



元照出版提供 請勿公開散布

沒有「言論」的言論自由

——言論自由作為對抗特定管制的權利

程 源 中*

要 目

壹、前 言	參、言論自由作為對抗特定管制的權利：規範性觀點
貳、兩種詮釋	一、為什麼這是最佳方案
一、言論自由作為保障特定行為的權利	二、誤解與澄清
(一)不受保障的言論	(一)關於管制動機
(二)表意性與言論	(二)關於國家的中立性
二、言論自由作為對抗特定管制的權利	三、傳統路徑的意義
(一)不受保障的言論	肆、對於我國言論自由法學的啟示
(二)言論與表意性	一、文義批評
(三)從不當動機疑慮到管制對整體溝通環境的影響	二、體系批評
	三、防禦批評
	伍、結 論

DOI : 10.53106/102398202024030176005

* 國立陽明交通大學百川學士學位學程助理教授，德國基爾大學法學博士。本文為國科會研究計畫「管制理由與國家權力——從管制端思考的言論自由理論與實踐」（計畫編號：111-2410-H-A49-005-MY2）部分成果，作者感謝兩位匿名審查人的寶貴批評與建議，惟文責當然由作者自負。

投稿日期：一一二年五月十五日；接受刊登日期：一一二年九月十四日

責任校對：鍾淑婷



摘 要

美國言論自由法學存在兩種理解方式：言論自由作為保障特定行為的權利，或是言論自由作為對抗特定管制的權利。本文先從案例與學說切入，分別說明這兩種路徑的基礎何在，並主張言論自由作為對抗特定管制的權利是更合理而融貫的詮釋。觸發言論自由的關鍵問題並非「何謂言論？」，而是系爭管制的兩種特徵：管制的不當動機疑慮，以及管制對整體溝通環境的影響。接下來本文從規範性觀點指出，這樣的觸發模式是「政府不適格」和「言論的不定性」兩條件下的最佳方案，也可能是對民主憲政體制來說普遍有效的基礎模型，即便從我國的言論自由法制脈絡來看，亦不失為值得參考的模式。

關鍵詞：言論自由的保障範圍、對抗特定管制的權利、範疇方法、表意行為、消極論證、政府不適格、言論的不定性、藝術與言論、不當動機



壹、前言

美國言論自由法學存在兩種理解方式：言論自由作為「保障特定行為的權利」（right protecting actions），或是言論自由作為「對抗特定管制的權利」（right against rules）。本文主張，無論就描述性還是規範性面向來說，後者都是更好的詮釋。觸發言論自由的關鍵，並非系爭行為是否為言論，而是系爭管制的兩個特徵：一是管制的不當動機疑慮，二是管制對整體溝通環境的影響。本文也主張，這樣的理解方式同樣值得我國借鏡。

這或許不是一個容易被接受的觀點，因為它不僅牴觸國內通說（詳見下述「肆、二、體系批評」），乍看之下也與美國言論自由法學的理论與實踐不符。在40餘年前出版的《Free Speech》一書中，Frederick Schauer指出言論自由的核心問題，在於如何將言論自由從一般自由權（general liberty）中區別出來。相較於有同等後果的其它行為，言論所受到的限制更少、對言論進行管制的論證負擔更高，而這正是言論自由作為一種獨立權利的意義所在¹。

這個觀點標幟了Schauer影響深遠的言論自由法學方法：在處理言論自由問題時，我們必先決定系爭案件是否落入言論自由的保障範圍（coverage），再決定言論自由在此應受到什麼程度的保護（protection）。整體而言，言論自由專屬的各種審查標準樹立了更高的合憲門檻、形成了更強的保護，因此保障範圍的判斷不僅是言論自由問題邏輯上的第一關，這個判斷也可能在一開始就決定了結果的合理性。Schauer認為言論是諸多人類活動中的其中一種次類型，因此保障範圍的判斷，就是在將某些行為範疇化（categorization），這個範疇化定義了何謂憲法上的言論。所以言論自由

¹ FREDERICK SCHAUER, FREE SPEECH: A PHILOSOPHICAL ENQUIRY 5-9 (1982).



的第一個問題，就是「系爭行為是否構成言論？」²。

這種以特定人類活動為前提的言論自由思考，幾乎已成為無聲的預設。這樣的結果並不令人意外，因為它不僅符合直覺，也符合法院實踐所留下的印象：在關於表意行為的釋義規則操作中，最高法院似乎是透過某些判準將某些人類活動鑑別為言論，下級法院也曾明確拒絕動物作為言論自由主體³。將這樣的看法視為「通說」，應該不會遭到太多反對。或許有人會認為，在這個時代去問哪些人類活動構成言論，似乎已不合時宜。然而本文關心的不只是言論概念的人類活動預設，而是這個提問的上位思考方式，亦即言論自由保障範圍的範疇方法。對於範疇方法來說，言論自由的第一個問題是「何謂言論？」，或者「被管制的客體是否為言論？」⁴，至於言論是否以人類活動為前提，只是範疇方法下的子問題。例如，當我們意識到搜尋引擎或AI機器人的產出結果、社群媒體的演算法乃至於3D列印用的CAD檔都可能涉及言論自由，並以「它們是否為言論？」作為第一個提問時，就是在使用範疇方法——無論我們對於言論和人類活動的關聯採取什麼立場。從這個角度來看，即便在新形態問題中，通說仍沒有脫離範疇方法。正是在這個意義下，本文認為通說將言論自由理解為「保障特定行為或客體的權利」，可簡稱為「保障特定『行為』的權利」，其中的「行為」有時亦借代指涉人類活動以外的客體。這個路徑是範疇方法在言論自由保障範圍的體現。

² Frederick Schauer, *Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts*, 34 VAND. L. REV. 265, 267-68 (1981).

³ *Miles v. City Council of Augusta, Ga.*, 710 F.2d 1542, 1544 n.5 (1983).

⁴ SCHAUER, *supra* note 1, at 111; Frederick Schauer, *Speech and “Speech”—Obscenity and “Obscenity”*: An Exercise in the Interpretation of Constitutional Language, 67 GEO. L.J. 899, 902 (1978).



相對於看似無庸置疑的通說看法，Larry Alexander的批評可能令人震驚：他認為去爭辯某個東西是否為言論自由意義下的「言論」，根本就是一個錯誤；言論自由主張的唯一適當基礎，在於政府企圖防止閱聽人接收某些思想（ideas）⁵。對Alexander來說，言論自由的起點並非「何謂言論」，而是管制的理由或動機：「如果管制是因為政府想壓抑、改變或影響某個訊息，就會涉及言論自由。」⁶

如果覺得這個觀點很奇怪，不妨看看他所舉出的例子⁷：

(a)數千隻猴子在打字機前的胡亂點按打拼湊出了資本論的內容，政府因認其具顛覆性而加以禁止。

(b)政府禁止某人觀看日落，因為擔心這個景色會鼓舞他的反叛思想。

(c)政府禁止人們攀爬優勝美地國家公園的半圓丘，因為擔心攀爬者會感受到政府所不樂見的精神訊息。

(d)政府禁止玩具槍，因為擔心兒童受軍國主義影響。

Alexander認為這幾個例子都涉及言論自由。對於言論自由是否為表意人的權利，Leslie Kendrick和Alexander可能有不同看法⁸，

⁵ Larry Alexander, *The Misconceived Search for the Meaning of "Speech" in Freedom of Speech*, 5 OPEN J. PHILOS. 39, 39-40 (2015).

⁶ LARRY ALEXANDER, IS THERE A RIGHT OF FREEDOM OF EXPRESSION? 55 (2005).

⁷ *Id.* at 8-9, 55.

⁸ See generally Leslie Kendrick, *Free Speech and Guilty Minds*, 114 COLUM. L. REV. 1255 (2014) (主張表意人的意圖是言論自由的重要考量)；Larry Alexander, *Free Speech and Speaker's Intent: A Reply to Kendrick*, 115 COLUM. L. REV. Sidebar 1 (2015) (從反例批評Kendrick的看法)；Leslie Kendrick, *Are Speech Rights for Speakers*, 103 VA. L. REV. 1767 (2017)[hereinafter Kendrick, *Are Speech Rights for Speakers*] (認為前述不同意見的癥結在於將言論自由理解為表意人或閱聽人的權利)。



這個問題可以先在此擱置。重點在於，即便他們有不同看法，Kendrick也完全同意這幾個例子都涉及言論自由，甚至還替(c)提出了可能更接近現實的版本：(c')政府禁止人們參觀某巨石陣，因為該巨石陣被某些人理解為鼓舞暴力的象徵⁹。

這些例子有一個共同特徵：如果我們認為，是因為其中某些行為或客體構成了言論才使得它們涉及言論自由，將面臨十分困窘的狀況。玩具槍或製造生產玩具槍的行為、猴子的胡亂點按或恰好與資本論內容雷同的文字排列、半圓丘／巨石陣或攀爬參觀半圓丘／巨石陣、日落或看日落……哪一個是言論？就算不先論將它們證立為言論的困難，只要我們將其中任何一個東西判定為言論，都會有嚴重的後果。這似乎味著，舉凡涉及這些東西的管制，都涉及言論自由？

如果接受Alexander的看法，問題會變得非常簡單：這幾個例子之所以涉及言論自由，是因為政府的管制理由、而非被管制的客體是否為言論。例如，如果政府是為了避免景觀被破壞或是攀爬的危險，而限制前述景點的參訪；是基於玩具槍的物理危險性而禁止玩具槍；是因為夕照可能使某未知傳染病惡化而禁止人們觀看，那麼無論這些管制最後是否合憲，至少幾乎可以確定不涉及言論自由。管制的客體不變，是管制的理由改變了我們的判斷，而且「把奇怪的東西也變成言論」的問題，根本就不會發生。

我們可以把Alexander的看法稱為「動機論」。對於動機論來說，觸發言論自由的關鍵是管制的意識形態理由，本文沿用Elena Kagan的說法，稱其為「不當動機」(illicit motive)¹⁰。必須注意

⁹ Kendrick, *Are Speech Rights for Speakers, id.*, at 1780-81.

¹⁰ Elena Kagan, *Private Speech, Public Purpose: The Role of Governmental Motive in First Amendment Doctrine*, 63 U. CHI. L. REV. 413, 414 (1996).



的是，這裡所說的不當動機，並不只是管制者持有某些特定信念，而是必須滿足以下兩個條件：第一，管制的論證或原因，乃不樂見某種意識形態或風格品味在溝通環境中的影響；第二，它構成了管制的「必要動機」（but-for motive）（詳見下述「參、二、（一）關於管制動機」）。其它各種不正當的管制動機，可能涉及不同的法律問題，但並不屬於足以觸發言論自由的不當動機。動機論考慮的不只是實存的不當動機，亦及於某些管制可能帶有的不當動機風險¹¹，本文將兩者合稱為不當動機疑慮。

動機論不只是學說理論，近年的Heffernan v. City of Paterson再次彰顯了動機論在法院實踐中的重要性。Heffernan是一名警員，他的上司為現任市長所指派，而市長正和對手Spagnola打選戰。Heffernan應母親要求，為她前往服務處拿取Spagnola的選舉標牌，但未參與任何競選活動。消息傳開後，Heffernan的上司誤以為他表態支持Spagnola，遂將其降級以為懲戒¹²。憲法增修條文第1條禁止公務員因為從事言論自由所保障的政治活動而被降級免職，但本案是否有言論可言？下級法院和Clarence Thomas大法官的不同意見都否定Heffernan的言論自由主張，理由是他所從事的行為（單純的運送）客觀看來並非憲法所保障的言論¹³。多數意見則是這樣提問：在這裡，憲法增修條文第1條所保障的權利究竟應聚焦於Heffernan實際上的行為，還是上司的動機？多數意見認為答案在後者：上司將他降級的理由本身就足以觸發言論自由，即便這個理由是建立在

¹¹ *Id.* at 452, 456, 461-62, 472-91. 關於不當動機風險的案例與分析，以及在我國法制中的可能運用，參閱程源中，可疑的動機、有限的認識能力——內容中立性的理論反思，中研院法學期刊，29期，頁76-81、117-127，2021年9月。

¹² Heffernan v. City of Paterson, 136 S. Ct. 1412, 1416 (2016).

¹³ *Id.* at 1416, 1420 (Thomas dissenting).



誤認的事實上¹⁴。

至少就法院實踐的描述來說，動機論是一個廣為評論者承認的觀點，Tim Wu這段話大概是目前為止最好的註解：

「動機是憲法增修條文第1條法學的王牌。即使系爭溝通在其它情況下不會被認為是言論，政府端所顯示的屏蔽動機依舊會觸發憲法增修條文第1條的分析。換句話說，政府端所顯示出的限制言論內容的目的，本身就創造了憲法增修條文第1條的保障範圍。」¹⁵

Wu將這個系譜指向Laurence Tribe和Kagan¹⁶，至於他沒提到、但也應該包含在內的至少還有Srikanth Srinivasan、Jed Rubinfeld、Jane Bambauer¹⁷、前述的Alexander，甚至還包括Schauer。

Schauer一方面奠定了言論自由保障範圍的範疇方法，另一方面卻也是最早意識到動機論重要性的學者之一。在《Free Speech》一書，Schauer檢討了各種言論自由的基礎理論後指出，儘管它們有時分歧、不一致甚至相互衝突，但仍可從中找到某些共通之處，亦即「對於政府進行必要區別之能力的不信任，對於政府決斷真假的信任，對於政治領導人可能犯錯的體認，以及在更一般性的意

¹⁴ *Id.* at 1417-18.

¹⁵ Tim Wu, *Machine Speech*, 161 U. PA. L. REV. 1495, 1514 (2013). (粗體強調為本文所加)

¹⁶ *Id.* at 1515.

