

◎ 龚艳 著

仇恨言论法律规制研究

人类历史上众多惨剧的发生与仇恨言论有着千丝万缕的联系，对仇恨言论进行法律规制已成为世界各国的共识，但在法律规制的限度和技术等方面又各有不同，尤以强调自由的美国进路和重视尊严的德国进路为典型代表，近年来二者间也出现了某种程度的趋同，即保障言论自由但允许对仇恨言论进行有限的限制。

总主编 谢晖

【法意文丛】



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

C13067680

D914.04
211

【法意文丛】

总主编
谢晖

仇恨言论法律规制研究

◎ 龚艳 著



D914.04



北航

C1675504



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

仇恨言论法律规制研究/龚艳著. —厦门:厦门大学出版社, 2013. 7
(法意文丛)

ISBN 978-7-5615-4626-0

I. ①仇… II. ①龚… III. ①言论自由—刑法—研究 IV. ①D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 100210 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

<http://www.xmupress.com>

xmup@xmupress.com

沙县方圆印刷有限公司印刷

2013 年 7 月第 1 版 2013 年 7 月第 1 次印刷

开本:720×970 1/16 印张:14.5 插页:2

字数:252 千字 印数:1~1 200 册

定价:29.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

总序

在人世生活中寻求法意

——“法意文丛”总序

去岁中，周赞君来信告诉我，厦门大学出版社拟出版一套以法学理论和法律史学术论著为收录对象的学术文丛，问我有没有意向组织书稿、担任主编。我回信说容我思考数日再说。若干天后，他又来信询及此事，我回信说最好见过出版社相关人员后再作决定。去岁中秋期间，我亲赴厦门，和该社负责这套丛书的编辑甘世恒君详细磋商了有关细节，决定组织并编辑这套丛书，并把丛书命名为“法意文丛”。

之所以选择这一丛书名，一为遵循法理、法史探索之宗旨，二为倡导在生活意义中探寻法理意义。众所周知，自从严译《法意》以来，这个多少带有浪漫色彩、但又不乏中性温情的词汇，就在中国法学人心中，有了其独特的地位——它一反法律就是专政工具、就是刑杀镇压一类“词的暴政”，而道出了法律以勾连交往行为中人们的日常生活为使命这一真谛。法律不是日常生活的外在之物，而是日常生活方式的规范提纯、精神萃取，从而成为日常生活的内在构成性因素。然而，验之以学术史，这种对法意的理解框架并非一以贯之。一方面，所谓神意论、自然精神论、理性论等等，都给法律涂抹了一层神圣的光环，从而使法律为什么有权威这样的现实考虑有了预设和保障。另一方面，所谓法律虚无论、阶级意志论、主权者命

令说等等,又把法律从天庭拉到凡世,不仅如此,而且法律不过是实践人间既得利益者需要的工具,是当权者随其所需任意打扮的婢女,因之法律进入令文人不齿的境地,这不禁令人想起苏轼“读书不读律”的遗训。此种情形,为有人借机打破人间一切法律秩序,作好了前提性准备。

介于两者之间的,乃是把法律作为一种社会—政治契约。法律就是选民和选民、选民和政府间达成的社会—政治交往的契约,是社会—政治交往的规范构成要素,人类只要不能舍弃社会—政治交往,也就无法舍弃法律。所以,法律是社会构造的必要性和构成性因素,而非选择性和权宜性因素;法律是主体交往行为的规范根据,而非镂刻在精美石头上的装饰物;人因为法律所布置的交往路线和逻辑构图而显示其存在,显示其主体身份,取消了这一交往路线和逻辑构图,势必就模糊了人存在的意义,消隐了人的主体身份。这样,法律就摆脱了被置诸神界的虚无缥缈,也摆脱了被置诸魔界的面目狰狞。法律回到了它应有的生活场景——法律是人们日常生活不可或缺的构成性因素。所以,法律既是世俗的,它强调以清晰的概念表达“群己权界”;也是值得“信仰”的,因为人类离开法律,其交往就会事倍功半。

