中心含义与原初意图之争

——美国 1964 年《纽约时报》案判词背后的历史叙事

周小舟·

内容摘要： 历史学家列维 1960 年出版了一部研究美国早期言论和出版自由问题的专著《压制的遗产》。列维通过梳理历史，认为制定言论和出版自由条款的原初意图不可避免地继承了北美的煽动性诽谤概念，直到 1798 年《反煽动法》通过，反联邦党的理论家才开始构建反对煽动性诽谤的现代自由主义的基石。在 1964 年"纽约时报诉沙利文"案中，布伦南大法官代表美国联邦最高法院撰写了判词，并创造了言论和出版自由条款"中心含义"概念，即煽动性诽谤和民主政体不兼容。为论证"中心含义"的合法性，布伦南简单而有选择性地引用了《压制的遗产》中的一小部分——麦迪逊的言论。面对布伦南大法官对该书的简单引用，保守派学者伯恩斯更加细致地考察了布伦南判词涉及的两段历史，同时将当时各州的煽动性诽谤法追溯到联邦党的汉密尔顿，这一司法传统远比反联邦党人的理论保守。

一、布伦南与"中心含义"

1964 年 3 月 9 日，美国联邦最高法院大法官威廉·布伦南[1]撰写的"《纽约时报》诉沙利文"案（*New York Times Co. v. Sullivan*）判词正式发布，从而给这起喧腾了四年之久的诽谤诉讼划上了一个圆满的句号，该案也因布伦南大法官创造性地提出了一个新的法律分类并将自由派在言论自由问题上的政治哲学归纳为"中心含义"（central meaning）而写入教科书。

1960 年 3 月 29 日，"保卫马丁·路德·金暨争取南部自由委员会"（The Committee To Defend Martin Luther King and the Struggle for Freedom in the south）在《纽约时报》刊登了一则名为《关注他们日渐高涨的呼声》（*Heed Their Rising Voices*）的社论性广告，该广告试图通过描述黑人民权运动在南方的开展情况，以及南方保守势力如何迫害这一运动，唤起读者对民权运动的支持和赞助。这篇广告的第三段和第六段提及或影射了警察当局的种种不当行为，引来了蒙哥马利县警监沙利文的民事诽谤起诉。沙利文诉称，虽然广告中并没有明确提到他的名字，但是

· 北京师范大学文学学士，清华大学法律硕士，现在银行工作。

[1] 小威廉·约瑟夫·布伦南（William Joseph Brennan, Jr., 1905-1997），1956 年至 1990 年期间任美国联邦最高法院大法官，自由派领袖之一，几乎在所有主要法律问题上都持自由派立场，如反对死刑、支持堕胎、支持广泛的言论和出版自由等。更为详细的生平可参看 http://en.wikipedia.org/wiki/William_J._Brennan,_Jr.，最后访问日期 2011 年 2 月 12 日。

第三段的“警察”一词让人联想到作为警察部门负责人的他，也就是影射了他带领警察包围校园，并封锁餐厅，以饥饿迫使学生屈服。另外，由于逮捕属于警察的职权范围，第六段的行文容易让读者误读为暴力威胁、炸弹暗杀马丁·路德·金的暴徒就是逮捕金的警察，而这一切的负责者就是警监沙利文。沙利文提供了六名当地居民作为证人，证明该广告在当地人心目中造成了沙利文能力不足、不堪其任的印象，从而损害了他的名誉。[2]

至此，沙利文巧妙地将一则批评政府的言论转化为民事诽谤，并在阿拉巴马州最高法院的审判中获得了阶段性胜利。如果该案没有上诉到联邦最高法院，或者联邦最高法院肯定了州最高法院的判决，那么可以预料到的是，在此后十年或者更长时间里，南方各州的各级政府势必将沿着相同的法律路径，将所有对政府不利的言论曲解为对政府工作人员个人能力的怀疑及对其名誉的损害，以民事诽谤诉讼的外衣掩盖煽动诽谤罪的实质，从而惩罚异议、压制言论、驱逐支持民权运动的媒体。

布伦南大法官撰写的判词推翻了阿拉巴马州最高法院的判决，并为建立一个新的法律分类——公共人物（public figure）——和宪法规则——实际恶意（actual malice）——奠定了第一块基石。布伦南大法官撰写的判词为公共官员（public official）的名誉保护诉讼设立了更高的标准，即公共官员负有证明被告言论中的事实错误是出于实际恶意的举证责任。所谓实际恶意，即明知其为错误，或者完全不顾其是否错误。[3]经过联邦最高法院十年的努力，实际恶意规则在格茨诉为韦尔奇案[4]中最终完成了从公共官员向公共人物的过渡。对于司法实践来说，实际恶意规则的建立可谓意义非凡，但是，布伦南建立这一规则所依据的政治哲学则更为引人注意，在当时更令自由派理论家兴奋不已。

布伦南认为，对公共问题的讨论应当不受限制、强健有力而广泛开放（uninhibited, robust, and wide-open），不排除那些激烈的、刻薄的、有时候令人不悦的对政府和公共官员的尖锐抨击，那么，真实就不应当是公共讨论的标准，因为自由辩论无法排除错误，如果要求讨论者承担以真实为标准的严格责任，则可能导致人们的自我审查，进而令自由辩论窒息。[5]因此，错误在公共讨论中应当是被允许的。这种事实错误完全可能针对公共官员，公共官员应当忍受，除非他能够证明发言者有实际恶意。[6]布伦南创造了一个新词汇来概括这一理论。这个新词汇便是“第一修正案的中心含义”（central meaning of the First Amendment）。

对布伦南所谓的“第一修正案的中心含义”概括最为恰当的也许要算小哈利·卡尔文：“对于一个民主政体来说，不可能存在诽谤政府这样的概念……无论它在其他方面具有什么样的特性，只要煽动性诽谤是一种过犯，这个社会便不是一个自由社会。”[7]也就是说，自由派认为美国的民主自由体制与煽动性诽谤——即对政府及公共官员的诽谤——是不相容的。

那么，第一修正案何以具有这样的中心含义而不是其他呢？布伦南选取的论证路径是历史性的，即论证“中心含义”作为一种思想传统从其诞生之日起便从未中断。布伦南选择了 1798 年《反煽动法》引起的论争作为起点，而非 1789 年《权

---

[2] *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 258 (1964).
[3] Id., p. 279-280.
[4] *Gertz v. Welch*, 418 U.S. 323 (1974).
[5] *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254(1964).
[6] 实际上，布伦南的前提也完全可以推导出绝对主义的结论，即“实际恶意”规则也是冗赘的，在民主政体中，公共言论应当享有绝对的豁免权。
[7] Harry Kalven, Jr, “The New York Times Cases: A Note on ‘The Central Meaning of the First Amendment’ ”. 1964 *The Supreme Court Review* 205 (1964).

利法案》通过之日。布伦南绕过了对第一修正案的原初意图（original intent）的探讨，暗示了作为自由派中坚分子的他在宪法解释上对原初意图的拒斥。这一暗示和布伦南在里根时代对宪法的原旨解释公开的反对遥相呼应："假装我们能够准确地确定立宪者的目的，能够把原则适用于具体的和当前状况的想法是一种狂妄。"[8]

布伦南将"第一修正案的中心含义"的最初权威追溯到了杰斐逊和麦迪逊。作为当时反联邦党人的两位领导人，他们在自己州内分别领导起草了《肯塔基决议》（Kentucky Resolutions）和《弗吉尼亚决议》（Virginia Resolutions），共同针对《反煽动法》，宣布其违宪与无效。麦迪逊在他写给弗吉尼亚公民会议（the General Assembly of Virginia）的报告和国会众议院（the House of Representatives）的辩论中阐述了人民绝对主权和人民统治政府的理念，以及民主体制下免予审查的言论和出版自由对其他权利的保卫作用，最为迫切的，则是宣布《反煽动法》的违宪性。麦迪逊提到，媒体在审查公众人物行为时不应受普通法的严格限制，也就是，应该获得除免于事先审查之外更多的自由。布伦南认为，麦迪逊将言论和出版自由定位为美国政府体制的基本原则。除了援引麦迪逊，布伦南认为历史的法庭已经审判了《反煽动法》：杰斐逊上台后立刻释放了所有根据《反煽动法》被起诉和审判的人，向他们道歉并退还了所有罚款；卡尔洪（Calhoun）在 1936 年向参议员提出的报告中称 1798 年《反煽动法》的无效性是无人质疑的。最高法院的大法官，如霍姆斯大法官、布兰代斯大法官和杰克逊大法官，在自己的意见中也做过类似的表述。布伦南大法官认为："这些观点代表着广泛的共识，即这部法律（《反煽动法》）由于对批评政府和公共官员的言论施加了限制，和第一修正案相违背。"[9]

