

# 言論自由與新聞自由

---

林子儀 / 著



國立台灣大學法學叢書編輯委員會 / 編輯  
月旦出版公司 / 出版

國立中央圖書館出版品預行編目資料

言論自由與新聞自由 / 林子儀著. -- 初版. --  
臺北市：月旦出版：知道總經銷，1993[民  
82]  
面：公分. -- (國立臺灣大學法學叢書  
；78)  
ISBN 957-696-045-2(精裝). -- ISBN 957-  
696-046-0(平裝)

1. 言論自由 2. 新聞自由

571.944

82002745

## 言論自由與新聞自由

作 者：林子儀  
編 者：國立台灣大學法學叢書編輯委員會編輯  
發 行 人：洪美華  
出 版 者：月旦出版社有限公司  
台北市大安路二段 15 巷 2 號 3 樓之 1  
電話：7549798

登 記 證：局版臺業字第 5298 號  
印 刷：成陽印刷股份有限公司  
初 版：1993 年 4 月

郵 撥 帳 號：15678982 月旦出版社有限公司

定 價：精裝／新台幣 340 元  
平裝／新台幣 260 元

本書如有缺頁、破損、倒裝，請寄回更換。

ISBN 957-696-045-2(精裝)  
957-696-046-0(平裝)

## 目次

### 序言

### 一、言論自由之理論基礎 3

### 二、新聞自由的意義及其理論基礎 63

### 三、THE RIGHT TO RECEIVE UNDER THE FREEDOM OF SPEECH 135

### 四、言論自由與內亂罪

#### ——「明顯而立即危險原則」之闡釋 163

### 五、論接近使用媒體權 195

### 六、言論自由與優惠性的差別待遇

#### ——METRO BROADCASTING, INC. v. F.C.C. 227

### 七、PREFERRED COMMUNICATIONS, INC. v. CITY OF LOS ANGELES: NATURAL MONOPOLY AND THE FIRST AMENDMENT 259

# 言論自由之理論基礎

## 1.前言

## 2.制憲者之原意

## 3.言論自由之基本理論

3.1.追求真理說（言論市場說）

3.2.健全民主程序說

3.3.表現自我說

## 4.爲什麼「表現自我說」是較妥當之言論自由理論

4.1.個人之自主尊嚴才是最基本之價值

4.2.言論保障的範圍

4.3.基本權利論與功利主義

## 5.結論

## 序言

在美國求學之際，基於興趣及許多因緣，我選擇了言論自由作為一生研究的主要領域，並矢志回國後，除了致力言論自由的教學及研究外，並在數年間完成一本有體系的言論自由專書。然而，回國迄今已五年有餘，尚未能完全達成所立下的目標。

事實上，這幾年的教學及研究，令我深切地體會到，要完成一本有體系的「言論自由」專書，並非易事。一方面固然是因為資料的累積速度遠超過我消化和思考的速度，另一方面，可能是因為我對言論自由中許多議題尚未有成熟的意見或觀點。基於此種體認，我對自己的計劃作了修正，先對言論自由的主要議題作個別的研究，希望藉由各個議題的全面性深入研究，能逐漸形成成熟的意見，再著手寫一本有體系的言論自由的專書。

這本論文集所收集的七篇文章，就是過去幾年所完成的以言論自由為主題的文章。其中「言論自由的理論基礎」與「新聞自由的意義及其理論基礎」兩篇文章，分別討論了憲法為何保護言論自由及新聞自由等基本問題，也是為研究言論自由所作的基礎工作。其中「新聞自由的意義及其理論基礎」一文，並針對政府對新聞媒體的管制，提出了大眾傳播行政的理想模型。以英文寫作的「The Right to Receive」（接收資訊權），主要在檢討該權是否為言論自由的一種權利類型及其性質。「言論自由與內亂罪」一文，是三年前為了檢討「主張臺獨的言論」是否受到言論自由保護，所寫的一篇論文。而「論接近使用媒體權」及「言論自由與優惠性的差別待遇」二文，則是基於「言論表達機會平等」的理念，以及為了如何促成該理念的實現所寫的兩

篇文章。另一篇英文論文，「Natural Monopoly and the First Amendment」(自然壟斷與言論自由)是以美國一則法院的判決，討論政府可否以管制自然壟斷等經濟上的需要為理由限制有線電視的設立。該篇論文是在美國康乃爾大學法學院攻讀碩士學位時，所寫的一篇專題研究報告。

如要嚴格要求，本書所收集的部分文章，尚稱不上徹底研究的成果。不過基於這只是初步研究的成果，以及文中尚有可供參考價值的考慮，而將之選入本書中，希望對於從事相同問題研究者有些參考價值。

回顧這路行來的歷程，我現在能依自己的興趣及志向從事教學研究的工作，首先必須要感謝臺灣大學法律學系諸位師長的提攜及扶植。其次，我要衷心感謝廖義男老師以及我在美國康乃爾大學法學院就讀時的指導老師 Alfred C. Aman, Jr.教授（現為美國印第安那大學 Bloomington 法學院院長），沒有他們的教誨、指導及鼓勵，我是無法順利完成碩士及博士學位的。他們對學術研究的執著和徹底、結合學理與實務的努力和實踐、教學的認真和熱誠，以及對學生的愛護與容忍，也教導了我如何去成為一位好的學者及好的老師。而 Aman 教授知我對言論自由研究的執著，還不時提供我美國有關言論自由最新發展的資訊及寄贈我一些新出版的相關書籍，感謝之餘，我也會時刻牢記其鞭策，努力於言論自由的研究。此外，我也要順便感謝廖師母林秀麗女士平日的照顧，並感謝 Aman 教授夫人 Carol J. Greenhouse 教授支持我博士論文中反功利主義的立場及增廣我對法律人類學的了解。

最後，我特別要感謝我的父母、岳父母，及我的妻子，對我從事學術研究工作的容忍及支持。尤其是我的妻子秋琴，她在事業繁忙之

餘，仍能以最大的愛心及耐心照顧我及兩位小女兒，讓我能全心全力於研究及教學，並不時給我一些激勵，讓我堅持我的理想，實為我工作的最大支柱。

本書之出版，承臺大法律學研究所林靜萍、谷湘儀，及劉靜怡等同學以及東昇傳播公司鄭竹旻及林怡伶的協助，謹致謝意

林子儀

民國八十二年三月

於國立臺灣大學法學院







大法官會議之憲法解釋，僅有一則與言論自由有關。<sup>③</sup>而該解釋之繫爭點乃在限制言論自由之程序的形式應有為如何方屬合憲之問題，並未對言論自由之實質內容加以闡述。<sup>④</sup>因此，探求制憲者之立憲意旨及司法之解釋適用，並無法澄清憲法保障言論之目的及範疇。既然如此，吾人或只有藉由學說理論之研究分析，以了解憲法規定言論自由之真義，以界定言論自由保障的範圍。<sup>⑤</sup>

吾國憲法研究之先驅，李鴻禧教授，即曾專文闡釋言論自由之真義。<sup>⑥</sup>本文目的即在仿效其研究，嚐試介紹言論自由之理論，藉以界定憲法保障言論自由的範圍。本文擬介紹美國憲法學在致力界定言論自由保障範圍的發展，重點側重於其近年來所發展出來的一些言論自由的基本理論。庶幾能有助於吾人了解憲法保障言論自由之真諦，進而確定言論自由的範疇。

③ 司法院大法官會議釋字第一〇五號解釋，民國五十三年十月七日。

④ 釋字第一〇五號之解釋文

出版法第四十條第四十一條所定定期停止發行或撤銷登記之處分，係為憲法第二十三條所定必要情形，而對於出版自由所設之限制，由行政機關逕行處理，以貫徹其限制之目的，尚難認為違憲。

〔解釋理由書〕

出版法第四十條第四十一條所定對違法出版品定期停止發行或撤銷登記之處分，係依憲法第二十三條規定之必要情形，對於出版自由所設之限制，此點聲請解釋來文亦有相同之見解。而憲法對於違法出版品之處分方式並無限制，出版法為貫徹其限制之目的，採用行政處分方式，尚難謂為違憲。且上開各條所規定之處分要件，甚為嚴格，行政機關僅能根據各該條所列舉之要件，予以處分，受處分人尚得提起訴願及向行政院提起行政訴訟，請求救濟，亦足以資保障。

⑤ 為保持憲法之「永久性」，制憲者所用之文字大都力求抽象，以保持適用之彈性。因此在適用憲法時，免不了都要面對憲法解釋的問題。而解釋憲法究應採取如何之態度，意見頗多紛歧。採取消極的自我克制（self-restraint）的態度或是採取積極主義（activism）？採取嚴格之文義解釋或是採取不拘泥於條文文字的論理解釋？又在解釋時，制憲者之立法意旨要否予以尊重？皆是目前憲法解釋上爭執不已的問題。關於此問題，將留待日後專文分析討論。部分有關文獻請參考，R. DWORKIN, LAW'S EMPIRE 355-399(1986); M. PERRY, THE

選擇美國法制作為比較法學研究的對象，主要原因是因為美國乃是制定實行近代立憲主義憲法的先驅，經過二百餘年的發展，其憲政制度在實務運作的經驗累積以及在憲法理論的討論及架構均較他國豐富及健全。尤其近七十年來在言論自由方面的發展，不僅在法院判決及學術著作的數量及內容的多樣性上優於他國，在人民實際所享有的言論自由保障上亦優於他國。因此，研究美國法制在有關方面的發展，將有助吾人了解言論自由保障的範疇。況且，基本人權之保障以及民主憲政等基本理念並非吾國所固有，而係從西方移植而來。因此，當吾人對這些非固有的憲政理念有不清楚之時，外求他國之經驗，尤其是作為近代民主憲政先驅者之美國的經驗，以作為了解本國法制之借鏡，並不為過。

美國憲法有關保障言論自由的規定在其憲法增補條款第一條：「國會不得制定法律……剝奪人民言論及出版的自由……」。<sup>⑦</sup>其規定十分精簡。而且，純就其規定的文字觀之，似乎對言論自由採取「絕對的保障」，美國國會似乎在任何情況下均「不得」制定法律剝奪人民之言論自由。實際上，也的確有人主張憲法對言論自由的保障是「絕

---

CONSTITUTION, THE COURTS, AND HUMAN RIGHTS(1982); J. ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST(1980); Grey, *Do We Have and Unwritten Constitution?* 27 STAN. L. REV. 703(1975); Bork, *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, 47 IND. L. J. 1 (1971).再者，雖然憲法解釋應以司法解釋最具權威。然而，司法解釋常是解決個案問題，如要求一比較具有普遍性之原則，則有待學說對司法解釋或判決之分析歸納成有系統之原理原則。因此，學說理論之闡述，對吾人能有系統地了解憲法規範的意義，頗有助益。尤其在吾國情形，在司法對言論自由的解釋尚不充分之時，更需要學理的闡釋。

⑥ 李鴻禧，言論出版自由之民主憲政意義，載氏所著「憲法與人權」第三七一頁，國立台灣大學法學叢書（三九），1986年12月三版。

⑦ 該條規定全文為「國會不得制定法律以確立一種國教或禁止宗教信仰自由，或剝奪人民言論及出版的自由，或侵奪人民正當集會及向政府申訴請求補救損害之權利。」

對的」，不容許國會制定法律加以剝奪。<sup>⑧</sup>不過，此種絕對保障的理論，並非學說之主流，並且美國聯邦最高法院的多數意見也從未接受該說為保障言論自由之根據。<sup>⑨</sup>目前通說的見解均認為憲法對言論自由的保障並非是絕對的。至於憲法保障言論自由到如何之程度，應該以什麼標準來界定言論自由保障的範圍，衆說紛紜。

雖然法院判決及學說理論迄今仍未形成一些為大眾所接受的準則，而且判決及學說所提出之理論準則十分的紛歧。不過，各家學說在提出如何界定言論自由保障範圍的理論時，所採取的途徑，近來已逐漸形成一共同的趨向。他們以為要界定言論自由所保障的範圍，歸根究底，所面臨的只是一基本問題，就是：「憲法為什麼要保障言論自由？」如果能將該問題澄清，一切即可迎刃而解。因為，一旦吾人確定了憲法保障言論自由的「目的」，則任何言論只要能達到該目的者，即為憲法所保護。至於憲法保障言論自由的「目的」為何？那就必須要了解言論自由的「價值」(value)或「功能」了。換言之，此際問題的關鍵點乃在，究竟言論自由具備有怎樣的「價值」，使得憲法必須將之納為保障的對象。因而，最近美國憲法學者在嚐試建立一言論自由之理論時，其核心之基本問題即是：何為「言論自由之價值」。<sup>⑩</sup>確定了言論自由之價值，則言論自由保障的範圍即可界定。因為所有具有此種確定的「價值」的言論，即為憲法言論自由保障的範圍。

⑧ 主張絕對保障理論者，以美國聯邦最高法院法官 Hugo Black 為首。參見 Black, *The Bill of Rights*, 35 N. Y. U. L. REV. 865(1960); Black & Cahn, *Justice Black and First Amendment "Absolutes": A Public Interview*, 37 N. Y. U. L. REV. 549(1962)。與之唱和者尚有聯邦最高法院法官 William O. Douglas。參見 J. ELY, *supra* note 5, at 109-111; F. CANAVAN, FREEDOM OF EXPRESSION 7-10(1984)。不過亦有謂 Douglas 法官並不完全接受 Black 法官絕對保障之理論。參見 M. NIMMER, NIMMER ON FREEDOM OF SPEECH 2-3 n.5(Student ed. 1984)。

⑨ *E. g.*, F. CANAVAN, *supra* note 8, at 10.

此時，不僅能明了憲法保障言論自由的意義，也能清楚其保障的範圍。

不過，法院判決及學說理論對於言論自由的價值為何，卻沒有共同一致的見解。目前，關於憲法為什麼要保護言論自由或言論自由究有如何之價值的探討，比較廣為一般人所接受的，有以下三種理論：(一)追求真理說 (truth-seeking theory)，或稱為言論自由市場說 (theory of marketplace of ideas)；<sup>⑩</sup>(二)健全民主程序說 (democratic process theory)；<sup>⑪</sup>及(三)表現自由說 (self-expression theory)，或稱為實現自我說 (self-fulfillment or self-realization theory)。<sup>⑫</sup>

本文主要目的即在介紹及分析討論這三種理論，並提出如果正視言論自由為一「基本權利」，則從基本權利保障的觀點而言，「表現自我說」之理論比較可取。

簡言之，追求真理說及健全民主程序說之理論皆根基於功利主義

<sup>⑩</sup> See, e.g., Baker, *The Process of Change and the Liberty Theory of the First Amendment*, 55 S. CAL. L. REV. 293 (1982); Baker, *Realizing Self-Realization: Corporate Political Expenditures and Redish's The Value of Free Speech*, 130 U. PA. L. REV. 646 (1982); Baker, *Scope of the First Amendment Freedom of Speech*, 25 UCLA L. REV. 964 (1978); BeVier, *The First Amendment and Political Speech: An Inquiry Into the Substance and Limits of Principle*, 30 STAN. L. REV. 299 (1978); Blasi, *The Checking Value in First Amendment Theory*, 1977 AM. B. FOUND. RESEARCH J. 521 (1977); L. BOLLINGER, *THE TOLERANT SOCIETY* (1986); Bollinger, *Free Speech and Intellectual Values*, 92 YALE L. J. 438 (1983); Bork, *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, 47 IND. L. J. 1 (1971); chevigny, *Philosophy of Language and Free Expression*, 55 N. Y. U. L. REV. 157 (1980); DuVal, *Free communication of Ideas and The Quest For Truth: Toward a Teleological Approach to First Amendment Adjudication*, 41 GEO. WASH. L. REV. 161 (1972); Ely, *Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis*, 88 HARV. L. REV. 1482 (1975); Emerson, *First Amendment Doctrine and the Burger Court*, 68 CALIF. L. REV. 422 (1980); Farber, *Content Regulation and the First Amendment: A Revisionist View*, 68 GEO. L. J. 727 (1980); Fuchs, *Further Steps Toward a General Theory of Freedom of Expression*, 18 WM. & MARY L. REV. 247

(utilitarianism) 之價值觀，因為根據其說，某種言論是否為言論自由所保障，要視該言論是否有助於一般大眾「追求真理」，或有助於「健全民主程序」之運作。也就是說，某種言論是否要受保障，端視其是否能增進一般大眾之利益（追求真理或民主政治之參與）。申言之，表意人（speaker）只是一般大眾追求某種目的之「工具」而已。言論自由權與表意人本身之利益無涉，而僅為社會大眾之利益而存在。本文反對此種見解。本文服膺於自由論者所提出之「基本權利說」（rights-based theory），<sup>10</sup>而主張個人之存在並非為他人目的之「手段」，其本身本即為「目的」。個人之基本權利即源自於個人存在之基本價值及獨立之尊嚴，其根本並非在滿足社會大眾之利益，因此以功利主義之價值觀予以衡量並非妥當。所以，本文贊成「表現自我說」之言論自由理論，主張言論自由之價值乃在保障言論者自我表現的自由，以及

(1976); Karst, *Equality as a Central Principle in the First Amendment*, 43 U. CHI. L. REV. 20(1975); A. Meiklejohn, *Political Freedom* (1960); Meiklejohn, *The First Amendment is an Absolute*, 1961 SUP. CT. REV. 245(1961); Perry, *Freedom of Expression: An Essay on Theory and Doctrine*, 78 NW. U. L. REV. 1137(1983); M. Perry, *The Constitution, The Courts, and Human Rights* (1982); M. Redish, *Freedom of Expression* (1984); Redish, *self-Realization, Democracy, and Freedom of Expression: A Reply to Professor Baker*, 130 U. PA. L. REV. 678(1982); Redish, *The Value of Free Speech*, 130 U. PA. L. REV. 591(1982); Rehnquist, *The First Amendment: Freedom, Philosophy, and the Law*, 12 GONZAGA L. REV. 1(1976); D. Richards, *Tolerance and the Constitution* (1986); Richards, *Free Speech and Obscenity Law: Toward a Moral Theory of the First Amendment*, 123 U. PA. L. REV. 45 (1974); Scanlon, *Freedom of Expression and Categories of Expression*, 40 U. PITT. L. REV. 519(1979); Scanlon, *A Theory of Freedom of Expression*, in *The Philosophy of Law* 153R. Dworkin ed. (1977); Schauer, *Must Speech be Special?* 78 NW. U. L. REV. 1284(1983); F. SCHAUER, *FREE SPEECH: A PHILOSOPHICAL ENQUIRY* (1982); Schlag, *An Attack on Categorical Approaches to Freedom of Speech*, 30 UCLA L. REV. 671(1982); Shiffrin, *The First Amendment and Economic Regulation: Away from a General Theory of The First Admnedment*, 78 NW. U. L. REV. 1212(1983)., Wellington, On

尊重表意人自我決斷之自主 (autonomy)。因此，言論自由之價值應內求於表意人本身之利益，而非如功利主義者所言其價值應存在於增進一般大眾之利益。

以下本文在介紹並分析討論上述三說之前，擬先說明為什麼在探求言論自由保障的範圍時必須尋求法哲學上之理論探討，為什麼從歷史觀之研究憲法保障言論自由之目的並不足夠。因此，以下首先介紹法制史的觀點探討美國制憲者為何要保障言論自由，以及說明為何必須進一步的從事法哲學理論研究的理由。然後，則介紹討論上述三種言論自由之理論。最後，則說明為何本文採取「表現自我說」之理論。

## 2. 制憲者之原意

美國憲法有關言論自由保障的規定在其憲法增補條款第一條，由於規定的文字十分精簡，無法單從條文本身清楚地了解憲法保障言論自由的範圍究為如何。因此有些論者即嘗試從其制憲者之意圖來了解憲法規定的意思。而且，即使如前所述，要了解憲法為什麼要保障言論自由，探求制憲者之原意似乎要比法哲學上的爭辯來得直接及真實。姑且不論此種說法是否有理，制憲者之意圖究為如何，卻是一個相當難的問題。

在原始的美國憲法中並無任何有關人民基本權利的規定，因為當時大多數的制憲者均認為無此必要。在他們的規劃中，美國聯邦制下

---

*Freedom of Expression*, 88 YALE L. J. 1105 (1979).

① 參見後文之⑪至⑬及其有關之本文。

② 參見後文之⑭至⑯及其有關之本文。

③ 參見後文之⑰至⑱及其有關之本文。

④ 參見後文之註解⑤，⑥至⑧及其有關之本文。

的聯邦政府並無多少權限。由於並未授權聯邦政府有任何可規範人民基本權利的權限，因此當然就沒必要在聯邦憲法中規範基本人權保障的規定。<sup>⑮</sup>不過，由於有些州仍是擔心如果聯邦憲法中無任何保障基本權利的規定，聯邦政府對人民基本權利仍有潛在的威脅，因此要求必須在聯邦憲法中明文規定，排除聯邦政府有任何可侵奪人民基本權利之權限。所以，在 1789 年第一屆國會，就提出修憲，要將權利法案 (Bill of Rights) 透過一連串的憲法修正案納入聯邦憲法中，於 1791 年 12 月 15 日正式通過。<sup>⑯</sup>而增補條款之第一條即為有關言論自由之規定。

雖然，從修憲的過程中，足以了解制憲者將言論自由納入憲法而予以保障的動機。但更進一步的理由說明憲法為什麼要保障言論自由，以及什麼樣的言論方為憲法所保障，卻缺乏第一手資料，而無法確知。似乎制憲者已視保障言論自由為理所當然，而認為毋需耗擲太多之口舌筆墨說明保障言論自由的理由。<sup>⑰</sup>由於缺乏第一手資料以求證制憲者之原來意圖，有些論者即提出另外一種方法，以非直接之方式推論制憲者之意圖。他們認為，如果吾人能夠確定制憲當時，制憲者心中認為對言論自由存在的「危害」是什麼的話，那麼制憲者之所以在憲法中要保障言論自由，就是要排除此種危害。

首先被提出的一種可能性危害是存在早期英格蘭法制中，對言論自由的「事前限制」(prior restraint) 制度。在這種制度下，所有的

<sup>⑮</sup> E.g., L. LEVY, EMERGENCE OF FREE PRESS 222-25 (1985) [hereinafter cited as L. Levy, Free Press] ; Nimmer, *supra* note 8, at 1-2.

<sup>⑯</sup> 美國憲法修正第一至第十條即為「權利法案」之規定。

<sup>⑰</sup> E.g., L. LEVY, LEGACY OF SUPPRESSION 221 (1960) [hereinafter cited as L. Levy, Legacy] ; Levy, Free Press, *supra* note 14, at 266-67; M. Nimmer, *supra* note 8, at 1-3-1-4; L. BOLLINGER, THE TOLERANT SOCIETY 5 (1986).



印刷出版品都必須事前先經過行政機關的檢查並取得許可，或事前取得有關機關所發給之特許執照方得印刷出版。<sup>18</sup> Blackstone 和他的後繼者因此就主張保障言論自由之目的就是在消除此種「事前限制」制度。<sup>19</sup>美國聯邦最高法院有幾個案件的判決也持有相同的看法。<sup>20</sup>不過，根據 Zechariah Chafee 的研究，「事前限制」制度在英格蘭於 1695 年即已不存在，而在殖民地之美國也已於 1725 年消失。<sup>21</sup>因此他不認為這是制憲者保障言論自由所欲除去之危害。

Chafee 認為制憲者所以要保障言論自由，不僅是要除去事前限制制度，主要目的是要消除習慣法中的「謀叛之誹謗」(seditious libel)之罪刑。所謂「謀叛之誹謗」是指：無法律上之正當理由，以文字蓄意指責任何政府官員，或批評法律，或攻訐任何由法律規定所組織之政府機構，謂之。<sup>22</sup> Chafee 指出在美國獨立革命前之殖民地時代，英國政府即常以該刑罰壓制了人民對殖民地政府的攻擊或批評。他認為制憲者之所以在憲法中保障言論自由，就是要消除此種罪名，讓人民在不煽動他人違反法律行為之情況下，可自由地批評政府而無虞於被起訴處罰。<sup>23</sup>

雖然論者中絕大多數都支持 Chafee 的看法，<sup>24</sup> Leonard Levy 卻持不同之看法。根據他的研究，在十八世紀的美國，並不存有太多

<sup>18</sup> Perry, *Freedom of Expression: An Essay on theory and Doctrine*, 78 NW. U. L. REV. 1137, 1139 n.1 (1983).

<sup>19</sup> 4 W. Blackstone, *Commentaries on the Law of England*, 151-52.

<sup>20</sup> See *Robertson v. Baldwin*, 165 U. S. 275, 281 (1897); *Patterson v. Colorado*, 205 U. S. 454, 462 (1907).

<sup>21</sup> Z. CHAFEE, *FREE SPEECH IN THE UNITED STATES* 18 (1941).

<sup>22</sup> *Id.* at 19. 詳請參見 Hamburger, *The Development of the Law of Seditious Libel and the Control of the Press*, 37 STAN. L. REV. 661 (1985).

<sup>23</sup> Chafee, *supra* note 21, at 21.

<sup>24</sup> 詳見 LEVY, *FREE PRESS*, *supra* note 15, at xiv n.11 所列之名單。

自由主義的理念，也不支持人民有廣泛的言論自由權。尤其在政治層面上，絕大多數的意見都不支持人民可任意批評政府。因此，在制憲及增修權利法案之際，大多數人都支持政府有權以「謀叛誹謗」的罪名限制人民對政府的政擊。<sup>②⑤</sup>所以，Levy 主張制憲者所以在憲法中保障言論自由，主要的目的是在維護州權不被聯邦所侵奪，而非真正顧慮人民之基本權利。重視人民基本權利之自由主義理念要到 1798 年對當時制定之「謀叛法」(Sedition Act) 的合憲性之論戰開啓以後，才逐漸形成。<sup>②⑥</sup>他強調包括保障言論個由在內的權利法案之所以納入憲法，只是制憲者再一次的向各州政府明文保證聯邦政府權限是有限的。<sup>②⑦</sup>

究竟制憲者當時心中準備以保障言論自由來加以抗拒的危害是什麼？論者的看法並不一致。Robert Bork 甚至否認制憲者心中存有準備以保障言論自由來加以對抗的任何危害。<sup>②⑧</sup>因此，即使要用此種間接的證據，也很難推論出一個為大眾所接受的結論。所以從歷史的考察，無法探求到制憲者保障言論自由的目的。

退一步而言，即使吾人能從制憲史中確認制憲者之意圖，吾人在適用憲法時，是否就要受到該意圖的拘束，也是頗有疑問的。

論者有謂現代言論自由的相關問題，並非制憲者當時所能慮及，如果硬是堅持制憲者之本意，則將使言論自由保障的範圍變得十分的狹隘，缺少彈性。<sup>②⑨</sup>由於憲法應具有「永久性」，應是一部與時俱進的「活生生的典章」，因此，即使吾人能探知制憲者之原意，亦不應為其

<sup>②⑤</sup> LEVY, LEGACY, *supra* note 17, at vii.

<sup>②⑥</sup> *Id.* at viii.

<sup>②⑦</sup> LEVY, FREE PRESS, *supra* note 15, at 268.

<sup>②⑧</sup> Bork, *supra* note 5, at 22.

<sup>②⑨</sup> Perry, *supra* note 5, at 63-64; Perry, *supra* note 18, at 1139-41.

所拘束，而必須依當時社會情勢，予以適當的解釋，保持其活力。<sup>⑩</sup>更何況，吾人根本無法直接或間接推測出制憲者之原意，尤需要由吾人自之去尋出一項言論自由保障的理論，以便在適用憲法時有所準繩。<sup>⑪</sup>

因為法制史的研究制憲者保障言論的目的，無法也不適當作爲適用憲法之依據。因此吾人必須另謀他法以界定憲法保障言論自由的範圍。目前通說是採用比較抽象的法哲學上的探討言論自由之「價值」，以之作爲核心而建構出言論自由之理論以界定言論自由保障的範圍。<sup>⑫</sup>簡言之，任何言論只要具有言論自由之「價值」者，均爲憲法言論自由所保障。然而，問題是，言論自由的價值爲何？不同的觀點各自形成了不同之理論。

### 3. 言論自由之基本理論

早在本世紀初，言論自由保障開始成爲美國憲法上重要的課題之時，以言論自由的價值作爲界定言論自由保障範圍的標準，即已被提出。最高法院大法官 Louis Brandeis 在其 1927 年 *Whitney v. California* <sup>⑬</sup>一案的協同意見書 (concurring opinion) 中就闡述了言論自由的價值。他說：

吾國之立國先賢秉持有一信念，亦即，國家的最終目的乃是協助個人自由地發揮其天賦才能，並且國家在治理國事時必須深思熟慮，切不可僅憑一己之喜怒而恣意行事。他們認爲自由 (liberty) 同時具

<sup>⑩</sup> Bollinger, *supra* note 17, at 5.

<sup>⑪</sup> Bork, *supra* note 5, at 22.

<sup>⑫</sup> See *supra* note 10.

<sup>⑬</sup> 247 U.S. 357 (1927).

有目的性及手段性之價值。他們相信快樂的秘訣乃在自由，而能夠享有自由的秘訣則在勇氣。吾國之立國諸賢同時也相信自由自在思考以及把你思考的自由地表達出來乃是發現及散佈真實政治之不二法門。如果缺少了言論及集會之自由，討論即不具有任何意義。有了言論及集會之自由，公眾討論即能發揮其平常之功能，提供大眾一適當的保護以對抗邪說之散佈橫行。立國先賢也告誡吾人，對自由（freedom）最大的危害就是人民的消極冷漠。他們認為參與公眾討論乃是人民之政治義務，這也是美國政府運作時之一項基本原則。雖然他們承認任何一種人為之制度都存有一些風險，但是立國先賢卻強調，社會秩序的維護不能謹依恃人們對刑罰的懼怕，對人們自由思想、未來的希望及想像力的嚇阻是危險的；因為恐懼會導致自由的壓抑；長期之壓抑將導致怨憤；而怨憤則將威脅政府的安定。欲求長治久安，就必須給予人們機會自由地討論表達既存的委屈以及如何加以補救之道。<sup>③</sup>

在這段為人所熟知的文字中，Brandeis 大法官充分表示了他對言論自由「價值」的看法。

在四十年之後，Thomas Emerson 教授也提出了一項與之類似的理論。Emerson 認為在民主社會中之言論自由體系是植基於言論自由之四種價值或功能：(一)促成個人實現自我；<sup>④</sup>(二)增進知識及追求真理；<sup>⑤</sup>(三)決策的參與(健全民主程序)；<sup>⑥</sup>(四)維持一比較能適應環境變

<sup>③</sup> *Id.* at 275 (Brandeis, J., Concurring).

<sup>④</sup> 「言論自由之所以重要，是因為其為確保個人能實現自我（self-fulfillment）之手段。人生之目的即在將其之所以為人之特性及天賦加以充分之實現。為達此目的，人必須充分享有心智之自由。因此，壓制人們信仰、意見或其他之表達自由是對人尊嚴之冒犯，也是對人基本天性的否定。同時，個人本於社會一分子之資格亦有權利參與會影響到其本身利益之任何決策。剝奪國人對真理之追求，以及剝奪其表示什麼是真理之權利，就等於是讓國家或社會對之享有獨裁之統治權，而置個人於他人專斷的控制之下」。See T. EMERSON, THE SYSTEM OF FREEDOM OF EXPRESSION 6(1970).

化而又穩定的社會（維持社會安全）。<sup>③③</sup>隨後，Emerson 又補充說明這四種價值彼此之間互相依存，彼此不可缺少。<sup>③④</sup>

雖然 Brandeis 大法官與 Emerson 教授所用的名詞有些差異，但如比較其內容，則二氏所提並無太大區別。<sup>③⑤</sup>事實上，所有從事同樣研究的學者所提出之言論自由的價值觀，均未超出二氏所闡述的觀點。不過，大部分學者並未接受二氏所提之綜合性的價值觀。他們以為憲法所以保障言論自由，只是為了 Emerson 教授所提之四種價值中的一種價值而已。

目前言論自由理論之歧異，主要即在言論自由的價值的認定上有所不同。論者之爭點主要是在表現自我，追求真理，以及健全民主程序三種價值中，主張其一方為言論自由之真正價值，其餘之價值，如果有的話，也只是次要的或衍生的價值而已。「維持社會安全」之價值，

③③ 「言論自由乃吾人在增進知識與追求真理時不可缺少的方法。個人在追求知識及真理的過程中，必須傾聽各方面的意見，考慮各種可能性；並將自己的觀點陳述出來，讓不同意見有機會質疑自己的觀點，以測試自己的判斷是否正確。簡言之，就是妥善珍惜並利用他人之智慧。討論事物一定要公開，即使所討論者是已被廣為接受為真理之意見，也要允許不同意見的存在；因為許多被認為已是真理之意見，經公開討論後，卻被證明為謬誤。同樣地，公開討論原則也適用在那些乍看之下似乎是謬誤或有害的新觀點。因為這些不為人所歡迎的新觀點可能是正確的，或者部分是正確的。即使安全是錯誤不實之論點，允許其存在，並公開予以討論，也能逼使吾人重新檢討或再測試吾人心中認定之正確之事物是否果為事實。公開討論原則對個人智識判斷重要性的理由，也能同時說明公開討論對吾人作理性之社會判斷時之不可或缺」。Id. at 6-7.

③④ 「言論自由的重要性也表現在其提供社會大眾參與決策的機會。藉由言論自由參與決策在政治決策的形成過程中尤具特別意義。只要吾人同意「獨立宣言」的基礎在於「政府正當的統治權源自於被統治者的同意」，那麼被統治者，為了要行使其同意權，必須要有充分的言論自由權以形成其個人之判斷及社會之共同意見。社會大眾藉由言論自由對決策的參與原則，也適用在政治活動以外的領域。根據該原則，個人亦有權參與整個文化的建設；個人可自由表達其對宗教信仰、文學、藝術、科學，以及對其他所有人類知性領域之各類事務等之個人意見。」Id. at 7.

所以被忽視的原因，主要即在其乃衍生的價值，而非主要價值。因為，只要為滿足人們之實現自我，追求真理，或參與政治決定而保障言論自由，其亦能有維持社會長治久安之結果。<sup>⑪</sup>本文以下將簡單介紹追求真理說，健全民主程序說，及表現自我說等理論之大致內容，以及一般論者對各說弱點之指陳。

### 3.1. 追求真理說（言論自由市場說）

如依理論形成的時間順序，追求真理說是首先被提出之言論自由理論。該說主張吾人所以要保障言論自由，乃因言論自由可以幫助吾人發現真理，增長知識。簡言之，其說認為經由言論的自由開放，吾人將可從真理與謬論邪說的競爭中發現真理。

論者有云該說源自於十七世紀之英國文學家兼哲學家 John

⑪「如果要建構一個比較能適應環境變化，以及因此也比較穩定的社會，則言論自由乃為達此目的之手段。吾人可憑藉言論自由維持有益於社會健全之分歧意見與必要之共識間的均衡。因為如對公開討論加以壓抑，人將無法做理性的抉擇，而理性也將為武力所取代；同時，言論自由如受到壓抑將使社會變得沒有彈性及遲鈍，而使社會無法自我調整以適應環境變化或發展新的想法，並且，壓抑自由的言論將使人們無法注意到真正重大的社會問題，則社會所遭遇到之真正問題即無法被發現。另一方面，公開討論卻能使社會有更大凝聚力；因為只要人們能夠參與決策的過程，即使決策的結論對其不利，人們還是比較會去接受此種決策的。而且，長久以來，國家所以擁有適當的統治權，其目的乃在增進社會的團結並防止以武力為解決糾紛之手段。言論自由制度即可達到此種目的。它可提供刺激社會進步所需要之不同意見的存在空間，卻又不致因而毀了原有的社會。如要維持社會穩定與變遷間的均衡，言論自由實為不可少之重要制度。」*Id.* at 7.

⑫ Emerson, *First Amendment Doctrine and the Burger Court*, 68 CALIF. L. REV. 422, 423 (1980) (hereafter cited as Emerson, Burger Court).

⑬ Bork 法官將 Brandeis 大法官所闡述之言論自由價值歸納成四種價值：(一)幫助個人發展自我之天賦；(二)因能自由表達所帶來之快樂；(三)助成社會和諧與安全；(四)發現並傳佈政治的真實。See Bork, *supra* note 5, at 24-5.

而 Nimmer 教授則將之歸學為三種價值：(一)啟迪開導之功能 (the enlightenment function)，包括有助於追求一般之真實及政治真實之功能；(二)實現自

Milton。Milton 在其著名之 *Areopagitica* 一書中主張言論自由，反對當時英國國會之立法規定，任何出版品必須事先經過政府之審查，並取得特許，方得出版之「事先限制」制度。他承認雖然世上之各種主張有好有壞，有真有假，而言論自由固然會使真假意見並存；但是，他主張吾人必須相信真理，讓真理和異端邪說並存，互相爭鬥，真理終將獲勝。<sup>⑫</sup>同時，他也以為政府對言論之禁止或事先限制，不僅是對真理之渺視，對人類智能及知識的戕害；同時亦將阻斷真理之泉源。<sup>⑬</sup>簡言之，Milton 相信人類之理性（reason），有分辨是非、趨利避害之能力。因此，開放言論自由讓真理與虛偽邪詞並存競爭，人們必將從其中發現真理。<sup>⑭</sup>

然而，Milton 以 *Areopagitica* 鼓吹言論自由之主要目的乃在說服英國國會廢止 1643 年所制定對出版物事前限制之制度。其所反對的

我之功能（the self-fulfillment function）；以及（三）維持社會安全之功能（「安全瓣」之功能，the safety valve function）。See NIMMER, *supra* note 8, at 1-5~1-54.

- ⑪ Baker, *Scope of the First Amendment Freedom of Speech*, 25 UCLA L. REV. 964, 991 (1978) (hereinafter cited as Baker, *Freedom of speech*).

此外，主張「維持社會安全」非言論自由之價值者，尚舉出其他理由。有謂，為了維持社會安全而給予言論自由保障之考慮，所涉及者僅為類似便宜措施之政策考量問題，而非法律問題。See Bork, *supra* note 5, at 25. 亦有論者以為，言論自由並不一定能形成社會共識，而使社會團結和諧；相反的，社會可能因為不同主張之紛陳而產生閉塞。因此，言論自由是否有維持社會安全之功能，頗有可疑。See DuVal, *Free Communication of Ideas and the Quest for Truth: Toward a Teleological Approach to First Amendment Adjudication*, 41 GEO. WASH. L. REV. 161, 200 (1972). 本文並不同意 DuVal 之觀點。本文相信言論自由確能維持社會之安全，但不認為其為言論自由之主要價值。

- ⑫ “And though all the winds of doctrine were let loose to play upon the earth, so truth be in the field, we do injuriously by licensing and prohibiting to misdoubt her strength. Let her and Falsehood grapple., who ever knew Truth put to the worse, in a free and open encounter?” See J. MILTON, *AREOPAGITICA* 126 (1st ed. 1644) (J. C. Suffolk ed. 1968).

- ⑬ *Id.* at 104. “Truth is compared in Scripture to a streaming fountain; if

乃是政府對圖書出版之事前檢查及出版特許制度，對於出版後，政府對於有害的或惡意中傷他人之出版物的「事後追懲」(subsequent punishment)制度卻未爭執。<sup>④⑤</sup>而且，論者更指出 Milton 事實上所關心的只是「真理」而非個人之言論自由權。因此，他所主張之言論自由並不及於所有之個人，而僅及於部分社會精英而已。甚至，其所容忍可公開自由討論之言論亦僅為涉及宗教教義之部分。<sup>④⑥</sup>因此，以追尋真理而強調言論自由之論點雖源始於 John Milton，但其所主張之言論自由，事實上，與自由主義下的現代言論自由的理念，尚有一段距離。

真正具有自由主義觀，而提出具有個人基本權利性質之言論自由理論，當推十九世紀之英國哲學家 John Stuart Mill。<sup>④⑦</sup> Mill 承續 Milton 的觀點，主張言論自由之重要性，乃在其有助於吾人發現真理。其反對政府對任何言論的禁止，因為他認為：

禁止任何一種意見發表之特殊罪惡，是它形成了對人類之侵奪行為；它所侵害的不僅是當代世人，還及於後世子孫；而且，禁止任何一種意見的發表對反對該意見的人所造成的損害，尤甚於其對持有該意見者所造成的損害。因為，如果被禁止發表的意見是對的，則反對

her waters flow not in a perpetual progression, they sicken into a muddy pool of conformity and tradition.”

④⑤ See, e.g., Bollinger, *supra* note 17, at 58; D. RICHARDS, TOLERATION AND THE CONSTITUTION 168(1986).

④⑥ E.g. CANAVAN, *supra* note 8, at 43.

④⑦ E.g., Cole, *Agon at Agora: Creative Misreadings in the First Amendment Tradition*, 95 YALE L. J. 857, 876-77(1986). 如欲進一步了解 Milton 的言論自由觀及對其之批判，請參見 CANAVAN, *supra* note 8, at 41-53.

④⑧ 多數論者言及「追求真理」之言論自由理論時，均以 Mill 之理論為該說之源起，而未將 Milton 列入。See, e.g., Balker, *Freedom of Speech*, *supra* note 41, at 964; Redish, *The Value of Free Speech*, 130 U. PA. L. REV. 591, 616(1982); M. REDISH, FREEDOM OF EXPRESSION 46(1984).



該意見的人將因該意見被禁止發表而喪失了以錯誤交換真實的機會；如果該意見是錯誤的，反對該意見的人也喪失了如允許該錯誤意見發表所可能帶來的利益，亦即，允許該錯誤意見與其所認知之真理並存，相較之下，其將對其所認知之真理有更清晰的體認及更生動之印象。

④⑧ Mill 更進一步闡釋為何言論自由有助於吾人對真理之追求。在其名著「自由論」之第二章，Mill 舉出四點理由說明其理論。

首先，他強調人非萬能，不可能永遠不犯錯。因此，儘管吾人能夠確知很多事情，但吾人也不得不承認那些被吾人視為謬誤而將之予以扼殺之言論，有可能是真實的。④⑨既然吾人不能絕對分辨真理及謬誤，即不能隨意限制任何言論之發表。否則，吾人可能禁止了真理之傳佈，減少了人們接近真理之機會。

其次，他以為假定繫爭的言論是部分真理，部分謬誤的，吾人亦不應予以限制。因為，無論任何人對於任何問題所發表之任何意見，不論其為一般的或廣為大眾所接受的意見，很少或甚至從來都不是百分之百的真理。只有讓各種不同意見彼此爭執衝突，彼此互補，才有可能使彼此已存在的部分真理，有機會發展成完全的真理。④⑩

第三，Mill 假定即使吾人能確定已存在之言論是真理，而且全部都是真理，亦不應因此即禁止與之相對之完全謬誤之言論。因為，吾人如果要保持吾人所認知之真理不致墮落為武斷或偏見等自以為是的產物，而是有相當合理的根據，則吾人所認知之真理必須接受與之相對之意見的挑戰及檢驗。④⑪

④⑧ See J. MILL, ON LIBERTY 33 (1st ed. 1859) (Prometheus books ed. 1986). 中文翻譯請參閱，郭志嵩譯，論自由及論代議政治，pp.13-14，協志工業叢書，民國六十三年五月三版。

④⑨ MILL, *supra* note 48, at 60.

④⑩ *Id.*, at 60.

第四，Mill 認為在上述情形，吾人如對完全謬誤言論加以禁止，尚有一弊。亦即，吾人所認知之真理，因缺少與其不同意見之挑戰，吾人即缺少運用理性或個人親身體驗肯認該真理的機會，久之，吾人將無法再對該真理產生真實且持續性的信仰。該真理即無法再對吾人日常生活發生任何重大影響，終而喪失作為真理之本來意義。<sup>⑤2</sup>

簡言之，Mill 認為任何言論不論其為完全真理，完全謬誤，或部分真理部分謬誤，均有助於吾人追求真理，因而應允許其自由發表，不得限制禁止。

他與 John Milton 相同點，即在二人都相信人類理性，真理與謬誤對抗，真理必獲勝利。二人也都相信限制言論自由，將使真理隱而不彰；而開放言論自由，真理則愈辯愈明。然 Mill 與 Milton 最大不同，即在 Mill 認為言論自由乃個人之基本權利。因此，他不像 Milton 只關心少數社會精英的知識份子之言論自由，而是主張所有的個人都有言論自由之權利。

Mill 的言論自由理論到了西元一九一九年才由著名的美國聯邦最高法院大法官 Oliver Wendell Holmes 引進美國。Holmes 在其為人熟知的一則判決之不同意見中提出了其「言論思想自由交換」(free trade in ideas) 的理論。其言：

吾人所欲求的至高之善 (the ultimate good) 唯有經由思想的自由交換，才比較容易獲得；亦即，要想測試某種思想是否為真理的最好方法，就是將之置於自由競爭的市場上，讓大眾來決定是否要接受其為真理。<sup>⑤3</sup>

於是 Mill 之追尋真理說，即因 Holmes 以「市場機能」的觀念予以說

<sup>⑤1</sup> *Id.* at 60-1.

<sup>⑤2</sup> *Id.* at 61.

明，而成為吾人所熟知之「言論思想之自由市場理論」(marketplace-of-ideas theory)。

申言之，其說以為言論思想的自由競爭不僅有助於吾人尋求真理，排除謬論邪說，同時亦能加強吾人對真理之信念。因為，就像吾人所了解之經濟自由市場一般，開放市場自由競爭，市場機能即能發揮其效果，擷菁去蕪，優良產品才能在自由市場上生存；而劣質品終將乏人問津。同樣的道理也可適用在知識智能的市場上，什麼是真理，什麼是謬論，只要將言論市場開放，讓所有言論自由競爭，消費者自然會作正確的選擇。同時，在言論自由市場中，吾人隨時要為吾人所選擇之真理，接受市場上其它言論或思想的挑戰。如果吾人所選擇的是錯誤的，則吾人終將獲得修正的機會。如果吾人選擇的果是真理，則在不斷地挑戰比較中，吾人將可加深其所以為真理之理由，而能加強對其之信念，不致只是人云亦云的盲從附會。<sup>53</sup>

至此，吾人可將「追求真理說」之言論自由理論單歸納為以下幾點特點：

第一，該說極重視「真理」，而以之為言論自由之目的。

第二，個人之言論自由只為他人追求真理之「工具」。<sup>54</sup>根據該說，凡是言論有助於社會大眾追求真理者，即應予以保障。因此，個人是否有言論自由，端視其言論是否有助於大眾追求真理；至於言論自由對表意人 (Speaker) 本身是否有任何特殊利益，則非所問。<sup>55</sup>

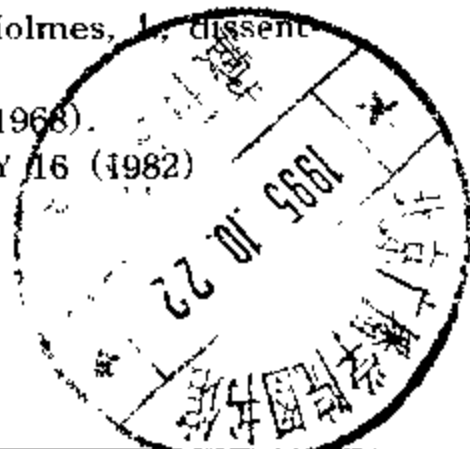
第三、該說相信自由市場機能，因而主張追求真理最好的方法就

<sup>53</sup> *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919) (Holmes, J., dissenting).

<sup>54</sup> See R. WOLFF, *THE POVERTY OF LIBERALISM* 11-12 (1968).

<sup>55</sup> F. SCHAUER, *FREE SPEECH: A PHILOSOPHICAL ENQUIRY* 16 (1982).

<sup>56</sup> Baker, *Freedom of Speech*, *supra* note 41, at 965.



是開放言論市場，讓不同的言論或思想彼此自由競爭。其相信經由此種自由競爭，真理必然突顯。

該說第四個特性與上述之自由市場機能有密切關係，亦即，該理論相信人類具有「理性」：無需他人干涉，即能分辨是非善惡，趨利而避害。因此，開放言論市場，人們能從彼此競存的言論或思想中尋到真理。

由於該說根基於自由市場理論，因此較易為篤信自由市場機能的美國民眾所接受，而美國聯邦最高法院的判決中，也常引用該說以為支持言論自由之基礎。<sup>⑤</sup>然而，其說也受到許多學者的批判。論者首先對「追求真理說」之核心基礎之「真理」提出質疑。何謂「真理」？普遍及客觀的真理是否存在？如果缺少了可認知之真理，則追求真理說如何自圓其說？<sup>⑥</sup>

<sup>⑤</sup> *E.g.*, *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, 395 U.S. 367, 390 (1969) (It is the purpose of the First Amendment to preserve an uninhibited marketplace of ideas in which truth will ultimately prevail.); *Dennis v. U.S.*, 341 U.S. 494, 550 (1951) (The interest which [the First Amendment] guards, and which gives it its importance, presupposes that there are no orthodoxies--religious, political, economic, or scientific--which are immune from debate and dispute. Back of that is the assumption--itself an orthodoxy, and the one permissible exception--that truth will be most likely to emerge if no limitations are imposed upon utterances that can with any plausibility be regarded as efforts to present grounds for accepting or rejecting propositions whose truth the utterer asserts or denies.) (Frankfurter, J., concurring in part, quoting Chief Judge Hand's opinion in *International Brotherhood of Electrical Workers v. Labor Board*, 181 F. 2d. 34, 40.) ; *Bridges v. California*, 314 U.S. 252, 291, 293 (1941) ("Winds of doctrine should freely blow," declared Justice Frankfurter, "for the promotion of good and the correction of evil. ..Because freedom of public expression alone assures the unfolding of truth, it is indispensable to the democratic process.") (Frankfurter, J., dissenting); *Alder v. Board of Education*, 342 U.S. 485, 511 (1952) (It was the pursuit of truth which the First Amendment was designed to protect.) (Douglas,

其次，論者批評該說對人類「理性」太過樂觀。如果人類確有理性，事實也顯示出人類許多行為及決定都是非理性的。而且歷史也常顯示真理不一定會戰勝邪惡。<sup>59</sup>或有人會爭辯說，人或會作「一時」非理性的選擇，真理在「短時間」內也可能不會戰勝邪惡；但「長期」來看，人必會作理性的選擇，而真理必勝邪惡。然而，問題是「長期」的時間有多長？如果是無限期的長，其辯解即不具任何意義。<sup>60</sup>

更有學者批評該說的理論推論是自我矛盾的。因為，該說認為言論自由的目的即在獲得真理。可是其說卻又主張吾人永遠無法確知吾人所得的是不是「真理」；所以，言論市場必須繼續自由開放，而吾人也只好一直追尋下去。然而，如果吾人永遠無法獲得真理，那麼我們為什麼還要繼續這徒勞無功的追尋呢？<sup>61</sup>

由於該說以自由市場理論為基礎，因此，學者的批評免不了也要涉及此點。自由市場理論必須以市場的安全競爭為前提才能展開，然而事實上，完全競爭的市場只存於理論。事實顯示，現存的言論自由

---

J., dissenting); *Columbia Broadcasting Co. v. Democratic Committee*, 412 U.S. 94, 189 (1973) ([O]ur legal system reflects a belief that truth is best illuminated by a collision of genuine advocates.) (Brennan, J., dissenting).

⑤9 E.g., Alexander & Horton, *The Impossibility of a Free Speech Principle*, 78 NW. U. L. REV. 1319, 1349-50 (1983); Baker, *Freedom of Speech*, *supra* note 41, at 975-78; Ingber, *The Marketplace of Ideas: A Legitimizing Myth*, 1984 DUKE L.J. 1, 25-31 (1984); F. Schauer, *supra* note 55, at 19-25. But see Wonnell, *Truth and the Marketplace of Ideas*, 19 U. C. D. L. REV. 669, 676-81 (1986).

⑥0 E.g., Baker, *Freedom of Speech*, *supra* note 41, at 976-78; DuVal, *supra* note 41, at 188-94; Ingber, *supra* note 58, at 31-48; SCHAUER, *supra* note 55, at 26-27; Wellington, *On Freedom of Expression*, 88 YALE L. J. 1105, 1130 (1979).

⑥1 See SCHAUER, *supra* note 55, at 26-27.

⑥2 REDISH, *supra* note 47, at 617. See also DuVal, *supra* note 41, at 191.

市場就不是一個完全競爭的市場。例如，大眾傳播媒體為少數人所把持，弱小的聲音根本無法與之相抗衡。在此種形成壟斷的言論市場中，以自由競爭為基礎的追尋真理說，是否還是圓滿有效的理論呢？<sup>62</sup>

又，該理論以追求「真理」為目的而主張保障言論自由。是則其說視「真理」為「至高之善」，而超越其他人生之價值。然該說似認追求真理之重要性乃為自明之理，而缺乏論據。<sup>63</sup>尤其，作為一種憲法理論更需要能從憲法規定或憲法意義中找到理論的基礎，可是吾人無法從憲法規定或憲法的一般意義中發現「真理」是憲法所要追求的目的之一。因此，追求真理說之言論自由理論，作為一種憲法理論，在理論基礎上顯得薄弱的。<sup>64</sup>

### 3.2. 健全民主程序說

第二種廣為大眾所接受的言論自由理論為「健全民主程序說」。該說主張言論自由之價值即在其有助於吾人健全民主政治程序的運作。保障言論自由可提供社會大眾在依照民主政治程序參與政治決定時所需之資訊，資訊愈豐富，大眾所作的政治決定就愈能比較正確，民主政治之運因此可更健全。

該說首先由 Alexander Meiklejohn 教授提出。其理論之前提為「人民自治」(self-government)之民主政治。Meiklejohn 首先從美國憲法之前言、本文以及制憲者之意圖確定了美國立憲之精神即在建立一個「人民自治」之民主政治。<sup>65</sup>其以為「人民自治」之意義就是統治者統治之合法權力源自於被統治者之同意；如果缺少了被統治者

<sup>62</sup> Blasi, *The Checking Value in First Amendment Theory*, 1977, AM. BAR FOUND. RESEARCH J. 521, 549 (1977) ; Ingber, *supra* note 58, at 39.

<sup>63</sup> E.g., SCHAUER, *supra* note 55, at 29, 33.

<sup>64</sup> E.g., E. BARENDT, FREEDOM OF SPEECH 8 (1985) .

的同意，則統治者之權力即非合法正當。<sup>⑥</sup>因此，作為統治者之政府即必須由人民同意而組成。而在目前通行之政治運作的程序下，人民自治的具體表現即在政府官員均由人民直接或間接的透過投票選舉的程序而產生。當人民在行使其權利時，爲了要作比較睿智的選擇，就必須要有充分的資訊以資判斷。<sup>⑦</sup>因此，他以爲爲了圓滿達成人民自治之目的，必須要保障言論自由。就其而言，言論自由不是自然或理性之法則（Law of Nature or of Reason），而是爲了履行吾人組成國家時彼此約定所有公衆之事物必須由公民投票表決之承諾，所必然要有之制度。<sup>⑧</sup>

由於 Meiklejohn 認為言論乃在幫助人民參與民主政治的決定，因此並不是所有言論都值得保障。只有涉及必須由大眾直接或間接投票表示意見並且與公益有關之公共問題的「政治性言論」，才爲憲法言論自由保障的對象。<sup>⑨</sup>其餘與公益無關而慮及私益之「私的言論」（private speech）則非言論自由所保障，而屬於美國憲法增補條款第五條及第十四條「法律正當程序」（due process of law）的問題。<sup>⑩</sup>

在 Meiklejohn 提出他的理論之前，美國聯邦最高法院大法官們即已提出類似的看法。例如首席大法官 Charles Evans Hughes 即曾

⑥ A. MEIKLEJOHN, FREE SPEECH AND ITS RELATION TO Self-Government 13-15 (1948). See also Meiklejohn, *The First Amendment is An Absolute*, 1961 SUP. CT. REV. 245, 253-54 (1961).

⑦ MEIKLEJOHN, *supra* note 65, at 3.

⑧ *Id.* at 25. See also Meiklejohn, *supra* note 65, at 255.

⑨ Meiklejohn, *supra* note 65, at 26-27.

⑩ *Id.* at 94. Meiklejohn 原文是用「公的言論」（public speech）一詞。不過由於其後之學者均將根據其所主張應受憲法所保障之言論稱爲「政治性言論」（political speech），並且已爲通用之名詞，故本文此處就直接使用該詞，而不用 Meiklejohn 原來所使用之詞。

⑪ *Id.*

在1931年 *Stromberg v. California* ①一案中指出：「爲了能達到政府必須向民意負責的目的，以及爲了實踐社會改革可以藉由合法的手段達成的理想，提供及維持人們自由討論政治事物的機會乃是吾國憲政制度中非常重要的一項基本原則，也是維持吾國長治久安所不可缺少的制度。」②而 Robert H. Jackson 大法官亦表示相同的看法。在1945年 *Thomas v. Collins* ③一案的協同意見中，其曾表示制憲者所以保障言論自由，是因為他們相信言論自由是吾人可以確保實踐代議民主制度（representative democracy）的唯一手段。④在另外一件判決中，Jackson 大法官更進一步闡釋其觀點：「統治者之一切行爲必須遵從被統治者之共同意見乃爲吾國立國之哲學。而要獲得睿智的共同意見則需要有自由的討論。」⑤

雖然在1948年 Meiklejohn 於其名著「Free Speech and Its Relation to Self-Government」⑥闡揚其健全民主程序之言論自由理論之前，最高法院即存有類似的見解。不過，要到 Meiklejohn 教授的理論提出以後，其說才逐漸形成美國聯邦最高法院的主流。尤其是1964年 *New York Times v. Sullivan* ⑦一案完全採用其見解而成爲劃時代之判決之後，⑧健全民主程序說即成爲言論自由理論之顯學。「有關公共問題的討論，應係無限制，強而有力，及完全開放

① 283 U.S. 359 (1931).

② *Id.* at 369 (Hughes, C.J., for the Court).

③ 323 U.S. 516 (1945).

④ *Id.* at 545 (Jackson, J., concurring).

⑤ *Terminiello v. Chicago*, 337 U. S. 1, 32 (1949) (Jackson, J., dissenting).

⑥ 該書後來於1960年再次出版時，增加了另外一些 Meiklejohn 教授的著作，同時書名亦改爲「Political Freedom」。

⑦ 376 U.S. 254 (1964).

⑧ E.g., Kalvan, *The New York Times Case: A Note on "The Central Meaning of the First Amendment,"* 1964 SUP. CT. REV. 191; Brennan, *The Supreme*



(uninhibited, robust, and wide-open) 乃為吾國（美國）立國所承認之一項基本原則」；<sup>79</sup>以及「憲法修改第一條言論自由條款的主要價值（core value），乃在一般大眾對重要公共問題可以自由及不受任何限制的論辯享有之社會利益」<sup>80</sup>等八句，反覆再三的出現在最高法院的判決中，並已成為法院言論自由保障的共識。

Meiklejohn 的理論能夠如此被廣為接受是如以理解的。其說主要闡釋了民主政治的真諦，以及言論自由對達成真正民主政治和對健全民主政治的重要性。其內容均為服膺民主政治理念者所了解。故 Meiklejohn 將這些普遍存在於大眾心中之民主理念有系統地整理、分析及歸納成其一家之言之後，自然容易深入人心。不過，Meiklejohn 之說明言之成理；但就如美國聯邦最高法院所言，健全民主政治程序乃為憲法保障言論自由之主要價值；其並未言健全民主程序為唯一的價值。「政治性言論」固受到最高法院最大程度的保障，但並非謂「政治性言論」以外之言論均不受言論自由之保障。事實上，聯邦最高法院所作之言論自由判決，保障「政治性言論」的固然很多，保障其餘言論者也有不少。

對 Meiklejohn 理論質疑最多的就是依其理論，非政治性言論即不受言論自由保障。那麼有關文學、藝術、科學以及教育之言論，即不在保障的範圍之內。這種結論與吾人一般所了解者，大異其趣，自

*Court and the Meiklejohn Interpretation of the First Amendment*, 79 HARV. L. REV. 1 (1965).

<sup>79</sup> 376 U.S. at 271. 有關 New York Times 一案之評釋，國內著作請參閱法治斌，論美國妨害名譽法制之憲法意義，政大法學評論，第三十三期，pp.81~114（民國七十五年六月）。其文不僅對本案之背景、內容有詳細的介紹及討論，尤其對於該案對美國妨害名譽法制所造成之影響，以後其後有關之判決，均有詳細的分析。並請參閱林子儀，公眾人物的隱私保障與言論自由，美國月刊，第三卷第六期，pp.14-22（民國七十七年十月）。

<sup>80</sup> Pickering v. Board of Education, 391 U.S. 563, 573 (1968).

然就成為論者攻擊的焦點。而 Meiklejohn 到其晚年也修正了其原先的見解。他並沒有改變其理論，而是將其原先所認定的「政治性言論」的範圍予以概念上的擴充，而將論者所批評質疑的有關文學、藝術、科學及教育等言論都包含在「政治性言論」的概念內。在其修正的理論中，Meiklejohn 以為在大眾參與民主政治運作，會影響人眾政治決定的言論，不只限於其原先所提之「政治性言論」——任何涉及必須由大眾直接或間接投票表示意見且與公益有關之公共問題的言論；其餘言論祇要會增進個人聰明智慧，正直，對人生價值的體會了解特質者，都應納為「政治性言論」而予以保護。因為這些特質都會影響個人作健全及客觀或判斷的能力，也是提昇人民自治能力，實現自治目的及健全民主政治之程序所不可或缺的。<sup>⑧1</sup> Meiklejohn 更進而具體的例舉了四種他認為影響個人作健全及客觀判斷能力的言論：1. 有關教育之各種言論；2. 與增進人類對世界的了解及知識有關之哲學性及科學性言論；3. 文學及藝術之創作；以及 4. 大眾對公共問題討論題之各種言論。<sup>⑧2</sup>

雖然 Meiklejohn 針對論者的批評而將其原來的「政治性言論」概念擴大，而擴充了言論自由保障的範圍。但是此一擴充卻也更使吾人無法確知其言論自由理論所欲保障的範圍；因為可能會影響個人作健全及客觀判斷的言論實在太多了。<sup>⑧3</sup>而且，Meiklejohn 原來理論吸人之處，即在其將言論自由保障的範圍拘限在「純政治性」言論的範圍內，比較能建立一個統一適用的原則。但是，其後來理論的修正，將

<sup>⑧1</sup> Meiklejohn, *supra* note 65, at 255-56.

<sup>⑧2</sup> *Id.* at 257.

<sup>⑧3</sup> E.g., BeVier, *The First Amendment and Political Speech: An Inquiry Into the substance and Limits of Principle*, 30 STAN. L. REV. 299, 317 (1978); Bork, *supra* note 5, at 27.

保障的範圍擴大，即喪失其原來理論的長處。

Robert Bork 承繼了 Meiklejohn 的理論，主張從美國憲法整體觀之，憲法之基本精神即在建立代議之民主制度。如果缺少了保障人民對政府之行爲或政策決定可自由批評或討論，則代議民主將失其意義。因此，他主張保障言論自由的唯一目的，即在其有助於健全民主程序的運作。<sup>③1</sup> Bork 不贊成 Meiklejohn 晚年所修正的理論，而堅持言論自由所保障的言論只限於真正明顯的政治性（purely and explicitly political）言論。其他的言論，不論其爲教育性、文學藝術、科學，或商業性言論均不能視爲政治性言論。<sup>③2</sup>

Bork 以爲保障言論自由的理由不應該是爲了保障所有會影響個人政治態度的言論或行爲。因爲任何的言行都可能具有那種效果。吾人不可能放任所有的言論，某些言論顯然是必須予以規範的。因此吾人必須界定一個標準。而他認爲這個標準就是「真正明顯之政治性言論」。<sup>③3</sup>至於什麼是真正明顯之政治性言論呢？Bork 以爲任何言論只要涉及政府之行爲、政策或人事等問題者，均屬之。其更進一步解釋所謂明顯之政治性言論，即是所有關涉到代議民主政治程序的言論，均屬之。其範圍甚廣，不僅包括對政府統治行爲之評估及批判，也包括從事政治競選活動以及宣揚政治理念之言論在內。<sup>③4</sup>

Meiklejohn 及 Bork 的健全民主程序說之言論自由理論，廣爲聯邦最高法院所接受，然而其說亦受到甚多的批評。大致而言，這些批

<sup>③1</sup> Bork, *supra* note 5, at 23.

<sup>③2</sup> *Id.* at 26-28. 有關「商業性言論」（commercial speech）的簡介，請參閱林子儀，商業性言論與言論自由，美國月刊，第二卷第八期，pp.23-33（民國七十六年十二月）。

<sup>③3</sup> *Id.* at 28.

<sup>③4</sup> *Id.* at 27-28.

評可歸納為下列四點：

首先，論者認為該說嚴格區分言論為「政治性」與「非政治性」言論，在憲法上是尋不到根據的。<sup>⑥⑤</sup>固然，其理論的基礎，代議民主政治或人民自治之民主政治在憲法上有堅實的根據；然而這並不能證明「民主」是憲法所追求的唯一價值。因此，憲法保障言論自由也很難說是純粹為了健全民主程序之目的。所以，如果說言論自由只保障「政治性」的言論，是不正確的。而且，就如前文所述，聯邦最高法院也只承認政治性言論的保障是言論自由保障的核心客體，並沒有否定政治性言論以外之言論亦享有言論自由權。<sup>⑥⑥</sup>可見健全民主程序說之理論在實務上並未完全被接受。

其次，根據 Meiklejohn 早期理論以及 Bork 的理論，文學藝術之創作，科學及哲學之論述，以及教育性之言論均不在言論自由保障的範圍內。此種結論實與言論自由發展史相反，而且亦與一般人直覺所了解的言論自由不合。<sup>⑥⑦</sup>雖然 Meiklejohn 晚年修正了其早期的想法而將「政治性言論」的範圍予以擴充；而且根據其晚年所提之標準，吾人所關心之上述文學藝術創作、哲學、科學，以及教育性之言論均包含在其「政治性言論」的概念之內。但是，就如前文所述，幾乎所有的言論，直接或間接都可能影響個人作健全及客觀判斷之能力。

⑥⑤ Chafec, *Book Review*, 62 HARV. L. REV. 891, 899-900; Perry, *supra* note 17, at 1150; F. SCHAUER, *supra* note 55, at 37; Shiffrin, *The First Amendment and Economic Regulation: Away from a General Theory of the First Amendment*, 78 NW. U. L. REV. 1212, 1234-35 (1983).

