

BY LIDAO GANG

德语语境中的 思想表达自由与约束

——取宪政哲学理论和广播电视实践的双维视角

李道刚 / 著



DEDUO YUJINGZHONGDE
SIXIANGBIYAODA
ZIYOU YU YUESHU



 法律出版社
LAW PRESS CHINA

李道刚 / 著

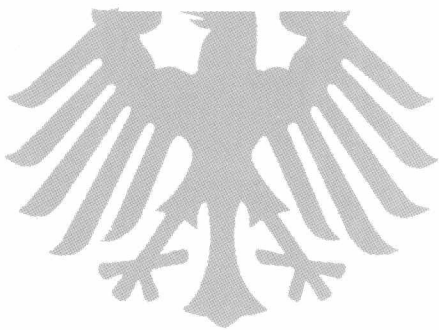
 法律出版社
LAW PRESS CHINA

德语语境中的 思想表达自由与约束

——取宪政哲学理论和广播电视实践的双维视角



DEGUO YUJINGZHONGDE
SIXIANGBIYAODA
ZIYOU YU YUESHU



图书在版编目(CIP)数据

德语语境中的思想表达自由与约束:取宪政哲学理论和广播电视实践的双维视角 / 李道刚著. —北京:法律出版社, 2009. 11

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0046 - 6

I. 德… II. 李… III. 思想史—研究—德国 IV. B516

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 189812 号

德语语境中的思想表达自由与约束——取
宪政哲学理论和广播电视实践的双维视角

李道刚 著

策划编辑 刘伟俊
责任编辑 张琳
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2009 年 12 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 9 字数 217 千

印次 2009 年 12 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张宇东

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0046 - 6

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

提 要

本书从外法史、法理和宪政的视角出发,特别运用行为法学通过亲历、体验、观察和数据说明问题的方法,主要以欧洲政治和法律思想史中有关表达自由的内容为主线,并以广播电视领域里的相关实践为例,对德国思想表达自由的理论源流、文化背景、社会现实、法理基础及法律适用等问题进行了较详细与全面的描述和分析。笔者力图通过分析,把握德国当代“法治国”中思想表达自由及其约束,或限制^①理念及其实践的特色;同时,也期望通过这一研究,为我国当下的宪政建设提供一种可供参考的思路。本书共分成八大部分。

在引言中,笔者对“思想表达自由”这一主题所处之论域进行了界定和论证。笔者认为,欲全面而深入地分析这一主题,必须有机地结合国家学说和法文化学说,并融入政治文化理论及其研究方法。所谓国家学说,即研究国家之应然层面,尤以关注国家与个人关系的应然层面为重心的一种理论学科。所谓法文化学,即以法律现象和法律传统为主要研究对象的一门学科。“法”不能脱离社会、脱离政治而存在,思想表达自由作为法所保护和约束的对象,当然

^① 对待思想自由与其他“有形”自由(如通信秘密和住宅不可侵犯等)不同,德文倾向用 Bindung(约束),而不大用 Einschränkung(限制),笔者认为不无道理。但鉴于中文“约束”和“限制”的意义虽有程度上的差异,但的确十分接近,故在本书中根据上下文,交替使用(涉及思想、理论、文化多用“约束”,而涉及行为、法律、制度则多用“限制”)。本书标题用“约束”,以突出有关德国思想表达自由的法治经验的这一特色。

更不可能脱离政治和文化背景的土壤,因此,对主题论域的界定是首要的。这丝毫不会削弱作为一部法学专著重点从“法”的视角来对思想表达自由这一问题进行把握的初衷。

在第一章中,笔者对自由、自由的两个指涉维度以及狭义思想自由、思想表达自由的概念、内容及关联等问题进行了分析界定。在作这些分析界定时,笔者还考察了两方面的理论问题:一方面是德国思想表达自由的人性基础,并进而揭示了德意志人性论的希腊哲学和宗教文化渊源;另一方面探讨了德国的“法治国”理念:“法治国”的字面含义是,法律离不开国家,国家也不能没有法律,而其实质则在于尊重和保护公民的人格自由和政治自由。此为全书澄明思想表达自由的内涵、外延,以及论述的理论脉络。