¹⁷ See generally Srikanth Srinivasan, *Incidental Restrictions of Speech and the First Amendment: A Motive-Based Rationalization of the Supreme Court's Jurisprudence*, 12 CONST. COMMENT. 401 (1995) (認為是管制動機而非管制的影響觸發了言論自由)；Jed Rubinfeld, *The First Amendment's Purpose*, 53 STAN. L. REV. 767 (2001) (認為言論自由的決定性考量並非利益衡量而是管制目的)；Jane Bambauer, *Is Data Speech*, 66 STAN. L. REV. 57 (2014) (認為是管制的動機而非言論的性質觸發了言論自由)。



義上對於政府權力更深一些的不信任。」這也是Schauer在書中認為最具說服力的言論自由論據¹⁸。不僅在理論層次，Schauer也從動機論切入具體的言論自由法學問題，並曾這樣描述法院實踐：「……無論被管制的對象為何，反映出不受歡迎的動機的政府行為，是不被允許的。」¹⁹

不難想像的是，動機論對於這個時代的言論自由問題可以有多大的幫助，而且這不是全新的發明。Alexander就很不客氣的指出，近年來論者對於電腦程式、臉書上的「讚」、刺青、乞討等「東西」是否為言論的討論，根本搞錯方向²⁰。動機論誠然是本文的重點，不過本文關心的不只是動機論，而是動機論背後的上位思考方式。就像範疇方法對應了言論自由作為保障特定行為的權利，被保障的東西可能不只是行為、亦及於某些客體。動機論對應的是言論自由作為對抗特定管制的權利，至於它所要對抗的管制是否僅以不當動機為特徵、抑或及於其它管制性質，則是本文要進一步探究的問題。

以這兩種路徑來解析言論自由並非本文所獨創。Matthew Adler曾將美國憲法權利的形式結構分為「環繞行為的護盾」（shield around actions）和「對抗規則的護盾」（shield against rules），前者保障權利主體的特定行為，可對應本文所說的「保障特定行為的權利」；後者保障權利主體免於特定管制，屬於本文所稱之「對抗特定管制的權利」²¹。必須澄清的是，本文的切入方式

¹⁸ SCHAUER, *supra* note 1, at 86.

¹⁹ Frederick Schauer, *Towards an Institutional First Amendment*, 89 MINN. L. REV. 1256, 1261 (2005).

²⁰ Alexander, *supra* note 5, at 39.

²¹ Matthew D. Adler, *Rights Against Rules: The Moral Structure of American Constitutional Law*, 97 MICH. L. REV. 1, 3, 13 (1998). Adler所說的「規則」應廣



雖然受到Adler啟發，但並未對他的看法照單全收。同樣認為言論自由是對抗特定管制的權利，本文將指出Adler看法有所不足（詳見下述「貳、二、(二)、2.、(1)言論自由作為保障特定行為的權利：強意義與弱意義」），並對觸發言論自由的管制特徵進行更深入的剖析。

在接下來的「貳、兩種詮釋」，本文將從法院實踐和學說討論來說明，為什麼言論自由有兩種理解方式。通說的看法其來有自，因為從法院實踐中可以明顯地看到幾種不受保障的言論類型，而「表意性」（expressiveness）也被當成言論的必要條件，這都使得言論自由看起來像是保障特定行為的權利。然而進一步的觀察將顯示出問題其實更為複雜：即便是對於不受保障言論的管制，仍可能因為不被允許的管制理由而違憲；從言論自由對於抽象藝術（nonrepresentational art）、器樂（instrumental music）和胡言亂語（nonsense）的保障來看，堅持言論和表意性的必然關聯，似乎讓我們陷入過於複雜卻又徒勞的理論困境。仔細回顧星條旗三案的發展，不難注意到法院見解已經蘊含了言論自由非因特定行為、而是因為特定管制而觸發的看法；若將目光移向更多案例，會發現Heffernan案並非動機論的孤證。如果要把這些難題與現象統合起來，提供一個合理而融貫的詮釋，那麼言論自由更像是對抗特定管制的權利：它的觸發要素除了管制的不當動機疑慮以外，還有管制對於整體溝通環境的影響／利益衡量。這兩者本來就是在言論自由的保護程度層次，用於判斷管制是否針對內容的傳統要素；但本文的研究將指出，其實在保障範圍層次，就已經開始了這樣的思考。

義地理解為各種國家行為而不限於國會立法（Richard Fallon Jr., *As-Applied and Facial Challenges and Third-Party Standing*, 113 HARV. L. REV. 1321, 1366 (2000)），故本文稱之為「管制」。



如果說言論自由作為對抗特定管制的權利，是在描述／分析性面向對於美國言論自由法學的最佳詮釋，接下來的問題，就是如何從規範性面向評價這個路徑對於我國言論自由法學的啟示。在「參、言論自由作為對抗特定管制的權利：規範性觀點」，本文將先指出，這個路徑是在「政府不適格」（governmental incompetence）的規範性考量、以及「言論的不定性」（indeterminacy of speech）這個技術事實條件下，必然會得出的最佳方案，並對這個路徑所伴隨的誤解提出澄清。接下來本文主張，在面對同樣規範性要求和條件的情況下，同樣的路徑可能也會是我國的最佳方案。儘管在我國脈絡中，它可能受到文義、體系和防禦三種批評，但這些批評並不妨礙它作為一種更好的言論自由取徑。

最後要說明的是，本文的主題更偏向方法而非理論。在40餘年前奠定其範疇方法的經典文獻中，Schauer就已經認為當時有太多的理論，他只想從不同的窗口看待言論自由，「透過那樣的窗口，我們或許可以看到先前沒看到的東西，或至少更清楚地看到目前為止我們只能模糊感知的東西。」²²這也是本文期待達成的目標。本文的討論當然涉及理論，但並未引入任何前所未見的新理論，只是嘗試從不同的角度——尤其是各種案例與對應的釋義規則操作結果——來重新組織思考這些理論。因為就像Geoffrey Stone所說的：

「（……）我們是反向地建構憲法增修條文第1條的釋義規則——並非從理論到釋義規則而後結果，而是從直覺的結果到釋義規則，並連帶注意到理論。（……）這意味著我們現在知悉的憲法增修條文第1條釋義規則，大多為實踐經驗而非哲學思辨的產物。」²³

²² Schauer, *supra* note 2, at 266-67.

²³ Geoffrey R. Stone, *Free Speech in the Twenty-First Century: Ten Lessons from the*



與此相應的是，本文的說理方式不會是從抽象原理到個案，而是從案例與學說的對話來反思言論自由的性質。本文並不是要推翻或取代既有的釋義規則，而是想透過理論和方法的分析，找尋法律實踐背後的真正合理考量是什麼，這又可能回頭幫助我們調整釋義規則的解理與運用，以應對各種難題。然而個案問題並非本文題旨，進一步的討論只能留待他處。

貳、兩種詮釋

一、言論自由作為保障特定行為的權利

(一) 不受保障的言論

現代美國言論自由法學的其中一個重要特徵，是以列舉方式所形成的不受保障言論清單，包括「猥褻」(obscenity)、「誹謗」(defamation)、「詐欺」(fraud)、「挑釁」(fighting words)、「煽惑」(incitement)以及「作為犯罪行為部分之言論」(speech integral to criminal conduct)²⁴。儘管它們「是日常意義的言論，但顯然不是憲法意義的言論」²⁵，所以對於這些言論的管制「從不被認為有任何憲法問題」²⁶。近年來最高法院更是強調這個清單不能輕易地透過利益衡量擴增²⁷。這樣強韌的類型化似乎是個鐵證，證明法院一開始就在用範疇方法決定什麼是言論。

Twentieth Century Lead Article, 36 PEPP. L. REV. 273, 276 (2008).

²⁴ *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568, 572 (1942); *United States v. Stevens*, 559 U.S. 460, 468-69 (2010).

²⁵ Schauer, *supra* note 4, at 906.

²⁶ *Chaplinsky*, 315 U.S. at 571-72.

²⁷ *Stevens*, 559 U.S. at 469-71; *Brown v. Entertainment Merchants Association*, 564 U.S. 786, 791-93 (2011); *United States v. Alvarez*, 567 U.S. 709, 717-19 (2012).



(二)表意性與言論

1. 表意性作為言論的必要條件

在最常被提到的United States v. O'Brien，公開焚燒徵兵證以表達反戰訴求的行為，牴觸了禁止毀損變造徵兵證的規定。面對「言論自由保障所有型態溝通行為」的主張，法院先是表明，並非任何有意傳遞想法的行為都是言論，接下來再假設性地指出，就算系爭行為的溝通元素（communicative element）足以開啟言論自由考量，也不必然受到保護²⁸。這邊不僅可以看到保障範圍／保護程度的兩層次思考，也可以看出系爭行為「至少」必須有某個程度的表意性才有資格成為言論。

Clark v. Community for Creative Non-Violence是一個更明顯的例子。慈善團體CCNV想要在國家廣場和拉法葉公園露宿來喚起大眾對於遊民的關注，這樣的行為牴觸國家公園管理規則。最高法院假設性地接受上訴法院將露宿定性為表意行為的看法，但反對上訴法院認為CCNV不須自證露宿活動具溝通意圖，而是認為舉證責任應落在表意人方²⁹，「（……）否則無異於創造了將所有行為都推定為具表意性的規則。在未能顯示這樣的規則對於憲法增修條文第1條的重要利益保護有必要的情況下，我們拒絕偏離救濟尋求者應證明其有此權利的一般性規則。」³⁰這段出現在註腳的文字並非影響本案結果的關鍵，然而它不但確立了表意性是言論自由的前提，甚至分配了表意性的舉證責任。

這樣的看法可以在Barnes v. Glen Theatre, Inc.得到佐證。系爭管制一般性地禁止在公共場所裸露，受影響的脫衣舞表演提供者主

²⁸ United States v. O'Brien, 391 U.S. 367, 369-70, 376 (1968).

²⁹ Clark v. Community for Creative Non-Violence, 468 U.S. 288, 289-93 (1984).

³⁰ *Id.* at 293 n.5.



張該管制侵害其言論自由³¹。雖然最高法院撤銷了上訴法院的判決，但這裡不是要討論最高法院和下級法院的不同看法，而是要指出一個共同點：從地方法院開始，兩造的爭點就在於脫衣舞是否因具有表意性而受言論自由保障³²，上訴法院在這個基礎上以相當篇幅說明了為什麼脫衣舞具表意性³³，而最高法院也將這點當成先決問題³⁴。

美國國旗系列案可以說是這個方向的高點。在 *Spence v. State of Washington*，*Spence* 為了抗議美國出兵柬埔寨及肯特州立大學槍擊事件（*Kent State Shootings*），在住處窗外倒掛以膠帶黏貼出和平符號（*peace symbol*）的國旗³⁵。法院在判斷該行為是否受言論自由保障時，注意到它「展現出傳遞特定訊息的意圖，且旁觀者在該情境下理解訊息意義的可能性極高。」³⁶到了 *Texas v. Johnson*，法院在決定焚燒國旗是否「具有足夠的溝通成分來開啟言論自由考量」時，直接以 *Spence* 案法院提到的「表達意圖」和「高度理解可能性」作為判準（下稱「*Spence*判準」），並以此解釋過往判決中言論自由對於穿戴黑色臂環、靜坐、在戲劇中穿軍服以及各種陳抗形式的保障³⁷。*Johnson* 案透過 *Spence* 判準，將 *O'Brien* 案和其它先前案例串連起來，建立了表意行為在法院實踐中最鮮明的形象。

或許我們可以先同意 *Stuart Benjamin* 和 *Schauer* 的說法：表意性

31 *Barnes v. Glen Theatre, Inc.*, 501 U.S. 560, 562-64 (1991).

32 *Glen Theatre, Inc. v. Civil City of South Bend*, 695 F. Supp. 414, 419 (1988).

33 *Miller v. Civil City of South Bend*, 904 F.2d 1081, 1085-87 (7th Cir. 1990).

34 *Barnes*, 501 U.S. at 565-66.

35 *Spence v. State of Washington*, 418 U.S. 405, 405-08 (1974).

36 *Id.* at 410-11.

37 *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397, 404 (1989).



雖然不是言論的充分條件，但至少為其必要條件³⁸。儘管我們馬上就會看到，表意性的門檻應該設在哪裡，並不是一個簡單的問題，但這完全不影響它作為一種行為分類判準。正是這樣的特徵，支持我們將言論自由理解為保障特定行為的權利。

2. 表意性的擴張與排除法

法院經常提到言論自由是用來保障思想（idea）或訊息（message）的傳遞，「言論及出版被給予的保障，是用來確保想法不受限制地交流，以帶來人民期望的社會政治改變。」³⁹談到有線電視業者對於電臺和節目的編輯揀選時，法院認為他們「試圖在多樣的主題和形式上溝通訊息」，因而受到言論自由保障⁴⁰；論及言論自由對於電子遊戲（video game）的保障時，法院說電子遊戲和書籍、戲劇及電影一樣「溝通了思想——甚至是社會訊息——」⁴¹。因此構成言論的表意行為，似乎至少必須能傳遞某些思想或訊息。

但是Richard Posner法官提醒我們當心。在Miller v. Civil City of South Bend的協同意見書中，Posner將他深厚的藝文素養連結到法律論證，留下了可能是實務文本中對於表意性最有趣的反思。他告訴我們，許多器樂、舞蹈甚至文學作品根本沒有想法或意見可言，「就算廣義地定義『想法』（thought）、『概念』、『思想』和『意見』，它們也不是多數音樂所傳遞的東西；就算將音樂視為一

³⁸ Stuart M. Benjamin, *Algorithms and Speech*, 161 U. PA. L. REV. 1441, 1461 (2013). Schauer, *supra* note 4, at 918. 參照聯邦第7巡迴上訴法院的說法：「（……）儘管最高法院寬泛地定義了表達的範圍，但它未曾將憲法增修條文第1條的保障擴張到非表意行為。」（*Doe v. City of Lafayette, Ind.*, 377 F.3d 757, 764 (7th Cir. 2004) (citation omitted).）

³⁹ *Roth v. United States*, 354 U.S. 476, 484 (1957).

⁴⁰ *Turner Broadcasting System, Inc. v. Federal Communications Commission*, 512 U.S. 622, 636 (1994) (citations omitted).

⁴¹ *Brown*, 564 U.S. at 790.



