

网络「意见市场」的 失灵与规制

张治中 著

新闻传播学系列丛书
李珮 主编

中国广播影视出版社

新闻传播学系列丛书

李珮 主编

张治中 著

从书编号

(CIP) 网络“意见市场”的失灵与规制

张治中 著

中国广播影视出版社

ISBN 7-5043-4108-0

定价：25.00元

网络“意见市场”的失灵与规制

张治中 著

张治中 著

张治中 著

张治中 著

张治中 著

张治中 著

张治中 著

张治中 著

张治中 著

张治中 著

张治中 著

张治中 著

张治中 著

张治中 著

张治中 著

张治中 著

张治中 著

张治中 著

张治中 著

张治中 著

张治中 著

中国广播影视出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

网络“意见市场”的失灵与规制 / 张治中著. --北京 : 中国广播影视出版社, 2017. 4

(新闻传播学系列丛书 / 李珮主编)

ISBN 978-7-5043-7831-6

I. ①网… II. ①张… III. ①互联网络—舆论—研究—中国 IV. ①G219.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 008010 号

网络“意见市场”的失灵与规制

张治中 著

策 划: 庞 强 刘 媛

责任编辑: 陈丹桦

封面设计: 何漫·贝壳悦读

出版发行: 中国广播影视出版社

电 话: 010-86093580 010-86093583

社 址: 北京市西城区真武庙二条 9 号

邮 编: 100045

网 址: www.crtip.com.cn

电子信箱: crtip8@sina.com

经 销: 全国各地新华书店

印 刷: 北京领先印刷有限公司

开 本: 710 毫米×1000 毫米 1/16

字 数: 236 (千) 字

印 张: 14

版 次: 2017 年 4 月第 1 版 2017 年 4 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 978-7-5043-7831-6

定 价: 42.00 元

(版权所有 翻印必究·印装有误 负责调换)

丛书编委会

主 任：李希光 欧阳宏生

主 编：李 珮

副主编：李 韧 罗小萍

编 委：李希光 欧阳宏生 李 珮 罗小萍

李 韧 蒙晓阳 贺 艳 王 炬

裴永刚 屈永刚 赵文丹

西南政法大学全球新闻与传播学院简介

西南政法大学新闻传播学院1994年建立，2010年更名为“全球新闻与传播学院”。学院现有专职教师58人、教授13人、副教授18人、博士生导师4人，其中具有博士学位的教师39人。设有新闻传播理论、新闻传播实务、广播电视与新媒体、法治新闻、中文5个教研室。

新闻传播学科是重庆市“十一五”“十二五”重点学科，新闻学专业是国家级特色专业建设点、重庆市高等学校特色专业；舆情传播与风险管理学科专业群是重庆市高等学校特色学科专业群；拥有新闻传播学一级学科硕士学位授权点和新闻与传播专业硕士学位授权点、重庆市高等学校新闻传播实验教学示范中心、重庆市法制新闻复合型人才培养模式创新实验区；全媒体实验室共计面积1925平米，先后投入资金810万元。2013年，教育部第三轮学科评估中，新闻传播学科排名全国23位，并列第十位、重庆第一位。