乍看起来，布伦南煞费苦心地宣布一部一百六十多年前的法律违宪、无效十分令人不解，因为 1）从司法角度上看，这部法律并非本案需要进行司法审查或者适用的现行法律，实际上，由于它规定了自己的有效期，已经于这一有效期届满之时也就是 1801 年 3 月 3 日自动废止，最高法院宣布其无效看似多此一举；2）从理论建构来看，《反煽动法》的出台、审判和论争都具有非常浓重的党派争斗色彩，布伦南大法官有许多可供选择的资源，那些资源在自由主义性质上显得更为纯粹而"纯洁"，也正如后文将看到的，布伦南借以构建"中心含义"理论的论据确实受到了攻击。

解开这一疑问的关键是布伦南判词中举出的一本书。这本书就是伦纳德·W·列维[10]的《压制的遗产》（*Legacy of Suppression*，以下简称《遗产》）。[11]

---

[8] 莫顿·J·霍维茨：《沃伦法院对正义的追求》，信春鹰等译，中国政法大学出版社 2003 年版，第 196 页。

[9] *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U. S. 274-276 (1964).

[10] 伦纳德·W·列维（Leonard W. Levy，1923-2006），美国著名史学家，以宪法史研究著称，其中出版于 1968 年的研究第五修正案历史的著作《第五修正案的起源》（*Origins of the Fifth Amendment*）获得 1969 年普利策历史学奖。更详细介绍可参看 http://en.wikipedia.org/wiki/Leonard_Levy，最后访问日期 2011 年 2 月 12 日。

[11] Leonard W. Levy, *Legacy of suppression: freedom of speech and press in early American history*. Cambridge, Mass.:Belknap Press of Harvard University Press, 1960. 布伦南判词对该书的援引见 *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U. S. 273 (1964).

二、列维和 1798 年《反煽动法》

事实上，如果不对《遗产》进行哪怕极为粗略的泛读，或者不阅读该书出版时学人的书评，那么就可能因为布伦南大法官在判词中援引了该书，简单地认为该书仅仅提供了自由派所需要的历史资料而忽略该书的复杂性。然而，如果读过威尔莫尔·肯德尔（Willmoore Kendall）[12]对《遗产》的分析，则可以得出完全相反的印象。

肯德尔的分析主要出现在他对列维 1963 年出版的另一本书《杰斐逊和民权：阴暗面》（以下简称《阴暗面》）的评论中。由于《阴暗面》一书仅仅是《遗产》的长篇附录，细致地描述了杰斐逊掌握权力之后反自由主义的堕落行径，[13]因此，肯德尔这篇书评的主要部分是在讨论《遗产》一书。和布伦南判词给人的印象截然相反，在肯德尔笔下，《遗产》给自由派理论带来的却是毁灭性打击。

肯德尔认为自由派的信念建立于四大基石之上。由亚历山大·梅科尔约翰（Alexander Meikeljohn）首先阐述其原理、由雨果·布莱克大法官确立其司法权威的这一信念即是："自我管理的人民应当采取这样一种政策，这种政策是关于'基本的'个人'自由'或'权利'——言论、出版、请愿和集会、信仰的自由，归根结底，也许还有思想的自由，虽然这一点很少提及。"[14]这一信念建立于一下四大基石：1)弥尔顿以降的"自由主义理论"，特别是以约翰·斯图亚特·密尔（John Stuart Mill）的著作为代表的政治哲学文献；2）自我管理的理念作为民主逻辑的必要前提，可以成为规定了以上自由和权利的宪政法则的理论来源；3）直接诉诸第一修正案的直白语言；4）由第一修正案的直白语言透露出的国父一代的权威性智慧。[15]肯德尔认为，列维通过《遗产》深入检讨了第四大基石赖以抽绎而出的历史资料，进而赋予了第三大基石全新的内涵。这两者都是致命的，以至于自由派学者在公共辩论中的武器仅剩下政治哲学和所谓的民主逻辑了。[16]

和布伦南大法官的粗略引用不同，肯德尔细致地分析认为，列维的研究指向两个结论：1）国父一代在制定第一修正案时仅可能持有普通法上的言论和出版自由概念（即仅免于事先审查），而不可能有其他概念；2）国父一代赋予第一修正案的另一层含义是仅仅限制国会，却保留了州限制言论和出版自由的权力。[17]在以历史考据摧毁了自由派学者的有力武器之后，列维提到了一系列鲜为人知的理论家和理论著作，肯德尔认为这正是列维在政治哲学方面为自由派主张寻找新依据的努力。但是，这些理论家和理论著作的分量太轻了，不足以支撑起自由派的理论大厦，[18]自由派理论家们被列维剥夺得"再也得不到什么，也没有什么可以失去了"。[19]

---

[12] 威尔莫尔·肯德尔（Willmoore Kendall，1909-1967），美国保守派政治哲学家，他对洛克的多数原则的研究奠定了他在政治哲学领域的地位。肯德尔一生极富传奇色彩，曾经信奉托洛茨基主义，参加了西班牙内战，回国后立场急转保守，曾在二战期间供职于中央情报局（CIA）的前身战略情报局（OSS），后改宗罗马天主教。在其担任大学教授期间，参与了多种保守派刊物和多个保守派组织的发起。更详细介绍可参看 http://en.wikipedia.org/wiki/Willmoore_Kendall，最后访问日期 2011 年 2 月 12 日。

[13] Willmoore Kendall, "Review on *Jefferson and Civil Liberties: The Darker Side* by Leonard W. Levy". 16(3) *Standford Law Review* 764 (1964).,

[14] Id., p 756.

[15] Id., p 756.

[16] Id., p 757.

[17] Id., pp 761-762.

[18] Id., pp 766-767.

[19] Id., p 767.

肯德尔的上述分析在列维 1985 年出版的《自由媒体的兴起》[20]（以下简称《兴起》）一书的序言中得到了印证。列维在该序言中说，他在 1960 年出版的《遗产》一书本身就算得上压制的结果。1957 年，列维受雇于共和国基金会（the Fund of the Republic），撰写一份第一修正案原初含义（此处列维的措辞为 original meaning，而非 original intent）的备忘录，作为一本更大的宣传册的一部分。列维完成的七十五页备忘录中有三分之一讨论了第一修正案的言论和出版自由条款。赞助者们希望看到对第一修正案原初含义的自由主义解读有力的支持，但是备忘录的结论却和他们的初衷背道而驰。于是，他们拒绝把列维的这二十五页加入宣传册。列维对这一压制感到相当气愤，于是花了两年的时间进行更加深入的研究，大大地扩充了原来的备忘录，并在 1960 年将这份更大的成果付梓成书，这便是布伦南大法官在判决意见书中提到的《压制的遗产：美国早期历史中的言论与出版自由》。[21]

列维提到，泽察理亚·察非（Zechariah Chafee）《合众国的自由言论》（*Free Speech in the United States*）一书的结论已经成为自由派学者的经典：第一修正案的原初含义是"清除普通法中的煽动罪，使得对政府的批评——只要不鼓动破坏法律——在美利坚合众国不可能再受到起诉。"[22]而他自己一开始也确信这一结论的正确性，然而对原始资料的研究却颠覆了他的这一确信。

