

告别“街头发言者”

美国网络言论自由二十年

左亦鲁*

摘要 本文聚焦于美国学界如何在网络时代重新思考言论自由。在前网络时代,言论自由是建立在“街头发言者”模式之上的。这既是一种思考模型和框架,又是一种关于历史的叙事。其具有以下三个特点:①政治言论居于言论自由思考和保护的中心;②“媒介”这一因素没有进入言论自由思考;③对言论自由的想象基于“个人 vs. 政府”的二元对立。网络时代则对以上三方面发起挑战。首先,发言者已从“街头”转移到互联网。作为“媒介”和“基础设施”,互联网的影响日益突显;其次,传统的“政治中心主义”开始动摇;最后,“个人—企业—政府”三角关系开始取代“个人 vs. 政府”二元对立,成为言论自由互动和博弈的新形态。面对网络时代言论自由问题的日益复杂化和技术化,告别“街头发言者”是重新释放“言论自由想象力”的第一步。

关键词 言论自由 “街头发言者”模式 互联网

一、引子:二十年弹指一挥间

2014年2月15日,《哈佛法律评论》邀请一批美国顶尖的宪法和网络法学者,组织了一场名为“数字时代的新闻自由”的主题研讨。^{〔1〕} 哈佛法学院教授马克·图施耐特(Mark Tush-

* 耶鲁大学法学院博士研究生。本文的写作受清华大学法学院知识产权研究中心资助。

〔1〕 本期主题研讨的论文已经发表在2014年6月14日出版的《哈佛法律评论》第127卷第8辑。请参见《哈佛法律评论》官网:<http://harvardlawreview.org/issues/volume-127-issue-8/>。

net)做了题为“对第一修正案和信息经济的反思”的开场致辞。^{〔2〕}作为东道主的代表,图施耐特开宗明义地点出了本次会议的主旨:在《纽约时报》诉萨利文案^{〔3〕}判决五十周年即将到来之际,希望与会学者共同探讨和反思第一修正案和言论自由在网络时代所面临的种种问题。

这不禁使人想起二十年前的另一场会议。1995年,一场名为“新兴媒体技术与第一修正案”的主题研讨在耶鲁法学院召开。^{〔4〕}如果说2014年哈佛会议的主题是“反思”,那二十年前耶鲁会议的关键词则是“预测与展望”。方兴未艾的互联网究竟会给言论自由带来怎样的影响?——这是当时萦绕在所有学者脑海中的问题。

这一前一后两次会议提醒我们,不知不觉中,我们已在网络时代生活了近二十年。二十年前,微软的Windows 95操作系统刚刚面世。谷歌的两位创始人拉里·佩奇和谢尔盖·布林在斯坦福大学的校园里第一次见面。^{〔5〕}此时距离苹果发布第一代iPhone还有十二年,而脸书(Facebook)的创始人马克·扎克伯格刚满十一岁。如果我们把镜头拉到1995年的中国:那一年,中国电信刚刚在北京和上海开通了两个因特网接入节点;^{〔6〕}包括张朝阳在内的中国互联网第一代海归刚刚回国,^{〔7〕}而以丁磊、马云为代表的本土弄潮儿开始纷纷“下海”。^{〔8〕}而二十年后,无论是在中国还是美国,互联网已经影响甚至主宰着我们生活的方方面面。正如图施耐特在哈佛会议的开场致辞中使用了“反思”一词,二十年说长不长,但说短也已不短,的确到了可以对网络时代的言论自由做一番“阶段性”总结的时候了。

本文关注美国学界如何在网络时代重新思考言论自由。之所以选择这一主题和角度,是因为笔者相信厘清这段学术历史和脉络对思考中国问题或许会有所帮助。具体来说,当我们在今天思考如何保护和促进中国的言论自由时,我们并非身处一个“非历史”的真空环境;相反,我们所面临的是一个非常具体的语境——网络时代和互联网。这是我们走不出也甩不掉的背景。这意味着,我们可能会同时面对美国言论自由发展一百年所经历的各个阶段和各种问题;我们要处理的可能是前网络时代和网络时代言论自由问题的混合与交杂。

中国学界当然不必、也不应照搬美国的理论和实践,但理论上的自信与自觉不能靠智识上的“闭门造车”和“闭关锁国”,真正的自信应建立在“知己知彼”、充分深入的了解之上。因此,本文

〔2〕 Mark Tushnet, “Introduction: Reflections on the First Amendment and the Information Economy”, 127 *Harvard Law Review*, 2234 (2014).

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

〔4〕 这次主题研讨的论文发表于1995年5月出版的《耶鲁法律杂志》(Yale Law Journal)第104卷第7辑。这次研讨由《耶鲁法律杂志》召集,参与者包括凯斯·桑斯坦(Cass Sunstein)、劳伦斯·莱斯格(Lawrence Lessig)、尤金·沃洛克(Eugene Volokh)和小卢卡斯·鲍威(Lucas Powe, Jr.)等学者。欧文·费斯(Owen Fiss)教授代表组织者耶鲁法学院撰写了一篇导言。

〔5〕 Google, “Our History in Depth”, at <http://www.google.com/intl/en/about/company/history/>, 最后访问日期:2014年7月26日。

〔6〕 中国互联网络信息中心:“1994—1996 互联网大事记”, http://www.cnnic.net.cn/hlwfzyj/hlwdsj/201206/t20120612_27415.htm, 最后访问日期:2014年7月26日。

〔7〕 参见林军:《沸腾十五年》,中信出版社2009年版,页30—32。

〔8〕 同上注,页3—5。

试图通过分析和梳理美国法学界二十年来如何在网络时代重新思考言论自由,以及他们如何逐渐完成从前网络时代向网络时代的转型,希望对我们探索言论自由的“中国道路”有所助益。

二、前网络时代的言论自由:“街头发言者”模式

(一)“街头发言者”模式与“申克—布兰登伯格”主线

互联网究竟如何改变了言论自由?在为《耶鲁法律杂志》那次研讨所写的导言中,欧文·费斯(Owen Fiss)高屋建瓴地为这场变革定性:这是一场正在发生的革命。^[9] 互联网彻底改变了人们交流和表达的平台——这是言论自由的“基础(ground)”。^[10] 在网络时代,言论自由必须进行“范式转换(paradigm shift)”——从传统范式转向一种能够适应网络时代的新范式。^[11] 费斯这篇导言就取名为《寻找一种新范式》。

有“新”就有“旧”。二十年前,当包括费斯在内的美国学者开始思考在互联网时代如何保护言论自由时,他们并不是无的放矢。他们的思考其实是针对一个明确的参照系,这就是前互联网时代传统的言论自由模式。这些学者真正追问的是:与言论自由保护的旧模式相比,互联网时代言论自由的新模式应有哪些不同?

要回答这一问题,则必须首先清楚何为美国言论自由的传统模式。对此最形象的总结同样来自欧文·费斯。费斯曾用“街头发言者(the street corner speaker)”模式来概括美国对言论自由的传统理解与想象。^[12] 如其名字所示,“街头发言者”是指一个站在城市街头肥皂箱上的个人,他正在向路过的行人发表批评政府或其他不受欢迎的言论。在这一想象出来的场景下,言论自由的首要任务就是保护这位街头发言者的言论不受政府剥夺或限制。^[13]

与费斯遥相呼应,杰克·巴尔金(Jack Balkin)和桑福德·列文森(Sanford Levinson)曾借助宗教上“经典(Canon)”的概念来探讨何为“法律经典(legal canon)”。^[14] 他们将“法律经典”定义为“其成员反复采用和讨论的文本、进路、问题、事例和故事”,^[15] 其意义在于“定义了法律何以成为一门独立的学科”。^[16] 在巴尔金和列文森看来,美国言论自由的全部思考其实都是源自“街头发言者”这个“经典模型(canonical example)”——如何保护一位政治异见者的煽动性诽谤言论(seditious libel)。^[17] 这一经典模型设定和塑造了对言论自由最基本的思考和想象。

[9] Owen Fiss, “In Search of a New Paradigm”, 104 *Yale Law Journal*, 1613 (1995).

[10] *Ibid.*, at 1614.

[11] *Ibid.*, at 1614.

[12] Owen Fiss, “Free Speech and Social Structure”, in Owen Fiss, *Liberalism Divided: Freedom of Speech and the Many Uses of State Power*, Boulder, Colorado: Westview Press, 1996, pp. 8–30.

[13] *Ibid.*, pp. 12–13.

[14] Jack Balkin & Sanford Levinson (eds.), *Legal Canons*, New York, NY: New York University Press, 2000.