⑥⑥ *Abood v. Detroit Board of Education*, 431 U.S. 209, 231 (1977). (吾人並不懷疑憲法修正第一條的中心主旨乃在「保障人民自由討論任何有關政府統治之事項。」……然而本院（聯邦最高法院）亦不會在任何判決中主張任何有關諸如哲學、社會、藝術、經濟、文學或倫理事物等——以上僅為例舉——言論均不能享有完全的言論自由保障。)

⑥⑦ *Id.*

因此，Meiklejohn 晚年所修正之理論，幾乎已將所有的言論都包攝在其「政治性言論」的概念之中，其言論自由保障的範圍就變得非常廣泛，而失去一個較明確的範圍。其說原先吸引人之優點也因此不復存在。<sup>91</sup>

對健全民主程序說的第三點批評，仍是有關什麼是「政治性言論」的問題。根據早期 Meiklejohn 的理論以及其後繼者 Bork 的理論，所謂政治性言論，乃是與民主政治程序運作有關之言論；亦即，任何言論涉及到有關公共政策或其他必須由人民直接投票或經由人民所選出之代表代為投票決定之事項者，謂之。是則政治性言論的內容應是流動的。幾乎所有的事物在某一定的時間及某一定的環境下，都有可能成為公眾所關心的事情，因而對該特定事物有關之討論，即會成為當時的政治性言論。<sup>92</sup>依循此種邏輯推理，則早期的 Meiklejohn 以及 Bork 把有關科學、教育性、商業性，以及文學等言論斷然排除於其所謂之政治性言論的領域之外，<sup>93</sup>是非常錯誤的。因為這些言論在某一特定的時空，是有可能成為政治性言論的。而且，極端地說，幾乎所有的言論在所有的時間都有可能是政治性言論。假設某種言論，其內容絕對和民主程序之運行無關——例如「猥褻性」(obscene) 言論<sup>94</sup>——乍視之下似非「政治性言論」似乎不受言論自由保障（依健全民主程序理論之觀點）。然而，假設該言論要被政府規範不際，其表意人如主張其應有言論自由權，而反對政府規制；顯然地，應否對該言論予

<sup>91</sup> 參考上文<sup>91</sup>至<sup>92</sup>及其有關之本文。

<sup>92</sup> E.g., REDISH, *supra* note 47, at 607.

<sup>93</sup> Bork, *supra* note 5, at 28.

<sup>94</sup> 有關猥褻性言論與言論自由之關係，國內著作，請參考法治斌，論出版自由與猥褻出版品之管制，載氏所著，憲法專論(一)，pp.65-174，國立政治大學法學叢書（二十三），民國七十四年五月。

以限制，以及政府是否有權對之予以限制，即成為公共問題，依據健全民主程序說之理論，表意人後來主張反對及質疑政府有權限制其第一次言論（猥褻性言論）之第二次言論，固然，即成為「政治性言論」而應受言論自由保障。然而，如「政府是否殺權限制其第一次之言論（政府是否有權限制猥褻性言論）」成為公共問題，而應由人民直接或間接決定時，對該公共問題之客體——第一次言論之內容（猥褻性言論）——吾人勢必要有充分的認識，俾便為最佳之判斷。那麼，第一次言論（猥褻性言論）即因而轉變成其說之「政治性言論」而應予以保護。因此，如果本文所述之此種矛盾，果然存在的話，則依健全民主程序說，所有的言論均應受到保護。因為，任何言論，只要政府要予以限制規範，即成為公共問題，而該要被限制之言論，亦成為政治性言論，而應予以保障。此種結論，當非 Meiklejohn 及 Bork 提出其理論時所預見。

第四，尚有論者批評健全民主程序說本身還存有理論上的矛盾。因為該說立論的基本前提為人民自治之民主理論；一國之主權屬於人民全體；人民可以授權政府代為行使主權，管理一國所有之庶務。因此，根據此種民主原理，理論上言，人民可同意並授權政府經由立法而對所有言論——包括政治性言論——予以限制。然而，健全民主程序說，卻主張不得限制政治性言論。所以該說之言論自由觀與其理論基礎之民主原理並不相合，互相是矛盾的。<sup>95</sup>而且，由於言論自由本身具有保障少數而反對多數統治之性質，而民主本質即是多數統治。因而，一反對多數統治的言論自由能夠健全而不是削弱多數統治，在理論上是有些奇怪的。<sup>96</sup>

<sup>95</sup> SCHAUER, *supra* note 55, at 40.

在此尚有一言必須附帶說明。雖然健全民主程序說與追求真理說，形式上為兩種不同理論；並且也有論者以為追求真理說之理論基礎為自然之倫理原則，而健全民主程序說則立基於憲政理論及制度之上。<sup>97</sup>然而實質上，二者之間的關係是非常密切的。因為，健全民主程序說主張保障言論自由可提供社會大眾在參與政治決定時所需之資訊，資訊越豐富，大眾所作的政治決定就越能比較正確。如果換個角度觀察該說，該說事實上就是主張：言論自由之價值，乃在發現「政治上的真實」，而有助於民主程序之健全。因此，健全民主程序說可謂是比較縮限的追求真理說。<sup>98</sup>有些論者認為健全民主程序說乃非獨立之理論，而係追求真理說的一支。<sup>99</sup>有則謂二說事實上已溶合在 Brennan 大法官之「言論思想之自由市場 (marketplace of ideas)」<sup>100</sup>的概念之下。<sup>101</sup>可見二說關係之密切。<sup>97</sup>因此，健全民主程序說之弱點，除了上述所歸納四點之外：追求真理說之一般弱點亦同時可適用在健

<sup>96</sup> *Id.* at 40-41.

<sup>97</sup> SCANLON, A THEORY OF FREEDOM OF EXPRESSION, IN THE PHILOSOPHY OF LAW 154-55 (R. Dworkin ed. 1977). *But see* SCHAUER, *supra* note 55, at 35.

<sup>98</sup> L. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 786 (1988).

<sup>99</sup> BOLLINGER, *supra* note 17, at 46; NIMMER, *supra* note 8, at 1-44.

<sup>100</sup> 雖然 Holmes 大法官早就以市場機能的概念說明追求真理說之理論，但他僅以言論思想之「自由交易」一詞表達其說之重點。雖然吾人現都習以「言論思想之自由市場」理論冠之於追求真理說，然而該詞首先被廣為認識乃是 Brennan 大法官在 1965 年 *Lamont v. Postmaster General*, 381 U.S. 301 (1965)，一案中首先提出。*Id.* at 308 (Brennan, J., concurring).

<sup>101</sup> Cole, *supra* note 46, at 893-904.

<sup>102</sup> 固然健全民主程序說並不似追求真理說祇以「政治真理」為其目的，而是更進而追求民主程序的健全。但是其說亦僅只單純認為政治真理之獲得，民主程序即因而健全。因此，二說雖然在形式上，一以追求較抽象之「真理」為目的，另一則以追求較具體且能從憲法中找到較堅強之基礎的「民主」為目的，而有不同外；作為手段之言論自由，在二者之理論中，並無不同。

全民主程序說之理論。<sup>103</sup>

雖然追求真理說及健全民主程序說都有一些理論上的缺陷，但二說在實務上對聯邦最高法院在解決實際言論自由的問題時，都具有相當的影響。<sup>104</sup>不過二說都只強調言論自由作為達到他人目的之手段的功能，因為二者認為言論自由所以要有保障，乃在其有助於聽眾追求真理，或在參與民主政治程序時作較正確之政治選擇。<sup>105</sup>但是誠如 Brandeis 大法官所說，言論自由不僅是手段也是目的。<sup>106</sup>以下所介紹的第三種言論自由理論，即是主張言論自由對表意者（speaker）本身之目的價值。

### 3.3. 表現自我說

表現自我說主張言論自由之基本價值乃在保障個人發展自我（self-development），<sup>107</sup>實現自我（self-realization），<sup>108</sup>完成自我（self-fulfillment），<sup>109</sup>亦即保障個人自主（autonomy）<sup>110</sup>及自由

<sup>103</sup> 參見前文<sup>53</sup>至<sup>61</sup>及其相關之本文：當然健全民主程序說在憲法上比較有理論根據，而不似追求真理說有這方面的缺陷。

<sup>104</sup> E.g., CANAVAN, *supra* note 8, at 2-5; Lieberwitz, *Freedom of speech in Public Sector Employment: The Deconstitutionalization of the Public Sector Workplace*, 19 U. C. D. L. REV. 597, 609-14 (1986).

<sup>105</sup> e.g., TRIBE, *supra* note 98, at 785-88; SCHAUER, *supra* note 55, at 47.

<sup>106</sup> *Witney v. California*, 274 U.S. 357 (1927) (Brandeis, J., jointed by Holmes, J., concurring).

<sup>107</sup> Lieberwitz, *supra* note 104, at 602; Schauer, *Must Speech be Special?* 78 NW. U. L. REV. 1284, 1289-90 (1983).

<sup>108</sup> REDISH, *supra* note 47, at 593.

<sup>109</sup> T. EMERSON, *supra* note 34, at 6; Emerson, *Toward a General Theory of the First Amendment*, 72 YALE L. J. 877, 879 (1963) (hereinafter cited as Emerson, General Theory); Emerson, *Burger Court*, *supra* note 39, at 424-26. 不過 Emerson 教授並未主張「完成自我」為言論自由之唯一價值。

<sup>110</sup> SCANLON, *supra* note 97, at 162-68. Scanlon 教授所主張之「自主」非若本文及一般所認識的為基本人權之一種；其所強調的為政府的權力是有限的觀



(liberty) ⑩的自我表現 (self-expression)。該說之基本前提乃是個人的存在絕不只是為他人完成某種目的之工具，個人自身即是目的。該前提乃源自於康德 (Immanuel Kant) 哲學，⑪亦為公認之近代西方思想的源頭。⑫申言之，就是把人當人看，尊重個人獨立存在的尊嚴 (dignity)，以及自由活動之自主權 (autonomy)。因此個人之言論自由權乃源自其為獨立自主及自由決斷的個人；⑬言論自由權之存在乃為表意者 (speaker) 本身之目的，而非為完成他人目的之工具。換言之，個人乃為獨立自主之本體，其有權自由決定其自身之一切事宜，其中也包括自由地表達自己而不受政府之干涉。某種言論之所以要受到保護，乃是因其對表意者本身具有價值，而非因為其對他人具有某種功用。言論自由對表意者本身之價值即在保障表意者獨立自主或自由地自我表現。亦即，個人因能享有言論自由，無拘無束的自我表現，

點。Id. at 162, 170。同時，Scanlon 教授後來改變其原來的觀點，而主張「政治性言論」乃為言論自由中最重要的一環。似傾向健全民主程序說。Scanlon, *Freedom of Expression and Categories of Expression*, 40 U. PITT. L. REV. 519, 535 (1979)。

⑪ Baker, *Freedom of Speech*, *supra* note 41, at 990-96; Baker, *Commercial Speech: A Problem in the Theory of Freedom*, 62 IOWA L. REV. 1, 4-9 (1976) (hereinafter cited as Bker, *Commercial Speech*) ; Baker, *The Process of Change and the Liberty Theory of the First Amendment*, 55 S. CAL. L. REV. 293, 331-37 (1981) (hereinafter cited as Baker, *Process of Change*)。

⑫ I. KANT, *FUNDAMENTAL PRINCIPLES OF THE METAPHYSIC OF MORALS* 56-57 (T.K. Abbott trans., Prometheus Books 1987). See also J. RAWLS, *A THEORY OF JUSTICE* 179-83 (1971) ; R. NOZICK, *ANARCHY, STATE, AND UTOPIA* 32 (1974)。

⑬ Emerson, *General Theory*, *supra* note 109, at 879。

⑭ Hunter, *Problems in Search of Principles: The First Amendment in the Supreme Court from 1791-1930*, 35 EMORY L. J. 59, 67 n.36 (1986) ; See also Richards, *Free Speech and Obscenity Law: Toward a Moral Theory of the First Amendment*, 123 U. PA. L. REV. 45, 62 (1974) ; Emerson, *General Theory*, *supra* note 109, at 879。

其本身之獨立自主即因而得到尊重。因而根據該說，言論是否值得保護，並不在乎其是否對他人有用——例如利於追求真理，或促進健全民主程序——也不一定在乎其是否能幫助表意者者自身成就高超的目的，而在乎此種言論是否為表意者獨立自主且自我決斷的一種自我的表現。固然表意人自由地發抒較具有深意的言論，或能藉此而發展更高尚人格，及更知性的自我，或能藉而充分發揮自我，成就實現自我，而值得予以言論自由保障。<sup>115</sup>但表意人之不具任何深義的言論，只要是表意人自主的表現，亦應予以保障。此種不具深義的言論之自由發抒，亦能使表意人享受到作為一個獨立自主之自由人，自由表達的滿足，而能有某種程序的自我成就之感。<sup>116</sup>

表現自我說受到重視是七〇年代以後的事。根據 Emerson 教授的說法，該說的興起主要是因為現代社會在大政府、大企業等官僚體制之管理下，人類之自由決斷及獨立自主已逐漸喪失，人類之個性也為社會一致化的趨向所取代。為了對抗此種阻礙個人人格發展以及抑制個人自主及自尊的現代社會趨向，強調保障個人獨立自主的表現自我說即逐漸受到重視。<sup>117</sup> Emerson 教授並指出 William O. Douglas

<sup>115</sup> 有些論者，雖主張表現自我說，但是卻非常強調言論自由之價值乃在幫助表意人本身達到此種更高超之境界。See, e.g., Emerson, *General Theory*, *supra* note 109, at 879; E. BARENDT, *supra* note 64, at 14; F. SCHAUER, *supra* note 55, at 47-58.

<sup>116</sup> 此即為本文所以使用「表現自我說」一詞而不使用「實現自我說」一詞的主因。唯恐使用後者，會誤導讀者以為該說對言論本身之價值有較高的期望，以為只有能幫助個人成就自我，或實現自我的言論，才值得保護。實則只要吾人肯認個人獨立自主之尊嚴，並同意言論自由之價值即在保障個人之獨立自主；那麼，只要是個人之自主表現的言論，即應予以保護。至於該言論是否能有助於表意人成就更高深的目的，在尊重表意人之自我決斷的前提下，已非吾人可以代為判斷決定。

<sup>117</sup> Emerson, *Burger Court*, *supra* note 39, at 425; Emerson, *Justice Douglas' Contribution to the Law: The First Amendment*, 74 COLUM. L. REV. 353,

大法官即是倡導表現自我說之言論自由理論的先驅者。Emerson 指出 Douglas 大法官了解到社會有一股新潮流，渴望使這個社會更人性化，更具有理性及民胞物與之胸懷，以及提供個人能夠得到自我成長之實現自我的機會。因此，Douglas 大法官對於 1960 年代以降，在美國所發生之民權運動即以了解及同情的態度面對之。並適時賦與言論自由新的意義，藉以保障個人之獨立自主。<sup>116</sup>

Douglas 大法官在其早期的最高法院判決中，即已明確表明其認為憲法保障言論自由之目的即在保障個人之獨立自主。<sup>117</sup>至其晚期之意見，其更直接的強調，是否保障言論自由的決定標準應從表意者的利益觀點來判斷；<sup>118</sup>而憲法保障言論自由之目的即在絕對地保障個人獨立自主地自由發展或表現其智慧、興趣、喜好以及人格等。<sup>119</sup>其說法已和實務上習慣從社會大眾的利益之觀點說明言論自由，大不相同。其所提出的言論自由觀，乃是從表意者（speaker）的立場，尤其是立基於保障表意者之獨立自主的原則，說明憲法保障言論自由的意義。

雖然 Douglas 大法官的見解，並不是當時聯邦最高法院的多數意見；但這並非謂其為唯一支持表現自我說理論的大法官。John Marshall Harlan,<sup>120</sup> Thurgood Marshall,<sup>121</sup>以及 William J. Brennan<sup>122</sup>等三位大法官亦分別表示了憲法保障言論自由的目的即是保障個

356 (1974) (hereinafter cited as Emerson, Justice Douglas).

<sup>116</sup> Emerson, *Justice Douglas*, *supra* note 117, at 356.

<sup>117</sup> *Public Utilities commission v. Pollak*, 343 U.S. 451, 467-68 (1952) (Douglas, J., dissenting).

<sup>118</sup> *Gillette v. United States*, 401 U.S. 437, 469 (1971) (Douglas, J., dissenting).

<sup>119</sup> *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 211 (1973) (Douglas, J., concurring).

<sup>120</sup> *Cohen v. California*, 403 U.S. 15, 24 (1971).

<sup>121</sup> *Procunier v. Martinez*, 416 U.S. 396, 427 (1974).

人獨立自主之尊嚴及獨立存在之價值。然而這些大法官們並未支持保障個人表現自我之自由是言論自由唯一之價值或功能的立場。<sup>⑭</sup>

前述 Emerson 教授對表現自我說之興起所作之觀察是正確的。七〇年代左右，面對現代社會在各類刑大組織的官僚體系控制下，以及長期以來受功利主義的影響，個人只具工具性，其自我已漸泯滅的危機，一股反動的洪流逐漸形成。Douglas 大法官的主張或許在聯邦最高法院只是少數說，然而，其說所代表對個人獨立自主及自我存在尊嚴的重視的觀點，在學術界卻已形成一股巨大的潮流。這股潮流也正是英國法學家 H.L.A. Hart 所說的自 1970 年代開始，英美兩個思想界的一大轉變；從功利主義轉向關心個人之基本權利。<sup>⑮</sup>這新興的「基本權利理論」(rights-based theory)<sup>⑯</sup>在英國是由 Bernard Williams 所領導，<sup>⑰</sup>在美國則是以 John Rawls 為先驅。<sup>⑱</sup>後者對該

<sup>⑭</sup> Herbert v. Lando, 441 U. S. 153, 183 n. 1 (1978) (Brennan, J., dissenting).

<sup>⑮</sup> 事實上，聯邦最高法院迄今一直沒有針對言論自由宣示一貫之理論或原則。這也是言論自由成為憲法上棘手問題的原因之一。如果勉強要找一個聯邦最高法院一貫的立場的話，可能就是其對言論自由的偏愛，儘可能地利用各種理論，將言論自由保障的範圍予以擴大。因此，迄今為止，最高法院對言論自由的價值，是兼採各家之說，而不予以進一步的分析。其立場一如 Brandeis 大法官及 Emerson 教授的立場。請參見前揭<sup>⑪</sup>至<sup>⑬</sup>及其相關之本文。

<sup>⑯</sup> Hart, *Between Utility and Rights*, 79 COLUM. L. REV. 828 (1979).

<sup>⑰</sup> 基本權利理論如依其原文字義應譯為「以權利為基礎之理論」。本來該詞係泛指所有以某種權利為其理論核心基礎之學說理論。See, e.g., R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* 171 (1977) (hereinafter cited as R. Dworkin, *Rights*). 然而由於以 John Rawls 為首之所有反功利主義之學說理論，皆是以個人基本權利為立論之基礎。近年來不僅在哲學上，同時在法學上，尤其是憲政理論上，已形成一種新的學派，而被冠之為 Rights-Based Theory. See, e.g., D. Richards, *supra* note 44, at 11 ff. 如直接字譯，似嫌不妥。由於此派皆以基本權利為核心，因此本文將之譯為「基本權利理論」。

<sup>⑱</sup> B. WILLIAMS, *A CRITIQUE OF UTILITARIANISM*, IN *UTILITARIANISM: FOR AND AGAINST* 77-150 (J.J.C. Smart & B. Williams, 1973).

<sup>⑲</sup> RAWLS, *supra* note 112.

理論之擴展，尤具影響力。基本權利理論不僅在哲學界引起對功利主義的批判反省，對憲法理論發展的影響，尤其深遠。<sup>⑩</sup>表現自我說之言論自由理論即是基本權利理論者對憲法保障言論自由的觀點。屬於該理論的學者，除了 John Rawls 之外，其他如 Ronald Dworkin，<sup>⑪</sup> Robert Nozick，<sup>⑫</sup> Bruce A. Ackerman，<sup>⑬</sup> Alan Gewirth，<sup>⑭</sup> David A. J. Richards，<sup>⑮</sup>以及 C. Edwin Baker……<sup>⑯</sup>等學者均屬之。<sup>⑰</sup>

基本權利理論上承康德哲學尊重個人本身存在即為目的之原則，反對功利主義只將個人視為增進公共利益之工具的主張。其說以為個人應有獨立存在之尊嚴，也就是 Rawls 所說的「自尊」(self-respect)，他將之視為人類所追求的基本需求 (primary goods) <sup>⑱</sup> 中最重要的一種，<sup>⑲</sup>也是人之所以異於其他禽獸之關鍵所在。<sup>⑳</sup>所謂「自

<sup>⑩</sup> See, Wiseman, *The New Supreme Court commentators: The Principled, the Political, and the Philosophical?* 10 HASTINGS CONST. L. Q. 315 (1983).

<sup>⑪</sup> DWORKIN, RIGHTS, *supra* note 127; A MATTER OF PRINCIPLE (1985) (hereinafter cited as Dworkin, Principle).

<sup>⑫</sup> NOZICK, *supra* note 112.

<sup>⑬</sup> B. ACKERMAN, SOCIAL JUSTICE IN THE LIBERAL STATE (1980)

<sup>⑭</sup> A. GERWIRTH, REASON AND MORALITY (1978) ; HUMAN RIGHTS (1982).

<sup>⑮</sup> Richards, *supra* note 114; RICHARDS, *supra* note 44.

<sup>⑯</sup> Baker, *Freedom of Speech*, *supra* note 41; Baker, *commercial Speech*, *supra* note 111; Baker, *Process of change*, *supra* note 111; Baker, *Realizing Self-Realization: corporate Political Expenditures and Redish's the Value of Free Speech*, 130 U. PA. L. REV. 646 (1982) ; (hereinafter cited as Baker, Realizing Self-Realization); Baker, *Utility and Rights: Two Justifications for State Action Increasing Equality*, 84 YALE L. J. 39 (1974) (hereinafter cited as Baker, Utility and Rights).

雖然 Martin Redish 教授也是致力提倡表現自我說的學者之一，而且 Redish 教授也認為其理論與 Baker 教授所提出者並無太大差異。Redish, *Self-Realization, Democracy, and Freedom of Expression: A Reply to Professor Baker*, 130 U. PA. L. REV. 678 (1982).然而他們之間仍存有本質上的差別。

尊」，乃是一個人對其自主存在價值之認知；亦即個人確信，依循自己所相信的「善」，而對自己人生所作的安排，是值得加以實踐完成的。同時「自尊」也意含個人有信心其有能力去實踐完成其個人之意圖。<sup>⑭</sup>爲了保證個人獨立存在之尊嚴，以及成爲具有自尊之人，個人必須享有一些「基本自由」(basic liberties)。<sup>⑮</sup>同時，因爲基本權利論承認並尊重個人之存在尊嚴，因此每個人都應與其他人一樣受到平等的關心及尊重。所以，個人不僅應享有一些基本自由；同時其應平等地享有他人所享有之同樣的自由。<sup>⑯</sup>

此種爲確保個人自主存在之尊嚴及自尊，以及確保個人受到與他人一樣平等的關心及尊重，而個人必須享有之平等的基本自由 (equal basic liberties)，大致包括有政治自由（選舉權及擔任公職權），言論自由，集會自由，良心自由 (liberty of Conscience)，思想自由，人

因爲 Baker 教授強調從表意者的基本權利觀點說明言論自由，而 Redish 教授則不僅強調表意者之言論自由權，同時也強調從聽衆有權接受訊息的觀點說明言論自由之價值。Id. at 682; REDISH, *supra* note 47, at 596-619; Baker, *Realizing Self-Realization*, *supra*, at 657-58. 如果嚴格地了解基本權利理論之言論自由觀點，言論自由之價值乃是在保障表意者自我表現的獨立自主或自由。對於聽衆有何利益，並非其所關心。因此，很難說 Redish 教授的理論與 Baker 教授所提出者，在本質上是相同的。而且，嚴格地說，Redish 教授之理論是否屬於基本權利理論之一支，也是頗有疑問的。See Alexander & Horton, *supra* note 58, at 1346.

- <sup>⑭</sup> 以上所列舉僅爲本文比較熟知的學者，其他尚有許多學者亦持有相同見解。請參閱 Wiseman, *supra* note 129. 同時，由於受 John Rawls 等人的影響，許多學者亦同意基本權利理論之觀點：基本權利之基礎絕不是如功利主義所主張之社會利益之功用性價值，而是必須建立道德性的基礎上 (moral right)，也就是必須建立在以人爲本之人性尊嚴之上。然而，這些學者又難忘情功利主義之傳統，因此，致力於修正功利主義學說。其中最著名之學者爲 David Lyons. Lyons, *Human Rights and the General Welfare*, 6 PHIL. & PUB. AFFAIRS 113 (1977); Lyons, *Rights, Claimants, and Beneficiaries*, in *Rights* 58D. Lyons ed., 1979; LYONS, *Utility and Rights*, IN *THEORIES OF RIGHTS* 110 (J. Waldron ed. 1984); D. LYONS, *ETHICS AND THE RULE OF LAW* (1984). 其他如 Thomas Scanlon, 以及 Robert F. Ladenson 等學者亦是猶豫

身及財產自由，以及免於不合理之拘捕及扣押之自由等。<sup>⑭</sup>其所涵蓋者，即相當於一般所了解憲法所保障之個人基本權利。<sup>⑮</sup>事實上，也確是如此。

根據基本權利論，上述為確保人之所以為人而應有之平等的基本自由，不祇是理論上的存在。在一個符合公道的社會中，此種平等的基本自由必須經由社會之基本架構而予以具體化。而在現今的體制中，憲法即是人類為追求一個公道社會而組成國家時之一種最基本的架構。平等的基本自由即是經由憲法之明文宣示而具體成為實際之個人基本權利。<sup>⑯</sup>而此種基本權利即在保障每個人在組成國家後仍有其自主存在之尊嚴以及受到平等的關心及尊重。

憲法保障基本權利之目的，既在保證每個人具有獨立自主存在之尊嚴以及發展自我和成就自我的機會；那麼，在本質上，不僅政府不

---

於傳統之功利主義與基本權利理論之間。See, e.g., Scanlon, *supra* notes 97 & 110; Scanlon, *Rights, Goals and Fairness*, in THEORIES OF RIGHTS 137 (J. Waldron ed., 1984); R. LADENSON, A PHILOSOPHY OF FREE EXPRESSION AND ITS CONSTITUTIONAL APPLICATIONS (1983).

- ⑭ Rawls 定義基本需求乃為任何理性之人為成就自我或實現其人生計劃所不可缺少之基本事物，因此為所有理性之人極欲得之事物，Rawls 將此種基本需求分成二類：其一為社會之基本需求，包括自由 (liberties)、權力、機會、報酬 (income)、財富，以及自尊 (self-respect)；另一則為自然之基本需求，諸如健康、體力 (vigor)、聰明才智，以及想像力等。人類組成社會所追求者即為社會基本需求之合理分配，而此種合理適宜之分配乃合乎人們「公道」(justice) 的理念。

Rawls 的經典之作 *A Theory of Justice* 就是討論並提出如何達到合乎公道的合理分配社會的基本需求之理論。See, e.g., Rawls, *supra* note 112.

- ⑮ *Id.* at 440.

- ⑯ Dworkin, *Rights*, *supra* note 127, at 181.

- ⑰ Rawls, *supra* note 112, at 440.

- ⑱ See, e.g., Richards, *supra* note 114, at 63; N. Bowie, *Equal Basic Liberty for All*, in JOHN RAWLS' THEORY OF SOCIAL JUSTICE 125 (H.G. Blocker & E. Smith ed. 1980).

- ⑲ 每一個應有平等的權利享有與他人所享有的一樣之最廣泛的基本自由，乃為

能任意侵奪個人之基本權利；而且社會中之多數經由民主程序之多數決，亦不能侵奪個人之基本權利；即使限制個人權利的理由是因此可增進社會整體之利益或多數人之利益，個人之基本權利仍然不能被侵奪或被限制。<sup>⑭</sup>否則的話，個人將淪為他人追求利益的工具，其將成為多數人追求福祉的奴隸，個人自主存在之尊嚴將無保障。<sup>⑮</sup>因為有了憲法基本權利的保障，個人才能安心成為國家的一份子，因為其了解在此國度內其將會真正被視為一個人，得到與他人同等之關心及尊重之待遇，而能成為一個真正自尊及自主的人。個人將無虞其或會為該國家社會中之少數，而會為多數人利益所犧牲，以致喪失作為一個人應有之自主及尊嚴。所以憲法可以說是用來保障個人免於多數人以民主程序之多數決侵奪或限制個人基本權利。<sup>⑯</sup>而基本權利則是多數人對少數人允諾其會尊重少數人之尊嚴及平等待遇所作之保證。<sup>⑰</sup>

言論自由就是憲法所保障之基本權利中的一種，因其乃為一個具有自主及自尊之人所不可缺少之基本自由。如果一個缺少了言論自

John Rawls 所提之公道理論 (theory of justice) 的第一項，也是最重要的一項原則。Rawls, *supra* note 112, at 60, 250. 並請參閱 Dworkin, *Rights*, *supra* note 127, at 180-83.

<sup>⑭</sup> RAWLS, *supra* note 112, at 61.

<sup>⑮</sup> E.g., Bowie, *supra* note 142.

<sup>⑯</sup> MARTIN, RAWLS AND RIGHTS 31-41 (1985).

<sup>⑰</sup> RAWLS, *supra* note 112, at 28; Dworkin, *Rights*, *supra* note 127, at 269; D. LYONS, ETHICS AND THE RULE OF LAW 125-27 (1984) ; Baker, *Utilities and Rights*, *supra* note 136, at 48.

<sup>⑱</sup> 此點亦即為基本權利論反對功利主義理論之關鍵所在。根據功利主義理論，如果限制個人某種基本權利所能增加的利益，要比保護該個人之此種基本權利所得之利益來得大的話，那麼限制個人此種基本權利即是合理的。E.g., D. Lyons, *supra* note 147, at 125. 此種說法無法為基本權利論者所接受。因為如根據功利主義的理論，則基本權利只為成本效益分析時的籌碼罷了，*Id.* 而個人之存在也只是因其對其他多數人之利益的追求及滿足具有工具性之效用而已。

<sup>⑲</sup> DWORKIN, *Rights*, *supra* note 127, at 133.

<sup>⑳</sup> *Id.* at 205.



由，不能說他想說的，即等於表示他缺少了自主之尊嚴以及未受到與他人同等的尊重。因為這等於是說他的意見並未受到與他人意見一樣的同等重視，他必須爲了其他人的利益而放棄比別人更多的自主。同時，這也等於是要求他違反他自己之意願去接受其他多數人的意見。所以，一個人如缺少了言論自由，其即非一具有自主存在尊嚴之人。<sup>⑮</sup>因此，一如其他之基本權利，憲法保障言論自由之目的，即在保證個人的自主存在之尊嚴及發展自我的機會。而言論自由之價值即在保障個人獨立自主地自我表現，藉之肯定個人自主存在之尊嚴，並進而實現自我，成就自我。

由於以基本權利論爲立論基礎之表現自我說之理論，主張言論自由——如同其他基本權利——乃是源自於對個人自主存在尊嚴的肯認，是爲了保障個人之自主及自尊之目的而設；而非因爲賦予個人該權利將有助於他人利益之追求。同時，政府並不能以爲增進大多數之利益之目的爲理由來限制言論自由，即使經過功利主義之成本效益分析確能證明政府之衡量，亦不足夠。<sup>⑯</sup>相反的，有時爲了維護個人之言論自由權，必須要忍痛犧牲一般社會利益。<sup>⑰</sup>因此，言論是否受到憲法保護之判斷標準，並不在於該言論是否對他人（聽衆）有無功用——譬如是否有助於他人追求真理，或是否有助於促進民主程序之健全——而是在該言論是否爲表意人（speaker）自主的表現。如爲表意人自主的表現，即應予以保障，不論其是否有助於他人追求某種利益。因爲，保障表意人之自主的表現，即是肯定了表意人自主存在的尊嚴，而與憲法保障言論自由之目的相符合。根據此種說法，則表現自我說

⑮ Baker, *Utilities and Rights*, *supra* note 136, at 53-4.

⑯ DWORKIN, *RIGHTS*, *supra* note 127, at 90-94, 190-92; DWORKIN, *PRINCIPLE*, *supra* note 131, at 359.

⑰ DWORKIN, *Rights*, *supra* note 127, at 199.

所保障的言論相當的廣闊。不僅前述追求真理說及健全民主程序說所保障之言論在其所欲保障的範圍之內，所有個人自由的表現及發抒均在保障之列。<sup>154</sup>

表現自我說雖然直接訴諸於自由主義之傳統，而且與立憲主義之憲政原理相契合，然仍免不了論者之批評。論者所批評者有二點。首先，論者以爲該說所保障之言論太過廣泛，幾乎所有言論均在其所欲保障的範圍之內。而事實上，言論自由不是絕對的，有些言論是受到限制的。然而，表現自我說則未能提供一個理論標準，在保護和不保護的言論間，劃下一道顯明的界線。<sup>155</sup>

第二點批評，與第一點批評相關，認爲表現自我說只是一個爲自由辯護的一般性理論。因爲個人自主的行爲，並不只限於言論表現一種，如果依據表現自我說之理論基礎，則所有這些個人自主行爲之自由都應有基本權利之保障。而表現自我說並未說明言論表現與其他之自主行爲有什麼不同，因此，其說無法說明言論自由爲何要受到特別的保護，也無法說明爲什麼政府的權限在涉及限制言論自由時，總要比涉及限制其他行爲之自由時，受到更多的拘束。<sup>156</sup>

這二點對表現自我說的批評，所指均爲事實。表現自我說所保障

<sup>154</sup> Rehnquist, *The First Amendment: Freedom, Philosophy, and the Law*, 12 GONZ. L. REV. 1, 7 (1976).

<sup>155</sup> Bollinger, *Free speech and Intellectual Values*, 92 YALE L. J. 438, 442 (1983).

<sup>156</sup> Schauer, *supra* note 55, at 57-58, 71; Schauer, *Special Speech*, *supra* note 107, at 1290-91; Bork, *supra* note 5, at 25.或許言論自由是非常重要的一種基本權利，美國學者對之特別重視，大部分學者甚至主張其是最重要的一種基本權利，具有特殊的地位，甚至具有優越其他基本權利的地位。因此，竭力尋找其具特殊性之理由。就如 Frederick Schauer 教授所主張，任何一種言論自由理論必須能夠說明言論和其他之人類行爲間之差異。F. Schauer, *supra* note 55, at 3-14; Schauer, *Special Speech*, *supra* note 107, at 1289.因爲唯有如此，才能說明爲何言論自由享有特別的保障。

之言論範圍的確很廣。而且根據基本權利說，所有的基本權利都是平等的，因為，每一種基本權利均是為了保證個人之自主及自尊所不可缺少的。對於個人而言，每一種基本權利都是重要的。言論自由並不比其他基本權利具有特殊或優越的地位。因此，論者對表現自我說的第二點批評，亦非無的放矢。<sup>⑮</sup>

然而，言論保障範圍的廣泛，以及未能提供一明確的界線標準以判別應予保護及不予保護之言論，並非僅是表現自我說才有的問題，追求真理說及健全民主程序說亦有同樣的問題。根據追求真理說，任何言論，不論其為真理或謬誤之言論，均應予以保障，因為其均有助於吾人對真理的追求。<sup>⑯</sup>而健全民主程序說之情形亦復相同。乍視之下，其說以「政治性言論」(political speech)作為言論保障的範圍，似乎有明確的判別標準。然而如本文前文所敘，何謂「政治性言論」乃非一明確之概念。而根據該說原創人 Meiklejohn 教授之原始理論，或是其後來的修正理論，所謂之「政治性言論」事實上也幾乎涵蓋所有之言論。<sup>⑰</sup>

其次，關於論者批評表現自我說不能說明為什麼言論自由要比其他之行爲自由受到較多保障之論點，同樣的批評也可適用於追求真理說及健全民主程序說。<sup>⑱</sup>而且，如果吾人真正尊重個人之基本權利，應無法同意論者對表現自我說之第二點批評，不應同意其所謂言論自由必須比其他個人基本權利來得特殊或優越。吾人無法同意個人之言論自由一定優越於他人之隱私權、名譽權、生存權、經濟活動自由……等等其他基本權利。因為每種基本權利皆是尊重及保障每個人自主及

<sup>⑮</sup> RAWLS, *supra* note 112, at 61; MARTIN, *supra* note 146, at 52-61.

<sup>⑯</sup> 請參閱前文<sup>⑮</sup>至<sup>⑰</sup>及與其有關之本文。

<sup>⑰</sup> 請參閱前文對「政治性言論」概念之批評。

<sup>⑱</sup> E.g., Alexander & Horton, *supra* note 58.

自尊所不可缺少的，如果吾人真正尊重每個人都是平等且具有尊嚴的個人，則應會主張基本權利彼此間都是平等的。表現自我說在這方面的主張，不應視為其說之弱點，而應稱道其能突顯憲法保障基本權利之意義。

表現自我說如與前述之追尋真理說和健全民主程序說比較，其間存有本質上的差異。根據追尋真理說及健全民主程序說，個人是否享有言論自由之保障，端視其言論是否有助於社會大眾之追求真理或政治決策之參與。因此，根據其理論，個人所以有言論自由權，乃因其有助於社會大眾利益（聽眾之利益，listener's or recipient's interest）。而個人之言論自由權，在此種情形下，只具有「工具性之價值」，表意人只是社會大眾追求真理或作較佳之政治判斷之「工具」而已。<sup>⑩</sup>反之，表現自我說則主張個人之所以享有言論自由權，並非源自於其有助於他人追求某種利益；亦即，並非源自於其工具性之價值；而是源自於表意人本身為一自主及自尊的個人。換言之，表現自我說強調言論自由是以表意人之利益（speaker's interest）為基礎的，而且言論自由權之存在乃是為表意人本身之目的，而非完成他人目的之工具。究竟三種理論中，何者才為最恰當之理論，本文以下將加以析論。

#### 4. 為什麼「表現自我說」是較妥當之言論自由理論

在本文所介紹目前通行之三種言論自由理論中，本文以為「表現自我說」是比較妥當的理論。這並不意謂本文不認為增長知識，追求真理，作正確之政治決定，或健全的民主程序是重要之目的。也並不

<sup>⑩</sup> See, *supra* notes 55, 56, & 105.

意謂本文反對言論自由可以有助於吾人達到上述之重要目的。相反的，本文認為增長知識，追求真理，作正確之政治決定，或健全民主程序是非常重要的目的；並且也相信言論自由可以幫助吾人達到這些目的。不過，本文並不以為保障言論自由，就只限於促進這些目的的達成；其應另存有更基本之目的，亦即保障個人之自主的表現，以發展自我，實現自我。而此即為「表現自我說」所主張之重心。

詳言之，表現自我說與追求真理說及健全民主程序說相較下，是比較妥當的言論自由理論的理由有三點：(一)追求真理和健全民主程序之最終目的皆是在幫助個人之自主存在；(二)根據追求真理及健全民主程序說所保障之自由言論之範圍，表現自我說亦能涵蓋；(三)追求真理說及健全民主程序說所主張之理論，乃是一功利主義之言論自由觀；如果吾人相信人本身之存在即為目的，如果吾人尊重個人之自主及自尊，以及確信言論自由是一種基本權利的話，則追求真理說及健全民主程序說，並不妥當。以下擬分別敘述之。

#### 4.1. 個人之自主尊嚴才是最基本之價值

追求真理說及健全民主程序說分別以為言論自由之價值，亦即憲法所以保障言論自由之理由，乃在言論自由有助於增長知識及追求真理，或有助於民主程序之健全及吾人對民主政治決策之參與。然而如果進一步審究，真理或民主並非是真正的根本目的。為什麼要追求真理或獲取更多的知識？其根本，不外乎真理或知識之獲得，有助於個人成長，成就個人為一自主及自尊之人。所以追求真理或增進知識只是一種中介的價值 (intermediate value)，其最終之目的仍是個人之自主尊嚴。

民主亦然，其本身並非最終之目的。吾人所以要健全民主程序，

實踐人民自治之民主政治，主要亦不外乎藉由民主政治之參與，能助成個人之成長及實踐自我。<sup>⑪</sup>而吾人所以選擇民主之政治形式，亦不外乎尊重每個人之自主存在，以及表示對每個人平等的關心及尊重。每個人皆非他人之奴隸或屬民，而其所以被統治乃是因為得到其同意，其仍是一自主之個人。因此民主只不過是一種中介性之價值，<sup>⑫</sup>只不過是一種手段，其目的乃在保證個人之自主及自尊，以及促成個人之自我成就。<sup>⑬</sup>

因為追求真理說及健全民主程序說所主張之言論自由價值，只是一中介性的，其最終之價值，實仍為個人之自主尊嚴。所以，該二說既非以該最終之價值為核心，則非為適當之言論自由理論。

## 4.2. 言論保障的範圍

根據表現自我說之理論，凡是個人自主的表現或言論即為憲法言論自由所欲保障，其範圍相當的廣泛，即使如追求真理說及健全民主程序說所欲保障之言論，皆在其保障的範圍之內。雖然表現自我說是以表意人之利益為本位，與追求真理說和健全民主程序說以一般大眾（聽眾）之利益為本位者並不相同；但是根據表現自我說保障了表意者之言論自由，一般大眾也因之而有更多的資訊，而可有助於其追求真理或民主政治之參與。雖然就表現自我說之觀點，追求真理或健全民主政治程序只是保障表意人自主表現之一種衍生或反射之利益而已；但其所能給予一般大眾之利益，與追求真理說及健全民主程序說並無差異。

<sup>⑪</sup> E.g., TRIBE, *supra* note 98, at 787; Machina, *Freedom of Expression in commerce*, 3 L. & PHIL. 375, 379 (1984) .

<sup>⑫</sup> E.g., TRIBE, *supra* note 98, at 787.

<sup>⑬</sup> REDISH, *supra* note 47, at 601-03.

從另一方面來說，雖然根據追求真理說及健全民主程序說，只有言論能有助於大眾追求真理者，或有助於大眾參與民主政治決定者，方為言論自由所保障；然而，其所保障之言論也必為表現自我說所保障。因為，即使根據追求真理說與健全民主程序說，個人之言論是否受保障取決於其言論是否有助於一般大眾之追求真理或參與民主政治決定，並不因而即表示一般大眾為了追求真理或參與民主政治決定之利益而有權利要求其他的個人提供資訊或表示意見。<sup>⑬</sup>所以追求真理說與健全民主程序說所欲保障之言論，其基本上仍是表意人個人自願及自主的表現。而表意人此種自主之表現，即為表現自我說所欲保障。所以，表現自我說所保障之言論範圍涵蓋了追求真理說及健全民主程序說所欲保障之言論。

### 4.3. 基本權利論與功利主義

由於追求真理說與健全民主程序說主張某種言論是否要受保障，端視該言論是否有助於一般大眾增長知識，追求真理，或是否有助於大眾參與民主政治之決策，健全民主政治之程序。其不僅是以社會大眾之利益為理論之導向，同時也視言論自由為一種「手段」。而且，由於該二說在決定是否要賦予言論自由權時，取決於涉及之言論對社會利益之增進是否有正面之效用，所以本質上，追求真理說及健全民主

⑬關於一般大眾是否有單獨的權利，積極要求個人表示意見或提供資訊，作者另有專文討論。參見作者在七十七年六月二日至六月四日，參加中央研究院美國文化研究所所主辦之「美國憲法的演進：1787～1987」研究會，所提出之英文論文「*The right to Receive under the Freedom of Speech*」。（現收錄於本書中）在該論文中，作者說明一般大眾基於聽眾之身分而有之聽者之權利（the right to receive），只是一種消極的權利。它是一種可以自由接收表意者自由表現之言論，而排除政府干涉之權利。但是，此種權利並不能強迫不願表示意見的個人表示意見或提供資訊。

程序說乃是一種「功利主義」之理論。<sup>⑩</sup>個人是否有言論自由權，取決於經由成本效益分析之利益衡量，如賦予其權利可否增加社會利益而定。表意人 (speaker) 只是一般大眾追求某種目的之「工具」而已。而本文以為追求真理說及健全民主程序說所以不是適當之言論自由理論，就是因為該二說具有之這些特質顯示出其說並未注意到個人自主存在之尊嚴，以及忽視了言論自由作為憲法之基本權利應有之意義。

當吾人謂個人有生命權時，其理由乃是因該權利對於一個人作為一個人，一個有自主尊嚴的個人所不可缺少的；絕不是因為該個人的生命對其他人或社會有正面的利益。可是如果採取功利主義理論的話，則個人是否有生命權取決於其生命對社會之功用如何。此種結論實難為重視個人存在價值的社會所能接受。如果吾人珍視言論自由是和生命權一般性質之基本權利的話，那麼以功利主義為基礎之言論自由理論即非適當之理論。

如果吾人同意憲法保障基本權利之目的乃在保證個人之自主尊嚴，則個人之基本權利絕非是外求的，更不是他人報酬的施與；<sup>⑪</sup>而是一自主及自尊之個人本身所應固有的權利。則吾人應能同意基本權利論，以及以其為基礎之表現自我說之言論自由理論。根據基本權利論，個人之存在絕非因為其對他人之存在有工具性之價值，因為每個人都是平等的；因此，表意人之享有言論自由權並不取決於其本身對他人達到某種目的之工具性利益。同樣的，其言論之價值亦不在乎該言論為他人尋求某種目的之手段。其言論是否應予保障，亦不應取決於其是否有利於他人追求某種目的。因此，表現自我說主張言論自由

<sup>⑩</sup> E.g., Rehnquist, *supra* note 154, at 4-6; BARENDT, *supra* note 64, at 5; Hunter, *supra* note 114, at 129-37.

<sup>⑪</sup> LYONS, *supra* note 147, at 125.



源自於個人爲一自主尊嚴之人之本身，其存在，基本上，乃是爲了表意人本身之利益。對表意人而言，言論自由自身即爲目的。不需再由外力證明其存在之價值。如果吾人同意個人自主存在的尊嚴，並同意憲法保障基本權利之目的即在保證個人之自主及自尊，而言論自由也是此種基本權利之一，則追求真理說及健全民主程序說並非適當；而表現自我說因能突顯這些特質，加爲適當之言論自由理論。

又，由於以功利主義爲基礎之追求真理說及健全民主程序說視言論自由爲增進社會利益之一種效益（utility），因此，在具體的事例要決定是否要賦予某個人言論自由權時，免不了會運用利益衡量之判斷方法（balancing test），以衡量賦予言論自由權之利益得失。利益大於成本時，即賦予言論自由權。反之，則否<sup>⑥</sup>。而此種結果主義論之取決方法（consequentialist approach），<sup>⑦</sup>將會對言論造成寒蟬效果（chilling effect），而使人們噤若寒蟬不願多言。因爲，其不知其論是否會受到保障。只有說了之後視其所導致的結果，才能決定。如此，個人因爲無法確定其言論是否會受到保障，而會決定乾脆不要試。

反之，表現自我說認爲言論自由之價值源自於表意人自身，毋需外力之證明。某種言論是否受保障，端視其是否爲表意人之自主表現，如是，則受保護。不必再問其是否能爲社會整體利益帶來正值。即使其不能爲社會整體增加利益，亦不能予以剝奪。<sup>⑧</sup>因此，表現自我說是反對以利益權衡來決定言論自由權的。其更以爲政府如果以限制某種言論自由可以因此增進社會整體之利益之理由而限制該言論自由的

⑥ *Id.* at 125-56.

⑦ *E.g.*, SCHAUER, *supra* note 55, at 47; Lieberwitz, *supra* note 104, at 603.

⑧ DWORKIN, RIGHTS, *supra* note 127, at 133, 271.

話，根本就是錯誤的。<sup>⑪</sup>論者有謂表現自我說是一種主張言論應受絕對保障或近似絕對保障（absolute or near-absolute）之理論。<sup>⑫</sup>由於只要是表意人自主之表現，即應受到言論自由之保障；因此，毋庸等到表現之後，通過利益衡量之測試才能確定是否有權。所以，個人只要是自主之表現，即知會受保障。即使，言論自由並非絕對，政府亦必須找出比利益衡量更多的理由才能限制其權利。因此，表現自我說不僅保障了較廣範圍的言論，也提供了比較多的言論自由之保障。

根據以上二點之分析，可見表現自我說不僅比追求真理說及健全民主程序說更能觸及保障言論自由之基本價值，也保障了較廣泛之各類言論。更重要的是其比追求真理說及健全民主程序說更能妥切的說明言論自由作為憲法保障之基本權利之意義及特質。

不過，表現自我說要成為一較完整的言論自由理論，本文以為，尚有一點仍需要補充說明。如前文所敘，由於表現自我說認為言論自由之價值乃在保障個人之自主及自尊，而主張凡為個人自主的自主表現即為言論自由所欲保障。因其保障之範圍十分廣闊，論者或有認為表現自我說主張言論自由應受絕對或近似絕對保障。<sup>⑬</sup>然而，所有的基本權利都不是絕對的，不論是基本權利理論或表現自我說都承認基本權利或作為基本權利之一之言論自由，在一定的情形下，是可以加以限制的。

追求真理說及健全民主程序說在面對如何決定某種言論自由是否要予以限制時，採用了功利主義之判斷原則，以利益衡量之判斷方法（balancing test），經過成本效益之分析，觀察如果保障了某種言論

<sup>⑪</sup> *Id.* at 269.

<sup>⑫</sup> Alexander & Horton, *supra* note 58, at 1350; Blasi, *supra* note 62, at 547; *Commentary*, 78 NW. U. L. REV. 1307, 1311-14 (Baker's answer).

<sup>⑬</sup> *Id.*

是否可對全體社會利益之增進有正面之效用。<sup>⑬</sup>這種利益衡量之方法，在言論自由與其他之基本權利發生衝突時，決定取捨時，亦有適用。這種判斷之原則，自然有其吸引人處，因為，判斷取捨就在利益大小的比較。「似乎」是一種很客觀的標準。<sup>⑭</sup>

然而，表現自我說則反對用利益衡量之方法作為判斷言論自由應否限制之標準。該說反對言論自由是他人為達到某種目的之手段，也反對某種言論是否受到保障繫於其對社會整體利益效用。因此，該說反對政府可以增進社會利益之目的為理由而限制個人言論自由。所以，依據該說，言論自由和社會之一般利益是無法相比較衡量的。同時，由於表現自我說是以基本權利理論為基礎，故其主張每個人都是平等的，都是具有自主存在尊嚴的個人，所以每個人都享有平等的基本權利，而這些基本權利彼此間也是平等的。因此，個人之言論自由

⑬論者有謂 Meiklejohn 教授所主張之健全民主程序說，是一種主張言論自由應受絕對保障之理論。因為其主張凡是屬於其理論之「政治性言論」應享絕對之保障，而否認政府可作任何之限制。See, e.g., Schlag, *An Attack on Categorical Approaches to Freedom of Speech*, 30 UCLA L. REV. 671, 672-3 n.4 (1983).然而由於其說強調言論自由對健全民主程序之「效用」，某種言論是否要予以保障，端視該言論是否有此效用。因而其說乃為具功利主義性質之結果理論。在判斷某種言論是否能具有健全民主程序之效果時，難免會運用利益衡量之方法，用法本效益分析其效用。這也就是為什麼 Robert Bork 在承續 Meiklejohn 教授之理論，強調「政治性言論」應受絕對保障，可是卻將「鼓吹不遵守法律之言論」(advocacy of law violation) 摒棄於政治性言論之外，而不予以保障之關鍵。事實上，鼓吹不遵守法律之言論，屬於一種對現行制度一種不滿及批判，是一種與公共利益有關之言論，應為政治言論殆無可疑。可是 Bork 卻不以為然，其理由主張法律乃為大多數人經由民主程序所制定，不遵守法律只是少數人之想法，如果對少數人鼓吹不遵守法律之言論予以保障，其將有害於多數人之成果（法律）之施行。Bork, *supra* note 5, at 30-31.究其根本理由，就是用了多數利益與少數利益之衡量。所以論者有謂健全民主程序說與追求真理說是一樣的，在決定言論自由之保障時，都會用到利益衡量之手段。Alexander & Horton, *supra* note 58, at 1348, 1356.這也是以功利主義為基礎之理論所不可避免。LYONS, *supra* note 147, at 125-26.

與他人之基本權利，彼此也是無法比較衡量的。不僅如此，由於該說主張每個人都要受到平等的關心及尊重，故其反對少數人可為多數人所犧牲。多數或少數在決定基本權利之限制是不具意義的。因此，多數人之基本權利與少數人之基本權利，即使在量上有所差異，但在本質上它們都是平等的，也是不能比較衡量的。所以，在決定某種言論應否要予以限制之時，表現自我說否決了利益衡量之判斷方法。

由於表現自我說主張每個人都是平等的具有自主及自尊之人，因而個人不僅只是要求他人尊重其自主存在之尊嚴，同時也被要求要尊重他人。因此，個人固應享有基本權利之自由行使，但其行使卻不得侵犯他人之基本權利。所以，根據其本權利論之見解，基本權利本質上即有不得侵犯他人基本權利之限制。故其說主張基本權利只有在與其他基本權利發生衝突時才能予以限制。<sup>⑩</sup>言論自由亦然，只有當其與其他之基本權利發生衝突時，才能加以限制。<sup>⑪</sup>然而，關於基本權利彼此發生衝突時，何者需要受到限制，基本權利論者並沒有提出一致的見解來加以說明。<sup>⑫</sup>不過，關於言論自由之限制，本文目前贊同

●利益衡量固有其吸引人之處，但在實際操作時，仍有一些前提必須克服。本文目前所想到的有以下三點：首先，作為衡量單位之利益及不利益之內涵，必須有具體之共識。其次，作為衡量對象之抽象權利必須能作成利益單位。最後，吾人必須有能力分析並尋出所有涉及之利益及不利益。

利益衡量判斷法，目前在美國法界不僅是在解決言論自由問題最常援用的一項原則；同時在一般憲法問題上，也經常使用該原則來解決問題。不過，該原則仍有值得再仔細思考之處。See, e.g., Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, 96 YALE L. J. 943 (1987).

⑩ RAWLS, *supra* note 112, at 212-16, 380-81; MARTIN, *supra* note 145, at 52-53; N. Bowie, *supra* note 142, at 118-120.

⑪ DWORKIN, RIGHTS, *supra* note 127, at 191-94, 200-04; LYONS, *supra* note 147, at 125, 177, 192.

⑫ 由於基本權利說之開創者，John Rawls 在提出其理論時，並未致力闡明基本權利發生衝突時如何解決，參見Bowie, *supra* note 142, at 129,因此，論者就各

Ronald Dworkin 教授所提之原則。其主張：當一個人之言論會對他人之基本權利造成明顯及實質重大之危險，爲了防止此種危險，除了對該言論加以限制外，沒有其它的方法可以援用之情形下，政府可對該言論加以限制。<sup>⑬</sup>

其所謂明顯及實質重大之危險 (clear and substantial risk) 是指如果此種危險只是臆測及微不足道的 (speculative and marginal)，尚不足構成限制言論自由的條件。<sup>⑭</sup>

或有謂上述 Dworkin 教授所提之決定是否要限制言論自由的原則，仍免不了運用到利益衡量的方法，而與功利主義原則無異。然而，前文已敘及功利主義與 Dworkin 教授所代表之基本權利論，二者在理論基礎有相當大的實質差異，於此不擬重覆。即使此處所涉及之「利益衡量」，二者也有相當大的差異，例如：(1) Dworkin 所主張者，乃是言論自由與其他之「基本權利」之衡量；但根據功利主義所採用者，則言論自由除了和其他基本權利相互比較衡量外，尚與抽象之公共利益或政府之統治利益相互衡量。(2) Dworkin 和所有之基本權利論者一樣，即使在衡量基本權利時，絕對反對「多數人」之基本權利與「少數人」之基本權利相衝突時，少數人之基本權利就必須要受限制之主張。<sup>⑮</sup>但在功利主義之利益衡量，少數一般都要爲多數人之利益所犧牲的。(3) Dworkin 主張之原則，如果真是利益衡量的方法，那也是在極端例外及不得已之手段。<sup>⑯</sup>但是利益衡量對功利主義者卻是一項經

---

自提出不同的看法。See, e.g., Martin, *supra* note 145, at 129-55; Richards, *supra* note 114, 66-70; A. GEWIRTH, HUMAN RIGHTS 143-160, 218-33 (1982).

<sup>⑬</sup> DWORKIN, RIGHTS, *supra* note 127, at 200-04, esp. 204.

<sup>⑭</sup> *Id.* at 195-96, 202-04.

<sup>⑮</sup> *Id.* at 199-200.

<sup>⑯</sup> 要限制一個人之基本權利，意謂該個人受到與他人不相同之待遇。這對重視每

常運用的手段。

## 5. 結 論

吾國憲法第十一條、第十二條及第十四條規定了言論自由之保障。然而由於條文的文字抽象精簡，而制憲者之意圖又乏史料可資判明，以及司法院大法官會議亦未對之作有實質之解釋，因此，對於憲法保障言論自由之意義、目的及範圍，均無法獲得適當的澄清。此種情形不獨發生在憲政方在萌芽之我國，即使實行憲政最爲悠久之美國，亦遭遇到相同的困境。在行憲二百年之後，在汗牛充棟的司法判決以及學者之著書立說，契而不捨的分析討論解釋之下，迄今美國實務界及學界仍然無法歸納出能廣爲大眾所信服的原理原則，藉以界定憲法保障言論自由之範圍。然而其國之有關討論，在方法上，目前已漸形成共識，而共同趨向於以討論及確定言論自由之價值來界定憲法保障言論自由的範圍。本文即嘗試藉由對目前盛行於美國之三種言論自由理論的介紹、分析及討論，以了解憲法保障言論自由的意義及範圍。

追求真理說主張言論自由的價值乃在其有助於吾人追求真理；因爲開放各種言論之自由發抒，吾人將可從真理與謬論的競爭中發現真理。因此，言論不論其爲真實或謬誤，只要有助於吾人發現真理者，均受憲法言論自由之保障。其說訴諸於市場機能理論，而能爲篤信自由市場機能者所接受。然而其說最大之弱點是吾人無法從憲法的規定中尋繹出追求真理爲憲法之目的之一，而減弱了該說作爲一種憲法理

---

kin 也主張只有在沒有其它更適當的手段時，才不得已限制某種基本權利。See, *supra* note 179.

論的基礎。

健全民主程序說則主張言論自由之價值在其有助於民主政治程序之健全；因為言論自由可提供社會大眾較充分的資訊，使之能在參與政治決定時作出較正確之決定，而民主政治之運作因此也就能比較健全。所以其說主張凡有助於大眾作政決定的言論，也就是其說所謂的「政治性言論」，即為憲法言論自由所欲保障。該說類同於追求真理說，也是以市場機能為理論根據。不過，健全民主程序說除了將追求真理說所追求的真理縮限於「政治上的真理」外，同時，也直接從憲法的規定中尋繹出其理論的基礎——民主。似乎較追求真理說更適合為一種憲法理論。然而，該說所主張之「政治性言論」的意義及範圍，都是模糊不清的。如果將之狹義解釋的話，則顯然排除了許多吾人深信必為言論自由所保障之言論，如文學、科學、哲學及藝術等；可是如果將之予以擴充，則因其外延的界線變得模糊，而幾乎無所不包，使其理論不再具有吸引力。

雖然追求真理說及健全民主程序說都有理論上的缺陷，但二說在美國的實務上，對聯邦最高法院在解決涉及言論自由的問題時，都具有相當的影響。但是本文卻不以為該二說是適當的言論自由理論。因為該二學說都以聽眾或社會大眾的利益為重點，個人是否有言論自由權端視其言論是否有助於大眾增進知識，追求真理，或是否有助於大眾作正確之政治決定，及民主之參與。因此，對追求真理說及健全民主程序說而言，言論自由只是完成他人目的之手段，而表意者只是他人之工具而已。而且，個人言論自由權也似乎只是因其效益滿足其他大眾之需要而獲得之恩賜。同時，因該二學說重視言論自由對整體社會利益之效用，所以其在判斷是否要給予言論自由權，會運用利益衡量之方法，而利用成本效益之分析，計算如果賦予言論自由權所可能

獲得利益及損失。如果效益大於成本則給予言論自由權；反之，則限制之。此種利益衡量方法，乍視之下似乎客觀。然而，其也意謂少數人之言論自由及基本權利經常會為多數人之利益所犧牲。而且，此種方法常也會導致政府以抽象之社會利益而剝奪了少數人之言論自由及其他基本權利。對個人之言論自由或其他基本權利之保護並不週到。由於本文相信每一個人都有自主存在之尊嚴，反對個人為他人目的之工具。同時，本文也相信憲法保障言論自由及其他基本權利的目的是在保證每個人之自主存在之尊嚴以及發展自我與成就自我之機會；亦即，基本權利乃人之所以為人所不可或缺之基本需求。因此，本文認為言論自由及其他之基本權利絕非他人之恩賜；基本權利是保障個人免於多數人之侵害，即使多數人認為限制了少數之權利可以增進大多數人的利益，也不能因此就限制該少數人之基本權利。由於本文對人的價值以及對基本權利的意義與追求真理說及健全民主程序說有不同的看法，所以本文認為這二種學說並不是適當的言論自由理論。更何況「真理」或「民主」都只是一種中介的價值，其只是一種手段，藉之而使個人成為一真正具有自主及自尊之人。所以言論自由之最終價值應是個人之自主及自尊。

表現自我說是比較妥當的言論自由理論，除了因為其以為言論自由之價值就是保障個人自主的自我表現，以保障個人之自主及自尊，因而比前述二說更直接掌握了言論自由之最終價值之外；也因為其為反功利主義，重視個人自主存在尊嚴；同時也因為依其理論，言論自由才真正具有憲法基本權利之意義。

總之，憲法所以保障言論自由，就如其保障其它之基本權利一般，乃是為了保障每個人自主存在之尊嚴及發展自我成就自我的機會。所以，凡是個人自主的自我表現皆應享有言論自由。在此意義下，個人



享有非常廣泛的言論自由。只有當個人的言論自由與其他人之基本權利發生衝突，如果言論自由會對他人基本權利造成明顯及實質重大的危險，而除了限制該個人言論自由之外，別無他法可以防止此種危險時，該言論自由才可受到適當的限制。

——本文原載於臺大法學論叢第十八卷第一期，民國七十七年十二月。



# 新聞自由的意義及其理論基礎

## 1.前言

- 1.1.研究動機、目的及研究的主題
- 1.2.研究方法
- 1.3.本文論點及結構

## 2.新聞自由是否為憲法所保障的基本權利

## 3.新聞自由的理論基礎——「第四權理論」

- 3.1.第四權理論
- 3.2.反對第四權理論的觀點
- 3.3.本文支持第四權理論的理由

## 4.新聞自由的具體內容

- 4.1.新聞自由的權利類型
  - 4.1.1.防禦性權利
  - 4.1.2.表意性權利
  - 4.1.3.外求性權利
- 4.2.新聞自由的權利享有者
  - 4.2.1.新聞專業人員
  - 4.2.2.新聞媒體的事業主

## **5.新聞自由與言論自由之比較**

- 5.1.理論基礎的比較
- 5.2.權利性質及內容的比較
- 5.3.判斷是否合憲的標準的比較

## **6.新聞自由的管制架構**

- 6.1.管制的目的
- 6.2.管制的手段及類型

## **7.結論**

## 1. 前言

### 1.1. 研究動機、目的及研究的主題

在這幾年致力於言論自由的研究中，一個一直困擾著我的問題就是「究竟新聞自由與言論自由有無不同？」新聞媒體<sup>①</sup>及其工作者是否受到憲法一些特別的保障，而這些保障是一般人基於言論自由權所無法享有的？我以前的想法，受了美國聯邦最高法院見解<sup>②</sup>以及多數學者論著<sup>③</sup>的影響，採取了新聞自由與言論自由是同一概念的立場。<sup>④</sup>然而這幾年的研究及思考，讓我對原先的立場有些動搖。本文研究的主要動機，就是想藉此把自己這幾年的研究及想法作一些整理及澄清。

另一方面，新聞自由經常被視為是維繫民主政治於不墜的重要基礎之一，因此各民主國家莫不將之視為憲法所應保障的基本權利之

① 本文所稱的新聞媒體包括有出版型式的新聞媒體，如報紙、雜誌等，及電子傳播媒體（本文有時直稱之為「廣播電視媒體」），如傳統的無線廣播電視、新興的有線廣播電視、衛星電視等。

② 美國聯邦最高法院在審理有關新聞媒體新聞自由的案件中，大多認為新聞媒體並未獲有憲法特殊的保障，其所獲得的保障與一般眾基於言論自由所獲得的保障應是相等的。E.g., *Associated Press v. NLRB*, 301 U.S. 103(1937); *Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling*, 327 U.S. 186(1946); *Citizen Publishing Co. v. United States*, 394 U.S. 131(1969); *Dun & Bradstreet v. Greenmoss Builders*, 472 U.S. 749(1985).

③ See, e.g., David Lange, *The Speech and Press Clauses*, 23 UCLA L. REV. 77(1975); William W. Van Alstyne, *The Hazards to the Press of Claiming a "Preferred Position,"* 28 HASTINGS L.J. 761(1977); Anthony Lewis, *A Preferred Position For Journalism?* 7 HOFSTRA L. REV. 595(1979).

④ 請參見林子儀，「言論自由之理論基礎」，臺大法學論叢，第十八卷第一期(pp. 227-75), p.227 註一（民國七十七年十二月）

一，甚至有將之作爲判斷一國是否爲開放民主社會的指標。<sup>⑤</sup>然而，什麼是新聞自由？與民主政治爲何有如此緊密的關係？新聞自由是否爲我國憲法所保障的基本權利之一？憲法爲什麼要保障新聞自由？研究並試著回答這些彼此相關的問題，也是促成本文研究的動機之一。

研究該主題的另一個動機，是因爲新聞媒體在現代社會所扮演的角色已與傳統的認知不同而引起。在以往，新聞媒體被認爲在社會政治動態的事務上是一位單純的且立場中立的旁觀者。在那種情形下，新聞媒體雖是政治程序中的一環，但並未參與政治程序的運作。但是這種認知對現代新聞媒體已不再是適當的描述。現代的新聞媒體有能力製造或中止政治議題及政治人物的政治事業，而在現代政治事務及政治程序中，已成了主要的角色之一。<sup>⑥</sup>換言之，新聞媒體原本被認爲是一場球賽的播報員，但現在其已下場參加球賽，並成爲有能力左右球賽的輸贏的球員之一。在這種情況下，對於新聞媒體傳統所認知的權利及責任即有重新檢討的必要，而其中又以新聞自由的理念，最爲重要。因爲，新聞媒體所從事者爲新聞傳播事業，其從事新聞傳播事業所依據的權利即爲新聞自由。因此要探究其有如何的權利，其權利的範圍，即必須要了解新聞自由的意義爲何？另一方面，政府對新聞媒體可否予以適當的管制？其界限如何？也端視我們對新聞自由的了解，才能獲得答案。

基於以上的動機，本文的主要目的就是想藉由對新聞自由的理論基礎研究，也就是探討憲法爲什麼要保障新聞自由，將新聞自由的理念予以釐清，並進而分析及說明新聞自由的內容及其權利的性質，並

<sup>⑤</sup> See, e.g., Thomas I. Emerson, *Foreword*, In *PRESS LAW IN MODERN DEMOCRACIES* XI (Pnina Lahav ed., 1985).

<sup>⑥</sup> E.g., Judith Lichtenberg, *Introduction*, in *DEMOCRACY AND THE MASS MEDIA* 1 (Judith Lichtenberg ed. 1990).

