

第三卷

珞珈法学论坛



LUO JIA
JURISTS' FORUM

武汉大学法学院

全国优秀出版社
武汉大学出版社

珞珈法学论坛 **Luo Jia Jurists' Forum**

(第 三 卷)

武汉大学法学院 主办

全国优秀出版社
武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

珞珈法学论坛, 第3卷/武汉大学法学院主办. —武汉: 武汉大学出版社,
2003. 11

ISBN 7-307-03952-4

I. 珞… II. 武… III. 法学—文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 059440 号

责任编辑: 李洪义 责任校对: 黄添生 版式设计: 支 笛

出版发行: 武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: wdp4@whu.edu.cn 网址: www.wdp.whu.edu.cn)

印刷: 湖北省孝感日报社印刷厂

开本: 787×1092 1/16 印张: 20 字数: 474 千字

版次: 2003 年 11 月第 1 版 2003 年 11 月第 1 次印刷

ISBN 7-307-03952-4/D·542 定价: 28.00 元

版权所有, 不得翻印; 凡购我社的图书, 如有缺页、倒页、脱页等质量问题者, 请与当地图书销售部门联系调换。

本刊顾问：韩德培

马克昌

主 编：李 龙

副主 编：曾令良 李希慧

编 委：(以姓氏笔画为序)

王 曦 叶必丰 李 龙

李希慧 邵沙平 汪 鑫

孟勤国 赵 钢 曾令良

目 录

·法学专论·

网络空间言论自由的法律界限初探

——美国相关经验之述评 秦前红 陈道英 (1)

论发展权的法律价值 汪习根 (13)

行政行为效力论 章志远 (52)

反垄断法适用除外制度及其我国反垄断法的立法完善 孙 晋 (67)

金融诈骗犯罪防治的法律对策研究 林亚刚 莫洪宪 (93)

实务性诠释与学理性批评

——《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》初步研习之心得

..... 赵 刚 刘学在 (115)

英国《金融服务和市场法》的启示 刘丰名 (153)

论国际商事仲裁中的国家豁免问题 郭玉军 肖 芳 (163)

国际法若干基本理论问题论略

——以国际行政法庭实践为基点的研究 邓 烈 (186)

论国家货币主权 张庆麟 (202)

·比较法研究·

我国企业职工民主管理制与德国职工参与制比较研究 张荣芳 (225)

《网络犯罪公约》中的犯罪模型

——兼与我国网络犯罪立法比较 皮 勇 (240)

·博士论文精选·

行政法原则的适用 周佑勇 (255)

WTO“多哈发展议程”与国际发展法的新趋势 黄志雄 (280)

CONTENTS

On the Legitimate Extent of Freedom of Speech in the Cyberspace ——from the Achievements Concerned in America	
.....	Qin Qianhong, Chen daoying
On Legal Value about Rights of Development	Wang Xigen
On Effectiveness of Administrative Act	Zhang Zhiyuan
Exceptional Systems of the Application of Anti-Monopolization Law and Perfection of Anti-Monopolization Law in Our Country	Sun Jin
Study on Legal Countermeasures to Prevent and Cure Crimes of Financial Fraud	Lin Yagang, Mo Hongxian
Practical Annotations and Academic Comments: Learning from Some Provisions about Civil Lawsuit Evidence by the Supreme Court	Zhao Gang, Liu Xuezai
Revelation of Financial Service and Marketing Law in England	Liu Fengming
On National Exemption in the International Business Arbitration	Guo Yujun, Xiao Fang
Some Problems on Basic Theories of International Law: Study on Basic Point of the International Administration Court Practice	Deng Lie
On Monetary Sovereignty	Zhang QingLin
Comparative Study on Democratic Administrative System of Chinese Workers and Participatory System of German Workers	Zhang Rongfang
Criminal Models in Convention on Cyber Crimes: Comparison with Legislations of Cyber Crimes in Our Country	Pi Yong
Application of Principles of Administrative Law	Zhou Youyong
Doha Developing Agenda of WTO and the New Trend of International Developing Law	Huang Zhixiong

法学专论

网络空间言论自由的法律界限初探

——美国相关经验之述评

■ 秦前红* 陈道英**

目 录

- 一、言论自由及其法律界限
- 二、网络与言论自由传统法律界限的冲突
- 三、美国的经验
- 四、总结

美国历来是一个重视言论自由的国度,它不仅将言论自由规定在宪法修正案的第1条,而且一直致力于探索言论自由的法律界限,并先后形成了“危险倾向原则”、“煽动原则”、“明显且即刻的危险原则”等一系列适用原则。随着人类进入网络时代,网络技术与传统的言论自由的法律界限之间的冲突也日益凸现出来。那么,究竟应该在网络世界中对言论自由施以什么样的法律限制呢?美国作为网络的发祥地和世界上在网络立法上起步最早的国家之一,早在1996年就开始了这方面的探索并取得了一定的成绩。^①对于我们这样一个无论是在网络基础设施还是在网络立法上都还处于起步阶段的国家而言,美国在网络言论自由的保护方面取得的经验无疑具有重要的借鉴意义。

一、言论自由及其法律界限

在美国,人们对于言论自由的认识是非常宽泛的,除了口头言论之外,书面表达、音乐、绘画甚至行为,都有可能受到第1条修正案的保护。这或许与修正案的表述有关:

