

# 作为公共论坛的网络空间:从公共网站展开

谢小瑶<sup>1</sup>,王育红<sup>2</sup>

(1. 宁波大学法学院,浙江宁波 315211;2. 江南大学商学院,江苏无锡 214122)

【摘要】在网络语境下,为保护言论表达权,公共网站被期待是一种公共论坛的代表;为此,公共网站的财产权、互联网的运作机理及政治功能的三个基准是现有论说潜藏的分析思路。在财产权方面,其论证基点在于公共网站的公有财产基础;于互联网运作机理,则围绕网络的交互性、非稀缺性资源判准进行;在政治功能上,聚焦于平等的价值和“自我实现”、多元价值和“社会善治”层面的阐释。即便如此,随着网络科技的发展,由私主体控制和拥有的商业、个性化网站、信息平台对人们生活的影响日益突出,公共论坛原理在网络空间中的运用遭遇界定判准模糊的难题。尽管有学者尝试引进功能主义解释方法,重新诠释“公共”的内涵,希冀将他们纳入公共论坛范畴,但这已超出公共论坛原理的“理论射程”。

【关键词】公共论坛;言论表达;财产权;互联网运作机理;政治功能

【中图分类号】D90

【文献标识码】A

【文章编号】1671-6973(2017)05-0066-10

## 一、问题的提出

在言论表达理论叙事中,公共论坛(public forum)占据着举足轻重的地位。它甚至成为包括美国、德国等一些国家等用来判决公民关涉言论表达权问题,在多大程度上被允许接近和使用公共财产和公有设施以实现其自由的一种重要的理论工具。比如公共图书馆、公共交通系统、公共广播电台、公共邮箱、学校邮箱等。也正由于此,丹尼尔·法伯(Daniel A. Farber)与约翰·诺瓦克(John E. Nowak)认为它是美国“宪法第一修正案原理基本原则”。<sup>①</sup>

进入网络时代之后,网络与人们生活紧密结合起来。时至今日,现代都市的人们已经很难想象没有网络会是怎样的生活状态。而在言论表达方面,通过一些提供公共服务的公共网站如政府门户网站、公共信息平台等获取信息,与人沟通、倾诉衷肠,针对社会中的纷纷扰扰阐发观点,已是多数人一种惯常化的生活方式、一种行动的自觉。而当这

样的言论表达权受到无端的压制和侵害,人们寄希望以公共论坛的工具来捍卫时,其能否如愿以偿?基于什么理由?假若将问题进行转化,此事实上就是处理:公共论坛何以可能运用于网络空间,以及如何判断?在我国,随着《网络安全法》的实施,同样的吁求和问题也呈现出来。这就迫使我们通过网络中的公共论坛问题进行探讨。

近年来,我国学界部分学者开始关注网络中的公共论坛问题,并展开了研究。颇为遗憾的是,已有的研究更多停留于制度的引介,如公共论坛的类型、意义等,<sup>②</sup>而对公共论坛如何运用于网络空间,基于何种逻辑,缺乏法理层面的剖析和检视。此既无法深入洞悉网络中言论表达权的保护问题,亦无法导引实务界将来所要展开的相关制度安排。有鉴于此,本文的基本思路是,立足于网络空间公共论坛的证立问题,以公共网站为切入点,功能性分析美国经验,并作为参鉴,从中探寻制度建设的有益做法,以期为我国形成一个健康、自由的新言论空间提供一种可能的智识性道路。

【收稿日期】2017-06-25

【基金项目】浙江省哲学社会科学规划课题“网络言论表达及其限度”(12JCFX01Z)、教育部人文社会科学研究青年基金项目“自媒体时代网络言论表达及其治理研究”(13YJC20083)、浙江省“之江青年社科学者行动计划”。

【作者简介】谢小瑶(1979-),男,浙江温州人,宁波大学法学院副教授,硕士生导师,法学博士;王育红(1979-),男,河南上蔡人,江南大学商学院教授,硕士生导师,管理学博士。

## 二、公共论坛的制度原理

考究语词的渊源,公共论坛最早可见于哈里·卡尔文(Harry Kalven)1965年的一篇经典论文《公共论坛的概念:考克斯诉路易斯安那州案》(The Concept of Public Forum;Cox v. Louisiana)。<sup>①</sup>在此文中,针对公众在政府大楼面前游行示威是否合法问题,卡尔文认为在一个开放的民主社会中,街道、公园或其他公共场所是公众进行公共讨论和参与政治过程的重要渠道;它们是公民可以使用的公共论坛;政府慷慨且同情允许使用是一个自由国家的标志。美国最高法院在1972年的“莫里斯案”(Police Dept. of Chicago v. Mosley)<sup>②</sup>中援引了该词及内涵,此后,公共论坛这一说法被学界和司法实务届广为接受。就理论发展而言,公共论坛经历了一段较为漫长的时间。一般来讲,公共论坛的发展主要分为传统与现代两个阶段,此划分标准是以言论表达赖于的介质之“财产性质”<sup>[1]275</sup>展开的。详言之,在前者语境下,当人们发表言论凭靠的空间场所如街道、人行道、广场、公园等在产权属性上为公有财产,那么,政府或公共管理机构可对其间的言论进行限制。最高法院在“戴维斯案”<sup>③</sup>(Davis v. Commonwealth of Massachusetts)中说道,(政府)拥有波士顿公园,有权“决定在何种情形下可以使用公园”。奥利弗·温德尔·霍姆斯(Oliver Wendell Holmes)法官在该案州审阶段的意见中甚至这样写道,立法机构禁止公众在高速公路或者公园讲话不是对公众权利的违反,因为这就像一家私宅主人禁止别人在他家讲话一般的理所当然。<sup>④</sup>显然,以场所的权利归属来判断规制言论权力的有无,避免了因政府权力不明、滥用等而带来的纷争,以致在一段很长时间内,该思路几乎成为规制言论的一条