在第二章中,笔者从“人的尊严使然”和“民主宪政国家建构的要求”两个方面分析、探讨了德国制约思想表达自由的法理因素。首先,虽然作为单独的个人,其尊严具有至高无上的地位,但由于思想表达自由并非纯粹个体化的,思想表达要求主体与主体、主体与客体之间建立某种必要的关联,即所谓的“社会化”,因此,为了尊重所有有尊严的个体,表达自由应当受到一定的约束和限制。其次,为了探求真理,就必须保障充分的思想争鸣,因为只有争鸣才能保障真理的获得。正如相对主义哲学观所揭示的,为了保障争鸣在理性秩序的范围内和宽容的氛围中进行,就应该对表达自由予以适当的约束和限制。最后,思想表达自由作为自由权利和民主权利,从宪政国家和社会秩序建构的需要来看,一方面,应该使全体公民都能参与民主进程;另一方面,为了保证国家不至于因过度的自由而解体,就必须对思想表达自由作出必要的限制。

在第三章中,笔者重点分析了德国表达自由与限制立法的哲学基础以及文化基础。通过重点考察洛克、密尔、孟德斯鸠以及康德、黑格尔等人的相关学说,追溯了德国法治国理念的理论和实践渊

源。主要包括两个方面:一方面,作为理性的人,其自由从来就不应是绝对的;另一方面,从民主国家的角度讲,作为一种必要的外在秩序,对国家凝聚力的护持虽必然要求对思想表达予以一定的限制,但这是为了保证民主程序的正常运行,不能有过之而无不及。所谓民主,实际上就是民意的顺畅表达和决策的对话协商性。在本章中,笔者重点关注了德国政治文化的独特性:崇尚集体主义的日耳曼精神(典型的理论代表是施米特所谓之“言论模式”),作为一种深层的、传统的制约因素,对德国思想表达自由理念及相关实践的负面影响,以及德国纳粹时期在这方面的教训等。

在第四章中,笔者以广播电视为重点,考察了德国大众传媒的历史。第五章则以广播电视为例,对德国约束和限制思想表达自由的各种具体措施进行了深入的分析。其中,笔者首先论证了何以选择广播电视领域作为分析个案,这主要取决于以下几个方面:第一,广播电视所具有的重要社会功能,譬如其作为民众的喉舌,可保障民主的质量;第二,广播电视领域具备探讨表达自由问题时所需要的各种因素;第三,也是最重要的一点,广播电视恰恰体现了德国表达自由的本土特色。其次,笔者对战后德国有关避免国家化和商业化的两个具体案例进行了考察,并在此基础上对德国相关领域内存在的约束和限制进行了分析。这些措施主要包括如下方面:广播电视报道的自由首先是指广播电视不直接受国家和政府的控制和干预,也不受某个社会团体的操纵;战后公法广播电视台成立伊始没有走美国式的商业化道路;以及德国民法、刑法、电信法等法律的规定。内容则主要包括:对广播电视台节目内容的限制;对广播电视台自治的限制;对党派和政治团体运作媒体的限制;对国家自由和政府言论的限制;对广播电视工作者的自律要求等。

在第六章中,笔者从德国《基本法》第5条第1款的规定“人人有用口头、书面和绘画自由地表达和传播自己意见的权利。并有自

由采访一般可允许报道的消息的权利。新闻出版、广播与电影报道的自由予以保护,不受检查”等文本出发,分析了当代德国对思想表达自由所作的一般法律的和政治的约束及限制机制。笔者是结合德国联邦宪法法院的几个经典案例来进行阐述的。本章的基本结论是:其一,基于使人民大众广泛接受信息的义务,广播电视自由应当得到充分的尊重,不受非法定形式之检查;其二,在广播电视领域中,当涉及个人名誉、政党宣传、青少年权益保护等问题时,应当对相关自由进行一定的约束和限制。并且,当新闻自由危及国家的生存时,这种自由权利就要被克减、中止,甚至取缔。也就是说,新闻自由原则不能违反国家的根本制度,所谓“若民主所宽容的对象危害到民主制度的本身,那么,‘民主’就不得不起而‘反戈一击’”。另外,广播电视报道应当全面、客观地揭示事物的真相,同时在对新闻事件作出评价时也应尽量从多个角度进行,中性立场也应是新闻自由即表达自由的题中应有之义。