列维的两个信念贯穿了《遗产》整本书的写作。第一个信念是作为历史学家必须追求历史的真实。列维称写作本书仅仅是为了展现事物的本来面貌。[23]第二个信念则基于列维在宪法解释和政治哲学上的自由派立场。为了维持自由派在言论和出版自由条款上的解读和信念，列维认为对第一修正案的解读并非必须乞灵于立法者原意。职业上的历史学家和政治哲学上的自由派这两重身份起了冲突。解决这种冲突的唯一办法就是将后者建立于立法者原意之外的基础之上。因此，列维一方面始终坚持以反察非的立场解读所有的历史证据，另一方面又另寻源头建立言论和出版自由的新的理论传统。对于立法者原意，列维则试图以广义的立法者原意代替狭义的立法者原意。所谓狭义的立法者原意，即立法者在制定法律时赋予法律文本的具体含义，所谓广义的立法者原意，则是指立法者制定法律时的各种表现所暗示的笼统意图。列维认为，从广义上解读立法者原意更为恰当，立法者用原则性的语言书写宪法的原因，就在于宪法条款的目的仅仅是要提供指导性意见，其在不同时代的具体含义则将给生活在那个时代的人们自行赋予。一部十八世纪的法律今天还在适用，就是因为美国人没有以食古不化的态度对宪法条文进行解释。"他们（立法者）是布莱克斯通派[24]并不意味着我们不可以是布兰代斯派。"[25]

列维为自由主义选择的理论传统的新源头是 1798 年《反煽动法》引起的举国论争。以这场论争为分水岭，可以将言论和出版自由的相关法律概念的历史分为两段。第一段包括北美殖民地时期、美国革命即独立战争时期和制宪时代（包

[20] Leonard W. Levy, *Emergence of a free press*. New York, N.Y.; Oxford: Oxford University Press, 1985.
[21] Id. , p vii-ix.
[22] 转引自 Levy, *Legacy of suppression*, supra note 11, p x.
[23] Id., p viii.
[24] 威廉·布莱克斯通爵士（Sir William Blackstone）是《英国法释义》（The Commentaries on the Laws of England）的作者。《英国法释义》最初在 1765 年至 1769 年间由牛津的克拉任顿出版社出版，在英国普通法发展史上起过重要的影响。在独立前的北美大陆，该书更是流传甚广，是当时北美法律教育的标准课本，以及北美普通法的渊源之一。在《英国法释义》一书中，布莱克斯通将言论和出版自由定义为仅免于事前审查，不能免于事后的责任追究。更详细介绍可参看 http://en.wikipedia.org/wiki/Commentaries_on_the_Laws_of_England，最后访问日期 2011 年 2 月 12 日。
[25] Levy, *Legacy of suppression*, supra note 11, p 309.

括《权利法案》的制定）。第二段即 1798 年《反煽动法》通过之后。

列维对历史上的标志性事件进行了较为详细的描述。殖民地时期，美洲殖民地沿用英国普通法，对于敢于批评政府的言论和媒体都给予严厉的法律制裁。一般认为，1735 年发生的曾格案（*Zenger* case），对改变北美殖民地关于煽动性诽谤的普通法起到了重要的作用，具有划时代的意义，从曾格案开始，北美的煽动性诽谤法开始和英国的做法分道扬镳，并且此类案件的数量也在逐年减少。[26]但是，列维认为，殖民地的立法机关并未停止依据煽动性诽谤的普通法概念制定压制政治性言论的法律，唯一的进步只是允许在诉讼过程中主张言论的事实性作为抗辩理由，并且由陪审团决定言论是否具有诽谤性，也即同时决定事实问题和法律问题，而非像英国那样，陪审团只能判断被告是否是特定言论的发表者或者印刷者。这样一来，只要遇上对被告怀有敌意的陪审团，被告获罪的可能性就很大。列维认为 1798 年的《反煽动法》实际上融入了曾格案取得的以上成果，但是仍然无法阻止经过挑选的有偏见的陪审团将被告定罪。[27]

独立战争和建国时期，言论自由也显得遥遥无期。虽然以 1776 年宾夕法尼亚宪法为开端，言论自由条款开始出现在各州的宪法里，但是，“言论自由”（freedom of speech）的具体含义却有待商榷。并没有详细的会议记录可供确定言论自由的具体含义，与此相反，却有其他法律、言论和行动支持着以下论点：在独立战争时期，只有赞成独立和自由的言论才享有言论自由，而亲英言论则受到压制。[28]与此相联系，那些“过分自由地讨论国会的错误和不列颠政府好处”[29]的言论也在被审判之列。就在同一年，国会甚至敦促各州立法防止人们被错误的言论误导，[30]即制定压制“错误言论”的法律以管制亲英言论。列维认为，独立战争时期的历史证据更倾向于证明当时各州对“言论自由”的理解是布莱克斯通式的，即出版物仅免于事前审查，不免于事后的责任追究。[31]言论方面，列维举库兴—亚当斯通信（Cushing-Adams Correspondence）为例。这一通信的主要内容是探讨马萨诸塞州宪法中自由出版条款的含义，库兴当时担任该州大法官，亚当斯则起草了这一条款。这一被公认为具有自由主义性质的文献谈到对政府的批评时，强调了事实可以作为辩护理由，而错误则是诽谤行为的证据，应当受到惩罚。[32]库兴和亚当斯所持的观点和曾格案辩护律师所持的观点并无太大不同，即认为陈述的真实性应作为抗辩理由，并且陪审团应同时决定事实问题和法律问题。这也就意味着，当时的人们普通认为，政治性言论和出版物，特别是批评和攻击政府的，仍然是可以煽动性诽谤的名义进行审判的。[33]

在附加一部《权利法案》于宪法之后的提议被制宪会议否决之后，联邦党人和反联邦党人就开始了混战。联邦党人希望能够通过这部没有附加《权利法案》的宪法，并在宪法的基础上建立联邦政府。反联邦党人则警告各州人民，如果没有《权利法案》，宪法和联邦政府有可能变得专制，进而侵夺人民的权利。列维认为，反联邦党人指摘《权利法案》的缺失，是为了攻击整部宪法，进而阻止各州通过宪法，组建统一的联邦政府。这只是一种政治策略，因此，从反联邦党人

[26] Id., pp 42-43.
[27] Id., p 129.
[28] Id., P 177
[29] Id., p 183.
[30] Id., p 181.
[31] Id., p 185.
[32] Id., p 197.
[33] Id., p 201.

的言论中寻找“言论自由”的定义是没有意义的。[34]最后，联邦党人不得不改变立场，同意增加《权利法案》，因此，《权利法案》很大程度上是政治权宜的结果。

《权利法案》制定之后，保护言论和出版自由便有了第一修正案的宪法保护。但是，任何法律都是需要解释的，解读言论和出版自由条款的学者陷入了一个比较尴尬的境地，因为同处于第一修正案之中的宗教条款在立宪会议上被讨论过，这些讨论有文献可查，而言论和出版自由则缺少这种权威而有力的解读资源。列维认为，也许立法者们都不清楚自己究竟抱有何种言论和出版自由的概念。[35]究竟应该如何解释第一修正案中的言论和出版自由条款，成为宪法学者着重考虑的问题之一。列维再次进行了探讨。列维认为，如果该条款做严格的字面理解，则会出现如下的问题：1）州议会仍然可以依州宪法和宪法理论制定限制言论和出版的法律；2）联邦法院仍然可以判处言论和出版有罪。列维重点讨论了第二个问题。如果国会不得制定限制言论和出版自由的法律，那么，联邦法院必须有其他审判依据，例如普通法上的管辖权（common-law jurisdiction）。列维认为，无论是 1789 年《司法法》（*the Judiciary Act of 1789*）还是当时联邦最高法院的普遍理解，都承认联邦刑事普通法（federal common law of crimes）以及联邦法院的普通法管辖权，直到 1812 年和 1816 年，联邦最高法院才否定了这二者的存在，[36]而 1812 年的联邦诉哈德森和古德温公司[37]一案，正是一起针对总统的煽动性诽谤案。[38]这两个概念的存在和付诸实施，使得煽动性诽谤的普通法得以在联邦法院层面持续存在。

