

## 论象征性言论的限制与保护

——以美国法例\*

沈玮玮

**内容提要：**象征性言论作为言论自由实现的方式之一，具有特有的工具性和目的性的双重价值，理应受宪法保护。同时，象征性言论与纯言论和附加言论相比，构成上较为特殊，它同法律所追求的其他价值更易产生冲突。应当设定合理原则以消解这种冲突，并通过限制对其进行保护。

**关键词：**言论自由 象征性言论 利益衡量

沈玮玮，中山大学法学院 2007 级法学硕士研究生。

### 一 引 论

任何一个开放的民主社会，无不将言论自由<sup>[1]</sup>置于宪法和法律规定的重环。因为没有这些自由，发扬民意，凝聚众志，并以舆论监督政府机构的可能性更微乎其微。从而在成文宪法里，若把这种自由放在各种基本权利的中心地位是很自然的事。<sup>[2]</sup>而对于与纯言论相对应的象征性言论，是否应当依据言论自由这一宪法权利予以保护，各国法律实践则有所不同。20 世纪中叶，美国联邦最高法院在司法实践中逐渐将具有“言论”与“行为”双重性质的案件（主要涉及焚烧、践踏国旗、征兵卡）纳入宪法第一修正案的审理范畴，从而创立了一项新型的言论类别——象征性言论（symbolic speech）。美国联邦最高法院在“得克萨斯州诉约翰逊案”（Texas v. Johnson）的判决中明确了表达自由不仅限于纯粹的言论，还包括象征性言论，它们都应当受到宪法的保护。美国宪法第一修正案规定：“国会不得制定关于下列事项的法律：确立国教或禁止信教自由，剥夺言论自由或出版自由；剥夺人民和平集会和向政府诉冤请愿的权利。”第十四修正案第一款规定：“在合众国出生或归化合众国

[1] 在西方的传统中，表达（expression）一直被等同于言论（speech）。“言论自由”是大多数国家宪法中的术语，而“表达自由”则是司法实践和法学理论中的术语，鉴于此，除了引用相关学者观点的需要外，本文都采用“言论自由”进行论述。

[2] [英]丹宁：《法律的训诫》，杨百揆、刘庸安译，法律出版社 1999 年版，第 141 页。

并受合众国管辖的人,均为合众国和他所居住的州的公民。无论何州均不得制定或实施任何剥夺合众国公民的特权或豁免权的法律;无论何州未经正当法律程序不得剥夺任何人的生命、自由或财产;亦不得拒绝给予在其管辖下的任何人以同等的法律保护。”日本宪法第21条也规定:“保障集会、结社、言论、出版及其他一切表现的自由。”可见宪法不仅保障集会、结社、言论和出版自由,还保障条文中所未列举的其他一切表现自由。所谓其他一切表现自由,包括电影、戏剧、音乐、广播、电视等所有表现形式。<sup>[3]</sup> 甚至包括绘画、照相、唱片等一切发表思想的手段,<sup>[4]</sup> 自然包括通过象征性言论实现的言论自由。中国宪法第35条规定明确列举并区分了公民言论自由的方式:言论及言论以外的出版、集会、结社、游行、示威,共计六种。对于本条的“言论”究竟包括哪些方面,是否包括象征性言论(实质意义上的),立法或司法中尚无明确规定。在中国国内学者的两本论述表达自由的专著中,一本明确将“象征性言论”排除在其论述的表达自由的范围之外。<sup>[5]</sup> 另一本则采取了较为折中的观点:认为象征性行为作为一种表达自由具有相对性,政府可以对其进行严格限制。<sup>[6]</sup> 但该书接下来重点论述了新闻自由与出版自由,对于象征性言论(该书的作者称之为象征性行为)并未给予关注。

笔者认为,象征性言论是言论自由的一个特殊而重要的实现方式,应当将其归入宪法中的“言论”的范畴并得到宪法的保护。关于这一点,美国在长期的法律实践中形成了较为成熟的理论。以下结合美国法律实践,从象征性言论的特点的分析入手,阐述象征性言论的价值,论证宪法应当对象征性言论加以保护的基础,进而论述如何对象征性言论加以保护和限制。

## 二 象征性言论的界定

象征性言论是英美法系在判例中形成的一个法律概念,而且只有半个世纪的历史,具有抽象性与模糊性。一般认为,它是纯粹言论<sup>[7]</sup> 的对称,是指“带有足够交流成分的行为”。<sup>[8]</sup> 《布莱克法律辞典》将其解释为“对某一问题表达意见或思想的行为”。<sup>[9]</sup> 它“包括非语言的但有交流作用的行为”。<sup>[10]</sup> 笔者认为象征性言论可以这样表述:所有目的在于表达、传播思想、意见的行为。从形式上看,象征性言论是一种行为而非纯言论;从内容上看,象征性言论是一种思想或观念的表达,行为只是一个载体;从效果上看,象征性言论使表

