

决有一定的道理,但本案的关键并不在于被告的社会评价是否降低;而在于其作为公众人物的人格权是否应当受到限制。如前所述,即使是公众人物,其人格权也并非完全不受到保护,如果以营利为目的使用公众人物的人格特征,便超出了限制的范畴。本案中比较明显的是侵权行为对原告臧天朔肖像的营利性使用,构成了对原告肖像权这一人格权的侵害。二被告在上述“评丑”活动中,使用的虽是原告臧天朔的公开演出照片,但二被告既未经原告臧天朔本人同意,更不是对原告臧天朔的社会活动进行报道或评论,且二被告的行为客观上属于是以营利为目的的经营性行为,这些事实已然构成了对原告臧天朔肖像权的侵害。因此法院基于这一事由判决二被告承担一定的损害赔偿赔偿责任是合理的。案例给我们的启示是,对于公众人物的人格权究竟应该作出哪些方面的限制,尤其是当此种利用系出于营利目的时,应如何对公众人物的权利加以保障。这一问题目前仍然是我国立法和司法解释中的空白。而在国外例如美国,已经形成了一套所谓的“公开权”制度,对名人人格权进行商业利用时予以严格保护。我们应当看到,对于同作为平等民事主体的自然人而言,并不能因其属于公众人物而就对其人格权不予保护,其人格尊严与非公众人物一样受到宪法及法律的确认和保护。尤其是在侵害公众人物人格权的行为人主观上具有重大过失的情况下,根据重大过失等同于故意的原则,该重大过失的行为也应当予以禁止,以期在个人权利和公共利益之间划分合理的界限,在有效维护社会公众的知情权以及其他利益的前提下,又能妥当地保护公众人物的人格权。

隐私与言论

葛维宝*

彭亚楠译**

我们常现身于大庭广众之中,在此类场合下,我们通常不介意世人的窥看;但在其他时候,我们中大多数人都会尽力不让某些私事过于张扬。有时我们彻底掩藏自己的思想、感觉、信息、性格或体态,更通常情况下,我们只把这些与少数人分享。从这个意义上说,隐私乃是控制和避免披露某些自身事务的能力,这是一种广为承认的价值;是人类繁荣的一个重要条件。

言论自由和新闻出版自由,同样是我们十分珍视的价值。一般的言论权和出版权,是人类自由和民主自治的基石,它意味着人们有权谈论和公开他人事务,包括他人所不愿被谈论和公开的事务。言论自由和隐私之间的矛盾,与其说是各自阵营之间的冲突,不如说是我们每个人内心之中的一种矛盾。隐私和言论都是

* 耶鲁大学法学院宪法学“波特·斯图尔特 (Potter Stewart) 教席”教授、中国法研究中心主任。作者感谢佐伊·贝尔德 (Zo Baird)、杰克·鲍尔金 (Jack Balkin)、菲利普·陈 (Philip Chen)、雅各布·卡茨·考根 (Jacob Katz Cogan)、欧文·费斯 (Owen Fiss)、琳达·格林豪斯 (Linda Greenhouse), 以及斯佩罗·斯密提斯 (Spiros Simitis), 他们对本文初稿进行了评论, 作者从中获益匪浅。作者同时也感谢丹尼尔·马尔克斯 (Daniel Marx) 出色的助研工作。

** 耶鲁大学法学院法学博士 (JSD) 在读研究生。本文译自 Paul Gewirtz, Privacy and Speech, in The Supreme Court Review (2001), p139-199。

极其重要的价值,而人们通常对两者也都非常崇尚。路易斯·布兰代斯(Louis Brandeis)既与他人合写过一篇关于隐私的最著名的文章,^①也写过对言论自由的最伟大的评论。^②

尽管言论和隐私之间的矛盾谈不上什么新鲜事,但这种矛盾正在急剧加深。新技术极大推动了通讯和表达的发展,但也预示着对隐私的新的威胁。显然,倘若媒体把隐私公之于众,就会加重侵犯隐私所造成的损害;而公众想要了解他人隐私的胃口以及媒体想要满足这种胃口的意愿,都已经大到了空前的程度。这些新发展使得隐私日益脆弱,也促使我们在权衡言论自由和隐私之时考虑新的因素。

在最近几十年里,美国最高法院在一些判例中考虑了这一矛盾,而其基调总是很明显地倾向于保护言论。最高法院一再驳回隐私的诉求,并总结说:根据第一修正案的基本原理,在言论和隐私相冲突的情况下,几乎很难保护到隐私。在本文中,我主张最高法院应比现在更侧重于保护隐私。我要阐述的宪法立场是:虽然要对言论进行强有力的保护,承认言论的核心的、不可或缺的职能,但也要承认隐私的重要功能,对隐私保护予以足够的重视。

在上个审判期,最高法院审理了巴尼奇诉沃波尔案(*Bartnicki v. Vopper*, 以下简称巴尼奇案^③),本文便从此案入手展开分析。在此案前,最高法院还审理过一系列案件,涉及言论和隐私之间的冲突,此案的立场可谓和先前的判决一脉相承。在巴尼奇案中,最高法院以六票对三票作出判决:根据第一修正案,媒体有权播

^① Samuel D. Warren and Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 Harv L Rev 193 (1890).

^② *Whitney v. California*, 274 US 357, 372 (1927) (布兰代斯, 协同意见)。

^③ 121 S Ct 1753 (2001).

放通过非法窃听取得的某些手机通话内容。大法官斯蒂文斯(Stevens)执笔书写“本院意见(*opinion of the Court*)”,该判决虽然在某种程度上在朝保护隐私的方向迈进,但最终仍倒向了言论一边。

然而该案也充分体现出,最高法院正在转而对隐私加以更多的保护,并对媒体和言论进行更多的限制。大法官斯蒂文斯的观点其实算不上真正的“本院意见”。大法官布雷耶(Breyer)书写了重要且颇值玩味的协同意见,并受到大法官奥康纳(O'Connor)附和。该协同意见对言论和隐私冲突的分析,要比大法官斯蒂文斯更加侧重于隐私的保护。尽管大法官布雷耶和奥康纳同意斯蒂文斯的最终判决(他们的投票对最终的六票多数来说是必需的),但另外三名异议法官认为媒体应该败诉。如果研究他们的意见,那么布雷耶的观点很明显说明,最高法院的多数大法官准备支持对媒体进行更大的限制以保护隐私。

在考察隐私和言论相冲突的情况时,我们需要引入新的思路,以加强对隐私的保护,现在这样做的时机已经成熟了。大法官布雷耶的意见就是朝此方向迈出的第一步,他一直在努力发展概括出一套关于第一修正案的新思路,该努力虽很少被人注意,但却非常重要,他在本案中的意见正是该努力的重要部分。正如该意见所指出的那样,如果不在某种程度上改变第一修正案当前的判解定则(*doctrine*,指原则、学说,在某些语境下特指法院在判例中解释出来的法律规则,不同于制定法本身,也不同于一般的学理解释,因此译为“判解定则”——译者注),那就难以加强对隐私的保护。我们所面临的挑战是,如何在我们的宪法中找到保护隐私的更大空间,而同时又不损害媒体的自由、妨碍其履行自身的关键职能。在本文中,我将推进这一努力。

巴尼奇案涉及到《综合犯罪控制和街道安全法案 (Omnibus Crime Control and Safe Streets Act)》第三章 (Title III) 中一个条文的合宪性问题, 该条为了防止因截取和披露有线、口头、电子通讯而使隐私受到侵犯, 规定: “任何人, 凡……向他人故意披露或试图披露任何有线、口头或电子通讯的内容, 若其知道或有理由知道该信息是通过截取 (该通讯) 获得的”^①, 则要受到处罚。

在本案中, 有人非法窃听了两位工会官员的手机通话, 当时, 正值该教师工会和宾夕法尼亚州一所地方学校的董事会进行集体谈判。这次谈话涉及到有关谈判和可能进行的罢工的各种问题。其间, 一位官员向对方说: “要是他们不让提高 3%, 我们就得去他们家里……要扫平他们家门廊, 我们得对这些家伙干点什么。”^② 某匿名者暗地里非法窃听并录制了这段通话内容, 并把录音带交给了工会的主要对手, 该人又将其交给了一位电台播音员, 该播音员在他的谈话节目中播放了这段录音。录音所涉及的工会官员依据第三章 (Title III) 提出了诉讼, 要求赔偿。联邦第三巡回区上诉法院进行了即决审理 (summary judgment), 判决媒体胜诉, 该案最终上诉到了最高法院。^③

大法官斯蒂文斯代表最高法院执笔判词, 维持了原审决定, 宣布该法条违宪, 因为它限制了媒体发表非法窃听材料的自由。在大法官斯蒂文斯看来, 有两个因素至关重要。首先, 媒体本身

① 18 USC § 2511 (1) (c).

② 121 S Ct at 1757.

③ 200 F3d 109 (3d Cir 2000).

没有卷入非法窃听的活动; 其次, 曝光的信息涉及到“公众关注 (public concern)”的问题, 即该窃听的谈话发生在两位工会官员之间, 他们在讨论工会教师薪酬谈判的有关事宜。

大法官斯蒂文斯在他的意见中首先指出: “该案展现了最高层次利益之间的冲突, 一方面我们需要充分并自由传播公共事务信息, 而另一方面我们则需要保护个人隐私, 具体而言, 即培育私人言论。”^① 但是, 他在后面的分析中, 却很少把这两种利益看得同等重要, 也没有将两者都看作是“最高层次”的。

当论及应适用何种法律标准时, 大法官斯蒂文斯开始显得异常含糊其词。上诉法院的多数意见和异议意见都推论说应当适用“中度审查 (intermediate scrutiny)”, 而不是“严格审查 (strict scrutiny)”, 因为第三章是“对内容中立 (content-neutral)”的规定。^② 副司法部长 (Solicitor General) 促请推翻原判, 他也认为应当适用“中度审查”。^③ 根据第一修正案通行的判解定则来看, 这一推论并不令人惊讶。最高法院已经表明, “严格审查”适用于“因言论内容而对该言论进行压制、使之处于不利地位, 或对其区别对待施加负担”。但对具有普遍适用力的对内容中立的法律, 则应执行“中等程度的审查”, 因为它们“对在公共对话中表达特定

① 121 S Ct at 1756.

② 200 F3d 109, 121, 131 (3d Cir 1999). 在本案诉至最高法院之前, 还有两家上诉法院碰到过同样的问题, 它们也都适用了中度审查。Boehner v McDermott, 191 F3d 463, 467 (DC Cir 1999), vacated and remanded, 121 S Ct 2190 (2001); Peavy v WFAA-TV, 221 F3d 158 (5th Cir 2000), cert denied, 121 S Ct 2191 (2001). 两家法院都认为, 就其各自案情而言, 适用该法案第三章是合宪的。

③ Reply Brief for the United States at 11-13, 16-33, Bartnicki v Vopper, 121 S Ct 1753 (2001) (Nos 99-1687, 99-1728) (available at 1999 US LEXIS Briefs 1687).

观点意见所造成的实质性风险较小”。^①

第三章是具有普遍适用力的对内容中立的规定，它保护所有的私人通讯免受非法侵扰，禁止使用和披露任何非法截取的通讯，而不论截取的内容如何。之所以禁止披露，乃是因为通讯的获得渠道（即非法截取），而非通讯的内容。的确，如果信息来源于合法截取，则即使信息内容完全相同，也可被发表。^② 另外，第三章普遍适用于对非法截取的通讯进行的任何“使用”——包括言论性使用、非言论性使用（比如，使用信息来购买股票或开发产品），以及所有媒体的表达性使用。第三章的目的，不是压制不喜欢的言论，而是保护通讯隐私，而不论私人通讯的内容如何。这样，第三章不仅保护了隐私，而且还通过鼓励畅所欲言，使人们不至担心自己无拘无束的讨论被截取、利用、四处散布，从而推动了言论自由本身。如此一来，第三章对使用和披露的限制满足“中度审查”的所有条件。

但是大法官斯蒂文斯没有适用中度审查，事实上，除了在简

述上诉法院的意见时提到了这个词之外，他根本就没提到过这个词。^③ 的确，大法官斯蒂文斯绝口不谈他适用的是严格审查还是中度审查。关于适用的究竟是何种法律标准，据他最接近的表述，就是说此处的限制必须来自“最高层次的……需要”（引用史密斯诉每日信报出版社案（*Smith v. Daily Mail Publishing Co.*，以下简称每日信报案）的意见）。^④ 异议意见将此称为“严格审查”，^⑤ 也许的确如此——尽管大法官布雷耶加入了斯蒂文斯的意见，在他的协同意见中说在这种案件中适用“严格审查”是“不合适”的。^⑥

大法官斯蒂文斯所说的“最高层次的……需要”标准，来源于四个案件（这些判决似乎都不适用于本案）：佛罗里达星报诉

^① 大法官斯蒂文斯在对该案的法律分析的开头（判决的第五部分）声称：“我们同意上诉人的主张，第三章‘是一个对内容中立的具有普遍适用力的法律’。他解释原因道：

该法律的基本目的是“保护有线（电子）、口头通讯的隐私……”该法并不区分被截取的对话内容，也并未将该对话内容作为其合宪性依据。相反，这些通讯之所以被甄别出来，乃是在于其系非法窃听所得——根据在于来源，而非内容。

121 S Ct at 1760。上诉法院在二审中，以及副司法部长在最高法院审理过程中，之所以都主张本案应适用中度审查，恰是在于他们都把第三章定性为“具有普遍适用力的对内容中立的法律”。然而大法官斯蒂文斯却就此打住，并没有接下去说本案因此应适用中度审查，而是话锋一转：“在另一方面，”他说，“如此不加掩饰地禁止披露，从性质上讲当属对纯言论（pure speech）的管制，……而非对行为（conduct）的管制……这样的话，它（指递交录音带的行为——译者注）就属于受第一修正案保护的‘言论’。”前引，第1761页。斯蒂文斯把此处的法律定性为（只是对“纯”言论）“不加掩饰（naked）”的禁止，这种对“另一方面”的讨论似乎离题。诚然，中度审查，除了适用于“具有普遍适用力的对内容中立的法律”之外，有时也适用于管制“行为”而只附带影响“言论”的法律，而大法官斯蒂文斯似乎认为，在本案中并不存在后一个适用条件，因此不能对该法条进行中度审查。但是，不存在后一个适用条件，并不能否定存在前一个适用条件。可大法官斯蒂文斯在论述了这“另一方面”后，径自继续，对究竟适用何种标准，并没有做出任何结论。判决的整个第五部分，看起来像是虚晃一枪（false start）。

^② 前注，第1761页（援引每日信报案，443 US 97，102（1979））。

^③ 前注，第1770页（首席大法官伦奎斯特（Rehnquist），异议意见）。

^④ 前注，第1766页（大法官布雷耶（Breyer），协同意见）。

^① *Turner Broadcasting System v. Federal Communications Commission*, 512 US 622, 641-43, 661 (1994). 另见 *Cohen v. Cowles Media Co.*, 501 US 663, 669 (1991); *San Francisco Arts & Athletics, Inc. v. United States Olympic Comm.*, 483 US 522, 536-37 (1987)。最高法院认为，对于具有普遍适用力而对内容中立的法律，“如果它推动了一个重要或者实质性的政府利益，如果政府利益不涉及压迫表达自由，并且如果对第一修正案各项自由的附带性限制未超过推动该利益的核心需要”，那么该法律就可以通过“中度审查”，不构成违宪。*Turner Broadcasting System v. Federal Communications Commission*, 512 US at 662（援引 *United States v. O'Brien*, 391 US 367, 377 (1968)）。

^② 试比较 *Seattle Times Co. v. Rhinehart*, 467 US 20, 34 (1984)（判决媒体不得披露从发现程序（discovery process）中被告处取得的信息，但可以发表从其他来源获得的完全相同的信息）。

B.J.F案 (*Florida Star v B.J.F.*, 以下简称佛罗里达星报案),^① 每日信报案,^② 兰德玛通讯公司诉弗吉尼亚州案 (*Landmark Communications, Inc. v Virginia*, 以下简称兰德玛通讯公司案),^③ 以及考克斯广播公司诉科恩案 (*Cox Broadcasting Corp. v. Cohn*, 以下简称考克斯广播公司案)。^④ 在所有的案子中, 最高法院都站在了媒体一边, 认为媒体发表的信息尽管侵犯了人的隐私, 但根据第一修正案, 政府也不得对其进行处罚。这些案子尽管表面上看和巴尼奇案相似, 但在基本方面, 无论是法律标准还是结果, 都非常不同。

关键之处在于, 这些案子中所发表的信息都是“合法获得”的, 此乃一个明示且至关重要的属性, 以确定应适用何种法律标准。最高法院在佛罗里达星报案中概括了这些案子的规则 (通称为“每日信报规则”): 当“报社合法获得了关于具有公共意义 (public significance) 的问题的真实信息; 如果州政府官员对发表这些信息进行处罚, 而没有最高层次的推动州利益的需要, 则 (这种处罚) 是违宪的。”^⑤ 在各个案件中, 媒体发布的信息都不是由媒体或其他任何人非法获得的。在考克斯广播公司案中, 一家电视台播出了一名强奸案受害人的姓名, 该姓名出自“供公众查阅的正式法院记录。”^⑥ 在兰德玛通讯公司案中, 一家报纸登出了关于司法调查委员会未决程序的信息, 最高法院强调该信息并非“用非法的方法……获得”。^⑦ 在每日信报案中, 一家报纸刊登了一

① 491 US 524 (1989).

② 443 US 97 (1979).

③ 435 US 829 (1978).

④ 420 US 469 (1975).

⑤ 491 US at 533 (援引每日信报案)。

⑥ 420 US 469, 495 (1975).

⑦ 435 US at 837.