列维回顾了英国自 1783 年开始的反煽动性诽谤罪的自由主义先锋运动，这场运动旨在确立真实性作为抗辩理由，并且增加陪审团的权力。这场运动促成了 1792 年《福克斯诽谤法》（*Fox's Libel Act*）的出台，该法增加了陪审团的职能，允许陪审团就刑事诽谤诉讼的案情递交一份整体性意见。但是，随着法国大革命发生后国际局势的发展，英国在对法关系中逐渐转为守势，而且国内的激进分子也受到法国大革命的鼓舞，宣扬建立一个没有国王的不列颠共和国。英国国内的煽动性诽谤诉讼大幅增加，又激起了新一轮针对煽动性诽谤的自由主义理论的蓬勃发展。[39]就在这两轮自由主义理论兴起和发展期间，美国通过了宪法和第一修正案。[40]虽然如此，在 1798 年《反煽动法》通过并引起举国论争之前，美国都没有产生足以与英国的同道们相媲美的自由主义理论。[41]列维认为，由《反煽动法》引起的论争，虽然不能用以解读国父们对言论和出版自由的理解，但是，美国的自由主义者们第一次定义了表达自由的含义和范围。[42]因此，这场论争意义重大，甚至可以说是划时代的。

1798 年，联邦党政府通过了《反煽动法》，试图压制对政府的批评，在全国建立由一党控制的媒体进而赢得 1800 年的大选。该法吸收了曾格案的成果，允许将真实性作为抗辩理由，并且赋予了陪审团决定事实问题和法律问题的权力。在众议院的辩论中，联邦党人表明了他们认可在该法案下追究煽动性诽谤的态度。正是这部《反煽动法》，迫使反联邦党人，或称杰斐逊党人，点燃了自由主义理

[34] Id., p 215.
[35] Id., p 234.
[36] Id., pp 238-239.
[37] *U.S. v. Hudson and Goodwin*, 7 Cranch 32 (1812).
[38] Levy, *Legacy of suppression*, supra note 11, p. 244
[39] Id., pp 249-257.
[40] Id., p 257.
[41] Id., p 258.
[42] Id., p 249.

论的火苗。[43]联邦党人对言论和出版自由的理解是：可以自由地思考、写作和出版，但是如果言论伤害了他方则应负法律责任，该“他方”可以是个人，也可以是政府。也就是说，出版自由仅意味着免于事前审查。[44]这是典型的布莱克斯通式理解。而在野的反联邦党人则逐渐发展出一套关于言论和出版自由的自由主义理论，以反对联邦党人的布莱克斯通式理解。

列维引述了几位重要的理论家的理论，其中既包括一些鲜为人知的理论家，如乔治·布雷克（George Blake）、圣乔治·塔克尔（St. George Tucker）、乔治·海（George Hay）、图尼斯·沃特曼（Tunis Wortman）、詹姆斯·沙利文（James Sullivan）、约翰·汤姆逊（John Thomson）等，也包括名扬天下的国父之一——詹姆斯·麦迪逊（James Madison）。[45]列维认为，那些鲜为人知的理论家和他们的理论著作构成了杰斐逊党人自由主义思想的主体。事实上，这些理论家的思想分布在从布莱克斯通派到绝对主义者之间的各个频段上。例如，詹姆斯·沙利文的态度最为接近布莱克斯通，他甚至试图调和出版自由和刑事诽谤的普通法之间的关系，提出媒体可以讨论公共问题，但不得控诉官员或者毁损官员名誉，如果官员确有其罪，应先受大陪审团的审判，媒体不得先行谴责从而引导大陪审团。在毁损官员名誉的案件中，甚至连真实性也不得成为抗辩理由。但是，在对公共问题的讨论中，媒体则有不受普通法管辖的自由。[46]而绝对主义者乔治·海，则不仅认为媒体应当享有绝对的自由，而且和当时杰斐逊党人流行的观点相反，这种绝对自由不仅免于联邦的审查，也免于州的审查。[47]

作为宪法和权利法案的起草人之一，麦迪逊的言论相比起来有更高的权威性，布伦南大法官在判词中对麦迪逊言论的引用即说明了这一点。在 1800 年为弗吉尼亚众议院（House of Delegates）起草的报告中，麦迪逊为反对《反煽动法》，表明了自己对言论和出版自由的理解。麦迪逊明确提出，第一修正案的制定正是为了废除普通法的规定，因为事后惩罚和事前审查对言论和出版具有相同的效果。麦迪逊另外从政治哲学的角度分析了美国和英国政体的不同，并且由此得出结论——英国在政治言论自由方面的普通法不应适用于美国。英国对人民权利威胁最大的是国王，议会则是对抗国王的人民卫士，主权在议会，对议会的攻击将有损于议会实现这一作用。而美国的政体基础是人民主权，立法机构和行政机构都只是人民的代理人，人民需要充足的信息以决定政府是否合格，而这些信息就来自媒体。麦迪逊还解释了第一修正案。他认为应原则性地解读第一修正案，也就是说，由于处在同一条法律里，宗教和媒体应该受到同等的保护。第一修正案是在重申媒体表达的不可侵犯性，以建立媒体和人民对联邦的信心。麦迪逊还攻击了在煽动性诽谤诉讼中将真实性作为抗辩理由、以及对恶意或犯罪意图的要求。在麦迪逊看来，虽然后两者看似保护了言论者，但是，在政治著作中，意图可以从文字中做任意推断，而且禁止这些意图意味着禁止宣扬对政府的负面情绪，进而禁止可能产生这种倾向和效果的言论。[48]

列维意识到，以上言论出自一位国父之口，人们可能会质疑他的结论——政治言论自由的理论起源于 1798 年《反煽动法》引起的论争，而得出新结论——这就是第一修正案的原初意图。因此，列维举出以下三点以说明麦迪逊的理论不

[43] Id., pp 259-260.
[44] Id., p 260.
[45] Id., pp 268-269.
[46] Id., pp 289-291.
[47] Id., pp 270-272.
[48] Id., pp 273-278.

可能产生于 1798 年以前：1）如果麦迪逊当时就持有以上理论，那么他不可能不在制宪期间发表这些言论，以对抗流行的布莱克斯通式的观点，事实上那个时期他没有留下任何文字阐述他对言论和出版自由的理解；2）在麦迪逊提交的权利法案文本里，宗教条款、言论和出版自由条款不在一起，因此，当时的麦迪逊不可能具有同等保护宗教和言论出版的思想。3）立国十三州几乎州州都有权利法案，其中有些特别提到了出版自由，但是这些条款的立法过程很拙劣很草率，与其说是自觉地重视这些权利，或者从英国普通法中进化得出，不如说是一种急于向世界展示其文明性的姿态，因此，实际上这些写入宪法的权利仍然保留了普通法上的定义。麦迪逊不可能不受时代的局限。他在 1800 年说的话只可能是 1798 年那场论争启发的结果。[49]

即使存在以上的理论表述，杰斐逊党人的自由主义还是在现实中蒙受了巨大的阴影。首先，无论是在国会关于《反煽动法》的辩论中，还是在杰斐逊本人亲自起草的《肯塔基决议》和其他重要文献中，杰斐逊党人的攻击对象仅仅是国会和联邦法院对煽动性诽谤的立法权和司法管辖权，却试图保留州在这方面的权力。[50]其次，在 1801 年宣誓就任总统之后，杰斐逊党人即发动了一系列针对联邦党媒体的煽动性诽谤诉讼。杰斐逊则一面指示自己的亲信在麦迪逊党人控制的州进行针对联邦党媒体的选择性起诉，一面从原有的立场悄然撤出，承认联邦法院对煽动性诽谤有并行管辖权，以便在联邦党控制的州内利用联邦地方法院审判针对他的煽动性诽谤。这一系列的举动迫使联邦党人起而以言论自由卫士的姿态捍卫自己的媒体。在纽约，在从 1803 年开始的一场针对州长的煽动性诽谤诉讼中，亚历山大·汉密尔顿（Alexander Hamilton）发表了他对媒体自由的理解，这一理解得到了法官肯特等人的赞同，并最终促使该州在 1805 年制订了一部融合了汉密尔顿理论的法律。事实上，汉密尔顿的理论和《反煽动法》相比甚至有所倒退，除了赞同陪审团应同时决定事实问题和法律问题、真实性可以作为抗辩理由之外，还附加了一个条件，即出版须带有良好的动机、造成正当的结果。而这起诉讼的检察官，一个杰斐逊党人，却秉持布莱克斯通的理论。[51]