当下我国对法意的处理,一面是想方设法将其意识形态化,“依法治国,建设社会主义法治国家”的响亮口号,成功地从法学家的意识形态走向官方意识形态。不时自我表扬一番“我们是法治国家”,既是表扬者的时髦,也可以隐约看出其对法治的某种崇拜,或者至少在其看来,法律和法治不会是什么坏东西。于是乎,法治、法律之类,俨然再度显示出其神圣面貌。另一面却自觉不自觉地将其工具化,譬如广受学界质疑的所谓法治“五句话”,对世所公认的法治原则视而不见,转而以“权治”精神,解构法治理念,从而法律及法治又轻飘飘自天庭落入凡世。遗憾的是,此番落入凡世的法律,并非世人必须之交往规范,而只是强化一元化领导的一种可替代的手段。

一旦公民利用这种手段从事“合法斗争”，便立马会遭到“依法办事，不是说几毛钱的纠纷也要诉诸法院”一类的无理指责！这样，法治这个标签就如同当年的人权一般，只剩下在国际社会对敌斗争的场合，偶露峥嵘。由此必然导致的结局是当年西北政法学院图书馆前的一幅雕塑所引发的、流传法学界已多年的那个隐语：“宪法顶个球”——法律虚无论又隐隐死灰复燃，教化意识形态和权术治理又想方设法，粉墨登场。

这一切，自然表达的也是一种“法意”，但和近代以来法学家心目中的法意以及法治实践中的法意大相径庭，也表明，按照日常生活之规范需要，对法意的继续探寻和深入钻研，依然是法学家任重道远的使命。如何按照世俗生活的要求，撷取法意，又以法意之内容，安排世俗生活，使世俗生活和法律精神相得益彰——以世俗生活彰显法律精神，以法律精神光照世俗生活，让人们生活在自治、自由、文明、有序的法律交往体系中，既是法学家的使命所在，也是全体公民之福祉所系。

本丛书即着眼于此种追求。书稿标准，唯学术是尚，不论大腕名流，抑或无名小卒，倘可提供自生活之活水源头，求索法意之学术作品，概可纳入计划。选题范围，可着眼宏大，可着手细微，宏则法治路线、法律传统，微则法条诠释，疑案精解，只要源于生活，富含法意，皆入选题范围。研究方法，可崇尚思辨，可奉行实证，无论逻辑辩驳，还是事实白描，但能反映生活，突出法意，尽在欢迎之列。期待相关有志者，能贡献一家之言；也期待作者、编者和出版者锲而不舍，能助窥天人之际。

是为序。

陇右天水学士 谢 晖

序于公元2011年4月10日

目 录

导 论	1
一、研究的缘起	1
二、研究的现状	7
三、本书的架构	20
第一章 仇恨言论的界定	24
一、仇恨言论研究的历史脉络	25
二、仇恨言论的要素	27
三、仇恨言论概念与相近概念的界分	41
第二章 仇恨言论法律规制的理论基础	45
一、宽容仇恨言论的理由	47
二、限制仇恨言论的伤害原则	60
第三章 仇恨言论法律规制的美国进路	78
一、美国仇恨言论法律规制的观念基础	78
二、美国仇恨言论法律规制的司法理论	94
三、美国仇恨言论法律规制的司法实践	109
四、美国仇恨言论法律规制的总体评价	129
第四章 仇恨言论法律规制的德国进路	134
一、德国仇恨言论法律规制的理念基础	135
二、德国仇恨言论法律规制的文本考察	146
三、德国仇恨言论法律规制的司法实践	160