* 武汉大学法学院教授、博士生导师。

** 武汉大学法学院宪法与行政法2001级硕士研究生。

① 美国于1996年制定了新的《电信法》,在该法中国会试图对网上的不正当言论(indecency)进行限制。

“国会不得制定关于下列事项的法律：确立国教或禁止宗教活动自由；限制言论自由或出版自由……”^① 根据修正案的这一表述，除了出版、集会、结社、请愿，其他表达公民意见的行为都可以涵盖在“言论自由”这一范畴之内。正是由于对言论自由的认识如此宽泛，因此在司法实践中最高法院实际上将“言论”分为三类：纯粹言论、象征性言论 (symbolic speech) 以及附加言论 (speech-plus-conduct)。所谓纯粹言论是指“口语、文字、图画、音像、肢体语言等纯粹用于表达、展现思想、技艺等而不与外界或他人直接发生物理学意义上冲突的形式、手段”；象征性言论则是指“所有目的在于表达、沟通或传播思想、意见等观念性质的因素的行为”，如焚烧国旗、佩带黑纱等；而附加言论即语言加行动，它是指“在设置纠察线 (或警戒)、游行、示威时，言论混合着行动的情况”^②。由于这三种言论给社会秩序造成危害的可能性大小不一，因此法院对它们形成了不同的法律界限。

在这三者之中，纯粹言论被认为应该受到最高的保护，象征性言论被认为“非常近似于‘纯语言’”，^③ 而附加性言论则被认为应受到最严厉的限制，因为“它是在没有交流作用的行为环境中的语言表达形式”。^④ 由于纯粹言论的保护原则较其他两种复杂，因此本文将首先讨论象征性言论和附加言论的法律界限。象征性言论与附加言论在保护原则上有重合的地方，即它们均可以适用利益平衡原则。利益平衡原则形成于 1968 年的“合众国诉奥尔布莱恩”一案。在该案中，首席大法官沃伦代表最高法院首先提出了在把言论和非言论结合在行为中时，只有在满足下列条件的情况下对非言论部分进行限制才是合宪的：(1) 规定必须促进重要的或实质性的政府利益；(2) 政府的利益必须与压制自由表达无关；(3) 对所提出的自由带来的附带限制不得大于促进政府利益所需要的程度。^⑤ 尽管“奥尔布莱恩原则”既适用于附加言论也适用于象征性言论，但二者在适用条件上还是存在一定的差异的：附加言论的案件一般都适用利益平衡原则，但是如果政府对象征性言论的限制已经构成了内容限制，^⑥ 那么法院将转而适用严格审查标准，也就是说政府必须证明审查中的法律是严格地为实现政府首要的或切身的利益而制定的。^⑦ 另外，在实践中，尽管在这种“附加言论”案件中采用了利益平衡原则，但最高法院往往赞成对附加言论实行管制。^⑧ 由此可见，法院对待附加言论的态度要比对待象征性言论严厉得多。

如同上文所提到的，美国最高法院认为纯粹言论应该受到最高的保护。那么，对于纯

① [美] 杰罗姆·巴伦、托马斯·迪恩斯：《美国宪法概论》，刘瑞祥等译，中国社会科学出版社 1995 年版，第 325 页。

② 甄树青：《论表达自由》，社会科学文献出版社 2000 年版，第 23~24 页。

③ [美] 杰罗姆·巴伦、托马斯·迪恩斯：《美国宪法概论》，刘瑞祥等译，中国社会科学出版社 1995 年版，第 199 页。

④ 甄树青：《论表达自由》，社会科学文献出版社 2000 年版，第 24 页。

⑤ 参见下文的“纯粹言论”部分。

⑥ [美] 杰罗姆·巴伦、托马斯·迪恩斯：《美国宪法概论》，刘瑞祥等译，中国社会科学出版社 1995 年版，第 199 页。

⑦ [美] 杰罗姆·巴伦、托马斯·迪恩斯：《美国宪法概论》，刘瑞祥等译，中国社会科学出版社 1995 年版，第 202、189 页。

⑧ 甄树青：《论表达自由》，社会科学文献出版社 2000 年版，第 24 页。

粹言论什么样的法律限制才是合宪的呢?首先,法院将言论分为可以根据其所传达的信息进行限制的和只能进行“内容中立”限制的言论。之所以对言论进行这样的划分,是因为人们认为第1条修正案只对能够促进它所蕴含的价值的言论提供保护。因此,凡是不能在一定程度上促进第1条修正案所蕴含的价值的言论,如淫秽言论、虚假陈述、商业广告等,要么不应受第1条修正案的保护,要么只应受到最低的保护。对这些言论,法律得根据其内容对其进行限制。同样,对于这些得基于其内容进行法律限制的言论又可进一步划分为“高价值言论”和“低价值言论”。^①其中“高价值言论”指的主要是危险思想和信息,如呼吁人们抵制征兵等;“低价值言论”则是指商业言论、不正当言论等蕴含第1条修正案价值较少从而也应受较少保护的言论。^②在对待言论自由的法律界限这一问题上,如何对得基于其内容进行法律限制的言论设置法律界限构成了宪法学者和法院探索的重点,同时也构成了美国法院“对限制的限制”的原则中最为复杂的一部分。现行的对这类言论进行法律限制的原则主要包括霍姆斯—布兰代斯原则(即“明显且即刻的危险原则”)、模糊和过宽原则以及事前审查原则。^③但是,两相比较,法院在对待“低价值言论”的法律限制上比对待“高价值言论”的态度要宽容得多。至于受到第1条修正案完全保护的言论,法律对其进行限制的理由则必须与其所传达的内容无关,即只能对发表言论的时间、地点和方法进行限制,如禁止在医院附近进行嘈杂的演讲。^④当然,根据 *ACA v. Dounds*^⑤ 一案所确立的“逐案权衡”原则,政府如果能够证明它对于限制“内容中立”言论具有一定程度的正当利益,也可以根据它的内容对其进行法律限制。^⑥

