损害英国的出版贸易吗?难道他们不知道认真执行审查制度的结果会损害国民的智力,审查制度所致力于创造的道德真空会降低民众辨别是非善恶的能力吗?

道理如此浅显,有正常判断能力的人是不可能不知道的,是不可能对这种制度造成的后果无所觉察的。那当局为什么还要执意这样做呢?答案非常简单,就是为了控制人们的思想,不让与当局不一致的思想观念动摇占统治地位的权威,不让新的思想、观念甚至是知识破坏当时并不稳定的国内局势。在 1644 年发表的《论出版自由》中,密尔顿把自中世纪一直延续到他那个时代的出版许可制度,看做是以教皇为首的统治阶层控制人们思想的手段,看做是教皇“把自己的统治之手伸出来遮住人们的眼睛”^②和教会树立自己的权威而采取的极端卑鄙的措施——“凡属不合他们口味的东西他们都禁止阅读,并且付之一炬。”^③为了使他们的侵害手段更加严密,他们最后还创制一项办法,规定所有的书籍、小册子或论文,不经两三个如狼似虎的修士批准或许可,就不许印行。好像圣·彼得把天堂里管印刷的钥匙也交给了他们似的。^④

其实,在密尔顿所抨击的审查制度出现之前,古希腊人就已经用敌意和死刑判决,来对付持非主流和不受欢迎的观点的异端分子。普罗泰戈拉(Protegra,公元前 485~前 410 年)和苏格拉底,都因为传播过雅典人不喜欢的宗教言论,而被判渎神(Impiety)。^⑤前者在公元前 410 年被不友好的雅典人驱逐出境,他的许多著作也被付之一炬,而后者在公元前 399 年,被雅典人判处死刑。如果当时雅典有现代的表达自由制度,苏格拉底享有自由表达自己观点的权利的话,这种权利就可以用来对抗城邦“多数人的暴政”,说不定苏格拉底就可能免于死。

① 具体情况,参见 Fredrick Seaton Siebert, *Freedom of the Press in England* (1476~1776), University of Illinois Press, Urbana, 1965.

② [英]密尔顿著,吴之椿译:《论出版自由》,商务印书馆 1996 年版,第 9 页。

③ 同上。

④ 同上,第 10 页。

⑤ 苏格拉底还有一项罪名——腐化青年。



这些有点极端的例子反映了自由表达与城邦(后来是国家或政府)道德、宗教规范之间持续存在的张力。这种张力并非只存在于古希腊。古罗马^①、古代中国^②、古代印度^③和古代两河流域留下的法典^④和其他史料里,都可以找到这种张力的记载。在这种张力之下,个体自由,特别是表达自由权力的行使,需要服从凌驾于其上的共同体的道德、宗教或其他方面的要求。统治者经常借助这些方面的理由,强迫个体不去表达某些言论或传递某些信息。当人们蔑视此类要求而执意表达的时候,往往会受到严厉的惩罚,甚至被判处死刑。滥用个体尽管可以获得道义上的支持,但却无法寻求法律的保护,个体可以自由表达,但却需要付出惨重的代价。

近代以来,随着知识、智慧和真理不再为少数人所垄断,随着权威不再是教会或类似的组织的专利,随着个体神圣的法律地位的确立和法治、人权、宪政理念的日益深入人心,随着限制滥用国家权力的机制的不断完善,这种情况逐步向好的方面转变。下述观点不仅获得或正在获得广泛的接纳和认同,而且变成了许多国家宪法性文件所承载的一种基本理念。这种观点认为:个体应当具有某些与生俱来的不可剥夺的基本权利,这些权利不是来自于统治者或政府的恩赐,而是来自于造物主(天赋权利)或人们之间的约定(契约权利)。它们有凌驾于政府之上的天然的合法性和正当性,要求政府在制定法律、政策和采取行政措施的时候,将个体权利与自由放在显要的位置。政府的创立是为了

① 古罗马进入帝制之后,罗马的一些皇帝也频繁地使用烧毁书籍和处死作家等方式,对付他们所不喜欢的言论。公元12年,奥古斯都(Augustus,公元前27年到公元14年在位)下令当众烧毁了卡修斯(Cassius)和T.拉比纽斯(T. Labienus)的全部著作;在提比略(Tibère)皇帝(公元14年到37年在位)统治时期,有七位作家因为文章激怒了皇帝及皇室成员而被处死或被迫自杀;韦斯巴芗(Vespasian)在位期间(公元69年到79年在位),把所有的作家都看做潜在的动乱分子并采取了多项迫害作家的措施。参见:〔法〕卡特琳娜·萨雷斯著,张平、韩梅译:《古罗马人的阅读》(第三章),广西师范大学出版社2005年版。

