

從憲法上「知的權利」析論對抗假新聞的法制策略

黃銘輝*

壹、前言

貳、「知的權利」(right to know)對假新聞規管法制的可能影響

- 一、知的權利的意涵
- 二、知的權利在我國憲法的基礎
- 三、取向於保障知的權利的假新聞抑制策略

參、「知的權利」作為假新聞管制界限之質疑與澄清

- 一、社群媒體的衝擊？
- 二、資訊戰與國家安全？
- 三、「防衛性民主」修正言論自由？

肆、法制建構的具體方向—「知的權利」的視角

- 一、強化健全資訊供給
- 二、積極肯認記者特權

伍、結語

* 臺北大學法律學系副教授，美國威斯康辛大學麥迪遜校區法學博士 (S.J.D.)。本文係由作者於中華民國憲法學會「假新聞、國家安全與言論自由」學術研討會 (12/21/2019) 所發表之「論憲法上知的權利作為假新聞的管制界限」論文初稿修訂而成，由衷感謝研討會與談人世新大學陳淑芳教授惠賜諸多寶貴意見，同時亦感謝臺北大學法律學系碩士班洪章銘同學、許博凱同學在文獻整理上的協助。

「疏懶麻木的人性，才是自由的大敵！」
（“the greatest menace to freedom is an inert people”）¹

--Louis Brandeis--

壹、前言

若說 2018 年的縣市長選舉，以及後來的 2020 年總統大選，臺灣的政治天空被「假新聞」（“fake news”）²的議題所籠罩著，恐怕並不為過。對於假新聞影響民主政治的憂慮，亦不獨臺灣有之，世界各國亦苦思對策。不管是德國在 2017 年通過的「網際網路執行法」（Network Enforcement Act (Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG))³、法國 2018 年的「反資訊操縱法」（la lutte contre la manipulation de l’information）⁴、乃至於新加坡今年剛通過實施的「網路虛假訊息操縱防制法」（Protections from Online Falsehood and Manipulation Act）⁵，均試圖透過公權力的干預，甚至是以刑罰的手段（新加

¹ Whitney v. California, 274 U.S. 357, 376 (1927) (Brandeis, J., concurring).

² 歐盟針對假新聞議題所成立的獨立「高階專家小組」（high-level group of experts, HLGE），在其 2018 年的工作報告中主張使用 disinformation（假訊息、不實資訊）取代“fake news”（假新聞）一詞，主要理由為：一、所謂“fake news”的內容並非全然都是虛假不實，而是虛構的資訊與事實交相混雜，且實際上其傳布的型態亦未必全然是以「新聞」的形式為之（例如用電腦大量產製假帳號帶風向）。二、“fake news”一詞已經被一些政治人物及其支持者濫用，成為這些極端人士攻擊不同意見的武器。HLGE, “A Multi-dimensional Approach to Disinformation: Report of the Independent High-level Group on Fake News and Disinformation”, at https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=50271 (last visited Dec. 11, 2019). 國內不少論者亦呼應此種說法，但本文作者認為中文使用「假新聞」一詞，方能適當凸顯此一問題的傳播脈絡。參 黃銘輝，假新聞、社群媒體與網路時代的言論自由，月旦法學雜誌第 292 期，頁 7-8（2019.09）。

³ 該法要求社群媒體在 24 小時內刪除「明顯違法」（manifestly unlawful）之內容；若有爭議需調查才能確定的內容，則要移送由業者出資、政府授權的第三方機構在七天內調查完畢，未符法律要求的社群媒體可能會面臨高達 50 萬歐元的罰款。See Ryan Kraski, *Combating Fake News in Social Media: U.S. and German Legal Approaches*, 91 ST. JOHN’S L. REV. 923, 954 (2018); “Germany: Flawed Social Media Law”, at <https://www.hrw.org/news/2018/02/14/germany-flawed-social-media-law> (last visited Apr. 6, 2019).

⁴ 該法課予網路社群平台資訊透明以及配合改善的法律義務外，最特別的，便是賦予候選人、政黨及利害關係人，得在選舉當月之首日前三個月到投票日止的期間，聲請法院停止假新聞之散佈，且法院必須 48 小時內作成裁定。關於法國反資訊操縱法之介紹，參 吳庚、陳淳文，憲法理論與政府體制，頁 214-215（增訂六版，2019）；Jean-Marie Pontier（著）、吳秦雯（譯），假新聞之控制，月旦法學雜誌第 292 期，頁 37-40（2019.09）。

⁵ 該法處罰散佈虛假致危及國家安全與健康、金融之穩定性、破壞選舉與外交關係，激化族群仇恨以及打擊國人對政府信心之資訊。違者將被處高額罰金以及徒刑；透過網路機器人

坡)，抑制假新聞的傳布。國內不少論者對於上述國家的立法作為，持正面肯定的態度，呼籲政府應儘速以這些國家的法制為藍本，積極修法因應⁶。

由於假新聞規管法制的建立，對假新聞的「定義」與「認定」，始終是無可迴避的難題，而此又與憲法上言論自由的保障密切相關。因此作者前曾為文，除反覆琢磨假新聞的定義外，並從言論自由的觀點，分析假新聞的憲法地位，進而主張政府應以非權力性、避免去脈絡化的分散式立法，作為對抗假新聞的基本方針，並據此進而提出若干具體的法制建議。這些建議原則上均環繞在「資訊的問題應透過資訊矯治」此一根本立場，希望盡量透過更多更清晰的資訊供給，引導民眾在「觀念自由市場」(marketplace of ideas)上進行有意義的審議思辨，緩和假新聞所造成的弊害⁷。就此，與前述論者主張的強制性資訊抑制管制模式，顯有差異。本文之作，即在為前文所揭示的立場作進一步的澄清。

以下，本文首先在第「貳」節，透過對我國憲法言論自由條款的目的解釋，應承認人民在憲法上擁有「知的權利」(right to know)，準此，則「知的權利」將成為政府規制假新聞的憲法界限，亦即政府在「打假」之時，必須注意與「知的權利」相調和，從而在「資訊供給」和「資訊抑制」的手段採擇之間，應以前者為優先。再者，考慮到晚近有不少學者，從網際網路的資訊傳播特性、以及因應「資訊戰」等觀點，質疑古典言論自由法制的典範價值，故本文於第「參」節，針對類此之質疑一一回應，以鞏固本文的基本立場。最後，在第「肆」節進一步提出一方面能夠實現人民知的權利，二方面亦能有效因應假新聞的管制策略。本文期待能夠藉由以上的闡述，讓國人體會，對抗假新聞、保護我們所珍視的民主資產的最佳解方，是讓民眾成為受到充分資訊洗禮

(bot) 或提供通訊服務支持散佈假訊息者，也同受處罰；又，政府得發佈「更正指令」(correction direction) 命表意人修改貼文內容，且社群平台亦有配合政府指令之義務。
<https://sso.agc.gov.sg/Acts-Supp/18-2019/Published/20190625?DocDate=20190625> (last visited Dec. 11, 2019)

⁶ 例如：羅世宏，「防制假新聞不能走修國安法路徑，德法兩國經驗值得台灣借鏡」，信傳媒，2019年11月22日。<https://www.cmmedia.com.tw/home/articles/12950> (最後瀏覽：Dec. 11, 2019)。

⁷ 黃銘輝，前揭註2文，頁5-29。

的公民 (informed citizen)，而不是國家權力自以為是的監護⁸。

貳、「知的權利」(right to know) 作為假新聞規管法制的界限

一、知的權利的意涵

一般所稱「知的權利」，係從英文的“right to know”直譯而來。此一概念在美國法上的源起，可追溯自當年費城的制憲會議，後來成為美國聯邦最高法院大法官的制憲代表 James Wilson 在會中主張會議紀錄應該妥善保存，因為「立法機關隱蔽議事紀錄不該成為選項，因為民眾對於他們選任的代表，在會議中的作為有『知的權利』」⁹。然而，儘管此一概念在美國獨立之時便已提出，但迄今聯邦最高法院卻未曾在判決的主旨 (holdings) 中就「知的權利」之內涵及其憲法上地位作出完整且明確的宣示。因此其內涵，主要得仰賴綜合法院的傍論 (dicta) 以及學者的闡釋，方可得齊全貌¹⁰。就此而言，湯德宗大法官前曾對美國法上「知的權利」的實證，提出以下三層次的觀察¹¹：

1. 最低層次：僅禁止政府干涉人民傳遞、溝通有關政府事務的事實或意見。
2. 中間層次：課予政府應人民請求，提供資訊的義務。
3. 最高層次：課予政府主動（不待請求）提供資訊給予人民的義務。

本文以為，作為理解概念的工具，上述三層次的區分，從基本權作為「主觀權利」的面向觀察，敘述上恐有微調的必要。蓋所謂「最低層次」的權利，禁止政府干涉人民公共議題資訊的傳遞，其權利屬性乃屬消極的「自由權／防

⁸ See PAUL LEVINSON, FAKE NEWS IN REAL CONTEXT 27 (2018).

⁹ “The people have a *right to know* what their agents are doing or have done, and it should not be the option of the legislature to conceal their proceeding.” MICHAEL SCHUDSON, THE RISE OF THE RIGHT TO KNOW: POLITICS AND THE CULTURE OF TRANSPARENCY, 1945-1975 5 (2015) (emphasis added).

