

*Congress shall make no law ...
or abridging the freedom of speech.*

谁在守望言论

The Irony of Free Speech

〔美〕欧文·M.费斯/著 | 常云云/译
Owen M. Fiss

北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

这部小书字里行间闪现着费斯的过人才智，注定会成为上千篇法律评论文章的素材。

《美国律师》(The American Lawyer)

谁在守望言论

The Irony of Free Speech

欧文·M.费斯/著 | 常云云/译

Owen M. Fiss



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

著作权合同登记号 图字:01-2014-3766

图书在版编目(CIP)数据

谁在守望言论/(美)费斯(Fiss, O. M.)著;常云云译. —北京:北京大学出版社, 2015. 1

ISBN 978-7-301-25265-9

I. ①谁… II. ①费… ②常… III. ①舆论—研究 IV. ①C912.63

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第300973号

THE IRONY OF FREE SPEECH

by Owen M. Fiss

Copyright © 1996 by the President and Fellows of Harvard College

Published by arrangement with Harvard University Press

through Bardon-Chinese Media Agency

Simplified Chinese translation copyright © 2015

by Peking University Press

ALL RIGHTS RESERVED

书 名 谁在守望言论
著作责任者 [美]欧文·M. 费斯 著 常云云 译
责任编辑 柯恒白茹
标准书号 ISBN 978-7-301-25265-9/D·3743
出版发行 北京大学出版社
地 址 北京市海淀区成府路205号 100871
网 址 <http://www.pup.cn> <http://www.yandayuanzhao.com>
电子信箱 yandayuanzhao@163.com
新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书
电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
印 刷 者 北京中科印刷有限公司
经 销 者 新华书店
880毫米×1230毫米 A5 5.625印张 66千字
2015年1月第1版 2015年1月第1次印刷
定 价 28.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

献给 Brenda, Emily 与 Gina Fiss

她们的爱,方式各异

目 录

导 言 /1

第一章 言论的默化效应 /8

第二章 艺术与积极政府 /53

第三章 媒体的民主使命 /94

第四章 未来的挑战 /148

致 谢 /157

索 引 /159

导 言

言论自由是我们最为珍视的权利之一,但它也是充满争议的领域。在 20 世纪的大部分时间里,它是无数司法论战的主题,使得最高法院产生了尖锐的意见分歧。事实上,20 世纪 70 年代初期的“五角大楼文件案”(the *Pentagon Papers case*)是最高法院历史上最令人烦躁的事件之一。该案涉及美国司法部长与《纽约时报》《华盛顿邮报》这两份受人高度尊重的报纸之间的争议,同时也令大法官们彼此争论不休。在由 1921 年审判萨柯和万泽蒂(Sacco and Vanzetti)至 20 世纪 50 年代反共十字军运动所构成的背景下,言论自由也一直在政界、大学校园甚至是餐桌旁引起了激烈的争论。

对于一些观察者来说,目前有关言论自由的论战或许并不值得特别关注,甚至还可能有些让人厌倦。我们现在关注的是像仇恨言论和竞选捐款这样的话题,而不再是颠覆与所谓的共产主义威胁。议题或许已经有了变化,然而它们引发的分歧与激情却又为人们所熟识。我相信,那种把今天有关言论自由的论战看成老调重弹的观点是错误的。一些更为深刻和重要的事情正在发生。这提请、甚至是要求我们去重新审视现代国家的本质,并探究国家是否在保护我们最基本的自由方面具有重要性。

以往的论辩预设了政府是自由的天敌的观点。正是政府试图让个体发言者沉默,也正是政府不得不受到制约。这一观点极富洞见,但也只说出了一半的真相。政府确实可能是压制者,但它也可能是自由的源泉。通过考察如今出现在报刊上的各种各样有关言论自由的论战,包括仇恨言论、淫秽作品、竞选捐款、对艺术的公