四、德国仇恨言论法律规制的总体评价	173
-------------------------	-----

第五章 仇恨言论法律规制的融合性进路	179
--------------------------	-----

一、仇恨言论法律规制融合性进路的基础	182
--------------------------	-----

二、仇恨言论法律规制融合性进路的内容	188
--------------------------	-----

结语 游移于尊严与自由间的仇恨言论规制	205
---------------------------	-----

参考文献	209
------------	-----

后 记	223
-----------	-----

导 论

言论自由是一切权利之母。

——[美]卡多佐

自由，自由，多少恶行假汝以行！

——[法]罗兰夫人

一、研究的缘起

(一)研究的动机

自人类社会产生以来，言论自由即是所有民族的最高向往和追求，也是世界范围内所有国家和民众所欲实现的最高目标，但言论自由并不是恣意任性的权利，言论自由本身不能侵犯到个体和群体的尊严，不能引起社会群体间的矛盾和仇恨，不能对国家的民主宪政体系和社会秩序造成危害。一言以蔽之，言论自由是受法律保护的，但传播仇恨的言论则属例外，是应当受到法律限制的。人类历史上许多惨剧的发生都与仇恨言论有着千丝万缕的联系，对于这种联系，本书试以纽伦堡国际军事法庭对“反犹煽动者”的审判和卢旺达国际刑事法庭对“仇恨媒体案”的审判进行分析。二战后，世人皆知的“头号反犹煽动者”尤利乌斯·施特莱歇尔被纽伦堡国际军事法庭判处绞刑，其获罪理由并非破坏和平、策划发动战争，而是因为其发表演讲、撰写文章以鼓吹针对犹太人的仇恨。根据纽伦堡国际军事法庭的审判，施特莱歇尔散布、鼓吹反犹言论

长达 25 年之久,力图在德国社会甚至整个欧洲营造一个仇恨犹太人的浓厚氛围,由此间接地促成了犹太人大屠杀惨剧的发生。施特莱歇尔长期致力于反犹仇恨宣传,在创办反犹报纸《先锋报》后的数十年中,借助众多反犹文章不断散布针对犹太人的仇恨言论。他认为“凡是干犹太人所干之事的人,他就是恶棍,就是罪犯;凡是谈吐举止仿效犹太人的人,他就得遭到同样命运:诛灭和死亡”。此外,他还将犹太人视为细菌和瘟疫,更是“为了人类的利益必须将之消灭的寄生虫、敌人、歹徒和疾病传播者”,“若想不致再度发生上帝惩罚犹太血统繁衍的危险,那么只有一条道路可循,那就是灭绝这个其先辈是魔鬼的民族”^①。除此之外,施特莱歇尔还利用其策划出版的少儿读物《毒蘑菇》(*Der Giftpilz*)煽动德国青少年的反犹情绪。这本书将犹太人比喻为虽然外表看似普通、但实则有毒的蘑菇,教导德国青少年和儿童要学会识别犹太人的真面目,要看到犹太人对德国社会的危害,该书的发行传播对反犹活动起到了极大的煽动作用。^② 纽伦堡国际军事法庭在审理上述事实后认为,施特莱歇尔煽动杀害和灭绝犹太人的种族迫害言论已经构成了战争罪和违反人道罪。

1994 年 4 月,非洲小国卢旺达发生了震惊世界的种族大屠杀,约 93 万人被夺去生命,这是人类历史上仇恨言论引发的另一悲剧。2003 年 12 月 3 日,卢旺达国际刑事法庭对“仇恨媒体案”进行了判决,该案被告是三名媒体巨头,法庭认为这三位前媒体负责人利用掌控的媒体策划、煽动和实施对图西族人进行的种族大屠杀^③,判处其犯有种族灭绝罪、偕同制造种族灭绝事件罪、煽动公众参与种族灭绝事件罪以及反人类罪。法庭认为,该案被告虽然“并未手持火枪、弯刀或其他武器”进行屠杀行动,但却“造成了成千上万的卢旺达平民

① [德]P. A. 施泰尼格尔:《纽伦堡审判(上卷)》,王昭仁等译,商务印书馆 1985 年版,第 279~280 页。

② Ernst Hiemer, *Der Giftpilz*, Stürmerv Verlag, 1938.

③ 殖民统治时期,殖民者将卢旺达的两个兄弟族群——图西人和胡图人分成“优秀种族”和“劣等种族”,这一伪学说在卢旺达社会影响至深。自 1990 年起,占据政府核心、自称为“胡图人力量”的激进胡图人“精英”,将图西人妖魔化,诽谤他们是叛国者。“精英”们借助当时的主要媒体广播电台,向胡图人灌输这些思想,还说图西人可能对胡图人实施“种族迫害”。千丘之国自由电台(RTLM)就是这样对少数族裔表达种族仇恨的媒体之一。在胡图人“精英”们的煽动下,大批头脑发热的胡图人拿起砍刀,挥向了自己身边的图西人,包括他们的老师、邻居甚至妻子。刘海方:《卢旺达的跨世纪审判》,载《世界知识》2006 年第 4 期。