在第七章中,笔者考察了欧盟和欧洲理事会等国际组织的相关法律(如欧盟的《无国界电视》以及欧洲理事会的《欧洲人权公约》)对跨国传媒自由的保障和限制。

1	提要
1	代序:研究课题所处的学科领域
6	第一章 思想表达自由的原理
6	第一节 表达自由与限制的内容
17	第二节 自由及约束的人性基础
49	第二章 思想表达限制的法理依据
51	第一节 维护人的尊严的必要
68	第二节 宪政民主建设的要求
79	第三章 德国表达自由立法思想的形成
79	第一节 影响德国表达自由思想的英法学者
87	第二节 德国表达自由立法的本土思想铺陈
98	第三节 德国表达自由立法的社会文化基础
112	第四章 德国大众传媒发展史述——以广播电视为主要视角
112	第一节 魏玛与纳粹时期的广播电视
132	第二节 冷战时期的两德大众传媒

140 第三节 统一之后的德国大众传媒

150 第五章 当代德国公法广播电视系统

150 第一节 法律基础和性质

155 第二节 组织机构和经费来源

167 第三节 信号覆盖与节目安排

175 第四节 广播电视的广告管理

180 第五节 多媒体和互联网的发展

185 第六章 德国表达自由与限制的立法分析——以《基本法》
为主要视角

185 第一节 舆论的形成与大众传媒的政治定位

191 第二节 总原则:管辖权属州和禁止新闻检查

195 第三节 表达自由:《基本法》第5条第1款

200 第四节 表达限制:《基本法》第5条第2款

211 第五节 自由—民主根本制度的反颠覆机制

217 第六节 媒体人的权利与自律

228 第七章 欧洲广播电视运行的自由与限制

228 第一节 欧洲无国界广播电视工程

247 第二节 有关广播自由权的一个指令

255 参考书目

276 后记

代序:研究课题所处的学科领域

本书将政治文化及其研究方法纳入研究的视野,主要出于两方面的考虑:首先,法治国的政治文化与思想表达自由及其限制有着内在的关联性:政党政治和议会民主都是通过自由的思想表达来运作和实现的。公民在政治参与的过程中所表现出的礼貌、守则、诚信、客观、公允、自律,以及对少数派和异见人士的宽容和人格上的尊重等,本身就是政治文化乃至整个现代民族文化的组成部分。甚至从某种意义上说,思想表达作为一种社会现象就是政治文化的代名词,而法文化学和政治文化学又都关注两个基本问题:国家权力的合法性和限制性。从这个意义上讲,两个学科是殊途同归的。其次,本书将考察思想表达自由及其限制作为法的现象与政治背景紧密联系的原因还有一个:法与道德的关系是战后德国法秩序建构和法律思想发展的重大课题。也就是说,真正主导法治国实践,即法文化潮流的因素是法与政治的关系。法的秩序建立的基础是一个社会的政治共识。在真正实行政党政治的国度中,法文化发展的主流取决于代议政治的抉择。因此,战后德国法文化与其说是在新的法律和传统伦理的紧张关系中演进,毋宁说是在传统法律和新的,即自由主义政治意识形态的冲突中,夹缝生存,艰难成长。

本书中的思想自由和表达自由在绝大多数情形下为“思想表达自由”的简称,在极少数情况下,根据内容的不同侧重分别表述。同时,本书还将思想表达自由界分为广、狭两种涵义。在广义上使用思想表达自由时,其外延与后述定义相吻合;在狭义上使用,其内

