

公共对话外的言论与表达

从新《广告法》切入

左亦鲁*

摘要 本文从公众对新《广告法》的不理解出发,首先论证保护消费者——而不是促进广告业发展或广告主的表达自由——才是《广告法》的首要目的。新《广告法》中绝大多数对广告内容的规定,虽然看上去限制了广告的表达自由,但却是为了服务于更大的公共利益——保护消费者免受虚假广告欺骗和误导。因此这些规定总体而言是合理且正当的。在此基础上,本文又将讨论扩展到学术言论和专业言论。广告、学术言论和专业言论均处公共对话之外,这三个领域的价值都是为公共对话和社会公众提供可靠的信息、知识或服务。它们有着不同于公共对话的逻辑、原则和正当性基础。把公共对话的规范强加于它们,不仅会破坏它们自身的规律,更会对公共对话和现代社会的运转产生不利影响。

关键词 《广告法》 言论自由 学术言论 专业言论

导论:新《广告法》与“段子”

2015年4月24日,全国人大常委会表决通过了新修订的《广告法》,这是该法自1995年颁布以来的首次修订。这部号称“史上最严《广告法》”出台后,先于学者和专业人士的分析,最先活跃起来的却是“段子手”。一时间各种关于新《广告法》的段子充斥着网络和微信朋友圈。

一个流传颇广的段子声称新《广告法》禁止使用各种“极限词”。因此,“最佳、最爱、最赚、最优秀、最好、最大、最高级、最高端、最时尚、最流行、最先进以及最新技术”等修饰词都不得在

* 耶鲁大学法律科学博士。

广告中出现。同样被禁的据说还有对“全国第一”“全网第一”和“排名第一”等“第一”的使用和“国家级”“国家级产品”“世界级”“顶级工艺”“终极”和“极致”等与“级”和“极”有关的表述。^{〔1〕}不少网站都整理出了一份所谓的新《广告法》下“极限词(违禁词)汇总”。^{〔2〕}更“耸人听闻”的是,某些段子说由于“最”和“第一”已经无法使用,各大图书网购平台正在紧急更换“问题”书名:《最好的女子》被改为《*好的女子》,《最后一课》被改成《*后一课》,《第一夫人们》变成了《* *夫人》,甚至连《最高人民法院商事审判指导案例》都要变成《*高人民法院商事审判指导案例》。^{〔3〕}

在另外一类段子中,据说新《广告法》公布后,“文案疯了,创意总监疯了。目前执行中的广告方案全都得改!”。^{〔4〕}既然新《广告法》中不允许出现“第一”,于是广告文案通通把“第一”改成“第二”。原来“东半球最好用的智能手机”只能变为“我们眼中全球第二好用的智能手机”,而原本“天下第一好吃的鱿鱼干”则必须改为“天下第二好吃的鱿鱼干”。^{〔5〕}

还有一系列“自首式”广告文案。鉴于新法对产品宣传进行了种种“变态”限制,以美妆产品为例,广告文案只能变成以下形式:美妆种类多到违反《广告法》,送货速度快到违反《广告法》,促销价格低到违反《广告法》,整体销量高到违反《广告法》。^{〔6〕}类似的表述还可以包括“质量好到再说就违法了”或“性能好到不让说”。^{〔7〕}

不论上述段子的真假对错,它们之所以能成为流行文化的一部分,一个很重要的原因是它们暗合了大众心理对新《广告法》的某种普遍认识。在对谣言的研究中,凯斯·桑斯坦(Cass Sunstein)曾指出人们是否会相信一则谣言,很大程度上取决于他们之前既有的想法。^{〔8〕}为了降低认知不和谐(cognitive dissonance),人们会倾向于否定与他们深层信念相冲突的信息和言论,而去接受那些与自己既有想法相近的信息。^{〔9〕}这一结论在很大程度上也可以用来解释上述段子的流行。尽管不少段子其实是对新《广告法》某些规定的夸张、扭曲甚至“编造”,但内容是否真实和分析是否严谨却从不是网民关注的重

〔1〕“文案狗 vs 新《广告法》:快来买吧,再说就违反《广告法》了”,<http://news.sina.com.cn/c/zg/2015-09-01/doc-ifxhkpcu4950719.shtml>,最后访问日期:2016年4月17日。

〔2〕“新《广告法》下广告违禁词汇总”,<http://www.js-tm.com/shownews.asp?id=2182&bigclassid=1&smallclassid=4>,最后访问日期:2016年4月17日。

〔3〕“新《广告法》禁极限词涉及书名《第一夫人》躺枪成《* *夫人》”,<http://news.163.com/15/0910/15/B35OG24N00014SEH.html>,最后访问日期:2016年4月17日。

〔4〕“史上最严《广告法》来临 随便吹牛的时代过去了吗?”,http://qd.ifeng.com/jinpaicaijing/detail_2015_09/08/4323068_0.shtml,最后访问日期:2016年4月17日。

〔5〕“新《广告法》又激活了一批用生命在营销的文案狗”,<http://www.linkshop.com.cn/web/archives/2015/332887.shtml>,最后访问日期:2016年4月17日。

〔6〕同上注。

〔7〕见前注〔1〕。

〔8〕(美)凯斯·桑斯坦:《谣言》,张楠迪杨译,中信出版社2010年版,页26。

〔9〕同上注,页26-27。

点。新《广告法》之所以能够引发一场“网络狂欢”，^[10]是因为契合了广大民众某种普遍的心理和认知。简单来说，这些段子的背后是这样一种心理和情绪：大家都是成年人，我们不需要新《广告法》“多管闲事”。在很多人看来，广告是一种表达，新《广告法》的很多规定是没必要、多余和错位的。这是讽刺和荒诞产生的基础，而各种段子只是迎合和放大了大家的这种感觉。究竟是新《广告法》错了，还是民众和段子错了？

由于出台时间不长，学界对新《广告法》的讨论目前尚不算丰富和深入。现有研究多为针对此次修订中热点的一些“短、平、快”式分析。^[11] 但若不以新《广告法》颁布为界，法学界近年其实已在《广告法》和广告规制研究上积累了一定成果。尤其值得一提的是，一些学者从保护消费者和反不正当竞争的角度出发，强调广告的信息功能，并以此为广告荐证、比较广告和虚假广告等规制的正当性提供了有力论证。^[12] 但与经济法和民商法学者的进路不同，本文并不打算就《广告法》谈《广告法》，针对某些具体规制展开具体分析；《广告法》只是本文的一个切入点，言论和表达自由的基本理论问题才是本文的目的所在。本文希望从宪法和言论自由理论的层面，探讨包括广告、学术言论和专业言论在内的、公共对话外的表达的逻辑与正当性基础。

本文的论点是：《广告法》绝大多数修订是正当且合理的。广告的价值是为社会公众提供真实准确的信息，而《广告法》的首要目的是保护消费者不受虚假广告欺骗和误导。新《广告法》正是从“保护消费者”出发，通过一系列严格的内容规制服务于公共利益——而不是广告主的利益和表达。很多人之所以批评新《广告法》，根本原因在于他们是用公共对话中言论自由的原则来想象公共对话外的《广告法》。与广告言论有着同样逻辑的还包括学术言论以及律

[10] 对中国互联网上“狂欢”的研究，请见 Li Hongmei, “Parody and Resistance on the Chinese Internet”, in David Kurt Herold & Peter Marold ed., *Online Society in China: Creating, Celebrating and Instrumentalising the Online Carnival*, Routledge, 2011, p. 72.

[11] 参见毕克菲：“广告代言人的法律责任”，《法制与社会》2016年第3期，页77；杨斌：“屏蔽网页广告行为的违法性浅析”，《法制博览》2016年第4期，页17；纪大柱：“浅谈明星代言虚假广告的法律性质及责任”，《法制博览》2016年第3期，页245；罗士俐：“虚假广告发布者侵权责任机制探讨——兼评新《广告法》有关规定之不足”，《嘉兴学院学报》2016年第1期，页123；侯佳敏：“虚假广告荐证者的民事责任新论”，《吉林工商学院学报》2016年第1期，页77；刘乃梁：“广告荐证者不能承受之重——针对《广告法》（修订草案）第39条第2款的思考”，《北京理工大学学报（社会科学版）》2015年第5期，页125；潘丽琴：“浅析新《广告法》对未成年人权益的保护”，《法制与社会》2015年第29期，页267。

[12] 参见李剑：“植入式广告的法律规制研究”，《法学家》2011年第3期，页62；姚海放：“论信息规制在《广告法》治中的运用”，《政治与法律》2010年第5期，页100；于林洋：“论《广告法》视野下虚假荐证责任制度之重构——‘三鹿门’事件下的追问与反思”，《法商研究》2009年第3期，页11；宋亚辉：“广告荐证人承担连带责任的司法认定——针对《广告法》（修订征求意见稿）第60条的研究”，《现代法学》2009年第5期，页68；曾咏梅：“论商业广告代言人的法律责任”，《中国人民大学学报》2009年第1期，页89；应飞虎、葛岩：“软文广告的形式、危害和治理——对《广告法》第13条的研究”，《现代法学》2007年第3期，页29；于剑华：“商业广告中出演者的民事责任问题——来自日本法的启示”，《法学》2006年第8期，页89；张守文：“消费者的获取信息权及其法律保护”，《中外法学》1996年第1期，页31。

师、会计和医生的专业言论:它们都身处公共对话之外,它们的首要价值都是为公共对话和现代社会提供可靠的信息、知识和服务。为了服务与公共利益,它们有着完全不同于公共对话的原则、逻辑和正当性基础,而法律也可以对这些领域进行更严格的规制。如果把公共对话的逻辑和原则强加于这些领域,不仅会破坏其自身运行规律,更会对公共对话和现代社会产生不利影响。换言之,如果把公共对话比作竞技场,把参与公共讨论的公民比作运动员的话,公共对话外的领域就像是训练场、健身房和营养中心。就像运动员离不开教练、体能训练师和营养师,参加公共对话的公民也需要来自广告、学术言论和专业言论的信息、知识和服务。两者构成一种“二元结构”,是相辅相成、互为表里的关系。