[3] [日]三浦隆:《实践宪法学》,李力、白云海译,中国人民公安大学出版社2002年版,第125页。

[4] [日]宫泽俊义:《日本国宪法精解》,董奥译,中国民主法制出版社1990年版,第213页。

[5] “象征性言论(symbolic speech)是指……此种‘言论’不属于本书所研究的表达之列。”具体参见甄树青:《论表达自由》,社会科学文献出版社2000年版,第23-24页。

[6] “象征性行为作为一种表达自由,具有相对性。……政府可以限制象征性行为发生的时间、地点或方式。”参见王锋:《论表达自由及其界限》,社会科学文献出版社2006年版,第8-9页。

[7] 在60年代美国最高法院提出了一个“纯粹性语言”的概念,这种“纯粹”包括法人团体的“纯粹性语言”和与行为无关的“纯粹性语言”,皆受宪法保护,除合理的“时间、地点和方式”的规定外,不受任何规定的限制。但当言论与行为结合在一起时,言论便失去了宪法的保护。参见[美]卡尔威因、帕尔德森:《美国宪法释义》,徐卫东、吴新平译,华夏出版社1989年版,第193页。

[8] “行为可能带有足够的交流成分而进入第一或第十四修正案的保护范围。”参见张千帆:《西方宪政体系》(上),中国政法大学出版社2000年版,第381页。

[9] Black's law dictionary. Bryan A. Garner editor in chief. West Group, 1999. 7th ed, 565-566.

[10] [美]伦纳德·D. 杜博夫:《艺术法概要》,周林、任允正、高宏微译,中国社会科学出版社1995年版,第167页。

达者与接受者之间实现了交流,不论接受者事实上是否赞同表达者的意见。从表达自由的角度看,象征性言论与纯粹言论在内容、效果上均无本质区别,只是在形式上:象征性言论是以行为的方式进行的,而纯粹的言论是以语言或文字的方式实施的。但是,笔者认为这并不构成将象征性言论排除在言论之外的充足理由。

首先,从象征与表达的关系看,所有要表达的观点或意见都必须借助一定的形式表现出来。形式与内容的差异决定了:任何表达方式都是象征性的。换句话说,任何能够传播思想、观念、意见的表达都是象征性的。“象征是一种朴素但很有效的交流思想的方式。使用徽章或旗帜来表示某种制度、思想、体制或人格,是心智与心智之间(交流)的捷径。……我们发现那些能够在人与人之间传播思想的工具拥有特殊的地位。如能把这些归于一个特别的名称之下会很便利,对于诸如语言、语言的安排、图像、姿势,以及绘画或模仿的声音等等,我们用象征这个术语来称呼它。”<sup>[11]</sup>因此,语言同行为一样具有象征性,并不会因为一个是行为,另一个是声音或文字而不同。

其次,从言论本身的构成来看,“我认为所有言论一定是‘言论附加’。如果是说话,它会发出吵闹声影响他人;如果是书写,有可能是涂鸦”。<sup>[12]</sup>“言论是一个宽泛的概念,有时候它指的是表达(expression),有时候是指说话(speech),不管是什么,言论自由意味着每个人都有权对任何事情持有自己的看法,并且借助任何渠道——说话或是通过新闻媒介、艺术、音乐等等——与他人交流,有权倾听别人的意见、发问并合理地接近信息。”<sup>[13]</sup>所以,当形式上的差别不能将行为从言论中排除时,效果应当予以重点考虑。

最后,从宪法对言论自由的保护的目的是看,宪法保护的核心是公民的言论自由,正如尼默所指出:“是表达思想和感情的自由而不是语言表达方式,构成了第一修正案的核心。霍姆斯的‘意见的自由交换’不能狭隘到仅仅交换言辞。是表达出来的思想而不仅仅是一种特殊的表达方式必须受到保护,如果第一修正案的价值要得到实现的话。”<sup>[14]</sup>

