

北大法律評論

PEKING UNIVERSITY LAW REVIEW

第 13 卷 · 第 2 辑 (2012)

主题研讨

- 重新出发的宪法学
- 左亦鲁 “基于媒介”模式——大众传播时代的美国言论自由
- 李一达 “共和君主制”的兴起——1787—1796年间的美国总统制的诞生
- 吕亚萍 反向歧视的平等意蕴——对巴基案的省思

论 文

- 张国旺 自然状态的困境与人性研究的新范式——卢梭的现代人性论
- 金自宁 风险社会背景下的合规抗辩——从一起环境污染损害案例切入
- 郭小莉 公共征收还是私人征收：效率与分配正义
- 李启成 “误读”抑或“创造”——近代中国“公同共有”语词考
- 李世阳 实质的作为义务论——立足于德日学说史的考察
- 杨 帆 侵权责任、承保周期与法律改革——论侵权法对责任保险市场的影响

评 论

- 反思代表制
- 王绍光 超越选主：对当代民主的反思
- 乔赛亚·奥伯 “民主”的原初含义：做事能力，而非多数决
- 克里斯托弗·霍布森 革命、代表与现代民主制的根基
- 汉娜·费尼切爾·皮特金 代表与民主：不稳定的联姻
- 拉尼·吉尼尔 超越选主：反思作为陌生权贵的政治代表
- 谢尔登·S.沃林 难以抓住的民主

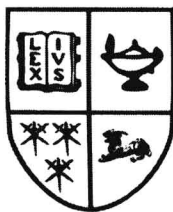
编后访谈

- 冯 象 法学的历史批判



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

中文社会科学引文索引 (CSSCI) 来源集刊



北大法律評論

PEKING UNIVERSITY LAW REVIEW

第 13 卷 · 第 2 輯 (2012)

《北大法律评论》编辑委员会 编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

北大法律评论. 第13卷. 第2辑/《北大法律评论》编辑委员会编. —北京: 北京大学出版社, 2012. 9

ISBN 978-7-301-21403-9

I. ①北… II. ①北… III. ①法律-文集 IV. ①D9-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第240660号

书 名: 北大法律评论(第13卷·第2辑)

著作责任者: 《北大法律评论》编辑委员会 编

责任编辑: 王 晶

标准书号: ISBN 978-7-301-21403-9/D·3192

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子信箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027 出版部 62754962

印 刷 者: 北京富生印刷厂

经 销 者: 新华书店

787毫米×1092毫米 16开本 20印张 382千字

2012年9月第1版 2012年9月第1次印刷

定 价: 41.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话: 010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

编辑委员会

李诗鸿 王 志 岳 林 曹志勋 赖骏楠
李 扬 茅少伟 徐凌波 史志强 徐 斌

行政助理

刘 滢 梁洁艳

本辑主编

徐 斌

声 明

本刊的各篇文章仅代表作者本人的观点和意见,并不必然代表编辑委员会的任何意见、观点或倾向,也不反映北京大学的立场。特此声明。

《北大法律评论》编辑委员会

《北大法律评论》第 13 卷 · 第 2 辑(总第 25 辑)

目 录

主题研讨:重新出发的宪法学

- 左亦鲁 “基于媒介”模式
——大众传播时代的美国言论自由 (337)
- 李一达 “共和君主制”的兴起
——1787—1796 年间的美国总统制的诞生 (383)
- 吕亚萍 反向歧视的平等意蕴
——对巴基案的省思 (404)

论文

- 张国旺 自然状态的困境与人性研究的新范式
——卢梭的现代人性论 (422)
- 金自宁 风险社会背景下的合规抗辩
——从一起环境污染损害案例切入 (442)
- 郭小莉 公共征收还是私人征收:效率与分配正义 (469)
- 李启成 “误读”抑或“创造”
——近代中国“公同共有”语词考 (481)
- 李世阳 实质的作为义务论
——立足于德日学说史的考察 (496)