目录

第一章 导论 / 1

第一节 什么是“意见市场”? / 2

第二节 为什么要研究网络“意见市场”? / 4

一、网络“意见市场”的繁荣 / 4

二、网络公民社会的崛起 / 5

三、网络言论自由的滥用 / 6

第三节 核心概念界定 / 7

一、市场、“意见市场”与网络“意见市场” / 7

二、市场失灵与“意见市场”失灵 / 11

三、规制与“意见市场”规制 / 14

第二章 理论基础 / 16

第一节 “意见市场”理论 / 17

一、“意见市场”的实践缘起 / 18

二、“意见市场”的理论梳理 / 24

第二节 市场失灵与规制经济学理论 / 30

一、市场失灵理论 / 30

二、规制经济学理论 / 33

第三节 法益与法益冲突理论 / 35

一、法益理论 / 35

二、法益冲突理论 / 36

第四节 违宪审查理论 / 37

一、违宪审查的不同模式 / 37

二、对“言论规制”的违宪审查 / 39

第三章 传统“意见市场”与网络“意见市场” / 42

第一节 传统“意见市场”的表现形式 / 43

一、个人主体“意见市场” / 43

二、机构主体“意见市场” / 47

第二节 传统“意见市场”中的言论分类 / 51

一、纯言论与象征性言论 / 51

二、公言论和私言论 / 53

三、高价值言论和低价值言论 / 54

四、匿名言论与实名言论 / 54

第三节 网络“意见市场”与传统“意见市场”比较分析 / 56

一、相同的本质：公共领域 / 56

二、相异的空间：从现实空间到虚拟空间 / 58

第四节 网络“意见市场”的表现形式 / 61

一、网络机构主体“意见市场” / 62

二、网络个人主体“意见市场” / 64

第四章 网络“意见市场”的失灵（一）：条件失灵 / 71

第一节 观点难以自我修正 / 74

一、认知局限：意见表达者的非理性（一） / 74

二、群体极化：意见表达者的非理性（二） / 76

第二节 观点无法自由竞争 / 77

一、机构垄断：观点表达的不自由 / 78

二、水军垄断：观点的不正当竞争 / 79

第五章 网络“意见市场”的失灵（二）：负外部性 / 81

第一节 网络“意见市场”中的言论对全体法益的侵犯 / 85

一、侵犯国家法益 / 85

二、侵犯社会法益 / 90

第二节 网络“意见市场”中的言论对个人法益的侵犯 / 98

一、侵犯自然人权利 / 98

二、侵犯经营者权利的言论	/ 106
--------------	-------

第六章 网络“意见市场”的规制（一）：事前限制 / 112

第一节 商品市场与“意见市场”的规制 / 113

一、商品市场的规制	/ 113
-----------	-------

二、“意见市场”的规制	/ 114
-------------	-------

第二节 传统“意见市场”的事前限制 / 121

一、欧洲教会的书报检查制度	/ 121
---------------	-------

二、英国封建王朝的出版控制	/ 124
---------------	-------

三、经济性控制——事前限制的变体形式	/ 125
--------------------	-------

四、我国对传统媒体的事前限制	/ 126
----------------	-------

第三节 网络“意见市场”的事前限制 / 128

一、网络“意见市场”的主体准入规制	/ 128
-------------------	-------

二、网络“意见市场”的内容规制	/ 135
-----------------	-------

第七章 网络“意见市场”的规制（二）：事后追惩 / 138

第一节 “意见市场”规制的转向 / 139

一、从事前限制到事后追惩——以英国为例	/ 139
---------------------	-------

二、从严刑峻法到司法保护——以美国为例	/ 141
---------------------	-------

第二节 我国网络“意见市场”的法律规制 / 142

一、我国网络“意见市场”规制的法律体系	/ 142
---------------------	-------

二、我国网络“意见市场”规制的法律分析	/ 150
---------------------	-------

三、网络“意见市场”中的责任主体分析	/ 154
--------------------	-------

四、网络个人主体“意见市场”的法律责任承担	/ 155
-----------------------	-------

第八章 网络“意见市场”规制的失灵 / 159

第一节 事前限制类规制的失灵 / 160

一、事前审查规制失效	/ 160
------------	-------

二、事前审查的负面效应	/ 163
-------------	-------

第二节 事后追惩类规制的失灵 / 167

一、事后追惩制的失效	/ 167
------------	-------

二、事后追惩制的负面效应	/ 168