涵则与通常意义上的言论自由和新闻自由,以及书中一些地方所言之个人或公众“见解自由的形成”中的见解自由等同。就法学内部而言,它不仅涉及公法也旁及私法,因而既是宪法学、法理学、法社会学、(中外)法史学诸多理论法学学科所研究的对象,又被行政法学(如依法行政之比例原则)、民法学(如人格权)、刑法学(如诽谤罪),乃至国际公法学(如人权的国际保护)等众多部门法学学科所关注。同时,也是政治学、哲学、新闻学、传播学、社会学、历史学和文化学等学科共同探讨的领域。思想表达自由及其限制这一课题所牵涉的面之广,也就决定了其研究方法上的多样性。上述各学科的论域及方法为以下两个较为新兴的边缘性综合学科所统合。本书研究法治国对思想表达自由的保护及约束和限制,就综合运用了这两个学科的主要方法。因此,有必要先将本书研究课题所处的学科领域加以说明和厘清。^①

其一是国家学说。古典时期的政治哲学家同时也是法理学家。直到现当代,尽管法律部门和以其为研究对象的法学分支已经如此的细化,政治哲学和法理学这两个学术领域仍有很程度的交叉,在德国尤其如此。国家学说既可以是政治学和法学熔为一炉的边缘学科,又可以是狭义法学(不包括公共管理学)的一个学科,通常与宪法学、行政法学、国际公法学构成德国法学学科三大支柱之一的狭义公法学的内容(德国法中的广义公法学的概念十分宽泛,至少包括宪法、行政法、国际公法以及立法学、司法制度、刑法和诉讼法等大部分内容)。同时,国家学说也可以成为广义法学,如公共管理学的一个研究领域。除此之外,国家学说作为一门单独的学科,与实践哲学、政治学、社会学和文化人类学等有着共同的研究“兴奋

① 本书以下之所以交替使用“德意志”和“德国”来指涉同一对象——Deutschland(德国),严格地讲是因为,德意志在1871年之前尚未形成一个统一的国家,“德意志”为德国的史前称谓。

点”，是一门视野十分宽泛的、独立的基础人文和社会科学理论分支。国家作为社会、文化现象，蕴涵极其丰富，难以获得一个周延的概念，对其研究是多侧面的。（法学的）国家学说以国家的法律关系为考察对象，“国家”是这个领域的中心概念和研究的出发点。因为国家行为归根到底是人的行为，因此，（社会的）“人”及其行为（如思想的传播）恰好成了国家学说和文化人类学（特别是社会人类学和政治人类学）视角的交叉点；同时，又因为现代法学的国家学说以“主权在民”的价值取向为其预设立场，所以，可以说其与文化人类学在学科建构上，仅有形式上的雷同。具体来说是因为国家学说研究的是个人和国家关系的特殊性（如政治关系）问题，而文化人类学则研究个体和社会关系的普遍性问题；国家学说更多地对概念化的国家进行理性思辨式的“解构”，而社会学则通常对现实的国家形态进行经验和实证性分析；一个关注“应然面”，另一个关注“实然面”，两个学科的进路和对象的差异是一目了然的。国家学说与政治学关注相同的形式对象，也就是说，只与其有关国家制度的研究内容交叉，而与国家政策和国家行为的内容分野。国家学说作为理论法学的一个方向，既以理论哲学（知识论、形上学等）为学术基础，同时又与政治哲学、社会哲学和伦理学有着共同的学术兴趣，从这个意义上讲，说其是一门关于国家建构形式和目标的法哲学，并不为过。有学者将国家学说视为法治国理论产生的学科背景，正是由于探讨国家属性的国家学说的重点是国家和个人的法律关系问题。^①

其二是法文化学。本书涉及的内容恰好也是法文化和政治文化考察的对象。法文化研究兴起于20世纪60年代的美国，在美国称为“法律文化”，该创意来自“政治文化”。中国国内学者大约在20世纪80年代末的文化寻根热中开始从文化视角观察法律。在当