[15] *Ibid.*, at ix.

[16] *Ibid.*, at ix.

[17] *Ibid.*, pp. 410–411.

“街头发言者”模式并非凭空产生,它来自对美国言论自由最早、也可能是最重要一段历史的抽象和提炼。这就是从1919年的申克诉美国案(Schenck v. United States)^[18]到1969年的布兰登伯格诉俄亥俄案(Brandenburg v. Ohio)^[19]这条美国言论自由的“主线”。^[20]

这条“主线”的起点是美国言论自由“第一案”——申克案。国内读者对申克案可能已不陌生。《权利法案》虽然早在1791年就获得批准,但1919年申克案才是美国最高法院首次就第一修正案言论自由问题做出的判决。申克案的背景是一战前后美国国内外共产主义和社会主义运动的兴起。该案中作为被告受审的查尔斯·申克是美国费城社会党的总书记。在全体一致的法庭意见中,霍姆斯提出了今天耳熟能详的“明显而现实的危险(a clear and present danger)”标准:只要行为或言论可能带来明显而现实的危险,国会就有权对其施以惩罚和限制。而由于申克的行为可能带来“明显而现实的危险”,最高法院维持了对他的定罪。

与申克案放在一起讨论的,通常是1919年判决的另外三个言论自由案件:弗洛沃克诉美国案(Frohwerk v. United States),^[21]德布斯诉美国案(Debs v. United States)^[22]以及阿布拉姆斯诉美国案(Abrams v. United States)。^[23]这三个案件拥有与申克案几乎相同的背景。它们都涉及在一战背景下,美国对宣扬左倾观点人士的定罪。同样与申克案一致的是,最高法院在这三份判决中都认为被告的煽动颠覆言论可能带来“明显而现实的危险”,所以惩罚他们不侵犯言论自由。

值得注意的是,虽然与另外三个案子结果相同,但阿布拉姆斯案的法庭意见却从全体一致的九比零变为七比二。尽管本案多数意见仍建立在“明显而现实的危险”标准之上,但这一标准的发明者霍姆斯却和布兰代斯变成了持异议的少数派。著名的“思想市场理论(marketplace of ideas)”,正是由霍姆斯在本案异议中提出。^[24]在霍姆斯看来,言论自由的正当性在于它可以帮助人们最终找到“真理(truth)”——“思想的自由交流更有助于人们通向他们所期

[18] 249 U.S. 47 (1919).

[19] 395 U.S. 444 (1969).

[20] Lee C. Bollinger and Geoffrey Stone, “Epilogue”, in Lee C. Bollinger and Geoffrey Stone (eds.), *Eternally Vigilant: Free Speech in the Modern Era*, Chicago, IL: The University of Chicago Press, 2002, pp. 311–317.

[21] 249 U.S. 204 (1919).

[22] 249 U.S. 211 (1919).

[23] 250 U.S. 616 (1919).

[24] 此外,值得注意的还有阿布拉姆斯案的判决时间。上述四个“一战”案件虽然都在1919年判决,但前三个案件却是在上半年做出,而阿布拉姆斯案判决则迟至下半年的十一月才下达。众所周知,美国最高法院的一个开庭期通常会在夏天开始前结束,在经历了一个漫长的“暑假”之后,大法官们才会回到华盛顿开始一个新的开庭期。因此,阿布拉姆斯案和另外三个案件其实分属两个不同的开庭期。因此,很多第一修正案学者、法律史学者以及霍姆斯研究者都会把目光投向1919年的那个夏天。他们试图探究那个夏天究竟发生了什么,促使霍姆斯的思想发生了如此巨大的转变。相当一部分美国学者倾向于认为霍姆斯的这种“转变”是因为那个夏天他与汉德法官、查菲和拉斯基等“言论自由之友”的频繁交流和接触。对此更详细的讨论,可参见:David Rabban, “The Emergence of Modern First Amendment Doctrine”, 50 *University of Chicago Law Review*, 1205 (1983), pp. 1303–1320.

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。”简单来说,思想市场理论认为言论自由就是创造一个所有观点可以自由交锋和竞争的“自由市场(*laissez-faire*)”。

在这组“一战判决”后,是1925年吉特洛诉纽约案(*Gitlow v. New York*)^[25]和1927年的惠特尼诉加州案(*Whitney v. California*)^[26]。最高法院仍旧选择站在言论自由的“对立面”。霍姆斯和布兰代斯再次拒绝加入多数而另起炉灶。惠特尼案中布兰代斯的附议诞生了美国另一重要的言论自由理论——自治(*self-government*)理论——的雏形。布兰代斯的附议建立在“公民德行(*civic virtues*)”和“公民勇气(*civic courage*)”等共和主义色彩浓厚的概念上。^[27]在他看来,“公共讨论是一种政治责任(*duty*)”,而言论自由的目的是“使人民自由发展他们的才能(*faculties*)”。在布兰代斯的基础上,美国著名哲学家和教育家亚历山大·米克尔约翰(*Alexander Meiklejohn*)进一步完善和发展了这一理论。^[28]米克尔约翰继承了布兰代斯对美国政体的关注,他进一步指出美国共和政体的核心是自治,而自治的关键是投票。因此,言论自由的价值就在于帮助选民获取各方信息,从而能够明智地投票。言论自由就是要保护一切能够帮助公民“更好地投票(*to better vote*)”的表达和行为。^[29]不难看出,帮助公民“更好地投票”其实就是布兰代斯“使人民自由发展他们的才能”的进一步细化和升级。

沿着这条“主线”继续向前,则是1951年的丹尼斯诉美国(*Dennis v. United States*)案。^[30]在冷战的大背景下,美国共产党领导人丹尼斯因触犯《史密斯法案》(*The Smith Act*)中“不得教唆或鼓吹推翻美国政府”的规定而被起诉。最高法院多数再一次认为,《史密斯法案》对丹尼斯的定罪并不侵犯其第一修正案的权利。

最终,我们来到了“主线”的终点——1969年的布兰登伯格案。本案的焦点是俄亥俄州的《工团主义犯罪法》,该法禁止“以犯罪、破坏、暴力及其他恐怖主义非法手段来实现产业或政治改革”。在本案中主张言论自由的,却不是申克和丹尼斯这样标准的“政治异见人士”,而是3K党——这个绝大多数人听了都会眉头一皱的团体。然而这一次,最高法院全体一致支持了3K党对言论自由的主张。他们重新打造了一个远比“明显而现实的危险”宽松得多的标准。根据布兰登伯格案所确立的新标准,言论或行为只有在同时具有下述两个要件时,才可以受到限制:①其必须“直接针对煽动或制造即刻的非法行为”;②其试图“煽动或制造的行为必须很有可能发生”。这一新标准使得对煽动颠覆言论定罪几乎变成了一项“不可能完成的任务”。

[25] 268 U.S. 652 (1925).

[26] 274 U.S. 357 (1927).

[27] *Ibid.*, pp. 375—376.

[28] 参见 Alexander Meiklejohn, *Free Speech and Its Relation to Self-Government*, New York, NY: Harper Brothers Publishers, 1948. Alexander Meiklejohn, “The First Amendment Is an Absolute”, 1961 *Supreme Court Review*, 245 (1961).

[29] (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18。本书为《言论自由及其与自治的关系》的中译本,出版时原书名有所改动。

[30] 341 U.S. 494 (1951).

