

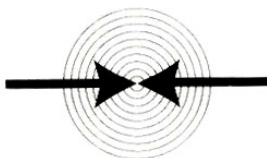


by Alexander Meiklejohn

表达自由的法律限度

Free Speech and Its Relation to Self-Government

[美] 亚历山大·米克尔约翰/著 侯健/译



et revelabitur quasi aqua indurans et vestitus ut asportans fortis

GONGFAYICONG

<http://iask.sina.com.cn/u/1644200877> 此处有大量书籍免费下载！

仅供个人阅读研究所用，不得用于商业或其他非法目的。切勿在他处转发！

水隐醉月

贵州人民出版社



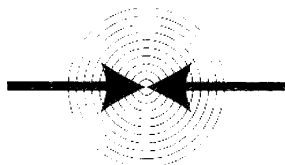


by Alexander Meiklejohn

表达自由的法律限度

Free Speech and Its Relation to Self-Government

[美] 亚历山大·米克尔约翰/著 侯 健/译



GONGEAYICONG

贵 州 人 民 出 版 社



图书在版编目(CIP)数据

表达自由的法律限度/(美)米克尔约翰著;侯建译.
贵阳:贵州人民出版社,2002.10

ISBN 7-221-06068-1

I.表… II.①米…②侯… III.言论自由-研究
-美国 IV.G210

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 078829 号

责任编辑:杨建国

装帧设计:曹琼德

表达自由的法律限度

[美]亚历山大·米克尔约翰 著
侯 健 译

出版发行:贵州人民出版社

贵阳中华北路 289 号

经 销:新华书店

印 刷:贵州兴隆印务有限公司

规 格:889×1230mm 1/32

印 张:3.25

字 数:73(千字)

版 次:2003 年 1 月第 1 版

印 次:2003 年 1 月第 1 次印刷

印 数:1—3000 册

书 号:ISBN 7-221-06068-1/D·277

定 价:6.50 元

目 录

前 言

第一章	统治者与被治者	001
第二章	明显且即刻的危险	021
第三章	美国个人主义和美国宪法	041
第四章	若干反思	066
译后记	米克尔约翰的言论自由理论及其影响	079

题 词

献给沃尔顿·黑尔·汉密尔顿——我的老师 多年
以前我们在阿默斯特学院共同度过一段时光。

前 言

这本书的论点最早发表在我在芝加哥大学所做的三次演讲中，这几次演讲是在查理·沃尔格林美国制度研究基金会的赞助下进行的。后来，我又在耶鲁大学法学院和圣约翰学院做了同样的演讲，演讲的部分内容还在达特茅斯学院的“伟大事件”课程中以讲座和讨论的形式发表过。这里呈现的内容经过了少许的修改，以使它由演讲稿转变为方便阅读的书稿。

本书讨论了一个法律原则，然而它的作者却不是一个法学家，而是一个教育工作者。本书源于这样一个坚定的信念，即美国教育的主要任务就是在全体国民中唤起和培养一种理解我们政府原则的旨趣。因此，对于我们所有公民来说，这本书可以看作是对研究我国宪法的一个激励。宪法的效力和内涵并不是源于一百六十年前我们的先辈们对它的接受，而是源于我们今天的接受。然而，显而易见，如果我们不知道宪法的意思是什么，我们就谈不上任何意义上的“接受”。而且，基于这个理由，每一个合格的公民都应当和他的同胞们共同努力，不仅用理论而且用行动，去阐释宪法那

一个被恰当地认为是宪法中最重要、最富政治智慧的条款。我们，美国人民，赋予了信仰自由和表达信仰的自由什么样的意蕴呢？

—

众所周知，宪法第一修正案禁止国会制定削减言论自由的任何法律。然而，近年来，美国政府以多种方式限制了公共讨论的自由。例如，联邦调查局在全国范围内建立了一套谍报和秘密警察系统，我们数以万计的人民因为持有这种或那种观点而被列上了黑名单。一个政府机构列出那种名单，惟一想得出的理由就是为政府针对那些人采取行动做好准备。而且这种做法揭示了美国人广泛持有的一种针对言论自由的态度。我们中的很多人相信，宪法赋予了政府压制持有或表达“危险性”信念的权力。我们认为，国会可以正当地限制这种信仰的自由。那些被任命去调查外侨活动的联邦或州的立法委员会，表达了对宪法的相同理解。这些委员会的所有调查活动都建立在这样的假设的基础之上，某种形式的政治意见和宣传不仅应当而且可以正当地被压制。还有，司法部最近基于相同的假设将六十几个组织或协会列为对美国可能“不忠诚”的组织名单，政府可以调查它们的诚意。最后，总统的“忠诚令”尽管有些犹豫不定，但是还是付诸实施了。我们正式投入了对“危险性”言论的压制运动。

现在，这些措施看来是与第一修正案背道而驰的。它们是这样的吗？当我们说“国会不得制定法律……削减言论自由……”时，我们的意思是什么？我们所保护的、防止我们所选出和授权的代表们侵犯的这个言论自由是一种什么样的

自由？为什么，即使在国会看来某人的观点对公共福利是不利的和有害的，他也不可以被强制缄口？例如，我们应当按照第一修正案的要求给予鼓吹废除第一修正案的人以言论自由吗？我们必须赋予那些一旦掌握权力便禁止言论自由的人以言论自由吗？就其字面意思而言，第一修正案对这些问题作了肯定的回答。它似乎是说，无论言论多么危险，都不可以基于哪种理由被压制，但是联邦调查局、外侨活动调查委员会、司法部、总统的回答却是否定的。哪一种回答是正确的？有说服力的美国言论自由理论是什么？

二

纵观历史，清晰、合理地回答这一问题一直是一种急迫的需要。实际上，根据我们的通过“党派”讨论和“党派”行动来决定国内政策的制度，一个清晰和合理的回答是，这是我们的“民主”生活方式的基本需要。但是，随着第二次世界大战的结束，这一需要具有一种新的、更大的急迫性质。我们国家现在承担了，或者说命运使我们骤然承担了一种新的使命。我们不仅在国内而且在全世界负责维护表达和传递信息的自由。在这场运动中，我们美国人对热战和冷战中的敌人作了很多谴责。但是，我们最有力和最公正的谴责一直是，它们压制和正在压制信息和观念的自由流动。我们宣称，我们不能忍受压制信息这种邪恶的行为。我们在国内不会屈服于这种行为。如果我们能够通过合法的手段加以阻止，也不会允许国外的这种行为。我们坚定认为，言论自由是人类社会的共同利益要求。

现在，要担负起维护这一个政治原则的伟大而沉重的责

任，首先要求我们理解这一原则的内涵。我们不仅要通过奋斗来争取它，还要通过思考来领会它。然而，胜利者如果不知自由为何物，就不能将它确立下来。那么，我们公民必须根据宪法来发问，当我们激情似火地欢呼第一修正案时，所要表达的是什么意思？我们的意思是可以压制说话还是不当压制说话？压制与不压制的理由是什么？

三

由于司法部长最近颁布的一个命令，这里提出的问题戏剧性地——尽管可能不是很有力地——吸引了美国公民的注意。这个命令要求限制短期访美人员的言论自由。它宣布，除非得到特别许可，某些类型的访问者不能参加有关公共政策的公共讨论。我们为什么不可以听听那些来自其他国家其他制度的人士说些什么呢？司法部长限制他们发言而不限制他们倾听出于什么目的？答案显然是，他试图保护我们自由国家的公民的心智不受某些主张、怀疑、质问、方针和原则的影响，政府判断我们不适宜听到这些“危险性”的东西。作为我们的政治代理人，他害怕我们会被那些外来的和颠覆性的思想所误导。我们美国人民希望自己的心智得到这样的保护吗？这种说法似乎就是承认我们在智力上和道德上不适宜参与霍姆斯大法官所谓的自治“实验”。我们已经放弃了还是已经适合于从事这场伟大的实验？

那么，这些就是当我们解释宪法第一修正案时必须回答的问题。在讨论国内公共政策时，我们愿意看到“危险性”观点被压制吗？或者，它们是否享有宪法所赋予的免于压制的自由？相应地，在对外关系中，我们是对外国人说“人类

的一般利益要求你我都不能以任何方式削减表达和传递信息的自由”，还是说“当然每一个国家都可以禁止和惩罚那些不利于它所确立并试图维护的政府形式或经济制度的观点”。

当然，没有人可以规定美国公民必须以这种或那种方式解释宪法，甚至也不能要求宪法的将来意思必须与它的过去意思保持一致。通过解释或通过明确的修正，我们可以自由地改变它的意思。但是出于诚实和自尊的考虑，我们应当在说的和做的之间保持一致。那么，在我们关注现在、筹划未来时，我们要赋予言论自由原则什么样的意涵呢？

第一章

统治者与被治者

这些讲座旨在探索美国宪法所保障的言论自由。最主要的观点是，根据宪法，存在着两种言论自由，并且因此存在着两种而不是一种对于言论自由的保障。

进而言之，可以认为，我们的公民自由权利基本上不是一个单一的体系。它们分属于两个种类；尽管在宪法地位上具有根本的不同，它们却往往被人们混为一谈。这种混淆极大地阻碍了我们对个体公民与美国政府之间的关系的理解。这些讲座的意图就是要廓清这种混淆。

第一种自由权可以信教或不信教的自由为例。在我们的国家内，在宪法的范围内，人们可以自由地信仰和宣传，或者怀疑和批驳任何信条，政府无权加以限制。第二种自由权可以个人拥有他的劳动或财产以及运用其收益的自由为例。我们都认为，每一个人都有这种所有和使用的权利。然而我们也同意，政府可以从我们的收益中征收它所认为适合于促进公共福利的一部分。那么，相比信仰自由，拥有和使用财产的自由就是一种有限的自由，一种可以接受政府干预的自由。宪法赋予了政府进行干预的权力。宪法不仅要求干预在

程序上必须公正适当，还要求它必须符合公共福利。

那么，我国宪法承认并保障了这两种体系的自由。一种可以接受政府的限制，另一种则不可以。如果存在着两个被清晰界定的术语，我们就可以借此鉴别这两种存在根本区别的自由权利，这对于说明我们的观点——事实上对于美国的政治思想，都将大有裨益。但是，很遗憾，我们还没有确定这样的两个精确的术语。人们谈到信仰自由和财产权自由，似乎在宪法中“自由”一词在这两种情况下的含义是相同的。由于这种混淆，我们一直错误地给予一个人的所有物 and 一个人相同的尊严和地位。我们的国家生活因为这种混淆遭受到全面的损害。至于对于我们思想的损害，就我所知，尚无特别有效的疗法。我们今天所能做的，就是要记住像自由权、自由、公民权利等术语是模糊不清的。那么，我们必须在每一种特殊的场合下来努力弄清我们所要赋予的内涵。

—

我们美国人自视在政治上是自由的。我们信仰自治。我们认为，如果人们是被治者，那么他们不是被别人而是被自己统治的。因此，就我们自己的事务而言，我们拒绝接受外来统治。在必要时，我们会进行起义或革命以反抗外来统治。如果在我们法律的管辖权以内，有人被剥夺政治自由，我们会基于相同的精神予以声援。我们坚信，政府的正当权力源于被治者的同意。如果没有同意，政府就没有正当的权力。

现在，这一政治原则，尽管有我们的热情支持，却并没有被完全地实施——这是我们都承认的事实。从《独立宣

言》到今天已经过去一百七十余年了，但是，美国公民仍然要受制于一些他们不能有效参与其制定过程的决定，这种情况已达到一种不能忽视的严重程度。就此而言，我们并没有自治；我们在政治上是不自由的；我们是被别人统治的。而且可能更糟糕的是，我们又在没有别人同意的情况下做了他们的统治者。

但是，一个更重要的问题是那些内在于我们政治原则的制定和实施的过程中的智识困难，这一点我们美国人不是那么愿意承认。运用智力是我们的政治原则的要求，而我们却看不到，在这方面我们做得是多么的糟糕，甚至已经糟糕到了令人绝望的地步。这种政治原则是不容易理解的。它的确立主要不是源于残酷的战争，而是源于心智的辛劳和痛苦。与此相比，我们所反对的他治政府（alien government）原则尽管有什么其他的优缺点，它却是容易理解的。它适合于头脑简单的人。他们不愿意或不能够质疑自己的信念，却要通过压制那些有助于使他们明智的对立批评来保障那种原则。

爱德华·卡尔的一本近著《苏联对西方世界的影响》鲜明地体现了我所说的智识困难。卡尔先生告诉我们，当我们表达我们美国的政治方针时，它不仅是不清晰的。它在根本上是一个悖论，因此是不可理喻的。他说：“英语世界中的政治家和学者普遍习惯于将民主界定为‘自治’或者‘根据同意的统治’这些正式和老套的术语。这经常造成思想的混乱。”他进而言道，这些术语所界定的“并不是民主，而是专制。这种类型的政府对于公共利益而言是必要的，正是因为人们不会实行自治。‘根据同意的统治’是一个悖论；因为统治就是要强迫人们做他们不愿意做的事情。简言之，统治是一个某些人对其他人加以强制的过程”。^[1]

在我看来，卡尔先生的这些话是完全错误的。我希望，这些讲座还可以在在一定程度上起批驳他的观点的作用，不论这样做是否会成功。然而这一位思维敏捷、考虑周详的人所提出的挑战是不能够忽视的。如果我们相信我们的原则，我们必须能够向其他人以及向我们自己阐明，自治不是专制。我们必须表明，在何种意义上，一个自由的人，一个自由的社会，的确是在实践着自治的原则。那么，一个实行自治的政治制度与一个不经人们同意就统治他们的政治制度之间，有何区别？如果我们不能厘清此间的区别，关于言论自由或其他任何自由的讨论都是空洞的、无益的。

我们已经说过，他治政府是一个简单的原则，它容易理解。当一个人或者一群自我任命的人控制了权力，没有得到其他人同意就径行统治，他们之间的关系是一种强制与抵制、压迫与服从或反抗之间的关系。这种关系是表面的和机械的。它可以体现为一定的字眼——枪炮、飞机、金钱、机器或警察。基本的事实是，一方“拥有权力”，而另一方则没有。在这样的专制政体中，一个统治者可以施行强力，或者施展权术，或者二者兼施，在没有被治者同意的情况下，使他们屈从。我们仅仅需要观察控制的强弱程度和反抗的强弱程度，就可以理解统治者的所作所为。

但是，根据同意的统治——自治——不是那么简单的。事实上，它是那么复杂，那么令人困惑，以至于不仅在头脑简单的人看来而且在卡尔先生这样的学者看来，它都是荒唐的、虚幻的和浪漫的——或者用一个人人们爱用的评语——“理想主义的”。困难的焦点并不在于，在这样的社会中，统治者与被治者是两类性质有别的人群。他们只是一群人——一群自我统治的人。统治者与被治者是相同的个人。我们，

人民，是自己的主人，自己的仆人。但是，人们与他们自己的这种内在关系在种类上完全不同于一个人与其他人之间的外在关系。它不可以用强力和强制等术语来表达。如果我们企图使用那些有效地描述锤子对于铁钉或者主人对于奴仆的外在控制方式的观念来思考自治的政治程序，就不得要领，错失真意。因为仅仅以强力的术语来思考问题，就看不到政治自由的存在。

在这一方面，我们必须反对一个过于简单化的建议。它告诉我们应当将“科学”的“方法”引入经济学、政治学和伦理学领域。它建议我们，我们应当将信仰建立在证据的基础上，我们对于人类关系的思考应当像物理学或生理学的学者对于事实的处理那样精确和审慎、那样有条不紊和周详全面，这样就没有人可以质疑它的效力和价值了。相信没有根据的东西就是对第一秩序（*the first order*）的犯罪。但是，必须指出的是，我们在处理道德和政治问题时所犯错误的一个主要根源就是，除了使用从非道德、非政治、非社会的科学领域借来的定量分析方法以外，我们就不知道如何思考这些问题了。在这一意义上，我们需要的并不是较多的科学，而是较少的科学，不是更多的定量分析，而是不做定量分析。我们必须创造和使用探究和信仰等方法，这些方法适合于研究作为自治主体的人而不适合于研究力量或机器。在理解一个自由社会的过程中，科学思维起着不可或缺的作用。但是，它只起到一个次要作用。如果我们把人们看作仅仅是由外力推动的，我们就不可能理解美国宪法。我们还必须把他们看作自治的人。

但是方才的话必须看作是针对两种常见的错误解释方法而说的。首先，当我们说自治难以解释时，我们不是说它是

神秘的或奇妙的或非理性的。恰恰相反，它是真实的。我们所拥有的其他任何观念都不会比它更明智、更实际、更真实。不论是在个人还是在社会活动领域中，人们如果没有运用他们的意志指导行动，就不会被看作是人。但是，我们的观点是，那种服务于商业或者科学目的的外在定量分析完全不适合于我们对于道德或政治自由问题的处理。我们美国人似乎习惯于忽视此间的区别。我们的生产力在世界上居于领先地位。我们擅长于分析和操纵可度量的力量，不论是物理的还是生理的力量。我们发明和使用着史无前例的、有惊人力量和复杂性的机器。我们由此受到鼓舞，企图去发现我们是否可以以相同的知识和技巧操纵人们。但是对人的操纵就是对自治的破坏。因此，我们的技术威胁着我们的智慧。在这一方面，今天的美国因为它的“技术秘密”而成为世界上最危险的国家。

其次，方才的话也不意味着要掩盖这一个事实，即，一个建立在共同同意基础之上的自由政府可以而且经常必须使用强力以迫使公民们遵守法律。事实上，它必须比任何一个公民或一群公民都要强大有力。政治自由并不意味着免于控制的自由。它意味着自我控制。例如，如果一个国家卷入战争，政府必须决定谁将背井离乡，冒着丧失生命、健康和理智的危险奔赴战场。政府还必须征税和提高税收。它还常常必须决定在多长时间里和以何种方式停止那些可以在和平时期享有的习惯和权利。在所有这些情况下，可以想象在一个自治社会中会有一些少数人反对刚才那些决定。那么，少数能否诉诸“同意”原则而拒绝服从军事控制？他们是否可以免交他们认为是不明智或不公正的税收？他们是否可以说：“我们不同意这些措施；因此，作为自治的人，我们有拒绝

服从的权利？”

当然不可以！在自治方案的基础部分，存在着一个基本契约。这是一个所有公民都参与了的契约，它规定，任何一项公共政策都必须由共同行为来决定；这些决定应当同等地约束所有公民，不论他们是否同意；如果有必要的话，这些决定可以经由适当的法律程序强行施加在那些拒绝服从的任何人身上。抛弃这一基本协定的人并不是在反对暴政或专制。他是在反对政治自由。他不是 一个民主主义者，而是卡尔先生所说的无政府主义者。如果实行统治的那个“自我”不能够也没有决心实施它的意志的话，自治就是空话。

二

那么，这一个构成任何政治自由方案的基础的协定或契约是什么呢？如果我们不能清晰、坚定地地区别一个奴隶的“屈从”与一个公民的“同意”，我们就无法理解这一契约。大家都认为，在这两种情况下所需要的都是服从。即使当专制统治残酷到实际上等同于奴役时，臣民也给予了一种虚假的同意。当统治势力居于绝对优势地位，人们不仅被迫屈从，而且被迫同意这样做。至少有一段时间，他们会认为与其进行没有希望的反抗，不如充分利用这种恶劣的境况。而且，当人民“屈从”的时候，统治者也会实行一些“仁政”措施。因为，为了避免麻烦、巩固权力、运用一种邪恶的力量对付另一种邪恶的力量，他必须考虑到臣民的愿望和利益，必须使他们安分守己。给予和接受这种“仁政”的事实可能表明，一个政府不是民主的而实质上是专制的和他治的政府。