死亡”，这主要在于他们利用广播在卢旺达营造了某种“种族仇恨的氛围”，在这种仇恨氛围的影响下许多胡图族人展开了对图西族人的屠杀，因此他们对大屠杀的发生应当承担相应的法律责任。^① 通过法庭所提供的证据我们可以看到，在卢旺达种族大屠杀之前，被告利用其所掌控的千丘之国自由电台反复宣传种族仇恨，通过“刻板化、污名化与妖魔化图西人与胡图人中的温和派，并为胡图人的苦难进行辩护”的方式，为胡图族人屠杀图西族人的行径提供了合法性依据。在大屠杀开始后的 100 天内，该电台公开宣布了 80 万个要被消灭的图西族人的名字，并通过广播反复播放图西族人的居住地址、车辆牌照甚至是难民隐藏点，使得胡图族极端分子极易找到袭击目标，其宣传规模之庞大和影响之深远使其成为继纳粹德国之后无人可及的煽动种族灭绝的宣传恶行。正是此种种族仇恨宣传对卢旺达骇人听闻的种族大屠杀起到了推波助澜的作用，导致“不计其数的卢旺达妇女、儿童和男人被自己的邻居亲手钉死或砍死在自己的家中、附近的教堂中、医院中、学校中甚或道路封锁线上”^②。

① The Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza and Hassan Ngeze, Case No. ICTR-99-52-T, Judgement, 3 December 2003.

② 卢旺达种族大屠杀与纳粹种族大屠杀不同的是，卢旺达没有闷罐列车或秘密集中营，所有的杀戮都在光天化日之下进行。在大屠杀最为猖獗的时刻，卢旺达每一分钟就有超过 5 个人被杀，这一速度是二战时期犹太人遇害速度的 3 倍。[英]乔里昂·米切尔：《牢记卢旺达大屠杀：关于地方媒体与全球媒体角色问题的再思考》，张梓轩、常江译，载《全球传媒学刊》2009 年第 5 期。

通过这两个事例我们可以看到,仇恨言论^①尤其是那些含有极度厌恶、鼓吹杀戮的仇恨言论对两次种族大屠杀惨案的酿成负有不可推卸的责任。正是日复一日的仇恨宣传和广播,使得不同民族、种族、性别和地域的人们由友好走向对立,由关爱转为仇恨,由互帮互助演变为相互屠杀。这使得我们不禁反思,到底什么样的言论应当受到保护,如何识别对言论进行保护的底线,如何规制言论而又不违背言论自由这项基本权利的初衷。正是这些问题引发了笔者的研究兴趣,因此本书意在反思仇恨言论,研究仇恨言论,并找到规制它的方式,以期在以后的人类历史中“这样的事情永远不再发生,永远不再”^②。

① 本书的研究对象在英语中的表达主要是“hate speech”,而在汉语的翻译中主要译为“仇恨言论”,这是最为通用的译法。学者的著作和各种新闻媒体的报道大多采用这一译词,如《牛津美国法律百科全书》、《言论自由的反讽》、《美国政府与政治》、《欧洲人权法原则与判例》等,我国台湾和香港等地也主要是采用“仇恨言论”这一译词。[美]欧文·M. 费斯:《言论自由的反讽》,刘攀、殷莹译,新星出版社 2005 年版;[美]霍尔:《牛津美国法律百科全书》,林晓云等译,法律出版社 2008 年版;[美]施密特等:《美国政府与政治》,梅然译,北京大学出版社 2005 年版;[英]克莱尔·奥维、罗宾·怀特:《欧洲人权法原则与判例》,何志鹏、孙璐译,北京大学出版社 2006 年版。更为重要的是,“仇恨言论”这一译法已为国际人权法之通用译法,例如联合国人权委员会的人权法文件《种族主义、种族歧视、仇外心理和相关的不容忍现象:〈德班宣言和行动纲领〉的后续行动和执行情况》、《当代形式的种族主义、种族歧视、仇外心理和相关不容忍现象问题特别报告员 Githu Muigal 先生的报告》以及 2010 年 2 月 15 日至 3 月 12 日联合国消除种族歧视委员会审议缔约国冰岛按照《公约》第 9 条提交的报告的《消除种族歧视委员会的结论性意见》的中文译本也是使用的“仇恨言论”这一译词。上述 3 份联合国文件的中文译本参见联合国网站:http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/12session/A-HRC-12-38_ch.pdf; http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/14session/A.HRC.14.23.Add.2_ch.pdf; <http://unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4c15ebbf2>, 下载日期:2010 年 12 月 1 日。此外,“hate speech”还有译为“仇视性言论”的,如《美国大众传播法》和《言论的边界:美国宪法第一修正案简史》等著作,[美]唐纳德·M. 吉尔摩等:《美国大众传播法:判例评析(上册)》,梁宁等译,清华大学出版社 2002 年版;[美]安东尼·刘易斯:《言论的边界:美国宪法第一修正案简史》,徐爽译,法律出版社 2010 年版。

