

國立臺灣大學法律學院法律學系

碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master's Thesis



社群媒體平台使用者之言論自由保障與司法救濟  
Seeking Judicial Remedies for Social Media Platform  
Users' Freedom of Speech

郭永賦

Yung-Fu Kuo

指導教授：李建良 博士

Advisor: Chien-Liang Lee, Dr, iur.

中華民國 113 年 7 月

July 2024

## 謝辭



在霖澤館 1803 研究室閱讀文獻、思索、撰寫論文內容時，曾經多次想到如果真的完成了論文，究竟應該如何撰寫這篇論文的謝辭。然而，當我因為種種原因(主要是拖延症太嚴重)直到現在才在寫這篇論文的謝辭時，卻完全沒有靈感，甚至需要參考別人的論文。最後，我決定用最普通的形式，逐一感謝協助我完成這篇論文的人：

首先，感謝我的指導教授李建良老師。

在將近 4 年前，李建良老師的《基本權理論專題研究》正是我的第 1 堂研究所專題課程，在該堂課程中，所探討的主題，正是這篇論文的主軸之一：基本權第三人效力理論。我不得不承認現在的我對於那堂課的記憶已經有些缺漏，但我永遠記得自己(大概是碩二)在苦思論文題目的時候，想起了老師在課堂上對於裁判憲法訴訟以及基本權第三人效力理論的講解，當時老師的上課內容，以及在課堂中所舉出的具體案例(還有當時課堂上優秀的學長姐及同學們的報告)讓我深刻地感受到憲法與憲法所保障的基本權利，在民事法領域以及司法實務運作中，其實一直都存在著無窮的潛力。對於當時碩一的我來說，這種思維上的突破(畢竟過去讀書是以準備考試為目的，有著太多思考上的盲點)，無疑在我心中種下了一顆種子，而我最終也選擇將這顆種子和其他種子(詳後述)一起，作為畢業論文的題目，鼓起勇氣找李老師請求指導論文。

在撰寫論文的過程中，正好是台灣逐漸擺脫 COVID-19 疫情的時刻，而李建良老師也因此有許多國外研討會的行程，再加上老師的各種研究計畫，每次看見老師如此繁忙，都很擔心自己若要與老師討論論文進度，會不會耽誤到老師的時間。然而，老師總是能夠非常有效率的給予意見，指出該次論文進度中的問題，同時也給予學生相當程度的自我嘗試空間。萬分感謝李建良老師的指點，能夠成為老師的指導學生，何其有幸。

接著，我想要感謝這篇論文的口試委員：蘇慧婕及黃銘輝老師。

於一年級下學期，當時的我有幸參與蘇慧婕老師的《基本人權專題研究》課程，讓我真正地了解到閱讀(外文)學術文獻的方法，也在每週的課堂討論中，認識到厲害的公法組朋朋(詳後述)，更是因為在該堂課時，深刻地體會到自己對於言論自由的興趣，讓言論自由也成為了心中的另一顆種子。而在碩三下學期，又有幸能夠在這篇論文已經開始動工的時候，參與蘇慧婕老師與林子儀老師合開

的「言論自由專題研究」課程，在課堂上與老師、同學深入地討論社群媒體與言論自由之間的互動關係，同時也讓我有機會嘗試將自己在課堂上的所見所學，化作本篇論文的素材與養分。不論在課堂上或是論文口試時，蘇慧婕老師總是用著清晰但不嚴厲的口吻，討論、分析當下的法律問題，循循善誘指出我在論證上的不足。

當時在與李建良老師討論口試委員的人選時，我當下馬上就想到了黃銘輝老師。在我剛進入研究所、「假訊息」議題剛剛浮上檯面的時候，就有幸在一些研討會及演講中，親自聽聞老師的分享。感謝黃銘輝老師願意在百忙之中，從台北大學前來參加學生的口試，在 2 小時的論文口試中，我總是能夠強烈地感受到老師對於「網路時代的言論自由」的研究熱忱；此外，老師就美國法的部分，給予了學生許多非常充實的建議，即便發現當時學生的論證存在不少前後矛盾之處，仍然願意給予學生鼓勵。能夠邀請到黃銘輝老師擔任學生論文的口試委員，直到現在都覺得自己非常幸運。

然後，感謝所有在台大遇到的老師們：林子儀老師、林明昕老師、林明鏘老師、孫迺翊老師、葉俊榮老師、簡資修老師，以及新聞所的王泰俐及劉好迪（Adrian Rauchfleisch）老師。雖然可能只上過老師的 1、2 門課，該門課可能也跟我的論文題目沒有太多直接關聯，但是在每次的課堂中，不論教學的內容為何，都能體會到老師們對於學術研究的熱忱、看到老師們在分析問題時的細膩、理解到老師對於某一議題的核心關懷——相信這些種種，早已潛移默化而深深影響著我。

除了上述老師之外，在這裡，我也想要感謝以下學長、同學與朋友們：

感謝胤慶及睿恩學長，2 位學長不只和我分享了許多修課、學業上的經驗，不論是在課堂上或是論文發表時的精彩表現，2 位學長都是我想要追求、達到的典範跟目標，更不用說 2 位學長所完成的論文，十分榮幸當初能有機會認識 2 位學長並受到學長們的照顧。

感謝昕宸，不管是一起度過快樂的大學時光，還是站在白板前面帶我們的研究所讀書會，又或是在我剛進入研究所的時候，跟我分享許多台大公法組的點點滴滴，甚至最後還一起在 1803 互相分享剛剛看完的文獻；能夠有人陪伴一起度過這段日子，真是太好了。謝謝詠綺、彥君、茵茵、仕麒，當初可能只是一起面對基本人權專題的指定閱讀，到最後即便相處時間不多，偶爾遇到互相寒暄甚至討論公法相關的議題，都讓我的研究所生活增添許多色彩；謝謝嘉偉、東宏、瀚中、致亨 4 位建中及政大的朋友，在大學畢業之後還能夠偶爾聚在一起聊天聊到半夜，各自紓解當下的各種壓力，實在非常愉快。

感謝同門的姿瑄、德威、欣儒，有你們的提醒和幫助，我才能夠更順利地處理有關論文方面的各種大小事務，也讓我即便沒有親自跑一趟中研院，依然能夠即時地與李老師保持聯繫。

謝謝學承、皓翔、浩呈、致賢，若當初帶各位讀書會有累積到一點恩情，這點恩情早已被我透支，各位卻仍然願意讓我使用面子果實，找我一起吃飯，還願意捧場我的論文發表，皓翔甚至在我論文口試時幫忙記錄，實在感激不盡。

總而言之，謝謝所有在這段時間我所遇見、與我相處的人們。

最後，感謝我的家人：念研究所一直都不是人生的既定行程，感謝父母在我順利錄取之後，能夠支持我進入台大法律系碩士班公法組就讀；也感謝我的妹妹，在你的哥哥罹患嚴重的拖延症，直到離開台北到台南之前，都還沒能夠完成論文的最後一哩路時，能夠在台北幫我處理跟畢業相關、大大小小的行政事務。

\*\*\*

當初在構思這篇論文時，我承認自己懷抱著不小的野心，也因此選擇了 1 個當時看似十分熱門的主題（但現在似乎有些過氣），更不自量力地認為自己經歷過許多研究所課堂的磨練之後，可以順利完成論文。然而，正好相反，不論是在 1803 研究室撰寫論文的時候，還是離開校園，進入辛亥路 3 段 81 號學習之後，自己對於這篇論文越來越沒有自信，在通過口試之後更是無法提起動力完成論文的修改。在敲打這段文字的當下，美國最高法院已經受理並審理了本文所引用之 2 則美國聯邦巡迴上訴法院判決的上訴，Facebook 和 Twitter 都已經更名一段時間，歐盟的 DSA 已經上路好些時日，更不用說 Thread 的出現以及在台灣所發揮之群眾影響力；似乎這篇論文剛剛出爐，就會被貼上「i 珍食」65 折的貼紙。

我不敢說自己已經盡了全力在完成這篇論文，但無論如何，這篇論文確實能夠證明我對於這個題目的熱愛，也是我研究所生活的最後一筆紀錄；在此，也感謝翻開／點開這篇論文的你，希望這篇論文能夠對你產生些許幫助。

2024.6.16 木柵

## 摘要



時至 2024 年，社群媒體平台早已是人們日常生活及公共事務參與所不可或缺的媒介。也因為如此，當經營、管理社群媒體平台之私人企業能夠對於其平台上的各種內容甚或發布內容的權限採取各式各樣的限制措施時，使用者要如何申訴、救濟，即具有一定之重要性。

為此，本文首先於第一章界定本篇論文所欲研究之「社群媒體平台」及「內容限制」(content moderation) 二詞所指涉之意涵，也藉此劃定本文以下之研究範圍。接著，於第二章中，本文試圖從目前社群媒體平台之實際運作面出發，以探究目前社群媒體平台本身之「自治」究竟能否有效地保障其使用者之言論自由，並以 Meta (原名 Facebook) 近年來所創建之監察委員會 (Oversight Board) 為具體研究案例。在第三章中，則回到社群媒體平台與使用者間的法律關係，在釐清二者之間的法律關係後，本文將試圖透過「基本權第三人效力」理論以及現行民事法中蘊含不確定法律概念之條款，尋求法院於具體個案中將基本權保障納入考量之途徑；在第三章之末段，則是審酌社群媒體平台及其使用者可能得以主張之基本權類型。在第四章，就二者利益衡量之部分，為求本文對於利益衡量之討論分析能夠盡可能地適用於各種內容限制措施，也為了法院於判斷時能夠形成一貫性之脈絡，本文首先試圖建構出「水平法律關係」中之類型化標準，再嘗試以該審查模式，作為後續個案討論之基礎。

本文認為，就現行社群媒體運作之情形而言，由於經營、管理社群媒體平台之私人企業無法擺脫「營利目的」所帶來之壓力，「不受歡迎之言論」將有遭到壓抑之可能，而該現象將難以透過諸如「市場競爭」或內部自治機制所解決，因此社群媒體之用戶有必要透過司法程序以尋求救濟。若使用者不滿於平台之內容限制措施而向法院提起訴訟，本文認為，法院於審理時，應得透過「基本權第三人效力」之理論運用、民法第 72、148 條以及消費者保護法第 11、12 條等規定，於解釋平台之內容政策條款、甚而判斷該條款之有效性時，考量到社群媒體平台之「營業自由」以及使用者之「言論自由」。

至於二者之基本權要如何於個案中進行利益衡量，本文嘗試建立不同之類型化標準，並認為在個案中，法院應以社群媒體平台之內容限制措施作為檢驗之客體，再基於「使用者之言論自由」及「社群媒體平台之營業自由」之考量，決定是否採取「從嚴」或「從寬」之類型化標準。最後，於具體案例探討之部分，本文分別以「停用帳號」、「移除內容」、「降低觸及」、「加註警語」4 種不同之內容限制措施為例，分析此時法院所應採取之類型化標準，以及採取某一標準後，如何於個案中檢驗所涉及之內容限制措施。

**關鍵詞：**社群媒體、社群媒體平台、內容限制、言論自由、基本權第三人效力、

類型化標準、Meta 監察委員會



## Abstract

To this day, social media platforms have play an important role not only in our daily lives, but also in our public discourse. Therefore, when the private-owned social media platforms begin to moderate content posted by their users in an omnipresent way, remedies for users' freedom of speech may as well as become more and more vital.

This thesis starts by giving definition to "social media platform" and "content moderation", meanwhile also to define the boundary of this thesis. Then, in the second chapter, I begin to explore: whether the current practice of social media platforms is able to protect users' freedom of speech effectively, and the answer is no. This thesis argues that because the motivation to moderate content comes from the "profit-driven" nature of a corporation, unpopular speeches might be overly depressed, and even the system of market competition or an independent organization like Meta Oversight Board could not overturn this situation.

The third chapter of this thesis tries to focus at the legal relationship between social media platforms and its user. Through several general terms from the Civil Code and Consumer Protection Act and the theory of the "third party effect of fundamental rights", this thesis argues that the court will be able to consider the platform's "freedom to conduct a business" and its user's "freedom of speech" when users decide to invalidate social media platform's content moderation measures through legal procedures.

In the fourth chapter, in order to balance the rights of the platforms and the users with a consistent thinking, this thesis has attempted to build different categorized standards of review. When facing a specific case, I argue that courts should examine the content moderation performed by social media platforms instead of the users' freedom of speech; then, by considering "the extent of restriction on users' free speech" and "the freedom to conduct a business of the platform", courts will be able to decide which categorized standard to apply in the specific case. Lastly, this thesis will take four different kinds of content moderation measure as example: "disabling accounts", "removing contents", "restricting distribution", and "providing awareness information", to demonstrate the methods to decide the categorized standards of review, and the ways to balance those competing rights.

**Keywords:** Social Media, Social Media Platform, Content Moderation, Freedom of Speech, Third Party Effect of Fundamental Rights, Categorized Standards, Meta Oversight Board

# 簡目



謝辭.....	i
摘要.....	iv
簡目.....	vii
詳目.....	viii
圖次.....	xi
表次.....	xi
第一章 緒論.....	1
第一節 問題提出.....	1
第二節 研究範圍與名詞界定.....	3
第二章 簡述社群媒體環境：現狀如何不利於使用者之言論自由？.....	13
第一節 社群媒體平台「自治」之不足之處.....	13
第二節 社群媒體平台的市場結構：寡占與市場機制.....	33
第三節 社群媒體平台的自治極限：臉書監察委員會之分析.....	37
第四節 小結.....	54
第三章 進入法院：基本權第三人效力與所涉基本權之判斷.....	55
第一節 社群媒體平台與使用者之法律關係.....	55
第二節 法院介入之基礎：基本權第三人效力.....	57
第三節 所涉基本權之判斷.....	74
第四章 進入法院（二）：類型化與具體案例探討.....	106
第一節 「利益衡量」之類型化嘗試：從寬、從嚴？.....	106
第二節 具體案例探討.....	123
第五章 結論.....	165
第一節 全文回顧.....	165
第二節 未竟之業／未來展望.....	166
《參考文獻》.....	170

# 詳目



謝辭.....	i
摘要.....	iv
簡目.....	vii
詳目.....	viii
圖次.....	xi
表次.....	xi
第一章 緒論.....	1
第一節 問題提出.....	1
第二節 研究範圍與名詞界定.....	3
第一項 社群媒體平台.....	3
第一款 「社群媒體」.....	3
第二款 「平台」.....	6
第三款 大小有別？.....	7
第二項 「內容限制」.....	10
第二章 簡述社群媒體環境：現狀如何不利於使用者之言論自由？.....	13
第一節 社群媒體平台「自治」之不足之處.....	13
第一項 社群媒體平台的自治誘因與壓力.....	14
第一款 企業的社會責任與群眾壓力.....	14
第二款 政府與（當地）法規的干預.....	16
第三款 本文見解：營利至上.....	21
第二項 「營利」作為根本誘因所產生的問題.....	26
第一款 迎合大眾口味的內容政策.....	26
第二款 全球性的「主流觀點競逐」.....	29
第二節 社群媒體平台的市場結構：寡占與市場機制.....	33
第一項 以「市場機制」保障多元言論競逐之可能.....	33
第二項 舊瓶新裝：平台經營者「權力濫用」的危險.....	34
第三節 社群媒體平台的自治極限：臉書監察委員會之分析.....	37
第一項 監察委員會之簡介.....	38
第一款 監察委員會的組織架構.....	38
第二款 監察委員會的「審理」程序.....	40
第二項 監察委員會之評析.....	43
第一款 職權上的限制與不足.....	43
第二款 現行實務觀察.....	46
第四節 小結.....	54
第三章 進入法院：基本權第三人效力與所涉基本權之判斷.....	55

第一節 社群媒體平台與使用者之法律關係 .....	55
第二節 法院介入之基礎：基本權第三人效力 .....	57
第一項 「基本權第三人效力」理論簡介 .....	59
第二項 德國相關案例 .....	61
第一款 「商業代理人案」裁定 .....	61
第二款 「保證契約之內容審查」裁定 .....	62
第三款 「法蘭克福機場集會」判決 .....	64
第四款 「足球場禁令」判決 .....	65
第五款 小結 .....	67
第三項 回到社群媒體：進行利益衡量操作之「框架」 .....	68
第一款 民事契約法之思考 .....	68
第二款 消費者保護法與定型化契約 .....	70
第三款 民事法律解釋、適用之不同對於「基本權衝突」討論之影響？ .....	72
第四項 小結 .....	73
第三節 所涉基本權之判斷 .....	74
第一項 使用者之基本權利：言論自由 .....	74
第二項 社群媒體平台之基本權利：營業自由 .....	75
第三項 社群媒體平台之基本權利：言論自由？ .....	76
第一款 巡迴上訴法院之見解 .....	77
第二款 學說見解 .....	88
第三款 本文見解 .....	93
第四項 小結 .....	105
第四章 進入法院（二）：類型化與具體案例探討 .....	106
第一節 「利益衡量」之類型化嘗試：從寬、從嚴？ .....	106
第一項 借鏡：違憲審查基準之簡介 .....	108
第一款 美國模式 .....	108
第二款 德國模式 .....	109
第三款 德、美「異中求同」 .....	110
第二項 嘗試：形塑寬嚴不同之類型化標準 .....	112
第一款 實體法上觀點 .....	112
第二款 程序及功能法之觀點 .....	113
第三款 小結：回到社群媒體平台與使用者之間 .....	115
第三項 運用：類型化之標準將用於何處？ .....	116
第一款 檢驗「什麼」？ .....	116
第二款 「如何」檢驗？ .....	118
第二節 具體案例探討 .....	123
第一項 「停用帳號」與「停權」措施 .....	123

第一款 插曲：是否納入平等權之審查？.....	124
第二款 類型化標準之思考：從嚴、從寬？.....	125
第三款 利益衡量：目的與手段之檢驗.....	128
第二項 「移除內容」措施.....	134
第一款 類型化標準之選擇：「從嚴」還是「從寬」審查？.....	135
第二款 利益衡量：目的與手段之檢驗.....	145
第三項 「降低觸及」措施.....	151
第一款 「從嚴」或「從寬」？.....	152
第二款 利益衡量：目的與手段之檢驗.....	155
第四項 「加註警語」措施.....	160
第五項 小結.....	162
第五章 結論.....	165
第一節 全文回顧.....	165
第二節 未竟之業／未來展望.....	166
《參考文獻》.....	170

## 圖次



圖（一） .....	22
圖（二） .....	26
圖（三） .....	40
圖（四） .....	43
圖（五） .....	103
圖（六） .....	122

## 表次

表（一） .....	95
表（二） .....	98
表（三） .....	102
表（四） .....	154
表（五） .....	162



## 第一章 緒論

### 第一節 問題提出

社群媒體已成為大多數人生活不可或缺的一部份。

除了分享自己生活的近況、和家人朋友出遊的照片、查看最近流行的舞蹈動作、獲取最新的社會時事以及當事人的回應、討論各種社會議題，甚至公眾人物決定參選公職，也會在第一時間於社群媒體平台上向社會大眾公布。然而，所有以上功能，都有可能因為某些原因而遭到限制、禁絕；跟過去以往不同的是，作成決定的主體並非主權國家的政府、並非法院，而是私人企業的僱員；甚至，這類決定可能並非由自然人作成，而係由經營社群媒體平台之私人企業所訓練之人工智慧進行判定。是故，當社群媒體使用者<sup>1</sup>所發佈之內容、甚或發布內容的權限受到限制，要如何進行申訴、救濟以重新回到社群媒體的世界，不僅具重要性，也因為此時對於使用者之言論自由進行限制之主體並非國家，在司法救濟與憲法基本權利的層次上，必須有別於傳統言論自由的思考與摸索。

或有以為，現今社群媒體所帶來的最大問題，並非表意行為受到私人企業的壓抑，反而是社群媒體平台上充斥過多的有害言論<sup>2</sup>——假訊息、仇恨言論、騷擾言論、以及境外勢力輿論操弄等等無益、甚至可能有害於民主社會的內容。然而，由於技術的進步，社群媒體平台若要對於有害之內容進行有效的「過濾」，勢必需要面對快速、大量、不間斷，由社群媒體用戶所產出之內容；此時，不僅是平台業者在人力資源相較之下所形成的缺乏，就算憑藉著人工智慧進行內容的篩選，也會因為其規模的龐大而帶來更多個案上的處理錯誤：大量的「內容限制」(content moderation) 決定，意味著將產生大量的內容限制錯誤<sup>3</sup>。這些錯誤可能是人工審核員的疏失、演算法編寫的瑕疵，更有可能是因為所涉個案本身的脈絡(context) 以及使用者發布內容的意圖，對於需要快速、大量處理內容的審查機制而言，本身即為難以處理的因素<sup>4</sup>。所以，即使認為現今的網路言論自由

---

<sup>1</sup> 本文所稱之「使用者」或「用戶」，係對於「使用社群媒體平台服務」之主體的泛稱；本文以下將混用二者，在概念上並無差異，合先敘明。

<sup>2</sup> See Mary Anne Franks, *The Free Speech Industry*, in *SOCIAL MEDIA, FREEDOM OF SPEECH AND THE FUTURE OF OUR DEMOCRACY* 65, 83-84 (Bollinger & Stone ed., 2022).

<sup>3</sup> Evelyn Douek, *The Siren Call of Content Moderation Formalism*, in *SOCIAL MEDIA, FREEDOM OF SPEECH AND THE FUTURE OF OUR DEMOCRACY* 139, 146 (Bollinger & Stone ed., 2022). 至於「內容限制」的定義，詳見本章第二節以下之說明。

<sup>4</sup> *Id.*, at 144-146; Nathaniel Persily, *Platform Power, Online Speech, and the Search for New Constitutional Categories*, in *SOCIAL MEDIA, FREEDOM OF SPEECH AND THE FUTURE OF OUR DEMOCRACY* 193, 205 (Bollinger & Stone ed., 2022).

環境需要更嚴厲地「取締」有害的言論，為了避免有益言論也同時遭到移除、限制，為了真正促使言論自由環境的健全，對於本文而言，使用者之「救濟管道」仍然為重要的元素之一。

綜上所述，本文將試圖藉由本篇論文，探討、研究關於「社群媒體平台使用者之言論自由保障」的問題；而該議題的研究與討論，又可以再細分為數個不同的子問題，分別於各個章節討論：

首先，於現行環境中，使用者是否有其他別於向法院提起訴訟之方法以保障自身之言論自由；換言之，使用者**是否一定需要法院向法院提起訴訟、法院介入的正當性基礎為何？**這部分的問題將會於第二章進行討論、分析。實然面的探討，將從社群媒體平台為何進行「內容限制」為出發點，指出目前社群媒體平台運作上可能對於言論自由的負面影響——不論是單一社群媒體平台本身，還是社群媒體的「市場機制」使然。在第二章後段，也將介紹目前社群媒體最具規模的自治機制，Facebook 監察委員會，並分析該制度之不足之處，以反證「使用者向法院提起訴訟」為救濟手段之不可或缺。至於應然面的討論，則是藉由德國「基本權第三人效力」作為主軸——這部分將會在第三章進行說明。

第二部分則會聚焦於**法院於具體案件中，如何為法律解釋適用以及基本權利衡量的探討**。在簡短介紹社群媒體平台與使用者之間的法律關係，以及法院介入私法紛爭之正當性基礎「基本權第三人效力」之後，第三章將會聚焦於「所涉及基本權」的探究：除了一目瞭然之「使用者之言論自由」與「平台經營者之營業自由」以外，本文將著眼於「社群媒體平台」之言論自由的探究，藉由外國（以美國為主）之學說和實務見解，進行比較、分析，試圖釐清：此時社群媒體平台是否亦得主張其受憲法保障之言論自由？

在釐清「所涉及之基本權」以後，第四章則會針對不同的「內容限制」情形，進行類型化的討論：本文將試圖借用「審查基準」的概念，對於不同的「內容限制」措施，希冀尋得法院於不同情形中，對於私人法律關係「適當」的介入程度。



## 第二節 研究範圍與名詞界定

於本節中，本文將試圖界定「社群媒體平台」與「內容限制」所指涉之範圍，以求本文以下討論之精確；也藉由名詞定義之釐清，劃定本文所欲進行的研究範圍。換言之，基於研究範圍之設定，本文在使用「社群媒體平台」與「內容限制」一詞時，所指涉之範圍，相較於一般日常認知，將可能更加地限縮。

### 第一項 社群媒體平台

#### 第一款 「社群媒體」

關於「社群媒體平台」的定義，國內有論者以「社群網路」(social network)作為出發點，認為所謂「社群媒體」除了為「在封閉的系統中，建立『得供其他使用者閱覽、連結』之個人檔案」的網路服務，更強調社群媒體身為一「平台」，「提供數位內容的瀏覽、傳遞，進而成為「線上公共表意空間」的性質<sup>5</sup>。若參考外國文獻，學者 Koltay 將重點放在社群媒體平台提供「使用者產製之內容」(user-generated content)、且「使用者得再進一步分享該內容予特定觀眾」的性質<sup>6</sup>；學者 Napoli 則是著眼於社群媒體與傳統媒體之異同，認為：雖然社群媒體「本身並不產製內容」、卻依舊從事著「傳播(distribution)、展示(exhibition)內容」的行為，雖然「大多倚賴演算法進行內容策展(curation)、卻仍無法避免人為之編輯介入(human editorial involvement)以及「守門人」(gatekeeper)的角色，以及「依賴廣告作為收入來源」的特性<sup>7</sup>。

若對於各國立法例進行觀察，我國之國家通訊傳播委員會(NCC)於2022年所推出、後來受到廣大民意反彈之「數位中介服務法草案」，參酌歐盟《數位服務法》(Digital Service Act, DSA)之規定，將「線上平台」定義為「依使用者要求，將其所儲存之資訊向公眾傳達之特定型態資訊儲存服務」，並排除「僅為他服務之次要及附屬功能，因技術無法與該他服務分離使用，且非為規避本法」之情形<sup>8</sup>；德國的《改善社群網站上之法律執行法》(NetzDG)則是將「社群網站」

<sup>5</sup> 楊劭楷(2021)，〈社群媒體假訊息管制之言論自由分析〉，國立臺灣大學法律學系碩士論文，頁9-10。

<sup>6</sup> ANDRÁS KOLTAY, NEW MEDIA AND FREEDOM OF EXPRESSION: RETHINKING THE CONSTITUTIONAL FOUNDATIONS OF THE PUBLIC SPHERE 146 (2019). 需要補充的是，所謂「人為介入」應當也包括演算法於設計和發展時所需作成之各種「人為」決定。

<sup>7</sup> PHILIP M. NAPOLI, SOCIAL MEDIA AND THE PUBLIC INTEREST: MEDIA REGULATION IN THE DISINFORMATION AGE 7-9, 11-14 (2019).

<sup>8</sup> 國家通訊傳播委員會(2022)，〈數位中介服務法草案總說明〉，網址：[https://www.ncc.gov.tw/chinese/files/22062/5532\\_220629\\_1.pdf](https://www.ncc.gov.tw/chinese/files/22062/5532_220629_1.pdf)；最後瀏覽日期：2024.5.12；Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a

定義為「基於營利目的而經營」、「使用者得將任何內容分享予其他使用者或提供公眾近用」之網路平台，並排除「提供新聞編輯內容且內容責任自負」以及「僅供特定內容散布或個人通訊功能」之情形<sup>9</sup>。

至於美國法的部分，於佛羅里達州針對「矽谷科技寡頭企業」之立法中，將社群媒體平台（social media platform）定義為：「提供或允許複數使用者存取（access）一電腦伺服器，包括網際網路平台及社群網站」之「資訊服務、系統、網際網路搜尋引擎、存取軟體提供者（access software provider）」<sup>10</sup>；至於德州的相關立法，則將「社群媒體平台」定義為「以張貼資訊、留言、訊息或圖像為主要功能」、「允許使用者創建帳號、聯繫（communicate）其他使用者」、「對公眾開放」之「網站或應用程式」，並排除「資訊或內容為服務提供者預選（preselected）」或是與該資訊或內容「相同、直接關聯、為隸屬關係（dependent on）」之情形<sup>11</sup>。

經過以上爬梳，將會發現各種定義（無論是描述性或規範性的定義）於範圍上的不同：如前所述，我國數位中介服務法草案以及歐盟《數位服務法》所定義之「線上平台」明顯未有關於「社群」之討論；如果依照學說討論，而著重於相互連結之「個人檔案」的特色，則會將「佈告欄」式的網路論壇予以排除；德國 NetzDG 也僅對於用戶之間得分享「任何內容」之網路平台進行管制。面對範圍寬窄不一的各家見解，對於本文之研究而言，並不需要從中擇取一最「正確」的版本，畢竟以上定義及其要件的设计，毋寧具有其目的性、策略性；若是學說上之討論，定義的寬窄無非涉及所欲處理之議題；若為法規要件之設計，更不能忽略其後續所搭配之法律效果。

是故，本文對於「社群媒體」所採取之定義，也是基於本文之研究目的以及研究之侷限性所作出考量。而本文以下所稱之「社群媒體」，係指稱具有以下特性之網路服務：

- **為私人所經營。**誠如前揭之問題意識，社群媒體所帶來的問題之一，即是私人企業對於言論自由的實質限制。因此，若有涉及任何公部門以及公權力之網頁服務，皆不在本文「社群媒體」之指稱範圍內。
- **供使用者發布內容予特定人，包括公開予任何人進行查看、互動。**此功能乃

---

Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act) (2022) *Official Journal* L 277, p. 43.

<sup>9</sup> 參照蘇慧婕（2020），〈正當平台程序作為網路中介者的免責要件：德國網路執行法的合憲性評析〉，*臺大法學論叢*，第49卷第4期，頁1921-25。

<sup>10</sup> Fla. Stat. §501.2041(1)(g) (2021).

<sup>11</sup> TEX. BUS. & COM. CODE §120.001(1) (2021).

社群媒體運作與傳統資訊傳遞最不同之處。由於科技及技術的進步，散布及傳遞資訊的門檻大幅降低，多數用戶之間得幾乎無時差地進行「多對多」的資訊流通模式也使得社群媒體擁有「當代公共廣場」之可能<sup>12</sup>。此外，本文以下也將如同歐盟《數位服務法》以及德州之特別立法，排除此功能僅為附屬服務之情形，例如新聞網站於新聞內容底下設置的「留言區」。

- **用戶之間得傳遞「任何內容」。**相較於得傳遞「任何內容」之平台，即是對於用戶分享、傳遞之內容「存有限制」之社群平台，包含線上商城（例如蝦皮購物、露天商城、591 租屋網），網路論壇（例如 Dcard、巴哈姆特）中，專屬於各個議題的「看板」（例如感情版、美妝版），以及專屬於特定類型內容的線上平台（如成人網站 Pornhub）——以上舉例，即均非本文所欲討論分析之客體。對於分享、傳遞內容的限制，並非只涉及於平台業者對於網頁服務經營之自由，更可能涉及使用者之間的結社自由等其他權利——雖然各種內容類型之間不會總是呈現相互排斥之關係，但殊難想像某一人民得基於其受憲法所保障之言論自由，於與內容毫無干係之看板中任意張貼內容；是故，為避免所欲討論之境況過於複雜，以下所指涉之「社群媒體平台」，將僅限於用戶間得傳遞「任何內容」之情形。
- **經營者係出於營利目的。**此要件係排除於具公益目的、不具營利性質之網頁服務，例如維基百科（Wikipedia）<sup>13</sup>或是 PTT<sup>14</sup>。其中關於「營利性質」之定義，係指「為獲取利潤、報酬等經濟上利益」而向他人提供服務之情形，惟利潤、報酬之來源並不限於服務之使用者。

綜上所述，若嘗試以正面表列本文所欲包含之研究客體，則大致可以分為「以個人檔案」為主之社群網站服務，例如 Facebook（後公司更名為 Meta）、Twitter（後更名為 X，以下仍以 Twitter 稱之）、Youtube 等等；以及「佈告欄」式的網路論壇「整體」。雖然網路論壇會因為各個看板之議題不同，而對於得張貼之內容存有不同之限制，然而，大多數的網路論壇皆有「總則性」的規範<sup>15</sup>，這些總則性之規範，即與「個人檔案」為主之社群網站中的「社群守則」、「內容政策」無異。

<sup>12</sup> See *Packingham v. North Carolina*, 582 U.S. \_\_\_\_ (2017).

<sup>13</sup> See WIKIPEDIA, *Wikipedia*, <https://en.wikipedia.org/wiki/Wikipedia>. 最後瀏覽日期：2024.5.12。由於維基百科之運作模式，允許任何人進行內容編輯，等同其使用者得以將「任何內容」公開發布予其他人查看。因此，雖然「共同協作」各式各樣的內容才是維基百科之主要功能，然而維基百科也符合前開之三個要件；當然，於一般日常認知中，自始不會將維基百科視為社群媒體之一種。

<sup>14</sup> 參照批踢踢實業坊，《What is Ptt?》，網址：<https://www.ptt.cc/index.html>；最後瀏覽日期：2024.5.12。

<sup>15</sup> 例如 Dcard、巴哈姆特皆有適用於所有看板之規範。Dcard 的用戶內容限制，詳見：Dcard 用戶使用協議，網址：<https://www.dcard.tw/terms>，最後瀏覽日期：2024.5.12；巴哈姆特之內容限制，詳見：巴哈姆特站規，網址：<https://user.gamer.com.tw/help/rule.php>，最後瀏覽日期：2024.5.12。



## 第二款 「平台」

如同前揭對於社群媒體之介紹，社群媒體似乎無法脫離「平台」一詞的使用，畢竟社群媒體於本質上即以「使用者產製內容」(user-generated)的提供為主要服務項目。對於上傳內容的用戶而言，社群媒體確實擔綱「平台」的角色，(看似)中立且平等地提供一個「與他人溝通、互動」的支持<sup>16</sup>；對於廣告業主而言，「平台」比喻性的涵義，象徵著一個「與眾不同」的商業機會<sup>17</sup>。

不過，「平台」一詞與社群媒體（以及其他線上服務）的連結，並非「理所當然」：學者 Gillespie 即認為，Platform 一詞的使用其實隱含著科技企業當初的別有居心。一方面，正如前述，「平台」一詞的使用得以滿足不同利害關係人對於該服務的想像，也得以「美化」該資訊服務對於社會所帶來的貢獻（每個人都有向公眾發聲的機會！）；更得以規避法律上的責任，將自身所提供的服務與用戶上傳的內容進行「切割」，以享有例如美國《通訊端正法》(Communications Decency Act, CDA) 第 230 條的豁免規定<sup>18</sup>。此外，「平台」一詞的使用，其實也隱含地說明了平台「邊界」的存在：即使看似中立，平台業者無可避免地需要對於平台上的內容進行某程度的控制，調整每份內容的「能見度」，以達到平台業者自身目的<sup>19</sup>。

綜上討論，雖然「平台」一詞的使用，可以強調社群媒體經營者「本身的策展 (curate) 行為」與「社群媒體使用者所產製之內容」的區別，也不能直覺性地將平台視為一「內容中立」的角色。而「平台」一詞的使用，對於本文之研究範圍而言，並不會與前述「社群媒體」之概念有所衝突，畢竟社群媒體確實對於使用者所產製之內容有所干涉<sup>20</sup>。是故，對於本文而言，雖然「平台」一詞的使用能夠更生動地形容社群媒體，惟對於社群媒體而言，「平台」一詞之使用毋寧更貼近於無涉本質之包裝，也因為如此，本文以下的討論，將會混用「社群媒體」與「社群媒體平台」二詞；二者在本質上，並無差異。

此外，雖然精確地說，「社群媒體」或是「社群媒體平台」僅僅是業者所提供之服務，真正法律上之行為主體仍為擁有該社群媒體平台之企業（法人）或是該平台之業者（自然人），不過在描述使用者與平台擁有者／業者於法律上或事實上之互動關係時，為求語句簡潔通順，亦可能僅以「社群媒體」或「社群媒體

<sup>16</sup> Tarleton Gillespie, *The politics of 'platforms'*, *New Media & Society*, 12(3), 350-352, <https://doi.org/10.1177/1461444809342738> (2010).

<sup>17</sup> *Id.*, at 353-354.

<sup>18</sup> *Id.*, at 356-357；關於 CDA 第 230 條的規定，詳見第二章的介紹。

<sup>19</sup> *Id.*, at 358-359.

<sup>20</sup> 詳見本章第二節、第二項。

平台」稱之，併予說明。



### 第三款 大小有別？

而在定義了何謂社群媒體平台之後，有一個常見的問題即是：是否應該以社群媒體平台的規模，將不具規模的社群媒體平台排除於本文之問題意識之外？這是一個常見的想法，一些涉及社群媒體平台的立法規範也會以規模大小作為管制與否的標準。舉例而言，德國《改善社群網站上之法律執行法》(NetzDG)即以「德國境內註冊使用者達 200 萬人」為標準，避免課予小型、新加入市場的社群媒體平台經營者承受過重的義務負擔<sup>21</sup>；歐盟即將上路的《數位服務法》(Digital Service Act)也將「歐盟每月平均活躍用戶達 4500 萬」的社群媒體平台稱為「超大型數位平台」(Very Large Online Platforms)，而課予這些超大型平台更多的義務<sup>22</sup>。台灣《數位中介服務法》草案，也有以「規模大小」作為課予義務與否的標準，例如草案第 16 條第 2 項即有「未達一定規模」的數位中介服務提供者，豁免其透明度報告之發布義務；草案第 32 條以下，也以「有效使用者達 230 萬人」之要件，作為主管機關得指定為「指定線上平臺服務提供者」、課予其額外義務之門檻<sup>23</sup>。

雖然以上立法例以及法規草案，都明確地以經營規模作為課予(特殊)義務與否的區分標準，似乎此種分類是可供依循之操作模式；然而，若以司法權的角度出發，法院是否有將社群媒體平台分為大型、中型、小型平台的能力，以及作成該決定之正當性基礎，恐怕都將受到質疑<sup>24</sup>。再者，在憲法基本權利的衡量判斷中，若大型社群媒體平台與小型社群媒體平台所提供之功能與服務皆相似，僅因經營之成效優劣而給予不同程度之基本權利保障，這樣的見解反而可能有違反憲法平等權保障之疑慮。

或有以為，上開立法例以「規模大小」作為管制手段之區分，其實不無道理：畢竟上述所提及之法律及法律草案，皆著眼於防範網路上(尤其是社群媒體平台上)不法或是有害言論之散佈；因此，同樣的不法或是有害言論，在越大的社群媒體平台上發布，就有可能觸及到越多的人，也就有可能帶來更多的危害(或是提高危害發生的可能)。然而，本文所欲討論之問題，跟前述所提及之狀況相比，可說是處於完全相反的情境：若社群媒體平台之經營者以「公共利益」為由，限制所欲用戶發布之內容，反而經營規模越小的平台業者，越不具有正當性：畢竟平台的規模越小，在平台上的言論所可能產生之危害也就越小，甚至平台業者本

<sup>21</sup> 蘇慧婕，同註 9，頁 1925。

<sup>22</sup> Digital Services Act, *supra* note 8, at 63.

<sup>23</sup> 數位中介服務法草案，同註 8。

<sup>24</sup> 類似見解，See Mark Tushnet, *The Kids Are All Right: The Law of Free Expression and New Information Technologies*, 71. Cath. U. L. Rev. 471, 484 (2022).

身「取締」不當言論之資源也越稀少；反而是大型平台業者因為使用者眾多，其用戶更可能因為發布不當的言論而造成更嚴重的危害。就如同被觀眾擠滿全場的棒球場，比起人煙稀少的棒球場，更可能在散場時發生踩踏意外；因此，在人煙稀少的比賽場次中，主辦單位更沒有動線規劃的必要和正當性。

然而，上述討論畢竟係以「有害言論所可能帶來之危險」作為管制寬嚴之衡量標準，若以表意者的視角出發，則又會得出完全相反的結論：於規模越大的社群媒體平台發佈言論，在帶來更多潛在危害的同時，該言論也會越具影響力，反過來說，當該表意者被禁止於該大型平台上發佈內容時，其所受的限制之程度也會比「被禁止於小型社群媒體平台」的情形來得嚴重許多。換言之，言論之發布雖然有可能對於公眾帶來潛在的危害，但也不應去忽略言論對於表意者、甚至整體社會所帶來的益處。是故，當討論標的未涉及任何特定類型之言論時，我們將無法預設「利益」與「損害」之槓桿會朝向哪一邊傾斜，單以社群媒體平台之經營規模作為變因，只會影響槓桿兩端的砝碼多寡（大型平台能為表意者帶來更多影響力、也會讓有害言論造成更多可能的危險），而不會影響槓桿之傾斜方向，故法院在進行利益衡平時的判斷基礎，亦不應有所不同。

不過，礙於本文作者之能力有限，也避免本篇論文之討論過於發散，再考量到不僅是現今社群媒體的環境如此，更是社群媒體平台本就存在之「大者恆大」的結構性因素，甚至本文所著眼之言論自由問題，絕大多數也都發生在所謂之「大型」社群媒體平台上。因此，本文以下關於社群媒體平台之討論，將主要聚焦於所謂之「大型」或是「具影響力」之社群媒體平台<sup>25</sup>。

而使得社群媒體平台市場經常性地由壟斷性的（科技）巨頭所佔據之結構性因素，即是所謂之「網路效應」（Network Effect）：

麻省理工教授 Sinan Aral 將網路效應細分為四種不同的模式：直接、間接、雙向、以及地方（local）網路效應<sup>26</sup>。直接網路效應係指「藉由直接與他人產生聯繫」所產生的價值，越多人使用、該產品的（直接）網路網路效應就越大；（直接）網路效應甚至能夠使得先進入市場、品質卻比較普通的產品，能夠在另一品質更好的同類產品稍後進入市場時，繼續保有市場上的優勢地位：因為先進入市場的產品已取得大量的網路效應優勢，這些優勢所帶來的價值，可能遠遠超過新

<sup>25</sup> 雖然同前討論所述，對於司法部門究竟要如何判斷某一社群媒體平台具有足夠龐大之規模抑或是具有相當之影響力，不免令人有所質疑。然而，至少本文以下所舉例、討論之 Facebook、Twitter(X)、TikTok、Youtube、甚至國內的 Dcard 等平台，至少在本篇論文完成之當下，對於絕大多數全世界或是臺灣國內的民眾來說，都會認為這些平台對於整體（國際）社會具有舉足輕重之影響力。感謝本篇論文口試時黃銘輝教授之提醒，避免原先未將討論客體限縮於「具影響力」或具一定規模之社群媒體平台，導致可能前後論述不一致甚至相互矛盾的問題。

<sup>26</sup> SINAN ARAL, THE HYPE MACHINE, 113 (2020)，關於 The Hype Machine 一書內容的中文翻譯，本文主要係參照 Sinan Aral 著，許貴運譯，《宣傳機器》；以下引用註解將以英文版為主。

產品在設計及營運上所擁有的優勢；再者，後進入市場的產品由於較晚開始累積其網路效應所帶來之價值，也使得其更難以追上先進入市場的產品所擁有的網路效應價值<sup>27</sup>。間接網路效應則是指「當某一網路或平台獲得許多人使用時，第三方為該平台或網路所增加的價值」；舉例而言，當越來越多人使用蘋果的手機時，程式開發者就越有動機為 iPhone 開發製作應用程式。至於雙向網路效應，則是在描述平台上的「供需雙方」對於彼此的影響；例如，美食外送平台的使用者越多，就會增加外送員的需求。Android 系統有別於 Apple，將操作系統與手機的硬體裝置脫鉤，擴張了「手機製造商」端的規模，也因此獲得了遠高於 Apple iOS 系統的市占率<sup>28</sup>。

最後是「地區網路效應」，地區網路效應強調的是「地理位置」對於網路效應所帶來之經濟效益的影響；「地理鄰近性」(graphic proximity) 越強，其在網路上所能帶來的社區網路效應也就越強。不過，地區網路效應不單單可以解釋「地理位置」對於網路效應強弱的影響，這個概念也可以套用至「社交上」的遠近；換言之，網路效應的強弱，不僅僅與「人數」有關，更重要的毋寧是在網路上所連結到的人所提供的「價值」；簡單來說，「質」比「量」更重要。仰賴地區網路效應的最佳實例即是 Facebook：Facebook 從一間又一間的大學開始拓展自己的版圖，而這些大學生用戶彼此之間都有著一定的關聯性，甚至可能本來就在現實世界中認識彼此，這樣的環境使得 Facebook 更吸引人、其產生的連結也更有價值；甚至我們可以說，Facebook 事實上是將自己所提供的服務，嫁接至本就存在的社交網路之中<sup>29</sup>。

以上，各種不同的網路效應解釋了為何這些社群媒體平台總是如此「巨大」，然而，要讓這些社群媒體龍頭保持屹立不搖，還有一個很關鍵的因素，也就是社群媒體平台之間的「不相容性」(incompatibility)。我們在某一平台所上傳的照片、貼文，與其他用戶之間的訊息，其他好友（以及網路意見領袖）在該平台上所分享的內容，甚至是在使用一段時間後，社群媒體平台經過資料搜集所策展 (curate)、推播的內容，因為平台之間的不相容性，我們難以將上揭內容和使用者體驗「攜帶」至另外一個平台，也就讓我們難以輕易放棄某一社群媒體平台的使用<sup>30</sup>。

綜上所述，基於「網路效應」與社群媒體平台之間的「不相容性」，本文認為至少短時間內社群媒體平台的市場仍然無法擺脫「大者恆大」的命運。也因為

---

<sup>27</sup> *Id.*, at 114-116.

<sup>28</sup> *Id.*, at 116-117.

<sup>29</sup> *Id.*, at 117-123；要補充的是，四種不同型態的網路效應也可以同時發生，並且相互作用。因此在書中，Sinan Aral 指出，Facebook 並不是僅僅倚賴了地區網路效應，在逐漸茁壯之後，也利用了直接和間接網路效應，順勢而起。

<sup>30</sup> *Id.*, at 124-125.

如此，對於「小型社群媒體平台」討論之必要性和重要性，也會有所降低；本篇論文以下之討論，也將僅以「大型」或「具影響力」之社群媒體平台，作為討論之客體，合先敘明。



## 第二項 「內容限制」

時至今日，社群媒體平台業者對於其使用者所發布之內容進行各式各樣之限制，早已不是新聞：從美國前總統唐納·川普（Donald Trump）被各個主流社群媒體「封殺」<sup>31</sup>、社群媒體平台移除違反《社群守則》的貼文、至各個政治人物以及政治評論粉絲專頁所產製的內容被大幅「降低觸及」<sup>32</sup>，社群媒體對於平台上各式各樣內容的掌控，在資訊傳播發展的歷史中，可謂史無前例。對於學者 Klonick 而言，社群媒體平台的經營者對於其所創造、提供予使用者的數位空間享有的影響力，以及平台業者得以對於使用者內容所為之限制（moderate）、策展（curate）以及管制（regulate），毋寧是一種新型態的「治理」（governance）<sup>33</sup>。對於這樣的現象，Balkin 同樣採取 Klonick「新治理者」的觀點，以「治理」（governance）來稱呼平台業者對於平台上內容的掌控措施<sup>34</sup>；Koltay 則是以「私法管制」（private regulation）來稱呼平台業者主動地決定「用戶製成之內容」的狀態的情形<sup>35</sup>；亦有論者採取更為激進的理解，Jillian York 以「審查」（censorship）來稱呼任何對於言論自由的抑制，包括全球性之網路企業對於其用戶所為之限制，並且在理解上不將「審核」（moderation）與審查作嚴格區分<sup>36</sup>。

面對以上各種說法，關於「社群媒體平台之經營者」對於其「使用者」所產製之內容所為之不利操控，本文以下將採用 content moderation 作為稱呼，並將其翻譯作「內容限制」：

誠如學者 Douek 的觀察，社群媒體業者對於使用者之內容所進行的管理行為，不僅僅是「維持／移除」之間的抉擇，更有許多細微的操控<sup>37</sup>，平台用以內容排序的演算法所蘊含的設計考量及參數的設定即是其一。再者，傳統意義上「審

<sup>31</sup> 詳見本文第二章、第一節、第一項、第一款之介紹。

<sup>32</sup> 參照吳維雅（2021），〈不透明的演算法：臉書調降「政治性」貼文觸及的疑慮〉，鳴人堂，網址：<https://opinion.udn.com/opinion/story/120817/5434499>，最後瀏覽日期：2024.5.12。

<sup>33</sup> Kate Klonick, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, 131 HARV. L. REV. 1598, 1601 (fn.11), 1662-63 (2018).

<sup>34</sup> Jack M. Balkin, *Free Speech Is An Triangle*, 118 Colum. L. Rev. 2011, 2021-24 (2018)

<sup>35</sup> ANDRÁS KOLTAY, *NEW MEDIA AND FREEDOM OF EXPRESSION: RETHINKING THE CONSTITUTIONAL FOUNDATIONS OF THE PUBLIC SPHERE*, 180-181 (2019). 值得一提的是，Koltay 也有注意到國家政府對於社群媒體平台業者是否進行「私法管制」的影響力；關於這部分的討論，詳見本文第二章、第一節、第一項。

<sup>36</sup> 參照 Jillian C. York 著，黃開譯（2022），《矽谷價值戰：監控資本主義之下言論自由的未來》，頁 18-19，30-31。

<sup>37</sup> Douek, *supra* note 3, at 140.

查」的概念，專指「政府」對於言論自由的壓抑，直至近代媒體的出現，在概念上才逐漸擴張<sup>38</sup>；至於「管制」一詞的使用，雖然亦有「自我管制」(self-regulation)、「共同管制」(co-regulation)等概念，而非僅用以指稱國家所進行之管制(state regulation)，不過以上概念的區辨，於社群媒體的脈絡中，主要用以討論「社群媒體」與「國家」之間的關係<sup>39</sup>，與本文所聚焦之「用戶」與社群媒體之間的關係，存有差異。

至於 Moderation 本身的涵義，依照《劍橋辭典》的解釋，除了「審核」，尚具有「緩和、減輕、減弱、節制」等意思<sup>40</sup>，毋寧更加符合當今社群媒體平台對於使用者所上傳之內容所為之種種處置；而將 moderation 翻譯為「限制」，除了能夠與對於使用者所發佈之內容而言，不具有負面涵義<sup>41</sup>之「策展」(curate)有所區分，本文以為，亦能夠包含種種社群媒體平台對於使用者之所產製並發布之內容<sup>42</sup>所為之不利處置。

不過，也並非所有社群媒體平台經營者對於內容之不利控制行為，皆為本文以下所討論之對象；有些情形將被排除於本文之研究範圍之外。舉例而言，「是否刊登某一（政治性）廣告」的決定，與「是否（因為違反內容政策）而將用戶的內容從平台上移除」即有結構性的不同：同前述 Klonick 的觀察，現在的社群媒體之所以變得不可忽視，無非是因為在缺乏政府力量的介入時，對於人民（用戶）的言論自由限制已由私經濟模式所建立的「治理機制」所取代；然而，在（政治性）廣告刊登的部分，社群媒體其實失去了不少上述「新治理者」的色彩，而僅僅是廣告業主的「締約相對人」。此外，若社群媒體平台不僅向用戶提供「分享任何內容」的功能，更有與內容創作者進行「利潤分享」，此時對於內容創作者而言，所涉及之基本權即不僅僅是言論自由而已。是故，為避免情形過於複雜不易分析，以上二種情形，將排除於本文之研究範圍之外。

<sup>38</sup> Koltay, *supra* note 6, at 88-89.

<sup>39</sup> See Clara Iglesias Keller, *The Perks of Co-Regulation: An Institutional Arrangement for Social Media Regulation?* in CONSTITUTIONALISING SOCIAL MEDIA 218, 220-221, 228-229 (Celeste & Heldt & Keller ed., 2022).

<sup>40</sup> 劍橋辭典(英語-繁體中文)“moderate”，網址：<https://reurl.cc/rLVEbZ>；最後瀏覽日期：2024.5.12。

<sup>41</sup> 固然對於系爭內容的發布者而言，內容限制行為乃對其（言論自由）不利之措施，然而，誠如本文第四章中各個設例中的情境，即便對於受該「內容限制」行為所保護之客體來說，反而有正面肯定其權利或利益值得受保護之意味。不過，以上討論並不影響本文對於內容限制（content moderation）與策展（curate）二詞之認知：相較於「策展」而言，「內容限制」行為則更侷限於「對於某一內容可能造成不利影響」之行為，而不包括中性甚至是有益於該內容之調控行為。

<sup>42</sup> 然而，是否對於內容所為之不利處置，皆一概等同於對於該內容發布者之言論自由的限制，其實仍有討論餘地。不過，至少在本文研究範圍與名詞界定之階段，或許可以先暫時將二者劃上等號——畢竟這應該也符合大多數人的想像。直到本文第四章針對具體設例進行討論時，再將可能發生之例外（其實也就是「加註警語」措施的部分）進行更深入的分析，以求本文後續論述分析上的順暢。因此，本文以下討論，直到針對「加註警語」措施之具體討論以前，將會以「內容限制行為將造成使用者之言論自由受到一定限制」為討論、分析之前提，合先敘明。

最後，本文試舉以下情形，作為平台為「內容限制」之案例，並在第四章的討論時，分別說明法院對於這些案例，應當為如何之思考及判斷：

【案例 1】A 為 F 社群媒體平台之使用者，經常利用自身帳號及創建之「粉絲專頁」，於該社群媒體平台上發佈關於 A 所在之國家發生選舉舞弊的懷疑論點。在遭到其他用戶檢舉、平台給予警告後，A 仍然繼續發佈類似的內容。最終，F 平台決定無限期封鎖 A 使用該平台之服務。

【案例 2】B 為 F 社群媒體平台的使用者。如同【案例 1】中的 A，B 也不信任上次的大選結果，並同樣在 F 平台上，發文指控現今的執政黨於上次大選作票。在接獲其他用戶的申訴之後，F 平台認為 B 所發布之內容涉及「不實訊息」，於是決定將 B 的貼文刪除。

【案例 3】同【案例 2】，但這次 F 社群媒體平台並未將 B 的貼文刪除，而僅僅是「縮減」系爭貼文的「散播範圍」。

【案例 4】C 為 F 社群媒體平台之使用者，類似【案例 1】、【案例 2】的 A、B，於 F 平台上聲稱最近的大選存在大規模作票的嫌疑。在 C 發佈貼文之後，F 平台並沒有刪除 C 所發佈的內容，惟在系爭貼文下方，加註「近期 M 國選舉經證實並無舞弊情事，皆符合法定程序」的說明，並附上 M 國官方選舉委員會以及民間事實查核機構的說明連結。



## 第二章 簡述社群媒體環境：現狀如何不利於使用者之言論自由？

承繼前述問題意識的思考與社群媒體平台的介紹，本文將嘗試以兩種不同的途徑，討論、分析社群媒體使用者的言論自由：

在第一部分，將會從較為實然面的取徑，分析當今的現實環境：依照社群媒體平台目前的運作現狀，究竟是如何地對於使用者之言論自由帶來不利影響。此外，也將於以下段落中，介紹目前社群媒體平台自治的極限，意即社群媒體平台自身成立之「最高法院」——臉書之監察委員會（Facebook Oversight Board，後改名為 Meta Oversight Board，以下為求閱讀順暢，仍混用 Facebook 及 Meta）。在簡單介紹監察委員會的組織與制度之後，本文也會再作進一步的討論、分析：監察委員會的成立，究竟是否能夠有效地保障廣大使用者之言論自由？

第二部分，將會以社群媒體平台與使用者之間的法律關係，以及憲法傳統釋義學作為討論主軸。除了釐清社群媒體平台（經營者）與使用者之間的法律關係，本文也會對於德國法上「基本權第三人效力」<sup>1</sup>之理論基礎進行簡要介紹，並就晚近德國憲法實務上對於基本權水平效力的案件——尤其是涉及言論自由的案件，一併進行介紹與整理。最後，再回到具體案例的討論，分析：一般民事法院要如何於個案中，將憲法基本權利保障之思維融入於法律之解釋適用之中？

在章節安排上，本章將聚焦於第一個部分，亦即當前社群媒體平台的實際運作情形；至於法律上應然面的討論以及具體案例中的法律解釋、適用，將留待第三章之前段進行討論。

### 第一節 社群媒體平台「自治」之不足之處

誠如第一章之討論，社群媒體平台不僅已然成為生活不可或缺之一部，平台經營者對於使用者所發布之內容所進行之「內容限制」，亦如影隨形。對於「內容限制」之討論，或有認為應訴諸於社群媒體平台自行處理、或是任由「市場機制」進行運作<sup>2</sup>：畢竟就目前的現狀而言，社群媒體平台確實持續地對於使用者

---

<sup>1</sup> 在名詞使用上也有以「基本權的水平效力」稱之者，不過就本文所欲討論的內容而言，我會認為二者所指涉者相近，於本文以下討論中將混用二者。

<sup>2</sup> See Erwin Chemerinsky & Alex Chemerinsky, *The Golden Era of Free Speech, in SOCIAL MEDIA, FREEDOM OF SPEECH AND THE FUTURE OF OUR DEMOCRACY* 87, 94-95 (Bollinger & Stone ed., 2022).

所張貼的內容進行管制，並嘗試貫徹其所公布的《社群守則》<sup>3</sup>。

然而，現今各大社群媒體平台之社群守則與內容規範，也絕非一朝一夕形成<sup>4</sup>，所謂的「現狀」其實也是許多內、外在的利害關係人，經由一系列的折衝與溝通，再加上平台經營者的經驗累積所形成的產物<sup>5</sup>。因此，若要瞭解現行社群媒體環境之下，對於言論自由可能造成之不利影響，更重要的問題毋寧是：那麼推動社群媒體平台進行「自治」的動力為何？這些推動平台「自治」的動力與誘因，將如何對於廣大使用者之言論自由造成影響？是故，以下段落將聚焦於社群媒體平台為「內容限制」的誘因與壓力，試圖經由整理與歸納，了解「為何社群媒體平台限制／不限制某一特定內容」<sup>6</sup>的原因，以及該原因所衍生的言論自由問題。

## 第一項 社群媒體平台的自治誘因與壓力

於本項中，本文欲針對社群媒體平台可能的自律誘因，分別進行討論、分析。至於將各種誘因分類的方式，則係以不同之利害關係「主體」為出發點，分別討論社群媒體之使用者（意即平日使用社群媒體之社會大眾）、擁有公權力之政府、以及社群媒體平台業者本身係如何影響、塑造現今社群媒體平台之「內容限制實務」。

### 第一款 企業的社會責任與群眾壓力

就如同「平台自律」本身並不單單意指社群媒體平台對於有害言論的內容限制與審核，也包含著平台經營業者不應過度地遏止使用者在社群媒體上的意見表達，可以想見的是，企業本身所欲承擔的社會責任與其面對的群眾壓力，也有著「管太多」和「管太少」兩種截然不同的聲音。

Klonick 教授曾透過與 Google、Twitter 和 Facebook 的前管理高層的電話訪

<sup>3</sup> 國外有文獻指出，即便是號稱將「貫徹言論自由」之社群媒體平台，也無法完全不為任何之內容限制行為，See Evelyn Douek, *Content Moderation As System Thinking*, 136 Harv. L. Rev. 526, 595 (2022).

<sup>4</sup> 學者 Kate Klonick 即有於專論中介紹社群媒體平台各自社群政策的形成與執行的過程，See Kate Klonick, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, 131 HARV. L. REV. 1598, 1618-25, 1631-35 (2018); see also Thomas E. Kadri & Kate Klonick, *Facebook v. Sullivan: Public Figures and Newsworthiness in Online Speech*, 93 S. CAL. L. REV. 37, 58-70 (2019).

<sup>5</sup> Klonick, *Id.*, at 1657; Klonick 教授在 *The New Governors* 一文中，經由電話採訪過去主導 Facebook、Youtube 和 Twitter 內容政策的部門主管，說明了這些社群媒體在早期是如何逐步地調整其內容政策及其實行的模式，並同時面對一次次的重大爭議（例如泰國政府要求 Youtube 下架侮辱泰皇的內容、以及 2011 年反伊斯蘭教電影《穆斯林的無知》所引發的爭議）。

<sup>6</sup> 雖然本篇論文所欲處理者乃社群媒體平台對於內容「進行限制」時所可能引發之言論自由問題，然而，若以社群媒體業者之角度出發以探討其所面對之誘因及壓力，對於某些內容「不為任何限制」同樣也會是可能的選項之一，是故，本文以為，在呈現上將「限制」與「不限制」並列呈現，或許是更精確的表達方式，併此敘明。

談，試圖瞭解社群媒體平台實際的運作情形。Klonick 指出，基於當初建立社群媒體平台的信念——為了要打造自由表達的平台，讓用戶盡情發聲<sup>7</sup>——當社群媒體平台的經營管理者在不同的利益（如用戶的安全和避免暴力犯罪等）與言論自由保障之間進行衡平時，通常仍會盡力不去將該爭議內容下架，而試圖以其他的方式解決問題<sup>8</sup>。不惟如此，使用社群媒體的廣大群眾其實也曾對於社群媒體平台表達過類似的主張：在 2016 年，一位挪威籍作家因為在 Facebook 上張貼了著名的越戰「燒夷彈女孩」(The Napalm Girl) 照片，卻因為觸犯了臉書的《社群守則》而被 Facebook 刪除了該照片，並暫時禁用了該位作家的帳戶；這起事件不僅獲得挪威最大報章《晚報》總編輯 Espen Egil Hansen 的聲援，最終甚至獲得時任挪威首相的關注，臉書的首席營運長也在這之後公開承認「公司做出了錯誤的決定」，並承諾修改社群規範<sup>9</sup>。於同年 7 月，位於美國的 Diamond Reynolds 在自己男友被警察槍殺後，透過 Facebook 將當下的情況直播予其他用戶觀看；然而，在引發社會大眾關注之後，該影片卻於 Facebook 上消失，直到上開情形受到其他用戶的質疑後，Facebook 才又將該影片恢復，並聲稱該影片係因為「技術性」故障 (technical glitch) 才會被錯誤地移除<sup>10</sup>。

不過，隨著社群媒體的蓬勃發展，社群媒體對於公共事務的討論已是不可或缺，社群媒體平台的經營高層也有了不同的想法，原先以「言論自由的捍衛者」著稱的 Twitter，也開始為了應付網路上言論自由的「濫用」而增加了更多的內容限制政策和供用戶使用的檢舉工具<sup>11</sup>。在 2017 年 8 月，美國的夏綠蒂鎮 (Charlottesville) 舉行了一場以「白人至上」主題的遊行，在該遊行中，極端右派的支持者和反對者產生衝突、甚至導致傷亡；這起事件所引發的群情激憤，最終使得從事網路服務的公司（例如 Twitter、LinkedIn、以及提供網路安全保護服務的 CloudFlare）阻擋、封鎖或拒絕向新納粹主義相關的網站提供服務<sup>12</sup>。

---

<sup>7</sup> META TRANSPARENCY CENTER, Facebook 《社群守則》，〈我們對表達意見的承諾〉，網址：<https://transparency.fb.com/zh-tw/policies/community-standards/>，最後瀏覽日期：2024.5.19。

<sup>8</sup> Klonick, *supra* note 4, at 1626.

<sup>9</sup> Kadri & Klonick, *supra* note 4, at 66；Klonick, *supra* note 4, at 1654。關於該事件的中文報導，參照：周雪君 (2016.9.10)，關鍵評論網，《Facebook 刪除越戰燒夷彈女孩照片 挪威首相抨擊限制言論自由》，網址：<https://www.thenewslens.com/article/48908>，最後瀏覽日期：2024.5.19。在這起事件之後，Facebook 也額外設計了「新聞價值容許差別規定」(newsworthiness allowance)，允許某些違反其內容政策、卻「具新聞價值」的內容，參照 META TRANSPARENCY CENTER，〈我們對具報導價值的內容所採取的具體作法〉，網址：<https://transparency.fb.com/zh-tw/features/approach-to-newsworthy-content/>，最後瀏覽日期：2024.5.19。

<sup>10</sup> Andrea Peterson, *Why the Philando Castile police-shooting video disappeared from Facebook — then came back*, WASH. POST (Jul. 7. 2016), <https://www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2016/07/07/why-facebook-took-down-the-philando-castile-shooting-video-then-put-it-back-up/>. 最後瀏覽日期：2024.5.19。

<sup>11</sup> Klonick, *supra* note 4., at 1626-27.

<sup>12</sup> REUTERS, *Internet firms flex muscle to exile white supremacists*, CNBC (Aug. 16, 2017), <https://www.cnbc.com/2017/08/16/internet-firms-flex-muscle-to-exile-white-supremacists.html>, 最後瀏覽日期：2024.5.19。

這樣的「政策轉彎」，或多或少反映了社群大眾的想法；近年來，公民社會認為社群媒體經營者應當「加強執法」的案例中，最著名的例子當屬「美國前總統唐納·川普遭到多數主流社群媒體封殺」的事例：過往，身為總統候選人且後來成功當選的川普，其於各社群媒體上的爭議性發言，屢遭質疑明明已違反了各社群媒體的社群規範、社群媒體平台經營者卻遲未下架並將其懲處，反而還受到「具新聞價值」條款的保障<sup>13</sup>；然而，在 2021 年初「國會大廈暴動事件」之後，川普反而遭到幾乎所有美國主流社群媒體的封殺<sup>14</sup>，直到伊隆·馬斯克（Elon Musk）收購了 Twitter 並在推特上舉辦「公投」，並在「多數民意」的支持下，讓川普重新拿回其 Twitter 帳號和使用權限<sup>15</sup>。

## 第二款 政府與（當地）法規的干預

面對到資訊技術與網路科技的發展及其所帶來的各種問題，各個主權國家政府所採取管制手段、所建立的法規制度其實也不盡相同，至少在「網路言論治理」這一部分，確實有如此之現象。為了能夠理解、梳理國家公權力是否及如何影響社群媒體平台進行「內容限制」行為的影響，以下，將會分別介紹、描述本文所觀察到的一些案例，以作為後續歸納分析之基礎。

### 一、放任模式：美國的 Section 230

美國《通訊端正法》（Communication Decency Act, CDA）第 230 條<sup>16</sup>（俗稱 Section 230）對於社群媒體平台「自治」所帶來之影響，實在不可忽視<sup>17</sup>，即便在制定之時，現今主流的社群媒體平台都尚未問世，當初立法者也並非針對社群媒體平台。依照 CDA 第 230 條的第 c 項第 1 款，「電腦互動性服務」（interactive computer service）的提供者，不應被視作由其他資訊內容提供者所發布之資訊的表意者（publisher or speaker）；而第 2 款規定，若電腦互動性服務的提供者係基於善意（in good faith）而自願地限制了會引人反感（objectionable）的內容，

<sup>13</sup> 關於法律學者對於社群媒體「縱容」前總統川普的觀察，See Klonick, *supra* note 4, at 1655; Kadri & Klonick, *supra* note 4, at 89, 91; Jack M. Balkin, *Free Speech Is An Triangle*, 118 Colum. L. Rev. 2011, 2025, fn.63 (2018).

<sup>14</sup> Hannah Denham, *These are the platforms that have banned Trump and his allies*, WASH. POST, (Jan. 14, 2021), <https://www.washingtonpost.com/technology/2021/01/11/trump-banned-social-media/>. 最後瀏覽日期：2024.5.19。

<sup>15</sup> Faiz Siddiqui, Drew Harwell & Isaac Arnsdorf, *Elon Musk restores Trump's Twitter account*, WASH. POST, (Nov. 19, 2022), <https://www.washingtonpost.com/technology/2022/11/19/trump-musk-twitter/>. 最後瀏覽日期：2024.5.19。此外，Meta 也在 2023 年 1 月公布，將會恢復川普的 Facebook 和 Instagram 帳號，算是為這起事件劃下句點，See Nick Clegg, *Ending Suspension of Trump's Accounts With New Guardrails to Deter Repeat Offenses*, META NEWSROOM (Jan. 25, 2023), <https://about.fb.com/news/2023/01/trump-facebook-instagram-account-suspension/>, 最後瀏覽日期：2024.6.15。

<sup>16</sup> 47 U.S.C. §230 (1996).

<sup>17</sup> Klonick, *supra* note 4, at 1604.

不論該內容是否受憲法保障，該互動性服務的提供者都將豁免於民事責任。

之所以美國國會當初會選擇制定 Section 230，並賦予所謂「電腦互動性服務」如此廣泛的責任豁免權，無非是因為兩則在 Section 230 制定之前所發生的訴訟案件<sup>18</sup>。在 20 世紀末段，當網際網路還是普遍以「佈告欄」(notice board)或是「入口網站」(online portal)的形式出現於世人眼前時，網際網路究竟屬於傳統分類之「表意者」或只是進一步將該內容散布出去的「散布者」(distributor)，尚無定論<sup>19</sup>。因此，當法院在 *Cubby* 案以及 *Stratton Oakmont* 案中，面對到涉及網路「互動性服務」的訴訟案件，以「是否對於網站上之內容進行審查(review)」為區分標準，加以決定網路服務提供者是否為「表意者」而須對於其網頁上的內容負法律責任時，為避免網路服務提供者基於鉅額賠償的擔憂，從此以後不再對於其網頁上的內容進行管理，眾議員 Cox 和 Wyden 提出了 CDA 第 230 條的修正案，以確保網路空間的安全及包容性<sup>20</sup>。

Section 230 於 1996 年公布生效之後，隨後的 *Zeran v. America Online, Inc.*<sup>21</sup> 案不僅僅是涉及 Section 230 的指標性判決，法院更有在判決中清楚地闡釋了該條的立法目的：除了「避免服務提供業者因為害怕要承擔大量的民事賠償責任，選擇進行嚴格的言論內容管控，進而對於富饒的言論空間造成寒蟬效應」之外，也賦予互動性服務提供者民事上的豁免權、增加其自我管理（該服務平台上的）冒犯性內容的誘因<sup>22</sup>。然而，正如 Klonick 教授尖銳地指出，Section 230 的規範目的看似兩全其美，同時解決了網路上的有害言論、也能保持開放的言論自由環境；可是，這樣的規範架構卻也造成了言論自由的兩難：究竟要優先保障平台業者得以「下架」特定內容的權限，抑或是避免使用者的言論遭到任意的移除<sup>23</sup>？

綜上所述，至少在美國法的脈絡之下，既然社群媒體平台也能夠輕易地該當於 Section 230 所謂的「電腦互動性服務」提供者，即使在規範上賦予了現今所謂「平台業者」在法律上對於使用者言論的民事豁免權，Section 230 賦予平台業者的內容限制權限仍然成為了言論自由的「雙面刃」。換言之，即便社群媒體平台業者不再需要煩惱潛在的民事賠償責任<sup>24</sup>，仍然存在著其他的誘因，促使平台業者仍然需要對於使用者所發布的內容，進行各種「內容限制」措施，進而限制

<sup>18</sup> *Cubby, Inc. v. Compuserve, Inc.*, 776 F. Supp. 135 (S.D.N.Y. 1991); *Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Service Co.*, 1995 WL 323710 (N.Y. Sup. Ct. May 24, 1995).

<sup>19</sup> Sheldon Whitehouse, *Section 230 Reforms*, in *SOCIAL MEDIA, FREEDOM OF SPEECH AND THE FUTURE OF OUR DEMOCRACY* 103, 104, 106 (Bollinger & Stone ed., 2022).

<sup>20</sup> *Id.*; Klonick, *supra* note 4, at 1604-05.

<sup>21</sup> 129 F.3d 327 (4<sup>th</sup> Cir. 1997).

<sup>22</sup> *Id.*, at 331.

<sup>23</sup> Klonick, *supra* note 4, at 1608.

<sup>24</sup> 事實上，Section 230 並非全然地免除社群平台業者對於「由其用戶所張貼的內容」所應負的連帶法律責任，該條第 e 項即有列舉排除豁免的事物類型，例如刑事責任、智慧財產領域、以及性販運 (sex trafficking) 相關的法律責任等等，*See* 47 U.S.C. §230 (e) (2018).

