

國立臺灣大學法律學院法律學系



博士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Doctoral Dissertation

不表意自由之研究：從理論到實踐

Freedom from Compelled Speech:

From Theory to Practice

吳佳樺

Chia-hua Wu

指導教授：黃昭元 博士

Advisor: Jau-Yuan Hwang, S.J.D.

中華民國 111 年 2 月

Feb. 2022

國立臺灣大學博士學位論文
口試委員會審定書

不表意自由之研究：從理論到實踐

Freedom from Compelled Speech:

From Theory to Practice

本論文係吳佳樺君（學號：D99A21002）在國立臺灣大學法律學系完成之博士學位論文，於民國 110 年 12 月 15 日承下列考試委員審查通過及口試及格，特此證明

指導教授：黃昭元

口試委員：林子儀

劉定基

薛慧迪


林超毅

謝辭

進入臺大法研所公法組學術殿堂，是我人生始料未及的事，考上眾人稱羨的國家考試，準備朝一般人理想中的康莊大道前進，直到公費留考口試委員問受訓的我如何出國，才驚覺對未來人生圖像非常模糊，此時開始認真思考「學術」對我的意義。2010年博士班口試再次面對類似問題，這次我義無反顧地回答：「如果真的無法兼顧，我願意留職停薪或辭職完成博士學位！」。進入博士班後，原本打算朝學術夢想邁進，最終因種種因素未能實現，一直以來這是我心中最大的遺憾，也認為是人生中最為錯誤的決定。直到2017年辦理行政訴訟，從中我重拾對於學術的熱情，才不再懊悔之前的決定，回首過去更感謝這一切的實務歷練。2020年邁入博士班第十年，腦海中不斷閃現博士班口試時的承諾，因此下定決心無論如何都要完成這本博士論文。

這一切要感謝我最敬愛的黃昭元老師、林子儀老師、張文貞老師、李建良老師、李震山老師、陳愛娥老師的鼓勵，幾位老師在我人生旅途、人格及思想形塑上都扮演舉足輕重的角色，沒有老師們的鼓勵，留職停薪的決定和這本論文的出產都是期待不可能。此外，蘇慧婕老師亦師亦友地鼓勵及給予忠實的意見；林超駿老師、劉靜怡老師、劉定基老師、張陳弘老師對於這本論文的指導；劉德烜老師對於畢業近20年學生不厭其煩提供文獻和具體建議；蘇國賢老師、張仁和老師對我這個外系旁聽生研究方法及社會心理學的指導，都讓我甚為感激。

當然，這本論文幕後最大功臣是一路上陪伴在我身邊的摯友，每每想起，總是感動得熱淚盈眶。心靈導師小杜一直以來以強韌的心臟容忍我的壞脾氣，耳提面命的關心和期許，讓我一刻也不敢鬆懈，期盼自己堅持初衷及理想，可以說沒有他就沒有這本論文；小賴學姐溫暖的鼓勵、主動拿起論文校對（雖然只校對了幾頁）和密密麻麻的論文口試紀錄，讓我感動不已；雯珊、藍鸚、陳瑜不時為了我的任性東奔西走，沒有因為我的已讀或不讀不回而停止傳遞訊息；愛真、雅清未曾埋怨我的爽約，無論何事均給予最忠實的建議；爭春姐不論在美國或臺灣給予的支持；薰儷即使返美仍不時傳訊關心問候，提醒我不要懼怕，都是讓我咬緊牙關堅持下去的最大動力。我是何其幸運有你們這些好友，沒有你們，我現在還是一個啃著夢想的失業中年博士生，無法堅持走完這條路。



在中研院法律所撰寫論文期間是我最美好的回憶，大家像家人般對我的照顧和關心，我都謹記在心。同門雅雯學姐不時關心進度，看完整本論文給予實質意見，舜伶無時無刻以各種方式督促及表達關心，都讓我感動不已；孟庭、Cathy、胤慶、明芝、建志、永健老師、簡老師、碧芳老師、禮工及法律所老師、同仁對我的關心與幫忙，還有每週二精彩的學術研討會，都讓我依依不捨。此外，南元學姐、迪迪、玲玉學姐、惠琪、同意我進修的北院同事、撥空參加我中研院法律所個人學術研討會、臺大博士論文發表會的師長、同學（以及臨時無法與會寫信鼓勵的老師、同學），我都深深感謝。雖然這本論文完成有點晚，但至少實踐當時我進入博士班的承諾和理想，希望對於那些論文躊躇不前的博士生或對學術有熱忱的實務工作者，能有些許鼓勵，更期許自己能謹記初衷、保持一顆謙遜的心。

最後，謝謝一直以來包容我任性、堅持完成看似不理智決定的家人，沒有你們的堅強後盾及體諒，我無法完成這不可能的任務。

我不是一個善於言詞的人，但我對大家真的是滿滿的感謝。



謹以此本論文獻給
我最深愛的家人、*Stephen*、*Rex & Mavis*、摯友小杜
和一直以來眷顧我、沒有拋棄我的上帝

Claire

Feb. 13, 2022

臺北

中文摘要



本文採取比較憲法研究方法、語言學批判言談分析法及傳播學之符號學分析法，論文共分六章，第一章包括研究動機、研究範圍及研究方法、名詞定義、我國及美國法文獻回顧，以及本文論點及架構。第二章比較我國司法院大法官解釋與美國聯邦最高法院強迫言論法則之源起案例，以釐清不表意自由相關爭議。第三章探討不表意自由定義、理論基礎與保障範圍，以及強迫言論之「言論」定義。第四章介紹美國法之強迫言論類型，分析美國強迫言論法則之核心爭議，再依本文主張之不表意自由理論基礎及言論定義，檢討各該強迫言論類型。第五章比較我國與美國法強迫言論之司法審查，並提出本文見解，繼而評析我國大法官解釋，第六章則說明研究結論及研究展望。

本文主張，不表意自由為「不被操弄思考過程之權利」，其憲法上權利依據為「言論自由」，應區分「主觀意見表達之強迫」與「客觀事實陳述之強迫」而異其理論基礎，前者為「思想自由」，後者主要為「隱私權」。至於憲法之「言論」定義，應以語言符號在「日常社會生活中之社會實踐」判斷。本文主張，「主觀意見表達強迫」只有傳統強迫言論類型，「客觀事實陳述強迫」排除非屬言論者，包括一般強迫揭露及強迫揭露個人身分類型。又「主觀意見表達之強迫」應依強迫表達或揭露之內心信念是否與個人人格發展等核心事務密切相關、懲罰或獎賞之高低，決定是否採取較為嚴格之審查標準；「強迫客觀事實陳述」則應依所揭露資訊之性質是否屬於私密敏感事項、是否易與其他資料結合為詳細之個人資料檔案，採取不同密度之審查標準。

不表意自由在美國及我國仍屬新興議題，本文梳理不表意自由之理論與實務，期許學界能有更多討論，並繼續研究本文未完之特殊場域、身分者之強迫言論議題。

關鍵詞：不表意自由、思想自由、強迫言論、雙歷程理論、言論涵蓋範圍、語言符號、認知失調理論

Abstract

The methodology of this dissertation includes comparative constitutional law, critical discourse analysis and semiotic analysis. First, it explains purpose of this dissertation, research area, methodology, and etc. Then, it compares “freedom not to speak” cases in Taiwan Constitutional Court (hereinafter TCC) and U.S. Supreme Court in order to identify related controversies. Chapter 3 discusses the definition of “freedom not to speak”, its theoretical foundation, and the coverage of “speech”. Chapter 4 analyzes different categories of compelled speech recognized by U.S. Supreme Court and its main issues, then it reexamines these cases under the proposition suggested in Chapter 3. Chapter 5 suggests levels of scrutiny for compelled speech, then apply in the preceding TCC interpretations. Finally, it responds the issues presented in the first chapter, and explains future expectation.

This dissertation argues “freedom not to speak” is a right not to be manipulated thinking process, its constitutional right foundation is “free speech”. The theoretical foundation of “compelled statement of opinions” is “freedom of thought”, while “compelled statement of facts” foundation is “right of privacy”. The meaning of “speech” in Constitutional law shall consider the social practice of linguistic sign in everyday life. It suggests “compelled statement of opinions” only includes traditional compelled speech cases, whereas “compelled statement of facts” includes compelled disclosure cases and compelled disclosure of personal identity cases. Considering the different level of scrutiny, the former cases depends on the belief speaker held and the severity or greatness of punishment/reward; the latter depends on the sensitivity of the disclosed information, and whether the information may be easily combined with other information to form a detailed personal data.

“Freedom not to speak” remains a novel topic in Taiwan and U.S., it shall be expected that there will be further discussions on the unfinished research related to special domains and special personal status.

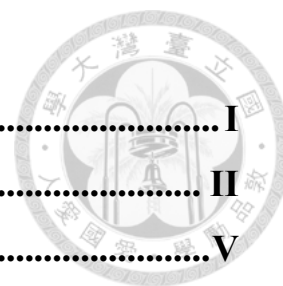
Keywords: freedom not to speak, freedom of thought, compelled speech, dual-process theory, speech coverage, linguistic sign, cognitive dissonance.

簡目



口試委員會審定書	I
謝辭.....	II
中文摘要.....	V
ABSTRACT.....	VI
簡目	VII
詳目	VIII
圖目錄.....	XII
第一章、序論	1
第二章、問題提出：不表意自由與「言論自由」、「思想自由」之關係	25
第三章、不表意自由之定義與保障範圍	51
第四章、強迫言論之類型	141
第五章、強迫言論之司法審查	213
第六章、結論	245
參考文獻.....	247
附錄：全部圖說	260

詳目



口試委員會審定書	I
謝辭	II
中文摘要	V
ABSTRACT	VI
簡目	VII
詳目	VIII
圖目錄	XII
第一章、序論	1
1.1 研究動機	1
1.2 研究範圍及研究方法	7
1.2.1 研究範圍	7
1.2.2 研究方法	8
1.2.2.1 比較憲法研究方法	8
1.2.2.2 語言學批判言談分析法、傳播學之符號學分析法	12
1.2.2.3 不同研究方法間之補充與互斥關係	13
1.2.2.4 「理論依據」與「研究方法」之差異	14
1.3 名詞定義	15
1.4 文獻回顧	16
1.4.1 國內文獻回顧	17
1.4.2 美國法文獻回顧	18
1.5 本文論點及架構	22
第二章、問題提出：不表意自由與「言論自由」、「思想自由」之關係	25
2.1 我國司法院大法官解釋	25
2.1.1 釋字第 490 號解釋	25
2.1.2 釋字第 567 號解釋	27
2.1.3 釋字第 577 號解釋	29
2.1.4 釋字第 656 號解釋	31
2.1.5 小結：不表意自由之基礎為「思想自由」或「言論自由」？	33
2.2 美國強迫言論法則之源起案例	34
2.2.1 <i>Gobitis</i> 案（1940）至 <i>Barnette</i> 案（1943）	34
2.2.2 以「思想自由」為基礎— <i>Barnette</i> 案（1943）、 <i>Wooley</i> 案（1977）	36

2.2.3 更易以「言論自由」為基礎—Zauderer 案 (1985) 至 Riley 案 (1988)	39
2.3 不表意自由之相關爭議	41
2.3.1 不表意自由之憲法上權利依據及理論基礎	41
2.3.2 「主觀意見表達強迫」與「客觀事實陳述強迫」之區分	43
2.3.3 商業言論之價值	44
2.3.4 小結	49
第三章、不表意自由之定義與保障範圍	51
3.1 不表意自由之定義	52
3.1.1 「表意」與「不表意」之關係	52
3.1.1.1 古典共和主義與古典自由主義之政治哲學觀	52
3.1.1.2 共和主義傳統與自由主義傳統之言論自由價值	54
3.1.1.3 小結	54
3.1.2 「沉默」與「不表意」之關係	55
3.1.2.1 弱勢者之噤默—沉默螺旋理論	55
3.1.2.2 異議者之無言抗議	58
3.1.2.3 小結	59
3.1.3 本文見解	59
3.1.3.1 不表意自由之憲法上權利依據為「言論自由」	59
3.1.3.2 不表意自由並非「沉默的權利」	61
3.1.3.3 不表意自由係指「不被操弄思考過程之權利」	62
3.2 不表意自由之保障範圍	73
3.2.1 傳統言論自由理論基礎	74
3.2.1.1 表現自我說	74
3.2.1.2 健全民主程序說	74
3.2.1.3 追求真理說	77
3.2.1.4 多元價值	78
3.2.2 獨立理論基礎	79
3.2.2.1 信念自由 (freedom of belief)	79
3.2.2.2 思想自由 (freedom of mind / freedom of thought)	80
3.2.2.3 隱私權	82
3.2.2.4 人性尊嚴與自主性	83
3.2.3 本文見解	85
3.2.3.1 以不表意自由之理論基礎界定保障範圍及審查標準	85
3.2.3.2 不表意自由之理論基礎	88
3.2.3.3 對於思想自由說之澄清	94
3.3 強迫言論之「言論」定義	98
3.3.1 先決問題：言論涵蓋範圍	100
3.3.1.1 言論「涵蓋範圍」與「保障程度」之區分	100
3.3.1.2 涵蓋範圍與保障程度之區分實益	103
3.3.2 何謂言論？	106

3.3.2.1 爭議源起—O'Brien 案	108
3.3.2.2 語言學：社會實踐中的「言談 (discourse)」	109
3.3.2.3 傳播學與符號學：語言／符號意涵之產製	117
3.3.2.4 本文見解	123
3.3.3 強迫表意行為	124
3.3.3.1 象徵主義至 Spence 法則	124
3.3.3.2 Spence 法則之檢討	127
3.3.3.3 表意行為與純粹言論是否受到相同保障？	132
3.3.4 本文見解	135
3.3.4.1 言論涵蓋範圍 (inclusion)	135
3.3.4.2 言論除外範圍 (exclusion) ？	136
第四章、強迫言論之類型	141
4.1 傳統強迫言論類型	142
4.1.1 強迫認同、強迫傳達或散布國家指定之訊息或意識型態	145
4.1.2 強迫揭露信念	147
4.1.3 以「思想自由說」作為不表意自由之理論基礎	148
4.1.4 義務教育與傳統強迫言論之區辨	149
4.1.5 嚴格審查標準與絕對保障間游移	152
4.2 強迫言論類型之擴張	154
4.2.1 強迫使用私人論壇	154
4.2.1.1 強迫使用廣電媒體	156
4.2.1.2 強迫使用一般私人論壇	157
4.2.1.3 強迫使用私人論壇之不表意自由理論基礎	160
4.2.1.4 強迫使用私人論壇之合憲性判斷	161
4.2.1.5 強迫使用私人論壇涉及國家行為理論？	162
4.2.2 強迫贊助言論：Abood 案至 Johanns 案	164
4.2.2.1 「贊助」是否為「言論」？	167
4.2.2.2 「強迫贊助言論」是否屬於一種強迫言論類型？	168
4.2.2.3 強迫贊助言論之不表意自由基礎	169
4.2.2.4 強迫贊助言論之審查標準	170
4.2.2.5 「政府言論理論 (government speech doctrine)」之適用？	171
4.2.3 一般強迫揭露：Zauderer 案至 Becerra 案	174
4.2.3.1 「強迫言論」或「經濟管制」？—商業言論之憲法價值	177
4.2.3.2 強迫揭露為「政府言論」？	180
4.2.4 強迫揭露個人身分	181
4.2.4.1 以「表意自由」作為匿名權利之憲法上基礎	186
4.2.4.2 匿名權利之其他憲法上基礎—不表意自由？	188
4.2.4.3 匿名權利之其他憲法上基礎—隱私權？	190
4.3 強迫言論法則之核心爭議	192
4.3.1 是否確屬「強迫言論」？	192
4.3.2 不表意自由之理論基礎？	197

4.3.3 強迫商業言論等同「限制商業言論」或「強迫事實陳述」？	199
4.3.4 「強迫言論」是否等同於「限制言論」？	201
4.3.5 「政府言論」作為強迫贊助言論、強迫揭露之另一條路徑？	202
4.3.6 小結：建構強迫言論法則之兩種新路徑	203
4.4 強迫言論類型之再檢討	204
4.4.1 兩種不說的權利模型	204
4.4.2 本文見解：回歸不表意自由理論基礎及言論定義	205
4.4.3 各種強迫言論類型之檢討	206
4.4.3.1 區分「主觀意見表達之強迫」與「客觀事實陳述之強迫」	206
4.4.3.2 主觀意見表達之強迫	207
4.4.3.3 客觀事實陳述之強迫	209
4.4.4 小結	211
第五章、強迫言論之司法審查	213
5.1 審查標準	213
5.1.1 我國法	213
5.1.1.1 我國大法官解釋	213
5.1.1.2 我國學說見解	218
5.1.2 美國法	219
5.1.2.1 美國聯邦最高法院判決	219
5.1.2.2 美國學說見解	221
5.1.3 從社會心理學角度探究人之態度改變	227
5.1.3.1 強迫順從之「認知失調理論」	228
5.1.3.2 社會影響所造成之行為改變	230
5.1.3.3 從眾之「資訊式影響」與「規範式影響」	231
5.1.4 本文見解	233
5.1.4.1 強迫言論與社會心理學之關係	233
5.1.4.2 「主觀意見表達之強迫」與「客觀事實陳述之強迫」	234
5.1.4.3 主觀意見表達之強迫	236
5.1.4.4 客觀事實陳述之強迫	236
5.2 我國大法官解釋評析	237
5.2.1 釋字第 490 號解釋	237
5.2.2 釋字第 577 號解釋	239
5.2.3 釋字第 656 號解釋	241
第六章、結論	245
6.1 研究結論	245
6.2 研究展望	246
參考文獻	247
附錄：全部圖說	260

圖目錄



圖 1：言論自由架構.....	5
圖 2：我國司法院大法官解釋與美國聯邦最高法院判決比較.....	44
圖 3：強迫與操弄言論.....	70
圖 4：不表意自由之價值.....	73
圖 5：不同理論基礎之不表意自由保障範圍.....	93
圖 6：不同理論基礎之保障範圍.....	93
圖 7：內在思想與其他外顯基本權利之關係.....	97
圖 8：憲法之「言論」範圍.....	103
圖 9：語言符號.....	121
圖 10：「言論」之定義.....	124
圖 11：強迫言論之類型.....	142
圖 12：「傳統強迫言論」類型.....	142
圖 13：「強迫使用私人論壇」類型.....	156
圖 14：「強迫贊助言論」類型.....	167
圖 15：「一般強迫揭露」類型.....	177
圖 16：美國聯邦最高法院建立之強迫言論法則.....	196
圖 17：各種強迫言論類型之理論基礎.....	199
圖 18：美國法強迫言論類型之檢討.....	212
圖 19：行為與態度改變之關係.....	233
圖 20：強迫言論之審查標準.....	236

「表意自由體系最根本之本質涉及—事實上是設計達成—說服，
國家有權參與此體系，引入強迫手段則破壞此體系作為一個自由的體系，
對於信念亦係如此。」

(By its very nature a system of free expression involves
—in fact is designed to achieve—persuasion.

The government is entitled to participate in this system.
But the introduction of coercion destroys the system as a free one.
The same is true of belief.)」

—By Thomas Emerson¹

「真正的美國統一仰賴的是良心自由與說服，而非武力與強迫。
It is in that freedom (按：freedom of conscience) and the example of persuasion,
not in force and compulsion, that the real unity of America lies. 」

—By Justice Murphy concurring opinion in *Barnette*²

「如同並非所有對言論之限制均會引起憲法增修條文第 1 條問題，
同樣地，亦非所有政府強迫說話均會引起憲法增修條文第 1 條問題。
事實上，吾人時常體驗此種強迫，但無人將之視為憲法議題。」

(Just as the First Amendment is not triggered by all restrictions on speech,
so the First Amendment is not triggered by all government compulsions to speak.

In fact we experience such compulsions all the time,
and no one regards them as raising constitutional issues.)」

—By Robert Post³

第一章、序論

1.1 研究動機

美國聯邦最高法院於 1943 年作成強迫言論法則 (compelled speech doctrine) 之經典案例—*West Virginia State Board of Education v. Barnette* 案⁴，不僅推翻 3 年前否定耶和華見證人以「宗教信仰自由」豁免向國旗敬禮之 *Minersville School Dist. v. Gobotis* 案⁵，由 Jackson 大法官主筆的多數意見，更以追求一個自由思想 (free minds) 的制度及「歧異的自由 (freedom to differ)」為前提，寫下廣為後人歌頌的一段文字：「如果吾國憲法星空有任何恆星，那就是無論高階或低階之政府官員均不得規

¹ THOMAS I. EMERSON, *THE SYSTEM OF FREEDOM OF EXPRESSION* 22 (Vintage Books Vintage Books ed. 1971).

² 319 U.S. 624, 646 (1943) (Murphy, J., concurring).

³ Robert C. Post, *Compelled Subsidization of Speech: Johanns v Livestock Marketing Association*, in *THE FIRST AMENDMENT FREEDOM OF SPEECH: ITS CONSTITUTIONAL HISTORY AND THE CONTEMPORARY DEBATE* 243-244, (Vikram David Amar ed. 2009) [hereinafter Post, *Compelled Subsidization I*]; Robert C. Post, *Compelled Subsidization of Speech: Johanns v Livestock Marketing Association*, 2005 SUP. CT. REV. 195, 213 (2005) [hereinafter Post, *Compelled Subsidization II*].

⁴ 319 U.S. 624 (1943).

⁵ 310 U.S. 586 (1940).

定何種政治、國家主義、宗教或其他事物之意見為正統，亦不得強迫人民以言詞或行為表達對該等意見之確信，而目前尚未出現任何容許國家得例外強迫人民之情形 (If there is any fixed star in our constitutional constellation, it is that no official, high or petty, can prescribe what shall be orthodox in politics, nationalism, religion, or other matters of opinion or force citizens to confess by word or act their faith therein. If there are any circumstances which permit an exception, they do not now occur us.)」，多數意見進而認為西維吉尼亞州教育局強迫學生向國旗敬禮及宣誓之行為，超越其被憲法賦予之權力範圍，且違反美國憲法增修條文第 1 條保障「個人智力及精神領域 (the sphere of intellect and spirit)」不受任何政府機關控制之目的，故教育局以強迫向國旗敬禮之手段達到「國家統一」(national unity) 之目的，應屬違憲。⁶

上述美國法上強迫言論法則之經典案例，向來被認為是美國憲法增修條文第 1 條保障「不說的權利 (或稱不表意自由)」之美國聯邦最高法院源起案例。我國自司法院釋字第 414、445 號解釋以來，學說及實務雖然對於言論自由的討論開始蓬勃發展，但關於消極不表意自由，學界對此少有討論。⁷釋憲實務亦直至司法院釋字第 577 號解釋，始首次提及憲法第 11 條保障人民「消極不表意的自由」，且認為其保障的內容包括「主觀意見之表達」及「客觀事實之陳述」。然而，在釋字第 577 號解釋作成後，固有少部分學者陸續針對不表意自由開始撰寫文章，⁸但對於不表意自由之定義、不表意自由之理論基礎、強迫言論類型及審查架構，仍未清楚說明，尚停留在「不表意自由與表意自由，同樣受到憲法第 11 條言論自由保障」這句經典名句的階段。

司法院於 2009 年 4 月 3 日針對法院依民法第 195 條第 1 項前段規定，命加害人向被害人公開道歉乙事是否合憲，作成釋字第 656 號解釋，解釋理由書中除再

⁶ *Id.* at 641-642.

⁷ 僅李建良教授、林子儀大法官在釋字第 577 號解釋作成前，有就不表意自由為較深入的討論。參李建良，菸品標示「吸菸有害健康」的憲法問題，台灣本土法學雜誌，9 期，頁 99 (2000)；林子儀，言論自由導論，收於：李鴻禧等合著，臺灣憲法之縱剖橫切，頁 103-179 (2002)。

⁸ 參李念祖，菸品標示管制與言論自由之限制—釋字第 577 號解釋之研究，東吳法律學報，17 卷 1 期，頁 1-30 (2005)；陳耀祥，論菸品內容標示義務與基本權利之限制—評司法院釋字第 577 號解釋，月旦法學雜誌，116 期，頁 217-220 (2005)。

度肯認憲法第 11 條的言論自由亦保障消極的不表意自由外，並明確闡明：「國家對不表意自由，雖非不得依法限制之，惟因不表意之理由多端，其涉及『道德、倫理、正義、良心、信仰等內心之信念與價值』者，攸關人民內在精神活動及自主決定權，乃個人主體性維護及人格自由完整發展所不可或缺，亦與維護人性尊嚴關係密切（本院釋字第 603 號解釋參照）」，⁹自此吾人對於不表意自由才有稍微清楚的圖像，但對於一些關於不表意自由的根本性問題，該號解釋仍未清楚說明。

細繹上開釋字第 656 號解釋理由書，除肯認「不表意自由」為「言論自由」的保障範圍外，似乎認為不表意自由有時與思想自由、良心自由、隱私權、人性尊嚴具有某種程度關連性。Russell L. Weaver 教授及 Donald E. Lively 教授即曾意有所指的表示：「無論將隱私權形塑為『不受侵擾之權利 (the right to be let or left alone)』或『不說或不受強迫的權利 (not to speak or be free from coercion)』，隱私權與美國憲法增修條文第 1 條之關係均極為密切。...由案例法所形塑之言論自由核心，在於美國憲法增修條文第 1 條保障思想及良心自由之預設，此觀點係確保個人免於被政府強迫表意或強迫公開支持特定正統意見或信念之一系列法院判決核心。」¹⁰美國聯邦最高法院在 *Wooley v. Maynard* 案¹¹中則明確表示：「美國憲法增修條文第 1 條所保障的『思想自由 (the right of freedom of thought)』，包括『說的自由』及『不說的自由』」，¹²肯定「表意自由」及「不表意自由」之基礎均為「思想自由」。由此可見，美國法下的不表意自由並非言論自由的下位概念，而是與表意自由併列，且不表意自由與「思想自由」及「隱私權」密不可分。

關於言論自由的定義，林子儀大法官係以廣義的意義理解，認為係指個人得自由選擇以不同形式將內心所思表現於外的自由，而「言論自由」的保障範圍，則分

⁹ 司法院釋字第 656 號解釋理由書第 2 段。

¹⁰ RUSSELL L. WEAVER & DONALD E. LIVELY, UNDERSTANDING THE FIRST AMENDMENT 171 (2003). 原文為：“...is a right of privacy that implicates First Amendment interests. Whether framed as the right to be let or left alone, or not to speak or be free from coercion, the relationship between privacy and the First Amendment is a close one....Central to the understanding of freedom of speech, as shaped by case law, is the premise that the First Amendment protects freedom of conscience and thought. This perspective is central to a line of decisions that safeguard the individual from official efforts to compel expression or publicly embrace a particular orthodoxy or conviction.”

¹¹ 430 U.S. 705 (1977).

¹² *Id.* at 714.

別從「言論自由的表現形式」、「言論自由的價值」界定。以「言論自由的表現形式」而論，言論自由不限於保障以「言語」表達個人內心所想的自由，亦保障以各種表現形式表達內心所想的自由，包含說的自由、不說的自由、聽的自由與不聽的自由，且說的自由包括狹義的言論自由、講學自由、著作自由、出版自由、秘密通訊自由、集會自由、結社自由；以「言論自由的價值」觀之，則可區分為多元價值論、單一價值論（包括追求真理說、健全民主程序說、表現自我說）及其他言論自由理論（消極理論、法律經濟分析理論、公共選擇理論），並依各該理論界定言論自由保障的範圍。¹³

但有疑問者，從「言論自由的表現形式」界定言論自由的保障範圍，「不說的自由」既然未將內心所想表現於外，何以亦受言論自由保障？是單純基於「說的自由」對照組的理論架構使然，抑或係「不說的自由」亦屬表達內心所想的一種表現形式？如將「不說的自由」所展現之「沉默」外觀視為一種言論表現形式，重點即係以語言學或社會心理學之言談分析（discourse analysis）¹⁴探究沉默所傳達之言論意涵，強調沉默之情境意義（contextual meaning）¹⁵、沉默作為一種語言符號¹⁶；如

¹³ 林子儀（註7），頁107-109, 117-129。惟林子儀大法官於臺灣大學法律學院2020年第1學期開設之「言論自由」課程，提供之「表意的基本架構」圖說，則將「不表意」列在整個表意架構範圍之外，似乎有意區別表意與不表意；至於不表意自由之保障範圍，得否以言論自由之價值界定，林子儀大法官在前開文獻並未特別說明，但在前述「言論自由」課程則提出不表意自由與表意自由理論基礎應否相同之提問。參林子儀，2020年第1學期「言論自由」課程，臺大課程網網站，<https://ceiba.ntu.edu.tw/1091freespeech>（最後瀏覽日：2021年11月7日）。

¹⁴ 關於言談分析之相關介紹，See JONATHAN POTTER & MARGARET WETHERELL, DISCOURSE AND SOCIAL PSYCHOLOGY: BEYOND ATTITUDES AND BEHAVIOUR (1987).

¹⁵ 已故 Wisconsin-Milwaukee 大學哲學系榮譽教授 Haig Khatchadourian 從沉默與言語行為（speech acts）、行為（action）之關係探討沉默之意義，主張沉默與言論、行為相同，均屬一種作為（doing），故解釋特定情境下行為之意義、目的與意涵，行為會被理解為沉默行為（silent acts）。HAIG KHATCHADOURIAN, HOW TO DO THINGS WITH SILENCE 7-12 (2015)。其他尚有以語言學角度探討沉默之意義與功能、探討沉默作為一種示意（gesture）所具有之溝通性質，以及針對言談分析以實證研究角度探討如何系統性確認、分析有意義的沉默（silence）與空白（absence），See Michal Ephratt, *The Functions of Silence*, 40 JOURNAL OF PRAGMATICS 11 (2008); Kris Acheson, *Silence as Gesture: Rethinking the Nature of Communicative Silences*, 18 COMMUNICATION THEORY 535 (2008); Melani Schröter & Charlotte Taylor, *Introduction*, in EXPLORING SILENCE AND ABSENCE IN DISCOURSE: EMPIRICAL APPROACHES 1-19 (Melani Schröter & Charlotte Taylor eds., 2018)。

¹⁶ 俄羅斯語言學家 Roman Jakobson 即以 Saussure 主張為基礎，提出「零符號（zero sign）」的概念，認為語言可以涵蓋相反的「有（something）」和「無（nothing）」，不僅是出現在「表徵」層次，亦出現在「所指」層次。ROMAN JAKOBSON, RUSSIAN AND SLAVIC GRAMMAR: STUDIES 1931-1981 151-152 (1984)。以色列 Haifa 大學語言學教授 Dennis Kurzon 亦試圖以符號學（semiotics）的概念檢視沉默與言論之關係，認為無論是採取「言論與沉默互斥」、「噪音與平靜互斥」、「口頭與非口頭溝通」之區分，符號學均無法適切分析沉默與言論、聲音活動之關係。DENNIS KURZON, DISCOURSE OF SILENCE 9-18 (1998)。

根本否定「不說的自由」作為一種言論表現形式之預設，則須從表意與不表意之關係、沉默與不表意之關係探究不表意自由之定義。



另一方面，從「言論自由的價值」確立不表意自由的保障範圍，惟不表意自由之行使是保持沉默、不說話，其理論基礎與以說話為前提，目的係為「追求真理 (truth)」、「健全民主程序／自治 (self-government)」、「表現自我／自主 (autonomy)」之傳統言論自由價值¹⁷是否相同？抑或必須訴諸獨立的理論基礎？不同理論基礎所勾勒出之不表意自由圖像與言論自由是否相同？關於上述問題之圖說，請參《圖一》。

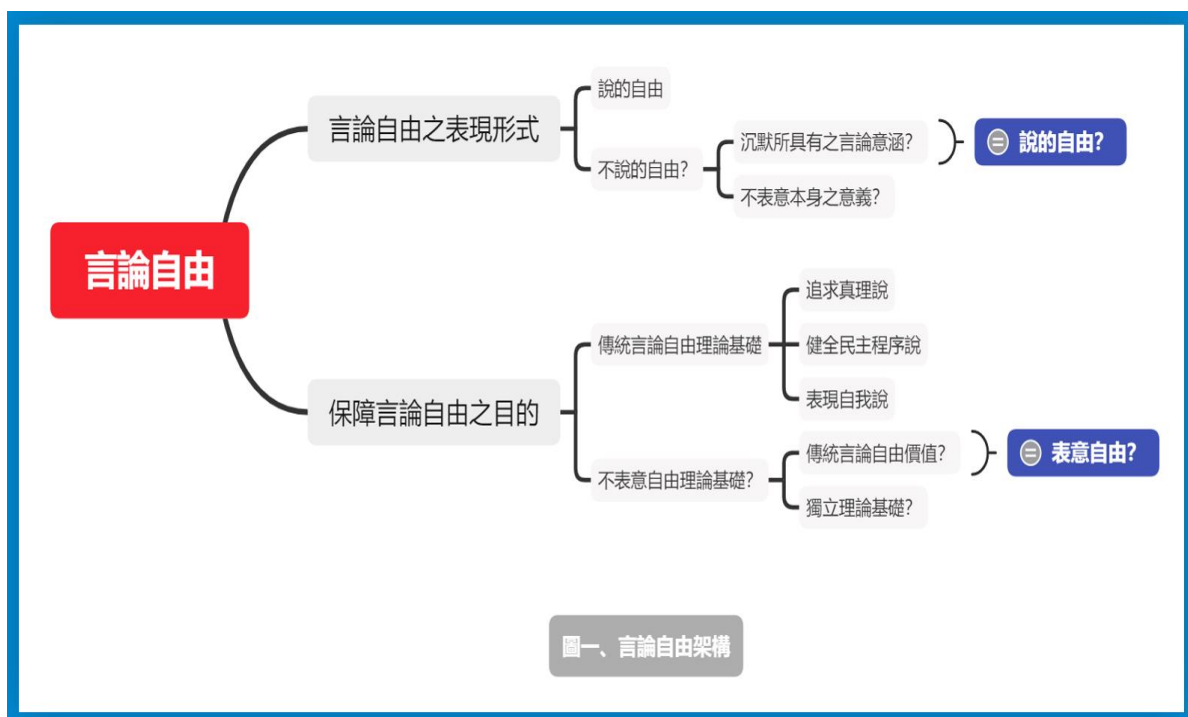


圖 1：言論自由架構
(圖片來源：筆者自製)

關於不表意自由，美國聯邦最高法院及學說向來未從不表意自由之權利面向討論，而係從表意人被強迫言論之面向探討，建立所謂「強迫言論法則 (compelled

¹⁷ 關於言論自由之理論基礎，See GEOFFREY R. STONE ET AL., CONSTITUTIONAL LAW 1014-1019 (8th ed. 2018); KATHLEEN M. SULLIVAN & NOAH FELDMAN, FIRST AMENDMENT LAW 4-9 (5th ed. 2013); ERWIN CHEMERINSKY, CONSTITUTIONAL LAW 1179-1184 (6th ed. 2020). 中文文獻請參：林子儀 (註 7)，頁 117-133；林子儀，言論自由之理論基礎，收於：言論自由與新聞自由，頁 13-46 (2002)。

speech doctrine)」,¹⁸且傳統上就強迫言論傾向採取針對言論內容法規範之推定違憲原則。¹⁹美國聯邦最高法院自 1943 年 *West Virginia State Board of Education v. Barnette* 案²⁰以來,至今已建立高達四種之強迫言論類型(包括傳統強迫言論、強迫使用私人論壇、強迫贊助言論、一般強迫揭露),學者並普遍將強迫揭露個人身分亦歸類為一種強迫言論類型,²¹然該五種強迫言論類型是否確實均係不表意自由所欲保障之「強迫言論」?縱使以聯邦最高法院已建立之強迫言論類型作為預設,不根本檢討不表意自由及強迫言論之定義,上開五種強迫言論類型之不表意自由理論基礎是否均相同,而應採取相同致命之最嚴格審查標準?

如以聯邦最高法院已建立之強迫言論類型為基礎,依強迫言論之內容,區分為「客觀事實陳述之強迫」與「主觀意見表達之強迫」,在法學討論上似乎均直觀地認為無論是何種強迫言論,均必然會侵害思想自由,而依我國司法院釋字第 567 號解釋,思想自由保障人民內在精神活動,為憲法所欲保障最基本之人性尊嚴,不容國家以任何理由或任何手段侵犯,故無論是何種強迫言論類型,以受相對保障的不表意自由審查,似乎一律應採取最嚴格的嚴格審查標準。然而,以強迫為特定內容表意而論,上述類型的強迫言論對於人民思想自由的侵害程度是否真的相同?如果以人民的思想可否被改變而論,國家強迫人民表達的內容,若未涉及個人根深蒂

¹⁸ EUGENE VOLOKH, *THE FIRST AMENDMENT AND RELATED STATUTES: PROBLEMS, CASES AND POLICY ARGUMENTS* 508-552 (5th ed. 2014).

¹⁹ *Notes, Two Models of the Right to Not Speak*, 133 HARV. L. REV. 2359, 2367 (2020). See also Clay Calvert, *Selecting Scrutiny in Compelled-Speech Cases Involving Non-Commercial Expression: The Formulaic Landscape of a Strict Scrutiny World after *Becerra* and *Janus*, and a First Amendment Interests-and-Values Alternative*, 31 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 1, 10-11 (2020).

²⁰ 319 U.S. 624 (1943).

²¹ 雖然強迫結社與強迫言論非常相似,美國聯邦最高法院在強迫結社案例亦常提及強迫言論案例,但因強迫結社係源自於「結社權 (the right to associate/ right of association)」所衍生之「不結社權利 (the right not to associate)」,與本文所欲討論源自於「思想自由」或「言論自由」之「不表意自由」不同,故本文將此類型排除於強迫言論類型範圍。至此處所指五種類型之名稱及分類方式,是本人歸納美國憲法學說及聯邦最高法院判決所為,美國學說上就此則有不同的區分方式,較為詳盡的區分為 Kathleen M. Sullivan 教授及 Noah Feldman 教授所著專書之區分,以及堪稱不表意自由權威之 Eugene Volokh 教授之區分。Kathleen M. Sullivan 教授及 Noah Feldman 教授將強迫言論區分為「強迫個人言論」、「州政府強迫使用私人論壇」、「強迫言論與商業言論、經濟管制」、「強迫言論與私人歧視」四種類型,其中「強迫個人言論」包括「公民作為發話筒 (mouthpieces)」、「公民作為行動布告欄」、「強迫揭露表意者身分」,「州政府強迫使用私人論壇」則包括「強迫回應權」、「強迫容許其他表意者使用私人財產」,在強迫言論之外並另外討論「強迫結社」、「透過與政治競選有關金錢開支促進言論之權利」。SULLIVAN & FELDMAN, *supra* note 17, at 435-460. Eugene Volokh 教授則區分為「改變言論內容之言論強迫/直接干預表意者其他言論」、「純粹言論強迫/未直接干預表意者其他言論」、「強迫捐獻金錢」三種類型。VOLOKH, *supra* note 18, at 508-552.

固的道德信念或宗教信仰，而是可以隨著時間、理性認知因素而改變的思想，或單純涉及客觀事實之陳述，未涉及個人主觀意見的表達，是否仍會嚴重侵害人民的思想自由，因而應採取嚴格審查標準？本文第二章將先從我國大法官解釋與美國強迫言論法則源起案例，探討不表意自由所涉及之相關爭議。



1.2 研究範圍及研究方法

1.2.1 研究範圍

本論文在處理涉及不表意自由的強迫言論問題，以「權利」的面向來看，不表意自由包括「不說話的自由 (the right not to speak)」、「不刊登他人言論的自由 (the right not to publish the speech of others)」、「不贊助他人言論的自由 (the right not to pay for the speech of others)」及「匿名表意的權利 (anonymous speech)」。

以「強迫言論」的面向來看，則可分為「傳統強迫言論 (compelled speech)」、「強迫使用私人論壇 (compelled access to private forums)」、「強迫贊助言論或以金錢補助言論 (compelled subsidies/ compelled contributions of money)」、「一般強迫揭露 (compelled disclosure)」、「強迫揭露個人身分 (compelled disclosure of speaker identity)」。

又「權利」與「強迫」其實是一體兩面，從被強迫表意者觀點來看，涉及被強迫表意者憲法上得主張之權利；從強迫者觀點來看，則涉及強迫者以何種方式強迫他人表意。由於被強迫表意者就不同之強迫言論方式得主張之憲法上權利可能有所重疊（例如可能同時主張不說話的自由與匿名表意的權利、不說話的自由與不刊登他人言論的自由、不說話的自由與不贊助他人言論的自由），故以被強迫表意者主張之憲法上權利分類，或無法適切觀察不同案件之強迫言論態樣，且因本文主張不表意自由之基礎為思想自由，以強迫言論面向觀察，較可知悉表意者權利被侵害之程度，因此，為便於分析與比較，本文以強迫言論面向說明強迫言論之各種類型。

至於無涉言論之強迫揭露特定資訊（例如強迫揭露政治獻金及支出、強制個人申報、強制新聞媒體洩漏資訊），固然係強迫他人為事實陳述，惟因此主要涉及揭

露他人個人資訊之資訊隱私權或新聞自由問題，與本論文重點在探討強迫言論影響一個人思想之不表意自由不同，美國憲法學理上就強迫揭露政治獻金及支出、強迫新聞媒體揭露資訊，亦未強調強迫言論爭議，而係分別討論政治程序²²、新聞媒體²³問題，或獨立討論「強迫揭露（compelled disclosures）與匿名表意」問題。²⁴為免本論文失焦，本文不討論單純揭露他人個人資訊之相關問題，僅討論涉及強迫言論之一般強迫揭露。

另本文在第四章 2.3.3 雖提及「商業言論」之憲法價值爭議，惟畢竟本文重點在不表意自由而非商業言論，故針對強迫商業言論，本文仍係以我國大法官解釋及美國聯邦最高法院已承認「商業言論（commercial speech）」與「法人言論（corporate speech）」受憲法言論自由保障為前提討論，未以本文主張之言論定義、不表意自由之理論基礎，重新檢討商業言論、法人言論是否應受憲法言論自由保障。此外，不表意自由與隱私權內涵之區分、界限，亦非本論文研究範圍。

1.2.2 研究方法

1.2.2.1 比較憲法研究方法

關於不表意自由案例及法律層次論述，本文係採取「比較憲法之研究方法（Comparative Constitutional Study）」，討論美國有關不表意自由之聯邦最高法院判決及學說見解。之所以採取比較憲法研究方法，係因不表意自由業經我國大法官肯認受憲法第 11 條言論自由保障，言論自由復為各國憲法及聯合國公民與政治權利國際公約第 19 條第 2 項²⁵所肯認之基本人權，故各國保障言論自由之核心範圍應

²² CALVIN MASSEY, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW: POWERS AND LIBERTIES 1068-1107 (5th ed. 2016); JESSE H. CHOPER ET AL., CONSTITUTIONAL LAW: CASES, COMMENTS AND QUESTIONS 1171-1205 (12th ed. 2015); SULLIVAN & FELDMAN, *supra* note 17, at 499-549; STEVEN H. SHIFFRIN ET AL., THE FIRST AMENDMENT: CASES, COMMENTS, QUESTIONS 573-606 (6th ed. 2015); KATHLEEN M. SULLIVAN & NOAH FELDMAN, CONSTITUTIONAL LAW 1454-1506 (19th ed. 2016); WILLIAM W. VAN ALSTYNE, THE AMERICAN FIRST AMENDMENT IN THE TWENTY-FIRST CENTURY: CASES AND MATERIALS 635-719 (5th ed. 2014).

²³ SULLIVAN & FELDMAN, *supra* note 17, at 549-591.

²⁴ JR. RONALD J. KROTOSZYNSKI ET AL., THE FIRST AMENDMENT: CASES AND THEORY 288-318 (2nd ed. 2013); VOLOKH, *supra* note 18, at 408-459.

²⁵ 公民與政治權利國際公約第 19 條第 2 項：「人人有發表自由之權利；此種權利包括以語言、文字或出版物、藝術或自己選擇之其他方式，不分國界，尋求、接受及傳播各種消息及思想之自由。」

有所重疊。採取比較憲法研究即可知悉不同憲政體制如何處理相關問題，進而體察內國憲法與其他國家憲法之不同觀點。²⁶美國哈佛大學法學院 Vicki Jackson 教授及 Mark Tushnet 教授並強調，現今比較憲法的重點並非「外國法是否 (whether) 納入內國憲法」，而是「如何 (how) 納入」。²⁷本文認為，除了基於憲法文義的文本主義 (textualism)²⁸及探究制憲者原意的原意解釋 (originalism)²⁹外，在全球化時代，各國均可能面臨非屬各國獨有之憲法議題，大法官基於個人留學國經驗，亦不可避免會參考外國法資料，³⁰故重點不在於「是否」採取比較憲法研究，而是「為何」擇定特定國家進行比較憲法研究。而因不同國家基於各自社經背景脈絡所形塑 (包含規範面與解釋面) 之憲法基本權均可能有所差異，因此唯有說明選擇特定國家進行比較憲法研究之理由，始有助於吾人「正確」理解不表意自由之內涵及基礎理論。

本論文之所以選擇以「美國法」為比較的對象，主要原因是目前我國與不表意自由相關之解釋僅釋字第 577 號、656 號解釋，而釋字第 577 號解釋已明確表明：「憲法第 11 條保障人民有積極表意之自由，及消極不表意之自由，其保障之內容包括主觀意見之表達及客觀事實之陳述。商品標示為提供商品客觀資訊之方式，應受言論自由之保障，...」，余雪明大法官在該號解釋協同意見書質疑單純商品成分

²⁶ See VICKI C. JACKSON & MARK TUSHNET, *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW* 161 (Foundation Press Third edition ed. 2014). Norman Dorsen 教授等人並指出，從事比較憲法研究的堅強理由包括：一、經各國憲法及國際、區域公約納入的基本人權 (basic human rights)，即使不具有普世性，其核心領域亦普遍重疊。二、某國的憲法規範、憲法解釋常被其他國家採用。但其也說明有認為外國法規範與內國法基本價值、理念或憲法目的相悖，因而反對引用外國憲法資料者，故 Dorsen 教授等人認為，參考外國憲法不僅是搜尋相似者，也要尋找相關或有用的差異。See NORMAN DORSEN ET AL., *COMPARATIVE CONSTITUTIONALISM: CASES AND MATERIALS* 3-4 (3rd ed. 2016).

²⁷ JACKSON & TUSHNET, *Id.* at 160. 國內從外國法理論與討論出發，系統性介紹、分析「是否繼受外國法」者，參林超駿，試論大法官繼受外國法之特色與挑戰：影響繼受結果“質”的幾個關鍵，臺大法學論叢，34 卷 3 期，頁 97-114 (2005)。另有學者質疑早期大法官解釋未說明參考特定外國法之理由，參張文貞，人權保障與憲法解釋：對司法院大法官釋憲的期許，台灣法學雜誌，127 期，頁 98 (2009)。

²⁸ 關於文本主義的詳細介紹，MICHAEL J. GERHARDT ET AL., *CONSTITUTIONAL THEORY: ARGUMENTS AND PERSPECTIVES* 65-73 (2nd ed. 2000).

²⁹ 關於原意主義的介紹及質疑，See *Id.* at 99-110.

³⁰ 張文貞教授即從實證研究 (量化研究) 的角度，主張我國大法官解釋引用外國法與大法官個人留學背景相關，參張文貞，跨國憲法對話—大法官解釋引用外國法的總體實證研究，收於：黃舒芃編，憲法解釋之理論與實務第 7 輯 (下冊)，頁 502-514 (2010)；張文貞，司法院大法官解釋引用外國法及判決之實證研究—大法官留學背景作為引用的關鍵因素，收於：張永健編，2011 司法制度實證研究，頁 53-75 (2013)；Wen-Chen Chang & Jiunn-Rong Yeh, *Judges as Discursive Agent: The Use of Foreign Precedents by the Constitutional Court of Taiwan*, in *THE USE OF FOREIGN PRECEDENTS BY CONSTITUTIONAL JUDGES* 382-383, 391 (Tania Groppi & Marie-Claire Ponthoreau eds., 2013).

標示規定是否涉及不表意自由之限制、商品標示是否為商業言論時，並提及諸多關於強迫言論、商業言論之美國聯邦最高法院判決，³¹可見多數意見不僅肯認不表意自由受憲法第 11 條言論自由保障，亦肯認商業言論受言論自由保障，與美國聯邦最高法院在 *Riley v. National Federation of the Blind of North Carolina* 案³²、*Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.* 案³³見解完全相同。

之後釋字第 656 號解釋除再次肯認釋字第 577 號解釋意旨，認為憲法第 11 條保障人民之言論自由，除保障積極之表意自由外，尚保障消極之不表意自由，且認為國家對不表意自由，並非不得依法限制，李震山大法官、陳新民大法官分別在該號解釋協同意見書³⁴、部分協同部分不同意見書³⁵亦特別說明由於我國憲法並無保障思想自由或良心自由之明文，故該號解釋未如同日本與韓國以思想自由或良心自由探討強制道歉之合憲性，而是以憲法明文之言論自由作為不表意自由之論據。由此可見，釋字第 656 號解釋顯非以日本與韓國所採思想自由或良心自由之取徑解釋，而係採取美國法之「言論自由」取徑。

又有關言論自由之違憲審查架構，我國釋憲實務已明確採取美國聯邦最高法

³¹ 參釋字第 577 號解釋余雪明大法官協同意見書。

³² 487 U.S. 781, 796-797 (1988).

³³ 425 U.S. 748, 756, 763-764, 770 (1976).

³⁴ 參釋字第 656 號解釋李震山大法官協同意見書：「二、...與我國社會、文化背景較相近的日本與韓國，其最高裁判所及憲法法院亦曾審理有關『道歉謝罪』之合憲性案件，惟皆從思想自由或良心自由切入，本件解釋卻以『不表意自由』為據，值得注意。消極『不表意自由』與相對的積極表意自由，兩者皆屬憲法第 11 條保障人民言論自由之範圍，...。本件解釋擇『不表意自由』作為審查『強制公開道歉』合憲性之論據，應有如下理由：首先，係考量我國憲法並未明文規定『思想自由』或『良心自由』之保障，在與明文規定之『言論自由』產生競合情形下，自以優先適用憲法已列舉且較為具體之基本權利為宜。...」。

³⁵ 釋字第 656 號解釋陳新民大法官部分協同、部分不同意見書：「在憲法沒有明文保障良心自由或良知自由的我國，討論此問題不能如其他國家，例如：日本可以直接援引該國憲法第 19 條保障良心自由為依據。我國憲法上的依據，只能援用言論自由。...」。

院所建立之「雙軌理論 (two-track theory)」(參釋字第 445 號³⁶、718 號³⁷、734 號³⁸解釋)及「雙階理論 (two-level theory)」(參釋字第 414 號解釋³⁹)，⁴⁰不表意自由既經我國司法院釋字第 577 號、656 號解釋肯認屬言論自由之保障範圍，則關於不表意自由之內涵及相關問題，自有必要參考美國聯邦最高法院相關判決及學說見解，以釐清不表意自由之定義及不表意自由之理論基礎。但如認為我國大法官解釋針對不表意自由的保障係以「良心自由」為基礎，從事比較憲法研究時，即應以憲法或公約有明文保障良心自由的國家（例如日本、印度、新加坡）或區域型人權法院（例如歐洲人權法院）為比較的對象，⁴¹自屬當然。

³⁶ 釋字第 445 號解釋第 1 段：「憲法第 14 條規定人民有集會之自由，此與憲法第 11 條規定之言論、講學、著作及出版之自由，同屬表現自由之範疇，為實施民主政治最重要的基本人權。...其中有關時間、地點及方式等未涉及集會、遊行之目的或內容之事項，為維持社會秩序及增進公共利益所必要，屬立法自由形成之範圍，於表現自由之訴求不致有所侵害，與憲法保障集會自由之意旨尚無抵觸。」第 2 段：「集會遊行法第 11 條第 1 款規定違反同法第 4 條規定者，為不予許可之要件，乃對『主張共產主義或分裂國土』之言論，使主管機關於許可集會、遊行以前，得就人民政治上之言論而為審查，與憲法保障表現自由之意旨有違；同條第 2 款規定：『有事實足認為有危害國家安全、社會秩序或公共利益之虞者』，第 3 款規定：『有危害生命、身體、自由或對財物造成重大損壞之虞者』，有欠具體明確，對於在舉行集會、遊行以前，尚無明顯而立即危險之事實狀態，僅憑將來有發生之可能，即由主管機關以此作為集會、遊行准否之依據部分，與憲法保障集會自由之意旨不符，...」。

³⁷ 釋字第 718 號解釋理由書第 2 段：「...就集會、遊行利用公共場所或路面之時間、地點與進行方式為妥善之規劃，並就執法相關人力物力妥為配置，以協助集會、遊行得順利舉行，並使社會秩序受到影響降到最低程度。在此範圍內，立法者有形成自由，得採行事前許可或報備程序，使主管機關能取得執法必要資訊，並妥為因應。...」。

³⁸ 釋字第 734 號解釋理由書第 3 段：「...系爭公告雖非為限制人民言論自由或其他憲法上所保障之基本權利而設，然於具體個案可能因主管機關對於廣告物之內容及設置之時間、地點、方式之審查，而否准設置，造成限制人民言論自由或其他憲法上所保障之基本權利之結果。主管機關於依本解釋意旨修正系爭公告時，應通盤考量其可能造成言論自由或其他憲法上所保障之基本權利限制之必要性與適當性，併此指明。」

³⁹ 釋字第 414 號解釋理由書第 1 段：「...言論自由，在於保障意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會，包括政治、學術、宗教及商業言論等，並依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則。其中非關公意形成、真理發現或信仰表達之商業言論，尚不能與其他言論自由之保障等量齊觀。藥物廣告之商業言論，因與國民健康有重大關係，基於公共利益之維護，自應受較嚴格之規範。」

⁴⁰ 湯德宗大法官於釋字第 718 號解釋協同意見書認為釋字第 445 號解釋係採取「雙軌理論」，葉百修大法官於釋字第 734 號解釋協同意見書亦表示我國歷來關於言論自由之解釋，已建立如美國司法實務之雙軌理論及雙階理論審查模式，黃昭元大法官在釋字第 744 號解釋協同意見書更明確表示釋字第 414 號解釋、釋字第 445 號解釋，分別受到言論自由學說中「雙階理論」、「雙軌理論」之影響。學者林超駿教授亦主張釋字第 445 號解釋援用美國法上有關區別「言論形式 (content-neutral)」與「言論內容 (content-based)」規制之法理，以及美國有關言論自由保障之「明顯而立即危險原則」。參林超駿（註 27），頁 85-86。

⁴¹ 關於比較憲法上有關宗教行為與良心自由的爭議及相關議題討論，See DORSEN ET AL., *supra* note 26, at 1185-1202.

就此而言，本文實際上係以大法官解釋之實然面，證立應以何國為參考對象。惟不可否認各國基於歷史背景因素，對於言論自由保障之憲法圖像不盡相同，完美的比較憲法研究應以社會學的角度，分析不同國家之政經社會脈絡，控制(control)各國言論自由發展之可能變數(variables)，進而釐清(identify)因果關係(causal relations)，再從中耙梳與臺灣社會言論自由發展脈絡具有相似性者加以比較。耶魯大學法學院教授 Jed Rubenfeld 即主張美國言論自由只反映美國特殊的憲法承諾，其他國家並未共享亦無須共享該承諾。⁴²此外，本文主張不表意自由之基礎為思想自由，為判斷強迫言論侵害個人不表意自由之程度（進而可能影響審查標準之寬嚴），不可避免必須探究國家行為（包含法院判決、法律）是否會改變人的態度，就此合理的假設為國家強迫人民為法律所規定之表意行為，並伴隨處罰之法律效果，人民囿於處罰之嚴厲性，應會遵守法律規定，只有在國家強迫人民所為之表意行為涉及個人根深蒂固無法改變之價值觀，人民才有可能為了堅守個人價值觀而無懼違反法律所帶來之處罰。⁴³而就此基本假設無非須以量化研究、質性研究方法，驗證各國社會特定群體在國家立法、作成終局判決後，對於特定實體價值觀之態度有無改變。然因本論文為法學論文，主要討論內容為基礎理論之問題，如以心理學或社會學的社會心理學角度進行實證研究，勢必偏離本論文之主軸，故此部分只能割捨留待本論文完成後，日後再進行更深入研究。

1.2.2.2 語言學批判言談分析法、傳播學之符號學分析法

關於言論之定義，傳統上向來係依據 1974 年美國聯邦最高法院 *Spence v. State of Washington* 案⁴⁴所建立之 *Spence* 法則，以行為是否具有「溝通(communication)」要素，判斷行為是否受言論自由保障，並以表意者主觀上有無傳達特定訊息之意圖、依客觀情狀該訊息亦有被觀覽者如此理解之高度可能性之主、客觀要件，判斷行為

⁴² Jed Rubenfeld, *The Freedom of Imagination: Copyright's Constitutionality*, 112 YALE L.J. 1, 30-31 (2002). 雖然社會科學領域充斥著各種比較研究 (comparative research)，但傳統法學領域的比較法研究只是單純進行案例式比較，以社會科學的比較方法研究者較為少見。關於社會科學的比較研究方法論，See CHARLES C. RAGIN, *THE COMPARATIVE METHOD: MOVING BEYOND QUALITATIVE AND QUANTITATIVE STRATEGIES* 1-18 (2014).

⁴³ 關於社會變遷與傳統價值及信仰、普遍性習慣相衝突，因而抗拒以法律作為社會變遷工具之情形，See STEVEN VAGO, *LAW AND SOCIETY* 330 (10th ed. 2012).

⁴⁴ 418 U.S. 405 (1974).

是否具有溝通要素。⁴⁵聯邦最高法院上開見解無非係以語言學之「語言溝通」作為「言論」之基礎，認為言論包含「表意者編碼（encode）之語言產製」與「聽者解碼（decode）理解之語言訊號及語言認知」要件，強調表意者與聽者「雙方」之「有效溝通」，不僅探求表意者單方之表意意涵，亦重視聽者是否理解。

有異於聯邦最高法院以傳統語言學之語言溝通作為憲法言論之預設，本文在第三章 3.3 討論強迫言論之「言論」定義，則係採取綜合語言學之「批判言談分析（critical discourse analysis, 簡稱CDA）」及傳播學之「符號學分析（semiotic analysis）」觀點探究言論之意義。依語言學之批判言談分析法，言論不以文本分析之內容為限，尚強調言談之語境、言談種類及社會互動關係，認為憲法之「言論」係指「日常社會生活中言談之社會實踐」。至於傳播學研究（communication studies）認為「溝通」係指透過訊息的社會互動，且可分為「過程學派（process school）」及「符號學派（semiotic school）」，⁴⁶而該等不同學派實際上係分別以傳統語言學分析（linguistics analysis）、符號學分析（semiotic analysis）為基礎，本文既採取「符號學學派」觀點，即係探求言論作為一種語言符號所具有之「意涵（meaning）」，認為言論包含內在「思想／所指」與外在傳達工具之「聲音影像／表徵」，不以接收者理解之有效溝通為必要，以語言符號在「日常社會生活中之社會實踐」判斷其意義。

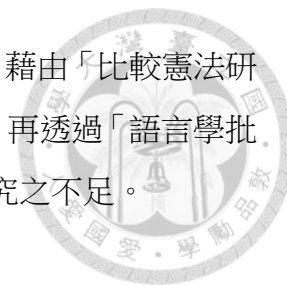
1.2.2.3 不同研究方法間之補充與互斥關係

關於不表意自由議題，本文除採取法學研究常見之「比較憲法研究方法」外，在第三章 3.3 尚採取「語言學批判言談分析法」及「傳播學之符號學分析法」，重新檢討傳統上對於憲法之「言論」定義。相較於傳統上單純以其他國家憲法作為比較基礎，未考量各國對於特定憲法議題之社會脈絡及實踐，「語言學批判言談分析法」及「傳播學之符號學分析法」則帶有社會學面向之思考，強調言論或語言符號在日常社會生活中之社會實踐。就此而言，「語言學批判言談分析法」及「傳播學

⁴⁵ *Id.* at 409-411.

⁴⁶ JOHN FISKE, INTRODUCTION TO COMMUNICATION STUDIES 2 (3rd ed. 2010).

之符號學分析法」毋寧與「比較憲法研究方法」具有互補關係，藉由「比較憲法研究方法」得知憲法言論自由之基本權利在其他國家之討論議題，再透過「語言學批判言談分析法」及「傳播學之符號學分析法」補充比較憲法研究之不足。



誠然，「比較憲法研究方法」與「語言學批判言談分析法」、「傳播學之符號學分析法」亦可能具有潛在之方法論上互斥關係。以「比較憲法研究方法」而言，固然不同國家之憲法容有差異，但如係單純比較、參考特定國家之憲法，則憲法之言論只有單一定義，有關他國憲法言論自由範疇之言論，當然適用於另一國之憲法言論定義。換言之，所謂之言論自由、言論定義，具有普世性價值，不會因為不同國家而有不同概念。反之，採取「語言學批判言談分析法」及「傳播學之符號學分析法」，憲法之言論定義則可能隨著不同國家之社會脈動而改變，無放諸四海皆準之言論定義，各國在不同時空背景下之言論定義，亦非必然一成不變。為妥適處理上開不同研究方法間之關係，自須體認該等研究方法在本質上之差異，並在既有憲法基本權利框架下，調和不同方法論間彼此之衝突。

1.2.2.4 「理論依據」與「研究方法」之差異

另外，在第三章 3.1 不表意自由之定義，本文以社會心理學之「雙歷程理論 (Dual-Process Theories)」，說明人類心智處理過程包含直覺式、捷思式 (heuristic) 思考之「第一種處理過程 (Type 1 processing)」，以及反思式、分析式 (analytic) 思考之「第二種處理過程 (Type 2 processing)」，進而主張人並非總是理性，應以「思想」作為言論自由之核心。第五章 5.1.3 強迫言論之司法審查部分，本文則探討社會心理學上人態度改變、知覺、意見及行為改變之三種原因，即強迫順從之「認知失調理論 (cognitive dissonance)」、「社會影響 (social influence)」及「從眾 (conformity)」，再說明強迫言論與社會心理學之關係，並進一步提出強迫言論應適用之審查標準。

關於社會心理學之研究方法，與社會科學研究方法實際上並無太大差異，同樣必須依據觀察、既有理論或先前研究結果提出假設、設計研究，再以描述性研究

(descriptive research)、相關性研究 (correlational research) 及實驗性研究 (experimental research) 之實證方式進行驗證。⁴⁷「描述性研究」係描述人及其思想、感受與行為，「相關性研究」係測量不同變數間之關係，藉以計算相關係數 (correlation coefficient)，上述二種研究方法均包括觀察法 (observational studies)、檔案研究法 (archival studies) 及問卷 (surveys) 方式；至於「實驗性研究」則係採取隨機抽樣 (random sampling) / 隨機分派 (random assignment)、實驗室 (laboratory) 與田野實驗 (field experiments) 檢驗因果關係。⁴⁸

本文在第三章、第五章所採取之社會心理學觀點，僅係在證立本論文所主張以思想作為言論之核心要素，以及「強迫為特定內容之主觀意見表達」相較於「強迫為特定內容之客觀事實陳述」，對於人民思想自由之侵害嚴重，屬性上較偏向於支持本文論點之「理論依據」，而非前述以提出假設、實證方式進行驗證之「研究方法」。如採取社會心理學之研究方法，本文即應就社會心理學相關理論應用在強迫言論侵害不表意自由之程度提出假設，並以描述性研究、相關性研究及實驗性研究進行驗證。本文既以社會心理學之「雙歷程理論」、「認知失調理論」、「社會影響」及「從眾」作為本文主張之理論基礎，未根本質疑該等理論之正確性，自非採取社會心理學之研究方法。至於以社會心理學之研究方法進行實證研究，如同本文在 1.2.2.1 所述，為免脫離本論文主軸，此部分待日後進行更深入之跨領域研究。

1.3 名詞定義

林子儀大法官主張「言論自由」是每一個人可以無拘無束將內心所想，以各種形式不受任何拘束地表達於外，使他人知曉之狀態，包括單純表達或傳遞內心所想給他人，或進一步與他人溝通或交換意見。而因個人選擇各種形式表達內心所想，不限於以言語表達，為避免「言論自由」之用語使人誤解限於以言語表達內心所想之自由，故論者有創設「表現自由」、「表達自由」、「表現意見之自由」或「意見自由」等用語，但該等用語實際上係相互通用之名詞，與英文「freedom of speech」、

⁴⁷ SAUL KASSIN ET AL., SOCIAL PSYCHOLOGY 27-33 (10th ed. 2017).

⁴⁸ *Id.* at 33-40.

「freedom of expression」為互通名詞相同，而因「言論自由」名詞已被社會大眾廣泛使用，故林子儀大法官仍採取「言論自由」之名詞。⁴⁹又林子儀大法官從言論自由保障之表現形式觀之，將「說的自由（表現的自由）」與「不說的自由（不表現的自由）」並列在言論自由之保障範圍，顯然係採取較為廣義之言論自由定義。⁵⁰

本論文所欲討論之對象為「不表意自由」，美國聯邦最高法院將之稱為「免於說話的權利（the right to refrain from speaking at all）」⁵¹，學說上則稱為「不說的權利（the right not to speak/the right to not speak）」⁵²、「不說的自由（the freedom not to speak）」⁵³、「不與特定想法連結的權利（the right not to be associated with particular ideas）」⁵⁴。由於不表意自由不論是在國內學說及釋憲實務，均未如同言論自由已有廣泛討論而有通用之用語，且相較於積極表意自由採取「言論自由」之用語，「免於說話的權利」、「不說的權利」、「不說的自由」等用語更有可能使人誤解不表意自由僅保障不說話的權利，未涵蓋拒絕以表意行為表彰特定信念的權利，再加上釋字第 577 號、656 號解釋已闡明「言論自由除保障積極之表意自由外，尚保障消極之不表意自由」，⁵⁵明確採取「不表意自由」之用語，且以「不表意自由」稱之較能與「廣義言論自由」概念下之「表意自由」對比，故本文在論述時，除非係為完整論述美國實務及學說見解，不得不以「免於說話的權利」、「不說的權利」或「不說的自由」說明外，否則原則上均採取「不表意自由」之用語。至表意自由部分，本文原則上仍然採取大眾已廣泛接受之「言論自由」用語，只有在避免誤會或強調與不表意自由之差異時，始採取「傳統言論自由」（大多在論述傳統言論自由理論基礎）或「表意自由」用語。

1.4 文獻回顧

⁴⁹ 林子儀（註 7），頁 107-108。

⁵⁰ 林子儀（註 7），頁 108-112；林子儀（註 17），頁 3 註腳 1。

⁵¹ *Wooley v. Maynard*, 430 U.S. 705, 714 (1977); *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 559 (1985); *Janus v. AFSCME, Council 31*, 138 S. Ct. 2448, 2463 (2018).

⁵² SULLIVAN & FELDMAN, *supra* note 17, at 435; STONE ET AL., *supra* note 17, at 1348; NOTES, *supra* note 19, at 2359.

⁵³ HAIG A. BOSMAJIAN, *THE FREEDOM NOT TO SPEAK* 167 (1999).

⁵⁴ SHIFFRIN ET AL., *supra* note 22, at 543.

⁵⁵ 參釋字第 577 號解釋文第 1 段、釋字第 656 號解釋理由書第 2 段。



1.4.1 國內文獻回顧

林子儀大法官於 1988 年發表，之後收錄在其專書之〈表意自由下的接收訊息權〉文章，主張如表意者享有「不說的自由」，聽眾不得強迫表意者違反其意願說話，故「接收訊息權」僅屬消極的權利，二者發生衝突時，除非特殊例外，否則「不說的自由」通常優先於「接收訊息權」。⁵⁶林子儀大法官於 2002 年〈言論自由導論〉一文，明確指出不表意自由與個人「思想信仰自由」及「隱私權」具有密切關係，政府原則上不得強制個人將內心所想表現於外。⁵⁷

留學德國的中央研究院法律研究所李建良所長於 2000 年為文主張憲法之言論不限於主觀看法，亦包含客觀事實之報導，尤其是屬於意見形成前提之事實，而不表意自由之保障範圍包括「不表示自己意見的自由」、「不接受他人意見成為自己意見的自由」及「不散布他人意見的自由」，前二類無論任何理由均不得限制，第三類僅係國家透過人民傳達某種政策，如有憲法上正當理由，並非絕對不得為之。⁵⁸陳耀祥教授於 2005 年援引德國聯邦憲法法院見解，主張未涉及個人思想表達與傳布或非作為價值判斷前提要件之「單純」事實陳述，不屬於言論自由保護範疇，且應以標示在外觀上歸屬於他人言論或企業之意見形成或表達，區分應受「職業執行自由」或「言論自由」保障。⁵⁹由此可見，不表意自由或言論自由之保障範圍是否包含「客觀事實陳述」，實際上係德國法上有關德國基本法第 5 條第 1 項言論自由之保障範圍，是否包含「主觀意見表達」與「客觀事實陳述」之爭議。

關於不表意自由之審查標準部分，李念祖教授於 2005 年主張不表意自由可分為「強制人民為主觀意見之表達」及「強制人民為客觀事實之陳述」，且無論人民之不表意自由涉及商業言論或政治性言論，均應提高審查標準。⁶⁰張嘉尹教授於 2009 年則主張並非所有涉及不表意自由之事件均與思想自由、良心自由或人性尊

⁵⁶ 林子儀，*The Right to Receive Under the Freedom of Speech*，收於：言論自由與新聞自由，頁 304-307 (2002)。

⁵⁷ 林子儀 (註 7)，頁 111-112。

⁵⁸ 李建良 (註 7)，頁 98-100。

⁵⁹ 陳耀祥 (註 8)，頁 217-220。

⁶⁰ 李念祖 (註 8)，頁 17-18, 26。

嚴相關，強迫加害人公開道歉，與強制廠商張貼菸害警語、強制證人有作證義務有所不同，不僅限制加害人之言論自由，亦侵害加害人良心自由及人性尊嚴。⁶¹以此觀之，張嘉尹教授似乎認為應以是否涉及思想自由、良心自由或人性尊嚴，決定不表意自由審查標準之寬嚴，與李念祖教授認為只要涉及不表意自由，一律採取較嚴格之審查標準迥異。

雖然國內少數文獻已提及不表意自由之理論基礎、不表意自由之保障範圍，但並未深入說明不表意自由與表意自由有何不同之理論基礎，針對不表意自由之保障範圍是否包含「客觀事實陳述」、不表意自由應採取之審查標準，亦有不同見解，各見解復未明確說明採取該見解之理論基礎。筆者於 2010 年撰寫之〈民、刑事法上強制道歉合憲性之研究〉碩士論文，主張不表意自由之基礎為「思想自由」⁶²，應區分「針對言論內容之強迫」與「非針對言論內容之強迫」，「針對言論內容之強迫」再區分為「強迫意見表達」與「強迫事實陳述」，前者採取嚴格審查標準，後者採取中度審查標準。⁶³上開論文固然已提及不表意自由之理論基礎及審查架構，但因該論文係以強制道歉所涉及之不表意自由限制為核心，未根本檢討不表意自由與表意自由之「言論」定義，亦未全面探討所有不表意自由類型，且未結合社會心理學理論檢討審查標準問題，故自有必要進一步深入探討不表意自由與表意自由之差異、不表意自由之理論基礎、保障範圍、各種強迫言論類型及審查標準等議題。

1.4.2 美國法文獻回顧

哥倫比亞大學法學院 Vincent Blasi 教授與加州大學洛杉磯分校法學院 Seana Shiffrin 教授於 2004 年，合寫一篇收錄於 Michael Dorf 教授主編「憲法故事」之經

⁶¹ 張嘉尹，人性尊嚴的重量——評析大法官釋字第 656 號解釋，世新法學，2 卷 2 期，頁 226-229 (2009)。

⁶² 筆者在碩士論文主張強行區分思想與良心並無實益，且個人是否具有強烈道德信念無法精確衡量，為避免法官基於多數人價值觀，輕易否定少數人良心，故不應區分思想與良心，統稱為「思想良心自由」即可。參吳佳樺，民、刑事法上強制道歉合憲性之研究，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 129 (2010)。由於本博士論文之重點是針對不表意自由，而非良心自由，為免讀者困惑，故在論述上僅以「思想自由」稱之，不特別強調「思想良心自由」之概念。

⁶³ 吳佳樺，同前註，頁 111-115。

典論文（2009年出版第2版）。渠等主張強迫向國旗致敬之不表意自由基礎為表意者之「思想自由」，此種強迫言論可能造成以不透明之非法方法影響表意者對於事物之真摯思考及論證，並因此反覆性作為或說話而重大影響其思想。⁶⁴Seana Shiffrin 教授於2005年，將強迫言論不當影響被強迫者自主思考過程之觀點進一步適用於「強迫結社」，⁶⁵並依前開見解於2011年提出「以思考者為基礎之取徑（thinker-based approach）」。⁶⁶

耶魯大學法學院 Robert Post 教授於2005年撰文批評並非所有強迫說話、強迫贊助其所反對之言論，均當然涉及美國憲法增修條文第1條問題，認為只有涉及民主自治及參與形成民意，始會涉及言論自由問題。⁶⁷之後 Post 教授於2015年「強迫商業言論」一文，主張「強迫言論」與「限制言論」在公共論述（public discourse）範圍具有對稱性，但在「商業言論」領域則不具有對稱性，其並強調商業言論之強迫揭露「事實（fact）」與強迫揭露「意見（opinion）」不同，前者使民意獲得較多資訊而得以促進民主能力（democratic competence），後者則因強迫揭露表意者未持有或不欲揭露之觀點而危及民主能力。⁶⁸Post 教授於2021年更清楚說明諸多法律建構之專業行為（professional behavior）、管理領域（managerial domains），係為正當化及合法化實踐的社會角色，並未涉及任何憲法價值，故不應關注於抽象的強迫言論理論，而應著重於如何解釋社會事實。⁶⁹

聖地牙哥大學法學院特聘教授 Larry Alexander 教授於2006年全面探討各種禁止政府強迫言論之基礎，質疑無任何理由得以充分說明強迫言論之可非難性。⁷⁰加州大學洛杉磯分校法學院 Eugene Volokh 教授於2018年嘗試歸納強迫言論法則之

⁶⁴ Vincent Blasi & Seana V. Shiffrin, *The Story of West Virginia State Board of Education v. Barnette: The Pledge of Allegiance and the Freedom of Thought*, in CONSTITUTIONAL LAW STORIES 433-434, 437-438 (Michael C. Dorf ed. 2009).

⁶⁵ Seana Valentine Shiffrin, *What Is Really Wrong with Compelled Association?*, 99 NW. U. L. REV. 839, 840-841, 851-863 (2005).

⁶⁶ Seana Valentine Shiffrin, *A Thinker-Based Approach to Freedom Speech*, 27 CONST. COMMENT. 283, 288, 297, 302 (2011).

⁶⁷ Post, *Compelled Subsidization I*, *supra* note 3, at 212-217.

⁶⁸ Robert C. Post, *Compelled Commercial Speech*, 117 W. VA. L. REV. 867, 876-877, 901-902 (2015).

⁶⁹ Robert C. Post, *NIFLA and the Construction of Compelled Speech Doctrine*, 97 IND. L.J. ___, 14, 19-20, 28-29, 33 (2021) (forthcoming), available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3798562>.

⁷⁰ Larry Alexander, *Compelled Speech*, 23 CONST. COMMENT. 147, 148, 150-161 (2006).

判決先例，但未提出一套全面性的言論自由理論。⁷¹芝加哥大學法學院 Genevieve Lakier 教授於 2019 年，主張美國聯邦最高法院目前對於不表意自由採取之「表意者自主」觀點，與最初以「民主自治」為基礎所保障之範圍有所歧異，使「強迫事實陳述」與「強迫意見表達」在憲法評價上相同，因而產生是否過度限縮政府強迫揭露事實權力之疑慮。⁷²

佛羅里達大學萊文法學院 Clay Calvert 教授於 2019 年，提出應考量強迫表達之內容（「主觀觀點」或「客觀真實事實」）、立法者之意圖（「增加知識」或「防止詐欺」）、對表意者造成之傷害（「表達政治、道德或宗教信念之能力」或「經濟與財政利益」）、法規範是否為聽眾帶來健康與安全利益，決定強迫言論之審查標準。⁷³Calvert 教授於 2020 年針對強迫「非商業言論」之審查標準，進一步分析美國實務向來以是否係「針對言論內容之法規範（content-based laws）」，決定是否採取嚴格審查標準，並提出以強迫言論所涉及之憲法增修條文第 1 條利益與價值決定審查標準之方法。⁷⁴

2020 年刊登之「兩種不說的權利模型（Two Models of the Right to not Speak）」評論，將不表意自由案例區分為影響自主之「言論產製模型（speech production model）」與影響反壓迫之「言論限制模型（speech restriction model）」，前者原則上採取較為寬鬆審查標準，後者則視為針對言論內容規制，採取嚴格審查標準，該評論質疑非所有改變言論內容之強迫言論，均應適用嚴格審查標準，主張是否構成限制言論應以言論媒介是否受到重大限制判斷，至於未限制言論之言論內容改變，則應適用以自主為基礎之較為寬鬆審查。⁷⁵

印第安那法學期刊（Indiana Law Journal）於 2021 年 3 月 5 日舉辦「強迫言

⁷¹ Eugene Volokh, *The Law of Compelled Speech*, 97 TEX. L. REV. 355, 358-359, 368 (2018).

⁷² Genevieve Lakier, *Not Such a Fixed Star After All: West Virginia State Board of Education v. Barnette, and the Changing Meaning of the First Amendment Right Not to Speak*, 13 FIU L. REV. 741, 751-756, 760-763 (2019).

⁷³ Clay Calvert, *Wither Zauderer, Blossom Heightened Scrutiny? How the Supreme Court's 2018 Rulings in *Becerra* and *Janus* Exacerbate Problems with Compelled-Speech Jurisprudence*, 76 WASH. & LEE L. REV. 1395, 1438-1440 (2019).

⁷⁴ Calvert, *supra* note 19, at 109-111, 114-115.

⁷⁵ NOTES, *supra* note 19, at 2361-2365, 2367-2376.

論：憲法增修條文第 1 條法學之利刃 (Compelled Speech: The Cutting Edge of First Amendment Jurisprudence)」學術研討會，⁷⁶其中洛約拉法學院 (Loyola Law School) 教授 Alexander Tsesis 主張對於各種強迫揭露規範不應採取類型化 (categorization) 規則 (rules)，而應採取衡量 (balancing) 方法，依情境適用比例原則 (proportionality) 分析法。⁷⁷加州大學柏克萊分校法學院教授 Catherin L. Fisk 則主張強迫揭露案件，因法院未意識他方亦有接收資訊的權利、強調政府干預而非自我規範、實際上為政府言論，故認為未侵害表意者憲法增修條文第 1 條之權利。⁷⁸

從上述文獻回顧可知，美國學界未深入探討不表意自由之理論基礎與表意自由有無不同，即使有所討論，亦係以傳統言論自由理論基礎（例如 Robert Post 教授、Genevieve Lakier 教授、Clay Calvert 教授）、限制言論角度（哈佛法學期刊評論）解釋。換言之，美國學界主流將「不表意自由」與「表意自由」劃上等號，即使係主張以思想自由作為不表意自由理論基礎之 Seana Shiffrin 教授，其所提出之「思想自由」理論基礎、「以思考者為基礎之取徑」亦係一體適用於表意自由及不表意自由。⁷⁹雖然美國學界就不表意自由議題尚未提出有異於表意自由之理論基礎，但於美國聯邦最高法院 2018 年就強迫危機懷孕中心 (crisis pregnancy centers) 在診所內刊登政府公告作成 *NIFLA v. Becerra* 案判決⁸⁰後，美國學界開始陸續檢討強迫言論法則向來適用之嚴格審查標準，惟迄今尚無以言論定義重新檢討強迫言論範圍，以及結合強迫言論法則所衍生之不表意自由定義、理論基礎及社會心理學理

⁷⁶ INDIANA UNIVERSITY BLOOMINGTON MAURER SCHOOL OF LAW, *Indiana Law Journal Symposium*, <https://law.indiana.edu/news-events/lectures-events/ilj-3-21.html> (last visited July 9, 2021). 其中 Alan Chen 教授與 Alexander Tsesis 教授於該次研討會發表之文章，亦於耶魯大學法學院研究言論自由的 Floyd Abrams 機構 (Floyd Abrams Institute for Freedom of Expression) 於 2021 年 4 月 30 日舉辦之第 9 屆言論自由學者會議發表。YALE LAW SCHOOL, *Freedom of Expression Scholars Conference 9*, <https://law.yale.edu/isp/initiatives/floyd-abrams-institute-freedom-expression/freedom-expression-scholars-conference/freedom-expression-scholars-conference-9-2021> (last visited July 9, 2021). 惟因該次研討會論文尚未出刊，故僅介紹自行刊登在 SSRN 之相關重要文章。

⁷⁷ Alexander Tsesis, *Compelled Speech and Proportionality*, 97 IND. L.J. ___, 31-32, 39-41 (2021) (forthcoming), available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3850108>. 中文文獻關於規則或基準、類型化或衡量、美國模式與德國比例原則模式之詳細說明及比較，請參黃昭元，憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析，國立臺灣大學法學論叢，33 卷 3 期，頁 93-97, 110-133 (2004)。

⁷⁸ Catherine Fisk, *Compelled Disclosure and the Workplace Rights It Enables*, 97 IND. L.J. ___, 14-16 (2021) (forthcoming), available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3798742>.

⁷⁹ SEANA VALENTINE SHIFFRIN, *SPEECH MATTERS: ON LYING, MORALITY, AND THE LAW* 85-86 (2014).

⁸⁰ 138 S. Ct. 2361 (2018).

論，建構具體應適用之審查標準文獻。因此，關於不表意自由之議題仍有繼續研究之必要。



1.5 本文論點及架構

相較於我國學說向來未關注於不表意自由之理論基礎，亦未以之界定不表意自由之保障範圍，以及美國學說著重在「強迫商業言論」與「強迫非商業言論」之區分，暨其所涉及之審查標準問題，本文則強調以不表意自由之定義、理論基礎，界定不表意自由之保障範圍，並以本文所建立之言論定義，重新檢討美國法上之強迫言論類型，最後再探討強迫言論之審查標準。

本文第二章先比較我國釋憲實務與美國聯邦最高法院強迫言論法則之源起案例，藉以釐清不表意自由之相關爭議。第三章分別從不表意自由之定義、理論基礎，說明不表意自由之保障範圍，接著探討強迫言論之「言論」定義。第四章介紹美國法上之強迫言論類型，進而釐清強迫言論法則之核心爭議，並以第三章之理論基礎及言論定義為基礎，檢討各種強迫言論類型。第五章介紹我國及美國法就強迫言論之審查標準，並提出本文見解，繼而檢討我國涉及強迫言論之大法官解釋。最後，第六章提出研究結論及研究展望。

關於不表意自由之爭議，包括：一、不表意自由之憲法上權利依據？二、不表意自由之定義？三、不表意自由之理論基礎（即不表意自由之保障範圍）？四、強迫言論之「言論」定義？五、強迫言論之類型？六、強迫言論之司法審查？

本文主張，不表意自由之憲法上權利依據為「言論自由」，但不表意自由不等於表意自由，因而不當然得以適用限制言論之審查架構，且「不表意自由」之限制對人民思想自由之干預甚於積極之「表意自由」限制，「強迫言論」因而較「限制言論」不被言論自由容許。

又不表意自由之定義為「不被操弄思考過程之權利」，而非「沉默的權利」，且

應區分「主觀意見表達」與「客觀事實陳述」，前者之理論基礎主要為「思想自由」，後者理論基礎則主要係「隱私權」。關於強迫言論之「言論」定義，本文綜合語言學批判言談分析、傳播學符號學派，認為只要表意者產製表彰思想之語言符號，且該語言符號依當時交互文本內容、所處特定語境、權力互動關係，可認定具有一定意涵，則不論該語言符號係以何方式表現，即屬憲法所保障之言論。

關於美國法上之強迫言論類型，本文主張應回歸不表意自由之理論基礎及言論定義重新檢討，以思想自由為理論基礎之「主觀意見表達強迫」，僅有「傳統強迫言論」類型，不包括「強迫使用私人論壇」及「強迫贊助言論」類型；以隱私權為理論基礎之「客觀事實陳述強迫」，排除非屬憲法所保障之言論類型後，包含「一般強迫揭露」與「強迫揭露個人身分」類型。最後，有關審查標準部分，「主觀意見表達之強迫」應以強迫表達或揭露之內心信念「是否與個人人格發展等核心事務密切相關」、「懲罰或獎賞之高低」，決定是否採取較為嚴格之審查標準；「客觀事實陳述之強迫」則應依所揭露資訊之性質是否屬於私密敏感事項、是否易與其他資料結合為詳細之個人檔案，採取不同密度之審查標準。

第二章、問題提出：不表意自由與「言論自由」、「思想自由」之關係



我國民事、刑事及行政法領域，有諸多涉及不表意自由侵害之規定，例如法院判決強制道歉、立悔過書、刊登判決書、澄清聲明¹、明示著作出處（著作權法第 64 條第 1 項）、強迫證人作證²；廣電媒體對錯誤報導之強制更正、強制賦予回應權³、強制商品標示⁴、一般強制揭露⁵、強迫配合疫情調查（傳染病防治法第 43 條）及強制公職人員財產申報（公職人員財產申報法第 3 條第 1 項）等。上開規定是否合憲，涉及不表意自由之保障範圍、憲法依據及審查標準等問題，自應先參考我國司法院大法官所作成之相關解釋，再以比較憲法研究方法與美國強迫言論法則對照，進而釐清相關爭點。

2.1 我國司法院大法官解釋

2.1.1 釋字第 490 號解釋

1999 年作成之釋字第 490 號解釋共有 4 位聲請人，2 位聲請人吳○賢、許○為耶和華見證人基督徒，2 位聲請人陳○化、李○榮為基督徒，渠等均基於宗教信仰而拒絕接受軍事訓練，並分別經軍事審判機關、法院以陸海空軍刑法、妨害兵役治罪條例判處有期徒刑之刑罰。其中吳○賢因減刑後實際執行徒刑未滿 4 年，依

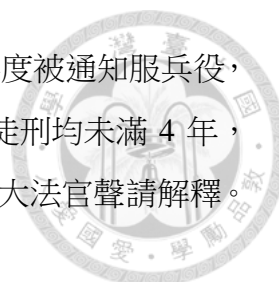
¹ 例如民法第 195 條第 1 項後段、著作權法第 89 條、刑法第 74 條第 2 項第 1、2 款、刑事訴訟法第 253 條之 2 第 1 項第 1、2 款、第 299 條第 2 項第 1、2 款、第 451 條之 1 第 2 項第 1 款、第 455 條之 2 第 1 項第 2 款、少年事件處理法第 29 條第 3 項第 1、2 款規定。

² 例如民事訴訟法第 302 條、第 303 條第 1 項、刑事訴訟法第 176 條之 1、第 178 條第 1 項、行政訴訟法第 142 條、第 143 條第 1 項規定。

³ 例如廣播電視法第 23 條第 1 項、第 24 條、衛星廣播電視法第 40 條、第 44 條、公共電視法第 43 條第 1 項、第 44 條第 1 項、第 45 條規定。

⁴ 例如菸害防制法第 6 條第 2 項、第 7 條第 1 項、第 10 條第 1 項、菸酒管理法第 31 條第 1 項、第 32 條第 1 項、第 33 條、第 35 條、第 37 條、食品安全衛生管理法第 22 條第 1 項、第 24 條第 1 項、健康食品管理法第 13 條第 1 項規定。

⁵ 例如廣播電視法第 34 條之 2、衛星廣播電視法第 32 條前段、證券交易法第 14 條第 5 項、金融控股公司法第 43 條第 4 項前段、第 46 條第 1 項、水污染防治法第 14 條之 1 第 1 項、保險法第 138 條之 4、預算法第 62 條之 1 第 1 項、有線廣播電視法第 41 條第 2 項第 4 款、衛星廣播電視法第 31 條第 1 項規定。



兵役法施行法第 59 條第 2 項規定，免除禁役，在適役年齡期間再度被通知服兵役，吳 O 賢復基於良心拒絕接受軍事訓練而遭判刑 2 次，且因執行徒刑均未滿 4 年，又被通知服兵役，勢必須再次受第 4 次刑事處罰，因而向司法院大法官聲請解釋。

6

本號解釋多數意見主要係以憲法第 13 條宗教信仰自由為據，審查兵役法第 1 條「中華民國男子依法皆有服兵役之義務」、兵役法施行法第 59 條第 2 項「同條第 1 項判處徒刑人員，經依法赦免、減刑、緩刑、假釋後，其禁役者，如實際執行徒刑時間不滿 4 年時，免除禁役」規定之合憲性。⁷大法官認為宗教信仰自由包括受絕對保障之「內在信仰自由」，以及受相對保障之「宗教行為自由」與「宗教結社自由」，且「宗教行為自由」與「宗教結社自由」在必要最小限度內，仍應受國家法律約束，不得以宗教信仰為由否定國家及法律之存在，故宗教信仰者既係國家之人民，其所應負對國家之基本義務與責任，不得僅因宗教信仰之關係而免除，兵役法第 1 條僅係為實踐國家目的及憲法上人民之基本義務，屬立法政策之考量，未牴觸憲法第 13 條宗教信仰自由；另兵役法施行法第 59 條第 2 項不構成一行為重複處罰問題，亦未牴觸憲法第 13 條宗教信仰自由。⁸

本號解釋共有兩位大法官提出意見書，一份為王和雄大法官提出之部分不同意見書，一份為劉鐵錚大法官提出之不同意見書。王和雄大法官認為因宗教原因犯

⁶ 參釋字第 490 號解釋抄本之聲請書。

⁷ 關於本號解釋有關兵役義務與宗教自由衝突之詳細分析，參黃昭元，信上帝者下監獄？—從司法院釋字第 490 號解釋論宗教自由與兵役義務的衝突，臺灣本土法學雜誌，8 期，頁 8-14（2000）。

⁸ 釋字第 490 號解釋理由書第 1 段：「...除內在信仰之自由應受絕對保障，不得加以侵犯或剝奪外，宗教行為之自由與宗教結社之自由，在必要之最小限度內，仍應受國家相關法律之約束，非可以宗教信仰為由而否定國家及法律之存在。因此，宗教之信仰者，既亦係國家之人民，其所應負對國家之基本義務與責任，並不得僅因宗教信仰之關係而免除。...立法者鑒於男女生理上之差異及因此種差異所生之社會生活功能角色之不同，於兵役法第 1 條規定...；第 3 條第 1 項規定...；第 4 條規定...；第 5 條規定...。上開條文，係為實踐國家目的及憲法上人民之基本義務而為之規定，原屬立法政策之考量，非為助長、促進或限制宗教而設，且無助長、促進或限制宗教之效果。復次，男子服兵役之義務，並無違反人性尊嚴亦未動搖憲法價值體系之基礎，且為大多數國家之法律所明定，更為保護人民，防衛國家之安全所必需，與憲法第 7 條平等原則及第 13 條宗教信仰自由之保障，並無牴觸。」、第 2 段：「兵役法施行法第 59 條第 2 項規定...。故被免除禁役者，倘仍在適役年齡，其服兵役之義務，並不因此而被免除，兵役法施行法第 59 條第 2 項因而規定，由各該管轄司法機關通知其所屬縣（市）政府處理。若另有違反兵役法之規定而符合處罰之要件者，仍應依妨害兵役治罪條例之規定處斷，並不構成一行為重複處罰問題，亦與憲法第 13 條宗教信仰自由之保障及第 23 條比例原則之規定，不相牴觸。...」

妨害兵役治罪條例等罪，且每次實際執行徒刑期間均未滿 4 年，實務解釋不得累計計算，必須以刑罰反覆處罰至役齡屆滿日止，違反憲法比例原則，不符憲法對於宗教信仰自由之保障。⁹劉鐵錚大法官則認為兵役法施行法第 59 條第 2 項違反禁止雙重處罰原則、禁止嚴苛、異常制裁原則，應使因良心或宗教因素拒絕服兵役者轉服替代役，始符合對於宗教信仰自由之保障，另兵役法第 5 條及兵役法施行法第 59 條第 2 項就因良心拒絕服兵役者，其宣告刑及執行刑應累積計算，始符合憲法第 13 條及第 22 條。¹⁰由此可見，多數意見與不同意見均以憲法第 13 條「宗教信仰自由」解釋耶和華見證人拒絕履行兵役義務，未探究「持武器作戰之行為」是否構成憲法所保障之「言論」，國家強迫耶和華見證人、基督徒持武器作戰，是否構成「強迫言論」而違憲侵害耶和華見證人、基督徒之不表意自由。

2.1.2 釋字第 567 號解釋

2003 年作成的釋字第 567 號解釋是我國唯一提及思想自由的大法官解釋，該號解釋涉及戡亂時期預防匪諜再犯管教辦法第 2 條明定匪諜罪犯執行期滿，思想行狀未改善，認有再犯之虞，得令入勞動教育場所，強制工作嚴加管訓之規定。該號解釋理由書第 3 段明確闡明：「**非常時期，國家固得為因應非常事態之需要，而對人民權利作較嚴格之限制，惟限制內容仍不得侵犯最低限度之人權保障。思想自由保障人民內在精神活動，是人類文明之根源與言論自由之基礎，亦為憲法所欲保障最基本之人性尊嚴，對自由民主憲政秩序之存續，具特殊重要意義，不容國家機關以包括緊急事態之因應在內之任何理由侵犯之，亦不容國家機關以任何方式予以侵害。縱國家處於非常時期，出於法律規定，亦無論其侵犯手段是強制表態，乃至改造，皆所不許，是為不容侵犯之最低限度人權保障。**戡亂時期預防匪諜再犯管教辦法第 2 條規定國家機關得以人民思想行狀未改善，認有再犯之虞為理由，令入勞動教育場所強制工作嚴加管訓，無異於允許國家機關得以強制方式改造人民之思想，違背憲法保障人民言論自由之本旨，亦不符合最低限度之人權保障，併予指明（粗體字及底線均為筆者所加）」。

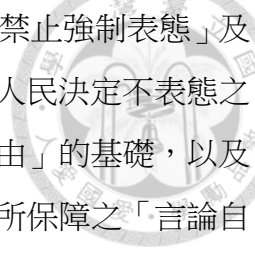
⁹ 參釋字第 490 號解釋王和雄大法官部分不同意見書。

¹⁰ 參釋字第 490 號解釋劉鐵錚大法官不同意見書。

關於「思想自由」之內涵，上開解釋明白表示「思想自由」為「言論自由」之基礎，保障範圍包含「禁止強制表態」及「禁止思想改造」。針對「強制表態」，本號解釋單純以「思想自由」理解，完全未提及「不表意自由」的概念，亦未闡述「不表意自由」與「思想自由」或「言論自由」之關係。關於思想自由之保障程度（亦即為相對權利或絕對權利），大法官認為「思想自由」與「人性尊嚴」相同，為最低限度不得侵犯之人權保障，似乎認為思想自由係受憲法絕對保障之權利。至於「思想自由」與「其他基本權利」之關係，大法官僅說明「思想自由」係「言論自由」之基礎，對於二者之適用順序則未明確說明。

參考彭鳳至大法官在司法院釋字第 588 號解釋一部協同及一部不同意見書說明「人性尊嚴」與「其他憲法上基本權利」之關係，主張人性尊嚴是帝王條款，只要與之牴觸，即難逃違憲之指摘，故具體適用上應優先適用憲法第 2 章所保障的各項基本權利，只有在其他基本權利不足以保障人民的時候，才會直接適用人性尊嚴審查；否則，如對國家行為造成個人的侵害，一律訴諸人性尊嚴，則任何國家行為對於人民基本權利之限制均屬違憲，憲法第 23 條所規定之比例原則，將形同虛設。¹¹「思想自由」既然與「人性尊嚴」相同，受憲法絕對保障，依上開說明，即應優先適用憲法已明確規定之基本權利。

¹¹ 參釋字第588號解釋彭鳳至大法官一部協同及一部不同意見書：「壹、一部協同意見書：…三、人性尊嚴與其他基本權利之關係：…本席本於支持釋字第567號解釋之見解，認為人性尊嚴乃憲法最高價值，既係指導憲法適用的客觀標準『人性尊嚴』，亦係基於憲法整體規範及自由民主憲政秩序所導出、可單獨作為憲法上請求權基礎之人民主觀權利『人性尊嚴條款』，任何國家公權力均應予以尊重並加以保護，不容以任何形式侵犯之，屬於不得經由修憲程序變更的憲法核心領域。惟人性尊嚴既係憲法最高價值，其保障必然經由憲法第2章所規定的各項人民基本權利予以具體化，因此憲法有關各項基本權利規定，應認係作為人民主觀權利之『人性尊嚴條款』之特別法，原則上優先於人性尊嚴條款而適用。…如果各該基本權利規定，在憲法第23條法律保留原則與比例原則容許之範圍之內，對人民相關權益之保障已充分，原則上即不再適用人性尊嚴條款進行審查。…換言之，人性尊嚴的侵犯，原則上以公權力行為牴觸其他基本權利保障規定為前提。如此一方面肯認『人性尊嚴』為憲法最高價值，另一方面建立最高位階的『人性尊嚴條款』與憲法明定人民其他基本權利間之合理關係，始不致造成憲法基本權利保護體系之衝突。否則，人性尊嚴既是憲法最高價值理念，乃解釋憲法所保障各項人民基本權利的指導原則（客觀價值），則任何人民基本權利的限制，亦無不可回溯為人性尊嚴條款（主觀權利）的侵害，如此國家即不得以任何理由、任何方式限制之，則憲法第23條所規定的法律保留原則與比例原則，無異形同虛設（粗體字為筆者所加）。」。另可參釋字第603號解釋許玉秀大法官協同意見書：「在我國憲法沒有相同規定的情況下，人性尊嚴條款應該解釋為未明文的基本權概括條款，而屬於基本權規則的上位原則，人格發展自由可以解釋為蘊含於人性尊嚴條款之中，人格權則屬於憲法第22條所保障的其他基本權。憲法對於基本權的規定應該解釋為例示規定，其他沒有規定的基本權，可能屬於憲法第22條的範圍，人性尊嚴條款則是概括條款，是具有補充性質的補充法，當憲法各個基本權規定不敷使用時，可以援引人性尊嚴條款作為解釋依據（粗體字為筆者所加）。」

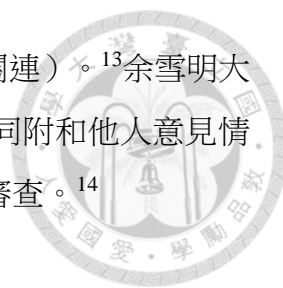


參以釋字第 567 號解釋闡釋「思想自由」之保障範圍包含「禁止強制表態」及「禁止思想改造」，而國家強制人民表態係強迫人民表意，涉及人民決定不表態之「不表意自由」，復依該號解釋所表彰「思想自由」為「言論自由」的基礎，以及前述應優先審查憲法已明定之具體基本權原則，則憲法第 11 條所保障之「言論自由」，自包含「表意自由」及「不表意自由」，且二者基礎均為「思想自由」。又強迫人民表達自己或他人之觀點、認知，因被強迫表意者原本並未「表意」，故其主張「不表意自由」拒絕表態，與其隱藏在內心之「思想自由」密切相關，不表意自由因而與思想自由具有高度連結；反之，限制人民表意內容之「表意自由」，係以表意者「已表意」為前提，故表意者行使「表意自由」，有別於完全未表意之「不表意自由」，非單純以「思想自由」作為基礎，尚強調表意自由之其他價值、理論基礎。

2.1.3 釋字第 577 號解釋

我國真正提及「不表意自由」的案例，是釋字第 577 號解釋與釋字第 656 號解釋，此二則解釋未再提及任何思想自由之文字，僅論述憲法第 11 條之「言論自由」包含「不表意自由」。釋字第 577 號解釋係關於菸害防制法處罰未於菸品容器標示菸品所含尼古丁及焦油含量之規定，主要爭執點在於商品標示屬於「言論自由」或「單純商品標示」¹²爭議。多數意見認為此屬「言論自由」爭議，並明確指出憲法第 11 條不僅保障人民「積極表意的自由」，亦保障人民「消極不表意的自由」，且其保障之內容包括「主觀意見之表達」及「客觀事實之陳述」，而商品標示係一種商業言論，如係為促進合法交易活動，其內容又非虛偽不實或不致產生誤導作用者，應受憲法第 11 條言論自由保障（參釋字第 414 號解釋），對之所為之限制，應採取

¹² 如同本文在 1.4.1 期刊論文之文獻回顧中所述，單純商品標示是否受言論自由保障，實際上係德國法上有關德國基本法第 5 條第 1 項言論自由之保障範圍，是否包含「主觀意見表達」與「客觀事實陳述」之爭議。美國法上針對商品標示之相關規範，則是稱為「經濟管制 (economic regulation)」，美國聯邦最高法院就強迫贊助言論案例，多數意見與不同意見即爭執針對徵收核定稅額以補助產業廣告之行銷命令，應採取「經濟管制」之寬鬆審查標準或「言論自由」之較嚴格審查標準。See *Glickman v. Wileman Bros. & Elliott, Inc.*, 521 U.S. 457, at 469 (1997); *U.S. v. United Foods, Inc.*, 533 U.S. 405, at 425 (Breyer, J., dissenting) (2001); *Johanns v. Livestock Marketing Association*, 544 U.S. 550, at 570 (Ginsburg, J., concurring in the judgment) (2005).