但是自由公民的“同意”与奴隶的“屈从”有着根本的区别。自由的人们讨论他们的政府，并非基于政府的“恩准”，而是基于他们的“权利”。他们不是在讨价还价。他们是在论理。当然，他们每一个人都要服从所制定的法律。但是，如果《独立宣言》有什么意义的话，如果我们给予它什么意义的话，那就是，如果一个人没有和其他人一样同等地影响了法律的制定，就没有理由要求他服从。根据一个协定，也就是在《独立宣言》的结尾处“我们以我们的生命、财产和神圣的名誉彼此宣誓忠于”的那一个协定，我们不能被强制给予我们的同意。它表达了一个在政治上平等的人们之间的自愿协定。我们，人民，共同行动，亲自或者通过我们的代表制定和实施法律。我们，人民，或集体地或单独地受制于法律。如果当时我们把这一双重协定付诸实施，我们就能够完成美国革命。如果我们理解了这一协定，我们就能够理解至今仍在继续的那场革命。但是，只有当我们厘清了我们所厌恶的政治“屈从”与我们引以为豪的政治“同意”之间的含混和暧昧的区别时，我们才能够理解这个协定。我们所宣誓建造的整个巨大复杂的自由政治制度大厦就奠基在这一个有效的区别之上。如果我们能够将这个区别考虑清楚，我们就能够实行自治。如果我们没有把握这个区别，如果我们或正确或错误地返回到革命以前的态度中，认为我们的政治代理人是外在于我们并且对我们不怀好意的，那么就没有什么东西可以将我们拯救出奴役状态了。在 1776 年，我们就决心要摆脱这种奴役状态。

三

我一直在阐述这一个道理：根据政治自由的方案，我们将政府建立在共同同意的基础之上，政府比我们中的任何人、比我们中的任何一个群体都更强而有力，它控制着我们所有的人。但是“控制”一词在许多“自由”人士的心中引起恐慌，特别是如果他们对自由持有机械的观点的话。由此引起的恐慌提出一个急切的要求，即控制我们的政府必须被控制。但是由谁、以何种方式进行控制呢？

在抽象的理论层面，这个问题容易回答。自由人缔结的政府可以适当地仅由其本身进行控制。除此之外，我们还可以委托谁去制约我们的政治机构？还要允许某个个人或特殊的组织去掌管这些政治机构吗？只有在一种情况下，自由人们可以对这些问题作出肯定的回答。如果政府机构陷于瘫痪，如果基本契约被撕毁，起义的权利和义务就落在个体公民的肩上。在那种动荡和令人不安的境况下，为了新秩序的诞生，他们必须揭竿而起、摧毁旧秩序，就像 1776 年美洲殖民地人民所做的那样。但是，短暂的暴力和无法无天的状态是为了换来一种新的法律；毫无疑问，一个自由政府必须是它自己的主人。如果我们，人民，是被控制的，那么，我们，人民，必须实施这种控制。作为一个共同体，我们必须控制我们单个的成员。这个原则是对这一种说法的根本否定，即，我们是一群无组织、无责任感的氓民，可以被强迫处于屈从状态，只有这样，我们才能组成一个有序政府。这个原则意味着，政治共同体在组成国家时，必须承认自己在智慧、品性和条件方面的限度，因此必须在自我批评和自

我限制方面作充分的规定。政府本身必须限制政府，必须决定它可以和不可以做什么。它必须保证，它的那些使人自由的措施不会使人被奴役。

我们自己的美国宪政程序显著地表明了这个双重原则，即，自由政府仅仅受到它自身的控制，因此，它必须限制和控制自身。例如，我们的政府机构在相互制约和平衡的原则下进行工作。《权利法案》也给政府的行动范围划定一些鲜明的界限。它说：“国会不得制定法律……”又说：“不得使任何人接受死罪或者有辱声名之控告，除非……”“不得索取过多之保释金，不得科以过重之刑罚，或处以残酷与非寻常之刑罚。”所有这些以及其他许多限制都是针对政府权力的。但是，在每一种情况下——请注意是在每一种情况下，限制都是由政府自己施加的。这些规定在当时是根据常规的政治程序适当地提出、讨论、采用、解释和执行的。这么多年过去了，根据明确协定组成政府的我们人民，一直维护、解释和扩展着这些规定。在一些情况下，我们重新解释它们的内涵，或者甚至把它们废除了。它们体现了我们作为一个共同体的自我控制。它们提示着，根据明示或默示的协定，我们是自治的。

那么，这就是作为这些讲座的论点基础的命题。在我们美国人政治方案的根基中，存在着一个被托马斯·杰弗逊所说的“协定”。在杰弗逊看来，事情非常明显，我们作为同胞公民，彼此之间缔结和继续在缔结一个契约；并且不论有多大代价，我们以信守契约为荣。“五月花”号船上的清教徒聚会等类似故事可以用来说明我们所“同意”的契约性质。他们说：“我们这些签名者……兹由在场者在上帝面前、在彼此面前庄严地互订契约，把我们自己联合为一个公民团

体，以便更好地实施、维护和推进上述计划；并根据公认为最适于和最有利于殖民地普遍福利的原则，随时随地出于至诚地制定、设立和构造出如此正义和公正的法律、条例、措施、组织和机构。我们约定：所有的人都应当服从与遵守这一切。”这是在一个共同的事业中同志之间的真诚的共同誓言。这种誓言在《独立宣言》的结尾处得到了再次表达，我们已经引过：“我们以我们的生命、财产和神圣的名誉彼此宣誓。”若干年以后，当民族革命从第一阶段发展到第二阶段，从摧毁他治政府的消极任务发展到创设自治政府的积极事业，《宪法》序言宣示了我们结合在一起的共同目的：“我们合众国人民，为建立一个更完善的联邦，树立正义，保障国内安宁，规划共同防务，促进公共福利，并使我们自己和后代得享自由之赐福，特为美利坚合众国制定和确立本宪法。”

它以这些语言约定，并在逝去的每一秒钟内都在约定，美国人民是自治的。在这一个根本的约定面前，《宪法》的所有其他条款、所有的制定法、所有的行政命令都是从属性的。所有的其他目的——不论是个人还是社会的目的，只有在符合了这一个基本目的的情况下才能发现其正当范围和获得意义。这一个基本目的就是，这个国家的公民制定和遵守他们自己的法律，并同时是他们自己的仆人和自己的主人。

那么，我们关于美国宪法的根本观点可以简要地加以总结。宪法是建基于一个双重约定之上的。它规定，所有实施控制、决定共同行动的政治权威都属于“我们，人民”。我们，惟有我们，是统治者。但是，它还规定，我们，人民，都同样地服从统治。我们每一个人都被告知，允许做什么，不允许做什么，应当做什么。但是，这一个有关服从的约定

并不会把一个统治者转变为一个奴隶。当公民用共同同意缔结了国家，宣誓忠于它并信守誓言时，他们没有成为国家的傀儡。一个自治国家实施的控制完全不同于一个不负责任的专制政体实施的控制。把它们混为一谈，就无法理解什么是政治自由。从实际情况来看，如果没有政府权威，就没有个人自由。自由的人并不是不受统治的人。他们是在统治之下的——在他们自己的统治之下。

好了，作了这么长的说明之后，我希望我们已经做好准备，可以从事宪法第一修正案的解释工作了，可以正本清源、探寻其真意了。

四

“国会不得制定法律……以削减言论自由……”，宪法第一修正案如是说。当我们现在去解释这些话时，必须提出三个前提性的评论。

第一，值得注意的是，根据这些话，国会并没有被禁止采取任何有关言论自由的行动。削减言论自由的立法是不可以有的，但是扩大和促进言论自由的立法却不同。为一个自治社会成员所需要的思想自由并不是人性中的一个固定不变的组成部分。通过学习和教育，通过增进人们的健康、精力和安全，通过人们之间的相互交流和理解，思想自由可以得到促进和巩固。联邦立法机构并没有被禁止参与这一种普遍提高人们理解力的积极事业，人们的理解力显然是自治成功的基础。相反，在这一方面，美国国会负有推进言论自由的重责大任。

第二，任何仔细阅读第一修正案的人没有一个不惊讶于

它的绝对口吻。“国会不得制定法律……以削减言论自由……”，这是不打折扣的。说不得制定某种法律，意味着在任何条件下都不能制定这种法律。无论在战争时期还是在平时时期，无论在危险状态下还是在安全状态下，都是如此。制定《权利法案》的人并非不知道战争或国家危难时期的需要。如果说制定者不仅想到这些需要，而且他们这样规定正是为了防止讨论自由因为这些需要而丧失，其实是更接近事实原委的。他们从亲身的痛苦经验中知道，恐惧、憎恨、战争和争斗是如何使人们走向非理性的压制行为的。因此，他们不仅将他们所希望的平时时期而且将他们所担心的战争时期也考虑在内。在这两种情况下，他们都绝对地、无条件地禁止削减言论自由的行为。基于同样的理由，在这同一部宪法中，这样的规定在今天依然具有约束力。

我们来看看一种与刚才不同的说法。这种说法认为 20 世纪的美国不会像 18 世纪那样轻易地接受这种“绝对规定”。但是对此我们必须回答说，在 20 世纪不可能以刚才的那种推理方式来处理这里所讨论的问题。我们需要仔细考察我们整个政治制度的结构和功能，看一看言论自由原则现在在制度中起着什么样的作用。基于这种考察，在我看来，第一修正案的语言在我们的时代中似乎很明显地意味着它们的字面意思。这种意思就是，在任何情况下，言论自由都不得削减。这种观点是否站得住脚，是我的讲座努力解决的主要问题。

但是，第三，必须承认，我们正确地坚持的观点却是奇怪地自相矛盾的，尽管这个观点表达了人们在为政治自由的奋斗历程中获得的最重要的智慧。没有人怀疑，在一个秩序良好的社会中，立法机构不仅有权利而且有义务禁止某种形式的言论。文字诽谤可以而且必须被禁止和惩罚。口头诽谤

也是如此。致人犯罪的言论本身就是犯罪，而且必须被当作犯罪来处理。煽动谋反和叛乱都可以通过口头语言和书面文字来实施。在这些情况下，公共福利就要求政府采取坚决的镇压措施。所有这些针对言论的限制性要求都是不违反宪法的，都是可以得到承认和保证的。第一修正案的制定者并非不知道这些要求。那么，我们姑且可以认为，第一修正案不禁止削减言论的行为。但是，另一方面，它的确禁止削减言论自由的行为。如果，作为自由的人们，我们还希望知道言论自由是什么的话，我们所要解决的正是这一个悖论，这一个明显的自相矛盾。

五

在我们现在着手反思一个思考和发言的个人与保护他的自由的政府之间的关系时，不妨用一些时间回过头来分析一下柏拉图对这些关系的看法。公元前 4 世纪的这位雅典哲人也陷入了我们的矛盾之中。他看到了自治与明晰、智慧和机智等超凡的智力因素之间的关联。他在两篇较短的对话即《苏格拉底的申辩》和《克力同》中分析了我们今天所面对的问题。

在这两篇对话中，柏拉图都考虑了政府是否有权利要求公民服从的问题。而且在这两篇对话中，苏格拉底这位思想家和教师，这位将柏拉图从独断论的睡梦中唤醒的人，就是处于我们所讨论的关系中的公民。问题是苏格拉底是否有义务服从政府。在《苏格拉底的申辩》中，答案是“没有”。在《克力同》中，答案是“有”。柏拉图显然是在运用这位老师所喜爱的一种论辩术。他似乎自相矛盾。因此他要求他

的学生们厘清一种基本的和暧昧的区别，把他们自己和他从矛盾中解脱出来。

在《苏格拉底的申辩》中，苏格拉底面临着一场决定他的生死的审判。对他的指控是，他在教学活动中“腐蚀青年”，并且“不信神灵”。在由一个所谓的非雅典人颠覆活动调查委员会提供的证据的基础上，他被判定为有罪。法官们并不想处他死刑，但是警告他，如果他不同意停止教学活动或者改变他的观点，就必须如此对于这一个要求他服从削减言论自由的命令的警告，他以一种坚定、不含糊的声明加以拒绝，表示他的不服从的独立态度。他说，我的教学内容并不在政府的限制范围以内。雅典是一个自由城市。他宣称，任何官员，任何法官，都无权告诉我应当或不应当怎样教学或怎样思考。他承认，政府有处死他的权力和法律权利。但是，就其教学内容而言，他是无条件地独立于政府的。他似乎在说，“国会不得制定法律削减言论自由”。今天的美国人如果希望理解第一修正案所表达的蕴涵或人类的意旨，就不妨再好好读读、好好想想柏拉图的那篇写在二千四百年前的《苏格拉底的申辩》。有理由认为，如果没有柏拉图也没有其他人来写《苏格拉底的申辩》，就没有第一修正案。它们是一棵树的根与枝的关系。

但是《克力同》所表达的观点似乎至少是与《苏格拉底的申辩》相抵触的。这时，苏格拉底已经被判处死刑，正在监狱里等待行刑。他的朋友克力同力劝他逃走，躲避惩罚。他拒绝了。他说，他没有权利不遵守政府的决定，必须饮鸩而死。政府拥有决定公民生死的法律权威，即使是一个错误的、因而是公正的决定，在这种情况下公民也必须服从。对苏格拉底而言，这时遵守剥夺他的生命的法律，就如同不

遵守剥夺他的信仰和表达自由的法律一样地必要。在一段异常优美和深刻的文字中，苏格拉底向克力同阐述了这种义务。他设想他正在和雅典法律进行一场谈话，内容是有关它们和他所缔结的契约。他说，法律提醒他，七十年以来，他一直“同意”遵守它们，并且从中获得了一个雅典公民所有的权利和特权。它们质问，难道现在因为生命受到威胁，他就可以撤回“同意”，撕毁契约吗？这样做是一件令人羞辱的事情，不配称为一个雅典公民。

柏拉图是一个太伟大的教师，以至于没有给我们，也没有给他当时的学生，讲清他在这里提到的这个区别。他要求我们自己来做。但是，他强烈、明确地主张，这之间存在着一个区别，理解它对于实践自由至关重要。他告诉我们，如果政府试图限制某人的意见自由，那个人和他的同胞公民不仅有权而且有义务不予服从。但是，在另一方面，如果根据常规的法律程序，需要他奉献生命和财产，他必须服从；他必须自愿地奉献。在公民活动的某些领域内，政府可以施加控制。在另一些领域内，则不可以。那么，这两个领域是什么样的领域？柏拉图似乎说，只有我们看清了它们的区别，我们才能够知道根据同意的统治意味着什么。

六

如果我们现在考察一下传统美国乡镇会议的做法，就可以降低自由悖论在言论问题上的困难。美国乡镇会议被普遍、恰当地看作是检验自由政治程序的一种模式。它是一种最简单、最明显的自治形式。

在乡镇会议上，居民们聚集在一起讨论和决定有关公共

利益的事项——道路、学校、济贫院、公共卫生、对外防御，等等。每一个人都可以自由地与会。他们在政治上是平等的。每一个人都权利和义务独立思考、抒发己见、倾听其他与会者的发言。基本原则就是言论自由不应受到限制。然而，如果大家没有一致同意限制言论，就没有办法举行会议。这样就选出或者已经选出一位主席或主持。他“维持会议秩序”。那么，“请安静”这声明显限制言论的呼喊，就被确定为一个必要的要求。主持人承担了在会议进程中维持会议秩序的任务。在他被会议罢免之前，他就可以执行会议规则。从消极的一面来看，他的事情就是限制言论。例如，大家协定，没有得到“主席许可”，就不能发言。而且，辩论者应当把话题局限在“适宜的”问题上。如果一个人“有发言权”，除非根据规则，没有人可以打断他。大家聚在一起，不是来聊天的，主要是来通过讨论的方式解决问题的。为了在实际的条件下解决问题，就必须调整和限制议论。如果一个发言者谈得跑了题，如果他滥用权利或者以其他方式使会议达不到目的，他就可以而且应当被宣布为“违规的”人，那么他必须停止发言；至少可以以这种方式停止他的发言。如果他老是违规，就可以被“剥夺发言权”，或者最终将他“赶出”会场。在追求对于公共问题进行公共讨论的自由的过程中，乡镇会议如果不这样限制言论，就完全陷于无效。它不是海德公园，它是一个会议。它是一群自由和平等的人们为了一个共同的事业所进行的负责和有序的议事活动。它就是自治。

乡镇会议限制言论的情况表明了宪法第一修正案所不禁止的是什么。当自治的人们要求言论自由时，他们并不是说，每一个人都有一个不可剥夺的权利，可以在他所选择的

任何时间、任何场所和以任何方式表达言论。他们并不认为，任何人都可以想说就说，想在什么时候说就在什么时候说，想说什么就说什么，想说谁就说谁，想对谁说就对谁说。任何一个理性的社会都会基于常识否认这种绝对权利的存在。例如，没有人可以在不经过护士或医生的许可下在病房里大声讨论他的政治纲领或为他的候选人辩护。在病房里，这个问题不是“适宜的”问题。这种讨论是“违规的”。你们现在听我讲话，可以不同意我的观点，但是不可以在我讲完之前就表达你的异议。谁要是这样不负责任地干扰讲座、医院、车间、教室、家庭、音乐厅、橄榄球赛的活动，就不是在行使他的自由。相反，他表现得像一个无赖，像一个人人讨厌的家伙一样。

那么，第一修正案禁止的是什么呢？我们还从乡镇会议中寻找启示。人们举行乡镇会议是为了讨论以及在讨论的基础上形成公共政策。例如，是否需要开办一所学校？它应当建在什么地方？谁去做教师？谁去做学生？大家协定，诸如此类的问题应当自由地讨论；讨论结束时以投票的方式做出决定。可以看到，在政治自治的方式中，最高利益并不在于言者之言，而在于听者之心。会议的最终目的是要投票做出明智的决定。因此，必须使投票者尽可能地明智。公共福利要求，就某些问题做出决定的人必须理解这些问题。他们必须知道他们是就什么问题投票的。这样进一步要求，只要时间允许，所有与问题有关的事实和利益都应当在会议上充分、公平地展示出来。事实和利益的展示必须使人们可以比较不同方案之间的明智和可行。当一个自治共同体用投票方式来获得行动的明智时，它只能在公民的思想中获得。如果公民是不明智的，共同体就不可能采取明智的行动。这就是

为什么促进思想的讨论自由是不可削减的原因。

因此，第一修正案并不保护没有节制的废话。它并不要求，不论什么场合，每一个公民都要参与公共讨论。它甚至不保证每一个人都有机会参与讨论。例如，如果在城镇会议上 20 个看法近似的公民结成一个“派别”，如果他们中的某人已经向会议宣读了他们一致同意的发言稿，那么其他的每一个人坚持要再次宣读相同的发言稿，就是荒唐可笑的，违反规则的。任何一个称职的主持人都不会为了自由讨论而容忍这样浪费时间。关键之处并不是每个人都可以说话，而是每件值得说的事情都可以说出来。例如，为了达到这个目的，可以这样安排，即，每一种已知的不同观点都有且只有一段表达的时间。但是无论怎样安排，都必须符合一个重要的原则——用否定的方式来阐述，就是，不应拒绝倾听任何政策建议。兼听则明，偏听则暗。这意味着，可以基于其他理由禁止一个公民说话，但是不应因为他的观点被认为是虚假的或危险的就禁止他说话。不应因为掌握权力的人认为某个建议是不明智的、不公平的、非美国式的，就不给予这个建议以法律保护。不应因为我们不同意某人的发言，就宣布他是“违规的”人。在观念领域中地位平等的理由深深地根植于自治过程的基础之中。当人们自我统治时，是他们，而不是其他人，必须判断何为不明智、不公正和危险的观点。这意味着，一个观点，无论是明智的还是不明智的，公平的还是不公平的，安全的还是危险的，美国式的还是非美国式的，都必须有一个被听取的机会。决定某一问题的公民们在多大程度上不了解与这个问题有关的信息、意见、怀疑、批评和驳斥，结果就必定在多大程度上作出一个考虑不周、处理不当、不利于公共利益的决定。宪法第一修正案所反对的