種語言，它也不是用來將想法和意見編碼的語言。」⁴²更進一步說：

「認為所有值得被稱為藝術的東西都有『訊息』，是對於藝術的庸俗無知（philistine），而且會導致這樣的奇怪結果：抽象藝術和無標題器樂，在憲法增修條文第1條下受到的保護比脫衣舞更少，因為後者有更明確可區別的訊息。同樣地，Beethoven的弦樂四重奏所受到的保護，會比*Peter and the Wolf*更少。」⁴³

對Posner來說，只要是向他人傳達內在感受，即便「踢廢紙簍」這樣的行為都可能涉及言論自由。脫衣舞所傳達的色情情感和某些藝術作品並無二致，就算脫衣舞可以受到管制，也不是因為欠缺表意性⁴⁴。對於未達猥褻標準的色情言論為何不應受到差別待遇，Posner提出了非常精彩的說法⁴⁵，不過這並非此處重點。重點在Posner敏銳地洞察到，如果表意性是言論的必要條件，那麼它就不能與嚴格意義的思想或訊息掛勾，否則會得出荒謬的結果。5年後最高法院在Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston, Inc.也表達出類似的看法：

「……狹窄的、可被簡明說出的訊息，並非憲法保障的條件。如果憲法的保障限於傳達特定訊息的表達，這樣的保障將永遠無法及於毫無疑問受保障的Jack Pollock的畫，Arnold Schönberg的音樂，或Lewis Carroll的*Jabberwocky*。」⁴⁶

⁴² *Miller*, 904 F.2d at 1093 (Posner concurring).

⁴³ *Id.* at 1094.

⁴⁴ *Id.* at 1091-95.

⁴⁵ *Id.* at 1098.

⁴⁶ *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston, Inc.*, 515



如果表意性必須是寬泛的，如果表意和非表意活動的關係並非黑白二分而更像是Posner所說的光譜⁴⁷，究竟該如何確定言論自由的保障範圍？儘管Posner自我標榜為實用主義者⁴⁸，他在這裡卻不支持過於彈性的判斷方式，反而建議從浮動的標準中沉澱出規則（rule），這些規則排除了言論自由對於某些表意行為的保障。作為已經存在的例子，他提到了City of Dallas v. Stanglin中的「社交舞」（social dance）和Swank v. Smart中的「閒聊」（chit-chat）⁴⁹，儘管這些活動都有表意性，但都不被認為是憲法上的言論。這樣的排除規則，是在決定言論自由保障範圍的過程中「衡量相關政策和價值」所形成的結晶⁵⁰。

Posner的看法和Schauer其實有某種相似性。Schauer更早就發現嚴格的表意性不宜作為言論的要件，某些藝術作品甚至沒有日常語義的溝通性⁵¹。Schauer也注意到，許多毫無疑問具溝通性的語言使用如締約、遺囑、各式各樣的交易、價格壟斷、打賭、偽證、敲詐勒索等等，理所當然地不受言論自由保障，至於它們為什麼不受保障，往往根本未被意識為問題。Posner建議的排除法，其實就是Schauer所說的「消極定義」（defining out）的某種具體操作⁵²：先

U.S. 557, 569 (1995).

47 *Miller*, 904 F.2d at 1098 (Posner concurring).

48 關於Posner的法律實用主義參閱RICHARD A. POSNER, LAW, PRAGMATISM, AND DEMOCRACY 57-96 (2009).

49 *City of Dallas v. Stanglin*, 490 U.S. 19 (1989); *Swank v. Smart*, 898 F.2d 1247 (7th Cir. 1990). 關於這兩個例子，後文（「參、三、傳統路徑的意義」）會有進一步分析。

50 *Miller*, 904 F.2d at 1099 (Posner concurring).

51 Schauer, *supra* note 4, at 921-22.

52 *Id.* at 918-19; Schauer, *supra* note 2, at 280; Frederick Schauer, *The Boundaries of the First Amendment: A Preliminary Exploration of Constitutional Salience*, 117



以極寬鬆的標準（例如超出日常語義的「溝通」或「表意」）建立廣袤的言論範圍，再從中剔除某些次類型。它們之所以被剔除，是因為言論自由理論或相關利益無法證成它們作為言論所享有的更多保護。

至此我們可以發現一個有趣的現象：「不是憲法上言論的言論」，其實遠不止於法院所宣稱的不受保障清單。那些進入憲法增修條文第1條視野的「言論」比較像是例外，而那些在例行公事中無聲地受到管制的「言論」其實更像常態。要掌握言論自由的保障範圍，我們就必須留意某些「言論」是如何靜默地被排除⁵³，而前述「先把表意性劃大、再建立排除類型」的方法，似乎就是符合法院實踐的描述。再一次地，排除法彰顯出明確的範疇方法，這個方法將言論的概念連結到言論自由的理論、價值或政策，因此也可以在規範性面向獲得支持⁵⁴。

二、言論自由作為對抗特定管制的權利

(一) 不受保障的言論

對於不受保障言論的管制其實非如Chaplinsky案法院所說的「從不被認為有任何憲法問題」，至少後來不是。

在R.A.V. v. City of St. Paul，系爭管制禁止在公共或私人財產上放置任何針對種族、膚色、教義、宗教或性別而引致他人憤怒、

HARV. L. REV. 1765, 1773 (2004).

⁵³ Schauer, *The Boundaries*, *id.* at 1768, 1778.

⁵⁴ SCHAUER, *supra* note 1, at 91; KENT GREENAWALT, SPEECH, CRIME, AND THE USES OF LANGUAGE 40-41 (1992). 國內代表性看法參閱林子儀，言論自由之理論基礎，載：言論自由與新聞自由，頁6-7，1999年9月；林子儀，言論自由導論，載：台灣憲法之縱剖橫切，頁117-118，2002年12月；劉靜怡，言論自由：第一講——「言論自由」導論，月旦法學教室，26期，頁73-81，2004年12月。



驚懼、憎惡的符號、物體、標牌、描述或塗鴉，包括但不限於焚燒十字架和納粹符號。儘管聯邦最高法院已經接受了州最高法院的對系爭管制的限縮解釋，認其僅及於不受保障的挑釁性言論⁵⁵，該管制還是因為針對內容而被宣告違憲。如果挑釁性言論根本就不在保障範圍，為什麼還會進入保護程度的判斷，最後甚至被宣告違憲？

法院確實提到了挑釁性言論並非毫無價值及表意性，提到了各種不受保障類型自60年代以來的內容限縮，提到不受保障的言論並非真的「根本不是言論」⁵⁶。但我們必須注意，法院並沒有挑戰挑釁性言論的定義，更沒有嘗試說明系爭行為作為言論的價值，法院關心的是管制端的理由：

「它們〔指不受保障的言論〕的意義在於，這個範疇的言論可以因其憲法上允許被管制的內容（猥褻、誹謗等等）而合乎增修條文第1條地受到管制——並非它們在憲法前完全隱形，因而可能被拿來作為與其特有的可受管制內容無關的內容歧視手段。」⁵⁷

這段話有兩個重點。第一，如果比較本案和法院的後續看法，會發現它們形成了一個完整而融貫的命題：原則上政府沒有權力因為表達的訊息、思想、主題或內容，抑或是對受眾的影響或冒犯性

⁵⁵ R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377, 380-81 (1992).

⁵⁶ *Id.* at 383-85.

⁵⁷ *Id.* at 383-84. 中括弧內的文字為本文所加，原文如下：“What they mean is that these areas of speech can, consistently with the First Amendment, be regulated because of their constitutionally proscribable content (obscenity, defamation, etc.) — not that they are categories of speech entirely invisible to the Constitution, so that they may be made the vehicles for content discrimination unrelated to their distinctively proscribable content.” 同樣從管制端理解R.A.V.案的看法參閱 Adler, *supra* note 21, at 18-21, 25-26; Kagan, *supra* note 10, at 421-22.



而對其進行限制⁵⁸，但不受保障的言論構成了「政府可以基於內容而管制」的少數例外。換句話說，不受保障的言論其實是內容中立性的例外，對於它們的內容管制不會被視為針對內容⁵⁹。第二，也是本案最值得注意的地方：法院特別強調這個例外性並未將不受保障的言論置於「可受任何內容管制」的法外之地。所謂的不受保障言論提供了有限的「合憲管制理由」，如果是基於此等言論之所以被排除保障的原因而加以管制，固然不會被視為針對內容，但如果涉及這個原因以外的其它考量，一樣會有內容中立性問題。

掌握了這兩點，就不難理解法院對於系爭管制的評價。挑釁性言論之所以不受保障，並不是因為它所傳遞的思想，而是因為它的表達方式。系爭管制雖然是針對挑釁性言論，但它只處罰關於特定主題、卻不處罰關於其它主題（如政治團體、工會成員或同性戀）的挑釁性言論，這樣的內容考量已經超出了挑釁性言論可以被管制的理由，並非憲法所允許⁶⁰。基於同樣的道理，政府可以禁止那些最具性冒犯性的猥褻言論，但不能只禁止包含冒犯性政治訊息的猥褻言論；可以禁止針對總統的暴力威脅，但不能只禁止針對總統所提之特定政策的暴力威脅；可以因為較高的詐騙風險管制特定產業中的價格廣告，但不能因為廣告以貶抑的方式描繪人物而加以禁止⁶¹。

⁵⁸ *Police Dept. of City of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92, 95 (1972); *Johnson*, 491 U.S. at 414; *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844, 874-75 (1997); *Matal v. Tam*, 137 S. Ct. 1744, 1766-67 (2017).

⁵⁹ *R.A.V.*, 505 U.S. at 382-83; *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234, 245-46 (2002); *Stevens*, 559 U.S. at 468-69; *Brown*, 564 U.S. 786 at 790-91; *United States v. Alvarez*, 567 U.S. 709, 718 (2012); *Matal*, 137 S. Ct. at 1765.

⁶⁰ *R.A.V.*, 505 U.S. at 391-94.

⁶¹ *Id.* at 388-89. 相同的結構也出現在商業言論。商業言論的審查標準固然自成一格，使其容許受到更多限制，但法院曾明確指出，這個可容許性是立基於



所以更精確地說，不受保障的言論只是列出了幾種特殊的管制理由，基於這些理由的管制可免於內容中立性的檢驗，但也僅止於此。在範疇方法的外觀下，更關鍵的其實是管制的理由。當然，這樣的觀察只稍微鬆動了範疇方法，更重要的是表意性問題。

(二) 言論與表意性

1. 抽象藝術、器樂與胡言亂語的啟示

在《Free Speech Beyond Words》一書中，Mark Tushnet、Alan Chen和Joseph Blocher三位學者分別從抽象藝術、器樂和胡言亂語，探討言論自由保障範圍的難題。前文已經提到，Posner和最高法院都發現，作為言論必要條件的表意性概念不能過於狹窄，而本書則讓我們看到，放寬定義恐怕還不足以解決問題，因為即便以最寬鬆的標準來看，這三種無疑受保障的「言論」依舊可能沒有任何表意性可言。換句話說，表意性和言論的必然關聯受到直接挑戰。

在這個情況下，要如何說明言論自由對於它們的保障？三位學者都注意到傳統的言論自由理論無法提供很多的幫助⁶²，畢竟無論哪一種理論，都相當倚重言論作為溝通活動的特質。除了Tushnet僅偏向指出問題，Chen和Blocher都試圖另闢蹊徑，提出一些新的理論說法。

這個段落不是要照搬他們的說法，而是要借用書中某些極富啟發性的觀察來說明兩件事。首先，本文會以三位作者提到的某些論

管制理由乃針對商業言論特有的問題（例如誤導或不實風險），並非商業言論可基於任何理由受到任意歧視。為美化市容而刪減提供商業內容的送報箱，就被認為是無關商業言論特徵的管制理由，因而被宣告針對內容而違憲（*Cincinnati v. Discovery Network*, 507 U.S. 410, 424, 426, 429 (1993).）。

⁶² MARK V. TUSHNET ET AL., *FREE SPEECH BEYOND WORDS: THE SURPRISING REACH OF THE FIRST AMENDMENT* 31-41, 99-101, 124-32 (2017).



點和實例為基礎，對抽象藝術、器樂與胡言亂語所彰顯的表意性難題提出進一步的分析。接下來，本文會檢討三位作者提出的解決方案，然後指出：與其訴諸各種複雜的理論來定義何謂言論，不如直接從管制理由來說明言論自由對抽象藝術、器樂與胡言亂語的保障。

(1) 抽象藝術、器樂與胡言亂語的難題

① 抽象藝術

Tushnet舉了許多例子來反思抽象藝術如何能被理解為表意或溝通。困難之處不僅在於抽象藝術的意義往往難以理解，例如Marcel Duchamp的*Fountain*只是一個漆上“R. Mutt 1917”字樣的量產小便斗⁶³，更在於有些藝術家根本就不認為藝術作品應該要傳達什麼。Tushnet就引用了美國詩人Archibald MacLeish的看法，他說「詩不應意謂，只應存在」（a poem should not mean but be）⁶⁴。

Tushnet簡單提到但未詳加說明的另一個例子，是James McNeill Whistler的畫作*Whistler's Mother*。作為最具代表性的美國畫作之一，它所象徵的美國母親形象有深遠的文化影響。這不是一幅抽象畫，它的標題、內容和受眾所接收到的訊息都相當明確。但諷刺的是，這一切似乎都與作者的本意無關。Whistler自己對於這幅畫的命名，其實是抽象的*Arrangement in Grey and Black No. 1*，而他的創作「意圖」甚至可能比某些抽象畫更抽象⁶⁵。Whistler自己是這樣說的：

⁶³ *Id.* at 76. 有趣的是，Robert Post也用同一個作品說明表意性的難題（Robert C. Post, *Recuperating First Amendment Doctrine*, 47 STAN L. REV. 1249, 1253-54 (1995).）。

⁶⁴ TUSHNET ET AL., *supra* note 62, at 100.

⁶⁵ 關於*Whistler's Mother*的命名故事，以及它的文化影響，參閱Balasz Takac, *How Whistler's Mother Became an American Icon*, available at <https://www.widewalls.ch/magazine/whistlers-mother-american-icon> (last visited: 2023.05.15).