中度審查標準（即具有重大公益目的、手段與目的間具有實質關連）。¹³余雪明大法官所提協同意見書則表明單純商品標示未涉及強迫表態或形同附和他人意見情形，並非言論自由保障之範圍，應以商業規範之低度審查標準審查。¹⁴

釋字第 577 號解釋固闡明國家課予菸品業者於其商品標示中提供重要客觀事實資訊之義務，係對菸品業者不標示特定商品資訊之不表意自由之限制，¹⁵解釋文及解釋理由書並指明憲法第 11 條之言論自由包含「表意自由」及「不表意自由」，保障之內容包括「主觀意見之表達」及「客觀事實之陳述」，惟該號解釋係從「商業言論」受言論自由保障之角度，敘述商品標示應採取中度審查標準，而非從不表意自由之角度討論審查標準之問題。再者，該號解釋就強制菸品業者為商品標示所涉及之不表意自由限制，認為有助於消費者對菸品正確了解，使消費者得以審慎判斷，¹⁶顯然亦非採取表意者利益（*speaker's interest*）觀點，而係採取判斷商業言論是否受憲法保障之「接收者利益（*recipient/ listener's interest*）」觀點。¹⁷

¹³ 參釋字第 577 號解釋文第 1 段：「憲法第 11 條保障人民有積極表意之自由，及消極不表意之自由，其保障之內容包括主觀意見之表達及客觀事實之陳述。商品標示為提供商品客觀資訊之方式，應受言論自由之保障，惟為重大公益目的所必要，仍得立法採取合理而適當之限制。」解釋理由書第 1 段：「憲法第 11 條保障人民有積極表意之自由，及消極不表意之自由，其保障之內容包括主觀意見之表達及客觀事實之陳述。商品標示為提供商品客觀資訊之方式，為商業言論之一種，有助於消費大眾之合理經濟抉擇。是以商品標示如係為促進合法交易活動，其內容又非虛偽不實或不致產生誤導作用者，其所具有資訊提供、意見形成進而自我實現之功能，與其他事務領域之言論並無二致，應屬憲法第 11 條言論自由保障之範圍，業經本院釋字第 414 號解釋所肯認。惟國家為保障消費者獲得真實而完整之資訊、避免商品標示內容造成誤導作用、或為增進其他重大公益目的，自得立法採取與目的達成有實質關聯之手段，明定業者應提供與商品有關聯性之重要商品資訊。」

¹⁴ 參釋字第 577 號解釋余雪明大法官協同意見書：「...本案多數意見認為菸害防制法第 8 條第 1 項合憲之結論，本席敬表同意。但單純商品成分標示之規定，是否涉及業者不表意自由之限制，適用商業言論之中度審查標準，抑或僅屬避免誤導之單純營業行為規範，而適用最低度之審查標準，則不無疑義。在本案因涉及國民健康之重大公共利益，固不影響合憲之結論，但在諸多商業管理規定中客觀真實資訊提供之要求，如未涉及強迫表態或形同附和他人意見之情形，如視之為憲法言論自由所保障之範圍而以中度標準加以審查，相關政府規範難以通過合憲檢驗，則影響重大，亦無必要。...」。

¹⁵ 參釋字第 577 號解釋理由書第 3 段：「...菸害防制法第 8 條第 1 項規定...乃國家課予菸品業者於其商品標示中提供重要客觀事實資訊之義務，係屬對菸品業者不標示特定商品資訊之不表意自由之限制。...」。

¹⁶ 釋字第 577 號解釋理由書第 3 段：「...惟此項標示義務，有助於消費者對菸品正確了解。且告知菸品中特定成分含量之多寡，亦能使消費者意識並警覺吸菸行為可能造成之危害，促其審慎判斷，作為是否購買之參考，明顯有助於維護國民健康目的之達成；...」

¹⁷ 關於「接收者利益」、「表意人利益」與言論自由理論之關係，請參林子儀，言論自由之理論基礎，收於：言論自由與新聞自由，頁 46（2002）。

釋字第 577 號解釋既以「商業言論」之性質，決定不表意自由限制之審查標準，並以消費者與社會利益之觀點，肯認對於商品標示之不表意自由限制，可認該號解釋係以「言論自由」作為「不表意自由」之基礎或上位概念。是針對該號解釋所涉及商業言論之不表意自由限制，自然會採取與「限制商業言論」相同之審查標準，無須論究「主觀意見表達」與「客觀事實陳述」之差異。¹⁸換言之，釋字第 577 號解釋針對涉及受憲法保障之「商業言論」的「強迫言論」，係以「言論自由」作為基礎，採取與「限制商業言論」相同的審查標準，未區別「強迫主觀意見表達」與「強迫客觀事實陳述」而採取不同審查標準。

2.1.4 釋字第 656 號解釋

釋字第 656 號解釋涉及以判決公開道歉作為民法第 195 條第 1 項後段回復名譽適當處分之合憲性，該號解釋除再次肯認「不表意自由」為憲法第 11 條言論自由所保障外，並強調涉及「道德、倫理、正義、良心、信仰等內心信念與價值」之不表意，攸關人民「內在精神活動」及「自主決定權」，為個人主體性維護及人格自由完整發展所不可或缺，且與維護「人性尊嚴」關係密切，如對不表意自由予以限制，應審慎審酌侵害人格法益情節之輕重與強制表意之內容等。¹⁹由此可見，釋字第 656 號解釋就涉及主觀內心信念、價值判斷之不表意自由，認為攸關人民之「思想自由（即內在精神活動）」、「自主決定權」及「人性尊嚴」。

李震山大法官在釋字第 656 號解釋協同意見書針對不表意自由之基礎，更清

¹⁸ 雖然釋字第 577 號解釋理由書第 3 段提及：「...課予菸品業者標示義務，並非強制菸品業者提供個人資料或表達支持特定思想之主張，亦非要求其提供營業秘密，而僅係要求其提供能輕易獲得之商品成分客觀資訊，尚非過當。...」，表明強制表達支持特定思想與強制標示客觀資訊不同，但此主要係在論述強制標示客觀資訊之手段必要性，並非就強迫意見表達與強迫客觀事實陳述採取不同審查標準，故尚難憑此逕認大法官未採取不區分「強迫意見表達」與「強迫事實陳述」之見解。

¹⁹ 參釋字第 656 號解釋理由書第 2 段：「憲法第 11 條保障人民之言論自由，依本院釋字第 577 號解釋意旨，除保障積極之表意自由外，尚保障消極之不表意自由。系爭規定既包含以判決命加害人登報道歉，即涉及憲法第 11 條言論自由所保障之不表意自由。國家對不表意自由，雖非不得依法限制之，惟因不表意之理由多端，其涉及道德、倫理、正義、良心、信仰等內心之信念與價值者，攸關人民內在精神活動及自主決定權，乃個人主體性維護及人格自由完整發展所不可或缺，亦與維護人性尊嚴關係密切（本院釋字第 603 號解釋參照）。故於侵害名譽事件，若為回復受害人之名譽，有限制加害人不表意自由之必要，自應就不法侵害人格法益情節之輕重與強制表意之內容等，審慎斟酌而為適當之決定，以符合憲法第 23 條所定之比例原則（粗體字為筆者所加）。」

楚說明不表意自由係以沉默方式行之，重在實現自我與追求真理，該號解釋並將不表意自由與人格尊嚴為合理緊密之連結；另「不表意自由」與「良心自由」互為表裏、甚至有果與因之關係，且「不表意自由」與「思想自由」、「良心自由」均觸及道德範疇，而與「人性尊嚴」及「自主決定權」等基本權利核心價值極為貼近。²⁰換言之，李大法官認為不表意自由之基礎，除傳統言論自由理論之「表現自我說」、「追求真理說」外，尚包括「人性尊嚴」及「自主決定權」，且認為不表意自由與思想自由、良心自由為不同之基本權。²¹是以，釋字第 656 號解釋與釋字第 577 號解釋單純以「言論自由」作為不表意自由基礎迥異，尚以「思想自由 (freedom of thought)」、「個人自主 (individual autonomy)」及「人性尊嚴 (human dignity)」作為涉及強制道歉「主觀意見表達」之不表意自由理論基礎。

關於不表意自由之保障範圍，釋字第 577 號解釋除明確表明憲法第 11 條保障人民有「積極表意之自由」及「消極不表意之自由」外，並指明保障之內容包括「主觀意見之表達」及「客觀事實之陳述」，而釋字第 656 號解釋則僅提及憲法第 11 條保障「積極之表意自由」及「消極之不表意自由」，未再提及「主觀意見之表達」及「客觀事實之陳述」。究竟釋字第 656 號解釋係因強迫公開道歉不涉及客觀事實陳述，故無庸特別強調憲法第 11 條之保障內容，抑或係大法官有意不提及「客觀事實陳述」亦受保障，不得而知。

對照釋字第 577 號解釋僅涉及「客觀事實陳述」之不表意自由限制，釋字第 656 號解釋所提及「道德、倫理、正義、良心、信仰等內心信念與價值」之不表意，明顯屬於涉及「主觀意見表達」之不表意自由限制。又釋字第 656 號解釋雖然係以「言論自由」作為不表意自由之基本權利依據，惟強調此與人民「內在精神活動(即思想自由)」、「個人自主決定權」及「人性尊嚴」息息相關，應審慎審酌，似乎有意與釋字第 577 號解釋所涉及「客觀事實陳述之強迫」區別，給予「主觀意見表達」較高度之保障。由於強迫主觀意見表達係強迫個人對外表達就事物之主觀價值

²⁰ 參釋字第 656 號解釋李震山大法官協同意見書二。

²¹ 至其他大法官論及人性尊嚴、良心自由，則係在說明強迫公開道歉涉及何種基本權利，並非以之作為不表意自由之基礎，例如許宗力大法官認為強迫公開道歉，涉及不表意自由、人格尊嚴及良心自由，陳春生大法官認為強迫公開道歉涉及不表意自由、人性尊嚴。參釋字第 656 號解釋許宗力大法官部分協同意見書三、釋字第 656 號解釋陳春生大法官協同意見書貳。

判斷，與單純強迫揭露或陳述客觀事實相較，前者對於個人思想自由、個人自主、人性尊嚴之侵害顯然較為嚴重，因此，釋字第 656 號解釋有意區分「涉及內心信念之強迫主觀意見表達」與「強迫揭露客觀事實」，並對前者採取較嚴格之審查標準，自理所當然。

如撇開不表意自由不論，單純以所涉「言論類型」觀之，釋字第 577 號解釋涉及商業言論，釋字第 656 號解釋則涉及一般受憲法保障之言論，故亦可解釋此二號解釋因是否涉及「商業言論」而有所不同。易言之，如涉及商業言論，應優先採取「限制商業言論」所適用之審查標準，不採取「主觀意見表達」與「客觀事實陳述」二分法；如涉及商業言論以外其他一般受憲法保障之言論，則不適用限制言論之審查標準。但如單純從「不表意自由」之角度觀之，釋字第 656 號解釋隱含攸關人民思想自由、個人自主性及人性尊嚴之「強迫主觀意見表達」，應較釋字第 577 號解釋之「強迫客觀事實陳述」受較高度之保障。

2.1.5 小結：不表意自由之基礎為「思想自由」或「言論自由」？

綜合前述分析可知，釋字第 577 號解釋針對強迫商業言論，認為「不表意自由」之限制等同於「表意自由」之限制，且「不表意自由」與「表意自由」之基礎均為「言論自由」，未將「不表意自由」與「思想自由」連結。反之，釋字第 656 號解釋就涉及一般受憲法保障言論之強制公開道歉，則認為「不表意自由」之限制不等於「表意自由」之限制，且當「不表意自由」之基礎涉及「思想自由」、「個人自主」及「人性尊嚴」時，應受較高度之保障，與釋字第 567 號解釋訴諸作為「言論自由」基礎而受憲法絕對保障之「思想自由」，禁止實際上亦涉及限制人民不表意自由之強制表態類似。就此而言，釋字第 567 號、第 656 號解釋無非認為「不表意自由」與「思想自由」具有高度連結，「思想自由」為「不表意自由」之基礎或上位概念。

由此可見，不表意自由之最根本爭議為：「**不表意自由之基礎為『思想自由』或『言論自由』？**」。此不單涉及違憲審查所依據之憲法基本權利、憲法條文之差

異，尚涉及不表意自由之保障範圍及審查標準之採擇。換言之，此可分為兩個層次問題：一、不表意自由之憲法上權利依據。二、不表意自由之價值（即保障不表意自由之目的）。關於第一個層次的問題，如認為「不表意自由」與「表意自由」之憲法上依據均為憲法第 11 條之「言論自由」，則不表意自由之審查架構自然與表意自由相同，僅須討論二者有無其他不同，致適用之審查標準有所差異；如認為二者憲法上權利依據不同，二者審查架構自截然不同。又即使確立「不表意自由」與「表意自由」之憲法上依據均為「言論自由」，仍應探究第二個層次的問題，即「不表意自由」與「表意自由」之價值、保障目的是否相同。換言之，不表意自由是否應採取傳統言論自由之表現自我說、追求真理說、健全民主程序說價值觀，或採取其他價值觀。

針對第二個層次不表意自由之價值、保障目的問題，又可區分為下述二大爭點：一、應否區分「主觀意見表達之強迫」與「客觀事實陳述之強迫」。二、應否區分「強迫商業言論」與「強迫為憲法之一般言論」。上述爭點並因採取之不表意自由理論基礎而有所差異，如採取「傳統言論自由價值」，則無區別上開類型之必要，應給予相同程度之保障，適用「限制言論」之審查標準；如採取「思想自由說」，因「主觀意見表達之強迫」、「強迫為憲法之一般言論」對於思想自由之侵害較「客觀事實陳述之強迫」、「強迫商業言論」嚴重，故前者應較後者受較高度之保障。以下 2.2 介紹美國聯邦最高法院最早針對上開爭議所作成之相關判決，接著 2.3 分析我國法與美國法，並釐清不表意自由之相關爭議。

2.2 美國強迫言論法則之源起案例

2.2.1 *Gobitis* 案（1940）至 *Barnette* 案（1943）

美國聯邦最高法院涉及不表意自由之強迫言論法則案例，最早源自於 1943 年 *West Virginia State Board of Education v. Barnette* 案²²，該案事實為信奉耶和華見證人（Jehovah's Witnesses）的學生 *Barnette* 及其他耶和華見證人信徒因信奉聖經不

²² 319 U.S. 624 (1943).

得有任何偶像之經文，拒絕依西維吉尼亞州教育局所定強迫學生向國旗敬禮之法令，向具有偶像象徵之國旗敬禮，聯邦最高法院在 *Barnette* 案推翻 3 年前否定耶和華見證人得以宗教信仰為由豁免向國旗敬禮之 *Minersville School Dist. v. Gobitis* 案

23。24

關於宣誓忠誠之爭議，在美國當時主要表現在「耶和華見證人」與集結「美國軍隊（American Legion）、「外國戰爭退伍軍人（Veterans of Foreign Wars）」及「美國革命女兒（Daughters of the American Revolution）」等私人愛國團體間之激烈衝突，紐約州於 1898 年最早通過州立法明定公立學校向國旗敬禮之儀式，之後愛國團體不斷遊說制定有關國旗之州法律，並設立國家美國主義委員會，草擬國旗法發送給全國學童，於 1940 年聯邦最高法院作成 *Gobitis* 案同年，已有 9 個州立法要求公立學校舉行國旗敬禮活動，其他 18 個州則有教導國旗之規範，即使沒有國旗法的州，要求學生向國旗宣誓忠誠亦被廣泛實踐，聯邦政府則在 *Barnette* 案訴訟過程中，於 1942 年正式將前開國旗法規定在聯邦法律，但該法律並無強制力。²⁵

與本案有關之耶和華見證人於 1870 年在賓州設立，至 1938 年在美国已有超過 2 萬 8,000 個成員、全世界有 7 萬 2,000 個成員，國內與國際間之耶和華見證人人數並在之後 5 年分別為原本人數的三倍、兩倍，耶和華見證人將聖經解讀為預言耶穌與撒旦間戰爭會導致世界立即毀滅，而耶穌只會拯救真正順從的信徒，相信忠心會將其自虛無中拯救，並享有復活及永生。另自 1914 年開始，耶和華見證人領導倡議成員由罪轉換為真正的信徒，以準備即將到來的世界末日，所有耶和華見證人因此均被視為牧師，有義務向所有人提出贊成上帝或反對上帝的選擇。此外，耶和華見證人被教導包含美國政府在內之所有組織均是撒旦的工具，只可遵守未牴觸等宗教義務的法律規定，將國家視為人類所創設暫時性且精神上腐敗的實體，1916 年至 1942 年的領袖 Joseph Rutherford 則是利用廣播宣教及抗爭之先驅。而耶和華見證人抗拒宣誓效忠，最初可能是受到德國宗教人士拒絕向納粹致敬啟

²³ 310 U.S. 586 (1940).

²⁴ 319 U.S., at 626, 629-630, 635, 642.

²⁵ Vincent Blasi & Seana V. Shiffrin, *The Story of West Virginia State Board of Education v. Barnette: The Pledge of Allegiance and the Freedom of Thought*, in CONSTITUTIONAL LAW STORIES 410-411 (Michael C. Dorf ed. 2009).

發，在 1935 年一位耶和華見證人男童維持坐姿，拒絕在公開朝會向國旗敬禮，因而被學校退學，Rutherford 在其每週廣播讚揚該男童並鼓勵所有耶和華見證人跟隨該典範，全國耶和華見證人因而開始拒絕向國旗致敬，於一年間即有 120 位耶和華見證人因未參與向國旗敬禮儀式而被學校退學。²⁶



在 *Gobitis* 案作成後隔週，有數百件對耶和華見證人人身及財產的暴力攻擊，一群美國軍隊自衛隊隊員強迫數名耶和華見證人飲用大量蓖麻油、將渠等綑綁在一起，然後遊街示眾，耶和華見證人的車輛並被漆上納粹標識及塗鴉，控訴渠等為希特勒的間諜、第五縱隊，不久又有耶和華見證人被攻擊、槍擊及住院治療。之後西維吉尼亞州立法者通過法律，強制所有公立及私立學校為指導、培育及永續美國主義想法、原則及精神，應提供經常性的歷史及公民課程，州教育局並決議強制所有公立學校老師及學生應參與表示尊敬國旗之敬禮儀式，拒絕向國旗致敬者則被視為不服從的行為，依州法律應予退學，除非遵守該等要求及規定，否則不得再重新入學，學童之家長及監護人亦被起訴，面臨監禁之處罰。²⁷耶和華見證人信徒 *Barnette* 及其他耶和華見證人拒絕向國旗敬禮，因而向美國聯邦最高法院挑戰西維吉尼亞州教育局強迫向國旗敬禮之行為，並經美國聯邦最高法院作成流傳千古的 *Barnette* 案判決。

由此可見，美國聯邦最高法院最早關於不表意自由案例，涉及宗教團體與狂熱愛國團體間之衝突，且爭議從遊說州及聯邦立法層次，提昇至由美國聯邦最高法院審理是否違憲層次。然而，即使美國聯邦最高法院最初作成有利於愛國團體的 *Gobitis* 案判決，宗教團體與狂熱愛國團體間之爭議仍未止息，甚至演變成愛國團體基於優勢地位迫害宗教團體成員之悲劇，美國聯邦最高法院在此背景下，就此爭議遂再次作成 *Barnette* 案判決。

2.2.2 以「思想自由」為基礎—*Barnette* 案（1943）、*Wooley* 案

²⁶ *Id.* at 413-415.

²⁷ *Id.* at 419-423.

(1977)



有異於聯邦最高法院 3 年前作成之 *Gobitis* 案係討論耶和華見證人得否以「宗教信仰」為由主張豁免，²⁸以及 *Gobitis* 案及 *Barnette* 案耶和華見證人書狀及法庭之友意見書僅論述違反宗教自由、正當法律程序條款、剝奪幼童接受公立學校教育之自由及牴觸國會法，²⁹完全未提及思想自由或不表意自由，*Barnette* 案多數意見及 *Murphy* 大法官協同意見書則創設「思想自由」、「不表意自由」之概念，認定西維吉尼亞州教育局強迫人民向國旗敬禮及宣誓違憲。

Jackson 大法官主筆的 *Barnette* 案多數意見認為，國家不得強迫人民以言詞或行為表達對政治、國家主義、宗教或其他事物意見之確信，故教育局強迫人民向國旗敬禮及宣誓之行為，超越其憲法權力範圍，且違反美國憲法增修條文第 1 條保障「個人智力及精神領域 (the sphere of intellect and spirit)」不受任何政府機關控制之目的，教育局以強迫向國旗敬禮之手段達到「國家統一」(national unity) 之目的，應屬違憲。³⁰至該案所涉及之基本權利，多數意見雖然未明確指明涉及何種基本權利及條文依據，但由多數意見提及「個人之思想自由 (individual freedom of mind)」、「歧異的自由 (freedom to differ)」，最後更以教育局強迫人民向國旗敬禮及宣誓之行為，「侵害個人智力及精神領域 (invades the sphere of intellect and spirit)」而認定違憲，³¹足見多數意見所憑之基礎為思想、精神層面之保障。*Murphy* 大法官在該案所提協同意見書，更清楚說明所涉基本權利：「憲法所保障對抗國家行為之思想自由 (freedom of thought) 與宗教自由的權利，包括『自由說話的權利 (the right to speak freely)』及『免於說話的權利 (the right to refrain from speaking at all)』」，³²認為積極表意與消極不表意自由之基礎均為「思想自由」。

²⁸ 310 U.S., at 592, 599-600.

²⁹ Respondents' Brief at 8-9; Brief for American Civil Liberties Union at 9-29; Brief of the Committee on the Bill of Rights, of the American Bar Association at 3, *Minersville School Dist. v. Gobitis*, 310 U.S. 586 (1940) (No. 690); Brief of the Committee on the Bill of Rights, of the American Bar Association at 3; Brief for American Civil Liberties Union at 7, *West Virginia State Bd. Of Educ. v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943) (No. 591).

³⁰ 319 U.S., at 641-642.

³¹ *Id.* at 637, 642.

³² *Id.* at 645 (*Murphy, J., concurring*) ("The right of freedom of thought and of religion as guaranteed by the Constitution against State action includes both the right to speak freely and the right to refrain from

之後聯邦最高法院在 1977 年 *Wooley v. Maynard* 案³³，就新罕布夏州政府 (State of New Hampshire) 強制所有自小客車所有人應在車牌展示「不自由，毋寧死 (Live Free or Die)」標語，經耶和華見證人信徒 Maynard 夫婦以該標語抵觸渠等道德、宗教及政治上信仰，拒絕透過車輛標語散布該訊息而遭判處有期徒刑之案件，表示州政府要求個人在其私人財產，以特定形式及表意性目的向大眾散布意識形態之訊息違憲，多數意見引用 Murphy 大法官在 *Barnette* 案協同意見書，闡明：「吾人從受憲法增修條文第 1 條保障對抗國家行為之思想自由 (the right of freedom of thought) 包括「自由說話的權利」(the right to speak freely) 與「免於說話的權利」(the right to refrain from speaking at all) 之主張開始 (參 *Barnette* 案 Murphy 大法官協同意見書)，一個確保得以改變宗教、政治及意識形態之權利，必然須保障拒絕形成該等概念之伴隨權利，「自由說話的權利」與「免於說話的權利」是較廣義「個人思想自由」(individual freedom of mind) 概念之互補構成要素。此亦為近期作成之 *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo* 案所說明，吾人在該案認定佛羅里達州法律課予報紙刊登其所批評之政治候選人回應之積極義務違憲，認為該要求剝奪報紙決定何者刊登或省略之基本權利...」，多數意見並強調：「重點不在多數人是否贊同該標語，...而是美國憲法增修條文第 1 條保障個人有與多數人持有不同觀點之權利，以及有拒絕推廣其認為道德上無法接受想法之權利」。³⁴

由此可見，聯邦最高法院無論是在 *Barnette* 案所寓含之基本權利，或 *Wooley* 案明確闡明之基本權利，均係美國憲法增修條文第 1 條言論自由條款所保障之「思想自由」，只是 *Wooley* 案更明確確立「思想自由」為「不表意自由」與「表意自由」

speaking at all,...”).

³³ 430 U.S. 705 (1977).

³⁴ *Id.* at 713-715. (“(8, 9) We begin with the proposition that the right of freedom of thought protected by the First Amendment against state action includes both the right to speak freely and the right to refrain from speaking at all. See [Board of Education v. Barnette](#), ... (Murphy, J., concurring). A system which secures the right to proselytize religious, political, and ideological causes must also guarantee the concomitant right to decline to foster such concepts. The right to speak and the right to refrain from speaking are complementary components of the broader concept of “individual freedom of mind.” ... This is illustrated by the recent case of [Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo](#), ..., where we held unconstitutional a Florida statute placing an affirmative duty upon newspapers to publish the replies of political candidates whom they had criticized. We concluded that such a requirement deprived a newspaper of the fundamental right to decide what to print or omit... (11) ... The fact that most individuals agree with the thrust of New Hampshire's motto is not the test; ... The First Amendment protects the right of individuals to hold a point of view different from the majority and to refuse to foster, in the way New Hampshire commands, an idea they find morally objectionable.”).

之基礎。



2.2.3 更易以「言論自由」為基礎—*Zauderer* 案（1985）至 *Riley* 案（1988）

美國聯邦最高法院針對強迫事實陳述與強迫意見表達，最為經典的兩個判決分別是 1985 年作成的 *Zauderer v. Office of Disciplinary Counsel of the Supreme Court of Ohio* 案³⁵及 1988 年作成的 *Riley v. National Federation of the Blind of North Carolina* 案³⁶。前者涉及「強迫商業言論（compelled commercial speech）」，後者則涉及「強迫一般受憲法保障之言論」。

Zauderer 案之事實為律師刊登廣告，記載其代理因避孕器瑕疵而受損害之訴訟，且僅在勝訴後收取律師費等語，因該廣告並未揭露委任人敗訴時應支付其他費用，故律師被認為違反俄亥俄州（State of Ohio）懲戒規則之強制揭露規定而遭懲戒，律師進而主張該揭露規定限制律師刊登之廣告內容而違憲。³⁷聯邦最高法院在該案以 5 比 3 票數認定系爭懲戒規則合憲，多數意見強調強制揭露與強迫言論、限制言論之差異，認為本件與 *Wooley* 案、*Tornillo* 案、*Barnette* 案不同，俄亥俄州並未試圖規定何者在政治、國家主義、宗教或其他事項之意見為正統，亦未強迫人民以言語或行為表達其內心之信念，僅試圖規範何者為商業廣告的主流（orthodox），以及廣告應涵蓋「純粹事實且無爭議之資訊（purely factual and uncontroversial information）」，而因憲法增修條文第 1 條擴張保障商業言論主要是基於該等言論對消費者所提供資訊之價值，上訴人就其廣告不提供任何事實資訊，在憲法上受保障之利益極微，故事實上在所有商業言論案件，均強調強制揭露對廣告者利益之侵害較禁止言論為小，法院因而採取極為寬鬆之合理審查標準。³⁸

聯邦最高法院在 *Zauderer* 案中並表示所有關於限制商業言論案件之討論，均

³⁵ 471 U.S. 626 (1985).

³⁶ 487 U.S. 781 (1988).

³⁷ 471 U.S., at 633-636.

³⁸ *Id.* at 650-651, 653.

建議強制揭露相較於限制言論為可接受之較小侵害手段，因為強迫揭露所涉及之憲法增修條文第 1 條利益較限制言論薄弱，故僅因國家尚有其他可能手段得以達成目的而宣告強制揭露規定違憲，並不適當。³⁹換言之，*Zauderer* 案認為強制商業廣告僅係揭露「純粹事實且無爭議之資訊」，對於憲法增修條文第 1 條利益之侵害較「涉及意見或內心信念之強迫言論」、「限制商業言論」輕微，故應採取較強迫言論、限制言論為低之審查標準。由此可見，*Zauderer* 案明顯係採取區分「強迫主觀意見表達」與「強迫客觀事實陳述」、「限制商業言論」與「強迫商業言論」之立場。

間隔 3 年後，*Riley* 案就北卡羅萊納州（State of North Carolina）慈善募款法強制專業募款者必須揭露募得款項之實際捐贈比例，以 7 比 2 票數認為違憲，多數意見指明：「雖然強迫言論與強迫沈默確實具有某些差異，但在受保障言論之情境，此差異不具有任何憲法上之重要性，因為憲法增修條文第 1 條保障「言論自由（freedom of speech）」，該詞彙必然包含「說什麼（what to say）」與「不說什麼（what not to say）」的決定。強迫言論與強迫沉默在完全受保障之言論情形憲法等價，係建立在 *Tornillo* 案...此原則並非以佛羅里達限制媒體之事實作為基礎，且被一般性適用在涉及言論之案件。例如 *Wooley* 案...，另可參 *PG&E* 案、*Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises* 案、*Abood* 案、*Barnette* 案。該等案件不能僅因為涉及強迫意見表達（compelled statements of opinion），與本件涉及強迫「事實」陳述（compelled statements of “fact”）不同而予以區隔，不論是何種形式之強迫均限制受憲法保障之言論。...」多數意見因而認為強迫揭露之法律必然限制受保障之言論，針對系爭針對言論內容之法規範（content-based regulations），應採取嚴格審查標準（exacting First Amendment scrutiny）」。⁴⁰

³⁹ *Id.* at 651 n.14.

⁴⁰ 487 U.S., at 796-798. (“...There is certainly some difference between compelled speech and compelled silence, but in the context of protected speech, the difference is without constitutional significance, for the First Amendment guarantees “freedom of speech,” a term necessarily comprising the decision of both what to say and what not to say. The constitutional equivalence of compelled speech and compelled silence in the context of fully protected expression was established in *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*. ... That rule did not rely on the fact that Florida restrained the press, and has been applied to cases involving expression generally. For example, in [Wooley v. Maynard](#), ... See also [Pacific Gas & Electric Co. v. Public Utilities Comm'n of California](#), ...; [Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises](#), ...; [Abood v. Detroit Board of Education](#), ...; *West Virginia Board of Education v. Barnette*. These cases cannot be distinguished simply because they involved compelled statements of opinion while here we deal with compelled statements of “fact”: either form of compulsion burdens protected speech....”). 之後美國聯邦最高法院在 1995 年作成的 *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of*

就此而言，*Riley* 案就一般受憲法保障之言論，不僅未採取 *Zauderer* 案之見解，而是主張「強迫事實陳述」與「強迫意見表達」相同，皆屬「限制言論」，均應採取嚴格審查標準；更重要的是法院指出「言論自由」包含「說什麼」與「不說什麼」，巧妙地將「不說的權利」改置於憲法增修條文第 1 條「言論自由」之保障範圍，不再採取 *Barnette* 案及 *Wooley* 案以「思想自由」作為「不說的權利」上位概念之見解。

2.3 不表意自由之相關爭議

2.3.1 不表意自由之憲法上權利依據及理論基礎

關於不表意自由之基礎，如本文在 2.1.5 所述，可區分為不表意自由之憲法上權利依據、不表意自由之價值（即保障不表意自由之目的）兩個層次問題。針對「憲法上權利依據」部分，我國司法院釋字第 490 號解釋與美國聯邦最高法院 *Gobitis* 案均以宗教信仰自由審查，未論及言論自由或不表意自由，似乎嚴格區分「行為」與「言論」，未將持武器作戰之行為、向國旗敬禮之行為視為憲法所保障之「言論」。之後 *Barnette* 案推翻 *Gobitis* 案，認為強迫向國旗敬禮違反美國憲法增修條文第 1 條保障「個人智力及精神領域」不受國家干涉而違憲，強調個人內在思想精神層面之一般性權利。

雖然美國聯邦最高法院在 *Barnette* 案、*Wooley* 案以「思想自由」作為不表意自由之基礎，之後在 *Riley* 案更易以「言論自由」作為不表意自由之基礎，⁴¹惟上開判決均係以美國憲法增修條文第 1 條言論自由條款，作為不表意自由之憲法上權利依據。至於我國大法官在釋字第 567 號解釋闡明禁止國家強制人民表態，固

Boston, Inc. 案仍維持此見解，認為言論自由其中一項重要原則是得選擇說什麼的個人，亦可選擇不說什麼，且此「修改言論權利（the right to tailor the speech）」之言論自由一般性原則，不僅包含意見表達，亦包含表意者不欲為之事實陳述。See 515 U.S. 557, 573 (1995).

⁴¹ 芝加哥大學法學院 Genevieve Lakier 教授則與本文採取不同觀點，其認為美國聯邦憲法增修條文第 1 條不說的權利，由以「民主」為中心的 *Barnette* 案，轉向現在以「自主」為中心，因而擴張不說的權利範圍。Genevieve Lakier, *Not Such a Fixed Star After All: West Virginia State Board of Education v. Barnette, and the Changing Meaning of the First Amendment Right Not to Speak*, 13 FIU L. REV. 741, 742, 752-753, 760-761 (2019).

與 *Barnette* 案揭示國家不得強迫人民認同之理念近似，該號解釋寓含「思想自由」為「言論自由」之基礎，亦與 *Wooley* 案肯認思想自由為「說的權利」之上位概念相符，但釋字第 567 號解釋並未指明思想自由之憲法上權利依據為何。直至釋字第 577 號、第 656 號解釋，大法官始明確闡述以憲法第 11 條「言論自由」作為不表意自由之權利依據，與前開美國聯邦最高法院判決見解相同。

另針對第二層次「不表意自由之價值」（即保障不表意自由之目的）部分，美國聯邦最高法院一開始在 *Barnette* 案、*Wooley* 案，均係以「思想自由」作為不表意自由之價值，之後 *Zauderer* 案表明該案所涉及「揭露純粹事實且無爭議資訊之強迫商業廣告」，與 *Barnette* 案、*Wooley* 案「涉及意見或內心信念之強迫言論」不同，並考量憲法增修條文第 1 條擴張保障商業言論之理由係基於接收者利益，因而採取較為寬鬆之審查標準，似乎亦認為不表意自由之核心價值為「思想自由」，至於其他無涉思想自由價值之不表意，則較不受憲法言論自由保障。然而，聯邦最高法院接著在涉及「強迫憲法一般言論」之 *Riley* 案，不僅明確以「言論自由」作為不表意自由之憲法上權利依據，更清楚表明言論自由包含「說什麼」與「不說什麼」的決定、「強迫言論」與「限制言論」等價，顯然係採取以自主作為核心理念之「表現自我說」價值。

對照我國大法官解釋，釋字第 567 號解釋雖然未明確闡明禁止強制表態之憲法上權利依據，但由該號解釋強調思想自由為言論自由之基礎、思想自由禁止強制表態，可知該號解釋係以「思想自由」作為不表意自由之價值，與前述 *Barnette* 案、*Wooley* 案、*Zauderer* 案見解相同。之後釋字第 577 號、第 656 號解釋，固均以憲法第 11 條「言論自由」作為不表意自由之憲法上權利依據，但由上開解釋闡述之內容，可清楚察覺涉及不同言論類型之不表意，不表意自由之價值或理論基礎亦有所不同。釋字第 577 號解釋單純以「商業言論」之性質決定審查標準，未區分限制言論與強迫言論而有所不同，顯然認為不表意自由之價值或理論基礎與「言論自由（商業言論）」相同，足見該號解釋與 *Riley* 案均以「表現自我說」作為不表意自由、表意自由之理論基礎。至於釋字第 656 號解釋闡明涉及主觀內心信念、價值判斷之不表意自由，攸關人民之「思想自由」、「自主決定權」及「人性尊嚴」，應

給予較高度之保障，則又回歸最初以「思想自由說」作為不表意自由之理論基礎或價值。



2.3.2 「主觀意見表達強迫」與「客觀事實陳述強迫」之區分

如本文在 2.1.5 所述，關於不表意自由之價值，尚涉及應否區分「主觀意見表達之強迫」與「客觀事實陳述之強迫」、「強迫商業言論」與「強迫憲法之一般言論」二大爭點。針對應否區分「主觀意見表達之強迫」與「客觀事實陳述之強迫」，因而適用寬嚴不同之審查標準，美國聯邦最高法院在 *Zauderer* 案、*Riley* 案似乎採取不同見解，*Zauderer* 案認為應予區分，*Riley* 案則認為無庸區分。但以二案所涉及之言論觀之，*Zauderer* 案涉及「商業言論」，*Riley* 案則涉及「一般受憲法保障之言論」，參諸聯邦最高法院在 *Zauderer* 案係從商業言論受憲法保障之理由、商業言論之價值，探討強迫商業言論之審查標準，故聯邦最高法院應係認為「強迫商業言論」與「強迫一般受憲法保障之言論」不同，「強迫商業言論」應採取主觀意見表達與客觀事實陳述二分法，適用不同審查標準；至於「一般受憲法保障之言論」，則無庸區分主觀意見表達與客觀事實陳述，均屬限制言論之「針對言論內容之規制」，適用嚴格審查標準。

有趣的是，我國釋字第 577 號、656 號解釋亦分別涉及「商業言論」、「一般受憲法保障之言論」，但採取之見解與前開美國聯邦最高法院判決見解完全相左。釋字第 577 號解釋雖然提及言論自由之保障內容包含「主觀意見表達」與「客觀事實陳述」，但針對該號解釋所涉及之「強迫商業言論」，實際上並未採取主觀意見表達與客觀事實陳述二分法之審查標準，而是適用「限制商業言論」之審查標準，與美國聯邦最高法院在 *Riley* 案針對一般受憲法保障之言論，未區分「強迫事實陳述」與「強迫意見表達」，採取與「限制言論」相同審查標準，如出一轍。換言之，釋字第 577 號解釋就強迫商業言論，係適用「限制商業言論」之 *Central Hudson* 法則，與 *Zauderer* 案就強制揭露商業廣告明確區分「強迫事實陳述」與「強迫意見表達」，給予不同程度之憲法保障迥異。

至於有關以判決強制人民公開道歉之釋字第 656 號解釋，涉及一般受憲法保障之言論，而非商業言論，雖然該號解釋並未提及「主觀意見之表達」及「客觀事實之陳述」，但大法官對於涉及人民思想自由、個人自主性及人性尊嚴之「主觀意見表達之強迫」，有意給予較高度之保障，顯然係採取涉及強迫商業言論之 *Zauderer* 案見解，亦即區分「涉及內心信念之強迫言論」與「強制揭露純粹事實且無爭議資訊」，且對前者採取較嚴格的審查標準。故本號解釋雖未明白指明主觀意見表達與客觀事實陳述二分法，但實際上本號解釋係依該二分法決定審查標準。由此可見，我國大法官解釋以是否為「一般受憲法保障之言論」，決定是否因「主觀意見表達強迫」或「客觀事實陳述強迫」而異其審查標準，與美國聯邦最高法院以是否為「強迫商業言論」決定是否區分，明顯不同。關於此部分之圖說，請參下述《圖二》。

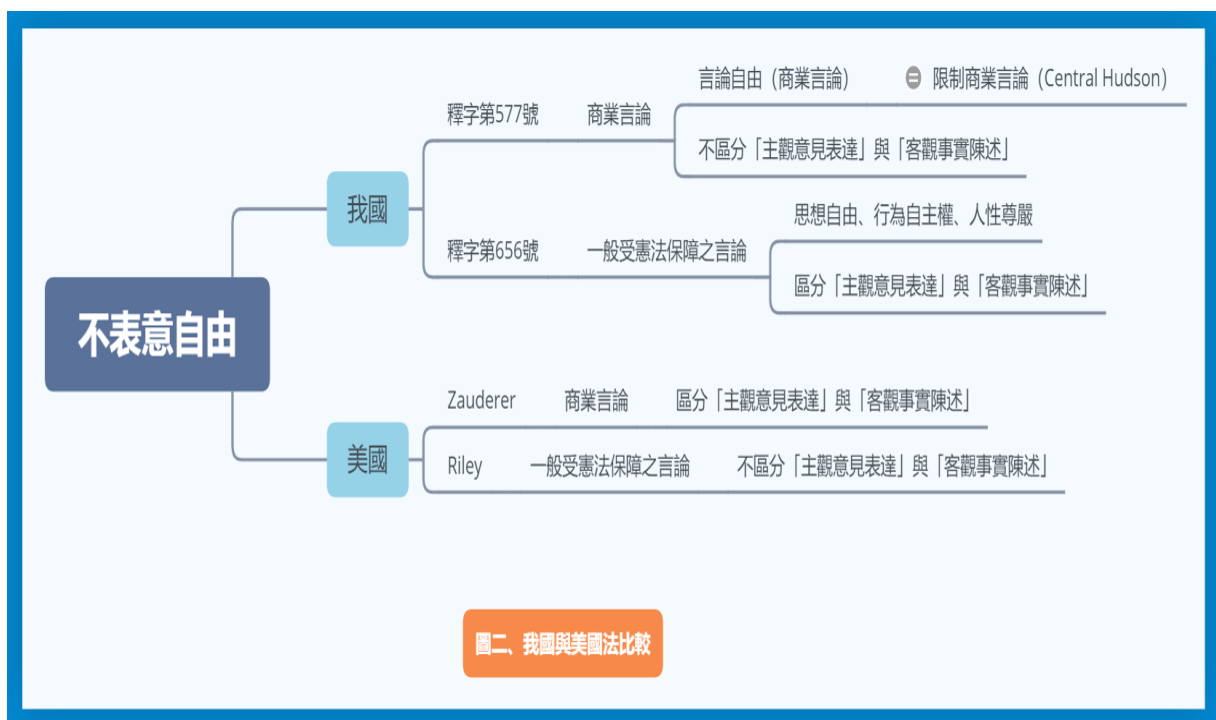


圖 2：我國司法院大法官解釋與美國聯邦最高法院判決比較
(圖片來源：筆者自製)

2.3.3 商業言論之價值

如前所述，是否區分「強迫主觀意見表達」與「強迫客觀事實陳述」而採取不同審查標準，釋字第 577 號、656 號解釋因所涉及之憲法言論是否為「商業言論」

而有所不同。關於「強迫一般受憲法保障之言論」部分，釋字第 656 號解釋以「思想自由」、「個人自主」及「人性尊嚴」作為不表意自由之理論基礎，並對涉及上開理論基礎者之不表意，傾向給予較高度之保障，故自有必要區分「強迫主觀意見表達」與「強迫客觀事實陳述」而採取不同審查標準。至於「強迫商業言論」部分，釋字第 577 號解釋未區分主觀意見表達與客觀事實陳述，逕採取與「限制商業言論」相同之審查標準，而此無非涉及商業言論之理論基礎，自應先探究商業言論是否受憲法保障及其受保障之理由。

我國大法官在釋字第 414 號解釋，首次肯認商業言論應受憲法言論自由保障，該號解釋涉及藥物廣告事前限制之合憲性，大法官認為藥物廣告具商業上意見表達之性質，屬於商業言論，應受憲法第 11 條言論自由保障，惟因藥物廣告之商業言論與國民健康有重大關係，應受較嚴格規範，故認為藥事法相關規定符合比例原則而合憲。⁴²至於商業言論受憲法言論自由保障之理由，由釋字第 414 號解釋理由書第 1 段闡明：「…言論自由，在於保障意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會，包括政治、學術、宗教及商業言論等，並依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則。其中非關公意形成、真理發現或信仰表達之商業言論，尚不能與其他言論自由之保障等量齊觀。…（底線為筆者所加）」等語，可知大法官認為保障言論自由之目的包括「意見之自由流通」、「使人民取得充分資訊」及「實現自我」，而商業言論雖然無涉「公意形成」、「真理發現」或「信仰表達」，但仍應受憲法言論自由保障。

就此而言，釋字第 414 號解釋應係採取「言論思想自由市場說」、「聽眾利益」及「表現自我說」，同時以「接收者利益」與「表意者利益」觀點肯認商業言論之價值。⁴³孫森焱大法官在該號解釋部分不同意見書則質疑商業言論是否受言論自由保障，其認為藥物廣告著重於促銷藥物，以營利為目的之特性及保護消費者權益之意旨，難認屬於言論自由保障範疇，對之所為之限制，應屬「營業自由」之限制，

⁴² 參釋字第 414 號解釋理由書第 1、2 段。

⁴³ 林子儀大法官則認為從釋字第 414 號解釋文及解釋理由書中，無法明確知悉我國大法官是否如同美國聯邦最高法院，以保障接收的自由肯認商業言論受到言論自由保障，林子儀大法官並主張接收的自由是附隨於表現自由的自由權，並非單獨的權利。林子儀，言論自由導論，收於：李鴻禧等合著，臺灣憲法之縱剖橫切，頁 113 註 18（2002）。

為憲法第 23 條規定所許。⁴⁴



之後釋字第 577 號解釋就強制菸品標示之合憲性，於解釋理由書第 1、3 段闡明：「…商品標示為提供商品客觀資訊之方式，為商業言論之一種，有助於消費大眾之合理經濟抉擇。是以商品標示如係為促進合法交易活動，其內容又非虛偽不實或不致產生誤導作用者，其所具有資訊提供、意見形成進而自我實現之功能，與其他事務領域之言論並無二致，應屬憲法第 11 條言論自由保障之範圍，…（底線為筆者所加）」、「…國家課予菸品業者於其商品標示中提供重要客觀事實資訊之義務，係屬對菸品業者不標示特定商品資訊之不表意自由之限制。惟此項標示義務，有助於消費者對菸品正確了解。且告知菸品中特定成分含量之多寡，亦能使消費者意識並警覺吸菸行為可能造成之危害，促其審慎判斷，作為是否購買之參考，…故上開菸害防制法規定雖對菸品業者之不表意自由有所限制，然其目的係為維護國民健康及提供消費者必要商業資訊等重大之公共利益，其手段與目的間之實質關聯，符合法治國家比例原則之要求，並未逾越維護公共利益所必要之程度，與憲法第 11 條及第 23 條之規定均無違背。…（底線為筆者所加）」，⁴⁵可見該號解釋延續釋字第 414 號解釋見解，以「聽眾利益（接收者利益）」及「表現自我說（表意者利益）」作為商業言論受憲法言論自由保障之理論基礎，並以「聽眾利益」肯認「強迫商業言論」之合憲性。余雪明大法官在釋字第 577 號解釋提出之協同意見書，則主張單純商品標示並非言論自由保障範圍，應以「一般商業規範」之低度審查標準審查。

對照美國聯邦最高法院早期在 *Valentine v. Christensen* 案⁴⁶，未肯認商業言論受憲法增修條文第 1 條言論自由之保障，⁴⁷之後在 *Bigelow v. Virginia* 案⁴⁸、*Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.* 案⁴⁹，始承認商業

⁴⁴ 參釋字第 414 號解釋孫森焱大法官部分不同意見書。

⁴⁵ 參釋字第 577 號解釋理由書第 1、3 段。關於商業言論採取之審查標準，近期 2020 年 8 月 28 日作成之釋字第 794 號解釋，亦明確採取中度審查標準。參釋字第 794 號解釋理由書第 11 段：「…國家為保障消費者獲得真實而完整之資訊，避免商品廣告或標示內容造成誤導作用，或為增進其他重要公共利益目的（如保護國民健康），自得立法採取與上述目的之達成間具有實質關聯之手段，限制商品廣告（本院釋字第 414 號、第 577 號及第 744 號解釋參照）。」

⁴⁶ 316 U.S. 52 (1942).

⁴⁷ *Id.* at 54.

⁴⁸ 421 U.S. 809 (1975).

⁴⁹ 425 U.S. 748 (1976).

言論並非自始不受到憲法增修條文第 1 條之保障。⁵⁰而觀諸美國聯邦最高法院所作成之 *Virginia State Bd. of Pharmacy* 案判決，以傳統言論自由理論基礎解釋「商業言論」是否受憲法言論自由保障，即自由企業經濟係由大量私經濟決定組成，商業資訊之自由流通將使私經濟決定更為明智且受充分告知，有助於較廣泛之公共決策過程(健全民主程序之自治理論, self-government);⁵¹開放溝通管道使資訊流通，將使人民因受充分告知而知悉其最佳利益，並據此作成決定(追求真理理論, truth);⁵²消費者因資訊自由流通而理解其最佳利益，因此達成聽眾自主 (listener's autonomy) (自主性理論)。⁵³

是以，美國聯邦最高法院針對商業言論之理論基礎，明顯兼採「健全民主程序說」、「追求真理說」及「聽眾自主說」，與我國大法官釋字第 414 號、577 號解釋僅從「聽眾利益」及「表現自我說」肯認商業言論之價值迥異。另從前述我國司法院釋字第 414 號、577 號解釋多數意見與少數意見之爭執，亦可清楚發現雖然二者結論並無不同(均為合憲)，但多數意見就商業言論以「言論自由」審查，將傾向採取較為嚴格之審查，少數意見以「營業自由」或「一般商業規範」審查，則會採取較為尊重立法者之寬鬆審查，此在其他案件即有可能產生違憲、合憲之不同結果。

又商業言論雖經司法院釋字第 414 號解釋闡明受憲法言論自由保障，惟之後釋字第 577 號、623 號、744 號、794 號解釋以「商業言論所提供之訊息，『內容非虛偽不實或不致產生誤導作用』，且以『合法交易』為目的而有助於消費大眾作出經濟上之合理抉擇者」，始認為受憲法第 11 條言論自由之保障，⁵⁴與先前釋字

⁵⁰ 421 U.S., at 818; *Id.* at 761. 有關美國商業言論是否受憲法保障之發展，中文文獻請參林子儀，商業性言論與言論自由，美國月刊，2 卷 8 期，頁 25-28 (1987)。

⁵¹ 425 U.S., at 765.

⁵² *Id.* at 770.

⁵³ *Id.* at 770. 關於從傳統言論自由理論探討商業言論應受美國聯邦憲法增修條文第 1 條保障之觀點，See KATHLEEN M. SULLIVAN & NOAH FELDMAN, FIRST AMENDMENT LAW 206-207 (5th edition ed. 2013).

⁵⁴ 參釋字第 577 號解釋理由書第 1 段：「商品標示如係為促進合法交易活動，其內容又非虛偽不實或不致產生誤導作用者，其所具有資訊提供、意見形成進而自我實現之功能，與其他事務領域之言論並無二致，應屬憲法第 11 條言論自由保障之範圍...」；釋字第 623 號解釋文第 1 段：「商業言論所提供之訊息，內容為真實，無誤導性，以合法交易為目的而有助於消費大眾作出經濟上之合理抉擇者，應受憲法言論自由之保障。」；釋字第 744 號解釋理由書第 2 段：「商業言論所提供之訊息，內容非虛偽不實或不致產生誤導作用，以合法交易為目的而有助於消費大眾作出經濟上之合理抉

第 414 號解釋未將內容不實或產生誤導作用、不合法之商業言論自始排除於言論自由之保障範疇迥異。⁵⁵上開釋字第 577、623、744、794 號解釋之見解，無疑係參考美國聯邦最高法院在 *Central Hudson Gas & Elec. Corp. v. Public Service Commission of N.Y.* 案⁵⁶就商業言論案件所建立之「四部分分析（four-part analysis or four-step analysis）」，即首先必須判斷言論是否受到美國憲法增修條文第 1 條之保障，以商業言論而言，至少必須是合法活動（lawful activity），且不致誤導民眾（misleading），⁵⁷足見我國釋憲實務針對商業言論是否受憲法保障、保障之範圍，係完全參考美國聯邦最高法院判決見解。

因此，美國有關「強迫商業言論」是否應與「限制商業言論」採取相同審查標準（即是否適用 *Central Hudson* 法則之中度審查標準），或採取有異於「強迫非商業言論」、「強迫主觀意見表達」之審查標準（即是否適用 *Zauderer v. Office of Disciplinary Counsel of the Supreme Court of Ohio* 案⁵⁸針對「純粹事實且無爭議資訊【purely factual and uncontroversial information】」之寬鬆審查標準）爭議，⁵⁹在我國亦會面臨相同問題。

釋字第 577 號解釋就涉及強迫商業言論之強制菸品標示合憲性，以「言論類型（商業言論）」而非「強迫言論之內容（事實陳述）」決定審查標準，顯然係採取「限制商業言論」之 *Central Hudson* 法則。從商業言論受言論自由保障之理論基礎觀之，釋字第 414 號、第 577 號解釋兼採「表現自我說（表意者利益）」與「聽眾利益（接收者利益）」觀點，而依「表現自我說」之理論基礎，「限制商業言論」與「強

擇者，應受憲法第 11 條言論自由之保障。」；釋字第 794 號解釋理由書第 11 段：「...商品廣告所提供之訊息，其內容須非虛偽不實或不致產生誤導作用，並以合法交易為目的而有助於消費大眾作出經濟上之合理抉擇者，始受憲法第 11 條言論自由之保障。...」。

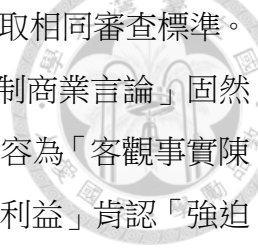
⁵⁵ 參釋字第 414 號解釋理由書第 1 段：「藥物廣告係利用傳播方法，宣傳醫療效能，以達招徠銷售為目的，乃為獲得財產而從事之經濟活動，並具商業上意見表達之性質，應受憲法第 15 條及第 11 條之保障。」

⁵⁶ 447 U.S. 557 (1980).

⁵⁷ *Id.* at 566. 惟釋字第 623 號解釋雖認上開不實、具誤導性及不合法之商業言論，自始不受憲法言論自由之保障，但在理由書第 2 段又肯認促使人為性交易之訊息，屬於商業言論，國家得立法限制促使人為非法交易活動之訊息，顯然前後矛盾。

⁵⁸ 471 U.S. 626 (1985).

⁵⁹ Robert C. Post, *Compelled Commercial Speech*, 117 W. VA. L. REV. 867, 881-885 (2015); Jonathan H. Adler, *Compelled Commercial Speech and the Consumer Right to Know*, 58 ARIZ. L. REV. 421, 434-442 (2016).



迫商業言論」對於表意者個人自主決定之侵害並無二致，故應採取相同審查標準。至於依「聽眾利益」之理論基礎，「強迫商業言論」相較於「限制商業言論」固然使聽眾獲得更多資訊，因而有助於資訊之流通，但此與言論之內容為「客觀事實陳述」或「主觀意見表達」無涉，故釋字第 577 號解釋僅以「聽眾利益」肯認「強迫商業言論」之合憲性，未區分主觀意見表達與客觀事實陳述之強迫而適用不同審查標準，符合該號解釋就商業言論所採取之言論自由價值、理論基礎。

2.3.4 小結

我國大法官解釋針對言論自由案例，明顯係參考美國聯邦最高法院判決見解，業經本文在 1.2.2.研究方法部分詳細說明，何以釋字第 577 號、656 號解釋針對不表意自由理論基礎部分，看似參考美國聯邦最高法院判決見解，但針對是否區分「強迫主觀意見表達」與「強迫客觀事實陳述」以決定適用之審查標準，卻與美國聯邦最高法院判決見解互斥。因此，實有必要探討美國有關不表意自由之定義及保障範圍，進而檢討美國聯邦最高法院所承認之不表意自由類型。下一章（第三章）即從不表意自由之表現形式、不表意自由之理論基礎及言論之定義，探討不表意自由之定義及保障範圍，接著第四章則分析及檢討美國法上各種強迫言論類型。



第三章、不表意自由之定義與保障範圍

林子儀大法官主張所謂的「言論自由」，係指個人無拘無束將內心所想，以各種形式不受任何拘束地表達於外，使他人知曉之狀態，且不僅保障個人以言語表達內心所想之自由，亦保障個人自由選擇其所喜歡之形式表達內心所想。¹雖然依此定義，言論自由看似僅保障個人對外表達內心所想之「表意自由」，但從林子儀大法官以「言論自由的表現形式」界定「言論自由」的保障範圍，並將「不表意自由」列為一種言論自由的表現形式，認為言論自由除保障個人得以各種形式將內心所想表現於外之各類表現自由外，尚保障個人不表現之自由觀之，²可見林子儀大法官將「表意自由」與「不表意自由」均列入言論自由的保障範圍，採取一種廣義的言論自由定義。

然而，以「言論自由表現形式」而論，如「不表意自由」是一種言論自由之表現形式，則「不表意」僅係一種「表意」形式，應探究「沉默」所具有之言論意涵，此時「不表意自由」無非是「表意自由」的下位概念，為表意自由所涵蓋，並無任何特殊之處。又不表意自由之保障範圍，另涉及不表意自由之理論基礎，從言論表現之實質內容而論，無論美國或國內研究言論自由學者均以「言論自由之價值（保障言論自由之目的）」判斷言論自由之保障範圍。³我國法及美國法傳統上向來亦認為「表意自由」與「不表意自由」均屬言論自由保障範疇，且不表意自由之審查架構與表意自由相同。

如將「不表意自由」列入言論自由保障範圍，認為「不表意自由」與「表意自由」之憲法依據均為「言論自由」，則不表意自由與傳統言論自由勢必具有相同價值，而應適用相同之審查架構，但不排除二者可能因尚有其他不同價值而影響個別言論類型之審查標準；反之，如「不表意自由」並非言論自由之保障範圍，其價值

¹ 林子儀，言論自由導論，收於：李鴻禧等合著，臺灣憲法之縱剖橫切，頁 107-108（2002）。

² 林子儀，同前註，頁 108, 111-112。

³ KATHLEEN M. SULLIVAN & NOAH FELDMAN, FIRST AMENDMENT LAW 4-9 (5th ed. 2013); GEOFFREY R. STONE ET AL., CONSTITUTIONAL LAW 1014-1019 (8th ed. 2018); ERWIN CHEMERINSKY, CONSTITUTIONAL LAW 1180-1184 (6th ed. 2020); 林子儀（註 1），頁 117-118。

自有別於傳統言論自由，而有其獨立內涵。因此，「不表意」與「表意」、「沉默」之區別，以及「不表意自由」有無異於傳統言論自由之理論基礎，實與不表意自由之保障範圍及審查架構密切相關。以下 3.1 先從言論自由表現形式出發，說明「不表意」與「表意」、「沉默」之關係，再說明不表意自由之定義、憲法上權利依據。接著在 3.2 介紹傳統言論自由價值及獨立理論基礎，進而分析不表意自由之理論基礎及保障範圍，最後在 3.3 探討強迫言論之「言論」定義。

3.1 不表意自由之定義

3.1.1 「表意」與「不表意」之關係

3.1.1.1 古典共和主義與古典自由主義之政治哲學觀

美國聯邦最高法院 Louis Brandeis 大法官分別在涉及言論自由的 *Whitney v. California* 案⁴撰寫協同意見書、涉及隱私權的 *United States v. Olmstead* 案⁵撰寫不同意見書，彰顯制憲者「古典共和主義 (classical republicanism)」及「古典自由主義 (classical liberalism)」之不同立場。

Whitney v. California 案事實為 Whitney 女士因協助組成美國共產主義勞工黨、成為成員參與倡議、教導、幫助工團主義犯罪行為，遭判處重罪，因而衍生是否限制 Whitney 女士言論自由、集會自由及結社自由，牴觸憲法增修條文第 14 條正當法律程序條款之爭議。⁶Louis Brandeis 大法官在該案協同意見書指出，制憲者認為國家之終極目的在使人民自由發展才能，政府內之審議影響力應勝過恣意，重視自由同時作為目的與手段，認為自由是快樂之秘密，勇氣則是自由之秘密，依其意志思考之自由與依其所想說話之自由為發現及傳布政治真實之必要手段；沒有言論自由與集會自由，討論將沒有意義；有了言論自由與集會自由，討論可對有害原則之散布提供適當保障，且公共討論是一個政治責任，係美國政府之基本原則。⁷此

⁴ 274 U.S. 357 (1927).

⁵ 277 U.S. 438 (1928).

⁶ 274 U.S., at 359-360, 363, 366, 371.

⁷ *Id.* at 375 (Brandeis, J., joined by Holmes, J., concurring).

段文字表彰「古典共和主義」重視「言論」之觀點，認為言論之重要性在於將吾人連結在一起，透過不受限制的辯論，社群形成集體性地位，個別社群成員獲得團結感；反之，沉默與孤立則使個人無法履行公民義務。⁸



United States v. Olmstead 案涉及政府竊聽被告與他人間之私人電話談話，是否抵觸美國憲法增修條文第 4 條、第 5 條規定之問題。⁹Louis Brandeis 大法官在該案不同意見書突顯「古典自由主義」價值觀，說明制憲者承諾確保有利於追求快樂之情況，認知人類精神本質之重要性，試圖保障美國人之信念、思想、情感及知覺，賦予人民最廣泛且最珍貴「不受侵擾的權利 (the right to be let alone)」對抗政府，為保障該權利，任何政府所為對個人隱私之不合理干預，無論採取何種手段，均應視為違反憲法增修條文第 4 條規定，使用以該等干預所確定之事實作為刑事程序之證據，亦應認為違反憲法增修條文第 5 條規定。¹⁰相較於古典共和主義重視群體團結與集體自我決定，古典自由主義強調人類多樣性，只有對各種觀點採取中立立場之國家，持有堅定不同觀點者才會自願支持，惟政府難以維持此種中立性，除非政府允許個人有為自己決定重要事項之廣泛空間。¹¹

又古典共和主義與古典自由主義對於「自由」與「權利」之理解亦有相當大的差異，「古典共和主義」強調公共福祉作為人類共善之集體審議，認為自由是集體自治，權利則是做正確的事；「古典自由主義」則強調嚴格區分公領域與私領域，堅持私領域之自由，認為權利是給予人民有為自己作成決定之空間，反對官方、大眾與集體決定何者正確。一般而言，「古典共和主義」使吾人負有說話義務，「古典自由主義」則使吾人享有沉默權利，但共和主義基於不受限制之討論以達成公眾目的，自由主義基於言論與個人自我表達之關係、畏懼政府正統意見，二者均反對強迫言論。¹²

依上述說明，可知「古典共和主義」希冀人與人間以積極表意之方式互動討論，

⁸ LOUIS MICHAEL SEIDMAN, SILENCE AND FREEDOM 6 (2007).

⁹ 277 U.S., at 455.

¹⁰ *Id.* at 471, 478-479.

¹¹ SEIDMAN, *supra* note 8, at 8.

¹² *Id.* at 3, 8-9.



進而形成公共意見，不表意因無法與他人溝通、形成共識，對於促成公共討論之集體社會沒有助益，故不予鼓勵。相較於古典共和主義強調「表意」，「古典自由主義」則重視個人獨自形成思想及信念之隱私，追求「不表意」之價值。

3.1.1.2 共和主義傳統與自由主義傳統之言論自由價值

「共和主義傳統 (republican tradition)」將表意自由視為「社會良善 (social good)」，私人、個人權利相較於公共目的較不重要，否定完全之個人自主，支持社會情境下之自主。因此，共和主義傳統關注於「大眾 (即聽眾)」與作為集體單位之「公民」，且相較於自由主義傳統，共和主義傳統將國家視為較廣大且正面促進表意自由之角色，但並未強制要求，公民社會亦可扮演確保健全言論環境之角色。¹³反之，「自由主義傳統 (liberal tradition)」主張將個人理解為自主之個人，以行使言論自由發展自我，而其自我表現、自我實現及自我決定之能力，則係發展自我之必要要素，表意自由本身即係目的。因此，自由主義傳統通常將國家視為一種威脅，並將自由市場建構為確保言論資源與機會之機制，要求個人不受國家限制之自我表現，以達實現「個人自主 (individual autonomy)」目的。¹⁴

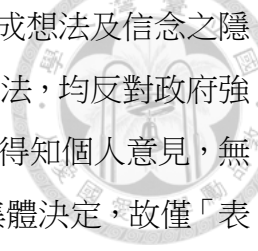
由此可見，共和主義傳統之所以保障言論自由，是為了社會集體利益、追求社會良善，國家為確保言論市場之自由流通，使大眾得以在充分資訊下作成集體決定，會積極建構得以實現言論自由之架構；相反地，自由主義傳統保障言論自由是為了實現自我，個人本身就是目的，而非追求集體利益之手段，國家不積極介入言論自由市場。因此，共和主義傳統追求之言論自由是最大化之集體言論，自由主義傳統之言論自由則是個別主體所行使之自主言論。

3.1.1.3 小結

「古典共和主義」強調人與人間以「表意」之方式形成公共意見，進而促成集

¹³ Morgan N. Weiland, *Expanding the Periphery and Threatening the Core: The Ascendant Libertarian Speech Tradition*, 69 STAN. L. REV. 1389, 1408-1411 (2017).

¹⁴ *Id.* at 1394, 1404-1407.



體共識，「古典自由主義」則重視個人以「不表意」方式獨自形成想法及信念之隱私，惟二種政治哲學觀分別基於追求真正的集體共識、隱私之想法，均反對政府強迫言論。又依「共和主義傳統」之言論自由價值觀，不表意無法得知個人意見，無助於社會取得充分資訊後作成集體決定，只有表意有利於促成集體決定，故僅「表意」受到保障，「不表意」非屬言論自由保障範圍；至於「自由主義傳統」之言論自由價值觀，重視個人自主，而因「表意」或「不表意」均係實現自我之方式，故二者均受言論自由保障。就此而言，「古典共和主義」與「共和主義傳統」之言論自由價值觀，分別係以「追求真理說」、「健全民主程序說」為基礎，認為「表意」與「不表意」具有不同價值；至於「古典自由主義」與「自由主義傳統」則以「表現自我說」為基礎，認為「表意」與「不表意」並無二致。

3.1.2 「沉默」與「不表意」之關係

3.1.2.1 弱勢者之噤默—沉默螺旋理論

相較於言論，傳統上沉默被定位為一種「可怕的缺席 (horror of absence)」，是一種失敗的溝通，保持沉默認為是背離人性目標與期待、放棄與其他公民連結，社會語言學與傳播學研究認為沉默是單純欠缺溝通，反色情之女性主義者認為色情素材本質上不只使被描述者噤默，亦使所有被客體化之女性、小孩噤默，政治領域則將沉默視為「缺席／無權力 (absence/ powerlessness)」，用於描述歷史紀錄上之空白、面對相反民意無力表達個人政治偏好，上述對沉默之概念均屬合併社群、溝通與言論之模型，認為沉默是對該關係之威脅，延伸則是威脅政治，無法與社區、社會相容，採取此模型之論者一般不是譴責在社會上欠缺權力之失權團體為被噤默者，就是提議新策略以鼓勵言論之方式促進平等與民主。¹⁵因此，在此面向上之沉默是指「弱勢者的單純噤默」，不具有積極意涵，此沉默自然非屬一種言論形式。

已故德國美因茲大學傳播研究教授 Elisabeth Noelle-Neumann 所提出之著名社會心理學機制—「沉默螺旋理論 (spiral of silence theory)」，即清楚表彰弱勢者缺席或無權力者之噤默。該理論認為社會威脅孤立與排斥那些背離共識者，個人亦有

¹⁵ Kennan Ferguson, *Silence: A Politics*, 2 CONTEMPORARY POLITICAL THEORY 49, 51-53 (2003).

強大潛意識畏懼孤立，而此畏懼孤立使人們經常檢查何種意見及行為模式被其在環境所贊同或否定、何種意見及行為模式則增強或喪失力量，該理論假設人們有作成該評估之「準統計感 (quasi-statistical sense)」，且該等評估結果影響人們說話之意願及平常行為，如人們相信其意見為共識之一部分，將有自信在私領域及公領域討論時說話、公開以可見之象徵展現其信念；反之，如人們感覺其屬於少數，則變得謹慎與沉默，因而強化軟弱之印象，直到明顯軟弱之一方完全消失，只剩下堅守先前價值之死硬派 (hard core)，或直到該意見成為禁忌。¹⁶

雖然論者有質疑沉默螺旋理論之因果關係，認為保持沉默有可能係察覺某方立場薄弱，但囿於與該方之情感聯繫而不願意背叛；¹⁷亦有論者提出「多數無知 (pluralistic ignorance)」理論，認為個人對於與己相似者常有錯誤認知，不是高估就是低估與其相似者之人數，對於其所屬團體、社會類別及整體有錯誤想法；¹⁸更有從實證研究角度根本質疑人民對於環境認知之正確性，認為沉默螺旋理論將個人意見與對民意 (public opinion) 之認知視為既定事實，但現實上可能有個人針對爭議之意見、個人對於主流民意之認知、個人對於未來民意方向之評估、個人以行動支持其意見之意願四項變數，必須控制某些變數，始有可能建立沉默螺旋理論之因果關係。¹⁹先不論沉默螺旋理論在不同領域、文化是否均可適用，²⁰至少目前實證研究結果大多仍肯定該理論之價值及貢獻，²¹本文借用該理論之觀點僅係為說明

¹⁶ ELISABETH NOELLE-NEUMANN, *THE SPIRAL OF SILENCE: PUBLIC OPINION, OUR SOCIAL SKIN* 201-202 (2nd ed. 1993). Noelle-Neumann 教授較早期之文章，對於沉默螺旋理論之狀態有更為清楚之描述：該理論係指人作為一個社會性動物，畏懼被環境孤立，希望受歡迎且被尊重，因此經常仔細觀察周圍環境，試圖找尋普遍性或更受歡迎之意見與行為方式，並依據該意見與行為方式公開表意與行為。因此，個人意見被他人接納而有自信公開發表意見者會一直說話，個人意識其意見欠缺基礎時，則會保持沉默，前者以此方式強化變得較原本堅強，後者則因此壓迫而變得較原本軟弱，此結果是一種螺旋過程，促使其他私人察覺意見改變並予以跟隨，直到某個意見被確立為主要態度，其他意見則被擊退，且除了死硬派仍堅持該意見外，所有人均否定該意見。See Elisabeth Noelle-Neumann, *Turbulences in the Climate of Opinion: Methodological Applications of the Spiral of Silence Theory*, 41 *PUBLIC OPINION QUARTERLY* 143, 144 (1977).

¹⁷ Kurt Lang, *Book Reviews*, 91 *AMERICAN JOURNAL OF SOCIOLOGY* 1496, 1497-1498 (1986).

¹⁸ Hubert J. O'Gorman & Stephen L. Garry, *Pluralistic Ignorance—A Replication and Extension*, 40 *PUBLIC OPINION QUARTERLY* 449, 449-450 (1976).

¹⁹ D. Garth Taylor, *Pluralistic Ignorance and the Spiral of Silence: A Formal Analysis*, 46 *THE PUBLIC OPINION QUARTERLY* 311, 312-317 (1982).

²⁰ 關於沉默螺旋理論在不同文化是否亦有適用之爭議，See Dietram A. Scheufele & Patricia Moy, *Twenty-Five Years of the Spiral of Silence: A Conceptual Review and Empirical Outlook*, 12 *INTERNATIONAL JOURNAL OF PUBLIC OPINION RESEARCH* 3, 17-19 (2000).

²¹ 例如 Carroll J. Glynn、Andrew F. Hayes、James Shanahan 教授以實證研究之整合分析 (meta-analysis)

不同之沉默意義，進而判斷沉默與表意、不表意之關係，並釐清不表意自由之定義，非以之作為司法審查標準或違憲與否之判準，故以沉默螺旋理論作為某種沉默意涵之理論基礎，自未超越其理論承載範圍。



單從理論面解釋沉默螺旋理論廣泛適用之政治領域，積極參與政治、形成多數意見者，為民主政治程序中強勢之一方，政治上弱勢者則因畏懼被政治社群孤立而保持沉默或更易為順從多數意見。已故史丹福大學政治學教授 Norman H. Nie、羅徹斯特大學政治學教授 G. Bingham Powell, Jr.及哥倫比亞大學政治學教授 Kenneth Prewitt 曾以實證研究方式分析經濟開發國家之社會結構與政治參與關係，主張經濟發展改變社會結構（尤其是階級架構與次級團體架構）、擴張中產階級人數及增加組織複雜性，進而改變政治社會化模式，使大量有此政治相關生活經驗之公民有諸如政治實效、公民義務觀之態度，此等態度促使公民參與政治、使公民意識到可能之機會，並提供公民政治資源，故大量政治參與比例因此經濟發展而增加。²²渠等進一步依實證資料結果，指出個人之社會地位及組織參與度與政治參與程度相關，社會地位傾向透過其對政治態度與認知之力量而影響政治參與，且重要之因果關聯為創造態度資源，使個人對政治訊息敏感；而參與組織亦可製造態度資源，進而增加政治參與。²³

因此，民主政治之政治參與代表政治意識與態度，唯有具有相當社會經濟地位

驗證沉默螺旋理論，探究個人認知其意見被支持與其願意表達意見之關聯性，結果為具有統計上顯著性，採取調節分析（moderator analyses）亦顯示無任何調節變數（moderator）與前開關聯性間有重要關聯；Jörg Matthes、Kimberly Rios Morrison、Christian Schemer 教授針對沉默螺旋理論之死硬派主張，亦控制「態度確定性（attitude certainty）」變數，驗證意見趨勢（climate of opinion）僅適用於持有低度或中度確定態度之個人。See Carroll J. Glynn, et al., *Perceived Support for One's Opinions and Willingness to Speak Out: A Meta-Analysis of Survey Studies on the "Spiral of Silence"*, 61 THE PUBLIC OPINION QUARTERLY 452, 452, 459-461 (1997); Jörg Matthes, et al., *A Spiral of Silence for Some: Attitude Certainty and the Expression of Political Minority Opinions*, 37 COMMUNICATION RESEARCH 774, 792-794, 796 (2010). 國內驗證沉默螺旋理論之文獻，參孫秀蕙，民意理論中的「死硬派」之研究—以「興建核四廠」議題為例，新聞學研究，49 期，頁 157-190（1994）；翁秀琪，選民的意見形成—以民國 82 年臺北縣縣長選舉為例檢驗「沉默螺旋理論」，新聞學研究，55 期，頁 160-182（1997）；左宗宏、周玫楓，從 2001 年台北縣長選舉探討參考團體與第三人效果感知對選民表達意願的影響，選舉研究，11 卷 2 期，頁 163-183（2004）。

²² Norman H. Nie, et al., *Social Structure and Political Participation: Developmental Relationships, Part I*, 63 THE AMERICAN POLITICAL SCIENCE REVIEW 361, 362, 374 (1969).

²³ Norman H. Nie, et al., *Social Structure and Political Participation: Developmental Relationships, II*, 63 THE AMERICAN POLITICAL SCIENCE REVIEW 808, 825 (1969).

之個人較可能接觸態度資源，進而有參與政治、作成政治決定之可能性，故民主政治中之多數即為此等具有高社會經濟地位之菁英，在民主政治程序中噤默者則係跟隨多數意見或不願表態之社會經濟弱勢。連結前述沉默螺旋理論，認知其意見為多數所共識而自信表意者，係高社會經濟地位之菁英，畏懼孤立而保持沉默者，則係社會經濟弱勢，故此處之沉默無疑係表彰政治無權力者對於政治之消極「缺席（absence）」，不具有任何積極之表意、不表意意涵，只是單純的沉默。

3.1.2.2 異議者之無言抗議

傳統民主政治領域強調以「聲音（voice）」作為集體決定之「出席（presence）」，以投票溝通代表政府代表性，部分主張多元民主者，則認為沉默是一種對政治之理性「缺席（absence）」，相對於聲音得被掩蓋；然而，聲音因時間與資源之密集性而無法達到平等，最有需求者不必然就是參與政治最多者，故參與式與審議式民主強調參與及審議被理解為是一種帶有言論活動之民主規範，民主正當性與存活必須仰賴促成所有公民參與及審議之政策將沉默形成聲音，使沉默透過代表性賦權。²⁴ 因此，從積極面向理解，沉默亦可能具有反抗之積極意涵，以沉默所具有之隱喻性地位理解，沉默代表抽離（withdrawal），平靜之沉默禁止外在世界之非平靜介入，連結沉默抽離概念較為明顯者，係拒絕參與國家或社會之規範性語言實踐，故沉默不僅得以孤立方式證明有力量，亦可以自我抽離或團體抽離之社會功能代表反抗，而此則是表現在機構強迫口頭參與之情形，機構並將沉默的異議、不參與視為具有威脅性；此外，沉默不只是以反抗方式對抗他人，同時作為抽離與逃避之沉默，尚得用於操控、控制與傷害他人。²⁵

從歷史角度觀之，西方社會在 13 世紀時，因異教徒之思想、意見及信念而對之訊問，要求異教徒洩漏其他嫌疑異教徒之身分、被規勸認錯及懺悔，拒絕之異教徒則受到教會與國家某種形式之屈辱，即使在現代社會仍維持教會與國家以當權者地位強迫異教徒說話之程序與儀式，此等以宗教為基礎之拒絕說話，即成為一種

²⁴ Mónica Brito Vieira, *Representing Silence in Politics*, 114 AMERICAN POLITICAL SCIENCE REVIEW 976, 976-977 (2020).

²⁵ Ferguson, *supra* note 15, at 54-57.

對世俗權威之不服從行為，係一種影響教會與世俗政府之政治行為。歐洲殖民者在 17、18 世紀時，並將前開教會與國家所實施之部分強迫儀式與誓言帶進美國新大陸，要求被殖民者公開宣稱渠等信念與信仰，強迫宣誓、處罰未出席教會之行為與拒絕放棄異教原則與信念。²⁶



以此觀之，在上開意義下之沉默，不再是一種與聲音對立之缺席，而是代表民主政治程序中的積極反抗、不參與，以及社會層面對於國家、教會等權威之不服從，具有強烈之反動異議性質。因此，與前述弱勢者之噤默不同，此處之沉默並非單純無意義之沉默，而是代表異議者之無言抗議，同時具有表意、不表意之意涵，且不表意屬於一種表意形式，與表意等價。

3.1.2.3 小結

綜上，「弱勢者之噤默」係指社會經濟弱勢者因畏懼孤立而保持沉默，為政治無權力者對於政治之消極「缺席」，此種沉默只是單純的沉默，不具有積極之表意、不表意意涵。至「異議者之無言抗議」，則代表異議者之積極反抗、不服從，此時聲音與沉默不再是對立之概念，聲音並非政治出席之唯一方式，沉默亦非單純的沉默，而是一種積極表意形式，同時具有表意、不表意意涵。

3.1.3 本文見解

3.1.3.1 不表意自由之憲法上權利依據為「言論自由」

無論是美國法或我國釋憲實務，均認為「表意自由」與「不表意自由」之憲法上基本權利依據相同，故傳統上針對不表意自由自然採取與言論自由相同之審查架構、適用相同之審查標準。本文認為，「不表意自由」與「表意自由」分別係對抗國家所為之「強迫言論 (compelled speech)」與「限制言論 (restriction of speech)」，²⁷二者均涉及「言論」，差別僅在於限制「不表意自由」係「強迫」他人表意（可

²⁶ HAIG A. BOSMAJIAN, THE FREEDOM NOT TO SPEAK 15, 40 (1999).

²⁷ 雖有論者認為「不表意自由」與「表意自由」分別為「強迫言論 (compelled speech)」與「強迫沉默 (compelled silence)」，但關於表意自由之限制，包括「針對言論內容之限制」及「非針對言論

能為違心之論，亦有可能不是），限制「表意自由」則係「限制」他人之表意內容或表意方式，表意者所為之言論並非違心之論。又強迫言論之「不表意自由」限制，與單純沉默未為任何言論不同，反而與「表意自由」之限制相同，均有將思想表現於外之「言論」外顯行為（無論是被強迫所為之言論，或出於自願表意所為之言論），則不表意自由自然較接近言論自由，應自言論自由衍生而受到保障，故「不表意自由」與「表意自由」同受我國憲法第 11 條言論自由保障，²⁸且如同其他憲法所列舉或非列舉之基本權利，依憲法第 23 條規定，僅受到相對保障。

至於「不表意自由」是否等同於「表意自由」，如果從個人有依其自由意願，決定「是否」對外表達思想及表達「何種」思想以觀，「不表意自由」與強調個人有依其自由意願表達特定內容之「表意自由」並無二致，²⁹只是一種衍生的表意自由。但針對強迫言論之「強迫為特定內容表意」類型，只有在「表意者持有不同信念，且欲積極表達其他意見」情形，始會侵害表意自由，如被強迫之表意者持相同信念、尚未形成任何信念，或不欲積極表達個人意見，因被強迫表意者不會另外積極為其他言論，故不會涉及表意自由。況且，持有不同信念之表意者仍可在被強迫表達特定意見之同時或之後，自由表達與被強迫表達內容相左之言論，故實際上亦未限制表意者之表意自由。至於「單純強迫表意」類型，因僅係強迫表意者表達個人認知之事實或意見，未強迫表達特定內容，更不可能涉及表意自由，只會涉及「不表意自由」。由此可見，無論是「單純強迫表意」或「強迫為特定內容之表意」，重點均非限制表意自由，而是「不表意自由」，則「強迫言論」自不等同於「限制言論」，不當然得以適用限制言論所建立之雙軌理論、雙階理論架構。

內容之限制（含時間、地點及方式之限制）」，針對言論內容之限制亦未侷限在言論之完全禁制，故「強迫沉默」實際上無法解釋所有表意自由之限制，反而可能造成誤解，本文因而未採取此種區分。

²⁸ 或有論者主張不表意自由之憲法上權利依據為「隱私權」，惟隱私權只能解釋單純之不表意行為，無法解釋涉及改變他人思想之強迫言論，但即使認為不表意自由之憲法上依據為言論自由，仍不妨礙強迫言論可能涉及憲法第 22 條隱私權，而有基本權利競合之問題。

²⁹ 針對涉及違憲條件之 2013 年 *Agency for Intern. Development v. Alliance for Open Society Intern., Inc.* 案（簡稱 AOSII 案），Joseph Blocher 教授即認為，該案認定受領補助者無其他有效方式與政府訊息分離，而欠缺適當替代方案可被視為係對言論之「限制（restraint）」，且近乎所有強迫言論案件亦可如此解釋，故在無適當替代方案之「強迫言論」可能如同限制言論之「事前限制（prior restraint）」一樣邪惡。Joseph Blocher, *New Problems for Subsidized Speech*, 56 WM. & MARY L. REV. 1083, 1110-1111 (2015).

參以「言論」係表彰人類經由思考過程（包含捷思式與分析式思考）所獲得之「思想」，而無論是「限制言論」或「強迫言論」，對外均有言論之表現行為，故「表意自由」或「不表意自由」均必然與「思想自由」有所連結，惟因「不表意自由」之限制係強迫未表意者對外表達或揭露其認知或觀點，相較於「表意自由」僅限制已對外表意者之言論內容或方式，「不表意自由」之限制對人民思想自由之干預自然更甚於積極之「表意自由」限制，是「強迫言論」相較於「限制言論」，自較不被言論自由所容許。

3.1.3.2 不表意自由並非「沉默的權利」

從傳統言論自由之表現形式觀之，表意與不表意之差別在於「表意」是積極將內心所想表達於外，「不表意」是消極沉默不表態，二者具有某程度的對稱性，論者並有將不表意自由稱為「沉默的權利（a right to silence³⁰ / a right to be silent³¹）」、「保持沉默的權利（the right to remain silent）」³²。然而，不表意自由是否真的等同於「沉默的權利」？美國哈佛大學法學院教授 Laurence Tribe 強烈質疑「說的權利（right to speak）」與「不說的權利（right not to speak）」是否具有對稱性，認為二者並非如同一般廣泛理解為相對稱的「言論自由（freedom of speech）」與「沉默的權利（right to be silent）」，其認為唯一可認為對應個人有權依其所想說話之權利（即說的權利）者，係「不被國家強迫表達、傳達或支持國家或其他私人訊息之權利」，但美國聯邦最高法院允許私人得拒絕認同，卻同時繼續維持國家之行為，如此反而是強迫最反對該訊息者出聲，使私人無法以守法公民混雜在內，反而較無私密保有思想之能力。³³

Tribe 教授因而主張沉默的權利無法解釋 *Barnette* 案、*Wooley* 案、*Dale* 案，應

³⁰ SEIDMAN, *supra* note 8, at 1.

³¹ CHEMERINSKY, *supra* note 3, at 1270; Laurence H. Tribe, *Disentangling Symmetries: Speech, Association, Parenthood*, 28 PEPP. L. REV. 641, 643 (2001).

³² BOSMAJIAN, *supra* note 26, at 174.

³³ Tribe, *supra* note 31, at 643-644. Louis Michael Seidman 教授亦質疑，強迫言論反而最保障沉默之權利，*Barnette* 案與 *Wooley* 案所肯認避免強迫言論之權利則危及沉默權利。SEIDMAN, *supra* note 8, at 156.

將該等案件理解為「不被以個人聲音、身體或資源說話、表達、具體化或贊助訊息之方式，使用（used）或霸佔（commandeered）從事國家意識形態命令之權利」，國家得以自己聲音、全體納稅人之支出達成正當目的，但不得由少數人承擔國家傳聲筒之責任，故「不說的權利」以其涉及不被使用為言論工具之權利而言，應指「與言論相關之權利」，而非化約為源自於言論自由本身之「沉默的權利」或「防止錯誤歸因之權利」。³⁴

單純以個人有無積極表達言論（包含純粹言論及表意行為）之外觀區分表意與不表意，人活在這個世界上每天無時無刻都是在保持沉默（搭乘大眾交通工具、聽講座授課、運動、睡覺等），如單純沉默為不表意，上述行為均可主張不表意自由，此顯非憲法保障不表意自由之目的，故表意與不表意確實非以言論之有無作為對稱。如同刑法通說討論犯罪行為之前提是該犯罪行為必須是刑法有意義之行為，³⁵不表意亦係如此，必須是在憲法上有意義之不表意，才是憲法關注之重點，但問題是：什麼是「憲法上有意義的不表意」？

區分憲法上有意義的不表意與無意義的不表意，不可避免必須探究不表意之意涵，從強迫言論之觀點出發，不表意自由之行使不在意被強迫表意者之內心信念為何，只是提起訴訟者恰巧反對強迫言論之內容（實際上亦可能僅有異議者有提起訴訟之誘因及動力），故所謂「憲法上有意義的不表意」，應係指「個人有不被強迫言論之權利（包含揭露自己之認知、觀點或意識形態，以及表達國家、他人之認知、觀點或意識形態）」，至被強迫表意者是否為異議者、其因沉默所為之不表意是否具有特殊意涵均非重點，亦與前述沉默之定義無任何關聯。

3.1.3.3 不表意自由係指「不被操弄思考過程之權利」³⁶

³⁴ Tribe, *supra* note 31, at 644-645, 647.

³⁵ 黃榮堅，基礎刑法學（上），4版，頁144（2012）。

³⁶ 關於「不被操弄思考過程之權利」想法，源自於劉靜怡教授2021年3月9日在中研院法律所「情感運算之規範初探」報告所提出有無「不被操弄之權利（the right not to be manipulated）」初步結論，Cass Sunstein教授於2020年1月14日在英國倫敦大學學院（University College London）心理與語言科學系演講時，亦以「有無不被操弄之權利？」作為報告題目。See UCL, Cass Sunstein, "Is there a right not to be manipulated"?, [https://www.ucl.ac.uk/pals/events/2020/jan/there-right-not-be-](https://www.ucl.ac.uk/pals/events/2020/jan/there-right-not-be)

如前所述，應由「強迫言論」之觀點探討憲法上有意義的不表意，此時即須探討「強迫言論」的兩個要件：何謂強迫？何謂言論？



3.1.3.3.1 「強迫」與「操弄」

所謂「強迫 (coercion)」，係指個人之自由選擇某方面受到限制、妨礙，個人被強迫為某種行為並非基於自己的選擇，或係因為無其他可接受之替代方案。³⁷ 已故哈佛大學教授 Robert Nozick 認為，雖然強迫與自由具有密切關聯，但強迫並非完全等同於無自由 (nonliberty or unfreedom)，而是以威脅 (threat) 作為要件，且威脅非以口頭表達為限，當某人因為威脅而做某事，代表他方之意志在運作或占主導地位，該人未從事完全自願的行為，亦非基於個人選擇而為，或是不情願地行為；至威脅與提議 (offers) 不同，引誘、誘因、獎賞、賄賂、考慮、酬勞、補償、付款之提議一般不構成威脅，接受者一般亦未受到強迫，因提議而為之行為，並無他人之意志在運作或占主導地位，而是基於自己之選擇而為。³⁸ 上開 Robert Nozick 對於強迫之說明，並影響當代之強迫定義，認為附條件之脅迫 (conditional threats) 是強迫之必要要素，且強迫有害於自主之自由。³⁹

從行為科學 (behavioral science) 面向來看，哈佛大學法學院 Cass R. Sunstein 教授主張國家所為之「強迫 (coercion)」與「影響 (influence)」不同，強迫一般不被允許，影響則因尚可自由拒絕而較不會被反對，但國家所得為之影響，仍應以福利 (welfare)、自主 (autonomy)、尊嚴 (dignity) 及自治 (self-government) 四種價值作為限制，因而對於具有維護選擇、低成本工具之「推力 (nudges)」需

[manipulated-cass-sunstein-harvard-law-school](#) (last visited March 22, 2021). 惟應特別強調者，本文所指「不被操弄思考過程之權利」，係針對「不表意自由」所為之定義，理論上應較劉靜怡教授與 Sunstein 教授指涉之「不被操弄之權利」為窄。至於是否應肯認更廣泛之「不被操弄之權利」、該權利之內涵、該權利是否包含不表意自由、與其他行為自主權之區別等問題，並非本文討論之範圍。

³⁷ Allen W. Wood, *Coercion, Manipulation, Exploitation*, in *MANIPULATION: THEORY AND PRACTICE* 21 (Christian Coons & Michael Weber eds., 2014).

³⁸ Robert Nozick, *Coercion*, in *PHILOSOPHY, SCIENCE, AND METHOD: ESSAYS IN HONOR OF ERNEST NAGEL* 440, 444-445, 447, 459 (Sidney Morgenbesser, et al. eds., 1969).

³⁹ Scott Anderson, *Coercion*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <https://plato.stanford.edu/entries/coercion/> (2011).

求快速成長，此並被理解為是一種「選擇架構（choice architecture）」。⁴⁰又「推力」是指引導人民朝特定方向，但仍允許人民走自己路之干預，且該干預未課予重大有形之誘因，即必須維護選擇之自由，故補助、稅收、罰金或刑罰均非推力；惟非強迫之推力及選擇架構有時仍被質疑人民可能被操弄或不被尊重，故爭點即為政府是否在操弄（manipulate）人民、影響與操弄之界限；再者，雖然許多推力及不同形式的選擇架構在前述價值基礎下得被允許，但具有非法目的之推力及選擇架構不被允許，即使推力及選擇架構具有合法目的，公職人員亦應透明（transparency）、避免操弄及負責（accountability），以獲得人民信任。⁴¹由此可見，現代國家行為不再是採取單純之「強迫行為」與「影響行為」二分法，尚包括介於中間之「推力」，且以國家「有無操弄人民」、「是否公開透明」，判斷是否具有合法目的及其正當性，⁴²因此，重點即由「何謂強迫」移至「何謂操弄」。

所謂「操弄（manipulation）」，概念上係介於理性說服與強迫間之影響，依照 Sunstein 教授之定義，操弄與單純影響人民行為、對人民告知、提供事實及說服不同，是指努力影響人民之選擇，致人民未能充分參與或訴諸其反思與審議能力，因而侵害人民自主性、尊嚴、福利及參與理性審議之能力。⁴³紐西蘭奧克蘭大學政治及國際關係學系教授 T. M. Wilkinson 更細膩地描述操弄是採取妨礙選擇之方式，有意且成功地影響他人而侵害自主性，操弄人民係將人民視為工具及傻瓜，被操弄之人民變成他人「弦線上之木偶（puppet on a string）」；至未採取妨礙方式、非有意影響、未改變行為之推力，則不構成操弄，同意操弄之推力，亦不會侵害目標之自主性。⁴⁴史丹佛哲學百科全書（Stanford Encyclopedia of Philosophy）則將目前文

⁴⁰ CASS R. SUNSTEIN, THE ETHICS OF INFLUENCE: GOVERNMENT IN THE AGE OF BEHAVIORAL SCIENCE 1, 3, 5 (2016).

⁴¹ *Id.* at 11-13, 21. See also Cass Sunstein, *The Ethics of Nudging*, 32 YALE JOURNAL ON REGULATION 413, 417 (2015).

⁴² Eric Posner 教授則主張操弄部分人民不可避免，不應因未尊重自主或繞過審議而禁止，在民主國家，人民授權政府操弄及強迫人民，政府基於增進公益或其他公共目的對人民所為之操弄，如同政府得基於增進公共利益目的而強迫人民，只要操弄政策清楚表明且公開供公眾辯論，即不具有可非難性；其並質疑 Sunstein 教授主張推力是自由式家父主義（libertarian paternalism）之用語，認為推力只有強迫才有效，故推力只是家父主義（paternalism）。Eric A. Posner, *The Law, Economics, and Psychology of Manipulation*, 1 JOURNAL OF MARKETING BEHAVIOR 267, 280-282 (2016).

⁴³ SUNSTEIN, *supra* note 40, at 80, 82, 84-85, 87-88. See also Cass R. Sunstein, *Fifty Shades of Manipulation*, 1 JOURNAL OF MARKETING BEHAVIOR 213, 215-218, 221 (2016).

⁴⁴ T. M. Wilkinson, *Nudging and Manipulation*, 61 POLITICAL STUDIES 341, 342, 345-347 (2013).

