

美国法对虚假选举言论的规制

A Research on False Campaign Speech Regulations of American Law

姜开锋

JIANG Kaifeng

【摘要】 选举是实现民主政治的最重要的方式。选举过程中，选民根据自身所获取的各类相关资讯来判断候选人的政见、品德和施政能力等，据以投票给自己认为符合自身利益的候选人。参与选举的各方所发表的言论对于选民的投票决策具有相当的影响。因属于政治性言论的范畴，选举言论受到美国《联邦宪法第一修正案》的着力保护。然而选举活动中虚假选举言论广泛传播，对选民理性抉择产生了不利影响，甚至危及选举本身的合法性和公正性。因此有必要对选举言论采取适当的立法规制。目前美国联邦和各州层面的立法对虚假选举言论采取了直接或间接的规制措施。法院在审查各州立法时适用了越来越严格的标准，为平衡言论自由和选举公正之间的关系提供了重要参照。本文对美国虚假选举言论法律规制的现状进行了梳理，并介绍了法院自1988年以来所发展出的司法审查观点，对维护选举公正的措施进行了思考和探讨。

【关键词】 虚假选举言论 言论自由 选举公正 第一修正案

【中图分类号】 DF2 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206(2018)05-0146-15

Abstract: Election is the most important approach to the goal of democracy. Electorates make their decision after analyzing the characters, opinions and ability of candidates. So campaign speech regarding to these issues mean a lot to their choice. Though false campaign speech can distort rational decision of electors, the First Amendment guarantees a high-level protection as they are political speech. To relief the harm they may bring to the fairness of election, regulations have been enacted by both federal and state governments. In court judicial review, some state laws were announced unconstitutional. This article summarized American laws concerning false campaign speech, introduced court opinion towards these laws during the past thirty years. At last, this article proposed several solutions to balance the freedom of speech and the regulations on false campaign speech.

Key words: False campaign speech Freedom of speech Fairness of election The First Amendment

【收稿日期】 2017-12-06

【作者简介】 姜开锋，男，1990年4月生，中国政法大学法学院硕士研究生，研究方向为宪法学。

2016年美国大选活动期间,一家名为WTOE 5 News的网站发布消息称,“教皇弗朗西斯支持特朗普!”该则消息随后被转发到社交网站Facebook上面,截至2016年11月8日美国大选全民投票日,共获得了960 000人的关注。^[1]同一时期,一则关于希拉里领导下的美国国务院正在积极同伊斯兰国进行武器交易的消息也在Facebook上广为传播,投票日前共获得了789 000人关注。^[2]事实上,这两则消息均被证实为虚假消息。

2012年美国大选期间,奥巴马竞选团队曾经发布了一则竞选广告,称罗姆尼经营的贝恩资本(Bain Capital)关闭了旗下的一家钢铁厂,钢铁厂中一名工人因此丢了工作,导致他和他的家人失去了医疗保险,他的妻子最终罹患癌症而死。该广告暗指罗姆尼对该工人妻子的死亡负有责任。^[3]一个支持罗姆尼的超级政治行动委员会(Super PAC)则宣称:“奥巴马连任后将会强迫医生协助同性恋者购买代孕婴儿,强迫法院在裁决家庭纠纷时适用伊斯兰教法。”^[4]这两则消息后来也均被确认为不实消息。

选举活动中,选民根据自身所获取的各类选举资讯来判断候选人的政见、品德和施政能力等,据以投票给自己认为符合自身利益的候选人。因此,选举期间候选人、利益集团、媒体等选举活动参与方发表的言论对选民的投票决策有着不容忽视的重要影响。选民在投票前获得尽可能丰富详实的信息,有利于提升自己决策的合理性。然而,选举活动中各方言论的真实性一直以来都不能得到完全的保证,虚假选举言论自美国建国以来就充斥着美国的历次大选。^[5]如果选举活动的选民在做出投票抉择时被虚假信息误导,那么最终的选举结果将无法反映选民的真实意愿,这将违背选举这一民主程序的根本价值所在。^[6]因此,如何对虚假选举言论进行规制,成为美国法律界共同关注的课题。本文旨在梳理总结美国国内针对虚假选举言论进行规制的立法情况,阐明联邦和各州法院在审查该类立法的合宪性时所表达的观点,并指出虚假选举言论法律规制的必要性,提出解决相关问题的可能出路。

[1] See Hannah Ritchie, Read all about it: The biggest fake news stories of 2016, CNBC, Dec. 30, 2016, at <http://www.cnn.com/2016/12/30/read-all-about-it-the-biggest-fake-news-stories-of-2016.html>, last visited Nov. 2, 2017.

[2] 同上注。

[3] See Halimah Abdullah, Campaign 2012: Smoke and Mirrors or Outright Lies, CNN, Aug. 8, 2012, at <http://edition.cnn.com/2012/08/08/politics/campaign-distortions/index.html> (<http://perma.cc/TNJ5-4RZG>), last visited Nov. 2, 2017.

[4] Barack Hussein Obama Will Move America to..., GOV'T Is NOT GOD, at <http://www.gingpac.org/wp-content/uploads/2012/08/GINGadFinal.pdf> (<http://perma.cc/DD9M-KZDL>), last visited Nov. 2, 2017.

[5] See Jason Zenor, A Reckless Disregard for the Truth: The Constitutional Right to Lie in Politics, Campbell Law Review, Vol. 38, 2016, pp. 44~45.

[6] See Jack Winsbro, Comment, Misrepresentation in Political Advertising: The Role of Legal Sanctions, Emory Law Journal, Vol. 36, 1987, pp. 853~854.

