

美国言论自由的限度

程 洁

内容提要：明显而即刻的危险原则曾经是美国宪法上判定言论自由是否应受保护的主导原则。但是，随着该原则在一战和二战时期被滥用，导致所谓“反民主的”思想和言论受到压制，最终导致该原则本身的式微。本文从美国最高法院应用该原则的历史中，探讨其两大思想基础：“思想的自由市场理论”和“民主社会的底线理论”，进而对基于内容对言论进行限制的必要性及适当性进行批评和反思。

关键词：言论自由 危险 民主社会

程洁，清华大学法学院副教授。

美国宪法第一修正案一向被视为保护表达自由的典范。近一个世纪以来，最高法院通过司法实践确立了一系列保护言论自由的标准和原则。其中，影响最广泛也最富争议的原则当数“明显而即刻的危险原则”，^[1]或者简称为危险言论标准。有论者称之为美国宪法修正案衍生出的最重要的原则，^[2]也有学者认为该原则实际上是一种平衡与妥协，^[3]在司法实践中，如何判断言论的“危险性”则往往成为法官和学者质疑的对象。^[4]该原则曾经被用于压制过激言论和共产主义运动，冷战结束后，最高法院虽然没有放弃该原则，但是已经转向以自由立场解释和应用该原则。该原则同样引起中国学者的关注，近年来出现了一系列对该原则的研究。^[5]但是，这些研究似乎更加倾向于对原则的内容进行表述，而没有进一步探讨危险原则的兴替及其批评。本文试图对此进行探讨，并希望在此基础上，能够对中国未来确立表达自由标准有所启发。

[1] 英文为“Clear and present danger”，有译者将之称为“明显而现实的危险原则”或“明白而即刻的危险原则”。前者例如[美]杰罗姆·巴伦、托马斯·迪恩斯：《美国宪法概论》，刘瑞祥等译，中国社会科学出版社1995年版；后者如温辉：《言论自由：概念与边界》，载《比较法研究》2005年第3期，第20页。

[2] 如[美]杰罗姆·巴伦、托马斯·迪恩斯：《美国宪法概论》，刘瑞祥等译，中国社会科学出版社1995年版，第194页。

[3] Eric Barendt, *Freedom of Speech*, Clarendon Press, 1987, at 32.

[4] 例如 Robert Bork, *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, 47 Ind. L. J. 1, 32-35.

[5] 如吴飞：《在思想与言论之间摆动的言论自由》，载《新闻与传播研究》2002年第3期；《关于在明显而即刻的危险原则的述评》，《新闻大学》2002年第1期。

一 危险言论标准的确立

危险原则是明显而即刻的危险原则的简称,它意味着在思想的自由市场中,危险产品构成事先审查和事后禁止的理由。危险言论理论在美国的司法实践中曾经长期占据主导地位,早期确立该原则的案件包括:1919年申克(Schenck)案,^[6]1919年戴布斯(Debs)案,^[7]1919年亚伯拉姆(Abrams)案。^[8]这三起案件都发生在战时。虽然对“危险”有不同认识,但该原则在一段时间内仍成为限制表达自由的依据。

申克案发生在第一次世界大战期间,当时美国与德国正处于交战状态。该案源于美国社会主义党的一次反战和反征兵活动。申克是美国社会主义党的秘书长,他和其他同伴向等待应征入伍的人散发了标题为“主张你的权利”的传单。传单谴责征兵违反宪法修正案第13条禁止的非自愿性奴役条款,并号召人们“……加入到社会主义党废除征兵法的运动中来。向你们的国会议员写信。……你有权要求废除任何法律。行使你的言论自由权、和平集会权和要求政府进行权利救济的请愿权。……请在向国会要求废除征兵法的请愿书上签名。帮助我们清除宪法上的污渍!”传单还指出,如果官员不“承认你维护反对征兵立场的权利”,那么官员的行为就属于违宪行为。传单提醒人们“不要忘记你选举反对征兵官员的权利”。申克和另一位社会主义党负责人因为准备并散发这些传单而受到三项指控。一是违反《反间谍法》,图谋煽动军队中的“反抗”情绪和“阻碍”征募士兵的工作;二是以实施违法活动、邮递《反间谍法》禁止邮递的邮件的方式来对抗美国;三是非法使用邮件来散发传单。在地区法院审讯后,大陪审团裁决上述三项罪名成立,申克被判6个月监禁。申克以《反间谍法》违反宪法修正案第一条为由,提起了上诉。