獻上對於操弄之定義區分為四種，分別為省略論證（bypassing reason）、奸計（trickery）、壓力（pressure）及其他混合觀點，而操弄之非難性則在於其所造成之傷害、侵害自主、將人物化。⁴⁵



雖然上開對於「操弄」之定義不盡相同，但基本上均認為操弄係侵害人民之自主性，使人民作成之決定未能反應理性思考之結果，對照前述「強迫」之定義，強迫為附條件之脅迫，有害於個人之自由選擇，足見「強迫」與「操弄」均係以「個人自主（individual autonomy）」作為基礎，「強迫」類似於刑法上「強暴、脅迫」概念，「操弄」則類似於刑法上「詐欺」概念。⁴⁶英國哲學家 John Stuart Mill 在其著名的「論自由（On Liberty）」一書，亦強調社會只能為防止個人對他人造成傷害，而對個人為違反其意志之強迫與控制，個人就與他人無關之行為，享有完全獨立之「自由（liberty）」。⁴⁷因此，「強迫」與「操弄」固然在「手段」上有強弱程度之差異，惟依 Sunstein 教授與 Wilkinson 教授之說明，可知「操弄人民之推力」係在人民不知情之資訊不透明情況下，使人民陷於錯誤而作成決定，與「以強暴、脅迫手段壓迫人民意志」之強迫，均係壓迫人民自主選擇之空間，則「操弄」所生之效果實質上已等同「強迫」，「操弄」可視為一種「準強迫」。是以，無論以強暴、脅迫之「強迫」方式要求個人以自己名義持有或宣傳特定觀點，或以詐欺、誤導之「操弄」方式使人誤信特定觀點為正確，進而協助宣傳特定觀點，均屬不表意自由保障之範圍。不表意自由不僅禁止「強迫言論」，亦禁止「操弄言論」，後者並構成一種「準強迫言論」。

惟單純從「個人自主」觀點說明不表意自由之意涵，無法與保障人民憲法第 22 條依其意志作為或不作為之「一般行為自由（或稱行為自主權）」⁴⁸區辨，蓋即使

⁴⁵ Robert Noggle, *The Ethics of Manipulation*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <https://plato.stanford.edu/entries/ethics-manipulation/> (2020).

⁴⁶ Cass Sunstein 教授於 2021 年 7 月 6 日在 SSRN 刊登（2021 年 7 月 4 日完成）之「操弄作為小偷（Manipulation as Theft）」草稿，則認為「操弄」與「詐欺」不同，操弄者是哄騙（trick）你，詐欺者則是欺騙（lie）你，但其最後主張只有在操弄行為與謊言同樣係為第三人利益而取得他人財物，造成他人嚴重損害而構成某種形式偷竊（theft）時，法律始應予以禁止，似乎又將「操弄」與「詐欺」在法律上等價。Cass R. Sunstein, *Manipulation As Theft* 4, 13 (Harvard Public Law Working Paper No. 21-30, 2021), <https://ssrn.com/abstract=3880048>.

⁴⁷ JOHN STUART MILL, ON LIBERTY 80-81 (David Bromwich & George Kateb eds., 2003).

⁴⁸ 參釋字第 689 號解釋理由書第 5 段：「...為維護個人主體性及人格自由發展，除憲法已保障之各

大法官未將所有個人對行為之自我決定均納入憲法層次之「一般行為自由」或「其他行為自主權」⁴⁹，而是僅限於保障攸關個人人格自由發展、人性尊嚴、個人主體性維護之自主決定，「一般行為自由」或「其他憲法層次之行為自主權」仍然係以保障「個人自主（personal autonomy）」⁵⁰、「自由（liberty）」作為基礎。而自主之一般原則係保障未對任何人造成傷害之行為，但健全之言論自由原則係不論言論是否造成傷害，均應受到保障，故言論自由絕非只是一般性自由之複製或舉例，而是增加某些一般性自由所無之要素。⁵¹因此，單純以個人自主為基礎之「強迫」與「操弄」面向，無法解釋何以憲法特別保障「不表意自由」，自有必要另從「言論」之觀點解釋不表意自由之意涵。

3.1.3.3.2 「言論」與「思想」

1970 年代人類心理學（包含演繹論證、決策、社會判斷）發展在地化之「雙歷程理論（Dual-Process Theories）」，社會心理學者之後將該理論整合至較廣泛之心智架構理論，認為人類認知係由兩種不同目的之論證系統組成，分別稱為「系統一（System 1）」與「系統二（System 2）」。「系統一」之運作具有快速處理之特徵，論證過程快速、不費力、自動化、無意識、無彈性、高度情境化、不要求工作記憶，「系統二」則有緩慢過程之特徵，論證過程緩慢、費力、被控制、有意識、富有彈性、去情境化、要求工作記憶。上開二種心智系統處理過程，分別稱為直覺式（intuitive）思考之「第一種處理過程（Type 1 processing）」與反思式（reflective）思考之「第二種處理過程（Type 2 processing）」，⁵²論者亦有將此二種思考稱為「捷

項自由外，於不妨害社會秩序公共利益之前提下，人民依其意志作為或不作為之一般行為自由，亦受憲法第 22 條所保障。...

⁴⁹ 例如姓名權（釋字第 399 號解釋）、契約自由（釋字第 576 號解釋）、隱私權（釋字第 585 號解釋）、子女獲知其血統來源之權利（釋字第 587 號解釋）、名譽權（釋字第 656 號解釋）、人格權（釋字第 664 號解釋）、免於身心傷害之身體權（釋字第 689 號解釋）、收養子女之自由（釋字第 712 號解釋）、性自主權（釋字第 791 號解釋）、文化權（釋字第 803 號解釋）等。

⁵⁰ 關於應受憲法保障之行為自主權範圍，請參黃昭元，車速限制與行為自主權，月旦法學教室，5 期，頁 8-9（2003）。

⁵¹ Frederick Schauer, *Freedom of Thought?*, 37 SOCIAL PHILOSOPHY AND POLICY 72, 87-88 (2020).

⁵² Keith Frankish & Jonathan St. B. T. Evans, *The Duality of Mind: An Historical Perspective*, in IN TWO MINDS: DUAL PROCESSES AND BEYOND 1 (Jonathan St B. T. Evans & Keith Frankish eds., 2009); Jonathan St. B. T. Evans, *How Many Dual-Process Theories do we Need? One, Two, or Many?*, in IN TWO MINDS: DUAL PROCESSES AND BEYOND 33 (Jonathan St B. T. Evans & Keith Frankish eds., 2009); KEITH STANOVICH, RATIONALITY AND THE REFLECTIVE MIND 16-19 (2011). 針對雙歷程理論概念之澄清，See

思式 (heuristic)」與「分析式 (analytic)」之論證處理過程。⁵³



關於「系統一」與「系統二」之思考處理過程，獲頒 2002 年諾貝爾經濟學獎之普林斯頓大學心理系榮譽教授 Daniel Kahneman 以人類心智的兩種角色說明二者之互動關係，並以「理性 (rational)」比較「經濟人 (Econs)」與「人類 (Humans)」之區別，進一步說明人類心智之運作。Kahneman 指出，如以邏輯上一致性解釋「理性」，經濟人為理性的，人類則因容易促發、以為看到者為全貌、內在觀點或偏好逆轉而不理性，芝加哥經濟學派信奉人類理性 (human rationality)，認為沒有必要保障個人反對其選擇，因為理性經濟人不會犯錯、自由沒有代價 (free of charge)，但對行為經濟學者 (behavioral economist) 而言，自由因為個人所為之不好選擇，以及覺得有義務協助之社會而具有代價 (freedom has a cost)。⁵⁴至於人類心智中「系統一」與「系統二」之互動，因人類會從過去記憶尋找理由，「系統二」即以此認同或合理化「系統一」產生之想法與感受，再加上個人能力與接收知識之侷限性，使「系統二」作成之決定並非總是「理性」；而「系統一」雖然係依據直覺思考作成判斷，但「系統一」作成之決定亦不必然是錯誤決定，因為「系統一」係由「技能 (skills)」或「捷思 (heuristics)」生成。⁵⁵

社會心理學家 Jonathan Haidt 對於人的心智 (mind) 是否由「論證 (reason)」主宰亦提出強烈質疑，其以「騎象者 (指控制過程，包含論證為什麼)」與「大象 (指自動化過程，包含情感、直覺及各種形式之直觀)」解釋「論證 (reasoning)」與「直覺 (intuition)」兩種認知之關係，認為人類的道德判斷是「先出現直覺，

Jonathan St. B. T. Evans, *Dual-Process Theories of Reasoning: Contemporary Issues and Developmental Applications*, 31 DEVELOPMENTAL REVIEW 86, 88-89 (2011). 中文文獻有關雙歷程理論之介紹，請參胡志偉等，*心理學：身體、心靈與文化的整合*，頁 296 (2018)。

⁵³ Jonathan St B. T. Evans, *Heuristic and Analytic Processes in Reasoning*, 75 BRITISH JOURNAL OF PSYCHOLOGY 451, 451-452, 462 (1984); Jonathan St B. T. Evans, *Heuristic-Analytic and hypothetical thinking theory*, in REASONING, RATIONALITY AND DUAL PROCESSES: SELECTED WORKS OF JONATHAN ST B.T. EVANS 113 (Jonathan St B.T. Evans ed. 2014). See also E. BRUCE GOLDSTEIN, COGNITIVE PSYCHOLOGY; CONNECTING MIND, RESEARCH, AND EVERYDAY EXPERIENCE 422-424 (2019).

⁵⁴ DANIEL KAHNEMAN, THINKING, FAST AND SLOW 411-412 (2011). 關於行為經濟學、經濟與心理學對於傳統法律與經濟、人類理性之批評，See RICHARD A. EPSTEIN, SKEPTICISM AND FREEDOM: A MODERN CASE FOR CLASSICAL LIBERALISM 194-201 (2003); Robert H. Frank, *Departures from Rational Choice: With and Without Regret*, in THE LAW AND ECONOMICS OF IRRATIONAL BEHAVIOR 13-22 (Francesco Parisi & Vernon L. Smith eds., 2005).

⁵⁵ KAHNEMAN, *Id.* at 415-416.

之後才出現策略性論證（intuitions come first, strategic reasoning second）」，如同騎象者騎在大象上，為服伺大象而進化。⁵⁶Haidt 進一步批評理性論者將論證當作最高貴的特質係錯誤的想法，主張個人通常因直覺的理由尋找支持其原本立場的證據，不應期待個人會製造良好、開闊視野、尋求真實的論證，尤其在涉及自我利益或名聲之情形，但如將個體正確聚集，部分個人得利用論證駁斥他人主張，使所有個體有相同連結與命運共同體之感受，進而形成產生優良論證之團體，故道德思考較類似政治人物尋求選票支持，而非科學家尋求真實。⁵⁷

由此可見，人類不一定總是理性思考，作成之決定亦不一定總是「正確」，而無論是採取未經論證直覺式的「捷思式思考」，或經由理性論證反思的「分析式思考」，所得出之結果均係人類基於個人意志所為之自主決定。憲法保障言論自由之意義，即係個人不受他人干擾，經由上述自主思考過程所形成之個人意見，不論該意見是否理性，均屬憲法保障言論自由之範疇。「言論」之所以特殊（special）而應受憲法保障，⁵⁸即在於言論係表彰人類經由前述思考過程（包含捷思式與分析式思考）所獲得之「思想（idea）」，欠缺思考過程之言論（例如機器人之回答），無法稱之為「思想」，實際上與其他行為並無二致，未以「思想」作為核心之言論自由，亦無法與其他以「自主」為基礎之基本權利區別。

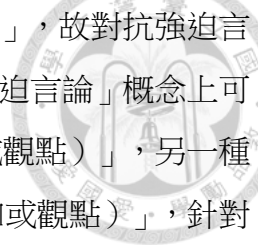
3.1.3.3.3 不表意自由之內涵

從「強迫言論」之角度而論，「強迫」係以強暴、脅迫手段壓迫人民意志，與使人民陷於錯誤而作成決定之「操弄」，均壓迫人民自主選擇之空間；至於「言論」

⁵⁶ JONATHAN HAIDT, *THE RIGHTEOUS MIND: WHY GOOD PEOPLE ARE DIVIDED BY POLITICS AND RELIGION* 30, 45-46, 49-50 (2012).

⁵⁷ *Id.* at 88-91.

⁵⁸ 關於言論自由具有何種特殊性、與自主有何區別，而應受憲法保障之問題，係 Frederick Schauer 教授一再提出之質疑，且認為理想的美國憲法增修條文第 1 條，與未將既存權利當作理所當然的理想理論不同。See Frederick Schauer, *Free speech on Tuesdays*, 34 *LAW & PHIL.* 119, 127, 129, 132, 134 (2015). 惟本文認為，此問題有異於司法違憲審查本身具有之抗多數困境問題，無法以其存在而當然證立其正當性，言論自由既然已經明文受憲法保障，即具有其正當性基礎，至於為何制憲者選擇保障特定權利，不保障其他權利，則屬憲法政策問題。當然，論者可以繼續爭辯憲法政策上為何選擇特別保障言論自由，不保障其他自由權利，但此已非研究言論自由學者所探究之憲法問題，而是研究法律史或法哲學學者應探究之制度性問題。



則指經由「捷思式」或「分析式」思考過程而對外表彰之「思想」，故對抗強迫言論之不表意自由應理解為「不被操弄思考過程之權利」。又「強迫言論」概念上可分為兩種類型，一種為「單純強迫表意（即強迫揭露個人認知或觀點）」，另一種為「強迫為特定內容之表意（強迫傳達或散布國家或第三人認知或觀點）」，針對此二種類型復可依強迫表意之內容，再細分為「事實陳述」與「意見表達」。

「單純強迫表意」雖然僅係強制人民揭露所知悉之事實或表達個人意見，但人民可能因不同原因畏懼公開表達而選擇從眾，隱藏自己內心認定之事實或信念，有礙人民之思考過程，自侵害人民之不表意自由。至於「強迫為特定內容之表意」，不論強迫之內容為事實陳述或意見表達，因表達之內容均係國家或他人所認定之客觀事實或主觀意見，更可能影響人民依自主思考過程所形成之思想而侵害不表意自由，與透過理性溝通及說服方式，由人民自主選擇經由「捷思式」或「分析式」思考過程而獨立形成自己意見明顯不同。

上開阻礙人民思考形塑自己意見之情形，如同彈珠檯商人一開始即以障礙物封死（強迫手段）彈珠進入 A 洞得分前之彈珠道，或設計特定坡度、角度（操弄手段），使彈珠永遠不可能進入 A 洞得分，均阻礙玩家有以彈珠打入 A 洞得分（思辨）之機會。因此，無論是「單純強迫（操弄）表意」或「強迫（操弄）為特定內容表意」，均屬禁止強迫與操弄言論之保障範圍（參《圖三》）。



圖 3：強迫與操弄言論
(圖片來源：筆者自製)

關於不表意自由之侵害，不限於「國家與人民間」之強迫與操弄言論，有時亦可能因第三人請求國家積極介入，要求他方必須依照其意思表意，而發生「私人與私人間」之強迫與操弄言論。關於「國家對人民之操弄言論」，在意的不是私人是否受到財產上損害，而是國家身為資訊、權力的掌控者，不得以不法方式企圖操弄私人，此即 Sunstein 教授所稱縱使國家採取合法目的之推力及選擇架構，對人民仍負有透明之義務，國家不應操弄人民，否則無法使人民信任政府等語之意義。⁵⁹然而，在 21 世紀的今天，人類為獲得免費通訊服務，與社群媒體產業交換得以對使用者蒐集、分析資料之巨大交易 (grand bargain)，衍生社群媒體產業監控個人隱私、讓使用者成癮及增加社群媒體或第三人操弄使用者機會之問題。⁶⁰因此，以對抗「強迫與操弄言論」為對象之不表意自由，保障範圍不再侷限於傳統「國家對人民之強迫或操弄言論」，「私人對私人之強迫或操弄言論」更是不表意自由關切之重點。

哥倫比亞大學法學院 Tim Wu 教授就目前新型態的操弄言論有極為詳盡之說

⁵⁹ Sunstein 教授在其最新 (2021 年 7 月 4 日) 完成之初稿中，討論應否承認「不被操弄之權利」時，則進一步主張在某些情形，應承認對私人及政府均有該道德上權利，未限於國家對私人之操弄。Sunstein, *supra* note 46, at 2.

⁶⁰ Jack M. Balkin, *Fixing Social Media's Grand Bargain* 1 (Yale Law School, Public Law Research Paper No. 652), <https://ssrn.com/abstract=3266942>.

明，其指出因網路普及化、轉賣人類注意力產業（attention industry）興起、商人或中介者為聽眾既存利益包裹式過濾資訊之過濾泡泡（filter bubble）問題，造成聽眾「注意力缺乏（attentional scarcity）」，進而產生網軍（troll armies）利用網路騷擾、攻擊不喜愛的表意者，散布大量訊息淹沒不受歡迎的言論，造成逆審查（reverse censorship）或言論氾濫（flooding）等新型態「針對聽眾之控制言論（listener-targeted speech control）」方法。⁶¹上述國家或私人利用目前聽眾注意力缺乏之特性，衍生各種操弄私人言論之手段，無疑成為言論自由領域之新課題。Tim Wu 教授就此提出兩種言論自由可能之對應方法，第一種方法係從「國家行為理論（state action doctrine）」著手，以共犯責任觀點認為只要私人操弄行為係由政府官員所激起，政府官員即應受言論自由限制，第二種方法則係建立健康的言論環境。⁶²

相較於美國學者以「國家行為理論」討論「私人對私人之強迫或操弄言論」問題，歐洲國家針對私人間之基本權衝突，則以基本權利之垂直效力與水平效力、直接效力與間接效力討論此問題，認為傳統基本權利之功能限於垂直關係之公法領域，主要作為保障私人對抗國家干預或不法歧視之防禦權，部分則創設國家積極義務，今日則逐漸強調基本權利對於私法影響之水平關係，有學者稱之為「私法憲法化（constitutionalization of private law）」；而針對基本權利對於私法之影響，最重要的理論為德國「基本權利對第三人效力理論（Drittwirkung der Grundrechte）」，此又可分為直接效力與間接效力，目前廣泛採取者為憲法權利之「間接水平效力（indirect horizontal effect）」，即司法者解釋適用私法規定時（尤其是涉及不確定法律概念或概括條款），必須將基本權利納入考量。⁶³

⁶¹ Tim Wu, *Is the First Amendment Obsolete?*, in *THE FREE SPEECH CENTURY* 276-285 (Lee C. Bollinger & Geoffrey R. Stone eds., 2019). 關於言論自由在網路時代之問題，中文討論請參中央研究院法律學研究所，期待更寬廣而理性的臺灣社會（上篇）—專訪林子儀兼任研究員談言論自由、防衛性民主和釋憲者的角色，https://www.ias.sinica.edu.tw/blog_post/1259（最後瀏覽日：2021年7月10日）。

⁶² Wu, *Id.* at 285-291.

⁶³ Verica Trstenjak, *General Report: The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law*, in *THE INFLUENCE OF HUMAN RIGHTS AND BASIC RIGHTS IN PRIVATE LAW* 7-8 (Verica Trstenjak & Petra Weingerl eds., 2016). 關於憲法基本權在私法領域適用之各種模型，See Aharon Barak, *Constitutional Human Rights and Private Law*, in *HUMAN RIGHTS IN PRIVATE LAW* 13-16, 18-19, 21-26 (Daniel Friedmann & Daphne Barak-Erez eds., 2001). 另有主張「基本權之客觀規範效力（objectively normative effect of basic rights, objektiv-rechtliche Wirkung der Grundrechte）」取徑。See Christian Starck, *Human Rights and Private Law in German Constitutional Development and in the Jurisdiction of the Federal Constitutional Court*, in *HUMAN RIGHTS IN PRIVATE LAW* 102-104 (Daniel Friedmann & Daphne Barak-Erez eds., 2001). 國內關於基本權利第三人效力之討論，參許宗力，基本權利：第五講—基本權利

惟對於普通法院法官而言，德國基本權利第三人效力理論之間接效力說必須透過民法之不確定法律概念或概括條款，始能就不同基本權利進行利益權衡，但某些無涉不確定法律概念或概括條款之法律條文，仍有可能產生基本權衝突之問題，此時仍須透過合憲解釋原則進行利益權衡。另外，對於我國大法官而言，無論在我國憲法訴訟法於 111 年 1 月 4 日施行前之司法院大法官審理案件法時期，⁶⁴或憲法訴訟法施行後肯認裁判憲法審查時期，⁶⁵基本權利第三人效力理論均難以操作。因此，基本權利第三人效力理論似無存在之實益，普通法院在審理之具體個案，依合憲解釋原則進行基本權衝突之利益權衡即可，大法官為使案件具有操作可能性及可預測性，則可直接採取美國法上之具體審查標準。

又名譽受侵害之被害人，依我國民法第 195 條第 1 項後段規定⁶⁶，向法院請求命侵害名譽之加害人道歉；顧客依反歧視法規定，強制商家出售表彰特定意涵之商品（假設該商品構成商家之言論）；公司強迫罷工員工發表特定聲明，否則不經預告終止勞動契約⁶⁷，看似為「私人與私人間之強迫言論」，但實際上該等案例均有國家法律為依據，並非單純私人與私人間之強迫言論。另「私人與私人間之操弄言論」，例如 Google、Facebook 等社群媒體利用蒐集、分析使用者資料取得使用者之偏好，操弄使用者只接收特定訊息，使用者因此誤認該言論為唯一「正確」之言論，無任何反對意見，進而表態支持特定立場。⁶⁸

的第三人效力與國庫效力，月旦法學教室，9 期，頁 64-67（2003）。

⁶⁴ 司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款：「有左列情形之一者，得聲請解釋憲法：...二、人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者。」

⁶⁵ 111 年 1 月 4 日施行之憲法訴訟法第 59 條第 1 項：「人民就其依法定程序用盡審級救濟之案件，對於受不利確定終局裁判所適用之法規範或該裁判，認有牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。」

⁶⁶ 民法第 195 條第 1 項：「不法侵害他人之身體、健康、名譽、自由、信用、隱私、貞操，或不法侵害其他人格法益而情節重大者，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。」

⁶⁷ 勞動基準法第 12 條第 1 項第 4 款：「勞工有左列情形之一者，雇主得不經預告終止契約：...四、違反勞動契約或工作規則，情節重大者。...」

⁶⁸ 此時私人或可依民法第 184 條第 1 項侵權行為規定，向社群媒體主張回復未被操弄之社群網路論壇狀態或請求損害賠償。當然，此尚涉及使用者被操弄與發表演論間之因果關係問題，不一定絕對成立侵權行為。另應予釐清者，不表意自由所關注之「私人對私人之操弄言論」，仍係以被操弄之私人因此發表演論為前提，單純討論私人有無不被操弄之權利係涉及「不接收資訊之自由」，並非不表意自由範疇。



3.2 不表意自由之保障範圍

傳統言論自由之理論基礎包括「追求真理說／言論思想自由市場」、「健全民主程序說／人民自治」⁶⁹及「表現自我說／即自主性」，⁷⁰惟不表意自由未為任何言論，其能否有助於社會大眾追求真理、發現政治上之真實而有助於民主程序之健全或實現自我，因而與表意自由有相同之理論基礎，非無疑問。美國關於不表意自由之理論基礎，未如傳統言論自由理論基礎有極為廣泛之討論，目前有關保障不表意自由之文獻，主要可分為傳統言論自由理論基礎、獨立理論基礎兩種類型（參圖四）。以下先介紹各種理論基礎，再說明本文主張之「思想自由說」。

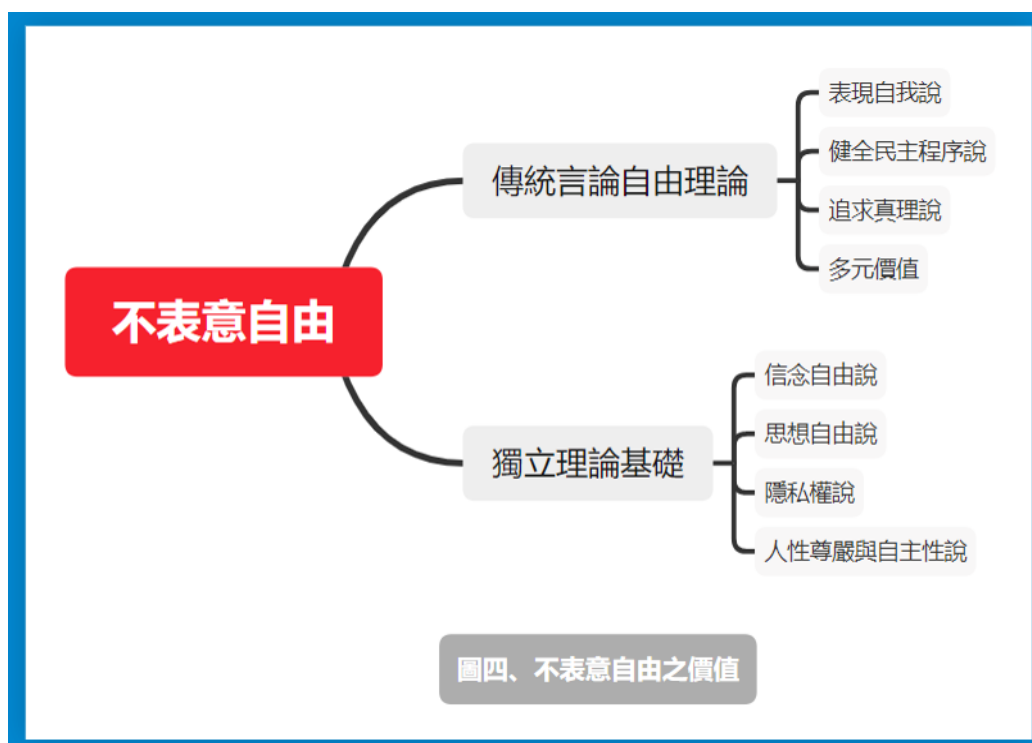


圖 4：不表意自由之價值
（圖片來源：筆者自製）

⁶⁹ 以「民主」作為「言論自由」之理論基礎，更深層其實涉及對於「民主」之定義，採取不同的民主圖像（多數民主、審議民主、民粹民主、多元民主）或政治哲學觀（自由主義、公民共和主義、社群主義、多元主義），自然可能影響言論自由之價值及言論自由主體之基本圖像。關於言論自由與不同形式民主（直接民主與代議民主、民粹民主與審議民主、實體論民主與程序論民主、自由主義民主與軍事主義民主）之關係，See Ashutosh Bhagwat & James Weinstein, *Freedom of Expression and Democracy* 96-104 (Adrienne Stone & Frederick Schauer eds., 2021).

⁷⁰ SULLIVAN & FELDMAN, *supra* note 3, at 4-8; STONE, et al., *supra* note 3, at 1014-1018. 中文文獻請參林子儀，言論自由之理論基礎，收於：言論自由與新聞自由，頁 7, 16-46（2002）。



3.2.1 傳統言論自由理論基礎

3.2.1.1 表現自我說

喬治城大學法學院教授 Louis Michael Seidman 主張沉默有兩種，第一種沉默是一種表意自由，例如某些沉思之沉默得產生理解、接受及智慧，在個人關係間，沉默不只是鬱悶，有時亦係一種最深層之溝通形式，同樣地，反抗的沉默可彰顯決定、勇氣與意志；至第二種沉默即使與言論有所疏離，亦必須為了給予言論意涵因而保障沉默。⁷¹Seidman 教授從沉默對於表意者之意義，肯認沉默屬於一種言論形式而受憲法保障，顯然係採取以表意者利益為基礎之「表現自我說」，故不表意自由與表意自由應受到完全相同之保障。

喬治華盛頓大學法學院 Daniel J. Solove 教授與聖路易斯華盛頓大學法學院 Neil M. Richards 教授區分「表意者利益」與「聽眾利益」，認為除政府誘導人民自願放棄表達一定觀點或散布各種形式資訊，必須採取「以聽眾為基礎」之模型，禁止讓與憲法增修條文第 1 條權利外，目前憲法增修條文第 1 條之法體系主要係採取「以表意者為基礎」模型，亦即憲法增修條文第 1 條權利不僅可由表意者讓與，且不說之決定亦係憲法增修條文第 1 條之權利，而因此權利係植基於表意者之自主性，故此權利之行使係為防止政府強迫個人說超出其願意說的話，或公開宣稱渠等不贊同之想法或信念。⁷²由此可見，二位教授以表現自我說之表意者自主性為基礎，認為「不表意自由」與「表意自由」均應受言論自由保障。

3.2.1.2 健全民主程序說

以民主作為不表意自由理論基礎者，主要為耶魯大學法學院 Robert Post 教授與西北大學法學院 Martin Redish 教授，⁷³且二位教授就強迫言論所採取之理論基

⁷¹ SEIDMAN, *supra* note 8, at 1-2.

⁷² Daniel J. Solove & Neil M. Richards, *Rethinking Free Speech and Civil Liability*, 109 COLUM. L. REV. 1650, 1688 (2009).

⁷³ 雖然本文將 Robert Post 教授與 Martin Redish 教授均歸類為健全民主程序說，但無論是 Post 教授所主張保障公共論述範圍內之言論，或 Redish 教授採取之對立式民主理論，均保障表意者之「自主」，故實際上二位教授並非單純採取健全民主程序說。

礎，與針對表意自由所採取之理論基礎相同。Robert Post 教授以影響民意內容之「民主正當性 (democratic legitimation)」作為美國聯邦憲法增修條文第 1 條基礎，認為在公共論述 (public discourse) 內，美國聯邦憲法增修條文第 1 條不只是保障聽眾權利，亦保障表意者自主。如在公共論述內之人民被禁止選擇傳達或不得傳達之內容，即無法達成民主價值，人民無法以參與公共論述之方式，使政府回應渠等觀點，此亦係美國聯邦憲法增修條文第 1 條被解釋為禁止國家強迫私人在公共論述內說話 (包含強制私人揭露真實及重要事實) 之原因；而商業言論受保障並非為了促進民主正當性，其憲法價值在於商業言論所帶來之資訊，政府得經常性檢查商業言論之內容，以確保傳達可信賴而非誤導性的資訊，如此始能達成民主能力 (democratic competence) 之價值，故通常允許強迫商業言論。⁷⁴

Post 教授上開見解無非係建立在其所提出之「參與式民主 (participatory democracy)」理論，認為民主正當性之價值特別出現在公共領域之溝通過程，要求公民得接近公共領域以參與民意形成，並要求政府之決定對民意負責，此等參與形成民意之必要且適當言語行為及媒介溝通，稱之為「公共論述 (public discourse)」，推定屬於美國聯邦憲法增修條文第 1 條言論範圍；至公共論述範圍外之言論，有時亦具有美國聯邦憲法增修條文第 1 條價值，但係因保障個人接收資訊之權利，使該等言論受到憲法保障，而非基於表意者傳達該資訊之自主性，美國聯邦憲法增修條文第 1 條擴及於保障商業言論即為事例，故允許強迫言論以確保溝通不具有誤導性。又公共論述之功能在使人民體驗自治之價值，在公共論述範圍內，人民被視為具有自主性，幾乎不可能被強迫言論，因為該等強迫會危及個人試圖使民意回應渠等觀點之價值，至於在公共論述範圍外，國家經常將表意者與其觀眾間之關係視為依賴關係，此時言論即習慣性且廣泛地被強迫。⁷⁵

相較於 Post 教授所提出之參與式民主理論，Martin Redish 教授主張肯認存在

⁷⁴ ROBERT C. POST, *DEMOCRACY, EXPERTISE, AND ACADEMIC FREEDOM: A FIRST AMENDMENT JURISPRUDENCE FOR THE MODERN STATE* 17-18, 21-22, 41-42 (2012). See also Robert C. Post, *Compelled Commercial Speech*, 117 W. VA. L. REV. 867, at 874 (2015).

⁷⁵ Robert C. Post, *Participatory Democracy and Free Speech*, 97 VA. L. REV. 477, 482-483, 485-486 (2011). 關於 Post 教授的參與式民主理論，Robert C. Post, *Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence*, 88 CALIF. L. REV. 2353, 2367-2369 (2000); *republished in* ETERNALLY VIGILANT: FREE SPEECH IN THE MODERN ERA 169-170 (Lee C. Bollinger & Geoffrey R. Stone eds., 2002).

相衝突競爭利益、信奉多元主義及多樣性的「對立式民主理論 (adversary theory of democracy)」，認為民主之目的係為確保私人有依其個人價值及利益，影響集體決定結果的機會，故言論自由之民主理論必須解釋為包含所有允許私人發現個人需求、利益及目的，並因此倡議及投票之言論，強調理論上及現實上交織於集體自治程序中之個人自主。⁷⁶關於禁止強迫言論之基礎，Redish 教授亦以對立式民主理論理解，主張強迫言論使大眾對政府所倡議實體立場之實際強度與普及性感到困惑、稀釋表意者對其聽眾之說服力、公然羞辱表意者而使表意者沮喪、減損維持自己立場之決心、冒著認知失調風險而損害言論自由所欲促進之自治、破壞個人說服集體之能力或妨礙個人精神過程之自主性，因此破壞民主政府體制之核心信條—即政府與精神上自主私人間有道圍牆，且即使表意者得為公開免責聲明，強迫言論仍嚴重傷害民主程序，如政府得任意破壞私人形成民意之民主程序，縱使個人形式上得「自由」說任何話，對表意自由亦未提供有益的保障。⁷⁷

Redish 教授進一步說明強迫言論與民主之關係，認為強迫言論有害於民主與表意自由之利益，強迫言論傳統上係扮演極權主義政府獲得政權及維持大眾順從工具之重要角色，極權主義政府為鞏固其權力，試圖破壞其人民精神自主與個人主體性，創造由相似想法人民組成之完全融合居民，極權主義宣傳之成功則仰賴持續性重複，當相同用詞不斷重複，縱使原本反對政權之人民亦常會屈服於政府之訊息，是強迫言論既然是達成極權主義社會破壞人民精神完整性目的之有效手段，足以證明政府強迫言論對民主價值造成之傷害。⁷⁸

由此可見，Post 教授認為表意自由與不表意自由均涉及言論涵蓋範圍之問題，應以參與式民主理論界定言論範圍，在公共論述範圍之言論，因參與形成民意而受到憲法保障，故禁止強迫言論；在公共論述範圍外之言論，則基於接收者之權利而

⁷⁶ MARTIN H. REDISH, *THE ADVERSARY FIRST AMENDMENT: FREE EXPRESSION AND THE FOUNDATIONS OF AMERICAN DEMOCRACY* 3-5 (2013).

⁷⁷ MARTIN H. REDISH, *MONEY TALKS: SPEECH, ECONOMIC POWER, AND THE VALUES OF DEMOCRACY* 175-176 (2001) [hereinafter REDISH, *MONEY TALKS*]. 針對強迫商業言論是否抵觸憲法增修條文第 1 條規定，Redish 教授提出兩個正面要件及兩個負面要件，並主張判斷「強迫商業言論」是否合憲之標準，亦係判斷「強迫非商業言論」合憲性之適當標準。See Martin H. Redish, *Compelled Commercial Speech and the First Amendment*, 94 NOTRE DAME L. REV. 1749, 1765-1768, 1770, 1773-1774 (2019) [hereinafter Redish, *Compelled Commercial Speech*].

⁷⁸ REDISH, *MONEY TALKS*, *Id.* at 176-178.

受到憲法保障，故容許強迫言論以維護接收者之權利。是 Post 教授之民主理論不僅決定憲法言論之涵蓋範圍，更連結強迫言論之合憲性。至 Redish 教授以個人自主作為其所主張對立式民主之理論基礎，亦同樣適用在表意自由與不表意自由，惟因 Redish 教授之核心價值為自主，故無論是何種強迫言論類型，似乎均採取相同之合憲性判斷標準。

3.2.1.3 追求真理說

阿肯色大學法學院教授 Laurent Sacharoff 質疑思想自由無法說明未影響表意者信念，亦未誤導聽眾之強迫言論，且採取表意者觀點無法判斷涉及兩個表意者利益衝突時應以何者優先，故主張強迫言論案件（包含政府強迫言論、強迫贊助言論）應採取傳統言論自由之正當化基礎，將焦點由表意者觀點轉移至「聽眾」觀點，至於聽眾利益包含聆聽不被政府強迫而扭曲之資訊，以及政府言論案件之政府責任特殊聽眾利益，但仍應依個案決定聽眾利益所扮演之角色。⁷⁹

針對聆聽不被政府強迫而扭曲資訊之聽眾利益部分，所謂扭曲聽眾可獲得之總體混合資訊，係指政府透過強迫言論扭曲思想市場，以不情願公民之嘴巴擴展政府訊息，給予聽眾偏向政府觀點之混合資訊，且即使大眾均知悉實際上是政府說話，因政府與其他表意者應公平競爭，不得利用強迫方式免費廣告而擴展政府訊息，則依聽眾觀點，應對被強迫者為有利之認定，以保障聽眾聽聞之內容不被政府強迫表意者所提供之免費廣告扭曲；至政府責任之聽眾利益，係指應揭露廣告是否為政府說話，使不贊同該訊息之聽眾得試圖改變該訊息，如聽眾並未認知該訊息為政府訊息，則不會相信其有任何能力改變該廣告或施政，故任何政府言論如理性觀察者無法認知是政府說話，即違反美國聯邦憲法增修條文第 1 條。⁸⁰

就此而言，Sacharoff 教授主張之兩種聽眾利益，實際上係分別建立在「追求真理說」及「健全民主程序說」。以扭曲混合資訊之聽眾利益而言，係以「追求真理

⁷⁹ Laurent Sacharoff, *Listener Interests in Compelled Speech Cases*, 44 CAL. WL REV. 329, 332-336, 384-385, 401 (2007).

⁸⁰ *Id.* at 333, 398-399, 401-402.

說」為基礎，認為強迫言論扭曲言論自由市場之言論，使人民無法進行真正之意見交換，達到真理愈辯愈明、去蕪存菁之效果。另政府責任之聽眾利益，則係以「健全民主程序說」之自治為基礎，認為未揭露為政府訊息之強迫言論，使人民無法在民主政治程序中表達對該政府訊息之意見，並作成正確的政治決定，故應予以禁止。

3.2.1.4 多元價值

邁阿密大學法學院教授 Caroline Mala Corbin 採取多元價值觀點，認為強迫言論危及表現自我、追求真理及健全民主程序之目的，理由包括：一、扼殺言論：強迫言論可能使表意者因其言論必須包含國家之強迫訊息而決定完全不說話，致事實上扼殺言論、抑制表意者之自我表現，並限制人民參與政治論述之能力，觀眾亦無從聆聽表意者欲說的話，因而減損言論自由係在獲得更多資訊、意見及觀點之目的。二、扭曲：扭曲指將錯誤導入一般論壇，即強迫言論如果內容不正確或具有誤導性，或未清楚表明該訊息為政府訊息或被強迫者訊息，將導致錯誤。政府強迫表意者傳達其所反對之意見，不僅使表意者感到矛盾，如觀眾誤解該訊息為表意者自己所為，以為該訊息較實際上廣泛流傳，因而增加該訊息之說服力，政府即以此方式操弄論壇，扭曲思想市場及民主或私人決定。三、表意者自主：言論自由之自主性係指個人得決定其說話之內容，強迫言論則抵觸憲法增修條文第 1 條所保障表意者得自主選擇自己訊息內容之基本原則，包括身體自主、意識形態自主及歸因自主，其中歸因自主使他人相信被強迫表意者支持政府訊息，因而侮辱個人自主，即使無人誤解表意者個人觀點，被強迫說違反個人意願的話，仍然係侮辱個人自主。四、聽眾自主：此係以政府不應決定聽眾可以或不可以接觸何種資訊之反家父主義預設為基礎，故政府強迫言論可能使用強迫手段達成其非法目的，使傳達之資訊被操弄而威脅聽眾自主。⁸¹

⁸¹ Caroline Mala Corbin, *Compelled Disclosures*, 65 ALA. L. REV. 1277, 1291-1301 (2014). See also Caroline Mala Corbin, *The First Amendment Right against Compelled Listening*, 89 B.U. L. REV. 939, 977-980 (2009). 由於 Corbin 教授主張國家強迫言論涉及被強迫表意者之個人自主，故認為被強迫說話而侵害控制自己言論的權利，與被強迫沉默所受到的侵害程度相同，且強迫公司揭露不會侵害個人自主，因為公司為法人，並非自然人。Caroline Mala Corbin, *Emotional Compelled Disclosures*, 127 HARV. L. REV. F. 357, 360 (2014).

Corbin 教授主張強迫言論違反表意者自主選擇訊息內容之權利，侵害表意者自主性、妨害表意者自我實現與自我決定能力，無非係以表現自我說所強調之個人自主作為基礎；另主張強迫言論使觀眾未能知悉被強迫者之言論係遭強迫，進而操縱市場，則係以追求真理說作為基礎。由此可見，Corbin 教授所採多元價值觀與傳統言論自由理論基礎並無二致。

3.2.2 獨立理論基礎

3.2.2.1 信念自由 (freedom of belief)

已故耶魯大學法學院 Thomas Emerson 教授以「信念自由 (freedom of belief)」理解各種形式之強迫言論，主張信念自由係指不論個人有無與他人溝通，均有形成與持有想法、意見之權利，此為民主社會之核心，而「強迫信念 (coercion of belief)」過往係封建社會或極權社會之特徵，新興強迫信念手段則係以操弄及預防性法律控制人民行為。又此處之「信念」並非嚴格意義之「表意 (expression)」，而是出現在表意前之形成或持有信念，此為表意過程之第一階段，該信念進而演進為表意，故確保形成與持有信念對於維護表意自由體系具有重要性，信念自由因而必須受到美國聯邦憲法增修條文第 1 條保障。⁸²

Emerson 教授進一步強調，「強迫信念 (coercion of belief)」與政府透過教育、宣傳或其他說服方式影響信念不同，表意自由體系之本質與目的為說服，政府應參與該體系，導入強迫不僅摧毀該體系作為一個自由的體系，亦摧毀信念作為自由的信念，故「強迫信念」明顯侵害「表意自由」，任何保障持有信念權利與其他私人或社會利益之衝突，均應以保障「信念自由」為優先，個人持有不被政府強迫之信念，因而受到完全保障。⁸³Emerson 教授並將強迫信念 (coercion of belief) 分為「強迫認同信念 (compulsory affirmation of belief)」、「強迫揭露信念 (compulsory disclosure of belief)」及「處罰持有信念 (punishment for holding a belief)」，且指出「信念自由」最初係針對宗教信仰主張，目前其他形式之信念亦被認為具有同等重

⁸² THOMAS I. EMERSON, THE SYSTEM OF FREEDOM OF EXPRESSION 21-22 (1971).

⁸³ *Id.* at 22.

要性或更為重要。⁸⁴



由此可見，Emerson 教授認為「信念自由」與「表意自由」具有先後、內外關係，均應受美國聯邦憲法增修條文第 1 條保障，且「信念自由」受到憲法絕對保障。又此處「信念」係指類似於宗教信仰之政治、意識形態等「信念」，非客觀事實，故所指「強迫信念」實際上係「強迫主觀意見表達」。而「強迫信念」因已對外表達意見，必然侵害「表意自由」，同時亦侵害受憲法絕對保障之個人內心「信念自由」。因此，依 Emerson 教授觀點，「表意」或「強迫表意（強迫信念）」之基礎均為「信念自由」，只是「強迫信念」必然侵害信念自由而絕對違憲。

3.2.2.2 思想自由（freedom of mind / freedom of thought）

哥倫比亞大學法學院 Vincent Blasi 教授與加州大學洛杉磯分校法學院 Seana Valentine Shiffirin 教授對於強迫言論之基礎有非常清楚之說明，其認為 *Barnette* 案之強迫言論之所以違憲，並非基於國家為維持中立性、使言論自由具有意義之匿名或避免理性第三人誤解之利益，而是侵害表意者之「思想自由（freedom of thought）」及「良心自由（freedom of conscience）」。⁸⁵二位教授進一步指出，強迫宣誓之主要憲法缺失在於態度與背誦規定對表意者傳達之訊息，以及該規定對表意者思想自由造成之不當影響，渠等認為國家自己傳達愛國者會對國旗宣誓忠誠之觀點，與國家要求私人以自己聲音證實該觀點不同，國家要求人民非真摯之背誦，尤其是生硬死背及定期背誦，係利用不尊重之溝通及說服方法強迫教誨及灌輸，而非透過直接、顯而易見的論點、理由說服，或以直接、顯而易見之情感呼籲，因而牴觸美國聯邦憲法增修條文第 1 條之德行特質。⁸⁶

⁸⁴ *Id.* at 23, 26.

⁸⁵ Genevieve Lakier 教授則採取不同見解，認為 *Barnette* 案係採取以「民主」為中心的美國憲法增修條文第 1 條權利。See Genevieve Lakier, *Not Such a Fixed Star After All: West Virginia State Board of Education v. Barnette, and the Changing Meaning of the First Amendment Right Not to Speak*, 13 FIU L. REV. 741, 752-753, 760, 763 (2019).

⁸⁶ Vincent Blasi & Seana V. Shiffirin, *The Story of West Virginia State Board of Education v. Barnette: The Pledge of Allegiance and the Freedom of Thought*, in CONSTITUTIONAL LAW STORIES, 431-434 (Michael C. Dorf ed., 2nd ed. 2009).

又以表意者作為散布政府訊息及滲透周圍環境之工具，無法顯示對個人尊嚴（individual dignity）及智力自主性（intellectual independence）之尊重，強迫言論與正當教導或說服學生諸如宣誓內容、美國視野、忠誠價值等事物亦具有重大差別。向學生呈現資訊、想法、視野、理由及主張，由學生自己評價、思辨及衡量，係明顯分離提倡者（國家）與預期觀眾（學生）之觀點，肯認聽眾之特殊性，與強迫言論將表意者與觀眾合併未明確分離不同。而將學生當作聽眾，係肯認各種言論自由價值（發現真實、表現自我、促進公民共識）所依據或提昇之私人真摯性（sincerity），言論自由文化之成功運作，係以人民顯現對於真實、真摯性及智力自主之關切作為預設，此並連結背誦之要求係干預思想自由之問題，因背誦係以隱匿、不透明之方法干預對於事物真摯且真實之思想及論證，而一個人反覆從事之事物或陳述之話語，則重大影響個人對該事物之看法。⁸⁷

Seana Shiffrin 教授上開觀點與其主張言論自由之自主理論具有密切關聯，其主張言論自由應採取保障個人思想自由發展與運作之「以思考者為基礎取徑（thinker-based approach）」，而非傳統單純討論「以表意者或聽眾為基礎（speaker-based or listener-based）」之理論，其認為 *Barnette* 案及 *Maynard* 案更深層之正當化基礎為「思想自由（freedom of thought）及精神自主（mental autonomy）」與「真摯性（sincerity）」，之所以保障「思想自由」係因一個人經常說的話，可能影響一個人之思考及如何思考，且強迫說話對於個人之影響大於僅強迫聽他人說話；另強迫言論亦抵觸憲法增修條文第 1 條之「真摯性」價值，而無論是採取表意者或聽眾面向，均無法解釋強迫宣誓來源透明，或表意者可否定該宣誓、理性觀察者不會誤認屬於表意者言論之情形。⁸⁸

西北大學法學院 Andrew M. Koppelman 教授以 John Stuart Mill 理論為基礎，主張「思想自由」係指免於社會專制之自由，認為傳統言論自由理論無法說明禁止

⁸⁷ *Id.* at 435-438. See also Seana V. Shiffrin, *A Thinker-Based Approach to Freedom Speech*, 27 CONST. COMMENT. 283, 302 (2011).

⁸⁸ Shiffrin, *Id.* at 283, 287, 301-302; Seana V. Shiffrin, *What is Really Wrong with Compelled Association?*, 99 NW. U. L. REV. 839, 852, 854-855, 859-860, 862 (2005). See also SEANA V. SHIFFRIN, *SPEECH MATTERS: ON LYING, MORALITY, AND THE LAW* 80, 82-86, 94-96 (2014) [hereinafter SHIFFRIN, *SPEECH MATTERS*].

強迫言論及藝術、文學為何受言論自由保障，唯有「思想自由」得以合理解釋。⁸⁹ 加州大學柏克萊分校法學院教授 Erwin Chemerinsky 與加州大學爾灣分校校長 Howard Gillman 從思想自由之觀點解讀言論自由，認為言論自由對於思想自由（freedom of thought）具有重要性，因為一個人除非接觸不同想法，且被允許與他人就其經驗或信念對話，否則無法形成獨立觀點，如同極權社會係以完全控制人民行動與信念作為預設，自由社會則係以思想自由與良心自由作為預設，此對堅持自主對抗主流意見者具有必要性，故言論自由及思想自由是真正多元社會之重要要素，沒有該等自由，將壓倒反傳統者與棄兒，且無真正多元經驗、觀點或身分。⁹⁰ 因此，被國家強迫表達特定信念之表意者，如不贊同特定信念，基於多元社會肯認個人形塑自己思想之思想自由，國家即不得強制。

上開學者觀點均係以「思想自由」作為言論自由之預設，且認為言論自由包含表意自由與不表意自由，未再訴諸傳統言論自由理論基礎，與美國聯邦最高法院在 *Barnette* 案及 *Wooley* 案見解完全相同。不同於前述學者未將不表意自由限縮為僅特定人始得主張之權利，加州大學戴維斯分校法學院 Ashutosh Bhagwat 教授雖然亦主張無法以健全民主程序說解釋純粹強迫言論，應以宗教自由條款的「良心自由（freedom of conscience）」作為基礎，但其認為該權利必須係個人基於與宗教良心相當之真摯私人、尊貴價值及信念反對，而非對抗任何個人所不贊同強迫言論之一般性權利。⁹¹就此而言，以良心自由為基礎之強迫言論，無疑必須個案判斷是否對當事人構成良心自由之侵害，因而得以豁免國家所施加之強迫言論，與任何人均可主張不表意自由之思想自由說明顯迥異。

3.2.2.3 隱私權

美國聯邦最高法院大法官 Louis D. Brandeis 及 Samuel D. Warren 律師在渠等著名之「隱私權」一文，主張普通法確保每個人有權決定與他人溝通其思想、情緒與

⁸⁹ Andrew Koppelman, *In Praise of Evil Thoughts*, 37 SOCIAL PHILOSOPHY AND POLICY 52, 52-53, 64-66 (2020).

⁹⁰ ERWIN CHEMERINSKY & HOWARD GILLMAN, *FREE SPEECH ON CAMPUS* 24 (2017).

⁹¹ Ashutosh Bhagwat, *The Conscience of the Baker: Religion and Compelled Speech*, 28 WM. & MARY BILL RTS. J. 287, 308-314 (2019).

情感之範圍(即每個人有權保有自己情緒、有判斷是否使之公開或僅對其友人表態之權利),除非是在證人席上,否則個人永遠無法被強迫表達,且即使個人選擇表達,仍保有修正表達公開之限度。⁹²由此可見,渠等係將強迫言論置於隱私權脈絡下討論,未承認獨立之不表意自由。

路易斯維爾大學法學院 Russell L. Weaver 特聘教授與托雷多大學法學院 Donald E. Lively 教授亦主張隱私權包含「不說或不受強迫之權利(not to speak or be free from coercion)」,認為此與憲法增修條文第 1 條密切相關,且如同結社自由,隱私權應確保個人有免於說話或拒絕認同權威正統意見之表意自由空間,而表意自由之預設則係憲法增修條文第 1 條保障之良心與思想自由。⁹³上開見解似乎認為不表意自由與表意自由基礎均為隱私權,且以良心自由、思想自由為核心。

3.2.2.4 人性尊嚴與自主性

北伊利諾大學法學院榮譽教授 David B. Gaebler 主張政府強迫表意以兩種方式侵害私人利益,一是侵害私人決定如何向大眾呈現自己之自由,二是侵害私人之良心自由。前者個人選擇說什麼或不說什麼內容,得以幫助界定個人之公眾身分,當政府強迫私人表達特定觀點,係剝奪私人保持沉默之機會,因而剝奪私人向世界呈現其人格之控制力,至私人是否贊同被強迫表達之觀點、他人是否認知該強迫表意為真摯並無影響;而後者則關注個人內在之自我認知,當政府強迫私人表意,被強迫表意者可能將服從視為對非自願表達觀點之默認,因而對未基於個人信念挺身而出感到羞辱,故國家強迫表意要求個人否定自我、屈服思想,對人之所以為人構成直接且強大之冒犯。⁹⁴上開觀點無非立基於「自主性」及更高層次之「人性尊嚴」。

已故華盛頓大學西雅圖校區言論傳播系榮譽教授 Haig Bosmajian 主張,如同禁止個人表達信念是侵害個人尊嚴、否定個人本質,強迫政治與宗教言論亦係如此,

⁹² Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 HARV. L. REV. 193, 198, 198 n.2 (1890).

⁹³ RUSSELL L. WEAVER & DONALD E. LIVELY, UNDERSTANDING THE FIRST AMENDMENT 171 (2003).

⁹⁴ David B. Gaebler, *First Amendment Protection Against Government Compelled Expression and Association*, 23 B.C. L. REV. 995, 1004-1005 (1982).

否定不說的自由如同否定說的自由，均嚴重妨礙「確保個人之自我實現」；至教會與國家所為屈辱、羞辱、厭惡及無禮的「不說就處罰」之強迫言論，則係侵害個人思想，而個人思想之隱私對於個人不可或缺，在某些情形，否定不說的自由相較於否定說的自由，對於個人尊嚴之侵害程度更為嚴重，個人被否定說的自由，至少未被強迫公開揭露私事或強迫處於說謊、反悔或告知友人之境地，但強迫個人否認其知悉為真實之事物、表達其未持有之信念、參與個人厭惡之宗教儀式，在處罰之威脅下，私事變成公開，教會或國家不得以暴力對待公民良心、強迫參與屈辱典禮及羞辱儀式，國家或其他當權者不得強制個人表達思想。⁹⁵換言之，Bosmajian 教授主張不表意自由與表意自由均以「自主性」及「人性尊嚴」為基礎，且禁止不表意自由較禁止表意自由對於人性尊嚴之侵害更為嚴重。

Bosmajian 教授繼而主張應肯認個人於政府委員會要求揭露政治信念及結社時，亦有如同法人或個人之「不說的自由」，而權利清單第 1 條、第 4 條、第 5 條、第 9 條則應被認為是賦予吾人不被政府訊問與侵害思想、信念與政治及宗教結社之「不表意自由」，且此保障人民免於該等政府侵害之「月暈不表意自由 (a penumbral freedom not to speak)」，在自由社會與被定義為月暈權利之隱私權同等重要。至憲法增修條文第 1 條、第 4 條、第 5 條隱含者，係禁止國家強迫人民揭露其不欲公開之事項，以維護個人人格與健全之承諾。⁹⁶由此以觀，Bosmajian 教授主張強迫揭露個人信念與強迫言論均受不表意自由保障，至不表意自由之憲法上依據，則是採取類似美國聯邦最高法院在 *Griswold v. Connecticut* 案之見解，認為隱私權之保障範圍係自憲法明文列舉之基本權利衍生，⁹⁷不表意自由亦係源自於其他不同之基本權利，無獨立之基本權利依據。

另康乃爾大學法學院榮譽教授 Steven H. Shiffrin 主張 *Barnette* 案與 *Wooley* 案之強迫言論案件，係在非難政府行為對於人性尊嚴之侵害，禁止政府行為強迫個人作為其意識形態上反對訊息之傳遞者。⁹⁸伊利諾大學法學院院長 Vikram David Amar

⁹⁵ BOSMAJIAN, *supra* note 26, at 195-196.

⁹⁶ *Id.* at 203-204.

⁹⁷ 381 U.S. 479, 483-84 (1965).

⁹⁸ Steven H. Shiffrin, *What Is Wrong with Compelled Speech*, 29 J.L. & POL. 499, 506 (2014).

與加州大學戴維斯分校法學院榮譽教授 Alan Brownstein 亦主張禁止強迫言論之基礎為「人性尊嚴」與「自主」，認為被要求說不真誠的話，不論有無明確主張或是否歸因於該個人，均因使個人成為國家之聲音傀儡而侵害人性尊嚴；另即使無錯誤歸因問題，強迫言論亦侵害有尊嚴地生活之個人得控制其說話內容之個人自主性，渠等並強調人性尊嚴必然是人類之利益，故法人不得主張禁止強迫言論。⁹⁹

福德漢姆大學 (Fordham University) 法學院教授 Abner S. Greene 教授則認為強迫言論之基礎為拒絕形塑 (anti-fostering) 之「非以我名 (not in my name)」，即使言論之作成或容忍之言論明顯係基於強迫而為，致無人將被強迫之訊息誤解為個人所為之訊息，或強迫表達之言論或強迫容忍之言論不會改變個人信念，因該言論仍然係以個人名義作成，個人可能希望沒有任何以個人名字作成之言論，或只能依自己選擇所為之言論，則將個人與不欲作成之言論連結，是對個人透過表意行為建構自我能力之傷害，影響世界如何看待自己及自己如何看待自己。¹⁰⁰雖然 Greene 教授以「非以我名」如此通俗之話語解釋強迫言論之基礎，但實際上非以我名係建立在「個人尊嚴」與「自主」，與前述諸位教授之主張並無二致。

3.2.3 本文見解

3.2.3.1 以不表意自由之理論基礎界定保障範圍及審查標準

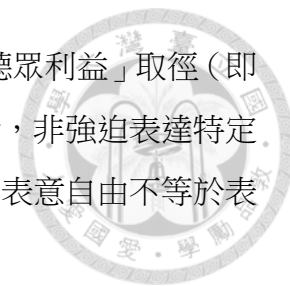
關於不表意自由之理論基礎，不僅如同傳統言論自由之理論基礎，係用以界定憲法保障不表意自由之範圍，更可能涉及不表意自由受憲法保障之範圍。如認為「不表意自由」之理論基礎為傳統言論自由理論，應再區分「以表意者為中心 (speaker-centered)」或「以聽眾為中心 (listener-centered)」取徑，並因此適用不同審查標準。¹⁰¹採取「以表意者為中心」取徑 (即表現自我說)，強迫言論等同限制言論，應適用美國聯邦最高法院針對限制言論所建立之雙軌理論 (包含針對言論

⁹⁹ Vikram David Amar & Alan Brownstein, *Toward a More Explicit, Independent, Consistent and Nuanced Compelled Speech Doctrine*, 2020 U. ILL. L. REV. 1, 22-25 (2020).

¹⁰⁰ Abner S. Greene, *Not in My Name Claims of Constitutional Right*, 98 B.U. L. REV. 1475, 1494 (2018).

¹⁰¹ Helen Norton, *Truth and Lies in the Workplace: Employer Speech and the First Amendment*, 101 MINN. L. REV. 31, 52, 68 (2016); Helen Norton, *Powerful Speakers and Their Listeners*, 90 U. COLO. L. REV. 441, 457-468 (2019).

內容之規制、非針對言論內容之規制)、雙階理論架構。採取「聽眾利益」取徑(即健全民主程序說、追求真理說),因強迫言論(指單純強迫說話,非強迫表達特定言論)相較於限制言論係產生更多言論,有助於聽眾利益,故不表意自由不等於表意自由。



芝加哥大學法學院 Genevieve Lakier 教授比較不表意自由之理論基礎為「民主」或「自主」,說明前者僅限於保障對於政治、國家主義、宗教或其他事物意見之強迫(即強迫意見表達),不保障未涉及意見之強迫事實陳述;後者因無論是強迫事實陳述或強迫意見表達,均影響表意者是否表意及表意內容之自主,故二者均應受到保障,此時促進健康與安全、消費者福利或勞工權利之政府強制揭露規範,均可能違憲。¹⁰²至於採取聽眾利益觀點之 Laurent Sacharoff 教授則認為,強迫言論之保障範圍及保障程度應較限制言論限縮,例如強迫揭露事實無須與強迫認同或強迫贊同政治觀點言論受到相同保障,無庸採取嚴格審查標準。¹⁰³

另一方面,如認為不表意自由之理論基礎並非傳統言論自由價值,即應依獨立理論基礎界定不表意自由之保障範圍,且不當然適用表意自由之限制言論審查架構。例如「強迫事實陳述」與「強迫商業言論」有可能不受不表意自由保障;即使不當然不受保障,但因強迫事實陳述、強迫商業言論與強迫意見表達、強迫政治性言論或其他意識形態信念相較,對於信念自由、思想自由、良心自由、隱私權、人性尊嚴之侵害程度明顯不同,亦應採取較低程度之審查標準。

以「信念自由」、「思想自由」、「良心自由」作為不表意自由理論基礎之差異,主要在於「信念自由」僅限於保障「主觀意見表達」,不包含「客觀事實陳述」,與源自於宗教自由條款之「良心自由」,僅保障基於宗教信仰之真摯信念相似,而與涉及個人思考、論證之「思想自由」,不限於保障主觀意見表達迥異。復因 Emerson 教授認為「信念自由」同時為「表意」與「強迫表意」之基礎,故無論是「表意自

¹⁰² Lakier, *supra* note 85, at 755-756, 758.

¹⁰³ Sacharoff, *supra* note 79, at 411-412. 關於完整介紹不同理論基礎如何影響審查標準之採擇, Clay Calvert, *Selecting Scrutiny in Compelled-Speech Cases Involving Non-Commercial Expression: The Formulaic Landscape of a Strict Scrutiny World after Becerra and Janus, and a First Amendment Interests-and-Values Alternative*, 31 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 1, 82-107 (2020).

由」或「不表意自由」，均僅保障「主觀意見表達」，不保障「客觀事實陳述」。至於以「思想自由」或宗教自由條款之「良心自由」作為理論基礎，差別點在於此為一般性權利或個別性權利，前者任何人均可主張不表意自由，後者則必須個案判斷得否豁免。此由 *Barnette* 案及 *Gobitis* 案判決理由即可清楚瞭解上開差異，*Barnette* 案（「思想自由」）是直接審究國家得否以公權力強制人民向國旗敬禮，未如同被推翻之 *Gobitis* 案（「良心自由」）先假設國家有強制學生向國旗敬禮之權力，再審查違反者得否以宗教信仰原因豁免。¹⁰⁴

又「隱私權」係在促進個人自我決定，使個人得以對周遭世界發展批判觀點，強調個人擁有自主之核心領域，¹⁰⁵我國司法院釋字第 603 號解釋並闡明隱私權涉及人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，且為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資料之自主控制，則以隱私權作為不表意自由之理論基礎，即應依強迫表意之內容是否涉及私密敏感事項、是否易與其他資料結合為詳細之個人檔案而採取不同密度之審查標準。¹⁰⁶至於「人性尊嚴」過於抽象，且僅在涉及羞辱人民、將人民視為客體時，始有侵害人性尊嚴之情形，故以此作為不表意自由之理論基礎，將使不表意自由之保障範圍僅侷限於上述極端情形。

另「思想、良心、信念」均涉及人民內在精神活動，¹⁰⁷「隱私權」涉及人性尊

¹⁰⁴ *Wooley* 案雖然肯認不表意自由之理論基礎為「思想自由」，但卻與 *Barnette* 案採取不同見解，認為重點並非多數人是否贊同州政府要求展示之汽車車牌標語，而是個人有持有不同觀點及拒絕推廣該觀點之權利，且僅判決新罕布夏州政府不得要求 *Maynard* 夫婦在汽車車牌展示州政府標語，似乎認為新罕布夏州仍得對其他未持不同觀點者強迫言論，故實際上該案係以宗教自由條款之「良心自由」作為不表意自由之理論基礎，並肯認僅有 *Maynard* 夫婦得以主張。See 430 U.S. 705, 714-715, 717 (1977).

¹⁰⁵ Julie E. Cohen, *What Privacy is For*, 126 HARV. L. REV. 1904, 1906-1907 (2013).

¹⁰⁶ 參釋字第 603 號解釋理由書第 8 段：「...隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第 22 條所保障(本院釋字第 585 號解釋參照)，其中包含個人自主控制其個人資料之資訊隱私權，保障人民決定是否揭露其個人資料、及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露之決定權，...」、第 9 段：「隱私權雖係基於維護人性尊嚴與尊重人格自由發展而形成，惟其限制並非當然侵犯人性尊嚴。...至該法律是否符合憲法第 23 條之規定，則應就國家蒐集、利用、揭露個人資訊所能獲得之公益與對資訊隱私之主體所構成之侵害，通盤衡酌考量。並就所蒐集個人資料之性質是否涉及私密敏感事項、或雖非私密敏感但易與其他資料結合為詳細之個人檔案，於具體個案中，採取不同密度之審查。...」

¹⁰⁷ 參釋字第 567 號解釋理由書第 3 段：「...思想自由保障人民內在精神活動，是人類文明之根源與言論自由之基礎，亦為憲法所欲保障最基本之人性尊嚴，...」、釋字第 656 號解釋理由書第 2 段：「...惟因不表意之理由多端，其涉及道德、倫理、正義、良心、信仰等內心之信念與價值者，攸關

嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，「人性尊嚴」則係個人生命及自由發展人格不可或缺之權利，¹⁰⁸人性尊嚴之侵害指侮辱、烙印、跟蹤、逐出社會及類似情形，個人被貶低作為公權力之客體、公權力對人民採行藐視處置，¹⁰⁹可見信念自由、思想自由、良心自由、隱私權、人性尊嚴均以「自然人」作為前提，如以此作為不表意自由之理論基礎，「法人」似乎不得主張不表意自由。美國聯邦最高法院 Rehnquist 大法官在 *Pacific Gas & Electric Co. v. Public Utilities Commission of California* 案（下稱 *PG&E* 案）¹¹⁰案不同意見書，即強烈抨擊多數意見，認為法人不具有自然人表現自我之利益，亦不具有良心，故否定法人享有不表意自由。¹¹¹

3.2.3.2 不表意自由之理論基礎

3.2.3.2.1 傳統言論自由理論無法適切解釋

「健全民主程序說」禁止強迫言論之理由係因為無法使在公共論述範圍內之人民表達對於政治事務之意見，進而參與民意之形成，則不表意自由係指「反抗阻礙實踐民主自治之自由」，僅保障人民不被「強迫表達特定政治性言論（限於意見）」；如強迫人民表達其他特定內容之言論，因該等言論與人民實現民主自治無涉，故不在不表意自由之保障範圍。至於「單純強迫人民表意（包含事實及意見）」，

人民內在精神活動及自主決定權，乃個人主體性維護及人格自由完整發展所不可或缺，亦與維護人性尊嚴關係密切...」。

¹⁰⁸ 參釋字第 372 號解釋蘇俊雄大法官協同意見書：「...二、人性尊嚴之權利概念及其不可侵犯性，有要求國家公權力保護與尊重之地位。在個人生活領域中，人性尊嚴是個人『生存形相之核心部分』（Kernbereich pr-ivater Lebensgestaltung），屬於維繫個人生命及自由發展人格不可或缺之權利，因此是一種國家法律須『絕對保護之基本人權』（unter dem absoluten Schutz des Grundrechts）。...」

¹⁰⁹ 參釋字第 588 號解釋彭鳳至大法官一部協同意見書及一部不同意見書：「壹、...二、人性尊嚴之侵害：...德國聯邦憲法法院固常引用所謂『客體公式』（Objektformel）（註 5），作為認定人性尊嚴是否受到侵害的標準，可是此一公式的缺點十分明顯，簡而言之，就是太不確定...因此該院除正面列舉所謂人性尊嚴受到侵害，係指侮辱（Erniedrigung）、烙印（Brandmarkung）、跟蹤（Verfolgung）、逐出社會（Achtung）以及『類似情形』外（註 7），更於適用前開『公式』時補充說明...一般性的公式，譬如個人不得被貶低成僅作為公權力的客體，只能指出一個可能發現人性尊嚴被侵犯事件的方向，...所以僅依上開公式，尚無法認定人性尊嚴是否受侵害。必須進一步觀察，公權力是否對人民採行一種可能動搖其人格主體性的處置，或者在具體個案的處置上發生故意不尊重其人格尊嚴的情形而定。公權力執行法律對個人有所處置而有侵害人性尊嚴之虞者，必須有不尊重該個人因其為人所應享有之價值之表現，換言之，即為一種『蔑視處置』...」

¹¹⁰ 475 U.S. 1 (1986).

¹¹¹ *Id.* at 26, 32-33 (Rehnquist, J., dissenting). 關於法人是否享有不表意自由之問題，參吳佳樺，民、刑事法上強制道歉合憲性之研究，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 116-117（2010）。

無論是何種言論，因係人民自己所認定之事實與意見，非他人加諸之事實或意見，故強迫人民表意反而有助於健全民主程序，自亦不在保障範圍。由於採取「健全民主程序說」將使國家得以強迫各種未涉及政治事務之意見（例如宗教、猥褻、商業言論），造成只有國家指定之特定意見得以出現在言論自由市場，形成一言堂，如此不僅與憲法已承認保障人民其他類型言論之見解有所矛盾，亦過度限縮不表意自由之保障範圍。

如以「追求真理說」作為不表意自由之理論基礎，因強迫言論扭曲言論思想自由市場之言論，使人民無法進行真正之意見交換，達成追求真理之目的，此時不表意自由係指「不接收被政府扭曲資訊之自由」，故「單純強迫表意（包含事實及意見）」有助於聽眾及社會追求真理，不在禁止範圍；「強迫為特定內容之表意（包含事實及意見）」，因係他人認知之事實及意見，無法使人民進行意見交換，則應予以禁止。Sunstein 教授討論強迫言論時，探討國家得否強迫具有「操弄性之言論」，將重點置於言論之內容是否具有操弄性，以及人民就該言論有無充分反思與審議選擇之能力，¹¹²顯然係採取以聽眾為基礎（*listener-based*）之追求真理說。

由於目前言論自由之問題不再是難以說話，而是難以被聽見，¹¹³為適應目前言論自由之新興問題，「追求真理說」似乎確實得以解決新型態的言論操弄問題。然而，「追求真理說」將言論市場中之人民均視為「聽眾」，主張之權利為「不接收」被強迫或操弄資訊之權利，與從表意者觀點主張人民作為表意主體，本有不被強迫或操弄之自由迥異，亦與任何憲法基本權利均係以行使該基本權者作為基本權主體之概念不符。況不表意自由之「禁止強迫與操弄」，係以「個人自主」作為基礎，業如前述，而自主係以維護個人主體性及人格自由發展作為前提，自然必須以言論市場中之參與者作為主體，無採取被動接收之聽眾利益之可能。

此外，「健全民主程序說」與「追求真理說」之重點均係促進人民「理性思辨（*rational deliberation*）」，而理性思辨之原則不符合言論與論證間之實際運作，無

¹¹² SUNSTEIN, *supra* note 40, at 109-111.

¹¹³ Wu, *supra* note 61, at 276.

法說明某些言論係訴諸情感力量而非理性，亦無法解釋目前幾乎毫無爭議屬於言論之純音樂、印象派藝術及無意義聲音，因而無法釐清受保障之表意與非言論之界限。¹¹⁴又以上開二說之「理性思辨」預設，解釋不表意自由是否受憲法保障，強迫人民表達明顯故意虛假之言論，人民因該強迫明顯不實之言論反而得以促進理性討論與思辨，進而推導出不應禁止強迫表達明顯不實之謊言。此與多數美國憲法學者致力於主張謊言之言論價值甚低，不在憲法言論涵蓋範圍，或縱使屬於言論涵蓋範圍，亦不受憲法言論自由保障明顯有違，故上開二說均無法適切解釋不表意自由之保障範圍。

另外，如認為不表意自由之理論基礎為「表現自我說」，禁止強迫言論係為保障個人決定是否說話之自主性，則不表意自由之意涵為「個人依其意願決定是否說話之自我決定權」，無論是「單純強迫表意（包含事實及意見）」或「強迫為特定內容之表意（包含事實及意見）」，亦無論表意之內容為事實或意見，因均侵害表意者之自主，故均應予以禁止，¹¹⁵此時不表意自由等同於「沉默的自由」。由於本文認為不表意自由並非「沉默的權利」，單純的沉默並非憲法上有意義的不表意，不表意的重點是更廣泛的「個人有不被強迫、操弄思考過程之權利」，則不表意自由自非以「表現自我說」作為理論基礎。¹¹⁶況如以「表現自我說」作為不表意自由之理論基礎，因無論是言論或行為之強迫均干預個人自主，無法區分「不表意自由」與「其他基本權利」之差別，此亦係言論自由之傳統問題：「言論自由」相較於其他「自由（liberty）」有何特殊之處，致必須給予言論自由獨立保障地位。¹¹⁷因此，

¹¹⁴ Alan K. Chen, *Free Speech, Rational Deliberation, and Some Truths about Lies*, 62 WM. & MARY L. REV. 357, 392-393, 395-397, 400-402 (2020).

¹¹⁵ Kathleen M. Sullivan 教授從美國聯邦最高法院在 *Hurley* 案肯認藝術作品亦受保障之觀點，主張不說的自由不要求不贊同的訊息具有意識形態，亦無須因為不贊同該言論才不說話，只是單純完全不想說話，即屬之。See Kathleen M. Sullivan & Robert C. Post, *It's What's for Lunch: Nectarines, Mushrooms, and Beef—The First Amendment and Compelled Commercial Speech*, 41 LOY. L. A. L. REV. 359, 361-362 (2007). 就此而言，Sullivan 教授似乎認為不表意自由無須論究言論之內容，單純強迫揭露客觀事實，亦屬不表意自由保障範圍，採取之不表意自由基礎應為傳統言論自由基礎之「表現自我說」。

¹¹⁶ 是以，不表意自由之理論基礎與不表意自由之定義、沉默之意涵密切相關。如不表意自由之定義為「沉默的自由」，則不表意並非一種表現形式，而是同時包含單純沉默的「弱勢者噤默」與積極表意的「異議者無言抗議」，其理論基礎為「表現自我說」；惟如不表意自由強調「異議者之無言抗議」，則不表意無疑是一種表意形式，只有屬於表意行為之沉默始能主張不表意自由。

¹¹⁷ FREDERICK SCHAUER, *FREE SPEECH: A PHILOSOPHICAL ENQUIRY* 5-7 (1982). See also Schauer, *supra* note 58, at 125-128.

「表現自我說」僅能解釋同樣以「個人自主」作為基礎之「強迫」，無法作為以禁止「強迫言論」為內涵之不表意自由理論基礎。



3.2.3.2.2 區分「強迫事實陳述」與「強迫意見表達」之理論基礎

我國憲法第 11 條之言論自由，同時保障「不表意自由」與「表意自由」，業如前述，而「表意自由」係個人基於自主意思對外發表言論，為保障個人發展自我、實現自我、完成自我之個人自主，以維護個人人格形成與發展，則「表意自由」自然以「表現自我說」作為理論基礎，實際上「表現自我說」強調之人格形成與發展，亦已近似於強調人格形成思考過程之「思想自由說」。至於「不表意自由」，強調者係不對外表態，而非以不表意或沉默之方式實現自我，以強迫表意之內容區分，復可分為「主觀意見表達之強迫」與「客觀事實陳述之強迫」。

「強迫主觀意見表達」涉及個人對於事物之主觀價值判斷，除了表達於外之言論自由外，更重視內在層面之思想自由；而「強迫客觀事實陳述」與個人人格形成之思想較無關聯，主要涉及個人對於個人資料之自主控制，決定是否揭露及揭露之範圍（但商品標示、強迫陳述正確或錯誤之歷史事實或涉及他人之資訊，則未必屬於隱私之個人資料），故涉及「強迫主觀意見表達」之不表意自由理論基礎為「思想自由說」，涉及「強迫客觀事實陳述」之不表意自由理論基礎主要為「隱私權說」。

118

¹¹⁸ 雖然本文主張強迫主觀意見表達、強迫客觀事實陳述之理論基礎分別為「思想自由說」、「隱私權說」，但不代表強迫客觀事實陳述即無涉思想自由，只是其主要係以隱私權為核心。是以，「思想自由說」與「信念自由說」不同，「信念自由說」僅保障「主觀意見表達之強迫」，且賦予受憲法絕對保障之效果，「思想自由說」則同時保障「主觀意見表達之強迫」與「客觀事實陳述之強迫」。採取「信念自由說」之問題在於涉及夾雜事實與意見之言論，或難以區分究屬事實或意見之言論，如擴大解釋意見之範圍，因意見受憲法絕對保障而可能過度保障被強迫表意者。況「信念自由說」實際上涉及 Emerson 教授對於表意自由採取之絕對保障說，其區分信念、意見與思想溝通之「表意（expression）」及不同形式作為之「行為（action）」，認為只有前者受言論自由完全保障，後者則不受保障。然絕對保障說不僅未被美國聯邦最高法院採納，我國大法官亦未採取此見解，故與其以範圍極窄、違反即構成違憲之「信念自由說」作為不表意自由之理論基礎，不如以涵蓋範圍較廣、須透過具體審查標準審查之「思想自由說」作為不表意自由之理論基礎，如此亦與本文主張不表意自由受我國憲法第 11 條言論自由保障，應依憲法第 23 條比例原則審查對於不表意自由限制之見解相符。關於 Emerson 教授針對表意自由所採取之見解，See EMERSON, *supra* note 82, at 8, 17.

必須特別強調者，本文就主觀意見表達所採之「思想自由說」，與 Seana Shiffrin 教授主張不盡相同。Shiffrin 教授主張之表意自由與不表意自由，均係建立在「思想自由」與「真摯性 (sincerity)」之基礎，且以「理性人類思考者」為預設。¹¹⁹ 惟人類並非總是理性的動物，期待人類以真摯、理性思考形成言論，毋寧只是一種烏托邦 (utopia) 的理想 (實際上可能是種幻想)，人類與動物之差別，在於人類可經由捷思式或分析式思考過程，形成以思想為成分之言論，但人類所為之言論不必然均係經由理性思辨過程 (即分析式思考) 形成，故無論人類所為言論是否出於真摯或理性，該言論既以思想為基礎，自受憲法言論自由保障。

比較各種理論基礎之不表意自由保障範圍，「健全民主程序說」僅限於保障政治性言論，保障範圍最窄；「追求真理說」不限於保障政治性言論，較健全民主程序說為廣，但因「追求真理說」與「健全民主程序說」均以聽眾利益為目的，不保障單純有利於表意者自我發展而無助於聽眾利益之言論，保障範圍因而較表現自我說窄；而「表現自我說」以表意者利益為基礎，及於一切有助於個人人格發展之言論，故保障範圍最廣。至於「思想自由說」係保障個人獨立思考 (包含捷思式與分析式思考) 所形成之言論，不包含一切涉及個人自我決定之行為，「單純行為之強迫」 (例如國家強迫全民施打疫苗、戴口罩) 可能主張其他基本權利，但非不表意自由涵蓋範圍。因此，思想自由說之保障範圍大於健全民主程序說、追求真理說，小於表現自我說 (關於不同理論基礎之不表意自由保障範圍，參圖五；各理論基礎之保障範圍寬窄，參圖六)。

¹¹⁹ SHIFFRIN, SPEECH MATTERS, *supra* note 88, at 79-80, 90, 95-96.



不表意自由之保障範圍			
		單純強迫（操弄）表意（即強迫揭露個人想法）	強迫（操弄）為特定內容之表意（即強迫表達國家或第三人想法）
健全民主程序說	事實	X	X
	意見	X	政治性言論 (O) 其他受憲法保障之言論 (X)
追求真理說	事實	X	O
	意見	X	O
表現自我說（沉默的自由）	事實	O	O
	意見	O	O
思想自由說	事實	O	O
	意見	O	O
信念自由說	事實	X	X
	意見	O	O
隱私權說	事實	O	X
	意見	O	X
人性尊嚴	涉及羞辱人民或將人民視為客體	O	O
	未涉及羞辱人民或未將人民視為客體	X	X

圖五、不同理論基礎之不表意自由保障範圍

圖 5：不同理論基礎之不表意自由保障範圍
（圖片來源：筆者自製）

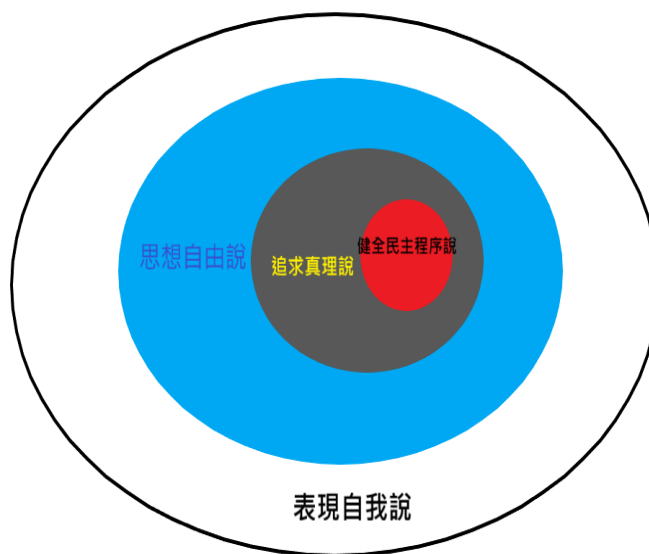


圖 6：不同理論基礎之保障範圍
（圖片來源：筆者自製）



3.2.3.3 對於思想自由說之澄清

3.2.3.3.1 強迫言論仍可能干預人民自主思考過程

雖然聖地牙哥大學法學院特聘教授 Larry Alexander 教授質疑思想自由所憑之干預自主思考過程論據，認為許多在學校所學事物亦非透過說服教導，而是呈現其為真實，且至少就通過課程與取得好成績之目的而言，學生必須知悉此為真實，諸多政府告知之事物，亦期待吾人正確相信或至少表現出吾人似乎相信。¹²⁰惟關於教育範圍之強迫言論，應區分大學教育及義務教育，大學教育涉及真正學術任務之大學自治範圍，屬於機構自主（institutional autonomy）之問題，¹²¹與個人之不表意自由無涉；至義務教育部分，並非所有義務教育均必然係以說服方式區隔學生與老師之觀點，而填鴨式教學固然與蘇格拉底式教學法強調老師啟發學生獨立思考不同，惟仍與國家或執政黨以教育名義，採取對接受義務教育者從事思想改造、洗腦手段，強行灌輸歷史觀或愛國主義截然不同。¹²²因此，Alexander 教授未區分教育內容及方式，即質疑思想自由之理論基礎，容有疑問。

另外，時任密西根大學法學院 Frederick Schauer 教授根本性反對思想本身得被限制，主張吾人無需說話或書寫即可沉默地思考，而當吾人沉默思考時，吾人之思想即非政府處罰之範圍，固然思想得被政府影響，但沉默思想（silent thought）作為思想不受處罰，在此範圍內與外在表意或溝通截然不同，此意指：「無論你對我做任何事、無論你物理上得強迫我做任何事或說任何話，思想仍然自由，因為思想超出你權力範圍」；至於政府處罰持有特定信念者、強迫認同信念、要求揭露信念及排除特定信念之人民享有政府職務，均係對於思想自由之限制，但此限制僅針對表達於外之思想及不情願為其信念說謊者，與單獨處罰思想不同，內在思想不屬於政府處罰之權力範圍。¹²³Larry Alexander 教授亦批評確信（affirmation）使個人信念完好無缺，無法以任何方式改變，故不會侵害人格完整性。¹²⁴

¹²⁰ Larry Alexander, *Compelled Speech*, 23 CONST. COMMENT. 147, 155 (2006).

¹²¹ PAUL HORWITZ, *FIRST AMENDMENT INSTITUTIONS* 116, 118 (2013).

¹²² 關於國民教育、大學教育與傳統強迫言論之區別，請參本文在 4.1.4 之論述。

¹²³ SCHAUER, *supra* note 117, at 53.

¹²⁴ Alexander, *supra* note 120, at 158-159.

上開見解無非認為個人存在於內心之思想，不會因為國家以強迫言論之方式干預思考過程而潛移默化改變，故國家針對信念所為之強迫不會侵害內在思想自由，只會侵害將思想表達於外之言論自由。此說法固然具有相當說服力，尤其是內心具有真摯堅定信念、思想者，似乎無論國家採取何種手段強迫言論，均無法撼動其內心思想，惟此顯然係將每個人視為理性之主體，認為所有人類行為均係經過縝密思考、理性判斷作成，每個人思想均具有一套完整邏輯，可輕易切割人之思想與行為，即使思想與行為不一致，思想亦不會被改變，忽視個體間因認知或思考之差異，對於思想是否改變可能有所不同。況人類生活在群體之社會，無時無刻可能面臨因訊息說服或社會影響所帶來之態度改變¹²⁵，而訊息說服可能源自於態度所具有之功能、避免認知失調（cognitive dissonance），或以人類處理相關議題資訊之動機（有無涉入議題）及能力（有無分心），區分有效率評價之「捷思式模型」與較有想法、系統評價之「系統性模型」之雙模式歷程說服模型。¹²⁶

由此可見，人的態度可能因各種原因而改變，而強迫言論實際上係強迫人民對某種信念或事實表達確信，如認為思想或確信無法改變，則人民被強迫所為之言論或表意行為，是否因口是心非而屬未表彰對應思想之無意義言論，因而非屬憲法之言論涵蓋範圍，不構成強迫「言論」？如此，強迫言論不僅不會侵害人格完整性，甚至亦不會侵害思想自由、表意自由，無任何違憲之可能性，反而較限制言論更被容許，如此明顯有悖於一般人之理解，故上開強迫言論未侵害內心思想之說法，並不可採，重點應係不表意自由與思想自由之關係。

3.2.3.3.2 思想自由與言論自由之關係

人之思想存在於內心，必須透過外顯行為將內在思想彰顯於外，因而可能涉及宗教行為自由、言論自由或一般行為自由，而內在思想應受憲法絕對保障，外在行

¹²⁵ 「思想改變」在社會心理學上稱之為「態度改變（attitude change）」，所謂態度是指對於事物思想之評價，且係由任何個人在心智上可能持有之事物（包含事物、人、團體及想法）所組成。See Gerd Bohner & Nina Dickel, *Attitudes and Attitude Change*, 62 ANNUAL REVIEW OF PSYCHOLOGY 391, 392 (2011). 就此而言，心理學上所稱之「態度」即相當於法學上所稱之「思想」，甚至範圍可能更廣。

¹²⁶ Wendy Wood, *Attitude Change: Persuasion and Social Influence*, 51 ANNUAL REVIEW OF PSYCHOLOGY 539, 540, 544-546, 551 (2000).

為所涉及之基本權利則受憲法相對保障。又宗教行為自由、言論自由（包含表意自由及不表意自由）及一般行為自由之內涵固然均包含廣義之思想，惟尚難以此推論言論自由之理論基礎並非「思想自由說」，或以「思想自由說」作為言論自由之理論基礎即無法與其他基本權利區別，重點在於行諸於外之「言論自由」、「宗教行為自由」、「一般行為自由」與內在思想自由彼此間之關係。

所謂「宗教行為自由」，係指人民源自於內心虔誠宗教信仰所為之行為，宗教行為自由固然以內在思想為前提，但與之更密切者為思想中涉及宗教信仰之「內在宗教信仰自由」，¹²⁷而非涉及一切內在精神活動之「思想自由」。¹²⁸至於「一般行為自由」，係指人民依其意志作為或不作為之自由，¹²⁹雖然人民之意志或多或少可能與廣義之內在思想相關，但此僅係自主選擇決定為某種行為，未含有過多創造性、情感性等精神層面之思想成分，與以思想自由作為基礎之「言論自由」，不僅含有思想成分，且以思想作為言論成立之主要要素截然不同。英國哲學家 John Stuart Mill 主張「自由（liberty）」係由內在意志（consciousness）、不傷害（harm）他人、個人不傷害他人之連結三個要素組成；表達及刊登意見之自由因關涉他人，故可能落入其他原則，但該自由與思想自由幾乎同等重要，且大部分以相同理由作為基礎，故二者實際上難以區別。¹³⁰由此可知，以「意志」為要素之「一般行為自由」，與以「思想自由」作為基礎且與之密切重合之「言論自由」不同。

是依上開說明可知，宗教行為自由、言論自由、一般行為自由與思想自由間具有親疏遠近關係，宗教行為自由之內在核心為「內在之宗教信仰自由」，而非一般

¹²⁷ 參釋字第 490 號解釋理由書第 1 段：「現代法治國家，宗教信仰之自由，乃人民之基本權利，應受憲法之保障。所謂宗教信仰之自由，係指人民有信仰與不信仰任何宗教之自由，以及參與或不參與宗教活動之自由；...，其保障範圍包含內在信仰之自由、宗教行為之自由與宗教結社之自由。內在信仰之自由，涉及思想、言論、信念及精神之層次，應受絕對之保障；其由之而派生之宗教行為之自由與宗教結社之自由，則可能涉及他人之自由與權利，甚至可能影響公共秩序、善良風俗、社會道德與社會責任，因此，僅能受相對之保障。...」、釋字第 573 號解釋理由書第 3 段：「...人民所從事之宗教行為及宗教結社組織，與其發乎內心之虔誠宗教信仰無法截然二分，...」

¹²⁸ 參釋字第 567 號解釋理由書第 3 段：「...思想自由保障人民內在精神活動，是人類文明之根源與言論自由之基礎，亦為憲法所欲保障最基本之人性尊嚴，...」

¹²⁹ 參釋字第 689 號解釋理由書第 5 段：「...人民依其意志作為或不作為之一般行為自由，亦受憲法第 22 條所保障。...」

¹³⁰ MILL, *supra* note 47, at 82-83.

化之思想自由；言論自由之內在核心為「思想自由」，二者近乎重疊¹³¹；一般行為自由之內在核心則是更廣泛之「意志」，而非思想。以上述宗教行為自由、言論自由、一般行為自由之內在核心解釋各該基本權利之保障範圍，宗教行為自由僅保障源自於內在宗教信仰自由之行為，不包含與宗教信仰無涉，由思想或意志形成之言論或行為；言論自由僅保障由思想形成之言論，不保障單純基於自主意志所為之行為；一般行為自由則保障單純基於自主意志所為之無害行為。關於上開基本權利與內在思想之關聯性，請參《圖七》。

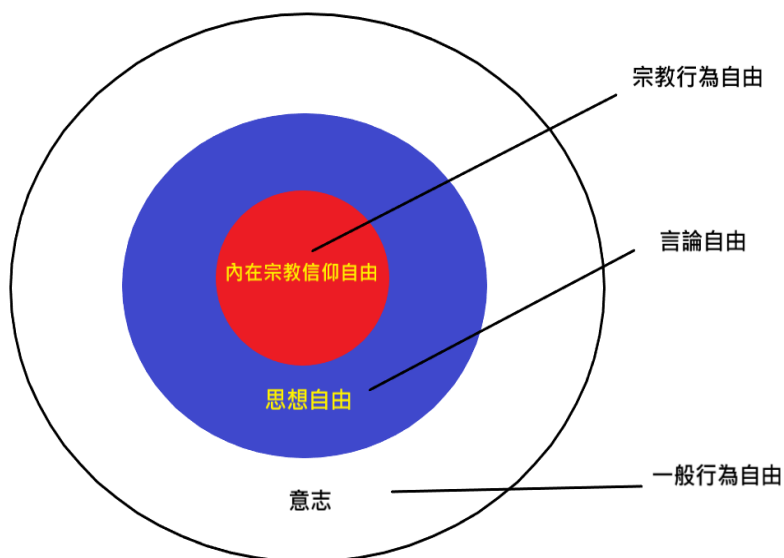


圖 7：內在思想與其他外顯基本權利之關係
(圖片來源：筆者自製)

然而，以「思想自由說」作為言論自由（包含表意自由及不表意自由）之理論基礎，不免被質疑「思想自由」與「言論自由」之界限、¹³²何以對於尚未造成傷害之「預備行為（preparatory acts）」與「預備想法（preparatory thoughts）／有害想法（harmful thoughts）」給予不同評價。¹³³惟如前所述，思想自由為透過外顯行為所保障言論自由之內在要素，存在於內心之思想自由受到憲法絕對保障，將思想表彰於外之言論自由則受憲法相對保障，二者保障範圍不同，無界限不清之情形。再

¹³¹ 雖然言論自由與其內在之思想自由範圍近乎重疊，但受言論自由保障之「言論」仍可能因與核心之內在思想自由距離遠近，而受不同程度之憲法保障。

¹³² Thomas M. Scanlon, *Comment on Shiffrin's Thinker-Based Approach to Freedom of Speech*, 27 CONST. COMMENT. 327, 334-335 (2011).

¹³³ Schauer, *supra* note 51, at 86-87.

者，刑法處罰預備犯與有害想法、有害之歧視宗教信念無法相提並論，蓋預備犯之犯意僅係基於其「意志」所為，可能造成之實害結果風險為「具體行為」，而有害想法、有害歧視宗教信念則分別係基於「思想」、「宗教信念」而為，可能造成之風險為「言論」、「宗教行為」，此與預備犯所造成之「具體行為」¹³⁴風險相較，顯然較低。

英國歷史學家 J. B. Bury 對於「思想自由」與「言論自由」之關係有更為清楚之說明，其指出雖然常有人說思想是自由的，人只要隱藏其所想，思考永遠不可能受到阻礙，人之心智只限於其經驗與其想像力範圍，但此自然之個人思考自由僅具有些微價值，如果未允許思考者得將其思想與他人溝通，不僅思考者本身無法滿意甚至感到痛苦，對於旁人亦明顯不具有價值，何況隱藏思想極為困難。如果人之思考使其質疑他人行為之想法與習俗、否定他人所持有之信念、見及較渠等所遵循生活之更好生活方式，如其被自己之論證所說服，幾乎不可能採取沉默態度，而會主張自己與他人不同，且未與他人持有相同意見，某些人更因此選擇面對死亡而非隱藏思想，故有意義的思想自由，應包含言論自由。¹³⁵易言之，未承認言論自由受憲法保障，無法使思想自由發揮其存在之意義，唯有保障言論自由，始有可能保障思想自由。

3.3 強迫言論之「言論」定義

如前所述，不表意自由與表意自由同受言論自由保障，且不表意自由之重點在於「強迫言論」，故自有必要探究「言論」之定義。美國聯邦憲法增修條文第 1 條規定：「國會不得制定法律...限制言論自由... (Congress shall make no law...; or abridging the freedom of speech, or...)」，¹³⁶美國聯邦最高法院法官 Hugo Black 因而

¹³⁴ 例如刑法第 100 條第 2 項預備內亂罪、¹³⁴第 101 條第 2 項預備或陰謀暴力內亂罪、第 103 條第 3 項、第 104 條第 3 項、第 105 條第 3 項、第 106 條第 3 項、第 107 條第 3 項預備或陰謀外患罪、第 173 條第 4 項預備放火罪、第 185 條之 1 第 6 項非法劫持航空器罪、第 271 條第 3 項預備殺人罪、第 328 條第 5 項預備強盜罪、第 347 條第 4 項預備擄人勒贖罪等。

¹³⁵ J. B. BURY, A HISTORY OF FREEDOM OF THOUGHT 1 (2nd ed. 1952).

¹³⁶ U.S. CONST. amend. I, "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the

依文義解釋、歷史解釋主張憲法增修條文第 1 條係指「絕對 (absolute)」禁止限制言論自由，不得對人民權利與國會權力進行利益衡量 (balancing)。¹³⁷而因此言論自由受到絕對保障之見解，部分論者遂嚴格限縮言論自由之保障範圍，主張憲法增修條文第 1 條僅保障吾人所治理有思想與溝通活動之自由（例如已故 Alexander Meiklejohn 教授¹³⁸）或僅保障政治性言論（例如 Robert Bork 教授¹³⁹）。

然而，上開不同面向之絕對保障論者觀點未被美國聯邦最高法院採納，美國聯邦最高法院多數意見向來以「活的憲法 (living constitution)」觀點，認為言論自由並非受到絕對保障之權利。¹⁴⁰因此，在承認活的憲法觀點之既有言論自由法學脈絡下，討論言論自由之歷史¹⁴¹已非重點。又美國聯邦憲法增修條文第 1 條與我國憲法第 11 條¹⁴²固然均明文保障言論自由，但什麼是受憲法保障之「言論」，是限於口頭與書面表達，抑或指涉範圍更廣，條文並未定義。¹⁴³就此最為爭議者，是何種「作為 (conduct)」屬於「言論」、何種作為屬於「非言論」或「行為 (action)」，此有兩種解決途徑，一種是依據美國聯邦憲法增修條文第 1 條所欲達成之價值及功能

people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances.”

¹³⁷ *Konigsberg v. State Bar of Cal.*, 366 U.S. 36, 60-61 (1961) (Black, J., dissenting); Hugo L. Black, *The Bill of Rights*, 35 N.Y.U. L. REV. 865, 866-867, 874-875, 879 (1960). 已故耶魯大學法學院教授 Robert Bork 則從條文文字、歷史面向，說明憲法增修條文第 1 條受絕對保障之主張並不可採。Robert H. Bork, *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, 47 IND. L.J. 1, 21-22 (1971).

¹³⁸ Meiklejohn 教授主張憲法增修條文第 1 條並非保障說的自由，而是保障吾人所治理有思想與溝通活動之自由，包括投票、投票所表達之明智與客觀判斷之能力，禁止國會限制該等治理國家有助益之活動。See Alexander Meiklejohn, *The First Amendment is an Absolute*, 1961 SUP. CT. REV. 245, 255-257 (1961).

¹³⁹ Bork 教授以 Brandeis 大法官所提出言論之發現與散布政治真實之第四種利益，主張只有政治言論受到言論自由保障。See Bork, *supra* note 137, at 24-26.

¹⁴⁰ *Konigsberg v. State Bar of Cal.*, 366 U.S. 36, 49, 49 n. 10 (1961); *Elrod v. Burns*, 427 U.S. 347, 360 (1976). 關於言論自由絕對保障與利益衡量之介紹，SULLIVAN & FELDMAN, *supra* note 3, at 11-13. 中文文獻請參林子儀（註 1），頁 137-141。

¹⁴¹ 有關美國言論自由歷史之簡介，See STONE ET AL., *supra* note 3, at 1009-1014; SULLIVAN & FELDMAN, *supra* note 3, at 2-4; CHEMERINSKY, *supra* note 3, at 1177-1179. 另從美國言論自由之歷史發展脈絡，詳細說明憲法增修條文第 1 條在法與社會 (law and society) 之意涵，See ANTHONY LEWIS, *FREEDOM FOR THE THOUGHT THAT WE HATE: A BIOGRAPHY OF THE FIRST AMENDMENT* (2007). 中譯本請參 Anthony Lewis 著，林凱雄譯，*異見的自由：美國憲法增修條文第 1 條與言論自由的保障* (2020)。

¹⁴² 中華民國憲法第 11 條：「人民有言論、講學、著作及出版之自由。」

¹⁴³ 哥倫比亞大學法學院教授 Kent Greenawalt 即認為，美國憲法增修條文第 1 條之文字並未解決是否所有歸類為言論者均不受政府限制，該憲法語言未說明為何言論具有價值，亦未揭示制憲者為回應變遷之社會條件與社會價值欲在何範圍內解釋該條文，且該條文文字並非明顯開放式 (open-ended) 語言，致無法排除言論自由及容許之侵害可能隨時間而有所不同。Kent Greenawalt, *Speech and Crime*, 1980 AM. B. FOUND. RES. J. 645, 731 (1980).