现实中,象征性言论总是会与行为结合在一起,有时候只有通过一定的行为才能表达出独特的、强烈的意见。这在“得克萨斯州诉约翰逊案”中可以清晰地展现。联邦最高法院的判词和说理有一部分是这样的:第一修正案在字面上只禁止对“言论”的剥夺,但我们长期承认它的保护并不限于口头和书面语言。尽管我们并不同意任何试图表达观念的行为都构成“言论”,但我们承认,行为可能“带有足够的交流成分而进入第一或第十四修正案的保护范围”。为了决定特定行为是否带有足够的交流成分以使第一修正案发挥作用,我们应当探询传递特定信息的意图是否存在,且接受者是否有相当可能去理解这个信息。<sup>[15]</sup>

“得克萨斯州诉约翰逊案”的判决确认了象征性言论属于第一修正案中“言论”的范畴,是实现言论自由的一种特殊的方式,应当受到宪法保护的原则。同时也说明了如果行为除了本身之外没有表达明确的意思,这种行为就是纯粹的行为,不能援用言论自由。比如在自己的浴室里裸露身体,只是为了洗澡而不是为了表达什么社会观点。综上分析,笔者认为一

[11] [美]唐纳德·M. 吉尔摩:《美国大众传播法:判例评析》,梁宁等译,清华大学出版社2000年版,第61、81页。

[12] [美]唐纳德·M. 吉尔摩:《美国大众传播法:判例评析》,梁宁等译,清华大学出版社2000年版,第86页。

[13] Emerson, *The System of Freedom of Expression*. New York: Random House, 1970, p. 3.

[14] Nimer, *The Meaning of Symbolic speech under the first Amendment, the constitution and the flag*, Garland publishing, inc p. 84.

[15] 张千帆:《西方宪政体系》(上),中国政法大学出版社2000年版,第380-381页。

个行为构成象征性言论至少应当具备以下几项标准：

1. 该行为必须构成传播,即必须有传播者和接受者。如果仅有传播者而没有受众,则该行为仅仅是行为,不管行为主体是否有意图。

2. 该行为必须要造成有意义的影响。即具有普通智力的接受者必须能够理解该行为所表达出的意思。如果造成的是无意义的影响,则该行为不构成言论。比如行为主体裸露身体在广场上摆出各种姿势,而不发一言或没有其他任何标语,他人就很难领会他所要表达的意思;如果他戴上某种动物的面具或者在身体上写着“禁止屠杀”,别人则会知道他在宣扬动物保护的主张。

3. 该意思必须是行为主体有意传达的。这是构成象征性言论的核心。有些行为自身就具有表达因素,如国旗是一种象征,焚烧国旗的行为本身就是针对一种象征符号而发生的,因而它本身就具有表达的因素。当然,这个标准在事实上较难落实,只能要求传播者有一个概括的意图。因为传播者与接受者之间并不能在任何象征性的行为中都取得相同的认知,而且行为主体自己有时候在表达的意思上也很模糊。

4. 该行为必须处于某种特定情形中,只有在此种情形中该行为才被看成是言论。这一点需要结合实际情况而定。比如,在阅览室内举行抗议的行为显然不可能构成象征性言论,但在公共图书馆前面的广场举行抗议的行为则有可能构成象征性言论。一个人在参与反对减薪的罢工中堵塞工厂的出入口,这种行为就是表达意见的;如果不在此情形中堵塞出入口,则不被认为是言论表达。

5. 它须具有“正当性”因素,即表达行为必须具有足够的理由,具有正当性,只有在这种情形下,该行为才可能被认是一种象征性言论。例如为了反对“公投”,撕毁公投票具有正当理由,这一行为就可以被看作象征性言论;但殴打辱骂投票站内的工作人员,就没有正当理由,这一行为不可能成为象征性言论。<sup>[16]</sup>

以上主要从逻辑上论证了象征性言论可以为言论所涵盖。但美国联邦最高法院判例的确认本身只是一个事实,它本身并不能证明象征性言论受宪法保护的正当性。这种正当性需要从象征性言论的价值中得到确证。

### 三 象征性言论的价值认定

在对美国宪法的“道德解读”中,德沃金从工具主义和结构组成两个角度来解释言论自由制度存在的合理基础。<sup>[17]</sup> 在笔者看来,这种解释在实质上意味着言论自由既具有手段意义又具有目的意义,象征性言论的自由表达同样具有这两个层面的价值,并具有自身的特点。

首先,象征性言论是言论自由的一种特殊而重要的表达方式,言论自由的一般价值在象征性言论的自由表达中都能得到体现或实现。言论自由具体包括哪些价值,很多学者都有过论述或概括。密尔认为:“我们已经从很清楚的四点根据上认识到意见和发表意见自由

