

Mc  
Graw  
Hill

中文 版

新闻与传播学经典教材系列

# 大众传媒法

第十三版

[美] 唐·R·彭伯 著

张金玺 赵刚 译


展江 校

# MASS MEDIA LAW

13th edition

DON R. PEMBER

Mc  
Graw  
Hill

 中国人民大学出版社

D971.221

4

新闻与传播学译丛·国外经典教材系列

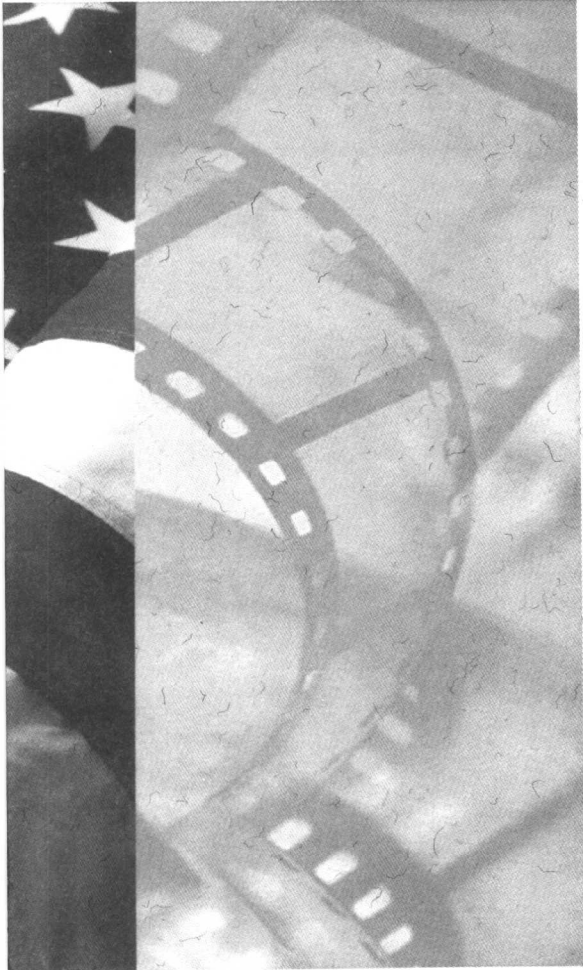
# 大众传媒法

第十三版

[美] 唐·R·彭伯 著

张金玺 赵刚 译

展江 校




北方工业大学图书馆



00593006

RBR50 107

 中国人民大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

大众传媒法: 第十三版/ (美) 彭伯著; 张金玺, 赵刚译.

北京: 中国人民大学出版社, 2005

(新闻与传播学译丛·国外经典教材系列)

ISBN 7-300-06519-8

I. 大…

II. ①彭… ②张… ③赵…

III. 大众传播-法律-研究-美国-教材

IV. D971.221

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 054310 号

新闻与传播学译丛·国外经典教材系列

大众传媒法

第十三版

[美] 唐·R·彭伯 著

张金玺 赵刚 译

展江 校

---

出版发行	中国人民大学出版社	
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码 100080
电 话	010-62511242 (总编室)	010-62511239 (出版部)
	010-82501766 (邮购部)	010-62514148 (门市部)
	010-62515195 (发行公司)	010-62515275 (盗版举报)
网 址	<a href="http://www.crup.com.cn">http://www.crup.com.cn</a>	
	<a href="http://www.ttrnet.com">http://www.ttrnet.com</a> (人大教研网)	
经 销	新华书店	
印 刷	河北涿州星河印刷有限公司	
开 本	787×1000 毫米 1/16	版 次 2005 年 7 月第 1 版
印 张	40.5 插页 2	印 次 2005 年 7 月第 1 次印刷
字 数	854 000	定 价 65.00 元

---

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

# “新闻与传播学译丛·国外经典教材系列” 出版说明

“新闻与传播学译丛·国外经典教材系列”丛书，精选了欧美著名的新闻传播学院长期使用的经典教材，其中大部分教材都经过多次修订、再版，不断更新，滋养了几代学人，影响极大。因此，本套丛书在最大程度上体现了现代新闻与传播学教育的权威性、全面性、时代性以及前沿性。

在我们生活于其中的这个“地球村”，信息传播技术飞速发展，日新月异，传媒在人们的社会生活中已经并将继续占据极其重要的地位。中国新闻与传播业在技术层面上用极短的时间走完了西方几近成熟的新闻传播界上百年走过的路程。然而，中国的新闻与传播学教育和研究仍然存在诸多盲点。要建立世界一流的大学，不仅在硬件上要与国际接轨，而且在软件、教育上与国际接轨，也已成为我们迫切的时代任务。

有鉴于此，本套丛书书目与我国新闻与传播学院系所开设的必修课、选修课相配套，特别适合新闻与传播学院系教学使用。如传播学引进了《大众传播效果研究的里程碑》、新闻采访学引进了《创造性的采访》、《全能记者必备》，编辑学引进了《编辑的艺术》等等。

本套丛书最大的特点就是具有极大的可操作性。不仅具备逻辑严密、深入浅出的理论表述、论证，还列举了大量案例、图片、图表，对理论的学习和实践的指导非常详尽、具体、可行。其中多数教材还在章后附有关键词、思考题、练习题、相关参考资料等，便于读者的巩固和提高。因此，本丛书也适用于新闻从业人员的培训和进修。