定義「言論」或「行為」，另一種是捨棄對言論精確定義，只要作為含有表意要素，即屬言論自由保障之言論。¹⁴⁴



傳統上美國憲法學者採取第一種取徑，以言論自由歷史、言論自由哲學觀（即言論自由之價值）討論受憲法保障之言論；¹⁴⁵美國聯邦最高法院依據 *Spence* 法則判斷是否具有「溝通」要素之兩個要件，則係採取第二種取徑。而無論是採取第一種或第二種取徑，均係以區分憲法所保障之言論及日常生活之言論作為預設，並未探討一般日常生活之言論定義。以下 3.3.1 先討論言論「涵蓋範圍（coverage）」與「保障（protection）程度」之區分，接續於 3.3.2 探究言論之定義、3.3.3 討論強迫表意行為之內涵，再於 3.3.4 提出本文見解。

3.3.1 先決問題：言論涵蓋範圍

3.3.1.1 言論「涵蓋範圍」與「保障程度」之區分

維吉尼亞大學法學院教授 Frederick Schauer 指出，較少人提及一開始是否涉及美國聯邦憲法增修條文第 1 條之問題，即有關言論自由之保障範圍（boundaries），而行為是否包含在美國聯邦憲法增修條文第 1 條內，是美國聯邦憲法增修條文第 1 條「涵蓋範圍（coverage）」問題，非言論之「保障（protection）」問題。又美國聯邦憲法增修條文第 1 條禁止國會侵害者為「言論自由」而非「言論」，否則所有與文字、語言或溝通相關之人類行為，均會被納入言論自由所保障之言論，故自有必要將美國聯邦憲法增修條文第 1 條涵蓋範圍理解為較「所有可能使用之語言（every possible use of language）」為窄，目前重點即在於如何區分美國聯邦憲法增修條文第 1 條所規定之「言論自由（the freedom of speech）」與一般語言意涵之「言論（speech）」，現有之言論自由理論或法律原則或可解釋在美國聯邦憲法增修條文第 1 條範圍內何者受到保障，但無法說明何者屬於或不屬於言論自由條款所保障之言

¹⁴⁴ Thomas I. Emerson, *Freedom of Speech*, in THE FIRST AMENDMENT: SELECTIONS FROM THE ENCYCLOPEDIA OF THE AMERICAN CONSTITUTION 24 (Leonard W. Levy et al. eds., 1990).

¹⁴⁵ STONE ET AL., *supra* note 3, at 1009-1019; CHEMERINSKY, *supra* note 3, at 1177-1184; SULLIVAN & FELDMAN, *supra* note 3, at 1-9; CALVIN MASSEY, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW: POWERS AND LIBERTIES 823-825 (5th ed. 2016); KATHLEEN M. SULLIVAN & NOAH FELDMAN, CONSTITUTIONAL LAW 931-940 (19th ed. 2016).

論，可見何為言論自由所保障之言論並非規範性問題，而是描述性之政治、經濟、社會及文化問題。¹⁴⁶



關於言論自由之定義，Schauer 教授認為不可能以相等之用語或指涉之事物對言論自由提出任何定義，因為言論自由的概念過於複雜，且必須依賴未確定之行為、倫理及實證議題解決，更甚者，定義言論並非只是試圖描述某項事物，而是將某些活動劃分出來給予某程度之保障，在此意義上，言論是一個功能性名詞，必須透過深層言論自由理論之目的定義，而非依日常談話中言論這個詞可能之意義定義，亦即「『言論自由』並非以其是什麼而定義，而是以其做什麼定義（“free speech” is defined not by what it is, but by what it does）」。¹⁴⁷ 哈佛大學法學院教授 Mark V. Tushnet、丹佛大學斯特姆法學院（University of Denver Sturm College of Law）教授 Alan K. Chen 及杜克大學法學院教授 Joseph Blocher 則指出，有關憲法增修條文第 1 條價值之規範性理論，僅係行為是否受憲法保障之必要但非充分條件，仍應探究何種行為構成「言論」；諸位教授更主張根本性反對美國聯邦憲法增修條文第 1 條理論，批評該等理論無法適切說明何以抽象派藝術、純音樂與無意義的話有時屬於憲法言論自由所保障之言論。¹⁴⁸

維吉尼亞大學法學院 Leslie Kendrick 教授從實然面質疑法院不斷擴張言論之範圍，且只要認定行為是言論即屬言論自由保障範圍，忽略涉及言論不等於涉及言

¹⁴⁶ Frederick Schauer, *The Boundaries of the First Amendment: A Preliminary Exploration of Constitutional Salience*, 117 HARV. L. REV. 1765, 1765-1769, 1773-1774, 1785-1787 (2004) [hereinafter Schauer, *The Boundaries of the First Amendment*]; Frederick Schauer, *Every Possible Use of Language?*, in THE FREE SPEECH CENTURY 41 (Lee C. Bollinger & Geoffrey R. Stone eds., 2019) [Schauer, *Every Possible Use of Language?*]. See also SCHAUER, *supra* note 117, at 89-91; Frederick Schauer, *Must Speech Be Special?*, in THE FIRST AMENDMENT, FREEDOM OF SPEECH: ITS CONSTITUTIONAL HISTORY AND THE CONTEMPORARY DEBATE 88, 98 (2009) [hereinafter Schauer, *Must Speech Be Special?*]. 在 Schauer 之前，僅哥倫比亞大學法學院教授 Kent Greenawalt 提及涵蓋範圍（coverage）與憲法保障（constitutional protection）屬不同層次問題。See KENT GREENAWALT, SPEECH, CRIME, AND THE USES OF LANGUAGE 230-231 (1989). 哥倫比亞大學法學院 Tim Wu 教授更清楚說明「涵蓋範圍」係指是否與憲法增修條文第 1 條相關，亦即系爭法律是否應以憲法增修條文第 1 條之審查標準審查，「保障」則指系爭法律是否通過審查。Tim Wu, *Machine Speech*, 161 U. PA. L. REV. 1495, 1500 (2013).

¹⁴⁷ SCHAUER, *supra* note 117, at 91. 佛羅里達國際大學法學院 Stanley Fish 教授亦認為言論自由本身沒有任何價值內涵，只是吾人依政治喜好對口頭行為所賦予之名詞。STANLEY FISH, THERE'S NO SUCH THING AS FREE SPEECH: AND IT'S A GOOD THING, TOO 102 (1994).

¹⁴⁸ MARK V. TUSHNET ET AL., FREE SPEECH BEYOND WORDS: THE SURPRISING REACH OF THE FIRST AMENDMENT 7-9 (2017).

論自由，而當法院認定蛋糕店提供蛋糕、刺青、提供網路使用均為言論時，自有必要解釋何謂言論、言論與其他行為有無不同，因而言論自由應被認定為特殊權利。¹⁴⁹Tim Wu 教授亦指出，最近數十年的重大言論自由判決並非關注於核心之政治性言論，而是重新出售病患資料權利、註冊冒犯性商標權利等經濟問題，此等眾多言論自由判決掩飾美國聯邦憲法增修條文第 1 條變成越趨與歷史上所關切「強迫控制政治性言論」領域無關之事實。¹⁵⁰

由此可見，傳統言論自由理論固然得以解釋受憲法保障之言論範圍，¹⁵¹但無法解釋所有受憲法保障之言論，仍有部分應受憲法保障之言論（例如藝術表意）無法涵蓋在言論自由理論範疇；惟如擴大言論涵蓋範圍，則將使言論自由與其他自由（liberty）之界限產生模糊，喪失言論自由應受憲法特別保障之特殊性。就此而言，以言論自由理論解釋言論之涵蓋範圍（即《圖八》B 部分）毋寧係「涵蓋過窄」，以日常生活之言論解釋言論涵蓋範圍（即《圖八》A 部分），則是「涵蓋過廣」，因此，自有必要釐清屬於「涵蓋範圍」所及，但無法以言論自由理論解釋之該等言論（即《圖八》C 部分）。

¹⁴⁹ Leslie Kendrick, *Use Your Words: On the Speech in Freedom of Speech*, 116 MICH. L. REV. 667, 668-670, 675-676 (2018). Schauer 教授亦指出，目前言論自由理論之爭論均集中在憲法增修條文第 1 條之擴展，例如商業廣告、競選贊助、公職人員上班時間之言論、跳脫衣舞及政府在其場所提供書籍或娛樂之選擇。See Schauer, *Must Speech Be Special?*, *supra* note 146, at 87.

¹⁵⁰ Wu, *supra* note 61, at 273.

¹⁵¹ 關於以不同言論自由理論基礎界定言論涵蓋範圍之討論，See Frederick Schauer, *What is 'Speech'?* *The Question of Coverage*, in THE OXFORD HANDBOOK OF FREEDOM OF SPEECH 165-167 (Adrienne Stone & Frederick Schauer eds., 2021).

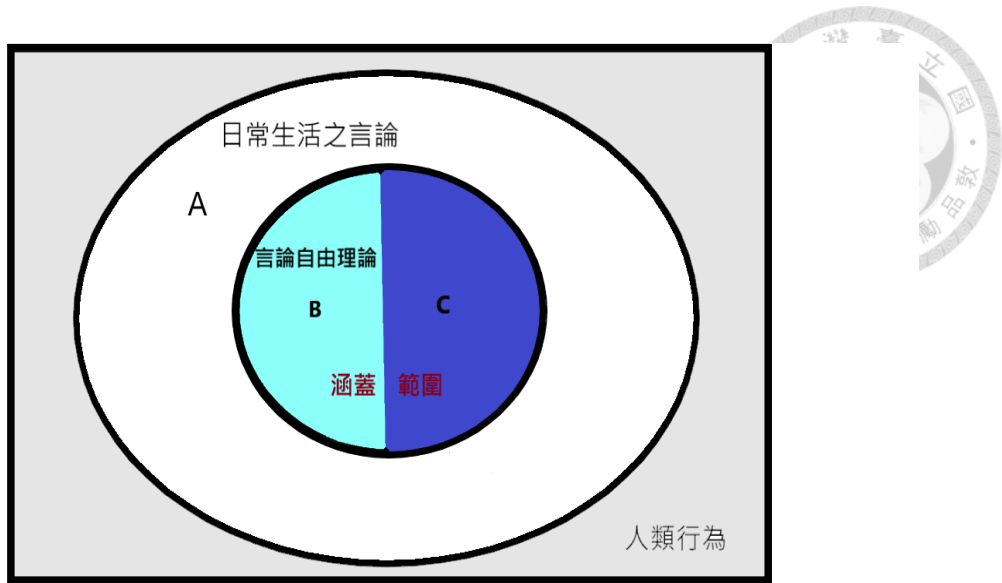


圖 8：憲法之「言論」範圍
(圖片來源：筆者自製)

3.3.1.2 涵蓋範圍與保障程度之區分實益

關於言論「涵蓋範圍」與「保障程度」之區分實益，在於「涵蓋範圍」之功能及效果。Schauer 教授認為如果真正會咬人的美國聯邦憲法增修條文第 1 條，並非宣告非理性或誇張、不合理之限制無效，而是宣告具有更深層且長遠憲法增修條文第 1 條價值之理性且合理限制無效，則憲法增修條文第 1 條係嚴格的明顯而立即危險原則或其他強化憲法增修條文第 1 條審查之產物，惟如廣泛之行為及政府規範作為均須通過憲法增修條文第 1 條過濾網，將危及此嚴格審查，使之無法再隔絕理性但違憲之限制，並降低對於核心政治、社會及意識形態溝通受保障之程度；固然法院如果理解不同言論類型適用不同審查標準，擴張言論涵蓋範圍似乎不會危及對於核心言論之保障，但如果憲法增修條文第 1 條只是理解為一種去管制形式，則對於侵害言論自由之敵意將不再如同過往被污衊，由於不確定擴張言論自由涵蓋範圍與降低該條文有效性間之關聯性，故應假設擴張涵蓋範圍將危及言論自由的核心，至於理論上司法判斷言論自由之涵蓋範圍，應以深層且系統性地適用言論自由目的為基礎，但實際上司法不是依據路徑依賴式之歷史實踐，直覺且隨機地理解何種溝通活動涉及言論自由，就是涵蓋過廣或涵蓋過窄的個案式判斷，故法院

應謹慎認知「涵蓋範圍」是與「保障程度」分離之獨立問題。¹⁵²

換言之，「言論涵蓋範圍」與「言論保障程度」之區分，不只是單純何種言論屬於憲法言論自由之問題，更涉及核心之政治性言論是否能適切受到言論自由保障，以及不同類型言論採取之審查標準問題。如果擴大言論涵蓋範圍，但未針對不同言論類型建立不同審查標準，而是採取一致性的審查標準，無疑將稀釋法院對於核心政治性言論之保障程度，顯然違背美國聯邦憲法增修條文第 1 條高度保障政治性言論之初衷；相對地，如對於原本不屬於言論自由議題，以較嚴格之審查標準（中度或嚴格）審查，亦係侵害立法或行政之裁量權限。惟理論上雖然可以擴大言論涵蓋範圍，再透過類型化審查模式區分高價值之政治性言論與低價值之其他言論類型，但現實上許多言論同時涉及高價值與低價值言論，如將本質上不屬於言論之行為納入言論涵蓋範圍，勢必對該行為提高審查標準，因而使諸多刑罰規定或政府經濟管制規範可能被宣告違憲，造成一種過度的司法積極主義。

另一方面，如果過度限縮言論涵蓋範圍，連動的則是言論是否受到絕對保障之問題，可以想見涵蓋範圍內之言論越窄，在該範圍內之言論越有可能受到絕對保障，這也是定義式絕對主義論者（*definitional-absolutist*）所採取之理論，但絕對保障觀點無法以單一理論解釋言論自由之概念，且無法預設未來可能之例外，因而並不可採。¹⁵³因此，Schauer 教授雖然區分「言論涵蓋範圍」與「言論保障程度」，但其所謂言論涵蓋範圍之言論，並非限於受到絕對保障之言論，亦非指所有一般日常生活之言論，而是指介於中間之「言論自由」。固然「言論」與「言論自由」名稱及描述性／規範性之差異，得以使吾人清楚知悉憲法所保障之言論並非一般日常生活之言論，但實際上此無非係將原本抽象之「何謂言論」轉移至同樣抽象難解之「何謂言論自由」問題，仍然無法解決爭議。

本文認為，區分言論涵蓋範圍與保障程度，如同刑法上之行為概念，是為了過

¹⁵² Schauer, *Every Possible Use of Language?*, *supra* note 146, at 41-47.

¹⁵³ Frederick Schauer, *Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts*, 34 VAND. L. REV. 265, 275-277 (1981). 除了以絕對保障觀點界定言論涵蓋範圍之方法外，判斷是否屬於言論涵蓋範圍之方法，尚包括界定涵蓋範圍內（*defining in*）之言論及界定涵蓋範圍外（*defining out*）之言論，以及以日常語言、哲學或歷史界定。 *Id.* at 279-282.

濾與刑法規範意義沒有關係之現象（例如石頭或野狗咬傷人），以正面定義，刑法上之行為係指某種得以刑法規範評價之人的舉止態度，而行為概念有無存在之必要，則取決於其對犯罪之過濾有無幫助。¹⁵⁴同樣地，所謂憲法上之言論係指某種得受憲法保障之人的思想表達，界定憲法上之言論涵蓋範圍，亦係為了過濾與憲法規範意義無關之社會現象，且如前所述，言論涵蓋範圍之區分實益在於其功能及效果，而此無非涉及言論涵蓋範圍之寬窄，如將言論涵蓋範圍界定過於廣泛，將喪失憲法賦予言論自由特殊地位之功能；反之，如將言論涵蓋範圍界定過於狹隘，則喪失區分言論涵蓋範圍與保障程度之意義，故界定言論涵蓋範圍之適當理論，毋寧是肯定區分言論涵蓋範圍與保障程度實益之前提。從實際面而論，言論涵蓋範圍與保障程度之區分，亦係為了避免明顯不屬於言論自由議題者，動輒訴諸言論自由之大旗遁入言論自由領域，如司法者未採取適當審查標準，或行為人刻意製造存在高價值言論之模糊空間，即可能使原本應尊重立法及行政權之非言論自由爭議被宣告違憲，故承認涵蓋範圍與保障程度之區分，確有必要。

至目前普遍採取以言論自由歷史觀、價值觀界定言論保障範圍，固然得以判斷受保障之言論與不受保障之言論、各種言論受憲法保障程度之高低，但在涉及「表意行為（*expressive conduct*）／象徵性言論（*symbolic speech*）」時，上開觀點無法說明最前提之言論與行為之區辨、單純行為與表意行為之區分，或行為同時涉及溝通與非溝通要素之情形；¹⁵⁵以言論自由之價值解釋新型態科技是否屬於言論之範圍，亦容易肯認屬於言論範疇，¹⁵⁶因而有無限擴大言論範圍之可能，故言論自由歷史觀與價值觀顯然無法為已經構成「憲法增修條文第 1 條投機主義」之強迫言論提供清楚的「言論」圖像。以下 3.3.2 即依序從美國聯邦最高法院 *O'Brien* 案、語言學、傳播學與符號學角度探討何謂言論。

¹⁵⁴ 黃榮堅（註 35），頁 144-146。

¹⁵⁵ Robert Post 教授則持不同見解，其認為言論與行為之區分無法與實際的美國聯邦憲法增修條文第 1 條法學調和，且實質上將使所有與他人間之關係均憲法化，並擴張未傳達特定訊息之溝通亦屬言論之範圍，致無法在憲法上區分言論與行為，因而主張應以憲法增修條文第 1 條目的，決定是否屬於憲法增修條文第 1 條之言論範圍。POST, *supra* note 74, at 2-4.

¹⁵⁶ Margot E. Kaminski, *Authorship, Disrupted: AI Authors in Copyright and First Amendment Law Symposium - Future-Proofing Law: From RDNA to Robots (Part 2)*, 51 U.C.D. L. REV. 589, 606 (2017).



3.3.2 何謂言論？

雖然 Schauer 教授認為「言論自由」之用語並不重要，因為憲法討論之權利遠比日常生活所提及之權利複雜，權利之用語只是一種技術性語言，未提供任何概念或如何適用解決困難問題之方法，且依言論之一般語言意涵理解，言論自由之範圍不是涵蓋過窄就是涵蓋過廣，故無庸以一般語言分析方式分析言論自由。¹⁵⁷又固然學者普遍認為「音樂及藝術」亦應受到憲法言論自由保障，惟保障之理由並不清楚。¹⁵⁸但如同 Leslie Kendrick 教授精確指出，「言論」係指存在於世界之現象，「言論自由」用語則是一種專業用語，忽略言論作為存在現象之特殊性，無法探討言論自由在規範面上作為一種權利之特殊性。¹⁵⁹

是無論言論係作為社會生活中與人溝通之一種語言形式，或係單純對於外在之感受、體驗或表現，不可避免必須從語言學、傳播學、符號學、認知心理學等領域觀察，始可能知悉言論之意涵及價值，¹⁶⁰此與傳統法釋義學單純就法條進行文義解釋，以及法律語言學探究法律語言之意義與解釋¹⁶¹不同，語言學、傳播學、符號學、認知心理學係探討言論之作用、功能面向（無涉背後之價值觀）所帶來之意涵（meaning），法釋義學及法律語言學則係探討法律抽象文字之形式意義。本文討論言論之目的既然係為區辨言論／表意行為與單純行為之差異，自有必要從言論之作用、功能面向探究言論之定義。

又關於定義言論之方法有兩種，一種為「正面界定（defining in）」，一種為「負面界定排除（defining out）」，理想狀態無論採取何種取徑均會獲得相同結論，但現實是人類會犯錯，採取「界定負面排除」取徑無疑得以避免「正面界定」取徑所可能產生之涵蓋過窄錯誤，故論者傾向推定所有「溝通（communication）」均受言論

¹⁵⁷ SCHAUER, *supra* note 117, at 12-13.

¹⁵⁸ MARK TUSHNET, MUSIC AND ART 436-437, 440, 443 (Adrienne Stone & Frederick Schauer eds., 2021).

¹⁵⁹ Kendrick, *supra* note 149, at 686-687.

¹⁶⁰ 類似爭議亦出現在何謂宗教自由之「宗教（religion）」，以及何為美國憲法增修條文第 4 條之「搜索（search）」。*See* Notes, *Symbolic Conduct*, 68 COLUM. L. REV. 1091, 1092 n.7 (1968).

¹⁶¹ 關於以法律語言學探究法條之意義，*See* ROY HARRIS & CHRISTOPHER HUTTON, DEFINITION IN THEORY AND PRACTICE: LANGUAGE, LEXICOGRAPHY AND THE LAW 133-195 (2007).

自由保障，探討非屬言論涵蓋範圍者。¹⁶²「負面界定排除」之事例，首推哥倫比亞大學法學院教授 Kent Greenawalt，其以英國語言哲學家 J. L. Austin 之「行事表述 (performative utterances)」概念為基礎，創設範圍較窄之「改變狀態表述 (situation-altering utterances)」名詞，主張直接改變法律關係、規範義務之「改變狀態表述」非屬言論範圍。¹⁶³國內臺灣大學法律學系蘇慧婕教授亦採取 J. L. Austin 言語行為理論 (speech act theory)，解釋語言溝通之言論概念、判斷法規範是否為針對言論內容之規制，主張「行事 (performative)」¹⁶⁴係由表意人單方所為發生法律變動之行為，不符合社會溝通之規範目的，故非屬言論範疇，另「遂意行為 (perlocutionary act)」中無理性辯論餘地之情形，亦屬不受言論自由保障之法益侵害，至涉及「談話行為 (locutionary act)」、「表意行為 (illocutionary act)」與「遂意行為」¹⁶⁵三者，即屬針對言論內容之規範。¹⁶⁶就此而言，蘇慧婕教授毋寧係同時採取「正面界定」與「負面界定排除」取徑。

然而，上開論述無非係以言論具有「溝通」要素作為基礎，如根本否定言論之溝通預設，即無適用上開理論之空間，且以言語行為理論理解言論之意涵，首先必須面對重視情境之言論在不同語言下，表意者之不同語言使用方式是否使讀者／聽眾產生不同之理解，復因遂意行為強調言論所生之效果，如探求者為讀者或聽眾

¹⁶² Schauer, *supra* note 153, at 279-281.

¹⁶³ GREENAWALT, *supra* note 146, at 57-59. Greenawalt 教授指出，J. L. Austin 的「行事 (performative)」用語較「改變狀態表述」範圍為廣，例如 Austin 認為「我道歉 (I apologize)」、「我命你接受 (I bid you welcome)」屬「行事句」，「決定 (conclude)」、「主張 (argue)」屬「行事動詞 (performative verb)」，但該等表述均不符合必須重大改變世界之改變狀態表述。See GREENAWALT, *supra* note 146, at 58. 就此而言，Greenawalt 教授主張之「改變狀態表述」實際上接近於 Austin 所指藉由說話與表意而生某種行為效果之「遂意行為 (perlocutionary act)」，只是「改變狀態表述」範圍較「遂意行為」窄。關於 Austin 言語行為理論 (speech act theory) 之行事句、談話行為 (locutionary act)【即說話，to say something】、表意行為 (illocutionary act)【即說話的意圖、藉說話而生某種效力，in saying something】、遂意行為 (perlocutionary act)【即藉說話與表意而生某種行為效果，by saying something】等概念，See J. L. AUSTIN, HOW TO DO THINGS WITH WORDS 6-7, 94-101, 109 (J. O. Urmson & Marina Sbisa eds., 2nd ed. 1975).

¹⁶⁴ 蘇慧婕教授將行事句譯為「做言」，本文則參考已逝清華大學語言學研究所教授湯廷池之翻譯，譯為「行事」。參湯廷池，英語詞句的「言外之意」：「語用解釋」，教學與研究，7 期，頁 63 (1985)。

¹⁶⁵ 蘇慧婕教授將「談話行為 (locutionary act)」、「表意行為 (illocutionary act)」、「遂意行為 (perlocutionary act)」分別譯為「言辭行為」、「在言行為」、「由言效果」，本文則係參考已逝清華大學語言學研究所教授湯廷池之翻譯，參湯廷池，同前註，頁 62。

¹⁶⁶ 參蘇慧婕，言論管制的中立性—美國雙軌理論和德國一般法律理論的言語行為觀點分析，收於：李建良編，憲法解釋之理論與實務 (九)：憲政主義與人權理論的移植與深耕，頁 213-217, 224-226 (2017)。

以「文字」表現之情緒反應，不可避免必須連結心理學進行自動化字詞分析（automated text analysis），¹⁶⁷此又涉及中文斷詞¹⁶⁸、不同語言詞典內之詞彙歸屬類別是否精確等問題，故本文未採取言語行為理論解釋言論之意涵，而係從語言學、傳播學與符號學角度探討表意者與接收者之關係，進而正面釐清言論之定義，¹⁶⁹並以之作為後述判斷是否構成表意行為之基礎。

3.3.2.1 爭議源起—O'Brien 案¹⁷⁰

美國聯邦最高法院在 *United States v. O'Brien* 案闡明：「吾等無法接受只要個人所為之行為係意圖表達某種想法（idea），任何只要有想法之行為即被視為是『言論（speech）』之觀點，但即使假設 O'Brien 行為所具有之溝通要素（communicative element）足以使之受到憲法增修條文第 1 條保障，亦不必然推論燒毀徵兵卡是受憲法保障之活動。聯邦最高法院前已作成判決表示當行為同時含有『言論』與『非言論』要素，規範非言論要素之重要政府利益得正當化對言論自由之附帶限制。…」¹⁷¹明確否定各種表達思想之行為均構成言論，但對於何謂言論、何為視為言論之行為、溝通要素之定義、言論與非言論要素之區分，上開判決均未具體說明。

¹⁶⁷ 目前已有電腦化「語文探索與字詞計算（Linguistic Inquiry and Word Count，簡稱 LIWC）」程式，此包含程式本身與詞典，詞典部分現有英文版與中文版詞典（C-LIWC）。關於 LIWC 程式之介紹，Yla R. Tausczik & James W. Pennebaker, *The Psychological Meaning of Words: LIWC and Computerized Text Analysis Methods*, 29 JOURNAL OF LANGUAGE AND SOCIAL PSYCHOLOGY 24, 26-37 (2010)。中文文獻請參林瑋芳、黃金蘭、林以正，從 LIWC 到 C-LIWC：電腦化中文字詞分析的潛力，臺灣諮商心理學報，2 卷 1 期，頁 98-105（2014）；林瑋芳、黃金蘭、林以正、李嘉玲、J. W. Pennebaker，語言探索與字詞計算詞典 2015 中文版之修訂，調查研究—方法與應用，45 期，頁 78-85（2020）。關於以自動化字詞分析研究社群媒體上之言語行為，See Franciso Villarroel-Ordenes, et al., *Unveiling What Is Written in the Stars: Analyzing Explicit, Implicit, and Discourse Patterns of Sentiment in Social Media*, 43 JOURNAL OF CONSUMER RESEARCH 875 (2017); Torgeir Aleti ET AL., *Tweeting with the Stars: Automated Text Analysis of the Effect of Celebrity Social Media Communications on Consumer Word of Mouth*, 48 JOURNAL OF INTERACTIVE MARKETING 17 (2019)。

¹⁶⁸ 中央研究院詞庫小組，<https://ckip.iis.sinica.edu.tw/project/ws>（最後瀏覽日：2021 年 1 月 22 日）。

¹⁶⁹ R. Goerge Wright 則認為，沒有任何單一方法得說明言論的定義，必須就憲法文本、憲法意涵之原意主義、功能論解釋、象徵主義與前象徵主義、言論自由價值之角色、一般性規則、中度捷思式（heuristics）設計、特殊情境與情況、含意理論（theory of meaning）、模糊與不明確（ambiguity and vagueness）及美國聯邦最高法院判決先例，採取互動式解釋。R. George Wright, *What Counts as "Speech" in the First Place?: Determining the Scope of the Free Speech Clause*, 37 PEPP. L. REV. 1217, 1219, 1258-1260 (2010)。

¹⁷⁰ 391 U.S. 367 (1968)。

¹⁷¹ *Id.* at 376.

已故哥倫比亞大學法學院榮譽教授 Louis Henkin 強烈抨擊美國聯邦最高法院所提出之言論與行為、言論與非言論要素區分，認為該等區分沒有任何內容、徒有其表，因為「言論就是行為，行為就會說話 (speech is conduct, and actions speak)」，憲法保障之言論自由一般雖然意指口頭溝通之話語，但沒有理由限制憲法只保障該種形式之溝通，故有意義之憲法區分並非言論與行為、溝通要素與非溝通要素，而是區分會說話、溝通之行為與其他行為，Henkin 教授因而主張無論是以文字或其他行為所為之溝通，在內容或形式上均應受到憲法相對保障。¹⁷²就此而言，Henkin 教授主張受到憲法言論自由保障之「言論」，範圍不限於字面上所示口頭溝通之言論，任何非口頭溝通之符號、行為，均有可能是憲法所保障之「言論」。雖然 Henkin 教授已發現言論與行為之區分模糊不清，但上開論述只是以「溝通」取代「言論」之用語，仍未具體定義何謂溝通、言論。

3.3.2.2 語言學：社會實踐中的「言談 (discourse)」

關於「何謂言論」，不可避免與「語言 (language) 是什麼」、「話語 (words) 如何具有意涵」、「話語之意義」等語言哲學 (philosophy of language) 問題相關。源自於 17 世紀哲學家 John Locke 之觀點，語言是吾人與他人溝通之符號 (signs) 系統，溝通是使他人知悉吾人如何思考；形成語言之符號從吾人與符號之連結，獲得吾人所希望表達思想之意涵；一般語言 (例如英文、法文或日文) 之話語意涵，係表意者間合意使用話語之慣行 (convention)。近代語言哲學雖然轉變為話語係關切世界之事務，而非吾人心智之事務，關注於語言如何與世界相關，但仍以洛克所採「話語為符號」、「語言之基本任務為溝通」作為預設，且認為話語在一般語言之意涵係約定成俗。¹⁷³就此而言，近代語言哲學無非仍係立基於傳統語言學之核心概念—溝通，與 *O'Brien* 案並無二致。

Joseph Blocher 教授亦以分析哲學 (analytic philosophy) 角度，探討美國憲法增修條文第 1 條意涵 (meaning) 之意思，並就意涵區分「代表取徑 (representational

¹⁷² Louis Henkin, *Foreword: On Drawing Lines*, 82 HARV. L. REV. 63, 79-80 (1968).

¹⁷³ MICHAEL MORRIS, AN INTRODUCTION TO THE PHILOSOPHY OF LANGUAGE 1 (2007).

approach)」與「使用取徑 (use approach)」，「代表取徑」係透過語言與外在語言概念之連結找尋意義，未代表該概念之語言沒有意義，許多法律學者即採取代表取徑探求思想 (ideas) 或內容 (content)；「使用取徑」則係探求語言之使用，關注於「語言遊戲 (language games)」作為界定意涵之界限，強調說 (speaking) 一個語言是活動之一部分或生活之一種形式，故「代表取徑」相較於「使用取徑」去脈絡化，而「使用取徑」對於言論之界限則相對模糊，Blocher 教授並因此主張某程度應關切形式 (form) 與使用，而非行為 (act) 與使用。¹⁷⁴

上開不同取徑之分析哲學，無疑為言論之定義提供思考起點，惟「代表取徑」所連結之語言概念，仍係以溝通作為基礎，至於「使用取徑」對於言論之界定固然較符合社會實踐，但過度關注於形式，無異係維持「純粹言論」與「表意行為」之區分及目前僵化之雙軌理論認定。以下分別以語言學、傳播學與符號學角度說明言論之定義，繼而再提出本文見解。

3.3.2.2.1 語言包含「聲音」與「思想」二元要件

英國哲學家 John Locke 在其著名「人類理解論文 (An Essay Concerning Human Understanding)」第三本書第一章「一般性文字或語言」指出，上帝創造人作為社會化生物，賦予人類作為重要工具及與社會連結之語言，人類因而適合形成發聲，吾人稱之為「話語 (words)」，但此不足以成為「語言 (language)」，因為鸚鵡與其他鳥類亦被教導發出極為清晰之聲音，但此仍非語言 (第 1 段)，故除了發聲以外，尚應以該等聲音作為內在概念 (internal conceptions) 之符號 (signs)、使該等聲音作為人類自己心智內想法之標記 (marks for the ideas)，藉以使他人知悉，並將個人心智之思想 (thoughts) 在他人間傳遞 (第 2 段)。¹⁷⁵

Locke 並強調思想非由語言構成，與語言亦不相同，反而是語言由思想所生及

¹⁷⁴ Joseph Blocher, *Nonsense and the Freedom of Speech: What Meaning Means for the First Amendment*, in *FREE SPEECH BEYOND WORDS: THE SURPRISING REACH OF THE FIRST AMENDMENT* 132-134, 139-140, 142, 145-146 (2017).

¹⁷⁵ JOHN LOCKE, *AN ESSAY CONCERNING HUMAN UNDERSTANDING* VOL. II 3 (1959).

形成（第一章第 2 段註腳 2）；而上述話語仍不足以構成語言，聲音得作為想法之符號，除非該等符號得作為理解諸多特殊事物使用，故構成語言必須係使用一般性符號（*general signs*）（第一章第 3 段）。至話語之重要性，包括話語係溝通思想所必要之外在知覺符號（*external sensible signs*），且話語係使用該話語者思想之感官符號（第二章第 1 段），又許多話語在其表彰之想法為他人熟知前即已習得，故小孩與成人及鸚鵡說話沒有兩樣，因為他們只是學習及熟悉這些話語，但只要話語有功用及意義，聲音與想法間即有不變關係，且指示一個代表另一個，如未如此適用，則只不過是無意義之喧鬧聲（*noise*）（第 7 段）。¹⁷⁶換言之，洛克主張語言包含「一般性符號之聲音、話語」及「內在概念」兩個要件，且二者有先後關係（先有思想、再有聲音），欠缺思想之聲音／話語，與無意義之動物聲、喧鬧聲並無二致。

瑞士語言學家 *Ferdinand de Saussure* 則說明語言學對象、聲音與人類語言（*human speech/ langage*）之關係，其指出語言現象有兩個相關面向，例如發聲音節係耳朵感受之聲音印象，但聲音沒有發聲器官即無法存在，吾人無法將語言系統（*language*）簡化為聲音，或將聲音與口頭表述分離；同樣地，未將聲音印象納入考量，亦無法定義發聲器官之動作。但聲音（*sound*）仍不足以構成人類語言，聲音只是思想（*thought*）之工具，本身並無實體內容，聲音係結合想法（*idea*）形成複雜之生理與心理單位；而人類語言則包含個人面向與社會面向，且人類語言任何時候均指涉既存制度與過去產物。復因無論採取單一面向或同時採取不同觀點研究人類語言，分別會面臨無法分離既存體制與歷史、混雜各種無關事物之困境，無法覓得語言學之整體對象，故一開始即應站在語言系統（*language*）角度，以「語言系統」作為所有其他人類語言表現之規範。¹⁷⁷

¹⁷⁶ *Id.* at 3 n.2, 4, 8-9.

¹⁷⁷ FERDINAND DE SAUSSURE, *COURSE IN GENERAL LINGUISTICS* 8-9 (Wade Baskin trans., McGraw-Hill 1959). [hereinafter SAUSSURE, *COURSE IN GENERAL LINGUISTICS*]. 本書有數個版本，最初係由 Saussure 學生 Charles Bally 與 Albert Sechehaye 依 Saussure 課堂筆記整理而成，並於 Saussure 死亡後之 1916 年出版，該書原文為法文，於 1959 年經 Wade Baskin 翻譯為英文。Saussure 本人並未出版該書籍，後人於 1996 年間發現 Saussure 手稿後，Simon Bouquet 與 Rudolf Engler 將該手稿編輯以法文出版，並由 Carol Sanders 與 Matthew Pires 翻譯為英文。之後 Oxford University Press 於 2006 年出版「*Writings in General Linguistics*」，整理早期發現的 Saussure 語言哲學手稿、Saussure 為課程所做筆記及 1970 年至 2004 年間有關 Saussure 主要作品之參考書目，Columbia University Press 另於 2011 年出版批判性版本，由美國紐約大學英語系榮譽退休教授 Perry Meisel 與芝加哥大學比較文學系教授 Haun Saussy 編輯。See FERDINAND DE SAUSSURE, *WRITINGS IN GENERAL LINGUISTICS* xviii-xix (2006) [hereinafter SAUSSURE, *WRITINGS IN GENERAL LINGUISTICS*]; FERDINAND DE SAUSSURE, *COURSE IN*

Saussure 進一步區分「語言系統 (language/ langue)」、「人類語言 (human speech/ langage)」、「言論 (或有譯為言語) (speaking/ parole)」三個名詞，「語言系統」係人類語言機能之社會產物，以及社會組織所採取容許個人行使該機能之必要慣例；至於「人類語言」整體觀之，具有多面向性與混雜性，同時橫跨物理、生理與心理領域，且同時歸屬於個人及社會，而因無法發現人類語言之整體性，故無法將之歸類於任何人類事實範疇；反之，「語言系統」本身即係一個整體與分類原則，只要吾人在人類語言事實中給予語言系統優先地位，即係對無其他分類之整體引入一個自然秩序。¹⁷⁸

關於「語言系統 (language/ langue)」與「言論 (speaking/ parole)」之區分，當吾人聽聞他人說某種吾人不懂之語言時，吾人雖然察覺有聲音，但因吾人無法理解，故仍處於社會事實之外，言語循環 (speaking-circuit) 之心理部分亦未發生作用，此係因為欠缺執行面向，而執行永遠不是集體實行，是由個人實行，且個人總是自己之主人，此稱為「言論 (speaking/ parole)」之執行面向；反之，「語言系統」對於任何表意者而言均不完備，語言系統只有在集體中才完全存在，故「語言系統」與「言論」之差異在於社會與個人、主要與附屬，且「語言系統」並非表意者的功能，而是個人被動吸收之產物，無須深思熟慮，「言論」則是個人有意且理智之行為。¹⁷⁹

由於「語言系統」與「言論」之上開差異，Saussure 因而指出，人類言論 (speech) 之研究有兩個面向，一個是完全心理之基本部分，其研究對象為全然社會化且獨立於個人之語言 (language)，另一個則是次要之心理物理部分，研究人類言論之個別面向，例如言論 (speaking) 及發聲，而此二者密切相關、互相依存，如果言論是可理解且產生其所有效果，則語言有其必要性，但言論對於語言之建置亦有其必要性，且歷史上言論之實況總是先出現；再者，言論造成語言進步，從聆聽他人獲得之印象修改吾人之語言習慣，故語言與言論互相依存，但二者仍為不同事物。¹⁸⁰

GENERAL LINGUISTICS ix (Wade Baskin trans., Columbia University Press 2011) [hereinafter SAUSSURE, COURSE IN GENERAL LINGUISTICS 2011].

¹⁷⁸ SAUSSURE, COURSE IN GENERAL LINGUISTICS, *Id.* at 9.

¹⁷⁹ SAUSSURE, COURSE IN GENERAL LINGUISTICS 2011, *supra* note 177, at 13-14.

¹⁸⁰ *Id.* at 18-19.

由此可見，Saussure 與 Locke 對於語言均採取「聲音」與「思想」二元要件，而 Locke 雖然未區分「人類語言」與整體之「語言系統」，但 Locke 所述語言應使用一般性符號，實際上與 Saussure 主張語言系統係社會建構之整體秩序，人類語言應在社會所規範之語言系統框架下討論並無二致，故「一般性符號」即等同於「語言系統」。Saussure 進一步以社會性、個別性特質區分「語言系統」與「言論」，彰顯「言論」係以表意者作為主體，只要表意者有意且理智為之即構成言論，不論聽眾是否理解，與強調作為人類語言機能社會產物之「語言系統」迥異。

參以人類社會生活中有各式各樣之聲音與話語，先不論「語言系統」與「言論」之區分，如未區分「語言」與「一般無意義話語 (nonsense)、喧鬧聲 (noise)」，則「語言系統／言論」只是單純之聲音，與動物發聲、物理聲響（例如蘋果墜地發出之聲響、樂器敲打聲響）並無不同。¹⁸¹從認知心理學之角度探討人類語言 (human language) 之特性，人類語言與動物溝通之最大差別在於人類語言之創造力特性，心理語言學受到語言學家 Noam Chomsky 主張研究語言是研究心智 (mind) 特性之影響，對於語言之研究亦關注於人類學習及處理語言之理解、表現、言論產製、習得之心理過程，其中表現係指語言如何在心智中呈現，言論產製則包含生理及心理過程。¹⁸²因此，作為人類語言之重要性在於人類語言不僅是發聲，尚代表心智、思想之展現，未結合心智、思想之人類發聲，在規範上並無意義，故以「聲音」與「思想」作為「語言系統／言論」之要件，無疑可清楚區辨語言系統 (言語) 與無意義聲音、噪音、動物發聲、物理聲響之差異。

¹⁸¹ Peter M. Tiersma 教授雖然主張並非所有說話、溝通均與言論功能相等 (functional equivalent)，因為說話必須有「人類媒介 (human agent)」，其他動物或物體被賦予之擬人語言力量稱之為「隱喻性言論 (metaphorical speech)」，無法認為渠等係在溝通。惟 Tiersma 教授之說法實際上是採取結果論，並未實質論證動物言論究竟為何不符合其主張之與言論功能相等之溝通。See Peter Meijes Tiersma, *Nonverbal Communication and the Freedom of Speech*, 1993 WIS. L. REV. 1525, 1551-1552 (1993).

¹⁸² GOLDSTEIN, *supra* note 53, at 322, 324. 華盛頓大學西雅圖分校心理系、生物系教授 Michael D. Beecher 亦主張從人類語言之溝通特殊性、語義性 (semanticity)、恣意性、學習力及文化傳播、生產力四種特色觀察，認為動物訊號雖然具有語義性且有時恣意，但一般而言動物訊號並非恣意而是本質上具有意義，且動物溝通之訊號及回應並非習得或文化傳播，亦不具有生產力，故動物溝通並非人類語言。See Michael D. Beecher, *Why Are No Animal Communication Systems Simple Languages?*, 12 FRONTIERS IN PSYCHOLOGY 1, 2-5 (2021). 不同見解則認為動物雖然不會以人類語言表達，但各種溝通形式或共通語言遊戲得以理解人類與動物間之溝通，因為語言不是只有存在於心智，而是立基及具體化於社會實踐。EVA MEIJER, ANIMAL LANGUAGES 153, 158 (Laura Watkinson trans., MIT Press 2019).

又目前世界上已有高達 7117 種語言，¹⁸³如不將人類語言置於語言系統脈絡下討論，不僅無法確認何種人類語言是目前國際社會所承認使用之一般性語言，亦可能使尚未具有社會或法律規範意義之方言全部納入語言系統之範疇而受到保障，¹⁸⁴無法說明其他同樣未納入規範之聲音或人類以外之動物溝通為何不受保障。或有論者質疑如在語言框架下理解言論，將使某些具有溝通意涵之言論被排除在外，然欲使言論具有規範上之意義，自應以一般所接受之法律與社會規範意義之語言系統為前提，否則即無法與動物溝通區別。

3.3.2.2.2 批判言談分析之「言談 (discourse)」


有別於 Saussure 將「語言 (language)」區分為社會面向之「語言系統 (langue)」與個別面向之「言論 (parole)」，英國蘭卡斯特大學 (Lancaster University) 語言及英語系榮譽教授 Norman Fairclough 採取「批判言談分析 (critical discourse analysis, 簡稱 CDA)」，假設語言是社會生活中不可或缺之一部分，與其他社會生活要素辯證地 (dialectical) 交互連接，關注於社會實踐下持續性語言結構之維持與變動，以及文本之交互話語分析 (interdiscursive analysis)，主張「言談 (discourse)」不單只是語言，而是生成意涵及所使用資源之「符號 (semiosis)」，「文本 (text)」則包含書寫文字、口語對話及訪談紀錄、視覺與聲音效果之電視節目及網頁。¹⁸⁵

¹⁸³ Ethnologue, How many languages are there in the world?, <https://www.ethnologue.com/guides/how-many-languages> (last visited Jan. 12, 2021).

¹⁸⁴ 以我國而言，我國基於尊重國家多元文化，將臺灣各固有族群使用之自然語言及臺灣手語，均納入國家語言之範疇，故我國各族群使用之自然語言及臺灣手語，均屬我國法律規範意義下之語言。參國家語言發展法第 3 條：「本法所稱國家語言，指臺灣各固有族群使用之自然語言及臺灣手語」、文化基本法第 6 條：「人民享有選擇語言進行表達、溝通、傳播及創作之權利 (第 1 項)。各固有族群使用之自然語言與臺灣手語，國家應定為國家語言，促進其保存、復振及永續發展 (第 2 項)」。

相較於我國以法律明定國家語言，美國憲法及法律並未規定國家或官方語言，因此在文化大熔爐的美國境內，何種語言屬於國家語言即生疑義。美國眾議院議員 Steve King 遂自 2003 年第 108 屆國會起，每年提出明定英文為美國官方語言之 H.R. 997 「英文語言統一法案 (English Language Unity Act)」，但該法案歷年均僅移交附屬委員會審查，並未通過。See U.S. Congress, <https://www.congress.gov/quick-search/legislation?wordsPhrases=h.r.997+%26+english+language+unity+act&wordVariants=on&congresses%5B%5D=all&legislationNumbers=&legislativeAction=&sponsor=on&representative=&senator=> (last visited June 24, 2021); GovTrack.us, <https://www.govtrack.us/congress/bills/116/hr997> (last visited June 24, 2021).

¹⁸⁵ NORMAN FAIRCLOUGH, LANGUAGE AND POWER 8, 53-54 (3rd ed. 2015) [hereinafter FAIRCLOUGH, LANGUAGE AND POWER]; NORMAN FAIRCLOUGH, ANALYSING DISCOURSE: TEXTUAL ANALYSIS FOR SOCIAL RESEARCH 2-3 (2003) [hereinafter FAIRCLOUGH, ANALYSING DISCOURSE]. Fairclough 教授以「符號



因此，Fairclough 教授主張無個別化之「言論 (parole)」概念，反對「語言」與「語言使用」為相反概念，僅維持社會慣行之「語言 (langue)」與實際使用之「言論 (parole)」區分，強調由社會界定之語言使用，即所謂「言談 (discourse)」，包括口頭文字與視覺影像，並將言談觀點之語言注解為「語言是一種社會實踐形式 (language as a form of social practice)」，包括：一、語言係社會之一部分 (part of society)。二、語言係一種社會過程 (social process)。三、語言係一種被社會其他非語言部分社會制約之過程 (socially conditioned process)。關於語言係社會之一部分，是指語言與社會並無外在關係，而是內在與辯證關係，語言學現象係特殊之社會現象，社會現象則係部分語言學現象；語言係一種社會過程，則是觀察言談與文本 (text) 之差異，「文本」是文本產製過程之成品 (product)，「言談」則指涉文本作為社會互動之整個過程，包含文本產製過程 (文本是成品) 及詮釋過程 (文本是資源)，因此，言談分析不限於文本分析，尚包括產製與詮釋過程分析；至於語言被社會中其他非語言制約，是指人們以製造或詮釋文本之認知與社會性成員資源 (包含語言知識、代表渠等所居住、珍貴、信仰、假設之自然與社會世界) 參與言談之社會實踐，言談因而涉及產品之社會制約與詮釋之社會制約，故語言作為言談與社會實踐，個人不再只是分析文本或分析成品與詮釋過程，而是分析文本、過程 (即互動，interactions) 與社會條件制約 (即語境，contexts) 間之關係。¹⁸⁶

Fairclough 教授進一步將前述言談之三個面向，對應至「批判言談分析」之「描述 (description)」 (關注於形式上文本屬性)、「詮釋 (interpretation)」 (關注於文本與互動間之關係，即將文本視為產製過程之成品及解釋過程之資源)、「解讀 (explanation)」 (關注於互動與社會情境間之關係，即產製與詮釋過程之社會決定及其社會影響) 三個階段，其中「描述性」階段與「詮釋、解讀」階段不同，前者階段之分析一般被認為是依據描述性架構類別，辨識及標示形式上之文本特

(semiosis)」取代「語言 (language)」及「言談 (discourse)」用語，因為符號語言不限於 (口頭) 「語言」，尚包含視覺語言，且「言談」之抽象名詞有疑義並令人困擾，Fairclough 因而以「言談」作為代表特定立場世界觀之可數名詞，以「語言」代表特定語言系統，至於從「符號 (semiotic)」觀點指涉具體社會事件，則使用廣泛之「文本 (texts)」、「多重符號文本 (multi-semiotic texts)」用語。NORMAN FAIRCLOUGH, *CRITICAL DISCOURSE ANALYSIS: THE CRITICAL STUDY OF LANGUAGE* 220 n.2 (2nd ed. 2010) [hereinafter FAIRCLOUGH, *CRITICAL DISCOURSE ANALYSIS*].

¹⁸⁶ FAIRCLOUGH, *LANGUAGE AND POWER*, *Id.* at 54-60.



色，後者階段之分析較不確定，在詮釋之情形，屬於參與者之認知過程，在解讀之情形，則屬於短暫社會事件互動與該等社會事件所建構之較持久社會架構間之關係，但最終描述性階段其實是仰賴分析者之詮釋。¹⁸⁷

又在「描述（description）」階段分析文本時，關注之焦點經常是在文本內有何等內容、文本所使用之言談種類間交替；針對特定言談進行「詮釋（interpretation）」時，係考量語境（context）¹⁸⁸（參與者對該情狀與交互文本語境給予何種詮釋？）、言談種類（discourse types）（使用何種言談種類？）、差異與改變（不同參與者對於語境、言談種類之答案是否有異？渠等在互動過程中是否改變？）；針對特定言談「解讀（explanation）」時，則係考量社會決定因素（何種情狀、機構與社會層次之權力關係協助形塑該言談）、意識形態（所使用之何種成員資源要素具有意識形態特質）及效果（該言談在特定情境、機構及社會層次奮鬥應如何定位？該等奮鬥是公然或隱蔽？有關成員資源之言談是規範性或創意性？促成維持或改變既存權力關係？）¹⁸⁹

就此而言，相較於傳統靜態語言學單以文句作為分析之標的，批判言談分析著重語言與社會之關係，重視文本或言談之語境、權力關係或意識形態結構，強調言談實踐在日常生活社會文化過程之動態作用，以符號學觀點解釋「言談」之範圍，言談即包括傳統書寫及說話之語文符號文本與非語文符號，為一種社會實踐形式。¹⁹⁰由此可見，批判言談分析之「言談」是以「日常社會生活中之言論」為基礎，但在詮釋、解讀言談時，則應考量語境、言談種類及社會互動關係，故以批判言談分析解釋憲法言論之涵蓋範圍，所謂憲法之「言論」，係指「日常社會生活中言談之社會實踐」，與美國憲法學者 Frederick Schauer 教授主張日常生活之中言論不同於憲法之言論迥異。

¹⁸⁷ *Id.* at 58-59. 中文文獻有關 Fairclough 辯證關係取向之批判言談分析介紹，請參林東泰，批判話語分析總論：理論架構、研究設計與實例解析，頁 185-204（2019）。

¹⁸⁸ 「語境（context）」是相對於「文本（text）」之概念，在語言學、批判言談分析領域通常翻譯為「語境」，涉及政經社文環境條件時，則翻譯為「脈絡」或「情境」，無論是譯為語境、脈絡或情境，均指涉與文本對應之概念，為社會情境特質之構連（articulation）。參林東泰，同前註，頁 18。

¹⁸⁹ FAIRCLOUGH, LANGUAGE AND POWER, *supra* note 185, at 129, 171-172, 175.

¹⁹⁰ 林東泰（註 187），頁 5, 7-8, 12, 17。

3.3.2.3 傳播學與符號學：語言／符號意涵之產製

3.3.2.3.1 傳播學之「過程學派」與「符號學學派」



著名傳播學者 John Fiske 將傳播學研究 (communication studies) 區分為「過程學派 (process school)」與「符號學學派 (semiotic school)」，「過程學派」將傳播視為「訊息傳遞」，重視傳遞者與接收者如何編碼、解碼，以及傳遞者如何使用溝通管道與媒介，關注效率與正確性，將溝通視為個人影響他人行為或思想之過程，如溝通效果與預期不同或較預期為低，則討論溝通失敗問題，並找尋失敗發生階段，此學派傾向以心理學與社會學探討溝通行為；至「符號學學派」則將傳播視為「訊息意涵之產製與交換」，重視訊息或文字如何與人互動以產製訊息意涵，關注文字在文化之角色，將傳播學視為文字與文化研究，主要採取符號學 (semiotics) 研究方法，傾向以語言學及藝術主題探討溝通成果。¹⁹¹

前述探討訊息傳遞過程之傳播學「過程學派」，與採取心理語言學研究方法探求之「語言處理過程」相似，此過程可分為以表意者角度之「語言產製 (speech production)」，以及以聽者角度理解之「語言訊號 (speech signal)」與「語言認知 (speech perception)」，前者「語言產製」係指表意者必須將想法編碼為使用語言聲音與文字 (或手勢) 之表達方式，後者「語言訊號、語言認知」則指聽者將表意者產製語言訊號所欲傳遞之訊息意涵解碼。¹⁹²又表意者與聽者間之編碼與解碼，目的無非係為使雙方得以溝通，至判斷表意者與聽者間有無適切溝通，則屬「語言溝通 (linguistic communication)」範疇，目前普遍採取「訊息模式 (Message Model)」觀點，認為表意者扮演傳遞者 (transmitter) 角色，聽者扮演接收者 (receiver) 角色，聲音聽覺路徑 (音波) 為通訊管道，此模式足以說明談話交換之一般功能，即當聽者解碼之訊息與表意者編碼之訊息相同時，預測溝通成功，如解碼訊息與編碼訊息不同，則預測溝通失敗，此模型並將語言描繪為表意者與聽者間之橋梁，藉由公共聲音溝通私人想法。¹⁹³由此可知，無論是傳播學之「過程學派」或語言學之「語

¹⁹¹ JOHN FISKE, INTRODUCTION TO COMMUNICATION STUDIES 1-2 (3rd ed. 2010).

¹⁹² WILLIAM O'GRADY ET AL., CONTEMPORARY LINGUISTICS: AN INTRODUCTION 425-426 (7th ed. 2017); VICTORIA FROMKIN ET AL., AN INTRODUCTION TO LANGUAGE 430-433, 442 (11th ed. 2017).

¹⁹³ ADRIAN AKMAJIAN ET AL., LINGUISTICS: AN INTRODUCTION TO LANGUAGE AND COMMUNICATION 351-

言溝通」，均強調表意者與聽者「雙方」之「有效溝通」，不僅探求表意者單方之表意意涵，亦重視聽者是否確實理解，與「符號學學派」單純探求表意者之「語言／符號產製」不同。



3.3.2.3.2 從「表意者意圖」至「符號意涵」

美國語言哲學家 John R. Searle 以 J.L. Austin 所提出言語行為理論之「表意行為 (illocutionary acts)」為基礎，說明表意者 (speaker) 意圖表述之意涵 (speaker's utterance meaning) 與聽者 (hearer) 所理解之文句意涵 (word, or sentence, meaning) 分離之「間接言語行為 (indirect speech acts)」、「反諷 (irony)」、「隱喻 (metaphor)」，認為聽者理解「間接言語行為」係依賴彼此間語言及非語言之共通背景資訊、聽者之一般性理性及推論權力，亦即包含言語行為理論、一般合作對話原則、表意者與聽者之共通事實背景資訊及聽者之推論能力；「反諷」因表意者之表述對於特定情境明顯不適當，使聽者被迫重新以適當方式解釋，而最自然之解釋方法為採取與原本文意相反之解釋；至於「隱喻」則有其使用上之侷限性，且表意者與聽者間必須依據共通之原則體系，如此始能使表意者與聽者形成及理解表意者表述「S 是 P」，實際上隱喻「S 是 R (但 P 不等於 R)」，此包括：一、表述在文義上明顯錯誤，使聽者得以理解表意者之表述非如文義所指。二、以意涵、真實條件或字面意義，連結 P 名詞與 R 之可能價值。三、使表意者與聽者因渠等對於 S 名詞的知識，將 R 之可能價值範圍限縮在 R 之實際價值。¹⁹⁴

雖然 Searle 指明表意者意圖與文字顯示之意涵有時並不相同，但由其所舉間接言語行為、反諷、隱喻三種類型，並探討如何使表意者意圖表述之內容與聽者理解之內容相同，可知 Searle 仍然係以語言學之「語言溝通」作為基礎，且以「表意者之主觀意圖」作為表意者與聽者溝通之目的，¹⁹⁵不在意文字所彰顯之客觀意義。

352 (7th ed. 2017).

¹⁹⁴ JOHN R. SEARLE, *EXPRESSION AND MEANING: STUDIES IN THE THEORY OF SPEECH ACTS* 1, 30-32, 76-77, 104, 112-114 (1979).

¹⁹⁵ 相較於傳統語言學對於言論僅著重「表意者 (speaker)」與「聽眾 (hearer)」之角色，美國社會學家 Erving Goffman 則採取參與式架構 (participation framework)，認為傳統對於言談採取表意者與聽眾二分法並不適當，認為言談係由參與者 (participants) 所形成之社會邂逅 (social encounter)，表意者 (speaker) 包括動畫製片者 (animator)、作者 (author)、首長 (principal)，聽眾包括被允許



Searle 既然重視表意者之訊息傳遞，強調表意者與聽者間編碼、解碼之一致性，其自然係採取類似「過程學派」之觀點。

又 Searle 所採以「表意者主觀意圖」解釋訊息內容之觀點，其實涉及傳播學「過程學派」與「符號學學派」對於「何謂訊息」之不同理解。John Fiske 指出「過程學派」將訊息視為溝通過程傳遞之產物，因而認為「意圖 (intention)」係判斷構成訊息之關鍵；「符號學學派」則認為訊息是一種產製意涵之符號建構 (a construction of signs)，不強調訊息傳遞者之重要性，強調文字如何被理解 (read)。¹⁹⁶至於符號學 (semiotics/ semiology)¹⁹⁷研究主要包含符號本身、組織符號之規則或制度、該等規則或制度運作之文化，由於此處係討論以文字理解訊息，故關切之重點為「符號 (sign)」及「其意涵 (meaning)」，此主要以美國哲學家 Charles Sanders Peirce 與瑞士語言學家 Saussure 為代表。¹⁹⁸惟相較於 Peirce 著重於符號 (sign)、客體 (object) 與解釋義 (interpretant) 之三角關係，¹⁹⁹Saussure 僅強調語言符號本身所具有之意涵，不關注彼此間之關係，主張符號學係研究社會中符號生命之科學，藉以知悉符號之構成與適用之法律。²⁰⁰

以溝通之方式區分，可分為以話語 (words) 方式溝通之「口頭溝通」，以及以話語以外方式溝通之「非口頭溝通」，²⁰¹前所述及之表意者編碼、聽者解碼之「語

的聽眾 (ratified listeners) 與未被允許的聽眾 (unratified listeners)。ERVING GOFFMAN, FORMS OF TALK 129-133, 137, 144-146 (1981).

¹⁹⁶ FISKE, *supra* note 191, at 3.

¹⁹⁷ 關於符號學之用語，Peirce 係採取「semiotics」用語，Saussure 則採取「semiology」用語。See CHARLES S. PEIRCE, THE ESSENTIAL PEIRCE, VOLUME 2: SELECTED PHILOSOPHICAL WRITINGS (1893-1913) xx, xxiv (Peirce Edition Project ed. 1998); SAUSSURE, COURSE IN GENERAL LINGUISTICS, *supra* note 177, at 15-16.

¹⁹⁸ FISKE, *supra* note 191, at 38-39.

¹⁹⁹ Peirce 以符號 (sign)、客體 (object) 與解釋義 (interpretant) 構成的三角關係，主張「符號」為本體以外之代表、「客體」為先於符號存在之對應實體、「解釋義」則係符號激起之想法。See The Essential Peirce, *supra* note 197, at 13, 409-411.

²⁰⁰ FISKE, *supra* note 191, at 41-42; SAUSSURE, COURSE IN GENERAL LINGUISTICS, *supra* note 177, at 15-16.

²⁰¹ 「口頭溝通 (verbal communication)」與「口頭行為 (verbal behavior)」不同，「口頭行為」係一種動作行為，屬於更廣泛之「溝通 (communication)」行為類型，且必須有聽者 (listener) 存在以強化表意者之口頭行為，故口頭行為無須是聲音行為 (vocal behavior)，手勢 (gestures)、手語 (sign language) 均屬口頭行為。至非人類之動物行為是否屬於口頭行為，端視對口頭行為之定義，如果排除非人類之動物行為，則亦同時否定符號 (signers) 為語言及口頭行為，由於目前定義係要求表意者與聽者構成得交換角色之口頭社群，因而排除貓咪對人喵叫之行為，但因口頭行為包含手勢，

言處理過程」，主要係針對口頭溝通，雖然非口頭溝通亦有表意者編碼與接收者解碼之「處理非口頭訊息過程」，但一般所指之「非口頭溝通」，並非指訊號產製之編碼或接收者解釋符號之解碼，而是指訊號產製或編碼所生之「意涵」，非產生意涵之過程。²⁰²言論與表意行為依前述定義，可分別歸類為「口頭溝通」與「非口頭溝通」，則依前開說明，屬於非口頭溝通之表意行為重點即在於其所生之意涵，而非編碼、解碼過程，此與 Saussure 強調語言符號本身所具有之意涵觀點不謀而合。由於本文探討之言論定義主要係為釐清言論在作用、功能面向（無涉背後之價值觀）所帶來之意涵，藉以判斷何種行為具有意涵而屬憲法言論自由所保障之表意行為，自然傾向採取傳播學之符號學學派立場。

3.3.2.3.3 言論是一種「語言符號（linguistic sign）」

關於語言在整體言論行為之地位，Saussure 以言語循環（speaking-circuit）說明先由 A 大腦開始言語循環，心智事實（即思想，concept）連結作為表達之語言聲音表現（即聲音影像，sound-images）之心理現象，接續由大腦傳遞動力予對應聲音影像之發聲器官生理過程，再經過音波由 A 嘴巴傳遞至 B 耳朵之物理過程，之後 B 以顛倒方式繼續循環。Saussure 進而提出「語言符號（linguistic sign）」之概念，主張語言係表達思想符號之系統，語言符號係結合「思想（concept）」與「聲音影像（sound-image）」，後者並非物質上聲音或純然物理事物，而是聲音之心理上印記，依據吾人感官所為之印象。²⁰³

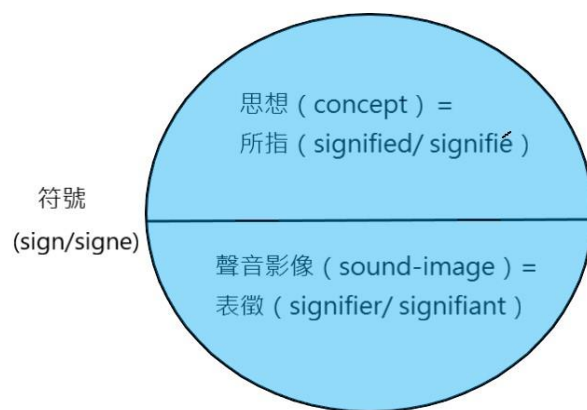
針對語言符號之名詞定義，Saussure 將「思想」與「聲音影像」合併稱為「符號（sign）」，但因該名詞目前一般僅指涉聲音影像，不包含思想，故為避免文義不明確，Saussure 維持「符號（英文 sign/ 法文 signe）」這個名詞代表整體，以「所

故允許口頭行為有存在於非人類間之可能性。WILLIAM M. BAUM, UNDERSTANDING BEHAVIORISM: BEHAVIOR, CULTURE, AND EVOLUTION 129-131, 136-138 (2nd ed. 2005).

²⁰² MARK L. KNAPP & JUDITH A. HALL, NONVERBAL COMMUNICATION IN HUMAN INTERACTION 5-7 (7th ed. 2010).

²⁰³ SAUSSURE, COURSE IN GENERAL LINGUISTICS, *supra* note 177, at 11-12, 15-16, 65-66. 關於「聲音影像」名詞，該書英文版譯者 Wade Baskin 在第 66 頁註腳 1 特別說明該名詞看似過於限縮，但對 Saussure 而言，語言實質上是一個接收外來事物之儲藏所，聲音影像作為實際說話以外之潛在語言事實，即係語詞最佳之自然呈現。See SAUSSURE, COURSE IN GENERAL LINGUISTICS, *supra* note 177, at 66 n.1.

指（英文 *signified*/ 法文 *signifié*）」與「表徵（英文 *signifier*/ 法文 *signifiant*）」取代「思想」與「聲音影像」用語（參《圖九》）。²⁰⁴Saussure 並認為因「表徵」與「所指」之連結為恣意，使表徵與所指連結所生之整體語言符號亦屬恣意，而實際上所有社會上所使用之表意，原則上均係立基於集體行為或慣例，故「表徵」雖然其所表示之思想看似是自由選擇，但對於使用之語言社群而言，則是固定而不自由，此稱為符號之「不可變性（*immutability*）」。²⁰⁵



圖九、語言符號（圖片來源：筆者自製）

圖 9：語言符號

由此可見，「聲音影像／表徵」僅係一種傳達工具，任何得將個人內心想法表彰於外之口頭或非口頭溝通行為，均屬之。此觀 Saussure 特別將內在「思想／所指」與外在「聲音影像／表徵」傳達工具結合，合稱為「符號」或「語言符號」，更可見言論只是一種語言符號，廣義之語言符號包含一切表彰思想之口頭、非口頭

²⁰⁴ *Id.* at 67. Perry Meisel 教授與 Haun Saussy 教授於 2011 年編輯出版的版本，一開始即就其他版本將 Saussure 的「*signifiant*」與「*signifié*」法文文字翻譯為英文「*signifier*」與「*signified*」予以澄清，表明借用 I.A. Richards 在「修辭哲學（*The Philosophy of Rhetoric*）」之名詞，「*signifier*」係指「工具（*vehicle*）」，但「*signified*」並非 Richards 所述之「諭旨（*tenor*）」，而係指「概念、思想（*concept*）」與「心理上（*psychological*）」，非指事物本身（a “*thing in itself*”）、在世界上與語言不同之物體，或可能在口語表達前存在之思想。See SAUSSURE, *COURSE IN GENERAL LINGUISTICS* 2011, *supra* note 177, at xv-xvii. 又國內針對「*signified*」與「*signifier*」二詞，有譯為「所指」與「能指」、「符旨」與「符徵」、「符號義」與「符號具」、「意指」與「意符」等，由於 1959 年出版之英文版一般語言學課程書籍已表明上開二詞係取代「概念、思想」與「聲音影像」，故任何翻譯均不能逸脫「概念、思想」與「聲音影像」之文義範圍，本文遂採取較為貼近之「所指」與「表徵」名詞。

²⁰⁵ SAUSSURE, *COURSE IN GENERAL LINGUISTICS* 2011, *supra* note 177, at 67-68, 71. 中文文獻有關 Saussure 符號學之介紹，請參孫秀蕙、陳儀芬，結構符號學與傳播文本：理論與研究實例，頁 13-24（2011）。

表徵，且表徵所表彰之思想實際上係依社會對於該語言符號之約定成俗觀點認定。是 Saussure 以符號學角度主張之語言符號，無非係以日常社會生活中之語言符號作為基礎，依社會脈絡決定語言符號所表彰之思想，與語言學之批判言談分析研究日常社會生活中之言談，考量語境、言談種類及社會互動關係，並無二致。

又言論作為一種語言符號，對比視覺符號之手語更可清楚理解。已故美國高立德大學 (Gallaudet University) 教授 William C. Stokoe 主張符號 (signs) 亦係語言，而符號可分為「視覺符號」與「聽覺符號」，視覺符號 (visible signs)、手語符號 (signed language signs)、視覺語言活動 (visible language movements) 得自然解釋、直接表示某物或動作，有效連結語言符號及其意涵；部分聽覺符號 (audible signs)、說話語言符號 (spoken language signs) 則無法直接自然類比指涉之物，聲音與意涵無必然關聯。Stokoe 教授進而指出，言論只是傳達語言之一種方式，語言在言論得以傳達前，即已存在於認知系統、大腦，由手語符號之存在更可知，言論係語言之充分但非必要條件，至視覺人類活動 (visible human movements) 則不僅係語言之充分條件，且係連結符號與意涵之必要條件。²⁰⁶

由此可見，「言論」與「手語符號」均係一種語言形式，為 Saussure 教授所稱傳達工具之「表徵」。又因「手語符號」具有視覺之自然類比特性，其「表徵」得輕易連結其意涵，使接收者得確實理解；反之，「言論」則係以聽覺、說話表達，無法直接、自然類比特定事物，故言論「表徵」所代表之意涵具有多樣性，無法連結特定意涵，致接收者難以理解，容易溝通失敗，因而無法符合傳播學過程學派或語言學語言溝通對於訊息係達成雙方有效溝通之認知，反而以符號學學派解釋言論作為一種符號建構，不強調接收者對於言論之理解，²⁰⁷較能契合言論之特性及溝通效果。如採取 Saussure 「符號學 (semiology)」觀點探求言論作為一種符號所具有之「意涵 (meaning)」，而非以傳播學過程學派或語言溝通探求言論之定義，則只要產製表彰思想之有意涵之語言符號，不論該語言符號係以口頭、書寫文字、手

²⁰⁶ WILLIAM C. STOKOE, LANGUAGE IN HAND: WHY SIGN CAME BEFORE SPEECH 9-11, 20-21 (2001).

²⁰⁷ Stokoe 教授即認為，知悉視覺與聽覺均係語言管道，將以新的方式觀察人類溝通，學者無法再將溝通嚴格區分為言論與非口頭溝通，且因知悉手語係一種語言，則言論產製與接收亦較不是語言之核心議題。Id. at 39.

語符號或其他符號形式表現，均屬言論；至於語言符號是否具有表彰思想之特定意涵，即應依社會脈絡決定，無法一概而論。



3.3.2.4 本文見解

從語言學角度觀察，社會面向之「語言系統」及個別面向之「言論」均應符合「思想」與「聲音」二元要件，且人類言論應以符合一般法律或社會規範意義之語言系統為前提，如此始能與一般無意義之聲響、動物溝通區別。又語言學之批判言談分析不以文本分析為限，強調言談之語境、互動關係及社會結構，以此解釋憲法之「言論」概念，即指「日常社會生活中言談之社會實踐」。又因本文就憲法所涵蓋之言論範圍，關注之重點在於言論作用、功能面向所帶來之「意涵 (meaning)」，不在意言論所生之溝通效果，其目的係為釐清同樣具有意涵之表意行為，藉以區分言論與行為、表意行為與單純行為，故本文採取「符號學學派」觀點，探求言論作為一種語言符號所具有之意涵，認為言論包含內在「思想／所指」與外在傳達工具之「聲音影像／表徵」，不以接收者理解之有效溝通為必要。

而因語言學批判言談分析領域已從傳統書寫或口說之語文，擴及至影音、圖像等多元符碼模式，故批判言談分析應與符號學結合，²⁰⁸則以前述語言學之批判言談分析法結合傳播學之符號學學派理論解釋憲法之「言論」概念，言論自非僅限於文本分析之內容，尚強調文本間與語言符號間之交互連結，以語言符號在「日常社會生活中之社會實踐」判斷其意義。是以，只要表意者產製表彰思想之語言符號，且該語言符號依當時交互文本內容、所處特定語境、權力互動關係，可認定具有一定意涵，則不論該語言符號係以何方式表現，均屬言論；至於表意者主觀上有無與他人交流思想之意、是否確實將思想傳達於他人、接收者或一般社會大眾是否理解語言符號之意涵，均不影響是否構成言論（參《圖十》）。因此，本文所定義之言論係依言論在特定語境下之意涵判斷，與 *O' Brien* 案所否定單純以表意者有無表達某種思想之主觀意圖判斷不同。

²⁰⁸ 林東泰（註 187），頁 286。

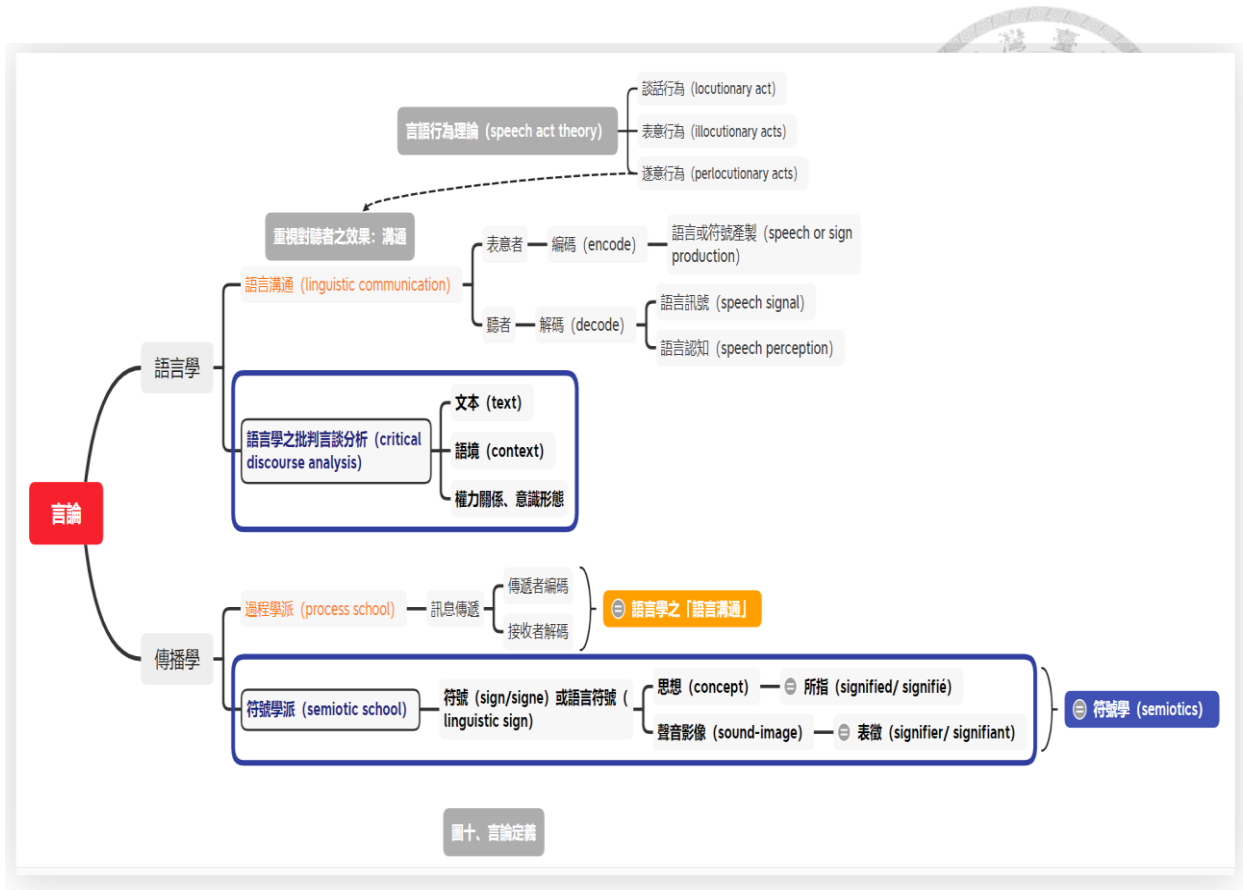


圖 10：「言論」之定義
 (圖片來源：筆者自製)

3.3.3 強迫表意行為

3.3.3.1 象徵主義至 Spence 法則

雖然美國聯邦憲法增修條文第 1 條之文義是禁止侵害「言論」，但美國聯邦最高法院向來肯認言論自由之保障不限於口頭或書寫表達，²⁰⁹亦包含使用非語言符號 (nonlanguage symbols) 之「溝通 (communication)」；而「溝通」常被理解為得透過語言以外之符號 (symbols) 實行，語言本身亦係一種符號。²¹⁰由於此均係以「溝通」理解言論，而溝通強調者即為表意者與接收者雙方之有效溝通，自然必須以表意者主觀有表達某種思想意圖為前提。至於是否所有意圖表達某種思想之非

²⁰⁹ Brown v. State of La., 383 U.S. 131, 141-142 (1966); Texas v. Johnson, 491 U.S. 397, 404 (1989).

²¹⁰ Rodney A. Smolla, Smolla and Nimmer on Freedom of Speech §11:1 (2020); Akhil Reed Amar, *The Case of the Missing Amendments: R.A.V. v. City of St. Paul*, in THE FIRST AMENDMENT, FREEDOM OF SPEECH: ITS CONSTITUTIONAL HISTORY AND THE CONTEMPORARY DEBATE 205 (Vikram David Amar ed. 2009).

口頭行為均屬言論，如前所述，美國聯邦最高法院在 *O'Brien* 案採取否定見解，但何種行為屬於美國聯邦憲法增修條文第 1 條所保障之言論、何種行為非屬憲法所保障之言論、行為與言論如何區分，至今仍極具爭議。



關於何種非口頭行為屬於「表意行為」，美國聯邦最高法院最早在 1943 年 *Barnette* 案，認為與宣誓連結之向國旗致敬屬於一種表達形式(a form of utterance)，而象徵主義(symbolism)是原始但有效傳達想法(communicating ideas)之方法，利用標誌或國旗象徵某些體制、想法、機構或人格，是思想交換之捷徑，此處州政府即以國旗作為支持政府之象徵，要求個人以言語及象徵傳達(communicate)接受國旗所表彰之政治思想。²¹¹由此可見，向國旗致敬之象徵主義行為，得有效傳達想法，即屬一種表意行為，無須論究表意者與接收者是否有效溝通。

之後美國聯邦最高法院於 1968 年 *O'Brien* 案首度提及「象徵性言論(symbolic speech)」用語，探究 *O'Brien* 焚燒徵兵卡之行為是否屬於其所主張受美國憲法增修條文第 1 條保障之象徵性言論，²¹²另在 1972 年 *Police Dept. of City of Chicago v. Mosley* 案則敘及抗爭(picketing)為美國受憲法增修條文第 1 條保障之「表意行為(expressive conduct)」，²¹³由此可知象徵性言論、表意行為之用語，均係指涉受憲法言論自由保障之行為，只是二者分別從言論及行為面向說明其意義。

接著美國聯邦最高法院於 1974 年 *Spence v. State of Washington* 案，就 *Spence* 在其公寓窗戶外展示美國國旗，被以華盛頓州法律禁止陳列美國國旗而判決有罪乙事，認為該華盛頓州法律適用在 *Spence* 之行為，侵害其受保障之表意而違憲。針對 *Spence* 行為是否屬於一種溝通形式部分，法院首先以 *O'Brien* 案為基礎，說明並非所有意圖表達思想之行為均屬言論，行為是否受到憲法增修條文第 1 條、第 14 條保障，應探究該行為是否具有「溝通(communication)」要素，法院並以 *Spence* 行為之本質，結合該案發生之事實情境與環境，認定 *Spence* 係使用國旗之象徵進行溝通，且依該象徵之使用情境所傳達之意涵，*Spence* 之行為並非無意識

²¹¹ 319 U.S., at 632-633.

²¹² 391 U.S. 367, 376 (1968).

²¹³ 408 U.S. 92, 95, 99 (1972).

之虛無主義，而是針對當時政府國內外事務表達苦惱，表現傳達特定訊息（particularized message）之意圖，且依客觀情狀該訊息亦有被觀覽者如此理解之高度可能性，故認為 *Spence* 係從事一種受保障之表意形式。²¹⁴上開判斷行為是否具有溝通要素之主、客觀要件（即表意者有傳達特定訊息之意圖，且依客觀情狀該訊息亦有被觀覽者如此理解之高度可能性），俗稱為「*Spence* 法則（*Spence test*）」。

1989 年 *Texas v. Johnson* 案²¹⁵針對 *Johnson* 以焚燒國旗作為政治抗爭手段，遭以違反德州法律之侮辱國旗罪定罪，亦認為該定罪不符合憲法增修條文第 1 條規定，法院指出判斷該定罪是否符合憲法增修條文第 1 條，首應探究 *Johnson* 焚燒國旗之行為是否構成「表意行為」，因而允許其主張憲法增修條文第 1 條，就此法院仍以 *O'Brien* 案為基礎，否定所有意圖表達思想之行為均屬言論之觀點，並再次肯認 *Spence* 案所提出行為得因具有「溝通要素」而落入憲法增修條文第 1 條、第 14 條之保障範圍，以及判斷特定行為是否具有溝通要素之兩個要件：一、有無呈現傳達特定訊息之意圖。二、該訊息有無被其他觀覽者如此理解之高度可能性。²¹⁶

由此可見，美國聯邦最高法院針對受言論自由保障之「表意行為」，已更易為

²¹⁴ 418 U.S. 405, 405-406, 409-411 (1974). 原文為：“...It is therefore necessary to determine whether his activity was sufficiently imbued with elements of communication to fall within the scope of the First and Fourteenth Amendments, for as the Court noted in *United States v. O'Brien*,..., '(w)e cannot accept the view that an apparently limitless variety of conduct can be labeled 'speech' whenever the person engaging in the conduct intends thereby to express an idea.' ...It may be noted, further, that this was not an act of mindless nihilism. Rather, it was a pointed expression of anguish by appellant about the then-current domestic and foreign affairs of his government. An intent to convey a particularized message was present, and in the surrounding circumstances the likelihood was great that the message would be understood by those who viewed it.”

²¹⁵ 491 U.S. 397 (1989).

²¹⁶ *Id.* at 399, 403-404. 其他涉及是否構成表意行為、象徵性言論之案例，包括：*Stromberg v. People of State of Cal.*, 283 U.S. 359 (1931) (懸掛紅旗反對政府); *Tinker v. Des Moines Independent Community School Dist.*, 393 U.S. 503 (1969) (學生在校園穿戴黑色臂章反戰); *Street v. New York*, 394 U.S. 576 (1969) (焚燒國旗及公然以話語褻瀆國旗); *Wooley v. Maynard*, 430 U.S. 705 (1977) (遮蓋州政府「不自由，毋寧死」之車牌標語); *Clark v. Community for Creative Non-Violence*, 468 U.S. 288 (1984) (在國家公園紮營夜宿示威); *U.S. v. Eichman*, 496 U.S. 310 (1990) (焚燒國旗); *Barnes v. Glen Theatre, Inc.*, 501 U.S. 560 (1991) (跳脫衣舞); *R.A.V. v. City of St. Paul, Minn.*, 505 U.S. 377 (1992) (在黑人家庭草地焚燒十字架); *City of Erie v. Pap's A.M.*, 529 U.S. 277 (2000) (跳情色脫衣舞); *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U.S. 640 (2000) (同志加入男童軍協會); *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343 (2003) (焚燒十字架); *Rumsfeld v. Forum for Academic and Institutional Rights, Inc.*, 547 U.S. 47 (2006) (法學院允許軍隊進入校園募兵); *Masterpiece Cakeshop, Ltd. V. Colorado Civil Rights Com'n*, 138 S.Ct. 1719 (2018) (蛋糕師傅出售婚禮蛋糕予同性伴侶). *See also* STONE ET AL., *supra* note 3, at 1317-1339; CHEMERINSKY, *supra* note 3, at 1481-1491; STEVEN H. SHIFFRIN ET AL., *THE FIRST AMENDMENT: CASES, COMMENTS, QUESTIONS* 207-242 (6th ed. 2015).

以「溝通 (communication)」作為要件，並以行為人主觀意圖與第三人客觀理解判斷是否具有溝通要素，顯然偏離 *Barnette* 案單純以象徵主義判斷是否有效傳達想法，因而構成言論表達形式之見解。就此而言，*Spence* 法則無非認為只有「行為中具有『溝通』性質之表意行為」，始與「言論」相當，應受美國憲法增修條文第 1 條保障，惟以「溝通」作為判斷行為是否受言論自由保障基礎之理由為何？*Spence* 法則可否作為區別「單純行為 (mere conduct)」與「表意行為」之判準？又受憲法保障之「表意行為」，與「純粹言論 (pure speech)」所受保障是否相同？

3.3.3.2 *Spence* 法則之檢討

3.3.3.2.1 檢討 1：表意行為是否必須具備「溝通要素」？

關於 *Spence* 法則以溝通作為表意行為要素所提出之判準，Robert Post 教授質疑不是過度擴張言論範圍就是過度限縮言論範圍，以過度擴張言論範圍觀之，*Spence* 法則使構成刑事犯罪者均可主張言論自由。²¹⁷Kent Greenawalt 教授即主張如以行為是否具有表意價值判斷是否為言論，將會出現嚴重問題，因為所有人類行為均有部分表意價值，此將使合理審查標準無存在之必要。²¹⁸Louis Henkin 教授則主張受言論保障的行為應與「公民不服從 (civil disobedience)」有所區別，其認為所有公民不服從行為通常均係一種溝通、抗議，但該溝通是附隨於主要目的（例如藐視法律或政府，並接受懲罰，而透過該等程度之折磨或行為對於阻礙法律管理或政府行為之效果，藉以輕視法律或政府政策，使法律或政策無法施行或達成其廢除之目的），此時不會發生憲法言論自由之問題。²¹⁹

另過度限縮言論範圍部分，Henkin 教授精準指出，喋喋不休或奮筆疾書並未比較神聖，話語 (words) 亦未較其他符號 (symbols) 更為神聖，其他種類溝通方式同屬有效方式，例如貝多芬第九交響曲或畢卡索格爾尼卡畫作、向國旗致敬、跪膝禱告、手握摯愛；即使獨自以獨特形式表意亦可清楚表達，例如西面 (Simeon)

²¹⁷ Robert C. Post, *Recuperating First Amendment Doctrine*, 47 STAN. L. REV. 1249, 1252 (1995).

²¹⁸ GREENAWALT, *supra* note 146, at 230.

²¹⁹ Henkin, *supra* note 172, at 82.

坐在沙漠柱子或丹麥國王穿戴六角星標識。²²⁰依 Henkin 教授所舉實例，可知不具有語言溝通性質之藝術創作、表意者單獨所為之語言符號產製，與具有雙向溝通性質之言論價值並無不同，故表意行為是否構成憲法所保障之言論，似乎不必然應以「溝通」為要素。

再者，以一般人客觀之理解判斷特定行為是否具有「溝通」要素，亦受學者質疑，因可能有大眾無法理解之藝術巨作。²²¹誠如本文在 3.3.2.3.1 所述，所謂之「溝通」，依語言學之語言溝通及傳播學過程學派見解，係指表意者編碼與接收者解碼之過程；從心理學之行為分析來看，溝通亦指某個器官所為之行為產生刺激，因而影響另個器官行為。²²²因此，以溝通作為言論或表意行為之預設，顯然必須有表意者、訊息及接收者三個要件，且表意者傳達之訊息與接收者接收之訊息必須相同，以達成雙方之有效溝通，如此無疑排除欠缺接收者之單純表意者表意行為，以及接收者無法適切理解表意者訊息之表意行為。而此在一般以文字傳達訊息之情形，或許較無問題，但在以非口頭溝通之符號傳達訊息之情形，即有可能使具有高度實現自我價值之言論排除在言論範疇，故以溝通作為言論或表意行為之基礎，顯然混淆言論所具有之語言功能與言論本身作用面向之意涵。

3.3.3.2.2 檢討 2：表意行為是否須係「特定訊息」？

Peter Tiersma 教授認為 *Spence* 法則所闡明之「特定訊息(particularized message)」要件，使 *Spence* 法則無法明確區分何種行為屬於言論，因諸多口頭訊息非屬特定訊息，例如印有「和平」、「支持生命權」或「支持自主權」字眼之海報，均無法特定該用語在特定情境下之意義，故要求行為必須傳達「特定訊息」，顯然係對非口頭溝通課予較口頭語言更嚴格標準，且無任何正當理由。²²³耶魯大學法學院教授 Jed Rubenfeld 亦質疑 *Spence* 法則無法判斷何種非口頭行為具有「表意性(expressive)」，因而得以憲法增修條文第 1 條審查，例如藝術、現代舞均非特定

²²⁰ *Id.* at 79.

²²¹ CHEMERINSKY, *supra* note 3, at 1482.

²²² BAUM, *supra* note 201, at 130.

²²³ Tiersma, *supra* note 181, at 1538-1539.

訊息，不符合 *Spence* 法則而無法受到保障。²²⁴雖然 *Spence* 法則明確以「特定訊息」作為言論之要件，但之後 1995 年之 *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston* 案²²⁵明白闡述如言論自由之保障係以「傳達特定訊息之意圖」為前提，將使畫作、音樂或無聊詩無法受到憲法言論自由保障，²²⁶則 *Spence* 案所列「特定訊息」之要件是否仍為構成言論之要件，不無疑問。

3.3.3.2.3 檢討 3：表意者是否須有傳達特定訊息之主觀意圖？

關於 *Spence* 法則所要求之「表意者必須具有傳達特定訊息之主觀意圖」要件，有學者主張此要件無法作為區分言論與行為之標準，應捨棄此主觀要件，亦有學者質疑此要件實際上無法操作。Larry Alexander 教授即主張縱使槍殺郵差者主張其行為係為了抗爭郵務服務，槍手仍無言論自由問題；另即使無表意者，因而無表意者意圖，亦有可能主張言論自由。²²⁷惟美國聯邦最高法院向來認為煽惑違法行為²²⁸、挑釁言論（fighting words）²²⁹、猥褻言論（obscenity）²³⁰不受言論自由保障，美國聯邦最高法院在 *Giboney v. Empire Storage & Ice Co.* 案更否定憲法言論自由保障構成違反刑事法律行為不可或缺之言論或寫作，²³¹故槍手基於抗爭目的犯殺人罪，因其主張之言論係犯殺人罪不可或缺，本非言論自由涵蓋範圍，與槍手有無傳達特定訊息之主觀意圖無涉。

另外，Alexander 教授主張無表意者亦可能主張言論自由部分，無非係採取以「聽眾利益為基礎」²³²之言論自由保障目的，因此，其主張言論自由是觀眾之權利，

²²⁴ Jed Rubenfeld, *The First Amendment's Purpose*, 53 STAN. L. REV. 767, 773 (2001).

²²⁵ 515 U.S. 557 (1995).

²²⁶ *Id.* at 569.

²²⁷ Larry Alexander, *The Misconceived Search for the Meaning of "Speech" in Freedom of Speech*, 5 OPEN JOURNAL OF PHILOSOPHY 39, 40 (2015).

²²⁸ *Schenck v. U.S.*, 249 U.S. 47 (1919).

²²⁹ *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).

²³⁰ *Roth v. U.S.*, 354 U.S. 476 (1957).

²³¹ 336 U.S. 490, 498 (1949).

²³² 關於保障言論自由之目的，可區分為保障表意者自主性之「以表意者為基礎」類型，以及確保各種思想與觀點得在公共論述表達之「以聽眾為基礎」類型。See Solove & Richards, *supra* note 72, at 1687. 前者強調表意者主觀上必須具有意圖傳達特定訊息之意圖，後者則不強調此主觀要件。

非表意者之權利，縱使表意者死亡或表意者為幼童、以打字機不小心打字之猴子，觀眾均可主張言論自由。²³³然而，此以觀眾作為言論自由權利主體之觀點，忽視言論自由係表意者基於個人主體性所為思想之展現，如無表意者之言論表達即無後續之思想交流或觀眾對於資訊之接收。尤其採取以聽眾利益為基礎之言論自由目的，在涉及法人或新型態科技時，無須依 *Spence* 法則探求法人或機器人有無主觀意圖，²³⁴即逕自肯認法人言論或新型態科技言論之存在，使言論涵蓋範圍可能擴張及於所有未涉及思想但對社會有益之資訊，致諸多經濟管制規範均須受到言論自由之嚴格審查。是以，Alexander 教授上開見解並不可採。

另 Erwin Chemerinsky 教授批評主觀要件難以操作，質疑應以行為人主觀想法或閱聽者客觀觀點判斷表意者有無主觀意圖，且認為採取客觀說係將表意者之主觀意圖要件瓦解至客觀上第三人是否理解該訊息內容之要件。²³⁵雖然上開批評並非無據，然此在判斷犯罪行為人是否構成刑法上犯罪時，亦同樣有如何判斷行為人主觀上犯意或意圖之問題，但吾人不會因為難以判斷行為人主觀犯意或意圖，即否定行為人應具備主觀要件，故單以難以判斷表意者主觀想法，不足以否定此要件存在之必要性。又 Mark Tushnet 教授認為，意圖之標準同時涵蓋過廣及涵蓋過窄，許多現代雕刻家否認其意圖以其作品表達任何事物，認為只是試圖發現圖形與空間之關係，且此不只限於雕刻家，作家亦係如此，非藝術活動亦不會因為有無意圖表達某些事物，即使該活動因此屬於言論自由涵蓋範圍。²³⁶Tushnet 教授之批評，精確點出「表意者傳達訊息之主觀意圖」要件之缺陷，重點不在於藝術家有無傳達之意圖，而是藝術家之創作是否表彰一定之思想。

本文主張言論係指表意者產製表彰具有一定意涵思想之語言符號，雖然亦強調表意者對外表彰思想，惟因本文非以溝通作為預設，故不要求表意者有與他人交流、傳達思想之意，亦無庸確實將思想傳達於他人，並使他人對之有所理解，與

²³³ LARRY ALEXANDER, IS THERE A RIGHT OF FREEDOM OF EXPRESSION? 8-9 (2005).

²³⁴ Margot E. Kaminski 教授即認為 *Spence* 法則僅在區分小說與焚燒國旗，不適用其他情形，故應以人類讀者或聽眾之角度認定演算法是否構成言論，而非以演算法有無意圖產製該作品判斷。Kaminski, *supra* note 156, at 610.

²³⁵ CHEMERINSKY, *supra* note 3, at 1482.

²³⁶ Mark Tushnet, *Art and the First Amendment*, in FREE SPEECH BEYOND WORDS: THE SURPRISING REACH OF THE FIRST AMENDMENT 83-86 (2017).

Spence 法則要求表意者必須具有「傳達」特定訊息之「主觀意圖」迥異。因此，雕刻家找尋圖形與空間之關係或作家蒐集靈感之隨筆書寫，依 *Spence* 法則或不屬於言論之範疇，惟依本文見解，該等創作既然均係雕刻家、作家依其內心思想而為，且該等創作依所處語境，可認定具有一定意涵，縱使雕刻家、作家無向大眾或第三人交流思想之意思，或大眾無法理解雕刻作品或靈感隨筆之意涵，均無礙該等創作構成一種言論。相反地，學生被老師罰抄課文、夢遊者夢遊中至總統府丟雞蛋抗議（先不論潛意識有無表達內在思想之意思），罰抄之課文或睡夢中丟擲之雞蛋均非思想之表徵，當不構成言論。

3.3.3.2.4 檢討 4：訊息是否須客觀第三人得以理解？

Spence 案所提出之「訊息有被其他觀覽者如此理解之高度可能性」要件，係以一般第三人角度理解，諸多教授對此要件有所質疑。例如 Erwin Chemerinsky 教授質疑如何判斷訊息是否被觀眾充分理解，且何以言論之保障必須依觀眾之觀點決定。²³⁷Peter Tiersma 教授則比較言論與溝通行為，質疑個人發表言論時，理解該言論內容之旁觀者人數不會影響該言論受憲法增修條文第 1 條保障之程度，但對溝通行為則採取不同標準，以旁觀者人數判斷是否受言論保障。²³⁸印第安那大學布魯明頓分校摩利爾法學院教授 Susan H. Williams 則以較務實之觀點試圖解決此難題，認為此要件應採取較廣義解釋，不應機械化適用潛在觀眾理解之要件，亦即無須事實上確有觀眾，即使言論未被他人聽聞亦符合 *Spence* 法則，此處觀眾理解之要件，係採取表意者之意涵必須透過對話（包含真實或想像）與他人為之的想法，故應考量所有影響他人是否理解行為具有意義之情狀因素。²³⁹

Franklyn Haiman 教授更明確指出，意圖向他人傳達訊息之行為，即使不被他人注意，該試圖溝通之行為仍是在溝通，行為之象徵性亦與有無人理解無關，故美國憲法增修條文第 1 條應納入考量者，是行為人行為之象徵主義，而非觀眾之反

²³⁷ CHEMERINSKY, *supra* note 3, at 1482.

²³⁸ Tiersma, *supra* note 181, at 1539.

²³⁹ SUSAN H. WILLIAMS, TRUTH, AUTONOMY, AND SPEECH: FEMINIST THEORY AND THE FIRST AMENDMENT 202 (2004).

