

Fudan Series in Constitutional Law & Administrative Law
复旦
宪法学与
行政法学文丛

表达 自由的法理

F

Free Expression
Jurisprudence

侯健 著



上海三联书店



表达 自由的法理

F

Free Expression Jurisprudence

侯 健 著



上海三联书店

图书在版编目(CIP)数据

表达自由的法理/侯健著. —上海:上海三联书店,
2008. 4

(复旦大学宪法学与行政法学文丛/董茂云, 杨心宇
主编)

ISBN 978 - 7 - 5426 - 2756 - 8

I. 表… II. 侯… III. 法理学—研究 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 021936 号

表达自由的法理

著 者 / 侯 健

责任编辑 / 王笑红 Email: beautxiao@yahoo. com. cn

特约编辑 / 董志德

装帧设计 / 朱雅娟

监 制 / 李 敏

责任校对 / 张大伟

出版发行 / 上海三联书店

(200031)中国上海市乌鲁木齐南路 396 弄 10 号

[http://www. sanlian. com](http://www.sanlian.com)

E-mail: shsanlian@yahoo. sh. cn

印 刷 / 上海展强印刷有限公司

版 次 / 2008 年 4 月第 1 版

印 次 / 2008 年 4 月第 1 次印刷

开 本 / 640×960 1/16

字 数 / 241 千字

印 张 / 19. 5

ISBN 978 - 7 - 5426 - 2756 - 8/D · 125

定价: 38. 00 元

复旦宪法学与行政学文丛

总主编：董茂云 杨心宇

编委：（以姓氏拼音为序）

董茂云 侯 健 刘志刚 潘伟杰

史大晓 杨心宇 张光杰 朱淑娣

《复旦宪法学与行政法学文丛》

总序

人类文明体系的发展历程和中国社会文明的推进过程不断印证着这样一个基本道理：中国现代化事业不能没有对宪法学与行政法学的理解与实践，没有宪法学与行政法学的发展，中国社会发展就将面临法学知识缺失的困境。社会主义现代化也就失去了中国文明与人类文明体系进行对话和交流的平台。因为对宪法学与行政法学的学术理解和制度实践，体现着一个现代社会共同体对自身繁荣的选择，这一选择不仅是出于以一种可以预期的制度来安排社会成员的生活，更重要的是它包含着对每一个社会成员尊严的尊重。当然中国注定要以自己的方式理解和实践宪法学与行政法学，而中国建设和发展现代法治国家则不能没有中国宪法学与行政法学的学术发展和理论创新。因此，中国宪法学与行政法学的学术发展和理论创新离不开中国建设和发展现代法治国家这一特定的历史图景，中国宪法学与行政法学的学术发展和理论创新的动力、路径、使命、方向正是从这一图景中获得了合法性，从而在体现思想的深刻与伟大的同时，为中国法治国家的建设和发展提供思想禀赋。但是，在中国，宪法学与行政法学所关注的命题不仅仅是一个有关合理化统治的技术性问题，也不仅仅是个法律专业领域中的学术性问题，而总是与关于社会变革的讨论紧密联系在一起。因此，我们是在中国社会发展的图景中对宪法学与行政法学学术命题展开研究的。

当然，我们在进行中国宪法学与行政法学理论研究的时候必须梳理自身发展所经历的历程，这一历程是一门学科不断走向成熟的轨迹，也是

一门学科在特定的历史图景中寻求努力的基础。

宪法学与行政法学的发展与人类社会的发展结合在一起,这是与宪法学与行政法学本身学术使命相关。这一点在中国宪法学与行政法学的发展过程中体现尤为明显。宪法学与行政法学正是在中国社会发展的一个新的历史时期完成了学术恢复的过程,启动了转换学术研究范式的进程,确定了中国宪法学与行政法学的学术价值的旅程。由于中国历史条件的特殊性,宪法学与行政法学在中国的发展过程与在西方国家的发展过程不尽相同。中国的历史表明:中国宪法学与行政法学发展的曲折历程与中国社会发展的阶段性和曲折性有关;而改革开放前中国现代化进程中制度改革所经历的挫折以及所付出的代价,在一定程度上则与中国宪法学与行政法学曾经被严重忽视或误解有关。与中国现代化进程的历史相比,这二十余年来宪法学与行政法学的发展要顺利许多,因此,中国宪法学与行政法学从其恢复的那一刻起,就与改革开放中的中国法律发展和社会变革形成了密切关系:二十余年的中国宪法学与行政法学的学术发展得益于二十余年的中国改革开放和制度文明化进程;而二十余年的中国改革开放和制度文明化进程又从中国宪法学与行政法学的学术发展中得到重要的推动力量。当今中国社会发展的趋势表明:中国法律发展和制度文明化进程需要宪法学与行政法学的学术发展,而中国社会变革和发展所展现的景象将不断为中国宪法学与行政法学的学术发展提供崭新的命题。