名因涉嫌谋杀而被捕的十四岁男孩的照片和姓名, 这些信息是该报社通过“日常的新闻报道技术”获得的。^① 在佛罗里达星报案中, 一家报纸公布了一桩性骚扰案件的受害人姓名, 该信息是从放在警察局记者室中的警方报告中获悉的。^② 虽然下文将对其中一些判决进行批评, 认为其对隐私的权益没有予以足够重视, 但是至少这些案件中发表的信息都不是非法获取的, 这与巴尼奇案不同。

在对第一修正案的分析中, 应当考虑“发表的信息为合法获得”这一事实。而具体到本案, 在对第一修正案的分析中, 则应考虑“信息为非法获得”这一事实, 这证明需要对本案适用非常不同的法律标准。这是因为, 如果信息是非法获得的, 就会涉及非常不同的价值——最明显的, 很可能牵涉到特别强的隐私 (或机密) 权益; 而且可以理解, 政府会在驱动力 (包括媒体的驱动力) 上进行安排, 以减少非法行为的发生率。^③ 在佛罗里达星报案中, 最高法院不仅重复了每日信报标准的公式, 限制为“合法获取”的信息, 而且特别声称, 如果信息在私人手中且是“未经同意”获得的, 则这种情况就在“每日信报原则之外”。^④

由于在巴尼奇案中播放的信息是非法窃听的,^⑤ 因此该案牵扯到的一系列考虑因素都在每日信报原则之外。虽说最初非法获取

① 443 US at 103.

② 491 US at 527.

③ 判解定则是经验规则 (rules of thumb), 它考虑到在把法律条文运用到具体情况中时, 预期会有何种利益冲突。而当预期会涉及到非常不同的利益之时, 如果仍采用原来的标准, 那么就无法实现判解定则的目的。

④ 491 US at 534. 在佛罗里达星报案中, 最高法院另外还指出: “如果信息是被报纸或消息提供者非法获得的, 那么政府是否可以不仅处罚非法获取, 而且处罚随后的发表? 对这一问题, 每日信报原则并不解决。” 491 US at 535 n 8.

⑤ 另外, 该信息是通过一系列本身非法的“披露”而落入电台手中的。

信息的人是第三方,而非播放者,但是很难看出这在法律意义上有何不同,以致值得大法官斯蒂文斯如此看重。根据第三章的规定,只是当媒体知道或有理由知道信息来自非法窃听时,才要予以限制。^①显然,刻意利用不法行为,在主观上并不清白。更为根本的是,恰由于信息为非法窃听所得,因此对该信息进行播放本身即是对隐私的一种侵犯,基于此,此处的宪法分析应当不同于每日信报等案。

在每日信报系列判例中,被挑战的各相关法律以及它们适用的情况,涉及了其他因素,这些因素进一步证明了,巴尼奇案应采用与当前的第一修正案判解不同的分析。

首先,在所有四个先例判决中,被挑战的法律都是针对内容(content-specific)的,而如前所述,对针对内容的法律通常要进行严格审查。在考克斯广播公司案、佛罗里达星报案、每日信报案中,受挑战的法规禁止披露刑事案件中某些特定类型的信息(前两个案例中,是强奸案受害人姓名;最后一个案例中,是未成年犯的姓名)。在兰德玛通讯公司案中,法规只是禁止披露司法委员会程序的内容。的确,在至少兰德玛通讯公司案中,州政府通过法律试图审查关于政府官员的令人不悦的信息,并限制对政府的批评(声称那会损害“法官名誉”或公众“对司法系统的信心”)。相比而言,在巴尼奇案中,法律是对内容中立的,政府并没要审查特定信息或观点。

第二,除了兰德玛通讯公司案外,在其他所有的案子中,受审查的法规对披露信息的限制只适用于媒体(或某些媒体),因此

^① 该法也把责任限制到“故意”披露的行为上(18 USC § 2511 (1) (c)),过失披露非法截取的对话内容不受制裁。

可以说,这些法规并不是普遍适用的。^②这些案子中,法律的适用范围有限,这不仅提出公平适用的问题,而且也可以质疑州是否有效地推动了其所称的利益。而相对而言,在巴尼奇案中,第三章禁止对非法窃听获得的通讯进行任何使用和披露,是具有普遍适用力的法律规定。

第三,在所有四个案件中,信息源都是政府自身。正如最高法院在每个案子中都注意到的那样,这意味着政府(至少理论上)能够采取步骤控制信息,而非创设诉由,针对获知信息的媒体。^③在巴尼奇案中,相比而言,通讯涉及的是私人当事人,而非政府——而且私人当事人走漏信息是由精心策划的非法窃听所致,而非出于自己的疏失。

大法官斯蒂文斯对这些不同点都置之不理,仍然在巴尼奇案适用了每日信报标准。他推论说,第三章没有推动一个“最高层次的需要”,不能证明对媒体曝光进行限制是合理的。被播放的信息是非法获得的,这一事实既未影响他对法律标准的选择,也不构成一个抗辩来满足这个标准。

政府提出了两种“利益”与保护隐私免受非法窃听有关,但都没有让最高法院满意。首先,政府争辩说,对披露进行处罚,可以促成非法窃听私人谈话的“市场枯竭”,从而首先减少窃听的驱动力。即使披露者本人并未参与非法窃听行为,也要对其加以

^② 在考克斯广播公司案中,法律只禁止通过印刷、散布、电视、广播等方式披露强奸案受害人姓名。在每日信报案中,法律只禁止报纸公布少年犯姓名。在佛罗里达星报案中,法律只禁止“以任何大众传播工具”公布强奸案受害人姓名。在兰德玛通讯公司案中,法律虽然没有针对特定媒体,但禁止“泄漏(divulge)”关于程序的信息。

^③ 可以说,如果政府防止泄漏的措施失败,那么也应该允许政府用其他方法对进一步的披露进行处罚。但是在此种案件中的利益权衡,与“信息是从私人处窃听而来”的案件相比,应该有所不同。

处罚,这之所以尤其重要,是因为窃听的源头行为经常难以被查知和处罚。^①对此,大法官斯蒂文斯声称,“遏阻不法行为的正常方法,是要对不法行为人加以适当处罚。”^②但实际上,为了遏阻不法行为,而对那些试图从不法行为中捞上一把的人加以限制,这种做法在法律上屡见不鲜。最明显的例子,就是刑事案件的证据排除规则,该规则的理论基础就在于相信,通过阻止公诉人和他人使用非法获取的证据,可以遏阻警方的不法行为。^③另外,法律总要处罚知赃销赃和知赃买赃,以此遏阻盗窃。^④

大法官斯蒂文斯声称,“为遏阻不守法的第三方的行为,而去压制守法的信息持有者的言论”,要是这样判的话,那会“极其令人瞠目 (quite remarkable)”。^⑤但是,为遏阻非法行为,而限制作为非法行为之果的言论,这一点不令人瞠目,也并不新奇。例如,有法律规定,描绘儿童的色情制品,即使在法律上不构成淫秽,也不得加以传播,以防生产者在制作过程中非法盘剥儿童,这种禁令并不违反第一修正案。正如最高法院在纽约州诉佛伯尔案 (*New York v. Ferber*, 简称佛伯尔案) 中所云,“对销售、广告这种产品或以其他方法促销这种产品的人施以严厉刑事处罚,从而使该制品的市场枯竭,这一执法方法即使不是唯一可行的,也是最

① 121 S Ct at 1773-75.

② 前注,第1762页。

③ 例如, *Oregon v. Elstad*, 470 US 298, 306 (1985); *Elkins v. United States*, 364 US 206, 217 (1960)。而第三章本身也确实规定了一项证据排除规则,即禁止使用非法截取的通讯作为证据,以遏阻非法截取。18 USC § 2515.

④ 121 S Ct at 1773-74 (首席大法官伦奎斯特, 异议意见) (援引 W.R. LaFare and A.W. Scott, Jr., 2 *Substantive Criminal Law* § 8.10 (a) at 422 (1986))。

⑤ 前注,第1762页。

立竿见影的。”^①

窃取信息的非法行为和盗窃物品的非法行为相比,其不法性和冒犯性别无二致,没有理由说遏阻后者可以而遏阻前者则不行。非法行为之果是言论行为 (speech acts) 的这一事实并不意味着打击非法行为就是错的,也不意味着传播非法行为之果就是值得赞许的,同时也不意味着通过枯竭非法获得物市场来打击非法行为就是不妥的。否则的话,无异于说我们不太在意遏阻非法盗窃信息,而更关注遏阻非法盗窃其他物品,这可不合理。大法官斯蒂文斯声称,在大多数情况下,可以查清非法窃听通讯的人的身份。他认为,这样的话,禁止第三方披露对遏阻非法窃听来说无甚帮助,因此这里没有牵扯到“最高层次”的政府利益。但是国会推论说:“很多时候都无法查明对隐私的侵害行为,只有通过打击该问题的各个方面,隐私方可被充分保护。”^②国会认为,如果能阻止不法行为人享受他们的不法行为之果,则就能遏阻不法行为。既然这种推论看起来是有道理的,最高法院就不应该对其置之不理,而代之以自己的判断。

无论如何,处罚披露非法窃听的通讯,除了可以遏阻非法窃听外,还可以促进另一个甚或更加清楚的利益:即通过限制非法行为所

① 458 US 747, 760 (1982)。另见奥斯本诉俄亥俄州案 (*Osborne v. Ohio*, 495 US 103, 109-10 (1990)), 简称奥斯本案 (“州政府认为,如果处罚持有和观看儿童色情制品的人,从而降低对这种制品的需求,那就会降低该制品的产量。这种推论当然是合理的”)。诚然,佛伯尔案和奥斯本案所涉及的言论,尽管在法律上不构成淫秽,但被广泛认为价值非常有限。有人或许会说,为了遏阻他人的不法行为而去压制和公共事务有关的言论,是另一回事儿 (正如有人也反对“为遏阻警方非法搜查而排除适用有证明性证据 (probative evidence)”一样)。两者之间的确有区别,这是其中一个原因,使得我更依赖政府的第二个限制媒体披露的“利益”——即通过限制不法行为的损害后果来保护隐私。但是佛伯尔案和奥斯本案展示了,非法行为之果无论是财产还是言论,最高法院都推论说:切断产出遏阻了非法行为。

② S Rep No 1097, 90th Cong, 2d Sess 69 (1968) (援引于 121 S Ct at 1773 (首席大法官伦奎斯特, 异议意见, 大法官斯卡利亚 (Scalia) 和大法官托马斯 (Thomas) 附和))。

产生的损害来保护隐私。阻止媒体披露,不仅遏阻了其他人的非法行为(政府的第一种利益),而且直接保护了隐私。正如最高法院在其他情况下所承认的那样,披露非法窃听的通讯“加剧了法律所禁止的……对隐私的侵犯”。^①这种披露使得人人自危,唯恐自己的私人通讯内容泄漏。曝光非法窃听的通讯和进行非法窃听一样,是对隐私的侵犯。的确,由曝光而对谈话隐私造成的侵犯经常更加严重,因为它使更广泛的听众得以“偷听”到私人通讯。立法者若有重大理由去保护私人通讯的隐私免受窃听,当然也有同样的理由来保护隐私不受披露,既然其经常“加剧了法律所禁止的侵犯。”^②

而且,当发表会招致损害的时候,对发表进行限制,也一点不像斯蒂文斯大法官所说的那样令人瞠目。如果某人闯入我家,盗窃了我的日记和私人信件,此人当然会因发表该日记或信件的内容而受到制裁。这通常是政府制定的知识产权法的一项规则,一点也不违反第一修正案。^③与此类似,政府在第三章这样的隐私

^① *Gelbard v. United States*, 408 US 41, 52 (1972).

^② 大法官斯蒂文斯在评价保护隐私的重要性时,似乎前后矛盾。在其意见的开头,他声称“个人隐私的利益”是“最高层次”的利益。121 S Ct at 1756. 但是一旦他宣布适用的法律标准是每日信报案标准(该标准要求政府证明“最高层次的需要”,才能管制媒体),他便不再把政府保护隐私的利益看作具有如此高的层次。政府主张,处罚媒体披露,可以防止加重非法窃听所造成的损害(这是政府最强的论证),大法官斯蒂文斯在衡量政府的这一观点时,开始把保护通讯隐私称为“一个重要的利益”(前引,第1764页),显然这比“最高层次的……利益”要低。他没有协调这一矛盾。

^③ 版权法,以及普通法,长期以来一直规定未经许可不得发表他人信件。见 *Salinger v. Random House, Inc.*, 811 F2d 90, 94 (2d Cir 1987); *Birnbaum v. United States*, 436 F Supp 967, 978-82 (EDNY 1977); *David Nimmer, Nimmer on Copyright* § 5.04 at 5-57 (1999)。人们不但没有认为版权法违反了第一修正案的表达自由原则,反而认为版权法本身就是“表达自由的引擎”。*Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 US 539, 558 (1985)。另外,不能只因为作品“包含可能有公共重要性的材料”或者“传播的社会价值”,就对版权不予保护,前引,第558、559页(内部引注从略)。即使作者的话“本身可能‘值得报道’,他人也并不因此就可未经授权而复制作者的作品。”前引,第557页。

法上制定类似的规则,也绝不会违反第一修正案。

重要的是,第三章所规定的对披露的处罚,只适用于那些“知道或有理由知道该信息是通过(非法)截取所得”的行为人。在第一修正案的判例中,法院担心媒体在执行其宝贵职能时会“胆怯和自我审查”,^①这是正确的。但是,禁止报道者披露其明知是非法获得的信息,并不会惊吓到合法的出版行为。而媒体若在发表非法截取所得的侵犯隐私的材料上变得“胆怯和自我审查”,这可是件好事儿。

第三章禁止那些“有理由知道”信息为非法所得的人披露信息,这一规定的合宪性分析起来也许会麻烦一些。这一标准可能使得报道者担心,即使他们的确真的不知道,但在事发之后,法院或许会得出结论说他们“有理由知道”。这可能会惊吓到对来源合法的信息的报道,因为报道者会唯恐自己对信息源合法性的判断出现错误,从而减少报道,免得惹是生非。另一方面,“有理由知道”标准,和“应当知道”标准不同,它“没有施加行为人以调查义务,只是要求从已知的信息中获取合理的推论。”^②重要的是,在向最高法院递交的答辩意见中,副司法部长费尽心机,从严解释“有理由知道”条款,以避免寒蝉效应(chilling effect)。^③尽管如此,如果最高法院真是基于第一修正案对“有理由知道”

^① *Florida Star*, 491 US at 535; *Bartnicki*, 121 S Ct at 1765 n 22; *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 US 254, 271-72 (1964).

^② *Norinski v. Cook*, 946 F2d 938, 941 (DC Cir 1991).

^③ “第三章的禁令所适用的对象,或者实际知道截取行为的性质,或者其实际知道的事实,使得截取的可能性极高,以至于人们应当推定那的确是截取所得。Restatement (Second) of Torts, § 12, cmt. a (1965). 的确,因为第三章没有要求(披露者)有调查义务,因此截取行为周遭的事实必须是明显的。同前引; U.S.Br.45-46. 结果,第三章并不遏阻(在过去三十年里也没有遏阻)媒体报道新闻。它远未要求报道者研究来源以防非法,而只是要求,他们如果知道或者近乎知道信息是非法截取而来,就不要使用它。”Reply Brief for the United States at 20, *Bartnicki v. Vopper*, 121 S Ct 1753 (2001) (Nos 99-1687, 99-1728) (available at 1999 US Briefs LEXIS 1687).

标准表示特别关注,那它本应突出其合理的顾虑,担心该规定会惊吓到那些对合法获取的信息的报道;而它判决的依据,也本应是媒体对合法获取的信息的报道权,而不是扩大第一修正案的保护面,保护媒体报道明知是非法获取的信息。这样,在媒体明知信息为非法窃听所得的案件中,最高法院也就当然不会宣布适用第三章是违宪的了。

最后,本案中信息是窃取所得,这一事实对大法官斯蒂文斯来说无关紧要。《纽约时报》诉沙利文案(*New York Times Co. v. Sullivan*)虽然确认第一修正案保护发表那些不实的信息,但并没有说要保护发表那些明知是不实的信息。^①巴尼奇案也不应保护发表那些明知是非法获取的信息。

有一个判例,高悬于巴尼奇案之上,有助于解释为什么大法官斯蒂文斯并不在乎发表的信息是否是非法获得的,这就是《纽约时报》诉合众国案(*New York Times Co. v. United States*),^②即五角大楼文件案(the *Pentagon Papers case*)。大法官斯蒂文斯在讨论为什么谈话被非法窃听与判决无关时,一开始就援引了该案。^③五角大楼文件案判决于1971年,当时公众对进行中的越南战争正展开如火如荼的辩论。该案是美国政府起诉《纽约时报》和《华盛顿邮报》,禁止它们发表国防部机密的战争研究材料。毫无疑问,报社知道它们所要发表的机密材料是由丹尼尔·埃尔斯伯格(Daniel Ellsberg)窃取并提供的。^④“五角大楼文件案可是新闻自由的丰碑,最高法院现在又怎能说媒体无权披露非法获得的信息?”

① 376 US 254, 279-80 (1964).

② 403 US 713 (1971).

③ 121 S Ct at 1761.

④ 尽管该案的多数意见并没有讨论该事实,但大法官哈兰(Harlan)在他的异议意见中强调了该事实。参见403 US at 754.