最高法院一致维持了有罪判决。霍姆斯大法官撰写了司法意见书。在意见书中,霍姆斯提出了著名的“明显的和现实的危险”标准,说明了维持有罪判决的原因。他写道:

我们不否认,在许多地点和在正常时期,被告发表他在传单中发表的所有言论,都属于宪法权利保护的范畴。不过,每种行为的性质都依赖于发生这种行为的各种环境因素。即便是对言论自由最严密的保护,也不会保护在剧场中不恰当地高喊着火了并引起恐慌的人。它也不会为那些发表可能引起暴力行为后果的言论而应受到禁止的人提供保护。无论如何,问题都是发表的言论是否出现在上述情况之下,是否具备会带来国会有权制止的、具有实质性危害的明显的和现实的危险的特征。这是一个可能性与程度的问题。当一个国家处于交战状态时,许多可以在和平时发表的言论都会成为阻碍国家采取行动的负面因素,它们不会存续像人们竭力争取的那么长的时间,也没有一个法院会认为它们应当受到宪法权利的保护。人们公认,如果能证实的确存在破坏征兵工作的障碍,有关言论将承担引起这种后果的责任。当一个国家处于战争状态,许多和平时可以说的事情却会在此时对国家做出的努力构成障碍,因此只要人们处于战争期间,它就将不被允许,

[6] 249 U.S. 47 (1919).

[7] 249 U.S. 211 (1919).

[8] 250 U.S. 616 (1919).

最高法院也不能判定它受宪法权利的保护。如果招募新兵被证实受到了实际的妨碍,对导致这一影响负有责任的言论将被采取强制措施,这一点似乎得到了承认。1917 年的法令惩罚实际的妨碍,同样也惩罚妨碍的阴谋。如果实施该行为(言论或邮寄文件)的倾向和意图与我们所查实的一致,即便其意图并未成功,就足以证明该行为已经构成了犯罪。^[9]

上述意见被认为是对危险原则的最早说明。虽然霍姆斯大法官指出,每种行为的性质依赖于行为的环境因素,但是除了“战争”之外,他并没有进一步说明什么样的环境因素构成了审查基础。戴布斯案同样支持了对危险言论的定罪。霍姆斯大法官指出,虽然宣传社会主义是宪法所保护的内容,但是试图阻止征兵则不受宪法保护。

在亚伯拉姆案中,霍姆斯大法官提出“思想的自由市场”预设,使之成为危险言论原则的思想基础。第一次世界大战末期,美国派远征军赴俄,亚伯拉姆等人散发传单,攻击美国政府为资本主义政府,派军赴俄旨在谋杀俄国人民。他们派发的传单中,第一份传单指总统对于干涉俄国一事的胆怯和沉默揭示出华盛顿财阀们的伪善。第二份传单提示在美国的俄籍工人们,他们正在制造用来枪杀同胞的子弹。被告因此被判 20 年的监禁。亚伯拉姆等人上诉到最高法院后,最高法院维持了原判。克拉克(Clark)大法官代表的多数意见认为,亚伯拉姆等密谋鼓吹反抗美国,鼓动人们缩减战争物资的生产,危害了国家利益。霍姆斯大法官反对多数意见,认为没有证据显示上诉人的派发传单构成了对战争的威胁,法院仅凭两份传单就判处被告 20 年徒刑,这相当于对被告的信条治罪。霍姆斯大法官接下来发表了著名的思想的自由市场理论。他指出,对异端进行迫害完全合乎逻辑,因为这是自己的思想战胜他人思想的表现。但是,他进一步主张,检验真理的最好办法是在市场竞争中让思想自身的力量赢得受众……除非某种观念将要造成的危害已经迫在眉睫,只有立刻加以控制方能拯救国家,否则就应当对加诸观念表达的控制始终保持警惕……^[10]在这里,危险的程度受到重视,霍姆斯大法官要求它必须属于“迫在眉睫”的危险。虽然仍然缺乏判断危险的统一标准,某些言论通常也无法通过市场自身得以有效的净化,^[11]但是思想的自由市场理论成为保护言论自由的首要原则,对危险的判断实际上成为例外。

二 危险言论标准的歧义

随着危险言论标准的应用范围不断扩展,危险原则的问题开始浮现,主要表现在两方面:其一是立法机关能否通过立法认定某些表达方式或内容具有危险性,因而应予禁止。其二是煽动以暴力方式推翻政府的言论,能否以该等“言论”实际上属于“阴谋”或“煽动”而拒绝其言论自由权。前者的争议主要源于对不同权力机关之间分权关系的考虑;后者则是基于这样一种认识:对试图利用民主社会的言论自由为专制社会进行辩论和呐喊者,应取缔其自由,以遏制其阴谋推翻民主社会的邪恶意图。

[9] 249 U.S. 47, 51-52 (1919).