一、选举言论的性质及其宪法地位

广义上讲,选举言论系指选举活动期间一切与选举有关的言论。发表选举言论的主体可以是候选人及其竞选团队,可以是在选举中支持特定候选人的利益集团,也可以是新闻媒体和一般选民等选举活动参与方。发表选举言论的目的在于对选举过程中选民关注的重要议题进行辩论和分析,对不同候选人的执政能力、个人品德乃至出身背景等问题进行讨论和比较,从而为选民的投票决策提供参考。

美国联邦最高法院在依据宪法审查政府为规制言论自由所采取的措施是否违宪的过程中,发展出了在言论自由保障领域居于重要地位的双阶理论(two-level theory)。该理论将言论区分为高价值言论(high value speech)和低价值言论(low value speech)。通常认为,低价值言论包括直接教唆行使暴力的言论(incitements to violence)、诽谤言论(libel)、猥亵性言论(obscenity)、挑战性言论(fighting words)等类型。这些类型的言论一般受到较低程度的宪法保障。高价值言论系指其内容涉及实质意义的意见或观点表达,具有一定社会价值的言论,因而受到较高程度的宪法保障。^{〔7〕}选举言论因其关乎民主选举的进程,根据传统双阶理论的分类,无疑属于宪法所着力保障的高价值言论。

在现代民主宪政社会里,言论自由是自我治理(self-governance)不可或缺的工具;在一个自我治理的民主体制中,强调统治者和被统治者具有相同的地位,要对公共政策做出明智的决定,必须要让和系争公共政策有关的事实和利益,都能够充分且公平地呈现出来。正因为如此,Meiklejohn根据言论是否关乎公共利益的事务(upon matters of public interest)以及会否影响普遍福祉(general welfare),将政治性言论从一般言论中区分出来,赋予其相当重要的地位。Cass Sunstein在此基础上进一步提出双层理论(two-tier theory),主张政治性言论应该占据言论自由的核心地位。^{〔8〕}该理论在美国法学界产生了重要的影响,使得限制政治性言论的立法受到极其严格的合宪性审查。选举言论符合Meiklejohn对政治性言论所作的定义,应属于政治性言论的范畴。因此,政府对选举言论所施加的规制措施亦将受到严格的合宪性审查。

二、虚假选举言论的来源及危害

(一) 虚假选举言论的来源

Kirsten Wilcox将参与选举的候选人同法庭上辩论的双方律师相比较。^{〔9〕} Wilcox认

〔7〕 参见刘静怡:“言论自由的双轨理论与双阶理论”,《月旦法学教室》2005年第28期,第43~44页。

〔8〕 参见刘静怡:“政治性言论与非政治性言论”,《月旦法学教室》2005年第30期,第56~59页。

〔9〕 See Wilcox K L., False and Misleading Campaign Speech and the Need for Reform, University Of St. Thomas-Minnesota, 2010, pp. 7~9.

730万人次的阅读量。^{〔14〕} 如果为数众多的选民都是基于不实的选举信息做出不符合自己原本意愿的投票决策,那么选举结果的公正性和合法性便都是成疑问的。

其次,虚假选举言论不仅不会给选民提供有效的选举资讯,反而会损害政治对话的氛围和品质。民主选举的功能无非是在诸多候选人的自由竞争中产生代表多数选民偏好的统治者,而选举是候选人和选民之间的资讯交换过程。在规范的选举过程中,候选人所代表的是政策、理念、才干、魄力和品性等一系列个人素质和政治立场。只有在经过充分的资讯交流之后,选民才可能充分了解各位候选人,最后透过比较做出明智的选择。^{〔15〕} 如果选举的资讯交换过程充斥着各方的虚假选举言论,候选人疲于应付各种不实指控,无暇顾及政见的阐述与宣传,那么选民便无法通过选举来参与良性的政治对话,无法通过理性的投票来行使自己的政治权利,民主政治的初衷便无从实现。

再次,虚假选举言论会降低选民的参选率。一方面,充斥着虚假选举言论的舆论场会让选民对选举产生厌恶情绪:既然无从获取有价值的信息,既然根据虚假信息可能会投出有悖自身利益的选票,那么干脆就不浪费精力去关注选举进程,不浪费时间去行使没有助益的选举权。另一方面,有些虚假选举言论针对选举活动本身,散布不实的投票时间、投票地点或者选民的参选资格,使部分选民错过了投票,^{〔16〕}也在一定程度上降低了选民投票率,影响选举结果的代表性。

最后,虚假选举言论还可能会在一定程度上致使正直而优秀的候选人放弃对任何公职的竞选。^{〔17〕} 一方面,大量的虚假选举言论针对候选人的人品、家庭和背景,正直的候选人可能因担心名誉受损而不愿参与竞选活动。另一方面,在竞选过程中,当对方候选人采取不实言论攻击策略后,如果己方不以牙还牙进行相应的反击,就很可能在选票上付出惨重代价。^{〔18〕} 正直的候选人亦可能因为不愿被迫发表虚假攻击言论而拒绝参选,最终导致民主选举程序无法有效推选出真正优秀的政治领导者。

三、美国规制虚假选举言论的法律

美国各界对虚假选举言论所造成的危害均有较为深刻的认识,不仅学界对如何降低虚假选举言论危害进行了不断的研究和探讨,政府也针对虚假选举言论进行了相关的立法,以期净化选举舆论氛围,提升选举对话的质量,降低虚假选举言论所造成的负面影响,从而维护选举的公正性和合法性,维护选民对选举的信心和参与热情。

〔14〕 See Craig Silverman, This Analysis Shows How Viral Fake Election News Stories Outperformed Real News on Facebook, BUZZFEED, Nov. 16, 2016, at https://www.buzzfeed.com/craigsilverman/viral-fake-election-news-outperformed-real-news-on-facebook?utm_term=.iqY2o1aWAq#.alb67pdRKO, last visited Nov. 2, 2017.

〔15〕 参见前注〔12〕,张千帆文,第498页。

〔16〕 See Staci Liefkring, First Amendment and the Right to Lie: Regulating Knowingly False Campaign Speech after United States v. Alvarez, Minnesota Law Review. Vol. 97, 2013, pp. 1065.