“万能公式”。然而,此公式背后所潜藏的深层次问题也引起人们的忧虑。首先,该思想与现代政治基础不契合。近代以降,伴随代议民主制的勃兴,国家建制的正当性已从“权威型”向“法制型”转变,其正当性需获得人民的同意,政府则是受人民委托而管理国家者。以此思想俯视整个国家财产状态,除了人民是真正所有者之外,政府并不拥有财产权。由此展开,公众在其所有的场所发表关及公共事务的言论,自然属于权利的范畴。简言之,在人民主权的思想和制度框架下,正是因为表达场所的“公有财产”属性,公众便获得了平等机会接近的可能性。政府对此不仅无权限制,反而应提供必要渠道、空间场地以促使公众言论权得以实现。其次,允许政府在其所有的场所中对言论加以限制,也就意味着,他可以自己的偏好以及管理便利,对言论的内容实施歧视性对待。而这导致的更严重后果是,言论表达在民主国家中所具有促进自治、维护民主的意义降低到最低点,被置于“卑微”的地位。于民主自治国家而言,我们正在用理性逐步埋葬人类苦苦探求的民主文化(democratic culture)。<sup>⑤</sup>恰是基于这样的反思,一种现代意义的公共论坛理论也悄然孕育而生。就内容聚焦点而言,现代公共论坛理论主要围绕三种类型展开:固有公共论坛即长期为人们用于或“历史和传统上”习惯于言论表达且属于政府公共财产的场所、指定公共论坛即由政府特别指定用于公众言论表达的场所与非公共论坛即政府命令禁止用于言论表达的地方(具体将在下文论证)。归结现代公共论坛的学说与实践,其主要表征为以下方面的特点:

第一,现代公共论坛原理是建立在政府公有财产的架构上。在此,它隐含着两个方面的内容:只有建基于公有财产基础上的空间场所,方能是公共

① Daniel A. Farber and John E. Nowak, The Misleading Nature of Public Forum Analysis: Content and Context in First Amendment Adjudication, 70 Virginia Law Review 1219 (1984).

② 主要的文献包括:李忠:《因特网与言论自由的保护》,《法学》2002年第2期;王四新:《网络空间的表达自由》,社会科学文献出版社2007年版;时飞:《公共网站作为公共论坛》,《清华法律评论》2009年第三卷第一辑;郑海平:《表达自由案件中的“公共论坛”原理——基于美国宪法判例的分析》,《甘肃行政学院学报》2012年第5期;赵娟:《论美国言论自由判例中的公共论坛原理:从2009年萨姆案谈起》,《行政法学研究》2010年第4期;钱弘道、姜斌:《信息割据”下的沟通失效与公共论坛重建——发现互联网时代新的公共论坛原则》,《浙江大学学报》(人文社科版)2013年第1期;张千帆:《西方宪政体系》(上),中国政法大学出版社2004年版。

③ Harry Kalven, The Concept of Public Forum;Cox v. Louisiana, The Supreme Court Review, The University of Chicago Press, 1965, pp. 15-18.

④ Police Dept. of Chicago v. Mosley, 408 U.S. 92(1972).

⑤ Davis v. Commonwealth of Massachusetts, 167 US 43(1897).

⑥ Davis v. Commonwealth of Massachusetts, 167 US 46(1897).

⑦ Digital Speech and Democratic Culture: a Theory of Freedom of Expression for the Information Society 79 New York University Law Review, 1(2004).

论坛原理适用的对象;这从反方向也意味着,那些建立在私有财产基础上的地方,比如一些购物商场、商务写字楼的外广场等,并不在公共论坛的讨论之列。其次,在司法实践中,公共财产不啻表现为具体有形的,也包含了抽象意义上的公有财产和设施,如公共电视台、广播台等;甚至为便于公共辩论,法院和一些学者试图通过功能主义解释方法将私人财产或非公有财产纳入公共论坛原理适用范畴,不过,此方式易导致政府权力的恣意扩张,侵害私有财产权,在具体运用,往往要附加其他判断要素。譬如,政府必须举证,非公有财产场所确有利于公众言论表达,且在历史上已形成习惯。<sup>[1]270-295</sup>

第二,公共论坛中言论需要受到限制。约翰·G. 罗伯茨(John G. Roberts)大法官言道,国家的基本义务之一是保障公民使用公共财产和设施来进行自由表达,但公民“必须根据全体人民的利益体来予以规范;这种特权不是绝对的,它只是在相对意义上来说的,它必须服从于全体安全和方便,与和平和善良秩序紧密一致。”<sup>①</sup>从美国现有实践来看,一些限制言论表达的措施如基于“时间、地点和手段”的管制措施其合宪性仍得到承认,不过,在适用时,政府必须接受严格宪法审查。具体包括:政府必须承担举证,论证措施的妥当性;需存在满足服务于压倒性的国家利益;为公众的表达自由留出了足够使用的公共空间。这可体现在“考克斯案”(1941)、“格莱尼德案”(1972)等一系列案件中。<sup>②</sup>

第三,对公共论坛进行限制的严格程度在不同类型中亦有差别。一般来讲,对三种类型审查的强弱顺序依次为:固有公共论坛最强,指定公共论坛次之,非公共论坛最弱。对此界分其意义是显而易见的,一旦明确了相关场所的不同性质,就可以适用不同的宪法第一修正案的审查标准,……如此,法官才能确信,政府应当承担何种程度证明责任,管制相关场所的理由是充分的。<sup>③</sup>

第四,在公共论坛原理框架下,人们对言论自由赋予了这样一种想象:一个富有激情且具有雄辩口才在演讲者站在城市街头肥皂箱,以极其煽情的话语向路过的行人发表批评政府或其他不受欢迎

的言论;而政府所能做的不是去制止这种言论,而仅仅只是维持的演讲最基本的秩序,即所谓“演讲者之角”(speaker's corner)之说。也恰是基于这种想象的激励,使得公共论坛的判断标准不断得以延展,以保护言论表达。但欲精确区分不同类型的公共论坛实属不易。以固有与指定公共论坛两者的区别为例。既有的分界点是基于时间维度展开的,即前者在“历史和传统上”已存在,而后者则是政府为保护言论表达需要随时指定。然而,随着城市变迁和改造,一些场所发生了变动如公园改造成公共图书馆,在此之下,已有判准就可能难以适用。再有,规制公众出于交流而接触的非公共论坛,必须是“合理”<sup>④</sup>。问题是如何判断“合理”,则又成为难以界定的问题。如此一来,诚如一些学者指摘的,在指定的公共论坛中,政府则可以完全有权排除公众接触之,但宪法却禁止此行为;既然宪法对此予禁止,那又为何不同时禁止政府在关涉非公共论坛上的举措,相反则是给予更多的尊重?<sup>⑤</sup>