[16] 欧爱民:《论象征性言论及其保护》,《时代法学》2004年第5期。

[17] [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285-287页。

对于人类精神福祉的必要性了……但是迫使一个意见不能发表的特殊罪恶乃在于它是对整个人类的掠夺,对后代和现存的一代都是一样,对不同于那个意见的人甚至更甚。假如那意见是对的,那么他们是被剥夺了错误换真理的机会;假如那意见是错的,那么他们是调了一个差不多同样大的利益,那就是真理与错误冲突所产生出来的对于真理的更加清楚的认识和更加生动的印象。”<sup>[18]</sup> 侯健将其概括为三种:增进知识与获致真理;维持与健全民主政治;维护与促进个人价值。<sup>[19]</sup> 象征性言论在实现这些作用的过程中起到了工具性作用,它丰富了言论自由的形式,扩展了言论自由的空间。

其次,象征性言论与其他形式的言论相比更能体现社会的宽容。在人类历史的很长一段时期内,对异端的不容忍、排斥甚至迫害是人类不宽容最具代表性的事实。“对一切不相信现存宗教者和对一切神明持不同见解者,要立即治罪”曾经是一条法律,以至于“希腊人不容异说的偏见最后发展到了无以复加的程度,其典型例子就是法庭对苏格拉底的臭名昭著的死刑判决”。<sup>[20]</sup> 象征性言论一方面比其他言论表达方式更激进,甚至被社会上的其他个人和群体视作异端;另一方面同其他形式的言论共同成为构筑整个宽容社会的基础和条件之一,是多元价值观的表现。某些象征性言论不因形式的激进而受到排斥甚至压制,是宪法宽容本质最具体的体现。不仅如此,对于“异端”的宽容,对于少数人思想和言论的尊重,也是衡量一个国家是否存在真正自由的标准。正如阿克顿勋爵所言:“我所说的‘自由’,意指这样一种保障:个人在尽其信奉的义务时,皆应受到保护,不受到权力和多数、习惯和意见的影响。国家只在其直接管辖范围之内,有资格指定义务划分善恶。我们判断一个国家是否真正自由,最可靠的检验办法就是其少数受到保护的程度。”<sup>[21]</sup> 宪政的历史是追求宽容的历史,宪政应当体现为对于不同思想、主张的尊重和保护,承认社会中各种利益的差异性,并允许不同利益的共存和对各种不同利益的包容。这是历史经验更是历史教训。

最后,象征性言论作为一种目的意义的价值体现在保证人性健康发展。人一生中会产生无数的情绪,但最终能实现满足的为数不多。那些因挫折产生的情绪会在心里积蓄起来而成为巨大能量。心理学研究表明“这些能量可以通过别的途径转移,却不会被直接消灭。压制、克制使它不在‘潜意识层’出现,而是形成心理深处的‘暗流’”。暗流如果找不到宣泄的途径,只会越涨越高。“内心深处与外界日益隔绝,就会造成精神忧郁;这种暗流冲破心理的堤坝时,使人显现出怪异(变态)的行为,甚至导致精神失常。”社会心理学家由此开出药方:堵塞不如疏导。通过思想言论的表达、交流可以很好地宣泄情绪,这种良好的效果被人们成为“霍桑效应”。<sup>[22]</sup> 日常生活乃至政治生活中,人们产生的各种各样的不满、愤懑的情绪都需要以言论的方式宣泄,这有利于防止心理或精神的畸变,更能有效地遏止不满情绪转化为暴力活动的可能性。约翰逊就是选择了在市政厅门前烧国旗的方式表达他的情绪,这种方式与高喊一声“反对里根当选”的话相比,宣泄行为人的情绪的效果显然更好。甚至在逻辑上,在不考虑宣泄方式是否为法律所允许的情况下,如果主体需要,方式越激进,宣泄的效果越好。同一种观点或思想通过一个行为表现,与通过文字或语言表现相比,无论从表

[18] [英]约翰·密尔:《论自由》,许宝骙译,商务印书馆1986年版,第55、17页。

[19] 侯健:《言论自由及限度》,《北大法律评论》第3卷第2辑,法律出版社2001年版,第74-101页。

[20] [美]亨德里克·威廉·房龙:《宽容》,迮卫等译,三联书店1985年版,第36-37页。

[21] [英]阿克顿:《自由与权力》,侯健等译,商务印书馆2001年版,第32-33页。

[22] 以上内容参见高慎盈:《社会心理效应透视》,浙江人民出版社1987年版,第167、168、173页。

达者的宣泄效果上看,还是从对接受者所造成的影响看,一般来说,前者要明显。对于这一点,各国的对藐视法庭罪<sup>[23]</sup>的定罪与处罚就是从侧面的一个有力证明。总之,象征性言论在社会生活中起到“安全阀”的作用,这种作用比其他的言论方式的效果更加突出。