但是五角大楼文件案和巴尼奇案的区别显而易见。首先,五角大楼文件案是事前限制(prior restraint)的案子,最高法院所要解决的唯一问题,在于可否禁止发表这些文件。第一修正案的判例尤其厌恶事前限制,而且最高法院的全院判决意见只是总结说:政府负有“重大举证责任(heavy burden)”,需要证明事前限制是合理的,而政府没有满足这项要求。最高法院并没有排除在事后追究报社刑事责任的可能性(大法官怀特(White)和斯图尔特(Stewart)在其协同意见中就明确提到了这一点^①),而且暗示,也不排除事后报社承担民事责任的可能性。巴尼奇案就是播出后的赔偿诉讼,而非事前限制的案子。第二,五角大楼文件案中要发表的信息为政府所有。如前文所述,在那样的条件下,总可以说政府应采取更好的步骤来防止泄密,而不是进行诉讼对付媒体。第三,也是最重要的一点,正如巴尼奇案里副司法部长维克斯曼(Waxman)在其口头意见中所云,在五角大楼文件案中,有理由认为政府具有“审查动机(censorial motive)”并想“掩盖某些事实”。^②而在巴尼奇案中,对内容中立的保护隐私的第三章各条款,并没有什么审查动机之类的东西。最后,对大法官斯蒂文斯而言,巴尼奇案的关键因素,就是非法窃听的谈话内容涉及了“公众关注”的问题。他认为,“公众关注”的内容的存在,“牵涉到第一修正案的核心目的”,这高于人们对其谈话的隐私权益,即使隐私被非法窃听所侵犯,也在所不惜。

① 前注,第735-740页(大法官怀特,协同意见,大法官斯图尔特附和)。

② 2000 US Trans LEXIS 77.

在本案语境中运用“公众关注”这一概念,牵涉到若干问题,^① 这些问题综合起来,使得私人事务非常脆弱,极易遭到披露。首先,“公众关注”一词未被定义,它可能囊括公众关注的任何事务。公众会关切对公共安全的威胁、立法机关辩论的议题,但也会关心某演员如何对待其女友、政府官员对其孩子说了些什么、以及普通公民从网上买了什么录像——的确,凡是引起公众好奇的东西,都会是如此。^②

“公众关注”这一概念就算排除了单纯的公众好奇,而只包括有助于公众对议题和官员加深理解的信息,也极易囊括所有私人事务。首先,“公众关注”有自我实现和持续扩展的特点。只要媒体把某个私人事务说成是“公众关注”的,那该事务就会变成如此。如果一份报纸披露某政府官员如何对待他的孩子,这事儿就会引起公众注意,促发公众辩论,而至少对某些选民来说,这会成为进行政治评价的一个考虑因素。更通常而言,私人事务可以轻而易举地被看作和公众关注有关。对实际上任何人的私人事实加以曝光,都可以说促进了公众对一些更广的公共现象或公共议题的理解。如果说,私人事实只要和某些公众关注点有关就可以被媒体披露,那么找一个理由并不难。还有一个重要的文化事实起到了煽风点火的作用:我们当前的流行文化可谓是淫欲横流,

① 这一概念也用于其他的语境中,例如涉及公共雇员言论的范围,就提出了多少有些相似的问题。参见 *Connick v. Myers*, 461 US 138 (1983); *Pickering v. Board of Education*, 391 US 563 (1968); *Rankin v. McPherson*, 483 US 378 (1987); *Waters v. Churchill*, 511 US 661 (1994)。

② Edward J. Bloustein, *The First Amendment and Privacy: The Supreme Court Justice and the Philosopher*, 28 Rutgers L Rev 41, 54-57 (1974) (“‘公众获取信息的利益’的权重,应当取决于该信息是否和公众的主要目的相关。表示好奇心的‘公众利益’,必须区别于获取极重要信息的‘公众利益’。人们并不享有‘满足公众好奇心并发表耸人听闻的私生活传闻’的宪法权利”)。

公众的很大兴趣都集中在他人的私生活上,而且肯定不限于“公众人物”的私生活。在这样的情况下,“公众关注”变成了特别宽泛的一个概念,如果作为第一修正案的抗辩理由来对抗隐私权,那会对隐私威胁甚大。

但是,大法官斯蒂文斯的方法还存在着更根本的问题:他依据被播出的通讯的内容,而非谈话发生的环境,来决定宪法是否保护这种播放行为。对大法官斯蒂文斯来说,如果通讯的内容涉及一个公众关注的问题,它就受第一修正案的保护。但是,还有可能采用另一种方法:人们可以看原初通讯是否发生在受保护的区域之中,以确定宪法是否保护这种播放行为。如果某个区域被看作是受保护的隐私区(private zone)——可以是某种场所,也可以是某种情况,^①——那么在该区内通讯的内容,就与“媒体播放该信息是否受第一修正案保护”这一问题无关。无论内容如何,媒体都会因播放关于该区内谈话的信息而受处罚。^②在第三章,国

① Lloyd Weinreb, *Your Place or Mine? Privacy of Presence Under the Fourth Amendment*, 1999 Supreme Court Review 253 (比较他所称的“场所的隐私(privacy of place)”和“在场的隐私(privacy of presence)”)；Robert C. Post, *The Social Foundations of Privacy: Community and Self in the Common Law Tort*, in *Constitutional Domains: Democracy, Community, Management* 54-55, 72-73 (1995) (讨论厄文·高夫曼(Erving Goffman)的“信息保护区(information preserves)”的概念)。

② 这一方法有些类似于第四修正案判例的方法。人们对隐私有种合理预期,从而产生了一个隐私区,要想对这一隐私区进行搜查,就要满足更严格的要求。即使该区内存在特定的“内容”(犯罪行为的证据),也仍然要遵守第四修正案的各项要求。当然,在第四修正案下,“内容”最终肯定是相关因素。如果执法人员证明,有可能的理由相信特定的“内容”(犯罪行为的证据)的确在该区域内存在,那么就可以满足第四修正案的要求,法院便可签发许可令,允许进行搜查。但是,由于存在这一区域,因此产生了更高的要求。

相似地,人们可以把版权法看作是创造了一个区域,不考虑内容而保护。如前所述,作者的言辞“可能本身有‘报道价值’,不能单独构成非法复制作者作品的理由”。*Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 US 539, 557 (1985); 前引,第558、559页;前注40。另见 *Seattle Times Co. v. Rhinehart*, 467 US 20 (1984)。

会试图通过建立那样的保护区来保护隐私,并在法律上禁止侵扰该区域。谈话虽涉及“公众关注”的问题,但在性质上仍是“私人”的,这两者并不矛盾,因为谈话发生在隐私区中。

换句话说,要理解言论行为(speech acts)的话,不仅要考虑内容,也要考虑听众。^①我们在日常交谈中,总是在处理和某位听众的关系。归根到底,隐私和我们选取听众的权力有关。当隐私被侵犯,我们就要被迫面对不速之客。最高法院在巴尼奇案中认为,发表窃听谈话有助于公众辩论——但是用手机通话的两个人并不希望在大庭广众之下推动公众辩论。他们的交谈被暗中窃听,并被置于公众辩论之中,这是违背他们意志的。如果凡是有关公共话题的私下意见,都可以因为有助于公众辩论而被强行曝光的话,那么隐私就形同虚设。两者我们不能兼得。

大法官斯蒂文斯把“公共”、“私人”作为一个内容问题加以分析,而在本案语境中,这与把“公共”、“私人”当作一个区域和听众的问题加以分析相比,对隐私的保护要少得多。^②这也使得第一修正案标准本身成为基于内容的(contented based)——这一结果具有讽刺意味,因为基于内容的法律规定通常是最易触犯第一修正案的。按照大法官斯蒂文斯的方法,此案中虽然交谈者预期通讯是私人性质的,但这一点无关紧要。基于交谈的内容,媒体可以自由披露它(只要媒体自己不参与非法窃听)。媒体可以不受限制地报道私人交谈,就像说话者在公开会议上交谈一样。

① 参见 Roman Jakobson, Closing Statement: Linguistics and Poetics, in Thomas Sebeok, ed., *Style in Language* 353-58 (1960); Peter Brooks and Paul Gewirtz, eds., *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law* (1996).

② 然而,在其他情况下,这可能导致更多的隐私保护。例如,按照“区域”的方法,可能保障媒体发表公共空间内任何人的照片,而按照内容的方法,如果照片没有公众关注的内容,则可能不再保护媒体发表。

尽管大法官斯蒂文斯声称其决定的适用范围“狭窄”,^①但是,从他的意见中却无法看出,立法者为保护隐私免遭媒体侵犯,究竟要如何做才能避免触犯宪法。由于本案涉及了“公众关注”的问题,因此媒体赢得了官司,但是大法官斯蒂文斯拒绝说,如果涉及的是私人问题媒体就会输掉官司:

是否(隐私利益)足够强,使得第三章可以适用于披露商业秘密、家庭闲谈、或其他纯粹私人关注的信息,对此我们无需决定。试比较 *Time, Inc. v. Hill*, 385 U.S. 374, 387-88 (1967) (在何种情况下,政府可以禁止如实报道和公共事务无关的私人事务,而又不违反宪法?对此问题予以搁置)^②。

大法官斯蒂文斯在其意见中,还强调说,“对如实发表进行处罚,究竟是否还可能符合第一修正案?对这一问题,本院一再拒绝给出断然的答案。”^③这些“不决定”和“拒绝回答”意味着大法官斯蒂文斯把有关保护隐私的所有独特问题都悬而不决,因为保护一个人的隐私不只要防止发表不实陈述(传统上是反诽谤法的内容),而且也要防止发表理应为隐私的真实信息。如果说,“对如实发表进行处罚究竟是否还可能符合第一修正案”并不确定,那么,限制媒体披露侵犯隐私的信息究竟是否可能符合第一修正案,也就不确定。换句话说,最高法院的意见没有说明究竟在何

① 121 S.Ct. at 1756.

② 前注,第1764页。

③ 前注,第1762页(原文无着重号)。

种情况下,隐私权可以高于媒体特权。^①

二

但是,在本文开始,我说巴尼奇案朝着保护隐私的方向前进了几步,那是因为大法官斯蒂文斯的观点只是名义上“代表本院”。大法官布雷耶写了协同意见,奥康纳大法官附和。尽管大法官布雷耶和奥康纳也同意斯蒂文斯大法官的最终判决,从而凑成了六票的多数,但实际上同斯蒂文斯大法官的意见相比,协同意见对言论保护更少,而对隐私保护更多。因为首席大法官伦奎斯特(Rehnquist)、大法官斯卡利亚(Scalia)、大法官托马斯(Thomas)所写的异议意见支持本案中对媒体的限制,主张对隐私予以广泛保护,因此,布雷耶大法官的意见是决定性的。他的判解是主导性的判解。

大法官布雷耶在其意见中的分析,除了结果之外,几乎在所有关键问题上都和大法官斯蒂文斯的分析不同,布雷耶主张在隐私案件中赋予媒体非常窄的宪法豁免,并进一步发展了他对第一修正案进化了的新颖的一般方法。正如布雷耶在巴尼奇案中对媒

^① 基于其他原因,大法官斯蒂文斯的这些说法令人费解。在其他很多情况下,最高法院支持对媒体发表真实信息加以制裁。例如, *Cohen v Cowles Broadcasting Co.*, 501 US 663 (1991) (某报社公布了一则政治新闻报道线人的真实信息,违反了其为线人保密的承诺,第一修正案并不妨碍原告对该报社提起禁反言诉讼); *Harper & Row, Publishers, Inc., v Nation Enterprises*, 471 US 539 (1985) (某杂志发表受版权保护的真实材料,第一修正案并不妨碍原告起诉该杂志社); *Zacchini v Scripps-Howard Broadcasting Co.*, 433 US 562 (1977) (“媒体未经表演者同意而播出表演的全过程”,第一修正案并不“免除媒体的损害赔偿赔偿责任”); *Seattle Times Co. v Rhinehart*, 467 US 20 (1984) (某报社获得了在民事诉讼发现程序中受到保护令保护的信息,并予以如实发表,第一修正案并不妨碍原告起诉该报社)。

体和隐私的权衡那样,“在天平两端”都存在宪法权益。^②其中一端,是媒体基于宪法所享有的出版自由权益;在另一端,是隐私权益,“不仅包括‘免干扰权(the right to be let alone)’”,……而且包括‘培育私人言论的……利益。’”^③布雷耶强调说,“我们若担心自己的私人谈话会被公之于众,自然就不愿再讨论私人事宜,而保障隐私则有助于我们打消这一顾虑。(在本案中)该法律在结果上鼓励了人们畅所欲言”。^④

布雷耶认为,培育私人言论的利益,本身是一个关于表达自由体系的“宪法利益”,受到第一修正案的保障。布雷耶援引自己在以前判决中的独立意见,把第一修正案的目的用肯定性措辞加以描述,例如“鼓励……公开讨论”,而不只是禁止政府限制言论。^⑤布雷耶说,同样,在巴尼奇案中存在“相互竞争的宪法利益”,^⑥而且这些竞争性宪法利益与言论自由本身有关。相对而言,大法官斯蒂文斯则回避说在隐私一侧的利益是否本身有“宪法”维度,而只是说“在宪法计算的两侧都有重要的利益要考虑”。^⑦大法官布雷耶本人也回避了一个重要方面:尽管他承认隐私权益既包括“免干扰权”,也包括“培育私人言论的……利益”,但他只

^① 121 S Ct at 1766 (引用他早先的独立意见: *Turner Broadcasting System, Inc. v Federal Communications Commission*, 520 US 180, 227 (1997) (布雷耶,部分协同意见),以及 *Nixon v Shrink Missouri Government PAC*, 528 US 377, 402 (2000) (布雷耶,协同意见))。本文中的“天平”,原文为 equation,即“等式”,但在利益权衡中,左右两侧未必相因此根据意思译为“天平”——译者注)

^② 同前注(原引注从略)。

^③ 同前注。

^④ *Nixon v Shrink Missouri Government PAC*, 528 US at 402; *Turner Broadcasting System, Inc. v Federal Communications Commission*, 520 US at 227。在本文第四部分,还会进一步讨论布雷耶对第一修正案的一般概念与传统概念之间的关系。

^⑤ 121 S Ct at 1766。

^⑥ 前注,第1764页。

把隐私和言论有关的方面标为宪法利益，并将其分析侧重在这一和言论有关的方面——这样，如果“天平的另一侧”只存在隐私的非言论方面，那么他将如何衡量，则并不清楚。^①

由于大法官布雷耶在两端看到了“相互竞争的宪法利益”，因此他推论道，最高法院不应适用“严格审查”。相反，他运用了更富弹性并具多种因素的方法，给隐私保护提供了更大的回旋余地：

我要问的是，这些法规在其言论限制（speech-restricting）和言论促进（speech-enhancing）的结果之间是否取得了合理的平衡。具体而言，我们需要考察这些法律相应的隐私和有关言论方面的收益，考察这些收益的种类、重要性、程度，以及为获取这些收益而进行言论限制的必要性，然后在此基础上，判断这些法律对言论的限制是否是不适度的。^②

布雷耶随后解释说，为什么此处的法规“增进了私人言论”，^③防止了对隐私的“严重侵害”，^④并且“类似于规定说，发表从私人卧室中窃得的信息须负赔偿责任”。^⑤因此，布雷耶推论道，“概括而言，尽管该法直接限制了言论，但是基于这些隐私以及和言论

^① 在布雷耶大法官的意见中，有些建议实际上考虑了隐私的非言论方面。“概括而言，”布雷耶大法官说，“基于隐私以及和言论有关的目标的重要性，联邦宪法必须宽容这类法律。”布雷耶大法官在本案中所用的基本标准，就是问“对言论的限制……与相应的隐私以及和言论有关的收益相比，（是否）不适度。”前引，第1766、1767页（原文无着重号）。因此，在宪法权衡中，和“言论无关”的“隐私”收益似乎有些独立的权重。或许，假若只牵涉到隐私的非言论方面，即使它们本身不是“宪法利益”，大法官布雷耶也会支持政府采取措施保护隐私不受媒体侵犯，正如他在其他案件中推论说，有时基于非言论（并且非宪法性）权益，也可以对言论进行限制。

^② 121 S Ct at 1766.