[10] 250 U.S. 616, 630 (1919).

[11] 与之相对,市场论者坚持认为,真理就是能够接受辩论考验的结果。See Frederick Schauer, *Free Speech: A Philosophical Enquiry* 19-20, 25-27 (1982).

(一) 对立法限制的危险言论进行合宪性审查的争论

在早期几起妨碍征兵案中,法官对“明显而即刻的危险”的应用主要是将其作为证据规则,没有涉及立法本身认定声明、煽动等有罪是否违宪。在以后的涉及表达自由的案件中,立法专门规定了某些言论或表达形式属于危险言论,由此进一步提出了立法的合宪性问题。

在 *Gitlow v. New York* 案中,^[12] 纽约州《无政府主义犯罪法》禁止出版或发行鼓吹、劝说、主张用暴力手段颠覆或者推翻政府的作品。社会主义党成员吉特洛据此被控两项罪名:其一,在党内的左翼刊物《革命的时代》上发表激进的宣言,号召工人阶级联合起来举行大规模罢工,批评党内一些人试图通过民主的途径掌握政权的主张。其二,印刷、发表并故意发行上述作品。因为没有证据显示上述作品和发行造成了任何影响,^[13] 吉特洛为自己进行辩解,认为“在这种情况下,被使用的言辞的内容和性质不会引起具有实质性危害的明显而即刻的危险”。联邦最高法院以合理性审查为基础认定该法合宪。桑福德(Sandford)大法官发表了联邦最高法院的多数意见,其核心是,当立法机关已经通过立法明确规定某种特定的表达将会产生实质性的危害时,只需对立法机关判断的“合理性”予以验证,而不考虑具体的表达是否真的会导致实质性的危害。在这种情况下,只要立法本身不是“武断而无理地”行使州警察权即为合宪。^[14] 换言之,最高法院认为言论危险与否,由立法机构说了算。

霍姆斯和布兰代斯大法官表示反对。他们认为,判断被告是否有罪,不应当仅看其表达是否属于立法禁止的范围,而应当审查这种具体的表达是否具有明显而即刻的危险。每一种思想都具有煽动性,但思想的表达是否会发生作用,取决于人们是否会相信它。在本案中,被告所宣扬的观点只有极少数人认同,他们通过这种方式来颠覆和推翻政府几乎没有可能,因此它不存在即刻的危险。^[15] 霍姆斯大法官在本案中的立论和其在亚伯拉姆和戴布斯案中的观点相比,后者更加强调言论对听众的效果,而前者却表示,如果“异端邪说”说服听众,说明其存在的合理性,而不是构成压制的原因。因为以说服的方式赢得听众是民主社会的题中应有之意。

在其后的惠特尼(*Whitney*)案中,^[16] 布兰代斯大法官进一步通过“显著危险原则”探讨了危险与民主社会的生存这一主题。该案审查了《加利福尼亚工团法》(*California Syndicalism Act*)的合宪性。布兰代斯大法官表示,最高法院支持下级法院的有罪判决,其理由不仅是因为立法机关确定此类言论有罪,而是因为立法通过了“明显而即刻的危险”检验。大法官承认,法院尚未就何谓明显、即刻以及实质性的罪恶确立标准,^[17] 但最高法院反对仅仅出于对危险的恐惧就对言论进行压制,“历史上男人们曾经因为害怕巫婆就烧死女人”,认为言论本身的作用就在于把人们从非理性的恐惧中解脱出来。畏惧的合理基础是:一旦实行言论自由,严重危害就将发生;所忧虑的危险必须迫在眉睫,并且所要防止的危害必须十分严重。由此,需要明确宣扬与煽动、准备与企图、集会与阴谋之间的区别,前者的危害能够避免,而后者则具有显著而严重的邪恶属性(imminent and serious evil)。^[18]

[12] 268 U. S. 652 (1925).