杨 帆 侵权责任、承保周期与法律改革 ——论侵权法对责任保险市场的影响	(528)
--	-------

评论:反思代表制

王绍光 超越选主:对当代民主的反思	(557)
(以下论文均由欧树军译,王绍光校)	
乔赛亚·奥伯 “民主”的原初含义:做事能力,而非多数决	(560)
克里斯托弗·霍布森 革命、代表与现代民主制的根基	(568)
汉娜·费尼切尔·皮特金 代表与民主:不稳定的联姻	(589)
拉尼·吉尼尔 超越选主:反思作为陌生权贵的政治代表	(597)
谢尔登·S.沃林 难以抓住的民主	(631)

编后访谈

冯 象 法学的历史批判 ——答《北大法律评论》	(644)
----------------------------------	-------

Peking University Law Review
Vol. 13 , No. 2 (2012)

Contents

Symposium : Reflect on Constitutional Law

Zuo Yilu

- “Medium-based” Paradigm : Freedom of Speech in the Age
of Mass Communication (337)

Li Yida

- The Rise of The “Republic-King”—The Birth of
The American Presidency : 1787—1796 (383)

Lǔ Yaping

- The Equality Implication of Inverse Discrimination :
Rethinking of Bakke Case (404)

Articles

Zhang Guowang

- Difficulties of Natural State and A New Paradigm On The Research of
Human Nature : Rousseau’s Thoughts On Modern Human Nature ... (422)

Jin Zining

- Regulatory Compliance Defense in Risk Society : Rethinking a Case
on the Liability for Environmental Damage (442)

Guo Xiaoli

Public or Private Takings: Efficiency and Distributive Justice (469)

Li QichengMisunderstanding or Creation: The Textual Research on Co-ownership
in Modern China (481)**Li Shiyang**Substantia Theory of the Duty to Act: A History of German;
Japanese Criminal Law Theories (496)**Yang Fan**Tort Liability, Underwriting Cycle and Legal Reform: The Impact of
Tort Law on the Liability Insurance Market (528)**Notes & Comments: Reflect on Representation****Wang Shaoguang**

Beyond Democracy: Reflect on Modern Democracy (557)

(the following articles are translated by Ou Shujun
and proofread by Wang Shaoguang)**Josiah Ober**The Original Meaning of "Democracy": Capacity to Do Things,
Not Majority Rule (560)**Christopher Hobson**

Revolution, Representation and the Foundations of Modern Democracy ... (568)

Hanna Fenichel Pitkin

Representation and Democracy: Uneasy Alliance (589)

Lani GuinierBeyond Electocracy: Rethinking the Political Representative as
Powerful Stranger (597)**Sheldon Wolin**

Fugitive Democracy (631)

Afterword**Feng Xiang**

A Historical Critique for Legal Studies (644)



主题研讨：
重新出发的宪法学

《北大法律评论》(2012)

第13卷·第2辑·页337—382

Peking University Law Review

Vol. 13, No. 2, 2012, pp. 337—382

“基于媒介”模式

——大众传播时代的美国言论自由

左亦鲁*

“Medium-based” Paradigm: Freedom of Speech in the Age of Mass Communication

Zuo Yilu

内容摘要:本文所关注的问题是美国司法和学术界如何在大众传播时代思考和保护言论自由。通过对 Red Lion 案和 Tornillio 案判决以及学界相关讨论的分析与梳理,本文指出美国出现了两种截然相反的言论自由思考模式:“街头发言者”模式和“基于媒介”模式。这两种模式之间最根本的分歧在于对大众媒体身份的认定:究竟是将其视作一个特殊的“发言者”还是人们交流与传播的“媒介”?