「藝術應免於任何譁眾取寵——應獨立且訴諸視覺或聽覺的藝術感，不讓它和完全與之相異的情感如虔誠、憐憫、愛、愛國主義等發生混淆，後者和前者沒有任何關聯。這正是為什麼我堅持將自己的作品稱為『組合』和『和諧』。

以我母親的畫像為例，它名為『黑與灰的組合』展出於皇家藝術研究院。就是這樣。作為我母親的畫像，它對我來說是有趣的，但關於肖像的身分，有什麼是大眾能或應該去關心的？」⁶⁶

從這段自述來看，Whistler非但拒絕傳遞具體訊息，甚至也拒絕Posner所說的情感表意性，那他到底有什麼溝通意圖可言？或許有人會說，Whistler的行為目的終究在於製造觀看者的某些感受（即使是抽象且非情緒性的），所以還是有某種表意性。但就像法院曾說過的，幾乎任何人類活動都有某些表意元素⁶⁷，從服裝風格、飲食方式、通勤工具的選擇到憤怒地搥擊路樹，無不可能是某些信念或情感的表達、或用以製造他人的某些感受。如果表意性可以寬泛到這個程度，而它又是區別言論和行為的起點，最後的結果就是兩者幾乎無從區別⁶⁸。

本文不是要探究Whistler的真意，也不是要支持任何一派藝術理論。藉著這個例子只是想指出，即便是大眾認知的非抽象藝術，創作者也未必有傳統意義的溝通意圖，更不用說在各式各樣的藝術類型中，創作者甚至可能採取比Whistler更基進的態度。堅持表意性作為言論的必要條件，我們將遇到這樣的兩難：或者無法解釋某

⁶⁶ JAMES MCNEILL WHISTLER, *THE GENTLE ART OF MAKING ENEMIES* 127-28 (1890).

⁶⁷ *Stanglin*, 490 U.S. at 25.

⁶⁸ SCHAUER, *supra* note 1, at 50-52, 92-93.



些無疑受到言論自由保障的作品，或者要將表意性擴張至抹銷言論與行為的區別。

② 器樂

有了抽象藝術的背景，我們可以輕易想像器樂所造成的類似問題。當樂曲是用來配合歌詞、作為戲劇的配樂、又或者是作者已經給予明確主題時，它的表意性原則上不會有任何問題。但就像是視覺藝術，器樂同樣可能欠缺內容、創作者同樣可能沒有溝通意圖，而我們會面對同樣的兩難。因此Chen認為，器樂給言論自由帶來的最大挑戰，在於如何說明它表達了什麼、以及這樣的表達如何達成⁶⁹。

③ 胡言亂語

Blocher區分了顯明（overt）和隱藏（covert）的胡言亂語，前者是「說者和聽者皆不認為其有意義」，後者則是因為溝通誤會或理解落差而造成的意義分歧。無論哪一種胡言亂語都難以吻合表意性判準，卻又不乏受言論自由保障的例子。例如Blocher認為，Lewis Carroll的「胡言詩」（nonsense poem）*Jabberwocky*是顯明的胡言亂語，至於它是否受言論自由保障，甚至無須討論⁷⁰。

至於Morse v. Frederick則是關於隱藏的胡言亂語⁷¹。冬奧聖火接力路經Frederick所就讀的高中，校長Morse允許學生至路旁參觀以共襄盛舉。當火炬手及攝影組通過時，Frederick和他的朋友突然展開一幅有“BONG HiTS 4 JESUS”字樣的14呎橫幅，Morse立刻要求學生撤下布條並當場沒收，事後還給予Frederick停學處分。

⁶⁹ TUSHNET ET AL., *supra* note 62, at 17.

⁷⁰ *Id.* at 120-23. 為方便讀者理解，附上Blocher在這個地方所引用的*Jabberwocky*開頭：“Twas brillig, and the slithy toves / Did gyre and gimble in the wade; / All mimsy were the borogoves, / And the mome raths outgrabe.”

⁷¹ *Id.* at 123.



Frederick認為校方侵害了他的言論自由，提起訴訟⁷²。

Frederick的言論自由主張並未成功，原因並非他的行為根本不構成言論，而是「校園言論」（school speech）這個釋義規則。在校園言論脈絡下，學生所受到的言論自由保障弱於一般脈絡下的成人，學校可以對學生進行本來不被允許的言論管制。基於這個論點，多數意見認為憲法增修條文第1條允許校方的懲處⁷³。「校園言論」究竟可以將言論自由軟化到什麼程度，是眾多文獻評論Morse案的重點，卻不是這裡的主題。這裡關心的是，無論對「校園言論」有何看法，一旦搬出這個釋義規則，其實就已經預設了Frederick的行為構成言論，這也是多數意見、不同意見和評論意見的共識。但若仔細耙梳本案，會發現這個共識其實頗具顛覆性。相關重點可整理如下：

A. Frederick宣稱布條上的字只是用來吸引電視攝影機的胡言亂語，沒有意義⁷⁴。

B. 根據Morse後來的解釋，她之所以要求撤下該橫幅，乃因認其有鼓勵使用非法藥物的意思，而這牴觸校規。校方也認為“bong hits”意指「抽大麻」⁷⁵。

C. John Paul Stevens大法官在不同意見書中一方面同情Frederick，認為多數意見忽略了他根本無意傳達橫幅上的訊息，只是想把握難得的機會上電視；另一方面卻又認為，即使作為學生的言論，橫幅上的胡言亂語還是受到言論自由保障。⁷⁶

D. 多數意見一方面同情校方的理解，認為該布條有「祈使抽大

⁷² Morse v. Frederick, 551 U.S. 393, 397-98 (2007).

⁷³ *Id.* at 403-09.

⁷⁴ *Id.* at 401.

⁷⁵ *Id.* at 398-99.

⁷⁶ *Id.* at 433-35 (Stevens dissenting).



麻」或「歡慶抽大麻」兩種詮釋；另一方面也沒有直接否定 Frederick 和不同意見的說法，但認為那只是關於橫幅展示的動機（motive），而不是關於該橫幅的的意義詮釋（not an interpretation of what the banner says）⁷⁷。

我們可以發現一個奇怪的現象：言論自由的主張者竟然否認自己是要傳達任何訊息；Stevens 大法官認真看待這個自我否定的同時，還是認為言論自由應予保障。至於多數意見則像是在說，重點不在於你是否想傳達什麼，而在於大家會解讀出什麼。綜合這幾點，本案之所以有「言論」，似乎是因為橫幅的胡言亂語會被相當數量的人「合理視為（reasonably viewed as）鼓勵使用非法藥物」⁷⁸，儘管不是所有人都知道“bong hits”在次文化中的隱喻。至於 Frederick 的意圖是什麼，已經無關緊要。

Morse 案不僅默默地否定了表意性作為言論的必要條件，甚至還悄悄地將言論判準從（表意人的）主觀狀態轉向（可能被受眾詮釋理解的）客觀訊息。如果這能夠解決胡言亂語的問題，是否也能處理器樂和抽象藝術呢？

(2) 如何解決難題

① 抽象藝術

同樣連結到 Morse 案，Tushnet 也注意到觀者「對於無意義文字或符號的『合理』意義賦予（imputation of meaning），足以觸發憲法增修條文第 1 條的保障範圍」⁷⁹。但他對於這樣的方式能否處理抽象藝術，抱持保留的態度。意義賦予究竟要到什麼樣的程度，

⁷⁷ *Id.* at 402.

⁷⁸ *Id.* at 409.

⁷⁹ TUSHNET ET AL., *supra* note 62, at 92, 104. Tushnet 另外提到了 Hurley 案作為佐證，但該案另涉強迫言論（compelled speech）的問題，先不在此討論。



才能通過言論自由的保障門檻？無論觀者賦予作品任何意義？如果他們賦予了相反或分歧的意義呢⁸⁰？沿著這條路線思考，我們甚至可以發現更困難的問題：如果意義賦予僅存在於少數受眾，絕大多數人認為某作品毫無意義、或意義無法言說，又該如何看待？能夠以「人數」作為判準嗎？這顯然是抽象藝術經常面對的情況⁸¹。尤有甚者，如果觀者的意義賦予能夠改變言論自由的保障範圍，那麼受／不受保障客體的合理界線可能會被鬆動。Tushnet讓我們想像，如果夠多人認為賣黃牛票有對抗經濟管制的意義，是否就會使得賣黃牛票進入言論自由的保障範圍⁸²？

整體而言，Tushnet的看法更像是指出問題而非給出答案。他想告訴我們，言論自由對於藝術作品的保障或者沒有想像中穩固、或者還有未被充分探索的理論蘊含⁸³。作者的表意性既非藝術作為言論受到保障的充分條件、亦非必要條件，但如果轉向觀者的意義賦予為判準，則有操作困難和結果不合理的問題。或許我們可以用更多更複雜的判準去處理藝術作品的保障，但這會導致Tushnet所說的「太費工」（too much work），意思是說用過於複雜的論證去得出顯而易見的結果⁸⁴。或許就像Tushnet說的，未加論證地直接「規定」藝術受言論自由保障，未嘗不是一種辦法；而利益衡量，有時可能是我們最後所能找到的最佳方案⁸⁵。法學的實用主義面

80 *Id.* at 93.

81 *Id.* at 88-89.

82 *Id.* at 106.

83 *Id.* at 113.

84 *Id.* at 83, 86-87, 112-13. 亦請參閱Mark Tushnet, *The Coverage/Protection Distinction in the Law of Freedom of Speech: An Essay on Meta-Doctrine in Constitutional Law*, 25 WM. & MARY BILL RTS. J. 1073, 1117-20 (2017).

85 TUSHNET ET AL., *supra* note 62, at 94-97.



向，確實不要求任何問題都得到完美論證。但如果沒有一套基本說法，又如何能避免對於「何謂藝術」的任意專斷？歷史不早已告訴我們，藝術必須受言論自由保障的重要原因之一，就是要對抗多數價值的恣意？同樣地，或許法律思考最終都免不了利益衡量，但言論自由法學最重要的特徵之一，就是對於言論價值判斷的謙抑自制，也正是在這個考量下，言論自由法學以各種釋義規則對利益衡量進行了更細緻的結構限制。

理想的解決方案真的那麼困難嗎？我們真的需要新的理論或工具嗎？未必如此。讓我們隨便設想一個例子，例如Pollock的抽象畫*Blue Poles, No. 11*。有人可能會覺得這只是把顏料隨便堆疊在畫布上，自己的5歲小孩都畫得更好；有人可能感受到了Pollock的強烈情感，甚至有人從畫作中詮釋出Pollock自己都沒有想到過的精妙意義。先讓我們想像，當政府因為種種原因不樂見*Blue Poles, No. 11*可能帶來的影響（例如認為該作的混沌感與政府欲塑造的社會風氣不符、作者的消極頹廢形象對大眾有不良影響等等），而限制該作品的觀賞流通時，是否會涉及言論自由？答案應該是明顯肯定的。接下來讓我們想像，事實上有多少人認為*Blue Poles, No. 11*有什麼意義，他們的意義賦予是否分歧，抑或是有些人只受到了精神影響但說不出意義，甚或是對絕大多數人認為該畫既無意義也不受其影響等等……這些事實會影響前述管制涉及言論自由判斷嗎？答案應該是明顯否定的。就算政府完全誤判，政府所擔心的意義賦予或精神影響並不存在，甚至作品根本就尚未公開，都不影響政府的管制理由本身就足以觸發言論自由。

Schauer很早就發現了這點。他指出，藝術作品之所以造成諸般困難，是因為我們只聚焦於管制客體來判斷言論自由的保障範圍。如果把目光轉向管制目的，困難將迎刃而解：

「所以觸發要素是政府行為是否針對行為的溝通衝



擊（communicative impact）。如果系爭管制是用來限制人們受某藝術作品的影響程度，那麼言論自由考量就會觸發，無論該作品的形式，無論某些人會如何用哲學詞彙描繪該作品，亦無論作者本身的意圖。」⁸⁶

這個路徑不但可以說明，為什麼言論自由也保障那些意義不明、作者意圖成謎的作品，還可以幫助我們用簡單的方法處理某些高度爭議的藝術類型。一言以蔽之，重點不是作者想做什麼，也不是受眾解讀到什麼，而是政府的管制理由：如果管制是因為不樂見作品所傳遞的訊息、所展現的風格、觀眾可能被激發的聯想或情緒反應——可泛稱為出於意識形態理由的不當動機，那麼這樣的管制不但會開啟言論自由考量，同時也構成針對內容的管制。如果藝術作品涉及的是沒有意識形態理由或不當動機疑慮的一般性規定，例如傷害、詐欺或毀損，也不會因為行為人號稱自己在進行藝術創作，就觸發言論自由。這樣的理解方式，似乎也在相當程度上化解了某些行動或前衛藝術帶來的難題。

如果從管制理由可以解決抽象藝術的難題，那是否也適用於器樂和胡言亂語呢？

② 器樂

Chen把重點放在器樂的表意機制，並歸納出幾種說法。第一大類是認知命題（cognitive claims），著重於器樂對於認知活動的貢獻，又可分為三種次類型。關聯命題（associative claim）認為，即使器樂本身不一定傳遞特定訊息，卻經常在某些社會脈絡下激發特定聯想。例如美國南方各州曾於18世紀末19世紀初禁止演奏非洲鼓，因為它被認為是奴隸起義的訊息；二戰時比利時抵抗軍以字母V為其象徵，而貝多芬第五號交響曲的「短-短-短-長」開頭節拍恰

⁸⁶ SCHAUER, *supra* note 1, at 111.



好類似摩斯電碼的V，因而被BBC選用為支持盟軍的訊號；又或是電臺因為擔心Rumble和*The Man with the Golden Arm*所激起的社會問題聯想，因此拒絕播出⁸⁷。強化命題（enhancement claim）則認為，樂曲的旋律節奏可以和歌詞或其它文字訊息互動，繼而產生更強的表達影響力⁸⁸。純粹認知命題（pure cognitive claim）強調器樂獨有的認知功能，例如對Felix Mendelssohn來說，音樂所傳遞的東西遠比文字清楚而不易被誤解、且無法被正確轉換為文字，Chen認為這是純粹認知命題的例子⁸⁹。

值得注意的是，關聯和強化命題終究還是將器樂的認知功能建立在最終可被「說出」的內容或聯想，這也成為問題所在。如果器樂是因為這樣的理由而應受到言論自由保障，那麼它就像是語言文字的另一種形式而已，其特殊之處並未得到任何說明。這會連結到另一個更嚴重的問題：我們完全可以想像既不引發聯想亦無強化之用的器樂，是否能因此聲稱它不受言論自由保障⁹⁰？純粹認知命題指出了器樂的特殊性，但如果它傳達的是某種既不可言說、亦無法向他人解釋的東西，我們又如何論證它應受保障、知道它何時應受限制⁹¹？

第二大類是情感命題（emotional claim），它訴諸情感而非理性，著重於器樂所能挑起的非認知反應⁹²。認知和情感命題是否真的能夠二分，當然有討論空間。但對於言論自由來說，更重要的或許是這個問題：器樂當然能夠傳遞並挑起情感，但絕大多數的行

87 TUSHNET ET AL., *supra* note 62, at 46-48.

88 *Id.* at 49-51.