了社群媒體使用者之言論自由。



## 二、促進言論限制：「間接審查」之介紹與細分

正如第一章所述，私人企業對於言論自由秩序的影響力早已不可忽視。學者 Balkin 於 *Free Speech Is A Triangle* 一文中指出，政府機關會透過合作、攏絡（cooptation）與利誘（coax）等手段，藉此要求私部門的網路服務提供者協助政府對人民進行監控和言論管制，形成所謂「間接言論審查」（collateral censorship）<sup>25</sup>。而這種「公私合作」對於 Balkin 來說乃是當前環境之必然：蓋相較於主權國家的政府，（跨國）私人科技企業在技術上更有能力去辨識和移除特定言論，比起來針對特定的表意者，主權國家政府更容易掌握住提供網路服務的私人企業；私人企業本身基於其營利模式的需要，也會有效地監控並掌握使用者的資訊；最後，為了在該主權國家政府的管轄領域內經營牟利，網路服務提供者將傾向於接受政府的要求。不惟如此，上開描述的公私部門互動在經過反覆運作和市場機制<sup>26</sup>的催化之後，私部門的網路服務提供者只會更加強化其對於人民言論管制和監視的技術和能力，反倒使得政府部門更加依賴私部門企業以遂行其目的，形成一永無止境的循環，甚至使得私部門企業形同政府公部門在網路言論治理的第一線人員<sup>27</sup>。

除了以上結構面的分析之外，Balkin 教授也有舉出制度面的實例以支持其觀點：Balkin 以歐盟法院的「被遺忘權判決」<sup>28</sup>以及德國於 2017 所頒布的 NetzDG<sup>29</sup> 為例。對於前者，Balkin 認為，之所以在該判決中，法院認為「當事人應先向 Google 公司請求救濟、若仍不滿意 Google 的處置再向法院申告」，是因為歐盟機構本身對於網路上內容的監管技術與能力有所不足，使得在被遺忘權的保護上，Google 形同歐盟機關的代理人。至於德國的網路執行法，就儼然是新管制模式下的「間接審查」，以罰鍰作為手段，要求私人企業協助主權國家落實其言論管制政策<sup>30</sup>。

不過，上述所提及之「間接審查」模式，其概念與所指涉之範圍，仍有再進一步細分之必要，以利於本文後續之討論：本文以為，同樣是政府對於社群媒體平台上言論之管制，在現今之法制發展與學說討論上，至少有兩種不同的模式：

<sup>25</sup> Balkin, *supra* note 13, at 2016-17, 2019.

<sup>26</sup> 關於市場機制與社群媒體的「網路效應」介紹，詳見第一章、第二節、第一項。

<sup>27</sup> Balkin, *supra* note 13, at 2019-20, 2028-29.

<sup>28</sup> Judgment of the Court (Grand Chamber), 13 May 2014, *Google Spain v. AEPD*, C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317.

<sup>29</sup> 有關於德國網路執行法的詳細介紹與評析，詳見蘇慧婕（2020），〈正當平台程序作為網路中介者的免責要件：德國網路執行法的合憲性評析〉，《臺大法學論叢》，第 49 卷第 4 期，頁 1915-1977。

<sup>30</sup> Balkin, *supra* note 13, at 2028-30.

第一種情形是國家（可能是行政機關或法院）為了貫徹「非針對網路言論」所制定的法律規範，進而要求社群媒體平台之經營者，將被主管機關或法院認定為違法之「特定」言論，要求其從社群媒體平台上移除。在這種模式之下，行政機關對於社群媒體平台所為之法律上行為，有時不一定是以行政處分之方式作成，畢竟在進入網路蓬勃發展以前，行政法規主要仍舊以事後的（行政）處罰作為嚇阻不法言論傳佈之手段，對於已發生的不法言論要如何遏止，至少於我國之情形，通常較少著墨<sup>31</sup>；但，即便不是以行政處分之方式要求社群媒體平台將特定言論移除，行政機關所為之「觀念通知」或是「行政事實行為」，仍不脫於行政法及行政救濟之領域，且對於具體言論內容之違法性判斷，仍係由國家之行政機關或法院所決斷。

然而，在第二種模式，也就是前述所提及之 NetzDG 所採取之「元管制」模式，國家政府不再需要「貓抓老鼠」去檢視網路世界中的所有言論以落實言論管制之法規，而是將違法的樣態明訂於法規後，再課予社群媒體平台之經營者特定的義務，例如要在一定時限內將違法內容移除、以及定期報告運作情形等等，以促使社群媒體平台的經營管理者能協助政府緩和、甚至遏止違法訊息對於公共利益所帶來之惡害<sup>32</sup>。此時，社群媒體平台所需承擔之責任，並非該平台用戶所發布之內容所產生之法律責任，而係該平台於制度設計、執行、以及後續報告發生缺失時，所導致之中介責任<sup>33</sup>。在這種模式之下，政府（包含法院）、社群媒體平台、與用戶之間的法律關係，和前者有一本質上之差異：也就是對於特定言論進行違法性之判斷者，已非行政機關或是法院，而是交由純粹之私部門來進行決斷，同時，該私部門（亦即社群媒體平台）並沒有被受託公權力——用戶與平台之間，仍停留在民事契約的法律關係中。

固然，從宏觀的視角進行俯瞰，二種模式皆屬於主權國家政府對於平台言論

---

<sup>31</sup> 最經典的例子當屬刑法第 309、310 條之公然侮辱及誹謗罪，以及社會秩序維護法第 63 條第 1 項第 5 款「散佈謠言，足以影響公共之安寧者」之處罰規定。就本文目前之觀察，以「禁止言論散布或更正不實言論」作為該法律效果之法規，有傳染病防治法第 9 條（利用傳播媒體發表傳染病流行疫情或中央流行疫情指揮中心成立期間防治措施之相關訊息，有錯誤、不實，致嚴重影響整體防疫利益或有影響之虞，經主管機關通知其更正者，應立即更正）、兒童及少年福利與權益保障法第 103 條第 2 項（宣傳品、出版品、網際網路或其他媒體若記載或報導兒童及少年遭受虐待、施用違禁品、涉及親權酌定、涉犯刑事案件等內容時，散布該兒童或少年之個人資訊時，主管機關得命其限期移除內容）、性侵害犯罪防治法第 48 條第 2 項（宣傳品、出版品、網際網路或其他媒體業者若散布性犯罪受害者之個人資訊，主管機關得命其限期移除內容）、兒童及少年性剝削防制條例第 8 條第 1 項（網際網路服務提供者知有本法之犯罪嫌疑情事，應先行限制瀏覽或移除與犯罪有關之網頁資料）及第 48 條第 2 項（類似於性侵害犯罪防治法第 48 條第 2 項之規定）、兒童及少年福利與權益保障法第 46 條（要求網際網路平臺提供者限制兒童及少年接取、瀏覽有害其身心健康之內容，或先行移除之），以及刑法第 319 條之 5（沒收妨害性隱私及不實影像之附著物及物品）等規定。

<sup>32</sup> 楊勁楷（2021），《社群媒體假訊息管制之言論自由分析》，國立臺灣大學法律學系碩士論文，頁 108-112、125 以下（關於 NetzDG 之分析）。

<sup>33</sup> 楊勁楷，同前註。

治理的介入干預，二者皆可能使得平台上的內容遭受到不必要之限制，蓋此時社群媒體平台和原始內容之提供者存在著利益衝突，社群媒體平台並不一定會重視內容發布者透過發表內容所獲得之利益，以及該內容所彰顯之意義與價值<sup>34</sup>。然而，在第二種模式中，政府可謂擺脫了在法律上的「直接」責任，從微觀的角度來說，是真正地擺脫了憲法上言論自由保障的誠命；也因為如此，對於本文而言，此時「言論自由之第三人效力」的操作才顯得相當重要。是故，既然本文所關注者其實是社群媒體平台用戶之言論受到「社群媒體之經營、管理者」限制時如何救濟之思考，所謂「第一種間接審查模式」，即不在本文於探討「社群媒體平台之自治誘因」時，所欲處理之範圍內<sup>35</sup>。

### 三、反對言論限制：私部門言論審查之「反制」？

正如同公民群眾與社群媒體平台經營者的互動關係，並不總是出現「管太少」的聲浪，在 2021 年初川普被迫離開幾乎所有的主流社群媒體平台之後，在政治立場上較為支持川普的共和黨陣營也開始進行制度上的反擊：德州和佛州的議會都藉由訂定州法的方式，試圖阻止社群媒體平台的「不當言論審查」<sup>36</sup>；不過，社群媒體平台也反過來指控以上法律已經過度地侵犯了其言論自由，而向法院提起訴訟。而關於這一系列訴訟及其所表示的法律見解，將在第三章進行介紹。

---

<sup>34</sup> 參照蘇慧婕，同註 29，頁 1940-41；許育典、李霽恆（2022），〈網路平台上假訊息的管制問題〉，《國立中正大學法學集刊》第 75 期，頁 186-190。後者於文獻中所使用之詞彙為「防禦性審查」，不過概念雷同。

<sup>35</sup> 或許有些讀者會認為，既然政府已經（透過立法）要求社群媒體平台為或不為特定行為，此時已難調社群媒體平台對於其使用者所張貼之內容所為之管理、限制，係一種「自治」的表現，至少也應該屬於一種政府與平台「共同治理」（co-regulation）的表現。不過，尤其是在本文所稱之第二種「間接審查」模式中，其實政府對於平台上之言論，毋寧只是一種「間接」的限制，其所欲追求之目的是否能夠貫徹，無非端看社群媒體平台的造化作為；再說，任何的「自治」模式，其實仍會無可避免地，以某程度的公權力介入作為該私部門「自治」之根基。因此，本文以為，與其說此時社群媒體平台已經喪失了「自治」的色彩，毋寧認為只是程度上的降低；再者，如本節第三款末端之討論，於實際運作中，某些政府的規範要求也會為平台所吸納，而成為真正「自治」的一部分。關於「共同治理」與「自治」的討論，See Clara Iglesias Keller, *The Perks of Co-Regulation: An Institutional Arrangement for Social Media Regulation?* in CONSTITUTIONALISING SOCIAL MEDIA 218, 228-230 (Celeste & Heldt & Keller ed., 2022).

<sup>36</sup> 關於德州的 Texas House Bill 20 之內容與立法歷程，參照 <https://capitol.texas.gov/billlookup/History.aspx?LegSess=872&Bill=HB20>；最後瀏覽日期：2022.10.3。至於佛州的 Florida Senate Bill 7072 內容與立法歷程，請參照 <https://www.flsenate.gov/Session/Bill/2021/7072>；最後瀏覽日期：2024.5.19。

### 第三款 本文見解：營利至上



#### 一、社群媒體平台營利模式之簡介

最後一個誘使社群媒體平台自願地限制平台上內容之因素，即是社群媒體平台本身對於收益之追求。不論是 Youtube、Facebook、Twitter，甚至是抖音 (TikTok)，其背後的經營者、基礎設備的持有者、和技術人員與客服人員的雇主，都是以股份有限公司的型態顯現於世人之前。換言之，其管理經營高層（包括董事和經理人）本來就是以公司企業的獲利作為決策的最重要之依循準則<sup>37</sup>。

而這些社群媒體平台如何獲取收入？簡短地說，就如同 Facebook 執行長 Zuckerberg 在 2018 年於美國國會作證時所給予的答覆一般：Senator, we run ads!<sup>38</sup>為了讓廣告能夠得到最多的關注，社群媒體平台就要盡力地去「留住」平台上的使用者、提供使用者最舒適的環境，所有會令人不適、使用者不期望在該平台所接觸到的內容，例如裸露、血腥、暴力以及仇恨言論等等，就會被社群媒體平台的管理者給盯上並隨後下架<sup>39</sup>。

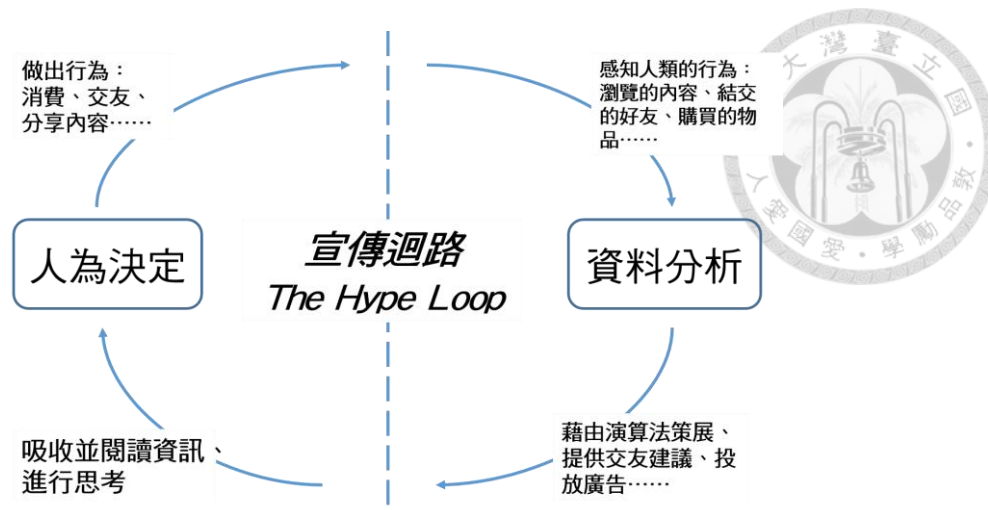
不過，在社群媒體逐漸成為當今公民社會的「標準配備」、眾人皆已習慣社群媒體的使用之後，以上的分析就似乎顯得有些單薄。若要更完整地描繪社群媒體平台的運作及營利模式，則會發現一個「人機互動」的循環：社群媒體經營者免費提供用戶其平台上的服務，平台同時也記錄了用戶在平台上的的一舉一動，再經由演算法的協助，使平台業者得以向想要刊登廣告的潛在客戶提供更精確的廣告投放、也能夠在用戶之後使用平台的服務時，得到「更加適合於用戶個人」的「策展」(curate) 內容；在得到更加具有「關聯性」(relevance) 的策展內容後，用戶便會在這感到「熟悉」且「安全」的環境中，(更加投入地) 與他人互動和發布內容，平台業者又因此能夠蒐集到更多關於用戶的個人資料與活動紀錄<sup>40</sup>。

<sup>37</sup> 參照我國公司法第 1 條第 1 項：本法所稱公司，謂以營利為目的，依照本法組織、登記、成立之社團法人。

<sup>38</sup> *Senator Asks How Facebook Remains Free, Mark Zuckerberg Smirks: 'We Run Ads'*, NBC NEWS, <https://www.youtube.com/watch?v=n2H8wx1aBiQ>. 最後瀏覽日期：2022.12.7.

<sup>39</sup> Klonick, *supra* note 4, at 1627; ANDRÁS KOLTAY, NEW MEDIA AND FREEDOM OF EXPRESSION: RETHINKING THE CONSTITUTIONAL FOUNDATIONS OF THE PUBLIC SPHERE, 181; 雖然沒有直接地闡述，不過 Balkin 教授以類似的理由，認為不應將美國現行憲法上的言論自由保障，逕自地套入社群媒體的內容治理。See Balkin, *supra* note 13, at 2026.

<sup>40</sup> Balkin, *supra* note 13, at 2022-23; SINAN ARAL, THE HYPE MACHINE, 72-86 (2020)，關於 *The Hype Machine* 一書內容的中文翻譯，本文主要係參照 Sinan Aral 著，許貴運譯，《宣傳機器》；以下引用註解將以英文版為主。



圖（一）：整理自 Sinan Aral，同註 40，頁 73

也因為上述「宣傳迴路」的運作，並伴隨著演算法技術的進步，「同溫層效應」(filter bubbles) 和群眾極化的問題日漸浮上檯面。至於對本文所欲討論的問題而言，演算法技術的進步將帶來兩種可能的衝擊：首先，社群媒體平台管理者能夠更「確實」地掌握違反社群守則與使用者條款的内容——正如同前述段落所介紹者；不過，也因為演算法的進步，使用者甚至不需要刻意地去調整設定，就可以被動地遠離不喜歡的内容。如此一來，既然使用者逐漸地不再被自己所不喜歡的内容所突襲<sup>41</sup>，社群媒體平台經營者們也沒有因此「鬆綁」平台上所進行的内容限制。所以，難道社群媒體不再是「為了獲利」而進行内容審核嗎？

當然不是；甚至本文以為，前開所提及的因素：不論是企業社會責任、群眾壓力、以及政府公權力的干預，都可以化約為這些科技公司追求獲利的一部分。以下，將藉由公司法關於「企業社會責任」的討論作為切入點，並解釋為何本文會認為「營利目的」乃促使社群媒體平台自願地對於平台上内容為管理、限制之原因。

<sup>41</sup> 可以想見的是，一般使用者在社群媒體平台的使用上，並不會僅僅與親朋好友進行聯繫互動，同時也會觀看甚至參與公共事務的討論，例如在政治人物、新聞媒體所建立之粉絲專頁的貼文底下進行留言，進而接觸到不同意見甚至是冒犯性的言論。然而，在 2018 年，Facebook 宣布將改變其演算法，降低公共内容（例如店家與新聞媒體的粉絲專頁）、提升使用者親友所發布之内容的觸擊率，又更加淡化了這個問題。不過，與此同時，由於過於強調「互動」，別於「讚」以外的「表情符號」（例如大心、哈、哇、嗚、怒）在演算法的設計中被賦予了過高的「價值」，反而間接幫助了假訊息、惡意 (toxicity) 言論等低價值言論在平台上的推播。See Adam Mosseri, *Bringing People Closer Together*, FACEBOOK (Jan. 11, 2018), <https://about.fb.com/news/2018/01/news-feed-fyi-bringing-people-closer-together/>; Jeremy B. Merrill & Will Oremus, *Five points for anger, one for a 'like': How Facebook's formula fostered rage and misinformation*, WASH. POST (Oct. 26, 2021), <https://www.washingtonpost.com/technology/2021/10/26/facebook-angry-emoji-algorithm/>, 最後瀏覽日期：2024.5.19。



## 二、模型提出：以「營利目的」作為社群媒體平台自治之根本誘因

### (一) 公司社會責任概述

依照國內學者之介紹，傳統學說上關於「公司社會責任」的討論，可以分為「二元論者」、「一元論者」、「理想主義者」等見解：二元論者主張維持公領域與私領域區分之重要性，公司藉由法規與契約義務的遵循以避免對於公共利益的追求造成阻礙，其餘部分則盡力去追求股東之最大利益，使得公司經營者的表現有一客觀、清晰的目標可供他人監督；一元論者則認為，雖然公司表面上為了公益的追求而「讓利」，但長期而言，這些公益活動仍有助於公司的最佳利益，並且這些「負有社會責任」的企業行為，最終將會為企業帶來更優質的經營環境<sup>42</sup>。而關於理想主義者的觀點，則又可以再細分為適度的(modest)的理想主義與高度的理想主義，前者認為公司企業無須積極創造公共政策，而僅需去執行既定的政策已足；後者則認為除了法律所課予之外部性義務之外，對於公司的剩餘目標(residual goal)，應更廣泛地考量股東以外之利害關係人<sup>43</sup>。

除此之外，晚近關於企業社會責任之討論，亦有論者提出「團隊生產模型理論」、「利害關係人理論」、以及「公司社會責任理論」等等<sup>44</sup>。不過，若將以上討論進行綜合觀察，將會發現到公司與企業對於社會責任或是公共利益的「愛莫能助」：以股份有限公司為例，公司之組成即是以股東之出資作為根本，而公司經營權之爭奪亦是以股份持有之比例作為表決權之計算依據。因此，就「以營利為目的」之部分，公司經營者對於股東負有忠實義務和注意義務，自無疑問；然而，涉及到公共利益之判斷時，即使該公共利益之實踐與企業本身之利益追求仍不相衝突，由於公司經營者僅受到「股份持有者」以「追求利益」為目的之委任，當公司經營涉及到更多不同層面的利害關係人時，公司經營者要如何進行判斷、同時又不會被認為僅是在滿足自身偏好而為之恣意決策，毋寧是一大難題<sup>45</sup>。再者，即使經營階層能夠在「所欲追求之公共利益與追求營利之目標相衝突」時，頂住壓力、忘卻被股東要求更換的擔憂，在市場上有其他不選擇相同「高企業社會責任標準」之競爭者的情形下（甚至也不需要其他競爭者），一旦公司之盈利降低、進而影響到得以持續運作的經營模式，就將面臨遭到他人收購或是倒閉的風險<sup>46</sup>。

<sup>42</sup> 劉連煜（2018），《現代公司法》，增訂十三版，頁 25-28（citing CLARK, CORPORATE LAW, 1986 ed., at 677 et seq.）。

<sup>43</sup> 劉連煜，同前註，頁 29-32。劉連煜教授於書中亦有提及「實用主義者」之觀點，惟依本人之理解，該觀點與前揭見解之討論並非處於同一討論層次，故在此省略之。

<sup>44</sup> 劉連煜，同前註，頁 39-45。

<sup>45</sup> 劉連煜，同前註，頁 28、40-43。

<sup>46</sup> 劉連煜，同前註，頁 30-33。

## (二) 營利目的對於社群媒體平台言論規則之影響

經由以上討論，可以得知：若公司企業打算追求有別於「增加收益」以外之目的，將可能囿於企業與生俱來「以追求營利為目的」之特性，而遭遇到一定的困境與兩難。而既然「使用者之言論自由保障」並不能夠與「社群媒體經營者之營收」劃上等號，甚至可能處於彼此之對立面，上述「企業社會責任」理論所無法徹底解決之難題，於本文對於「平台自治誘因」的探究中，亦有比附援引之可能。

首先，先就前述之「放任模式」進行討論。同樣以美國法為例，美國於上世紀末藉由 CDA 第 230 條所形成的框架、以及主權國家政府於網路科技技術上的不足，將發生於社群媒體平台上的言論管制課題，大幅度地交由所謂的「電腦互動性服務」之提供者來處理。簡單來說，若採取前揭之「二元論」或是「適度理想主義」之見解，原先被認為「由立法者負責決斷、再交由政府執行」的公共利益保障，又因為種種原因，將該責任交還給經營社群媒體平台的私人企業，而又回到類似於「一元論」之思考。

若是如此，考量到公司企業「以營利為目的」的天性、以及社群媒體平台本身「產品」的特質——也就是社群媒體仰賴「網路效應」所建立的（虛擬）人際社群網絡的特性，可以想見的是，即便這些經營社群媒體平台的公司企業是真切地想要善盡其應負之社會責任，在不影響甚至動搖公司營利的前提下<sup>47</sup>，為了維護這些社群媒體在大眾眼中的品牌形象、保持社群媒體平台上的活絡程度、穩固公司的營收，所採取之內容限制策略以及背後的價值判斷，也會盡量地去接近（公司所認為的）主流意見和聲音，以確保自身善盡社會責任、回應群眾期待的同時，也能夠鞏固大多數之廣告業主及使用者。此時，即使多數的使用者在使用社群媒體一段時間之後，由演算法所進行之內容策展，大多時間已不再包含該使用者所不喜歡之內容，仍不妨礙如此情勢的推演發展。換言之，此時平台的經營管理者所為之內容政策治理，已經有相當程度地和個別使用者本身的使用體驗脫鉤；即便的個別使用者不再（不經意地）接收到自身認為應當從平台上刪除之內容，若其對於內容政策的意見獲得了多數群眾之支持（或是反過來說，其對於內容政策之意見與大多數人相符），平台之經營者即有可能對其意見作出回應，亦即修改目前之內容政策以符其期望。此時，社群媒體平台對其內容政策之判斷，是否有顧及到各種不同面向之利害關係人，該判斷決策是否僅為「滿足自身偏好之恣意決定」，即有討論空間<sup>48</sup>。

當然，也並非所有國家都如同美國的情形，對於社群媒體的發展採取較為「自

<sup>47</sup> Klonick, *supra* note 4, at 1663-64, 1668。

<sup>48</sup> 詳見本節第二項以下之討論。

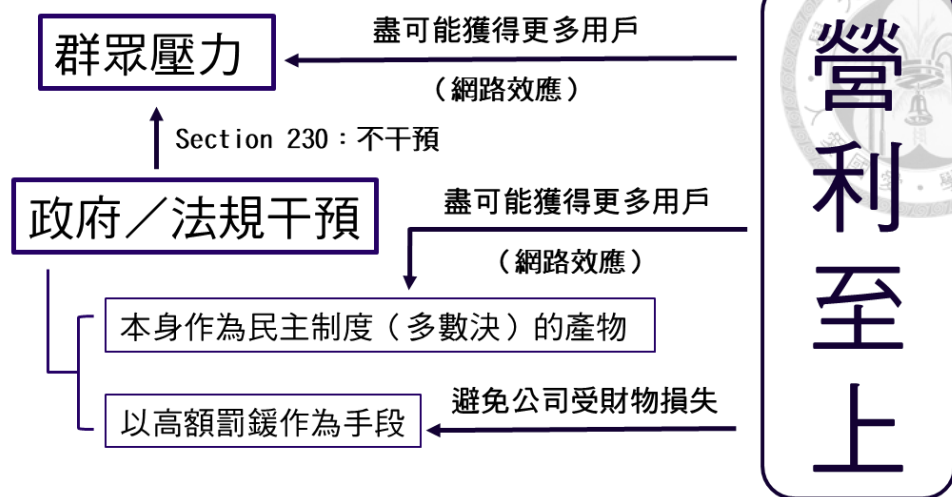
由放任」的態度，誠如前述，亦有採取傾向於「言論限制」模式者，例如前揭所提及之德國 NetzDG。然而，即便此時看似更加符合「二元論」或是「適度理想主義」之見解，公司企業此時僅僅是遵循政府法規之要求，可以想見的是，社群媒體平台經營者為了能夠在該國繼續運營以牟利，只要條件沒有過於苛刻，仍會以遵循法規為優先考量；另一方面，即使單一國家的經濟消費實力並不一定能夠為其帶來優勢的談判地位，政府也會試圖以高額罰鍰作為制裁手段，以降低社群媒體平台經營者虛應故事的誘因<sup>49</sup>。除此之外，或許更加重要的是，若該主權國家係以制定法律為手段以干預社群媒體平台對於言論治理的現狀，在落實民主制度的國家中，這些法律不單純是公權力的展現、更是代議民主的實踐結果；這些法律的內容，其實可能正好是多數人民的期盼。是故，對於社群媒體平台之經營者而言，「願意遵守法律的要求」不僅僅具有形式上的意義，在法律內容本身的實質面向，平台經營者其實也會樂意去遵循法律背後所代表的社會期待，以試圖符合多數使用者對於社群媒體平台之內容政策之想像；社群媒體平台之經營者甚至可能會主動地將某些主權國家政府對於特定類型內容之限制，納入自身之《社群守則》等內容政策之中<sup>50</sup>。此時，對於原先不受該主權國家法律所拘束的使用者而言，所遭遇之「內容限制」措施，形式上即為社群媒體平台之自願行為，而非主權國家政府之「間接審查」。

綜上所述，本文認為，影響並推動社群媒體平台對其平台上之言論內容為各種限制之原因，仍舊是經營社群媒體平台之公司企業對於營利之追求：為盡可能地增加營收，社群媒體平台必須盡可能地增加用戶人數以充分發揮「網路效應」；為盡可能地增加用戶人數，社群媒體平台之內容政策就需要盡可能地符合多數用戶之期盼——不論該期盼係透過輿論所形成、抑或是以政府法規之形式呈現。

---

<sup>49</sup> 參照蘇慧婕，同註 29，頁 1968-69。

<sup>50</sup> Facebook 等社群媒體基於 NetzDG 要求所製作的透明度報告，可以作為這段論述的佐證：在 2022 的 1 月至 6 月，透過 NetzDG 所要求的檢舉機制，Facebook 總共移除或阻擋了 22,826 項內容，但其中 20,960 項內容是因為違反了臉書本身的社群守則而遭直接刪除。至於 Youtube 的情形，則可以發現依照 NetzDG 所移除的內容數量，有越來越多的內容係因為違反了 Youtube《社群規範》而遭直接刪除，而未違反 Youtube《社群規範》、卻因為 NetzDG 而在德國遭到封鎖的內容，也存在著逐步下降的趨勢——以上跡象顯示了 NetzDG 課予之要求與社群媒體本身之社群規範，存在著「漸漸趨同」的現象。上揭 Facebook 的透明度報告，下載自：<https://transparency.fb.com/data/regulatory-transparency-reports/>；Youtube 的透明度報告則下載自：<https://transparencyreport.google.com/netzdg/youtube>（最後瀏覽日期：2024.5.19）。



圖(二): 本文整理

## 第二項 「營利」作為根本誘因所產生的問題

前述對於社群媒體平台治理誘因的歸納與整理，並不只是純粹地想要了解現況以及背後的原因，而是希冀藉由進一步的分析，充分掌握社群媒體平台本身治理上的缺陷，反過來說明：用戶仍有必要就「社群媒體平台對其發布之內容所為之管理行為」向法院提起訴訟，以保障其言論自由。

以下，將順著上開所歸納整理的結論，討論以「營利」為根本誘因所為之內容政策治理，所將導致的主要問題。不過在進入具體問題之前，首先要補充「將平台治理之誘因歸於營利考量」在分析上的好處。將平台治理之根本誘因歸於「營利」考量之後，我們至少能夠解決一個原先在分析上或許難以處理的問題，也就是社群媒體平台的本質，究竟是容易「過度抑制」言論、箝制言論自由，抑或是傾向「疏於管制」有害言論的滋長？對此問題，經過以上討論，可以得知社群媒體平台本身並不會單純地導向其中一邊，重點毋寧是所涉及之言論類型，以及該類型之言論所涉及之利害關係。

### 第一款 迎合大眾口味的內容政策

誠如前述，雖然社群媒體平台的經營管理者除了政府法規所課予之義務，只需要對於股東就企業的營收表現負責。然而，為了得到多數使用者的青睞以及維持企業的社會形象，該社群平台之內容政策必然地將會向大眾對於言論內容的道德標準靠攏；而對於社會大眾的期待進行回應，也是這些社群媒體平台能夠獲得

「近似於」民主正當性的唯一管道，儘管其本質上仍舊是一家不須對大眾負責的私人企業<sup>51</sup>。這種仰賴公民團體倡議、社會大眾以輿論施壓，使得社群媒體平台變更其內容政策的互動模式<sup>52</sup>，並不能改變使用者與社群媒體平台的關係中，個別用戶「幾乎無法更改社群媒體平台的內容政策」的弱勢地位，畢竟社群媒體平台的《服務條款》及《社群規範》，本身即屬於典型之定型化契約。再者，相較於現實世界中，面對主權國家限制言論自由的法律，人民即使會因此陷入「自我審查」的困境而不敢出聲，若經過理性的利益衡量（當然也可能是一時衝動），仍有選擇以「擔負法律責任」作為發言代價的可能<sup>53</sup>；然而，當社群媒體平台的用戶想要「以身試法」時，只會被負責內容審查的人工作業員及 AI 機器人所阻攔<sup>54</sup>。

除了個別使用者身處之弱勢地位，更重要的是，仰賴公民倡議以及大眾輿論形成作為影響平台內容政策的手段，毋寧試圖透過現實世界中公民審議及看似民主的集體意識形成，以決定用戶得享有之言論自由範圍——只不過，這樣的集體意識形成既缺乏程序保障、也更容易受到經濟及社會因素的干涉（例如媒體話語權掌握的影響）、更不用說這樣的意識形成還需要能夠說服矚目的經營高層。這樣的互動模式，可以想見的是，社會弱勢的聲音不僅在「輿論形成」中有被忽視的風險，在制度面的層次，也缺乏了憲法對於言論自由的保障作為最後防線<sup>55</sup>。

若我們回顧言論自由的理論基礎，就會發現保障「不受歡迎的言論」實乃憲法保障言論自由的重要目的之一：如果以「追求真理說」作為保障言論自由的基礎，為了追求所謂的真理，即便在當下被認為是謬誤之言論也不應當被禁止，蓋任何人都無法絕對地分辨真理及謬誤；就算是受人肯認的真理，也應該如同貨物一般在市場上接受其他言論的質疑和檢驗<sup>56</sup>。若以「表現自我說」為理論基礎，由於個人的自主表現即是目的，即便社會多數經由民主程序，也不能以「應盡社會整體利益」為由侵奪個人之言論自由，否則少數人的權利就會淪為多數人追求利益的犧牲品<sup>57</sup>。從「健全民主程序說」來看，雖然有論者認為言論自由保障少數的概念與民主程序中「少數服從多數」的概念似有矛盾之處<sup>58</sup>；不過，民主多

<sup>51</sup> Klonick, *supra* note 4, at 1653.

<sup>52</sup> 這是 Balkin 對於現狀所描繪出的框架，當然，Balkin 本人也認為現狀的運作對於用戶的保護不足，進而提出一些制度上的改革方向。See Balkin, *supra* note 13, at 2014-15, 2044-47.（關於制度改革的部分）

<sup>53</sup> 許育典、李霽恆，同註 34，頁 184-185。

<sup>54</sup> Klonick, *supra* note 4, 1666-67. 當然，這也是因為社群媒體平台對於用戶的制裁手段有限，而用戶卻有許多規避審查的方式。

<sup>55</sup> Kyle Langvardt, *Regulating Online Content Moderation*, 106 GEO. L.J. 1353, 1386-87 (2018).

<sup>56</sup> 關於言論自由理論基礎之介紹，參照林子儀（1999），〈言論自由的理論基礎〉，收錄於《言論自由與新聞自由》，頁 17-22。

<sup>57</sup> 林子儀，同前註，頁 34-42，53-55。

<sup>58</sup> 林子儀，同前註，頁 32。（*citing* F. SCHAUER, *FREE SPEECH: A PHILOSOPHICAL ENQUIRY*, 40 (1982)）

數決原則亦有其外部性界限，也就是說，民主制度的運作中，應當保有少數在之後成為多數的機會<sup>59</sup>，民主本身即具有「自我修正」的功能，以貫徹「所有成員均具有『對於集體意識產生影響』之相同可能」的標準<sup>60</sup>。

而在憲法實務案例的討論中，對於「不受歡迎的言論」的保障亦有受到重視。林子儀大法官即有於釋字第 617 號解釋的部分不同意見書中，批判該號解釋之多數意見以「妨礙社會風化」作為管制言論之正當性基礎的見解。林子儀大法官精確地指出，如果釋憲機關選擇尊重立法者對於「社會風化」所作成之判斷，又認為「保護該特定性價值秩序」得作為言論管制之正當性基礎，則無異於架空合憲審查中對於「目的正當性」的判斷；此外，這樣的立論基礎，將造成非主流意見受到社會上主流意見的壓抑與排斥，然而，此種情形正是憲法保障言論自由所欲避免者：言論自由之保障程度，不應以該言論之擁護者多寡而有所差異<sup>61</sup>。許玉秀大法官於該號解釋的不同意見書中，亦有提出類似的問題：該號解釋之多數意見以維護「平等和諧之性價值秩序」作為正當管制目的，卻又再區分所謂之「主流價值」與「非主流價值」，難稱為真正之「平等」；而真正「平等和諧」的性價值秩序，應以個人「性自主意識」之展現作為立論基礎<sup>62</sup>。雖然許玉秀大法官並未具體著墨於言論自由之探討，然而究其意旨，仍與前揭所提及之「表現自我說」的概念，有異曲同工之妙，旨在避免「不受歡迎」之自我表現受到社會多數意見之壓抑。

在美國法的討論中，亦有關於處罰不受歡迎的「用字遣詞」之案例。於 *Cohen v. California* 中，美國聯邦最高法院推翻了洛杉磯地方法院對於 Cohen 的有罪判決，認為在公眾場所身穿印有髒話的外套，並不足以構成依照加州刑法第 415 條「以冒犯性行為（offensive conduct）惡意滋擾個人或社區之安寧」的行為<sup>63</sup>。法院認為，有別於 *Chaplinsky* 案中被排除於言論自由保障以外的「挑釁言論」，Cohen 衣服上所述「幹他媽的兵役<sup>64</sup>」並沒有針對特定個人的意思，因而 Cohen 的表意行為仍受到憲法言論自由的保護<sup>65</sup>。是故，本案的重點毋寧在於「禁止粗俗字眼的使用」的合憲性討論。針對這個問題，主筆的 Harlan 大法官認為，依照憲法的規範，政府僅能在有實質性的隱私利益（substantial privacy interest）被難以忍受的方式所侵害時，才能作為限制言論（傳播予其他人）的理由，若政府在不符該情形時，仍得「以避免他人接收到不喜歡的內容」限制其他人民之言論表達，毋寧賦予了多數意見者「得基於其個人偏好，消除其他不同意見」的

<sup>59</sup> 許育典，《憲法》，頁 41-42。

<sup>60</sup> CHRISTOPH MÖLLERS (2013), THE THREE BRANCHES: A COMPARATIVE MODEL OF SEPARATION OF POWERS, 71-73.

<sup>61</sup> 釋字第 617 號解釋、林子儀大法官提出之部分不同意見書，頁 11-13。

<sup>62</sup> 釋字第 617 號解釋、許玉秀大法官提出之不同意見書，頁 6-7。

<sup>63</sup> *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971).

<sup>64</sup> 原文為“Fuck the Draft”。

<sup>65</sup> *Cohen v. California*, *supra* note 63, at 18-20.

權力，而當初和 *Cohen* 一同在法院的其他人，只要簡單地轉移視線即可避免接收到該粗俗字眼；更何況，在本案中，既沒有出現「無法迴避 *Cohen* 表意內容者」的異議，系爭刑法規定在文義上、或是法院的解釋適用上，也沒有任何對於「俘虜聽眾」(*captive auditor*) 的考慮，而僅僅是不加區別地禁止所有的「冒犯性行為」<sup>66</sup>。

除此之外，在 *Cohen v. California* 中，*Harlan* 大法官又針對兩種可能得作為「管制粗鄙言論」的正當性事由進行反駁：或有認為，使用這類詞彙將容易引起暴力，然而這樣的推論不僅缺乏證據，更不足以作為限制異議者之表意形式的理由<sup>67</sup>，只要不是不受言論自由保障的例外情形，政府原則上都不應對於個人表意的形式及內容進行規範，以確保個人尊嚴 (*individual dignity*) 和民主制度的運作，即使公共論辯或將充斥著喧鬧及不和諧的聲音<sup>68</sup>。緊接著，*Harlan* 大法官也對於「國家作為公共道德的守護者」的觀點進行駁斥：首先，對於「冒犯性詞語」的定義，並不存在普遍性的標準，「一個人所認為的粗俗言論，對另一人而言可能是抒情的詞句」；再者，表意者所使用的詞語，不只傳達了該詞語字面上的意義，也同時表現了難以形容的 (*inexpressible*) 情緒，甚至有時對於表意者而言，情緒的表現比起該詞語字面上的涵義，還來得更加重要；最後，對於特定詞彙使用的禁止，將可能產生「特定意念表達受到壓抑」的危險<sup>69</sup>。

綜上所述，無論是言論自由的學說，或是我國及美國的憲法實務討論，皆有肯認「保護不受歡迎之言論」的重要性；然而，誠如以上討論，現行社群媒體平台的運作卻存在相當的可能性及誘因以限制「非主流」的意見表達。是故，意見表達受到限制之使用者，勢必需要「公民倡議」及「影響輿論」以外的管道以保障自身的言論自由：「向法院提起訴訟以獲救濟」即是選項之一。

## 第二款 全球性的「主流觀點競逐」

承接以上關於「不受歡迎的言論亦應受到保障」的分析，若將視野擴張到全球，對於位於台灣的我們而言，恐怕情形更不樂觀。正如前面所述，現今佔據眾人時間的社群媒體平台，都是由美國的科技企業所經營，也因為如此，*Klonick* 教

<sup>66</sup> *Id.*, at 19-22.

<sup>67</sup> 在這部分的討論，*Harlan* 大法官引用了 *Cox v. Louisiana* (1965) 以及 *Ashton v. Kentucky* (1966) 中關於「破壞和平秩序」(*breach of the peace*) 的討論。在這兩個案子中，聯邦最高法院的多數意見認為，若所表達的言論本身及方式並不涉及暴力，則不應將「其他人因為接受到該言論而被激怒」所可能引發的動亂，歸咎於表意人，否則無異於要求表意人為他人的情緒失控負責，且允許對於「和平地表達『不受歡迎的觀點』」的個人進行處罰。See *Cox v. Louisiana*, 379 U.S. 536, 549-552 (1965); *Ashton v. Kentucky*, 384 U.S. 195, 200 (1966).

<sup>68</sup> *Id.*, at 22-25.

<sup>69</sup> *Id.*, at 26.

授觀察到，這些社群媒體平台在制定內容政策時，由於這些政策的制定者常是美國律師出身，因此美國憲法上的言論自由法則（free speech norms）的影響舉足輕重<sup>70</sup>。更有甚者，Klonick 和 Kadri 二位亦於專論中指出，在 Facebook 考量某一上傳之內容「是否具有新聞價值」之判斷，以賦予該內容「豁免」<sup>71</sup>時，不僅在判斷上容易流於企業高層的恣意，一些判斷也流露出了「美國中心主義」（American-centric）的意味<sup>72</sup>。

或許因為美國以及美國法制本身對於民主價值的肯認以及言論自由的高度保障，甚至是對於進步價值的追求（例如對於種族歧視的嚴厲斥責），使得人們並沒有因此對於這些社群媒體標準感到不適<sup>73</sup>；不過，我們也不能忽視其他社群媒體平台的崛起。在台灣已經擁有超過 400 萬使用者的抖音<sup>74</sup>（TikTok），在國內外皆有「不當言論管制」的紀錄：不僅曾經將「不利於中共政權」的內容下架<sup>75</sup>、甚至也發生過禁止使用「同志」等相關字眼的情形<sup>76</sup>；而另外一款最近在台灣相當流行的社群平台「小紅書」，也有著類似的言論審查疑慮<sup>77</sup>。

以上案例，除了因為社群媒體本身的寡占性質所附隨的「結構性風險」之外，本文以為，其實也蘊含著「主流觀點競逐」的影子在內。誠如前述，群眾對於社群媒體平台政策的不滿，平台業者為了能夠盡量吸納用戶，一旦這些不滿的聲量躍升為主流意見，社群媒體平台的內容政策或是經營方向就可能因此有所調整。所以，所謂「美國中心主義」的判斷決定，也很可能是受到「全球社群在經過價值觀競逐之後所形成」之主流觀點所影響才導致<sup>78</sup>。此外，誠如本章第一節、第

<sup>70</sup> Klonick, *supra* note 4, at 1621, 1626; 有關於 Facebook 內容政策與美國言論自由法則於「公眾人物」與「新聞價值」的異同比較，See Kadri & Klonick, *supra* note 4.

<sup>71</sup> 此處的「豁免」係指「確實有違 Facebook 的社群守則，但該內容具有新聞價值而不須被撤除」的情形。

<sup>72</sup> Kadri & Klonick, *supra* note 4, at 91-92.

<sup>73</sup> 當然，也非常有可能是因為受到社群媒體平台的內容政策所影響的人，其本身也沒有能力製造輿論聲量，所以眾人總是對此感到「冷感」。

<sup>74</sup> Simon Kemp, DIGITAL 2022: TAIWAN, 網址：<https://datareportal.com/reports/digital-2022-taiwan>，最後瀏覽日期：2024.5.19；該份報告指出，在台灣，抖音有 416 萬 18 歲以上的使用者，且在 18 至 64 歲的網路使用者中，有 35.2% 的人至少每個月使用一次抖音。

<sup>75</sup> Revealed: how TikTok censors videos that do not please Beijing, THE GUARDIAN (Sept. 25. 2019), <https://www.theguardian.com/technology/2019/sep/25/revealed-how-tiktok-censors-videos-that-do-not-please-beijing>. 最後瀏覽日期：2024.5.19。項貽斐（2022.7.7），鏡周刊，〈TikTok 紅什麼？公視節目揭資安威脅與成癮危機〉，網址：<https://www.mirrormedia.mg/story/20220707insight001/>，最後瀏覽日期：2024.5.19。

<sup>76</sup> Alistair Walsh, *TikTok censoring LGBTQ, Nazi terms in Germany: report*, DEUTSCHE WELLE (Mar. 22. 2022), <https://www.dw.com/en/tiktok-censoring-lgbtq-nazi-terms-in-germany-report/a-61237610>. 最後瀏覽日期：2024.5.19。

<sup>77</sup> 聯合新聞網（2022.7.25），〈網路符號「XDD」成大陸禁語 律師揭主因與習近平有關〉，網址：<https://udn.com/news/story/7088/6485582>，最後瀏覽日期：2024.5.19。

<sup>78</sup> 近期較為知名的案例，即屬俄羅斯發動戰爭入侵烏克蘭之後，有報導指出 Facebook 選擇在特定脈絡以及特定地區，放寬對於俄羅斯及俄羅斯士兵的仇恨言論。See Munsif Vengattil and Elizabeth Culliford, *Facebook allows war posts urging violence against Russian invaders*, REUTERS

一項、第三款之觀察，所謂「主流觀點」，亦有可能以「某一主權政體經由內部民意匯聚所形成之法規範」的形式，對於社群媒體平台之內容政策造成影響<sup>79</sup>。

如果我們將以上對於「美國中心主義」的擔憂，與台灣現今所面對的國際局勢進行連結，面對到在經濟及政治層面都日漸強勢、且使用者基數龐大的中國，台灣本地社群所抱持的價值考量在主流觀點之競逐中屈居下風，成為「不受歡迎的論點」，導致在台灣的用戶受到自身無法認同的內容政策所拘束，也非不能想像之情形。更何況，由於所使用之語言的相似性和文化上的鄰近性，在具體案例中對於「是否違反該平台之內容政策」的判斷，台灣社群及用戶所抱持之觀點，也很可能不受青睞。

不過，要求社群媒體平台的經營者「照顧」到各個地區及國家的情形，毋寧象徵著社群媒體平台規則的「分裂化」，社群媒體平台需要「因地制宜」而分別於不同情形適用不同的規範標準——而這種情形是否能在「無國界」的社群媒體網路上實現，總受懷疑。因此，本文還是稍微地從兩個不同的視角出發，試圖說明社群媒體平台規則「分裂化」的可行性。

#### 一、對於平台業者而言

當 Klonick 教授就 Facebook 所制定之《社群守則》，訪問前 Facebook 的內容政策主管 Dave Willner 以及前任安全經理（Safety Manager）Charlotte Willner 時，Willner 表示，因為 Facebook 本身產品的「本質」，「網路論壇不分國界」的特性，使得《社群守則》難以基於地區或文化的因素，進行調整或區分待遇，反而要確保 Facebook 的《社群守則》在執行上具有一致性<sup>80</sup>。然而，即使現今的社群媒體平台仍然沒有基於地區或是文化的因素，制定不同標準的內容政策，這些平台的經營者在遵守各個國家當地的法規時，仍然有辦法克服前開提及的「技術性障礙」：而且大部分情形，都有辦法將該內容的限制侷限於特定國家或區域；甚至這也不是最近才出現的新技術<sup>81</sup>。是故，回到本文的問題意識，即便各個國

---

(Mar. 11. 2022), <https://www.reuters.com/world/europe/exclusive-facebook-instagram-temporarily-allow-calls-violence-against-russians-2022-03-10/>. 最後瀏覽日期：2024.5.19。

<sup>79</sup> 類似觀察，See Nathaniel Persily, *Platform Power, Online Speech, and the Search for New Constitutional Categories*, in SOCIAL MEDIA, FREEDOM OF SPEECH AND THE FUTURE OF OUR DEMOCRACY 195, 211 (Bollinger & Stone ed., 2022). 雖然 Persily 教授所討論者，係歐盟數位服務法所可能造成的「外溢效應」(Persily 教授所使用之詞彙為專指歐盟之「布魯塞爾效應」)，而歐盟在本質上，並非本文前述提及之「主權國家政府」，而是一超國家組織。不過，在談論社群媒體平台之內容政策時，本文以為在概念上仍有可相互援引之處，併此敘明。

<sup>80</sup> Klonick, *supra* note 4, at 1642, fn. 306.

<sup>81</sup> 在 2007 年，Youtube 面對土耳其政府的要求，即有採取「特定區域封鎖」的措施以衡平當地政府的要求以及用戶的權益，前述所提及之「泰皇」案例亦是如此。See Klonick, *supra* note 4, at 1623-24. 除此之外，Facebook 也有公布各個時期中，Facebook 因應當地政府要求，所限制的內容數量、類型、以及所採取之限制方式。參照 META TRANSPARENCY CENTER, 〈當地法律對

家對於言論自由保障之程度不盡相同、各國法院處理言論自由案件所適用之原理原則有所差異，也不會因為某國的法院作出一個對於社群媒體使用者有利之決定，即造成該社群媒體環境的整體動蕩：大不了對於該內容進行 IP 位址封鎖即可。



## 二、對於使用者而言

除了技術上的可行性以外，本文甚至以為，因應不同地區法規而進行不同內容的限制，其對於社群媒體平台使用者體驗的影響，亦不嚴重。承接第一章關於「地區網路效應」<sup>82</sup>的介紹，雖然乍看之下會認為同一社群媒體平台的所有用戶係同處於一個大型平台之中，每位用戶所發布的各種內容，將在這個虛擬的世界中到處流竄。然而，當我們知悉社群媒體平台的運作模式，以及該機制背後的網路效應之後，會發現社群媒體平台上的資訊其實並非如此「暢通無阻」：雖然平均而言人與人之間的距離在社群媒體平台上「變近」了，但實際上，由於人類本身社交網路的「群聚性」(clustering)和「同質性」(homophily)，使得每個「群組」之間的關係實際上相當薄弱，甚至在演算法的推波助瀾之下，「群組內呈現同質性、群組間反而呈現多樣性」<sup>83</sup>。

是故，可以想見的是，若 Facebook 或是 Twitter 等超大型社群媒體平台，因應不同地區的風俗民情、道德規範、甚至是當地法律，在文化、語言上都與台灣相差甚大的地區，實施另外一套內容政策（暫且不論該內容政策之合理性），對於台灣本地的使用者而言，影響甚微，因為我們平常本來就很少去接觸到這些內容：即使這些內容的「距離」並不遙遠<sup>84</sup>，要接觸到這些內容，也只能透過群組之間本就相當薄弱的關係；更何況，由於用戶本身對於該內容的陌生及「不感興趣」，在演算法的運作之下，這些內容最後也只會被其他內容和資訊所淹沒。

---

內容的限制》，網址：<https://transparency.fb.com/data/content-restrictions/>，最近瀏覽日期：2024.6.5。

<sup>82</sup> 詳見本文第一章、第二節、第一項以下之介紹。

<sup>83</sup> Aral, *supra* note 40, at 63-72, 247-248 (關於實證研究的介紹)。相同觀察，See Jack M. Balkin, *To Reform Social Media, Reform Informational Capitalism*, in *SOCIAL MEDIA, FREEDOM OF SPEECH AND THE FUTURE OF OUR DEMOCRACY*, 247 (Bollinger & Stone ed., 2022). 需要說明的是，本文基於章節的編排，直到這部份的討論才真正介紹 Sinan Aral 關於「群聚性」和「同質性」的介紹與研究；然而，實際上這兩項因素，也正是社群媒體平台的商業模式能夠成功的關鍵之一，同時也是「地區網路效應」的背後原理之一。See ARAL, *supra* note 40, at 81-83.

<sup>84</sup> 這裡的「距離」所指為「人際上」的距離，亦即「將某內容從 A 傳至 B，中間要經過的人次」。

## 第二節 社群媒體平台的市場結構：寡占與市場機制



### 第一項 以「市場機制」保障多元言論競逐之可能

以上關於社群媒體平台的討論，某種程度而言，所假設之情景多半仍侷限於「單一」社群媒體平台的經營。然而，於當今社會中，事實上仍存在著複數個社群媒體平台，儘管真正具有影響力的平台，確實為數不多——人們所使用的社群媒體平台大多是由少數的「科技巨頭」企業所經營，早已是不爭的事實。

面對到社群媒體平台淪為「寡占市場」的困境，再加上人們對於「受到平台業者限制言論自由」的不滿，一些學者開始以競爭法的角度切入，希望能夠藉此改善現況：Balkin 教授即是主張者之一。Balkin 教授認為，鼓勵社群媒體間的競爭不僅能夠激發出更多的創新技術以及更優質的演算法排序，更能夠有效減緩境外勢力對於民主的威脅，當群眾開始使用更多不同的社群媒體，敵對境外勢力就要花更多心思去製造假新聞和「大外宣」(propaganda)<sup>85</sup>。除此之外，學者 Frank Pasquale 也認為，通訊「導管」(conduit) 以及媒體的從業者從來沒有被排除於競爭法的適用之外，然而現今的資訊科技將二者的特質混合、形成新的產品時<sup>86</sup>，不但沒有給予這些新興企業更多保護之必要，反而因為內容和導管二者的「垂直整合」，更有受到法規管制和監督的需求；在美國法律實務中，最高法院也曾經採取「競爭法的適用將有助於言論自由保障」的觀點<sup>87</sup>。

於上世紀末，David G. Post 就當時的網路科技發展，觀察到各個網路 (network) 的控制者對於該網路中所傳播之內容的控制力，也同時發現整體網路世界 (cyberspace) 中「無邊界」與「去集中化」的特性，並認為在網路世界中，主權國家並無法藉由其所壟斷的公權力，有效地落實其所制定的規則。因此，未來的網路世界可能會形成一種「規則市場」的競爭，藉由市場機制逐漸形成「網路世界的法律」(law of cyberspace)<sup>88</sup>。Post 的推測，無非係上開論者的理想情況。

不過，Post 對於網路世界的觀察，有些部分已與現今的大環境有所不同：例如，Post 認為「離開」某一特定網路對於使用者而言是不費吹灰之力的；然而，若我們將社群媒體平台的「網路效應」以及各個平台所築起的「圍牆花園」(walled

<sup>85</sup> Balkin, *supra* note 13, at 2034-35.

<sup>86</sup> 值得說明的是，Pasquale 於此係以「搜尋引擎」作為討論客體，不過社群媒體平台亦符合「將導管和內容的特性混合」的部分。

<sup>87</sup> Frank Pasquale, *Platform Neutrality: Enhancing Freedom of Expression in Spheres of Private Power*, 17 *Theoretical Inquiries L.* 487, 503-506 (2016) (*citing* Associated Press v. United Press, 326 U.S. 1, 20 (1945)).

<sup>88</sup> David G. Post, *Anarchy State and the Internet*, 1995 *J. ONLINE L.*, art. 3, para. 26, 30-42.

garden) 納入考量<sup>89</sup>，不僅「放棄使用某一社群媒體平台」的成本遽增，也因為網路效應所帶來的效益，使得後來出現的社群媒體平台不易與現有的平台業者競爭。Klonick 和 Balkin 也觀察到，現今的社群媒體使用者並不會直接地棄用目前正在使用的社群媒體，反倒會希望目前正在使用的社群媒體進行改良<sup>90</sup>。這些現象的背後，也正是網路效應的展現。

網路效應不僅說明了「規則市場」之窒礙難行之處，更是說明了「以社群媒體為產品」的市場趨勢：即使我們將現在的社群媒體龍頭一一拆解，也只會看到下一個類似於 Facebook、Twitter 的公司崛起；網路效應所帶來的利益，不僅僅由平台業者所享受，廣告業主和社群媒體的使用者同樣地雨露均霑，因此，在自由競爭的環境中，基於商業性、娛樂性、甚至是社交發展的需求，最終或許又會回到「寡占」的現況。也因為如此，對於 Sinan Aral 而言，真正要解決的結構性問題其實是「資料的不可攜性」<sup>91</sup>，不過那又是另外一個尚待克服的問題了。綜上所述，本文認為，在現行的技術發展之下，單憑藉競爭法的運作，恐怕短時間內仍無法解決本文所關注之言論自由問題。

另外還有一個值得討論的觀點：或有認為目前存在於寡占市場的大型社群媒體平台，也有可能並不是處於「競爭」的狀態，每個平台所提供的服務，並非相互替代 (substitute) 的關係，而毋寧是互補 (complementary) 關係；每個社群媒體平台所提供的服務仍有差異，因此新興的社群媒體仍有可能崛起、市場上也可能存在多元的社群媒體平台<sup>92</sup>。不過，若不同的平台之間僅僅是功能上的差異，其使用者背後所代表的社群仍然類似<sup>93</sup>，依照前述關於「社群媒體平台自治誘因」的討論，不同的社群媒體平台仍會得出類似之內容政策，一個接近於「主流意見」的內容政策<sup>94</sup>。

## 第二項 舊瓶新裝：平台經營者「權力濫用」的危險

當我們開始思考現今的社群媒體是否已經成為、甚至取代了原本的大眾傳媒 (mass media) 時<sup>95</sup>，原先對於「媒體所有權」的討論，即有相當多值得借鏡的觀點。劉靜怡教授曾以美國學者 Edwin Baker 所提出之理論為基礎，為文分析美國通訊傳播法制中，媒體所有權管制的正當性基礎。在進行美國實務判決的爬梳

<sup>89</sup> 詳見第一章、第二節、第一項的介紹。

<sup>90</sup> Klonick, *supra* note 4, at 1629; Jack M. Balkin, *Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation*, 51 U.C.D. L. REV. 1149, 1199-1200 (2018).

<sup>91</sup> See Aral, *supra* note 40, at 293-294, 298-299.

<sup>92</sup> Klonick, *supra* note 4, at 1630; Balkin, *supra* note 13, at 2036 (citing Klonick).

<sup>93</sup> 這是相當有可能的事情，依照我們對於網路效應的理解，崛起的社群媒體平台發展到最後，就會將社會上大多數的人「吸納」為該平台之使用者。

<sup>94</sup> KOLTAY, *supra* note 39, at 150.

<sup>95</sup> See Balkin, *supra* note 13, at 2041-42; KOLTAY, *supra* note 39, at 79, 87-88, 91-93 (2019)

之後，劉靜怡教授認為，過往被認為是進行媒體所有權管制之理論基礎的「意見市場理論」(marketplace of ideas)，由於實務上難以對於「觀點多元化」進行有效地計算評估，而是以媒體所有權的分散情形作為衡量「觀點多元化」的中介因子(proxy)，使得在 90 年代以後，美國法院無法接受 FCC 以「保障多元觀點」作為實施媒體所有權管制的理由<sup>96</sup>。因此，Baker 等學者所提出之「民主理論」，或許更適合作為「結構管制」之正當性基礎：劉靜怡教授傾向採取所謂的「審議式民主」、或是 Baker 教授所提出之「複合民主」理論，皆認為媒體需要提供各種不同的資訊及觀點，以促進公民之間的溝通、辯論，進而達到健全民主的目的；換言之，對於媒體所有權所進行之「結構管制」，旨在防範媒體淪為單一陣營之傳聲筒、被視為私人企業或是政治勢力的工具，蓋市場上之消費者難以對於淪為「禁臠」之媒體有立即性之「懲罰」，更不用說當某一媒體所有者在市場上達到壟斷或是寡占的地位時，可能產生的私人審查風險、一種可能逸脫於憲法言論自由保障的風險<sup>97</sup>。

雖然於科技背景環境已有所不同，然而可以發現以上所提到的問題：觀點單一化、市場機制失靈、對於媒體巨頭缺乏制衡手段等等，或多或少都可以在社群媒體平台的討論中看見一些影子<sup>98</sup>。舉一個近期的實例來做為對照：在 Twitter 被馬斯克收購之後，Twitter 以「保護馬斯克及其家人的隱私」為由，不僅禁用了 @ElonJet，一個因分享馬斯克私人飛機的地理位置而出名的帳戶，更是一口氣連帶地封鎖了眾多知名美國新聞業者旗下記者的帳戶，只因為這些記者對於 @ElonJet 的事件進行報導<sup>99</sup>。雖然馬斯克隨後發起「公投」讓 Twitter 上的群眾決定其是否再繼續擔任推特的 CEO 職位<sup>100</sup>，但即便馬斯克不再是推特的執行長，其對於 Twitter 未來發展走向的影響力，因為其所持有的股份，將毫無疑問地延續下去。

綜上所述，當社群媒體平台呈現「寡占市場」的情況，而「市場機制」的引入也無法有效地改善現狀時，這些社群媒體平台的經營者，就可能如學者們對於

<sup>96</sup> 劉靜怡 (2011)，〈媒體所有權、觀點多元化與言論自由保障：美國法制的觀察〉，《臺大法學論叢》第 40 卷第 3 期，頁 1118-26 (美國 90 年代以後的實務判決介紹)、1136-37。

<sup>97</sup> 劉靜怡，同前註，頁 1100-02 (複合理論之介紹)、1141-46、1151、1154-55。(citing C. EDWIN BAKER, MEDIA CONCENTRATION AND DEMOCRACY: WHY OWNERSHIP MATTERS (2007))

<sup>98</sup> 劉靜怡教授於前揭文中，非常精闢地說明 Baker 反對媒體所有權集中化的理由：應當平均分配傳播權力 (communicative power)、避免媒體濫權不受監督、防止媒體只注意獲利多寡而犧牲公民所需的新聞內容。以上三個理由，若不指明所討論之客體，恐怕以為是關於社群媒體平台的批判。參照劉靜怡，同前註，頁 1094-95。

<sup>99</sup> Paul Farhi, *Musk suspends journalists from Twitter, claims 'assassination' danger*, THE WASH. POST (Dec. 16. 2022), <https://www.washingtonpost.com/media/2022/12/15/twitter-journalists-suspended-musk/>. 最後瀏覽日期：2024.5.19。

<sup>100</sup> Faiz Siddiqui, Cat Zakrzewski and Rachel Lerman, *Musk's Twitter poll says he should step down from social network's helm*, THE WASH. POST (Dec. 19. 2022), <https://www.washingtonpost.com/technology/2022/12/19/musk-twitter-ceo-poll/>，最後瀏覽日期：2024.5.19。

傳統媒體的擔憂，淪為私人企業或是特定政治勢力的傳聲筒<sup>101</sup>。甚至在社群媒體的情形，壟斷所造成的負面影響更加劇烈：社群媒體平台本身並不發布內容，反而是對於所有平台上的內容進行管控；其對於內容限制的手法也更加多元，有可能直接禁止特定使用者的近用、也可能只是默默地降低該使用者發布之內容的觸擊率，最恐怖的是，使用者可能對於社群媒體平台的管控絲毫不察。

因此，現今之社群媒體平台無非已成為 Klonick 所稱之「新治理者」（The New Governors）<sup>102</sup>，面對到平台經營者的管控，使用者與平台業者之間的「權力不對等」愈加明顯，「以更多言論治癒言論」的思維更加難以實現。更不用說，若某一社群媒體平台業者受到所謂的「境外敵對勢力」影響時，若使用者無法獲得有效的救濟以保障自身的言論自由，恐怕將對於民主機制的健全運作產生重大打擊。

---

<sup>101</sup> KOLTAY, *supra* note 39, at 196.

<sup>102</sup> Klonick, *supra* note 4, at 1662-63.

### 第三節 社群媒體平台的自治極限：臉書監察委員會之分析

如同前述，臉書等社群媒體平台的內容限制政策及其執行持續地受到公眾人物以及輿論的批評，尤其是「這龐大且看似無遠弗屆的網路空間，其遊戲規則以及執法的標準僅由幾位在矽谷辦公室的企業高層所決定」的事實，雖然諸如 Facebook、Twitter 等社群媒體平台經營者本質上即非尊重人民意見表達自由的現代民主法治國家，但其內容治理上的不透明和執法恣意，毋寧更接近於一專制政權<sup>103</sup>。有鑑於此，基於《聖塔克拉拉原則》(Santa Clara Principles) 對於「賦予用戶及時且有效的救濟機會」的要求，以及法學教授 Noah Feldman 的推波助瀾，於 2018 年中，Facebook 正式宣佈：臉書即將開始打造屬於自身的「最高法院」，網路平台上的內容限制將不再只由 Facebook 位於矽谷辦公室的高層決定，而是由世界各地的專業學者，經過討論、研議後，再去判斷 Facebook 原先的處置是否妥當<sup>104</sup>。

Facebook 監察委員會的設立，對於本文所欲探討之問題而言，重點毋寧在於：此種社群媒體「組織型」的自治機制<sup>105</sup>，除了對於現今的社群媒體環境將造成如何之影響，是否將帶給使用者之言論自由更多程序上及實質層面的保障？因此，臉書監察委員會的組織、程序及運作情形，實有討論、研析之必要。以下，將會先簡要地介紹臉書監察委員會的組織架構以及其程序上的設計，再搭配目前

<sup>103</sup> Kate Klonick, *The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression*, 129 YALE L. J. 2418, 2438 (2020); Balkin, *supra* note 13, at 2024-25.

<sup>104</sup> Klonick, *Id.*, at 2448-50; Kate Klonick, *Inside the Making of Facebook's Supreme Court*, *The New Yorker* (Feb. 12. 2021), <https://www.newyorker.com/tech/annals-of-technology/inside-the-making-of-facebooks-supreme-court>. 最後瀏覽日期：2024.5.25。不過諷刺的是，根據 Klonick 的報導，當初監察委員會的計畫也是因為 Zuckerberg 在公司中擁有絕對性的領導地位，所以才能夠獨排眾議而執行之。

<sup>105</sup> 其實不只是 Facebook，其他（大型）社群媒體平台其實也有意識到上述問題，而試圖在政策制定的部分，引進外部專家學者的意見，例如 TikTok 於 2020 年陸續在美國成立了「內容諮詢理事會」(Content Advisory Council)，也開始在各區域成立「安全諮詢理事會」(Safety Advisory Council) 以廣納各地專家學者的政策性建議，*See Vanessa Pappas, Introducing the TikTok Content Advisory Council*, TIKTOK (Mar. 18. 2020), <https://newsroom.tiktok.com/en-us/introducing-the-tiktok-content-advisory-council>; Arjun Narayan Bettadapur, *Introducing the TikTok Asia Pacific Safety Advisory Council*, TIKTOK (Sept. 22. 2020), <https://newsroom.tiktok.com/en-sg/tiktok-apac-safety-advisory-council>; *Engaging our Advisory Councils*, TIKTOK, [https://www.tiktok.com/transparency/en/advisory-councils/?enter\\_method=left\\_navigation](https://www.tiktok.com/transparency/en/advisory-councils/?enter_method=left_navigation). 最後瀏覽日期：2024.5.25。然而，也有完全相反的案例：在伊隆·馬斯克收購 Twitter（現更名為 X）之後，於 2022 年底，解散了原先向 Twitter 提供外部專業建議的「信任安全理事會」(Trust and Safety Council)，認為對於 Twitter 的產品及政策發展而言，該委員會並非引進外部觀點的最適組織，*See Jason Abbruzzese, Twitter disbands its Trust and Safety Council*, NBC NEWS (Dec. 13, 2022), <https://www.nbcnews.com/tech/tech-news/twitter-disbands-trust-safety-council-rcna61400>. 最後瀏覽日期：2024.5.25。綜上所述，若要探討社群媒體平台究竟能夠就「內容限制」及相關的內容政策制定付出多少心力以完善自身「自治」的成效（移除不當之內容，並同時避免其他內容遭到錯誤地移除），Facebook 的監察委員會依舊為最適合的研究客體；也希望能夠藉由以上說明，消除部分讀者對於「本文究係為何選擇 Facebook 監察委員會為研究客體」的疑問。

監察委員會的實際運作情形，整理出此種制度之不足之處，進而凸顯出使用者對於社群媒體平台之內容限制，仍有向法院提起訴訟以獲救濟之必要性。



## 第一項 監察委員會之簡介

### 第一款 監察委員會的組織架構

首先，既然 Facebook 的目的是要打造一個「獨立於 Facebook」以外、且能夠擔任平台內容限制的最終決策者之機構，其是否能夠保持其獨立性毋寧是最重要的關鍵之一。而關於獨立性的討論，參照 Klonick 教授的分類，又可以在細分成「組織上獨立性」、「職務上獨立性」、以及「財務上獨立性」三者<sup>106</sup>——類似於主權國家之憲法中，對於司法部門所採取的法官自治原則、憲法第 81 條所規定之身分保障制度、以及憲法增修條文第 5 條第 6 項之司法預算獨立原則<sup>107</sup>。

在組織上獨立性的部分，若監察委員會的成員直接由 Facebook 選任、運作經費直接由 Facebook 審核等等，勢必將大幅減損委員會之獨立性，即使 Facebook 確實沒有對委員會之決策過程進行干預，也難以取得大眾及用戶之信任；因此，Facebook 在 Facebook 公司本身以及監察委員會之間，額外成立一信託基金（Oversight Board Trust）以及由該基金所資助的有限公司（Limited Liability Corporation, LLC），Facebook 在信託基金以及監察委員會穩定運作<sup>108</sup>之後，就不會再直接參與監察委員會之運作，不論是委員會成員的選任與解任、抑或是委員會年度預算的批准，皆交由該信託基金的受託人進行管理<sup>109</sup>。不過，該信託基金之受託人仍然由 Facebook 進行選任<sup>110</sup>。

至於職務上獨立之部分，主要即是關於監察委員會之組成委員的選任及解任程序<sup>111</sup>。在臉書監察委員會的章程（Charter）中，關於委員會的選任，僅僅提到在監察委員會順利運作之後，將會由監察委員會自身組成的專門委員會負責<sup>112</sup>。不過，類似於主權國家的憲法會將較為細節性、技術性的事項委由立法者補充，當初 Facebook 的治理小組（Governance Team）在訂定監察委員會的章程時，也將一些內部仍有爭執的事項留待稍後制定的規章（Bylaws）來填充<sup>113</sup>。在監察委

<sup>106</sup> Klonick, *supra* note 103, at 2465-66, 2481-87.

<sup>107</sup> 關於司法獨立原則與制度之介紹，參照許育典（2018），同註 59，頁 433-435。

<sup>108</sup> 之所以會強調在「穩定運作之後」，是因為監察委員會的創立初期，Facebook 勢必需要介入才能讓監察委員會能夠「從無到有」。關於監察委員會創立過程的討論，由於與本文重點較無相關，容本文於以下討論省略之。

<sup>109</sup> *Oversight Board Charter*, art. 5, §§2-3 (2023).

<sup>110</sup> *Id.*

<sup>111</sup> Klonick 教授於職務上獨立（intellectual independence）的部分，亦有討論到監察委員會的「選案權」，詳見 Klonick, *supra* note 103, at 2465, 2485-86。關於選案權的部分，容本文於後詳述。

<sup>112</sup> *Oversight Board Charter*, *supra* note 109, art. 1, §8.

<sup>113</sup> *Id.*, art. 6, §2; Klonick, *supra* note 103, at 2462.

員會的規章中，即有清楚規定監察委員會成員的選任及解任程序：由監察委員會所組成的選任、解任委員會（Membership Committee），將會依照章程對於監察委員會成員的資格要求<sup>114</sup>，審視由大眾、Facebook、以及監察委員會成員所提名的人選；經過面試和資格審查之後，將由全體的監察委員會成員進行投票，獲得多數同意的候選人名單就會被提交至信託基金的受託人，等待受託人進行正式的委任<sup>115</sup>。若要解任某一特定成員，必須以該位成員違反行為準則（Codes of Conduct）為由，且需要獲得監察委員會全體 2/3 的同意，並再交由信託基金之受託人同意；不過，身為個人之基金受託人（individual trustees）<sup>116</sup>亦得以「某成員已違反了行為準則」為由，主動發動解任的權力<sup>117</sup>。

最後是關於「財務上獨立性」的討論。雖然 Facebook 藉由信託基金的成立，不直接地逐年審核監察委員會運作所需的預算以增加監察委員會運作上的獨立性，然而追根究柢，除非 Facebook 願意讓監察委員會及信託基金自始至終脫離 Facebook 的運作<sup>118</sup>，監察委員會自始至終需要仰賴 Facebook 母企業的金援：這本質上的缺陷、無法徹底避免的利益衝突<sup>119</sup>，或許就是監察委員會的宿命；能夠做的只剩下盡力地在制度面去淡化。因此，最終 Facebook 選擇了一個折衷方案，在監察委員會的創立初期，先撥款 1.3 億美金予信託基金，至少確保了大約 6 年、也就是監察委員會兩屆任期的運作<sup>120</sup>。

---

<sup>114</sup> *Oversight Board Charter*, *supra* note 109, art. 1, §2. 關於監察委員會的成員資格以及組成比例，其實也是討論的重點之一，不過與本文主題較無關聯，故不再贅述。

<sup>115</sup> *Oversight Board Bylaws*, art. 1, §1.2.2 (Feb. 2023).

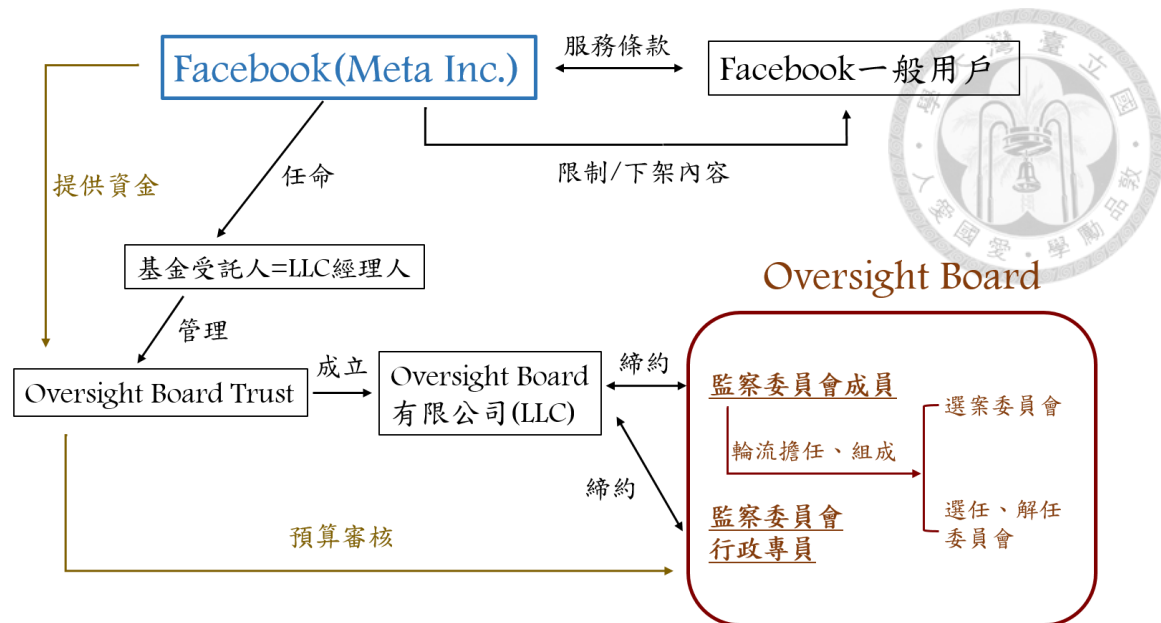
<sup>116</sup> 之所以強調為個人之基金受託人，是因為在規章的設定中，該信託基金還有一位由 Facebook 指定的法人代表受託人。See *Id.*, art. 4, §4.1.2.