〔17〕 同上注。

〔18〕 参见前注〔12〕,张千帆文,第499页。

（一）各州虚假选举言论规制法律

目前，美国共有19个州针对虚假选举言论进行了相关的立法工作。^{〔19〕}各州立法的内容不尽相同，但总的来说，可以从以下几个方面进行总结和把握。

第一，关于虚假选举言论主体的规定。关于虚假选举言论发布的主体，佛罗里达州只针对候选人进行规制，该州法典第104.271（2）条规定：“在候选人初选或其他选举过程中，任何候选人基于实际恶意发布或者指使他人发布针对对方候选人的不实言论，均视为违反本法的行为。”其他18个州的法律在规制虚假选举言论时，则没有特别规定言论主体，任何人发表虚假选举言论，均有可能构成违法行为，例如科罗拉多州法典第1.13.109（1）（a）条规定：“任何人不得在选民选举任何公职人员或议决任何议题的过程中，以影响选民投票为目的，通过信件、传单、广告、海报或者任何其他传播渠道，故意发表、广播、散布或者指示他人发表、广播、散布相关虚假言论。”

第二，关于虚假选举言论内容的规定。各州立法所规制的选举言论的内容并不完全一致。有的州仅规制贬损候选人品行的言论，如密西西比州法典第23.15.875条规定：“在选举活动过程中，任何人，包括候选人在内，不得公开或者私下就任何候选人私人生活方面的忠贞、正直或其他道德品质方面的问题发表任何指责，除非该指责属实并且能够被证明属实。”有些州则规制所有关于候选人的虚假陈述，如马萨诸塞州法律规定：“任何人不得发表、散布或者指使他人发表、散布针对公职候选人的、旨在使该候选人当选或者落选的不实言论。”^{〔20〕}另外，有些州还同时规制公民复决投票（referendum）过程中针对投票议题的不实言论，例如威斯康辛州法典第12.05条规定：“任何人不得故意发表、散布或者指使他人发表、散布关于候选人或者公民复决案的、任何意图影响投票结果或者极有可能影响投票结果的虚假陈述。”^{〔21〕}

第三，关于虚假选举言论发布渠道的规定。多数州在规制虚假选举言论的立法中，并不特别限定通过何种渠道发布的言论。但也有一些州只针对特定渠道发表的虚假选举

〔19〕 ALASKA STAT. § 15.13.095（2012）； COLO. REV. STAT. § 1-13-109（2015）； FLA. STAT. § 104.271（2015）； 10 ILL. COMP. STAT. 5/29-4（2014）； LA. STAT. ANN. § 18:1463（2008）； MASS. GEN. LAWS ch. 56, § 42（2014）； MINN. STAT. § 211B.06（2014）； MISS. CODE ANN. § 23-15-875（2015）； N. C. GEN. STAT. § 163-274（a）（7）-（8）（2015）； N. D. CENT. CODE § 16.1-10-04（2015）； OHIO REV. CODE ANN. § 3517.21-22（LexisNexis 2013）； OR. REV. STAT. § 260.532（2013）； S. D. CODIFIED LAWS § 12-13-16（2004）； TENN. CODE ANN. § 2-19-142（2014）； UTAH CODE ANN. § 20A-11-1103（LexisNexis 2010）； VA. CODE ANN. § 24.2-1005.1（A）（2011）； WASH. REV. CODE § 42.17A.335（2014）； W. VA. CODE § 3-8-11（2013）； Wis. STAT. § 12.05（2011）。

〔20〕 MASS. GEN. LAWS ch. 56, § 42（2014）；其他几个州也有类似的规定，参见 COLO. REV. STAT. § 1-13-109（2015）； LA. STAT. ANN. § 18:1463（2008）； OHIO REV. CODE ANN. § 3517.21-22（LexisNexis 2013）； UTAH CODE ANN. § 20A-11-1103（LexisNexis 2010）； W. VA. CODE § 3-8-11（2013）； Wis. STAT. § 12.05（2011）。

〔21〕 Wis. STAT. § 12.05（2011）；另外几个州的州法也有相关的规定，如 COLO. REV. STAT. § 1-13-109（2015）； MASS. GEN. LAWS ch. 56, § 42（2014）； MINN. STAT. § 211B.06（2014）； N. D. CENT. CODE § 16.1-10-04（2015）； OHIO REV. CODE ANN. § 3517.21-22（LexisNexis 2013）； OR. REV. STAT. § 260.532（2013）； S. D. CODIFIED LAWS § 12-13-16（2004）； UTAH CODE ANN. § 20A-11-1103（LexisNexis 2010）。

言论进行规制,例如阿拉斯加州法典第15.13.095条规定:“任何以干扰投票结果为目的,明知某项陈述为不实言论,或者无视该项陈述的真实性,仍在电话民调的过程中或者通过直接致电选民的方式向选民故意传播该项陈述,试图影响选民投票决策的行为,是违反本条款的行为。因此类行为而受损失的候选人,可以依据本条款向高等法院(superior court)提起诉讼,要求致电者、致电者的雇主、组织或批准电话民调者赔偿损失。”还有部分州只规制通过广告和其他宣传品传播的虚假选举言论,例如田纳西州法律规定:“明知针对某候选人的陈述、指责或其他言论为虚假言论,仍印制、散布或者指使他人印制、散布含有该言论宣传品的行为,是C级轻罪(a Class C misdemeanor)。”〔22〕

第四,关于虚假选举言论认定违法标准的规定。在主观方面,有些州只将明知(knowingly)行为认定为违法,例如西弗吉尼亚州法律规定:“明知意图影响选举结果或者极有可能影响选举结果的言论为不实言论,仍故意发表、散布或者指使他人发表、散布的行为是轻罪,处一年以下监禁,或者处一年以下监禁并处或单处一万美元以下罚金。”〔23〕有些州法则同时制裁明知(knowingly)行为和无视(in reckless disregard of the truth)行为,例如北卡罗来纳州法律规定:“初选或者选举期间,以影响候选人的提名或者当选为目的,明知贬损候选人的言论为虚假言论或者无视该言论的真实性,故意发表或者指使他人散布该言论的行为,是二级轻罪(Class 2 Misdemeanor)。”〔24〕在客观方面,俄勒冈州只将散布针对实质性事实(material fact)的虚假言论认定为违法,该州法律规定:“本法禁止明知关于候选人、政治委员会(political committee)或者复决议案(measure)实质性事实的言论为虚假言论,或者无视该言论的真实性,指使他人书写、印刷、发行、张贴、传播或者散布含有该言论的信函、传单、布告、海报、图片或者其他出版物、单独或者与他人合谋刊登含有该言论的广告的行为。”〔25〕

第五,对其他欺骗性行为的规定。一般而言,发表虚假选举言论的目的意在给选民提供不实资讯,从而影响选民的判断,使选民基于错误信息做出投票决策。除此之外,还有一些直接欺骗、误导选民违背自身意愿投票的行为。弗吉尼亚州法律对此类行为进行了规制。该州法律规定:“明知某选民不能识读选票上的文字,故意将此选票提供给该选民,并对选票上的文字进行错误解读,诱导该选民违背其真实意愿进行投票的行