89 *Id.* at 52.

90 *Id.* at 48-49.（為求簡潔，本文以更簡單的方式重述Chen的批評。）

91 *Id.* at 53.

92 *Id.* at 60.



為一樣有此功能。是什麼樣的差異，使得器樂受到言論自由等級的保護⁹³？

第三大類是Chen認為最有說服力的文化命題（*culture claim*）。器樂作為言論的特殊性，在於它和文化、族群、宗教和社會價值的緊密關聯；許多器樂被管制的例子，「是因為它的文化表達價值，這提供了憲法保障為何重要的理解脈絡。」⁹⁴他同樣舉出一些有趣的說明：音階（*scale*）的安排和曲調的風格不僅對應於不同文化圈，甚至也映照出文化交流的成果（例如藍調）。圖瓦喉音唱法（*Tuvan throat singing*），被認為是圖瓦人對於中亞草原與馬背生活的模仿與互動。反對以440赫茲作為基準音（中音A）的理由，往往與其納粹背景有關；而支持432赫茲的意見，則經常著眼於它與某種古典樂典範的親近性。納粹政權曾計畫性地打壓猶太作曲家及演奏者，原因之一在於猶太元素干擾了他們想要塑造的音樂文化形象；蘇維埃政府更曾出於宗教、國族及政治理由對器樂進行審查⁹⁵。

在器樂與言論自由的問題上，Chen或許提出了目前為止最詳盡的分析，但文化命題真的是更好的答案嗎？先不論文化命題是否其實是關聯和情感命題的混合體，更關鍵的是這個問題：如果客體本身的特殊文化關聯就足以讓它成為言論，那麼言論絕對不僅止於器樂。許多「料理」和「服飾」都是文化累積與生活形式的結晶，和音樂一樣能成為文化交流的產物，甚至也可能在異質文化圈被視為某種文化「入侵」或「污染」，繼而受到敵視與打壓。既然如此，它們是不是都該被視為言論呢？尤有甚者，某些傳統刀具有強

93 *Id.* at 63.

94 *Id.* at 54.

95 *Id.* at 28, 55-58.



烈的文化意義，佩刀甚至是重要的文化傳統。依據文化命題，禁止配戴刀具的管制是否也會變成言論自由問題？

如果比照抽象藝術，以管制理由而非客體性質作為言論自由的觸發要素，上述難題都能迎刃而解，而且這本來就蘊含於Chen自己的說法：器樂的管制經常出於文化相關的理由，這類理由就是本文所說的不當動機。簡而言之，觸發言論自由的並非器樂本身的文化關聯性及其可能激發的聯想或情感，而是管制理由基於文化關聯性及其可能激發的聯想或情感。回顧Chen所提到的例子，無不可以如此理解。

反過來說，即便是針對器樂以外的客體，當管制出於類似理由時，一樣可能觸發言論自由。例如Genevieve Lakier主張，觀賞性體育活動（spectator sports）亦應受到言論自由保障。雖然這個結論是正確的，但體育活動之所以能夠觸發言論自由，非如Lakier所說的，是因為它傳遞了特殊的情感或訊息⁹⁶，而在於管制理由是基於體育活動可能傳遞的特殊情感或訊息。若非如此，則任何涉及體育活動的管制都可能涉及言論自由。

③胡言亂語

Blocher從語言分析哲學傳統區別兩種意義理論。連結到Bertrand Russell、早期的Ludwig Wittgenstein和A. J. Ayer，再現意義（representational meaning）認為，唯有具備命題（proposition）或命題化的語言使用才有意義。Blocher進一步主張，當法院說言論自由是要保障想法（ideal）或訊息（message）的自由傳遞時，就是傾向以再現意義作為言論判準⁹⁷。至於使用意義（use meaning）的代表則是晚期Wittgenstein、Paul Grice、J. L. Austin、John R.

⁹⁶ Genevieve Lakier, *Sport as Speech*, 16 U. PA. J. CONST. L. 1109, 1125-40 (2014).

⁹⁷ TUSHNET ET AL., *supra* note 62, at 114, 116-17, 123, 133-37.



Searle、言語行為理論 (speech-act theory) 和日常語言哲學 (ordinary-language philosophy)。依據Blocher的說法，這個路線下的意義鑑別並不必然取決於表意人透過命題 (proposition) 所給出的內容，而在於他是否遵守相關的語言遊戲規則。這表現為Hurley案法院聲稱言論無須具備特定明確的訊息，Morse案法院理所當然地將意義不明的橫幅視為言論⁹⁸。

Blocher主張，法院實踐蘊含了前述兩種不同的意義理論，言論自由法學應採取使用意義，以解決胡言亂語之類的難題。雖然他強調這個結論並不是要將法學哲學化，只是透過語言哲學提出某種解釋⁹⁹，然而這確實是在為法院實踐提供理論。這樣的理論詮釋一方面必須為既存的實踐所支持，另一方面也要能作為未來的實踐指引，但仔細考察Blocher的論點，會發現他的嘗試在這兩方面都有不小的問題。從哲學面向過度深入這些問題，將偏離本文題旨，本文僅主張：如果Blocher建議的哲學路徑必須穿越最高度爭議的理論戰場，而胡言亂語其實是傳統言論自由法學工具就能解決的問題，那麼後者可能是更明智的選擇。

首先必須注意，透過再現意義，Blocher想指出的其實是以「命題性」作為言論必要條件的觀點。但是當法院提到想法或訊息時是否帶有這麼強的預設，即便以Blocher自己引用的例證來看都大有疑問。在這些段落中，法院都不是在闡明言論判準，有時像是意義疏鬆的修辭¹⁰⁰，有時則是系爭言論屬不受保障類型的另一種

⁹⁸ *Id.* at 117-18, 139-42.

⁹⁹ *Id.* at 146-47.

¹⁰⁰ 例如當法院說「(……) 憲法保障是用來『確保不受限制的思想交流，以帶來人民所期望的政治及社會變化』」(New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254, 269 (1964) (citations omitted))，或是「為了政治及文化的續造以及確保個體自我實現，我們的人民有權表達任何思想，免於政府審查」



說法¹⁰¹。無論從字面意義還是判決脈絡來看，聲稱法院以命題性作為言論的必要條件，似乎都有些牽強。再者，Blocher將使用意義／言語行為／日常語言劃歸一派，使之對立於命題與再現意義，可能是過於簡化的看法。例如Marina Sbisà就指出，雖然Austin經常被認為是使用意義和日常語言哲學的開創者，但他自己其實並不支持這樣的思考方向¹⁰²。

當然我們可以退一步想：就算法院所說的想法或訊息不等於命題、就算兩種意義理論的分類不夠細緻，可以確定的是法院表達過兩種不同方向，一是像Spence判準那樣認為言論必須有明確表意性（即便未必命題化）的嚴格路線，二是像Hurley和Morse案那樣的寬鬆路線，而Blocher談使用意義就是要處理後者。這的確是最核心的部分，卻也是問題所在。胡言亂語之所以困難，是因為它完全欠缺表意性，所以難以說明言論自由對它的保障。使用意義如果要解決這個問題，就必須指出胡言亂語具備其它哪些可被鑑別的特徵，使其與言論自由重新接軌。然而Blocher並沒有妥善建立這個論證關係，反而只是把哲學術語和判決打包起來；與其說使用意義證成了寬鬆路線，不如說他直接為寬鬆路線貼上使用意義的標籤。

（*Mosley*, 408 U.S. at 95-96）的時候，都不是在討論言論是否必須為命題化的思想。前者是用來鋪陳公共對話的重要性，後者是為了非難政府對於言論內容的控制。

¹⁰¹ 例如當法院說「所有的思想至少都有些微的社會重要性——非正統的，爭議的，甚至是主流意見痛恨的想法——都享有完全的保障（……）」（*Roth*, 354 U.S. at 484），或是「法院認為挑釁及猥褻言論位於憲法增修條文第1條的範圍之外，因為它們『不是任何思想展示的必要部分』」（*Chaplinsky*, 315 U.S. at 571-72）的時候，很難看出法院特別注意到了命題性。如果回到引文出處來看，法院真正關注的其實是這些言論極其低微的價值，並以此奠定了日後不受保障類型的基礎。

¹⁰² Marina Sbisà, *Austin on Meaning and Use*, 8 LODZ PAP. PRAGMAT. 5, 8-12 (2012).



這個論證上的斷裂與不足，在他從言論自由理論轉進意義理論的部分尤為明顯¹⁰³。從Blocher給出的說明來看，我們甚至不確定哪些胡言亂語在哪些條件下會因為「語言遊戲規則」或「實際使用方式」而受言論自由保障，遑論理據何在。從他連結的實例來看，我們會訝異於它們並非新的東西：一是Robert Post所說的公共溝通管道¹⁰⁴，二是受眾對於“BONG HiTS 4 JESUS”的詮釋¹⁰⁵，也就是前文所說的意義賦予。這兩者似乎都不會因為「使用意義」得到更清楚的說明。

Blocher的哲學聯想誠然是有趣的，但如果意義理論本身就是個棘手的問題，我們是否有必要從意義理論來處理胡言亂語呢？胡言亂語和器樂及抽象藝術其實有相同的結構，它們的困難都是因為表意性的欠缺，且它們都有獨立於表意性、為受眾自行詮釋聯想的空間（意義賦予）。前文已指出，觸發言論自由的關鍵其實並非受眾的意義賦予，而是政府對這種意義賦予的判斷所構成的管制理由。以Morse案為例，當校方認為“BONG HiTS 4 JESUS”有鼓勵使用大麻的意思而加以干預時，就已經進入了言論自由領域。雖然法院的看法似乎更偏向受眾的意義賦予，但是讓我們想像這個情況：假設校方對次文化的理解有誤，事實上幾乎沒有人認為該標語和大麻有關，會改變本案涉及言論自由的定性嗎？就像政府錯估某畫作對民眾的影響、誤判某曲調的文化代表性而加以禁止，Heffernan的上級誤以為他支持敵方候選人而將其降調，系爭行為或客體事實上有沒有被受眾賦予某種意義，其實都無關緊要，重點在於管制理由。

¹⁰³ TUSHNET ET AL., *supra* note 62, at 124-34.

¹⁰⁴ *Id.* at 117-18, 140-41, 143. 關於Post的看法參閱Post, *supra* note 63, at 1250-60; Robert C. Post, *Participatory Democracy and Free Speech*, 97 VA. L. REV. 477, 479-82, 487 (2011).

¹⁰⁵ TUSHNET ET AL., *supra* note 62, at 142.



(3) 小 結

要說明言論自由對於器樂、抽象藝術和胡言亂語的保障，最好的方法可能是直接從管制理由著手，而不是尋求更深奧複雜的意義和表意性理論。接下來的問題是，這樣的方法究竟僅適用於特定問題、還是有更高的一般性？我們必須回到經典案例進行考察。

2. 再訪經典案例

(1) 言論自由作為保障特定行為的權利：強意義與弱意義

如果要支持言論自由作為保障特定行為的權利，Johnson案可能是最鮮明的例證，因為法院明確地以「權利主張者是否有表意行為」作為言論自由的觸發要件。有趣的是，Adler偏偏也選擇了Johnson案來支持自己的反論。他注意到，Johnson案法院強調本案的究查僅以Johnson被起訴的褻瀆國旗罪（flag-desecration）為前提¹⁰⁶，而不及於妨礙秩序、非法入侵、縱火等其它罪名。因此法院並未宣稱Johnson（的行為）在憲法上豁免於任何管制，他的言論自由被侵犯不是因為特定的行為被干預，而是系爭管制的某些特徵，Adler稱之為「錯誤的管制內容」（wrong rule-predicate）¹⁰⁷。我們的確不難想像，如果同樣的表意行為牴觸的是上述其它規範，很可能自始不生言論自由問題。正因如此，Adler認為Johnson案反倒說明了言論自由是對抗管制而非環繞行為的護盾。

但是，什麼是Johnson案中的錯誤管制內容？Adler認為癥結在於系爭管制「針對錯誤的行為類型」（targeted the wrong type of action），從他的說法來看，這個不能被針對的行為類型顯然就是表意行為¹⁰⁸。但是問題來了，如果所謂的「對抗特定管制」是

¹⁰⁶ *Johnson*, 491 U.S. at 412 n.8.

¹⁰⁷ Adler, *supra* note 21, at 3-5.

¹⁰⁸ *Id.* at 4, 19-21.



「對抗針對表意行為的管制」，那麼言論自由就某個意義來說還是保障特定「行為」的權利——它保障表意行為。去分辨言論自由是保障特定行為還是對抗特定管制，似乎變成沒有實益的文字遊戲。

現在本文可以澄清一個目前為止還沒有被說清楚的區別——言論自由作為保障特定行為的權利其實有強弱兩種意義。

①強意義：表意行為先決模式

在強意義理解下，言論自由要求「表意人獲得憲法的言論保障前，必須先參與明確的溝通」¹⁰⁹，亦即必先有權利主體的表意行為，才可能主張言論自由，所以也可以稱為「表意行為先決模式」。法院實踐的某些片段似乎支持這種理解¹¹⁰，這也代表了通說與直覺的預設。

②弱意義：構成要件模式

在弱意義理解下，開啟言論自由考量的必要條件並非權利主體的表意行為，而是管制的構成要件涉及對表意行為的干預，Adler對Johnson案的理解即屬此類。亦有論者以此為基礎，認為涉及表意行為前階段的管制亦可能開啟言論自由考量，例如Ashutosh Bhagwat所說的「言論生產」（speech production）¹¹¹，或Wesley Campbell所說的「言論促成行為」（speech-facilitating conduct）¹¹²。由於弱意義理解關注的是管制構成要件對於表意行為的直接或間接干預，所以也可以稱為「構成要件模式」。

¹⁰⁹ Steven G. Gey, *Why Should the First Amendment Protect Government Speech When the Government Has Nothing to Say*, 95 IOWA L. REV. 1259, 1274 (2010).

¹¹⁰ 參照前揭「貳、一、(二)、I. 表意性作為言論的必要條件」。

¹¹¹ Ashutosh Bhagwat, *Producing Speech*, 56 WM. & MARY L. REV. 1029, 1036-54 (2015).