本文的第一部分是导论。第二部分讨论新《广告法》是如何围绕“保护消费者”进行规制的。第三部分则把分析从广告扩展到学术言论和专业言论,并总结出公共对话之外的这三类表达有着怎样共同的逻辑、原则和正当性基础。最后是结论。

一、新《广告法》与保护消费者

(一)内容规制与保护消费者

内容是本次《广告法》修订的重点。在2014年8月25日的人大常委会上,国家工商管理总局负责人介绍了此次修订的主要内容。^{〔13〕}本次修订集中在以下四个方面:一、对广告内容进一步严格规定。这包括补充完善原有对药品、医疗器械、农药、兽药、烟草等广告的规定,以及大量新增的对教育、培训、招商、房地产、保健食品、饲料、种子、种畜禽、水产苗种等类型广告的规定;^{〔14〕}二、进一步明确广告主、广告经营者、广告发布者和广告荐证者等主体的责任和义务,并增加了对广告荐证者的行为规范;^{〔15〕}三、首次定义了构成虚假广告的四种情形;^{〔16〕}四、提高法律责任的可操作性和震慑力。^{〔17〕}

在上述四类修订中,绝大多数都与广告内容有关。第一类自不必说,无论是对已有规定的补充完善还是新增加的类型,都直接针对广告内容。第二类修订虽针对广告主体,但也首次明确要求“广告主应对广告内容的真实性负责”。^{〔18〕}第三类修订针对虚假广告,其中所列的四

〔13〕 “关于《中华人民共和国《广告法》(修订草案)》的说明”,载郎胜主编:《中华人民共和国《广告法》释义》,法律出版社2015年版,页182—185。

〔14〕 见前注〔13〕,页183—184。

〔15〕 见前注〔13〕,页184。

〔16〕 见前注〔13〕,页184。

〔17〕 见前注〔13〕,页184—185。

〔18〕 《广告法》(2015)第4条:“广告不得含有虚假或者引人误解的内容,不得欺骗、误导消费者。广告主应当对广告内容的真实性负责。”后文所引法条,除特殊注明外,皆引自2015年修订的《广告法》。

种属于虚假广告的情形均系直接规范广告内容。^{〔19〕} 第四类对法律责任的修改,多数也是针对广告内容违法。新《广告法》还特意把第二章的名字从“广告准则”改为“广告内容准则”,更明确表明此章一系列规定均是针对内容。

内容不仅是本次修法的重点,而且像网络段子所反映的,这也是公众对新《广告法》最关注(或不理解)的地方。更重要的是,内容在言论自由思考中一直是一个“敏感词”。基于内容(content-based)的规制通常被视为最不可接受。借用美国著名宪法学者罗伯特·波斯特(Robert Post)的说法,禁止基于内容的规制是言论自由保护的“基石”。^{〔20〕} 新《广告法》何以“敢冒天下之大不韪”包含如此多针对内容的规定?

本部分将论证,新《广告法》针对内容的诸多限制并非“多管闲事”;相反,这些修订是基于非常正当合理的价值——保护消费者。在此,保护广大消费者——也就是数以亿计的普通公民——这一公共利益压倒了广告主、广告经营者和广告发布者们的利益。“保护消费者”而非广告主的利益和表达才是正确理解新《广告法》的出发点。

新《广告法》“保护消费者”的理念从第1条就开始体现。从法律解释的角度看,法律的第1条通常用来宣示立法的目的和意义。^{〔21〕} 从普通人的阅读经验和常识来说,放在开头的内容总有它的道理,通常第1条会比第2条重要,放在前面的比放在后面的重要。本次《广告法》修订的主旨正是体现在第1条中,其规定如下:

“为了规范广告活动,保护消费者的合法权益,促进广告业健康发展,维护社会经济秩序,制定本法。”

对比一下,旧《广告法》第1条则是:

“为了规范广告活动,促进广告业的健康发展,保护消费者的合法权益,维护社会经济秩序,发挥广告在社会主义市场经济中的积极作用,制定本法。”^{〔22〕}

很明显,新的第1条有两点不同。首先,立法目的从五个变为四个,删去了表述不甚明确并与另外四点存在重叠的“发挥广告在社会主义市场经济中的积极作用”。但更重要的是,新《广告法》第1条把“保护消费者合法权益”摆在了“促进广告业健康发展”之前。“保护消费者合法权益”被移到了第二位,仅排在“规范广告活动”之后。如果说“规范广告活动”是对《广告

〔19〕 第28条:“广告以虚假或者引人误解的内容欺骗、误导消费者的,构成虚假广告。广告有下列情形之一的,为虚假广告:①商品或者服务不存在的;②商品的性能、功能、产地、用途、质量、规格、成分、价格、生产者、有效期限、销售状况、曾获荣誉等信息,或者服务的内容、提供者、形式、质量、价格、销售状况、曾获荣誉等信息,以及与商品或者服务有关的允诺等信息与实际情况不符,对购买行为有实质性影响的;③使用虚构、伪造或者无法验证的科研成果、统计资料、调查结果、文摘、引用语等信息作证明材料的;④虚构使用商品或者接受服务的效果的;⑤以虚假或者引人误解的内容欺骗、误导消费者的其他情形。”

〔20〕 (美)罗伯特·波斯特:《民主、专业知识与学术自由:现代国家的第一修正案理论》,左亦鲁译,中国政法大学出版社2014年版,页14。

〔21〕 梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社2003年版,页217—221。

〔22〕 《广告法》(1995)第1条,旧《广告法》全文, http://www.pkulaw.cn/fulltext_form.aspx?Db=chl&Gid=10461&keyword=%E5%B9%BF%E5%91%8A%E6%B3%95&EncodingName=&Search_Mode=accurate,最后访问日期:2016年4月16日。

法》立法目的一般性、抽象性的描述,“保护消费者合法权益”和“促进广告业健康发展”却都有实质和明确的指向。这一调整对理解新《广告法》至关重要,可被视作新《广告法》的“文眼”。

简单来说,“保护消费者”和“促进广告业健康发展”是多数和少数,整体与局部的关系。《消费者权益保护法》(以下简称消法)将消费者定义为“为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务”的人。^[23] 无论从定义还是日常生活经验出发,“为生活消费需要购买、使用商品或接受服务”几乎是我们每个人天天都会遇到的情境——在现代商业社会,几乎都是消费者。消费者就是“我们人民”在不同语境下的另一个名字。“保护消费者”其实就是保护成千上万与你我一样的普通公民。

但“促进广告业健康发展”则针对特定行业和群体。在旧《广告法》中,把“促进广告业健康发展”排在“保护消费者合法权益”之前,隐含着立法者更看重广告业作为一个产业在服务生产、引导消费、推动经济增长等方面的经济作用。换言之,旧《广告法》中广告业的利益压倒了消费者的利益。但新《广告法》通过颠倒两者顺序,重塑两者的关系。通过前移“保护消费者合法权益”,新《广告法》明确了人民作为消费者所享有的利益才是法律所保护的最高利益。可以说,新《广告法》从一部“广告促进法”变成了“消费者权益保护法”。

“保护消费者”需要放到一个更大的背景中理解:为什么要保护消费者?这是因为广大消费者在现代社会和商业交易中的弱势地位。在现代社会中,伴随着技术和商业不断发展,买卖早已不是以物易物那般简单。传统“买者自慎”(caveat emptor)原则所想象的买卖双方地位对等和信息对称已不复存在。且不说购买大型仪器或复杂电子产品,就是在选择牙膏和牛奶时,又有几人敢说自己能从琳琅满目的商品和花样繁多的配方中一眼看穿本质?消费者在选择与他们生活息息相关的商品或服务时,多数时候都缺乏足够的知识、信息或训练去做出明智判断。很多对消费心理学的研究都会强调消费者的非理性和情感性——他们“大多缺乏专门的甚至是必要的商品知识,对商品质量、性能、价格、使用方法、维修、保养乃至市场行情不甚了解……只能根据个人好恶和感觉作出购买决策,因此,易受情感因素、企业广告宣传和促销活动的影响”。^[24] 而近年对消费者行为分析的日益增多和深入,也使我们对消费者决策时的不理性 and 局限有了更多认识。^[25] 此外,消费者的弱势是贯穿整个买卖过程始终的。在购买前,他们不具备足够的知识、信息和经验做出判断;而购买后如果发生问题,单枪匹马的消费者又缺少充分的资源维权。每年央视“3·15”晚会就是最好的例子。在法律已经做出倾斜性保护并且存在消费者协会等消费者组织的前提下,一些侵犯消费者权益的行为仍旧只有靠国家电视台一年一度的集中曝光才能得到救济,这更突显出消费者整体的弱势和无助。

因此,法律没有把消费者和经营者间的关系认定为平等,而是赋予其更多倾斜和保护。

[23] 《消费者权益保护法》(2013)第2条:“消费者为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务,其权益受本法保护;本法未作规定的,受其他有关法律、法规保护。”