¹⁰ 參 湯德宗，政府資訊公開請求權入憲之研究，收於湯德宗、廖福特編：「憲法解釋之理論與實務（五）」，頁 266（2007）。又，美國學者的研究更指出，在 1945 年以前，不僅是聯邦最高法院的裁判，就連一般的輿論，亦鮮少提及此一概念。See SCHUDSON *id.* at 6.（指出美聯社的主編 Kent Cooper 在 1945 年的一場演說中提到「人民沒有知的權利，就沒有政治上的自由」(There cannot be political freedom in one country, or in the world, without respect for “the right to know”)，此一演說的內容嗣後為紐約時報 (New York Times) 所報導)。

¹¹ 湯德宗，同上註，頁 267。

禦權」之功能；中間層次固屬積極的「受益權／給付請求權」功能的作用，即便是最高層次，在政府未履行主動提供資訊予人民之義務，而人民欲得知時，仍然要透過積極的給付請求始得以實現。因此所謂的「知的權利」，其內涵，實際上僅需區分為消極的「資訊接收自由」以及積極的「資訊提供請求」即可。

而誠如湯大法官之觀察，迄今美國聯邦最高法院並未正面承認人民在憲法上擁有積極的請求政府提供資訊之權利（即氏所云的「中間層次」與「最高層次」）¹²，至於消極面向的資訊接收，則在部分的判決中，可尋繹出若干肯定的痕跡。

例如 1980 年的 *Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia*¹³ 一案，針對人民是否擁有接近並瞭解法庭審判過程的權利。主筆相對多數意見書（*plurality opinion*）的首席大法官 *Burger*，首先探詢美國法制發展的沿革，確立美國法上有公開法庭審判的傳統，*Burger* 並指出審判公開可促使法庭審理程序公正，防止訴訟當事人與關係人之間有勾結、舞弊等不正行為，避免作成偏私不公之判決等正面功能之後¹⁴。接下來進一步指出，憲法權利章典（*Bill of Rights*）的制訂，目的即在確保法庭公開審理的傳統不至於退卻，因此聯邦憲法第一增補條款（言論自由）必須解讀為保障任何人都有接近旁聽審判的機會，上述目的（法庭公開的傳統）方能實現。從而，言論自由不僅是保障表意，也保障一定的「自由聽聞」之權利（*free speech carries with it some freedom to listen*）或稱為「接受資訊與思想之權利」（*right to receive information and ideas*）¹⁵。為了強化言論自由「放」（說）與「收」（聽）之間的聯繫，*Burger* 大法官並強調，若是人們無法自由聽聞法庭審理的過程、此一自由可以被恣意任意地被剝奪的話，那麼保障人們在審判過程中表意的

¹² 湯德宗，同上註。美國法上，積極面向的知的權利（“the right to access information”，「資訊近用請求權」），主要是在法律位階，透過 1966 年制訂的資訊自由法（*Freedom of Information Act*）實踐。此即國內留美學者在介紹知的權利的概念時，皆不可避免地提及此部劃時代的法案之故。例如：法治斌，知的權利，收於氏著：人權保障與釋憲法制（憲法專論一），頁 277-285（1993）。這樣的著述方式固有介紹完整之利，但讀者若未詳查，亦容易產生對「知的權利」的權利位階認知混淆的問題。

¹³ 448 U.S. 555.

¹⁴ *Id.* at 556.

¹⁵ *Id.* at 575-76.

自由，也將失去意義¹⁶。

Burger 大法官在 Richmond 一案中所揭示的「接收資訊與思想的權利」，其內涵即予前述的消極面向的知的權利相仿，若吾人對本案不做狹隘的解讀（僅限於審判的資訊），而能夠透過解釋將其一般化的話，其無異於承認消極面向的知的權利，可以透過言論自由條款的詮釋，而被納入憲法基本權利的保護領域。

二、知的權利在我國憲法之基礎

國內學者關於「知的權利」的憲法地位，論述頗為豐富，但對於其內涵以及規範基礎，立場卻頗不一致，根據本文所見，大略可分為以下的立場：

1. 否定憲法上有積極面向的知的權利，但承認消極面向的知的權利，其規範基礎為憲法第 11 條的言論自由¹⁷。
2. 肯定憲法上「應該」要承認積極面向的知的權利，但同時主張宜透過修憲明文化，而非僅賴司法解釋導出；至於消極面向的知的權利，則應為憲法第 11 條的言論自由的內涵所包括¹⁸。
3. 肯定積極面向的知的權利為人民憲法上之權利，規範基礎為憲法第 22 條；至於消極面向的知的權利，則可透過憲法第 11 條言論自由導出¹⁹。
4. 不論是積極抑或消極的知的權利，均應受憲法所保障，且係以憲法第 11 條言論自由為規範基礎推導而出²⁰。
5. 不論是積極抑或消極的知的權利，均應受憲法所保障，且規範基礎均應求諸於憲法第 22 條概括基本權之規定²¹。

¹⁶ *Id.* at 576-77.

¹⁷ 參 陳愛娥，政府資訊公開法制的憲法基礎，月旦法學雜誌，第 62 期，頁 26-29（2000 年）。

¹⁸ 參 湯德宗，前揭註 10 文，頁 284-290。

¹⁹ 參 吳庚、陳淳文，前揭註 4 書，頁 212-213、345-346。需說明者，與通說有別，吳庚與陳淳文教授對於憲法第 22 條的定性，並不採「概括基本權」說，而是認為憲法第 22 條所稱「其他自由權利」應僅屬「類似基本權利之非基本權利」，同上註書，頁 87-91。

²⁰ 參 法治斌，迎接行政資訊公開時代的來臨，收於氏著：資訊公開與司法審查，頁 30-31（2003）。

²¹ 參 李震山，論人民要求政府公開資訊之權利與落實，月旦法學雜誌，第 62 期，頁 38（2000 年）；李惠宗，政府資訊公開法上的請求權，月旦裁判時報，創刊號，頁 14（2010 年）。

實則，上述學說立場之爭議，與本文主題相關者，應為消極的知的權利是否為我國憲法上所保障之權利，就此而言，不論採取何種見解，皆為學者肯認²²。差別僅在於——規範基礎究竟應求諸於憲法第 11 條言論自由？抑或憲法第 22 條的概括基本權？

部分學者上之所以反對將「知的權利」（不論積極或消極）納入憲法第 11 條言論自由的保護領域，理由不一，有認為知的權利僅係言論自由的反射利益²³，惟誠如國內學者所言：「表達言論之自由必然蘊含接收言論之自由，唯有如此，才有可能進行對話、溝通意見」；故知的權利實不應只被視為言論（思想）自由的反射，而應被納入言論自由的保障範圍，憲法第 11 條保障人民表現自由的意旨才不至於被淘空。

即便如此，力主憲法第 22 條之學者，對於言論自由派（姑且如此稱之）此一「淘空論」，則提出「若依此見解，人民之請願、訴願、訴訟、選舉、罷免、創制、複決…等基本權利，亦可作為要求政府資訊公開之權利（或知的權利），否則各該權利亦將有被淘空之虞」此一反論²⁴。對此，本文的回應則是：在學者所舉上開情形，某一資訊的存在若對特定基本權條款的實現具有意義（例如訴願或訴訟之需），那麼一旦國家阻止人民接收該資訊，則此時在言論自由之外，其他相關的憲法基本權條款當然可同時作為知的權利的憲法基礎，而與從言論自由導出的知的權利，構成基本權利的實質競合。質言之，言論自由所推導出的「知的權利」，是依附在個人的思想和自我表現而生，其保障的客體涵蓋各類的資訊而

²² 附帶說明，基於憲法上列舉基本權應優先於概括基本權之解釋原則，本文認為，從言論自由的核心價值在於健全民主程序，而民主監督離不開政府資訊的獲取觀之，就積極面向的知的權利而言，仍應以從憲法第 11 條導出為宜。對此，持反對見解者，如陳愛娥教授認為，言論自由應屬防禦權性質的自由權，難以得出具有積極面的資訊請求的內涵，固有見地。然而，即使是基於憲法權力分立原則的顧慮，不願意輕易許諾人民根據基本權條款得以向國家主張原始的給付請求，但在維護人性尊嚴最低限度生存需要的範圍內，在憲法位階將此一給付請求主觀化，仍為憲法釋義學所接受。參 許宗力，基本權的功能與司法審查，收於氏著：憲法與法治國行政，頁 189-191（2007）。職是，在個案中若某一資訊對於特定人的人性尊嚴實現具有本質重要的意義時，不妨承認其可援引憲法言論自由的規定，向國家請求開示資訊。當然，在我國如今已制訂有「政府資訊公開法」的情況下，人民的資訊請求權既可援引法律主張，此一問題似僅剩理論上的興味爾。

²³ 李惠宗，前揭註 21 文，頁 13。

²⁴ 李震山，前揭註 21 文，頁 43。

具有「普遍性」與「一般性」之特質；至於若為行使其他基本權所需之資訊，縱使承認從該特定基本權可導出「知的權利」，其資訊涵蓋的範圍亦屬有限，僅為「特定性」的知的權利。

綜上所述，將知的權利與言論自由相伴相生，在基本權釋義上，並無阻礙，聯合國所頒布的「世界人權宣言」(The Universal Declaration of Human Rights) 第 19 條「人人有權享受主張和發表意見的自由；此項權利包括……尋求、接受和傳遞消息和思想的自由。」亦為一明證²⁵。我國司法院大法官亦數度在解釋中，藉由闡釋憲法第 11 條表現自由的內涵時，宣示「知的權利」的存在。例如釋字第 509 號解釋解釋理由書即中指出：「憲法第十一條規定，人民之言論自由應予保障，鑑於言論自由有實現自我、溝通意見、追求真理、滿足人民知的權利，形成公意，促進各種合理的政治及社會活動之功能，乃維持民主多元社會正常發展不可或缺之機制，國家應給予最大限度之保障。」繼之，在釋字第 689 號解釋（我國釋憲實務上首次明確提及「新聞自由」的釋字）中，大法官以憲法第 11 條作為新聞自由的規範依據，且對其內涵有如下闡釋：「為確保新聞媒體能提供具新聞價值之多元資訊，促進資訊充分流通，滿足人民知的權利，形成公共意見與達成公共監督，以維持民主多元社會正常發展，新聞自由乃不可或缺之機制，應受憲法第十一條所保障。」從而，在我國實證法秩序下，必須將「知的權利」視為憲法位階的權利予以保障，實已無庸置疑。

三、 取向於保障知的權利的假新聞抑制策略

已故的法治斌教授曾引用美國憲法之父 James Madison 的名言：「一個無法提供流通資訊，抑或缺乏資訊獲取管道的民主政府，最後將淪落為一場鬧劇或悲劇的序曲罷了（或是兩者兼具有之）。知識將永遠駕馭無知，而人民若欲成為自己的主宰，就必須擁有知識所賦予的力量來捍衛自己。²⁶」誠哉斯言！倘若政府能確保社會上豐沛多元資訊的流動，將有助於施政與責任政治之確立，蓋

²⁵ 學者指出部分國際法院的裁判甚至將人民近用政府資訊視為一種根本性的人權（fundamental human right）。See David Cuillier, *Government Information and Leaks*, in SOCIAL MEDIA AND THE LAW 145, 147 (Daxton R. Stewart ed., 2d ed. 2017).