#### 四 象征性言论自由的限制

象征性言论的宪法地位一经肯定,同时也就带来了人们的另一种担心,即一旦象征性言论完全取得与纯粹性语言一样的地位,则任何行为都有可能得到如同美国宪法第一修正案的保护。对此,美国联邦最高法院在1968年“美利坚合众国诉奥布赖恩案”(United States v. O'Brien)中,对象征性言论的宪法保护做出了明确的限制性规定。被告奥布赖恩因有意烧毁其征兵卡以抗议美国侵越政策,受到起诉。他在法庭中辩称其焚烧征兵卡的行为是象征性言论,受宪法第一修正案保护。地方法院判决奥布赖恩有罪,但是联邦最高法院认为,虽然奥布赖恩的行为具有传播意见的因素,可以诉诸第一修正案,但也不能使焚烧征兵卡成为应受宪法保护的行为。并最终维持了地方法院对奥布赖恩的有罪判决。<sup>[24]</sup>在该案件中,法院认为政府可以对象征性言论进行限制,但不得对之进行任意性限制,即政府的规制措施只有在满足司法机关所确立的要件时才算是合宪的。因为这一司法标准是美国联邦最高法院在美国诉奥布赖恩一案中确立的,故该标准又称奥布赖恩检验标准,其具体内容如下:(1)政府是否有权制定该限制措施;(2)该限制措施是否有助于实现政府的某项重要利益;(3)政府的这一项重要利益是否与压制言论自由有关;(4)政府的该项限制措施是否超过实现政府利益所需要的基本限度。<sup>[25]</sup>因此,应当对象征性言论自由进行限制。

首先,言论自由不能突破自己的效力范围,象征性言论只有作为言论行为时才可能得到言论自由权的保护。依据言论的形式实施的直接危害社会的行为已经丧失了行使言论自由的一般特征,不属于言论自由的保护范围,相反应当受到法律的制裁。所以为了使象征性言论自由真正实现,必须要对这种自由课以责任。“坚信个人自由的时代始终是诚信个人责任的时代。”课以责任的目的在于“使他们的行动比他们在不具责任的情况下更有理性”。<sup>[26]</sup>象征性言论所表达的内容可以是感性的、狂热的,但是表达的方式必须是理性的、冷静的。否则,在言论的面目被狂热所淹没的同时,宪法所赋予的自由也将化为乌有。

其次,“言论自由的行使必须遵循宪法所规定的自由权利的规则,违反规则从而产生潜在的社会危害性,是对自由的滥用”。<sup>[27]</sup>权利的滥用将导致权利的丧失。为此,世界各国都以社会利益、国家利益、个人利益为参照,对言论自由加以限制。我国宪法第31条明确规定:“中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候,不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民合法的自由和权利。”美国众议院1836年通过的一项言论限制规则:“兹决定:无论以何种方式或在何种程度上与奴隶制或奴隶制的存废有关的请愿、建议、决议、提议或

[23] 我国刑法规定为扰乱法庭秩序罪。客观方面一般表现为当庭发表攻击诉讼参与人的言论,冲击法庭或暴力殴打司法工作人员。对于前一种情形相对于后两种情形更容易免于定罪处罚,或者处罚较轻。

[24] 张千帆:《西方宪政体系》(上),中国政法大学出版社2000年版,第382页。

[25] 参见欧爱民:《言论类型及其法律保护——以美国法为视角》,《甘肃政法学院学报》2005年11月(总第83期)。

[26] [英]哈耶克:《自由秩序原理》(上),邓正来译,三联书店1997年版,第84-90页。

[27] 徐显明、闫国智:《言论自由的法律思考》,《法学》1991年第8期。

文章都不到复印或提及,而应予搁置,且从此不再采取任何进一步之行动。”<sup>[28]</sup>另外,美国联邦最高法院在判决中多次表明言论自由并非绝对不可限制,提出“明显而即刻的危险”原则来限制言论自由的霍姆斯大法官指出:“修正案规定政府不得通过任何法律以压制言论自由,但表示自由从来就不是绝对的,像其他权利一样,关于言论出版自由的权利是有限的,它的自由行使意味着一个有组织的社会的存在,一种公共秩序的存在,没有这种秩序,自由就会被滥用,甚至丧失殆尽。”<sup>[29]</sup>在美国法律实践中对言论自由的限制,曾先后确立了明显而即刻的危险原则(clear and present danger test);恶劣及危险倾向原则(bad and dangerous tendency test);优先适用原则(preferred position test);明白而可能危险之原则(cleared probable danger)等。