比較其與言論自由的異同。

## 1.2. 研究方法

由於國內文獻有限，因此本文在新聞自由的理念及制度的闡明方面即採取了比較法的研究，並選擇了美國法制作為借鏡比較的對象。選擇美國的原因，除了因為個人對美國法制較為熟悉之外，主要原因則為美國在言論、出版、及新聞自由方面，不僅法院判決及學術討論的數量及內容之豐富均優於他國，其國人民實際所享有的自由及保障亦勝於他國。以其國的法制作為借鏡，將有助於了解新聞自由的理念及制度。另一主要原因，是本文深信有關憲法基本權利的實質內涵是跨越國界的，不應在不同的國別而有不同。比較及借鏡美國法制，並不會有因不同法制而有扞格不入的顧忌。<sup>⑦</sup>

## 1.3. 本文論點及結構

本文認為新聞自由乃憲法所保障的基本權利之一，如單從我國憲法所規定的文字觀之，似並無明文保障新聞自由的規定，但解釋上，應為憲法第十一條所規定的出版自由的實質意義所包含。本文同時認為新聞自由與言論自由並不完全相同，<sup>⑧</sup>我在以前曾寫了一篇有關言論自由理論基礎的文章，在該文中我主張言論自由是一種個人的基本權利(an individual right)，是憲法為了保障個人的自我表現或自我

⑦ 本文所引用的文獻資料中，間或有引用英國學者的論著。不過由於在新聞自由或言論自由部分，美國法制對英國法制有相當大的影響。該國在這方面的研究每多借鏡美國法制。本文所引用的英國學者論著，即是摘取其中針對美國法制的介紹及檢討，而與本文有關之部分。

⑧ 這個觀點與我幾年前的想法並不一致。我曾經認為言論自由與新聞自由是相同的概念，不過目前我的想法已有改變，本文將會說明新聞自由是一種在權利性質上及理論基礎上均與言論自由不同的基本權利。

實現(self-expression or self-realization)，及尊重表意人(speaker)自我決斷的自主(autonomy)，所規定的一種基本權利。<sup>⑨</sup>而在本文，我將說明新聞自由是一種「制度性基本權利」(an institutional right)，是憲法為了保障新聞媒體作為現代社會一個重要的制度，而給與新聞媒體一種基本權利的保障，以使新聞媒體能發揮其應有的制度功能。要言之，本文認為憲法所以要保障新聞自由的理由與保障言論自由的理由並不相同，本文將提出「第四權理論」(the fourth estate theory)<sup>⑩</sup>作為說明憲法為何要保障新聞自由的理論基礎。根據該理論，憲法所以要保障新聞自由的目的，是在保障新聞媒體的獨立性及完整性，以維持新聞媒體的自主性，使其能提供未被政府控制或影響的資訊、意見及娛樂，<sup>⑨</sup>以促使人們對政府及公共事務的關心，並進而引起公眾討論，而能善盡監督政府的功能。因此，新聞自由就是要

<sup>⑨</sup>請參見林子儀，前<sup>④</sup>引文。

<sup>⑩</sup> See Potter Stewart, *On of the Press*, 26 HASTINGS L. J. 631, 634(1975). 「The Fourth Estate Theory」國內學者一般將之譯為「第四權理論」，我也採用該譯名。(請參見林子儀，「新聞自由與事前限制」，載「大眾傳播法手冊」，p.31-p.52，翁秀琪、蔡明誠主編，國立政治大學新聞研究所，民國八十一年八月。)但如依其原文之意思以及美國聯邦最高法院 Stewart 大法官在引用該名詞時所示，似應將之譯為「第四階級理論」。根據 Stewart 大法官的說法，該詞原是由 Edmund Burke，以早期組成國會的三種階級——宗教、貴族及平民——的稱呼，用來形容新聞記者在社會中的功能及地位。See Stewart, *id.* at 634. 其原意是形容監督政府者除了當時的二種階級外，新聞記者亦擔任不可忽視的角色，可說是在宗教、貴族，及平民之外的第四階級。如將「The Fourth Estate」譯為第四權，可能是想表明新聞傳播事業為立法、行政及司法三權以外的第四權。因此將之譯為「第四權理論」，將與原始用法的意義並不相同。本文所以仍採用該譯名的原因，除了配合國內學者的一般用語習慣之外，主要原因是提出該理論原創者，Stewart 大法官及許多學者在引用該名詞時的意含，也不再是早期用來指稱「第四階級」的意含，而是用來說明新聞媒體為政府立法、行政、及司法等三權以外的第四權。See, e.g., Stewart, *id.* at 634; David A. Anderson, *The Origins of the Press Clause*, 30 UCLA L. REV. 455, 537(1983); LEONARD W. LEVY, *EMERGENCE OF A FREE PRESS* 273(1985). 不過不論採用那種含義，該詞都是在說明新聞媒體在現代國家中擔任著監督政



保障新聞媒體能充分發揮其監督政府功能的一種基本權利。

本文將進一步，根據現代新聞媒體的特性及重要性，以及在資訊社會中資訊的接近取得——包括新聞媒體對一般人無法取得的資訊的接近取得，以及一般大眾的接近使用媒體——實際需要的考慮，說明為何本文會支持以第四權理論來建構新聞自由的理念。

本文將說明基於第四權理論的新聞自由，是維護新聞媒體在民主社會中作為一項重要的社會制度所需的一種「制度性的基本權利」，享有該權利者並非是基於個人的地位，而是基於新聞媒體的工作者的身份。而且，基於第四權理論的新聞自由，是維護新聞媒體達成監督政府功能的一種「工具性的基本權利」，憲法所以保障新聞自由乃是為了一定的公共利益，因此為追求較大的公共利益而限制新聞自由並不當然會構成違憲。

因此，依本文的見解，就基本理論、權利的性質及權利的主體觀

府的角色及功能。

至於 Stewart 大法官所說，Edmund Burke 為最早以「The Fourth Estate」之詞形容新聞媒體者，是否正確，頗有疑問。根據 David Lange 教授之研究，最早以該詞形容新聞媒體者應為 T.B. Macaulay see Lange, *supra* note 3, at 90 n. 79(1975)。

- 本來新聞自由所要保障的應該是一些新聞報導或意見評論，然而本文一併將娛樂性的訊息亦包括在內，所以如此作的原因，並非是因為目前新聞媒體，不論是報紙雜誌或傳播電視，其所提供的訊息，除了新聞報導及意見評論外，尚包括許多娛樂性的訊息，而應一併納為新聞自由所要保障的範圍。本文理由主要有二：其一，是因為對新聞自由所應保護的內容採取了比較寬廣的態度，認為只要是大眾所欲獲的資訊均與新聞自由所要保護的內容有關，娛樂訊息亦屬大眾所欲獲取的資訊之一種，故而應將之與新聞報導與意見評論同視。其二，誠如美國聯邦最高法院所言，從保障新聞自由的觀點而言，要將資訊與娛樂訊息予以劃分是相當困難的事。See *Winters v. People of State of New York*, 333 U.S. 507, 510(1948); *Time, Inc. v. Hill*, 385 U.S. 374, 388(1967)。如果不將娛樂訊息視為資訊，併為新聞自由所保障的內容，將會逼使新聞媒體經常要作自我檢查，而造成一種「寒蟬效果」(chilling effect)，新聞媒體所能提供的資訊將會減少許多。

之，新聞自由與言論自由是有不同。而且，由於新聞自由是爲了保障新聞媒體能發揮其在民主社會中的重要制度功能，因此新聞自由也給了新聞媒體一些特別的保障，使新聞自由在權利的內容上也與言論自由有所不同。但相對地，由於新聞自由是一種工具性的權利，因此，比較起言論自由，新聞自由將會因爲更大公共利益的追求而受到比較多的限制。

爲了說明本文的立場，本文首先將藉由討論新聞自由是否爲憲法所保障的基本權利，說明我國憲法第十一條所規定的出版自由解釋上應包含新聞自由在內。本文並將引出新聞自由與言論自由是否爲相同概念的議題，並主張其應爲二種不同性質的理念。本文認爲其間的差異性，不僅只是文字上及語詞演化所呈現的不同意義，而且也在其理論基礎的不同。因此，本文接著將討論新聞自由的理論基礎，並以第四權理論來說明憲法爲何要保障新聞自由。本文將介紹並分析第四權理論的重點及特性，並說明本文爲何支持第四權理論的理由。

爲了進一步說明第四權理論，並比較以第四權理論爲基礎的新聞自由與言論自由的不同，在說明本文爲何採取第四權理論的立場後，本文將分析檢討基於第四權理論的新聞自由的具體內容，本文並將在該部分討論新聞媒體內部自主性問題。最後，爲了具體落實本文所持的立場，本文將藉由討論政府對新聞自由的管制架構，扼要地及原則性地提出一個理想型的大眾傳播法制，以說明怎樣的大眾傳播法制才是符合第四權理論的新聞自由理念。

## 2.新聞自由是否爲憲法所保障的基本權利

新聞自由是否爲憲法所保障的基本權利，本來應是一個不應成爲

問題的問題。不過，如僅從字面上言，我國憲法似乎並無明文規定保障「新聞自由」，因此本文首先即對新聞自由為何是憲法所保障的一種基本權利，提出說明。

近代民主思想的發展以至於以保障人民基本權利為核心的民主憲政制度的確立，新聞自由實扮演了關鍵性的角色。<sup>⑫</sup>而且，如從基本人權的發展史觀之，新聞自由的發展要早於言論自由的發展，同時言論自由理念的發展也是源自於新聞自由。<sup>⑬</sup>因此，即使一國之成文憲法並無保障新聞自由的具體明文規定，只要其國憲法是基於憲政主義（constitutionalism）<sup>⑭</sup>，而以保障人民基本權利為目的，並以權力分立制衡原則組織政府者，解釋上，新聞自由也應屬於憲法所保障的基本權利。

我國憲法雖無明文規定新聞自由為憲法所保障的一種基本權利，但國內學者通說都認為從我國憲法第十一條規定的意旨可明白推知新聞自由亦在該條保障之範圍內。<sup>⑮</sup>本文亦同意此種見解。

我國憲法第十一條規定：「人民有言論、講學、著作及出版之自由。」一般傳統的說法，皆認為該條規定就是憲法保障言論或意見表達自由的明文規定。通說認為該條所規定的「言論、講學、著作及出版」，僅是在規定言論或意見表達的各種方法或形式。例如，「以口頭發表其意見者，謂之言論；藉文書圖畫發表其意見者，謂之著作；以其著作印刷、或以攝影、錄音等方法，而傳布於眾者，謂之出版；以

⑫ See generally LEVY, *supra* note 10.

⑬ *Id.* at 3-15.

⑭ 有關「憲政主義」的意義，請參見林子儀，「什麼是憲政主義？」載自立早報，民國八十一年三月二十八日，「憲法教室」專欄。

⑮ 參見林紀東，「中華民國憲法逐條釋義（一）」，pp.172-173（民國七十一年二月條訂初版）；尤英夫，「新聞法論（上冊）」，pp.4-7（民國七十六年十一月）。

其意見在學校講授者，謂之講學」。<sup>15</sup>由於報紙雜誌及廣播電視等新聞媒體，係以印刷或以攝影錄音之方法，將其欲傳達的各種資訊或意見散佈於衆，屬於「出版」的形式之一，故而憲法第十一條規定的「出版」自由亦應包含有保障新聞媒體出版的「新聞自由」在內。

這種解釋的方式固然說明了新聞自由亦為我國憲法所保障的一種基本權利。但是，此種解釋方式下的新聞自由，可能會被認為只是言論或意見表達自由的一種形式而已，新聞自由並無其獨自特殊的地位，而新聞傳播媒體以新聞自由所能享有的憲法保障與一般人基於言論自由所享有的保障也並無不同。

本文雖然贊同國內學者的多數觀點，認為憲法第十一條的規定包括有對新聞自由的保障，也同意其可從該條所規定的「出版自由」中導出。不過，本文並不贊同僅是將新聞自由視為言論自由表達的一種形式。本文認為，新聞自由雖與言論自由有密切關係，但其為一種獨立於言論自由以外的一種基本權利。

在美國，不論法院實務或學理的觀點都一致同意新聞自由為其聯邦憲法增補條款第一條(First Amendment)所明文保障的一種基本權利。該條規定：「國會不得制定法律……剝奪人民的『言論』及『出版』的自由(the freedom of “speech,” or of “the press”)。」<sup>16</sup>但是新聞自由是從該條的「the freedom of speech」或是從「the freedom of the press」導出，美國法院實務見解及學者理論並無一致的見解。其爭議的重心乃在該二詞是否為同位語？新聞自由是否為獨立於言論自由之外的一種基本權利？也就是說，新聞傳播媒體的言論與一

<sup>15</sup> 林紀東，同上註，頁一五五。

<sup>16</sup> U.S. Const. Amend. I. 本文此處暫將「Freedom of the press」譯為「出版自由」。

般人的言論是否在憲法上有不同的保障？

有些美國學者從法制史的研究，說明其國制憲者在制頒憲法增補條款第一條規定時，其原意，乃是將「freedom of speech」與「freedom of the press」當作彼此可以交換使用的同義字。<sup>⑬</sup>而制憲者所以會將二者同時併列規定，也許是認為「freedom of speech」可能會被誤解為只保障以言語表達的言論或意見，為了避免誤會，乃另加上「freedom of the press」，用以明白表示以書寫表達的言論或意見，亦在憲法保障的範圍內。<sup>⑭</sup>根據這種看法，「freedom of the press」只是規定言論表達的一種形式而已。新聞自由雖然可能由「freedom of the press」的規定導出，但其顯然亦非一獨立於言論自由之外的一種基本權利。截至目前為止，美國法院實務及學理的通說都採取這種觀點，而認為新聞自由並非一種獨立於言論自由之外的基本權利。這種觀點亦與我國通說觀點相同。

不過當代有許多美國學者或法官嘗試賦予新聞自由一獨立的意義。主張該觀點者，有從「press」這個字的指稱意義在英、美社會的轉變，說明新聞自由應從言論自由中脫離而獨立自成一種特殊的基本權利的理由。持該種觀點的說法大致有如下述。在早期，尤其是十七及十八世紀，「press」這個字被用來指稱所有以印刷作為表達方法的各種形式，以示與用口頭或用手寫作為表達方法的不同。因此在這種意義下，「press」的概念等於「出版」，其不僅指稱報紙及雜誌，同時尚指稱書籍及各種形式的小冊子在內。然而，「press」在現代的意義則不大相同，在用到「the press」這個名詞時，我們並不會以為該名詞是在指稱類如

<sup>⑬</sup> See LEVY, *supra* note 10, at 170-71. See also MELVILLE B. NIMMER, NIMMER ON FREEDOM OF SPEECH 2-105-2-106(1984).

<sup>⑭</sup> See NIMMER, *supra* note 18, at 2-106.

書籍或一般雜誌的出版，而會認為其是指稱報紙、某些專業性雜誌、政論性雜誌、以及廣播與電視等。<sup>⑳</sup>因此在早期的意義下，「freedom of the press」固然是指出版自由；<sup>㉑</sup>但在「press」的現代意義下，憲法規定的「freedom of the press」也應隨著「press」意義的改變而專指「新聞媒體的新聞自由」。<sup>㉒</sup>至於傳統上手寫作或出版形式表達意見的保障，可概括由言論自由(freedom of speech)保障，而不再引用「freedom of the press」作為保障的根據了。

本文認為這種說法可以說只是對「freedom of the press」的用語或觀念轉變的一種描述，要以之說明新聞自由應為一獨立於言論自由之外的一種基本權利，尚有不足。而且，如不再進一步說明言論自由與新聞自由是否有別，則即使界定新聞自由為新聞媒體的新聞自由，其意義也可能是新聞媒體的言論自由，結果也仍然只是言論自由表達的一種形式而已。事實上，社會對「新聞自由」該詞的觀念所以會轉變，應該是社會大眾對新聞媒體在社會中所扮演角色或擔負功能的重要性有了與以往不同的認知，而擬給與新聞媒體某種與以往不同的社會地位所致。而學者對該詞的解釋，基本上也是將其主觀的價值或理念，透過所謂的解釋予以呈現。所以，重點應是在主張新聞自由應與言論自由不同的學者，為何要對新聞自由予以特殊化以及為何要強調其與言論自由不同的理由。而這理由基本上是包含對於新聞自由意義的闡釋，也就是包含於憲法為何要保障新聞自由的觀點之內。因此，為了了解新聞自由的意義、內涵、以及新聞自由是否與言論自由有所不同，我們必須要先探討憲法為何要保障新聞自由。

<sup>⑳</sup> See, e.g., FREDERICK SCHALER, *FREE SPEECH: A PHILOSOPHICAL ENQUIRY* 106-07 (1982).

<sup>㉑</sup> *Id.* at 106.

<sup>㉒</sup> E.g., NIMMER, *supra* note 18, at 2-104.

### 3.新聞自由的理論基礎——「第四權理論」

憲法為何要保障新聞自由呢？大部分的論者在回答這問題時，大都與說明憲法為什麼要保護言論自由所提出的理論相同，如追求真理說<sup>②③</sup>、健全民主程序說<sup>②④</sup>、及自我表現說<sup>②⑤</sup>等。因此其結論都認為新聞自由與言論自由，實質上為同一的基本權利。由於這些理論我已曾在另外的文章中，作了介紹及檢討，<sup>②⑥</sup>加以本文並不認為這些理論可以用來說明為什麼憲法要保障新聞自由的理論，因此本文對這些理論就不再重覆介紹及檢討了。本文以下只擬提出一個與上述三者不同的理論，這個理論就是「第四權理論」。<sup>②⑦</sup>本文認為新聞媒體在現代社會中所扮演的角色或所擔負的功能，應是說明何以新聞自由應為一獨立於言論自由之外的基本權利的理由。本文以下所要介紹的「第四權理論」，就是以新聞媒體在現代社會中的角色或功能為立論基礎，而主張新聞自由應為一獨立於言論自由之外之一種基本權利的一種理論。

#### 3.1.第四權理論

已故的美國聯邦最高法院 Potter Stewart 大法官於 1974 年 11 月 2 日，在耶魯大學法學院所發表的一篇演說中，根據新聞傳播媒體在現代社會的重要功能，提出了「第四權理論」(the fourth estate

<sup>②③</sup>請參見林子儀，前<sup>①</sup>引文，pp.239-45。

<sup>②④</sup>同上註，pp.246-54。

<sup>②⑤</sup>同上註 pp.254-65。

<sup>②⑥</sup>請參見林子儀，前<sup>①</sup>引文。

<sup>②⑦</sup>本文將在比較言論自由與新聞自由的理論基礎時，會對第四權理論與追求真理說、健全民主程序說、或自我表現說等，在理論上的異同作簡單的比較。請參見本文 5.1. 部分。

theory)。②⑧他認為憲法所以保障新聞自由的目的就在保障一個有組織的新聞傳播媒體，使其能成為政府三權之外的一種第四權，以監督政府，防止政府濫權，發揮制度性的功能。亦有學者將該理論稱為「監督功能理論」(the watchdog function theory)。②⑨其後 William J. Brennan, Jr. 大法官亦持相同的主張，強調憲法保障新聞自由的目的就是要讓新聞媒體能發揮監督政府及揭露政府濫權的功能。③⑩

Stewart 大法官之所以會提出第四權理論，主要是因為觀察到他當時所處的美國社會中，新聞媒體所擔任的角色功能而引起。他觀察到新聞媒體在越戰時期，所作的調查性報導以及與美國政府行政部門相抗衡的角色功能，開始受到美國人民的注意。而新聞媒體對「水門事件」鏖而不捨追蹤調查及報導，導致 Nixon 總統的辭職下臺，更使人們深切地認識到新聞媒體在擔任監督政府功能方面所能發揮的效果。③⑪然而，他也觀察到，雖然人們歡迎新聞媒體揭露並監督政府官員不法的行為，但人們也對新聞媒體在發揮這功能時，所行使的權力是否合法正當，感到疑惑。Stewart 大法官於是提出第四權理論，說明新聞媒體擔任監督政府的功能，正是美國憲法「新聞自由」所設之目的。③⑫

Stewart 大法官為了說明其觀點，將歷年美國聯邦最高法院有關新聞媒體主張新聞自由的案件，③⑬予以扼要的分析，並總結認為聯邦

②⑧ See Stewart, *supra* note 10, at 634.

②⑨ See David Kelley & Roger Donway, *Liberalism and Free Speech*, in DEMOCRACY AND THE MASS MEDIA 70-1, 97-8 (Judith Lichtenberg ed. 1990).

③⑩ See William J. Brennan, Jr., *Address*, 32 RUTG. L. REV. 173 (1979) ; *Herbert v. Lando*, 441 U.S. 153, 185 (1979) (Brennan, J., Dissenting).

③⑪ Stewart, *supra* note 10, at 631.

③⑫ *Id.*



最高法院在解釋憲法所保障的新聞自由時，是將之當作一種制度性組織的條款（a structural provision）加以了解。<sup>④①</sup>也就是說憲法其他的基本權利條款，都是保障個人的一些特定的基本權利或自由權；相對地，新聞自由則是保障一種制度性的組織，也就是新聞媒體。<sup>④②</sup>Stewart 大法官認為如此解釋新聞自由條款是正確的，並主張如果將「新聞自由」解釋成新聞媒體的「言論自由」，是無意義的。因為，新聞媒體的新聞自由與一般人的言論自由，如是相同的，制憲者為何還要將言論自由與新聞自由分別規定，只要規定言論自由即已足夠。他認為制憲者之所以作如此的分類，是因為將言論自由與新聞自由視為兩種不同性質的基本權利。<sup>④③</sup>

然而憲法的新聞自由到底是要保障新聞媒體成為那一種制度性組織呢？Stewart 大法官認為憲法保障新聞自由的目的，並不在保障新聞媒體成為一個公眾討論的中立性論壇，一個言論思想的自由市場，也不是要將新聞媒體作為提供社會大眾一個類似英國海德公園的言論廣場，既不是要將新聞媒體當成是政府與人民間一個中立的訊息溝通管道；他認為憲法保障新聞自由的主要目的，是要維護新聞媒體的自主性，以保障新聞媒體能成為政府三權之外的第四權，使其能發揮監

④① *Id.* at 635-36. Stewart 大法官例舉了四類型案件，包括誹謗案件、新聞記者不洩露消息來源之特權案件、接近使用媒體案件、以及報導國家機密案件等。

④② *Id.* at 632-33.

④③ *Id.* at 633.

④④ *Id.* at 633-34. 關於這點，Stewart 大法官的論點亦獲得其他學者研究的支持。See, e.g., Anderson, *supra* note 10; Vincent Blasi, *The Checking Value in First Amendment Theory*, 1977 AM. BAR FOUND. RES. J. 521, 535-38 (1977). 不過也有部分學者不同意該論點，而認為美國憲法制憲當時，「言論自由」與「新聞自由」是相互可以交換使用的名詞，二者所指涉者並無本質的不同。See, e.g., LEVY, *supra* note 10, at 170-71; NIMMER, *supra* note 18, at 2-105-2-106.

督政府之制度功能。<sup>⑩</sup>

分析 Stewart 大法官的論點，他之所以將憲法保障新聞自由的規定解釋為一種保障新聞媒體組織的制度性條款，並認為憲法規定該條款的目的是在藉由保障新聞媒體的自主性，以使新聞媒體發揮監督政府的制度功能，主要是根據他對歷年美國聯邦最高法院有關新聞自由案件的判決的分析，以及根據他從美國聯邦憲法的文字規定所探得的制憲者意圖。<sup>⑪</sup>然而，美國聯邦最高法院的有關新聞自由的判決以及美國聯邦憲法的制憲者是否真如 Stewart 大法官所觀察，將新聞自由當作是一種保障新聞媒體成為第四權的制度性條款，並非沒有爭論。例如制憲者原意為何，就有相當多的學者認為制憲者是將新聞自由當作是言論自由表達的一種形式而已，本質上與言論自由並無差異。<sup>⑫</sup>而且，實際上，美國聯邦最高法院的多數意見從未明白聲明新聞自由與言論自由為二種不同的基本權利。<sup>⑬</sup>因此，Stewart 大法官如將其理論訴諸於這兩者，其基礎是相當有爭議性，而且是相當薄弱的。

<sup>⑩</sup> See STEWART, *supra* note 10, at 634.

<sup>⑪</sup> Stewart 大法官相當強調制憲者的意圖。*Id.* at 633, 634, 636-37. 美國制憲者之一 Thomas Jefferson 即曾言，為了使人民能有效監督政府「其最佳之方法乃是透過新聞媒體之方式，就有關國民之各種事項，提供國民充分之新聞，努力使這種新聞能深入國民各階層」。(引自李鴻禧，「憲法與人權」(pp.371-418)，p.380 (一九八五年九月)。) 即是一種視新聞自由為一種特別的及負有監督政府功能的基本權利。See also Blasi, *supra* note 36, at 535-38.

<sup>⑫</sup> See, e.g., LEVY, *supra* note 10, at 170-71; NIMMER, *supra* note 18, at 2-105-2-106; Lange, *supra* note 3, at 91-99.

<sup>⑬</sup> See *supra* note 2. 不過，美國聯邦最高法院在處理涉及新聞媒體及新聞自由的案件時，似乎也曾以類似第四權的理論，作為解釋憲法為何要保障新聞自由的理由。例如在 1966 年的 *Mills v. Alabama*, 384 U.S. 214 (1966)，曾表示：「美國憲法特別選擇了新聞媒體(The Press)在公眾事務的討論中扮演一個重要的角色。因此，新聞媒體就是擔任或被設計為矯正任何政府官員濫用權力一種強有力機制，一種由憲法所選擇用來促使由人民選出的政府官員能向其所應服務的全體人民負責的手段。」*id.* at 219。這段文字所主張者就是一種第四權理論的觀點。

本文認為 Stewart 大法官提出第四權理論的最重要的理由，也是他想藉由制憲者原意及美國聯邦最高法院判決先例所表達的真正理由，是他認為新聞媒體在現代民主社會中，事實上所擔負的監督政府的角色及功能是相當重要的，以至於新聞媒體成為一個民主國家的政府組織結構中，不可或缺的一種憲政制度。而為了因應這種現實，對憲法為什麼要保障新聞自由的最好解釋，就是認之為一種制度性組織的條款，以保障新聞媒體發揮監督政府的功能。

或許由於 Stewart 大法官上述的第四權理論，是以演講的方式提出的，上述 Stewart 大法官的論說，顯有不足之處。本文認為要作為一個比較完整的理論，他應對下面兩個問題，作進一步的分析說明：其一，為什麼新聞媒體在現代民主社會中所擔負監督政府功能的重要性，會使我們要將新聞自由解釋為制度性組織條款以保障新聞媒體發揮特殊的憲法功能？其二，以第四權理論為基礎的新聞自由，究竟與一般的言論自由有什麼不同？在 Stewart 大法官的原始理論中，並未對這兩個問題作進一步的說明。其後支持該理論的學者，對這兩個問題作了相當的補充。其中以學者 Vincent Blasi 教授<sup>①</sup>及 C. Edwin Baker 教授<sup>②</sup>兩人的論述最具代表性。本文以下即以他們的觀點為

① See Blasi, *supra* note 36. Blasi 教授在該文提出的監督功能理論與第四權理論類似。不過，他的監督功能理論並非僅用來說明憲法為何要保障新聞自由，而是將之用來說明美國憲法為何有憲法增補條款第一條規定。他主張憲法為何要保障言論自由，也可用監督功能理論予以說明。與第四權理論僅是用來說明憲法為何要保障新聞自由不同。然而，Blasi 教授在提出監督功能理論時，作了相當詳細的說明，可以補充 Stewart 大法官原來理論的不足。因此本文即以之來對第四權理論作進一步的說明。而且，事實上，Blasi 教授在探討監督功能理論時，新聞自由一直是其討論的重心，因此以其對監督功能理論的觀點來說明第四權理論，應不致有衝突不合之處。

② See C. EDWIN BAKER, *HUMAN LIBERTY AND FREEDOM OF SPEECH* (1989); C. Edwin Baker, *Advertising and a Democratic Press*, 140 U. PA. L. REV. 2097(1992).

主，並輔以其他學者的觀點，進一步說明第四權理論的內涵。

第四權理論的主要理由是強調新聞媒體在現代民主社會中擔任監督政府角色的重要性。因此，如要使第四權理論具有說服性，除了應對新聞媒體監督政府的重要性，加以說明之外，並且要進一步說明，將新聞自由解釋並建構為保障新聞媒體發揮監督政府的功能的必要性。

爲了說明新聞媒體監督政府的重要性，支持第四權理論者首先說明了政府應受監督的必要性及重要性。

爲什麼政府需要監督？可以分從理論與實際兩方面來立論。從理論層面言，現代民主國家皆以代議民主方式組織政府，政府的權限均源自於人民的同意及授權。政府有義務，人民也有權期待政府應以人民的福祉作為施政的中心，政府的施政也應遵守民主政治的一些基本原則。然而，爲實踐民主理念，並且爲保證政府會尊重民意，對政府應作適當的控制及監督。因此，在民主政治之下，政府最後仍要向人民負責，並且必須讓人民有機會監督政府的各項施政措施。<sup>13</sup>

其次，基於現實的考量，由於政府具有一些特性，如其濫用權力將造成相當大的弊害，爲了防止弊害的發生，政府應受監督。詳言之，即使一私人組織，其一舉一動可影響數百萬人的生活，其濫權的弊害仍不足以與政府濫權的情形同視。政府濫用權力所造成弊害的嚴重性遠大於私人濫用權力所可能產生的弊害。因爲政府被賦予並擁有使用「合法的暴力」(legitimized violence)的權限，而這是一般私人——不論其是否爲一組織龐大或資產雄厚的私人——所未有的權限，而且政府經由其嚴密的階層組織，也較私人容易動員其所擁有的資源

● See, e.g., Blasi, *supra* note 36, at 540, 542.

及行使其權限；因此在一般情形，政府的決定將比私人決定更能獲得人民的遵從。而政府官員如濫用這種權限，勢必對人民及社會整體帶來極大的傷害。<sup>④⑩</sup>尤其，為因應現代社會組織的日趨龐大以及人們互相依賴性日深的社會現實，現代政府成了一個組織繁複的大政府，人民日常生活幾乎無所不受到政府的干預。因此，政府如濫用權力，所造成的弊害也更嚴重。<sup>④⑪</sup>為了預防政府的濫權，對政府作適當的監督應有必要。

然而，要如何監督政府呢？對於一個再強有力的私人團體或組織，我們可以藉由政府對之加以監督或管制；可是，相形之下，由於政府獨佔了使用合法暴力的權限，我們很難找到一個可以對政府作類似監督的力量。<sup>④⑫</sup>或有謂在民主憲政之下，我們不是以分權制衡理論組織政府嗎？難道政府不同權力機關的彼此監督仍不足以防止政府的濫權嗎？理論上，政府權力機關的彼此監督應是自主性的，但事實上，政府權力機關所以會對其他權力機關行使監督的權限，通常都是因應人民輿論壓力才有作為。<sup>④⑬</sup>

對政府的監督，雖然在理論上或事實上，最後需藉由人民的輿論或公意，並經由選舉時的投票、或消極的不遵守政府的法令、或甚至以極端激進的革命手段等壓力，使政府能接受人民的監督。然而，人民的監督力量，是相當分散的，要整合彙集人民的力量並非易事，而且人民也缺少政府所擁有的可用資源，例如人員、機關組織、充分的資訊等，所以一般人民要對政府作有效的監督是相當困難的。<sup>④⑭</sup>由於

<sup>④⑩</sup> *Id.* at 538, 539.

<sup>④⑪</sup> *Id.* at 541.

<sup>④⑫</sup> *Id.* at 538-39.

<sup>④⑬</sup> *Id.* at 539. *but cf.* Stewart, *supra* note 10, at 636.

<sup>④⑭</sup> See, e.g., Blasi, *supra* note 36, at 538-39.

政府必須受到監督，而一般人民又無法對之作有效的監督，如此即突顯出新聞媒體監督政府的重要性了。

新聞媒體監督政府的重要性可從兩方面來看。首先，是新聞媒體具有提供資訊及形成公意的功能，這可以說是新聞媒體傳統及一般的功能。新聞媒體提供一般大眾足夠的資訊，以了解政府作了些什麼；並且提供並促進公眾對公共議題討論的機會，以形成公意，藉以監督政府的施政。因此，即使強調由人民來監督政府，新聞媒體也擔負了極重要的角色。新聞媒體在監督政府功能的另一個重要性，也是 Blasi 教授及 Baker 教授特別強調的，就是，在現實中，人民並未能有效的監督政府，尤其現代政府為一結構繁複的龐大組織，要監督這樣一個組織，必須要有一個結構良好、財務健全、擁有專業評論家、具有獲取充分資訊能力、並且有將其所獲資訊或評論傳遞給一般大眾的能力之組織，才足以擔負監督政府的功能。<sup>⑬</sup>而具有這種資格及能力的組織也只有新聞媒體事業。

然而，新聞媒體事業一般而言雖然要比單一的個人具有更大的力量，所能發揮的監督功能也較大。不過，一個新聞媒體事業的運作，通常要仰賴許多個人持續性的合作。由於這種事業運作時的複雜性，使得新聞媒體事業特別容易受到政府的操縱及壓力，而易傷害到其獨立自主性。因此，如要讓新聞媒體發揮監督政府的功能，憲法應予以特別的保護。<sup>⑭</sup>

第四權理論即基此理由而認為憲法所以要保障新聞自由，其主要目的即是為了維持新聞媒體的自主性，俾使新聞媒體能提供未受到政

<sup>⑬</sup> E.g., Blasi, *supra* note 36, at 541, 564; BAKER, *supra* note 42, at 233.

<sup>⑭</sup> E.g., BAKER, *supra* note 42, at 233. 為了行文方便，關於第四權理論認為新聞媒體應在新聞自由之下，享有一些特別的權利，其權利之內容或類型，本文將在下一節予以介紹討論。

府控制或影響的資訊、娛樂及意見，促進人們對政府及公共事務的關心，並進而促成公眾討論，形成公眾意見，以發揮監督政府施政的功能。<sup>①</sup>

分析第四權理論，可以將其理論歸納為以下幾項重點：一、該理論基本上是從民主理論出發，認為政府如果濫權將會產生相當大的弊害，為了防止政府濫權，政府應受監督。因此，第四權理論可以說是以如何健全民主社會為立論的目的。二、該理論是從事實上的觀察及經驗，以肯定現代新聞媒體足以在現代民主社會中擔負的監督政府的功能或角色，作為立論的基礎。三、將憲法保障新聞自由的條款解釋為制度性的組織條款，認為憲法之所以保障新聞自由，就是要保障新聞媒體的自主性，使其能成為政府三權之外的第四權，以發揮監督政府的功能。

而根據第四權理論所建構的新聞自由有下列幾點特性：

一、新聞自由為一種制度性的基本權利(an institutional right)，而非一種個人性的基本權利(an individual right)：

第四權理論認為新聞媒體監督政府為現代民主社會中極重要的一項制度，新聞自由乃是憲法為了保障新聞媒體自主性，以使其發揮監

① *Id.* at 229, 233-34, 250.該理論強調新聞自由主要的目的是在保障新聞媒體的自主性，而不是在保障一般大眾可以接受較高品質或較多數量的資訊。*id.* at 229.另一位支持理論第四權的學者，Lucas A. Powe, Jr.教授，也持相同的觀點。他把一般將新聞自由建立在人民「知的權利」(The Right to Know)之上的理論與第四權理論予以分立，並認為「知的權利」理論並非一個可以用來說明憲法何以要保障新聞自由的適當理論。*See* LUCAS A. POWE, JR., THE FOURTH ESTATE AND THE CONSTITUTION: FREEDOM OF PRESS IN AMERICA 235-87(1991).對於他的論點，我將在以後另寫專文加以討論。

督政府的制度性功能，而給與新聞媒體的一種基本權利保障。在此意義下，新聞自由屬於一種爲了維護新聞媒體作爲民主社會一項制度所需之制度性的基本權利，而與以保障個人之自由或權利的其他個人基本權利不同。<sup>⑫</sup>

## 二、享有新聞自由之權利主體爲新聞媒體而非一般大眾：

第四權理論認爲憲法保障新聞自由的目的，是爲了保障新聞媒體發揮監督政府的功能，因此，享有新聞自由的權利主體爲媒體。由於新聞自由的享有者應具有一定的身分。<sup>⑬</sup>與一般憲法所保障的基本權利，是一種不認身分，任何人均得享有者不同。

第四權理論並非排斥或不承認一般的個人也能扮演監督政府的角色。只是因爲現代政府爲一結構繁複的龐大組織，一般大眾並無法對之作有效的監督。其認爲要監督這樣一個組織，必須仰賴於一個結構良好、財務健全、擁有專業評論家、具有獲取充分資訊能力、並且有將其所獲資訊或評論傳遞給一般大眾的能力之新聞媒體事業。<sup>⑭</sup>而且，憲法言論自由的保障已足以提供個人扮演監督政府功能所需之適當保障，<sup>⑮</sup>不必再引用新聞自由作爲護身符。因此將新聞自由解釋爲專爲使新聞媒體發揮監督政府功能所需的憲法保障基礎。

新聞媒體的事業主、編輯、或新聞記者是新聞自由的實際享有人，但其非以個人的身分享有新聞自由，而是以作爲新聞媒體的一份子的身分享有新聞自由。<sup>⑯</sup>另一方面，任何個人或組織均有設置新聞媒體

<sup>⑫</sup> E.g., Stewart, *supra* note 10, at 633.

<sup>⑬</sup> See, e.g., Blasi, *supra* note 36, at 547-48, 563-64.

<sup>⑭</sup> 參見前文<sup>⑪</sup>至<sup>⑬</sup>及相應之本文說明。

<sup>⑮</sup> See, e.g., BAKER, *supra* note 42, at 233.



事業，或加入新聞媒體工作的機會，而均有可能受到新聞自由的保障。

57

### 三、新聞自由是一種工具性的基本權利：

根據第四權理論，憲法之所以保障新聞自由是希望藉此達成監督政府的目的，因此，依其理論，憲法之所以保障新聞自由乃是因為其具有幫助達成特殊社會目的之工具價值；亦即，新聞自由可以保障新聞媒體為社會整體利益扮演監督政府的角色，而有助於新聞媒體完成工具性的功能。<sup>56</sup>由於新聞自由是一種工具性的權利，因此，如果政府某種立法或行政措施，雖然限制了新聞媒體的新聞自由，但是如其能比不限制新聞自由更能達成監督政府的目的時，該項立法或行政措施將不會被認為是違憲的。<sup>57</sup>換言之，與言論自由比較，政府對新聞自由的管制，比較能通過合憲性的審查。政府可以基於為了達成憲法保障新聞自由的目的——對政府的有效監督——而限制新聞自由，只要是這種限制比不限制更能有助於目的達成。<sup>58</sup>

### 四、新聞自由並非是以保障或促進新聞媒體自身的利益為中心：<sup>59</sup>

<sup>56</sup>當然這並不排除其尚保有以個人身分享有言論自由保障之地位。

<sup>57</sup>嚴謹地說，自由地設置或組織新聞媒體事業應屬新聞自由的具體內容，因此，如果任何人都有這種自由，則前述新聞自由的享有者僅限於新聞媒體的觀點，似乎即有矛盾。不過，本文認為當一個人或組織開始有設立新聞事業的具體行為時，其應可視為準新聞媒體，而享有新聞自由的保障。

<sup>58</sup> See, e.g., BAKER, *supra* note 42, at 230.

<sup>59</sup> See, e.g., Blasi, *supra* note 36, at 547; BAKER, *supra* note 42, at 231-32.

<sup>60</sup> See, e.g., Judith Lichtenberg, *Foundations and Limits of Freedom of the Press*, in DEMOCRACY AND THE MASS MEDIA 104-05 (Judith Lichtenberg ed. 1990).

基於第四權理論觀點，新聞自由是一種制度性的權利及一種工具性的權利的另一層意義，即是新聞自由並非是以保障新聞媒體的自身利益為中心。第四權理論所以強調新聞自由是在保障新聞媒體的自主性，並非是基於保障新聞媒體的自身利益，其所強調者毋寧為保障人民能獲得未受到政府控制的資訊。其以為憲法保障新聞自由的意義即在於保障一個有限的制度空間(a limited institutional realm)，讓新聞媒體能夠產出及傳遞訊息、意見、及對未來的一些想法，提供一些事實及一些想像，在必要時，能夠提供人們足夠的資訊及理論根據，或激發民衆的動機，去挑戰或抗拒政府的某些行為。<sup>⑫</sup>因此，第四權理論下的新聞自由主要是以視聽大眾實踐民主理念的利益為中心。

#### 五、新聞自由提供新聞媒體一些言論自由保障之外的特別保障：

第四權理論認為如要讓新聞媒體發揮監督政府的功能，憲法應予以特別的保護。而這些保護是言論自由所未能提供的。<sup>⑬</sup>最常被提到的這些特別保障有採訪新聞的權利(newsgathering rights)、不洩露新聞來源的權利、以及不受搜索及扣押證物的權利等。本文在下文將以專節介紹這些特別的權利，並討論其是否應為新聞自由所保障的權利類型。

<sup>⑫</sup> E.g., BAKER, *supra* note 42, at 233; Blasi, *supra* 36, at 553, 558.

<sup>⑬</sup> E.g., BAKER, *supra* note 42, 233-34.

<sup>⑭</sup> 在這項論點上，即使主張第四權理論者似也有不同的想法。其中最明顯的例子就是在 *Saxbe v. Washington Post Co.* (417 U.S. 843 (1974)) 一案中，在 Stewart 大法官所主筆的法院多數意見，Stewart 大法官即否認新聞媒體可依據新聞自由而主張在採訪新聞時有比一般大眾擁有更多的權利。在該案中，其否認新聞記者可以享有一般大眾無法享有的對監獄中犯人的採訪權。

### 3.2.反對第四權理論者的觀點

雖然，國內外在形容新聞媒體時，常喜歡用「第四權」這個名詞，似乎第四權理論已受到普遍的認同。然而，事實上，第四權理論在提出該理論的美國並未受到完全的支持。持反對意見者對第四權理論的批評，可綜合歸納為下列四點。

第一、新聞媒體是否果真對社會具有影響力？反對第四權理論者對第四權理論的質疑是針對第四權理論強調新聞媒體對社會影響力的觀點。反對者認為並無任何充分的證據顯示，經由新聞媒體傳播的言論或意見的表達，對社會的影響力絕對大於未經新聞媒體傳播的言論或意見表達對社會的影響力。雖然也沒有任何證據顯示出相反的結論。即使有人致力於實際研究新聞媒體對社會的影響力，亦屬徒然。因為這項研究的結果將只能證實無人能夠充分證明所謂的新聞媒體影響力究竟是什麼，也無人能證明它究竟是如何對社會產生影響力的。

④由於第四權理論立論的基礎，是基於新聞媒體在現代社會中的重要地位及影響力，但如果對於作為其立論基礎的前提都無法有效證明，則其理論的基礎是相當薄弱的。

第二、言論自由與新聞自由是否果真不同？對第四權理論第二點批評是質疑該理論所強調的言論自由與新聞自由的差異性。反對者認為藉由新聞媒體表達或傳佈意見，與一般人藉由言論、演講或出版等一般言論表達的方法表達或傳佈意見，在本質上並無不同。其所差異者即為表意人的屬性的不同而已，然而為何對新聞媒體的表意行為要

④ See Lange, *supra* note 3, at 103. See also David L. Lange, *The Role of the Access Doctrine in the Regulation of the Mass Media: A Critical Review and Assessment*, 52 N. C. L. REV. 1, 16-21 (1973).

給予特殊的待遇？<sup>⑬</sup>

第三、如何及由誰界定「新聞媒體」？反對者認為何謂新聞媒體，純為定義問題。如果允許政府可藉界定何為新聞媒體，決定何者得享有新聞自由的保障，不就是等於一種事前限制的執照制度？此根本與憲法保障言論或新聞自由的理念不符。<sup>⑭</sup>如果無法提出一個具體可行的新聞媒體定義，則第四權理論的所有努力至多也只是理論，而無法具體落實。

第四、給與新聞媒體特殊待遇是否合理？即使可以具體的界定新聞媒體，反對第四權理論者尚質疑，讓新聞媒體享有特殊待遇，豈不是使新聞媒體居於社會的菁英地位？或甚而成為「新聞媒體統治政治」(mediacracy)，而非民主政治了？<sup>⑮</sup>而且，如果只有具有一定身分的人才能享有新聞自由，顯然違反了任何人均應平等享有所有基本權利的基本理念。

簡言之，反對第四權論者主要是質疑新聞媒體在現代社會中是否果真具有如第四權理論所說的那般重要性，並且仍維持傳統見解，主張新聞自由的保障，並非僅新聞媒體方能享有，而是一般大眾均能享有。而且，言論自由與新聞自由不僅無區分的必要，而且事實上也無法予以區分。

### 3.3. 本文支持第四權理論的理由

<sup>⑬</sup> See, e.g., *First National Bank of Boston v. Bellotti*, 435 U.S. 765, 797-801(1978) (Burger, C.J., Concurring); Lewis, *supra* note 3, at 607.

<sup>⑭</sup> *Id.* 至於為何事前限制的執照制度與憲法保障言論或新聞自由的理念不符，請參見林子儀，前<sup>⑫</sup>引文。

<sup>⑮</sup> See, e.g., Steven Shiffrin, *Defamatory Non-Media Speech and First Amendment Methodology*, 25 UCLA L. REV. 915, 923(1978); FRANKLYN S. HAIMAN, *SPEECH AND LAW IN A FREE SOCIETY* 14-15(1981).

本文基於對新聞媒體在現代社會中擔負著監督政府之重要角色的認知，支持第四權理論，同意應經由憲法為何保障新聞自由的解釋，賦予新聞媒體憲法上之特殊地位及提供適當的保障，以使其能發揮監督政府之功能。

詳言之，本文對於第四權理論的基本論點都持贊同意見。本文同意基於民主理念的理論及實際，政府均應受到民意監督，而且也同意政府如果濫權將會產生相當大的弊害，爲了防止政府濫權，政府應受監督。本文也同意對政府的監督，僅依賴權力分立制衡的政府組織設計是不夠的，而且在無新聞媒體的助力下，人民也無法對政府作有效的監督。而從事實上的觀察及經驗顯示，在現代民主社會中，現代新聞媒體確實具有能力可對政府作有效監督。爲了使新聞媒體能發揮監督政府的功能，本文同意第四權理論應將憲法保障新聞自由的條款解釋爲制度性的組織條款，以保障新聞媒體的自主性，除使其能成爲政府三權之外的第四權，直接發揮監督政府的功能外，並維護新聞媒體能提供未受到政府控制或影響的資訊、娛樂及意見，促進人們對政府及公共事務的關心，並進而促成公眾討論，形成公眾意見，助成大眾對政府的有效監督。

首先就政府必須要受到監督的論點言。誠如英國 Acton 爵士的名言：「權力使人腐化，絕對的權力使人絕對的腐化。」<sup>⑭</sup>在我們建立國家，成立政府組織時，我們把相當大的權限交給了政府，如果不對政府的權限作適當的監督，萬一政府濫權，將對大眾造成相當大的傷害。我們以民主理念組織國家，而以代議民主的方式並根據分權制衡

<sup>⑭</sup> John Acton, *Acton-Creighton Correspondence* In *ESSAYS ON FREEDOM AND POWER* 357, 364(1949). 引自 JESSE H. CHOPER, *JUDICIAL REVIEW AND THE NATIONAL POLITICAL PROCESS* 270, 463 n. 37(1980).

的原理組成政府，原即思以制度防患政府的濫權。不過，就如前文所述，即使經由政府內部作相互的監督，或由人民作最後或直接的監督，如缺少新聞媒體的幫助，實際上仍無法對政府為有效的監督。

反對第四權理論者質疑新聞媒體是否果真對社會意見的形成具有影響力，因為第四權理論並未也無法對這項論點提出充分的證明。本文認為，要求提出確切證據證明經由新聞媒體傳播的言論或意見的表達對社會意見的形成的影響力，絕對大於那些未經新聞媒體傳播的言論或意見表達對社會意見形成的影響力，是相當困難的，<sup>⑬</sup>不過即使我們無法有這種充分確切的證據，而只從常理的邏輯推論，應該不致有人會否認一個能將其意見想法傳遞給數十萬人或數百萬人的人或組織，比一個只能將其意見想法傳遞給單一個人之人或組織，在社會影響力上，尤其是公共意見的形成上，具有較大影響力。<sup>⑭</sup>因此認為新聞媒體較一般個人對社會公意的形成具有較大的影響力，應不為過。

⑬

⑬ 國內學者亦有對新聞媒體的影響力作過實證的研究調查，例如羅文輝、鍾蔚文兩位教授曾對電視新聞對青少年政治知識影響力作過實證研究，結論是肯定電視以及報紙均對青少年政治知識具有影響力。請參見羅文輝、鍾蔚文，「電視新聞對青少年政治知識的影響」，新聞學研究，第四十五集，pp.81-99（民國八十年十二月）。但是，該實證研究並未說明電視新聞及報紙是否比個人更具影響力。國內有關新聞媒體「議題設定效果」的研究，也都有其研究的限制，也只能說明新聞媒體對某種議題有某種程度的議題設定效果，而無法證明新聞媒體對所有議題均有議題設定效果，更無法證明新聞媒體的影響力一定大於其他的影響因素。請參見徐惠玲，「我國報紙議題設定功能之研究——以六十九年增額中央民意代表選舉政見為例」，政大新聞研究所碩士論文（民國七十一年一月）；廖淑伶，「議題設定效果因素之探討：媒介特性、人口變項、傳播行為與大眾媒介議題設定之關聯分析——以大臺北地區為例」，政大新聞研究所碩士論文（民國七十九年六月）；高振盛，「電視廣告議題設定效果之初探」，政大新聞研究所碩士論文（民國八十年十二月）。

⑭ See, e.g., Melville B. Nimmer, *Speech and Press: A Brief Reply*, 23 UCLA L. REV. 120, 120-21 (1975).

而且，我們也可以從另一個比較現實的角度來觀察及說明新聞媒體對社會的影響力以及在監督政府上的重要性。我想無人會否認在現代社會中，一般大眾即使很關心政府到底在作什麼，作得好不好，我們也缺少時間及資源，親自去調查政府所作所為。新聞媒體的存在，可以以很簡要的方式，將政府在作些什麼的訊息提供給我們，讓我們在決定政府的施政良莠與否時，能有足夠的資訊。因此，在現實上，新聞媒體對於民主的真正實踐是具有相當重要性的。<sup>72</sup>

事實上，現實生活中，一般大眾是否關心政府的施政尚值得懷疑，大多數人不是漠不關心，或就是無暇兼顧，或就是相信代議民主，認為只要定期的經由選舉選賢與能，已經足夠。在這種情形下，監督政府的責任，就落在新聞媒體身上。這固然一方面是因為傳統上，新聞媒體即扮演著監督政府的角色有關，<sup>73</sup>另一方面，也是因為將政府的行為及和公眾利益有關的事務的資訊、以及其他具有新聞價值的資訊、以及對公共議題的評論或意見提供給大眾，以促進人們對政府及公共事務的關心，並進而促成公眾討論，形成公眾意見，本即是新聞媒體事業的主要業務。

而且就像第四權論者所說，在當今社會中，也只有新聞媒體有能力可以比較有效的作為政府的監督者。不僅在社會分工上，其即擔負此種功能，可以長期、持續、專業的從事監督政府的角色；而且，從

<sup>72</sup> See, e.g., NIMMER, *supra* note 18, at 2-122; Martin Linsky, *The Media and Public Deliberation*, in THE POWER OF PUBLIC IDEAS 205 (Robert B. Reich ed. 1988).

<sup>73</sup> See, e.g., *Cox Broadcasting Co. v. Cohn*, 420 U.S. 469, 491, 495 (1975); NIMMER, *supra* note 18, at 2-122; BEN H. BAGDIKIAN, THE MEDIA MONOPOLY 237 (3rd. ed. 1990).

<sup>74</sup> See, e.g., Alec Hunter Boyd, Note, "Small Numbers" and Strict Scrutiny: *Differential Taxation of the Press*, 19 HASTINGS CONST. L.Q. 535, 557-58 (1992).

監督現代政府所需資源的觀點而言，一個成功的新聞媒體，也比一般大眾具有較多的資源，適合擔任這種工作。

基於這種對現代新聞媒體在一個民主社會中所扮演的重要角色的認知，本文同意第四權理論者的觀點，而主張如要讓新聞媒體確實能發揮監督政府的功能，應該經由新聞自由的保障給予新聞媒體憲法上之特殊地位及提供適當的保障。

本文所以會採取第四權理論，除了上述第四權論者的觀點之外，另外尚有一些本文特別的考慮，也就是基於促進資訊的接近取得及流通、建立接近使用媒體權制度、以及維護新聞媒體的內部自主性等實際需要的考慮。

首先，基於接近取得資訊以及資訊流通的實際需要考慮，本文認為必須讓新聞媒體能有較一般大眾更多的接近取得資訊權，才是在資訊社會中，大眾能獲得更多資訊及促進資訊流通的實際可行的作法。例如，雖然一般大眾有接近獲得政府資訊的權利，<sup>④</sup>但在一些特殊情形，例如政府的新聞記者會、火災現場、犯罪現象……等等具有新聞性的事件，要讓所有想獲取這些資訊的大眾皆可接近獲得這些資訊，事實上是有困難的。因此在實際的作法上，我們並未讓一般大眾可以接近這些事件的現場以獲取有關資訊的權利，而是讓新聞媒體有這些一般人所沒有的權利，藉由新聞媒體的採訪及報導，將這些具有新聞價值的資訊傳播給大眾。以第四權理論建構新聞自由的體系，可以賦

④參見林子儀，「資訊取得」，載「建構健全資訊社會之政策與法制研究」（pp.149-83），p.154，經社法規研究叢書 003，行政院經濟建設委員會健全經社法規工作小組出版（民國七十八年十月）。現收錄於作者所著「權力分立與憲政發展」一書中。但有論者認為這種權利並非為憲法上的權利。See, e.g., Lillian R. BeVier, *An Informed Public, an Informing Press: The Search For a Constitutional Principle* 68 CALIF. L. REV. 482(1980).



與新聞媒體一些一般大眾無法經由言論自由所能享有的權利，就是將目前新聞媒體實際上所享有採訪或獲取新聞資訊的權利，賦予以理論基礎，並予以具體化。

其次，由於在現代社會，新聞媒體已為大眾獲取資訊的主要來源，因而亦使新聞媒體成了引導輿論及製造輿論的有效工具。然而隨著新聞媒體的集中化，以及自由經濟制度下商業化主導的趨勢，新聞媒體已淪為經濟力或政治力強者操縱輿論的工具，經濟力及政治力的弱者無法藉由新聞媒體表達其意見或引起公眾討論其所關心的議題，而造成言論表達不公平的現象。對於這種現象，即有論者提出「接近使用媒體權」(the right of access to the media)，允許一般大眾在一定的條件下，可根據該項權利，要求新聞媒體提供版面或時段，讓大眾免費或付費使用，以表達其個人的意見。如此方能提供每一個人都有公平表達意見的機會，以促進不同意見的表達及討論，而有助於民主社會的和諧及實踐。<sup>⑮</sup>我也基於平等的言論自由權理念，同意有限度及合理的接近使用媒體權。<sup>⑯</sup>以第四權理論為基礎的新聞自由理念，將有助於這種接近使用媒體權的建立。

本文所以採取第四權理論，還有一點特別的考慮，也就是有關新聞媒體內部自主性的問題。<sup>⑰</sup>在目前我國新聞媒體事業的組織結構下，新聞專業人員只是事業主的僱員，就像其他營利事業的受僱員工一樣，受僱於新聞媒體事業的新聞專業人員，完全需接受事業主的指示，為事業主的利益服務。而在現實中，如果事業上忽略了新聞媒體

⑮參見林子儀，「論接近使用媒體權」，新聞學研究，第四十五集，pp.1-23（民國八十年十二月）。

⑯同上註。

⑰國內目前對該議題的討論，請參見翁秀琪，「工作權與新聞記者之自主性」，載翁秀琪、蔡明誠主編，「大眾傳播法手冊」，pp.297-327（民國八十一年八月）。

的職業倫理規範，或不尊重專業人員的專業決定，而將新聞媒體視為個人謀取經濟利益或政治利益的工具，則不僅新聞專業人員的新聞自由未獲實際保障，新聞媒體亦喪失其制度功能，而不值受到新聞自由的保護。因此，本文認為以新聞自由維護新聞媒體的自主性，所要保障的不僅是維護新聞媒體對外部干預的自主性，也就是保障新聞媒體免於政府的干預；同時，尚應保障新聞媒體內部的自主性，適當的維護新聞專業人員的專業決定。否則，新聞自由的理念將無法完全達成。而第四權理論，對於新聞自由應維護新聞專業人員的自主性，也提供了適當的理論基礎。

前文述及反對第四權理論者質疑言論自由與新聞自由是否果真不同？反對者認為藉由新聞媒體表達或傳佈意見，與一般人藉由言論、演講或出版等一般言論表達的方法表達或傳佈意見，在本質上並無不同。其所差異者即為表意人的屬性的不同而已，為何對新聞媒體的表意行為要給予與一般人表意行為不同的待遇？

反對第四權理論者的這項質疑，事實上是忽略了或不願意承認第四權理論所強調的新聞媒體在現代民主社會的特殊角色，以及第四權理論強調新聞自由與言論自由為不同性質權利的立場。有關新聞媒體在現代民主社會擔負著特殊及重要的角色，前文已有說明，於此不贅。至於反對論的質疑，如果是不願接受第四權理論強調新聞自由為一種制度性的基本權利而與個人性基本權利性質的言論自由應予區分的立場，其可能的理由是對下列兩個問題均持否定的態度：一、基本權利是否可以區分為制度性基本權利及個人性基本權利二種類型？二、這種區分是否有任何實益？

本文認為上述的第一點問題是相當重要也頗具爭議性的問題。因為從傳統基本權利的理論立場，很難接受所謂的制度性基本權利的基

本權利類型。關於這點，本文提出如下的回答。首先，目前將基本權利分爲制度性基本權利與個人性基本權利，並非只有新聞自由而已。美國學界最近在討論學術自由時，也將學術自由歸爲一種制度性的基本權利，而與言論自由予以區分。<sup>⑥</sup>而除了學術自由之外，宗教自由也是另外被學界論及爲一種制度性基本權利的基本權利。<sup>⑦</sup>可見傳統的基本權利理論，在某些權利類型的範疇中，已經受到檢討。傳統的基本權利的理論並非不能檢討，也並非不能提出新的基本權利理論。真正的問題應是新的理論是否具有實益，也就是將新聞自由歸爲制度性基本權利，而將之與個人性基本權利的言論權利予以區分的實益何在？這也正是上述第二點問題的疑問。

第四權理論將新聞自由與言論自由作如此的區分，其主要目的就在給與新聞媒體一定的憲法地位。而且由於權利的性質不同，在權利的內容上，新聞自由亦與言論自由並不相同，例如本文前述，本文所以採取第四權理論的三項特別考慮所涉的權利義務，就是將言論自由與新聞自由同視的傳統理論無法合理說明的權利義務。<sup>⑧</sup>因此，將新聞自由與言論自由，從權利的性質上予以區分並非沒有實益。

反對第四權理論者尙質疑給與新聞媒體特殊待遇是否合理？反對論者認爲讓新聞媒體享有特殊待遇，豈不是使新聞媒體居於社會的菁英地位？如果只有具有一定身分的人才能享有新聞自由，不是顯然違反了任何人均應平等享有所有基本權利的基本理念？

<sup>⑥</sup> See, e.g., David M. Rabban, *A Functional Analysis of "Individual" and "Institutional" Academic Freedom Under the First Amendment*, 53 LAW & CONTEMP. PROBS. 227(1990).

<sup>⑦</sup> See, e.g., BAKER, *supra* note 42, at 229.

<sup>⑧</sup> 關於言論自由與新聞自由在權利內容上的不同，在下文討論新聞自由的具體權利內容時，尚會作進一步的說明。

關於這點，在上述的本文說明中，已顯示了以第四權理論所建構的新聞自由理念，一方面固然是給予新聞媒體一些一般大眾所未能享有的權利，但另一方面，新聞媒體也擔負了一些特別的義務，並非只享有特權而已。而且這些特殊的權利義務，固然是基於特定的身分才享有或負擔，但任何人均有設置新聞媒體事業，或加入新聞媒體工作的機會，而均有取得這種身分資格的機會，因此並不能認為是違反了任何人均應平等享有基本權利的基本理念。同時，限定特定身分者才能享有的基本權利類型，也不只限於新聞自由而已。如果我們以制度性的基本權利去解釋學術自由之時，享有學術自由者，也只限於從事高等教育及研究的大專院校及其內的教師、學生等。因此，除了新聞自由之外，學術自由也是一種限於特定身分者才享有的基本權利。

反對第四權理論者，對該理論還有一項質疑，就是：如何及由誰界定「新聞媒體」？對於這項質疑，本文作如下的回應。事實上，就如反對者所說，何謂新聞媒體，純為定義問題，而定義問題也只是一個技術層面的問題而已。如果對第四權理論所提的見解皆能接受的話，實不必以定義問題作為排斥的理由。

事實上，關於如何界定新聞媒體的問題，在現實上並不成為問題。因為，新聞媒體在大部分的社會中已存在有相當的時日，在這些社會中的多數人對什麼是新聞媒體，雖然無法以文字或言詞給予確切的定義，但大致上都已有一些概念。新聞媒體包括廣播電視、報紙及定期出版的雜誌在內。至於廣播電視新聞媒體有那些，由於傳統的廣電媒體所賴以傳送資訊的電波頻率為物理上有限的資源，為了有效的使用這種有限資源，必須由政府加以統籌分配。因此欲從事廣播電視媒體事業者，必須事前向政府提出申請，經政府核准，並分配一定的電波頻率及發給執照後，始能經營。<sup>⑧</sup>由於廣播電視媒體皆必須事前申請

取得執照後始能合法的營運，因此要從形式上認定廣播電視媒體有那些，並不困難。而新興的衛星電視也與傳統的廣播電視相同。至於有線電視(cable television)也因其傳訊所用的電纜，其鋪設需經過公共領域(public domain)，如街道或電線桿，因此也需事前向政府申請許可，<sup>⑧</sup>所以在認定上也無問題。

在界定上比較成為問題的，可能是報紙雜誌部分。不過，本文認為如有問題也是不難解決的問題。因為，就如本文前述，一個存有新聞媒體的社會，對於何者可以歸類為報紙雜誌類型的新聞媒體，應已有某種程度的共識。如果某出版者認為其屬報紙雜誌類型的新聞媒體，而主張某種新聞自由的保障時，如果被認為非新聞媒體而未獲其主張的新聞自由保障時，而產生具體爭議時，可由法院作具體的判定。由於，社會對何為報紙雜誌類型的新聞媒體已有相當程度的共識，法院在作具體判斷時，已有一個比較明確的準則可循，不僅可以幫助法院作具體判斷，而且也可避免法院的恣意。

報紙雜誌新聞媒體應如何界定的問題，在我國似乎比較不成為一個問題，因為依我國現行出版法第九條的規定，報紙雜誌的出版應先聲請登記，取得登記證後始能為首次發行。<sup>⑨</sup>而且對於什麼是報紙雜誌，出版法第二條第一款對「新聞紙類出版品」作定義性規定：「(甲)

⑧美國自一九六九年美國聯邦最高法院在 *Red Lion Broadcasting Co. v. F.C.C.* (395 U.S. 367(1969)) 一案中，基於廣播電視傳送電訊所用的電波頻率的物理稀少性，必須由政府來分配使用，而認定政府對廣播電視管制有其合理基礎。

⑨美國各級法院也都支持政府可以基於對「公共領域」的管理使用，而要求有線電視的設置必須先經地方政府許可是合憲的。See, e.g., *Black Hill Video Corp. v. F.C.C.*, 399 F.2d 65(8th Cir. 1968); *Community Communications Co. v. City of Boulder, Colo.*, 660 F.2d 1370(10th Cir. 1981); *Berkshire Cablevision of Rhode Island, Inc. v. Burke*, 571 F. Supp. 976(D.R.I. 1983); *City of Los Angeles v. Preferred Communications, Inc.*, 476 U.S. 486(1986).

新聞紙：指用一定名稱，其刊期每日或每隔六日以下之期間，按期發行者而言。」「(乙)雜誌：指用一定名稱，其刊期在七日以上三月以下之期間，按期發行者而言。」<sup>③④</sup>而在出版法施行細則第三條又規定：「出版法所稱新聞紙，包括報紙及通訊稿。」<sup>③⑤</sup>因此，報紙雜誌型的新聞媒體在我國似乎不難界定。

不過，是否不符出版法界定者，即必然非屬新聞媒體？即使有類似的爭議產生，也可以依類似本文前述的在無法律明文界定情形時，交由法院就具體爭議予以具體的認定即可。

爲了進一步說明第四權理論的新聞自由理念，本文以下將分析檢討基於第四權理論的新聞自由之具體內容。

## 4. 新聞自由的具體內容

究竟新聞媒體基於憲法新聞自由的保障是否有一些特別的權利，而這些權利是一般人根據言論自由權所無法享有的？一直是憲法學界極富爭議的議題。雖然根據本文的觀點，認爲應以第四權理論來解釋憲法爲什麼要保護新聞自由，因此新聞自由與言論自由在理論基礎上並不相同；但不同的理論基礎，並不當然即表示新聞自由與言論自由

③④現行出版法第九條第一項規定：「新聞紙或雜誌之發行，應由發行人於首次發行前，填具登記聲請書呈請該管直轄市政府或該管縣（市）政府轉呈省政府，核與規定相符者，准予發行，並轉請行政院新聞局發給登記證。」行政院新聞局編印，新聞法規彙編，p.82（民國八十年八月編訂）。本文作者認爲這種制度是一種不必要的事前限制，違反憲法所保障的新聞自由。請參見，林子儀，前揭⑩引文。同樣見解請參見賀德芬，「戡亂終止後，言論自由的復原工程」，載中國比較法學會編，「戡亂終止後法制重整與法制展望論文集」（pp.67-91），pp.77-78（民國八十年四月）。

③⑤行政院新聞局編印，新聞法規彙編，p.79（民國八十年八月編訂）。

③⑥同上註，p.101。

在權利的內容上，也應該是不相同的，因為不同的理論基礎有可能只是同一權利的不同根源。例如，提出第四權理論而嚐試給與新聞自由不同理論基礎的 Stewart 大法官，即不認為新聞媒體可以根據新聞自由而主張享有一般大眾所無法享有的特別權利。<sup>⑧</sup>不過本文認為以第四權理論為基礎的新聞自由，不僅在理論基礎上，在權利的內涵上也與言論自由並不相同。新聞媒體基於新聞自由得享有一些一般人基於言論自由所無法享有的保障。

至於新聞自由的具體內容為何，端視其為達成憲法所賦予的監督功能的需要而定。<sup>⑨</sup>大致而言，要使新聞媒體能發揮監督功能，其最低程度的新聞自由應包括下列幾種：設立新聞媒體事業的權利，搜集資訊的權利，不揭露資訊來源的權利，編輯權利，傳播散發資訊的權利等。<sup>⑩</sup>為求更詳細了解新聞自由的內容，本文以下首先簡介美國實務及學理所論及的新聞自由類型，從第四權理論的觀點分析討論之，並簡單舉出某些權利類型可能是新聞媒體無法基於言論自由所享有的保障。其次，本文將分析討論「那些人」可主張新聞自由以及其內容，俾能進一步了解新聞自由的內容。

#### 4.1.新聞自由的權利類型

美國司法實務以及該國學者的理論，在討論新聞自由是否與言論自由不同而應有其獨立之特別意義時，曾討論過新聞自由是否給與新

<sup>⑧</sup>例如在 *Saxbe v. Washington Post Co.* (417 U.S. 843 (1974)) 一案，在 Stewart 大法官所主筆的法院多數意見中，Stewart 大法官即否認新聞媒體可依據新聞自由而主張在採訪新聞時有比一般大眾擁有更多的權利。在該案中，其否認新聞記者可以享有一般大眾無法享有的對監獄中犯人的採訪權。

<sup>⑨</sup> E.g., BAKER, *supra* note 42, at 230.