正是社会思考过程的不完整性。言论自由原则来源于自治方针的要求。它不是一个抽象的自然法则或理性法则。它是从公共问题应决定于普遍投票的那个基本的美国契约推论出来的。

那么，如果在美国在某一条件下可以说宪法是一部良法，同样可以在这一条件下说宪法是一部恶法。如果在战争期间可以在一座公共建筑物中为战争辩护，同样可以在这座建筑物中指责这场战争。如果可以公开地宣扬征兵是道德的和必要的，同样可以公开地抨击它是不道德的和没有必要的。如果说美国政治制度优越于英国、俄国或德国的制度，可以同样自由地说英国、俄国或德国的政治制度优越于我们的制度。这些冲突的观点可以而且必须表达出来，并非因为它们是正确的，而是因为它们与所要处理的问题是相关的。如果有人负责地把它们表达出来，我们投票者便有必要倾听。如果某个政策问题是“适宜的”问题，自由的人们决定处理它，不要闭目塞听，而要观六路听八方。害怕听到某些观点，害怕听到任何观点，都是不适合自治的表现。这样压制关涉公共利益的某些观点，是第一修正案以绝对的不赞成态度谴责的对象。言论自由不应有所削减。

第二章

明显且即刻的危险

在我们的第一讲中，我们发现政治自治方案是令人困惑和感到矛盾的。我认为，美国宪法原则并不是相互冲突的，然而它们确实使人感到困惑，即使没有这种冲突，也至少在表面上看起来是这样的。当我们说，一亿四千万人民作为一个政治共同体而共同宣誓，将立法、行政和司法权力置于作为相互独立的个人和团体而存在的一亿四千万人之上，我们美国人是什么意思？尤其是，当我们说，如此自治的人们因此获得政治上的自由，我们是什么意思呢？当我们试图理解我们的这一原则时，智识上的困难几乎大得不可克服。可以想象得到，我们难于向其他民族解释我们的制度；当我们在战争中征服和占领了其他国家，在那里实施我们的自由政府方案时，这种困难甚至更大。显而易见，如果美国宪法是美国特色的一个标志，我们目前的政治思考方式却奇怪地不是美国式的。我们的头脑由于受到目前教育模式的影响并不适合从事我们必须做的工作。我们必须努力克服这种混乱、这种思维障碍去理解我们宪法的第一修正案。

我们现在这次讲座的主要目的是质疑一种对于言论自由

原则的解释。这种解释自 1919 年以来一直被美国最高法院采用。在 1919 年以及后来的若干年中，最高法院在大法官奥弗·霍姆斯的领导下，坚持裁定削减美国社会言论自由原则的立法行动可以是合乎宪法的。这种裁定取消了第一修正案的最重要价值，破坏了我们自治方案的智识基础。法院解释说，国会不应通过界定一般的限制性条件的方式来限制言论自由。只有当国会发现这样做是适当可取的时候，才可以这样做。

我现在所说的这个 1919 年裁定是最高法院针对一个有罪判决的意见。这个有罪判决是在第一次世界大战期间对一些被指控违反征兵法的人作出的。下级法院的审理过程表明，被告人邮寄传单给一些已经被征召的人们。这些传单激烈谴责征兵所依据的征兵法。他们向人们宣传“反对征兵的权利”，要求应征者行使这种权利。最高法院一致同意维持原判，霍姆斯先生写了判决意见书。在意见书中，霍姆斯先生提出一个保障言论自由的新原则。判决作出后的 28 年时间里，这一原则以不同的形式一直被接受为我国的法律准则。它就是“明显且即刻的危险”原则。

霍姆斯先生解释和论证判决意见的那些话经常被引述。他说：“我们承认，被告传单所说的一切，若在平时的许多场合，都属宪法所保障的权利。但一切行为的性质应由行为时的环境来确定。对言论自由作最严格的保护，也不会容忍一个人在戏院中妄呼起火，引起惊慌。禁令所禁止的一切可能造成暴力后果的言论也不受保护。……一切有关言论的案件，其问题在于所发表的言论在当时所处的环境及其性质下，是否造成明显且即刻的危险，产生国会有权防止的实质性危害。这是一个是否迫近和程度的问题。当国家处于战争

状态下，许多平时可容忍的言论，因其妨碍战事而变得不能容许了，法院也不认为它们是宪法所保障的权利。可以这样说，如果证明某人的行为对征兵造成了实际的障碍，那么就可以强制他承担造成这种效果的言论的责任。”^[2]

毫无疑问，这种论断影响深远。小泽卡赖亚·杰佛教授是我们最有思想、最为坚定的言论自由学者之一。他说：“言论自由概念第一次获得一个符合宪法制定者目的的权威性司法解释。”^[3]我们将在后面表明，我们的观点与杰佛不同，并不认为霍姆斯先生成功地解释了第一修正案制定者的目的。霍姆斯的公式提供了言论自由原则的例外情况而不是对于这个原则的解释。但是没有人可以质疑杰佛先生对于霍姆斯公式的意义和创新之处所作的评价。霍姆斯的观点可能是正确的也可能不是，但是不论正确与否，它都具有显著的原创性和广泛、深远的影响。

在这一系列讲座的后面部分，我们将分析并可能反对霍姆斯先生所主张的对言论自由的这种态度。这里有必要作两个解释性的评论。

首先，如上所述，我们将批评最高法院的这个判决意见，但是我们并不以法学家的方式而是从一个教育工作者的角度提出批评。在美国学校和学院中，数万名教师致力于引导学生积极、明智地参与自治活动。在我们这些承担教育美国人的任务的教师看来，最高法院在国民教育中的巨大作用日益显著。最高法院负有向我们解释我们的目的和意义的使命。对一个自治社会而言，必须弄清自治的实际运作是怎么回事。最高法院不仅解释事实和价值的抽象原理，而且决定这些原理如何运用于那些使我们感到困惑和产生分歧的具体和直接的问题，而这些问题正是任何重要的教育制度必须

面对的问题，所以它的解释就显得特别重要。也因为如此，最高法院在培养国民智识方面具有特殊的地位。其他机构也许对教育的影响更直接，但是相比其他机构，最高法院对理解我们自己和我们的政府具有更加深刻和更具决定性的影响。

其次，但是最高法院可能像其他任何教师一样，可能做对也可能做错，可能做好也可能做坏。当然，最高法院给予我们它一直正确的感觉。据说，首席大法官休斯在担任纽约州州长时说过：“我们在宪法的统治之下，但是宪法存在于法官的解释中。”现在看来，对于某一时期的诉讼目的而言，休斯的话显然是正确的。当宪法或制定法的意思出现意见分歧时，某个法院必须选择一种意见。在这个意义上，我们必须接受它的判断。但是说法律就是最高法院或多或少成功地解释的东西，同样是正确的并可能是更重要的。或者这样说更恰当：法律就是最高法院应当说的东西。当大法官们研究案件时，他们不仅努力发现他们所要表达的东西，而且努力决定在某一条件下有关事实和原则的正确意见。当他们分析问题，他们会敏感地意识到成功的难度和失败的可能性。一些成员会像普通公民一样坦率地承认他们的局限。他们经常感到困惑和没有把握。他们发表不同意见书。他们反复考虑并且不断改变他们的观点。可以这样认为，我们在任何情况下都必须像休斯先生所说的那样，“服从”法院的判决，但是这并不意味着我们必须“赞同”它。作为自由的人们，我们反思司法判断就好像我们服从它们暂时的法律权威一样必要。甚至是我们最信任的、最明智的解释者也不能就自治问题给我们颁布最后的教条。他们和我们一起都必须不断思考自由是什么，如何去实现它。关于我们所面临的问题——

第一修正案的问题，我们总结了一系列的意见和判决，可以看出，自从 1919 年以来，“明显且即刻的危险”这一术语已经获得绝对的影响力，但是我要说，它对我们的自治观的影响不啻是一场灾难。我认为，对霍姆斯观点的哲学阐释已经使我们步入歧途。如上所述，它实际上已经废止了第一修正案，而不是解释第一修正案。既然在宪法的所有条款当中那些保护思想自由的条款与教育工作的关系最为密切，那么在教育领域中这样的错误才最有可能被清楚地看到，它的后果也才最有可能被敏锐地感到。因此，为了美国的教育事业，我请求你们和我一起去努力批评那一种对于言论自由的解释。自 1919 年以来，最高法院向国民——向它作为一个解释者而负责的对象，作那种解释。

—

按照我们所引述的意见，霍姆斯先生提出并且至少部分地回答了对于言论自由的任何解释都必须面对的问题。在他如此表述时，他的语言有着一流辩证法的煽动力和刺激力。他具有一种触动懒惰和自满的僵化头脑的天才。在他作为我们目的的解释者向我们作解释时，他告诉说，某些形式的言论是我们“无法容忍的”。但是，这些形式的言论如何与我们可以忍受的言论区别开来，如何与我们所欢迎和赞成并可以在社会生活当中起到适当、必要作用的言论区别开来？有什么样的界限或原则可以将受制于立法限制的言论与宪法禁止立法限制或压制的言论区别开来？这是一个重要问题；不仅最高法院，而且每一个希望作明智公民的美国人，都必须加以研究。

在我们现在着手解决这个基本问题时，我们会立刻注意到一个明显的事实，那就是，如果不考虑宪法当中直接或间接涉及言论自由的其他条款，我们就既无法理解第一修正案，也无法理解“明显且即刻的危险”原则。其中有三个条款似乎特别重要。

第一，我们必须记住，在《权利法案》出现以前的宪法中，公共讨论自由的原则已经明确地得到承认和采纳。宪法的第一条第六款规定了国会议员的义务和特权：“……他们不得因在各自议院发表的演说或进行的辩论而在任何其他地方受到质问。”该款禁止对言论自由的任何限制，和第一修正案一样不打折扣，一样绝对。我们的代表在两院的辩论自由受到无条件的保障，免于限制和干预。那么，根据宪法，这种保障可以受到缩减或者可以在“明显且即刻的危险”时刻被取消吗？如果不可以这样，为什么不？

没有谁能够否认或怀疑，国会辩论有时给公共福利造成严重和直接的危害。例如，征兵工作的原则和程序一直受到国会议员的猛烈抨击。在国会两院，战时也好平时也好，国家政策一直受到批评，批评的效果是普通公民的言论望尘莫及的。那么，我们是否可以为了“防止我们有权防止的实质性危害”，要求代表们在其他一些地方做出解释？例如，大家都相信，正是在霍姆斯先生写判决意见期间，国会中一些“顽固不化的人”正在阻挠威尔逊总统的和平计划，因而不仅极大地危害着国家，而且危害着世界。也许可以说，他们差点导致了第二次世界大战。但是，他们并没有因为这种严重的行为受到审判。他们的言论阻碍了世界和平组织的成立，但是他们的责任并没有受到法律诉讼的追究。理由很明显，如果国会的免责权不是绝对和无条件的，整个代议制自

治方案就会落空。同样，根据共同同意，相同的特权也给予了法院中的法官。每一个人都知道，最高法院成员的不同意见书对于多数决定的效果就是一种明显且即刻的危险。然而少数派质疑和持有异议的自由从未受到限制，将来也不会受到限制。

这一事实强烈、直接地揭示了言论自由条款的意蕴，“公民”的公共讨论应当享有相同的免责权。归根结底，并不是代表们在统治着我们。我们统治着自己，他们是我们的代理人。我们实行自我统治的方式之一就是我们可以做出自由的、有效的判断。如果这一点可以成立的话，那么，我们在公共论坛上说话，“不得在任何其他地方受到质问”就很重要。我们是自治的人们，因此受到其他人明智和公正地统治不是我们的愿望。我们坚持自我统治。我们赋予代表人的自由唯一地源于我们投票人的更根本的自由。不管这样做有多么危险，第一条第六款依然表明，第一修正案的真正含义是：在集体行动领域，在公共讨论领域，言论自由不应受到削减。

第二，第五修正案从问题的另一面而不是同一面提示了第一修正案的含义。第五修正案是说，在美国法律的管辖之下，无论何人，“不经正当法律程序，不得被剥夺生命、自由或财产”。不论在制定该条时这一句中的“自由”的原始含义是什么，近来最高法院一直解释为包括“言论自由”。那么，第五修正案说美国人民享有言论自由的公民权利，对于这种权利，政府可以通过法律程序加以限制。有一种被第一修正案宣布为不可削减的“言论自由”，但是又有一种被第五修正案宣布为可以削减的“言论自由”。对于我们所探讨的论题而言，这两种自由的区别，以及存在两种自由的事

实，是极其重要的。第五修正案所关涉的似乎是这样的一类言论：对于它们，国会可以正当地考虑“它们可以被容忍吗”这个问题。而对于第一修正案所关涉的言论，提出这个问题就是不正当的。如果这种说法可能成立的话，那么霍姆斯的问题——即如何区别两类言论的问题就变成如何厘清第一和第五修正案在言论领域内的区别和联系的问题。

如果我们注意到，在第五修正案中，言论的“自由”权利是与我们“生命”和“财产”的权利相互联系的，我们就会明了这一区别的性质。这些是私人的权利，是私人的所有物。宪法保护着多种形式的个人行为 and 所有物，对它们可以规制，但是不能进行不正当的规制。毫无疑问，表达思想的自由就是其中之一，我们珍视这种自由，看作是最珍贵的私人所有物。那么，个人就拥有一种有时可以被剥夺或限制的个人自由，尽管这种限制可能是不必要和不公平的。第五修正案即是此意。但是这种有限保障的言论自由在根本上、在本意上是有别于第一修正案所绝对保障的公共讨论的自由。后者所关涉的言论自由与信仰、出版、集会和请求救济的自由有共同的旨趣，在立法限制的范围、甚至在正当程序的调整范围之外。对于它们，国会没有任何的限制性权力。可以说，在宪法理论中存在着两种根本不同的言论。商业广告的宪法地位和一个说客为委托人的游说活动的宪法地位，完全不同于一个公民筹划公共福利时所发表的言论的宪法地位。进而言之，宪法对这两种根本不同的“言论自由”作了不同的规定。

那么，我们发现，把言论区分为“可容忍”和“不可容忍”两部分的“明显且即刻的危险”原则存在着一个根本错误，即它忽视或者否认了第一和第五修正案之间的区别。霍

姆斯先生和最高法院之所以冒险取消第一修正案，因为他们相信第五修正案的正当程序条款可以取而代之。但是，如果这种取代可以被表明是错误的，如果根据宪法我们拥有两种根本不同的而不是一种言论自由，那么最高法院的立场就是站不住脚的。这就是我们的核心论点。《权利法案》保障的是两种还是仅仅一种言论自由？对于这个问题，我们必须回过头来对霍姆斯先生的观点作更详细的分析。

我们必须考虑的宪法第三个规定就是第一修正案最后一部分的表述。有必要表明在这里当政府被请求去提供救济时，公共和私人利益是多么奇怪地混合在一起。这些表述给予请愿申冤的权利如同信仰、言论、出版、集会自由那样绝对的保障。对于它们，国会都不得干预。但是，从表面上看，请愿申冤似乎是表达私人利益，那么第一修正案为什么要给予它绝对的保障呢？我认为，答案就是，请愿申冤，不论其动机如何，都明确地提出了有关公共政策的问题。它主张在公共决定中存在着一个错误。请愿者发现或者认为他们发现，在公共政策的制定过程中，某些私人利益受到不当的对待或者被忽视，因此，他们要求重新考虑。他们的这种行为明显地处于公共利益的范围之内。他们并不是说，“我们需要这个，请把它给我们吧”。他们是在向他们的政治代理人——政府官员们说，“你们犯了一个错误，请和善地改正它”。某些利益没有受到公正地对待——这种表达使得请求重新考虑的公共呼声有了合理的根据。因为提出这种请求的自由是不可限制的，所以它受到第一修正案的保障。

二

好了，在分析了这些宪法材料之后，我们回到霍姆斯，回到将言论自由分为可限制和不可限制的两部分的问题。在我们所引述的判决意见书中，霍姆斯明确地建议了一种最流行的解决问题的办法。他告诉我们说，言论有时不仅仅是思想的表达，它可能是行动的一种形式。霍姆斯先生阐述这种观点的话可能是他最有名的话。

他说：“对言论自由作最严格的保护，也不会容忍一个人在戏院中妄^[4]呼起火，引起惊慌”。^[5]在这种情境下，这样一句谎言实际上就是一种意图谋杀的方法。它对剧院中人们生命的危害是直接、有效的，与使用木棒或手枪或毒气去危害他人的生命没有什么两样。借用同一份意见书中的一段话，它造成了“国会（或者其他某个法律机构）有权防止的实质性危害”。因此，这种表达可以看作是一个谋杀行为，必须以法律的手段来禁止。如果有人被指控违反法律，正义要求对他实行公平审判，他是可以且应该受到审判的。如果证实他有罪，他可以被剥夺生命、自由或财产。只要按照法律程序办事，就不关第一修正案的事情。一个人妄呼“起火”不是在讨论公共利益，尽管他的表演的成功取决于他的表演才能。他故意地、错误地引发一阵惊慌，造成危险。诸如此类通过言论实施的行动明显地处于私人利益的范围内，因而可以受到立法的限制。言论可以是一种行动，而违反刑法的行动，按照霍姆斯先生的说法，是可以被禁止和惩罚的。但是这些事实对于我们在原则上将言论区分为可限制和不可限制的两部分的问题有何意义呢？它是否意味着，只要

言论是一个行动，就没有资格受到第一修正案的保障了呢？这个说法显然是荒唐的。公民对公共政策表示赞成或反对的投票行为就是一个行动。法官判处一个人罚金或监禁或死刑，国会宣战或宣布结束战争，总统否决国会的法案，这些都是行动，和妄呼起火的那个人没有什么不同。但是第一修正案的主要目的就是要保障诸如此类的言论式行动的自由。投票人必须自由地投票，法官必须自由地司法，国会必须自由地立法，总统必须自由地行政。在所有这些情况下，言论式行动的自由不得限制。那么，言论式行动和言论式思想的区别就不是我们所需要的对于第一修正案的恰当解释。霍姆斯先生的“妄呼起火”的例子所说的是一种类型的行为，一种不受言论自由保护的犯罪行为。然而这并不意味着，所有的言论式行为都不受到言论自由的保护。

对于我们问题的另一种解决途径与前一种很接近，它也是霍姆斯先生提出的，但是被他正确地否定了。它是说，凡是煽动人采取行动的言论也是不受第一修正案保护的。当然必须承认，一个成功地说服他人采取行动的人只是分担行动后果的法律责任。一个成功怂恿他人放火或盗窃的人可以恰当地被当作放火犯或盗窃犯来处理。那么，我们可以认为，由于与意见表达不同，煽动人采取行动的言论就没有资格受到第一修正案的保护吗？

同意还是拒绝这个推论？这个责任就落在了霍姆斯先生的肩上。这一次，他对桑福德先生主笔的一份判决意见表示异议。这份判决意见维持了针对一名共产党人的有罪判决，这名党员参与了激进的左翼宣言的印刷和传播活动。这是共产党号召人民战斗的一份宣言。它宣布：“无产阶级革命和建设共产主义社会——这两种斗争现在是不可分割的……共

产国际号召全世界无产者进行最后的战斗！”^[6]桑福德先生代表法庭发表意见，他认为，这些话是没有资格享有“言论自由”的，“这不是在表达抽象的哲学理论，或者纯粹的对于未来的设想，而是直接煽动”。他还说：“陪审团拒绝以下观点是正确的：这份宣言只是有关共产主义和高级社会主义优越性的纯粹的学术性和无害的讨论。”^[7]

从事“纯粹的学术性和无害的讨论”的自由！这就是第一修正案所要保障的自由吗？这就是苏格拉底的追随者多年以来为之奋斗和牺牲的事业吗？为了反对这种对人类思想自由的现实价值所作的不可容忍的藐视，霍姆斯先生在他的不同意见书中进行了猛烈的尽管不是非常有条理的抨击，“据说，这份宣言不仅仅是一种理论，它是一篇檄文。每一个观点都在煽动。它本身只是一种信仰，如果被相信的话，在没有其他信仰反对的情况下就会被奉行，或者由于力量不足而无法付诸行动。意见表达和狭义上的煽动之间的惟一区别就是言论者对于结果的热情。雄辩可以点燃理性。但是无论对摆在我们面前的这份空洞的宣言作何理解，它都没有机会引发一场即刻的革命。如果将来某一天无产阶级专政的信念注定要被社会的多数势力所接受，言论自由的惟一含义就是必须给予这些信念表达的机会和传播的途径。”^[8]