为了满足广大新闻与传播学师生阅读原汁原味的国外经典教材的迫切愿望，中国人民大学出版社还选取了丛书中最重要和最常用的几种进行原文影印，收入“新闻传播学英文原版教材系列”中，读者可以相互对照阅读，相信收获会更多。

中国人民大学出版社

## 代序

唐·R·彭伯 (Don R. Pember) 博士是美国著名的新闻学者和传媒法学者，现任华盛顿大学传播学院新闻学教授。这本《大众传媒法》是他的代表性著作，也是美国诸多的传媒法，传播法论著、教材中较有影响和较流行的一种，现在中译本所依据的2003/2004版是第十三版，我从互联网上获悉，该书的第十四版即2005/2006版亦已于2004年4月问世。

唐·R·彭伯博士出生并成长于密歇根州，在密歇根州立大学获得新闻学学士学位。在进入研究生学院之前，他在密歇根州的周报和日报做过记者和编辑。之后，他在密歇根州立大学取得新闻学硕士学位，在威斯康星州大学获得大众传播法的博士学位。自1969年起，彭伯在华盛顿大学传播学院任教。1972年，他出版《隐私和新闻：法律、大众媒介和宪法〈第一修正案〉》，以此为起点，发表了大量论作，涉及关

于大众传媒法的各种话题。他在20世纪80年代先后出版的《大众媒介史》、《美国的大众媒介》等专著，至今仍是美国大学新闻传播专业的教学用书。在此期间，他担任过两届华盛顿大学传播学院院长。多年来，他还为美国一些州和地区的委员会服务，主要关注隐私权、新闻自由和公平审判、获取信息等方面的问题。由于他的学术成就和对社会的贡献，他曾获得华盛顿大学的杰出教学奖（Distinguished Teaching Award），专业新闻工作者社会公共服务奖（the Society of Professional Journalists' Public Service Award）。此外，他还是西雅图KCTS电视台的媒体评论家。

众所周知，美国不像法国或者如今的俄国，有成文的新闻法或大众传媒法，但是人们公认美国有较为完备的媒介法制。正如作者在本书开头阐明的那样，美国传媒法来自普通法、衡平法、宪法、成文法等诸多渊源，而它的核心，便是美国众多媒介工作者和媒介学者引以自豪的美国宪法《第一修正案》。全书正是以宪法《第一修正案》为主线，全面展示了200多年来，特别是20世纪以来，宪法《第一修正案》对公民言论和新闻自由、对大众传媒和大众传播活动给予的保障，成为公民和大众传播媒介抗衡公共权力的基本力量源泉。诸如1964年“《纽约时报》诉沙利文案”、1971年《纽约时报》和《华盛顿邮报》诉美国政府案等在美国大众传播史上以至对整个西方大众传播界具有深远影响的判例，本书都从史实和法理上给以完整的阐述。直至新旧世纪之交，美国联邦最高法院先后判决《传播纯洁法》（Communication Decency Act）<sup>①</sup>和《儿童网络保护法》（Child Online Protection Act）违宪，书中也对相关争议和法官判决的理据作了详细的介绍。书中的这些内容使人们信服地看到，在美国，宪法《第一修正案》确实是公民的言论和新闻自由以及大众传播媒介的最高护法。

当然，宪法《第一修正案》只是美国宪法的一项条文，在贯彻和捍卫的过程中，它不能不同美国其他的法律和法治原则发生冲突。作者在书中正是通过全面展开这些冲突，揭示了当局在不同时间、不同场合针对不同问题所采取的各种对策，从而阐明了美国传媒法的有关原则。本书告诉我们，宪法《第一修正案》从诞生之时起，就屡次受到国家的挑战，从18世纪末的《外侨法》和《反煽动法》，到第一次世界大战期间的《反煽动法》，到第二次世界大战后的《史密斯法》，一直到新旧世纪之交的美国在海湾战争、反恐战争等等中对媒介所采取的措施以及在21世纪初通过的《爱国者法》（Patriot Act），都表现了在不同历史时期国家出于安全和利益的需要对言论和新闻自由施加的限制。虽然美国是“知情权”概念的发源地，并且在学理上人们公认知情权应该蕴涵于宪法《第一修正案》之中，书中也对美国《信息自由法》的内容以及半个世纪以来对于公民知情权和大众传播活动的保障作了充分的论述，但是作者同时指出，直至如今，美国司法当局仍然小心翼翼地回避宪法《第一修正案》同新闻记者采访权的关系，不采纳记者由于采访活动受到起诉时以宪法《第一修正案》作为抗辩的理据。关于宪法《第一修正案》同《第六修正案》（在这一条规定了公民有接受公