面对这两种完全不同的模式,本文通过对 Red Lion 案后一系列涉及广播、有线电视和互联网(因特网)的判决的分析,指出“基于媒介”模式最终成为最高法院的选择。在这一模式下,无论是广播、有线电视还是新兴的互联网,其身份都首先被认定为“媒介”而非“发言者”。在此基础之上,最高法院在具体个

* 耶鲁大学法学院 JSD 候选人。

本文写作受北京大学法学院—雅虎互联网法律中心资助。

不同的利益偏好,因而人与人之间的观点总不尽相同。古代共和国“使全体公民观点相同、激情相同、利益相同”的用德性改造人性的途径已被证明无法消除党争。麦迪逊认为,党争的根源因此无法消除,共和政体唯一可求的疗法是控制它的后果。即避免让同一种激情或利益同时出现于多数之中;或是把这种具有共同激情与利益的多数化解。在麦迪逊的政体类型学中,根据领土面积与人口多寡两个非常地缘化的、曾用来作为共和制与君主制区分的因素,古今共和政体之别被其修正为“民主政体”与“共和政体”之别,从而将“代议制”这个本与共和制属于完全不同的政治传统的政治要素纳入到共和政体之中。其中,作为直接民主制的古代共和非常容易形成具有共同激情与利益的多数,而其制下又没有东西可以遏制该多数。可以说,直接民主制就等于用多数人的利益取代公共的善(Public Good),这是要防备的最大的恶;而国家越小,共和国越趋向直接民主制的政体。因此,他开出的药方是“扩大共和国的半径”,这样选出少数杰出者可能性更大,利益集团越不易形成,从而将党争的损害降到最小。^[14]如其撰写的《弗吉尼亚方案》中所体现的,共和国“以人民为全国议会的基础”,而非如趋向邦联设计的《新泽西方案》般,“以各邦议会为全国议会的支柱”。

麦迪逊方案的实质,是将古代共和的“自治”安置在各邦议会的政治生活中,而通过“代议制”整合诸邦,从而使得共和政体得以在领土广袤、民众同质性很低的美利坚得以安放。然而,从美利坚共和的政治实践来看,麦迪逊的代议制共和思路虽然试图通过将共和的基础落在每一个公民身上,却并不能避免各邦代表在情感与利益上更偏向本邦。换言之,代议制共和虽然在最低的程度避免了费城会议前各邦议会那种公民之间出于利益而暂时勾结的混乱局面,但被各邦公民选举出的代表与其各自邦之间的联系并未切断,因此仍无法避免参众两院沦为各邦尤其是大小邦之间彼此扞格之地。大邦在众议院以人数占优,小邦则在参议院彼此勾结。党争已经彻底渗入议会,即便建立一个权限更大的全国议会,仍无法改变诸邦离心离德的局面。

汉密尔顿同样认为只有“坚定的联邦”,才是“防止国内党派之争和内乱的屏障”。但他敏锐地观察到了这一代议制与人民主权之间的矛盾。在他看来,既要共和国的根基下达至普通公民,又要克服由此带来的民众意见混乱和出于各自利益的勾结,唯一的办法就是“合众为一”,即由全体公民选出一个唯一的领袖执行其意志,而不致如议会般沦为某一个邦或者几个邦的联盟的工具。共和病必然导致弱行政,弱行政即坏行政,没有一个好的行政官,哪怕共和原则下的政府也根本算不得一个好政府,照此下去,各邦政府内必将弊病丛生,它们很快就会侵蚀人民对民主的偏好,因此,必须要让“一个主权居于若干主权之

[14] 赵晓力:“以共和反对民主:《联邦论》解读”,载《清华法学》2010年第6期,第47页。

方式并不足以应付大众媒体时代的需要,新闻自由和言论自由之间开始出现前所未有的紧张和冲突,那么,应该如何处理这两种自由之间出现的冲突?什么才是《第一修正案》所试图保护和促进的目的和价值?在大众传播时代,是否存在一种新的方式或模式来思考言论自由?如果是,这种新模式又应该是怎样的?