[24] 刘军、王砥编:《消费心理学》,机械工业出版社2016年版,页138。

[25] 参见(美)迈克尔·所罗门等:《消费者行为学》,杨晓燕等译,中国人民大学出版社2015年版,页187—212。

《消费者权益保护法》就格外强调“国家保护消费者的合法权益不受侵害”^[26]和“保护消费者的合法权益是全社会的共同责任”，^[27]并用单独一章对前者进行规定。从章节设置上看，整部消法在“消费者的权利”之外只有“经营者的义务”的章节，似乎也并不符合权利与义务对等这一原则。而像第55条“三倍赔偿”^[28]等规定，更是对消费者特殊保护的具体体现。这种保护也频频出现在其他法律中。比如，2015年最新修订的《食品安全法》第148条确立的“首付责任制”和“惩罚性赔偿”，^[29]以及《侵权责任法》第五章“产品责任”中第41条的“无过错责任”^[30]和第47条“惩罚性赔偿”^[31]的规定也是基于同样的原则。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》中对产品责任产生的侵权诉讼中举证责任倒置的规定，^[32]则是从另一角度来实现对弱者的保护。正是基于消费者的弱势地位，现代社会需要构建一整套法律体系来实现这种保护，而《广告法》则是其中重要的一环。

（二）新《广告法》的“纲”：保护消费者不受欺骗和误导

《广告法》保护了消费者的什么权益？一言以蔽之，《广告法》保护消费者不受虚假广告欺骗和误导。纲举目张，“不得欺骗和误导消费者”就是理解新《广告法》的“纲”。

以“消费者”为关键词在新《广告法》中进行检索，会发现“消费者”共出现于5个法条，共计15处中。除第1条外，“消费者”均出现在如下语境——“不得欺骗和误导消费者”。最典型的

[26] 《消费者权益保护法》(2013)第5条：“国家保护消费者的合法权益不受侵害。国家采取措施，保障消费者依法行使权利，维护消费者的合法权益。国家倡导文明、健康、节约资源和保护环境的消费方式，反对浪费。”

[27] 《消费者权益保护法》(2013)第6条：“保护消费者的合法权益是全社会的共同责任。国家鼓励、支持一切组织和个人对损害消费者合法权益的行为进行社会监督。大众传播媒介应当做好维护消费者合法权益的宣传，对损害消费者合法权益的行为进行舆论监督。”

[28] 《消费者权益保护法》(2013)第55条：“经营者提供商品或者服务有欺诈行为的，应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的三倍；增加赔偿的金额不足五百元的，为五百元。法律另有规定的，依照其规定。经营者明知商品或者服务存在缺陷，仍然向消费者提供，造成消费者或者其他受害人死亡或者健康严重损害的，受害人有权要求经营者依照本法第49条、第51条等法律规定赔偿损失，并有权要求所受损失二倍以下的惩罚性赔偿。”

[29] 《食品安全法》(2015)第148条：“消费者因不符合食品安全标准的食品受到损害的，可以向经营者要求赔偿损失，也可以向生产者要求赔偿损失。接到消费者赔偿要求的生产经营者，应当实行首负责任制，先行赔付，不得推诿；属于生产者责任的，经营者赔偿后有权向生产者追偿；属于经营者责任的，生产者赔偿后有权向经营者追偿。生产不符合食品安全标准的食品或者经营明知是不符合食品安全标准的食品，消费者除要求赔偿损失外，还可以向生产者或者经营者要求支付价款十倍或者损失三倍的赔偿金；增加赔偿的金额不足一千元，为一千元。但是，食品的标签、说明书存在不影响食品安全且不会对消费者造成误导的瑕疵的除外。”

[30] 《侵权责任法》第41条：“因产品存在缺陷造成他人损害的，生产者应当承担侵权责任。”

[31] 《侵权责任法》第47条：“明知产品存在缺陷仍然生产、销售，造成他人死亡或者健康严重损害的，被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。”

[32] 《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(2002)第4条：“下列侵权诉讼按照以下规定承担举证责任：……(六)因缺陷产品致人损害的侵权诉讼，由产品的生产者就法律规定的免责事由承担举证责任；……”

是第4条:“广告不得含有虚假或者引人误解的内容,不得欺骗、误导消费者。”^{〔33〕}第14条第1款也规定:“广告应当具有可识别性,能够使消费者辨明其为广告。”此外,第28条明确了五种“广告以虚假或者引人误解的内容欺骗、误导消费者的,构成虚假广告”的情形。^{〔34〕}而第54条^{〔35〕}和第56条^{〔36〕}分别规定了当消费者受到虚假广告侵害时,消费者协会和消费者组织以及广告主、广告经营者、广告发布者和广告代言人等主体的义务和责任。

围绕着“保护消费者不受欺骗和误导”,新《广告法》主要从以下三个方面展开保护:

第一,新《广告法》首次引入了“不得引人误解”的规定。旧《广告法》第4条过去只要求“广告不得含有虚假的内容”,新《广告法》将之改为“广告不得含有虚假或者引人误解的内容”。^{〔37〕}换言之,旧《广告法》只要求不能造假,而新《广告法》则变成了“不得造假”和“不得引人误解”的双重要求。虚假和引人误解是两回事。假的对立面是真,造假就是欺骗,“不得虚假”因此是对内容真实性的要求。相信绝大多数人对惩治欺骗和造假应没有异议。

大家的不理解主要集中在“不得引人误解”。“引人误解”的内容不一定是假的,既然广告没有通过造假去欺骗消费者,再要求“不得引人误解”的正当性何在?保护弱势消费者就是答案。正是考虑到消费者在决策时的局限、外行和“无知”,仅有对内容真实性的要求是不够的。语言和画面是丰富和有魔力的,同样真实的内容完全可能因表达和传播的不同而具有完全不同的效果。真实(或者不虚假)的广告同样可以通过画面剪辑和语言表述来“忽悠”消费者。在大家生活中最常见到的广告中,真正敢于赤裸裸造假和欺骗的并不算太多;但试图通过各种猫腻、擦边球和障眼法“误导”消费者的却屡见不鲜。^{〔38〕}这才是民众最可能“中招儿”的地方。

相信大家都在牙膏等广告中见过这样的场景:在一个明亮、干净、先进的实验室里,一位身着白大褂看起来像医生或科研人员的人士会通过显微镜向你介绍保护牙齿的重要性和某款牙膏的功效。整个场景的布置,光线的设计,各种数据和仪器,以及主角身上的白大褂和可靠的微笑,都在营造一种科学和专业范儿。广告中不会明确表明这是哪家医院的医生或是哪家科研机构的研究人员,但整部广告只有一个目的:让人以为这款产品有“专业人士”的推荐从而选择购买。

〔33〕 见前注〔18〕。

〔34〕 见前注〔19〕。

〔35〕 第54条:“消费者协会和其他消费者组织对违反本法规定,发布虚假广告侵害消费者合法权益,以及其他损害社会公共利益的行为,依法进行社会监督。”

〔36〕 第56条:“违反本法规定,发布虚假广告,欺骗、误导消费者,使购买商品或者接受服务的消费者的合法权益受到损害的,由广告主依法承担民事责任。广告经营者、广告发布者不能提供广告主的真实名称、地址和有效联系方式的,消费者可以要求广告经营者、广告发布者先行赔偿。关系消费者生命健康的商品或者服务的虚假广告,造成消费者损害的,其广告经营者、广告发布者、广告代言人应当与广告主承担连带责任。前款规定以外的商品或者服务的虚假广告,造成消费者损害的,其广告经营者、广告发布者、广告代言人,明知或者应知广告虚假仍设计、制作、代理、发布或者作推荐、证明的,应当与广告主承担连带责任。”

〔37〕 见前注〔18〕。

〔38〕 2015年11月,工商总局通报了新《广告法》颁布以来十二起典型违法案件,其中绝大多数均属此类, http://www.saic.gov.cn/jgzf/zzwfgg/201511/t20151117_164040.html,最后访问日期:2016年4月16日。

还有那些以讲座或谈话节目形式出现的广告。在此类广告中,台上一般坐着主持人和一两位“专家”,台下还会配有一批“观众”。整个“节目”的主题一般与医疗、保健或养生有关,比如腰椎间盘突出、高血压、中老年补钙或减肥瘦身。过程中会有“观众”提问,结合自己的“病情”向台上“专家”请教。而“专家们”也会从病理和根源说起,结合自己多年经验,娓娓道来,循循善诱,最终在不经意间抛出“杀手锏”——推荐某款保健品或医疗养身器械。还有各种打着国庆、某位开国领袖诞辰整数年或反法西斯胜利阅兵等事件旗号销售的纪念品和“收藏品”。此类广告通常采取“主持人+收藏或鉴赏专家”的搭配,强调限量多少套发售。由“专家”大讲特讲这套纪念品的工艺和收藏价值,并且明示或暗示未来具有很大的升值空间,此时广告中会辅以此起彼伏的电话铃声,营造出“欲购从速”的紧张氛围。

这些广告可能并不含有假的信息,但其呈现的形式和方式——白大褂、显微镜、实验室、专家、讲座等——却可能使缺乏判断力的消费者产生误解,使他们误以为这些商品得到了专业人士或专业机构的背书。倘若这些“引人误导”的广告只出现在日用品领域也罢,毕竟买错牙膏和洗发水多数时候闹不出人命。但根据北京市工商局对2015年上半年北京违法广告的统计,违法量位居前五的依次是:人用药品、医疗诊疗服务、医疗美容、医疗器械和保健食品,占全市违法广告总量的67.99%。^[39]换言之,违法广告的重灾区恰恰是在医疗保健这些“人命关天”的领域。也许有人认为自己拥有洞悉这些猫腻的火眼金睛,甚至潜意识里认为被此类广告蒙蔽的消费者和中奖诈骗短信的受害者一样不值得同情。民众中的确可能有人拥有较高的鉴别力,但也必须看到很多人并不具备这种能力。更重要的是,消费者作为一个整体在面对广告主的弱势不是靠几个精明、专业的个人就可以扭转的。因此,通过增加“不得引人误解”而提供更多的保护就显得尤为重要。