从申克到布兰登伯格,前后历经五十年,“街头发言者”终于受到了第一修正案的保护。

(二)“街头发言者”的影响力:作为思考模式与历史叙事

“街头发言者”模式的影响力主要体现在两点:一方面,“街头发言者”是一种思考模式和分析框架,它塑造了人们如何思考和想象言论自由问题;另一方面,“街头发言者”也是一种历史叙事,它确立了美国言论自由最基本的讲法。

作为一种思考模式,就像“道生一,一生二,二生三,三生万物”一样,“街头发言者”模式就像母体(matrix),一切变化和衍生都从它而来。现实中具体的言论自由争议当然远比“申克们”的政治异见要复杂多样。但“街头发言者”的厉害之处就在于它是“极简”的——它只要稍加变形或改造就基本可以适用于新的问题和领域。比如在处理类似色情淫秽、仇恨言论乃至像焚烧征兵卡或烧国旗等问题时,虽然此类表达的内容或类型已经远远超出了典型的政治言论,但只要我们将“街头发言者”模式中的场景设定稍加改动,将其变为“一个人站在街头肥皂箱上分发色情杂志/辱骂少数族裔/焚烧征兵卡或国旗”后,原有的思考模式仍可被大致沿用。同样,假如发言的主体是《纽约时报》或《华盛顿邮报》等大众媒体,我们可以完全保留这些媒体言论的内容,只要将这些媒体“转化”成一个“虚拟的”个体发言者即可。

在某种程度上,“街头发言者”模式甚至可以“吸纳”美国最主要的三种言论自由理论:思想市场理论、自治理论和自主(autonomy)理论。^[31]前两种理论已有介绍,此处不再赘述。与思想市场理论和自治理论相比,诞生于上世纪60年代前后的自主理论出现得相对较晚。自主理论认为言论自由之所以值得保护,是因为其关乎人作为自主主体的自我满足、自我实现和自我完善。^[32]

这三种理论虽然各有分歧,但却基本都是建立在“街头发言者”模式上的。这三大理论之间的“异”,可以视作是在共同基础(“街头发言者”)上各自侧重的不同。具体而言,思想市场理论更加关注如何才能使不同的“街头发言者”之间形成自由公平的竞争,并让最有价值的言论最终胜出。因此,思想市场理论的侧重点是如何搭建一个竞技场,而不是参赛的运动员。与之相反,自治理论和自主理论关注的重点则是运动员——街头发言者。二者间分歧在于,前者更看重如何让发言者“更好地投票”,而后者则聚焦于发言者的自我实现和完善。但无论如何,“街头发言者”都是这三大理论间的“最大公约数”。

另一方面,“街头发言者”模式还建立了美国言论自由的基本叙事。就像《创世纪》之于《圣经》,“街头发言者”模式和“申克—布兰登伯格”这条主线不仅仅是美国言论自由最“早”的历史,更是最核心和重要的一段历史。

[31] (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11。

[32] 参见 Martin Redish, “Value of Free Speech”, 130 *University of Pennsylvania Law Review*, 591 (1982), pp. 591—645. David Strauss, “Persuasion, Autonomy, and Freedom of Expression”, 91 *Columbia Law Review*, 334 (1991), pp. 334—371. C Edwin Baker, *Human Liberty and Freedom of Speech*, New York, NY: Oxford University Press, 1992.

这首先体现在,美国绝大多数第一修正案案例教科书(casebook)都把“申克—布兰登伯格”这条主线作为学习第一修正案的起点和基础。法学院中课程设置、教材编写和授课方式对作为一门科学和职业的法律的影响不言而喻。而案例教科书又在美国绝大多数法学院的课程教学中占据核心位置。这也是为什么巴尔金和列文森在《法律经典》一书中格外强调教育经典(pedagogy canon)的原因。^[33]

以美国最主流的几本教科书为例。杰拉德·冈瑟(Gerald Gunther)和凯瑟琳·萨利文(Kathleen Sullivan)编纂的《第一修正案》^[34]被称为“美国法学院最普遍使用的教科书”。^[35]在第一章第一节“概述”之后,该书对第一修正案问题的实质性讨论正是从申克案到布兰登伯格案这条主线开始。而在另一本由杰弗里·斯通(Geoffrey Stone)、桑斯坦和图施耐特等几位最顶尖的第一修正案学者所编的教材中,^[36]拿掉开头第一章导论式的介绍,本书实体的第一部分“基于内容的限制:危险的观点和信息”同样基于“申克—布兰登伯格”这条主线。又如,在尤金·沃洛克所编的《第一修正案与相关立法》中,^[37]沃洛克先从布兰登伯格案开始,即先告诉学生现状(*status quo*)是怎样的。然后他再以倒推的方式,一步步呈现法律是如何发展到今天。而他倒叙的终点,还是1919年的申克案。换句话说,沃洛克只是把“申克—布兰登伯格”这条主线倒着讲了一遍。

不难想象,当美国法学院学生学习第一修正案时,他们最先接触的就是由“申克—布兰登伯格”这条主线所确立的“街头发言者”模式。一代又一代美国法律人正是被这样教育和塑造出来的。这不仅仅事关知识传授,更重要的是奠定了包括律师、法官、学者乃至政治家在内的整个法律共同体思考言论自由的基本模式。

同时,对“外行”和普通民众而言,“街头发言者”更是他们最喜闻乐见的一种“故事”版本。在这个“故事”中,黑白分明,大多数时候“好人”和“坏人”一目了然(虽然把布兰登伯格案中的3K党归为“好人”会让很多人心里不是滋味)。更重要的是,虽然在故事中言论自由在绝大多数时间里并不是胜利的一方,当时的胜利者或法庭多数意见现在看来可能也不是站在正义一边,但“道路是曲折的,前途是光明的”永远是故事的基调。而且像绝大多数好莱坞“主旋律”电影一样,胜利和救赎可能要等到最后一分钟才会到来。在这种意义上,街头发言者“走向布兰

[33] Balkin, *Supra* note 14, pp. 5-8.

[34] Kathleen Sullivan and Gerald Gunther (eds.), *First Amendment Law (Fourth edition)*, Foundation Press, 2010. 该书最新版目前是2010年6月出版的第四版。

[35] Balkin, *Supra* note 14, at 411.

[36] Geoffrey Stone, Louis Seidman, Cass Sunstein, Mark Tushnet and Pamela Karlan (eds.), *The First Amendment (Fourth Edition)*, Aspen Publishers, 2012. 该书最新版是2012年1月出版的第四版。

[37] Eugene Volokh (ed.), *The First Amendment and Related Statutes, Problems, Cases and Policy Arguments (Fifth Edition)*, Foundation Press, 2013. 最新版目前为2013年12月出版的第五版。之所以专门选取这本教科书,一是由于沃洛克的政治立场。之前两本教材的编者均为自由派学者,而沃洛克本人的政治倾向则偏保守。二是从年龄上看,出生于1968年的沃洛克要比另外两本教材的编者年轻一代甚至两代。由他所编的教材,在某种程度上可以代表目前四十至五十岁上下这批学者的关注和侧重。

登伯格之路”是一个典型的关于“宪法救赎(constitutional redemption)”的叙事。^[38]正是因为有这种叙事的存在,美国人才能在面对暂时甚至是长久的不公时,仍旧对他们的国家和宪法保持信仰。

(三)“街头发言者”模式的三大特点

在“街头发言者”模式下,美国传统言论自由思考具有以下三大特点:

第一,政治言论居于言论自由思考的核心。这是“街头发言者”模式最基本的情境设定,同时也是“申克—布兰登伯格”主线“故事”的核心。政治言论是言论自由王冠上的那颗明珠,而言论自由则首先和主要被视作一项政治权利。长期以来,这一点几乎已经深入人心到成为人们思考言论自由的“直觉”和“本能”。当提起言论自由时,相信绝大多数人都会首先想到政治言论或政治异见人士。

这种“政治中心主义”又被美国主要的言论自由理论进一步强化。如罗伯特·波斯特(Robert Post)所言,言论自由理论的主要意义在于阐明保护言论自由所意图实现或服务的目的(purpose)。^[39]思想市场理论和自治理论都将言论自由的正当性建立在某种政治目的或价值上。借用反垄断法上“相关市场”的概念,霍姆斯所想像的“自由市场”,首先是一个不同政治观点和言论可以充分竞争的“政治市场”。而在这一市场中竞争并最终胜出的“真理”,首先也是“政治真理”。^[40]自治理论对政治言论的偏爱则更为明显。自治理论家基本围绕着“自治”、“选举”和“公共对话”等概念来建构其理论。以服务于这些高度政治性的活动和美国政体来建立言论自由的正当性(比如“更好地投票”),政治言论当然会成为自治理论家关切的核心。而像罗伯特·鲍克(Robert Bork)这样的自治理论家,甚至会明确主张有且只有政治言论才应受到保护。^[41]

第二,“媒介”这一因素没有进入言论自由思考。“街头发言者”模式想象发言者是在“街头”发言。在现实中,“街头”虽然也是一种媒介和平台——在街头发表演说,自然与在私人住宅、百货商场和大众媒体上不同,但传统言论自由并没有把“媒介”这一因素纳入言论自由思考。

在言论自由传统模式中,“街头”被处理成一种类似“真空”的环境。“街头发言者”变成了一种没有媒介存在的言论自由模式。在这一模式下,言论自由主要关注谁(言论的主体)和说了什么(言论的内容)。除此之外,发言者在什么样的媒介上发表言论?这一媒介具有什么样的属性和架构?这些属性和架构会对言论和发言者造成怎样的影响?这些问题并没有进入考量。

“街头发言者”模式对“媒介”的否定在涉及大众媒体时尤为突出。具体而言,在《纽约时报》和《华盛顿邮报》上发表的言论,和在街头和广场发表的言论是否同样适用第一修正案原则?正

[38] Jack Balkin, *Constitutional Redemption: Political Faith in an Unjust World*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011, pp. 1-16.