当中国宪法学与行政法学作为一门独立的学科得以全面恢复后,它所面临的最现实问题是如何尽快实现宪法学与行政法学研究的专业化、规范化和科学化,从而缩短中国宪法学与行政法学在学科发展和研究水平上与世界各国尤其是西方国家的宪法学与行政法学的学术发展之间存在的客观差距。这个问题不仅来自宪法学与行政法学发展本身,而且也来自现实的社会发展对宪法学与行政法学所提出的要求。由于时代条件和学术积累的限制,我国宪法学与行政法学的研究在相当程度上是以注释和宣传法律制度为基础恢复起来的,所以,中国宪法学与行政法学在其发展的早期,在学科范式和研究范式上都带有注释性研究的色彩。这个现实在相当程度上决定了中国宪法学与行政法学的学术发展要实现专业

化、规范化和科学化,缩短与世界宪法学与行政法学研究、尤其是与西方宪法学与行政法学研究水平的差距,首先要解决的问题是转换其学科范式和研究范式。为此,在学术发展初期的中国宪法学与行政法学的学术研究主要在这两方面进行了努力。从学科范式转换来看,这种努力主要体现在两个方面:一是明确学科研究对象,完善学科体系。二是拓展学科研究领域,充实学科研究的内容。随着中国社会改革开放事业的深入和法律发展进程的推进,如何为中国社会的持续发展提供合法性论证成为宪法学与行政法法学研究的发展方向,如何深刻地、理性地回答中国社会发展过程中提出的法学命题,成为中国宪法学与行政法学的发展动力。

学术发展的根本在于一门学科对社会发展和人类文明进步过程中的人文精神的深刻解读,这是一个学术价值确立的过程。20世纪90年代以来,中国宪法学与行政法学的学术发展主要解决了一个问题,即中国宪法学与行政法学研究的价值定位。这包括了两个层面的价值定位,一是中国宪法学与行政法学研究的价值所在,即中国宪法学与行政法学研究的最大价值是什么;二是中国宪法学与行政法学研究的价值取向,即中国宪法学与行政法学研究的价值判断。显然,这种对学科和学术生命的关怀,只有在把学科或学术真正作为对社会发展有益的科学,而不仅仅是解决现实问题的工具来冷静思考的时候才能出现。基于对法学本身更深入的认识和把握以及对中国法学和西方法学发展历程的反思,基于对中国经济、社会和制度发展的客观现实和发展趋势的深刻理解,法学研究完成了其价值定位。其一,中国宪法学与行政法学研究的价值所在,定位于真正关注中国法律制度,研究中国法治国家的理论建构和提供中国行政法制发展的知识基础。这种定位不仅符合宪法学与行政法学发展的基本规律,而且也符合中国社会对宪法学与行政法学发展的要求。其二,把中国宪法学与行政法学研究的价值取向,定位在法治国家与社会发展上。法治本来就是宪法学与行政法学研究的价值取向,但是这一价值取向必须与中国社会发展相结合。中国社会发展的积淀,使人们意识到宪法学与行政法学研究必须充分关注社会总体的发展,根据中国社会的发展来寻求宪法学与行政法学理论创新的动力,从而推动着中国宪法学与行政法学的学术发展水平的不断提升。

作为社会科学,宪法学与行政法学和其他社会科学一样,都需要社会变革与进步提出的发展要求和提供的发展空间。法治国家的提出和实践,推动着中国宪法学与行政法学发展也就从调整时期进入一个新的发展时期。由于有此前十余年的发展和积淀,中国宪法学与行政法学在这个时期的发展不是对以往研究的简单重复,而是在完成了价值定位后的发展。如果说此前十余年发展的起点是恢复和发展学科,那么这个新的发展起点则是发展学术。与恢复发展学科相比,发展学术无疑是在一个更高层次上进行,因为发展学术必须有比较完善的学科体系、规范的概念系统、比较丰富的理论积淀和科学的研究方法。因此,从一定意义上说,这个新的发展起点的出现,标志着中国宪法学与行政法学逐步走向成熟。