^③ 前注，第1766-1767页。

^④ “媒体若向整个社区传播隐私谈话，常会严重伤害谈话者，其程度高于最初窃听电话所造成的伤害。”前注，第1766页。

^⑤ 前注，第1767页。

有关的目标的重要性，联邦宪法必须宽容这类法律。”^①这一推论的措辞直接（并大概刻意）针对斯蒂文斯大法官的说法：“概括而言，‘政府若对发表真实信息进行处罚，则很难是合宪的’”。^②

然而，大法官布雷耶和奥康纳最终还是支持媒体胜诉，但他们只是采用了最窄的立论基础，而且明确支持立法者有权采取重大步骤来保护隐私不受媒体侵犯。对大法官布雷耶而言，媒体之所以赢了这桩案子，有两个原因。

首先，正如大法官斯蒂文斯也强调过的那样，播放者没有牵连进非法窃听之中。然而，布雷耶建议采用比斯蒂文斯更窄的方法，暗示说在巴尼奇案中，假如国会规定不得“接受”非法窃听的磁带，那么国会原本可以规制到媒体。^③

第二，大法官布雷耶说，“所发布的信息涉及了非同寻常的公众关注问题，即威胁对他人造成潜在的肢体伤害。”^④这一个定则比大法官斯蒂文斯的要窄得多。斯蒂文斯凭借概括的“公众关注”基本原理来胜过隐私权益，而布雷耶则强调本案中的公众关注是

^① 同前注。

^② 前注，第1761页（原引注从略）。

^③ “接受”的相关意义不太明确。在解释媒体“除了最后披露之外没有从事其他非法行为”时（前注，第1767页），布雷耶说：“正如本院指出，接受录音带这一行为本身，该法律并没有禁止。Ante, at 9. 本院还附带指出，它的判决‘不适用于处罚当季非法获取相关信息。’Ante, at 17, n.19（原文无着重号）”同前引。这里隐含的意恐似乎是（尽管并不肯定），即使对“最终公布”进行处罚是违宪的，在这些情况下对“接受”进行处罚也可能是合宪的。大法官布雷耶很显然似乎认为“获取”包括“接受”。然而，综观大法官斯蒂文斯的全文，他使用“获取”一词，可能无非是指直接盗窃或截取信息，似乎只想明确说，对这种侵犯，即使系媒体所为，如果第一修正案都要加以保护的话，那“当然”是“草率”的。

无论如何，即便国会禁止“接受”非法窃听材料，也很难说此案的判决就应有所不同。国会已把“截取”特定电子通讯和“披露”该截取的信息都规定为非法。这些条文的合宪性问题，为什么要取决于在非法截取和非法披露之间的步骤是否也被明确为非法？

^④ 前注，第1766页（原文无着重号）。

“非同寻常”和“特别”的，牵涉到“对公共安全的威胁”，因为一个被窃听的说话人说要“扫平……门廊”，并要“对那些家伙干点什么。”^①虽说人们可以质疑，这些说法是否应被解释为一个真正而持续的威胁，^②但是此处问题的关键在于，大法官斯蒂文斯一点儿也没有提到过“非同寻常”和“特别”的公共安全原理，^③相反，他把注意力完全集中到了以下事实上，即被窃听的电话涉及到一个“公共问题”——“对教师薪酬问题的数月谈判……无疑是一个公众关注的问题，而被上诉人显然正参与着对该问题的辩论。”^④大法官斯蒂文斯一再地使用不加修饰的“公众关注”一词，而从没有说：只有在涉及“非同寻常”或“特别”类型的公众关注时，披露非法窃听的信息才受第一修正案的保护。相比而言，大法官

① 前注，第1766、1767、1768页。

② 也许大法官布雷耶预料到了这个问题，特别是当如何定性乃是解决即决审理(summary judgment)动议的关键时，他补充说：“编辑必须要迅速决定是否发表，在把这种威胁公之于众之前，他不必确定是否存在即刻而持续的危险。”前注，第1768页。

如果真有这种威胁的话，报告给执法部门那么是否更为合适？提出这种问题也是合理的。然而，第三章禁止媒体向公众披露，是否允许向政府“披露”？这个问题还未解决。在几个下级法院的判例中，有人将不法窃听所得材料披露给执法部门，下级法院判决这种行为也违反第三章。In re Grand Jury, 111 F3d 1066, 1077-79 (3d Cir 1997); Berry v Funk, 146 F3d 1003, 1011-13 (DC Cir 1998); Chandler v United States Army, 125 F3d 1296, 1298-1302 (9th Cir 1997)。的确，当奥康纳大法官还是亚利桑那州的州法官时，就曾判过这样的案子。State v Dwyer, 585 P2d 900 (Ariz App 1978) (这是一桩谋杀案件，有人窃听了犯罪嫌疑人的电话通话，并向警方报告，奥康纳法官以违反第三章为由，裁决该通话内容不得作为证据使用，上诉法院维持原判)。副司法部长在其巴尼奇案的书面意见中，当论及向警方透露(隐私谈话)的问题时，声称“当(正如本案情况)法律没有明确规定某种抗辩时，根据传统的‘必要性’抗辩，为保护生命所必需的行为，可以免责”。Reply Brief for the United States at 19, Bartnicki v Vopper, 121 S Ct 1753 (2001) (Nos 99-1687, 99-1728) (available at 1999 US Briefs LEXIS 187)。大法官布雷耶自己建议说，要有更广的“特权来报告对公共安全的威胁”，而不仅限于向执法官员报告。121 S Ct at 1768。

③ 他在意见的事实陈述部分，的确援引了这部分窃听的谈话内容(前注，第1757页)，但在意见的其余部分中，却完全将其束之高阁。

④ 前注，第1765页。

布雷耶明确声称，没有“一个‘公共利益’例外可以吞噬法律保护隐私的一般规则。”^①布雷耶说，“此处谈话者的合法隐私预期异常低，而且公众抗衡这些预期的利益异常高……我之所以强调我们所面对的特定情况，是因为在我看来，宪法允许立法者灵活反应，以应对未来技术可能在基本个人隐私上对个人利益提出的挑战。”^②

大法官布雷耶的方法具有隐私保护的性质，这也反映在他对待以下事实的态度上，即说话人——公共雇员工会的官员——积极参与公共生活。布雷耶把这当作一个额外的(尽管并不必然是独立的)因素来分析，他把谈话人界定为“有限公众人物，因为他们自愿从事公共争议事务”。^③但是，比较而言，大法官斯蒂文斯断然声称，“参与公众事物的代价之一，就是随之失去隐私。”^④而大法官布雷耶却声称，公共参与可能只导致“公众监督有些增大以及……隐私权益减少”。^⑤

大法官布雷耶然后明确认为，“宪法(并未)要求任何人——包括公众人物——完全放弃私人通讯权。”^⑥而且他接着引用一些下级法院的案例和权威著作，支持保护公众人物的隐私——强调说(在各个案例和著作之后都特别加以括号注明)，公开某些私人事务，即使涉及某位“著名”人物，或者存在“公共利益”，也并不

① 前注，第1768页。

② 同前注。

③ 同前注。在《纽约时报》诉沙利文案(New York Times Co. v Sullivan, 376 US 254 (1964))之后，为在反诽谤诉讼中衡量第一修正案的地位，“公众人物”和“私人人物”的概念已变得尤为重要。参见 Philadelphia Newspaper, Inc. v Hepps, 475 US 767 (1986); Wolston v Reader's Digest Assn., Inc., 443 US 157 (1979); Time, Inc. v Firestone, 424 US 448 (1976); Gertz v Robert Welch, Inc., 418 US 323 (1974)。

④ 121 S Ct at 1765。

⑤ 前注，第1768页(原文无着重号)。

⑥ 同前注。

见得会牵涉到“合法公众关注”。^①区别“公众关注”(斯蒂文斯的用语)和“合法公众关注”(布雷耶的用语^②),极大限制了媒体的回旋余地。这澄清了,并不能只因为公众对某事感兴趣,就可以将该事公之于众;必须要作出一个规范性判断,该判断限制了可能的“公众关注”概念的范围。公众关注假若侵入他人隐私过远,那就不是“合法的”。

大法官布雷耶在其简短意见中,并未阐明如何确定一个问题涉及“合法”和“非同寻常”公众关注。他说,在本案中,对公共安全的威胁就属于这个范畴,而且他将此与两个下级法院案件中的“真正私人事物”相区别,这两个案子分别涉及“性关系录像带”和某些关于离婚的个人信息。但是,他的“真正私人事物”的概念似乎和“非同寻常”的公众关注相去甚远,因此布雷耶的界限和标准仍然不确定。尽管如此,布雷耶要求,必须要有既“合法”又“非同寻常”的公众关注,媒体才能主张第一修正案的权利,在本案语境下,这一要求对隐私的保护甚大。

因此,大法官布雷耶和大法官斯蒂文斯的立场相去甚远,后者拒绝回答:“在何种情况下,政府可以禁止如实报道和公共事务无关的私人事务,而又不违反宪法?”^③并拒绝明确回答:“对如实发表进行处罚,究竟是否还可能符合第一修正案?”^④而前者则清楚

① 同前注(原文无着重号)。

② 布雷耶使用的该用语,出自沃伦(Warren)和布兰代斯合写的关于隐私的著名文章, Samuel D. Warren and Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 Harv L. Rev 193 (1890), 也见于《侵权法重述(第二版)》(1977), 第652D条(Section 652D of the Restatement (Second) of Torts (1977)), 该条规定:“发表涉及他人私生活事务……如果公开事务(1)对一个正常人而言非常冒犯,并且(2)对公众而言并非合法关注”,则应承担相应责任(原文无着重号)。

③ 121 S. Ct. at 1764。

④ 前注,第1762页。

表明,为了保护隐私,可以对如实发表进行处罚。^①

大法官布雷耶和奥康纳没有走得像异议法官那样远。异议法官们适用“中度审查”,把原始窃听的不法性看作是决定因素。^②异议者没有考虑在这一语境下窃听信息可能包含着“公众关注”信息,也没有考虑公众关注是普通的还是“非同寻常”的。他们把“公众关注”看作是“一个杂乱无章的概念,最高法院甚至不想界定它。”^③在其意见的最重要的段落里,异议法官们所信奉的保护隐私的方法,无疑比布雷耶方法的多因素复杂性要宽泛得多:

播出当事人不情愿播出的私人谈话,不应受到宪法保护。即使通讯涉及公众人物或有关公共事务,谈话也是私人性的,值得保护。尽管公众人物可能会在某些领域放弃私生活的权利,但这并不意味着,也不应意味着,他们也放弃了他们无需担心被有意窃听和故意披露的私人交谈权。^④

斯蒂文斯和布雷耶的观点加在一起,在某些方面推进了先例判决,将第一修正案豁免扩展到信息为非法获得的情况。但是,

① 大法官布雷耶最近在麦迪逊讲座(Madison Lecture)中,对自己在巴尼奇案中的意见作了有意思的评论。Stephen Breyer, *Our Democratic Constitution*, the Fall 2001 James Madison Lecture, delivered at NYU Law School on October 22, 2001 (作者存稿复印件)。他认为巴尼奇案的判决适用范围“狭窄”,并主张这种狭窄性是适当的,因为隐私问题目前“异常复杂”。“这些问题的复杂性要求通过参与性民主的形式加以解决”,要“自下而上的进行法律修改”。与之相适应,这“需要……司法审慎或节制”,不要“僭越(pre-empt)”民主程序(前引,第14-17页)。然而,这不仅是对这一领域内判决狭窄性的一贯辩护,而是突出主张该狭窄性适用于特定的判决,即保护媒体和限制隐私的判决。关键在于,最高法院应该“不触及播送者在……其他情况下的责任”(前引,第16页),并允许参与性民主程序向保护隐私迈进。

② 然而,他们的确区分了五角大楼文件案,说那个案子涉及到政府信息,而且也是“事前限制”的案子,他们并不认为,只因丹尼尔·埃尔斯伯格(Daniel Ellsberg)窃取了文件,该案就判错了。121 S. Ct. at 1776。

③ 前注,第1769页。

④ 前注,第1776页。

布雷耶和伦奎斯特的观点加在一起,又在若干其他方面压缩和限制了第一修正案的保护,最明显的在于急剧限制了媒体侵犯隐私的“公众关注”原理。总体而言,参照协同意见和异议意见,我们可以看出,五名大法官似乎非常愿意限制言论以保护隐私。

三

在我看来,这种对隐私保护的更广泛容纳是理所应当的。在那些涉及隐私和言论冲突的案件中,最高法院应当更加侧重于保护隐私。这一结论,不仅反映了隐私的重要性,而且也考虑到了新技术对隐私的威胁,以及在当前社会环境下,隐私变得比言论更加脆弱。而归根到底,这也是因为新闻出版自由大体上是一种涉及公共领域的自由。

(1) 隐私(此处是指控制以及避免披露关于自身的某些事务的能力)所服务的价值有很多,并可以用不同方式加以表述,其中前人已经探讨过的有:免受干扰的需要、推动人格发展、发展爱和友谊的信任关系、避免强求一律、鼓励创新、维持斯文礼仪、允许不服从毁誉参半的法律、减少对人的不公平和不具体的判断、让人埋葬过去、维护人的尊严、维持个人主义、发展自由和多元社会,等等。^①隐私同时还促进完善表达自由的体系,因为倘若人们有信心控制自己言论的传播范围,那就更有可能大胆直言、

^① 参见 Samuel D. Warren and Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 Harv L Rev 193 (1890); Ruth Gavison, *Privacy and the Limits of Law*, 89 Yale L J 421 (1980); Jeffrey Rosen, *The Unwanted Gaze: The Destruction of Privacy in America* (2000); Post, *The Social Foundations of Privacy*, 7 Constitutional Domains: Democracy, Community, Management (1995); Charles Fried, *An Anatomy of Values* (1970); Amitai Etzioni, *The Limits of Privacy* (1999); Richard C. Turkington and Anita L. Allen, *Privacy Law: Cases and Materials* (1999); Spiros Simitis, *Reviewing Privacy in an Information Society*, 135 U Pa L Rev 707 (1987).

无所顾忌。相反,如果担心消息走漏,担心被公众曝光,担心自己的话成为闲言碎语的焦点,担心私密行为被公众审视,担心因自己的话而被惩罚或指责——所有这些都会在很大程度上压抑言论;因此,为了交流,以法律来保护一片隐私的领域就极为重要。保护私人交流远非对言论的威胁,而是建构表达自由体系的核心内容。

鉴于言论自由在美国宪法架构中占有特殊地位,因此,如果想重新调整言论和隐私之间的平衡,那么最容易的办法就是强调:通过某些方法,保护隐私本身有助于促进言论自由。这样做,人们便可以“在天平两端”都找到言论的利益;而为保护隐私而限制言论,也不再是限制言论的方法,反而是促进言论的方法,因此是正当的。^①但是并非所有对隐私的关注都和表达自由有关。隐私所保护的其他价值可能本身就很重要,足以支持对媒体的报道内容加以某种限制。

我们应以一种系统的方式看待隐私,正如我们看待言论那样。我们认识到,压制言论不仅对相对的言论人造成了损害,而且也使得人们在公共辩论和协商中难以畅所欲言,从而损害到了民主自治。与此相似,侵害隐私也并非只是损害了直接相关的人,它还同时压缩了生活的范围,而生活的范围对维持多元社会的特定功能来说至关重要。另外,媒体把私人事务置于公共领域,也会对公共领域本身造成系统性的影响。

有些人完全不涉足公共领域,他们有权受到最强的隐私保护。有些人只是捎带地或偶然地进入公众视野,或是因为自己是犯罪或不法行为的受害人而被推入公众视野,对他们的隐私保护也应较强。而涉及公众人物的案件则最难处理,之所以如此,是因为

^① 121 S Ct at 1766 (布雷耶,协同意见)。

看起来公众人物的需求有两面性, 既想吸引公众视线又想逃避过度的关注, 同时还因为政府官员和政治候选人的可靠性 (accountability) 是民主自治的核心要素之一。但是, 在一定程度上保护公众人物的隐私, 对公众人物实现自己作为人的功能而言, 也是至关重要的。另外, 保护他们的隐私也可以促进民主自治价值的实现, 这一点下文将作进一步探讨。

然而, 尽管隐私服务于公共价值, 但从根本上说, 隐私是反公共的。这在一定程度上可以解释为什么隐私在当代宪法和政治理论中是一个有挑战性的概念, 以及为什么很多人不愿意接受隐私应当重于新闻自由的公共职能。欧文·费斯 (Owen Fiss) 教授曾在其书中指出, 在近来某些情况下, 言论自由的传统支持者, 已经支持对言论加以限制。^①他所举的例子有, 女权主义者支持限制色情文学, 而自由主义在传统上支持有关性的表达自由; 在民权运动中, 很多人支持限制仇视言论, 但在传统上他们反对言论审查; 一些民权团体主张限制竞选捐款, 并对媒体进行规制, 以保证更多的群体有权要求传媒报道自己的立场, 使得公众能够获悉更多样化的观点。在这些例子中, 其中一些对言论自由的想法彼此不同。另外一些, 例如对仇恨、色情言论限制, 尽管费斯教授把这些看作是第一修正案内部的冲突, 但实际上可以被看作是言论自由和平等权之间的冲突。但是在每个例子中, 支持限制言论的观点在根本上都依靠“公共”这一概念——这是对公共辩论、集体自决、社会角色、或者社会地位的一个修正的角度。正如费斯教授所指出的那样, 这些支持限制言论的观点, 依赖于“以更

① Owen M. Fiss, *Liberalism Divided: Freedom of Speech and the Many Uses of State Power* (1996). 另见 Owen M. Fiss, *The Irony of Free Speech* (1996).

具社会性的角度”来理解“自由”。^②

但是, 那些为保护隐私而要求限制言论的主张, 则大体上是反“社会性”的——或者至少他们寻求保有一片社会 and 个人的领域, 而这片领域经常拒绝为更广的“公众”做贡献。“私人言论”也许和公共事务相关, 或者也许是为最终更“公共”的事务做准备, 但是它的价值并不是仅仅依赖于此, 而且这也不是我们保护它免遭披露的首要原因。我们保护的是它的私隐性 (privateness)。我们保障人们有权选择少量的听者, 或者除了自己外别无听者——就像威廉·卡洛斯·威廉姆斯 (William Carlos Williams) 所称的“孤独, 孤独”, 并像那样成为“我家的快乐天才”。^③这也适用于和言论完全无关的隐私——我们保护他们免受披露, 主要是因为我知道, 人之所以为人, 总会有隐秘而不愿公开的一面。正如前文所述, 人们能够确定、也应当确定, 保护隐私能服务于哪些公共目的; 但是, 反对公众知悉和控制, 才居于隐私的核心——并且我相信, 这也是隐私独特价值的核心。

(2) 在衡量加强隐私保护的重要性的时候, 我们也需要考虑到, 技术的发展已经在全社会范围内对隐私造成了更大的威胁。修改法律以适应新技术的发展是恰当的, 也是常见的。^④这是因为法律规则的制定, 都隐含了对外在环境的背景性假定; 而当现实环境发生变化, 背景假设不再成立的时候, 现有的法律就可能无法达到其最初目标。如果我们在新技术面前依然固守既定规则, 那么在自由和秩序之间的既有均势就可能被打破。例如, 关于隐

① Fiss, *Liberalism Divided* at 5.

② William Carlos Williams, *Danse Russe*, in A. Walton Litz and Christopher MacGowan, eds., *The Collected Poems of William Carlos Williams 1909 - 1939* at 86 - 87 (1986).

③ Paul Gewirtz, *Constitutional Law and New Technology*, 64 *Social Research* 1191 (1997).