① 参见陈新民：《德国公法学基础理论》（上册），山东人民出版社2001年版，第71页。

时出版、以后很长时间流行于国内的一本名作中,作者以读者所熟知和了解的文化及政治文化的概念为基础,用了八页的篇幅描述了法律文化的概念,^①而没有以中国读者通常习惯的教科书方式,给法律文化下一个直接的定义。从这段文字里,基本可以得到一个结论:所谓法律文化无非是关乎法律现象和法律传统的文化,与政治文化彼此交叉,又相互独立。作者埃尔曼已是美国化的德国人,经验主义的学术风格扑面而来。相比之下,当今德国本土学者对法文化的理性主义思维方式却显得“学究气”:法文化概念的外延大于法秩序的概念,即不仅包括法的规范的总和,也包括整个法的制度的运作,同时还包括法的结构、价值和实践的历史维度。^②按照这一理解,不仅社会伦理,甚至研究法文化的方法也是法文化的有机组成部分。按照德国当代法哲学家科殷的意见,德国法理学研究方法恰恰从继承和借鉴切入。前者是法史学考察的对象;后者是比较法关注的焦点。^③现当代德国将法文化学作为理论法学的一个分支,主要以政治法学(主要包括公法学、法史学、司法制度学和法哲学与法社会学)为主,并借鉴了政治哲学和社会哲学的研究方法。上述诸学科在研究领域上又都有交叉,如法哲学与政治哲学都关注正义问题和制度的建构,法哲学和社会哲学都以“法的社会理论”为重要论域。自康德之后,作为规范的论证基础,实践理性成为沟通法哲学和实践哲学的桥梁。法哲学与伦理学建构出以价值理性为探讨对象的法伦理学这门新兴学科,^④而法伦理学又是法文化学的理论

① [美]亨利·H. 埃尔曼:《比较法律文化》,贺卫方、高鸿钧译,清华大学出版社2002年版,第9~16页。

② 参见 Robert Heuser, Einführung in die chinesische Rechtskultur Calling P. O. D. Hamburg 2000, S. 24~25。

③ 详见[德]赫尔穆特·科殷:《法哲学》,林荣远译,华夏出版社2003年版,第232~233页。

④ 参见颜厥安:《法与实践理性》,中国政法大学出版社2003年版,第21~25页。

基础。

本书作为探讨思想表达与传播自由和限制的法学专著,所关涉的是言说“真理”的场域和方式,即以表达为主线的国家和社会及其历史文化,因此主要运用了上述两个学科的研究范式。另外,本书虽然围绕作为公民基本权利的“思想表达自由”进行阐发,但却广泛涉及关于民主和法治等当代宪政一般原理的基本问题。

第一章 思想表达自由的原理

| 第一节 表达自由与限制的内容 |

一、思想自由与表达自由的对立和统一

在人的基本权利体系中,居于核心地位的是自由权,大体上包括以思想表达自由为主体或基础的政治自由、人身自由和经济自由等。其中思想表达自由权指精神的内在自由权(意志自由)和外在自由权(行为自由)。精神的内在自由权,即(狭义的)思想自由、信仰自由和良心自由,^①以及从事艺术创作和学术探索的自由。它们是精神自由权的基础,但是这些内在的自由权只有表明于外部、传达于外部时,方能实现,这一实现途径就构成表达自由的需求。孟德斯鸠的名言:“要享受自由的话,就应该使每个人能够想什么就说什么;要保全自由的话,也应该使每个人能够想说什么就说什么”^②,恰当地说明了思想自由的普遍性,以及表达自由的本根性。

关于思想表达的自由,既然涉及的问题是思想自由、表达自由

① 狭义的思想自由指人作为认知主体运用理性对现象界的规律和本质的追寻;信仰自由多指宗教信仰的自由,包括内心的虔信和外在的活动(表达自由的一种特殊形态,曾与良心自由为同义语(如《保罗教堂法》第144条),后者指个体对“应当”的一种确念。