<sup>①</sup> 本书其他章节译为《传播庄重法》。

开和公正审判的权利)的冲突,在美国可以说已是一项古老的话题。本书除了回顾历史上和近期的著名个案外,还就近年摄像机进入法庭引发的争议作了详细的介绍。至于在私法方面,作者虽然充分肯定沙利文案的意义,但是他并没有像有些作者声称的那样认为媒介从此可以免于诽谤指控的威胁,他在书中列举事实说明,自20世纪80年代以来媒介被控诽谤的案件仍有增长的趋势,而且有些当事人为了规避沙利文案原则的约束,转而对媒介或作者采取诸如侵犯私隐、背信(breach of confidence)等其他诉因。作者还警告记者,使用暗藏的照相机和麦克风非常容易遭受侵犯私隐的指控并且往往败诉。书中这些内容同样给人以深刻启示。言论和新闻自由是一项权利,同时又是指一种制度。或者说,任何权利只有在一定的制度中才能得到实施和保护,这样它就不能不接受制度的约束。而制度不可能一劳永逸。美国宪法《第一修正案》仅仅是确认了一项权利(其实还有其他两项),而言论和新闻自由作为一种制度还是要处于不断调整和变革之中。美国的法治传统,使得司法当局在不同的境况中、在不同的权益之间可以全面地权衡利弊,做出最符合社会和国家的整体利益和长远利益的决策,用以规范整个大众传播活动,这也许是美国言论和新闻自由制度的活力所在。

彭伯博士是一位资深的严谨治学的学者。这本书经过多次锤炼,资料十分翔实丰富。全书的风格,我想用中国两千多年前伟大学者孔子的格言“述而不作”来形容应该是恰当的。可以说,全书是作者别具匠心地将为数众多的判例、判词和法条编织而成的,人们可以从中原原汁原味地了解美国大众传媒法从宏观到微观的各项原则。作者当然有自己的见解和倾向,可以看出,他代表了美国当今主流的大众传播理念、主流的法律文化。但是他并没有在书中长篇大论地宣传自己的主张,或者说,他并未试图强制他的读者接受他本人的意见。读者完全可以根据书中提供的资料得出自己的见解,见仁见智。不过,在通常情况下,人们会顺从作者渗透在书中的观念,这正是他的高超所在。

中美两国都是媒介大国。两国社会制度和文化背景的差异,造成两国的大众传媒法也存在着质的区别,这是不可忽略的。随着中国的改革开放,中美两国文化和媒介交流的发展,越来越多的中国媒介工作者和研究者需要了解美国的传媒法和媒介制度,本书可以满足这方面的需要。我还知道,也有越来越多的美国媒介工作者和研究者需要系统了解中国的传媒法和媒介制度,预期在不久的将来,中国的相关情况也会为众多的美国和西方人士所了解。

展江博士组织了对这本书的翻译。我很抱歉不认识具体承担这本书翻译工作的两位译者,但我高兴地发现他们创作了一件很不错的演绎作品。就我的阅读范围而言,在中国(包括台湾地区)所翻译出版的外国传媒法著作中,这一本表达最为精确,语言也十分明白流畅。在本书出版之际,展江博士要我写几句话,我谨借此机会向展江和他的同事表示祝贺和感谢。

魏永征

2004年7月27日于上海悉尼阳光

## 译 序

### 法律维度下的新闻自由

1735年8月4日，当安德鲁·汉密尔顿律师在法庭上为纽约的报纸发行人约翰·彼得·曾格大声辩护说：“它是最重要的事，它是自由的事……大自然和我们国家的法律赋予我们应有的权利：自由——就是把事实真相说出来和写下来，用以揭露和反抗专断权力的自由”<sup>①</sup>时，他可能没有意识到，自己的疾呼不仅吹响了北美殖民地争取新闻自由号角宏亮的第一声，而且让美国新闻媒介与法律结下了不解之缘。

两百年来，为美国新闻媒介提供安全避风港的是法律，给新闻媒介套上枷锁脚镣的也是法律。通过美国法院做出的一个个判例，新闻自由在美国不再是一个抽象的概念而变成一种清晰可辨的现实，从而

<sup>①</sup> [美] 埃德温·埃默里、迈克尔·埃默里、南希·罗伯茨：《美国新闻史》，第九版，展江译，48页，北京，中国人民大学出版社，2004。



给人类社会创造了一份宝贵的文化成果。作为英美自由至上主义新闻观念和法律思想结晶的美国传媒法，尽管有其独特性，但仍可以给已然确立依法治国国策的当下中国以某种启迪。

## 一、自由与法治——美国传媒法的语境

德国哲学家莱布尼茨说，世界上没有两片完全相同的树叶。这句话同样适用于传媒法，我们可以用一个简单的假设来说明不同国家和地区之间的传媒法存在的巨大差异：

今天，如果一位美国人在纽约时报广场散发传单，鼓吹暴力推翻政府，按照美国法律，他可能是在合法地行使自己的言论自由权利；但是在中国，同样的行为无疑触犯了刑法，会被判处危害国家安全罪。与之相反，在街头散发商业小广告在中国是司空见惯、被认为是无关痛痒的小事；但是在美国，这个问题却被当作一个涉及言论自由权利的宪法问题，并引起激烈而严肃的辩论。

同样的言论表达行为一日发生在不同的国家、不同的法律环境、不同的社会文化背景之中，竟然导致如此迥然不同的结果。这充分说明，一个国家的传媒法是多么根深蒂固地与本国特有的政治、经济、文化传统与现实联系在一起。因此，考察美国传媒法一定不能脱离美国的历史与现实，尤其是美国新闻媒介的传统与精神。那么，美国的历史与现实为传媒法提供了一块什么样的土壤呢？