<sup>117</sup> *Id.*, art. 1, §1.2.2; art. 4, §2.1.2.

<sup>118</sup> 對於 Facebook 而言，這樣的方案也有著「肉包子打狗——有去無回」的風險，如果這樣的大型社會／企業實驗效果不如預期，將面臨無法回收資金的窘境。See Klonick, *supra* note 103, at 2469.

<sup>119</sup> *Id.*, at 2486.

<sup>120</sup> *Id.*, at 2469.



圖（三）：本文自製

## 第二款 監察委員會的「審理」程序

承繼著「臉書最高法院」的比擬，若要了解監察委員會依照其設計會如何地審理案件，需要的是對於監察委員會規章的理解，因為對於打造 Facebook 監察委員會的團隊而言，這部規章在規範體系上，就相當於法院的組織及訴訟法<sup>121</sup>。以下介紹會將規章的相關規定分成兩個部分進行介紹：監察委員會審理程序的案件「適格」設計，以及監察委員會的審理程序。

### 一、 案件適格要求

在監察委員會的章程中，對於用戶而言，在兩種情形之下，可以在窮盡 Facebook 內部的申訴程序之後，向監察委員會將原先 Facebook 的決定提交審查：除了身為原本內容的作者，而該內容被 Facebook 予以限制的情形之外，也包含了檢舉了某一內容之後，沒有得到滿意答覆的檢舉人<sup>122</sup>。不過，在現行的規章中，卻明顯地限縮了用戶得提交案件供監察委員會審查的範圍：在設計上，雖然規章提及將來有可能開放用戶得以提交所涉內容類型為「社團、個人檔案、粉絲專頁、活動以及廣告」，以及原先 Facebook 的決定為「保留內容」或是「經第三方查核機構標記為不實訊息」的情形；然而，在運作之初，僅開放「在 Facebook 或是 Instagram 平台上」，針對「特定貼文、照片、影片、或留言」，「因為違反《社群守則》而被移除、且得向 Facebook 進行申訴」的決定，才得以在窮盡救濟途徑

<sup>121</sup> Klonick, *Inside the Making of Facebook's Supreme Court*, *supra* note 104.

<sup>122</sup> *Oversight Board Charter*, *supra* note 109, art. 2, §1.

之後向監察委員會提請審查<sup>123</sup>。

不過，也不僅僅是 Facebook 的用戶得向監察委員會提交案件，依照監察委員會的章程與規章，Facebook 作為內容政策的制定者和執行者，同樣可以將案件提交予監察委員會審理<sup>124</sup>。不過有別於用戶將案件提交至監察委員會的情形，Facebook 有三種不同的「案件類型」：

第一種為通常提交程序，係指當 Facebook 遇到具有「重大性」(significant)或是「困難」(difficult)的案件時，得將該案件直接交由監察委員會進行審理<sup>125</sup>。第二種則是緊急 (expedited) 審查請求；當 Facebook 預見某一爭議內容將在現實世界中產生「具急迫性」的後果 (result in urgent real-world consequences) 時，得請求監察委員會在比通常程序更短<sup>126</sup>的時間內，審理該爭議案件<sup>127</sup>。最後一種則是「政策指引」的請求，也就是 Facebook 得在沒有實際具體案例發生時，向監察委員會請求政策面的諮詢意見<sup>128</sup>。這三種程序除了在審理時長有所差別，在「審理結果」的效力上、以及監察委員會是否有「選案權限」都有所不同：在選案權限的部分，由 Facebook 依照「通常提交程序」和「政策指引請求」的案件，如同用戶所提交之案件，監察委員會都得依其職權決定是否受理；不過若是「緊急審查請求」，監察委員會並無拒絕審理的權限<sup>129</sup>。

## 二、 審理程序與審理結果的執行

首先是審理程序的介紹。在用戶或是 Facebook 將案件提交至監察委員會之後，監察委員會的行政部門會協助選案委員會 (Case Selection Committee) 進行選案的準備工作，包括蒐集與案件相關的重要資訊、依照違反的類型將案件分類、

---

<sup>123</sup> *Oversight Board Bylaws*, *supra* note 115, art. 3, §1.1。不過，在 2021 年，用戶已經可以向監察委員會申訴，請求移除某一平台上的特定內容。參照監察委員會，2021 年 4 月，〈監察委員會現正接受用戶提出申訴，用戶可向其要求移除 Facebook 和 Instagram 上的內容〉，網址：<https://www.oversightboard.com/news/267806285017646-the-oversight-board-is-accepting-user-appeals-to-remove-content-from-facebook-and-instagram/>；最後瀏覽日期：2023.3.7。

<sup>124</sup> *Oversight Board Charter*, *supra* note 109, art. 2, §1; *Oversight Board Bylaws*, *supra* note 115, art. 2, §2.1.

<sup>125</sup> *Oversight Board Bylaws*, *supra* note 115, art. 2, §2.1.1；規章其實也有對「重大」、「困難」的情形進行定義：「重大」係指所涉內容將對真實世界產生影響，且該爭議為嚴重的 (severe)、大規模 (large-scale) 的、且/或對於公共論辯而言具有重要性 (important)；「困難」則為「就現今 (臉書的) 政策與執行，不論使系爭內容存留於平台上或將其移除，都有強而有力的論證支持」的情形。

<sup>126</sup> 通常程序為 90 天，緊急程序則為 30 天；參照 *Oversight Board Bylaws*, *supra* note 115, art. 1, §3.1; art. 2, §2.1.2.

<sup>127</sup> *Id.*, art. 2, §2.1.2.

<sup>128</sup> *Id.*, art. 2, §2.1.3.

<sup>129</sup> *Id.*, art. 2, §§2.1.1-2.1.3.

以及將案件的內容進行摘要<sup>130</sup>。經選案委員會多數同意受理之後<sup>131</sup>，監察委員會接著將組成一專門的審理小組（panel）進行審理，該小組將由 5 位監察委員會成員所組成，其中 4 人為隨機指派、而剩下 1 人則會從來自於「該案件所涉及內容之主要影響地區」的成員中隨機指定；而為確保審理案件成員的安全，負責每個的小組組成將不會公開<sup>132</sup>。在進行實質審理及討論之前，審理小組得向外界專家、學者、以及利益團體（advocacy or public interest organization）就特定議題，請求資訊或意見的補充<sup>133</sup>。經過所有審理小組成員的秘密審理和投票之後，審理小組會形成一份包含審理結論（應將所涉內容予以保留或移除）及其理由的審理決定初稿，並將該決定草案提交至監察委員會全體；若監察委員會同意審理結論，則會公布該審理結論並通知當事人審理結果；若經過監察委員會全體討論後，認為需要重新審查（re-review），則會再重新組成新的審查小組<sup>134</sup>。

在審理程序結束之後，監察委員會的審理決定如何貫徹，端看 Facebook 如何執行。監察委員會章程與規章已有明文，除非執行該決議將違反法律，否則監察委員會「針對個案」所作出之審查結論將對於 Facebook 產生拘束力<sup>135</sup>。在監察委員會公布審理結論的 7 天之內，臉書除了必須執行監察委員會的要求以外，如恢復內容、移除內容、或對於該內容增加「適當隔離包裝」（warning screen），在 Facebook 的平台上若存在著其他處於類似脈絡（parallel context）的相同內容，臉書在其技術與執行能力範圍內，也會一併作相同處理<sup>136</sup>。值得一提的是，根據章程，先前所作出的審理結論在案件事實、所適用的內容政策、以及其他因素具有「實質上相似性」（substantially similar）時，對於監察委員會本身而言也會產生具高度說服力的「先例價值」（precedential value）<sup>137</sup>。

然而，若是 Facebook 向監察委員會所提交的「政策指引請求」，將不會對於 Facebook 產生實質上的拘束力，而僅具有建議性質<sup>138</sup>。章程及規章僅要求

---

<sup>130</sup> *Id.*, art. 1, §3.1.1.

<sup>131</sup> 需要補充的是，Meta 於 2023 年 2 月修改了監察委員會的章程與規章，新增了「摘要裁決」的制度：由於在選案委員會列出候選案件清單後，有時 Meta 也可能承認錯誤因而推翻自身原先的決定。這些 Meta「認諾」的案件原先只會出現在監察委員會的季度報告之中，然而，有些因此不須經由監察委員會審查之案件，其實也具有一定的重要性與參考價值。所以，在本次規章與章程的修正後，經監察委員會之選案委員會選擇、審理小組同意，監察委員會即得以將該案件以「摘要裁決」之形式公布，這也使得監察委員會所處理之案件數量出現明顯地增長。See OVERSIGHT BOARD, *Oversight Board announces plans to review more cases, and appoints a new Board Member*, (Feb. 2023), <https://www.oversightboard.com/news/943702317007222-oversight-board-announces-plans-to-review-more-cases-and-appoints-a-new-board-member/>. 最後瀏覽日期：2024.5.25。

<sup>132</sup> *Oversight Board Bylaws*, *supra* note 115, art. 1, §§3.1.2-3.1.3.

<sup>133</sup> *Id.*, art. 1, §3.1.4.

<sup>134</sup> *Id.*, art. 1, §§3.1.5-3.2.

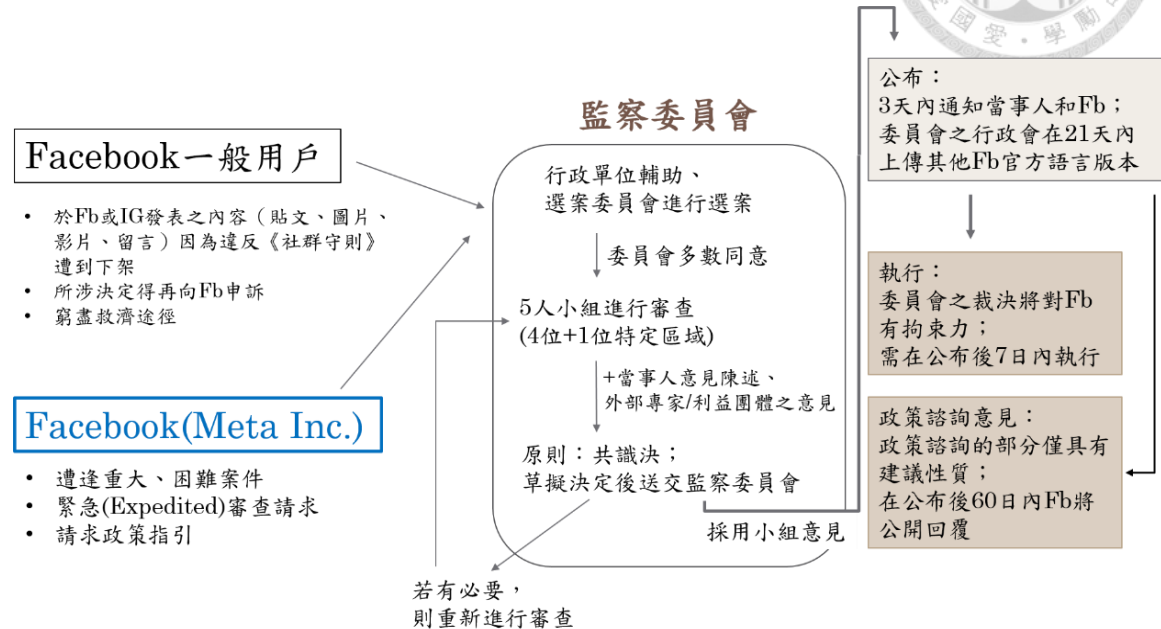
<sup>135</sup> *Oversight Board Charter*, *supra* note 109, art. 4; *Oversight Board Bylaws*, *supra* note 115, art. 2, §2.3.

<sup>136</sup> *Oversight Board Bylaws*, *Id.*, art. 2, §2.3.1.

<sup>137</sup> *Oversight Board Charter*, *supra* note 109, art. 2, §2.

<sup>138</sup> *Oversight Board Charter*, *Id.*, art. 3, §7.3; *Oversight Board Bylaws*, *supra* note 115, art. 2, §2.3.

Facebook 在收到監察委員會的政策建議之後，經由 Facebook 的政策發展程序或其他適宜的管道，針對該建議進行後續處置，並向公眾定期報告進度；且在收到政策建議的 60 天內，作出一公開回覆（public response）<sup>139</sup>。



圖（四）：本文自製

## 第二項 監察委員會之評析

經過以上的介紹，我們可以瞭解到 Facebook 團隊對於監察委員會的運作，確實有著縝密的安排與強大的抱負決心，試圖在這由社群媒體所主導的網路世界中，藉由自我權力釋放的方式，建立有充分理據、而非任憑企業高層決定的言論自由規則。不過，若是將目標放在社群媒體平台上言論自由的保護，則 Facebook 監察委員會的成立，並不一定能對於現實世界帶來太多的樂觀看法。以下，將分別敘述現行監察委員會在制度上的缺陷，輔以實際運作情形的觀察，進行更完整的剖析。

### 第一款 職權上的限制與不足

誠如上開介紹，目前監察委員會得審查之案件類型，需要符合章程和規章所設定的種種要件，然而章程與規章的修訂，皆需要得到 Facebook 的同意才能付諸實踐<sup>140</sup>；雖然這樣的制度設計確實能反映出現實面的考量，避免章程或規章的

<sup>139</sup> *Oversight Board Charter, Id.*, art. 4; *Oversight Board Bylaws, Id.*, art. 2, §2.3.2.

<sup>140</sup> *See Oversight Board Charter, supra* note 109, art. 6, §1; *Oversight Board Bylaws, supra* note 115,

修訂使得 Facebook 本身的營運產生困難<sup>141</sup>，不過反過來說，這也表示或許監察委員會所作出的決定，最終仍需顧慮到 Facebook 的最佳利益<sup>142</sup>。

再來，從較為具體的「審查客體範疇」來審視監察委員會或將面臨到的不足之處。雖然 Evelyn Douek 教授本就認為不應單純地將監察委員會視為「臉書的最高法院」，至少其最主要的功能並非在提供用戶救濟以保障其言論自由<sup>143</sup>，Douek 教授仍認為現行監察委員會所得審查的事務範圍過於狹隘。首先，監察委員會的章程和規章都將可能涉及違反（當地）法規的案件，排除在監察委員會得審理的案件範圍之外<sup>144</sup>，此種制度設計自然是一種政府及當地法規對於社群媒體平台經營的干預<sup>145</sup>。不惟如此，因為社群媒體平台經營者願意遵循法規的態度，連帶地限縮了監察委員會得行使其審查權限的範圍，藉由「移除某一特定內容的原因」的認定，Facebook 就有可能造成在實際運作的層次，又一次不當限縮監察委員會得審查的範圍。更有甚者，當主權國家之法規解釋適用存在模糊空間時，社群媒體平台業者因而「過度移除」的趨勢，也可能惡化上述所提到的擔憂<sup>146</sup>。

除此之外，Douek 教授認為，現今對於社群媒體所進行的「內容限制」過於聚焦於內容的移除與否，然而對於社群媒體平台經營者而言，有更重要的管理措施及項目沒有為章程或規章所列入，第一個即是演算法的排序（algorithmic ranking decisions）<sup>147</sup>。同本文前揭之介紹，對於社群媒體的經營而言，最重要的即是由「獲取用戶使用時（包含想法、行為、甚至情緒）數據、機器分析、再將更多資訊提供給用戶」所構成的循環，試圖增加用戶們對於社群媒體的「黏著度」，逐步地形成現今社群媒體上的生態<sup>148</sup>。也因為如此，對於臉書或其他社群媒體經營者而言，對於演算法排序的控制乃維繫社群媒體營運的命脈。

不過，這種「宣傳迴路」（the Hype Loop）對於用戶的影響同樣不可小覷，其甚至可能直接影響用戶在現實生活的決定：從購買商品的抉擇到總統大選的投票取向。因為，在這資訊爆炸的時代，注意力的獲取變得無比關鍵，不只是我們傾向於接受被演算法所推薦的內容，甚至因為演算法的過濾，有時根本沒有看到其他選項的存在<sup>149</sup>。簡而言之，對於在社群媒體平台上的表意者而言，「所張貼的內容沒有被移除」其實並不能等同於「能被他人所看見」。也因為如此，如果

---

art. 5, §1.

<sup>141</sup> Klonick, *supra* note 103, at 2466.

<sup>142</sup> Evelyn Douek, *Facebook's Oversight Board: Move Fast with Stable Infrastructure and Humility*, 21 N.C. J.L. & TECH. 1, 47-48 (2019).

<sup>143</sup> *Id.*, at 29, 34.

<sup>144</sup> See *Oversight Board Charter*, *supra* note 109, art. 2, §1; *Oversight Board Bylaws*, *supra* note 115, art. 2, §1.2.1.

<sup>145</sup> 詳見本章第一節、第一項、第二款的說明。

<sup>146</sup> Douek, *supra* note 142, at 37-39.

<sup>147</sup> *Id.*, at 39-40.

<sup>148</sup> Aral, *supra* note 40, at 60-61, 72-74, 83-86.

<sup>149</sup> *Id.*

自身所張貼的內容被 Facebook 於演算法排序上遭到「降級」，卻沒有辦法獲得有效的管道進行申訴或救濟，不僅是言論自由的保障漏洞，亦是監察委員會制度的不足之處。更有甚者，Facebook 也有可能藉由「降低演算法排序」的方式，使得某篇被監察委員會認為要「保留於平台上」的內容仍處於被「實質禁絕」的狀態，規避監察委員會所作出的審理結果<sup>150</sup>。

另外一個 Douek 教授所關注的平台管理措施為 Facebook 的廣告政策及其執行。舉凡美國於 2016、2020 的總統大選，或是台灣於 2018 年以來的全國性選舉，都有種種跡象顯示，社群媒體平台上的政治討論很可能存在著敵國的蓄意操縱<sup>151</sup>。也因為如此，Facebook 對於「涉及政治議題」的廣告設定了額外的程序要求，若未得到 Facebook 的特別授權，原先在平台上刊登的政治廣告將被下架<sup>152</sup>。不過，也因為 Facebook 對於政治廣告投放的干預，Facebook 在其他執行其他業務時被質疑的問題，諸如決策的不透明與政策執行的一致性，在政治廣告投放的決斷上，同樣地會遭到批評，甚至在政治廣告的部分，將迎來更嚴重的炮火——因為此時，Facebook 的決定可能不僅僅只是當地選舉法規的遵循，而是有意地影響選舉和公共政策的輿論走向。而當 Facebook 所擁有的影響力日漸茁壯的同時，Facebook 自身的監督機制：監察委員會，卻對此現象無能為力，缺乏了制衡的可能性<sup>153</sup>。

最後，除了 Douek 教授所提及的兩種類型，既然以「最高法院」作為比擬，在美國，聯邦最高法院得用以保障人民言論自由的最嚴厲手段，無非係對於國會所制定的法律所作出之違憲宣告，進而拒絕該法律的適用；至於採取「集中法律違憲審查制」的德國與我國，則是將該權責交由專職的憲法法院（庭），同樣地

---

<sup>150</sup> Douek, *supra* note 142, at 42-44; Douek 教授其實也有對於「演算法排序」的不透明性 (Opacity) 有所著墨，然而 Facebook 其實有對於「不受推薦的內容」以及「會被縮減散布範圍的內容」給出粗略的定義和判斷標準，諸如「點擊誘餌 (click-bait) 和互動誘餌等劣質內容」、「屢次複製貼上的劣質留言 (連結)」、以及「原創性不足的內容」等等；此外，若屢次違反 Facebook 的內容政策，該創作者 (粉絲專頁) 所發布的內容也可能因而遭到縮減。不過，因為這些準則的要件都各自保有一定的解釋空間，可以想見的是實際運作上的「判斷」與「執行」，仍值得更多的探討與了解，換言之，毋寧仍存在著一定程度的不透明性。不過這種透明性對於 Facebook 來說，或許是「必要之惡」：除了演算法排序本身將涉及商業機密以外，也擔心過於透明的機制會受到「有心人士」所利用。參照 META TRANSPARENCY CENTER, 〈縮減不當內容的散播範圍〉，網址：<https://transparency.fb.com/zh-tw/enforcement/taking-action/lowering-distribution-of-problematic-content/>，最後瀏覽日期：2024.5.25；FACEBOOK, 〈Facebook 有哪些推薦內容？〉，網址：<https://www.facebook.com/help/1257205004624246/>，最後瀏覽日期：2024.5.25。

<sup>151</sup> 關於美國總統大選受到的俄國干預，See ARAL, *supra* note 40, at 30-41; 至於台灣本土部分的分析，參照沈伯洋 (2021)，〈中國認知領域作戰模型初探：以 2020 臺灣選舉為例〉，《遠景基金會季刊》，22 卷 1 期，頁 1-65。

<sup>152</sup> See META TRANSPARENCY CENTER, *Ads about Social Issues, Elections or Politics*, <https://transparency.fb.com/policies/ad-standards/SIEP-advertising/SIEP/>，最後瀏覽日期：2024.5.25。

<sup>153</sup> Douek, *supra* note 142, at 44-45. 不過，「廣告」經營的部分，並非本文所欲處理之研究客體，詳見第一章、第二節、第二項之討論。

得基於人民基本權利的保障，宣告特定法律的違憲性、並否認該法律的有效性。

然而，明顯地 Facebook 並不打算賦予監察委員會如此強大的權力：在監察委員會的章程中，明確地提及監察委員會的工作為「確認 Facebook 就涉及內容的決定及其執行是否與 Facebook 本身的政策內容與價值一致」<sup>154</sup>，再搭配「政策指引請求」僅具有建議性質的設計，經過以上合併觀察，可以得知 Facebook 對於監察委員會的定位，並非完全等同於民主憲政體制中的司法部門，毋寧是將監察委員會當作能夠附上具說服力的理由、且更具有專業性的內容政策執行專員或是人工智慧（Artificial Intelligence, AI）。雖然目前 Facebook 的社群守則仍使用許多不確定概念，使得在個案中尚有許多解釋適用的空間，但究其本身，仍不脫於規範的解釋及適用的層次<sup>155</sup>。若以較為悲觀的角度去預測監察委員會的發展，或許到頭來，監察委員會就只是一種「用以應付用戶和廣告業主」的公關手法，試圖藉此避免主權國家及超國家組織（如歐盟）增強對於社群媒體經營業者規範密度，並同時作為臉書在面對爭議性決定時的擋箭牌<sup>156</sup>，尤其是監察委員會無法完全棄 Facebook 的企業利益於不顧的情形之下。這大概也是為何 Douek 教授將監察委員會的制度比擬於「弱式司法審查（weak-form judicial review）制度」的緣故<sup>157</sup>。

## 第二款 現行實務觀察

以上關於監察委員會之討論，不論是 Douek 或是 Klonick，皆以監察委員會的規章及章程作為分析之客體，試圖在監察委員會正式進入運作之前，一窺該體制之良窳。不過，時至本文寫作之當下，監察委員會已經作成且發布了上百則裁決，同時也發布了 4 則政策諮詢意見<sup>158</sup>；雖然運作的時間不長，但或許已經足夠讓我們了解該制度所擁有的特性及運行上的規律。因此，本文以下將著重於監察委員會之各裁決，除了指出監察委員會令人激賞的一面之外，也會點明本文認為的不足之處。

---

<sup>154</sup> *Oversight Board Charter*, *supra* note 109, art. 2, §2.

<sup>155</sup> Klonick, *supra* note 121, at 2475.

<sup>156</sup> See Douek, *supra* note 142, at 18-26.

<sup>157</sup> 關於 Douek 教授對於「弱式司法審查」制度的比擬與分析，See Douek, *supra* note 142, at 53-64 (citing MARK TUSHNET, *WEAK COURTS, STRONG RIGHTS: JUDICIAL REVIEW AND SOCIAL WELFARE RIGHTS IN COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW* ix (2008)).

<sup>158</sup> OVERSIGHT BOARD, *CASE DECISIONS AND POLICY ADVISORY OPINIONS*, <https://www.oversightboard.com/decision/>，最後瀏覽日期：2024.5.25。礙於本文作者能力有限，以下所介紹之案例，主要聚焦於 2023 年 2 月「摘要裁決」制度實施前之案例。

## 一、 潛力：審查結構成型、範圍逐漸擴張：

誠如 Klonick 教授之觀察，Facebook 於其「所重視的價值<sup>159</sup>」、《社群守則》、監察委員會的章程中，反覆不斷地提及對於用戶言論自由的重視；然而，Facebook 也認為用戶意見表達的權利，應該與其他重要的「價值」進行衡量。換言之，Facebook 並沒有直接地承認用戶意見表達的主觀權利，其於監察委員會章程等文件的承諾，僅僅是一種「原則」的展現<sup>160</sup>。這樣的規範設計，毋寧與原先「臉書最高法院」的比擬有所出入，蓋任何法院爭訟程序之進行，原則上皆以當事人之權利救濟為其宗旨；再者，在缺乏當事人所主張之權利「依據」的情形，既然無法更進一步地了解該主張依據之內涵，監察委員會恐怕也難以如同 Facebook 原先所預想，進行不同「價值」之間的利害衡量<sup>161</sup>，所剩餘者恐怕僅有《社群守則》要件的解釋適用。對於這種困境，Douek 更進一步地認為這是由於監察委員會本身「正當性」缺乏所引起的問題，因此，引用諸如《公民與政治權利國際公約》（International Covenant on Civil and Political Rights, ICCPR）等國際法規範將有助於監察委員會去「補足」其決定之正當性<sup>162</sup>。

而事實上，監察委員會也確實如此運作。不僅在章程中明確地規定，「監察委員會將在審查案件時，特別注意移除內容對於人權法上（human rights norm）言論自由保障所生之影響」<sup>163</sup>；在實際案例中，監察委員會也確實引用相當多的國際法上規範，不只有作為判決根基之 ICCPR，以及 Facebook 本身之《社群守則》，更有《消除對婦女一切形式歧視公約》（CEDAW）、《消除一切形式種族歧視國際公約》、《兒童權利公約》、《經濟社會文化權利國際公約》等國際公約及其一般性意見，除此之外，也常見到聯合國人權理事會（UN Human Rights Council）的報告及諸如《拉巴特行動計畫》（Rabat Plan of Action）等不具拘束力的準則<sup>164</sup>。

值得注意的是，監察委員會並非逕自將上述國際法人權規範適用於 Facebook 和用戶之間的案例：監察委員會明確地意識到 Facebook 身為一私人企業的法律上地位，不只在引用國際法規範時，無一不以《聯合國工商企業與人權指導原則》（United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights, UNGP）作為其引用國際人權法的基礎，在一些個案裁決中，監察委員會也明確地指出 Facebook 身為一私人企業，相較於主權國家，有更大地空間以限制仇恨言論。舉例而言，

<sup>159</sup> 詳見本章之註腳 7。

<sup>160</sup> Klonick, *supra* note 103, at 2477-78。

<sup>161</sup> 類似觀點，See Douek, *supra* note 142, at 49-51.

<sup>162</sup> Douek, *supra* note 142, at 52-23.

<sup>163</sup> *Oversight Board Charter*, *supra* note 109, art. 2, §2.

<sup>164</sup> 相同觀察，See Helfer, Laurence R. and Land, Molly K., *The Meta Oversight Board's Human Rights Future*, 34-35 (2022). Duke Law School Public Law & Legal Theory Series No. 2022-47, Cardozo Law Rev., Vol. 44, No. 6, 2023, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4197107> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4197107>.

在「南非毀謗用語」一案中，監察委員會即於該裁決中引用聯合國大會及人權理事會的文件，認為若由政府以刑事或民事手段管制不涉及煽動暴力或歧視行為的仇恨言論，將會令人擔憂；不過，若是身為私人企業的 Facebook，則在符合必要性及比例原則的前提下，仍得對該類仇恨言論進行規範<sup>165</sup>。而這樣的見解，由於監察委員會章程中賦予了先前作成之裁決具有「判決先例」的價值（*precedential value*）<sup>166</sup>，在後續有關仇恨言論裁決內容中，也能見到相同或類似的見解<sup>167</sup>。

而將國際法人權規範「引入」監察委員會的審查體系之後，可以看到：雖然沒有明說「Facebook 自身的《社群守則》、Facebook『價值』、以及監察委員會所引用的人權規範」三者之間的位階高低，但從實務案例中可以發現，對於監察委員會而言，Facebook 的「價值」與人權規範的位階，確實高於 Facebook 的《社群守則》。

在進行案例審查時，監察委員會皆有分別論證 Facebook 所作成之決定是否符合《社群守則》、Facebook 價值、以及國際人權規範；其中，國際人權規範的部分，係依照 ICCPR 第 19 條第 3 項的要求，分別進行「合法性」、「正當性」、以及「必要性及比例原則」的審查。監察委員會就常常於「合法性」之段落，批評 Facebook 當前《社群守則》規範的缺陷：在「納粹引述」案中，監察委員會即認為《社群守則》關於危險人物和組織的政策，缺乏「可清楚說明使用『頌揚』、『支持』和『代表』等詞彙的明確範例」<sup>168</sup>；而就關於 COVID-19 的案例，監察委員會也表示 Facebook 新公佈的政策修訂內容並未反映在最新的《社群守則》中，且「公告似乎與《社群守則》的內文相互矛盾」<sup>169</sup>。

---

<sup>165</sup> OVERSIGHT BOARD, SOUTH AFRICA SLURS, 2021-011-FB-UA, para. 8.3 III, <https://www.oversightboard.com/decision/fb-tye2766g/> (*citing* United Nations General Assembly, Promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, A/74/486, para. 48; United Nations Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, A/HRC/38/35, para. 28), 最後瀏覽日期：2024.5.26。除此之外，監察委員會之類似案例，*see* OVERSIGHT BOARD, ARMENIANS IN AZERBAIJAN, 2020-003-FB-UA, para 8.3, <https://www.oversightboard.com/decision/fb-qbjdascv/>，最後瀏覽日期：2024.5.26。相同觀察，*See Helfer & Land, supra* note 164, at 43. 在 2024 年，監察委員會將其網頁改版後，僅有提供阿拉伯語、英語、法語、印度語、西語以及葡語。然而在網頁改版前，不論是監察委員會之介紹或裁決內容，均有提供繁體中文版本，而本段之主要內容也是在網站改版前所完成。因此，本文這部分絕大多數之翻譯也是參考當時監察委員會網站上之中文資訊，併予敘明。

<sup>166</sup> *Oversight Board Charter, supra* note 109, art. 2, §2.

<sup>167</sup> *See* OVERSIGHT BOARD, KNIN CARTOON, 2022-001-FB-UA, para 8.3 III, <https://www.oversightboard.com/decision/fb-jrq1xp2m/>，最後瀏覽日期：2024.5.26（指出「Meta 的公司人權責任與國家的人權義務不同。相較於套用至國家所實施之刑事或民事處分的守則，Meta 套用至從其平台移除內容的守則可以較為寬鬆」）。

<sup>168</sup> OVERSIGHT BOARD, NAZI QUOTE, 2020-005-FB-UA, para 8.3, <https://www.oversightboard.com/decision/fb-2rdrcavq/>，最後瀏覽日期：2024.5.26。

<sup>169</sup> OVERSIGHT BOARD, CLAIMED COVID CURE, 2020-006-FB-FBR, para 8.3, <https://www.oversightboard.com/decision/fb-xwjqu9a/>，最後瀏覽日期：2024.5.26。

不過，對於《社群守則》的規範缺陷，監察委員會多半僅能於裁決最後補充「諮詢性」的政策意見，要求 Facebook 進行改善，要能夠清楚了解三組規範之位階高低，尚需注意到監察委員會「認為 Facebook 之決定符合其《社群守則》，卻因為違反其價值和人權規範而仍應撤銷」的案例。在「俄羅斯支持 Navalny 抗議活動」一案中，監察委員會認為 Facebook 雖然確實係依照其內容政策進行處置，然而該處置卻與 Facebook 的理念不符、也違反了 ICCPR 第 19 條的要求，因而要求恢復原先被撤銷的內容，同時「建議」Facebook 修訂《社群守則》中有關霸凌和騷擾的規定<sup>170</sup>。在監察委員會於 2021 年中旬發布上開 Navalny 案之後，又於「熬煮死藤水」案中，認為原先之內容政策未考量到死藤水的宗教用途，不僅有違 Facebook 自身的「價值」，也不符合國際公約的要求，因而認為 Facebook 應恢復已被撤除之內容<sup>171</sup>。

除此之外，在「性別認同與裸露」案中，我們可以看到監察委員會於 ICCPR 第 19 條第 3 項的操作中，不僅僅以「所涉及之具體處置」作為標的，更有審查性質為抽象規範的社群守則。在該案中，「原告」用戶為二位跨性別或非二元性別者，在同屬 Meta 公司的產品 Instagram 上發布遮掩乳頭、卻裸露胸部的圖像，並附上平胸手術的募款連結，然而上開內容卻遭到移除<sup>172</sup>。對於此案的審理，監察委員會除了要求將原本的內容恢復以外，更有進一步地去斟酌社群守則中關於「性誘惑」及「成人裸露和性行為」的規定，是否符合 ICCPR 第 19 條第 3 項的要求：

在該案中，監察委員會不僅對於社群守則之要件進行「合法性」（規則是否清楚易懂）的檢驗，亦於「正當性」的檢驗中，討論以「社群敏感性」作為限制言論的目的是否正當。此外，監察委員會更於「必要性與比例原則」的步驟中，指出內容政策中的定義過於廣泛，有過度移除的風險，在 Facebook 可以使用移除以外的措施（如警告畫面、年齡限制）以達到其目的、且「成人裸露和性行為」的相關政策將可能對於女性和 LGBTQI+ 族群產生歧視性影響的前提下，監察委員會要求 Facebook 進行相關政策的調整<sup>173</sup>。上開「合法性」和「必要性及比例原則」的論述，早已溢出了原先個案，而是直接地去審視所涉內容政策的系統性、制度性影響——毋寧係以《聯合國公政公約》作為立論基礎，以檢驗原先「性裸露政策」與國際人權標準之契合程度。

<sup>170</sup> OVERSIGHT BOARD, PRO-NAVALNY PROTESTS IN RUSSIA, 2021-004-FB-UA, para. 8.2-10., <https://oversightboard.com/decision/fb-6yhrxhzz/>, 最後瀏覽日期：2024.5.26。

<sup>171</sup> OVERSIGHT BOARD, AYAHUASCA BREW, 2021-013-IG-UA, para 8.2-8.3, <https://www.oversightboard.com/decision/ig-0u6fla5b/>, 最後瀏覽日期：2024.5.26。

<sup>172</sup> OVERSIGHT BOARD, GENDER IDENTITY AND NUDITY, 2022-009-IG-UA and 2022-010-IG-UA, para. 2., 8.3., <https://www.oversightboard.com/decision/bun-ih313zhj/>, 最後瀏覽日期：2024.5.26。

<sup>173</sup> *Id.*, at para. 8.3.

最後，監察委員會除了針對具體內容的撤銷與否、抽象內容政策的妥適性有進行審查和給予建議，監察委員會也開始注意到發布的內容「是否有警告畫面」的差異性。早於 2021 年初所發布之「關於穆斯林的緬甸貼文」案中，監察委員會即在要求 Facebook 恢復所涉貼文的同時，「瞭解」到該內容會受到警告畫面的「屏蔽」<sup>174</sup>。而在 2022 年的數起案件中，監察委員會都於裁決內容中，將「是否有警告畫面」納入其考量：在「蘇丹血腥暴力影片」案中，同意了 Facebook 依照「新聞價值容許差別」(newsworthy content) 保留該內容且加上警告畫面的處置，認為警告畫面的運用能夠兼顧「內容被繼續散佈的可能性」及「其他用戶和該內容所描述之對象的保護」<sup>175</sup>；在「俄羅斯文詩詞」案中，多數委員更是認為對於所涉內容加上警告畫面已屬於不必要之處置，因而在要求恢復所涉內容的同時，也不准 Facebook 對於該內容加上警告畫面<sup>176</sup>；而後來監察委員會直接修改了規章，將「是否加上警告畫面」納入其決定範圍<sup>177</sup>。以上發展，足見監察委員會有能力針對更細微的內容限制措施，進行更細緻的審酌。

## 二、 不足之處：

即使監察委員會在短短三年多的時間，「嫁接」了國際人權法的框架、也利用國際人權法作為基礎，在有限的職權範圍內，試圖改善 Facebook 的原先模糊不清的內容政策。然而，監察委員會也在一些案件處理中，暴露出其他面向的「力有未逮」。不過追根究柢，不外乎是因為監察委員會的量能有限<sup>178</sup>，而所欲處理的事務雖然看似都與社群媒體平台的內容治理相關，實際上卻分屬於不同的領域與面向。以下，將承接本文所提出之問題意識，以「使用者之言論自由受到限制之救濟」為關懷主軸，提出三點本文認為之「不足之處」。

### (一) Facebook 內部程序的紊亂

從監察委員會所審理的案例中，可以看出 Facebook 對於其平台上內容的管理有著許多不同類型的程序，然而不同程序的存在，也意味著用戶依照平台內部

<sup>174</sup> OVERSIGHT BOARD, MYANMAR POST ABOUT MUSLIMS, 2020-002-FB-UA, para. 9., <https://www.oversightboard.com/decision/fb-i2t6526k/>, 最後瀏覽日期：2024.5.26。

<sup>175</sup> OVERSIGHT BOARD, SUDAN GRAPHIC VIDEO, 2022-002-FB-MR, para. 8.3. III, <https://www.oversightboard.com/decision/fb-ap0nsbvc/>, 最後瀏覽日期：2024.5.26。

<sup>176</sup> OVERSIGHT BOARD, RUSSIAN POEM, 2022-008-FB-UA, para. 8.3. III, 9., <https://www.oversightboard.com/decision/fb-mbgotvn8/>, 最後瀏覽日期：2024.5.26。

<sup>177</sup> OVERSIGHT BOARD, OVERSIGHT BOARD PUBLISHES TRANSPARENCY REPORT FOR SECOND QUARTER OF 2022 AND GAINS ABILITY TO APPLY WARNING SCREENS (October 20, 2022), <https://www.oversightboard.com/news/784035775991380-oversight-board-publishes-transparency-report-for-second-quarter-of-2022-and-gains-ability-to-apply-warning-screens/>; 最後瀏覽日期：2024.5.26。

<sup>178</sup> 但相較於其他國際人權法院或法庭的預算，監察委員會已算寬裕。See Helfer & Land, *supra* note 164, at 20-21。

之程序進行申訴的困難。

在「新聞報導中提及塔利班」案中，一家使用烏爾都文的印度報社因為對於塔利班進行報導，而遭其他用戶檢舉，然而即便該用戶其實並未完成檢舉程序，卻仍然因此觸發了 Facebook 內部的機器學習工具，進而使得該篇報導遭到移除。更有甚者，因為該篇內容的性質，原先在申訴未果之後，仍然應該在「影響重大內容誤判推翻」(High Impact False Positive Override, HIPO) 系統中再次進行人工審核；然而，在該報社粉絲專頁的管理員進行申訴之後，卻因為人手缺乏而未獲額外審核<sup>179</sup>。在「英國鑽頭音樂」案中，原先上傳的內容被移除之後，因為是透過「向上呈報程序」(escalation process) 所進行的處置，已由內容政策團隊在聽取專家意見、獲得背景資訊後所作出之決定，用戶其實並不得對其提出申訴；然而，卻因為有人為疏失的發生，上傳內容的用戶仍成功地進行了申訴<sup>180</sup>。在「奧賈蘭的隔離監禁」案中，因為 COVID-19 疫情導致人員縮減，原先 Facebook 告訴用戶並不得再進行申訴，然而，卻仍有內部人員進行了第二次的人工審核<sup>181</sup>。

正如 Klonick 的觀察，對於 Facebook 的用戶而言，尋求特定內容（甚至帳號）的恢復，倚賴的不是其他外部的網站或留言版的教學和經驗分享，就是要能夠認識公司內部的人員——正式的平台內部救濟管道效果相當有限，即便實施了監察委員會的制度，也只能夠保障極少數人的權益<sup>182</sup>。當我們藉由監察委員會所審理的案件，瞭解到 Facebook 內部存在著不同的審查機制時，雖然這象徵著 Facebook 願意花費更多資源以確保內容限制的正確與合理性，但是這些不同的申訴程序所帶來的紊亂，極可能成為用戶遭到不合理對待時，進行有效申訴的成本。

## （二）對於其他面向的要求

正如同主權國家法律對於行政程序的要求，監察委員會也多次在「政策諮詢」的段落，向 Facebook 要求許多執行層面的建議。除了《社群守則》與 Facebook 內部準則的修正建議以外，監察委員會也多次要求 Facebook 向用戶提供更具體的執行標準，例如在「美國前總統川普帳號遭停權」案中，監察委員會即要求臉

---

<sup>179</sup> OVERSIGHT BOARD, MENTION OF THE TALIBAN IN NEWS REPORTING, 2022-005-FB-UA, para. 2., 6., <https://www.oversightboard.com/decision/fb-u2hha647/>, 最後瀏覽日期：2024.5.26。

<sup>180</sup> OVERSIGHT BOARD, UK DRILL MUSIC, 2022-007-IG-MR, para 2., <https://www.oversightboard.com/decision/ig-pt5wrtlw/>, 最後瀏覽日期：2024.5.26。不過在數日之後，該內容仍舊經由「向上呈報程序」而遭 Meta 移除。

<sup>181</sup> OVERSIGHT BOARD, ÖCALAN'S ISOLATION, 2021-006-IG-UA, para. 2., <https://www.oversightboard.com/decision/ig-i9dp23ib/>, 最後瀏覽日期：2024.5.26。

<sup>182</sup> 不過，Klonick 似乎持較為樂觀的態度，認為這是「重要的一小步」。See Klonick, *supra* note 103, at 2491-92.

書公開「對具影響力之用戶實施帳號層級的制裁時」所依循的規則<sup>183</sup>。在用戶受到內容限制的措施時，監察委員會也要求 Facebook 向用戶提出更具體、明確的原因<sup>184</sup>；若用戶對於特定內容進行檢舉，而該內容雖然違規、卻因為「新聞價值容許差別」而被保留，臉書也應通知檢舉該內容的用戶<sup>185</sup>。

此外，監察委員會也會關心內部審查人員是否有足夠資源作出正確判斷，例如在「緬甸 Bot（機器人程式）」案，監察委員會即要求 Facebook 能夠確保內部審查人員擁有與「被審查之內容」相同之語言所寫成的內部規範<sup>186</sup>；在「要求收回使用某些阿拉伯字詞」案中，監察委員會則是要求臉書向內部審查人員提供現代標準阿拉伯語版本的「內部實作規範」（Internal Implementation Standards）與「已知問題」（Known Questions）<sup>187</sup>。

監察委員會也曾要求 Facebook 在現實世界出現危機或衝突時，提供資訊透明性報告，如「宣稱在拉亞科博發生的犯罪」案，監察委員會即要求 Meta「委託進行獨立的人權盡職調查，以評估用戶如何使用 Facebook 和 Instagram 來散佈仇恨言論和未經證實的謠言，導致衣索比亞發生暴力行為的風險提高」<sup>188</sup>；在「被分享的半島電視台貼文」案，則是要求中立第三方就「以巴衝突的脈絡」判斷臉書對於阿拉伯文和希伯來文的（自動化）內容審核是否有所偏袒<sup>189</sup>。

以上介紹，僅僅是監察委員會「政策諮詢建議」的一部分，但已經可以看出監察委員會在處理案件時，所面臨的並不單單只是困難的言論自由問題，也會對於 Facebook 的內部執行操作進行關切，更需要思考 Facebook 在現實世界發生衝突時所要扮演的角色以及應盡的義務。這使得監察委員會「個案救濟」的功能受到大幅稀釋，面對到有限的資源及時間，監察委員會無疑會選擇「能夠觸及系統性、結構性問題」，或是具有高度爭議性、急迫性的案件，若只是較為一般的案件，用戶尚須仰賴原先 Facebook 內部本身的申訴管道：一條晦暗不明、錯綜複雜的救濟途徑。

<sup>183</sup> OVERSIGHT BOARD, FORMER PRESIDENT TRUMP'S SUSPENSION, 2021-001-FB-FBR, para. 10, <https://www.oversightboard.com/decision/FB-691QAMHJ/>, 最後瀏覽日期：2024.5.26。

<sup>184</sup> OVERSIGHT BOARD, NAZI QUOTE, *supra* note 168, para. 9.2; TWO BUTTONS" MEME, 2021-005-FB-UA, para. 10., <https://www.oversightboard.com/decision/fb-rzl57qhj/>, 最後瀏覽日期：2024.5.26。

<sup>185</sup> OVERSIGHT BOARD, COLOMBIA PROTESTS, 2021-010-FB-UA, para. 10., <https://www.oversightboard.com/decision/fb-e5m6qzga/>, 最後瀏覽日期：2024.5.26。

<sup>186</sup> OVERSIGHT BOARD, MYANMAR BOT, 2021-007-FB-UA, para. 10., <https://www.oversightboard.com/decision/fb-zwqupzlj/>, 最後瀏覽日期：2024.5.26。

<sup>187</sup> OVERSIGHT BOARD, RECLAIMING ARABIC WORDS, 2022-003-IG-UA, para. 10., <https://www.oversightboard.com/decision/ig-2pj00l4t/>, 最後瀏覽日期：2024.5.26。

<sup>188</sup> OVERSIGHT BOARD, ALLEGED CRIMES IN RAYA KOBO, 2021-014-FB-UA, para. 10., <https://www.oversightboard.com/decision/fb-mp4zc4cc/>, 最後瀏覽日期：2024.5.26。

<sup>189</sup> OVERSIGHT BOARD, SHARED AL JAZEERA POST, 2021-009-FB-UA, para. 10., <https://www.oversightboard.com/decision/fb-p93jpx02/>, 最後瀏覽日期：2024.5.26。

### （三）處理案件數量有限

雖然尚有其他值得討論的問題，然而對於本文原先所欲關注的焦點——如何對於內容限制措施進行救濟——而言，最顯而易見的問題無非係監察委員會所能夠處理的案量。從 2021 年初至 2022 年，監察委員會總計公布了 35 則裁決、2 則政策諮詢意見，以一年約莫 20 件的速率在處理案件<sup>190</sup>。這樣的效率其實近似於我國的憲法法庭：在 2022 年，憲法法庭總計公布了 20 件實體判決以及 1 件實體裁定。然而，縱使不將憲法法庭為數眾多的程序裁定計入，大部分的案子在進入憲法法庭之前，依照憲法訴訟法之規定，都須「窮盡通常救濟途徑」，換言之，這些案件早已被普通法院的各級法官加以審酌。相對於司法體系中的普通法院，在這裡，即是進入監察委員會之前 Facebook 本身的內部申訴程序。雖然我們可以看到諸如「向上呈報」程序等較為細緻處理的模式，但也在監察委員會所處理的案件中，瞭解到臉書內部的審查程序對於個案脈絡（context）的習慣性忽略，然而，對於脈絡的重視正是監察委員會於案例中不斷強調的重點之一<sup>191</sup>。

縱然，基於社群媒體平台的特性——大量的用戶與快速的內容製成，賦予監察委員會「選案」的權限是意料之中的事情，監察委員會的章程也有將「選案權」明文寫入<sup>192</sup>，否則依照監察委員會自身統計，用戶們正以「每週 20000 件申訴」的速率將案件送進監察委員會以等待審查<sup>193</sup>，抹除「選案權」的設計只會癱瘓監察委員會的運作。不過，如此一來，用戶對於監察委員會程序進行的參與程度將大幅降低，而是由監察委員會（內部的選案委員會）依照其訂定的選案標準，主導所要處理的議程。

相較之下，若以主權國家的司法程序為救濟手段，當人民受到社群媒體平台的內容限制措施，想要向法院提起救濟時，在滿足程序要件之後，法院沒有不受理的裁量空間；而人民也可以依照自身的利益衡量判斷決定要耗費多少時間、金錢、勞力成本，以準備接下來的訴訟程序——此時，考量到救濟程序中的「地位」，社群媒體使用者將可能獲得更有效的權益保障。

---

<sup>190</sup> 誠如本章註 131 之介紹，新增了「摘要裁決」的制度後，監察委員會所處理之案件數量呈現明顯之增長，然而這並不影響本文之觀察與結論——對於 Facebook 的使用者來說，相較於法院之訴訟程序，監察委員會之裁決程序恐怕並非更有效的救濟管道。

<sup>191</sup> See Helfer & Land, *supra* note 164, at 43-44.

<sup>192</sup> *Oversight Board Charter*, *supra* note 109, art. 2, §1.

<sup>193</sup> See OVERSIGHT BOARD, Oversight Board Q3 2022 transparency report, at 5.

## 第四節 小結

在本章的第一節，首先探討了社群媒體平台進行內容限制（**content moderation**）的原因。本文分別從不同利害關係人的角度進行切入，再將這些因素歸納為社群媒體平台對於「營利目的」的追求：雖然社群媒體的演算法能夠有效地讓用戶在使用一段時間之後，不再看到不喜歡或是沒有興趣的內容；然而，平台業者為了追求更多的使用者以充分利用「網路效應」，社群媒體平台的內容政策會盡力地貼合所謂的「主流意見」。至於主權國家政府對於社群媒體內容治理的干預，亦以高額罰鍰作為手段來要求社群媒體協助政府阻絕「違法」言論的傳遞；如此思維模式，仍不脫於「以營利為主要目的」的框架。再者，若主權國家之政府係以「法律」之形式作成上述決定，那麼該「阻絕違法言論」的判斷，雖然係透過間接民主之模式，很可能仍屬於多數人民之期盼。

在這樣的環境結構中，「不受歡迎的言論」將很可能受到過度的壓迫，然而依照言論自由的基礎理論與實務，「保障不受歡迎的言論」一直都是保障言論自由所欲追求的重要目的之一。若將以上對於「非主流意見」的壓迫，放到全球性的框架之中，那麼對於身處於台灣的用戶而言，其所抱持的觀點與意見亦可能不受全球的多數使用者所採納；若再考量到使用者基數龐大的中國用戶，以上所擔憂之處境恐怕只會更顯悲觀。

對於社群媒體平台「內容治理」的改善方式，有論者曾提出以「市場機制」作為解答，希冀於複數社群媒體的彼此競爭，最終發展出一個更加保障言論自由的環境。不過，若我們了解到「網路效應」的運作，以上願景的實現就會顯得相當困難，社群媒體平台的「寡占」恐怕並非能夠輕易克服的問題。因此，當社群媒體平台業者擁有難以逆轉的市場地位，卻甘願淪為企業或政治勢力的傳聲筒時，其對於言論自由環境的破壞力，絕對更勝於傳統媒體，蓋社群媒體於言論自由環境中的地位，早已成為了言論內容的「新治理者」。

最後，本文也針對了 **Facebook** 近期所推出之監察委員會進行介紹與分析。監察委員會在組織、制度、程序的設計上，都相當類似於法院，以保障監察委員會的獨立性；此外，雖然監察委員會在原本設計中，其權限受到相當的拘束，不過在初期的實務運作中，相當積極地利用國際人權法的制度架構，在裁決案例中盡力促使 **Facebook** 於各個面向的改進。不過，本文也提出一些監察委員會的不足之處，其中最主要的困境，毋寧是面對到 **Facebook** 運作的各種層面，監察委員會無法在有限的資源中，顧及到數以百萬計的申訴案；如此現象，亦更加證明了社群媒體使用者在受到不利處置時，向法院提起訴訟以獲救濟之必要性。



### 第三章 進入法院：基本權第三人效力與所涉基本權之判斷

相較於前一章的討論聚焦於現今社群媒體平台環境的分析，本節將回歸到法律的操作層次，或是說所謂「應然」面的討論。

在編排上，於本章之第一節，將會試圖釐清社群媒體平台與使用者之間的法律關係，藉此進一步將問題聚焦於「法院處理私法契約關係之爭議時，如何將憲法保障基本權之意旨納入考量」的思考上。接著，本文將於本章第二節簡要地介紹「基本權第三人效力」之理論基礎，並整理德國憲法實務中，運用「基本權第三人效力」概念之案件，以作為後續本文於具體案例分析時之借鏡。在介紹完以上內容之後，本文將再次回到社群媒體與使用者之間的法律關係，分析在具體個別案件中，法官如何運用現行法規，在民事爭議的處理中，發揮憲法保障基本權利的精神。

得知如何於社群媒體與使用者之法律關係中，引入憲法基本權之思考後，在本章之第三節，將會分析：此時涉及社群媒體平台及使用者之何種基本權？除了使用者之言論自由、社群媒體平台業者之營業自由及財產權之外，本文將參酌近期美國法上之討論，以釐清社群媒體平台於進行「策展」及「內容限制」行為時，是否亦是一種言論自由的展現？

#### 第一節 社群媒體平台與使用者之法律關係

大多數的社群媒體平台與用戶之間係以「民事契約」作為彼此關係之法律基礎。而正如同其他大型企業，該契約為平台業者單方面自行擬定，且容許平台業者自身根據實際情況進行事後更改<sup>1</sup>。在社群媒體與使用者之間的「服務條款」中，社群媒體多半會將其所制定的「內容政策」，設計為使用者必須要遵守的規定之一，使得該內容政策實質上也成為了契約的一部分<sup>2</sup>；這些由社群媒體所制定的內容政策，雖然在早期被認為「語意模糊」而不利於使用者保障，不過隨著人們對於社群媒體的重視，這些內容政策的規定也逐漸具體——甚至過於具體而忽略了使用者內容本身的脈絡<sup>3</sup>。

<sup>1</sup> ANDRÁS KOLTAY, *NEW MEDIA AND FREEDOM OF EXPRESSION: RETHINKING THE CONSTITUTIONAL FOUNDATIONS OF THE PUBLIC SPHERE*, 183 (2019)；國內文獻有相同觀察者，參照楊勁楷（2021），《社群媒體假訊息管制之言論自由分析》，國立臺灣大學法律學系碩士論文，頁 100-101（citing KOLTAY）。

<sup>2</sup> KOLTAY, *Id.*, at 184.

<sup>3</sup> *Id.*, at 184, 190-191; Evelyn Douek, *The Siren Call of Content Moderation Formalism*, in *SOCIAL*

舉例而言，Facebook 於其服務條款之第 3 條第 2 項中，要求使用者不得「違反本條款、《社群守則》或……其他條款和政策」<sup>4</sup>；Youtube 的服務條款亦要求使用者除了遵守該服務條款以外，尚須遵守「《YouTube 社群規範》和《政策、安全和著作權》」的規定<sup>5</sup>；台灣知名論壇 Dcard 亦於其《用戶使用協議》中，規定用戶不得發布「《刪文規則》、各看板板規中禁止之內容」<sup>6</sup>。

是故，當社群媒體平台之使用者不滿平台之「內容限制」措施，進而向法院提起告訴時，法院當以契約法的角度進行切入；在契約法之領域中，使用者如何尋得法律依據以保障自身之言論自由，即是本章所探討之主題。以下，本文欲以「基本權第三人效力」作為法院於私法契約關係中引入基本權保障之基礎，進而探討於社群媒體與使用者之契約關係中，除了民法第 72 條、第 148 條等公序良俗、誠信原則條款以外<sup>7</sup>，亦得透過「合乎基本權價值決定」之解釋<sup>8</sup>以調和社群媒體與用戶之間所發生的基本權衝突之其他民事契約法規範——消費者保護法之相關規定<sup>9</sup>，即屬其一。

---

MEDIA, FREEDOM OF SPEECH AND THE FUTURE OF OUR DEMOCRACY 142, 144 (Bollinger & Stone ed., 2022).

<sup>4</sup> META (2022.7)，《服務條款》，網址：<https://www.facebook.com/legal/terms>；最後瀏覽日期：2024.5.17。

<sup>5</sup> YOUTUBE (2022.1)，《服務條款》，網址：<https://www.youtube.com/t/terms?sjid=12294696055543904976-AP>；最後瀏覽日期：2024.5.17。

<sup>6</sup> DCARD (2023.6.1)，《用戶使用協議》，網址：<https://www.dcard.tw/terms>；最後瀏覽日期：2024.5.17。

<sup>7</sup> 民法第 72 條：「法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，無效。」民法第 148 條第 2 項：「行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法。」

<sup>8</sup> 詳見以下第二節之介紹。

<sup>9</sup> 需要補充的是，消費者保護法中關於定型化契約的規定，除了關於具體定型化契約條款之解釋以及效力的規定（第 11、12 條及施行細則第 13、14 條），消費者保護法第 17 條亦授權中央主管機關得選擇特定行業，擬訂其定型化契約之「應記載」或「不得記載」事項；並且依該條第 4 項之規定，若有定型化契約條款違反上開「應記載」或「不得記載」事項，係屬無效。因此，在消費者保護法的制度框架中，其實行政機關也有相當程度的權限得以調控各種行業中可能使用之定型化契約的內容。不過，於本文撰寫的當下，仍尚未見到中央主管機關針對社群媒體平台有為「定型化契約應記載及不得記載事項」還是不具實質拘束力之「定型化契約範本」之公告。參照行政院全球資訊網，《定型化契約應記載及不得記載事項》，網址：<https://www.ey.gov.tw/Page/2285E9A14973DE75>；行政院全球資訊網，《定型化契約範本》，網址：<https://www.ey.gov.tw/Page/37D1D3EDDE2438F8>；最後瀏覽日期：2024.5.17。不過，行政機關是否適宜以公告「定型化契約應記載及不得記載事項」之方式以保障社群媒體平台使用者之言論自由，仍有疑義：除了適用範圍的劃定以外，若要進一步對於平台上／用戶所發佈之內容進行規範，行政主管機關也很可能難以兼顧「避免過度限制言論」與「避免有害內容任意散布」，反而動輒得咎，更不用說此種作法可能已有抵觸「意見／言論規則之自由市場」等提倡自由競爭的言論自由概念；然而，若只是單純程序性的要求，例如要求平台經營者應給予用戶一定的救濟程序管道，基於本文前述第二章、第三節之介紹，恐怕也難以落實「保障用戶言論自由」的目的。基於以上原因，本章以下談論消費者保護法之議題時，仍會聚焦於第 11、12 條等關於具體條款之解釋適用，以及定型化契約條款效力的部分，併此敘明。



## 第二節 法院介入之基礎：基本權第三人效力

在進入「基本權第三人效力」的介紹之前，需要說明本文此處比較法的取徑選擇，為何選擇以德國法之討論作為法院個案介入之秩序框架，而非先前有較多著墨之美國法？除了 2022 憲法訴訟法之施行，新增了「裁判憲法審查」制度，使得普通法院判決對於法律之解釋、適用，將更直接地受到憲法基本原則（尤其是憲法對於基本權利的保障）之拘束，進而本節後述之「基本權第三人效力」理論獲有更具體之實踐基礎<sup>10</sup>，另一個原因就是美國實務上關於「國家行為原則」（State Action Doctrine）的穩定見解，將憲法第一增修條文對於言論自由的保護，限於國家與私人之間的法律關係。

舉一個近期的案例，在 *Manhattan Community Access Corp. v. Halleck* (2019) 中，美國聯邦最高法院針對由私人經營之「公眾近用頻道」（public access channel）是否為「公共論壇」的爭議，明確地採取了否定見解<sup>11</sup>。在 *Halleck* 案中，主筆多數意見<sup>12</sup>的 Kavanaugh 大法官指出，依照憲法第一及第十四增修條文的文義及原旨（original meaning）以及聯邦最高法院的先例，憲法的「言論自由條款」（free speech clause）僅限制「國家」對言論自由的侵害<sup>13</sup>；若為私人主體，依照過往先例，僅有在私人「執行一傳統上專屬於國家之公共職責（public function）」或「被政府強迫為特定行為」或「與政府共同實施特定行為」時，其行為始得例外地被視為國家行為<sup>14</sup>。接著，Kavanaugh 大法官寫道，

---

<sup>10</sup> 參照 2019 年修正公布之憲法訴訟法第 1 條、第 59 條之立法理由（節錄）：「鑒於憲法審查客體向來限於法規範，司法裁判未能納入，致生憲法保障人民權利之闕漏，爰參考德國聯邦憲法法院……『憲法訴訟』之制度，於本項第一款增訂『裁判憲法審查案件』，與法規範審查，併納為憲法法庭審理案件之範疇」、「憲法是國家的根本大法，具有保障人民基本權利功能的最高效力，所有國家權力的行使，皆不應違背憲法的規定，更應致力於保障人民在憲法上的基本權利。當國家權力的行使（例如法律、命令）有違反憲法的疑慮時，憲法審查相關制度就應該裁決這些國家權力行使是否合憲，守護人民的基本權利，免於國家權力的恣意侵害。**而這些可能侵害人民憲法上權利的國家權力，不僅包括立法權與行政權，也包括司法權**……現行大法官職司的憲法審查並無法處理各法院裁判在**解釋法律及適用法律時，誤認或忽略了基本權利重要意義**，或是違反了通常情況下所理解的憲法價值等等司法權行使有違憲疑慮的情形。」（粗體字與底線為本文所加上者）。因為「裁判憲法審查」之制度，各級普通法院在面對個案時，勢必需要將憲法對於基本權利之保障納入考量，使得憲法上之基本權利確實產生了「放射效力」之作用，參照許育典（2022），〈裁判憲法審查作為基本權客觀價值秩序的實踐——以子女最佳利益為核心的 111 年憲判字第 8 號判決〉，《月旦法學雜誌》，第 327 期，頁 42、45。而上開「放射效力」之論理，毋寧即是本文後敘之「基本權第三人效力」之理論基礎。

<sup>11</sup> *Manhattan Community Access Corp. v. Halleck*, 587 U.S. \_\_\_\_ (2019) (slip opinion).

<sup>12</sup> 本案共有 5 位大法官加入 Kavanaugh 大法官的多數意見，而 Sotomayor 大法官所提出之不同意見則有另外 3 位大法官加入；不過，不同意見所爭執者，並非以下所討論之「國家行為原則」及相關之見解，而是本案中受到紐約市指定（designate）之頻道業者是否已具有國家行為者（state actor）之地位；由於與本文所欲處理之問題無關，以下亦省略此爭點之討論。See *Id.* (Sotomayor, J., dissenting).

<sup>13</sup> *Id.*, at \*5.

<sup>14</sup> *Id.*, at \*6.

「政府於過往或至今仍履行該職責」或「該職責具有公益性質」都不足以該當前揭之第一種情形；本案所涉及之「公眾近用頻道」的經營，並非「傳統上專屬於國家履行」之職責：過往即有為數不少之私人為公眾近用頻道之經營<sup>15</sup>。

雖然被上訴人主張，本案所涉及之職責並非「經營公眾頻道」而已，更是經營位於有線電視系統中的「公共論壇」，而公共論壇的經營確實是傳統上專屬於國家的職責。然而，多數意見認為，私人主體亦得提供「言論表達論壇」(forum for speech)，因此該行為並非傳統上專屬於政府之職責；私有財產權人及承租人並不需要受到憲法第一增修條文的限制，而得以行使自身之「編輯裁量權」(editorial discretion)<sup>16</sup>。

而以上 *Halleck* 案的見解，也在下級法院的審理中，適用至其他的純粹私人主體——包含社群媒體平台的經營者。在 *Prager University v. Google* (2020) 中，身為非營利之教育及媒體組織的 Prager University (下稱 PragerU) 主張，其上傳至 Youtube 的影片，有許多被 Youtube 「標記」而不得於「嚴格篩選模式」(Restricted Mode) 之情形為他人觀看；更有其他影片被 Youtube 「去營利化」(demonetize)，亦即那些影片不會再收到第三方之廣告投放。對此，PragerU 依照 Youtube 的內部程序申訴，卻僅獲得部分的「平反」之後，PragerU 向法院起訴，主張 Youtube 侵犯了其受憲法保障之言論自由<sup>17</sup>。

對此，聯邦第九巡迴上訴法院引用了包含 *Halleck* 案等先例，指出憲法第一增修條文僅保障人民言論不受「政府」的侵害，且單純地「承載」(hosting) 他人之言論、提供「言論表達論壇」亦並不當然地使得私人成為國家行為的實施者<sup>18</sup>。而 Youtube 所提供之服務也非「傳統上專屬於政府部門」之職責，即便 Youtube 具有「無所不在」(ubiquitous) 的特性，也與 *Marsh v. Alabama* (1946) 案所涉及的公司城 (company town) 有所差異，而不該當於國家行為的實施者：蓋 Youtube 並沒有提供「所有必要的市政功能」<sup>19</sup>。最後，PragerU 主張，如果私人將其財產開放為公眾論辯 (public discourse) 所用，那麼該私人 (所提供之場所) 即會轉變為一公共論壇；對此，法院同樣拒絕採納 PragerU 的見解，不論 Youtube 是否聲稱自身為一「公共論壇」，法院認為，都不會因此改變 Youtube 本質上並非由政府所掌控的事實，憲法第一增修條文也就無從對於

<sup>15</sup> *Id.*, at \*6-8.

<sup>16</sup> *Id.*, at \*8-10 (citing *Hudgens v. NLRB*, 424 U.S. 507 (1976)) 不過，Kavanaugh 大法官亦於註腳二指出，本案並未解決憲法言論自由對於私人 (有線電視業者及公眾頻道經營者) 之保障程度的問題。

<sup>17</sup> *Prager Univ. v. Google LLC*, 951 F.3d 991, 995-996 (9th Cir. 2020).

<sup>18</sup> *Id.*, at 996-997 (citing *Manhattan Community Access Corp. v. Halleck*).

<sup>19</sup> *Id.*, at 998 (citing *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501, 505-508 (1946); *Flagg Bros., Inc. v. Brooks*, 436 U.S. 149, 159 (1978)).

Youtube 的內容限制（content moderation）行為進行約束<sup>20</sup>。

綜上，由於美國實務仍對於憲法言論自由之保障範圍抱持著嚴格的「國家行為原則」，即便本文後續關於言論自由之分析，仍要借助美國法上的演進與討論，以下段落將另闢蹊徑，以德國法「基本權第三人效力」之理論，作為法院介入私人之間的法律關係（社群媒體平台與使用者之間的法律關係）的理論基礎。

## 第一項 「基本權第三人效力」理論簡介

關於「基本權第三人效力」的討論，一般都會直接想到學說上就憲法條款之適用所爭執之「直接效力說」、「間接效力說」等討論。然而，這方面的討論已有許多文獻，本文也沒有別於既有文獻之自身見解。因此，本文以下主要聚焦者，乃「基本權第三人效力」概念之發展與背後理論基礎的介紹——當然，這些介紹也會涉及「直接／間接適用說」的論述。

在論及憲法基本權規範的「效力」時，若以憲法的「文義」作為討論之切入點，則會發現：不論是外國比較法或是我國現行的憲法，雖然沒有為明文表示，然而從憲法所使用之「詞語」，都可以推敲出基本權的「針對國家性」：德國基本法第 1 條第 3 項即明稱「基本權利拘束立法、行政、及司法」；而我國憲法第 23 條規定「以上各條列舉之自由權利，除為……外，不得以法律限制之」，也足以視為基本權「針對國家性」的間接證據<sup>21</sup>。

然而，若因為如此，即認為一旦落入「私法自治」的領域，人民之基本權利將完全不受保障，也忽視了私人財團和在市場擁有主導地位的企業在經濟及社會層面所擁有之影響力<sup>22</sup>。於是，學說上也發展出「間接效力說」，並以國家對於基本權利的「保護義務」作為基本權之所以能夠發揮水平效力的理論填充：當基本權作為憲法上的「客觀」價值決定時，國家不僅有「不侵犯基本權」之消極義務，更有「實現基本權」的積極義務，畢竟國家之所以能夠獨佔強制力與暴力，無非係因為人民放棄了自力救濟的機會，以追求和平共處<sup>23</sup>；因此，國家應負有「保護人民基本權利不受第三人侵害」之義務<sup>24</sup>。而行使審判權的法官

---

<sup>20</sup> *Id.*, at 998-999.

<sup>21</sup> 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》，第 9 期，頁 65、67。外國比較法的類似見解，See Aharon Barak, *Constitutional Human Rights and Private Law*, in HUMAN RIGHTS IN PRIVATE LAW, 13, 16-17 (Daniel Friedmann & Daphne Barak-Erez ed., 2001).