<sup>⑩</sup> But cf. ERIC BARENDT, FREEDOM OF SPEECH 71-72 (1985).

聞媒體一些特別的權利，根據 C. Edwin Baker 教授的綜合分析，這些被討論到的具體新聞自由權利大致可歸納如下列八種類型：<sup>89</sup>

(一)新聞媒體應有取得由政府控制的資訊或進入由政府管理的設施以獲得其所需的資訊之憲法上權利，例如，進入監獄探訪犯人的權利，<sup>90</sup>或進入法庭旁聽刑事程序進行的權利等。<sup>91</sup>

(二)新聞記者爲了獲得資訊或報導某事件，有時應有不受某些法律規範的權利，例如不受禁止侵入他人財產法律的規範之權利等。<sup>92</sup>

(三)新聞媒體享有報導損害他人名譽訊息的特別權利。<sup>93</sup>

(四)新聞媒體在對抗政府所頒佈的禁止報導的命令(gag orders)或其他事前限制的措施時，比一般大眾受到較多的權利保護。<sup>94</sup>

(五)新聞記者有不受大陪審團偵訊，或不回答某些大陪審團所要求回答之問題的權利。<sup>95</sup>

(六)在民事訴訟程序，新聞媒體有權拒絕回答所有編輯、製作、或出版等參與編輯程序等工作人員的心神狀態的質詢。<sup>96</sup>

<sup>89</sup> See BAKER, *supra* note 42, at 235.不過，並非所有以下列舉的八種類型均被美國聯邦最高法院承認爲新聞自由所包括。

<sup>90</sup> See *Dache v. Washington Post Co.*, 417 U.S. 843(1974); *Pell v. Procunier*, 417 U.S. 817(1974).

<sup>91</sup> See *Press-Enterprise Co. v. Superior Court*, 478 U.S. 1(1986); *Richmond Newspapers v. Virginia*, 448 U.S. 555(1980); *Gannett Co. v. Depasquale*, 443 U.S. 368, 397(1979).

<sup>92</sup> See *Prahl v. Brosamle*, 98 Wis. 2d 130, 295 N.W. 2d 768(1980); *Dietemann v. Time, Inc.*, 449 F.2d 245(9th Cir. 1971).

<sup>93</sup> See *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254(1964).

<sup>94</sup> See *Nebraska Press Ass'n v. Stuart*, 417 U.S. 539(1976); *Landmark Communications, Inc. v. Virginia*, 435 U.S. 823(1978).

<sup>95</sup> See *Branzburg v. Hayes*, 408 U.S. 665(1972).美國的大陪審團與陪審團的性質及職權並不相同。大陪審團又稱爲起訴陪審，由十二人至二十三人組成，其任務是在刑事案件中調查犯罪，並決定是否要將該案提起公訴，與檢察制度重疊。



(七)至少在非為刑事犯罪的嫌疑犯的情形，新聞媒體有不受政府搜索及扣押的權利。<sup>①7</sup>

(八)新聞媒體有免於政府為了達成一般經濟及社會政策，或為了促進訊息傳播的公平或多元性等所為的一般性或專業新聞媒體所為的規制的權利。<sup>①8</sup>

但這八種類型所涉及的權利，從第四權理論的觀點而言是否均為新聞自由之具體內涵，尚值討論。

為了討論方便，Baker 教授將上述的八種權利類型，依其性質進一步區分為防禦性權利(defensive rights)、表意性權利(speech rights)、及外求性權利(offensive rights)等三大類。其所謂的「防禦性權利」是指為維護新聞媒體作為社會一個重要的制度，新聞媒體得據以主張免於政府干預的一些權利。上述免於證言的權利，不受搜索及扣押的權利，及免於政府專門針對新聞媒體所為的一些管制措施的權利等，即屬於這類權利。「表意性權利」是指保護新聞媒體得自由傳達其所選擇的訊息或意見的權利，上述免於禁止報導命令及其他事前限制措施約束的權利，及免於誹謗的追訴的權利等，即屬這類權利。所謂「外求性的權利」是指能夠提供新聞媒體事業或新聞記者一些特別的機會去取得資訊或資料，而能增進新聞媒體發揮其效能的一些權利。上述取得政府資訊的權利，或免於禁止侵入他人財產限制的權利等即屬之。<sup>①9</sup>

①7 See *Herberz v. Lando*, 441 U.S. 153(1979).

①8 See *Zurcher v. Stanford Daily*, 436 U.S. 547(1978).

①9 See *Associated Press v. NLRB*, 301(1937); *FCC v. National Citizens Comm. For Broadcasting*, 436 U.S. 775(1978); *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U.S. 241(1974); *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, 436 U.S. 775(1969).

由於第四權理論認為憲法保障新聞自由的目的是在保障新聞媒體的自主性，以使新聞媒體能發揮監督政府的功能。因此，新聞自由的具體內容為何，主要即要視其為達成憲法所賦予的監督功能的需要而定。<sup>⑩</sup>而根據第四權理論，為使新聞媒體能發揮監督政府的功能，應保障新聞媒體的自主性及保障其能提供未受政府控制的資訊。所以，某種聲稱的權利是否應為新聞自由的具體內容，應視該項權利對維護新聞媒體自主性的必要性，以及對新聞媒體提供大眾未受政府控制的訊息、意見、觀點、以及娛樂等資訊的重要性而定。<sup>⑪</sup>以下本文即基此前提檢討上述所言及的權利類型是否應為新聞自由的具體內容。

#### 4.1.1. 防禦性權利

為了使新聞媒體能發揮監督政府的功能，應維持新聞媒體某種程度的獨立性，不受政府的干涉。因此，對政府的種種干預，不論其是否為具有敵意報復性的或具有操縱新聞報導內容的種種措施，即使是政府基於良善的動機為塑造新聞媒體成為其心目中的具有正常功能及負責任的新聞媒體，而對新聞媒體所作的一些干預措施，為了保護新

⑩ See BAKER, *supra* note 42, at 235-36. 本文認為 Baker 教授在這所作的分類，如以傳統基本權利第四權的分類加以比較，其所說的防禦性權利及言論發表性權利應屬一種「消極性的權利」，而外求性的權利則為一種「積極性的權利」。所謂消極性權利係為一種自由為任何行為——例如發表言論或利用個人的財產等——的權利，根據該權利，權利的相對人有不干涉其行為的消極性義務。而積極性權利則係為一種要求某種財物或服務(goods)——例如食物、教育、醫療服務等——的權利。根據該權利，權利的相對人有積極提供某種財物或服務的義務 see, e.g., Kelley & Donway, *supra* note 29, at 75. 積極性權利可說是源自於積極自由的理念。有關積極自由與消極自由的概念，請參見 ISAIAH BERLIN, *FOUR ESSAYS ON LIBERTY* 118-72 (Paperback ed. Reprint 1984) (1969).

⑪ See, e.g., BAKER, *supra* note 42, at 230.

⑫ *Id.* at 236.

聞媒體踐行監督政府及提供資訊的功能，新聞媒體都應有某種有效的防禦性權利。<sup>⑩</sup>

事實上，這種排除政府干預的防禦性質的權利，原是基本權利應具有的特性。不過在其他個人性的基本權利，是基於維護人性尊嚴，讓個人有自我發展，自我實現的機會，而以不同的基本權利，排除政府的干涉；<sup>⑪</sup>而在新聞自由，因其為一種「制度性權利」，其所以應為防禦性權利，其基礎並非在維護個人的人性尊嚴之上，而是在維護新聞媒體能發揮監督政府的制度性功能。兩者的權利基礎並不相同。

至於新聞自由的防禦性權利之具體內容，主要端視政府對新聞媒體採取什麼樣類型的干預措施而定。不過新聞自由雖然應具有種種防禦性權利的特質，但是這並非謂政府對新聞媒體所作的干預性措施，就一定是違憲的。因為，就如其他所有的基本權利並非是絕對的權利一樣，防禦性的新聞自由權利也並非是絕對的，在一定的條件下，政府是可以對之加以限制的。而且，由於新聞自由是一種「工具性權利」，因此，政府如基於為了達成憲法保障新聞自由的目的——對政府的有效監督——而限制新聞自由，只要是這種限制比不限制更能有助於目的達成，這種限制將會被認為是合憲的。

本文上述所提及的證言的特別權利、不受政府搜索及扣押的權利、及免於政府為了達成一般經濟及社會政策或為了促進訊息傳播的公平或多元性等目的所為的一般性或專對新聞媒體所為的規制的權利等，<sup>⑫</sup>即為美國實務運作所生的一些有關新聞自由防禦性權利的類型。而這些類型的權利是否絕對不受政府的限制，法院實務及學說理

<sup>⑩</sup> *Id.*

<sup>⑪</sup> 請參見林子儀，前揭④引文，pp.258-62。

<sup>⑫</sup> 請參見前揭④至⑥及相對應的本文。

論尚有爭論。限於篇幅，本文對這些權利及實務學理的討論將另行爲文分析討論。<sup>105</sup>

在這些已被論及的防禦性的新聞自由權利類型，我們也可觀察到基於第四權理論的新聞自由與言論自由，不僅在權利的基礎不同，在具體的權利內涵上也可能有所不同。例如，拒絕政府進入新聞媒體事業所搜索及扣押有關的文件的特權，以及拒絕洩露資訊來源的特權等，即非言論自由權可提供之保護。<sup>106</sup>

不過，相對的，政府爲促進訊息傳播的公平或多樣性等目而規定一般大眾在一定條件下得享有「接近使用媒體權」，則爲對新聞媒體所加諸的特別義務，而在行使言論自由時則無此附加的特別義務。<sup>107</sup>

#### 4.1.2. 表意性權利

「表意性權利」是指新聞媒體得自由傳達其所選擇的訊息或意見的權利，例如免於政府禁止報導命令限制的權利、免於政府事前限制措施約束的權利、以及免於誹謗的追訴的權利等，即屬這類權利。本

<sup>105</sup> 針對相關問題的討論，國內目前已有一些專論可供參考。例如陳世敏、王洪鈞、漆敬堯，「讀者投書：「接近使用權」的實踐」，中華民國新聞評議委員會編印（民國七十七年四月二十五日）；陳世敏，「新聞自由與接近使用媒介權」，載翁秀琪、蔡明誠主編，「大眾傳播法手冊」，pp.219-47（民國八十一年八月）；林子儀，前揭<sup>99</sup>引文。上述論文，即爲專對政府爲促進訊息傳播的公平或多樣性等目的規定新聞媒體應開放供大眾接近使用，是否違反新聞自由的討論。此外，關於政府以反托拉斯法規範新聞媒體是否違反新聞自由的討論，可參見陳榮傳，「言論自由與報業競爭」，政大法研所碩士論文（民國七十七年六月）。有關拒絕證言權部分的討論，請參見曾劍虹，「出版自由與出版業者之研究」，pp.95-119，臺大法研所碩士論文（民國八十一年六月）。

<sup>106</sup> 不過，值得注意的是政府對這些權利的限制是否違憲，目前在美國實務及學理上尚有爭論。

<sup>107</sup> 接近使用媒體權究爲憲法上的權利或僅爲法律所創設的權利？以及政府如規定新聞媒體有被接近使用的義務是否違反新聞自由而無效？均爲目前在美國甚具爭議性的問題。請參見前揭<sup>99</sup>所引有關專論。

來新聞媒體事業的活動，主要就是要將其所搜集、編輯的資訊或其對事件的評論傳達給一般大眾，本即應享有最低程度的表達或傳播的自由。而基於第四權理論，為了保障新聞媒體的自主性及提供未受政府控制的資訊，應讓新聞媒體享有不受政府各種形式的事前限制的約束；<sup>⑩</sup>並為了減低「寒蟬效果」(chilling effect)，避免新聞媒體因為疑懼其報導或評論是否會受到法律的處罰，而作「自我檢查」(self-censorship)，甚至於噤若寒蟬不敢多言；在其報導或評論涉及誹謗時，應給與某種程度的特別保障。

簡言之，美國法上有關言論涉及誹謗者，可能有兩方面的保護，一方面為其習慣法上所確立的一些原則；另一方面為其憲法言論自由所提供的保障。前者如「合理評論原則」(fair comment principle)，「事實抗辯原則」等；而後者如「真正惡意(actual malice)原則」。二者並不相同。習慣法上所提供的保障是有條件的，而憲法所提供的保障，則趨向於絕對保障。<sup>⑪</sup>有學者並主張合理評論原則在目前也發展成了一種憲法上的原則，並提供合理評論絕對的保障。<sup>⑫</sup>

不過這些類型的權利是否為一般人基於言論自由所不得享有的權利，本文認為不然。一般人基於言論自由也應免於政府各種事前限制

<sup>⑩</sup> 根據美國法制，事前限制只有在極特殊的情況，並配合一定的程序保障下，才有可合憲。請參見林子儀，前揭<sup>⑨</sup>引文，pp.38-40。

<sup>⑪</sup> See, e.g., DON R. PEMBER, MASS MEDIA LAW 174-75(5th ed. 1990).真正惡意原則是美國聯邦最高法院在 *New York Times Co. v. Sullivan* (376 U.S. 254(1964)) 一案所發展出來的重要原則。國內有關「真正惡意原則」的介紹及討論，請參見法治斌，「論美國妨害名譽自由法制之憲法意義」，政大法學評論，第三十五期，pp.81-114（民國七十五年六月）。有關真正惡意原則與合理評論原則等綜合性研究，請參見戴偉華，「刑法上新聞誹謗之研究」，臺大法研所碩士論文（民國六十九年六月）。

<sup>⑫</sup> See, e.g., Sheldon W. Halpern, *Of Libel, Language, and Law: New York Times v. Sullivan at Twenty-Five*, 68 N. C. L. REV. 273,300-02(1990).

措施的約束，在其言論涉及誹謗時，也應獲得一定程度的特別保障，新聞媒體並不比一般人有更多的表意性的權利。<sup>⑩</sup>相反的，本文認為新聞媒體表意性權利有時要比一般人的言論自由多了一層負擔。

本文認為新聞媒體的報導或評論等，是一種與公益有關之事項，而為可受大眾公評之事。因此一般大眾對新聞媒體的報導或評論予以評論，應受到「合理評論原則」的保護。<sup>⑪</sup>只要是其評論符合「合理評論原則」的要件，<sup>⑫</sup>即使其評論可能會傷害新聞媒體的名譽，亦受到言論自由的保護。而一般人之言論，除非構成可受公評之事，否則言論自由並不保護其他大眾對之所作的合理評論。

#### 4.1.3. 外求性權利

所謂「外求性權利」是指能夠提供新聞媒體事業或新聞記者一些特別的機會去取得資訊或資料，而能增進新聞媒體發揮其效能的一些權利。在目前美國實務上討論到的類型，有接近取得政府資訊的權利，及免於禁止侵入他人財產限制的權利等兩種。這也是美國實務及學界在討論新聞自由時，最受到關注的一個議題。

由於本文認為即使獲得新聞資訊的權利應為新聞自由的具體內容，本文也不同意新聞媒體可以侵入他人財產或住宅，或以偷盜搶奪等不法之手段作為獲取資訊的方法。因本文即直接將上述第二種免於

⑩一般人的言論在涉及誹謗時，是否受到如同新聞媒體同樣的保障，在美國學界並非沒有爭議。See, e.g., Shiffrin *supra* note 67.

⑪ See, e.g., PREMBER, *supra* note 109, at 179-80.

⑫一般而言，一項陳述要符合合理評論原則的構成要件有三：一、其為一種意見 (opinion) 的表達而非事實 (facts) 的陳述；二、其所評論者必須為與公眾利益有關的事項；以及三、其所評論所根據或及所評論之事實必須要隨同評論一併公開陳述，或已經為眾所週知。See, e.g., PEMBER, *supra* note 109, at 174-83; Alfred Hill, *Defamation and Privacy Under the First Amendment*, 76 COLUM. L. REV. 1205, 1227-1236 (1976).

禁止侵入他人財產限制的權利排除於新聞自由之外，<sup>⑩</sup>而直接以接近取得政府所掌控資訊的權利作為討論的對象。

新聞媒體接近取得政府所掌控資訊的權利是否為新聞自由的具體權利類型，爭議相當的大。學者中基於第四權理論亦有持否定見解者例如 Baker 教授即持否定的觀點。

首先，Baker 教授認為接近取得政府所掌控的資訊對新聞媒體擔負監督政府功能而言並非重要及必要。他認為即使讓新聞媒體有接近取得政府資訊的權利，新聞媒體可能還是要依賴政府以外的資訊。政府所提供的資訊不見得完整或有用，尤其是涉及政府官員濫權之情事者。另一方面言，即使新聞媒體未具有接近取得政府資訊的權利，新聞媒體仍有其他的方法可以逼使政府官員提供所需的資訊。例如，如果其為了報導某項與政府有關的事件，而無法從有關機關或官員獲得第一手資訊時，其可以將其無法從政府獲得這項資訊的消息予以報導，並加上臆測為何政府不公開這些資訊的可能理由，或甚至報導與該事件有關的一些馬路消息或流言，將會逼使政府公開有關資訊以澄清流言，或公開說明為何不公開有關資訊的理由。如此，新聞媒體一樣可以達成其原想獲取該項資訊的目的。<sup>⑪</sup>

其次，他認為並非所有政府所擁有的資訊都必須公開，因此即使承認新聞媒體有接近取得政府資訊的憲法權利，憲法也沒對這種權利作具體的界定，由於缺乏明確標準，新聞媒體基於該權利，到底可向政府要求些怎樣的資訊，即無法認定。雖然有謂這種問題可由法院在處理具體個案時解決，但他反對這種觀點，因為他認為決定何種資訊

<sup>⑩</sup> 美國法院實務亦採此種見解。See *Dietmann v. Time*, 449 F.2d 245 (9th Cir. 1971). See also BAKER, *supra* note 42, at 237.

<sup>⑪</sup> See BAKER, *supra* note 42, at 238.

可公開，何種資訊不應公開，應屬政策決定，因此，並非屬法院權限。

⑬而且他認為由於新聞自由應只是一種消極性的權利，法院不能根據憲法規定的新聞自由，命令政府積極協助新聞媒體接近獲取政府所掌有的資訊。⑭他認為事實上經由司法救濟亦非有效的途徑，最有效的方法還是經由大眾的輿論壓力，而由立法機關制定相關法律，具體規範及落實這種權利。⑮

雖然，Baker 教授不認為基於第四權理論的新聞自由並未給與新聞媒體直接接近取得政府所掌有的資訊的憲法權利；不過，從其論點的文字中，也可知他認為基於憲法所保障的新聞自由，我們可要求立法機關制定類似資訊自由取得法的法律，以讓新聞媒體能有接近取得政府資訊的具體權利；而這種規定新聞媒體有權向政府獲取一定資訊的法律原則上並不會構成違憲。這種情形，事實上也意味著新聞自由具有某種外求性權利的性質。

本文並不完全同意 Baker 教授的觀點。本文認為既然新聞自由的目的是要維護新聞媒體發揮監督政府的功能，則如新聞媒體無法取得接近取得政府所掌控的資訊的權利，新聞媒體如何能發揮監督政府功能。的確，新聞媒體有可能可由其他來源獲得其欲從政府直接獲取的資訊，也有其他的手段可讓政府提供其所欲得的資訊，但這與新聞媒體有權向政府獲得資訊的意義不同。不僅新聞媒體可依據該權利直接向政府要求資訊，而且，直接從政府取得資訊也能增加資訊來源的管道，而有利於作出比較正確的報導，或提供大眾更多的訊息。

同時，雖然 Baker 教授認為要具體規範及落實接近取得政府資訊

⑬ *Id.* at 238-39.

⑭ *Id.* at 240.

⑮ *Id.* at 239.



的權利，最有效的方法還是經由大眾的輿論壓力，而由立法機關制定相關法律，其見解或許正確。但如果立法機關不制定相關法律，則如何處理呢？如果我們承認新聞媒體根據新聞自由即有這種權利，則即使立法機關沒有立法，新聞媒體尚可向政府機關行使該項權利，如果政府機關拒絕提供資訊，其也可據以向法院請求救濟。

Baker 教授並非不知道此種差異，只是因為他認為決定應公開資訊的範圍，屬於一種政策決定，不適由法院來作判斷。而且，他認為憲法所保障的新聞自由是一種消極性的權利，新聞媒體不能據以要求政府積極作為，提供所需之資訊，而否定了新聞自由包含有接近取得政府資訊的權利。

然而，決定政府應公開資訊的範圍，是否果真屬於一種政策性決定，頗有疑問。讓我們從另一個角度來看這問題。假定我們暫時先接受 Baker 教授的說法，由於決定政府應公開資訊的範圍，是一種不適合由法院判斷的政策性問題，而依其建議，由立法機構制定一部資訊自由取得法，並依照各國通例，以公開為原則，不公開為例外的方式，以規定政府得不公開的資訊種類及範圍，將政府資訊公開的範圍予以界定。<sup>⑩</sup>然而，有了法律規定並非代表即不會產生爭議，當新聞媒體就法律所規定的得例外不公開資訊的種類及範圍發生是否違反新聞自由的疑議時，請問其是否可請求法院救濟呢？如果我們讓要求取得資訊人有請求司法救濟的機會，請問，當法院接到這案件時，難道不也是在判定政府應公開資訊的範圍嗎？而這時法院有權，也必須要從事這種判斷，就不是一種政策性決定了嗎？還是自始不論有無立法，法院作這種決定根本就不是一種政策性決定呢？事實上，不論其是否為

<sup>⑩</sup>請參閱林子儀，前揭<sup>⑨</sup>引文，pp.161-64。

一種政策性決定，只要產生爭議，法院遲早都會被要求去作判斷的。

其次，就 Baker 教授認為新聞自由並非一種積極性權利，新聞媒體無法據以請求政府積極提供所需的資訊之觀點，本文也對之提出不同的看法。本文認為 Baker 教授之所以會拒絕接受新聞自由包含有接近取得政府資訊的權利的真正理由，即在其不承認新聞自由可以是一種積極性的權利。本文對他的主張並不覺得驚訝，因為，憲法所保障的基本權利是否含有積極的性質，一直是憲法學上最富爭議的議題之一，也是關心基本權利的憲法學者，困擾不已的議題。Baker 教授採取了傳統，也是多數學者的立場，否定基本權利具有積極性。

目前學者中並非沒有對接近取得政府資訊的權利是否為一種憲法上權利，持肯定見解者。<sup>⑩</sup>但這些論者均未對這項權利的積極性提出說明。本文以下嘗試對這項權利的積極性提出說明。

本文並不當然認為憲法所保障的基本權利均具有積極性，也不認為憲法所保障的權利只具有消極性而已。本文主張某種基本權利是否具有積極性，應就具體所主張的權利內容加以判斷。通常反對基本權利應具有積極性者，其所持並非是規範上的理由，而是一些事實上可行性的理由，例如權利內容過於抽象而不易具體落實；積極性的基本權是請求國家積極作為，而在缺乏立法規定時，預算、執行機關、人事等現實問題即無從解決，權利即難以具體獲得實踐；由於要國家積極作為，因此即涉及公共資源的分配利用問題，而必須由政府作全盤

<sup>⑩</sup> E.g., Timothy B. Dyk, *Newsgathering, Press Access, and the First Amendment*, 44 STAN. L. REV. 927(1992); Michael W. Klein, *The Vensor's Red Flair, The Bombs Bursting In Air: The Constitutionality of The Desert Storm Media Restrictions*, 19 HASTINGS CONST. L.Q. 1037(1992); Kevin P. Kenealey, *Comment, The Persian Gulf War And The Press: Is There A Constitutional Right of Access to Military Operations?* 87 NW. U. L. REV. 287(1992).

考慮，而非個案處理。但這些問題對接近取得政府資訊權而言，並不構成嚴重的不可行。因為其權利的內容是相當明確的要求政府提供政府所掌握的資訊；而這些資訊已然存在於政府內部，並不需再重新分配有限的公共資源，去製造這些資訊，所以並不涉及資源的分配的難題。同時，比較之下，所涉及到的人事及預算問題也並不難解決，承認該項積極性的權利，並不會造成事實上不可行的難題。

綜合上述，本文認為為了使新聞媒體能有效的發揮監督政府的功能，必須讓新聞媒體基於新聞自由向政府要求政府所掌有的資訊，否則新聞媒體無法知道政府究竟在作什麼，如何監督？當然，如果能有明確的立法，必會更易具體落實這項權利。

我國目前尚無類似規定新聞媒體接近取得政府資訊的立法。我國現行出版法第二十六條規定：「新聞紙或雜誌採訪新聞或徵集資料，政府機關應予便利。」<sup>⑩</sup>以及現行廣播電視法第三十八條規定：「電臺採訪新聞或徵集對業務有關之資料，有關機關應予以便利。」<sup>⑪</sup>只是規定政府機關應予新聞媒體採訪的便利，與規定政府機關有義務必須接受採訪或提供新聞媒體所徵集的資料，尚有差距。<sup>⑫</sup>儘管我國目前並無規定新聞媒體接近取得政府資訊的立法，但依本文的主張，新聞媒體應可依據新聞自由而直接向政府取得政府所掌有的資訊。

⑩ 行政院新聞局編印，新聞法規彙編，p.93（民國八十年八月編訂）。

⑪ 同上註，p.219。

⑫ 而且根據主管機關的解釋，雜誌不得設置記者。請參見行政院新聞局六四、八、二八（64）局懸版二字第〇三九五七號函，該函謂：「查內政部四一、七、四內字第一六七九九號代電規定：「雜誌不得設置記者」，雜誌既不得設置記者，自不得製發「記者證」及「採訪證」「特派員」等變相記者證。」同上註，p.100。如果新聞記者為新聞媒體採訪新聞或搜集有關資訊的主要工作者，則上述的解釋即為一項阻礙新聞自由的制度。

## 4.2.新聞自由的權利享有者

基於第四權理論的新聞自由是一種制度性的權利，享有該權利者為新聞媒體。而新聞媒體為一事業組織，由事業主、及編輯、記者等新聞專業人員所組成。在這事業組織中，誰是實際享有新聞自由者？為了進一步了解新聞自由的權利內容，本文以下即探討誰是實際上享有新聞自由者，並討論與該問題有關的新聞媒體內部自主性之問題。由於所討論的主題為新聞媒體事業組織中誰是實際享有新聞自由者，因此以下分別從新聞媒體事業組織中的專業人員（如編輯及記者）與新聞媒體的事業主兩方面來討論。

### 4.2.1.新聞專業人員

新聞媒體所呈現的成果主要是由於其事業內部的專業人員——如編輯、記者、專欄作家等——的努力，新聞媒體要發揮監督政府的功能，也必須要有他們的採訪調查及搜集有關的資訊、對公共議題提供適當的評論、以及決定呈現給大眾的內容及形式等專業的努力，才能達成。<sup>124</sup>當他們在從事這些工作時，必要時皆會基於新聞媒體成員之身分主張新聞自由的保護，以便利其資訊的搜集或抗拒政府的干預等。然而，在新聞媒體事業的內部，這些專業人員是否可以要求免於事業主的干預或指示呢？

本文認為如要貫徹第四權理論的新聞自由理念，應給與這些專業人員可以免於事業主不當干預的權利。因為一般而言，新聞專業人員比事業主更具有專業的理念，而且成為一個同儕都公認為成功的專業

<sup>124</sup> See, e.g., BAKER, *supra* note 42, at 253.

工作者的動機，也會驅使專業人員努力實踐其專業理念。相對而言，事業主比較會考慮實際的經濟利益甚或政治利益。因此，這些新聞專業人員比事業主更會執著於實踐監督政府的職責。如果不讓新聞專業人員有免於事業主不當干預的權利，則儘管其報導或評論是對政府濫權的揭露或批評或是有助於大眾對政府的監督，仍將很容易受到事業主基於其自身利益的考慮的干預。<sup>⑮</sup>如此將使專業人員的努力化為烏有。以新聞自由維護新聞媒體發揮監督政府的目的亦將化為泡影。因此，為了實踐第四權的新聞自由理念，以新聞自由維護新聞媒體的自主性，不僅只止於維護其對外的外部自主性而已，尚應包括其內部的自主性。新聞媒體事業的新聞專業人員應可主張新聞自由以免除事業主的不當干預。而新聞專業人員對內所主張的新聞自由至少可包括：保障新聞記者及編輯有權表達其想表達之事物或想法，自由報導其所觀察到的人、事、物等，以及對那些事件值得或需要查訪報導具有某種程度的裁量權。<sup>⑯</sup>

然而，承認新聞專業人員可對內主張新聞自由以免除事業主的不當干預，將在基本權利理論上碰到一個難題。因為憲法是以國家與個人之間、以及政府機關與政府機關間的權義關係作為規範的對象，所以新聞專業人員只能對國家公權力行為主張新聞自由。<sup>⑰</sup>由於新聞媒體事業主對新聞專業人員的指示很難視為是一種公權力行為，根據傳統的理論，新聞專業人員自亦難向事業主主張新聞自由，而免除事業主的干預。<sup>⑱</sup>為了保障新聞媒體內部自主性及落實新聞專業人員的新

<sup>⑮</sup> *Id.* at 254.

<sup>⑯</sup> *Id.* at 253.

<sup>⑰</sup> 有論者主張私人商業性組織的決定或行為，亦要受到憲法保障的基本權利的約束。*id.* at 254.

<sup>⑱</sup> *But cf. id.*

聞自由，本文認為應以立法的方法予以具體化。<sup>⑩</sup>

#### 4.2.2.新聞媒體的事業主

以第四權理論所建立的新聞自由，是一種制度性的權利，其所保障者為新聞媒體整體。而如前文所述，新聞媒體要能達到監督政府的功能，以實踐新聞自由保障之目的，則必須要維護新聞媒體內部新聞專業的自主性。因此本文主張新聞媒體內的新聞專業人員可對內主張新聞自由以免於事業主的不當干預；相對的，新聞媒體的事業主的新聞自由，就對事業內部而言，即受到相當的節制。事業主不能左右其出資的新聞媒體的聲音，其不能因身為新聞媒體的所有人即可要求或指示該新聞媒體表達其想表達的，在言論自由的範疇中，言論自由或許保障一個人有權使用其個人的財富去表達其個人的政治立場。<sup>⑪</sup>但是一旦個人將財富投資設置了一新聞媒體事業組織後，情形即有不同。其所設之新聞媒體事業不是其個人表達意見的工具，而是監督政府的一種制度性組織，一種社會公器。

在這種意義下，新聞媒體事業主的新聞自由即只存在於設置新聞媒體事業的自由，決定營運方針及人事的選任及管理 etc. 權利。但是事業主在人事管理權方面的行使，尚要受到限制，否則新聞媒體的內部自主性即很容易會遭到侵害。在前文中本文主張為了保障新聞媒體內部的自主性以及避免事業主對新聞專業人不當的干預，必須要經由具

<sup>⑩</sup> 在無法律具體規定之前，也可參酌德國之例，經由團體協約之力，使新聞媒體事業的勞資雙方簽訂所謂的「編輯室規章」(Redaktionstatut)以保障新聞專業人員對內的新聞自由。其詳請參見翁秀琪，前揭●引文。

<sup>⑪</sup> e.g., *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1, 39-59(1976). But see J. Skelly Wright, *Politics and the Constitution: Is Money Speech?* 85 YALE L.J. 1001(1976); J. Skelly Wright, *Money and the Pollution of Politics: Is the First Amendment an Obstacle to Political Equality?* 82 COLOM. L. REV. 609(1982).

體立法的方式。就是希望藉由立法將新聞媒體事業內部的事業所有權、經營權、及編輯權能作出合理的規定，在兼顧事業主合理的繼續經營的動機下，合理地保障新聞專業人員的自主性。<sup>⑪</sup>

## 5. 新聞自由與言論自由之比較

綜合前述基於第四權理論所建構的新聞自由，不僅在權利的理論基礎、權利的性質方面與言論自由並不相同，在權利的內容上也與言論自由並不完全相同。

### 5.1. 理論基礎的比較

在理論基礎方面，憲法為什麼要保障言論自由，根據美國學者的通說，以言論自由對於社會及個人具有的價值為基礎，有下列三種理論：一、追求真理說，主張憲法保障言論自由的理由是在呈現不同的意見，幫助人們真理的追求；二、健全民主程序說，主張言論自由的功能是在提供人民充分資訊，助成民主程序的健全；及三、表現自我說，主張憲法保障言論自由的理由是在保障個人的自我表現，促成個人完成自我，實現自我。<sup>⑫</sup>而根據第四權理論，憲法保障新聞自由的理由，主要在保障新聞媒體發揮監督政府的功能。與上述言論自由的理論基礎並不相同。由於本文作者在另外一篇「言論自由之理論基礎」的文章中，對言論自由理論已有較詳細的討論及分析，<sup>⑬</sup>而且由於第四權理論與追求真理說及表現自我說在理論上不同之處，也較明顯，

<sup>⑪</sup> 本文所建議的有關立法及改法原則請見本文 6.2. 部分

<sup>⑫</sup> 詳見林子儀，前④引文，pp.239-65、本文作者在該文主張憲法保障言論自由之主要理由，應是保障個人之自我表現，以促成個人完成自我，實現自我。

<sup>⑬</sup> see, e.g., Blasi, *supra* note 36, at 544-554.

因此本文不擬重複討論，而只針對第四權理論較為相近的健全民主程序說稍作介紹，並將之與第四權理論作簡單的比較。

健全民主程序說主張言論自由之價值即在其有助於吾人健全民主政治程序的運作。保障言論自由可提供社會大眾在依照民主政治程序參與政治決定時所需之資訊，資訊愈豐富，大眾所作的政治決定就愈能比較正確，民主政治之運行因此可更健全。

該說首先由 Alexander Meiklejohn 教授指出。<sup>134</sup>其理論之前提為「人民自治」(self-government)之民主政治。其以為「人民自治」的意義就是統治者統治的合法權力源自於被統治者的同意，如果缺少了被統治的同意，則統治者的權力即非正當。因此，作為統治者的政府即必須經由人民的同意而組成。而在目前通行的政治運作的程序下，人民自治的具體表現即在政府官員均由人民直接或間接的經由選舉的方式而產生。當人民在行使其權利時，爲了要作比較睿智的抉擇，必須要有充分的資訊作為判斷的基礎。因此他以爲爲了圓滿達成人民自治的目的，必須要保障言論自由。不過，由於 Meiklejohn 教授認為言論自由乃在幫助人民參與民主政治的決定，因此並不是所有言論都值得保障。只有涉及必須由大眾直接或間接投票表示意見並且與公益有關之公共問題的「政治性言論」，才為憲法言論自由保障的對象。其餘與公益無關而慮及私益之「私的言論」(private speech)，則非言論自由所保障，而屬於美國憲法增補條款第五條及第十四條「法律正當程序」(due process of law)的問題。<sup>135</sup>

<sup>134</sup> See, e.g., Blasi, *supra* note 36, at 544-554.

<sup>135</sup> See ALEXANDER MEIKLEJOHN, *FREE SPEECH AND ITS RELATION TO SELF-GOVERNMENT*(1948). (該書後來改版增加內容並改名為 [POLITICAL FREEDOM: THE CONSTITUTIONAL POWER OF THE PEOPLE(1960).])

<sup>136</sup> 有關該說的詳細介紹及討論，請參見林子儀，前<sup>135</sup>引文，pp.246-54。



如將健全民主程序說與第四權理論相比較，其相同之處是皆以民主理論作為立論的基礎，也都是以健全民主政治，落實民主理念為目標。二說也都強調表意內容的政治效果以及視聽大眾的利益，而非言論對表意者的本質價值。<sup>⑪</sup>但兩種理論最明顯的不同之處則在於健全民主程序說所主張的言論自由是個人性的，只要任何人的言論屬於該說的「政治性言論」，即受言論自由的保障。但第四權理論所主張的新聞自由則是制度性的權利，只有具有組織良好及擁有專業人材的新聞媒體，才足以擔負監督政府的責任，而享有新聞自由。<sup>⑫</sup>

因此，在理論基礎方面，第四權理論與言論自由的理論並不相同。即使作為言論自由理論基礎的健全民主程序說與第四權理論十分相近，但因所主張的權利享有者或權利保護對象的不同，使二者有了明顯的不同。

## 5.2. 權利性質及內容的比較

就權利性質的比較而言，根據第四權理論的新聞自由，為一種「制度性的基本權利」，與言論自由為一種個人性的基本權利，顯然不同。由於其為一種制度性的基本權利，因此享有該權利者並非是基於個人的地位，而是基於新聞媒體的工作者的身份。同時，基於第四權理論的新聞自由，為一種「工具性的權利」，與言論自由可能只是一種「非工具性的權利」<sup>⑬</sup>不同。因其為一種工具性權利，憲法保障新聞自由

<sup>⑪</sup> See, e.g., Blasi, *supra* note 36, at 557-58.

<sup>⑫</sup> *Id.* 563-64. Blasi 教授在比較第四權理論與健全程序說明時，尚提出相當多其他的差異點，例如理論的前提基礎、保障的程度及衡量標準等，*id.* 558-63，但因其主要是以 Meiklejohn 教授原始的理論為比較對象，並未以該理論在實際運用時所呈現的內容為比較對象，而如將第四權理論與目前實際被接受的健全民主程序說相比較，則其所分析的其他差異之處並不存在，所以本文並未採納他的其餘觀點。

乃是爲了一定的公共利益，因此與言論自由相較，新聞自由可能比較會因爲較大公共利益的追求而受到比較多的限制。

言論自由與新聞自由除了在理論基礎及權利性質兩方面的差異外，在權利的具體內容方面也有不同。例如，新聞媒體基於新聞自由，比一般大眾基於言論自由，在接近取得資訊以及保護資訊來源方面，享有較多的權利。但在另一方面，新聞媒體言論也比一般人的言論，增加了一些義務或負擔。例如，新聞媒體的報導或評論要較一般大眾的言論，接受較多的公眾評論。同時，新聞媒體在一定的條件下，應將其篇幅或時段空出，讓大眾接近使用。

### 5.3. 判斷是否合憲的標準的比較

因爲新聞自由與言論自由都是保障意見的表達，因此，在具體個案，爲了要判定所涉新聞自由或言論自由的界限，所發展出來的一些判斷的標準或原則，通常是可以互相通用的。

例如一般在涉及言論自由的具體個案討論中，爲了判定政府對言論自由所爲的限制措施有無違反言論自由，而根據各種不同類型的言論，所發展出來的各種判定準則或標準，也可適用到新聞自由的類似案件上，例如：關於政府如限制「不雅言論」(indecent speech)（或又稱爲「令人不快的言論」(offensive words)是否違反言論自由，所發展出來的判定標準，也就是要視在當時客觀環境下，聽眾或觀眾是否可以輕易的避開這些不雅或不快的言論，而未成爲該言論的俘虜(captive audience)作爲標準，<sup>⑩</sup>也可適用在判斷政府對新聞媒體不

<sup>⑩</sup>根據不同的言論自由理論，言論自由有可能是一種「工具性的權利」，或可能是一種「非工具性權利」。例如，如採取追求真理說或健全民主程序說作爲言論自由理論，言論自由即爲一種工具性權利。但如採取表現自我說，即會主張言論自由爲一種非工具性之個人權利，請參見林子儀，前④引文。

雅言論的限制是否違反新聞自由的案件上。<sup>⑭</sup>又如，為判斷政府對煽動他人為暴力內亂或違法行為言論的限制是否違反言論自由，所發展出來的「明顯而立即危險原則」，<sup>⑮</sup>也可適用到新聞媒體所為類似言論之上。<sup>⑯</sup>

同樣地，在涉及新聞自由的具體個案討論中，為了判定政府對新聞自由所為的限制措施有無違反新聞自由，而根據各種不同類型的新聞報導，所發展出來的各種準則或標準，也可同等適用到言論自由的類似案件上。例如，在類似新聞媒體的報導對公眾人物的名譽造成損害時，政府可否對新聞媒體的這種報導予以限制或處罰，也就是新聞自由是否保障新聞媒體的這種有害他人名譽的報導，我們以「真正惡意」(actual malice)原則作為界定新聞自由的界限。<sup>⑰</sup>而這項原則，對於我們在判定一般人的言論如同樣涉及批評公眾人物並損害及其名譽，是否受到言論自由的保障時，亦應同等的適用。又如，在新聞報導涉及洩漏國家機密之情形，是否受到新聞自由的保障，我們也發展出來了一項判定的標準。<sup>⑱</sup>這項標準，也應同等地適用到一般個人的言論涉及洩漏國家機密，是否受到言論自由保障的判定上。

雖然在大部份的類型上，在具體個案為了界定新聞自由界限，或

<sup>⑭</sup> *E.g.*, *Cohen v. California*, 403 U.S. 15(1971).

<sup>⑮</sup> *E.g.*, *Federal Communications Commission v. Pacifica Foundation*, 438 U.S. 726(1978).

<sup>⑯</sup> *E.g.*, *Schenck v. U.S.*, 249 U.S. 47(1919), *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444(1969). 詳參見林子儀「言論自由與內亂罪」，憲政時代，第十六卷第一期，現收錄於本書中。pp.6-18 (民國七十九年七月)。

<sup>⑰</sup> *E.g.*, *National Broadcasting Co., Inc. v. Niemi*, 434 U.S. 1354(1978), *Olivia N.v. National Broadcasting Co.*, 126 Cal. App. 3d 488, 178 Cal. Rptr. 888(1st Dist. 1981), *cert. denied*, 458 U.S. 1108(1982).

<sup>⑱</sup> *E.g.*, *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254(1964).

<sup>⑲</sup> *E.g.*, *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 73(1971).

言論自由界限，所發展出來的判斷準則或原則是相互通用的；但是畢竟新聞自由與言論自由在理論基礎、權利性質、及權利內容等方面並不相同，我們在處理涉及新聞自由的具體個案，如要引用言論自由所建立的準則或原則作為解決新聞自由個案的準則或原則時，應要注意其間的差異。類型相同，不一定可以適用同樣的準則或原則。

譬如，如果政府賄賂新聞記者，要求被賄賂的記者作有利於政府立場的報導，政府這種行為是否違反了憲法？對這個問題的回答，會因為我們是否採取第四權理論，把新聞自由當作是一種與言論自由不同的，並具有特殊職責的制度性基本權利，或只是將新聞自由視為言論自由的一種而有不同。如果把新聞自由視為是一種言論自由，新聞媒體與一般人並無不同，則政府的這種行為，可能並不會被認為是憲法所不許可。因為，政府這種行為就類似政府付費給新聞媒體刊登宣傳性廣告一樣。<sup>④⑥</sup>但如果採取第四權理論，而將新聞自由視為維護新聞媒體發揮監督政府功能之一種制度性權利，則政府賄賂新聞記者的行為將會被認為是違反新聞自由而為憲法所不允許的行為。基於第四權理論的新聞自由，主要是為了維護新聞媒體的自主性，並維護其能提供不受政府控制的資訊給一般大眾。政府賄賂新聞記者的行為顯然是要破壞新聞媒體的自主性，並影響其報導的內容，而與新聞自由所欲維護者衝突。<sup>④⑦</sup>

## 6. 新聞自由的管制結構

<sup>④⑥</sup> See BAKER, *supra* note 42, at 248; Steven Shiffrin, *Government Speech*, 27 UCLA L. REV. 565 (1980).

<sup>④⑦</sup> *Id.*

以第四權理論為基礎的新聞自由，屬於一種工具性的權利，因此政府在比較之下，如認為對新聞媒體的新聞自由採取管制措施，將更能促進原先保障新聞自由所追求之利益時，政府採取適當的管制措施，並不當然構成違憲。

就電子新聞媒體而言，因有其特殊性而本來即必須由政府作適當的管制。就如前文曾言及，<sup>118</sup>傳統的廣電媒體所賴以傳送資訊的電波頻率為物理上有限的資源，為了有效的使用這種有限資源，必須由政府加以統籌分配。因此，欲從事廣播電視媒體事業者必須向政府申請，經政府核准分配一定之電波頻率並取得執照後，始能合法的營運。新興的衛星電視也與傳統的廣播電視相同。至於有線電視也因其傳訊所用的電纜，需經過公共領域，如街道或電線桿等，因此欲經營有線電視事業者，也需經過政府許可准其使用公共領域並發給執照後，才能鋪設系統，合法營運。由於電子新聞媒體傳送資訊所需利用的資源均需經由政府分配使用，因此，政府為了分配及管理即必須要對之有適當的管制。雖然，由於近來電子傳播科技的發達，有許多學者即主張傳統電波頻率有限與公共領域有限的觀點，已不再是正確的說法，因此，連帶地政府對電子新聞媒體管制的必要性及正常性也不再存在。但本文並不贊同這種說法，起碼我國現狀並不符合這種觀點的前提。即使我國能善用傳播科技，而使原本傳播資源的「稀少性」相對減少，要有效使用電波頻率及公共道路等，仍非要政府出面分配管理不可。

即使退一步言之，如果電子傳播資源不再是有限資源而不需政府分配管理，基於下述的考慮，不論電子新聞媒體或出版型式的新聞媒體可能都需要政府某種程度的管制。本來保障新聞自由的目的是希望

<sup>118</sup>參見前揭①至③及相對應之本文。

新聞媒體能善盡監督政府的功能，因此以新聞自由維持新聞媒體的自主性，使其能提供未被政府控制或影響的資訊、娛樂及意見，促進人們對政府及公共事務的關心，並進而引起公眾討論，以發揮監督政府的功能。然而，實際現象顯示，受到新聞自由保障的新聞媒體，雖然可能會增進意見及資訊的流通，但也可能會對意見及資訊的流通造成阻礙的作用。什麼樣的意見或資訊會在新聞媒體上出現，大部分是取決於新聞媒體本身所處經濟及政治上的結構和環境，以及取決於新聞媒體本身的特質。<sup>149</sup>另一方面，根據美國學者的研究顯示，新聞媒體在美國逐漸有壟斷及集中化的現象。<sup>150</sup>此種現象將減損新聞媒體擔負監督政府的功能。<sup>151</sup>從以上的經驗顯示，任憑新聞媒體自由發展是可能會造成一些問題，甚至會有與原先給與新聞自由保障的目的相違的情形發生。因此，政府對新聞媒體應有需要作適當的管制措施。

然而怎樣的管制措施才是適當的，而且是不違反新聞自由理念的。本文認為應分別管制的目的及手段上加以觀察。本文以下即簡單說明，基於第四權理論所建構的新聞自由理念，一個理想型的管制措施應該具有怎樣的原則性內容。

### 6.1.管制的目的

政府對新聞媒體的管制措施應追求怎樣的目的才合乎新聞自由理念呢？本文認為「維護新聞媒體的自主性」以及「促進新聞媒體提供多元化的資訊」，應是合於新聞自由理念的具體管制目的。前者，本即為第四權理論主張保障新聞媒體新聞自由的主要目的，故毋需深論。

<sup>149</sup> See Lichtenberg, *supra* note 60, at 102.

<sup>150</sup> See, e.g., BAGDIKIAN, *supra* note 72, at 21; John Busterna, *Trends in Daily Newspaper Ownership*, 65 JOURNALISM Q. 831 (1988).

<sup>151</sup> See, e.g., BAGDIKIAN, *supra* note 72, at 237.

而本文爲什麼會主張促進新聞媒體提供多元化的資訊，作爲政府對新聞媒體管制的目的，以及其爲什麼是合於基於第四權理論的新聞自由理念呢？雖然有學者認爲此亦爲自明之理，<sup>152</sup>但本文仍認爲有簡單說明的必要。

根據美國一九三四年的「傳播通訊法」(Communications Act of 1934)及其後的修正條文規定，美國聯邦傳播通訊委員會(Federal Communications Commission)在核發廣播電視執照時，必須基於「公眾的便利、利益、及需要」的考量。<sup>153</sup>因此，美國國會及聯邦傳播通訊委員會對廣播電視的管制即應以維護一般視聽大眾的利益爲目的。然而，公共利益畢竟是相當抽象的概念，美國國會及聯邦傳播通訊委員會即以促進資訊提供的多元性作爲管制廣播電視的具體目的，而這項目的亦被美國聯邦最高法院認爲是合憲的。最高法院認爲資訊的多元化，將可以增進不同意見的充分交換，而有助於言論自由及新聞自由的實踐。而如何使視聽大眾能從不同的及立場相對立的資訊來源，獲得不同的資訊，即爲相當重要的公共利益。國會有權經由對廣播電視的管制，以使大眾能經由廣播電視媒體獲得平衡及多元化的資訊，而此亦爲聯邦傳播通訊委員會的主要職責。<sup>154</sup>

這種見解並非只對廣播電視媒體的管制才有適用，對出版型式的新聞媒體亦有適用。事實上，依傳統見解，政府對廣播電視媒體的管制與對出版型式新聞媒體的管制最大的差異，是政府介入管制的正當性。傳統上由於廣播電視媒體所需利用的傳播電訊資源的有限性，而給與政府介入管制的正當性；反之，政府對出版型式新聞媒體即無法

<sup>152</sup> See, e.g., Lichtenberg, *supra* note 6, 10-11.

<sup>153</sup> 47 U.S. §§ 151, 301, 303, 307, 309 (1982 ed.).

<sup>154</sup> See, e.g., *Metro Broadcasting, Inc. v. F.C.C.*, 110 S.Ct. 197, 3010-11 (1990).

以同樣的理由予以管制。但即如本文前文所述，政府對新聞媒體的管制並不是只有基於傳播資源的特殊性才有介入管制的正當性。一旦政府可以合憲地對新聞媒體予以管制時，不分其是對廣電新聞媒體或是對出版型式新聞媒體，應以促進多元化資訊的提供作為政府管制新聞媒體的具體目的。<sup>155</sup>

早在一九四五年，美國聯邦最高法院即在 *Associated Press v. U.S.*<sup>156</sup> 一案中明白宣示：新聞自由為自由社會的必要條件，而憲法保障言論自由及新聞自由就是認為儘可能地讓資訊的提供來自於不同的及立場相對立的資訊源，對公眾的福祉是相當重要的。<sup>157</sup> 因為資訊的多元化，將可以增進不同意見的充分交換，不僅讓個人的意見有充分表達的機會，亦能經由意見的競爭而讓真理突顯。同時，保持意見的多元性，才能使「有關公共問題的討論，不受到任何約束 (uninhibited)，而是充滿活力的 (robust) 及完全開放的 (wide-open)」，<sup>158</sup> 一般大眾才有可能獲取有關公職候選人、政府施政及公共議題的充分及不同觀點的資訊，大眾才有可能作出比較正確的政治決定。而此種效果與第四權理論以維護新聞媒體的自主性，使其能提供未被政府控制或影響的資訊、娛樂及意見，促進人們對政府及公共事務的關心，並進而引起公眾討論，並發揮監督政府的功能，是相符的。

另一方面，限定政府以促進新聞媒體提供多元化的資訊為管制目的，也在要求政府在資訊的價值上採取中立立場，不應偏廢某種資訊。

<sup>155</sup> See, e.g., Henry Geller, *Mass Communications Policy; Where We Are and Where We Should Be Going*, in DEMOCRACY AND THE MASS MEDIA 293 (Judith Lichtenberg ed. 1990).

<sup>156</sup> 326 U.S. 1 (1945).

<sup>157</sup> *Id.* at 20.

<sup>158</sup> *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 271, 271 (1964).



而這也與第四權理論所強調以新聞自由維護新聞媒體提供未受政府控制或影響的資訊的理念相吻合。

因此，政府對新聞媒體的管制，其管制目的除維護新聞媒體的自主性之外，由於促進新聞媒體提供多元化的資訊，不僅是一項相當具體且重要的公共利益，而且在理念及實際效果上都與第四權理論相一致，應可作為政府管制新聞媒體的另一具體目的。

## 6.2. 管制的手段及類型

當政府在選擇要採取何種手段作為達成管制目的之手段時，本文認為，原則上政府應採取不涉及新聞媒體所報導或評論內容的「結構性管制手段」(structural regulations)，也就是應採取一種「不涉及言論或表意內容的管制措施」(content-neutral regulations)。本文所以會採取這種立場的理由，不獨是因為為維護言論自由，政府原則上不應採取涉及言論或意見表達內容的管制措施(content-based regulations)，<sup>⑩</sup>該原則對新聞自由亦應適用；基於第四權理論本來也應該有相同的結論。簡言之，根據第四權理論，憲法保障新聞媒體的目的是在維護新聞媒體的獨立自主性，保障其能提供大眾未受政府控制的資訊，提供大眾了解政府的施政的相關資訊，並提出針貶，以發揮監督政府的功能。所強調的就是保護新聞媒體所提供的資訊不要受到政府的控制或影響。如果，任令政府對新聞媒體所提供的資訊加以管制的話，新聞媒體不是不能提供正確及充分的資訊，不然就是完全成為政府的傳聲筒或馴化人民的工具，如何監督政府，防止政府濫權呢？<sup>⑪</sup>因此，依據第四權理論，即使政府有充分合憲的管制目的，其所採

<sup>⑩</sup> 本文作者在另一篇目前還在進行的文章中，對該原則有詳細的說明及討論，(林子儀，「言論自由的限制——雙軌理論(Two-Track Theory)」) 於此不贅

取的管制手段原則上應為不涉及新聞媒體的言論或表意內容的管制措施。而結構性的管制措施，即是本文認為一種有效且不涉及新聞媒體言論或表意內容的管制手段。<sup>⑮</sup>

然而，我們要如何以結構性的管制手段來促進新聞媒體提供充分及多元的資訊呢？我認為可以分別從新聞媒體事業的整體結構及單一的新聞媒體事業的內部結構兩方面予以規範。

就新聞媒體事業的整體結構而言，本文認為我們應以維持一個有效競爭的新聞媒體事業的自由市場為目標，以媒體間的自由競爭促進新聞媒體所提供訊息內容的多元性及質的提昇。而具體的作法有四：

(一)維持及促成新聞媒體事業經營者多元性：在電子新聞媒體部分，由於擬經營電子新聞媒體事業者，都必須先取得政府的許可並發給執照時，<sup>⑯</sup>因此政府在核發執照時，應以電子新聞媒體事業經營權

⑮本文雖然強調政府應保持中立原則，對新聞媒體管制「原則上」不能採取涉及言論或表意內容的管制措施。但這並非謂本文反對政府在一定條件下，對類如猥褻、暴力、妨害國家安全、教唆犯罪、或侵害他人名譽或隱私的言論，作適當的規範。但這類規範要怎樣規範才不致違反新聞自由或言論自由，並非三言兩語即可說明，本文作者已經或擬於未來分別為專文一一討論。目前國內已有一些有關的著作可供參考：李鴻禧，「性、秩序與人權」，載李鴻禧，「憲法與人權」，pp.419-48（一九八五年九月）；賀德芬，「美國最高法院近年來對言論自由尺度的變遷」，憲政思潮，第五十四期，pp.252-70（民國七十年六月）；法治斌，「論出版自由與猥褻出版品之管制」，載法治斌，「憲法專論（一）」，pp.65-174（民國七十四年五月）；法治斌，前揭⑮引文；法治斌，「猥褻新聞」，載翁秀琪、蔡明誠主編，「大眾傳播法手冊」，pp.159-86（民國八十一年八月初版）；羅文輝，「隱私權」，載翁秀琪、蔡明誠主編，前揭引書，pp.53-80；漆敬堯，「誹謗」，載翁秀琪、蔡明誠主編，前揭引書，pp.81-108；載煙登，「美國的言論自由與國家安全——最高法院處理反戰言論訴訟之批評」，政大研究所碩士論文（民國七十一年六月）；林子儀，前揭⑮引文；林子儀，「公眾人物的隱私權保障與言論自由」，美國月刊，第三卷第六期，pp.14-22（民國七十七年十月）。

⑯本文作者在另外一篇檢討我國廣播媒體現狀的文章中，綜合研究結果，發現要對我國現行廣電媒體事業作合理的改善，應採取結構性的管制措施，對廣電事業的結構及市場結構作全盤的重整。請參見林子儀、劉靜怡，「廣播電視內容的

的分散、多元、及防止集中壟斷等，作為主要的考慮；並限定同一經營者經營電臺不得超過一定的數目，同時也應禁止出版型式的新聞媒體的事業主同時兼營電子新聞媒體。

(二)維持新聞媒體事業在經營時的公平競爭秩序：新聞媒體事業應與其他產業一樣，應同受「公平交易法」的規範，以防止不正競爭、壟斷、及兼併等有害市場競爭秩序的行爲。

(三)兼顧地方性與全國性資訊之提供以及不同文化及少數族群之需要，並增加經營新聞媒體事業之機會；政府應按電子新聞媒體之特性，分設地方性及全國性的電子新聞媒體事業，此不僅可兼顧地方性及全國性資訊的提供，滿足地方需求，亦可滿足不同文化及少數族群的需要；並能增加可供使用的電波頻率，增加經營的機會，達成經營者多元性的要求。

(四)設置公共廣播電視以彌補商業廣播電視之不足：由於我國目前廣播電視的經營方式是以商業經營為原則，而在自由競爭的商業化經營下，商業廣播電視產生了兩項缺失。其一，其所呈現的內容因過度迎合大眾口味，而有「庸俗化」的傾向。其二，廣播電視淪為經濟力或政治力強者操縱輿論的工具，經濟力或政治力弱者鮮有機會使用廣播電視表達意見或引起公眾討論。為了彌補這種缺失，我們可以公共廣播電視來提供不同質量的新聞及節目，並兼顧「公眾」及少數族群的需求，同時亦讓經濟力或政治力弱者有使用廣播電視的機會。<sup>⑬</sup>至

規範與表現」，載「解構廣電媒體」第三章，澄社文存〔二〕（民國八十二年四月）。

⑬請參見前揭⑪至⑬及相對應之本文。

⑭公共廣播電視的設置可有兩種方法：（一）由政府立法強制商業廣播電臺及電視臺撥出一定時段供公共廣播電視使用，類似我國目前公共電視的作法。或（二）設置獨立的公共廣播電臺及公共電視臺，類似目前政府籌設中的公共電視。有關公共電視的討論，請參見馮建三，「公共電視」，載「解構廣電媒體」第六章。

於設置及經營公共廣播電視的經費，可由向商業廣播電視收取的「無線電波頻率使用費」(spectrum fee)<sup>⑮</sup>中支付之。<sup>⑯</sup>

而就單一的新聞媒體的內部結構而言，我們應以維護其內部新聞專業人員的自主性及獨立性為目標，以防止事業主不當的干預，而致新聞媒體有淪為經濟力或政治力強者之工具的危險。在具體的作法上，可由兩方面著力：

(一)加強及健全工會的組織，以加強新聞專業人員團體協約的談判地位，讓新聞專業人員可以自由與事業主締結合理的僱傭契約的可能性。在論及要如何維護新聞內部自主性時，有主張以團體協約方式，讓事業主及新聞專業人員能訂定合理的僱傭契約，以保障新聞專業人員的自主性。<sup>⑰</sup>然而，這種方式必須要有適當的法律規範以保障並促成健全的新聞專業人員工會組織為前提，才可能獲得成功。目前我國並非沒有新聞專業人員的工會組織，然而這些工會組織是否是一個以受僱者利益為主的自主性工會，受到相當大的質疑。而且就若干實例

澄社文存〔二〕（民國八十二年四月）；馮建三譯，「統理 BBC——英國廣播協會的蛻變歷程」（民國八十一年十二月）。

⑮我國目前尚無此種制度，目前商廣播電視事業是免費使用電波頻率，相當不合理。美國已故的 Ithiel de Sola Pool 教授即曾建議電波頻率的使用，可以用競標的方式，將之交给出價最高者使用，並讓取得使用權者自由利用，就如同報紙的經營者一樣，充分享有編輯之自主權。See, ITHIEL DE SOLA POOL, TECHNOLOGIES OF FREEDOM 138-48(1983)。本文亦支持其見解，主張應改革我國目前分配使用電波頻率的制度。本文建議，將可供廣播電視使用的電波頻率以類似定期租賃的方式，出租給出價最高者定期使用，政府收取「無線電波頻率使用費」。如設置公共廣播電視，則可將該筆收入轉供使用。

⑯ See, e.g., Lichtenberg, *supra* note 60, at 128; Geller, *supra* note 155, at 308-09, 320; Stephen Holmes, *Liberal Constraints on Private Power?: Reflection on the Origins and Rationale Access Regulation*, in DEMOCRACY AND THE MASS MEDIA 54-55 (Judith Lichtenberg ed. 1990)；馮建三教授亦持此種見解。請參見馮建三，前揭⑮引文。

⑰請參見翁秀琪前揭⑮引文。

觀察，這些工會並未能對新聞專業人員提供實質的支援。<sup>⑬</sup>為何會產生這種現象，究其原因，實是由於相關法律——如人民團體法、工會法等——規範的不當，以致所建立的制度未能有助於工會組織的健全。<sup>⑭</sup>理想上，當然是由新聞專業人員自主自發性的，基於共同的利益組織工會，以團體的力量與事業主締結合理的僱傭契約。由國家藉由法律介入總是存有危險。然而在現階段，沒有國家藉由法律作適當的介入，是很難建立一個健全的工會組織的。而類如「工會法」規範的主要目的，應是爲了實踐勞動基本權的保障，並以促進工會「組織自由化、會務自主化、運作民主化」爲具體手段，而非是基於對工會的掌控而作的各種監督。<sup>⑮</sup>

(二)政府應積極的合理規範新聞媒體事業內部的勞資關係，對事業主的人事權予以適當的限制，以給與新聞專業人員適當的專業自主性及獨立性。目前「勞動基準法」的有關規定並不能滿足這種要求，必須另行規範。可考慮制定「新聞媒體事業經營法」合理地規範及界定新聞媒體事業的所有權、經營權及編輯權的權限及其間的關係。而在設計新聞媒體事業內部的勞資關係或經營管理關係時，我們固然是以如何維護新聞專業人員的自主性及獨立性爲主要目的，但同時，也應對事業主有合理的保障，以維持適當的經營動機。

本文認爲該法原則上應有下列三種規定：(1)規定新聞媒體的報導方針、編輯政策、人事制度、員工福利等事項應由事業主與編輯等新聞專業人員之代表等共同協商決定。(2)將如何維護一個客觀及專業的新聞媒體的學者理論及一般專業的實際經驗，歸納整理成原則性的規

<sup>⑬</sup> 同上註，pp.304-14。

<sup>⑭</sup> 請參見劉志鵬，「從廢止『人團法』重新架構『工會法』」，載中國比較法學會編，「戡亂終止後法制重整與法治展望論文」，pp.311-29。

<sup>⑮</sup> 同上註。

定，藉以防止事業主的不當干預，並達到維護新聞媒體內部的自主性的目的。<sup>⑩</sup>例如，編輯決定權應與財務決定權分離原則、正確報導的專業原則、事實報導與臆測性報導應有明顯區分原則、事實報導與評論應予明顯區分原則、新聞報導與評論及廣播電視的節目應與廣告明顯區分原則、被新聞媒體報導之人或評論之人之答辯機會、編輯基本權（決定要呈現何種內容及呈現方式之權，包括有權拒絕事業主所提供或指示的具體內容，並包括對事業主或同事集團之言行之報導及評論等）等。<sup>⑪</sup>(3)建立新聞內部的救濟制度及提供適當的程序性保障，在新聞專業人員等受僱人受到懲戒或免職等不利的處分時，能有充分辯護及獲得專業判斷的機會。<sup>⑫</sup>

此外，對於如何將實質的規範具體落實的程序面的規範及設計，也是政府在對新聞媒體事業做結構性的管制時，應注意的議題。而在程序面的規定，所應注意的事項有二：執行的主管機關的組織，以及該主管機關應依如何的程序執行法律。再好的法律，其是否能被忠實的執行，仍取決於執行的機關，因此，政府對新聞媒體管制的相關法律應交由怎樣的機關執行，亦應仔細思考。本文認為主管新聞媒體事業的機關不應由政府發言人擔任，因為這與新聞自由主要是在維護新聞媒體提供一些未受政府控制的資訊的理念，是相互衝突的。而基於新聞媒體對民主程序的運作有相當大的影響力，如有關規範新聞媒體

<sup>⑩</sup>英國學者 Thomas Gibbons 針對如何防止事業主管干預及維護新聞事業內部自主性問題，列舉了各種方案，然經其檢討後，其認為將新聞媒體目前實際上的一些共同的原則，加以成文法化的規定應是最有效的一種作法。See, Thomas Gibbons, *Freedom of the Press: Ownership and Editorial Values*, 1992 PUB. L. 279, 290-95, 198-99.