② [法]孟德斯鸠:《论法的精神》(下册),张雁深译,商务印书馆1987年版。

的概念,以及思想表达主体^①之间的相互关系,对思想表达自由的论述,就要从最初的思想自由开始。思想自由强调个人内心活动的自主性,它指“进行思考,形成一定主张、意见和想法的权利。它是保证公民依照自己的世界观和思维能力进行独立思考和独立判断,做出各种自主性行为的基础”。^② 现代英国历史学家伯里认为,希腊人之所以被后人铭记不忘,是因为他们发现了最初的“思想自由”。^③ 作为一个概念,“思想自由”的提出始于17~18世纪西方的资产阶级革命。欧洲启蒙思想家们猛烈抨击了封建专制制度压制人的思想自由。在当代宪政国家中,思想自由是每一位公民进行自由思想的权利。

思想自由主要以发表意见自由的形式呈现,即表达的自由,亦即思想传播的自由,其核心是精神的自由,位于个人自由之首,同时又是当代民主宪政国家中公民最为重要的基本权利之一。从这个意义上看,表达自由是更为重要的自由,没有表达自由,人类的一切精神性自由都无法实现。思想就其本身而言,是一种价值或事实评判,即对特定的事实持有个人立场;思想表达的特征则是个人和其言说中所表达的内容之间的主观联系。因此,它影响评判的事实转述和评判本身,构成了表达思想的场域。^④

表达自由的目的在于发现和言说真理:事实之真与伦理之真。按康德的观点,前者考验人格主体的思维能力,后者考验人格主体的道德勇气。思想自由是理性和信仰的结果,而表达自由则为意志

① 并非仅仅涉及个人,而是主要包括个人在内的五类社会群体:国家与政府、政治党派、利益团体(如工会和教会等)、各类媒体及受众。

② 《中国人权百科全书》“思想自由”词条,中国大百科全书出版社1998年版,第551页。

③ [英]伯里:《思想自由史》,宋桂煌译,吉林人民出版社1999年版,第29页。

④ Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen Band 90, S. 1, 14, 241 und 247.

和政治决断的产物。^① 思想自由和表达自由本是一体的两面,既有联系又有区别。没有思想就不可能表达出什么;没有表达,思想也无法呈现。思想的自由与表达的自由互为因果、互为条件。没有思想的自由,表达的自由形同虚设;没有表达的自由,思想的自由无以确认。如此看来,思想表达自由应包括作为观念层面的“超验”和作为行为层面的“经验”两方面。前者与诸如良心自由、信仰自由等内心活动通连,后者与诸如示威自由、结社自由和组党自由等外在行为接轨。思想自由和表达自由更具同一性,在更多的场合下,折射的是同一个内容,即作为独立、自主和具有人格尊严的个体,言说其所想,践行其所言的思言行都不受非法干涉的自由。

德国法治实践的历史,是从限制思想到限制和约束表达的发展过程。思想表达自由(Meinungsausserserungsfreiheit)这个词,在德文中常常被写作“思想自由”(Meinungsfreiheit),这种或许是无意识的缩略,却呈现了德国政治文化的深层结构:依德国人的理解,思想表达自由的本质就是思想自由。这一哲学文化观,既见康德的义务伦理说,也见黑格尔的“思维与存在的同一性”原理。二者可追溯至苏格拉底“知识即美德”的信条,亦与中国古代阳明心学之所谓“知行合一”的观念不谋而合。经过中世纪圣奥古斯丁的心灵哲学和基督教教会的神秘主义,直到前启蒙时代莱布尼茨的“中心单子论”^②,一路沿革下来,形成德意志独特的重心灵冥想,而轻沟通辩难的精神文化,即所谓的“共识文化”。因此,德国传统保障思想表达自由的制度核心在于维护思想自由。德国人普遍认为,舍此,思想表达自由的实现无从谈起。古典哲学家费希特将对不可转让的自由权利笃信的告白看作是人出于自然法则的固有的“要求义务”(Pflicht

① 萧瀚:“表达权是基本人权”,载 <http://www.chinaelections.org/NewsInfo.asp?NewsID=117695>,访问日期:2007年12月3日。

② 参见鄒昆如主编:《哲学入门》,上海古籍出版社2005年版,第106页。