众所周知,在对待言论自由的法律限制上历来有两种态度,即绝对主义和相对主义的态度。而不论是从各国立法、各种人权公约,还是从学者们的论述来看,相对主义都可以说占据着主导地位。^⑦即使是绝对主义论者,如米克尔约翰,也并非认为无论对什么样的言论都不能施以法律的制约。^⑧既然相对主义已成为各国的共识,那么必然会涉及到什么样的法律界限才不会侵害受到宪法所保护的言论自由这一问题。为了寻找合宪的法律界限,各国一般采取的都是利益衡量的方法,即将某一言论可能促进的利益与可能损害的利益两相比较,从而决定是否对其进行限制的方法。然而,面对不同类型的言论,人们所面

① Geoffrey R. Stone, Louis M. Seidman, Cass R. Sunstein, Mark V. Tushnet, *The First Amendment*, Aspen Law & Business, A Division of Aspen Publishers, Inc., 1999, pp.16-17.

② Geoffrey R. Stone, Louis M. Seidman, Cass R. Sunstein, Mark V. Tushnet, *The First Amendment*, Aspen Law & Business, A Division of Aspen Publishers, Inc., 1999, p. 19, p.161, p.214.

③ Geoffrey R. Stone, Louis M. Seidman, Cass R. Sunstein, Mark V. Tushnet, *The First Amendment*, Aspen Law & Business, A Division of Aspen Publishers, Inc., 1999, pp.23-61, p.105.

④ Geoffrey R. Stone, Louis M. Seidman, Cass R. Sunstein, Mark V. Tushnet, *The First Amendment*, Aspen Law & Business, A Division of Aspen Publishers, Inc., 1999, pp.16-17.

⑤ 339 U.S. 94 (1950).

⑥ [美] 杰罗姆·巴伦、托马斯·迪恩斯:《美国宪法概论》,刘瑞祥等译,中国社会科学出版社1995年版,第189页。

⑦ 侯健:《言论自由及其限度》,载《北大法律评论》第3卷第2辑,法律出版社2000年版,第102~104页,第100~101页。

⑧ 侯健:《言论自由及其限度》,载《北大法律评论》第3卷第2辑,法律出版社2000年版,第102~104页,第100~101页。

临的具体的利益选择也将是不同的。以政治性言论和商业性言论为例,人们一般都认为对于政治性言论应给予最高的保护,而对于商业性言论的法律限制则是更为可以接受的。这样,我们就有必要对各种言论进行科学的划分,并针对不同类型的言论确立不同的保护原则。比如上文所讲到的美国对于言论自由的几种类型的划分及各自的保护原则,就是美国人根据自己对于言论自由的理解,从自己的价值观出发,经过几十年的研究和探索所最终确立下来的。我们可能会不赞同其中某些具体的观点,如我们可能会不赞同将行为归入言论自由的范畴之中,也可能会不赞同对不正当言论提供保护,但我们不能否认这种对言论进行划分的方法与笼统地对言论自由进行限制的方法相比,是更有利于保护言论自由的。

二、网络与言论自由传统法律界限的冲突

进入20世纪之后,科技革命的深入发展带来了传播方式的重大变革,广播、有线电视、电影,直至今天的国际互联网,这些新的传播方式的出现大大地丰富了人们的生活,但同时也给言论自由的保护带来了许多难题。像1969年的Red Lion Broadcasting Co. v. FCC案、^①1978年的FCC v. Pacifica Foundation案,^②以及Kovacs v. Cooper案^③等都是新的传媒与言论自由传统的法律界限产生冲突的实例。与这些案件所涉及的广播、有线电视及音像相比,网络对人类的通讯传播方式乃至生活方式的影响都是更为革命性的,因此它与言论自由的传统法律界限所产生的冲突也将更为激烈。

在网络产生之初,由于对这种新兴的传媒的发展趋势缺乏认识,以及考虑到网络对信息的自由流动的特殊要求,各国并没有针对网络进行专门的立法;同时由于司法机关和学者们对于既存法律是否同样适用于网络未能达成共识,因此导致了网络实际上处于法律规范之外,这也就是所谓的“Non-regulation”时代。^④但是这样做的结果却是网上赌博、色情、暴力、宣扬种族歧视等的言论泛滥。根据2000年召开的“防止利用互联网传播种族仇恨”大会公布的统计数字,1995年互联网上仅有一个传播种族仇恨的网站,到2000年中期此类网站已经超过2000个,仅德国就有500多个这类非法网站。^⑤鉴于这种情况,各国逐渐认识到网络这个虚拟的空间也需要法律的规范,从而从1990年代中后期开始逐步加强网络立法的工作,一系列电信基本法、电子商务法、网络安全法、保护知识产权和信息自由的法律法规等相继在美、英、德、俄等国出台,网络开始由Non-regulation时代走向Regulation时代。但是规范网络世界的工作是不可能一蹴而就的。基于网上的基本行为方式就是信息的传播,网络立法首先需要解决的一个问题就是,对于网上的言论(或信息)什么样的法律限制才是合宪的。而由于网络具有许多不同于传统传媒的特殊性质,

^① 395 U. S. 367 (1969).