〔22〕 TENN. CODE ANN. § 2 - 19 - 142 (2014); 规制虚假选举广告和宣传品的州法还有 MINN. STAT. § 211B.06 (2014); N. D. CENT. CODE § 16.1 - 10 - 04 (2015); OR. REV. STAT. § 260.532 (2013)。

〔23〕 W. VA. CODE § 3 - 8 - 11 (2013); 其他只将明知行为认定为违法的州法有 MASS. GEN. LAWS ch. 56, § 42 (2014); MISS. CODE ANN. § 23 - 15 - 875 (2015); S. D. CODIFIED LAWS § 12 - 13 - 16 (2004); TENN. CODE ANN. § 2 - 19 - 142 (2014); UTAH CODE ANN. § 20A - 11 - 1103 (LexisNexis 2010); Wis. STAT. § 12.05 (2011)。

〔24〕 N. C. GEN. STAT. § 163 - 274 (a) (8) (2015); 同时将明知行为和无视行为视为违法的州法还有 ALASKA STAT. § 15.13.095 (2012); COLO. REV. STAT. § 1 - 13 - 109 (2015); LA. STAT. ANN. § 18: 1463 (2008); MINN. STAT. § 211B.06 (2014); N. D. CENT. CODE § 16.1 - 10 - 04 (2015); OHIO REV. CODE ANN. § 3517.21 - 22 (LexisNexis 2013); OR. REV. STAT. § 260.532 (2013)。

〔25〕 OR. REV. STAT. § 260.532 (1) (2013)。

为，是一级轻罪（Class 1 misdemeanor）。”〔26〕

此外，还有些州为了确保选民理性地做出投票决策，提升选举的公正性，对特定时间、特定地点的选举表达行为采取了规制措施。明尼苏达州法律规定：“初选或者选举投票当天（primary or election day），任何人不得在投票点、设有投票点的公共场所或者距设有投票点的建筑物100英尺范围内，陈列竞选材料，张贴竞选告示，请求、教唆或者以其他方式诱导或者说服选民投票支持或者反对特定的候选人或者票决议题（ballot question）；任何人不得在投票点或者投票点附近佩戴竞选徽章、标志牌或者其他标志物，或者向他人提供上述标志物。”〔27〕密西西比州法律规定：“在选举投票当天或者选举投票之前的五天内，任何人不得就任一候选人私人生活方面的忠贞、正直或其他道德品质方面的问题发表任何指责，无论该指责是否属实。”〔28〕

（二）联邦相关法律

美国联邦层面的法律中没有直接针对虚假选举言论的法条，但是国会通过的《联邦竞选法案》（Federal Election Campaign Act）以及《跨党派竞选改革法案》（Bipartisan Campaign Reform Act）对规范选举言论起到了间接的促进作用。其中对政治广告进行规范的条款使刊登竞选广告的相关各方不得不对自己在广告中的言行进行审慎考虑，这在一定程度上抑制了虚假选举言论的产生和传播。例如，关于竞选广告资金来源披露的条款规定：“候选人、候选人授权的政治委员会或其代理人支付的竞选广告，应当准确地披露（shall clearly state）该广告的支付者；由其他人支付并经候选人、候选人授权的政治委员会或其代理人批准的竞选广告，应当准确地披露该广告的支付者及其批准方；未经候选人、候选人授权的政治委员会或其代理人批准的竞选广告，应当准确地披露支付者的姓名、固定住址、电话号码或者万维网网址，并声明该广告未经候选人或候选人授权的政治委员会批准。”〔29〕再如，著名的“广告支持条款”（Stand By Your Ad provision）规定，竞选联邦职务的候选人、支持某一候选人的利益集团和政党，在其通过广播或电视播出的竞选广告中应当由候选人亲自表明自己的身份并声明自己支持该竞选广告的内容。〔30〕此类条款使得竞选广告的资助方和相关候选人必须公开面对广告的受众——广大选民，从而强化了资助方和候选人的责任，使其不敢轻易冒险，故意在广告中发布虚假选举言论。

随着网络时代的到来，候选人越来越倾向于使用网络媒体发布竞选广告、开展竞选活动。为了填补网络竞选广告的法律空白，北卡罗来纳州的众议院议员普赖斯（Price）于2004年向国会提出了《网络竞选广告支持法案》（Stand By Your Internet Ad Act），旨在将上述“广告支持条款”的规定扩及通过互联网发布的竞选广告。遗憾的是该法案

〔26〕 See VA. CODE ANN. § 24.2-1005.1 (A) (2011); 伊利诺伊州和明尼苏达州法典也对此类欺骗性、误导性行为进行了规制，参见 10 ILL. COMP. STAT. 5/29-4 (2014); MINN. STAT. § 204C.035 (2010)。

〔27〕 MINN. STAT. § 211B.11, subd. 1 (2010)。

〔28〕 MISS. CODE ANN. § 23-15-875 (2015)。

〔29〕 52 U. S. C. 30120 (a)。

〔30〕 See 52 U. S. C. 30120 (d)。

并未在国会获得通过。

2016年美国第58届总统选举中充斥网络的各种虚假选举言论再一次引起了人们对网络选举言论的警惕,制定规制网络竞选广告的法律被重新提上了议程。2017年10月31日至11月1日美国国会举行的关于俄罗斯干预大选和特朗普竞选团队通俄问题的三场听证会上,网络社交平台 Facebook 在证词中表示,2015至2017年间有着俄罗斯官方背景的一家互联网研究机构(Internet Research Agency)通过虚假 Facebook 账号发表了各类关涉美国大选的言论,此类言论累计获得12600万网民浏览;Twitter 则确认该机构在其平台上注册了2700多个账号,用来散布虚假选举新闻。^[31]俄罗斯机构花在 Facebook 平台上的政治广告费用超过了10万美元,在 YouTube, Gmail 和 Google 搜索上所投入的广告费用也有数万之多。^[32]鉴于此类问题的严重性,参议员 Mark Warner 和 Amy Klobuchar 在国会中提出了《诚实广告法案》(Honest Ads Act)。该法案旨在修改前述规制广播和电视竞选广告的法律条款,将其适用于网络竞选广告,同时要求网络媒体拒绝外国势力在其平台上购买竞选广告。^[33]该法案目前尚处于国会审议之中。法案对网络竞选广告提出的透明化要求将迫使各大网络平台公开竞选广告赞助方和支持方的信息,这对于选民识别竞选广告的来源,更好地甄别广告中言论的真实性具有极大的助益。如若网络竞选广告的传播不受任何限制,制作、发布虚假竞选广告的政治成本几乎为零,竞选利益相关方必将热衷于通过此方式散布虚假选举言论,误导选民以追求自身利益的实现。因而在网络信息传播占据主导地位的今天,考虑将传统上仅规制广播和电视竞选广告的相关法律措施适用于网络媒体,对网络媒体的信息传播施以合理的规制,实属相当必要。