[39] Robert Post, *Supra* note 31, at 9.

[40] Robert Bork, “Neutral Principles and Some First Amendment Problems”, 47 *Indiana Law Journal*, 1 (1971), pp. 23-26.

[41] *Ibid.*, at 29.

如我们在纽约时报诉萨利文案^[42]和五角大楼文件案^[43]中所看到的,传统模式的做法是首先把《纽约时报》和《华盛顿邮报》想象成一个特殊的“街头发言者”,然后再去讨论这位虚拟的“发言者”所发表的言论是否受到保护。换言之,最高法院仍旧是把《纽约时报》和《华盛顿邮报》“转化”成一个特殊的“街头发言者”,而不是当作媒体或媒介来处理。直到广播的出现,最高法院才第一次把“媒介”这一因素纳入言论自由思考。^[44]但这种针对广播的规制模式一直是以特例的形式出现,并没有彻底撼动“街头发言者”模式对整个言论自由思考的统治。

最后,传统言论自由建立在“政府 vs. 个人”的二元对立之上。政府被视作言论自由最大的敌人。^[45]在“街头发言者”模式的场景设定中,对发言者言论自由构成威胁的正是政府。而在“申克—布兰登伯格”的叙事中,个人总是扮演着“好人”或英雄的角色——无论是申克、德布斯还是丹尼斯,他们总被刻画成挑战巨人歌利亚的大卫,^[46]而故事中的“坏人”永远都由政府扮演。这种思维模式和“角色划分”背后当然有着更为深厚的西方自由主义政治和哲学传统。在这种传统下,言论自由更多地被理解为一种不受干预的消极权利。^[47]对言论自由来说,最完美的政府就是一个管得最少、甚至什么都不管的政府。将这种“政府 vs. 个人”的二元对立推到极致,就是所谓“绝对主义”的言论自由观。最高法院大法官布莱克曾经用最简洁的语言阐述了他对言论自由“绝对”的理解。^[48]在他看来,既然第一修正案的文字清楚地表明“国会不得制定关于下列事项的法律……”,那么人们就应该一字一句、完整无误地理解和执行。“不得”就是“不得”,这意味着政府不能制定任何剥夺言论自由的法律。

三、网络时代的言论自由:告别“街头发言者”

进入网络时代二十年,“街头发言者”模式在各个方面都开始受到挑战。虽不能说言论自由在网络时代的发展已经定型(可能永远也不会定型),但至少我们已经可以看出某种比较清晰的趋势。在这一趋势下,互联网对“街头发言者”的突破正是针对传统模式上述三大特点而展开:①发言者从“街头”转向互联网,互联网作为言论媒介的影响日益突显;②以政治言论为中心的思考模式开始动摇;③“个人 vs. 政府”的二元对立逐渐转为“个人—企业—政府”的三角关系。

[42] *Supra* note 3.

[43] *New York Times v. United States; United States v. Washington Post*, 403 U.S. 713 (1971).

[44] 对此更详细的分析,请参见左亦鲁:“基于媒介”模式——大众传播时代的美国言论自由”,《北大法律评论》2012年第13卷第2辑。

[45] (美)欧文·费斯:《言论自由的反讽》,刘擎、殷莹译,新星出版社2005年版,页2。

[46] 参见 Frederick Schauer, “The Heroes of the First Amendment”, 101 *Michigan Law Review*, 2118 (2003), pp. 2118—2133.

[47] 关于积极自由与消极自由,请参见以赛亚·伯林:《自由论》,胡传胜译,译林出版社2003年版。

[48] Hugo Black, “The Bill of Rights”, 35 *New York University Law Review*, 865 (1960).

(一)从“街头”到互联网:言论自由的“基础设施”

发言者已经从“街头”转移到互联网,作为媒介的互联网对言论自由的影响日益突显。言论自由事关人们如何交流和表达。互联网恰恰改变的是人们交流和表达的基础。虽同为大众媒体,互联网却不同于报纸、广播、电视和电影。互联网不是诸多媒体或平台中的一种,它早已成为了一切的平台和基础。“街头发言者”对言论自由的想象已经过时。在街头发表演说早已不是人们表达和交流的首选。对于“生而数码(born digital)”^[49]和“生而网络”的年轻一代来说,“肥皂箱”和“传单”简直像是原始时代的老古董。“街头发言者”早已离开街头,变成拿着笔记本电脑、iPad或智能手机上网的网民了。

互联网因此被称为言论自由的“基础设施(Infrastructure)”^[50]如同战争中任何一方都想控制或破坏交通和水电等基础设施一样,在事关言论自由的斗争中,控制了言论“基础设施”的人,也就掌握了言论自由。在数字时代,决定言论自由命运的战场已经转移。以法院判决为代表的传统法律手段对言论自由的影响会越来越小。真正能够决定言论自由未来的,是技术设计、立法与行政规制、新的商业模式以及终端用户的集体行为。^[51]换言之,在网络时代,左右言论自由命运的,将会是那些针对“基础设施”的手段。

这印证了欧文·费斯二十年前的观察。在二十年前的耶鲁会议中,费斯之所以强调言论自由在网络时代需要一个“新范式”,正是因为言论自由的“基础设施”——也就是费斯所说言论自由的“基础”——发生了改变。当广播电视上世纪60年代末在美国普及后,费斯就曾呼吁“必须从街头转向CBS”^[52]而面对互联网的兴起,费斯再一次极力号召人们“从CBS转向互联网”^[53]。

从广义上看,“基础设施”包括域名系统、互联网通信协议、虚拟主机服务、云服务、主干网、宽带网络、搜索引擎、社交平台以及支付平台等。^[54]借用尤查·本克勒(Yochai Benkler)和莱斯格的互联网“分层理论”,“基础设施”可被视为同时包括物理层、代码层和内容层。这意味着“基础设施”包括:①包含了电脑和线路等硬件在内的物理层;②维持和控制硬件运转的软件和协议的代码层;③包含了广大网民最常接触到的文字、图片、音频和视频在内的内容层。^[55]

作为“基础设施”,互联网最大的特点是其技术上的高度可塑性和可控性。对此最经典的

[49] John Palfrey and Urs Gasser, *Born Digital: Understanding the First Generation of Digital Natives*, New York, NY: Basic Books, 2008.

[50] Jack Balkin, “The First Amendment Is an Information Policy”, 41 *Hofstra Law Review*, 1 (2013).

[51] Jack Balkin, “The Future of Free Expression in a Digital Age”, 36 *Pepperdine Law Review*, 427 (2008), p. 427.

[52] Owen Fiss, *Supra* note 12, pp. 13—17.

[53] Owen Fiss, *Supra* note 9, pp. 1614—1615.

[54] Jack Balkin, “Old School/New School Speech Regulation”, 127 *Harvard Law Review*, 2296 (2014), p. 2297.

[55] (美)劳伦斯·莱斯格,《思想的未来》,李旭译,中信出版社2004年版,页23—24。

表述,莫过于莱斯格那句“代码即法律”。^[56]这几乎成了网络法研究中的头号名言警句。莱斯格将互联网的独特属性概括为“可规制性(regularability)”。^[57]可规制性意味着整个互联网的架构是开放和未定型的,它可以轻易地被规制和塑造。如果说法律是规制真实世界最有效的工具之一的話,规制网络空间最有力的武器则是代码。^[58]比如在面对打击盗版这一难题时,美国很多大学所采取的封掉电驴、迅雷等软件所依赖的P2P端口的办法(“通过代码的规制”),可能要比单纯依靠版权立法(“通过法律的规制”)远为有效。具体到言论自由,通过代码直接对互联网进行规制,同样要比政府审查等传统手段有效得多。这正好呼应了之前的观点。在网络时代,决定言论自由未来的将是那些针对言论“基础设施”的规制。与传统手段相比,这种“釜底抽薪”式的规制更为精巧和有效,同时也更隐蔽和复杂。

新时代围绕言论自由的“战争”可能会在一个全新的战场,以一种全新的形态出现。下文围绕着网络中立原则和过滤的争论,正是这一趋势最好的体现。

1. 网络中立

网络中立(Network Neutrality)或可算是目前美国第一修正案领域最激烈的争论点之一。这场斗争之所以关键,是因为在网络时代,此类针对“基础设施”的、看似与言论内容无关的技术措施或手段,完全有可能比传统“基于内容(content-based)”的审查给言论带来更大损害。

网络中立是一种网络设计原则:它要求公共信息网络应对一切内容、站点和平台保持平等中立。^[59]就像电视、冰箱和洗衣机等各式各样的电子产品可以随意接通电网,信息网络应该同样中立、不加歧视地提供接入服务。^[60]

何为不中立的网络?常见的做法是控制着网络基础设施的公司,故意减慢甚至屏蔽用户对某些网站、内容或服务的访问。在美国,提供宽带服务的Comcast就曾经减慢和屏蔽其用户对在线视频网站Netflix的访问。^[61]而这一事件的最终解决,竟然是由“受害者”Netflix向Comcast支付一笔费用了事。^[62]不难看出,那些掌握基础设施的公司,其权力和影响力已经大到“要想过此路,留下买路财”的地步。

[56] (美)劳伦斯·莱斯格,《代码:塑造网络空间的法律》,李旭译,中信出版社2004年版,页7。

[57] 同上注,页3—79。

[58] Lawrence Lessig, “The Law of Horse: What Cyberlaw Might Teach”, 113 *Harvard Law Review*, 501 (1999), pp. 509—510.