在列维看来，杰斐逊党人的见风使舵损害了自由主义理论的纯粹性。[52]使得他对历史更为悲观的是，作为一个在英、法、美三国都极受自由主义者们欢迎的自由主义权威理论家，托马斯·潘恩（Thomas Paine）在 1806 年纽约的《美国公民》报纸（*The American Citizen*）上发表了他的著名随笔《媒体的自由》（*Liberty of the Press*）。就是在这篇随笔里，潘恩将媒体自由的定义局限为免于事前审查。列维认为，潘恩的论述代表了国父们的观点， 这才是原初意图。[53]

虽然有如上令列维倍感失望的史实，但是在该书的结尾，他还是将布雷克、海和麦迪逊等人开创的自由主义理论树立为对言论和出版自由条款的“正统”理解的正当性源头，并表态赞同最高法院的“正统”理解。[54]

实际上，列维自己也认识到，以占绝大部分篇幅的“反面”史实驳倒察非的经典理论，以新的基础建立言论和出版自由条款的自由派理论的合法性，他自己完全可能被谴责为自由派的叛徒和新保守主义历史学家。该书出版之后引起的反响以及 1964 年纽约时报判词中对《反煽动法》的讨论，证明了列维并非杞人忧天。

---

[49] Id., pp 279-282.
[50] Id., pp 264-266.
[51] Id., pp 297-302.
[52] Id., p 307.
[53] Id., p 308.
[54] Id., pp 308-309.

二十五年后的 1985 年，列维又出版了《遗产》一书的修订版——《兴起》。该书是列维总结了自《遗产》出版后引起的种种风波和争论的结晶。列维对自己的观点做了一点修正。

首先，他承认自己在《遗产》里没有以充分的数据描述当时报业表观上的无所顾忌，以及煽动性诽谤案之寥寥无几，而这也正是他要在《兴起》一书里着重补充的部分。但是，他不认为自己在《遗产》中的主要论点站不住脚。相反，他认为，只要存在煽动性诽谤的概念和法律，那些报业的编辑就随时有可能被起诉和审判，便不能说言论和出版是自由的。自由的媒体应该建立在坚实的法律基础上，而不是依靠政府的一时心软和纵容。[55]

其次，他承认《遗产》的叙述方式有些过火。1798 年《反煽动法》和同时期的英国煽动性诽谤的普通法相比已经有了非常大的进步，但是美国人仍然无法容忍这样的法律存在，就说明了美国人对自由的尊重超过《遗产》的描述。列维认为出版自由对于国父们来说并不像《遗产》所展现的那样狭隘：除了免于事前审查之外，也意味着出版界成为非官方的第四部门，监督政府和官员的活动，传递信息给选民，并保卫个人自由。[56]

但列维仍然坚持自己在《遗产》中的主要观点，正文部分在理论上也并无新意，增加的 60%的篇幅都是史料。他仍然坚持认为，“第一修正案是为了废止煽动性诽谤”这样的观点是错误的。[57]列维认为，由于接受的教育是“柯克晦涩的历史主义、布莱克斯通狭隘的保守主义和曾格案”，国父们在那个时代与其说是持自由主义观点，不如说更可能属于保守主义阵营，在政治上独立于英国，并不意味着法律上就放弃了继自英国的普通法。[58]然而，“民权案件因植根于政治哲学中最睿智的原则和经验总结得来的最睿智的政策而如此强有力，它无需乞灵于过去。随着美国自由主义的成长，国父时代的智慧已经过时了。”[59]

由此可以看到，二十五年的风波和争论过后，列维仍然没有动摇地以自己的方法弥合着历史学家和自由派两重身份之间的张力，一方面坚持自己的历史发现和历史结论，一方面则以新的源头构建起自由主义理论传统及其合法性。

三、伯恩斯的抽丝剥茧

在保守派学者的眼里，个人权利远非至高无上。在他们看来，现代美国社会种种弊端的罪魁祸首正是过分强调个人权利和自由的自由主义。个人权利和自由应当服从于诸如自然正当、社会秩序、宗教信仰、家庭伦理、道德上的善等原则，而自由主义所主张的个人权利和自由，将价值抽离出个人行为，瓦解了美国社会赖以存在的珍贵传统。[60]具体到言论和出版自由问题，保守派学者则相信政府有

---

[55] Levy, *Emergence of a free press,* supra note 20, p xvi.
[56] Id., pp xi-xii.
[57] Id., p xii.
[58] Id., p xv.
[59] Id., p xv.
[60] 艾伦·布卢姆的《美国精神的封闭》（*Closing of American Mind*）集中地体现了美国保守派学者对现代自由主义以及其他更为激进的学术派别的理论观点以及受他们影响的美国现代生活方式的攻击。可参看艾伦·布卢姆：《美国精神的封闭》，战旭英等译，译林出版社 2007 年版。艾伦•大卫•布卢姆（Allan David Bloom，1930-1992），美国哲学家、古典学者、教授，曾师从列奥•施特劳斯和亚历山大•科耶夫，在康奈尔大学、多伦多大学、耶鲁大学、法国高等师范学校和芝加哥大学任教，保守派代表人物之一。更具体生平介绍可参看 http://en.wikipedia.org/wiki/Allen_Bloom，最后访问日期 2011 年 2 月 12 日。布卢姆强烈抨击美国现代文

权压制言论和出版，他们对第一修正案的理解一般都是极为狭隘的。例如，肯德尔就宣称，第一修正案所作的不过是宣明州政府垄断了压制言论和出版的权力。[61]

严格地从字面上解释第一修正案，符合保守派学者的立场。假设立法者原意可以从简单的字面解释中得出，远比假设立法者原意可以从扩大解释中得出看起来更为合理，因为立法者似乎并没有理由不在立法中悉数将他们的意图付诸文字。那么，仅写有“国会不得……”而未规定其他任何机构的第一修正案也就有利于保守派学者做如上严格解释了。

然而，从支持保守派对立法者原意的解读的角度来看，假设严格解释好过扩大解释，仍然不如历史资料更为可靠、更站得住脚。因此，列维的《遗产》一书所引用的历史资料，以及他在史实方面的解读和结论，正好可以为保守派利用。保守派学者所需要做的是沿着列维的进路继续深入地研究那段历史，沃特尔·伯恩斯（Walter Berns）所作的工作正代表着沃伦法院时代保守派学者努力进行着的抗争。

伯恩斯在论文《媒体自由和客籍与反煽动法：一次重述》[62]中重新审读了 1798 年左右的那段历史，既深化了《遗产》一书中有利于保守派论点的史实和结论，又试着推翻列维树立的自由主义理论新源头。除了对《遗产》一书进行“扬弃”，列维还针对布伦南大法官研究了卡尔洪那段话所处的历史背景，以及卡尔洪的真实用意。实际上，由于自由派大法官和学者的共同努力，肯德尔的预言实际上多半没有言中，而伯恩斯诉诸于史实，则令列维如芒在背。因此，虽然列维在《兴起》一书的序言中同时提到了肯德尔和伯恩斯，但是仅仅在相关章节的脚注中对伯恩斯进行了回应，却没有讨论肯德尔。[63]

伯恩斯一开篇就为整篇论文定下了基调：以杰斐逊为代表的共和党人在 1798 年后的论争中所基于的立场，并非民权的宽广的自由主义原则，而是州权的原则，这一原则甚至极端到了这样的地步：要么废除《反煽动法》，要么解散联邦，各州独立。事实上，伯恩斯认为，在州权原则这一口号的掩盖下，共和党人真正的意图却是在南方各州的奴隶制问题上。而且，在《遗产》中附带提到的亚历山大·汉密尔顿在纽约州进行的辩护和肯特法官的同意意见，并非像列维认为的那样微不足道，[64]相反，却是美国式言论和出版自由的的确立者。[65]

化，尤其对高等教育和大学文化不遗余力，他是列奥•施特劳斯众多弟子中最有才华的一位，也是学术路径和思想脉络最为接近恩师的一位。目前国内除译有其轰动一时的《美国精神的封闭》外，还有《巨人与侏儒——布鲁姆文集》，张辉选编，华夏出版社 2007 年版，较为全面地体现了布卢姆的学术才华和思想。

[61] Willmoore, “Review on *Jefferson and Civil Liberties: The Darker Side* by Leonard W. Levy”, supra note 13, p 762.