霍姆斯先生在这里所说的有关意见、煽动及其相互关系的观点存在着多处可质疑的地方。显然，意见经常是带有热情的，而且煽动也可能是循循善诱、潜移默化和缺乏雄辩色彩的。如果我们带着探究的口吻说话，也不能认为我们所说的观点就是法律上的煽动。但是不论怎样，这最后一句意味深长的话无疑表明，在关键问题上，霍姆斯先生还是正确的。他不仅为漫思遐想，而且为导致公共行动的果敢谋略和

决断呼吁自由。人类的对话，就如同第一修正案所表明的那样，并不是“纯粹的学术性和无害的讨论”。如果是那种讨论的话，自治的拥护者就几乎不会关心它了，就如同他们不会关心人们玩纸牌或下棋的自由一样。第一修正案的主要目的并不是为了保障那些知识贵族的自由，他们仅仅为了乐趣追求知识，仅仅为了满足个人的好奇心或对于智力成果的成就感而探索真理。它的目的是为致力于一般福利的思考扫清障碍，为那些为了公共利益而计划、拥护和鼓动共同行动的人们提供保障。为了这些人的利益，它告诉我们，每一个行动计划都必须予以倾听，每一个相关的事实或价值都必须得到充分的考虑，不论这些活动可能引起什么危险。一个人是拥护征兵还是反对征兵，是支持战争还是抵制战争，是赞成民主还是谴责民主，是计划用共产主义重建我们的经济还是批评这种做法，都没有关系。只要他的积极言论是参与到有关公共政策的公共讨论和公共决定中的言论，这些言论的自由就不应受到限制。这种自由是一个由公民投票决定公共事务的社会的基本信条。

“如果将来某一天无产阶级专政的信念注定要被社会的多数势力所接受，言论自由的惟一含义就是必须给予这些信念表达的机会和传播的途径。”这就是美国式的观念。在战后（可能还有战前）的可怖日子里，在这些歇斯底里的疯狂日子里，我们美国人，从总统到一般的人，为了抵御共产主义信念，把它的拥护者投入监狱，剥夺他们的公职，将他们驱除出境，以憎恨的态度对待他们。如果我们听一听霍姆斯先生的无畏的、不容妥协的言论，将有可能恢复我们的理智，把握宪法原则的真谛。这些言论也许会使我们感到羞愧。我们国家现在多么需要感到羞愧啊。

三

这样，霍姆斯先生否定了桑福德先生的理论，桑福德先生的理论认为所有的煽动性言论都可以适当地排除在第一修正案的保护范围之外。但是他提出了什么替代性原则以便对煽动性言论进行区别？这一问题的部分答案就是“明显且即刻的危险”原则。如上所述，这一原则并没有以肯定的语言告诉我们何种形式的言论可以享有自由以及理由是什么。但是它的确从否定的一面告诉说，根据宪法，某种形式的言论不应享有自由。为了弄清这一原则的内涵，我们必须转回头来分析那份首次阐述这一原则的判决意见书。

在论证的过程中，霍姆斯先生说：“一切有关言论的案件，其问题在于所发表的言论在当时所处的环境及其性质下，是否造成明显且即刻的危险，产生国会有关防止的实质性危害。”隔了几句话，他接着说“可以这样说，如果证明某人的行为对征兵造成了实际的障碍，那么就可以强制他承担造成这种效果的言论的责任”。

一个阅读这些话的人是不容易明白霍姆斯先生修辞手法的危险的。在两个地方，这一论证乍看起来比它的实际情况更有说服力。其一，“国会有权防止的实质性危害”这一句话似乎通过假设解决了问题，似乎确立了立法控制的权利。如果立法机构既有权利又有义务阻止某些危害，那么很显然它必须有权力采取为阻止那些危害所必需的一切行动。但是我们的政府原则是有限政府，它禁止这种干涉。例如，《权利法案》就是对干涉行为所作的一系列否定回答。它一一列举了干涉形式；不论干涉可能是多么有利于一般福利，立法

机构都不可以采用。如果这一点可以成立，那么“防止危害的权利”并没有无条件地赋予防止危害的权利。宪法判断，某些防止措施要比它们所要防止的危害还要有害。第一修正案就是一个恰当的例子。如果第一修正案还有什么意义的话，它就意味着，对于国会有权防止的某些实质性危害，如果惟一的避免办法就是限制作为整个自由制度之基础的言论自由，就必须忍受它们。

其二，霍姆斯先生的论证还以另一种方式诱使我们接受一个并未被呈供的证据所证明的结论。按照霍姆斯先生的观点，在这个案件中，被告人已经被正确地判决犯有刑事罪，他在战争期间故意破坏征兵工作。但是，霍姆斯先生用以论证有罪判决的原则却是非常宽泛的，它宽泛到不论言论者是否故意妨碍公务，只要言论给公共安全造成明显且即刻的危险，就可以被压制和惩罚。没有什么论证比这个论证更不幸的了。按其字面意思来看，它意味着，在所有“危险的”情况下，少数派不论多么守法和忠实，都必须缄默。尽管他们诚挚地表达意见，这一原则也会给他们贴上刑事违法分子的侮辱标记。

完成这一转变的论证过程需要仔细分析。它包含两个步骤。第一，霍姆斯先生告诉我们，被告人被控告以刑事违法手段侵犯国家安全。他认为支持这一控告的证据是充分的。他说：“当然，如果不是故意造成一定的效果，被告人就不会邮寄传单，我们看不到被告人除了意在妨碍征兵工作以外还希望对应征者施加什么影响。被告人并不否认陪审团可能会在这一点上对他作出不利的裁决。”^[9]

但是，第二，霍姆斯所作的有关“明显且即刻的危险”的论证却迅速从故意违反法律转到合理地反对法律上来。按

照他的论证，这一原则告诉我们说，只要少数派的意见包含着针对公共安全的明显且即刻的危险，都可以被排除在第一修正案的保障范围之外。这意味着，只要是对国家具有重大和危险性意义的问题，都不得对它们作自由、无拘束的讨论。例如，如果国会中的多数派正在采取行动以防止“国有权防止的实质性危害”，那么反对采取这种行动的少数派都不得享有宪法第一条第六款的言论自由。根据这一原则，在“危险的”情况下，持不同意见的法官不得发表不同意见书。在这种情况下，少数公民也必须保持沉默。当然，没有人相信霍姆斯先生或最高法院就是这样的意图。但是，他们的确明明白白地表达了这样的意思。“明显且即刻的危险”意见书作为阐述言论自由原则例外情况的一次特别不适当和不成功的尝试留在法院的记录上。

四

为了支持这里的批评，我们有必要注意到霍姆斯先生和布兰代斯先生（他一般是附和霍姆斯先生的）所阐发的“明显且即刻的危险”公式很快被证明是不能令人满意的。就在这一原则被首次阐发的 1919 年，这两位伟大的自由卫士便发现，他们的大多数同事过于强调霍姆斯先生的这种主张，即，任何言论只要对公共安全产生明显且即刻的危险，就可以被禁止和惩罚。这两位异议者一直以坚决的口吻反对这种论调。他们说，言论所造成的危险仅仅明显且即刻是不够的，它还必须是非常严重的。霍姆斯先生在布兰代斯先生的支持下，以这种口吻写道：“我认为，一种言论无论令我们多么厌恶和反感，如果它没有给法律的适当和重大的目的造

成迫在眉睫的危险以致必须立即采取限制措施以拯救国家，那么我们就应当坚决反对针对这种言论的限制措施。”^[10]如果这一原则在首次阐发时就包含了这里做出的修正，那么它不可能被用来处理那起反对征兵案件。但是在随后的 10 年里，两位法官强烈主张所谓的危险必须是极端严重的，这样这一原则的基本含义被完全改变了。至少有一点可以肯定的是，它已经不再被认为是“明显且即刻的危险”原则。危险不仅是明显且即刻的，而且必须是非常严重的。

这一变化出现在布兰代斯先生的一段话里，对于这段话，霍姆斯先生也表示同意。布兰代斯说：“一种言论有可能导致暴力或破坏财产的行为，这一点并不足以证明可以采取压制措施。必须是极有可能给国家带来严重危害。”^[11]在这份意见书中，他还说：“而且，甚至是迫在眉睫的危险也不能证明可以压制对于有效的民主制度至关重要的言论表达活动，除非它所包含的危险是相当严重的。限制言论和集会自由是极慎重的事情。如果只是为了避免较小的社会危害，限制就是不适当的。”^[12]

但是对这一原则的改造并没有止于将严重性添加进去。一个人越是熟悉两位大法官有关言论自由问题的意见书，越是相信，他们正在做着詹姆斯·史蒂芬所说的他正在做的事情：

我在苦思冥想
那件永远不会想通的事情；
它萦绕在我的心底，
久久盘桓，不愿散去。

为了支持这一说法，我注意到这一个事实：在对“明显且即刻的危险”公式的阐释中，最困难和不易把握的因素一

直是强调作为压制之正当理由的危险的迫近而不是遥远的性质。为什么要这样强调？危险必须是明显的，这一点比较容易理解。但是为什么它必须是“即刻的”呢？如果就像霍姆斯所说的，压制言论的理由是国会有义务和权力防止针对公共安全的危险，那么为什么这一理由适用于明显且即刻的危险而不适用于明显且遥远的危险呢？显然没有人会告诉他们说，在国会保护公共福利的时候，短视是一个美德。那么，为什么不可以采取措施以防止未来的危险呢？一个人阅读这一原则的拥护者的阐释，会明显感到他们做出这个区别的有效理由。但是至少在早期的意见中，这一理由没有得到阐明。就如同首席大法官斯通所言，这个检验标准是一种“实践技术”，而不是一个抽象的原则。它确实蕴涵着什么，但是它的蕴涵从没有被成功地表达出来。

然而，在这一原则首次提出的 8 年后，布兰代斯先生在一份支持霍姆斯的意见书中，试图阐发“即刻”的含义。但是这一变化的逻辑效果就是导致将一个有效的自由原则置换为“危险且即刻的危险”原则。他说：“那些通过革命赢得独立的先贤们不是懦夫。他们并不害怕政治变革。他们不会以自由为代价而过于强调秩序。对于这些勇敢、自信的人们来说，对于相信自由和无畏论辩的力量并将之应用于民主政治过程中的这些人来说，除非言论所能引起的明白的祸患是如此紧迫以致来不及充分讨论就会发生，言论所导致的危险就不应是明显且即刻的。倘若还有时间通过讨论来揭穿谎言和谬误，得以用教育的方式防止祸患，那么补救的办法就是更多的言论，而非强制的缄默。只有紧急情况才能够证明压制的正当性。如果权威要与自由协调一致，这一点必须成为准则。在我看来，这就是宪法的要求。因此，美国人民要时

刻准备着质疑削减言论和集会自由的法律，表明并不存在所谓的紧急情况。”^[13] 布兰代斯的这些话表明，尽管他仍然使用这个传统的法律术语，实际上已经抛弃“明显且即刻的危险”观念。他已经带领我们走向另一个非常不同的原则，那就是我们的第一次讲座所主张的公共讨论的绝对自由原则。他现在说，危险并不能证明压制的正当性。我们美国人害怕什么观念，不害怕任何观念。只要我们有一个公平的机会去考虑它。根据我们的统治方针，只有“紧急情况”才能证明压制的正当性。

如果我们希望看到布兰代斯先生在多大程度上偏离或正在偏离原先由霍姆斯先生所坚持的立场，我们只需要研究一下他所界定的“紧急情况”的特征。所谓“紧急情况”就是“没有机会进行充分讨论”的情况，就是没有“时间通过讨论来揭穿谎言和谬误，得以用教育的方式防止祸患”的情况。布兰代斯先生说，在可以运用讨论和教育这种通常与和平的方式的情况下，宪法决不会允许运用压制的手段。惟一可以成立的理由并不是某些特定观念的危险性质，而是一种在特定时间内使社会不能合理地考虑所面临的政策问题的境况。在这种紧急情况下，不能保证某些派别的观点可以得到公民们公平和明智的倾听。不能保证所有的观点都可以得到公平和充分的表达。简言之，当这种国内的或军事的紧急情况出现时，公共讨论的进程就被打断了。在这种情况下，一个再热情的言论自由拥护者也不能否定政府有权利和义务宣布：公共讨论一概停止，所有党派在有效讨论所需要的秩序恢复以前都不得发表意见。在天花板坠落的时候，主持人有权宣布休会，这样做并不会违反第一修正案。

但是如此说来，就是要从根本上否定霍姆斯先生所阐发

的原则。这一原则导致压制某一派别的观点，而在同时和同样的条件下它又给予与之相反对和相竞争的观点以自由表达的权利。“危险的”观点被压制着，而“平和的”观点得到鼓励。这一原则似乎要保证自由的公共讨论正常进行。但是正是在公共讨论的进程之中，它镇压和惩罚那些在权威者看来是危险的观点。这里布兰代斯的主张——如果我没有理解错的话，则根本相反。“倘若还有时间通过讨论来揭穿谎言和谬误，得以教育的方式防止祸患，那么补救的办法就是更多的言论，而非强制的缄默。”社会责任感和对于逻辑一贯性的追求使布兰代斯不能接受“明显且即刻的危险”原则的重大矛盾和极端偏见。这种原则打击一方，扶持另一方。他经过理智而痛苦的思想，摆脱了将这一原则用作自治理论时所具有的自相矛盾的困境。他的行为使我们更加接近这一天：我们可以再次昂起头，重申我们对于宪法基本原则的忠诚，可以坚定、自信地说，“国会不得制定法律以削减言论自由”。

第三章

美国个人主义和美国宪法

在我们的第一讲和第二讲中，我们已经论证，有关言论自由的“明显且即刻的危险”理论，后来为最高法院所采用的这个理论，实际上将第一修正案融合到第五修正案中去了。根据这种理论，言论自由变成可让渡的而不是不可让渡的，可以削减而不是不可削减的，成为一个条件的问题而不是一个原则的问题，一种相对的权利而不是一种绝对的权利。因此公共讨论就被降低到私人讨论的法律地位。个人的利益追求就被给予国家公共福利的宪法保障。人们作为法律制定者的权利就与他们作为法律规制对象的权利混然不分。人们的身外之物与他们的内心思想享有同样的自由权利。

我们前面已经说过，讲座的旨趣不在于分析自由的法律问题，而在于表明这些问题的意义和探索它们的解决途径，在于教育美国公民理解他们自己的政治制度。我们已经说过，最高法院是而且应当是我们最有影响力的老师之一。它是我们意图的最终解释者。如果像柏拉图告诉我们的那样，人类最伟大的智慧就包含在“认识你自己”这句格言中，那么，当我们寻求我们彼此之间和我们与政府——亦即我们根

据宪法建立并且现在仍然维持着的这个政府——之间关系中的智慧时，我们必须求助于最高法院。在这最后一次的讲座中，我们将探究“明显且即刻的危险”原则所依据的哲学思想、有关人类组织的观点和有关人类命运的理论。我们还将探究这种哲学观是否可以成立。它是否像我认为的那样削弱而不是巩固我们宪政的根基？今天，这种哲学在很大程度上主宰着大多数人的思想。因此，最高法院在近年来的言论自由判例中可能是加深而非消除了我们的误解。我们现在必须来看这个说法是否有道理。

在我们研究第一和第五修正案的过程中，应当稍停片刻注意一下最高法院对于第十四修正案的解释。这些解释可以说明我们的观点是正确的。我们的观点就是，原先有关言论自由的规定现在被弄成一个了。众所周知，第一和第五修正案仅仅涉及国会立法问题。然而在内战以后，一些州决定对州立法施加相似的限制。第十四修正案正是为了这个目的而被采用的。因此，第十四修正案明确地保障言论自由免于“州”的干涉。现在在这种情况下，最高法院正确地认为，根据第十四修正案，在联邦领域内适用的第一和第五修正案也适用于州的领域内。我们来看看有关条款的内容。

这一条款似乎意在施加一种双重的义务：“任何一州，都不得制定或实施削减合众国公民的特权或豁免权的任何法律；不经正当法律程序，不得剥夺任何人的生命、自由或财产；对于在其管辖下的任何人，亦不得拒绝给予平等法律保护。”

从这段表述中不难发现可以适当地看作第五修正案的规定。事实上，有关词句是直接来自第五修正案抄袭过来的。“任何一州，不经正当法律程序，不得剥夺任何人的生命、

自由或财产。”这一句的意图明显是要给各州行为施加一种与第五修正案给联邦行为施加的相同限制。在这两种情况下，作为个人所有物的言论与生命、财产一样，免于不当的干涉。但是，第十四修正案是如何转述第一修正案的呢？哪一句话表达了“国会不得制定法律……以削减言论自由”的意思呢？一个法律外行人也看得很清楚，那就是布兰代斯曾经指出的，“任何一州，都不得制定或实施限制合众国公民的特权或豁免权的任何法律”就是那样的一句话。这里所使用的“削减”（abridge）而非“剥夺”（deprive）一词就表明了它们的联系。言论自由在传统上也被看作是我们的一种“特权或豁免权”，而且这一句的绝对口吻（姑且不论这种绝对规定是否正确）也与第一修正案相一致。这种口吻所体现的态度不是正当程序那样的可以商量的态度，而是绝对禁止的不打折扣的态度。不幸的是，这一条款保障的是“公民”而不是“人”，因此外侨不在保障之列。然而这个难题实际上并不存在。关键之处并不在于外侨有说话的权利，而在于我们有听他们说话的权利。言论自由是我们的自由。

但奇怪的是，最高法院却作了不同的解释。它有点犹犹豫豫、举棋不定，仍然把第十四修正案中的“特权或豁免权”放置一旁，决定根据第五修正案的正当程序条款在州的领域内同样保护第一和第五修正案中的言论自由。这一决定显然否定了该院在联邦立法问题上所采取的立场。第一修正案就这样被第五修正案所覆盖。因此，公共讨论的自由就不再是免于限制的自由，而是免于不当限制的自由。美利坚合众国宪法就这样被司法裁决彻底改变了。

既然我们现在要探究和批评“明显且即刻的危险”原则所依据的哲学观念，那么应当主要分析霍姆斯先生的意见书和其他著述。但是小泽卡赖亚·杰佛教授对霍姆斯立场所作的解释和阐述已经足够我们使用的了。杰佛教授并不总是赞成霍姆斯先生的理由或结论；即使持赞成态度，他也是站在一个独立的立场上表示这种态度的。但是，总体看来，他是一个同情的解释者。他在《美国的言论自由》一书中进行了有力的、有条不紊的论证。他对“明显且即刻的危险”原则的阐述比它的发明者清晰多了，也系统多了。如果我们首先从杰佛先生的两个思路来看一看他的论证过程，将会更好地理解霍姆斯。

杰佛教授说：“第一修正案保障言论自由的两种利益。一个是个人利益，也就是很多人表达生活意义和价值的需要；另一个是社会在获得真知方面的利益，俾使国家不仅可以采用最明智的路线而且以最明智的方式加以实行。”^[14]

这些话要比霍姆斯的任何著述都更清楚地揭示了“明显且即刻的危险”思想的法律内涵。杰佛先生就像我们所做的那样，区分了言论中的私人利益和公共利益。但是他给予这两种利益以相同的宪法保障。他把它们都纳入到第一修正案的保障范围之内。这样做的效果实际上与将它们置于第五修正案之中没有什么两样。无疑，言论中的私人利益必须受到立法控制。“很多人表达生活意义和价值的需要”也不例外。这样，如果杰佛是正确的，第一修正案所保障的言论自由就可以受到限制。由此推之，就第一修正案而言，有关公共利