### 三、公共网站作为公共论坛:

#### 财产权的基准

如果说在前网络时代,具有公有财产属性的场所广泛存在于人们生活实践中,从而公共论坛原理也就有了广阔适用空间的话,那么,进入网络时代后,作为公众获取信息,阐发言论的公共网站,公共论坛原理能否加以适用?要回答这样的疑虑,在既有公共论坛原理下,首先要接受检验,同时也是为人们普遍接受的,即是判别作为公共网站其财产属性为何?进言之,只要明确了网络的财产归属,相应的,政府是否可能以及介入的程度亦自然明了。而要解答此,有必要了解三种经典类型的公共论坛形成的内在逻辑及蕴含的规范性要求。

(1)固有公共论坛。长久以来,处于社会生活中的人们为相互交流和获得信息,除却通过口耳相传的方式外,在人群比较集中的地方诸如街道、公园等亦是重要的渠道更是不可或缺。这些场所“毋庸置疑地被委以社会公众使用,不管时间怎样流逝,它们都一直被当作是公民们进行观念交流的场

① Davis v. Massachusetts, 167 U. S. 43(1897).

② 最高法院认为,教会在举行游行之前,需征得政府同意是合理的。参见 Cox v. New Hampshire, 312 U. S. 569(1941). 针对黑人在一所高校附近举行集会管制措施,最高法院认为,这是影响正常教学秩序的行为,必须制止。参见 Grayned v. City of Rockford, 408 U. S. 104(1972).

③ Alexander Tsesis, Hate in Cyberspace, Regulating Hate Speech on the Internet, 38 San Diego L. Rev. 817, 866 (2001).

④ Lloyd Corp. v. Tanner, 407 U. S. 551(1972).

⑤ Dan Hunter, Cyberspace as Place and the Tragedy of the DigitalAnticommons, 91 Calif. L. Rev. 439 (2003).

所以供人们讨论公共问题。”<sup>①</sup>而当人们习惯于在这些地方阐发意见、表达想法,它们实际上就成为附着于言论表达权利身上不可隔离的组织体,继而“属于公民的特权、豁免权、权利与自由的一部分。”<sup>②</sup>正是基于此,人们将街道、公园、政府所有的广场称之为“固有公共论坛”。需注意的是,政府有时会假以公共便利(public convenience)如在街道上广发宣传单而造成了城市卫生的不整洁为由理由进行抗辩,对言论进行限制。<sup>[1]288-290</sup>从权利的法理来看,任何权利的行使需以不对他人行为或公益产生实质性危险为前提,公共论坛中言论必须首先不对公众的舒适和便利,与和平、良好的社会秩序构成障碍。即使如此,这并不能就此得出,政府可以方便担当公共便利义务为由限制在公共论坛中言论,因为诸如街道、公园等都是人们宣传信息和观点最自然和合适的场所,并且这也是民主社会在维护言论表达权必然付出的合理代价。“一个人在这样场所都无权发表言论,这与扼杀言论自由权利并无区别。……言论和出版自由是最基本的个人权利和自由。仅仅因为立法偏好(legislative preference)……或公共便利等事由并不足以作为其消减公众权利的正当理由。”<sup>③</sup>

(2)指定公共论坛。随着当下社会城市化发展的推进,以及政府与之相适应提供的福利行政,社会中的一些大型建筑或设施往往借助政府资金并兴建起来,比如公立学校、公共图书馆以及剧院等等。诚然,若从产权性质角度观之,此类场所满足固有公共论坛的要素;但他们往往具有流变性,存在时间亦较为短暂,难以达到“历史上一直被用于表达的场所”<sup>④</sup>之标准,故而,试图以认定为固有公共论坛难免有生搬硬套之嫌。在另一方面,由于这些场所为政府向不特定的公众开放或者说公众具备了接近的可能性,加之,在当下,其对人们的信息交互、意见的流通、观点的争辩等(如在大学校园、公共图书馆中开设的讲座)起到了至为关键的功用,“在一定程度上,(它)具备了公共论坛的属

性。”<sup>⑤</sup>应此情形,美国最高法院于1983年在“佩里案”(Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association)提出了“指定公共论坛”或“有限公共论坛”概念。简言之,它是政府在其公有财产的场所领域内,为保护公众言论表达需要,通过特别划定、规定,将一些地方确认为“公共论坛”。在此界定中,它包含了四个要素:一是政府确认行为的初衷是为保护公众言论表达权;二是政府为特定目的开放了此场地,且此开放使得公众具有普遍接近的可能性;三是政府在此空间里有权设置特定主题、议程,排除与此不相关的言论,四是这些地方具有开放性和吸纳性,质言之,只要政府认为可用作公众言论表达的,即可指认公共论坛。<sup>⑥</sup>

(3)非公共论坛。在政府公有财产中,除却固有和指定的为公共论坛范畴外,还有一些比如军队设施、监狱、政府办公楼等场所,政府认为不适宜对公众开放,用于言论交互的地方,为简便起见,我们称之为“非公共论坛”。与前述两者不同,在“非公共论坛”语境下,言论人欲想利用这些场地是极其困难的,“除非有足够的理由认为,政府将某一块地方划归非公共论坛,只是处于对某些言论的观点立场的嫌恶和歧视,否则,他无法主张其权利优于政府规制利益的可能。”<sup>⑦</sup>在1992年的两个“机场内募捐传单案”中,最高法院认为,机场的禁令是在“合理标准”范围内。理由是:机场建造的主要目的是方便旅客出行,其功能比较单一而且它对安全有较高要求,不同于其他地方;在机场进行募捐活动不仅会导致航班的延误,并且受害者由于出航时间的缘故也不可能获得及时的救济;更何况“机场外的人行道本身就足以解决募捐者的政治计划宣传,因为所有的乘客也必须经此到达机场,这样的划分并不影响募捐者的表达活动”。<sup>⑧</sup>

三种类型公共论坛在其内容、范围、侧重解决的问题等各方面存在相当大的分殊。也恰是这种差别,使人们能以一种较为清晰的标准来保护言论表达权,限定政府的权力介入。随之而来的是,公

① Perry Educ. Assn v. Perry Local Educators' Assn, 460 U. S. 37 (1983).