四、对规制虚假选举言论法律的合宪性审查——法院观点

美国法律在对虚假选举言论进行规制时,所着力考量的因素往往有二:一为保护候选人的名誉权不被滥加损害,二为保障选举进程的公正性和有效性。^[34]然而,在高度重视言论自由,尤其是政治言论自由的美国,任何针对政治性言论所为的规制措施,必将面临严峻的合宪性考验。上个世纪末至今,联邦和各州法院在审查州法规制选举言论的合宪性的过程中,适用了越来越严格的标准,促使各州不断地完善和修改州法,以期

[31] See Marguerite Reardon, Terry Collins, Laura Hautala, Richard Nieva, Alfred, Congress grills Facebook, Twitter, Google over Russian influence, CNET, November 1, 2017, at <https://www.cnet.com/news/congress-grills-facebook-twitter-google-over-russian-influence/>, last visited Nov. 10, 2017.

[32] See Dara Kerr, Joshua Goldman, Senators aim to halt bogus political ads on Facebook, CNET, October 19, 2017, at <https://www.cnet.com/news/mccain-honest-ads-act-looks-to-regulate-online-political-ads/>, last visited Nov. 5, 2017.

[33] See 115th Congress, S. 1989-Honest Ads Act, at <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/senate-bill/1989/text?q=%7B%22search%22%3A%5B%22Honest+Ads+Act%22%5D%7D&r=1>, last visited Nov. 10, 2017. 该法案于2017年10月19日提出, Latest Action: Senate-10/19/2017 Read twice and referred to the Committee on Rules and Administration.

[34] See William A. Williams, A Necessary Compromise: Protecting Electoral Integrity through the Regulation of False Campaign Speech, South Dakota Law Review, Vol. 52, 2007, p. 328.

在公正选举和言论自由之间达至适当的平衡。

(一) *McIntyre v. Ohio Elections Comm'n* 案^[35]

1988年4月27日,俄亥俄州威斯特维尔市布兰登中学举办了一场公众集会,旨在讨论即将由公民投票表决的“学校征税提案”(school tax levy)。McIntyre向与会公民散发了反对该项提案的传单。部分传单上印上了McIntyre的名字,部分传单只是署名为“关心此议题的父母和纳税人”(CONCERNED PARENTS AND TAX PAYERS)。支持该提案的某学校官员向俄亥俄州选举委员会提起了诉状,称McIntyre散发匿名传单的行为违反了该州法典第3599.09(A)条^[36]关于禁止散发匿名印刷品的规定。选举委员会支持了该官员的起诉,对McIntyre判处100美元的罚款。富兰克林郡普通诉讼法院(The Franklin County Court of Common Pleas)推翻了选举委员会的裁决,该法院认为McIntyre女士是以公开的方式向参会者散发的传单,而且传单中的言论并没有误导公众;同时认定规制该种行为的州法违宪。俄亥俄州上诉法院认为选举委员会的处罚合法。俄亥俄州最高法院维持了上诉法院的判决。

1994年,该案上诉至美国联邦最高法院。联邦最高法院推翻了俄亥俄州最高法院的判决,认定该州法典规制匿名选举宣传品的第3599.09(A)条违宪。在论证该条款合宪性的同时,联邦最高法院的判决中还提及了州法中关于规制虚假选举言论的条款。该判决的多数意见写道,俄亥俄州声称在选举活动中对欺骗性和诽谤性的言论进行规制事关重大,我们表示认同。在选举活动中,一旦虚假言论被选民采信,或将给公众带来十分不利的后果。但是我们认为,俄亥俄州可以依据该州法典中规制虚假选举言论的第3599.09.1(B)条和第3599.09.2(B)条^[37]而达到此一目的。斯卡利亚大法官在判决书中的反对意见也对规制虚假选举言论的问题进行了阐述。他认为,为达至确保选举公正合法之目的,可以对相关言论加以规制,即便规制措施在平时是违宪的。

联邦最高法院没有直接针对规制虚假选举言论的立法作出过判决。但从最高法院在McIntyre案判决中的观点可以看出,最高法院认为为了保证选举的公平性和合法性,可以对虚假选举言论采取适当的规制措施。此一观点为各州规制虚假选举言论的立法提供了有力支撑。

(二) *State v. Jude* 案^[38]——“实际恶意”标准

Jude于1994年参加了第六选区国会席位的竞选,选民投票日之前的一个周末,Jude在电视上刊登了一则含有虚假陈述的广告。明尼苏达州以该行为违反了州法中规制虚假选举言论的条款^[39]为由,起诉了Jude。该条法律规定,知道或者应当知道(knows

[35] See *McIntyre, Executor of Estate of McIntyre, Deceased v. Ohio Elections Commission*, 514 U. S. 334, 1995 U. S. Supr.

[36] OHIO REV. CODE ANN. § 3599.09 (A) (1988).

[37] OHIO REV. CODE ANN. § 3599.09.1 (B), 3599.09.2 (B) (1988). 这两条规制虚假选举言论的条款与前注[19]中列出的俄亥俄州最新版本的法典条款内容大体一致,参见 OHIO REV. CODE ANN. § 3517.21-22 (LexisNexis 2013)。

[38] See *STATE of Minnesota, Appellant, v. Thaddeus Victor JUDE, Respondent*, 554 N. W. 2d 750, 1996 Minnesota Court of Appeals.