[59] Tim Wu, “Network Neutrality FAQ”, at http://www.timwu.org/network_neutrality.html, 最后访问日期:2014年7月26日。

[60] Ibid.

[61] The Consumerist, “Netflix Agrees To Pay Comcast To End Slowdown”, at <http://consumerist.com/2014/02/23/netflix-agrees-to-pay-comcast-to-end-slowdown/>, 最后访问日期:2014年7月26日。

[62] The Washington Post, “Netflix Strikes Deal to Pay Comcast to Ensure Online Videos Are Streamed Smoothly”, at http://www.washingtonpost.com/business/technology/netflix-strikes-deal-to-pay-comcast-to-ensure-online-videos-are-streamed-smoothly/2014/02/23/0e498d18-9cc2-11e3-975d-107dfef7b668_story.html, 最后访问日期:2014年7月26日。

如果说 Comcast 对 Netflix 的屏蔽尚显简单粗暴,我们不妨想象一种更加“高明”但“阴险”的情况。假设甲公司是一家宽带服务提供商,而 A 公司和 B 公司是存在竞争关系的在线视频网站。假如甲公司和 A 公司达成一项协议,使得所有通过甲公司上网的用户在 A 网站观看高清电影时,都比在 B 网站上要稍微快一点(或者把 B 网站视频缓冲速度变得稍微慢一点)。理论上,只要“手脚”做得足够巧妙,绝大多数用户只会明显感觉到 B 网站似乎比 A 网站慢,但这种差别又没有达到足以使他们怀疑是甲公司在背后搞鬼的地步。从用户的角度看,他们只会感觉 B 网站要比 A 慢。久而久之,绝大多数用户便会慢慢放弃 B 网站转向 A 网站,而且这种选择看起来还完全是“自由”和“自愿”的。类似的“伎俩”可用于各种竞争对手间。比如同为搜索引擎的 Google 和 Bing,同做社交的 Facebook 和 Google+,抑或在移动端存在激烈竞争的苹果地图和 Google 地图等,只要其中一方与控制着基础设施的网络服务商达成某种协议和默契,广大网民就很有可能陷入“圈套”而毫不自知。

不中立的网络还有一种更可怕的前景。目前已知的违反网络中立的行为,至少看起来还是“内容中立(content-neutral)”的。Comcast 屏蔽或干扰用户对 Netflix 的访问仍主要是出于商业和技术考量,而非夹杂政治或其他因素。但是否会有那么一天,Comcast 会因为自己或广告商不喜欢共和党的言论,而去干扰用户访问 Fox 或其他亲共和党的网站?换言之,在网络时代,“基于内容”的审查是否有可能披着技术和中立的外衣蒙混过关?

正是为了应对上述风险,美国联邦通讯委员会(FCC)于 2010 年出台了《2010 年开放互联网的规定》以推动网络中立。^[63]这是美国第一次就网络中立原则立法。该规定将网络中立原则具体细化为三大要求:①透明;②反对屏蔽;③反对不合理歧视。

毫不意外,以 Comcast 和 Verizon 为代表的、掌控着言论“基础设施”的大鳄第一时间向该法发起进攻。华盛顿特区巡回法院于 2014 年 1 月 14 日对 Verizon 诉联邦通讯委员会案^[64]做出判决。这是联邦法院首次就网络中立原则的合宪性做出回答。非常遗憾,除了“透明”这项要求,特区巡回法院推翻了“反对屏蔽”和“反对不合理歧视”这两项网络中立的核心原则。法庭意见认为,联邦通讯委员会无权对 Verizon 这样的宽带服务商施加类似网络中立这样的要求。因为根据《1934 年电信法》,只有“公共承运人(the common carriers)”才能被施加这种要求,而法庭认为 Verizon 不属于传统意义上的“公共承运人”。

推动网络中立的第一次立法尝试就这样归于失败。面对失败,联邦通讯委员会选择放弃上诉。他们转而根据法院判决,对原有条文进行修改和限缩,准备卷土重来。2014 年 5 月 13 日,联邦通讯委员会在其官网宣布就新的网络中立立法向公众征集意见。^[65]这场围绕着言论“基础设施”的战斗才刚刚打响,结果如何,我们拭目以待。

[63] 《2010 年开放互联网的规定》全文,请参见 https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-10-201A1_Red.pdf,最后访问日期:2014 年 7 月 26 日。

[64] Verizon v. FCC, 740 F.3d 623 (D.C. Cir. 2014).

[65] FCC 向公众征集的意见,请见 <http://www.fcc.gov/comments>。

2. 过滤

在网络中立之外,另一场围绕着言论自由“基础设施”展开的斗争则与过滤有关。与前途未卜的网络中立相比,过滤的未来看起来倒是一片光明。之所以说过滤“前途光明”,很大程度上是由于经美国最高法院认可,“走向过滤”似乎已经成了美国网络规制未来的方向。这条“走向过滤之路”可追溯到二十年前颁布的《1996年传播风化法》(Communication Decency Act of 1996, CDA)。这是美国国会规制因特网的第一次尝试。该法意在打击互联网上大量充斥的“低俗(indecent)”内容,而国会所采取的手段,仍旧是以传统的“分区(zoning)”和审查为主。但在1997年的雷诺诉美国公民自由联盟案^[66]中,最高法院明确宣告“老一套”在网络时代行不通,国会必须另寻出路。

在接下来的几年里,国会和最高法院几番较量,最终在2001年的美国诉美国图书馆联合会(United States v. American Library Association)案^[67]中,国会规制互联网的努力得到了法院认可。最高法院之所以放行,正是因为国会在制定《儿童因特网保护法》(Children's Internet Protection Act, CIPA)时采取了依靠过滤软件来实现间接规制的做法。在最高法院看来,以过滤软件为代表的间接规制手段因“对言论的限制更少”从而更值得提倡。

在美国,偏爱过滤的并非只有最高法院。由于最常见的过滤方式多为用户安装在自己终端上的软件,因此大家往往不自觉地过滤与“选择”间划了等号。^[68]在很多人看来,过滤软件就意味着个人自主和自由选择。与臭名昭著的审查相比,基于自主选择的过滤当然显得十分“无害”。

可事实果真如此吗?过滤其实远比我们想象得要复杂和危险。过滤软件一般由三个主要部分构成:整理、选择和屏蔽。^[69]若想实现过滤,任何一个系统或软件必须首先具备对海量信息进行整理和选择的能力。换言之,过滤真正的关键或“猫腻”其实并不在最后的屏蔽,而是之前对信息的整理和选择。后者才真正决定了哪些内容会被过滤。像PICS这样的过滤软件或机制,其整理和选择功能通常都由一个类似电影分级的“分级制度(Rating System)”完成。^[70]当前主流的过滤软件多出自私人公司或像World Wide Web Consortium(W3C)这样的非政府机构。这些机构究竟如何制定内容分级制度和标准,普通用户往往难以知晓或理解。不少人对于过滤软件自由和自主的“幻觉”,很多时候不过是把言论自由的命运从政府转到非政府机构或组织手里。

[66] Reno v. ACLU, 521 U.S. 844 (1997).

[67] 539 U.S. 194 (2003).

[68] Jack Balkin, Media Filters, “The V-Chip and the Foundations of Broadcast Regulation”, 45 *Duke Law Review*, 1133 (1996), p. 1145.

[69] *Ibid.*, pp. 1141–1143.