② Perry Educ. Assn v. Perry Local Educators' Assn, 460 U. S. 37, 46(1983).

③ City of Madison Joint Sch. Dist. v. Wisc. Employment Relations Comm'n, 429U. S. 167(1976).

④ City of Madison Joint Sch. Dist. v. Wisc. Employment Relations Comm'n, 429U. S. 178(1976).

⑤ Perry Educ. Assn v. Perry Local Educators' Assn, 460 U. S. 37 (1983).

⑥ Perry Educ. Assn v. Perry Local Educators' Assn, 460 U. S. 37, 56,65(1983).

⑦ Coraelius v. NAACP Legal Def. & Educ. Fund,473 U. S. 768(1985).

⑧ International Society for Krishna Consciousness,Inc. v. Lee; Lee v. International Society for Krishna Consciousness,Inc. , 505 U. S. 672, 830(1992).

共网站与公有财产的关系为何?属于何种类型的公共论坛?

根据三种经典类型的公共论坛制度,欲论证公共网站作为公共论坛,首先也是最重要判别公共网站归属政府所有。此对于绝大多数的为公众而言并不难,完全可以依据我们的生活经验和直觉加以判别,譬如,人们接触到由政府及其职能部门所有的市政网站如我国人民网、国务院及各部门的政府网等;再有,一些网络软件如目前颇为盛行的可基于特定目标而使用的APP,尽管在技术研发上可由专门私主体公司操作,但一旦它被政府购买、使用,其财产属性为公有自当无疑。尽管如此,直觉上的推断不免存在疏忽甚至错误。

第一,公共网站的财产权呈现出多样化、混合化形态。伴随城市经济和商业的发展,由政府与私主体合作且提供部分公共服务的网站广泛存在于网络空间当中,比如有企业中由政府投资建立的电子图书馆、信息服务平台<sup>①</sup>等,因而,对公共网站的财产属性判定就不能只是“顾名思义”的妄断。相反,对于这样的情形,需立足实际,着眼于具体情境进行界定。“在网络空间中,它(公有财产)更多时候是以一种隐形化与多样化形态表现出来的。”<sup>②</sup>第二,即便界别清公共财产的公共网站,在经典的公共论坛原理中,这样的公共网站归入哪一种,则可能是另一个需加以妥适处置的问题。因为政府完全可以依据各种理由如国家利益、安全等,将一些公共网站界定为非公共论坛,抑或指定公共论坛。第三,财产权的维度旨在厘清主体的支配权问题,但在网络空间中,支配权的界定则是并非易事。诚如劳伦斯·莱斯格所言,与报纸、广播、电视台等传统媒体不同的是,在网络空间中,真正其决定作用不是看得见的纸质的法律文本,而是看不见,却又无处不在的“代码”,代码才是网络中的法律。<sup>[2]254</sup>返回至公共网站,冀图将其界定为公共论坛,除判断财产的公共性,还要审视政府控制其中的代码及其决定的程序,否则,即便认定公共论坛,也不过是“画饼充饥”。是故,固守于传统的“财产权维度”来

界别网络空间中公共论坛,不免有削足适履之尴尬,而这也迫使人们还需移借其他标准作为参考。<sup>③</sup>

#### 四、公共网站作为公共论坛: 互联网运作机理的基准

以财产权维度论证公共网站作为公共论坛是颇为简洁明了,也便于操作。然而,如前文所述,因该标准无法因应网络空间公共网站的财产混合、归属类型及代码控制等复杂性难题,致使司法实践中辅之以另一种考量要素,笔者称之为“互联网运作机理维度”。简单的说,此维度旨在探究网络运作独有特点,剖析其是否利于言论表达,继而论证公共网站作为公共论坛的必然性。20世纪末,21世纪初,针对社会中出现提供公共服务的网站(包括公有和非公有财产),究竟应否界定公共论坛问题?除却公有财产要素外,考察“互联网运作机理”成为美国司法裁判的一项重要判准。必须要提到的是,反对和质疑公共论坛适用于公共网站的诸多意见中,一个颇为突出的理由是,公共网站只是提供一种单向的信息发布渠道,并未形成意见交互的格局。<sup>④</sup>而支持者的理由则是,公共网站是一种典型交互性网站,便于公众沟通对话;它又是非稀缺性资源,公众可得以最大限度接近,而这两点恰是公共论坛原理之“表达”与“沟通”功能的内核所在。

第一,公共网站归属一种交互性网络。当下,网络早已非昨日仅限于研究、军事用途单一的信息传输功能,而是借助技术化的设置如TCP/IP协议和复杂的物理设备形成的互联网,因其具有巨大数据容量、便捷的信息传递等优点而广泛运用商业交易、大众生活各个方面,使信息在纵横交错的网络之间实现共通、互享。这亦是万维网畅行与发展的逻辑思路和意义所在。为达此目标,目前一些网站纷纷采取包括一般网址链接、超文本链接等技术手段。链接是互联网得以发展的基础,也是互联网运作和发展的内在特质和技术选择。<sup>[2]205</sup>在人们往往将互联网用户称为“冲浪者”,并不是基于单一网站给他们带来无穷的信息量和愉悦,相反,藉由链接,

① Perry Educ. Assn v. Perry Local Educators' Assn, 460 U.S. 37 (1983).

② Ark. Educ. Television Comm'n v. Forbes, 523 U.S. 666(1998).

③ 有人可能会问,是否还会出现:网络为非公共财产,但政府控制着代码?理论上讲,是完全成立的;在实践层面,政府为维护国家或网络安全,确实也可通过内部监控方式,获得代码的实质主导权。不过,因关系国家利益问题,各国往往诉诸刑法或国家安全法等法律加以保护与限定,在此不予展开。

④ 有关讨论参见 Dawn Nunziato, Exit, Voice, and Values on the Net, 15 Berkeley Tech. L.J. 753, 756—57 (2000). Alexander Tsesis, Hate in Cyberspace: Regulating Hate Speech on the Internet 38 San Diego L. Rev. 817—30 (2001). Steven G. Gey, Reopening the Public Forum—From Sidewalks to Cyberspace, 58 Ohio St. L.J. 1535, 1538—39(1998).