共资助,以及获取大众传媒便利条件的努力,我将试图解释为什么有关国家的传统假设具有误导性,以及政府如何可能成为自由的朋友而非敌人。

这个令某些人不安的观点基于几个前提。一是权力的私有化集中对我们的自由造成巨大影响,有时需要政府来抵制这些势力。更为根本的是,这个观点依据有关第一修正案及其保障言论自由的一种理论,它强调社会的而非个人主义的价值。提请国家予以培育的自由是一种公共自由。尽管有人把第一修正案看做是对自我表达的个体利益的保护,然而一种更为可信的理论却把它视为对人民主权的保障。该理论最先由亚历山大·米克尔约翰(Alexander Meiklejohn)^[1]予以阐述,而今已获得从罗伯特·博克(Robert H. Bork)^[2]到威廉·布伦南(William Brennan)^[3]等政界人士的广泛接受。第一修正案的意图在于拓展公共讨论,使得普通公民知晓摆在面前的问题和出于各种立场的观点,以便他们充

2

分、自由地追求其目标。这样就区分出自由主义的与民主的言论理论,正是后者促使我探究国家能够增强我们自由的各种方式。

认为第一修正案是保护自我表达的自由主义观点,诉诸支配了大众文化与政治文化的个人主义风气。言论自由被看成与信仰自由相类似,后者同样被第一修正案所保护。但这一理论无法解释,当利益相互冲突时,为什么发言者的利益就应当优先于那些在言论中被讨论的个体的利益,或者优先于那些必须听从这种言论的人的利益。这一理论也无法解释,为何言论自由的权利应该被赋予许多的机构和组织,诸如哥伦比亚广播公司、全国有色人种协进会、美国公民自由联盟、波士顿第一国家银行、太平洋煤气与电力公司、特纳广播公司,以及海外战役退伍军人协会。尽管存在这一事实,即这些机构和组织并不直接代表自我表达方面的个体利益,然而它们却根据第一修正案受到了常规性保护。言论在

宪法中被赋予如此重要的价值,我认为并非由于它是自我表达或自我实现的一种方式,而在于它是集体性自决的要素。民主允许人们去选择他们所希望的生活方式,也意味着该选择是建基于公共辩论之上——借用布伦南大法官如今著名的惯用语来说,公共辩论是“不受禁止、充满活力和完全开放的”。^[4]

在某些情形中,国家机器会试图压制自由和公开的辩论,而第一修正案就是阻止或防范此类国家权力滥用的可靠机制。但在另外一些情形中,如果政府之外的势力在压制言论,那么政府可能不得不采取行动以增强公共辩论的活力。国家可能不得不分配公共资源——分发扩音器——给一些人,否则在公共领域就不会听到他们的声音。而为了能够听到其他人的声音,国家甚至可能不得不压制一些人。有时情况就是别无其他选择。本书的任务是要探讨,以上运用国家权力进行分配和管制的行为何时是必要的,这些行为又如何可能与第一修

3

4 正案相一致,甚至是由它来提供支持的。

[1] See Alexander Meiklejohn, *Political Freedom: The constitutional Power of the People* (New York: Harper, 1960; repr. Westport, Conn.: Greenwood Press, 1979); "The First Amendment Is an Absolute," *Supreme Court Review* (1961):245-266. See also Harry Kalven, Jr., "The New York Time Case: A Note on 'The Central Meaning of the First Amendment,'" *Supreme Court Review* (1964):191-222.

[2] Robert H. Bork, "Neutral Principles and Some First Amendment Problems," *Indiana Law Journal* 47(1971):1-35.

[3] William J. Brennan, Jr., "The Supreme Court and the Meiklejohn Interpretation of the First Amendment," *Harvard Law Review* 79(1965):1-20;另见大法官布伦南的评论 "Address," *Rutgers Law Review* 32(1979):173-183. 对于第一修正案各种理论的讨论,参见 Lee C. Bollinger, "Free Speech and Intellectual Values," *Yale Law Journal* 92(1983):438-473; Own M. Fiss,

“Why the State?” in *Liberalism Divided* (Boulder: Westview, 1996); Paul G. Stern, “A Pluralistic Reading of the First Amendment and Its Relation to Public Discourse,” *Yale Law Journal* 99 (1990):925-944.

[4] *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U. S. 254, 270 (1964).

