

论言论自由及其合法规制

——基于比较法视野

李奕漫

澳门科技大学法学院, 澳门

收稿日期: 2022年8月17日; 录用日期: 2022年9月8日; 发布日期: 2022年11月29日

摘 要

保障基本权利已经作为执政合法性资源的新增长极, 能够在总体上推动整个国家治理体系和治理能力的现代化, 言论自由的保障和合法规制便是这一进程上的重要一环, 通过功能主义比较法的视野认识世界上规范制度相对成熟的美国和德国的言论自由相关理论和案例要旨, 可以为我国厘定政治权力运行边界, 拓展言论自由享有的社会空间提供借鉴思路。

关键词

言论自由保障, 合法规制, 功能主义比较法, 案例分析

On Freedom of Expression and Its Legal Regulation

—Vision Based on Comparative Method

Yiman Li

Faculty of Law, Macau University of Science and Technology, Macao

Received: Aug. 17th, 2022; accepted: Sep. 8th, 2022; published: Nov. 29th, 2022

Abstract

As a new growth pole of ruling legitimacy resources, the protection of basic rights can promote the modernization of the whole national governance system and governance capacity. The protection and legal regulation of freedom of expression is an important part of this process. Through the perspective of functional comparative law, we can understand the relevant theories and case gists of freedom of expression in the United States and Germany with relatively mature regulatory sys-

tems in the world. It can provide reference ideas for our country to determine the boundary of political power and expand the social space of freedom of expression.

Keywords

Guarantee of Freedom of Expression, Legal Regulation, Comparative Method of Functional Reductionism, Case Analysis

Copyright © 2022 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 宪法文本规范

言论自由权为民意表达提供了宪法保障,因此也作为代议型政体存在和发展的制度基础,我国的根本政治制度——人民代表大会制度,不论是抽象上的基本原则还是具体的议事运行规则便以公民的言论自由权为基本前提。例如通过新闻媒体这种新时代的“第四权”行使言论自由权,对政府公权力形成社会监督。

政治言论自由是宪法中言论自由的核心和基础;某种意义上,保护言论自由是为了追求真理,正如霍姆斯所言:“让思想能力本身在自由竞争中为人们所承认,这是真理的最佳试金石。”

1.1. 我国宪法的规定

就我国《宪法》第 35 条将言论和其他自由权权利群并列而言,狭义上的言论自由是我国宪法关于该权利的基本指向,因此本文将从狭义上的言论自由展开相关问题的探讨。

言论自由作为代议制政体存在和发展的基础,为民意的集中与表现提供大量的信息;我国人民代表大会制度的基本原则与具体运行过程以保障公民享有言论自由为条件,例如《全国人民代表大会组织法》第 48 条规定的全国人大代表言论免责,理论上体现了言论自由作为民主政治之基础的功能。

言论自由权的相对性意味着任何人都不是绝对地享有该项权利而毫无界限,我们显然能够轻易找到界定言论自由权的边界的宪法依据是什么,也就是《宪法》第 51 条。但这种宏观的界定方式具有模糊性,为政府在行政执法时对公民言论自由权的非法的、不合理的规制埋下了伏笔。对言论自由权的行使边界起到一定威慑作用的规定还散见于其他普通法律,比如《刑法》第 246 条,但该款规定属于自诉罪名,因此仍不足以促使一些思想偏激、行为不当的权利拥有者正确、合法地行使言论自由的权利。

1.2. 外国法的规定

英国言论自由权的成文化起源于 1689 年权利法令赋予议员的议会辩论权和当事人的法庭辩论权;法国则是在大革命期间通过宣言肯定言论自由作为人权和公民权的重要部分;几乎同时,美国宪法第一修正案也确定了言论自由权的宪法地位,禁止政府对言论自由的阻碍行为。