<sup>22</sup> 許宗力，同前註，頁 67；許育典（2018），《憲法》，修訂八版，頁 137。

<sup>23</sup> 許宗力（2002），〈基本權利：第二講—基本權的功能〉，《月旦法學教室》，第 2 期，頁 76；許育典，同註 22，頁 121-122。

<sup>24</sup> 許育典，同註 22，頁 121；李建良（2011），〈德國基本權理論攬要—兼談對臺灣的影響〉，《月

在處理民事案件時，亦是國家公權力行使之一環，自然在解釋民事上的不確定法律概念與概括條款時，應當將基本權保障之精神納入考量——甚至到後來，一般民事法規的解釋適用，也會被認為需要受到憲法基本權「放射效力」的影響<sup>25</sup>。是故，關於基本權於民事私法領域所發揮之水平效力，其實也就是基本權保護義務的一種子類型<sup>26</sup>。

至於在實際的案例中，要如何將基本權之作用納入考量，必然取決於具體案例中所涉及的基本權類型，以及所涉基本權受到限制之強度。不過，既然所處理者乃私人與私人之間的關係，極可能雙方（多方）當事人皆有得以主張之基本權，進而產生「基本權衝突」的現象<sup>27</sup>。因此，要如何於個案中進行雙方之「利益衡量」，即是困難之處所在。有學者對於德國聯邦憲法法院之利益衡量基準作出歸納，發現德國聯邦憲法法院過往曾有以「基本權價值位階」、「手段的適正性與比例性」為衡量基準<sup>28</sup>；亦有將「契約行為」與「侵權行為」區分討論者，認為前者之重點在於契約內容是否「明顯恣意」、雙方當事人地位是否明顯不對等，後者則關注於所涉基本權的種類、限制基本權的程度等個案事實，再依照所謂「實踐和諧」原則，經過相互調整之後，盡可能使得個案中雙方的基本權利，同時獲得最大程度的保障<sup>29</sup>。

就上開關於「利益衡量」之討論，本文以為至少有一點可以補充。於「契約關係」的類型中，其實亦不脫於雙方當事人「基本權衝突」之樣態，即使是在契約關係中處於強勢地位的當事人，當「契約的生效與否」的結果與其所意欲之情形不同時，至少也是對於該當事人之契約自由的限制；更何況，也有可能該處於強勢地位之當事人係以契約作為「保護其他基本權利」的手段，進而「契約的生效與否」也將牽涉到其他基本權利之保護<sup>30</sup>。也就是說，「契約行為」其實並不當然具有區分討論之必要，所謂「實踐和諧」原則，或許可以作為解決所有「基本權衝突」的最高指導原則<sup>31</sup>。

---

旦法學教室》，第 100 期，頁 49。

<sup>25</sup> 李建良，同前註；張嘉尹（2010），〈違憲審查中之基本權客觀功能〉，《月旦法學雜誌》，第 185 期，頁 22-23。

<sup>26</sup> 李建良，同前註；張嘉尹，同前註，頁 23。然而亦有不同見解，參照楊承燁（2017），《論國家之基本權保護義務——以德國憲法法學之發展為中心》，頁 273-275，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

<sup>27</sup> 李惠宗（1996），〈憲法基本權與司法的關係——德國聯邦憲法法院判決解析〉，收錄於司法院大法官書記處（編），《德國聯邦憲法法院裁判選輯（六）——憲法與私法——》，頁 4。

<sup>28</sup> 李惠宗，同前註，頁 10-15。

<sup>29</sup> 許宗力，同註 21，頁 69-70。

<sup>30</sup> 需要補充的是，並非「契約成立」才會對於他方當事人產生基本權的限制，因為「契約失效」（自始無效／向後終止）而導致他方基本權的限制（即使該限制之程度相當輕微），也非不可想像之情形。

<sup>31</sup> 關於德國聯邦憲法法院應用該原則之介紹，參照李惠宗，同註 27，頁 18-19。



## 第二項 德國相關案例

相較於所有涉及基本權第三人效力之德國聯邦憲法法院判決，本文以下所整理之判決，將再進一步侷限於「當事人之間存有契約關係」或是「涉及言論自由」之案例，以求後續討論之聚焦；也希望藉由德國過往案例的整理與比較，能夠更具體地掌握「基本權放射作用」之理論基礎，並形塑出可供參考之操作標準。

### 第一款 「商業代理人案」裁定

#### 一、案件事實

本案<sup>32</sup>涉及商業代理人「競業禁止」的爭議。憲法訴願人原先擔任原審原告從事酒類經銷之商業代理人，依照事先印妥之契約，雙方同意：「於契約關係係因員工之責任而終止時，在契約終止後兩年內，員工有義務不為對手企業從事任何活動……在契約係因員工之過錯而終止時，公司毋庸就該競業限制為賠償」<sup>33</sup>。之後，訴願人一度以書面終止該契約，後來又撤回該終止，然而在這段期間，訴願人卻已經和原審原告之競爭者締結僱傭契約，並在之後為其工作；原審原告因此以書面終止與訴願人之間的商業代理人契約<sup>34</sup>。

而後，原審原告訴請法院依照契約上之競業禁止條款，並於上訴審程序中，追加請求法院「確認契約終止有效」且「命訴願人賠償因契約終止所生之損害」。高等法院全數同意了原告之請求，並依照德國商法第 90a 條第 2 項第 2 句，排除競業禁止之補償；雖然先前聯邦勞動法院曾認為與 90a 條第 2 項第 2 句「本質上一致」之規定為違憲，不過高等法院認為該見解於本案並無援用餘地；於本案之情形中，私法自治具有優先地位<sup>35</sup>。

訴願人最終上訴至聯邦最高法院，聯邦最高法院認為，本案依照商法第 90a 條第 2 項第 2 句排除競業禁止補償之情形，仍在立法者所設定之利益衡量的框架之中；再者，即使該條排除競業禁止補償之規定違憲，亦不影響契約中競業禁止條款之有效性；訴願人既為經濟上、職業上獨立於原告的商人，應該能夠自由地權衡該契約所帶來的利益和風險，進而遵守該契約中之競業禁止規定<sup>36</sup>。

<sup>32</sup> BVerfGE 81, 242；以下內容之中譯主要參照黃瑞明（譯）（1996），〈關於「職業自由」之裁定〉，收錄於司法院大法官書記處（編），《德國聯邦憲法法院裁判選輯（六）——憲法與私法——》，頁 65 以下。

<sup>33</sup> BVerfGE 81, 242, 245-246；參照黃瑞明（譯），同前註，頁 71-72。

<sup>34</sup> BVerfGE 81, 242, 246；參照黃瑞明（譯），同前註，頁 72-73。

<sup>35</sup> BVerfGE 81, 242, 244, 246-247；參照黃瑞明（譯），同前註，頁 72-73。

<sup>36</sup> BVerfGE 81, 247-248；參照黃瑞明（譯），同前註，頁 74。

訴願人主張，其受基本法第 1 條、第 2 條、第 3 條及第 14 條保障之基本權利已受到侵害，遂向聯邦憲法法院提起憲法訴願，同時亦爭執商法第 90a 條第 2 項第 2 句之合憲性<sup>37</sup>。



## 二、聯邦憲法法院見解

聯邦憲法法院指出，原判決（聯邦最高法院與慕尼黑高等法院之判決）限制了訴願人之職業自由，訴願人受到了接近於「職業選擇方式」的限制；依照該競業禁止條款以及訴願人本身之經驗，訴願人將難以尋得「除酒類交易」以外「等值」之代理人機會，且訴願人因為該不利益而獲補償的機會亦遭概括地排除<sup>38</sup>。然而，該限制乃訴願人自己以契約行為所導致之結果；人民為了獲得生存所需之經濟基礎，往往需要藉由民事契約相互限制彼此之職業行動自由。是故，這種自行決定所達成之利益平衡，國家原則上必須尊重私法自治框架內之規範<sup>39</sup>。

不過，單純地確認及尊重契約內容並不足以正當化允許競業禁止之判決：私法自治也應該受到基本權利原則之限制。這種限制之所以存在，是因為所謂私法自治係以「自我決定」作為基礎，若契約當事人之一方憑藉其優勢，而得於事實上單方面決定契約之內容，單純地仰賴契約法將無法確保利益的妥善平衡；此時，若基本權所保障之地位受到處分時，國家法規即須介入<sup>40</sup>。縱使立法者並未針對某一情事作出強行規範，也不代表契約實務將無限制地依憑於實力的自由運作；相反地，法官應於契約衡平受到干擾時，藉由民法之概括條款，實現基本權的客觀基本決定。是故，原審法院應檢驗當事人能否有效地就系爭競業禁止條款為協議，並依據「憲法保障之職業自由」之觀點，審酌該民事爭議<sup>41</sup>。

## 第二款「保證契約之內容審查」裁定

### 一、案件事實

本案<sup>42</sup>所處理者，為金融機構之信用貸款與該貸款之保證人之間的爭議。第

<sup>37</sup> BVerfGE 81, 248-249；參照黃瑞明（譯），同前註，頁 74-76。

<sup>38</sup> BVerfGE 81, 253；參照黃瑞明（譯），同前註，頁 80-81。

<sup>39</sup> BVerfGE 81, 253-254；參照黃瑞明（譯），同前註，頁 81-82。

<sup>40</sup> BVerfGE 81, 254-255；參照黃瑞明（譯），同前註，頁 82-83。

<sup>41</sup> BVerfGE 81, 255-256；參照黃瑞明（譯），同前註，頁 83-84。該裁定後續仍有討論德國商法第 90a 條第 2 項第 2 句之合憲性，惟該部分與本文所欲關注之重點無涉，在此省略。

<sup>42</sup> BVerfGE 89, 214；以下內容主要參考李惠宗（譯）（1994），〈關於「法院對不平等民事契約之內容審查之憲法要求」之裁定〉，收錄於司法院大法官書記處（編），《德國聯邦憲法法院裁判選輯（五）》，頁 375 以下。

一位憲法訴願當事人於案發時為一位 21 歲成年青年，其父親因為從事房屋仲介經營而向銀行申請信用貸款。該訴願人基於銀行對於擔保之要求，而簽下事先印成之擔保書，保證之金額高達 10 萬馬克<sup>43</sup>。該保證書上載明：保證人將「擔保所有既存與將來銀行與主債務人發生之附條件與附期限之請求權」，且保證人將「放棄先訴抗辯權、得撤銷及得抵充之異議權，亦放棄消滅時效之抗辯權」等不利於保證人之條件<sup>44</sup>。該案件進入到法院後，雖然在上訴後邦高等法院認為銀行違反告知義務而解除該訴願人之保證責任；然而聯邦最高法院卻又廢棄了邦高等法院之判決<sup>45</sup>。隨後，訴願人提起憲法訴願，主張其受德國基本法第 1 條第 1 項及第 2 條第 1 項保障之基本權以及相關聯之社會國原則已經受到侵害，聯邦最高法院未盡到其對於基本權之「國家保護義務」<sup>46</sup>。

關於本案所設之爭點，聯邦憲法法院對於下級法院之見解亦有進行觀察：有一些法院認為銀行不顧擔保人收入與財產之有無，就擴張該債務之負擔於無營業經驗之配偶及其他家庭成為，乃德國民法第 138 條第 1 項之「違反善良風俗」；亦有引用德國民法第 310 條為依據認為該契約無效者，也有法院依據德國民法第 242 條，而對於債權人課予「闡明及顧慮義務」；不過上開見解大致上不受聯邦最高法院所青睞<sup>47</sup>。

## 二、聯邦憲法法院見解

針對本案之審理，憲法法院法官開宗明義指出，所處理者乃民法一般條款之解釋適用——尤其是民法第 138 條及 242 條，亦即涉及善良風俗、交易習慣與誠信原則的一般條款，使得法院必須將憲法之價值決定予以具體化；若民事法院對此置之不理，並因此作出不利於一造之判決，即構成對於該當事人基本權之侵害<sup>48</sup>。再者，關於私法自治之部分，聯邦憲法法院認為，私法自治之規定仍須與憲法秩序協調，立法者並不因此得任意形成之；既然民事關係中之雙方當事人均同等地享有德國基本法第 2 條第 1 項之保護，相互衝突之基本權應在相互影響、限制之後，盡可能地發揮效用<sup>49</sup>。在契約法中，若契約之一方因為其強大地位而得於事實上單方面對於契約內容作出決定，對於他方而言，該決定毋寧是一難以接受之決定；「契約自由」僅於雙方當事人實力相近時，始適合作

<sup>43</sup> BVerfGE 89, 214, 218；參照李惠宗（譯），同前註，頁 382-383。

<sup>44</sup> BVerfGE 89, 214, 218；參照李惠宗（譯），同前註，頁 383。

<sup>45</sup> BVerfGE 89, 214, 219；參照李惠宗（譯），同前註，頁 384。

<sup>46</sup> BVerfGE 89, 214, 220；參照李惠宗（譯），同前註，頁 384-385。

<sup>47</sup> BVerfGE 89, 214, 215-217；中文翻譯參照李惠宗（譯），同前註，頁 380-382。德國民法第 138 條第 1 項類似於我國民法第 72 條；德國民法第 310 條：「以當事人將來之財產讓與、一部讓與、或以之設定用益物權為標的之契約，無效。」；德國民法第 242 條則類似於我國民法第 148 條第 2 項。上開德國民法翻譯，係參照李惠宗（譯），同前註，頁 400-401。

<sup>48</sup> BVerfGE 89, 214, 229-230；參照李惠宗（譯），同前註，頁 393。

<sup>49</sup> BVerfGE 89, 214, 232；參照李惠宗（譯），同前註，頁 395-396。

為利益平衡之方式，而避免此種平衡受到干擾正是現行民事法的主要任務<sup>50</sup>。是故，民法上的一般條款作為「促進契約平等」之匡正手段，具有關鍵性的意義；若契約內容對於當事人之一方帶來異常之負擔，使得利益平衡顯不適當，法院必須進一步檢驗該契約是否為談判實力的結構性落差所導致，否則即是基本權保障之違反<sup>51</sup>。

而在本案<sup>52</sup>中，聯邦最高法院漠視了訴願人在無享受任何利益時，所承擔之高度責任風險；更何況，有利於保證人之規定也全數遭到排除；再者，聯邦最高法院也不認為居於優勢地位的銀行須有任何闡明及提示義務，甚至無視於銀行行員「您不會因此承擔巨大責任」的催促<sup>53</sup>。是故，聯邦憲法法院撤銷了原先聯邦最高法院的判決。

### 第三款 「法蘭克福機場集會」判決

本案<sup>54</sup>所涉及者雖然為人民於「公私合營、由公部門（共同）享有控制權」之機場進行集會之爭議，然而，在論及「受公部門控制」之企業仍得以私法性質之手段遂行其任務及參與其他私經濟活動時，聯邦憲法法院「附帶地」談論到「私人」因為基本權「間接適用」之結果而負有特殊義務之可能<sup>55</sup>。

聯邦憲法法院指出，雖然基本權的「直接拘束」與「間接拘束」有所差異，前者係根據對於人民的基本責任義務，後者則會涉及人民自由的衡平而具有相對性；不過，這並不代表對於私人而言，其由於基本權之（不論是因為直接或間接）效力所擔負之義務會因此獲得一般性的減輕：根據該私人所保證之內容，以及具體個案的情形，基本權之間接效力將可能使得私人受到接近於、甚至等同於國家之拘束程度。聯邦憲法法院更提及到，若涉及到通訊保障之事務，當私人企業所提供之公共通訊服務，過去被認為係屬於國家之「生存照護功能」時（例如郵政和電信服務），上開情形即有可能發生<sup>56</sup>。

<sup>50</sup> BVerfGE 89, 214, 223-233；參照李惠宗（譯），同前註，頁 396。

<sup>51</sup> BVerfGE 89, 214, 233-234；參照李惠宗（譯），同前註，頁 397-398。

<sup>52</sup> 本憲法訴願裁定原有兩位憲法訴願人各依其終局判決提起憲法訴訟，惟僅有第一位憲法訴願人之主張被認為有理由，為求行文簡潔，在此省略第二位憲法訴願人之案件背景與審查結果。

<sup>53</sup> BVerfGE 89, 214, 234-235；參照李惠宗（譯），同前註，頁 398-399。

<sup>54</sup> BVerfGE 128, 226；英文翻譯參照德國聯邦憲法法院網站，網址：[https://www.bverfg.de/e/rs20110222\\_1bvr069906en.html](https://www.bverfg.de/e/rs20110222_1bvr069906en.html)，最後瀏覽日期：2024.5.26；中文翻譯參照陳信安（譯），〈「法蘭克福機場集會」判決〉，收錄於司法院大法官書記處（編），《德國聯邦憲法法院裁判選輯（十四）》，頁 31 以下；國內對於該判決已有介紹者，詳見蘇慧婕（2020），〈正當平台程序作為網路中介者的免責要件：德國網路執行法的合憲性評析〉，《臺大法學論叢》，第 49 卷第 4 期，頁 1957-58。

<sup>55</sup> BVerfGE 126 226, 247-248；參照陳信安（譯），同前註，頁 46。

<sup>56</sup> BVerfGE 128, 226, 249-250。參照陳信安（譯），同前註，頁 47；以及蘇慧婕，同註 54，頁 1957-

除此之外，聯邦憲法法院亦於集會自由的討論中，論及於「私人場所」主張集會自由之可能。聯邦憲法法院指出，雖然憲法所保障集會自由並不使得人們得於「任何」場所主張其集會自由，然而，集會自由確實有保障人們於「對一般大眾開放」的場所舉行集會之權利；除了公共街道空間以外，同樣具有溝通功能之購物中心、商店街及其他場所的「交流空間」，即使為私人所有，也會受到基本權間接效力的拘束；從憲法的角度來說，亦不得以「拒絕該空間之開放」作為禁止集會的手段，蓋「集會自由」與「開放予大眾進行公眾交流之空間」存在著密不可分之關聯性<sup>57</sup>。如果該空間（例如結合了商店、服務業者、餐廳和休閒空間的場所）除了提供人們逛街、聚會的功能以外，同時也可以包含溝通功能的存在，該空間即成為一公共論壇，而不得排除人們於該場所行使集會自由的權利<sup>58</sup>。

不過，對於上開見解，Schluckebier 大法官存有不同意見。Schluckebier 大法官認為上開見解忽略了基本法第 14 條所保障之財產權於類似情形中的相對地位；再者，將對於集會自由之保障擴張至屬於私人之「供一般大眾交流之空間」，無異於作成一「有利於集會自由」的價值決定，使得財產權保障之部分僅於「集會自由行使方式之合法性」的層次討論中，始被納入考量。最後，Schluckebier 大法官認為，並沒有正當理由使得私人於特定情形中，亦負擔「類似於基本權直接拘束」的義務<sup>59</sup>。

#### 第四款 「足球場禁令」判決

##### 一、案件事實

本案<sup>60</sup>涉及足球球迷與足球俱樂部(以及足球協會和足球聯賽)之間的爭執。憲法訴願人於 2006 年觀賞足球賽後，捲入了和其他球迷之間的口語和肢體衝突，在被警局拘留之後，MSV Duisburg 俱樂部代表德國足協以及所有德甲聯賽之球隊，禁止訴願人進入球場直到 2008 年 6 月。訴願人對於該禁令不服，遂向法院提起救濟，最終上訴至聯邦憲法法院<sup>61</sup>。訴願人認為，由於足球對於社交日常之重要性，以及該運動於社會大眾心中的地位，該禁令已經對於其受基本法保障第

---

58。

<sup>57</sup> BVerfGE 128, 226, 251-252；參照陳信安（譯），同前註，頁 48-49；以及蘇慧婕，同前註 54，頁 1957。

<sup>58</sup> BVerfGE 128, 226, 253-254；參照陳信安（譯），同前註，頁 49；以及蘇慧婕，同前註。

<sup>59</sup> BVerfGE 128, 226, 274-275；參照陳信安（譯），同前註，頁 62-63。

<sup>60</sup> BVerfGE 148, 267；英文翻譯參照德國聯邦憲法法院網站，網址：[http://www.bverfg.de/e/rs20180411\\_1bvr308009en.html](http://www.bverfg.de/e/rs20180411_1bvr308009en.html)；最後瀏覽日期：2024.5.26。國內對於該判決已有介紹者，詳見蘇慧婕，同註 54，頁 1959 以下。

<sup>61</sup> BVerfGE 148, 267, 268 ff.

2 條第 1 項所保障之人格發展自由產生侵犯<sup>62</sup>。

## 二、聯邦憲法法院見解

對此，聯邦憲法法院以「基本權的水平效力」作為論述之開端。當法院在面對私人之間的基本權衝突時，聯邦憲法法院提到，此時基本權之目的不在於「將對於自由之限制及干預降到最低」，毋寧係「使得平等地位之雙方的基本權利達到平衡」；二者各自所擁有之自由權利必須相互協調。至於如何於個案中平衡雙方各自之基本權利，聯邦憲法法院引用了本文前揭提及之「保證契約之內容審查」裁定以及「法蘭克福機場集會」判決，認為應取決於「權利衝突之迴避可能」、「雙方地位是否存有差距」、「該爭執標的之社會重要性」、以及「其中一方所擁有之社會實力與地位」等要素<sup>63</sup>。

接著，聯邦憲法法院就本案所涉及之基本權進行檢視。首先，毋庸質疑者乃球場經營者依基本法第 14 條所得主張之財產權<sup>64</sup>。至於憲法訴願人之部分，聯邦憲法法院否認了其依照基本法第 2 條第 1 項所主張之一般行為自由：聯邦最高法院指出，雖然在國家對人民之一般行為自由為干預之情形，一般行為自由得發揮其防禦功能以抵抗國家不具正當性之限制；然而，憲法上一般行為自由之保障並沒有包括「於所有的私法關係中，基於自我決定而從事某一不特定行為之自由」，僅有在「被課予特別沉重之負擔」以及「契約之一方陷入結構性之不利地位」時，基本法所保障之一般行為自由始得介入私法關係——而本案之情形並沒有該當於此特殊情形。既然憲法上之一般行為自由並未蘊含如此寬泛之價值決定，（法官）也就無法藉由基本權之「間接效力」而影響私法之解釋適用<sup>65</sup>。

至於憲法訴願人於本案得否主張基本法第 3 條第 1 項之平等權之部分，聯邦憲法法院指出，一般而言，基本法第 3 條第 1 項並不會經由基本權之間接效力，對於私人之間的法律關係為拘束；然而，在特殊的情勢之下，基本法第 3 條第 1 項仍有可能對於私人之間的法律關係為平等對待之要求——本案即是一例<sup>66</sup>。在本案中，訴願人禁入球場的決定「係由球賽經營者單方作成」，然而球賽本身係球賽經營者出於自願地「不論個人身分地對社會大眾開放」，且系爭禁令將會對於訴願人「經營社交生活產生相當程度之影響」；是故，此時球賽之經營者即不得基於其自主決定，基於家宅權（在其他案例可能為獨占地位或是結構性優勢）在未具「實際原因」的情形之下，將特定人士排除於活動之外<sup>67</sup>。

<sup>62</sup> BVerfGE 148, 267, 275.

<sup>63</sup> BVerfGE 148, 267, 279-281；參照蘇慧婕，同註 54，頁 1959。

<sup>64</sup> BVerfGE 148, 267, 281.

<sup>65</sup> BVerfGE 148, 267, 282-283.

<sup>66</sup> BVerfGE 148, 267, 283.

<sup>67</sup> BVerfGE 148, 267, 283-284；參照蘇慧婕，同註 54，頁 1959。

在審查完雙方得主張之基本權後，聯邦憲法法院接著提出民事法院於類似個案中應當加以檢驗的操作步驟。首先，民事法院必須確認，對於特定人士之禁令並非恣意為之，而係根據實際原因；此外，法院也要再進一步去考量該禁令之目的，以及被限制之人本身的責任。若該人可能擾亂場館的秩序，場館經營者即有正當目的限制該人之進場，以維持球賽之順利進行，並履行其「保護運動員和觀眾之安全」的責任；「基於合理懷疑而為之制裁」亦得見於民事法的其他領域之中<sup>68</sup>。再者，除了必須根據實際原因以外，發布禁令之一方亦有「程序性」之要求：除了調查行為的進行，場館經營者也需要賦予相對人陳述意見之機會；更需要依據請求給予相對人禁令作成之理由，以利相對人尋求司法救濟。聯邦憲法法院指出，這是因為此時基本權利所衍生之平等對待義務已經滲透至私人之間的法律關係，使得系爭家宅權的行使具有事實上的懲罰效果<sup>69</sup>。

是故，聯邦憲法法院認為，聯邦最高法院之判決並無違誤：聯邦最高法院確實於判決中考量了訴願人「受平等待遇」的權利，並將該權利與場館經營者「經營足球賽事」之權利及其「實施安全防護措施」的責任進行衡量，認為不應以過度嚴厲之標準審視場館經營者的「秩序維護考量」；場館經營者得以「盡早採取措施」以維護安全。此外，該球場禁令也是出自於實際原因（訴願人擾亂球場秩序之風險）；依照現行德國足協之「球場禁令指引」，訴願人確實也有機會陳述意見，並獲知發布禁令之理由<sup>70</sup>。綜上所述，訴願人之請求，並無理由。

## 第五款 小結

經過以上案例的爬梳，可以得知：相較於美國實務採取「政府越大，人民越小」的觀點<sup>71</sup>，以避免政府對於人民權利的過度干預，德國憲法實務更願意基於憲法上對於基本權利的保護，積極地介入人民之間的私人契約關係。除此之外，我們亦得藉由上開案例，歸納出德國憲法實務於處理類似案例時，所重視之脈絡因素以及法院態度之演進：

首先，法院尤其重視由一方決定內容之「定型化契約」之使用。不論係「商業代理人」案或是「保證契約」案，德國聯邦憲法法院皆認為，若契約之內容係契約之一方基於其強大地位而決定者，法院為確保雙方之利益平衡，當有介入之必要；在「足球場禁令」案中，雖然訴願人並非受到定型化契約所拘束，然而足

<sup>68</sup> BVerfGE 148, 267, 285.

<sup>69</sup> BVerfGE 148, 267, 285-286.

<sup>70</sup> BVerfGE 148, 267, 287-290.

<sup>71</sup> *Manhattan Community Access Corp. v. Halleck*, *supra* note 11, at 16. 原文為：The bigger the government, the smaller the individual.

球俱樂部所依據之指引的內容，亦是德國足協之委員會單方面所制定者<sup>72</sup>。

第二，法院亦有斟酌「所涉及之基本權」以及該基本權受限之程度。在「商業代理人」案中，法院提及訴願人的職業自由受到了接近於「職業選擇方式」之限制。在「足球場禁令」案，法院認為，若要對於其他私人主體主張自身之一般行為自由，除了「結構性之不利地位」，訴願人亦須被課予「特別沉重」之負擔；至於平等權之部分，亦須該單方作成之決定對於訴願人之社交生活造成「相當程度之影響」，始得主張之。

最後，則是法院對於私人關係之「消極排除」至「積極創設」的演變。在「商業代理人」案與「保證契約」案，法院對於私人關係之介入，目的在於排除契約效力對於契約之一方所造成之不利益，以維護當事人之基本權利。然而，在「機場集會」案以及「足球場禁令」案，因為法院對於私人關係的介入，反而「創設」了當事人之間互負權利義務之可能；換言之，在「機場集會」案以及「足球場禁令」的情形，若要保障當事人之基本權利，對於法院而言，其他私人主體之積極配合乃屬必要。是故，我們或許可以如此認為：在德國憲法實務的脈絡之下，擁有「優勢地位」之私人主體不僅受到法院的重視，在憲法對於基本權保障的要求之下，不得憑藉其實力而與其他私人建立不對等之法律關係；此外，更可能因為其優勢地位，造成其他私人於實現基本權時對其之依賴，因而負有「滿足其他私人之基本權利」之積極義務。

### 第三項 回到社群媒體：進行利益衡量操作之「框架」

#### 第一款 民事契約法之思考

承上所述，法院在審酌社群媒體平台與使用者之間的民事契約時，若所涉及之具體個案情形並不構成民法第 71 條「違反強制或禁止規定」之行為<sup>73</sup>，依照

<sup>72</sup> BVerfGE 148, 267, 270.

<sup>73</sup> 民法第 71 條：「法律行為，違反強制或禁止之規定者，無效。但其規定並不以之為無效者，不在此限。」之所以要在本段提及民法第 71 條，除了再進一步限縮本文以下之討論客體外，也希望藉此與本文第二章之觀察遙相呼應：誠如本文於第二章之討論，除了社群媒體平台之經營管理者為了滿足政府法規的要求，進而限制使用者所發布的言論之情形以外，社群媒體平台亦可能主動地將政府法規之要求「內化」為自身之內容政策，在其他不受該法規所拘束之地區，以同樣的理由限制使用者所發佈之內容。然而，於前者之情形，若平台之使用者不滿平台之經營管理者所為之內容限制決定，決定向其所在之法院（於本文所討論之情形，即是台灣）對平台提起訴訟以尋求救濟時，由於此時社群媒體平台係為了「遵循政府法規」而做成該內容限制行為，平台方即有相當可能抗辯：縱使依照《服務條款》約定，平台有容任用戶發布系爭內容之義務，該契約條款也會構成民法第 71 條而為無效；更不用說，實際上大多數社群媒體平台之《服務條款》，皆有將違法行為排除於其服務項目之外。因此，若使用者欲擺脫該限制，追根究柢所需要面對者，並非社群媒體平台之內容政策，而是國家之法規範；既然此時限制使用者之言論的主體仍為國家，毋寧又回到傳統憲法上言論自由之討論，與本文以「作為私人之社群媒體平台所為之限制」為討論重心之研究目的，即有差異。不過，對於「是否已屬違法內容」之判斷，使用者和平台仍有相

「基本權第三人效力理論」之思考，不只可能需要藉由民法第 72 條、第 148 條等概括條款以導入憲法基本權之概念，在解釋、適用其他民事契約法規範時，法院亦得透過「合乎基本權價值決定」之解釋，以解決社群媒體與用戶之間所發生的基本權衝突。

不過，或有疑問之處在於，若社群媒體平台將某用戶之帳號停用、或是一定程度地限制該用戶之權限等等之情形（例如將原先發布之貼文撤除），按照前揭對於德國憲法實務之分析，此時若法院藉由裁判而介入二者之間的民事法律關係，係屬「消極地」排除契約所帶來之限制，抑或「積極地」創設新的民事法律關係？尤其是法院積極創設「新」法律關係的情形，法院具體所適用之法律為何？

本文以為，大致上可以將社群媒體平台與使用者之間的法律爭執，區分為二種情形：在第一種情形，使用者對於社群媒體所制定之《服務條款》及其內容政策並無意見，單純地認為社群媒體平台經營者在「執法」時發生了「認定」上的錯誤，例如使用者認為平台錯將一般的照片判定為色情內容；此時，法院實際上審酌之爭議，為契約本身的解釋適用，因此實際上並未真正地「排除」或是「創設」新的權利義務關係，當事人向法院所主張者（訴訟標的與訴之聲明），亦仍然是請求社群媒體平台業者依照《服務條款》契約，提供某一特定內容之服務，例如向用戶提供於該社群媒體平台上，發布（某一特定內容）貼文之權限。

於第二種情形，使用者認為社群媒體所制定之《服務條款》及其內容政策違反了「公序良俗」或「誠信原則」，因此某一依據契約所生之限制，應屬無效；此時，即涉及所謂「消極排除」之情形：法院得認定某一條款為無效，使得用戶不再受到平台方之「處罰」。雖然使用者向法院所主張之內容看似與前一種情形大同小異，皆是要求平台業者依照《服務條款》契約向使用者提供某一特定內容之服務，此時在法律層面之主張上，某些《服務條款》將因為有違民法第 72 條或第 148 條等「公序良俗條款」，而在本案中不產生拘束力。

併予敘明者係，以上二種情形都可能導致平台之經營者於事後不再願意提供該用戶任何服務。此時，若法院依據憲法基本權之價值決定，而要求平台業者對該使用者提供服務，雖然看似法院「創設」了新的權利義務關係，究其實際，仍然是要求社群媒體平台履行「先前已與使用者締結」之契約<sup>74</sup>。換言之，又回到

---

當之可能各執一詞，而仍舊需要透過法院審理以詳加認定，故不論如何，向法院提起救濟仍不失其必要性，只是非本文以下所欲探究者而已。綜上所述，雖然於第二章中，關於「間接審查」之分析討論，實際上仍有包含此部分之情形，惟就本篇論文而言，僅討論分析至此，併予敘明。

<sup>74</sup> 之所以得如此主張，也是因為大多數的社群媒體皆以「任何人」作為潛在之締約對象；不過亦有例外採取「邀請制」之社群媒體（如 Clubhouse），然而仍屬於極少數，且難以仰賴「網路效應」取得市場上影響力，故本文暫且不論此特殊情形。

了前述之第一種情形<sup>75</sup>。



## 第二款 消費者保護法與定型化契約

除了上開民法一般規定之討論，民法上關於「定型化契約」以及消費者保護法的規定，在處理社群媒體平台與使用者之關係時，亦有適用可能。依照消費者保護法第 2 條所規定之定義，消費者係指「以消費為目的而……接受服務者」，至於企業經營者係指稱「以……提供服務為營業者」。或有以為，多數社群媒體平台對其使用者提供服務時，並不以金錢作為服務之對價，而可能不該當於消費者保護法之「消費」。然而，學說上普遍對於「消費」之定義採取廣義之解釋，並從經濟學觀點出發，只要「與人類生活有所關聯」、「係為了生活上之目的而接受服務」之行為皆屬之<sup>76</sup>；支付對價與否，在所非問<sup>77</sup>。近期在實務上，也有見解肯認 Facebook 之使用條款，有消費者保護法之適用<sup>78</sup>。

因此，既然社群媒體與使用者之間的關係，亦有消費者保護法（以下稱消保法）之適用，前段所描述之二種情形，即分別有近一步討論之餘地。

先談論第二種情形，亦即使用者主張社群媒體所制定之服務條款或內容政策應屬無效之情況。在消保法第 12 條關於「定型化契約內容」之規定中<sup>79</sup>，即有使用許多「不確定法律概念」作為要件，例如「平等互惠原則」以及「誠信原則」之要求。法院在解釋上述之不確定法律概念時，即得將社群媒體及使用者所應受之憲法基本權保障，視為應審酌之事項。此外，消保法第 12 條第 2 項「推定為顯失公平」之事由，以及消保法施行細則第 13 條「違反誠信原則」之判斷標準

<sup>75</sup> 需要補充的是，雖然在「法律適用」之層次上，會認為此時係屬於第一種情形，意即單純地要求社群媒體平台依照契約規定繼續提供服務。然而，若搭配前揭使用者之要求而觀之（主張某一內容並沒有違反社群守則，或是認為平台之內容政策已屬公序良俗之違反而無效），毋寧要求社群媒體平台提供另種原先不存在之社群媒體環境。此時，已有「積極創設新法律關係」的意味。

<sup>76</sup> 楊淑文（2013），〈消費者保護法之分與合—雙軌制立法下的消費者與消費關係—〉，收錄於《消保法與民法之分與合》，頁 43-44。

<sup>77</sup> 馮震宇、姜志俊、謝穎青、姜炳俊（1994），《消費者保護法解讀》，頁 27-28。

<sup>78</sup> 參照臺灣臺中地方法院 104 年度智易字第 9 號判決。該判決中，法院先是引用消費者保護法之規定，再認定臉書之服務條款該當於所謂之「定型化契約」，而有消費者保護法第 11 條、12 條之適用。不過，整起案件其實與社群媒體本身無太多干涉，而是涉及智慧財產權之爭議，併予說明。

<sup>79</sup> 消費者保護法第 12 條：「定型化契約中之條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，無效。定型化契約中之條款有下列情形之一者，推定其顯失公平：一、違反平等互惠原則者。二、條款與其所排除不予適用之任意規定之立法意旨顯相矛盾者。三、契約之主要權利或義務，因受條款之限制，致契約之目的難以達成者。」

80、第 14 條「違反平等互惠原則」<sup>81</sup>之情形，亦可能與實際之具體案例進行連結，進而使得法院於審理具體個案時，重視使用者受憲法保障之基本權。例如，若使用者受到平台經營者之服務條款限制而無法發布內容，該情形即有之可能該當於消保法第 12 條第 2 項「契約之主要權利因受條款之限制，致契約之目的難以達成」之規定，而被推定為顯失公平；若使用者因為社群媒體平台之不當規定，使得其發布之內容遭到大幅度地「降低觸及」，社群媒體之行為亦可能該當於施行細則第 14 條所稱之「顯有不利於消費者之情形」，而被認為有違平等互惠原則<sup>82</sup>。簡言之，不只是民法上之「公序良俗」條款，於本文所討論之情形中，消費者保護法及其施行細則也存在著類似的規定，得作為憲法上基本權進入民事契約紛爭的「入口」。

至於第一種情形，也就是使用者與社群媒體之間就「服務條款或內容政策之解釋適用」有所爭議之情形，將會涉及到定型化約款之解釋；消保法第 11 條第 2 項即有規定，「定型化契約條款如有疑義時，應為有利於消費者之解釋」。然而，依照該條之文義，並非遇有爭執時，即一概為有利於消費者之解釋；毋寧應將該條規定理解為「當定型化契約條款有多種解釋可能性存在時」，為避免由消費者承擔該不確定之風險，所以在條款的解釋上，應採取有利於消費者之見解<sup>83</sup>。

此外，學說上亦有提出其他適用於定型化約款的解釋原則：如「限制解釋原則」、「統一解釋原則」以及「客觀解釋原則」等等<sup>84</sup>。客觀解釋原則係指，由於定型化契約將適用於多數人，在契約條款的解釋上，應採取以「通常一般人的了解可能性」為標準之解釋，而不考慮特殊之個案情形<sup>85</sup>。不過，並非採取所謂的「客觀解釋原則」，即認為應完全不顧於當前個案之情形（尤其是當前個案所涉及之基本權），否則大費周章耗費時間、金錢、勞力以尋求法院救濟，社群媒體之使用者亦難以獲得更充足之權利保障，反而使法院肯認了平台依照其內容政策所產生之僵硬、機械化之執行現況。於此，即必須更進一步地釐清：何謂對契約為「客觀解釋」？

<sup>80</sup> 消費者保護法施行細則第 13 條：「定型化契約條款是否違反誠信原則，對消費者顯失公平，應斟酌契約之性質、締約目的、全部條款內容、交易習慣及其他情事判斷之。」

<sup>81</sup> 消費者保護法施行細則第 14 條：「定型化契約條款，有下列情事之一者，為違反平等互惠原則：一、當事人間之給付與對待給付顯不相當者。二、消費者應負擔非其所能控制之危險者。三、消費者違約時，應負擔顯不相當之賠償責任者。四、其他顯有不利於消費者之情形者。」

<sup>82</sup> 需要補充說明的是，消保法第 12 條之規定，並不當然地被視為民法之特別法，因此民法第 247 條之 1 關於定型化契約之規定亦有適用可能。參照王澤鑑（1999），《債法原理（一）基本理論、債之發生》，頁 96（認為「消保法與民法第 247 條之 1 規定之間，並不具特別法與普通法的關係」）；王澤鑑（2021），《債法原理》，增訂新版，頁 102（認為「具體案例應結合民法及消保法規定加以適用」）。惟民法第 247 條之 1 具體之適用情形與消保法類似，本文即不再逐一說明。

<sup>83</sup> 王澤鑑，《債法原理》，同前註，頁 110。

<sup>84</sup> 王澤鑑，同前註，頁 109-110。

<sup>85</sup> 王澤鑑，同前註。

關於「客觀解釋」之探討，本文認為，應參考學者透過比較法以及實務判決整理所提出之契約客觀解釋「六準則說」：亦即從文義、文件的體系脈絡、締約之「歷史」、契約目的（包含利益衡量）、交易習慣、誠信原則總計六項不同的標準，綜合評價契約之整體狀況<sup>86</sup>。是故，在社群媒體之服務條款或是內容政策的解釋上，社群媒體之使用者除了得以藉「有利消費者解釋原則」以伸張其受到限制之言論自由，在採取「客觀解釋」之情形下，藉由「目的解釋」以獲取「符合雙方利益之判斷」或是透過「誠信原則」以訴諸「法律行為以外之價值判斷標準」<sup>87</sup>，都是法院於個案中得以進行利益衡量的途徑。因此，於第一種情形中，雖然在法律解釋適用的層次上，與第二種情形不同，並不得逕自倚賴於消費者保護法及其施行細則之規定，然而，在契約條款解釋適用之層次，同樣存在著貫徹憲法基本權保障之空間。

### 第三款 民事法律解釋、適用之不同對於「基本權衝突」討論之影響？

最後，則是第一種情形與第二種情形於民事法律於解釋、適用上之不同，是否將影響本文後續有關於「基本權衝突」、「利益衡量」之討論？二者於本文後續之處理，是否有必要區分討論、分析？本文認為，雖然二者在法律框架上有所差異，但究其本質，至少於「基本權衝突」、「利益衡量」的討論中，等同視之即可。或有以為，於第二種情形，法院由於要排除原先契約條款之適用，將對於社群媒體平台受憲法保障之契約自由有所影響，因此二者應區分處理<sup>88</sup>；然而，正如前揭德國「商業代理人」案與「保證契約案」所示，當「契約雙方當事人之談判地位顯不相等」、「具有優勢之一方得單方面決定契約內容」時，由於當事人為「自我決定」且「對該自我決定負責」之基礎已有所動搖、與保障「私法自治」以及「契約自由」之初衷有所乖離<sup>89</sup>，至少在憲法基本權層次之討論上，不應再給予契約自由過多之尊重；換言之，此時契約自由中，涉及「內容自由」甚至「廢棄自由」的內涵<sup>90</sup>，應當有所退讓。

另一個認為不需要區分對待的原因是，縱然社群媒體平台之內容政策隨著社群媒體之蓬勃發展，不僅日趨完整，甚至過於拘泥於細節，過於含糊之條款仍有存在。舉例而言，TikTok（抖音）的「社群自律公約」中關於「令人震驚、不安的內容」的介紹寫道：若是「與公共利益有關，有可能令人不安的畫面或事件影片，例如與執法部門衝突，以及轟炸後或天災後的災情」，將不符合「為您推薦」

<sup>86</sup> 吳從周（2018），〈法律行為解釋、契約解釋與法律解釋－以民法第 98 條之立法溯源與實務運用為中心〉，《中研院法學期刊》，第 23 期，頁 140-147。

<sup>87</sup> 吳從周，同前註，頁 144-146。

<sup>88</sup> 至於使用者之契約自由的部分，由於此時平台使用者就是想要掙脫契約之束縛，因此不會與其契約自由發生衝突。再者，於社群媒體擁有「結構性優勢」之情形，使用者究竟有多少程度之「契約自由」以決定是否要進入契約關係並受到系爭契約條款之拘束，也值得懷疑。

<sup>89</sup> 參照楊淑文，同註 76，頁 21-22。

<sup>90</sup> 關於契約自由之內涵，參照王澤鑑，《債法原理》，同註 82，頁 91。

之標準<sup>91</sup>；Dcard 的「全站站規」甚至將「文章內容空泛或明顯無意義內容」的情形納入「文章或留言可能被刪除」之情形之一<sup>92</sup>。於以上情形，由於內容政策所規定之要件過於空泛且模糊，進行「是否符合服務條款或內容政策」之判斷，某程度而言將無異於「系爭服務條款或內容政策」是否應屬無效之判斷——重點毋寧在於「社群媒體平台與使用者之間基本權衝突」之利益衡量判斷。

#### 第四項 小結

綜合以上篇幅的討論，社群媒體平台之使用者若要向法院主張其受憲法保障之言論自由受到限制，於德國法「基本權第三人效力」之脈絡下，就會形成社群媒體平台與使用者之間的基本權衝突，而須仰賴法院於處理民事關係、就所涉及之法律進行解釋適用時，將憲法對於基本權保障之意旨納入審酌。

接著，在介紹德國聯邦憲法法院的相關案例之後，本文亦有進行整理歸納，以瞭解德國憲法實務於審酌「涉及『契約』或『言論自由』之『基本權水平效力』案件」時，所重視之因素：包含「定型化契約」之使用以及「所涉基本權」之種類及受限程度。此外，從「法蘭克福機場」及「足球場禁令」判決中，相較於前兩則時間點較早之裁判，亦見到法院除了「消極排除」私人契約對於基本權之限制，更有「積極創設」私人之間的法律關係以實踐基本權利的保障。以上德國憲法實務所提出之衡量標準，在後續進行具體案例之利益衡量時，將是相當重要之參考依據。

本節最後，回到了「社群媒體與使用者之間」法律關係之探討。由於社群媒體平台與使用者之間所締結之「契約」，亦有相當高之機率該當於消費者保護法中所稱之「定型化契約」。是故，不惟民法第 72 條、148 條第 2 項之公序良俗、誠信原則條款等規定得作為基本權利益衡量之「入口」，消保法關於「定型化契約約款」解釋之討論以及該約款有效性之規定，亦得作為法院為個案審判時，充分發揮憲法基本權價值之途徑。

<sup>91</sup> TIKTOK (2023)，《社群自律公約》，〈令人震驚、不安的內容〉，網址：<https://www.tiktok.com/community-guidelines/zh-tw/sensitive-mature-themes/?cgversion=2023#4>，最後瀏覽日期：2024.5.17；關於 TikTok「公共利益之定義」，詳見 TIKTOK (2023)，《社群自律公約》，〈公共利益之例外〉，網址：<https://www.tiktok.com/community-guidelines/zh-tw/enforcement/?cgversion=2023#1>，最後瀏覽日期：2024.5.17（包含紀錄片、教育、醫療與科學、反擊言論、諷刺、藝術）。

<sup>92</sup> Dcard (2024.3.11 更新)，《Dcard 全站站規》，網址：<https://www.dcard.tw/f/dcard/p/228966454>，最後瀏覽日期：2024.5.19；雖然在站規中有補充「轉貼的文章、廢文板和可單純分享圖片、影片、連結之看板不在此限」，但仍然是一超級難以捉摸之「霸王條款」。



### 第三節 所涉基本權之判斷

在本章的第一節與第二節中，藉由「基本權第三人效力」之討論，我們了解到法院面對到社群媒體平台與使用者之間的私法契約關係時，如何地導入憲法基本權保障之思考，以求妥適解決二者之間的「基本權衝突」。

然而，在進行雙方「利益衡量」之前，首先要辨明者，即是雙方於系爭法律關係中，所受影響之基本權利類型；換言之，當社群媒體平台之經營者對於使用者發布之內容為各種「內容限制」措施時，將會影響到社群媒體使用者的何種基本權利？而社群媒體平台在實施各種「內容限制」措施時，係何種基本權利之展現？以下，本文將逐一討論可能涉及之基本權利類型，除了顯而易見之類型——例如使用者之言論自由、平台業者之營業自由，是否仍有其他可能被主張之基本權利？尤其，當社群媒體平台藉由各種「內容限制」措施影響使用者之言論時，社群媒體平台此時是否也正在行使其受憲法保障之「言論自由」？

#### 第一項 使用者之基本權利：言論自由

誠如第一章、第二節、第二項對於「內容限制」範圍之設定，為避免問題過於複雜，已將「使用者請求社群媒體刊登廣告」以及「內容創作者與平台分享利潤」之情形，排除於本文之研究範圍之外。因此，社群媒體平台對於使用者所發布之內容所為之其他「內容限制」措施，對於使用者而言，主要即是「言論自由」之影響。

憲法第 11 條規定：「人民有言論、講學、著作及出版之自由。」而所謂之「言論」，不僅包含以「口語」或「文字」表達意見、與他人溝通之情形，只要該行為具有「溝通」或是「表達心中想法」之功能，均有可能被視為憲法上之「言論」<sup>93</sup>。於我國之憲法實務上，亦有承認「街頭藝人之藝術表演活動」<sup>94</sup>、「以菸品品

<sup>93</sup> 參照劉靜怡（2004），〈言論自由：第一講——「言論自由」導論〉，《月旦法學教室》，第 26 期，頁 74；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〉，收錄於李建良編，《憲法解釋之理論與實務第九輯》，頁 209。

<sup>94</sup> 參照司法院釋字第 806 號解釋理由書第 3 段（節錄）：「又許可辦法所規範街頭藝人之藝文活動，均為藝術表現之領域，而藝術表現自由屬人民表現自由之一環，亦受憲法第 11 條之保障……人民透過藝術表演活動，表達創作理念以實現自我，依其藝術創作之種類及表現，在知性、感性層面，尋求與表演對象之意念溝通及相互理解、共鳴，故人民得充分表現藝術之自由，不僅屬憲法第 11 條所保障表現自由之範疇，甚至屬具有高價值之言論，應受憲法高度之保障。」

牌名稱贊助他人舉行的活動」<sup>95</sup>、「使用無線電頻率發布言論、傳遞資訊」<sup>96</sup>等行為，均為憲法所保障之「言論」。

是故，社群媒體之使用者於社群媒體所發布之內容，不論係文字、留言、圖片、影片、影像直播，或是以上內容之綜合體，皆會構成憲法第 11 條所稱之「言論」，應無疑問。

## 第二項 社群媒體平台之基本權利：營業自由

在判斷社群媒體平台所得主張之基本權利的類型之前，本文仍不免俗地需要討論一陳年問題，也就是當社群媒體平台之經營、擁有者為「法人」時，是否亦得作為基本權之主體的問題。一般認為，如果是私法人，只要該基本權之性質與法人之身分並無衝突，法人亦得作為該基本權之主體<sup>97</sup>。而在我國之憲法實務中，不論是財產權<sup>98</sup>、營業自由<sup>99</sup>、甚至是涉及言論自由<sup>100</sup>之案件，大法官都未曾否認法人得作為該基本權之主體的可能。綜上所述，本文以為，至少於我國法之討論中，「私法人」原則上皆得作為基本權之主體，應無疑問；以下對於社群媒體平台業者所得主張基本權之分析，即無需再將「主體為私法人」之因素納入考量。

對於社群媒體平台之經營者而言，最明顯者即是營業自由的干預。雖然在憲法上未有對於營業自由之明文保障，大法官於釋字第 514 號解釋中，即有明確地承認「營業自由」之憲法地位。於該號解釋之理由書中，大法官即指出，「人民營業之自由」係從憲法第 15 條之「工作權」及「財產權」保障所衍生得出，人民既有以營業為其職業之自由，亦有生產、交易、處分其商品之自由；至於「許可營業之條件」、「營業須遵守之義務」及「違反義務之制裁」，均屬營業自由之限制<sup>101</sup>。在後續之司法院大法官解釋中，大法官亦於許多不同之案例中，承認不

<sup>95</sup> 參照司法院釋字第 794 號解釋理由書第 13 段；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（節錄）：「不論所贊助的對象為何，贊助在表面上固為金錢或經濟利益的移轉，但實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的表意行為。」

<sup>96</sup> 參照司法院釋字第 678 號解釋理由書第 1 段（節錄）：「前開規定所保障之言論自由，其內容尚包括通訊傳播自由之保障，亦即人民得使用無線電廣播、電視或其他通訊傳播網路等設施，以取得資訊及發表言論之自由」。

<sup>97</sup> 許育典，同註 22，頁 127-128

<sup>98</sup> 參照司法院釋字第 788 號解釋（聲請人為「股份有限公司」及「有限公司」）；釋字第 719 號解釋（聲請人為「股份有限公司」及「有限公司」）。

<sup>99</sup> 參照司法院釋字第 719 號解釋、釋字第 716 號解釋（聲請人多為公司之代表人）；釋字第 714 號解釋（聲請人為股份有限公司）。

<sup>100</sup> 參照司法院釋字第 794 號解釋、釋字第 744 號解釋（聲請人皆為股份有限公司）；憲法法庭 111 年憲判字第 2 號判決、司法院釋字第 656 號解釋（涉及消極不表意之言論自由，兩案皆有股份有限公司為聲請人）。

<sup>101</sup> 參照司法院釋字第 514 號解釋理由書。

同情形之營業自由限制，例如「營業對象」之限制<sup>102</sup>、「得承攬工程之限額」之限制<sup>103</sup>、「公司以未分配盈餘增資，股東之股東股利得否緩課所得稅」之限制<sup>104</sup>、「政府採購之得標廠商是否增僱或選擇受僱對象」之限制<sup>105</sup>、「製造商品之附件材質選擇」之限制<sup>106</sup>等情形。

在學說上，李建良教授則是援引德國法之脈絡，將營業自由視為職業自由的型態之一，而非「另一種類」之自由權樣態；此外，李建良教授認為在「營業自由」之定義上，或可參照德國學說及實務對於「營業」概念之理解，即「以獲利為目的、於市場上為交易、且具一定獨立性」之營利活動<sup>107</sup>。同樣地，蔡宗珍教授亦參酌德國法之討論，認為營業自由屬於職業自由(工作權)之一種特殊形態，並認為營業自由為「各種商業經營活動與自由業之選擇、創立、經營」之自由<sup>108</sup>；依本文之理解，相較於前說，後說之定義更為寬泛。

綜上討論，應認為不論是憲法實務還是學說見解，除了承認「營業自由」係受憲法所保障之基本權利之一，也都對於「營業自由」採取一較為寬鬆之認定，只要有涉及「商業經營行為」之干預，即構成對於「營業自由」之限制。是故，即便社群媒體平台之營利模式並不完全符合上開所提及之定義<sup>109</sup>，社群媒體平台向「哪些」使用者(不)提供「哪些」服務之選擇，即是一種營業自由之展現。

### 第三項 社群媒體平台之基本權利：言論自由？

相較於營業自由的判斷，社群媒體平台為「內容限制」措施時，是否亦構成一種憲法上之「言論」，即顯得困難許多；對於本文而言，即是需要更多的篇幅為討論、分析。

以下段落，將以近期兩則美國聯邦巡迴上訴法院關於社群媒體「內容限制」之判決為討論起點，並輔以美國學說上的討論。在比較、分析學說見解以及二則實務判決所採取的觀點之後，本文將指出為何過往美國實務於區分「言論一行為」

<sup>102</sup> 同前註。

<sup>103</sup> 參照司法院釋字第 538 號解釋。

<sup>104</sup> 參照司法院釋字第 606 號解釋。

<sup>105</sup> 參照司法院釋字第 719 號解釋。

<sup>106</sup> 參照司法院釋字第 788 號解釋。

<sup>107</sup> 李建良(2008)，〈經濟管制的平等思維——兼評大法官有關職業暨營業自由之憲法解釋〉，《政大法學評論》，第 102 期，頁 9-11。

<sup>108</sup> 蔡宗珍(2006)，〈營業自由之保障及其限制——最高行政法院 2005 年 11 月 22 日庭長法官聯席會議決議評釋〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第 35 卷第 3 期，頁 285、289。

<sup>109</sup> 舉例來說，大多數之社群媒體平台並不會向一般使用者收取費用，而是藉由廣告收益獲取利潤，詳見本文第二章、第一節、第三款以下之介紹。就此而論，社群媒體平台與一般使用者之間的互動關係，即不構成「在市場上為交易」之行為。

之標準，將難以適用於社群媒體平台之「內容限制」及「策展」<sup>110</sup>行為，並提出自己所構想的區分標準。



## 第一款 巡迴上訴法院之見解

於本段中，本文將會分別介紹德州以及佛州之特別立法，並分別整理其各自所引起之裁判內容；由於裁判內容必然地會牽涉到立法管制之措施，以下將以聯邦第 5 及第 11 巡迴上訴法院之「裁判」作為段落編排之主軸。值得一提的是，雖然二則裁判所處理之問題相似，二者所得出之結論卻截然不同。

### 一、 NetChoice v. Attorney General of Florida (11<sup>th</sup> Cir.)

#### (一) 涉及之法規範

聯邦第 11 巡迴上訴法院所審理之案件涉及者為佛州之特別立法。依照佛州州議會所通過之 S.B. 7072 號法案，「社群媒體平台」(social media platform)<sup>111</sup>不得「封殺」(deplatform)參選公職之使用者<sup>112</sup>、「(不)推薦」(post prioritization)或是「隱性封殺」(shadow ban)關於公職候選人或是由候選人本人所張貼之內容<sup>113</sup>、亦不得基於內容而對於「新聞業者」為「審查」、「封殺」、「隱性封殺」<sup>114</sup>。除此之外，若社群媒體平台欲更動其使用規則 (user rules,

<sup>110</sup> 誠如本文第一章、第二節、第二項之定義，對於本文而言，所謂「策展」對於(特定)使用者而言，並不一定具有負面意涵，可說是「內容限制」之上位概念。是故，雖然對於本文之問題意識而言，僅需要專注於「內容限制」之情形，惟一般性地討論「平台本身」之言論自由時，勢必會包含不一定具負面意涵之「策展」行為。以下討論，即會將「策展」與「內容限制」並列呈現，特此敘明。

<sup>111</sup> 依照該法之定義，所謂社群媒體平台係指「提供或允許複數使用者存取 (access) 一電腦伺服器，包括網際網路平台及社群網站」之「資訊服務、系統、網際網路搜尋引擎、存取軟體提供者 (access software provider)」，並設有收益和使用者之門檻。See Fla. Stat. §501.2041(1)(g).

<sup>112</sup> Fla. Stat. §106.072(2). 至於所謂「封殺」之定義係指「社群媒體平台刪除或禁止某一用戶使用該社群媒體平台超過 14 天或永久禁止」之行為；See *Id.* §501.2041(1)(c).

<sup>113</sup> *Id.* §501.2041(2)(h). 所謂「(不)推薦」係指「於提供予用戶之內容 (feed) 或搜尋結果中，將特定內容置於更(不)明顯之地位 (position)」之措施；See *Id.* §501.2041(1)(e). 「隱性封殺」則係指「限制或消除某一使用者或某一內容的曝光 (exposure)」的行為，即便「使用者並無明顯察覺 (not readily apparent)」亦屬之；See *Id.* §501.2041(1)(f).

<sup>114</sup> *Id.* §501.2041(2)(j), 不過該款有將「猥褻性」內容排除於適用範圍之外。關於「新聞業者」之定義，See *Id.* §501.2041(1)(d). 至於「審查」之定義，則包含「刪除、限制、編輯、移除、附加『附錄』(addendum)」之行為；See *Id.* §501.2041(1)(b). 雖然本文於第一章、第二節、第二項之部分，決定以「內容限制」指稱各種社群媒體平台對於其使用者所發布之內容為干預之行為，然而於本段判決介紹之部分，將會依照所涉法規之名詞界定，使用諸如「審查」等詞彙，以求貼近判決原意，特此敘明。

terms, and agreements), 每次更動之間必須相隔 30 天<sup>115</sup>; 社群媒體平台為審查、封殺、隱性封殺的時候, 不只需要通知受影響之用戶、在該通知內包含「詳盡之合理解釋」(thorough rationale explaining.....) 及「偵測到該內容之過程」<sup>116</sup>, 亦須於「適用準則」(apply standards) 時保持一致性 (consistency) <sup>117</sup>。

## (二) 法院見解

### 1. 正面肯認社群媒體平台之「編輯權」

對於該案之審理, 聯邦第 11 巡迴上訴法院首先歸納了社群媒體平台的三個特性: 平台業者為私人企業、大多時候社群媒體平台本身並不產製內容<sup>118</sup>、以及平台本身並非「啞管」(dumb pipes) <sup>119</sup>。主筆之 Newsom 法官解釋道, 平台有兩種行使其「編輯決定」(editorial judgment) 的方式: 除了將違反其服務條款或是社群守則之內容移除之外, 平台也會對於用戶所得瀏覽之內容進行篩選、排序。對於 Newsom 法官而言, 社群媒體平台的這些「策展」(curation) 決定, 不只有助於其商業發展、亦是在促進各式各樣的價值及觀點<sup>120</sup>。

接著, 法院開始探究: 社群媒體平台之行為是否為憲法第一增修條文所欲保護之「言論」? 法院認為, 基於以下兩個原因, 社群媒體所為之「內容限制」(content moderation) 行為, 當屬憲法第一增修條文所欲保障之言論; 社群媒體平台確實藉由各式「內容限制」之決定, 表達了自身立場<sup>121</sup>:

第一, 法院認為社群媒體平台之行為符合最高法院先例所闡釋之「編輯決定」; 一私人主體對於是否散布、如何散布言論之決定, 不論該言論是否由他人所產製, 皆受憲法第一增修條文所保障。Newsom 法官寫道, 在 *Miami Herald Pub. Co. v. Tornillo* 案中, 多數意見認為佛羅里達州當時「回覆權」(right of reply) 之規定, 將「強迫報紙之編輯出版『編輯自身認為不應出版』的內容」, 此時佛羅里達州已過度介入了報紙編輯的職務, 該規定當屬違憲; 而在 *Pacific Gas & Electric Co. v. State Energy Resources Conservation and Development Commission* 案中, 最高法院認為「要求一公用事業提供其帳單信封的空間予他人使用」之規定, 依照 *Miami Herald* 案之邏輯, 要求一公司「提供其財產以傳播其不贊同之訊息」, 亦

<sup>115</sup> *Id.* §501.2041(2)(c).

<sup>116</sup> *Id.* §501.2041(2)(d), §501.2041(3)(c)-(d).

<sup>117</sup> *Id.* §501.2041(2)(b). 除了以上規定, 尚有其他對於「資訊公開」義務的要求, 不過與本文所欲探討之主題較無相關, 故省略之。

<sup>118</sup> 法院亦有提出若干例外: 平台之「服務條款」、「社群守則」(community standards), 以及在特定貼文下方所附加之附錄。

<sup>119</sup> *NetChoice v. Attorney General of Florida*, No. 21-12355, at \*5-6 (11th Cir. 2022).

<sup>120</sup> *Id.*, at \*6-7.

<sup>121</sup> *Id.*, at \*19-20.

違反了憲法對於言論自由的保障<sup>122</sup>。

此外，Newsom 法官亦提到了 *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC* 案及 *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian, and Bisexual Group of Boston, Inc.* 案：在 *Turner* 案中，最高法院亦承認了有線電視業者「要傳輸哪些電視台的訊號」的決定，係屬言論之傳輸；有線電視業者藉由各式各樣的形式和主題，達到溝通之目的。在 *Hurley* 案中，最高法院將 *Miami Herald* 案之準則，適用至「遊行籌備」的情形之中，認為「將他人產製之言論為編輯、匯編後之呈現，亦屬於憲法保障之言論」；因此，「特定小組得否參與遊行」之決定，同屬憲法言論自由的保障；即便該遊行並未呈現出一「特定訊息」，亦無損於遊行籌備者「排除其所不喜歡之訊息」之權利<sup>123</sup>。

依照上述最高法院先例所提出之判準，Newsom 法官認為，社群媒體平台所為之「內容限制」(content moderation) 決定，相當接近於以上案例之情況：就如同遊行的籌劃者得將「意見不同之人」排除於遊行隊伍之中、有線電視業者得拒絕傳輸「不喜歡之內容」之頻道訊號，社群媒體亦享有「編輯權」以決定要傳達哪些訊息；藉此，社群媒體將得以分別建立各式各樣、符合自身價值觀的社群 (community) <sup>124</sup>。

第二，聯邦第 11 巡迴上訴法院認為，社群媒體平台之內容限制措施，本身亦構成「本質上之表意行為」(inherently expressive conduct)，而受憲法第一增修條文之保障。

Newsom 法官以第 11 巡迴法院近期所作成之 *Coral Ridge Ministries Media, Inc. v. Amazon* 判決為例。於該判決中，法院將亞馬遜公司「對於某一組織是否符合『AmazonSmile 公益計畫』之資格」的判斷，認定為一表意行為：只要合理第三人 (reasonable person) 能夠從該行為中得出某種訊息 (some sort of message)，該行為即具有表意性；而一位合理第三人，法院認為，確實能透過上述亞馬遜公司之決定，認識到此時亞馬遜公司確實在傳遞「某種訊息」。此外，Newsom 法官也提到了 *FLFNB v. City of Fort Lauderdale* 判決中，第 11 巡迴法院基於 *Spence v. Washington*<sup>125</sup> 案之標準，認為一非營利團體基於「終結飢餓與貧窮」之立意而在公園免費發放食物之行為，在該案之脈絡下，確實屬於一種受憲法保障之表意

<sup>122</sup> *Id.*, at \*20-21 (quoting *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U.S. 241 (1974), *PG&E v. Public Utilities Comm'n*, 475 U.S. 1 (1986)).

<sup>123</sup> *Id.*, at \*21-23 (quoting *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC*, 512 U.S. 622, 636-37 (1994), *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian, and Bisexual Group of Boston, Inc.*, 515 U.S. 557, 570, 574-75 (1995)).

<sup>124</sup> *Id.*, at \*26-28.

<sup>125</sup> 418 U.S. 405 (1974).

形式<sup>126</sup>。

回到社群媒體的情形，法院指出，社群媒體平台對於特定訊息和使用者的移除，由於並非隨機為之，而是針對平台本身「不同意之內容和觀點」所作出之行為。此外，若 *S.B. 7072* 係為了排除「左派」的科技巨頭對於「保守立場」的偏見，毋寧證實了社群媒體平台之經營行為確實在「傳遞某種訊息」。雖然佛羅里達州主張，事實上大部分存留於平台上的內容，都未經平台經營者的檢查（*review*），然而法院認為，至少受到「平台審查」（*platform censorship*）的內容，確實是經過平台經營者之檢查後，才進一步地被移除或「降觸及」（*deprioritize*）<sup>127</sup>。

## 2. 回應佛州政府之主張

正面論證「社群媒體平台之言論自由」之後，法院接著回應佛州政府之主張。佛州政府主張，依照最高法院的兩個判決先例：*PruneYard Shopping Center v. Robins*<sup>128</sup>案及 *Rumsfeld v. Forum for Academic & Institutional Rights, Inc.*<sup>129</sup>案，本案所涉及之 *S.B. 7072* 根本無涉於憲法第一增修條文<sup>130</sup>。對此，法院回應：於 *PruneYard* 案中，「購物中心」之所有人關於言論自由之主張，僅有「其財產不被政府強迫用來提供予他人作為言論廣場使用」的部分；再者，即便在 *PruneYard* 案中，購物中心業主之主張不被採納，於後續之 *PG&E* 和 *Hurley* 案中，法院也明白地指出 *PruneYard* 與後續兩起案件之區別：於 *PruneYard* 案中，購物中心業主本身行使言論自由的能力並未受到干預。然而，在本案中，原告 *Netchoice* 聲稱，由於 *S.B. 7072* 之規定將強迫社群媒體平台刊載「違反平台社群守則」之內容，將因此影響到平台本身之言論自由<sup>131</sup>。

至於 *Rumsfeld* 案之部分，*Newsom* 法官指出，於 *Rumsfeld* 案中，聯邦最高法院基於兩個原因，否決了原告對於言論自由之主張：首先，有別於前述提及之 *Miami Herald*、*PG&E*、以及 *Hurley* 案，於 *Rumsfeld* 案中，「要求大學開放美國國軍之徵募者進行招募活動」之規定，並未影響到大學本身之言論，蓋大學協助國軍徵募者之行為，與報紙、信件和遊行不同，不具有「本質上之表意性質」。再者，若要認為「學校拒絕國軍徵募者」之行為具有表意性質，仍須有附加之「解釋性言論」（*explanatory speech*）；一位旁觀者難以從「國軍招募之面試舉辦於學

<sup>126</sup> *supra* note 119, at \*23-25 (*quoting* *Coral Ridge Ministries Media, Inc. v. Amazon.com, Inc.*, No. 19-14125 (11th Cir. 2021), *Fort Lauderdale Food Not Bombs v. City of Fort Lauderdale*, 901 F.3d 1235(11th Cir. 2018)).

<sup>127</sup> *Id.*, at \*28-29.

<sup>128</sup> 447 U.S. 74 (1980).

<sup>129</sup> 457 U.S. 47 (2006).

<sup>130</sup> *supra* note 119, at \*30-31.

<sup>131</sup> *Id.*, at \*31-32 (*quoting* *PG&E*, 475 U.S. at 12 (plurality op.), 24 (Marshall, J., concurring), *Hurley*, 515 U.S. at 580).

校以外」的事實，得出「學校正在表達訊息」的結論<sup>132</sup>。

*Newsom* 法官指出，若將以上 *Rumsfeld* 案之判斷標準，套用至本案所欲處理之社群媒體平台，將能夠發現二者之區別。首先，有別於 *Rumsfeld* 案中「對於徵募的協助」，社群媒體平台本身即從事於「散布經匯編之言論」（disseminating curated collections of speech）之事務（business）。因此，正如同 *Turner* 案中 must-carry 條款對於有線電視業者之言論自由限制，S.B. 7072 同樣地限制了社群媒體平台得為「編輯決定」之範疇；社群媒體本身即是經由他人言論之策展、匯編以表達自身立場<sup>133</sup>。再者，正如同聯邦第 11 上訴巡迴法院於 *FLFNB* 案所提出之見解，行為具有表意性之判斷重點在於：一位合理之旁觀者是否不須透過「解釋性言論」，就能夠從該行為中獲知行為人所欲表達之訊息。社群媒體平台「封殺」特定候選人或是移除特定內容之決定，對於審理本案之法院而言，並不需要解釋性言論的輔助——基於系爭決定之脈絡，一位合理第三人即可得知平台對於該內容係採取「不贊成」之態度<sup>134</sup>；難以想像一位合理第三人會認為，之所以 Facebook 沒有色情內容，是因為沒有任何用戶曾經張貼色情內容；即便有些內容限制決定（例如內容優先性之調整）可能無法不透過平台之解釋性言論使得用戶知悉，對於 *Newsom* 法官而言，大部分之內容限制決定都已足夠透明（transparent）；當一用戶發現自己無法查看（其追蹤之）某一用戶所張貼之內容時，一位合理之用戶將能夠因此得知平台之「訊息」<sup>135</sup>。

除了以上論證，在判決中，*Newsom* 法官亦回覆了佛州政府對於 *PruneYard* 案以及 *Rumsfeld* 案的詮釋。佛州政府主張，基於 *PruneYard* 案以及 *Rumsfeld* 案所表示之法律見解，只有在以下 3 種情形，始得訴諸於憲法第一增修條文的保障：「宿主」（host）本身之表意能力需要受到影響、所涉法規將使閱聽者將無法區分言論歸屬、平台本身將具有一個「共同主題」。針對佛州政府以上主張，*Newsom* 法官進行以下回應：首先，S.B. 7072 不僅禁止平台業者於內容「加註」，如同上開論證，也將限制平台業者本身之「編輯決定」權限；再者，於 *Miami Herald* 案或是 *Turner* 案中，即便閱聽大眾可能混淆言論之歸屬，亦不妨礙上開二案中對於「編輯權限」的肯認；最後，即使 *Hurley* 案沒有否認「共同主題」作為主張言論自由的要件，在 *Turner* 案的情形中，也未見到法院以此作為「得以主張言論自由」之前提<sup>136</sup>。

最後，則是佛州政府對於「公共載具」（common carrier）的主張。不過，對於聯邦第 11 巡迴法院而言，不僅社群媒體平台本質上並非公共載具，佛州政府

<sup>132</sup> *Id.*, at \*32-33 (quoting *Rumsfeld*).

<sup>133</sup> *Id.*, at \*34 (quoting *Turner*, 515 U.S. at 637).

<sup>134</sup> *Id.*, at \*35-36 (quoting *FLFNB*, 901 F.3d at 1243-45).

<sup>135</sup> *Id.*, at \*36-37, fn. 15.

<sup>136</sup> *Id.*, at \*37-39 (citing *Miami Herald*, 418 U.S. at 244, 258; *Turner*, 512 U.S. at 636-37).

也無法透過立法以限制社群媒體平台之言論自由；私人企業不會因為其市場優勢地位而失去憲法第一增修條文的保障。綜上所述，社群媒體所從事之「內容限制」行為，確實屬於憲法第一增修條文所保障之「言論」。<sup>137</sup>



## 二、 NetChoice, L.L.C. v. Paxton (5<sup>th</sup> Cir.)

### (一) 涉及之法規範

聯邦第 5 巡迴上訴法院所處理者為德州 HB 20 法案。依照 HB 20 的規定，社群媒體平台不得基於「用戶或用戶以外第三人之觀點」，而「審查」(censor) 用戶之表意行為 (expression) 或接收「第三人之表意行為」的能力<sup>138</sup>。

所謂「社群媒體平台」，係指「以張貼資訊、留言、訊息或圖像為主要功能」、「允許使用者創建帳號、聯繫 (communicate) 其他使用者」、「對公眾開放」之「網站或應用程式」，並排除「資訊或內容為服務提供者預選 (preselected)」或是與該資訊或內容「相同、直接關聯、為隸屬關係 (dependent on)」之情形；亦設有「每月於美國國內活躍用戶多於 5000 萬人」之門檻<sup>139</sup>。至於「審查」之定義，則是包含了封鎖 (block)、禁用 (ban)、移除 (remove)、封殺 (deplatform)、去營利化 (demonetize)、去除推薦 (de-boost)、限制 (restrict)、拒絕提供平等近用或平等的可見度 (deny equal access or visibility to) 或其他對於表意行為之差別待遇措施 (discrimination) <sup>140</sup>。

### (二) 法院見解

#### 1. 憲法第一增修條文的「原意」

主筆多數意見<sup>141</sup>之 Oldham 法官指出，依據憲法文字的原意 (original public meaning of the Constitution's text) 以及第一增修條文發展的歷史，「免於事前審查」(freedom from prior restraints) 乃憲法言論自由之重要元素，而系爭法案第

<sup>137</sup> *Id.*, at \*40-46, 48 (citing *Miami Herald*, 418 U.S. at 251, 258).

<sup>138</sup> TEX. CIV. PRAC. & REM. CODE § 143A.002(a).

<sup>139</sup> TEX. BUS. & COM. CODE §§ 120.001(1), 120.002(b).

<sup>140</sup> TEX. CIV. PRAC. & REM. CODE § 143A.001(1). 不過，該法亦有設計例外條款，排除「聯邦法律所要求」、避免「兒童性剝削」而為之審查行為，以及對於「煽動犯罪行為」言論、「針對個人或族群之具體威脅 (specific threat)」以及「其他不法言論」所為之「審查」。See *Id.* § 143A.006. 除了以上規定，尚有其他對於「資訊公開」以及「建立申訴系統」義務的要求，不過與本文所欲探討之主題較無相關，故省略之。

<sup>141</sup> 審理本案之第 5 巡迴上訴法院法官均有提出自己之意見書，See *NetChoice, L.L.C. v. Paxton*, No. 21-51178, at \*91-92 (Jones J., concurring); at \*93-113 (Southwick J., concurring in part and dissenting in part).

7 節之規定，並未對於平台業者為事前審查（即便承認平台之「審查」為一種言論），反倒是保障了德州人民「藉由社群媒體」行使其言論自由的能力<sup>142</sup>。

## 2. 聯邦最高法院法則（doctrine）之適用

討論完憲法第一增修條文的原意之後，Oldham 法官接著分析過往聯邦最高法院先例所形成的法則（doctrine）。平台方主張，依照過往最高法院先例所形成之法則，平台對於內容之「審查」行為亦是受憲法保障之言論；然而，Oldham 法官並未採納平台方之意見，而是認為過往聯邦最高法院的見解，並不能作為「平台具有言論自由」之依據<sup>143</sup>。

Oldham 法官指出，依照最高法院之先例，「不表意之自由」（right to refrain from speaking）確實為憲法言論自由所保障，不過，政府亦得要求私人主體從事「容納」（host）、傳輸、促進言論之「行為」（conduct）；這樣的「表意—行為」區分說，亦得於過往最高法院判決先例之論述中，尋得蛛絲馬跡<sup>144</sup>：

首先，在 *Miami Herald* 案中，當初佛州法規對於「回覆權」的規定，之所以屬於對於報業的言論自由侵害，不只是因為涉及了「編輯權」的行使——由於報紙的版面有限，報業編輯勢必需要對內容進行篩選；更是因為回覆權的規定，將壓縮到報業編輯原先想要放入報紙的其他內容，使得報業編輯傾向避開「具爭議性」以及有關政治人物的主題<sup>145</sup>。

第二個法院提及的判決為 *PruneYard* 案，Oldham 法官指出，面對到購物中心主張「不將自身財產提供予他人為言論廣場之用」之言論自由，法院認為，由於購物中心能藉由張貼告示以否認自身與發放文宣者（pamphleteers）之連結，再加上購物中心「對任何人開放」之特質，一般大眾發放文宣或是募集簽名的行為，將難以被認為屬於購物中心業主的言論<sup>146</sup>。

接著，法院介紹了 *PG&E* 案。在該案中，加州公用事業委員會（California Public Utility Commission）要求 PG&E 於寄發帳單時，由於 PG&E 向來在帳單的信封中夾帶含有政治性內容的業務通訊（newsletter），PG&E 必須要給予不同意見者同樣能夠夾帶訊息的機會。對此，最高法院認為，加州公用事業委員會之命令，不僅將造成 PG&E 可能需要協助散布「對其不友善之內容」，進而使得 PG&E

---

<sup>142</sup> *Id.*, at \*16-19..