應。²⁴⁰固然 Haiman 教授已清楚說明重點在於行為是否具有象徵意涵，似乎係採取符號學觀點，但其仍以語言學之語言溝通作為言論之預設（不論該溝通是否修正為「試圖溝通」），無疑使其主張之象徵主義與其言論預設明顯矛盾，且容易遭質疑所謂之試圖溝通必須達到何種程度，如試圖溝通實際上僅具有形式意義，則會產生為何不推翻溝通要素之質疑。

由此可見，對於言論採取何種基本立場，會影響言論之要件認定，不同方法論間彼此亦有互斥關係，例如語言學之語言溝通必然認為言論係以表意者與接收者間雙方達成有效溝通作為前提，符號學則是強調言論作為一種語言符號。本文既主張以符號學觀點定義言論，不以語言溝通作為言論之預設，自僅須探究表意者有無產製表彰一定意涵思想之語言符號，無庸論究訊息是否確實傳達於接收者、接收者能否理解語言符號之意涵，與 Spence 法則要求「訊息有被其他觀覽者理解之高度可能性」明顯不同。

3.3.3.3 表意行為與純粹言論是否受到相同保障？

3.3.3.3.1 美國聯邦最高法院見解

美國聯邦最高法院在 *Cox v. State of La.* 案²⁴¹，說明美國聯邦憲法增修條文第 1 條、第 14 條係對以純粹言論（pure speech）溝通思想者給予保障，且明確否定上開條文對於以在街道與高速公路巡邏、遊行（marching）與抗議（picketing）之行為溝通想法（communicate ideas by conduct）者給予相同之保障；法院並維持先前見解，認為不會只因為行為有部分係透過口頭、文字或印刷之語言所引起、顯示或實行，即認為認定該行為違法會侵害言論自由或新聞自由，法院更表明本件涉及之法律表面上即排除所有街道集會及遊行，但本案並未考量法條禁止遊行及會議使用所有街道與其他公共設施之合憲性。²⁴²由此可見，美國聯邦最高法院認為 *Cox* 案

²⁴⁰ FRANKLYN S. HAIMAN, SPEECH AND LAW IN A FREE SOCIETY 38 (1981). 原文為：“...It is the symbolism in the actor’s behavior and not the response of the audience that should bring First Amendment considerations into play.”

²⁴¹ 379 U.S. 536 (1965).

²⁴² *Id.* at 555-556.

之「遊行與抗議行為」，本質上屬於違法行為，依美國聯邦最高法院向來見解，該遊行與抗議行為即使具有語言之性質，亦非屬言論範圍。



之後美國聯邦最高法院在 *Tinker v. Des Moines Independent Community School Dist.* 案，²⁴³就該案穿戴臂章之情境，則認為與參與實際或潛在破壞行為者不同，而與「純粹言論 (pure speech)」極為類似，應受到憲法增修條文第 1 條完整保障，法院進一步表示，學校職員係處罰及禁止 *Tinker* 無任何失序或干擾之無聲、被動之意見表達，*Tinker* 並無侵害學校事務或其他學生權利之言論或行為，而臂章之沉默象徵 (silent symbol of armbands) 則代表反對國家在越戰之角色。²⁴⁴依上述判決理由，可知美國聯邦最高法院係以 *Barnette* 案向國旗敬禮之象徵主義理解「穿戴臂章」行為之意義，與 *Cox* 案之「違法遊行與抗議行為」顯然不同。

至判斷政府規範表意行為非言論要素 (non-speech elements) 之法規範是否合憲，美國聯邦最高法院在 *U.S. v. O'Brien* 案²⁴⁵提出四個判斷準則：一、政府之規制屬於政府憲法權力範圍。二、政府規制得以促進重要或實質政府利益。三、所增進之政府利益與限制言論自由無關。四、該規制對於言論自由之附帶限制未超過促進該利益之必要限度。²⁴⁶之後美國聯邦最高法院在 *Clark v. Community for Creative Non-Violence* 案、*Ward v. Rock Against Racism* 案均表明 *O'Brien* 案就表意行為之內容中立法規範所採取之標準，與適用於時間、地點及方式限制之標準近乎相同，²⁴⁷*Ward* 案並就政府對公共論壇所設針對言論時間、地點或方式之合理限制，提出下列要件判斷是否合憲：一、未涉及言論之內容：政府是否因為不贊同訊息傳達之內容而對言論規制，主要考量點為政府之規範目的，與表意內容無關目的之法規範視為內容中立法規範，縱使該法規範對部分表意者或訊息造成附帶影響。二、該規範與重要政府利益具有緊密契合關係：此不會只因為想像上有對言論較少限制之替代方法，即認為法規範之限制無效，且無須是最小限制或侵害手段，而是只要欠

²⁴³ 393 U.S. 503 (1969).

²⁴⁴ *Id.* at 505-506, 508, 510.

²⁴⁵ 391 U.S. 367 (1968).

²⁴⁶ *Id.* at 376-377.

²⁴⁷ *Clark v. Community for Creative Non-Violence*, 468 U.S. 288, 298 (1984); *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781, 798 (1989).

缺該法規範，無法較有效達成政府利益，即符合緊密契合關係之要求。三、尚留有其他足夠溝通管道。²⁴⁸



由此可見，無論表意行為是否構成憲法之言論，或表意行為是否與純粹言論受到憲法相同之保障，判斷政府以具體法規範限制個人表意行為是否合憲時，仍須確認該法規範是否係針對言論內容之規制，進而適用不同之審查架構。²⁴⁹加州大學柏克萊分校法學院 Daniel Farber 教授因而認為重點不在行為究竟是否構成言論，而是法規範是否係針對言論內容之法規範。²⁵⁰

3.3.3.3.2 本文見解

關於表意行為受到言論自由之保障程度，有從制憲者原意、對非口頭行為之影響及傳播理論出發，肯認表意行為與純粹言論應受到言論自由相同保障。例如哥倫比亞大學法學期刊刊出之象徵性言論評論，認為美國憲法增修條文第 1 條之制憲者有意以廣泛且自由之方式解讀該條文之保障範圍，且唯有對確實在複雜世界採用之溝通方法給予實質保障，始有可能維持權利清單對言論及溝通所賦予之自由作為社會之重要力量，故憲法增修條文第 1 條應擴及於保障口頭與非口頭內容；況否定對溝通行為給予憲法增修條文第 1 條之保障，係疏離無口頭技能者，憲法增修條文第 1 條賦予個人有權說其想說之內容，係出於個人必然有形成其個人信念與意見能力之想法，個人得以其自己方式表達思想與信念，任何對該等信念及意見形成或表達之限制，均係侵害個人之人格尊嚴。²⁵¹

該評論更進一步以較少見之傳播學觀點，說明在電子化時代前，訊息只能以語言內容溝通，電子化時代出現後，溝通所帶來的精神與社會影響，無法完全以語言

²⁴⁸ 491 U.S., at 791, 796-799, 802.

²⁴⁹ 雖然內容中立 (content-neutrality) 之法律可能使政府對表意行為之限制容易通過違憲審查，致產生有無必要探討言論涵蓋範圍 (包含言論及表意行為) 之質疑，惟 Mark Tushnet 教授、Alan Chen 教授與 Joseph Blocher 教授認為不應否定憲法增修條文第 1 條規定有使內容中立規範被宣告違憲之可能，且內容中立法規範之存在可能正是為解決涵蓋範圍議題所設想之方法，故言論涵蓋範圍問題仍具有獨立重要性。See Tushnet, *supra* note 236, at 80-83.

²⁵⁰ DANIEL A. FARBER, THE FIRST AMENDMENT 40 (3rd ed. 2010).

²⁵¹ Notes, *supra* note 160, at 1105-1107.

方向合理解釋，故由傳播理論所強調自由選擇溝通媒介與表意自由之關聯性，可知溝通得採取各種形式，任何溝通行為均包含數種不同溝通形式或媒介，故基於各種媒介對於溝通行為之重要性，即應賦予象徵性言論與純粹言論相同之憲法增修條文第 1 條地位。²⁵²上開對於象徵性言論之評論，無非係以溝通作為表意行為（象徵性言論）之基礎，肯認以不同溝通形式或媒介表意之重要性。由於本文係採取符號學觀點，主張言論是表意者產製表彰一定意涵之語言符號，則語言符號本身自屬美國聯邦最高法院在 *Barnette* 案、*Tinker* 案所理解之象徵主義行為或表意媒介。因此，依本文見解，表意行為與言論在憲法言論自由意義下並無二致，「強迫言論」同時包含「強迫言論」與「強迫表意行為」。

3.3.4 本文見解

3.3.4.1 言論涵蓋範圍（inclusion）

美國聯邦最高法院所建立之 *Spence* 法則，係以語言學之「溝通」（包含表意者「編碼」及聽者「解碼」）作為言論自由之預設，強調表意者與聽者雙方之有效溝通。本文跳脫上開觀點，從社會學角度主張依「語言學之批判言談分析法」與「傳播學之符號學學派」解釋憲法之「言論」概念，認為言論非僅限於文本分析內容，尚強調文本間與語言符號間之交互連結，以語言符號在日常社會生活中之語境判斷其意義。因此，憲法所保障之言論係指「一般日常生活之言論」，包含內在「思想／所指」與外在傳達工具之「聲音影像／表徵」，且必須係符合一般法律或社會規範意義之語言，但不要求接收者理解，只要表意者產製表彰思想之語言符號，且該語言符號依當時交互文本內容、所處特定語境、權力互動關係，可認定具有一定意涵，不論該語言符號係以何方式表現，均屬言論。²⁵³

因此，無論是「言論」或「表意行為」均可能構成「語言符號」，²⁵⁴因而屬於

²⁵² *Id.*

²⁵³ 就此而言，本文主張之言論定義其實類似於 Seana Shiffrin 教授對於言論自由所採取之「以思想者為中心的取徑（thinker-based approach）」。*See generally*, SHIFFRIN, *SPEECH MATTERS*, *supra* note 88, at 85-88, 93-94.

²⁵⁴ 例如畫作、音樂等抽象派藝術，只要具有一定意涵之思想及以作品表現於外之表徵，即屬憲法言論之涵蓋範圍；至於無意義之聲響及動物溝通，因非以社會建構之語言及內在思想作為前提，自

憲法所保障之「言論」，類似 *Barnette* 案所採取之象徵主義見解。「強迫言論」之言論既然同時包含「言論」與「表意行為」，則「強迫言論」與「強迫表意行為」在憲法上之評價自無不同，如此憲法言論自由之涵蓋範圍，不僅較符合各國社會文化對於言論之解讀，亦較能反應個案交互文本內容、所處特定語境、權力互動關係所彰顯之語言符號意涵。

3.3.4.2 言論除外範圍 (exclusion) ?

前述言論之定義係從正面定義言論之涵蓋範圍 (inclusion)，至是否有某些言論如同 Kent Greenawalt 教授主張，應排除於憲法言論自由之言論範圍 (exclusion)，則不無疑問。美國聯邦最高法院在 *Schenck v. U.S.* 案²⁵⁵、*Chaplinsky v. State of New Hampshire* 案²⁵⁶、*Roth v. U.S.* 案²⁵⁷，將煽惑違法行為之言論 (incitement of illegal activity)、挑釁言論 (fighting words)、猥褻言論 (obscenity) 排除於憲法言論涵蓋範圍，在我國法下，是否亦有某些言論自始非屬憲法言論範圍？如有，應採取何種理論解釋該等言論不屬於憲法之言論範圍？

關於「煽惑內亂之言論」，我國司法院大法官在釋字第 445 號解釋針對集會遊行法禁止「主張共產主義或分裂國土」之言論，認為該言論係政治主張之一種，以之為不許可集會、遊行之要件，係審查人民政治上言論，與憲法保障表現自由之意

不在憲法言論之涵蓋範圍。另外，有論者主張著作權人有主張排除他人重複其言論之權利，故認為未經授權之侵害著作權行為構成強迫言論。ABRAHAM DRASSINOWER, WHAT'S WRONG WITH COPYING? 111, 113 (2015). See also Abraham Drassinower, *Copyright Infringement as Compelled Speech?*, in NEW FRONTIERS IN THE PHILOSOPHY OF INTELLECTUAL PROPERTY (Annabelle Lever ed. 2012). 惟未經他人授權而重製他人著作，該重製著作固然係表彰一定思想意涵之語言符號，因而屬於言論，但違法重製之著作係重製著作權人本身之言論，並未強迫著作權人表達新增之主觀意見或事實陳述，自不構成強迫言論。縱使文章部分內容引用著作權人之著作，但實際上著作權人未記載該內容，且依該文章所呈現之整體語境、與讀者及出版社間關係，均係表彰「引用人」具有一定意涵思想之語言符號，而非被引用者之語言符號，故亦未對被引用者構成強迫言論。此與法院強迫加害人在報紙刊登判決書、道歉啟事係依據法律規定而為，且依報紙所刊登之判決書、道歉啟事語境，可認為係表彰具名刊登、道歉者思想之一定意涵明顯不同。由此可見，言論涵蓋範圍與言論保障程度區分之重要性，否則只要是在其他情境下屬於「言論」者，被害人均可因他人侵權行為主張構成強迫言論（例如偷瞄他人考卷內容作答、未經他人同意在臉書標記他人姓名或照片），明顯不符合憲法之言論定義。²⁵⁵ 249 U.S. 47, 52 (1919).

²⁵⁶ 315 U.S. 568, 572 (1942).

²⁵⁷ 354 U.S. 476, 481, 483, 485 (1957). 之後聯邦最高法院在 *Miller v. California* 案仍維持猥褻言論不受憲法保障之見解。See 413 U.S. 15, 23, 36 (1973).

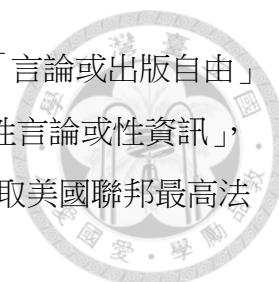
旨有違；²⁵⁸之後釋字第 644 號解釋針對人民團體法禁止設立「主張共產主義或分裂國土」之人民團體組織與活動，亦認為係就人民政治上言論之內容而為審查，限制人民之言論自由，除基於防衛性民主之目的，主管機關得對政黨撤銷設立許可外，如僅以該主張即不予許可設立人民團體，顯然違反比例原則，與憲法保障人民結社自由與言論自由意旨不符。²⁵⁹可見我國大法官認為集會遊行法、人民團體法之煽惑內亂言論，均屬「政治性言論」，應受憲法言論自由保障，未如同美國聯邦最高法院認為煽惑內亂或違法行為之言論不受憲法言論自由保障。

另關於「猥褻言論」部分，我國司法院大法官最初在釋字第 407 號解釋認為出版品係人民表達思想與言論之重要媒介，受憲法第 11 條言論出版自由保障，猥褻出版品則指一切在客觀上足以刺激或滿足性慾，並引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化之出版品；²⁶⁰之後釋字第 617 號解釋肯認性言論之表現與性資訊之流通，不問是否出於營利之目的，均應受憲法言論及出版自由之保障，且性言論或性資訊如客觀上足以刺激或滿足性慾，並引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化者，則稱之猥褻言論或出版品。

²⁵⁸ 參釋字第 445 號解釋文第 2 段：「集會遊行法第 11 條第 1 款規定違反同法第 4 條規定者，為不予許可之要件，乃對『主張共產主義或分裂國土』之言論，使主管機關於許可集會、遊行以前，得就人民政治上之言論而為審查，與憲法保障表現自由之意旨有違...（粗體字為筆者所加）」。

²⁵⁹ 參釋字第 644 號解釋文：「人民團體法第 2 條規定...同法第 53 條前段...規定部分，乃使主管機關於許可設立人民團體以前，得就人民『主張共產主義，或主張分裂國土』之政治上言論之內容而為審查，並作為不予許可設立人民團體之理由，顯已逾越必要之程度，與憲法保障人民結社自由與言論自由之意旨不符...（粗體字為筆者所加）」；理由書第 5 段：「...所謂『主張共產主義，或主張分裂國土』原係政治主張之一種，以之為不許可設立人民團體之要件，即係賦予主管機關審查言論本身之職權，直接限制人民言論自由之基本權利。雖然憲法增修條文第 5 條第 5 項規定...惟組織政黨既無須事前許可，須俟政黨成立後發生其目的或行為危害中華民國之存在或自由民主之憲政秩序者，經憲法法庭作成解散之判決後，始得禁止，而以違反人民團體法第 2 條規定為不許可設立人民團體之要件，係授權主管機關於許可設立人民團體以前，先就言論之內容為實質之審查。關此，若人民團體經許可設立後發見其有此主張，依當時之事實狀態，足以認定其目的或行為危害中華民國之存在或自由民主之憲政秩序者，主管機關自得依中華民國 78 年 1 月 27 日修正公布之同法第 53 條後段規定，撤銷（91 年 12 月 11 日已修正為「廢止」）其許可，而達禁止之目的...（粗體字為筆者所加）」。

²⁶⁰ 參釋字第 407 號解釋文：「...猥褻出版品，乃指一切在客觀上，足以刺激或滿足性慾，並引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化之出版品而言。...又有關風化之觀念，常隨社會發展、風俗變異而有所不同，主管機關所為釋示，自不能一成不變，應基於尊重憲法保障人民言論出版自由之本旨，兼顧善良風俗及青少年身心健康之維護，隨時檢討改進。...（粗體字為筆者所加）」；解釋理由書第 2 段：「出版自由為民主憲政之基礎，出版品係人民表達思想與言論之重要媒介，可藉以反映公意，強化民主，啟迪新知，促進文化、道德、經濟等各方面之發展，為憲法第 11 條所保障。...（粗體字為筆者所加）」



²⁶¹是以，釋字第 407 號解釋認為猥褻出版品屬於憲法第 11 條「言論或出版自由」範疇，釋字第 617 號解釋則更具體將猥褻言論或出版品歸類為「性言論或性資訊」，且亦認定受憲法第 11 條「言論及出版自由」保障，²⁶²顯然未採取美國聯邦最高法院認為猥褻言論不受憲法言論自由保障之見解。

參以美國聯邦最高法院針對「煽惑違法行為之言論」，係以「明顯而立即危險原則（clear and present danger）」審查是否受到憲法言論自由保障；²⁶³針對「挑釁言論」，亦係以言論是否造成傷害或可能引起立即破壞和平之行為，判斷是否涉及言論自由，聯邦最高法院並認為該等無涉言論自由之言論（包含猥褻言論、粗俗言論、誹謗言論與冒犯、挑釁言論），非思想闡述之重要部分，對於追求真實亦僅具有薄弱社會價值，社會秩序與道德之社會利益明顯大於該言論所生之利益。²⁶⁴由此可見，美國聯邦最高法院係以「是否造成傷害」及「對於和平破壞之即時性」，判斷言論是否受到保障；至「猥褻言論」部分，該院表明規範各種形式之言論具有本質上之危險，國家必須在有限範圍內以法律規範猥褻資訊，故目前僅允許規範描述性行為之作品，且僅限於作品整體係以明顯冒犯性方式描繪性行為，而無重要文學、藝術、政治或科學價值者，始違反法律規定。²⁶⁵

以此觀之，美國聯邦最高法院之所以認定煽惑違法行為之言論、挑釁言論、猥褻言論不屬於憲法言論自由之「言論」涵蓋範圍，其原因無非係認為該等言論對於

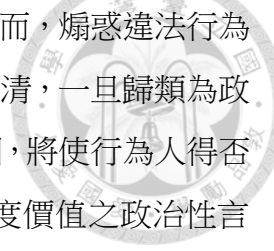
²⁶¹ 參釋字第 617 號解釋文第 1 段：「憲法第 11 條保障人民之**言論及出版自由**，旨在確保意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及實現自我之機會。**性言論**之表現與**性資訊**之流通，不問是否出於營利之目的，亦應受上開憲法對**言論及出版自由**之保障。...（粗體字為筆者所加）」；理由書第 3 段：「有關性之描述或出版品，屬於性言論或性資訊，如客觀上足以刺激或滿足性慾，並引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化者，謂之猥褻之言論或出版品。...」

²⁶² 參釋字第 617 號解釋林子儀大法官部分不同意見書：「刑法第 235 條規定之所謂『猥褻出版品』，係屬描述有關性器官或性行為之性資訊或性言論之一種類型。其是否包含於憲法第 11 條所保障之言論及出版自由之「言論或出版」之範疇，而得主張言論或出版自由，如比較參酌各國憲法實務的觀點，並非毫無疑義。例如美國憲法實務，到目前為止，即認猥褻言論不屬憲法保障言論自由之『言論』，故不受言論自由之保障。...本院釋字第 407 號解釋，則未採美國憲法實務觀點，而認猥褻出版品屬言論及出版自由之『言論或出版』之範疇，本案多數意見亦沿襲釋字第 407 號解釋之觀點。...」

²⁶³ Schenck v. U.S., 249 U.S. 47, 52 (1919); Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444, 447 (1969). 關於美國聯邦最高法院所建立之明顯而立即危險原則內涵及發展，中文文獻請參林子儀，言論自由與內亂罪——「明顯而立即危險原則」之闡釋，收於：言論自由與新聞自由，頁 197-228（2002）。

²⁶⁴ Chaplinsky v. State of New Hampshire, 315 U.S. 568, 571-572 (1942).

²⁶⁵ Miller v. California, 413 U.S. 15, 23-24 (1973).



他人造成嚴重傷害、破壞社會秩序，對於社會並無重要價值。然而，煽惑違法行為之言論、挑釁言論與政治性言論常互相糾葛，二者界限亦模糊不清，一旦歸類為政治性言論即受到高度保障，反之則不屬於憲法言論自由涵蓋範圍，將使行為人得否主張言論自由繫諸於法院如何將言論歸類，可能使原本具有高度價值之政治性言論，僅因對於社會秩序造成動盪即完全不在言論自由涵蓋範圍。我國釋字第 445 號、644 號解釋將「煽惑內亂之言論」（「主張共產主義或分裂國土」）認為係「政治性言論」，受憲法言論自由保障，或許即係考量煽惑內亂之言論實質上亦係一種政治性言論，與煽惑一般違法行為之言論、煽惑非暴力行為之言論僅具有程度上之差別，就此而言，我國大法官之解釋方法與美國聯邦最高法院自始將煽惑違法行為之言論排除於憲法言論範疇相較，無疑較為合理。

同樣地，關於「猥褻言論或出版品」，我國釋字第 407 號、617 號解釋亦認為受憲法第 11 條「言論及出版自由」保障，未如同美國聯邦最高法院將猥褻言論排除於言論自由涵蓋範圍。此由釋字第 617 號解釋林子儀大法官部分不同意見書，即可清楚知悉大法官未採取美國實務見解之理由：「本席亦支持多數意見之觀點，主要理由即在美國憲法實務之觀點，有其歷史淵源，以及如採取美國憲法實務觀點，則如何界定猥褻言論即成為審理涉及猥褻言論案件之核心，而觀察美國憲法實務經過多年努力之經驗，迄今仍無法找到一個明確的定義標準，致如何區分不受保障之猥褻言論與受保障之性言論，一直存有爭執。不若直接肯認猥褻言論亦為憲法保障言論自由之『言論』，對其限制是否合憲，則就具體個別法律之設計，依系爭立法所欲規範之言論，從其立法目的與所選擇之手段，是否符合憲法第 23 條規定，加以審查判斷。」²⁶⁶

考量是否構成猥褻言論，事實上屬於個人主觀之價值判斷，美國聯邦最高法院 Stewart 大法官在 *Jacobellis v. State of Ohio* 案協同意見書即表明其今日未試圖定義何謂硬蕊色情（hard-core pornography），其亦可能永遠無法睿智地成功對之定義，但當其看見它，就知道是它（But I know it when I see it），²⁶⁷可見猥褻定義之極度

²⁶⁶ 參釋字第 617 號解釋林子儀大法官部分不同意見書。

²⁶⁷ 378 U.S. 184, 197 (Stewart, J., concurring) (1964). 原文為：“I shall not today attempt further to define the kinds of material I understand to be embraced within that shorthand description; and perhaps I could

不明確。是以，我國大法官肯認猥褻言論屬於一種性言論，屬於憲法第 11 條言論自由涵蓋範圍，至於國家對猥褻言論之限制是否合憲，則屬言論自由保障程度之問題，無疑可避免某些對於少數族群有價值之性言論，僅因社會上之多數對該等少數性言論之厭惡，即將之排除於憲法言論自由保障範疇，造成箝制少數性言論之結果。因此，本文亦主張不應將特定類型之言論自始排除於憲法言論自由所保障之言論範疇，而應建立不同之審查標準審查對於不同言論類型之規制。

never succeed in intelligibly doing so. But I know it when I see it, and the motion picture involved in this case is not that.”



第四章、強迫言論之類型

美國學者針對美國聯邦最高法院所建立之強迫言論法則，有單純以不同案件類型區分者，¹亦有以是否等同於限制言論區分者。²由於上開分類單純依特徵分類，因此不是涵蓋範圍過窄，就是分類過於籠統、概括、互相重疊。本文在第三章主張不表意自由應區分「主觀意見表達」與「客觀事實陳述」而有不同之理論基礎（前者為「思想自由」，後者為「隱私權」），以下即以此前提區分美國聯邦最高法院所作成之各種強迫言論類型。具體而言，主觀意見表達之強迫包括第二章所提及 *Barnette* 案及 *Wooley* 案之「傳統強迫言論」，以及擴張的「強迫使用私人論壇（compelled access）」、「強迫贊助言論（compelled subsidies）」非典型類型；客觀事實陳述之強迫包括「一般強迫揭露（compelled disclosure）」與「強迫揭露個人身分（compelled disclosure of speaker identity）」（參《圖十一》）。³

¹ Larry Alexander 教授分為「*Barnette/Maynard* 案」、「*Abood* 案之強迫支持」、「*Tornillo* 案抑制言論的強迫言論」、「*Roberts/Hurley/Dale* 案之強迫結社」四種類型，且認為強迫結社應視為結社自由案件而非言論自由案件，並主張僅有「*Barnette/Maynard* 案」涉及迫言論問題。Larry Alexander, *Compelled Speech*, 23 CONST. COMMENT. 147, 148-150 (2006).

² Eugene Volokh 教授區分為「等同於限制言論的強迫言論 (speech compulsions as speech restriction)」及「純粹言論的強迫 (pure speech compulsions)」，前者包含內容強迫、干預一致性的言論產物、嚇阻言論識別及揭露要求，後者包括強迫說話、因言論而強迫支付金錢、強迫在其財產接納某個想法、強迫傳達事實、強迫製造言論、作為違憲回應壓力之強迫接納。Eugene Volokh, *The Law of Compelled Speech*, 97 TEX. L. REV. 355, 358-385 (2018).

³ 美國聯邦最高法院就強迫言論法則雖然衍生「強迫結社 (compelled association)」之「不結社權利 (the right not to associate)」，學說上亦有從「傳統強迫言論」之觀點討論「強迫結社」之可非難性，但因本文主要是討論源自於廣義言論自由之不表意自由，故「結社權 (right to associate/right of association)」所生之「不結社權利」即不在本文討論範圍。關於「強迫結社」案件包括：*Abood v. Detroit Bd. of Ed.*, 431 U.S. 209 (1977); *Keller v. State Bar of California*, 496 U.S. 1 (1990); *Board of Regents of the University of Wisconsin System v. Southworth*, 529 U.S. 217 (2000); *Knox v. Service Employees Intern. Union, Local*, 567 U.S. 298 (2012); *Harris v. Quinn*, 573 U.S. 616 (2014); *Janus v. AFSCME*, 138 S. Ct. 2448 (2018). 學說上就強迫結社之討論，See Seana V. Shiffrin, *What is Really Wrong with Compelled Association?*, 99 NW. U. L. REV. 839, 840-841, 851-864 (2005)（主張社團為形成及發展思想與想法之特殊場域，社團並因此與言論自由價值產生緊密連結，故強迫結社被非難係因為影響團體成員之內在思考過程，而非團體訊息之散布有無被混淆）；Abner S. Greene, *Not in My Name Claims of Constitutional Right*, 98 B.U. L. REV. 1475, 1486, 1494 (2018)（以新提出之傳統強迫言論基礎，一體解釋強迫贊助、強迫結社之正當性）。



圖 11：強迫言論之類型
(圖片來源：筆者自製)

4.1 傳統強迫言論類型

所謂傳統強迫言論類型，係指國家強迫人民傳達、認同、宣揚國家之特定信念或意識形態；或強迫人民揭露內心信念，以處罰與國家所指定特定信念不同之信念、剝奪權利、給予不利益對待，或使人民囿於外在壓力而從眾，其目的均係強迫私人傳達「政府指定之特定訊息或觀點」。此可分為「強迫對國家認同」、「強迫傳達、散布國家指定之特定訊息或意識形態」及「強迫揭露個人信念」三種類型，前二者屬於「強迫為特定內容表意」之主觀意見表達強迫，強迫揭露個人信念則屬於「單純強迫表意」之主觀意見表達強迫（參圖十二）。



圖 12：「傳統強迫言論」類型
(圖片來源：筆者自製)

美國聯邦最高法院在 *Wooley* 案就「傳統強迫言論類型」之內涵有非常清楚的說明，該判決除闡明美國憲法增修條文第 1 條保障之思想自由包括「說的權利」及「拒絕說話的權利」外，並表明：「美國憲法增修條文第 1 條保障個人有與多數人持有不同觀點之權利，以及有拒絕推廣其認為道德上無法接受想法之權利」，彰顯個人針對傳統強迫言論類型所具有「拒絕說話的權利（即不表意自由）」內涵：個人不僅在思想上得與多數人持不同觀點，且得拒絕積極表達、散布與其思想不同之觀點。

有關「強迫對國家認同」案例，包括強迫公立學校學生向國旗敬禮（*Barnette* 案）、強迫公職人員表態宣誓對特定政黨忠誠（*Elrod v. Burns* 案⁴）及強迫組織支持政府反對賣淫及性交易之政策作為補助條件（*Agency for Intern. Development v. Alliance for Open Society Intern., Inc.* 案，簡稱 *AOSI I* 案⁵），⁶雖然 *Elrod* 案與 *AOSI I* 案均未提及強迫言論或不表意自由之文字，惟二案分別以強迫公職人員表態宣誓效忠特定政黨、強迫組織支持政府反對賣淫及性交易政策之信念作為條件，該等條件自屬典型之「傳統強迫言論」案件。至「強迫傳達、散布國家指定之特定訊息或意識形態」，例如強迫自小客車車主在其私人財產向大眾散布州政府之意識形態觀點（*Wooley* 案），「強迫揭露信念」例如強迫人民揭露是否具有共產黨黨員身分（*Barenblatt v. United States* 案⁷、*Konigsberg v. State Bar of Cal.* 案⁸）。

⁴ 427 U.S. 347 (1976).

⁵ 570 U.S. 205 (2013). 本件所涉及者為「美國組織」，美國聯邦最高法院於 2020 年針對在國外營運具有獨立法人格的「外國組織」，則認為渠等並無憲法上權利，不得依美國憲法增修條文第 1 條權利主張不適用系爭政策要求。See *Agency for Intern. Development v. Alliance for Open Society Intern., Inc.*, 140 S. Ct. 2082, at 2089 (2020). 由於二案名稱相同，故本論文所提及之 2013 年案件一般稱為 *AOSI I* 案，2020 年案件則稱為 *AOSI II* 案。

⁶ *Elrod* 案、*AOSI I* 案並均涉及以強迫對政府、國家認同作為條件，是否構成「違憲條件（unconstitutional conditions）」之爭議。所謂「違憲條件」，係指即使政府拒絕授予該利益，政府亦不得以受益者放棄憲法上權利作為條件，此意指政府不得間接從事其所不得直接從事之事務，未採取拒絕賦予利益之更大權力包括對受領人課予條件之較小權力觀點；又違憲條件所生之問題係源自於「政府利益」與「憲法權利」之交換，而分配利益一般係採寬鬆審查，限制憲法權利一般則係採嚴格審查，致生應採取何種審查標準之難題，違憲條件理論則係採取後者之審查標準。See Kathleen M. Sullivan, *Unconstitutional Conditions*, 102 HARV. L. REV. 1413, 1415, 1421-1422 (1989). 國內關於 *AOSI I* 案之介紹與分析，請參劉靜怡，政府補助的限制：言論自由下的違憲條件，台灣法學雜誌，231 期，頁 155-160 (2013)。另 *AOSI I* 案涉及贊助言論，故另有該案未提及的「政府言論（government speech）」爭議。See *The Supreme Court, 2014 Term—Leading Cases*, 129 HARV. L. REV. 181, 224-225 (2015).

⁷ 360 U.S. 109 (1959).

⁸ 366 U.S. 36 (1961).

1959 年 *Barenblatt* 案，眾議院非美國人活動委員會為調查共產主義滲透教育領域，以證人身分傳喚 *Barenblatt*，經 *Barenblatt* 一般性地拒絕，並依美國憲法增修條文第 5 條規定，拒絕回答其是否為共產黨黨員，聯邦檢察官因而對之起訴，哥倫比亞特區聯邦地方法院並以藐視國會罪對 *Barenblatt* 判刑。⁹Harlan 大法官主筆之多數意見認為，美國憲法增修條文第 1 條未賦予證人在任何情形均有拒絕政府調查之權利，而應衡量公益與私益間之衝突，本件衡量所涉及之個人與政府利益後，應以政府利益為優先，故未牴觸美國憲法增修條文第 1 條規定。¹⁰

1961 年 *Konigsberg* 案，通過加州律師考試之 *Konigsberg* 向加州律師審查委員會申請核發律師證書，但拒絕對委員會回答其是否為共產黨黨員，經委員會認定 *Konigsberg* 未就其符合良善道德性格及未倡議暴力顛覆政權資格盡證明責任，拒絕對之核發律師證書，該案經聯邦最高法院以違反美國憲法增修條文第 14 條正當法律程序條款發回審理後，*Konigsberg* 仍拒絕回答任何有關其是否為共產黨黨員之問題，委員會遂再次拒絕對其核發律師證書，加州最高法院亦駁回 *Konigsberg* 逕予准許執行律師業務之請求。¹¹Harlan 大法官主筆之多數意見認為，本件必須對不同利益進行妥適衡量，而法院向來認為共產黨黨員資格與使用該等非法權力所生之危險相關，因而承認調查共產黨黨員資格法律之正當性，針對詢問公職人員是否具有共產黨黨員身份，亦被認為言論與集會不被揭露之利益小於政府查明公職人員適任性之利益，故調查律師是否為共產黨黨員，因律師對於法律之權限甚廣，不僅包含實體法，亦包含程序法，因此政府利益明顯高於本件強迫揭露對結社自由所產生之細微影響，未違憲侵害美國憲法增修條文第 14 條所保障之言論自由及結社自由。¹²

1976 年 *Elrod* 案，新當選警長 (sheriff) 之民主黨黨員 *Elrod*，以 *Burns* 及其他職員非民主黨成員或未支持民主黨，亦未取得民主黨領袖背書，將渠等免職。*Brennan* 大法官主筆之多數意見認為，本件政治任命權 (political patronage) 之實踐

⁹ 360 U.S., at 113-115.

¹⁰ *Id.* at 126, 134.

¹¹ 366 U.S., at 38-39

¹² *Id.* at 49, 51-53.

不僅限制個人信仰自由（*freedom of believe*）及結社自由，且因公職聘任係以支持政黨作為條件，妨礙個人支持不同政治利益，進而妨礙政治程序之自由運作，如政府得因個人受憲法保障之言論自由或結社自由而拒絕給予該個人利益，則個人將因行使上開自由而事實上受到處罰，且被禁止行使上開自由，如此將允許政府以間接方式達成禁止直接限制信仰自由及結社自由之結果，故因政黨不同而以任命權免職（*patronage dismissals*）之行為明顯侵害美國憲法增修條文第 1 條權利，以嚴格審查標準（*exacting scrutiny*）審查，該任命權免職之實踐違反美國憲法增修條文第 1 條、第 14 條，應屬違憲。¹³

2013 年 *AOSII* 案涉及美國國會制定「美國領導對抗愛滋病毒／後天免疫缺乏症候群、肺結核及瘧疾法（*United States Leadership Against HIV/AIDS, Tuberculosis, and Malaria Act of 2003*，下稱領導法）」，撥用數十億美金資助非政府組織對抗在全球散布之愛滋病毒／後天免疫缺乏症候群，且規定補助必須符合兩個條件，與本案相關之政策條件為補助款不得供未採取明確反對賣淫及性交易政策之組織使用。多數意見認為本件所涉政策條件明顯屬於違憲條件，因為本件係強迫補助款受領者採取特定信念作為贊助條件，而要求補助款受領者就公眾關注議題採取政府觀點，本質上即影響受領者在聯邦補助計畫範圍外受憲法保障之行為，且系爭政策條件並非僅係阻止受領者利用私人資金減損聯邦計畫，尚要求受領者對政府消除賣淫之政策承諾予以支持，故系爭政策條件要求受領者宣揚特定信念，已超出聯邦補助計畫範圍，違反美國憲法增修條文第 1 條規定。¹⁴

4.1.1 強迫認同、強迫傳達或散布國家指定之訊息或意識型態

關於「強迫對國家認同」、「強迫傳達、散布國家指定之特定訊息或意識形態」，以人民內心信念與被強迫表達之主觀意見內容是否相同，想像上可區分為「強迫人民表達與個人內心信念相同之意見」、「強迫人民表達與個人內心信念相反之意見」及「強迫內心尚無信念之人民表達特定意見」三類。針對「強迫人民表達與個人內

¹³ 427 U.S., at 350-351, 355-356, 359, 362, 372-373.

¹⁴ 570 U.S., at 208, 217-218, 220-221.

心信念相同之意見」部分，既然強迫表達之意見與個人內心信念完全相同，自未改變人民思想，故似乎無侵害不表意自由之問題。惟 Thomas Emerson 教授認為，「強迫認同信念」固然在個人未持有該信念之情形，對信念自由之侵害更為嚴重，但即使個人與國家持有相同信念，仍有反對強迫認同信念之適用。¹⁵

其原因無非傳統強迫言論之重點在於「國家之強迫言論是否具有正當性」，而非被強迫表意者對於國家強迫言論之主觀感受。*Barnette* 案多數意見即特別強調，其未如 *Gobitis* 案假設國家有強制學生向國旗敬禮之權力，再審查違反者得否以宗教信仰原因豁免，而是先判斷國家得否以公權力強制人民向國旗敬禮，且認為無須考量該強制行為是否出於自願、行為之評價或是否單純無害，亦無庸討論人民持有之特定宗教觀點或所持觀點之真摯性。¹⁶此差異主要在於違憲之一般效力或個案效力，如認為國家根本無強迫認同或強迫散布國家意識形態訊息之權力，則無論由何人提起訴訟質疑國家行為，該國家行為均屬違憲；反之，如肯認國家強迫認同或散布國家意識形態訊息之權力，則須個案判斷起訴主張之被強迫表意者之不表意自由有無受到違憲侵害。

雖然 *Barnette* 案針對強迫對國家認同行為，認為無庸探究被強迫者內心想法，但聯邦最高法院在涉及強迫自小客車駕駛人散布國家意識形態訊息之車牌標語時（*Wooley* 案），則以被強迫表意者（即耶和華見證人之 Maynard 夫婦）角度觀察，強調重點不在於多數人是否贊同該汽車車牌標語，而是個人有持有不同觀點及拒絕推廣該觀點之權利，並判決新罕布夏州政府不得要求 Maynard 夫婦在汽車車牌展示州政府標語，¹⁷似乎認為國家強迫言論僅針對「內心持相反信念者」為違憲，對於「內心持相同信念」或「內心尚無任何信念」者，仍屬合憲。

本文主張「傳統強迫言論」類型之不表意自由理論基礎係「思想自由」，而思

¹⁵ THOMAS I. EMERSON, THE SYSTEM OF FREEDOM OF EXPRESSION 26 (1971). 哈佛大學法學期刊於 2020 年 5 月出刊之「兩種不表意自由模型」評論，亦認為純粹強迫言論不論被強迫言論之表意者是否贊成或反對強迫言論表達之意識形態，均會產生憲法疑慮。Notes, *Two Models of the Right to Not Speak*, 133 HARV. L. REV. 2359, 2373 (2020).

¹⁶ 319 U.S. 624, at 634-636 (1943).

¹⁷ 430 U.S. 705, 715, 717 (1977).

想自由之價值核心為「異見的自由 (freedom to differ)」，¹⁸由於異見自由不僅注重表意者是否持有相反觀點，亦在意表意者形塑、改變個人信念或表達異見之過程，¹⁹故不論人民內心有無「堅定相反信念」或「尚待形成個人信念」，在是否違憲侵害不表意自由之判斷上應無不同，自無以被強迫者內心狀態區分不同強迫言論類型之必要。

至 *Wooley* 案雖然係以 *Maynard* 夫婦在道德上不贊同車牌標語之觀點，判決新罕布夏州不得要求車牌在汽車車牌展示州政府標語，但該案實際上涉及駕駛汽車展示汽車車牌標語，是否屬於一種「言論」之爭議。²⁰Rehnquist 大法官在該案不同意見書即主張州政府未強迫 *Maynard* 夫婦說話或以表意行為表達想法，質疑多數意見未說明該案有涉及任何言論。²¹因此，重點在於強迫展示汽車車牌標語之行為是否為「表意行為」而構成言論，唯有確立強迫行為屬於言論，始有進一步探究是否違憲侵害表意者不表意自由之餘地。*Wooley* 案混淆「國家強迫行為是否屬於表意行為」與「被強迫表意者有無不表意自由」，致容易誤解僅異議者始能主張不表意自由，實有疑問。

4.1.2 強迫揭露信念

「強迫揭露信念」涉及個人內心針對信念之主觀價值判斷，且該信念無法驗證真偽，而國家強迫揭露信念之目的可能是為處罰人民持有特定信念、剝奪權利或給予不利益，故「強迫揭露信念」實際上與「強迫對國家認同」、「強迫傳達、散布國家指定之特定訊息或意識形態」相同，具有強迫人民支持國家信念、意識形態意涵，

¹⁸ *Barnette* 案多數意見認為追求一個自由思想 (free minds) 制度，只要容許偶爾異常行為，即可享有理智個人主義及豐富多元文化，而異見的自由 (freedom to differ) 不限於不重要的事，其本質在於對於既有秩序之核心事項有表示不同的權利 (right to differ)。See 319 U.S., at 641-642.

¹⁹ Thomas Emerson 教授即主張 *Barnette* 案強迫個人公開表達信念，係為灌輸意向一致性，以國家意志取代人民自由表意，建立封閉式社會。EMERSON, *supra* note 15, at 30.

²⁰ Randall Bezanson 教授亦主張 *Wooley* 案之重點在於言語行為之定義，並認為該案中 *Maynard* 夫婦未意圖表達其想法，觀眾亦未聽聞其不欲說的話，即表意者無溝通意圖、觀眾未接收訊息，只有國家所為之訊息，*Maynard* 夫婦只有在傳播訊息、向空氣說話 (speaking into thin air)，並未以美國憲法增修條文第 1 條定義之言論說話。See Randall P. Bezanson, *Speaking through Others' Voices: Authorship, Originality, and Free Speech*, 38 WAKE FOREST L. REV. 983, 1018-1023 (2003).

²¹ 430 U.S., at 720 (Rehnquist, J., dissenting).



²²其不表意自由之理論基礎自然亦係「思想自由」。

美國聯邦最高法院在 *Barenblatt* 案、*Konigsberg* 案，衡量公益與私益衝突後，均認為以政府利益優先，未違反美國憲法增修條文第 1 條規定，惟上開二案之所以未採取思想自由近乎受絕對保障之見解，主要是因為該二案涉及與自由民主國家理念相悖之共產黨，且二案主筆之大法官 Harlan 對於言論自由之限制係採取「個案式利益衡量原則」。²³但之後 1976 年 *Elrod* 案針對新當選之警長可否以公職人員未表態支持警長所屬政黨而予以免職，Brennan 大法官主筆之多數意見則改採「類型化利益衡量原則」²⁴之嚴格審查標準認定違憲，故無法單以審查標準認定強迫揭露個人信念與其他傳統強迫言論類型不同。

4.1.3 以「思想自由說」作為不表意自由之理論基礎

Barnette 案多數意見以「個人自主決定權 (a right of self-determination)」、「思想自由 (freedom of mind)」、「政府係由被統治者同意而成立 (government by consent of the governed)」、「個人智力及精神領域不受任何政府機關控制 (the sphere of intellect and spirit...to reserve from all official control)」為由，否定國家以強制學生向國旗致敬之方式強迫人民認同，²⁵足見該案同時以「自主性」、「思想自由」及「民主」之多元價值作為否定國家強迫認同之基礎。²⁶

相較於多數意見採取多元價值觀點，*Murphy* 大法官在該案協同意見書則提及

²² Haig Bosmajian 教授主張拒絕向政府揭露政治信念與結社之異端，依 *Barnette* 案與 *Wooley* 案見解，僅適用在以「宗教」為由拒絕國家強迫表意之情形。HAIG A. BOSMAJIAN, *THE FREEDOM NOT TO SPEAK* 174-176, 184 (1999). 惟 *Barnette* 案已表示政府官員不得規定何種「『政治、國家主義、宗教或其他事物之意見』為正統，亦不得強迫人民以言詞或行為表達對該等意見之確信」，並非僅限於宗教主張，只是恰好 *Barnette* 案及 *Wooley* 案之當事人均係耶和華見證人。

²³ 關於「個案式利益衡量原則」之詳細說明，請參林子儀，*言論自由導論*，收於：李鴻禧等合著，*臺灣憲法之縱剖橫切*，頁 139 (2002)。

²⁴ 關於「類型化利益衡量原則」之詳細說明，請參林子儀，同前註，頁 141-144。

²⁵ 319 U.S., at 631, 637,

²⁶ Genevieve Lakier 教授則認為 *Barnette* 案係因向國旗宣誓之法律違反「民主」而違憲，非因該法律威脅耶和華見證人學童「自主性」，其並認為此亦可解釋法院何以選擇言論自由而非較狹隘之宗教自由作為違憲宣告之基礎。Genevieve Lakier, *Not Such a Fixed Star After All: West Virginia State Board of Education v. Barnette, and the Changing Meaning of the First Amendment Right Not to Speak*, 13 FIU L. REV. 741, 754 (2019).

受憲法特別保障之「信仰自由 (freedom to believe)」及「基於個人良心而信奉上帝之自由」，且「思想自由 (freedom of thought)」與「宗教自由」均包括「說的權利」與「免於說話的權利 (the right to refrain from speaking at all)」。²⁷由 *Murphy* 大法官論述方式可知，「信仰自由」、「基於個人良心而信奉上帝之自由」為「思想自由」、「宗教自由」之同義詞，故可認 *Murphy* 大法官認為「免於說話的權利」之基礎為「思想自由／信仰自由」。

1976 年 *Elrod* 案多數意見認定新當選之警長因所屬政黨不同而將職員免職之行為，違憲侵害公職人員之「信仰自由 (freedom of believe)」及「結社自由」，雖然該案並未提及不說的自由，惟因所屬政黨不同而予以免職，實際上係以強迫職員表態支持警長所屬政黨作為條件，²⁸事實上係強迫對政黨認同，故可認美國聯邦最高法院多數意見已採納 *Murphy* 大法官前述與思想自由同義之「信仰自由」概念。翌 (1977) 年 *Wooley* 案多數意見就新罕布夏州政府強制汽車車牌應展示特定標語乙事，更直接引用 *Murphy* 大法官 *Barnette* 案協同意見書見解，明確肯認美國憲法增修條文第 1 條之「思想自由」為「免於說話權利」之基礎。

如前所述，「強迫對國家認同」、「強迫傳達、散布國家指定之特定訊息或意識形態」類型之重點為「國家強迫言論」本身之合憲性，該等類型既禁止國家灌輸特定訊息或意識形態，並以自己名義表達支持、散布該觀點，其不表意自由之理論基礎自然係「思想自由」。又「強迫揭露信念」寓有強迫人民支持主流信念、意識形態之意涵，故亦以「思想自由」為不表意自由之理論基礎。

4.1.4 義務教育與傳統強迫言論之區辨

國家對人民實施義務教育，是否係強制灌輸思想而構成強迫認同國家信念、強迫傳達或散布國家意識形態訊息，非無疑問。美國聯邦最高法院在 *Barnette* 案特別

²⁷ 319 U.S., at 645 (*Murphy, J., concurring*).

²⁸ 427 U.S., at 355-356, 373. 值得注意者，*Elrod* 案、*AOSII* 案均從積極面向認定侵害公職人員支持不同政黨、信念之「信仰自由 (結社自由)」，以及受領人主張不同信念之「表意自由」，而非從消極面向強調不表意自由。See 427 U.S., at 359; 570 U.S., at 218.

區分「喚起忠誠之合憲緩慢路徑（單純使學生熟悉向國旗敬禮而知悉其意義）」與「強迫宣揚信念之違憲捷徑（強迫對國旗敬禮）」，註腳 11 並提及 1942 年 6 月 21 日發行之紐約時報，於頭版頭條摘錄其所為修習美國歷史課之全國性調查結果：「美國 82% 高等教育未強制大學部修習美國歷史課，18% 大學則規定修習歷史課為畢業條件，調查結果發現許多學生完成大學 4 年課程，並未修習任何美國歷史課程；另 72% 大學入學資格未規定應修習美國歷史課，28% 大學則有此規定。此調查顯示許多學生經歷高中、大學及專業學校或研究所階段，未曾探索美國歷史課程。而甫結束之春季班課程，全部大學部學生少於 10% 修習美國歷史課程，只有 8% 大學新鮮人修習美國歷史課，但有 30% 大學新鮮人修習歐洲或世界歷史課程」，²⁹似乎有意區分義務教育（mandatory education）與大學教育、專業學校或研究所教育，認為高等教育學校可自由選擇是否強制修習美國歷史課程，義務教育則因係長時間緩慢形塑學童思想，故可強制學童修習美國歷史課程。

就此而言，美國聯邦最高法院應係以「任意性與否」、「改變思想時間長短」區分義務教育與傳統強迫言論，並給予不同之憲法評價。義務教育係國家透過長期教育、指導，任意性地使人民逐漸形成自己之思想，屬於「長時間任意緩慢形塑思想」，因此未侵害人民思想自由而屬合憲。反之，傳統強迫言論則係以強制力要求人民非自願性地立即表達對於某種信念之支持，屬於「短時間強迫立即改變思想」，自侵害人民受憲法絕對保障之思想自由而違憲。

學說則普遍以是否採取說服手段區分義務教育與強迫言論，Thomas Emerson 教授強調，信念自由應完全受到免於國家強迫之保障，與政府權力透過教育、宣傳活動或其他說服方法影響人民信念不同，因言論自由制度之本質涉及「說服（persuasion）」（事實上說服亦係言論自由制度設計之目的），政府亦得參與該制度，但注入強迫則會破壞該制度作為自由之制度，此在信念之情形亦係如此。³⁰ Vincent Blasi 教授及 Seana Valentine Shiffrin 教授亦認為，義務教育並非強迫灌輸（compulsory inculcation），義務教育係採取傳達資訊、論點、想法及觀點予學生之

²⁹ 319 U.S., at 631 n. 11.

³⁰ EMERSON, *supra* note 15, at 22.

教育方式，通常要求練習，將兒童視為特殊、獨立想法，要求學生顯示理解特定立場，而非要求贊同特定立場或彰顯自己真摯抱持該立場。³¹



上開觀點無非係以手段強制與否，區分合憲說服的義務教育與違憲的強迫灌輸，且以思想自由作為不表意自由的基礎，決定是否違憲侵害人民的思想。惟說服與強迫有時難以區分，且不僅係義務教育時期有強迫言論之疑義（教師要求學童在課堂回答問題、抽考有標準答案的題目），即使是大學教授授課（教授強制學生撰寫期末報告），亦有涉及強迫言論而侵害不表意自由的問題。Robert Post 教授清楚說明校園內言論與一般言論自由之差異，主張傳統美國憲法增修條文第 1 條原則之目的（即保障自治過程），不適用在大學校園，必須適用完全不同的言論管制架構及保障；大學內言論的目的是教育，校園內的言論受到保障是因為學術自由，而非言論自由，故強迫言論在教室為常見，學生會被要求回答問題及作答，教授在教室的言論，於大學教育任務所概念化的專業能力（professional competence）範圍內，享有學術自由。³²

本文認為，人民受教育之權利可區分為我國憲法第 21 條之「受國民教育之權利」及我國憲法第 22 條之「受國民教育以外教育之權利」。³³針對「受國民教育之權利」部分，因憲法第 158 條明定「教育文化，應發展國民之民族精神、自治精神、國民道德、健全體格、科學及生活智能」，故義務教育不可避免涉及一個人自幼思想之養成與形塑，但仍應與強迫言論嚴格區分，僅能以說服、訓練獨立思考之方式教授義務教育，不得對接受義務教育之學童強制灌輸特定思想或意識形態，否則即係強迫對國家認同或強迫傳達、散布國家意識形態訊息，而屬違憲之強迫言論。至

³¹ Vincent Blasi & Seana V. Shiffirin, *The Story of West Virginia State Board of Education v. Barnette: The Pledge of Allegiance and the Freedom of Thought*, in CONSTITUTIONAL LAW STORIES 441 (Michael C. Dorf ed. 2nd ed. 2009). Seana Shiffirin 教授在 2005 年文章中更明確說明合法義務教育係向學生展現供渠等評估、審議與評價之資訊、理想、視野、論證與主張，清楚區分提議者觀點（國家）與預期觀眾（學生）觀點，強迫言論則未肯認觀眾之特殊性；另義務教育係在說服，且較關注學生之信念，教師採取詢問學生問題及質疑之說服教學法，係在積極培育學生評價與審議之能力，幫助學生獲得真正自己的結論，此互動顯示對學生判斷與態度之尊重，反之，強迫言論對此則漠不關心。Seana V. Shiffirin, *What is Really Wrong with Compelled Association?*, 99 NW. U. L. REV. 839, 883-884 (2005).

³² Robert C. Post, *The Classic First Amendment Tradition under Stress: Freedom of Speech and the University*, in THE FREE SPEECH CENTURY 112-113 (Lee C. Bollinger & Geoffrey R. Stone eds., 2019).

³³ 參釋字第 626 號解釋理由書第 4 段。

「受國民教育以外之權利」部分，則與我國憲法第 11 條保障講學自由³⁴所衍生之「學術自由」相關，包括不受國家權力干涉之研究自由、教學自由及學習自由，其中教學自由包含大學課程之自主，應受憲法學術自由制度性保障。³⁵是以，大學教師對學生授課的內容，如係本於學術自由下的教學自由而為，且學生得依其學習自由選擇科系與課程，縱使大學教師教學內容涉及特定思想或意識形態，亦與強迫認同或強迫傳達、散布特定意識形態訊息之強迫言論無涉。

4.1.5 嚴格審查標準與絕對保障間游移

關於「強迫對國家認同」、「強迫傳達、散布國家指定之特定訊息或意識形態」類型之審查標準，美國聯邦最高法院最初在 *Barnette* 案採取個人智力及精神領域受憲法絕對保障，原則上禁止國家以任何理由強迫人民表達國家信念之見解，³⁶之後 *Elrod* 案則採取要求最重要政府目的、最小侵害手段之嚴格審查標準 (exacting scrutiny)，*Wooley* 案多數意見雖未明確說明採取何種審查標準，惟從該案判決所使用之「政府利益是否夠迫切 (compelling)」、「得以較小侵害方式達成 (more narrowly achieved)」、「達成目的較不激烈手段 (less drastic means)」文字，³⁷可見該案亦採取嚴格審查標準。

較近 2013 年 *AOSII* 案，則更易採取最初 *Barnette* 案見解，並引用該案之經典

³⁴ 憲法第 11 條：「人民有言論、講學、著作及出版之自由。」

³⁵ 參釋字第 380 號解釋理由書第 1 段、第 2 段：「憲法第 11 條關於講學自由之規定，以保障學術自由為目的，...為保障大學之學術自由，應承認大學自治之制度，對於研究、教學及學習等活動，擔保其不受不當之干涉，使大學享有組織經營之自治權能，個人享有學術自由。...」、「...免於國家權力干預之學術自由，首先表現於研究之自由與教學之自由，其保障範圍並應延伸至其他重要學術活動，舉凡與探討學問，發現真理有關者，諸如研究動機之形成，計畫之提出，研究人員之組成，預算之籌措分配，研究成果之發表，非但應受保障並得分享社會資源之供應。研究以外屬於教學與學習範疇之事項，諸如課程設計、科目訂定、講授內容、學力評定、考試規則、學生選擇科系與課程之自由，以及學生自治等亦在保障之列。...至於大學課程之自主，既與教學、學習自由相關，屬學術之重要事項，自為憲法上學術自由制度性保障之範圍。」

³⁶ Emerson 教授亦認為 *Barnette* 案多數意見未採取明顯而立即危險原則或利益衡量模式，而是給予不受限制的美國憲法增修條文第 1 條保障，禁止在任何情況強迫贊同信念。See EMERSON, *supra* note 15, at 29. Haig Bosmajian 則認為 *Barnette* 案多數意見論述兒童拒絕向國旗致敬未造成任何危險，係採取明顯而立即危險原則 (clear and present danger test)。See BOSMAJIAN, *supra* note 22, at 115-116.

³⁷ 430 U.S., at 716.

名句：「如果吾國憲法群星有任何恆星，那就是無論高階或低階的政府官員均不得規定何種政治、國家主義、宗教或其他事務的意見為正統，亦不得強迫人民以言語贊同該等意見，或強迫人民以行為表達對該等意見之信念」。³⁸雖然不知主筆 *AOSI I* 案之首席大法官 Roberts 是否有意省略 *Barnette* 案緊接在前述文字後之「而目前尚未出現任何容許國家得例外強迫人民之情形」文句，但不論 *AOSI I* 案是否有意省略該文字，依該案所引用之 *Barnette* 案前段文字，似可認美國聯邦最高法院認為國家不論在何種情形，均不得強迫人民表達國家觀點。換言之，屬於個人智力及精神領域之「思想自由」受憲法絕對保障。

又美國聯邦最高法院在 *Wooley* 案雖然採取嚴格審查標準，但該案註腳 15 特別提及印有「信靠上帝 (In God We Trust)」之美國貨幣，與該案州政府強制耶和華見證人之 Maynard 夫婦展示「不自由，毋寧死」之汽車車牌標語不同，貨幣透過傳遞不斷流通，且一般放在皮包或口袋，未向公眾展示；車輛則迅速連結駕駛人，只要駕駛人駕車出門，即須公開向他人宣傳載於汽車車牌之國家標語。³⁹*Wooley* 案以「是否向大眾展示強迫言論內容」、「強迫言論是否連結特定表意人」，區分強迫展示車牌標語及強迫貨幣標語之合憲性，似乎採取美國聯邦最高法院在「強迫使用私人論壇」所適用之「訊息歸因 (message attribution) 理論」。先不論強迫展示車牌標語是否為表意行為之爭議，如 *Wooley* 案確係強迫散布國家意識形態訊息，且係侵害思想自由，即應受憲法絕對保障，此與著重被強迫表意者以自己財產容忍國家以外第三人言論之「強迫使用私人論壇」截然不同，自無庸探究言論是否向大眾展示、是否連結駕駛人。至強迫貨幣標語是否亦係強迫散布國家意識形態訊息，則須探究該貨幣標語是否屬於一種言論，如屬言論，始應探討國家有無強迫散布該意識形態訊息，⁴⁰*Wooley* 案將重點誤植於以個人財產為基礎之「訊息歸因理論」，顯然混淆不同強迫言論類型應適用之判斷標準。

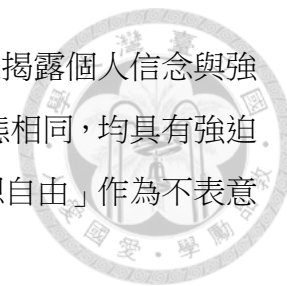
至「強迫揭露信念」部分，*Barenblatt* 案、*Konigsberg* 案採取個案式利益衡量

³⁸ 570 U.S., at 220-221.

³⁹ 430 U.S., 717 n.15.

⁴⁰ Steven Shiffrin 教授則認為，「信靠上帝」之貨幣標語違反言論自由、政教分離原則條款 (Establishment Clause) 而違憲。See Steven H. Shiffrin, *What Is Wrong with Compelled Speech*, 29 J.L. & POL. 499, 514 (2014).

原則，係因涉及共產主義及主筆大法官所採取之價值觀，且強迫揭露個人信念與強迫對國家認同、強迫傳達或散布國家指定之特定訊息或意識形態相同，均具有強迫人民支持國家信念、意識形態之意涵，已如前述，故應以「思想自由」作為不表意自由之理論基礎，而受憲法絕對保障或採取嚴格審查標準。



4.2 強迫言論類型之擴張

4.2.1 強迫使用私人論壇

雖然 1977 年 *Wooley* 案經筆者歸類為「傳統強迫言論」類型案件，但美國聯邦最高法院在該案特別提及：「本件爭議為州政府要求個人在其『私人財產 (private property)』，以特定形式及表意性目的向大眾散布意識形態之訊息是否合憲」、「系爭法律要求被上訴人以其『私人財產 (private property)』作為州政府意識形態訊息的活動式布告欄」等語，⁴¹使 *Wooley* 案之後廣泛被「強迫使用私人論壇」類型案件引用。實則，在 *Wooley* 案作成前，美國聯邦最高法院於 1974 年 *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo* 案⁴²，即針對規範報紙之「回應權 (right of reply)」規定，提出「政府強制使用 (government-enforced access)」、「強迫使用 (compulsory access)」概念。⁴³1986 年 *Pacific Gas & Electric Co. v. Public Utilities Commission of California* 案 (下稱 *PG&E* 案)⁴⁴，就加州公共事業委員會得否以命令強制私法人，在每月帳單信封內夾帶其所反對之言論，亦表明與該案類似之「強迫使用 (compelled access)」，均係「處罰特定觀點之表達」及「強迫表意者改變言論內容」。⁴⁵

1980 年 *PruneYard Shopping Center v. Robins* 案⁴⁶，購物中心所有人亦援引 *Wooley* 案主張「私人財產所有人有不被州政府強迫使用其財產作為他人言論論壇之權利 (a right not to be forced by the State to use his property as a forum for the speech of

⁴¹ 430 U.S., at 713, 715.

⁴² 418 U.S. 241 (1974).

⁴³ *Id.* at 254, 257-258.

⁴⁴ 475 U.S. 1 (1986).

⁴⁵ *Id.* at 9.

⁴⁶ 447 U.S. 74 (1980).

others)」。⁴⁷1995年 *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston, Inc.* 案⁴⁸之爭點為麻薩諸塞州得否強制組織遊行之私人，在遊行隊伍中納入持其所不欲傳達訊息之團體，⁴⁹同樣涉及前述強迫表意者改變言論內容之「強迫使用」爭議。上開「強迫使用」類型均係強迫表意者容許「他人」使用表意者論壇，致改變表意者之言論，與傳統強迫言論類型係強迫表意者以「自己」口頭或表意行為表達國家指定之特定言論或意識形態迥異。

雖然美國聯邦最高法院認為 *PruneYard* 案與 *Wooley* 案不同，他人在購物中心所有人財產行使州憲法保障之言論自由及請願權，並未侵害購物中心所有人美國憲法增修條文第 1 條、第 14 條所保障之言論自由，⁵⁰但由之後 1986 年 *PG&E* 案美國聯邦最高法院肯認強迫使用之概念，以及 1995 年 *Hurley* 案認定系爭反歧視法之強制使用規範抵觸美國聯邦憲法增修條文第 1 條保障表意者選擇言論內容之自主，⁵¹可見美國聯邦最高法院針對不表意自由之內涵，已由傳統強迫言論類型所闡明「個人有與多數人持有不同觀點之權利，以及有拒絕推廣其認為道德上無法接受想法之權利」(*Wooley* 案)，進一步擴張至「拒絕以私人論壇作為他人言論論壇，因而改變表意者言論之權利」之「強迫使用」類型。關於強迫使用類型之圖說，請參《圖十三》。

⁴⁷ *Id.* at 85-86.

⁴⁸ 515 U.S. 557 (1995).

⁴⁹ *Id.* at 559.

⁵⁰ 447 U.S., at 76-77, 88.

⁵¹ 515 U.S., at 573.

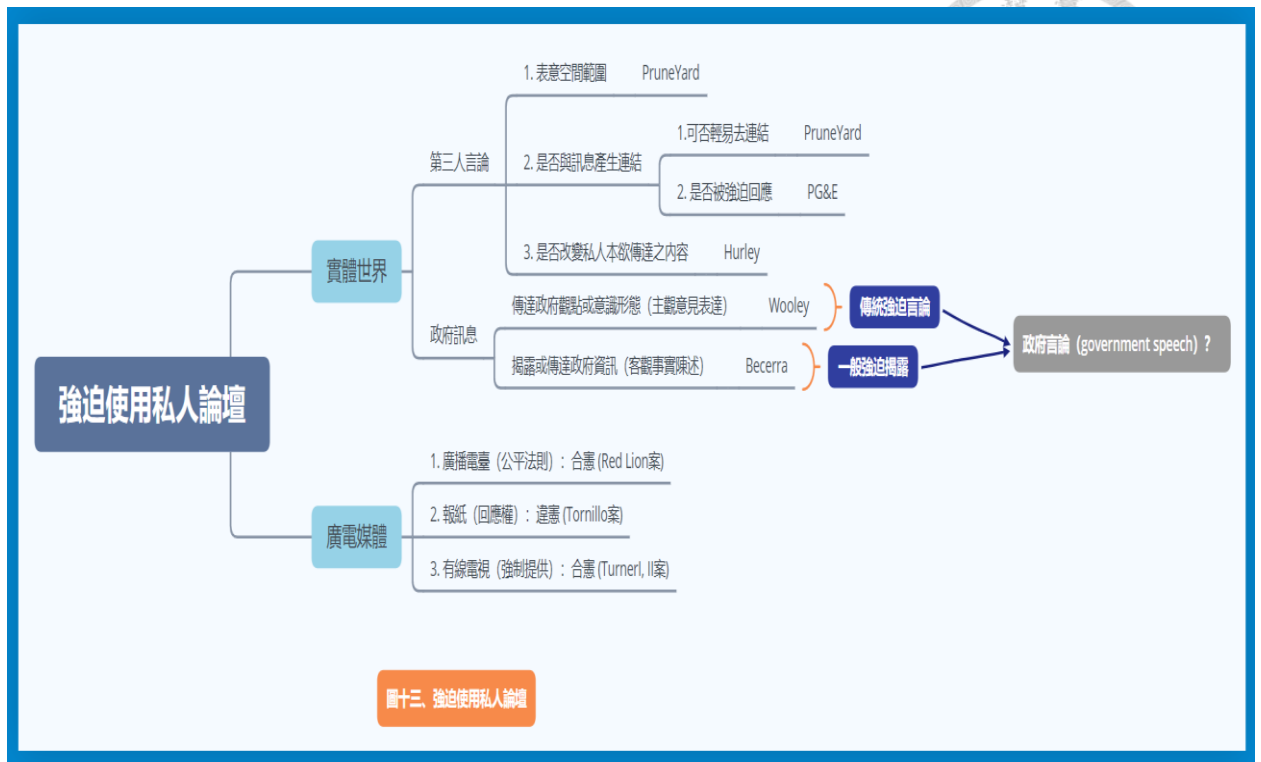


圖 13：「強迫使用私人論壇」類型
 (圖片來源：筆者自製)

4.2.1.1 強迫使用廣電媒體

關於「強迫使用私人論壇」，可分為強迫使用「一般私人財產」及「廣電媒體」，其中強迫使用廣電媒體案例包括 1969 年 *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC* 案⁵²、1974 年 *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo* 案⁵³、1994 年 *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC* 案⁵⁴。

1969 年 *Red Lion* 案涉及強制廣播公司應對受個人攻擊者提供免費回應時間之公平法則 (fairness doctrine) 及聯邦通訊委員會規則，美國聯邦最高法院在該案中以廣播電波頻率之稀少性、政府分配電波頻率之角色，以及無法以該等電波頻率表達觀點者之合法主張，基於言論思想自由市場之言論自由目的，以 7 比 0 票數一

⁵² 395 U.S. 367 (1969).

⁵³ 418 U.S. 241 (1974).

⁵⁴ 512 U.S. 622 (1994).

致決認定上開規定合憲。⁵⁵



1974 年 *Tornillo* 案係有關報紙回應權（right of reply）之規定，該案事實為佛羅里達州眾議院候選人 *Tornillo* 要求先前在報紙刊登社論對其批評之邁阿密先驅報出版公司，依佛羅里達州回應權規定，將其回應原文照登，經該公司拒絕，並主張系爭規定違憲。有異於 *Red Lion* 案，美國聯邦最高法院在該案中的一致決（9 比 0）認定系爭規定違反美國憲法增修條文第 1 條規定，理由為新聞報紙面對附有處罰之政府強制「使用權（right of access）」規定，極有可能採取避免爭議之安全方式，致限制公共辯論之多樣性，並侵犯編輯控制權及判斷權之行使。⁵⁶

1994 年 *Turner* 案針對有線電視之強制提供頻道規定，美國聯邦最高法院多數意見以 5 比 4 票數，認為有線電視未如廣播電視有電波頻率稀少性問題，就相關媒介之接近使用亦較報紙享有較廣泛之控制權，故不適用廣播電視之較寬鬆審查標準、報紙之嚴格審查標準，而應適用對言論產生附帶限制之「非針對內容限制（content-neutral restrictions）」所採取之中度審查標準，並發回下級審調查事實，之後美國聯邦最高法院於 1997 年 *Turner II* 案則肯定該規定之合憲性。⁵⁷

4.2.1.2 強迫使用一般私人論壇

有關強迫使用「一般私人財產（「實體世界」私人場域）」部分之案例，包括 *PruneYard Shopping Center v. Robins* 案、*Pacific Gas & Electric Co. v. Public Utilities Commission of California* 案、*Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston, Inc.* 案及 *Rumsfeld v. FAIR* 案⁵⁸。

1980 年 *PruneYard* 案涉及購物中心所有人拒絕私人在購物中心內散發連署書，經加州最高法院以加州憲法第 1 條第 2 項、第 3 項規定，許可私人在私人購物中心內行使言論自由及請願權，是否抵觸購物中心受美國聯邦憲法增修條文第 1 條、

⁵⁵ 395 U.S., at 375, 400.

⁵⁶ 418 U.S., at 243-245, 257-258.

⁵⁷ 512 U.S., at 655-657, 661-662; *Turner Broadcasting System, Inc. v. F.C.C.*, 520 U.S. 180, 185 (1997).

⁵⁸ 547 U.S. 47 (2006).

第 14 條保障之言論自由。美國聯邦最高法院以 9 比 0 票數，一致決認定私人有在購物中心所有人財產行使州憲法保障之言論自由，未侵害購物中心所有人美國聯邦憲法增修條文第 1 條、第 14 條所保障之言論自由。美國聯邦最高法院並區分本案與 *Wooley* 案、*Barnette* 案，認為購物中心開放大眾自由進出，私人散發連署書不太可能被認為是購物中心所有人觀點，且州政府未規定購物中心及其所有人財產應顯示特定訊息，無支持或反對特定訊息之政府歧視風險，購物中心及其所有人並可輕易與表意者觀點區隔，本件亦未如同 *Tornillo* 案有侵害報紙編輯控制權及判斷權之情形。⁵⁹

1986 年 *PG&E* 案，涉及加州公共事業委員會以命令強制私人所有之大西洋汽油電力公司（*Pacific Gas and Electric Company*，下稱 *PG&E*），在每月帳單信封內夾帶其所反對之公用事業費率標準化團體（下稱 *TURN*）言論，有無侵害 *PG&E* 受美國憲法增修條文第 1 條所保障不協助散布其所反對訊息之權利。美國聯邦最高法院多數意見以 5 比 3 票數，認為類似本件之強迫使用（*compelled access*），係處罰特定觀點之表達及強迫表意者改變言論內容，系爭委員會命令強迫 *PG&E* 在載有 *PG&E* 地址之信封上散布 *TURN* 言論，係強迫 *PG&E* 連結相反觀點，不僅限制與 *TURN* 觀點不同之意見，並造成 *PG&E* 欲選擇沉默時被強迫說話的風險，且該效果並非取決於何人對該額外空間享有所有權，而無論法人或個人，選擇說話的自由（*the choice to speak*）均包含選擇不說什麼的自由（*the choice of what not to say*），最後法院以嚴格審查標準審查，認定委員會命令非達成政府利益之緊密契合（*narrowly tailored*）手段，應屬違憲。⁶⁰

1995 年 *Hurley* 案，涉及南波士頓參戰退伍軍人聯盟協會（下稱退伍軍人協會）拒絕波士頓愛爾蘭美國人同性戀及雙性戀團體（*Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston*，下稱 *GLIB*）申請參與其所舉辦之聖派翠克節及撤離日遊行，經 *GLIB* 以退伍軍人協會違反麻薩諸塞州公共設施法禁止性傾向之歧視對之起訴，本案爭點即為麻薩諸塞州可否強制舉辦遊行的私人將採取其所不欲傳達訊

⁵⁹ 447 U.S., 78, 85-88.

⁶⁰ 475 U.S., at 4, 9, 16, 18-21.

息之團體納入遊行隊伍，美國聯邦最高法院以 9 比 0 作成一致決，認為容許參與遊行團體表達非私人組織者自己所選擇之訊息，牴觸美國憲法增修條文第 1 條規定。⁶¹美國聯邦最高法院指出，所有遊行參與者均會影響私人組織者所傳達之訊息，故州法院適用系爭公共設施法所為之決定，實質上係要求退伍軍人協會改變其遊行之表意性內容，如此任何帶有訊息之私人均有參與遊行組織者言論之權利，則遊行組織者所生之訊息將被該等受法律保障而加入表意性示威遊行者的意見形塑，州政府之權力因而牴觸美國憲法增修條文第 1 條保障表意者有自主選擇其訊息內容之基本原則。又所有言論本質上均涉及選擇說什麼話及不說什麼話，言論自由原則其中一個重要表現形式，即係選擇說話之個人亦得決定「不說什麼話 (what not to say)」，而除了在商業廣告情境 (參 *Zauderer* 案)，國家得要求傳布純粹事實且無爭議之資訊外，其他情形國家均不得強迫表意者認同其所反對之信念 (參 *Barnette* 案)，且此一般原則不僅適用於表達價值、意見或認同，亦適用於事實陳述 (參 *McIntyre* 案、*Riley* 案)，以避免受到誹謗法之處罰。⁶²

2006 年 *FAIR* 案，美國許多法學院因反對政府對於軍隊之同性戀政策，限制軍隊在校園招募人員，經美國國會制定「所羅門增修條文 (Solomon Amendment)」，明定如高等教育機構任一部門拒絕軍方招募人員與其他招募人員平等進入校園，整個高等教育機構將喪失聯邦補助款，由法學院及法學院教授所組成之學術與機構權利論壇協會 (Forum for Academic and Institutional Rights, Inc.，下稱 *FAIR*) 認該規定構成強迫言論，違反美國聯邦憲法增修條文第 1 條，因而提起訴訟。美國聯邦最高法院以 8 比 0 票數，一致決認定法學院仍可對軍方政策表達任何觀點，故系爭規定是規範行為而非言論；至是否構成強迫使用私人論壇，固然強迫言論案件包括限制政府強迫表意者為其他表意者言論提供言論場域 (例如 *Hurley* 案、*PG&E* 案、*Tornillo* 案)，但該等案件違憲是因表意者言論受到強迫提供言論場域之言論影響，本件法學院在舉辦面試及招募接待會時並未說話，提供軍方言論場域自未影響法學院言論，且法學院允許招募者在校園之決定，只是在協助學生獲得工作，本質上不具表意性，故提供軍方招募者言論場域並非強迫言論。⁶³

⁶¹ 515 U.S., at 559-561, 566.

⁶² *Id.* at 572-574.

⁶³ 547 U.S., at 51-52, 60-64, 66. Erwin Chemerinsky 教授則主張 *Wooley* 案、*PG&E* 案、*Hurley* 案未



4.2.1.3 強迫使用私人論壇之不表意自由理論基礎

針對強迫使用廣電媒體，美國聯邦最高法院在 *Red Lion* 案從「言論思想之自由市場理論」觀點，認為強制廣播電臺給予被攻擊者回應時間，使真理越辯越明；*Tornillo* 案雖強調回應權侵害報社編輯控制權及判斷權，但亦指出系爭規定使報社編輯放棄刊登新聞或意見，限制公共辯論之多樣性；*Turner* 案則指出美國憲法增修條文第 1 條核心原則為所有人應自己決定值得表現、思考之思想及信念，故強迫言論與限制言論應採取相同審查標準。由此可見，*Red Lion* 案（廣播電臺）係採取「追求真理說」，*Tornillo* 案（報紙）兼採「表現自我說」及「追求真理說」，*Turner* 案（有線電視）則採取「表現自我說」。

關於強迫使用一般私人財產，*PruneYard* 案以第三人言論是否與購物中心所有人連結，判斷容許第三人在私人購物中心內表達言論是否違憲，可見係以私人購物中心有自主選擇是否與第三人言論連結之「表現自我說」作為理論基礎。⁶⁴另 *PG&E* 案多數意見認為言論自由之目的包括表意者自我表現之利益及大眾獲得資訊之社會利益，且不因表意者為法人而使言論不受保障，強迫 *PG&E* 散布 *TURN* 言論，係限制與 *TURN* 不同觀點之意見，並強迫 *PG&E* 不得選擇保持沉默，⁶⁵可知係兼採「追求真理說」及「表現自我說」。*Hurley* 案認為州政府牴觸言論自由保障表意者有自主選擇說話內容之原則，則係以「表現自我說」作為不表意自由之理論基礎。由此可見，強迫使用私人論壇與傳統強迫言論不同，非以思想自由作為理論基礎，而是以傳統言論自由理論基礎作為預設，自傾向採取限制言論之審查架構，*PG&E* 案、*Turner* 案即採取雙軌理論之審查架構。

表示因為表意者有為其他言論之能力、觀眾有認知該言論為強迫言論之能力而允許政府強迫言論，故批評 *FAIR* 案以此為由允許強迫言論，明顯有誤。Erwin Chemerinsky, *Why the Supreme Court Was Wrong about the Solomon Amendment*, 1 DUKE J. CONST. L. & PUB. POL'Y 259, 268-271 (2006).

⁶⁴ Powell 大法官所提出、White 大法官加入之部分協同、對判決結果協同意見書，則表示個人單純因商業目的邀請大眾至其財產，不能認為放棄 *Wooley* 案「拒絕成為形塑大眾遵從其所反對意識形態觀點工具」之權利，國家強迫財產所有人容許第三人表意之使用權，有時未必較政府自己強迫言論不具侵害性，似乎以「思想自由」作為理論基礎。447 U.S., at 97-98 (Powell, J., joined by White, J., concurring).

⁶⁵ 475 U.S., at 8, 16, 18. Rehnquist 大法官在 *PG&E* 案不同意見書則批評多數意見，主張不表意自由之基礎是表現自我之利益，更上位階是「良心自由 (freedom of conscience)」或「思想自由 (freedom of mind/ freedom of thought)」，非如法人表意自由之基礎是人民自治（健全民主程序說），故否定法人有不表意自由。475 U.S., at 26, 32-33 (Rehnquist, J., dissenting).



4.2.1.4 強迫使用私人論壇之合憲性判斷

美國聯邦最高法院判決在涉及實體世界私人場域之 *PruneYard* 案、*PG&E* 案、*Hurley* 案，主要係採取「訊息歸因 (message attribution) 理論」，判斷第三人言論可否歸因於場域所有人。至決定是否歸因之因素，包含「表意空間範圍⁶⁶、是否為公開出入之場所 (*PruneYard* 案、*Hurley* 案)」及「是否與訊息產生連結」二者，「是否與訊息產生連結」又以「可否輕易去連結 (*PruneYard* 案、*Hurley* 案)」及「是否被強迫回應、有無回應壓力 (*PG&E* 案)」⁶⁷輔助判斷。針對強迫使用廣電媒體，則以稀少性論據 (scarcity rationale)⁶⁸、編輯權之媒體特性，以及對於言論思想自由市場、公共辯論之影響判斷是否合憲，並非一律認為違憲。⁶⁹

又美國聯邦最高法院在 *Wooley* 案一再提及州政府要求個人在其「私人財產 (private property)」向大眾散布州政府之意識形態訊息，顯然認為係強迫 *Maynard* 夫婦⁷⁰使用車牌之私人場域表達他人言論，由該案註腳 15 寓有以「訊息歸因理論」判斷標語是否連結貨幣持有人或車輛所有人，更可見該案係以標語之表達地點 (貨

⁶⁶ 此涉及私有財產公有化程度，可藉助言論自由之「公共論壇理論」界定。林子儀大法官在其書中亦有類似概念，其指出美國聯邦最高法院在某些特殊例外情形否定人民的不表意自由，其中一個例外與公共設施之使用相關，*PruneYard* 案即將私人購物中心視為「公共財產 (public property)」，否定其有拒絕將財產供他人言論論壇使用之言論自由。參林子儀，*The Right to Receive Under the Freedom of Speech*，收於：言論自由與新聞自由，頁 305-306 (2002 年)。

⁶⁷ 惟 Eugene Volokh 教授質疑，*PG&E* 案所提出之「回應壓力」判準，無法與其他案件調和。See Eugene Volokh, *The Law of Compelled Speech*, 97 TEX. L. REV. 355, 385-386, 388 (2018)。

⁶⁸ 學者有批評美國聯邦最高法院所採取之「稀少性論據」，See Lee C. Bollinger Jr., *Freedom of the Press and Public Access: Toward a Theory of Partial Regulation of the Mass Media*, 75 MICH. L. REV. 1, 2-3 (1976); MARTIN H. REDISH, MONEY TALKS: SPEECH, ECONOMIC POWER, AND THE VALUES OF DEMOCRACY 186 (2001)。

⁶⁹ 林子儀大法官指出，美國聯邦最高法院只有在少數案件否定不說的自由，例如 *Red Lion* 案與 *Columbia Broadcasting System v. FCC* 案 (453 U.S. 367, 1981)，均以廣播電視電波頻率正當化政府對於廣播媒體之管制。參林子儀 (註 66)，頁 305-306。另有學者從財產權是否強化言論自由、是否為公有財產，探討強迫使用廣電媒體之合憲性，Norman Dorsen & Joel Gora, *Free Speech, Property, and the Burger Court: Old Values, New Balances*, 1982 SUP. CT. REV. 195, 209-210, 215-217, 219 (1982) (主張 *Tornillo* 案係因財產權而強化新聞報紙之言論自由，*Red Lion* 案雖然認定廣播業者之財產權低於大眾之言論自由，但實際上亦已衡量廣播業者之財產權與大眾對於電波之所有權); Geoffrey R. Stone, *Free Speech in the Twenty-First Century: Ten Lessons from the Twentieth Century*, 36 PEPP. L. REV. 273, 296 (2009) (認為 *Tornillo* 案係規範私人表意者在私人財產之言論，*Red Lion* 案則係規範私人表意者在公有財產之言論，故前者為「針對言論內容之法規範」，後者則係就非公共論壇之公有財產所為之「觀點中立法規範」，因而有不同結果)。

⁷⁰ 雖然 *Wooley* 案中被起訴處罰者均為 *Maynard* 先生，但美國聯邦最高法院在該案亦說明 *Maynard* 太太為家庭車輛之共同所有人，故與其夫同樣可能受到州政府起訴。430 U.S. 705, at 708, 710。

幣、車牌) 為私人財產，將之歸類為「強迫使用私人論壇」類型。惟「傳統強迫言論」類型著重在國家強迫私人表達、散布「政府」指定之觀點或意識形態，不在意表意之空間為何，即使被強迫表意之地點為私人場域，仍屬傳統強迫言論類型，而非強迫使用私人論壇。惟具體情形應依表意內容係強迫私人傳達「政府觀點或意識形態(即主觀意見表達)」，或強迫私人傳達或揭露「政府特定資訊(即客觀事實陳述)」，分別歸屬「傳統強迫言論」類型或「一般強迫揭露」類型；如係政府自己說話，則屬「政府言論」問題，⁷¹無強迫言論法則之適用。

4.2.1.5 強迫使用私人論壇涉及國家行為理論？

美國因憲法文本規定「國會不得...」之文字，因而採取「國家行為理論(state action doctrine)」，認為憲法規定之基本權利係直接針對國家(state actors)而非私人，私人或私法人行為一般不受憲法之限制。⁷²Daniel J. Solove 教授與 Neil M. Richards 教授亦指出，美國聯邦最高法院針對財產法領域較少以美國憲法增修條文第 1 條審查，因法院無法找到任何國家行為存在，故私人財產所有人只要不喜歡表意者在其財產上所傳達之訊息，即可以政府強制力予以排除。⁷³

1980 年 *PruneYard* 案作成前，美國聯邦最高法院就第三人得否在私人財產行使言論自由，向來以財產權之絕對排他效力否定第三人之言論自由。聯邦最高法院最初在 1946 年 *Marsh v. Alabama* 案、1968 年 *Amalgamated Food Employees Union Local 590 v. Logan Valley Plaza, Inc.* 案，認為新聞自由、宗教自由、言論自由經衡量後，應優先於私人財產權(私人所有之小鎮、私人購物中心)而受保護；⁷⁴之後 1972

⁷¹ 關於政府言論之介紹，請參 4.2.2.5。

⁷² GEOFFREY R. STONE ET AL., CONSTITUTIONAL LAW 1529 (8th ed. 2018); ERWIN CHEMERINSKY, CONSTITUTIONAL LAW 532-533 (6th ed. 2020).

⁷³ Daniel J. Solove & Neil M. Richards, *Rethinking Free Speech and Civil Liability*, 109 COLUM. L. REV. 1650, 1663 (2009). 耶魯大學法學院教授 Jed Rubenfeld 則主張除國家行為理論外，美國財產法尚因本身之內在限制(限於出現在所有人財產上或使用所有人財產所為之言論)，以及將財產所有人主張權利視為行使其個人言論自由，因而使私人權力大於言論自由。See Jed Rubenfeld, *The Freedom of Imagination: Copyright's Constitutionality*, 112 Yale L.J. 1, 27-29 (2002).

⁷⁴ *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501, 505-507, 509 (1946) (認為所有權不代表絕對支配，當所有人為自己利益越開放其財產供大眾一般使用，所有人之權利即越受到使用者法律上與憲法上權利之限制); *Amalgamated Food Employees Union Local 590 v. Logan Valley Plaza, Inc.*, 391 U.S. 308, 309, 318, 325 (1968) (將 *Marsh* 案擴張適用在私人購物中心，認為購物中心與 *Marsh* 案商業區【business block】

年 *Lloyd Corp. v. Tanner* 案限縮 *Logan Valley* 案之適用範圍，且闡明財產權不會僅因為公眾一般被邀請以指定目的使用即喪失其私有屬性；⁷⁵1976 年 *Hudgens v. National Labor Relations Board* 案更明確指明 *Lloyd* 案已完全推翻 *Logan Valley* 案見解，強調憲法保障之言論自由只能對抗國家（聯邦或州）侵害，私人間不得主張憲法所保障之基本權利，僅得依法律或普通法主張。⁷⁶嗣因加州憲法明定第三人得在他人財產行使言論自由，*PruneYard* 購物中心無法再以其財產權之絕對排他效力對抗第三人之言論自由，遂在 *PruneYard* 案轉為主張構成強迫言論。由此可見，聯邦最高法院就財產權與言論自由之基本權衝突，改適用「國家行為理論」，因而衍生財產權人對於第三人言論自由之行使主張構成強迫言論。

Cass Sunstein 教授質疑私人間為何不能主張基本權，認為私人行使財產權、契約及侵權行為所依據之政府規範本身，即可能違反美國憲法增修條文第 1 條規定，故對於政府創設財產權之排他使用權，剝奪人民向大眾表達觀點之機會，必須依內容中立分類之標準審查，此時政府必須證明對於言論自由之侵害得以重要政府利益正當化，購物中心使用權即有可能正當化，州立法者與州法院至少應積極創設該權利。⁷⁷依此見解，任何基本權衝突背後均涉及國家法規範，無討論國家行為理論是否適用於私人、國家行為理論例外之必要。

前述 *PruneYard* 案、*PG&E* 案均涉及私人間「財產權、不表意自由」與「言論自由」之基本權衝突，但因加州憲法第 1 條第 2 項、第 3 項及加州公用事業委員會命令已就基本權之衝突為第一次利益衡量，則美國聯邦最高法院僅須審查州憲法及公權力所為之第一次利益衡量是否違憲；縱使州憲法或法令未為衡量，立法者本身之不作為亦有可能違憲。蘇俊雄大法官在我國司法院釋字第 509 號解釋協同

功能相同【functional equivalent】).

⁷⁵ *Lloyd Corp. v. Tanner*, 407 U.S. 551, 563, 566, 568-569 (1972) (認為憲法不會因為私人財產開放大眾使用，即認為私人財產必須犧牲供公共使用，財產權亦不會僅因為公眾一般被邀請以指定目的使用即喪失其私有屬性，實質上已變更 *Marsh* 案見解).

⁷⁶ *Hudgens v. National Labor Relations Board*, 424 U.S. 507, 513, 518 (1976). 上述判決亦係美國討論「國家行為理論(state action doctrine)」之相關判決，學者並提出「公共功能例外(functions exception)」及「牽連例外(entanglement exception)」。*See* CHEMERINSKY, *surpa* note 72, at 536, 538, 553.

⁷⁷ Cass R. Sunstein, *Free Speech Now Symposium: The Bill of Rights*, 59 U. CHI. L. REV. 255, 268 (1992); CASS R. SUNSTEIN, *THE PARTIAL CONSTITUTION* 204-205, 225 (1993).

意見書即明確指出，立法者針對基本權衝突具有價值衡量之「優先權限」，釋憲者之職權在審查現行規範是否對於相衝突之基本權利已為適當衡量，行政或司法機關於個案適用法律時，亦應具體衡量法律所欲保護之法益與相對之基本權限制，追求個案之最適調和。⁷⁸由此可見，重點不在國家行為理論是否適用於私人，而是如何衡量相衝突之基本權，故在強迫使用私人財產類型，仍應回歸個案所涉及之法令或公權力行使，判斷有無違憲侵害私人受憲法保障之不表意自由。

4.2.2 強迫贊助言論：*Abood* 案至 *Johanns* 案

「強迫贊助言論」之概念源自於美國聯邦最高法院 *Abood v. Detroit Bd. of Ed.* 案之「強迫奉獻 (compelled contribution)」，該案涉及工會代理條款 (agency shop clause) 強迫非工會會員繳納費用之合憲性。⁷⁹美國聯邦最高法院於 1977 年 4 月 20 日作成 *Wooley* 案後，於同年 5 月 23 日以一致決 (9 比 0) 作成 *Abood* 案，指明因被強迫繳納費用從事其所不同意之政治活動，亦係侵害憲法權利，因為美國憲法增修條文第 1 條核心是個人有依其意願信仰之自由，且個人信念在自由社會應由個人思想及良心形塑，而非由國家強迫；此原則禁止國家強迫個人確信信奉上帝，或以與政治團體有所連結作為維持公職之條件，故禁止要求私人繳納費用支持其可能反對之意識形態，並以之作為獲得公立學校教師之條件。⁸⁰

之後美國聯邦最高法院就強制「水果生產者」、「香菇生產者」及「牛肉生產者」支付核定費額 (assessments)、代扣會費 (checkoff) 以資助產業廣告 (generic advertising) 之合憲性，分別於 1997 年、2001 年、2005 年作成 *Glickman v. Wileman*

⁷⁸ 參蘇俊雄大法官釋字第 509 號解釋協同意見書。

⁷⁹ 431 U.S. 209 (1977). 美國聯邦最高法院於 2018 年以 *Janus v. AFSCME* 案推翻 *Abood* 案，一般性認定州政府及公部門工會不得再向未同意的員工收取代理費 (agency fee)，否則抵觸美國憲法增修條文第 1 條規定。See 138 S. Ct. 2448, 2486 (2018).

⁸⁰ *Id.* at 234-235. 有趣的是，加拿大最高法院於 1991 年受理類似案件則採取完全不同的見解，*La Forest*、*Sopinka* 及 *Gonthier* 大法官認為強迫支付工會會費得以正當化對上訴人結社自由之限制，法院不應介入區分特定原因是否與集體協商過程相關，另上訴人對於繳納工會費用並未傳達意涵，故亦未侵害其言論自由；*Wilson* 及 *L'Heureux-Dubé* 大法官則認為上訴人的結社自由及言論自由均未受到侵害。See *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, 213-216. 關於該案與 *Abood* 案之異同，See KARLA K. GOWER, LIBERTY AND AUTHORITY IN FREE EXPRESSION LAW: THE UNITED STATES AND CANADA 199-201 (2002).

*Bros. & Elliott, Inc.*案⁸¹、*U.S. v. United Foods, Inc.*案⁸²、*Johanns v. Livestock Marketing Association*案⁸³。雖然上開三案均涉及「強迫支付核定費額、代扣會費資助產業廣告」，惟美國聯邦最高法院在 *Glickman* 案以「經濟管制 (economic regulation)」審查認定合憲，*United Foods* 案以美國憲法增修條文第 1 條審查認為違憲，*Johanns* 案則主要在討論系爭產業廣告是否為不受美國憲法增修條文第 1 條審查之「政府言論 (government speech)」，且因部分事實不明而撤銷發回續行審理。

1997 年美國聯邦最高法院以 5 比 4 票數作成 *Glickman* 案，Stevens 大法官主筆之多數意見表明強迫言論案例法無法適用於系爭法規範，因為以核定費額支付廣告費用，並未要求該案水果生產者從自己口中重複其所反對之訊息（例如 *Barnette* 案）、要求渠等利用自己財產傳遞其所反對之意識形態訊息（例如 *Wooley* 案、*PG&E* 案）、當渠等選擇保持沉默而強迫渠等回應敵意訊息（例如 *Wooley* 案、*PG&E* 案）、要求渠等公開認同他人訊息或與該訊息有所連結（例如 *PruneYard* 案）；又水果生產者未被要求說話，只是被要求資助廣告費用，且產業廣告未傳遞任何水果生產者不贊同之訊息，該廣告亦非由水果生產者所為。⁸⁴另系爭法規範固然強迫財務上資助廣告，*Abood* 案亦闡明美國憲法增修條文第 1 條禁止強迫言論及禁止強迫個人財務上支持他人言論，但 *Abood* 案及之後案件並未肯認較廣泛之不被強迫財務上支持任何從事表意性活動組織之美國憲法增修條文第 1 條權利，僅承認有不被強迫贊助那些表意活動與個人「思想自由 (freedom of belief)」相衝突組織之美國憲法增修條文第 1 條利益。⁸⁵

2001 年美國聯邦最高法院以 6 比 3 票數作成 *United Foods* 案，多數意見由 Kennedy 大法官主筆，明確將 *Abood* 案「對言論之強迫奉獻 (compelled contributions to speech)」衍生適用於一般性的「強迫贊助言論 (compelled subsidies for speech)」，與前述 *Glickman* 案認為一般性的強迫贊助言論非屬強迫言論類型明顯迥異。*United Foods* 案多數意見闡明：「如同美國憲法增修條文第 1 條規定得防止政府禁止言論，

⁸¹ 521 U.S. 457 (1997).

⁸² 533 U.S. 405 (2001).

⁸³ 544 U.S. 550 (2005).

⁸⁴ 521 U.S., at 470-471.

⁸⁵ *Id.* at 471.

該條文亦得防止政府強迫私人表達特定觀點（參 *Wooley* 案、*Barnette* 案），或強迫特定私人支付補助款予渠等反對之言論（compelling...to pay subsidies for speech to which they object）（參 *Abood* 案、*Keller* 案）。又吾人有關對於言論強迫奉獻之判決先例為本件分析提供起點，而言論係基於商業性目的而資助，不會剝奪被上訴人聯合食品公司受美國憲法增修條文第 1 條保障之權利，...本件之所以有美國憲法增修條文第 1 條適用，係因為強制香菇生產者贊助渠等所反對之言論」等語，並以「收取之核定費額是附屬於全面性計畫或是廣告本身」區分本案與 *Glickman* 案，認為 *Glickman* 案強制收取之核定費額是附屬於更全面性之限制行銷自主計畫，與本件廣告本身就是規範之主要對象不同。⁸⁶

2005 年美國聯邦最高法院以 6 比 3 票數作成 *Johanns* 案，由 *Scalia* 大法官主筆的多數意見進一步說明強迫言論案件包括「真正的強迫言論案件（true “compelled-speech” cases）」（即私人被政府強制表達其所反對之訊息）及「強迫贊助言論案件（“compelled-subsidy” cases）」（即私人被政府要求補助其所反對之私人訊息）兩種類型，且美國聯邦最高法院尚未審理政府強迫贊助政府本身之言論（government-compelled subsidy of the government’s own speech）；而美國聯邦最高法院最初在 *Barnette* 案，以美國憲法增修條文第 1 條規定未賦予公權力強迫個人表達其所反對之訊息，宣告完全的強迫言論無效，之後在 *Wooley* 案闡明強制人民使用其私人財產作為國家意識形態訊息之行動布告欄，等同於不被容許之強迫表意，上開強迫言論案件之論證並被使用在個人未被強迫說話，而是被強迫贊助其所反對之私人訊息案件，美國聯邦最高法院並因而判決與本件相似之強迫贊助廣告違憲（*United Foods* 案），惟該案件係假定該廣告為私人言論，而非政府言論。⁸⁷多數意見進一步強調，強迫贊助政府必然完全合憲，此為每位納稅者所必然肯認，且部分政府計畫涉及立場之主張，政府一般而言會以拘束反對方之稅款或其他徵收款項支持有效的計畫及政策，在此廣泛原則範圍內，政府所獲得之款項不可避免地會被使用在言論及其他表意，以主張及辯護政府自己的政策，故一般均假定強迫贊助政府言論本身不會產生美國憲法增修條文第 1 條爭議，最後多數意見以本件尚

⁸⁶ 533 U.S., at 410-412.

⁸⁷ 544 U.S., at 557-558.