^② 438 U. S. 726 (1978).

^③ Chapter V, section A supra. See Geoffrey R. Stone, Louis M. Seidman, Cass R. Sunstein, Mark V. Tushnet, *The First Amendment*, Aspen Law & Business, A Division of Aspen Publishers, Inc., 1999, p.499.

^④ 张西明:《从Non-regulation走向Regulation——网络时代如何保障言论自由》,载《法学》2001年第7期。

^⑤ 张西明:《从Non-regulation走向Regulation——网络时代如何保障言论自由》,载《法学》2001年第7期。

要规范网络言论就不能套用传统的模式而必须寻找新的法律界限。

具体而言，笔者认为网络具有以下不同于传统传媒的特殊性质：

第一，网络是“无中心化的”（decentralized）。也就是说，网络向所有人开放，在网络上无所谓信息的提供者和使用者的分，也不需要所谓的把关人（gatekeeper），^① 每一个网络用户都同时既可能是信息的使用者，也可能是信息的提供者。因此网上信息源的数量“只受到希望进入（互联网）的用户人数的限制”，^② 在互联网上可以说是存在着趋于无限的信息提供者，或称信息源。这也就意味着在网络上信息的多样性可以达到最大化。而传统的媒介则与互联网完全不同。以广播为例，广播领域中几乎所有的信息内容都是在外部被中介人所拥有，他们控制着内容的生产和选择，还有发布的步骤、次序和时间。^③ 这样，广播所传播的信息的多样性必然大打折扣。而言论自由的一个基本的要求就是多样化，即允许不同意见的存在。无论是密尔的自由论还是霍尔姆斯的“自由市场论”，都强调意见或观点之间的自由竞争对于获知真理的重要作用，而获知真理正是言论自由的主要价值之一。^④ 因此才有学者认为信息源多样性的最大化是言论自由发挥其价值的最基本的条件之一。^⑤ 网络“无中心化”的特点决定了它可以做到信息多样性的最大化，从而也决定了网络在所有的传媒中最有利于言论自由价值的发挥。

第二，网络具有交互性的特点。所谓交互性指的是由用户而不是中介人控制信息的交换，^⑥ 这也就意味着用户有可能对自己接受的信息进行选择。根据罗杰·菲德勒对传媒的划分，传媒一般可以分为人际领域、广播领域和文献领域。^⑦ 一般而言，只有人际领域才存在着互动的特点。传统的媒介，例如广播、电视或书籍、报纸、杂志，都只能归入广播领域和文献领域，而在广播和文献传播领域中，信息总是从发送者流向接收者，用户基本上都是被动地接受信息的，因而在这两个领域中不具有交互性的特点。^⑧ 只有网络可以涵盖所有这三个领域，也只有网络的用户才可能主动地选择甚至影响所接受的信息。例如网上聊天就是一种典型的交互式传播方式。考察以往美国政府以立法规范传媒的历史，法院

① 把关人：即控制信息和娱乐的选择与流向的个人或组织。传统的把关人有政府机构和大众媒介组织。参见〔美〕罗杰·菲德勒：《媒介形态变化：认识新媒介》，明安香译，华夏出版社2000年版，第242页。

② Jerry Berman & Daniel J. Weitzner, Abundance and User Control: Renewing the Democratic Heart of the First Amendment in the Age of Interactive Media, 104 Yale L.J., 1995, pp.1623-1624.

③ 〔美〕罗杰·菲德勒：《媒介形态变化：认识新媒介》，明安香译，华夏出版社2000年版，第28、32页。

④ 侯健：《言论自由及其限度》，载《北大法律评论》第3卷第2辑，法律出版社2000年版，第72、73页。

⑤ Jerry Berman & Daniel J. Weitzner, Abundance and User Control: Renewing the Democratic Heart of the First Amendment in the Age of Interactive Media, 104 Yale L.J., 1995, p.1622.

⑥ 〔美〕罗杰·菲德勒：《媒介形态变化：认识新媒介》，明安香译，华夏出版社2000年版，第244页。

⑦ 〔美〕罗杰·菲德勒：《媒介形态变化：认识新媒介》，明安香译，华夏出版社2000年版，第28页。

⑧ 〔美〕罗杰·菲德勒：《媒介形态变化：认识新媒介》，明安香译，华夏出版社2000年版，第38、39、41页。

之所以认为这种限制言论的立法符合宪法, 主要是因为身处传统的媒介中用户无法控制信息的交换, 为了维护国家安全、社会秩序和公民的其他利益, 这种限制才显得尤为必要。^① 而网络用户不同于传统传媒的用户, 网络信息的交换可能由用户来控制, 这就为控制网络上的不良信息提供了一条新的途径。