--------------	-------

第九章 网络“意见市场”规制的规制 / 170

第一节 言论自由保护原则 / 171

一、针对“事前限制类法规”的违宪审查 / 171

二、针对“‘内容无涉’类法规”的违宪审查 / 173

三、针对“限制内容类法规”的违宪审查 / 175

第二节 法益冲突解决原则 / 182

一、比例原则 / 182

二、利益衡量原则 / 184

第三节 网络言论保护原则 / 186

一、网络言论高规格保护案例 / 186

二、网络博客消息来源隐匿权案例 / 187

第四节 美国的违宪审查对我国的启示 / 188

第十章 结论 / 190

第一节 主要结论 / 191

一、网络“意见市场”存在失灵 / 191

二、网络“意见市场”亟待规制 / 191

第二节 对策建议 / 192

一、优先保障言论自由 / 192

二、维护“意见市场”秩序 / 192

三、避免事前审查 / 192

四、合法追惩 / 192

五、自由与规制的平衡 / 193

第三节 研究局限 / 193

一、商品市场与意见市场的异同与衔接 / 193

二、针对网络言论自由的法律法规和案例 / 193

三、国外的违宪审查制度与中国宪法监督比较 / 194

参考文献 / 195

后 记 / 214

“股市风潮” 卷八 第一章

第一章 导 论

第一节 什么是“意见市场”？

“意见市场”（Marketplace of Ideas）又译“观念市场”或“思想市场”^①，“意见市场”的相关表述最早由美国联邦最高法院大法官奥利佛·温德尔·霍姆斯（Oliver Wendell Holmes, Jr.）提出，他于1919年在“艾布拉姆斯诉合众国”^②一案的异议意见中指出：“达到最高善的最好办法是让意见自由交易，检验真理的最好办法是思想的力量在市场竞争中胜出。”霍姆斯所使用的表述是“free trade in ideas”和“competition of the market”，他只谈到了“观点的自由交流”，并未提出“意见市场”一词。最早提出“意见市场”一词的是另一位大法官威廉姆·道格拉斯（William O. Douglas），1953年，他在“合众国诉拉姆雷”^③一案的协同意见中提到“出版者在意见市场中争取人们的想法”，此处他使用的词汇是“market place of ideas”，但此时他将“market”与“place”作为两个单词使用。将两词合二为一的是大法官小威廉·约瑟夫·布伦南（William Joseph Brennan, Jr.），在1965年的“拉蒙特诉邮政局长”^④一案中，他主笔的多数意见认为：“如果有意愿的接受者不能自由接受和思考，那么观点的传播将无法实现。这将是一个只有卖家没有买家的贫瘠的意见市场。”他使用了“marketplace of ideas”一词，至此，“意见市场”成为美国联邦最高法院的判决的一项共识。

“意见市场”理论的思想源头可追溯至英国思想家、诗人约翰·密尔顿

① Marketplace of ideas，本书通译为意见市场，若引文中译为思想市场或观念市场等，则保留原译法。

② Abrams v. United States—250 U. S. 616 (1919)

③ United States v. Rumely—345 U. S. 41 (1953)，在该案中，拉姆雷从事销售政治性书籍，国会要求其提供书单。最高法院判定国会无权要求拉姆雷提供书单。

④ Lamont v. Postmaster General—381 U. S. 301 (1965)，在该案中，联邦政府根据有关规定要求邮局留置共产主义宣传邮件，最高法院认为这一规定违宪。

(John Milton) 发表与 1644 年的小册子《阿留帕几底卡：论出版自由》(Areopagitica: For the Liberty of Unlicensed Printing)^①，后被英国哲学家、经济学家约翰·斯图亚特·密尔 (John Stuart Mill)^② 在《论自由》一书中予以发展。波斯纳 (Richard Allen Posner) 认为，研究言论自由有两条进路，一条是工具性进路。“在这一进路中，自由仅在于它促进诸如政治稳定、经济繁荣以及个人幸福等特定目标的范围内才受到重视。”另一条是道德进路，在这一进路下，人们追求自我价值的实现，“他们既应有权表达他们自己的思想和观点，又应有权接受那些可能便利他们实现自己作为自由、理性的选择者之潜能的任何思想和观点”。约翰·密尔在《论自由》中将这两条进路融合在了一起，即“思想和表达自由不仅对于产生真实、有用的思想是必要的，而且对于使个人能够为发展潜能而发展其全部潜能也是必要的”。

“意见市场”是基于“市场”的一个隐喻 (metaphor)，“该隐喻描述了这样一种状况，人们在其中自由地言论并交换观点”。基于“市场”的概念，本书将“意见市场”界定为：人们自由传播信息、发表意见、交换观点的场所或机制。而网络“意见市场”是“意见市场”在网络时代的新发展，指基于互联网平台的“意见市场”。与传统“意见市场”相比，网络“意见市场”的表现形式更加丰富多样，公民个人获得了充分的言论自由。