② [英]乔里昂·米切尔:《牢记卢旺达大屠杀:关于地方媒体与全球媒体角色问题的再思考》,张梓轩、常江译,载《全球传媒学刊》2009 年第 5 期。

(二)研究的意义

对仇恨言论或者说是仇恨言论的法律规制进行研究具有重要的意义,具体而言这主要表现在两个方面:

一是实践方面。当前世界范围内肆虐着种类繁多、型态不一的仇恨言论,如种族仇恨言论、性别仇恨言论、地域仇恨言论和宗教仇恨言论等等,对这些仇恨言论该如何进行识别?如何进行规制和处理?这是迫切需要我们回答并加以解决的问题。虽然当前国际社会在政治、经济和文化等诸多方面已经采取和正在采取程度有别、手段不一的规制措施,但是对这样一种涉及个人权利和群体权利的社会现象,在规制措施中缺乏法律界乃至法学界的声言,缺乏立法和司法对其明晰的态度,总体说来规制措施不甚完善,规制效果也殊可质疑。对仇恨言论这一现象,立法、司法乃至法学界不应沉默,相反作为衡量公平和正义标尺的法律应当给予民众对此类问题一个清晰的态度和认识,以便让民众明了其中的问题所在,从而予以有力的解决。

二是理论方面。在现今所有的民主国家中,言论自由已是公民最为重要的基本权利之一。“自由是人类在漫漫无际的宇宙中最终的依靠。在政治自由之光照耀的地方,人性才能得以起码的张扬,人权才能得以充分的尊重。”^①对自由的消极意义上的不干涉和积极意义上的保障既是衡量一个国家民主程度的标识,同时也是测量这一国家中公民权利保障程度的刻度。虽然言论自由具有如此重要的价值和意义,但言论自由这一基本权利却不是绝对的。一方面,基本权利本身是需要受到限制的,诚如周叶中先生所言:“尽管权利是人类生存和发展的必然要求,但个人权利的享有却并非绝对,它还必须受到限制。”^②另一方面,仇恨言论本身具有的伤害性使得发表仇恨言论的自由需要受到一定的限制。正是仇恨言论伤害性的内容造成的伤害性的效果,实质上破坏了言论自由这一重要价值,使得对仇恨言论进行的限制有了必要。因此,在仇恨言论的法律规制方面存在着这样的理论困境:作为一种言论形式的仇

① 齐延平:《自由大宪章研究》,中国政法大学出版社2007年版,第12页。

② 周叶中、李德龙:《论公民权利保障与限制的对立统一》,载《华东政法学院学报》2003年第1期。

恨言论是否需要宽容,而这种言论传播仇恨,容易造成社会中各类群体之间的矛盾和分裂,是否还需要对其加以限制。那么宽容与限制的界限是什么,如何确定宽容与限制的“度”,这就需要在理论上对仇恨言论进行研究。