私,法律之所以没有保护某些私人行为或领域,是因为人们想象不到会有什么能威胁到它们。尽管法律允许介入这些私人领域,但是由于介入在事实上很罕见,因此法律也并未引起对隐私太大的侵扰。正是我们技术上的落后,保护了隐私免受更广泛的侵犯。但如果新技术的发展,使得侵扰更加方便,从而对隐私造成了新的威胁,那么为了保证旧规则的目的不致落空,我们也许将不得不修改规则。

凯洛诉合众国案(*Kyllo v. United States*, 以下简称凯洛案)^①,是上一审判期内有关隐私的另一个判例,该判例极佳地展现了法律规则是如何适应新技术的变化的——特别是适应最高法院所称的“压缩了原有隐私领地的技术的力量。”^②凯洛案涉及到警方在毒品调查中使用“热量成像(thermal-imaging)”装置,在室外将该装置指向某栋房屋,就可以探测该房屋所散发的相对热量。在凯洛案中,警方在街道上将一个热量探测仪指向一栋私人住宅,探测结果显示,屋内在使用卤灯(halid light)培育大麻。本案的宪法问题是:使用该装置是否构成宪法第四修正案所称的“搜查”?

最高法院承认,传统上讲,视觉观察不构成“搜查”,但同时强调说,在传统上,人们对“他们房间内部”享有合理的隐私预期。在“旧有”技术条件下,两个概念并不冲突,但是“技术进步”使得“普通的感官被技术性增强了”,这样,冲突便随之产生。在凯洛案中,最高法院推论说,使用这种探测装置构成“搜查”,而从相同位置没有“技术性增强”的观察则仍然不构成“搜查”。

如果从这一(对隐私的)最低预期中撤回保护,那么将使得

① 121 S Ct 2038 (2001).

② 前注,第2043页。

警方的技术可以侵蚀被第四修正案所保护的隐私。我们认为,用感知强化技术获取任何房屋内部的信息,倘若除此之外只有通过实体“侵入宪法保护的区域”才能获取,则使用这种技术采集信息便构成一种搜查——至少如果该技术不是用于普遍的公共目的(即本案的情况),即是如此。这样,保护隐私不受政府侵扰的程度,就可以达到第四修正案通过时的标准。^①

技术发展对隐私产生了新的威胁,这也应当在更广泛的意义上影响法律规则,鼓励对控制言论和隐私平衡的规则进行重新审视。新技术使得外人介入私人事务更加容易(例如,可以轻易窃听电话,偷听卧室交谈,或者黑客侵入电子存储信息),也便利了永久性电子记录的制作,并加强了从分散来源收集个人信息的能力。这样,保护隐私的法律变得更加重要了。与此同时,通过广泛散播私人材料,媒体更有潜力造成更重大的损害,而互联网和电子邮件这样的新媒体技术也可能对隐私造成新的威胁。^②简而言之,面对新技术,继续对媒体不加限制,可能导致对隐私的重大

① 同前注(原引注从略)。最高法院在凯洛案中,依据了一个先例,即卡茨诉合众国案(*Katz v. United States*, 389 US 347 (1967), 简称卡茨案)。在卡茨案中,技术变化导致了第四修正案判断原则的变化,最高法院抛弃了以下宪法规则,即第四修正案只有在发生实体侵入时,才可以适用。之所以废除该规则,主要原因就在于,新电子技术使得即使没有实体侵入,也可以广泛侵入曾有合理隐私预期的领域。(在卡茨案中,最高法院判决:政府窃听当事人在电话亭中的电话交谈,构成第四修正案所称的“搜查和扣押”,侵犯当事人隐私——译者注)

② A. Michael Froomkin, *The Death of Privacy?* 52 Stan L Rev 1461 (2000); Jeffrey Rosen, *The Unwanted Gaze: The Destruction of Privacy in America* (2000); at 57 - 58, 159 - 95; Lawrence Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace* 142 - 64 (1999); Richard C. Turkington and Anita L. Allen, *Privacy Law: Cases and Materials* (1999) at 311 - 25.

伤害。^①完全可能的是,在将来,技术本身的进一步发展,将产生更好的方法,既推动通讯,也同时保护隐私——例如,通过提高加密技术——但是就目前而言,保护隐私的重要方法,就是由法律划定界限,规定哪些介入是允许的,哪些是不允许的。

(3) 基于宪法争议所产生的当代社会和文化语境,也可以证明在这些争议中,应当更侧重于保护隐私。正如法律规则都基于一些关于技术的背景性假定一样,这些规则也同样通常基于对社会条件、行为和态度的假定。随着这些因素的变化,对法律规则也可能需要重新考虑。社会和文化因素以及新技术已使隐私比以前更脆弱——并且,我认为,比现在的新闻界更脆弱——这显示,当把隐私和媒体特权相权衡的时候,我们应尽更大的努力在法律上加强对隐私的保护。2001年的9·11事件,以及当前对恐怖主义的恐惧,将继续扩大政府已很强大的收集信息和监管行为的权力。雇主已经成了广泛的信息收集者和监管者。在法律上,以及在文化上,“知情权”的意识更强了。在过去几十年里,诉讼在我们社会中扮演的地位日益重要,这创造了一个新的、极有力的引擎,

① 试比较 Geoffrey R. Stone, *The Scope of the Fourth Amendment: Privacy and the Police Use of Spies, Secret Agents, and Informers*, 1966 Am Bar Found Res J 1193, 1216 (提出一个“隐私保护的原则”,寻求“维持一个隐私的积累水平,类似于第四修正案起草之时的水平”)。这一点是个概括原则,而在2001年的9·11事件之后,在讨论自由和安全之间的矛盾时,常为人所忘却。我们的很多公民自由原则和规则,都取决于我们假定某些领域的公民自由会带来多大的安全风险。例如,我们说“宁纵十人,勿枉一人(it is better that ten guilty people go free than that one innocent person be convicted)”,是因为我们隐含着假定,因放走十个坏人而对社会造成的风险,是可以承受的。但是,如果技术发展了,人们也更容易得到高技术产品,十个坏人便可以拥有一小箱核武器,并要引爆,那么我们会想要调整我们的格言(至少是在某些情况下的某些规则)。如果不这样做,那么在现实世界中自由和安全的均势就和我们的原点大不相同。这点对另一个方向也适用:新的调查技术使得执法部门削弱公民自由的能力大增,如果我们仍不调整现有规则,那么自由和安全之间的均势也会和我们原先设想的大不相同;因此,仅仅为了追上步伐,也必须加大自由保护的力度。

来推动发现私人信息。而“丑闻政治”和“政治的犯罪化”的发展,催生出了强大的调查机器,并推动主流社会更加关注公众人物的私人劣迹,以及受调查冲击而捕捉到的小人物的生活。我曾在别处提及美国文化的“奥普拉化(Oprahfication)”,^①这是指,美国人尽管总还努力维护自己的隐私,并支持用法律加以保护,但却变得乐于窥探他人隐私,并心安理得,不以为耻,而社会文化也允许和纵容对他人私生活指指点点。随着私密更随便地成为公众谈论的话题,以及随着我们期望了解更多关于他人的隐私,公共和私人领域之间的文化界限已经不明了。

媒体本身已经被美国人更主流的趣味所改变,又反过来成为摧毁隐私的更强大的文化力量。^②常常有人注意到,“娱乐性”在主导着如今的新闻报道,^③而这在很大程度上意味着新闻报道已在逐渐瓦解公私之间的界线。主流媒体把更大的注意力放到了评头论足、蜚短流长、以及报道名人和普通人的私生活上。尽管我们会对自己的隐私细心呵护,并支持以法律加以保护,但这些更广泛的文化力量,连同新技术,展示了对隐私新的更严重的威胁。

在另一方面,当今媒体已不再受到政府的重大限制,个人言论也没有受到政府要求统一立场的严重威胁,关于公共事务和公众人物的辩论极其热烈,允许讨论的范围得到了极大扩展。而在某些年间,情况还并非如此:当时政府提起诉讼以图直接限制媒

① Paul Gewirtz, *Victims and Voyeurs: Two Narrative Problems at the Criminal Trial*, in *Law's Stories* at 135, 152. (奥普拉是美国著名电视节目女主持人——译者注)

② 此处的要点是一个程度问题。担心媒体侵犯隐私,压缩隐私的边界,这种顾虑当然早已有之。沃伦和布兰代斯著名的论隐私的文章(指本文注释1所引用的文章——译者注),其写作之时的社会环境与现在不同,文化边界也不相同,但作者也对媒体行为表达了类似的关注。

③ 参见 James Fallows, *Breaking the News* (1996); Neil Postman, *Amusing Ourselves to Death* (1985)。

体和其他言论者对政府的批评,并限制大量观点的表达和传播。可以理解,有关自由言论的判例想要击退这些限制。但是,今天的媒体已有很大的喘息空间,并且直言不讳。的确,9·11的恐怖袭击,以及随后的阿富汗战争,导致现任政府批评媒体——例如,司法部长指责媒体和其他人以民权为名“耸人听闻地”反对当局的政策,从而“帮助”恐怖分子。^①但是政府并没有采取法律措施来限制媒体的批评,媒体也仍然锋芒毕露。表达自由的体制仍然需要被加强——尤其是要通过抵销媒体巨人的垄断地位,并进一步使可听到的声音多样化(但不能削弱强势媒体对政府进行真正制约的力量^②)——而不是通过加强媒体侵犯隐私的自由。今天经常被严重威胁、并时而遭到媒体威胁的,正是后一种价值。在确定新闻和隐私之间平衡点的时候,关键在于,认识到何者更脆弱,何者更具危险性。

以上各种因素都是有利于强化隐私保护的理据。但是,新闻自由不受政府侵犯是被宪法明文保护的,而隐私免受非政府实体的侵扰则不是如此。^③只有两种思路可以使得对隐私的关注胜过媒体主张的新闻自由:(1)推论当媒体侵犯某些私人事务时,不受宪法言论和新闻自由的保护,或受到的保护程度有限;或者(2)

① DOJ Oversight: Preserving Our Freedoms While Defending Against Terrorism, hearing before Senate Judiciary Committee, 107th Cong 1 (2001) (testimony of Attorney General John Ashcroft, Dec 6, 2001), available at <http://www.usdoj.gov/ag/testimony/2001/1206-transcriptsenatejudiciarycommittee.h>.

② Vincent Blasi, *The Checking Value in First Amendment Theory*, 1977 Am Bar Found Res J 521 (1977).

③ 隐私权,作为对抗政府不当获取个人信息权利,受到第四修正案的保护,而且也是第五和第十四修正案的实体性正当权利的一个方面。Whalen v. Roe, 429 US 589 (1977). 第四修正案规定:“人民有权免受……不合理的搜查和扣押。”而且,该修正案字面上并没有规定“政府行为”的要件。但是第四修正案没有被解释为可以对抗非政府主体对隐私的侵犯,而在我的论述中,也没有认为媒体对“隐私”的侵犯构成违宪。

推论在特定情况下,隐私是一种很强的抗衡性利益,足以胜过第一修正案规定的言论和新闻自由。两种思路似乎都有道理,并且它们的确是相关的。

第一修正案所保护的新闻出版自由,必须被视为主要是媒体对民主自治、公共辩论以及制约政府权力的贡献。^①这一核心自由的内容广泛,不仅包括明显的“政治”言论,也包括广泛的“文化性”表达,因为文化表达为我们的公共生活作出了贡献,^②而且经验告诉我们,文化性审查通常都有政治动机。^③新闻自由从根本上是关于公共领域的自由,这种理解既肯定了媒体的功能,同时我认为,它也反映了这样的理念,即假若给新闻自由界定更宽,新闻自由就会和我们社会应当珍惜的其他价值——例如隐私——相冲突。这样,对隐私的考虑就被根植人对新闻自由自身的正确理解之中了。从根本上说,新闻出版自由并非是披露私人事物或

① 主张此为第一修正案整体上的核心要旨,这种观点在当代源于亚历山大·密克约翰(Alexander Meiklejohn)的著作,例如, *Free Speech and Its Relation to Self-Government* (1948),最近欧文·费斯发展了这一观点,例如 Fiss, *Liberalism Divided: Freedom of Speech and the Many Uses of State Power* (1996). Fiss, *The Irony of Free Speech* (1996), 以及 Cass Sunstein, *Democracy and the Problem of Free Speech* (1993). 这些作者并未区分言论自由和新闻出版自由,然而,如果这样理解第一修正案,那似乎尤其要对新闻出版自由加以特别理解,这既是因为媒体是一种机构,不适用言论自由的另一个标准理论基础——推动自我实现,同时,更重要的是(正如下文所述),也因为倘若新闻自由的概念更广,就会对隐私的价值造成独特的威胁。

② 这是亚历山大·密克约翰的理论, Alexander Meiklejohn, *The First Amendment Is an Absolute*, 1961 Supreme Court Review 245, 255-57. 有学者对密克约翰把文化包含在内的观点提出了批评,见 Robert Bork, *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, 47 Ind L J 1, 26-28 (1971).

③ Sunstein, *Democracy and the Problem of Free Speech* (1993) at 135-36, 164-65. 有学者对桑斯坦(Sunstein)的观点提出了批评,不赞成把第一修正案的首要目的看作是推动公共事务协商, J.M. Balkin, *Populism and Progressivism as Constitutional Categories*, 104 Yale L J 1935 (1995).

侵入私人领域的自由。^①发表真相的自由是新闻自由的核心；但是关于自身的真实信息也是隐私需要保护的核心。为协调这些观点，把新闻自由理解为首要侧重于公共领域，看起来是种比较好的办法。

另一种把隐私保护纳入到宪法分析之中的方法，就是将隐私视为一种和新闻自由相抗衡的价值。这种办法似乎可行，前提是我们须承认：未被宪法明文保护的利益（此处即保护隐私不受非政府实体的侵犯）可以在某些情况下胜过宪法明文保护的利益。^②实际上，宪法上几乎所有的判解“检测法”都反映了这一理念，例如为了“实质性（substantial）”或者“强制性（compelling）”（但非宪法性的）利益，可以在某些情况下，对宪法权益加以限制。从根本上看，无论哪种方法，其任务都必须是协调对新闻自由的保护和隐私的保护，协调公众知情的需要和个人保留隐私的抗衡性需要。这都是我们需要珍视的，而宪法必须被解读为认可我们需要珍视的价值。当然，“免于干扰权会发展成对透明度的障碍，而透明度则是民主决策过程所必需的”。^③但是，如果我们想要为私人领域保有一个有意义的范围，即使透明度可能会稍微促进公众

① 新闻出版自由和言论自由之间的区别在于，前者通常包括生产和传播的机构。而既然信息的广泛传播通常是对隐私保护的主要威胁，因此可以说“新闻出版自由”要比一般的“言论自由”对隐私造成的威胁更大——因此，我们在界定宪法新闻出版自由的概念以及将其与隐私权相权衡的时候，要特别小心。

② 在有些国家，新闻出版自由和隐私都受宪法明文保护——而且隐私权既可以对抗政府也可以对抗非政府的侵犯。在这些国家里，究竟应遵循哪一条分析路线，以及是否要界定新闻出版自由的核心概念，都不是非常要紧。即使新闻出版自由的概念定义很宽，也不得不和受到宪法其他条文保护的隐私权相协调，或者相“权衡”。但在美国宪法之下，我们可能要花更多功夫来理解新闻自由的基本原理，因为在我们涉及新闻自由和隐私的案件中，只有新闻出版自由才是明示的宪法权利。

③ Spiros Simitis, *Reviewing Privacy in an Information Society*, 135 U Pa L Rev (1987) at 731.

审议，我们也必须对隐私的透明度进行某些限制。

基于这种考虑，“公众关注”的概念并不足以协调新闻和隐私之间的冲突。表面上看，这一概念可能看起来维持了公私之间的界限，但其实并非如此。实际上，如果媒体报道只要有“公众关注”的内容便可受到第一修正案的保护，那么隐私将不复存在。人们总能用这样或那样的理由，声称公众了解某个“隐私”问题在一定程度上和公众理解公共事务或公共职能有关。人们也总是可以说，一些隐私事实例证了更广的公共现象，将其公之于众会加强公众的理解。^①如果把“相关性”界定为“公众关注”就足以使报道正当化，那么人们总能找到或创造某种相关性，而对隐私的保护就将只能仰望媒体的恩典和克制。为了保护某些领域的隐私免受公开披露，我们需要发展更细致的标准，这将不可避免成为一个程度问题：隐私的程度，公共意义的程度，隐私事实和公众关注的相关程度，诸如此类。在巴尼奇案中，大法官布雷耶提出“合法公众关注”的概念，便是承认需要一个限制性的规范性判断。如果我们认识到，在这一语境下，“对待不当言论，还须以更多言论来补救（the remedy for problematic speech is more speech）”这一传统秘方已不管用，那么我们会更清楚地明白，需要引入限制性标准。隐私披露之后，随之而来的若是更多的言

① 这种削弱并瓦解隐私的观点层出不穷。此处仅举一个著名案件为例，理查德·波斯纳（Richard Posner）法官基于第一修正案，判决支持媒体有权报道某普通公众的私人事务（波斯纳概括说，“他酗酒、常失业在家、通奸、对其妻子和孩子不闻不问”），他部分运用了以下论证：“报道真人真事，需要‘排除一切印象，即该（报道）提出的（普通社会）问题是遥远或假想的’。”*Haynes v. Alfred A. Knopf, Inc.*, 8 F3d 1222, 1233 (2d Cir 1993)。显然，如果个人和想炫的私人事务（此案中的事实发生在三十年前）仅因因为反映的某些一般社会问题并非遥远或假想，就可以公开，那么凡是有“问题”的人，都会暴露于媒体的曝光之下。

论, 只会对隐私带来更大伤害, 而不是保障。^①如果允许媒体运用“公众关注”作为披露隐私的抗辩理由, 那就意味着, 要么没人会反击, 要么反击将进一步损害隐私。^②

我还认为, 保护“隐私”实际上有助于公众辩论。关于政府官员私生活的信息很容易分散我们的注意力, 使我们不去关注他们的公务行为。公众对这些私人事务很好奇, 而媒体有经济驱动去满足这种好奇心, 公众和媒体交相呼应, 彼此推动, 但是此处基本的因素还是人性的问题, 即人人都有的窥视癖的弱点, 在这种弱点下, 如果有更低级趣味 (prurient) 的消息, 公众就不再 (至少是不太) 关注政府的行为和政策。这不是偶然——并且只是稍微夸张地说——当媒体喋喋不休地报道关于盖瑞·康迪特 (Gary Condit) 众议员的性生活细节之时, 他们便很少再关注鲁德曼-哈特委员会 (Rudman-Hart Commission) 关于恐怖主义的报告, 也实际上无暇批评我们反恐措施不得力以及对恐怖袭击措手不及。加强新闻特权, 并不必然导致增加公开披露, 也不必然加强媒体在社会中的职能。与之相反, 允许更多地报道私人事务, 总是肯定会减少对公共事务的报道, 并削弱政治对话。更糟的是, 无论是“公共和政治话语”中, 还是在对公众人物的最终评判上, 随着私人事务所扮演的角色日益重要, 我们对“公共和政治话语”的理解可能会相应的发生变化。有时, 强化媒体特权不仅会损害隐私这一竞争性利益, 而且也会扭曲公共辩论本身。强化隐私保护将

① Geoffrey R. Stone, Louis M. Seidman, Cass R. Sunstein, and Mark V. Tushnet, *Constitutional Law* 1075 (4th ed 2001).