[13] 268 U. S. 652, 664 (1925).

[14] 268 U. S. 652, 664-670 (1925).

[15] 268 U. S. 652, 672-673 (1925).

[16] *Whitney v. California*, 274 U. S. 357 (1927).

[17] 274 U. S. 357, 374 (1927).

[18] 274 U. S. 357, 376-7 (1927).

总之,在这一时期,最高法院对立法机关所认定的危险言论一方面选择了形式审查,或曰基于宪法第 14 条修正案的合理性审查,另一方面则认为,试图威胁(颠覆)民主自由社会根本的言论不应当保护。最高法院的上述思路导致危险原则的滥用与歧义。

(二)以维护民主为名的言论钳制:从煽动犯、阴谋犯到思想犯

如上所述,从《反间谍法》到《反工团法》,最高法院都支持了立法机关对言论危险性的判断。从第一次世界大战到第二次世界大战,宪法对言论自由保护实际上就处在这样一个尴尬的境遇。特别是维护《史密斯法》的丹尼斯(Dennis)案^[19]所确立的“潜在的危险和阴谋原则”,成为美国惩治思想犯的重要法律依据。另一方面,这一时期对民主社会的底线的讨论更加丰富,除了思想的自由市场理论之外,民主社会能够允许的言论成为讨论言论自由标准的重要指标和条件。

《史密斯法》又名《外侨登记法》,于 1940 年 6 月 28 日由美国国会通过。该法的初衷是反对间谍活动,惩罚受外国控制并从外国(原指德、意、日)取得财政援助、指示的个人或团体。二战后,史密斯法被用于惩治共产主义运动。1948 年 7 月,美国政府依据《史密斯法》逮捕了丹尼斯等美国共产党中央委员会委员,控告共产党散布了教导和鼓吹用武力推翻和破坏美国政府的煽动性言论,指控共产党为“阴谋组织”,共产党员为参与“阴谋”的嫌疑人。丹尼斯等认为,自己并没有策划武力颠覆政府的实际阴谋,并且谴责《史密斯法》禁止马列主义学术讨论违反了宪法第一修正案对言论自由的保护。《史密斯法》第 2 条和第 3 条的合宪性受到挑战。该法第 2 条规定:(1)任何人故意鼓吹、煽动、提议、教导以暴力方式推翻或摧毁美国的政府、暗杀美国政府官员为犯罪;(2)以推翻或摧毁美国政府为目的,印刷、出版、编辑、发行、散发、出售或公开展示史上内容属于犯罪;(3)组织或帮助组织任何社团、团体或集会以促成上述言论者为犯罪……第 3 条规定,任何人企图或阴谋实施以上行为均属违法。案件引发了最高法院的严重分歧和不同意见。首席大法官文森(Vinson)与其他三位大法官主张该法合宪,维持了对丹尼斯等的定罪。克拉克大法官没有表明立场;弗兰克福特大法官和杰克逊大法官同意判决,但是分别发表了不同于多数的判决理由。布莱克大法官和道格拉斯大法官则分别发表了反对意见。

文森大法官将明显而即刻的危险原则归结为法益权衡机制。需要权衡的利益是:国家防止政府被武力颠覆的权力和第一修正案保护的言论自由。多数意见认为,需要讨论的问题仅仅是:政府在行使上述权力时采取的手段是否与第一修正案相冲突。在此,文森大法官区别了鼓吹(advocate)与讨论(discussion),他认为,后者是民主社会允许的言论自由,^[20]前者则“具有实施法律所禁止的罪行这种巨大的潜在危害”,应当予以制止。最高法院认为,主张以暴力推翻政府为政府限制言论自由提供了充足的理由。因为这种企图对国家造成的物质上和政治上的损害难以估量,其成功的迫切性也难以估量。^[21]最高法院还采用了首席法官汉德(Hand)在联邦上诉法院中提出的危险检验标准:“在每起案件中,法院都要衡量一下‘邪恶’的分量。为避免危险而采取侵犯言论自由的行动是正当的。”^[22]至于某种言论是

[19] Dennis v. United States, 341 U.S. 494 (1951).

[20] 341 U.S. 494, 501-2 (1950).

[21] 341 U.S. 494, 508-9 (1950).

[22] 同上, at 510.