人们可以永不休止、持续不断地沿着其所偏好的网站“观光旅游”。于是,不论是祖国的山川河流,还是坊间的乡俗民情;不论是国家大事,还是家庭琐事;不论是国际上的风云动荡,还是在异国的奇闻轶事,尽可通过超文本链接一览无遗地呈现在我们面前。更重要的是,当政府通过公共网站来提供对不同言论的进行链接,一方面表明了政府对各种言论的表达机会的认可,另一方面也让公民们有更加充分的机会去辨识不同言论、观点的合理之处,并进一步地完善其对相关社会决策、问题等的认识上的完善程度。<sup>①</sup>

其次,言论表达的实现渠道并非是单一的,而表征出的是多样化的形态。的确,言者的直言言谈是表达,言者通过撰写刊发文章是表达,借由网络媒介使自己的言论为更多人听到和接受亦是表达。由此推广开来,言者通过政府网站的媒介去扩大言论的传播面积同样是表达自由得以实现的契机。最后,从反方向来看,当一个声称自己是公共网站的政府网站却又拒绝融入互联网构筑的大家庭中,人们很难认定它是一个公共网站。互联网的本质属性就在于通过深度链接,从而实现网络中的网络(network of network)的多层次交叠。<sup>[3]</sup>如果政府恣意断定公共网站范围,任意割断其在互联网上的交互功能,限制包括超文本、网址等链接及沟通功能,那么这将导致互联网上的真正悲剧。这就好比在现实空间中,政府为了不让公众们到街头巷尾去表达对某个问题的看法,或者是获得对某个问题的确信,告诉人们说他们只需要在家中大声地说出他们的想法即实现自由表达的笑话一样;在浩如烟海的互联网世界中,若每一个网站都只是单独运行,只能在单个网站上自言自语,他们无法实现相互间的沟通,更没有机会去展示自己较之其他网站的不同之处。<sup>[3]</sup>在此之下,我们仍辩称自己具有互联网的架构岂不是一种“掩耳盗铃”?此外,假若政府基于其管理的方便而杜绝互联网上的多重链接、信息沟通等功能,那么,这无异于将公共网站变成一个纯粹的信息的告事版,这种做法从轻处说,可能会妨碍互联网的进一步发展;往重处说,将会彻底扼杀互联网上的自由交流,使公民的表达自由在网络空间荡然无存。无论是从互联网发展的技术前景,还是公民自由伸张的角度,都必须将政府公共网站看作是一个公共论坛,单个网站不论其是否有益于

当地政治安定和经济发展,都必须在政府公共网站中拥有链接系统。<sup>[4]</sup>至少,从言论本身来看,这样的链接将极大地提升人们的言论得到出头面世的机会。

第二,与其他产品存在竞争性不同的是,公共网站是一种非竞争性公共资源。此即意味着,公众均可使用该公共资源,而且大量使用并不会造成其价值削减,恰恰相反,还可促使其使用价值得以进一步提升。究其原因,公共网站至少在以下三个方面突破和摆脱了既有政府限制言论表达问题所一直困扰的格局。<sup>[2]93-200</sup>

首先,关照言者与听众的双向利益。在言论表达中经常会遇到这样一种情形,言者慷慨激昂、滔滔不绝,而听者则百般无奈、痛苦忍受,不仅如此,言者还要强迫听者听取他的言论,那么言者与听者的权利如何保护?诚如雨果·布莱克(Hugo Black)大法官在“希尔案”(Hill v. Colorado)中认为的,宪法第一修正案保护这样一种状态,即使其受众不情愿或提出抗议,表达权利也必须得到实现;因为听众如果不乐意去听,无人有权强迫他必须接受这种看上去很好的观点。<sup>②</sup>自布兰代斯大法官提出“独处权(the right to be let alone)”以来,人们已普遍相信,这是一个具有健全并就独立人格的个体所必须的基本权利。即便是言论自由权,也不能以其特殊地位如服务于政治商谈,加以侵犯。不过,在传统媒体语境下,因界定度独处权本身是个极其困难的事,所以,如何处置好其与言论自由权的关系成为难题。而这对于公共网站来讲,这似乎是轻而易举予以化解的小问题。一方面,匿名式的交互避免了不同观点之间面对面的直接相对带来的“冲突”。自由主义者尽可抨击政府的所作所为,但听与不听完全取决于听众的认知和判断。也就是说,如果听众觉得这些观点不过是些陈芝麻烂掉,无足轻重的,那么,你大可不必大动肝火,抑或众里寻地以求安静,只要你轻轻点击关闭,甚至不点击,那么纵使再激情在蛊惑人心的演说,也与你无关。如此一来,言者与听众各取所需,相安无事,继而,权利人之间的冲突也在最大限度上并以最低成本加以解决。

其次,超越容量的有限性。在许多时候,言论表达要借助一定场所进行的,如音乐厅、大礼堂及封闭式的而广场等。由于场所的物理属性,其空间

① Putnam Pit v. City of Cookeville, F. 3d 839, 845-848(6th Cir. 2000).

② Hill v. Colorado, 530 U. S. 703. (2000).

不可能无限的延展,因而,就产生容量一定的情形。这情形反映在言论表达中便呈现出:同样一个地方,无法容纳超出其限度的不同群体的不同主张,如进行游行、演讲、集会等。尽管这在电视、广播等传统媒体时代有了很大改善,但媒介空间容量挤兑的问题已然存在。与之不同,在互联网语境下,公共网站不会因链接、新闻对话组等过多、过长而导致网站运作的奔溃。这是因为,网站上的链接、对话组并不是通过有形的空间展开,而是取决于相关的传输协议(TCP/IP 协议),即只要协议允许,链接不过是“声音的回音”而已,且现代光纤技术的发展使得同步传输和网络协议的异步传输的结合。在这个意义上,网站具有超越人们想象的无限伸展的空间。据此推开,也就意味着,它使人们的讨论和表达具有无限拓展的可能。在另一面,也正是网站空间具有无边界性特质,人们围绕特定话题的讨论也就不必担忧因地理空间的局促而带来无序和血腥情境,依凭链接、论坛、新闻对话窗等形式,各种不满、牢骚、埋怨、情绪都可表达出来,而网络技术化装置,避免了直面相向可能引发的“矛盾”,使得这些言论得以“语言上理性的冷却”。“通过技术化装置而形成的策略化的自我行政管制手段实现了表达自由所承载的基本价值宣谕或单纯心理宣泄。”<sup>[5]</sup>与此同时,在讨论和辩驳当中,形成的多样化意见、想法可最大限度上减低过于单一化观点的讨论而形成的“信息流瀑”,以及群体意见过于趋同一致而导致“群体极化”效应。