[62] Walter Berns, *“*Freedom of the Press and the Alien and Sedition Laws: A Reappraisal”. 1970 *The Supreme Court Review* (1970).该论文后来收入伯恩斯 1976 年出版的专著《第一修正案和美国民主的未来》（Walter Berns, *The First amendment and the future of American democracy*. New York, :Basic Books, Inc., Publishers, 1976），并成为第三章《自由言论及其创始原则》（*Free Speech and the Founding Principle*）。

[63] 在列维看来，伯恩斯的主要错误在以下三个方面：1）带着先入之见曲解证据，见 Levy, *Emergence of a free press*. supra note 20, p 304, note 82; 2）未能分清民事诽谤和形式诽谤的区别，进而混淆了这两者对言论自由的不同意义,见 supra note, p 320, note 31；p 331, note 63；3）只有结论，没有证据，见 supra note, p 336, note 84。

[64] 列维在《遗产》一书里没有想过要将汉密尔顿等联邦党人树立为自由主义理论的英雄，因为 1）如果树立杰斐逊的政敌为言论英雄，杰斐逊将不仅有“阴暗面”，而且将成为玩弄理论进行党争的无耻政客；2）对立两党皆有贡献，将使自由主义理论蒙受更多的党争的色彩而变得更加“不纯洁”，更加可疑。对于列维来说，他必须有一群“纯洁”的英雄，杰斐逊党人上台前后的不一致，仅仅是未能一以贯之，值得惋惜，绝不能沦为和对立面一样，只是不择手段、玩弄理论进行政治斗争的一群政客。实际上，列维不认为有理由将汉密尔顿等人加入理论英雄的行列，因为甚至和 1798 年《反煽动法》相比，汉密尔顿在法庭上提出并最终融入了各州诽谤法的言论自由的定义，也是倒退的，因为被告还需证明善意和正当的结果。

伯恩斯首先回顾了客籍和反煽动法（the Alien and Sedition Laws）是如何出台的。伯恩斯对历史背景的回顾是相当概括性的，较为完整的历史图景是：法国大革命雅各宾化后，十八世纪末的英法美三国关系十分微妙，美国国内大致分为亲英派和亲法派，前者以联邦党人为代表，后者以共和党人也就是所谓的反联邦党人、杰斐逊党人为代表。两件事促使在朝的联邦党人出台了客籍和反煽动法：1）美国政府和英国政府签订了和平协定，引起了亲法的杰斐逊党人强烈不满；2）美国赴法公使写给亚当斯总统的密函中声称法方谈判代表 X、Y、Z 三人向其索贿，在失败后宣称法国在美国国内有众多盟友，足够让美国政府丧失人民的支持。[66]这一事件促使联邦党政府做好了向法国宣战的准备。为了封住强烈反对其内外政策的共和党媒体之口，由联邦党控制的国会通过了客籍和反煽动法。早在外交事件发生之前，由两党控制的不同媒体早就展开了针对敌对党派领导人的人身攻击，而两党的反应是相同的：利用普通法在自己控制的法院提起煽动诽谤起诉。共和党人利用自己控制的州法院，而联邦党人由于不确定联邦法院是否具有普通法管辖权，所以他们另外寻求成文法上的依据，也即制定新法律。如果说两党的政治分歧是客籍和反煽动法出台的政治原因，那么，这便是法律原因。[67]

统称为客籍和反煽动法的法律共分为四部，由国会在一个月内密集出台。第一部法律为中立法，将外国人取得美国国籍的居住年限从 5 年延长至 14 年；第二部称为《外国友人法》（*Alien Friends Act*），授权总统驱逐他认为有损美国国家安全的外国人，授权期限为两年；第三部为《外敌法》（*An Act respecting Alien Enemies*），赋予总统宣战并采取战时措施的权力；第四部就是《反煽动法》。《反煽动法》又分为四个部分。第一部分原则性地规定了对违反美国法律的人进行惩罚，第四部分规定了本法的有效期限至 1801 年 3 月 3 日为止，也就是下一届政府上任的前一天。第二、三部分为规定了实质内容的正文。[68]伯恩斯将客籍和反煽动法视为一个整体，探讨存在于针对这一整体展开的论争中共和党人统一的逻辑。

伯恩斯首先引用了阿尔伯特·伽拉丁（Albert Gallatin）的话。伽拉丁是第一个起而反对《外国友人法》的国会议员。伯恩斯认为，伽拉丁的话代表着共和党人对客籍和反煽动法的攻击的主要方向："允许外国友人入境，或者驱逐之，此种权力专属于各州……联邦政府无权管辖外邦人，因此……该法案中的所有条款均属违宪。"[69]这一点贯穿了论争的全过程，它诉诸于联邦和州的分权原则，而非民权。

那么，坚持分权原则的原因是什么？可能是为了保障民权不被联邦政府损害吗？伯恩斯认为，《外国友人法》的反对者们发现，如果允许国会驱逐外国人，南方各州的奴隶制可能深受影响。这一切都和民权没有任何关系。事实上，无论支持奴隶制还是反对奴隶制，包括杰斐逊和麦迪逊在内的共和党人都反对联邦政府干涉南方各州的奴隶制存废问题。在共和党人看来，奴隶制存废是各州的州内问题，宪法没有赋予联邦政府干涉这一问题的权力。伯恩斯认为，投票的南北分布很能说明问题。在《外国友人法》的投票中，众议院 46 票赞成票中仅有 10 票来自南方各州，其中就有 5 票来自马里兰一州，而 40 票反对票中则有 30 票来

---

[65] Berns, *Reappraisal*, supra note 62, pp. 110-111.
[66] Id., p 111; 以及 David M. Rabban, "Review: The Ahistorical Historian: Leonard Levy on Freedom of Expression in Early American History". 37(3) *Stanford Law Review*, *Historical Perspective on the Free Press* 849 (1985).
[67] Berns, *Reappraisal*, supra note 62, pp 112-113.
[68] Id., p 113.
[69] Id., p 114.

自南方；参议院的 7 票反对票全部来自南方。伯恩斯批评那些没有注意到奴隶制是关键因素的历史学家们只认识到党派分裂，却没有更加深入地考察导致这一分裂的原因。[70]伯恩斯的言下之意是，只要深入考察，则奴隶制的重要性一目了然。

南方各州共和党人的反对意见主要来自以下顾虑：总统可能视奴隶为外国人而有权将他们驱逐出国。南方各州的恐惧还体现在另外一场关于宪法的商业条款的争论中。该条款允许国会管理州际和国际贸易，争论的焦点在于外国人是不是该条款的对象。南方的议员强烈反对进行肯定性解读，因为国会可能因此有权管理各州的奴隶贸易，废奴人士可能操纵国会，将奴隶遣送出国。伯恩斯认为，同样的忧虑使得南方各州和代表南方各州利益的共和党人必然反对联邦对州权的任何一点侵蚀，在客籍和反煽动法这一问题上也不例外。[71]