② 如众所周知的焚书坑儒事件和明清时代的文字狱。

③ 根据成书于公元前2世纪至公元2世纪之间的《摩奴法典》第一卷的规定,该法典只能由处于最高种姓的婆罗门在经过认真的钻研后向学生讲解,而学生必须绝对服从老师,不得诽谤和诬蔑老师,不经许可不得使用老师的任何物品。参见:〔法〕达朗善译、马香雪转译的《摩奴法典》,商务印书馆1985年版。

④ 在制定于约公元前1792年至前1750年间的《汉穆拉比法典》中,对那些有可能轻视法典、更改法典内容或歪曲法典制定者意图的人,进行了恶毒的诅咒。参见杨汉译的《汉穆拉比法典》,高等教育出版社1992年版。



尊重和保障个体的基本权利,政府不应当干预个体不违犯法律、不害及他人的行为。政府还应当通过法律、政策和具体的行政行为,为人们的行为创造更大的空间,给个体创造更多的自由和内涵更加丰富的权利。在表达问题上,只要个体的表达不会对他人或社会带来“即刻和明显的危险”(Clear and present danger)^①,政府就应当让个体在法律所给定的自主空间内,自由地表达自己。

因此,包括表达自由在内的许多基本权利,是个体在现代法律框架内才享有的权利。个体在法律上享有基本的、不可剥夺的权利,首先意味着政府权力不应当无端干预个体所享有的权利;其次还意味着国家应当通过校正机制和救济制度,制裁侵犯表达自由权利的行为;最后,还意味着国家不应当制裁法律无明确限制的行为。

就表达自由而言,国家不应当随意和武断地审查个体的表达行为和表达内容。如果对表达自由的限制确属必要且不可避免,政府也应当遵循一定的程序和原则,并且将因限制而造成的表达自由的利益的损失,减少到最低限度。^②

二

无论从基督教的教义,还是从以洛克等思想家所描述的国家、政府的起源理论,都可以找到个体尊严的依据。基督教教义强调人类原创意义上的平等^③,而以洛克、康德为代表的近代启蒙思想家则强调个体在现代国家中的本体地位,突出个体的神圣性,强调个体思想、观念的不可替代性和唯一性。正是这种观念,为现代人挑战乃至废除古代和中世纪的审查制度、建立现代的表达自由制度提供了理论依据:成年而智力正常的人,应当有权以其所喜欢的、不危害他人

① 由美国最高法院在 *Schenck v. United States* 案(249 U. S. 47 (1919))中提出,后来,尽管该原则受到许多学者的诟病,但还是成为美国最高法院裁决表达自由案件的依据之一。关于该原则的讨论,参见:David R. Dow & R. Scott Shildes: *Rethinking the Clear and Present Danger Test*, http://www.law.indiana.edu/ilj/v73/no4/04.html#N_3_.

② 参见本书“表达自由的限制”部分。

③ 基督教“把人的自然平等上升至更高的层次,即在生命创造意义上的平等。每个人的生命都来自一个共同的造物主——上帝,每个人的身上都体现了上帝创世的目的和上帝的神性,他们都是上帝眷爱的儿女”。夏勇:《人权概念起源——权利的历史哲学》,中国政法大学出版社2001年版,第106页。



的方式展现自我,实现自我。审查制度因为无视个体天生和后天习得的判断分析能力,危害个体健康发展,所以应当予以有效的限制,乃至完全废除。

英国早期反对审查的理论,还强调言论的政治、社会效用,突出言论对国家政治生活意义。这种理论产生的背景与代议制政府的理论和实践有关,也与英国议会在英国政治生活中所起的举足轻重的作用有关。由于现代民族国家的规模远远大于古希腊城邦的规模,不可能实行像古希腊那样的直接民主,只能通过代议的方式,由人民选出的代表行使讨论并决定国家大事的权利和制定国家政策、法律的权利。在这种间接民主体制下,作为国家的主人,人民有权通过报纸、广播等大众传播媒介,了解并参与代表的选举,熟悉代表们代表他们行使权力时的情况以及决策的程序和过程等。为了确保人民选出的代表真正能够直抒胸臆,畅所欲言,不仅代表在议会的发言不应当受到刑事追究,普通人也应当有更多的就政治问题、涉及公共利益的问题发表自己的意见、看法和观点的权利。