最后,避免了信息源单一而导致的话语专断。在传统媒体语境下,媒介的拥有者往往是由大型财团、企业、组织等控制的,在信息传递中,不论是议题、议程、观点等常是被有意的遴选过的,这就不免导致话语权的专断性。在网络空间下,通过公共网站的链接、专门的对话论坛等,人们不仅可根据现有的生活经验,选择查看一些内容、风格以及口味和它们近似或相同的网站,也会见识到与它们的内容风马牛不相及甚至完全对立的网站。更重要的是,藉由这些技术,人们可清楚地知道独立的信息来源,从而判断纷繁芜杂的意见中的是是非非,型塑“自治个体”的独特个性,达致“自我实现”的目标。当然,多面向内容接触以及多层次的链接在增加人们对不同网站信息了解的同时,有时也难免触

碰到与之兴趣爱好相悖,甚至是终其一生也不愿意了解的网站,对此,他们完全不必惊慌失措、百般懊悔,只要通过点击“退回”标志,一切便可释然。

公共网站以其交互性、非竞争性特质,使之契合或接近于人们一直期待的公共论坛的想象。也正是在这个意义上,公共网站实质属于固有公共论坛范畴,它“就像人们经常路过的一条街道或经常去逛的公园,在那儿获取信息,不论是免费还是付费的,都已是司空见惯的事情;不仅如此,人们也习惯了在那儿与他人交流,不论是生活琐事,还是国家大事。”<sup>①</sup>然而,过于强调网络运作要素和形式性特质,而对公共网站可能产生身份歧视、不平等对待,以及对言论内容有意筛选等,亦导致对言论表达权的实质性侵害。为此,公共网站内嵌的政治功能成为司法实践需考量的另一个基点。

## 五、公共网站作为公共论坛： 政治功能的基准

如果说财产权与运作机理是从形式上分析公共网站,进而试图体现其为公共论坛的一种客观化面向,那么,藉由探求公共网站的实质价值,则反映出其与公共论坛内嵌的实质性平等价值、多元价值等政治功能相契合。然而,人们对此在一个比较长时间里保持着谨慎的态度。究其原因,这种谨慎与人们对网络技术使用过程中可能产生的不确定性相关。诚如戴维·苏特(David Souter)大法官在1996年的“丹佛案”中说道,“我们很难假定调整他们中的任何一个的法律判断标准将不会对其他技术产生重要影响,我们过去不知道这些技术对社会生活的影响程度,而且这些技术的发展前景也是无法预知的。”“传播媒介将越来越少规定性而呈现出变化多端的色彩,这是人们竞争的结果,然而,这种结果与公共论坛的追求的价值是否一致,我们尚不能断然肯定。”<sup>②</sup>

直至到20世纪末,随着网络科学技术的日新月异,加之公共网站对日常生活影响的渗透,公共网站及其包含的延伸的空间的政治功能方凸现出来。在1997年的“里诺案”(Reno v. ACLU),最高法院强调,保证通过公共网站的网页结构重新设置,使那些势单力薄的表达者的声音归于幻灭。<sup>③</sup>1998年的“阿肯色州教育电视委员会案”(Arkansas

① Dan Hunter, Cyberspace as Place and the Tragedy of the Digital Anticommons, 91 CAL. L. REV 439(2003).

② International Society for Krishna Consciousness, Inc., 505 U. S. 672,830(1992).

③ Reno v. ACLU,521 U. S. 844(1997).



Educational Television Commission v. Forties), 安东尼·M. 肯尼迪(Anthony M. Kennedy)大法官更是一针见血的指出,排斥第三党候选人参与公共广播电台演讲,这是违反公共论坛原则所追求的平等参与价值。<sup>①</sup>而在2003年“图书馆协会案”(Am. Library Assn v. United States),公共网站政治功能的判断成为关注的焦点。<sup>②</sup>归结现有的论证,其着重关注表现在:

第一,平等价值与“自我实现”。如前所述,与传统媒体相比,置于互联网中的公共网站的一个明显特征,它为那些原本无法或很难接近听众的言论提供接近的机会。的确,进入自媒体时代,人们不用再羡慕那些在电视、广播等媒体上频频露脸的演说家的身份和地位,尽可以低廉的费用去注册一个域名,开通一个网站、开一个博客等,并根据自己的爱好抒发己见、大发感慨或疾笔奋书。在这个意义上,在言论表达中,个体形式上的差别对待已然消除,或者说形式上平等价值已得到体现。然而,要注意的是,停留于此的言论表达,在无人或接近无人问津的情形,其实与隔空喊话的场景并无不同。须知,宪法规范下的言论表达,除了言者可以自说,更为关键的是,这种自说还需要有渠道到达听众,或者能吸引听众。在另一面,如果言论只是达到,而无法被识别、更无法被听众接受,言论表达权无异于“镜中看花”。表达自由的原理是让那些言论以清晰可辨的方式到达受众那里,在众口喧哗的时候,我们就很难听得见每个人说些什么;而如果有人永远有机会去抓住话筒,而别人只能去听的话,那么,这也不能叫做自由表达的实现。<sup>[3]</sup>这也就意味着,在网络空间中,欲真正实现言论表达权,个体的言论必须得到别人的关注;要达此目标,一个简洁的方法,就是网页被人点击、浏览,甚至评论。时至今日,网络发展的实践反复证明,网站、网页的点击率如同电视台的收视率一样,几乎决定其生与死、去与留的决定性因素。商业网站如此,个性化网站也不例外。即使是搜索引擎也不愿意花费精力在其代码系统中给那些人们鲜有光顾的网站留一个栖身之所。<sup>[3]</sup>基于此,点击率高的大型商业公司的商业更有可能留存下来,并为人深深记住;相反,不被或稍有点击的网站,特别是其中的言论就可能被束之高阁,淡出人们的注意视线,最终被人遗忘。