从1607年第一批殖民者抵达北美洲到1776年美国宣布独立，一批又一批欧洲殖民者远涉重洋，历经艰难，登上后来成为美利坚合众国的这块土地。伴随殖民者到来的除了人员、技术之外，还有来自各自母国的自治意识、契约精神、法治意识、宗教信仰等现代社会成长须臾不可缺少的精神力量。多种文化在这块实验场上冲撞与融合，从而锤炼出了一种崭新的价值观社会制度。“美国人绝大多数是移居美国的欧洲人。他们的文化是汲取20多个不同国家的文化成分，经过一种奇妙的混合而构成的，这些成分长期和新的环境接触，又发生了种种变化。”<sup>①</sup>这个过程直到今天仍然在继续，美国社会学者罗宾·威廉斯把美国的社会价值观归纳为：

- 个人成就
- 工作
- 道德关怀和人道主义
- 效率和实用主义
- 平等
- 自由

<sup>①</sup> [美] 纳尔逊·曼弗雷德·布莱克：《美国社会生活与思想史》，5页，北京，商务印书馆，1994。

### ● 民族主义与爱国主义<sup>①</sup>

在上述价值观中，与传媒法关系尤其紧密的“占据了最重要的位置”<sup>②</sup>的是自由。美国人有多么看重自由呢？如果你问美国人以拥有什么最为骄傲，大多数人会回答“自由”。因此，美国历史学家埃里克·方纳说：“无论作为个人还是一个民族，在美国人的自我感觉和意识中，没有任何其他的概念比自由更为至关重要。”<sup>③</sup>甚至有美国人表示，当一个美国人的意义就在于拥有自由。尽管自由的具体含义是什么众说纷纭，但是从弥尔顿称出版自由“是一切伟大智慧的乳母”<sup>④</sup>，到美国开国元勋托马斯·杰斐逊说“离开了对新闻出版自由的保障，就无其他自由的保障可言”<sup>⑤</sup>，到富兰克林·罗斯福将“发表言论和表达意见的自由”当作“四项人类基本自由”之一，我们可以清楚地看出，言论自由或新闻自由是美国人信奉的自由的一个基本内容，它就像血液一样深深地融入到美国社会的肌体里面，成为维系美国社会正常运转的不可或缺的精神纽带与支柱。正是由于新闻自由在美国社会中的这种基石地位，一贯标榜自由的践行者和捍卫者的美国人才能那么珍视它，争取它，捍卫它，并且把这种珍视与捍卫贯彻到了关于媒介的立法与司法实践中，从而使美国传媒法带有浓厚的自由至上主义色彩。

美国社会另一种与传媒法息息相关的传统是美国人对法律的依赖。早在170多年前访问美国的法国学者托克维尔已经认识到这一点。他说，美国人“以一种爱父母的情感对待现行法律”<sup>⑥</sup>。美国著名的历史学家亨利·斯蒂尔·康马杰用一种描述的手法再现了法律在美国社会生活中的重要作用：

尽管美国人表面上轻浮傲慢，不尊重法律，而且总是不相信律师，但实际上是尊崇法治的。他们引以为傲的是，美国人在法律面前人人平等，任何人，哪怕是最高级的官员都不能免受法律的管制。只有在他们国家，宪法才是至高无上的法律……尽管美国人无所顾忌地用一些粗俗下流的话批评总统或国会，但他们很少能容忍对最高法院提出批评。<sup>⑦</sup>

法律在美国社会中的这种至高无上的地位来自于美国人深信的“社会契约论”。该理论认为，虽然人人具有“天赋人权”，但是这种“自然状态”存在许多缺陷。为了克服弊端，人们只能相互订立契约，放弃自己享有的部分“自然权利”，组成必要的机构管理社会，于是作为“必要的邪恶”的政府出现了。在这里，“实际上就是通

① [美] 戴维·波普诺：《社会学》，李强等译，82~83页，北京，中国人民大学出版社，1999。

② [英] 约翰·弥尔顿：《论出版自由》，44页，北京，商务印书馆，1996。

③ <http://www.jingqi.com/book/CE6C82A0/AB1C/4BDC/A819/F0F192E2AEA2.html>

④ [英] 约翰·弥尔顿：《论出版自由》，44页，北京，商务印书馆，1996。

⑤ <http://www.gongfa.com/wangzjianlunziyouxifang.html>

⑥ [法] 托克维尔：《论美国的民主》（上），275~276页，北京，商务印书馆，1996。

⑦ [美] 亨利·斯蒂尔·康马杰：《美国精神》，25页，北京，光明日报出版社，1988。

过制定法律，对自由作出规定，把个人的自然权力交给专门机关统一来行使”<sup>①</sup>，因此政府的权力来自人民，途径是法律赋予，它必须和人民一样受到法律的限制。