[39] MINN. STAT. § 211B.06 (1994).

or has reason to believe) 意图影响选举结果或者极有可能影响选举结果的针对某候选人的言论为不实言论, 仍故意策划、播出或者散布含有该不实言论的政治广告或者竞选材料的行为是犯罪行为。初审法院认为该条款因过于宽泛 (overbroad) 而违宪。明尼苏达州向州上诉法院提起了上诉。上诉法院援引并阐发了联邦最高法院在 *New York Times v. Sullivan* 案^[40] 和 *Garrison v. Louisiana* 案^[41] 中所提出的观点, 认为明尼苏达州法典中所规定的“应当知道” (has reason to believe) 的情况过于宽泛。只有当发表或者散布虚假言论者是具有实际恶意时 (actual malice), 才可对其进行规制。因而该条款违宪。继上诉法院作出判决之后, 明尼苏达州修改了法典, 在规制虚假选举言论的第 211B.06 条中增加了实际恶意的内容, 即只有当行为人明知为虚假或者无视该言论的真实性 (the person knows is false or communicates to others with reckless disregard of whether it is false) 时, 才进行处罚。^[42]

(三) *Rickert v. Wash, Pub. Disclosure Comm'n* 案^[43]——“诽谤性”标准

Rickert 在竞选华盛顿州参议员的过程中, 向选民寄发了指责其竞争对手 *Sheldon* 的宣传册。宣传册中称 *Sheldon* 投票支持关闭一所为发育障碍者设立的福利设施。该言论后经证实为虚假言论。*Sheldon* 将 *Rickert* 诉至华盛顿州公共信息披露委员会 (Public Disclosure Commission)。公共信息披露委员会根据该州法典第 42.17.530 (1) (a) 条^[44] 对 *Rickert* 处以 1 000 美元罚款。州高等法院 (superior court) 判决支持了公共信息披露委员会的处罚。*Rickert* 向华盛顿州上诉法院 (the Court of Appeals) 提起了上诉。上诉法院认定州法 42.17.530 (1) (a) 条违宪。

2006 年 6 月, 该案上诉至华盛顿州最高法院。最高法院法官在判决书中产生了较为严重的分歧。以 *J. M. Johnson* 为代表的四名法官认为该条款所称的为了保护候选人的目的并不能为州法规制选举言论提供充分的理由。而且即使为了保护候选人可以对选举言论采取适当的规制, 该条款仍然存在着较大的缺陷。为了达成该条款所追求的保护候选人的目的, 只需要规制诽谤性的虚假选举言论即可, 而该条款却同时规制非诽谤性的虚假选举言论, 因此是欠缺严密考虑设计 (not narrowly tailored) 的条款, 不能通过合宪性审查。首席法官 *Alexander* 同意 *Johnson* 等四名法官关于该条款因过于宽泛 (overbroad)、欠缺严密考虑设计 (not narrowly tailored) 而违宪的观点, 但他认为该条款保护候选人的目的可以为规制部分选举言论提供依据。他写道, 政府可以为了保护候选人对诽谤性的虚假选举言论进行处罚。以 *Madsen* 为代表的其余四名法官则认为该条款没

[40] See *New York Times, Co. v. Sullivan*, 376 U. S. 254, 1964, U. S. Supr. 该案中, 最高法院判定公职人员不能因其与其职权行为有关的言论中有虚假而获得赔偿, 除非他们能证明有实际的恶意 (actual malice), 即言论者明知其虚假或无视其真假与否 (with knowledge that it was false or with reckless disregard of whether it was false or not)。

[41] See *Garrison v. Louisiana*, 379 U. S. 64, 1964, U. S. Supr.

[42] 参见前文三 (一) 部分的内容, 实际上, 目前规制虚假选举言论的各州立法中均采用了实际恶意标准。

[43] See *Marilou Rickert, Respondent, v. State of Washington, Public Disclosure Commission, et al, Petitioners*, 168 P. 3d 826, 2007 Supreme Court of Washington.

[44] WASH. REV. CODE § 42.17.530 (1) (a) (1999).

有违宪。Madsen 在反对意见中提到，该条款规制具有实际恶意的针对候选人的虚假选举言论，符合联邦最高法院在 *New York Times v. Sullivan* 案中提出的审查标准。

华盛顿州议会对九名法官的观点进行了总结：虽然该条款被多数意见认定为违宪，但四名法官认为规制虚假选举言论合宪，一名法官认为可以规制诽谤性的虚假选举言论，因此多数法官赞成对具有诽谤性的虚假选举言论进行规制。考虑到诽谤性虚假选举言论对候选人所造成的极大伤害，州议会在原条款的基础上增加了“诽谤性”标准，仅仅规制具有实际恶意的诽谤性的虚假选举言论。

（四）*Susan B. Anthony List v. Driehaus* 案^[45]——严密考虑设计以保护至关重要的利益

Susan B. Anthony List (SBA) 是一家反堕胎组织。2010年，在众议院议员 Steven Driehaus 参加竞选谋求连任期间，SBA 策划竖起一块旨在指责 Driehaus 的广告牌。广告牌上写道：“Driehaus 无耻！Driehaus 投票支持用纳税人的钱资助堕胎。”Driehaus 以该言论不实为由，诉至俄亥俄州选举委员会 (Ohio Election Commission)。州选举委员会认定 SBA 违反了该州法典中规制虚假选举言论的条款。^[46] SBA 认为该条款违宪，向法院提起上诉。联邦地区法院和第六巡回上诉法院均认为诉因不够充分 (the issue was not ripe)，驳回了 SBA 的上诉请求。SBA 进而上诉至联邦最高法院。最高法院将该案发回重审。经重新审理，地区法院认定州法的这一条款违宪。州选举委员会则认为该条州法合宪，进而向联邦第六巡回上诉法院提起了上诉。上诉法院于 2016 年 2 月 24 日对该案作出判决。该法院对审查规制虚假选举言论的立法应采取何种标准进行了详细论证，此次判决中的观点是目前为止联邦法院对审查此类立法合宪性的最新观点。