当辩论进行到《反煽动法》时，联邦党议员质疑南方共和党人的反对立场莫衷一是。他们先是从反面重申了布莱克斯通意义上的言论和出版自由，即言论者和出版者应当为自己的诽谤行为负责，随后指出，《反煽动法》的内容和各州的煽动性诽谤法并无实质上的差别，南方的共和党人没有立场在保留后者的情况下反对前者。共和党议员的回答仍然是州权。他们援引第一修正案的文字，称第一修正案剥夺了国会制定法律限制言论和出版自由的权力，而将这一权力保留给了各州。实质性的煽动性诽谤法甚至被描述为有利于构建共和国的良好秩序，因为肆意诽谤者将受到法律的惩罚。共和党议员只是立足于宪法反对国会制定此类法律而已。有人甚至提出，如果由各州的法院审理，针对总统的煽动性诽谤更能得到公正的审判，因为和联邦法院不同，州法院完全独立于总统。[72]国会投票同样呈现出明显的南北分布：众议院的投票结果与《外国友人法》相差无几，而参议院则没有丝毫改变。[73]

杰斐逊是自由派学者和保守派学者都无法绕开的关键性人物。列维将主要精力花在考察杰斐逊上台前后不一致的表现上，而伯恩斯则关注围绕杰斐逊起草的《肯塔基决议》的文献。伯恩斯得出的结论是：《肯塔基决议》的目标是发展其宪法基础上的州权理论，并提供一个如有必要则肢解联邦的理论平台。[74]杰斐逊将州权的价值置于联邦统一之上，倘若客籍和反煽动法不被废除，“我们宁愿从我们如此珍视的联盟中分离出来，也不愿放弃我们保留着的自我管理的权利，自由、安全和幸福唯赖于此。”[75]伯恩斯认为，杰斐逊起草的决议诉诸于两个结果：各州的自然权利和宪法权力相叠加，决定了 1）各州有权宣布国会通过的法令无效；或者 2）各州有权退出联邦。内战时期，杰斐逊的以上言论成为许多南方蓄奴州反对联邦政府废奴法令并最终宣布退出联邦的依据。而杰斐逊等人的目的并非为了自由民权，而是为了在州内实行州制定的客籍和反煽动法，丝毫不受联邦的干涉。[76]在由麦迪逊起草的《弗吉尼亚决议》的讨论过程中，弗吉尼亚议会进行的争论并无特别的新意。《弗吉尼亚决议》和《肯塔基协议》唯一的不同之处是，前者明确表示要而非拒绝分裂，维护统一。“它们（两部决议）并不否认反煽动法的必要性；它们都主张诽谤行为在民事上和刑事上都是可罚的；它们当时都不坚持否认出版自由和无法无天之间存在区别。它们只是单纯地否认联邦的至

[70] Id., pp 114-117.
[71] Id., pp 118-119.
[72] Id., pp 120-123.
[73] Id., p 125.
[74] Id., p 126.
[75] Id., p 126.
[76] Id., pp 127-129.

高无上性。”[77]

两部决议都没有得到其他州足够的响应和支持，杰斐逊的门徒们才开始关注媒体自由本身的性质，并发展出被列维视为美国言论和出版自由理论的源头的一系列理论著作。伯恩斯重新考察了这些杰斐逊派理论家的思想。

首先是麦迪逊。伯恩斯认为，麦迪逊虽然在 1800 年写给弗吉尼亚关于《决议》的报告中提到了媒体应当同时免于事前审查和事后惩罚，但是，他在提到国会无权审查媒体时并没有提到州议会。他反而认为联邦官员可以在州法和州法院的范围内保护自己的名誉。[78]

其他理论家，伯恩斯同样揭示出其言论中与现代自由派理论相去甚远之处。其中，圣乔治·塔克尔仅在宗教问题上持绝对主义观点，在政治言论的自由问题上则持有布莱克斯通观点和州权立场；[79]图尼斯·沃特曼的理论只是对潘恩思想幼稚的重述，而且他的发言多数是在讨论联邦中央政府的权力界限问题，而且他也发表过赞同应由州对诽谤实施排他性管辖的言论。[80]伯恩斯不否认事态的发展让许多共和党人开始思考言论和出版自由的性质问题，但是绝大多数人的起点或终点都是一个政治性问题——联邦和州的分权，只有两个人例外：乔治·布雷克为出版自由所作的辩护没有掺杂联邦和州的分权问题，然而他攻击了煽动性诽谤却支持其他的刑事诽谤罪；约翰·汤姆逊则认为由于人不能控制自己的思想，所以观点本身是不可罚的，然而他自己也不得不承认，思想不可控并不意味着表达不可控，反煽动法正是针对表达所进行的控制。[81]而被列维认为持有绝对主义自由理论的乔治·海，虽然攻击了布莱克斯通理论，但是也不得不在他的论文的第二版中向其他共和党人作出让步，承认州可以惩罚包括针对联邦总统在内的诽谤。[82]

接下来，伯恩斯忽然将人们的视线拉向了十九世纪三十年代。这一看似风马牛不相及的年代却暗含深意：1）列维的论述至多到 1816 年联邦最高法院宣布不存在联邦普通法及其管辖权为止，而伯恩斯的历史触角却伸向了更加遥远的年代，正是在这一年代，杰斐逊党人在十八世纪末党争中发展出来的理论逐渐发酵，并最终在三十年后的内战中酿成苦果，成为南方独立的理论根据之一；2）布伦南大法官的判词中卡尔洪那一段正出于这一年代，伯恩斯意图在反驳列维的同时，反驳具有司法权威性的布伦南判词的历史根据。伯恩斯对这段历史的考察相当细致深入，为列维和布伦南所不及。

奴隶制自美国立国以来就是国家的焦点问题之一。伯恩斯认为，杰斐逊党人在 1801 年控制联邦政府之后，以各州得自由管理州内事务为理论依据，保护了南方各州的奴隶制不受联邦和不蓄奴的自由州干涉。在言论问题上，南方得“自由地”管制州内的废奴言论，而北方得自由地不予限制，联邦中央政府则保持中立。然而，没有一个国家能够同时在一部分领土上保留奴隶制，却在另一部分领土上实现全民自由。正像林肯说的那样，分裂之家不能长久。不到三十年的时间，南方各州便开始无法满足于仅在自己的州内管制废奴言论了。由于邮政系统是全

---

[77] Id., p 134.

[78] Id., p 136. 伯恩斯认为，列维没有注意到麦迪逊在联邦和州政府之间做的区分。列维在《兴起》一书中做出了反驳，认为伯恩斯没有区分刑事诽谤和民事诽谤，误读了麦迪逊的意思。见 Levy. *Emergence of a free press*, supra note 20, p 320, note 31. 然而就像《纽约时报》诉沙利文案展现出来的那样，民事诽谤起诉是极有可能被利用来实施刑事诽谤治罪的。

[79] Id., pp 136-138.

[80] Id., pp 138-139.

[81] Id., pp 140-141

[82] Id., p 141.

国性的，由联邦而非各州管理，因此，北方的废奴出版物得以借助邮政系统流入南方各州。南方各州一开始要求自由州立法禁止废奴出版物，继而要求自由州禁止废奴团体的存在。未得到自由州响应之后，便对州内的联邦邮政官员施加压力，“奉劝”他们不要投递废奴出版物。最后，他们不得不诉诸杰克逊总统。杰克逊总统一方面号召自由州压制废奴宣传，一方面则要求国会通过一项旨在禁止通过邮政系统向南方各州投递废奴出版物的法令。经约翰·C·卡尔洪（John C. Calhoun）提议，立法草案提交参议院下属的临时委员会，而非邮政委员会，因为后者被自由州控制，而前者只有一人出自自由州。[83]此卡尔洪便是布伦南大法官判词中引用过的那一位。

正是在卡尔洪提交的报告中，他提到了 1798 年《反煽动法》引起的论争，并明确认为，杰克逊总统的法案和 1798 年的那部法律一样违宪，因为该法案对南方各州的读者构成了事前审查，而且赋予了国会通过邮政系统审查其意欲禁止其流通的出版物的权力。[84]布伦南大法官正是在此意义上引用卡尔洪的。但是，伯恩斯并未到此为止，而是继续深入探讨卡尔洪的报告。然而，卡尔洪在确认《反煽动法》和杰克逊总统法案的违宪性之后，为蓄奴州压制废奴言论提议了另一条路径，即由各州自行定义“煽风点火”（incendiary），然后国家邮政系统与之配合，压制在废奴问题上“煽风点火”的言论和出版物。卡尔洪对第一修正案的解读就变为：得出版任何为州法许可的出版物。[85]卡尔洪最终落脚点和三十年前的共和党人如出一辙：州权。卡尔洪甚至威胁参议院，即使不通过这部法案，南方各州也会继续遵循这部法律草案所体现的原则，这些原则就是当年杰斐逊率先在《肯塔基决议》中宣布的：各州有权废除联邦法令。[86]