美国的开国元勋者们一方面深受上述“社会契约论”思想的影响，一方面亲身经历了英国政府专制权力对殖民地的压迫。所以他们在此后的建国活动中，把法治思想付诸实践，把美国建设成一个法治国家。首先，法律在美国具有最高权威，一切社会关系都受到法律的制约，而不是由当政者的个人意志左右。其次，由此推出，长期法治实践使美国人习惯用法律来调整、规范与解决社会生活的任何关系与问题。本书作者唐·R·彭伯写道：“可能没有哪个国家与法律的联系能比美国更加密切。18世纪70年代独立革命爆发之始，我们就努力证实自己脱离母国的合法性。到了21世纪，这个国家的公民试图通过法律程序来解决道德问题、政治问题、社会问题和环境问题。其间的200多年，美国人民对法律表现出非凡的信任。即使手头只有法院判例的资料，人们也能据此写出一部精确得令人吃惊的历史。”<sup>②</sup>具体到在对新闻自由、公民言论自由等进行制度安排，以及解决媒介与其他社会主体之间的争议时，美国人首先想到的是付诸法律，而不是其他途径。

在这里，我们有必要认识一下美国人对自由与法律关系的理解。在美国人看来，包括新闻自由在内的所有自由“并非人人爱怎样就可怎样的那种自由，（当其他任何人的—时高兴可以支配一个人的时候，谁能自由呢？）而是在他所受约束的法律许可范围内，随其所欲地处置或安排他的人身、行动、财富和他的全部财产的那种自由……”<sup>③</sup>换句话说，虽然自由是美国社会最尊崇的社会价值观与理念，但是它仍然受到法律的制约与规范。自由的具体含义是由法律来界定与解释的，不能离开法律来奢谈自由，“如果宗教的自由指的是对上帝的服从，那么‘世俗的自由’则意味着对法律的服从”<sup>④</sup>。美国社会选择主要用法律来界定媒介的权利与义务显然是上述思想的应有之义。

美国新闻媒介自身的发展历程及其在这个过程中形成的传统同样是影响美国传媒法发展的一个重要因素。美国新闻媒介的历史比美国本身的历史还悠久，美洲第一份报纸《国内外公共事件》于1690年创办时离美国建国还有近百年的时间。从那时到现在，美国新闻媒介经历了独立战争的烽火、政党报刊的黑暗、大众化报纸的煽情和当代媒介的集团化等等，本身也从单一的报刊发展到现在电台、电视台、互联网等众多媒介共存。尽管如此纷繁复杂，一些共同的脉络仍将美国媒介联结在一起，下面是美国学者归纳的一些最重要的特点：

美国新闻业是一个企业。

① 汪太贤：《西方法治主义的源与流》，305页，北京，法律出版社，2001。

② 见本书第1章。

③ [英]约翰·洛克：《政府论》，叶启芒、瞿菊农译，36页，北京，商务印书馆，1996。

④ <http://www.jingqi.com/book/CE6C82A0/AB1C/4BDC/A819/F0F192E2AEA2.html>

这一行业自视为公众信赖的代表。

美国新闻业基本上不受约束。

美国没有统一的新闻定义。

主流媒体一般置身意识形态之外。

美国媒体传统上以社区为基础。<sup>①</sup>

说到与法律的关系，我们认为美国新闻媒介的以下三个特点尤为重要：

第一，纵观整个美国新闻史，美国新闻媒介始终是新闻自由的最积极的争取者与最坚决的斗争者，“新闻的通路与国家一道成长”<sup>②</sup>。可以说，美国新闻媒介从诞生之日起便一直为争取新闻自由而斗争。美洲第一份报纸《国内外公共事件》出版第一期就因为事先未获允许和批评政府而遭到封禁。曾格被宣告无罪释放使美洲殖民地先于英国事实上打开了媒介批评政府的口子。历史学家伦纳德·利维（Leonard Levy）在其著作《自由报刊的诞生》中认为，当时“虽然来自法学家和议会的法律和司法政策建议非常严厉地控制报刊，事实上，新闻记者和其他发行人倾向于置法律于不顾，而且也没有受什么制裁”<sup>③</sup>。独立战争的一个直接导火索是殖民地人民反对英国政府以印花税压制言论自由与进行经济压榨。在此后的《外侨法》与《反煽动法》、五角大楼文件事件、越南战争报道、水门事件等新闻自由面临严重挑战的时刻，作为新闻自由直接享有者的新闻媒介始终站在斗争第一线，为争取和实践新闻自由作出了直接贡献。

第二，两百多年来，美国主流新闻媒介始终坚持政治独立、经济自立、报道中立的重要原则。在美国的政治哲学中，新闻媒介从来不属于政党与政府。但是由于早期报刊经济上依赖于政党的津贴，社会发展状况没有产生对新闻的大量需求，因此美国历史上曾经有相当长一段政党报刊时期。从19世纪30年代开始，以大众报纸的出现为标志，美国新闻媒介逐渐告别党派性，依靠商业经济发展的果实——大发行量与广告——实现了财政自立，由此逐渐提出客观、平衡、中立等报道理念，成为社会中独立的一级。《纽约时报》前编辑主任克利夫顿·丹尼尔说过：“新闻界人士应该坚持客观立场，站在政党政治之外，绝不能不可救药地奉献于任何一种事业或任何一个人。”<sup>④</sup>

第三，美国主流新闻媒介坚持扮演“第四权力”的角色，忠实发挥一个自由的新闻界在民主社会中应该发挥的作用。在一个自治的民主社会中，重要的公共问题由公民自己决定，而理性的选择依赖于公民获得确凿真实的信息，依赖于公民就相关问题

① <http://www.usembassy-china.org.cn/jiaoliu/jl02&0301/usnews.html>.