益的言论的自由也可以受到限制。由于在一个共同原则下与“私言论”（private speech）有这样的联系，“公言论”（public speech）就被降格为一个“迫近和程度”的问题。只要允许骆驼的头进入帐篷，它的身子就会跟着进来。由于与私人利益和愿望不太神圣地结合在一起，美国公民的有关了解他们投票所要决定的问题的权利就被剥去了光彩。

但是为了反驳杰佛先生的观点，必须重申第一修正案的绝对性是建立在它没有双重意旨这一事实的基础之上的。它的意思是单纯的。它并不关心“很多人表达生活意义和价值的需要”。它并不关心很多人，而关心所有的人。相反，第五修正案规定着出于私人目的的言论将会得到适当的保障。但是第一修正案却另有意图。它保障着政治共同体所有成员的共同目的。它关心的是公共事业。既然这种更广泛的利益在可能的范围内包容了所有较小的利益，那么前者是优越于后者的。因此，有关公共利益的讨论就享有追求私人目的的活动所不能享有的宪法地位。它是自治方案的惟一基石。如果这惟一的一块基石被抽走，建立在被治者同意基础之上的统治大厦就会倾覆。

但是杰佛还有一条论证思路。据此，“明显且即刻的危险”原则得到了阐明和维护。他说：“只有当国会和法院意识到区别合法和非法言论的原则就是平衡两种非常重要的社会利益——公共安全和追求真知——的时候，第一修正案的真正界限才可以确定。每一个合理的做法都应当同时保证这两种利益；只有当公共安全的利益受到实际损害，而不是像大多数人所认为的那样受到纯粹想象中的一丁点儿影响的时候，才可以牺牲言论自由的重大利益。”^[15]

这段表述比我看到的其他任何著述都更清楚地体现了霍

姆斯式的言论自由阐释中所存在的严重问题。在这里，杰佛先生是令人困惑的，就如同霍姆斯和布兰代斯先生在他们的早期意见中在适合于“一个紧急情况”的行动问题上所表现的那样。然而，在我看来，他是错误的。杰佛先生说，公共安全和追求真知这两种利益是两种不同利益。他说，它们之间有冲突，需要平衡，有时我们必须进行取舍。这就是宪法所包含的公共讨论与公共福利之间的关系吗？我认为不是的。我从宪法中找不到任何东西可以证明这一点。宪法在什么地方告诉我们说存在着一个杰佛先生所谓的平衡关系？它的哪一个条文中告诉说，如果追求真知有损于公共安全，就必须限制这种追求，就可以削减追求的自由？没有这样的条文。不仅如此，宪法所包含的自治方案坚决地拒绝杰佛先生所主张的那种“平衡”理论。

我相信，杰佛先生这样的结论，肯定是从他所提出的第一修正案包含个人利益的观点推论出来的。当然，私人利益可以在“平衡”中牺牲给公共安全。在某种特定的情况下，个人的言论利益可能与共同利益相违背。在此情况下，私人利益必须在适当的保障之下做出牺牲。但是，我们已经在第一次讲座中说明，第一修正案并不是说任何人都可以在他选择的任何时间和任何地点发表言论。它并不涉及私人利益问题。它是说，公共讨论的不受破坏与对公共利益的关系是同一种利益要求。在这个问题上，我们美国人在选择统治形式时已经做出一个重要决定。我们决定实行自治。我们已经估计到压制公共交流和争论的利弊。在这种估计的基础上，为了公共安全起见，我们判定，破坏自由总是不明智的，而自由总是有益的。这一判定所体现的信念并不是有关个人“自然权利”的情感流露。它是一个明智和清醒的有关何种方式

才能保障公共安全的判断。我们，人民，在为公共福利筹划时，没有考虑要保障“追求真知”。相反，我们考虑的是要保障我们的“生活方式”，我们作为公民负有责任的统治方式。那么，我们作为自由的实践者，倾听那些对立的观点，可能会丧失对于我们政府原则的信心吗？我们应当倾听那些憎恨和厌恶自由的人的观点吗？应当倾听那些一旦掌握权力就会毁掉我们制度的人的观点吗？当然，应当如此。我们必须按照我们的原则而不是按照他们的原则去行动。我们倾听他们的意见，并不是因为他们希望发言，而是因为我们需倾听他们的发言。如果他们的发言违背我们的政治原理、反对我们的战争或平时期的政策，我们公民，作为统治者，必须从我们的利益出发加以倾听和考虑。这就是公共安全之道，就是自治之道。

杰佛先生在他的著作《美国的言论自由》中提供了大量的证据，可以用来支持我们对他的批评。他发现，在我们的整个历史进程中，对言论自由的压制一直是对公共安全的极大威胁。他用约翰·密尔的格言来总结他的发现：“一个国家压制它的人民以便他们成为可以掌握于股掌之上的温顺工具——这样做即使为了某些有利的目的，也实际上不可能有什么好的结果。”^[16]杰佛先生讲述了一个故事，说明压制不仅没有效果，而且会造成灾难。在第一次世界大战中，威尔逊总统根据对一些明显且即刻的危险的判断，实施《反间谍法》（Espionage Act）采取镇压行动。

按照杰佛先生的说法，威尔逊总统的重大失误就在于他没有看到有关战争与和平问题的公共信息交流和公共讨论的紧迫需要。他感到有必须防止公共讨论可能带来的即刻的、实质的危害。杰佛先生告诉说，有近两千人在镇压过程中受

到控诉。他总结这些控诉活动的后果：“……威尔逊总统以前曾经得到被称为‘先进人士’的帮助，然而现在，威尔逊总统的法律助手们从恭顺的法官那里获得的 20 年监禁的判决却使成千上万的‘先进人士’们感到迷茫、受到镇压和被迫缄口。结果，爱国主义到处泛滥，而批评的声音寥寥无几，只能听到对于弹药供应缓慢的指责。错误的路线得到执行，例如 1918 年派遣一支军队到阿尔汉格尔斯克（苏联西北部的港口城市——译者注）。正是这次行动导致与俄国反目，威尔逊总统的和平欧洲计划落空。诸如秘密条约等一些有害的行动被掩盖起来，以致错过补救的时间，结果就是问题突然暴露出来，而一切损害都已造成。仅仅因为总统先生喜欢，就不假思索地采取一些正确的、然而也导致不好结果的立场，例如我们对于军备竞赛前国际联盟的支持态度。这些立场一俟兴奋期过去就遭受失败，因为它们没有经过慎重思考，没有经受公开讨论的锤炼。这样，当我们获得了军事胜利时，就不知道如何处理善后事宜。没有建立在信息充分的基础之上的公共舆论来帮助威尔逊实现朝向世界新秩序的战斗目的，以避免灾难重新降临。”^[17]

杰佛先生的这些话似乎表明他改变了原有的立场。他现在并不是在追求真知的利益和公共安全的利益之间进行判断，进行平衡。他正是在谴责威尔逊总统的这种做法。相反，他在机智和热情地表示这两种公共利益无论在目的上还是在实践上都是一致的。他对威尔逊总统的批评并不仅仅是总统限制了对真知的追求，而是总统的行为导致了无法“避免灾难重新降临”，无法阻止“一切损害”的发生。这正是建立在第一修正案绝对性基础之上的最后论断。它并不是在知识自由和公共安全之间进行平衡的结果。相反它郑重地宣

布，知识自由是公共安全的必要保障。这一宣布没有附带任何条件。如果我们试图藉压制避免一些较小的危害，必定会产生更大的危害。伴随着一些暂时的、局部的利益而来的是长久、可怕的灾难。这个灾难就是自治的失败。自由人们最需要的是真知。归根结底，只有对真知的追求和传播才能给国家带来安宁和和平。

从哲学的角度来看，杰佛先生论断中的缺陷就变得明显。这一论断对于宪法的目的是极其有害的，因为它是一个有关知识性质和功能的理论，它损害人们有能力自治的信念。它瓦解这种信念：一个人或一个社会，有能力以思想指导自身的行动。当人们决意自治，主宰自己的命运的时候，追求真知就不仅仅是一种可以和其他利益“平衡”的利益。在自治事业中，知道和了解的活动有一种特殊的地位和特殊的权威，其他任何活动都居于其次。这种活动判断其他活动中哪些是可以做以及哪些是不可以做的。它甄别着其他活动。它赞成和反对来自其他活动的主张。它统一各种意见以决定各种各样的行动方案。因此，这种活动具有支配其他活动的权威。这一权威绝对地排斥这一观点，即，这种活动可以和其他活动或其中的一种活动相“平衡”。大家不妨想想法庭中的法官，他能成为当事人的“平衡”对象吗？只有社会的共同判断和充分知识居于各种利益之上，只有判断和知识的权威得到承认并发挥效力，政治自治才可以形成。

当第一修正案宣布公共讨论的自由不受限制时，它确认具有独特意义的就是这些追求真知的活动的权威。正是由于疏于认识到这种权威的独特性质，才导致最高法院忽视第一和第五修正案之间的区别。当我们把所有物和运用所有物的智慧一起置于相同的宪法保障之下时，这一权威就被不幸地

误解和贬低了。根据《权利法案》，是“我们”统治着我们的所有物，是“我们”而不是“它们”必须是自由的。如果我们无视这一基本区别，我们就会丧失“公民”的责任和尊严。我们就看不到公共智慧在民主生活中的作用。我们就既无法理解也无法讲授根据同意的统治的道理。

二

现在我们回到霍姆斯本人，这个开创了这种理论的人或者惹起这些麻烦的人。首先，我们必须感谢他在半个世纪的言论自由保障活动中所起到的领导作用。他是一个英勇无畏的人士。他的同时代人中没有一个能像他那样吸引和激励为公民自由而战的年轻斗士们的心灵。他以当时无与伦比的影响力，号召同胞公民，不论年老的还是年轻的，一起去批判自身的偏见，去挖掘政治制度的意蕴。这个伟大的北方佬、内战时期的北方大兵是政治自由的最重要的老师之一。

然而，霍姆斯先生有关第一修正案的思想却令人不敢恭维。他没有在事实或原理上做任何论证，就径直抛出他的主张，说某些种类的言论是“不可容忍的”。他声称，如果存在“明显且即刻的危险”，就可以证明压制言论的正当性质。这些主张并没有宪法上的理由。那么，他的这些观念从何而来？

当我们试图了解霍姆斯先生的思想时，必须记住，霍姆斯先生对宪法的阐释渗透了他一生中哲学问题深切的理解。他喜欢读书、思考和与朋友争论，喜欢研究人和宇宙问题。他敏于思考的心灵探索着有关信念、偏好和行动的深奥哲学，而这正是目前宪法观念的渊源。他探索着在争取政治

自由的斗争中的思想及其运用方式。他对宪法问题的意见记录了他的研究结论。因此，如果我们不从根本上分析他的哲学观，就不能真正地接受或拒绝他对我们法律制度的解释。我们也必须哲学化。我们必须和他一起去尽可能深刻地探索一个自治社会的道德 and 知识根基。

我们会发现，霍姆斯的哲学观是一种比较极端的个人主义。我们可以从中发现他那个时代还没有发展成熟的新达尔文主义和已经失去传统美德的古老、陈旧的清教徒主义的奇怪混合物。除了这两个因素之外，霍姆斯早年的军旅生涯又添加了一个好怀旧、甚至多愁善感的老兵的英武之气。由于思想深处的这些不协调因素，霍姆斯把人类社会看作是个人的聚合体。在这个既独立又竞争的社会形式里，每个人都在为生存而奋斗，为明天而奔波，每个人都在乞求灵魂得救——如果有灵魂的话。因此，他总是倾向于把宪法解释成一亿多美国人在过去和未来的共同活动的结果，就好像这些人所组成的社会根本没有一个集体目的似的。他相信一种斗争理论而不是合作理论。在他看来，一个国家就是一群原子式个人的巨大聚合物，人们之间仅有外部联系。

在很大程度上正是因为霍姆斯把这种个人主义表达得生动有力，他才成为他的时代和国家最杰出的代表人物之一。他与同胞人民的不同之处并不在于他的信念，而在于他能把这些信念表达得清晰而坚定。他真诚而敏锐，既不会逃避某个问题，也不会忽视某个问题。他特别擅长表达犀利、富有刺激力的警句。他能够说出我们由于忙于俗务而未及深思的一些观点，由于过于谨慎和世故不敢表达的一些观点。由于这些原因，在我们历史上的危机时刻，他就对国民拥有特殊的影响力。他似乎成了我们精神的化身。这样，如果这一时

刻已经来临——现在看来似乎明显地已经来临，我们在世界上的领导地位使我们必须理解人的本性、他们的行动及其原因，那么无疑，霍姆斯先生关于自治问题的意见就给每一个忠诚的美国人在关注这一个应当关注的问题时提供了研究材料。当我们认为霍姆斯是错误的时候，要比当我们认为他在某个地方正确的时候，这一论断显得更真实。

当然，作为一个哲学学者，霍姆斯对法律与正义之间的关系更感兴趣。他在这方面的思想尽管有失偏颇却很深刻和犀利。他作为一个优秀工匠的才能使他成为法律理论上的机械论者。从这个角度，他把立法机构和法院看作是诸种力量相互冲突的场所。他擅长分析这些力量之间的机械关系。他饶有兴趣、有时甚至可以说是玩世不恭地关注着法律斗争的消消涨涨。他告诉我们说，人生就是“一场搏斗”。尽管霍姆斯作为一个冷眼旁观的看客，认为斗争的结果几乎完全依仗运气来决定，不过他仍是一个优秀的斗士，积极地投身于斗争之中。

霍姆斯在 1897 年在波士顿大学法学院发表一篇题为《法律的道路》的精彩演讲，可以用来说明他在法律理论上的机械论观点。他说：“如果你想了解法律而不是其他什么东西，那么你就一定要从一个坏人的角度来看法律，而不能从一个好人的角度来看法律，因为坏人只关心他所关心的法律知识能使他预见的实质性后果，而好人则总是在比较模糊的良心法则中寻找他行为的理由——而不论这种理由是在法律之中还是在法律之外。”^[18] 又，“但是，我将尽力证明，所谓法律义务无非是这样一种预测，如果有人做了或未做某事，他将因法院的判决而承当这种或那种不利后果——法律权利与此类似”。^[19] 还有，“人们希望知道，在哪种场合，在多大程

度上，他们会与这种比他们自身强大得多的力量发生冲突。于是，辨别何时危险会真正降临就成为一桩买卖。所以，我们研究的目的是为了预测，预测公共力量何时假手于法院。”^[20]

除了“比较模糊的良心法则”之外，这些话直言不讳，很有说服力，给人很深的印象。作为一个机械论者，霍姆斯从“法律”中剥去所有的“道德”内涵。他发现，法律斗争的实质是社会和个人的不同利益之间的冲突，结果就是作用力与反作用力之间的此消彼涨。在一个机械论者看来，这种结果除了可能成为国家收入的来源外，没有其他的意义。这就是深刻而冰冷的法律机械论。

但是，这种机械论在哲学上存在一个缺陷。我们可以用两种不同的方法来阐明。第一，由于它有失偏颇，所以没有充分注意到更深层次的社会目的和理想，而这恰是法律获得生命和意义的源泉。霍姆斯所说的这些斗争并不是发生在丛林之中，发生在道德的真空之中的，它们是发生在一个自治社会所建立的立法和司法机构里面的。它们不是纯粹的利益冲突，而是在确定公共利益的法律调整之下的冲突。因此这些斗争不仅表现为分歧，而且表现为合意——也就是双方所达成的协定。这种协定不仅要求法官和陪审团确定现在发生了什么，还要根据我们的生活目标确定什么是应当发生的。这种冲突是发生在一个宪政制度下的冲突，而这个宪政制度包含了我们有关人和社会幸福的最深沉的信念并赋予这些信念巨大的权威。如果这些更深沉更远大的信念被确实赋予了巨大的权威，那么，霍姆斯的法律机械论尽管在机械论上是正确的，但是从法律运作的全过程来看，就是完全错误的。根据这一点，可以公正地说，霍姆斯在解释宪法保障的言论

自由时，惟一没有注意到的事物就是宪法本身。我们可以从他的论述中发现他几乎没有提到我们美国人决意结成一个自治社会的事实。也没有怎么注意到“我们以我们的生命、财产和神圣的名誉彼此宣誓忠于”的那一个基本协定。在霍姆斯看来，我们不过是一群乌合之众，尔虞我诈，相互斗争，受到“偶然形成的”法律的约束或支持。

如果我们仔细研究霍姆斯有关“比较模糊的良心法则”——亦即有关道德的要求和原则的看法时，也可以得出相同的结论。当我们分析他的论述法律和道德的话时，必须承认，说霍姆斯根本不考虑道德因素并不十分准确。确切地说，他为此感到困惑，不知如何解决。当他研究立法和判例时，恼人的道德问题不断出现，几乎中断法律机器的运作。霍姆斯先生告诉我们说，如果不从坏人的角度看待法律，就不可能懂得法律。但是同时，他意识到，即使人们在同法律打交道的时候，在某些方面也是好的。正是在利益冲突之中，霍姆斯先生发现还有“其他一些事物”，例如“一个好人行动的理由”，发挥着作用。在他的机械论论调中，他说：“……我要求你们暂时想象一下你们对其他的和更伟大的事情漠不关心。”^[21]但是当霍姆斯先生回头分析这些其他事情时，他的论述含糊不清，游移不定。相比他对法庭斗争所作的犀利、熟练的分析，他对道德问题的分析显得愚钝和幼稚。霍姆斯先生惯于甚至乐于把“坏人”而不是把“好人”当作哲学研究的对象，这种习惯和乐趣是他在道德问题上感到困惑的根源。一个坏人是易于分析的，不过太易于分析又显得不真实了。他只想知道如何使阴谋得逞。他只想预测到违法和守法的不同后果，以便知道如何选择。他雇佣律师来帮助他。律师受人钱财，为人服务。霍姆斯先生乐于通过法

律的惩罚调整他们的行为。然而一个好人又如何呢？他想要什么？假如他求助于律师的话，他希望获得什么呢？对于这些问题，霍姆斯先生是不好回答的。他的思想太难于穿透法律机器去发现人们的友谊和品德这些因素，而这些因素正是好人们为了保护他们建立和维系的美国宪法和法律、抵御坏人及其法律顾问的破坏而形成的。为了反对霍姆斯的格言，我也大胆地提出一段格言，即，如果一个人不从好人——一个在政治活动中不仅争取法律上的个人权利而且也热情、积极地服务于公共福利的好人——的角度看待宪法，就不能理解宪法的基本目的。

三

关于美德的性质，霍姆斯先生有两种十分不同、相互冲突的观点。在我看来，他没能解决这种冲突，根源在于他对第一修正案的误解。因此，我们必须更加仔细地审视霍姆斯有关正确行为的意见。

一方面，我们可以看到散见于一些著述中的论断：

在我看来，我相信生存斗争就是世界的秩序，这是无可抱怨的。^[22]

我认为，人性的全部含义就是，“一旦有所求，尽力实现之”，这比爱邻如己的徒劳一场要重要得多。^[23]

但是，从根本上说，一个人追求的是他自己的利益，而不是他邻居的利益，这是无可厚非的。而且，这不仅真实地体现在立法活动中，而且体现在其他任何形式的合作活动中。^[24]

实际情况是，无论是这个国家还是在其他国家中，法

律都是居于优势地位的一部分人将义务施加给对立者的一种必要手段。^[25]

但是，我认为这些都是显而易见的：不仅对于国家而且对于私人而言，立足之本是各自的实力，而且，决定所有私人关系——不论它们多么受感情因素的影响，——以及所有社会性情感的最终因素，都是无可非议的自爱。^[26]

自爱和实力——这是人类行为的基本准则。根据这些原则，一个好人就是获取他能获取之物的人。如果有一些要承担的义务，他看作是别人施加他的义务。这种自利当然是明智的，或者说是聪明的。不过自利是自我的利益，而不是公共福利。