[70] Jack Balkin, Beth Simone Noveck and Kermit Roosevelt, “Filtering the Internet: A Best Practices Model”, in Jens Waltermann and Marcel Machill (eds.), *Protecting Our Children on the Internet: Towards a New Culture of Responsibility*, Bertelsmann Foundation Publishers, 2000, pp. 17–26.

莱斯格就曾提出这样一个问题:对言论自由而言,审查和过滤哪个更加危险?在他看来,传统的审查虽然粗暴,但毕竟直接可见。发言者可能对自己的言论被审查这一事实无能为力,但他起码知道自己被审查了。^[71]但人们的言论和信息完全有可能在他们毫不知情时就被“过滤”掉了。^[72]换言之,他们可能连愤怒的机会都没有,因为他们的言论自由是被“不知不觉”剥夺的。很多普通网民现在已经可以理解,如果搜索引擎在呈现搜索结果时略微对呈现结果或顺序进行调整(而不是以屏蔽整个敏感词的方式),普通用户往往极易被其左右但又难以察觉。同样,发生在“基础设施”层面尤其是代码层和物理层的过滤(比如在DNS或IP层面),普通用户几乎不可能感知它们的存在。与网络中立一样,过滤软件的可怕之处就在于它真正的“猫腻”都在“基础设施”层面展开,它以一种“静悄悄”的方式影响(甚至剥夺)着言论自由。

巴尔金曾经发出过网络时代“过滤为王(Filter is King)!”的警告。^[73]在他看来,控制了过滤机制的人,也就掌握了控制互联网的王者。我们不妨将这句口号改为“基础设施为王”,这亦是今天言论自由命运的真实写照。在网络时代,谁控制了言论自由的“基础设施”,谁就控制了言论自由的未来。

(二)超越“政治中心主义”:一种更“民主”的言论自由

互联网时代开始突破以政治言论为中心的传统保护模式,为我们思考言论自由提供了一种新的可能性。这种可能性是,我们是否能够不以某种政治价值(如发现政治真理或促进民主自治)为基础,而基于某种非政治或超政治的价值来建构言论自由的正当性?

如前所述,与其他类型的言论相比,政治言论一直处于“街头发言者”模式的核心,享受“特殊待遇”。有中心自然就会有外围和边缘。在“政治中心主义”之下,非政治言论长期以来处于某个边缘的位置。像罗伯特·鲍克那样,主张除了“明显而突出的政治言论”外,其他言论都不应受到保护固然属于极端。^[74]但非政治言论的确在大多数时候处于“二等公民”的地位:非政治言论要想受到保护,必须具有某些政治价值和功能,或者能为政治讨论做出贡献。^[75]换言之,非政治言论只有通过依附于政治言论,才能获得某些间接保护。

最典型的例子莫过于言论自由的自治理论。米克尔约翰在1948年出版《言论自由与自治的关系》后,就曾因完全忽视了包括文学和艺术在内的非政治表达,受到了哈佛法学院第一修正案学者泽卡利亚·查菲(Zechariah Chafee)的强烈批评。^[76]当米克尔约翰于1960年发表的“言论自由是绝对的”^[77]一文时,我们已经可以看到他对自己原有理论的修正:教育、哲学:

[71] Lessig, *Supra* note 56, pp. 219-222.

[72] Balkin, *Supra* note 54, at 2318.

[73] Balkin, *Supra* note 68, at 1132.

[74] Bork, *Supra* note 40, at 26.

[75] Jed Rubenfeld, “The Freedom of Imagination: Copyright’s Constitutionality”, 112 *Yale Law Journal*, 1 (2002), pp. 30-35.

[76] Zechariah Chafee, “Book Review”, 62 *Harvard Law Review*, 891 (1949), pp. 899-900.

[77] Meiklejohn, *Supra* note 28, pp. 245-266.

科学、文学、艺术以及对公共议题的讨论等四类非政治言论第一次被纳入言论自由保护。^{〔78〕}

但迈克尔约翰此处的逻辑颇具代表性。虽然四类非政治言论最终被纳入了言论自由保护,但这却并非出于它们自身的价值和意义;相反,这些非政治言论之所以得到保护,是因为它们能帮助选民获得“必要的知识、信息和对人类价值的认识”。^{〔79〕}换言之,这是因为它们能够间接地服务于帮助选民“更好地投票”这一政治目标。这种对非政治言论的“歧视”同样出现在自治理论新一代领军人物桑斯坦那里。在桑斯坦的“双层保护”体系中,政治言论牢牢占据着言论自由保护的第一层,而部分非政治言论只能在第二层享受较弱的保护。^{〔80〕}

“政治中心主义”的狭隘和不足并非直到网络时代才暴露。从20世纪60年代末起,也就是“申克—布兰登伯格”主线的末端,非政治言论和非典型政治言论对传统模式的挑战已然显现。色情淫秽作品、^{〔81〕}低俗内容、^{〔82〕}象征性行为、^{〔83〕}仇恨言论、^{〔84〕}国家对艺术的资助^{〔85〕}等非政治言论(或非典型政治言论)大量出现。这些新型争议不仅开始挑战传统上受保护言论的类型和内容,类似焚烧国旗和十字架、身穿“F * * k the Draft”等“行为”,更是在一定程度上颠覆了对“言论”的传统定义。

如果说上述变化尚算“量”的累计,互联网的出现则第一次带来了质变的可能。网络时代对“街头发言者”模式的突破,并不在于新增加了几类受保护的言论,其价值和意义在于为我们带来了一种超越“政治中心主义”的可能。这种可能性仍要到言论自由的“基础设施”——互联网——中去寻找。时至今日,早期对互联网种种乌托邦式幻想虽多已破灭,但很难否认的是,互联网仍是人类所拥有过的最为民主的媒介。互联网使数以亿计的普通公民可以用他们最喜欢和擅长的方式就他们最关心的话题发出自己的声音。

互联网的“民主性”突显了言论自由一个长期以来被遮蔽和压抑的维度——文化维度。文化维度一直以来都是言论自由的题中之义,但囿于旧的“基础设施”,这一维度一直处于后台和从属地位。但是,新的“基础设施”却使言论自由的这一方面得以彰显。^{〔86〕}简言之,互联网和

〔78〕 Ibid., at 257.

〔79〕 Ibid., at 256.

〔80〕 Cass Sunstein, *Democracy and Problems of Free Speech*, New York, NY: Free Press, 1993, pp. 121—165.

〔81〕 参见 *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957); *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).

〔82〕 参见 *FCC v. Pacifica Foundation*, 438 U.S. 726 (1978); *Hustler Magazine v. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988).

〔83〕 参见 *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968); *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971); *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989); *United States v. Eichman*, 496 U.S. 310 (1990).

〔84〕 参见 *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952); *National Socialist Party of America v. Village of Skokie*, 432 U.S. 43 (1977); *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992); *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343 (2003).

〔85〕 参见 *National Endowment for the Arts (NEA) v. Finley*, 524 U.S. 569 (1998).

〔86〕 Jack Balkin, “Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society”, 79 *New York University Law Review*, 1 (2004), pp. 1—58.

数字技术打破了精英对文化的垄断,让普通人可以前所未有地参与文化创造和文化传播。^{〔87〕}今天再去强调数码相机、DV、Photoshop 以及视频分享等用户生成内容(User-Generated-Content, UGC)网站在文化“民主化”上的作用已是老生常谈。巴尔金曾将互联网及其他新技术在这方面的贡献总结为**绕道而行**(routing around)和**就地取材**(glomming on)。“绕道而行”意味互联网允许普通公民绕过传统媒体或中介,直接向广大网民发布内容;“就地取材”则是指利用一切传统媒体上的材料,把它们当作砖头或原材料,对它们进行利用、评论、批评,借助它们进行创新和创造。^{〔88〕}

以胡戈在2005年创作的《一个馒头引发的血案》为例。对胡戈来说,在前网络时代,如果他找不到院线或电视台愿意播放他的作品(我们几乎可以断定他很难找到),那么他的作品只会像家庭录像一样,只能在一个很小的圈子里被同行欣赏和分享。但互联网却使得他可以“绕道而行”——绕过通常扮演守门人或瓶颈角色的传统媒体,通过个人网站或上传到视频分享网站,将他的作品直接发布给数以亿计的观众。另一方面,《一个馒头引发的血案》在“就地取材”方面同样堪称经典。《无极》自不必说,央视社会与法频道的《中国法治报道》同样成了胡戈的原材料。借助这些主流作品或平台的形式和素材,胡戈仿佛“站在巨人的肩膀上”,使得他可以完成自己的戏仿作品。今天充斥于中国互联网上的种种“恶搞”,同样是“绕道而行”和“就地取材”的结合。绝大多数权威、经典或正统的观点、文本以及各类艺术作品,都可以成为“恶搞”的原始素材。^{〔89〕}而在作品完成之后,作者又可以“绕道而行”,在网上直接发布给广大网民。