第二,新《广告法》致力于斩断因“背书”而产生的欺骗和误导。这首先体现在对“最”和“级”等用语的限制。先要澄清一点,对“国家级”“最高级”和“最佳”等用语的限制并非新法所加,原《广告法》第7条中对此早有规定。^[40]新《广告法》只是把原来对使用国旗、国徽和国歌的禁止,扩展至“军旗、军歌、军徽”。而网上流传的所谓“禁用词名单”^[41]中,其实很多也没有出现在规定中。新法第9条主要禁止三方面的内容:^[42]一是对国家标志和军队标志的使用或变相使用;二是对国家机关和国家机关工作人员名义或形象的使用或变相使用;三是对“国家级”“最高级”和“最佳”等用语的使用。不管是国旗国歌、国家机关工作人员还是“国家级”的

[39] 国家工商行政管理总局:“北京发布上半年广告监测情况,广告违法率略升,查处案件608件”,http://www.saic.gov.cn/jgzf/zzwfgg/201507/t20150723_159341.html,最后访问日期:2016年4月16日。

[40] 《广告法》(1995)第7条:“广告内容应当有利于人民的身心健康,促进商品和服务质量的提高,保护消费者的合法权益,遵守社会公德和职业道德,维护国家的尊严和利益。广告不得有下列情形:①使用中华人民共和国国旗、国徽、国歌;②使用国家机关和国家机关工作人员的名义;③使用国家级、最高级、最佳等用语……”,见前注[22]。

[41] 见前注[2]。

[42] 第9条第4—11项对泄露国家秘密、妨碍社会安定、泄露个人隐私、淫秽色情、暴力恐怖等内容的禁止不在本文讨论范围之内。

用语,一旦广告中宣传的商品或服务与这些带有国家象征的标志或用语联系起来,会给人以国家或政府为该商品“背书”的错觉。而“最高级”和“最佳”等极限词也容易误导分辨力和判断力不高的消费者。

其次,新《广告法》第14条还要求“大众传播媒介不得以新闻报道形式变相发布广告。通过大众传播媒介发布的广告应当显著标明‘广告’,与其他非广告信息相区别,不得使消费者产生误解。”这同样是为了避免因“背书”而产生的误解和误导。在普通民众的认知中,新闻报道往往代表着客观、中立,因此他们容易认为“假新闻”中的商品或服务获得了新闻媒体的“背书”——这些商品或服务是被媒体“客观”地介绍和推荐,而不是厂家的自卖自夸。与之类似的还有前面提到过的“假讲座,真广告”。^[43]

再次,新《广告法》中首次出现的对广告代言人^[44]的限制也是针对“背书”。比如第38条第1款要求代言人必须“依据事实”,不得为“其未使用过的商品或者未接收过的服务作推荐、证明”。^[45]同时,新《广告法》还全面禁止自然人、法人和组织代言医疗、药品、医疗器械、保健食品等广告,以及专业人士或机构为教育培训、投资、农药、兽药和饲料等广告作推荐证明。正如下面将要分析的,之所以在这些领域禁止自然人和法人组织进行广告荐证,是因为这些领域的相对专业和不透明会使消费者的“无知”和弱势格外突出。

最后,新《广告法》中对广告引用内容的规定也应放到此背景下审视。新法第11条要求“广告使用数据、统计资料、调查结果、文摘、引用语等引证内容的,应该真实、准确,并表明出处。引证内容适用范围和有效期限的,应当明确表示”。此处对广告中引用内容的要求,已十分接近学术论文中对注释的要求。而正如下一节将要解释的,这种相似其实并非巧合,这表明学术规范与广告内容规制在内在逻辑上本就是一致的。

第三,是对保健品、养生、教育培训、投资和房地产等“重灾区”广告的规范。对此五类广告的规定均为本次新增。对保健食品这一违法广告的重灾区,新《广告法》第18条的规定十分详细:①不得含有表示功效、安全性的断言或保证;②不得涉及疾病预防和治疗功能;③不得声称或暗示商品为保障健康所必需;④与药品、其他保健食品进行比较;⑤不得使用广告代言人做推荐。同时,还应在显著位置标明“本品不能代替药物”。^[46]新《广告法》也一并禁止了以养生讲座的形式来变相销售药品、保健品和器械的行为。^[47]对教育培训类广告,新《广告法》要

[43] 第19条:“广播电台、电视台、报刊音像出版单位、互联网信息服务提供者不得以介绍健康、养生知识等形式变相发布医疗、药品、医疗器械、保健食品广告。”

[44] 第2条将“广告代言人”定义为:“广告主以外的,在广告中以自己的名义或者形象对商品、服务作推荐、证明的自然人、法人或者其他组织。”

[45] 第38条:“广告代言人在广告中对商品、服务作推荐、证明,应当依据事实,符合本法和有关法律、行政法规规定,并不得为其未使用过的商品或者未接受过的服务作推荐、证明。”

[46] 第18条:“保健食品广告不得含有下列内容:①表示功效、安全性的断言或者保证;②涉及疾病预防、治疗功能;③声称或者暗示广告商品为保障健康所必需;④与药品、其他保健食品进行比较;⑤利用广告代言人作推荐、证明;⑥法律、行政法规规定禁止的其他内容。保健食品广告应当显著标明‘本品不能代替药物’。”

[47] 见前注[43]。

求不得对升学、考试通过率等作出明示或暗示的承诺,以及明示或暗示有考试机构人员或命题人参与教育培训。^{〔48〕}招商等投资类广告则不得对未来效果和收益做出保证,或者承诺保本、无风险或保收益等。^{〔49〕}而在房地产广告中,除了要求面积必须用建筑面积或套内面积来表示,新《广告法》还禁止“以项目到达某一具体参照物的所需时间表示项目位置”,以及“对规划或者建设中的交通、商业、文化教育设施以及其他市政条件作误导宣传”。^{〔50〕}这意味着类似“距离天安门 XX 分钟”和“紧邻即将开通 X 号线地铁站”等极度吸引眼球但也极易暗藏猫腻的广告语,将很难再来“蛊惑人心”。在上述新增规定外,新《广告法》还进一步严格了对药品、医疗器械、农药、兽药、饲料、饲料添加剂、种子、水产苗种和种养殖等广告的规定。^{〔51〕}

新《广告法》之所以在这些领域做出如此细致严格的规定,仍是出于“保护消费者不受欺骗和误导”的目的。与日用品相比,绝大多数公民在面对药品、医疗器械、保健品、金融投资或者农药、种子和饲料时,更加缺乏足够知识、信息和训练去进行比较和决策。虽然百度竞价排名是否算广告仍是一个值得讨论的问题,但“魏则西事件”却将普通公民在医疗等专业领域的脆弱和无助暴露无遗。医生在购买医疗器械和保健品时或许能做出相对明智的决定,但他在购买理财产品时却同样可能一筹莫展;同样,教师或许能够一眼识破教育培训广告中的猫腻,但却可能在买房时被搞得晕头转向。消费者可能由于自己的工作或专业熟悉某些领域或产品,但没有人可以精通所有领域。消费者作为一个整体在面对商品和服务提供者时,永远处于弱势的地位。让人们凭着神农尝百草的精神挨个试用一遍显然不现实。更何况产品评测同样高度专业,很多产品就是让消费者挨个用一遍也无法判断其好坏。因此,广告就成为了普通公民获取信息和做出决定的重要来源和依据。很多时候,广告所携带的信息是他们在黑暗中唯一的光。虽然再严格的《广告法》也不可能让消费者和厂商在信息和知识上实现平等,但《广告法》的目的就是尽可能减少这种差距和不平等。这是一种“只有……才”而不是“只要……就”的关系:我们无法保证只要所有广告都真实且不引人误解,消费者就可以做出明智选择;但我们知道如果做不到前者,后者将永远无法实现。

上述规制广告的思路并非中国《广告法》独有。这同样也是美国“商业言论原则”(commercial speech doctrine)的基础。在 1976 年的弗吉尼亚药剂委员会诉弗吉尼亚消费者保护协

〔48〕 第 24 条:“教育、培训广告不得含有下列内容:①对升学、通过考试、获得学位学历或者合格证书,或者对教育、培训的效果作出明示或者暗示的保证性承诺;②明示或者暗示有相关考试机构或者其工作人员、考试命题人员参与教育、培训;③利用科研单位、学术机构、教育机构、行业协会、专业人士、受益者的名义或者形象作推荐、证明。”

〔49〕 第 25 条:“招商等有投资回报预期的商品或者服务广告,应当对可能存在的风险以及风险责任承担有合理提示或者警示,并不得含有下列内容:①对未来效果、收益或者与其相关的情况作出保证性承诺,明示或者暗示保本、无风险或者保收益等,国家另有规定的除外;②利用学术机构、行业协会、专业人士、受益者的名义或者形象作推荐、证明。”

〔50〕 第 26 条:“房地产广告,房源信息应当真实,面积应当表明为建筑面积或者套内建筑面积,并不得含有下列内容:①升值或者投资回报的承诺;②以项目到达某一具体参照物的所需时间表示项目位置;③违反国家有关价格管理的规定;④对规划或者建设中的交通、商业、文化教育设施以及其他市政条件作误导宣传。”

〔51〕 见《广告法》第 15、16、17、18、21 和 27 条。

会案(Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc,以下简称弗吉尼亚药剂委员会案)中,美国最高法院第一次确立了保护广告的正当性基础:

广告……无论如何都是在传播信息,关于谁在生产和销售产品,销售的原因和价格。只要我们希望拥有自由的商业经济,那么资源配置在很大程度上就要通过私人的经济决策。为了公共利益,我们希望这些决策总体而言是明智的。因此,商业信息的自由(free flow of information)流动便不可少……既然这些信息对自由商业体制中的资源配置不可或缺,那么它们对于如何形成管理和改变这一体制的意见同样必不可少。因此,即使第一修正案的主要作用是启迪民主制下的公共决策,我们也不能说信息的自由流动无法服务这一目标。^[52]