²⁶ 法治斌，前揭註 12 文，頁 286。

人民知悉各種公共議題的資訊，即得以促進參與民主意見交流的過程，體現憲法民主國原則「思辨民主」(deliberative democracy)之理想²⁷。

而促進上述民主理念的實現，則是憲法言論自由的核心任務²⁸，美國聯邦最高法院大法官 Louis Brandeis 在 *Whitney* 一案中的傳世箴言：「讓人民得以自由發揮才智，是國家存在的最終目的……。公眾事務的討論可以適當地保護人民免於受到異端邪說之害。讓人民盡情自由的想、盡情自由的表達，是發掘、傳播政治真理不可或缺的管道。疏懶麻木的人民才是自由的大敵，公開討論是一種政治責任，此為美國政府體系運作的基本原則」²⁹，清晰地將思想和言論自由對於民主政治的意義描繪出來³⁰。然而，健全的公眾討論是否須要預設一個不存在錯誤資訊的環境為前提？就此，可從另一位偉大的大法官 Oliver W. Holmes，在 *Abrams v. United States*³¹一案的不同意見中提出的「觀念自由市場」隱喻 (metaphor) 的到解答：「追求至善 (ultimate good) 的較佳之道，就是觀念思想的自由交流——檢驗一項主張是否為真理的最佳方法，就是將其置

²⁷ 參 湯德宗，前揭註 10 文，頁 272-273。

²⁸ 林子儀大法官於經典的「言論自由之理論基礎」一文中，分析言論自由所蘊含的「追求真理」、「健全民主」、「表現自我」等三種基礎價值，氏最終並以「表現自我」作為言論自由的核心價值，參 林子儀，言論自由之理論基礎，收於氏著：言論自由與新聞自由，頁 16-46。唯本文認為，言論自由的本體價值（高度），係值基在其對民主政治的交互影響上，亦即學者所言，在通常情形，「言論自由與公平政治程序的需求乃相互為用」(freedom of speech and the need for fair political process preserve each other)，Annie C. Hundley, *Fake News and the First Amendment: How False Political Speech Kills the Marketplace of Ideas*, 92 TUL. L. REV. 497, 517 (2017).

²⁹ *Whitney*, 274 U.S. at 375-76.

³⁰ Brandeis 大法官在 *Whitney* 案的協同意見書中，留下不少令人動容的名言佳句，讓後世之人從中得到——對言論自由的價值與實踐——深刻的點悟。例如：「恐懼引發壓制、壓制助長憎恨、憎恨將威脅政治的穩定，給人們機會自由抒發所受的委屈、自由討論可行的救濟才是通往安全之路 (that fear breeds repression; that repression breeds hate; that hate menaces stable government; that the path of safety lies in the opportunity to discuss freely supposed grievances and proposed remedies)」、「我們要相信經由開放討論所帶來的理性的力量 (Believing in the power of reason as applied through public discussion)」、「單憑對嚴重惡害的疑懼不足以正當化言論與集會自由的抑制 (Fear of serious injury cannot alone justify suppression of free speech and assembly)」、「對於擁有自由意志之人，通常用來防免其犯罪的嚇阻力，係在於教育以及對違法行為的制裁，而非言論與集會自由之剝奪 (Among freeman, the deterrents ordinarily to be applied to prevent crime are education and punishment for violations of the law, not abridgment of the rights of free speech and assembly)」。

³¹ 250 U.S. 616 (1919).

於言論的市場中與其他主張競爭，看其是否能被接受。」蓋根據此一隱喻的精神，在自由、開放的公共論述場域中，所有的思想——包括虛假的思想——都應該被包含在內，因為限制任何一種言論都有可能在無意間同時也附帶限制了事實真相的傳播。相反地，若政府不干預、放手讓真相和虛假在市場上競爭，真相終將獲得勝利³²。

二十世紀初 Holmes 和 Brandeis 兩位大法官，在個別意見書中對言論自由的闡釋，共同型塑出今日美國言論自由法的樣貌。一方面，Holmes-Brandeis 的意見聯手催生了「明顯而立即危險」(clear and present danger) 這樣重要的審查原則，並促使其朝向更維護人民表現自由的方向演化；另一方面，兩人的意見也為當代美國憲法言論自由的實踐奠定了理論根基——以政治性言論的保障為中心、法院賦予政治異議者近乎無限制的言論自由以及絕大多數民眾對廣泛保障言論自由的普遍認同³³。這種從民主審議的角度正面看待資訊流動的態度，契合美式多元民主的政治文化，也讓憲法言論自由條款可以成為延伸孕育出「知的權利」此一內涵的沃土。

因此，從實現人民知的權利的角度來看，國家對言論市場的規管，應側重於資訊的供應，而非資訊的削減。以網路言論而言，規範管理的重心，應當是鼓勵、引導大型社群平台健全自律機制，以提升平台資訊流通的質量，協助使用者辨別、評價資訊，而不是專注在篩選、認定、排除所謂的「假新聞」之上。蓋若是整個規管體制將重心放在後者，則由於吾人不論如何努力，嘗試賦予「假新聞」一個「盡可能面面俱到」的定義³⁴，在個案涵攝時，什麼樣的資

³² See Hundley, *supra* note 28, at 502. 又，本文承認，縱使有時現實可能是殘酷的——真相未必獲得勝利，但如同美國公法重鎮、哈佛大學 Cass Sunstein 教授所言，不實言論有時會促使人們去探知事實因而加深對事務的理解，且知道別人怎麼想——即使人們想的是錯誤的——本身就具有重要的社會價值。See Cass R. Sunstein, *Falsehood and the First Amendment*, 33 HARV. J.L. & TECH. 387, 402-03 (2020).

³³ See Ashutosh A. Bhagwat, *The Story of Whitney v. California: The Power of Ideas*, in CONSTITUTIONAL STORIES 407, 425-430 (Michael C. Dorf ed., 2004).

³⁴ 於此暫且不論是否真的能夠有這樣一個另各方皆滿意的「面面俱到」的定義。又，作者前曾引用英國衛報編輯 Paul Chadwick 之見解，對假新聞定義如下：「蓄意杜撰虛構、不真實的內容、該內容以紀實的手法呈現，目的是為誤導閱聽者將虛構當成事實，或轉而質疑可驗證的事實。」(Fake news means fictions deliberately fabricated and presented as non-fiction with the intent to mislead recipients into treating fiction as fact or into doubting verifiable fact). Paul Chadwick, *Defining Fake News Will Help Us Expose It*, THE GUARDIAN (2017),

訊可以被認定是「蓄意杜撰」、「真實／不真實」，由於其與客觀真實資訊的差別可能是在「量」而非「質」的上面，個案涵攝時的浮動自是難免。而對表意人來說，一旦渠等對表意內容是否會被課予法律責任，欠缺可預見性的話，那麼極易有言論自禁（self-censorship）的情況產生，以致緊縮了言論自由市場中資訊的供應。

綜上所述，為營造一個適合人民實現「知的權利」的言論環境，政府不宜汲汲於建立一套言論篩選的權力機制。又，縱使類此機制是社群平台出於自身經營上的判斷而建立，也不代表就可以完全令人放心³⁵，蓋只要在平台背後有一隻手在決定何種言論內容可在社群平台上存續流通，結果就是資訊供應的緊縮，如此即與公眾在平台上實現「知的權利」之期待有所背離³⁶。

參、知的權利作為假新聞管制界限的可能質疑與澄清

本文第貳節以「知的權利」作為政府管制假新聞界限之嘗試，係建立在「錯誤的資訊也受憲法保護」、「不好的意見要透過更多更良善的意見治癒」、「民主思辨必須建立在公民受充分告知」等思想前提之上。然而，部分論者以為，上述這些古典言論自由的法理原則³⁷，時至今日，對於數位革命後資訊可大量、快速存取的現代社會來說，已經到了必須改弦更張的時刻，換言之，今

<https://www.theguardian.com/media/commentisfree/2017/may/12/defining-fake-news-will-help-us-expose-it> (last visited: Dec. 15, 2019). 關於其他定義「假新聞」的嘗試之介紹，參 黃銘輝，前揭註 2 文，頁 8-11。

³⁵ 基本上本文認為小型平台為了能夠在市場上存續，有為差異化經營的必要，因此小型平台業者對於平台言論的準繩與判定，應容有較大的空間。惟大型社群平台（例如 Facebook、Youtube）在言論市場的地位已經堪稱是「社會實力者」，即使不被認為是「公共論壇」（public forum），起碼也應該盡可能被鼓勵以類似公共論壇的思維去經營，從而，大型平台將如欲排除特定言論，自當更加謹慎。

³⁶ 社群平台業者並非國家，平台管理非國家行為，理論上當不受憲法基本權利的直接拘束，此即本文使用「期待」兩字（而非規範要求）的緣由。畢竟從言論自由的實踐觀之，大型社群平台採行如何的管理措施，確實會影響到人民接收資訊的量以及對公共議題進行討論的能力。

³⁷ 雖云「古典」，實際上早有學者指出，言論自由作為美國憲法增補條款「權利章典」（Bill of Rights）之首，雖然是 18 世紀末所制定，然而今日支配言論自由實踐的法理，其實都是 20 世紀法院裁判所累積的成果。See DANIEL A. FARBER, THE FIRST AMENDMENT 11 (3d ed. 2010); DAVID A. STRAUSS, THE LIVING CONSTITUTION 53 (2010).

日的言論自由法制，已經不宜固守在 Holmes-Brandeis 所樹立的言論思想哲理之上，而必須尋求新的典範作為解決當代言論問題的依歸。此一說法若成立，則本文「貳一三」之主張，勢將失所附麗，因此以下本文將檢討，Holmes-Brandeis 的理論在今日是否真的已經到不合時宜，必須予以揮棄的地步？

一、社群媒體的衝擊？

今日，社群媒體已經深入民眾的生活，成為人們獲取資訊的主要來源³⁸。而新興的社群媒體與傳統媒體最大的不同，便是利用網際網路作為傳布訊息的載具，如此一來，也因為網際網路的如下特性，使得假新聞的社會問題加遽³⁹：

首先，也是最重要的因素——假新聞多半都是透過匿名或化的方式傳布⁴⁰，而網際網路高度容許用戶使用匿名或杜撰身份（anonymity / pseudo-anonymity），對於計畫利用網際網路刻意散播假新聞的有心人來說，散播假新聞的成本自然降低許多⁴¹。其次，社群媒體功能設計，也是網路假新聞推波助瀾的元兇，例如：「追蹤」功能使得資訊接收的客製性提高，助長了極端的偏見在同溫層的流通⁴²；簡便的按「讚」和「分享」加上一目瞭然的統計數字，使得包含虛假資訊的貼文更容易取信於人⁴³。再者，網路具有資訊快速擴散的特

³⁸ 美國一份 2016 年的統計資料指出，百分之六十二的成年人仰賴社群媒體作為獲取新聞的來源。Brynne Morningstar, *From Credibility Issues to Collusion with Russia: The Dangers Posed by the Spread of "Fake News" and What We Can Do about It*, 22 PUB. INT. L. REP. 82, 84 (2017).