¹¹² Wesley J. Campbell, *Speech-Facilitating Conduct*, 68 STAN. L. REV. 1, 1-9, 25-45 (2016).



無論強意義還是弱意義，都將言論自由的觸發固定在「表意行為」的概念上，差別僅在於這個判準是放在表意人端還是管制端，因此都可以說是保障特定行為的權利。或許是因為Adler嘗試一般性地處理美國憲法的權利結構，並沒有對言論自由的學說實務見解進行深入考察，所以未能清楚意識到兩者的區別。在其它討論中，亦鮮見評論者注意到這兩種模式的不同。無論如何，這樣的區別並不只是文字遊戲，若要對言論自由作為保障特定行為的權利提出精確評論，就必須分別考慮強弱兩種意義。

(2)重新思考星條旗三部曲：強意義的排除

雖然Spence判準和Johnson案是最常被提到的例子，但如果要全面理解法院論述的發展脈絡，就必須納入後來的United States v. Eichman¹¹³，對星條旗三部曲進行整體觀察。

相較於後兩案，Spence案有兩點值得特別注意。第一，內容中立性的思考在本案尚不明顯，畢竟1974年還是這個釋義規則的起步階段。第二，雖然三部曲的管制都與國旗的毀損變造有關，但管制的理由並不相同。後兩案涉及褻瀆國旗，本案則屬於國旗的不當使用（improper use）¹¹⁴。系爭管制禁止向公眾展示變造過的國旗，法院迴避了國旗象徵價值的問題，認為該規定是為了避免觀者「誤以為政府替變造國旗展示者的意見或商品背書」。然而衡諸Spence的行為作為言論的性質，以及該規定所要防範的風險在本案中並不存在，法院宣告系爭管制在本案的適用違憲¹¹⁵。在判斷是否涉及言論自由時，法院認為必須先決定「他（Spence）的活動是否有足

¹¹³ United States v. Eichman, 496 U.S. 310 (1990).

¹¹⁴ Spence, 418 U.S. at 406-07. 這個區別後來亦為Eichman案法院所強調（496 U.S. at 316 n.5）。

¹¹⁵ Spence, 418 U.S. at 413-15.



夠的溝通元素能落入憲法增修條文第1暨第14條的範圍」，並提出了著名的Spence判準¹¹⁶。

在Johnson案，系爭規定禁止褻瀆包含國旗在內的受崇敬物（venerated object），「褻瀆」意指行為人在明知將嚴重冒犯觀者的情況下，對受崇敬物所為之污損破壞¹¹⁷。法院判斷本案是否關於言論自由時是這樣說的：

「我們必須先決定Johnson焚燒國旗的行為是否構成表意行為，因而可以主張憲法增修條文第1條來對抗指控。如果他的行為具表意性，接下來我們決定該州的管制是否關於壓抑言論自由。」¹¹⁸

透過Spence判準將焚燒國旗鑑別為表意行為後，法院審酌政府的管制理由來判斷是否關於言論自由的壓抑，亦即是否針對內容。政府方提出了兩種論證，一是維持社會秩序、二是維護國旗的象徵價值。法院認為前者與本案無關，但後者則使得系爭管制針對內容。關鍵在於，這個規定並不處罰所有焚燒國旗的行為（例如焚毀不堪使用的國旗），亦即它不是用來確保國旗在所有情況下的物理完整性，而是用來防止對觀者來說具冒犯性的國旗毀損行為，因此系爭管制的考量是基於可能的溝通衝擊（communicative impact）而針對內容。政府對於國旗象徵價值有特殊利益的說理，未能說服法院通過嚴格審查¹¹⁹。

Johnson案後，國會旋即通過Flag Protection Act 1989，該法同樣處罰對於國旗的污損破壞，但在字面上移除了涉及溝通衝擊的部

¹¹⁶ *Id.* at 409-11.（括弧內的文字為本文所加）

¹¹⁷ *Johnson*, 491 U.S. at 400 n.1.

¹¹⁸ *Id.* at 403 (quotation omitted).

¹¹⁹ *Id.* at 407-19.



分，亦即不再以「明知將嚴重冒犯觀者」為要件，以避免Johnson案法院所指出的問題。許多人仍在陳抗活動中焚燒國旗而被起訴，最後造就了星條旗終曲Eichman案。政府方宣稱，和Johnson案不同，本法是為了維護國旗的物理完整性，並非針對傳遞特定訊息的表意行為。它處罰（除了銷毀不堪使用的國旗之外）所有污損破壞國旗的行為，無論行為人的動機、想傳達的訊息或對觀者可能的影響，儘管也可能涵蓋表意行為。法院則認為，雖然系爭管制並未明確針對特定內容的表意行為，但維護國旗物理完整性的理由，仍在於政府察覺到保全國旗象徵意義的必要性。再者，觀諸系爭管制描述污損行為的用語，以及允許銷毀行為的例外規定，在在顯示政府針對的是那些看起來對國旗「不敬」的行為。因此管制考量依舊是可能的溝通衝擊，構成針對內容的管制且違憲¹²⁰。

星條旗三部曲的發展呈現出值得注意的走向：言論自由保障特定行為的強意義理解，似乎在法院實踐中逐漸弱化。Spence案法院的見解無疑只能解讀為強意義，至於Johnson案法院一方面延續了Spence案法院的看法，另一方面卻如Adler所發現的，開始隱約意識到言論自由其實不是關於表意人的行為、而是關於管制的性質，因而鬆動了強意義理解。到了Eichman案，法院甚至完全不去討論表意人的行為，只專注於管制的性質。或有認為，這不代表法院放棄強意義理解，因為就算是Eichman案法院，也沒有明文否認表意行為對於言論自由的必要性。個別行為之所以未被著墨，很可能是其表意性在該案脈絡中已無庸置疑。確實，這個外觀上的弱化未必是法院有意為之的結果，也可能是特定條件下的偶然，但本文主張，合理的詮釋其實就是揚棄強意義理解，如果法院為德不卒，我們就應該往前多走一步。

¹²⁰ *Eichman*, 496 U.S. at 313-18.



為什麼？Rubenfeld曾提出一個極富說明性的例子¹²¹。假設紐約人開始穿著胸前有某種符號的衣服來抗議警察執法，政府因為不喜歡這類衣著所傳遞的訊息（或曰「溝通影響」）而加以禁止。這個禁令毫無疑問地涉及言論自由而且針對內容，但若堅持強意義理解，我們會得到這樣奇怪的結果：想傳達抗議訊息而抵觸規定的A可以主張言論自由，但對此一無所知、偶然穿上禁止衣著的外州觀光客B則否。

Rubenfeld的例子不是特案而是通則。讓我們回顧歷史以及前文的討論，然後思考這個問題：究竟是政府不樂見某些東西（無論是旗幟、圖樣、旋律、象徵物甚或胡言亂語等等）可能被用來傳遞的訊息、可能刺激的聯想或情感而進行管制時，就已經涉及言論自由，還是必須等到第一個因為表意行為而觸犯管制的人出現，才發生言論自由問題？同樣地，我們可以回到Johnson和Eichman案來思考：在法院已經認定系爭管制是出於意識形態理由的情況下，它涉及言論自由的定性，是否會因為Johnson等人的行為存在與否而有所改變？在這些案例中堅持強意義理解，就像是在說「如果沒有人為了傳達訊息而抵觸管制，言論自由便沒有被侵害」那樣荒謬，更不用說強意義完全無法相容於晚近的Heffernan案¹²²。

¹²¹ Rubenfeld, *supra* note 17, at 774. (本文稍微調整了描述方式)

¹²² 或有認為，表意行為先決模式仍有其重要性，因為權利主體的表意行為涉及訴權（standing）。Richard Fallon Jr.在評論Adler的構想時，也提到了相關問題。他認為，是否允許第三方訴權（third-party standing），其實是權利保護和司法成本之間的衡量，沒有絕對必然性（Fallon, *supra* note 21, at 1363-64），因此訴權問題並未阻礙Fallon接受言論自由作為對抗特定管制的權利。從這邊延伸思考，或許我們也可以這樣理解：言論自由的權利性質和訴權是兩個層次的問題，互有關聯但可以分開處理。就權利性質來說，如本文已指出的，強意義很難說是合理看法；但就訴權來說，什麼條件下該放寬或緊收（是否以表意行為為要件），可以另行討論，惟相關議題只能留待他處。



那弱意義呢？這個問題的答案在星條旗三部曲中並不十分明顯。從Johnson到Eichman案，法院都在搜獵管制理由，因此動機論可以作為一種解釋。然而論者亦可主張，系列案涉及言論自由的關鍵就算不在表意人的行為，也在於管制構成要件針對污損國旗這種廣為承認的（潛在）表意行為，這就進入了弱意義的領域。弱意義的支持者還可以進一步指出，在Clark和Spence這類不當動機疑慮不存在或不明顯的案例中，如果要解釋言論自由的觸發，除了管制本身涉及表意行為這個特徵外，還能有什麼其它選擇呢？要回答這個問題，就必須從更多案例來分析。

(3) 油墨紙張稅與錄音：弱意義的排除

在Minneapolis Star & Tribune Co. v. Minnesota Commissioner of Revenue，系爭管制對定期出版物課以特殊的紙張油墨使用稅（use tax）來替代一般的銷售稅（sales tax）¹²³。面對報社的言論自由主張，法院在沒有多加著墨的情況下理所當然地認為本案涉及言論自由。然而就像Bhagwat注意到的，油墨紙張雖然是出版物印製的必要資材，對它們課稅卻不是對於表意活動的直接干預，其關聯性甚至不如對出版物課徵銷售稅¹²⁴。既然如此，這裡為什麼會開啟言論自由考量？如果說是管制間接造成了表意行為的負擔，那麼對紙筆、顏料、繪圖板甚至是鍵盤（這個清單可以無限延長）課稅，又或者是因為經濟制裁所施行的貨品禁運，同樣間接造成多種表意行為的負擔，為什麼這些管制通常不被認為涉及言論自由？

如果說是管制的構成要件涉及報業這種特殊客體，那麼各式各樣的管制同樣會對報業造成負擔（如所得稅、關於營業處所的公安

¹²³ Minneapolis Star & Tribune Co. v. Minnesota Commissioner of Revenue, 460 U.S. 575, 577-79 (1983).

¹²⁴ Bhagwat, *supra* note 111, at 1037.



規定等等），為什麼一般而言不涉言論自由？*Cohen v. Cowles Media Co.*是一個鮮明對比。*Cohen*在報社記者承諾不透露來源的情況下接受採訪，但最後刊出的新聞卻揭露了*Cohen*的身分，使他因此被解僱。*Cohen*向報社提出多項民事主張求償，最後州最高法院考慮的是州法中的允諾禁反言原則（*promissory estoppel*），也就是在記者的承諾（*promise*）不成其為契約的情況下，仍強制實現該承諾¹²⁵。州最高法院認為，本案無可避免地要衡量言論自由與禁止違背承諾原則所保護的利益，然若選擇後者，將侵害報社的憲法增修條文第1條權利¹²⁶。最高法院卻認為，一般法律規定（*generally applicable laws*）並不會因為對報業有附隨效果（*incidental effects*）就涉及言論自由。禁止違背承諾原則即便用於對抗報業，也不會因此觸發言論自由的高度審查標準¹²⁷。

附隨效果說明的正是這樣一件事¹²⁸：幾乎任何管制都涉及那

¹²⁵ 允諾禁反言原則是英美契約法中的釋義規則，它在美國法的體現可上溯美國法律協會（*American Law Institute*）於1932年出版的《*Restatement (First) of Contracts*》，並成為普遍的法律實踐。在本案，最高法院就承認它是州法中的有效釋義規則（*Cohen v. Cowles Media Co.*, 501 U.S. 663, 668 (1991)）。依據交易導向的契約理論（*bargain-based theory of contract*），沒有對價（*consideration*）的單方承諾，無法成為可被執行的契約。但允諾禁反言原則所考慮的狀況，則是承諾相對人因為合理信賴該承諾而採取的作為或不作為，使其受有損害，若不執行承諾將導致不公平的結果。因此這個原則的證立，是基於信賴導向的契約理論（*reliance-based theory of contract*）（*Marco Jimenez, The Many Faces of Promissory Estoppel: An Empirical Analysis Under the Restatement (Second) of Contracts*, 57 *UCLA L. REV.* 669, 673-76 (2010)）相關問題固然有趣，但並非本文主旨；這裡的重點僅在於，允諾禁反言原則是—般性的契約法規範。

¹²⁶ *Cowles Media*, 501 U.S. at 665-67.

¹²⁷ *Id.* at 669-70.

¹²⁸ 關於附隨效果參閱 *Frederick Schauer, Cuban Cigars, Cuban Books, and the Problem of Incidental Restrictions on Communications*, 26 *WM. & MARY L. REV.*



些可能被認為是言論的活動或客體，都對言論造成負擔，都影響溝通環境。最具代表性的或許是法院的這段話：

「……任何民事賠償或刑事制裁都會對憲法增修條文第1條所保障的活動造成可想像的負擔。負有民事損害賠償責任的人，只有較少的錢用於政治宣傳或捐獻政治活動……。同樣地，被送去監獄的竊賊，可能會抱怨這樣的拘禁侵犯了他在公共場所發言的憲法增修條文第1條權利……。」¹²⁹

又或者是Kagan的描述：

「（……）每個影響言語行為的管制，都是以無數其它直接或附隨影響言論的管制為背景。其中包括關於財產和契約的規則，它們提供某些表意人最有效的表達管道，然後給予其他人最弱者。所有這些管制共同運作，賦予了對話領域外型和內容。考慮到這些規則的性質（特別是它們導致財富及使用接近不平等的方式），它們所創造的言論環境很難有機會逼近理想條件。扭曲、偏差、傾斜（或任何用來指稱背離理想狀態的說法）無所不在。在這樣的條件下，任何對思想造成差異衝擊的法律，其平衡言論市場的功能可能不亞於扭曲；反過來說，任何無差別影響思想的法律，它對於言論環境扭曲的鞏固可能不亞於衡平。」¹³⁰

779, 782-89 (1985); Elena Kagan, *When a Speech Code Is a Speech Code: The Stanford Policy and the Theory of Incidental Restraints*, 29 UC DAVIS L. REV. 957, 958-62 (1996); Michael C. Dorf, *Incidental Burdens on Fundamental Rights*, 109 HARV. L. REV. 1175, 1200-10 (1996).