在20世纪70年代前后,伴随着大众媒体特别是广播在美国社会的发展,美国最高法院和学界同样面临着上述问题和挑战。在1969年的*Red Lion Broadcasting v. FCC*案^[2](以下简称*Red Lion*案)和1974年的*Miami Herald v. Tornillio*案^[3](以下简称*Tornillio*案)中,最高法院针对广播和报纸这两种不同的媒体分别确立了两种截然相反的言论自由模式。我将*Red Lion*案所确立的模式称为“基于媒介”模式,而*Tornillio*案所代表的模式则可以被称作“街头发言者”模式。面对这两种截然相反的模式,最高法院自己在接下来的判决中将如何选择?在大众媒体时代,如何处理新闻自由和言论自由之间的潜在冲突?报纸、广播以及后来出现的有线电视和因特网这些不同形态和属性的媒介又会对言论自由产生何种影响?针对不同的媒体又该适用什么样的言论自由模式和标准?大众传播时代的言论自由思考模式究竟应该是什么样的?互联网的出现又会带来哪些变化和挑战?本文试图对上述问题作出一个初步的思考和回答。

二、两种模式之争:“街头发言者”vs.“基于媒介”

如前所述,在面对大众媒体上的言论自由问题时,美国学界存在着两种针锋相对的观点。尽管两种观点各方面都存在分歧,而且各自阵营内部也并不是完全一致,但总体而言,双方的根本分歧是基于对这样一个问题的回答——在思考言论自由问题时,究竟应该把大众媒体视作一种“媒介”(medium)还是一个“发言者”(speaker)?

最高法院第一次较为全面、系统地阐述这两种观点分别是在涉及广播的*Red Lion Broadcasting v. FCC*(以下简称*Red Lion*案)^[4]和涉及报纸的*Miami Herald v. Tornillio*^[5]案(以下简称*Tornillio*案)中。因此,本章试图通过对这两份判决书以及其后理论背景和分析,将这两种言论自由思考模式呈现给读者。

2.1 *Red Lion* 案

2.1.1 背景分析

*Red Lion*案的时代背景是广播作为一种全新的大众媒体的兴起。尽管我

[2] 395 U. S. 367 (1969).

[3] 418 U. S. 241 (1974).

[4] 395 U. S. 367 (1969).

[5] 418 U. S. 241 (1974).

们可以一直追溯到19世纪末电话和无线电的发明,但广播业真正的兴起和发展却是在20世纪20年代。在这期间,美国广播电台的数量猛增,第一批定期收听广播的听众产生。^{〔6〕}无线电广播从美国海军控制下的船对岸、船对船的通讯工具和无线电迷的业余爱好变成了一种新的大众媒体。^{〔7〕}

广播似乎从诞生之时起就伴随着管制。1912年,美国国会颁布了《1912年无线电法》(Radio Act of 1912),规定所有的无线电发射器必须获得联邦政府颁发的执照。经历了20世纪20年代广播的大发展,以及由同一频谱上过多信号互相干扰所带来的大混乱,国会通过了《1927年无线电法》(Radio Act of 1927)。联邦无线电委员会(Federal Radio Commission)就是依该法而创立,其任务主要是“对无线电台进行分类、表明其服务性质、指定波长、确定发射机的功率和位置、规定所用设备种类和制订防止干扰的法规”。^{〔8〕}7年后,国会在对《1927年无线电法》大量修订的基础上通过了《1934年联邦通讯法》(Federal Communication Act of 1934,以下简称《1934年通讯法》)。

这部法律对后世深远的影响主要体现在两方面:首先,“传播”(communication)第一次成为国会立法规制的对象。“传播”在英文中所包含的意思非常广泛,这一概念的提出使得该法的调整对象从狭窄的“无线电”扩展到包括电话、电报、电台在内所有的“通讯或传播”形式。而后来出现的有线电视、卫星以及互联网等新媒体和传播形式也统统可以被纳入其中。其次,该法创立了今天我们所熟悉的联邦通讯委员会(Federal Communication Commission,简称FCC),从后来的发展来看,这一机构几乎成为美国一切媒体和通讯管制的中心。可以说,今日美国媒体和传播管制的基本框架是由《1934年通讯法》所确立的。