³⁹ 關於網路社群媒體的特性如何影響網路假新聞的散播，較詳細說明，參 黃銘輝，從言論自由初論網路假新聞的管制，收於彭芸、葉志良主編：「匯流、治理、通傳會」論文集，頁 120-122（2018 年 8 月）。

⁴⁰ See Ashley Messenger, *The Epistemic and Moral Dimensions of Fake News and the First Amendment*, 16 FIRST AMEND. L. REV. 328, 336 (2017);

⁴¹ 潛在的法律責任也可算是一種表意行為的成本，而網路的匿名性對表意人來說，最顯而易見的好處就是可以避免因為誹謗或其他法律原因被訴。See Saul Levmore, *The Internet's Anonymity Problem*, in THE OFFENSIVE INTERNET: SPEECH, PRIVACY, AND REPUTATION 56 (Saul Levmore & Martha C. Nussbaum eds., 2010).

⁴² See Patrick D. Soundy, *How Could Anyone Believe That? Balancing Fake News and the First Amendment*, 8 WAKE FOREST J.L. & POL'Y: SUA SPONTE 18, 20-21 (2018).

⁴³ See Edson C. Tandoc Jr., Zheng Wei Lim & Richard Ling, *Defining "Fake News": A Typology of Scholarly Definitions*, DIGITAL JOURNALISM, 3 (2017), at DOI: 10.1080/21670811.2017.1360143. 除此之外，點擊率的高低作為網路廣告商業收益的指標，也催化了人們濫發聳動的假新聞的誘

質，任何具有吸引人的外觀的訊息一旦在網路上發佈，不管是文字或是圖片，都很容易像「病毒」一樣、野火燎原般地迅速擴散，令旁觀者的無限擴增⁴⁴，而社群媒體網站對如此廣泛以及大量的資訊傳輸，卻又難以行迅速且有實效性的監督，在在都使得社群媒體成為散佈假新聞的溫床⁴⁵。

然而，Holmes-Brandeis 聯手建構的「觀念市場」與「公眾思辨」等言論自由的基礎理論，預設的前提是：人們所接收的訊息數量，是可以被理性管理的，因此人們可以透過訊息的吸收加上自身知識的反芻，做出決定⁴⁶。故一旦資訊愈加豐沛，真理更易辨明，民主程序也會因而更健全。然而今日新聞傳播的實態，已經不再是那個仰賴報紙和宣傳小冊作為新聞傳播工具的年代。今日網際網路以及社群媒體的勃興，人們接收的訊息量如此之多、傳遞的速度如此之快，已經超過人們可以有效處理的能力的範圍，公眾漸漸失去從海量資訊中分辨出可靠資訊的能力⁴⁷，也因此，會有論者高喊「言論市場崩潰」而亟思建立言論自由的新典範⁴⁸，自是可以理解。

但，單以網際網路對今日公共領域的資訊溝通過程造成的衝擊為由，就要揮棄經過數十年歷史經驗試煉所得的言論自由法理，是否過於躁進？回顧近代人類文明發展的歷史，在每一個階段都有一段資訊傳播科技的大躍進。從 20 世紀初義大利科學家 Guglielmo Marconi 透過電波將資訊傳遞橫越大西洋開始，開啟了無線電的應用；1920 年代商業廣播開始興起，讓人類資訊傳遞從文字進入聲音的時代，到了 1940 年代，美國家庭收音機的普及率已經高達百分之八十以上；然後 1940 年代中期電視興起，帶來更具魅力的影像視聽傳播，不到十年間，電

因（所謂的「標題殺人法」）。See Lee K. Royster, *Fake News: Potential Solutions to the Online Epidemic*, 96 N.C. L. REV. 270, 279-80 (2017).

⁴⁴ See RYAN GARCIA & THADDEUS HOFFMEISTER, *SOCIAL MEDIA LAW* 12-14 (2017).

⁴⁵ See Soundly, *supra* note 42, at 20; Margot Kaminski, *Real Masks and Real Name Policies: Applying Anti-Mask Case Law to Anonymous Online Speech*, 23 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 815, 829 (2013).

⁴⁶ See Len Niehoff, *Bankrupt Marketplace: First Amendment Theory and the 2016 Presidential Election*, 32-SPR COMM. LAW. 1, 7 (2017).

⁴⁷ *Id.* at 9. 意即學者所言，現代資訊社會下視閱聽大眾「注意力稀缺」（attentional scarcity）的結構性難題，See Tim Wu, *Is the First Amendment Obsolete?* 117 MICH. L. REV. 547, 554-55 (2018).

⁴⁸ Niehoff, *supra* note 46, at 8-9; Hundley, *supra* note 28, at 516.

視的家戶普及率即迅速地攀上百分之八十以上，一躍成為最具影響力的媒體⁴⁹。不可諱言，在這些傳播科技躍進的史程中，每一種傳播方式的崛起，都會對資訊傳布的質量與速度帶來大幅度的增進。然而，對照美國言論自由法的發展史，以針對煽動非法行動的言論管制為例，若從 1919 年 *Schenck v. U.S.*⁵⁰開始到 1969 年的 *Brandenburg v. Ohio* 為止的五十年間⁵¹，恰恰跨越了「文字—聲音—影像」分別作為主流傳播形式的年代，我們並未見到資訊傳播質量和速度隨著科技的增進，導引言論自由法往緊縮人民自由的方向前進。相反地，我們見到的是在公共場域裡，人們憑藉著對觀念溝通、理念傳布的渴求，不斷地挑戰憲政民主對於言論自由應該容許的底線，其間雖然有些起起落落⁵²，但最終淬煉仍出今日我們所見的，這些被廣為歌頌的言論自由保障法則的樣貌，例如眾所周知的「明顯而立即危險」原則，其從概念發想到內涵逐漸縝密完備的發展歷程，不啻是最佳的證明⁵³。這些法理原則為公權力介入言論市場所劃下的紅線，既然就是在資訊傳播增長的年代中形成，為何只因為今日資訊傳播由於網際網路掀起另一波的成長，就得被修正甚至揚棄？

二、資訊戰與國家安全

另一個經常被坊間輿論提起，認為今日的臺灣，應該要找尋新的言論自由法典範的動因，便是來自中國的威脅。

自從 2018 年的地方首長選舉執政的民進黨潰敗之後，「資訊戰」一詞，突

⁴⁹ See generally ROBERT TRAGER, SUSAN D. ROSS & AMY REYNOLDS, *THE LAW OF JOURNALISM AND MASS COMMUNICATION* 398-400 (6th ed. 2018); MELVIN L. DEFLEUR & EVERETTE E. DENNIS (原著)，王筱璇、勤淑瑩（合譯），「大眾傳播概論」(*UNDERSTANDING MASS COMMUNICATION: A LIBERAL ARTS PERSPECTIVE*)，頁 217, 241 (2005)。

⁵⁰ 249 U.S. 47 (1919).

⁵¹ 395 U.S. 444 (1969).

⁵² 在這長期上升的曲線中，1951 年 *Dennis v. United States* (341 U.S. 494) 一案的判決，受到當時美俄冷戰的影響，對共產黨組織顛覆的疑懼令聯邦最高法院擺向國家安全這一方，可說是言論自由的一個低潮期。

⁵³ See STRAUSS, *supra* note 37, at 73; see also Bhagwat, *supra* note 33, at 424. 林子儀大法官亦援引美國憲法重鎮 Gerald Gunter 教授的意見，肯定 *Brandenburg* 一案中宣示的言論自由限制的合憲要件，是言論自由保障的最佳組合。林子儀，言論自由與內亂罪，收於氏著：言論自由與新聞自由，頁 218 (1999)。

然成為臺灣街頭巷尾熱議的話題，有學者認為中國對臺灣的威脅，已經不再囿於以往的軍事武力與外交壓力，而是結合傳媒、網路、基層草根力量的滲透，顛覆臺灣民眾的政治意識，意圖扭曲臺灣的輿論與民主程序的結果。質言之，中國正在對臺灣發動一場「資訊戰」、「混合戰」(hybrid warfare，或稱「超限戰」(unrestricted warfare))⁵⁴，既然兩岸實際上處於交戰狀態，從國家安全的角度，對於言論自由不應以承平時期的法理來看待，似乎也是理所當然之事。

事實上，Holmes-Brandeis 兩位大法官在致力維護言論自由的同時，並未忽視國家安全的需求，兩位大法官都曾在意見書中表示緊急狀態足以成為壓制言論自由的正當化事由⁵⁵，但所謂的緊急事態，仍須在具體的情境下決定，而非一概抽象地判定，如同 Brandeis 大法官所述：「言論只有在引發的弊害十分迫切(imminent)，在吾人沒有機會充分討論之前就可能發生的情況下，才可以被視為具有『明顯而立即的危險』。如果有時間能藉由討論去揭發虛假和謬誤、透過教育去預防危險，那麼應倚賴的補救措施應當是更多的言論，而非強制噤聲！」⁵⁶」

然而，在極度擔憂資訊戰的人士的眼中，這種依靠更多的言論來治療言論弊害的作法，實證上被認為是不可靠的。論者特別喜歡援引俄羅斯對烏克蘭的資訊戰，讓俄羅斯成功在 2014 年兼并克里米亞，並且持續扭曲烏克蘭選舉政治的運作為例，說明中國資訊戰對臺灣的威脅⁵⁷，已經使得我們的民主體制如同烏克蘭一樣，面臨被摧毀的境地，此點可由 2018 年的選舉結果證立。然而，論者逕以烏克蘭作為臺灣的鏡子，是否忽略了「臺灣／中國」與「烏克蘭／俄羅斯」之間，是否具有「可相提並論性」？

⁵⁴ 關於中國對臺灣發動的資訊戰，網路上各種新聞平台以及論壇上的資訊十分豐富，惟目前為止真正形諸書本文字者，似乎仍只有臺北大學犯罪學研究所沈伯洋教授所撰「中國政府如何利用假消息影響台灣選舉？」一文，該文收錄於「失敗者聯盟」與「春山出版編輯部」共同策劃的「亡國感的逆襲」一書，頁 199-231 (2019)。

⁵⁵ *Abrams*, 250 U.S. at 630-31 (Holmes, J., dissenting); *Whitney*, 274 U.S. at 377 (Brandeis, J., concurring).