网络“意见市场”的本质与传统“意见市场”相同，都属于公共领域，所不同的只是空间的转换，即从现实空间转换到了网络虚拟空间。在网络虚拟空间中，由于渠道不再稀缺、“把关人”机制弱化和匿名性的存在，个人的意见表达呈现“众声喧哗”的状态，观点的自由竞争演变为言论的自由放任，网络“意见市场”不可避免地出现了“失灵”，其中最为典型的便是“低价值言论”的负外部性。将言论分为“高价值言论”和“低价值言论”是美国司法实践中的一种划分方法，称之为“双阶理论”，一般而言，高价

① 阿留帕几底卡是希腊大演说家伊索克拉底斯的一篇演说，内容是呼吁雅典人恢复旧民主制和阿留波阁（即元老院）来反抗马其顿人。密尔顿借用其名。

② John Stuart Mill 在中文中有两种译法，在《论自由》一书中译约翰·斯图亚特·密尔，在《政治经济学原理》中译约翰·斯图亚特·穆勒。本书取约翰·斯图亚特·密尔的译法，但如果直接引文中使用的是穆勒时，则遵照原译法。

值言论主要包括政治性言论，还包括文化、艺术、教育、宗教等言论，应受到国家最严格的保护。“低价值言论”包括诽谤、仇恨、淫秽色情等言论，国家对其保障程度较低。

第二节 为什么要研究网络“意见市场”？

一、网络“意见市场”的繁荣

网络“意见市场”繁荣的第一个表现就是网络意见表达平台的增多。若从1995年《神州学人》杂志接通网络算起，网络媒体（网络内容提供网站）在中国已有二十多年时间，其间，网络媒体从少到多，网络内容服务从提供新闻信息到提供意见表达平台，个人化的意见表达平台越来越多，从网络论坛到网络聊天室（包括即时通讯聊天群）、从博客到微博、从微信到新闻客户端，特别是2010年以来，移动互联网逐渐融入人们的日常生活，以手机等手持终端为平台的媒介应用层出不穷，微信公众号、“每日头条”号等自媒体崛起，个人表达平台实现随身化、全时化，这些表达平台赋予个人言论表达以“积极自由”，譬如微博，既提供了个人意见表达平台，又通过140字的内容限制，使草根获得了与精英同样的表达能力，这导致网络“意见市场”呈现一片“众声喧哗”的繁荣景象。

网络“意见市场”的繁荣的第二个表现是网络意见表达主体数量的大幅增长。互联网进入中国的初期，具备上网条件和上网能力的人数极少，拥有电脑或能够上网几乎是一种身份的象征。此后，经过二十余年的发展，电脑和网络逐渐从社会上层向下层扩散，拥有电脑和具备上网能力的人越来越多。特别是移动互联网的兴起，赋予了没有电脑的人通过手机上网的条件，中国的网民人数迅速增多。在互联网时代的许多应用，在移动互联网完全可以兼容，比如，具有代表性的网络“意见市场”表现形式——微博，在兴起之初就兼具通过电脑和手机终端发表的功能。在原先以电脑为终端的时代，网民往往被局限在办公室、家里等固定地点，个人获取信息、表达意见的时间有限。但在移动互联网时代，网络“意见市场”在时间和空间中延展，互联网成为空气、水一样的、伴随性的媒介环境，网民随时随地可以上网发表

意见,手机等媒介终端成为网民须臾不可离身的必备工具。

二、网络公民社会的崛起

随着越来越多的中国人将大量的时间耗费在网络上,网络世界中的网民对现实世界中公民的代表性越来越强。网民演化为“网络公民”,许多网民频频通过网络“意见市场”发表意见、表达思想,中国的网络公民社会开始兴起。在中国这样一个传统媒体受限制较多的国家,网络成了一个相对较为自由的表达空间。具有批判精神的网民将网络空间作为一个政治参与的场所,表达自己的意见,并通过频繁交流、互动形成网络舆论,直接影响到政府等公共部门的决策。尤其是微博、微信等新兴媒介应用为网民打开了言路,而基于手机等手持终端的移动互联网又将网络普及到中下阶层,这点燃了网民通过网络发表意见的热情,网络问政、网络反腐成为近年来的热门话题,为回应高涨的网民意见表达热情,政府、法院、检察院等公共部门设立了众多的政务微博、微信等新媒体,进一步推动了网络公民社会的崛起。