(三)研究的问题

无论是国际层面的联合国、区域层面的欧盟、美洲国家组织,还是国别层面的美国、德国、加拿大等,对仇恨言论皆持一种爱恨交加的矛盾心态。所爱之处在于,仇恨言论首先是一种言论形式,而言论自由对个人和社会具有重要的价值。无论是思想的自由市场、民主社会的保障基础,还是个人价值的完满实现皆有赖于言论的自由,从而言论自由就是人类社会的一项珍宝,依据各民主国家的宪法规定是应当得到高度保护的。诚如德沃金(Ronald Dworkin)所言:“当代的律师和法官必须试图找到第一修正案的政治上的依据,这样的政治合理性能适合大多数以往的宪法实践,包括联邦最高法院过去的判决,这种政治合理性对为什么我们应该在各种自由中保证言论自由这么一种特殊而优先的地位,还提供了极有说服力的原因。”^①所恨之处在于,仇恨言论包含着歧视,传播着仇恨,是一种危害人类社会和贬损个人价值的言论形式。各国政府对这种言论的不同态度导致了各国采取了不同的法律规制措施,世界各国和国际社会也没有形成应对仇恨言论这一问题的统一的法律进路,因此我们说世界各国对仇恨言论的态度既不是一贯的允许也不是始终的限制。欧洲国家普遍认为,“种族仇恨言论和民族仇恨言论等这些特殊的言论形态,对它们应当和别的言论形式加以区别对待”^②。因此,欧洲国家对仇恨言论多持加以限制的态度。而美国与欧洲国家不同,在大多数情况下基于美国宪法第一修正案对言论自由的保护对仇恨言论给予宽容。当然,我们说这些不同的法律规制措施是与它们的国情、文化传统、价值取向等因素密切相关的。因此,本书所要研究和解决的问题主要围绕下述几个方面展开:第一,什么是仇恨言论?

① [美]罗纳德·德沃金:《自由的法:对美国宪法的道德解读》,刘丽君译,上海人民出版社2001年版,第281~282页。

② Cass R. Sunstein, *Democracy and the Problem of Free Speech*, Simon and Schaster, 1995, p. 186.

如何把仇恨言论与其他类型的言论形式区分开来?第二,对仇恨言论的法律规制进路有哪些?这些不同的法律规制进路是基于何种理论基础之上的?它们与哪些国情因素密切相关?第三,基于上述研究,在世界范围内对仇恨言论进行法律规制是否具有共通的基础?可以说,对这些问题的追问既贯穿本书的始终,同时又引导本书尝试对这些问题进行回答。

二、研究的现状

学术界对仇恨言论的研究主要集中于仇恨言论的界定、仇恨言论法律规制的宽容与限制之争、仇恨言论法律规制的核心论题这几个方面,本书将对其进行梳理和评述。

(一)关于仇恨言论的界定

在当前社会中普遍存在着名、实分离的问题,同样这一问题也存在于仇恨言论的研究中,因此对仇恨言论的研究首先应始于对仇恨言论名称的廓清。虽然学者们普遍使用“仇恨言论”(hate speech)这一名称以统称“发表和传播仇恨的言论这一类型”,但是还有部分学者采用了不同的“名”以称之,虽然这部分学者所展开研究的“实”也属于仇恨言论的范畴。如有的学者将这些言论称为种族主义言论(racist speech)、性别歧视言论(sexist speech)或者采用更为广义的名称——存有偏见的言论(biased speech)。^①此外,还有些学者将这些言论称为次等言论(subordinating speech)。^②虽然学者们采取了不同的语词概括这类言论,但是这些词语在实质上都涵盖了仇恨言论所蕴含的偏见、歧

^① 对这些观点较为全面的研究体现于弗雷德里克·劳伦斯(Frederick Lawrence)所著的《惩罚仇恨》一书。Frederick Lawrence, *Punishing Hate: Bias Crimes under American law*, Harvard University Press, 1999.

^② Joan C. Callahan, Speech that Harms: The Case of Lesbian Families, in *On Feminist Ethics & Politics*, Claudia Card ed., University Press of Kansas, 1999.

视和仇恨的核心内涵。

(二)关于仇恨言论法律规制的宽容与限制之争

宪法和法律是否应当限制仇恨言论是仇恨言论的核心问题,也是最具争议的问题。围绕该问题,学术界展开了激烈论战,本书选取较具代表性的美国学者关于这一问题的讨论进行介绍和分析。

在美国,宪法和法律是否应当限制仇恨言论,其核心问题是如何对美国宪法第一修正案所保护的言论自由的价值和宪法第十四修正案所保护的平等的价值进行衡量。正如欧文·费斯先生(Owen Fiss)所言:“仇恨言论的规制问题,迫使司法系统要在两种超越性的承诺——自由和平等——之间进行选择,但宪法却没有为应当如何做出这种选择提供指南。”^①围绕这一核心问题,美国学术界展开了深入讨论,以对仇恨言论进行法律规制的态度为标准,出现了主张宽容仇恨言论的宽容派(以下简称“宽容派”)和主张限制仇恨言论的限制派(以下简称“限制派”)。