第三, 网络具有多样性的特点, 不仅其载体具有多样性, 其内容也呈现出多样性的特点。传统传媒, 如广播, 只能以声音的形式传播信息, 电视也至多只能结合图像与声音两种形式, 而网络除了可以传送文本之外, 还可以传送声音、图像和影片, 并且可以建立超文本链接。网络言论载体的复杂性决定了网络言论法律界限的复杂性。另外, 正如上文中提到的, 网络涵盖了人际、广播和文献三个领域, 如聊天室应归入人际领域, 网上电视节目的实时播放应归入广播领域, 而新闻组、资料检索系统等又似应归入文献领域。而法律对这三个领域的言论进行限制时的严格程度是不一样的。一般而言, 法律对广播领域的限制要较文献领域为严格, 而对文献领域的限制又较人际领域为严格。同时, 网上既存在着一般的言论, 如聊天室和电子邮件, 也存在着政治言论和商业言论。对这些不同种类的言论进行法律限制时也必须不同情况不同对待。网络的这种复杂性决定了如果要对网络言论实施某种法律限制, 如何划定这条法律界限将是一件非常复杂的工作。这也是对于网络不可以机械套用以前的法律界限的一个重要原因。

第四, 网络用户具有匿名性的特点。这也就意味着用户在这个虚拟的世界中的身份可以与他在现实世界中的身份毫不相干, 因此一旦用户匿名上网, 政府将很难查出用户的真正身份。而在美国, 用户在网上隐匿自己身份的权利已经通过 *ACLU v. Miller*^② 一案得到了联邦地区法院的确认。由于网络是无中心化的, 任何用户都可以在网上发布信息, 在这种情况下, 即使政府针对网络言论制定了法律加以限制, 而某个用户的言论也确实触犯了这一法律, 但如果该用户隐匿了自己的身份, 政府也将难以找到该言论的负责人, 法律也就会失去意义。这就意味着仅仅依靠法律来控制网络言论并不是解决问题的最好途径, 对待网络这种高科技的产物, 更应辅以技术的手段来解决这一问题。

从以上分析可以看出, 网络言论自由法律界限的确定的确是一件非常棘手的工作。那么, 对于网络言论自由究竟应该施以什么样的法律界限呢? 从笔者掌握的资料看来, 美国的学者对此多持比较谨慎的态度。有的学者坚持对网络言论无论其内容为何都只能进行“内容中立”的限制, 即只能对发表言论的时间、地点、方式进行限制;^③ 也有的学者认为只有在人们完全了解因特网和在下级法院的有关判决经受了考验之后, 国会或最高法院才能制定有关限制规范 (definite regulation)。^④

笔者较为赞同这种谨慎的态度, 因为首先网络言论主要是以文字、声音、图片、影片等形式表达出来的, 不可能涉及行为, 因此可以肯定地说, 网络言论都属于纯粹言论。根

① 参见 438 U.S.726 (1978).

② 96CV.2475MH (1997). 可参见 Mark Mikula, L.Mpho Mobund, Allison McClintic Marion, *Great American Court Cases (Volume 1: Individual Liberties)*, The Cale Group, 1999, pp.434-437.

③ Berman & Weitzner, *supra*, p.1634, see Geoffrey R. Stone, Louis M. Seidman, Cass R. Sunstein, Mark V. Tushnet, *The First Amendment*, Aspen Law & Business, A Division of Aspen Publishers, Inc., 1999, p.501.

④ Owen Fiss, *In Search of A New Paradigm*, 104 Yale L.J. 1995, pp.1616-1617.

据最高法院对待纯粹言论的传统态度以及纯粹言论本身的性质,即使存在以立法限制网络言论的必要也必须非常谨慎。其次,对纯粹言论的分类也应该适用于网络言论,对于不同种类的网上言论应该适用不同的保护原则。例如对于商业广告、“不正当言论”(indecentcy)等“低”价值言论,就可以考虑以比较宽松的原则进行法律限制。至于淫秽言论等不受第1条修正案保护的言论,即使是在网络空间中也是不应该受到保护的。而对于属于“内容中立”限制的言论,在制定法律进行限制时就应主要进行“时间、地点、方式”的限制。

总的说来,由于我们目前对于网络的认识仍然较少,而网络基于其无中心化的特点又较其他的传媒都更加有利于言论自由价值的发挥,因此我们在制定法律限制网络言论的时候不可操之过急而必须小心谨慎。

三、美国的经验

尽管学者们对于第1条修正案在网络空间中的适用存在许多的争论,而且这场争论随着网络的发展还将继续下去,但是无疑能够在这场争论中起决定性作用的,还是国会和最高法院。同时,由于美国特殊的司法审查制度,可以说这场争论的最终决定权掌握在最高法院的手中。考虑到 *Reno v. ACLU* 一案所涉及到的 CDA 法案^① 是国会规范网络最早的努力之一以及 CDA 被判违宪后产生的重大影响,下面笔者将首先就该案具体介绍一下最高法院对待第1条修正案在网络空间中的适用的态度。

CDA 是《1996 电信法》的一部分,它之所以引起争议是因为 CDA 宣布通过网络向不满 18 周岁的未成年人“传播猥亵言论或‘不正当’信息 (indecent material)”的行为属刑事犯罪,可被判处两年以下监禁及 250 000 美元以下的罚款。^② 而根据以往的宪法判例,“不正当言论”与猥亵言论 (obscenity) 的性质是完全不同的:猥亵言论不受第1条修正案的保护,“不正当言论”却是受到保护的。^③ 很明显,该法案是国会企图以未成年人保护为突破口,像以往对待广播一样以立法对网络言论实施控制的一个尝试。如果法院判决 ACLU 败诉,那么政府的这一尝试就获得了成功,网络也就将处于政府的控制之下。但是如果法院判决政府败诉,那也就等于同时宣告网络言论是不受政府干涉的,或者至少是不受到政府严厉干涉的。