<sup>143</sup> *Id.*, at \*19-20.

<sup>144</sup> *Id.*, at \*20-21.

<sup>145</sup> *Id.*, at \*21-22 (quoting *Miami Herald*, 418 U.S. at 256-258).

<sup>146</sup> *Id.* (quoting *PruneYard*, 447 U.S. at 85, 87-88).

傾向於避開爭議、表現出看似同意之態度、抑或被迫回應<sup>147</sup>。

第四個判決為 *Hurley* 案。於 *Hurley* 案中，最高法院認為遊行係一種受憲法言論自由保障之表意形式；「即便沒有呈現出一則特殊的訊息，負責籌劃遊行之委員會藉由遊行成員的選擇，決定出『符合當天節慶』的表意內容」。對於最高法院來說，由於「遊行主辦者」與「遊行所傳遞的內容」之間具有緊密連結（intimately connected），要求遊行主辦者將某一台花車納入遊行隊伍之中，其干預之程度，將不亞於「強迫主辦者表意」之情形<sup>148</sup>。

最後一則案件為 *Rumsfeld* 案。於 *Rumsfeld* 案中，所涉及者為「要求學校同等地對待軍隊之徵募者與其他徵才者，否則聯邦政府將拒絕給予資金」之法律。Oldham 法官指出，在 *Rumsfeld* 案中，最高法院認為，即使在協助招募的過程中，可能會涉及到電子郵件或是佈告欄之公告等等「言論」，系爭法律也僅是「附帶地」（incidental）限制了學校的言論，而仍屬針對「行為」的管制。此外，相較於在 *Miami Herald*、*PG&E*、*Hurley* 案中，當事人確實因為「容納了他人之言論」而使得自身言論受到影響，於 *Rumsfeld* 案中，原告（學校）本身之言論並未受到影響，畢竟學校「容納軍方之招募活動」的行為並非「表意」<sup>149</sup>。

從以上案件的爬梳，Oldham 法官歸納出以下結論：如果一位言論的「宿主」欲援引憲法第一增修條文，必須（1）其本身遭受強迫表意，或是（2）其本身之言論受到限制。回到社群媒體平台的脈絡中，Oldham 法官認為，平台方之主張皆無法滿足上開任一條件<sup>150</sup>：

Oldham 法官從「強迫表意」之條件開始分析。相較於報紙業者行使其「編輯權」以「積極」決定出版的內容，Oldham 法官指出，幾乎所有由使用者所張貼的內容都沒有經過進一步的「編輯控制」或「判斷」；因此，社群媒體平台之性質，毋寧更接近於新聞、評論及廣告的「渠道」（conduit）。甚至，在許多場合，諸如 Facebook、Twitter 等社群媒體平台，都堅稱自己所提供之服務並不涉及自身的「編輯判斷」<sup>151</sup>。再者，正如 *PruneYard* 案與 *Rumsfeld* 案所附具之理由，旁觀者（observer）也不會錯將「容納他人言論」的行為視為「支持該言論的表現」<sup>152</sup>。

若將 *Hurley* 案之情形與本案之 HB 20 進行類比，Oldham 法官指出，*Hurley* 案並無賦予言論之「宿主」得「任意排除自身所不喜歡之言論」的權利：由於社

<sup>147</sup> *Id.*, at \*23-24 (quoting *PG&E*, 418 U.S. at 14, 16).

<sup>148</sup> *Id.*, at \*25-26 (quoting *Hurley*, 515 U.S. at 574, 576).

<sup>149</sup> *Id.*, at \*26-27 (quoting *Rumsfeld*, 547 U.S. at 61-65).

<sup>150</sup> *Id.*, at \*27-28.

<sup>151</sup> *Id.*, at \*28-29.

<sup>152</sup> *Id.*, at \*30.

群媒體平台並未如遊行主辦者一般，仔細地選擇「具表意性質的元素」，亦無展現出自身與內容之間的「緊密連結」，社群媒體平台即不得據此主張其「審查」行為係受憲法保障之言論<sup>153</sup>。除此之外，縱使平台宣稱：至少受到「審查」的內容確實有經過類似於「主辦遊行」的篩選程序，平台之審查行為仍須經由額外之言論補充，始具有「表意性」（例如：針對個案的說明、服務條款）；對於旁觀者而言，沒有看到某位用戶之言論也很可能是基於其他原因（例如該用戶後來選擇自行移除該內容）。是故，依照 *Rumsfeld* 案所提出之判斷基準，平台之審查行為並不具有「本質上的表意性」<sup>154</sup>。

至於「禁止平台之自身言論」的部分，*Oldham* 法官亦提出三點否定理由：首先，有別於 *Miami Herald* 案所處理之「報紙」以及 *PG&E* 案所處理之「信封」，社群媒體平台之經營者幾乎不受「空間」上的限制，不需因為承載了使用者的言論，而必須捨棄自身的表意內容。再者，正如同最高法院於 *PruneYard* 案所提出之理由，平台業者得藉由自身言論（例如在用戶之貼文下方「加註警語」），與平台所承載之用戶言論「切割」。最後，有別於 *Miami Herald* 案以及 *PG&E* 案，*HB 20* 的第 7 節並非針對「特定內容」為規範，未有賦予「反對平台經營者之觀點」的使用者「特權」，而是平等地保障所有的使用者<sup>155</sup>。

最後<sup>156</sup>，*Oldham* 法官針對平台方所提出之見解進行回應。平台方認為：由於「編輯裁量」（*editorial discretion*）之行使係一獨立之言論自由類型，再加上 *HB 20* 所稱之「審查」亦屬於前揭「編輯裁量」權之行使，因此，*HB 20* 所規範之內容，即有違反憲法第一增修條文。惟 *Oldham* 法官認為，上開平台方所提出之論證前提，皆不成立<sup>157</sup>：

首先，*Oldham* 法官並不認為過往最高法院之先例，已有承認「編輯裁量」的行使為一獨立之言論自由類型，而僅僅是法院於判斷「系爭法規是否已違反憲法第一增修條文」時，所考慮的因素之一；否則，*PruneYard* 案的購物中心業主以及 *Rumsfeld* 案的法學院，也得以藉「編輯裁量權」之主張獲得勝訴<sup>158</sup>。

即便依照平台方之主張而認為「編輯裁量」之行使為一獨立之言論自由類型，*Oldham* 法官認為，平台之行為也無法該當於所謂之「編輯裁量」。*Oldham* 法官指出，若某一主體確實有對於其承載之內容為「編輯裁量」，該主體就必須承擔該內容之「名譽上」（*reputational*）及「法律上」（*legal*）責任；不過，依照法院

<sup>153</sup> *Id.*, at \*30-31 (citing *Hurley*).

<sup>154</sup> *Id.*, at \*31-32 (citing *Rumsfeld*).

<sup>155</sup> *Id.*, at \*32-34 (quoting *PruneYard*, 447 U.S. at 88).

<sup>156</sup> 雖然 *Oldham* 法官於判決中，尚有進行其他面向之討論（例如 *Section 230* 對於本案之影響、「一般承載人」之普通法脈絡等等），惟與本文所欲探討之主題較無關係，故省略之。

<sup>157</sup> *NetChoice v. Paxton*, *supra* note 141, at \*34.

<sup>158</sup> *Id.*, at \*34-35.

自身的觀察，社群媒體平台其實並不願意承擔這些責任。再者，Oldham 法官認為，所謂「編輯裁量」，係於內容被承載、出版、散布「之前」所為；然而，社群媒體平台卻於內容已經散布之後，始有「審查」特定觀點之表意內容；平台方亦無提出足夠之佐證以說服法院為何「事後審查」(*ex post censorship*) 在概念上近似於事前的篩選、檢閱 (*ex ante selection/review*)<sup>159</sup>。

綜上所述，由於由於 HB 20 第 7 節之規範並未限制社群媒體平台本身之言論、亦無強迫平台進行表意，系爭規範應屬合憲。

### 3. 與 NetChoice v. Attorney General of Florida 比較

值得一提的是，Oldham 法官於裁判之最後一段，將第 11 巡迴上訴法院所處理之爭議與法律見解，和本案進行比較。

首先，Oldham 法官指出了德州 HB 20 與佛州 S.B. 7072 的不同之處：第一，相較於 HB 20 禁止平台對於「所有」使用者為「某程度」之審查，S.B. 7072 係禁止平台對於「某些」使用者進行「任何程度」之審查。第二，相較於 HB 20，由於 S.B. 7072 禁止社群媒體平台對於候選人或是新聞業者所張貼之內容「加註警語」，亦要求社群媒體不得於 30 天內重複修改其「使用規則」，S.B. 7072 確實有對於社群媒體平台自身之言論為限制<sup>160</sup>。

不過，Oldham 法官也不避諱地指出自己與第 11 巡迴上訴法院見解上的歧異。首先，有別於第 11 巡迴法院對於「編輯決定原則」的肯認，同前所述，Oldham 法官並不認為最高法院之先例已有承認「編輯決定」作為一獨立之言論自由類型<sup>161</sup>。

再者，Oldham 法官認為，第 11 巡迴上訴法院所承認之「編輯決定權」，與 *PruneYard* 及 *Rumsfeld* 案的見解有所衝突；縱使 *PruneYard* 案中的購物中心業主並未主張其「編輯決定權」，在 *Rumsfeld* 案中，原告方確實有於訴訟中主張其「言論自由」受到侵害<sup>162</sup>。雖然第 11 巡迴上訴法院認為，由於「學校協助招募之行為有別於社群媒體的經營，後者本身即從事「散布經匯編之言論」之事務 (business)，不過對於 Oldham 法官而言，上開區分並不妥適：就法律面而言，不僅最高法院沒有採納過類似見解，在 *PG&E* 案中，即便 *PG&E* 之主要事業 (business) 為電力供應，仍不妨礙其言論自由之主張；就邏輯面而言，當一企

<sup>159</sup> *Id.*, at \*36-38 (citing Ark. Educ. Television Comm'n v. Forbes, 523 U.S. 666, 674, *Miami Herald*)

<sup>160</sup> *Id.*, at \*79-81. 此外，由別於佛州之法令，德州之 HB 20 對於違反規定之平台，並不會課予任何金錢賠償或罰鍰。See *Id.*

<sup>161</sup> *Id.*, at \*82-83.

<sup>162</sup> *Id.*, at \*84.

業之主要營業項目為「散布其他人之言論」時，其言論自由的主張應當受到「弱化」、而非「強化」；就歷史而言，通訊企業（communication firms）一直都是「禁止觀點歧視」的法律之主要規範對象；最後，相較於 *Rumsfeld* 案中，校方會確實於發佈前，檢查佈告欄以及電子郵件的內容，社群媒體平台於大部分的情形，僅會藉由演算法刪去猥褻內容及垃圾廣告（spam）——若社群媒體平台得據此主張其言論自由，則不僅 *Rumsfeld* 案應該改變其判決結果，郵務公司「過濾危險包裹」之行為也應受憲法言論自由之保障<sup>163</sup>。

除此之外，即便承認所謂「編輯決定」為一獨立之言論自由類型，Oldham 法官亦不同意聯邦第 11 巡迴上訴法院承認「平台之審查為一種編輯決定」之見解。除了上開提及之「事前／事後」的差異，Oldham 法官指出，由於第 11 巡迴法院並未賦予「編輯決定」一個可資操作之標準，若允許 Youtube、Facebook 等平台以模糊（amorphous）的目標作為這些平台藉由「審查」所欲傳達之「訊息」，毋寧不附理由地將平台之「審查」行為與所謂「編輯決定」劃上等號<sup>164</sup>。

### （三）Southwick 法官之部分協同、部分不同意見

相對於 Oldham 法官之見解，Southwick 法官認為社群媒體平台之「內容限制」措施，確實屬於憲法第一增修條文所保障之「言論」<sup>165</sup>。雖然所有的判決先例都無法準確地作為本案之指引<sup>166</sup>，不過對於 Southwick 法官而言，與社群媒體所為之內容限制措施最相近者，為「報業對於其出版內容」之控制<sup>167</sup>。Southwick 法官認為，其實最高法院於 *Miami Herald* 案的判決中，承認了兩種不同形式的「言論」：除了報紙本身承載的內容以外，對於「呈現何種內容、如何呈現」之「選擇程序」（selection process），亦已被最高法院承認為憲法第一增修條文所保障之「言論」<sup>168</sup>。

此外，Southwick 法官指出，當 Oldham 法官所代表之多數意見於爬梳最高法院先例時，並未將 *Turner* 案納入討論。然而，正是在 *Turner* 案中，最高法院承認，即便 must-carry 條款並未干涉有線電視業者所提供之節目內容（content of the cable operator's programming），must-carry 條款仍是對於有線電視業者之

<sup>163</sup> *Id.*, at \*85-86.

<sup>164</sup> *Id.*, at \*86-87; 依照第 11 巡迴法院的舉例，社群媒體平台的「訊息」包含「建立一個歡迎所有人的社群」、「促進真實性、安全、隱私與尊嚴」等等。See *NetChoice v. Attorney General of Florida*, *supra* note 119, at \*26-27.

<sup>165</sup> Southwick 法官亦有針對本案判決之其他部分進行討論，不過與本文所聚焦之問題較無關係，故省略之。

<sup>166</sup> 原文為 “None of the precedents fit seamlessly.”

<sup>167</sup> *NetChoice, L.L.C. v. Paxton*, *supra* note 141, at \*94 (Southwick J., concurring in part and dissenting in part)

<sup>168</sup> *Id.*, at \*96-97, 100.

「編輯裁量」權的限制<sup>169</sup>。再加上 *Hurley* 案中最高法院所表示之見解，*Southwick* 法官認為，此種「蒐集後呈現」他人言論的「程序」，亦應受憲法言論自由的保護<sup>170</sup>。

至於 *PruneYard* 案與 *Rumsfeld* 案的比擬，*Southwick* 法官支持聯邦第 11 巡迴上訴法院的立場：*Southwick* 法官認為，由於 *PruneYard* 案中，並沒有涉及購物中心業主的言論；而在 *Rumsfeld* 案中，校方「容許招募人士進入校園」的決定，並不具有「本質上之表意性」，故無從援引憲法第一增修條文。然而，對於社群媒體平台而言，意見表達乃平台「存在」與「身分認同」的本質，二者情形並不能相互比擬<sup>171</sup>。

最後，*Southwick* 法官並不認為 *Oldham* 法官所提出之「事前／事後」區分有其道理：對於 *Southwick* 法官而言，於實際的運作情形中，不僅平台具有若干「事前限制」手段，即使平台在用戶張貼內容後，始對於用戶張貼之內容進行限制，也無礙於其「編輯裁量」權的主張；在面對言論自由之主張時，法院應當顧及新興科技的發展及其脈絡<sup>172</sup>。

## 第二款 學說見解

### 一、傾向於肯定說

在學說上，有部分學者係以社群媒體平台本身之「功能」作為思考的出發點，認為不應該將「內容中立」或是「觀點中立」的概念，適用於社群媒體平台：學者 Balkin 即是如此主張<sup>173</sup>。Balkin 認為，Facebook 等社群媒體為了提供使用者具「個人化」特質之內容，身為「策展者」之角色，Facebook 將無法避免進行內容之間的抉擇；Facebook 正是藉由自身的「策展」程序，促進用戶之間的溝通<sup>174</sup>。對於 Balkin 而言，若以立法的方式禁止社群媒體平台為任何之「內容限制」（moderation），社群媒體本身將失去其價值，平台上將充滿垃圾訊息及色情內容；若要維持一個健康且有活力的公共場闕（public sphere），重點毋寧是社群媒體平台等「中介機構」（intermediate institution）能夠發揮其作用，一齊專業判

<sup>169</sup> *Id.*, at \*99-100 (quoting *Turner*, 512 U.S. at 643-44).

<sup>170</sup> *Id.*, at \*101-103

<sup>171</sup> *Id.*, at \*103-104 (citing *Rumsfeld*)

<sup>172</sup> *Id.*, at \*104-105. 原文為 “The First Amendment fits new contexts and new technologies as they arise.”

<sup>173</sup> Jack M. Balkin, *Free Speech Is A Triangle*, 118 Colum. L. Rev. 2011, 2040-41 (2018).

<sup>174</sup> *Id.*

斷「策展」資訊、提供知識，並贏得大眾信任<sup>175</sup>。為此，政府應當尊重社群媒體於公共論辯中所擔任之「編輯」或「策展者」之角色；而政府「尊重」社群媒體平台的方式，就是確保社群媒體的「編輯權」，一種被歸類為言論自由的權利<sup>176</sup>。

Persily 教授也採取類似見解。Persily 教授認為，若認為政府得要求社群媒體平台成為「公共載具」，目前社群媒體平台關於抑制假訊息、限制仇恨言論與暴力、色情言論的努力都將化為烏有。或有以為，基於 Facebook 等社群媒體位於傳播環境中的重要地位，再加上其所擁有的龐大規模，將得以被國家課予「一般承載人」之義務；不過，Persily 認為，社群媒體平台和鐵路、電話的最大差異，在於社群媒體平台不僅「容納」了用戶的言論，更藉由演算法以組織、安排、設定各個內容的優先順序——從這個面向來看，與其說平台「承載」他人言論、不如認為平台係透過他人的言論而為「表意」<sup>177</sup>。

除此之外，如同 Balkin 的觀點，Persily 也同樣地認為，不應要求社群媒體的演算法達到所謂的「內容中立」；由於演算法之運作本身即是在不同「表意者」與不同「內容」之間進行抉擇與排序，若要求社群媒體平台「遵守」憲法第一增修條文的言論自由規則，可能會癱瘓社群媒體平台的運作。再者，基於「自動化篩選」之需求、「防範違法言論的迅速散布」、「演算法內容的複雜程度」，現實層面可能也難以要求社群媒體平台之演算法「遵守」憲法第一增修條文<sup>178</sup>。

提出類似見解的還有 Lakier 教授。Lakier 教授認為，所謂的「內容差別待遇」(content discrimination) 其實是一體兩面 (janus-faced)。正如同過往美國國會對於地方報紙的郵資補貼、拒絕將廣播頻道視為公共載具，以發揮「內容差別待遇」之重要價值與功能，現今的社群媒體平台，同樣地扮演了言論界限之「守門人」角色<sup>179</sup>。再者，依照 Lakier 教授之觀點，現行之美國言論自由實務，亦禁止將「內容中立」義務施加於「沒有」以「內容中立」為其服務宗旨之言論中介服務者 (speech intermediaries)；最高法院之判決先例亦禁止「表面言論中立、實則隱含立場」之立法<sup>180</sup>。

---

<sup>175</sup> Jack M. Balkin, *To Reform Social Media, Reform Informational Capitalism*, in SOCIAL MEDIA, FREEDOM OF SPEECH AND THE FUTURE OF OUR DEMOCRACY 233, 237-242 (Bollinger & Stone ed., 2022).

<sup>176</sup> Jack M. Balkin, *How to Regulate (and Not Regulate) Social Media*, 1 J. FREE Speech L. 71, 90 (2021).

<sup>177</sup> Nathaniel Persily, *Platform Power, Online Speech, and the Search for New Constitutional Categories*, in SOCIAL MEDIA, FREEDOM OF SPEECH AND THE FUTURE OF OUR DEMOCRACY 193, 199-201 (Bollinger & Stone ed., 2022).

<sup>178</sup> *Id.*, at 202-204.

<sup>179</sup> Genevieve Lakier, *The Limits of Antidiscrimination Law in the Digital Public Sphere*, in SOCIAL MEDIA, FREEDOM OF SPEECH AND THE FUTURE OF OUR DEMOCRACY 179, 183-184 (Bollinger & Stone ed., 2022).

<sup>180</sup> *Id.*, at 185-186 (citing *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1, 17 (1976), *Citizens United v. F.E.C.*, 558 U.S.

相較於以上見解，學者 Bhagwat 所提出之論述包含了更多面向。Bhagwat 認為，類似於 Southwick 法官的理解，所謂「編輯權」(editorial rights)係有別於純粹言論 (pure speech) 與強迫表意 (compelled speech) 的一種言論自由形式，因為「編輯權」本身並不會牽涉到編輯者「本身」之言論<sup>181</sup>。此外，就如同「表意自由」與「不表意自由」的分類，Bhagwat 也將「積極編輯自由」與「消極編輯自由」進行區分，並認為前者應受到更多保障，畢竟對於編輯權之主體而言，於後者之情形中，即使被要求「強迫刊登」，仍得以透過自身的聲明和「被強迫刊登」之內容進行切割<sup>182</sup>。

在進行簡單介紹之後，Bhagwat 從過往的最高法院判決，分析最高法院對於不同之「傳播媒介」，授予多少程度之「編輯權」。對於 Bhagwat 來說，社群媒體與電信業者及網際網路服務供應商 (ISPs) 的不同之處在於，社群媒體有意打造「特定的使用者體驗」(specific experience)，而非僅僅是資訊的「渠道」；再者，社群媒體平台對於內容的掌控程度，也遠勝於有線電視業者；此外，平台業者更是透過演算法的運用，依照其商業考量及意識型態，對於用戶之內容進行篩選、排序。再加上目前社群媒體平台於「物質上」並不具有獨佔或是寡佔的特性，Bhagwat 認為，相較於廣播業者、有線電視業者、以及 ISP 業者，社群媒體平台之「編輯權」應享有更高程度的保障<sup>183</sup>。

除了以上對於社群媒體平台「性質」上的分析，Bhagwat 亦有嘗試從言論自由理論出發，以解釋為何社群媒體平台享有「編輯權」。Bhagwat 認為，之所以憲法第一增修條文亦保障「編輯權」，是為了確保各種立場之表意者 (publisher) 所表現之言論能夠保持一致 (coherent)、連貫 (consistent)，以促進不同觀點之間的公共論辯。此外，於民主社會中，每位公民應當自己選擇所欲接收 (受) 資訊及觀點，而不應讓政府 (代替人民) 判斷何者為「有益」之資訊；至少就美國自身的歷史而言，「帶有特定立場」(partisan) 的媒體所導致之政治對立，最終鞏固了美國的發展<sup>184</sup>。即便社群媒體平台得藉由「編輯權」之主張而任意擺布使用者及其言論，然而對於 Bhagwat 而言，這樣的結果也遠遠優於允許政府管制之情形<sup>185</sup>。

## 二、傾向於否定說

相較於上述對於「現狀」較為支持的見解，學者 Langvardt 採取了截然不同

---

310, 348, 350(2010)). 不過，關於 Lakier 教授對於公共載具之見解，第五巡迴上訴法院之 Oldham 法官明顯地採取完全相反之立場，See *NetChoice, L.L.C. v. Paxton*, *supra* note 141, at \*88-89.

<sup>181</sup> Ashutosh Bhagwat, *Do Platforms Have Editorial Rights?*, 1 J. FREE Speech L. 97, 99-100 (2021).

<sup>182</sup> *Id.*, at 102-103.

<sup>183</sup> *Id.*, at 111-112.

<sup>184</sup> *Id.*, at 113-114.

<sup>185</sup> *Id.*, at 115.

的觀點。對於 Langvardt 而言，相較於新聞業者之編輯權，保障社群媒體平台之編輯權非但不會促進公共利益（例如前揭 Bhagwat 所認為之「公共論辯」），反而可能有害於言論自由環境<sup>186</sup>。雖然 Landvardt 自己亦承認，社群媒體平台將內容彙整、排序、並「表現」出某種觀點的行為，確實會該當所謂的「編輯」行為；然而，事實上社群媒體藉由「內容限制」措施所表現出來的內容，至多僅僅是「用戶想要／適合觀看哪些內容」的反射，而沒有真正地呈現出具體的意識形態。對於 Landvardt 來說，原先為了促進言論自由而保障之「編輯裁量」權，演變至今，實際上已成為了言論治理（speech governance）的授權<sup>187</sup>。是故，Landvardt 認為，若要改變現今「平台言論治理」的現況，就必須調整現今美國實務傾向採取之立場<sup>188</sup>，降低對於平台「編輯權」之保障，甚至是直接拒絕將平台之「內容限制」行為視為一種「言論」<sup>189</sup>。

Lessig 教授則是從另外一個角度切入。Lessig 教授認為，若有一種由人類製造的「仿生人」（replicant），能夠依照工程師所設計的演算法，在輸入資料後產出「任何人都無法事前預測」的言論內容，那麼該「仿生人」的言論，很可能就不再受憲法言論自由所保障；而社群媒體平台使用「演算法」所產出之內容，即是一種「仿生人」言論<sup>190</sup>。首先，由於創造該仿生人或演算法的工程師，已經無法掌握該仿生人所生產之內容，雖然設計該仿生人的工程師可能仍須為仿生人之言論負責，不過這並不代表當初發明該<sup>191</sup>仿生人的工程師，可以將仿生人所產出之內容，當作是自己的言論。再者，若認為「仿生人」為一種獨立之新「主體」，即便最高法院之先例並不支持以「主體」為區分標準的言論自由管制，在 *Bluman v. F.E.C.* 的案例中，法院即有認為「非公民」從事「政治活動」之言論並不受到憲法保障；對於 Lessig 而言，若將「民主運作」視為保障言論自由的基礎，實在沒有理由將言論自由之保障擴及至人類以外的「物種」——至少在「政治性言論」的領域是如此<sup>192</sup>。

### 三、折衷說

與上述二則聯邦巡迴上訴法院的取徑相似，Volokh 教授藉由過往最高法院

<sup>186</sup> Kyle Langvardt, *Can The First Amendment Scale?*, 1 J. FREE Speech L. 273, 277-278 (2021).

<sup>187</sup> *Id.*, at 282.

<sup>188</sup> 依照 Langvardt 之說法，應調整者為「刻板地操作『內容中立』判準」以及「否認『促進言論公平競爭』為正當立法目的」。See *Id.*, at 278-86, 291.

<sup>189</sup> *Id.*, at 291.

<sup>190</sup> Lawrence Lessig, *The First Amendment Does Not Protect Replicants*, in SOCIAL MEDIA, FREEDOM OF SPEECH AND THE FUTURE OF OUR DEMOCRACY 273, 275-76, 280 (Bollinger & Stone ed., 2022).

<sup>191</sup> *Id.*

<sup>192</sup> *Id.*, at 274, 278-81 (quoting *Citizen United v. F.E.C.*, 558 U.S. 310, 392-93 (2010) (Scalia J., concurring), *Bluman v. Fed. Election Comm'n*, 800 F. Supp. 2d 281, 283, 287 (D.D.C. 2011)).

之判決先例，試圖歸納出憲法第一增修條文對於「平台管制」的界限。首先，Volokh 教授社群媒體平台之功能分為「容納」(hosting)、「推薦」(recommendation)、以及「留言」(conversation management)<sup>193</sup>。



### (一) 容納 (hosting)

關於「容納」功能的討論，Volokh 教授援引了 Breyer 大法官於 *Agency for International Development v. Alliance for Open Society International, Inc.* 案中的不同意見，認為「一般來說，政府有合法的權力去要求某人容納另一人之言論」；並指出即便是認為 S.B. 7072 違憲的地區法院，也認為：「若某人並未遭強迫表意、其本身之言論也未受限制、第三者之言論也不會被歸諸於該人」，即無違反憲法第一增修條文<sup>194</sup>。再者，從 *PruneYard* 案以及 *Rumsfeld* 案的理由中可以得知，若私人將其財產（之一部分）對公眾開放，政府即有權要求該私人將其財產供其他表意者使用。因此可以認為，若規範對象為社群媒體，立法者亦得要求社群媒體平台分享一些「虛擬空間」予使用者<sup>195</sup>。

除此之外，Volokh 教授也說明了社群媒體平台與報紙、遊行之不同。正如同 Bhagwat 之觀察，由於讀者的習慣，報紙本身是一項「聚合性」的言論產品，因而產生「一致性」的需求；而在 *Hurley* 案中，法院也明確地支持遊行主辦方以「慶祝聖派翠克節」作為其遊行的主旨，並強調遊行主辦者與「遊行所傳遞之內容」之間的緊密連結。不過，對於社群媒體平台來說，Volokh 認為，平台上的內容大多為「獨立、彼此無關」，僅是剛好同時被提供予使用者而已；若試圖歸納 Facebook、Youtube 之所有內容以求一個「共同主題」(common theme) 或是「綜合訊息」(overall message)，不僅技術上難以辦到，恐怕實際上也不存在這樣的一個「共同主題」<sup>196</sup>。

即便認為社群媒體所欲傳達之訊息為「特定的使用者體驗」，Volokh 教授指出，當購物中心與大學也有為其顧客及學生打造「特定的（消費者）體驗」時，最高法院也不承認這些行為符合「言論」的要件<sup>197</sup>。不惟如此，根據 *PruneYard* 案以及 *Rumsfeld* 案所得出之推理，Volokh 認為，即便社群媒體平台並不具備「獨占」之要件、要求社群媒體「容納」他人言論將有損平台之經濟利益，也不因此

<sup>193</sup> Eugene Volokh, *Treating Social Media Platforms Like Common Carriers?*, 1 J. FREE Speech L. 377, 408-09.

<sup>194</sup> *Id.*, at 416 (quoting *Agency for Int'l Dev. v. Alliance for Open Soc'y Int'l, Inc.*, 140 S. Ct. 2082 (2020) (Breyer, J., dissenting, joined by Ginsberg & Sotomayor, JJ.), *NetChoice v. Moody*, 2021 WL 2690876, \*9 (N.D. Fla. June 30, 2021).

<sup>195</sup> *Id.*, at 418-19.

<sup>196</sup> *Id.*, at 405, 424-426 (quoting *Hurley*, 515 U.S. 576).

<sup>197</sup> *Id.*, at 427.

得出違憲之結論<sup>198</sup>。

綜上所述，就社群媒體「容納」之功能而言，只要無涉於觀點歧視（*viewpoint discrimination*），政府對其施以「一般承載人」之要求，並不會違反憲法第一增修條文<sup>199</sup>。此外，就如同最高法院於 *Rumsfeld* 案中，認為要求大學協助「寄發電子郵件、張貼公告」之規定仍然屬於針對「行為」的規範，以上關於社群媒體「容納」功能之分析，亦適用於社群媒體之「訂閱」（*subscription*）及「搜尋」（*simple directory*）功能：當有第三者「訂閱」、「追蹤」、或「搜尋」某一用戶時，政府得要求社群媒體平台呈現該用戶及其發布之內容<sup>200</sup>。

## （二）推薦（*recommendation*）、留言（*conversation management*）

*Volokh* 認為，關於社群媒體主動向使用者所「推薦」之內容，即屬於社群媒體平台本身之言論，社群媒體平台得自行選擇所欲推薦予使用者的內容而不受干預，即便該選擇其實是演算法所作成之決定，亦然<sup>201</sup>。

至於某一內容底下的「留言」，即並非「剛好一併傳輸予使用者」，對於讀者而言，由於這些留言都位於某一特定內容之下方，彼此之間可說是具有一定的相互關聯，因而形成一特定的「對話」（*conversation*）。對於 *Volokh* 來說，社群媒體平台對於「留言區」的管理，就如同研討會中對於「Q&A」環節的掌控、老師對於學生參與課堂討論的要求，即便這些限制並非帶有「特定訊息」，社群媒體平台也可能會有維持留言內容「一致性」的需求。是故，對於留言區內容的管理，亦屬於社群媒體平台之「言論」<sup>202</sup>。

## 第三款 本文見解

以下段落，本文欲以 *Volokh* 教授所提出之「區分說」作為討論之起點；接著，本文將對於採取「目的取向」的學說見解進行回應，再以社群媒體之「功能」作為思考主軸，參酌同樣以社群媒體之「功能」作為分析主軸之學說及實務見解，釐清各見解之間產生分歧的原因，並嘗試提出一套新的判斷標準。最終，除了將上述學說與二則美國聯邦巡迴上訴法院之見解進行整理之外，根據本文所提出之判斷標準，得出「社群媒體之『策展』與『內容限制』措施並非憲法上之言論」的結論。

<sup>198</sup> *Id.*, at 435-438.

<sup>199</sup> *Id.*, at 445-448（關於觀點歧視之部分）。

<sup>200</sup> *Id.*, at 440-445.

<sup>201</sup> *Id.*, at 451-52.

<sup>202</sup> *Id.*, at 452-53.



## 一、關於 Volokh 之區分說

就以上之實務見解整理及學說討論，本文欲先回應 Volokh 教授所提出之「區分說」。首先，正如同其他學者之批評，即便依照 Volokh 教授之見解，認為社群媒體平台單純「容納」使用者之言論時，並不得主張言論自由，社群媒體亦得透過內容之優先排序，而使得內容遭到「埋沒」，畢竟依照社群媒體之使用邏輯，社群媒體之使用者已甚少需要再「主動」搜尋自身有興趣之內容<sup>203</sup>。

此外，將「留言區」之內容獨立於其他內容的理由，似乎也稍嫌薄弱：除了在現實情形中，社群媒體幾乎沒有針對留言為更特殊之「內容限制」措施，對於使用者而言，有時候「留言」之重要性還更勝於原先之「主內容」，所謂留言內容之「主題性」，也可能隨著留言的累積而有所改變。最明顯之例子即是「網路出征」<sup>204</sup>以及「留言朝聖」的現象<sup>205</sup>：於前者之情形，其他使用者之所以於該「主內容」下方留言，並非想要參與原先「主內容」之討論，而僅僅是要抒發對於該內容之作者近日言行舉止之不滿；於後者之情形，則是最初參與討論之留言內容，由於各種原因，意外地吸引其他無關之使用者「圍觀」。更不用說，所謂「主內容」與「留言」之區分，依照某些社群媒體的功能設計，實無太多區分——Twitter 即是一例<sup>206</sup>。

退步言之，即便認為社群媒體平台需要維持留言（與原本「主內容」）之一致性，若再進一步探求社群媒體平台對此「一致性」之要求應採取如何之標準，以區辨此種「內容限制」行為是否屬於「編輯權」之行使，毋寧又會回到上開二則巡迴法院見解之討論。

綜上所述，本文以為，Volokh 教授雖然試圖以「類型化」之方式，逐步「拆解」社群媒體複雜之運作模式，然而 Volokh 教授所提出之思考模式，不僅對於「社群媒體透過演算法為內容之優先排序」之情形著墨過少，也忽略了社群媒體平台上所發生的新型互動模式；是故，Volokh 教授之「區分說」見解，並不足採。以下討論，基於相同之原因，亦不再區分社群媒體之「容納」與「推薦」功能：

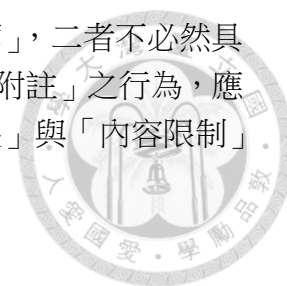
<sup>203</sup> See Persily, *supra* note 177, at 200-201; Bhagwat, *supra* note 181, at 103-104, Langvardt, *supra* note 186, at 281.

<sup>204</sup> 舉例而言，參照吳妍（2022.8.3），鏡周刊，〈【裴洛西訪台】吃義大利麵也能被出征 田馥甄限動一句話小粉紅玻璃心碎滿地〉，網址：<https://www.mirrormedia.mg/story/20220803edi005/>；最後瀏覽日期：2023.5.26。於「網路出征」現象之討論，本文係預設撰寫各則「留言」之使用者皆未使用自動化機制以試圖散布「垃圾訊息」，以求討論之聚焦。

<sup>205</sup> 舉例而言，參照謝文哲（2022.8.23），鏡周刊，〈通緝錯人！警政署長回應了 網友朝聖最衰男子臉書：告一輪財富自由〉，網址：<https://www.mirrormedia.mg/story/20220823edi013/>；最後瀏覽日期：2024.5.26。

<sup>206</sup> 關於 Twitter 的「推文」與「回覆」之介紹，詳見 X(Twitter)說明中心，〈關於回覆和提及〉，網址：<https://help.twitter.com/zh-tw/using-twitter/mentions-and-replies>；最後瀏覽日期：2024.5.26。

對於本文而言，或可將「容納」之功能視為最低程度的「推薦」，二者不必然具有質性上的差異；至於社群媒體平台於使用者貼文下方「加上附註」之行為，應無疑為社群媒體平台之言論。因此，以下關於社群媒體「策展」與「內容限制」行為的討論即不包含「附加附註」之情形，先予敘明。



## 二、其餘學說討論

關於前揭學說上之討論，本文嘗試整理為以下表格：

學者	取徑	理由
Balkin	社群媒體的「功能」	社群媒體之運作無法避免內容之間的選擇、排序
	追求理想之言論自由環境	應仰賴具有專業、受信任之中介機構以維持健康之公共場闕
Persily	社群媒體的「功能」	不僅僅是「容納」，更有對於內容為更細緻的「策展」
	追求理想之言論自由環境	藉由私人機構對於內容之控制，以遏止有害之內容於網路上散布
Lakier	追求理想之言論自由環境	私人「內容差別待遇」亦有其優點
Bhagwat	社群媒體的「功能」	社群媒體有意打造「特定之使用者體驗」；對於內容具有高度掌控
	追求理想之言論自由環境	應保持各表意者能夠「維持一致」言論之權利以促進公共論辯；政府不應代替人民作決定
Langvardt	追求理想之言論自由環境	應調整最高法院僵硬之法則以緩和「私人言論治理」的現狀
Lessig	社群媒體(尤其是透過演算法為決策)的「功能」	已非原先製造者所能預見之結論；目前法院實務也不否認「非公民」從事「政治活動」之言論得不受保障
	追求理想之言論自由環境	避免演算法操弄、維繫民主運作

表（一）：本文整理<sup>207</sup>

從以上之整理，可以發現：大致上，可以認為學說上之討論係從兩個不同的面向出發。有些論點係以「目的取向」，以「追求理想之言論自由環境」為目的，從而推導出肯（否）定說的結論；有些論點則類似於前述二則聯邦巡迴上訴法院之見解，以社群媒體之「功能」著手，嘗試比較分析社群媒體平台與其他傳播媒介之異同。針對兩種不同的取徑，基於以下兩點原因，本文更傾向於以社群媒體平台之「功能」作為思考主軸：

首先，並非採取了肯（否）定見解之後，即無法藉由其他方式維護、促進否（肯）定見解論者所重視之言論自由價值。

舉例來說，雖然 Persily 教授傾向於承認社群媒體平台（於進行「策展」、「內容限制」行為時）之言論自由，Persily 教授也同時認為，當政府之管制行為係基於「維持民主運作」、促進健全之「意見自由市場」（marketplace of ideas）等重要政府利益時，平台業者之言論自由仍應予退讓；禁止「精準投放」（micro-targeting）等管制手段應屬合理措施<sup>208</sup>。同樣地，Balkin 教授在肯認社群媒體平台之「編輯權」的同時，也認為應當藉由競爭法以促進更多不同之社群媒體平台，甚至是平台之間「互通性」（interoperability）之要求，以避免少數的跨國營利企業能夠主宰公共事務的討論<sup>209</sup>。

另一方面，傾向於否定說的學者 Langvardt 也認為，除了直接否定地平台之言論自由，至少應嘗試採取「比例原則」式（proportionality-based model）的思考，以承認某些公共利益之重要性將更勝於社群媒體平台之言論自由。雖然，如果政府實施了「使用者言論保障法案」，將可能導致網路上充斥著「合法卻有害」（lawful but awful）的言論。然而，Langvardt 指出，此時或許可以從「閱聽者」（listener）之言論自由的角度切入，主張「合法卻有害」的言論已經污染了閱聽者所得接收的資訊；甚至在面對網路上的騷擾言論及「引戰」言論（trolling）時，閱聽者得認為這些言論已對於閱聽者之言論自由產生寒蟬效應（chilling effect）而被認為係屬言論自由的限制<sup>210</sup>。

綜上討論，可以發現：即便是對於平台之言論自由採取肯定見解的學者，也未曾忽略平台業者對於公共論辯的巨大影響力；傾向採取否定見解者，亦有注意

<sup>207</sup> 詳見前揭第二款之介紹。

<sup>208</sup> Persily, *supra* note 177, at 207-208.

<sup>209</sup> Balkin, *supra* note 173, at 2035-36; *supra* note 175, at 248.

<sup>210</sup> See Langvardt, *supra* note 186, at 289-90. 此外，對於 Langvardt 來說，若承認「騷擾言論或引戰言論將有害於閱聽者之言論自由」的論點，等同於變相地承認這些言論屬於所謂之「低價值言論」，從而認為社群媒體平台對於此種言論之限制並不會違反「公共載具」之要求。See *Id.*, at 290-91, fn. 55.

到現今網路環境所充斥之有害內容。因此，本文認為，對於「理想之言論自由環境」的討論，以及「當今網路環境現狀與理想之間的差距」的釐清，就「社群媒體平台之『策展』、『內容限制』行為是否為一種言論」的區辨而言，似乎並非必要。反過來說，若以社群媒體平台所提供之「功能」為思考之出發點，所得出之結論也不會因為原先倚賴之理論基礎受到抨擊而將有所動搖。

再者，若以台灣本土法制發展作為最根本之研究目的，相較於理論的移植與繼受，基於社群媒體之功能特性所作出之結論，或許更有適用餘地——尤其，當現今主流之社群媒體皆為跨國企業時，同樣的社群媒體所顯現之功能特性，即不會因為所處國境之不同而產生巨大差異。是故，即便以下仍舊係以美國法之準則為討論之出發點，本文以為，若欲援引、適用至我國法之脈絡，亦有相當之空間。

### 三、著重於社群媒體平台「功能」：言論一行為之區辨

#### (一) 問題釐清：尋找真正的「癥結點」

最後，關於社群媒體「功能」之分析，本文將以上述二則巡迴法院判決以及最高法院所建立之「法則」作為討論主軸，並輔以學說上之討論。為此，本文嘗試將二則判決於適用最高法院之法則時所產生之歧異，整理如下：

爭點	11 <sup>th</sup> 巡迴上訴法院	5 <sup>th</sup> 巡迴上訴法院
限制「 <b>編輯權</b> 」等於限制「 <b>言論</b> 」？	是，獨立之言論類型。	否，僅為判斷因素之一； 需要有「限制自己言論」才算。
平台是否有行使「 <b>編輯權</b> 」？	是。	不是，編輯者需要承擔法律上、名譽上責任，且應「事前」為之。
是否有限制平台之本身言論？	無須討論，已認為有限制編輯權	否； ①無物理上限制 ②得和他人言論「切割」 ③觀點中立
是否有對於平台「強迫表意」？		否，他人言論≠自己言論；此外，Hurley 案也沒有提供任何支持的論點。

Hurley/Rumsfeld 以「從事之事業」為區分？	社群媒體本來就在從事散播言論的“BUSINESS”	從法律、邏輯、歷史觀點切入都無法支持這種分類。
依照 Rumsfeld：「本質上表意性」，不須有其他「解釋性言論」：	符合，為言論。	才怪，旁觀者看不出來。
是否已具有「緊密連結」？	Hurley 案並未要求 <b>特定訊息</b> 的傳達，更何況 Turner 案更沒有。	否，平台沒有如同遊行籌劃者「挑選集體特徵」！

表（二）：本文整理<sup>211</sup>

經過以上整理，本文以為，可以大致將第 5 以及第 11 巡迴上訴法院之歧異，歸納為以下二點：

首先，本文認為，如同學者 Bhagwat 以及 Southwick 法官的見解，所謂「編輯權」已非單純之「自身言論」，應將「編輯權」視為一種獨立的類型加以討論；畢竟依照 *PruneYard* 以及 *Rumsfeld* 案所表示之見解，單純「容納他人言論」並不同於「自身」遭到強迫表意。是故，除了 *Miami Herald*、*PG&E*、*Hurley* 案本身所涉及之「報紙、信件、遊行」內容，其他「將他人之言論匯整、編輯」的行為，是否一概屬於言論，而無須再滿足其他要件？再者，若從 *Rumsfeld* 案出發，於「容納」第三人言論之情形，需要滿足那些要件始得該當於「言論」？

對於第 11 巡迴上訴法院而言，由於 *Miami Herald* 等最高法院判決先例已經承認「編輯權」作為一種獨立之言論類型，因此，對於「編輯權」之認定採取一種較為寬鬆之審查標準，認為只要有排除「自己所不喜歡之內容」之行為，即屬於「編輯權」之行使<sup>212</sup>。於第二個爭點，主筆之 *Newsom* 法官則傾向聚焦於社群媒體平台針對特定內容所為之「各別」決定，以及社群媒體平台對其「社群守則」或「服務條款」之貫徹<sup>213</sup>。

然而，對於第 5 巡迴上訴法院之多數意見來說，最高法院之判決先例並沒有承認「編輯權」得作為一獨立之言論類型，因此就必須回歸至「本身言論受到限制」以及「強迫表意」之脈絡中進行討論<sup>214</sup>。針對第二個爭點，主筆之 *Oldham* 法官則採取一個較為「宏觀」之視角，認為：既然社群媒體平台並沒有廣泛地控

<sup>211</sup> 詳見本文二、以下段落

<sup>212</sup> 參照本文二、(一) 2. 以下整理。

<sup>213</sup> See *NetChoice v. Attorney General of Florida*, *supra* note 119, at \*30, 36-37, fn. 14, 15. 在註腳 15 中，*Newsom* 法官亦承認有些內容限制措施，例如內容優先排序的調整，對於使用者而言，確實可能需要仰賴平台的「補充性解釋」才能注意到。See *Id.*

<sup>214</sup> 參照本文二、(二) 3. 以下整理。

制平台上的內容，從其他使用者之角度，單就社群媒體平台之「呈現」，並無法體會到平台業者藉由「內容限制」行為所欲顯現之「表意性」<sup>215</sup>。

經過以上的爬梳以後，本文以為，雖然看似存在兩個不同的爭點，實際上問題背後的癥結點是相同的，也就是：為何「編輯權」得以作為一獨立之言論自由類型？即便認為 *Miami Herald* 案及其後來之最高法院判決先例確實將「編輯權」視為一種獨立之言論自由類型，當今天所適用之對象不再是報紙、信件、遊行等「傳統」之言論表達形式，而是擁有大量用戶、以飛快地速率散佈超大量內容的社群媒體平台時，本文以為，平台業者對於平台上內容所為之「策展」及「內容限制」行為，是否仍然屬於一種編輯權的行使，即非理所當然，而需要更多支持的理<sup>216</sup>。

若社群媒體平台無法單憑過往最高法院對於「編輯權」之承認，即主張其「策展」與「內容限制」行為屬於一種受憲法保障之言論<sup>217</sup>，那麼對於「策展」及「內容限制」行為是否屬於一種言論之區辨，即會落入上開第二個爭點之討論。亦即，藉由所謂「表意行為」( *expressive conduct* ) 法則所建立之判準，作為「言論」與「行為」之分水嶺，判斷「策展」及「內容限制」行為的性質。

## (二)「表意行為」法則之操作

美國法上關於「表意行為」(又作「象徵性言論」, *symbolic speech*) 之判斷標準，一般係認為出自於最高法院之 *Spence v. Washington*<sup>218</sup> 判決。在 *Spence* 案中，法院認為上訴人「將美國國旗倒掛並加上和平符號( *peace symbol* )」之行為，即便上訴人沒有以文字或話語( *printed or spoken words* ) 表達其想法，亦是一種溝通的形式；雖然正如最高法院於 *United States v. O'Brien* 案所表達之觀點，不應將所有「試圖表達特定意見」的行為都視為一種言論；然而，根據本案上訴人行為之「本質」以及該行為發生之事實脈絡( *factual context* ) 與環境，上訴人確實具有想要傳達特定訊息的意圖，且見到該行為之他人亦很可能藉由周遭情境( *surrounding circumstances* ) 而理解該訊息。是故，法院認為，此案涉及對於表意行為之處罰<sup>219</sup>。

<sup>215</sup> See *NetChoice, L.L.C. v. Paxton*, *supra* note 141, at \*28, 31-32.

<sup>216</sup> 更不用說，由於現今社群媒體平台業者對於自動化決定系統的仰賴，正如同 Lessig 教授之批判，平台業者對於「呈現予用戶之內容」的掌握程度，已相當有限。

<sup>217</sup> 若將視角轉移至我國憲法實務，雖然我國司法院釋字第 364 號解釋之理由書中亦有提及「媒體之編輯自由」，依舊無法此處所面對之問題；在論理上，至少本文以為，無法直接將釋字第 364 號解釋所處理之「廣播電視」與本文所處理之社群媒體平台相提並論，二者之商業模式、所處理之訊息量多寡、訊息傳播速度等等，都有明顯之不同。

<sup>218</sup> *Spence v. Washington*, 418 U.S. 405 (1974).

<sup>219</sup> *Id.*, at 405, 409-411 (citing *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367, 376). 關於美國法「表意行為」

然而，正是本文前揭一再提及之 *Hurley* 案，放寬了 *Spence* 案對於「特定訊息」之要求。於 *Hurley* 案中，主筆之 Souter 法官寫道，憲法並未僅僅保障以文字或言語為媒介之言論；依照法院於 *West Virginia Board of Education v. Barnette* 案所表示之見解，「符號使用 (symbolism) 亦是一種原始 (primitive) 但有效之意見溝通方式」。因此，不應以「簡短且清晰 (narrow, succinctly articulable) 之訊息」作為 (受憲法保障之) 言論自由的要件，若認為所有言論都須「傳達特定訊息」始受憲法保障，則 Jackson Pollock 的畫作、Schoenberg 的音樂、Lewis Carroll 的無聊詩 (Jabberwocky verse) 等絕對應受憲法保障之內容，也將被排除於保障範圍之外<sup>220</sup>。

而在 *Rumsfeld* 案中，法院也沒有忽略該案涉及「象徵性言論」之可能。不過正如前開第 11 以及第 5 巡迴上訴法院的整理，主筆之 Roberts 法官聚焦於「容納軍隊招募者」行為之「表意性」的認定；由於該行為之「表意性」並非出自於行為本身，而是附隨於該行為之「解釋性言論」，因此該行為並不屬於受憲法第一增修條文保障之「表意行為」<sup>221</sup>。

綜合以上討論，首先要釐清者為 *Hurley* 案與 *Rumsfeld* 案的「層次」問題。乍看之下二者所針對的問題係處於不同層次，前者係處理所涉行為所欲傳達之訊息「是否足夠特定」的問題，而後者則是處理「表達訊息之有無」的問題。然而，若是認同 Souter 大法官於 *Hurley* 案所表示之見解，認為即便某一行為並沒有「傳達特定訊息」之意圖與外觀，同樣得該當於「表意行為」，似乎就不需要將 *Hurley* 與 *Rumsfeld* 案所設立之標準視為不同層次之問題。換言之，當訊息「是否特定」的標準被降低、淡化，判斷之重點就會轉移至「表達訊息之有無」之標準；而若要肯定某一行為具有「表達訊息」之意涵，該行為所欲表達之訊息也需要具備一定之明確性以供辨認。

將上開「表意行為」之判準適用至社群媒體平台之「策展」、「內容限制」行為之前，第二個需要釐清的問題，即是 *Spence* 案及 *Hurley* 案所建立之法則的妥適性。雖然在細節以及邊緣個案之適用上，*Spence* 案所建立之法則確實孳生不少爭議<sup>222</sup>，不過本文同意前揭美國最高法院於 *O'Brien* 案所表示之見解，即便我們承認某些行為可能具有一定的表意性質，也不應當過度隨意地肯認之，否則毋寧

---

法則之中文文獻，參照吳佳樺 (2022)，《不表意自由之研究：從理論到實踐》，國立臺灣大學法律學院法律學系博士論文，頁 124 以下。

<sup>220</sup> *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian, and Bisexual Group of Boston, Inc.*, 515 U.S. 569 (1995) (citing *West Virginia Bd. of Ed. v. Barnette*, 319 U.S. 624, 632 (1943)). 中文文獻之部分，參照吳佳樺，同前註，頁 125、129。

<sup>221</sup> *Rumsfeld v. Forum for Academic and Institutional Rights, Inc.*, 547 U.S. at 65-66 (2006) (citing *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397, 406 (1989)).

<sup>222</sup> 關於 *Spence* 法則之批判與討論，參照吳佳樺，同註 219，頁 127-132。

是造成言論自由於憲法價值上的「貶值」<sup>223</sup>。而 *Hurley* 案之見解，亦適度「鬆綁」了原先 *Spence* 案對於行為需要「傳達特定訊息」之苛刻要求，使得 *Spence* 案所建立之標準，大致上並無不妥之處。

再回到社群媒體「策展」、「內容限制」行為的討論，正如上開整理所示，不僅第 11 及第 5 巡迴法院對於同一法則之適用產生結論上之歧異<sup>224</sup>，學說上的觀察也大相逕庭；舉例來說，當 Balkin 和 Persily 聚焦於社群媒體平台所進行之「個人化」體驗時<sup>225</sup>，Vlokh 則認為社群媒體平台上的內容缺乏「共同主題」<sup>226</sup>。本文以為，之所以於社群媒體的脈絡中，以上法則之適用與理解會產生歧異，除了社群媒體「所欲傳達之訊息」難以捉摸之外，社群媒體的「個人化」服務也使得旁觀者從「微觀」視角觀察所得出之結論，將不同於從「宏觀」視角觀察所得出之結論，而這正是社群媒體平台所「獨有」的現象：

若以「微觀」之視角，亦即以個別使用者之視角，對於平台上之內容進行觀察，由於社群媒體平台確實有進行內容的篩選、排序，應認為此時平台確實有傳達出某程度之「訊息」；然而，若從「宏觀」之視角出發，超級大量之個人化服務所呈現之「全貌」，即便有辦法對其進行觀察，恐怕也難以得出任何有意義之訊息，而僅是資訊的堆疊。不惟如此，若顛倒「宏觀」與「微觀」之觀察順序，先進行「宏觀」的觀察，則會認為由於社群媒體「社群守則」的貫徹，某程度而言確實表現出了某種價值取捨；然而，若再回到「微觀」之視角，又將難以看出「社群守則」所欲彰顯的價值判斷——除了自動化篩選的失誤，由於社群媒體平台上的充斥著大量資訊，使用者「沒看到」某一特定內容，有相當大之機率只是因為該內容不受演算法青睞而已，更不用說該內容之發布者自行調整隱私權限、刪除的情形<sup>227</sup>。

<sup>223</sup> 類似見解，參照吳佳樺，同前註，頁 105。

<sup>224</sup> 詳見前揭表（二）。

<sup>225</sup> See Persily, *supra* note 177, at 202; Balkin, *supra* note 173, at 2041.

<sup>226</sup> See Vlokh, *supra* note 193, at 426.

<sup>227</sup> 需要補充的是，並非所有社群媒體平台都如同 Facebook、Twitter、Youtube，以「開放所有內容」為原則；正如同 Newsom 法官之觀察，也有社群媒體平台在設立之初，即已有決定該平台上內容之特定主題。See *NetChoice v. Attorney General of Florida*, *supra* note 119, at\*26-28. 除此之外，最明顯之例子，應該是成人網站 Pornhub。See PORNHUB, *Terms Of Service*, <https://www.pornhub.com/information/terms>, 最後瀏覽日期：2024.5.26。（“The Website is for adult-oriented content. Other categories of content may be rejected or deleted in our sole discretion. We may, in our sole discretion and at any time, remove any content on the Website.”）若是此類已有「特定主題」之社群媒體平台，則應認為在「微觀」以及「宏觀」之視角，都得見到類似的「價值取捨」。不過，此類具有「特定主題」之社群媒體平台，已被排除於本文之研究範圍之外，詳見本文第一章、第二節、第一項、第一款。

平台所欲傳達的訊息	宏觀視角	微觀視角
個人化的內容篩選排序	一團混沌！	確實。
社群守則的落實	確實。	不知道為何內容消失、有漏網之魚。

表（三）：本文自製

面對此種「微觀」與「宏觀」之不一致，本文以為，不應嘗試在「宏觀」與「微觀」視角中，選擇一個「較為正確」或是一個「較能代表社群媒體平台」之視角，否則將有「以偏概全」之嫌。對於社群媒體平台業者而言，「個人化」策展以及「社群守則」的執行都是社群媒體重要且不可忽視之特色；對於使用者而言，雖然在使用社群媒體的服務時，係以「微觀」之視角理解社群媒體平台所為之「策展」及「內容限制」行為，然而這並不代表使用者不重視社群媒體之社群守則以及該社群媒體所呈現之「形象」<sup>228</sup>。是故，要如何判斷社群媒體之「策展」及「內容限制」行為是否屬於一種「言論」，即需要其他的判準<sup>229</sup>。

### （三）以訊息之「指向性」作為區分標準

承上述，若無法藉由 *Spence* 案以及 *Hurley* 案所建立之法則，作為社群媒體之「策展」及「內容限制」行為是否具有「表意性質」之判準。本文以為，或許可以從訊息溝通之「指向性」嘗試區分二者：

之所以本文嘗試以訊息溝通之「指向性」作為區分之標準，即是強調言論作為人們相互溝通之「載體」。如同前揭之介紹，學者 Bhagwat 認為，當表意者之言論具有一致性的時候，各表意者所展現的不同觀點將有助於公共論辯——而公共論辯當然亦是一種「溝通」的展現<sup>230</sup>；美國最高法院亦於 *Spence* 與 *Hurley* 案

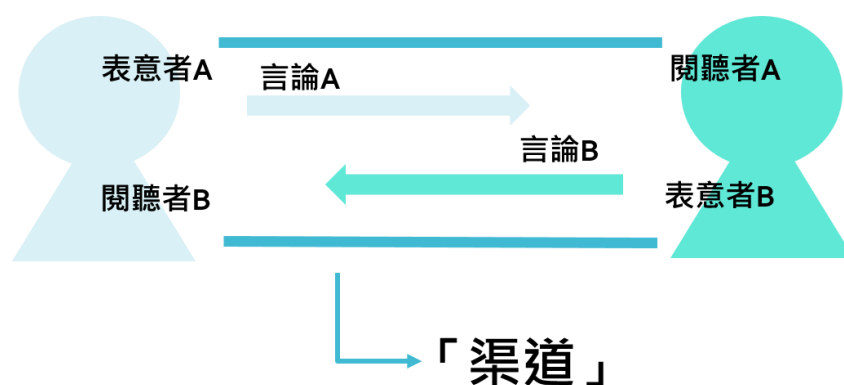
<sup>228</sup> See Sheera Frenkel, The New York Times, *What Is Bluesky and Why Are People Clamoring to Join It?* (Apr. 28, 2023), <https://www.nytimes.com/2023/04/28/technology/what-is-bluesky.html?auth=login-google1tap&login=google1tap>. 最後瀏覽日期：2024.5.26。（“Since Mr. Musk bought Twitter, he has changed the service by removing restrictions around online speech on the platform and changing its verification practices. Those have led to some user confusion, as well as to an increase in misinformation and hate speech on the platform. As a result, Twitter users have tested out alternatives. In recent months, some have migrated to Mastodon, another decentralized social media platform that has said it aims to be “a viable alternative to Twitter.”）

<sup>229</sup> 當然，若採取稍微嚴格之「特定訊息」或是「共同主題」的標準，或許即可否定社群媒體平台之「策展」及「內容限制」行為的「表意性」。然而，除了 *Hurley* 案並沒有提供一個足夠清晰之標準以供操作之外，如下所述，本文尚有其他不支持社群媒體平台之「策展」及「內容限制」為言論之理由。

<sup>230</sup> Bhagwat, *supra* note 181, at 113-114. 然而，Bhagwat 雖然有意識到社群媒體平台上之內容係由

中，強調某些行為作為一種「溝通」之形式的可能<sup>231</sup>。除此之外，國內之蘇慧婕教授於探究「言論管制之中立性」時，援引語用學（pragmatics）上之言論行為理論（speech act theory），認為：之所以憲法特殊保障言論自由，是因為「溝通」所具有之「意義傳遞」功能；因此，憲法上之言論必須具備「表意性」以及「社會性」之要素，而所謂「社會性」即是強調表意人「指向於」閱聽人之間的「溝通連結」<sup>232</sup>。

而資訊傳遞之「指向性」，也正是電話、郵政、甚至是 ISP 業者等「一般承載者」與報紙、遊行、有線電視業者最大之不同。於前者之情形，之所以會以「渠道」<sup>233</sup>做為比喻，不僅僅是因為在傳輸過程中，傳輸者並未對於內容進行更動，「渠道」也代表著資訊流通的「雙向／多向」性：單憑渠道本身，並無法辨認「表意者」與「閱聽者」之身分；資訊可能從 A 傳遞至 B，亦可能從 B 傳遞至 A，甚至二種情形同時發生，甚至存在著 A、B、C、D 等多位主體同時藉由「渠道」之協助，輪流擔任表意者與閱聽者之身分。此時，這些「渠道」將同時承載著複數「第一手」表意者之言論。然而，於後者之情形，諸如報紙、遊行、有線電視等主體，都是「單向性」地散布資訊，而不會同時承載複數表意者之言論以促進表意者「之間」的溝通；有線電視業者所傳輸之訊號，用意並非促進「電視台」與「電視台」之間的溝通，而是將電視台之內容播送予廣大觀眾；保障集會遊行之目的不在於促進參與遊行之間之溝通，而是使其他社會大眾能夠注意參與遊行者所欲表達之意見。



許多不同之使用者所發布，而各使用者之間的觀點也可能大相逕庭，Bhagwat 卻認為畢竟社群媒體平台並不具有獨占性，相較於政府管制，寧願承認平台業者對於平台上內容之「編輯權」。See *Id.*, at 115. 然而，這種論點最難以令人信服之處在於，比起 Facebook 之使用者於平台上之論辯、交流，Bhagwat 似乎更重視 Facebook 跟 Twitter、Truth Social、TikTok 之間的「溝通」。

<sup>231</sup> 詳見本款前揭三、(二)之整理；參照吳佳樺，同註 219，頁 126-27。

<sup>232</sup> 參照蘇慧婕（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〉，收錄於李建良編，《憲法解釋之理論與實務第九輯》，頁 209-10。

<sup>233</sup> 在此感謝黃銘輝教授於口試時對於“conduit”一詞在翻譯上給予之建議；相較於本文原先所翻譯之「導管」，「渠道」之意象無非更適合描述複數主體間之言論交流與意見溝通。

圖(五): 本文自製



因此，由於「渠道」所承載之資訊，於流通時具有「雙向／多向」性，除非認為此時「渠道」能夠同時身兼「所有」言論之表意者<sup>234</sup>，否則「渠道」即不得依憑其所傳輸之資訊，主張自身受到言論自由之保障；「渠道」僅是其他主體之間進行溝通時之背景、場所、環境。若以此區分標準來審視社群媒體平台之運作模式，社群媒體平台比起「單向性」之表意者，毋寧更接近於「渠道」，即便社群媒體之「策展」及「內容限制」措施為一種極度複雜、難以捉摸之渠道，亦然。

或有以為，社群媒體平台透過「人工審查員」所為之「內容限制」行為，與平台利用演算法所為之自動化決策有所不同，應分別予以討論。然而，事實上社群媒體平台在決定某一特定內容之「妥適性」時，亦會交錯地使用自動化系統及人工審核程序。若以 Facebook 之監察委員會（Oversight Board）的具體裁決為例，在〈新聞報導中提及塔利班〉案中，有爭議之內容被檢舉之後，係先觸發了 Facebook 的機器學習工具，再被交由審查人員判定<sup>235</sup>；於〈緬甸 Bot（機器人程式）〉案中，所涉及之內容係被「自動」選為機器學習之樣本之後，由於審查人員認為該貼文之內容已違反了《社群守則》，Facebook 之自動化程式再將該原始貼文送交人工審查進行判定<sup>236</sup>。再者，若回歸到前揭「微觀」與「宏觀」的觀察，固然在「取締不適當內容」之情形中，「人工審查」之作為較貼近於「微觀」之視野，而「自動化過濾」之作法較相似於「宏觀」之視角；惟對於本文而言，誠如上述，從「微觀」與「宏觀」視野所得出之觀察結果，皆係社群媒體平台之重要特色，二者之間並無對錯、優劣之分<sup>237</sup>。

綜上所述，本文以為，社群媒體「平台」所為之「策展」以及「內容限制」措施，即非憲法第 11 條所保障之「言論」<sup>238</sup>。

<sup>234</sup> 然而，縱認「渠道」得同時成為所有內容之表意者，此時「渠道」身為表意者所表現之「內容」仍為各個使用者所傳遞之內容「本身」，並非「將他人之言論匯整、編輯」之情形。換句話說，仍舊無法藉此證成「渠道」具有受憲法保障之「編輯權」。再者，將「渠道」之資訊傳輸行為當作「渠道」自身發布許多言論之「集合」，誠如上述，是一種只關注「微觀」視角而忽略「宏觀」視角的作法，並不可取；某種程度來說，當某一主體承載著複數不同「方向」之言論時，在「微觀」與「宏觀」之呈現上，確實就會出現歧異。

<sup>235</sup> OVERSIGHT BOARD, MENTION OF THE TALIBAN IN NEWS REPORTING, 2022-005-FB-UA, para. 2., 6., <https://www.oversightboard.com/decision/fb-u2hha647/>, 最後瀏覽日期：2024.5.26。

<sup>236</sup> OVERSIGHT BOARD, MYANMAR BOT, 2021-007-FB-UA, para. 10., <https://www.oversightboard.com/decision/fb-zwqupzlj/>, 最後瀏覽日期：2024.5.26。

<sup>237</sup> 相同的論理也可以用來回應「嘗試將『主動調控』與『被動調控』作區分討論」之主張：從上述監察委員會之具體案例中，我們可以得知平台業者也持續地利用自動化系統，將原先必須要「主動調控」之內容，逐漸轉化為「被動調控」之一部分。這也使得此種分類之實益大幅降低。

<sup>238</sup> 或有讀者質疑，在本節第一項之討論中，對於使用者所發布之內容是否屬於一種憲法上的「言論」，採取了寬鬆的認定標準；然而，在面對到社群媒體平台之「策展」或「內容限制」行為時，本節第三項之分析卻採取了（較為）嚴格之判斷標準。對此疑問，本文嘗試回覆以下 2 點：首先，



#### 第四項 小結

於本節中，除了社群媒體使用者之言論自由以外，本文專注於「當社群媒體平台之經營者對於使用者發布之內容為各種『內容限制』措施」時，所涉及基本權之判斷：

首先，本文參酌國內學說以及憲法實務上的討論，認為此時將會涉及社群媒體使用者之「言論自由」以及社群媒體平台（經營者）之「營業自由」。

接下來，本文參酌近期美國法上之討論，以試圖判斷此時社群媒體平台所為之「內容限制」措施，是否屬於一種言論。就此爭議，本文首先介紹二則見解不同之聯邦巡迴上訴法院判決各自所採取之立場，再整理近期有對此爭議提出見解之學說意見。經過整理之後，本文發現以下幾點：

第一，Volokh 教授所提出之「區分說」並無法充分地說明將社群媒體之「功能」區分為不同類型之實益。第二，於學說上之討論，大致上可以分為「功能分析」與「目的取向」之思考；而後者之學說討論，其實不一定與本文所欲處理之問題有必然關聯，也因如此，本文決定採取「功能分析」之思考途徑。第三，於「功能分析」之討論中，其核心爭議不外乎社群媒體「匯整、編輯他人言論」之行何以構成一種「言論」之探討；當我們不認為「社群媒體平台」必然地得適用於過往適用於「報紙、信件、遊行」之法則時，就會回到「言論一行為」區分之探討。第四，即便認為「傳達特定訊息」並非所謂「表意行為」之要件，由於社群媒體平台上之內容在「微觀」視角與「宏觀」視角下有著不同之面貌，且二者皆為社群媒體平台之特色，不得任意偏廢，上開「言論一行為」之區辨，於此情形，在適用上即產生困難。

是故，本文最終嘗試以言論之「溝通」功能為出發點，以訊息之「指向性」為區分標準，從而認定社群媒體平台從事「策展」及「內容限制」行為時，相較其他「單向性」散布資訊之表意者，毋寧更接近「渠道」之角色，其性質上即非憲法所保障之「言論」。

---

若將本節第三項、第三款所提出之「指向性」標準套用至使用者所發布之各種內容，不論使用者所發布之內容為文字、圖片、影音甚至是影像直播，社群媒體之使用者仍舊在進行著「單向性」之訊息傳播；再者，誠如本文前揭「表意行為」法則的討論，一般而言，使用者所發布之內容能夠輕鬆地通過 *Spence* 案以及 *Hurley* 案所建立之標準，然而，社群媒體平台之「策展」或「內容限制」行為，誠如本文前述，在判斷上將會遭逢困難。

## 第四章 進入法院（二）：類型化與具體案例探討



### 第一節 「利益衡量」之類型化嘗試：從寬、從嚴？

於本文第三章之討論中，首先釐清了社群媒體平台與使用者之間的法律關係，並說明法院如何於具體個案之法律解釋適用，透過「基本權第三人效力」理論，落實社群媒體平台業者及其使用者之基本權利保障；最後，也釐清了社群媒體平台與使用者於個案中所得主張之基本權利類型。對於法院而言，距離決定的作成，僅僅剩下對於個案中所雙方涉及之基本權利的「利益衡量」判斷<sup>1</sup>。

然而，社群媒體平台對於使用者所發布之內容所為的「內容限制」措施，其種類、態樣、對於使用者之言論自由的影響程度皆相當多元，更不用說平台業者所實施之內容限制措施也會隨著科技發展而日新月異，不僅本文無法窮盡所有可能之情形並分別作出利益衡量之判斷，如此分析恐怕也將隨著社群媒體的演進而逐漸失去其實益。是故，本文以為，某程度之「類型化」分析毋寧成為一種必然。

至於如何在「私人間之基本權衝突」之情形，在原先「利益衡量」之大框架中再發展出「類型化」之分析思考。本文以為，或許得以不同之「內容限制」措施為思考之出發點，並借助於過往學說上關於司法違憲審查<sup>2</sup>之「審查基準」<sup>3</sup>與「比例原則」或「目的手段關聯」<sup>4</sup>的討論，嘗試發展出寬嚴不同之「類型化標準」，使得法院於不同情形的案例時，仍有可能產生一貫性之思考脈絡——至少法院在收到案件、釐清事實之後，能夠知道在本案中，究竟應「從嚴」抑或「從寬」檢驗本案所涉及之內容限制措施<sup>5</sup>。除此之外，以「類型化思考」為本章之分析主軸，尚有其他優勢：由於不僅是「內容限制」措施具有多樣性，不同言論所涉及之「內容本身」，也有可能產生不同之法律評價。是故，若本文能夠建立起可資操作之類型化標準，並給出相對應之理由，即便本文欲以「內容限制」措施類型作為區分不同類型之標準，後續法院於處理具體個案時，仍得基於系爭個

<sup>1</sup> 詳見本文第三章、第二節、第一項之討論。

<sup>2</sup> 以下本文所指稱之「違憲審查」，主要係聚焦於司法部門對於國會制定之法律所為之「法規範違憲審查」，未有包含憲法法院對於一般法院所為之「裁判違憲審查」，合先敘明。

<sup>3</sup> 又稱為「審查標準」，不過二者於實質內涵上應無差異。參照黃昭元（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〉，《台大法學論叢》，第33卷第3期，頁51-52。

<sup>4</sup> 雖然本文以「目的手段關聯」作為美式違憲審查模式的代稱，然而在美式違憲審查模式中，不僅存在「目的手段關聯」之檢驗，尚包括「目的合憲性」之審查，未免滋生誤會，併予補充，並詳見本章第一節、第一項以下之介紹。

<sup>5</sup> 畢竟社群媒體平台與使用者之間係以民事契約作為雙方法律關係之基礎，平台與使用者均得於個案中主張其受憲法保障之基本權而立於基本權主體之地位，在論理上，法院並不當然（僅）以平台之內容限制措施為檢驗、審酌之客體。進一步之討論，詳見本章第二節、第三項。

案涉及之言論內容所可能造成的危害<sup>6</sup>，作成更進一步之判斷，進而形成最終裁判之結論。換言之，即便具體個案所涉及之言論內容可能存有巨大差異，由於本文所欲形成之「類型化標準」僅為法院審理個案時所需依循之操作框架，法院較不會需要基於「個案正義」之考量，而犧牲本文原先所欲建立之論理上一致性。

惟本文此處所欲處理之情形，與大法官或憲法法庭適用不同的「審查基準」以審理基本權利案件之情形的最大不同，毋寧為「私人間基本權衝突」與基本權「對抗國家權力」之差異<sup>7</sup>；若逕直地將原先適用於「國家限制基本權」之判斷標準套用至「私人間之基本權衝突」的案例，不僅可能過度地介入私法自治，其適用結果亦可能無法公平地顧及雙方之基本權保障<sup>8</sup>。因此，縱使本文欲參照過往關於「審查基準」之討論，並借用違憲審查之「比例原則」與「目的手段關聯性」作為判斷標準，其內涵及其背後所象徵之意義，都有再為調整之必要。

換言之，本文(尤其是本章)所欲處理之問題，並非國家對於基本權之干預，而是私人間基本權之相互衝突，在前述「間接適用說」的脈絡框架中<sup>9</sup>，即不應該將限制或檢驗「國家干預、限制人民基本權」之標準，亦即目的及手段關聯性之審查、比例原則之檢驗，以及在適用、操作上開標準之前所須決定之審查基準等概念，直接用以檢驗私人或私經濟主體間之私法行為。若然，就必須先將上述司法違憲審查中所操作之概念中，不適合或是與「間接適用說」之框架有所衝突之部份摒除在外，其餘部份始得作為本文後續嘗試建立類型化標準時，所得援引、參照之討論內容。

因此，以下段落，本文於簡要地介紹司法違憲審查中「審查基準」之概念後，將會試圖藉由學說上關於違憲審查基準的觀察與討論，嘗試形塑出專門適用於「水平法律關係」<sup>10</sup>的類型化標準。

<sup>6</sup> 舉例而言，「管制藥物」之資訊散佈即可能造成青少年之藥物濫用；誹謗性言論即可能造成他人名譽權之侵害；「報復式色情」之相關內容即可能造成他人隱私權之侵害。

<sup>7</sup> 即便是在《憲法訴訟法》施行後，憲法法庭對於民事裁判所為之「裁判憲法審查」，於法理而言，係屬憲法基本權針對司法權所為之拘束；參照李建良(2020)，〈民事審判與裁判憲法審查—基本權效力的體系思維〉，收錄於《法治國家的原理與實踐：陳新民教授六秩晉五壽辰文集(上冊)》，頁329-330。

<sup>8</sup> 參照許宗力(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》，第9期，頁69-70。不過李建良教授認為，至少於「比例原則」之適用上，由於比例原則「蘊含『適度』的意旨」，一般法院之法官仍得藉由比例原則之操作，以檢驗「目的」與「手段」之間的合理關聯性，參照李建良，同前註，頁339-342；惟觀該篇論著之通篇意旨，應認為作者並無主張應／得原封不動地將比例原則套用至私法關係中，參照李建良，同前註，頁350以下(「未來案例預先設想」部分)。

<sup>9</sup> 詳見本文第三章、第二節、第一項之討論。

<sup>10</sup> 用語係參照自李建良，同註7，頁342。



## 第一項 借鏡：違憲審查基準之簡介

依照國內學者的分析，我國之釋憲實務約於司法院釋字第 570 號解釋前後，逐漸將「審查基準」之操作浮上檯面<sup>11</sup>。雖然源於德國及美國所發展出來之審查基準／審查密度理論，於用語上、操作步驟上皆有所差異。不過，誠如黃昭元大法官之觀察，二者雖然看似截然不同，背後所隱含之概念，其實仍相去不遠<sup>12</sup>。以下，本文將首先分別就德、美之審查基準／審查密度模式進行介紹，再試圖「異中求同」，以求掌握其背後之概念及含意。

### 第一款 美國模式

對於黃昭元大法官而言，所謂「審查基準」，即是「法院審判時的介入尺度」，有可能是關於介入「深淺」的探討、亦可能是介入「範圍」的分析<sup>13</sup>。由於美國採取分散、具體之違憲審查制度，且具有判決法（case law）的傳統，審查基準的形成，即須透過案件的日積月累逐漸形成，並且針對所涉及之權利類型，發展出各式各樣的審查標準<sup>14</sup>。不過，從歷史的脈絡來看，美國「雙重／多重」審查基準的濫觴，為「後 *Lochner* 時代」的 *United States v. Carolene Products*<sup>15</sup> 判決。於該判決中的「註腳四」（footnote 4），主筆的 Stone 大法官首次表明了關於「審查標準」的見解，認為當法院審理到關於：①憲法增修條文前 10 條之人民權利限制 ②限制政治程序之人民權利，例如投票權、言論自由、集會自由等 ③針對「分散隔離少數」（discrete and insular minorities）具有偏見（prejudice）的法律時，相較於「合理審查基準」，法院應採取更為嚴格之審查標準<sup>16</sup>。時至今日，美國之違憲審查基準，「大致」可以分為三種程度不同的模式：

- ◆ 於最寬鬆之「合理審查基準」，法院原則上將尊重立法者之決定，僅要求立法目的係為追求「正當利益」（legitimate interests）、目的和手段之間具有合理關聯（reasonable relation），且該標準具有「合憲推定」之效果，需要由人民去證明系爭法規之違憲性。

<sup>11</sup> 參照黃昭元，同註 3，頁 92；湯德宗（2009），〈違憲審查基準體系建構初探——「階層式比例原則」構想〉，收錄於《憲法解釋之理論與實務（第六輯）》（下冊），頁 589-590；廖元豪（2008），〈高深莫測，抑或亂中有序？論現任大法官在基本權利案件中的「審查基準」〉，《中研院法學期刊》，第 2 期，頁 222 以下（解釋理由書與個別意見書之整理）。

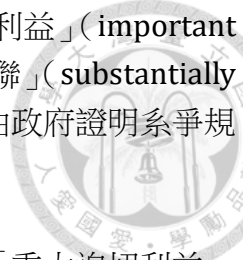
<sup>12</sup> 參照黃昭元，同註 3，頁 116（註腳 218）。

<sup>13</sup> 參照黃昭元，同註 3，頁 49；不過，黃昭元大法官於該文中，皆使用「審查標準」之用語，本文則是混用「審查基準」與「審查標準」，惟如同前揭註 3 之說明，二者於實質概念上並無差異。

<sup>14</sup> 黃昭元，同註 3，頁 61-62、77-81；廖元豪，同註 11，頁 250-252。

<sup>15</sup> 304 U.S. 144 (1938).