<sup>⑪</sup> See, e.g., *id.*

<sup>⑫</sup> 這種設計可參考在學術自由的領域中，在大學自治之下，為維護教師及學生的學術自由，所應給予的程序性的保障。

事業的法律需要有主管機關者，則該主管機關宜仿效美國法制之例，應設計為一獨立的行政管制委員會的組織型態，比較能平衡政治利益。<sup>⑬</sup>而為進一步防止行政機關的濫權，及擴大人民的民主參與，我們也應仿效其他民主先進國家的制度，制定主管機關在執行法律時所應踐行的行政程序，以給予人民更多的程序保障，並有助於行政決定的合理性、正當性及行政的效率的提昇。<sup>⑭</sup>

## 7. 結論

新聞自由為一種憲法保障的基本權利，我國憲法雖然沒有明文規定，但解釋上，新聞自由應為憲法第十一條所保障的出版自由所包含。一般通說認為新聞自由只是言論自由表達的一種特殊的方法或形式，但本文並不採此種見解。本文基於新聞媒體在現代民主社會的重要性，為了落實民主，以及為了促進資訊的接近取得與流通、建立接近使用媒體權制度、和維護新聞媒體內部的自主性等實際需要的考慮，本文支持以第四權理論建構新聞自由的理念。主張憲法所以要保障新聞自由，其主要的目的就是在保障新聞媒體的自主性，使其能提供未受政府控制或影響的資訊，以促使大眾對政府的施政及公共事務的關心，並進而形成公共意見，發揮監督政府的功能。

基於第四權理論的新聞自由，是一種為了維護新聞媒體作為現代

⑬請參見林子儀，「美國總統的元首長權與獨立行政管制委員會」，美國總統及其權能學術研討會，中國文化大學美國研究所主辦，所發表的論文，頁十五，民國八十一年三月二十一日。現收錄於作者所著「權力分立與憲法發展」一書中。

⑭有關大眾傳播行政應踐行的行政程序，其詳請參見林子儀、劉靜怡，「大眾傳播行政程序規定之分析與檢討」，載「現行法與行政程序法草案配合之研究」，pp. 177-236，經社法規研究報告 1008，行政院經濟建設委員會健全經社法規工作小組（民國八十一年十一月）。

民主社會中的一項重要制度所需之制度性基本權利，而非個人性基本權利；是一種爲了維護新聞媒體能達成監督功能之「工具性基本權利」；一種只有新聞媒體才能享有的基本權利。因此，基於第四權理論的新聞自由，不僅在權利的基礎理論，同時在權利的性質上，均與言論自由不同。而且，爲了使新聞媒體能發揮監督政府的功能，新聞自由在權利的內容上，也與言論自由不完全一致。新聞媒體在資訊的取得方面，比一般基於言論自由者，享有更多的保障。但也因爲新聞媒體的特殊地位，新聞媒體也比一般基於言論自由的表意者負擔較多的義務，除了其所報導及呈現的內容爲可受公評之事，而應接受一般大眾的評論之外，在一定的條件下，新聞媒體尚應提供篇幅或時段供一般大眾接近使用。

本文同時認爲如要真正讓新聞媒體發揮監督政府之制度性功能，則新聞自由保障新聞自由的自主性，不僅只是新聞媒體免於國家干預的外部自主性，同時尚包括新聞專業人員免於新聞媒體事業主不當干預的內部自主性。以使新聞媒體免於淪爲私人謀經濟利益及政治利益的工具，使其真正成爲社會公器，善盡監督政府之制度性功能及職責。

由於新聞自由爲一種工具性的基本權利，本文同意政府爲了增進該工具性權利所欲追求的利益，可以對新聞自由爲管制性的措施。而且在新聞媒體逐漸產生壟斷及集中化的現象之際，尤有需要作適當的管制。但政府對新聞自由的管制性措施，必須是以維護新聞媒體的自主性或促進新聞媒體提供多元化的資訊爲具體的目的，並以結構性的管制手段作爲達成目的的手段。在法制的建立上，尤需改變行政主管機關的組織型態，並加強行政程序制度的設計。

本文肯認新聞媒體在民主社會的重要性及其傳統之監督政府的角色，而以第四權理論建構新聞自由理念，維護其繼續發揮其傳統的功



能，以健全民主政治，實踐民主理念。然而權利的賦予，法制的建立，並不代表目的即以達成。期望享有新聞自由保障的新聞工作者能堅定信念，加強自律，爭取並維護新聞專業的自主性，切莫濫用新聞自由而反成爲被監督的對象。

——本文初稿曾於民在八十一年十月六日，發表於臺大法學基金會法律論壇。並刊登於臺大法學論叢第二十二卷第一期，民國八十一年十二月出版。本文係將原文予以修正及補充後收錄本書。



## THE RIGHT TO RECEIVE UNDER THE FREEDOM OF SPEECH

### 1.THE BASIS OF THE RIGHT TO RECEIVE

- 1.1.The Text and the Framers' Intent
- 1.2.The Traditional View of Freedom of Speech
- 1.3.The Implication of the Free Speech Clause

### 2.THE NATURE OF THE RIGHT TO RECEIVE

- 2.1.The Right to Receive as a Passive Right
- 2.2.The Right to Receive as a Dependent Right



## 〔中文摘要〕

美國聯邦最高法院以及部分學者主張某些類型的言論——例如商業性言論(commercial speech)以及公司法人的言論(corporate speech)等——均得基於因為要保障聽眾或觀眾的「接收訊息權」(the right to receive)，而受到保障。本文反對這種見解。本文認為接收訊息權固然為憲法保障言論自由所衍生的一種權利，但其並非是一種獨立的權利，而是一種補充及依附於言論自由的權利。該權利並不能使本不受言論自由保障的言論因此獲得保障，更不能強制他人表達或提供訊息。本文主要目的即是從分析及檢討接收訊息權的理論基礎、權利的性質，以及其與言論自由之間的關係，說明本文前述的立場。

本文首先說明本文所討論的接收訊息權，與一般人所說的「知的權利」(the right to know)並不相同。知的權利是指人民有接近取得政府所掌控資訊的權利。(雖然有學者反對該權利為一種憲法上的權利，但本文認為為其憲法上的一種權利，但其權利基礎並非是基於言論自由，而是基於民主原則。)而本文所討論的接收權，是指一般私人有接收其他私人所表達之資訊的權利。

本文認為憲法固然無明文規定保障人民之接收訊息權，但從憲法保障言論自由，自然可推出該項權利是憲法所保障的一種基本權利。因為，憲法保障言論自由就是要讓每一個人能自由的將其意見或想法，以其選擇的方式表達給他人，讓他人能獲知其意見或想法；如果言論自由只保障這種表意的自由，而不保障他人有接收訊息的自由，則表意自由將不具任何意義。

接著，本文分析美國聯邦最高法院的有關判決，以說明表意人有不表示的自由。當個人不想表示意見或提供訊息時，在一般正常情形，

他人並無強制其表示意見或提供訊息的權利。因此，本文認為接收訊息權，是一種被動性的權利，不能以之去強制他人表示意見或提供訊息。本文並對 Thomas Emerson 教授主張接收訊息權為一種主動性權利的理由提出反駁意見。

本文並進一步主張接受訊息權為一種依附表意自由的權利。並分析曾被用來支持接收訊息權為一種獨立權利的美國聯邦最高法院的有關判決先例，均未主張接收訊息權為一種獨立於自由之外的一種獨立性權利。本文並指出如認為接收訊息權為一種獨立性權利，將會侵犯他人不表示意見的自由。

如果接收訊息權為一種主動性及獨立性的權利，則其將意含一個人表意自由，反要依賴聽眾或觀眾的接收訊息權的支持。而這也是美國聯邦最高法院及美國相當多數學者提出這種主動性及獨立性的接收訊息的主要目的，想以此作為說明為什麼有些言論應受言論自由保障的理由。然而，本文認為這將使表意人的言論自由成為聽眾或觀眾的工具。如果言論自由權是一種基本權利的話，則其之所以應受保障的理由應是來自表意者自身，也就是為了維護表意人的自主尊嚴，而非依賴於其對他人的有用性。由於將接收訊息權視為一種主動性及獨立性的權利，將與言論自由作為一種基本權利的性格發生衝突，這也是本文反對這種觀點的根本理由。

### 〔補充說明〕

本篇論文發表於民國七十七年七月二日至四日，由中央研究院美國文化研究所（現改制為歐美研究所）主辦的“The Evolving U.S. Constitution:1787-1987”專題討論會。原文發表時之篇名為「The Right to Receive under the Freedom of Speech」。後收錄於“The

Evolving U.S. Constitution: 1787-1987," pp.359-74, edited by Tung-hsun, Institute Of American Culture, Academia Sinica, Taipei, Taiwan, Republic of China, 1989.

\*\*\*\*\*

Freedom of speech is essential to a democratic society. Article 11 of the Constitution of the Republic of China (R.O.C.) guarantees Chinese people the freedom of speech,<sup>①</sup> but like the First Amendment of the Constitution of the United States, the text of Article 11 itself is unclear on the extent of such freedom of speech. Up to now there has been little study on this issue in the R.O.C. Although freedom of speech under the U.S. Constitution also lacks clearly defined and universally accepted general principles, the endeavor to clarify the First Amendment of the U.S. Constitution by American judges and scholars through the provocative court's decisions and the extensive and creative discussions engendered therefrom has much to offer the R.O.C. in developing the study of the freedom of speech.

The topic of this paper is "the right to receive." I have prepared this paper based on my research of U.S. constitutional law and have no intention to make a comparative study between U.S. laws and R.O.C. laws. The purpose is to study the underlying basis and nature of the right to receive in order

① "The people shall have the freedom of speech, teaching, writing, and publication." ROC Const. art. 11.

to clarify the question of whether freedom of speech actually protects a listener's independent right to receive. If such an independent right does exist, certain speech on the grounds that the listeners have the right to receive the speech in question will then be protected without considering whether the speaker has the right to speak.

Many American commentators have taken the position that certain speech, at least commercial and corporate speech, is protected on the basis of such a right to receive,<sup>②</sup> but I disagree with this view.

This paper does not oppose the concept of the right to receive under the freedom of expression, but it argues that the

---

② See, e.g., Note, *The Right to Know in First Amendment Analysis*, 57 TEXAS L. REV. 505, 519-20 (1979) [hereinafter cited as Note, Right to Know]; L. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 57-58 (Supp. 1979); Emerson, *First Amendment Doctrine and the Burger Court*, 68 CALIF. L. REV. 422, 464-65 (1980); Kiley, *PACing the Burger Court: The Corporate Right to Speak and the Public Right to Hear After First National Bank v. Bellotti*, 22 ARIZ. L. REV. 427, 429 (1980); Nicholson, *The Constitutionality of the Federal Restrictions on Corporate and Union Campaign Contributions and Expenditures*, 65 CORNELL L. REV. 945, 953-58 (1980); Rome & Roberts, *Bellotti and the First Amendment: A New Era in Corporate Speech?* 3 CORP. L. REV. 28, 32 (1980); Patton & Bartlett, *Corporate "Persons" and Freedom of Speech: The Political Impact of Legal Mythology*, 1981 WIS. L. REV. 494, 498 (1981); Prentice, *Consolidated Edison and Bellotti: First Amendment Protection of Corporate Political Speech*, 16 TULSA L. REV. 599, 605-10 (1981); Note, *Electric and Gas Utility Advertising: The First Amendment Legacy of Central Hudson*, 60 WASH. U. L. Q. 459, 478 (1982); Richards, *Corporate Nonfinancial Disclosure: Preserving the Right to Know in an Organization Society*, 19 AM. BUS. L. J. 441, 451-52 (1982); Baldwin & Karpay, *Corporate Political Free Speech: 2 U.S.C. § 441b and the Superior Rights of National Persons*, 14 PAC. L. J. 209, 223 (1983);



right to receive is actually supplemental to and dependent upon the right to speak. The right to receive is subject to the premise that a speaker with both the right and the will to speak is available; it cannot impart the right to speak upon anyone who otherwise has no such right, nor can it force an unwilling speaker to speak. Two things are needed to clarify here also. For one, the right to receive as discussed herein is the right to receive information from private citizens or entities. This paper does not address whether there is a constitutional right to know government-held information, although I believe such a right exists.<sup>③</sup> Secondly, this paper intends to separate the discussion of the right-to-receive doctrine from that of the value theory of freedom of expression which emphasizes that whether a speaker has a right to speak depends on whether his or her speech serves the listener's

---

Shaw, Hurd & Bader, *Corporate Political Speech and the First Amendment*, 9 OKLA. CITY U. L. REV. 271, 276 (1984); Note, *Integrating the Right of Association with the Bellotti Right to Hear—Federal Election Commission v. Massachusetts Citizens for Life, Inc.*, 72 CORNELL L. REV. 159, 165-67, 173-74, 187 (1986); Pearson & O'Neill, *The First Amendment, Commercial Speech, and the Advertising Lawyer*, 9 U. PUGET SOUND L. REV. 293, 306 (1986); Schneider, *Free Speech and Corporate Freedom: A Comment on First National Bank of Boston v. Bellotti*, 59 S. C. L. REV. 1227, 1234 (1986).

- ③ Professor Lillian R. BeVier suggests that such a right to know information within the government's control cannot be sustained as a constitutional right. Be Vier, *An Informed Public, An Informing Press: The Search for a Constitutional Principle*, 68 CALIF. L. REV. 482 (1980). But cf. Note, *The First Amendment Right to Gather State-Held Information*, 89 YALE L.J. 923 (1980); Richards, *supra* note 2.

interests in searching for truth<sup>④</sup> or facilitating the democratic process.<sup>⑤</sup> Although both theories are listener's-interest-oriented, they comprise different doctrines. The right-to-receive doctrine tends to propose a listener's right to receive information, which is independent of the speaker's right to speak. If there is an independent listener's right to receive, the speech in question will be protected without considering whether the speaker has the right to speak. Hence, a speaker's right to speak is not the main concern in the right-to-receive doctrine. In contrast, a speaker's right to speak is the main concern in the value theories focusing upon the listener's interests, for the value theories are suggested as a means to resolve whether a given speaker has the right to speak. Different value theories emphasize either the listener's interests or the speaker's interest. Which theory should be adopted or is con-

---

④ The value theory which holds that the primary function of the freedom of expression is to further the search for truth may be truth may be called the truth-seeking theory (or the marketplace-of-ideas theory) proposed by John Milton, John Stuart Mill, and Justice Holmes. See, e.g., J. MILTON, *AEROPAGITICA* (1st ed. 1644) (J.C. Suffolk ed., 1968); J. MILL, *ON LIBERTY* (1st ed., 1859) (Prometheus Books ed., 1986); *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630 (Holmes, J., dissenting) (1919).

⑤ The value theory which asserts that the sole purpose of the freedom of expression is to facilitate the operation of the democratic political process may be named the democratic process theory proposed by Alexander Meiklejohn and Judge Robert Bork. See, e.g., A. MEIKLEJOHN, *FREE SPEECH AND ITS RELATION TO SELF-GOVERNMENT* (1948); Meiklejohn, *The First Amendment Is An Absolute*, 1961 SUP. CT. REV. 245 (1961); Bork, *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, 47 IND. L. J. 1 (1971).

sidered better than the others remain troublesome questions. Here, I focus upon only whether there is an independent right to receive. In the following discussion, I will first examine the legal basis for the right to receive, then, the nature of the right to receive.

## 1. The Basis Of The Right To Receive

### 1.1. The Text and the Framers' Intent

The First Amendment of the U.S. Constitution provides that "Congress shall make no law...abridging the freedom of speech ....." It does not expressly grant a right to receive. In view of this, some commentators have looked to the Framers' intent to discover a basis for a right to receive. It is true that there are some references indicate that some of the Framers recognized the close relationship between "popular information and popular government."<sup>6</sup> For instance, James Madison once stated:

A popular government, without popular information or the means of acquiring it, is but a prologue to a farce or a tragedy; or perhaps both. Knowledge will forever govern ignorance. And a people who mean to be their own governors, must arm themselves with the power knowledge

---

<sup>6</sup> Note, *Right to Know*, *supra* note 2, at 506-07.

gives.<sup>⑦</sup>

William Bolla and James Alexander also stressed the importance of popular knowledge regarding “Publick Matters.”<sup>⑧</sup> Nonetheless, because there are historical evidence that the free speech clause did not receive much attention from the Framers,<sup>⑨</sup> and because the language of the First Amendment is framed in terms of speaking rather than listening, therefore, it is difficult to conclude that an independent right to receive was intended by the Framers.

## 1.2. The Traditional View of Freedom of Speech

Moreover, traditional academic and judicial discussions regarding the First Amendment have not given much emphasis on the right to receive. By its terms, the First Amendment protects “freedom of speech,” hence most discussion has focused upon the rights of the speaker rather than the listener. Professor Thomas Emerson has pointed out,

the dynamics of the system of freedom of expression rest on the assertion of individual rights by the person desiring to communicate, far more

<sup>⑦</sup> Letter from James Madison to W. T. Barry, August 4, 1822, reprinted in 9 WRITINGS OF JAMES MADISON 103 (G. Hurst ed. 1910).

<sup>⑧</sup> L. LEVY, LEGACY OF SUPPRESSION 137-38 (1960).

<sup>⑨</sup> Bork, *supra* note 5, at 22; L. LEVY, EMERGENCE OF FREE PRESS 266-67 (1985).

interests in searching for truth <sup>④</sup> or facilitating the demo-

than on pressure from individuals desiring to listen. It is the speaker who is more directly affected, is more highly motivated to secure his right, will press harder to achieve it, and may have more power to succeed. To focus on the more indirect and diffuse rights of the listener would likewise tend to weaken the system.<sup>10</sup>

Hence, although Professor Emerson has tried to develop a theory of the right to know, he has recognized that "history, tradition, doctrine, and practice have all developed primarily on the basis of protecting the right of the speaker."<sup>11</sup>

### 1.3. The Implication of the Free Speech Clause

Although the First Amendment does not expressly grant a right to receive, such a right can be derived from the right to speak. If a right to speak exists, then in most cases a right to receive the speech will correspondingly arise; otherwise, the right to speak could be rendered meaningless.<sup>12</sup> Justice Brennan has expressed the idea persuasively:

<sup>10</sup> Emerson, *Legal Foundation of the Right to Know*, 1976 WASH. U. L. Q. 1, 4-5.

<sup>11</sup> *Id.* at 5. See also Burnett, *Protection and Regulating Commercial Speech: Consumers Confront the First Amendment*, 5 COMM. ENT. L. J. 637,639 (1983).

<sup>12</sup> Comment, *The Right to Receive and the Commercial Speech Doctrine: New Constitutional Considerations*, 63 GEO. L. J. 775, 778-78 (1975). (Freedom of speech would be a hallow right if a concomitant right to hear the speech did not exist.)

It is true that the First Amendment contains no specific guarantee of access to publication. However, the protection of the Bill of Rights goes beyond the specific guarantees to protect from congressional abridgment of those equally fundamental personal rights necessary to make the express guarantees fully meaningful....I think the right to receive is such a fundamental right. The dissemination of ideas can accomplish nothing if otherwise willing addressees are not free to receive and consider them. It would be a barren marketplace of ideas that had only sellers and no buyers.<sup>13</sup>

Although the right to receive is therefore not specifically guaranteed in the Bill of Rights, it is implied by the right to speak protected in the First Amendment by the Free Speech Clause.

## 2. The Nature Of The Right To Receive

### 2.1. The Right to Receive as a Passive Right

Although there is a constitutionally protected right to receive, it is not an independent right. It is a passive and dependent right.

The freedom not to speak is as important as the freedom to speak. The Court has expressed this view on many occasions: e.g., *West Virginia State Board of Education v. Barnett*,<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> *Lamont v. Postmaster General of the U.S.*, 381 U.S. 301, 308 (Brennan, J., concurring) (1976).

<sup>14</sup> 319 U.S. 624 (1943). (A state law requiring all children in the public schools to salute and pledge allegiance to the flag of the United States

*Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*,<sup>15</sup> *Wolley v. Maynard*,<sup>16</sup> and *Abood v. Detroit Board of Education*.<sup>17</sup>

If the speaker has the freedom not to speak, the listener certainly cannot force the speaker to speak against his will. The right to receive is passive because it cannot force the speaker to speak but must wait for the speaker to speak on his own volition. In the event of conflict between the right not to communicate and the right to receive, the right not to communicate usually prevails except in exceptional contexts.

The Supreme Court has denied the right not to speak in a few cases, but such decisions have involved special circumstances. In *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*,<sup>18</sup> for example, the Court upheld the FCC's fairness doctrine, which required that a broadcaster grant others the right to reply to personal attacks and political editorials broadcast on its station. In

---

is unconstitutional, for the First Amendment guards the individual against compulsion by public authorities to utter what is not in her or his mind.)

<sup>15</sup> 418 U.S. 241 (1974). (A "right to reply" statute requiring any newspaper that assails the character of a political candidate to print the candidate's reply infringes freedom of the press under the First Amendment.)

<sup>16</sup> 430 U.S. 705 (1977). (State could not criminally punish individuals who covered up the state motto "Live Free or Die" on their passenger vehicle license plates because the motto was repugnant to their moral, political, or religious beliefs.)

<sup>17</sup> 431 U.S. 209 (1977). (Non-union employees have a constitutional right not to have their service fees used for support of ideological causes of which they disapprove.)

<sup>18</sup> 395 U.S. 367 (1969).

*Columbia Broadcasting System v. FCC*,<sup>19</sup> the Court upheld an FCC rule requiring broadcasters to allow reasonable access by a legally qualified candidate for Federal elective office. Both cases can be distinguished, however, on the scarcity of broadcast spectrums, which has always justified government regulation of the broadcasting media.

Another exception relates to the use of public establishments. In *Pruneyard Shopping Center v. Robins*,<sup>20</sup> the Court rejected the contention that an owner of a private shopping center has a First Amendment right to withhold his property from use as a forum for speech by others. This case is distinguishable on the ground that a shopping center is a business establishment held open to the public; thus for First Amendment purposes it is treated as public property.

In *Zauderer v. Office of Disciplinary Counsel*,<sup>21</sup> the Court held that a state may require a commercial advertiser to include in his advertising "factual and uncontroversial information about the terms under which his services will be available," provided that the disclosure requirements are "reasonably related to the State's interest in preventing deception of consumers." Disclosure can be required in this case because the Court has held that false advertising is beyond the scope

<sup>19</sup> 453 U.S. 367 (1981).

<sup>20</sup> 447 U.S. 74 (1980).

<sup>21</sup> 471 U.S., 105 S. Ct. 2265 (1985).



of the First Amendment.

As pointed out above, the Court has only denied the right not to speak in exceptional cases where other considerations overrode the freedom not to speak. In the absence of such considerations, speakers cannot be required to speak for the sake of their audience, and no Supreme Court precedent has ever so held. In *Virginia Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council*,<sup>22</sup> the Court asserted that

freedom of speech presupposes a willing speaker. But where a speaker exists,...the protection afforded is to the communication, to its source and to its recipients both....If there is a right to advertise, there is a reciprocal right to receive the advertising, and it may be asserted by these appellees.<sup>23</sup>

The Court recognized that the right to receive is "reciprocal"—that is, predicated upon the right to speak and a willing speaker.

Professor Emerson points out that traditionally, the right to receive has been a passive right.<sup>24</sup> He admits that it is the speaker who has played the central role in exercising freedom of expression,<sup>25</sup> and that "history, tradition, doctrine and prac-

<sup>22</sup> 425 U.S. 748 (1976).

<sup>23</sup> 425 U.S. at 757 (emphasis added).

<sup>24</sup> Emerson, *supra* note 10, at 2.

<sup>25</sup> *Id.* at 4-5.

tice have all developed largely on the basis of protecting the right of the speaker.”<sup>26</sup> Nevertheless, Professor Emerson argues that it is necessary to develop a comprehensive theory of the affirmative right to know independent of the speaker’s freedom of expression. He gives three reasons explaining why such a theory is needed: (1) to defend against government interference with freedom of expression; (2) to formulate governmental measures to regulate or expand freedom of expression; and (3) to obtain information from government and private sources.<sup>27</sup> Except for his argument for the public’s right to receive government information, which is beyond the scope of this paper, none of Professor Emerson’s arguments in support of the above three rationales is persuasive.

For his first rationale — defense against government interference with free expression—Professor Emerson lists three contexts where the right to know should receive direct First Amendment protection: (i) when government applies a direct sanction against the recipient in lieu of or in addition to the speaker; (ii) when the speaker is not in a position to assert his or her rights, and (iii) when the government itself engages in expression.<sup>28</sup> In all of these contexts, however, a willing speaker already exists, hence whatever right to receive which

---

<sup>26</sup> *Id.* at 5.

<sup>26</sup> *Id.* at 3-20.

<sup>28</sup> *Id.* at 6-8.

may exist is nevertheless passive. Thus Professor Emerson's first rationale does not rally give a justification for an affirmative right to receive.<sup>29</sup>

Professor Emerson develops his second rationale — the need to formulate governmental measures to regulate or expand freedom of expression — with an aim to establish an affirmative right to receive in a welfare society. At the conclusion of his argument, however, he notes that in the event of a conflict between the right to communicate and the right to receive, the system of expression would be better served by protecting the right to communicate at the cost of the right to know.<sup>30</sup> This statement not only mitigates the force of his argument, but also indicates that the right to know cannot force an unwilling speaker to speak.

The third rationale of Professor Emerson's argument for an affirmative right to receive is utilization of the right to know to obtain information from government or private sources. This argument also fails to support the theory of an affirmative right to know because Professor Emerson concedes that the Constitution "does not obligate any private person, that is, non-government person, to disclose information to any other private person."<sup>31</sup> In sum, none of Professor Emerson's ratio-

---

<sup>29</sup> The second situation may include the case wherein the right to receive can receive information from a willing speaker who may not have a right to speak. This situation will be discussed in the following section.

<sup>31</sup> Emerson, *supra* note 10, at 14.

nales offers persuasive justifications for an affirmative right to receive. The First Amendment would not tolerate a right to receive with would force an unwilling private speaker to speak. If there is a right to receive, it must be a passive right.

## 2.2. The Right to Receive as a Dependent Right

Not only is the right to receive a passive right, it is also a dependent right. The above section addresses the situation where a speaker has the right but not the will to communicate, in which event the listener would have no authority to force the speaker to communicate. This section addresses the situation wherein a speaker may be willing to speak but has no such right, and the question is whether listeners have a right to receive insofar as to impart a right to speak upon the speaker or to force the government to allow the speaker to speak. This paper argues that the right to receive does not exist independently of the right to communicate, but rather that it is a dependent or reciprocal right of the right to speak.

History, tradition, doctrine and practice have all largely been based upon protection of the speaker as opposed to the listener. A listener presumably has a right to receive only what the speaker has a right to say. The right to receive is only a mirror of the right to speak. If there is no right to

---

⑤ *Id.* at 19.

---

speak, there is no right to receive. Although few would deny that listeners have a significant interest in the right to speak and are often the primary beneficiaries of this right, it is incongruous to argue that the right to receive exists independent of the right to speak.

In discussing the right-to-receive theory, the U.S. Supreme Court and commentators have largely based their arguments upon Supreme Court precedents. Yet as Professor Carl Schneider has pointed out, the precedents referred to do not justify the existence of an independent right to receive.<sup>32</sup> He indicates that

[e]ach right-to-receive case builds largely on dicta from earlier right-to-receive cases. The Court has never examined carefully the origin or the implications of such a right.<sup>33</sup>

The first right-to-receive case was *Martin v. Struthers*,<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> Schneider, *supra* note 2, at 1246-52.

<sup>33</sup> *Id.* at 1251.

<sup>34</sup> 319 U.S. 141 (1943). *Martin* was a leafletting case in which a city ordinance prohibited anyone from distributing handbills to residents by either ringing their doorbell or otherwise calling them to the door. The city contended that many of its residents worked at night and slept during the day, and they therefore did not want to be disturbed by leafletters. In its opinion, the Court held that the right to receive outweighed the interest pursued by the ordinance. Nevertheless, it was the leafletters' right to speak which was central to the holding. *Id.* at 146-47.

wherein the Court indicated that

The right of freedom of speech and press has broad scope....This freedom embraces the right to distribute literature....and necessarily protects the right to receive it.<sup>35</sup>

This quote has often been used by commentators and later opinions—e.g., *Marsh v. Alabama*,<sup>36</sup> *Griswold v. Connecticut*<sup>37</sup> and *Stanley v. Georgia*<sup>38</sup>—to support an independent right to receive, yet the language of the sentence itself indicates that the right to receive is predicated upon the right to communicate. The right to receive leaflets is predicated upon the right

<sup>35</sup> 319 U.S. at 143.

<sup>36</sup> 326 U.S. 501, 505 (1946). A Jehovah's Witness was charged with criminal trespass for distributing religious literature in a town wholly owned by a private company. The Court's opinion that the Jehovah's Witness had the First Amendment right to distribute might have been influenced by concern for the residents' ability to obtain information, but the opinion is known as a result of an application of "the public function theory" and "is probably best understood as responding to the special history and circumstances of the Southern company town." Schneider, *supra* note 2, at 1247.

<sup>37</sup> 381 U.S. 479, 482 (1965). This is the famous contraceptives case. It is well known as a leading case which used a substantive-due-process-like approach to protect a fundamental right, and as a case which created the theory of a zone of privacy. The right to receive was used to build a broad view of the First Amendment, which was a part of foundation of theory of privacy zone in protecting the marital relationship from governmental intrusions into its intimate decisions. "Under these circumstances, the right to hear in *Griswold* sinks dangerously close to dictum." Schneider, *supra* note 2, at 1248.

of the leafletter to distribute. The Court neither indicated nor created a right to receive independent of a right to speak.

That the right to receive indicated in *Martin* and its progeny<sup>39</sup> is not independent of the right to speak is further evidenced in Justice Brennan's concurring opinion in *Lamont v. Postmaster General*<sup>40</sup> as quoted earlier:

I think the right to receive is...a fundamental right. The dissemination of ideas can accomplish nothing if otherwise willing addressees are not free to receive and consider them. It would be a barren marketplace of ideas that had only sellers and no buyers.<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> 394 U.S. 557, 564 (1969). The Court held that the mere private possession of obscene material by an adult in the privacy of one's home may not be made criminal. However, the Court's subsequent decisions on this issue not only gave a narrow reading of *Stanley*, but come to close to contradicting it. For example, there is no right to distribute pornography to consenting adults through the mail, *U.S. v. Reidel*, 402 U.S. 351 (1971), to import obscene material for personal use, *U.S. v. Twelve 200-Foot Reels*, 413 U.S. 123 (1973), or to show obscene movies to consenting adults, *Paris Adult Theatre I v. Slaton*, 413 U.S. 49 (1973).

<sup>40</sup> There was one case, *Thomas v. Collins*, 323 U.S. 516 (1945), which did not cite *Martin*. Nevertheless, the Court did not suggest an independent right to receive either. The Court there held that a labor organizer's right to speak and the rights of workers "to hear what he had to say" were both abridged by a state law requiring organizers to register before soliciting union membership. *Id.*, at 534.

<sup>41</sup> 381 U.S. 301 (1965). In this case, the Court invalidated a postal regulation that required a request in writing from the addressee as a prerequisite to the delivery of nonsealed mail from abroad containing Communist propaganda material. Although the Court's holding was that the regulation violated the addressee's "First Amendment rights," it did not go

It is clear to Justice Brennan that the right to receive is to “accomplish” the purpose of the right to speak. Whether there is a right to receive depends on whether there is a right to speak. The listener’s right to receive is thus parasitic upon the right to speak.

Two cases before *Virginia Pharmacy* are often cited as providing a basis for an independent right to receive: *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC* ⑫ and *Kleindienst v. Mandel*. ⑬ In *Red Lion*, the Court approved certain aspects of the FCC’s fairness doctrine, which required broadcasters to give individuals the right to reply on the air to personal attacks and political editorials broadcasted by the station. The Court’s decision was based on the public’s right to receive a competing view ⑭

---

further to include the right to receive. The Court’s opinion said that “the addressee in order to receive his mail must request in writing that it be delivered [is] an unconstitutional abridgment of the addressee’s First Amendment rights.” 381 U.S. at 307. Only in Justice Brennan’s concurrence was the right to receive expressed. 381 U.S. at 308 (Brennan, J., concurring). Comparing the different terms used by the majority and concurring opinions, if the Court’s holding was based on the right to receive, then why did Justice Brennan feel the need to write separately, and why did the majority not respond to Justice Brennan by acknowledging that it had established that right? Also the majority did not cite standard right-to-receive cases to support the addressee’s First Amendment rights. It appears that the Court was not thinking of the right to receive. Rather, the Court was more likely addressing the offensiveness of government interference with addressee’s mail communications or associations with an unpopular idea. Schneider, *supra* note 2, at 1249.

⑫ 381 U.S. at 308 (Brennan, J., concurring).

⑬ 395 U.S. 367 (1969).

⑭ 408 U.S. 753 (1972).



*Red Lion* can be distinguished, however, by the problems created by a scarcity of broadcast spectrums, which justifies government regulation. The applicability of the free press clause in *Red Lion* further distinguishes this case from general free speech cases. Hence *Red Lion* is not a proper precedent for justification of an independent right to receive.<sup>45</sup>

*Kleindienst* is a more significant precedent supporting an independent right to receive. In *Kleindienst*, the Attorney General relied upon a statute making foreign Communists ineligible for visas in order to exclude a Belgian Marxist scholar from entering for United States. Several American scholars sued against the Attorney General's decision, arguing that the Marxist scholar should be allowed into the United States because they had the First Amendment right to hear and debate with him in person. The Court agreed and indicated that " [i] t is now well established that the Constitution protects the right to receive information and ideas. This freedom [of speech and press] necessarily protects the right to receive."<sup>46</sup> The Court thus agreed that American scholars have the right to face-to-face debate and discussion with the alien.<sup>47</sup> An alien presumably has no First Amendment rights while outside the United States, but the Supreme Court all-

<sup>45</sup> 395 U.S. at 390.

<sup>46</sup> *Schneider*, *supra* note 2, at 1248.

<sup>47</sup> 408 U.S. at 762-63 (citations omitted).

<sup>48</sup> *Id.* at 764-65.

owed the alien to enter the United States on the grounds that the American scholars had a right to receive, thus the alien's right to speak depends upon the scholar's right to receive.

Although *Kleindienst* is a strong argument for the right to receive,<sup>48</sup> the decision itself was based upon precedents which did not establish an independent right to receive.<sup>49</sup> Moreover, it is unclear that *Kleindienst* is entirely based upon the right to receive inasmuch as since the Marxist scholar's books and speeches were already published in the United States,<sup>50</sup> he already possessed a right to speak.<sup>51</sup>

Some commentators suggest that it was not until *Virginia Pharmacy* that the Court recognized an independent right to

<sup>48</sup> Prentice, *supra* note 2, at 606.

<sup>49</sup> Professor Schneider criticizes that this case "is strong in its dictum only, for its result runs directly counter to a right to hear." Schneider, *supra* note 2, at 1250.

<sup>50</sup> 408 U.S. at 765.

<sup>51</sup> After *Kleindienst*, *Procunier v. Martinez*, 416 U.S. 396 (1974), also relates to the right to receive. The Court in this case struck down rules restricting prisoners' personal correspondence and held that this mail censorship abridged the addressee's as well as the sender's First Amendment right of communication. The Court expressly stated that "[w]e do not deal here with difficult questions of the so-called 'right to hear' and third-party standing but with a particular means of communication in which the interests of both parties are inextricably meshed." *Id.* at 409. Thus, this is not a right-to-hear case. "In short, seen as precedent for a right to receive, *Lamont* and *Procunier* are swathed in ambiguity. Both cases, however, involved the mails, both cases involved particular individuals, and both cases involved the continuing intervention of a government agency in the communicative affairs of those individuals. It is at least a distance from these two cases to a right to receive vested in the public at large." Schneider, *supra* note 2, at 1250.

receive.<sup>12</sup> Yet although the case asserts a right to receive, such right is not independent of the right to speak. For example, the Court states as one point in its opinion:

Freedom of speech presupposes a willing speaker. But where a speaker exists,...the protection afforded is to the communication, to its source and to its recipients both....If there is a right to advertise, there is a reciprocal right to receive the advertising, and it may be asserted by these appellees.

•

It is clear from the statement above that the Court views the right to receive as a "reciprocal right" which is supplemental to the right to speak.

Hence, the precedents do not offer sufficient basis to support an independent right to receive. The right to receive in these cases is recognized as an important right, but it is meaningful primarily as a vehicle for carrying out the ends of freedom of speech. A right to receive arises from the exercise of the right to speak.<sup>13</sup> It is a right derived from the right to speak.

In addition, if there is an independent right to receive, it will

---

<sup>12</sup> Pearson & O'Neill, *supra* note 2, at 306; Schneider, *supra* note 2, at 1252; Prentice, *supra* note 2, at 606.

<sup>13</sup> 425 U.S. at 757 (emphasis added). *But see* n. 15 at 757.

<sup>14</sup> Baker, *Realizing Self-Realization: Corporate Political Expenditures and Redish's The Value of Free Speech*, 130 U. PA. L. REV. 648,662 n. 58 (1982).

mean that it is not dependent upon the exercise of a right to speak. The independent right to receive could conceivably require access to speech which a willing speaker may not have the right to say. Because the information that the speaker may not have the right to say will be protected for the sake of the listener's right to receive, the speaker then is protected to communicate the information. This result is contradictory. If a speaker does not have the right to speak, why should her speech be protected for the interest of the listener. Also, because this result implies whether a given speaker has the right to speak depends on the listener's right to receive, it inverts and breaks up with the conventional basis for a right to receive that a right to receive is implied by the protection of a right to speak.<sup>55</sup>

Furthermore, the existence of an independent right to receive may result in the condition whereby a speaker's right to speak depends upon the listener's right to receive. It follows then that whether the speaker has the right to speak depends upon the degree of usefulness of his speech to the listener's interests. Thus the speaker's right to speak is just a means to serve the listener's purpose. If the right to speak is deemed as one of the fundamental rights, it should be derived from the speaker herself, existing as an autonomous sovereign, and

---

<sup>55</sup> See *supra* notes 12-13 and accompanying text.

---

should not depend upon its utility to other's purposes. Fundamental rights are granted to an individual to protect his dignity and equal respect in the community. One is granted a fundamental right because he is an autonomous individual, not because his granted right is useful or valuable to others.<sup>56</sup> Hence an independent right to receive may conflict with the fundamental right to speak.

In sum, a right to receive is derived from the exercise of the right to speak. It is a passive and parasitic right. It is supplementary to the right to speak. The right to receive cannot create the right to speak. Thus it can only receive information or ideas that the willing speaker has the right to say. There is no right to receive which is independent of the right to speak. If one does exist, taken to its logical conclusion, the independent right to receive would determine when and what a speaker can and must speak, a situation which premises the free speech right upon the right to receive, thereby undermining the concept of individual right and sovereignty underlying freedom of speech. One cannot deny the interest that listeners

<sup>56</sup> See, e.g., J. RAWLS, A THEORY OF JUSTICE (1971); R. DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY (1977), and A MATTER OF PRINCIPLE (1985); Baker, *Utilities and Rights: Two Justifications for State Action Increasing Equality*, 84 YALE L. J. 39 (1974); *Scope of the First Amendment Freedom of Speech*, 25 UCLA L. REV. 964 (1978); *The Process of Change and the Liberty Theory of The First Amendment*, 55 S. CAL. L. REV. 293 (1981); Richards, *Free Speech and Obscenity Law: Toward a Moral Theory of The First Amendment*, 123 U. PA. L. REV. 45 (1974).

have in obtaining information and ideas, but such rights created by such an interest must follow rather than precede the right to communicate information and ideas.

——本文原發於中央研究院美國文化研究所「THE EVOLUTION OF U.S. CONSTITUTION：1787-1987」，民國七十七年六月。

# 言論自由與內亂罪

## ——「明顯而立即危險原則」之闡釋

### 1. 前言

### 2. 明顯而立即危險原則之內涵及發展

2.1. 惡劣傾向原則(Bad Tendency Test)

2.2 直接煽動原則(Direct Incitement Test)

2.3. 明顯而立即危險原則之創始及發展

2.3.1. 創始

2.3.2. 發展

2.4. 明顯而立即危險原則之曲解

2.5. 明顯而立即危險原則之再生及修正

### 3. 明顯而立即危險原則之檢討

3.1. 學者之批評

3.2. 本文之意見

### 4. 結論





## 〔補充說明〕

本篇論文初稿發表於民國七十九年六月四日，由彥棻文教基金會、中國憲法學會，及政大法律系合辦的「言論自由與叛亂罪座談會」，並刊載於憲政時代，第十六卷第一期，pp.6-18，民國七十九年七月出版。當時由於時間倉促，文末有關檢討部分並未能充分地分析說明，當時甚至結論都省略了。現在，藉著重新將這篇文章收錄出版之際，把初稿未完全部分予以補全並補充一些新的資料，初稿中明顯的錯誤也一併訂正。例如，在初稿中把美國規定刑事責任的法律規定用語「attempt」翻譯成「企圖」以及把「intent」翻譯成「意圖」等都是極大的錯誤。前者應為「著手實行」的意思（段重民教授則將之譯為「未遂」）；而後者應譯為「故意」。

本文主要目的，在檢討「鼓吹或煽動他人為反政府行為的言論」是否受到憲法言論自由的保障。由於在我國，鼓吹或煽動他人為反政府行為的言論，可能會因為抵觸刑法內亂罪的有關規定，而受到刑事的追訴及處罰。因此本文即以刑法第一百條及一百零一條所規定的內亂罪作為對象，從憲法保障言論自由的觀點，分析檢討怎樣的言論才應是刑法內亂罪所應加以限制及規範的對象。本文並簡介美國為解決這種問題，所發展出來的「明顯而立即危險原則」，作為我國解決相關問題時的參考。

由於論文發表當時，刑法第一百條尚未修正，雖然刑法第一百條已於民國八十一年五月一六日修正並公佈施行，不過本文並未配合作文字的修正。因此，文中討論者仍為修正前的刑法第一百條。在這篇論文中，本文認為原刑法第一百條之規定，單從規定的文字表面觀之（on its face）即已違反民主原則，而主張其為違憲之規定。

本文認為任何人主張或鼓吹變更國體、國土、國憲，或政府組織之言論，只要是未涉及煽惑他人以暴力或武裝暴動的方法作為達成變革之手段，均受到言論自由的保障。會引起爭論及值得討論的問題是：類如鼓吹或煽動他人以「暴力或武裝暴動」之方式變更國體、國土，或國憲及顛覆政府的言論是否受到言論自由的保障？而這也是本文討論的重點。因此，修正後的刑法一百條，即使從文字表面觀之似乎將和平變革的行為排除於內亂罪之外，但並不表示該修正後的條文不會違反憲法對言論自由的保障。刑法第一百零一條及新修正的刑法一百條適用於具體個案，如發生有違憲之爭議，在判斷其是否會發生違憲時，我仍主張以本篇論文所介紹的「明顯而立即危險原則」作為界定何種言論才應是刑法內亂罪可以合憲的加以規範及限制的標準。

刑法第一百條經修正後，其規定如下：

第一項：「意圖破壞國體，竊據國土，或以非法之方法變更國憲，顛覆政府，而以強暴或脅迫著手實行者，處七年以下有期徒刑，首謀者處無期徒刑。」

第二項：「預備犯前項之罪者，處六月以上五年以下有期徒刑。」

如將修正後的條文與原條文比較，新修正的條文在第一項加上了「以強暴或脅迫」著手實行之要件，第二項則刪除了陰謀犯之規定。單從文字表面上，似乎將原條文處罰所謂的「和平內亂行為」予以排除，但該規定是否妥當，非無討論的餘地。（請參見林山田，「和平內亂罪終能廢止」，載台灣人權促進會編輯，「解析政治判決——法律人會診張燦鑒案」，pp.79-80，1992年10月20日；劉幸義，「論刑法第一百條修正條文的缺失」，載台灣人權促進會編輯，前揭引書，pp.81-84；劉幸義，「由張燦鑒案論刑法第一百條的解釋適用」，載台灣人權促進會編輯，前揭引書，pp.29-30）

## 1. 前 言

言論自由<sup>①</sup>乃是自由民主社會之人民所不可或缺之一項基本權利。吾國憲法第十一條、第十二條、及第十四條對之有明文保障之規定。然而，一如其他之基本權利，言論自由並非是絕對不可限制的。當言論自由與其他之基本權利及重要之國家或社會利益發生衝突時，有時，不得不對言論自由有所限制。不過，問題即在如何評斷及取捨。

一般有謂言論自由在與國家之生存或安全發生衝突時，言論自由應受到適度之限制，因為國家之生存及安全是比言論自由更高的利益。然而，這是相當粗糙的說法。如果我們珍視言論自由為一項基本權利，則應該提出一個比較精緻之取捨標準。本文嘗試從「內亂罪」之角度切入、探討涉及內亂之言論或集會結社是否為憲法言論自由所保障。並藉此說明言論自由與國家生存及安全發生衝突時之取捨準則。

國家為了維護其自身之存立，對於妨害國家之生存及安全之行爲，必須予以適當之限制及防止。各國刑法都設有「內亂罪」之規定，其目的即在維護國家之生存及安全，在一定之條件下，對於危害國家存在及破壞憲法秩序之行爲，予以限制並對違反者予以適當之懲罰。吾國亦然。吾國刑法第一百條及第一百零一條即為內亂罪之規定。其規定如下：

刑法第一百條：「意圖破壞國體、竊據國土，或以非法之方法變

①本文所稱之「言論」，其內涵不僅包括一般以言語、文字、書面、圖畫、照片、錄音、廣播、活動影像等方法表達意見之行爲，亦包括集會、遊行及結社等表達意見之行爲在內。

更國憲、顛覆政府，而著手實行者，處七年以上有期徒刑，首謀者，處無期徒刑。」「預備或陰謀犯前項之罪者，處六月以上五年以下有期徒刑。」

刑法第一百零一條：「以暴動犯前條第一項之罪者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑，首謀者，處死刑或無期徒刑。」「預備或陰謀犯前項之罪者，處一年以上七年以下有期徒刑。」<sup>②</sup>

內亂罪所規範之內亂活動，有些是與「言論」有關的。例如教唆他人為內亂之行爲，鼓吹或以遊行示威之方法著手實行內亂行爲，擬定叛亂計劃，革命宣言之印製，叛亂資金之籌措，組織或參與叛亂團體等預備內亂行爲，以及陰謀內亂行爲等皆直接與言論有關。<sup>③</sup>而近年備受爭議之「蔡有全、許曹德竊據國土案」，臺灣高等法院即是以蔡有全及許曹德兩位先生主張並鼓吹煽動臺灣獨立，而分別科處預備意圖竊據國土罪及共同陰謀竊據國土罪。<sup>④</sup>亦可說明內亂罪之規定所欲規範的，不僅只是內亂之「行爲」，「言論」亦在規劃之列。然而，從憲法保障言論自由之觀點，這些涉及內亂之言論是否應予保障？此即爲本文所欲探討。

不過，於此必須說明，本文以爲刑法一百條之規定，違反民主原則，而屬違憲之規定。簡言之，民主政治的基本主張及主要目標是以和平之手段完成政治或社會之變革。因此，任何人只要以和平之手段，主張或實踐變更國體、國土、憲政體制、或政府之組織者，應予保障，

②此外，吾國尚制訂有「懲治叛亂條例」之特別刑法，對法規定之內亂罪有加重處罰之規定（該條例第二條），並另規定了不同之叛亂之類型。

③參見蔡墩銘，「言論自由言論叛亂」，收錄於蔡墩銘，法制與自由，pp.17-18（民國七十八年，敦理出版社），並請參見下列判決：國防部五十年覆普淦字第九八號與第一三二號，國防部五十一年度非審渡字第六號，國防部五十四年度覆高審字第九號。

④臺灣高等法院七十七年度訴更(一)字第一號判決。

否則民主政治之理念即為空言。然而現行刑法第一百條之規定，即與此旨相違。依據該條規定，以合法之方法「破壞」國體或「竊據」國土，亦在限制及處罰之列，顯係否決了和平變革之機會。再者，本條禁止「以非法之方法變更國憲、顛覆政府」，所稱之「非法之方法」所指為何，並不明確。將之與刑法第一百零一條相較，可知是指暴動以外之非法方法而言。但是，以暴動以外之非法方法，直接造成國體、國土或國憲之變更或政府之顛覆之可能性並不大，科予內亂之處罰並不相當。因此，各民主國家之刑法，對內亂罪之處罰，咸以暴力、武裝暴動等為其構成要件。蓋暴力或武裝暴動行動，已非以理性和平之說理溝通取得共識或表決之變更手段，而係以暴力強制他人之自由抉擇，根本不尊重他人尊嚴及自由意志，本即為民主社會所欲加以防止之行爲。因此，本文以為刑法規定之內亂罪，應以刑法第一百零一條以暴動為構成要件之內亂罪為限。所以本文所欲探討者，僅限於鼓吹、或煽動他人以暴力變更國體、國土、或國憲及顛覆政府之言論，是否為憲法言論自由所保障。

對於這類言論，是否受到言論自由保障之問題，如果僅只是從其不具任何社會價值，而且可能會引致對社會之嚴重傷害之危險觀之，採取否定之見解，並非無理。然而，如果吾人進一步考慮到，對這類煽動暴力革命行為之言論之限制，可能被用來當作壓制社會大眾所不喜歡的社會理念或政治團體之藉口，而將對開放自由之討論造成嚴重傷害時，是否完全否定保障這類言論，應持審慎的態度。<sup>⑤</sup>

美國係言論自由相當發達及成熟的社會，其實務及學理有關言論自由之討論亦較其他各國發達。雖然目前尚未發展出一個可以適用到

⑤ MARTIN REDISH, FREEDOM OF EXPRESSION 173 (1984).

所有關於言論自由問題之解決原則；不過，目前在經過案件的類型化之後，美國法院在實際處理言論自由的案件時，已有一些基本原則可以使用。所以，目前美國實務或學理，在討論言論自由問題時，首先，即是將涉及之言論予以類型化，再將各言論類型所既定之原則適用到涉及之問題，以解決爭議。當然，學者及法院對於既定之原則並非一成不變的接受，經常會有突破性之批判，而修正或創新原則。而且，由於社會之持續變遷，新的言論類型持續產生，新的原則也就不斷地出現。所以，在美國憲法學的研究，以及憲法問題的爭議，以言論自由最為棘手，但也最富挑戰性及研究價值。不過，由於言論自由之討論及研究是以言論之類型為基礎，因此，一旦某種類型之言論已非現時社會之焦點，或已不再認之為「問題」時，針對該類型言論所發展出來的原則，修正或變革的速度即減緩或甚至停止。

煽動內亂行為之言論是否受到言論自由的保障？大部分美國學者均認為對該問題的討論是美國言論自由理論開始發展的原動力，也是美國自一九一九年從聯邦最高法院判決 *Schenck v. U.S.*<sup>⑥</sup> 開展言論自由之討論時第一個面對的問題。<sup>⑥</sup> 其間在第一次世界大戰，第二次世界大戰，冷戰，及六〇年代之民權運動時期，該類言論一直為美國討論言論自由之核心問題。但今天，該類言論已非美國社會之焦點。其原因除了美國社會中，已少有以暴力造成政治或社會變革之主張外，主要原因亦在自一九一九年，由 Oliver Wendell Holmes, Jr. 大

⑥ 249 U.S. 47 (1919).

⑦ 雖然大部分美國學者皆以為言論自由理論之研究及討論之真正濫觴，始於一九一九年 *Shenck v. U.S.* 一案。但這並非謂在一九一九年該案之前，聯邦最高法院並未處理有關言論自由之案件，更非謂在一九一九以前，沒有任何很嚴肅地研究過言論自由。詳見 Rabban, *The First Amendment in the Forgotten Years*, 90 YALE L. J. 514 (1981).

法官在 *Schenck* 案提出「明顯而立即危險」(clear and present danger test)作為解決煽動內亂行為言論是否受到憲法保障之判定標準後，經過法院、學理及反覆批評及爭辯，而在五十年後的 *Brandenburg v. Ohio* ⑧案件提出修正之明顯而立即危險原則後，法院即堅持該項修正之原則，迄今無任何改變。而自一九六九年後，雖然學者討論該原則者亦不在少數，但二十餘年中間，亦未有提出反對或修正該原則之有力學說。⑨由此，亦可說明煽動內亂行為之言論的有關言論自由之問題，已獲有接近一致的共識，而不再成為爭執之問題。本文即擬介紹美國聯邦最高法院在 *Brandenburg* 案所確立之原則，作為吾國解決同樣問題之準則。

由於 *Brandenburg* 一案所確立的修正之明顯而立即危險原則，是自一九一九年 Holmes 大法官在 *Schenck* 一案初次提出明顯而立即危險原則的五十年後才形成的。如能了解該原則發展之經過，以及其與其他主要原則——如惡劣傾向原則(bad tendency test)及直接煽動原則(direct incitement test)——之間之糾纏及爭執之情形，應有助於了解明顯而立即危險原則之內涵及其基本理由。因此本文以下即首先簡要地介紹該原則發展之經過，其間並介紹美國聯邦最高法院在處理煽動內亂行為之言論之案件，除了明顯而立即危險原則之外所發展出來之其它原則，藉以比較說明。其次，本文將介紹美國學者對明顯而立即危險原則之批評，最後則提出本文之見解。

⑧ 395 U.S. 444 (1969) (per curiam).

⑨ 關於該原則之更有趣的發展是近來有關該原則之文獻，大都是法制史之研究。似乎該原則已可蓋棺論定，而成為歷史研究之客體。

## 2. 明顯而立即危險原則之內涵及發展

### 2.1. 惡劣傾向原則(Bad Tendency Test)

在 Holmes 大法官尚未提出明顯而立即危險原則之前，美國法院在處理有關言論自由的案件所適用之原則，主要係因襲十八世紀英國法院所創設之「惡劣傾向」原則。<sup>⑩</sup>根據該原則，如果所涉及之言論，依其自然及合理之發展傾向，會引致法律所禁止或非難之行爲，而且表意人亦有造成此種結果之故意者，該言論即得予以限制之。<sup>⑪</sup>而根據該原則，表意人之故意可以「推定故意原則」(doctrine of constructive intent) 之方式推定之。亦即，表意人之故意可由其言論之傾向推論得知，也就是從言論後呈現之自然及可能之傾向，推定表意人有意使其言論產生自然及可預見之結果。<sup>⑫</sup>因此，根據惡劣傾向原則，只要言論有引致法律所禁止或非難行爲之可能傾向，該言論即得予以限制或懲罰。如依該原則，言論自由很難獲得保障。<sup>⑬</sup>

在一九一九年，美國聯邦第九巡迴區之上訴法院，在 *Shaffer v. United States* <sup>⑭</sup>一案中，處理涉及煽動內亂行爲之言論，即明白地以惡劣傾向原則，否定了言論自由之保障。事實上，近來許多學者之論

⑩ E.g., Z. CHAFEE, FREE SPEECH IN THE UNITED STATES 322 (1941); Rabban, *supra* note 7; L. LEVY, EMERGENCE OF A FREE PRESS (1985); Rabban, *The Emergence of Modern First Amendment Doctrine* 50 U. CHI L. REV. 1205, 1287-90 (1983).

⑪ E.g., G. STONE, L. SEIDMAN, C. SUNSTEIN, & M. TUSHNET, CONSTITUTIONAL LAW 944 n. 1 (1986).

⑫ *Id.*

⑬ THOMAS EMERSON, THE SYSTEM OF FREEDOM OF EXPRESSION 6 (1970).

⑭ 255 Fed. 886 (9th Cir. 1919).



述，均指出傳統上認為 Holmes 大法官在一九一九年 *Schenck* 一案判決所提出的原則就是明示而立即危險原則的觀點，乃是一個嚴重的誤會。因為如仔細閱讀該判決之文字，以及比較在該案判決宣告的一週後，同樣由 Holmes 大法官主筆的兩個案件——*Frohwerk v. United States* ⑤及 *Debs v. United States* ⑥——的判決意見，很顯然地可推知 Holmes 大法官在 *Schenck* 以及在 *Frohwerk* 及 *Debs* 案之判決，事實上都仍是受到惡劣傾向原則所影響。⑦而且，雖然明顯而立即危險原則受到自由派學者，如 Zechariah Chafee 教授之鼓吹，以及 Holmes 與 Louis D. Brandeis 兩位大法官之響應，但在三〇年代中葉以前，惡劣傾向原則仍一直為法院處理言論自由案件之依據。其間，美國聯邦最高法院於一九二五年 *Gitlow v. New York* ⑧之判決尤為惡劣傾向原則擅揚之代表作。⑨即使到了明顯而立即危險原則已廣為法院接受作為判決之原則之時期，一九五一年，在備受爭議的 *Dennis v. United States* ⑩案件中，聯邦最高法院由 Fred M. Vinson 首席大法官所主筆之法院複數意見(plurality opinion)，尚有學者認為其為披著明顯而立即危險原則之外衣之惡劣傾向原則之再現。⑪由此亦可見惡劣傾向原則之影響。

## 2.2.直接煽動原則(Direct Incitement Test)

⑤ 249 U.S. 204 (1919).

⑥ 249 U.S. 211 (1919).

⑦ See, e.g., Rabban, *supra* note 10, at 1207-11.

⑧ 268 U.S. 652 (1925).

⑨ See, e.g., EMERSON, *supra* note 13, at 101.

⑩ 341 U.S. 494 (1951).

⑪ See, e.g., M. SHAPIRO, FREEDOM OF SPEECH: THE SUPREME COURT AND JUDICIAL REVIEW 65 (1966).

在明顯而立即危險原則提出之前，另有一項影響深遠的原則，由 Learned Hand 法官在一九一七年，於 *Masses Publishing Co. v. Patten* ②所提出之直接煽動原則。

由於當時盛行之惡劣傾向原則，在討論所涉及之言論是否受到保障時，主要是在認定該言論是否有引致法律所禁止之行爲之可能傾向，這乃是一種事實認定之問題。Learned Hand 法官即擔心這種事實認定，由陪審團衡量客觀環境，再預測所涉及言論可能產生之危險，可能對言論自由之保護有相當之威脅；尤其將少數人言論自由之保障，由那些對少數人帶有敵意之多數人來決定，顯然不當。因此，其即思以一個較具客觀性之原則來取代，而提出了直接煽動原則。③

根據該原則，某一言論是否要受保障，完全取決於該言論之內容。如果表意人以言論直接地煽動他人爲違法行爲(direct incitement to illegal action)，則可予限制或處罰；如果只是單純地批評法律或政策，並不構成直接煽動。言論本身可能導致之效果，對於決定該言論是否應該受保障，並非重要因素。

Hand 法官所提之原則，固然有其明確性，但亦有其顯然不足之處。例如，依其原則，只要言論是直接煽動他人爲違法行爲，即要受到限制或處罰，即使該言論未造成任何實際之危險亦然。如此，則可能對不具危險之煽動者(harmless inciter)過於嚴苛。而另一方面，如果一位極富技巧之表意人，以感情、隱喻或非直接之方式，鼓動他人爲違法行爲，則根據該原則，該煽動者之言論仍受保障。顯然該原則又未能善盡防止真正危險產生之責任。④

② 244 F. 535 (S. D. N. Y. 1917), *rev'd*, 246 F. 24 (2d Cir. 1917).

③ Gerald Gunther, *Learned Hand and the Origins of Modern First Amendment Doctrine Some Fragments of History* 27, STAN. L. REV. 719, 720-21 (1975).

直接煽動原則並未受到普遍之支持，Hand 法官在一九二一年時，就放棄了其所提出之原則。<sup>②④</sup>，不過，該原則卻為惡劣傾向原則所借重；並且，最後於一九六九年，與明顯而立即危險原則結合，而成為目前普遍適用之原則。

## 2.3. 明顯而立即危險原則之創始及發展

### 2.3.1. 創始

「明顯而立即危險」原則之名詞及文字，首先出現於一九一九年，由聯邦最高法院大法官 Holmes 先生在 *Schenck v. United States*<sup>②⑤</sup> 一案所主筆之判決文字中。本案係發生於美國參與第一次世界大戰期間，被告向應召之役男寄發宣傳品。抨擊徵兵為違反美國憲法增補第十三條之暴虐制度，而鼓舞應召之役男應積極維護其權利，不要向威勢屈服，應起而反抗這種徵兵制度。宣傳品並舉例說明可用和平之手段，例如以請願之方法，要求國會取銷徵兵法。被告之言行被控為故意在軍中引起反抗 (insubordination)，阻撓政府徵募兵員，並著手實行 (attempt)，違反了美國聯邦政府於一九一七年所制頒之「間諜防制法」 (*Espionage Act of 1917*)。<sup>②⑥</sup>雖然，被告主張其言行應受言論自由之保障，聯邦最高法院則不認為其言行為憲法言論自由所保障，並支持下級法院見解，確認被告應受間諜防制法之制裁。

Holmes 大法官主筆之法院意見，承認被告宣傳單所鼓動的只是

<sup>②④</sup> E.g., STONE, SEIDMAN, SUNSTEIN, & TUSHNET, *supra* note 11, at 945-46.

<sup>②⑤</sup> See Gunther, *supra* note 23, at 721.

<sup>②⑥</sup> 249 U.S. 47 (1919).

<sup>②⑦</sup> 有關該法之重要內容，請參閱荆知仁教授之中譯文。荆知仁，「美國憲法與憲政」，pp.162-63（民國七十三年初版，三民書局）。

一種和平的方法去阻撓徵兵之進行，而且其宣傳品中勉強能稱為違法之主張，亦只是其文字中帶有鼓舞被應召之役男應主張他們的權利，以及主張每個人都應該維護、支持、以及擁護所有人民應享有之權利等字眼。<sup>②⑧</sup>儘管被告之上述言論是相當地溫和，但 Holmes 大法官認為這種言論仍是要加以限制或處罰的。因為，其以為某一言論是否受到憲法言論自由之保障，要視該言論發表時之客觀環境而定。Holmes 大法官以為，即使給予言論自由最大程度之保障，吾人亦不會保障在戲院內謊呼失火而引起恐慌之言論。因此在判定某種言論是否受到憲法保障時，問題的關鍵即在：從該言論發表時之客觀環境以及該言論之性質之觀點，去評估該言論有對實際弊害之發生是否具有「明顯而立即之危險」。而這種評估應是一個危險是否迫切和其程度如何之衡量問題。因此，當國家在戰爭期間，許多平時可以受到保障之言論，如其妨害國家之作戰，則不能不予限制。<sup>②⑨</sup>

Holmes 大法官在本案，只提出了一個原則，至於其立論之根據並未作說明。因此，Holmes 大法官是否真正企圖開創一個與當時盛行的「惡劣傾向原則」不同的新原則即令人感到懷疑。尤其如比較其在 *Schenck* 案判決一週後，他所主筆的另外兩個同樣涉及間諜防制法的案件——*Frohwerk v. United States* <sup>③①</sup> 及 *Debs v. United States* <sup>③②</sup> 的判決理由，更會令人加深懷疑。依理推之，既然該二案之案情及所涉之問題與一週前 *Schenck* 案類似，如果 Holmes 大法官確實在

<sup>②⑧</sup> 249 U.S. at 51.

<sup>②⑨</sup> *Id.* at 51-52. 雖然 Holmes 大法官所舉在戲院謊呼失火之例，為一般人耳熟能詳之例，然而，該例卻遭到學者甚多之批評。認為將該例與本案類比，是一種錯誤，且有誤導作用。

<sup>③①</sup> 249 U.S. 204 (1919).

<sup>③②</sup> 249 U.S. 211 (1919).

*Schenck* 案提出了一個創新的原則，他應該會在 *Frohwerk* 及 *Debs* 二案中的判決中，提到明顯而立即危險原則才是。然而，在這二案的判決中，Holmes 大法官根本連「明顯而立即危險原則」之字眼都沒提到。相反地，他反而適用了「惡劣傾向原則」否定了被告言論自由保障之主張。<sup>③②</sup>這情形似乎說明了明顯而立即危險原則對提出該原則之 Holmes 大法官而言，並不具有重大意義。<sup>③③</sup>而如本文前文所提，近年來，許多學者之論著指出，事實上，Holmes 大法官當時並無企圖要提出一個與惡劣傾向原則相異的新的原則，在 *Schenck*、*Frohwerk*、及 *Debs* 三案中，其判決之基礎，事實上仍是根據惡劣傾向原則。<sup>③④</sup>這也可以說明為什麼在 *Schenk* 案中，Holmes 大法官提出了明顯而立即危險原則，如從該原則的文字觀之，應該要較惡劣傾向原則更能保護言論自由才是；但事實上，Holmes 大法官卻能以該原則處罰了一不具任何實際危險之言論之矛盾情形。

明顯而立即危險原則真正被當作一個對抗惡劣傾向原則之新原則，是在一九一九年另一個聯邦最高法院之判決，也就是在 *Schenck*、*Frohwerk*、及 *Debs* 等判決的八個月後，在該年十一月所宣判之 *Abrams v. United States* <sup>③⑤</sup>一案中，才有具體的表現。

根據學者的研究，在這個八個月中間，*Holmes* 大法官受到當時自由派健將，如 Zechariah Chafee, Jr.教授，Ernst Freund 教授，及 Learned Hand 法官的影響，對言論自由採取了比較開明的立場。<sup>③⑥</sup>

<sup>③②</sup> *Id.* at 216.

<sup>③③</sup> S. KONEFSKY, THE LEGACY OF HOLMES AND BRANDEN: A STUDY IN THE INFLUENCE OF IDEAS 183 (Collier ed. 1961); REDISH *supra* note 5, at 176.

<sup>③④</sup> *E.g.*, Rabban, *supra* note 10. 尤其請參閱該文註十四所列之學者著作。

<sup>③⑤</sup> 250 U.S. 616 (1919).

<sup>③⑥</sup> 同 <sup>③⑤</sup>。

而被學者，如 Chafee 教授所「誤解」之明顯而立即危險原則，正足以代表自由主義之色彩，所以，即被 Holmes 大法官拿來作為表明其開明立場之象徵。而 *Abrams* 一案正是 Holmes 大法官表現某些立場之時機。<sup>①</sup>

由於當時仍是惡劣傾向原則為主流之時代，因此，Holmes 大法官以明顯而立即危險原則保護涉及言論之言論自由立場，即淪不同意見。Holmes 大法官在不同意見中，提出了影響深遠之「言論思想自由交換」(free trade in ideas)的理論，藉以表示其對言論自由之觀點。其以為：「吾人所欲求的至高之善(the ultimate good)唯有經由思想的自由交換，才比較容易獲得；亦即，要想測試某種思想是否為真理的最好方法，就是將之置於自由競爭的市場上，讓大眾來決定是否要接受該思想為一真理。」<sup>②</sup>所以除了言論會造成立即之危險，而不立即予以防止，無法保護國家之生存時，政府不得任意地限制言論自由。其更進一步謂：唯有緊急危難(emergency)才足以構成立即之危險。由此，除了明顯而立即危險原則之意義有了進一步的闡述外，Holmes 大法官並說明了為何採取該原則之理由。

不過，Holmes 大法官在本案之不同意見中提到明顯而立即危險原則時，其言，言論只有在會導致「或」故意去導致明顯而立即之危險時，<sup>③</sup>方得予限制或懲罰。其所用的「或」(or)字，如是二選一之意思的話，則該原則對言論自由所能提供之保障，顯然很低。因此，有謂該「或」字事實上應係「及」(and)之意思。<sup>④</sup>因此，Holmes 大法官在 *Abrams* 案所提出之明顯而立即危險原則，比較合理的解釋應

① E.g., Rabban, *supra* note 10, at 1203-11.

② 250 U.S. at 630 (Holmes, J., dissenting).

③ Holmes 大法官於此，亦以“imminent”取代原先之“present”。

④ REDISH, *supra* note 5, at 187.

是：當某一言論會使某種實際弊害之發生產生明顯而即刻之危險，而且表意人亦故意造成這種危險時，該言論即得予以限制或懲罰之。

### 2.3.2. 發展

雖然明顯而立即危險原則，在 *Abrams* 案之後，獲得了相當程度之澄清，而支持該原則之聯邦最高法院大法官，除 Holmes 大法官之外，尚有 Louis D. Brandeis 大法官，但兩位大法官亦只能在不同意見中堅持其立場，一時尚無法將該原則轉成多數意見。不過，在一九二七年 *Whitney v. California* ①一案中，明顯而立即危險原則，有了進一步的發展。

在該案判決的協同意見 (concurring opinion) 中，Brandeis 大法官除了發表了為人所稱頌的言論自由之價值觀外，其更進一步說明了明顯而立即危險原則之意義，並作了部分修正。

Brandeis 大法官認為除非某種言論所引起之弊害非常迫切 (imminent)，而且在吾人尚無機會就該言論予以充分討論前，該弊害即可能發生之情形下，該言論所引致之危險不能被視為「明顯而立即」。如果在言論發表後，實際弊害發生前，仍留有時間可以用討論的方式來區辨是非，或以教育的方法來避見弊害，則吾人應採取之補救措施乃是「更多的言論」 (more speech) 來治療言論可能帶來的弊害，而非強迫沉默。只有緊急危難 (emergency) 的存在才可以使言論的限制成為正當。並且，即使有迫切之危險，如其弊害並非十分嚴重 (relatively serious)，亦不能限制言論的自由表達。②

Brandeis 大法官之意見，除了重申 Holmes 大法官在 *Abrams*

① 274 U.S. 357 (1927).