否构成威胁,取决于代议机构的判断,司法机构仅对立法机构的判断作合理性审查。^[23] 弗兰克福特(Frankfurter)大法官发表了长篇协同意见。他同样持“平衡论”的观点,区别是,他认为政府所行使的是一种自保权。大法官认为,一国政府维持其生存的权利(自保权)是主权国家最普遍的属性,维护国家安全是市民社会的基本目标,维护独立与安全是各国的最高义务,几乎所有其他因素都必须让位于上述目标的实现。不过,大法官承认,政府的自保权不是绝对的。宪法第一修正案以绝对性地姿态要求“国会不得制定……削弱言论自由的立法”,这是对上述自保权的限制。既然存在两种根本性的价值,大法官主张对两种利益进行权衡。^[24] 权衡的标准由国会决定。^[25]

杰克逊(Jackson)大法官也发表了长篇协同意见,但他反对适用明显而即刻的危险原则,认为该原则所产生的背景是20世纪早期无政府主义和恐怖主义威胁,而二战之后,案件所面临的却是共产主义威胁。法官认为,两种威胁的性质完全不同,因此需要对如何达致权威与自由之间的平衡进行重新评价。^[26] 他认为,共产党则是由选拔产生的坚定不移的有组织、有纪律的成员所组成的列宁版马克思主义团体。因此,对共产党不能适用“明显而即刻的危险原则”,而应当认定为“阴谋犯”(conspiracy)。事实上,在杰克逊大法官看来,共产党试图通过渗透与诡计(infiltration and deception)达到目的,^[27] 共产党试图将自己伪装成民主社会中的一个政党,他们最终会先加入政府,待国家出现危机时,乘虚颠覆,强迫民选政府让位。一旦取得政权,就会采取高压恐怖政策,冷酷地拒绝给予他人像曾经给予他们荫蔽的自由。所以,即使霍姆斯等“明显而即刻的危险原则”的原创者也不会对此类案件适用该原则。^[28] 鉴于这种“阴谋论”观点,大法官认为,明显而即刻的危险原则不适用于“阴谋犯”,而是必须杜绝任何可能的危险。^[29]

布莱克(H. L. Black)和道格拉斯(W. O. Douglas)两位大法官反对多数意见。布莱克大法官和道格拉斯大法官注意到,没有证据显示上诉人和共产党组织构成阴谋犯。证据显示,上诉人只是组织学习了一些马列主义著作。^[30] 因此,他们认为多数意见建立在陪审团的错误判断基础之上,因为档案显示陪审团的选择存在歧视。此外,其中一位陪审员对上诉人怀有敌意。^[31] 他们认为,虽然上诉人热切地希望书中的教条能够成为现实,但是多数意见混淆了言论与意图,使得言论自由从“说了什么”变为“说话有何意图”。由此推演,法律就开始从追究行为变为追究思想。^[32] 道格拉斯大法官再次强调,如果认为言论自由是原则而非例外,则合宪的限制不应当建立在恐惧的基础上,不应当建立在对某些内容反感的基础上,而必须是因为言论本身确实非常可能导致现实的、迫在眉睫的危害。^[33]

[23] 同上, at 506。

[24] 同上, at 519 - 525。

[25] 同上, at 525, also 542 - 544。

[26] 同上, at 561。

[27] 同上, at 564 - 5。

[28] 同上, at 570。

[29] 同上, at 576。

[30] 341 U. S. 494, 582 (1950)。包括斯大林:《列宁主义的思想基础》(1924);马克思与恩格斯:《共产党宣言》(1848);列宁:《国家与革命》(1917);《苏联共产党的历史》(1939)。这些著作在当时的美国是合法出版物。

[31] 341 U. S. 494, 581 (1950)。

[32] 341 U. S. 494, 583 (1950)。

[33] 341 U. S. 494, 585 (1950)。

至此,自由市场预设与民主社会的安全共同成为宪法言论自由问题争论的两个焦点问题。当危险程度的判断依赖于陪审团或立法机关时,言论自由的界限就成为“多数人决定”的产物,这与言论自由从根本上保护少数人的发言权这一潜在的目标发生冲突。虽然法院试图突破这一怪圈,但是危险标准的这一内在的属性不断遭遇后人的质疑与挑战。