<sup>16</sup> 黃昭元，同註 3，頁 72-74。

- 
- ◆ 若法院採取「中度審查基準」，則立法者必須以維護「重要利益」(important interests)作為立法目的、目的和手段之間亦須有「實質關聯」(substantially related)；原則上此時已無「合憲推定」之效果，而需要由政府證明系爭規定之合憲性。
  - ◆ 至於「嚴格審查標準」，政府所欲達成之目的必須是對於「重大迫切利益」(compelling interest)的追求、手段和目的之間必須具有「嚴密剪裁」(narrowly tailored)或是「完美吻合」之關聯性，始為合憲；在適用上，將產生「推定違憲」之效果<sup>17</sup>。

## 第二款 德國模式

相較於美國法在不同之情形採取不同之審查基準，在德國法上之討論，則會認為任何涉及基本權之法律，皆須經過比例原則之檢驗，始能通過合憲性之檢驗<sup>18</sup>。看似適用於「德國模式」時，法院皆以「目的合憲性」、「適合性」、「必要性」、「狹義比例原則」作為違憲審查之審查基準，然而，就「事實認定」之部分，德國聯邦憲法法院也有發展出三種寬嚴程度不同的「認定標準」<sup>19</sup>：

所謂「明白性審查」(Evidenzkontrolle)標準，法院僅要求立法者之判斷於「一般理智、謹慎」的人民眼中，並不具有「公然、明顯」之錯誤。至於「可支持性審查」(Vertretbarkeitskontrolle)的標準，立法者之判斷必須「合乎事理」、「說得過去」，法院在判斷時也得參酌當時的一切情況、知識以進行實質審查，或是認為立法者必須履行某種程度之「事實調查」程序，以推定該立法決定的實質內容「可以支持」。最嚴格者為「強烈內容審查」(intensive Inhaltskontrolle)標準，法院將對於立法者之判斷進行深入地分析，並將舉證責任歸諸立法者，立法者必須證明其所作成之判斷「毫無疑問」，始得擺脫被宣告違憲的結局。至於要如何決定所適用之審查密度，許宗力大法官認為，或許得考量以下因素：

- ◆ 所涉之事務領域：若涉及高度政治性之判斷，以及涉外、國防、兩岸事務，依照「功能最適」觀點，司法者應從寬審查；此外，財政及社會給付之相關立法，亦應使具有直接民主正當性之立法者保有足夠的政策形成空間<sup>20</sup>。
- ◆ 所涉基本權之種類以及基本權受限之程度：蓋違憲審查之主要功能即在於人

<sup>17</sup> 以上參照自黃昭元，同前註，頁 82-85。

<sup>18</sup> 許宗力（2007），〈比例原則之操作試論〉，收錄於《法與國家權力（二）》，頁 139。

<sup>19</sup> 以下參照許宗力，同前註，頁 126、129、136（分別於適合性、必要性、狹義比例原則認為有上開「審查標準」的問題）；許宗力（2007），〈比例原則與法規違憲審查〉，收錄於《法與國家權力（二）》，頁 78-79。

<sup>20</sup> 許宗力（2007），〈違憲審查程序之事實調查〉，收錄於《法與國家權力（二）》，頁 67。

權的維護<sup>21</sup>。

- ◆ 所欲保護之法益／公共利益是否脆弱且難以回復：例如生命、身體健康<sup>22</sup>。
- ◆ 制憲者／修憲者之憲法價值決定：例如憲法第 153 條、156 條，憲法增修條文第 10 條等「憲法委託」條款<sup>23</sup>。



### 第三款 德、美「異中求同」

#### 一、適用範圍

將前述之「德國模式」與「美國模式」進行比較之後，最明顯之差異即在於「德國模式」所建立之審查標準，似乎僅適用於「立法事實」之判斷，而不真正地涉及所謂「公私益衡量」之衡量基準<sup>24</sup>。然而，誠如黃昭元大法官所言，法院於進行規範違憲審查之過程中，無法避免地需要考量所謂之「立法事實」，例如在審查「立法目的」時，必然地會牽涉到當初立法者對於過去事實的觀察，以及對於未來事務發展的預測<sup>25</sup>；針對「手段」之檢驗，也需要藉由個案情形以判斷該情形是否有符合「嚴密剪裁」、「實質關聯」，而所謂之「個案情形」，當然也包括對於「立法事實」之認定<sup>26</sup>。

除了上述黃大法官之觀察以外，本文以為，若從「舉證責任分配」之角度作為討論之切入點，將更能發現德、美模式二者之相似性。若我們切換觀察之視角，將目光置於訴訟之「當事人」<sup>27</sup>身上，對於訴訟之當事人而言，「法院對於事實之認定標準」，即約略等同於舉證責任之負擔程度<sup>28</sup>；而當事人所提出之「事實證據」，多半也是為了證明自身所提出之論點<sup>29</sup>。是故，對於主張系爭法規為合憲或違憲之一方來說，事實證據之提出，即是自身論點提出的一部份；對於審理案件的法院來說，「對於事實之認定標準」也無法和「公私益衡量」之基準截然二

<sup>21</sup> 許宗力，同前註，頁 67-68。

<sup>22</sup> 許宗力，同前註，頁 68-69。

<sup>23</sup> 許宗力，同前註，頁 71。

<sup>24</sup> 許宗力，〈比例原則與法規違憲審查〉，同註 19，頁 90。

<sup>25</sup> 黃昭元，同註 3，頁 92-93。

<sup>26</sup> 黃昭元，同註 3，頁 114-115。

<sup>27</sup> 雖然依照憲法訴訟法第 6 條之規定，當人民聲請「法規違憲審查」時，立法者（立法院／立法委員）其實並非該憲法訴訟之當事人。然而在概念上，應可以想像此時憲法法庭所面對者，為「人民之基本權」與「民主程序之產物」的衝突。

<sup>28</sup> 在憲法訴訟中，由於違憲審查具有濃厚之公益性質，原則上應採取「職權主義」，大法官亦得以依其職權為證據調查，因此「法院對於事實之認定標準」與「當事人之舉證責任」，即有可能產生落差，參照許宗力，同註 20，頁 57。不過，若回到本文所欲探討之案例，由於社群媒體平台與使用者之間為民事上之法律關係，在民事審判中，上述問題即無擔憂之必要。

<sup>29</sup> 參照民事訴訟法第 277 條前段：「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。」

分<sup>30</sup>。

## 二、背後原因

除了「適用範圍」之外，德、美模式二者對於「建立寬嚴不同之審查基準」的背後理據也存有類似之觀點：

依照黃大法官之觀察，當初 Stone 大法官於「註腳四」，所強調之「憲法增修條文前 10 條所規定之基本權利」、「政治程序的重要性」以及「分散隔離少數的保障」，最前者之理論基礎與「優位權利理論」(preferred position) 有所關聯、後二者則更貼近於民主政治之「程序功能」觀點<sup>31</sup>。雖然黃昭元大法官明確表示，應「綜合實體及程序觀點」以決定審查基準之寬嚴；然而，對於黃大法官而言，似乎「司法違憲審查之正當性及程序功能」的考量，更為關鍵。之所以對於「經濟性權利」之立法採取更寬鬆之審查基準，是因為經濟市場的管制不僅需要專業知識，相關之政策決定亦無是非對錯之分；至於「社會性」之立法，由於涉及國家之財政資源分配，司法權也無法憑一己之力以落實社會給付，法院即應放寬審查基準。換言之，即便基本權利之間確實有「優先順序」，也是法院依照自身功能以及所涉事務領域所作出之判斷<sup>32</sup>。

至於德國法的部分，許宗力大法官亦認為，法院於不同案件中採取寬嚴不同之審查密度的原因，即是出於「功能結構觀點」的思考；依照「功能最適理論」，權力分立之重點在於使得國家決定達到「盡可能正確」之境地，因此，關於違憲審查密度之區分，也應當藉由憲法法院與國會於「組織結構」、「民主正當性」、「資訊取得」、「決定形成程序」等面向之比較分析，得出相對應之審查密度<sup>33</sup>。然而，若再進一步檢視前揭提及、將會影響審查密度的「參數」，其中「基本權種類與受干預之程度」、「保護法益之重要性」，甚至是「制憲／修憲者之憲法價值決定」，都隱含著實體法觀點的考量<sup>34</sup>。

同樣地，關於德國法「審查密度」的討論，黃舒芃教授亦有於專論中指出，

<sup>30</sup> 類似見解，參照廖元豪，同註 11，頁 257、263-264。

<sup>31</sup> 黃昭元，同註 3，頁 73-74，103-108。

<sup>32</sup> 黃昭元，同註 3，頁 106-107，112-113。

<sup>33</sup> 許宗力 (2007)，〈憲法與政治〉，收錄於《憲法與法治國行政》，頁 45-47。

<sup>34</sup> 許宗力，同前註，頁 51。然而，於〈憲法與政治〉一文中，許宗力教授認為如果「所涉法益」愈重要，愈可能採取嚴格之「強烈內容審查」標準，似乎與〈違憲審查程序之事實調查〉中所表示之見解有所齟齬，參照許宗力，同前註，頁 50；於後文中，誠如前揭討論，許教授認為若「所欲保護之公共利益」當屬重要且具有「遭受危害之迫切性」，反而應從寬審查。本文以為，在解釋上，宜將前文所指稱之「所涉法益」理解為「受限制或侵害之法益」，邏輯始為一貫，惟如此一來，該判斷要素與「基本權受干預之程度」之區別實益，即可能受到挑戰。是故，本文在「審查基準」的討論上，原則上係採取後文之觀點，併予敘明。



雖然所謂「實體法」觀點與「功能法」的論述在概念上並非無法相容，畢竟憲法法院之功能即在於「解釋、適用憲法基本權」之規定；然而，由於「功能最適」觀點本身並不具備足夠具體之內涵以作為憲法法院於具體案例中之判斷依據，最終若不是單純地仰賴憲法法院的「自制」，即是回歸「實體法」之論述<sup>35</sup>。

綜上討論，本文以為，「建立不同審查基準」之原因及其正當性基礎，不論是美國法或是德國法之討論，都圍繞於「實體法」與「程序／功能法」觀點之討論，且「實體法」及「功能法」之觀點並非相互對立，反倒有「相輔相成」之意味：由於（憲法）法院之職責即是法律（包含憲法）之解釋、適用，因此即便採取「功能最適」之判斷標準，也會認為，涉及越嚴重之基本權干預，（憲法）法院即擁有越多之審查空間，反之亦然。

## 第二項 嘗試：形塑寬嚴不同之類型化標準

藉由以上討論與整理，可以得知：當（憲法）法院基於憲法上對於基本權之保障，於個案中審查國家之公權力行為（主要為立法者對於人民之立法規範）時，法院將分別從「實體法」以及「程序／功能法」之觀點切入以決定該個案中所欲採取之審查標準。因此，本文以為，或許在「水平法律關係」中、面對到兩私人主體間之基本權衝突時，法院同樣得藉由上述「實體法」以及「程序／功能法」之觀點，尋得一些審理的端緒，瞭解法院於該個案中，應當採取如何之「介入尺度」，而並非逕直地開始思索如何於個案中就雙方之基本權為「利益衡量」，以建立橫跨個案之一貫性思考。以下，本文將分別從「實體法」以及「程序／功能法」之觀點，試圖以原先「傳統」之審查基準為基底，在進行概念以及內涵上的「微調」後，描繪出適合於處理「社群媒體平台及其使用者就內容限制措施所發生之基本權衝突」之類型化標準。

### 第一款 實體法上觀點

首先，從「實體法」之觀點進行討論，所須考量之因素不外乎是雙方於個案中所涉及之基本權及其可能受到限制之程度，此時，雖然乍看與（憲法）法院進行法規違憲審查之情形相同，然而，誠如前揭一再論述，在「水平法律關係」中，原告與被告所可能涉及之基本權及其可能受限之程度，皆為法院所需要考量者，且二者所主張之基本權，原則上將相互對立——進一步來說，此時法院所需考量者，為原告「未獲判勝訴、其訴之聲明不得實現」時將受到之基本權限制，

<sup>35</sup> 黃舒芃（2006），〈「功能最適」原則下司法違憲審查權與立法權的區分——德國功能法論述取向（funktionell-rechtlicher Ansatz）之問題與解套〉，《政大法學評論》，第 91 期，頁 26-33。

以及當原告獲得勝訴判決，得持勝訴判決請求被告履行時，被告所受到之基本權限制。具體而言，於本章後續所欲討論之案例中，法院所需要審酌者，無非是系爭內容限制措施之執行或變更、撤除對於使用者之言論自由或平台之營業自由而言，所可能造成的侵害程度。



## 第二款 程序及功能法之觀點

至於「程序／功能法」的思考，則是「基本權規範」對於「私法自治」之干預程度的考量。有別於「傳統」司法違憲審查之審查基準，反映出「不具（直接）民主正當性之司法權推翻具有民意基礎之立法機關所為之決定」所可能產生的顧慮，當法院藉由民事法上之不確定法律概念以訴諸憲法對於基本權之保障，並要求當事人之一方實踐契約約定以外之義務時，相互衝突者，亦包括「基本權利保障」與「私法自治」<sup>36</sup>各自背後所象徵之意涵。

「私法自治」之意涵，即是個人得依照自己之意思形成私法上之權利義務關係，包括所有權之使用、收益、處分，個人遺產之分配，以及締結契約以取得權利、負擔義務等等，皆為私法自治原則之展現<sup>37</sup>。一般認為，私法自治原則係源自於 19 世紀個人主義之概念，認為在自由經濟體制中，個人得自由決定其財產以及其他資源之利用而不受國家公權力之干預；經由市場機制之運作，人們的勞動力和資本得以發揮其「最大效益」<sup>38</sup>。因此，或有認為，私法自治以及作為私法自治之基礎的「契約自由」，具有「最適配置資源」之功能<sup>39</sup>。

不惟如此，於「實體法」面向所提及之營業自由，亦是坐落於「私法自治」的基礎之上。既然認為憲法所保障之營業自由包含「以獲利為目的之交易活動」、「交易、處分商品」、「各種商業經營活動」等具體樣態<sup>40</sup>，應認為於預設之情境中，營業自由之實現即是透過自由經濟之市場機制，使人們得以自主地從事包含「與他人進行交易」等諸多營利行為。李建良教授更直接指出，若從法律體系的

<sup>36</sup> 「基本權」保障與「私法自治」本就可能存在衝突，二者之間的衝突及其解決既可能類似於本文所探討之議題，出現於法院於個案之審理中；然而，更顯而易見地為具有民意基礎之立法者對於私經濟活動的各種限制，例如勞動基準法、性別工作平等法、消費者保護法等等的制定，參照陳聰富（2019），《民法總則》，三版，頁 9；王澤鑑（2015），《民法總則》，新版，頁 271。不過，就社群媒體平台與使用者之間的法律關係，至少我國之立法者尚未為特別規定，也是因為如此，本文以為法院面對到相關之問題時，仍應訴諸於其他一般性之民事法律，詳見本文第三章、第一節之介紹。

<sup>37</sup> 王澤鑑（2015），同前註，頁 268。

<sup>38</sup> 王澤鑑，同前註，頁 269；陳聰富，同註 36；陳自強（2020），《契約之成立與生效》，頁 8；王澤鑑（2021），《債法原理》，增訂新版，頁 73。

<sup>39</sup> 王澤鑑，《債法原理》，同前註，頁 73、76；並參照司法院釋字第 576 號解釋理由書（節錄）：「契約自由為個人自主發展與實現自我之重要機制，並為私法自治之基礎。」

<sup>40</sup> 詳見本文第三章、第三節、第二項之整理以及所引用之文獻。

視角進行觀察，營業自由的行使與市場經濟的運作，可說是息息相關；「營業自由、自由競爭與市場經濟三者唇齒相依、密不可分」<sup>41</sup>。除了以上「效率、功利」考量的論點之外，私法自治之概念亦包含了某程度的「個人恣意」，尤其是對於自身權利的限制；這也是為何於「基本權第三人效力」之討論中，「直接適用說」會被認為有過度侵犯私法自治之原因<sup>42</sup>。私法自治原則免除了人民從事私法行為時的「證立義務」，原則上人民並不需要向法院說明（不）為某一特定法律行為之原因，並說明該原因於法律上之正當性；「私法自治的意義，即在於個人自主的恣意」<sup>43</sup>。是以，基於對私法自治原則之尊重，若採取「程序／功能法」觀點進行分析，則會認為原則上法院皆不宜過於嚴格地檢視私人主體間之私法行為；若同樣以「功能最適」之角度進行思考，原則上，法院之判斷或將難以取代市場機制所得達成之效率及有限資源之配置，更不用說個人藉由私法行為所展現之「恣意」。

然而，如果契約雙方之當事人並未處於對等之協商、談判地位，由於前揭「發揮最大效益」之立基將因此產生動搖，本文以為，法院亦不應以尊重「個人恣意」為由，進而採取較為「放任」之態度，始為合理。從本文上揭所介紹之德國聯邦憲法法院判決中，亦可以得知：法院對於「私法自治」之尊重，並不等於法院於私法關係中，應全面退讓其「保護人民基本權不受侵害」之憲法義務。於「商業代理人案」裁定中，法院雖然認為「原則上」應當尊重當事人間於「私法自治」之基礎上所形成之契約；然而，若當事人間之「契約衡平」受到干擾，並對於基本權之保障產生影響，此時法院仍應藉由民法上之概括條款以實現憲法保障基本權之價值決定<sup>44</sup>。

此外，在近期之「足球場禁令」判決中，德國聯邦憲法法院雖不認為於一般之情形中，訴願人得於私法關係中，主張其受基本法第 2 條第 1 項之一般行為自由以及第 3 條第 1 項之平等權；惟在該判決中，也有明確揭示上開「原則」之例外情形。在該判決中，關於一般行為自由之「特別沉重之負擔」以及「結構性不利地位」標準，抑或是關於平等權之「單方作成決定」、「自願地對大眾開放」、「對於社交生活產生相當程度影響」標準<sup>45</sup>，本文以為，其中「結構性不利地位」、「單方作成決定」等標準，毋寧是法院基於「尊重私法自治」之考量所提出之判

<sup>41</sup> 李建良（2008），〈經濟管制的平等思維——兼評大法官有關職業暨營業自由之憲法解釋〉，《政大法學評論》，第 102 期，頁 10。

<sup>42</sup> 參照許宗力（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》，第 9 期，頁 68-69。

<sup>43</sup> 參照周伯峰（2014），〈「歧視禁止」作為私法自治的限制？——簡評德國《一般平等對待法》中的民事上歧視禁止規定及其爭議〉，《月旦法學雜誌》，第 224 期，頁 128、139。

<sup>44</sup> 參照黃瑞明（譯）（1996），〈關於「職業自由」之裁定〉，收錄於司法院大法官書記處（編），《德國聯邦憲法法院裁判選輯（六）——憲法與私法——》，頁 81-83。關於本裁定之詳細介紹，詳見本文第三章、第二節、第二項、第一款。

<sup>45</sup> BVerfGE 148, 267, 282, 283-84；詳見本文第三章、第二節、第二項、第四款。

準。雖然上開標準看似更接近於該基本權得否進入私法領域的「門檻」，然本文以為，與其認為這是一種「是非題式」的「二分法」標準，毋寧認為未通過上開標準之情形，法院亦只是採取一種「極為寬鬆」之審查基準以審視所涉及之法律行為<sup>46</sup>；換言之，上揭「足球場禁令」所提出之判準，其實是一種已經與個案之事實脈絡及所涉基本權利相互結合，進而「具體化」之（審查）標準<sup>47</sup>。

最後，有別於前揭以實體法觀點切入之討論，在「程序／功能法」觀點之討論中，尚有一問題待須解決者，即是：在具有訟爭性之民事案件中，法院若認為應尊重私法自治所建立之秩序，將作成有利於何方之判斷、更傾向保護何方之基本權利？就此問題，本文以為，原則上應將法院對於私法自治、市場經濟運作之尊重，視為對於訴訟中之「被告」有利之心證判斷：當原告不僅僅依照雙方當事人之約定或民事法規範之規定，而須更進一步藉由憲法上對於基本權利之保障以實現其於訴訟上之主張（訴之聲明）時，應認為此時原告無非係希望藉由司法程序以排除原先於私經濟秩序之運作中，所受到之基本權侵害。此時，除非在實體法部分之判斷中，認為相較於被告，原告之基本權已遭受到嚴重之侵害，或是認為於該案件中，當事人間之「契約衡平」已經受到干擾，否則法院原則上將傾向尊重私法自治運作之結果。

### 第三款 小結：回到社群媒體平台與使用者之間

若將以上關於「實體法」以及「程序／功能法」之討論，運用至本文所欲處理之問題，也就是社群媒體平台及其使用者就平台之內容限制措施所產生之紛爭，法院應當於個案中考量哪些因素，本文試分述如下：

首先，誠如上述，從「實體法」觀點出發，於社群媒體平台與使用者間之爭議中，法院所需要考慮者，即是系爭內容限制措施的執行或撤除、變更對於使用者之言論自由或平台之營業自由而言，將產生如何之限制。

---

<sup>46</sup> 值得一提的是，在「足球場禁令」判決中，即便聯邦憲法法院認為訴願人得於私法關係中主張其「平等權」受到限制，聯邦憲法法院對於聯邦最高法院採取之「不宜過嚴」的審查標準，也未有認為何有不妥之處。詳見本文第三章、第二節、第二項、第四款。

<sup>47</sup> 關於審查基準「具體化」之討論，參照黃昭元，同註 3，頁 53-55；廖元豪，同註 11，頁 250-252。不過，畢竟「足球場禁令」判決所處理者，仍為私人之間所發生之私法爭議，法院於該判中所提出之判準，終究與法院進行法規範違憲審查時所採取之審查基準有所不同，為避免讀者混淆二者之概念，併予敘明。

再者，若從「程序／功能法」之觀點切入，則法院必須先審酌：該個案中當事人間之「契約衡平」是否已受到干擾，進而對於當事人間之基本權利產生影響，若無，則法院應對私法自治及契約自由本身之運作秩序，給予相當程度之尊重。

然而，在社群媒體平台與使用者之間的契約關係中，本文以為，當事人間並不當然地存有所謂之「契約衡平」，雙方當事人於契約關係中之地位，似乎均符合於「結構性不利地位」、「單方作成決定」等標準：誠如本文前揭之討論與分析，由於「網路效應」的作用，現今社群媒體平台的市場結構難以動搖，社群媒體平台的經營者確實可能會濫用其市場地位<sup>48</sup>。再者，雖然大多數社群媒體平台本身設有內部之申訴機制，由於內部程序的晦暗不明，使用者也很可能無法藉由平台所提供之管道獲得救濟<sup>49</sup>。抑有進者，大型企業利用自身事後得隨時更改、內容冗長的定型化契約，與個別使用者締結契約，亦是一種「地位不對等」的展現<sup>50</sup>。

因此，在以下案例中，本文認為，由於社群媒體平台與使用者間之契約關係，確實並未處於一接近之地位，法院並不需要再去考量「功能／程序法」上之因素；換言之，法院於個案中，應如何「從寬」或「從嚴」審查，端看具體個案中之內容限制措施對於使用者之言論自由或社群媒體平台之營業自由所造成之影響。

### 第三項 運用：類型化之標準將用於何處？

承接上述討論，從違憲審查基準的整理、歸納，到實體法與功能／程序法觀點的運用，可以得知：法院於處理社群媒體平台與使用者間，就內容限制措施所引發之爭議時，究竟應採取何種「標準」，仍應著眼於雙方基本權於個案中可能受到限制的程度。然而，若法院只是將個案中雙方基本權受限之程度於審理時或於判決中臚列，尚難謂有為任何實質之「檢驗」；而本文所欲建立之類型化標準，正是用以指引法院，於個案中應以何種「標準」，就具體個案之情形進行「檢驗」。然而，究竟要檢驗「什麼」、以不同標準進行檢驗之差異何在，本章行文至此尚未有所交代，因此嘗試於以下篇幅進行說明。

#### 第一款 檢驗「什麼」？

就法院應檢驗「什麼」的部分，誠如前揭討論，在上揭「違憲審查標準」之

<sup>48</sup> 詳見本文第二章、第二節之介紹。

<sup>49</sup> 詳見本文第二章、第三節、第二項、第二款之討論。

<sup>50</sup> 詳見本文第三章、第一節；第三章、第二節、第三項、第二款之討論。

討論中，就國家干預基本權之情形，我們已習慣以「公權力」為討論對象，進而檢驗基本權之干預程度及干預手段之合憲性（即是平等原則或比例原則之操作）<sup>51</sup>；此時，毋寧係將所涉及之人民基本權固定於一端（在具體案例操作中，有時需要先分析、討論所涉及之基本權為何），以檢驗系爭國家干預手段所造成之干預程度。然而，若是私人之間的基本權衝突，由於雙方均有得主張基本權，且根據雙方之主張，一旦法院滿足原告之請求，被告之基本權即受有侵害，反之亦然；換言之，即是法院難以抉擇何者得主張基本權之「保護」功能以落實基本權之內涵、何者得主張基本權之「防禦」功能以免受到限制，在學說上，有認為此時已陷入了一種結構性的困境<sup>52</sup>。

面對上述難題，李建良教授認為，若立法者設有特別規定，或是個案中當事人所主張之請求權基礎中，有運用「不確定法律概念」為其構成要件，此時法院仍得透過法律之解釋及適用，以限制私人於私法關係中所得主張之權利；若無，「著眼於請求基礎的規範構造與思維模式」，此時或可考慮以「提起民事訴訟」之原告所提出之主張為檢視之對象，檢驗其請求權之行使是否具備正當目的、所請求之事項（訴之聲明）有無逾越必要之程度或範圍<sup>53</sup>。不過，本文則認為，法院於個案中，反倒應當檢驗「被告」之權利行使：

雖然原告基於其受憲法保障之基本權利，向法院提起訴訟之行為，具有「主動性」之特質，而與原先（憲法）法院（庭）<sup>54</sup>為（法規範）違憲審查時，對於人民基本權利造成限制之「公權力」具有一定之相似性；對於被告而言，原告向法院之主張就如同國家公權力之行使，欲透過法院之裁判，主動地限制、侵害其本即存在之（基本）權利。然而，若同樣以「法院對於公權力行為之違憲審查」為比較之對象，則會發現：在國家公權力侵害人民基本權利之情形，同樣需要受侵害之人民<sup>55</sup>「主動」向（憲法）法院提起訴訟以尋求救濟。此外，提起（憲法）訴訟之人民，也並不向法院說明其行使其所主張之（基本）權利之正當性，尤其當原告所主張之權利為憲法所保障之基本權時，除非所欲主張者為所謂之「概括基本權」而需要更多論據以說服法院，否則原告援引憲法上關於基本權利保障之規範，即已足夠；提起憲法訴訟之聲請人更不需要向法院說明該權利之行

<sup>51</sup> 有關此部分之體系性思考，參照李建良（1999），〈基本權利理論體系之構成及思考層次〉，收錄於《憲法理論與實踐（一）》，頁 93-96。

<sup>52</sup> 李建良，同註 7，頁 337-39。

<sup>53</sup> 李建良，同註 6，頁 341-42。

<sup>54</sup> 雖然依照現行之司法院組織法，我國目前由大法官所組成、司職違憲審查之組織為憲法「法庭」而非憲法「法院」，惟本文為求敘述通暢，在內文中不再額外指明憲法「法庭」，而將其視為集中違憲審查制度之其中一種樣態，並概括以憲法「法院」稱呼之，併予敘明。

<sup>55</sup> 雖然依照現行之憲法訴訟法第 47、49、55 條，除人民之外，國家最高機關、現有總額 1/4 以上之立法委員以及承審案件之法官，均得向憲法法庭聲請法規範違憲審查。然而，在「法規範侵害人民基本權利」之情形中，上開機關、立法委員及法官於聲請法規範違憲審查時，向憲法法庭所表明之事項，於人民聲請違憲審查之情形，並無不同，故不影響本文此部份之分析與討論。

使是否有逾越必要程度或範圍，反而需要向法院說明的是：國家公權力之行使為何已對其所主張之基本權構成過度之侵害——而憲法法院也正是根據提起憲法訴訟之人民所主張之內容（即人民所爭執之標的），開展後續之違憲審查<sup>56</sup>。

是以，本文以為，在「水平法律關係」中，當法院面對到私人間之基本權衝突時，宜以被告之抗辯，意即其不欲滿足原告請求（包括作為與不作為）之原因及理由，作為檢驗之客體對象，進而檢驗、審酌被告之行為或決定是否具有正當目的、有無逾越必要之程度及範圍、是否已對於原告之基本權利造成過度之侵害等事項<sup>57</sup>。若將上開結論，套用至社群媒體平台及其使用者之間，就內容限制行為所生之民事爭議，則會得出以下結論：當使用者不欲忍受平台對其實施之內容限制措施，進而向法院提其訴訟以尋求救濟時，法院應依循使用者所提出之主張，以社群媒體平台之內容限制行為，作為法院於後續審理時所檢視、審查之對象。

## 第二款 「如何」檢驗？

承前所述，當社群媒體平台之使用者打算透過法院、藉由訴訟程序以排除平台對其所作成之內容限制措施時，收到該案件之法院應以平台所實施之內容限制措施作為檢驗、審查之客體。以下，本文則將試圖說明：前述所提及之「類型化標準」，將如何影響法院於個案中所採取之檢驗步驟，而法院又應如何基於個案情形，從寬嚴有別的標準中，選擇出適當之類型化標準？

首先，依照本文前開見解，在社群媒體平台與使用者間就平台之內容限制措施所產生之民事爭議，法院應以社群媒體平台所採取之內容限制行為——換言之，平台業者行使其營業自由之行為——作為審視、檢驗之行為客體。因此，對於法院於個案中所欲採取之「類型化標準」而言，當個案中所涉及之內容限制措施對於使用者之言論自由造成限制之程度愈高，法院即愈有可能從嚴審查，反之亦然；此外，法院同樣須檢驗該內容限制措施對於平台業者之營業自由的重要性，當個案中所涉及之內容限制措施對於平台之營業自由而言愈具有重要性者，亦即，若法院決定命平台移除該內容限制措施，將對於平台之營業自由產生愈高程度之侵害者，法院即愈可能採取較為寬鬆之標準，反之亦然。

接著，本文欲就「檢驗步驟」之部分進行一般性的討論。法院究應如何檢驗

---

<sup>56</sup> 不可否認的是我國在過去大法官解釋時期，大法官解釋常以「重要關聯性」或「實質援用」等要件，擴張該解釋所審理之標的，國內討論此議題之文獻，參照吳信華（2013），〈大法官規範審查程序中「擴張審理標的」之研究——以「重要關聯性」的探究為中心〉，《東吳法律學報》，第24卷第4期，頁1-63。不過，誠如本章註28之討論，在「處分權主義」色彩更加濃厚之民事訴訟，此現象將僅屬於例外中之例外，而不影響本文此處之比擬。

<sup>57</sup> 詳本項第二款之討論。

「社群媒體平台所採取之內容限制措施，是否已經對於使用者之言論自由造成過度、不必要之侵害」，從而決定是否於個案中，基於利益衡量之判斷，命社群媒體平台撤銷、移除原先所作成之內容限制措施？本文以為，此時仍不免需要參照、援引原先用於違憲審查之「目的手段關聯性」或是所謂「比例原則」之判斷。雖然在私人間之基本權衝突中，誠如前開討論，法院不應將原先用以拘束公權力行為之「比例原則」或「目的手段關聯」標準，逕直適用至同樣身為基本權主體之其中一方<sup>58</sup>；然而，除非法院打算全面棄守使用者之言論自由保障，否則，即便法院無意建立類型化之檢驗標準，而打算僅就單獨個案中之具體情形進行利益衡量，為探求平台與使用者之間原先藉由契約所形成之權利義務關係，是否已對於用戶之言論自由構成不成比例之限制、平台之權利行使是否已逾越其所需要之程度，法院仍然需要去探究、查明社群媒體平台實施該內容限制措施之原因，以及平台欲藉由該內容限制措施所欲達到之效果。在知悉、了解社群媒體平台採取系爭內容限制措施之目的後，法院始得加以判斷：該目的是否構成要求他方基本權利退讓之正當原因，基於該目的所實施之方法、手段是否尚可接受？

是故，若認為於私人間之基本權衝突中，法院仍然需要探究其中一方行使其權利所欲達到之目的，以利後續之利益衡量判斷，在法院決定應以何方之基本權利行使作為檢驗客體之後，在「如何檢驗」之環節，法院所需進行之判斷、檢驗、審查，仍然是以「受檢驗之一方行使其基本權利之目的」以及「該目的與其所採取之手段間關聯性」為客體。換言之，雖然法院並不得對於個案中之私人行使基本權之行為進行「比例原則」或「目的手段關聯性」之檢驗，否則將與「直接適用說」相同，有過度侵犯私法自治之疑慮而遭詬病<sup>59</sup>；然而，本文以為，在「利衡量」之大框架下，法院仍無法避免於私人基本權衝突之個案中，檢驗、審查其中一方行使基本權之目的以及為達該目的所實行之手段。

因此，就考量「目的」及「目的與手段間之合理關聯考量」的部分，本文以為，法院非不得參酌、援引原先用於（法規範）違憲審查之比例原則或目的手段關聯性之「概念」或「思維」，以作為判斷之基礎。若是如此，本文前揭所論及之「類型化標準」，應該同樣地可以透過原先用於「比例原則」或「目的手段關聯性」之概念或思維充實其內涵，進一步形成更具體、可資操作之判斷標準：

若法院認為於個案中，應當對於社群媒體平台之內容限制措施採「從嚴」審查之態度，則法院即可能會要求社群媒體平台對於其所採取之內容限制措施與其所欲達到之目的間，具有相當吻合之關聯性，又或是要求社群媒體平台對於該內

---

<sup>58</sup> 詳見本章第一節以及第一節、第二項、第二款之討論。在此特別感謝口試委員蘇慧婕教授以及黃銘輝教授於論文口試時所給予之指正，讓學生能夠發現原先的論述已經逾越了「間接適用說」所設定之框架，而近乎於採取「直接適用說」，本文之第四章也因此在此口試之後進行大幅修正。不過有關修改後之內容，當然一切文責由學生自負。

<sup>59</sup> 參照許宗力，同註 42。

容限制措施與其所欲達成之目的間之關聯性判斷——該內容限制措施對用戶之言論自由而言是否為最小侵害手段、該內容限制措施所欲保障之利益是否更重要於使用者之言論自由——需要達到近乎「毫無疑問」之說理程度；反過來說，若法院認為於某一個案中，僅須對於平台之內容限制措施「從寬」審查，則此時社群媒體平台對於目的及手段間之關聯性判斷，其說理只需要沒有明顯重大瑕疵，又或是該內容限制措施與其所欲達成之目的間，對於法院而言，已具有「合理關聯」，法院即將因此形成原告敗訴之心證。

然而，即便經由上述討論之後，認為於私人間基本權衝突之情形，法院同樣得借助於「比例原則」或「目的手段關聯性」之概念或思維，在個案中進行審酌、判斷，在具體之操作層面上，似仍有一問題尚待解決：不論是德國之「比例原則」抑或美國之「目的手段關聯性」檢驗，就「所欲追求之目的」的思考，所謂「目的」或是「所欲追求之利益」，原則上皆為「公益」，而非個人基本權之「私益」<sup>60</sup>——畢竟原先二者均為用於審查公權力行使之檢驗步驟。然而，於私人間之基本權衝突中，法院在援用「比例原則」或「目的手段關聯性」之概念或思考時，所謂（平台採取系爭內容限制措施之）「目的」，是否僅包含單純之「公益」？還是除了「公益」以外，亦須將「私益」納入考量之範疇？抑或是此時不應將「公益」納入「目的」之範疇，而僅以平台所主張之基本權利作為該內容限制措施之「目的」？

就此疑問，本文以為，法院此時或得僅以單純之「公益」作為所須考量之「目的」，原因如下：

第一，在前述「決定類型化標準」之階段中，「社群媒體平台之營業自由」已為決定類型化標準之因素之一，因此，法院於個案審理中，已有斟酌、顧及社群媒體之營業自由。此時，若再次將社群媒體平台之營業自由視作採取該內容限制措施之「目的」，並納入後續「目的與手段間關聯性」之檢驗中，恐有雙重評價之疑慮。

第二，依照本文前揭之分析與討論，即便社群媒體平台實施「內容限制」措施之根本誘因仍是「營利」，為了盡可能獲得多數使用者的青睞以增加自身的利

---

<sup>60</sup> 參照許宗力，同註 18，頁 134。可以想像在概念上，「公益」與「私益」實則不易區分，黃昭元大法官亦認為，從自由主義之立場出發，則任何限制人民權利之目的，最後都應該能夠還原至人民之權利，而不應該僅為「抽象、無所附麗」之公共利益，參照黃昭元，同註 3，頁 91。然而，有些被（廣泛）承認的公共利益，例如司法制度的健全、自然環境維護、永續發展等等，其實也與個人權利有一定之距離；因此，雖然「公益」之概念必然地包含個人之權利及利益，在想像上，「公益」與「私益」之概念毋寧是一種光譜般的分類，而所謂「私益」者，即是足夠具體化以歸屬於某一特定個人之權利或利益。在本段之討論脈絡中，**所謂「私益」，更是專指社群媒體平台本身之權利或利益**，併予敘明。

潤，社群媒體平台的內容政策，也會盡可能地向大眾靠攏，以回應群眾的期盼<sup>61</sup>。因此，當有些《社群守則》之規範內容其實與當地國家之法規有所重疊，而該法規卻沒有要求平台業者負擔相關之法律責任<sup>62</sup>、平台業者亦無管理之義務時，若法律本身係由具民主正當性之機構所制定以達成某些具有「公益性質」之目的，除了「遵守法律」的形象之外，由於法律之實質內容，亦為社會上之多數所期待者<sup>63</sup>，社群媒體平台其實也會欣然執行相關之內容限制措施。

除此之外，在「國家公權力對於某些內容尚無禁止、限制規定」，或是在「現行法律規定存有某些缺陷，使得該國家法規之執行成效不彰」之情形中，即便平台並無身負法令遵循之義務，使用者所發佈之內容也未明確構成「違法」之行為態樣，不過，基於與前述相同的理由，社群媒體平台仍然會嘗試去探詢「大眾」之意見，進而滿足多數群眾關於「公益」之價值判斷、落實其身為網路上「新治理者」之身分<sup>64</sup>——也就是去限制某些「不受歡迎的言論內容」。因此，所謂「公益」之維護，對於社群媒體平台而言，亦難謂非屬其營業自由之一環；社群媒體平台本身之營業自由，與公共利益之保障，此時將出現「融合」的現象，進而模糊了前揭「公益」與「私益」之區分界限，二者之區分實益也因而受到淡化。

或有以為，在此種情形中，社群媒體平台所實施之內容限制措施為其追求公共利益之手段，而追求公共利益又是平台業者展現其營業自由之手段，因此社群媒體平台之營業自由與所謂之公共利益，仍屬於不同的「層次」、二者並非必然融合為一，仍有區分可能及必要性。然而，這樣的見解也不影響前開「法院得於『目的』及『目的與手段間之合理關聯考量』之判斷上，將平台『所欲達成之目的』，限縮於單純之公共利益」之結論：平台之營業自由將於法院決定類型化標準時被納入考量，而平台所欲達成之公益，則是在後續「目的」及「目的與手段間之合理關聯考量」之階段被法院納入審酌。也是因為如此，本文以為，縱使誠如上述，平台之營業自由與平台所欲達成之公益，在呈現上可能趨同甚至融為一體，二者亦得分別各自為法院所分析。

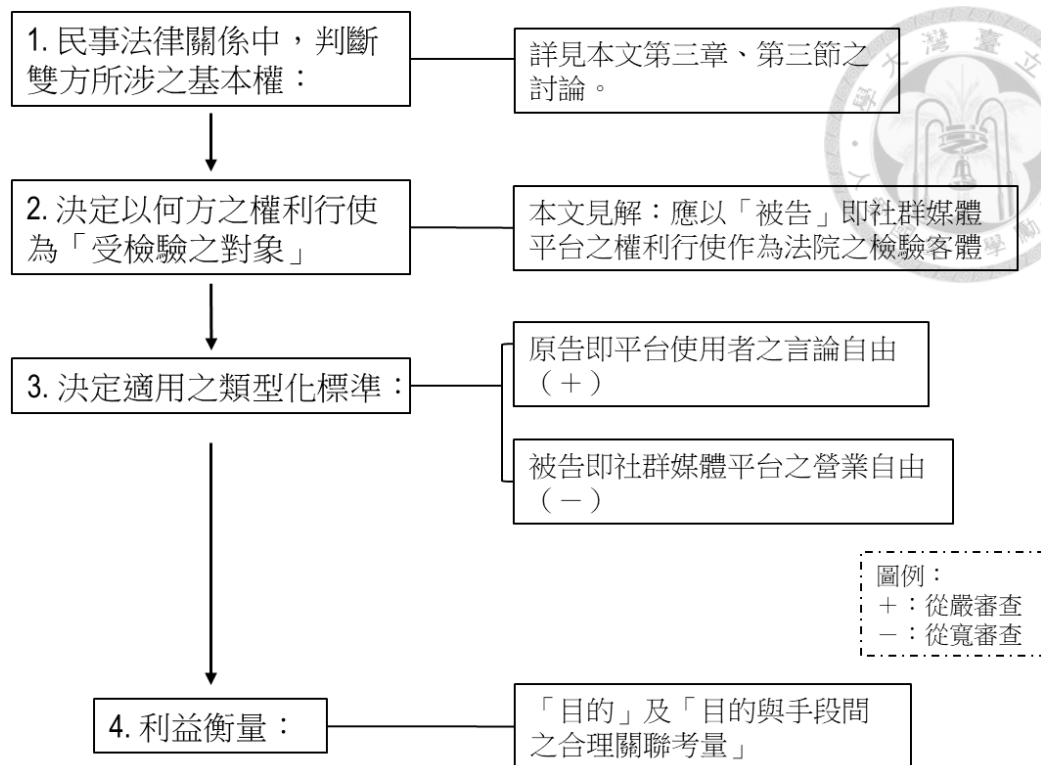
最後，為便於讀者觀察，將本文以上所提出之審查架構，嘗試整理為以下附圖：

<sup>61</sup> 詳見本文第二章、第一節、第一項之討論。

<sup>62</sup> 例如美國的 Section 230 對於「電腦互動性服務」提供者的責任豁免，詳見本文第二章、第一節、第一項、第二款之介紹。

<sup>63</sup> 詳見本文第二章、第一節、第一項、第三款。

<sup>64</sup> 此比喻係參考自 Kate Klonick, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, 131 HARV. L. REV. 1598 (2018).



圖（六）：本文自製



## 第二節 具體案例探討

於以下段落中，本文將嘗試藉由前揭所整理之操作架構，並以本文於第一章所假設之情境<sup>65</sup>為出發點，分析：法院在面對不同之「內容限制」措施時，何者應「從寬」、何者應「從嚴」審查？又法院應如何審視、檢驗系爭內容限制措施之「目的」及「該目的與系爭內容限制措施」之關聯性，進而作成最終判斷？

### 第一項 「停用帳號」與「停權」措施

【案例 1】A 為 F 社群媒體平台之使用者，經常利用自身帳號及創建之「粉絲專頁」，於該社群媒體平台上發佈關於 A 所在之國家發生選舉舞弊的懷疑論點。在遭到其他用戶檢舉、平台給予警告後，A 仍然繼續發佈類似的內容。最終，F 平台決定無限期封鎖 A 使用該平台之服務。

【案例 1.1】K 同為 F 社群媒體平台之使用者，日前利用 F 社群媒體平台散布、甚至販賣未經他人同意散布之性影像。K 之行為被其他用戶檢舉之後，F 平台決定未來 1 年內，K 均不得使用該平台之服務。

【案例 1.2】L 亦為 F 社群媒體平台之使用者，某日在使用 F 社群媒體平台時，看到「高中生遭校園霸凌至死」的新聞。L 義憤填膺，遂利用 F 社群媒體平台以及其他網路資源，發現加害人疑似為少年 P 和少年 Q。L 為了「伸張正義」，便於 F 社群媒體平台上，張貼關於 P 及 Q 之資訊，指稱二者即為霸凌致死案的兇手；更有甚者，L 甚至鼓吹其他使用者於 P 和 Q 放學時，一起帶著球棒去校門口堵人，給他們「一點教訓」。後來，L 的貼文引起了 F 平台管理員之注意，F 平台不僅將上開關於少年 P 及 Q 的貼文全數刪除，同時也禁止 L 於未來的 30 天內於 F 平台上發布任何內容。

【案例 1.3】M 正在經營一成人影片網站，為了能夠讓自身經營的成人影片網站獲得更多曝光，於是決定創建許多 F 社群媒體平台的帳號，並利用自動化電腦程式，使得這些帳號能夠大量、快速地於知名人物的貼文下方留言，且留言內容千篇一律，均為該成人影片網站的宣傳語及該網站之網址。之後，這些自動化留言引起了 F 平台管理員的注意，F 平台最終決定刪除所有的宣傳留言，並將 M 用以宣傳之帳號全數刪除。

【案例 1.4】同案例 1.3，但這次 M 不是經營成人網站，而是手搖飲料店。

<sup>65</sup> 詳見本文第一章、第二節、第二項。



## 第一款 插曲：是否納入平等權之審查？

在進入具體案例的討論之前，似乎仍有一項問題需要處理，即是平等權與自由權之間的競合關係。於前揭介紹之「足球場禁令」案中，德國聯邦憲法法院於否認訴願人關於「一般行為自由」的主張後，係以訴願人之「平等權」作為與球場經營者之財產權進行「利益衡量」的客體<sup>66</sup>；似乎於本文所欲討論之案例中，社群媒體之使用者亦得同時主張其受憲法保障之平等權。

關於平等權與自由權之間的競合問題，若參酌我國之憲法實務，依照學者之觀察，大法官普遍採取「分別審查」的模式，在順序上也未有一致<sup>67</sup>；至於在學說上，由於對於「平等權」及「平等原則」之認知有所不同，在方法論上也產生差異。就此問題，黃昭元教授採取「接納事實平等」之「實質平等」觀，進而認為平等權亦具有獨立之內涵；若有牽涉「分類」或「差別待遇」，原則上應優先以平等權為審查之客體，甚至可能在某些案件中，對於自由權之侵害也完全來自於分類及差別待遇之設計，而毋庸再為自由權之審查<sup>68</sup>。相對地，李建良教授則認為「平等權」本身相較於「自由權」，並無特定之保障內涵，平等權乃一種以「平等原則」為內涵之基本權利<sup>69</sup>；於進行審查時，原則上應先以「比例原則」審查受到干預之自由權，再「加入比較的觀點」，進行平等原則的檢驗，以避免二者重複審查<sup>70</sup>。

不過，即便在學說上存在分歧之見解，對於此處所處理的案例而言，應不生影響。畢竟針對社群媒體之使用者所為之各種「內容限制」措施，平台業者甚少以「人別」之分類及相應之差別待遇為實施「內容限制」措施之出發點；無論是社群媒體平台之經營者抑或是其使用者，所關注之焦點仍舊為該使用者得散布之言論以及該言論可能帶來的效果。因此，即便採取前揭黃昭元教授之見解，也會認為此時之重點依舊為自由權之審查。

是故，本文認為，就以下案例之討論，仍以使用者之言論自由為分析之重心即可。雖然於想像上，確實可能出現「平台經營者基於恣意／歧視」而對於某一特徵之使用者為不利差別待遇之可能，惟囿於篇幅以及本文作者之能力，姑且省略關於平等權之討論。

<sup>66</sup> 詳見本文第三章、第二節、第二項、第四款之介紹。

<sup>67</sup> 參照黃昭元（2009），〈平等權與自由權競合案件之審查——從釋字第 649 號解釋談起〉，收錄於《程序正義、人權保障與司法改革——范光群教授七秩華誕祝壽論文集》，頁 37-38。

<sup>68</sup> 黃昭元，同前註，頁 40、59-60。

<sup>69</sup> 李建良，同註 41，頁 82、84。

<sup>70</sup> 李建良，同前註，頁 99-100。需要補充的是，之所以可能產生「重複審查」之疑慮，係因為於該文中，李建良教授認為得援引「比例原則」之「檢驗步驟」至平等原則之審查。



## 第二款 類型化標準之思考：從嚴、從寬？

誠如本章第一節、第二項以下之討論，法院應考量個案中所涉及之內容限制措施對於使用者之言論自由造成限制之程度，以及系爭內容限制措施對於社群媒體平台行使其營業自由之重要性程度，作為決定究竟應從寬或從嚴審查系爭內容限制措施之考量依據。以下，本文將分別討論「停用帳號」或「停權」措施對於使用者之言論自由以及平台之營業自由的影響程度：

### 一、使用者之言論自由

大部分的社群媒體平台都有關於「停用帳號」或是「停權」的相關規範。雖然在細節上有所差異，例如有些平台並未仔細區分「停用帳號」以及「停權」的區別，惟至少「停用帳號」與「停權」皆象徵著未來於一定的期間內，該帳號之使用者無法再於該社群媒體平台發布任何內容<sup>71</sup>。此外，大部分之社群媒體平台亦有於《社群守則》中，明確禁止利用「分身帳號」以規避停權措施的行為<sup>72</sup>；換言之，就規範層面而言，一旦受到社群媒體平台之「停權」措施，即便仍得以瀏覽該平台上之其他內容，該使用者於「停權」措施之期間內，在該平台上，恐無其他發聲之管道。

是故，對於社群媒體之使用者而言，「停用帳號」或是「停權」措施的執行確實將大幅度地限制其言論自由。或有認為，即便無法透過某一社群媒體平台之服務與他人溝通、互動，該受限之使用者仍得透過其他社群媒體平台，其他傳播媒介，甚至走上街頭與他人進行實體互動；然而，社群媒體對於真實世界的影響力早已不是其他傳播媒介所得比擬者，正如 Kennedy 大法官於 *Packingham v. North Carolina*<sup>73</sup>一案中所提出之觀察，網路——尤其社群媒體——已是人們進行意見交換的首要去處（the most important places for the exchange of views），禁

<sup>71</sup> 舉例來說，Facebook（以及 Instagram）即將「不得建立內容」以及「帳號停用」視為兩種不同程度的違規處置，參照 META TRANSPARENCY CENTER，〈停用帳號〉，網址：<https://transparency.fb.com/zh-tw/enforcement/taking-action/disabling-accounts>；最後瀏覽日期：2024.6.2。Youtube 也有類似之設計，參照 Youtube 說明，〈YouTube《社群規範》警告基本須知〉，網址：[bit.ly/3r9LdJk](https://bit.ly/3r9LdJk)，最後瀏覽日期：2024.6.2。不過，以直播為主的平台 Twitch，即未對於二者再進行細分，Twitch 所認定之「停權」，即為停止所有服務之提供，參照 TWITCH，〈關於帳號制裁和禁止聊天〉，網址：<https://bit.ly/3CRRDj0>，最後瀏覽日期：2024.6.2。至於國內知名論壇 Dcard，則似乎未有對於其「站規」中關於「停權」之懲處為具體之定義，不過就 Dcard 本身之功能而言，似乎即是限制該用戶於期間內發布「任何」內容，參照 DCARD，〈Dcard 全網站規〉，網址：<https://www.dcard.tw/f/dcard/p/228966454>；最後瀏覽日期：2024.3.30。

<sup>72</sup> 參照 META TRANSPARENCY CENTER 〈帳號誠信和真實身分〉，網址：<https://transparency.fb.com/zh-tw/policies/community-standards/account-integrity-and-authentic-identity/>，最後瀏覽日期：2024.6.2；Youtube 說明，〈頻道或帳戶終止規定〉，網址：<https://bit.ly/3PA9NNP>，最後瀏覽日期：2024.6.2。

<sup>73</sup> *Packingham v. North Carolina*, 582 U.S. 98 (2017).

止人們使用社群媒體將是前所未見的言論自由限制（unprecedented in the scope of First Amendment speech）；社群媒體所提供者，無非是最有力的意見表達機制（most powerful mechanism）<sup>74</sup>。不惟如此，即便在社會上具影響力的社群媒體平台可能不只一個，這些平台也很可能採取內容類似的《社群守則》<sup>75</sup>；因此，一旦社群媒體的使用者受到某一平台的「停權」措施，出於類似的原因，其他社群媒體平台亦可能對於該使用者作成「停用帳號」或「停權」的處分<sup>76</sup>。

綜上所述，基於「停權」或「停用帳號」措施對於使用者之言論自由所造成之重大影響，本文以為，法院應從嚴審查此類內容限制措施。

## 二、平台之營業自由

對於 Facebook、Youtube 等大型社群媒體平台而言，任何一位使用者的出現或消失，皆不至於影響其服務的提供<sup>77</sup>；即便是川普（Donald Trump）、Kanye West 等知名人物消失或重新出現，由於社群媒體平台的「網路效應」<sup>78</sup>，其能夠發揮的影響力也相當有限。因此，似乎應當認為於「帳號停用」或是「停權」之情形，即便使用者向法院起訴之後，法院推翻了原先社群媒體平台的處置，對於社群媒體平台之營業自由來說，影響不大、甚至可能微乎其微。

然而，同樣基於「網路效應」的緣故，社群媒體平台為了能夠吸納更多的使用者、讓使用者之間在平台上產生更多「互動」以創造收益<sup>79</sup>，原則上並不至於會無緣無故地禁止某一使用者之使用權限；針對使用者之「停用帳號」或「停權」措施，毋寧是社群媒體平台之經營者為了落實其制定之《社群守則》以實現其營業自由而採取的「制裁手段」。有別於掌有公權力的主權國家政府能夠透過行政裁處、刑事處罰等方式以求有效落實法規範之內容，社群媒體平台對於違反特定內容政策的使用者，僅得透過使用者權限的限制以達到嚇阻的作用<sup>80</sup>。舉例而言，

<sup>74</sup> *Id.*, at 104, 107. 不過該案所涉及之法規範對於「社群媒體」之定義，相較於本文之設定，明顯地更為寬廣，包括 Washingtonpost.com 等新聞網站之情形。See *Id.*, at 101-02.（關於所涉法規對於「社群媒體」之定義）

<sup>75</sup> 參照本文第二章、第二節、第一項的討論。

<sup>76</sup> 舉例而言，知名饒舌歌手 Kanye West 在連續發表反猶太人、支持希特勒等言論之後，不只相關貼文遭到移除，亦遭到 Instagram、Twitter、以及邀請制語音社群媒體平台 Clubhouse 的「停權措施」。See Remy Tumin, *Kanye West Faces Costly Fallout: A Timeline*, N. Y. TIMES (Dec. 19, 2022), <https://www.nytimes.com/article/kanye-west-timeline.html>. 最後瀏覽日期：2024.6.2。

<sup>77</sup> 依照 Meta 根據歐盟數位服務法（DSA）的要求所提出之報告，在 2022 之下半年，於歐盟境內，Facebook 大約有 2 億 5500 萬之「每月活躍用戶」（average monthly active recipients），Instagram 約有 2 億 5000 萬之每月活躍用戶。See META, *Digital Services Act - Information on Average Monthly Active Recipients in the European Union*, <https://transparency.fb.com/sr/dsa-report-feb2023/>, 最後瀏覽日期：2024.6.2。

<sup>78</sup> 詳見本文第一章、第二節、第一項、第三款之介紹。

<sup>79</sup> 詳見本文第二章、第一節、第一項、第三款之介紹。

<sup>80</sup> 相同觀察，See Jack M. Balkin, *Free Speech Is A Triangle*, 118 Colum. L. Rev. 2011, 2026-27 (2018).

針對用戶之違規行為，Facebook 即會透過該用戶先前之「違規紀錄」，以決定本次違規所需之「懲處」：有可能該用戶只是於一定的期間內，無法使用 Facebook 上的某些功能，但也可能基於違規情節之嚴重性，該用戶之帳號直接遭到停用<sup>81</sup>。Youtube 也是採取類似的作法：在收到第一次的「警示」之後，若該使用者再次違反 Youtube 的內容政策，即會受到一定程度的「處分」，使得該用戶於一定期間內無法發布內容，甚至可能直接導致該用戶之帳號遭到終止<sup>82</sup>。

因此，當法院面對到社群媒體平台所採取之「停權」或「停用帳號」措施時，就社群媒體平台之營業自由的部分，其重點毋寧是「停權」或「停用帳號」作為用戶違反內容政策之嚇阻、制裁手段的妥適性；若然，應認為目的手段之間關聯性、合理性的探討，無疑更適合於後續「利益衡量」的階段，再為更深入之分析。綜上所述，本文以為，於「決定類型化標準」的階段，除非例外對於社群媒體平台之營業自由造成「重大影響」，否則於「停用帳號」或「停權」措施之情形中，即便考量到社群媒體平台之營業自由，法院也不應因此放寬審查之標準。

而何謂對於社群媒體平台之營業自由造成「重大影響」之情形？本文以為，在【案例 1.3】及【案例 1.4】，M 利用自動化程式和一定數量的帳號，於短時間內大量散布同一或相似內容的情形，即有對於社群媒體平台之營業自由造成重大干預：

在【案例 1.3】及【案例 1.4】的情形中，M 透過自動化程式<sup>83</sup>及「假帳號」所組成的「網軍」(troll army)，在極短的時間內，散布自身所欲宣傳的內容，即便 M 未針對某一特定目標進行「攻擊」，也將大幅度地阻礙使用者與其他用戶進行的溝通與互動，進而「癱瘓」該社群媒體平台；一旦此類行為達到一定規模，可以想像的是，所有公眾人物以及新聞媒體的頁面、熱門內容的留言區、以及其他能夠帶來「流量」的討論空間，都將充斥著由自動化程式產製之內容，更不用說針對特定政治議題所進行的議題操弄<sup>84</sup>。對於社群媒體平台的經營者而言，縱使得透過人工智慧等自動化技術阻擋此類之濫用行為，不僅仍然會有「漏網之魚」，類似於 M 的「網軍操縱者」也可能發展出新的技術以規避社群媒體平台經營者的偵測。因此，本文以為，若社群媒體平台之「停用帳號」措施，係為了遏阻「利用自動化程式和一定數量的帳號，於短時間內大量散布同一或相似內容之訊息」的行為，由於上述行為將對於社群媒體之環境產生嚴重影響，進而形成對於社群

<sup>81</sup> 參照 META TRANSPARENCY CENTER，〈限制帳號〉，同註 71。

<sup>82</sup> 參照 Youtube 說明，〈YouTube《社群規範》警告基本須知〉，同註 71。

<sup>83</sup> 若 M 實際上是一則則留言「手動」複製貼上以達到宣傳之效果，其對於社群媒體平台之環境所造成的破壞程度，在想像上，應遠遠不及於使用自動化程式之情形。然而，以「手動」之方式散布垃圾訊息 (spam)，仍有可能對於社群媒體平台之整體環境造成一定之影響；本文以為，此時或許就只能依照具體個案情形進行判斷，若已造成類似於使用自動化程式的干擾，法院於審理時，亦有降低審查基準的空間。

<sup>84</sup> See Tim Wu, *Is the First Amendment Obsolete?*, 117 Mich. L. Rev. 547, 565-568 (2018).

媒體平台之營業自由的重大干預，是故，基於社群媒體平台營業自由之考量，法院在面對此類「停用帳號」措施時，應考慮從寬審查。



### 三、小結

由以上討論，可以得知：於「社群媒體之使用者遭到『停用帳號』或『停權』措施」之情形，本文以為，法院於審理時，原則上應採取從嚴審查之態度；例外於類似【案例 1.3】或【案例 1.4】之情形，由於雙方所據以主張之基本權，均可能因為系爭內容限制措施之（不）作用而受到一定程度以上之影響，為兼顧雙方基本權利之保障，此時法院即不宜於審理時採取「從寬」或「從嚴」審查之立場，毋寧應回歸於「利益權衡」及「實踐和諧」等基本原則之判斷<sup>85</sup>。

## 第三款 利益衡量：目的與手段之檢驗

### 一、案例 1

承上所述，於【案例 1】、【案例 1.1】以及【案例 1.2】中，對於 F 社群媒體平台對於 A 所為之「停用帳號」措施，由於並非涉及「使用自動化程式、短時間內大量發布同一內容」的行為，法院於審理時，原則上應「從嚴」檢驗系爭內容限制措施之目的以及該目的與系爭內容限制措施間之關聯。若參酌過往用於（法規範）違憲審查之標準，則會認為系爭內容限制措施必須以維護「重大」公益為目的<sup>86</sup>，且該目的與所採取之內容限制措施間，須至少有「高度吻合」之關聯；換言之，社群媒體平台之所以採取該內容限制措施之理由，對於法院而言，恐須接近「毫無疑問」的程度，否則就必須因為無法舉證而承受不利之判決結果<sup>87</sup>。

於【案例 1】中，A 透過 F 社群媒體平台，屢次發布有關選舉舞弊之「陰謀論」，最終遭到 F 社群媒體平台無限期地「停權」。就此「停權」決定，雖然單純「與事實不符」並非處罰系爭言論之正當事由<sup>88</sup>，惟散布關於選舉舞弊之不實訊

<sup>85</sup> 參照本文第三章、第一節、第一項之討論。

<sup>86</sup> 即便在本章第一節、第三項中，本文已有嘗試說明在水平法律關係中，為何及如何參酌、借用原先用於（法規範）違憲審查之「目的手段關聯性」或「比例原則」標準，相信有些讀者閱讀至此段時，仍會產生一些疑問：若法院選擇援引美國法上「目的手段關聯」之審查標準，在審查「目的」之階段，為何此時係以「重大公益」作為目的之審查標準？對此，本文以為，不妨將「重大公益」之目的要求，理解為「若非為追求重大公益，即無理由要求使用者之言論自由於個案中退讓」；換言之，在前一步驟決定類型化之標準時，其實就已經隱含有「孰輕孰重」之判斷在內。類似討論，參照黃昭元，同註 3，頁 97（認為美國法之三重審查標準具有「類型化的衡量」思考）。

<sup>87</sup> 參照本章第一節、第一項之介紹。

<sup>88</sup> *United States v. Alvarez*, 567 U.S. 709, 719 (2012). 在憲法法庭 112 年憲判字第 8 號判決中，主筆之蔡宗珍大法官認為，「基於明知或重大輕率之惡意而散播假新聞或假訊息，本不受憲法言論自由之保障」。不過，即便是蓄意散布之不實訊息，在民主社會與「言論自由市場」之中，本文

息，確實可能造成一般人民對於選舉制度之不信任，進而影響民主機制之運作<sup>89</sup>；而民主制度之維繫，確實屬於極重要之公共利益。不過，縱使 A 所散布之「陰謀論」與真實情形不符，原則上仍應優先思考是否得以「更多言論」以治癒不實言論所造成之傷害<sup>90</sup>。退步言之，即便認為現今之社群媒體環境中，由於「同溫層效應」<sup>91</sup>的存在，以更多言論作為治癒言論之手段的有效性逐漸降低，在【案例 1】之情形中，社群媒體平台之經營者仍應採取更溫和的措施，例如降低相關貼文的「觸擊率」，或是在相關貼文的下方附上當地政府機關或事實查核機構的報告連結，否則該「停權」措施與其所欲達成之目的間，恐怕難認有符合「高度吻合」之標準。

若參酌德國之「比例原則」模式加以檢驗，雖然維繫人民對於民主機制之信賴當屬「正當目的」，而直接將 A「踢出」F 平台也有助於該目的之實現且平台恐無其他「同等有效」但對侵害較小的手段；惟 A 對於選舉可能發生舞弊之質疑，應屬於一種政治性言論，若 A 未有造成其他法益受到侵害的可能，則應給予 A 更多空間以檢驗、質疑選舉之公平性<sup>92</sup>，畢竟社會上之其他民眾也不一定全盤接受 A 之論點，A 對於整體社會的影響力仍相當有限。是故，F 平台直接將 A 以及 A 之意見拒於門外的作法，恐怕並非「毫無疑問」；若事後 A 向法院提起訴訟，要求 F 平台恢復其帳號，法院應准許 A 之請求，命 F 社群媒體平台撤銷原先之「停用帳號」措施。

## 二、案例 1.1

於【案例 1.1】中，K 利用 F 社群媒體平台散播他人未同意散布之性影像，

---

也難認為此種言論「完全」不具有任何憲法上之價值：黃昭元大法官即有提出不同意見書，認為虛偽不實之言論仍可能具有「誘引更完整資訊之出現、或保護吹哨者、或對抗濫權腐化之有權力者、或促進相關政策之公共討論及思辯、或發揮即時監督政府功能」等正面目的；且得以避免表意者之自我檢查，參照憲法法庭 112 年憲判字第 8 號判決黃昭元大法官提出之不同意見書，頁 5-7。在上開 Alvarez 案中，Breyer 大法官亦於其提出之協同意見書指出，不實之言論仍有「避免尷尬、保護隱私、防止受到他人偏見、保護幼童之純真、避免大眾陷入恐慌、甚至有助於發現真實」之功能，並且避免不受歡迎之意見受到政府之選擇性執法。See *Id.*, at 733-34 (Breyer, J., concurring). 綜上所述，即便表意者明知所發布者為不實訊息，該言論仍應受到憲法之保障，前述憲法法庭之見解，應限縮於「誹謗罪合憲性」之討論脈絡。

<sup>89</sup> 曾有論者指出，其實一般性之「假訊息」並不只有對於（民主）制度運作的「直接」傷害，更可能對於民主的運作產生更「抽象」、「系統性」的傷害。參照楊勁楷（2021），《社群媒體假訊息管制之言論自由分析》，國立臺灣大學法律學系碩士論文，頁 75-79。然而本文認為，承認一般性的假訊息將對於民主運作帶來「系統性」的傷害，並不需要同時否認某些更具有「針對性」的假訊息將可能造成更具「直接性」的傷害。

<sup>90</sup> See Alvarez, *supra* note 88, at 726-28.

<sup>91</sup> See Wu, *supra* note 84, at 555-56.