我们梳理宪法学与行政法学在当代中国发展的历程,就是要充分认识宪法学与行政法学发展与中国社会发展路径之间的关系。与其他社会科学相比,宪法学与行政法学的发展与中国社会现代化的进程是紧密结合在一起的,因此宪法学与行政法学的学科生命和学术生命体现在对中国社会的深刻理解之中。如果说法治在人类社会的发展过程中被如此广泛接受是其饱含着对人类自身尊严的尊重的话,那么宪法学与行政法学理论的创新过程就是要把这种对人类尊严的尊重予以深刻解读的过程。同时由于宪法学与行政法学提供了对现代民族国家制度安排的知识基础,显示了对公共生活制序的努力,宪法学与行政法理论的学术发展和理论创新必须与现代国家的发展这一历史前提结合在一起。也就是说,宪法学与行政法学学术发展与理论创新是从对现代民族国家发展路径的解读中升华出一般法学理论,因此宪法学和行政法学的理论研究,不是一种“天马行空般地”和“非场景化的”。对于我们而言,就是要真诚地分析和探讨中国法治的生成、发展以及所蕴涵的思想基础,从而发现法治在现代社会生活的存在价值与基本内涵。难以想象,离开了这一点或者说没有对一个民族国家的法治实践进行深刻解读,宪法学与行政法学如何能够理解法治对解决人类社会所遇到的困苦所做出的努力。对于我们而言,就是要全面梳理宪法及其制度安排的生成、发展及其流变的历程,从而体悟宪法在现代社会生活的存在意义与发展趋势。难以想象,离开了这一点或者说没有对现代社会的宪政实践进行全面解读,宪法学与行政法学

如何能够理解宪法对解决人类社会所面临的困境所进行的尝试。对于我们而言,就是要研究在诸民族纷纭陆离的文化“面相”背后,是否存在一种普遍的、永恒的和一般的“真正人性”及其宪政秩序。宪政秩序是现代人类社会所取得的最大成就之一。这一成就既不是一个世纪也不是一个民族国家所造就的。当我们从对历史的回溯转向对“未来历史”的展望时,人类社会生活依赖于宪政的程度即使没有变得更深、更强,至少也不会更削弱。宪法制序与其他制序方式不同,现代宪法学与行政法学研究对象是人类普遍认同的一种制序方式,因此宪法学与行政法学学科创新和理论研究必须要有一种普世性情怀。这是人类历史进程中的一个特点在宪法学与行政法学理论研究中的映照。对于我们而言,就是要研究中国社会的发展进程和文明发展进程中亟待宪法学与行政法学回答的课题或命题,诸如公民权利的认识、行政规制的建构、行政程序的论证。学术研究和理论创新不能回避问题,学术研究和理论创新应该是在认识到问题的存在同时为问题的真理性解读提供一种方向,这个方向也许不能解决或一劳永逸地解决所存在的问题,但是必须为此进行真诚的努力和不懈的探索。也正是基于此种认识,我们决定撰写一套文丛,以表明我们对宪法学与行政法学学术发展所承担的责任及其努力。

是为序。

董茂云 杨心宇

2005年12月13日于复旦大学法学院

说某种主义、学说是异端邪说的人，第一要知道他自己所排斥的主义、学说是什么东西，然后把这种主义、学说的真象，尽量传播，使人人都能认识他是异端邪说，大家自然不去信他，不至于受他的害。若是自己未曾认清，只是强行禁止，就犯了泯没真实的罪恶。假使一种学说确与情理相合，我们硬要禁止他，不许公然传布，那是绝对无效。因为他的原素仍然在情理之中，情理不灭，这种学说也终不灭。假使一种学说确与情理相背，我以为不可禁止，不必禁止。因为大背情理的学说正应该让大家知道，大家才不去信。若是把他隐蔽起来，很有容易被人误信的危险。

——李大钊《危险思想与言论自由》

前 言

表达自由已经成为我国社会建设和法治建设中不可回避的问题。和谐社会是有着科学、有效的利益表达机制的社会,不同的利益阶层可以理性、合法地表达利益要求。实际上,对于和谐社会建设,表达自由不仅可以释放社会结构中的不稳定因素,而且给予社会发展以一定的活力。法治建设也不仅在于制定了多少规章制度,不仅在于向民众灌输“依法办事”的法治意识,它还意味着要开放尽可能多的言论渠道和参与途径,使所有的利益相关者都能够表达对法律的理解、解释和界定,加入有关法律的交流与对话,参与到法律传统的形成之中。表达自由及其制度建设关系到我国进一步发展所需要的社会对话机制的培育。制度建设面临许多问题。目前两个方面的问题尤其值得关注。一是日益活跃的表达需求与相对狭小的制度空间的矛盾。互联网技术的发展和信息全球化的趋势,使网民的规模迅速地扩大;社会转型期间的诉求、意愿和矛盾也需要通过一定的渠道表达出来,而制度空间却没有相应拓展。表达权得不到充分保障、表达行为极端化现象比较突出。另一方面是,不同阶层的表达失衡问题开始显现,令人担忧。在社会成员分化为不同阶层和利益群体的情况下,人们的利益表达能力也出现了分化的趋势。不同的阶层和利益群体具有不同的表达能力,普通民众普遍存在表达无力和表达无效的感觉。这些问题都需要通过加强和完善表达自由的制度建设来处理。