② [美] 伦纳德·小唐尼、罗伯特·凯泽：《美国人和他们的新闻》，党生翠等译，131页，北京，中信出版社，2003。

③ 见本书第1章。

④ [美] 盖·特立斯：《王国与权力》，57页，北京，北京出版社，2001。

进行自由而公开的讨论，而信息与讨论平台的提供者不是别人，正是新闻媒介。美国新闻人早已经认识并认同上述理想并将其贯彻到两百多年的新闻实践中。约瑟夫·普利策说：“倘若一个国家是一条航行在大海上的船，新闻记者就是站在船头的瞭望者。他要在一望无际的海面上观察一切，审视海上的不测风云和浅滩暗礁，及时发出警告。他不计较自身的成败荣辱和老板的喜怒盈亏，而是为信任他的人民服务。”<sup>①</sup>

上文所述美国新闻媒介的三个传统至少在两个方面与传媒法关系甚深：一方面，新闻媒介争取新闻自由的斗争往往是通过法律诉讼的途径进行的，最后结果常常以法律裁判的形式得以确认；另一方面，一般情况下，关于媒介的立法与司法实践特别尊重与肯定美国媒介的自由、独立与中立传统，充分保护与发挥媒介在民主社会自治过程中的重要作用。

## 二、妥协与原则——美国传媒法的特点

上文详细介绍了美国传媒法产生和发展的语境，尤其是自由、法治与美国新闻媒介传统这三个与传媒法关系最为密切的因素。那么美国传媒法究竟是如何调整媒介与社会其他主体的关系的？它能给刚刚决定走法治道路的中国以什么启示？今天，美国拥有全世界最为庞大发达的媒介，也号称享有全世界最大程度的新闻自由，从某种程度上我们也可以说，美国具有最为复杂的传媒法。这是因为美国采取普通法制度，它的媒介法主要是由两百多年来关于媒介的大量判决构成，不仅数量浩如烟海，而且内容显得零乱繁芜。同时，美国是联邦制国家，联邦与州各有其司法体系与法律体系，它们对同一问题的规定经常不一致甚至矛盾，这更增加了问题的复杂程度。所幸美国拥有一套公正高效的司法系统和良好的法治传统，尤其是在司法实践中，各个利益主体始终有序地进行“讨价还价”，在这种谈判的过程中，原来的媒介法原则和实践不断受到挑战，其内涵不断地被重新界定，新的原则和实践不断地被发展出来，以适应新的历史需要。总体而言，美国传媒法的以下五个方面尤其值得我们重视与借鉴：

### （一）美国传媒法是“活的”法律

我们知道，美国宪法《第一修正案》是保障美国新闻自由的最重要的法律条文，短短45个英文单词的条款自通过以来只字未变，却在两百多年里顺利地处理了美国社会关于新闻自由的所有重大争论。为什么呢？因为适用法律的法官们因时制宜，在一定范围内根据各自所处的历史时期的现实对法律作出了适应当时需要的解释。彭伯坦言：“我们的宪法历经210多年不衰，因为它具有某种程度的弹性。我们关于宪法涵义的最终裁判者美国最高法院帮助这部文件适应不断变化的时代。”<sup>②</sup> 美国传媒法

① <http://tech.sina.com.cn/other/2003-10-13/1558243308.html>.

② 见本书第2章。

对“言论自由”的涵义的界定便是这种历史性调整的最佳例子。

尽管言论自由是独立战争争取的目标之一，宪法《第一修正案》明确规定不得通过限制言论和出版自由的法律，但是美国在建国不到10年的时间便通过了和平时期的第一部反煽动法——1798年《外侨法》和《反煽动法》。该法禁止出版反对政府、国会和总统的错误的、诽谤性的和恶意的内容。当时约翰·亚当斯总统所属的联邦党与托马斯·杰斐逊所属的反联邦党正在进行激烈的辩论，加上担心法国大革命日益增长的暴力行为蔓延到美国，由联邦党人控制的国会和政府试图用该法压制批评意见。根据该法起诉的案件有15起，其中包括8家反联邦党报纸的主编。“这些法律不但没有禁绝不同意见，反而成功地在亚当斯总统的众多支持者中间激起了分歧……亚当斯在1800年竞选连任失败的主要原因是，公众不满意他试图封堵批评者的嘴。”<sup>①</sup>《反煽动法》于1801年到期，新上任的总统托马斯·杰斐逊赦免了所有根据该法被定罪的人。

到了第一次世界大战期间，《反间谍法》与《反煽动法》被通过，法律的矛头再一次对准发表不同政见和反对参战的人士。有近2000人根据这些法律被起诉，大约900人被定罪。美国邮政局还审查了数千份报纸、书籍和传单。“与我们历史上其他时期相比，在第一次世界大战期间，政府对表达自由的压制达到了一个前所未有的高度。”<sup>②</sup>更糟糕的是，美国政府对言论表达的压制没有随着欧洲战事的结束而结束，它依然怀疑数百万欧洲移民，并惊恐于社会主义和共产主义团体的有组织的政治活动。1940年，国会通过了美国第二部和平时期的反煽动法《史密斯法》，规定鼓吹暴力推翻政府、图谋鼓吹暴力推翻政府、成立鼓吹暴力推翻政府之组织或者加入鼓吹暴力推翻政府之组织属于犯罪。