《1934年通讯法》第315条是有关“公平原则”(fairness doctrine)的规定。这一原则要求广播者在涉及公共议题时,应给予持不同观点各方公平的报道。“公平原则”在广播管制中有着悠久的传统,FCC的前身联邦无线电委员会在成立后不久就提出了“公平原则”,在被《1934年通讯法》吸收后,FCC又出台规定进一步细化了这一原则。

根据FCC的规定,“公平原则”的要求包括个人攻击(personal attack)和政治评论(political editorials)两方面:个人攻击的要求是指,在对公共问题的辩论中,如果其中一方的某一明确成员或群体的诚实、正直以及其他人格受到攻击,

〔6〕 迈克尔·埃默里、埃德温·埃默里:《美国新闻史》,展江等译,新华出版社2001年版,第307—317页。

〔7〕 罗纳德·科斯:《联邦通讯委员会》,《论生产的制度结构》,上海三联书店1994年版,第45页。

〔8〕 同上注,第50页。

广播执照持有人应在一周内通知被攻击一方以下事项:(1) 广播者的身份及播出日期、时间;(2) 攻击的录音或脚本(若无法提供,则应提供准确的摘要);(3) 在己方进行回应的合理机会。政治评论的要求则是指,如果执照持有人在政论中支持或反对某一合法候选人,则应在 24 小时内通知其他候选人或政论中反对的候选人以下事项:(1) 政论发表的日期、时间;(2) 政论的录音或脚本;(3) 为有关候选人或其发言人提供合理回应的机会。如果广播者无法履行“公平原则”的要求,FCC 有权拒绝其广播执照到期后的再次申请。

1964 年 11 月 27 日,Red Lion 广播公司在宾夕法尼亚下属的一个广播电台播出了一则由比利·詹姆斯·哈金斯牧师主持的名为“十字军”的节目。在节目中,哈金斯牧师在讨论《戈德华特:极右分子》(*Goldwater-Extremist on the Right*)^[9]一书时,声称该书作者弗里德·J.库克曾因对市政官员的不实指控被炒鱿鱼,后又加入共产党组织,并不断攻击胡佛和中央情报局。库克听到节目后认为这是对他的个人攻击,因此要求电台为他提供免费的时段进行回应,但这一要求遭到了拒绝。与 Red Lion 广播公司多次交涉未果后,库克以违反 FCC 的公平原则为由提起诉讼,Red Lion 公司则辩称 FCC 的这一要求侵犯其言论和新闻自由。哥伦比亚特区上诉法院支持了库克,认定公平原则合宪。Red Lion 广播公司不服,将本案上诉到了最高法院。

2.1.2 判决分析:作为媒介的广播与频率稀缺性

本案的争议焦点是:FCC 的“公平原则”是否侵犯了以 Red Lion 公司为代表的广播者的新闻和言论自由。参加庭审的 7 位大法官^[10]全体一致认定,公平原则并不违反第一修正案。怀特大法官撰写了法庭意见。

法庭意见指出 Red Lion 广播公司全部的主张都是来自第一修正案。更具体一点,Red Lion 公司自己的主张基于一种非常简单、直接的逻辑——他们认为正如法律不得禁止一个人出版和发表他所想说的言论一样,广播者发表自己言论和表达意见的权利同样应该受到保护。显然,Red Lion 公司将自己通过特定频率播出节目的行为等同于个体的发言者在说话:“宪法第一修正案保护他们有权使用分配到的频率播出他们想要播出的节目,并使他们有权拒绝某些人使用他们频率。任何人都不应被阻止发表其观点,也不应被要求在其言论中给予他的对手观点以相同的比重。”换言之,Red Lion 公司认为自己不愿意播出库克的回应,是因为自己不愿意“说出”这样的言论或观点,既然自己不想说,FCC 也无权强迫自己说。Red Lion 公司的全部主张基于这样一个前提:他们播出节目的行为与个人说话、发言在本质上相同。