三 危险言论标准的式微

丹尼斯案既是明显而即刻的危险原则的制高点,也是该原则走向衰落的起点。如上所述,道格拉斯和布莱克大法官的反对意见已经对这种思路进行了严厉的批评,并预言这一思路将导致思想犯。事实上,该案的判决结果确实严重压制了共产党在美国的活动。从1951-1957年期间,司法部引用《史密斯法》,在各地对大约150多名共产党领袖提出控诉,其中大部分被法院判罪。

对危险原则的这种宽泛解释一直持续到1957年,最高法院审理了与丹尼斯案性质相同的耶茨诉合众国案(*Yates v. United States*),才最终以6:1多数推翻了丹尼斯案建立的原则。哈兰(J. M. Harlan)大法官代表多数意见撰写了判决书,重新解释了《史密斯法》的条款,大大缩小了该法的适用范围。最高法院的裁决宣称法律禁止的是“鼓吹采取具体行动”而非“鼓吹抽象的思想和原则”,强调区分一般讲授革命思想和具体主张非法行动,承认任何人都可以宣称有推翻政府的权利,只要这种说教不是公开地提倡具体行动。^[34]此后,布兰登博格(*Brandenburg*)案^[35]进一步确定了对危险原则的自由主义解释。俄亥俄州《反工团主义犯罪法》规定:“鼓吹犯罪、破坏、暴力或其他非法的恐怖主义手段之职责、必要或正当性,以为达到政治变革目的的方式”,并且“自主地纠合会社、团体,或者集会的形式,传授或宣扬团伙犯罪的学说”属于犯罪行为。被控罪的上诉人布兰登博格是三K党的一名头目,视听证据显示,12名带着头罩(其中部分携带武器)的人聚集在一个被他们点燃的巨大的木十字架周围。他们不断贬损黑人,偶尔还有犹太人。在一个场景中,上诉人佩戴三K党标志发表演说。其部分内容为:“我们并不是报复性组织,但如果我们的总统、国会和最高法院继续压制白人,我们可能就必须采取某些报复行动。……我们将于7月4日聚集4千人众向国会进发。”“就个人而言,我认为黑鬼应该被遣回非洲,犹太人应该回到以色列。”

最高法院不具名的多数意见认为,立法没有通过明显而即刻的危险原则检验。最高法院断然决定,惠特尼案件中多数意见无条件服从立法机关判断的思路已经被放弃,对明显而即刻的危险原则的正确理解必须沿用霍姆斯—布兰代斯所确立的立场。按照后者的阐释,鼓吹抽象的原则,包括鼓吹暴力不应当受到制裁,除非这种鼓吹导致或很可能导致违法行为。^[36]虽然布兰登博格案中最高法院的检验标准也获得多种解释,^[37]但是以后的案件显示,纯粹抽象的理论学习和思想煽动没有再因具有危险性而受到禁止。

即便如此,道格拉斯大法官仍然反对布兰登博格案所采用的危险检验标准。尽管多数

[34] 354 U. S. 298 (1957).

[35] *Brandenburg v. Ohio*, 395 U. S. 444 (1969).

[36] 395 U. S. 444, 447 (1969).

[37] 例如有论者将“布兰登博格案”解释为确立了“煽动”的审查标准,因为言论自由被赋予了绝对的保护,但“煽动暴力颠覆政府”的言论则不在被保护之列。也有人认为,“布兰登博格”是煽动审查与危险性审查的结合。

意见声称,对明显而即刻的危险原则的自由理解是最高法院的一贯立场,包括对丹尼斯案件的判决。^[38] 道格拉斯大法官却进一步要求将明显而即刻的危险原则剔除出第一修正案的逻辑。在其附随意见中,大法官指出:“我怀疑战时‘明显而即刻的危险’学说与第一修正案是否相适,但我确信在和平时期它和第一修正案是不协调的。”^[39] 在他看来,明显而即刻的危险原则极易被操纵,对该原则的应用也屡屡表现出对不同言论的不同程度的压制。从最高法院在适用该原则时摇摆不定的态度来看,该原则确实为因言治罪提供了广阔的空间。特别是对在特定时代被视为异端的马克思主义学说,该原则实际上为多数人提供了党同伐异的工具。

事实上,布兰登博格案之后,明显而即刻的危险原则已经很少适用了。最高法院的判决表明,在过去使用危险标准检验的地方,现在法院已经改用严格审查标准进行检验。^[40] 这一转折与危险言论标准直接针对言论内容进行审查这一事实之间存在密切因果关系。