这一时期的重要案件是“申克诉美国案”，正是在此案中，美国最高法院第一次认真思考，煽动罪起诉是否违反了宪法《第一修正案》。费城的社会党授权该党总书记查尔斯·申克发行15000份传单，抗议美国加入第一次世界大战。申克和该党其他成员被捕、受审，被判违反了《反间谍法》。此案一路上诉至最高法院，最高法院终审裁决说，这15000份看起来无伤大雅的传单对国会顺利进行这场战争的合法权利构成了真实的威胁。尽管最高法院的判决不利于保护言论自由，但是大法官奥利弗·温德尔·霍姆斯在判决意见所提出的“明显而现实的危险”原则却在今后始终左右着美国传媒法的走向：

但是每部法的特点决定于制定它时的环境……每个案件中的问题是，所使用的言论是否是在这些环境中发表，是否具有制造出一种明显而现实的危险的性质，以至于这些言论将会导致国会有关阻止的实质性恶果。这是一个接近与程度

① 见本书第49页。

② 见本书第50页。

的问题。<sup>①</sup>

必须看到，“明显而现实的危险”标准在当时还非常模糊且带有很强的主观随意性，很容易被利用来替压制表达自由的法律辩护。但是它毕竟开启了探索表达自由检验标准之先河，并且蕴涵着以下可贵理念：公民的表达自由不受政府的干涉，除非该言论给社会造成了相当程度的危害。8年之后，大法官路易斯·布兰代斯在《惠特尼诉加利福尼亚州案》中进一步丰富与细化了詹姆斯标准：

要证明压制自由言论的合理性，必须要有合理的理由担心，如果自由言论付诸实践，严重的罪恶将会发生。必须有合理的理由认为，这种被认定的危险是迫在眉睫的；……在某些方面，现有法律的谴责都可能增大违法的可能性。对违法行为的宽恕会加强这种可能性。<sup>②</sup>

但是，这个“即使是最热诚的民权自由主义者都能够接受”的检验标准没有为大多数法官所接受，表达自由在美国仍然受到反煽动法的压制。到了1957年《耶茨诉美国案》，大法官约翰·马歇尔·哈伦指出，有必要区分鼓吹武力推翻政府是作为一种抽象信念，还是鼓吹本身是武力推翻政府的一个具体行为。要给被告人定罪，政府必须证明，被告人的言论是旨在暴力推翻政府的一种实际行为，而不只是宣传一种观点。这个判决事实上宣告了《史密斯法》的死亡。“在此后的40多年里，对政见不同者而言，煽动罪已经不再是一个严重的威胁。没有出现一起针对反对越南战争的抗议者的煽动罪起诉。”最高法院最近一次审理的煽动法案是1969年《布兰登堡诉俄亥俄州案》，它再次明确表示：“宪法对言论自由与新闻自由的保障不允许任何州禁止公民鼓吹使用武力或鼓吹违法，除非这种鼓吹旨在煽动或制造迫在眉睫的非法行为，并有可能煽动或制造这类行为。”<sup>③</sup>自此，美国传媒法为那些鼓吹更换政府或者重新分配社会权力的人提供了一个非常安全的避风港。

9·11恐怖事件以后，在重大公共危机面前，美国言论自由再次面临着巨大的挑战与压力。有联邦检察官表示存在以煽动罪起诉的可能性，不少公民权利组织担心，作为应对恐怖主义而通过的《美国爱国者法》可能造成对言论自由的压制。不过，迄今为止还没有出现相关案件，历经200多年发展而成的表达自由含义至少暂时得到保存。

通过上述对美国反煽动法的回顾，我们可以从一个方面看出，貌似稳定的美国传媒法在处理每一个重大问题时，实际上充分考虑了当时社会对所讨论问题的普遍认识程度、对判决及其可能引发后果的承受能力以及居主导地位的思潮，不断地进行自我

① 见本书第53页。

② 见本书第55页。

③ 见本书第56页。

调整。这种调整不仅有微调，甚至还有根本性的转变。正是这样，美国传媒法才成为一部“活的法律”，比较成功地处理了新的历史条件下出现的问题。

## （二）美国传媒法是配置权利的法律

当美国法律确立了言论自由之后，一个新的问题是法律所无法回避的：社会中肯定不只有一种权利，这些权利的边界并不一定是完全明晰的，它们有交叉、有碰撞、有冲突，当言论权利与其他权利相遇时怎么办？我国法学学者朱苏力回答是：“随着社会生活的发展，人们的交往日益频繁，这种权利的相碰撞的可能性日益增加，我们事实上总是处在一种权利相互性的境地。由此，我们可以看出，仅仅一般地在法律文本上承认公民或法人有权利是远远不够的，因为所有这些被承认的权利在某种程度上或在某些时刻可能发生冲突。对法律活动来说，也许重要的不是承认权利，而在于如何恰当地配置权利，并因此给予恰当地救济。”<sup>①</sup>因此，传媒法的核心问题是，确定言论自由在权利体系之中的地位并给予其相应的待遇。那么，美国传媒法是如何来配置权利，或者说如何看待言论自由的重要性呢？