但是，霍姆斯的理论不止如此。他还有有关美德的理论。他的这句话“比较模糊的良心法则”表明他意识到，除了实力和自利之外，其他的人类因素也在起作用。谈到这一因素时，他带着赞许的口吻。然而他的意思含混不清。好像是这一因素除了神秘莫测，无法把握之外，不能有什么实际意义。他告诉我们说：“人生是一场搏斗，但是在人生的底处，有一种神秘的精神性东西赋予整个人生意义。这种东西使得枯燥乏味的烦琐生活变得富有情趣。它提醒我们，意义也是一个无法把握的人生整体的组成部分。它意味着，当我们认为我们是自我主义者的时候，我们却是在为了超越我们生活的目的而活着。”^[27]

我们是在为了超越我们生活的目的而活着吗？如果是这样，霍姆斯先生和我们都不能恰当地认为我们是完完全全的自我主义者。他所说的那个“意味”或者是正确的或者是错误的。如果是正确的，那么有关自爱和实力的整个理论就是站不住脚的，就必须被抛弃。如果整个宇宙是不可把握的，

那么就不会有一种神秘性的东西或者其他的什么事物赋予它意义，它就没有意义。为什么假装说有呢？如果枯燥乏味的烦琐生活纯粹是自私的，怎么可能富有情趣，除非在自欺欺人。霍姆斯先生这段表述非常优美，但是对于人们理解人类美德的影响却是极其有害的。他在这方面的错误对于我们的论题至关重要，因为不论这个错误还有什么其他的意味，第一修正案都看作是有关人类美德的表达。这个修正案本身就是社会公共福利的保障。它保障人们从事促进公共福利的有道德意义的活动。如果这种活动被剥去它的道德意义，第一修正案也必将遭到相同的命运。

霍姆斯没有认识到包含在我们的国民契约中的明智而坚实的道德原则，这种契约规定统治必须建立在被治者的同意的基础之上。霍姆斯的这种失误在他著述中的每一个转折处都表现得很明显。他认为道德是浪漫的动机，当这种浪漫的动机与他那目光锐利而短浅的机械论发生冲突的时候，就被抛弃了。道德的这种命运在那篇给吴先生的著名书信中体现得非常明显。在信中，霍姆斯激烈、坚决地反对道德理想主义，反对那种认为根据我们的统治原则每个公民享有且应当享有作为国家主人翁的尊严的观点。霍姆斯对道德理想主义非常不以为然：“我不相信，人本身总是目的，是一个绝对原则或人类的终极真理。我们征召一个兵士，让他肩扛刺刀去为他并不信仰的事业而死，我不会感到有什么犹豫不安的。依我之见，我们的道德纯粹是为了制约实力决定一切而产生的，就好像我们的礼貌是为了制约猪把蹄子踏进食槽而存在的一样。”^[28]

一头猪制约另一头猪。或者，更准确地说，许多头猪制约着一头猪。对于这样看待人类社会的礼貌和道德准则的

人，我们该说些什么呢？哈罗德·拉斯基在呈送给他的尊敬导师的一篇精彩颂词中作了如下结语：“我还没有见过像您这样的人，虽身居高位，但是您的高贵和仁慈随处可见，泽被广大，庄严而安详。”^[29]我们许多人在华盛顿埃伊大街的霍姆斯先生家里或在附近看到他，无论对他是否熟悉，都会有相同的爱戴、敬仰之情。但是说这些等于评说霍姆斯先生的人格，而不是他的观点。他的观点、道德理论才是他的所有思想的潜流，并渗透进他对宪法的解释中。而且如果我们试图确定霍姆斯的意见书是否正确，必须批判的是正是他的观点和道德理论。

我相信，如果说人的尊严意指宇宙的绝对原则，许多人会同意霍姆斯的观点。就我们所见，非人性的宇宙并没有道德原则。它不知道也不关心人类尊严，或其他的什么事物。而且，我们可以同意，尊重人类尊严并不是人类的最终真理。这种相互尊重的原则仅仅是在这样的情况下产生和得到证明：一群人已经成功地结成同胞关系，并受其约束，这种同胞关系依靠明示或默示的协定维持着一种“生活方式”。这种目标对于整个人类而言依然很遥远。但是当有人面对着我们的宪法却说，一个“同胞”公民并没有必须予以尊重的尊严时，就是另一个问题了。这样说不仅仅是无视宪法，简直是否定它。霍姆斯先生就是以这样的语言彻底推翻了作为我们自治方案基础的道德协定。尤其是，他破坏了第一修正案的基本原则。当然，一个人在做这样的谴责时必须承认制度的意图和意图的实现状况之间的距离。每一个人都知道我们在实现自治方面的努力是多么的不够。在很大程度上，我们活得没有尊严。但是，关键之处在于，我们彼此宣誓要创造一个每一个人都是主人翁的社会。每一个人不是有利刃在

背后威逼，而是有目标在前方召唤。如果我们没有做到这一点——事实上就是如此，应该感到“犹豫不安”。如果我们毫无悔意、毫无不安地接受了失败，就等于抛弃了宪法。我们已经把社会分成有尊严的“我们”和没有尊严的“他们”。宪法就这样失败了。

四

好了，我们在分析霍姆斯的观点和理论之后，可以也应该给我们的论题作一个结论了。现在，我们必须阅读和努力解释艾布拉姆斯案判例中的那个著名的不同意见书。霍姆斯在这份意见书中明确地表达了有关言论自由原则的建设性的宪法理论。这份意见书的摘要如下述：

依我之见，惩罚这种意见表达活动是完全合乎逻辑的。如果你确信你的观点有道理，并十分希望说服别人，你自然会在法律的范围表达言论，驳倒所有的对立观点。允许对立观点的存在似乎表明你的言论是没有说服力的——就好像一个人说他力不从心一样，或者表明你并不十分关心胜负的结果，或者你怀疑你的观点的正确性。但是若人们意识到时间已经推翻许多战斗性的信念，可能会比相信自己行动的根据而更加相信这一道理：我们所欲求的至高之善（the ultimate good）惟有经由思想的自由交换，才比较容易获得——亦即要想测试某种思想是否为真理的最佳方法，就是将之置于自由竞争的市场上，看它有无能力获得认可。这就是一场实验，就如同人生是一场实验一样。如果不是每一天的话也是每一年，我们都不得不把我们得救的希望寄托在一些并不十分可靠的预期之上。因为

实验就是我们制度的组成部分，所以我认为我们应当永远警惕那种限制我们所反感和厌恶的意见表达活动的企图，除非这种活动给法律的合法和重大的目的造成了迫在眉睫、即刻的危险以致必须立即采取限制措施以拯救国家。我根本不赞成政府的观点，即，第一修正案并不妨碍普通法上煽动诽谤罪的效力。在我看来，这种观点是违背历史的。我说过，美利坚合众国多年以来已经在不断地反悔 1789 年 7 月 14 日的《煽动诽谤法》，并为此付出了代价。只有在紧急情况下，只有存在着一种即刻的危险使得通过时间去肃清邪恶的谣言为不可能，才可以暂时背离那一个绝对的规定：“国会不得制定法律……以削减言论自由。”^[30]

这段话不仅文采斐然，而且具有很强的震撼力。大法官弗兰克富特先生作过这样的评价：“无论是在将来的哪一天，艾布拉姆斯案判例中的那个著名的不同意见书都是一篇有魅力的英语散文。”^[31] 马克思·勒纳也以热烈的敬仰之情说道：“霍姆斯的这份意见书真是无法改动一字。它非常凝练、优美和坚定，不愧是美国人所写的有关言论自由的最伟大的文字，可以与密尔顿和密尔的著作相媲美。”^[32]

一个美国教师读了这段文字之后也会衷心赞美它的文采。但是它的内涵和逻辑就不那么值得赞美了。在形式上，正如勒纳先生所言，它是最伟大的作品之一。但是在内容上，霍姆斯在这里和在别处一样，不过雄辩地表达了一种美国式的个人主义，这种个人主义削弱和扰乱了我们对于智识自由的理解。然而，对于这里的否定性批评，有两个例外需要说明。

第一，任何一个感到本案中人类价值处于危险之中的人

都不可能不钦佩霍姆斯先生在不同意见书中的论断的伟大。在下级法院，一群无助、无力的俄国移民在经受了可以说是我们这个国家的历史上最不光彩的一次审判之后，就被完全抛入战争遗留的偏见和憎恨的狂热旋涡之中了。他们的罪行就是他们拥护一些政策，然而同时威尔逊总统的一些最聪明的顾问曾力劝他采纳这些政策。这些顾问并没有被指控、判定有罪和受到惩罚，尽管他们的话能够产生更大的影响力。但是这些没有辩护的叛乱者被判处 20 年监禁。霍姆斯先生因为谴责这种可耻的法律处罚而将被永远铭记和怀念。

第二，我们必须接受和欢迎这个主张，即，宪法就是一场实验，就如同人生是一场实验一样。我们的统治方针是建立在并非完善的知识基础之上的，必须永远接受挑战和修正。它将随着社会条件的变化而变化，随着人类认识能力的进步而进步。没有人可以预知这些变化是快还是慢，是表面性的还是根本性的。我们，人民，是在宪治下的，必须不断地决定这一问题。我们的后代也将像我们一样自由地决定他们的政府形式。

但是，霍姆斯对于本案的核心问题——即对于为了公共福利检验真理和运用真理的论述是不充分的。我相信，在以下两个方面，霍姆斯先生都没有表达出他希望表达的“宪法定论”。第一，“要想测试某种思想是否为真理的最佳方法，就是将之置于自由竞争的市场上，看它有无能力获得认可”。不可否认，这句话包含着一个尽管片面但是确实的真理。它正确地告诉我们，自治的人们惟一可以依赖的真理是在公共讨论和决定中获取的。在任何时刻，我们共同决定的东西都是我们的真理。在这里，这种检验真理的方法不仅仅是“最佳”的方法，它还是惟一的方法。但是这个有缺陷的洞

识经常被霍姆斯所代表的个人主义解释成真理追求过程的全部特征。而且，在我们美国人的公共生活中，这种形式的洞识已经成为滋生知识活动中的没有道义感以及由于没有道义感而导致的谬误的丰厚土壤。由于受到这种见解的影响，我们美国人以“市场竞争”原则来指导行动，把自己看作是孤立的思想者，认为没有义务检验自己的思想，没有义务保证自己的思想与一个自治公民的身份相吻合。我们认为，这种检验不是由我们自己而是由“市场竞争”来进行的。因此，我们每一个人都可以随心所欲地思考，相信为了私利可以为所欲为。我们思考时并不是把自己当作是“我们，美利坚合众国人民”这一个政治共同体的成员，而是当作一个农夫、工会工人、雇佣者或投资者。我们为了棉花、甜菜、银、钢或小麦而筹划和投票。我们的思想属于东部、西部、北部、南部或中部。当我们站在这些立场上辩论时，我们的目的并不是要发现真理。这是市场竞争的事情。我们的目的就是“提出自己的主张”，就是赢得一场斗争，使我们的要求貌似合理，保持一定的压力。这种对检验真理的解释给我们人民的心智造成的衰退几乎是难以置信的。在这种影响下，并没有什么标准可以甄别真理与谬误。真理只能是一个人、一个利益集团或一个国家侥幸获得的东西。这种对知识的自由放任主义而不是任何其他某种因素的依赖，已经摧毁了我们国民教育的基础，已经剥离了“达理”、“明知”和“献身公益”这些真言的含义。它使得知识自由与知识、特权联系在一起。这就是霍姆斯先生美丽的语言造成的灾难性后果。

但是霍姆斯那些不仅涉及到检验真理而且涉及到运用真理的其他论断与我们的宪政问题更直接相关。我们可以把它们总结为两句话。第一句是，霍姆斯说，人在本质上是不宽

容的。不错，的确如此。这可以用来证明人为什么要压制他所厌恶的其他人的观点，根据就是以实力为保障的自爱。但是，第二句又说，人们通过经验得知，不宽容是有代价的。我们需要真知作为我们行动的基础，但是通过自由交流而不是相互封闭，我们才能更好地获得真知。因此，一个人的思想必须服从市场的竞争。他的自利要求他必须抛弃那种正当、天生的压制欲望，服从与研究相同问题的人们进行交流的明白需要。

宪法禁止削减言论自由就是因为这种理论吗？它不过是宪法理论的组成部分，而且我可以肯定，它仅仅是一个次要的局部因素。没有人可以否认获得真知对于自治目的的重要性，但它不是我们最根本的目的。如果人们是他们自己的主人，那么，真理是掌握在共同体的全体公民手中——这个要求就极端重要。第一修正案主要不是获得新的真理的设置，尽管这一点很重要。它是一个分享已获得的真理的设置。它的目的是使政治共同体的每一位投票人最充分地理解一个自治社会的公民们必须面对的问题。当一个自由人进行投票的时候，真理仅仅被其他人，被学者、行政人员和立法官员所知道是不够的。投票人必须可以获悉真理，没有谁可以例外。那么，第一修正案的主要目的就是，所有的公民都应当尽可能地理解公共生活所面临的问题。这就是为什么不可以禁止他们接触一切观点、意见、质疑和相关的信息。根据宪法据以缔结的协定，大家一致同意，他们应不受其他人统治而实行自我统治。但是，霍姆斯先生所坚持的这种竞争的个人主义却使他完全遗忘了基本协定的存在。第一修正案在他心中，所保障的不是为自治所必须的政治自由，而是寻求知识的这个或那个人的私人自由。由于这个原因，他剥落了

第一修正案的精义，这个精义也就是我们的共同协定——我们作为政治共同体的成员齐心协力管理好自身的事务。这个精义是人类在追求政治自由的过程中所获得的最高智慧。霍姆斯先生至少在他构思“明显且即刻的危险”时忽略了它。

五

那么，这就是我针对“明显且即刻的危险”理论所作的批评。很明显，这些批评可以归结到一点，就是这一理论忽视或否定了自治协定的存在。

第一，这一理论拒绝承认或有意忽视自治公民拥有两类不同的公民权利的事实。作为法律制定者，公民们有义务和责任要求绝对的自由。作为法律遵守者，他们又拥有相对自由的各种所有物和权利。

第二，这一理论没有厘清公共讨论和私人讨论的不同的宪法地位。

第三，它没有看到，根据宪法，拥护和要求政府行动的自由是绝对不可以受到限制的。只有拥护和要求私人或非政治团体行动的自由才可以受到限制。

第四，这一理论把言论自由当作是一旦公共福利有了危险就可以废置的纯粹制度。相反，正是这些危险的存在才使我们在恐惧中必须牢记和恪守言论自由原则，它的完整性是根据同意的统治的整个架构的基础。

第五，最高法院由于采纳了取消第一修正案的这个理论，已经严重损害了我们的国民教育。它否认这一信念，即，人们可以通过自由的公共讨论的方式实行自治。

六

“国会不得制定法律……削减言论自由……”

这个宪法原则告诉我们，我们可以在公共讨论中自由地批评宪法，一如我们可以自由地为它辩护一样。它给予我们信仰和拥护社会主义或共产主义与我们的某些同胞公民拥护资本主义一样的自由。它表明，联邦调查局、外侨活动调查委员会、司法部及其移民事务局、总统忠诚令的所有镇压活动不仅在理论上是错误的而且在实践上是有害的。它告诉我们，诸如希特勒的《我的奋斗》、列宁的《国家与革命》、马克思和恩格斯的《共产党宣言》等书籍可以在美国自由地印刷，自由地发售，自由地传播，自由地阅读，自由地讨论，自由地相信，自由地质疑。这一规定的目的并不是要满足哪些特定的人的“表达生活意义和价值”的需要。我们也不是要保护印刷者、传播者甚至作者的经济利益。它的目的是，美国公民只有充分、无畏地面对针对他们制度的一切辩护和一切批评，才适合于实行自治。公共讨论的自由是不可限制的，这是自治政府的基石。立于这样的基石之上，我们不应在明显且即刻的——甚至是极严重的——危险面前畏缩倒退。

第四章

若干反思

我认为，这一原则的探讨是无止境的。这些讲座的探讨尤其是不够的。在我看来，它们与其说是探讨，还不如说是探讨的开始。即使我们同意“明显且即刻的危险”公式误解而不是表达了宪法的意蕴，即使我们相信第一修正案对公共讨论的自由所提供的保障是绝对的，我们也会立刻陷入一堆疑问之中，原因正是这些结论。这些问题既关联到理论又关联到实践。本书并没有特别地讨论它们，这一点无须隐瞒。在这作为结语的反思中，我将试图指出有关言论自由的进一步研究的可能路向。

—

有一个亟待实现的紧迫要求，就是，我们美国人应当清楚地认识到包含在第一修正案之中的一个有关言论的相互协定。这些讲座已努力表明最高法院所采纳的“明显且即刻的危险”公式既不能够忠实它的原义，又不能够保障它的正确有效。在多变莫测的市场竞争中，它的言论上的胜利变得模

糊和空洞，但是在公民讨论的更大市场中，原始意义上的这一诱人术语明显、切实地居于统治地位。我们美国人一般相信，根据最高法院的权威意见，不论何时何地，只要“美国的生活方式”被批评，被说成是一种不好的生活方式，我们就可以依照宪法正当地运用压制手段，以限制包括言论自由在内的公民自由权。这种对于我们自身统治原则的背叛，正以它的所有可怕后果，腐蚀着包括政治生活在内的美国生活方式的每一个方面。对于这种灾难性的腐蚀，接受了这一公式的最高法院是必须负有很大责任的。作为一个教师，我是否可以提出一个建议，说最高法院（它也可以看作是一个教师）现在应当明确地宣布任何观念都不得因为某人在政府内外判断是“危险性的”而受到压制？

二

然而，如上所述，言论自由原则并不是源于某种假定的“自然权利”，而是源于以普遍性投票的方式实行自治的需要。接下来的问题就是要对这一原则的范围做出一个很严格的限定。第一修正案的保障并不是给予一切言论的。它仅仅保障直接或间接地涉及到那些必须由公民投票决定的问题的言论——因此它仅仅保障有关公共利益事项的思考和讨论。私言论，或者说言论中的私人利益，是没有资格要求得到第一修正案的保障的。如果人们所从事的活动——就像我们通常所做的那样——是直接关涉私人利益、私人权利或私人所有物的争论、探索、拥护或呼吁，我们当然可以受到“正当程序”条款的保障。但是第一修正案与这些活动无关。如果我们没有清晰、明确地区别开社会的公共利益和公民个人或

团体的私人利益，第一修正案就永远是含混和不可理解的。

那么，公共利益和我们多种多样的私人利益之间的区别是什么？在美国人的头脑中，对于我们国家生活中的这一问题是最糊涂不过的。因此，对这一问题清晰、明智的认识最为重要。当然，我们每一个人都在口头上承认二者的区别。我们或清楚或模糊地认识到，根据美国的自治原则，每一个公民都有两种根本不同的目的，因此与政府之间所保持的也是两种根本不同的关系。如果人们是自由的，他们就有着两种不同的价值。他们“关心”国家，但是他们也关心自己。一方面，我们每一个人作为一个公民都参与到国家的统治事务中，以此身份，我们为公共利益思考、发言、筹划和行动。另一方面，我们每一个人作为一个个人或私人组织的成员，追求着自己的利益，这也是正当的。在第一种角色中，我们是投票者，立法者，统治者。我们，人民，在共同承担这一角色时，就是政府。但是在第二种角色中，我们是个人，是被治者。我们的立宪契约就是，每一个人的个人所有物和活动都要受制于他有义务遵守的法律。当公共利益要求的时候，他的私人权利，包括“私”言论的权利，都要接受法律的限制。

那么，这里就有两种人类利益和活动。在宪法中，它们被赋予，也必须被赋予根本不同的地位。它们是如何相互联系的？公共利益对于我的或你的利益有什么意义？它们是同一的吗？它们是既有差别又相协调的吗？它们是对立的吗？它们是彼此之间毫无关联的吗？不弄清它们之间的关系，就别指望理解政治自由。