在人民真正当家做主的体制下,在与公共事务有关的问题上允许民众自由获取各种政务信息并自由讨论政治事务,确实具有非常重要的现实意义。只有民众能够自由获取各类政务信息并就有关的事务展开自由的讨论,才能创造或产生适量的合格公民,政府也才能获得更加合理的各类公共决策的知识和智力资源。在现代社会,信息、观点、思想在全球范围内合法地自由流动和人们不分国界地以他们所喜欢和擅长的合法方式寻求、接受和传播各种信息和思想,正如《世界人权宣言》和《公民权利与政治权利国际公约》第19条所载明的那样,是一种“不论”国界的普遍人权。

三

英国早期的政治言论自由是个体享有的权利,也是人民享有的权利。议员们享有的这项权利,不仅仅是为他们自己,也是为了人民或整个社会的共同利益。美国和法国在经过独立战争或革命之后,纷纷通过宪法,明确承认并保护言论和出版自由。自此以后,西方国家对言论和出版(包括表达性行为)的控制,也逐渐走向法治的轨道。经过两百多年的发展,法律最先承认和保护的“言论和出版自由”,现在有了更加宽泛的保护对象和更加充实的内容,以至于我们现在不



得不借用一个新词——表达自由来描述这种发展变化。

在现代社会,表达自由通常指公民在法律规定或认可的范围内,使用各种媒介或方式接收信息,并将自己的思想、观点、主张、看法、信仰、信念、见解等传播给他人或社会而不受无端、非法干涉、约束或惩罚的一种自主性状态。作为自由,它体现为政府不得随意干预民众合法的表达,比如不得对平面媒体刊登什么或不刊登什么样的内容施加事先约束和审查;作为权利,表现为当民众的表达自由受到侵犯的时候,权利受到侵犯的一方,可以请求司法机关予以救济。

按照许多国家共同接受和承认的表达自由的人权标准,在内容上,表达自由包括公民在任何问题上均有形成和持有信仰和意见的自由,和通过任何媒介交流思想、观念、意见和信息的自由;交流的形式不仅包括纯粹的言论(Pure speech),还包括绘画、歌舞和人类能够理解和接受的任何其他的交流方式。此外,所有形式的交流,按照国际人权条约的标准,除了可以面对面或小范围地交流外,还可以跨越地区、国界的限制。在全球化不断加速和中国融入世界的步伐越走越快的今天,强调这一点尤为重要。

在美国的司法实践中,法院还通过一系列判决,确立了人们通过集会、请愿、游行示威、静坐等方式集体进行表达的权利。那些由于经济、政治或其他原因而无法使用大众传播媒体的个体或群体,可以通过集体表达的方式,大规模地、戏剧化地再现社会生活或社会制度中存在的不公平、不合理现象,更生动地表达他们的政治诉求,从而更有效地影响公共决策,改变社会进程。从这个角度来讲,表达自由还包括集体表达的自由和通过游行示威,使用象征性言论(Symbolic speech)的自由。

表达自由是个体意识到自己的独特价值之后,自然而然地提出的要求。个体天生具有摆脱任何社会控制,以不同于他人的方式宣示自己的所思所想的本性。政府应当尽可能全面地装备自己的民众,设法提高民众行使自己权利的自觉性、主动性和能力。^① 人民和

① 即便没有经过选举,不是由人民授权的统治者,也应当武装自己的民众,让他们与统治者所实施的法律和政策保持一致。统治者不应当自私地让自己享有充分的表达自由,因为只有民众参与到治理国家的过程中去并切身感受到他们在治理国家的过程中起到了作用,他们才会对统治者和这个国家的法律表示忠诚,才会将自己的行为纳入到整个国家所要求的秩序中去。



代表人民治理国家的人，都应当相信：现有的不一定是最好的，而人民中的任何一员都有通过言论来改变社会，使社会朝着更高目标迈进的合理预期和合法权利。通过言论、出版、新闻甚至和平集会、结社等方式实现这一目标，应当成为普通人应然层面上的权利和自由。如果没有正当的理由，就不应当限制个体的这种权利和自由。

四

在英美国家，表达自由是一个经过充分讨论的话题。无论是纯理论的研究还是司法实践、制度建设，都产生了大量的成果。学术著作、文章和司法判决等完全可以用“汗牛充栋”来形容。可以说，表达自由的每一片“叶子”，都有人反复“吟诵”或“咀嚼”过。在这种情况下，本研究还有必要吗？如果必要，其必要性又体现在哪些方面呢？