在伯恩斯的解读下，卡尔洪的言论呈现出和布伦南判词截然相反的形象。在布伦南简短的判词里，卡尔洪俨然言论和出版自由事业的支持者，而伯恩斯则揭示了他那句话所处的文本语境和历史背景。卡尔洪的本意是通过州权帮助南方各州压制废奴言论的流转、传播，这一立场和路径与三十年前的共和党人完全一样。

在推翻了列维关于共和党人贡献的结论之后，伯恩斯将“言论和出版自由理论的源头”的桂冠戴在了联邦党领袖亚历山大·汉密尔顿的头上。1801 年，杰斐逊上台之后，出现了一批针对联邦党媒体的煽动性诽谤诉讼，其中就包括了上文提到的由汉密尔顿担任辩护律师的诉讼。虽然这场诉讼以被告败诉告终，但是汉密尔顿和审理此案的肯特法官一起，奠定了现代自由主义的基石。主审该案的共和党法官甚至不同意以曾格案确立的“真实”标准，而是按照“恶劣趋势”（bad tendency）的标准来审理。基于这一事实，汉密尔顿发表了自己对出版自由的看法，肯特则表示同意。汉密尔顿认为，出版自由意味着“无论针对人还是事，只要是善意地陈述事实，并出现正当的结果，均得免责。”[87]具体来说，汉密尔顿和肯特对于言论自由的实质和司法问题持有如下观点：1）所有人都可以自由出版关于公共人物和公共措施的观点，只要不是恶意的错误；[88]2）事实性可以作为辩护理由，但是，不得适用于攻击私人品性的场合，不得适用于被指控煽动和造成恶果的传播的场合；[89]3）陪审团应同时决定事实问题和法律问题。[90]汉密尔

[83] Id., pp 143-145.
[84] Id., p 145.
[85] Id., p 147.
[86] Id., p 148.
[87] Id., p 153.
[88] Id., p 156.
[89] Id., p 157.
[90] Id., p 153.

顿的标准首先经纽约州采用为州宪法关于言论和出版自由条款含义的一部分，随后便为美国许多州所采用并一直沿用至二十世纪中叶。[91]

四、保守派的成功和失落

《兴起》前言中提到的一些风波说明了《遗产》一书不仅在学术界引起了轩然大波，而且也不可能不入联邦最高法院之耳。《遗产》出版后，沃伦法院时代最激进的自由派、言论自由问题上的绝对主义者雨果·L·布莱克[92]大法官视之为对美国民权的灾难性打击，并命令自己的秘书调查书中提到的每一个事实和资料来源，给书挑错。列维不无自傲地提到，多年以后，这位秘书告诉列维，他花了一整个夏天做这件事，最终无功而返。[93]这有助于我们加深对布伦南大法官为什么在判词中探讨《反煽动法》的理解，因为很难想象，布莱克大法官没有和亲密战友布伦南大法官谈起这本书。和布莱克大法官的暴跳如雷不同，布伦南大法官巧妙地利用了《遗产》达到自己的结论。布伦南接受了列维创造的新源头，并以“中心含义”一词概括了列维意欲表达的自由主义的含义，从而在权威的司法层面赋予了《遗产》一书符合自由派立场的解读。和同时是绝对主义自由派和原旨主义者的布莱克大法官不同，这一解读体现了布伦南大法官更为温和而灵活的自由派立场。

当我们重新回头审视《遗产》一书的大致结构时，我们会发现相当有趣的是，在列维那里，原初意图并非宪法解释的正确方法，如果说两者有任何一点联系的话，那也不过是法律条文的模糊性背后透露出来的立法者“意图”：让后代在固有条文的躯壳下，根据自己的时代精神为自己立法。这种所谓的“意图”本身甚至不能称之为严肃的学术推理，而只能说是不能不对国父一代表示尊重的情况下敷衍了事而已。法律条文的模糊性导致其具有或宽或窄的解释空间，这本身就是语言所无法避免的，不能认为是列维所谓广义的立法者“意图”存在的证据。实际上，列维的历史叙事最终否定了十八世纪末十九世纪初杰斐逊党人曾怀着真诚而纯粹的态度构建自由主义理论。对于首先是一个历史学家的列维来说，在政治哲学和法学上构建自由派理论正当性并非他的任务。因此，他的《遗产》给人的感觉就是：他在一个不存在保守派的国度里，对自己意识形态上的同志提出一些史实上的异议以供商榷，不必担心这些异议为对手所利用。

面对列维这一历史叙事，布伦南大法官和伯恩斯结合自己的立场和学识，展开了历史叙事构建上的竞争。本文一开始涉及的布伦南大法官的判词实际上也是历史叙事，虽然和学术论文相比显得相当简短。布伦南判词的结构是先引用理论后引用司法判例。这实际上也是无奈之举。在理论和司法判例两者之间，后者自然具有更高的权威性，然而言论和出版自由条款应用于司法实践却是始于二十世纪初，整个十九世纪都是一片空白。为了填补国父一代和二十世纪之间的空白，

---

[91] Id., p 158.

[92] 雨果·拉法耶特·布莱克（Hugo LaFayette Black, 1886-1971），1937 年至 1971 年间任美国联邦最高法院大法官，在言论和出版自由问题持绝对主义立场，在宪法解释问题上持原旨主义立场。布莱克大法官个性突出，依据自己对美国宪法的“文本主义”解读支持广泛的民权，但强烈反对诸如实质性正当程序、隐私权等为美国一般自由派所推崇的法律概念，因此和其他自由派大法官之间多有冲突。更详细生平可参看 http://en.wikipedia.org/wiki/Hugo_Black，最后访问日期 2011 年 2 月 12 日。

[93] Levy, *Emergence of a free press*, supra note 20, pp xvii-xviii.

布伦南大法官引用了卡尔洪的一段话。如果不加细究，布伦南大法官可谓成功地追溯出了一条有利于自由派的法律传统，并且以具有权威性的司法判例弥补了被列维撕开一道口子的自由派历史叙事。

因此，当保守派学者构建历史叙事的时候，除了需要“修缮”列维的历史叙事之外，还需要摧毁布伦南大法官的历史叙事。接下这个任务的便是伯恩斯。对于列维的历史叙事，伯恩斯所做的是从事实上加以丰满，并从事实的背后抽离列维赋予的所有民权色彩，代之以南方各州对联邦政府借机废除奴隶制的恐慌。顺着相同的逻辑，伯恩斯详细地考察了卡尔洪那段话的历史背景。除了解构自由派学者和法官的历史叙事之外，伯恩斯也积极地构建了自己的历史权威——汉密尔顿所确立的司法传统。一个被各州采用为通行标准的言论和出版自由定义，久而久之会形成人们心中不言自明的法律理念。和列维诉诸于思想精英的传承脉络不同，立足于司法传统和普通人信念探讨言论和出版自由的现实含义，这是伯恩斯论点最站得住脚的地方。伯恩斯将“自由主义”追溯到汉密尔顿的用意在于，汉密尔顿对出版自由的理解狭隘得多，除了继承了曾格案之外，他还给出版者附加了“善意和正当结果”的要求。如果说这一更为狭隘的定义属于司法传统和普通人信念，那么，列维和布伦南所援引的思想精英传统的正当性显然都要大打折扣。

然而，在有选择性地构建了自己简略的历史叙事后，沃伦法院时代的自由派法官和学者们立刻抛开了历史，高喊着政治哲学意义上的“中心含义”，在言论和出版自由的战场上攻占了一个又一个高地。以伯恩斯为代表的保守派所做的远为细致的考证工作以及由此获得的学理上的优势，就这样被自由派高亢的欢呼声淹没了。