弗吉尼亚药剂委员会案的意义有两点:第一,它首次把“信息的自由流动”作为保护广告的正当性基础。换言之,只有能够促进信息自由流动的商业言论方可受到保护;第二,它像一把双刃剑,在赋予商业广告保护的同时,也明确要求广告必须首先服务于公共利益——通过促进信息自由流动,帮助公民和社会更明智地决策。在美国第一修正案理论中,长期以来存在着“公/私言论”的二分法。^[53] 经过弗吉尼亚药剂委员会案,商业言论摇身一变由姓“私”变为姓“公”。在1980年的中央哈德逊诉公共服务委员会案(Central Hudson v. Public Service Commission)中,最高法院又进一步明确了广告必须“使公众知情”(inform the public)和具备“信息功能”(informational function)。^[54]

不管是“促进信息自由流动”“使公众知情”还是“信息功能”,它们和“保护消费者”说的其实是同一件事。要求广告不得欺骗和误导消费者,就是要求广告内容必须真实、准确、清楚和明白。这也正是广告能够“促进信息自由流动”、具备“信息功能”和“使公众知情”的前提和基础。新《广告法》和商业言论原则的共同之处在于,它们都明确广告必须首先服务于公共利益:只有服务于公共利益的广告才能受到保护;而为了让广告能够更好地服务于公共利益,对广告进行规制就是合理正当的。

二、公共对话之外的言论与表达:广告、学术言论和专业言论

结束对《广告法》的分析,本部分将转向对言论自由理论问题的思考。公众对新《广告法》的调侃和不理解,很大程度上源自言论自由思考中的“公共对话中心主义”:即把人类表达交流的领域想象成铁板一块,习惯把公共对话(public discourse)的逻辑和原则适用到一切问题上去。殊不知在公共对话之外,还存在着一片非公共对话或外公共对话的领域,除了广告,这其中还包括学者的学术言论以及律师、医生和会计师等专业人士的专业言论。

[52] 425 U.S. 748 (1976).

[53] See David Rabban, “The First Amendment in Its Forgotten Years”, 90 *Yale Law Journal*, 514 (1980).

[54] 447 U.S. 557 (1980).

如果把涉及人类表达和交流的领域想象成一张地图,公共对话之外的领域就是地图中大片的“未勘探地区”。长期以来,公共对话之外的领域一直得不到应有的重视,人们要么认为这片不毛之地不值得研究,要么认为它和公共对话相差无几(或本就在公共对话之中)所以没必要去探索。这导致对公共对话外的研究一直处于一种边缘化、碎片化和非理论化的状态。对于广告、学术言论和专业言论,它们要么被直接套用公共对话中言论自由的逻辑和原则,要么被视为边缘和小众,甚至完全不被当作“理论问题”思考。在这种盲人摸象的态度下,《广告法》的问题就只是《广告法》的问题,学术言论的问题就只属于学术自由,而专业言论和活动则归该行业的职业道德和行业规范调整。但我们却很少思考这些问题背后是否存在某些共同的逻辑和原则,以及它们与公共对话是什么关系。

新《广告法》像一颗照明弹,使人得以一窥公共对话外的领域。本节将论证:广告、学术言论和专业言论的价值是为公共对话和现代社会提供可靠的信息、知识和服务,它们应该有着完全不同于公共对话的逻辑、原则和正当性基础。如果把公共对话的原则强加于这些领域,这不仅会破坏其自身规律,更会对公共对话和现代社会的正常运作产生不利影响。简单来说,应该让“公共对话的归公共对话,非公共对话的归非公共对话”。

(一)公共对话与超越“公共对话中心主义”

如前所述,我们表达交流的领域可被分成两个子领域:公共对话和公共对话外的领域。根据哈贝马斯的定义,公共对话是指“我们社会生活的一个领域,在这个领域中,像公共意见这样的事物能够形成。公共领域原则上向所有公民开放……在这些对话中,作为私人的人们来到一起,形成了公众”。^[55]在公共对话中,参与主体是平等的公民,主要适用言论自由的原则和逻辑。^[56]这是人们最关注和熟悉的领域。不只是专家和学者,很多老百姓也深谙公共对话中的权利话语和思考模式。经过三十多年国家层面的普法宣传和好莱坞电影、美剧以及法治通俗读物潜移默化的影响,公共对话和言论自由的精神与话语早已深入人心。民众不需要知道几种主要言论自由理论的脉络,也不需要跟踪各国法院近年的判决,很多人甚至连“公共对话”这个词都未听说过,但这并不妨碍他们心中拥有一个朴素的、简化版的理解。“我虽然不同意你的观点,但我誓死捍卫你说话的权利”或“我说故我在”就是这种理解最好的体现。在面对问题时,“这是不是侵犯了言论自由”已经成为普通民众思维和日常话语的一部分。新《广告法》之所以催生了如此多的段子和反对,一个重要原因就是违背了民众对言论自由的朴素认识。在很多人看来,广告是一种表达。只要没有明显造假,选择如何表达是广告主的自由。新《广告法》中对内容的诸多限制纯属多管闲事,侵犯了广告商的“表达自由”。大家都是成年人,应有足够的理性去鉴别和判断,那些上当受骗的人“活该”,是交“智商税”。

公共对话也是言论自由研究中的“显学”。当代最著名的几位言论自由学者均以“公共对话”为其研究的中心。例如,波斯特就认为:“第一修正案的功能就是保障形成公共意见所需的

[55] (德)哈贝马斯:“公共领域”,汪晖译,载汪晖、陈燕谷主编:《文化与公共性》,生活·读书·新知三联书店1998年版,页125。

[56] 波斯特,见前注[20],页19—22。

交流过程,即确保“公共意见转化成公共意志(也就是立法的过程)”的公正健全”。〔57〕 桑斯坦也将第一修正案的目的视为促进“麦迪逊式民主”(The Madisonian Democracy),即以人民主权、政治平等和审议对话为核心的美国政体。〔58〕 在桑斯坦看来,言论自由是为了“确保持有不同视角和立场的人民能够对话和辩论,从而能够形成一个鼓励真理产生的过程。”〔59〕 欧文·费斯(Owen Fiss)则认为言论自由的价值在于保护一种集体自决(collective self-determination),而这种机制必须建立在“不受禁止、活跃和公开”〔60〕的公共辩论之上。〔61〕 无论是“公共意见”“审议”“对话和辩论”还是“集体自决”,都不过“公共对话”的另一种说法或变型。

对公共对话的重视有两方面的理论背景:一是言论自由理论自身发展的脉络。波斯特曾把思想市场理论(marketplace of ideas)、自治理论(self-government)和自主理论(autonomy)称为“三种最主要的言论自由理论”。〔62〕 这三大理论中有两个是以公共对话为中心的。在1919年的阿布拉姆斯诉美国案中,霍姆斯提出了著名的“思想市场理论”——“思想的自由交流更有助于人们通向他们所期望的终极的善……检验真理的最佳标准是看某一思想是否具有足够的力量在市场竞争中被接受”。〔63〕 顺着霍姆斯的思路,后人也普遍把公共对话想象成一个不同观点自由竞争交锋的市场。自治理论的鼻祖亚历山大·米克尔约翰(Alexander Meiklejohn)则把自治视作美国政体的核心,并认为真正明智的自治必须建立在广泛接收信息和对公共议题的公开辩论上。〔64〕 这两大宗师对公共对话的重视自然也深刻影响了后来的理论和学者。

另一背景则是近年宪法理论和政治理论中共和主义和审议民主的兴起。在美国,代表性事件是以桑斯坦、布鲁斯·阿克曼(Bruce Ackerman)和弗兰克·迈克尔曼(Frank Michelman)等学者所代表的“共和主义复兴”。〔65〕 在大西洋对岸,则是以约翰·波考克(John Pocock)和昆丁·斯金纳(Quentin Skinner)为代表的剑桥学派〔66〕和以哈贝马斯为代表的欧陆

〔57〕 波斯特,见前注〔20〕,页19。

〔58〕 Cass Sunstein, *Democracy and the Problem of Free Speech*, The Free Press, 1993, p. xvii.

〔59〕 Ibid., at 241.

〔60〕 *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

〔61〕 Owen Fiss, *The Irony of Free Speech*, Harvard University Press, 1998, p. 3.

〔62〕 波斯特,见前注〔20〕,页11。

〔63〕 *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919).

〔64〕 (美)亚历山大·米克尔约翰:《表达自由的法律限度》,侯健译,贵州人民出版社2003年版,页1—20。

〔65〕 See Cass Sunstein, “Beyond the Republican Revival”, 97 *Yale Law Journal*, 1539 (1988); Frank Michelman, “Law’s Republic”, 97 *Yale Law Journal*, 1493 (1988); (美)布鲁斯·阿克曼:《我们人民:奠基》,汪庆华译,中国政法大学出版社2013年版。

〔66〕 See John Pocock, *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton University Press, 2003. Also Quentin Skinner, *The Foundations of Modern Political Thought: Volume I: The Renaissance*, Cambridge University Press, 1978.