正是在上述基础之上,以巴尔金为代表的学者提出,言论自由在网络时代应该转向一个更为宏大的关切:言论自由的目的应该是提升一种民主文化(a democratic culture)。^{〔90〕}巴尔金将“民主文化”定义为:“除政治、经济和文化精英外,每一个普通人都有平等的机会去参与创造的文化,以及参与发展那些构建他们自身以及他们所在共同体的理念和意义。”^{〔91〕}在他看来,言论自由理论就应该是“技术决定论的”:什么样的“基础设施”,就应该配套什么样的言论自由理论。传统“政治中心主义”的言论自由理论或许能够适应和服务于印刷时代,^{〔92〕}但在网络时代,我们必须与时俱进。

我们没有必要追随巴尔金,把言论自由的正当性建立在某种文化而非政治价值上。超越“政治中心主义”并不是主张“文化”或其他非政治的价值高于“政治”,用一种“文化中心主义”去取代“政治中心主义”。真正值得我们深思的是巴尔金提出的问题,而不是他给出的答案。

“民主”——而非“文化”——才应是我们在网络时代思考言论自由的关键词。这不是“政

〔87〕 Ibid., at 3.

〔88〕 Ibid., pp. 9-13.

〔89〕 参见 Bingchun Meng, “From Steamed Bun to Grass Mud Horse: E Gao as Alternative Political Discourse on the Chinese Internet”, *Global Media and Communication* 7.1 (2011), pp. 33-51.

〔90〕 Balkin, *Supra* note 86, pp. 3-6.

〔91〕 Ibid., at 3.

〔92〕 Ibid., pp. 28-33.

治 vs. 文化”或“政治价值 vs. 非政治价值”间的分歧,真正的张力是少数与多数,精英与民主。^[93]“民主”的互联网使“沉默的大多数”可以就他们最关心、热衷的话题,以他们擅长或喜爱的方式表达自我。他们会自己设定议程,用自己的方式和语言发出声音。无论从内容还是形式上看,这些言论都极为五花八门、丰富多彩。这其中可能包括严肃的政治讨论,但很多时候也会是轻松、调侃甚至主题并不明确的其他话题。如巴尔金所说,人们“写歌、进行艺术创作、歌唱、八卦、交谈、指责、否认、抱怨、庆祝、热衷、吹牛和戏仿”。^[94]当千千万万的普通公民每天与“言论自由”这个大词发生关系时,他们绝大多数时候只是以自己最喜欢和擅长的方式表达自己的关切。米克尔约翰式或哈贝马斯式正襟危坐的政治讨论并不是言论自由的全部。

以人肉搜索为代表的中国互联网言论正是上述趋势的缩影。这其中既有针对政治议题的政治讨论,如在“我爸是李刚”和“表哥杨达才”等事件中对官员腐败问题的讨论;也有围绕着文化、道德等非政治议题的公共讨论,比如以“人肉搜索第一案”王菲案为代表的一系列有关婚姻与家庭议题的事件;更有类似“贾君鹏,你妈妈喊你回家吃饭”这样看似“无厘头”甚至“无意义”的言论和表达。即使是在“我爸是李刚”这样高度政治性的事件中,政治讨论也并非其全部。“我爸是李刚”这一网络用语作为“段子”被广泛传播甚至恶搞,其意义和影响就已经超越了对政府官员及其子女特权和腐败问题的讨论,而具有独立的、更深远的文化和社会意义和影响。

总之,互联网和新技术所具有的“民主性”,使得网络时代的言论变成了包罗万象的复杂多面体。在这种形势下,传统的“政治中心主义”视角日益无力解释和理解现实,更遑论指导实践。言论自由如何保护最广大多数——而不是只有少数——最愿意、最经常发表的言论?我们如何从一种“精英的”言论自由走向一种更为“民主”的言论自由?这是网络时代带给我们的挑战和机遇。

(三)从“政府 vs. 个人”二元对立转向“个人—企业—政府”三角关系

在网络时代,言论自由开始从传统的“个人 vs. 政府”二元对立向“个人—企业—政府”三角关系转变。这是对言论自由思考中政府与个人、公与私之间关系的重新定位。而导致这种剧变发生的原动力,仍旧来自言论的“基础设施”——互联网。

如前所述,网络时代言论自由的第一大特点,就是得“基础设施”者得天下。然而言论的“基础设施”又被谁控制?在今天,无论是宽带接入、社交平台、搜索引擎、电子邮件、支付平台以及云存储等,这些“基础设施”绝大多数时候被私人企业而非政府掌握。^[95]谷歌、AT&T、Comcast、苹果、Facebook 以及 PayPal 这样的商业巨头,他们对互联网的控制和影响力不亚于、甚至大于绝大多数政府。这些公司的一个商业决策或技术设计上的改变,对数以亿计的全球网民的影响可能绝不低于政府出台的法律。

[93] Jack Balkin, “Populism and Progressivism as Constitutional Categories”, 104 *Yale Law Journal*, 1935 (1995), pp. 1943–1950.

[94] Balkin, *Supra* note 86, at 5.

[95] Balkin, *Supra* note 54, at 2296.

企业(以及一些非政府组织)作为新主体的加入,使言论自由从传统的二元对立变为“个人—企业—政府”的三角关系。巴尔金称这种公私间的新型关系为网络时代言论规制的标志。^[96]这三方主体间的互动和博弈可能产生多种组合形式,本文无意也无力穷举其全貌。在此仅试图勾勒出这一全新三角关系最有可能对言论自由产生影响的两个方面:

首先,政府可能从言论自由的敌人变成朋友。鉴于越来越多的“基础设施”由企业掌控,他们同样可能侵犯言论自由,而且其危害严重程度可能并不亚于传统的政府行为。正像弱小的个体公民无力对抗政府,在强大的商业巨头面前,分散而孤立的公民在绝大多数时候并无还手之力。如果连 Netflix 这样的企业面对控制基础设施的 Comcast 都只能乖乖交出“买路财”,我们显然无法指望个体公民去对抗商业巨头。更何况如果这些商业巨头在基础设施上做手脚足够“高明”和隐蔽,普通用户甚至都无法察觉。与“简单粗暴”的政府审查相比,公民的言论自由完全可能在不知不觉中就被剥夺了。

在这种时候,千千万万普通公民唯一可以借助的力量只能来自政府。人们需要政府从“消极国家”转向“积极国家”,政府不仅仅需要做到“不干预”;在必要的时候,政府还要扶持、资助和补贴言论。^[97]我们需要政府像推动网络中立原则一样,通过其自身的力量来帮助公民对抗强大的商业巨头。

然而,单是完成理念上的转变就困难重重。“街头发言者”模式、“政府 vs. 个人”的二元对立以及消极政府等理念是如此根深蒂固,它们奠定了美国言论自由深厚的自由放任传统。^[98]因此,任何关于“政府可以是言论自由的朋友而非敌人”的主张都无异于“灵魂深处闹革命”。很多人无法相信和接受,言论自由竟然需要一直以来的“头号天敌”提供帮助和保护?! 费斯用“言论自由的反讽”来形容这种转变之难。^[99]其实真正荒谬和不合理的不是现实,而是某些人脑中的教条。

桑斯坦则将这种转变视作一场言论自由的“新政”。美国言论自由必须告别和清算自己的“洛克纳时期”。^[100]稍微了解美国宪法和历史的读者都会马上读出桑斯坦这一比喻所隐含的深意。洛克纳案^[101]代表了美国以契约自由之名推行经济上自由放任的最高峰。或许这已不是巧合,今天反对网络中立原则的一方,他们所高举的恰好又是契约自由的大旗。^[102]就像当年需要罗斯福和一场新政来彻底涤荡洛克纳案的影响一样,眼前这场言论自由的“新政”同样荆棘遍布、任重道远。

[96] Ibid., at 2298.

[97] Fiss, *Supra* note 45, pp. 26—50.

[98] Post, *Supra* note 31, at 15.

[99] Fiss, *Supra* note 45, pp. 1—25.

[100] Cass Sunstein, “Free Speech Now”, 59 *University of Chicago Law Review*, 255 (1992), p. 262.