[9] 巴里·戈德华特(Barry Goldwater,1909—1998),1964 年共和党总统候选人,被认为是美国保守主义复兴的精神领袖和旗帜性人物。

[10] 福塔斯法官因面临弹劾而辞职,道格拉斯法官因故也未出席。

但法庭意见对于 Red Lion 这种广播公司的身份认定另有主张。法庭意见并不接受 Red Lion 公司的这种逻辑(或类比)。法庭意见中下面这句话十分关键:“广播业当然是受第一修正案影响的一种媒介(medium),但不同媒体的不同性质使得应对其适用不同的第一修正案标准。”在这短短的一句话中,怀特大法官就为广播确立了一种全新身份——媒介,而这显然不是 Red Lion 公司自己所主张的像个人或报纸一样的“发言者”身份。法庭意见不认为 Red Lion 公司播出节目的行为是在“说出”它的观点。法庭意见对广播者“媒介”而非“发言者”身份的认定,将会在后来的一系列案件中产生深远的影响。

接下来,法庭意见就开始讨论广播这种媒介究竟具有什么的属性。在这里,最高法院提出了本案最为著名的一个观点——广播频率的稀缺性。法庭意见指出“1927 年以前,频率的分配完全掌握在私人部门手中,而这导致的结果就是一片混乱”。这种混乱是指在同一频率上一下子拥入了太多的广播者,他们人声嘈杂而且彼此的信号互相干扰。正是这种混乱促使国会在 1927 年通过创立联邦无线电委员会和其后续一系列立法来管理和分配频率。最高法院接下来的论述也许大家耳熟能详:“在想要广播的人远多于可分配的频率的地方,坚持一种和个人说话、写作和出版一样不受限制的广播的第一修正案权利是愚蠢的。如果只有 10 个频率可供分配而有 100 人申请广播,即便他们对于执照都拥有相同的‘权利’,为了能够实现有效的无线电传播,只有很少的人能够获得执照而剩下的则被排除在电波之外。”

但是如果按照 Red Lion 公司的理解,《第一修正案》的目的就在于保护每个主体“表达和言说”(express and speaker),FCC 分配频率的做法的确可以保证那 10 个人说出的话是清晰的,但另外 90 个人的《第一修正案》权利怎么办?为了回应这一质疑,最高法院为《第一修正案》找到一个全新的目的——“保护和促进传播和交流(communication)”。这同样是一个之前从未出现过的观点。如果将“传播”而非“言说”作为《第一修正案》的目的,人人都可以在同一频率上广播虽然满足了单纯“说”的需要,但这并不是有效的、有意义的交流和传播。为了保护和促进“传播”,必须对广播者进行限制。公平原则剥夺广播公司“言说”权利的行为恰恰是为了避免因同一频率上信号过于拥挤而破坏“传播”。因此,公平原则看似剥夺了广播者“言说”的新闻自由,却是在促进普通公民通过大众媒体“传播和交流”的言论自由。

在提出了频率稀缺性之后,最高法院的论述并没有结束。或许是因为频率稀缺性这一命题太过著名,很多研究者在这里就认为本案的理论和宪法问题已经解决,频率稀缺性足以为公平原则奠定正当性基础。长期以来,无论是频率稀缺性的支持者还是反对者都忽略了这样一点,单是这一条从逻辑上并不能为公平原则提供足够的支持。如果 Red Lion 公司是因申请执照被拒而起诉,关

于频率稀缺性的论述足以将其打发。但是已经获得执照的广播者为什么不能自由使用其获得的频率发表它喜欢的任何言论(像普通人或者报纸那样)?广播者为什么必须履行 FCC 的公平原则?要回答这些问题,最高法院还需要进一步的论证。但遗憾的是,也许频率稀缺性吸引了大家太多的关注,判决书后面的内容却很少引起研究者足够的重视。

在论证了由政府分配频率的正当性后,如何确立像公平原则这样直接针对广播者言论内容的管制的正当性呢?按照传统对言论自由的理解,此类“基于内容”(content-based)的限制很难通过司法审查。因此,最高法院必须用一种全新的模式和框架来分析言论自由问题。而这一切的关键就是对广播者身份的重新定义。