当然，我们无法三言两语就说清楚公共和私人利益在宪法中的所有意涵，甚至可以说，就是一两篇论文也难以做到

这一点。包含在公益和私益的区别中的人类关系永远是错综复杂、令人困惑的。我们这里只能简要描述与言论自由有关的部分。

宪法序言以概括的方式列举了美利坚合众国所追求的公共利益。它们是：一个更完善的联邦，正义，国内安宁，共同防务，公共福利，自由之赐福。它们是我们，人民，共同的目的或目标。为了它们，我们一起筹划和工作。它们是我们共同忠诚的对象。那么，它们对于我们作为不同的个人所具有的不同的愿望和活动有什么意义？我们可以从以下五个方面试着回答这一问题。

第一，在美国社会中，就如同我们希望的那样，公共利益并不是凌驾于个人的愿望和利益之上的另一种不同的利益。它并不包含在个人利益和愿望之外的任何东西。共同目的是由公民的不同目的凝聚而成的。前者尽可能包容后者。

但是，第二，既然人的利益总是处于冲突之中，它们无法都变成现实。把它们简单相加是不可能得到公共利益的。保护一方常常意味着限制另一方。由于这个原因，公共利益不会是纯粹的私人利益总和。它必然会根据对相关价值和彼此内涵的判断来对它们加以组织、选择和安排。

第三，政府在利益之间所作的判断依据是诸如联邦、正义、安宁、防务、福利、自由等一般原则。为了这些表达在公正法律当中的这些共同福祉，任何个人在任何情形下都可以被要求承担生命、自由、财产和幸福等方面的牺牲。作为公共利益的卫士的政府被授权通过正当程序作出决定，要求公民承担这些牺牲，并可以在必要的时候强制执行有关决定。我们国家以及其他国家成千上万的青年男女最近通过实际的经验已经体会、或正在体会到这句话的意味。

第四，政府保障公共利益并因而保障那些构成公共利益的私人利益的活动既是消极的也是积极的。一方面，政府实施禁止纵火、垄断、谋杀等行为的法令以保护个人和团体。另一方面，我们，人民，进行建设事业，提供许多社会福利，例如道路、邮局、公园、养老金、集体谈判、水土保持、图书馆、学校、学院，等等，这些都是个人无法为自己和同胞所做的事情。

第五，应予以注意的是，宪法并没有在原则上规定哪些活动是促进公共利益所必需，是政府的行动范围；哪些活动留给个人，是私人的行动范围。在这个问题上，我们之间存在着明显的分歧意见。我们的政治共同体中有很多人认为，当政府行为退回到一个最小的程度，特别是当它只扮演一个消极的角色时，公共利益才能得到妥善的照顾。但是，从最近的情况看来，我们整个国家以及整个世界似乎相当迅速、坚定地朝着相反方向发展。我们美国人正在发明越来越多的旨在促进共同福利的积极政府行动的新形式。这两种倾向之间的斗争日益激烈和公开化。当我们陷入这种斗争时，最好记住宪法并不支持一方反对另一方。我们可以自由地通过具体的措施来决定我们的经济形式，任何自治的人民都必须享有这样的自由权利。如果说宪法要求我们采用社会主义的经济合作形式，这是可笑的。但是如果说它要求我们保护对于美国生活方式的自由至关重要的资本主义或“自由企业”体制，同样是可笑的。美国生活方式是自由的，这是因为它是我们美国人不断地自由选择的结果。

三

第一修正案保障公言论的自由，与私言论的权利无关，这句话对于我们现在所争论的许多有关公民自由的问题有着明确、有时是决定性的意涵。有一些具体的自由形式，其主张者多种多样，例如，为特殊利益集团服务的说客，在媒体上刊登广告的人，工人纠察队，传布基督福音的人，街头传单的散发者，极端不宽容的鼓吹者，等等。当上述意涵体现在这些自由权利中时，贯彻这些意涵就是一项重要、有意义的任务。因为，在这些情况下，关键的工作就是区分开公共利益和私人利益。但是进行这项工作超出了我们目前研究的范围。然而，我必须提及一个新问题，这个问题会使人感到惊讶，甚至震惊，因为它威胁到传统上被认为是我们的一种主要的“公共的”自由。我们认为，学者的“研究”无论在哪个方面都在第一修正案的绝对保障之下。但是，在为军事目的或在军队指导下从事“原子”或“细菌”研究的问题上，我们现在可以看到我们的思想是多么马虎和错误。在现在形势下，将这种研究看作是纯粹的为了知识而做的超然研究，是极端愚蠢的。这里面明显地既包含公共利益，又包含私人利益。这些探索可以带来一些研究经费，但是它们可能给人类造成无法挽回的损失。

因此，现在可以这样说，人类幸福要求我们应当限制学者及其赞助者随心所欲地进行研究的私人欲望。在这种意义上可以说，“追求真理”的自由必须受到限制。如果以这样的动机采取限制措施，在我看来并没有违反第一修正案。这里，我并没有给这个问题下一个定论，但是我相信，这个问

题正在来临，是无法避免的。在这个迅速转变的世界上，我们这种传统特权——学术研究的神圣权利——已经受到质疑。

如果第一修正案的意涵和效力是源于自治原则的，那么必须承认它的有效范围还有一个非常重要的限制。公言论的绝对自由原则仅仅在一个自治社会中，且仅仅为了这样一个社会时，才是成立的。在一个不依人们同意而径行统治的地方，它是没有政治上的根据的。例如在诸如军队、监狱、精神病院等社会机构中，言论自由原则既不相关也不成立。这些组织不是根据成员的同意而实行管理的。这句话在适用于军队的情况时可能要打一个折扣。士兵也是一个政治共同体的公民，而军队的指挥官要对这个共同体负责。相比之下，这句话更可以适用于精神病院和监狱的情况，不过在这种情况下，也同样有一个机构管理者向政治共同体负责的关系。在所有这些情况下，都可以不经同意而实施直接的控制。可以不经成员成员的普遍讨论和投票而采取某项政策和行动。因此，如果说这些机构内的言论自由不应受到限制，这种要求是没有政治上的根据的。

同样的道理也可以适用于一个在战争中被征服的国家受到军事管制的情况。1944年12月16日，艾森豪威尔将军签署一个命令，规定军事占领期间的德国教育计划。部分内容如下：“德国教员在教学活动中须遵守以下规定：（1）不论课程内容涉及科学、经济或工业领域，或军事地理学的研究，不得赞美军国主义，不得讲述战争行为或者战争动员和准备活动；（2）不得试图宣传、复活或论证纳粹理论，或者美化纳粹领导人；（3）不得敌视或试图破坏联合国各成员之间的关系。违反上述规定者将被立即解雇和受到惩罚。”上

述这些规定如果适用于美国的教师，那是绝对不可忍受的。然而为自由而战的那些国家的军事代表们拒绝给予德国教师以言论自由。这一决定无论是否明智，都无法以它侵害了言论自由为理由，对它提出质疑。在军事占领期间，德国人是不自治的。它和它的教师们都必须服从外来统治者颁布的命令。它的意志——如果它有意志的话——必须服从一种外来的意志，或者说，服从若干种外来的意志。这些意志不仅对它来说是外来的，而且它们彼此之间也是互不隶属的。如果这一点可以成立的话，德国教师们就和苏格拉底不同，和美国同行们也不同，没有任何政治权利以保障他们传授他们认为是正确的东西。

四

我希望，这本书成功地表达了一个美国公民对于言论自由原则的热爱。然而热爱既可能引导我们，也可能蒙蔽我们。我们并没有把自由的热爱都倾注在像第一修正案这样的规定上。即使我们已经思考和表达了我们这个论题一切的内容，一个事实仍是不容回避的，即，第一修正案是一个消极性的规定。它保护言论自由不受侵犯。只有当被保护的“东西”有价值时，这种保护才有价值。因此，我们必须发问，如果美国公民没有有价值的东西需要表达，那么给予他们说话的自由还有什么作用。也可以这样说——把这句话表达得低调一点，这就是，显而易见，当人民受到良好的教育，有丰富的知识，能够作为自治公民而思考和行动的时候，对我们国家中公共讨论自由的保障就会显得日益重要。这意味着，比言论自由更根本、更有意义的事情是教育和思想的解

放。言论自由与教育和思想的解放，并不是两种不同的要求，前者是后者消极的和外部的形式。如果我们看不到，使我们自治社会的所有公民都“平等地”受到教育是第一修正案的基础，那么我们就不能理解第一修正案的意涵。

我无法在本书的结尾处讨论我们国民教育的模式及其利弊——尽管我的论证还不充分，然而指出一个典型的失误仍是有必要的。因为这一失误与媒体有关，所以它在本书论题的范围之内。这一失误表现在商业广播方面。

这种新的传播形式的广泛使用，为我们展现这样一种可能性，即，作为根据共同协定而共同生活在一起的人们，我们可以更自由地交流共同生活中的价值、机会、困难、喜悦和悲伤、希望和恐惧、计划和目的。这意味着，我们尽管有些分歧但是可以形成一个相互理解和利益共享的共同体。基于这种期望，我们才给予广播以“自由”，给予它第一修正案的保障。

但是没有什么期望比这跌得更惨重的了。就目前的情况来看，广播并不是自由的。它也不值得第一修正案的保障。它并不是在致力于扩大和丰富人们的交流活动，而是致力于赚钱。第一修正案的意图并不在于保障人们为了赚钱而发表言论的自由。它的意图仅仅在于使人们可以自由地表达出他们作为公民为公共福利所想所信的言论。

当一个人表达这种失望时，应当心怀感激地想到，在广播行业中，有一些明智和负责的人士正在抵制这种主流倾向。他们的努力并不全然是白费。但是，尽管有他们的努力，从教育价值的角度来看，整体情况仍然是极其糟糕的。目前的广播活动并不是在培养和促进自治事业所必需的领悟、诚实、忠诚、互信、合理判断等这些品质和能力，相

反，它成了腐蚀这些品质和能力的巨大力量。它不仅败坏我们的道德而且削弱我们的能力。指出这种灾难是必要的，因为它表明，如果我们对言论自由原则的接受仅仅是形式上的，这一原则就显得非常空洞。由于受到这种形式主义的误导，我们美国人仅仅给予这一原则以消极性的含义。我们运用它保护我们的私人所有物，而这些东西并不在它的意涵之中。正是这些误解使得我们在使用广播、电影、报纸以及其他出版物的时候误以为我们心智的最受奴役状态是“自由”状态。

五

我们最后的反思又将回到那一个奇特的悖论，这种悖论影响了所有对于自治的解释。

一方面，我们，美国人民，是一个政治共同体。根据宪法，我们彼此约定，我们是共同实行自治的。我们约定，作为在政治上平等的自由人，我们自己为自己制定法律；又约定，作为在法律上平等的忠实公民，我们遵守自己制定的法律。这就是我们的社会契约——它是我们的自由也是我们的责任的来源。

我们所建立的政府“正当权力”也源于这一契约。政府并不意味着，其他人而不是我们自己掌握着统治权威。它意味着，我们以自己选择的方式统治着自己。它并不意味着我们失去了政治自由。它意味着，我们以永恒的警惕不断地创造自由和获得自由。只要这一契约是有效的，我们就不屈服于什么“元首”或“总裁”。但是，我们彼此之间负有义务，对我们共同的事业负有义务。

但是，悖论的另一方面，就是个人的要求。当这种要求过分的时候，它就会拒绝承认政治义务的效力。一般而言，人们愿意为共同利益而工作和奉献，但是，他们并不愿意接受政治权威甚至是他们自己的政治权威的这种要求。我们对于竞争性的斗争原则（我们错误地认为它体现了“美国的生活方式”）的盲目和轻率的信仰使我们无法领会甚至看不到这一个政治契约——而我们所有的社会机构正是由它推动和受它指导的。

那么，我们，我们这些政治共同体的成员，如何能够更真切、更准确地把握住我们的相互协定呢？我相信这是美国教育的主要任务。我们的年轻一代公民必须知道它对于一个自治社会的成员的意义。我们的成年公民们如果理解了它就应当铭记在心。第一修正案部分地、以消极的方式表达了这种基本的理解要求。对于公共讨论自由的保障是旨在使我们这个国家理解自身目的的不懈努力的第一步。

那么，如果我们试图从根本上理解宪法所规定的言论自由，我建议我们应当留意两位伟大的自由导师。一位是苏格拉底，他说：“认识你自己。”另一位是伊壁鸠鲁，他说：“国家的统治者说，只有自由人才可以受到教育；但是理性说，只有受教育的人才可以是自由的。”这就是为什么“国会不得制定法律……以削减言论自由”的根本原因。

注 释

[1] 爱德华·卡尔：《苏联对西方世界的影响》（New York, Macmillan, 1947），第 10 页。

[2] 迈尔·科恩：（最高法院判例选）（New York, Harper & Brothers, 1937），第 4 页。小泽卡赖亚·杰佛：《美国的言论自由》（Cambridge, Mass.,

Harvard University Press, 1942), 第 81 页。

[3] 小泽卡赖亚·杰佛：同上引，第 82 页。

[4] 着重号是我添加的。人们在阅读这份判决意见时，太不注意这个单词了。

[5] 迈尔·科恩：《最高法院判例选》第 4 页 杰佛：《美国的言论自由》第 15 页。

[6] 迈尔·科恩：《最高法院判例选》第 14 页。

[7] 同上引，第 13、14 页。

[8] 同上引，第 15~16 页；杰佛：《美国的言论自由》，第 323~324 页。

[9] 同上引，第 4 页。

[10] 同上引，第 9 页 杰佛：《美国的言论自由》第 137 页。

[11] 科恩：同上引，第 20 页。

[12] 同上引，第 19 页 杰佛：《美国的言论自由》第 349 页。

[13] 科恩：同上引，第 19 页 杰佛：《美国的言论自由》第 349 页。

[14] 杰佛：同上引，第 33 页。

[15] 同上引，第 35 页。

[16] 同上引，第 564 页。

[17] 同上引，第 561~562 页。

[18] 奥利佛·霍姆斯：《法律论文选》（Harcort, Brace and Howe, New York, 1920），第 17 页。

[19] 同上引，第 169 页。

[20] 同上引，第 167 页。

[21] 霍姆斯：同上引，第 170 页。

[22] 奥利佛·霍姆斯：《霍姆斯言论选》（Boston, Little, Brown & Co., 1934），第 58 页。

[23] 同上引，第 85 页。

[24] 马克思·勒纳：《霍姆斯大法官的思想与信仰》（Boston, Little,

Brown & Co. . 1943), 第 50 页。

[25] 同上引, 第 51 页。

[26] 同上引, 第 59 页。

[27] 奥利佛·霍姆斯:《霍姆斯言论选》第 97 页。

[28] 马克思·勒纳:同上引, 第 431 页。

[29] 哈罗德·拉斯基:《致尊敬的奥利佛·霍姆斯先生》, 载于 1948 年 2 月 15 日《纽约时报杂志》的书评专栏。

[30] 科恩:同上引, 第 8~9 页。杰佛:同上引, 第 36~137 页。

[31] 费利克斯·法兰克富特:《霍姆斯大法官与最高法院》(Cambridge, Mass. . Harvard University Press, 1938) ,第 54~55 页。

[32] 勒纳:同上引, 第 306 页。

译 后 记

——米克尔约翰的言论自由理论及其影响

侯 健

—

直至目前，亚历山大·米克尔约翰（Alexander Meiklejohn，1872—1964）仍不太为中国学界所熟悉。在作者生活的美国，人们有时称他为哲学家和教育家。自从他提出一种广有影响的言论自由理论之后，他更多地被称为言论自由（或第一修正案）理论家。

但是米克尔约翰确实是以哲学家和教育家的身份和眼光研究言论自由问题的。他出生于苏格兰，8岁时随父母移居美国，据说由于家境非常穷困，好不容易才读完大学。在他从布朗大学毕业的那一年，由于拿不准是做他喜欢的哲学研究还是当一个会有较多收入的职业运动员，他征求校长的意见。校长先生回答说：“苏格兰人或者爱好威士忌或者爱好哲学。既然你不喜欢威士忌，你就自己决定好了。”于是，他留在布朗

大学，师从苏格兰裔哲学家詹姆斯·塞思研究哲学，1895 年获得哲学硕士学位。并且追随塞思到康奈尔大学，1897 年获得哲学博士学位。

随后 米克尔约翰回到布朗大学 开始了他的教育生涯。他任教哲学课程 6 年后擢升为逻辑学和形而上学教授。1901 年出任布朗大学的院长，一直任职到 1912 年。其后 他担任了好几所大学或学院的领导职务，主持过多项教育改革。其中最著名的一项就是 1928 年他在威斯康星大学开办实验学院。这种学院没有通常意义上的课程设置，在两年的学制中第一年研究希腊文明，第二年研究英美文明。这种学习旨在通过对这两种文明进行深入的、多学科的比较，培养学生理解和处理美国政治和社会问题的能力。在学院中，师生共同生活在一起，以加强交流和了解。这项实验在当时美国高校中产生了很大的影响，引发了类似学院的诞生。

他自称是“自由的教师”意即以教导自由为己任的教师。教导的核心内容就是理解、坚持和推进自由的事业。自由不仅是一个政治问题，而且是社会、人生问题。米克尔约翰的教育名言是“理解即真诚”。对于自由 首先要努力理解它 没有理解 难以有坚定的信念。所以，教育在培养合格公民方面就可以发挥很大的作用。米克尔约翰在《实验学院》（*The Experimental College*, 1932）一书中认为，只有年轻一代在成长的过程中对共有的价值、危险和机会进行了细致、专心和有引导的研究，社会的政治理想和生活目标才能得到实现；表达了他的这种教育思想。他在 1923 年出版的《自由与学院》（*Freedom and the College*）一书中 则集中探讨了教学、教育与自由之间的关系。他的这本讨论言论自由的名著（*Free Speech and Its Relation to Self - government*, 1948）也不是为

了纯粹研究的目的，而是为了教育的目的所作的探讨。当然这并不妨碍它的学理价值和在言论自由思想史上的地位。

米克尔约翰是美国民权联盟（ACLU）全国委员会的长期委员，积极参与保护和推进自由的社会活动。由于他对自由事业在理论和实践上的贡献，布朗和威斯康星大学都设立了以他的名字命名的讲座席位，以邀请有关学者或法律家开办有关自由和言论自由的讲座。美国大学教授协会（AAUP）设立了米克尔约翰自由奖金，以奖励那些有功于学术自由的高等学校领导。1959年他获得罗森伯格奖章；1963年获得总统自由勋章。

二

这本薄薄的小书初版于1948年，时值美苏冷战的初期。美国政府出于对共产主义的恐惧，在国内对于有关的言论活动采取严厉的镇压措施。当时美国法院在处理言论讼案中信奉一种被称为“明显且即刻的危险”（clear and present danger）原则。这一原则最早是联邦最高法院大法官霍姆斯在 *Schenck v. United States*^[1] 一案判决书中提出的。它的主旨是根据在一定的环境下言论表达活动给现实秩序造成危险的性质来决定是否给予法律保护，它把言论自由看作是一种根据结果来衡量的可克减的权利。自1937年 *Hemdon v. Lowry*^[2] 一案后，该原则一直获得最高法院多数意见的支持。但是这一原则并不能阻止冷战初期以及麦卡锡主义盛行的50年代政府对于所谓的“危险性言论”的镇压行径。

米克尔约翰在这本书中批评了政府的做法和“明显且即刻的危险”原则，主张给予一切的政治性言论表达活动以绝对的自由

权利。他认为，根据宪法，存在着两种言论的权利，因此存在着两种而不是一种对于言论的保障。对于第一种权利，政府无权加以限制；对于第二种权利，政府可以在符合某些条件的情况下加以限制。

美国宪法第一修正案规定“国会不得制定法律……以削减言论自由”，所保障的就是第一种权利。对于第一修正案所保障的言论自由，国会（实际上其他任何公共权力机构）是无权加以限制的。第五修正案所保障的是第二种权利。对于这种权利，政府可以在符合“正当程序”的条件下加以干预。