哲学家。^{〔67〕} 这些学者虽拥有各自不同的立场、进路和问题意识,但他们对公民美德、积极权利和自由、公共领域和民主商谈等问题的研究,也直接或间接促进了公共对话的“火热”。

本文反对的是“公共对话中心主义”,而非公共对话本身。“公共对话中心主义”的问题在于,它遮蔽或阻碍了人们对公共对话之外领域的思考——它让人们自觉或不自觉地把公共对话中的逻辑和原则强加于一切涉及交流和表达的领域。我们必须超越“公共对话中心主义”这种“一元化”的理解——即只关注公共对话(或不进行领域划分),并主张只有一个原则或价值贯穿始终;相反,我们应该转向一种“二元式”理解:公共对话和公共对话外分属两个不同的领域,两者应有各自不同的逻辑、原则和正当性基础。

(二)公共对话外的逻辑:不平等的主体、内容规制和公共利益

本文第二部分曾指出,由于缺乏信息、知识和经验,消费者在购物时其实身处一个巨大的不平等中。广告是普通公民获取信息和进行决策的重要甚至唯一依据。正是基于广告服务公众的这一“信息功能”,法律要求广告必须真实且不引人误导。在广告之外,遵循同样逻辑的还包括学者的学术言论和律师、医生、会计等专业人士的专业言论。不管是制定货币政策还是应对公共卫生事件,是治理雾霾还是判断转基因食品的安全性,现代社会都必须依靠学者、专家和研究机构生产的知识。同理,当一个普通人去看病或者面临法律或财务问题时,绝大多数时候他只能仰仗医生、律师和会计所提供建议和服务。社会和公众对可靠知识和专业服务的依赖,甚至超过他们对真实和不引人误导广告的需要。

在公共对话之外,一方面是普通公民对商业/学术/专业言论的极度依赖,另一方面却是公民面对厂商、专家和专业人士的弱势和不平等。在这种强弱关系和权力格局下,指望公民自身的判断或广告主、学者和专业人士的良知显然不够。为了保护弱者和促进公共利益,这些领域应该有一套完全不同于公共对话的逻辑、原则和正当性基础。这种不同主要体现在以下三点:

第一,与公共对话对主体平等的假定不同,在公共对话之外,公民是弱势、不独立和不理性的主体。

公共对话对主体平等的假定不难理解。在米克尔约翰看来,公共对话应该允许“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”。^{〔68〕} 他认为公民作为理性平等主体参与公共对话,必须自己用理智作出判断:“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。”^{〔69〕} 波斯特则称之为公共对话“表达了一种平等主义原则”。^{〔70〕} 既然公民都被想象成平等的主体,公共对话也因此鼓励他们充分运用自己的理性和理智。如言论自由学者大卫·理查兹(David Richards)所说,“成年人全面和不受限制地行使他的天赋和能力对人类理性至

〔67〕 参见(德)哈贝马斯:《在事实与规范之间:关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,生活·读书·新知三联书店2014年版。(德)哈贝马斯:《公共领域的结构转型》,曹卫东等译,学林出版社1999年版。

〔68〕 米克尔约翰,见前注〔64〕,页17。

〔69〕 米克尔约翰,见前注〔64〕,页19。

〔70〕 波斯特,见前注〔20〕,页3。

关重要。”^{〔71〕}反之,同样由于大家都是平等的,在公共对话中受到蛊惑和欺骗也必须“认栽”。借用运动场的比喻,公共对话中提倡的是“费厄泼赖”精神:大家各凭本事,胜者天经地义,败者愿赌服输。

但在公共对话之外,公民却不是平等和独立的。在涉及商业言论和广告时,公民变成了“消费者”;在涉及学术言论时,他们是“外行”和“门外汉”;在面对医生、律师和会计时,他们又变成了“患者”和“客户”。虽然还是同样一批人,一旦从“公民”变成了“消费者”“外行”“患者”和“客户”,原先对独立、平等和理性的设定也随之消失。^{〔72〕}以专业言论为例,大家之所以会主动去看病、找律师或会计,正是因为他们意识到某些问题自己无法解决。^{〔73〕}而在面对这些专业人士时,普通人会选择,也只有相信他们所提供的建议和服务。在公共对话中,大家你来我往,充分辩论;但在面对医生和律师时,正常理智的人都不会去和专业人士争论治疗方案或辩护策略。而像“律师对于客户的特权”(attorney-client privilege)或“医生对于病人的特权”(physician-patient privilege)等职业规范,其出发点也是对专业关系中处弱势一方的普通公民的保护。^{〔74〕}

在学术言论中,普通人对自身的局限和“无知”也会有比较清醒的认识。这在入门门槛相比人文和社会科学要高出很多的理工科中尤为明显。但近来伴随着维基百科等“维基式”网站的诞生,以及知乎和 Quora 等问答类网站的兴起,“知识生产”好像正变得日益民主化,普通民众与专家学者间的不平等关系似乎可能被颠覆。桑斯坦就对维基式“众人生产知识”的前景非常乐观。^{〔75〕}但细看不难发现,维基百科本质上是对现有知识的整理和汇编,而不是生产新的知识。维基百科的编辑者在编辑词条时所仰仗的,仍然是学者和学术机构所创造的知识。近年来十分火爆的知乎亦是如此。知乎的口号是“与世界分享你的知识、经验和见解”。^{〔76〕}抛开相对个人化的“经验”和“见解”,这里只谈其对“知识”的生产。在知乎上,能够产生知识类内容的优质用户同样主要依靠现有研究知识和成果,而不是真的在创造新的知识。一个例子是

〔71〕 David Richards, “Free Speech and Obscenity Law: Toward a Moral Theory of the First Amendment”, 123 *University of Pennsylvania Law Review*, 45 (1974).

〔72〕 Robert Post, “The Constitutional Status of Commercial Speech”, 48 *UCLA Law Review*, 1, 4 (2000).

〔73〕 近年来,有研究者指出法律服务的“大宗商品化”以及人工智能和大数据使得很多技术含量较低的工作可以通过分解和外包,交由非律所承担。但在短期内,法律专家和律所在核心和高端法律服务上的角色仍是不可替代的。而且从长远来看,新的发展趋势只是要求法律专业人士升级和更新他们的知识和技能,而不是彻底取代他们。更多讨论,参见(英)理查德·萨斯坎德:《法律人的明天会怎样?——法律职业的未来》,何广越译,北京大学出版社2015年版,页33—123。

〔74〕 对此讨论,可参见 Geoffrey Hazard, “An Historical Perspective on the Attorney—Client Privilege”, 66 *California Law Review*, 1061 (1978); Daniel W. Shuman, “The Origins of the Physician—Patient Privilege and Professional Secret”, 39 *Southwestern Law Journal*, 661 (1985).

〔75〕 (美)凯斯·桑斯坦:《信息乌托邦:众人如何生产知识》,毕竞悦译,法律出版社2008年版,页161—177。

〔76〕 知乎, <http://www.zhihu.com/>, 最后访问日期:2016年4月16日。

在大量优质回答后,负责的答题者往往附上几篇主要的参考文献。这种引注当然不像学术期刊那样规范,但却表明答题者其实主要是对现有研究和知识进行整理和通俗化重述。换言之,无论是知乎还是维基百科,他们在知识生产上仍然是“二手”的;如果没有学者和专家生产“一手知识”,维基百科的编辑和知乎的答题者将“难为无米之炊”。另一方面,大量在知乎输出优质知识类内容的“大V”本身就是该领域的研究者或学生。而他们之所以能迅速获得信任和权威,这恰恰说明无论在哪里,专业人士与普通公民间的强弱格局是很难动摇的。

乍看之下,公众在面对广告时的弱势似乎不像前两个领域那样明显。在面对学者和医生时,大家会明显知道自己是外行。但去超市购物时,却很少有人认为自己需要请个顾问。在买牙膏、洗发水、洗衣液和牛奶等日用品时,大家会比较不同产品的成分和功效,最终结合包括价格在内的多方面因素做出选择。多年来绝大多数消费者都是以这种方式购物,似乎也并未出过太大问题。消费者因此很容易得出自己能够做出明智选择这一结论。但大家却未曾想过“我能明智做出选择”是否只是一种幻觉?当我们基于“这瓶洗发水可以去屑”或“那个牌子的牛奶可以补钙”而做出选择时,我们完全是在依靠商品本身所提供的信息。而对于这些信息是否真实,我们并没有任何验证的方法。

我们之所以长期以来能够“自我感觉良好”,是因为背后有《广告法》、消费者权益保护法和食品安全法等一整套法律体系的支撑。这些法律在尽力去拉平和掩盖消费者和厂商间的巨大不平等。总体而言,这些法律的目的是:通过把各种商品和服务拉到“底线”——也就是安全线——之上,确保它们在最低限度上是及格和安全的。有了这个基础,“外行”的消费者无论怎么选,起码不会遇到不合格的产品。以牙膏为例,不管消费者最终选择的是主打美白还是保护牙龈的产品,法律起码确保了一条底线——这些都是合格、安全的牙膏。三聚氰胺和魏则西等事件则暴露了一旦这层法律的保护缺失,消费者原本是多么“任人宰割”和脆弱无知。

换言之,不干预之所以成为公共对话的主调,是因为公共对话把参与其中的公民都想象成平等理性的主体。与之相反,由于普通公民在涉及广告、学术言论和专业言论时的弱势和不平等,法律唯有通过更严苛的规制来保护公众和公共利益。

第二,在公共对话之外,可以对广告、学术言论和专业言论的内容可以提出更严格的要求。在公共对话中,如波斯特所言,禁止一切基于内容的规制是“基石”。^{〔77〕}无论是法院判决、学者的论述还是普通人的认知,针对内容的限制往往最不被接受。正是因为相信成熟理性的公民会有自己的判断,公共对话在原则上禁止法律和政府“多管闲事”。纽约时报诉萨利文案提出对公共议题的公开辩论应该“不受禁止、活跃和公开”。^{〔78〕}在后萨利文时代,为了给公共对话提供“呼吸空间”,在涉及公共议题和公众人物时,部分对事实的不实陈述可以被豁免。在格茨诉罗伯特·韦尔奇案(*Gertz v. Robert Welch*)中,上述原则又被发展成“第一修正案之下不存在错误的观点”。^{〔79〕}在美国最高法院的判决中,传递了同样精神的表述还包括“一个人的

〔77〕 波斯特,见前注〔20〕。

〔78〕 *Supra* note 62.

〔79〕 *Gertz v. Robert Welch*, 418 U.S. 323 (1974).