上诉法院在判决书中提到，虽然该法院曾在 1991 年的 *Pestak v. Ohio Elections Commission* 案^[47]中认定规制虚假选举言论的州法合宪。但此案中的观点因不能符合联邦最高法院在 2012 年的 *United States v. Alvarez* 案^[48]中提出的论点，应当重新予以审视。在 *United States v. Alvarez* 案中，最高法院认为，虚假言论并不必然不受第一修正案的保护。即便最高法院在之前的案例中经常提到虚假言论没有宪法价值，但是该观点一直都是在虚假言论造成了法定事实损害 (legally cognizable harm) 的语境下提出的。因此，只要虚假言论不是诽谤言论且没有造成直接损害，该言论仍然受第一修正案的保护。基于此一观点，上诉法院认为规制虚假选举言论的立法应当被认定为违宪 (presumptively unconstitutional)，除非该法律旨在保护至关重要之利益且经过严密考虑设计以达至该目的 (serve a compelling state interest and are narrowly tailored to achieve that interest)。虽然俄亥俄州保障选举公正性、保证选民投票权不被虚假言论侵蚀的利益至关重要，但是该州法典欠缺严密考虑设计 (narrowly tailored)，因而违宪。具体而言，上诉法院认为州法有以下几点缺陷：(1) 根据州法规定的时限，俄亥俄州可能无法在选民投票日前对系争言论作出裁决；(2) 没有将无关紧要的争讼排除在受理范围之外；(3) 对非实质性 (non-material) 的虚假言论也进行规制；(4) 对散布虚假选举言论的商业中介

[45] See *Susan B. Anthony List, et al. v. Driehaus, et al.*, No. 14-4008, 2016 U. S. 6th Cir.

[46] OHIO REV. CODE ANN. § 3517.21-22 (LexisNexis 2013)

[47] See *Pestak v. Ohio Elections Commission*, 926 F.2d 573, 1991 U. S. Cir.

[48] See *United States, Petitioner v. Xavier Alvarez*, 567 U. S. 709, 2012 U. S. Supr.

(commercial intermediates) 也进行处罚; (5) 对某些其他危害选举的行为没有进行规制, 且已规制的行为并不一定对选举造成重大伤害。

虽然其他州的法律尚未受到如此严格的司法审查, 但 2016 年第六巡回上诉法院的此一判决无疑给其他规制虚假选举言论州法的合宪性提出了严峻的挑战。倘若依据该法院的观点, 规制虚假选举言论的立法必须经过相当周密的考虑和设计, 只得规制对选举公正性、选民投票权等重要利益造成严重伤害的虚假选举言论, 且只得制裁主谋者, 不得制裁传播言论的中间人 (intermediates)。

五、维护选举公正——对虚假选举言论规制法律的批判性思考

霍尔姆斯大法官在 *Abrams v. United States* 案^[49]中提出的言论自由市场 (marketplace of ideas) 理论在美国言论自由保障领域占有相当重要的地位。该理论认为, 即便是极端邪恶的 (outrageous)、可憎的 (repulsive) 和荒谬的 (preposterous) 观点也能得到宪法第一修正案的保护, 因为在自由竞争的言论市场里, 这些言论终将被其他更合乎理性的 (reasonable)、积极的 (vigorous) 言论所击败。2012 年的 *United States v. Alvarez* 案中, 联邦最高法院再次引用了霍尔姆斯大法官的观点, 认为对虚假言论最好的纠正方式是真实的言论; 因此应当尽量避免对言论采取规制措施, 让更多的言论进入言论自由市场, 让真实的言论去纠正虚假言论。

然而需要注意的是, 在承认言论自由市场理论的合理性及其在言论自由领域的重要意义的同时, 也应当认识到该理论存在的过于理想化的倾向。将其适用于虚假选举言论的场合时更是如此: 选民投票日一经确定, 选举舆论场的辩论时段即固定下来; 长期来看, 真实言论或能在该舆论场中占据优势, 但如若投票日之前有限的时间内真实言论未能将虚假选举言论澄清, 选民的投票抉择便只能基于不实的信息而做出。对于故意在临近投票日散布虚假选举言论的情形, 该理论无法发挥作用的危险性更大。从实践中的案例来看, 置身于选举活动中的选民往往并不能分辨出言论自由市场中哪些言论是真实言论, 哪些言论是虚假言论, 真实言论并不一定总是能够“击败”虚假言论, 虚假言论所带来的误解并不一定能够因真实言论的出现而得到有效的消除。即便是在网络媒体中显得相当老练成熟的年轻选民, 也很容易被虚假选举新闻所蒙蔽, 更不用说年龄稍大的选民了。^[50] 当今网络时代泛滥于世的虚假选举言论更是使不断恶化的选举公正问题雪上加霜, 过分地强调言论自由市场理论对虚假选举言论的澄清作用无疑是不合时宜的; 一味地追求言论自由而对虚假选举言论规制法律施以过于严苛的违宪审查标准难言是明智之举。既然将政治性言论放在言论自由保护领域的核心位置的目的在于通过放开言论来促进民主政治的健康运行,^[51] 那么当虚假选举言论损害了这一初衷时, 就不应该继续

[49] See *Abrams v. United States*, 250 U. S. 616, 1919 U. S. Supr. (Holmes, J., dissenting).

[50] See Patricia Reaney, *Teens More Resilient, Tech Savvy Than Older Millennials: Study*, REUTERS, June 19, 2013, at <http://www.reuters.com/article/us-millennials-poll-idUSBRE95I1J420130619>, last visited Nov. 8, 2017.