本书认为，在配置权利的过程中，美国法官们主要使用了5种重要的理论或策略。第一种是绝对主义者理论，它认为言论和新闻媒介受到绝对保护，不受来自政府的干涉，没有例外情况。该理论其实否认有其他权利与言论和出版自由相冲突。它极少有支持者，也从来没有被用于实践。第二种理论，即特别平衡理论，严格说来不是一种理论，而是一种策略。它承认言论和出版自由与其他权利经常相互冲突。但是法院不是按照一种普适的原则配置权利，而是基于每个案件的具体情况做出具体判断。这种“衡平式”权利配置方式导致了言论与新闻自由的不确定性，公民与媒介也会因为不知道什么是“可以的”与“不可以的”而最终选择放弃权利。

对美国传媒法影响最大的一种理论可能是优先地位平衡理论。该理论认为，言论与新闻自由对一个自由社会而言是至关重要的，它与其他权利相比较时居于优先地位，应当获得更多的保护。例如，美国法院始终判定，表达自由优先于没有受到《权利法案》明确保护的个人隐私权和名誉权。秉承此观点，美国法院在审判中往往推定媒介有理，要求政府证明其限制言论行为的合理性，从而使政府背上了沉重的举证责任。注意，该理论不认为言论自由优先于其他所有权利，表达自由并不是优于其他所有权利。比如在新闻自由与公正审判问题上，前者受到宪法《第一修正案》保护，后者受到宪法《第六修正案》庇护，美国法院没有简单地判决孰高孰低，而是采取种种措施，制定条条指导方针，力图在两者之间找到一个平衡点。从这个角度说，这种理论给法律问题的解决留下了一些悬念与空白。

从某种程度上说，米克尔约翰理论是优先地位平衡理论的一种补充和完善。20世纪40年代后期，法哲学家亚历山大·米克尔约翰提出，言论自由的主要价值在于

<sup>①</sup> 朱苏力：《〈秋菊打官司〉的官司、邱氏鼠药案和言论自由》，载《法学研究》，1996（3）。



它是建设成功的自治政府的一种手段。与自治过程相关的言论必须受到宪法《第一修正案》的绝对保护，没有政府可以干涉这种表达。与自治过程不相关的言论不受宪法《第一修正案》的绝对保护，必须由法院平衡它与其他权利和价值的冲突。该理论其实是回答了言论自由在什么时候应当给予优待，什么时候只是普通的权利。通过适用这种理论，美国媒介法成功地解决了媒介对公众人物特别是政府官员的批评与后者的名誉权和隐私权之间的矛盾，给言论和新闻自由划出了一个比较明确的范围。

近用理论（或译作“接近理论”）其实是针对美国大众媒介业集中垄断趋势而提出的，它认为每个公民都有权就重要的政府问题和其他事项发表言论，但是美国大众媒介所有权不断集中妨碍了这一目的实现。因此，媒介业主必须允许具有不同思想的人们有机会利用其媒介表达他们的思想。政府有责任实现这一目标。美国法院对该理论的态度是很有意思的，通常情况下，美国法院拒绝将近用理论用于印刷媒介，但是却用它来证明对广播电视台进行管理的合理性。对这种表面上自相矛盾的做法的解释是：印刷媒介可以无限多地创办，可以刊载无限多的观点，但是电子传播使用了稀缺的公共资源——频率，因而必须承担为公众服务的责任。可以看出，美国法院不太愿意接受这种理论，原因可能是这种理论实际上主张政府在一定条件下可以干涉编辑自主权，实际上是对新闻自由的另一种伤害，因为它违背了新闻自由最实质性的内容：非经正当法律程序，政府（行政部门）无权事先对媒介的报道指手划脚。同时，强迫私有媒介供公民使用这种“私器公用”的做法违背了美国社会私有财产神圣不可侵犯的原则。最近20年，“主要是由于华盛顿新出现的保守主义管理气候和美国上诉法院的法官们广义地解读宪法对言论与新闻自由的保障”，近用理论在美国的受欢迎程度逐渐式微。

### （三）美国传媒法是原则坚定的法律

上文介绍了美国传媒法处理言论和新闻自由与其他权利之间的冲突的原则，应该承认期间有妥协、有让步，但是需要强调的是：“在美国，没有任何其他行业像新闻事业那样享有宪法规定的特殊保护。”<sup>①</sup>美国传媒法在任何时候都没有拒绝新闻自由的理念，没有放弃保护新闻自由的宗旨，顶多是在保护的范围与力度上有所伸缩。必要的妥协与让步是为了更好地界定新闻自由、保护新闻自由，而不是限制新闻自由。

美国人对坚守像新闻自由这样的基本权利是有着深刻认识与悠久传统的。本杰明·富兰克林表示：“可以放弃基本自由而换取一点暂时安全的人，既不配得到自由，也不配得到安全。”<sup>②</sup>出生在德国的美国政治家、军人、报人卡尔·舒尔茨（1829—1906）在著名演讲《自由与平等权利》中通过批判欧洲在原则立场上退步导致基本权利的丧失，掷地有声地阐明了基本权利的不容侵犯性：

① [美] 布赖恩·布鲁克斯等：《新闻写作教程》，431页，北京，新华出版社，1986。

② [美] 埃德温·埃默里、迈克尔·埃默里、南希·罗伯茨：《美国新闻史》，第九版，23页。