乏證據資料認定廣告言論可否與牛肉生產者產生連結，將原判決撤銷發回審理。⁸⁸關於上開強迫贊助言論案件之圖說，請參《圖十四》。

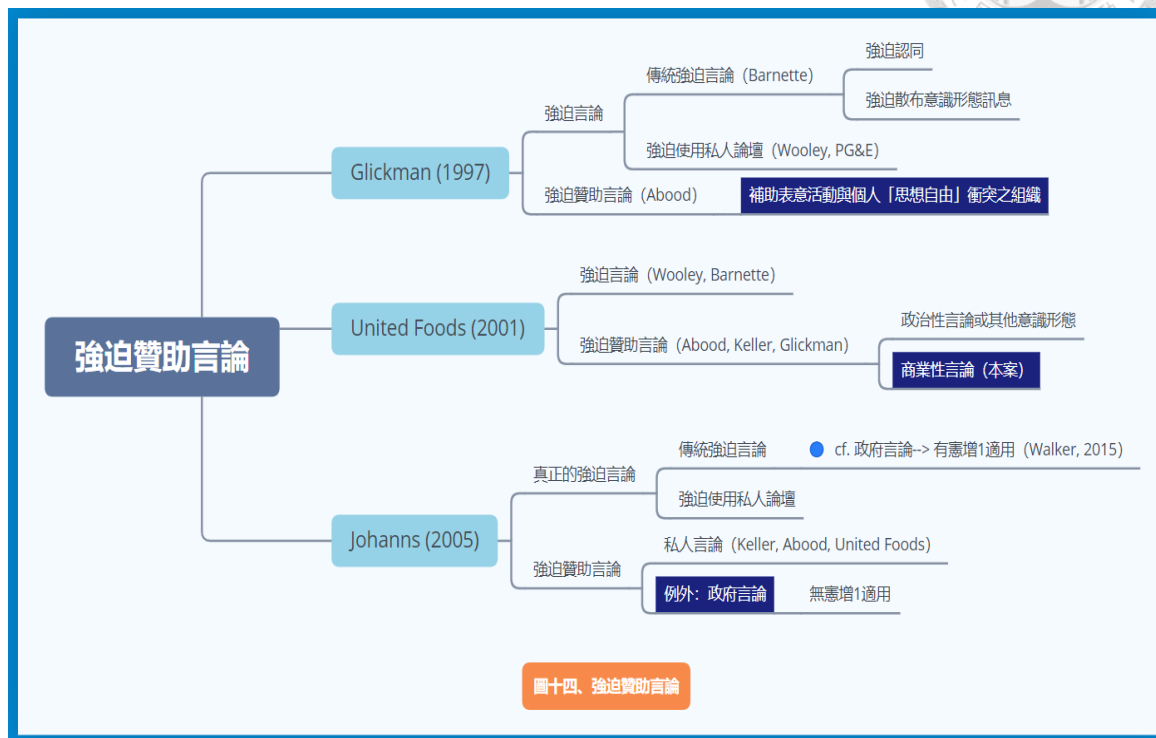


圖 14：「強迫贊助言論」類型
(圖片來源：筆者自製)

4.2.2.1 「贊助」是否為「言論」？

「強迫贊助言論」是否屬於一種「強迫言論」類型，首先必須處理「贊助」是否為「言論」之問題，美國聯邦最高法院在 *Glickman* 案、*United Foods* 案、*Johanns* 案似乎就此避而不談，⁸⁹但個別大法官協同意見書、不同意見書則清楚可見彼此立場歧異。另 *Glickman* 案、*United Foods* 案與 *Johanns* 案判斷是否構成強迫言論之標的亦有所差異，*Glickman* 案及 *United Foods* 案係以「支付核定費額補助產業廣

⁸⁸ *Id.* at 559, 566-567.

⁸⁹ Robert Post 教授即指出，*Glickman* 案多數意見結論有三種可能的正當性基礎：一、系爭立法只是一種經濟管制，未涉及言論自由。二、只要國家強迫非屬意識形態的言論，強制言論即屬合憲。三、政府只要是為達成重要政府目的所必要，即可強迫言論。Post 教授認為上開三種解釋均夾雜在該案多數意見，難以判斷該案究竟採取哪種解釋。Kathleen M. Sullivan & Robert C. Post, *It's What's for Lunch: Nectarines, Mushrooms, and Beef—The First Amendment and Compelled Commercial Speech*, 41 LOY. L. A. L. REV. 359, 370-371 (2007).

告」作為審查對象，*Johanns* 案則係審查「系爭產業廣告為何人言論」，審查標的明顯不同。



針對「支付核定費額資助產業廣告」部分，大法官間對於是否為言論容有不同見解。Thomas 大法官在 *Glickman* 案不同意見、*United Foods* 案協同意見書、*Johanns* 案協同意見書一再強調「強迫以金錢資助他人廣告屬於言論」，與限制言論同樣衍生美國憲法增修條文第 1 條爭議；⁹⁰Breyer 大法官在 *United Foods* 案不同意見書則主張「系爭規範性計畫並未強迫言論，而是強迫支付金錢」。⁹¹又構成「強迫言論」之前提為強迫之內容為「言論或表意行為」，故此處爭點即為「支付金錢」是否為言論。

Glickman 案及 *United Foods* 案審查「強迫支付核定費額資助產業廣告」之合憲性時，前者以經濟管制審查認定合憲，後者以美國憲法增修條文第 1 條審查標準審查認為違憲，可見 *Glickman* 案根本否定此具有言論性質，⁹²*United Foods* 案則係以此屬於憲法之言論作為基礎。至於 *Johanns* 案則撇開「強迫支付核定費額資助產業廣告」之合憲性爭議，聚焦於「系爭產業廣告為何人言論」，足認該案審查是否構成言論之標的，由「支付金錢」更易為「系爭產業廣告」，而因系爭產業廣告係表彰製作者之思想，且以廣告形式對外傳達，明顯屬於言論，故美國聯邦最高法院繼而探討此屬「何人之言論」，並認定屬於「政府言論」。

4.2.2.2 「強迫贊助言論」是否屬於一種強迫言論類型？

Glickman 案僅承認強迫言論包括「傳統強迫言論」類型及「強迫使用私人論壇」類型，未肯認其他類型之強迫言論，惟 *Abood* 案已肯認「禁止強迫個人財務上

⁹⁰ *Glickman v. Wileman Bros. & Elliott, Inc.*, 521 U.S. 457, at 505 (Thomas, J., joined by Scalia to Part II, J., dissenting); *U.S. v. United Foods, Inc.*, 533 U.S. 405, at 418-419 (Thomas, J., concurring); *Johanna v. Livestock Marketing Ass'n*, 544 U.S. 550, at 567 (Thomas, J., concurring).

⁹¹ *U.S. v. United Foods, Inc.*, 533 U.S. 405, at 425 (Breyer, J., dissenting).

⁹² 有批評 *Glickman* 案將強迫商業言論法規範視為單純經濟管制，形同質疑商業言論應受言論自由保障，主張仍應以言論自由審查，並採取中度審查標準，只有在防止消費者被欺騙及市場詐欺時，始得強迫或限制商業言論，至於因其他目的所為之強迫商業言論(例如 *Glickman* 案強制廣告計畫)，則採嚴格審查標準。Nicole B. Casarez, *Don't Tell Me What to Say: Compelled Commercial Speech and the First Amendment*, 63 MO. L. REV. 929, 931-932, 960-962, 964, 966, 969-970, 976 (1998).

支持他人言論」，故將之限縮在「禁止強迫資助表意活動與個人『思想自由(freedom of belief)』相衝突之組織」。United Foods 案多數意見認為「限制言論」等於「強迫言論」、「強迫贊助言論」，而因商業言論受到限制言論保障，則強迫商業言論、強迫贊助商業言論自然均受到保障，故強迫商業言論、政治性言論或其他意識形態訊息，均屬強迫言論、強迫贊助言論之保障範圍，與 Glickman 案將強迫資助「未涉思想自由之非意識形態言論」排除於強迫贊助言論範圍不同。之後 Johans 案指明強迫言論案件包括「真正的強迫言論案件」及「強迫贊助言論案件」，且真正的強迫言論案件包括「傳統強迫言論(Barnette 案)」及「強迫使用私人論壇(Wooley 案)」。

值得注意的是，Johans 案將「強迫贊助言論」區分為「私人言論(private speech)」與「政府言論(government speech)」，並主張強迫贊助「政府言論」未涉及美國憲法增修條文第 1 條爭議，似乎欲以「政府言論」解決 United Foods 案宣告強迫贊助商業言論違憲可能衍生之無窮盡訴訟。然而，將「強迫贊助言論」屬於「強迫言論」或「單純經濟管制」之爭議轉移至是否為「政府言論」，僅係將戰區變為如何界定「政府言論」，能否確實解決問題，不無疑問。⁹³因此，重點仍應回到前述前提問題，即「贊助」究竟是否為一種「言論」或「表意行為」。

4.2.2.3 強迫贊助言論之不表意自由基礎

Glickman 案所肯認之「強迫言論類型（包括傳統強迫言論及強迫使用私人論壇）」與「強迫贊助言論」，均係以「思想自由」作為不表意自由之基本預設。⁹⁴

⁹³ Robert Post 教授亦質疑，因 Johans 案未就政府言論為強迫贊助言論之例外提出任何論證，致法院未能重新思考強迫贊助言論之基本架構。Robert C. Post, *Compelled Subsidization of Speech: Johans v Livestock Marketing Association*, in *THE FIRST AMENDMENT FREEDOM OF SPEECH: ITS CONSTITUTIONAL HISTORY AND THE CONTEMPORARY DEBATE* 234 (Vikram David Amar ed. 2009).

⁹⁴ Souter 大法官在 Glickman 案所提不同意見書則採取「表現自我說」之言論自由價值觀，主張商業言論並未排除不受言論自由保障，故依 Riley 案見解，強迫言論與限制言論同樣可疑，原則上應適用相同審查標準，且於受憲法保障之言論情形，美國憲法增修條文第 1 條保障「言論自由」之詞彙，必然包含「說什麼(what to say)」及「不說什麼(what not to say)」的決定，故反對多數意見僅禁止強迫私人資助涉及政治性或意識形態言論，認為政府亦不得強迫資助包含商業言論在內的非政治性言論。521 U.S., at 478, 480-481, 483, 487 (Souter, J., joined by Chief Justice, Scalia, Thomas, J., dissenting).

United Foods 案認為言論自由包括禁止「限制言論」、「傳統強迫言論」、「強迫贊助言論（包含商業言論）」，顯然認為不表意自由與表意自由並無二致，惟無法確知聯邦最高法院究竟採取何種理論基礎。至 *Johanns* 案雖然區分「真正的強迫言論案件」與「強迫贊助言論案件」，並將後者再分為贊助「私人言論」或「政府言論」，但聯邦最高法院亦未論述不表意自由之理論基礎。⁹⁵Robert Post 教授則主張應以參與公眾辯論之利益（即健全民主程序說），作為強迫贊助言論與政府言論之基礎，自主無法作為言論自由之基礎，因所有限制與強迫某程度均會危及自主，無法判斷何時涉及言論自由。⁹⁶

4.2.2.4 強迫贊助言論之審查標準

「強迫贊助言論」案件之審查標準，與強迫贊助言論是否屬於一種強迫言論類型、其不表意自由之理論基礎密切相關。如強迫贊助言論屬於一種強迫言論類型，自然適用強迫言論法則，但例外在強迫為政府言論時，無言論自由問題（*Johanns* 案）；至於應採取何種審查標準，則以所依據之不表意自由理論基礎而定。如以「思想自由」作為不表意自由之理論基礎，即應受絕對保障或採取嚴格審查標準；如以「表現自我說」作為理論基礎，因個人得自主選擇說話之內容及範圍，不說話亦係一種說話形式（減少說話範圍），則強迫言論係針對言論內容之限制，原則上應採取嚴格審查標準。惟如強迫贊助言論非屬強迫言論類型，即應依一般經濟管制審查，適用較為寬鬆之審查標準。

Glickman 案即認為系爭行銷命令強制資助無涉水果生產者思想之產業廣告，非屬強迫言論類型，僅係一種「經濟管制」，應與國會其他政策決定同受合憲推定。*United Foods* 案則將「強迫贊助商業言論」與「傳統強迫言論」、「限制言論」劃上等號，認為應用「限制言論」之審查架構，惟針對「強迫贊助商業言論」應採取之

⁹⁵ Souter 大法官在 *Johanns* 案不同意見書則採取「表現自我說」之不表意自由價值觀，與其在 *Glickman* 案不同意見書之主張相同。其主張當政府以「一般納稅收入」贊助言論時，個人或團體納稅人無法主張與所支付之款項具有特殊關聯，惟當政府以「特定稅收」贊助言論時，繳納稅款者與表意即具有密切關聯，不同意該表意之納稅義務人就決定說什麼及支付他人說什麼之自主性因而受到嚴重限制。544 U.S., at 575-576 (Souter, J., joined by Stevens and Kennedy, J., dissenting).

⁹⁶ Post, *supra* note 93, at 249.

審查標準，多數意見表明無須討論商業言論是否應較其他言論較不受保障之爭議，即使以商業言論較不受保障之觀點審查，亦無法維持強迫支付核定費額之合憲性；況政府未依 *Central Hudson* 法則質疑上訴法院判決，故無庸依該法則考量政府利益是否具有重要性。⁹⁷惟 Thomas 大法官在該案協同意見書明確主張「強迫贊助言論」應與「強迫言論」、「限制言論」相同，適用最嚴格審查標準（the most stringent First Amendment scrutiny）；⁹⁸Breyer 大法官在該案不同意見書則主張系爭計畫所涉及之補助活動，非屬 *Abod* 案、*Keller* 案所指與個人信仰自由衝突之政治性活動，與 *Barnette* 案或 *Wooley* 案亦不相似；另系爭計畫未強迫言論，而是強迫支付金錢，且係為促進商業言論，故非屬商業言論而係一種經濟管制（species of economic regulation），無須受美國憲法增修條文第 1 條嚴格審查。⁹⁹

4.2.2.5 「政府言論理論（government speech doctrine）」之適用？

Johanns 案所提及之「政府言論」概念，最早源自於美國聯邦最高法院 *Rust v. Sullivan* 案¹⁰⁰，該案涉及國會制定法律規定對家庭計畫服務提供聯邦補助，主管機關以行政命令規定國會贊助對象僅適用於支持預防性之家庭計畫服務，不補助採取墮胎之家庭計畫，是否構成不被容許之觀點歧視而抵觸美國憲法增修條文第 1 條規定。¹⁰¹美國聯邦最高法院指出，本件政府係行使其價值判斷權限，補助懷孕及生產之家庭計畫服務，否定促進或鼓勵墮胎之家庭計畫服務，而政府得選擇性補助計畫，以鼓勵其認為符合公共利益之特定活動、未同時補助其他計畫而未違反憲法，此時政府只是選擇贊助某種活動而排除其他活動，並非基於觀點歧視而拒絕補助；又單純拒絕補助（refusal to fund）活動，不能與對該活動施以「處罰（penalty）」等同視之。¹⁰²Cass Sunstein 教授則質疑法院嚴格區分「政府強迫（government coercion）」與「贊助決定（funding decisions）」，主張法院應全面審查法律之目的及對言論自由之影響，反對政府得僅補助其贊同之言論，認為此違反言論自由之宗旨，

⁹⁷ 533 U.S., at 409-410.

⁹⁸ *Id.* at 419 (Thomas, J., concurring).

⁹⁹ *Id.* at 422-424, 425-428 (Breyer, J., joined by Ginsburg, O'Connor to Parts I and III, J., dissenting).

¹⁰⁰ 500 U.S. 173 (1991).

¹⁰¹ *Id.* at 178-179, 192.

¹⁰² *Id.* at 193.

故原則上不應容許因觀點歧視所為之贊助決定。¹⁰³



然而，美國聯邦最高法院在 2005 年作成 *Johanns* 案後，復分別於 2009 年、2015 年、2017 年作成 *Pleasant Grove City v. Summum* 案¹⁰⁴、*Walker v. Texas Div., Sons of Confederate Veterans, Inc.*案¹⁰⁵、*Matal v. Tam* 案¹⁰⁶，不僅明確採取「政府言論理論」，更詳述「政府言論理論」之基礎及適用範圍。2009 年 *Summum* 案針對在市立公園設置永久性紀念碑，認為不屬於適用公共論壇理論之一種表意形式，而是一種「政府言論」，故不受言論自由條款審查；又言論自由條款係限制政府規範私人言論，並非規範政府言論，政府有權為自己說話，並選擇其想要表達之觀點，但仍應符合政教分離原則，且相關公職人員應受法律、規則或慣行之限制，政府最終並應就其主張對選民及政治程序負責。¹⁰⁷2015 年 *Walker* 案就德州車輛監理站否決某組織提出之特殊車牌設計，亦主張車牌係政府言論而未牴觸憲法言論自由，否定政府為促進特定被容許之目的而選擇贊助某計畫屬違憲觀點歧視，聯邦最高法院並再次強調政府言論係由民主選舉過程審查，但言論自由條款以外其他憲法或法律條文仍得限制政府言論，如政府強迫私人傳達政府言論，言論自由條款本身亦得限制政府言論。¹⁰⁸

2017 年 *Matal v. Tam* 案亦肯認言論自由條款未規範政府言論，不得要求政府言論觀點中立，但法院強調政府言論理論容易遭到誤用，如私人言論得僅因附加政府許可封印即消失為政府言論，政府即可噤聲不受歡迎觀點，故在擴張政府言論之判決先例時必須特別注意，法院進而認為向美國專利及商標局註冊之商標為私人言論，非政府言論。¹⁰⁹由此可見，政府言論與一般言論自由之目的不同，政府本身有其政策目的，無須保持觀點中立，¹¹⁰政府為實行政策所為之政府言論僅能透過民

¹⁰³ Cass R. Sunstein, *Free Speech Now*, in *THE FIRST AMENDMENT, FREEDOM OF SPEECH: ITS CONSTITUTIONAL HISTORY AND THE CONTEMPORARY DEBATE* 112-113 (Vikram David Amar ed. 2009).

¹⁰⁴ 555 U.S. 460 (2009).

¹⁰⁵ 576 U.S. 200 (2015).

¹⁰⁶ 137 S.Ct. 1744 (2017).

¹⁰⁷ 555 U.S., at 464, 467-469.

¹⁰⁸ 576 U.S., at 203-204, 207-208.

¹⁰⁹ 137 S.Ct. 1744, 1757-1758 (2017).

¹¹⁰ 惟如為「私人言論 (private speech)」，則有政府規範不得有利於一方表意者之「觀點歧視 (viewpoint discrimination)」問題。See *Walker v. Texas Div., Sons of Confederate Veterans, Inc.*, 576

主選舉程序解決，無適用審查政府規範限制人民言論之觀點歧視餘地，惟因政府言論形同言論自由條款之禁區，故應審慎決定政府言論之範圍。



關於政府言論之判斷標準，*Johanns* 案以國會及行政部門是否已設定部分要件、政府首長對文字有無最終同意權、政府對訊息之控制程度判斷；¹¹¹*Sumnum* 案則以政府有無長期使用紀念碑與大眾說話、一般人是否將紀念碑理解為係表達財產所有人本人之訊息、就捐贈之紀念碑可否選擇性接受判斷；¹¹²*Walker* 案亦援用 *Sumnum* 案，以車牌歷史有無顯示係長期傳達國家訊息、大眾是否將車牌樣式等同國家、州政府是否仍有直接控制特殊車牌所傳達訊息之權力判斷。¹¹³*Tam* 案則歸納上開三案，主張 *Tam* 案之聯邦註冊商標與上開案件有重大差異。¹¹⁴

又 *Walker* 案認為「傳統強迫言論」仍有言論自由條款之適用，似乎與 *Johanns* 案將強迫贊助言論視為強迫言論，且認為「強迫贊助政府言論」無言論自由條款之適用不同，而因 *Johanns* 案未說明強迫贊助言論之理論基礎及政府言論為何係強迫贊助言論之例外，故無法得知傳統強迫言論為何是例外的例外。Robert Post 教授即

U.S. 200, 221 (2015) (Alito, J., dissenting). See also *Rosenberger v. Rector and Visitors of University of Virginia*, 515 U.S. 819, 828 (1995) (“...In the realm of private speech or expression, government regulation may not favor one speaker over another...Discrimination against speech because of its message is presumed to be unconstitutional.”); *Johanns v. Livestock Marketing Assn.*, 544 U.S. 550, 553 (2005) (“...whether the generic advertising at issue is the Government's own speech and therefore is exempt from First Amendment scrutiny.”); *Pleasant Grove City, Utah v. Sumnum*, 555 U.S. 460, 467 (2009) (“If petitioners were engaging in their own expressive conduct, then the Free Speech Clause has no application. The Free Speech Clause restricts government regulation of private speech; it does not regulate government speech.”).

¹¹¹ 544 U.S., at 561-562.

¹¹² 555 U.S., at 470-471.

¹¹³ 576 U.S., at 209-213. Daniel Hemel 教授及 Lisa Larrimore Ouellette 教授亦肯認以大眾之想法判斷是否為政府言論，渠等並針對 *Sumnum* 案、*Walker* 案、*Tam* 案進行實證研究，結果顯示大眾大多將公園雕像視為政府言論，車牌相較於聯邦註冊商標較可能被視為政府言論，二位教授進而建議以調查結果作為法官適用大眾理解要素之證據，且得以調查結果審查政府言論理論之擴張。Daniel J. Hemel & Lisa Larrimore Ouellette, *Public Perceptions of Government Speech*, 2017 SUP. CT. REV. 33, 39, 66, 72, 84 (2017). 德國聯邦憲法法院於 1997 年作成之「菸品標示義務案裁定」，亦以問卷對消費者調查之結果，認為菸品警語標示非屬於商言論。參李建良，菸品標示「吸菸有害健康」的憲法問題，台灣本土法學雜誌，9 期，頁 3-4 註 13 (2000)；吳信華譯，香菸強制標示案裁定，收於：司法院大法官書記處編，德國聯邦憲法法院裁判選輯（十），頁 222-223 (2002)。

¹¹⁴ 137 S.Ct., at 1759-1760. 科羅拉多州大學法學院教授 Helen Norton 則提出「透明原則 (transparency principle)」，主張只有政府對大眾揭露清楚之訊息來源，始能主張政府言論而不受言論自由審查。HELEN NORTON, *THE GOVERNMENT'S SPEECH AND THE CONSTITUTION* 6, 30 (2019). 另有主張應將政府言論之重點由「何人在說話」轉移至「涉及何種權利」，要求政府正當化徵用不情願之私人表意者之言論，且此得以強迫言論法則之「密切關聯要求 (germaneness requirement)」判斷，以增加政府責任與保障私人權利。Note, *The Curious Relationship Between the Compelled Speech and Government Speech Doctrines*, 117 HARV. L. REV. 2411, 2432 (2004).

批評強迫贊助言論究竟係保障何種美國憲法增修條文第 1 條利益，使該利益對強迫贊助私人言論採取最嚴格審查標準，對強迫贊助政府言論則完全無審查標準之適用，尤其在「真正強迫言論」案件，被強迫表達者即係政府言論，未因政府言論而喪失言論自由利益，此時被強迫所為之言論是私人言論或政府言論並不重要。¹¹⁵

如以「政府言論理論」不受言論自由審查之理由為「責任政治」與「民主」，則理論上「傳統強迫言論」例外無「政府言論理論」適用之理由，應與無法達成責任政治與民主有關，惟「傳統強迫言論」仍有美國憲法增修條文第 1 條適用之理由，難以想像與責任政治、民主有任何關聯，顯見政府言論理論單純係法院為解決 *United Foods* 案廣泛承認「強迫贊助商業言論」類型而恣意創設，本身無任何論證基礎。實則，「強迫贊助言論」有政府言論之適用，「傳統強迫言論」無政府言論之適用，最主要理由為「強迫贊助言論」之表意者為政府，「傳統強迫言論」之表意者則係被強迫表意者。惟「強迫贊助言論」之表意者為何人，並非全無爭議，如從支付核定費額之觀點觀之，並肯認支付核定費額本身即為言論，則表意人為「被強迫支付規費之水果處理商／香菇處理者／牛肉生產商」；反之，從推廣系爭產業廣告之角度觀察，表意人則為「政府」。因此，關於強迫言論之「政府言論」爭議，最終仍係回歸有無「言論」被強迫、強迫言論之歸屬。

4.2.3 一般強迫揭露：*Zauderer* 案至 *Becerra* 案

美國聯邦最高法院一開始在 1985 年 *Zauderer* 案（票數 5 比 3），明確區分強迫揭露「純粹事實且無爭議資訊（purely factual and uncontroversial information）之商業廣告」，以及強迫表達「意見或內心之信念」（例如 *Wooley* 案、*Tornillo* 案、*Barnette* 案），認為二者受憲法保障之程度不同；之後 1988 年 *Riley* 案（票數 7 比 2）則認為在涉及受憲法保障言論之情形，強迫言論與限制言論並無差異，且無論是強迫事實陳述或強迫意見表達，均屬針對言論內容之限制，應採取嚴格審查標準。1995 年 *Hurley* 案更清楚說明 *Zauderer* 案與 *Riley* 案之適用範圍，該案闡明言論自由包含選擇說什麼話及不說什麼話，雖然國家有時在商業廣告得以要求傳布完全

¹¹⁵ Post, *supra* note 93, at 240-241.

事實且無爭議資訊之方式規定何者為正統（參 *Zauderer* 案），但在此範圍之外，國家不得強迫表意者認同其所反對之信念（參 *Barnette* 案），且此不僅適用於表達價值、意見或認同，亦適用於事實陳述（參 *McIntyre v. Ohio Elections Com'n* 案¹¹⁶、*Riley* 案）。易言之，在一般受憲法保障之言論情形，無論是「意見表達」或「事實陳述」，國家原則上均不得強迫人民為之，例外只有在涉及「純粹事實且無爭議資訊之商業言論」，始能強迫人民揭露。

上開將強迫言論區分「商業言論」與「一般受憲法保障言論」之見解，於 2010 年 *Milavetz, Gallop & Milavetz, P.A. v. U.S.* 案¹¹⁷ 仍然予以維持，該案涉及律師事務所及律師主張防止破產濫用與消費者保護法（*Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act*）有關要求債務減免代理人於廣告中為一定之揭露，侵害律師美國憲法增修條文第 1 條之權利。美國聯邦最高法院以 9 比 0 票數作成一致決，認定系爭規定係規範商業言論之揭露義務，應採取 *Zauderer* 案較不嚴格之合理審查標準，審查結果系爭揭露規定適用上合憲。¹¹⁸ Thomas 大法官所提部分協同及對判決結果協同之意見書指出，因該案兩造未要求重新檢視 *Zauderer* 案，故同意依 *Zauderer* 案審查，支持系爭規定未違憲，但其不認同限制無誤導性商業言論之法律應採取較為寬鬆之審查標準，並質疑 *Zauderer* 案所依據「在商業言論情境，強制揭露所涉及之美國憲法增修條文第 1 條利益，實質上較言論真正被限制之情形為弱」之預設，說明美國聯邦最高法院在其他情境已否定強迫受保障言論法規範與限制受保障言論法規範之差異具有任何憲法上重要性（例如 *Riley* 案），自不會僅因法規範涉及商業言論，即使強迫言論與限制言論之差異具有憲法上重要性。¹¹⁹ 由 Thomas 大法官上開意見書，可清楚知悉強迫揭露之主要爭執點在於「強迫商業言論（*compelled commercial speech*）」是否與其他受憲法保障之言論相同，無須區分「意見表達」與「事實陳述」之強迫。

Milavetz 案所突顯之強迫揭露商業言論爭議，在 2018 年 *NIFLA v. Becerra* 案¹²⁰

¹¹⁶ 514 U.S. 334 (1995).

¹¹⁷ 559 U.S. 229 (2010).

¹¹⁸ *Id.* at 232, 235, 248-253.

¹¹⁹ *Id.* at 255-256 (Thomas, J., concurring in part and concurring in the judgment).

¹²⁰ 138 S. Ct. 2361 (2018).

進一步將爭議移至 *Zauderer* 案所闡述商業言論之「純粹事實且無爭議資訊」範圍。該案涉及「加州生育自由、責任、全面性照護與透明法 (California Reproductive Freedom, Accountability, Comprehensive Care, and Transparency Act, 下稱 FACT 法)」為規範支持生命權之危機懷孕中心 (crisis pregnancy centers), 分別規定「有執照婦產科診所」及「無執照婦產科診所」應在診所內為一定之政府公告, 告知婦女政府有提供墮胎服務, 以及無執照診所未經許可提供醫療服務等內容, 反墮胎之國家家庭與生命倡議協會 (National Institute of Family and Life Advocates, 下稱 NIFLA) 與其他有執照、無執照婦產科診所則主張該等公告牴觸渠等美國憲法增修條文第 1 條所保障之言論自由。¹²¹美國聯邦最高法院在 *Becerra* 案以 5 比 4 票, 認定二種強制揭露公告均屬違憲, Thomas 大法官主筆之多數意見認為「有執照診所公告」強迫 NIFLA 等人告知婦女可取得受補助之墮胎服務, 同時 NIFLA 等人則試圖勸阻婦女選擇該選項, 明顯改變 NIFLA 等人言論內容 (參 *Riley* 案、*Turner* 案、*Tornillo* 案), 故屬「針對言論內容之規制 (content-based regulation of speech)」; 又 *Zauderer* 案對於特定情境之強迫揭露採取低度審查, 只限於適用在「商業廣告 (commercial advertising)」及揭露「純粹事實及無爭議資訊」, 因「有執照診所公告」係強制揭露包含墮胎爭議議題在內之國家資助服務, 非僅限於純粹事實且無爭議資訊, 故不適用 *Zauderer* 案較為寬鬆之審查標準, 且暫不論專業言論是否為獨立言論類型, 即使以中度審查標準審查, 有執照診所公告亦屬違憲, 多數意見並強調未質疑向來被容許之健康與安全警語、揭露商品純粹事實上且無爭議訊息之合法性; 至於「無執照診所公告」, 多數意見表示無庸探究有無 *Zauderer* 案適用, 因即使採取該案較為寬鬆之審查標準, 該揭露亦造成過度負擔而違憲。¹²²

Breyer 大法官提出之不同意見書 (Ginsburg 大法官、Sotomayor 大法官、Kagan 大法官加入) 則主張「有執照醫療診所」及「無執照醫療診所」之規定均極有可能合憲, 針對「有執照醫療診所」規定部分, 不同意見書質疑多數人類行為均係透過言論發生, 諸多法律亦係因言論內容而對言論規範, 多數意見之解釋方法將衍生大

¹²¹ *Id.* at 2368-2370.

¹²² *Id.* at 2371-2372, 2375-2378. Lars Noah 教授批評 Thomas 大法官在 *Becerra* 案以墮胎相關爭議使吾人分心, 進而成功導入其不區分核心言論與商業言論之爭議主張。See Lars Noah, *Censorship is so Last Century: Therapeutic Products, Propaganda, and Compelled Speech*, 66 ST. LOUIS U. L.J. ___, 19 (2021) (forthcoming), available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3821210>.

量政府管制合憲性訴訟，且實際上所有揭露法律均係要求個人陳述特定訊息，屬「針對言論內容之規制」，多數意見可能根本改變先前判決先例，使諸多證券交易法或消費者保護法規定面臨違憲風險；又多數意見區分合法與非法揭露未提供任何論證基礎，使法院對一般性社會經濟管制（social and economic regulation）適用不可預見之美國憲法增修條文第 1 條規定，宣告法官不喜歡的揭露法律違憲，喜歡的揭露法律合憲；針對無執照醫療診所部分，不同意見批評多數意見係依據限制言論而非揭露之判決先例採取嚴格審查標準，無法與 *Zauderer* 案相容。¹²³關於美國聯邦最高法院針對強迫揭露之圖說，請參《圖十五》。



圖 15：「一般強迫揭露」類型
（圖片來源：筆者自製）

4.2.3.1 「強迫言論」或「經濟管制」？—商業言論之憲法價值

關於「強迫揭露」規定之主要爭議為：強迫揭露屬於應依美國憲法增修條文第 1 條審查之「強迫言論」，或依一般社會經濟管制審查之「一般社會經濟管制」。就此爭議與 4.2.2 「強迫贊助言論」案例，多數意見與少數意見爭執核定費額補助產業廣告計畫屬於「經濟管制」或「言論自由」問題相似。美國聯邦最高法院直至 2018

¹²³ *Id.* at 2379-2381, 2390 (Breyer, J., joined by Ginsburg, Sotomayor, and Kagan, J., dissenting).

年 *Becerra* 案，就此爭議仍有相當大的分歧，且勢必影響應適用一般社會經濟管制之寬鬆審查或言論自由限制之嚴格審查架構，進而決定規範之合憲性。

實則，此不僅是「強迫揭露」是否屬於一種強迫言論類型、是否屬於言論自由問題之爭議，如仔細觀察「強迫揭露」與「強迫贊助」爭議案件所涉及之言論類型，可發現均涉及「商業言論」。美國聯邦最高法院在 *Glickman* 案、*United Foods* 案、*Johanns* 案件，不僅未對下級法院提供指引，更顯示對於商業言論為何應受憲法保障及應受何等程度保障之內在理論不一致。¹²⁴關於「強迫商業言論」之爭議，雖然論者有從爭議之起源 *Zauderer* 案，討論應適用該案合理審查標準之「商業言論」範圍，¹²⁵亦有主張以「正確事實資訊 (accurate factual information)」取代 *Becerra* 案之「高度爭議議題 (highly controversial subject matter)」判準，決定 *Zauderer* 案之適用範圍，¹²⁶或主張針對 *Becerra* 案所涉及之保障胚胎法律，區分政府係針對整個社會或特定婦女傳達尊重生命觀點，分別適用嚴格或中度審查標準。¹²⁷但問題點不僅係單純 *Zauderer* 案、*Becerra* 案之適用範圍，更涉及該等案件背後之價值觀，即「商業言論是否受憲法言論自由保障」、「商業言論受言論自由保障之基礎」等根本性問題。

雖然 Robert Post 教授主張強迫言論本身並無獨立憲法價值，應著重強迫言論如何與個別社會實踐交錯，以及法院如何認知及類型化該等實踐，以 *Becerra* 案而言，Post 教授認為強制公告之內容與 *Wooley* 案之汽車車牌相同，僅係敘述真實事實，未明顯具有政治性或意識形態，無法認為係危機懷孕中心之強迫言論，故不涉及強迫言論法則問題，Post 教授並指出此涉及應將危機懷孕中心之言論定性為表意者促進公共目的之「公共論述」，或提供者為大眾提供服務之「商業言論」之解

¹²⁴ Sullivan & Post, *supra* note 89, at 370. 印第安那大學與普渡大學印第安納波利斯聯合分校麥肯尼法學院教授 R. George Wright 教授亦質疑法院對於強迫商業言論案件之審查，如同擲銅板般不具有正當性。R. George Wright, *The Compelled Commercial Speech Cases: Why Not Just Flip a Coin?*, 71 MERCER L. REV. 585, 613-614 (2020).

¹²⁵ Jennifer M. Keighley, *Can You Handle the Truth? Compelled Commercial Speech and the First Amendment*, 15 U. PA. J. CONST. L. 539, 605, 616 (2012); Noah, *supra* note 122.

¹²⁶ Lauren Fowler, *The Uncontroversial Controversy in Compelled Commercial Disclosures*, 87 FORDHAM L. REV. 1651, 1689-1692 (2019).

¹²⁷ Laura Portuondo, *Abortion Regulation as Compelled Speech*, 67 UCLA L. REV. 1, 37-39, 41, 45-46 (2020).

釋問題。¹²⁸惟 Post 教授所述「公共論述」與「商業言論」，無非涉及 Post 教授所採「參與式民主」之理論基礎，而參與式民主理論本身即屬一種價值觀（健全民程序說），並非單純法律適用者選擇何種解釋問題。換言之，在 Post 教授理論下，重點為個案所涉及之言論類型，如涉及一般憲法受保障之言論，屬公共論述範圍，如涉及商業言論，即非屬公共論述範圍，Post 教授以法律適用者如何解釋言論之性質，無疑混淆前階段之言論歸屬（是否為政府言論）與後階段之言論自由理論基礎。

至於商業言論受憲法保障之基礎，以及強迫商業言論之正當性，Robert Post 教授從其主張之民主觀點有非常清楚說明。Post 教授認為憲法保障商業言論，是為了確保流通知識給希望參與公共論述者之「資訊功能（informational function）」，此資訊之憲法價值可被描繪為具有「民主能力（democratic competence）」特徵，指涉在公共論述範圍賦予人民認知上之權利，與傳統美國憲法增修條文第 1 條理論是為協助參與者參與公共論述，以確保「民主正當性（democratic legitimation）」迥異。¹²⁹針對強迫揭露資訊部分，Post 教授認為依傳統言論自由理論之目的，限制公開揭露與強迫公開揭露具有憲法上對稱性，但此對稱性不存在於商業言論領域，因為商業言論之憲法價值在於資訊流通，限制商業言論與強迫商業言論憲法上並不對稱，強迫表意者對大眾釋放更多資訊未牴觸商業言論理論之憲法目的，反而是增強該目的；另商業言論之資訊功能僅適用於事實資訊，不適用於思想與意見，故只要以相關事實及資訊使民意更加受到告知，即可達成民主能力，因而必須區分事實與意見。¹³⁰

Post 教授以民主能力說明商業言論之價值，並與其他言論之民主正當性基礎區隔，突顯在強制揭露情境，商業言論本身並非價值，強制揭露商業言論所欲達成之目的才是價值，故限制商業言論與強迫商業言論、強迫商業言論之意見表達與事實陳述自然適用不同審查標準。凱斯西儲大學（Case Western Reserve University）法學院教授 Jonathan H. Adler 則採取完全不同見解，其主張強迫商業言論不應被視

¹²⁸ Robert C. Post, *NIFLA and the Construction of Compelled Speech Doctrine*, 97 IND. L. J. __, 32 n. 114, 32-33 (2021) (forthcoming), available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3798562>.

¹²⁹ Robert C. Post, *Compelled Commercial Speech*, 117 W. VA. L. REV. 867, 873-874 (2015).

¹³⁰ *Id.* at 876-877, 901-902.

為獨立言論類型，而應視為一種商業言論形式，應與商業言論受到相同程度保障，故強迫商業言論應適用與限制商業言論相同之 *Central Hudson* 法則，而非適用 *Zauderer* 案較為寬鬆之審查標準，且消費者知的權利（right to know）不構成正當化強迫商業言論之重要政府利益，僅有限度之政府干預動態市場發現過程，才是達成使消費者獲得更完整商品及服務資訊利益之更有效方式。¹³¹ Martin Redish 教授則主張「強迫商業言論」與「強迫非商業言論」之合憲性，應採取相同判斷標準，強迫言論與限制言論亦應適用相同原則。¹³²

上開爭執無非涉及商業言論是否等同於一般受憲法保障之言論、強迫商業言論是否應等同於限制商業言論，可見強迫商業言論之重點不在於「強迫」，而是「商業言論」。換言之，商業言論究竟是否應受憲法保障？如商業言論受憲法保障，其受憲法保障之言論自由理論基礎為何？唯有肯認商業言論屬於強迫言論的「言論」，始應進一步探究強迫言論之不表意自由理論基礎，以及強迫商業言論是否侵害該不表意自由之基礎、應採取何種審查標準（即 *Zauderer* 案之合理審查標準或 *Central Hudson* 案之中度審查標準）等問題。

4.2.3.2 強迫揭露為「政府言論」？

Robert Post 教授主張在公共論述的「強迫商業言論」類似「政府言論」，均係教育大眾之方法，故政府言論禁止直接干預促進選舉競選之黨派立場，在強迫商業言論之情形亦應予以禁止。¹³³ Seana Valentine Shiffrin 亦比較 *Wallker* 案與 *Becerra* 案，認為汽車車牌與強迫揭露極為類似，且美國聯邦最高法院就政府言論所採取長久用於傳達政府訊息、國家得直接控制訊息內容之要素，對於類如 *Becerra* 案之強迫揭露案件均有適用，故認為可將強迫揭露案件視為政府言論，無須提出爭議性之純粹事實概念。¹³⁴ 加州大學柏克萊分校法學院教授 Catherin L. Fisk 則主張由於法

¹³¹ Jonathan H. Adler, *Compelled Commercial Speech and the Consumer Right to Know*, 58 ARIZ. L. REV. 421, 421, 426, 434-435 (2016); Jonathan H. Adler, *Persistent Threats to Commercial Speech*, 25 J.L. & POL'Y 289, 315 (2016).

¹³² Martin H. Redish, *Compelled Commercial Speech and the First Amendment*. 94 NOTRE DAME L. REV. 1749, 1770-1774 (2019).

¹³³ Post, *supra* note 129, at 917-919.

¹³⁴ Seana V. Shiffrin, *Compelled Speech and the Irrelevance of Controversy*, 47 PEPP. L. REV. 731, 769-

院向來忽視強迫揭露涉及不表意自由與接收訊息權之衝突，且強迫通知實際上為政府言論，故認為強迫揭露未侵害表意者美國憲法增修條文第 1 條權利，¹³⁵似乎主張強迫揭露非屬言論涵蓋範圍，因而無涉言論自由問題。



觀之前述有關強迫贊助言論之討論，美國聯邦最高法院一開始在 *Glickman* 案、*United Foods* 案爭執支付核定費額資助產業廣告，究竟屬於「經濟管制」或「言論自由」爭議，之後 *Johanns* 案則將代扣會費資助產業廣告解釋為政府言論，認為無美國憲法增修條文第 1 條適用，變相解決「經濟管制」或「言論自由」之難題。然而，以政府言論解決是否為言論自由爭議，接踵而來的是「如何區分強迫政府言論與強迫私人言論」、「區分強迫政府言論與強迫私人言論之正當性」、「何以傳統強迫（政府）言論仍有言論自由適用」之更為難解問題。是以，如將強迫揭露視為一種政府言論，固然確實可平息強迫揭露究竟屬於「強迫言論」或「一般經濟管制」之戰火，但如同強迫贊助言論，戰火只是轉移至「強迫揭露政府言論與強迫揭露私人言論之不同」、「強迫揭露政府言論、強迫贊助政府言論與傳統強迫言論之差異」、「政府言論之範圍」¹³⁶等，反而使夾雜強迫言論概念之政府言論更為模糊。因此，與其迂迴以政府言論避開爭議，毋寧應採取直球對決之方式，正面解決「強迫揭露」究竟是否屬於一種「強迫言論」類型。

4.2.4 強迫揭露個人身分

雖然美國聯邦最高法院針對強迫揭露個人身分，僅認為抵觸美國憲法增修條文第 1 條之匿名言論自由、匿名權，未曾表示侵害不表意自由，但美國憲法學者大多將之置於不表意自由類型討論，¹³⁷自有必要探討強迫揭露個人身分是否屬於一

771 (2020).

¹³⁵ Catherine Fisk, *Compelled Disclosure and the Workplace Rights It Enables*, 97 IND. L.J. ___, 14-16 (2021) (forthcoming), available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3798742>.

¹³⁶ 由於政府言論範圍不明確，導致個案認定為「政府言論」或「強迫言論」，而有完全不同之結果，例如 2017 年生效之國際梅根法律（*International Megan's Law*，簡稱 IML），強制性犯罪者必須在護照末頁標示「本護照持有者曾對兒童犯性侵害罪，且為美國聯邦法律所定義之性犯罪者」等文字，即可同時解釋為「政府言論」或「強迫言論」。關於該法律究竟為「政府言論」或「強迫言論」之分析，See Alexandra R. Genord, *International Megan's Law as Compelled Speech*, 118 MICH. L. REV. 1603, 1611-1627 (2020).

¹³⁷ KATHLEEN M. SULLIVAN & NOAH FELDMAN, *FIRST AMENDMENT LAW* 435-436, 440-444 (5th ed. 2013);

種強迫言論類型。此等案例主要包括 *Talley v. California* 案¹³⁸、*McIntyre v. Ohio Elections Com'n* 案¹³⁹、*Buckley v. American Constitutional Law Foundation, Inc.* 案¹⁴⁰、*John Doe No.1 v. Reed* 案¹⁴¹。其中 *Talley* 案係有關一般性散布匿名傳單之案件，其他則涉及與選舉或投票相關之匿名傳單案件，且可區分為一般性選舉(*McIntyre* 案)與公投提案投票 (*Buckley* 案、*John Doe* 案)。

1960 年 *Talley* 案事實為 *Talley* 在洛杉磯散布匿名傳單，被以違反洛杉磯市自治法規禁止散布匿名傳單之規定起訴，經洛杉磯市法院判決有罪，該案爭點為洛杉磯市自治法規是否違反美國憲法增修條文第 14 條保障人民免於州政府侵害之言論自由及新聞自由。美國聯邦最高法院認為匿名小冊子、傳單及書籍在人類發展過程中扮演重要角色，使歷史上被迫害團體及黨派有時能匿名批評壓迫之行為及法律，且從英國歷史可知匿名有時是為了最有建設性之目的，基於身分辨識及對於報復之畏懼，亦可能完全嚇阻對於重要公共事務之和平討論，故系爭法規表面上無效。¹⁴²雖然多數意見並未提及所依據之憲法上權利，然由該案 *Clark* 大法官所提 *Frankfurter* 大法官、*Whittaker* 大法官加入之不同意見書，明確表示渠等支持 *Talley* 之言論自由權利，但不承認其有匿名自由 (*freedom of anonymity*)，因為憲法並未提及任何匿名言論之自由 (*freedom of anonymous speech*)，¹⁴³可知該案多數意見係以「匿名言論之自由」而非積極言論自由認定違憲。

1995 年 *McIntyre* 案事實為 *McIntyre* 女士為表達反對課稅，對參加俄亥俄州 *Blendon* 中學公共聚會討論提議課徵學校稅公投之人士散布匿名傳單，遭俄亥俄州選委會以違反俄亥俄州法律規定處罰。¹⁴⁴首先，美國聯邦最高法院說明匿名作品受憲法保障之理由及基礎：「...儘管辨識藝術作品作者得以滿足讀者之好奇心及公共

CHEMERINSKY, *supra* note 72, at 1289-1293; STEVEN H. SHIFFRIN ET AL., THE FIRST AMENDMENT: CASES, COMMENTS, QUESTIONS 559 (6th ed. 2015).

¹³⁸ 362 U.S. 60 (1960).

¹³⁹ 514 U.S. 334 (1995).

¹⁴⁰ 525 U.S. 182 (1999).

¹⁴¹ 561 U.S. 186 (2010).

¹⁴² 362 U.S., at 60-61, 64-65.

¹⁴³ *Id.* at 70 (Clark, J., dissenting).

¹⁴⁴ 514 U.S., at 337-338.

利益，但作者通常得自由決定是否或不揭露其真實身分。支持匿名，可能是畏懼經濟上、公務上報復、擔憂被社會驅逐或只是基於盡可能保障個人隱私之渴望，但無論匿名之動機為何，至少在文學領域，匿名作品進入思想市場之利益，無疑大於任何要求揭露作者姓名始得進入思想市場之利益，故作者保持匿名之決定，與其他增加或刪減出版品內容之決定相同，均受到美國憲法增修條文第 1 條言論自由保障。」

145

接著，多數意見說明系爭法律僅適用在選舉文件，與 *Talley* 案係禁止所有匿名傳單不同，而因本件涉及政治上爭議觀點，故以嚴格審查標準（*exacting scrutiny*）¹⁴⁶ 審查，認定系爭法律違憲。多數意見並強調，在美國憲法裡，匿名評論時事並非邪惡、詐欺之行為，而是倡議及異議之高尚傳統，匿名係避免多數暴力之防護罩，此即權利清單及美國憲法增修條文第 1 條之背後目的：「保障不受歡迎之個人在無法容忍之社會中被報復及其思想受到壓迫」。而匿名的權利（*the right to remain anonymous*）在匿名人為詐欺行為時，可能遭到濫用，但政治性言論本質上有時就會有令人不快之後果，相較於言論自由濫用所造成之危險，美國社會則對言論自由給予較高之價值。¹⁴⁷

本案 *Thomas* 大法官提出協同意見書，批評多數意見未將匿名連結憲法文義及歷史，並主張從歷史證據即可看出，言論自由或新聞自由之原意本即保障匿名政治傳單。¹⁴⁸ *Scalia* 大法官提出、首席大法官 *Rehnquist* 加入之不同意見書則質疑無證據顯示匿名競選活動為憲法上權利，在憲法文義不清之情形，應以美國人民長久廣泛接受之實踐作為指引，而在美國憲政體制，並未承認一般性之匿名權（*right to anonymity*），多數意見以匿名溝通為美國社會傳統神聖不可侵犯，不僅係曲解過去，

¹⁴⁵ *Id.* at 341-342.

¹⁴⁶ 美國聯邦最高法院所指「*exacting scrutiny*」，有時指中度審查標準，有時指嚴格審查標準，個案判決中所指究竟為何種審查標準，應依法院判決文字脈絡判斷。以本件 *McIntyre* 案而言，美國聯邦最高法院在該案中指明：「當法律限制核心之政治言論時，吾人適用『*exacting scrutiny*』，只有該限制與達成最重要政府利益間具有緊密契合關係，始屬合憲」，從聯邦最高法院使用「緊密契合（*narrowly tailored*）」、「最重要政府利益（*overriding state interest*）」之文字，可知係採取嚴格審查標準。*Id.* at 347.

¹⁴⁷ *Id.* at 344-353, 357.

¹⁴⁸ *Id.* at 359, 370-371 (*Thomas, J., concurring*).

且會導致粗魯之未來。¹⁴⁹由此可見，*McIntyre* 案多數意見認為「匿名權利」受美國憲法增修條文第 1 條保障，Thomas 大法官認為匿名本屬言論自由或新聞自由概念之涵蓋範圍，Scalia 大法官及 Rehnquist 大法官則根本否定匿名權為憲法上之權利。

1999 年 *Buckley* 案及 2010 年 *John Doe* 案均涉及公民投票提案之強制揭露規定，但前者法院認定違憲，後者法院認定合憲。1999 年 *Buckley* 案就創制公投提案之連署，採取 *McIntyre* 案見解，認為散發連署提案（*circulating a petition*）與散發傳單類似，均涉及一對一溝通，但本件對於言論之限制較 *McIntyre* 案嚴重，因提案宣傳較非短暫性相遇，提案宣傳人（*circulator*）必須努力說服選民連署提案，配戴名牌規定強制提案宣傳人在其匿名利益最為重要之特定時間識別其個人姓名，對於提案宣傳人之言論傷害更加嚴重，故姓名名牌之要求不符合 *McIntyre* 案所提及融入較為有限選舉程序之識別要求，應屬違憲。¹⁵⁰惟相較於 *McIntyre* 案提及所涉基本權依據為美國憲法增修條文第 1 條規定，本案多數意見完全未說明涉及之憲法上權利及其依據。

2010 年 *John Doe* 案涉及華盛頓州公共檔案法規定一般性揭露公民投票提案連署人姓名及聯絡資訊，是否抵觸美國憲法增修條文第 1 條規定。美國聯邦最高法院多數意見認為強迫揭露公民投票提案之簽名資訊係要求揭露政治觀點，涉及美國憲法增修條文第 1 條權利，多數意見並容許州政府就選舉制度之執行享有相當程度之彈性，最後採取較嚴格之中度審查標準（*exacting scrutiny*）¹⁵¹，認定系爭法律合憲。¹⁵²與先前 *McIntyre* 案相同，*John Doe* 案僅指出本件強迫揭露公民投票提案之「簽名」涉及美國憲法增修條文第 1 條，但未說明其憲法上基礎。

Sotomayer 大法官提出之協同意見書認為，揭露提案簽名身分絕不會直接侵害

¹⁴⁹ *Id.* at 373, 375, 378-379, 385 (Scalia, J., dissenting).

¹⁵⁰ 525 U.S., at 199-200.

¹⁵¹ 美國聯邦最高法院在本件 *John Doe* 案判決闡明：「『*exacting scrutiny*』標準，係要求強制揭露與充分重要政府利益間具有實質關聯」，依法院所使用「實質關聯（*substantial relation*）」、「充分重要政府利益（*sufficiently important governmental interest*）」文字，可知 *exacting scrutiny* 在本件係指「中度審查標準」。See 561 U.S. 186, at 196.

¹⁵² *Id.* at 191, 194-196, 202.

任何人公開或私下說話、與政治目的連結之權力。¹⁵³換言之，Sotomayer 大法官主張揭露他人身分與言論自由無涉。Scalia 大法官協同意見書則維持其在 *McIntyre* 案不同意見書之見解，表示法院不應重複及擴張 *McIntyre* 案之錯誤，質疑該案法院在沒有任何憲法文義支持或判決先例存在之情形下，將自 19 世紀以來被國家廣泛使用之選舉規範宣告無效，而該案係追求民眾對公投匿名說話之權利，本件則係追求民眾匿名參與公投之權利，但美國長久立法傳統及公開投票均否定美國憲法增修條文第 1 條有賦予人民對具有政府效果行為之匿名權利（a right to anonymity）。

154

美國聯邦最高法院甫於 2021 年 7 月 1 日作成之 *Americans for Prosperity Foundation*（簡稱 *AFPF*）*v. Bonta* 案¹⁵⁵，針對募集捐獻之慈善組織爭執加州強制慈善組織應向加州檢察長辦公室揭露主要捐贈者身分之規定，採取較為嚴格之審查標準（*exacting scrutiny*）¹⁵⁶，判決該強制揭露過度侵害捐贈者受美國憲法增修條文第 1 條保障之結社自由權（*right to free association*）而表面上違憲。¹⁵⁷Sotomayer 大法官所提出、Breyer 大法官與 Kagan 大法官加入之不同意見則批評多數意見未說明強制揭露對於慈善組織結社權造成何種負擔，即認為違反美國憲法增修條文第 1 條，使受規範之實體（*entity*）模糊地以隱私疑慮為由規避義務，忽視幾十年來美國憲法增修條文第 1 條之判決先例認為報告與揭露要求未直接侵害結社權。¹⁵⁸雖然 *AFPF* 案主要係針對結社權部分討論，但從不同意見爭執無任何結社權侵害可知，強制揭露之重點在於是否構成美國憲法增修條文第 1 條之侵害，而因結社權實際上係從言論自由衍生之基本權，故在未涉及結社權之情形，同樣會衍生最前提「是否侵害言論自由」之爭議。

¹⁵³ *Id.* at 214 (Sotomayer, J., joined by Stevens & Ginsburg, J., concurring).

¹⁵⁴ *Id.* at 219-221 (Scalia, J., concurring).

¹⁵⁵ 594 U.S. ___ (2021).

¹⁵⁶ 此處之審查標準近似中度審查，要求重要政府利益與強制揭露間具有實質關聯，且強制揭露與其所促進之利益間具有緊密契合關係（*narrowly tailored*）。*See Id.* at 12.

¹⁵⁷ *Id.* at 1, 12, 16, 18-19.

¹⁵⁸ *Id.* at 2, 8, 24-25 (Sotomayer, J., joined by Breyer and Kagan, J., dissenting).



4.2.4.1 以「表意自由」作為匿名權利之憲法上基礎¹⁵⁹

雖然 *Talley* 案多數意見實質上已肯認匿名言論自由，*McIntyre* 案多數意見更直接表明「匿名的權利 (the right to remain anonymous)」受美國憲法增修條文第 1 條保障，¹⁶⁰但二案不同意見書 (Clark 大法官、Frankfurter 大法官、Whittaker 大法官；Scalia 大法官、Rehnquist 大法官) 仍否定匿名為憲法上的權利，甚至到 2010 年 *John Doe* 案，協同意見書仍隱含揭露他人身分與言論自由無涉 (Sotomayer 大法官) 或堅持匿名權非憲法上權利 (Scalia 大法官)，足見大法官間就「匿名權利」是否為憲法上之權利仍有極大爭執。

至於在肯認匿名為憲法上權利的前提下，其憲法上基礎為何，*McIntyre* 案多數意見明白表示為美國憲法增修條文第 1 條「言論自由」，美國聯邦最高法院在同年作成的 *Hurley* 案，更指明言論自由其中一項重要原則是得選擇說什麼的個人，亦可選擇不說什麼，且此「修改言論權利 (the right to tailor the speech)」之言論自由一般性原則，不僅包含意見表達，亦包含表意者不欲為之的事實陳述，該案並將 *McIntyre* 案視為是修改事實陳述言論權利其中一個案例。¹⁶¹由 *Hurley* 案之論述亦可知法院主要係以「不說的權利」及「編輯裁量 (editorial discretion)」案例形塑此一般性原則，¹⁶²惟之後其他不表意自由案例均未再提及 *McIntyre* 案，亦無其他以言論自由「不說的權利」作為「匿名權利」憲法上基礎之案例。

密蘇里大學法學院院長 Lyrissa Barnett Lidsky 及明尼蘇達大學法學院教授

¹⁵⁹ 此段文字部分內容，是參考本人在林子儀大法官 100 年度第 1 學期「隱私權」課程，未公開對外投稿發表之期末報告內容貳之三部分，並增加及修改部分文字，該報告上傳網路 Ceiba 時間為「2012 年 1 月 24 日」。本人撰寫該文時，國內學界僅廖元豪教授於 2010 年 12 月 18 日在司法院大法官 99 年度學術研討會—解釋憲法與言論自由之保障中所發表之「邊緣異議者的武器—匿名發表演論之言論自由」一文有探討匿名言論之憲法上基礎，除此之外，無任何其他學術論著或學位論文就此議題有所論述，特此敘明。

¹⁶⁰ 其他涉及強制揭露姓名的案件，雖未明確提及匿名的權利或匿名言論自由，但均以美國憲法增修條文第 1 條言論自由審查，隱含匿名權利或匿名言論自由受言論自由保障之旨。See *Meese v. Keene*, 481 U.S. 465, 467, 480-482 (1987); *Watchtower Bible and Tract Society of New York, Inc. v. Village of Stratton*, 536 U.S. 150, 153, 160 (2002).

¹⁶¹ 515 U.S., at 573.

¹⁶² Lee Tien, *Who's Afraid of Anonymous Speech? McIntyre and the Internet*, 75 OR. L. REV. 117, 132-133 (1996).

Thomas F. Cotter 分析 *McIntyre* 案保障匿名言論之理由，認為可分為二大點：一、促使作者提供思想市場有價值的資訊：表意者因畏懼報復、避免社會驅逐、希冀保障個人隱私及避免讀者的偏見而曲解作品意義，故決定以匿名方式表達言論，多數意見並據此認為匿名係為保護免於多數暴力。二、作者自主性：作者決定匿名，係在行使其選擇「言論內容」之自主權，而作者通常有權自由決定是否揭露其真實身分，故選擇省略作者姓名，本質上如同選擇刪除反對意見之編輯決定。¹⁶³正因為 *McIntyre* 案多數意見以前述理由作為保障匿名言論之基礎，故該案認為系爭俄亥俄州法律僅限制政治性言論必須在出版物揭露特定人員之姓名及地址，為「針對言論內容之規制」，而因所涉及者為政治性言論，故應採取嚴格審查標準（*exacting scrutiny*）。¹⁶⁴由此可見，*McIntyre* 案顯然係以「表意自由」而非不表意自由解釋匿名權利，並以傳統言論自由之「表現自我說」作為理論基礎。

本文以為，匿名表意並非完全沒有表意，而是表意後表意者決定不揭露其個人身分，故單純從強制揭露個人身分之觀點來看，並未禁止人民不得發表言論，只是限制人民必須刊登真實姓名，形同對與言論無關之方式加以限制，自侵害匿名表意者憲法第 11 條所保障之「表意自由」，且屬於「非針對言論內容之規制（即內容中立之法規範¹⁶⁵，*content-neutral regulation*）」，應視該方式之限制是否使匿名表意者因而選擇完全噤聲，對其表意機會之影響程度（嚴重、重大或輕微影響），決定採取嚴格、中度或合理審查標準。惟如系爭法規範實際上係針對言論所表達之思想或訊息所造成之傳播影響（*communicative impact*）而為限制，自屬「針對言論內容之規制」，如非低價值言論，原則上該限制違憲。¹⁶⁶

系爭俄亥俄州法律強制散布傳單之 *McIntyre* 女士須揭露其姓名及地址，原則

¹⁶³ Lyrissa Barnett Lidsky & Thomas F. Cotter, *Authorship, Audiences, and Anonymous Speech*, 82 NOTRE DAME L. REV. 1537, 1542-1543 (2007).

¹⁶⁴ 514 U.S., at 345-347.

¹⁶⁵ 依「*content-neutral regulation*」之文義，應係指規範內容為中性，故似乎譯為「內容中性之法規範」較佳，惟因「內容中立（性）之法規範」已成為通用語詞，故本文均以此用語論述。

¹⁶⁶ 關於「針對言論內容規制（*content-based restrictions*）」與「內容中立規制（*content-neutral restrictions*）」之區分、「內容中立法規範」應提高審查標準之考量要素，*See* Geoffrey R. Stone, *Content Regulation and the First Amendment*, 25 WM. & MARY L. REV. 189, 189-190, 197-233 (1983); Geoffrey R. Stone, *Content-Neutral Restrictions*, 54 U. CHI. L. REV. 46, 47-48, 57-80 (1987); Stone, *supra* note 69, at 290-291.

上亦可能僅侵害 McIntyre 女士選擇以假名或匿名方式發表言論之言論自由，故屬「非針對言論內容之規制」。然因系爭規定僅限制「政治性出版物」必須揭露機構董事長、會計、秘書或發行、製造或應負責人之姓名、住址或公司地址，故從此面向來看，系爭規定似乎又係針對 McIntyre 女士所為之政治性言論而為限制，因而屬於「針對言論內容之規制 (content-based regulation)」。¹⁶⁷聯邦最高法院在 *McIntyre* 案即認為，雖然系爭規定對於倡議不同觀點者同有適用，但仍屬針對言論內容之規制，因系爭規定所規範之書寫文件必須包含姓名、住所地、公司址等內容，且受規範之文件係以其內容定義，只有該等包含影響選舉投票人言論之出版品始受規範，故涉及對於政治性言論之限制。¹⁶⁸

4.2.4.2 匿名權利之其他憲法上基礎—不表意自由？¹⁶⁹

雖然 *McIntyre* 案完全未提及不表意自由，但系爭俄亥俄州法律強制不願揭露個人真實姓名之 McIntyre 女士在傳單上揭露其個人身分，無疑係強迫 McIntyre 女士為一定內容之客觀事實陳述，亦可能侵害 McIntyre 女士之「不表意自由」。有趣的是，雖然部分美國憲法學者將匿名言論列在不表意自由，但均未深入探討匿名言論之憲法上基礎。

關於匿名言論或匿名權利之憲法上基礎，Martin H. Redish 教授主張是一種「不表意自由」類型，其認為雖然不表意自由係總體性的保持沈默權利，匿名權則是表意之混合體，只有在個人已經選擇說話時，才會出現沈默的自由，二者具有性質上之差異，理論基礎亦有所不同，但其仍認為「匿名權 (right of anonymity)」屬於不表意自由下之一種類型，因選擇不揭露個人姓名，較之行使選擇完全不說話之較廣泛權利狹隘，代表表意者選擇性地限制其表意內容，惟 Redish 教授亦強調，在某些情形以美國憲法增修條文第 1 條言論自由作為匿名之論據，反而較以不表意自

¹⁶⁷ 論者亦有認為 *McIntyre* 案難以歸類為「針對言論內容之規制」或「內容中立之規制」。See Mark A. Whitt, *McIntyre v. Ohio Elections Comm'n: A Whole New Boutique of Wonderful First Amendment Litigation Opens Its Doors*, 29 AKRON L. REV. 423, 439-440 n.106 (1996).

¹⁶⁸ 514 U.S., at 345-346.

¹⁶⁹ 此段文字內容一部分是參考前述本人 100 年度第 1 學期「隱私權」課程期末報告內容參之一，並增刪部分文字及主張。

由作為基礎堅強。¹⁷⁰



雖然 Redish 教授肯認匿名權為不表意自由之子類型，但其亦指出無限制之匿名權保障，可能否定對接收者具有重大價值之資訊，而有扭曲及損害選民民主決定之風險，引起較單純強迫言論更複雜之政治詐欺（political fraud）風險，故建議應取消對直接投身公共論述之「表意性匿名（expressive anonymity）」之憲法保障，此時政府可提供表意者身分之背景資訊，使接收者得以判斷表意者主張與資訊之說服力；至間接投身公共論述之「結社性匿名（associational anonymity）」則仍受憲法保障，參加政治結社之私人無庸畏懼政府之關注或報復。¹⁷¹阿拉巴馬大學法學院教授 Paul Horwitz 則批評 Redish 教授之見解係將匿名當作一種沉默形式，主張應將匿名視為一種訊號，為作者願意付出多少成本之歸因選擇，並影響作者願意向讀者傳遞之訊號內容，屬於一種言論形式而非沉默，如此即不應因畏懼匿名所帶來之政治詐欺成本而犧牲匿名之利益。¹⁷²

本文認為，匿名係指不揭露個人身分表達言論，如國家強制人民發表言論必須揭露姓名，不得以假名或匿名之方式發表言論，本質上似乎亦屬前述「強迫揭露」類型。如撇開強迫揭露是否屬於一種強迫言論類型之爭議，以目前美國聯邦最高法院在 *Riley* 案表示之見解，以及我國司法院釋字第 577 號、656 號解釋之見解為基礎（憲法第 11 條所保障之言論自由，包括積極表意自由及消極不表意自由，且包含事實陳述及意見表達），*McIntyre* 案散布有關課徵學校稅公投之匿名傳單，涉及憲法所保障之政治性言論，則強制揭露該匿名傳單作者之個人身分，似乎當然侵害人民憲法第 11 條所保障之「不表意自由」，且屬於「針對言論內容規制」下之「客觀事實陳述之強迫」。

然而，如不以上開實務見解作為基礎，根本檢討匿名言論之價值，則可能得出

¹⁷⁰ Martin H. Redish, *Freedom of Expression, Political Fraud, and the Dilemma of Anonymity*, in *SPEECH AND SILENCE IN AMERICAN LAW* 143-144, 149, 153-155, (Austin Sarat ed. 2010).

¹⁷¹ *Id.* at 145, 147-148, 169. See also MARTIN H. REDISH, *THE ADVERSARY FIRST AMENDMENT: FREE EXPRESSION AND THE FOUNDATIONS OF AMERICAN DEMOCRACY* 152-157, 160, 171-175 (2013).

¹⁷² Paul Horwitz, *Comment on Chapter 4: Anonymity, Signaling, and Silence as Speech*, in *SPEECH AND SILENCE IN AMERICAN LAW* 173, 180-184, (Austin Sarat ed. 2010).

完全不同的結果。前述 Redish 教授即係以「聽眾觀點」探究匿名對於接收者之價值，因而否定表意性匿名應受憲法保障，Horwitz 教授則以「表意者觀點」看待匿名之價值，故肯認匿名仍應受憲法保障。因此，匿名是否受不表意自由保障，與其他強迫言論類型相同，仍應先探究不表意自由之理論基礎及價值，始能判斷匿名權利是否在不表意自由之保障範圍，且承前所述，強迫揭露個人身分實際上亦係一種強迫揭露，故與前述一般強迫揭露相同，均涉及是否屬於一種強迫言論類型之爭議。

4.2.4.3 匿名權利之其他憲法上基礎—隱私權？¹⁷³

雖然 *McIntyre* 案看似清楚闡明匿名權利之基礎及保障之理由，特別強調匿名之目的係為避免多數暴力（即避免報復、社會驅逐）及保障個人隱私，但在論及匿名言論之憲法上基礎時，則對於隱私權隻字未提。究竟美國聯邦最高法院認為隱私權在此並非重點，抑或認為隱私權並非憲法上獨立權利，已被言論自由所涵蓋，不得而知。學說上主張以「隱私權」作為匿名權利之憲法上基礎者，最著名者為 Lee Tien 律師。其依 *Hurley* 案論述，認為 *McIntyre* 案保障匿名應解讀為係基於表意者自主原則，暗示更深層理由為保障隱私，重要者為創造表意者與其話語間距離之能力，選擇以表意者或作者身分簽名，使陳述或訊息作為個人界定自己為主體之參考，選擇不表示作者身分，係將個人與個人話語或行為分開，亦屬界定自我權利之一部分；其進而主張，*McIntyre* 案忽視保障匿名之利益係個人選擇向他人揭露身分之隱私利益，此利益主要係以限制個人與他人互動、選擇性揭露自我兩種方式呈現，故認為應將該案解讀為涉及憲法上之「隱私權」。¹⁷⁴

喬治華盛頓大學法學院教授 Daniel J. Solove 亦明確主張揭露個人資訊嚴重限制個人自主及自我發展，保障隱私允許私人表達不受歡迎之想法，無庸擔心社會評價或報復，因而與言論自由同樣得以促進人民自主，另匿名對於言論自由亦具有重要性，可使人們無庸冒名譽受損之風險，樂意表達爭議想法，因而保障人民自由地說的權利；從責任面向觀之，匿名是一種隱私保障，但亦可造成隱私之侵害，匿名

¹⁷³ 此段文字部分係源自於前述本人未發表之期末報告。

¹⁷⁴ Tien, *supra* note 162, at 132-133, 157-159, 173, 175.



允許人們在不被公開揭露身分之情形下自由說話，藉以保障隱私，但同時允許人們更容易侵害他人隱私而減損隱私。¹⁷⁵換言之，Solove 教授認為匿名之基礎包括「隱私權」及「言論自由」。

本文認為，強制揭露個人真實身分，係限制人民自主控制個人資訊散布之權利，而要求人民揭露個人真實資訊，依照傳統學說見解，係限制隱私權所保障之「個人資訊自主控制（control over personal information）」，¹⁷⁶且構成 Daniel Solove 教授所提出「資料處理（information processing）」類型下「識別（identification）」、「資訊散布（information dissemination）」類型下「揭露（disclose）」之隱私權侵害。¹⁷⁷由此可見，強制揭露個人真實身分亦侵害人民憲法所保障之「隱私權」。有疑問者，隱私權究竟係涵蓋在我國憲法第 22 條¹⁷⁸概括條款中而受到保障，抑或得自憲法明文列舉之基本權利衍生？

美國聯邦最高法院在 *Griswold v. Connecticut* 案¹⁷⁹中明白指出，隱私權得自憲法明文列舉之基本權利衍生而受到憲法保障，即各該列舉基本權利之月暈效果（penumbra），此並構成隱私權之保障範圍。¹⁸⁰然而，Goldberg 大法官在該案所提出的協同意見書認為，隱私權應受到美國憲法增修條文第 9 條所保障，¹⁸¹該條文載明：「本憲法列舉各種權利，不得解釋為否認或取消人民所保有之其他權利」，¹⁸²與我國憲法第 22 條相類似，我國大法官向來亦採取類似 Goldberg 大法官的見解，

¹⁷⁵ DANIEL J. SOLOVE, THE FUTURE OF REPUTATION: GOSSIP, RUMOR, AND PRIVACY ON THE INTERNET 130, 139-141 (2007).

¹⁷⁶ Daniel J. Solove, *Conceptualizing Privacy*, 90 CALIF. L. REV. 1087, 1109-1110 (2002); Randall P. Bezanson, *The Right to Privacy Revisited: Privacy, News, and Social Change, 1890-1990*, 80 CALIF. L. REV. 1133, 1135, 1140, 1151 (1992).

¹⁷⁷ Daniel J. Solove, *A Taxonomy of Privacy*, 154 U. PA. L. REV. 477, 511, 515-516, 530-532 (2006).

¹⁷⁸ 憲法第 22 條：「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障。」

¹⁷⁹ 381 U.S. 479 (1965).

¹⁸⁰ *Id.* at 483-84.

¹⁸¹ *Id.* at 486-87, 499 (Goldberg, J., concurring).

¹⁸² U.S. Constitution Amend. IX, “The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.”

認為隱私權受到憲法第 22 條概括條款之保障（參司法院釋字第 585¹⁸³、603¹⁸⁴、689¹⁸⁵、791 號¹⁸⁶解釋），非自其他基本權利衍生隱私權之保障內涵。¹⁸⁷



本文認為，若採取美國聯邦最高法院在 *Griswold* 案多數意見見解，在隱私權與其他基本權利發生重疊、競合時固然較無問題，但在其他基本權利無法涵蓋隱私權之保障範圍時，如仍採取月暈效果理論，恐會產生保障不足之問題。例如美國憲法增修條文第 4 條有明文保障人民免於不合理搜索與扣押之權利¹⁸⁸，但我國憲法則無此規定，若採取月暈效果理論，關於搜索人民房屋之法律規定，似難涵蓋在憲法第 11 條不表意自由、憲法第 12 條秘密通訊自由之保障範圍，因而無法受到憲法保障，足見肯認隱私權受到憲法保障，且為獨立之基本權利具有相當重要性，我國大法官基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，認為隱私權應受憲法第 22 條所保障，誠屬的論。

4.3 強迫言論法則之核心爭議

4.3.1 是否確屬「強迫言論」？

¹⁸³ 釋字第 585 號解釋第 25 段：「...其中隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活私密空間免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第 22 條所保障（本院釋字第 509 號、第 535 號解釋參照）。...」

¹⁸⁴ 釋字第 603 號解釋文第 1 段：「...隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第 22 條所保障（本院釋字第 585 號解釋參照）...」

¹⁸⁵ 釋字第 689 號解釋理由書第 7 段：「...其中生活私密領域不受侵擾之自由及個人資料之自主權，屬憲法所保障之權利，迭經本院解釋在案（本院釋字第 585 號、第 603 號解釋參照）；...」

¹⁸⁶ 釋字第 791 號解釋理由書第 24 段：「...憲法所保障之基本權種類與範圍，亦經本院解釋而持續擴增與深化。經本院釋字第 585 號及第 603 號解釋明確肯認為受憲法第 22 條保障之隱私權，即為適例。...」

¹⁸⁷ 我國司法院大法官雖然在釋字第 631、756 號解釋指出，憲法第 12 條之「秘密通訊自由」是憲法保障隱私權之具體態樣之一，但此僅係說明個別基本權構成隱私權之具體化，不妨礙大法官以憲法第 22 條為據，肯認一般性之隱私權保障基礎。參釋字第 631 號解釋理由書第 2 段、釋字第 756 號解釋理由書第 4 段：「憲法第 12 條規定：『人民有秘密通訊之自由。』旨在確保人民就通訊之有無、對象、時間、方式及內容等事項，有不受國家及他人任意侵擾之權利。此項秘密通訊自由乃憲法保障隱私權之具體態樣之一，為維護人性尊嚴、個人主體性及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於國家、他人侵擾及維護個人資料之自主控制，所不可或缺之基本權利（本院釋字第 603 號解釋參照），...」

¹⁸⁸ U.S. CONST. amend. IV.

Frederick Schauer 教授指出，言論自由在美國如同將釘子打入木板之水管板手，許多人以此有效但不正確的工具完成任務，但如同水管板手，任務完成不佳且過程中工具毀壞，就此言論自由現象，稱之為「美國憲法增修條文第 1 條投機主義 (First Amendment opportunism)」。

如美國憲法增修條文第 1 條有其核心概念，美國憲法增修條文第 1 條投機主義應被理解為是對該概念之曲解；如美國憲法增修條文第 1 條並無核心價值，僅係採取普通法之投機過程發展，則投機主義使吾人理解美國憲法增修條文第 1 條在美國社會所扮演之角色，但如果因此普通法過程創造一個畸形的美國憲法增修條文第 1 條，則理解投機主義如何畸形化該條規定，有助於避免日後更為扭曲。¹⁸⁹

Leslie Kendrick 教授進一步解釋，美國憲法增修條文第 1 條投機主義經法院採納者，稱為「美國憲法增修條文第 1 條擴張 (First Amendment expansionism)」，此歸因於美國憲法增修條文第 1 條理論 (First Amendment theory)，且因「言論本質 (nature of speech)」與「規範本質 (nature of rules)」因素，使美國憲法增修條文第 1 條理論之問題更加無跡可循。「言論本質」指一般所理解真實世界現象之「言論」，與規範性判斷之「言論自由」有所差異；「規範本質」指定義言論自由之規範不明確，但即使言論自由定義明確，美國憲法增修條文第 1 條之範圍亦僅有沒有言論涵蓋或所有言論均涵蓋 (即全部包含取徑，all-inclusive approach) 兩種明確規則，或涉及複雜性之理論，法院及學者傾向採取全部包含取徑，選擇對不包含者而非包含者定義，因此認定許多行為均屬言論範圍。¹⁹⁰

上開美國憲法增修條文第 1 條投機主義與擴張，不僅顯示在表意自由，強迫言論法則更係近年來美國憲法增修條文第 1 條投機主義與擴張之重鎮，甚至有蔓延至反歧視法領域之趨勢。早期第三人在私人財產表達私人所反對之意識形態訊息，係以財產法之絕對支配及大眾一般使用限制理解，之後 *PruneYard* 案購物中心及其所有人援引傳統強迫言論之 *Barnette* 案、*Wooley* 案，主張私人財產所有人有

¹⁸⁹ Frederick Schauer, *First Amendment Opportunism*, in *ETERNALLY VIGILANT: FREE SPEECH IN THE MODERN ERA 175-176, 196-197* (Lee C. Bollinger & Geoffrey R. Stone eds., 2002).

¹⁹⁰ Leslie Kendrick, *First Amendment Expansionism*, 56 *WM. & MARY L. REV.* 1199, 1210-1213, 1216-1218 (2015).

不受州政府強迫使用其財產作為他人言論論壇之美國憲法增修條文第 1 條權利，試圖擴張強迫言論之範圍至「強迫使用私人論壇」。雖然美國聯邦最高法院在 *PruneYard* 案並未肯認第三人在開放給公眾自由進出之私人財產行使言論自由，侵害財產所有人之不表意自由，但此一想法無疑為往後強迫使用私人論壇案件奠定基礎。美國聯邦最高法院在之後 *PG&E* 案，就加州公共事業委員會命令要求 *PG&E* 帳單信封空間應涵蓋其所反對之 TURN 言論，即明白指明此係「強迫使用（compelled access）」，委員會命令係強迫 *PG&E* 協助散布敵意觀點而違憲，無疑擴張「強迫使用私人論壇」之強迫言論類型。

又強迫贊助言論案件，美國聯邦最高法院最初在 *Glickman* 案認為對水果處理商徵收核定費額以資助產業廣告僅係一種經濟管制，否定構成強迫言論，亦不符合資助表意活動與個人思想自由衝突組織之強迫贊助言論，故未以美國憲法增修條文第 1 條審查；4 年後之 *United Foods* 案更易見解，認為美國憲法增修條文第 1 條規定包含禁止強迫特定個人為其所反對之言論支付款項，且此不限於表意活動與個人思想自由衝突者，亦包括贊助商業言論，聯邦最高法院因而認定強制香菇處理者支付核定費額以資助產業廣告，牴觸美國憲法增修條文第 1 條。在 *United Foods* 案宣告強制收取核定費額資助產業廣告違憲後，家禽銷售協會等人旋即於 *Johanns* 案訴訟中修正其請求，主張促銷活動使用牛肉代扣會費違反美國憲法增修條文第 1 條，¹⁹¹更彰顯以強迫言論爭執條文合憲性之投機主義心態。

一般強迫揭露部分，許多公司開始爭執強迫揭露規範之合憲性，其中家庭吸菸預防與菸草控制法及細則所規定之強制圖像警示、強迫公司向美國證券交易委員會提出揭露報告等強迫揭露規範，並經美國聯邦最高法院以嚴格審查標準審查宣告違憲，雖然論者有認為此非基於法人投機主義（corporate opportunism），而是因為欠缺美國聯邦最高法院判決之明確指引，¹⁹²但無論涉及強迫商業言論（compelled commercial speech）爭議之強迫揭露規範，應如同不區分事實陳述與意見表達之「強迫言論」採取嚴格或中度審查標準，抑或如同區分事實陳述與意見表達之「商業言

¹⁹¹ 544 U.S., at 555-556.

¹⁹² Lucien J. Dhooge, *The First Amendment and Disclosure Regulations: Compelled Speech or Corporate Opportunism*, 51 AM. BUS. L.J. 599, 603, 627-630, 659 (2014).

論」採取較為寬鬆之審查標準，此審查標準不明確本身即係促成法人挑戰強迫揭露規範動機之投機主義，故本質上亦屬一種投機主義。



強制揭露個人身分部分，美國聯邦最高法院雖然在 *McIntyre* 案僅提及言論自由，但其實亦可能涉及不表意自由及隱私權，就此基本權利之競合，應以何基本權利作為主要審查標的，容有疑問。本文以為，若以「不表意自由」審查，因強制匿名表意者揭露身分，屬於一種強迫揭露，依目前美國聯邦最高法院見解，只要涉及受憲法保障之言論，無論是強迫人民為意見表達或事實陳述，均屬針對言論內容之限制，應採取嚴格審查標準。反之，若以「表意自由」審查，因強制揭露個人身分僅係限制人民言論之「方式」，並未限制人民言論之內容，在審查標準之採擇上會採取相對較為寬鬆之審查標準，故以表意自由審查可能反而較無法保障匿名表意者之權利。況被強制揭露個人身分之表意者固然仍得為一定之言論，但匿名表意者在意之重點不在法律限制其以何種方式表達言論（匿名、真名或假名方式），而是其根本不願意向他人揭露個人身分之資訊，故我國憲法第 11 條所保障之「不表意自由」及憲法第 22 條所保障之「隱私權」才是此處之重點。¹⁹³

雖然美國聯邦最高法院判決各種非典型之強迫言論類型違憲，看似是言論自由一大勝利，但美國聯邦最高法院不斷擴張強迫言論範圍，卻未清楚說明理論基礎，或逕自援引其他理論正當化，反而造成更多困擾，更促成美國憲法增修條文第 1 條投機主義。尤其由首席大法官 John Robert 帶領的美國聯邦最高法院 (Robert Court)，於 2018 年間陸續作成 *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission* 案 (6/4/2018)¹⁹⁴、*Becerra* 案 (6/26/2018)¹⁹⁵、*Janus v. AFSCME* 案 (6/27/2018)¹⁹⁶，不斷擴張強迫言論之適用範圍，亦造成自動選民登記 (automatic voter registration) 可能被以強迫言論宣告違憲之困擾結果。¹⁹⁷

¹⁹³ 此段文字內容係參考本人 2012 年 1 月 24 日上傳 Ceiba 網站之隱私權課程期末報告。

¹⁹⁴ 138 S. Ct. 1719 (2018).

¹⁹⁵ 138 S. Ct. 2361 (2018).

¹⁹⁶ 138 S. Ct. 2448 (2018).

¹⁹⁷ Jacob van Leer, *The Roberts Court, Compelled Speech, and a Constitutional Defense of Automatic Voter Registration*, 115 NW. U. L. REV. ONLINE 169, 182 (2020).

誠如 Robert Post 教授所述，並非所有對言論之限制均會引發言論自由問題，亦非所有政府強迫說話均會引發言論自由問題，事實上吾人時常體驗此種強迫，但無人認為此涉及憲法議題，例如強迫擔任陪審團成員、強迫在法院及立法者面前作證、強迫報告車禍事故、強迫通報類如涉及兒童虐待之潛在公共健康危險、證券規範所要求之公開揭露、對於消費者產品之強制標示要求等。¹⁹⁸因此，根本之道應全面檢視各種強迫言論類型（關於目前美國聯邦最高法院及美國學理上所承認之強迫言論類型，參《圖十六》），回歸言論定義與不表意自由之理論基礎，判斷是否確屬「言論或表意行為」之強迫，且屬不表意自由價值之保障範圍。

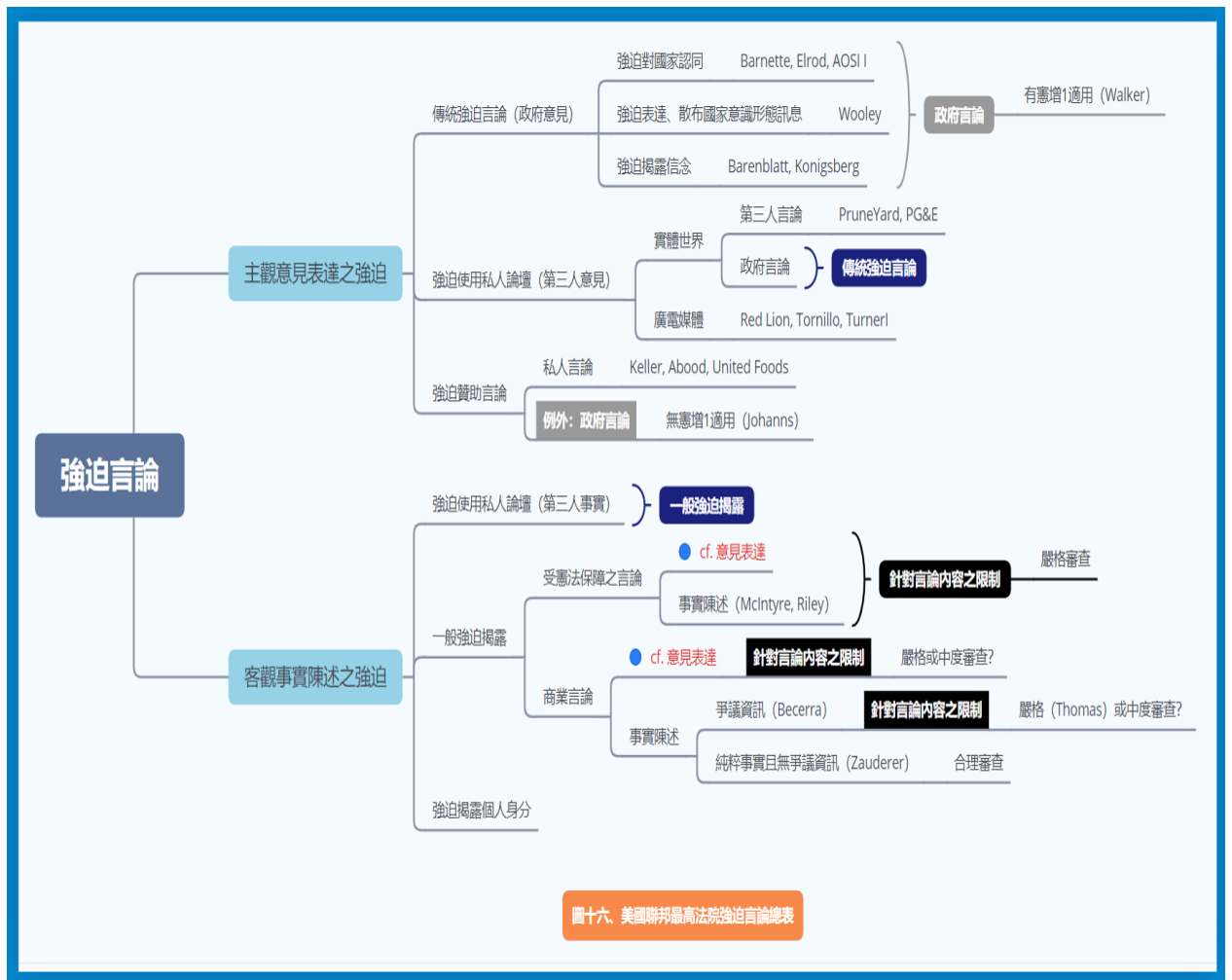


圖 16：美國聯邦最高法院建立之強迫言論法則
(圖片來源：筆者自製)

¹⁹⁸ Post, *supra* note 93, at 243-244.

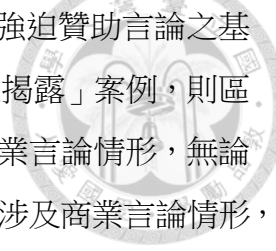


4.3.2 不表意自由之理論基礎？

「傳統強迫言論」包括「強迫對國家認同」(*Barnette* 案、*Elrod* 案、*AOSI* 案)、
「強迫散布國家意識形態訊息」(*Wooley* 案)及「強迫揭露信念」(*Barenblatt* 案、
Konigsberg 案)，且三者均以「思想自由」作為不表意自由之理論基礎。又因思想
屬於個人人格形成之基礎，故以思想自由作為不表意自由之理論基礎，代表不表意
自由近乎受到絕對保障，應禁止傳統強迫言論或至少採取嚴格審查標準。聯邦最高
法院在 *Barnette* 案及 *AOSI I* 案即採取絕對保障見解，在 *Elrod* 案、*Wooley* 案則以
嚴格審查標準審查。至強迫揭露信念之 *Barenblatt* 案、*Konigsberg* 案雖採利益衡量
原則，惟此係因該二案之特性（涉及共產主義及主筆大法官價值觀），非指強迫揭
露信念必然採取較為寬鬆之審查模式。

針對強迫言論類型擴張部分，包括「強迫使用私人論壇」、「強迫贊助言論」、
「一般強迫揭露」及「強迫揭露個人身分」四種類型。「強迫使用私人論壇」係強
迫私人以其財產供第三人表意，致改變私人言論，未如同傳統強迫言論係強迫表意
者「自己」以口頭或表意行為表達國家指定之言論，此又可分為「強迫使用廣電媒
體」(*Red Lion* 案、*Tornillo* 案、*Turner* 案)及「強迫使用一般私人財產」(*Prune Yard*
案、*PG&E* 案、*Hurley* 案)。「強迫使用廣電媒體」係依廣電媒體特性而適用不同理
論基礎，廣播電臺採取「追求真理說」(*Red Lion* 案)；報紙回應權採取「追求真理
說」及「表現自我說」之多元價值觀 (*Tornillo* 案)；有線電視頻道採取「表現自我
說」，並適用限制言論之審查架構 (*Turner* 案)。「強迫使用一般私人財產」，*Prune Yard*
案、*Hurley* 案均以「表現自我說」為理論基礎，*PG&G* 案則採取「追求真理說」、
「表現自我說」之多元價值觀。

又「強迫贊助言論」、「一般強迫揭露」均涉及是否屬於強迫言論之「言論」爭
議，如根本非屬言論自由涵蓋範圍，自無討論不表意自由基礎之餘地。惟因美國聯
邦最高法院未討論此前提問題，在「強迫贊助言論」案例直接援用強迫捐贈案例
(*Abood* 案)作為強迫贊助言論之基礎，致不同大法官組成的聯邦最高法院前後判
決明顯有異。聯邦最高法院先在 *Glickman* 案限縮為以「思想自由」為基礎之強迫



贊助言論類型，之後 *United Foods* 案則更易以「言論自由」作為強迫贊助言論之基礎，此等不同理論基礎自影響審查標準之採擇。另在「一般強迫揭露」案例，則區分「商業言論」與「一般言論」採取不同審查標準，在涉及非商業言論情形，無論是強迫意見表達或強迫事實陳述，均採取相同審查標準，只有在涉及商業言論情形，始就「純粹事實且無爭議資訊」採取較為寬鬆之合理審查標準，可見一般強迫揭露案例之重點為涉及之「言論類型」，故其理論基礎自然為依附在個別言論類型之傳統言論自由理論（即商業言論受言論自由保障之理由）。

由此可見，美國聯邦最高法院除了在「傳統強迫言論」類型，明確採取以「思想自由」作為不表意自由之基礎外，其他「強迫使用私人論壇」、「強迫贊助言論」、「一般強迫揭露類型」幾乎均係採取「傳統言論自由理論基礎」（例外：強迫贊助言論之 *Glickman* 案以思想自由作為基礎），也因此強迫言論之類型不再侷限於傳統強迫言論類型，進一步擴張至其他非典型之強迫言論類型；但如將強迫言論之基礎限於思想自由，則意味著強迫言論類型將大為限縮，否定各種以言論自由為基礎之擴張強迫言論類型。關於各種強迫言論類型之理論基礎，請參《圖十七》。

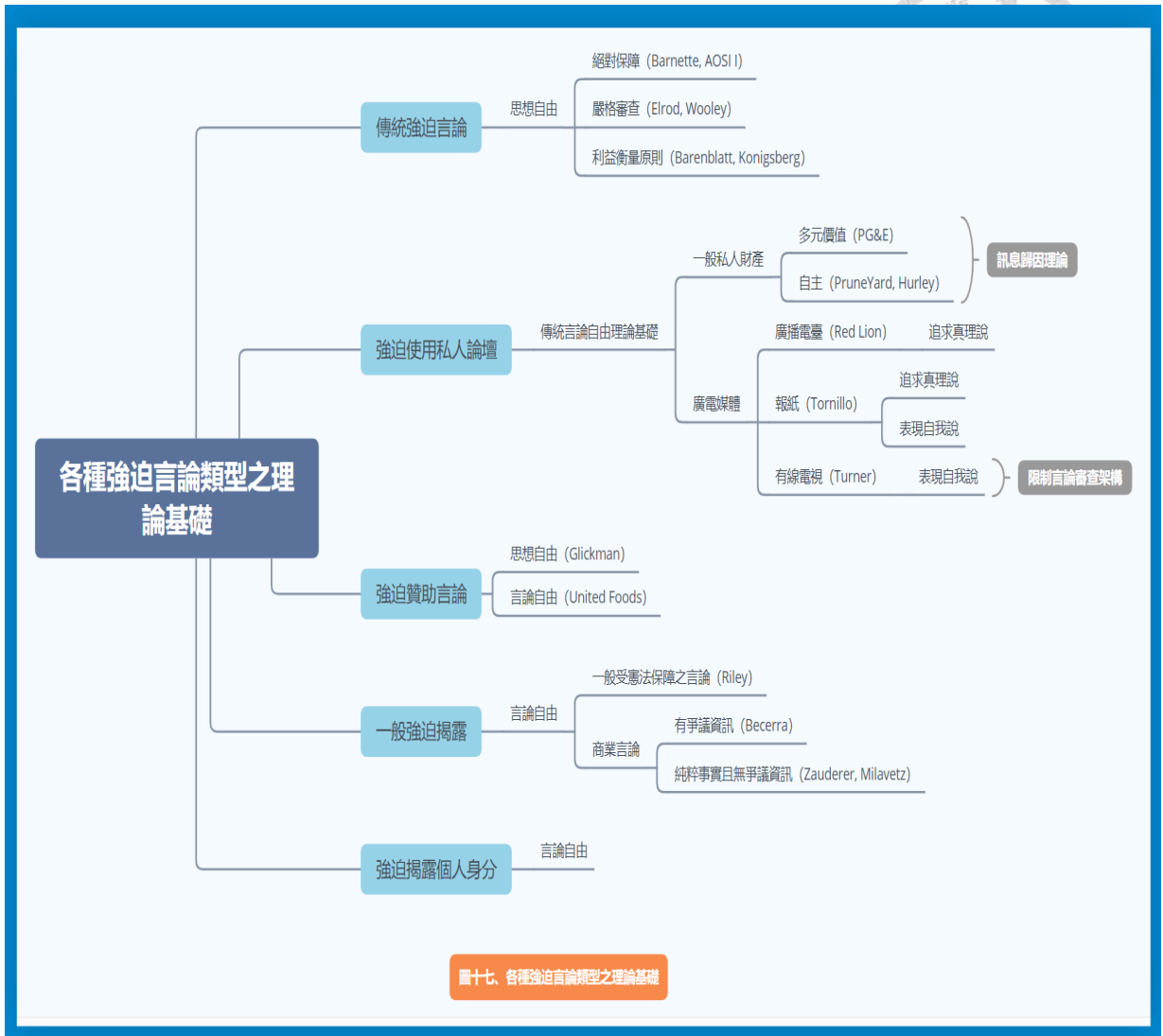


圖 17：各種強迫言論類型之理論基礎
 (圖片來源：筆者自製)

4.3.3 強迫商業言論等同「限制商業言論」或「強迫事實陳述」？

如本文在 4.2.2.2、4.2.3.1 所述，「強迫贊助言論」、「一般強迫揭露」是否屬於一種強迫言論類型，更深層其實涉及「強迫商業言論」之相關爭議：商業言論是否受憲法言論自由保障、商業言論受言論自由保障之理論基礎，此並影響「限制商業言論」與「強迫商業言論」、「強迫商業言論」與「強迫非商業言論」、「強迫事實陳述」與「強迫意見表達」是否應採取不同審查標準。

1980 年 *Central Hudson* 案就商業言論案件建立「四部分分析」（俗稱 *Central*

Hudson 法則，*Central Hudson test*），具體分析步驟為：一、判斷言論是否受到言論自由保障，即該商業言論至少必須涉及合法活動（*lawful activity*），且不具誤導性（*misleading*）。二、判斷政府利益是否重要（*substantial*）。三、判斷該規定是否得以直接促進政府利益。四、未限制過度而超越達成該目的之必要限度。¹⁹⁹我國司法院釋字第 577 號解釋針對涉及強迫商業言論之強制菸品標示合憲性，以「言論類型（商業言論）」決定適用中度審查標準，即係採取與限制商業言論相同之 *Central Hudson* 法則。

關於「強迫贊助言論」、「強迫商業言論之一般揭露」，如以「商業言論」角度理解，因商業言論之所以受憲法言論自由保障，係採取「以聽眾為中心（*listener-centered*）」而非「以表意者為中心（*speaker-centered*）」價值，則「強迫贊助言論」、「強迫商業言論之一般揭露」相較於「限制商業言論」，反而有助於資訊流通，應採取較限制商業言論寬鬆之審查標準。Robert Post 教授即從商業言論之保障基礎切入，說明 *United Foods* 案認為強迫贊助言論即使涉及商業言論亦會產生嚴重言論自由問題，將與 *Zauderer* 案闡明強制商業性揭露僅涉及輕微言論自由利益產生緊張關係，且此無非係假設商業言論表意者之憲法利益不再是以聽眾為中心之資訊流通利益，而是以表意者為中心之憲法價值。²⁰⁰

然而，撇開「贊助是否為言論」之爭議，強迫贊助言論與涉及商業言論之一般強迫揭露相同，不僅涉及「商業言論」，尚涉及「強迫言論」問題，而依美國聯邦最高法院在 *Zauderer* 案及 *Becerra* 案針對「一般強迫揭露」所表示之見解，強迫商業言論應區分為強迫主觀意見表達與強迫客觀事實陳述，強迫事實陳述則可再細分為爭議資訊、純粹事實且無爭議資訊，「強迫贊助言論」係強迫私人資助其所反對之言論，無疑屬於一種強迫以贊助形式支持反對言論之「主觀意見表達」，自不適用 *Zauderer* 案之寬鬆審查標準，而應視為針對言論內容之規制，採取嚴格審查標準，如此將使所有強迫贊助言論均可能違憲。Robert Post 教授單純從商業言論之價值質疑 *United Foods* 案，忽略強迫贊助言論亦具有強迫言論之性質，應區分強迫

¹⁹⁹ 447 U.S. 557, 566 (1980).