外国法中也同时对言论自由的保障及限制做出规定,以英国法为例,对言论自由的合法规制可以见诸于:① 议会规定的刑事犯罪行为,比如普通法中细分为诽谤个人和诽谤政府的诽谤罪名;在诽谤个人中,“正当批评”与“私人攻击”的界限是公平与否的问题。英国法不在乎行为人所揭发的是不是事实,即使是事实,无端暴露个人隐私,对公共利益亦无增补;其虽言论属实,但此人仍将不免以扰乱公众秩序为由而受刑事处罚,这是英国人的传统^[1]。在诽谤政府罪名中,凡文字含有煽动内乱的意向,以诽谤

煽动罪论处，行为主体具体包括了故意侮辱公职人员惹起仇恨者等；② 言论的司法控制，比如藐视法庭这一普通法系国家和地区常见的罪名，比如违反了法院禁止发布某些信息的命令，行为人将被起诉至刑事法庭。③ 民事上的言论自由控制，高等法院和上诉法院根据从《人权法》衍生出来的论点，对私人和家庭生活的权利提出了先例，这意味着，如果发布某些人通常希望保持私密性的信息，并且该行为违反了《人权法》，被害人则有可能获得损害赔偿，行为人也有可能获得禁止发布的禁令。

以美国法为例，言论自由的规制在联邦最高法院判例中发展出一系列重要的原则，比如霍姆斯法官在“抵制征兵案”中首创的“清楚与现实的危险”的标准、哈兰法官建立的“平衡标准”。此外，还有德国宪政院“见解与事实区分”原则，关于这些理论的具体表述将在以下章节展开。

以上通过对自由权、言论自由权的基本概念的了解和中外法律的功能性比较，笔者想初步概括的是，虽然我国只存在合宪性审查这一事前审查模式，宪法基本权利的可操作性制度和实践支持还不完备，尤其是在言论自由的保护和规制这一时常具有争议与价值冲突的问题上存在巨大张力；但或许可以在立法过程中由立法机关通过立法形式将类似美国联邦最高法院的“清楚与现实的危险”的标准转化为具体的规定，以期在实践中更好地保护个人言论自由。

2. 域外经典案例及分析

由于我国缺少宪法诉讼机制，因此涉及言论自由等基本权利的相关案件更多在民事或行政类相关程序中体现，在分析典型案例时，除了审视我国发生过的一些典型事例，更多是把重点放在域外尤其是判例中发展出了丰富的理论标准的美国最高法院的判决，以从中汲取优势理论和经验适用于我国。

2.1. 美国“抵制征兵第一案”与“律师政治资格案”

1919年“抵制征兵第一案”的被告申克在其代表的美国社会党散发的传单中，宣扬了人们应该索求自己的权利、否认政府有权把美国公民送往国外去枪杀其他国家的人民等思想，联邦政府认为其在鼓动抵制政府征兵，因而根据《反间谍法》申克被加以指控。霍姆斯在联邦最高法审理这一案件的上诉时认为，受指控者的言论造成明显且现实的危险时，其言论自由权才不能受宪法保护。与霍姆斯法官意见一致而采取了明显且现实的危险标准的宽松解释的多数意见，因而认为有限制公民政治言论自由嫌疑的《反间谍法》并不违宪。尽管这一标准在美国本土后来被加以修正了，但其基本概念的可适用性在长达半个多世纪后的韩国“国家安全保护与言论自由”一案中仍可窥见，韩国宪法法院卞祯洙法官的反对意见表明“不区分表达自由对国家是否存在明显的、现实的危险，仅仅以有利于反国家团体为理由无条件地限制表达自由并给予惩罚，是一种侵害表达自由本质内容的明显违宪的法律”[2]。

在1927年的“左翼党派第二案”中布兰代斯法官对“清楚与现存的危险”理论进行了修正，采取了严格解释的态度，构成“清楚与现存的危险”有两个要件：① 危险必须是相当可能即刻发生的；② 事件的发生必须产生严重的危害[3]；但在20世纪50年代之后的一系列“美共案”中这一理论的适用产生了越来越多的摇摆，因而产生了新的标准。