1997 年 6 月 26 日,最高法院对 *Reno v. ACLU* 案作出终审判决,CDA 最终被判违宪。笔者认为,在这一具有重大历史意义的判决中,至少有以下几点是应该引起我们的注意的:

首先,法院充分注意到了网络这一新兴科技的产物,并对其作出了中肯的评价。鉴于该案发生于 1997 年——网络发展的初期,法院对网络所作的这些评价在现在看来虽然可

^① 美国国会曾于 1996 年通过《1996 电信法》,其中的第 502 节和 507 节又被称做《通信规范法》,即本文中所提到的 CDA。

^② 如未特别注明,与本案有关的资料均来自 <http://www.aclu.org/court/renovacludec.html> (其中的着重号为笔者所加)。

^③ *Sable*, 492 U.S. at 126, 431 U.S. 678, 701 (1977)。法院认为不正当言论只会使人感到尴尬,因此是受到第1条修正案保护的。

能有欠深入，但在当时还是难能可贵的。在该案判决词第一部分中，法院首先对因特网作了一个整体的评价，称其为“一种独特的、全新的全球通信媒介”。紧接着，法院又对网络用户通过网络进行交流和获取信息的方式进行了大致的分类，将其分为电子邮件、自动邮件列表服务（mail exploders）、新闻组、聊天室和万维网（即网络的搜索功能）。这一分类即使在今天看来也仍然是适用的。同时，法院也注意到了网络无中心化的特点，指出“在网络上没有哪个组织可以控制用户的接入，也没有哪一个中心点（centralized point）可以将任何私人网站或服务商（individual web sites or services）从网络上驱逐出去”。可以说，法院的这些评价不仅构成了进行该案判决的基础，也为我们探索网络空间言论自由的法律界限提供了一个基本的前提条件。

其次，在反驳政府关于援用有关广播的宪法判例以说明自己有权对网络这一传媒进行控制的观点时，史蒂文斯法官代表最高法院阐明了网络应该有其独特的适用原则。史蒂文斯法官认为，最高法院以前允许政府对广播实施控制主要是基于以下考虑：第一，政府有长期以来对广播业实施比较广泛的控制的历史；第二，广播所需占用的频道是一种具有“稀缺性”的资源；第三，广播具有“侵略性”，即用户对信息的接受是没有控制权的。虽然在历史上存在着允许政府对广播实施控制的宪法判例，但同时也有判例表明不同的传媒基于其各自的特点应该适用不同的原则。而广播所具有的这些导致政府控制的特点在网络空间中并不存在：第一，政府并没有对网络控制的历史，相反，政府对网络自其诞生之日起一直采取的是放任的态度。第二，网络不像广播那样具有“侵略性”。在这里史蒂文斯法官特别强调指出网络上的信息不是不请自来地“入侵”用户的家庭或出现在其电脑上的，用户不大可能“偶然”地接触到某些内容。第三，与国会当初制定规范广播业的法律时不同，网络不应被当做一种“稀缺”的昂贵商品；网络为所有的人提供了一种相对不受限制的、低廉的交流途径。因此，史蒂文斯法官最后总结到：“我们的判例并没有提供允许政府对这种媒介（指网络，笔者注）进行审查的程度的标准。”

最后，法院再次表明了对言论自由的价值的高度重视和捍卫言论自由的决心。这也就意味着，除非有特别充足的理由，否则法院是不会允许国会对网络言论基于其内容而以立法的形式加以限制的。如同本文第一部分中所提到的，政府虽然在一般情况下不能对“内容中立”言论进行基于内容的限制，但是如果政府可以证明它对于限制“内容中立”言论具有一定程度的正当利益，也可以根据它的内容对其进行法律限制。在本案中，政府为了证明CDA的合宪性，提出自己制定CDA是为了保护未成年人免受“不正当言论”的侵害，如果法院判决CDA违宪，那么未成年人的利益将无法得到保护。这时，法院就必须运用“逐案权衡”原则判断保护网络言论自由的利益与政府所谓的保护未成年人的利益何者为重。如果判决CDA合宪，就意味着法院认为保护网络言论自由的利益不足以与其他利益相抗衡，这样政府在以后制定法律限制网络言论的时候就将会有可能为了其他利益而轻易牺牲言论自由；而如果判决CDA违宪，政府亦将有可能在制定涉及网络言论的法律时裹足不前。最终，法院还是选择了言论自由。这也就相当于向世人宣告美国最高法院认为言论自由在一个民主的国家中应该具有最高的价值。正如最后史蒂文斯法官在总结部分所写道的：“作为宪法传统，在缺乏相反的证据的情况下，我们认为政府（对网络）进行基于言论内容的限制只会限制思想的自由交换而不是促进它。在一个民主的社会中，与控制言论所能带来的理论上的、未经证实的利益相比，促进表达自由的利益要重要得多。”