²⁰⁰ Robert C. Post, *Transparent and Efficient Markets: Compelled Commercial Speech and Coerced Commercial Association in United Foods, Zauderer, and Abood*, 40 VAL. U. L. REV. 555, 576-577 (2006).

主觀意見表達與強迫客觀事實陳述而有差異，似有討論餘地。



惟如同本文一再說明，強迫言論之重點其實在於是否確實為強迫「言論」、是否為不表意自由理論基礎之保障範圍，如強迫之內容根本並非言論，或非不表意自由理論基礎所應保障之範圍，即無討論強迫言論法則之必要。因此，無論強迫言論所涉及者為商業言論或非商業言論，均應回到 4.3.1 「是否確屬強迫言論類型」討論。

4.3.4 「強迫言論」是否等同於「限制言論」？

美國聯邦最高法院除了在傳統強迫言論類型，明確採取以「思想自由」作為不表意自由之理論基礎外，其他擴張之強迫使用私人論壇、強迫贊助言論、一般強迫揭露類型，幾乎均採取傳統言論自由理論基礎，故非典型之強迫言論類型自等同於限制言論，應適用限制言論之審查架構。

美國聯邦最高法院 2018 年 *Janus* 案²⁰¹，多數意見與少數意見爭執涉及結社權之「強迫贊助言論」是否等同於「限制言論」，即彰顯「強迫言論」與「限制言論」之爭議。該案涉及伊利諾州公共勞工關係法強制非工會之公職人員繳納工會代理費（agency fees）是否牴觸言論自由，多數意見推翻 *Abood* 案之判決先例，認為強迫私人以口頭支持其所反對之觀點，大多數情形為美國憲法增修條文第 1 條所不容許，而無論國家是限制私人表達其認為重要之事物，或強迫私人表達其所反對之思想，均減損言論自由健全民主程序、追求真理之目的，但強迫私人違背其信念之強迫言論會造成額外損害，故應較限制言論有更立即且迫切之理由，而強迫私人資助其他私人表意者之言論，同樣亦會嚴重侵害美國憲法增修條文第 1 條權利，因而一般不被容許。²⁰²

Kagan 大法官所提出 Ginsburg 大法官、Breyer 大法官及 Sotomayor 大法官加

²⁰¹ *Janus v. AFSCME*, 138 S. Ct. 2448 (2018).

²⁰² *Id.* at 2459-2460, 2463-2464.

人之不同意見書，則質疑多數意見區分強迫言論與限制言論，並認為強迫言論相較於限制言論總是造成較大傷害，因而須有較高之正當性，不同意見主張 *Barnette* 案為極端例外，並非所有強迫言論規範均類似 *Barnette* 案，故美國憲法增修條文第 1 條「強迫言論與強迫沉默不同」之基本原則，不具有憲法重要性，當政府強制公職人員資助言論，應至少與限制公職人員言論同樣受到尊重。²⁰³

換言之，*Janus* 案多數意見認為「強迫贊助言論」與「傳統強迫言論」除涉及健全民主程序說、追求真理說之傳統言論自由價值外，亦可能涉及思想自由，故較「限制言論」造成之損害更為嚴重；少數意見則主張應依不同強迫言論類型，決定「強迫言論」是否等同於「限制言論」。如暫不論強迫贊助言論是否確屬「言論」、一種強迫言論類型，聯邦最高法院在 *United Foods* 案既然已偏離 *Glickman* 案，未以思想自由作為理論基礎，而以傳統言論自由價值作為理論基礎，則強迫贊助言論自等同於限制言論，應適用限制言論之審查架構。*Janus* 案多數意見未探究不同強迫言論類型之理論基礎，逕認強迫贊助言論較限制言論不被容許，有待斟酌。是以，「強迫言論」是否等同於「限制言論」，仍應回到 4.3.2 「不表意自由之理論基礎」問題。

4.3.5 「政府言論」作為強迫贊助言論、強迫揭露之另一條路徑？

美國聯邦最高法院在 *Johanns* 案以「政府言論」消弭先前 *Glickman* 案、*United Foods* 案所生「強迫贊助言論」屬於言論自由或經濟管制之爭議，亦有學者倡議將「一般強迫揭露」案件視為政府言論，以解決何謂強迫商業言論中「爭議性純粹事實」（因而得以排除 *Zauderer* 案適用）之疑義。之所以欲將強迫贊助言論、一般強迫揭露解釋為政府言論，背後原因無非是政府言論不適用美國憲法增修條文第 1 條規定，故強迫贊助言論、一般強迫揭露原則上不太可能違憲，因此，最終與強迫贊助言論、一般強迫揭露向來爭執應以較為寬鬆之經濟管制審查，而非較為嚴格之言論自由審查所生之合憲結果相似。

²⁰³ *Id.* at 2494-2495 (Kagan, J., joined by Ginsburg, Breyer and Sotomayor, J., dissenting).

本文認為，政府言論固然不失為一種解決強迫贊助言論、一般強迫揭露屬於何種性質爭議之方法，但因政府言論範圍之寬廣將影響強迫言論案件有無美國憲法增修條文第 1 條之適用，故以政府言論解決是否為言論自由之爭議，接踵而來的即係「政府言論之範圍」、「區分強迫政府言論與強迫私人言論之正當性」、「區分強迫贊助言論與傳統強迫言論決定有無美國憲法增修條文第 1 條適用」等難解問題，反而較原本強迫贊助言論、強迫揭露屬於「強迫言論」或「經濟管制」之爭議複雜。因此，與其將爭議轉移至可能衍生更多問題的政府言論，不如忠實回應「強迫贊助言論」、「強迫揭露」究竟是否屬於一種「強迫言論」類型。

4.3.6 小結：建構強迫言論法則之兩種新路徑

綜合本章所介紹之各種強迫言論類型及核心爭議，可知強迫言論法則最終牽涉之問題無非為：一、是否確屬「強迫言論」類型（此涉及言論定義與不表意自由之理論基礎）？二、不表意自由之理論基礎？而探討上開爭議可區分為兩種取徑，第一種是全面解構強迫言論法則，重新建構強迫言論所涉及之言論定義及不表意自由理論基礎，並據此檢討目前所有強迫言論類型；第二種是維持美國聯邦最高法院目前已建立之既有強迫言論類型，區分「主觀意見表達之強迫」與「客觀事實陳述之強迫」，並依不同類型建立不同之不表意自由理論基礎及審查標準。

本文主張，雖然美國聯邦最高法院不斷擴張強迫言論範圍，致強迫言論出現與言論自由相同之「言論自由投機主義」危機，惟我國目前涉及不表意自由之司法院大法官解釋僅有釋字第 577 號、656 號二則解釋，涉及言論自由之大法官解釋亦僅 15 則（釋字第 414、445、509、577、617、623、634、644、678、718、734、744、756、794、806），故言論自由（包含表意自由與不表意自由）在我國並未如同美國同樣受到濫用。參酌我國司法院大法官在釋字第 509 號解釋針對刑法第 310 條第 1、2 項誹謗罪²⁰⁴規定是否違憲，係在肯定人民言論自由受憲法保障之前提下，認

²⁰⁴ 修正前刑法第 310 條第 1 項：「意圖散布於眾，而指摘或傳述足以毀損他人名譽之事者，為誹謗罪，處 1 年以下有期徒刑、拘役或 500 元以下罰金」、第 2 項：「散布文字、圖畫犯前項之罪者，處 2 年以下有期徒刑、拘役或 1000 元以下罰金」；108 年 12 月 25 日修正公布條文則將第 1、2 項罰金數額分別修正為「1 萬 5000 元」、「3 萬元」。

為並未違憲，²⁰⁵而刑法誹謗罪涉及者無非係「客觀事實陳述」，顯見我國司法院大法官認為表意自由之「客觀事實陳述」應受憲法言論自由保障。另針對不表意自由部分，釋字第 577 號解釋亦已明確闡明不表意自由保障「主觀意見表達」與「客觀事實陳述」，則在我國現行法體系下，自宜採取第二種取徑，區分「主觀意見表達之強迫」與「客觀事實陳述之強迫」，並依不同類型建立不同之不表意自由理論基礎及審查標準。

4.4 強迫言論類型之再檢討

4.4.1 兩種不說的權利模型

論者針對不表意自由有提出影響自主性之「言論產製模型（speech production model）」與影響反壓迫之「言論限制模型（speech restriction model）」，強迫言論產製（compelled speech production）」模型禁止沉默，與表意者是否希望表達自己言論並無任何關聯，故係保障個人選擇沉默之隱私，為不受政府干擾之權利，包括傳統強迫言論案件（*Barnette* 案、*Wooley* 案）、強迫贊助言論及強迫表意性公共設施無歧視地對人民提供服務（*Elane Photography, LLC v. Willock* 案²⁰⁶），而因此模型涉及無保持沉默之能力，故強調「表意者自主」，即個人有能夠說其想說的話而非其他話之權利，又因所有法律某程度均涉及自主性，故除非政府基於觀點要求採取其他私人表意者的言論，或強迫對政府宣誓效忠之嚴重侵害表意者自主情形，否則美國聯邦最高法院原則上採取較為寬鬆之審查標準。²⁰⁷至「強迫言論限制（compelled speech restriction）」係強迫表意者在有限之言論媒介說話，使表意者無其他空間說其原本要說的話，類似針對言論內容之禁止，故言論之強迫等同於言論之禁止，此類案件包括 *Tornillo* 案、*Riley* 案及 *Hurley* 案，由於強迫言論限制要求表意者改變言論內容，因而禁止其說想說的話，故美國聯邦最高法院傾向將之視

²⁰⁵ 參釋字第 509 號解釋文：「言論自由為人民之基本權利，憲法第 11 條有明文保障，…。惟為兼顧對個人名譽、隱私及公共利益之保護，法律尚非不得對言論自由依其傳播方式為合理之限制。刑法第 310 條第 1 項及第 2 項誹謗罪即係保護個人法益而設，為防止妨礙他人之自由權利所必要，符合憲法第 23 條規定之意旨。…」

²⁰⁶ 309 P.3d 53 (N.M. 2013).

²⁰⁷ Notes, *supra* note 15, at 2359-2363.

為一種「針對言論內容的規制」，適用嚴格審查標準。²⁰⁸



論者繼而質疑目前強迫言論法則將所有改變言論之強迫言論均視為限制言論，採取嚴格審查標準推定違憲，主張對於「針對言論內容之規制」採取嚴格審查標準之理由係為避免政府以之作為不被批判或控制主流意見之手段，防止政府壓迫言論，故「言論限制模型」在強迫言論禁止表意者表達其欲說話之內容時，將強迫改變言論視為言論限制要屬合理，但將針對言論內容之法規範完全等同於改變言論類型，則忽視言論媒介受到重大限制之非言論限制模型，亦可能重大改變言論內容；至一般純粹言論之強迫，則依表意者自主原則判斷有無嚴重傷害表意者自主，如否，即使改變言論內容，仍應賦予較廣泛之合憲空間。²⁰⁹

4.4.2 本文見解：回歸不表意自由理論基礎及言論定義

前述論點以限制言論被非難之「壓迫言論」理由，證立何種強迫言論應與限制言論同樣採取嚴格審查標準，且就強迫言論是否壓迫言論，非以是否改變言論內容作為判準，而是以言論媒介有無受到重大限制判斷，其餘強迫言論則以有無嚴重侵害表意者自主，決定是否採取寬鬆審查標準。惟上開立論係單純從強迫言論與限制言論等價之角度探討審查標準之問題，而非根本從強迫言論之不表意自由理論基礎討論，亦非從言論之觀點檢討各種強迫言論類型。先不論美國聯邦最高法院所肯認各種強迫言論類型之正當性，單從限制言論之審查標準對應強迫言論應採取之審查標準，顯然忽視前提的強迫言論定義及不表意自由理論基礎問題。

如以「表意自由」作為不表意自由之理論基礎，採取「以表意者為中心」取徑（表現自我說），強迫言論等同限制言論，應適用針對限制言論所建立之雙軌理論、雙階理論架構；採取「以聽眾為中心」取徑（健全民主程序說、追求真理說），因強迫言論（指單純強迫說話，非強迫表達特定言論）產生更多言論，有助於聽眾及社會利益，故無須採取嚴格審查標準。以「民主」、「自主」作為理論基礎，前者僅

²⁰⁸ *Id.* at 2363-2365.

²⁰⁹ *Id.* at 2367-2376.

保障強迫意見表達，後者則無論是強迫事實陳述或強迫意見表達皆受保障。至以「思想自由」、「隱私權」、「人性尊嚴與自主」作為理論基礎，則僅強迫主觀意見表達應採嚴格審查標準。



由此可見，上開兩種不說的權利模型實際上係以美國聯邦最高法院已承認之強迫言論類型作為預設，將不表意自由區分為「壓迫言論」及「侵害自主」類型，分別採取寬嚴不同之審查標準，其中「侵害自主」類型又再區分是否嚴重侵害自主而採取不同審查標準，未如同本文根本質疑強迫言論之各種類型，重新依不表意之理論基礎及言論定義界定不表意自由之保障範圍。因此，前述兩種模型自然無法適切表彰不表意自由之保障範圍及應採取之審查標準。本文以下即以本文在第三章所主張區分主觀意見表達與客觀事實陳述之不表意自由理論基礎(即「思想自由」、「隱私權」)，以及強迫言論之「言論」定義(表意者產製表彰思想之語言符號，且該語言符號依當時交互文本內容、所處特定語境、權力互動關係，可認定具有一定意涵)，依序檢討美國聯邦最高法院及學說肯認之強迫言論類型。

4.4.3 各種強迫言論類型之檢討

4.4.3.1 區分「主觀意見表達之強迫」與「客觀事實陳述之強迫」

固然強迫言論之類型可分為「單純強迫(操弄²¹⁰)表意」與「強迫(操弄)為特定內容之表意」二種，二者依表意內容之性質復可區分為「主觀意見表達之強迫」與「客觀事實陳述之強迫」。惟「單純強迫表意」與「強迫為特定內容之表意」差別僅在於係「自己」或「他人」之認知或觀點，對外之表徵並無差別。例如政府強制人民揭露有無施打 Covid-19 疫苗，人民因此揭露已施打第三劑疫苗；強迫人民表達是否支持臺獨或一國兩制之意識形態，人民因而表達支持臺獨，此與政府直接強制人民陳述已施打第三劑疫苗之特定內容、²¹¹傳達支持臺獨之意識形態，對外顯示之言論實際上並無二致，故重點毋寧係表意之內容究竟為「主觀

²¹⁰ 單純操弄表意，例如社群媒體操弄網路對於洗心革面前科犯之熱烈討論度，使網路使用者揭露個人過往之前科事實，但實際上是為了對具有前科之網路使用者標記。

²¹¹ 先不討論強迫為假訊息之問題。

意見表達」或「客觀事實陳述」。又如同第三章所述，「強迫主觀意見表達」涉及個人對於事物之主觀價值判斷，重視內在層面之思想自由；「強迫客觀事實陳述」主要涉及個人對於個人資料自主控制之資訊隱私權，故「強迫主觀意見表達」之不表意自由理論基礎為「思想自由說」，「強迫客觀事實陳述」之不表意自由理論基礎為「隱私權說」。

4.4.3.2 主觀意見表達之強迫

「傳統強迫言論」類型包括「強迫對國家認同」、「強迫傳達、散布國家觀點或意識形態訊息」及「強迫揭露個人信念」，「強迫對國家認同」及「強迫散布國家觀點或意識形態訊息」係強迫私人傳達、散布「國家」指定之特定觀點或意識形態，「強迫揭露個人信念」則係強迫個人揭露涉及主觀價值判斷之內心信念，自均屬以思想自由作為理論基礎之「主觀意見表達強迫」。

「強迫使用私人論壇」僅係容許「他人」使用私人論壇表達意見，第三人不會將他人之發言認為是財產所有人之言論，故實際上只是強迫「聆聽」而非強迫「說話」，主要涉及表意者之言論自由，而非財產權人容許他人表意問題，非屬典型強迫言論類型。此類型案件在美國最早係以財產權與言論自由之基本權衝突處理，後因州憲法明文排除財產權絕對支配原則，財產所有人始於訴訟中援引傳統強迫言論案例，主張憲法層次之強迫言論，由美國法之歷史脈絡更可知強迫使用私人論壇係財產所有人為對抗州憲法而創設之概念。

我國司法院釋字第 364 號解釋就廣播電視電波頻率之合理使用闡明：「以廣播及電視方式表達意見，屬於憲法第 11 條所保障言論自由之範圍。…」²¹²、「…至學理上所謂『接近使用傳播媒體』之權利 (the right of access to the media)，乃指一般民眾得依一定條件，要求傳播媒體提供版面或時間，許其行使表達意見之權利而言，…惟允許民眾『接近使用傳播媒體』，就媒體本身言，係對其取材及編輯之限制。如無條件強制傳播媒體接受民眾表達其反對意見之要求，無異剝奪媒體之編輯

²¹² 釋字第 364 號解釋文。

自由，…是故民眾『接近使用傳播媒體』應在兼顧媒體編輯自由之原則下，予以尊重。…」，²¹³僅權衡廣電媒體之「言論自由」與人民之「接近使用傳播媒體權利」，未提及強迫使用或不表意自由，益見我國無承認強迫使用私人論壇類型之必要。²¹⁴

另強迫贊助言論部分，國家強制人民支付核定費額、代扣會費，依人民支付費額之情境、脈絡及人民與國家間之互動關係，可認人民僅係給付國家金錢，該付款行為並無任何意涵，非表彰人民思想之語言符號，自非憲法之言論，²¹⁵無強迫言論問題。²¹⁶況人民支付款項時，政府尚未作成產業廣告，亦難認支付金錢之舉有任何贊同產業廣告之意，故單純支付金錢本身不構成言論，強迫贊助言論自非屬強迫言論類型。

²¹³ 釋字第 364 號解釋理由書第 3、4 段。

²¹⁴ 林子儀大法官則主張「接近使用媒體權」係強迫媒體報導其所不同意之訊息或意見，顯然限制媒體之不表意自由。參林子儀，論接近使用媒體權，收於：言論自由與新聞自由，頁 239（2002）。強迫使用私人論壇在我國法或有「財產權」與「言論自由」之基本權衝突問題，因而可能涉及司法院釋字第 400、440、564、577、747 號解釋所提及「財產權所應負擔之社會義務」、「財產權應受社會責任之限制」，並以「對財產權之限制是否輕微」判斷是否逾越財產權之社會義務或社會責任，因而構成應予合理補償之個人特別犧牲。

²¹⁵ 黃昭元大法官則認為贊助表面上雖係金錢或經濟利益之移轉，但實際上有透過贊助而表達對特定人或議題之支持立場，於此範圍內，贊助確具有表意成分，而為言論自由所保障之表意行為；又贊助是否具有表意成分，應依其所贊助之活動性質、類型、效果等認定。參釋字第 794 號解釋黃昭元大法官提出、張瓊文大法官加入二部分之部分不同意見書第 13 段、第 15 段。美國聯邦最高法院在 *Buckley v. Valeo* 案，明確指出 1971 年聯邦競選法（*Federal Election Campaign Act*）之捐獻及支出上限規定，與 *O'Brien* 案對行為之限制不同，部分以給予及支付金錢方式所為之溝通形式，單純涉及言論，另有部分溝通主要涉及行為、部分溝通同時涉及行為與言論。See *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1, 16 (1976). White 大法官在該案所提部分不同意見書則主張即使在政治競選情形，金錢亦非總是等同於言論或作為言論使用。Id. at 263 (White, J., joined in part and dissented in part). 關於美國學說上批評肯認支出金錢為言論之文獻，See J. Skelly Wright, *Politics and the Constitution: Is Money Speech?*, 85 YALE L.J. 1001, 1005-1013 (1976).

²¹⁶ William Baude 教授與 Eugene Volokh 教授評論強制非工會會員繳納代理費之 *Janus* 案時，主張單純強迫付款並未強迫言論或限制言論，如同強迫納稅並未侵害吾人之言論自由；Erwin Chemerinsky 教授與 Catherine L. Fisk 教授亦主張對於服務付款，非屬違反言論自由的強迫言論。William Baude & Eugene Volokh, *Compelled Subsidies and the First Amendment*, 132 HARV. L. REV. 171, 171-172, 180, 190 (2018); Erwin Chemerinsky & Catherine L. Fisk, *Exaggerating the Effects of Janus: a Reply to Professors Baude and Volokh*, 132 HARV. L. REV. F. 42, 42 (2018). 喬治城大學法學院教授 Gregory Klass 則主張強迫贊助言論僅能以政治論壇理論（*political forum theory*）解釋，即只有在贊助款項係在促進特定爭議性政治議題觀點或利益之訊息，始會侵害言論自由。Gregory Klass, *The Very Idea of a First Amendment Right Against Compelled Subsidization*, 38 U.C. DAVIS L. REV. 1087, 1109-1130, 1134 (2005).



4.4.3.3 客觀事實陳述之強迫

4.4.3.3.1 一般強迫揭露

美國聯邦最高法院就「一般強迫揭露」係區分言論類型（商業言論或其他憲法所保障之言論）而採取不同審查標準，其理論基礎為依附在個別言論類型之傳統言論自由理論。備受批評的 2018 年 *Becerra* 案²¹⁷認為該案二種強制揭露公告均違憲，不僅將強迫揭露等同於「針對言論內容之限制」，且將先前有意區分「事實陳述」與「意見表達」採取不同審查標準之 *Zauderer* 案，限縮在強迫揭露「商業言論」之「純粹事實及無爭議資訊」，始採取寬鬆之合理審查標準，使「強迫揭露爭議資訊之事實陳述」亦被認為屬於「針對言論內容之限制」，採取較嚴格審查標準，致如何區分爭議資訊與無爭議資訊成為學術界最新討論之爭點。²¹⁸

實則，「一般強迫揭露」首先必須處理該強迫揭露之內容是否確屬憲法所保障之「言論」，唯有屬於憲法之言論，始有進一步討論審查標準之問題；如揭露之內容根本非屬憲法之言論，則該強迫「至多」僅可能侵害人民依憲法第 22 條依其意志作為或不作為之「行為自主權」（或稱「一般行為自由」²¹⁹）（例如法院強制當事人提出書狀、證據或文書²²⁰），或憲法第 22 條決定是否揭露個人資料之「資訊隱私權」²²¹（例如強制人民提供旅遊史、施打疫苗紀錄、確診前足跡）、憲法第 15 條選

²¹⁷ *NIFLA v. Becerra*, 138 S. Ct. 2361 (2018).

²¹⁸ Seana Shiffrin 就「無爭議資訊」即探討可能之 7 種解釋，*See Shiffrin, supra note 134, at 751-755.*

²¹⁹ 參釋字第 689 號解釋理由書第 5 段：「...為維護個人主體性及人格自由發展，除憲法已保障之各項自由外，於不妨害社會秩序公共利益之前提下，人民依其意志作為或不作為之一般行為自由，亦受憲法第 22 條所保障。...」。惟亦有可能某些決定與個人自我認同、人格存續與發展、維持私密生活等事項不具有重要關聯，因而非屬憲法所保障之行為自主權範疇；縱使認為所有自我決定均屬憲法行為自主權之保障範疇，亦應依自我決定所涉及之事務類型、生活利益及重要性，給予不同之保障程度。參黃昭元，車速限制與行為自主權，*月旦法學教室*，5 期，頁 9（2003）。

²²⁰ 例如民事訴訟法第 121 條第 1 項：「書狀不合程式或有其他欠缺者，審判長應定期間命其補正」；第 268 條：「審判長如認言詞辯論之準備尚未充足，得定期間命當事人依第 265 條至第 267 條之規定，提出記載完全之準備書狀或答辯狀，並得命其就特定事項詳為表明或聲明所用之證據」；第 343 條：「法院認應證之事實重要，且舉證人之聲請正當者，應以裁定命他造提出文書」等。惟如認為行為自主權之保障範圍限於與個人自我認同、人格存序與發展、維持私密生活等事項具有重要關聯者，則是否提出書狀、證據或文書，即非屬一般行為自由保障範圍，根本無涉任何憲法上權利。

²²¹ 參釋字第 603 號解釋理由書第 8 段：「...隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第 22 條所保障（本院釋字第 585 號解釋參照），

擇從事營業方式之「營業自由」²²²（例如強制商家張貼簡訊實聯制條碼）等基本權利，不會構成強迫言論。如強迫揭露之內容確屬憲法所涵蓋之言論範疇，因一般強迫揭露屬於「強迫客觀事實陳述」，依本文前述說明，其不表意自由之理論基礎為「隱私權」，應依所揭露資訊之性質是否屬於私密敏感事項、是否易與其他資料結合為詳細之個人檔案，採取不同密度之審查標準。

4.4.3.3.2 強迫揭露個人身分

聯邦最高法院針對「強迫揭露個人身分」，係以「表意自由」作為匿名權利之憲法上基礎，完全未提及不表意自由或隱私權。國內廖元豪教授從釋字第 364 號解釋之「接近使用媒體權」，衍生創造表意者勇於發言環境、不致畏首畏尾之言論自由，以及釋字第 603 號解釋之「隱私權」衍生「個人免於監控之自由」，認為匿名表意之憲法上基礎為「表現自由」及「隱私權」，²²³亦未論及不表意自由。廖教授由接近使用媒體權衍生匿名表意者勇於發言之言論自由，似乎認為強迫揭露個人身分係限制個人積極表意之言論自由，惟如以接近使用媒體權決定是否構成表意自由，將使無涉接近使用媒體權之匿名表意無從主張言論自由（例如報社負責人匿名投書反對政府之措施），故此部分容有商榷之餘地。

本文認為，「強迫揭露個人身分」雖然侵害人民憲法第 22 條決定是否揭露個人資料之「資訊隱私權」，惟亦可能侵害人民之不表意自由。此與前述一般強迫揭露相同，必須先處理揭露之內容（即「姓名」）本身是否屬於「言論」之問題，且可能因個案脈絡而有所不同（例如法院開庭前，被告或關係人應向庭務員報到、告知姓名，法院開庭時，點呼被告或關係人姓名，均非屬憲法所保障之言論）。如強

其中包含個人自主控制其個人資料之資訊隱私權，保障人民決定是否揭露其個人資料、及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露之決定權，並保障人民對其個人資料之使用有知悉與控制權及資料記載錯誤之更正權。」

²²² 參釋字第 514 號解釋理由書第 1 段：「...人民營業之自由為憲法第 15 條工作權及財產權應予保障之一項內涵。基於憲法上工作權之保障，人民得自由選擇從事一定之營業為其職業，而有開業、停業與否及從事營業之時間、地點、對象及方式之自由；基於憲法上財產權之保障，人民並有營業活動之自由，例如對其商品之生產、交易或處分均得自由為之。許可營業之條件、營業須遵守之義務及違反義務應受之制裁，均涉及人民工作權及財產權之限制，...」

²²³ 廖元豪，邊緣異議者的武器—匿名發表之言論自由，司法院大法官 99 年度學術研討會—解釋憲法與言論自由之保障（上冊），司法院主辦，頁 17（2010 年 12 月 18 日）。

迫揭露個人身分確屬強迫「言論」，因此係單純揭露屬於客觀事實資訊之內容，屬「客觀事實陳述之強迫」，其不表意自由之理論基礎為「隱私權」，故應依所揭露個人身分資訊之性質，採取不同審查標準。



4.4.4 小結

本文區分「主觀意見表達之強迫」與「客觀事實陳述之強迫」，重新檢討目前美國法之強迫言論類型。主觀意見表達之強迫以「思想自由」為不表意自由之理論基礎，主要為「傳統強迫言論」類型，應以強迫表達或揭露之內心信念是否與個人人格發展等核心事務密切相關，決定是否採取嚴格審查標準；「強迫使用私人論壇」、「強迫贊助言論」則非強迫言論類型。客觀事實陳述之強迫以「隱私權」為不表意自由之理論基礎，包含一般強迫揭露與強迫揭露個人身分，排除非屬憲法所保障之言論後，應依所揭露之資訊是否為私密敏感事項、是否易與其他資料結合為詳細個人檔案，採取不同密度之審查標準（檢討後之圖說參《圖十八》）。美國聯邦最高法院不斷擴張強迫言論類型，既未討論是否為憲法之言論，亦未從理論基礎探討不同強迫言論類型應適用之審查標準，無怪乎 Kagan 大法官在涉及強迫結社之 *Janus* 案不同意見書，批評言論自由是為了保障更有價值之民主自治事物而存在，²²⁴抨擊多數意見濫用言論自由在不重要事物上。

²²⁴ *Janus v. AFSCME*, 138 S.Ct. 2448, at 2502 (Kagan, J., joined by Ginsburg, Breyer and Sotomayor, J., dissenting), “...The First Amendment was meant for better things. It was meant not to undermine but to protect democratic governance—including over the role of public-sector unions.” 就此而言，Kagan 大法官毋寧係從「健全民主程序說」之觀點檢討強迫結社之保障範圍。

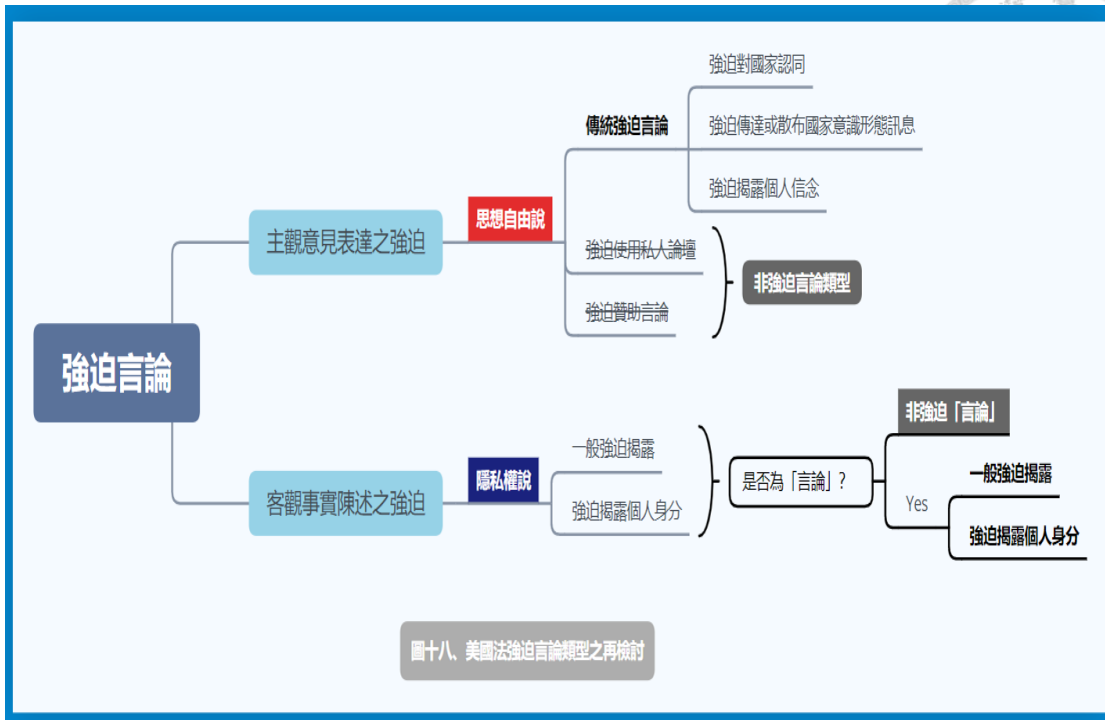


圖 18：美國法強迫言論類型之檢討
 (圖片來源：筆者自製)



第五章、強迫言論之司法審查

由於本文將強迫言論區分為「主觀意見表達之強迫」與「客觀事實陳述之強迫」，二者不表意自由之理論基礎分別為「思想自由」、「隱私權」，對於不表意自由之限制，自應依強迫言論對於思想自由、隱私權之侵害程度，決定審查標準之寬嚴。針對侵害「思想自由」理論基礎部分，固然認知心理學（cognitive psychology）係研究人之心智（mind），包含決定各種不同心理過程之認知（cognition）特性、屬性及其運作，¹因而與人之思想形成密切相關，但因此處之重點在於外在「強迫言論」對於個人「思想自由」之侵害，強調者為「社會因素」如何影響個人之思考、情緒、動機及行為，主要涉及社會心理學（social psychology）研究。²因此，本文參考社會心理學上有關個人態度改變（attitude change）、改變人知覺、意見及行為之理論及實證研究，藉以探究強迫言論對於思想自由之侵害程度。

以下先探討我國大法官解釋及學說針對強迫言論所採取之審查標準，接著說明美國聯邦最高法院及學說見解，再從社會心理學角度探討人態度改變、知覺、意見及行為改變之三種原因（強迫順從之認知失調理論【cognitive dissonance】、社會影響【social influence】、從眾【conformity】），並就強迫言論之司法審查提出本文見解。最後，評析我國涉及強迫言論之大法官解釋。

5.1 審查標準

5.1.1 我國法

5.1.1.1 我國大法官解釋

5.1.1.1.1 釋字第 490 號解釋

1999 年釋字第 490 號解釋係針對拒絕履行兵役義務之耶和華見證人及其他基

¹ E. BRUCE GOLDSTEIN, COGNITIVE PSYCHOLOGY; CONNECTING MIND, RESEARCH, AND EVERYDAY EXPERIENCE 5-6 (2019).

² 關於社會心理學之定義及與認知心理學之區別，See KASSIN ET AL., SOCIAL PSYCHOLOGY 6, 10 (10th ed. 2017).

督徒，基於宗教信仰拒絕接受軍事訓練，因而受刑事處罰，所涉及兵役法第 1 條中華民國男子依法皆有服兵役義務之規定，以及兵役法施行法第 59 條第 2 項免除禁役規定之合憲性。本號解釋以憲法第 13 條「宗教信仰自由」審查，認為宗教信仰自由包括受絕對保障之「內在信仰自由」，以及受相對保障之「宗教行為自由」與「宗教結社自由」，且「宗教行為自由」與「宗教結社自由」在必要最小限度內，仍應受國家法律約束，不得以宗教信仰為由否定國家及法律之存在，故人民所應負對國家之基本義務與責任，不得僅因宗教信仰之關係而免除，兵役法第 1 條規定為實踐國家目的及憲法上人民基本義務之規定，為保護人民、防衛國家安全所必需，未抵觸憲法第 13 條之宗教信仰自由，兵役法施行法第 59 條第 2 項規定亦未抵觸憲法第 13 條宗教信仰自由。³

就此而言，大法官無非認為耶和華見證人及基督徒「持武器作戰之行為」係在行使「宗教行為自由」，僅受憲法相對保障；至於採取之審查標準，雖然大法官提及宗教行為自由在「必要最小限度內」，受國家法律拘束，似乎採取比例原則之最小侵害手段原則，惟大法官又闡明人民對國家之基本義務與責任，不得僅因宗教信仰而免除，似乎採取國家基本義務優先，⁴容許一切對宗教行為自由之限制，採取極為寬鬆之審查標準。

5.1.1.1.2 釋字第 567 號解釋

2003 年釋字第 567 號解釋，針對戡亂時期預防匪諜再犯管教辦法第 2 條關於「匪諜罪犯判處徒刑或受感化教育，已執行期滿，而其思想行狀未改善，認有再犯之虞者，得令入勞動教育場所，強制工作嚴加管訓」之規定，闡明思想自由為憲法所保障最基本之人性尊嚴，不容國家機關以包括緊急事態之因應在內之任何理由侵犯之，亦不容國家機關以任何方式予以侵害；縱國家處於非常時期，出於法律規定，亦無論其侵犯手段是強制表態，乃至改造，皆所不許，為不容侵犯之最低限度人權保障。大法官進而認為，系爭規定以人民思想行狀未改善，認有再犯之虞，國

³ 參釋字第 490 號解釋理由書第 1、2 段。

⁴ 關於本號解釋審查標準之分析與批評，請參黃昭元，信上帝者下監獄？—從司法院釋字第 490 號解釋論宗教自由與兵役義務的衝突，臺灣本土法學雜誌，8 期，頁 39-43（2000 年）。

家機關即得令其入勞動教育場所強制工作嚴加管訓，無異允許國家機關得以強制方式改造人民思想，違背憲法保障人民言論自由之本旨，亦不符合最低限度之人權保障。⁵



由此可見，大法官認為「思想自由」與人性尊嚴相同，均受憲法絕對保障，並因此禁止國家強制人民表態或強制改造，而強制改造思想之規定，則違反憲法所保障之言論自由及思想自由。雖然大法官在本號解釋並未提及不表意自由，但強制表態無非涉及個人不對外表態之不表意自由，本號解釋以思想自由連結禁止強制表態與強制改造，並同時以言論自由、思想自由為依據，認定強制改造思想違憲，足見大法官就強制表態之不表意自由限制，似乎係採取絕對保障之見解，未以特定審查標準審查。

5.1.1.1.3 釋字第 577 號解釋

2004 年釋字第 577 號解釋係有關當時之菸害防制法第 8 條第 1 項（現修正為第 7 條第 1 項本文）⁶、第 21 條（現修正為第 24 條第 1 項）⁷規定，處罰菸品業者未於菸品容器上標示菸品所含尼古丁及焦油含量，是否違憲侵害菸品業者之不表意自由。多數意見闡明不表意自由之保障內容包括「主觀意見之表達」及「客觀事實之陳述」，而商品標示屬於一種商業言論，如係為促進合法交易活動，內容又非虛偽不實或不致產生誤導作用，其所具有之自我實現功能與其他言論類型並無不同，應受言論自由保障。大法官繼而認為上開規定係國家課與菸品業者於其商品標示中提供重要客觀事實資訊之義務，屬對於菸品業者不標示特定商品資訊之不表意自由之限制，應採取中度審查標準（重大公益目的、採取與目的達成有實質關聯之

⁵ 釋字第 567 號解釋理由書第 2、3 段。

⁶ 2000 年 1 月 19 日修正公布之菸害防制法第 8 條第 1 項：「菸品所含之尼古丁及焦油含量，應以中文標示於菸品容器上。」

⁷ 2000 年 1 月 19 日修正公布之菸害防制法第 21 條：「違反第 7 條第 1 項、第 8 條第 1 項或依第 7 條第 2 項所定方式者，處新臺幣 10 萬元以上 30 萬元以下罰鍰，並通知製造、輸入或販賣者限期收回改正；逾期不遵行者，停止其製造或輸入 6 個月至 1 年；違規之菸品並沒入銷燬之。」（現修正提高罰鍰數額為新臺幣 100 萬元以上 500 萬元以下罰鍰，另刪除通知限期收回改正及逾期不遵行之效果，改為令限期回收，屆期未回收者，按次連續處罰）

手段)。⁸



大法官繼而認為，此項標示義務有助於消費者對菸品正確了解，且使消費者意識並警覺吸菸行為可能造成之危害，作為是否購買之參考，明顯有助於維護國民健康目的之達成，且未違反必要原則；課予菸品業者標示義務，並非強制其提供個人資料或表達支持特定思想之主張，亦非要求其提供營業秘密，僅係要求其提供能輕易獲得之商品成分客觀資訊，尚非過當；所採手段亦屬督促菸品業者履行標示義務之有效與和緩手段，故上開規定之目的係為維護國民健康及提供消費者必要商業資訊等重大公共利益，手段與目的間亦具有實質關聯，應屬合憲。⁹雖然大法官提及不表意自由包括主觀意見表達與客觀事實陳述，但在審查標準採擇部分，大法官單純以「商業言論」之言論類型決定強迫商業言論之審查標準，未區分「主觀意見表達」或「客觀事實陳述」而採取不同審查標準。換言之，「強迫商業言論」之審查標準等同「限制商業言論」之審查標準。

5.1.1.1.4 釋字第 656 號解釋

2009 年釋字第 656 號解釋涉及判決公開道歉作為民法第 195 條第 1 項後段回復名譽適當處分之合憲性，大法官援引釋字第 577 號解釋，認為言論自由保障表意自由及不表意自由，判決命加害人登報道歉係對不表意自由之限制，如涉及「道德、倫理、正義、良心、信仰等內心之信念與價值」者，攸關人民內在精神活動及自主決定權，乃個人主體性維護及人格自由完整發展所不可或缺，亦與維護人性尊嚴關係密切，故就侵害名譽事件，如為回復受害人名譽，有限制加害人不表意自由之必要，應斟酌不法侵害人格法益情節之輕重與強制表意之內容而為適當之決定。

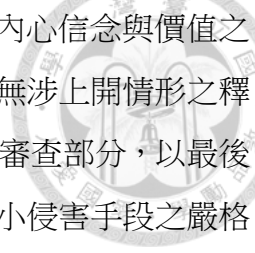
¹⁰大法官繼而論述民法第 195 條第 1 項後段規定授權法院決定適當處分，目的要屬正當，判決公開道歉如作為「回復名譽之最後手段」、「未涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事」，並未過度限制不表意自由。¹¹

⁸ 釋字第 577 號解釋理由書第 1、3 段。

⁹ 釋字第 577 號解釋理由書第 3 段。

¹⁰ 釋字第 656 號解釋理由書第 2 段。

¹¹ 釋字第 656 號解釋理由書第 3 段



本號解釋特別闡明「涉及道德、倫理、正義、良心、信仰等內心信念與價值之不表意自由」，與個人自主性、人性尊嚴密切相關，似乎有意與無涉上開情形之釋字第 577 號解釋（單純強迫商品標示）區別。又多數意見在手段審查部分，以最後手段性、未損及人性尊嚴作為判決公開道歉合憲之理由，似採最小侵害手段之嚴格審查標準，與釋字第 577 號解釋所採中度審查標準有異。惟從大法官使用「目的『正當』」、「就不法侵害人格法益情節之輕重與強制表意之內容等，審慎『斟酌』而為適當之決定」、「『權衡』侵害名譽情節之輕重、當事人身分及加害人之經濟狀況等情形」等文字觀之，大法官實際上應係採取權衡加害人「不表意自由」與被害人「名譽權」之「具體個案中之法益衡量」判準，¹²而非採取美國違憲審查之三重審查標準。

5.1.1.1.5 小結

綜合我國上開大法官解釋，可知釋字第 490 號解釋針對強制耶和華見證人及基督徒持武器作戰之行為，僅以憲法 13 條「宗教行為自由」審查，未將之視為強迫表意行為而以強迫言論審查，故採取較為寬鬆之審查標準。釋字第 567 號解釋針對強制表態則以思想自由為依據，採取與人性尊嚴相同之絕對保障。釋字第 577 號解釋雖提及不表意自由包含「主觀意見表達」與「客觀事實陳述」，惟該號解釋未就此區分適用不同審查標準，而係如同限制商業言論，以「商業言論」之性質採取中度審查標準。至於釋字第 656 號解釋雖未提及不表意自由包括「主觀意見表達」與「客觀事實陳述」，但從該號解釋強調涉及思想自由、自主決定權、人性尊嚴之不表意自由，似乎有意與釋字第 577 號解釋區分，給予主觀意見表達較高之保障，復因該號解釋涉及民事法律個案之適用與解釋，故大法官採取個案式法益衡量，未採取具體審查標準。由此可知，針對限制人民不表意自由之審查標準，過往大法官解釋採取較為嚴格之審查標準或近乎絕對保障（釋字第 567 號解釋），近期大法官解釋則改為中度審查標準或相對保障（釋字第 577、656 號解釋）。

¹² 關於本號解釋屬於何種基本權利衝突理論之詳細說明，請參吳佳樺，民、刑事法上強制道歉合憲性之研究，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 148-149（2010）。



5.1.1.2 我國學說見解

我國學者針對不表意自由無論採取消極的不表意自由或消極的言論自由用語，大部分均將之列在「言論自由」的保障範圍，例如司法院院長許宗力、法治斌教授、董保城教授、許育典教授、陳慈陽教授、范秀羽教授。¹³許志雄、陳銘祥、蔡茂寅、周志宏、蔡宗珍教授則在思想、良心自由保障內涵論及「沈默的自由」，認為國家不得任意強制人民揭露表白其內在思想或信念，¹⁴似乎認為不表意自由的憲法上基礎是「思想良心自由」。另李惠宗教授主張「思想自由」包括積極與消極思想自由，消極思想自由指個人有不接受特定意識形態灌輸之自由，此不得有任何限制，至由思想自由表現於外者為憲法第 11 條所保障之「表現自由」；而保障表現自由必須保障內心之思想與良心自由，此係保障個人免於特定意識形態之強迫灌輸與特定價值觀之強迫接受，或被無理強迫表白自己之思想傾向。¹⁵上述學者分別從言論自由、思想自由或良心自由角度討論不表意自由、沉默自由，但關於不表意自由之審查標準，以言論自由作為憲法上依據者，並未特別論述；以思想良心自由作為依據者，則傾向採取近乎絕對保障。

林子儀大法官主張，言論自由除了保障各類表現自由外，亦保障每個人不表現的自由，政府原則上不得強制個人將其內心所想表現於外，此與個人思想信仰自由與隱私權具有密切關係，¹⁶似乎認為強迫言論原則上應完全禁止。中央研究院法律研究所李建良所長主張憲法所保障之言論不限於主觀看法，亦包含客觀事實之報導，尤其是屬於意見形成前提之事實，其並將不表意自由區分為「不表示自己意見之自由（沉默的自由或不表態自由）」、「不接受他人意見成為自己意見之自由」及「不散布他人意見之自由」，第一、二類無論基於何種理由，皆不得予以限制，否則即屬違憲；第三類因僅係國家透過人民來傳達某種政策，故如有憲法上正當理由，

¹³ 許宗力，談言論自由的幾個問題，收於：法與國家權力（二），頁 198（2007）；法治斌、董保城，憲法新論，6 版，頁 224（2014）；許育典，憲法，7 版，頁 220（2016）；陳慈陽，憲法學，3 版，頁 658（2016）；范秀羽，表現自由，收於：程明修等合著，憲法講義，頁 261-262（2018）。

¹⁴ 許志雄等人合著，現代憲法論，4 版，頁 112-113（2008）。

¹⁵ 李惠宗，憲法要義，7 版，頁 188-189，臺北：元照（2015）。

¹⁶ 林子儀，言論自由導論，收於：李鴻禧等合著，臺灣憲法之縱剖橫切，頁 111-112（2002）。

尚非絕對不得為之。¹⁷換言之，李所長認為強迫揭露個人意見、強迫以自己名義為特定內容主觀意見表達所涉及之不表意自由，受憲法絕對保障，至於強迫散布他人意見所涉及之不表意自由則受憲法相對保障。



李念祖教授將不表意自由區分為「強制人民為主觀意見之表達」及「強制人民為客觀事實之陳述」，且認為無論不表意自由涉及商業言論或政治性言論，均應提高審查標準。¹⁸張嘉尹教授則主張並非所有涉及不表意自由之事件均與思想自由、良心自由或人性尊嚴相關，強迫加害人公開道歉與強制廠商張貼菸害警語、強制證人有作證義務有所不同，不僅限制加害人言論自由，亦侵害加害人良心自由及人性尊嚴。¹⁹以此觀之，張嘉尹教授似乎認為應以是否涉及思想自由、良心自由或人性尊嚴，決定不表意自由審查標準之寬嚴，與李念祖教授認為只要涉及不表意自由，一律採取較嚴格之審查標準迥異。

5.1.2 美國法

5.1.2.1 美國聯邦最高法院判決

美國聯邦最高法院針對強迫言論採取之審查標準，可依不同強迫言論類型區分。「傳統強迫言論」類型，除強迫揭露信念因涉及共產主義而採取利益衡量原則（*Barenblatt* 案、*Konigsberg* 案）外，因強迫對國家認同、強迫傳達、散布國家指定之特定訊息或意識形態訊息，美國聯邦最高法院均以思想自由作為不表意自由之基礎，故在審查標準之採擇上自然會採取嚴格審查標準（*Elrod* 案、*Wooley* 案）或絕對保障（*Barnette* 案、*AOSI I* 案）見解。²⁰「強迫使用私人論壇」類型，包括強迫使用廣電媒體及強迫使用一般私人財產，因該等類型均以傳統言論自由理論基礎作為預設，故美國聯邦最高法院在部分案件以「限制言論」之雙軌理論架構審查（*Turner* 案、*PG&E* 案），關於強迫使用一般私人財產部分，並以「訊息歸因理

¹⁷ 李建良，菸品標示「吸菸有害健康」的憲法問題，台灣本土法學雜誌，9期，頁99-100（2000）。

¹⁸ 李念祖，菸品標示管制與言論自由之限制—釋字第577號解釋之研究，東吳法律學報，17卷1期，頁17-18, 26（2005）。

¹⁹ 張嘉尹，人性尊嚴的重量——評析大法官釋字第656號解釋，世新法學，2卷2期，頁226-229（2009）。

²⁰ 關於傳統強迫言論類型之審查標準，請參4.1.5。



論」判斷強迫使用之合憲性。²¹

另針對「強迫贊助言論」部分，美國聯邦最高法院最初認為強迫贊助言論並非一種強迫言論類型（*Glickman* 案），之後始將強迫捐贈言論衍生適用於強迫贊助言論，並認為強迫贊助商業言論與傳統強迫言論、限制言論相同，且不表意自由與表意自由之基礎均為「言論自由」（*United Foods* 案）。²²「一般強迫揭露」類型部分，則係區分「受憲法保障之言論」與「商業言論」，前者無論是強迫事實陳述或強迫意見表達，均屬「針對言論內容之限制」，應採取嚴格審查標準（*Riley* 案），後者商業言論則再區分是否為純粹事實且無爭議資訊，決定適用寬鬆審查標準（*Zauderer* 案）或嚴格審查標準（*Becerra* 案）。²³至「強迫揭露個人身分」類型，美國聯邦最高法院肯認「匿名之權利」為憲法增修條文第 1 條言論自由所保障（*McIntyre* 案），未以不表意自由解釋匿名之權利。²⁴由此可見，除傳統強迫言論類型外，其餘強迫言論類型，原則上均係採取「限制言論」之審查架構，即依雙軌理論區分「針對言論內容之規制」與「非針對言論內容之規制」，以及雙階理論區分「一般受憲法保障之言論」與「商業言論」，因而適用不同審查標準。

Kathleen M. Sullivan 教授與哈佛大學法學院教授 Noah Feldman 分析美國聯邦最高法院就強迫言論案件採取之審查標準，認為法院先探究政府有無強迫表意者表述或與其不喜歡之言論有所連結，如法律並未強迫言論（例如 *PruneYard* 案），僅須採取合理審查標準，無庸採取特殊之言論自由審查標準；如法律確實強迫言論，則如同禁止言論之法律決定審查標準。因此，若法律強迫為特定內容之言論（例如 *Barnette* 案、*Wooley* 案及 *McIntyre* 案），或強迫反對言論回應特定內容之言論（例如 *Tornillo* 案及 *PG&E* 案），則視為針對言論內容（content-based）之規範，應適用「嚴格審查標準」；但如法律強迫言論之理由與言論內容無關，則至多採取 *O'Brien* 案及 *Ward v. Rock Against Racism* 案²⁵之「中度審查標準」（例如 *Turner* 案）；另針

²¹ 關於強迫使用他人論壇類型之審查標準、合憲性判斷，請參 4.2.1.4。

²² 關於強迫贊助言論類型之審查標準，請參 4.2.2.4。

²³ 關於一般強迫揭露類型之審查標準，請參 4.2.3。

²⁴ 關於匿名權利之憲法上基礎，請參 4.2.4.1。

²⁵ 491 U.S. 781 (1988).

對內容中立之法規範部分，美國聯邦最高法院尚考量被強迫訊息等同於表意者意見之風險（例如 *PruneYard* 案）、可獲得媒體之稀少性（例如 *Red Lion* 案）、表意者在強迫言論以外表達自己訊息之能力（例如 *PG&E* 案）。²⁶



換言之，Sullivan 律師與 Feldman 教授認為美國聯邦最高法院就強迫言論案件係採取與限制言論相同之「雙軌理論」審查架構，但未採取雙階理論，而是只要針對言論內容之限制，即一律採取嚴格審查標準。細觀渠等所述採取雙軌理論之案例，分別係「傳統強迫言論」、「強迫使用私人論壇」類型，未涵蓋「強迫贊助言論」、「一般強迫揭露」及「強迫揭露個人身分」類型，而「強迫贊助言論」、「一般強迫揭露」類型，如本文在 4.2.3.1 所述，實際上涉及之爭議為商業言論是否受憲法言論自由保障、商業言論受言論自由保障之基礎、應採取何種審查標準等問題，也因此美國聯邦最高法院只有在此二類型採取雙階理論，對於商業言論採取較為寬鬆之審查標準。因此，美國聯邦最高法院就強迫言論案件，扣除涉及商業言論之強迫言論類型，確實係採取限制言論之雙軌理論審查架構無誤，對於「針對言論內容之規制」採取嚴格審查標準，對於「非針對言論之規制」則採取中度審查標準。

5.1.2.2 美國學說見解

5.1.2.2.1 絕對保障說

Thomas Emerson 教授主張，政府規範只能直接針對行為，不得透過控制表意之方式控制行為，故除政府探查與國家得禁止之行為（action）密切相關之信念本身，不會侵害表意自由外，「強迫信念（coercion of belief）」明顯侵害表意自由，任何保障持有信念權利與其他私人或社會利益之衝突，均應以保障「信念自由（freedom of belief）」為優先，持有信念因而被賦予不被政府強迫之完全保障。²⁷

Emerson 教授進一步將「強迫信念」區分為「強迫認同信念（compulsory affirmation of belief）」、「強迫揭露信念（compulsory disclosure of belief）」及「處罰

²⁶ KATHLEEN M. SULLIVAN & NOAH FELDMAN, CONSTITUTIONAL LAW 1412 (19th ed. 2016).

²⁷ THOMAS I. EMERSON, THE SYSTEM OF FREEDOM OF EXPRESSION 22 (1971).

持有信念 (punishment for holding a belief)」三種態樣。「強迫認同信念」指政府要求個人公開認同特定信念，且無論人民是否確實持有該信念，均侵害信念自由，例如要求宣誓、背誦信條、致敬、屈服或其他類似遵從統治者意志之表意，美國主要案例為 *Barnette* 案之強迫在學校向國旗致敬，而賦予此等信仰權利完全保障，對於有效之表意自由制度具有必要性，且強迫公開信念不僅係對「人格完整性」之冒犯，同時亦侵害「隱私權」及「表意自由」。²⁸

至於「強迫揭露信念」，非使公眾認同該信念，而是單純使個人向公權力揭露而非表達其信念，此可能出現在任何涉及因持有特定信念而施以制裁或剝奪利益、特權之程序，此時揭露因附屬於施以制裁或取消資格之權力而正當化（例如立法調查委員會因單純為了曝光或其他目的而要求揭露），但目前普遍接受強迫揭露信念即使是享有廣泛調查權限之立法調查委員會，亦不得為之，應受到美國聯邦憲法增修條文第 1 條完全保障，其主要理由除了與強迫認同信念相同之侵害個人人格完整性、製造不符合思想自由之氛圍外，尚包括如認為強迫揭露信念非屬不法行為，將給予政府騷擾不受歡迎人民與意見之強大武器，以及強迫揭露並未獲得任何社會利益，而是為黨派或私人政治目的之理由。²⁹另「處罰持有特定信念」部分，政府不得因人民之信念而直接處以刑罰，根據信念所為之資格審查，依表意自由體系之目的及運作，亦應保障信念自由，但傳統政府官員與職員之宣誓，則無涉信念自由問題；某些應具備特定態度或政策表現之政府聘僱，為調查潛在雇員如何處理工作上之特殊問題，因而涉及某些信念架構或價值體系之揭露，亦與資格宣誓或服從特定信念之工作條件不同。³⁰

換言之，Emerson 教授認為「強迫認同信念」與「強迫揭露信念」，均侵害個人受憲法絕對保障之「信念自由」，政府完全不得為之。政府既然不得強迫贊同信念或強迫揭露信念，當然原則上亦不得「處罰持有特定信念」。因此，在 Emerson 教授指涉屬於「主觀意見表達強迫」之「強迫信念」，自然受到憲法絕對保障。

²⁸ *Id.* at 22-23, 26-27, 30.

²⁹ *Id.* at 30-32.

³⁰ *Id.* at 32-33, 38-41.



5.1.2.2.2 同言論自由之限制

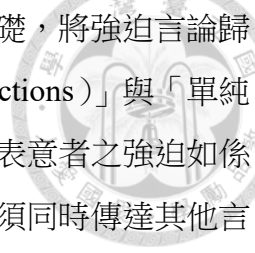
太平洋大學麥克喬治法學院教授（University of the Pacific, McGeorge School of Law）Leslie Gielow Jacobs 主張強迫言論之內容審查，應與限制言論之審查一致，均以政府目的是否係在「操縱言論市場」，判斷是否應採取嚴格審查標準。更廣義而言，即係探究政府行為是否與「溝通影響（communicative impact）」有關或以之正當化，故如政府目的係在緩慢灌輸愛國訊息，應適用嚴格審查標準；如政府目的係在幫助辨識自小客車，則應適用中度審查標準，且操縱言論市場目的本身亦可作為正當化政府行為之迫切目的，例如 *Red Lion* 案以電波頻率為私人壟斷事物創設機會；而操縱言論市場之判準，無論是強迫贊助或直接強迫言論均有適用，至言論之性質為意識形態、商業或其他，則與評價市場影響之程度相關。³¹

上開觀點無非係將「強迫言論」與「限制言論」劃上等號，並以政府目的判斷審查標準之寬嚴，且認為言論之類型得以評價政府之目的。Frederick Schauer 教授所提以言論自由正面價值考量之言論自由原則（Free Speech Principle），亦係依「政府目的」而非政府行為之效果，決定該原則之適用範圍。³²惟強迫言論係國家強制人民對國家認同或散布國家意識形態訊息，非難之重點在於政府所採強迫手段，此與限制言論在意的是政府禁止人民說話之目的不同，故以政府目的判斷強迫言論審查標準之寬嚴，顯然忽略政府強迫手段本身之高度可非難性。

5.1.2.2.3 區分「強迫言論產製」與「強迫限制言論」

³¹ Leslie Gielow Jacobs, *Pledges, Parades, and Mandatory Payments*, 52 RUTGERS L. REV. 123, 171-173, 179 (1999).

³² FREDERICK SCHAUER, FREE SPEECH: A PHILOSOPHICAL ENQUIRY 100-101(1982). 惟 Larry Alexander 與 Paul Horton 教授質疑以言論自由正面價值考量之言論自由原則，實際上不過是一種成本效益分析。Lawrence Alexander & Paul Horton, *The Impossibility of a Free Speech Principle*, 78 NW. U. L. REV. 1319, 1330-1331, 1335 (1984). 關於以成本效益分析（cost-benefit analysis）判斷行為是否應受言論自由保障之論者，主要為美國聯邦第七巡迴上訴法院法官 Richard A. Posner。Richard A. Posner, *Pragmatism Versus Purposivism in First Amendment Analysis*, 54 STAN. L. REV. 737, 738-742 (2002). 但成本效益分析理論亦被批評當國家直接以多數人對行為之觀感作為禁止之理由，實際上並未進行成本效益之衡量。Jed Rubinfeld, *The Freedom of Imagination: Copyright's Constitutionality*, 112 YALE L.J. 1, 41 (2002).



Eugene Volokh 教授以美國聯邦最高法院既有判決先例為基礎，將強迫言論歸納為「限制言論之言論強迫 (speech compulsions as speech restrictions)」與「單純言論強迫 (pure speech compulsions)」二種類型，前者政府對於表意者之強迫如係限制特定言論，推定違憲，包括：一、強迫說某些話之表意者必須同時傳達其他言論，因而對特定言論課予一種稅款形式。此種情形係因表意者過去曾經說話而被強迫說話、接納或贊助言論，屬「內容引發之強迫 (content-triggered compulsions)」。

二、強迫表意者在其言論產物包含特定素材，因而禁止表意者僅傳布其欲涵蓋內容之言論產物，屬「妨礙一致性言論產物」之情形。三、強迫表意者揭露其不情願揭露之特定事物 (例如表意者身分)，因而遏止渠等為言論，屬「遏止識別、揭露要求言論」；至「單純言論強迫」係指僅強迫言論而未限制言論之妨礙表意者自主性情形，此時政府之強迫在下列情形推定違憲：一、當政府強迫人民說其不欲說的話。二、當政府強迫人民贊助其不欲贊助之言論，除非贊助係以中立方式分配、贊助歸屬於政府表意者，始為合憲。但當政府僅強迫人民在其財產接納言論，如接納者是以中立方式定義，或此要求係接納政府表意者，則不推定違憲。另針對單純強迫向政府或第三人陳述事實，美國聯邦最高法院則尚未表示明確見解。³³

Volokh 教授以美國聯邦最高法院見解為基礎，試圖為強迫言論法則歸納一套準則，固然得使吾人釐清美國聯邦最高法院於何種情形推定違憲，但觀之本文在第四章所提及美國聯邦最高法院就各種強迫言論類型所表示之見解，可知美國聯邦最高法院即使就相同強迫言論類型之審查標準，亦非採取一致見解，故以歸納法嘗試為強迫言論法則建立一套體系，似乎徒勞無功，毋寧應先確立強迫言論之不表意自由理論基礎，再重新檢討強迫言論法則之審查標準問題。

5.1.2.2.4 理性第三人法則

福德漢姆大學 (Fordham University) 法學院教授 Abner S. Greene 認為，受言論自由條款保障之表意行為，必須涉及傳達表意人之內在想法，或對理性第三人而言看似涉及，故「說的權利」是保障個人表達信念、公開顯露個人想法之權利，與

³³ Eugene Volokh, *The Law of Compelled Speech*, 97 TEX. L. REV. 355, 358-361, 367-368 (2018).

之相反之「不說的權利」，則是保障個人不公開揭露其內在思想之權利，至強迫個人公開說特定言論之法律，則未要求個人公開揭露其思想。針對強迫言論案件，Greene 教授則區分強迫言論有無表意性、有無異議管道、是否以不中立方式為之，判斷是否屬於言論自由爭議，關於強迫言論之表意性部分，係以理性第三人是否知悉表意行為是否被強迫而定，如理性第三人知悉表意行為係被強迫，不必然反應表意者之思想，該強迫言論即不具有表意性，非屬言論自由條款涵蓋範圍，縱使表意者相信表意之內容，亦只是偶然，不影響表意行為未表達個人信念之性質，但政府如未開放異議管道或以不中立方式為之，則仍涉及言論自由爭議；反之，如強迫言論被理性第三人合理理解為未被強迫，因而顯示某種表意者之信念，依言論自由條款，該強迫言論推定無效；至於理性觀察者如認為表意者之強迫言論未被強制，且表意者尚有其他異議管道，政府亦未對特定族群施以強迫言論，即未涉及不表意自由，而是涉及自主或人格之自由權。³⁴

就此而言，Greene 教授主要係以理性第三人對於被強迫言論之認知及有無其他異議管道，判斷具體個案之強迫言論是否屬於言論自由涵蓋範圍。然針對強迫言論所主張之不表意自由，依本文主張，係指被強迫者本身思想有不被國家操弄之權利，而非理性第三人對於表意內容是否受國家操弄之理解，且以理性第三人之理解判斷，亦面臨何謂理性第三人之問題，故理性第三人法則不僅無法符合不表意自由之定義，且可能衍生如何判斷之爭議。

5.1.2.2.5 綜合因素判斷法

Vikram David Amar 教授與 Alan Brownstein 教授主張涉及下列幾種因素時，法院應採取嚴格審查標準：一、可預期之有意義錯誤歸因或曲解，尤其是法律禁止表意者與國家訊息保持距離或否認國家訊息，或如此行為之成本過高。二、寒蟬效應之出現係因強迫言論本身係行使言論權利而引起。三、政府試圖促進與被強迫之表意者行為或活動無關之政治或單純意識形態訊息。另如個人之人性尊嚴與個人自

³⁴ Abner S. Greene, *The Pledge of Allegiance Problem*, 64 *FORDHAM L. REV.* 451, 473-481 (1995). Larry Alexander 教授亦贊同 Greene 教授見解，See Larry Alexander, *Compelled Speech*, 23 *CONST. COMMENT.* 147, 152-153 (2006).

主利益受到重大侵害，亦應採取嚴格審查標準，例如政府侵犯具有私人性質之地區或媒介（例如個人之人身、衣服、住家、車輛、電話等）、政府加諸其訊息在本質上具表意性質之活動（出版、寫作、舉辦示威、遊說、遊行）、本質上具有冒犯性之訊息內容（例如要求某人表達猥褻或粗俗言論或明顯謊言）、對於政府訊息之直接與個人確信（如同公立學校孩童強迫向國家宣誓效忠）。³⁵

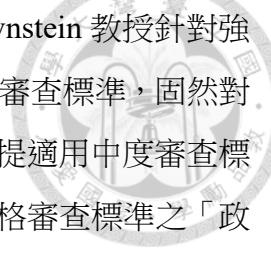
至在涉及下列因素時，Amar 與 Brownstein 教授則主張應採取較不嚴格之中度審查標準，類似適用於內容中立法規範之多重因素利益衡量標準：一、政府強迫真實之非商業性資訊言論或無涉政治之建議，以促進正當之規範目的，且被強迫表意者之身分或活動與其被要求溝通之訊息實質相關。二、政府有廣泛利用強迫言論，以大量減少政府利用自己代理人或部門所花費之成本，而不當操控公共論述之某種可能性。而此中度審查標準之審查重點，係在比較強迫言論與政府以自己代理人及資源說話所生之利益與成本，故分為三個審查步驟：一、國家占據私人傳達訊息與國家自己說話本身相較，是否較能實質上促進其正當目的。二、政府使用強迫言論與政府利用自己代理人及資源宣傳相同訊息相較，是否實質上更扭曲公眾論述。三、衡量強迫私人表達政府訊息所造成之尊嚴傷害，與政府訊息可能造成之任何冒犯。³⁶

另在涉及下列要件時，則採取順從（*deferential*）之合理性審查標準（*reasonableness standard of review*），類似適用於觀點中立言論規範或非公共論壇之標準：一、政府規範並非直接針對訊息之傳達或本身要求表達，只是規範一般性非表意行為，某些例外情形始可能涉及表意。二、受規範之活動近乎不具溝通性，且活動之行為面向支配所涉之表意部分。三、被強迫之表意者與訊息溝通所採取手段間之關係薄弱。至最低程度之合理審查標準（*rationality review*），則適用在下列情形：一、政府要求私人表達個人資訊以完成政府運作。二、政府規範大型營利企業表達只會造成本質上尊嚴傷害之訊息。³⁷

³⁵ Vikram David Amar and Alan Brownstein, *Toward a More Explicit, Independent, Consistent and Nuanced Compelled Speech Doctrine*, 2020 U. ILL. L. REV. 1, 31 (2020).

³⁶ *Id.* at 31-32.

³⁷ *Id.* at 32-33.



有異於傳統上將強迫言論一律視為推定違憲，Amar 與 Brownstein 教授針對強迫言論所涉不同要件，分別採取嚴格、中度、順從及合理之不同審查標準，固然對於強迫言論法則之適用提供較為清楚之方向。然而，二位教授所提適用中度審查標準之「強迫非商業性資訊言論或無涉政治之建議」，對照採取嚴格審查標準之「政府試圖促進政治或單純意識形態訊息」，可見係以言論之類型區分審查標準之寬嚴，但究竟何種言論類型應適用何種審查標準、理由為何，則不清楚。實則，此涉及強迫言論與限制言論本質上是否相同之爭議，如認為強迫言論等同於限制言論，自然會採取限制言論區分言論類型之雙階理論，但若認為強迫言論與限制言論非難之重點完全不同，則強迫言論是否當然有雙階理論之適用，即有疑問。此外，二位教授就順從之合理審查標準所提出之非表意行為、不具溝通性要件，實際上根本不符合「言論」定義，不構成強迫言論，將之置於強迫言論範圍討論，顯然將諸多單純之國家強迫行為納入強迫言論範疇，不僅過度擴大強迫言論之涵蓋範圍，且導致必須類型化各種非典型之強迫言論類型，並提出不同審查標準架構，反而紊亂強迫言論法則體系，不如重新檢討強迫言論之言論定義，探討真正強迫言論類型之不表意自由理論基礎及應適用之審查標準。

5.1.3 從社會心理學角度探究人之態度改變

我國大法官解釋針對強迫言論之司法審查，尚未建立一套具體明確之審查標準，學說上目前亦無充分從理論基礎討論者。至於美國聯邦最高法院就強迫言論係採取「限制言論」之雙軌理論審查架構，學說上針對強迫言論雖有提出不同審查模式，惟各該審查模式不是採取限制言論審查模式、歸納美國聯邦最高法院判決提出一套準則模式，就是採取不符合不表意自由定義之理性第三人法則、擴大強迫言論類型再依不同要素決定審查標準之綜合因素判斷法，均未能從強迫言論所涉及之不表意自由理論基礎，根本討論審查標準問題。

參之社會心理學上所指「態度 (attitude)」，係指以某種強度表達對於人、事物、想法之正面、負面或混合評價（例如對死刑、同性婚姻、槍枝管制、墮胎、大

麻合法化之態度);³⁸2018年出刊之「心理學年度評論(Annual Review of Psychology)」亦清楚說明「態度之研究」屬於「評價之研究(study of evaluations)」,關注於贊同或不贊同態度之評價性本質,且態度指涉特定主題,可以是物體、個人或抽象想法,「態度改變」是指從一個評價性類別移動至另個評價性類別,此可分為對於態度理論之概念化取徑(態度是固定記憶或暫時性因素所建構)及測量不同時點之態度取徑,至「態度與行為之關係(attitude-behavior relationship)」,則屬態度定義範圍外之實證問題。³⁹另所謂「社會知覺(social perception)」,係指依吾人感官所獲得之資料,建構對於社會世界之理解,較狹義定義則指吾人對他人特徵與人格形成印象之過程。⁴⁰

強迫表意之內容,包含個人對於事物之主觀價值判斷及客觀事實認知,「主觀價值判斷」與社會心理學所指「態度」實際上並無二致,「客觀事實認知」則相當於人以感官所得資料而對於社會之理解,屬於社會心理學上之「社會知覺」。因此,關於強迫言論之審查標準自可參考社會心理學之「態度與態度改變(attitudes and attitude change)」、「行為與態度間之一致性」,以及改變人知覺、意見及行為之「從眾」現象,決定審查標準之寬嚴,以下即探討社會心理學上「強迫順從」、「社會影響」、「從眾」與態度改變之關係。

5.1.3.1 強迫順從之「認知失調理論」

在社會心理學上,態度(attitude)是指存在於個人心智,對於事物之心理狀態,包含信念或認知(beliefs or cognitions)、評價(evaluation)、行為傾向(behavioral predisposition)三個要件,人之認知(即信念與態度)普遍具有一致性,如認知要素不具一致性,將促使人恢復該等要素之一致性,其中認知失調理論(theory of cognitive dissonance)為一種一致性理論(consistency theories),主要處理「態度」與「行為」間之不一致。⁴¹

³⁸ KASSIN ET AL., *supra* note 2, at 210.

³⁹ Dolores Albarracín & Sharon Shavitt, *Attitudes and Attitude Change*, 69 ANNUAL REVIEW OF PSYCHOLOGY 299, 300-302 (2018).

⁴⁰ JOHN D. DELAMATER, et al., *SOCIAL PSYCHOLOGY* 206 (2018).

⁴¹ *Id.* at 244, 251, 254. 中文翻譯請參 John D. DeLamater、Daniel J. Myers 著,陸洛等譯,社會心理

所謂「認知失調 (cognitive dissonance)」，係指個人所知對於個人、個人生活世界之知識、所相信之意見、信念、價值或態度，與個人行為間之心理上不一致，且認知要素僅係在回應現實 (reality)；而「強迫順從 (forced compliance)」係指個人因外在壓力或影響，致表現之行為違背其信念或意志，至於影響或壓力對於個人意見、信念或行為之改變，包括三種情形：一、未造成個人任何改變。二、個人不僅改變行為，事實上亦改變其意見或信念。三、個人改變其行為，但私下仍維持原本信念。針對第三種情形，係出現在不遵守即處罰之威脅，以及遵守即給予特別獎賞之情形，且懲罰與獎賞之大小、所涉意見或行為之重要性，係決定失調強度之重要因素，懲罰或獎賞越高，造成越少失調，懲罰或獎賞越低，因服從所生之失調則越增加；另所涉意見或行為越重要，強迫順從所帶來之失調強度越大，而所涉意見之重要性越高，需要更高強度之懲罰或獎賞以使強迫順從，並產生更高之失調強度。

42

至降低強迫順從所造成之失調有兩種方式，一種是改變個人意見，使之與公然之行為一致而降低失調關係，一種是強化獎賞或處罰之重要性，以增加與公然順從行為之一致性。個人意見是否改變與懲罰或獎賞之高低有關，懲罰或獎賞越低，相較於懲罰或獎賞越高，較會頻繁改變個人意見，故如欲使個人改變，最佳方式是提供剛好之懲罰或獎賞使之順從；如懲罰或獎賞不足以使之順從，減少懲罰或獎賞之重要性得以降低失調。⁴³美國社會心理學家 Leon Festinger 與 James M. Carlsmith 針對強迫順從進行一個極為著名之實驗，分別以美金 1 元及美金 20 元之獎賞，要求受試者向下位等待之受試者表示方才完成的實驗很有趣，但實際上該實驗無聊且單調，且以未要求告知下位受試者實驗有趣之受試者作為控制組，測試結果為控制組之受試者認為該工作之有趣度平均值為 - .45，受有美金 1 元及美金 20 元之受試者則分別認為該工作之有趣度平均值為 +1.35、- .05，可見取得美金 1 元者因為失調程度較高，減少失調之壓力也較高，故以說服自己該工作確實有趣之方式降低失

學，頁 155-156, 162-163, 166 (2007)。

⁴² LEON FESTINGER, A THEORY OF COGNITIVE DISSONANCE 1-3, 9-11, 84-85, 91-93 (1957). 另有將強迫順從之失調稱為「反態度行為 (counterattitudinal behavior)」。*See* DELAMATER ET AL., *supra* note 40, at 256. 對於認知失調理論的批評，Natalia P. Chapanis & Alphonse Chapanis, *Cognitive Dissonance: Five Years Later*, in ATTITUDE CHANGE: THE COMPETING VIEWS 118-150 (Peter Suedfeld ed. 2007).

⁴³ FESTINGER, *Id.* at 94-97.

調；取得美金 20 元者則因有較強之一致性關係而產生較低之失調，因此受試者認為該工作有趣度之平均值只些微高於控制組，故給予越高之獎賞，改變個人意見之效果越小。⁴⁴針對上述實驗，論者有以「作為就相信 (when doing is believing)」正當化與態度矛盾之行為。⁴⁵

上述社會心理學之「認知失調理論」及「強迫順從」，無非係在解釋強迫個人違背其信念之行為，所導致個人對於事物主觀價值判斷與行為間不一致之情形，以上開理論解釋強迫言論與內心思想之關係，強迫個人表達違反其內心思想之主觀意見表達，如伴隨之懲罰或獎賞越高，因懲罰或獎賞所帶來之威脅及誘因即可合理化個人之行為，故個人不易改變內心信念；反之，強迫言論所伴隨之懲罰或獎賞越低，因所帶來之威脅及誘因無法合理化個人行為，導致個人內在思想與外在行為高度不一致，因而產生高度壓力，必須說服自己改變內心之態度及信念。另強迫言論如涉及個人內心根深蒂固具有高度重要性之道德信念或宗教信仰，因該等個人內心思想難以改變，且為了降低此種情形所帶來內心思想與外在行為不一致之嚴重失調，必須施以更高之懲罰或獎賞強迫其順從；如未涉及高度重要性之信念，則採取低度懲罰或獎賞即可達成目的，故是否涉及個人內心根深蒂固之信念，最終仍係連結懲罰及獎賞之高低。

5.1.3.2 社會影響所造成之行為改變

相較於強迫順從之認知失調理論係探討「被強迫者」心理態度與外在行為不一致之情形，社會影響之態度改變或順從，則係從「來源 (source) (指說服者、強迫者)」面向觀察。所謂「社會影響 (social influence)」，係指來源從事某些行為 (例如說服、威脅、承諾或發布命令) 造成他人改變原本之行為，而社會影響之形式包括公開或秘密操弄，關於公開之社會影響部分，主要包括「說服 (persuasion)」、「基於威脅或承諾 (threats or promises) 之順從 (compliance)」、「服從 (obedience)

⁴⁴ Leon Festinger & James M. Carlsmith, *Cognitive Consequences of Forced Compliance*, 58 J. ABNORM. PSYCHOL. 203, 205-208, 209-210 (1959).

⁴⁵ KASSIN ET AL., *supra* note 2, at 248-249.

權威」。⁴⁶

「說服」係指來源以資訊改變目標對於某些議題、人或情狀之態度及信念，「利用威脅或承諾獲得順從」係指以懲罰及獎賞造成影響，且目標必須相信來源對於懲罰或獎賞具有控制力，而此所造成之順從，係指目標對於來源之請求或要求行為上遵從，與「說服」只是改變目標對於情境之態度，未確實改變情境不同，威脅或承諾確實重建情狀，且威脅與承諾之強度越高，越容易順從；「服從權威」則係基於目標接受權威之正當性，遵從權威所發布之命令，目標並須相信來源掌有權力且有權發布命令，此包括警察命令、法院判決、雙親之指令、牧師之告誡，而來源只有基於其在某社會團體之角色，使團體成員接受其有權就該議題規範行為，始得行使其權威。⁴⁷

由此可見，說服、威脅或承諾、權威雖均係來源所為之各種社會影響形式，但唯有說服係以非強迫方式同時改變他人之態度與行為，威脅或保證之順從則係以脅迫、利誘手段改變他人行為，且懲罰或獎賞之高低影響他人之順從度，至於服從權威則係受到權力或規範而拘束，與個人內心態度是否改變無涉。是以，因「說服」所造成之行為改變與態度改變，自屬合憲；「威脅或保證之順從」與「強迫順從」以強化獎賞或懲罰增加態度與行為間之一致性，實際上並無二致；「服從權威」則單純指受到外觀合法權力與規範之拘束，與本文所指非以合法權力與規範為前提之強迫言論不同。

5.1.3.3 從眾之「資訊式影響」與「規範式影響」

所謂「從眾（conformity）」，係指個體為遵守團體規範，傾向改變其知覺（perception）、意見（opinion）及行為，而此受到多數影響（majority influence）之行為，尚可能因團體大小、對於規範之認知、有無異議者支持而有所不同。⁴⁸美

⁴⁶ DELAMATER ET AL., *supra* note 40, at 311-313.

⁴⁷ *Id.* at 313-314, 325, 328, 330-332.

⁴⁸ KASSIN ET AL., *supra* note 2, at 275-277. Kassin 教授等人將「從眾」列為一種社會影響（social influence）形式，DeLamater 教授等人則未將「從眾」列為一種社會影響，而是在團體（groups）章節探討團體規範與標準之影響。See KASSIN ET AL., *supra* note 2, at 265; DELAMATER ET AL., *supra* note

國心理學家 Solomon E. Asch 之經典從眾實驗中，要求 7 至 9 人在教室參與「視覺區辨 (visual discrimination)」實驗，參與者被指示比對一條標準線與其他三條比較線，其中一條比較線與標準線等長，另兩條比較線與標準線長度有相當差距，此項任務共進行 18 次，參與者必須按順序公開表達其判斷，該團體中除其中一人外，其他人均與實驗者事先見面，並被指導回應錯誤且一致性之判斷，不知該安排之唯一參與者則不斷聽聞多數與其個人觀察不同的回應，此研究將主要受試者置於唯一少數地位，對抗錯誤且一致性之多數。在此 18 次試驗中，事前知悉之多數參與者共選對 6 次，其餘 12 次均故意選擇錯誤答案，實驗結果控制組之 37 個受試者，有 35 個人幾乎沒有錯誤，主要受試者則呈現朝多數顯著移動，只有 4 分之 1 受試者無錯誤，控制組則有 95% 正確；另參與者有 3 分之 1 回答為錯誤，控制條件下錯誤率則低於 1%。⁴⁹

上開 Asch 從眾實驗結束後訪談參與者，發現全部受試者均意識到自己以被迫放棄之手段積極解決衝突，而該矛盾時常質疑個人之正確性及誘使加入多數，當反對持續，反應則變成自我中心，受試者表達畏懼突出、向公眾暴露個人缺點、被團體否定。⁵⁰關於人民從眾之原因，包括因任務模糊基於正確性需求所受之「資訊性影響 (informational influence)」，以及因畏懼被孤立排斥所受之「規範性影響 (normative influence)」，前者真正被團體說服，因而不僅改變行為亦改變思想，稱為「私下從眾 (private conformity)」，後者則僅表面外在行為改變，未改變內在思想，稱為「公開從眾 (public conformity)」或「順從 (compliance)」，前述 Asch 之經典從眾實驗即屬於「公開從眾」類型。⁵¹由此可見，人民因不同原因而從眾，將影響人民是否因自我說服而改變態度，「資訊性影響」係為了追求正確判斷，因而改變自我態度，「規範性影響」則因畏懼外在氛圍壓力而從眾，故未改變個人態度。關於「強迫順從」、「社會影響」、「從眾」與態度改變之關係，請參《圖十九》。

40, at 439, 446.

⁴⁹ Solomon E. Asch, *Studies of Independence and Conformity: I. A Minority of One Against a Unanimous Majority*, 70 PSYCHOLOGICAL MONOGRAPHS: GENERAL AND APPLIED 1, 3, 6-10 (1956).

⁵⁰ *Id.* at 70.

⁵¹ KASSIN ET AL., *supra* note 2, at 268, 271, 273-275. 關於資訊性影響與規範性影響之中文文獻，請參胡志偉等，*心理學：身體、心靈與文化的整合*，頁 454 (2018)。

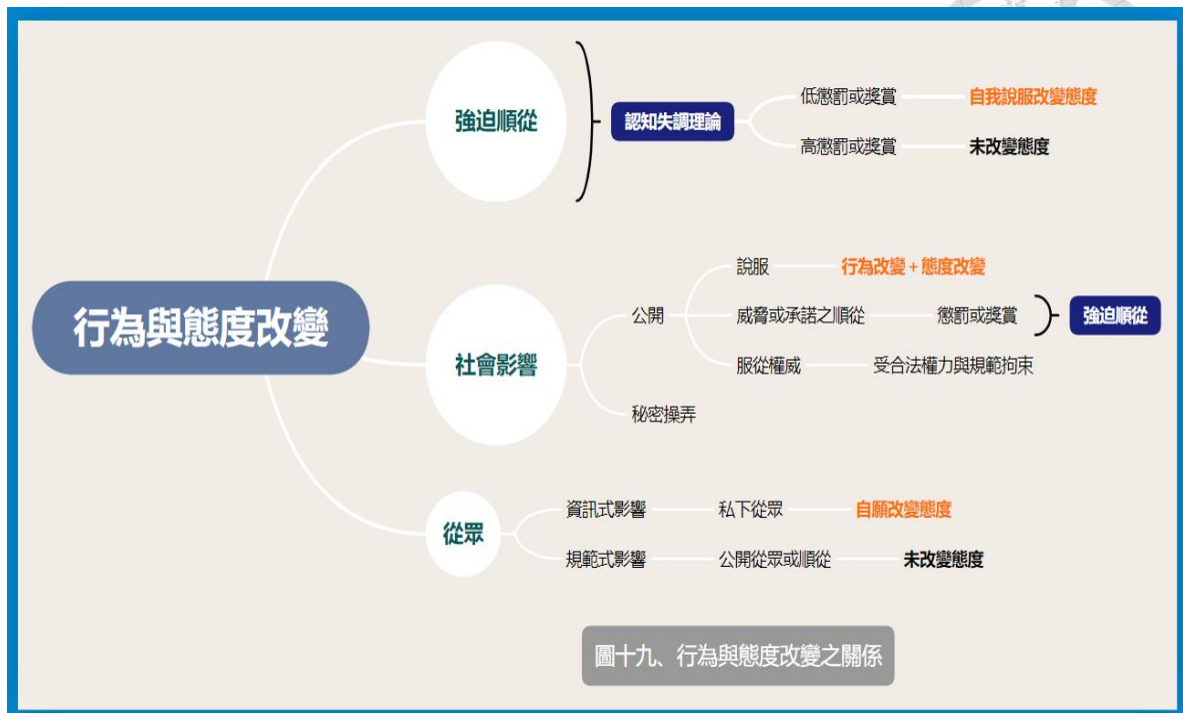


圖 19：行為與態度改變之關係
(圖片來源：筆者自製)

5.1.4 本文見解

5.1.4.1 強迫言論與社會心理學之關係

本文在第三章主張強迫言論應區分為「主觀意見表達之強迫」與「客觀事實陳述之強迫」，「主觀意見表達」實際上等同於社會心理學對於事物主觀價值判斷之「態度」，「客觀事實陳述」相當於人以感官所得資料而對於社會之理解，屬於社會心理學之「社會知覺」。又強迫言論之類型可區分為「強迫為特定內容表意」與「單純強迫表意」，二者並均可再細分為「主觀意見表達（即態度）」與「客觀事實陳述（即社會知覺）」。在「強迫為特定內容表意」之情形，因係以強迫手段強迫人民為特定表意內容，並非以說服方式傳達特定訊息，概念上相當於社會心理學之「強迫順從」，而因「認知失調理論」僅處理「強迫順從」所造成人之「態度」與行為不一致之情形，自僅適用於強迫為特定內容表意之主觀意見表達，不適用於強迫為特定內容表意之客觀事實陳述。由此可見，強迫為特定內容表意之「主觀意見表達」，相較於強迫為特定內容表意之「客觀事實陳述」，更重視對於人民思想之

侵害，與本文主張主觀意見表達主要以「思想自由」作為理論基礎，客觀事實陳述則非主要以思想自由為理論基礎之論證相符。



另「單純強迫表意」係強迫人民揭露內心對於事物之認知或觀點，雖然並未強迫人民表達特定內容，惟人民可能為遵守團體規範，進而改變個人知覺（即客觀事實認知）、意見（即主觀意見），故無論「單純強迫揭露」客觀事實或主觀意見，均可能產生從眾之情形。又「強迫揭露客觀事實」部分，因揭露之內容屬可驗證真偽之事實，人民之所以從眾無非係為了追求正確判斷因而受「資訊性影響」，並未受規範性影響，蓋事實有可能隨著日後時間之經過而釐清或確認，無畏懼被孤立而從眾之理由。因此，人民如因資訊欠缺而從眾表達大眾所認知之事實，不僅係外觀發表之言論從眾，內在思想亦因自我改變而從眾，對於思想之侵害顯然較低，自非主要以「思想自由」作為不表意自由之理論基礎。至於「強迫揭露主觀意見」，人民可能因畏懼被孤立排斥、接踵而來之報復或不利益，因而表達與自己內心相左之意見或信念，此種「規範性影響」所造成之從眾，並未真正被多數說服，故僅外在言論從眾，內在思想並未改變（例如畏懼政治不正確而噤聲），對於人民思想之侵害較強迫揭露客觀事實嚴重，強迫揭露主觀意見表達即應以「思想自由」作為理論基礎。

綜上可知，無論「強迫為特定內容表意」或「單純強迫表意」，「主觀意見表達之強迫」主要均係以思想自由作為理論基礎，「客觀事實陳述之強迫」則非主要以思想自由作為理論基礎，故決定審查標準時，自僅須區分「主觀意見表達之強迫」與「客觀事實陳述之強迫」，且因前者對於思想之侵害較後者為嚴重，一般而言應較後者採取較為嚴格之審查標準。

5.1.4.2 「主觀意見表達之強迫」與「客觀事實陳述之強迫」

關於「強迫主觀意見表達」部分，其不表意自由之理論基礎為「思想自由」，而因思想與個人人格形成具有密切關聯，不只影響個人的自主決定，亦影響個人所為之言論，參酌涉及個人自我認同、人格存續與發展、維持私密生活等事項具有重

要關聯之自主決定（例如命名、語言文字使用、性行為、婚姻或伴侶關係、組織家庭、生育、身體及其功能之運用、生命之終結、基本生活方式之選擇與實踐等），始屬受憲法保障之「行為自主權」或應提高審查標準，⁵²「主觀意見表達」既然以「思想自由說」為理論基礎，則強迫言論之內容如與個人人格發展等核心事務密切相關，對於思想自由之侵害自然較為嚴重，應受到憲法高度保障，而應採取較為嚴格之審查標準。

另參考適用於強迫為特定內容表意（主觀意見表達強迫）之認知失調理論，懲罰或獎賞之高低將影響被強迫者之態度是否改變，如採取之懲罰或獎賞越高，高額懲罰或獎賞本身即可正當化行為與態度之不一致，被強迫者未因此改變態度，故高額懲罰或獎賞只是使人民囿於嚴刑峻罰或高度誘因而壓抑自己對於事物之態度，對於人民思想之侵害較為嚴重；至於採取低額懲罰或獎賞之強迫順從，因懲罰或獎賞本身無法正當化行為與態度間之不一致，被強迫者必須自我說服改變態度，因而未嚴重侵害個人之思想，應採取較高額懲罰或獎賞為寬鬆之審查標準。因此，針對主觀意見表達強迫部分，亦應參考認知失調理論，以懲罰或獎賞之高低，決定應適用之審查標準。

至於「強迫客觀事實陳述」部分，主要以「隱私權」作為理論基礎，而隱私權涉及人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，強迫表達或揭露之客觀事實如涉及私密敏感事項，或雖非私密敏感事項但易與其他資料結合為詳細之個人檔案，即侵害隱私權保障之核心，應採取較為嚴格之審查標準。換言之，「強迫客觀事實陳述」應依強迫表意之客觀事實是否涉及私密敏感事項、或雖非私密敏感事項但易與其他資料結合為詳細之個人檔案，採取不同密度之審查標準（參圖二十）。

⁵² 參黃昭元，車速限制與行為自主權，月旦法學教室，5期，頁9（2003）。

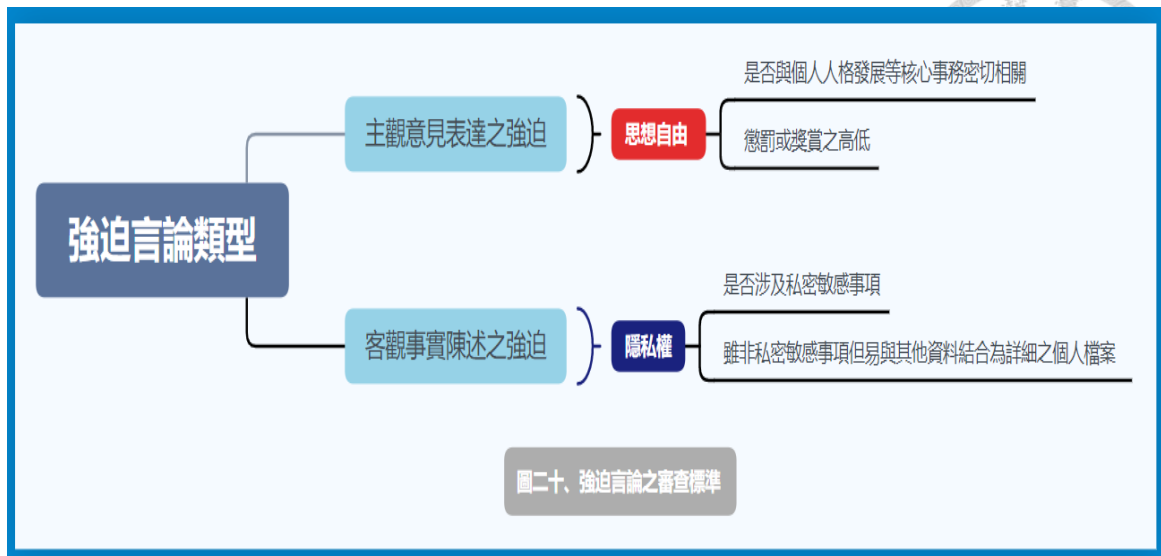


圖 20：強迫言論之審查標準
（圖片來源：筆者自製）

5.1.4.3 主觀意見表達之強迫

本文主張主觀意見表達強迫係以「思想自由」作為理論基礎，依前開說明，即應以強迫表達或揭露之內心信念「是否與個人人格發展等核心事務密切相關」、「懲罰或獎賞之高低」，決定是否採取較為嚴格之審查標準。例如涉及政治信念、宗教信仰、倫理道德之價值觀，與個人人格形成發展密切，對之所為之強迫應採取嚴格審查標準；單純涉及商品、商業判斷之良窳，則與個人人格發展無涉，對之所為之強迫應採取較為寬鬆之審查標準，如對此不表意自由限制所附加之懲罰或獎賞極低，則應採取最為寬鬆之合理審查標準。

5.1.4.4 客觀事實陳述之強迫

一般強迫揭露及強迫揭露個人身分，均屬「強迫客觀事實陳述」，其不表意自由之理論基礎為「隱私權」，依前開說明，應依所揭露資訊之性質是否屬於私密敏感事項、是否易與其他資料結合為詳細之個人檔案，採取不同密度之審查標準。如係強迫揭露商品資訊，因與個人私密敏感事項無關，應採取較為寬鬆之審查標準；如係強迫揭露個人行為之資訊，不同程度敏感性資訊之審查密度亦有所差異，例如

涉及性行為之敏感性資訊，應採取較為嚴格之審查標準，涉及購物行為之非敏感性資訊，則採取較為寬鬆之審查標準。



5.2 我國大法官解釋評析

5.2.1 釋字第 490 號解釋

兵役法第 1 條依憲法第 20 條⁵³規定，明定中華民國男子依法皆有服兵役之義務，且依釋字第 490 號解釋作成時之兵役法規定（1974 年 7 月 12 日修正公布）⁵⁴，兵役法之兵役係指與軍事訓練有關之戰鬥役。又服兵役持槍打仗之行為，對於拒絕參與任何軍事活動之耶和華見證人、基督徒而言，係表彰認同國家戰爭信念思想之語言符號，且依渠等因真摯宗教信仰（不欲接受軍事訓練、為未來戰爭作準備）而拒絕履行服兵役義務之情境，可認該語言符號確實具有作戰之意涵，屬於表意行為，因而構成憲法上所保障之「言論」。至於其他第三人是否將持槍服役理解為支持國家戰爭之信念，不妨礙拒絕持槍之耶和華見證人、基督徒就持槍服役行為所表彰之言論性質，故兵役法強制渠等服義務役，對渠等構成強迫言論，限制渠等之不表意自由，且此係強迫渠等認同國家對於戰爭之信念，屬於「主觀意見表達之強迫」。

強迫耶和華見證人及拒絕持槍之基督徒接受戰鬥役之軍事訓練，涉及渠等堅定之宗教信仰，與渠等個人人格形成發展密切，本應採取較為嚴格之審查標準；復依當時所適用之妨害兵役治罪條例第 3 條第 3 款⁵⁵、第 4 條第 4 款⁵⁶規定役齡男子

⁵³ 憲法第 20 條：「人民有依法律服兵役之義務」。

⁵⁴ 兵役法第 14 條第 1 項「士兵役分為常備兵役、補充兵役、國民兵役」、第 17 條第 1 項：「國民兵役之區分如左：一、初期國民兵役：以男子年滿 18 歲者服之，為期 1 年，得就所在地施以軍事預備教育。二、甲種國民兵役：以初期國民兵役期滿，適合於常備兵與補充兵現役所需之超額者服之，由縣、市政府施以 1 個月至 3 個月之軍事訓練。三、乙種國民兵役：以初期國民兵役期滿，而未服常備兵役、補充兵役或甲種國民兵役者服之，就所在地施以 1 個月以內之軍事訓練。」

⁵⁵ 1992 年 4 月 6 日修正之妨害兵役治罪條例第 3 條第 3 款：「役齡男子意圖避免徵兵處理，而有左列行為之一者，處 5 年以下有期徒刑：...三、徵兵檢查無故不到，或意圖變更體位而故意毀傷身體者」，現行妨害治罪條例第 3 條第 3 款維持原本「徵兵檢查無故不到」規定，「意圖變更體位而故意毀傷身體」則修正部分文字移至第 4 款。

⁵⁶ 1992 年 4 月 6 日修正之妨害兵役治罪條例第 4 條第 4 款：「意圖避免預備軍官、預備士官或常備兵、補充兵現役之徵集，而有左列行為之一者，處 6 月以上、5 年以下有期徒刑：...四、無故拒絕接受徵集令者」，現行妨害治罪條例第 4 條第 4 款之要件則修正為「拒絕接收徵集令」，刑度則變更為「5 年以下有期徒刑」。

意圖避免徵兵處理，而有徵兵檢查無故不到之情形，或意圖避免預備軍官、預備士官或常備兵、補充兵現役之徵集，而有無故拒絕接受徵集令之情形，分別處 5 年以下有期徒刑、6 月以上 5 年以下有期徒刑，且依兵役法第 5 條⁵⁷、兵役法施行法第 59 條第 2 項⁵⁸規定，如實際執行徒刑期間不滿 4 年，免除禁役，使役男縱曾經判處徒刑，如仍在適役年齡，其服兵役之義務亦不因此免除，故上開規定實質上係對堅持不遵循服兵役義務之役男繼續處罰，顯然係以嚴刑峻罰強迫人民屈服於國家對戰爭之信念，而非採取低度懲罰或獎賞之方式說服，自應採取最嚴格之嚴格審查標準。

具體審查結果，兵役法第 1 條規定之立法目的係為實踐國家目的及憲法第 20 條人民依法律服兵役之義務，且為保護人民、防衛國家安全，⁵⁹該等目的固然均屬重大迫切之政府利益，惟在目的與手段間關聯性之審查上，強制對於政治事務保持中立、不持武器參加戰爭之耶和華見證人及基督徒接受戰鬥役之軍事訓練，不僅完全無法達成保護人民、防衛國家安全之目的，且實際上採取不強制渠等接受軍事訓練之其他較小侵害手段（例如替代役），同樣亦可達成目的，故強制所有男性（包含耶和華見證人及拒絕作戰之基督徒在內者）服兵役之手段與保家衛國、維護人民安全之立法目的間不具有緊密契合關係，兵役法規定適用於本件聲請人，應屬違憲。

本號解釋單純以憲法第 13 條宗教信仰自由審查，並採取人民基本義務優先，近乎不審查之極寬鬆審查標準，未論述「持武器作戰之行為」是否屬於表意行為而構成憲法所保障之「言論」，進而以強迫言論所涉及之不表意自由侵害審查，致未

⁵⁷ 1974 年 7 月 12 日修正之兵役法第 5 條：「凡曾判處 7 年以上有期徒刑者，禁服兵役，稱為禁役。」現行兵役法第 5 條則修正為：「有下列情形之一者，禁服兵役，稱為禁役：一、曾判處 5 年以上有期徒刑者。二、執行有期徒刑在監合計滿 3 年者（第 1 款）。經裁定感訓處分者，其感訓處分期間應計入前項第 2 款期間（第 2 款）。」

⁵⁸ 1998 年 6 月 17 日兵役法施行法第 59 條第 2 項：「前項判處徒刑人員，經依法赦免、減刑、緩刑、假釋後其禁役者，如實際執行徒刑期間不滿 4 年時，免除禁役；其緩徵、緩召者，如實際不在監獄執行時，視為緩徵、緩召原因消滅，均由各該管轄司法機關通知其所屬縣（市）政府處理之。」現行兵役法施行法則刪除此條文。

⁵⁹ 參釋字第 490 號解釋解釋文：「...於兵役法第 1 條規定：中華民國男子依法皆有服兵役之義務，係為實踐國家目的及憲法上人民之基本義務而為之規定，原屬立法政策之考量，非為助長、促進或限制宗教而設，且無助長、促進或限制宗教之效果。復次，服兵役之義務，並無違反人性尊嚴亦未動搖憲法價值體系之基礎，且為大多數國家之法律所明定，更為保護人民，防衛國家之安全所必需，...」

能保障個案之耶和華見證人及拒絕持槍之基督徒，容有疑問。



5.2.2 釋字第 577 號解釋

2000 年 1 月 19 日修正公布之菸害防制法第 8 條第 1 項（現修正為第 7 條第 1 項本文）、第 21 條（現修正為第 24 條第 1 項）規定，強制菸品業者在菸品容器上標示菸品所含尼古丁及焦油含量，如以我國大法官解釋已承認商業言論、法人言論⁶⁰受憲法言論自由保障為基礎，關於該標示之記載，係表彰菸品業者意思之語言符號，且依該語言符號之文本內容、記載菸品容器成分之語境，以及消費者依標示內容可知菸品業者所傳遞之菸品成分訊息，足見該菸品標示具有一定意涵，屬於憲法所保障之言論範疇。⁶¹

強制菸品標示係強迫菸品業者揭露一定客觀事實，屬於侵害不表意自由之「客觀事實陳述強迫」，其理論基礎為「隱私權」，應依所揭露資訊之性質是否屬於私密敏感事項、是否易與其他資料結合為詳細之個人檔案，採取不同密度之審查標準。強制菸品業者在菸品容器上標示商品成分，揭露之資訊僅係菸品成分之商業資訊，未涉及私密敏感事項，亦未與其他資料結合為詳細之個人資料檔案，故應採取較為寬鬆之合理審查標準，即政府目的只要合法、正當，手段與目的間具有合理關聯，

⁶⁰ 如認為法人享有言論自由，即應依「雙階理論」就所涉言論類型採取不同之審查標準（參釋字第 414 號、617、623、794 號解釋）。針對法人、團體是否為言論自由之主體，黃昭元大法官採取肯定立場，認為雖然其受保障之範圍或程度可能小於自然人，但至少就商業言論、對擬參選人或政黨之政治獻金、遊說、其他公共議題之意見表達等言論類型，尚難完全否定其可為（也已為）言論自由之主體。參釋字第 794 號解釋黃昭元大法官提出、張瓊文大法官加入二部分之部分不同意見書第 15 段。是該不同意見書似乎係立基於商業言論、政治獻金等已被肯認屬於憲法上言論之實然觀點，肯定法人、團體享有言論自由。如以美國聯邦最高法院已承認之言論類型，以及我國大法官解釋已肯認商業言論受憲法保障之觀點出發，則法人、團體確實應享有言論自由。

⁶¹ 如未以商業言論、法人言論應受憲法言論自由保障作為預設，依本文主張之言論定義，強制菸品業者為商業言論，因菸品業者僅係單純之營利法人組織體，未如同自然人具有內在思想，菸品業者亦非由具有特定思想或信念之自然人組成，故菸品業者並非憲法第 11 條之言論自由主體，強制菸品標示不構成強迫言論。關於由具有特定思想或信念之自然人組成之組織體，例如由虔誠基督徒組成之基督教組織，開設基督書坊出售聖經及與基督教相關飾品，應可認為該由具有特定思想或信念之自然人組成之宗教組織仍具有內在思想，如強迫該等宗教組織在其所出售之書籍標示「耶穌基督只是神話」、「聖經所載內容純屬虛構」、「世界末日不會到來」等文字，仍有可能構成強迫言論。惟 Steve Shiffrin 教授採取不同見解，其主張只有負責人、無任何員工之公司，因承擔公司利益而得以主張宗教自由，但管理企業並非言論自由活動，故公司不得主張言論自由。換言之，Shiffrin 教授認為無論何種情形，法人均不得主張強迫言論。See Steven H. Shiffrin, *What is Wrong with Compelled Speech*, 29 J.L. & POL. 499, 502 (2014).