② *Id.* at 377 (Brandeis, J., concurring).

案中所強調之實質弊害發生之迫切(imminent)，以說明明顯而立即危險原則所稱之明顯而立即危險是指緊急危難(emergency)之情況。Brandeis 大法官亦以「更多的言論」(more speech)之理念來加強 Holmes 大法官「言論思想自由交換」原則，以說明主張「明顯而立即危險原則」之理由。此外，Brandeis 大法官將該原則增加了一項新的要件--所欲藉由限制言論自由以防止之弊害之「嚴重性」--而使該原則之適用情形更嚴格。

自 *Whitney* 案以後，法院判決中關於明顯而立即危險原則之理論及架構討論，並無再深入之發表。而該原則也自一九三七年 *Herndon v. Lowry* ③一案之後，為最高法院多數法官所支持，不僅成為處理煽動內亂行為言論之判決原則。但到了一九五一年 *Dennis v. United States* ④一案，該原則又有了變化。

## 2.4. 明顯而立即危險原則之曲解

二次世界大戰後，冷戰方殷，美國政府為防患共產黨之顛覆及擴散，乃以一九四〇年所制訂之「史密斯法」(Smith Act)，⑤作為打擊共產黨活動之法律根據。美國聯邦政府司法部於一九四八年引用該法，指控包括 Dennis 在內之十一位美國共產黨領袖；認其於一九四五年四月至一九四八年七月間之行爲，違反了史密斯法。在不服下級法院之有罪判決後，上訴至聯邦最高法院，而有了一九五一年 *Dennis v. United States* 之判決。本案被告因陰謀組織美國共產黨，以從事教導及煽動他人以武力或暴力推翻美國政府，而被控違反下列史密斯法

③ 301 U.S. 242 (1937).

④ 341 U.S. 494 (1951).

⑤ 54 Stat. 670, 671 (current version at 18 U.S.C. § 2385 (1975)).



之規定：

Sec. 2. 任何人有下列情事之一者，為違法：

(1)明知或故意主張、教唆、勸告或教導他人以武力或暴力，或暗殺任何政府官員而達到推翻或摧毀美國政府之目的為應盡之責任、或是為必要的、可欲的，或正當的行為者。

(3)組織或協助組織任何社團、團體或集合群眾，以教導、主張、或鼓勵以武力或暴力推翻或摧毀美國政府者；或明知其目的，而加入上述之社團、團體、或群眾之集會者而成為其會員或成為其分支機構者。

Sec. 3. 任何人著手實行或共同實施本法所禁止之行為者，亦屬違法。

美國聯邦最高法院在審判後，維持下級法院之有罪判決。主筆本案複數意見(plurality opinion)之 Vinson 大法官雖然明白承認本案之判決應以明顯而立即危險原則作為準則，<sup>⑬</sup>但其卻改變了該原則原有之內涵。其謂：「於本案，吾人在面對適用「明顯而立即危險」之原則時，必須先要確定該原則之意義。首先，我們注意到最高法院在許多案件所以採用這個原則以推翻下級法院之有罪判決，是因為在那些案件中政府立法所要防止的弊害並不太嚴重，而不足構成限制言論的正當理由。但對於主張以武力或暴力推翻政府之言論，政府的確有實質之理由予以限制。在任何國家，防止政府不受顛覆乃是其根本價值。否則，國家如不能保障其免於內部武力的顛覆，則其他附隨之價值，當然也無從獲得保障。」因此，明顯而立即危險原則之意義，「並非要政府等到叛亂的計劃業已擬妥而只待信號，隨時即可起事之時，

<sup>⑬</sup> 341 U.S. at 508.

才可採取防止之行動。如果政府知道有革命團體對其成員已著手訓練並指示他們在時機一到就要採取行動時，政府有必要採取適當之措施。……已著手實行以暴力推翻政府的行為，縱令其成員過少或力量有限，而從開始即注定失敗，仍不失為一重大之弊害，國會應有權力對此等弊害加以限制。這種已著手實行的行為對國家必定造成實體上及政治上之損害，實不應以該已著手實行的行為有無成功之可能性或立即性作為限制之標準」。

Vinson 大法官認為本案之判決應遵循審理本案之上訴法院之首席法官 Learned Hand 所宣示之原則處理。根據 Hand 首席法官之見解，法院在個案判決時，應斟酌個案所涉及之實際弊害之嚴重性 (gravity)，是否足以提供為了防止該弊害之發生，而不得不限制言論自由之正當性。<sup>⑫</sup>由於 Vinson 大法官認為共黨為組織相當完善的共謀組織，有嚴格之紀律訓練，會絕對服從其領袖之號召，並衡量共產黨在其他國家顛覆奪權的經過，以及現時國際之局勢，被告等之活動，實已造成國家安全之實際威脅。而認定本案所涉及之弊害之嚴重性已不容政府自縛手腳，坐以待斃。而否定了被告等可受言論自由之保障。

Vinson 大法官所援用 Hand 首席法官所倡之原則，與 Holmes 及 Brandeis 兩位大法官所主張之明顯而立即危險原則，最大之差異即在前者主張之弊害之嚴重性，不論其是否已達急迫的危險程度，可以提供限制言論自由之正當基礎。而 Holmes-Brandeis 明顯而立即危險原則，除了弊害之嚴重性之考量外，發生弊害之迫切性亦是不可或缺之要件。比較二者，Vinson 大法官聲稱其所用者是明顯而立即危險原則，實際上是與 Holmes-Brandeis 二位大法官所主張者，完全不

<sup>⑫</sup> *Id.* at 510.

同。學者認為 Vinson 大法官在本案所適用的，實是惡劣傾向原則。<sup>④⑧</sup>也可以說 *Dennis* 案中 Vinson 大法官之意見乃是有意地曲解 Holmes-Brandeis 之明顯而立即危險原則。

## 2.5. 明顯而立即危險原則之再生及修正

*Dennis* 案之後，聯邦最高法院分別在一九五七年的 *Yates v. United States* <sup>④⑨</sup>及一九六一年之 *Scales v. United States* <sup>④⑩</sup>及 *Noto v. United States* <sup>④⑪</sup>等案件中將 *Dennis* 案所宣示之原則予以修正，限縮其適用之範圍，稍減 *Dennis* 原則過度限制言論自由之弊。

而真正賦予明顯而立即危險原則再生者，應屬一九六九年聯邦最高法院在 *Brandenburg v. Ohio* <sup>④⑫</sup>一案中所作的判決。

該案之被告，某一三 K 黨 (Ku Klux Klan) 之首領被控違反 Ohio 州之「組織犯罪防制法」(Ohio's Criminal Syndicalism Statute)。該法禁止任何以犯罰、破壞、暴力或其他非法之恐怖手段達成工業或政治改革的主張。而被告在安排的電視廣播其在三 K 黨員大會之演講中表示：「我們三 K 黨並不是一個復仇的組織，但是如果我們的總統、國會、議員、或最高法院繼續地壓抑白人，將會有一些復仇的行動可能會發生。」其演說被控違反前述 Ohio 州之法律。但最高法院推翻下級法院對被告之有罪判決，並認為 Ohio 州之該項法律是違憲的。<sup>④⑬</sup>聯邦最高法院之意見謂：憲法保障言論及出版自由並不允許政府可

<sup>④⑧</sup> SHAPIRO, *supra* note 21, at 65. 同說亦請參見荆知仁，前<sup>②</sup>引書，p. 212.

<sup>④⑨</sup> 354 U.S. 298 (1957).

<sup>④⑩</sup> 367 U.S. 203 (1961).

<sup>④⑪</sup> 367 U.S. 290 (1961).

<sup>④⑫</sup> 395 U.S. 444 (1969).

以禁止或限制任何主張暴力或主張不遵守法律之言論，除非該主張是以煽動他人為立即之非法行為或以產生立即之非法行為為目標，而且該主張的確可能會煽動或產生此種立即之非法行為者，才可對之予以限制或處罰。<sup>⑬</sup>

多數學者認為 *Brandenburg* 案所宣示之原則實為將 Holmes 及 Brandeis 二位大法官所主張之明顯而立即危險原則中最能保護言論自由之要件，與 Hand 法官所主張之直接煽動原則中最能保護言論自由之要件，結合而成之最佳原則。<sup>⑭</sup>如進一步分析 *Brandenburg* 案所宣示之原則之要件，「最佳組合」之說法似有幾分道理。

首先，*Brandenburg* 之明顯而立即危險原則強調，對某種言論之限制如要符合憲法保障言論自由的要求，其第一個要件是「表意人以該言論來達成煽動或產生立即之非法行為之目標」。既然表意人是以言論來達到煽動或產生立即之非法行為之目標，即顯示表意人應具有煽動或造成非法行為之「故意」；同時，也顯示只有表意人所表達的言論內容(What he was saying)，才是決定言論是否要受保障的評價對象，而非言論在客觀環境下引致危險的可能性。<sup>⑮</sup>而此即為 Hand 法官的「直接煽動原則」所強調，亦為「直接煽動原則」最能保護言論自由之處。<sup>⑯</sup>因此，僅是抽象之學術討論或主張內亂行為，當然受到言論自由的保障。同時，表意人不必對其言論在客觀環境所可能引

<sup>⑬</sup> *Id.* at 449.

<sup>⑭</sup> *Id.* at 448-49.

<sup>⑮</sup> See, e.g., Gunther, *supra* note 23, at 754-55; L. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 848-49 (2nd ed. 1988).

<sup>⑯</sup> 此項特徵在 *Brandenburg* 案件的判決中也許表示的還不夠清楚，但在其後的 *Hess v. Indiana* (414 U.S. 105 (1973)) 案，美國聯邦最高法院則有充分明白的表示。*Id.* at 108.

<sup>⑰</sup> See Gunther, *Supra* note 23, at 755.

致的危險，而其無法預見者，擔負責任，不僅提供表意人較大的言論自由空間，而且也不致產生「寒蟬效果」(chilling effect)，一般大眾不致無法預測其言論是否會受到保障而噤若寒蟬不敢多言。

其次，*Brandenburg* 之明顯而立即危險原則同時又強調非法行為產生之「立即性」及「可能性」，此即為 Holmes 及 Brandeis 二位大法官所主張之明顯而立即危險原則之精髓。因此不具危害的煽動言論仍受言論自由的保障，而避免了「直接煽動原則」在適用時有過於嚴苛的弊病。<sup>⑤8</sup>並且由於其強調「立即性」，因此在弊害發生尚無急迫的危險時，允許以更多的言論作為避免煽動性言論所可能帶來的弊害，而給了言論自由比較多的空間。

*Brandenburg* 案所修正的明顯而立即危險原則，顯然與 *Dennis* 案所宣示的原則是不相容的，而且所涉的「史密斯法」，如適用 *Brandenburg* 之明顯而立即危險原則予以審查的話，將會被認定是違反言論自由保障的。但值得注意的事是美國聯邦最高法院在 *Brandenburg* 案中仍引用 *Dennis* 作為判決先例而未將之予以推翻，而且「史密斯法」迄今也尚未被宣告為違憲。不過論者認為如再適用該法，應以相當嚴格的解釋，縮限其適用範圍；並認為在 *Brandenburg* 案之後，該法將不會再被用來處罰類似 *Dennis* 案中被告的行為了。<sup>⑤9</sup>

### 3. 「明顯而立即危險原則」之探討

<sup>⑤8</sup> *id*

<sup>⑤9</sup> See, e. g., Hans A. Linde, "Clear and Present Danger" Reexamined: Dissonance in the *Brandenburg* Concerto, 22 STAN. L. REV. 1163, 1186(1970).

### 3.1.學者之批評

雖然 *Brandenburg* 案所確立之修正之明顯而立即危險原則，已為目前美國實務及學術界接受為處理煽動他人為內亂行為或違法行為之言論類型之準據原則，但任何人為設計總難免有所缺失，*Brandenburg* 之明顯而立即危險原則則亦不例外，論者的批評可歸納為三點。

首先，Holmes 及 Brandeis 二位大法官所主張之明顯而立即危險原則，所強調之藉由限制言論自由所欲防止之弊害必須要具有「嚴重性」，在 *Brandenburg* 之明顯而立即危險原則中並未明確地成為該原則之要件，因此有學者認為這是該原則不足之處。<sup>⑩</sup>其次，Hand 法官之「直接煽動原則」，是將非直接煽動之言論列為不得限制之範圍。但 *Brandenburg* 之明顯而立即危險原則是否亦採取相同之立場，學者有持否定見解者，<sup>⑪</sup>亦有持肯定見解者。<sup>⑫</sup>無論如何，這是 *Brandenburg* 之明顯而立即危險原則留下尚待解決之問題。

除了前述二點不明確之處外，真正結構上之批評來自於類似 *Dennis* 一案，Hand 首席法官與 Vinson 大法官所顧忌的問題，亦即：如果言論所可能引致之弊害相當鉅大，以 *Brandenburg* 之明顯而立即危險原則處理，吾人勢必要等到該弊害之發生已迫在眼前，才能防止時，可能所付出的代價已然過高，甚或已防止不了。堅持明顯而立即危險原則，可能就是坐以待斃，我們是否還要堅持呢？

提出此點批評的學者即建議弊害之嚴重性，如果確實重大，應可取代明顯而立即危險原則之急迫性或立即性之要件。<sup>⑬</sup>然而，果以弊

⑩ FRANKLYNS. HAIMAN, SPEECH AND LAW IN A FREE SOCIETY 277(1981).

⑪ REDISH, *supra* note 5, at 186.

⑫ 同⑪。

害之嚴重性取代急迫性或立即性之要件。明顯而立即危險原則實已不再是原來的原則。尤其，明顯而立即危險原則之理論基礎亦在其強調急迫性，因為該原強調如弊害之發生尚無急迫之危險時，應允許以更多的言論去治療言論所帶來的弊害，而非用強制沈默的手段。

雖然，*Brandenburg* 之明顯而立即危險原則尚留有上述不明確及受到批評之處，但其目前已成為美國法院在處理煽動或鼓吹內亂或違法行為之言論類型，比較能保障言論自由之一種原則。<sup>⑤</sup>

### 3.2. 本文之意見

*Brandenburg* 案所修正之明顯而立即危險原則，乃是幾經爭執及歷鍊而確立之原則，本文認為可引用該原則來解決煽動他人以暴力為內亂行為或違法行為之言論是否受到言論自由保障的判斷準則。

早期 Holmes 及 Brandeis 二位大法官所提出的明顯而立即危險原則，是以「言論思想自由市場」及「更多的言論」理念為基礎。其基本立場是不允許政府可以任意以言論的內容作為限制的標準，言論所表達意見或思想的是非利弊，應由大眾自由討論選擇，不應由政府代為決定，或由政府限制或禁止那些政府覺得不好的言論。只有言論對其所引致實質弊害的發生具有「立即性」、「急迫性」及「可能性」，以至於我們無法用更多的言論，用理性討論的方法避免弊害的發生，而該弊害又具有相當的「實質嚴重性」的情形下，才能對該言論加以限制，因此在該原則之下，個人享有相當高程度的自我表達自由，大眾也享有高度的自主選擇的自由，非正統或少數人的言論也獲得相當

⑤ FREDERICK SCHAUER, *FREE SPEECH: A PHILOSOPHICAL ENQUIRY* 199 (1982); REDISH, *supra* note 5, at 190-91.

⑥ REDISH, *supra* note 5, at 174.

程度的容忍或尊重。

然而，Holmes 及 Brandeis 二位大法官所提出的明顯而立即危險原則，在判斷某一言論對某種弊害的發生是否具有「明顯而立即危險」時，是以該言論發表時，客觀環境作為評估的標準，因此，表意人是否故意要以該言論去煽動他人以暴力改變政治體制或為違法的行為，以及該言論依正常合理的理解是否就是要立時引致這些行為，均未受到重視，對表意人及言論自由的保障尚有不足。因為表意人的言論是否受到言論自由的保障，並不取決於「他說了什麼？」(what was he saying?)，而是取決於他的言論在客觀環境下對視聽大眾所造成的影響。<sup>⑤④</sup>因此表意人可能會為他無法預見的結果承擔責任，不僅對表意人不公平，也易造成「寒蟬效果」，就維護言論自由而言並不週到。<sup>⑤⑤</sup>不過，在 *Brandenburg* 案所修正的明顯而立即危險原則，將這點不足之處引進 Hand 法官的「直接煽動原則」之方式予以補充。

根據 *Brandenburg* 之明顯而立即危險原則，在判斷某種煽動他人以暴力推翻政府或為非法行為的言論是否受到言論自由保障之時，首先要檢視言表意人是否以該言論來達到煽動或產生立即之暴力革命或非法行為之目標，也就是要判定表意人是否具有煽動或造成暴力革命或非法行為之「故意」，並判斷表意人所表達的言論就其正常合理的用法是否可以理解為就是要煽動或產生立即暴力革命或非法行為。只

<sup>⑤④</sup> See, e.g., John Hart Ely, *Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis*, 88 HARV. L. REV. 1482, 1493 n. 44 (1975).

<sup>⑤⑤</sup> 即使如此：在美國聯邦法院接受 Holmes 及 Brandeis 二位大法官所提出的明顯而立即危險原則之後，而在 Dennis 案曲解該原則之前，自 1937 年至 1951 年之間，涉及言論自由的案件中，只有三件維持限制言論自由的決定。See Tom Hentoff, *Note, Speech, Harm, and Self-Government: Understanding the Ambit of the Clear and Present Danger Test*, 91 COLUM. L. REV. 1453, 1457 (1991).



有當該言論具有這種性質時，才進一步檢視該言論在客觀環境下是否有「立即」引致暴力革命或違法行為之「可能性」。只有當檢視的結果為肯定者，對該言論的限制或處罰才是合憲的。可見 *Brandenburg* 之明顯而立即危險原則對言論自由的保護，又比 Holmes 及 Brandeis 二位大法官所提出的明顯而立即危險原則更為週到，<sup>67</sup>也加強了他們「言論思想自由市場」及「更多的言論」的理念，相當具有說服力。

再者，論者對 *Brandenburg* 之明顯而立即危險原則所批評的前述三項缺失，本文亦認為並非真正的缺失。首先，針對論者認為該原則並未明白表示「弊害的嚴重性」是否為該原則要件批評而言，以解釋方法即可補充。在 Holmes 及 Brandeis 二位大法官所提出的明顯而立即危險原則，「弊害的嚴重性」是相當重要的一個要件，也因為具有該要件，使得明顯而立即危險原則更能保護言論自由。在該要件的要求下，只有欲藉由限制言論自由所擬防止的弊害具有相當的嚴重性，上至於我們不敢冒險去接受不限制該言論所可能產生的結果。才可以考慮對該言論採取限制措施。這種要求顯示對個人言論自由的尊

● John Hard Ely 教授不支持 Holmes 及 Brandeis 二位大法官所提出的明顯而立即危險原則，不過卻支持 *Brandenburg* 案所宣示的原則。除了前述的理由外，see *supra* note 65，他是以「利益權衡」理論(balancing test)與類化理論(categorization)的比較作為其立論的基礎。他認為 Holmes 及 Brandeis 二位大法官所提出的明顯而立即危險原則是一種利益權衡理論，使對言論自由的保障建立在太多不確定及不能預見的客觀條件上，並給與法官太多的恣意空間，因此他不支持這種原則，相反的，他認為 *Brandenburg* 案所宣示的原則是一種類型化的理論，某種言論是否受到保障，主要是就言論的內容去觀察，而非言論對客觀環境的影響。因此並不取決於具體個案的客觀事實，而免除了由法官主觀恣意所可能帶來的弊病。See Ely, *supra* note 65, at 1491-93, 1501. see also JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST 107-10(1980). 本文同意他對 Holmes 及 Brandeis 二位大法官所提出的明顯而立即危險原則的批評，但對於他對「利益權衡」與「類型化」理論的比較及見解，則予保留，留待以後再以專文討論。

重，對其限制乃是一種不得已的必要措施。爲了使 *Brandenburg* 之明顯而立即危險原則能發揮保障言論自由的功能，本文同意多數學者的見解：認爲「弊害的嚴重性」應是該原則的要件之一。<sup>68</sup>暴力革命當然可以認爲是嚴重的弊害，至於非法的行爲行則必須依個案認定。因此煽動他人爲非法之行爲之言論，如果所涉之非法行爲並非具有嚴重性，其言論應受言論自由的保障，而不需以明顯而立即危險原則來判斷其言論是否爲言論自由所保障。

其次，關於論者認爲 *Brandenburg* 之明顯而立即危險原則並未明確說明「非直接煽動之言論」是否即當然受言論自由保護而不需以該原則作爲判斷的標準之批評，亦可以解釋方法補充該項不明確之處。由於該原則強調以表意人的言論內容作爲評斷的標準，因此只有當表意人所表達的言論，依其正常合理的用法可以理解爲就是要煽動或產生立即暴力革命或非法行爲時，才需要進一步以該原則的其他要件檢視該言論是否受言論自由的保障。在這項要求下，會有許多「非直接煽動之言論」不在 *Brandenburg* 之明顯而立即危險原則的適用範圍內，不過這些「非直接煽動之言論」並非如「直接煽動原則」所主張即當然受到言論自由的保障，而是應該另以其他標準加以判斷。<sup>69</sup>事實上，非直接煽動言論會引致立即的暴力革命或非法行爲者，究屬少數相當特殊的情形。而這些少數特殊的情形，由於非直接煽動言論對視聽大眾的影響以及視聽大眾對這種言論的反應是極易預測的，因此，只要表意人具有煽動立即暴力革命或非法行爲的故意，而其言論又極度可能會引起這種立即之行爲者，對之加以限制應屬合理。<sup>70</sup>

<sup>68</sup> See, e.g., REDISH, *supra* note 5, at 189-90. but see Hentoff, Note, *supra* note 66, at 1458-59.

<sup>69</sup> E.g., JOHN E. NOWAK & RONALD D. ROTUNDA, CONSTITUTIONAL LAW 969 (4th ed. 1991).

至於論者懷疑 *Brandenburg* 之明顯而立即危險原則所強調之「急迫性」是否足以應付言論所可能帶來之重大之危害，本文見解是肯定的。因為急迫性之內容是具有彈性的，是要衡量客觀環境之各種因素以確定個案所面臨之急迫性之內涵。當所面對之危害是越嚴重之時，急迫性所要求之緊急危難也就在時間上越早呈現，吾人即可適時地防止其發生。

如再進一步分析 *Brandenburg* 案所修正的明顯而立即危險原則，事實上該原則也是在衡量言論自由對自由民主社會的重要性，社會、國家之法益，以及衡量言論發表之客觀環境及表意人之主觀犯意，並考慮到個人之自我健全發展與政府之角色等因素後，所呈現之一種利益權衡之態樣。這也是美國社會在真正實驗言論自由之功能後，所作之利益取捨。此種利益衡量有其實際之基礎，應予肯定。

而且，此種利益衡量並非是一種量或質的利益衡量，個人或少數人的言論自由並不一定會爲了追求國家安全或社會和平秩序等公共利益或爲了維護他人私益而被犧牲；只有當個人的言論是以煽動他人立即從事會對國家安全、社會秩序或他人權利造成損害的非法行爲或以產生此種立即之非法行爲爲目標，而且該言論的確可能會煽動或產生此種立即之非法行爲時，才可對之予以限制或處罰。因此，個人的言論對國家安全、社會秩序或他人權利雖有造成損害之危險，但如這種可能危險的發生並不具有急迫性，而可以更多的言論、更多的討論去消除這種危險時，不應對之加以限制，對這種言論的限制是一種不得已的手段。這種權衡之標準與本文作者目前所採取的意見相一致。<sup>71</sup> 因此本文支持以 *Brandenburg* 之明顯而立即危險原則作爲判斷煽動

<sup>71</sup> See, e.g., REDISH, *supra* note 5, at 188.

暴力革命或非法行為言論是否應受言論自由保障的標準。

## 4. 結論

煽動他人以暴力踐行政治或社會變革之言論，是否受到言論自由保障之問題，如果僅只是從其不具任何社會價值，而且可能會對社會造成嚴重傷害之危險觀之，採取否定之見解，並非無理。然而，如果吾人進一步考慮到，對這類煽動暴力革命行為之言論之限制，可能會被用來當作壓制社會大眾所不喜歡的社会理念或政治團體之藉口，而將對開放自由之討論造成嚴重傷害時，是否完全否定保障這類言論，應持審慎的態度。

這類言論在美國原則上是受到保障的，除非涉及的言論會對暴力革命的發生具有「明顯而立即的危險」者，政府才可以對之予以限制。而根據美國聯邦最高法院在 *Brandenburg* 案所修正之明顯而立即危險原則，政府如要對煽動他人以暴力為政治或社會變革行為之言論加以限制，必須能舉證證明(一)表意人有煽動他人立即以暴力為政治或社會變革行為之故意；(二)表意人的言論依其正常合理的用法，可以理解為就是要煽動或產生立即暴力的政治或社會變革之行為；(三)衡諸客觀環境，表意人的言論確有引致立即以暴力為政治或社會變革行為之可能性。這項原則雖然並非盡善盡美，但迄今仍為美國法院實務奉為判

① 請參見林子儀，「言論自由的理論基礎」，國立臺灣大學法學論叢，第十八卷第一期(pp.227-275)，pp.271-73（民國七十七年十二月）。本文作者在該文中，對於何時才可對言論自由加以限制的問題，採取了 Ronald Dworkin 教授的觀點，而主張：只有當一個人的言論會對他人之基本權利造成明顯及實質重大的危險，而為了防止此種危險，除了對言論加以限制外，別無其他方法可以援用之情形下，政府才得對該言論加以限制。See RONALD DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY 200-04(1977).

斷煽動他人為暴力內亂行為之言論是否受到言論自由保障的主臬，而學者通說亦認為其處理這類言論的判斷標準中最能保障言論自由的一種原則。

美國之所以如此容忍這類言論，其理由無非是相當珍視言論自由對於個人及民主社會所代表的意義及重要性。也許這類言論確實不具任何社會價值，也許對國家安全及社會秩序具有相當大的威脅，但是對某一種言論的評價，不應由政府獨斷為之，而應允許其進入言論思想的自由市場，接受大眾的評斷及選擇。即使經過大眾的評價及選擇後被認定為不好或無價值的言論，也不應立時採用限制的手段，而應以更多的言論來治療該言論可能帶來的弊害。限制性手段的採用，應只限於表意人故意要以煽動性的言論去鼓勵他人立即從事暴力內亂之行為，而其言論也確有引致這種立即暴力內亂行為之可能性之情形。由於，在這種情形下，暴力革命發生的可能性是如此的迫切及緊急，已無機會可用公共討論的方法去消除暴力革命的發生，而暴力革命果真發生又對社會會帶來極大的傷害，不得不採取限制這種言論的手段。對這種煽動他人為暴力內亂行為的言論採取這種作法，才是真正符合民主憲政理念的一種態度。因為它是一個成熟自信的民主憲政國家，在兼顧國家安全、社會秩序，及他人的權利的維護的要求下，給予個人有充分表現自我的機會，並同時給予一般大眾有充分自我選擇及實踐自我的機會。

由於 *Brandenburg* 案所修正之明顯而立即危險原則是一種兼顧言論自由及國家安全社會秩序與他人權利的一種原則，不僅其理論基礎具有說服性，同時，它也是幾經爭執及磨練所確立的原則。美國的經驗顯示出在實際上它也是一個行得通的原則。因此本文認為應可將之引進作為我國解決類似問題時的一項準則。

於此尚需作一點附帶說明，就是明顯而立即危險原則並不只適用於判斷煽動他人為暴力內亂行為之言論是否受到言論自由保障，在其他類如煽動他人為違法行為之言論，會激起聽眾激烈反應並產生攻擊行為的「攻擊性言論」(Fighting words)、以及批評審判中的案件或會阻礙法院審判程序公正進行之言論等類型之言論，在判斷這些類型言論是否受到言論自由保障時，目前美國法院實務，也是以明顯而立即危險原則作為判斷的原則。<sup>72</sup>

——本文初稿發表於「憲政時代」十六卷一期，民國七十九年七月。本文係將原文予以修正補充後收錄本書。

<sup>72</sup> See, e.g., Hentoff, Note, *supra* note 66, at 1459-61.

# 論接近使用媒體權

## 1.前言

## 2.接近使用媒體權之理論基礎

2.1.健全及維護言論思想之自由市場

2.2.實踐平等之自由權理念

2.3.本文之觀點

2.3.1.壟斷

2.3.2.類似公共論壇之性質

## 3.接近使用媒體權之法律基礎

## 4.接近使用媒體權之類型

4.1.報紙

4.1.1.答覆權(the right to reply)

4.1.2.讀者投書

4.1.3.付費刊登評論性廣告

4.2.廣播及電視

4.2.1.合理使用頻道原則(reasonable access rule)

4.2.2.機會均等原則(equal opportunities rule)

4.2.3.公平原則(the fairness doctrine)

4.2.4.讀者投書

4.3.有線電視

4.3.1.公共使用頻道(public access)

4.3.2.付費使用頻道(commercial access)

## 5. 吾國現行制度檢討與建議

### 5.1. 報紙

### 5.2. 廣播電視

#### 5.2.1 廣播電視法

#### 5.2.2. 公職人員選舉罷免法

## 6. 結論



## 1. 前言

傳統言論自由權之理論，認為言論自由就如一般自由權一樣，只是一種消極性的權利，因此要求政府以消極不作為之方式來保障言論自由。言論自由就像是一面「盾牌」，用來防禦政府之不當侵害。然而，已故世之 Zechariah Chafee 教授早在一九四一年時即已預言，在未來的時代，言論自由所面對之最重要之議題，將是要求政府採取積極之作爲，以促進言論或意見之表達。<sup>①</sup>事實證明 Chafee 教授之預言，的確爲先知卓見。

在現代社會，大眾傳播媒體——報紙、雜誌等印刷媒體與廣播、電視等廣電媒體等——乃爲大眾獲取資訊之主要來源，因而亦使之成了引導輿論及製造輿論之最有效工具。然而隨著大眾傳播媒體逐漸之集中化，及自由經濟制度下商業化爲主導之趨勢，經濟及政治力之弱者無法藉由大眾傳播媒體表達其意見或引起公眾討論其所關心之議題，反使大眾傳播媒體淪爲經濟或政治力強者操縱輿論之工具，造成大眾言論表達不公平之現象。因此，部分關心之士即對言論自由提出新的觀點，認為言論自由不只是一面「盾牌」，同時亦是一把「劍」，可據以要求政府積極作爲，打開表達意見之管道，提供每一個人都有公平表達意見之機會，以促進不同意見之表達及討論，並有助於民主社會之和諧及實踐。言論自由之討論，也因此在傳統的領域之外，開展了新的積極面向的討論。

「接近使用媒體權」(the right of access to the media)即是在

① See ZECHARIAH CHAFEE, FREE SPEECH IN THE UNITED STATES 559 (1941).

這種背景下，被學者所提出之一種積極性的言論自由權。概括而言，論者所提出之接近使用媒體權是一種法律上可強制執行之權利，一般私人可根據該權利，無條件地或在一定的條件下，要求媒體提供版面（如報紙）或時間（如廣播或電視）允許私人免費或付費使用，藉以表達其個人之意見。

美國學者 Jerome Barron 教授於一九六七年在哈佛大學法學院出版之 *Harvard Law Review* 發表了 *Access to the Press: A New First Amendment Right* 一文，首先提出了「接近使用媒體」作為新的言論自準權概念。<sup>②</sup>隨著 Barron 教授有系統地提出此種權利之理論後，<sup>③</sup>雖然獲得美國學界相當廣泛的支持，<sup>④</sup>但持反對見解者亦不在少數。反對論者質疑接近使用媒體權是否真能有助於憲法保障言論新聞自由目的之達成，他們認為該權利之存在不僅將會嚴重侵害媒體之新聞出版自由，而且無助於憲法保障言論新聞自由之達成。<sup>⑤</sup>較緩和之反對論者則質疑接近使用媒體權之實際可行性。<sup>⑥</sup>

<sup>②</sup> Jerome A. Barron, *Access to the Press: A New First Amendment Right*, 80 HARV. L. REV. 1641 (1967).

<sup>③</sup> Barron 教授除了上述一九六七年發表之文章外，在隨後的幾年中尚發表了下列論著：Jerome A. Barron, *An Emerging First Amendment Right of Access to the Media?* 37 GEO. WASH. L. REV. 487 (1969). Jerome A. Barron, *Access: The Only Choice for the Media?* 48 TEXAS L. REV. 766 (1970). JEROME A. BARRON, *FREEDOM OF PRESS FOR WHOM? ACCESS TO MASS MEDIA* (1973). Barron 教授隨後又在一九七四年之 *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo* (418 U.S. 241 (1974)) 一案中擔任 Pat Tornillo 先生之辯護律師，為其爭取接近使用 *The Miami Herald* 報紙之權利，以答辯該報對其之人身攻擊，亦可見 Barron 教授致力實現其理想之苦心。See, e.g., L. A. Powe, Jr., *Tornillo*, 1987 SUP. CT. REV. 345.

<sup>④</sup> 支持其理論之學者及論述，其詳細名單請參見 David L. Lange, *The Role of the Access Doctrine in the Regulation of the Mass Media: A Critical Review and Assessment*, 52 N. C. L. REV. 1, 2 n. 5 (1973).

<sup>⑤</sup> See, e.g., *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U.S. 241 (1974); Powe, *supra* note 3.

論爭之重點不外乎此種權利存在之必要性。即使肯認接近使用媒體權有存在之必要性，學者對於類如下列之問題，仍無一致之見解。如：憲法所保障之言論自由權是否具有積極權利之性質？接近使用媒體權是直接源自於憲法保障之言論自由權，或是由國會立法賦予？如果是一種憲法上之權利，如其欲使用之媒體為私人所經營者，如何說明憲法所保障之權利可直接適用到私的領域？接近使用媒體權是一種一般性的直接的權利，或是有條件限制的權利？是一種主動的權利(an affirmative right)，或是一種被動的附隨性權利(a contingent right)？接近使用媒體權是否因為欲使用之媒體之種類不同，而有不同之內涵？是否要維持傳統上之見解，將報紙、雜誌與廣播、電視之接近使用權問題分別處理？

本文之目的，即是簡介接近使用媒體權之理念及制度，並對上述問題作簡單之討論，而提出本文之觀點。由於國內相關文獻較少，以及限於個人所學，本文將以簡介美國現制及該國學者之觀點為主。

本文基於平等的言論自由權理念，以及大眾傳播媒體之特性，主張政府應積極地立法建構接近使用媒體權之法則。不過本文因同時認為大眾傳播媒體之新聞自由亦應予以尊重及保障，因此並不主張一種一般性之接近使用媒體權，而主張一種有限度及合理之接近使用媒體權。而且，本文認為在我國目前現狀下，將報紙、雜誌、廣播與電視予以不同之規範仍屬必要；因此主張大眾對廣播電視有較廣泛之接近使用權。

本文以下將首先檢討分析接近使用媒體權之理論基礎，並提出本文之意見。其次則說明該權之法律基礎，並提出不同之接近使用媒體

---

① Lange, *supra* note 4.

權之類型。最後將檢討吾國現制，提出本文之建議。

## 2. 接近使用媒體權之理論基礎

主張一般私人應有接近使用媒體權者，其主要之立論是以憲法保障言論自由應具有積極性，否則保障言論自由之目的即無法達成。然而，憲法保障言論自由之目的究竟為何，實務及學說迄今尚無一致之見解，而有不同之理論。然不論基於那一種理論，皆能支持接近使用媒體權存在之必要性。以下謹分別予以說明。

### 2.1. 健全及維護言論思想之自由市場

言論自由理論中影響最深遠及廣為大眾所接受的理論乃是「言論思想之自由市場(marketplace of ideas)理論」。<sup>⑦</sup>該說主張憲法保障言論自由之目的，乃在幫助個人追求真理，或幫助個人做出正確之政治決定，爲了要達到這些目的，政府應允許及鼓勵各種言論的存在，以提供個人豐富的資訊，而利於正確之選擇。尤其在民主社會中，有關公共問題之討論，更應要允許人們「不受限制，強而有力，及完全開放」(uninhibited, robust, and wide open)的討論，<sup>⑧</sup>方能提供人民較多之資訊，而使人民在參與民主政治程序時，做出較正確之政治決定，而有助於民主政治之健全。

由於「言論思想之自由市場」之理論乃是目前言論自由中之「顯學」，因此，主張應建構接近使用媒體權之法制者，其主要立論亦是以

<sup>⑦</sup> 該說之詳細主張及論者之批評，請參見林子儀，言論自由之理論基礎，台大法學論叢，第十八卷第一期，pp.239-54(民國七十七年十二月)。

<sup>⑧</sup> New York Times v. Sullivan, 376 U.S. 254, 271(1964)。

該說為基礎。<sup>⑨</sup>

主張應賦予一般人民接近使用媒體權者以為在現今社會中，公眾討論的最佳媒體就是大眾傳播媒體。<sup>⑩</sup>因此，賦予一般私人接近使用媒體權，將能增加言論自由市場中意見的多樣性，<sup>⑪</sup>提昇討論之品質。

其次，賦予一般私人接近使用媒體之權利，亦能藉由意見之多樣性而能維護言論自由市場之有效運作。<sup>⑫</sup>此點，在今日大眾傳播媒體日趨集中化及為少數人所壟斷而造成「市場機能失調」(market failure)之情形，尤有需要。<sup>⑬</sup>

根據 Benno C. Schmidt, Jr.教授之分析，由於現代大眾傳播媒體本質、結構及經濟等因素，只有少數人才能進入市場經營大眾傳播媒體事業。<sup>⑭</sup>例如報紙，經過長期之經營競爭，目前在美國多數地方，只存有一家報紙。<sup>⑮</sup>而有學者即根據報業之發展經驗顯示，說明報紙乃是一種自然壟斷(natural monopoly)之事業。<sup>⑯</sup>不僅經營一家報紙必須投入大量之固定成本，而且在一定之地域內，也只適合一家生存。至於廣播或電視媒體，相對於報紙之壟斷屬於「經濟上之有限」(economic scarcity)所造成，<sup>⑰</sup>廣播或電視所賴以傳播之電波頻率(radio

<sup>⑨</sup> See generally Barron, *supra* notes 2 & 3. See also Lange, *supra* note 4, at 8-34.

<sup>⑩</sup> E.g., Stanley Ingber, *The Marketplace of Ideas: A Legitimizing Myth*, DUKE L. J. 1, 39(1984). But see Lange, *supra* note 4, at 16-23.

<sup>⑪</sup> E.g., BENNO C. SCHMIDT, JR., FREEDOM OF THE PRESS VS. PUBLIC ACCESS 29(1976).

<sup>⑫</sup> Barron, *supra* note 2, at 1678.

<sup>⑬</sup> See, e.g., C. Edwin Baker, *Scope of the First Amendment Freedom of Speech*, 25 UCLA L. REV. 964, 965-6(1978).

<sup>⑭</sup> See B. Schmidt, *supra* note 11, at 37-46.

<sup>⑮</sup> *Id.* at 40.

<sup>⑯</sup> *Id.* at 51-2. See also ITHIEL de SOLA POOL, *TECHNOLOGIES OF FREEDOM* 237(1983).

waves; radio spectrum)屬於「物理上之有限」(physical scarcity)，乃是自然界中之有限資源。目前爲了避免使用者之互相干擾，各國均由政府分配使用。<sup>⑮</sup>因此，僅有少數人才能使用這些電波頻率，從事廣播或電視事業。此外，新興之傳播媒體，有線電視(cable television)，也因為經濟規模(economies of scale)之原因，自其誕生時起，即被認為「自然壟斷」事業。<sup>⑯</sup>

由於只有少數人才能進入市場從事大眾傳播事業，如對此自由競爭所造成，或法律賦予特權所造成之壟斷不作適當之規範，言論自由市場之理論即無法實現。因此，賦予一般私人接近使用媒體權，即是要打破壟斷，打開市場，提供不同的意見，以維持言論自由市場之有效運作。<sup>⑰</sup>

## 2.2.實踐平等的自由權理念

言論自由之主要理論，除了前述之「言論思想之自由市場」理論之外，還有「表現自我說」。該說主張憲法保障言論自由之目的乃在保障個人發展自我，實現自我，保障個人自主及自由地表達其意見。唯有如此，個人才能真正成爲一個有獨立存在尊嚴之人。該說強調平等的自由權(equal liberties)之理念，認為每一個人都應享有同等之自由權，藉以保障每一個人都受到與他人一樣平等的關心及尊重，確保每一個人之獨立自主之尊嚴。<sup>⑱</sup>

<sup>⑮</sup> *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U.S. 241, 250-1(1974); *Preferred Communications, Inc. v. City of Los Angeles, California*, 754 F. 2d 1396, 1404(1985).

<sup>⑯</sup> *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, 395 U.S. 367, 388-9(1969).

<sup>⑰</sup> *E.g.*, *de SOLA POOL*, *supra* note 16, at 238.

<sup>⑱</sup> *See, e.g.*, *B. Schmidt*, *supra* note 11, at 37-8.

<sup>⑲</sup> 有關「表現自我說」之言論自由理論，請參見林子儀，前揭<sup>⑱</sup>引文，at 28-39.

持該說之部分學者主張，所謂平等之自由權理念不僅只是排除政府對個人言論自由不平等之干預，同時要求政府應持續積極提供個人有充分表達其意見之機會。除了應將公共所擁有之街道、公園等傳統上被視為供人民發表意見之「公共論壇」(public forum)平等地開放給人民使用，以提供其發表意見之機會外，尚需積極提供其他的管道。<sup>②①</sup>例如政府所擁有之公共設施，如將之開放給人民作發表意見使用，並不違反該設施之本來用途時，即應平等地開放給人民使用。<sup>②②</sup>

而該說所以主張應賦予一般私人接近使用媒體權乃是因為其以為報紙、廣播或電視等，在現代社會中均應視為一種「公共論壇」(public forum)，應開放給一般大眾公平地使用。<sup>②③</sup>其次，主張該說學者以為現代大眾傳播媒體由於呈現壟斷之形勢，媒體所表示意見之影響力與一般私人以尋常方式表示意見所具有之影響力，實在不成比例。<sup>②④</sup>為了使每一個人都獲得同等之尊重(equal respect)，使其意見之表達都能有同等之機會傳達給大眾，應賦予一般私人接近使用媒體之權利。

### 2.3. 本文之觀點

關於言論自由之理論，本文傾向於以基本權利論(rights-based theory)為核心之「表現自我說」。<sup>②⑤</sup>但採取該說並不完全排斥「言論思想自由市場說」之說法，<sup>②⑥</sup>只不過從「表現自我說」尊重個人自主存在之尊嚴及平等的自由權理念觀點，並不能同意「言論思想自由市

<sup>②①</sup> E.g., DAVID A. J. RICHARDS, TOLERATION AND THE CONSTITUTION 220-1(1986).

<sup>②②</sup> *Id.* at 221.

<sup>②③</sup> *Id.* at 221-5.

<sup>②④</sup> *Id.* at 222.

<sup>②⑤</sup> 林子儀，前揭⑦引文。

<sup>②⑥</sup> *Id.* at 265-67.

場說」只重視言論自由之工具性價值(instrumental value)之觀點。<sup>28</sup>而前述將接近使用媒體權之理論建立在健全或維護言論理想之自由市場者，基本上仍是把接近使用媒體權當作是一種工具性價值。<sup>29</sup>本文並不否定接近使用媒體權的確可以增加意見之多樣性，可以維持言論自由市場之有效運作。本文也不否定一個有效運作的言論自由市場的確有助於大眾追尋真理，判斷是非，也有助於大眾作較正確之政治決定及健全民主政治之運作。然而，基於對「人」的關心，本文還是較傾向於從平等的自由權理念來說明某種程度的接近使用媒體權應有其存在之必要。因為在目前社會制度之下，仍然存有一些經濟力或政治力之弱勢團體或個人，也無適當的管道或機會發表其不同於多數人之意見。有限度之接近使用媒體權將能提供這些人表達意見之合理機會，而使得社會上每一個人都能獲得同等之尊重。

不過，建構一個接近使用媒體權之制度，自始即存在一個基本的難題。因為，接近使用媒體權的存在固然可有限度地滿足了欲使用大眾傳播媒體之一般私人；但是一方面卻也因其賦予媒體有被使用之義務，媒體因之必須空出版面或讓出時間，刊登或播送其原先不願接受或不贊成之意見，顯然又限制了媒體之新聞自由權。

詳言之，假設接近使用媒體權之基本型態，是一種附隨的權利，也就是賦予被媒體報導所涉及或被攻擊之人，或不同意媒體所報導或評論觀點之人，有使用媒體以更正、答覆，或提出不同觀點之權利。而為實踐此種權利，媒體即被迫要報導或播送其所不同意之訊息或意見。媒體為了要避免此種「被使用」之義務，可能認為最好的方式就是不要報導可能爭議之事件。此種所謂「寒蟬效果」(chilling effect)

<sup>28</sup> *Id.* at 267-70.

<sup>29</sup> *E.g.*, B. SCHMIDT, *supra* note 11, at 33.



⑩即對媒體之言論表達產生某種抑壓，而限制了其表達意見的自由。

（由於媒體因此也減少了提供更多大眾所關心之訊息，如果接近使用媒體權之主要目的在促進公眾事務的廣泛討論，其目的亦將無法達成。）

或有謂如果接近使用媒體權不是一種附隨的權利，而是一種不論事前有無存在具有爭議性之報導，想表達意見之人即有接近使用媒體之權利，則所謂之「寒蟬效果」即不存在。但是即使如此，吾人尚有更嚴重的問題必須考慮。不論報紙、廣播或電視，可供報導利用之篇幅或時間是有限的。允許漫無限制之接近使用媒體權，不僅實際上不可行，而且，不論此種使用權是否必須付費換取，由於其將佔用媒體之篇幅或時間，勢將限制或甚至完全剝奪媒體本身之編輯權能。<sup>⑪</sup>

因此，不論接近使用媒體權是否只限於是一種有條件之附隨權利，其存在不論是否會造成「寒蟬效果」，都是強迫媒體必須報導其所不同意之訊息或意見，而顯然地限制了媒體「不表現之自由」(the right not to speak)。更嚴重的是，接近使用媒體權將限制或甚至剝奪了媒體之編輯權能。而媒體本身是憑此權能不僅影響到媒體本身之自主性，甚至阻礙了其事業目的之達成。

既然，接近使用媒體權會與媒體之新聞自由權發生衝突，因此，在吾人主張應賦予一般私人接近使用媒體權時，吾人即已選擇被使用之媒體之新聞自由權應作某種程度之限制。基於目前社會制度下，大眾傳播媒體所具有之一些特性，本文以為對媒體作適當之限制而賦予一般私人有限度地接近使用媒體之權利，是合理的。

⑪ *E.g.*, MELLVILLE B. NIMMER, NIMMER ON FREEDOM OF SPEECH 4-131(1984).

● *Id.* at 4-132.

誠如前述主張接近使用媒體權應有其必要性之二種理論所觀察，現代大眾傳播媒體由於其本質、結構及經濟等因素，已呈被少數人「壟斷」的現象。其次，由於廣播及電視媒體係利用為全民所有，而由政府管理而分配之電波頻率，作為經營事業之主要工具，因此其應被視為具有類似「公共論壇」之性質。以下謹進一步分別就這兩種特徵說明何以賦予一般私人有限度地接近使用媒體之權利，應屬合理的原因。

### 2.3.1. 壟斷

不論贊成或反對接近使用媒體權之學者，均同意現代大眾傳播媒體有集中化之趨向，而為少數人所壟斷之現象。其意見不同之處，就在於是否要將「接近使用媒體權」當作解決「壟斷」之弊的手段之一。

「壟斷」主要是描述只有少數人才能進入市場經營報紙、傳播或電視之事業，以及這些少數壟斷者之意見表達具有左右輿論之力量。而所以造成只有少數人才能進入市場之原因，在報紙部分，乃是因為經營報紙之固定成本太高，並非一般人所能負擔；而且經驗顯示，報紙也是一種「自然壟斷」之事業，在一定之地域內，也只適合一、二家報紙之生存。

而在廣播及電視部分，其壟斷地位主要係因為政府為了解決電波頻道之有限性所賦予。不過近來由於電子傳播科技的突飛猛進，尤其是「有線電視」(cable television)配合現有之廣播及電視，電波頻道之有限性之說法已引起許多學者的質疑。<sup>②</sup>不過即使現代科技解決了電波頻道之有限性，不再需要政府介入分配有限之資源，廣播及電

<sup>②</sup> See generally I. de SOLA POOL, *supra* note 16.

視仍然會受到經濟上的限制，仍然會導致只有少數人才能進入市場的結果。因為經營廣播及電視之固定成本也是非常龐大的，非一般人所能負擔。<sup>③③</sup>

由於媒體為少數人所壟斷，加上大眾傳播媒體對一般大眾傳達訊息之有效性，使得這些少數壟斷者不僅壟斷傳達訊息之有效工具，亦握有左右輿論之力量。固然，這些少數的壟斷者不一定只會利用媒體傳播其個人之意見；因為為了生存，這些媒體將會報導或傳播迎合大眾口味之資訊或意見，以吸引廣告。如此，媒體又有可能是大眾輿論之代言人。但不論何者，經濟力、政治力或社會力處於劣勢之團體或個人之意見或觀點，可能不會被媒體所重視或顧及。因此，為了讓一般私人，尤其是弱勢之團體或個人，能有有效表達其意見之機會，以防止少數人操縱輿論之不公平現象，適度的接近使用媒體權，應屬合理。

不過，持反對說者以為，發表意見之機會及力量之不均，如係源自於經濟力量之不均，則根本問題乃是整個社會結構的問題，應從調整社會制度著手，以謀求經濟之平等。<sup>③④</sup>採取「反托拉斯」(antitrust)之立法，應可對「壟斷」現象予以適當防止。

然而，本文以為尋求社會制度之調整所能獲得之經濟平等仍屬有限。在目前經營現代化之大眾傳播媒體所必須投入之固定成本，並非一般人所能擔負之情形下，即使調整社會制度能獲致某種程度之經濟平等，一般人所能經營或運用其所能負擔之媒體所能之意見表示之效

③③ E.g., NIMMER, *supra* note 30, at 4 123-4-124 n. 394.

③④ See, e.g., C. Edwin Baker, *Realizing Self-Realization: Corporate Political Expenditures and Redish's the Value of Free Speech*, 130 U. PA. L. REV. 646, 651(1982); See also, FREDERICK SPEECH, *FREE SPEECH: A PHILOSOPHICAL ENQUIRY* 126(1982).

果及力量，仍無法與經由大眾傳播媒體所傳播者相比。適當的允許一般人接近使用媒體仍有必要。

台灣目前現狀，固然在報紙之家數上、形式上似乎並不存有「壟斷」之現象，但就最近實際營運之結果觀察，以及經營固定成本之龐大，事實上，也只有少數人才能進入市場。再加上報紙在目前國內形成輿論所具有之影響力，歸結報紙在吾國亦有「壟斷」之實質，應不為過。至於廣播或電視，吾國現制一如美國，由政府將有限之電波頻率分配給少數人經營使用，因此也是只有少數人才能進入市場。

而無論報紙、廣播或電視除少數公營者外，全部為商業導向。因此，如同前述，國內之大眾傳播媒體對於經濟力、政治力及社會力之弱勢團體或個人之意見或觀點可能就會忽略。所以，為提供一般大眾，尤其是弱勢團體或個人，能有有效的表達意見之機會，以及防止少數人操縱輿論之弊，建構接近使用媒體權之法制，實有必要。

### 2.3.2. 類似公共論壇之性質

由於廣播和電視傳播所需要之電波頻率乃屬物理界中之有限資源，如允許任何人自由使用，則可能互相干擾，彼此都不得便，因此各國均由政府出面將電波頻率予以劃分頻道並分配給部分人民使用，俾使自然界之寶貴資源能發揮其應有之功能。

根據已故之 Ithiel de Sola Pool 教授之主張，政府在分配這些有限資源時，可選擇「一般載波傳送者」(common carrier)之方式，就同電信業之經營方式，將電波頻率分配給一個通訊傳播者，由該人設置電台，平等的公開給一般大眾使用，傳播者只負責將大眾所欲傳送之訊息以聲音或畫面傳送出去。<sup>⑩</sup>其次，政府亦可採用自由市場之運作方式，將頻道開放給欲使用者競標出價取得使用權，而取得使用權

者得自由利用所取得之頻道。就如同經營報紙者一樣，取得頻道使用權者，亦能充分享有編輯之自主權以發展其廣播或電視之事業。<sup>⑳</sup> de sola Pool 教授認為很不幸地，美國卻選擇了一個折衷之分配使用之方法。政府將頻道分配給少數人免費使用，被分配到頻道之廣播或電視業者即成為使用公眾財產之受託人(trustee)，廣播或電視業者固然可以自由其因運事業，但卻必須要以大眾之利益、需要及便利作為提供服務之指導原則。

由於如何分配使用這些屬於公眾財產之電波頻率乃為政府政策之選擇。政府為顧及一般大眾之便利，而要求分配到頻道使用權之廣播或電視業者將頻道公開給一般人民「合理使用」，應不為過。有些學者因此主張，廣播或電視媒體應視為一種「公共論壇」(public forum)，原則上應平等的開放給一般大眾使用。<sup>㉑</sup>本文從之。

雖然，主張接近使用媒體權最力的 Barron 教授認為不僅廣播或電視媒體應視為「公共論壇」，報紙也應視為一種「公共論壇」。<sup>㉒</sup>但畢竟報紙與廣播或電視仍有本質上之不同。報紙傳播所用之媒介並非如廣播或電視所使用者一般為公共之資產。因此，視報紙為「公共論壇」之說法，尚值得斟酌。

不過，此處值得考量的是，近來在電子傳播科技發達進步之情形下，許多學者皆主張以往所謂電波頻道之有限性之說法，是值得檢討的。<sup>㉓</sup>更有主張在今日科技之下，報紙與廣播或電視間之區分已無必

⑳ de SOLA POOL, *supra* note 16, at 136-8.

㉑ *Id.* at 138-48.

㉒ See, e.g., RICHARDS, *supra* note 22, at 223; C. Edwin Baker, Commercial Speech: A Problem in the Theory of Freedom, 62 IOWA L. REV. 1, 41-2 n. 144(1976); C. Baker, *Press Rights and Government Power to Structure the Press*, 34 U. MIAMI L. REV. 819, 873(1980).

㉓ Barron, *supra* note 2.

要。因此，廣播或電視媒體也不應因其使用政府分配之頻道，而必須負擔「公共論壇」之功能。

雖然現代電子傳播科技可以增加相當多之頻道供廣播或電視使用，不過在目前這些科技所賴以運用之資源仍是有限的，例如經常被用來說明電波頻率有限性不再存在之「有線電視」，目前在各國仍然是由政府劃定一定之服務地區賦予獨佔經營權。由於其特殊地位仍由公眾所賦予，因此論者有謂其應提供頻道供大眾使用才屬合理。<sup>④⑩</sup>而且，即使在新的科技下，傳統之無線電廣播或電視之頻道使用，勢必仍需由政府分配使用，電波頻率依舊屬於公共資產。要將廣播或電視與報紙同等看待，恐仍有困難。

只要是廣播或電視所使用的傳播媒介仍是屬於公共資產之電波頻率，其應即為「公共論壇」之一種，而應合理的開放給大眾平等使用。

不過，一般私人並非可以漫無限制地任意使用「公共論壇」，以作為表示意見之管道。依據「公共論壇」的一般原則，除了使用者必須要受到合理的「時間、地點及方式」(time, place, and manner)之約束之外，使用者使用之結果必須不能妨害到該公共論壇原先設置之目的(the incompatibility standard)。<sup>④⑪</sup>因為廣播或電視媒體其本身即以發表意見或傳播意見為事業之目的，因此，一般私人利用媒體以表示意見與廣播或電視媒體之設置目的符合。

總之，從平等的自由權理念，以及大眾傳播媒體的特性觀察，適

④⑩ E.g., Note, *Reexamining the Reasonable Access and Equal Time Provisions of the Federal Communications Act: Can These Provisions Stand If Fairness Doctrine Falls?* 74 GEO. L. J. 1491, 1495-6(1986).

④⑪ de SOLA POOL, *supra* note 16, at 247。而美國在 The Cable Communications Policy Act of 1984, Pub. L. No. 98-549，即明文規定一般人民有權使用有線電視頻道之明文。

④⑫ See, e.g., NIMMER, *supra* note 30, at 4-70-4-74.

當地給予一般人民接近使用媒體權利應是合理且必要的。不過，基於本文以上之討論，吾人在具體建構接近使用媒體權之法制時，本文以為有以下兩點應予注意：

一、因為大眾傳播媒體——報紙、廣播或電視（包括有線電視）等——本身是從事言論意見表達或傳播之事業，其事業目的之達成有賴於新聞自由之保障。基於平等之尊重，接近使用媒體權應有條件之限制，俾能對媒體新聞自由之限制減至最低。

二、由於報紙與廣播或電視仍有特性之差異，不僅是因為報紙之「壟斷」現象是一種自由市場運作之結果，而廣播或電視則為政府給予之特許；而且是因為廣播或電視媒體為一種類似「公共論壇」，所以賦予一般私人接近使用廣播電視之權利，也就較為廣泛。

因此在具體建構接近使用媒體權時，吾人並非是要建構一種一般性之接近使用媒體權(not a general right of access to the media)，而是要基於不同類型，針對不同之媒體，建構一些合理使用媒體之有限度的接近使用媒體權(a limited right to reasonable access)。<sup>42</sup>

### 3. 接近使用媒體權之法律基礎

<sup>42</sup>這也是美國聯邦最高法院對接近使用媒體之一般觀點。See *Columbia Broadcasting System v. FCC*, 453 U.S. 367, 396(1981).雖然，該案所涉及的是電視媒體，最高法院所言似乎只是願意承認一般私人可以有限度地使用廣播或電視媒體之權利。但是已故世之 Melville B. Nimmer 教授則以為從美國聯邦最高法院在本案判決所使用之文字及引述之判決先例，可以推論最高法院並未如傳統觀點將報紙與廣播或電視媒體予以區分。因此，Nimmer 教授認為最高法院所宣示之有限度之合理接近使用媒體權，不只是合理地使用廣播或電視媒體而已，亦包括使用報紙媒體。See NIMMER, *supra* note 30, at 4-126.

從憲法保障言論自由權之觀點，應承認一般私人應具有某種程度之接近使用媒體權，以便合理的接近使用大眾傳播媒體。然而，行使這種權利時是否可直接援引憲法，抑或應由國會立法予以具體化？美國實務及學理之通說均認為應由國會立法予以具體化。<sup>⑬</sup>

而一般主張憲法保障之基本權利具有積極性者，通常所面臨的難題是權利內涵過於抽象而不易具體實踐。尤其，此種權利之實踐通常都要請求國家之積極協助，如無適當之立法安排，執行機關、預算、及人事等問題即無從解決。因此即使主張言論自由具有積極性，並認為接近使用媒體權就是此種積極之言論自由權之一種，吾人亦面臨相同之難題，如不由立法予以具體化，將難以實踐。

因此本文認為吾人不能直接援引憲法保障言論自由之規定，向大眾傳播媒體行使接近使用權。即使吾人肯認言論自由具有積極性，而接近使用媒體權即為其具體之表現，接近使用媒體之行使或實踐仍有待國會適當之立法，建構合理之權利類型。

#### 4. 接近使用媒體權之類型

由於本文認為接近使用媒體權並非一種一般性之權利，而是一種有限度的權利。因此，在立法具體建構接近使用媒體權時，本文認為應針對不同之媒體，基於不同類型，建構一些合理使用媒體之有限度的接近使用媒體權。本文以下分別就美國法上對報紙、廣播或電視，及有線電視等所規定之接近使用媒體權類型予以簡單介紹，再佐以學

<sup>⑬</sup> See *CBS v. Democratic National Committee*, 412 U.S. 94 (1973). See also, FRANKLYN S. HAIMAN, *SPEECH AND LAW IN A FREE SOCIETY* 334 (1981). But c.f., NIMMER, *supra* note 30, at 4-126-4-127.



者之評論建議，而分析歸納一些本文所贊同之類型。

## 4.1.報紙

### 4.1.1.答覆權(the right to reply)

有關使用報紙之權利之典型為「答覆權」(the right to reply)。有關該類型之立法，以 *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo* ④一案所爭議之美國 Florida 州之州法所規定者為典型之代表。

依其規定，任何報紙在公職競選期中在報紙上攻擊候選人之人格，或報導或指責該候選人在擔任公職時有不適任或怠忽職守之情事，或批評其政績者，或提供報紙版面給一般大眾對該候選人從事上述之攻擊批評時，在接到被攻擊之候選人之請求後，應立即免費在報紙顯著之版面，以相同之印刷，在不超過原先批評所用之版面之空間範圍內，刊登該候選人之答覆。⑤

該規定被美國聯邦最高法院 *Tornillo* 一案中被認定為違反憲法保障言論自由之規定，因其會對報紙造成「寒蟬效果」(chilling effect)，並嚴重侵害了報紙編輯之自主性及編輯權能。⑥

該判決引起了相當大之爭議。本文同意 Franklyn S. Haiman 教授的觀點，認為此種答覆權應予維持，並更應擴大及於一般受到報紙批評之個人或團體，而非僅限於競選公職之候選人。⑦

除了此種「被動附隨性」的接近使用權外，學者尚建議下列兩種「主動性」之接近使用權。

④ 418 U.S. 241(1974).

⑤ See SCHMIDT, *supra* note 11, at 220-1.

⑥ 418 U.S. at 258.

⑦ HAIMAN, *supra* note 43, at 338.

#### 4.1.2. 讀者投書

此種接近使用權為 Nimmer 教授所建議。其以為一般大眾有以「讀者投書」(letters-to-the-editor)之方式使用報紙之篇幅之權利。相對地，報紙必須設立「讀者投書專欄」(letters-to-the-editor column)，以供讀者使用。由於報紙已大都設有此種專欄，因此，立法強制此專欄不致於侵害報紙之新聞自由。不過，此種接近使用權和傳統之「讀者投書」並不完全相同。

一、報紙不得以讀者之內容表現之觀點(point of view)為理由，拒絕刊登其投書。

二、報紙不得以讀者投書所涉及之主題(subject matter)為理由而拒絕刊登投書，除非涉及之主題並非該報曾經報導或評論過之主題。

三、讀者投書之論述如不符簡潔易懂之最低文字標準者，報紙可拒絕刊登。

四、讀者投書之內容如與該報曾經刊登或現時登刊之讀者投書或與報紙本身新聞報導之內容重複者，報紙可拒絕刊登。

五、「讀者投書欄」之篇幅，應以其他日報習慣上所用之版面大小為標準。報紙並無義務要擴大專欄以容納所有的投書。如果以版面不足而退回投書者，必須該專欄所有刊登之投書皆是陳述與該報意見相反之投書，否則該被退回之投書，將視為因其觀點不見容於該報而被退回。<sup>48</sup>

<sup>48</sup> NIMMER, *supra* note 30, at 4-132-133. 吾國學者亦有建議以「讀者投書」實踐接近使用媒體權者。參見陳世敏，王洪鈞，及漆敬堯，讀者投書：「接近使用權」的實踐（中華民國新聞評議委員會編印，民國七十七年四月二十五日）。

不過本文對類此主動性之接近使用權尚有保留。如果報紙主動志願提供類此完全中立客觀之篇幅供讀者投書使用，當然很好。但如未主動提供此種篇幅，而要以法律強制其提供，本文以為從保障報紙本身之新聞自由之觀點，在權利之平衡上，尚有疑議。不過基於廣播電視具有公眾利益受託人及類似公共論壇之特性，本文同意在廣播電視領域應建構類此類型之接近使用權。

#### 4.1.3. 付費刊登評論性廣告

所謂「付費刊登評論性廣告」(paid editorial advertisement)乃是一般私人付費給特定之大眾傳播媒體，要求該媒體空出篇幅或時間，以廣告形式刊載或播出該私人對某項議題之個人評論。

雖然，如此以法律賦予一般人民此種類型態之使用媒體之權利，將會強制大眾傳播媒體必須刊登或播出其不願刊登或播出之意見，而限制了大眾傳播媒體之編輯自主。不過部分論者認為此種賦予一般人民有限度使用媒體權之立法應是可以接受的。因為：

1. 政府之此種立法，並未特別認定某種主題是值得討論的，強制媒體必須刊登或播出；而是由想要發表評論者自己選擇欲引起討論之主題。

2. 政府並未藉由此種立法，監督大眾傳播媒體必須對任何議題作「公平」地報導。

3. 對於媒體報導之內容亦無任何限制。

4. 刊登或報導此種私人付費之評論廣告之媒體，如擔心讀者或觀眾社會誤認此廣告為該媒體之意見時，可以在廣告之適當位置上註明或以編輯方式予以說明即可。<sup>19</sup>

本文同意大眾對報紙應有類此之接近使用權，除了上述之理由

外，本文認為尚可基於下列兩項理由支持立法建構此種權利：

一、平等原則：目前報紙基本上皆以廣告費用作為其營收之主要財源，而報紙本身並不拒絕商業性之廣告，政府原則上亦未禁止其接受商業性廣告。在這種情況下，如基於平等保障之原則，何能排斥付費之評論性廣告呢？

二、政治性言論之特殊性：付費之評論性廣告其內容多為私人對公共議題之個人意見表達，屬於一種政治性之言論。而政治性言論對大多數論者而言皆以之為憲法保障言論自由之核心，而認為應較商業性言論受到更多之保障。如果允許大眾可以商業廣告之形式接近使用報紙，則更應接受付費之評論性廣告。本文雖不認為政治性言論要較商業性言論有更多或更優先之保障，但亦不認為商業性言論是較政治性言論有更多或更優先之保障。

## 4.2. 傳播及電視

### 4.2.1. 合理使用頻道原則(reasonable access rule)

該原則之典型代表要屬一九七六年美國國會所制定之 Campaign Communication Reform Act 第 104 條之規定型式。該條規定廣播或電視媒體必須提供競選聯邦公職之合格候選人，合理使用(reasonable access)其傳播系統及設備之機會。<sup>⑭</sup>該原則之立法目的是藉由允許公職候選人提供大眾有效運作民主程序（選舉）所必需之資訊，以增進選舉期間之政治辯論。<sup>⑮</sup>

<sup>⑭</sup> Kenneth L. Karst, *Equality as a Central Principle in the First Amendment*, 43 U. CHI. L. REV. 20, 52 n. 165 (1975).

<sup>⑮</sup> 47 U.S.C. § 312 (a)(7) (1982).