<sup>92</sup> 不過，如果 A 基於「選舉舞弊」之陰謀論，有進一步煽動暴力行為的可能，在判斷上即有可能產生 180 度的大轉變；相對來說，若 A 僅僅是提出質疑而未有造成其他傷害，則不應該對其造成過度之限制。See OVERSIGHT BOARD, BRAZILIAN GENERAL'S SPEECH, 2023-001-FB-UA, para. 8.2, <https://www.oversightboard.com/decision/FB-659EAWI8/>, 最後瀏覽日期：2024.6.2。

已嚴重侵犯他人之隱私權。不論是他人為性行為之影音或是純粹展示私密部位的影像，原則上皆屬於個人之私密敏感資訊；將上開影像公布，亦是對於個人之生活私密領域之嚴重侵擾，已屬隱私權之嚴重侵害<sup>93</sup>。因此，F 社群媒體平台為了防止他人性影像遭到 K 散布，進而對 K 作出之「停用帳號」決定<sup>94</sup>，其目的確係為保障重要之公共利益。

至於系爭「停權」措施與前開目的間之關聯性的檢驗，由於網路及資訊科技的發達，大量資訊得以在人們之間快速流通，且任何資訊都擁有「眾所周知」的潛力，使得網路世界「凡走過必留下痕跡」，任何內容，一旦上傳至網路（以及社群媒體平台），該內容即難以在網路上完全消除，更可能已經為他人所下載、儲存<sup>95</sup>。因此，若社群媒體平台決定採取較為嚴厲之手段以有效嚇阻此類行為，似乎並無不可，而對於社群媒體平台來說，所得採取的措施之中具有嚇阻作用者，當屬「停用帳號」之處分；若僅僅是消極地刪除內容，將難以產生嚇阻作用。此外，停用「曾經散布他人未同意散布之性影像」之人的帳號，亦有助於防止隱私權之侵害遭到持續擴大。

不過，誠如前述，若 F 社群媒體平台拒絕在未來一年內向 K 提供服務，將會對於 K 之言論自由造成無可回復之重大影響，即便是為了維護重要公益，平台採取系爭停權措施之理由，恐怕不當然總是「毫無疑問」；該內容限制措施由於限制之範圍過於廣泛，也可能已經與前揭目的不具有高度吻合之關聯性。對面此種兩難，本文以為，重點毋寧在於「停權」之期間長短：若 F 社群媒體平台能夠向

<sup>93</sup> 參照司法院釋字第 603 號解釋、第 791 號解釋理由書；其中，釋字第 791 號解釋即有明文認為「通姦、相姦行為」之發現以及後續之刑事審判過程，將「必然侵擾個人生活私密領域及個人資料之自主控制」、「嚴重干預個人之隱私」，參照釋字第 791 號解釋理由書第 32 段。然而，亦有刑法學者認為，由於「個人事項」之公開與否涉及諸多面向，在刑事政策之角度上，不宜逕自認為此種涉及性活動之隱私必然具有特別受刑法保障之必要，在刑事規範上，毋寧以名譽權之保障作為思考方向，參照許恒達（2015），〈散布私密照加重刑責之研議〉，《月旦法學雜誌》，第 241 期，頁 248-251。不過，誠如其他學者的觀察，網路資訊科技為人們帶來了「短期且純粹」的再呈現，且網路（社群媒體）本身即時性的特徵，一旦將資訊散布出去，勢必難以收回，進而形成了一種「強化侵害效果」的溝通環境，參照古承宗（2023），〈刑法作為抗制「數位暴力」之手段——以惡意影音為例〉，《月旦法學教室》，第 333 期，頁 10-11。綜上所述，應認為「未經同意而散布他人之性影像」的行為，確實屬於一種對於（未有同意散布性影像之）他人的隱私權侵害，尤其是在網路（社群媒體）的環境之中，惟是否及應如何以刑罰作為手段，仍有許多討論空間，參照董子涵（2021），《未經同意散布性私密影像的刑事責任——以網路服務提供者為中心》，東吳大學法學院暨法律學系碩士班碩士論文，頁 24-25。

<sup>94</sup> 需要補充的是，由於散布未經他人同意之性影像的行為已有觸犯刑法，若 F 社群媒體平台只是單純將 K 所散佈之內容移除，依照民法第 71 條之規定，K 亦無從主張 F 社群媒體平台應依照契約恢復顯示系爭內容；參照民法第 71 條前段：「法律行為，違反強制或禁止之規定者，無效。」然而，由於在【案例 1.1】中，F 平台之經營管理者係禁絕 K 於未來一定期間內，於 F 平台上發布「任何內容」，已溢出民法第 71 條所規定之情形（K 上傳可愛狗狗的照片並不會觸犯所謂的「強制」或「禁止」規定），而仍有討論必要。

<sup>95</sup> 關於此種現象的討論，亦常見於「被遺忘權」之討論與分析。參照蘇慧婕（2022），〈歐盟被遺忘權的內國保障：德國聯邦憲法法院第一、二次被遺忘權判決評析〉，《台大法學叢論》，第 51 卷第 1 期，頁 49。

法院證明：自身所作成之「停用帳號」決定並非「無期限」地或「非常長期地」<sup>96</sup>向拒絕向 K 提供服務，使得 K 再造成他人隱私受到嚴重侵害的可能性已顯著降低時，仍得「回歸」該社群媒體平台，系爭「停用帳號」措施之作成理由即相當接近於「毫無疑問」之程度，使用者 K 恐怕也難以再舉證推翻系爭停權措施與其目的間之高度吻合性。

### 三、案例 1.2

在【案例 1.2】中，L 不只指稱少年 P 及少年 Q 為校園霸凌的兇手，並張貼 P 及 Q 的個人資料，更鼓吹其他使用者於 P 和 Q 放學時，一起去校門口堵人，給他們「一點教訓」，最終被 F 社群媒體平台「處以」30 天之帳號「停權」措施。首先，L 不僅洩漏 P 及 Q 的個人資料，造成 P 及 Q 隱私權之侵害，由於 P 和 Q 並未成年，L 之行為更有可能影響上開二人之身心健全發展<sup>97</sup>。不惟如此，L 號召其他於平台上之使用者一同給予 P、Q「一點教訓」之行為，將可能使得 P、Q 之身體甚至性命於現實世界中遭遇他人侵害；若 L 號召大眾實行「私刑正義」之舉動確實獲得大量群眾響應，亦有可能進一步引發更嚴重之社會治安問題<sup>98</sup>。是故，應認為 F 社群媒體平台對 L 所處之「停權帳號」30 天決定，其目的確實係為維護重要之公共利益。

至於「目的手段關聯」之檢驗，依照學說及實務上面對「煽動暴力／違法行為言論」的分析，似得援引「明顯立即危險」(clear and present danger) 或「立即非法行為」(imminent lawless action) 作為檢驗之標準<sup>99</sup>：除非該言論對於實際弊害的發生具有明顯而立即的危險，或是該言論係以「煽動他人為立即之違法行為或產生立即之違法行為」為目標、且該言論確實可能引起或產生立即之違法行為，否則政府不得對其施以處罰<sup>100</sup>。按此標準，即便 L 的貼文最終確實獲得他人響應，後續之非法行為也並非 L 之貼文所「立即導致」者，似乎 F 社群媒體平台所採取之「停用帳號」措施已過度侵犯 L 之言論自由。

<sup>96</sup> 例如在 Dcard 之「全站站規」中即有出現「5566 天」之停權天數規定，該規定即可能已屬「狹義比例原則」的違反。參照 Dcard，〈全站站規〉，同註 71。

<sup>97</sup> 此部分之案例設計參考自真實社會事件，該事件之來龍去脈，參照監察委員於 2021 年 11 月 18 日之新聞稿，網址：<https://bit.ly/46D07Io>，最後瀏覽日期：2024.6.2。

<sup>98</sup> 此部分之案例設計亦參考自真實社會事件，參照吳銘峯（2021.10.22），ETtoday 新聞雲，〈私刑正義 GG！保母虐童案直播主號召鄉民圍堵 判刑定讞〉，網址：<https://www.ettoday.net/news/20211022/2106950.htm#ixzz86ydt2jug>，最後瀏覽日期：2024.6.2。

<sup>99</sup> 在理解上，應當將「明顯立即危險」或「立即非法行為」視為嚴格審查基準於言論自由案件中，進一步「具體化」的顯現，參照黃昭元，同註 3，頁 98。

<sup>100</sup> Schenk v. United States, 249 U.S. 47, 52 (1919), Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444, 447 (1969). 中文文獻，參照林子儀（1999），〈言論自由與內亂罪—「明顯而立即危險原則」之闡釋〉，收錄於《言論自由與新聞自由》，頁 210, 217-218；楊智傑（2021），〈美國不實言論之言論自由保障〉，《國立中正大學法學集刊》第 71 集，頁 146-148。

惟以上標準之「立即性」的判斷，依照學說之見解，仍應視具體個案之客觀因素而定；面對之危害越嚴重，就有越多的空間得以提前「急迫性」之時點<sup>101</sup>。若認為美國於 *Brandenburg v. Ohio* 案所表示之見解仍為一利益權衡之結果<sup>102</sup>，就應該考量到「經由社群媒體平台散布」之訊息所可能具有之影響力：由於潛在之受眾為數眾多，在 L 公布 P 及 Q 之個人資料、指稱上開二人為「霸凌案之兇手」，並呼籲其他人一同給予 P、Q 二人「一點教訓」之後，雖然其他人可能並非在 L 發文之後「立即」接收到該貼文之內容、大多數人亦不會在閱讀 L 之貼文後決定起身動手；然而，一旦系爭貼文的受眾增加，渺小的機率經過積累，仍會增加 P、Q 之人身安全受到侵害的風險<sup>103</sup>。

又或有以為，由於 L 係呼籲大家於 P、Q「放學時」去校門口堵人，其所發布之內容並未製造「立即危害」，而是「未來某個時間點」的危害，若按照「立即違法行為」之標準，L 之貼文內容並無限制必要<sup>104</sup>；惟本文以為，在 P、Q 之身分因為 L 所發佈之貼文曝光以後，接收到該篇貼文之讀者，亦有可能在其他時間因為 L 之慫恿，決定對 P、Q 施以暴力；再者，相較於國家運用公權力懲罰「煽動暴力言論」之表意者，社群媒體平台所為之「停用帳號」或「停權措施」，其所得造成之嚇阻力相當有限。是故，社群媒體平台將「急迫性」之時點提前，於判斷上並無違誤，仍有符合「立即非法行為」之判準。

不過，在「從嚴審查」的前提下，系爭「停權」措施的期間長度，仍須接近於「最小侵害手段」；誠如前述，「停用帳號」措施不只具有嚇阻之作用，在個案中更有防止損害持續擴大之效果。是故，社群媒體平台於決定「停用帳號」措施之期間長短時，亦應同時兼顧二者之考量；若社群媒體平台無法向法院證明目前（因為某一社會事件而）發生暴力行為之機率仍未降低，卻仍然繼續對使用者之帳號施行「停權」措施，系爭「停權」措施恐怕即已過度侵害用戶之言論自由，而可能遭到法院判決「廢棄」。

#### 四、案例 1.3、案例 1.4

承上所述，面對到諸如【案例 1.3】及【案例 1.4】「使用自動化程式，於短時間內大量發布同一內容」之情形，法院即應回歸於「利益權衡」及「實踐和諧」

<sup>101</sup> 林子儀，同前註，頁 225。

<sup>102</sup> 林子儀，同前註。相同見解，See Mark Tushnet, *The Kids Are All Right: The Law of Free Expression and New Information Technologies*, 71. Cath. U. L. Rev. 471, 479 (2022). (“Free expression doctrine seeks to achieve the level of regulation that jointly optimizes or, in less formal terms, strikes the right balance between expression and harm.”)

<sup>103</sup> *Id.*, at 489. (“Even if that percentage is quite small, increasing the audience would increase the number of unlawful acts.”)

<sup>104</sup> 參照楊智傑，同註 100，頁 150-151。

等基本原則進行判斷。不過，誠如本文前揭討論<sup>105</sup>，具體而言，仍係對於社群媒體平台於個案中所採取之「內容限制措施」，進行目的與手段之檢驗，並加以審視：使用者之言論自由是否於個案中，遭受到過度且不成比例之限制？

就目的之部分，誠如前述，M 利用自動化程式以及許多「假帳號」，得以在短時間內大量地散布同一或類似之內容，勢必對於其他用戶在平台上之討論與互動產生負面影響；且 M「假扮」許多人、試圖製造「眾望所歸」或「人神共憤」之氛圍的行為，對於「言論自由市場」的運作而言，亦是一種不當干預，甚至可因此妨礙民主政治之運作<sup>106</sup>。再者，「假帳號」的建立亦可能伴隨著身分冒用，使得被冒用之他人的名譽甚至財產受到侵害。是以，應認為 F 社群媒體平台採取系爭「停用帳號」措施所欲保護之公共利益，尚屬合理正當且具有一定之重要性。

至於目的與手段關聯性之檢驗，由於此時係針對「使用自動化程式，於短時間內大量發布同一或類似內容」之行為，嚴格來說並不涉及發布之內容，本文初步認為，或許此時得參考美國法上「雙軌理論」中對於「非言論內容管制」之標準。一般認為，若是非針對言論內容之「時間、地點、方式」的政府管制，該手段必須「不涉及言論之內容」、「可以增進實質之（政府）利益」且「具有緊密關聯」（*narrowly tailored*）、並「尚有其他表達之適合管道」<sup>107</sup>。若以此標準檢驗 F 社群媒體平台對於 M 所為之內容限制措施，應認為：由於 F 社群媒體平台將 M 的「假帳號」全數刪除的行為並沒有涉及內容、也確實能夠增進上開所提及之公共利益、手段與目的之間亦具有一定之「緊密關聯」<sup>108</sup>、而 M 仍有其他表達意見管道（系爭措施並未排除 M 以自身之「真實身分」創建帳號之可能），F 社群媒體平台之措施並未過度地限制 M 之言論自由。

然而，上開標準是否妥適，非無疑問。上開標準雖然看似接近於「中度審查標準」，而非僅僅是寬鬆審查，惟於美國實務中，法院在面對此類案件時，更傾向於寬鬆審查，並對於上開要件進行廣泛的解釋<sup>109</sup>。因此，也有學者認為，所謂雙軌理論之「第二軌」其實並非如想像般保護言論自由<sup>110</sup>。不過，本文以為，回

<sup>105</sup> 詳見本章第一節、第三項、第二款之討論。

<sup>106</sup> See Wu, *supra* note 84.

<sup>107</sup> 參照林子儀(1999)，〈言論自由的限制與雙軌理論〉，收錄於《言論自由與新聞自由》，頁 168。美國最高法院案例，See e.g., *Clark v. Commun. for Nonviolence*, 468 U.S. 288, 293 (1984); *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781, 791(1989)。國內實務，參照司法院釋字第 806 號解釋：「政府所採取之管制措施，僅屬對於演出活動之時間、地點、方式等無涉表意內容之管制者，其管制目的應為追求合法之公共利益，但不得夾帶意圖壓抑表意內容之隱藏目的；其手段至多僅得對表意內容造成附帶之適度限制，且應留給表意人有足以表意之其他替代途徑，始符比例原則之要求。」

<sup>108</sup> 在 *Ward v. Rock Against Racism* 一案中，主筆之 Kennedy 大法官即有明確指出，所謂「緊密關聯」並不需要滿足「最小侵害手段」的要求；只要管制之手段並未對於言論造成「必要程度以外」之實質負擔即可。See *Id.*, at 798-99.

<sup>109</sup> 林子儀，同註 107，頁 161-164。

<sup>110</sup> Larry A. Alexander, *Trouble on Track Two: Incidental Regulations of Speech and Free Speech Theory*, 44 *Hastings L. J.* 921, 925 (1993). (“track two analysis has not proven to be speech protective”)

到【案例 1.3】及【案例 1.4】之情形，即便是不採取前開「雙軌理論」之判斷標準，而回歸「個案利益衡量」的審查模式，M 藉由大量「假帳號」於短時間內重複發布同一內容之情形，仍不值得給予過多保障，毋寧應予退讓：畢竟「刪除 M 用以重複留言之假帳號」的行為，誠如前述，不僅具有正當目的，實際上 M 仍得依循常規，以自身之真實身分創建帳號，並透過該帳號於平台上宣傳各種內容，故 F 平台之措施，尚難謂有利害失衡。

## 第二項 「移除內容」措施

【案例 2】B 為 F 社群媒體平台的使用者。如同【案例 1】中的 A，B 也不信任上次的大選結果，並同樣在 F 平台上，發文指控現今的執政黨於上次大選作票。在接獲其他用戶的申訴之後，F 平台認為 B 所發布之內容涉及「不實訊息」，於是決定將 B 的貼文刪除。

【案例 2.1】V 為一位成人影業的演員。為了宣傳自己以及自己的新作品，於是將自己全裸（並特寫性器官）的照片上傳至 T 社群媒體平台上，該照片被 T 平台以「涉及性器官裸露」為由刪除。

【案例 2.2】R 為一名攝影記者，平時會將採訪、報導的照片及影片上傳到 T 社群媒體平台上。一日，一群環保倡議人士於總統府前，以「全身裸露」的方式，抗議政府未能有效防止全球暖化。而 R 在收到消息後，也前往總統府拍照、錄影紀錄。回到家後，R 將該場抗議活動的照片及影片上傳至 T 平台，惟 T 平台同樣以「涉及性器官裸露」為理由，將 R 所上傳之內容刪除。

【案例 2.3】W 某日下班騎車回家途中，偶然看到有警察追捕嫌犯，且警察壓制該嫌犯之後仍不停以警棍毆打、戳擊該嫌犯之頭部和四肢，導致該嫌犯血流不止、且身上具有嚴重之外傷。W 回家之後，發現自己的行車紀錄器有捕捉到上開事件的完整經過，遂將行車紀錄器的錄影上傳至 F 社群媒體平台，指控「警察打人」。然而，由於在該影片中，嫌犯的傷勢過於血腥、警察的「執法」行為也過於殘忍，F 平台認為系爭影片已屬「血腥暴力內容」，遂將 W 所上傳之影片刪除。

## 第一款 類型化標準之選擇：「從嚴」還是「從寬」審查？



### 一、平台營業自由的考量

即便本文並不承認社群媒體平台之內容限制措施為一種憲法上的言論，本文亦難以否認社群媒體平台之內容政策執行為一種營業自由的展現；社群媒體平台之經營者依其意願及商業利益考量「制定並執行內容政策」、「打造自身所意欲之線上環境」的權利，當受憲法營業自由之保障<sup>111</sup>。況且，若認為應該透過市場競爭以製造多元之言論自由環境，則內容政策的制定及執行，也會被認為是平台業者實踐其營業自由的重要部分<sup>112</sup>。或有以為，社群媒體平台每天所進行之「移除內容」措施不勝其數，若僅僅是改變其中一個「移除內容」措施的決定，對於平台之營業自由而言，影響相當有限。然而，除了考量到該「移除內容」決定對於未來內容限制決定的影響力<sup>113</sup>，相較於前揭處理之「停用帳號」措施對於平台營業自由之影響程度，在涉及「移除內容」措施之情形中，給予平台之營業自由較多之尊重，亦屬合理：誠如前述，社群媒體平台大多數之「停權」決定，實際上係平台貫徹其內容政策之手段，停權決定「本身」對於平台營業自由之影響，毋寧相當有限。

綜上所述，於「移除內容」之情形，考量到社群媒體平台之營業自由，法院似應傾向從寬檢驗平台之內容限制措施。

### 二、使用者言論自由的影響程度

相較於「停用帳號」措施，若僅僅是某部影片、某張照片、某則貼文，甚至是某則留言遭到移除，看似對於社群媒體之使用者並未產生太嚴重之言論自由限制。然而，如此「舉重已明輕」是否能夠充分地呈現「移除內容」措施對於社群媒體使用者之言論自由的影響程度，非無疑問。舉例來說，對於 Balkin 而言，由於「缺乏事後救濟保障」、「決策程序不公開且不需遵守正當程序」、「由表意者承擔不作為 (inertia/inaction) 之不利益」，且「由表意者承擔錯誤決策之成本」等特性，現今社群媒體平台等科技企業限制言論之手段，即便與「傳統」之言論事

<sup>111</sup> See Nathaniel Persily, *Platform Power, Online Speech, and the Search for New Constitutional Categories*, in SOCIAL MEDIA, FREEDOM OF SPEECH AND THE FUTURE OF OUR DEMOCRACY 193, 209 (Bollinger & Stone ed., 2022). 當然，本文此處所稱之「保障」並非「絕對性」之保障，否則也不需要與使用者之言論自由進行利益衡量了。

<sup>112</sup> See Jack M. Balkin, *To Reform Social Media, Reform Informational Capitalism*, in SOCIAL MEDIA, FREEDOM OF SPEECH AND THE FUTURE OF OUR DEMOCRACY 233, 246-47 (Bollinger & Stone ed., 2022). (認為應鼓勵不同的社群媒體平台各自發展出「有特色」的內容政策和內容限制措施，以吸引各種不同族群之使用者。)

<sup>113</sup> 參照本款下段「二、使用者言論自由的影響程度」的討論。

前限制仍舊有所差異，亦已是一種「數位事前限制」(digital prior restraint)<sup>114</sup>。此外，隨著科技進步，大部分「移除內容」的內容限制決定已經不再需要「審查員」(moderator)對於內容進行逐一判斷，而係仰賴人工智慧(AI)及演算法技術的自動化運作<sup>115</sup>。對於社群媒體之使用者而言，這樣的趨勢不僅僅更加落實了「數位事前審查」的稱號<sup>116</sup>，也代表當自身發布的「某一內容」遭到平台移除時，並不是單純地將該內容「重新發布」一次即得以規避原先之移除決定；除非平台業者決定更改其內容政策，否則遭到刪除之內容、甚至其他相似之內容，都將永遠無法出現於該社群媒體平台<sup>117</sup>。更有甚者，如果社群媒體平台之間，彼此之內容政策也出現「趨同」的現象<sup>118</sup>，那麼被刪除的內容，可能會更根本地被整個網路世界所拒絕。

不過，Jamal Greene 教授認為，如果社群媒體平台僅僅是將某一內容移除而未有附加其他處罰，更沒有使用任何強制力(coercive restriction)時，應當給予平台業者更多空間以落實自身的內容政策；即便是「公有」社群媒體平台，基於美國法上的「公共論壇」(public forum)及「政府言論」(government speech)法則，政府甚至也會擁有相當的餘裕以進行「事前」的言論自由限制<sup>119</sup>。因此，對於 Greene 教授而言，對於「言論自由保障」的思考不應侷限於言論的多寡，更重要者，毋寧是內容政策執行結果的一致性(consistency)；若認為「避免恣意」、「確保規則適用之一致性」亦是「保障言論自由」中重要的一環，那麼，在

<sup>114</sup> Jack M. Balkin, *supra* note 80, 2017-19, 2025; Jack M. Balkin, *Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation*, 51 U.C.D. L. REV. 1149, 1177-78 (2018); Jack M. Balkin, *Old-School/New-School Speech Regulation*, 127 HARV. L. REV. 2296, 2316-18 (2014).

<sup>115</sup> See Evelyn Douek, *Facebook's "Oversight Board:" Move Fast with Stable Infrastructure and Humility*, 21 N.C. J. L. & Tech. 1, 12-13 (2019). Facebook 的母公司 Meta 亦聲稱，在其他用戶提出檢舉之前，先行找出超過 90%的違規內容，參照 META TRANSPARENCY CENTER,〈如何運用技術偵測違規內容〉，網址：<https://transparency.fb.com/zh-tw/enforcement/detecting-violations/technology-detects-violations/>，最後瀏覽日期：2024.6.2。

<sup>116</sup> 原本社群媒體平台主要係透過「事前內容限制」(ex ante content moderation)、「事後人工主動審查」、「事後用戶檢舉」等管道以進行各種內容限制措施，See Kate Klonick, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, 131 HARV. L. REV. 1598, 1635-36 (2018)。不過，由於人工智慧及演算法等類似技術，主要係應用於「事前內容限制」的進行，See *Id.*, at 1636-37。因此，一旦越來越多的「移除內容」決定係透過自動化技術進行，涉及「移除內容」之內容限制措施也會越來越近似於所謂之「事前審查」。參照 META TRANSPARENCY CENTER，同前註。(「在多數情況下，於幕後執行的技術常在任何用戶看到內容前，便已自動移除違規內容。」)

<sup>117</sup> 參照 META TRANSPARENCY CENTER，〈政策執行技術的運作方式〉，網址：<https://transparency.fb.com/zh-tw/enforcement/detecting-violations/how-enforcement-technology-works/>，最後瀏覽日期：2024.6.2。(「技術的強項在於可不斷偵測相同的內容，若有必要，重複幾百萬次也沒問題。若新的內容與其他違規內容相符或非常相似，我們的技術會就對其採取行動。」)

<sup>118</sup> 參照本文第二章、第二節、第一項的討論。

<sup>119</sup> Jamal Greene, *Free Speech on Public Platforms*, in SOCIAL MEDIA, FREEDOM OF SPEECH AND THE FUTURE OF OUR DEMOCRACY 157, 168-170 (Bollinger & Stone ed., 2022)。需要補充的是，於該篇文章中，Greene 教授的分析皆是坐落於「公有社群媒體平台」的「思想實驗」之上。

「社群媒體平台」的脈絡中，原先遭到唾棄的「事前言論限制」，反而能夠避免社群媒體平台於具體個案中，對於規則的適用產生恣意與偏見<sup>120</sup>。

本文以為，上述 Greene 教授所提出之論點，除了過於輕忽「移除內容」措施對於言論自由的影響力之外，其他部分確實有諸多值得參考之處。然而，並非以上所有 Greene 教授所提出之論點，皆會對於本文此處之判斷產生影響。舉例而言，Greene 認為社群媒體平台的經營者，無論係私人還是公部門，都有一定的空間以制定該平台的內容政策<sup>121</sup>；然而，這部分的考量，對應到本文前揭所建立之架構，即是對於平台營業自由的考量。此外，雖然 Greene 教授尤其重視「規則執行的一致性」，然而 Greene 教授也認為，如果是政府所經營之社群媒體平台，其內容政策不得偏袒某一方（partisan）、反覆無常（caprice）、對於特定族群帶有成見（bias）；對於裸露及色情內容，Greene 教授也認為當遇到高度「教育性」或「政治重要性」的內容時，平台的內容政策應當給予例外<sup>122</sup>。是故，不僅 Greene 教授再再強調的「一致性」並非鐵板一塊，若要在個案中避免恣意並適當地給予例外、且確實給予使用者完善之「程序保障」，重點毋寧在於「建立個案救濟的管道」——而這正是本篇論文的核心關懷。

最後，需要補充的是，在社群媒體平台進行「移除內容」措施的脈絡中，原先「事前限制」與「事後懲罰」的區分恐怕也將失去實益——二者對於使用者之言論自由所造成的影響，恐無太多區別：

關於國家對於人民之「言論事前限制」，一般而言，均無法避免「違憲推定」的結論<sup>123</sup>，其原因無非係避免過於主觀武斷的事前臆測、拒絕政府基於「家長主義」（paternalism）或「集權主義」干預人民的自主決定、防止民主程序的運作受到影響，以及「應藉由『更多言論』治癒有害言論所帶來之傷害」的觀點<sup>124</sup>。然而，除了「用戶上傳內容之際，該內容即遭到平台偵測並『下架』」的情形，在「用戶上傳內容之後才被系統所偵測、移除」抑或是「遭到其他用戶的檢舉之後，社群媒體平台才將該內容移除」的情形中，由於該「內容本身」亦將不復存在於該社群媒體平台之中，其他使用者也無法再獲得該資訊；該「移除內容」決定的作成，也非出自於其他用戶的自主決定，更不是一種「以更多言論治癒有害言論」的作法。是故，應認為即便是「事後移除」的情形，社群媒體之「移除內

<sup>120</sup> *Id.*, at 169, 171-172。

<sup>121</sup> *Id.*, at 167, 170.

<sup>122</sup> *Id.*, at 173-174.

<sup>123</sup> 參照司法院釋字第 744 號解釋理由書（節錄）：「按化粧品廣告之事前審查乃對言論自由之重大干預，原則上應為違憲。」不過亦有認為，如果是針對「公共論壇」的管理或是「商業性言論」，不應採取相同的嚴格審查標準，參照楊智傑（2017），〈言論自由事前審查之審查標準－釋字第 744 號解釋與美國審查標準比較〉，《憲政時代》，第 43 卷第 1 期，頁 135-139。

<sup>124</sup> 劉靜怡（2004），〈言論自由：第一講「言論自由」導論〉，《月旦法學教室》，第 26 期，頁 77-78。

容措施」也存在著諸多「事前限制」的弊病。

再者，利用人工智慧技術，於上傳內容的「當下」進行內容檢驗，是否仍為全然之「事前臆測」，不無有疑；惟若認為平台業者在「使用者上傳內容完畢、但其他使用者尚未閱覽該內容」的時間內完成「移除內容」的決定，即不屬於一種「事前」內容限制，而得以獲得法院較為寬鬆之審查，亦難合於邏輯。因此，應認為所謂「事前」與「事後」的分類，於社群媒體平台進行「移除內容」措施的脈絡中，並不具有區分實益；即便社群媒體平台係在用戶上傳內容「後」始移除該內容，同樣會對於使用者的言論自由產生相當程度之影響。

綜上所述，本文以為，即便認為社群媒體平台維持內容政策執行之「一致性」誠屬重要，也不能因此輕忽個別內容遭到社群媒體平台移除對於使用者之言論自由的影響。此外，不論係上傳內容之際即遭到移除，還是上傳內容一段時間之後，（因為遭到他人檢舉）始遭到移除，對於使用者而言，皆會對於言論自由造成一定程度的影響。是故，面對到此類內容限制措施，考量到使用者之言論自由，法院亦不宜從寬審查。

### 三、言論內容限制之再類型化嘗試：以「觀點歧視」為標準

從上述的討論與分析，可以得知：「移除內容」措施的實施與否，對於平台之營業自由或使用者之言論自由而言，均具有相當程度的重要性。因此，法院似乎在面對平台之「移除內容」措施時，只能回到最初之「利益衡量」及「實踐和諧」等原則進行判斷，而無法採取「從寬」或「從嚴」之類型化標準。然而，如此一來，本文前揭所嘗試建立之類型化標準，其所得適用之範圍以及所得發揮之效果，恐將大幅受限。為此，本文以下將試圖透過「觀點歧視」（**viewpoint discrimination**）之概念，將社群媒體平台實施「移除內容」措施之情形，再為進一步之分類。

#### （一）以「觀點歧視」作為區分標準

或有疑問，為何「觀點歧視」適合作為進一步再行細分之標準？首先，社群媒體平台之「移除內容」措施，難謂非屬一種「針對言論內容」的限制，只是發動該限制之主體變成了由私人所有、經營之社群媒體平台；而「觀點歧視」即是「針對言論內容限制」的一種子類型<sup>125</sup>。再者，於過往美國聯邦最高法院的判決

<sup>125</sup> *Rosenberger v. Rector and Visitors of the University of Virginia*, 515 U.S. 819, 830-31 (1995). (“As we have noted, discrimination against one set of views or ideas is but a subset or particular instance of the more general phenomenon of content discrimination.”) See also R. Randall Kelso, *Clarifying Viewpoint Discrimination in Free Speech Doctrine*, 52 IND. L. REV. 355, 365, 375 (2019). Kelso 教授

實務中，即便法院肯認政府得針對言論之內容進行規制，「觀點歧視」仍會作為言論自由的最後一道防線；換句話說，當有雙方對於「是否允許（政府）限制某一（種類的）言論內容」產生歧見時<sup>126</sup>，「觀點歧視禁止」能夠作為雙方妥協、各退一步的答案：

- 在 *Rosenberger v. Rector and Visitors of the University of Virginia* 一案中，雖然法院認為本案所涉及之學生活動基金（Student Activities Fund, SAF）是一種抽象（metaphysical）的「限制公共論壇」，因此管理該活動基金的大學得基於當初創立該「公共論壇」的目的，限制使用該公共論壇的族群及其談論之議題（topic），進而形成一種「內容歧視」（content discrimination）；惟針對「觀點」之限制仍非憲法所允許之情形<sup>127</sup>。
- 於 *National Endowment for the Arts v. Finley*<sup>128</sup>一案，法院所面對者為國家對於藝術活動的獎助。即便法院認為，於提供藝術獎助的脈絡之下，「針對內容」的考量乃是獎助發給程序（grant-making process）中的必然結果<sup>129</sup>。然而，主筆之 O'Connor 大法官亦指出，若藝術獎勵國家基金會（NEA）將其發放補助的權限用於懲罰不受歡迎的言論，法院將可能作出截然不同的結果（then we would confront a different case）；若補助的發放已經造成「操弄」（manipulated）且「具強制力」（coercive）的效果，那麼法院應當給予（當事人）救濟<sup>130</sup>。
- 於 *Island Trees Sch. Dist. v. Pico by Pico*<sup>131</sup>案中，地區學校的教育委員會（Board of Education）將 9 本涉及「反美」、「反基督」、「反犹太」、以及內容「顯然下流」（plainly filthy）的圖書，移除於該地區的學校圖書館<sup>132</sup>；學生認為教育委員會的決定已構成憲法言論自由的侵犯，遂向法院提起訴訟。美國聯邦最高法院認為，即便依照過往法院先例，地區的學校委員會就學校事務具有廣泛的裁量權限（discretion），該權限之行

---

認為美國聯邦最高法院承認了兩種「針對言論內容之限制」的子類型：針對「觀點」與針對「主題」（subject-matter）的歧視。

<sup>126</sup> 依照美國「國家行為理論」之見解，憲法第一增修條文所保障之言論自由具有絕對的「針對國家性」，故過往實務判決中，限制人民言論自由之主體，也絕對是「國家」，參照本文第三章、第二節之介紹。

<sup>127</sup> *Rosenberger*, *supra* note 125, at 829-30. 中文文獻，參照陳怡卉（2017），《公共論壇與言論自由——以美國法制為中心》，東吳大學法學院法律學系碩士論文，頁 87-88、頁 100-101。

<sup>128</sup> *National Endowment for the Arts v. Finley*, 524 U.S. 569 (1998). 中文翻譯參照劉靜怡（譯），〈7. *National Endowment for the Arts v. Finley*〉，收錄於《美國聯邦最高法院憲法判決選譯第六輯》，頁 50-59。

<sup>129</sup> *Id.*, at 585.

<sup>130</sup> *Id.*, at 587.

<sup>131</sup> *Island Trees Sch. Dist. v. Pico by Pico*, 457 U.S. 853 (1982).

<sup>132</sup> *Id.*, at 857.

使亦不能違反憲法第一增修條文的誡命<sup>133</sup>；既然憲法對於言論自由的保障亦有包含「接收資訊的自由」<sup>134</sup>，如果學校委員會係藉由「將圖書移除於圖書館」的方式，避免學生接收到委員會所不同意（disagree）之意見（ideas），委員會的裁量權行使，即屬違憲<sup>135</sup>。惟若系爭圖書被移除的原因是因為系爭圖書所蘊含之內容「普遍地粗俗」（pervasively vulgar），或是該移除決定係完全地基於「教育合適性」（educational suitability）的考量，對於提起訴訟的學生而言，皆不構成憲法言論自由的侵害<sup>136</sup>。

上述美國聯邦最高法院的案例，雖然分別涉及「限制公共論壇」之「目的」考量<sup>137</sup>、藝術活動的獎助，以及公立學校對於校園事務的管理，不過縱觀而言，於以上案例中，法院之多數（majority）或複數（plurality）意見皆肯認政府得基於一定之公益考量，對於人民表意之「內容」進行一定之限制<sup>138</sup>；至於人民受憲法保障之言論自由，則退讓至「觀點歧視」之禁止。

本文以為，「社群媒體平台」與「使用者」就某一「內容」得否存在於社群媒體平台之上的爭執，無非類似於「政府」與「人民」於以上案例中，對於政府得否限制人民表意或接收資訊之「內容」的爭議；考量到社群媒體平台的營業自由，使用者之言論自由，除了難以容忍之「觀點歧視」之外，本應接受一定程度的退讓，而「退讓」的展現，即是允許法院在面對社群媒體平台之「移除內容」措施時，採取不那麼嚴格之檢驗標準。是故，應認為平台對於使用者所發布之內容所為之「移除內容」措施，僅有在涉及「觀點歧視」之移除內容措施時，法院始須「從嚴」審查。

然而，縱使同意「觀點歧視」得作為從嚴審查的原因，仍有兩個主要問題以待解決，即是觀點歧視的定義，以及保障觀點不受差別待遇的理由。

## （二）觀點歧視之定義：與「針對內容之限制」之區分

### 1. 美國實務「觀點歧視」標準的演進

---

<sup>133</sup> *Id.*, at 863-64.

<sup>134</sup> *Id.*, at 866-67.

<sup>135</sup> *Id.*, at 871.

<sup>136</sup> *Id.*

<sup>137</sup> See *Perry Educ. Ass'n v. Perry Educators' Ass'n*, 460 U.S. 37, 45, fn.7 (1983). (“A public forum may be created for a limited purpose such as use by certain groups . . . or for the discussion of certain subjects”) 中文文獻之部分，參照陳怡卉，同註 127，頁 74-76。

<sup>138</sup> 類似見解，See *Greene, supra* note 119, at 168. 雖然 *Greene* 對於「內容歧視」和「觀點歧視」等分類不以為然，惟依照 *Greene* 教授對於「公共論壇」法則與「政府言論」法則的歸納，政府對於表意場域（forums）的影響力，毋寧象徵著政府自身所欲維護之利益。

一般認為，早在 1943 年的 *West Virginia State Board of Education v. Barnette*<sup>139</sup>一案中，美國聯邦最高法院即有認為「觀點歧視」係屬一種對於言論自由的嚴重侵害<sup>140</sup>。在該案中，主筆之 Jackson 大法官即表示：「如果我國的憲法中存在一顆恆星，即是關於政治、國家主義（nationalism）、宗教、以及其他事務的討論，任何政府官員——不論職位高低——皆不得規定何謂『正統』之意見；亦不得強迫人民藉由文字或行為，表達出對於該『正統』意見的信任。」<sup>141</sup>然而，之後的美國實務不但沒有嚴格地區分「針對『觀點』的限制」與「針對言論『內容』的限制」，甚至可能交錯使用二者<sup>142</sup>，直到 *R. A. V. v. City of St. Paul*<sup>143</sup>一案，最高法院似乎才開始對於二者進行更嚴格的區分和定義<sup>144</sup>。

於 *R. A. V. v. City of St. Paul* 一案中，主筆之 Scalia 大法官指出，即便是傳統上被認為「不受憲法保障」之言論，政府也不得任意限制之；即便是「挑釁言論」（fighting words）亦具有一定之表意性質（expressive），只是被視為一種「非言論」（non-speech）之元素、一種言論模式（mode of speech）<sup>145</sup>。因此，對於「挑釁言論」的管制，就如同對於高分貝宣傳車的管制，除了 Scalia 大法官所補充的兩種例外情形以外，政府仍舊不能以「自身對於該訊息的喜好或厭惡」作為管制之理由<sup>146</sup>。是故，僅僅處罰針對「種族、膚色、教義（creed）、宗教、及性別」的挑釁言論，將不僅僅是針對言論內容之差別待遇，更已構成「觀點歧視」；不僅針對政治立場、性傾向等特質之挑釁言論將不受拘束，對於種族、膚色等議題抱持友善、包容態度的人，仍得使用其他種類的挑釁言語（例如「問候」他人母親），然而，持相反意見的族群，卻會受到系爭法規之約束<sup>147</sup>。

在 *R. A. V.*案之後，聯邦最高法院亦開始於「限制公共論壇」的脈絡之下，作成數件涉及觀點歧視的判決<sup>148</sup>。其中，於前揭已有提及之 *Rosenberger* 案中，法

<sup>139</sup> 319 U.S. 624 (1943).

<sup>140</sup> See Marjorie Heins, *Viewpoint Discrimination*, 24 *Hastings Const. L.Q.* 99, 100 (1996); Lackland H. Bloom Jr., *The Rise of the Viewpoint-Discrimination Principle*, 72 *SMU L. REV. F.* 20, 21 (2019).

<sup>141</sup> *Barnette*, *supra* note 139, at 642. 中文翻譯參照吳佳樺（2022），〈不表意自由之研究：從理論到實踐〉，國立臺灣大學法律學院法律學系博士論文，頁 1-2。

<sup>142</sup> Heins, *supra* note 140, at 101, 109-110. (quoting *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC*, 512 U.S. 622 (1994); *Police Dept. of City of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92 (1972))

<sup>143</sup> 505 U.S. 377 (1992).

<sup>144</sup> Kelso, *supra* note 125, at 375. Bloom Jr., *supra* note 140, at 25.

<sup>145</sup> *R. A. V. v. City of St. Paul*, *supra* note 143, at 384-386. 中文文獻，參照蘇慧婕（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〉，收錄於李建良編，〈憲法解釋之理論與實務第九輯〉，頁 230。

<sup>146</sup> *R. A. V.*, *supra* note 143, at 386. Scalia 大法官所指出的兩種例外情形，分別是：當「系爭言論是否受保障」之區分根據，恰好即是限制該類言論之唯一原因（“When the basis for the content discrimination consists entirely of the very reason the entire class of speech at issue is proscribable”），例如處罰聲稱「將對總統施以暴力」的恐嚇言論；以及針對言論之「次級效果」所進行之管制。See *id.*, at 388-389.

<sup>147</sup> *Id.*, at 391.

<sup>148</sup> See *Rosenberger*, *supra* note 125; *Lamb's Chapel v. Center Moriches Union Free School Dist.*, 508 U.S. 384 (1993)（申請於下課時段利用學校設施播放宗教性影片遭到拒絕）；*Good News Club v.*

院認為，雖然「基於言論內容之差別待遇」與「觀點歧視」在概念上不易精確地區分，惟關於宗教的想法（*thought*）以及討論（*discussion*）已不僅僅是一種觀點（*viewpoint*），更是一全面性的思想（*a comprehensive body of thought*）；此外，宗教能夠作為許多議題進行討論和思考的前提、觀點、立場<sup>149</sup>。是故，在該案中，學校並不僅是限制了宗教這一種「議題」，更是針對宗教性的觀點為差別待遇<sup>150</sup>。

近年來，美國最高法院更是將「觀點歧視」的概念，應用至商標之申請准駁事項。在 *Matal v. Tam*<sup>151</sup>一案中，面對「不得將可能貶低（*disparage*）、鄙視（*contempt*）他人，或是破壞他人名聲（*disrepute*）的內容註冊為商標」之規定，主筆複數意見的 Alito 大法官認為，系爭規定已構成觀點歧視而違憲<sup>152</sup>。Alito 大法官認為，縱使上開「貶低條款」禁止了針對所有族群的冒犯，然而，「冒犯本身即是一種觀點」（*giving offense is a viewpoint*）；不能僅因為某一意見對於某些聽眾而言具有冒犯意味，即禁止該意見的公開表達<sup>153</sup>。之後，於 *Iancu v. Brunetti*<sup>154</sup>一案中，同樣面對到商標註冊的問題，美國聯邦最高法院以 6-3 的比數，認為「禁止將不道德（*immoral*）或令人反感的（*scandalous*）內容註冊為商標」的規定，同樣因為涉及了「觀點歧視」而違憲<sup>155</sup>。主筆之 Kagan 大法官在仔細探求“*immoral*”及“*scandalous*”的文義之後，認為依照系爭法規之規定，僅有符合社會大眾認為合宜得體（*decency or propriety*）的訊息將被准予商標登記；反之，對於傳統道德常規（*conventional moral standards*）抱有敵意的訊息，則會遭到否准。是故，上開規定確實已經構成了「觀點歧視」<sup>156</sup>。

## 2. 「觀點歧視」定義之再精確

即便經過上開實務發展的爬梳，所謂「觀點歧視」的定義，以及「觀點歧視」與「涉及言論內容但觀點中立」（*content-based, viewpoint neutral*）之區分，仍有進一步討論之必要。有論者以為，在 *R. A. V.*一案中，Scalia 大法官其實已經對於「何謂觀點歧視」作出定義，即是「基於對訊息的喜好或厭惡給予不同待遇」<sup>157</sup>。然而，實際上在 *R. A. V.*之判決中，Scalia 大法官直到面對「對於種族、宗教

---

Milford Central School, 533 U.S. 98 (2001)（申請在課後時段利用學校設施進行宗教性活動，諸如聆聽《聖經》課程、背《聖經》、禱告等活動，遭到校方拒絕）。關於此部分之中文文獻，參照陳怡卉，同註 127，頁 76（註 387）、101。

<sup>149</sup> *Rosenberger*, *supra* note 125, at 831.

<sup>150</sup> *Id.*

<sup>151</sup> *Matal v. Tam*, 582 U.S. 218 (2017).

<sup>152</sup> *Id.*, at 223.

<sup>153</sup> *Id.*, at 243-44. (*quoting Street v. New York*, 394 U. S. 576, 592 (1969)).

<sup>154</sup> *Iancu v. Brunetti*, 588 U.S. \_\_\_\_ (2019). (slip op.)

<sup>155</sup> *Id.*

<sup>156</sup> *Id.*, at \*5-6.

<sup>157</sup> *Bloom Jr.*, *supra* note 140, at 25. (*citing R. A. V.*, at 386.)

等議題抱持友善態度之人可以使用其他的挑釁言語，惟持相反意見之人將會受到系爭法規約束」之情形時，才有明確表示：此時已不僅僅是對於言論內容之差別待遇，更已構成「觀點歧視」<sup>158</sup>。或許因為如此，對於 Kelso 教授來說，「觀點歧視」也確實僅僅限於以上情形；將處罰範圍限縮於針對「種族、膚色、教義（creed）、宗教、及性別」的挑釁言論，而不及於針對「政治立場、性傾向、加入工會與否」之挑釁言論，並不構成「觀點歧視」，而僅僅是一種針對言論主題（subject-matter）的差別待遇<sup>159</sup>。

不過，上開 Kelso 教授對於觀點歧視之理解，恐怕過於限縮。於 *Rosenberger* 一案中，主筆之 Kennedy 大法官即有針對類似之見解給予回應：首先，許多議題的討論並非只有正反兩面；再者，並不會因為該法規同時限制了某一議題中的數個觀點，政府就能避免於違憲之指摘——同時對於「有神論」和「無神論」的觀點進行限制，亦為憲法所不許者<sup>160</sup>。在 20 年之後的 *Matal* 案，Kennedy 大法官再次於自身所提出之協同意見書中，表達了類似之見解。除了定義「觀點歧視」，認為所謂「觀點歧視」即是「政府（於特定的主題範圍）基於某些言論所表達的觀點，予其不利之差別待遇」<sup>161</sup>之外，Kennedy 大法官再次指出：「禁止任何人批判對方」毋寧是一種更強烈的觀點歧視；憲法第一增修條文保障了人民「依照自身意願、以各種方式，發表各種立場的論點」之權利<sup>162</sup>。

是故，雖然稱作「觀點歧視」，重點毋寧在於：系爭法規範或措施是否已經對於某些觀點的表達產生限制？若有，即便系爭法規範或措施本身並非針對特定之觀點，亦已構成所謂的「觀點歧視」。舉例而言，縱使 *Matal* 案之「貶低條款」「公平地」禁止所有具貶抑性的觀點，也無法改變「某些」具貶抑性的觀點遭到限制的事實，從而構成「觀點歧視」。

然而，任何對於言論內容之規範，背後可能都帶有一定的觀點。舉例而言，之所以認為「色情言論」應受管制，即是認為色情言論並不具有太多值得保護的價值，更有可能造成一定的危害<sup>163</sup>；禁止香菸廠商贊助演唱會、體育競賽等活動，也是基於「人民會受到贊助活動的影響，從而忘記香菸對於人體健康之危害」的想法<sup>164</sup>；甚至劃設「寧靜區」、「集會遊行禁制區」以禁止某些區域進行集會遊行

<sup>158</sup> *R. A. V.*, *supra* note 143, at 391.

<sup>159</sup> Kelso, *supra* note 125, at 378.

<sup>160</sup> *Rosenberger*, *supra* note 125, at 831-32.

<sup>161</sup> 原文為 “whether—within the relevant subject category—the government has singled out a subset of messages for disfavor based on the views expressed”。

<sup>162</sup> *Matal*, *supra* note 151, at 248-49 (Kennedy, J., concurring).

<sup>163</sup> See Heins, *supra* note 140, at 126, 130. (認為「猥褻性言論不受言論自由保障」其實就是一種帶有特定觀點的結論。) *Iancu v. Brunetti*, *supra* note 154, at \*10-11 (Sotomayor, J., concurring in part and dissenting in part).

<sup>164</sup> 參照司法院釋字第 794 號解釋。

165，亦是出自於「某些地區之安寧或秩序維護，相較於人民之集會遊行自由，更具重要性」的觀點。因此，若過於廣泛地肯認「觀點歧視」的存在，此一分類標準也會失去其存在的意義。

關於上述問題，本文以為，至少在社群媒體平台「內容限制」措施的脈絡中，可以參考 *Sotomayor* 大法官於 *Iancu* 案所表示之見解。*Sotomayor* 大法官認為，在 *Iancu* 案中，若將系爭規定關於“scandalous”之定義，限縮解釋為僅僅包含猥褻（obscenity）、粗俗（vulgarity）以及下流（profanity）之情形，縱使仍舊為一種「針對言論內容」的限制，系爭規定將得以擺脫「觀點歧視」的命運<sup>166</sup>。就如同在 *R. A. V.*案中，*Scalia* 大法官將挑釁言論視為一種「言論模式」，*Sotomayor* 大法官認為，在 *Iancu* 案之情形，亦得採取類似的做法，將「對於猥褻、粗俗、下流言語的限制」視為一種觀點中立（viewpoint neutral）的規範<sup>167</sup>。雖然在 *Cohen v. California*<sup>168</sup>的判決中，同樣涉及粗俗字眼的使用，當時的法院非但沒有認為「髒話」不受憲法言論自由保障，反而明確地肯認了言論用以「表現情緒」的功能，並認為禁止使用特定詞彙將可能產生「壓抑特定意見」的風險；然而，*Sotomayor* 大法官指出，在 *Cohen* 案中，並沒有發生「因為特定詞彙的禁用，導致特定觀點受到壓抑、限制」之情形，所討論者，僅僅是「針對內容」但「觀點中立」的限制<sup>169</sup>。

綜上所述，依照 *Sotomayor* 大法官之見解，即便是對於言論「內容」之限制，也可能僅僅是一種針對「言論模式」的限制，並不一定涉及對於特定觀點的壓抑；僅有造成某些觀點之表達受到「直接」限制者，始有該當「觀點歧視」。換言之，應認為除非表意之內容確實能夠透露出特定之觀點、且社群媒體平台確實限制了該特定觀點之表達，否則對於該內容之限制，可能只是對於觀點之「附帶限制」（incidental effect）<sup>170</sup>，仍難以構成所謂之「觀點歧視」。

### （三）保障觀點不受歧視之理由

一般認為，對於「觀點」的保障、或是說對於「觀點中立」的追求，源自於言論自由保障的基礎理論。若從「追求真理說」出發，將特定的意見或觀點移除，勢必將導致意見自由市場（marketplace of ideas）的運作產生偏差；如果認為言論自由的價值在於「維繫民主運作」，那麼對於特定觀點的限制，也將使得公民無法獲得足夠之資訊以履行其身為公民之權利；最後，如果採取「表現自我說」

<sup>165</sup> 參照集會遊行法第 6 條。

<sup>166</sup> *Iancu v. Brunetti*, *supra* note 154, at \*10 (*Sotomayor*, J., concurring in part and dissenting in part).

<sup>167</sup> *Id.*, at \*11.

<sup>168</sup> 403 U.S. 15 (1971). 關於此判決之介紹，詳見本文第二章、第一節、第二項、第一款。

<sup>169</sup> *Iancu v. Brunetti*, *supra* note 154, at \*12-14 (*Sotomayor*, J., concurring in part and dissenting in part).

<sup>170</sup> *Id.*, at \*10 (*Sotomayor*, J., concurring in part and dissenting in part).

的見解，也會認為應由「自己」、而非政府部門，決定要「表達何種意見」、「如何表達」、甚至是「接收何種意見」<sup>171</sup>。

綜上所述，有鑑於「觀點」乃言論自由保障的核心，本文認為，當法院審查之「移除內容」措施，確實有壓抑特定觀點時，應採取「從嚴」之類型化標準；至於其餘社群媒體平台之「移除內容」措施，則應回歸於「利益權衡」及「實踐和諧」等基本原則進行判斷。

## 第二款 利益衡量：目的與手段之檢驗

### 一、案例 2

在【案例 2】中，B 利用 F 社群媒體平台發布貼文，並於該貼文中質疑上次大選的公正性，嗣後被 F 社群媒體平台之經營者以「散布不實資訊」為由，將該貼文從平台上移除。

依照上開討論，若是涉及「針對特定觀點」所為之移除內容措施，法院應採取嚴格之審查基準；然而，在【案例 2】中，B 是否係對於大選之結果表達出自身之「觀點」，不無有疑。本文以為，雖然「政府是否有操縱大選結果」是一個於應然面上得以驗證真偽的命題，然而，在事實真相並不明朗、甚至是依照現行科技技術無法得到精確解答之情形，對於事情發生的看法、猜測，也很可能會構成一種觀點<sup>172</sup>。

不過，縱認 B 僅僅是傳達其對於事實真相的認知，尚無涉於真正的「觀點」，因而法院在審理時，並不需要採取從嚴審查的態度，恐怕 F 平台採取該「移除內容」措施之目的，也不足以要求使用者 B 之言論自由退讓至如此之程度。

類似於前揭關於【案例 1】之討論，即便該「移除內容」措施係為確保民主制度之有效運作，屬於以「維護重大公益」為目的之情形，應認 F 平台並非基於不當或不合理之目的，限制使用者 B 之言論；然而，法院於後續判斷「該『移除內容』措施與上開目的間之關聯性」以及「該『移除內容』措施是否對於 B 之言論自由造成了過度之限制」時，也應當考慮「以更多言論治癒不實言論所造成之傷害」的可行性。尤其是在事件爆發初期，對於訊息之真實性仍無法輕易判斷的

<sup>171</sup> Bloom Jr., *supra* note 140, at 37; Heins, *supra* note 140, at 100. 關於言論自由之基礎理論的介紹，詳見本文第二章、第一節、第二項、第一款。

<sup>172</sup> 例如依據新聞報導中所提及的事實，推測某次工安意外的發生原因，或是對於「宇宙起源」的推論，皆屬此種情形。

時候，即便政府或是其他權威機構已有作出回應或解釋，也不能全然否認政府企圖掩蓋事實的可能性<sup>173</sup>；此時，讓人民能夠獲得真相的最佳途徑，或許仍舊為「意見自由市場」的運作，而非限制使用者發表言論之機會<sup>174</sup>。

除此之外，若法院選擇參考德國法之「比例原則」以判斷系爭「移除內容」措施與 F 平台所欲達成之目的間之關聯程度，以「更多言論」作為「治癒不實言論所造成之傷害」的手段，不僅是對於「最小侵害手段」的追求，同時更可能涉及手段「適當性」的判斷：Facebook 即曾經認為「標註」假訊息的措施，可能反而導致人們更加相信該訊息的真實性，相較之下，「補充更多同一脈絡的資訊」則更能協助用戶了解事情的真相<sup>175</sup>。雖然有論者認為「逆火效應」(backfire effect)的存在性尚有爭議，對於假訊息進行更正仍有相當之重要性<sup>176</sup>，惟不論如何，應注意到關於「逆火效應」的研究，毋寧更著重於「更正訊息」之有效性與否，而並非直接地「阻止」不實訊息的傳遞。進一步言，對於那些相信假訊息的人來說，社群媒體平台直接刪除系爭內容的作法，反倒可能成為了「該內容為真」的「鐵證」——若系爭訊息並非真實，為何這些內容會遭受到「當權者」的「打壓」？

綜上所述，若 B 所發布的內容並未有引起更多傷害的可能，而 F 社群媒體平台係以「維繫民主制度運作」為由，移除 B 之貼文，應認為該手段與目的之間，恐不具有足夠之關聯性以要求 B 使用者之言論自由退讓於 F 平台之營業自由；若只是單純「與真實不符」的假訊息，「加註警語」模式恐怕仍是更為妥適之作法<sup>177</sup>。是故，若 B 事後向法院提起訴訟以尋求救濟，法院應要求 F 社群媒體平台恢復 B 原先所張貼之內容。

---

<sup>173</sup> 參照楊勁楷，同註 89，頁 71。或許在台灣或是其他更為成熟的民主國家，選舉舞弊的指控多半屬於所謂的「陰謀論」，並無實據而充滿穿鑿附會；然而可以想見，在其他民主制度尚未成熟、健全的國家，人民確實有可能必須透過社群媒體平台，揭發政府操縱選舉結果的惡行。在 META 監察委員會的相關案例中，也能見到類似之考量，See OVERSIGHT BOARD, BRAZILIAN GENERAL'S SPEECH, 2023-001-FB-UA, para. 8.2, <https://www.oversightboard.com/decision/FB-659EAWI8/>，最後瀏覽日期：2024.6.4。（“The Board recognizes that in many political environments, challenging the integrity of the elections or the electoral system is a legitimate exercise of people’s rights to freedom of expression and protest, even if there are isolated incidents of violence. Due to their political message, they enjoy a heightened level of protection (General Comment No. 37, paras. 19 and 32).”）

<sup>174</sup> 類似見解，See Alvarez, *supra* note 88, at 727-28 (citing Whitney v. California, 274 U. S. 357, 377 (1927) (Brandeis, J., concurring)) (“The remedy for speech that is false is speech that is true.... And suppression of speech by the government can make exposure of falsity more difficult, not less so.”).

<sup>175</sup> See Tessa Lyons, *Replacing Disputed Flags With Related Articles*, META NEWSROOM (Dec. 20, 2017), <https://about.fb.com/news/2017/12/news-feed-fyi-updates-in-our-fight-against-misinformation/>，最後瀏覽日期：2024.6.4。

<sup>176</sup> 參照胡元輝(2018)，〈造假有效、更正無力？第三方事實查核機制初探〉，《傳播研究與實踐》，第 8 卷第 2 期，頁 49-51。

<sup>177</sup> 黃銘輝(2019)，〈假新聞、社群媒體與網路時代的言論自由〉，《月旦法學雜誌》，第 292 期，頁 24。



## 二、案例 2.1、案例 2.2

在【案例 2.1】及【案例 2.2】中，所涉及者為社群媒體平台針對「性裸露內容」之移除內容措施。由於 F 社群媒體平台係因為 R 和 V 所上傳之內容中包含了「性裸露」的畫面，進而決定移除 R 和 V 所上傳之內容；即便在 R 所上傳的內容中，包含了一定的觀點（政府應對於全球暖化問題有所作為），仍應認為 T 社群媒體平台所為之移除內容措施，並非有意壓抑特定的觀點表達，畢竟 R 仍有其他方式得以呈現這起抗議活動所欲表達之觀點（包括將照片打馬賽克、甚至以純文字的方式呈現）。是故，法院應回歸至「利益權衡」及「實踐和諧」等基本原則，以檢驗 T 平台於【案例 2.1】及【案例 2.2】中所採取之移除內容措施。

T 平台限制「性裸露」內容的原因，不外乎係為了避免未成年之身心發展受到影響，以及避免使用者受到性言論的干擾，而以上二種目的，皆是為了保護「實質重要」之法益，甚至可能該當於「迫切重大」之公益<sup>178</sup>。因此，至少在「目的」的層次上，T 平台移除 R、V 所上傳之內容的理由，尚且「說得過去」。至於「手段目的關聯性」的部分，本文以為，由於此時法院既非採取「從嚴」審查、亦非採取「從寬」審查之態度，或可參酌、援引過往美國法上關於「中度審查標準」的討論與分析<sup>179</sup>。若然，此時應認為 T 社群媒體平台並不必然需要採取「最小侵害手段」(least restrictive means)，只要「目的」與「對於言論自由所造成的侵害」沒有「不成比例」(out of proportion)，即應認為手段與目的之間，已具有足夠「契合」(fit)之關聯性<sup>180</sup>。

然而，由於【案例 2.1】與【案例 2.2】之個案基礎事實存有差異，本文以為，即便二者所適用者為同一標準，仍將產生不同的結果：

在【案例 2.1】中，面對到 V 所發布之「性裸露」內容，T 社群媒體平台逕自移除該內容之決定，與其所追求之目的，尚具有實質之關聯。縱使採取「移除

<sup>178</sup> 參照司法院釋字第 617 號解釋，林子儀大法官提出之部分不同意見書，頁 15。美國最高法院實務之相關見解，*See, e.g., Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844, 869, 875 (1997).

<sup>179</sup> 同本章註腳 58 之說明，本文於進行論文口試之前的版本，實際上係逕行將「中度審查標準」套用至【案例 2.1】、【案例 2.2】等案例事實中。然而，如此之論述方式毋寧已經超越了「間接適用說」之界限，而有修正之必要。經過論文口試時蘇慧婕及黃銘輝老師之指正後，本文在修正、改寫時，就「既非『從嚴』、亦非『從寬』」之案例，雖然仍會對於社群媒體平台採取系爭內容限制措施之目的、以及該目的與其所採取之內容限制措施之關聯性進行檢驗，然而，至少在目的之檢驗層次，不再一律以「實質重要公益」作為判斷標準，而試圖將討論之重心置於後續之「目的手段關聯性」階段，以求討論更加貼近於「個案利益衡量」之思考脈絡（不再有適用於所有案例之「門檻」），並試圖藉由目的手段關聯性之審查，窺知「實踐和諧原則」之具體樣貌。

<sup>180</sup> *See United States v. American Library Assn., Inc.*, 539 U.S. 194, 217-18 (2003) (Breyer, J., concurring) (*quoting* Board of Trustees of State Univ. of N. Y. v. Fox, 492 U. S. 469, 480 (1989)). *Cf. Reno, supra* note 178, at 875-79. (採取嚴格審查標準)

內容」措施並非對於言論自由侵害最小之手段，然而社群媒體平台之其他替代手段（年齡限制、警告畫面）恐怕無法達到同樣有效之境地：若缺乏有效的身分核對機制<sup>181</sup>，未成年人將得以輕易規避年齡限制之要求，更不用說阻礙能力更低之警告畫面。再者，由於 V 所發布之「性裸露」內容，無涉於藝術、醫學、教育、或公共事務的討論，法院亦無須針對 V 所發布之內容進行額外之考量<sup>182</sup>。綜上所述，尚難認為 T 社群媒體平台對於 V 所發布之內容所採取之「移除內容措施」，已對於 V 之言論自由造成過度、不必要之限制；換言之，T 平台採取系爭「移除內容措施」，對於法院而言，並非「說不過去」，亦難認有利害失衡之情事。

然而，在【案例 2.2】中，R 所發布之內容不僅包含「性裸露」之影像，更涉及現實世界中發生的公共陳抗，攸關人民對於公共事務的參與及意見表達；依照「健全民主程序」之言論自由理論，此種意見表達應當受到更嚴密之保障——除了保障人民透過言論自由的實踐參與公共事務的權利，其他使用者透過社群媒體平台了解公共事務、獲得充分資訊之利益，亦是對於此類內容為額外考量的重要原因<sup>183</sup>。

此外，不論是直接透過社群媒體平台發表意見、抑或是將現實世界中集會遊行的情況（以照片、影片、甚至直播的方式）上傳至社群媒體平台的情形，本文以為，仍需額外注意到某些平台經營者對於內容的要求，是否已導致弱勢群眾的表意空間受到壓迫。如同某些學者對於「不涉及內容」之言論管制的批評，認為即便是「內容中立」的規範，亦可能形同對於現狀的肯認，進而導致社會上的弱勢遭到壓迫<sup>184</sup>；在「注意力稀缺」的社群媒體世界中<sup>185</sup>，可以想見某些不受社會大眾認可、不具有話語權的公民團體、社會弱勢，也必須採取更為「聳動」的策略以尋求社會大眾關注<sup>186</sup>。

---

<sup>181</sup> 感謝黃銘輝老師於論文口試時，提及 Youtube Kids 等專屬於兒童的應用程式。然而，若缺乏有效的身分核對機制，對於未成年少年甚至兒童來說，不會因為有 Youtube Kids 等應用程式的出現，就因此無法使用一般、無特殊設計之 Youtube 應用程式。故學生認為在一般情形中（即【案例 2.1】之情形），「保護未成年之身心發展」，仍得作為限制「性裸露」內容之正當事由。

<sup>182</sup> 參照釋字第 617 號解釋（認為傳布藝術性、醫學性或教育性之猥褻資訊、物品本身並無可罰性），Greene, *supra* note 119, at 174 (“It is conceivable that an exemption for matters of high educational or political importance would need to be in place”).

<sup>183</sup> 雖然美國聯邦最高法院於 *Pico* 案中，認為憲法第一增修條文亦保障人民「接收資訊」的權利，並認為此種權利不僅是保障表意者之言論自由的必然結果，「接收資訊」的權利更是有效行使表意自由的先決條件（a necessary predicate），See *Pico*, *supra* note 131, at 867. 然而，本文關於「言論自由」的討論，仍主要聚焦於「表意者」之言論自由，在社群媒體平台的脈絡中，使用者得否依據憲法言論自由的保障，向平台主張「接收資訊」的權利，恐怕並非本文所得處理者，於此敘明。惟即便如此，仍不妨礙本文將其他用戶接收關於公共事務之資訊的權利／利益，納入利益衡量之判斷。

<sup>184</sup> 參照蘇慧婕，同註 145，頁 223；林子儀，同註 107，頁 191-92；廖元豪（2006），〈把街頭還給基層異議者！—重省集會自由與集會遊行法〉，《台灣本土法學雜誌》，第 85 期，頁 2-3。

<sup>185</sup> See Wu, *supra* note 84, at 554-55.

<sup>186</sup> 需要補充的是，（女性）以裸露上身的方式進行表意的行為，通常也存在著更深層的涵義，尤

是故，在【案例 2.2】中，T 社群媒體平台並沒有考量到 R 所張貼的內容，已涉及現實世界中人民對於政府的陳情抗議，且 R 所張貼的內容對於其他使用者而言，也是參與公共事務討論所需之資訊。因此，T 平台直接將 R 所發布的內容移除，已對於 R 之言論自由造成不成比例之侵害。T 社群媒體平台此時應採取更溫和之手段（例如在照片或影片上增加警告畫面，讓用戶自己選擇是否觀看該照片或影片）<sup>187</sup>，以避免對於涉及公共事務之言論造成過度且不必要之限制，甚至壓抑、剝奪社會弱勢的發聲管道；與此同時，這樣的措施也能保護其他使用者不受性相關內容的干擾。因此，若 R 事後向法院尋求救濟，法院應要求 T 社群媒體平台恢復顯示原先 R 所張貼之內容。

### 三、案例 2.3

在【案例 2.3】中，F 社群媒體平台因為 W 所上傳的影片含有「血腥暴力」畫面，於是決定將 W 所發布之內容移除；應認為 F 社群媒體平台於【案例 2.3】中所採取之移除內容措施，並無限制使用者表達特定之觀點，屬於「觀點中立」之移除內容措施。故同樣地，法院於審查 F 平台在【案例 2.3】所採取之移除內容措施時，法院應回歸「利益權衡」及「實踐和諧」等基本原則檢驗 F 平台所採取之移除內容措施。

若社群媒體平台之使用者於瀏覽內容時，在未有心理準備之情形下，目睹到血腥暴力之內容，不僅可能會感到不適，更有可能進一步產生身心創傷或是其他負面影響——尤其是未成年人<sup>188</sup>；此外，某些極端主義者更是藉由暴力血腥內容

---

其是關於身體自主權以及女性主義的論點。相關具體事例，參照翁聿煌（2023.4.29），自由時報，〈裸身彩繪表達身體自主權 北大女學生 IG 現身說法〉，網址：<https://news.ltn.com.tw/news/NewTaipei/breakingnews/4285728>，最後瀏覽日期：2024.6.5；Decca Aitkenhead, *Femen leader Inna Shevchenko: 'I'm for any form of feminism'*, THE GUARDIAN, (Nov. 8. 2013), <https://www.theguardian.com/world/2013/nov/08/femen-leader-inna-shevchenko-interview>, 最後瀏覽日期：2024.6.5。（“It was only meant to be a tactic at first, but soon they realised it was the perfect dramatisation of their ideology.”）

<sup>187</sup> 事實上，Facebook 之《社群守則》也確實於「成人裸露和性行為」之部分，將「陳情抗議、喚起大眾對特定議題的關注」，視為例外允許之情形，參照 META TRANSPARENCY CENTER，〈成人裸露和性行為〉，Facebook《社群守則》，網址：<https://transparency.fb.com/zh-tw/policies/community-standards/adult-nudity-sexual-activity/>；最後瀏覽日期：2024.6.5。Youtube 似乎也有將類似之情形排除於〈內容政策〉之外，認為僅有「為引起性慾」而呈現的全裸或部分裸露畫面，始有違反 Youtube 的社群規範。參照 Youtube 說明，〈裸露與色情內容處理政策〉，網址：<https://support.google.com/youtube/answer/2802002?sjid=16678993902824597343-AP>；最後瀏覽日期：2023.6.5。

<sup>188</sup> See Jack Revell, *How Seeing War and Disaster Unfold in Real-Time Across Social Media Impacts Our Mental Health*, THE LATCH (Mar. 10. 2022), <https://thelatch.com.au/watching-violent-content-online-social-media/>，最後瀏覽日期：2024.6.5；The Lancet Regional Health – Americas (editorial), *Screen violence: a real threat to mental health in children and adolescents*, The Lancet Regional Health - Americas, Vol.19, 100473 (2023); 以及 Jillian C. York 著，黃開譯（2022），《矽谷價值戰：監控資本主義之下言論自由的未來》，頁 137。（紐西蘭總理表示，在「基督城槍擊直播事件後」，許多人尋求心理健康服務。）

的散播以尋求追隨者或是其他「志同道合」的人<sup>189</sup>。因此，應當認為 F 社群媒體平台移除 W 所上傳之「血腥暴力內容」之目的，係為保護「實質重要」甚至重大之公益，該目的確實具備足夠之正當性以要求使用者之言論自由為一定程度之讓步。

至於手段與目的關聯性之審查，誠如前述，由於此時法院既非「從嚴」、亦非「從寬」審查，若參酌、援引過往美國法上關於「中度審查標準」之判準，社群媒體平台此時並不需要採取所謂之「最小侵害手段」，只要系爭「移除內容」措施並沒有對於言論自由造成「不成比例」之負擔，即得通過法院之檢驗。

有鑑於社群媒體「主動推播」以及「自動播放」的特性，人們不再需要主動且有意識地尋找自身所喜愛的資訊；藉由「演算法」(algorithm) 的協助，只需要無意識地向下或向右滑動，新的內容就會源源不絕地出現，且永無止境<sup>190</sup>。這使得人們在使用社群媒體的過程中，就如同收聽廣播一般，某些會使人感到不適、甚至造成身心影響的內容，將無法完全地藉由「事前警告」所排除；即便平台業者可以使用「警告畫面」提醒使用者，然而，在查看之前，任何使用者都無法「完全地」掌握該內容所可能帶來的衝擊——除非使用者已有查看過系爭內容、接受過該內容所帶來之衝擊。此外，對於更為「脆弱」的未成年人而言，也不需要克服太多障礙，即得接觸到社群媒體平台上形形色色的內容——尤其是智慧型手機、平板以及無線網路日趨發達的現在<sup>191</sup>。以上兩項特質（無法事前避免、未成年人的可近用性），對於美國聯邦最高法院而言，構成了限制「在廣播節目中使用不構成猥褻 (obscene) 但是粗俗 (vulgar)、冒犯 (offensive)、令人厭惡 (shocking) 的言語」之正當性<sup>192</sup>。本文以為，基於類似之理由，一般而言，社群媒體平台確實可以移除使用者所上傳之血腥暴力內容。

然而，誠如本文前揭關於【案例 2.2】之討論，如果被社群媒體平台所移除之內容，涉及公共事務的討論，法院應給予言論自由更多的關懷與尊重。雖然「公

<sup>189</sup> 參照 Jillian C. York 著，黃開譯，同前註，頁 136、138。不過「散佈極端意識形態」之情形，將會涉及到更多層面的問題，本文只好暫且擱置不論，合先敘明。

<sup>190</sup> Renée Diresta, *Algorithms, Affordances, and Agency, in SOCIAL MEDIA, FREEDOM OF SPEECH AND THE FUTURE OF OUR DEMOCRACY* 121, 126 (Bollinger & Stone ed., 2022)

<sup>191</sup> See SINAN ARAL, *THE HYPE MACHINE*, 89-91 (2020) (說明智慧行動裝置對於社群媒體的重要性)；關於 *The Hype Machine* 一書內容的中文翻譯，參照 Sinan Aral 著，許貴運譯，《宣傳機器》。

<sup>192</sup> *FCC v. Pacifica Foundation*, 438 U.S. 726, 746-49 (1978). 雖然在 *Reno* 案中，主筆之 Stevens 大法官認為網際網路並不具有類似於廣播或電視之「侵入性」(invasive)，並認為甚少使用者會「偶然地」看見（自身不想看見的）內容，See *Reno, supra* note 178, at 869. (“Users seldom encounter content ‘by accident.’”) 然而，即有論者認為，這樣的分析並不適用於社群媒體之情形，See Frank Pasquale, *Platform Neutrality: Enhancing Freedom of Expression in Spheres of Private Power*, 17 *Theoretical Inquiries L.* 487, 493 (2016).