⁵⁶ *Whitney*, *id.*

⁵⁷ 李俊毅、江雅綺，「從俄羅斯對烏克蘭的『混合威脅』，談台灣國家安全的新考驗」，關鍵評論，2019 年 5 月 27 日。<https://www.thenewslens.com/article/119676> (最後瀏覽：Dec. 16, 2019)。

就此，本文認為，論者去脈絡化地援引烏克蘭類比臺灣的情況，忽略兩國之間的地理、歷史與文化背景的巨大差異，恐有論證效度不足的疑慮。

若深入探究烏克蘭和俄羅斯的歷史糾葛，合理的推論會是：目前烏克蘭國內的地理和族群差異性，才是爆發內戰以及東南部地區脫離烏克蘭獨立的主要原因。基於歷史的因素，克里米亞地區的族群組成和認同，與烏克蘭其他地區有較為顯著的差異⁵⁸，也因此烏克蘭境內各地區和俄羅斯之間有著千絲萬縷牽扯不清的關係⁵⁹。換言之，烏克蘭境內同時存在小俄羅斯和烏克蘭的民族認同⁶⁰，此方為衝突的根源⁶¹。

烏克蘭獨立後，首任總統克拉夫丘克採取多元文化包容政策，尊重境內俄羅斯族的族群認同和語言，俄羅斯族對於政府運作亦高度參與，這種和西方社會類似的公民國族認同亦反映在獨立公投的支持率上⁶²。而第二任總統庫奇馬則採與務實經濟政策，同時和俄羅斯及西歐交好，因此獲得境內俄羅斯族的支

⁵⁸ 依照烏克蘭 2001 年普查的資料，烏克蘭總人口中俄羅斯族佔約 17% 上下，但克里米亞則將近有 60% 的俄羅斯族，而族群差異也反映在 1991 年蘇聯解體後的烏克蘭獨立公投上，東南部的頓內次克、盧甘斯克、卡爾可夫、敖德薩和克里米亞的支持率僅有 80% 上下，低於其他地區超過 90% 的支持率，若再以國家未來走向、領土完整性，以及族裔、語言和國家認同做區分，差異會更為顯著。參 謝國斌，烏克蘭的族群政治，收於：「動亂中的烏克蘭」，50-58（2014）。

⁵⁹ 基輔羅斯在 12 世紀被金帳汗國所滅，直到原屬於基輔羅斯的莫斯科大公國重新取回該地區為止，也正是蒙古的影響，讓東斯拉夫地區的發展核心由基輔轉移至莫斯科。而讓烏克蘭地區納入俄羅斯帝國之下的原因，是來自西方波蘭立陶宛聯邦的侵略，而東烏克蘭的哥薩克領袖為尋求保護便與俄羅斯沙皇在 1654 年簽訂《佩列亞斯拉夫條約》加入俄羅斯帝國。此後以聶伯河為界，東岸受到俄羅斯強烈的影響，西岸則仍以波蘭傳播而來的歐洲文化為主。其後在大北方戰爭中，彼得一世曾經因戰爭取消烏克蘭自治地位，而使烏克蘭首領轉而與瑞典結盟，但最終結果是瑞典戰敗，俄羅斯加強對烏克蘭的高壓統治，並推行全面俄化，壓制烏克蘭文化。而隨著俄羅斯帝國的擴張，更擊敗波蘭將除了加里西亞(當時為奧匈帝國所有)以外的西烏克蘭納入版圖，這也形成了現代烏克蘭的版圖。1917 年十月革命後，帝俄垮台，波蘭佔領西烏，東烏併入蘇聯，並且在 1921 年波蘇戰後的《里加條約》確定此一分配結果。二戰期間烏克蘭民族主義者則與納粹德軍合作對抗蘇聯並在戰後遭鎮壓。參 紀舜傑，烏克蘭的國家認同：民族、民主與地緣政治的作用，收於：「動亂中的烏克蘭」，頁 100-108（2014）。

⁶⁰ 烏克蘭人在民族學上被歸類為斯拉夫人，語言為斯拉夫語系，可區分為南斯拉夫人、西斯拉夫人和東斯拉夫人。烏克蘭、白俄羅斯和俄羅斯同被歸在東斯拉夫人之下。參 謝國斌，前揭註 58 文，頁 59。

⁶¹ 相較之下，臺灣與中國之間的矛盾，主要可說是源於二戰之後國際冷戰情勢的延續，以及之後兩岸各自發展出迥異的政治與經濟體制之爭，與烏克蘭／俄羅斯的脈絡顯有不同。

⁶² 當時甚至有俄羅斯族出身者擔任檢察總長、國防部長等高級官員，謝國斌，同上註，頁 62。

持。然之後三任總統在民族政策上則出現分歧，因而導致 2014 年的橙色革命。

下台的亞努科維奇是東斯拉夫民族主義者（雙重認同），而在其前後兩任的尤申科和波羅申科則偏向烏克蘭民族主義，對內採取烏克蘭化，外交則向歐美傾斜⁶³。尤其是橙色革命後上台的波羅申科，強烈推動烏克蘭本土認同，不但重新將 1933 年大饑荒詮釋為俄羅斯對烏克蘭的種族滅絕，在宗教上則推動烏克蘭東正教會和俄羅斯東正教會分離，而語言上則壓制俄語在教育 and 媒體的使用。雖然尤申科和波羅申科積極推動的本土認同建構，但是烏克蘭社會整體政治、經濟、社會發展上卻是問題重重，政治動盪導致經濟發展不振，加上政府效能不彰、貪汙腐敗橫行，原先潛藏的族群問題因而浮上台面形成社會對立⁶⁴，最終引爆內戰。

由以上所述可知，烏克蘭內戰的爆發和東南部地區獨立，俄羅斯的資訊戰恐怕不是主因，長期以來的族群認同問題才是引信。而此一問題又與現今烏克蘭的疆界是並非自然形成，而是強權人為劃設的結果有關⁶⁵。當國家疆界和族群認同不一致，外加政府效能不彰、貪腐橫行，在民主未鞏固時，政客又想透過民族主義來轉移內政施政不利的焦點，最終自蘇聯解體後長久積累的社會矛盾一次爆發，烏東駐軍的潰散和投降自是可以想見。就此而言，俄羅斯的資訊戰，假使真有效果，恐怕也是借力使力而已。

最後，須附帶說明的是，本文並非要民眾卸下對中國資訊戰的防衛意識，相反地，本文承認資訊戰是現階段臺灣必須正視的問題。但是，資訊戰以及假新聞，是兩個相關但層次不同的問題，兩者之間不應劃上等號，而應採用不同的思維應對。國內精研資訊戰的學者亦承認：資訊戰不等於假新聞，資訊戰的重點在於挑起不同群體之間的矛盾、裂解民眾的意識、製造社會的混亂，為達此一目的，發動攻擊者所散播的消息未必一定為「假」，故假新聞只能算是資訊戰中一個「很末端」的問題⁶⁶。質言之，反擊對岸的資訊戰，需要仰仗國安與情報的思維，找出攻擊者滲透的節點，循線索驥抓出源頭，而不是將矛頭指向

⁶³ 參 謝國斌，同上註，頁 68-69。

⁶⁴ 參 紀舜傑，前揭註 59 文，頁 108-115。

⁶⁵ 此點其實和二戰後自 1960 年代亞非新興的國家所面對的問題比較類似，這也是為何中東和非洲國家的國境線會呈現近乎完美的直線的原因。

⁶⁶ 參 沈伯洋，前揭註 54 文，頁 200-202。

一般民眾，以更緊縮的言論資訊法制相繩，蓋如此一來，整體社會可能會付出犧牲公共議題討論的代價⁶⁷。畢竟就算承認有資訊戰、超限戰，這種並非是透過武力形成立即的物理危害，而是藉由資訊誤導社會造成分歧的戰爭型態，假使裡頭真的存有惡意的假新聞，其所導致的危害，也恰好正是 Brandeis 大法官所言，有可能透過更多言論治癒的情況，因此在規管的思維上，應以先給「更多的言論」一個機會為宜，而不是要求即刻消音⁶⁸。

三、「防衛性民主」修正言論自由？

另一個近年時常被提出來，認為傳統言論自由法理應有所修正的理由，則是源自於德國基本法，所謂的「防衛性民主」（wehrhafte Demokratie, Militant Democracy）理念——「憲法所建構的國家政治與民主秩序並非僅是一種形式的體系規定，而是在內容方面受到一種價值的拘束，這個價值便是自由與民主的基本價值」⁶⁹，基於此一信念，敵視自由民主憲政秩序者，就是憲法的敵人，憲法不能賦予其敵人自由，以免遭致憲法的自我毀滅⁷⁰。我國憲法增修條文第 5 條第 5 項：「政黨之目的或其行為，危害中華民國之存在或自由民主之憲

⁶⁷ 國防部狀告民眾散播錯誤的軍購訊息（凱子軍購），就是一個「可受公評之事」的討論差點被犧牲的例子。<https://www.ettoday.net/news/20191016/1558299.htm>（最後瀏覽：Dec. 18, 2019）。

⁶⁸ 反對者可能會主張，「有些人你跟他說，他就是不聽」，質疑以資訊供給處理此類問題的效度。但本文以為，這種個人被「感實性」（truthiness，意指訊息接收者不在意客觀的真實，自己感覺真實才重要）俘虜的現象，正是今日「後真相」（客觀事實對於型塑公共輿論的影響力，不如訴諸個人的情感與信念）時代的映照。本文以為，假新聞若是因此而更加星火燎原，問題是出在人，出在這個社會，而不是社群媒體，更不是資訊本身。Cf. Morningstar, *supra* note 38, at 84-85 (引用美國公民自由聯盟 (ACLU) 的說法，認為假新聞的病灶在社會，而不是社群媒體)。關於假新聞與「感實性」，See Michael C. Dorf & Sidney G. Tarrow, *Stings and Scams: "Fake News," the First Amendment, and the New Activist Journalism*, 20 U. PA. J. CONST. L. 1, 10 (2017)。關於假新聞與「後真相」，參 黃銘輝，前揭註 39 文，頁 118-120。