1961年的“律师政治资格案”中，原告科尼斯伯格通过了加州的律师资格笔试，但在资格审查中拒绝回答有关其与共产党的联系的提问，从而未被审查委员会批准其律师资格，因此科尼斯伯格上诉至联邦最高法院。哈兰法官和布莱克法官分别就“平衡标准”发表了赞成意见和反对意见；哈兰法官认为政府权力行使的合宪性存疑时，法院需要妥当平衡并调和相关方的不同利益诉求，支持了审查委员会的决定。而布莱克法官的反对意见则指出这一“平衡标准”的基础是：某些观念是如此危险，以至即使存在充分时间，政府也无须限于争论来反对它们，布莱克法官认为本案“显然没有任何‘清楚与现存危险’，（政府或公共机构）具有充裕时间、通过讨论来反击任何观念，但法院多数仍然允许加州法院采纳措施，来

压制提倡有关政府事务的观点”[3]。

在本案的赞成意见和反对意见中,笔者更支持反对意见,因为本案原告科尼斯伯格在拒绝回答其同共产党的关系的同时,表示了其从不相信暴力革命学说。笔者认为,且不论“暴力革命学说”相关准确性,原告至少通过言语表现了其不存在对公共利益或国家的“清楚与现存的危险”,笔者也对布莱克法官强调的“这项标准的运用必然取决于特定法官对冲突社会价值所赋予的重点”存在同样的担忧。

而在1969年的“右翼党派案”之后联邦最高法院在“清楚与现存的危险”理论和“平衡标准”之间确定的折中观点,笔者认为这是对言论自由进行保护及合法规制的理想方式,即通过将言论内容进行分类,进而做出不同程度的调控。其中,诸如鼓励犯罪和挑衅性言论不受《权利法案》第一修正案保护;而其他类型的言论,尤其是政治讨论则属于保护范围,且政府出于公共利益的考虑可以采取必要措施加以调控。

2.2. 德国“竞选毁谤案”

1982年在欧洲议会竞选过程中,社会民主党竞选人将对手基督教社会联盟称为“欧洲的新纳粹党”,基督教社会联盟向地区法院申请禁令以禁止社会民主党竞选人再行公开重复这一称呼,并获得了地区法院与上诉法院的同意和维持。但在社会民主党竞选人向宪政法院申诉前述法院决定侵犯了《基本法》第5条第1款、第2款保护的言论自由时,他的理由获得了宪政法院第一庭的支持。

宪政法院认为“欧洲的新纳粹党”这一称呼属于社会民主党在竞选演说中的见解表达,没有人会从这一称呼中产生具体和确切的事实,这只是申诉人试图通过论战来击败政治对手,选民也清楚了解演说者是为了表露其见解来赢得听众。宪政法院强调道,“如果有关见解对公共问题的思想交锋有所贡献,那么它就被假设受到自由言论原则之保护”,由此确定了见解的自由表达的原则,况且本案中的政党和公民、个体政客不同,政党的存在和活动应被视为政治生活的一部分,政党必须承受其认为是诽谤的辛辣言辞。

宪政法院同时提到,事实陈述的自由言论更容易受普通法律的限制,尤其是虚假信息和故意说谎不受自由言论原则的保护,即使是构成“见解”之基础的事实陈述也只是受到有限保护。因此,宪政法院在本案中确定了言论自由的界定标准,也即见解与事实之分。

由“见解与事实之分”,可以推想到,我国《广告法》第九条禁止广告有“最高级”、“最佳”等用语是否有限制商家在宣传产品中的言论自由的嫌疑。虽说禁止使用绝对化用语,是为了遵循科学发展规律,因为不论是自然科学还是社会科学的发展永远不会达到绝对顶峰,所以广告宣传的商品和服务也必须符合科学发展原理[4]。但正如产品的好坏需要通过市场来检验,如果商家标榜其商品为“最佳”但实际上风评并不见好,那么与其他商品自然高下立判,也不至于误导消费者并影响其正确判断、贬低其他竞争者,本质上商家使用“最佳”等用语就属于其认知范围内的见解表达,而非事实表述,所以商家应当被正确赋予在广告宣传中言论自由的权利。