表达自由无论是对个体还是对于社会，都具有非常重要的价值。对于个体来讲，表达是一种存在方式，是人的天性，是个体获得他人或社会认同的基本手段。自由地表达，是个体经由自己智力的运用而达到的一种理想状态，也是任何一个社会持续稳定地发展必须具备的重要条件。因此，表达自由具有自然法意义上的正当性。正因为如此，近现代，特别是第二次世界大战以来，表达自由成了人权条约和各国的宪法性法律普遍承认的基本人权，成为受到法律承认和保护的利益、主张、资格、力量或自由。^①

在人权价值、人权话语不仅成为中国与世界对话的基调，也成为国内立法、司法和执政党执政目标和执政理念的情况下，从理论和实践的层面，用历史和现实的素材，用法学、传播学和政治哲学等理论分析工具，探寻表达自由的价值、解析社会发展，尤其是媒介环境变迁背景下表达自由权的形式和内涵的扩张与演化，思考限制表达自由的道路和方式、方法等问题，对于中国建构互动、良性和更有建设性的言论生态环境，对于中国更好地获得发展过程中所需要的知识和智力资源，对于个体获得更加宽裕的表达空间，都具有非常重要的意义。

将本书的题目确定为《表达自由——原理与运用》，是对上面所

① 夏勇将权利的要害归纳为利益、主张、资格、力量或自由。参见：《人权概念起源——权利的历史哲学》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 47～48 页。



提到的大道理的一种自觉、自主的回应。自觉来自于对表达自由之普世价值的理解和接纳,这在本书中体现为对西方表达自由相关理论和实践的重述和梳理。自主在本书中体现为对中国表达自由理念普及和制度建设过程中存在的问题的挖掘、归纳和解析。无论实际的效果如何,作者都希望通过本书,为中国的表达自由制度建设,为中国传媒大学特别是传媒政策与法规专业的教学和科研工作提供理论支持和智力资源。

作者

2007年5月7日



目 录

序 / 1

导论：历史和现实语境中的表达自由 / 1

第一章 表达自由的价值 / 1

第一节 真理论 / 3

第二节 民主论 / 17

第三节 自我实现 / 25

第四节 其他理论 / 31

小 结 / 38

第二章 从言论出版自由到表达自由 / 39

第一节 表达自由制度中的言论 / 41

第二节 从言论出版自由到表达自由 / 46

小 结 / 55

第三章 表达自由条款 / 57

第一节 表达自由的法律地位 / 60

第二节 表达自由条款的解读 / 66

第三节 变化和多元的权利主体 / 87

小 结 / 91

第四章 表达自由制度 / 93

第一节 理解表达自由制度的路径 / 96

第二节 表达自由制度中的政府、司法和大众传播 / 104



第三节 违宪审查与表达自由制度 / 111

小 结 / 116

第五章 传播媒介的表达自由 / 119

第一节 媒介与表达自由 / 122

第二节 平面媒介的表达自由 / 125

第三节 电子媒介的表达自由 / 128

小 结 / 137

第六章 事先约束与当代表达自由制度 / 139

第一节 英国早期的出版业控制 / 143

第二节 事先约束与美国宪法第一修正案 / 151

第三节 事先约束对表达自由的危害 / 157

第四节 事先约束与当代表达自由问题 / 165

小 结 / 171

第七章 表达性行为与表达自由 / 173

第一节 表达性行为 / 177

第二节 表达性行为与社会稳定 / 184

第三节 对待表达性行为的两种司法态度 / 190

第四节 受宪法保护的表达性行为 / 194

小 结 / 202

第八章 表达自由的限制 / 203

第一节 限制表达自由的依据 / 205

第二节 可允许的限制目的 / 211

第三节 限制表达自由的原则 / 217

第四节 限制表达自由的方法 / 224

小 结 / 233

主要参考文献 / 235

后 记 / 243

表达自由——原理与应用

第一章

表达自由的价值

他们坚信人们自由地思考和自由地发表言论是发现和传播政治真理不可缺少的手段；没有言论和集会自由，讨论就会是徒劳的；人们享有这些自由，讨论就能为反对有害学说的传播提供基本而充分的保护；对自由的最大威胁是愚钝的民众；公众讨论是一项政治义务，并且这应当是政府的一项基本原则。^①（①注：布兰代斯法官在 *Whitney v. California* 案中发表的附议。）