2010年以来,公民在网络中进行政治参与,影响甚至改变了众多热点事件的发展方向。如,浙江乐清钱云会命案、河北保定“我爸是李刚”事件、陕西西安药家鑫撞人杀人案、炫富女郭美美事件、温州动车追尾脱轨事故、重庆李庄案、广东乌坎事件、重庆王立军事件等都在网络“意见市场”引起了广泛的讨论。以对中国红十字会几乎造成灭顶之灾的郭美美炫富事件为例,2011年6月20日,一位名叫“郭美美 Baby”的网友在微博上公然炫耀其奢华生活,其认证身份是“中国红十字会商业总经理”,郭美美在微博的炫富行为引起了个别网民的注意,网民又借助网络(尤其是微博这一平台)将事件迅速传播,形成一个接一个的强大舆论波。6月22日中国红十字会称“郭美美”与红十字会无关,与此同时新浪微博管理人员出来道歉,承认郭美美实名认证有误。此后几年,关于郭美美事件的真相扑朔迷离,各种传言满天飞,尽管中国红十字会早已撇清关系,但此事件还是引发了公众对“中国红十字会”持续不断的信任危机,“中国红十字会”的形象滑坡,事业大受影响,五年后的今天依然没有彻底走出困境。

在郭美美事件中,网民通过意见表达实现了间接的政治参与。当网民最初在微博中指向郭美美的炫富行为时,还只是一种舆论监督。随后,网民抓

住“中国红十字商会经理”这个头衔，进一步对“中国红十字会”提出质疑，网络“意见市场”的言论互动与融合造成强大的舆论，在网络舆论压力下，国家审计署于6月27日披露了“中国红十字会总会”在2010年预算执行和其他财政收支中出现的5个问题，这推动了中国红十字会乃至其他慈善组织的整改，网络“意见市场”的舆论监督功能升华为政治参与功能，网民也由此升华为“网络公民”。郭美美事件起源于微博，但其影响超越了微博、超越了网络。在关于这一事件的舆论形成过程中，网络“意见市场”与传统“意见市场”相互设置议程，从而对现实产生了巨大的影响。可以说，中国的网络“意见市场”对于中国的民主化进程具有不可估量的意义，因此对其进行规范，保障网络“意见市场”的健康、有序运行是非常必要的。

三、网络言论自由的滥用

言论自由是宪法赋予公民的一项基本权利。与线下传统社会相比，网络“意见市场”使公民获得了更充分的言论自由权，但正如硬币的两面，由于网络从一开始就是崇尚自由主义的，各国对于网络言论的管理都较为滞后，这导致网络“意见市场”中的言论自由是一种“放任主义”的自由，因而出现了许多负面后果：一方面是网络水军、网络打手等被操纵的个体在网络“意见市场”兴风作浪，为了某些政治或经济目的，制造虚假舆论。如以“秦火火”（真名秦志晖）为代表的网络推手，为了经济利益，组织“网络水军”，长期在网上制造谣言；另一方面是非理性的意见表达者在网络“意见市场”发表诸如仇恨、诽谤等“低价值言论”，如活跃在微博、百度贴吧、新闻跟帖评论中的各类网络“喷子”，往往不辨真相，随口乱喷。许多地域喷子无论在哪类新闻下跟帖都可以“歪楼”针对河南人的地域攻击。上述这类言论都对网络“意见市场”的正常有序运行造成破坏，导致网络“意见市场”失灵。比如微博、微信等新兴自媒体，作为当下最为热门的两大网络“意见市场”表达平台，便深受谣言这一“低价值言论”的困扰。为此，有人甚至分析了谣言的病理并开出了药方。从经济学的角度看，谣言具有负外部性，发布谣言的人（或组织）侵害了其他人（或组织）的合法权益，使其支付了不该承担的“成本”，包括名誉损害、精神痛苦、甚至经济损失等。但在没有规制的情况下，造谣者却无须承担任何责任，这是一种典型的网络

“意见市场”失灵现象，仅靠网络“意见市场”本身自净机制根本无法解决这一失灵。如何对网络“意见市场”进行规制而又不至于对网民的言论自由造成相对剥夺，这是一个棘手的问题。