在该案之后,美国最高法院及其下级法院又在 *ACLU v. Miller*、*Multnomah County Library v. U.S.A.*, *American Library Association v. U.S.A.*, *Ashcroft v. ACLU* 等一系列案件中延续了最高法院在 *Reno* 案中的判决思路,^① 相继判决 *CIPA* (《儿童在线保护法》)、*COPA* (《在线儿童保护法》) 等有关限制网络言论的法律违宪。当然,我们也要看到,尽管 *CDA* 等法案最终被判违宪,但是最高法院也并非主张对“不正当言论”等不良信息应该听之任之、不闻不问。它只是反对以法律来限制言论自由,至于通过“过滤技术”、^② 授权父母等方式来保护未成年人及网络用户还是得到法院支持的。^③ 当然政府也不得强制用户使用“过滤技术”,否则也将构成对第 1 条修正案的违反。^④ 同时,法院认为对于网络上与聊天室等不同的部分,如商业站点等,还是可以以法律来规范的。^⑤

从 *Reno v. ACLU* 到 *Ashcroft v. ACLU* 这一系列的案件的判决中可以看出,最高法院对待网络言论的态度基本上可以用一句话来概括,那就是:法律慎行(只允许内容中立的法律限制)、倚重技术、授权父母(用户控制)。

四、总结

上面我们从 *Reno v. ACLU* 案出发,简略地阐述了美国最高法院对待网络言论自由的态度。其实不独是美国,日本、澳大利亚、新加坡、德国等国家在对网络言论的法律界限上也进行了卓有成效的探索并取得了一定的成绩。以网络立法开始较早的德国为例,德国以其《多媒体法》而在网络立法领域著称于世。这部《多媒体法》在涉及网络言论的法律界限上主要表现在对青少年的保护上。^⑥ 它采取了分阶段的方法,将有关青少年保护的内容分为三个阶段:第一阶段是禁止刑法上、违反秩序法上违法的产品、服务;第二阶段是以联邦检查处列举有害但并非禁止的产品、服务,散布者必须在技术上预防确保不使青少年获得;第三阶段是课服务提供商以聘请青少年保护人员之义务。从以上内容可以看出,首先该法将可能遭到限制的内容分为“禁止的”和“有害但并非禁止的”两种,从而为保护网络言论的多样性提供了前提条件;其次,要求散布者“在技术上预防确保不使青少年获得”和“聘请青少年保护人员”的规定都充分体现了立法者对网络特殊性质的考虑。除德国外,澳大利亚的分级管理制度和新加坡的行业自律及用户自我负责的制度也是比较有特色的。^⑦

反观我国的网络立法,我国虽然注意到了网络与现行法律的冲突和网络技术的发展所

① 可分别参见 96CV.2475MH (1997), No.01-CV-1322, No. 01-CV-1303, 或参见网址 <http://www.aclu.org>。

② 如 *v* 芯片、网上保姆等。

③ 参见 <http://www.aclu.org/court/renovacludec.html>。

④ 见 No. 01-CV-1322, No. 01-CV-1303。另可参见网址: <http://www.aclu.org>。

⑤ 参见 <http://www.aclu.org/court/renovacludec.html>。

⑥ 有关《德国多媒体法》的内容均参见谢铭洋、陈晓慧:《德国对网路服务之新规范——资讯服务与通讯服务法(多元媒体法)》,载《月旦法学杂志》1998年第36期。

⑦ 可参见陈一榕、徐远峰、梁陈剑译,吴贤伦校:《澳大利亚1999年广播及网上服务法》;钟新译:《新加坡因特网行业准则》,载陈晓宁主编:《广播电视新媒体政策法规研究——国外法规与评介研究》,中国法制出版社2001年版,第3~9页,第11~17页,第97页。

带来的立法空白，从而对《著作权法》等法律进行了修订，并针对互联网制定了一系列行政法规和规章，但无疑仍存在着立法规格较低、质量不高的缺点。随着网络在我国的普及以及电子政务和电子商务的发展，以法律的形式对网络进行规范的必要性是不言而喻的。从以上对各国网络立法，尤其是对美国最高法院对网络言论自由的法律界限的态度的分析看来，笔者认为，我国将来在制定法律以规范网络言论的时候，有以下几点是应该引起我们的重视的：

首先，美国等国家在对待以法律的形式限制网络言论上的谨慎态度就是值得我们学习的。不论是英、美等普通法系国家还是德、法等欧洲大陆法系国家，都认为言论的多元化是民主社会的根本要求，言论自由不仅应该保护主流意见和观点，更应该保护少数的、边缘的和非正统的意见。^① 因此，德国《多媒体法》中才会对“禁止的”和“有害但并非禁止的”内容作出区分。而正如前文所说，网络是一个可以使言论达到最大程度多样化的空间。如何才能做到既防止不良信息的泛滥，又不破坏这种多样性，就成了各国在制定法律以限制网络言论时所首先需要考虑的问题。诸如前文所列举的德国的《多媒体法》、美国的 CDA 以及美国最高法院对 CDA 的违宪判决，都是这种思路的具体体现。而我国在网络立法上却仍然延续了传统的思路，在对言论内容的限制上可以说都只是做了笼统的规定。^② 殊不知这样的规定很可能会损害网络言论的多样性，且不论与历来以对待限制言论自由的法律的严厉态度著称的美国相比我们存在的差距，即使是对网络言论内容进行了较多限制的新加坡，它的立法与我国相比也要严谨得多：《新加坡因特网运行准则》第 4 条“禁止的内容”在前两款详细规定了应受限制的内容之后，又在第 3 款规定：“更进一步的标准是，内容是否具有内在的医学价值、科学价值、艺术价值和教育价值”；在第 4 款规定：“ICP 持照人如果对节目内容是否属于被禁止产生怀疑时，应提交广播委员会认定。”^③ 这种更为严谨的规定无疑更有利于保护网络言论的多样性。