四 总结与思考

从“明显而即刻的危险”原则的发展历史来看,其首要理论预设是“思想的自由市场”。就自由市场隐喻而言,言论产品能否在市场流通,取决于产品质量。“明显而即刻的危险原则”实际上是判断产品质量的一种标准。与一般产品责任的区别是,第一修正案与侵权法所要求的因果关系逻辑有所不同。按照言论自由保护的逻辑,除非产生后果,或者存在明显而即刻的危害后果,否则单纯的意图后果发生并不导致责任。即便如此,对言论危险性的判断仍然受到主观因素的支配,这一点成为危险原则受到批评的主要原因。

危险原则另外一个更加复杂的思想基础是言论自由服务于自由民主社会。问题是:民主社会是否存在底线?如果第一修正案的目标是民主参与,“拥护民主”很大程度上就成为主张制约表达自由的底线。正因为如此,许多意见都认为第一修正案不保护那些试图利用民主反对民主、利用表达自由而达到压制表达自由目的的言论。^[41] 而自由派则倾向于认为,民主社会不存在此种底线,民主社会对任何言论开放,特别是所有政治言论。例如爱默生就认为,即使是煽动暴力也应当保护。理由是,压制煽动暴力会剥夺煽动者的民主权利,有违民主社会的平等保护原则。如果报复煽动暴力者(对煽动暴力者给予暴力对待),则实际上迎合了煽动暴力者。自由派进一步认为,民主社会的“底线”是保留理性争论,应当允许“暴力理论”通过“煽动”这种辩论方式保留(在此我们发现,其实双方对“煽动”本身是否为理性的方式是有争议的)。特别是,在终极意义上,自由民主社会应当允许对表达自由本身进行质疑与挑战。^[42]

美国的司法实践对上述争论的回应是:在允许“绝对自由”的表达领域,严格限定言论的范围,其内涵被界定在“抽象的”、“政治性的”、“批评政府的”范围;而对广义言论,包括

[38] 395 U. S. 444 (1968), footnote 2, at 447.

[39] 395 U. S. 444, 452 (1969).

[40] [美]杰罗姆·巴伦、托马斯·迪恩斯:《美国宪法概论》,刘瑞祥等译,中国社会科学出版社1995年版,第198页。

[41] 341 U. S. 494 (1950). 其中丹尼斯案件中首席大法官多数意见以及杰克逊大法官的意见均对共产主义运动和共产党进行定性,从而排除其适用宪法第一修正案的自由。

[42] Thomas I Emerson, *The System of Freedom of Expression*, 47-53 (1970).

具有言论属性的行为,则按照宪法修正案第 14 条的相对主义思路界定自由的范围。此外,最高法院还试图改变审查对象,由审查言论内容是否具有“明显而即刻的危险”,到奥布赖恩案^[43]审查限制言论表达方式的立法是否必要与恰如其分。这一置换过程不但转移了法院权衡的重点,也使自由主义者难以从压制言论(思想内容)的角度攻击司法裁决。^[44] 虽然有人批评最高法院的思路转变使得言论自由的理论变得更加倾向于相对主义的理解,但是正如法兰克福特大法官在丹尼斯案中指出,绝对的规则必然导致绝对的例外。^[45] 与其允许对言论的内容是否具有威胁进行审查,不如将内容的一般合法性作为原则,仅对表达方式进行审查更加符合自由民主社会的实际情况:因为自由是内容取向的,而民主则是形式主义取向的,内容上的自由和形式上的限制既反映自由民主社会的内在矛盾,也是治理自由民主社会的伟大艺术。

[Abstract] “Clear and present danger” used to be the major standard test in cases before the U. S. Supreme Court where a law limits a citizen’s First Amendment’s rights. However, the test had been abused during the WWI and WWII in cases involving ‘undemocratic’ speech and therefore became controversial and less important. This article aims to explore the two fundamental thoughts underlying the criteria, “free market of ideas” and “bottomline of a democratic society”, which in turn leads to the discussion of necessity and propriety of content – based restriction of free speech.

(责任编辑:支振锋)

[43] United States v O’Brien, 391 U. S. 367 (1989).

[44] Robert Post, *Recuperating First Amendment Doctrine*, 47 Stanford Law Review 1249 (1995).

[45] 341 U. S. 494, 524 (1950).