## 五 象征性言论自由的保护

那么在具体的司法实践中如何实现对象征性言论的保护?笔者认为首先要解决的一个前提性问题:如何确定一项行为是否构成象征性言论,即当一项行为符合前文所提到的最低标准时,司法实践中以什么标准划分象征性言论与非象征性言论。

言论与行动二元论的传统由来已久,<sup>[30]</sup>艾默森认为:“言论自由体系的本质在于言论和行动的区分……这种理论构建在这样一个前提条件下:言论必须是自由的,无所限制的,政府不能够通过控制表达寻求其他社会目标,而只能通过调整行动来实现。”<sup>[31]</sup>一个象征性言论可以分解为“言论因素”与“非言论因素”两个部分,一个纯粹的言论、一个象征性言论、其他的表达行为三者从言论占主导优势逐渐过渡到行为占主导优势,它们之间的区别,其实在于言论因素所占的比例。事实上,美国联邦最高法院就是采用“连续区域鉴别法”来区分象征性言论与纯粹行为。这种方法是“将言论和行为置于一连续区域内,如果言论因素越是占主导优势,那么,与之相伴的行为就越属于象征性言论的范畴,反之,则该行为就越有可能属于纯粹行为,而失去宪法的保护”。<sup>[32]</sup>例如一个人在政府税收部门的官方网站上发帖子,抱怨政府的高财产税政策时,就属于纯言论;如果这个人当着税收征收人员的面往纳税收据上吐唾沫来表达他的不满时,则属于言论因素占主导地位的情况,即象征性言论;当他以抗拒交纳财产税的方式以示抗议时,这就转向了行为占主导优势的情势,不能再受到宪法的保护。

但是,美国联邦最高法院在运用“连续区域鉴别法”时,却做出过两个相反的判决。在奥布赖恩案中,联邦最高法院在判决中一再强调奥布赖恩的言论是受到保护的,惩罚仅针对其烧征兵卡的行为,这显然是将“行为”与“言论”剥离开,与前文提到的“得克萨斯州诉约翰逊案”的判决显然相反。在后一案件的判决中,联邦最高法院认为焚烧国旗的行为是象征性行为,作为一个整体应当作为言论得到宪法第一修正案的保护。

[28] [美]埃尔斯特、[挪威]斯莱格斯塔德编:《宪政与民主——理性与社会变迁研究》,三联书店 1997 年版,第 33 页。

[29] 龚祥瑞:《比较宪法与行政法》,法律出版社 1985 年版,第 157-158 页。

[30] 参见邵志泽:《表达自由:言论与行为的二分法——从国旗案看美国最高法院的几个原则》,《美国研究》2002 年第 1 期。

[31] Francis Caravan, Freedom of Expression, Carolina Academic Press, 1984, Instruction p. 11.

[32] 徐显明:《人权研究》(第 1 卷),山东人民出版社 2001 年版,第 366-367 页。

笔者承认由于语言的模糊性,“连续区域鉴别法”并非足够清晰,而这似乎不是导致判决差异的原因,至少根源不在此。有学者指出“划出任何稳定而坚固的界线是不可能的,必须寻找的是解决办法,关键不是界线问题,而是划界的办法”。<sup>[33]</sup>但是从上面的两个判例中可以看到,在具体的判决过程中,划界的办法沦为幌子,司法中的各种概念也只是修辞,言论表达行为对社会产生的影响和后果才是真正被考量的因素。奥布赖恩案的判词中的一部分写道:规制象征性言论是为了实现强制的、实质性的、主导性的、极为重要的、令人信服政府利益。在奥布赖恩一案中,每个登记者继续有效地使用其兵役证将有助于国会所确立的旨在募集军队的制度得以平稳顺利地运作,而募集军队制度的最大效率性并能够对不断变化的时局做出迅捷的反应乃是国家的重大利益所在。为此,政府有充分理由来保障已发放的兵役证得到继续有效的使用。政府具有宪法权力制定规制措施,并且此项规制措施有助于实现政府所主张的重要利益。且在本案中,政府措施被限定在阻止危害义务兵役制能顺利实施的范围之内,没有超出必要的限度。<sup>[34]</sup>

虽然本案的判决承认奥布赖恩的言论自由,但实际上已经将“焚烧征兵卡以表达反战信念”这一象征性言论排除在“言论”<sup>[35]</sup>以外。判决理由虽然是以“政府的重要利益是限制象征性言论的根据”的形式表述的,但实质上是确认了“政府的重要利益”才是判断一项行为是否构成言论的依据,这也为平衡原则的确立奠定了基础,<sup>[36]</sup>由此也可见政府权力退缩的历程。