[51] 参见前注〔8〕, 刘静怡文, 第 56~59 页。

对该类特定言论一味强调毫无差别、毫无限制的保护。在平衡言论自由和选举公正两大利益的基础上，对虚假选举言论采取适当的规制措施无疑是相当必要的。

一般政治性言论之所以获得最高程度的宪法保护，在于其目的为讨论公共利益事务，寻求普遍福祉的增进。如前文所述，选举言论固然具备此一特征，然而它同时承载着给选民——这一特定活动中的公众——提供资讯的作用。选举活动中，选民处于候选公职人员选举人（或公共政策投票人）的地位，其投票决策的行动是现代民主国家公民参与国家管理的一种最为重要的方式。该种情境下的公民类似于国会中对特定议题进行调查和表决的议员，有权利获悉与自己管理国家活动相关的真实信息，任何旨在故意制造虚假信息、误导选民、影响其履行管理职责的行为当然要受到法律的规制。联邦第六巡回上诉法院的违宪审查标准未免过于苛刻，在对虚假选举言论规制法律的司法审查中，不应当一味地采用过于严格的审查标准。该法院提出的严密考虑设计（narrowly tailored）标准可以作为参照，但不应成为审查一切规制法律的准则。结合其判决中提出的俄亥俄州法中的几点缺陷，可以考虑只对确实即将造成明显危害，且采取规制措施能有效消除该危害的虚假选举言论主体和言论内容进行限制。同时，立法应当将候选人从一般公众中区分出来。对一般公众发表的违法的虚假选举言论，给予轻微惩处，或者仅仅对其不实性进行公开宣告，以消弭其对选民决策造成的不利影响，同时轻微惩处或真实性宣告不至于产生“寒蝉效应”（chilling effect），抑制选民的辩论热情。而候选人发表的虚假选举言论往往带有极为强烈的目的性——使自己当选，且候选人作为有相当影响力的公众人物，足以对公众决策，甚至对公众政治观点的形成产生深刻影响。因此对候选人本人或指使他人恶意散布虚假选举言论的行为，应当给予更重的处罚。

关于第六巡回上诉法院认为系争言论可能无法在选民投票日前获得法律裁决，对于距离投票日较近、案情较为复杂的情况，此一担忧有其合理性。在适用法律规制方式的同时，可以考虑辅以其他有益方式。近年来，美国国内一些媒体和民间组织建立了相关的辟谣网站，对选举言论的真实性进行鉴定，例如 factcheck.org 和 politifact.com。这些网站对系争选举言论进行调查和分析，并将真相传递给普通选民，这无疑能够对选民获取准确的选举资讯、作出理性投票决策带来有利影响。为避免此类网站被特定政党或特定候选人的资金把控，选举委员会可以考虑从选举资金中拿出一定额度，对有影响力的网站进行资助。或者可以考虑成立官方的选举辟谣机构，由跨党派成员组成，并定期将虚假选举言论予以曝光，给选民决策提供有力参考。

在选举活动网络化、选民资讯交流网络化的今天，针对网络平台上言论传播的特点，亦应当完善网络平台监管法律，强化平台的虚假选举言论管控责任。鉴于网络竞选广告存在明显的法律空白，将联邦层面原有的相关法律扩展至网络领域至为迫切。通过完善相关法律，使选民可以清楚地识别竞选广告的出资方和批准该广告的候选人，给选民理性审视该广告的意图和其内容的真实性提供了重要参考因素。譬如，若选民知道攻击某位候选人的竞选广告是该候选人的对手所为，则选民自然会考虑对该广告中言论的真实性做进一步的分析。迫于公开面对选民的压力，广告的出资方和相关候选人也不敢像在匿名广告中那样，肆无忌惮地在竞选广告中散布虚假选举言论。在前文所述的国会听证会上，Google 公司表示已经针对虚假选举言论采取了相应的措施，他们编写了新的

算法来识别虚假新闻和竞选广告；修改了平台的广告政策，对广告申请者的身份进行更全面的审核并让网民知晓谁在资助竞选广告。^{〔52〕} Twitter 成立了“信息质量小组”，对发送虚假言论的机器人账号进行清理；Facebook 表示已经增加了 1 万名处理信息安全的员工，并将进一步增加竞选广告的透明度。^{〔53〕} 大型网络平台采取的这些措施将会降低网络中虚假选举言论的数量，对改善选举对话质量也具有一定的促进作用。可以考虑将此类措施纳入网络平台监管法律中，敦促网络媒体采取行动，使日益依赖网络获取选举资讯的选民能够获得更多真实可靠的信息，做出真正符合自身利益的投票决策。

参考文献

- [1] Hannah Ritchie, Read all about it: The biggest fake news stories of 2016, CNBC [EB/OL]. (2016-12-30) [2017-11-02]. <http://www.cnbc.com/2016/12/30/read-all-about-it-the-biggest-fake-news-stories-of-2016.html>.
- [2] Halimah Abdullah, Campaign 2012: Smoke and Mirrors or Outright Lies, CNN [EB/OL]. (2012-08-08) [2017-11-02]. <http://edition.cnn.com/2012/08/08/politics/campaign-distortions/index.html> (<http://perma.cc/TNJ5-4RZG>).
- [3] Barack Hussein Obama Will Move America to..., GOV'T Is NOT GOD [EB/OL]. [2017-11-02]. <http://www.gingpac.org/wp-content/uploads/2012/08/GINGadFinal.pdf> (<http://perma.cc/DD9M-KZDL>).
- [4] Jason Zenor. A Reckless Disregard for the Truth: The Constitutional Right to Lie in Politics [J]. *Campbell Law Review*, 2016 (38).
- [5] Jack Winsbro. Comment, Misrepresentation in Political Advertising: The Role of Legal Sanctions [J]. *Emory Law Journal*, 1987 (36).
- [6] 刘静怡. 言论自由的双轨理论与双阶理论 [J]. *月旦法学教室*, 2005 (28).
- [7] 刘静怡. 政治性言论与非政治性言论 [J]. *月旦法学教室*, 2005 (30).
- [8] Wilcox K L. False and Misleading Campaign Speech and the Need for Reform [J]. *University Of St. Thomas-Minnesota*, 2010.
- [9] Richman, Evan. Deception in Political Advertising: The Clash between the First Amendment and Defamation Law [J]. *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 1998 (16).
- [10] Anthony J. Gaughan. Illiberal Democracy: The Toxic Mix of Fake News, Hyperpolarization, and Partisan Election Administration [J]. *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy*, 2017 (12).
- [11] 张千帆. 选举公正的司法保障——论负面竞选的审查标准 [J]. *宪政时代*, 2007 (4).
- [12] William P. Marshall. False Campaign Speech and the First Amendment [J]. *University of Pennsylvania Law Review*, 2004 (153).

(责任编辑：于文豪 赵建蕊)

〔52〕 See Erin Kelly, Senators threaten new rules if social media firms can't stop Russian manipulation themselves, USA TODAY, November 1, 2017, at <https://www.usatoday.com/story/news/politics/2017/11/01/senators-say-social-media-companies-must-do-more-stop-russias-election-meddling/820526001/>, last visited Nov. 15, 2017.

〔53〕 参见前注〔31〕。