美國聯邦最高法院於一九八一年 *CBS v. FCC* ⑤②一案中維持了美國聯邦通訊傳播委員會依據合理使用原則所頒佈之一項規則。依據該判決，一方面吾人可以確定「合理使用頻道原則」符合憲法保障言論自由之精神；另一方面，也可獲知依據該原則，競選公職之候選人得支付費用給廣播或電視媒體，要求播出非商業性或評論性之廣告 (paid editorial advertisement)。此亦為該原則具體化之一種接近使用媒體權之類型。

此種「付費刊登評論性廣告」型態，被有些學者用來說明其所支持之一種接近使用媒體權類型。⑤③本文支持此種類型之接近使用媒體權，理由除已在前文討論報紙之相同類型權利時之說明外，廣播電視具有公眾利益受託人及類似公共論壇之特性亦為主要之理由。而且本文認為付費刊登評論性廣告之權利應不只限於競選公職之候選人，而應普及於一般大眾。

#### 4.2.2. 機會均等原則 (equal opportunities rule)

該原則一般又稱為「時間均等」原則 (equal time rule)。⑤④根據該原則，廣播或電視媒體，在公職競選期中，同意某一候選人以付費或免費之方式使用其頻道者，必須給予競選同一公職之其他所有候選人有以同等之條件，在同樣的時段，使用其頻道之同等機會。⑤⑤

⑤② The D.C. Circuit Review, September 1987-August 1988, Federal Communications Commission: The Demise of Fairness Doctrine, 56 GEO. WASH. L. REV. 834, 838-9(1988) [hereinafter The Demise of the Fairness Doctrine] .

⑤③ 453 U.S. 367(1981).

⑤④ Karst, *supra* note 49.

⑤⑤ 論者有認為稱該原則為「時間均等」原則是一種錯誤。See T. BARTON CARTER, MARC, A. FRANKLIN, & JAY B. WRIGHT, THE FIRST AMENDMENT AND THE FOURTH ESTATE 530(4th ed. 1988).

該原則之立法目的，亦與合理使用原則一樣，亦是提供公職候選人機會，鼓勵其對與競選有關之政治議題提出完整且不受限制之觀點及討論，並促進廣播或電視媒體能平等地提供其設施給公職候選人使用。<sup>⑤⑥</sup>

基於公職競選對民主社會之重要性，充分資訊對大眾作政治選擇之助益，以及廣播電視之特性，本文贊同建構類似美國之法制，給與公職候選人合理使用及公平使用廣播電視之機會。

#### 4.2.3. 公平原則 (the fairness doctrine)

根據該原則所具體化之接近使用媒體權類型，乃是美國討論接近使用媒體權時爭議性最大的一種類型。不同於前兩個原則，公平原則並非由國會立法所創設之原則，而是由美國聯邦通訊傳播委員會 (FCC) 以法規命令方式所創設。該原則有二部分，第一部分規定廣播或電視媒體對於重要公共事務中有爭議性之議題必須予以適當之報導。第二部分則規定廣播或電視媒體對於具有爭議性之議題應提供相當平衡的報導。

第二部分為該原則之重心，聯邦通訊傳播委員會針對這部分又更進一步的頒佈了兩項規則。其一為「人身攻擊規則」(the personal attack rule)，規定廣播或電視媒體在報導重要公共事務中有爭議性之議題，而針對該議題提供不同之觀點時，對於特定之人或團體之誠信、個性、正直性，或其他類似之個人品格事項予以攻擊時，必須通知被攻擊之人或團體，並提供該被攻擊之人辯駁之機會。其二為「正式之政治評論規則」(the formal political editorial rule)，規定當

<sup>⑤⑥</sup> 47 U.S.C. § 315(a)(1982).

<sup>⑤⑦</sup> The Demise of the Fairness Doctrine, *supra* note 51, at 839.

廣播或電視媒體以評論之方式支持某一公職之候選人時，應通知競選該公職之其它候選人，並提供其合理之答辯機會。<sup>57</sup>

公平原則一直受到相當多的批評，因為有謂該原則的存在將冷卻(chill)或限制廣播或電視媒體之新聞自由。美國聯邦最高法院曾明示如果國會或聯邦通訊傳播委員會確能證明公平原則存在之效果是減少了而非增加了不同意見的表達的話，則最高法院願意重新審查該原則之合憲性。<sup>58</sup>回應最高法院的態度，美國聯邦通訊傳播委員會在經過一年的研究後，於一九八五年八月公布其研究的報告，明白指出公平原則的存在並未達到其原來提昇公眾討論之目的，該原則之運作反而阻礙了廣播或電視媒體報導與公眾事務有關之重大爭議事項，並減低了廣播或電視媒體之編輯權能。<sup>59</sup>因此，論者皆聲言「公平原則」已壽終正寢。所缺的只是聯邦最高法院之驗屍報告而已。<sup>60</sup>

雖然該原則目前在美國並不孚眾望，但仍有重量級的學者鼎力支持該原則的存在。如已故之 Nimmer 教授，<sup>61</sup>以及 Owen M. Fiss 教授，<sup>62</sup>尤其 Fiss 教授之見解與聯邦通訊傳播委員會之見解剛好相反，其認為「公平原則」之存在，對於提昇公眾討論之品質有相當之助益。<sup>63</sup>本文從公平的觀點，亦認為「公平原則」有引入國內之必要。尤其

<sup>57</sup> Red Lion Broadcasting Co. v. FCC., 395 U.S. 367, 373-3(1969).

<sup>58</sup> FCC v. League of Women Voters, 468 U.S. 364, 378 n. 12(1984).

<sup>59</sup> General Fairness Doctrine Obligations of Broadcasting Licensees, Fed. Reg. 35, 418, 35, 419(1985).

<sup>60</sup> E.g., Note, *supra* note 39; The Demise of the Fairness Doctrine, *supra* note 51.

<sup>61</sup> M. NIMMER, *supra* note 30, at 4 133-134.

<sup>62</sup> See Owen M. Fiss, *Free Speech and Social Structure*, 71 IOWA L. REV. 1405(1986)); O. Fiss, *Why the State?* 100 HARV. L. REV. 781(1987).

<sup>63</sup> Fiss, *supra* note 62, *Free Speech and Social Structure*, at 1415-6; *Why the State?* at 790-4.

吾國情形與美國情形不同，其國所以要將之廢除之因，除了其提昇公眾討論之能力受到質疑外；主要的理由是因為該國可供一般私人發表意見之管道之大量增加。但吾國尚無如此之條件。目前吾國可供一般私人以廣播或電視之方式表達或傳播其意見之頻道仍屬有限。引進「公平原則」將能平衡目前頻道為少數人所壟斷所產生之不公平之現象。

#### 4.2.4.讀者投書

不同於上述之類型，此種類型並非法律或法規命令所規定之接近使用權，而係由學者所主張。Nimmer 教授建議類似前述報紙部分之「讀者投書」之接近使用媒體權之型態，在廣播或電視亦有適用。至於播放之時間，Nimmer 教授建議每週至少半小時，在適當之時間播出。「讀者投書」之方式可以錄影帶為之，其內容亦須符合簡潔及易於了解之標準。<sup>⑤</sup>本文贊同類此之接近使用權在廣播電視領域應予建立。主要是基於廣播電視台為公眾利益使用大眾所有之電波頻率之受託人，當其言論不足以反映公眾之意見時，應允許大眾有合理使用以表達不同意見之機會。而此種接近使用權並未完全取代廣播電視台之權利，只是要求一小段時段而已，應屬合理。其具體之內容已於前文討論報紙部分敘及，於此不再重覆。

### 4.3.有線電視

美國制度認為有線電視屬於一種自然性獨佔事業，因此在一定之區域內原則上只准一家有線電視台之存在。因此認為對之亦可基於公共利益予以適當之管制。而有線電視台擁有相當數量之頻道，為提供

<sup>⑤</sup> NIMMER, *supra* note 30, at 4-134.



公眾發表意見之管道，以及彌補獨佔經營原則下喪失機會者之損失，目前美國在有線電視部分規定有下列二種接近使用之類型。

#### 4.3.1. 公共使用頻道(public access)

所謂「公共使用頻道」係指在一特定之有線電視系統中，由有線電視經營者保留給一般大眾免費使用之頻道。一般大眾係以「先到先使用」之平等原則，使用這些頻道。而其經由該頻道所傳送之節目並不受有線電視經營者和管理有線電視之主管機關之「檢查」(censor)。

⑤

雖然在美國 1984 年「線纜通訊傳播政策法」中並無明文規定有線電視經營者必須提供此類公共使用頻道，但論者皆肯定該法的確有將該傳統的要求納入規定中。⑥根據該法之規定，地方管理有線電視之機關得依據該法有關業者對公共使用頻道之義務規定，要求經營有線電視業者遵照執行。根據其規定，有線電視經營者並非只是單純提供頻道供公眾免費使用即已滿足法律規定，業者尚有積極提供起碼之設施、器材及其他之協助，幫助使用者傳播節目之義務。⑦

#### 4.3.2. 付費使用頻道(commercial access)

在一九八四年之「線纜通訊傳播政策法」第 612 條，明文規定有線電視經營者必須根據其頻率之數量提供一定數額之頻道，以合理之價格，出租給一般人播放節目使用⑧。

⑤ See, e.g., Michael I. Meyerson, *The Cable Communications Policy Act of 1984: A Balancing Act on the Coaxial Wires*, 19 GEO. L. REV. 543(1985).

⑥ *Id.*

⑦ *Id.* at 586.

⑧ *Id.* at 589-90.

本文認為這兩種類型之接近使用權在我國未來有線電視法中亦應引進。

## 5. 吾國現行制度檢討與建議

吾國有關接近使用媒體權研究雖不甚發達，但是出版法、廣播電視法，及公職人員選舉罷免法中卻已有相關之規定，茲分別臚列說明於后。

### 5.1. 報紙

出版法第十五條規定：「新聞紙或雜誌登載事項涉及之人或機關要求更正或登載辯駁書者，在日刊之新聞紙，應於接到要求後三日內更正，或登載辯駁書，在非日刊之新聞紙或雜誌，應於接到要求時之次期為之，但其更正或辯駁書之內容，顯違法令或未計明要求人之姓名、住所或自原登載之日起逾六個月而始行要求者，不在此限。

更正或辯駁書之登載，其版面應與原文所載者相同。」

報紙或雜誌違反該規定之義務時，根據該法第三十八條第三款之規定，得由主管機關科處五百元以下之罰鍰。

本文以為如果請求更正或登載辯駁書之人，其請求遭到報紙拒絕時，請求人應尚主張民法一百八十四條之侵權行為，以獲得適當之救濟。

除本條所規定之「答覆權」外，吾國現行法律對報紙之使用權即無其他之規定。如果依照本文前述意見，應可考慮增加「付費刊登評論性廣告」主動性之接近使用權制度。不過目前我國雖無類以之規定，在實務上，尚未聞有拒絕接受此種廣告之例。

## 5.2.廣播或電視

### 5.2.1.廣播電視法

第二十三條：「對於電台之報導，利害關係人認為錯誤，於播送之日起，五日內要求更正時，電台應於接到要求後七日內，在原節目或原節目同一時間之節目中，加以更正，或將其認報導並無錯誤之理由，以書面答覆請求人。」

前項錯誤報導，致利益關係人之權益受有實際損害時，電台及其負責人與有關人員應依法負民事或刑事責任。」

第二十四條：「廣播與電視評論涉及他人或機關、團體，致損害其權益時，評論者，如要求給予相等之答辯機會，不得拒絕。」

該二條規定為被廣播電視報導或被評論之人之「答覆權」規定。如果廣播電視業者違反本條之規定者，由新聞局依據本法第四十一條第二款之規定予以警告，如符合第四十四條第一之情形者，尚可處三萬元以上，四十萬元以下之罰鍰，並得予以三日以上，三個月以下之停播處分。如符四十五條第一項第六款之情形，尚可吊銷執照。

以此行政罰方式，接強制「答覆權」之實踐，應可軟同。不過本文主張除行政罰外，請求行使答覆權之人，在遭受到廣播或業者拒絕後，應可以民法第一百八十四條之侵權行，請求適當之救濟。

### 5.2.2.公職人員選舉罷免法

第五十五條：「候選人或其助選員競選活動，不得有左列行為：二、發動選舉人簽名或於廣播、電視播送廣告，從事競選活動。」

第五十五條之一：「競選活動期間政黨不得有左列行為：四、發

動選舉人簽名或於廣播、電視播送廣告，為候選人宣傳。」

綜合現行有關之規定，除了廣電法賦予有「答覆權」類型之接近使用權外，一般私人對廣播或電視媒體無其它之接近使用權。而且，選罷法尚嚴格限制候選人或政黨使用廣播或電視廣告之競選行為。如此，亦完全禁絕了媒體自願接受被使用之可能性。

與美國制度相比較，其制度是對公職競選之候選人提供相當之使用媒體權，鼓勵候選人及媒體利用媒體以便將更多有關選舉事項之資訊提供給大眾參考，藉以幫助公職選舉之進行。吾國卻採了完全不同之政策。本文以為，民主社會中公職選舉乃是最重要之活動，當有媒體可資利用以健全該項活動時，應盡量利用。因此，應提供候選人及政黨更多使用媒體之機會。類似美國之合理使用原則，機會均等原則應適當地引進，以便公職候選人有合理及公平接近使用廣播電視之機會。

其次，吾國亦無類似「公平原則」之規定，如果為確立報導或評論之多面性及平衡性，應建立相關之制度。

又，現行廣電法禁止廣播電視播放私人之政治性廣告，本文建議這種限制應予廢棄。應允許大眾利用廣播電視播放付費之評論性廣告。最後本文尚主張參酌 Nimmer 教授之建議，在電視媒體中設立類似「讀者投書」之接近使用權制度，以提供一般人民主動之接近使用媒體權。

## 6. 結論

為尊重社會每一個人表現意見之自由，以及衡量現代大眾傳播媒體之特性，本文建議應以立法之方式，根據大眾傳播媒體之性質，建

構合理之接近使用媒體權制度。

接近使用媒體權所以在美國會被提出，乃是因為六〇年代民權運動者，欲將其不同之意見透過媒體傳達給社會群體，因無法如願，而走上街道，示威抗議，以傳達訊息，並製造新聞，完成接近使用媒體之目的。這種現實的經驗，逼使美國學者重新思考言論自由權之內涵。而美國這段歷史，亦值得吾國借鏡思考。

大眾傳播媒體之新聞自由應予保障尊重，一個公正客觀之大眾傳播媒體乃是一個民主社會成功之保證。接近使用媒體權之建立勢必會影響媒體之新聞自由。而接近使用媒體權所以被提出，並受到重視，乃是部分大眾不滿大眾傳播媒體之表現。為避免更多之「接近使用媒體權」限制其新聞自由，媒體應多作自我調整，<sup>69</sup>以求能更客觀完整的報導社會現實，對於重大爭議性之社會議題也能有不同觀點的平衡報導或評論，如此，不僅能減少被使用之壓力，亦能建立公平之聲譽，發揮其應有之社會功能。

——本文原發表於政大新聞研究所「新聞學研究」第四十五集，民國八十年二月。

<sup>69</sup> See Powe, *supra* note 3, at 394-5.



# 言論自由與優惠性的差別待遇

## ——METRO BROADCASTING, INC. v. F. C. C.

### 1.前言

### 2.Metro Broadcasting案簡介

#### 2.1.事實

2.1.1.聯邦通訊委員會少數族裔擁有臺台所有權的優惠政策

2.1.2.本案事實

2.2.本案繫爭的問題

2.3.法院判決的結論

2.4.Brennan大法官主筆的法院意見

2.5.Stevens大法官協同意見的理由

2.6.O'Connor的不同意見

2.7.kennedy大法官的不同意見

### 3.對METRO BROADCASTING案的分析及評論

3.1.法院多數意見與不同意見的差異點

3.1.1.審查標準不同

3.1.2.優惠性差別待遇的概念或適用類型

3.2.評論

3.2.1.審查標準

3.2.2.政府管制的基礎

3.2.3.採用優惠性差別待遇所欲追求的目的

**4.本文的觀點——代結論**

4.1.平等保障原則的理念必須釐清

4.2.言論自由與平等保障必須基於目的性而非工具性



## 1. 前 言

言論自由理論最近在美國的發展，除了仍是致力於傳統的言論自由議題外，也漸關心言論平等的問題。這種趨勢，除了是因為傳統的言論自由發展到一定的程度，已能適度地節制政府的權力後，大眾所關心的不再是政府對其言論自由的限制是否合憲；而會轉而關心在言論思想的自由市場中，其是否有公平的機會發表其言論，並進而有與他人的言論公平競爭的機會。此外，在資訊社會中，大眾傳播媒體即為大眾獲取資訊的重要來源，因而亦使之成為引導輿論及製造輿論的有效工具。然在自由經濟制度下，商業化為主導的趨勢，大眾傳播媒體不僅逐漸集中化，亦漸淪為經濟或政治力強者的工具，而造成言論表達的不公平現象。因此，為匡正言論思想的自由市場機能失調現象，如何讓大眾能有公平的機會發表其言論，並進而與他人的言論公平競爭的機會，乃為維護言論自由的重要議題。尤其是如何適當地規範廣播電視，才能在電子傳播資訊的時代使廣播電視的使用能符合保障言論自由的理念，更是其中亟待解決的問題。<sup>①</sup>

如從美國國會及主管廣電事業的聯邦傳播通訊委員會(Federal Communications Commission, F. C. C.)在這方面的努力而言，我們可以看到其採取了兩種政策，以防止廣播電視媒體被少數經濟或政治強者所壟斷，並維持言論資訊的多樣性。其一為類如「公平原則」(the fairness doctrine)等政策的制頒，給予大眾某種限度的「接近使用媒體權」(the right of access to the media)，大眾在一定的條件下，

<sup>①</sup> See DAVID A. J. RICHARDS, TOLERATION AND THE CONSTITUTION 222-23 (1986) .

有使用媒體發表其意見或言論的機會。<sup>②</sup>另一則為擴大少數族裔擁有電臺所有權(minority ownership)的優惠政策。

不過在一九八五年以後，聯邦傳播通訊委員會即思將「公平原則」予以廢除，<sup>③</sup>哥倫比亞特區聯邦上訴法院並在一九八九年的 *Syracuse Peace Council v. F. C. C.*<sup>④</sup>支持聯邦傳播通訊委員會的決定。「公平原則」可以說是已不存在。至於少數族裔擁有電臺所有權的優惠政策，自始即對其是否合於憲法平等保障原則存有爭議。不過，與「公平原則」不同，在一九九〇年，美國聯邦最高法院在 *Metro Broadcasting, Inc. v. F. C. C.*<sup>⑤</sup>一案，以五比四票判決認定該優惠政策並未違反平等保障原則，而維持了該優惠政策。

本文主要目的即是希望經由對 *Metro Broadcasting* 案的簡介，了解擴大少數種族擁有電臺所有權的優惠政策，其內容及目的。並經由該案判決中多數意見與不同意見的介紹及比較，了解該政策所產生的憲法爭議問題及對該問題的不同觀點。由於本案多數意見與少數意見之間意見所以分歧的原因，主要存在於對所謂優惠性差別待遇(affirmative action)的界定，以及究竟要用怎樣的審查標準來審查其是否合於憲法平等保障原則等問題。而優惠性的差別待遇可以說是目前在美國幾個極富爭議性憲法問題中，相當重要的一個議題。美國聯邦最高法院對這問題自始就一直未能獲得共識，迄今亦仍為最高法院中所謂的保守派與所謂的自由派大法官間，相互對立的一個議題。

② 我在另一篇文章中曾對接近使用媒體權及公平原則等作過簡單的介紹及討論。請參見林子儀，〈論接近使用媒體權〉，《新聞學研究》，第四十五集，頁一至二十三（國立政治大學新聞研究所印行，民國八十年十二月出版）。

③ See, e. g., T. BARTON CARTER, MARC A. FRANKLIN & JAY B. WRIGHT, *THE FIRST AMENDMENT AND THE FIFTH ESTATE* 251-66(2nd ed. 1989)；並請參見林子儀，前揭②引文，pp14-15。

④ \_\_ F. 2d \_\_, 16 Med. L. Retr. 1225(1989).

⑤ 110 S.Ct.2997(1990).

核發給執照的決定時，必須基於“公眾的便利、利益及需要”的考量。

⑥

在最近二十年，少數族裔（包括黑人、西班牙語系的中、南美裔、美洲愛斯基摩人、阿留申人、美洲印第安人、及亞裔）人口佔全美總人口的五分之一，但只有相當少數的少數族裔者擁有廣播或電視臺的執照。根據實際的統計數字，在一九七一年時，在大約七千五百家的廣播電臺中，只有十家屬於少數族裔所有。在一九七八年時，少數族裔所擁有的電臺，不到百分之一。而根據一九八六年的統計，在總數超過一萬一千家的廣播電視臺中，少數族裔擁有所有權的電臺僅佔百分之二點一而已。而且，上述的統計數字，並未表示一項事實，那就是：少數族裔中較晚進入市場，因此其所擁有的電臺都是一些市場價值較低的電臺，同時，大多數少數族裔所擁有的電臺，其服務範圍也都侷限於地域狹小的市場及相當少的觀眾。⑦

聯邦傳播通訊委員會認為當少數族裔所擁有廣播電視臺的比例與其所佔人口數不成比例時，對視聽大眾的利益是有害的。因為頒到執照而經營廣播電視業者，才是真正確認視聽大眾需求及利益為何，並提供這類服務的最終負責人。除非能鼓勵少數族裔進入商業廣播電視業的主流，否則將有相當多數的美國人未能獲得適當的服務；而且對那些佔有比較多數的非少數族裔的視聽大眾而言，其獲得少數族裔觀點的機會也因此會被剝奪。⑧因此，聯邦傳播通訊委員會即著手制定政策以鼓勵少數族裔參與廣播電視事業。

該委員會首先著手進行的是制定法規命令(rules)禁止廣電業者

⑥ See 47 U. S. C. §§ 151, 301, 307, 309(1982 ed.).

⑦ See *Metro Broadcasting, Inc. v. F. C. C.*, 110 S.Ct. 2997, 3003(1990) (citations and footnote omitted).

⑧ See *id.*

在僱傭人時對少數族裔採取歧視的態度。聯邦傳播通訊委員會認為：「廣播電視是一種相當重要的大眾傳播媒體，由於其利用了屬於大眾的電波頻率，因此其必須依照公共利益的標準取得聯邦執照，並且以大眾的利益為依歸去營運，俾能在執照期限屆滿時，順利獲得執照的更新。」<sup>⑨</sup>而這類涉及僱傭的規定，也被聯邦最高法院認為是聯邦傳播通訊委員會為達成傳播通訊法所賦與應促進廣播電視節目的多樣性的義務，所必要的措施，因此被認為是正當的。<sup>⑩</sup>

事實上在初期，聯邦傳播通訊委員會並未將少數族裔的身分，當作核發執照的考慮因素之一。直到一九七八年五月，該委員會宣示了「少數族裔擁有廣電設施所有權的政策聲明」(Statement of Policy on Minority Ownership of Broadcasting Facilities)。<sup>⑪</sup>在該聲明中，聯邦傳播通訊委員會說明了其觀點。其認為：「在廣電媒體所呈現的少數族裔的觀點，並不具有足夠的代表性。這種現象並不只是對少數族裔的觀眾有所損害，同時亦對所有的視聽大眾都造成損害。在節目中適當地呈現代表少數族裔的觀點，不僅是合乎少數族裔的需要及利益，同時亦能增廣非少數族裔觀眾的資訊及對之作適當的教育。而且亦將能增進節目的多樣性，而節目的多樣性不僅是一九三四年傳播通訊法，同時也是憲法保障言論自由的主要目的。」<sup>⑫</sup>聯邦傳播通訊委員會因此對少數族裔擁有廣播電視臺所有權的問題，採取了初步的政策。該政策可大分為二個部分。

在該政策的第一部分，聯邦傳播通訊委員會保證在核發新執照的

⑨ Nondiscrimination Employment Practices of Broadcast Licensees, 13 F. C. C. 2d 766, 769(1968).

⑩ See NAACP v. FCC, 425 U.S. 622, 670, n. 7(1976).

⑪ 68 F. C. C. 2d 979(1978).

⑫ *Id.* at 981-81(footnotes omitted).

比較聽證程序時，將會把少數族裔擁有廣播電視臺所有權，作為考慮的因素之一。當有二個以上的申請者相互競爭同一個新的廣播或電視臺的執照時，該委員會在決定要將該執照核發給誰時，會採用比較聽證程序，其將會考慮以下六項因素：(i)大眾傳播媒體所有及控制權的分散，(ii)所有者（一般係指所有及經營管理合一的型態）對經營廣播或電視臺的專職投入，(iii)所擬議的節目服務內容，(iv)以往從事廣播或電視事業的記錄，(v)電波頻率的有效利用，以及(vi)申請人的身分。而在少數族裔擁有電臺所有權的政策聲明中，聯邦傳播委員會宣示在上述的比較聽證程序，少數族裔擁有電臺所有權及參與電臺的管理經營，將會被視為「正數」，並與上述的六項因素，一併斟酌。不過，要成為加重其競爭優勢的「正數」，必須電臺的所有人不僅要是少數族裔，同時，少數族裔必須積極參與電臺日常管理及經營。<sup>110</sup>

在該政策的第二部分，聯邦傳播通訊委員會設計了一個所謂「拋售」(“distress sale” policy)，以增加少數族裔擁有電臺所有權的機會。根據一般的常例，原已取得廣電執照者在其是否尚能繼續持有執照的資格受到質疑時，在聯邦傳播通訊委員會尚未能經由比較聽證程序確定其資格前，不得將其執照轉讓給他人。但在拋售政策之下，當聯邦傳播通訊委員會正考慮是否要撤銷原已取得廣電執照者的執照，並因此準備要舉行撤銷執照的聽證會時，或原已取得執照者的執照到期而向聯邦傳播通訊委員會申請執照更新，而該委員會準備就該申請舉行聽證會時，原持照者得將其執照轉讓給聯邦傳播通訊委員會所認可的少數族裔事業。當然受轉讓者應符合聯邦傳播通訊委員會對廣電業者所設的一些基本資格；同時，少數族裔在該受轉讓事業中所持有

● 110 S.Ct. at 3004-05.

的基本額應在百分之五十以上或可以實際控制該事業的營運。此外，受轉讓人必須在撤銷執照聽證程序或更新執照聽證程序開始之前購買該執照，而其價格不得超過市價的百分之七十五。<sup>①</sup>

### 2.1.2. 本案事實

本案是由兩個獨立上訴到聯邦最高法院的案件，*Metro Broadcasting, Inc. v. F. C. C.* 及 *Astrolisne Communicatitons Company Limited Partnership v. Shurberg Broadcasting of Hartford, Inc.* 等兩案，二案恰好分別涉及上述聯邦傳播通訊委員會有關少數族裔擁有電臺所有權的優惠政策的二個部分，以下分別簡介兩案的事實。

其中第一個案件是由 Metro 廣播公司(以下簡稱 Metro)提起的上訴，在該上訴中，該公司質疑聯邦傳播通訊委員會在核發執照的比較聽證程序中，對少數族裔的優惠政策的合憲性。該案事實簡述如下：聯邦傳播通訊委員會準備在位於美國佛羅里達州 Orlando 都會區核准設置一家新的 UHF 電視臺，而共有三家廣播公司參與核發執照的比較聽證程序。其中包括 Metro 及 Rainbow 廣播公司(以下簡稱 Rainbow)二家廣播公司。經過證據調查程序之後，聯邦傳播通訊委員會主事的行政法官將該執照核發給 Metro 公司。Rainbow 公司因被認為不實的陳述(misrepresentatitons)而被排除在考慮的名單之外。Rainbow 不服乃向聯邦傳播通訊委員會的訴願委員會(Review Board)聲明不服，經該委員會審查，認為行政法官認定 Rainbow 公司為不實陳述是錯誤的，並認為該公司符合申請資格，應與其他申請

① *Id.* at 3005.

人一併考慮。訴願委員會旋及將該公司與 Metro 公司比較，發現 Rainbow 公司的股份百分之九十為中南美洲西班牙裔的少數族裔所有，而 Metro 公司則只有一位股東是少數族裔，且僅持有該公司百分之十九點八的股份。訴願委員會認為在比較二者的條件時，Rainbow 公司在少數族裔部分佔有優勢，而 Metro 公司則因其為當地的公司及有當地居民參與該公司佔有優勢，但綜合而言，則前者的優勢要大於後者，因此將該臺的執照核發給 Rainbow 公司。聯邦傳播通訊委員會支持訴願委員會的決定。<sup>⑩</sup>

Metro 公司不服而向哥倫比亞特區的聯邦上訴法院上訴，但該案尚未正式審理前，由於聯邦傳播通訊委員會當時亦正在重新衡量，是否仍應繼續維持其本身所制定的有關少數族裔及女性擁有電臺所有權的優惠政策，因為聯邦傳播通訊委員會認為其對這些政策的重新衡量的結論，將會影響究竟應由 Metro 或是由 Rainbow 取得繫爭的電臺執照。因此聯邦傳播通訊委員會乃向上訴法院提出請求，上訴法院同意暫停該案審理，而將有關證據發回該委員會，讓該委員會能在考量其整體政策時，一併重新檢討該案。<sup>⑪</sup>

不過在該委員會還在重新檢討其有關政策時，國會在一九八八年通過的預算案中明訂並已由總統簽署正式成案，規定聯邦傳播通訊委員會不得使用任何預算去檢討或改變其原有的少數族裔擁有電臺所有權的優惠政策。為遵行國會的指示，聯邦傳播通訊委員會停止了對有關政策的檢討，並因而同時再度確認其在原政策之下，將繫爭電臺執照核發給 Rainbow 公司的原先決定。<sup>⑫</sup>

⑩ 110 S.Ct. at 3005-06.

⑪ *Id.* at 3006.

⑫ *Id.*

當該案重新回到上訴法院後，上訴法院亦維持了聯邦傳播通訊委員會決定。Metro 公司不服，在要求上訴法院重新以全院法官出席重審該案亦遭上訴法院拒絕後，向聯邦最高法院提起上訴。<sup>18</sup>

涉及本案的另一案是有關 Connecticut 州 Hartford 地區一家電視臺，Faith Center 公司擬將其執照以拋售方式(distress sale)轉讓給少數族裔的案件。在一九八〇年十二月，聯邦傳播通訊委員會準備對該公司更新執照的申請舉行聽證。次年二月，Faith Center 公司則向該委員會申請核准其執照依該委員會的拋售政策，轉讓給他人。聯邦傳播通訊委員會同意其請求。但因為準備承購者資金問題，該項轉讓並未成功。在一九八三年九月，聯邦傳播通訊委員會又再度核准該公司的申請將其執照依拋售政策轉讓給另外一家由少數族裔所控制的公司。但也是因為擬承購者資力問題，該項轉讓計劃，亦未成功。<sup>19</sup>

同年十二月，Shurberg Broadcasting of Hartford, Inc. (以下簡稱 Shurberg 公司，向聯邦傳播通訊委員會申請，擬在 Hartford 設立一電視臺。不過，其申請與 Faith Center 公司的執照更新是相互衝突的。(也就是說 Shurberg 公司要取得電臺執照，其前提必須是聯邦傳播通訊委員會並未核准 Faith Center 公司的執照更新，而空出可資利用的電波頻率)。一九八四年六月，Faith Center 公司又再度向聯邦傳播通訊委員會申請准予拋售政策將其執照轉讓給一家少數族裔所控制的公司，Astroline Communicatitons Company, Limited Partnership (以下簡稱 Astroline 公司)。Shurberg 公司反對該項轉讓，其中理由之一是認為聯邦傳播通訊委員會的拋售政策違反了對 Shurberg 公司的平等保障權利。因此其乃要求該委員會不要同意該項拋售

<sup>18</sup> *Id.* at 3006-07.

<sup>19</sup> *Id.* at 3007.



轉讓，並同時要求該委員會應就該公司申請執照與 Faith Center 公司申請執照更新等兩項有相互關連性的申請，舉行比較聽證。但在該年十二月，聯邦傳播通訊委員會同意了 Faith Center 公司的申請，同意該公司依拋售程序將執照轉讓給 Astroline 公司，並同時駁回了 Shurberg 公司有關平等保障的抗辯。<sup>20</sup>

Shurberg 公司不服，而向哥倫比亞特區的聯邦上訴法院提起上訴。但與上述 *Metro* 案相同，該案亦因聯邦傳播通訊委員會的申請，而暫時停止訴訟，俟該委員會重新考量其少數族裔擁有電臺所有權的政策的结果後，再行審理。不過就如上述，由於國會在一九八八年所通過的預算中明白規定，並經總統簽署認可，聯邦傳播通訊委員會不得再檢討或改變其既定的優惠少數族裔政策。因此，該委員會即再度肯定其原先核准 Faith Center 公司依拋售政策，將其執照轉讓給 Astroline 公司的決定。<sup>21</sup>

不過上訴法院則認為聯邦傳播通訊委員會的拍賣政策是違憲的，因其違反了平等保障原則。Astroline 公司在請求上訴法院以全院法官出席重審該案的申請遭到上訴法院駁回後，即向聯邦最高法院提起上訴。<sup>22</sup>

因為該二案均涉及聯邦傳播通訊委員會有關少數族裔擁有電臺所有權的政策是否合憲的問題，聯邦最高法院因而將兩案合併為一案審理。

## 2.2. 本案繫爭的問題

<sup>20</sup> *Id.*

<sup>21</sup> *Id.*

<sup>22</sup> *Id.* at 3007-08.

本案所爭議的問題是：聯邦傳播通訊委員會爲使少數族裔擁有電臺所有權所制定的下列二種優惠政策(一)、在核發新執照的比較聽證程序中，加重所有權屬於少數族裔公司在優勢地位的政策；以及(二)、允許現有的廣播電臺或電視臺，在一定的條件下得將其執照只轉讓給少數族裔所控制的公司的「拋售」政策第二項政策，是否違反了憲法增補條款第五條的平等保障？<sup>②</sup>

### 2.3. 法院判決的結論

聯邦最高法院，由 Brennan 大法官主筆的法院意見，認爲這兩項政策均未違反平等保障原則。因此維持了上訴法院有關 Metro 公司部分的判決，至於 Astroline 公司部分的判決，則予以改判，並發回上訴法院重作判決。Stevens 大法官發表了協同意見。

O'Connor 大法官發表了不同意見，Rehnquist 首席大法官、Scalia 大法官及 Kennedy 大法官支持該不同意見。此外，Kennedy 大法官也發表了不同意見，Scalia 大法官支持該不同意見。

### 2.4. Brennan 大法官主筆的法院意見

Brennan 大法官所主筆的法院意見，首先界定了其在判斷本案所涉及的聯邦傳播通訊委員會所制頒的少數族裔優惠政策是否合乎憲法平等保障原則時，所應適用的審查標準。Brennan 大法官認爲任何由國會制定或委任制定的少數族裔優惠措施(benign race-conscious measures)，不論該措施是否爲了彌補政府或社會以往對該族裔歧視所生的傷害，只要該措施是爲了實踐重要的政府目的(serve impor-

② *Id.* at 3002.

tant governmental objectives)，且該目的的追求是在國會的權限範圍之內，而該政策與達成該目的具有實質的關連性(substantially related to achievement of those objectives)，即為憲法所允許。

②其採用了中度的審查標準(the intermediate scrutiny test)作為判斷標準。

在確定審查標準之後，Brennan 大法官即將該標準具體適用到本案的事實。而判定本案所繫爭的優惠政策可通過該項標準的審查，而為憲法所允許。

首先，法院先確定聯邦傳播通訊委員會所頒佈的少數種族優惠政策的目的為何？根據證據顯示，雖然國會經調查並認知以往對少數族裔的歧視，確實造成少數族裔在大眾傳播事業擁有電臺的比例，與其在全美人口比例有嚴重的差距。但國會及聯邦傳播通訊委員會均未以此為理由作為制定少數族裔擁有電臺所有權優惠政策的目的，也就是說該項優惠政策的目的並非在作為彌補以往歧視的傷害。國會及聯邦傳播通訊委員會主張其制定該政策的目的是在促進節目的多樣性(to promote programming diversity)。③

其次，Brennan 大法官基於自 *Red Lion Broadcasting Co. v. F. C. C.*④案以降，長久以來所建立的理論，也就是因為廣播電視傳送電訊所用的電波頻率的稀少性，必須由政府來分配使用，而給與政府管制廣播電視的基礎。而政府的管制應基於一般視聽大眾的利益，而如何使視聽大眾能從不同的及立場相對立的資訊來源，獲得不同的資訊，即為相當重要的公共利益。國會應有權管制廣播電視以保證大

② 110 U.S. 3008-09.

③ *Id.* at 3009-10.

④ 395 U.S. 367(1969).

衆能經由廣播電視媒體獲得平衡及多樣化的資訊，此亦爲主管廣播電視事業的聯邦傳播通訊委員會主要職責。因此促進節目的多樣化應在國會的權限範圍內。<sup>②7</sup>

法院接著審查並說明爲何促進廣播電視節目的多樣化的利益，爲一項重要的政府目的。Brennan 大法官引用了 Powell 大法官在 *University of California Regents v. Bakke* <sup>②8</sup> 的意見，認爲節目的多樣化就像一個大學招收不同族裔的學生一樣，可以增進不同意見的充分交換，而有助於言論自由的實踐。同時，節目的多樣化不僅對少數族裔有利，對一般視聽大眾也有利，因爲其將有獲得不同資訊的機會。

<sup>②7</sup>

最後，法院討論並說明爲何繫爭的優惠政策與增進節目的多樣性有實質的關連性。Brennan 大法官認爲在這問題的判定上，法院應尊重國會及聯邦傳播通訊委員會的判斷。因爲，雖然法院在處理憲法問題時並不需要遵從國會或聯邦傳播通訊委員會的判斷，但在處理少數族裔擁有電臺所有權與節目的多樣性間是否具有實質的關連性的分析上，法院對於聯邦傳播通訊委員會的專業意見，以及國會所調查的事實必須予以重視。而聯邦傳播通訊委員會及國會在決定給予少數族裔在取得電臺執照及經營權較爲優惠的待遇，以增進節目多樣性的政策時，並非主觀恣意胡爲的，其決定乃是基於實際經驗或聽證調查，因此，對國會的決定及聯邦傳播通訊委員會的經驗應予重視。<sup>②9</sup>

此外，Brennan 大法官更進一步分析，國會與聯邦傳播通訊委員會認定少數族裔擁有電臺所有權的增加與節目的多樣性間具有關連

<sup>②7</sup> 110 S.Ct. at 3010.

<sup>②8</sup> 438 U.S. 265(1978).

<sup>②9</sup> 110 S.Ct. at 3010-11.

<sup>③0</sup> *Id.* at 3011-16.

性，並非是基於不應該有的刻板看法(impermissible stereotyping)，而是經過實證的分析。國會及聯邦傳播通訊委員會並未假定增加任何一家少數族裔所有或經營的電臺，一定會導致增加以少數族裔為主的節目或增加少數族裔的觀點的結果。事實上，國會及聯邦傳播通訊委員會只是單純認為少數族裔擁有電臺所有權的增加，從整體而言，將會增加節目的多樣性。一個廣播電視業如能有代表性的少數族裔加入，將會比其所有權或經營為單一種族所有或控制的廣播電視事業，較能提供不同及多樣的節目。而這種判斷是有許多實際證據作為基礎的。<sup>①</sup>

Brennan 大法官並再舉出其他有關的事實，以加強說明本案所繫爭的少數族裔優惠政策與達成節目多樣性的目的之間，確實具有實質的關連性。首先，Brennan 大法官指出，聯邦傳播通訊委員會之所以會採用繫爭的少數族裔擁有電臺所有權之優惠政策，作為追求節目多樣性的手段，而國會所以會支持這種作法，事實上是經過長期的研究及從各種可能手段中挑選出來的不得已手段。<sup>②</sup>其次，Brennan 大法官更指出，聯邦傳播通訊委員會本可採取更有利於少數族裔取得電臺所有權的手段，例如，專門保留某些頻道給少數族裔使用，但該委員會經研究後拒絕採用該政策。<sup>③</sup>再者，該優惠政策本身並非目的，只是增進節目多樣性的手段，因此，如果事實顯現節目的多樣性已達某種可欲的程度，即無再採用該政策的必要。該政策在適用的範圍及時間上均有適當的限制，其有效期的延長及內容的修正均需由國會予以重新衡量。<sup>④</sup>最後，Brennan 大法官更指出該政策的施行，並未對其

<sup>①</sup> *Id.* at 3016-19.

<sup>②</sup> *Id.* at 3019-23.

<sup>③</sup> *Id.* at 3023.

他非少數族裔者有任何不當的負擔。因為不僅任何人均無法基於言論自由而主張其應有被給與廣播或電視的執照的權利，而且任何申請廣播或電視執照者，對執照的獲得亦無一定的期待權；所以實施少數族裔擁有電臺所有權的優惠政策，對非少數族裔者而言，其不利的負擔是相當細微的。<sup>⑪</sup>

綜上所述，Brennan 大法官結論本案所繫爭的聯邦傳播通訊委員會所制頒的少數族裔擁有電臺所有權的優惠政策，長期以來即受到國會的支持及指示；該政策的目的為廣電節目的多樣性，為政府施政的重要目標之一；而該政策與該目的的達成具有實質的關連性；因此不違反憲法的平等保障原則。

## 2.5.Stevens 大法官協同意見的理由

Stevens 大法官發表了簡短的協同意見。其意見只是強調其對優惠性差別待遇的立場，認為優惠性差別待遇不應只限於對以往歧視的彌補，也應及於對未來利益的給與。本案所處理的類型即為後者。其並未另再說明其個人的理由，而支持並加入 Brennan 大法官所主筆法院意見的理由及結論。<sup>⑫</sup>

## 2.6.O'Connor 的大法官不同意見

O'Connor 大法官的不同意見與法院的多數意見根本的差異即在：其認為法院在處理所謂「優惠性差別待遇」是否違反憲法平等保障原則時，其適用的審查標準應為嚴格的審查標準，而非中度的審查

⑪ *Id.* at 3024-25.

⑫ *Id.* at 3025-27.

⑬ *Id.* at 3028.

標準。因此，繫爭的政策如要符合憲法要求，則該政策必須是政府爲了追求非常重要的利益，所採取的必要且侵害性最小的手段(necessary and narrowly tailored to achieve a compelling interest)。

③其所以採此立場，主要是因爲基於憲法平等保障的意義。其以爲憲法平等保障的核心意義有一點簡單的要求，就是政府必須對所有的國民均以其身爲「個人」的地位待之，而非將之視爲某一種族、宗教、性別或民族團體的一份子。社會學者或許會論證說每個人因其背景而會反映出不同的思想及行爲，但憲法規定政府在分配利益及科負義務時，不得因爲個人可能因爲其屬於不同的種族而會有不同的行爲或想法，而予以不同的待遇。

政府的立法或措施如以種族爲分類的標準，而對不同種族之予以不同的待遇，等於是承認以族裔爲中心的論證模式是對的，並承認一國之內應區劃爲不同的族裔集團，如此將使一國之內不同種族間的仇視及衝突愈演愈烈。而且，這種以種族爲分類標準而給予不同待遇的立法或措施將會使個人被刻板印象化(stereotyping)，每個人將會被視爲其所屬族裔的產物，並且社會也將會用傳統以來對該種族所生的一般評價標準去衡量個人的思想及其努力的成果。同時，不論政府的差別待遇是給與利益或科負義務，均將使這些受到不同待遇的種族被加上一些不名譽的烙印(stigmatize)，而使得「我們應以個人的成就去評斷一個個人」這種廣爲社會所接受的基本認知，受到相當大的動搖。由於以種族爲分類標準而給予不同待遇的立法或措施將會對國家造成相當大的傷害，因此，政府如果採用了種族作爲分類的標準，對這種立法或措施應以極嚴格的標準審查其合憲性。④ O'Connor 大法官認

③ *Id.* at 3029.

爲這也是長久以來法院的基本態度。<sup>③</sup>

而且，O'Connor 大法官更進一步說明，即使政府以種族爲分類標準的立法或措施，是爲了彌補以往歧視對該種族所造成的傷害，也仍然要適用嚴格的審查標準。因爲只有如此，才能保證政府在使用任何基於種族考慮的手段，必須是爲了彌補以往的傷害，並且不會超過達此目的的必要程度。<sup>④</sup>

爲了審查繫爭的少數族裔的優惠政策是否符合嚴格的審查標準，首先即需判定該政策的目的所追求的利益是否爲極端重要的利益(a compelling interest)。O'Connor 大法官認爲所有以種族爲分類標準的立法或措施，其目的唯有是爲了彌補以往歧視該種族而對該種族所造成的傷害，才符合極端重要利益的要求。增進廣播節目的多樣性絕非極端重要的利益。<sup>⑤</sup>

即使增進節目多樣性可以被定爲極端重要的利益，O'Connor 大法官認爲繫爭的優惠政策並非實踐該利益的必要及侵害性最小的手段(to be necessary and narrowly tailored to achieve the asserted interest)，因此也未符合嚴格審查準則的要求。其以爲聯邦傳播通訊委員會選擇以給少數族裔擁有電臺所有權的優惠政策，作爲增進廣播節目的多樣性，顯示出該委員會相當強調種族與行爲間有密切的關連性。但這種強調本身即已犯了將個人刻板化的禁忌。而且，既然該政策的目的是爲了增進節目的多樣性，又何能將節目的多樣性限定爲表示少數族裔觀點的節目？即使增加少數族裔觀點的節目可視爲節目多樣性的增進，然而爲增進少數族裔的節目，是否一定要讓少數族裔擁

<sup>③</sup> *Id.* at 3028-30.

<sup>④</sup> *Id.* at 3029.

<sup>⑤</sup> *Id.* at 3033.

<sup>⑥</sup> *Id.* at 3034-36.



有電臺所有權或經營權才可獲得？而即使少數族裔擁有所有權或經營權的電臺，是否就一定會製作並廣播少數族裔觀點的節目呢？由於這些問題的答案均非一定是肯定的答案，因此，O'Connor 大法官認為繫爭的優惠政策並非實踐節目多樣性的必要及侵害最小的手段。<sup>⑫</sup>

O'Connor 大法官甚至更進一步分析指陳，即使採行中度審查標準，繫爭的少數族裔優惠政策亦非與節目多樣性間有實質的關連性。

⑫

因此不論從中度審查標準，或從嚴格審查標準，繫爭的優惠性政策均係違反憲法平等保障原則。

## 2.7.Kennedy 大法官的不同意見

Kennedy 大法官除了同意並加入 O'Connor 大法官的不同意見外，並另外發表了一則簡短的不同意見。在該不同意見中，其除了表明法院的多數意見採用中度審查標準的不智及可能的危險之外，並強調基於種族考量的立法或政府措施應只有是爲了彌補以往歧視的傷害，才會爲憲法所允許。但本案法院的多數意見卻在這之外，尚允許政府只爲了施政的重要目的，可以使用基於種族考量的「優惠性」(benign)的手段。Kennedy 大法官認為這是相當危險的，因爲幾乎所有的差別待遇都可能被稱爲優惠性。多數意見如此作法，似乎其有信心可以在具體個案中區分出什麼是歧視，什麼是優惠性的差別待遇。Kennedy 大法官對這點相當懷疑，其並以早期 *Plessy v. Ferguson* <sup>⑬</sup> 案爲例，該案所以建立出所謂「隔離但平等」(separate but equal)的

⑫ *Id.* at 3036-41.

⑬ *Id.* at 3041-43.

⑭ 163 U.S. 537(1896).

原則，就是認為這種差別待遇是為了增進被隔離者的福祉。但事實證明這種優惠性的差別待遇，只是加深了美國社會中，種族之間的長久隔離及對立。而且這種優惠性的差別待遇將會對被優惠對待的種族加上能力較弱及無法自立的不名譽的烙印(stigma)，而與憲法平等保障原則背道而馳。Kennedy 大法官擔心，如依從多數意見的觀點，將只不過是把「隔離平等」轉成「不平等但善意」(unequal but benign)而已。<sup>⑮</sup>

### 3. 對 Metro Broadcasting 案的分析及評論

#### 3.1. 法院多數意見與不同意見的差異點

##### 3.1.1. 審查標準的不同

比較該案的多數意見與不同意見，造成不同結論的主要因素，在於其在判斷本案所涉及的聯邦傳播通訊委員會所制頒的少數族裔優惠政策是否合乎憲法平等保障原則時，採用了不同的審查標準。Brennan 大法官認為該繫爭的政策，只要是為了實踐重要的政府目的(serve important governmental objectives)，且該目的的追求是在國會的權限範圍之內，而該政策與達成該目的具有實質的關連性(substantially related to achievement of those objectives)，即為憲法所允許。<sup>⑯</sup>故其採用了中度的審查標準(the intermediate scrutiny test)作為判斷標準。但 O'Connor 大法官則認為繫爭的政策如要符合

<sup>⑮</sup> 110 S.Ct. at 3044-47.

<sup>⑯</sup> 110 S.Ct. at 3008-09.

憲法要求，則該政策必須是政府爲了追求非常重要的利益，所採取的必要且侵害性最小的手段(necessary and narrowly tailored to achieve a compelling interest)，<sup>⑤</sup>故其選擇了嚴格的審查標準(the strict scrutiny test)作爲判斷標準。

### 3.1.2. 優惠性差別待遇的概念或適用類型

其次，法院的多數意見與不同意見間在優惠性差別待遇的概念或適用類型上亦存有歧異。

#### (1) 彌補以往的傷害或分配未來的利益

在 *Metro Broadcasting* 案之前，聯邦最高法院的判決中涉及優惠性差別待遇的案件共有十件：*Regents of the University of California v. Bakke*, <sup>⑥</sup> *United Steelworkers of America v. Weber*, <sup>⑦</sup> *Fullilove v. Klutznick*, <sup>⑧</sup> *Firefighters Local Union No. 1784 v. Stoots*, <sup>⑨</sup> *Wygant v. Jackson Board of Education*, <sup>⑩</sup> *Local 28 of the Sheet Metal Worker's International Association v. EEOC*, <sup>⑪</sup> *Local No. 93, International Association of Firefighters v. City of Cleveland*, <sup>⑫</sup> *United States v. Paradise*, <sup>⑬</sup> *Johnson v. Transportation Agency*, <sup>⑭</sup> *City of Richmond v. J.*

<sup>⑤</sup> *Id.* at 3039.

<sup>⑥</sup> 438 U.S. 265 (1978).

<sup>⑦</sup> 443 U.S. 193 (1979).

<sup>⑧</sup> 448 U.S. 448 (1980).

<sup>⑨</sup> 467 U.S. 561 (1984).

<sup>⑩</sup> 476 U.S. 267 (1986).

<sup>⑪</sup> 478 U.S. 421 (1986).

<sup>⑫</sup> 478 U.S. 501 (1986).

<sup>⑬</sup> 480 U.S. 149 (1987).

<sup>⑭</sup> 480 U.S. 616 (1987).

A. *Croson Co.*<sup>47</sup>等案。<sup>48</sup>這十個案件與本文所要討論的 *Metro Broadcasting* 案有一項基本的差異，那就是這十個案件所涉及的政府優惠性的差別待遇，均是以之作爲彌補以往政府對少數族裔或女性所爲的歧視(*invidious discrimination*);而 *Metro Broadcasting* 案所涉及的優惠性的差別待遇，則非針對以往政府所爲的歧視而作的彌補措施，而係針對未來利益及負擔的分配。

本案的多數意見明白表示，優惠性的差別待遇不僅只是用來彌補以往歧視，在對未來利益的分配上，也可用優惠性的差別待遇。而且只需用中度審查標準審查其是否合於平等保障原則。但不同意見則認爲，只有爲了彌補以往歧視的傷害，才能使用優惠性的差別待遇。而且必須用嚴格的審查標準審查其是否合於平等保障原則。

## (2) Color-blind or Race-conscious

本案多數意見明示有分配未來利益的優惠性差別待遇的類型，不過，由本案的事實觀之，這類型的優惠性差別待遇要符合憲法平等保障原則，其所欲達成的目的必須是不考慮種族因素的目的。例如，在本案爲廣播節目的多樣性。相形之下，傳統的以及本案不同意見所認可的彌補性的優惠性差別待遇，其目的本來就是基於種族考量而爲特定種族而設的。

## 3.2. 評論

### 3.2.1. 審查標準

<sup>47</sup> 488 U.S. 469(1989).

<sup>48</sup> See Michel Rosenfeld, *Metro Broadcasting, Inc. v. FCC: Affirmative Action at the Crossroads of Constitutional Liberty and Equality*, 38 UCLA L. REV. 583, 585(1991).

美國聯邦最高法院對優惠性差別待遇的問題，並無一致性的見解。在以往的案例中，也甚少能形成多數的意見，故未能宣示出一個可供依循的法律原則。不過，到了一九八九年，在 *City of Richmond v. J. A. Croson Co.* 案，聯邦最高法院總算首度對優惠性的差別待遇的審查應採用何種程度的審查標準，有了多數意見。也就是由 O'Connor 大法官主筆的法院多數意見，根據該意見，所有以種族作為分類標準的政府立法或措施，必須以嚴格的審查標準 (strict scrutiny) 來審查其合憲性，也就是說繫爭以種族為分類標準的政府立法或措施，其目的必須是為了極重要的政府利益，而繫爭的種族分類必須是達成該目的所必要且侵害性最小的手段，才會為憲法所允許。(Strict scrutiny required that, to be upheld, racial classifications must be determined to be necessary and narrowly tailored to achieve a compelling state interest.)

但有趣的是，到了一九九〇年，也就是 *Croson* 案決定後的次年，最高法院在 *Metro Broadcasting* 案，對優惠性差別待遇應採用的審查標準，所形成的第二次多數意見，也就是由 Brennan 大法官所主筆的法院多數意見，卻採用了與 *Croson* 案不同的審查標準，而以中度審查標準作為審查標準。

雖然有謂該兩案的事實並不相同，*Croson* 所涉及者為州法，而 *Metro Broadcasting* 所涉及者則為國會所委任而制頒的政策，故兩案可以區分 (distinguished) 之。但如進一步分析，則這種說法並不可採。因為如果我們比較兩案多數意見及不同意見的法官名單，則會因為所涉及者為州法或聯邦法而有不同審查標準者，可能只有 White 大法官

④ 488 U.S. 469 (1989).

及 Stevens 大法官而已，其餘大法官應都是因為基本理念的不同。更何況 White 大法官及 Stevens 大法官是否真是基於所涉者為州法或聯邦法而採取不同的態度，亦有疑問。

一年之內，最高法院態度所以會從 *Croson* 的標準轉為 *Metro Broadcasting* 案的標準，主要是因為原先在 *Croson* 案支持多數意見而採用嚴格審查標準的大法官 White 及 Stevens 兩位，改變了其態度，轉而支持原先在 *Croson* 案為少數的意見，使之成為 *Metro Broadcasting* 案的多數意見。由於這兩位大法官將來並非不會改變其態度，因此 *Metro Broadcasting* 案的標準在將來個案中，是否能被維持，本即已有疑問。而真正讓大多數論者，認為 *Metro Broadcasting* 案的標準不會成為法院主流意見的主要原因，乃是美國聯邦最高法院人事的變動，Brennan 大法官及 Marshall 大法官相繼退休後，其繼任的大法官 Davis H. Souter 及 Clarence Thomas 是否會繼續其觀點，本即有疑問。雖然 Thomas 大法官可能會因為身為黑人，而會繼續持有利於少數族裔的立場，但對 Souter 大法官的立場，大多認為其必會加入保守派的陣營。因此，將來在優惠性差別待遇案件的處理上，即使 White 及 Stevens 兩位大法官不改變其在 *Metro Broadcasting* 案的立場，最高法院的意見趨向於 *Croson* 案的標準其可能性是相當高的。

不過，作為比較法的研究，本文所關心的並非是法官人事的變動，而是為什麼審查標準，可分為嚴格的審查標準及中度的審查標準？

採取嚴格審查標準，其理論或可從 Stone 大法官的雙重基準說 (double standard)<sup>④</sup>及 John Hart Ely 教授的 representation-

④ See *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152-53 n. 4 (1938).

enforcing 理論<sup>①</sup>予以說明。但採取中度的審查標準，其理論根據為何？

Stone 大法官的雙重基準說及 Ely 教授的理論，可以用來說明有關歧視少數族裔的平等保障原則案件，應採用嚴格的審查標準理由。但這些理論卻無法被用來說明，為何對少數族裔優惠性的差別待遇也應採用嚴格的審查標準。Ely 教授甚至明白表示，依其理論，則有關少數族裔優惠性差別待遇應以較寬鬆的標準去審查其是否符合平等保障原則。<sup>②</sup>因此，到底 O'Connor 大法官認為優惠性的差別待遇應採嚴格審查標準的理論基礎為何？

如果我們對本案不要從平等原則的觀點來審查，而從言論自由的觀點來審查所涉及的聯邦傳播通訊委員會的政策時，有些論者即主張，由於該政策為一種不涉及言論內容的中性管制措施(content-neutral)，則應適用較寬鬆的審查標準，審查其合憲性。<sup>③</sup>其說也甚有道理，因為如從言論自由的觀點，本案所繫爭的政策確為一種不涉及言論內容的管制措施，如用一般的審查準則，也就是用最高法院在 *U. S. v. O'Brien* <sup>④</sup>所宣示的審查標準，則應該也屬一種中度的審查標準。<sup>⑤</sup>

① See JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST* 87-104(1980).

② See John Hart Ely, *The Constitutionality of Reverse Racial Discrimination*, 41 CHI. L. REV. 723, 735-36(1974).

③ E. g., Hammond, *Now You See It Now You Don't: Minority Ownership isn't an "Unregulated" Video Marketplace*, 32 CATH. U. L. REV. 633, 651(1983). 引自 Tabor, Note, *supra* note, at 631.

④ 391 U.S. 367(1968).

⑤ 如根據 O'Brien four-part test，則 "a government regulation is sufficiently justified if it is within the constitutional power of the Government; if it furthers an important or substantial governmental interest; if the governmental interest is unrelated to the suppression of free expression; and if the incidental restriction on alleged First Amendment freedoms is

### 3.2.2. 政府管制的基礎

法院的多數意見認為政府有權規範廣播電視，而其主張政府有權管制的理論基礎，是引用了傳統上自 *Red Lion Broadcasting Co. v. F. C. C.*<sup>66</sup> 以降所建立的「電波頻率稀有理論」(the physical scarcity of radio and television frequencies)。<sup>67</sup> 不同意見亦持相同的理由。<sup>68</sup> 然而，在傳播科技日新月異的發展下，可供傳播利用的管道增加，傳統大眾傳播行政的管制理論基礎已在改變，例如，在一九八五年以後，聯邦傳播通訊委員會即思將「公平原則」(the fairness doctrine) 予以廢除，<sup>69</sup> 哥倫比亞特區聯邦上訴法院並在一九八九年的 *Syracuse Peace Council v. F. C. C.*<sup>70</sup> 支持聯邦傳播通訊委員會的決定，就是基於傳統理論已不再具有正當性所作的轉變。最高法院在本案中未顧及或討論政府管制理論的改變，而仍援用傳統的理論，實是其判決中的重大疏失。<sup>71</sup>

### 3.2.3. 採用優惠性差別待遇所欲追求的目的

優惠性差別待遇，是否只限於對以往歧視待遇的補救呢？

如果在分配未來利益的措施上，也可採用優惠性的差別待遇，就

---

no greater than is essential to the furtherance of that interest.” 391 U.S. at 377.

<sup>66</sup> 395 U.S. 367 (1969) .

<sup>67</sup> 110 S.Ct. at 3010.

<sup>68</sup> *Id.* at 3036 (O'Connor J., dissenting).

<sup>69</sup> See, e. g., Carter, Franklin & Wright, *supra* note 3.

<sup>70</sup> \_\_ F.2d \_\_, 26 Med L. Retr. 1225 (1989).

<sup>71</sup> E. g., Mary Tabor, Note, *Encouraging "those who would speak out with fresh voice" Through the Federal Communications Commission's Minority Ownership Policies*, 76 IOWA L. REV. 609, 629 (1991).



如本案多數意見所同意，但是其追求的目的是否一定要是一個與種族考量無關的目的呢？為什麼不能直接就以增進或提昇少數族裔的地位作為目的呢？

## 4. 本文的觀點——代結論

### 4.1. 平等保障原則的理念必須釐清

根據前文的分析，為什麼以 Brennan 大法官為首的法院多數意見（其餘四位大法官為 Marshall、Blackmun、White、及 Stevens 與以 O'Connor 大法官為首的不同意見（其餘三位為 Rehnquist 首席大法官、Scalia 及 Kennedy 大法官）會採用不同的審查標準，如單從其意見表面上所呈現者觀之，則似乎是因為二派法官對於優惠性差別待遇的概念或適用的類型，有不同的觀點所致。不過本文認為如再更進一步分析，導致其不同觀點的主要理由，根本是因為兩派法官對憲法平等保障原則的理念並不相同所致。

根據 Michel Rosenfeld 教授的分析，聯邦最高法院九位大法官對於憲法平等保障原則最根本的抽象理念應是有一致見解的，也就是其皆認為平等保障原則保障每一位個人，不論其種族或血緣，均應有同等的價值，尊嚴及受到同等的尊重。<sup>②</sup>九位大法官關於平等保障的理念產生歧異之處是在中階層的抽象部分(at the intermediate levels of abstraction)，也就是平等所要求的是「平等的對待」(equal treatment)或是應有「平等的結果」(equal results)。因為有此理念

<sup>②</sup> See Rosenfeld, *supra* note 58, at 588.

上的差異，所以最高法院的大法官在優惠性的差別待遇問題上，自始即無共識，而意見分歧。<sup>⑤</sup>

Rosenfeld 教授指出，採取平等對待理念觀點的法官基本上認為優惠性的差別待遇只有在為了彌補以往傷害才有可能具有正當性，而強調平等結果者則認為不僅彌補性的優惠性差別待遇，即使是分配未來利益的優惠性差別待遇也有可能具有正當性。而且，持平等對待理念者在審查是否具有正當性時，會採取嚴格的審查標準，而持平等結果理念者則以為符合中度的審查標準即為已足。<sup>⑥</sup>然而，究竟平等對待或是平等結果，何者才合乎平等的理念呢？如果我們能對這問題獲得共識，則優惠性差別待遇的問題即可解決。當然，要釐清平等的理念並不是容易的事。不過這也說明了一般問題要根本解決，法理學上根本的問題是擺脫不掉的。

## 4.2. 言論自由權及平等保障必須基於目的性而非工具性

我對憲法保障的基本權利的理解，是從基本權利論(rights-based theory)的觀點出發，而主張基本權利應是平等的基本自由(equal basic liberties)，其目的乃是在保障每個人自主存在的尊嚴及自尊，

⑤ *Id.* 此外，Charles Fried 教授將最高法院大法官的平等原則理念分成兩種不同的類別：一為自由的，個人主義式的平等保障理念(the liberal, individualistic conception of equal protection)，其認為持這種理念的大法官為 *Metro Broadcasting* 案中持少數意見的大法官。另一為群體主義，群體權利的平等保障理念(the collectivist, (communitarian, republican) group-rights conception of equal protection)，其將 *Metro Broadcasting* 案中持多數意見的大法官歸為這類。See Charles Fried, *Metro Broadcasting Inc. v. FCC: Two Concepts of Equality*, 104 HARV. L. REV. 107 (1990)。不過，其分類受到相當大的質疑，See Frank I. Michelman, *Super Liberal: Romance, Community, and Tradition in William J. Brennan, Jr.'s Constitutional Thought*, 77 VA. L. REV. 1261, 1290-92(1991)。

⑥ See Rosenfeld, *supra* note 58, at 589.

並確保每個人均能獲得與他一樣且平等的關心和尊重。因此，基本權利的保障對個人而言乃是具有目的性的價值，而非有助於他人或選擇大眾利益的工具性價值。<sup>⑤</sup>因此，我對美國聯邦傳播通訊委員會及國會為促進言論自由所提出的公平原則及擴大少數族裔擁有電臺所有權之優惠政策，有一些不同的看法。

這些政策均以如何維護言論思想或廣電節目的多樣性為目的，換言之，其所以給與接近使用媒體權，根本不是在保障表意人的言論自由權；其所以給與少數族裔有較多機會可以取得經營電臺的執照，也根本不是為了積極提昇少數族裔的平等地位。因此，個人的言論自由或平等保障均只成了完成一般社會大眾利益的工具。這與憲法保障言論自由與平等保障的目的是背道而馳的。這種將基本權利的保障當作工具的觀點，在平等保障的領域中，尤顯其之不當。在 *Metro Broadcasting* 案的判決中，不論多數意見或不同意見也都犯了同樣的錯誤。

由於只注意言論思想或節目的多樣性，因此，當政府判斷多樣性的目標已經達成，其就廢棄了公平原則。下一波，如果其判斷節目多樣性的目標已經達成，其將會廢棄少數族裔的優惠政策，所謂保障少數族裔的平等地位，亦將只是宣言而已。

尤其，如果只是以言論思想或節目的多樣性為目的，則有無必要採用公平原則或少數族裔擁有電臺所有權之優惠政策，作為達成目的的手段，即有可疑，就如 *Metro Broadcasting* 案中，O'Connor 大法官對該案多數意見有關審查手段是否合於必要及侵害最小，或是否與目的的達成有無實質的關連性，所提的質疑一樣，其不僅無法通過嚴

<sup>⑤</sup>有關這些理念的詳細討論及說明，請參見林子儀，「言論自由之理論基礎」，《臺大法學論叢》，第十八卷第一期：p.227，pp.254-65（民國七十七年十二月）。

格的審查標準，甚至連中度審查標準都無法通得過。

因此，本文認為如要制定政策或立法保障個人言論發表的公平機會或具體實踐平等保障的理念，一定要以被保障人本身為關注的目標，切莫再以個人作為工具。

——本文原發表於中央研究院歐美研究所「美國聯邦最高法院」學術研討會，民國八十一年六月 -



# PREFERRED COMMUNICATIONS, INC. v. CITY OF LOS ANGELES: NATURAL MONOPOLY AND THE FIRST AMENDMENT

## 1. INTRODUCTION

## 2. FACTS

## 3. THE OPINION OF THE COURT OF THE NINTH CIRCUIT

## 4. ANALYSIS

4.1. What Is Natural Monopoly

4.2. Rationale for Government Regulation of Entry

4.3. Is the Cable Television Industry a Natural Monopoly

4.3.1. Physical and Economic Scarcity Distinguished

4.3.2. Is Cable Television a Natural Monopoly

4.4. Natural Monopoly and the First Amendment—Whether First Amendment Rights Take Precedence over Economic Necessity

4.4.1. Broadcasting or Newspaper

4.4.2. *Tornillo* Distinguished

4.4.3. Rationale for Government Regulation of Entry

Reconsidered—Is Regulation of Entry an Economic Necessity

#### 4.4.4. Whether First Amendment Rights Take Precedence Over Economic Necessity

### 5.CONCLUSION

## 〔中文摘要〕

本論文探討的是政府管制有線電視產業所引發的手段合憲性的問題。自從有線電視這個新興科技的產物漸漸普及、備受注目以來，與之相關的憲法言論自由保障，到底應該達到何種程度，乃成為接踵而至的問題。本論文寫作當時，Preferred Communications 股份有限公司想要在 Los Angeles 市的 South Central Area 設置有線電視系統，但是並未參與競標程序，因而未取得特許經營執照，而 Los Angeles 市在該地區也只發出一個經營執照，然該地區無論就物理空間和經濟需求兩方面而言，都足以容納第二家有線電視系統。由於 Preferred Communications 公司向 Los Angeles 市申請在該區設置及經營有線電視，遭 Los Angeles 市駁回，而向聯邦地方法院請求救濟敗訴後，向聯邦上訴法院第九巡迴區法院提起上訴，Preferred Communications, Inc. v. City of Los Angeles。第九巡迴區上訴法院對該案件做成巡迴區之上訴法院判決意見的重心，乃是集中於有線電視是否具有自然獨占性質以及其與言論自由保障的關係。

由於在傳統上有線電視系統是被政府視為具有自然獨占特性的產業，所以往往在特定的地區只准一家經營。然而，這個前提不斷遭到法院與學者的抨擊，本文就此一爭論有相當詳細的論述，主張有線電視是否屬於自然獨占產業，乃是事實問題，並非屬於不可動搖的本質。退一步而言，即使有線電視果真屬於一種自然獨占產業，美國聯邦最高法院在 Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo, 418 U.S. 241 (1974) 判決中所確立的原則，在本案中亦應有所適用。經過本文的分析，也可以發現：第九巡迴區上訴法院的判決意見，明顯認為憲法保障言論自由的價值，高於管制自然獨占產業的經濟必要性。



本文寫作完竣之後，這個案子繼續上訴到美國聯邦最高法院，於一九八六年做成判決(Preferred Communications, Inc. v. City of Los Angeles, 476 U.S. 488 (1986))。聯邦最高法院之判決意見與本文寫作當時所做之結論與預測，完全相同。可見持自然獨占這個經濟上的理由，作為政府採取特定地區一家獨占管制理由，立論基礎十分薄弱。

關於上述問題的深入探討，請參見劉靜怡，有線電視系統分區獨占原則之研究，台大法律學研究所八十二年碩士論文。

### 〔補充說明〕

本篇論文是作者一九八六年在美國康乃爾大學攻讀 LL.M. 學位期間，為了符合寫作碩士論文(writing requirement)的要求，在大眾傳播法專題課程上所提出的期末報告。因為本篇論文所探討的內容，主要乃是集中在美國有線電視產業發展史上具有里程碑意義的 Preferred Communications, Inc. v. City of Los Angeles 這個判決，再者，本篇論文對於作者研究言論自由及傳播法的歷程而言，意義重大，故特收錄於本論文集集中。

## 1. Introduction

Cable television is a relatively new communications medium. Whereas the established industries like the press and broadcasting are subject to fairly clear regulations, the legal basis and extent of proper government regulation of the cable television industry are still disputed by both courts and com-

mentators. In the beginning, challenges to government regulation of cable television were mainly statutory.<sup>①</sup> In recent years, however, constitutional challenges, mainly First Amendment claims, have been raised as an argument against government regulation of cablecasters. The constitutional arguments have attracted significant attention and rigorous analysis.<sup>②</sup> After the enactment of the Cable Communications Policy Act of 1984<sup>③</sup> which established a statutory ground for the Federal Communications Commission and provided that local governments should regulate cable television,<sup>④</sup> the constitutionality of government regulations will be increasingly challenged in the courts.