在这样的背景下,公共网站的导引意义则非同寻常。公共网站因其自身承载的公共服务职能,使

得它能以便捷的方式获得极大关注,从而获得很高的点击率。借助此点击率,通过信息索引、网站链接以及公共交互平台等方式,公共网站可让那些没有机会或更多的资金去维持网站去接近社会的普罗大众,进而他们意见、想法被广为人知、接受、传送。并且经由公共网站的导引,使得其他网站之间架构起联系,彼此之间的意见、想法、信息的交互得以形成。由此,个体才得以实质意义上行使言论表达权。形式上平等参与和言论表达内容的实质接受、认可的结合,规范意义上言论表达权才能真正得以实现。个体的“自我实现”从来是言论表达所孜孜以求的价值。<sup>③</sup>而要达此目的,言者不惟只有自由抒发意见,更在于意见与其他想法互为较量和竞争,如此才能接近真理;当这样的举措成为人们行动的自觉,言与行才能真正实现统一,个体的“个性化生活”才能被型塑。

第二,多元价值与“社会善治”。互联网以其“多点对多点”的交错式传播,促使公共网站在信息传递上能以很大程度上化解了两方面的难题。首先是“信息割据”。当下,互联网的架构已进入了由网络服务商而不是用户来决定的时期。<sup>[2]51</sup>纯粹的网络“点对点”信息传递方式已一去不复返,网络服务商单纯依凭兴趣爱好设立网络架构的例子也近乎不存在。实践中真切的情形是,在商业化机制的驱动和追逐下,以消费者为中心,迎合和反应用户吁求、喜好,已成为网络服务商安置网络架构、生产和发布信息的初衷和落脚点。只要稍稍回顾我们生活中使用的互联网产品即可得到明证。从公共信息平台到论坛,到博客和社交网站,再到今天的微博,不难发现互联网产品的发展主线,即注重人性化与个人体验和喜好,这种倾向直接导致以用户为中心的“信息割据”。除此以外,为了追逐利益,新的互联网“守门人”(以搜索引擎为典型)会对互联网上的信息进行人为编排和过滤,如国内百度的“竞价排名”手段,这种过滤行为会导致以搜索引擎为中心的信息分割。其次是“信息极端化”。在网络服务商决定互联网架构的背景下,现实生活中还会出现另一种情境,一旦网络服务商为特定目的比如支持某个地市的房地产项目抑或某个产品,它便会在其相对封闭的网站如国外知名的社交网站 Facebook、Twitter 等发布一些偏好性宣传、言论,同

① Arkansas Educational Television Commission v. Forties. 523 U. S. 666,676-78(1998).

② Am. Library Assn v. United States, 539 U.S.194-210 (2003) .

③ Thomas Emerson, Toward a General Theory of the First Amendment, 72Yale L.J. 877(1963).



时隔离或摒弃跟它相反、不相契合的声音,如此一来,网络服务提供商原被希冀成为网络空间的技术发展、激发言论表达的推动者角色和功能,可能逐渐蜕变为一种抵制新技术,压制表达自由的羁绊。不惟如此,对公众而言,它产生的弊病更是让人担忧。概括来讲,此带来至少两个方面的问题:一方面在互联网上的势单力薄的消费者意志逐渐被褊狭的信息所左右,甚至窄制,原本是信息共享者日益变成了如孙斯坦称谓的“信息消费者”;另一方面,更严重的是,在封闭化的空间,公众为言论交互还会因所论议题普遍化“一边倒”,而当这一现象融入社会,就会使得意见表征出单一化、有失偏颇的“信息极端化”问题。

应此情形,公共网站特别是大型的门户网站和政府网站便具备了承担起重新组织社会言论的全面表达的功能。具体来讲:一是公共网站可以凭借信息量大,信息发布及时、权威等优点,最大限度抑制因网络服务商控制网络架构而追求商业利益带来的言论信息片面性的不足,使得公众能快速、准确获取信息,提升自己的判断能力,增强公民对公共事务的“自治性”。二是如前所述,公共网站具有易接近性,改变了公众在互联网时代接受信息方面可能出现的“窄制”格局,使公众能以平等地位与信息提供者、发布者之间进行沟通、交涉,真正认识到“公民身份的存在”<sup>①</sup>。三是依凭上载、链接、政府论坛等功能,公共网站在互联网空间中信息交错往复中充分展现桥梁和杠杆的中介意义,公众通过其提供的多元化渠道获取多样化信息,展开更为理性的辩论,尽可能消除言论中“回音壁”现象而形成的自我幻象难题,极大降低因信息不对称带来的隔阂和疏远,避免“信息极端化”形成社会的过激行为。四是借由公共网站,分散于网络中的其他网站的信息得以充分辩驳、讨论,真理性见解(不只一种)得以保存,错误的、歪曲的言论被淘汰、过滤。多样化意见带来的是社会多元价值的形成。由此出发,针对社会的纷繁芜杂问题,国家采取的治理措施、方式便有多重选择。这既保障国家抉择的稳妥性,同时,凝聚社会共识的意见才能使“共同善治”得以可能。

## 六、超越网络公共论坛?

进入互联网信息时代,作为提供公共服务典型代表的公共网站被视为一种公共论坛来对待,旨在有效的保护和扩大公众言论表达权,促使意见信息借助现代化媒介在更开阔的场域下交互和流通,增强公民的自主和“自治能力”。为论证这一观点,围绕财产权归属、互联网运作机理、政治功能三个维度成为美国司法和学界尝试的分析进路。应当承认,这样的目的以及移借的途径是良善的,从实际效果来看,也确实为保护网络中言论表达的保护起到推波助澜的功用。近十余年来,政府在网络管制上的小心翼翼,在反向上说明了言论表达在网络空间中得到的庇护。<sup>②</sup>至少在理论上找到一件有益的盾牌,使之成为保护言论自由的工具。<sup>③</sup>