② 当然, 隐私权诉讼也带来了类似的问题。见 Harry J. Kalven, Jr., *Privacy in Tort Law—Were Warren and Brandeis Wrong?* 31 L & Contemp Probs 326, 328 (1966)。然而, 确立隐私权大概会在一定程度上遇阻发表。

矫正“公”、“私”领域都有所助益。^①

那么, 综上所述, 即使媒体想要公开特定真实信息的要求受到限制, 最高法院仍应当更善于接受那些保护隐私的规则。在权衡言论和隐私时, 最高法院过度地倾向于保护言论。问题不仅在于最高法院所创设的这些规则, 而且还在于最高法院反复“拒绝回答: 对披露真实信息进行处罚, 究竟是否还可能符合第一修正案。”^②该问题包含以下事实: 实际上在最高法院所有涉及言论和隐私冲突的判例中, 保护隐私的诉求都被驳回了。最高法院发出信息, 不仅通过其创设的规则, 还通过它整体的基调。

当然, 如何保护隐私, 首先是州和联邦立法者的事, 并且在长时期内, 关于隐私保护范围的不同观点“无非”是个制定法或普通法 (common law) 的问题。^③然而明显的是, 在一些时候, 制定法和普通法的侵权规则, 很大程度受制于最高法院关于第一修正案的判例。《侵权法 (第二次) 重述》明确说明, 起草者在制定关于隐私侵权的“示范”规则时, 努力使这些规则符合现有的第一修正案的判解定则。^④如果最高法院放松第一修正案对政府的限

① 试比较 Lee Bollinger, *Images of a Free Press* 133-45 (1991) (作者认为, 在民主社会中, 人们知道自身的“不足”, 会使用公共规制来提高“公共讨论的质量”); Geoffrey R. Stone, *Imagining a Free Press*, 90 Mich L Rev 1246, 1262-63 (1992) (主张对媒体对政治候选人的报道进行“一些限制”, “这样做不仅是为了尊重 (他们) 合法的隐私权, ……而且也反映了作为社会有权决定某些事务就是不应在我们的政治进程中起到重要作用”, 因为“该信息更可能干扰和扭曲我们的明智判断, 而不是引导我们作出正确抉择”); Rosen, *The Unwanted Gaze* at 143 (“对某人私生活无所不知, 不可避免会分散我们的精力, 无法对其特点和公共成就做出可靠的判断”。

② 121 S Ct at 1764.

③ Marc A. Franklin and Robert L. Rabin, *Tort Law and Alternatives: Cases and Materials* 1028-1215 (2001); Richard C. Turkington and Anita L. Allen, *Privacy Law: Cases and Materials* (1999).

④ Restatement (Second) of Torts, § 652D (1977) (“Special Note on Relation of § 652D to the First Amendment of the Constitution”).

制,使州和联邦能更灵活地加强隐私保护,那么不仅像第三章这样的规定会更有力度地保护隐私,而且联邦和各州对隐私的其他保护也都将扩大。

照我看来,如果信息是非法获得的,而法律又禁止进一步披露,那么对媒体披露提出赔偿诉讼,就不违反第一修正案,除非有特别理由支持披露,则另当别论。布雷耶大法官认为,巴尼奇案中存在的对公共安全的威胁构成了特别理由,足以支持披露是合法的。他的观点可能是对的,但是,如果是这样,重要的是要明确,大致而言,公布非法窃听的谈话甚至是关于公共辩论问题的谈话,不受第一修正案保护。这些信息即使含有公共内容,但也来自于一个隐私区,政府可以保护其不受媒体侵犯。尽管大法官布雷耶强调巴尼奇案涉及一个“非同寻常的”的公众关注点,并且他将“不创设一个‘公共利益’例外来限制保护隐私的一般法律规则”,但是他所举的政府可以保护的隐私的例子都很极端——“媒体公开了真正的私人事务的那些情况”,^①他似乎是在指“真正私人”的内容(其所举例子涉及性关系和离婚)。然而,如果信息为非法获得,隐私区遭到非法闯入,那么应允许政府通过制定隐私保护法,对媒体进行更实质性的限制,禁止其披露谈话内容,而不论谈话涉及的是公共事务还是个人事务。

如果信息是合法获得的,但法律试图保护隐私并阻止公开,那么第一修正案的分析就会更加复杂。我们要力求在保护隐私和不过度限制媒体之间取得平衡。需要考虑的因素有很多,和布雷耶大法官在巴尼奇案中的那些分析很相似,分析的一个因素是公众关注的实质性,换言之,也就是根据第一修正案所要考虑的新闻自由的实质性。这在一定程度上取决于引起瞩目者的身份。

^① 121 S Ct at 1768 (布雷耶,协同意见)(原文无着重号)。

若是公众人物,则人们对其更广泛的生活进行关注是正当的,而媒体也必须有更大的“活动余地”来报道这样的人物,以便有效地为政治协商和民主自治做出贡献。另外也要考虑所涉及的信息的性质。关于“真正私人事务”的信息,即使涉及公众人物,通常也应当是可受到保护的。分析的第二个因素,就是侵犯隐私的深度和广度的相关问题。这在某种程度上与内容有关,比如报道是否涉及私密的私人品格或行为;还和所涉及环境有关,比如信息是否取自具有合理隐私预期的区域。^②宪法分析中的最后因素,是考察是否“需要”进行特定限制。除了限制发表之外,是否有其他合理的和可行的替代方案来保护隐私?该法律是否存在不恰当的甄别,表明或者政府刻意想审查某些观点,或者针对和隐私保护无关的特定媒体?

适用这一方法,将重构言论和隐私之间的平衡,并会在一些著名案件中导致不同的判决。一个例子是佛罗里达星报案,^③根据佛罗里达州的一项法律,“任何以大规模传播的手段刊载、出版、播放”性犯罪受害人的姓名,都是违法的。《佛罗里达星报》(Florida Star)公布了一位受害者的姓名,触犯了这条法律,并违

^① 《版权法》(第二次)重述(1997)第652D条规定,“公开私生活”侵权的一个要件,就是公开隐私是“高度冒犯”的。这一措施并不完全。公开某人生活隐私细节即使并非“高度冒犯”,也可以对其隐私加以保护。试想有人未经家长同意,就发表了关于一位绝症儿童的积极感人的报道和照片,或者只是发表某个孩子的普通生活细节。这些或许算不上“高度冒犯”,但不应就此因此终止审查。另见 Jeffrey Rosen, *The Reasonable Gaze: The Destruction of Privacy in America* (2000) at 50. (“在这样一个不知廉耻的年代,很难说一个‘理性人’会认为什么才算是高度冒犯的”)。

^② 《重述》也称,如果公开的事务“对公众来说是合法关注”,就不构成侵权。“合法”(legitimate)一词事实上只是一个代称,因为它此处性质上是推论说公众关注是合法的——这一判断,如我在正文所述,反映了一系列因素和价值权衡,不仅包括公众关注的内容,而且也包括隐私被侵犯的程度。

^③ *Florida Star v. B. J. F.*, 491 US 524 (1989)。

反了该报的内部纪律。该强奸案的受害人起诉,要求赔偿。最高法院依据第一修正案裁决原告败诉,强调该信息是“真实的”,并且是“合法获得的”。但难道这就足以推出结论了吗?公布强奸受害人的姓名,粗暴地侵犯了对受害人而言非常敏感的隐私。在大多数案子中,强奸案受害人的姓名又何以构成公众的合理关注对象呢?强奸案的事实乃至犯罪嫌疑人的姓名都可以另当别论,但受害人的姓名通常不是公众利益需要了解的。如果强奸案受害人是公众人物或者准公众人物,那仅仅是因为她作为一个刑事案件受害人并非出于本意而进入公众视野之中。很难说公开她的姓名会有助于媒体在推动民主自治价值中所扮演的关键角色。在这些情况下,天平看起来非常倾向于隐私一边。另外,本案中佛罗里达州的法律是清楚且具体的,很难看到执行这条法律会“惊吓到”什么有价值的报道。

最高法院援引每日信报案标准,要求州政府必须证明存在“最高层次的需要”,才能限制发表合法获得的真实信息,最高法院提出了两个基本因素来解释它的立场。首先,《佛罗里达星报》是从警方的一份事件调查报告中获知受害人姓名的,该报告由于疏忽提到了该姓名。然而,尽管警方在理论上原本可以防止该姓名泄漏,但官方的疏漏不能证明官方缺乏保护强奸案受害人隐私的义务。隐私的利益属于受害人。警方的错误不应使她的隐私保护只能指望于新闻界的怜悯,而新闻界完全知道自己有法律义务不披露受害人的名字,并且报纸的内部规定也不允许这么做。保护隐私不应是一个捉迷藏游戏。第二,最高法院声称,佛罗里达州的该项法律涵盖过窄(underinclusive),因为它只是禁止通过“大众传播工具”进行披露,而不禁止以其他方式公开。但是,既然佛罗里达州的首要关注是阻止广泛传播强奸案受害人的名字,那么该法律的侧重点就是可以理解的。该案件中,州政府并没有

对某种媒体另眼相看,对其进行差别待遇,而对另一些媒体进行优待。很难说这种涵盖过窄伤害到了新闻自由和表达自由。

在佛罗里达星报案中,最高法院表明它将竭尽全力为媒体的自由找到救命稻草。最高法院只是象征性地承认保护隐私的价值。这样做极度厚此薄彼,应当予以纠正。

佛罗里达星报案中的受害者是私人人物(private figure),而不幸的是,根据当前法律,其他“非自愿的公众人物”所受到的隐私权保护也非常少。《侵权法(第二次)重述》第65^①D条(“公开私生活”)的正式疏议(official comments),明显受到了现有的第一修正案判例的影响,它这样说:

另外有的人尽管没有寻求公开,也未同意这样做,但是通过他们自身的行为或者其他方式,已经成为合理的公众关注对象。换言之,他们已成为“新闻”……这些人被认为是公众关注的正当对象,出版者可以满足公众的好奇心……正如自愿公众人物的情况那样,可以公开的不仅限于引起公众兴趣的事件本身,而且在合理的程度上还包括那些原本应是纯粹私人人物的事务。(Comment f.)

我认为,政府保护“纯粹私人”和相关事务不受披露,并不违反第一修正案。例如在奥利佛·赛普尔(Oliver Sipple)的案子中,莎拉·简·穆尔(Sara Jane Moore)意欲行刺福特总统,此时奥利佛·赛普尔是旁观者之一,他在穆尔要开枪的时候,抓住了她的胳膊,使其行刺失败。《旧金山新闻》(San Francisco Chronicle)随后披露说赛普尔是同性恋。赛普尔以侵犯隐私为由起诉了该报,法院依据第一修正案驳回了他的诉求。加利福尼亚州上诉法院注意到,赛普尔没有完全隐藏他的性取向(尽管该法院承认赛普尔

① 《侵权法重述(第二版)》(1977),第652D条。

对他的家庭保密,而且该报道导致了赛普尔的家庭抛弃了他)。但是该法院的主要立场是,“公开披露的动机,并非是病态的包打听,刺探上诉人的私生活,而是基于合法的政治考虑,那就是,打消公众关于同性恋胆小、软弱、怯懦的错误印象……”^①考虑到赛普尔的性取向具有强烈的个人性质,并且很多同性恋者小心翼翼地避免自己的性取向为更多人所知,而且赛普尔并不想名誉扫地,因此,这一在私生活和“政治考虑”之间的联系过于微弱,不足以使报章的披露合法化。^②

对真正公众人物——政治官员和娱乐明星——的隐私权保护,必须更加有限。非常明显,媒体必须拥有非常广泛的权利来报道政治人物的行为,因为这样的报道有助于民主自治,也因为媒体必须享有一个“喘息余地……来保证对公共事务能够大胆直言。”^③选民会从很多角度来评价政府官员,而媒体报道的范围也应与此相适应。但这并不意味着媒体可以无所顾忌地报道公众人物生活的各个方面。

政府官员也有对私生活的合法预期,因为他们不仅是“政府官员”,同时也是人。我们在每天的生活中都要扮演多种角色,和大众之间的关系复杂又矛盾,政府官员也是如此;虽在程度和内容上有所不同,但本质未变。的确,既然公众人物通常是我们公共事务的代理人和代表,并为我们行使着如此众多的公众职能

^① *Sipple v Chronicle Publishing Co.*, 201 Cal Rptr 665, 670 (Cal App 1st 1984).

^② 有学者提出了不同观点,参见 Rosen, *The Unwanted Gaze* at 48。罗森(Rosen)描述了“奥利佛·赛普尔被残忍地逐出家门”,并承认这导致了“精神痛苦”(奥利佛·赛普尔最终自杀身亡),但是推论说:“虽说披露真实但令人难堪的私生活,常会导致个人的悲剧性结局,但是,在一个认真对待第一修正案的国家,状告媒体侵犯隐私的诉讼很少成功,这是恰当的。”

^③ *Dun and Bradstreet, Inc. v Greenmoss Builders*, 472 US 749, 776 (1985); *New York Times Co. v Sullivan*, 376 US at 271-72.

——从而使我们可以保有比我们原本更多的隐私——因此,我们可以说至少应给他们一些回报,让他们也享有我们所享有的隐私。法官斯蒂文斯在巴尼奇案判决中声称,“参与公共事务的代价之一就是失去隐私。”^①他这种说法是一种事实性陈述。但是,他似乎在用这个无可争辩的描述性事实,来论证法律自身可以破坏原本可以保护的隐私。当然,有些人即使知道他们的生活将被媒体广泛报道,也照样会投身公共生活;并且总会有一些公众人物乐于和媒体合作,放弃他们的隐私。但是,我们的法律制度不应当强迫那些有志于服务公众的人违心地付出这样的代价。

报道公众人物的性习惯或者隐秘的家庭事务,通常而言,不受到第一修正案的保护,特别当公众人物对披露的信息有合理的隐私预期时,尤其如此。诚然,媒体披露这些私人事务,总会被说成是可以加强政府官员的可靠性,因为总会有公众把这些私人事务看作和官员的称职程度有关。^②但是仅此一点尚不足以论证第一修正案应当保护这些披露。这种被扩张解释了的可靠性,不应凌驾于其他所有价值之上。它虽说是非常重要的价值,但不是我们民主社会的唯一价值。如果公众人物应当有一些被保护的隐私领域,那么我们就不得不接受对媒体报道权进行一些限制,即使这也意味着限制了政府官员的可靠性。尽管很多人会不同意进行这样的限制,而且我也承认,这样做会可能惊吓到更合法的报

^① 121 S Ct at 1765.