One of the major issues in the current dispute has been the degree of First Amendment protection merited by the cable television industry. Although the lower federal courts have

---

① The authority for the FCC to regulate cable television came from section 152(a) of the Communications Act of 1934 (47 U.S.C. § 152(a) (1982)). Since the Supreme Court held that the FCC authority under § 152(a) was restricted to that "reasonably ancillary to the effective performance of the Commission's various responsibilities for the regulations of television broadcasting", *U.S. v. South Western Cable Co.*, 392 U.S. 1, 178 (1968), the statutory dispute was whether the FCC's regulations met the "reasonably ancillary" test. See, e.g., Meyerson, *The Cable Communications Policy Act of 1984: A Balancing Act on the Coaxial Wires*, 19 GA. L. REV. 543, 547-551 (1985); see also *Quincy Cable TV, Inc. v. F.C.C.*, 768 F.2d 1434 (D.C. Cir. 1985); Stanzler, *Cable Television Monopoly and the First Amendment*, 4 CARDOZO L. REV. 199, 107-210 (1983).

② See *infra* note 5.

③ 47 U.S.C. §§ 601-639.

④ See Meyerson, *supra* note 1, at 550, 551.

found no difficulty in concluding that cable television is entitled to some First Amendment protection,<sup>⑤</sup> there is no unanimous conclusion as to how far that protection should extend. While some take the position that cable television is only entitled to the amount of protection given to the broadcasting industry,<sup>⑥</sup> others hold that it is entitled to the press's more expansive free speech guarantees.<sup>⑤⑥</sup> The Supreme Court has yet to state its position. In 1985 the Circuit Courts of Appeals decided three cablespeech<sup>⑨</sup> cases: *Preferred Communications, Inc. v. City of Los Angeles*,<sup>⑤</sup> *Tele-Communications of Key West, Inc. v. U.S.*,<sup>⑤</sup> and *Quincy Cable TV, Inc. v. FCC*.<sup>⑤</sup> Both the Ninth Circuit and D.C. Circuit granted judgments to

⑤ See, e.g., *Quincy Cable T.V., Inc. v. FCC*, 768 F.2d at 1444; *Tele-Communications of Key West, Inc. v. U.S.*, 757 F. 2d 1330, 1336 (D.C. Cir. 1985); *Preferred Communications, Inc. v. City of Los Angeles*, 754 F.2d 1396, 1404 (9th Cir. 1985); *Omega Satellite Products v. City of Indianapolis*, 694 F.2d 119, 127 (7th Cir. 1982) Cir. 1982; *Community Communications Co. V. City of Boulder, Colo.*, 660 F.2d 1370, 1376 (10th Cir. 1981), cert. dismissed, 456 U.S. 1001 (1982); *Midwest Video Corp. v. FCC*, 571 F.2d 1025, 105257 (8th Cir. 1978), *aff'd on other grounds*, 440 U.S. 689 (1979); *Home Box Office, Inc. v. FCC*, 567 F.2d 9, 43-51 (D.C. Cir. 1977) (*per curiam*), cert. denied, 434 U.S. 829 (1977).

⑥ See, e.g., *City of Boulder, Colo.*, 660 F.2d at 1378-80; *Berkshire Cablevision, of R.I., v. Burke*, 571 F. Supp. 976 (D.R.I. 1983); *Hopkinsville Cable TV, Inc. v. Pennyroyal Cablevision, Inc.*, 562 F. Supp. 543, 547 (W. D. Ky. 1982); *Black Hills Video Corp. v. FCC*, 399 F.2d 65,69 (8th Cir. 1968); Miller & Beals, *Regulating Cable Television*, 57 WASH. L. REV. 85 (1981); Goldberg, Ross & Spector, *Cable Television, Government Regulation, and the First Amendment*, 3 COMM/ENT L. J. 577 (1981); Kreiss, *Deregulations of Cable Television and the Problem of Access under the First Amendment*, 54 S. CAL. L. REV. 1001 (1981); Comment, *Public Access to Cable Television*, 33 HASTINGS L. J. 1009 (1982).

cable companies on First Amendment grounds. Two of these cases, *Preferred Communications* and *Quincy Cable TV*, are before the Supreme Court.<sup>12</sup> The case which promises to be the most significant in terms of resolving the current dispute appears to be *Preferred Communications*. Whereas, *Tele-Communications of Key West, Inc. v. U.S.* focuses on the public forum doctrine<sup>13</sup> and *Quincy Cable Television* focuses on the *O'Brien*<sup>14</sup> incidental burdens test,<sup>15</sup> *Preferred Communications* involves a number of issues currently in dispute,<sup>16</sup> including similarity of cable television to wireless broadcasting, asserted natural monopoly characteristic of cable television, disruption by cable television of public resources, and the public forum

<sup>7</sup> See, e.g., *Cable TV, Inc.*, 768 F.2d at 1448-50; *Preferred Communications, Inc.* 571 F.2d at 1403-05; *Midwest Video Corp.* 571 F.2d at 1053-59; *Community Television of Utah, Inc. v. Roy City*, 555 F. Supp. 1165, 1167-70 (N.D. Utah 1982); *Home Box Office, Inc.*, 567 F.2d at 43-46; Cook, *Cable Television: The Constitutional Limitations of Local Government Control*, 15 SW. U. L. REV. 181 (1984); Knox, *Cable Franchising and the First Amendment: Does the Franchising Process Contravene First Amendment*, 70 CALIF. L. REV. 1393 (1982); Note, *Cable Television and Content Regulations: The FCC, the First Amendment and the Electronic Newspaper*, 51 N.Y.U. L. REV. 133 (1976).

<sup>8</sup> There are other opinions satisfying neither broadcaster nor newspaper analogy. Some suggest that cable television may enjoy common carriers' first amendment protections. See Stanzler, *supra* note 1, at 205 & n.24. Others try to make a functional approach to build cable television its own doctrine of the First Amendment rights. See, e.g., Opheim, Comments, *Berkshire Cablevision v. Burke: Toward a Functional First Amendment Classification of Cable Operators*, 70 IOWA L. REV. 525 (1985); Meyerson, *The first Amendment and the Cable Television Operators: An Unprotective Shield against Public Access Requirements*, 4 COMM/ENT. L. J. 1 (1981); Stanzler, *supra* note 1.

doctrine.<sup>18</sup> It will offer the Supreme Court an opportunity to speak on all these doctrines.

This paper analyzes the Ninth Circuit's opinion in *Preferred Communications*. Rather than covering all of the issues involved, the focus is upon the court's discussion of the asserted natural monopoly characteristic of cable television and its relation to cablecaster's First Amendment rights. In other words, the issue is whether the asserted natural monopoly characteristic of cable television justifies the government's monopolistic franchising regulation.

Sine cable television is a communication system which transmits electronic signals from a studio (the "head-out") through coaxial cables to its subscriber's television set, and since the cables used to carry the signals into the homes of

<sup>18</sup> This term was suggested by a book title. See SHAPIRO, KURLAND & MERCURIO, *CABLE SPEECH: THE CASE FOR FIRST AMENDMENT PROTECTION* (1983).

<sup>19</sup> 754 F.2d 1396 (9th Cir. 1985).

<sup>20</sup> 757 F.2d 1330 (D.C. Cir. 1985).

<sup>21</sup> 768 F.2d 1434 (D.C. Cir. 1985).

<sup>22</sup> *Preferred Communications, Inc. v. City of Los Angeles*, App. filed, 85-390, *City of Los Angeles v. preferred Communications, Inc.* App. dismissed Cert. granted, 106 S.Ct. 380; *Quincy Cable TV, Inc. v. FCC*, Cert. filed, 85-502. *National Assn. of Broadcasters v. Quincy Cable TV, Inc.*

<sup>23</sup> See 757 F.2d at 1335-39.

<sup>24</sup> *U.S. v. O'Brien*, 391 U.S. 367, 88 S.Ct. 1673, 20 L. Ed. 2d 672 (1968); see also *infra* note 46.

<sup>25</sup> See 768 F.2d at 1447-54.

<sup>26</sup> See *Tele-Communications of Key West*, 757 F.2d at 1338, n.3.

<sup>27</sup> *Id.*, and see, e.g., *Preferred Communications, Inc.*, 754 F.2d at 1403-11.

users are either placed underground or attached to existing public utility facilities (poles and conduits),<sup>19</sup> it is necessary for cablecasters to use public rights-of-way. The use of public rights-of-way needs a grant of permission from the government entity controlling the rights-of-way. This grant of permission constitutes a "franchise,"<sup>20</sup> which triggers other government regulations. Because government has traditionally deemed cable television to be an industry with natural monopoly characteristics,<sup>19</sup> its general practice has been to award only one cable television franchise within a given geographic area.<sup>20</sup> However, this assertion has been challenged by courts<sup>20</sup> and commentators.<sup>19</sup> Also, assuming that cable television is

<sup>19</sup> For a general introduction to cable television, see FRANKLIN, *MASS MEDIA LAW--CASES AND MATERIALS*, 630-634 (2nd ed., 1982); Goldberg, Ross & Spector, *supra* note 6, at 578-80; Meyerson, *supra* note 8, at 3-24; Chazen & Ross, *Federal Regulations of Cable Television: The Visible Hand*, 83 HARV. L. REV. 1820, 1822-1827 (1970); SHAPIRO, KURLAND & MERCURI, *supra* note 9, at 1-18.

<sup>20</sup> See Cook, *supra* note 7, at 184; Stanzler, *supra* note 1, at 222.

<sup>19</sup> See Stanzler, *supra* note 1, at 201 & n. 7; Lee, *Cable Franchising and the First Amendment*, 36 VAND. L. REV. 867, 880 & n. 49 (1983).

<sup>22</sup> Stanzler, *supra* note 1, at 199.

<sup>20</sup> See, e.g., *Community Communications Co. v. City of Boulder*, F. Supp. 1035, 1039-40 (D. Colo.), *rev'd* 630 F.2d 704 (10th Cir. 1980), *rev'd and remanded*, 455 U.S. 40 (1982); *Greater Fremont, Inc. v. City of Fremont*, 320 F. Supp. 652, 657 (N.D. Ohio 1968), *aff'd sub nom. Wonderland Ventures, Inc. v. City of Sandusky*, 423 F.2d 548 (6th Cir. 1970). In a recent case, D.C. Circuit also manifested its doubt about cable television's natural monopoly characteristic. *Quincy Cable Television, Inc.*, 768 F.2d at 1449-50.

<sup>21</sup> Knox, *supra* note 7, at 323-27; Cook *supra* note 7, at 196-230; Stanzler, *supra* note 1, at 221-28; Lee, *supra* note 22, at 880-88.

a natural monopoly, there are opinions which assert that the *Tornillo* ② rule should be applied to strike down government's monopolistic franchising regulation, ③ of which *Preferred Communications* is an example. ④ It is settled law that government has the inherent police power to regulate a natural monopoly to obviate economic waste and cut throat competition, to provide efficient and lowest cost service, and to secure the general safety, health and public welfare. ⑤ Entry control allowing only one producer within a defined market is part of government regulation of natural monopoly. ⑥ The Ninth Circuit has ruled, however, that the alleged monopolistic character of cable television does not justify government's monopolistic franchise regulation, which licenses only one cable television company to install and operate a cable television system. The court's opinion is apparently based on the view that First

② *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U.S. 241 (1974); see also *infra* note 44.

③ See, e.g., *Quincy Cable Television, Inc.* *supra* note 12, 768 F.2d at 1450; *Midwest Video Corp.* *supra* note 5, 571 F.2d at 1055-56; *Home Box Office, Inc.* *supra* note 5, 567 F.2d at 46; *Knox*, *supra* note 7, at 327-30; *Cook*, *supra* note 7, at 203-5; *Stanzler*, *supra* note 1, at 224-28; *Lee*, *supra* note 22, at 887-88; *Goldberg, Ross & Spector*, *supra* note 6, at 590-94; *SHAPIRO, KURLAND & MERCURIO*, *supra* note 9, at 188-99.

④ See *supra* note 10, 754 F.2d at 1404-05.

⑤ See, e.g., *Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113, 24 L. Ed. 77 (1877); *Idaho Power & Light Co. v. Blomquist*, 26 Idaho 222, 141 P. 1083 (1914); AMAN, *ENERGY AND NATURAL RESOURCES LAW: THE REGULATORY DIALOGUE*, 3-7 to 3-20 (1983).

⑥ See AMAN, *supra* note 28 at 3-6; POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 254 (2nd ed. 1977).

Amendment rights outweigh the economic necessity of regulating natural monopoly. This paper looks at the court's balancing analysis through an evaluation of both the First Amendment issues involved and the economic necessity of a "natural monopoly."

## 2. Facts <sup>30</sup>

Preferred Communications, Inc. (PCI) was a corporation organized for the purpose of operating a cable television system in the South Central District of Los Angeles. PCI's intended operation entailed the installation of a network of distribution cables in the region PCI wished to serve. PCI proposed to attach its cable to existing public utility facilities --i.e., poles and conduits located on property owned in fee by the utility and on or under easements owned by the utility running over both public and private rights-of-way.

For a number of years, utilities throughout the State of California have dedicated surplus space of their facilities for similar uses. The California legislature recognized this dedication--at least with regard to not-municipal utilities--when it enacted California Public Utility Code 767.5(b) (West Supp. 1984) (dedicating surplus space and excess capacity on public utility

---

<sup>30</sup> Preferred Communications, Inc., 754 F.2d at 1399-1401.



support structures for use by cable television companies). Therefore, PCI has approached two utilities in the LA area -the Pacific Telephone and Telegraph Company and the Los Angeles Department of Water and Power -to negotiate a lease of space on those companies' poles and conduits. PCI was informed by both utilities that such an agreement would not be possible until PCI obtained a cable television franchise from the City of Los Angeles (the City). PCI then petitioned the City in an attempt to obtain such a franchise.

Franchising or licensing the construction of a cable television system in California is authorized by Cal. Gov't Code 53066 (West Supp. 1984). The City of Los Angeles allocated franchises through an auction process. Companies wishing to participate in the process are required to submit to a variety of conditions.<sup>③</sup> After the submission

---

<sup>③</sup> *Id.* at 1400-1401. A potential bidder must pay a \$10,000 filing fee and a \$500 good faith deposit and must agree to pay up to an additional \$60,000 to reimburse the City for expenses incurred in holding the auction. It must provide the City with a detailed proposal outlining its intended operations over the succeeding nine years and must demonstrate to the satisfaction of the City that it has a "sound financial base," that its proposed operations constitute "sound business plans," and that it has proper "character qualification" and "demonstrated business experience." The City also requires hopeful bidders to agree to pay the City a percentage of future annual gross revenues to provide a variety of customer services, including at least 52 channels of video service and interactive (two-way) service.

More significantly, the City exacts a commitment to provide various mandatory access and leased access channels. Bidders must agree to provide, without compensation, two channels for use by the City and by other government entities, two channels for use by educational institutions, and two channels for use by the general public, along with staff and facilities to aid in programming. Bidders must further agree to pro-

of bids from companies willing to submit to the conditions asked by the City, the City chooses the operator it deems to be "best" for each area designated by the City. It awards only one franchise in each region.

The City refused PCI's request for a franchise because PCI had failed to participate in the auction process. The City would not permit PCI to operate a cable television system in the South Central District, where PCI had proposed to operate its cable television system.

Subsequently, PCI brought an action under 42 U.S.C. 1983 (1982) against the City and Los Angeles Department of Water and Power claiming a deprivation of rights protected under the First and Fourteenth Amendments, as well as violations of the federal antitrust laws, and various state law violations. The district court found as a matter of law that the City's regulatory scheme did not violate the First Amendment rights of a prospective cable television operator and that the City was immune from antitrust liability under the state action exemption established in *Parker v. Brown*, 317 U.S. 341, 63 S. Ct. 307, 87 L.Ed. 315 (1943). The district court dismissed PCI's

---

vide two leased access channels as well. And undertaking to provide portable production facilities and to permit free use by the City of all poles, towers, ducts, and antennae is also required.

Finally, potential cable operators must agree to leave a variety of business decisions to the discretion of the City. Pricing and customer relations are left to the City's control. The operator must form a "cable franchise advisory board," subject to City approval. Lastly, the City reserves the right to inspect the cable operation upon demand and requires a waiver of any right to recover for damages or other injury arising from the cable franchise or its enforcement.

---

complaint. PCI then appealed from this dismissal.<sup>②</sup>

PCI's appeal raised two issues--one constitutional and one statutory. The constitutional issue was whether the City's cable franchise procedure violated the First Amendment in any respect. The statutory issue was whether the City was immune from antitrust liability under the doctrine of *Parker v. Brown*.<sup>③</sup> The City's argument regarding the First Amendment issue was that the scarcity of available space on public utility structures, the economic scarcity of the cable medium, and the disruptive effect on the public domain each justified its policy of restricting access to its facilities to a single cable television company. The Cities of Palo Alto and Menlo Park and the Town of Atherton, as *amici curiae*, added support to the City's argument. They asserted that the City's franchising scheme presented no impediment to PCI's ability to generate programming and thus did not contravene the First Amendment.<sup>④</sup>

### 3. The Opinion Of The Court Of Appeals Of The Ninth Circuit

The opinion of the Court of Appeals is divided into two parts: cable's First Amendment protection and antitrust immunity.<sup>⑤</sup> This paper will limit its discussion to the cable's First

---

<sup>②</sup> *Id.* at 1399.

<sup>③</sup> *Id.* at 1401.

<sup>④</sup> *Id.* at 1402.

<sup>⑤</sup> *Id.* at 1411-15.

Amendment issue.

The court formulated PCI's First Amendment issue ③ as follows:

Can the City, consistent with the First Amendment, limit access by means of an auction process to a given region of the City to a single cable television company, when the public utility facility facilities and other public property in that region necessary to the installation and operation of a cable television system are physically capable of accommodating more than one system? ④

Its conclusion was "no, the City cannot." ⑤

The court's conclusion was based upon five points. It began by citing *Omega Satellite* ⑥ and *Home Box Office* ⑦ to distinguish cable television from broadcasting. Unlike broadcasting, cable TV did not suffer from scarcity of either radio spectrum ⑧ or available space on public utility facilities. ⑨

---

③ *Id.* at 1401.

④ *Id.*

⑤ *Id.* at 1411.

⑥ 694 F.2d at 127. "Frequency interference [is] a problem that does not arise with cable television."

⑦ 567 F.2d at 44-45. "[A]n essential precondition of [broadcast] theory -- physical interference and scarcity requiring an umpiring role for government -- is absent" in cable television communications.

⑧ When facing the modern evolving technology, the physical scarcity doctrine constitutionally justifying extensive governmental regulation of the broadcasting is questionable. See, e.g., Rossini, Comment, *The Spectrum Scarcity Doctrine: A Constitutional Anachronism*, 39 SW. L. J. 827(1985).

⑨ The physical scarcity of available space on public utility facilities does

Because the regulatory necessities differed, the extent of First Amendment protections accordingly must differ, and the First Amendment standards applicable to regulation of broadcasting could not be used to justify the City's rule of one cable provides per district.<sup>⑬</sup>

Secondly, the court asserted that even if cable TV was a natural monopoly due to economic scarcity, the City still did not have constitutional power to regulate cablecasters, according to *Tornillo*.<sup>⑭⑮</sup>

The court then applied the *O'Brien* incidental restriction test<sup>⑯</sup> to review the constitutionality of the City's regulation of cable franchising on the ground of preventing disruption of

---

not justify the government monopolistic franchising regulation, not only in this particular case, but also in most cases. Because the typical coaxial cable is less than one inch in diameter, the possibility of a shortage of available space on public utilities seems to have been overstated. Also, a nationwide survey conducted by the FCC indicates that a surplus of telephone pole attachment space exists as a general rule. See Stanzler, *supra* note 1, at 223.

<sup>⑬</sup> See 754 F.2d at 1403-04.

<sup>⑭</sup> In *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, the Supreme Court invalidated a state statute granting political candidates a right to equal space to reply to criticism in newspapers. The Court refused to accept the plaintiff's argument that because economic conditions made entry into newspaper markets difficult, the government could impose a limited right of access to the press. Although the Court acknowledged that most newspapers enjoy a monopoly in their areas of distribution, it did not conclude that the circumstance gave rise to a duty to provide public access to the press. See 418 U.S. at 249-58.

<sup>⑮</sup> See 754 F.2d at 1403-05.

<sup>⑯</sup> In *U.S. v. O'Brien*, the Supreme Court held that "government regulation is sufficiently justified if it is within the constitutional power of the

public resources. The City's justification on this matter was also invalidated inasmuch as the City's interest and the chosen means failed to pass the test.<sup>17</sup>

Fourthly, the court used the public forum doctrine to evaluate the constitutionality of the City's regulation. The court held that although utility poles and conduits were not traditional public forums, they were nevertheless a type of public forum. Where the state had dedicated surplus space on public utility structures for use by cable television companies, the City could not solicit bids from prospective "speakers"—i.e., cable television companies—and deny access to its facilities to all except the highest bidder. Therefore, under the public forum doctrine, the City could not limit its public utilities to only one cablecaster.<sup>18</sup>

Lastly, the court considered the *amici's* suggestion that the franchising scheme did not impede PCI from originating programming. It held that although the City's franchising scheme provided PCI with the opportunity to transmit its programs and to disseminate its message through the existing monopolized cable system under the City's access require-

---

interest; if the governmental interest is unrelated to the suppression of free expression; and if the incidental restriction on alleged First Amendment freedoms is no greater than is essential to the furtherance of the interest, "see 391 U.S. at 377.

<sup>17</sup> See 754 F.2d at 1405-07.

<sup>18</sup> *Id.* at 1407-09.

ments, cablecaster's First Amendment rights were nevertheless restricted and inadequately protected. And allowing PCI access to another's channels is not the equivalent of providing it access to an audience by means of its own cable.❸

## 4. Analysis

Does the asserted natural monopoly characteristic of cable television justify the constitutionality of the government's monopolistic franchising regulation? The Ninth Circuit in the PCI case answered "no."❹ Is the answer correct? It has been widely accepted that a natural monopoly should be regulated under the state's inherent power to avoid economic waste and cutthroat competition, to offer people the highest efficiency and at the lowest cost service, and to secure the general safety, health and public welfare.❺ The government regulation includes three primary controls: profit control, entry control, and control over price structure.❻ The court's decision in this regard contravenes the above general practice or rule. Which is right? Are there two different kinds of natural monopoly--natural monopoly in the marketplace for goods and that in the marketplace for ideas--which accordingly

---

❸ *Id.* at 1409-11.

❹ *Id.* at 1404-05.

❺ *See supra* note 28.

❻ *See supra* note 29.

should be treated differently? Or are First Amendment rights more important than the need to regulate natural monopoly? Could the PCI case be wrongly decided, either because there should be no difference between general economic natural monopoly and natural monopoly relating to communications, or because *Tornillo* was wrongly cited, or even because *Tornillo* was wrongly decided? Could it be possible that cable television is not a natural monopoly in any way?

The first step to answering the above inquiries is an examination of the concept of "natural monopoly."

#### 4.1. What Is Natural Monopoly?

Judge Hand said in *U.S. v. Aluminum Co. of America* ① that a natural monopoly exists where "a market [is] so limited that it is impossible to produce at all and meet the cost of production except by a plant large enough to supply the whole demand." ② The economic definition of a natural monopoly is a condition in which the average cost of producing the product decreases as output is increased, and the average cost reaches a minimum at an output rate which is large enough to satisfy the entire market at a price that is profitable. ③ In other

① 148 F.2d 416(2d Cir. 1945)

② *Id.* at 430.

③ See, e.g., MANSFIELD, MICROECONOMICS 277 (5th ed. 1985); GELLHORN & PIERCE, REGULATED INDUSTRIES 33, n.9 (1982); Southgate, *Market Regulation and Economic Theory: An Introduction to Economic Theory*, in Aman,



words, cost efficiency is maximized by having just one firm in the relevant market.<sup>55</sup> If there is more than one firm producing the product, each must be producing at a higher-than-minimum level of average cost. Each may be inclined to cut prices to increase its output rate and reduce its average cost. The result is likely to be economic warfare--and survival of a single victor, the monopolist.<sup>56</sup>

The condition arises from a combination of two prerequisites, heavy fixed costs or investment, and the economies of scale.<sup>57</sup> "Natural monopoly occurs when long run average cost fall throughout the range of market demand. Typically, this sort of situation exists because a very large capital base is needed in order to enter the industry."<sup>58</sup> And these very large --relative to the market demand--costs do not vary with output<sup>59</sup> in certain amount. To some extent, average cost of production of the heavy fixed costs industry will decrease when output increases.<sup>60</sup> If economies of scale, decreasing costs in

---

*supra* note 28, at AP-26.

Professor Kahn defines natural monopoly as which all-embracing characteristic is an "inherent" tendency to decrease unit cost over the entire extent of the market. See A. KAHN, THE ECONOMICS OF REGULATION: PRINCIPLES AND INSTITUTIONS Vol. II, 119 (1971). But I have doubt about the idea of the "inherent" natural monopoly.

<sup>55</sup> GELLHORN & PIERCE, *supra* note 55, at 48; POSNER, *supra* note 29.

<sup>56</sup> MANSFIELD, *supra* note 53; Southgate, *supra* note 55, at AP-27--- AP-28.

<sup>57</sup> See, e.g., KAHN, *supra* note 55, at 119-23.

<sup>58</sup> Southgate, *supra* note 55, at AP-26.

<sup>59</sup> POSNER, *supra* note 29, at 251; Kahn, *supra* note 55, at 120.

<sup>60</sup> KAHN, *supra* note 55, at 120.

the output, caused by the heavy fixed investment, are available up to a very large output level, and if such output is large enough to satisfy the entire market, then a firm supplying that output may have a lower average cost of production than two firms, for the firm can spread its fixed costs over the entire output of the market.<sup>12</sup> In short, a natural monopoly is a situation in which high fixed costs yield such great economies of scale that the relevant market can be served at lowest cost by a single firm.<sup>13</sup>

Public utilities are mostly used as examples of natural monopoly. However, public utilities are not themselves necessarily natural monopoly. Although public utilities such as water, gas, electricity and regional telephone companies are usually natural monopolies, it is possible to allow a second company to enter the market and offer the same public utility service in certain regions when the market size is such that the economies of scale of the existing company are exhausted.<sup>14</sup> In fact, natural monopoly is not as "natural" or "inherent"<sup>15</sup> as it has been assumed to be. Insofar as it is a matter of policy choice, it is in fact an artificial monopoly<sup>16</sup> by no means dictated by natural forces. Also, natural monopoly is

<sup>12</sup> POSNER, *supra* note 29, at 251-2.

<sup>13</sup> GELLHORN & PIERCE, *supra* note 55, at 277.

<sup>14</sup> *Id.* at 49-51.

<sup>15</sup> KAHN, *supra* note 55, at 119.

<sup>16</sup> *Id.* at 120-22.

only a condition decided by relative changeable factors. Although the available economies of scale of so-called natural monopoly are available at a very large output level, they are still limited in capacity. Finally, natural monopoly is a static descriptive phenomenon subjected to a limited market, but market is somewhat dynamic in nature. So far, there is no industry which is a true natural monopoly.

#### 4.2. Rationale For Government Regulation Of Entry

Since in the situation of asserted natural monopoly, a relevant market is best served by a single firm, it would be most efficient to allow only one firm to supply the entire demand of the market.<sup>⑤</sup> If there is more than one firm competing in the market, undesirable economic consequences would follow.<sup>⑥</sup> The firms would not be able to average fixed costs to a possible minimum at an output rate than it is large enough to satisfy the entire market. In other words, each firm must produce at a higher-than-minimum level of average cost.<sup>⑦</sup> The economic wastes caused by duplication of installation are passed on to consumers in the form of higher rates. Presumably, there will be a competition amongst firms. However, healthy competition could not be sustained for very long. Since each

⑤ *Id.*; see also POSNER, *supra* note 29, at 252.

⑥ GELLHORN & PIERCE, *supra* note 55, at 277, 51-3; see also MANSFIELD, *supra* note 55, at 277.

⑦ *Id.*; see also Southgate, *supra* note 55, at Ap-27.

will try to fully use its economies of scale, it may be inclined to reduce its average cost by increasing its output and accordingly lowering prices. The result is a cut-throat competition which will end with a single victor, but also with heavy economic losses.<sup>⑩</sup>

In addition to the economic waste, duplication of facilities of firms would cause unnecessary environmental and aesthetic damage.<sup>⑪</sup> Moreover, in public utility cases, the construction and maintenance of duplicate public utility facilities would necessarily interfere with the obstruct the free use of the streets. Also, additional electrical wires in a city would mean more danger to the City's inhabitants, and thus interfere with the peace, health, and welfare of the community.<sup>⑫</sup>

It seems that the best way, experienced mostly from the early history of public utilities,<sup>⑬</sup> of avoiding the above potential problems would be to regulate the entry of competitors.<sup>⑭</sup> It has been commonly accepted that government has the power to regulate entry to an asserted natural monopoly market to protect the public interest. And this regulatory power is constitutional on the basis of state police power to secure the general safety, health and public welfare.<sup>⑮</sup>

---

⑩ *Id.*; see also, *Idaho Power & Light Co.*,

⑪ GELLHORN & PIERCE, *supra* note 55, at 277.

⑫ See *Idaho Power & Light Co.*,

⑬ See, e.g., KAHN, *supra* note 55, at 117-19.

⑭ See *supra* note 29.

Thus, whether government has constitutional power to regulate entry of a cable television market, will depend on whether cable television is a natural monopoly.

#### 4.3. Is The Cable Television Industry A Natural Monopoly

Whether cable television is a natural monopoly industry is questionable to both courts and critics. The Ninth Circuit did not address this issue specifically in *Preferred Communications*. It only indicated cryptically that natural monopoly was “economic scarcity.”<sup>75</sup> Under “economic scarcity,” it is necessary that one distinguish between economic and physical scarcity.

##### 4.3.1. Physical and Economical Scarcity Distinguished

According to the doctrine of physical scarcity, the amount of space available on the poles or underground conduits that cable television expects to use is physically limited. Thus the government has constitutional power, based on the analogy to the scarcity of radio spectrum in broadcasting, to franchise only one cablecaster to use the limited available space of public utility facilities. Some courts agree with this doctrine.<sup>76</sup>

---

<sup>75</sup> See *supra* note 28.

<sup>76</sup> See 754 F.2d at 1404.

<sup>77</sup> See, e.g., *City of Boulder*, 660 F.2d at 1357-80; *Black Hills Video Corp.*, 399 F.2d at 69; *Berkshire Cablevision of Rhode Island*, 571 F. Supp. at 983-88.

---

However, even if the doctrine of physical scarcity can justify government monopolistic franchising regulations, it only builds a legal monopoly in a narrow sense,<sup>78</sup> and not a natural economic monopoly.

Although courts often used “economic scarcity” in discussing the natural monopoly characteristic of cable television,<sup>79</sup> it did not mean that “economic scarcity” was natural monopoly. Economic scarcity was used to describe the result of natural monopoly. This term cannot help us to decide whether or not cable television is a natural monopoly.

#### 4.3.2. Is Cable Television a Natural Monopoly?

The question of whether or not cable television is a natural monopoly has been disputed since the introduction of cable TV to the market. While *Greater Fremont, Inc. v. City of Fremont*<sup>80</sup> held cable television was not a natural monopoly,<sup>81</sup> the court of *TV PIX, Inc. v. Taylor*<sup>82</sup> held that it was a natural monopoly.<sup>83</sup> Nevertheless, it has been commonly asser-

<sup>78</sup> In a broad sense, natural monopoly also is a kind of legal monopoly, for natural monopoly's monopolistic position is produced by government entry restriction regulations.

<sup>79</sup> See *Quincy Cable TV, Inc.*, 768 F.2d at 1450; *City of Boulder*, 660 F.2d at 1378-9; *Home Box Office, Inc.*, 567 F.2d at 46.

<sup>80</sup> 320 F.Supp. 652.

<sup>81</sup> *Id.* at 657.

<sup>82</sup> 304 F. Supp. 459 (D. Nev. 1969), *aff'd without opinion*, 396 U.S. 556(1970).

<sup>83</sup> *Id.* at 466-67.

ted that cable television is a natural monopoly.<sup>61</sup> This conclusion is not surprising given that the distribution of television signals by wire into the home bears at least a superficial resemblance to local gas, water, and electric service--the standard examples of natural monopoly.<sup>62</sup> It is a fact that the construction of a modern cable television system is an extremely expensive undertaking.<sup>63</sup> The largest portion of the expenses are fixed costs, such as the head-end and distribution system. Like public utilities, these costs are both extremely high and independent of the number of users of the cable system.<sup>64</sup> Also, its average cost is inversely proportional to the number of users.<sup>65</sup> Moreover, if there is more than one cable system in a certain region, the duplication is economically inefficient.<sup>66</sup> Hence, cable television is not only superficially but also substantively similar to public utilities, and thus appears to be a natural monopoly. But as this paper will show, other considerations call into question the apparent similarity.

The proponent asserting that cable television is a natural monopoly also argued that the record showed cable television had indeed developed as a monopoly industry throughout the

---

<sup>61</sup> See Stanzler, *supra* note 1, at 201, n.7; Lee, *supra* note 22, at 880; Cook, *supra* note 7, at 197; Meyerson, *supra* note 8, at 6.

<sup>62</sup> POSNER, *supra* note 29, at 283.

<sup>63</sup> Meyerson, *supra* note 8, at 4-8.

<sup>64</sup> *Id.*

<sup>65</sup> KAHN, *supra* note 55, at 34.

<sup>66</sup> Meyerson, *supra* note 8, at 8.

country.<sup>30</sup> Of the more than 6,000 cable systems in operation, there are only eight instances of so-called "overbuilds"--two cable companies competing for the same subscribers.<sup>31</sup> Moreover, historically, overbuilds have been eliminated by one company buying out the other.<sup>32</sup>

However, statistics are no justification. The fact that the cablecasting industry tends to be monopolistic does not prove that it is necessarily so or that it is desirable. Much of the monopoly is the result of government regulation or unquestioned assumptions. Further, a cable company would likely agree to an elaborate regulatory scheme only if it receives a *de facto* exclusive franchising.<sup>33</sup> Moreover, the relevant market is arguably broader than cable TV, but included other media such as STV (subscription television), MDS (multipoint distribution systems), SMATV (satellite master antenna television system), and MATV (microwave master antenna television system), which erode the monopoly position of cable television.<sup>34</sup> Furthermore, some argued that neither economies of scale nor economic rationale justified cable television as a natural monopoly.<sup>35</sup> Nevertheless, the conclusion of the oppo-

<sup>30</sup> *Id.*

<sup>31</sup> *Id.*, see also Lee, *supra* note 22, at 880.

<sup>32</sup> Meyerson, *supra* note 8, at 8.

<sup>33</sup> See Lee, *supra* note 22, at 880-81; Stanzler, *supra* note 1, at 201-02.

<sup>34</sup> See, e.g., Cook, *supra* note 7, at 198; SHAPIRO, KURLAND & MERCURIO, *supra* note 9, at 5-10.



nents is also not acceptable.

As mentioned, natural monopoly is a condition dependent on a certain firm's fixed costs and economies of scale in a relevant market. There is no industry which operation by any firm will cause natural monopoly.<sup>95</sup> Cable television is no exception. Although the fixed costs of construction of a cable television system is extremely heavy, it is not necessarily a natural monopoly. It still requires a comparison of the demand for the service in the relevant market with the extent of the available economies of scale in the production of the transmission of programs. Thus, the judgment of whether cable television is a natural monopoly depends on the circumstances of each case.<sup>97</sup> Consequently, it needs enough evidence to decide whether cable television system in certain areas is a natural monopoly.

It is not easy to conclude that cable television is a natural monopoly, because there is an important difference between

<sup>95</sup> See text accompanying *supra* notes 53-66.

<sup>96</sup> See text accompanying *supra* note 53-66.

<sup>97</sup> There are courts which in deciding whether cable television is a natural monopoly, have adopted the same approach. Though they concluded that cable television is natural monopoly, their conclusions were based on some evidence of the situations in question. See *Home Box Office, Inc.*, 567 F.2d at 46; *Omega Satellite Products*, 694 F.2d at 126. Also, in recent legislation, Congress seems to have the same attitude. The new law specifies that a franchising authority "may award ... one or more franchises within its jurisdiction." See *Cable Communications Policy Act*, 47 U.S.C. § 621(a)(1).

cable television and other asserted natural monopolies. Unlike public utilities, different cable television companies may offer different programs and different services, which will invoke different demand and thus create different markets. Thus, unless the second cable television company offers the exact same programs as the existing one's, it needs not be considered whether the second one is entering the market of natural monopoly.

Nevertheless, whether the cable television system in the South Central District of the City of Los Angeles is a natural monopoly depends on real particular facts of that area. If it is not, then the city must find another way to justify its monopolistic franchising regulation. If it is a natural monopoly, then the question is whether government can franchise only one company to install and operate cable television system in certain areas. In *Preferred Communications*, the Ninth Circuit presumed that is is natural monopoly and answered the question.<sup>98</sup>

#### 4.4. Natural Monopoly And The First Amendment-Whether First Amendment Rights Take Precedence Over Economic Necessity

In *Preferred Communications* the Ninth Circuit concluded

---

<sup>98</sup> 754 F.2d at 1404-5.

that even if cable television in the South Central District of the City of Los Angeles was an industry of natural monopoly, the City of Los Angeles nevertheless did not have the constitutional power to franchise only one company within a designated area. The court based its conclusion on *Tornillo*, which held that economic monopoly could not justify any degree of government regulation.● The court compared--by analogy--cable television to newspapers. Assuming that cable television should be treated as a newspaper, is *Tornillo* rightly cited? The court held that First Amendment rights were more important than the City's interest in regulating natural monopoly. Is it possible that the conventional government regulation of entry in asserted natural monopoly market is wrong? Or, should it be different in the marketplace of ideas?

#### 4.4.1. Broadcasting or Newspaper

"It has become something of a truism to observe that differences in the characteristics of news media justify differences in the First Amendment standards applied to them."● However, the appropriate standards of First Amendment review of government regulations of cable television is still developing. Courts and commentators often analogize cable

---

● See *supra* note 44.

● Quincy Cable TV, Inc., 768 F.2d at 1448; *citing from* Red Lion Broadcasting Co. v. FCC, 395 U.S. 367, 386.

television to either the broadcasting or the newspaper in order to determine the proper First Amendment rights applicable to cable television.<sup>101</sup> The *Preferred Communications* court also used the same approach.

Although cablecasting bears a certain resemblance to the press and broadcasting industries, the resemblance is not enough to justify a wholesale transposition of the constitutional protection accorded to the press and broadcasting to cablecasting.<sup>102</sup> For example, in recent years, cable television has frequently been analogized to newspapers for first Amendment purposes.<sup>103</sup> One example is *Preferred Communications*. Historically, however, cablecasting and the press have received very different treatment from the government. Whereas cable television has a history of extensive government regulation, there is a "virtually insurmountable barrier between government and the print media."<sup>104</sup> The "hands-off" policy adopted towards the press has not been equally enforced in the cablecasting industry. To equate the two media would be contrary to historical practice.

Thus, even if the analogy of cable television to news-

---

<sup>101</sup> See, e.g., Meyerson, *supra* note 8, at 26-31; see also, Opheim, *supra* note 8, at 533-535.

<sup>102</sup> See, e.g., Meyerson, *supra* note 8, at 26-31; see also Opheim, *supra* note 8, at 533-535.

<sup>103</sup> SHAPIRO, KURLAND & MERCURIO, *supra* note 9, at 3.

<sup>104</sup> See, e.g., Meyerson, *supra* note 8, at 28-9; see also Tornillo, 418 F.2d at 259 (*White, J., concurring*).

papers is more acceptable, the doctrines of newspapers' First Amendment protection, developed in special contexts, cannot mechanically apply to cable television.<sup>105</sup>

#### 4.4.2. *Tornillo* Distinguished

*Miami Herald Pub. Co. v. Tornillo* <sup>106</sup> (*Tornillo*) has been widely cited by courts and commentators to invalidate government's natural monopoly justification.<sup>107</sup> The court also takes the same position in *Preferred Communications*. In *Tornillo*, the Supreme Court struck down Florida's "right of reply" statute which provided that if a newspaper "assailed" the personal character or official record of a candidate for political office, it would have to provide the candidate with free space in the newspaper to rebut the allegations.<sup>108</sup> Florida sought to justify its statute on the ground that the newspaper industry had become monopolized by chains and conglomerates, which published only one newspaper in each major city. Because economic conditions made entry into newspaper market difficult, the government could impose a limited right of

<sup>105</sup> See, e.g., Meyerson, *supra* note 8, at 65.

<sup>106</sup> 418 U.S. 241 (1974).

<sup>107</sup> See, e.g., Quincy Cable TV, Inc., 768 F.2d at 1449-50; City of Boulder, 660 F.2d at 1378-79; Midwest Video Corp., 571 F.2d at 1056; Home Box Office Inc., 567 F.2d at 46; Stanzler, *supra* note 1, at 225-28; Lee, *supra* note 22, at 888; Cook, *supra* note 7, at 203-04; Knox, *supra* note 7, at 327-30; SHAPIRO, KKURLAND & MERCURIO, *supra* note 9, at 188-91, 198, 198; Goldberg, Ross & Spector, *supra* note 6, at 602.

<sup>108</sup> 418 U.S. at 224.

access to the press (the right of reply) which might further First Amendment interests. Although the Court acknowledged that most newspapers enjoyed a monopoly in their areas of distribution, it concluded that such monopoly did not give rise to a duty to provide public access to the press.<sup>109</sup> In short, *Tornillo* held that the "right to reply" statute is unconstitutional notwithstanding the fact that there may be only one major newspaper in the city.<sup>110</sup>

Although *Tornillo* appears to govern *Preferred Communications*, it is actually significantly different from *Preferred Communications* in several respects.

First, *Tornillo's* facts are fundamentally different in that the regulated subject was the press, a communication medium protected by a long-standing and powerful "hands off" policy. An independent press is assumed to be the best way to achieve the "profound national commitment to the principle that debate on public issues should be uninhibited, robust, and wide-open."<sup>111</sup>

Secondly, the economic monopoly of the newspaper in *Tornillo* was the result of concentration, not natural monopoly.<sup>112</sup> Thirdly, even if the newspaper was a natural monopoly,

---

<sup>109</sup> *Id.* at 249-58.

<sup>110</sup> Stanzler, *supra* note 1, at 226.

<sup>111</sup> See *City of Boulder*, 660 F.2d at 1379; *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 270 (1964).

<sup>112</sup> While some local towns may be served by only one paper, yet other

⑬ the “right-to-reply” statute concerned an infringement of editorial prerogative and not the case of monopolistic franchise. If it is cited to invalidate “must-carry rule”⑭ or regulations which prohibit cablecasters from showing certain programs,⑮ it would be appropriate. If it is used to strike down government monopolistic franchising regulation, then it is wrongly or overbroadly applied.

A further distinction between *Tornillo* and *Preferred Communications* lies in the effects of government regulation. The statute in *Preferred Communications* bars many potential cablecasters from entry into a market, whereas in *Tornillo* the newspapers are not deprived of their opportunity to speak.

Although *Tornillo* is distinguishable from *Preferred Communications*, it does not necessarily mean that *Preferred Communications* was wrongly decided. Two arguments may support the court’s decision: either the traditional government restriction of entry to natural monopoly market is wrong, or the economic necessity should yield to the First Amendment. Even if *Tornillo* was rightly applied, because *Tornillo* did not

---

nationwide newspapers are not legally barred from these same channels. Thus, the newspaper is not a natural monopoly. See, e.g., NOWAK ROTUNDA & YOUNG, CONSTITUTIONAL LAW 903(2nd ed. 1983); Barnett, *Franchising of Cable TV Systems To Get Airing at Supreme Court*, Nat’l L. J., p.42, 43, April 21, 1986.

⑭ Omega Satellite Products, 694 F.2d at 128.

⑮ Quincy Cable TV, Inc.,

⑯ Home Box Office, Inc.,

articulate the reason why economic monopoly should give way to the First Amendment, there is still the need to study the rationale of the Court's decision.

#### 4.4.3. Rationale for Government Regulation of Entry Reconsidered: Is Regulation of an Economic Necessity

Is it possible that conventional government regulation of entry in asserted natural monopoly market is wrong? If it is wrong, it may be based upon wrong reasons. The rationale for government regulation of entry is the desirability of permitting consumers to enjoy the advantages of economies of scale and avoiding unnecessary duplication of facilities--i.e., economic efficiency and avoiding economic waste, as mentioned previously. ⑥

However, there are criticisms of government entry restrictions based on the need to protect the advantages of a natural monopoly. First, because of the difficulty of determining the potential economies of scale available in a relevant market, entry to the market sometimes is still restricted when competition would be effective without sacrificing economies of scale. In these circumstances, consumers lose the potential efficiency-enhancing value of competition. ⑦

Second, when economies of scale are sufficient to justify

⑥ See text accompanying *supra* notes 67-75.

⑦ See GELLHORN & PIERCE, *supra* note 55, at 179-80.



precluding a firm's entry into a market, regulatory restrictions on entry are unnecessary because the existence of the economies of scale will deter new firms from entering the market anyway. If a potential entrant sees a market that is being served by a single firm whose cost characteristics cause it to have a natural monopoly in that market, the potential entrant will rarely have an incentive to invest the large amount of capital necessary to enter the market. It will recognize that it has little opportunity to earn a return on its investment in the unstable competitive market that would be created by entry of a second firm.<sup>118</sup>

In addition, the conventional rationale for government regulation of entry may be misplaced. The development of the concept of natural monopoly and its regulation has been closely related to the public utilities.<sup>119</sup> In fact, except for public utilities, no other industry has widely accepted a natural monopoly. The strongest reason for government regulation of entry of public utilities is that the nature of goods or services offered by the public utilities is indispensable to the public. To guarantee the public's access to an indispensable good, the government gives monopolistic franchises to specific plants in exchange for the plant's heavy fixed investment and steady supply.<sup>120</sup> Without a monopolistic franchise, utility suppliers

<sup>118</sup> *Id.* at 280.

<sup>119</sup> See, e.g., KAHN, *supra* note 55, at 117-19.

would hesitate to make such a heavy investment. Accordingly, the monopolistic public utility has to be regulated in profit and price structure<sup>101</sup> to ensure the public's enjoyment of public utilities. Hence, government regulation of entry to natural monopoly markets places greater emphasis upon ensuring continuing supply than upon reasons of economic efficiency.

Nevertheless, although the rationale for government regulation of entry is disputable, the judgment of the economic necessity and thus the chosen means to cope with it are policy decisions. If cable television is a natural monopoly and the government chooses the monopolistic franchise as a means to regulate it, as the City of Los Angeles chose in *Preferred Communications*, and if the Ninth Circuit followed the conventional judicial restraint doctrine of the post-*Lochner* era, the court might defer to the City's policy decision, because the City's regulation could meet the minimum rationality standard and pass the constitutionality test. If consumers want to change the government's monopolistic franchising regulation, they should petition their elected representatives to change the policy. However, the Ninth Circuit did not follow the hands-off doctrine. The court simply suggested that the First Amendment should take precedence over the economic neces-

---

<sup>101</sup> Outside of the U.S., public utilities are subjects of government enterprises in most countries.

<sup>102</sup> See *supra* note 29.

sity of regulation of natural monopoly.

#### 4.4.4. Whether First Amendment Rights Take Precedence Over Economic Necessity

The *Preferred Communications* opinion did not explain why First Amendment rights could invalidate the government's necessary regulation of natural monopoly. It is not evident that the court's conclusion results from following the trace of the Supreme Court's recent decisions<sup>122</sup> returning to the by-gone era of *Lochner*.<sup>123</sup> Even if *Tornillo* was rightly cited, the reason why the government regulation of entry of a natural monopoly market should yield to the First Amendment still cannot be found, for *Tornillo* also failed to articulate the rationale on this matter. Perhaps the reason is simply the absolute supremacy of First Amendment rights in a democratic society. Can it be so simple?

The constitutional guarantee of free expression "rests on the assumption that the widest possible dissemination of information from diverse and antagonistic sources is essential to the welfare of the public":<sup>124</sup>

<sup>122</sup> *Consolidated Edison v. Public Service Commission*, 447 U.S. 530 (1980); *Central Hudson Gas & Electric v. Public Service Commission*, 447 U.S. 557 (1980).

<sup>123</sup> See e.g., *Central Hudson*, 447 U.S. at 589 (Rehnquist, J., dissenting); L. TRIBE, *CONSTITUTIONAL CHOICE* 213-216 (1985).

<sup>124</sup> *Associated Press v. U.S.*, 326 U.S. 1, 20 (1945)

It is designed and intended to remove governmental restraints from the arena of public discussion, putting the decision as to what views shall be voiced largely into the hands of each of us, in the hope that use of such freedom will ultimately produce a more capable citizenry and more perfect polity and in the belief that no other approach would comport with the premise of individual dignity and choice upon which our political system rests.<sup>125</sup>

Hence, "government must remain neutral in the marketplace of ideas"<sup>126</sup> and must not favor one class of speaker over another.<sup>127</sup> The government's monopolistic franchising regulation of cable television contradicts the free flow of information in the marketplace of ideas, and thus is not favored by the First Amendment.

However, First Amendment rights are not absolute.<sup>128</sup> They are sometimes subjects of government regulation. The First Amendment requires the government to justify every instance of abridgment.

Because a would-be cablecaster may not build and oper-

<sup>125</sup> *Cohen v. California*, 403 U.S. 15, 24 (1971).

<sup>126</sup> *FCC v. Pacifica Foundation*, 438 U.S. 726, 745-46 (1978).

<sup>127</sup> *Police Dept. v. Mosley*, 408 U.S. 92, 96 (1972); *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, 395 U.S. 367, 390 (1969).

<sup>128</sup> *See, e.g., Nebraska Press Ass'n v. Stewart*, 427 U.S. 539, 704 (1976); *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1, 4 (1949); *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697, 708 (1931); *Saia v. New York*, 334 U.S. 558, 562 (1948); *Jones v. Opelika*, 316 U.S. 584, 593 (1942); *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652-666 (1925); *Toledo Newspaper Co. v. U.S.*, 247 U.S. 402, 419 (1918); *Robertson v. Baldwin*, 165 U.S. 275, 281 (1891).

ate a cable system without a franchise granted by the City of Los Angeles, the cablespeech right of Preferred Communications Inc. was consequently restrained. As a prior restraint on speech, the City's monopolistic franchising regulation "must survive a level of scrutiny that seldom results in upholding the government's actions."<sup>129</sup> Though the restraint may be a incidental restriction,<sup>130</sup> it might be justified if it can pass the four prong test of *O'Brien*.<sup>131</sup> In *O'Brien*, Chief Justice Warren, speaking for the Court, fashioned the following rule:

[A] government regulation is sufficiently justified if it is within the constitutional power of the government; if it furthers an important or substantial governmental interest; if the governmental interest is unrelated to the suppression of free expression; and if the incidental restriction on alleged First Amendment freedom is no greater than is essential to the furtherance of the interest.<sup>132</sup>

The City can easily pass the first three requirements because of its inherent police power, and its regulation can further an important government interest of either economic efficiency or assurance of the public's enjoyment of goods or

<sup>129</sup> Aman, *SEC v. Lowe: Professional Regulation and the First Amendment*, 1985 SUP. CT. REV. 93,105.

<sup>130</sup> Some commentators suggest that the government's monopolistic franchising regulation is a content-based restraint. The government action in choosing a single cable operator would be subject to strict review with a virtual certainty that monopolistic franchising would be found unconstitutional. See e.g., Stanzler, *supra* note 1, at 229-31.

<sup>131</sup> 391 U.S. 367

<sup>132</sup> See 391 U.S. at 377.

services offered by the regulated natural monopoly, and because its regulation on its face does not directly curb free expression. However, whether it can pass the fourth requirement of the rule is questionable.

Truly, constitutional choices “must be made and assessed as fundamental choices of principle, not as instrumental calculations of utility or as pseudo-scientific calibrations of social cost against social benefit.”<sup>133</sup> Thus, if government restricts First Amendment rights only for cost-benefit reasons, it will not be persuasive enough. However, the rationale for government regulation of entry of a natural monopoly market is not only economic efficiency, but also the necessity of ascertaining the public’s enjoyment of certain goods or services provided by the regulated natural monopoly. It involves substantial public interest in addition to cost-benefit calculations. Hence, in *Preferred Communications* if cable television in South Central District of Los Angeles is a natural monopoly industry asserted by the City of Los Angeles,<sup>134</sup> if the City can prove that cable television service is essential to the public’s daily life and no substitute exists, and if the City can prove that the monopolistic franchising regulation is the least restrictive means<sup>135</sup> to achieve the purpose of ascertainment that the resi-

<sup>133</sup> See, e.g., TRIBE, *supra* note 123, at viii.

<sup>134</sup> The City also has to prove this assertion. But I do not think it is an easy job for the City. See *supra* notes 80-98 and accompanying text.

dent of the area can enjoy the cable television service, the regulation may pass the fourth requirement of the *O'Brien* test and may be constitutional. Yet whether it is the least restrictive means is disputable.

First, there is different evidence that open competition for cable television may not be as economically catastrophic as is commonly supposed.<sup>130</sup> On the contrary, as a result of the franchising process, the franchising authority may choose a more expensive system than the community is willing to pay for and deny franchises for systems that are more appropriate.<sup>131</sup> Secondly, as economic liberalists assert, regulation of entry of a natural monopoly market may not be a good policy for economic efficiency.<sup>132</sup> Thirdly, if cable television is a natural monopoly in a certain area, whether it should operate monopolistically should be decided by the public rather than by the government.<sup>133</sup> The worst that could result from open competition would be that one or more companies would fail and thus have some economic waste. Compared to the benefit of having permitted market forces and consumer preference rather than government officials decide who that franchises

---

<sup>130</sup> See e.g., M. NIMMER, *NIMMER ON FREEDOM OF SPEECH* 2-89 to 2-93 (1984); G. GUNTHER, *CONSTITUTIONAL LAW* 1174(11th ed. 1985).

<sup>131</sup> See, e.g., Stanzler, *supra* note 1, at 231.

<sup>132</sup> See Sibary, *The Cable Communications Policy Act of 1984 v. The First Amendment*, 7 COMM/ENT. L. J. 381, 409(1985).

<sup>133</sup> See *supra* notes 117-118 and accompanying text.

<sup>134</sup> See, e.g., Stanzler, *supra* note 1, at 231-2; Knox, *supra* note 7, at 331.

be,<sup>140</sup> and the protection of would-be cablecaster's First Amendment rights, the cost is worthwhile. Thus, the City's monopolistic franchising regulation may not pass the *O'Brien* test and may be unconstitutional under the challenge of the First Amendment.

## 5. Conclusion

It will not be easy for the government trying to use the asserted natural monopoly characteristic of cable television to justify its monopolistic franchising regulation of cable television to pass constitutional muster. First, it is questionable whether cable television is a natural monopoly industry.<sup>141</sup> Even if the government can prove that cable television in a certain area is a natural monopoly industry, still whether the government should regulate the entry of the asserted natural monopoly market is in dispute.<sup>142</sup> Particularly, building and poerating a cable television system is closely related to First Amendment rights. Government monopolistic franchising regulation not only contradicts the fundamental value of first Amendment protection of the free flow of ideas in the marketplace of ideas, but also is a serious prior restraint of Free

---

<sup>140</sup> See Stanzler, *supra* note 1, at 232.

<sup>141</sup> See *supra* notes 80-98 and accompanying text.

<sup>142</sup> See *supra* notes 116-118 and accompanying text.



expression. Government will have a heavy burden to justify its regulation. Because the government's regulation is not the least restrictive means of achieving the government's interest, it fails to pass constitutional scrutiny.<sup>143</sup> Hence, the Ninth Circuit conclusion on this matter is acceptable.

For a very long time, it has been a common policy for most local government to franchise only one cablecaster in a given area. However, because cable television has become more and more important to daily life, there is a strong inducement for entrepreneurs to enter the market. Thus, First Amendment right issue used to challenge the government regulation by the would-be cablecaster is often questioned in the court recently. *Preferred Communications* would be the first ruling of Supreme Court on cable television under the First Amendment. There are presently some 25 *amicus* briefs filed with the Court.<sup>144</sup> It will be an important decision to both local government, and the cable television industry. I am also eager to see how the Court resolves the conflicts between economic necessity and the First Amendment.

---

<sup>143</sup> See *supra* notes 122-140 and accompanying text.

<sup>144</sup> See Barnett, *supra* note 112, at 42.

# 國立台灣大學法學叢書

1. 既判力之研究	駱永家	台大法律學系教授
2. 行政法與現代法治國家	翁岳生	台大法律學系教授
3. 民商法問題研究(一)	鄭玉波	台大法律學系教授
4. 親屬、繼承法基本問題	陳棋炎	台大法律學系教授
5. 民法學說與判例研究(一)	王澤鑑	台大法律學系教授
6. 現代刑特思潮與刑事立法	蔡墩銘	台大法律學系教授
7. 法實證主義	林文雄	台大法律學系教授
8. 刑事立法之比較研究	韓忠謀	台大法律學系教授
9. 法學方法論	楊日然	台大法律學系教授
10. 國際經濟法專題研究	王仁宏	台大法律學系教授
11. 公司法專題研究	柯芳枝	台大法律學系教授
12. 國際私法專論	曾陳明汝	台大法律學系教授
13. 專利商標法選論	曾陳明汝	台大法律學系教授
14. 民事程序法與訴訟標的理論(一)	陳榮宗	台大法律學系教授
15. 刑法推理方法及案例研究	蘇俊雄	台大法律學系教授
16. 民法學說與判例研究(二)	王澤鑑	台大法律學系教授
17. 舉證責任分配與民事程序法(二)	陳榮宗	台大法律學系教授
18. 企業與經濟法	廖義男	台大法律學系教授
19. 民商法問題研究(二)	鄭玉波	台大法律學系教授
20. 民商法問題研究(二)	鄭玉波	台大法律學系教授
21. 親屬、繼承法判決、判例之研究	陳棋炎	台大法律學系教授
22. 刑法例題演習	蔡墩銘	台大法律學系教授
23. 國際貿易法專論	柯澤東	台大法律學系教授

24.民事法理與土地法規	廖義男	台大法律學系教授
25.民法學說與判例研究(三)	王澤鑑	台大法律學系教授
26.刑事訴訟法例題演習	蔡墩銘	台大法律學系教授
27.民事法研究	駱永家	台大法律學系教授
28.中世紀意大利法學與德國的繼受羅馬法	戴東雄	台大法律學系教授
29.工業財產權法專論	曾陳明汝	台大法律學系教授
30.國際私法原理	曾陳明汝	台大法律學系教授
31.繼承法實例研究	戴東雄	台大法律學系教授
32.法學方法與現代民法	黃茂榮	台大法律學系教授
33. Legal Handbook for doing Business in the R.O.C.	徐小波	台大法律學系教授
34.民法學說與判例研究(四)	王澤鑑	台大法律學系教授
35.合資事業之法律研究	徐小波	台大法律學系教授
36.最高法院刑事判決研究	蔡墩銘	台大法律學系教授
37.侵權行為法學之新課題	朱柏松	台大法律學系副教授
38.民商法問題研究(四)	鄭玉波	台大法律學系教授
39.憲法與人權	李鴻禧	台大法律學系教授
40.違憲審查論	李鴻禧	台大法律學系教授
41.著作權論文集	賀德芬	台大法律學系教授
42.我國資本市場發展之法律研究	徐小波	台大法律學系教授
43.資訊法論——電腦與法律問題之探討	劉江彬	台大法律學系教授
45.民事法研究(二)	駱永家	台大法律學系教授
46.海商法論	柯澤東	台大法律學系教授
47.民法學說與判例研究(五)	王澤鑑	台大法律學系教授
48.民商事法論文選輯(一)	劉宗榮	台大法律學系教授

49.海上保險之理論與實務	劉宗榮	台大法律學系教授
50.定型契約論文選輯	劉宗榮	台大法律學系教授
51.當事人與民事程序法(三)	陳榮宗	台大法律學系教授
52.民事程序法之理論與實務	邱聯恭	台大法律學系教授
53.環境法	柯澤東	台大法律學系教授
54.合資事業法律問題之研究(二)	徐小波	台大法律學系教授
55.國際私法	柯澤東	台大法律學系教授
56.民事法研究(三)	駱永家	台大法律學系教授
57.商品製造人侵權行為責任法之比較 研究	朱柏松	台大法律學系副教授
58. Equitable Ocean Boundary Delimitation	傅崑成	台大法律學系副教授
59.民法學說與判例研究(六)	王澤鑑	台大法律學系教授
60.親屬法實例解說	戴東雄	台大法律學系教授
61.法益與刑事立法	陳志龍	台大法律學系教授
62.人性尊嚴與刑法體系入門	陳志龍	台大法律學系教授
63.環境政策與法律(一)	葉俊榮	台大法律學系副教授
65.犯罪與行為理論	陳志龍	台大法律學系教授
66.構成要件論	陳志龍	台大法律學系教授
67.中共對外經濟易法	王泰銓	台大法律學系教授
68.中國社會主義法律研究(一)	王泰銓	台大法律學系教授
69.中國社會主義法律研究(二)	王泰銓	台大法律學系教授
70.歐洲共同體法 (總論)	王泰銓	台大法律學系教授
71.法與國家權力	許宗力	台大法律學系教授
72.司法之現代化與程序法	邱聯恭	台大法律學系教授
73.啓蒙與刑法	陳志龍	台大法律學系教授

- |                     |      |           |
|---------------------|------|-----------|
| 74.民法學說與判例研究(七)     | 王澤鑑  | 台大法律學系教授  |
| 75.美國商標制度之研究兼論其最新變革 | 曾陳明汝 | 台大法律學系教授  |
| 76.環境行政與正當程序        | 葉俊榮  | 台大法律學系副教授 |
| 77.權力分立與憲政發展        | 林子儀  | 台大法律學系副教授 |
| 78.言論自由與新聞自由        | 林子儀  | 台大法律學系副教授 |

# 中月旦法學系列中

## 當代公法理論——翁岳生教授六秩誕辰祝壽論文集

本書為台大法律系翁岳生教授的學生，為祝賀其六十大壽而共同撰寫的論文集，作者包括李震山、焦興鎧、林子儀、劉宗德、蘇永欽、蔡震榮、許宗力、林錫堯、葉俊榮、黃錦堂、陳春山、董保城、周志宏、葛克昌、陳清秀、湯德宗、蔡志方、康炎村、法治斌、朱武獻、王源森、羅昌發等，是一本深具時代意義的公法學專書。

■定價：精裝/900 元 平裝/580 元

許宗力 著

## 法與國家權力

■定價：420 元

葉俊榮 著

## 環境政策與法律

■定價：精裝/400 元 平裝/340 元

林子儀 著

## 權力分立與憲政發展

■定價：精裝/340 元 平裝/260 元

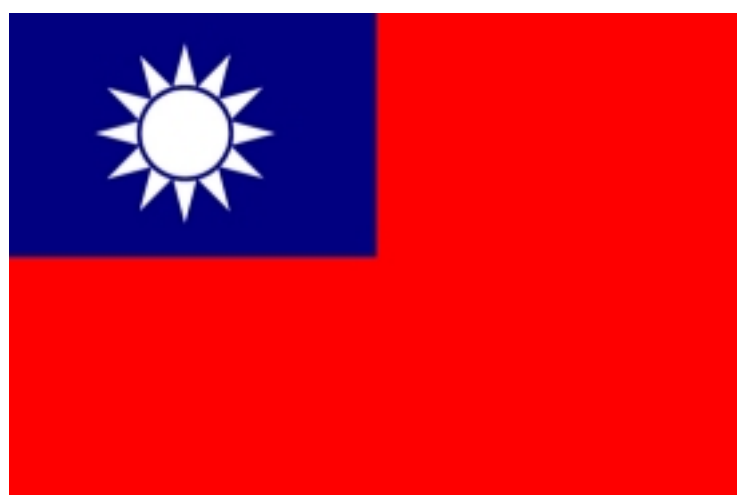
林子儀 著

## 言論自由與新聞自由

■定價：精裝/340 元 平裝/260 元

郵撥一律九折優待

郵撥帳號：15678982 月旦出版社有



更多好書：

<http://myboooks.googlepages.com>