利益衡量不仅决定司法中对一项言论行为的认定,还直接决定了法院对象征性言论的限制原则以及对政府限制言论立法的再限制原则。在美国的司法实践中,一般“将言论分为高价值言论与低价值言论”,<sup>[37]</sup>在将言论类型化之后,选择适用相应的司法审查标准。首先是高价值言论,主要是指政治性言论。对于高价值的言论,如果政府立法对高价值言论进行规制,则美国联邦法院对之适用“严格审查标准”。严格审查标准是指法院首先要审查该立法措施所欲追求的政府利益是否非常重要;其次,审查政府为达成该政府利益所使用的手段是否是在实现该政府利益所有方式中对公民权利侵害最小的。在严格审查标准下,政府措施是很难被法院认同的。事实上,自20世纪以来,在美国联邦最高法院所审查的案件中,如果政府立法涉及对言论内容的限制,并且所限制的言论又是高价值言论,那么该项立法几乎没有不被宣告为违宪的,可以说对于高价值言论政府无权基于内容对之进行规制。比如2006年6月27日,美国参议院以66票赞成34票反对,因1票之差未能达到2/3的绝对多数而使国旗修正案第四次搁浅。<sup>[38]</sup>因为根据得克萨斯案的判决说明美国国旗本身就是一种象征符号,她表达的是美国的基本信念,即民主与自由,而国家和政府不能利用国旗来垄断一种观念,应当允许任何人以任何方式(包括焚烧国旗)表达自己的观点。

低价值言论是指“淫荡、猥亵性言论、粗俗的言论、诽谤性言论及侮辱性或挑衅性言论等”,<sup>[39]</sup>因为这些类型言论的内容并未涉及任何思想或意见的表达,而且从追求真理的观点

[33] 魏定仁:《宪法学》,北京大学出版社1994年版,第208页。

[34] [美]唐纳德·M.吉尔摩:《美国大众传播法:判例评析》,梁宁等译,清华大学出版社2000年版,第95-96页。

[35] 此处是指实质意义上的作为一个整体而受宪法保护的言论。

[36] 关于此原则的论述参见温辉:《言论自由:概念及边界》,《比较法研究》2005年第3期。

[37] 唐晓:《试论美国宪法中言论自由权利的限度》,《外交学院学报》1991年第2期。

[38] 《华盛顿观察》(周刊)2006年第25期。

[39] 唐晓:《试论美国宪法中言论自由权利的限度》,《外交学院学报》1991年第2期。



而言,这些类型的言论社会价值极低,而且有损于其他利益,因此一般被排除在法律的保护之外。伦奎斯特法官就认为:“禁止和惩罚某些受到精确定义和严格限制的言论类型,他们包括淫秽、褻渎、诽谤以及侮辱或‘挑衅’言论;这些言论并非是阐述任何观念的必要部分,并且他们对获得真理的社会价值是如此微不足道。”<sup>[40]</sup>法院对于低价值言论采取的是“类型化的利益衡量标准”。即法院根据低价值言论的类型,在特定情况下衡量其关涉的社会利益来决定其审查标准。根据这一标准,对于不同类型的言论,法院采取的审查标准是不同的,煽动性象征性言论能极好地说明这一点。煽动性象征性言论是指鼓吹通过暴力或革命手段来推翻现有政府或社会制度的言论。“对于煽动性言论的司法审查,美国联邦法院一直在恶劣倾向标准(Bad Tendency Test)和直接煽动性(Direct incitement Test)标准之间徘徊。”<sup>[41]</sup>在恶劣倾向标准中,如果某一言论会导致法律所禁止或非难的行为,而且发言者具有造成此种结果的故意,那么,政府就有权压制该言论的表达。例如某教授在课堂上讲述暴力学说,根据恶劣倾向原则,政府及学校当局就有权制止该教授的讲学,并且不属于侵犯公民的言论自由及教学自由。该标准几乎为政府压制所有其不喜欢的言论提供了法律武器,与保护言论自由的立宪旨意相违背。因此,汉德法官创建了直接煽动标准,即某一言论是否受到保障,完全取决于该言论的内容,如果表意人直接以言论去煽动他人从事违法行为,则可以对之进行限制或处罚;如果只是单纯地批评法律政策,并不构成直接煽动,政府不能对之进行压制。<sup>[42]</sup>