⁶⁹ 陳新民，憲法學釋論，頁 795（修正七版，2011）。

⁷⁰ 「防衛性民主」在國內法學界雖然早有不少學術論著，但近年此一概念在輿論的高曝光率，本文以為與網路上「法普」文的廣泛轉載流傳有關。例如：林艾德，插五星旗是言論自由？你知道德國為什麼發展出「防衛性民主」嗎？關鍵評論，2019 年 1 月 4 日，<https://www.thenewslens.com/article/111259>（最後瀏覽：Dec. 11, 2019）。又法學界近期對此一概念全盤且深入的分析，參 林佳和，七十年德國防衛民主與憲法保護——後民主時代新挑戰下的省思與再起，第十屆海峽兩岸公法學論壇論文集，頁 129-164（2019.10）。

政秩序者為違憲。」違憲政黨得由憲法法庭審理解散，此一「政黨違憲審查制度」，即為防衛性民主理念在我國的實證。

部分論者執我國政黨違憲審查制度中所蘊含的防衛性民主理念，進一步將其擴張解釋為憲法上民主國原則的指導原理，因而對言論自由的內涵，有了以下的想像——「防衛性民主給予台灣另一種理解民主與言論自由的途徑，亦即民主國家對於鼓吹獨裁、敵視民主憲法的言論並非只有寬容一途，而更應挺身與之戰鬥。站在憲法設計的觀點，或許在言論自由應採用美式民主或德式防衛民主上，沒有必然的對錯，後者對特定言論的內容審查也並非必然戕害言論自由，對於民主化僅三十年的台灣，德式防衛性民主的或許可以是一種選項。

⁷¹」或是更直白地主張：「民主是言論自由的前提，唯有民主政體的人民才能擁有較完整的言論自由。…我們應該用憲法的民主原則來排除他們[按：指主張統一之人]參與政治的權利，而不是一味地強調…所有意見都享有言論自由。⁷²」

固然，「防衛性民主」的存在，本身就是對於憲法上言論自由、結社自由以及參政權等基本權的挑戰。眾所公認，二次大戰後德國基本法將「勿與自由之敵人以自由」、「以不容忍對抗不容忍」的「防衛性民主」理念實證化，是源於納粹踐踏威瑪憲法的慘痛歷史教訓⁷³。德國基本法對於防衛性民主的實踐，是一種對憲法全盤的預防性保護，其具體建制除了基本法第 21 條第 2 項違憲政黨的禁止外，亦包含基本法第 33 條第 4 項公務員對國家負有「特別忠誠」之義務⁷⁴、第 18 條基本權剝奪（濫用基本權攻擊自由民主基本秩序者）、第 5 條第 3 項（講學自由須受憲法忠誠拘束）、第 61 條和第 98 條第 2 項（分別對違反基本法原則與合憲秩序的總統和法官的彈劾）等⁷⁵。因此本文認為，本於德國特殊的歷史背景加上憲法規範的設計，將「防衛性民主」解為貫通德國憲法民主原則的指導原理，因而對其他基本權的實踐在交互影響後發生限權性的效果⁷⁶，

⁷¹ 張雁翔，言論自由與防衛性民主，關鍵評論，2019 年 8 月 19 日。

<https://www.thenewslens.com/article/123388>（最後瀏覽：Dec. 15, 2019）。

⁷² 林艾德，前揭註 70 文。

⁷³ 陳新民，前揭註 69 書，頁 796；法治斌、董保城，憲法新論，頁 41（六版，2014）；DAVID P. CURRIE, THE CONSTITUTION OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY 214-15 (1994).

⁷⁴ 陳新民，前揭註 69 書，頁 797。

⁷⁵ 林佳和，前揭註 70 文，頁 139。

⁷⁶ 需說明者，此處的「限權性效果」，指的是利用「防衛性民主」理論緊縮言論自由中「意

自是可以接受的結論⁷⁷。但問題是在臺灣，我們是否具有相似的歷史背景？

事實上，我國憲法除了在 1992 年修憲時，增訂政黨違憲審查的條款以外，在憲法規範上，並無其他可尋訪出「防衛性民主」理念的相關條文。甚且，當初修憲引進此一制度的歷史背景，出於對付民進黨（在 1991 年通過）台獨黨綱的政治考量，可能遠大於所謂的民主自我防衛⁷⁸。在這樣的情況之下，防衛性民主在我國憲法上的意義，應該要做有限性的理解，即須恪遵憲法增修條文第 5 條第 5 項的文義，只用於判定政黨行為違憲之上，而不宜滲透到其他的領域，特別是將其用以作為限制一般人民言論自由與結社自由的事由。正如許宗力大法官在——宣告舊人民團體法禁止人民團體主張共產主義、分裂國土之條文違憲的——釋字第 644 號解釋協同意見書中的闡述：

由於我國憲法增修條文只對政黨採取防衛性民主之管制，根據「明示其一，排除其他」之法律適用原則，可知修憲者對政黨以外人民團體之管制係明顯不採防衛性民主理論；且本院釋字第 445 號解釋對人民以集會遊行方式所表達之政治言論也不採德國防衛性民主理論作預防性管制，而是對言論作最大之保障，只於言論對社會秩序、公共利益造成明顯而立即之危險時，始加以取締。（底線為作者所加）

事實上，國內法學者以往在介紹防衛性民主的概念時，亦多朝向緊縮的方向解釋，例如：考慮到政黨違憲審查制度與憲法表現自由與參政權的保障間的緊張關係，因而援引德國聯邦憲法法院的見解，認為政黨單純的言論主張，尚不足以成為解散政黨的事由，必須政黨的行為已經對現存的自由民主基本秩序做出「主動性」、「攻擊性」、「侵犯性」的行為，才構成被宣告違憲並予以解散

見」表達的空間，乍看之下與本文討論的「假新聞」是屬於「事實」層面的問題不同。然本文此處之所以提及防衛性民主理論，主要是為了辨證本文的主軸——古典的言論自由理論（言論之惡要用更多言論治癒）即使在今日，其地位仍不可撼動，以利本文後續「從知的權利視角思索對抗假新聞的法制策略」之開展。

⁷⁷ 本文贊同學者所言，在德國基本法的規範架構下，「信任自由議論之力量足以有效對抗有害思想」的自由主義論調，與基本法之間存在根本性的價值衝突，故在德國，「頌揚納粹言論之惡，只能透過管制，而不能以更多言論來治癒」的說法，並無違和感。參 蘇慧婕，第三帝國陰影下的言論自由保障：論德國聯邦憲法法院在政治及又言論案件中的立場演變，臺大法學論叢第 45 卷 2 期，頁 442-444（2016）。

⁷⁸ 陳新民，前揭註 69 書，頁 794；法治斌、董保城，前揭註 73 書，頁 41。作者記憶所及，不少自由派的學者，當時是將此一條文評價為卑劣的政治權謀產物，對之視若寇讎。

的事由⁷⁹。再者，我國憲法增修條文不同於德國，係以「政黨行為」而非「支持者之行為」作為要件，因此解釋上政黨不須為單一黨員的言行負責⁸⁰。最後，甚有將此一規定解為出於政黨保護之目的，蓋其將判定政黨違憲予以解散的權力賦予憲法法庭，而不像其他人民團體得透過法律的禁止規定交由行政機關判定⁸¹。

上述的解釋取向，一言以蔽之，就是將言論、結社自由解為防衛性民主的界限，但豈料上述憲法學界一致的共識，在今日輿論的風向下，卻無端變成「防衛性民主解為言論、結社自由的界限」⁸²，實令人不勝歎噓。作者可以理解許多民眾對於中國對臺灣步步進逼的焦慮感，其來有自，但本文認為，我們不須對言論自由充分保障下，以理性的公共言說撥亂反正的可能性失去信心。相對地，將防衛性民主擴張解釋至此，付出的不僅是犧牲言論自由、緊縮公共論辯空間的代價；對同一個憲法條文做「昨非今是」的解讀，更違逆了憲法良心！

人類法治文明的發展經驗，早已告訴我們，為了打擊潛在的敵人，放棄珍貴的自由，並不是一個良好的應對之道。今日這些「大防衛性民主」的倡議者，其言行主張，與美國在 1950、1960 年間出於對共產主義滲透顛覆的疑懼，制訂緊縮人民表意自由的法律，並大規模逮捕處罰共黨或是親共黨人士，被認為是美國人權倒退的「麥卡錫時代」(McCarthy era)，相距其實不遠⁸³。麥卡錫主義的代表人物，在 1964 年代表共和黨出馬角逐總統的參議員高華德 (Barry Goldwater) 所宣稱的：「為捍衛自由，極端主義不是罪惡；為追求正義，溫和

⁷⁹ 參 法治斌、董保城，前揭註 73 書，頁 41；陳慈陽，憲法學，頁 276 (二版，2005)。

⁸⁰ 參 陳新民，前揭註 69 書，頁 799。

⁸¹ 參 蔡宗珍，憲法、國家與政黨—從德國經驗探討政黨法制化之理論與實踐，收於李鴻禧等合著：「台灣憲法之縱剖橫切」，頁 482 (2002)。

⁸² 前引「法普」文之作者，以理所當然的姿態斷言在防衛性民主之下，我國人民沒有主張統一的自由，林艾德，前揭註 70 文。顯然完全無視釋字第 644 號解釋對「共產主義、分裂國土」言論之寬容。

⁸³ 不僅是立法與行政部門，麥卡錫時代的聯邦最高法院同樣也淪陷。讓許多評論家難以接受的 *Dennis v. United States* 一案 (誇大單純言詞主張的嚴重性，過份袒護政府權力)，就是在這個時期作成。See STRAUSS, *supra* note 37, at 70-71. 諷刺的是，有學者認為美國聯邦最高法院在 *Dennis* 一案中的措辭，與德國聯邦憲法法院 1956 年適用防衛性民主解散德國共產黨 (KPD) 的裁判用語，頗為相近。See CURRIE, *supra* note 73, at 220.