第一章

言论的默化效应

第一修正案具有近乎权威的简洁性,它往往被视作古典自由主义主张限制国家权力的完美典范。它规定,“国会不得立法……限制言论自由或出版自由”。最高法院并没有把这一条款解释为绝对禁止国家管制言论,而是以法令的性质对国家的权威设定严格的界限。

这一界限的确切位置随着时代的变化、最高法院的变化,甚至是大法官的变化而变化,但总是反映出对互相冲突的两种利益的平衡——自由表达的价值与政府为支持管制而推进的利益(所谓的对抗价值)。有时通过公布应当服从管制的言论种类来协调互为冲突的利益。例如,政府被允许管制“挑衅性言论”而非“理念的

一般性倡导”。在其他情形中,最高法院致力于更为开放和明晰的平衡过程,以权衡国家利益与言论自由利益之间的对抗。准许对重大国家利益构成“明显且即刻的危险”的言论进行压制的规则,或许是这一平衡方式的最好例子。在任何情形下,最高法院都试图兼顾价值与对抗价值,寻求它们之间的协调。这一协调有时较为成功,而有时则相对艰难。

在尽力引导最高法院进行协调的过程中,小哈里·卡尔文(Harry Kalven, Jr.)——这位我眼中的第一修正案领域的现代首席学者——曾恳请最高法院牢记,言论自由并非是“奢侈的公民自由”^[1]。他曾以更加诙谐的语气表达同样的意见:“向对抗价值致敬。”^[2]卡尔文是自由价值的热心辩护者,总是赞成对政府予以限制。然而他认为,最高法院在决心保护言论时不应以任何方式使得国家利益变得无足轻重。言论最终很可能会胜出,也确实应当胜出。但卡尔文坚持主张,这种胜利不应发

生在最高法院对政府试图完成的目标进行同情性听证之前。最高法院必须在一开始就顾及国家利益,并将其视为完全应当受到尊重。

20 世纪 60 年代是美国法不同寻常的时期,也是它所能达到的全部成就的光荣标志。这十年以种族平等的推进和刑事令状的改革著称,但它同样以言论自由的几次突出胜利而为人所铭记。当卡尔文在《一种可敬的传统》一书中,把第一修正案的法律原则在 20 世纪的发展称赞为法律洁身自好的典范时,他尤其指涉的是 20 世纪 60 年代沃伦法院有关言论自由的判决。尽管我赞同对这一时期的这种解读,但我还是不禁要怀疑,这个年代有关言论自由的判决是否公平考验了卡尔文的信念——即便最高法院尊重对抗价值,言论自由也会胜出。

以最高法院反复重申愿意保护南方民权运动中的抗议行为为例。^[3] 在那些案例中,南方各州为其限制自

由言论进行辩护的理由是试图维持秩序。最高法院带着某种程度的严肃性聆听了其答辩理由,但鉴于各州以维持秩序为名而推行种族政策,该理由遭到驳斥。秩序不仅仅意味着秩序,而是维持种族隔离的秩序。接着,在1965年洛杉矶瓦茨骚乱(Watts riots)和黑人权力运动兴起之后的几年里,对秩序的诉讼请求变得多少不同于维持种族隔离的计划方案。在这样的背景下,对抗价值也即秩序,能被更具同情地加以考量,但却冒着自由言论不会胜出的风险。例如,在“沃克诉伯明翰市案”(Walker v. City of Birmingham)中,多数大法官赞成援引刑事藐视,来惩处马丁·路德·金博士及其追随者通过游行抵抗一项限制性法令的举动,尽管州法院并没有给予他基于自由言论的理由抨击该项法令的足够机会。^[4]此案在1963年被提起,而大法官们却在1967年大为不同的境遇中言明立场的,并受到那时他们所目睹的事件的引导。

事实上,在沃伦法院有关第一修正案的大多数诉讼案件中,政府提出的对抗价值既不具有特别的吸引力,也不具有不可抗拒的说服力。因此最高法院支持自由言论的判决受到广泛的支持。这类里程碑式的案例有1964年“《纽约时报》诉沙利文案”(New York Times v. Sullivan),1969年“布兰登伯格诉俄亥俄州案”(Brandenburg v. Ohio),以及1971年“五角大楼文件案”——

7 如果它能算在沃伦法院管辖范围内的话。就像早期民权抗议案件一样,这些判决的确是自由言论的重大胜利,因为相反的结论将严重阻碍自由事业的发展。然而,我们同时应当承认,这些案例并不是对卡尔文持有的自由言论必胜信念的真实考验。

在“《纽约时报》诉沙利文案”中,最高法院限制了政府维护其名誉的权力范围。但事实上,处于危险境地的只是公职人员个体的名誉利益。在最高法院看来,公职人员一旦卷入政治冲突,他们就有必要对其名誉承担