¹²⁹ *Arcara v. Cloud Books Inc.*, 478 U.S. 697, 706 (1986).

¹³⁰ Kagan, *supra* note 10, at 448.



類似的情況發生在 *American Civil Liberties Union of Illinois v. Alvarez*，系爭管制一般性地禁止在未經參與者同意的情況下對口頭溝通進行錄音。ACLU（美國公民自由聯盟）察覺這個規定危及他們將要推行的計畫，該計畫會在未經同意的情況下對公共場所的警察執勤錄音以強化可問責性。面對ACLU的言論自由主張，地方法院認為「錄音」根本就不在言論自由的保障範圍，聯邦第7巡迴上訴法院則否定了地方法院的看法，認為這個「極不尋常」的見解是建立在對前例的誤解上¹³¹。如何誤解並非這個段落的主題，本文想指出的是這個有趣的現象：儘管直覺上我們會同意上訴法院的看法，認為系爭管制與言論自由有關，但單純的錄音（而非轉述發布錄音內容）確實不是表意行為，所以系爭管制也不是針對表意行為。如果硬是要跟表意行為扯上關係，比較可能的說法，是它造成了某些意見產出的障礙（例如難以透過錄音資料來揭露評論警察執勤狀況），法院也提到「憲法增修條文第1條並未在言論創造行為和言論本身畫出固定界線」¹³²。因此Bhagwat認為，法院已經將言論自由的保障範圍擴張到「言論生產」¹³³。

但是我們已經知道，擴張到言論生產，並沒能真正解釋問題。同樣是禁止未經同意的錄音，禁止竊錄私密對話一樣限制了言論生產，禁入軍事基地或保育區的規定，同樣影響了相關的報導、研究或創作，甚至交通違規也可能阻礙新聞播報員的工作¹³⁴——這些規定在一般狀況下都沒有言論自由問題。從 *Minneapolis Star & Tribune* 和 *Alvarez* 兩案發想，我們會發現弱意義理解同樣面臨難

¹³¹ *American Civil Liberties Union of Illinois v. Alvarez*, 679 F.3d 583, 587-89, 594-55 (7th Cir. 2012).

¹³² *Id.* at 596.

¹³³ Bhagwat, *supra* note 111, at 1040.

¹³⁴ *Arcara*, 478 U.S. at 708 (O'Connor concurring).



題，因為在任何管制都直接間接影響表意行為的前提下，根本難以由構成要件和表意行為的關聯性來說明言論自由的觸發。

但如果不再糾結於管制是否針對表意行為，而是從管制的不當動機疑慮切入，就可以清楚說明目前所碰到的難題。由於Minneapolis Star & Tribune案的論證是建立在與Grosjean v. American Press Co.的比較上，所以有必要重訪後者。在Grosjean案，系爭管制對透過廣告營利且週發行量超過兩萬份的出版物課以額外稅金¹³⁵。法院回顧了政府對出版物課稅以控制公共意見的歷史後¹³⁶，這樣說道：

「我們所說的並不意味著報業所有人豁免於任何用以支持政府的一般形式租稅。……

……本案涉及的稅制之所以不好，不是因為它從被上訴人的口袋裡掏錢……。它之所以不好，是因為從其歷史及現況觀之，它像是精心設計、以徵稅為掩飾來限制憲法所保障之資訊流通的手段。」¹³⁷

法院注意到，過去未曾有任何一州以此等方式課稅，且其形式非常可疑，因為它不是以廣告量、而是以發行量作為標準，「顯然有懲罰出版者並削減特定報社發行量的目的」¹³⁸。所以重點不在於對報業課稅，而在於課稅的理由。後來Minneapolis Star & Tribune案法院在回顧Grosjean案時亦指出，許多評論者認為Grosjean案的基礎在於立法端「不當的屏蔽目的」（improper censorial goals），因為Grosjean案法院察覺到系爭管制是為了處罰特定報業團體。然而Minneapolis Star & Tribune案法院卻強調本案

¹³⁵ Grosjean v. American Press Co., 297 U.S. 233, 240 (1936).

¹³⁶ *Id.* at 245-49.

¹³⁷ *Id.* at 250.

¹³⁸ *Id.* at 250-51.



與Grosjean案不同，因為無論從立法過程或其它跡象來看，都無法顯示立法端有「不被允許的屏蔽動機」。換句話說，法院並不認為管制背後真的有不當動機。那麼問題出在哪裡？法院注意到系爭管制是一種針對報業的特殊課稅方式，其形式極為罕見且欠缺充分的功能性理由¹³⁹。雖然政府方強調，這只是在形式上以使用稅取代銷售稅，實質上並未增加報業的負擔¹⁴⁰，但法院認為，就算實質負擔相同甚至更低，這樣的管制形式還是頗有問題，對此法院提出了本案最關鍵的論證：

「……選擇性地給予報業特殊對待，不只會因為當下的差別待遇、還會因為後續不利差別待遇的**可能性**而對出版業造成威脅。因此，即使並未真正增加出版業的額外負擔，政府還是可能達到屏蔽的效果，因為『制裁的威脅幾乎可以和實際制裁同樣有效地嚇阻憲法增修條文第1條的權利行使』。」¹⁴¹

所以法院在意的不是負擔是否增加，而是這種罕見且具針對性的管制形式所可能被感知到威嚇效果，無論政府是否真的有意將它用於「有效地操作為檢查出版業批評意見的屏蔽工具」¹⁴²。如果Grosjean案的重點在於實存的不當動機，那麼Minneapolis Star & Tribune案的重點就在於不當動機風險¹⁴³。在這兩案中，觸發言論自由的關鍵，都不是因為管制涉及報業或增加表意活動的負擔，而

¹³⁹ *Minneapolis Star & Tribune*, 460 U.S. at 580-82.

¹⁴⁰ *Id.* at 586.

¹⁴¹ *Id.* at 588-89 (citations omitted). (粗體強調為本文所加)

¹⁴² *Id.* at 585.

¹⁴³ 關於可能被感知的威脅和不當動機疑慮，參閱Eric M. Ruben, *Justifying Perceptions in First and Second Amendment Doctrine*, 80 L. & CONTEMP. PROBS. 149, 154-61 (2017).



是在整體脈絡下觀察到的不當動機疑慮。這也可以用來解釋，為什麼有數不盡的管制會從各階段增加表意活動的負擔，但其中絕大多數根本不涉及言論自由。

就像在 *Alvarez* 案，法院其實也已經說得很清楚：相較於聯邦及它州的類似規定僅禁止對私密溝通的竊錄，系爭管制卻是無差別地禁止所有未經同意的錄音，包含沒有隱私期待的公共對話¹⁴⁴。如果認為這樣的管制「完全不涉及憲法增修條文第1條，那政府就可以簡單地以限制言論過程的早期階段作為便宜手段，有效控制或影響言論。」¹⁴⁵ 因此法院真正的考量仍在於管制的不當動機疑慮（儘管沒有使用這個詞），而不是所謂的言論生產。這也說明了為什麼禁止竊錄私密對話的規定通常無涉言論自由，但系爭管制則否。

(4) 小 結

無論強意義還是弱意義，將言論自由理解為保障特定行為的權利會遭遇什麼困難，可以借用 *Srinivasan* 的這段話來總結：

「首先，引發法律強制的行為何時有足夠顯著的表意元素使得憲法增修條文第1條的分析成為必要，並不清楚。亦即，這樣的規則無法精確指出強制的觸發要素以及被壓抑的言論之間必須有什麼關聯。例如，引發法律強制的行為以某種方式促成言論，足夠嗎？又或者強制的觸發要素必須是特定表意行為？或者最狹義地說，引發法律強制的活動本身必須具表意性嗎？更一般性地說，令人有些不解的是法院為什麼只在引發法律適用的活動具表意面向時，才關心附隨效果——即便強制的觸發

¹⁴⁴ *Alvarez*, 679 F.3d at 595.

¹⁴⁵ *Id.* at 597.



要素完全不具表意性，限制言論的效果也可能更加明顯。」¹⁴⁶

儘管如此，我們仍可以合理地提出這樣的質疑：就算言論自由無論在強意義或弱意義上都不是保障特定行為的權利，就算管制的不當動機疑慮是許多案例的合理解釋，但它真的是言論自由的唯一觸發要素嗎？這的確是連動機論支持者都意識到的問題，值得我們進一步探究。

(三)從不當動機疑慮到管制對整體溝通環境的影響

1. 是動機還是衡量？

Campbell發現，在80年代中期以前，凡觸及表意行為的一般法律規定，都會被最高法院認為涉及言論自由，是Arcara v. Cloud Books終止了這個走勢¹⁴⁷。在這個里程碑判決中，系爭管制授權關閉因性交易或公開性行為而成為公衛惡害的建物或處所，一間成人書店因符合該法要件而被勒令停業。下級法院認為系爭管制影響「賣書」這種受言論自由保障的活動，以非針對內容的中度審查標準宣告其違憲，最高法院卻認為本案無關言論自由¹⁴⁸。Arcara案的指標性在於，法院一方面清楚地說出任何管制都可能對言論造成附隨負擔¹⁴⁹，但也從先例指出，附隨負擔一樣可能開啟言論自由考量。同樣都是附隨負擔，為什麼有些管制觸發言論自由，有些則否？如何理解Arcara案，便成為非常重要的問題。

法院的第一種說法，似乎認為表意行為是造成差異的關鍵¹⁵⁰。

¹⁴⁶ Srinivasan, *supra* note 17, at 409-10.

¹⁴⁷ Campbell, *supra* note 112, at 6.

¹⁴⁸ Arcara, 478 U.S. at 698-702, 707.

¹⁴⁹ 參照同註129。

¹⁵⁰ Arcara, 478 U.S. at 702, 705. (認為本案被管制的性活動和O'Brien案的焚燒徵



Srinivasan指出這樣的詮釋無法融貫於法院實踐¹⁵¹，前文也已充分討論這個模式的難題，不再贅述。法院的第二種說法，似乎著眼於管制對於溝通環境的影響，因為法院認為言論自由的審查也「……適用於某些針對非表意活動、但對憲法增修條文第1條所保障的活動造成不相稱（disproportionate）負擔的規定。」¹⁵²書店主張系爭管制對賣書造成負擔，法院則對負擔的嚴重性存疑，認為這是過度誇大的說法¹⁵³。

雖然被提到的附隨負擔只有賣書，但我們可以想像系爭管制對於溝通環境的影響絕不僅只於此。有鑑於本案背景，關閉這間書店，也會使得某些情色作品的觸及率降低、剝奪某些群體對抗主流性道德的舞台，甚至誰敢說這不會減少某些思想啟發呢？諸如此類的可能性不一而足，但法院的回應可能會是一樣的：一個授權關閉特定處所的公衛法規固然會對溝通環境造成諸種影響，但其影響程度尚不足以觸發言論自由，否則任何管制都可能變成言論自由問題。因此Arcara案隱含了這樣的看法：就算管制沒有不當動機疑慮，也會因為對溝通環境（而非特定表意行為）的影響到達某個門檻而觸發言論自由，這個門檻有時也被評論者稱為「影響具『實質重要性』（substantial）」¹⁵⁴。

然而去判斷影響的實質重要性，就意謂著某種利益衡量，對於這個路徑的質疑主要來自動機論。法院內的代表是Antonin Scalia大法官，他主張言論自由的觸發首重不當動機，附隨負擔原則上不生

兵證不同，並非表意行為。）

¹⁵¹ Srinivasan, *supra* note 17, at 412-13.

¹⁵² Arcara, 478 U.S. at 704.

¹⁵³ *Id.* at 705-06.

¹⁵⁴ Srinivasan, *supra* note 17, at 414; Dorf, *supra* note 128, at 1210; Geoffrey R. Stone, *Content-Neutral Restrictions*, 54 U. CHI. L. REV. 46, 114 (1987).



言論自由問題，且應盡可能地避免利益衡量¹⁵⁵。Rubenfeld說言論自由法學中的利益衡量「使法官變成立法者，在違憲審查的偽裝下進行純粹的政策評價。更糟的是，它背叛了憲法增修條文第1條的基本承諾。」¹⁵⁶Srinivasan則認為，這將迫使法院在每個案件中都去思考管制影響是否足以觸發言論自由，且量化有其困難，易淪為任意臆測。即使不考慮這些「言論自由過載」（First Amendment overload）的狀況，此等結果論也無法合理解釋某些情況。以United States v. Albertini為例，系爭管制授權軍事基地指揮官將某些不受歡迎人物列入禁止再度進入的黑名單，Albertini因此無法在基地開放日入場抗議，法院認為這是對言論造成附隨負擔的非針對內容管制¹⁵⁷。Srinivasan提出了這樣一個問題：如果Albertini前往基地途中因超速而被攔阻，那麼速限規定一樣會使他無法到場抗議。在兩種管制都可能造成相同結果的情況下，為何系爭管制涉及言論自由，而速限規定則否¹⁵⁸？

所以Srinivasan提出另一種詮釋：儘管一般法律規定在立法之初通常沒有不當動機，但某些管制在執行面更易為不當動機所用。正是這樣的風險而非管制的影響造成了關鍵差異，也為法院實踐提供了合理解釋。例如，我們很難想像意識形態理由如何影響超速執法，但軍事基地的禁入名單就可能用來過濾不受歡迎的言論。Clark案中的公園管理規則涉及多種活動，其執行必涉及管理者對相關活動的內容認識，因而有相當的不當動機風險。至於Cowles Media案中的禁止承諾原則是個人所發動，所以沒有不當動機的

¹⁵⁵ *Barnes*, 501 U.S. at 578-80 (Scalia dissenting). 這樣的想法也明確地體現在 Scalia處理宗教自由的Employment Division v. Smith, 494 U.S. 872 (1990).

¹⁵⁶ Jed Rubenfeld, *A Reply to Posner*, 54 STAN. L. REV. 753, 753 (2002).

¹⁵⁷ *United States v. Albertini*, 472 U.S. 675, 677-79, 687-88 (1985).

¹⁵⁸ Srinivasan, *supra* note 17, at 414-15.