原则在其邻人看来却可能是十足的错误”,^{〔80〕}“某人的脏话却可能是另一人的诗句”^{〔81〕}和“某人的玩笑,传授的则是另一个人的教义”。^{〔82〕}

公共对话的核心就是建立一个不受干预的自由市场(*Laissez-faire*)。^{〔83〕}既然公共对话是为了让思想和观点自由竞争,最好的办法就是降低市场准入,让一切言论和内容——无论真假、对错、高下和雅俗——在其中优胜劣汰,适者生存。因此,公共对话不仅要搁置对内容真实性的要求,连对观点对错、质量高低甚至礼貌和文明与否的要求也一并放弃。^{〔84〕}与“不干预”相辅相成的,是公共对话对“买者自慎”和“愿赌服输”原则的贯彻。如果因为听信了某位候选人的“花言巧语”而投票给他后却又大呼上当,除了在下一次选举时“吃一堑,长一智”,没有人会同情也没有地方可以索赔的。

但在公共对话之外,对内容的严格规范和限制却是主旋律。在《广告法》中,对内容的规范就是真实性和不得引人误解的双重要求。在公共对话中,可以主张为了避免“寒蝉效应”(chilling effect)要允许部分不实陈述。但“寒蝉效应”和“水至清则无鱼”却从不是《广告法》的担心——在商业言论领域虚假信息永远比没人敢发言更可怕。“不得引人误解”则在真实性基础上更进了一步。它要求对真实信息的呈现必须清楚、明确和不产生歧义。典型的例子是新闻《广告法》中种种对避免因“背书”而产生误解的规定。比如那些以讲座或新闻形式播出的广告,这些广告里面提到的信息可能也都是真实的,有的甚至还会在屏幕某个地方标明这是广告(虽然可能是以最小的字出现在最不起眼的角落)。如果按照公共对话的原则,看到这种新闻式或讲座式广告就去购买某产品的人只能怪自己判断力不足,这和听完候选人的演说就去投票并无区别。但由于竞选演说和广告分属公共对话内外,因此被前者“骗”的人投诉无门,而被后者“忽悠”却可以得到救济。

学术和研究对内容的要求更是“变本加厉”。规制广告的“双重要求”在此已不够用。主宰学术世界的规则显然不是只有真实和不让人误解这么简单。对广告内容的规制仍然是一种红线思维——即规定不得出现何种内容。这种红线思维体现在学术活动中,是以不得抄袭为代表的禁止性规范。教育部和各高校的教师学术道德规范中对引用、署名和其他学术不端行为的规定均属此列。^{〔85〕}但这些规定只代表了学术活动的最低要求。真正代表了学术活动对内容要求的,是对最优秀成果的不懈追求。换言之,学术活动不

〔80〕 *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296, 310 (1940).

〔81〕 *Cohen v. California*, 403 U.S. 15, 25 (1971).

〔82〕 *Winters v. New York*, 333 U.S. 507, 510 (1948).

〔83〕 (美)罗纳德·科斯:“商品市场与思想市场”,罗君丽等译,载《论经济学和经济学家》,生活·读书·新知三联书店2014年版,页64—65。

〔84〕 (美)罗伯特·波斯特:“宪法上的公共商谈概念——过分的观点、民主审议与《皮条客》杂志诉福尔韦尔案”,载《宪法的领域:民主、共同体与管理》,毕洪海译,北京大学出版社2012年版,页162。

〔85〕 可参见《高等学校哲学社会科学研究学术规范(试行)》, <http://www.sinoss.net/2008/0918/331.html>;《清华大学教师学术道德守则(试行)》, <http://www.tsinghua.edu.cn/publish/xswyh/10028/index.html>;《北京大学教师学术道德规范》, <http://sbms.bjmu.edu.cn/kxyj/gzzd/131116.htm>,最后访问日期:2016年4月18日。

是只要符合最低标准就可以的,而是只鼓励和允许那些符合最高标准的内容。最典型的例子莫过于顶级学术期刊的审稿。在公共对话中,无论专家还是外行,人人都享有平等的发言机会。对广告来说,只要真实且不引人误解就可以被允许。但对顶尖学术期刊而言,却是只有最拔尖的论文才有可能获得发表的机会。一篇没有任何造假、符合一切引注规范但却质量平平的论文仍旧无法被刊用。用波斯特的话说,为了确保能为社会生产出合格的知识,学术活动具有高度的歧视性。^{〔86〕}所谓歧视,就是对内容高度的选择性和挑剔,即把最优秀的内容与那些不合格、平庸甚至还凑合的内容区分开来。从期刊审稿、教职评定到课题申请,这种对内容的要求贯穿了学术活动始终。

专业言论的内容规制则介于广告和学术之间。一方面,律师、医生和会计的言论和服务必须“及格”。律师法、执业医师法、注册会计师法以及各种行业规范中与“不得”有关的规定正是对此的体现。比如《医疗机构从业人员行为规范》第21条要求医师“不隐瞒、误导或夸大病情,不过度医疗”;^{〔87〕}或者像《律师职业道德和执业纪律规范》第26条所规定的,律师客观告知客户法律风险,“不得故意对可能出现的风险做不恰当的表述或做虚假承诺。”^{〔88〕}这些规定均要求专业人士言论和活动必须符合职业共同体的基本规范。所以当律师出具了不合格的法律意见书,或医生作出了错误的诊断,他们不能主张对错和合格与否的相对性(如“不存在错误的观点”)来进行抗辩。他们的言论和活动必须通过严格的内容审查。另一方面,专业人士不能只抱着“及格万岁”的心态。对他们言论和活动的规范,包含了大量积极性的要求。《律师职业道德和执业纪律规范》第6条要求律师“努力钻研业务,掌握执业所应具备的法律知识和技能,不断提高执业水平”。^{〔89〕}第24条也规定:“律师应当充分运用自己的专业知识和技能,尽心尽职地根据法律的规定完成委托事项,最大限度地维护委托人的合法权益。”同样,《执业医师法》要求医生“努力钻研业务,更新知识,提高专业技术水平”。^{〔90〕}而《医疗机构从业人员行为规范》除了要求医师“遵循医学科学规律,不断更新医学理念和知识,保证医疗技术应用的科学性、合理性”,^{〔91〕}甚至还要求他们“学习掌握人文医学知识,提高人文素质,对患者实行人文

〔86〕 波斯特,见前注〔20〕,页14。

〔87〕 《医疗机构从业人员行为规范》(2012)第21条:“规范行医,严格遵循临床诊疗和技术规范,使用适宜诊疗技术和药物,因病施治,合理医疗,不隐瞒、误导或夸大病情,不过度医疗”。

〔88〕 《律师职业道德和执业纪律规范》(2001)第26条:“律师应当遵循诚实守信的原则,客观地告知委托人所委托事项可能出现的法律风险,不得故意对可能出现的风险做不恰当的表述或做虚假承诺”。

〔89〕 《律师职业道德和执业纪律规范》(2001)第6条:“律师应当敬业勤业,努力钻研业务,掌握执业所应具备的法律知识和技能,不断提高执业水平。”

〔90〕 《执业医师法》(1999)第22条:“医师在执业活动中履行下列义务:①遵守法律、法规,遵守技术操作规范;②树立敬业精神,遵守职业道德,履行医师职责,尽职尽责为患者服务;③关心、爱护、尊重患者,保护患者的隐私;④努力钻研业务,更新知识,提高专业技术水平;⑤宣传卫生保健知识,对患者进行健康教育。”

〔91〕 《医疗机构从业人员行为规范》(2012)第20条:“遵循医学科学规律,不断更新医学理念和知识,保证医疗技术应用的科学性、合理性。”

关怀”。^{〔92〕}《中国注册会计师职业道德基本准则》第11条也要求“注册会计师应当保持和提高专业胜任能力。”^{〔93〕}

对专业人士而言,“充分运用”“尽心尽职”“最大限度”和“胜任”等表述都是在“及格”之上提出更高的要求。对于参与公共对话的主体,法律从不要求他们“充分运用自己的知识和技能”“通过不断学习提升自己的水平”以及“最大限度地维护公众的利益”。但对专业人士而言,这却是他们的必修课。因为只有这样,他们才能为公众持续地提供可靠的建议和服务。

第三,广告、学术言论和专业言论首先要服务于公共利益。在公共对话中,表达和交流主要是“为己”——其价值是服务于发言者自身的利益。如其名字所示,公共对话和言论自由的关键就在于“说”和“表达”。而其所关注的也正是能够做出“说”这个动作的主体。“我说故我在”,公共对话的目的就是要让言论“说”出来,只要“说”出来了,发言者自身的利益就已经在很大程度上得到了实现。这也是公共对话不干预言论内容的原因。因为公共对话最在乎的是言论能否被说出,而非已经说出言论的对错、真假和优劣。最重要的是发言者能否说出他想说的,至于他说的是至理名言还是无稽之谈,那完全是个人的自由。用美国第一修正案研究的术语来说,公共对话所采取的是“基于发言者”(speaker-based)的立场。^{〔94〕}这意味着公共对话是从发言者的角度出发,并服务于发言者自身的利益。在公共对话中,进行表达和活动的主体(发言者)与这些表达和活动所服务的对象(也是发言者)是重合的。

但在公共对话之外,基调却是“为人民服务”和“利他”。在《广告法》中,“发言者”是广告主、广告经营者或广告发布者。从构思、设计、制作到发布一则广告的全过程其实非常接近创作和表达。某些经典的广告和广告词,其流行程度和文化意义并不低于受欢迎的小小说、电影或歌曲。但《广告法》并不是一部言论自由保护法或艺术创作促进法。不管是广告主、广告经营者还是发布者,他们发布广告并不是为了表达自我;恰恰相反,他们发布广告首先要服务于广大消费者。换言之,广告主和广告商的“说”和“表达”是为了让消费者、而非发言者获取信息和明智决策。新《广告法》第1条之所以把“保护消费者的合法权益”移到“促进广告业的健康发展”前面,就是为了宣示广大消费者才是《广告法》的首要关切。美国商业言论原则所提出的“信息的自由流动”^{〔95〕}和“信息功能”^{〔96〕}也明显是着眼于被动接受信息的消费者,而不是作为发言者的广告主。文学艺术创作可以模糊隐晦或有多重含义,政客的演讲也可以充分运用修辞,但一则引人误解的广告却不能以“这是艺术夸张”或“仁者见仁,智者见智”来抗辩。因为广

〔92〕《医疗机构从业人员行为规范》(2012)第22条:“学习掌握人文医学知识,提高人文素质,对患者实行人文关怀,真诚、耐心与患者沟通。”

〔93〕《中国注册会计师基本道德准则》(1997)第11条:“注册会计师应当保持和提高专业胜任能力,遵守独立审计准则等职业规范,合理运用会计准则及国家其他相关技术规范。”

〔94〕Martin Redish, *The Adversary First Amendment: Free Expression and the Foundations of American Democracy*, Stanford Law Book, 2013, pp. 57—60.