節制不是美德」(Extremism in the defense of liberty is no vice... and moderation in the pursuit of justice is no virtue.)⁸⁴，與今日臺灣社會的氛圍相對照，濃濃的既視感竟油然而生。

肆、 具體法制建議——「知的權利」的視角

透過以上的辯證，本文認為，Holmes-Brandise 的言論自由理念模型，在今日並無急切修正之必要。是以，在法政策上，從資訊的供給端下手，讓人民憲法上知的權利獲得更澈底的實踐，應為處理假新聞的「優先」(原則)途徑；封鎖、排除資訊的模式，則是次順位(例外)的選擇⁸⁵。畢竟任何資訊封鎖、排除的機制，都會面臨定義與認定(涵攝)的難題，不明確的規範與難以預測的執行，或多或少都會產生一定的「言論自禁」後果。特別是一旦將此一判定權力交付公部門行使時，更與憲法言論自由是建立在對公權力不信任的預設⁸⁶，有所衝突。本文持對於假新聞抱持如此審慎態度，不是無視今日傳媒環境的變化，怠於思索因應之道的推卸之詞，而是想藉由這樣的審慎，為——可能呈現多種風貌的——具體的法制設計，劃下不宜逾越的紅線⁸⁷，調和人們對自由的渴望，以及對安全的需求。

至於如何從資訊供給端下手，幫助人民成為對公共事務有充分良好認知的公民？本文在此簡單提出幾點建議⁸⁸：

⁸⁴ “On the saying that Extremism in the defense of liberty is now vice,”

<https://www.niskanencenter.org/on-the-saying-that-extremism-in-defense-of-liberty-is-no-vice/> (last visited: Dec. 18, 2019).

⁸⁵ 本文雖從知的權利強調資訊的供給，但仍不排除必要時以封鎖、禁制、排除的方式對付假新聞，例如臉書的禁止「投票抑制」(vote suppression)政策，禁用「深偽」(deepfakes)技術製造傳播影像、移除假帳號、機器人帳號等作為，均為可行。

⁸⁶ 此一預設也是為何對於涉及言論議題(subject matter)或觀點(viewpoint)的規制措施，法院往往劍及履及地祭出嚴格審查(strict scrutiny)將其宣告違憲的原因。See Kraski, *supra* note 3, at 930.

⁸⁷ 所謂的審慎，也只不過遵循 Holmes 大法官的提醒，對想要限制人們發表我們所不喜的意見的念頭，永遠保持警戒而已。Abrams, 250 U.S. at 630 (Holmes, J., dissenting). 相較於此，主張建立新典範的倡議者，其放心地容許政府管制更多言論的信心，究係從何而來？

⁸⁸ 本文以下僅從資訊供給的角度提出建議，至於對抗假新聞更廣泛的總體戰略，則可參考學者所言：假新聞之於社會之害，正如同病毒對人體的威脅一般，因此總體來說，對付假新聞之

一、強化健全資訊供給

(一) 完善事實查核機制 (facts-checking)

儘管假新聞自古皆有，但今日之所以給人肆虐更加嚴重之感，如前所述，是因為資訊爆炸已經超越人們可以理性管理的程度。因此，在不緊縮資訊供給的情況下，欲解決假新聞的問題，作者以往極力倡議必須致力在言論市場上提供「本質上具公信力」的資訊，降低人們資訊求證的成本，讓「求真」成為一件可以企及的事，人們才不會自暴自棄流於「疏懶麻木」。為達此一目的，健全「事實查核機制」，透過媒體、獨立機構等非政府組織，配合網路技術（演算法、數據資料）搜索公開資訊與訪查可靠消息來源，審視網路言論，便成為當前刻不容緩之事⁸⁹。

但有學者對於事實查核的作用，抱持較為消極的看法，認為事實查核有可能反而助长假新聞的熱度⁹⁰，本文承認從境外敵對勢力發動資訊戰的角度，這樣的觀察並非無據。然而實際上，假新聞若是在資訊戰的脈絡下而生，那麼不管是不是有事實查核，資訊攻擊的一方始終會想辦法維持假新聞的熱度，事實查核機制就算有所助長，也是非戰之罪。然而，事實查核機制的健全運作，對於基於商業利益或是國內黨派惡性競爭下所生的假新聞，可以產生一定的遏抑的效果，要屬不可否認⁹¹。

(二) 外國政治宣傳與廣告資金來源透明化

藉由廣告主身份與金流的揭露，某種程度上可抵銷網路匿名性的特質對假新聞推波助瀾的效果⁹²，故晚近包括 Facebook、Google 等大型社群平台致力於此等提升營運透明性的機制，以排除境外勢力對國內政治過程的干預，實其來有自。

道，可從生理學的角度聯想——不要散播病毒＝政府與專業機構不說謊、要說實話；勤洗手不讓病原有接觸機會＝時常檢驗貼文與帳號；施予抗生素＝積極引介真實資訊澄清不實訊息；強化免疫系統＝透過教育培養民眾媒體識讀能力。See LEVINSON, *supra* note 8, at 31.

⁸⁹ 關於事實查核的重要性以及如何健全其運作，參 黃銘輝，前揭註 2 文，頁 19-22。

⁹⁰ 沈伯洋，前揭註 54 文，頁 207-208。

⁹¹ 商業利益的追求、境外勢力的干預和本國黨派的競爭，乃製造與散播假新聞的三大動因。Soundy, *supra* note 42, at 20.

⁹² See Soundy, *supra* note 42, at 28-32.

吾人應給予這些願意投入資源建立制度、負責任的平台業者肯定和鼓勵才是⁹³。

（三）落實公平原則（Fairness Doctrine）

學說上有主張復興以往廣電法上的「公平原則」，藉此提升大眾傳媒新聞報導的質量，作為對抗假新聞的手段⁹⁴。

「公平原則」的正式誕生，是由美國聯邦通訊傳播委員會在 1959 年，根據通訊傳播法（Communications Act）的授權，以命令自行創設的傳播法原則⁹⁵，該原則的核心內涵，包含兩個層面。第一層面課予廣電媒體對於重要公共事務中具有爭議性的問題必須予以適當的報導；第二層面繼之要求廣電媒體對該重要爭議的不同觀點，負有平衡報導之義務。

由於上述原則的內容略嫌抽象，為了具體落實此一原則，FCC 在 1967 年公布了兩個執行公平原則的具體規則。一為「人身攻擊規則」（Personal Attack Rule），根據該規則，廣電媒體在報導重要公共事務中有爭議性的議題時，對於特定人或團體之誠信、品格、正直等事項予以攻擊時，必須通知被攻擊的人或團體，並提供該被攻擊之人辯駁的機會。其二為「政治評論規則」（Political Editorial Rule），該規則要求當廣電媒體以評論的方式支持某一公職候選人時，應通知其他候選人，並提供其合理的答辯機會⁹⁶。儘管新聞界強力質疑 FCC 的管制規則侵犯了媒體受憲法保障的言論自由，此一主張，卻未獲得聯邦最高法院的青睞，在 1969 年 *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC.*⁹⁷一案中，聯邦最高法院肯定的公平原則以及相關規則的合憲性⁹⁸。

⁹³ 以 Facebook 為例，其社群守則規定，欲在臺灣刊登「社會議題、選舉或政治相關廣告」的廣告主，必須完成授權程序，在廣告中附上「出資者」免責聲明，並將廣告收錄在廣告檔案庫。<https://www.facebook.com/business/help/208949576550051?id=288762101909005>

⁹⁴ See Soundy, *supra* note 42, at 25-27. 關於美國法上公平原則的介紹，參 黃銘輝，論通訊傳播行政上「結構管制」與「行為管制」手段選擇——從復興傳播法上的「公平原則」（Fairness Doctrine）談起，第二屆兩岸通訊傳播法研討會會議論文，頁 18-24（2013.10）。

⁹⁵ 47 U.S.C. § 315(a).（媒體的運作必須合乎公共利益，並且對於社會上具有重要性的爭議，必須要提供不同的觀點進行討論的合理機會。）

⁹⁶ 47 C.F.R. §§ 73.123 (a) (c) (1967). 關於早年 FCC 執行公平原則的情況，see STEVEN J. SIMMONS, THE FAIRNESS DOCTRINE AND THE MEDIA 10-13 (1978).

⁹⁷ *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC.*, 395 U.S. 367 (1969).

⁹⁸ *Id.* at 393. 惟八零年代的 FCC，隨著「管制鬆綁」（deregulation）的浪潮起舞，在 1985 年公布的年度報告中，以公平原則已經無助於資訊的豐富多樣，甚且還會造成寒蟬效應（chilling

至於公平原則在我國，由於衛星廣播電視法第 27 條第 2 項規定「製播新聞及評論，應注意事實查證及公平原則。」已確立為新聞頻道業者應負的法定義務，惟該項前段的「事實查證」有相應的制裁規定⁹⁹，後段的「公平原則」卻無，導致本項規定不具備實質的規範力，是可以考慮改進之處。

附帶說明，公平原則原則上僅適用在廣播電視等電子媒體，如欲進一步延伸到網路媒體，則必須有法律明文課予社群網站強制互連的義務，然而，以網際網路開放、低門檻的特性，此一建議現實上恐不具實踐可能性¹⁰⁰。準此，則廣電媒體與網際網路之間，似乎就會呈現一種不對稱的競爭態勢¹⁰¹。對此，本文的初步看法是：對廣電業者加諸較嚴格的行為義務，有其媒體特性的考慮，廣電媒體承擔較重的公平報導義務，其實亦有助於提升其公信力¹⁰²，進而與網路媒體進行差異化的競爭，長期來看，未必不利於廣電媒體的存續發展。

二、積極肯認記者特權

最後，為了鼓勵媒體勇於對社會爭議進行深度的報導，提供事實資訊為視聽大眾澄清不實資訊，那麼制度上應該讓媒體從業人員擁有更高的法律保障，使其得以在新聞採訪時無所瞻顧，大膽挖掘真相，實踐新聞採訪的「行動主義」

effect) 為由，宣布 FCC 放棄執行公平原則。

⁹⁹ 衛星廣播電視法第 27 條第 3 項第 4 款、第 53 條參照。附帶說明，學者有認為衛廣法此一事實查證義務的規定，將媒體的倫理義務提升為法律義務，與釋字第 509 號解釋所樹立的「真實惡意」原則，恐不盡相符。參「收視率和『政治立場』破壞台灣電視新聞台公信力，NCC 該不該管？」端傳媒，2019 年 6 月 26 日，劉定基教授之訪談內容。

<https://theinitium.com/article/20190626-taiwan-ratings-and-political-affiliation-hurt-tv-station/>

¹⁰⁰ 知名的網路法學者，美國哥倫比亞大學 Tim Wu 教授即主張，面對網路言論環境的惡化（閱聽大眾注意力稀缺、少數社群媒體巨擘宰制言論市場、對民主過程造成普遍的負面影響等），只要設下合理的限制（with reasonable limitation），國會制訂類似公平原則的合理規範以追求健全的網路言論市場有其正當性，但氏亦承認此類立法在執行上會有人為操弄的風險，故不應該是法政策上優先的選項。See Wu, *supra* note 47, at 578.