^② Post, *The Social Foundations of Privacy* at 74-85; Geoffrey R. Stone, 90 Mich L Rev at 62-63; Owen M. Fiss, *Do Public Officials Have a Right to Privacy?* in Dieter Simon and Manfred Weiss, eds, *Zur Autonomie des Individuums: Liber Amicorum Spiras Simitis* 91-98 (2001)。例如,波斯特(Post)教授写道:“公共官员要求‘私人’信息受保护的诉求,完全不能对抗公众对政治可靠性的更普遍的需要……因为美国法律把公众(就其履行公民职能而言)看作是公共决策的最终负责人,因此凡是为良政所必需的信息,公众都应有权知悉。”

道,我也寻求尽可能减少这种寒蝉效应,但我仍然认为这种限制是正当的。法律已经规定了一些对媒体的限制。正如大法官斯蒂文斯自己在巴尼奇案中注意到的那样,我们禁止记者盗取文件和窃听,即使这些行为可能提供值得报道的信息。^①当然,禁止公开某些合法获取的信息涉及其他一些考虑因素,但是如果民选的立法机关想对政府官员的隐私加以有限的额外保护,那么无论是第一修正案的原则还是对民主自治政府的追求都不一定反对这样做。

的确,如前文所述,关注公众官员的私生活,会很容易分散我们对他们公务活动的注意力,因此,限制媒体报道这些私人事务,将可能促进公共对话和公共辩论,此乃第一修正案核心价值所在。这些限制也能够其他一些方面强化民主自治。以加强舆论监督和提高政府行为质量为名,媒体大肆报道政府官员的私生活,这可能扭曲政府官员的人格,并损害他们的表现。另外,人们普遍相信,很多杰出人士之所以不愿参与政治、不愿意接受高级政治任命,其原因在于担心过多地失去自己和家庭所必须拥有的隐私。如果对隐私进行更大的保护,则可以通过吸引更多的杰出人士投身于公众服务,而在整体上加强政治体系。^②正如大法官布雷耶最近在一次演讲中所主张的那样,^③我们应当把宪法看作一个整体,看作是一份寻求推动有效民主自治的文件,而把第一修正案看作这个整体的一部分。为保护隐私而对媒体所作的某些限制,即使限制了媒体的回旋余地,也会在总体上有助于推动公开

① 121 S Ct at 1764 n 19. 另见 *Wilson v Layne*, 526 US 603 (1999) (在警方进入民宅执行逮捕令时,媒体“搭便车 (ride-along)”同行,进行采访报道,该行为违反第四修正案。Fourth Amendment violated by media “ride-along” to accompany police during attempted execution of arrest warrant in a person's home)。

② 参见 Fiss, *Do Public Officials Have a Right to Privacy?* 前引,第94页。

③ Stephen Breyer, *Our Democratic Constitution*, the Fall 2001 James Madison Lecture, delivered at NYU Law School on October 22, 2001 (作者存稿复印件)。

辩论和民主自治。

克林顿总统和莱温斯基的事件,有相当多的特殊情况,使得以其为例可谓恰如其分(总统职位可以说是个特殊情况;关于克林顿总统和莱温斯基关系的信息,出自琼斯案件的法律程序,随后引发了伪证指控和弹劾,提出了关于发现的恰当范围、反性骚扰法、“重罪和轻罪”等独特问题;而成人的性关系已经成了克林顿竞选和对他进行政治评价的话题)。但是不管人们如何看待这个插曲(我认为它偏离了公众事务的正轨),我都认为:“禁止媒体披露政府官员私下的性行为”并不见得就违反了第一修正案;限制公开其他的私密事务,例如他们私人以及孩子的照片,也不违宪。依然如故,在大多数案件中,人们都会说这些隐私和公共利益有关——例如性行为可以反映人的品格,家庭细节可能和该官员已阐述的公共政策有些关系,等等。有时候,这种和公共事务的相关性可能的确是实质性的,因此公开是合理的。但是,如果某种隐私只要和公共利益相关,而不管这一联系多么微弱,都可以被合法公开的话,那么我们将彻底取消对公众人物的隐私保护,这样做太极端了。^①

参考其他国家的宪法,更能证明本文所建议方法的合理性,或者至少表明我们最高法院的做法还有其他的替代方案。其他国家常比我们更侧重于保护隐私而限制媒体。当然,这些国家的宪法条文和美国的有所不同,而且我也认为不能简单化地进行比较。

① 对娱乐圈的“公众人物”,问题多少有些不同,因为和公共官员相比,通常而言,娱乐圈人物同公共协商及民主自治的相关性要弱一些。因此,其所牵涉的事务,很难有什么公共意义(public significance),足以允许媒体对其进行曝光。而在另一方面,娱乐明星经常利用自己的私生活(包括他们的性伴侣)进行炒作,以提高知名度,因此保护个人事务的隐私权益,也许有时不太明显。但尽管如此,照我看来,仍然应该有一个媒体不能侵犯的隐私保护区,例如,靠侵入该隐私区而获取娱乐明星同其孩子的照片,即使是合法获得,也不得发表。

但是以下例子将表明,美国最高法院在权衡言论和隐私的问题上,和其他民主国家有很大差异,而那些国家的宪法体系也高度发达,媒体也充满活力。

例如,英国有一个著名的判例和巴尼奇案相似,在该案中,媒体公开了非法获得的材料,而被判决败诉。该案是弗兰卡姆诉镜报集团公司案(*Francombe v. Mirror Group Newspapers Ltd.*),^①某人非法窃听了一位赛马骑师的家庭电话,根据英国法律,这是违法的。《每日镜报》(*Daily Mirror*)和该窃听无关,但获取了电话谈话的录音,并想将其公之于众。《每日镜报》声称,发表这段录音是合理的,因为其披露了不利于公共利益的行为,并且有可能是犯罪行为。该骑师请求法院发布禁令,阻止《每日镜报》发表这些资料。上诉法院支持了初审法院的禁令,约翰·唐纳岑(John Donaldson)爵士写道:“我认为(《每日镜报》的)立场傲慢,并且完全不能接受……倘若……《每日镜报》可以借公共利益之名而触犯刑法,那么任何人都可以这么做。”^②

德国宪法法院是欧洲最有影响力的宪法法院,它同德国最高法院一道,发展出了关于言论和隐私的丰富判例,其和美国的判例十分不同,而在特定案件中的判决结果也有很大差异,其中一个判例和巴尼奇案很相似。在德国,隐私权属于“自由发展人格”

① 2 All ER 408 (CA 1984).

② 约翰·唐纳岑(John Donaldson)爵士还说:“媒体……是任何民主社会的基石。通过曝光犯罪、反社会行为和伪善,通过推动改革和传播少数人的意见,媒体履行着无价的职能。然而,媒体极易混淆公众利益和其自身利益……就本案而言,公布录音带内容,看起来会比交给警方或赛马师俱乐部更有利于公共利益。公布得越广,只会越有利于《每日镜报》。”前注,第413页。

的宪法权利。^③该权利和“人性尊严”权有关。^④人格权“包括个人有权自己决定何时以何种限度公布自己的个人生活信息,此乃基于自决的理想。”^⑤该权利被概括为一种“信息自决(informational self-determination)”权。^⑥然而,个人“不得因更高的公共利益而接受对其信息自决权的限制。”宪法法院判定,“在法律制定过程中”,立法机关“必须遵循适度性原则”^⑦——“适度性(proportionality)”这一概念,为世界上众多宪法法院和最高法院所广泛运用,以在不同利益之间进行权衡。^⑧

德国法院所做出的判决中,有些涉及如何权衡“信息自决”和“新闻自由”。当然,这些判决所依赖的宪法语境和美国的非常不同:隐私权受到德国宪法的明文保护,并且不仅适用于公民和国家之间,也适用于公民之间。但是进行比较研究仍然是有益的。在一个类似巴尼奇案的案例中,被告《斯特恩》(*Stern*)杂志发表了一份非法获取的电话录音的文字稿,该电话是两位政党的高级官员关于德国政治事务的对话。^⑨《斯特恩》杂志虽明知该信息是非法获得的,但并没有参与该窃听。德国最高法院裁决说:原告

① 德国基本法第二条。本文讨论的德国材料的英译文取自 Paul Gewirtz and Jacob Katz Cogan, *Global Constitutionalism: Privacy, Proportionality, The Political Case* (2001) (以下简称 *Global Constitutionalism*). Grundgesetz (Basic Law), Art 2, appears in *Global Constitutionalism* at II-27.

② Grundgesetz (Basic Law), Art 1, in *Global Constitutionalism* at II-27.

③ Census Act Case, BVerfGE, 1 (1983), in *Global Constitutionalism* at I-3.

④ 同前注,第1-4页。此权利不仅被理解为有助于个人的人格发展,而且有助于“公共利益”,这是因为信息自决产生了“自由民主共同体”的重要要素,诸如“交流”和“参与”。同前引。

⑤ 同前注。(The principle of proportionality, 在国内通常翻译为“比例原则”,译者主张译为“适度性原则”更为贴切——译者注)

⑥ 参见本文第四部分(讨论适度性原则)。

⑦ On the Limits Placed on the Press by the Personality Right, BGHZ 73, 120 (1978), in *Global Constitutionalism* at II-25.

的“人格”权受到侵犯，而被告的“出版自由”权则未受侵犯。“权衡这些冲突的利益，”^①最高法院认为，发表该电话文稿曝光了“私人领域……其方式异常冒昧”，“只有存在十分重大的公众知情权的需要，才有可能使（曝光）成为合法的”。^②在该案中，尽管涉及政府官员，并且谈话涉及他们的公共职责；也并不存在那种“重大的公众需要”。

在另一个重要判例中，某杂志发表了摩纳哥公主卡罗琳（Caroline）同其男友在一个咖啡馆里的照片，该咖啡馆虽有一些公众在场，但具有“隐僻场所（sphere of seclusion）……的特点”，该杂志还发表了卡罗琳公主和她的孩子们在街上和小船上的照片，德国宪法法院判决该杂志侵犯了公主的“人格”权。^③而发表卡罗琳公主其他一些在“公共场所（public sphere）”的照片则被裁定为不侵犯她的人格权利。

在印度的一个著名的有关言论和隐私关系的判例中，印度最高法院声称，“美国宪法第一修正案和我国宪法的言论及表达自由并不相同，尽管两者的主要原则相似。”^④在这些不同之中，印度最高法院推论说，“正确权衡新闻自由”和“隐私权”，意味着“媒

① 同前注，第II-30页。在概括意义上，德国最高法院认为：“信息的私人性越强、涉及的个人保密性越高、牵涉的个人损害越大，那么要想让媒体权利胜过隐私权，所需要的“公共价值”也就要越高。”前引，II-31。请注意，这和巴尼奇案中法官布雷耶的权衡方法及其结论有相似之处，布雷耶推论说：“谈话者的合法隐私预期异常低，而胜过这种预期的公共利益异常高。”121 S.Ct. at 1768.

② *Global Constitutionalism* at II-27. 德国最高法院作了一个关键的概括，观察到该录音对话“针对的是非常个人的关注点，即使这些关注仍同其公共职务有关，也不影响判决。”前引，第II-26页（原文无着重号）。

③ *Princess Caroline of Monaco Case*, BVerfGE 101, 361 (1999), in *Global Constitutionalism* at II-33.

④ *Rajagopal v. State of Tamil Nadu*, 6 S.C.C. 632, 648 (1994).

体不应披露性侵犯、绑架、诱拐或其他相似罪行的受害人姓名。”^①

最后，在加拿大的一个判例中，一位杂志摄影师在公共场所偷拍了原告的照片，未经本人同意而发表，加拿大最高法院虽然通靠强力保护新闻自由，但却支持了原告的损害赔偿请求，^②在论据中，加拿大最高法院明确表示不同意美国的做法。该法院裁定：“个人的肖像权是受魁北克宪章保护的私人生活权”，而本案也涉及“表达自由”，因此有必要“权衡这两种权利。”^③本案中的上诉法院认为“当表达所涉及的信息对社会有用时，公众的知情权就更重要。”^④但最高法院推翻了这一判决，声称：

这一观念似乎借自美国法……即认为一张单人照片由于阐明了一个主题，就可以是“对社会有益的”。然而，如果发表该照片侵犯了隐私权的话，那么仍然不能发表。我们认为，在法律分析中引入“社会有益性”的概念并不恰当……此处的问题只有一——那就是对这些相关权利进行权衡。因此，必须决定公众的知情权能否使未经授权发表照片合法化……我们认为，照片的艺术表达，被声称展现了现代都市生活，并不足以证明侵犯相关隐私权是合理的。没有迹象表明，公众欣赏该作品的利益更重要……表达自由必须受限于其他受关注的价值。^⑤

其他的民主国家对表达行为的保护程度都不及美国。当隐私同言论自由相冲突时，其他大多数民主国家的最高法院和宪法法院都更倾向于前者，也因此更倾向于允许对侵犯隐私、诽谤、仇恨言论等提起诉讼。它们也允许政府采取更多措施，来保证公众

① 前注，第648、650页。

② *Aubry v. Editions Vice-Versa Inc.*, 1 S.C.R. 591 (1998).

③ 前注，第615、616页。

④ 前注，第617页。

⑤ 前注，第617-618页。

有权要求媒体报道自己的立场,即便这样做会限制另一些当事人的言论。尽管这些国家的宪法条文有些不同,但是新闻界却是充满活力和大胆直言的。我们当前言论自由的判解定则看起来已经变得非常极端,而我们当前的法律也的确走得太远。因此,在涉及言论和隐私的案例中给隐私以更大的保护,绝非反常,反而将使美国对言论自由的法律保护更接近于全球的民主主流。

四

大法官布雷耶在巴尼奇案中的协同意见,尽管只是直接涉及到言论和隐私之间的关系,但它对第一修正案的一般理论还有着更深远的影响,因此值得作进一步评论。大法官布雷耶在最近几年的不同判例中发展出了第一修正案的一个重要的新方法,巴尼奇案中有一些关键动向都体现了这一新方法,其中包括认为在宪法分析的天平两端都有言论权益,认为如果限制言论可以产生重要的“隐私和有关言论的利益”,就可以对言论进行限制,以及使用灵活的适度性分析。^①他最近在麦迪逊讲座(Madison Lecture)中进一步发展了这些观点,^②将他的第一修正案的观点放在更广阔的宪法理论的语境中,该理论强调,从概括意义上讲,宪法的一个中心主题乃是“参与性自治(participatory self-governance)”。

① 参见 *Turner Broadcasting System, Inc. v. Federal Communications Commission*, 520 US 180, 225-29 (1997) (布雷耶, 部分协同意见); *Nixon v. Shrink Missouri Government PAC*, 528 US 377, 399-405 (2000) (布雷耶, 协同意见); *United States v. Playboy Entertainment Group, Inc.*, 529 US 803, 835-47 (2000) (布雷耶, 异议意见); *Bartnicki v. Vopper*, 121 S Ct 1753, 1766 (2001) (布雷耶, 协同意见); *United States v. United Foods, Inc.*, 533 US 405, 450-59 (2001) (布雷耶, 异议意见)。

② Stephen Breyer, *Our Democratic Constitution*, the Fall 2001 James Madison Lecture, delivered at NYU Law School on October 22, 2001 (作者存稿复印件)。

布雷耶的第一修正案方法有以下几个关键要素:

(1) 第一修正案对“言论自由”的保护,不仅阻止政府限制言论,而且也“促进言论”,^①“便利……公众讨论和充分协商”,^②并有助于推进“宪法更概括的参与性自治的目标”。^③换句话说,言论自由不仅是一种消极自由(negative liberty),而且也是一种“积极自由(active liberty)”,^④关注“鼓励交流观点”,^⑤“鼓励……公众参与和公开讨论”,^⑥“保证公众可以获悉多种信息来源”,^⑦“推动……充分审议”,^⑧并且“防止少数几个人的言论压过众多的人”。^⑨

(2) 当前的第一修正案判例,倾向于把反对限制言论看作是言论自由唯一的利益所在。然而,很多受到挑战的法律,虽然限制了一些人的言论,但同时也促进了另一些人的言论。即使这些法律在其他方面限制了第一修正案的利益,但从“言论促进(speech-enhancing)”^⑩的角度来说,这些法律又促进了第一修正案的利益。这样,根据布雷耶大法官在巴尼奇案中重申的一个核心观点:“在该法律天平的两端都存在宪法保护的利益。”^⑪

(3) 一旦人们接受“法律天平两端都存在宪法保护的利益”,

① *Bartnicki v. Vopper*, 121 S Ct at 1766.

② *Turner Broadcasting System, Inc. v. Federal Communications Commission*, 520 US at 227.

③ Stephen Breyer, *Our Democratic Constitution*, the Fall 2001 James Madison Lecture, delivered at NYU Law School on October 22, 2001 (作者存稿复印件)。

④ 同前注。

⑤ 同前注。

⑥ *Nixon v. Shrink Missouri Government PAC*, 528 US at 401.

⑦ *Turner Broadcasting System, Inc. v. Federal Communications Commission*, 520 US at 227 (援引注从略)。

⑧ 同前注。

⑨ *Nixon v. Shrink Missouri Government PAC*, 528 US at 402.

⑩ *Bartnicki v. Vopper*, 121 S Ct at 1766.

⑪ 前注,第400页。

那么第一修正案的传统判解定则就变得不太有用,并且不太适当了。根据传统学说,倘若法律直接限制言论,就将会典型地引发“严格审查 (strict scrutiny)”,需对该法律进行强烈的违宪推定 (presumption against a law's constitutionality),这几乎总会导致法律被宣告无效。但是,大法官布雷耶认为,当法律既有促进言论又有限制言论的成分的时候,要进行正确的宪法分析,就必须权衡这些利益。关键问题应当是“适度性 (proportionality)”问题——即“与限制所带来的相应的……言论相关的利益相衡量,法律强加给言论的限制是否是不适度的”。^①

(4) 因为第一修正案寻求推动“宪法的普遍参与性自治的目标”,而非只是“保护个人对抗政府限制的‘消极自由’”^②,因此第一修正案的判解定则必须“区分不同的领域、语境、言论形式”。^③近乎各种人的行动都涉及言论,而在衡量对商业言论、政府言论、政府雇员言论的限制时,严格审查是不恰当的。如果第一修正案被解释得更宽,那将“给政府合法的规制项目的运作造成重大障碍,从而严重阻碍宪法所创造并保护的民主自治的运作”。^④

大法官布雷耶对第一修正案引入了以上这些新的分析方法,在对待那些为在整体上增进表达自由而对言论加以限制的法律时^⑤,他在

① 121 S Ct at 1766.

② 同前注。

③ Breyer, *Our Democratic Constitution* at 10.

④ *United States v. United Foods, Inc.*, 121 S Ct at 2346 (2001).

⑤ 正如杰佛瑞·罗森 (Jeffrey Rosen) 在一篇最近的文章中已经注意到的那样,大法官布雷耶“在最高法院的大法官中,当然是第一个全心全意信奉此种第一修正案观点的人,并且在各种各样案件中一贯适用该观点”。Jeffrey Rosen, *Modest Proposal: Stephen Breyer Restrains Himself*, *The New Republic* (Jan 14, 2002), 21, 24. 有些学者最近也表达了某些相似的见解,参见 Fiss, *Liberalism Divided: Freedom of Speech and the Many Uses of State Power* (1996); Fiss, *The Irony of Free Speech* (1996); Sunstein, *Democracy and the Problem of Free Speech* (1993); and Post, *Constitutional Domains* (1995).