其次，美国注意到了网络特殊的性质并认识到网络需要适应于这种特性的保护原则，这一点也是值得我们学习的。在 *Reno v. ACLU* 案中，美国最高法院拒绝了政府将广播领域中的言论自由的法律界限沿用于网络空间中的企图，并且指出：“我们的判例并没有提供允许政府对这种媒介（指网络，笔者注）进行审查的程度的标准。”^④ 从而表明了网络空间中的言论自由需要自己的法律界限。其实，在网络热刚刚兴起的 1995～1997 年间，我国台湾学者中就曾有人撰文探讨了将广播、有线电视、邮政、电话、出版业的言论自由的法律界限应用于网络空间中的可能性，其结论是虽然每个领域都看似与网络有着某种相似性，但仔细分析，又存在着许多根本性的区别，如电话的运营商就不可能和 ISP 一样知

① 侯健：《言论自由及其限度》，载《北大法律评论》第 3 卷第 2 辑，法律出版社 2000 年版，第 81、101 页；另可参见张志铭：《欧洲人权法院判例法中的表达自由》，载《外国法译评》2000 年第 4 期。

② 可参见国务院制定的《中华人民共和国电信条例》、《互联网信息服务管理办法》、《互联网电子公告服务管理规定》、《信息网络传播广播电视类节目监督管理暂行办法》。

③ 王宇丽译：《新加坡因特网运行准则》，载陈晓宁主编：《广播电视新媒体政策法规研究——国外法规与评介》，中国法制出版社 2001 年版，第 104～105 页。

④ 参见 <http://www.aclu.org/court/renovacludec.html>。

悉用户传递的信息的内容。因此，这些法律界限都无法单独应用于网络空间。^① 这实际上就是指出了网络空间的言论自由必须适用其特殊的法律界限。同样，根据罗杰·菲德勒对传媒的划分，我们也可以得出相同的结论。^② 但是，从我国目前的实践看来，可以说在这方面做得还很不够。纵观我国几部有关网络的行政法规，在涉及到网络言论的内容限制时其表述的文字几乎都是大同小异的，而这些文字又与《中华人民共和国未成年人保护法》第25条、《音像制品管理条例》第3条、《广播电视管理条例》第32条、《有线电视管理暂行办法》第9条、《出版管理条例》第26条等有关言论自由限制的法律法规的表述存在着雷同的现象。这一点在将来制定相关法律时也应引起我们的重视。

再次，美国等国家开启了网络言论保护的新思路，即不仅仅依靠法律，而且注重发挥技术及用户控制对规范网络的作用。加拿大学者就认为，网络从其诞生之日起就带有浓厚的“自治”的色彩，因此，我们在探寻如何以政府管理的方式对网络社会进行规范的同时，也应该充分考虑和尊重网络“自治”的传统，发展其他的辅助手段，如自我管理（包括用户控制——主要是授权父母和过滤技术）、私人管理（指服务商、社会机构和域名管理系统的管理）和制度化方式。^③ 美国最高法院在 Reno 案中就肯定了自我管理的方式。笔者认为，具体到网络言论的规范问题上，这些辅助手段主要可以发挥以下作用：首先，我们有望通过技术来区分用户的身份，尤其是区分用户是否未成年人，从而为未成年人利益的保护提供了一个辅助手段。例如德国的《多媒体法》在青少年保护第二阶段上就要求散布者以技术手段防止某类信息被青少年获得。虽然目前技术在区分用户是否未成年人上的作用也许还很有限，但我们相信随着科技的发展，它终将会做到这一点。另外，虽然过滤技术在过滤暴力信息上的表现还很难说令人满意，但它在过滤色情信息上已经开始发挥重要作用。^④ 其次，如同上文所提到的，基于网络交互性的特点，由用户来控制信息的接受很可能会构成网络言论规范的一条新的途径。虽然完全寄希望于用户控制是不现实的，但是在青少年保护的问题上，授权父母来控制某类信息还是具有较高的可行性和可操作性的。在这方面，《美国儿童在线隐私保护法》（COPPA）为我们提供了一个典范。由于网络技术更新速度快以及前面所提到的匿名性的问题的影响，如果单纯以法律去规范网络言论，很可能导致事倍功半；但是如果我们能有效地利用这些辅助手段，则很可能会做到事半功倍。

最后，我们必须明确的是，其他国家的成绩和经验固然值得我们学习，但是由于各国对言论自由的含义和价值的认识不一致，我们也不可照抄照搬。例如，美国最高法院认为不论其内容为何，政府都不得对网络言论进行基于内容的法律控制，这一点就是笔者所不能苟同的。笔者更倾向于认为本国法律所历来排斥于法律保护之外的言论以及所参加的人

① 刘静怡：《电脑网路性质及其可能适用之管制模式概述》，载《月旦法学杂志》1996年第19期。

② 参见本文第二部分网络特殊性质之第二部分和第三部分。

③ [加]大卫·约翰斯顿、森尼·汉达、查尔斯·摩根：《在线游戏规则》，张明彦译，新华出版社2000年版，第134页。

④ [加]大卫·约翰斯顿、森尼·汉达、查尔斯·摩根：《在线游戏规则》，张明彦译，新华出版社2000年版，第161~162页。