[101] *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

[102] 对此的批评,可参见 Susan Crawford, “First Amendment Common Sense”, 127 *Harvard Law Review*, 2243 (2014), pp. 2243—2391.

其次,在政府“胡萝卜加大棒”的政策下,企业可能沦为政府的打手或帮凶。这同样与网络时代言论“基础设施”的极端重要性有关。在很多时候,即使政府的最终目标还是发言者和言论,但政府可能选择去“威逼利诱”控制着基础设施的企业,因为这比直接规制发言者和言论更加有效和隐蔽。^[103]

比如在维基解密事件中,阿桑奇本人和维基解密网站的服务器都不在美国境内,除了泄愤似的把泄密人曼宁投入监狱,针对发言者和言论的传统规制手段几乎全部失灵。但真正对阿桑奇构成“致命打击”的,是那些掌控着“基础设施”的私人企业与美国政府配合无比“默契”的行动。几乎是在同一时间,维基解密网站的域名提供商 EveryDNS 停止提供域名解析服务、存储着大量维基解密数据的亚马逊切断了对维基解密的云服务、苹果也把维基解密的 App 从在线商店下架。此外,MasterCard、Visa 以及 PayPal 等公司也停止了对维基解密网站的服务,使其无法接受来自支持者的捐助。^[104] 对阿桑奇和维基解密来说,这些控制着“基础设施”的私人企业的行为才是真正的“釜底抽薪”。

同样,在“棱镜门”丑闻爆发后,于 2013 年 6 月 6 日爆料的英国《卫报》和《华盛顿邮报》一共点了微软、雅虎、谷歌、苹果、脸书、Skype、美国在线(AOL)、YouTube 以及 Paltalk 九家公司的名字。^[105] 根据斯诺登最早提供的 41 张 PowerPoint 幻灯片,这九家控制着“基础设施”的公司均配合参与了美国政府的“棱镜”监控计划。而根据《卫报》和格伦·格林沃尔德(Glenn Greenwald)早一天的报道,电信运营商 Verizon 更是每天都向美国国家安全局提供其用户国外甚至国内的通讯日志。^[106] 而在“棱镜”计划之外,美国国安局还存在着 BLARNEY, FAIRVIEW, OAKSTAR 和 STORMBREW 等“上游”监控计划,这些项目更是完全在光纤电缆等“基础设施”的深层运行。^[107]

与维基解密相比,斯诺登事件还为我们剖开了互联网时代言论自由(或限制言论自由)的另一个维度,即除了控制基础设施,私人企业还掌握着另一项无价财富——个人数据。在“大数据”的时代,很难想象如果这些私人企业交出这些数据或自行对这些数据进行挖掘和分析,

[103] Balkin, *Supra* note 54, at 2306.

[104] Yochai Benkler, “A Free Irresponsible Press: Wikileaks and the Battle over the Soul of the Networked Fourth Estate”, 46 *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review*, 311 (2011), pp. 313-314.

[105] The Washington Post, “U.S., British Intelligence Mining Data from Nine U.S. Internet Companies in Broad Secret Program”, at http://www.washingtonpost.com/investigations/us-intelligence-mining-data-from-nine-us-internet-companies-in-broad-secret-program/2013/06/06/3a0c0da8-cebf-11e2-8845-d970ccb04497_story.html. The Guardian, “NSA Prism Program Taps in to User Data of Apple, Google and Others”, at <http://www.theguardian.com/world/2013/jun/06/us-tech-giants-nsa-data>,最后访问日期:2014年7月26日。

[106] The Guardian, “NSA Collecting Phone Records of Millions of Verizon Customers Daily”, at <http://www.theguardian.com/world/2013/jun/06/nsa-phone-records-verizon-court-order>,最后访问日期:2014年7月26日。

[107] (美)格伦·格林沃尔德:《无处可藏:斯诺登、美国国安局与全球监控》,米拉、王勇译,中信出版社 2014 年版,页 101。

对普通公民究竟意味着什么。更令人担忧的是,当政府和私人企业“强强联手”,普通公民似乎真的毫无还手之力。

四、尾声:言论自由的“想象力”

在梳理了“街头发言者”模式所受到的挑战和网络时代言论自由发展的趋势后,我们不妨借用美国社会学家C·赖特·米尔斯(C. Wright Mills)在1959年提出的“社会学的想象力”这一概念,^[108]来谈谈“言论自由的想象力”。

在前网络时代,“街头发言者”模式曾极大地释放和促进我们对言论自由的想象力。它高度形象、简洁和清晰。无论作为一种理论模型还是历史叙事,“街头发言者”模式都“源于现实而又高于现实”,它既可以帮助我们理解现实中复杂的言论自由争议,又能反过来指导人们实践。

然而,事物总是在不断发展变化。当现实开始超越理论,原本“先进”的理论则会变成想象力的羁绊和束缚。进入网络时代,现实中的言论自由争议变得日益复杂多样。正如美国最高法院近年来判决的第一修正案案件所体现的,目前围绕言论自由的“斗争”集中在对竞选经费的规制、^[109]制作和贩售类似斗狗等与动物有关的血腥和残酷视频、^[110]涉及暴力的电子游戏、^[111]反同性恋群体是否可以在阵亡士兵葬礼旁抗议、^[112]联邦通讯委员会对电视直播中出现“脱口而出的脏话(fleeting expletives)”的规制、^[113]国会是否可以立法禁止和惩罚那些谎称自己曾获得军队荣誉勋章的人^[114]等。读者不难发现,这些争议复杂、分散和不成体系,甚至有些“非典型”和“非主流”,它们并不符合传统或经典的言论自由想象。我们很难继续套用“街头发言者”模式或“申克—布兰登伯格”主线。

面对经典理论的“失灵”和落伍,不少学者和教科书却采取了一种“鸵鸟政策”。巴尔金和列文森在《法律经典》中就曾犀利地指出,面对美国社会最热门和重要的言论自由争议,多数美国主流第一修正案教科书却只将其编入“其他问题”一章入另册处理。^[115]换言之,这些学者幻想着继续维持经典理论的荣光,在不撼动原有“中心”或经典的前提下,只进行些边边角角的“修补”。可是,当现实中最重要的问题只能算“其他问题”,当“其他问题”无论在篇幅还是重要性上都逐渐超越前面的“中心”或“主体”时,人人都清楚“主体”与“其他”、“中心”与“边缘”间的

[108] (美)C·赖特·米尔斯:《社会学的想象力》,陈强、张永强译,三联书店2001年版。

[109] Citizens United v. Federal Election Commission, 558 U.S. 310 (2010).

[110] United States v. Stevens, 559 U.S. 460 (2010).

[111] Brown v. Entertainment Merchants Association, 564 U.S. 8 (2011).

[112] Snyder v. Phelps, 562 U.S. ___ (2011).

[113] FCC v. Fox, 567 U.S. ___ (2012).

[114] United States v. Alvarez, 567 U.S. ___ (2012).

[115] Balkin, *Supra* note 14, at 411.

关系其实已发生颠倒。当理论和现实发生冲突,被修正的无疑应是理论,而非现实。

在网络时代,仅靠一套“街头发言者”模式就“走遍天下都不怕”的黄金时代已一去不复返。我们应该直面真实世界中的复杂问题,不应出于对不确定性和复杂性的恐惧而抱残守缺着已经过时的理论。或许我们还能再找到一个像“街头发言者”一样“简单好用”的理论,或许永远不能,因为现实已经变得高度技术化和复杂。但当务之急在于先“破”后“立”!只有先告别“街头发言者”,才有可能重新释放出我们对言论自由的想象力。

Abstract: This article focuses on how American legal scholars reconsider the problems of free speech in the age of Internet. The traditional thinking of free speech in the United States has been premised on “the street corner speaker” paradigm. It is a theoretical model and framework as well as a narrative about history. This paradigm has three salient features: ① political speech has been put at the center of free speech thinking and protection; ② it does not take “medium” into account; ③ it has been premised on the “individual vs. state” dichotomy. The Internet and other new technologies have challenged “the street corner speaker” paradigm mainly from the above three aspects. First, since the speakers have moved from “the street corner” to cyberspace, as the “medium” and “infrastructure” of free speech, the impact of the Internet has become more and more profound. Second, the “politico-centrism” paradigm has become increasingly outmoded and insufficient. Third, the “individual vs. state” dichotomy has gradually transformed into an “individual- private corporation- state” triangle. To respond to these new challenges, a farewell to “the street corner speaker” paradigm would be the first step to re-inspire our imagination of free speech.

Key Words: Free Speech; “the street corner speaker” Paradigm; Internet

(责任编辑:章永乐)