美国在司法中对于象征性言论的限制同对一般言论的限制原则没有太大区别,一般包括危险性倾向、明显而即刻的危险原则以及平衡原则,以确定是否应该为其他更重要的社会及个人利益让路。<sup>[43]</sup>需要说明的是,危险倾向原则被后来确立的“明显而即刻的危险”原则所包容。而明显而即刻的危险原则中对于何谓“明显”而“即刻”很难界定,因此在实践中运用的机会不多,所以只有平衡原则至今仍然具有活力。近年来,联邦最高法院在处理言论自由案件时,多采用衡平原则,将言论自由的价值与对该言论加以限制所得保障之其他价值,在具体的讼案中,加以比较衡量,而保护其较重要者。此原则重在法益衡量,即“当特定行为因公共利益受到限制,而其限制却牵制间接、有条件、部分侵犯言论自由时,法律之责任即在这种具体案件中,权衡比较这种相互对立之利益,决定予以何者以更大之保障”<sup>[44]</sup>

综上,美国最高法院在处理言论自由问题时的主要准则大致上包含:纯言论与象征性言论是受到第一修正案保护的言论表达。与纯言论和象征性表达相比,行为相对于言论(附加)成分所占分量较多的,按照最高法院的一般原则,整体上不属于言论,只是附加的言论部分受到宪法第一修正案的保护。行为的保护直接依据“奥布赖恩”原则,而不是在经过三个限制原则的检测后获得宪法的绝对保护。无论是纯言论、象征性言论和言论附加行为,如果其言论部分被类型化为淫秽、诽谤、猥亵等类型后,由于它们缺乏社会价值甚至对社会有害,所以不被第一修正案看作是言论,“非言论”因此也不须经过三个限制原则的检测。

[40] 张千帆:《西方宪政体系》(上),中国政法大学出版社2000年版,第386页。

[41] [美]巴伦·迪恩斯:《美国宪法概论》,刘瑞祥译,中国社会科学出版社1995年版,第73页。

[42] 张千帆:《西方宪政体系》(上),中国政法大学出版社2000年版,第355页。

[43] 对于这三个原则的含义及确立背景,许多学者在论述表达自由时都有详细论述,可参见李昌道:《美国言论自由的法律尺度》,《政治与法律》2001年第2期。

[44] 朱武献:《言论自由之宪法保障》,《公法专题研究》(二),辅仁大学法学丛书编辑委员会编,1992年,第33页。

## 六 结 语

一个世纪以来,美国联邦最高法院在众多涉及言论自由的案例中所作的判决清晰地显示出政府权力在控制言论方面的退缩。<sup>[45]</sup>如果说密尔更多的是基于人的个性发展、人格的完善、自由的实现而提倡保护言论自由的话,那么美国最高法院的上述判决显然更多的是着眼于民主机制的创建,从而最终确保公民的言论自由。关于这一点正如费斯所评论的那样:“在美国宪法的领域里,言论自由不是像密尔那样的哲学原理,而是体现在创建政府结构过程中的一种法治(a rule of law)。——宪法制定者并没有试图创造个性繁荣所需的条件,也没有宣称这是一种权利。他们所追求的是创建一个政府并赋予其民主的合法性。”<sup>[46]</sup>

因此,象征性言论作为言论自由特殊而重要的实现方式,理应得到足够的重视。美国法律赋予公民表达自由以广泛的形式,并提供了宪法上的保护。在司法实践中,在象征性言论与行为、附加言论的区分技术,言论自由的限制原则以及对限制自由的立法限制原则等方面都形成了相应的原则,对中国在言论自由保护的立法与司法实践都具有启发意义。但是,也应该看到两国有多方面的差异。有些相关的制度是中国现在还不具备的,如司法审查制度;有些则源自法律的规定不同,如中国国旗同公民的言论自由一样,都受到宪法的保护;有些则是观念与传统的差异,如公民对国旗的情感等等。因此在吸收借鉴美国的法律经验和制度设计时,应当实事求是,以使中国公民的言论自由权利得到切实的保护。

---

[ Abstract ] As one of the ways to achieve the freedom of speech, symbolic speech has a unique dual value of instrument and purpose and therefore should be protected by the Constitution. At the same time, compared with pure speech and additional speech, symbolic speech takes a unique form and can easily conflict with other values pursued by law. Therefore, a reasonable principle should be established to eliminate such conflicts and to protect this form of speech through restriction.

---

(责任编辑:支振锋)

[45] 参见柯泽:《媒介权力与政府权力博弈的历史逻辑——对20世纪美国重要新闻司法判例的历史解读》,《东南学术》2007年第4期。

[46] [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97页。