表达自由的制度建设需要有关表达自由的理论研究。表达自由无疑包含着研究表达自由的自由。表达自由的价值之一在于给社会增进知识、繁荣思想,帮助人们获致真理。深入的研究和丰富的成果可以给制度建设提供知识上和思想上的支持。相比制度建设的需要而言,我国有关表达自由的研究是不足的,成果是偏少的。对照国际先进的水平,我国研究成果的数量和质量都存在着很大的差距。在英语国家的法学学科上,表达自由法(理)学(Free Expression Jurisprudence,或称 Free Speech Jurisprudence)已经发展成为一门独立的学科,有众多的研究者、大量的研究成果和相互争鸣的研究氛围。在课程设置上,很多法学院开设了名为“表达自由”或“言论自由”(在美国有时还称为 First Amendment Law)的课程,相关教材、案例和论文选辑等学习辅导用书繁多。它们的新闻学界和新闻学院在传播法或媒体法的研究与教学方面也有同样繁荣的景象。一位学者形容:“(在美国)第一修正案已成为一门增长迅速的产业”。^{〔1〕}我国的表达自由研究是落后的,现在只能说还处在起步阶段,就像零星的手工作坊一样,不成气候。1979年时,邓小平说:“我们已经承认自然科学比外国落后了,现在也应该承认社会科学的研究工作(就可比的方面说)比外国落后了。”^{〔2〕}改革开放那么多年了,其他方面的法学研究都取得了很大的成绩,而这一方面竟然没有什么大的起色或进展,这是令人惊讶的。

二

本书探讨了表达自由的法理问题。这些问题包括表达自由的概念、历史、价值、根据、限度、公共管理和法治保障等。除此之外,还评价了有关表达自由的一些学说和理论主张。全书由“一般理论”、“思想评论”两编组成,共十二章。

第一编首先讨论了表达自由的概念,作为整个研究的起点。接着回

〔1〕 Kent Middleton & Roy M. Mershy, eds., *Freedom of Expression: A Collection of Best Writings*, Buffalo, New York: William S. Hein & Co., Inc., 1981, “Introduction”.

〔2〕 《邓小平文选》(第二卷),北京:人民出版社 1994 年 10 月第 2 版,第 181 页。

顾了表达自由的思想史。从历史的角度来看,表达自由的思想成果可以分为两部分,一部分是17世纪至19世纪一些思想家对于表达自由基本原理的论述。另一部分是20世纪以来一些学者和法官对特定国家的表达自由法制进行阐释时所形成的各种理论主张。在历史回顾中,主要涉及了前一部分。对后一部分的评述包含在以后的若干章节中,例如第三章“表达自由的价值和根据”、第七章“公共论坛的公共管理”和第十章第十一章的两篇评论。在历史回顾之后,对表达自由的价值和正当性根据问题进行较为集中的论述。表达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表达自由有何价值。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,就牵涉到表达自由的限度问题。限度问题看起来是一个反面或否定性的(negative)问题,实际上表明了一个有效的表达自由制度实现一定价值的条件。表达自由的限度是理解表达自由价值的不可缺少的因素,而弄清表达自由的价值也是界定表达自由限度的前提。

表达自由法律制度的调整对象可以分为“言论”和“公共论坛”。国家机关针对表达自由的权力也相应地分为两种:规范性的和管理性的权力,前者包括界定、审查和惩罚等方面的内容,后者包括分配、引导、禁止、许可、强制、给付或补贴、征收税费等内容。举个例子来说,在出版法领域,文字审查(规范性权力)是针对出版物的,许可或批准(管理性权力)是针对出版业或出版机构的。表达自由所受到的来自国家机关的限制不仅有针对言论的规范性措施,还有针对公共论坛的各种管理性措施。在第一编中,有三章内容探讨了表达自由的限度,探讨了国家权力施加于“言论”之上的合理限制问题;有一章内容探讨针对“公共论坛”的管理性权力的种类和模式等问题。

作为“一般理论”的组成部分,第一编最后探讨了表达自由的法治保障问题。它包含着这样一种期望,即如果宪法中规定了表达自由的权利,应该把它从纸面上的规定变成现实的行为。宪法的规定把应有权利变成了法定权利,还应当有进一步的保障机制把法定的权利变成现实的权利。