即屬合憲。參諸菸害防制法第 8 條第 1 項立法理由，係為避免菸品中尼古丁及焦油之有害物質對國民健康造成危害，⁶²此維護國民健康之立法目的自屬合法正當。又強制菸品標示得提供消費者菸品商品之重要資訊，使消費者對於菸品成分及對健康之影響有所瞭解，俾審慎判斷是否購買，故強制菸品標示與維護國民健康目的間亦具有合理關聯，應屬合憲。

釋字第 577 號解釋以所涉言論類型為「商業言論」，對於品業者不表意自由之限制採取中度審查標準，未區分強迫言論與限制言論而有所不同，顯然認為「強迫商業言論」與「限制商業言論」之言論自由價值並無二致。又釋字第 414 號解釋已肯認商業言論具有發現真理、表現自我之價值，受憲法言論自由保障，釋字第 577 號解釋在此前提下，認為「強迫商業言論」等同於「限制商業言論」，自係採取「表現自我說」而非發現真理說之言論自由價值觀，否則強迫商業言論與限制商業言論相較，反而有助於真理發現，理論上應較限制商業言論採取較為寬鬆之審查標準。本號解釋單純從商業言論之價值探討強迫商品標示之合憲性，未區分主觀意見表達與客觀事實陳述，探討不同之不表意自由理論基礎，容有商榷餘地。

另余雪明大法官在本號解釋協同意見書指出，單純商品標示有助於真理發現，因而在美國法較少以言論自由審查，德國法亦因單純商品成分標示不涉及意見，而無言論自由之適用，故主張單純商品標示非屬言論自由保障範圍，應以商業規範之低度審查標準審查。⁶³雖然余大法官與本文同樣採取合理審查標準，惟其認為單純商品標示不屬於言論自由保障範圍，係將「強迫商業言論之客觀事實陳述」排除於言論自由保障範圍，與本文主張「(強迫)客觀事實陳述」與「(強迫)主觀意見表達」均受言論自由保障不同。至於「強迫非商業言論之客觀事實陳述」，余大法官是否認為亦不受言論自由之保障，則不得而知。然而，強迫商業言論之客觀事實陳述不在憲法言論自由保障範圍，不可避免涉及商業言論之價值、限制商業言論是否亦屬言論自由保障範圍之問題，余大法官就此未明確表明，故尚難判斷其理論是否

⁶² 參該條行政院提案理由：「一、尼古丁及焦油為菸品中兩種最重要之有害物質，為免該物質對國民健康造成危害，故參照美國、加拿大、新加坡等國家規定，訂定第 1 項。二、尼古丁及焦油對人體危害且呈劑量反應，為減低其對消費者之危害，爰定第 2 項。」參立法院公報，85 卷 45 期（上冊），頁 61（1996）。

⁶³ 參余雪明大法官釋字第 577 號解釋協同意見書。

一致。



5.2.3 釋字第 656 號解釋

本號解釋涉及法院依民法第 195 條第 1 項後段規定判決強制加害人道歉，是否違憲侵害加害人之不表意自由。判決公開道歉係強制加害人道歉，而道歉無論是以強制登報道歉、於媒體播送道歉啟事、書立道歉書之方式為之，固然均非真摯之道歉，僅係形式意義之道歉，惟加害人仍產製表彰歉意思之語言符號，且該語言符號依報章媒體、書信所刊登、記載之文字內容，不僅明確具名加害人為道歉人，並記載道歉係針對加害人先前侵權行為而為，復考量加害人與被害人間因侵害名譽所生彼此間之關係，則強制道歉當具有一定意涵，不論他人是否確實將該形式意義之道歉理解為真摯道歉，均無礙強制道歉構成憲法上所保障之言論。

法院以判決強制加害人公開道歉，因道歉攸關個人內心是非對錯之價值判斷，則強制加害人道歉係強迫加害人表達承認自我錯誤之是非道德觀，屬於「主觀意見表達之強迫」，且因此涉及個人倫理道德之價值觀，與個人人格形成發展密切，理應採取較為嚴格之審查標準。復因拒絕法院判決強制道歉之法律效果，依向來實務見解⁶⁴，認為判決公開道歉屬強制執行法第 127 條第 1 項行為不行為請求權執行之「可代替行為」，⁶⁵無須由加害人親自為之，亦可由他人代為履行，足見上開規定並非採取對拒絕道歉之加害人課以低度罰鍰，或以道歉減免部分損害賠償金額之低度懲罰或獎賞方式，而是採取強迫以加害人名義公開道歉之嚴厲懲罰。縱使如同近期最高法院見解有認為判決公開道歉屬於強制執行法第 128 條第 1 項之「不可代替行為」，⁶⁶因不可代替行為不履行之法律效果係處以怠金，經定期履行而不履

⁶⁴ 參最高法院 100 年度台抗字第 283 號民事裁定：「...蓋加害人所負之有關『排除侵害』及『登報道歉』義務，性質上為一定之行為，參照強制執行法第 127 條第 1 項規定，係屬於可代替之行為，自可成為繼承之標的。...」近期實務見解則有認為屬於強制執行法第 128 條第 1 項之「不可代替行為」。

⁶⁵ 參強制執行法第 127 條第 1 項：「依執行名義，債務人應為一定行為而不為者，執行法院得以債務人之費用，命第三人代為履行。」

⁶⁶ 參最高法院 107 年度台上字第 2351 號民事判決：「...末查，按依執行名義，債務人應為一定之行為，而其行為非他人所能代履行者，債務人不為履行時，執行法院得定債務人履行之期間。債務人不履行時，得處 3 萬元以上 30 萬元以下之怠金。其續經定期履行而仍不履行者，得再處怠金或管收之。強制執行法第 128 條第 1 項定有明文。原審命段宜康於其個人臉書網頁刊登道歉聲明，核

行，得再處怠金或管收，⁶⁷未如同夫妻同居之判決明文不適用前開怠金、管收之規定，⁶⁸則法院判決強制道歉即使認為係不可代替行為，仍可以對加害人連續處以怠金或拘束人身自由之管收方式強制履行，顯係以高度懲罰之方式強迫加害人履行，自應採取最嚴格之嚴格審查標準。易言之，目的必須是「重大迫切之政府利益」，且手段與目的間具有無其他更小侵害手段之「緊密契合關係」，始屬合憲。

關於目的合憲性審查部分，依民法第 195 條第 1 項後段「回復名譽之適當處分」文字，可知該條之立法目的為「回復被害人之名譽」，而名譽有人將之視為第二生命，且為我國刑法所欲積極保護之法益，立法者並特立妨害名譽罪章處罰公然侮辱、誹謗他人之行為，故回復被害人名譽在我國應屬重大迫切之政府利益。惟因尚有其他手段得以達成回復被害人名譽之目的，例如刊登撤回啟事（retraction）、更正啟事、澄清聲明、勝訴判決書等更小侵害手段，故判決強制加害人公開道歉與回復被害人名譽間不具有緊密契合關係，要屬違憲。又我國民法第 195 條第 1 項後段僅規定：「其名譽被侵害者，並得請求『回復名譽之適當處分』」，未明定強制道歉作為「回復名譽之適當處分」，但由該條立法理由揭示「登報謝罪」為回復名譽之適當處分，⁶⁹顯見立法者將強制加害人道歉預設為回復被害人名譽適當處分之一，是應採取合憲解釋原則，認為該規定「涵蓋過廣」，強制加害人道歉非屬民事法上回復被害人名譽之適當手段，因而排除其適用。

本號解釋以利益權衡模式，闡明法院如為回復受害人名譽，而有限制加害人不自表意自由之必要，應審酌不法侵害人格法益情節之輕重與強制表意之內容等而為適當之決定，並強調涉及道德、倫理、正義、良心、信仰等內心信念與價值者，與人民思想自由、自主決定權、人性尊嚴密切相關，傾向採取對主觀意見表達之強迫較高度保障，其中關於審查標準部分，與本文主張強迫主觀意見表達之內容如與個

屬命其為一定之行為，且該行為非他人所能代替，自得依上開規定為強制執行。…」

⁶⁷ 強制執行法第 128 條第 1 項：「依執行名義，債務人應為一定之行為，而其行為非他人所能代履行者，債務人不為履行時，執行法院得定債務人履行之期間。債務人不履行時，得處新臺幣 3 萬元以上 30 萬元以下之怠金。其續經定期履行而仍不履行者，得再處怠金或管收之。」

⁶⁸ 強制執行法第 128 條第 2 項：「前項規定，於夫妻同居之判決不適用之。」

⁶⁹ 18 年 11 月 22 日制定之民法第 195 條立法理由：「查民律草案第 960 條理由謂身體、康健、名譽、自由之被害人，雖非財產上之損害，亦得請求相當賠償之金額，（慰藉費）以保全其利益。其名譽之被侵害，非僅金錢之賠償足以保護者，得命為恢復名譽之必要處分，例如登報謝罪等。…」

人人格發展等核心事務密切相關，應受到憲法高度保障，而應採取較為嚴格審查標準之見解類似。但針對違憲審查模式之操作，本號解釋採取利益權衡模式，相較於本文所採美國法上之三重審查標準不明確，則有斟酌之餘地。





第六章、結論

本章將就第一章 1.5 所提出之下列問題，於 6.1 提出本文之研究結論：一、不表意自由之憲法上權利依據？二、不表意自由之定義？三、不表意自由之理論基礎（即不表意自由之保障範圍）？四、強迫言論之「言論」定義？五、強迫言論之類型？六、強迫言論之司法審查？6.2 則是針對未來仍可繼續深耕之議題說明研究展望。

6.1 研究結論

本文主張「不表意自由」與「表意自由」同受我國憲法第 11 條言論自由保障，惟「強迫言論」相較於「限制言論」，較不被言論自由所容許。又不表意自由並非「沉默的權利」，而係指「不被操弄思考過程之權利」，且不表意自由應區分「主觀意見表達之強迫」與「客觀事實陳述之強迫」，前者之不表意自由理論基礎為「思想自由說」，後者之理論基礎為「隱私權說」。

強迫言論所指憲法保障之「言論」，係「一般日常生活之言論」，只要表意者產製表彰思想之語言符號，且該語言符號依當時交互文本內容、所處特定語境、權力互動關係，可認定具有一定意涵，不論該語言符號係以何方式表現，均屬言論。依本文主張之言論定義與不表意自由之理論基礎，「主觀意見表達之強迫」主要為「傳統強迫言論」類型，「強迫使用私人論壇」、「強迫贊助言論」則非強迫言論類型；客觀事實陳述之強迫包含一般強迫揭露與強迫揭露個人身分，且應排除非屬憲法所保障之言論類型。

最後，針對強迫言論之司法審查，「主觀意見表達強迫」應以強迫表達或揭露之內心信念「是否與個人人格發展等核心事務密切相關」、「懲罰或獎賞之高低」，決定是否採取較為嚴格之審查標準。「強迫客觀事實陳述」，應依所揭露資訊之性質是否屬於私密敏感事項、是否易與其他資料結合為詳細之個人檔案，採取不同密

度之審查標準。



6.2 研究展望

強制公職人員就職宣誓¹、強迫證人作證²，分別係強迫公職人員向國旗、國父遺像表達守法、效忠國家之意；強迫證人在他人案件擔任證人，至法庭作證陳述，二者似乎均屬於一種強迫言論。惟強制公職人員就職宣示，係由人民轉換為公務員身分，強迫證人作證則係在法院之特殊場域，以證人身分發表個人言論，此等被強迫表意者（即將成為公務員之人民、證人）之身分、地位與一般人民不盡不同，因而可能有不同利益考量，自屬特殊強迫言論問題。

此與大學教育內之強迫言論，涉及大學自治下之學術自由，無法與單純對一般個人之強迫言論類比相似，故在前開情形，同樣有特殊場域（公務機關、法院）、特殊身分者（即將成為公務員之人、證人）之不表意自由問題，自可作為後續研究方向。惟因此爭議涉及全面性針對特殊場域、身分者之研究，囿於本人能力有限，且此議題實際上已超越本文研究範圍，故本文不予討論，期待未來學界就此議題進行深入、全面之研究。

¹ 宣誓條例第 3 條第 1 項：「前條公職人員應於就職時宣誓。」

² 民事訴訟法第 302 條：「除法律別有規定外，不問何人，於他人之訴訟，有為證人之義務」、第 303 條第 1 項：「證人受合法之通知，無正當理由而不到場者，法院得以裁定處新臺幣 3 萬元以下罰鍰」；刑事訴訟法第 176 條之 1：「除法律別有規定外，不問何人，於他人之案件，有為證人之義務」、第 178 條第 1 項：「證人經合法傳喚，無正當理由而不到場者，得科以新臺幣 3 萬元以下之罰鍰，並得拘提之；再傳不到者，亦同」；行政訴訟法第 142 條：「除法律別有規定外，不問何人，於他人之行政訴訟有為證人之義務」、第 143 條第 1 項：「證人受合法之通知，無正當理由而不到場者，行政法院得以裁定處新臺幣 3 萬元以下罰鍰。」

參考文獻

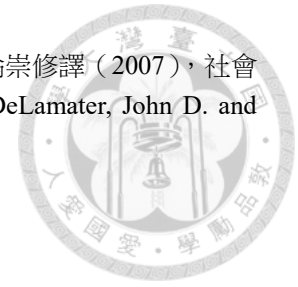


一、中文文獻

(一) 中文專書

- 李惠宗 (2015), 憲法要義, 7 版, 臺北: 元照。
- 吳佳樺 (2010), 民、刑事法上強制道歉合憲性之研究, 國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。
- 吳信華譯 (2002), 香菸強制標示案裁定, 收於: 司法院大法官書記處編, 德國聯邦憲法法院裁判選輯 (十), 頁 215-228, 臺北: 司法院秘書處。
- 法治斌、董保城 (2014), 憲法新論, 6 版, 臺北: 自版。
- 林子儀 (2002), *The Right to Receive Under the Freedom of Speech*, 收於: 言論自由與新聞自由, 頁 294-320, 臺北: 元照。
- 林子儀 (2002), 言論自由之理論基礎, 收於: 言論自由與新聞自由, 頁 1-59, 臺北: 元照。
- 林子儀 (2002), 言論自由與內亂罪—「明顯而立即危險原則」之闡釋, 收於: 言論自由與新聞自由, 頁 197-228, 臺北: 元照。
- 林子儀 (2002), 言論自由導論, 收於: 李鴻禧等合著, 臺灣憲法之縱剖橫切, 頁 103-179, 臺北: 元照。
- 林子儀 (2002), 論接近使用媒體權, 收於: 言論自由與新聞自由, 頁 229-259, 臺北: 元照。
- 林東泰 (2019), 批判話語分析總論: 理論架構、研究設計與實例解析, 高雄市: 巨流。
- 范秀羽 (2018), 表現自由, 收於: 程明修等合著, 憲法講義, 頁 261-262, 臺北: 元照。
- 胡志偉、徐永豐、葉俊毅、葉素玲、陳一平、郭柏呈、梁庚辰、葉怡玉、周泰立、曹峰銘、連韻文、朱玉正、張郁雯、陳學志、卓淑玲、葉光輝、蘇珍頤、陳永儀、陳淑惠 (2018), 心理學: 身體、心靈與文化的整合, 臺北: 國立臺灣大學出版中心。
- 孫秀蕙、陳儀芬 (2011), 結構符號學與傳播文本: 理論與研究實例, 新北市: 正中書局股份有限公司。
- 張文貞 (2010), 跨國憲法對話—大法官解釋引用外國法的總體實證研究, 收於: 黃舒芃編, 憲法解釋之理論與實務第 7 輯 (下冊), 頁 483-517, 臺北: 中央研究院法律學研究所籌備處。
- 張文貞 (2013), 司法院大法官解釋引用外國法及判決之實證研究—大法官留學背景作為引用的關鍵因素, 收於: 張永健編, 2011 司法制度實證研究, 頁 33-83, 臺北: 中央研究院法律學研究所。
- 許宗力 (2007), 談言論自由的幾個問題, 收於: 法與國家權力 (二), 頁 198。
- 許志雄、陳銘祥、蔡茂寅、周志宏、蔡宗珍 (2008), 現代憲法論, 4 版, 臺北: 元照。
- 許育典 (2016), 憲法, 7 版, 臺北: 元照。
- 陳慈陽 (2016), 憲法學, 3 版, 臺北市: 自版。
- 黃榮堅 (2012), 基礎刑法學 (上), 4 版, 臺北: 元照。
- 廖元豪 (2010), 邊緣異議者的武器—匿名發表之言論自由, 司法院大法官 99 年度學術研討會—解釋憲法與言論自由之保障 (上冊), 司法院主辦, 頁 1-18, 2010 年 12 月 18 日。
- 蘇慧婕 (2017), 言論管制的中立性—美國雙軌理論和德國一般法律理論的言語行為觀點分析, 收於: 李建良編, 憲法解釋之理論與實務 (九): 憲政主義與人權理論的移植與深耕, 頁 201-269, 臺北: 中央研究院法律學研究所。
- Anthony Lewis 著, 林凱雄譯 (2020), 異見的自由: 美國憲法增修條文第 1 條與言論自由的保障, 新北市: 八旗文化。[Lewis, Anthony. 2007. *Freedom for the Thought That We Hate: A Biography of the First Amendment*. New York, NY: Basic Books.]

John D. DeLamater、Daniel J. Myers 著，陸洛、吳珮瑀、林國慶、高旭繁、翁崇修譯（2007），*社會心理學*，臺北：新加坡商湯姆生亞洲私人有限公司臺灣分公司。[DeLamater, John D. and Daniel J. Myers. 2006. *Social Psychology*. 6th ed. Wadsworth.]



（二）中文期刊

- 左宗宏、周玫楓（2004），從 2001 年台北縣長選舉探討參考團體與第三人效果感知對選民表達意願的影響，*選舉研究*，11 卷 2 期，頁 163-183。
- 李念祖（2005），菸品標示管制與言論自由之限制—釋字第 577 號解釋之研究，*東吳法律學報*，17 卷 1 期，頁 1-30。
- 李建良（2000），菸品標示「吸菸有害健康」的憲法問題，*台灣本土法學雜誌*，9 期，頁 97-102。
- 林子儀（1987），商業性言論與言論自由，*美國月刊*，2 卷 8 期，頁 23-33。
- 林超駿（2005），試論大法官繼受外國法之特色與挑戰：影響繼受結果“質”的幾個關鍵，*臺大法學論叢*，34 卷 3 期，頁 73-164。
- 林瑋芳、黃金蘭、林以正（2014），從 LIWC 到 C-LIWC：電腦化中文字詞分析的潛力，*臺灣諮商心理學報*，2 卷 1 期，頁 97-111。
- 林瑋芳、黃金蘭、林以正、李嘉玲、J. W. Pennebaker（2020），語言探索與字詞計算詞典 2015 中文版之修訂，*調查研究—方法與應用*，45 期，頁 73-118。
- 孫秀蕙（1994），民意理論中的「死硬派」之研究—以「興建核四廠」議題為例，*新聞學研究*，49 期，頁 157-190。
- 翁秀琪（1997），選民的意見形成—以民國 82 年臺北縣縣長選舉為例檢驗「沉默螺旋理論」，*新聞學研究*，55 期，頁 160-182。
- 張文貞（2009），人權保障與憲法解釋：對司法院大法官釋憲的期許，*台灣法學雜誌*，127 期，頁 94-98。
- 張嘉尹（2009），人性尊嚴的重量—評析大法官釋字第 656 號解釋，*世新法學*，2 卷 2 期，頁 1-33。
- 許宗力（2003），基本權利：第五講—基本權利的第三人效力與國庫效力，*月旦法學教室*，9 期，頁 64-74。
- 陳耀祥（2005），論菸品內容標示義務與基本權利之限制—評司法院釋字第 577 號解釋，*月旦法學雜誌*，116 期，頁 215-222。
- 湯廷池（1985），英語詞句的「言外之意」：「語用解釋」，*教學與研究*，7 期，頁 57-111。
- 黃昭元（2000 年），信上帝者下監獄？—從司法院釋字第 490 號解釋論宗教自由與兵役義務的衝突，*臺灣本土法學雜誌*，8 期，頁 30-45。
- 黃昭元（2003），車速限制與行為自主權，*月旦法學教室*，5 期，頁 8-9。
- 黃昭元（2004），憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析，*國立臺灣大學法學論叢*，33 卷 3 期，頁 45-148。
- 劉靜怡（2013），政府補助的限制：言論自由下的違憲條件，*台灣法學雜誌*，231 期，頁 155-160。

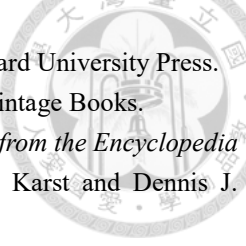
（三）中文網路資源

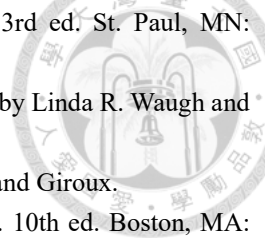
中央研究院法律學研究所（2021），期待更寬廣而理性的臺灣社會（上篇）—專訪林子儀兼任研究員談言論自由、防衛性民主和釋憲者的角色，https://www.ijas.sinica.edu.tw/blog_post/1259。

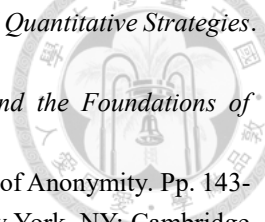
貳、英文文獻

(一) 英文專書

- Akmajian, Adrian, Ann K. Farmer, Lee Bickmore, Richard A. Demers, and Robert M. Harnish. 2017. *Linguistics: An Introduction to Language and Communication*. 7th ed. Cambridge, MA: The MIT Press.
- Alexander, Larry. 2005. *Is There a Right of Freedom of Expression?*. New York, NY: Cambridge University Press.
- Alstyne, William W. Van. 2014. *The American First Amendment in the Twenty-First Century: Cases and Materials*. 5th ed. New York, NY: Foundation Press.
- Amar, Akhil Reed. 2009. The Case of the Missing Amendments: *R.A.V. v. City of St. Paul*. Pp. 198-213 in *The First Amendment, Freedom of Speech: Its Constitutional History and the Contemporary Debate*, edited by Vikram David Amar. Amherst, NY: Prometheus Books.
- Austin, J. L. 1975. *How to Do Things with Words*, edited by J. O. Urmson and Marina Sbisa. 2nd ed. New York, NY: Oxford University Press.
- Barak, Aharon. 2001. Constitutional Human Rights and Private Law. Pp. 13-42 in *Human Rights in Private Law*, edited by Daniel Friedmann and Daphne Barak-Erez. Oxford: Hart Publishing.
- Baum, William M. 2005. *Understanding Behaviorism: Behavior, Culture, and Evolution*. 2nd ed. Malden, MA: Blackwell Publishing.
- Bhagwat, Ashutosh and James Weinstein. 2021. Freedom of Expression and Democracy. Pp. 82-105 in *The Oxford Handbook of Freedom of Speech*, edited by Adrienne Stone and Frederick Schauer. New York, NY: Oxford University Press.
- Blasi, Vincent, and Seana V. Shiffrin. 2009. The Story of West Virginia State Board of Education v. Barnette: The Pledge of Allegiance and the Freedom of Thought. Pp. 409-453 in *Constitutional Law Stories*, 2nd ed., edited by Michael C. Dorf. New York, NY: Thomson Reuters/ Foundation Press.
- Bosmajian, Haig A. 1999. *The Freedom Not to Speak*. New York, NY: New York University Press.
- Bury, J. B. 1952. *A History of Freedom of Thought*. 2nd ed. London: Oxford University Press.
- Chang, Wen-Chen and Jiunn-Rong Yeh. 2013. Judges as Discursive Agent: The Use of Foreign Precedents by the Constitutional Court of Taiwan. Pp. 373-391 in *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, edited by Tania Groppi and Marie-Claire Ponthoreau. Oxford, UK: Hart Publishing Ltd.
- Chapanis, Natalia P. and Alphonse Chapanis. 2007. Cognitive Dissonance: Five Years Later, in *Attitude Change: The Competing Views*, edited by Peter Suedfeld. New Brunswick, NJ: AldineTransaction.
- Chemerinsky, Erwin. 2020. *Constitutional law*. 6th ed. New York, NY: Wolters Kluwer.
- Chemerinsky, Erwin and Howard Gillman. 2017. *Free Speech on Campus*. New Haven; London: Yale University Press.
- Choper, Jesse H., Richard H. Fallon, Jr., Yale Kamisar, Steven H. Shiffrin, Michael C. Dorf, and Frederick Schauer. 2015. *Constitutional Law: Cases, Comments and Questions*. 12th ed. St. Paul, MN: West Academic Publishing.
- DeLamater, John D., Daniel J. Myers, and Jessica L. Collett. 2018. *Social Psychology*. Boulder: Routledge, CO: Westview Press.
- Dorsen, Norman. Michel Rosenfeld, Andrés Sajó, Susanne Baer, and Susanna Mancini. 2016. *Comparative Constitutionalism: Cases and Materials*. 3rd ed. St. Paul, MN: West Academic Publishing.
- Drassinower, Abraham. 2012. Copyright Infringement as Compelled Speech?. Pp. 203-224 in *New Frontiers in the Philosophy of Intellectual Property*, edited by Annabelle Lever. Cambridge, UK:

- 
- Cambridge University Press.
- Drassinower, Abraham. 2015. *What's Wrong with Copying?*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Emerson, Thomas I. 1971. *The System of Freedom of Expression*. New York, NY: Vintage Books.
- Emerson, Thomas I. 1990. Freedom of Speech. in *The First Amendment: Selections from the Encyclopedia of the American Constitution*, edited by Leonard W. Levy, Kenneth L. Karst and Dennis J. Mahoney. New York, NY: Macmillan Publishing Co.
- Evans, Jonathan St. B. T. 2009. How Many Dual-Process Theories do we Need? One, Two, or Many?. Pp. 33-54 in *In Two Minds: Dual Processes and Beyond*, edited by Jonathan St. B. T. Evans and Keith Frankish. New York, NY: Oxford University Press.
- Evans, Jonathan St. B. T. 2014. Heuristic-Analytic and hypothetical thinking theory. Pp. 27-31 in *Reasoning, Rationality and Dual Processes: Selected Works of Jonathan St B.T. Evans*, edited by Jonathan St. B. T. Evans. New York, NY: Psychology Press.
- Fairclough, Norman. 2003. *Analysing Discourse: Textual Analysis for Social Research*, New York, NY: Routledge.
- Fairclough, Norman. 2010. *Critical Discourse Analysis: The Critical Study of Language*. 2nd ed. Harlow, UK: Pearson Education Limited.
- Fairclough, Norman. 2015. *Language and Power*. 3rd ed. New York, NY: Routledge.
- Farber, Daniel A. 2010. *The First Amendment*. 3rd ed. New York, NY: Thomson Reuters/ Foundation Press.
- Festinger, Leon. 1957. *A Theory of Cognitive Dissonance*. Evanston, IL: Row, Peterson.
- Fish, Stanley. 1994. *There's No Such Thing As Free Speech: And It's a Good Thing, Too*. New York, NY: Oxford University Press.
- Fiske, John. 2010. *Introduction to Communication Studies*. 3rd ed. Taylor & Francis e-Library.
- Frankish, Keith and Jonathan St. B. T. Evans. 2009. The Duality of Mind: An Historical Perspective. Pp. 1-29 in *In Two Minds: Dual Processes and Beyond*, edited by Jonathan St. B. T. Evans and Keith Frankish. New York, NY: Oxford University Press.
- Fromkin, Victoria, Robert Rodman and Nina Hyams. 2017. *An Introduction to Language*. 11th ed. Boston, MA: Cengage.
- Gerhardt, Michael J., Thomas D. Rowe Jr., Rebecca Brown, and Girardeau Spann. 2000. *Constitutional Theory: Arguments and Perspectives*. 2nd ed. New York, NY: LEXIS Pub..
- Goffman, Erving. 1981. *Forms of Talk*. Philadelphia, PA: University of Pennsylvania Press.
- Goldstein, E. Bruce. 2019. *Cognitive Psychology; Connecting Mind, Research, and Everyday Experience*. Boston, MA: Cengage Learning, Inc.
- Gower, Karla K. 2002. *Liberty and Authority in Free Expression Law: The United States and Canada*. New York, NY: LFB Scholarly Publishing LLC.
- Greenawalt, Kent. 1989. *Speech, Crime, and the Uses of Language*. New York, NY: Oxford University Press, Inc.
- Haidt, Jonathan. 2012. *The Righteous Mind: Why Good People are Divided by Politics and Religion*. New York, NY: Pantheon Books.
- Haiman, Franklyn S. 1981. *Speech and Law in a Free Society*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Harris, Roy and Christopher Hutton. 2007. *Definition in Theory and Practice: Language, Lexicography and the Law*. London, UK: Continuum.
- Horwitz, Paul. 2010. Comment on Chapter 4: Anonymity, Signaling, and Silence as Speech. Pp. 172-189 in *Speech and Silence in American Law*, edited by Austin Sarat. New York, NY: Cambridge University Press.
- Horwitz, Paul. 2013. *First Amendment Institutions*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

- 
- Jackson, Vicki C. and Mark Tushnet. 2014. *Comparative Constitutional Law*. 3rd ed. St. Paul, MN: Foundation Press.
- Jakobson, Roman. 1984. *Russian and Slavic Grammar: Studies 1931-1981*, edited by Linda R. Waugh and Morris Halle. Berlin, Germany: Walter de Gruyter & Co.
- Kahneman, Daniel. 2011. *Thinking, Fast and Slow*. New York, NY: Farrar, Straus and Giroux.
- Kassin, Saul M., Steven Fein, and Hazel Rose Markus. 2017. *Social Psychology*. 10th ed. Boston, MA: Cengage Learning.
- Khatchadourian Haig. 2015. *How to Do Things with Silence*. Boston, MA: Walter de Gruyter Inc.
- Knapp, Mark L. and Judith A. Hall. 2010. *Nonverbal Communication in Human Interaction*. 7th ed. Boston, MA: Wadsworth, Cengage Learning.
- Krotoszynski, Jr. Ronald J., Christina Wells, Lyrisa Barnett Lidsky, and Steven G. Gey. 2013. *The First Amendment: Cases and Theory*. 2nd ed. New York, NY: Wolters Kluwer Law & Business.
- Kurzon, Dennis. 1998. *Discourse of Silence*. Amsterdam, Netherlands: John Benjamins Publishing Company.
- Lewis, Anthony. 2007. *Freedom for the Thought That We Hate: A Biography of the First Amendment*. New York, NY: Basic Books.
- Locke, John. 1959. *An Essay Concerning Human Understanding Vol. 2*. New York, NY: Dover Publications, Inc.
- Massey, Calvin. 2016. *American constitutional law: powers and liberties*. 5th ed. New York, NY: Wolters Kluwer.
- Meijer, Eva. 2019. *Animal Languages*, translated by Laura Watkinson. Cambridge, MA: MIT Press.
- Mill, John Stuart. 2003. *On Liberty*, edited by David Bromwich, Geroge Kateb, Jean Bethke Elshtain, Richard A. Posner, and Jeremy Waldron. New Haven, CT: Yale University Press.
- Morris, Michael. 2007. *An Introduction to the Philosophy of Language*. New York, NY: Cambridge University Press.
- Martin H. Redish. 2001. *Money Talks: Speech, Economic Power, and the Values of Democracy*. New York, NY: New York University Press.
- Noelle-Neumann, E. 1993. *The Spiral of Silence: Public Opinion, Our Social Skin*. 2nd ed. Chicago, IL: The University of Chicago Press.
- Norton, Helen. 2019. *The Government's Speech and the Constitution*. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press.
- Nozick, Rober. 1969. Coercion. Pp. 440-472 in *Philosophy, Science, and Method: Essays in Honor of Ernest Nagel*, edited by Sidney Morgenbesser, Patrick Suppes and Morton White. New York: St. Martin's Press, Inc.
- O'Grady, William, John Archibald, Mark Aronoff, and Janie Rees-Miller. 2017. *Contemporary Linguistics: An Introduction*. 7th ed. Boston, MA: Bedford/ St. Martin's.
- Peirce, Charles S. 1998. *The Essential Peirce, Volume 2: Selected Philosophical Writings (1893-1913)*, edited by Peirce Edition Project. Bloomington, IN: Indiana University Press.
- Post, Robert C. 2012. *Democracy, Expertise, and Academic Freedom: A First Amendment Jurisprudence for the Modern State*. New Haven: Yale University Press.
- Post, Robert C. 2019. The Classic First Amendment Tradition under Stress: Freedom of Speech and the University. Pp. 106-121 in *The Free Speech Century*, edited by Lee C. Bollinger and Geoffrey R. Stone. New York, NY: Oxford University Press.
- Potter Jonathan and Margaret Wetherell. 1987. *Discourse and Social Psychology: Beyond Attitudes and Behaviour*. Newbury Park, CA: SAGE Publications Ltd.

- 
- Ragin, Charles C. 2014. *The Comparative Method: Moving Beyond Qualitative and Quantitative Strategies*. Berkeley, CA: University of California Press.
- Redish, Martin H. 2013. *The Adversary First Amendment: Free Expression and the Foundations of American Democracy*. Stanford, CA: Stanford University Press.
- Redish, Martin H. 2010. Freedom of Expression, Political Fraud, and the Dilemma of Anonymity. Pp. 143-171 in *Speech and Silence in American Law*, edited by Austin Sarat. New York, NY: Cambridge University Press.
- Saussure, Ferdinand De. 1959. *Course in General Linguistics*, edited by Charles Bally and Albert Sechehaye, translated by Wade Baskin. New York, NY: McGraw-Hill.
- Saussure, Ferdinand De. 2006. *Writings in General Linguistics*. New York: Oxford University Press.
- Saussure, Ferdinand De. 2011. *Course in General Linguistics*, edited by Perry Meisel and Haun Saussy, translated by Wade Baskin. New York, NY: Columbia University Press.
- Schauer, Frederick. 1982. *Free Speech: A philosophical Enquiry*. Cambridge; New York, NY: Cambridge University Press.
- Schauer, Frederick. 2002. First Amendment Opportunism. Pp.174-197 in *Eternally Vigilant: Free Speech in the Modern Era*, edited by Lee C. Bollinger and Geoffrey R. Stone. Chicago, IL: University of Chicago Press.
- Schauer, Frederick. 2009. Must Speech Be Special?. Pp. 85-99 in *The First Amendment, Freedom of Speech: Its Constitutional History and the Contemporary Debate*, edited by Vikram David Amar. Amherst, NY: Prometheus Books.
- Schauer, Frederick. 2019. Every Possible Use of Language?. Pp. 3-47 in *The Free Speech Century*, edited by Lee C. Bollinger and Geoffrey R. Stone. New York, NY: Oxford University Press.
- Schauer, Frederick. 2021. What is ‘Speech?’ The Question of Coverage. Pp. 159-172 in *The Oxford Handbook of Freedom of Speech*, edited by Adrienne Stone and Frederick Schauer. New York, NY: Oxford University Press.
- Schröter, Melani and Charlotte Taylor. 2018. Introduction. Pp. 1-19 in *Exploring Silence and Absence in Discourse: Empirical Approaches*, edited by Melani Schröter and Charlotte Taylor. Cham, Switzerland: Springer Nature.
- Searle, John R. 1979. *Expression and Meaning: Studies in the Theory of Speech Acts*. Binghamton, NY: Cambridge University Press.
- Seidman, Louis M. 2007. *Silence and Freedom*. Stanford, CA: Stanford Law and Politics.
- Shiffrin, Seana V. 2014. *Speech Matters: On Lying, Morality, and the Law*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Shiffrin, Steven H., Jesse H. Choper, and Frederick Schauer. 2015. *The First Amendment: cases, comments, questions*. 6th ed. St. Paul, MN: West Academic Publishing.
- Solove, Daniel J. 2007. *The Future of Reputation: Gossip, Rumor, and Privacy on the Internet*. New Haven: Yale University Press.
- Stanovich, Keith. 2011. *Rationality and the Reflective Mind*. New York, NY: Oxford University Press.
- Starck, Christian. 2001. Human Rights and Private Law in German Constitutional Development and in the Jurisdiction of the Federal Constitutional Court. Pp. 97-112 in *Human Rights in Private Law*, edited by Daniel Friedmann and Daphne Barak-Erez. Oxford: Hart Publishing.
- Stokoe, William C. 2001. *Language in Hand: Why Sign Came Before Speech*. Washington D.C.: Gallaudet University Press.
- Stone, Geoffrey R., Louis M. Seidman, Cass R. Sunstein, Mark V. Tushnet and Pamela S. Karlan. 2018. *Constitutional Law*. 8th ed. New York, NY: Wolters Kluwer.

- 
- Sullivan, Kathleen M., and Noah Feldman. 2013. *First Amendment law*. 5th ed. St. Paul, MN: Foundation Press.
- Sullivan, Kathleen M. and Noah Feldman. 2016. *Constitutional law*. 19th ed. St. Paul, MN: Foundation Press.
- Sunstein, Cass R. 1993. *The partial Constitution*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Sunstein, Cass R. 2009. Free Speech Now. in *The First Amendment, Freedom of Speech: Its Constitutional History and the Contemporary Debate*, edited by Vikram David Amar. Amherst, NY: Prometheus Books.
- Sunstein, Cass R. 2016. *The Ethics of Influence: Government in the Age of Behavioral Science*. New York, NY: Cambridge University Press.
- Trstenjak, Verica. 2016. General Report: The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law. Pp. 3-61 in *The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law*, edited by Verica Trstenjak and Petra Weingerl. Switzerland: Springer International Publishing.
- Tushnet, Mark V., Alan K. Chen, and Joseph Blocher. 2017. *Free Speech Beyond Words: The Surprising Reach of the First Amendment*. New York, NY: New York University Press.
- Tushnet, Mark. 2021. Music and Art. Pp. 431-443 in *The Oxford Handbook of Freedom of Speech*, edited by Adrienne Stone and Frederick Schauer. New York, NY: Oxford University Press.
- Vago, Steven. 2012. *Law and society*. 10th ed. Upper Saddle River, NJ: Prentice Hall.
- Volokh, Eugene. 2014. *The First Amendment and Related Statutes: Problems, Cases and Policy Arguments*. 5th ed. St. Paul, MN: Foundation Press.
- Weaver, Russell L. and Donald E. Lively. 2003. *Understanding the First Amendment*. Newark, NJ: LexisNexis/Matthew Bender.
- Williams, Susan H. 2004. *Truth, Autonomy, and Speech: Feminist theory and the First Amendment*. New York, NY: New York University Press.
- Wood, Allen W. 2014. Coercion, Manipulation, Exploitation. Pp. 17-50 in *Manipulation: Theory and Practice*, edited by Christian Coons and Michael Weber, New York, NY: Oxford University Press.
- Wu, Tim. 2019. Is the First Amendment Obsolete?. Pp. 272-291 in *The Free Speech Century*, edited by Lee C. Bollinger and Geoffrey R. Stone. New York, NY: Oxford University Press.

(二) 英文期刊

- Acheson, Kris. 2008. Silence as Gesture: Rethinking the Nature of Communicative Silences. *Communication Theory* 18:535-555.
- Adler, Jonathan H. 2016. Compelled Commercial Speech and the Consumer Right to Know. *Arizona Law Review* 58:421-477.
- Adler, Jonathan H. 2016. Persistent Threats to Commercial Speech. *Journal of Law and Policy* 25:289-316.
- Albarracin Dolores and Sharon Shavitt. 2018. Attitudes and Attitude Change. *Annual Review of Psychology* 69:299-327.
- Aleti, Torgeir, Jason I. Pallant, Annamaria Tuan, and Tom van Laer. 2019. Tweeting with the Stars: Automated Text Analysis of the Effect of Celebrity Social Media Communications on Consumer Word of Mouth. *Journal of Interactive Marketing* 48:17-32.
- Alexander Lawrence and Paul Horton. 1984. The Impossibility of a Free Speech Principle. *Northwestern University Law Review* 78:1319-1358.

- 
- Alexander, Larry. 2006. Compelled Speech. *Constitutional Commentary* 23:147-162.
- Alexander, Larry. 2015. The Misconceived Search for the Meaning of “Speech” in Freedom of Speech. *Open Journal of Philosophy* 5:39-42.
- Amar, Vikram David and Alan Brownstein. 2020. Toward a More Explicit, Independent, Consistent and Nuanced Compelled Speech Doctrine. *University of Illinois Law Review* 2020:1-46.
- Asch, Solomon E. 1956. Studies of Independence and Conformity: I. A Minority of One Against a Unanimous Majority. *Psychological Monographs: General and Applied* 70:1-70.
- Balkin, Jack M. 2018. Fixing Social Media's Grand Bargain. Yale Law School Public Law Research Paper No. 652. Available at <https://ssrn.com/abstract=3266942>.
- Baude, William and Eugene Volokh. 2018. Compelled Subsidies and the First Amendment. *Harvard Law Review* 132:171-204.
- Beecher, Michael D. 2021. Why Are No Animal Communication Systems Simple Languages?. *Frontiers in psychology* 12:1-16.
- Bezanson Randall P. 1992. The Right to Privacy Revisited: Privacy, News, and Social Change, 1890-1990. *California Law Review* 80:1133-1176.
- Bezanson, Randall P. 2003. Speaking through Others' Voices: Authorship, Originality, and Free Speech. *Wake Forest Law Review* 38:983-1110.
- Bhagwat, Ashutosh. 2019. The Conscience of the Baker: Religion and Compelled Speech. *William & Mary Bill of Rights Journal* 28:287-318.
- Black, Hugo L. 1960. The Bill of Rights. *New York University Law Review* 35:865-881.
- Blocher, Joseph. 2015. New Problems for Subsidized Speech. *William & Mary Law Review* 56:1083-1118.
- Bohner, Gerd and Nina Dickel. 2011. Attitudes and Attitude Change. *Annual Review of Psychology* 62:391-417.
- Bollinger, Lee C. Jr. 1976. Freedom of the Press and Public Access: Toward a Theory of Partial Regulation of the Mass Media. *Michigan Law Review* 75:1-42.
- Bork, Robert H. 1971. Neutral Principles and Some First Amendment Problems. *Indiana Law Journal* 47:1-35.
- Calvert, Clay. 2019. Wither Zauderer, Blossom Heightened Scrutiny? How the Supreme Court’s 2018 Rulings in *Becerra* and *Janus* Exacerbate Problems with Compelled-Speech Jurisprudence. *Washington & Lee Law Review* 76:1395-1441.
- Calvert, Clay. 2020. Selecting Scrutiny in Compelled-Speech Cases Involving Non-Commercial Expression: The Formulaic Landscape of a Strict Scrutiny World after *Becerra* and *Janus*, and a First Amendment Interests-and-Values Alternative. *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal* 31:1-117.
- Cásarez, Nicole B. 1998. Don't Tell Me What to Say: Compelled Commercial Speech and the First Amendment. *Missouri Law Review* 63:929-978.
- Chemerinsky, Erwin. 2006. Why the Supreme Court Was Wrong about the Solomon Amendment. *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy* 1:259-278.
- Chemerinsky, Erwin and Catherine L. Fisk. 2018. Exaggerating the Effects of *Janus*: a Reply to Professors Baude and Volokh. *Harvard Law Review Forum* 132:42-58.
- Chen, Alan K. 2020. Free Speech, Rational Deliberation, and Some Truths about Lies. *William & Mary Law Review* 62:357-430.
- Cohen, Julie E. 2013. What Privacy is For. *Harvard Law Review* 126:1904-1933.
- Corbin, Caroline Mala. 2009. The First Amendment Right against Compelled Listening. *Boston University Law Review* 89:939-1016.

- 
- Corbin, Caroline Mala. 2014. Compelled Disclosures. *Alabama Law Review* 65:1277-1351.
- Corbin, Caroline Mala. 2014. Emotional Compelled Disclosures. *Harvard Law Review Forum* 127:357-361.
- Dhooge, Lucien J. 2014. The First Amendment and Disclosure Regulations: Compelled Speech or Corporate Opportunism. *American Business Law Journal* 51:599-660.
- Dorsen, Norman and Joel Gora. 1982. Free Speech, Property, and the Burger Court: Old Values, New Balances. *Supreme Court Review* 1982:195-242.
- Ephratt, Michal. 2008. The Functions of Silence. *Journal of Pragmatics* 40:1909-1938.
- Epstein, Richard A. 2003. *Skepticism and Freedom: A Modern Case for Classical Liberalism*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Evans, Jonathan St. B. T. 1984. Heuristic and Analytic Processes in Reasoning. *British Journal of Psychology* 75:451-468.
- Evans, Jonathan St. B. T. 2011. Dual-Process Theories of Reasoning: Contemporary Issues and Developmental Applications. *Developmental Review* 31:86-102.
- Ferguson, Kennan. 2003. Silence: A Politics. *Contemporary Political Theory* 2:49-65.
- Festinger Leon and James M. Carlsmith. 1959. Cognitive Consequences of Forced Compliance. *The Journal of Abnormal and Social Psychology* 58:203-210.
- Fisk, Catherine. 2021. Compelled Disclosure and the Workplace Rights It Enables. *Indiana Law Journal* 97: __ (forthcoming). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3798742>.
- Fowler, Lauren. 2019. The Uncontroversial Controversy in Compelled Commercial Disclosures. *Fordham Law Review* 87:1651-1692.
- Frank, Robert H. 2005. Departures from Rational Choice: With and Without Regret. Pp. 13-36 in *The Law and Economics of Irrational Behavior*, edited by Francesco Parisi and Vernon L. Smith. Stanford, CA: Stanford University Press.
- Gaebler, David B. 1982. First Amendment Protection Against Government Compelled Expression and Association. *Boston College Law Review* 23:995-1023.
- Genord, Alexandra R. 2020. International Megan's Law as Compelled Speech. *Michigan Law Review* 118:1603-1628.
- Glynn, Carroll J., Andrew F. Hayes, and James Shanahan. 1997. Perceived Support for One's Opinions and Willingness to Speak Out: A Meta-Analysis of Survey Studies on the "Spiral of Silence". *The Public Opinion Quarterly* 61:452-463.
- Greene, Abner S. 1995. The Pledge of Allegiance Problem. *Fordham Law Review* 64:451-490.
- Greene, Abner S. 2018. Not in My Name Claims of Constitutional Right. *Boston University Law Review* 98:1475-1534.
- Greenawalt, Kent. 1980. Speech and Crime. *American Bar Foundation Research Journal* 1980:645-786.
- Hemel, Daniel J. and Lisa Larrimore Ouellette. 2017. Public Perceptions of Government Speech. *Supreme Court Review* 2017:33-92.
- Henkin, Louis. 1968. Foreword: On Drawing Lines. *Harvard Law Review* 82:63-92.
- Kaminski, Margot E. 2017. Authorship, Disrupted: AI Authors in Copyright and First Amendment Law Symposium - Future-Proofing Law: From RDNA to Robots (Part 2). *U.C. Davis Law Review* 51:589-616.
- Jacobs, Leslie Gielow. 1999. Pledges, Parades, and Mandatory Payments. *Rutgers Law Review* 52:123-184.
- Keighley, Jennifer M. 2012. Can You Handle the Truth? Compelled Commercial Speech and the First Amendment. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 15:539-618.
- Kendrick, Leslie. 2015. First Amendment Expansionism. *William and Mary Law Review* 56:1199-1220.

- 
- Kendrick, Leslie. 2018. Use Your Words: On the Speech in Freedom of Speech. *Michigan Law Review* 116:667-704.
- Klass, Gregory. 2005. The Very Idea of a First Amendment Right Against Compelled Subsidization. *U.C. Davis Law Review* 38:1087-1140.
- Koppelman, Andrew. 2020. In Praise of Evil Thoughts. *Social Philosophy and Policy* 37:52-71.
- Lakier, Genevieve. 2019. Not Such a Fixed Star After All: West Virginia State Board of Education v. Barnette, and the Changing Meaning of the First Amendment Right Not to Speak. *FIU Law Review* 13:741-764.
- Lang, Kurt. 1986. Book Reviews. The Spiral of Silence: Public Opinion and Our Social Skin. Elisabeth Noelle-Neumann. *American Journal of Sociology* 91:1496-1499.
- Leer, Jacob van. 2020. The Roberts Court, Compelled Speech, and a Constitutional Defense of Automatic Voter Registration. *Northwestern University Law Review Online* 115:169-191.
- Lidsky, Lyrisa Barnett and Thomas F. Cotter. 2007. Authorship, Audiences, and Anonymous Speech. *Notre Dame Law Review* 82:1537-1604.
- Matthes, Jörg, Kimberly Rois Morrison, and Christian Schemer. 2010. A Spiral of Silence for Some: Attitude Certainty and the Expression of Political Minority Opinions. *Communication Research* 37:774-800.
- Meiklejohn, Alexander. 1961. The First Amendment is an Absolute. *Supreme Court Review* 1961:245-266.
- Nie, Norman H., G. Bingham Powell Jr., and Kenneth Prewitt. 1969. Social Structure and Political Participation: Developmental Relationships, Part I. *The American Political Science Review* 63:361-378.
- Nie, Norman H., G. Bingham Powell Jr., and Kenneth Prewitt. 1969. Social Structure and Political Participation: Developmental Relationships, II. *The American Political Science Review* 63:808-832.
- Noah, Lars. 2021. Censorship is so Last Century: Therapeutic Products, Propaganda, and Compelled Speech. *Saint Louis University Law Journal*. 66:__(forthcoming). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3821210>.
- Noelle-Neumann, E. 1977. Turbulences in the Climate of Opinion: Methodological Applications of the Spiral of Silence Theory. *Public Opinion Quarterly* 41:143-158.
- Norton, Helen. 2016. Truth and Lies in the Workplace: Employer Speech and the First Amendment. *Minnesota Law Review* 101:31-86.
- Norton, Helen. 2019. Powerful Speakers and Their Listeners. *University of Colorado Law Review* 90:441-474.
- Note. 2004. The Curious Relationship Between the Compelled Speech and Government Speech Doctrines. *Harvard Law Review* 117:2411-2432.
- Notes. 1968. Symbolic Conduct. *Columbia Law Review* 68:1091-1126.
- Notes. 2020. Two Models of the Right to Not Speak. *Harvard Law Review* 133:2359-2380.
- O'Gorman, Hubert J. and Stephen L. Garry. 1976. Pluralistic Ignorance—A Replication and Extension. *Public Opinion Quarterly* 40:449-458.
- Portuondo, Laura. 2020. Abortion Regulation as Compelled Speech. *UCLA Law Review* 67:1-55.
- Posner, Eric A. 2016. The Law, Economics, and Psychology of Manipulation. *Journal of Marketing Behavior* 1:267-282.
- Posner, Richard A. 2002. Pragmatism Versus Purposivism in First Amendment Analysis. *Stanford Law Review* 54:737-752.
- Post, Robert C. 1995. Recuperating First Amendment Doctrine. *Stanford Law Review* 47:1249-1281.

- Post, Robert C. 2000. Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence. *California Law Review* 88:2353-2374. [Reprinted in Lee C. Bollinger and Geoffrey R. Stone, eds. 2002. *Eternally Vigilant: Free Speech in the Modern Era*. Pp. 153-174. Chicago, IL: University of Chicago Press.]
- Post, Robert C. 2005. Compelled Subsidization of Speech: *Johanns v Livestock Marketing Association*. *The Supreme Court Review* 2005:195-228. [Reprinted in Vikram David Amar ed. 2009. *The First Amendment Freedom of Speech: Its Constitutional History and the Contemporary Debate*. Pp. 233-250. Amherst, NY: Prometheus Books.]
- Post, Robert C. 2006. Transparent and Efficient Markets: Compelled Commercial Speech and Coerced Commercial Association in *United Foods, Zauderer, and Abood*. *Valparaiso University Law Review* 40:555-588.
- Post, Robert C. 2011. Participatory Democracy and Free Speech. *Virginia Law Review* 97:477-489.
- Post, Robert C. 2015. Compelled Commercial Speech. *West Virginia Law Review* 117:867-920.
- Post, Robert C. 2021. NIFLA and the Construction of Compelled Speech Doctrine. *Indiana Law Journal* 97:____(forthcoming). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3798562>.
- Redish, Martin H. 2019. Compelled Commercial Speech and the First Amendment. *Notre Dame Law Review* 94:1749-1774.
- Rubinfeld, Jed. 2001. The First Amendment's Purpose. *Stanford Law Review* 53:767-832.
- Rubinfeld, Jed. 2002. The Freedom of Imagination: Copyright's Constitutionality. *Yale Law Journal* 112:1-60.
- Sacharoff, Laurent. 2007. Listener Interests in Compelled Speech Cases. *California Western Law Review* 44:329-412.
- Scanlon, Thomas M. 2011. Comment on Shiffrin's Thinker-Based Approach to Freedom of Speech. *Constitutional Commentary* 27:327-335.
- Schauer, Frederick. 1981. Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts. *Vanderbilt Law Review* 34:265-308.
- Schauer, Frederick. 2004. The Boundaries of the First Amendment: A Preliminary Exploration of Constitutional Salience. *Harvard Law Review* 117:1765-1809.
- Schauer Frederick. 2015. Free speech on Tuesdays. *Law and Philosophy* 34:119-140.
- Schauer, Frederick. 2020. Freedom of Thought?. *Social Philosophy and Policy* 37:72-89.
- Scheufele, Dietram A. and Patricia Moy. 2000. Twenty-Five Years of the Spiral of Silence: A Conceptual Review and Empirical Outlook. *International Journal of Public Opinion Research* 12:3-28.
- Shiffrin, Seana V. 2005. What is Really Wrong with Compelled Association?. *Northwestern University Law Review* 99:839-888.
- Shiffrin, Seana V. 2011. A Thinker-Based Approach to Freedom Speech. *Constitutional Commentary* 27:283-307.
- Shiffrin, Seana V. 2020. Compelled Speech and the Irrelevance of Controversy. *Pepperdine Law Review* 47:731-776.
- Shiffrin, Steven H. 2014. What Is Wrong with Compelled Speech. *Journal of Law & Politics* 29:499-516.
- Smolla, Rodney A. 2020. *Smolla and Nimmer on Freedom of Speech*. St. Paul, MN: Thomson Reuters.
- Solove, Daniel J. 2002. Conceptualizing Privacy. *California Law Review* 90:1087-1156.
- Solove, Daniel J. 2006. A Taxonomy of Privacy. *University of Pennsylvania Law Review* 154:477-564.
- Solove, Daniel J. and Niel M. Richards. 2009. Rethinking Free Speech and Civil Liability. *Columbia Law Review* 109:1650-1707.
- Stone, Geoffrey R. 1983. Content Regulation and the First Amendment. *William and Mary Law Review* 25:189-252.

- 
- Stone, Geoffrey R. 1987. Content-Neutral Restrictions. *University of Chicago Law Review* 54:46-118.
- Stone, Geoffrey R. 2009. Free Speech in the Twenty-First Century: Ten Lessons from the Twentieth Century. *Pepperdine Law Review* 36:273-300.
- Sullivan, Kathleen M. 1989. Unconstitutional Conditions. *Harvard Law Review* 102:1413-1506.
- Sullivan, Kathleen M. and Robert C. Post. 2007. It's What's for Lunch: Nectarines, Mushrooms, and Beef—The First Amendment and Compelled Commercial Speech. *Loyola of Los Angeles Law Review* 41:359-384.
- Sunstein, Cass R. 1992. Free Speech Now Symposium: The Bill of Rights. *University of Chicago Law Review* 59:255-316.
- Sunstein, Cass R. 2015. The Ethics of Nudging. *Yale Journal on Regulation* 32:413-450.
- Sunstein, Cass R. 2016. Fifty Shades of Manipulation. *Journal of Marketing Behavior* 1:213-244.
- Sunstein, Cass R. 2021. Manipulation As Theft. Harvard Public Law Working Paper No. 21-30. Available at <https://ssrn.com/abstract=3880048>.
- Tausczik, Yla R. and James W. Pennebaker. 2010. The Psychological Meaning of Words: LIWC and Computerized Text Analysis Methods. *Journal of Language and Social Psychology* 29:24-54.
- Taylor, D. Garth. 1982. Pluralistic Ignorance and the Spiral of Silence: A Formal Analysis. *The Public Opinion Quarterly* 46:311-335.
- Tien, Lee. 1996. Who's Afraid of Anonymous Speech? *McIntyre* and the Internet. *Oregon Law Review* 75:117-190.
- Tiersma, Peter Meijes. 1993. Nonverbal Communication and the Freedom of Speech. *Wisconsin Law Review* 1993:1525-1590.
- Tribe, Laurence H. 2001. Disentangling Symmetries: Speech, Association, Parenthood. *Pepperdine Law Review* 28:641-680.
- Tsesis, Alexander. 2021. Compelled Speech and Proportionality. *Indiana Law Journal* 97:____(forthcoming). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3850108>.
- Vieira, Mónica Brito. 2020. Representing Silence in Politics. *American Political Science Review* 114:976-988.
- Villarroel-Ordenes, Francisco, Stephan Ludwig, Dhruv Grewal, Ko De Ruyter, and Martin Wetzels. 2017. Unveiling What is Written in the Stars: Analyzing Explicit, Implicit, and Discourse Patterns of Sentiment in Social Media. *Journal of Consumer Research* 43:875-894.
- Volokh, Eugene. 2018. The Law of Compelled Speech. *Texas Law Review* 97:355-396.
- Warren, Samuel D. and Louis D. Brandeis. 1890. The Right to Privacy. *Harvard Law Review* 4:193-220.
- Weiland, Morgan N. 2017. Expanding the Periphery and Threatening the Core: The Ascendant Libertarian Speech Tradition. *Stanford Law Review* 69:1389-1472.
- Whitt, Mark A. 1996. *McIntyre v. Ohio Elections Comm'n*: A Whole New Boutique of Wonderful First Amendment Litigation Opens Its Doors. *Akron Law Review* 29:423-446.
- Wilkinson, T. M. 2013. Nudging and Manipulation. *Political Studies* 61:341-355.
- Wood, Wendy. 2000. Attitude Change: Persuasion and Social Influence. *Annual Review of Psychology* 51:539-570.
- Wright, J. Skelly. 1976. Politics and the Constitution: Is Money Speech? *Yale Law Journal* 85:1001-1021.
- Wright, R. George. 2010. What Counts as "Speech" in the First Place?: Determining the Scope of the Free Speech Clause. *Pepperdine Law Review* 37:1217-1260.
- Wright, R. Goerge. 2020. The Compelled Commercial Speech Cases: Why Not Just Flip a Coin? *Mercer Law Review* 71:585-616.
- Wu, Tim. 2013. Machine Speech. *University of Pennsylvania Law Review* 161:1495-1534.

2015. The Supreme Court, 2014 Term—Leading Cases. *Harvard Law Review* 129:181-380.



(三) 英文網路資源

Anderson, Scott. 2011. Coercion. In *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <https://plato.stanford.edu/entries/coercion/>.

Noggle, Robert. 2020. The Ethics of Manipulation. In *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <https://plato.stanford.edu/entries/ethics-manipulation/>.

Sunstein, Cass R. 2020. "Is there a right not to be manipulated"?. In *UCL*, <https://www.ucl.ac.uk/pals/events/2020/jan/there-right-not-be-manipulated-cass-sunstein-harvard-law-school>.

附錄：全部圖說

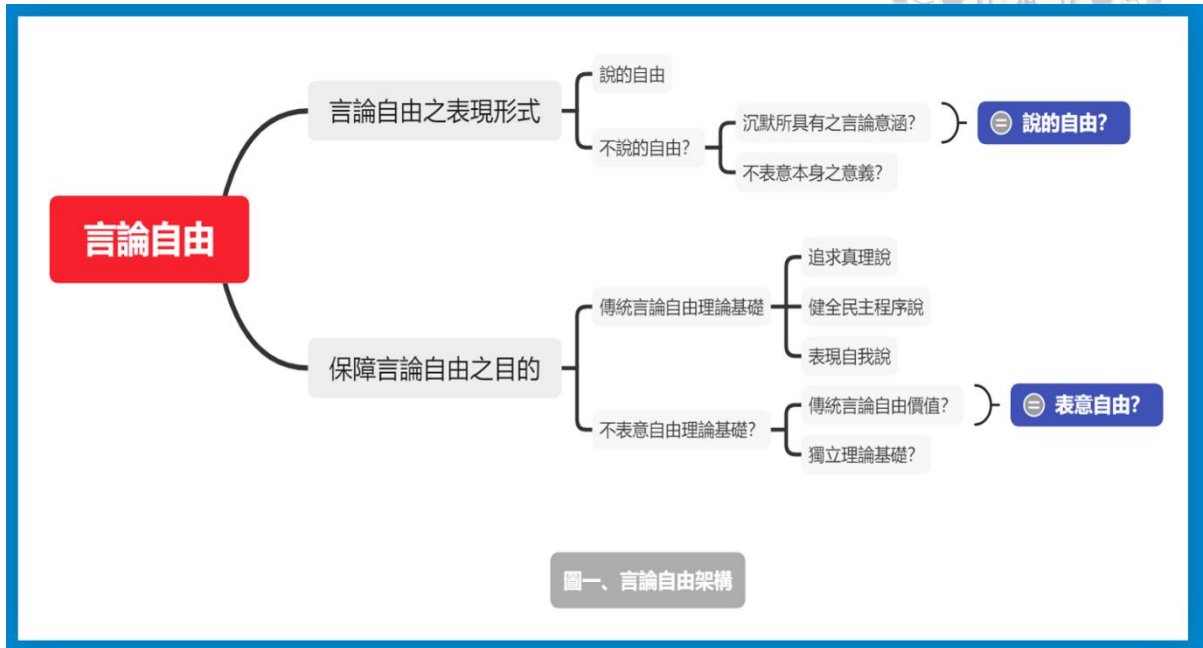


圖 1：言論自由架構



圖 2：我國司法院大法官解釋與美國聯邦最高法院判決比較



圖 3：強迫與操弄言論

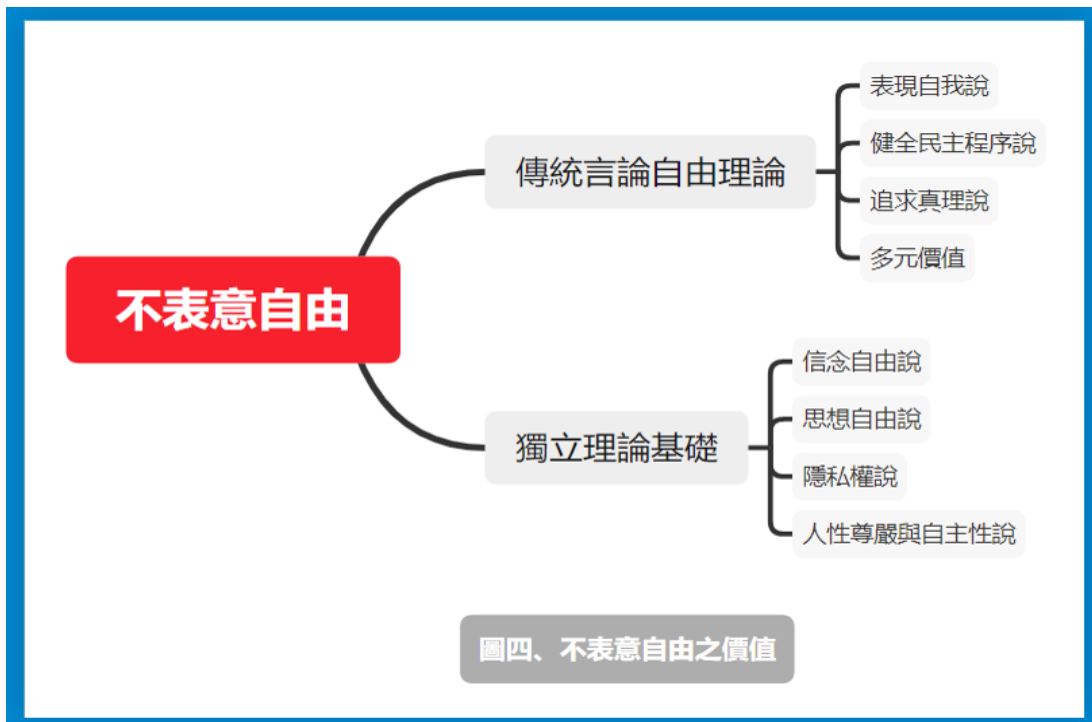


圖 4：不表意自由之價值

不表意自由之保障範圍			
		單純強迫（操弄）表意（即強迫揭露個人想法）	強迫（操弄）為特定內容之表意（即強迫表達國家或第三人想法）
健全民主程序說	事實	X	X
	意見	X	政治性言論 (O) 其他受憲法保障之言論 (X)
追求真理說	事實	X	O
	意見	X	O
表現自我說（沉默的自由）	事實	O	O
	意見	O	O
思想自由說	事實	O	O
	意見	O	O
信念自由說	事實	X	X
	意見	O	O
隱私權說	事實	O	X
	意見	O	X
人性尊嚴	涉及羞辱人民或將人民視為客體	O	O
	未涉及羞辱人民或未將人民視為客體	X	X

圖五、不同理論基礎之不表意自由保障範圍

圖 5：不同理論基礎之不表意自由保障範圍

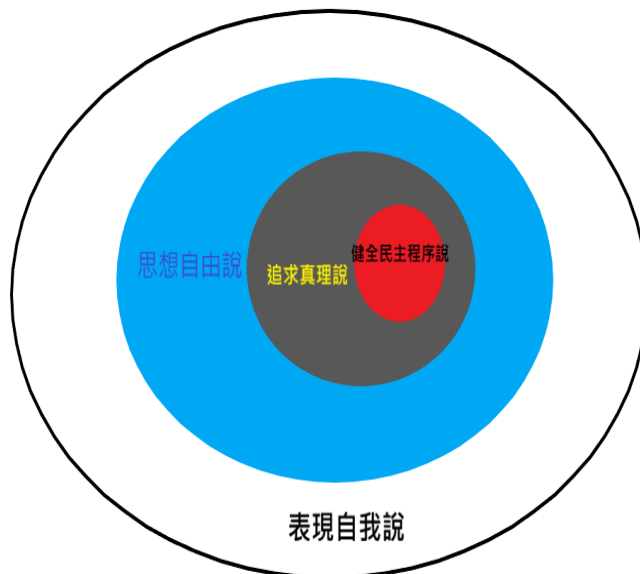


圖 6：不同理論基礎之保障範圍

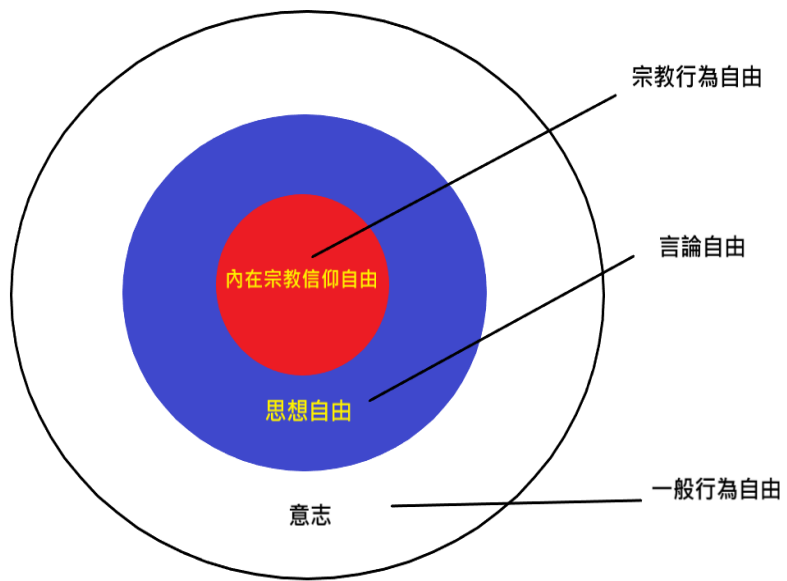


圖 7：內在思想與其他外顯基本權利之關係

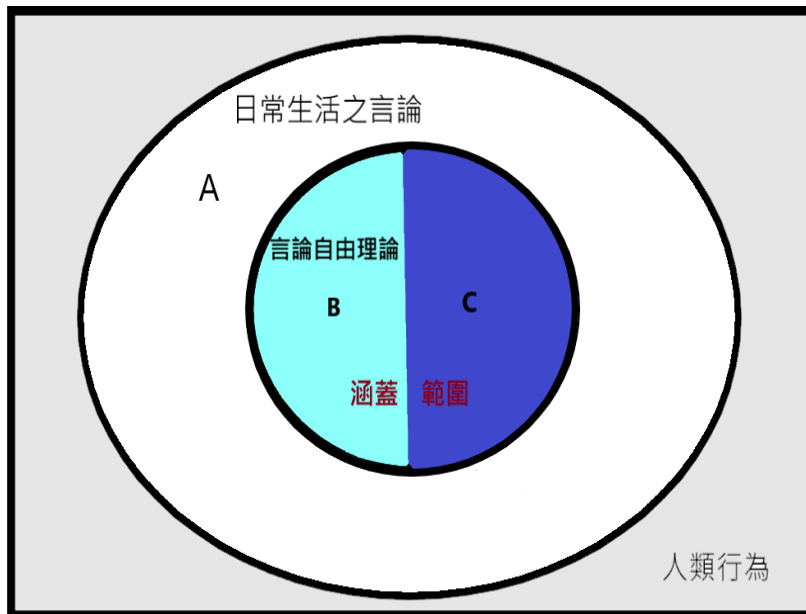
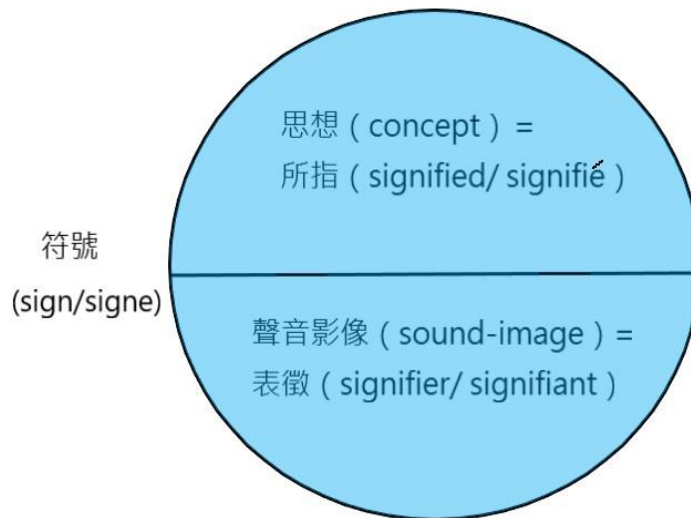


圖 8：憲法之「言論」範圍



圖九、語言符號 (圖片來源：筆者自製)

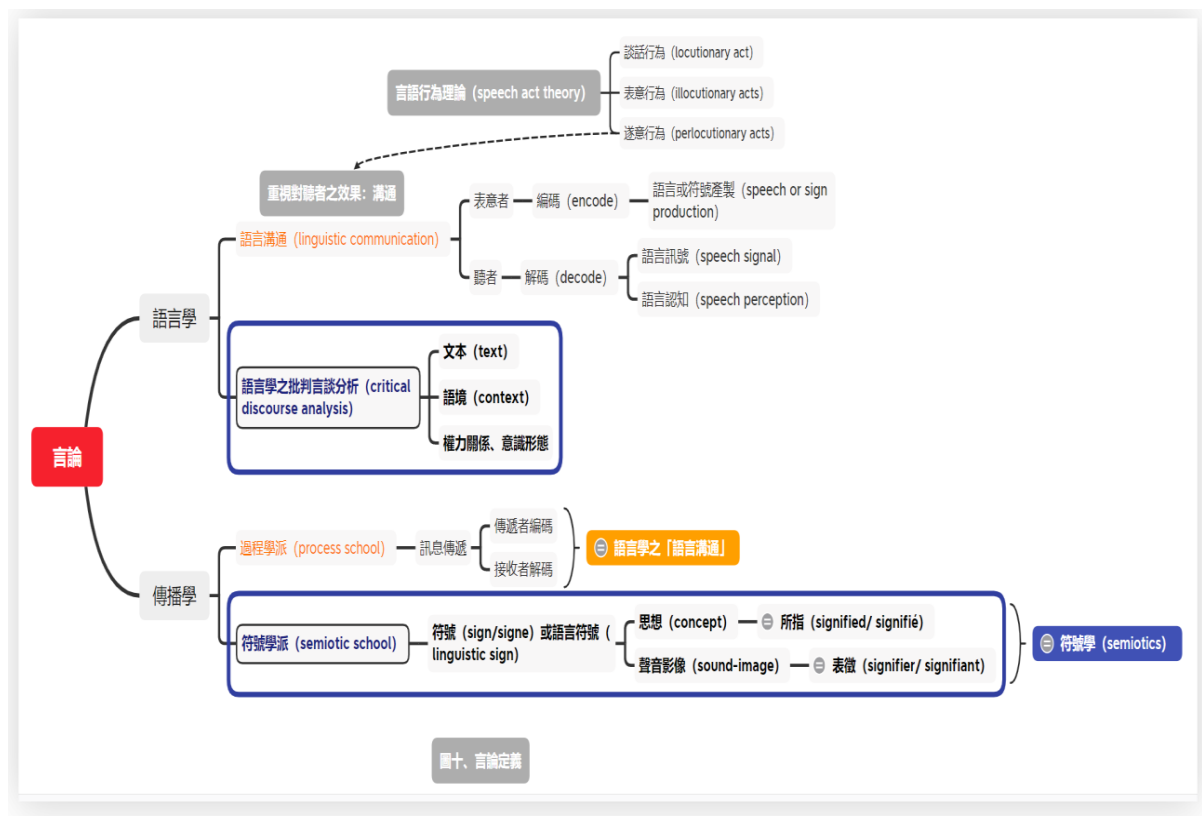


圖 10：「言論」之定義



圖 11：強迫言論之類型

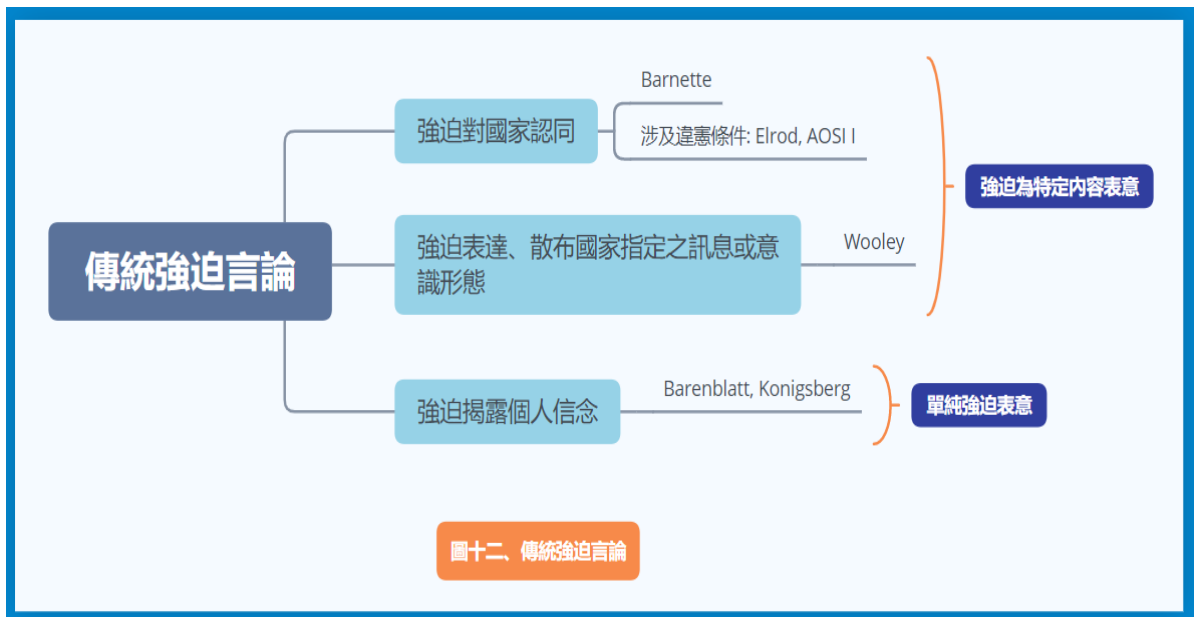


圖 12：「傳統強迫言論」類型

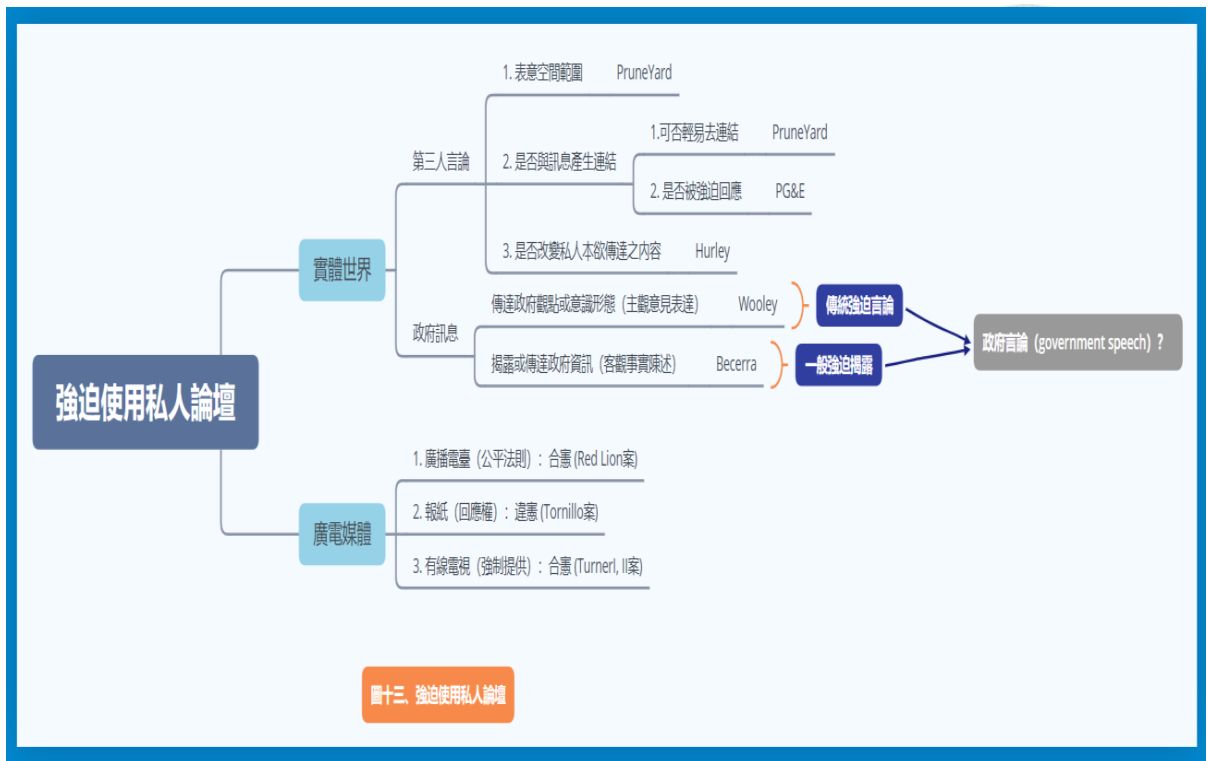


圖 13：「強迫使用私人論壇」類型

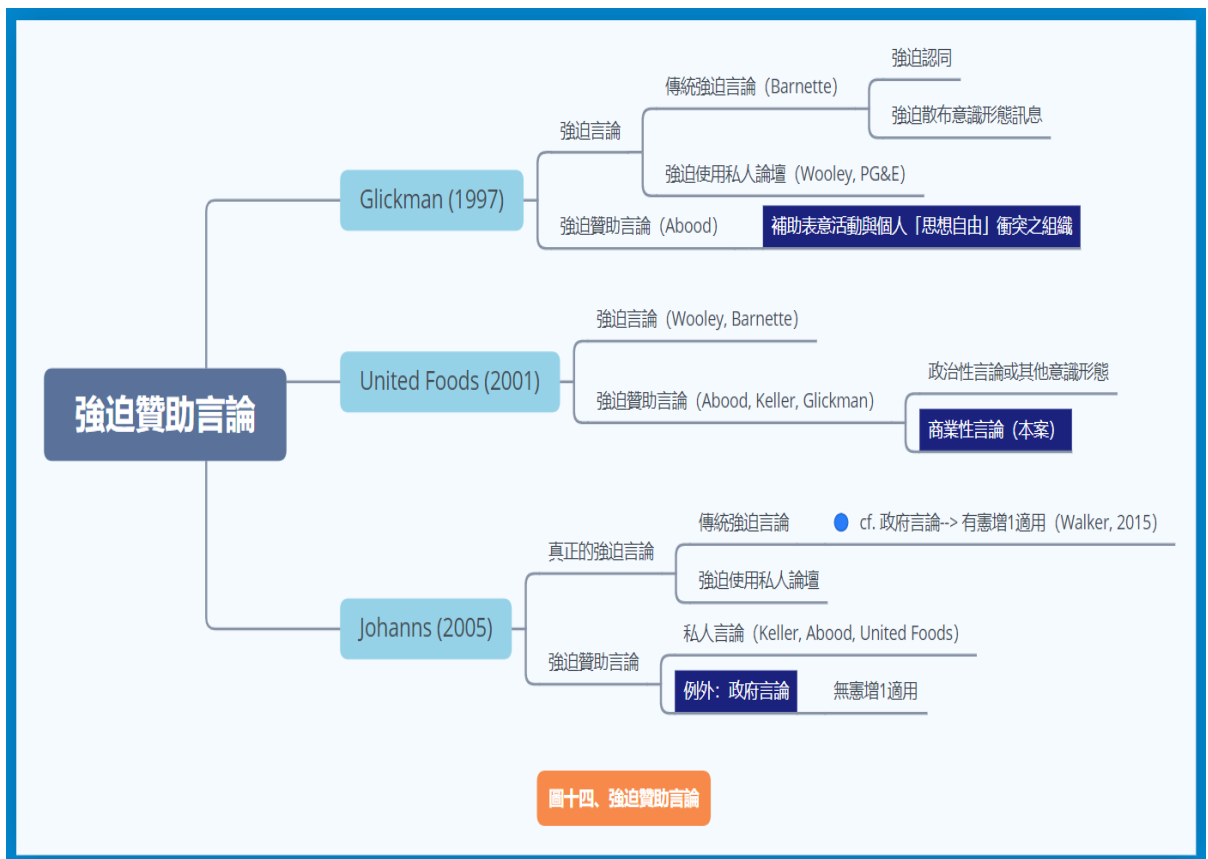


圖 14：「強迫贊助言論」類型



圖 15：「一般強迫揭露」類型

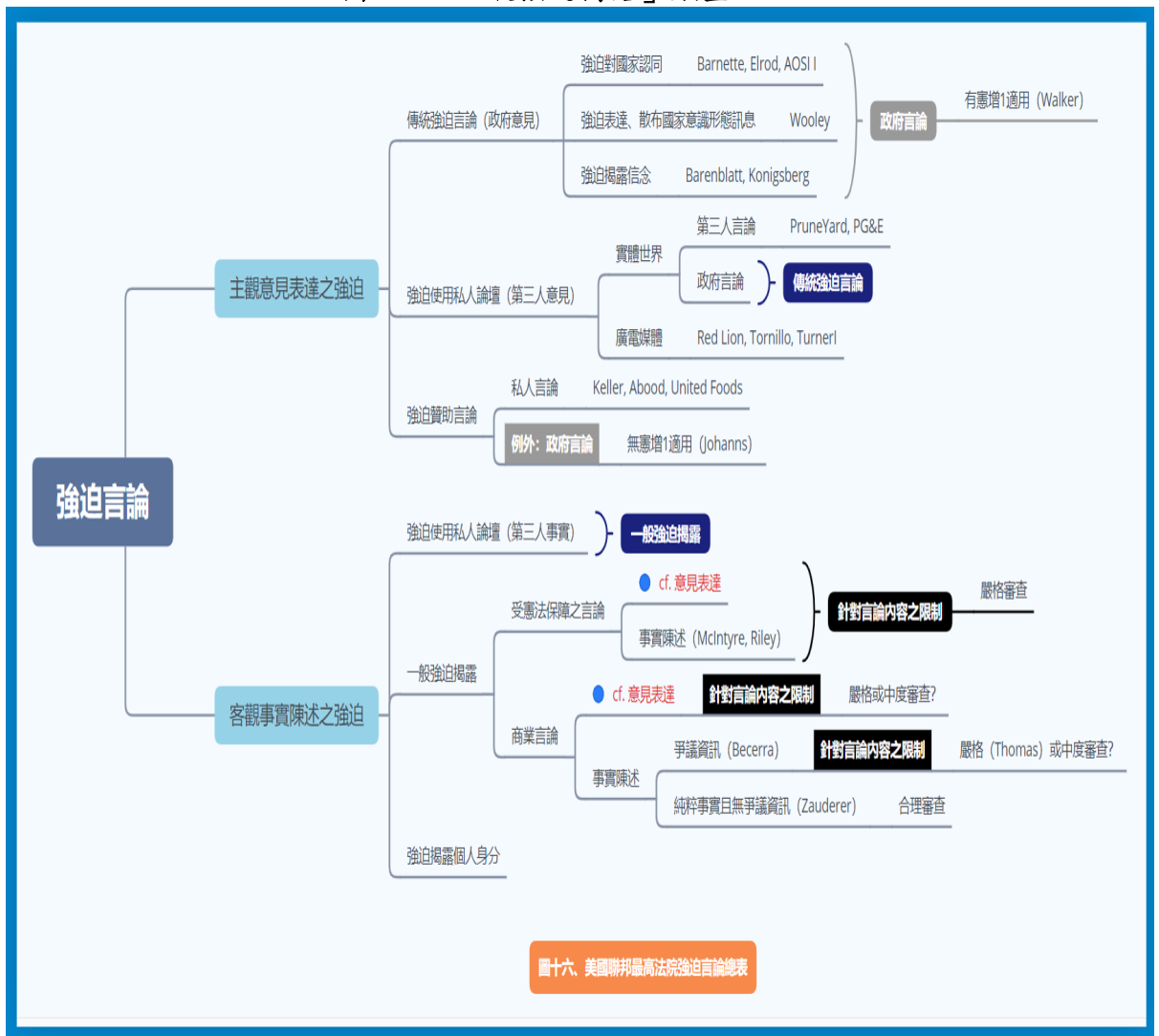


圖 16：美國聯邦最高法院建立之強迫言論法則

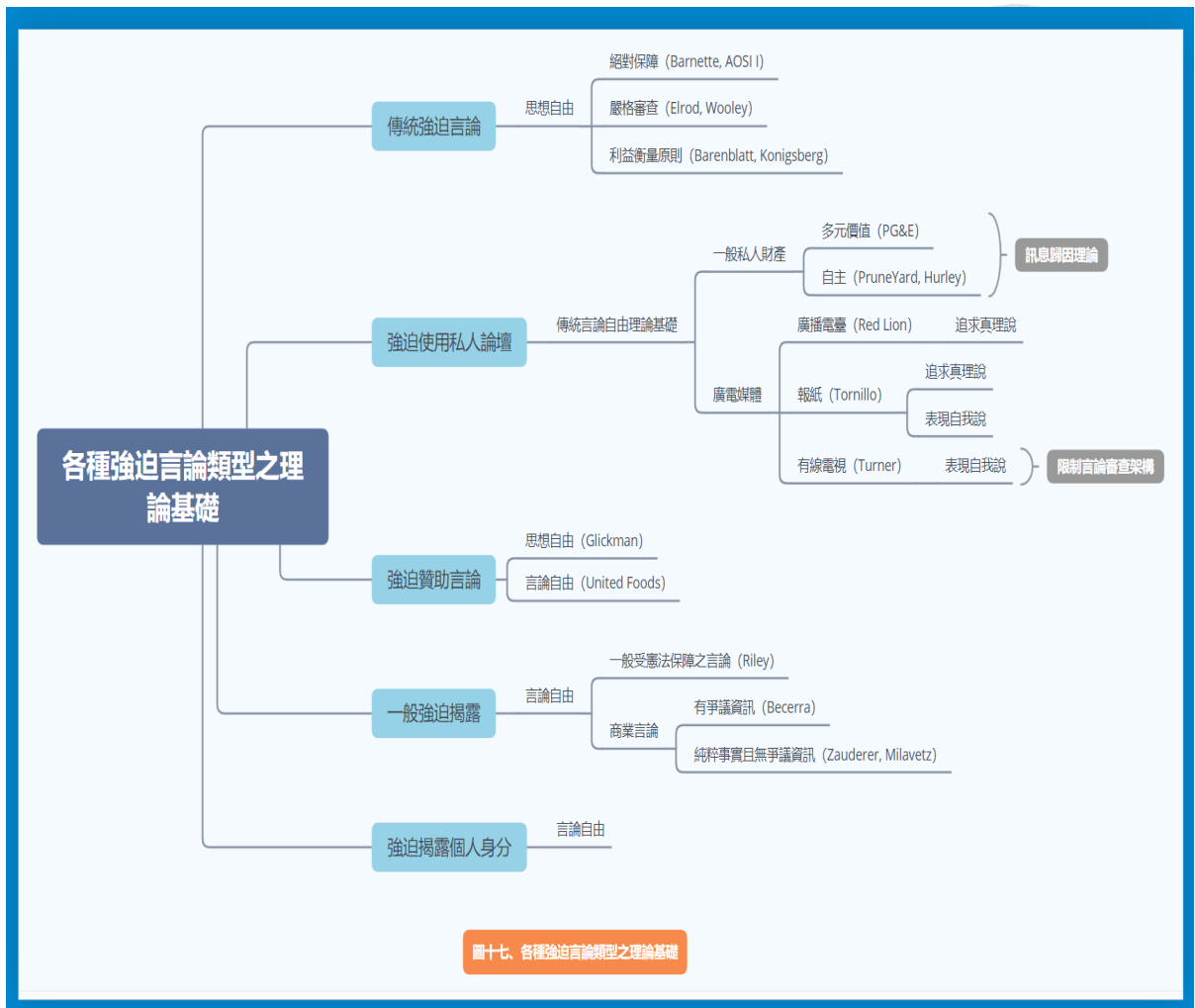


圖 17：各種強迫言論類型之理論基礎



圖 18：美國法強迫言論類型之檢討



圖 19：行為與態度改變之關係

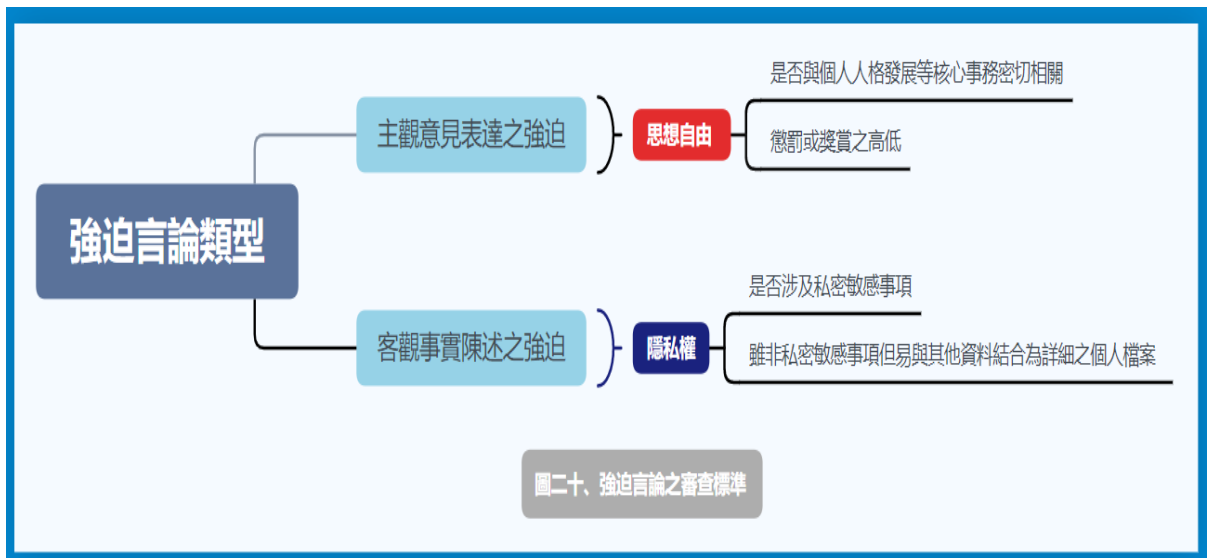


圖 20：強迫言論之審查標準