这些年来独立意见中采用了更宽容的态度;他已对限制竞选捐款和开支的竞选基金法展示了更大的宽容,以使“少数几个人”的言论不会“压倒众多的人”^①;他对待电信法律也采取了更宽容的策略,这些法律开放诸如有线电视这样的通讯渠道以容纳更多元化的声音,即使这在某种程度上限制了有线电视所有者的言论权益。^②并且,在巴尼奇案中,他更宽容地对待那些限制媒体以促进通讯隐私并从而“培育私人言论”的法律。

在言论案件中,布雷耶大法官所意欲加强保护的宪法天平的“另一端”价值,其中有些本身并没有“言论促进”的效果。巴尼奇案中,布雷耶大法官在衡量讼争法律对言论的限制时,不仅将其同“有关言论的收益”相权衡,也将其同“隐私的收益”相权衡。^③在上一审判期另一个涉及言论自由的判决中,布雷耶大法官也主张,政府有权限制商业言论以促进普通的经济规制。^④而在更早一年的一则判例中,布雷耶持异议意见,他支持政府以法律限制有线电视商的节目信号传送,该案中“另一侧”的价值是保护儿童免受不雅节目的伤害。^⑤

对最高法院言论自由的判例来说,这些意见提出了一条重要的新的思路。布雷耶的核心实质性观点在于,在美国参与性自治的宪法体系中,第一修正案的作用不仅在于保护个人免受政府直接限制言论。“言论自由”意味着自由表达的体系,该体系给说话者提供了更广泛的机会进行公共和私人表达,为听众提供更多样

① *Nixon v. Shrink Missouri Government PAC*, 528 US at 400.

② *Turner Broadcasting System, Inc. v. Federal Communications Commission*, 520 US at 225.

③ 121 S Ct at 1766-67.

④ *United States v. United Foods, Inc.*, 121 S Ct at 2346.

⑤ *United States v. Playboy Entertainment Group, Inc.*, 529 US at 835.

的信息来源,鼓励说者和听者之间进行有意义的交流,推动更大程度上的公众参与。为实现这些目标,有些时候需要限制言论,而如果在总体上增进了表达自由,那么该限制就是正当的。

布雷耶的观点也显示,他适度重构了言论和其他利益之间的平衡,以适应当代对自由言论和其他社会利益的威胁。他清楚地相信,现有的第一修正案的判例在保护言论自由方面有些过头了,而在某些情况下对其他重要利益的保护不足,例如隐私、人性尊严、儿童权益、平等。如果修正我们言论自由的规则,那无疑会在一些方面有所顾虑。但是大法官布雷耶认为,为保护言论自由,最高法院必须注意到对言论自由的新的严重威胁,而且当对其他价值存在严重的新的威胁时,如果法律能在不严重损害言论自由的情况下对付这些威胁,那么就不应该利用宪法解释来阻碍这些进展。

布雷耶把宪法权利理解为保护“积极自由”,还有另一个相关的效果,会对宪法产生潜在的普遍影响。在传统的宪法分析中,依据政府行为原则,对言论或隐私的限制如果来自非政府实体,则并不违反第一修正案。因此,在巴尼奇案中,对第三章中的政府干预媒体的行为,法院可以依据第一修正案进行审查,而私营的广播电台通过发表非法窃听谈话而妨碍言论,法院却不能依据宪法进行审查。然而,通过把言论自由理解为一种“积极自由”,布雷耶大法官把争议双方的利益都界定为“宪法利益”。诚然,布雷耶并没有主张宪法上存在一个有独立执行效力的对抗非政府实体的言论自由权,也没有主张政府负有可被法院强制执行的宪法义务来保护言论不受私人侵犯(至少目前还不行),但是他的观点的确导致了对州政府权限的不同理解。他将言论自由理解为一项“积极自由”,并把第一修正案解释为具有培育表达自由体系的积极目的,这样,他就把政府保护隐私的行为看作如同第一修正案

解释在促进民主,从而推动一种“宪法利益”。^①这使得他在巴尼奇案的宪法分析中,赋予隐私保护以更高的地位,并在另外的情况系中支持政府采取行动“在言论限制和言论增进的结果之间取得合理的平衡”。^②

此处提出的基本问题,不仅在于是否应当重构言论和隐私之间的平衡,还在于是否可以由法院来完成这项任务。根据大法官布雷耶的分析,法官不仅要判断政府是否对一些人的言论施加了实质性限制,还要判断法律在言论限制和言论促进收益之间的平衡是否是合理的。这要求法院至少在某些领域,例如规范竞选的法律,衡量公共辩论的整体公平和平衡——是否少数几个人的声音“压倒了众多人的声音”?——这是有风险的,因为法院在衡量时,会有意识或无意识地倾向于特定的观点。但问题在于,哪种风险更大:不规制言论市场的风险(可能有利于某些利益和观点)更大,还是规制市场以培育更公开和平衡的辩论的风险(可能在起草法律以及法院判决中夹带特定的偏见)更大?

当把言论和其他非言论价值相衡量的时候,权衡可能变得更加困难。综观布雷耶大法官的各个独立意见,可以看出他认为除了“明显而即刻的危险”(clear and present danger)之外,还有一些价值也可使得某些对言论的限制合法化:保护儿童免受公开的性言论的侵扰,保护隐私(从非言论的角度),以及经济规制(限制商业言论)。不明确的是,大法官布雷耶想在这条路上走多远。什么价值足以重要到可以使言论限制合法化,以及如何进行平衡。如果“在天平的另一侧”是言论,那么对言论限制的辩护同样是根源于宪法的言论价值,并至少在理论上会有共同的比较

① Breyer, *Our Democratic Constitution* at 6-7.

② 同前注,第7页。

尺度(例如,增进观点的多样性)。但是,当另一端是非言论利益的时候,对限制言论的辩护通常本身不是宪法价值,而且也没有共同的尺度。有些人认为言论自由在我们社会中非常脆弱,有些人极不信任立法者和法官会充分保护言论自由,对他们而言,允许非言论权益胜过言论价值将总是一件非常冒险的事。简而言之,问题和顾虑都是可以理解的。但是基于目前的证据,大法官布雷耶非常一致地贯彻了他的方法,更开放和充分地考虑相互冲突的利益的情况,但仍然保持了对言论强有力的保护。

大法官布雷耶的方法在方法论的意义上也是十分重要的。在其意见中,可以看出他对当前言论自由错综复杂的判解定则越来越心存疑虑,担心这些定则只求一味“机械”^①套用,而忽略第一修正案的真意,不顾判决的复杂和可能后果,罔顾新的社会现实。大法官布雷耶主张对各种利益进行更公开的和多种因素的权衡。例如,在巴尼奇案中,他拒绝进行严格审查(strict scrutiny),但也不支持现有的其他“检测法”。相反,他说:

我要问的是,这些法规在其言论限制和言论促进的结果之间是否取得了合理的平衡。具体而言,我们需要考察这些法律相应的隐私和有关言论方面的收益,考察这些收益的种类、重要性、程度,以及为获取这些收益而进行言论限制的必要性,然后在此基础上,判断这些法律对言论的限制是否是不适度的。^②

正如在这段话中“不适度(disproportionate)”一词所显示的那样,布雷耶大法官方法中最惊人之处就在于,他开始信奉一种公式化的权衡方法,该方法被其他主要民主国家的最高法院和宪法

^① *Nixon v. Shrink Missouri Government PAC*, 528 US at 400; *United States v. Playboy Entertainment Group, Inc.*, 529 US at 841.

^② 121 S Ct at 1766.

法院广泛运用:即“适度性(proportionality)”。“适度性”虽然已被这些法院广泛适用于宪法的各个领域,^①但尚未如此之多地进入美国宪法判例之中。在目前美国最高法院大法官之中,布雷耶是其他国家宪法法理引入概念和例子的最大胆的一个,其中就包括“适度性”。^②例如,他在尼克森诉史云克密苏里政府政治行动委员会案(*Nixon v. Shrink Missouri Government PAC*)中的协同意见,

^① 限于篇幅,本文无法详细分析其他国家最高法院和宪法法院如何运用“适度性”这一概念。有关更详细的讨论,见 Paul Gewirtz and Jacob Katz Cogan, *Global Constitutionalism* at IV-1-98 (2001)。其他国家讨论和运用“适度性”概念的案例,包括 *Lebach Case*, BVerfGE 35, 202 (1975) (德国宪法法院); *Cannabis Case*, BVerfGE 90, 1 (1994) (德国宪法法院); *Reiten im Walde Case*, BVerfGE 80, 137 (1989) (德国宪法法院); *R. v. Oakes*, 1 S C R 103 (1986) (加拿大最高法院); *Dagenais v. CBC*, 3 S C R 835 (1994) (加拿大最高法院); *Thomson Newspaper v. Canada (A.G.)*, 1 S C R 877 (1998) (加拿大最高法院); *Decision Dated April 26, 1995 (K.11/94)* (波兰宪法法院), in *Institutional Tribunal, a Selection of the Polish Constitutional Tribunal's Jurisprudence from 1986-1999*, at 153-58 (1999); *United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Village*, 49 (4) P D 221 (1995) (以色列最高法院)。另见 P. van Duk and C. J. H. van Hooft, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* 80-82 (3d ed 1998); *Walter van Gerven, The Effect of Proportionality on the Actions of Member States of the European Community: National Viewpoints from Continental Europe*, in Evelyn Ellis, ed., *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe: A Comparative Study* (1999)。

^② 除了“适度性”这一概念之外,大法官布雷耶还曾在其他方面提到过他国宪法。例如, *Printz v. United States*, 521 US 898, 976-77 (1997) (布雷耶, 异议意见) (讨论其他国家的联邦制 discussing other countries' approach to federalism); *Nixon v. Shrink Missouri Government PAC*, 528 US 377, 403 (2000) (布雷耶, 协同意见) (讨论其他国家对于竞选经费的规定 discussing other countries' approach to campaign finance); Breyer, *Our Democratic Constitution* at 7 (提到相同问题); *Knight v. Florida*, 528 US 990 (1999) (布雷耶, 对拒绝调审表示异议) (讨论其他国家对待死刑执行延迟问题)。在一些讲话中,他也赞赏以下事实:“执法以及违法的法官,在处理实体法(特别是人权法)未决的疑难问题时,逐渐转向其他国家的经验……”他注意到,美国法院和其他国家的法院相比,“不大提到国外的判例”,他呼吁美国的律师和学者“自己要了解与特定法律学科相关的外国材料,并推动法院运用这些材料”。Stephen Breyer, *Dinner Keynote Speech, International Symposium on Democracy and the Rule of Law in a Changing World Order*, New York University Law School, March 9, 2000 (作者存稿复印件)。

就明确援引了欧洲人权法院和加拿大最高法院的“适度性”判例，布雷耶大法官说：

当一项法律非常复杂地展示了宪法保护的其他竞争性利益的时候，本院已仔细审查了法律对那些利益的影响，但是避免使用具有违宪推定效果的简单方法。相反，它权衡利弊。而在实践中，那意味着要问：该法律给人的权益所施加的负担，与该法律给人带来的益处相比，是否是不适度的（也许，但不必然，因为存在一个显然更优的、限制更少的其他方案）……（这一方法）符合其他宪法法院在面临相似的复杂宪法问题时所采取的方法。^①

在合众国诉花花公子娱乐集团公司案（*United States v. Playboy Entertainment Group, Inc.*）中，布雷耶大法官持异议意见，他主张最高法院“不能机械适用第一修正案的规则，而应根据收益和潜在的其他方案，来决定法律对言论相关的损害（此处是对成人言论）是否和该法律所寻求的收益（此处是儿童保护）相比而言显得不适度”。^②他最近在麦迪逊讲座上的谈话最为直截了当：“最高法院所应问的基本问题，就是适度性问题。”^③

我们也理应关注，权衡或“适度性”审查是否会导致法官过于主观和武断。当然，问题不在于我们是否信任象布雷耶这样从事权衡的大法官，而在于我们是否信任我们的整体司法体系。我

① 528 US at 402, 403 (原引注从略)。

② 529 US at 841. 在上一审判期的合众国诉联合食物公司案（*United States v. United Foods, Inc.*）中，大法官布雷耶异议，他援引自己在巴尼奇案中的意见，也运用了适度性的思想。该案涉及到商业言论的问题。

该项目的几个特点表明，其与言论有关的方面（即强制捐款），就其所追求的合法推进目的而言，是必需且适度的……与此同时，导致（早先案件的异议法官）认为项目限制过度的那些因素，在本案中并不存在……因此，该项目对第一修正案权益所带来的损害，无论是什么，都是适度的。

533 US at 457 (原文如此，但实际应为 533 US at 429-430——译者注)。

③ Breyer, *Our Democratic Constitution* at 7.

有两点想法。担心在权衡中有主观和武断，这种担心是合理的。但是我们现有的判解规则体系，无论在决定适用何种规则还是在如何适用方面，本身就蕴含着主观性和武断。当前关于第一修正案很多判解规则都反映了需要进行的权衡的复杂性，以及关于恰当方法的持续争论——“严格审查”、“中度审查”、“每日信报原则”、“明显而即刻的危险”、“纽约时报诉萨勒文案检测法”、“内容中立”、“事先限制”、“公共论坛”规则、“商业言论与其他‘低价值’言论规则”，等等。正如在巴尼奇诉讼中诉诸“中度审查”和“每日信报原则”本身所体现的那样，由于当前判解规则不协调，因此在选择适用何种判解规则以及追求何种结果方面，还存在很多回旋余地。利益权衡经常进行，只是尚未被完全公开承认。

当前的判解情况非常混乱，而社会和技术的变化又使得背景条件发生了很大变化，在这种情况下，公开承认涉及的诸多因素，在权衡中对各种价值进行更直接的考虑和辩论，有着特别的意义。如果进行更公开的权衡，就能直观地看到更全面的因素。大法官布雷耶适用权衡和比例分析，显得非常坦率和清晰，而在分析中公开承认各种因素，也可以制约主观性。^①在麦迪逊讲座中，他对其实用地关注“结果”的评论，也可以普遍适用到他的权衡方法中：如果方法只是强调“语言、历史、传统、在先规则”，那至少至少在“边缘性”案例中，“其产生的决定会同样主观，但同时透明度却比直接依据宪法术语解决结果要小得多”。^②另外，现有的很多规则仍然有作为指南的价值，因为它们反映过去的经验并将

① Jeffrey Rosen, *Modest Proposal: Stephen Breyer Restrains Himself*, *The New Republic* (Jan. 14, 2002) at 25.

② Breyer, *Our Democratic Constitution* at 22.

其定型,有助于帮助决定如何权衡。权衡的需要可能最终导向新的指南。当然,关于规则和权衡的辩论在法律上是持久的,而这种现象通常可以证明,这些互相竞争的方法的确各有利弊。^①但是本文的语境下,至少和现有判解规则相比,进行公开的权衡显得更合理。

在最高法院,大法官布雷耶正在发展的关于第一修正案的新观点,是自大法官布伦南(Brennan)和布莱克(Black)以来最为重要的。至少,观察其观点如何发展,并看这些观点是否会在总体上塑造最高法院关于第一修正案的判解定则,是很有意思的。

结 论

在隐私和言论这一特定领域,巴尼奇案表明,当前还没有哪种观点为多数大法官所接受,但多数人的确准备允许对言论进行一些新的限制来保护隐私。这一发展是值得欢迎的。但是即使在这个领域,也很难总结出新方法的细节,这需要从言论和非言论角度考虑隐私的复杂性,考察社会中对言论和媒体功能的不同理解,并协调各种相互竞争的利益。首要的是,我们要非常小心地注意到,限制言论所必然伴随着的种种风险。但之所以应该冒这些风险,本文认为,其唯一的理由就在于:不这样做的风险会更大。

^① Richard H. Fallon, Jr., *The Supreme Court, 1996 STerm- Foreword: Implementing the Constitution*, 111 Harv L Rev 54 (1997); Kathleen M. Sullivan, *The Supreme Court, 1991 Term- Foreword: The Justices of Rules and Standards*, 106 Harv L Rev 22 (1992); T. Alexander Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, 96 Yale L J 943 (1987); Stephen E. Gottlieb, *Compelling Governmental Interests: An Essential but Unanalyzed Term in Constitutional Adjudication*, 68 BU L Rev 917 (1988); Paul Kahn, *The Court, the Community and the Judicial Balance: The Jurisprudence of Justice Powell*, 97 Yale L J 1 (1987); Charles Fried, *Two Concepts of Interests: Some Reflections on the Supreme Court's Balancing Test*, 76 Harv L Rev 755 (1963).

透视美国诽谤诉讼

肯奈特·亚伯拉罕*

一、涉及公共人物时有更多的言论自由

公众人物不同于一般个人,涉及公众人物的言论应当有更多“喘息空间”。这样做有三个不同的原因。首先,如果有关公众人物的言论涉及公众所关心的问题,则此类言论有助于公众了解公共问题,有助于公众就如何解决问题施加影响。因此,所制定的法律应当避免对讨论公共问题的热情产生消极影响。媒体和参与公共讨论的其他人都需要“喘息空间”才能运作。如果担心仅仅因为事后证明言论有误而承担责任,媒体和参与公共讨论的其他人就不会发表促进公众理解的言论。

为了提供表达言论的“喘息空间”,如果就有关公众关心的问题损害公众人物的名誉,并不因此而承担责任,除非发表言论者明知有关内容是虚假的,或是不问有关言论是否有误。在其他普通法国家,对这类言论的保护略少些。在这些普通法国家,即便发表言论者并不知道言论有不实之处,如果发表言论者没有行使

* 弗吉尼亚大学法学院教授。