Red Lion 案判决最关键之处就在于,法庭意见在此否定了广播者“发言者”的身份,而将其定义为无数普通公民表达、讨论和交流的媒介和平台。“媒介”这一因素从此被引入了言论自由思考。基于频率的稀缺性,国会创立 FCC 时就授权其依据“公众的便利、利益和必要性”(public convenience, interest and necessity)来分配频率。广播公司是因为能够服务于某种“公共利益”而获得执照,那么它对执照和频率的拥有就不是一种财产权意义上的拥有,它不能对频率实行垄断和排他性独占。那么在“公共利益”这一概念笼罩下的广播者应该扮演一个什么样的角色呢?按照最高法院的说法,广播公司应该“与他人分享频率并且履行其代理或受托者(proxy or fiduciary)的义务将其所在共同体内的不同观点呈现出来”。将广播的角色定义为“代理和受托者”,这首先意味着其价值和意义并不首先在于“发出”自己的言论;相反,最高法院认为广播应该是一个承载“共同体内不同观点”的媒介和平台,这是对广播作为“发言者”的新闻自由的又一次否定,同时也为“公平原则”最终获得支持奠定扎实的基础。

在确立了广播的“媒介”身份后,接下来法庭意见用更加明确的语言强调什么才是“大众媒体上言论自由”的目的和价值。怀特大法官指出:“作为一个整体的人民(people as a whole)享有无线上言论自由的利益,并且他们拥有使媒介履行其第一修正案目的的集体权利。最为重要的是,言论自由是观众和听众——而不是广播者——的权利。”换言之,与如何保护广播者的新闻自由相比,Red Lion 案第一次明确存在着一个更高的、甚至终极的价值和目标——成千上万普通公民的言论自由。正是根据对广播的这种定位,公平原则得以确立其正当性。广播作为人民行使言论自由的媒介,它无权决定想“说”什么又不想“说”什么。相反,为了实现“作为一个整体的人民”的有效“传播和交流”,广播应该让公民中间不同的声音能够发出,即判决书中所说“将共同体内的不同观点呈现出来”;同时它还必须保证作为听众和观众的公民能够接触到不同的观点和思想。而媒介所扮演的这种角色,正是后来学界提出的“接近

权”(right to access)^[11]理论,用怀特大法官在判决书中的话来说:“最为关键的是,公众能够有权接近(access)社会、政治、美学、道德及其他观点和经验。”在传统的媒体自由之上,Red Lion 案第一次旗帜鲜明地提出了“公民的言论自由”这一更高的追求和目标。

总结一下,Red Lion 案对后世的影响主要体现在以下两点:首先,最高法院通过将广播这一新兴的大众媒体认定为“作为一个整体的人民行使言论自由的代理和受托者”,即作为媒介的广播,第一次把“媒介”这一因素引入了言论自由思考;其次,最高法院第一次提出了“基于媒介”的言论自由思考进路,主张要基于各种媒介的不同属性来适用不同的言论自由标准和原则——而频率稀缺性就是法庭意见所发现和认定的媒体属性。

2.2 Tornillio 案

2.2.1 背景分析

与 Red Lion 案相比,Tornillio 案则代表了一种完全不同的言论自由思考模式。

Tornillio 案争议的法律是佛罗里达州州法中有关“回应权”的规定。这条规定与 Red Lion 案中的“公平原则”几乎完全一致,只不过它所针对的对象从广播变成了一种更为传统的大众媒体——报纸。所谓“回应权”是指,如果任何一家报纸上出现了对参与提名或选举的候选人个人品格或官方记录的攻击,候选人有权要求这家报纸免费刊登他(她)的回应,并且这种回应必须与针对候选人的攻击拥有同样的版面、篇幅和形式。