米克尔约翰进而把言论分为两种：公言论（public speech）和私言论（private speech）。所谓公言论就是与统治事务有关、代表人们参与自治过程的言论。私言论就是与统治事务、与自治过程无关的言论。前者受到第一修正案的保护；后者受到第五修正案的保护。

米克尔约翰根据《独立宣言》和宪法序言认为美国人之间实际上存在着一个有关自治事务的基本契约。他说，宪法是人民自治的产物。作为一个欲结成政治共同体的人群，人民之间彼此同意，他们是自我统治的，而不受制于外人。他们认为，作为自由人，在政治上是平等的。他们自己制定法律，并决定法律面前人人平等，人人服从法律。他们亲自建立政府，因此政府的正当权力来源于被治者的同意。这些合意便是人民之间的基本契约（Basic Compact）。认识这种基本契约，是理解第一修正案的绝对规定的关键。

为了帮助人们理解这种绝对自由原则，米克尔约翰诉诸美国历史上的乡镇会议制度。乡镇会议就是一种自治的实践，人们聚集在一起讨论和决定有关公共利益的事项。每一个人都可以自

由地与会，每一个人都有权利和义务独立思考、抒发己见、倾听其他与会者的发言。基本原则就是除了接受议事规程的调整外，言论自由不应受到限制。任何相关的意见，不管是否正确，都可以而且必须有被倾听的机会。只有这样，进行自治的人们才可以做出明智的决断。因此，绝对言论自由的原则不是自然的或理性的抽象法则，而是从公共问题应决定于普遍性投票这一基本契约推导而来的。这就是言论自由的自理论。

米克尔约翰以这种理论反对美国政府的做法，认为它对于各种“危险性言论”的镇压活动违反了宪法第一修正案，是破坏自治原则的不明智举动。他更以这种理论反对霍姆斯的“明显且即刻的危险”原则，认为它实际上取消或者用第五修正案取代了第一修正案，不仅破坏自治原则，而且极大地不利于教育适于自治的年轻一代公民。米克尔约翰指出，“明显且即刻的危险”原则的哲学基础是一种强调对立和竞争的个人主义；用这种个人主义是无法理解那些团结起来决意自治的人们的自由事业的。而基本契约则体现了一个超越于利益冲突之上的有机的政治共同体所蕴有的共同道德理想。

三

这本书发表不久，就引起广泛的注意。1961年米克尔约翰在《最高法院评论》上发表了一篇也很有名的论文：《第一修正案是不打折扣的》^[3] 进一步整理原有的思想并作了一些补充和修正。

在这篇论文中，米克尔约翰首先提出解读第一修正案的方法，就是要把它放在整个宪法语境中去理解，以使对它的理解与

宪法的其他规定和谐一致。他指出，第一修正案与这样的三个规定关联尤为密切：序言、第十修正案和第一条第二款。他说：从历史背景看来，这 4 条规定不仅关联密切，而且决定着整部宪法的涵义和结构。他由此得出这样几个原则：

(1) 所有的统治权力都源于作为一个政治共同体成员的人民，人民是被治者，同时又是统治者。所谓的政治自由并不是无政府的自由，政治自由就是自治。

(2) 人民通过宪法创设了立法、司法、行政等从属性的机构，并赋予它们为进行统治活动所必需的一些特定和有限的权力。

(3) 但是人民并没有将所有的统治权力让渡出去。第十修正案提到“保留给各州行使 或保留给人民行使”的权力。

(4) 第一条第二款规定了一种人民决定由他们直接行使的“保留的权力”：“众议院由各州人民每两年选举产生的众议员组成。”这就确立了选举权力。通过这种权力，人民积极地参与到统治自身和各种政治代理机构的活动之中。

(5) 那么，第一修正案的革命性含义就是否认所有的从属性机构有权削减人民行使选举权力的自由。

我们注意到，米克尔约翰在一般使用“权利 (right)”一词的地方使用“权力 (power)”。人民保有的并不是选举的权利，而是与立法、行政、司法权力性质相当、但是在效力上高于它们的选举的权力。米克尔约翰强调，必须区别被治者的“权利”和统治者的“权力”。在这个意义上，“权利法案”这个名称是不恰当的。准确地说，它应该被称为“权力和权利法案”。第二到第九修正案旨在限制从属性机构的权力，以便保障作为被治者的人民的私人“权利”；而第一和第十修正案则旨在保障作为统治者的人民的统治“权力”，以免受到作为公仆的从属性机构的限制。就私人“权利”

而言，我们每一个人都可以诉诸“正当的法律程序”的保护。而我们的统治‘权力’则与‘正当程序’无关。

米克尔约翰就此得出结论：第一修正案并不保障“说话的自由”，它保障的是我们藉此进行‘统治’的思想和交流活动的自由；它关注的并不是一种私人权利，而是一种公共权力，一种统治责任。

但是宪法仅仅提到投票是人民的统治活动，这与第一修正案有什么关联？米克尔约翰认为，在宪法更深的意蕴里，投票只是公民为了实践判断的责任所进行的广泛而分散的一系列活动的外在表达形式。只有当投票者的判断是明智的、真实的、完整的、基于充分信息的，自治才是真实的和有意义的。作出判断的责任体现在以下三个方面：作为统治者的我们必须理解国家面临的问题；我们必须对政治代理人就这些问题作出的决定进行判断；我们必须共同设计一些方法，俾使这些决定是明智的和有效用的。这几个方面的活动皆是有关言论自由的活动。第一修正案的无条件自由正是给予这些活动的。

米克尔约翰对第一修正案的保障范围作了界定。他在本书中指出，第一修正案仅仅保障与自治事务有关的公言论，并不惠及与自治事务无关的私言论。现在他认为这一范围有失狭隘，因此，这篇论文扩展了第一修正案的保障范围。这是一个修正。全面地说来，第一修正案保障以下这些言论表达活动。

首先是公民的言论、出版、和平集会和请愿等活动，只要这些活动有利于自治事业，就不可限制其自由。宪法第六条第一款规定“参议员和众议员……不得因在各自议院发表的演说或进行的辩论而在任何其他地方受到质问”。第一修正案给予公民的自由和第六条第一款给予他们的政治代理人的自由是相同的。正如

同这些代理人在行使代理权的过程中必须是自由的一样，人民在行使他们的保留权力的过程中也必须是自由的。

其次，“投票”是一个自治的公民对于公共政策做出判断的正式表达形式，这一自由必须得到绝对的保障。任何从属性机构都不得施加压力，告诉公民如何投票或者要求公民汇报是如何投票的；都不得采取强制措施以调查公民的政治信念和政治关系。

最后，在人类的交流活动中，还有许多思想和表达形式有助于增益投票者的知识、智慧和对于人类价值的关怀，有助于增进他们做出明智、客观判断的能力。这些活动的自由也是不可限制的。米克尔约翰具体列举了这样的四类活动：

(1) 教育旨在培养公民的心灵和意志，以使他们获得智慧、独立性，进而获得作为一个自治公民的尊严。因此，教育自由是建设一个自由社会的基本要求。

(2) 哲学和科学有助于增进公民对于自身和世界的理解，每一个公民都必须不受限制地接触哲学和科学的成果。

(3) 文学和艺术必须得到第一修正案的保障，因为它们有助于培养公民对于人类价值的深刻、丰富的认识和关怀，而公共幸福正是源于这些价值。

(4) 对于公共问题作公共的讨论，以及有关这些问题的信息和意见的传播活动，必须享有不受政治代理人的限制的自由。尽管在表面上是政治代理人在统治着我们，而在更深的意义上是我们在统治着他们。在我们的统治之上，他们没有任何的权力；而在他们的统治之上，我们享有主权性质的权力。

四

米克尔约翰的理论在言论自由思想史上具有重要的地位。

西方学界一般将他的这本书与其他两本论及言论自由的小书《论出版自由》(弥尔顿)和《论宗教宽容》(洛克)相并列。

言论自由是人类社会的根本问题。在人类历史上,我们可以看到苏格拉底用他的生命践行言论自由原则,诗人和文学作品在柏拉图理想国中的地位;可以看到罗马教皇御准的禁书目录和宗教法庭的火刑柱;可以看到伏尔泰愿意誓死捍卫不同意见者权利的睿智,以及斯宾诺沙关于言论自由之必要性的沉思;可以看到弥尔顿的《论出版自由》和洛克的《论宗教宽容》可以看到柏克对于第四等级的关注和康德关于“公开运用理性”的要求;可以看到布莱克斯通有关言论问题的普通法规则的总结, Joseph Priestley 对于普遍宽容的渴望 笔名为 *Cato*、*Father of Candor* 和 *Junius* 的作者关于言论自由宝贵价值的论证;可以看到美洲殖民地期间和独立战争前后汉密尔顿、麦迪逊、杰斐逊关于言论和新闻自由的手稿、书信、短文和小册子;可以看到密尔关于意见自由的意见,以及霍姆斯“思想的自由市场”的思想。可以说,自由的历史首先表现为言论自由的历史,充满冲突、流血和各种悲剧。人类的思想不断地思索和探求支持和限制言论自由的理由。但是在米克尔约翰之前,我们看不到像他那样深刻、生动地阐发言论自由与民主政治之间关系的论述,看不到像他那样勇敢、决然地导出公言论的绝对自由的论证。他的理论虽然以美国宪法第一修正案为具体分析对象,但是并非没有普遍的意义。

米克尔约翰的理论当然存在着很多可以批评的地方,有志者可以去分析和讨论。^[4]但是,在此之后,言论自由的理论家们或者承继这种理论并加以完善和发展,例如罗伯特·博克 (Robert Bork) 的中立原则和“纯粹和明显的政治性言论”之界定;或者批评这种理论,阐明自己的学说与之不同的命题与重点。无论是贝克 (Ed-

win Baker 的“个人自由”理论 还是巴侖 (Jerome Barron) 等人的旨在平衡自由与平等之关系的市场失灵观点, 无论是布拉斯 (Vincent Blasi) 的关于“制约权力”价值的解释 还是爱默生 (Thomas Emerson) 以“自我实现”为基础的综合价值思想 都无法忽视米克尔约翰的理论, 并努力通过比较和区别以确立自己著述的创造性。20 世纪后半期美国言论自由学界之所以出现繁花似锦、新说迭出的生动景象, 部分原因可以说是米克尔约翰言论自由理论的出现。它打破了霍姆斯思想一统天下的局面, 而且本身就引起了一个新话题。桑斯坦 (Cass Sunstein) 说, 米克尔约翰是 20 世纪最有影响的言论自由哲学家。这个评价并不为过。

米克尔约翰的理论不仅接受了很多的批评, 而且也赢得了很多人——理论界和现实社会中的人——的赞同。在米克尔约翰的书出版之前, 美国法学家在言论自由问题上几乎都是霍姆斯主义者, 认为“明显且即刻的危险”原则是一个很好的可行的标准。这本书刚发表时, 许多学者觉得难以接受。但是随着时间的推移和由于当时的政治气候, 米克尔约翰的一些主张逐渐获得了他们中许多人的支持。著名言论自由理论家杰佛 (Zechariah Chafee) 曾经批评米克尔约翰对第一修正案的解释在政治上是不明智的, 在历史上是缺乏根据的, 在司法实践中是不可操作的。^[5] 宪政学者弗兰克 (John Frank) 也发表书评批评米克尔约翰的理论。^[6] 但几年后, 杰佛承认, 米克尔约翰在某种意义上是正确的, 因为绝对保障的思想和表达自由在现实中已经到了岌岌可危的地步。^[7] 在本书出版 50 周年之际 弗兰克著文说 50 年代的麦卡锡主义和丹尼斯案的判决使他由一个霍姆斯主义者转变为米克尔约翰主义者。^[8]

米克尔约翰的理论对美国等一些国家的言论法制也产生了

很大的影响，成为言论自由制度史上非常值得注意的事件。

在美国 20 世纪 40 年代末到 50 年代初的许多言论讼案中，被控告散布‘危险性’或‘颠覆性’言论的被告人往往引用米克尔约翰的理论来为自己辩护，批评政府和法院的做法侵犯人权或违背第一修正案原则。米克尔约翰的许多表述成了名言。

国会也注意到米克尔约翰的理论。1955 年米克尔约翰在参议院宪法权利委员会的听证会上阐述了自己对于第一修正案的解释，含蓄地批评了政府对于‘危险性’言论的压制。

米克尔约翰的理论对于法律制度最明显的影响体现在联邦最高法院 1964 年划时代的纽约时报案判决^[9]上。

该案起因是纽约时报刊登付费广告，呼吁各界支持马丁·路德·金和南方民权运动，其中有抨击某地警察局在 1960 年阿拉巴马州种族骚乱中不当行为的言论，部分言论与事实有所出入。当地警察局局长沙利文（Sullivan）以名誉受损为由提起诉讼。阿拉巴马州法院根据普通法规则判决原告胜诉，纽约时报须赔偿 50 万美元。^[10]联邦最高法院在上诉审中一致同意推翻原判，认定公共官员如果不能证明其职务行为的批评者之批评出诸实际恶意（actual malice），则不能获得损害赔偿。所谓实际恶意即明知为非或不顾真实与否之轻率的心理状态。这个判决的背景是，最高法院警觉到，案件背后有一股种族势力欲通过提起名誉侵害诉讼的方式打击种族歧视的批评者。例如，原告沙利文精心挑选批评者（包括纽约时报和其他四位阿拉巴马州黑人传教士作为被告，意在使阿州法院具有排它性管辖权；陪审团裁定的 50 万元赔偿金，是该州法院所判决的一笔最高名誉损害赔偿款；该州其他一些公职人员包括州长在内都认定纽约时报侵害了他们名誉；在最高法院判决时，针对该报的四项侵害名誉诉讼正在进行之中，请求损害

赔偿总金额高达 250 万美元。^[11] 尽管传统的侵害名誉法没有被歪曲以达此目的，但是阿拉巴马州当权者正在某种程度上利用这一法律以惩罚纽约时报等南方民权运动的支持者和同情者。最高法院在纽约时报案中的判决以及其他判决意在调整名誉权法制，堵塞这种藉保护名誉之名以行打击报复之实的做法的途径。^[12]

最高法院判决的法理根据就是米克尔约翰的言论自由的自治理论。^[13] 布雷南 (Brennan, J.) 大法官主笔的判决书宣示第一修正案的“核心意旨”，即是使公共官员执行公共权力的行为，接受人民最广泛的批评；而批评政府是公民的一项崇高义务。判决书表示，对于公共问题作无约束、强而有力、公开的讨论是国家对人民所承诺的一项基本原则。^[14] 另有三名大法官发表协同意见，主张对公言论予以绝对的宪法保障。布莱克 (Black, J.) “我认为，第一和第十四修正案^[15] 不只是限制各州许可政府官员起诉批评者请求赔偿的权力，而是根本上禁止各州行使这种权力。”^[16] 戈德堡 (Goldberg J.) “依我之见，宪法第一和第十四修正案赋予公民和报业一种批评官员职务行为的绝对、无条件的特权，而不管这种特权的滥用和过分行使可能带来什么危害。……这并不是说宪法保护针对政府官员和普通公民的私人行为的侵害名誉言论。纯粹针对私人行为的侵害名誉言论与一个自治社会的政治目的没有关系。”^[17] 道格拉斯 (Douglas J.) 附和上述协同意见。

纽约时报案的判决改变了适用几百年的有关名誉侵害的普通法规则。它作为一个判例，不仅在美国沿用至今，而且在一些国家的诽谤法领域产生很大反响，引发这些国家对传统诽谤法的反省和改革。^[18] 另外，纽约时报案判决也对美国法学院的法学教育产生影响。在此之前，诽谤法是侵权行为法的传统内容，而现

在也成了宪法学教科书的组成部分。

判决书发表后，同是言论自由学者的卡尔文 Harry Kalven 与米克尔约翰讨论对该案判决的意见。年届 92 岁高龄的米克尔约翰对卡尔文说，“这是一件值得在大街上载歌载舞以示庆祝的事情”。^[19]这一年，米克尔约翰仙逝。他在生命的最后岁月中看到他的理论被付诸实践，看到自由事业的进展。这对一位言论自由学者来说可能是最值得高兴的事情了。

注 释

[1] *Schenck v. United States*, 249 U.S.47(1919)。

[2] *Herndon v. Lowry*, 301 U.S.242(1937)。

[3] Alexander Meiklejohn, *The First Amendment Is An Absolute*. *The Supreme Court Review* (1961). pp. 245 - 266. .

[4] 有关对米克尔约翰理论的批评意见的简要总结，可以参见林子仪：《言论自由与出版自由》月旦出版社股份有限公司，1994 年 第 29 ~ 34 页。

[5] Zechariah Chafee, *Review of Alexander Meiklejohn's Free Speech and Its Relation to Self - government*. 82 *Harvard Law Review* 891 - 901(1949)

[6] John P. Frank, *Meiklejohn's Free Speech and Its Relation to Self - government*. 27 *Texas Law Review* 405 (1949).

[7] Angell, Zechariah Chafee, Jr.—Individual Freedoms, 90 *Harvard Law Review* 1341(1957)

[8] <http://jurist.law.pitt.edu/lawbooks/pajun98.htm>

[9] *New York Times Co. v. Sullivan* . 376 U.S. 275(1964)。

[10] 根据普通法规则，阿州法院判决并无违法之处。有关分析，参见 Harry Kalven, Jr, *The New York times Case; A Note on “The Central Meaning of the first amendment”*, 1964 *Supreme Court Review* 194 - 197; L.Tribe . *American Constitutional Law*(2nd ed.), New York: The Foundation Press, Inc. . 1988, pp. 863。

[11] Harry Kalven, Jr, *The New York times Case; A Note on “The Central*

Meaning of the first amendment ”,1964 Supreme Court Review 200.

[12] 有关判决之背景的分析,可参见 Harry Kalven, Jr, The New York times Case: A Note on “The Central Meaning of the first amendment ”,1964 Supreme Court Review 200 法治斌:论美国妨害名誉法制之宪法意义”载氏著《人权保障与司法审查》(宪法专论二)台湾 月旦出版社股份有限公司,1994 年,第 30~37 页。

[13] Harry Kalven, Jr, The New York times Case: A Note on “The Central Meaning of the first amendment ”,1964 Supreme Court Review 200; Williams Brennan. The Supreme Court and the Meiklejohn interpretation of the First Amendment, Harvard Law Review 79(1965).

[14] New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 275(1964)。

[15] 第一修正案本来是约束联邦权力的而自 1920 年起,这种约束透过宪法第十四条修正案亦适用于各州权力。美国宪法第十四条修正案第一款规定:“……任何一州,都不得制定或实施限制合众国公民的特权或豁免权的任何法律 不经正当法律程序 不得剥夺任何人的生命、自由或财产 对于在其管辖下的任何人,亦不得拒绝给予平等法律保护。”

[16] New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 275(1964)(Black, J. & Douglas J. . concurring opinion))

[17] New York Times Co. v. Sullivan, 376 U. S, 254(1964)(Goldberg J. & Douglas J. , concurring opinion)。

[18] Nick Braithwaite, The International Libel Handbook . Butterworth – Heinemann, 1995, P. 163 – 164

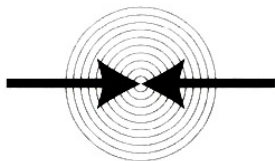
[19] Harry Kalven, Jr, The New York times Case: A Note on “The Central Meaning of the first amendment ”,1964 Supreme Court Review 200.



by Alexander Meiklejohn

表达自由的法律限度

Free Speech and Its Relation to Self-Government



惟愿公平如大水滚滚，使公义如江河滔滔！

et revelabitur quasi aqua iudicium et iustitia quasi torrens fortis

责任编辑/杨建国 装帧设计/曹琼德 制作输出/新兴数码

GONGFAYICONG

ISBN 7-221-06068-1



9 787221 060686 >

ISBN 7-221-06068-1/D-277 定价: 6.50元