“棍棒石头可能打断我的骨头,但话语绝不会伤害我”这句谚语基本上涵盖了“宽容派”的观点,即仇恨言论不应受到法律的限制,因为宪法所保护的言论自由具有极高的政治价值和社会价值,言论只有在造成“明显且现实危险”时才能受到限制。持此观点的代表学者有李·博林格尔(Lee Bollinger)、纳丁·史托森(Nadine Strossen)、唐纳德·莱夫利(Donald Lively)等。

李·博林格尔的《容忍的社会:美国的言论自由和极端言论》是对美国言论自由进路进行正当性论证的经典著作之一。他认为,在美国这样极度崇尚自由的国家里,应当允许人们能够自由地接触极端言论,主张对言论自由理应倡导消极的司法干预。关于言论自由如何才能使我们更加具有道德性的问题,博林格尔跳出了原有分析言论自由的经典模式,即一方面强调言论自由对创设思想自由市场所具有的工具价值,另一方面又将言论自由视为抵抗国家和多数人暴政的坚强壁垒的模式。他从实用主义的路线出发,强调言论自由的工具价值,认为言论本身就是一项容忍的行为,宽容仇恨言论能够教会人们

^① [美]欧文·M. 费斯:《言论自由的反讽》,刘擎、殷莹译,新星出版社 2005 年版,第 10 页。

容忍的美德,让人们学会容忍那些与自己意见相左的人。他认为,在出现民族危机的时候,这种美德对维系公民的自由至关重要,这种美德甚至可以被称为是美国社会最为重要的美德。^① 因此,当极端言论出现在法律和政治领域中,而我们实际上已经得到授权去对其进行压制的时候,我们将更加容易识别不容忍的冲动,将此时的容忍作为一个典范,可以激发更多的容忍遍布于社会的每一个角落。^②

纳丁·史托森是美国公民自由联盟(ACLU)的主席,也是民主自由主义者的代表,她认为应当追求个人自治,即使是仇恨言论也要对其进行独立、充分、理性的内容中立的保护。她将传统的自由主义观点向前推进了一步,“如果宪法迫使政府允许人们进行宣扬和平、团结和正义的游行、发言、书写等活动,那也应当要求政府允许人们宣扬仇恨、种族主义甚至是种族灭绝”^③。依据这一逻辑,她认为禁止仇恨言论缺乏道德上的正当性和合法性。

对于仇恨言论进行的法律限制,史托森指出这可能带来负面效应。首先,对仇恨言论进行限制容易导致权力滥用,因为政府和法院的自由裁量权往往在执行这些规则时发生异化^④。其次,仇恨言论规则还存有不可避免的风险,会使人们害怕遭到国家的惩罚而不敢发出声音。再次,仇恨言论规则可以被用作禁止其他类型言论的先例。有些人可能喜欢发表种族仇恨言论,而有的人可能喜欢焚烧国旗或发表反犹太人的言论,禁止某些类型的仇恨言论,将来也可能以此为例禁止其他类型的言论。最后,仇恨言论法律规制措施对遏制

① Lee C. Bollinger, *The Tolerant Society* 238, Oxford University Press, 1986, p. 238.

② Lee C. Bollinger, *The Tolerant Society* 238, Oxford University Press, 1986, p. 238.

③ 史托森认为如果政府基于言论的内容对言论进行限制,那么这种限制会因为人的尊严和自治理论而丧失道德上的合法性,因此即便言论的内容被大多数人视为是罪恶的,但是也不能基于内容而对言论自由进行限制。Nadine Strossen, *Regulating Racist Speech on Campus: A Modest Proposal?* *Duke Law Journal*, Vol. 1990, 1990, pp. 534~535.

④ 史托森对密歇根大学的校园言论规则进行了分析,在一年之内“有超过 25 起案件是白人控告黑人的种族主义言论的”,而其中仅有 2 起案件涉及“为了保护黑人学生的利益对言论进行的惩罚”,因此史托森认为该校园言论规则实际上并没有起到制裁种族主义言论的作用。Nadine Strossen, *Regulating Racist Speech on Campus: A Modest Proposal?* *Duke Law Journal*, Vol. 1990, 1990, p. 521.