尽管如此,一个周知的事实是,在互联网及其技术快速发展的今天,具有私有财产的商业网站、个性化网站其社会影响日渐突出,并将可以想象,他们将来在人们生活扮演的举足轻重的角色。<sup>④</sup>此外,还需注意的是,如今互联网业已告别了自由发展阶段,而进入由服务提供商而非用户(包括网站所有者、消费者等)决定网络架构的阶段。针对此,马修·辛德曼曾饶有兴趣的比喻道,在互联网发展的大潮下,公共网站不过是“大海中的几座小岛”。<sup>⑤</sup>或许这样比喻有点言过其实,不过,其中至少透露出两个问题:一是网络中存在公共论坛的空间已被极大的挤压;二是仍以公共论坛原理来诠释网络中的不同类型的网站、信息平台等,从而最大限度公众言论表达权在实践中必将困难重重。对此,有学者建议,舍弃“历史的文本的解释方式”,重塑“公共”意涵,采取“功能主义解释方法”来看待网络空间。<sup>⑥</sup>即在认定网络空间为公共论坛时,只需着眼于它是否便于且能为公众普遍接近及利于言论表达的标准。的确,这样的努力对复活“公共论坛”在网络空间中的地位,以呵护言论表达无疑会发挥功用。只是由此引来的问题需予特别关注。

从理论在论证公共网站为公共论坛时,所基于财产权、互联网运作机理及政治功能三个维度是层

① Reno v. ACLU, 521 U. S. 850 (1997).

② Melissa Bell, Social Media Brings Us Together, but too Fleetinglly. [http://www.washingtonpost.com/lifestyle/style/social-media-brings-ustogether-but-too-fleetinglly/2011/08/29/gIQAtdv0wJ\\_story.html](http://www.washingtonpost.com/lifestyle/style/social-media-brings-ustogether-but-too-fleetinglly/2011/08/29/gIQAtdv0wJ_story.html).

③ Steven G. Gey, Reopening the Public Forum: From Sidewalks to Cyberspace, 58 Ohio St. L. J. 1535, 1538-39 (1998).

④ Dawn C. Nunziato, The Death of the Public Forum in Cyberspace, 20 BERKELEY TECH. L. J. 1115, 1147 (2005).

⑤ Dawn C. Nunziato, Virtual Freedom: Net Neutrality and Free Speech in the Internet Age, Stanford Law Books, an imprint of Stanford University Press, 2009, pp. 84-87.

层递进、依次排开的关系。其意旨在最大限度限制政府权力介入,保护言论表达权利;与此同时,也为政府维护国家利益、安全利益预留了空间,且亦排除干涉和侵犯维护其他私主体的合法利益如私有财产权(尽管存在诸多问题)。而在功能主义解释方法下,其内含的“积极作为方式”以及表现出“担当起政府维护言论表达的公共职能的角色”<sup>①</sup>,虽顾及言论表达权利,但政府自身权力如何规约,则又成为了一个凸显的难题;在另一面,宽泛的解释方法势必侵害其他主体的合法利益如一些私主体拥有的网站或信息平台。一如霍华德·瓦萨曼(Howard Wasserman)所诘问的,若以此进行,是否就已超越了公共论坛原理的“理论射程”呢?<sup>②</sup>也正是基于这些疑虑,美国最高院针对网络空间是否纳入公共论坛原理的一些案件,一直保持着谨慎和谦抑的态度。对于这样的现象,瓦萨曼将其归结为“理论上的一种退缩”<sup>③</sup>。而近年来,在关涉网络媒体与言论表达权问题上,司法裁判中移用更多的是

公共承认人理论(common carrier)与“网络中立性”(internet neutrality)原则,在某种程度上亦可说对公共论坛原理的发展和超越。<sup>④</sup>

## [参 考 文 献]

- [1] 罗伯特·C. 波斯特. 宪法的领域:民主、共同体与管理[M]. 毕洪海译. 北京:北京大学出版社,2012.
- [2] 劳伦斯·莱斯格. 代码2.0:网络空间中的法律[M]. 李旭,沈伟伟译. 北京:清华大学出版社,2009.
- [3] 时飞. 公共网站作为公共论坛[J]. 清华法治评论,2009年第3辑.
- [4] 赵娟. 论美国言论自由判例中的公共论坛原理[J]. 行政法学研究,2010,4.
- [5] 凯·R. 孙斯坦. 信息乌托邦[M]. 毕竟悦译. 北京:法律出版社,2008:178.
- [6] 马修·辛德曼. 数字民主的迷思[M]. 唐杰译. 北京:中国政法大学出版社,2016:175.

(责任编辑:闫卫平)

## Cyberspace as a Public Forum: Starting From Public Websites

Xie Xiao-yao, Wang Yu-hong

(School of Law, Ningbo University, Ningbo 315211, China; Business School, Jiangnan University, Wuxi 214122, China)

**Abstract:** In the Internet context, public websites are expected to represent public forums for the protection of the right to express views. Therefore, the three principles of the property right, the operation mechanism and the political function of the public website are the hidden analysis ideas of the existing discourse. In property rights, the argument is based on the public property base of public websites. As for the mechanism of Internet operation, it is based on the interactive and non scarce resources of the network. In the political function, it focuses on the explanation of the equal value and the realization of self, the pluralistic value and the good governance of society. Even so, with the development of network technology, the commercial, personalized websites and information platforms controlled and owned by private agents have become more and more important to people's life. The use of public forum principles in cyberspace has encountered a problem of defining ambiguity. Although some scholars try to introduce functionalist interpretation methods, reinterpret the connotation of "public" and hope to incorporate them into the scope of public forums, this has gone beyond the "theoretical range" of the public forum principles.

**Key words:** Public Forum; Verbal Expression; Operation Mechanism of Internet; Political Function

<sup>①</sup> Paul S. Berman, Cyberspace and the State Action Debate: The Cultural Value of Applying Constitutional Norms to "Private" Regulation, 71 U. Colo. L. Rev. 1263 (2000).

<sup>②</sup> Howard Wasserman, Fans, Free Expression, and the Wide World of Sports, 67 U. PITT. L. REV. 525 (2006).

<sup>③</sup> Howard Wasserman, Fans, Free Expression, and the Wide World of Sports, 67 U. PITT. L. REV. 527 (2006).

<sup>④</sup> 比如 Brand X v. Federal Communication Commnication, 545 U.S. 967(2005). Johanns v. Livestock Mktg. Ass'n, 544 U.S. 550, 566-69 (2005). Summum v. Pleasant Grove City, Utah, 129 S. Ct. 1125 (2009).等等。