本案的被上诉人 Pat Tornillio 是佛罗里达州达德镇教师工会的负责人,他曾经因多次组织教师罢工而出名。但真正使他在南方不受欢迎的,却是他有关资助古巴难民儿童和消除学校中的种族隔离的主张。Tornillio 准备在 1972 年的秋天参选佛州众议院议员。同年 9 月 20 日,本案上诉人迈阿密先驱报刊登了一则批评和质疑 Tornillio 的政评。这则名为“州法与 Tornillio”的评论声称“Tornillio 通过非法罢工来破坏公共利益……他缺乏一名立法者应有的知识”。看到这则评论后,Tornillio 就要求报纸为他提供条件进行回应。不久后,迈阿密先驱报又发表了名为“瞧瞧 Tornillio 这个人”的社论,并配以一张除空课桌外再无他物的教室照片,评论中说“这个在 1968 年给我们带来教师罢工的人哪配告诉我们为负责任的政府投票”。^[12] 在要求遭到拒绝后,Tornillio 就以违反“回应权”为由提起诉讼。迈阿密先驱报则认为州法上有关回应权的规定是对其言论内容(content)的限制,属于对新闻自由的侵犯,并由此主张“回应权”条

[11] Jerome Barron, “Access to the Press—A New First Amendment Right”, *Harvard Law Review*, vol. 80 (1966—1967), p. 1641.

[12] Lucas Powe, *The Fourth Estate*, *supra* note [1], pp. 262—267.

款违宪。本案于1974年被提交到了最高法院。

2.2.2 判决分析:作为发言者的报纸与接近权

首席大法官伯格在判决书的一开始就点出了本案的关键:州法上赋予候选人主张对批评和攻击进行回应的权利是否侵犯了报纸业的新闻自由。需要注意的是,伯格大法官在这里特别使用了新闻自由(freedom of press)而不是言论自由(freedom of speech)。与Red Lion案相同的是,这又是一份全体一致的判决,9位法官选择了同样的立场。然而本案的最终结果却与Red Lion案南辕北辙,法庭意见最终认定州法对回应权的规定侵犯了报纸的新闻自由。

具体来说,迈阿密先驱报对于“回应权”的挑战基于以下三点:(1)这种“基于内容”的管制是违反第一修正案的;(2)该法过于模糊(vague),从而导致编辑难以判断;(3)该法没有区分批评性评论是否存在诽谤。上诉人提出的这三项挑战既很常见也并不复杂,几乎与Red Lion案中广播公司对公平原则所提出的异议完全一样。

Tornillio一方则把自己的大部分主张建立在Red Lion案的基础上。特别是最高法院在Red Lion案中曾经明确地承认新闻媒体应该确保“公众能够有权接近社会、政治、美学、道德及其他观点和经验”。这被学界普遍视作最高法院对杰里米·巴隆(Jerome Barron)教授所提出的“接近权”^[13]理论的认可和接受。在本案中,巴隆教授更是亲自上阵为Tornillio辩护。

整篇法庭意见基本就是围绕着“接近权”展开。但这种争论的背后仍旧是关于报纸身份认定的争论——因为只有作为“媒介”的大众媒体才有“接近”的可能。伯格大法官认为,接近权理论是基于这样一种对历史的想象:“在第一修正案作为权利法案的一部分而被通过的1791年,新闻界能够广泛地代表其所服务的人民。”这种广泛的代表性可能出于两个原因:一是观点的多样性,即尽管当时的报纸各自所代表的观点都是高度派性和狭窄的,但新闻界作为一个整体却能较为全面地反映民众的意见;二是报纸进入门槛较低,一些宣传小册子和书本的存在也为那些难以进入相对正式媒体的非主流观点提供了另一种渠道。支持接近权的一方借用霍姆斯大法官有关“思想市场”的论述声称,只有不同观点能够较为容易地接近传播的渠道,真正的思想市场才能存在。

但伴随着媒体技术和产业的迅速发展,普通公民却在失去对于媒体的“接近”。一些媒体巨头和辛迪加开始产生,媒体和新闻界日益垄断化和专业化。而伴随这一趋势的,是媒体不再是人民观点的代言和中介,媒体开始具有其独立且强烈的意识形态和政治观点。这就是所谓“阐释性报道”(interpretive re-

[13] Barron, “Access to the Press”, *supra* note [11].