¹⁰¹ 參 黃銘輝，論無線廣電媒體管制之正當性基礎——以「頻譜資源稀有性」理論為中心——，臺北大學法學論叢，第 107 期，頁 51-54（2018.09）。

¹⁰² 有學者認為主流媒體公信力的日益減退，是造成近年假新聞更加猖獗的因與果。See Ashley Smith-Roberts, *Facebook, Fake News, and the First Amendment*, 95 DENV. L. REV. ONLINE 118, 120 (2018).

(activist journalism)，如是亦有助於緩和假新聞的問題¹⁰³。

關於記者在憲法上是否享有一定的採訪特權？一般認為，若承認新聞自由的保障，在憲法上具有獨立於言論自由之外的特殊意義（例如所謂的「第四權」理論），應可據此肯定記者在行使新聞自由時，得享有某種特權(journalist privilege)¹⁰⁴，尤其是積極的「外求性權利」(offensive right)——賦予新聞媒體與記者特殊的、接近取得政府資訊的權利，以及不透露新聞來源的權利。惟此一主張使終究只是停留在學理的層面，實務上，就一般政府資訊的近用取得，美國聯邦最高法院的基本態度向來是：憲法第一增補條款並未給予新聞媒體一個大過於一般民眾的權利¹⁰⁵。至於我國，則更因為新聞自由在我國憲法缺乏獨立的文本¹⁰⁶，解釋上更難從憲法層次導出記者擁有憲法位階的採訪特權的，欲賦予記者採訪時較大的保障，透過立法的途徑建構，可能還是一條相對穩健妥適的路徑。

伍、 結語

走筆至此，在兼顧人民知的權利的前提下，假新聞的規管大方向以及具體策略均已詳述，以下僅節錄作者先前針對 Facebook 與 Google 對政治廣告不同的管理策略（參附錄），所撰之評論投書¹⁰⁷，為本文劃下句點。

繼 Facebook（臉書）先前表示將臺灣的社會議題、選舉或政治相關廣告納入其廣告刊登政策後；Google（谷歌）旋即宣布，考量臺灣社會的媒體識讀和數位素養尚有待提升，在明年總統大選前，所有廣告平台暫停接受臺灣候選人

¹⁰³ Dorf & Tarrow, *supra* note 68, at 24-30.

¹⁰⁴ 儘管本文從眾將 privilege 按英文字義翻為「特權」，但其法學上的意涵應該仍然只是「權利」。「記者特權」的概念，是源於「新聞自由是為了保障新聞媒體能發揮其在民主社會中的『重要制度功能』而存在」，為了這些制度功能能夠確實發揮，新聞自由理當賦予新聞媒體一些特別的保障，使新聞自由在權利的內容上與一般人民擁有的言論自由有所不同。

¹⁰⁵ Houchins v. KQED, Inc., 438 U.S. 1, 15-16 (1978).

¹⁰⁶ 釋字第 689 號解釋雖明文承認新聞自由為我國憲法上的基本權利，然其係透過憲法第 11 條言論自由的論理解釋而來。關於該號解釋對我國新聞自由實踐的意義，參 劉定基，從美國法的觀點評司法院大法官釋字第六八九號解釋－以新聞自由、言論自由、隱私權的保障與衝突為中心，興大法學，第 11 期，頁 201 以下（2012）。

¹⁰⁷ 黃銘輝，禁政治廣告？資訊問題讓資訊解決，蘋果日報，2019 年 11 月 14 日，<https://tw.appledaily.com/highlight/20191114/5TG772UANZWTLIEKJXQ734GTHY/>（最後瀏覽：Dec. 18, 2019）。

的競選廣告。面對臺灣即將到來的總統大選，兩大網路巨擘在政治廣告的處理上，南轅北轍的態度，恰恰是日前臉書和推特（Twitter）在美國上演戲碼的延續——臉書容許刊登且原則不查核內容；推特則乾脆關起政治廣告的大門。

臉書和推特對於政治廣告採取截然不同的策略，在美國業已引發激烈的論辯：作為今日社會主要的訊息傳遞平台，在這真假消息滿天飛的年代，社群媒體在民主競爭的場域中，應不應該（或如何）擔負起資訊守門人的角色？初步觀之，推特禁絕政治性廣告的作法，似乎贏得較多的讚譽，認為這樣的作法，才是負責的社群平台應有的作為。

輿論對臉書最具代表性的質疑，可舉民主黨籍眾議員奧卡西歐寇蒂斯（Alexandria Ocasio-Cortez）在國會聽證會上，對臉書執行長祖克伯（Mark Zuckerberg）犀利的提問為例：「我可否透過臉書投放一個針對黑人選民的廣告，告知他們錯誤的投票日？」祖克伯先是略顯猶疑，旋即以此類廣告抵觸臉書的「不得『抑制投票』（vote suppression）政策」為由，給予否定的答案；然而當奧卡西歐寇蒂斯指出這樣的做法與臉書宣示「不查核政治廣告」的原則矛盾，並另以「我可否在共和黨初選時投放廣告聲稱某位候選人支持『綠色新政（Green New-Deal）』」（按：「綠色新政」是民主黨新生代議員近年力推的政策，故此等虛構的廣告內容自然會對該共和黨候選人的黨內初選支持率帶來負面影響）質問祖克伯，對此問題，祖克伯並未正面回應，只是強調臉書有一些一般性的社群守則用以規範此類問題。

祖克伯對上述問題的左支右絀，給了批評臉書者一個很好的支點：不審查政治廣告的作法是不好的（第一個問題）；以及臉書的社群守則缺乏清晰易懂的執行標準（第二個問題）。不過弔詭之處卻也在此：論者批判臉書查核政治廣告的消極態度，問題是，臉書該如何地「積極」法，每個批判者心理可能都有一套自己理想的標準在，究竟哪一套標準可行？這是臉書一旦從「原則不查核例外才查核」轉變成「原則查核」，必須面對的艱鉅考驗。

詳言之，在「原則查核」的政策之下，臉書有義務針對每個查核的個案是否構成有害的「假新聞」，一一提出實質的判斷理由。然而，正由於所謂「假新聞」的內涵本來就具有高度的不確定性，個案判斷的浮動和不穩定是可預期的，如此一來更增添社群媒體執法「不一致」的風險。相較之下，若採「原則不查核例外才查核」的作法，臉書可以透過「例外解釋從嚴」的法理，將可移

除（take-down）或是標記（flag）的假新聞限縮在「明顯越過不容許的紅線」者（如同上述「錯誤投票日」例子），反而較不容易產生不一致的困擾。

上述實質判斷的困境，在全面封殺政治性廣告的推特和谷歌，其實一樣會發生，只是此時的難題，轉移到「政治性」和「非政治性」廣告的分野而已。所以即便美國輿論給予推特較多好評，但與臉書的作法相比，其政策實踐上未必具有更佳的可行性。

更有趣、也更關鍵的對比是：面對當今社群平台上流竄的假新聞，臉書和推特／谷歌的因應策略，恰恰處在光譜的兩端——「增加」或是「抑制」資訊的供給。眼下對假新聞的疑懼，結合敵對國家資訊戰的心理威脅，兩者加乘效應下，抑制資訊這一方似乎較容易取得普羅大眾的支持…。

實則，祖克伯在聽證會上，已經把臉書政策背後蘊含的理性說的很透徹了：「說謊是一件壞事，但這不意味著社群平台不讓選民看到政治人物說謊是對的。」這也是為何臉書把更多心力投注在廣告資訊透明度的提升上，希望藉由廣告主授權與身份揭露的機制，加上原則以標記而非移除，作為（在例外情況）對付不實政治廣告的手段——誰膽敢在社群平台上扯謊，那就讓選民看清楚是誰說謊！

每天在社群平台上傳遞的資訊，數以千萬計，資訊抑制的模式，將社群平台預設成一個必須是潔淨無暇的環境，結果就是讓社群媒體成為推著石頭的薛西佛斯，永遠到不了山頂。因為就算動員再多的審查人力、投入再多的 AI 輔助，要社群媒體封鎖或是移除特定的假訊息，就像是遊樂場打地鼠遊戲一樣，打了一隻，但冒出頭的更多隻！

相對地，資訊供給模式，其實是讓民眾放棄對社群平台不切實際的想像，讓使用者知道，社群平台上必然充斥著動機有好有壞、真真假假的資訊，作為當代的數位公民，要不被資訊唬弄，主要要倚仗自己的識讀能力，而非社群平台的監護。社群平台要做的，是提供更多的資訊，讓民眾的資訊識讀能力可以隨著益發豐富的數位足跡而成長。在這過程中，或許會被欺騙、被操弄，但這正是「成長的代價」。

真實人生如此，虛擬世界亦如是。

附錄：Facebook 與 Google 對政治性廣告的管理方式比較

* 管制手段

	FACEBOOK	GOOGLE
進行身分驗證	O	O
要求出資者的聲明	免責聲明	揭露聲明
特定選舉期間禁止投放廣告的規定	X	O (2019/11/15-2020/1/17)

* 「政治性廣告」之定義

	FACEBOOK	GOOGLE
名稱	社會議題、選舉與政治相關的廣告	政治性廣告
規範的行為態樣	1.內容涉及特定人（不論是本人或是支持者所刊登） 2.選舉（含公民投票）相關事務（如動員投票、競選活動宣傳） 3.地區相關社會議題 4. 受政治廣告法規規範	內容涉及特定人

		的內容	
特 定 人 範 圍	政黨	O	O
	現任： 總統副總統、立 法委員	O	O
	候選人： 政黨、總統副總 統、立法委員	O	O
	前任公職候選人	O	X
	其他政治人物	O	X