共事務」之定義與界限有時難以捉摸<sup>193</sup>，惟在【案例 2.3】中，W 所記錄、上傳的內容，既涉及執法機關濫用公權力之情事，難謂只是一則不值得公眾關注之血腥暴力影音；先前 Facebook 之監察委員會在處理類似之案例時，也曾作出類似之判斷。在〈蘇丹血腥暴力影片〉一案，面對到「頭部受傷嚴重，且眼睛明顯脫落」之血腥暴力內容，監察委員會在參酌該內容發布當下之事實背景後<sup>194</sup>，認為「在人民空間和媒體自由受到國家箝制的情況下，『言論自由』的理念變得更加重要。在此情況下，『言論自由』甚至因為得以確保用戶取得資訊並揭露國家暴行，而與『安全』之價值相符」，並要求「Meta 應修訂血腥暴力內容的相關政策本身，以允許此類內容保留在平台上」<sup>195</sup>。

綜上所述，在【案例 2.3】中，由於 F 社群媒體平台並未考量到 W 所上傳之影片內容對於公共事務討論的重要性，其所採取之手段相較於其所欲達成之目的，已對於 W 之言論自由造成過度且不必要之限制；若 F 社群媒體平台欲避免其他使用者在觀看系爭內容之後受到驚嚇、感到不安，此時 F 平台應採取年齡限制、警告畫面或是將畫面中的某些部份模糊處理的方式，而非直接將系爭影片刪除，以求妥適平衡「言論自由保障」與「身心健全維護」。換言之，若 F 平台並未採取上開措施，即直接移除 W 所上傳之內容，縱使對於 F 平台而言，除了系爭「移除內容」措施，已別無其他同等有效之手段，由於該移除內容措施對於 W 之言論自由所造成的侵害，已明顯大於 F 平台所欲維護之公共利益，於本案例中，F 平台所為之內容限制決定，已有違「利益衡平」或「實踐和諧」之要求。若 W 在事後選擇向法院提起訴訟以獲救濟，法院應命 F 社群媒體平台恢復顯示原先 W 所上傳之內容，惟 F 平台仍得採取其他之措施（警告畫面、年齡限制）以保護其他使用者之身心健康。

### 第三項「降低觸及」<sup>196</sup>措施

【案例 3】同【案例 2】，但這次 F 社群媒體平台並未將 B 的貼文刪除，而

<sup>193</sup> 參照劉靜怡（2005），〈言論自由：第三講 政治性言論與非政治性言論〉，《月旦法學教室》，第 30 期，頁 31；林子儀（1999），〈言論自由的理論基礎〉，收錄於《言論自由與新聞自由》，頁 31-32。

<sup>194</sup> 該內容發布於 2021 年 10 月底，當時蘇丹發生政變，該國軍方不只使用武力對付抗議群眾，更同時切斷了當地網路。See OVERSIGHT BOARD, SUDAN GRAPHIC VIDEO, 2022-002-FB-MR, para. 2., <https://www.oversightboard.com/decision/FB-AP0NSBVC/>, 最後瀏覽日期：2024.6.5。

<sup>195</sup> *Id.*, at para. 8.2-8.3.

<sup>196</sup> 在開始本項之討論之前，或許有必要補充一下社群媒體平台究係以何種方式決定其平台上各個內容的「觸及率」。再以 Facebook 為例，於 2023 年 6 月底，Meta 在網路上公開了「Facebook 動態消息排序的具體作法」：Meta 為了決定每篇內容出現在其他用戶之「動態消息」的先後順序，大致上會按照以下四個步驟進行。首先，Facebook 先蒐集所有可能出現在動態消息上的潛在貼文；接著，針對每一則內容，Facebook 都會根據各種「訊號」（用戶本身之資料、某篇內容的屬性等等資訊）預測哪些內容對某一特定用戶而言「最相關且最有價值」；然後，再統計出每篇內

僅僅是「縮減」系爭貼文的「散播範圍」。

【案例 3.1】在國家大選結束之後，有鑑於不同黨派的支持者之間彼此的歧見遽增，F 社群媒體平台決定降低自身平台上「政治性內容」的觸及率。H 一直都有在 F 社群媒體平台上經營「粉絲專頁」，以發表自身對於政治時事的觀點，其犀利的文筆也廣受其他使用者的喜愛。然而，自從大選之後，H 發現自己所發布之貼文的「觸及率」持續下降，只剩下原先的 40%。

## 第一款「從嚴」或「從寬」？

### 一、使用者言論自由之影響程度

誠如本文前揭關於「內容限制」的介紹，社群媒體平台持續地透過各式各樣的手段，管理、操控使用者所發布之內容，進而打造平台業者所嚮往之平台環境以及令用戶感到「舒適」之使用者體驗，同時滿足其營利需求<sup>197</sup>。除了上述已有介紹之「停用帳號」以及「移除內容」措施之外，「降低觸及」措施也經常為社群媒體平台之經營者所使用。由於在「資訊過載」的環境中，單純「倒時序」(reverse-chronological)地顯現內容已無法貼近於使用者的需求，平台業者勢必需要為使用者「篩選」資訊，優先呈現具有「關聯性」的內容<sup>198</sup>；透過同樣的技術，社群媒體平台也可以將自身認為「可能造成危害」的內容、或是「單純不受歡迎」的內容，置於所有內容的「底層」，靜待其他使用者主動發掘。

在第三章關於「社群媒體之內容限制措施是否屬於一種言論」的討論中，本文曾有指出，在極端情形中，平台透過演算法將某一內容之觸及率降低、藉此「埋沒」該內容，與平台拒絕「容納」該內容，可能是同一件事——至少會產生類似的效果<sup>199</sup>。若按照上述邏輯往下推展，似會認為：當面對到社群媒體之「降低觸及」措施時，有鑑於該措施對於使用者之言論自由所造成的限制可能相當嚴

---

容之相關性分數；最後，系統就會依照分數高低，再穿插一些「推薦內容」及廣告，將內容呈現予用戶閱覽、觀看。以上整理自 META TRANSPARENCY CENTER (2023. 11. 28)，〈我們對 Facebook 動態消息排序的具體作法〉，網址：<https://transparency.fb.com/zh-tw/features/ranking-and-content/>；最後瀏覽日期：2024.6.5。不過，在上述「評分」的環節中，針對「不當或劣質內容」，系統也會給予該類內容更低的分數，以縮減該類內容散布範圍，參照 META TRANSPARENCY CENTER (2023.10.16)，〈我們會予以降級的內容類型〉，網址：<https://transparency.fb.com/zh-tw/features/approach-to-ranking/types-of-content-we-demote/>；最後瀏覽日期：2024.6.5。

<sup>197</sup> 詳見本文第一章、第二節、第二項；第二章、第一節、第一項、第三款。

<sup>198</sup> Diresta, *supra* note 190, at 126; ARAL, *supra* note 191, at 83-84.

<sup>199</sup> 詳見本文第三章、第三節、第三項、第三款之討論。

重，法院原則上至少不應從寬審查——就如同面對「移除內容措施」時一般。

然而，除非是社群媒體平台確實將某一內容移除、卻沒有通知該內容之發布者<sup>200</sup>，否則，即便是遭到所謂「暗中封鎖」(shadow-ban)的內容，也依然可能出現在其他用戶的「動態消息」(news feed)中，更不用說其他用戶仍然可以藉由搜尋的方式「主動地」查獲該內容<sup>201</sup>；畢竟「觀看人數減少」並不能直接等同於「內容遭到移除」。換言之，即便本文在第三章的討論中，認為不需要再去區分社群媒體平台的容納(hosting)、推薦(recommendation)、以及內容篩選排序的功能，也僅僅是因為就「社群媒體之內容限制措施是否構成言論」的問題而言，本文認為這些功能之間並沒有「質」之區別；然而，這並不能代表「移除內容」措施與「降低觸及」措施對於使用者之言論自由的影響，不存在「量」的差異——尤其是將影響程度量化為「散播範圍」之後，可以發現：所謂「移除內容」措施，毋寧為一種將內容之「散播範圍」縮減至零的內容限制手段。是故，應認為「降低觸及」措施對於使用者之言論自由的影響，一般而言，仍舊「小於」移除內容措施對於使用者之言論自由的影響；因此，在面對「降低觸及」措施時，相較於面對「移除內容」措施之情形，法院不應採取更為嚴格之審查標準。

不過，縱使本文認為，相較之下「降低觸及」措施對於使用者言論自由的影響程度尚稱和緩，若系爭「降低觸及」措施已對於某一觀點的表達產生壓抑，進而構成所謂「觀點歧視」時，同前所述，法院應認識到「觀點」表達於言論自由保障之核心地位，進而傾向於從嚴審查。

## 二、平台營業自由的考量

在本文的第二章中，即有對於社群媒體平台之營運模式進行簡要地介紹：為了增加用戶的使用時間，平台的經營者會藉由用戶資訊的蒐集以及演算法的運作，以尋找出最具有「關聯性」的內容<sup>202</sup>。這樣的技術運用對於社群媒體平台而言，已是不可或缺的機制：平台除了協助用戶「過濾」內容之外，亦藉由自身之演算法，找出許多其他「受人歡迎」的內容，並將這些內容分享予使用者，以促進用戶在平台上的活躍程度<sup>203</sup>。能夠決定內容的優先排序(ranking decision)及散播

---

<sup>200</sup> 真實案例，See Tom Gerken, *The Redditor who accidentally spent a year talking to himself*, BBC NEWS, (Apr. 11. 2019), <https://www.bbc.com/news/blogs-trending-47888242>, 最後瀏覽日期：2024.6.5。

<sup>201</sup> 關於「暗中封鎖」(shadow-ban)的介紹，參照 Jillian C. York 著，黃開譯，同註 188，頁 194-195；see also Tom Gerken, *How to check if your Instagram posts are being hidden*, BBC NEWS (Dec. 8. 2022), <https://www.bbc.com/news/technology-63907699>; Ephrat Livni, *What Is 'Shadow Banning'?*, N.Y. TIMES, <https://www.nytimes.com/interactive/2023/01/13/business/what-is-shadow-banning.html>, 最後瀏覽日期：2024.6.5。

<sup>202</sup> 詳見本文第二章、第一節、第一項、第三款。

<sup>203</sup> Diresta, *supra* note 190, at 126.

範圍 (circulation) 的演算法，就如同老字號餐廳的祖傳秘方，堪稱是社群媒體平台營運的核心<sup>204</sup>。

若再進一步分析「降低觸及」之性質，並與前揭「移除內容」措施之情形進行比較，本文以為，二者毋寧分別對應於本文於分析「社群媒體之內容限制措施是否屬於一種言論」時，從「宏觀」及「微觀」視角觀察所得出之結果<sup>205</sup>：相較之下，「移除內容」措施的決定，更接近於平台內容政策的實踐，而「降低觸及」措施，則更近似於針對個別使用者之內容篩選、排序；前者在自動化系統大量地被應用於內容限制決定之後<sup>206</sup>，無疑更加容易顯現於「宏觀」之視角；後者雖然在宏觀的視角中，也可能透露出一些蛛絲馬跡<sup>207</sup>，不過在「微觀」之視角中，將會更顯著地影響觀察的結果。

若然，根據本文於第三章所採取之觀點，既然「宏觀」與「微觀」之結果對於社群媒體平台而言係同等重要，即便此時所考量者為社群媒體平台之「營業自由」，法院於審查「降低觸及」措施時，應採取與面對「移除內容」措施時相同的處理模式，意即考量到社群媒體平台之營業自由，法院此時應考慮從寬審查平台所為之「降低觸及」措施。

### 三、小結

以下，本文嘗試將「社群媒體之使用者遭到『降低觸及』措施」之情形，法院於決定審查基準時所需考量之因素的分析，整理為以下表格：

考量因素	對於選擇類型化標準之影響 (+：傾向從嚴，-：傾向從寬)	
社群媒體平台之營業自由	-	-
使用者言論之自由	一般情形：△	涉及觀點歧視：+
綜合考量之後：	從寬審查	回歸「利益衡量」原則

表 (四)

從以上表格整理，可以得知：法院於審理社群媒體平台之「降低觸及」措施時，原則上，基於社群媒體平台業者之營業自由保障，法院應採傾向於「從寬」

<sup>204</sup> Douck, *supra* note 115, at 40.

<sup>205</sup> 詳見本文第三章、第三節、第三項、第三款以下之討論。

<sup>206</sup> 詳見本章第三節、第二項以下之討論。

<sup>207</sup> 本文先前其實並未對於「宏觀」之視角進行明確定義，在想像上，若欲「宏觀」地觀察社群媒體平台之所有內容，有可能是：① 將所有「微觀」之結果進行加總所得出之結果，或是 ② 忽略社群媒體平台對於內容之篩選、排序，而單純觀察社群媒體平台「容納」所有內容之功能。在①之情形，對於使用者所上傳之某一內容施以「降低觸及」措施，該措施確實有可能顯現於宏觀之觀察結果；然而在②之情形中，該「降低觸及」決定並不會對於宏觀之觀察結果產生任何影響。

審查；惟若系爭「降低觸及」措施已構成觀點歧視，此時法院則應回歸「利益衡量」之大原則進行判斷，以求雙方之基本權利能夠達到「實踐和諧」之境地。



## 第二款 利益衡量：目的與手段之檢驗

### 一、案例 3

在【案例 3】中，有別於【案例 2】之情形，F 社群媒體平台對於 B 所發布的貼文，選擇採取「降低觸及」措施，而非直接將系爭貼文移除。誠如本文先前關於【案例 2】之討論，B 對於「執政黨是否有操縱選舉結果」一事所發表的看法以及推測，很可能亦屬於一種「觀點」，從而使得系爭內容限制手段，存有「觀點歧視」之嫌；法院於審查系爭「降低觸及」措施時，即可能因此不採取寬鬆之類型化標準，而依然以「利益衡量」作為分析案例之切入點。

不過，即便以「利益衡量」原則檢驗 F 平台之「降低觸及」措施，亦應認為該措施並無對於 B 之言論自由造成過度之限制，難謂利害失衡：在前揭【案例 2】的討論中，本文已有指出，若直接移除（被認為）含有「不實資訊」的內容，是已忽略了「以更多言論治癒不實言論所帶來之傷害」的可能性，甚至可能引發「逆火效應」，使得原先相信假訊息的人依舊「信者恆信」。不過，若此時社群媒體平台僅僅是限縮了該內容之「散播範圍」，不只以「反制言論」（counter-speech）作為「治癒不實言論所造成之傷害」的手段之可能性並未完全消失，由於此時所採取之「內容限制」措施更為溫和，在想像上，也更難引發所謂的「逆火效應」。

除此之外，若著眼於「假訊息」的特性，應認為「降低觸及」措施為一種更「適切」的手段：已有實證研究顯示，假訊息傳遞的速度、距離、範圍都遠遠超過於真實訊息的傳遞<sup>208</sup>，這有可能是因為假訊息比起真實的資訊，更具有新穎性（novelty）的緣故<sup>209</sup>。因此，如果我們想要防止不實訊息對於公共事務論辯及民主運作造成「系統性」、「潛在」的傷害<sup>210</sup>，其中一種作法即是「適度地減緩不實訊息的傳播速度」。即便處於事件爆發之初而無法辨認訊息的真實性，適度地減緩爭議訊息的散播範圍及速度，就如同傳統媒體要發布新聞之前，需要經過記者查證、編輯台審閱<sup>211</sup>；此種作法不僅使得其他查證單位（例如政府機關、民間事

<sup>208</sup> See ARAL, *supra* note 191, at 6, 46-47.

<sup>209</sup> *Id.*, at 49.

<sup>210</sup> 參照本章註腳 89 之討論。

<sup>211</sup> See Diresta, *supra* note 190, at 131. 而 Meta 也確實有採取類似之作法，參照 META TRANSPARENCY CENTER，〈疑似出現病毒式散播的貼文〉，網址：<https://transparency.fb.com/zh-tw/features/approach-to-ranking/content-distribution-guidelines/posts-that-indicate-suspicious-virality>，

實查核機構) 能夠在事件爆發之後,「追上」該爭議訊息的傳播速度,平台也不用擔心會發生「系爭訊息確屬事實、卻早已遭到移除」之窘境。

綜上所述,在【案例 3】中,F 社群媒體平台所採取之「降低觸及」措施,既無完全禁絕 B 表達類似看法的機會,亦有降低系爭貼文(若含有不實訊息)所可能造成之傷害,應認為該措施已有妥適地兼顧二者,在「目的手段關聯性」的判斷上,二者之間已具備一定程度之實質關聯,並未對於 B 之言論自由造成過度不必要之侵害;換言之,應認為 F 平台所採取之降低觸及措施,已有妥善兼顧雙方之權益,是個「說得過去」的決定。

## 二、案例 3.1

於【案例 3.1】中,H 某日發現自己所發布之貼文,觸及率只剩下原先的 40%,換言之,原先 H 所發布之內容,平均會有 1 萬左右的「點閱率」,但最近所發布之貼文,卻只剩下 4000 左右的觀看數,H 認為之所以會有如此劇烈之變化,係 F 社群媒體平台所實施之「降低觸及」措施所導致。

同前所述,社群媒體平台主要係透過演算法的運作以決定某一(類型)內容之「觸及率」,然而,也不排除平台之經營者以「人工」之方式,對於某些內容之觸及率加以調整的可能<sup>212</sup>。不過無論如何,依照本文前揭所提出之標準,若系爭「降低觸及」決定並未壓抑某些觀點的表達,法院原則上即應尊重社群媒體平台的營業自由而從寬審查之;只要社群媒體平台採取系爭「降低觸及」措施並非基於不正當之目的,該措施與所欲維護之公共利益具有「合理關聯」,或是認為社群媒體平台之判斷對於法院而言,並未出現「明顯重大」的錯誤,法院對於該「降低觸及」措施,即難有置喙之餘地。

因此,在【案例 3.1】中,法院應適用何種審查標準,即須進一步探究造成 H 之貼文觸及遽降的原因:

### (一) 假設情境 1

依據前開【案例 3.1】之描述,由於 H 所發布之貼文遭到「降低觸及」的情形係發生於選舉之後,可以合理推斷 H 所經營的「粉絲專頁」原先之所以能夠獲

---

最後瀏覽日期:2024.6.6。

<sup>212</sup> 舉例而言,TikTok(抖音)就曾經遭到內部工作人員指控,稱有些 TikTok 平台上的「爆紅」影片,其實是平台內部人員所「挑選」、而非經演算法運作所產生的結果, See Emily Baker-White, *TikTok's Secret 'Heating' Button Can Make Anyone Go Viral*, FORBES (Jan. 20, 2023), <https://www.forbes.com/sites/emilybaker-white/2023/01/20/tiktoks-secret-heating-button-can-make-anyone-go-viral/?sh=188df5746bfd>. 最後瀏覽日期:2024.6.6。

得不錯的「流量」，並不全然是因為 H 所發布之內容具有某些吸引觀眾的特質，也很可能是因為在選舉期間，其他使用者對於政治時事相關內容產生了更大的興趣；所以，選舉熱潮一過，H 所發布之時事評論對於其他使用者而言，就漸漸地失去吸引力，H 所發布之內容的「觸及率」也因此隨之下降。此時，H 之貼文觸及遽降的原因，即並非源自於具有觀點歧視的內容限制決定，而僅僅是演算法根據 H 所發布之內容與其他使用者之間的「關聯性」所作出之判斷；是故，法院應「從寬」檢驗 F 平台之「降低觸及」決定。

F 社群媒體平台透過演算法的運作以決定每篇內容之「觸及率」，不只是基於平台自身的商業考量，演算法的運作也將使得其他的使用者能夠更輕易地瀏覽、尋獲更多「有興趣」的內容，同時避免自身所不喜歡的內容一再出現。雖然在「國家限制人民言論自由」的情形，一般認為，政府不能認為某些言論比起其他言論更具有「冒犯性」(offensive)<sup>213</sup>、或是認為某些言論可能會令人不快或是引起鄙視<sup>214</sup>，即對於該類型之言論進行限制；然而，在保護言論自由的同時，法院並沒有否認閱聽者「不接收」某些資訊的自由：只是在公眾場合中，除非有構成所謂「俘虜聽眾」(captive audience) 之情形，閱聽者只需要轉移視線，即可行使其「不接收」資訊的自由<sup>215</sup>。

因此，如果社群媒體平台依據演算法的運作結果，進而降低某些內容「觸及率」之行為，是為了保障、協助其他使用者行使其「不接收」資訊之自由，應認為系爭「降低觸及」決定，也是出自於「合理正當」之目的；手段與目的之間，也沒有「明顯、公然」的錯誤，堪認具有「合理關聯」：就如同我們在現實世界中，遇到不喜歡的言論內容，決定轉移視線、不予聽聞，社群媒體平台也是藉由演算法的運作，避免使用者接觸到自身所不喜歡的內容而感到不悅；只是在社群媒體平台的世界中，演算法早已預先將使用者的視線「撇離」那些使用者可能不會喜歡的內容。

不過有學者認為，社群媒體的演算法已經不僅僅是「轉移人們的視線」，畢竟在現實世界中，仍須實際見識或聽聞某一言論之（部分）內容，才會知道該言論之內容為自身所不願接收者，進而選擇「轉移視線」；換言之，人們還是必須見聞自身所厭惡之內容——即使只有瞬間<sup>216</sup>。縱認演算法的運作與實際上人們「轉移視線」有所差異，本文以為，這樣的差異性其實並不會削弱上述結論之合理性：首先，若演算法的各種決定，皆是以「增加互動」(engagement) 作為最高指導原則，那麼演算法所作出之判斷，仍然是根據使用者先前的行為決定<sup>217</sup>；

<sup>213</sup> *Erznoznik v. City of Jacksonville*, 422 U.S. 205, 209 (1975).

<sup>214</sup> *Snyder v. Phelps*, 562 U.S. 443, 458 (2011).

<sup>215</sup> *See id.*, at 459-60; *Cohen*, *supra* note 168, at 21-22; *Erznoznik*, *supra* note 213, at 210-211.

<sup>216</sup> Kyle Langvardt, *Regulating Online Content Moderation*, 106 GEO. L.J. 1382 (2018).

<sup>217</sup> ARAL, *supra* note 191, at 74, 76-77.

之所以某一使用者不再於平台上見到某一類型之內容，即有可能是因為該使用者曾經「迴避」了該內容的顯現。再者，「容許某些言論之表達、要求閱聽者自行轉移視線」的結論，毋寧也是一種「利益權衡」的產物，美國最高法院也未曾認為閱聽者之「不接收自由」，僅得透過「轉移視線」之方式加以保障<sup>218</sup>；在不同的事實脈絡背景之下，產生出不同的結論，也並非不可想像之情形。

綜上所述，若【案例 3.1】中，若 H 所發布之內容的「觸及率」驟降，僅僅是 F 社群媒體平台之演算法根據系爭內容與其他使用者之「互動程度」所作出之決定，H 並無法透過向法院提起訴訟的方式，挽救自己所經營之粉絲專頁的觸及率。

## (二) 假設情境 2

然而，如果 H 所發布的貼文之觸及率，是因為 F 社群媒體平台刻意地縮減「政治性內容」的散播範圍<sup>219</sup>，才會在大選之後驟降為原先之 40%，該「降低觸及」決定即有可能構成對於觀點之壓抑：如同本文前揭對於「觀點歧視」的討論與分析，並非只有針對特定觀點之限制，始有構成觀點歧視；同時限制多種觀點的表達，毋寧只會對於公共事務論辯造成更大程度的不當影響<sup>220</sup>。是故，雖然 F 平台之「降低觸及」決定未有針對特定之政治立場，而是「公平地」降低所有政治性內容的觸及率，由於該決定將毫無疑問地限制某些政治性觀點的表達，應認為系爭「降低觸及」決定，確屬一種涉及「觀點歧視」之措施。此時，法院即不應採取「從寬」審查之態度，而應以「利益權衡」及「實踐和諧」等基本原則作為判斷標準。

F 社群媒體平台降低「政治性內容」的觸及率的原因，不外乎是考量到有許多使用者並不希望在使用 F 社群媒體時，接觸到過多的政治性內容，尤其是群眾極化（polarization）現象日趨嚴重的當下<sup>221</sup>；若 F 社群媒體平台降低「政治性

<sup>218</sup> See *Synder*, at 459-60.

<sup>219</sup> 此部分之案例設計係參考 Facebook 實際採取之措施，See Anna Stepanov & Aastha Gupta, *Reducing Political Content in News Feed*, FACEBOOK (Feb. 10, 2021) <https://about.fb.com/news/2021/02/reducing-political-content-in-news-feed/>. 最後瀏覽日期：2024.6.11。

<sup>220</sup> See *Rosenburger*, *supra* note 125, at 831-32. 並請參照本節第二項、第一款以下之介紹。

<sup>221</sup> See Stepanov & Gupta, FACEBOOK, *supra* note 219. (“[O]ne common piece of feedback we hear is that people don’t want political content to take over their News Feed.”) 不過，社群媒體之演算法與群眾極化現象之間的關係，仍待更多的實證研究；有些學者認為，群眾極化的現象至少並非社群媒體所「引起」者，See Yochai Benkler, *Follow the Money, Back to Front*, in SOCIAL MEDIA, FREEDOM OF SPEECH AND THE FUTURE OF OUR DEMOCRACY 255-259 (Bollinger & Stone ed., 2022); (認為從 1980 年代開始，美國即有出現針對基督徒、白人等身分認同的「右派」大眾媒體)。此外，在 2020 美國總統大選期間，Meta 與外部研究機構合作，研究社群媒體的演算法與群眾極化之間的關係，結果顯示，社群媒體平台的演算法所產生的「同溫層效應」(echo chamber effects)，恐怕並不會對於使用者的政治傾向有所影響，也沒有促進政治極化的跡象，See Nick

內容」觸及率之決定，確實係以保障其他使用者之「不接收自由」為目的，應認為該「降低觸及」決定，其所欲保護之公共利益，仍具有實質之重要性。

然而，其手段與目的之間，是否具備足夠之關聯性，進而符合「利益相衡」或「實踐和諧」之要求，不無有疑。在想像上，若社群媒體平台使用演算法的目的是為了讓用戶可以更加容易獲得自身有興趣的內容、同時避免接觸到自身不喜歡的貼文，進而增加用戶在平台上的「互動」以增進平台的商業利益，社群媒體平台之經營者並不需要刻意地「針對」政治性內容的傳播——若演算法所產生的結果並不够準確、無法精準地反應使用者的喜好，平台除了尋求技術的提升之外，毋寧應適當地加入更多能夠讓使用者自我控制的「功能」以協助演算法的運作<sup>222</sup>，而非單純地抑制政治性內容的散播，畢竟並非所有使用者皆認為平台上的政治性內容已經過於氾濫；再者，被認為具有政治性之內容，將有助於其他使用者知悉、甚至參與公共事務的討論，一味地降低政治性內容的曝光度，如前所述，勢必也會對於公共事務的討論造成一定程度的阻礙。

除此之外，降低平台上「所有」政治性內容的觸及率之決定，相較於其他具有一定社會地位、經濟實力的族群，對於社會、經濟上弱勢的群眾而言，勢必將造成更大程度的影響。對於前者而言，其實並不一定需要藉由社群媒體平台的影響力，透過報紙、電視等傳統媒體，這些具有一定社會地位、經濟實力的族群，同樣能夠表達自己的意見、影響公眾輿論；然而，對於一般的使用者、甚至是處於經濟社會弱勢地位的使用者而言，如果在社群媒體的世界中受到拘束、失去了原先在社群媒體平台上所擁有的影響力，將難以利用傳統大眾媒體作為替代發聲管道、只能被動地接受資訊。換句話說，其他使用者對於政治性內容的排斥，並不會平等地分配予所有在平台上發布政治性內容的用戶：在現實世界中擁有越多資源的族群，越不受該「降低觸及」決定所影響；類似於本文前揭於【案例 2.2】的討論，系爭「降低觸及」決定看似平等，毋寧只是對於現狀的肯認。

綜上所述，本文以為，若 F 社群媒體平台為了減少某些使用者對於政治性內容的反感，縮減了該平台上「所有」政治性內容的觸及範圍，則系爭「降低觸及」

---

Clegg, *Groundbreaking Studies Could Help Answer the Thorniest Questions About Social Media and Democracy*, META, (Jul. 27. 2023) <https://about.fb.com/news/2023/07/research-social-media-impact-elections/>. 最後瀏覽日期：2024.6.11。

<sup>222</sup> 其實諸如 Facebook、TikTok 等社群媒體平台也確實有發展出類似的功能，參照 META TRANSPARENCY CENTER，〈我們對 Facebook 動態消息排序的具體作法〉，同註 196，（介紹了「動態消息偏好設定」、「『顯示更多』和『顯示較少』」等功能）；TikTok, *For You*, <https://support.tiktok.com/en/getting-started/for-you>, 最後瀏覽日期：2024.6.11。（“You can use the following features to help influence the content you see on your For You feed or have a new set of videos recommended to you: • Not interested: If you don't care for a specific video, you can let us know by sharing feedback you're not interested and we'll show you fewer videos like it.... • Filter video keywords: Filter out specific words or hashtags on TikTok to remove videos that contain those keywords from your For You and Following feeds.”）

措施已對於 H 以及其他類似性質之使用者的言論自由產生過度且不必要之限制，應認為此時 F 平台所作成之「降低觸及」決定，已有導致利害失衡之結果。因此，若 H 向法院提起訴訟以求救濟，法院應要求 F 社群媒體平台將演算法「恢復」為原先之設定，使得 H 所發布之內容，能夠觸及更多可能對於 H 所發佈之內容存有興趣的用戶。

#### 第四項 「加註警語」措施

【案例 4】C 為 F 社群媒體平台之使用者，類似【案例 1】、【案例 2】的 A、B，於 F 平台上聲稱最近的大選存在大規模作票的嫌疑。在 C 發佈貼文之後，F 平台並沒有刪除 C 所發佈的內容，惟在系爭貼文下方，加註「近期 M 國選舉經證實並無舞弊情事，皆符合法定程序」的說明，並附上 M 國官方選舉委員會以及民間事實查核機構的說明連結。

有別於前述所分析之案例，「加註警語」措施是否有真正對於使用者之言論自由造成限制，不無有疑；若社群媒體平台並未移除、刪改，也沒有使用「警告畫面」遮蔽用戶所發佈之內容，進而增加其他使用者瀏覽、觀看該內容的阻礙，亦無透過演算法的調整以降低系爭內容的「觸及」，且其他使用者亦能夠分辨使用者所發佈之內容「本身」與平台所附加之「警語」的不同，本文以為，此時平台之「加註警語」措施，並未真正有對於使用者之言論自由造成限制。

或有以為，由於社群媒體平台所加註之「警語」，多半將減損、降低使用者所發佈之貼文的「可信度」或是「說服力」，進而對於系爭貼文的傳播溝通效果造成負面影響，是已構成了對於言論自由的侵害。然而，縱使社群媒體平台所附加之「警語」將大幅降低系爭貼文原先所擁有的「影響力」，此種情形，充其量只是社群媒體平台利用自身於「意見自由市場」所擁有之「優勢地位」，讓自身（所支持、認可）的言論能夠獲得更有效的施展，並且更精確且有效地「對抗」其他「意見自由市場」上抱有不同見解的言論。換言之，應認為社群媒體平台所加註之「警語」，屬於平台自身言論自由的展現，縱使用戶於平台上所發佈之貼文將因此受到相當嚴重的「攻擊」，也只是言論之間進行「自由搏擊」、相互競爭的結果；憲法所保障之言論自由，並不包括「發表言論之後，不受其他人之言論反駁、抨擊」的自由。雖然對方的拳頭因為有裝備加持，總是來得又快又猛，然而這種情形，與「雙手遭到五花大綁、無法出拳」仍有區別：僅有在後者之情形，始有構成對於「出拳」之限制。

綜上所述，本文認為，面對到社群媒體平台之「加註警語」措施，使用者並無從主張其言論自由受到限制。回到【案例 4】之情形，若 C 不服 F 平台於其所發佈之貼文下方「加註警語」，於是向法院提起訴訟、請求 F 平台移除系爭「警

語」，法院應當駁回 C 之請求。





## 第五項 小結

在本節中，本文首先依照本章第一節所建立之「水平法律關係」的審查模式，分別討論：當法院面對到社群媒體平台之「停用帳號」、「移除內容」、「降低觸及」、以及「加註警語」措施時，法院應如何在考量「使用者之言論自由」及「社群媒體平台之營業自由」之後，決定所採用之類型化標準。在確定法院所應採取之類型化標準以後，本文就前揭所自行設計之各種案例，分別為討論、分析，希望能夠藉由上述的案例探討，再進一步將寬嚴不同之類型化標準所象徵之要求予以具體化。

以下，為方便讀者觀察，本文嘗試將法院面對到各種不同之「內容限制」措施時，所應採取之類型化標準，整理為以下表格：

「內容限制」類型	所採取之審查基準	
「停用帳號」與「停權」措施	原則：從嚴審查	例外 <sup>223</sup> ： 回歸「利益權衡」以及「實踐和諧」等基本原則
「移除內容」措施	涉及「觀點歧視」： 從嚴審查	其他：回歸基本原則
「降低觸及」措施	涉及「觀點歧視」： 回歸基本原則	其他：從寬審查
「加註警語」措施	並未構成言論自由之限制	

表（五）：本文自製

除了統整本節以上之內容，容許本文於此再進行兩點補充：

第一，雖然於上述個案探討中，本文頻繁地援引過往「國家限制人民言論自由」的案例作為本文論述之基礎與借鏡，然而究其實際，面對到社群媒體之「內容限制決定」或是國家之「公權力行為」，法院在判斷上，或將產生不小之差距，而這樣的結果其實並不令人意外：首先，不論是涉及何種「內容限制」類型，就「使用者之言論自由如何受到限制」的部分，社群媒體平台所發展出來的「內容限制」措施，都難以直接對應到既有之國家公權力行為；至少在本文撰寫之當下，我國法律較少賦予行政機關或法院直接「移除」違法言論的權力，而仍以事後懲

<sup>223</sup> 詳見本節第一項、第二款之討論。

罰或賠償作為主要之嚇阻手段，更不用說幾乎是專屬於社群媒體平台之「降低觸及」決定。

除了二者「性質」上的差異，如同本章第一節所述，法院在面對社群媒體平台之「內容限制」決定時，由於所處理者仍是民事關係中的基本權衝突，在類型化標準的決定上，也必須要考慮到社群媒體之營業自由，從而採取與「面對到國家公權力行為時」不同之檢驗標準。舉例而言，縱使所面對者為「針對言論內容」的內容限制決定，法院也不必然需要從嚴審查社群媒體平台之內容限制措施；在無涉於「觀點歧視」之情形中，誠如前述，法院亦得採取較為寬鬆之標準（不採取「從嚴」審查之態度）並尊重原先平台的決定。換句話說，某些國家公權力不得限制之言論類型（例如不構成猥褻之色情內容），在某些情形中，將可能為平台所拒絕。

此外，在檢驗平台之內容限制措施與其目的間之關聯性時，即便法院選擇「從嚴」或「從寬」檢驗該平台之內容限制措施，考量到社群媒體以及網路資訊科技的特性，法院所得出之結論也不會必然等同於（憲法）法院在面對國家公權力時，採取「嚴格」或「寬鬆」審查基準所得到之結論。例如【案例 1.2】中對於「明顯立即危險」的判斷，在想像上，「明顯立即危險」或是「立即非法行為」象徵著「言論」與「後續非法行為」在時間上、甚至空間上的密接性；惟考量到社群媒體平台及網路科技已大幅增加某一特定訊息能夠「觸及」的範圍，也消弭了空間上距離對於訊息傳遞的阻礙，若再進一步考量到「可能造成之法益侵害」的嚴重性，法院在「密接性」的判斷上，毋寧應採取相對寬鬆的判定。

第二，本文以為，本章所建立之審查架構，或許能夠回應本文於第二章中所觀察到的問題：

於第二章中，本文觀察、統整了社群媒體平台的運作現狀，認為社群媒體平台之經營者為了滿足其營利目的，平台之內容政策將向所謂之主流意見靠攏，進而導致「不受歡迎」之言論遭到排擠、邊緣化。再者，由於網路效應（network effect）的結構性因素，社群媒體平台「大者恆大」的現象難以簡單地透過「市場機制」加以緩和，反倒是社群媒體平台之間的内容政策可能日漸趨於同一；而居於寡占地位的平台業者，又有可能濫用其優勢之市場地位、「壟斷」公眾輿論、壓抑對自己不利的意見與觀點。此外，雖然近期 Facebook（現改名為 Meta）亦嘗試透過創建外部委員會的方式，希望能藉由完善的組織與制度設計，賦予使用者之言論自由更多程序及實質上的保障；然而，根據本文之觀察，即便 Facebook 的監察委員會確實相當具有潛力，目前來說，仍然無法稱作一有效救濟的管道。

面對以上困境，首先，讓使用者將爭議送至法院以尋求救濟，即是為了彌補

社群媒體平台之「內部機制」所無法賦予之「程序保障」。再者，於實體法層次的討論中，由於本文認為，即便是「從寬審查」的情形，也要求平台之「內容限制」行為不得以自身之營業自由、而需要以其他主體之利益（即公共利益）的維護作為目的；社群媒體平台之經營者即不得以自身之喜好或厭惡作為「內容限制」措施之目的。若認為某些「不受歡迎」的言論應當受到限制，平台業者也需要向法院說明該言論與「法益侵害」之關聯性，此時，法院將視個案情形，依照不同之類型化標準，課予社群媒體平台一定之舉證責任。換言之，若社群媒體平台之使用者遭逢平台之「內容限制」措施後，向法院提起訴訟以獲救濟，法院得透過一定程度之「說理義務」課予，遏止社群媒體平台一定程度之「恣意」，以保障社群媒體平台使用者之言論自由——即便該使用者所表達之言論、甚至觀點，並不為他人所接受。

## 第五章 結論



### 第一節 全文回顧

於本篇論文的第一章，本文提出了本篇論文之核心問題意識：「要如何保障社群媒體平台使用者之言論自由」，並定義本文將反覆提及之名詞，包括「社群媒體平台」以及「內容限制」決定，同時藉由名詞定義，界定出本文之研究範圍。

於本文之第二章，本文就現今社群媒體平台的環境進行觀察，以探究社群媒體的使用者除了至法院提起訴訟之外，是否有其他之救濟、申訴管道？經過研究，本文認為，基於社群媒體平台「以營利為目的」的天性，即便平台之使用者得透過演算法的「策展」安排，避免接觸到自身所不喜歡的內容，社群媒體平台的內容政策，仍會傾向於壓抑那些「不受歡迎的言論」。此外，由於「市場競爭」機制難以突破「網路效應」的作用，現今居於「寡占」地位的社群媒體平台，反倒可能會濫用自身之優勢市場地位，對於言論自由環境產生嚴重的負面影響。至於近期成立的 Meta 監察委員會，雖然在組織及程序上都具有相對健全的設計，也在近期的一些案例中，顯示出自身在「保障言論自由」方面的不遺餘力；然而，儘管潛力無窮，本文認為，現行監察委員會的運作也暴露了一些缺陷，例如「Facebook 內部程序紊亂」、「監察委員會所處理之問題面向眾多」、以及「處理案件數量相當有限」。這些「不足之處」將使得社群媒體平台之使用者，在受到平台之內容限制措施時，可能無法透過平台之「內部」程序獲得有效之救濟；也因為如此，社群媒體之使用者即有必要以「向法院提起訴訟」之方式尋求救濟。

在本文的第三章中，本文首先釐清了社群媒體平台與使用者之間的法律關係，並接著探討法院如何於二者之間的民事契約關係中，將使用者之言論自由保障納入考量。本文於是從「基本權第三人效力」理論出發，並且援引了四篇德國聯邦憲法法院的裁判，從而認為：法院在審酌社群媒體平台與使用者之間的契約時，不只能夠借助於民法第 72 條、第 148 條等概括條款以發揮基本權之「間接效力」，由於此時亦有消費者保護法之適用，消保法第 11、第 12 條關於「定型化契約」之解釋適用以及約款效力的規定，亦得作為憲法基本權利的「入口」。藉由上開法規「合乎基本權價值決定」之解釋，法院即得在具體案例中，以憲法基本權保障之精神及價值判斷，作為裁判之基礎，進而達到本文「保障使用者之言論自由」之目的。

然而，在社群媒體平台與使用者之間的民事契約中，並非只有社群媒體的使用者得主張自身之基本權利，社群媒體平台之經營者，也有可能透過契約與「內

容限制」措施，實現自身受憲法保障之基本權，進而形成雙方之間的基本權衝突。為了解決雙方之基本權衝突，本文於第三章的後半部，即嘗試對於雙方可能涉及之基本權進行判斷，以作為後續「利益衡量」的前提。除了使用者之言論自由以及社群媒體平台的營業自由之外，社群媒體之「內容限制」措施是否為一種「言論」的問題，佔用了本文更多的篇幅。為了解決這個問題，本文首先整理、比較了近期美國聯邦上訴巡迴法院的判決以及相關的學說見解，最終認為：由於社群媒體平台「內容限制」措施的特性，導致原先用以判斷「某一行為是否構成言論」的判準，在適用上將出現「宏觀」與「微觀」視角的落差。若要兼顧社群媒體平台在「宏觀」與「微觀」視角中所展現的樣貌，本文以為，此時應以訊息之「指向性」作為區分標準，而在此區分標準之下，社群媒體之「策展」或是「內容限制」行為，即無法該當於「言論」。

在本文之第四章，與其直接分析各個具體案例中的各種要素、找出屬於該具體案例的「最適」結果，本文選擇借鏡原先於「司法違憲審查」中，關於「審查基準／審查密度」的討論，嘗試建立屬於「水平法律關係」的審查模式，使得「類型化」的分析成為可能，以追求一定程度的「可預測性」與「一貫性」。至於「水平法律關係」的審查模式的操作步驟，本文以為，首先，法院應以社群媒體平台之內容限制措施作為檢視、審查之客體；接著，則是在考量到「使用者之言論自由」及「社群媒體平台之營業自由」之後，決定：於本案中，就所涉及之內容限制措施，究竟是應採取「從嚴」、「從寬」之類型化標準，還是以「利益衡量」及「實踐和諧」等基本原則，作為檢驗、審查之判斷基準？

根據以上之審查步驟，本文於第四章的後半段，分別以社群媒體平台之「停用帳號」、「移除內容」、「降低觸及」、以及「加註警語」措施為例，進行分析與討論。本文試圖透過具體案例之設計，分析、探討：當法院面對到該類內容限制措施時，應採取何種類型化標準，以及應如何於個案中，透過「目的」與「目的手段關聯」的觀察，檢驗所涉及之內容限制措施。此外，在第四章、第二節的最後，本文也試圖說明：本文第四章所建立之審查架構，是否及如何回應了本文於第二章所觀察到的問題與不足之處。

## 第二節 未竟之業／未來展望

對於本文作者而言，「社群媒體平台之內容限制行為」背後所蘊含之問題，其實具有三個不同之層次：

於第一個層次，主要係關注於社群媒體平台各種不同之內容限制行為，在不同的情境中，如何對於社群媒體使用者之言論自由造成影響；若以憲法釋義學之

角度出發，在某些情境案例中，是否已經過度侵害使用者受憲法保障之言論自由？

在第二個層次，除了關注社群媒體之「個別」內容限制行為，更是將討論重心置於「系統性」之思考（*systems thinking*），進行更多「通案性」的討論；於此層次，不僅包含了立法論層次的分析與討論，嘗試找出適合於公權力的介入管道，也試圖理解社群媒體平台本身功能設計（*affordance*）的演進與轉變，進而探討以上因素將如何對於群眾之言論自由環境以及民主運作產生正面或負面的影響<sup>1</sup>。

至於第三個層次，則是更進一步地探討由私人所為之私經濟活動，係如何對於言論自由制度之運作產生影響；特定（外國）人士或組織透過雄厚資本，試圖在言論自由市場中取得廣大影響力、甚至對於民主選舉結果產生影響時，國家得否、如何管制之問題。以上問題，或許讀者們最直接想到者，乃政治獻金或是選舉廣告之限制<sup>2</sup>。然而，誠如本文第二章、第二節之討論，即便社群媒體平台本身並不產製內容，透過各種內容限制行為，平台之經營業者反倒更能有效地「掐住」使用者之咽喉；而社群媒體平台業者作為一間（股份有限）公司，其本身不僅需要以追求最大營利為目標，社群媒體平台之經營權更是能夠透過股份之交易而在一夕之間易主。因此，對於本文而言，「社群媒體平台之內容限制行為」所產生的問題，究其實際，仍是「私經濟活動對於言論自由制度運作造成影響」的一種樣態。

然而，綜觀本篇論文內容，所處理之問題大致上仍未脫離第一層次的討論，甚至也尚未窮盡第一層次的所有爭議：本文研究範圍的設定，將所謂「社群媒體平台」定義為「得傳遞『任何』內容」之網路服務，且平台之經營者必須「以營利為目的」，也未將社群媒體平台「是否刊登廣告」以及「是否拒絕分享利潤」之決定納入討論。此外，在第四章之個案討論中，也沒有處理某些同樣具有高度爭議的內容（例如仇恨言論、Deepfake 內容）。可以想見的是，有些本文未有處理之問題，其實反而更有可能躍上檯面，成為行政、立法、司法機關都必須面對的燙手山芋。舉例來說，被排除於本文研究客體之外的「線上購物商城」，其影響力絕不亞於 Facebook、Youtube 等大型社群媒體平台<sup>3</sup>；社群媒體平台「得否

<sup>1</sup> See Evelyn Douek, *Content Moderation As System Thinking*, 136 Harv. L. Rev. 526 (2022). (認為過往「主流學說」對於社群媒體之內容限制行為的討論都過度聚焦於個案，未來之立法方向，應採取更具有「系統性」之策略，進行更多結構性（*structural*）、程序性（*procedural*）的管制手段。)

<sup>2</sup> See, e.g., *Citizens United v. FEC*, 558 U.S. 310 (2010).

<sup>3</sup> 設想：若某一同樣具有「寡占」地位的線上購物商城，拒絕該商城之使用者於其平台上販賣印有「台灣獨立」的衣物、彩虹旗、或是帶有色情／暴力內容的電影影片，該商城之使用者其實同樣受到了表現自由的限制，然而能否將本文所得出之結論逕自套用至該情境，卻仍須再進一步之分析討論。文獻上，有論者認為此時其實不需要過度強調上述商城之決定對於「言論」的影響力，其本質毋寧只帶有商業利益的考量，See Douek, *supra* note 1, at 558-59. 然而也有論者認為，即便某些言論的發表具有營利目的，在法律上（甚至從健全民主的觀點出發），系爭言論仍不失其受保障之意義與價值，See Kate Klonick, *Of Systems Thinking and Straw Men*, 136 Harv. L. Rev. F. 339,

拒絕刊登某候選人之廣告」的問題，勢必將對於選舉結果、甚至是民主制度的運作產生更大程度之影響——然而上開問題，皆非本篇論文之研究分析所得處理者。

其次，以「司法救濟」作為處理第一層次問題的手段，也有其侷限性。首先，或有以為，本文在討論中，並未將使用者「向法院提起訴訟」的時間、金錢、勞力等成本納入考量，尤其是「時間」方面的考量：在現今資訊爆炸的時代，任何資訊的「有效期限」都將轉瞬即逝，當社群媒體平台的使用者受到平台的內容限制措施時，即便該使用者向法院提起訴訟後獲得勝訴，當獲得勝訴判決時，可能早就「人事已非」、「木已成舟」；縱使可以暢所欲言，該使用者可能也無法再獲得原先所欲達到之效果<sup>4</sup>。再者，「個案救濟」將難以糾正系統性的錯誤，過度強調「某些個案」中所遇到的問題，也將可能導致其他個案或利害關係人所面對到的困境遭到忽視<sup>5</sup>。

面對上述所提及之不足之處，本文有以下幾點回應與看法：

首先，雖然透過司法救濟恐怕「緩不濟急」，惟若社群媒體的使用者已經沒有其他有效之救濟管道、又已無法忍受社群媒體平台所實施之內容限制措施時，仍可能必須透過民事訴訟以保障自身之言論自由。換言之，縱認「向法院提起訴訟」為下下之策，也無法忽略社群媒體的使用者透過司法救濟以維護自身言論自由的可能性；反倒因為此時法院已然成為最後一道防線，法院毋寧應更加謹慎面對此類案件，以充分發揮憲法保障言論自由的精神。退步言之，即便本文所嘗試建立的「司法審查架構」發揮有限，已經上路的歐盟數位服務法（Digital Services Act, DSA）第 21 條與台灣飽受批評、已遭到凍結的「數位中介服務法」草案第 25 條，皆有「訴訟外解決機制」的設計<sup>6</sup>；負責處理「訴外和解」（out-of-court dispute settlement）或謂「線上平臺服務爭議處理」的機構，雖然並非法院，卻也無法迴避本文所探討及分析的各種平台內容政策，以及與平台內容政策相互對應之內容限制措施。是故，本篇論文所進行之觀察和分析，也不會因為司法訴訟欠缺「時效性」的緣故，而完全地喪失其實用價值；甚至，對於本文而言，本篇論文所探討之「利益權衡」問題，究其實際，仍舊無法完全避而不談——即便沒有透過（類似於）司法救濟的管道，在立法論以及行政作為的層次，終究同樣會

---

361 (2023).

<sup>4</sup> 類似見解，See Douek, *supra* note 1, at 549, 578-79.（認為在網路世界中，決定的作成更需要及時，然而盲目地（fetishized）追求個案中的「正當程序」反而將導致決定作成所需要的時間被大幅拉長。） Kyle Langvardt, *Can The First Amendment Scale?*, 1 J. FREE Speech L. 273, 298-99 (2021).

<sup>5</sup> Douek, *supra* note 1, at 554, 569, 571-72, 579-80.

<sup>6</sup> 參照國家通訊傳播委員會（2022），〈數位中介服務法草案總說明〉，網址：[https://www.ncc.gov.tw/chinese/files/22062/5532\\_220629\\_1.pdf](https://www.ncc.gov.tw/chinese/files/22062/5532_220629_1.pdf)，最後瀏覽日期：2024.6.13；See Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act) (2022) *Official Journal* L 277, pp. 54-56.

遇到類似的兩難處境。

至於過度重視事後「個案救濟」將導致許多制度、組織面的系統性問題遭到忽略之批評：確實，社群媒體平台就內容限制措施之部分，應如何進行制度性、程序性的改進，政府公權力又應如何介入管制等議題，本篇論文既沒有太多著墨，也沒有提出任何具體之建議，難免讓人產生「見樹不見林」之質疑。然而，誠如本節一開始之討論，對於本文而言，「個案情形」與「組織、程序、功能設計」等「系統性」之因素，其毋寧只是不同層次的問題，彼此之間並不需要作出取舍<sup>7</sup>；即便以「全稱性」之視角俯瞰社群媒體內容限制行為之運作，於個案層次之觀察與分析討論，其實也可能反過來影響制度、組織、程序面的設計，反之亦然。

最後，則是那些本篇論文未能討論、分析的問題，包括在第一層次中本文沒有涵括的案例，於第二、三層次的探究與思考，甚至是不同層次之間的相互影響<sup>8</sup>。本文必須承認，由於本文作者之能力有限，實在無法於本篇論文中，處理上述那些雖然重要、無非更為棘手的爭議。不過，也因為這些問題及爭議的重要性，相信之後也會有更多能者投入這方面的研究；希望屆時本篇論文的觀察、討論、分析，能夠發揮拋磚引玉之效，成為其他學術研究論文的墊腳石。

---

<sup>7</sup> Klonick, *supra* note 3, at 342-43.

<sup>8</sup> 即便綜觀本篇論文確實對於立法政策方面沒有太多著墨，也沒有提出任何分析與建議，然而不可否認，即便只是試圖於個案中透過司法途徑以獲救濟，也可能因為法律制度不夠完整、有所欠缺而影響甚至阻礙個案救濟之可能。舉例而言，雖然一般人會認為設立於我國之「台灣臉書有限公司」即是經營 Facebook 之 Meta 公司在台灣之子公司，而有權准駁對於台灣使用者之內容限制決定。然而，一旦進入到法院，「台灣臉書有限公司」就會向法院抗辯真正向使用者提供、經營、管理 Facebook 之主體，依照 Facebook 之服務條款，仍然是 Meta Platforms, Inc.（或是變更名稱前之 Facebook, Inc.），「台灣臉書有限公司」並非臉書服務之經營管理者，而法院也無不採信「台灣臉書有限公司」之抗辯，參照臺灣苗栗地方法院 110 年度訴字第 187 號民事判決，臺灣臺北地方法院 109 年度訴字第 8069 號民事判決、108 年度小字第 3 號小額民事判決、108 年度訴字第 5307 號民事判決、104 年度訴字第 4386 號民事判決，臺灣高等法院 110 年度上易字第 276 號民事判決。不過，若依照使用者依照上開實務見解，逕向 Meta 母公司起訴，依照 Meta 與使用者之間的服務條款，原則上「必須僅得交由美國北加州地區的地區法院或位於聖馬刁郡（San Mateo County）的州立法院管轄……且本條款與任何索賠、訴訟事由或爭議一律受加州法律所規範」，參照 META (2022.7)，《服務條款》，網址：<https://www.facebook.com/legal/terms>；最後瀏覽日期：2024.6.13；雖然如此之定型化契約，仍可能因為消費者保護法之「顯失公平」條款等規定而不對法院有拘束之效力，惟究其實際，或許依照歐盟數位服務法第 13 條、我國數位中介服務法草案第 14 條，要求社群媒體平台服務之提供者須於境內設置「指定代理人」，才能真正有效地解決上開問題，使用者或其他外部利害關係人，透過法院尋求救濟時，也不需要受制於經營社群媒體平台企業之內部分工與組織設計。

## 《參考文獻》




### 壹、中文文獻

#### 一、專書

- 王澤鑑（1999），《債法原理（一）基本理論、債之發生》。臺北：自版。
- 王澤鑑（2015），《民法總則》，新版。新北：自版。
- 王澤鑑（2021），《債法原理》，增訂新版。新北：自版。
- 許育典（2018），《憲法》，八版。臺北：元照。
- 陳自強（2020），《契約之成立與生效》，四版。臺北：元照。
- 陳聰富（2019），《民法總則》，三版。臺北：元照。
- 馮震宇、姜志俊、謝穎青、姜炳俊（1994），《消費者保護法解讀》。臺北市：元照。
- 劉連煜（2018），《現代公司法》，增訂十三版。臺北：新學林。
- 楊承燁（2017），《論國家之基本權保護義務——以德國憲法法學之發展為中心》。臺北：元照。

#### 二、書籍篇章

- 李建良（1999），〈基本權利理論體系之構成及思考層次〉，收錄於《憲法理論與實踐（一）》，頁 55-101。臺北：學林。
- 李建良（2020），〈民事審判與裁判憲法審查—基本權效力的體系思維〉，收錄於陳新民教授六秩晉五壽辰文集編輯委員會（編），《法治國家的原理與實踐：陳新民教授六秩晉五壽辰文集（上冊）》，頁 309-364。台北市：新學林。
- 李惠宗（1996），〈憲法基本權與司法的關係——德國聯邦憲法法院判決解析〉，收錄於司法院大法官書記處（編），《德國聯邦憲法法院裁判選輯（六）——憲法與私法——》，頁 1-30。臺北：司法院秘書處。
- 林子儀（1999），〈言論自由的理論基礎〉，收錄於《言論自由與新聞自由》，頁 1-59。臺北：元照。
- 林子儀（1999），〈言論自由的限制與雙軌理論〉，收錄於《言論自由與新聞自由》，頁 133-196。臺北：元照。

- 
- 林子儀 (1999),〈言論自由與內亂罪—「明顯而立即危險原則」之闡釋〉,收錄於《言論自由與新聞自由》,頁 199-228。臺北:元照。
- 許宗力 (2007),〈違憲審查程序之事實調查〉,收錄於《法與國家權力(二)》,頁 41-74。臺北:元照。
- 許宗力 (2007),〈比例原則與法規違憲審查〉,收錄於《法與國家權力(二)》,頁 75-94。臺北:元照。
- 許宗力 (2007),〈比例原則之操作試論〉,收錄於《法與國家權力(二)》,頁 119-140。臺北:元照。
- 許宗力 (2007),〈憲法與政治〉,收錄於《憲法與法治國行政》,頁 1-52。臺北:元照。
- 湯德宗 (2009),〈違憲審查基準體系建構初探——「階層式比例原則」構想〉,收錄於廖福特主編,《憲法解釋之理論與實務(第六輯)(下冊)》,頁 581-660。臺北:中央研究院法律學研究所籌備處。
- 黃昭元 (2009),〈平等權與自由權競合案件之審查——從釋字第 649 號解釋談起〉,收錄於吳從周等(著),《程序正義、人權保障與司法改革——范光群教授七秩華誕祝壽論文集》,頁 33-65。
- 楊淑文 (2013),〈消費者保護法之分與合——雙軌制立法下的消費者與消費關係——〉,收錄於《消保法與民法之分與合》,頁 1-54。
- 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〉,收錄於李建良(編),《憲法解釋之理論與實務第九輯》,頁 201-269。臺北:中央研究院法律學研究所。

### 三、期刊論文

- 古承宗 (2023),〈刑法作為抗制「數位暴力」之手段——以惡意影音為例〉,《月旦法學教室》,第 333 期,頁 6-20。
- 吳信華 (2013),〈大法官規範審查程序中「擴張審理標的」之研究——以「重要關聯性」的探究為中心〉,《東吳法律學報》,第 24 卷第 4 期,頁 1-63。
- 吳從周 (2018),〈法律行為解釋、契約解釋與法律解釋——以民法第 98 條之立法溯源與實務運用為中心〉,《中研院法學期刊》,第 23 期,頁 81-169。
- 李建良 (2008),〈經濟管制的平等思維——兼評大法官有關職業暨營業自由之憲法解釋〉,《政大法學評論》,第 102 期,頁 71-157。
- 李建良 (2011),〈德國基本權理論攬要——兼談對臺灣的影響〉,《月旦法學教室》,第 100 期,頁 38-50。
- 沈伯洋 (2021),〈中國認知領域作戰模型初探:以 2020 臺灣選舉為例〉,《遠景

基金會季刊》，第 22 卷 1 期，頁 1-65。

周伯峰（2014），〈「歧視禁止」作為私法自治的限制？——簡評德國《一般平等對待法》中的民事上歧視禁止規定及其爭議〉，《月旦法學雜誌》，第 224 期，頁 127-150。

胡元輝（2018），〈造假有效、更正無力？第三方事實查核機制初探〉，《傳播研究與實踐》，第 8 卷第 2 期，頁 43-73。

張嘉尹（2010），〈違憲審查中之基本權客觀功能〉，《月旦法學雜誌》，第 185 期，頁 17-38。

許宗力（2002），〈基本權利：第二講—基本權的功能〉，《月旦法學教室》，第 2 期，頁 72-80。

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》，第 9 期，頁 64-74。

許育典（2022），〈裁判憲法審查作為基本權客觀價值秩序的實踐——以子女最佳利益為核心的 111 年憲判字第 8 號判決〉，《月旦法學雜誌》，第 327 期，頁 41-50。

許育典、李霽恆（2022），〈網路平台上假訊息的管制問題〉，《國立中正大學法學集刊》，第 75 期，頁 167-227。

許恒達（2015），〈散布私密照加重刑責之研議〉，《月旦法學雜誌》，第 241 期，頁 235-253。

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〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第 33 卷第 3 期，頁 45-148。

黃舒芃（2006），〈「功能最適」原則下司法違憲審查權與立法權的區分——德國功能法論述取向（funktionell-rechtlicher Ansatz）之問題與解套〉，《政大法學評論》，第 91 期，頁 99-144。

黃銘輝（2019），〈假新聞、社群媒體與網路時代的言論自由〉，《月旦法學雜誌》，第 292 期，頁 5-29。

楊智傑（2017），〈言論自由事前審查之審查標準—釋字第 744 號解釋與美國審查標準比較〉，《憲政時代》，第 43 卷第 1 期，頁 89-143。

楊智傑（2021），〈美國不實言論之言論自由保障〉，《國立中正大學法學集刊》第 71 集，頁 121-192。

廖元豪（2006），〈把街頭還給基層異議者！重省集會自由與集會遊行法〉，《台灣本土法學雜誌》，第 85 期，頁 1-4。

廖元豪（2008），〈高深莫測，抑或亂中有序？論現任大法官在基本權利案件中的「審查基準」〉，《中研院法學期刊》，第 2 期，頁 211-274。

劉靜怡（2004），〈言論自由：第一講——「言論自由」導論〉，《月旦法學教室》，

第 26 期，頁 73-81。

劉靜怡 (2005)，〈言論自由：第三講 政治性言論與非政治性言論〉，《月旦法學教室》，第 30 期，頁 56-65。

劉靜怡 (2011)，〈媒體所有權、觀點多元化與言論自由保障：美國法制的觀察〉，《臺大法學論叢》，第 40 卷第 3 期，頁 1089-1173。

蔡宗珍 (2006)，〈營業自由之保障及其限制——最高行政法院 2005 年 11 月 22 日庭長法官聯席會議決議評釋〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第 35 卷第 3 期，頁 277-321。

蘇慧婕 (2020)，〈正當平台程序作為網路中介者的免責要件：德國網路執行法的合憲性評析〉，《臺大法學論叢》，第 49 卷第 4 期，頁 1915-1977。

蘇慧婕 (2022)，〈歐盟被遺忘權的內國保障：德國聯邦憲法法院第一、二次被遺忘權判決評析〉，《台大法學論叢》，第 51 卷第 1 期，頁 1-65。

#### 四、學位論文

吳佳樺 (2022)，《不表意自由之研究：從理論到實踐》，國立臺灣大學法律學院法律學系博士論文。

陳怡卉 (2017)，《公共論壇與言論自由—以美國法制為中心》，東吳大學法學院法律學系碩士班碩士論文。

楊劭楷 (2021)，《社群媒體假訊息管制之言論自由分析》，國立臺灣大學法律學院法律學系碩士論文。

董子涵 (2021)，《未經同意散布性私密影像的刑事責任—以網路服務提供者為中心》，東吳大學法學院暨法律學系碩士班碩士論文。

#### 五、中譯外文文獻

Jillian C. York 著，黃開譯 (2022)，《矽谷價值戰：監控資本主義之下言論自由的未來》。臺北：行人文化實驗室。

Sinan Aral 著，許貴運譯 (2021)，《宣傳機器：注意力是貨幣，人人都是數位市場商人》。臺北：遠見天下文化。

李惠宗譯 (1994)，〈關於「法院對不平等民事契約之內容審查之憲法要求」之裁定〉，收錄於司法院大法官書記處(編)，《德國聯邦憲法法院裁判選輯(五)》，頁 375-401。臺北：司法院秘書處。

陳信安譯(2013)，〈「法蘭克福機場集會」判決〉，收錄於司法院大法官書記處(編)，

- 《德國聯邦憲法法院裁判選輯（十四）》，頁 31-64。臺北：司法院。
- 黃瑞明譯（1996），〈關於「職業自由」之裁定〉，收錄於司法院大法官書記處（編），《德國聯邦憲法法院裁判選輯（六）——憲法與私法——》，頁 65-93。
- 劉靜怡譯（2008），〈7. National Endowment for the Arts v. Finley〉，收錄於司法院（編），《美國聯邦最高法院憲法判決選譯第六輯》，頁 50-59。臺北：司法院。

## 六、其他

- 吳維雅（2021），〈不透明的演算法：臉書調降「政治性」貼文觸及的疑慮〉，鳴人堂，網址：<https://opinion.udn.com/opinion/story/120817/5434499>。

## 貳、英文文獻

### 一、專書

- Aral, S. (2020). *The hype machine*. New York: Currency.
- Koltay, A. (2019). *New media and freedom of expression: Rethinking the constitutional foundations of the public sphere*. Oxford, UK; Chicago, Illinois: Hart.
- Möllers, C. (2013). *The three branches: A comparative model of separation of powers*. Oxford: Oxford University Press.
- Napoli, P. M. (2019). *Social media and the public interest: Media regulation in the disinformation age*. New York: Columbia University Press.

### 二、書籍篇章

- Barak, A. (2001). Constitutional Human Rights and Private Law. In D. Friedmann & D. Barak-Erez, *Human rights in private law* (pp.13-42). Oxford: Hart.
- Balkin, J. M. (2022). To reform social media, reform informational capitalism. In L. C, Bollinger & G. R, Stone (Eds.). *Social media, freedom of speech and the future of our democracy* (pp. 233-254). New York: Oxford University Press.
- Benkler, Y. (2022). Follow the money, back to front. In L. C, Bollinger & G. R, Stone (Eds.). *Social media, freedom of speech and the future of our democracy* (pp. 255-271). New York: Oxford University Press.
- Chemerinsky, E. & Chemerinsky, A. (2022). The golden era of free speech. In L. C, Bollinger & G. R, Stone (Eds.). *Social media, freedom of speech and the future of our democracy* (pp. 87-101). New York: Oxford University Press.
- Keller, C. I. (2022). The perks of co-regulation: An institutional arrangement for social

media regulation? In E. Celeste, A. Heldt & C. I. Keller (Eds.). *Constitutionalising social media* (pp. 217-234). Oxford: Hart.

Diresta, R. (2022). Algorithms, affordances, and agency. In L. C, Bollinger & G. R, Stone (Eds.). *Social media, freedom of speech and the future of our democracy* (pp. 121-137). New York: Oxford University Press.

Douek, E. (2022). The siren call of content moderation formalism. In L. C, Bollinger & G. R, Stone (Eds.). *Social media, freedom of speech and the future of our democracy* (pp. 139-156). New York: Oxford University Press.

Franks, M. A. (2022). The free speech industry. In L. C, Bollinger & G. R, Stone (Eds.). *Social media, freedom of speech and the future of our democracy* (pp. 65-85). New York: Oxford University Press.

Greene, J. (2022). Free speech on public platforms. In L. C, Bollinger & G. R, Stone (Eds.). *Social media, freedom of speech and the future of our democracy* (pp. 157-177). New York: Oxford University Press.

Lakier, G. (2022). The limits of antidiscrimination law in the digital public sphere. In L. C, Bollinger & G. R, Stone (Eds.). *Social media, freedom of speech and the future of our democracy* (pp. 179-192). New York: Oxford University Press.

Lessig L. (2022). The First Amendment does not protect replicants. In L. C, Bollinger & G. R, Stone (Eds.). *Social media, freedom of speech and the future of our democracy* (pp. 273-284). New York: Oxford University Press.

Persily, N. (2022). Platform power, online speech, and the search for new constitutional categories. In L. C, Bollinger & G. R, Stone (Eds.). *Social media, freedom of speech and the future of our democracy* (pp. 193-211). New York: Oxford University Press.

Whitehouse, S. (2022). Section 230 reforms. In L. C, Bollinger & G. R, Stone (Eds.). *Social media, freedom of speech and the future of our democracy* (pp. 103-118). New York: Oxford University Press.

### 三、期刊論文

Alexander, L. A. (1993). Trouble on Track Two: Incidental Regulations of Speech and Free Speech Theory. *Hastings Law Journal*, 44(4), 921-962.

Balkin, J. M. (2014). Old-School/New-School Speech Regulation. *Harvard Law Review*, 127(8), 2296-2342.

Balkin, J. M. (2018). Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation. *U.C. Davis Law Review*, 51(3), 1149-1210.

Balkin, J. M. (2018). Free Speech Is a Triangle, *Columbia Law Review*, 118(7), 2011-2056.

Balkin, J. M. (2021). How to Regulate (and Not Regulate) Social Media, *Journal of*

*Free Speech Law*, 1(1), 71-96.

Bhagwat, A. (2021). Do Platforms Have Editorial Rights? *Journal of Free Speech Law*, 1(1), 97-138.

Bloom, L. H. (2019). The Rise of the Viewpoint-Discrimination Principle. *SMU Law Review Forum*, 72(1), 20–40.

Douek, E. (2019). Facebook's Oversight Board: Move Fast with Stable Infrastructure and Humility. *North Carolina Journal of Law & Technology*, 21(1), 1-78.

Douek, E. (2022). Content Moderation As System Thinking. *Harvard Law Review*, 136(2), 526-607.

Gillespie, T. (2010). The Politics of 'Platforms'. *New Media & Society*, 12(3), 347–364.

Heins, M. (1996). Viewpoint discrimination. *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 24(1), 99-170.

Helfer, L. R. & Land, M. K. (2022). The Meta Oversight Board's Human Rights Future. *Duke Law School Public Law & Legal Theory Series No. 2022-47*; *Cardozo Law Review*, 44(6). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4197107> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4197107>.

Kadri, T. E., & Klonick, K. (2019). Facebook v. Sullivan: Public Figures and Newsworthiness in Online Speech. *Southern California Law Review*, 93(1), 37–99.

Kelso, R. (2019). Clarifying viewpoint discrimination in free speech doctrine. *Indiana Law Review*, 52(3), 355-430.

Klonick, K. (2018). The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech. *Harvard Law Review*, 131(6), 1598-1670.

Klonick, K. (2020). The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression. *Yale Law Journal*, 129(8), 2418-2499.

Klonick, K. (2023). Of Systems Thinking and Straw Men, *Harvard Law Review, Forum*, 136(6), 339-362.

Langvardt, K. (2018). Regulating Online Content Moderation, *Georgetown Law Journal*, 106(5), 1353-1388.

Langvardt, K. (2021). Can The First Amendment Scale?, *Journal of Free Speech Law*, 1(1), 273-302.

Pasquale, F. (2016). Platform neutrality: Enhancing freedom of expression in spheres of private power. *Theoretical Inquiries in Law*, 17(2), 487-513. <https://doi.org/10.1515/til-2016-0018>.

Post, D. G. (1995). Anarchy State and the Internet. *Journal of Online Law*, 1995, art. 3.

Tushnet, M. (2022). The Kids Are All Right: The Law of Free Expression and New Information Technologies, *Catholic University Law Review*, 71(3), 471-505.

Volokh, E. (2022). Treating Social Media Platforms Like Common Carriers? *Journal of Free Speech Law*, 1(1), 377-462.

Wu, T. (2018). Is the First Amendment Obsolete? *Michigan Law Review*, 117(3), 547-581.



#### 四、法院裁判

Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969).

Clark v. Commun. for Nonviolence, 468 U.S. 288 (1984).

Cohen v. California, 403 U.S. 15 (1971).

Erznoznik v. City of Jacksonville, 422 U.S. 205 (1975).

FCC v. Pacifica Foundation, 438 U.S. 726 (1978).

Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian, and Bisexual Group of Boston, Inc., 515 U.S. 569 (1995).

Iancu v. Brunetti, 588 U.S. \_\_\_ (2019).

Island Trees Sch. Dist. v. Pico by Pico, 457 U.S. 853 (1982).

Manhattan Community Access Corp. v. Halleck, 587 U.S. \_\_\_ (2019).

Matal v. Tam, 582 U.S. 218 (2017).

National Endowment for the Arts v. Finley, 524 U.S. 569 (1998).

NetChoice v. Attorney General of Florida, No. 21-12355 (11th Cir. 2022).

NetChoice, L.L.C. v. Paxton, No. 21-51178 (5th Cir. 2022).

Packingham v. North Carolina, 582 U.S. 98 (2017).

Perry Educ. Ass'n v. Perry Educators' Ass'n, 460 U.S. 37 (1983).

Prager Univ. v. Google LLC, 951 F.3d 991 (9th Cir. 2020).

Pruneyard Shopping Center v. Robins, 447 U.S. 74 (1980).

R. A. V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377 (1992).

Reno v. ACLU, 521 U.S. 844 (1997).

Rosenberger v. Rector and Visitors of the University of Virginia, 515 U.S. 819 (1995).

Rumsfeld v. Forum for Academic and Institutional Rights, Inc., 547 U.S. 47 (2006).

Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919).

Snyder v. Phelps, 562 U.S. 443 (2011).

Spence v. Washington, 418 U.S. 405 (1974).

United States v. Alvarez, 567 U.S. 709 (2012).

United States v. American Library Assn., Inc., 539 U.S. 194 (2003).

Ward v. Rock Against Racism, 491 U.S. 781 (1989).

West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624 (1943).



## 五、其他

BVerfG, Judgment of the First Senate of 22 February 2011 - 1 BvR 699/06 -, paras. 1-128,

[https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rs20110222\\_1bvr069906en.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rs20110222_1bvr069906en.html).

BVerfG, Order of the First Senate of 11 April 2018 - 1 BvR 3080/09 -, paras. 1-58, [https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rs20180411\\_1bvr308009en.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rs20180411_1bvr308009en.html).

Kate Klonick, The New Yorker, 2021.2.12, *Inside the Making of Facebook's Supreme Court*, <https://www.newyorker.com/tech/annals-of-technology/inside-the-making-of-facebooks-supreme-court>.

The Lancet Regional Health – Americas, Editorial, Screen Violence: A Real Threat to Mental Health in Children and Adolescents, *The Lancet Regional Health-Americas, Volume 19*, 2023, 100473, ISSN 2667-193X, <https://doi.org/10.1016/j.lana.2023.100473>.

Simon Kemp, *DIGITAL 2022: TAIWAN*, <https://datareportal.com/reports/digital-2022-taiwan>.