在第二编“思想评论”部分,从唯物主义的角度分析了马克思恩格斯的言论自由思想,评述了美国哲学家米克尔约翰的有关言论自由的自治

理论,以费斯、桑斯坦和麦金农的论著为例归纳了美国表达自由理论的当代发展,阐发了印度籍经济学家阿马蒂亚·森的饥荒研究对表达自由制度建设的启示。探讨阿马蒂亚·森饥荒研究的启示,旨在指出那种把表达自由看作是虚无缥缈、不切实际的权利的观念是不正确的。表达自由不仅像有的学者所界定的那样是一种精神性权利,而且还有助于防止饥荒、带来物质食粮,是一种非常实际的权利。写到这里,我想起不久前在一本书上看到的一段话。那是尼日利亚作家、1986年诺贝尔文学奖获得者沃尔·索因卡说的一段话。这段话说得很好,值得引述:“言论自由可保障个人、少数群体、集体和社会的权利。认为言论自由是西方奢侈品的任何论点,都损害了世界各地的个人和社会为争取自己的尊严和福祉,为实现社会充分发展,机会均等、公正地分享资源、拥有住房、获得营养和健康而进行的具有历史意义的斗争。宣扬这种论调的目的是要削弱我们人类的力量,让我们即使在我们自己的社会中也过处于社会边缘的生活。”^{〔1〕}中国、印度、尼日利亚都是发展中国家。在发展中国家,表达自由也应随着其他事业的发展而发展。它是发展的手段,也是发展的目的。

〔1〕 引自“信使精华丛书”编委会:《媒介的变迁》(联合国教科文组织“信使精华丛书”之一),北京:中国对外翻译出版公司2002年8月第1版,第29页。

目 录

前言	(1)
----------	-------

第一编 一般理论

第一章 表达自由的概念	(3)
一、内涵	(4)
二、外延	(11)
三、层次	(21)
第二章 表达自由的历史	(23)
一、古代和中世纪	(23)
二、近现代	(28)
三、中国	(50)
四、结语	(53)
第三章 表达自由的价值和根据	(55)
一、近代以来的观念演变	(55)
二、增进知识、获致真理	(60)
三、维系与推进民主事业	(64)
四、维护与促进个人价值	(76)
五、两种重要的衍生价值	(79)
六、价值的种类和性质问题	(83)
七、正当性根据问题	(91)

第四章 表达自由的限度:概述	(101)
一、两种立场	(101)
二、公共性原则	(105)
三、两种思路	(109)
第五章 表达自由的限度:言论与行动的区别	(110)
一、初步的分析	(111)
二、言论的因素	(114)
三、言论的类型	(118)
四、言论关系	(124)
五、言论与行动的区别	(128)
六、竞争原则	(133)
第六章 表达自由的限度:成本与收益的衡量	(136)
一、成本—收益分析法	(136)
二、有关的公式和定理	(139)
三、效益原则及其要求	(149)
四、效益原则的优缺点与适用范围	(157)
第七章 公共论坛的公共管理	(161)
一、为什么会有管理性权力?	(162)
二、管理性权力的内容和种类	(167)
三、三种管理模式	(177)
四、管理性权力的正当性根据问题	(186)
第八章 表达自由的法治保障	(194)
一、法治的概念和形式性原则	(194)
二、原则的运用	(200)
三、新闻法与新闻法治	(209)

第二编 思想评论

第九章 唯物主义视角下的言论自由

——马克思恩格斯的言论自由思想探析	(215)
一、言论的物质制约性	(215)

二、言论的三重制约	(219)
三、资本主义社会的言论自由法制	(222)
四、言论自由还有价值吗?	(225)
第十章 米克尔约翰的自治理论述评	(228)
一、米克尔约翰其人	(228)
二、集体自治的事业	(229)
三、言论保障范围的扩展	(232)
四、自治理论的影响	(235)
第十一章 美国表达自由理论的当代发展	(241)
一、古典表达自由理论	(241)
二、市场与民主	(245)
三、自由与平等	(249)
四、国家的角色和作用	(252)
五、简要的评价	(255)
第十二章 表达自由与防止饥荒	
——阿马蒂亚·森饥荒研究的启示	(259)
一、阿马蒂亚·森的饥荒研究	(259)
二、“碗橱里的骸骨”	(261)
三、表达自由的缺乏与饥荒的发生、扩大	(268)
四、表达自由与科学发展观	(273)
五、结语:面向未来	(278)
主要参引文献	(279)
索引	(290)
后记	(294)