具体而言，本书关心的问题有如下几个：第一，“因特网的出现以及个体与之接近的相对便捷是否意味着霍尔姆斯^①想象中的‘思想市场’成为了现实？”（吉尔摩等，2002）第二，网络“意见市场”是否也存在商品市场才有的市场失灵（market failure）现象？对于这种现象，应如何对其进行规制（regulate）？第三，对网络“意见市场”的规制是否会影响到“观点的自由竞争”？如何在意见表达的“自由”与“规制”之间寻求平衡？

第三节 核心概念界定

一、市场、“意见市场”与网络“意见市场”

如前所述，网络“意见市场”是指以互联网为平台的“意见市场”，具体表现为互联网络所提供的信息传播、意见表达或思想交流的场所或机制，这一概念借用经济学意义上的“市场”概念来研究网络空间中的言论自由问题。波斯纳（2003）认为研究言论自由有两条进路：道德进路和工具性进路。道德进路把一种内在价值加于言论之上，因而“就像其他道德理论一样绵软（spongy）和武断”，这一进路“不能解决自由言论问题，就像神学不能解决在第一修正案的宗教条款下产生的争论一样”。而工具性进路则是充满实践的，能够解决实际问题，这一进路虽然“不是第一修正案所要求的，但它却具有一个值得尊敬的宪法家谱”（波斯纳，2003），即霍姆斯所开创的“意见市场”的实践思想传统。在美国联邦最高法院大法官霍姆斯提出“意见市场”后，这一思想长期在美国联邦最高法院保护言论自由的判决中占有举足轻重的位置。王四新指出：“与市场有关的形象化比喻（如‘观念的竞争’、‘充满活力的争论的价值’）遍及法院的司法判决并为法院确立的宪法

^① 即美国联邦最高法院大法官 Holmes，本书通译霍姆斯，若直接引文中译为霍尔姆斯，则保持原译法。

第一修正案标准提供合理化的论证。”

波斯纳指出，霍姆斯在“艾姆拉姆斯诉合众国”一案的“异议意见中所用到的言论自由的市场暗喻，显示出用明确的经济学术语重构工具行进路的可能性”。在波斯纳看来，霍姆斯在“申克诉合众国”^①一案中讨论了言论自由的成本问题，即某些言论所可能产生的“明确而即刻的危险”，而在“艾布拉姆斯诉合众国”一案中则讨论了言论自由的收益问题，即获得真理，达到最高善。正好可以构建一个“成本——收益”分析框架。

既然这一概念以“市场”为隐喻，本书就先从“市场”说起。市场是一个经济学概念，萨缪尔森（Paul A. Samuelson）与诺德豪斯（William D. Nordhaus）认为，“市场是买者与卖者面对面地进行交易的实实在在的场所”，人们在这里汇聚并交换劳动产品，如中国古代人们常在井边交易，市场被称为市井，井边就是商品交换的场所。商品交换的场所随时代发展而有变迁，如今市场被搬到了互联网上，淘宝网、京东商城等购物网站的兴起即是明证。麦克米兰认为：“网络可以快速而廉价地把世界上任何地方的人们连接起来，让那些没有办法见面的买者和卖者进行交换，这在根本上改变了市场的形态。”但无论场所怎样变迁，其本质没变，即一种商品交换机制。早期的市场，商品交换的品种很少，交换关系简单，市场的作用就是为交换提供场所。在现今的市场上，由于商品种类极大丰富，交换关系极为复杂，市场不再只是商品交换的场所，而演变为一种商品交换机制。萨缪尔森等人将其称为“一种买者和卖者决定价格并交换物品或劳务的机制”。

借用市场概念，“意见市场”就是信息传播、意见表达或观点交换的场所或机制，在本质上，它是一个公共论坛，其表现形式包括了原始议事会、民间议论场、沙龙、咖啡馆等依赖物理空间的讨论，包括了传单、小册子、张贴品等基于印刷物的个人表达渠道，也包括了报刊、广播、电视等传统大众传播媒体。互联网时代，传统公共论坛从乡校、街道、公园等场所转移到了网络空间，它又表现为网络论坛、新闻跟帖评论、博客、微博、微信等各种新形式。

商品市场和“意见市场”的共通之处在于“交换”，前者是以货币为中

^① Schenk v. United States—249 U. S. 47 (1919)