〔95〕见前注〔52〕。

〔96〕见前注〔54〕。

告的首要目的是为公众提供信息,因此它们必须首先准确、清楚和明白。在此,消费者作为听众和观众的利益压倒广告主作为发言者的利益。

同样的逻辑也适用于学术言论。在学术研究中,表达的主体当然是学者和科研人员,但他们写论文和出专著却并不是为了取悦自己;正如之前所讨论的,学术的首要目的是为社会公众提供可靠的知识。波斯特将称之为“民主胜任”(democratic competence)。根据波斯特的定义,民主胜任是指“公民个人认知能力的增强”(cognitive empowerment)。^{〔97〕}现代社会高度复杂和专业,无论是参与公共对话还是投票,公民都不能头脑空空、一头雾水。学术的意义就是生产出可靠的专业知识,为公民决策和社会运转提供基础。^{〔98〕}通俗地说,“民主胜任”就是“让人民能够胜任民主”。这里的着眼点仍旧是人民,而不是学者。这与广告的“信息功能”本质上是一致的,只不过《广告法》关注的是“信息”,而学术活动则产出“知识”,后者无疑有着更高的要求。值得注意的是,当学者就公众议题在大众媒体上发言时,他其实是以普通公民的身份加入了公共对话。而一旦进入了公共对话,对他的言论就应该适用公共对话而非学术活动的原则。这意味着:一、与学术研究不同,这名学者在公共对话中发言首先是为了表达自我而不是服务他人;二、这名学者只是在表达他的“意见”,种种针对学术言论的内容限制在此不再适用。这也是为什么“校外言论”(extramural speech)虽然也属于广义学术言论的范畴,但却适用言论自由(而非学术自由)原则的原因。^{〔99〕}

律师、医生和会计等专业人士的言论和活动亦是如此。为他人——客户和患者——服务本就是这些职业的宗旨。无论是医生的诊断还是律师或会计的建议,都应站在患者或客户的角度,为他们的利益进行最大化考量。如果这些专业人士想自我表达,他们可以选择以接受采访或出书等方式加入公众对话。在公共对话中,医生可以就公共卫生事件、医疗改革畅所欲言,律师也可以就热点案件和司法体制改革发表自己的见解。不管有没有听众,只要他们愿意,这些专业人士还可以就引力波、屠呦呦获奖、AlphaGO 和人工智能等任何议题发言。不管他们在公共对话中的发言从专业上看多么离谱荒谬(除了自己声誉受损),他们也不用担心影响自己的职称评定或执业。在公共对话中,他们可以随意表达自我而不需要服务于任何人。但一旦回到专业领域,他们就必须首先为他人利益服务,并且接受法律和行业规范对其言论内容的严格审查。

综上,公共对话外的领域是“基于听众”(listener-based)的。这意味着表达和言论必须首先服务于被动的听众、观众和读者,而不是发言者。在上述几个领域,普通公民正是以听众、观众和读者、而不是发言者的身份出现。在《广告法》的语境下他们是消费者,在面对医生时他们是患者,面对律师和会计师时又是客户。囿于信息、知识、训练和经验的不足,他们只能被动、消极地接受和相信。虽然他们在数量上占据绝对多数,但却是“沉默(和无知)的大多数”。

〔97〕 波斯特,见前注〔20〕,页 34—35。

〔98〕 波斯特,见前注〔20〕,页 1。

〔99〕 波斯特,见前注〔20〕,页 82—83。

罗尔斯在《正义论》中曾提出过“无知之幕”的概念,^[100]借用“无知之幕”的比喻,广告、学术言论和专业言论的作用正在于它们所产生的知识、信息和建议能够帮助普通公民揭开“无知之幕”,从“无知”和“不知”走向“知”。

三、结 语

从公众对新《广告法》的不理解出发,本文对新《广告法》中针对广告内容的规定进行了分析。本文认为保护消费者、而不是促进广告业发展或广告主的表达自由才是《广告法》的首要目的。新《广告法》中绝大多数对广告内容的规定,虽然看上去限制了广告的表达自由,但却是为了服务于更大的公共利益——保护消费者免受虚假广告欺骗和误导。因此这些规定总体而言是合理且正当的。

从《广告法》切入,本文又将讨论扩展到学术言论和专业言论。广告、学术言论和专业言论均处公共对话之外,这三个领域的价值都是为公共对话和社会公众提供可靠的信息、知识或服务。它们有着不同于公共对话的逻辑、原则和正当性基础。把公共对话的规范强加于它们,不仅会破坏它们自身规律,更会对公共对话和现代社会的运转产生不利影响。因此,本文建议采取一种“二元”思维:让公共对话的归公共对话,非公共对话的归非公共对话。

强调广告、学术言论和专业言论必须首先为公众服务,并不意味着对一切政府规制大开绿灯。以《广告法》为例,要求“保护消费者”不等于可以打着这一旗号对广告内容随意干涉。恰恰相反,“保护消费者”应成为判断规制是否合理的新标准。换言之,只有那些真正能保护消费者免受欺骗和误导的内容规制才能被允许。比如,新旧《广告法》中均禁止“贬低其他生产经营者的商品或者服务”的“比较式广告”。^[101]这条规定的出发点是避免不正当竞争,防止利用广告诋毁竞争对手的商品或服务。^[102]但“贬低”却是一个过于模糊、宽泛的词。捏造、散布虚伪事实或歪曲真实情况当然应被禁止,可基于正常的比较而导致评价降低呢?在美国经常可以看到赤裸裸“点名式”的比较广告,比如几大电信运营商对彼此套餐的比较,或安卓手机与同代苹果手机间的比较。这类广告往往非常直观,给消费者选择带了很大便利。但是我国《广告法》却有将此类广告“一棍子打死”之嫌,这导致消费者只能看到A牌产品与“上一代A牌产品”或“不含XX配方的A牌产品”间空洞的“假比较”。从保护消费者和广告信息功能的角度看,如果能确保信息真实准确,允许“点名式”比较会不会反而更有助于消费者选择判断呢?或者说,《广告法》对比较式广告的禁止是否违背了“保护消费者不受欺骗和误导”的原则呢?这是一个值得思考的问题。

[100] (美)约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社2003年版,页136—141。

[101] 旧《广告法》第12条与新《广告法》第13条均规定:“广告不得贬低其他生产经营者的商品或服务。”

[102] 《中华人民共和国《广告法》释义》,同前注[15],页25。

当然,本文并不是一篇针对新《广告法》的全面分析。^[103] 言论自由理论才是本文的问题意识所在。如前所述,本文希望《广告法》成为一颗照明弹,为我们照亮那些在公共对话外、长期以来被忽视的领域。广告、学术言论和专业言论,这些问题原本是一个个散落在外围的“点”,本文希望将它们“连点成线,连线成面”。因为这不仅有助于我们早日探明言论自由研究中的那片“未勘探地区”,也可以让我们更好地理解和保护言论自由的核心地带——公共对话。因为公共对话和现代社会的良好运转,很多时候恰恰需要这些“反言论自由”的原则和公共对话外的领域来守护。

Abstract: Started from analyzing the widespread misunderstanding about China's new Advertising Law, this article first argues that the primary purpose of Advertising Law should be protecting the interests of consumers, not developing the advertising industry or facilitating advertisers' freedom of expression. Most content-based regulations of the new Advertising Law have been fashioned to further a greater public interest — protecting the consumers from being deceived or misled by the illegal advertisement. These regulations thus are basically legitimate and proper. Then, the analysis of this article extends from commercial speech to academic speech and professional speech. These three fields are all outside the public discourse, and their values and purposes are providing reliable information, knowledge and service to the public discourse and general public. By uncovering their common logic, principle and justification, this article holds that enforcing the doctrines and principles of the public discourse on these non-public discourse fields would not only impede their functioning, but may also backfire on the public discourse and the entire society.

Key Words: Advertising Law; Freedom of Speech; Academic Speech; Professional Speech

(责任编辑:章永乐)

[103] 新《广告法》另一颇具争议之处是禁止“不满十周岁的未成年人作为广告代言人”。立法者将此规定解释为“保护无民事行为能力人过早涉足商业”。显然,“保护消费者”不是这一规定的出发点。可即便是从“保护未成年人”的角度出发,为何新《广告法》第38条只禁止十岁以下“童星”进行“广告代言”而不全面禁止十岁以下儿童的“广告表演”?如果是担心未成年人过早暴露在商业环境下受到影响和伤害,童星和其他儿童面临着同样的风险,那为何只保护进行代言的童星而不保护所有十岁以下儿童呢?对此,《广告法》同样缺少一个合理的解释。