美国法对言论自由的判断标准,重点在于区分规制对象——内容和形式,亦或言“纯粹性言论”和“象征性言论”,后者即表达对某一问题的意见或思想的行为;而德国法重点在于区分“见解”与“事实”。另外,若说美国法以及那些仿效美国法的国家对言论自由问题的答案大都是在回答什么言论及多少程度的言论应受到宪法保护,那么德国法的特点在于其在《基本法》中还规定通过普通立法落实基本权利的保护,采用了“立法规制与宪法保护”的双轨制保护模式。

由于历史文化和法律传统之差异,美国和德国根据各自不同的法律原则采用了不同的方法来保护言论自由及确定界限,其基本理念、宪法保护方式都有因地制宜的特色,作为世界上对言论自由的保护与规制相对成熟的国家,可以为我国言论自由的保护及合法规制的完善工作提供借鉴思路,这正是功能主

义比较法的目的之所在，也是下文将继续探析的问题。

3. 言论自由合法规制的困境与纾解

3.1. 合法规制之现存阻碍

第一，我国缺少对言论自由进行保护的历史传统，大多数公民对言论自由的权利意识不强。

第二，封建主义残留的官本位、等级制思想在作祟，执法人员法治思维仍有待提高。

第三，我国宪法对于言论自由的保护及规制的规定过于宽泛，缺乏宪法诉讼机制，由此导致其政治宣言性强，实践操作空间小等。

3.2. 完善言论自由合法规制的针对性建议

3.2.1. 建立普通立法衔接制度

既然宪法是国家之根本大法，那么宪法也应当具有法律的规范性、普适性特征，但由于宪法诉讼制度在我国实践中的缺失，这一机制的建立尚存在许多艰难，而建立起普通立法衔接制度是否更加现实？且这一设想也无须对宪法进行修正以影响宪法的稳定性，也符合了宪法是一部原则性规定的法律文件，不应面面俱到的特征。

针对合法规制言论自由的法律规范的缺失与言论自由保障的高要求存在着失衡和沟壑的情况，立法机关需要完善的不是法律的修改而是言论自由的保护和规范体系的建立。以规范网络谣言治理法律体系为例，有学者提出了三种完善模式，分别是修改现行法律模式、单独式专门立法模式、专章式立法模式[5]。就目前立法资源而言，单独式的专门立法似乎不太现实，而行政法规立法在法律位阶上又不足以保障言论自由这一基本权利，因此笔者认为专章式立法模式似乎更为可行，本文的主旨既是言论自由的合法规制，而现实中通常是行政机关进行事后的行政处罚，因此笔者认为此处的“专章”是在《行政处罚法》或《行政强制法》中专辟一节对受规制言论的种类、认定标准和规制措施等进行细化规定，以此衔接《宪法》第35条和第51条对言论自由的保护和限制。

3.2.2. 立法中重申权力行使的重要原则

第一是法律保留原则，即行政机关应当按照法律授权活动，这项原则是衡量政府干预公民基本权利正当与否的首要标准。我国《立法法》第8条明确规定了对公民政治权利的剥夺及限制人身自由的强制措施和处罚只能制定法律，而第9条进一步规定“第8条规定的事项尚未制定法律的，全国人民代表大会及其常务委员会有权做出决定，授权国务院可以根据实际需要，对其中的部分事项先制定行政法规，但是有关犯罪和刑罚、对公民政治权利的剥夺和限制人身自由的强制措施和处罚、司法制度等事项除外”，可以看出关于对公民政治权利的剥夺的事项属于法律绝对保留的范畴，而体制层面上属于公民政治权利的言论自由便属于法律绝对保留的内容，只能通过狭义上的法律立法完善。

第二是比例原则，即对言论自由的规制措施必须真正符合公共利益或其他法律目的，规制措施必须是与所要达到的法律目的或保护的法益相称的，以及有多种手段可供选择时应选择侵害相对人权益最小的，这一原则要求分析行政权力对言论自由的规制是否合法时要兼具评议手段的内容与形式，以满足合法、合理的要求，避免给公民的言论自由造成“寒蝉效应”。

第三是程序正当原则，这是政府一切权力行使或对公民权利之侵害或限制皆应遵循的重要原则，政府规制言论自由时同样应当适用该原则，主要表现为：① 除涉及国家秘密和依法受到保护的商业秘密、个人隐私外，行政管理应公开；② 政府在对公民做出不利的行政决定之前，有义务告知行政相对人其有陈述、申辩的权利，在充分考虑当事人意见的基础上做出合理决定。

3.2.3. 归纳确定考量因素

政府在处理言论自由相关问题时，应在考虑相关因素的情况下，遵守谦抑性原则审慎处理。

第一，言论发布主体、目的与受众范围可作为考量因素。可以通过考察发布者的身份情况，包括其职业、知识背景、教育经历，言论发布的动机为何，什么群体接收到发布者的言论信息，来判断其是否为正确合理地行使言论自由权。

第二，社会危害程度可作为考量因素，包括对个体或社会的危害、直接或间接的危害，随着国家互联网治理能力的提升，还包括对网络空间或现实空间的危害。以直接危害或间接危害为例，网络谣言称某地即将封城，致使许多当地居民连夜驾车或搭乘轨道交通等“出逃”，这不仅直接妨害了道路交通安全管理，更妨害了防疫工作的展开，其间接危害又体现为居民在生活超市中将生活用品哄抢一空，妨害了疫情期间各地的物资管理秩序。

4. 结语

人民作为主权者需要参与到国家主权的建构和巩固中来，而言论自由的基本权利为其提供了进入和参与国家主权建构的桥梁[6]。但在代议制民主下，不可能每个主权者都能在政治常态中随时出场，因此会出现主权与治权的一定分离，出现言论自由保护与现实脱节的情况。

本文采用了功能主义比较法的视野对美国、德国关于言论自由的规范和典型案例进行探究，提取其中的理论，以备结合我国实际进行运用。因为比较法的问题不是关于不同国家的法律制度的概念结构，而是他的法律制度的功能，比较法的方法是对不同社会秩序解决问题的办法，重新从他们各自的现实和所实现的社会目的中进行相互比较。功能主义比较法的目的不在于说明某国某项制度存在的必要性和正当性，而是通过这种比较来发现哪个国家的法律制度更具有功能上的优越性，从而为移植和传播外来法律文化寻找到合法性，例如在借鉴德国言论表达中“见解”与“事实”的区分，我国可以在完善立法中仿效德国理论因地制宜，依据言论的内容进行区分、划分出不同保护程度和规制程度，以宪法为母本构建言论自由保障的蓝图和价值体系，这也是在宪法视阈下言论自由问题具有研究价值的课题和方向。

参考文献

- [1] 龚祥瑞. 比较宪法与行政法[M]. 北京: 法律出版社, 2012.
- [2] 韩大元, 王建学. 基本权利与宪法判例[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2013.
- [3] 张千帆, 朱应平, 魏晓阳. 比较宪法——案例与评析(下册)[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2011.
- [4] 倪峨. 广告文案中“绝对化用语”、“统计数据”的法律分析[J]. 中国广告, 2015(10): 102-104.
- [5] 林华. 网络谣言治理法律体系的完善进路[J]. 行政法学研究, 2021(4): 69-81.
- [6] 王名扬. 美国行政法[M]. 北京: 北京大学出版社, 2016.