介入空間¹⁵⁹。對Srinivasan來說，言論自由的另一個觸發要素還是不當動機，只是從實存的不當動機前移到不當動機風險，所以整個言論自由的觸發都可以化約為不當動機疑慮。

動機論反對以管制影響作為另一個觸發要素的理由，主要著眼於這樣的影響難以測度，最後可能變成憲法增修條文第1條所不樂見、法院自己也極力避免的意識形態衡量。Kagan生動地描述了這個狀況：法院並非不在意管制的影響，而是以動機搜獵作為一種「代理」（proxy），用它來替代對管制影響的直接判斷。這注定不會是一個精確的方式，但可能是法院所能找到的最佳方式¹⁶⁰。衡量（balancing）與絕對論（absolutism）曾是美國言論自由法學舊日的爭論¹⁶¹，而絕對論在這個對壘中的地位，或許已經被動機論所取代。我們有像Rubenfeld這樣的「絕對動機論」者，認為憲法增修條文第1條只關於政府動機而不涉衡量¹⁶²；亦有評論者一方面明確認識到動機論對於法院實踐的解釋力，另一方面以利益衡量對動機論提出挑戰¹⁶³。值得注意的是，衡量與動機論的爭論，通常發生在內容中立性的脈絡，但在這裡我們可以看到，即便是言論自由保障範圍的問題，一樣存在這兩種立場的對壘。

從合理詮釋的角度來看，不當動機疑慮必然是言論自由最重要的觸發要素，現在的問題在於，管制影響／利益衡量是否構成了另

¹⁵⁹ *Id.* at 415-20.

¹⁶⁰ Kagan, *supra* note 10, at 509.

¹⁶¹ 關於衡量與絕對論參閱Stone, *supra* note 23, at 275-76.

¹⁶² Rubenfeld, *supra* note 17, at 779.

¹⁶³ 參閱如Erica Goldberg, *Free Speech Consequentialism*, 116 COLUM. L. REV. 687, 695-715 (2016); Lawrence Rosenthal, *First Amendment Investigations and the Inescapable Pragmatism of the Common Law of Free Speech*, 86 IND. L.J. 1, 32-60 (2011).



一個要素。動機論對於管制影響的判斷戒慎恐懼有其道理，但是說言論自由的觸發完全排除了利益衡量，似乎不太現實。以Arcara案為例，Harry Blackmun大法官的不同意見就質疑，書店可能面臨選擇性執法、管制可能用來壓抑某些不受歡迎的言論，而且防治公開性行為可以有更針對的方式，不需要關閉整間書店¹⁶⁴。同為一般法律規定，系爭管制的不當動機風險和管制影響都明顯高於速限規定，為什麼多數意見選擇不開啟言論自由的審查標準？合理的解釋或許是這樣：除非瑕疵過於明顯，否則法院不願讓一般性的公衛規定涉入言論自由，因為這可能造成過大的司法負擔，防疫規定就是最容易想像的例子。

Clark案是另一種例子。禁止露宿的規定固然不同於速限，更可能因為政府對於活動內容的認識而被差異執行，但想像一下其它常見的公園管理規則：禁止烤肉、禁止隨地便溺和禁止塗鴉。為什麼它們同樣限制了潛在的表意活動，在執行面有同樣的不當動機風險，但極可能被認為無關言論自由？這是否涉及我們願意付出多少代價來容忍哪些活動被當成言論，亦即在判斷言論自由觸發與否的初始，就已經開始進行利益衡量？Srinivasan認為衡量管制影響會使得太多案件都進入言論自由視野，然而單就這點來說，動機論未必有多大的不同。反倒是某種全面性的利益衡量，有助於我們進行初步過濾，免於所謂的太費工問題。

如果利益衡量無所不在，那是否意味著動機論只是表象，骨子裡都是衡量？其實這兩種立場未必要理解為互斥關係，美國言論自由法學的發展本來就不是朝向單一理論或標準，而是以更精細的結構來調和不同目標與價值。動機論對於利益衡量的警戒是重要的，不等於利益衡量必須以最極端的方式被排除；利益衡量的存在是現

¹⁶⁴ Arcara, 478 U.S. at 710-12 (Blackmun dissenting).



實的，不等於除了不受限制的利益衡量以外別無它物。本文認為法院實踐事實上已經發展出更細緻的處理方式，可以從三個方向來觀察。

2. 法院實踐的複合結構

(1) 當管制有明確的不當動機疑慮

總結前文的討論，此時無論被管制的「言論」是不是憲法上的言論（例如R.A.V.案的挑釁性言論）、是否為表意行為或認定困難（例如Heffernan案中被誤認的行為、Alvarez案的錄音和抽象藝術相關問題）、管制造成的實際負擔為何（例如Minneapolis Star & Tribune案的油墨紙張稅），都會觸發言論自由。換句話說，至少在管制有明確不當動機疑慮的情況下，動機論是壓倒性的，包括利益衡量在內的其它因素，幾乎都無法動搖言論自由觸發與否的判斷。

(2) 當管制的不當動機疑慮不甚明確

Stone曾指出，非針對內容的中度審查其實是一種個案利益衡量，並從案例中整理出10個衡量指標¹⁶⁵。有趣的是，從前文的分析也可以發現，其中幾個指標同樣會出現在言論自由觸發與否的判斷中，例如受影響的表意人是否有其它表意管道、管制利益是否有傷害更小的達成手段¹⁶⁶、管制是否涵蓋傳統上被允許的表意手段等等¹⁶⁷。除此之外，Stone也將不當動機風險列入，或許我們可以

¹⁶⁵ Stone, *supra* note 23, at 291.

¹⁶⁶ *Arcara*, 478 U.S. at 705, 710-11 (Blackmun dissenting).

¹⁶⁷ 例如前述幾種公園管理規則的比較。同時我們也可以注意到，觸發言論自由的並非表意行為本身，而是對系爭管制可能涵蓋的表意行為類型所進行的利益衡量。或許有人會質疑，這不正代表我們還是需要某種先行的言論概念，來判斷言論自由的觸發嗎？關於這點詳見下述「參、三、傳統路徑的意義」。



這樣理解：當管制的不當動機疑慮不明顯但也無法排除時，往往會和這些指標一起進行衡量。另一個Stone沒提到，但在這個衡量中可能也有相當影響力的要素，應該還包括司法經濟考量。這些衡量的著眼點，可以概括為「管制對於整體溝通環境的影響」，在管制的不當動機疑慮不甚明確時，接管了是否涉及言論自由的判斷。

(3) 一般法律規定的例外

一般法律規定是典型欠缺明確不當動機疑慮的管制。法院如何認定其中某些涉及言論自由，並為其創設例外，提供了另一個重要的觀察角度。

Rubinfeld宣稱法院「未曾給予一般法律規定言論自由例外」¹⁶⁸，其實並不正確，因為至少在競爭法、侵權和隱私保護規定上，我們可以看到相反的例子。雇請公關公司偽裝成不相干的第三方來進行打擊對手的公關活動，本來可能是觸犯Sherman Act的不正商業手段，但它同時是有特定立法訴求的政治活動時，就不再屬於該法的涵蓋範圍¹⁶⁹。造成精神傷害的行為，會因其具備公共言論的性質而免於侵權責任¹⁷⁰；以激烈手段迫使白人商家支持族群平等訴求的抵制活動（boycott），也因為公共言論的特徵而免於本來可能發生的侵權責任¹⁷¹。保護隱私的規定可以禁止揭露不法監聽取得的溝通訊息，但涉及公共事務的內容不在此列¹⁷²。New York Times Co. v. Sullivan可能是這個類型中最著名的例子，最高法院為誹謗侵

¹⁶⁸ Rubinfeld, *supra* note 156, at 762.

¹⁶⁹ Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc., 365 U.S. 127, 140-41 (1961).

¹⁷⁰ Hustler Magazine, Inc. v. Falwell, 485 U.S. 46, 53-56 (1988); Snyder v. Phelps, 562 U.S. 443, 453-55 (2011).

¹⁷¹ NAACP v. Claiborne Hardware Co., 458 U.S. 886, 907-11 (1982).

¹⁷² Bartnicki v. Vopper, 532 U.S. 514, 533-34 (2001).



權創設了這樣的例外：若誹謗言論是針對政府官員或公眾人物，唯當原告能證明被告有真正惡意（actual malice）時，被告才負侵權責任¹⁷³。

對於這些經常出現在個案「適用違憲」（unconstitutional as applied）的處理方式，Alexander提出了非常精闢的分析：法院宣告規則R適用於情況C₁、C₂、C₃……C_n，但不適用於C₄和C₅，亦即將R修正為新的規則R'¹⁷⁴。這也可以理解為R因為言論自由考量而被創設了例外，這個考量就是R對溝通環境所帶來的過大影響。進一步說，我們可以注意到兩點：

①這類案例最重要的意義，其實不在於個案中的行為性質，而在於該個案讓法院注意到，系爭管制的附隨效果可能影響過廣，因而有必要限縮適用範圍。可以想像的是，並非抵觸任何一般法律規定的表意行為都會開啟這個思考層次，由此可以再次看出，言論自由的觸發其實是從管制影響所進行的利益衡量。

②管制對於公共言論的附隨負擔，可以說是這類案例的共通考量，然而法院明確地避免對個案中的言論品質進行實質審查，而是劃出了一個極為寬泛、形式性的公共性判準¹⁷⁵。個案的言論價值

¹⁷³ New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254, 279 (1964).

¹⁷⁴ Larry Alexander, *There Is No First Amendment Overbreadth (But There Are Vague First Amendment Doctrines); Prior Restraints Aren't "Prior"; and "As Applied" Challenges Seek Judicial Statutory Amendments*, 27 CONST. COMMENT. 439, 447-49 (2011).

¹⁷⁵ 例如在Falwell案，法院承認影射公眾人物亂倫的滑稽模仿廣告，最多只能稱得上是政治諷刺漫畫的「遠親」，但並不認為可以在這裡劃出一條公共／非公共言論的明確界線而不危及言論自由（Falwell, 485 U.S. at 55）。在Snyder案，法院認為「神恨美國／為了9/11而感謝神」、「為了死去的士兵而感謝神」、「牧師強暴男孩」之類的標語固然稱不上是細緻的社會政治評論，但仍無損其公共性（Snyder, 562 U.S. at 454-55）。Eastern Railroad案中的公共言



並沒有成為利益衡量的指標，而且這是法院有意為之的結果。

從對藝術與胡言亂語的發想到法院實踐的回顧，最後我們應該可以得到這樣的結論：言論自由作為對抗特定管制的權利，是更合理而融貫的詮釋。觸發言論自由的首先是管制的不當動機疑慮，不當動機疑慮不明時，則是以管制對於整體溝通環境的影響為判準。後者無可避免的是一種利益衡量，但這樣的衡量是對於管制後果的評估而非言論價值的判斷。即便法院屢屢將公共言論納入考量，這個考量也是一般性地限縮管制構成要件對於公共言論的涵蓋，而非個案性地從系爭言論的內容來決定它是否豁免於一般法律規定。

參、言論自由作為對抗特定管制的權利：規範性觀點

前文主要從描述／分析性觀點，說明言論自由作為對抗特定管制的權利為什麼是更好的詮釋。這樣的討論並非不涉及規範性問題，因為尋求合理融貫詮釋的過程，已然涉及評價。

但如果關懷終將回到我們自身的法律環境，回到「我國法制應如何理解言論自由的性質」，那麼前文的討論將面對強度更高的規範性檢驗。畢竟美國法並非我國法，因此「吻合法院實踐的最佳詮釋」不再是令人滿意的終點，它的前提與成因都必須被攤開來重新

論，是鐵路運輸業者為了打擊卡車貨運，雇請公關公司營造不利於對手的輿論，要求政府正視卡車造成的道路破壞及交通風險。法院認為，公共言論並不以目的純正為條件，用以追求自身利益既不是非法、亦非不尋常。使用第三方技術（third-party technique）的公關活動固然有違商業倫理，也不會因此失卻公共言論的性質（*Eastern Railroad*, 365 U.S. at 131-32, 138-39, 140-41）。法院自我節制的背後，是要避免自身成為變相的意識形態管控者，Johnson案案法院論及是否該給予某些象徵物特殊地位時，就將這種立場說得很清楚：「如果這樣做，我們將參照自己的政治偏好，將其以憲法增修條文第1條所禁止的方式強加於人民。」（*Johnson*, 491 U.S. at 417）



檢視。對於這個涉及比較法方法的問題，本文無意訴諸一般性的大理論，只主張兩個較小的命題：第一，言論自由作為對抗特定管制的權利並非偶然的產物，它是在特定技術事實條件下實現特定規範性要求的最佳方案。第二，如果我們面對的是同樣的條件和要求，這個模式對我們來說可能也會是最佳方案。

第一個命題會在這裡討論，第二個命題則放在下一部分。為了讓第一個命題更具說服力，本文也必須澄清它所伴隨的誤解，並解析傳統路徑（言論自由作為保護特定行為的權利）受通說偏愛的原因及意義。

一、為什麼這是最佳方案

動機論明確無疑地彰顯了言論自由背後的規範性要求，徹底形塑了言論自由的形式結構，正是它使得言論自由更像對抗特定管制而非保障特定行為的權利。在升級的規範性視角下，動機論的澄清與證立，顯然會是首要問題。

對於這個可以串接不同言論自由理論因而有強大說服力的論據¹⁷⁶，Schauer也用「政府不適格」（governmental incompetence）的概念來加以說明¹⁷⁷，我們可以進一步梳理出它的兩大基礎：一是政府作為政治權力競爭的當事人。有志於政治權力的人，正是那些會因為言論而有最大得失的人；更直白地說，言論作為民主制度中取得權力的競技場，政府的言論管制注定有球員兼裁判的嫌疑，Schauer甚至以法諺「任何人不得為涉己案件之裁判」來比擬這個情況¹⁷⁸。和當事人命題一體兩面的，則是Vincent Blasi所說的防弊價值

¹⁷⁶ SCHAUER, *supra* note 1, at 86.

¹⁷⁷ *Id.*

¹⁷⁸ *Id.* at 82.



(checking value)，亦即言論自由是用來防止政府的權力濫用¹⁷⁹。二是自由主義的基本理念。原則上我們不可能容忍政府一般性地規定正確的品味或信念，這正是Robert Jackson大法官所說的美國憲法星座中的「固定恆星」(fixed star)¹⁸⁰，也展現為言論自由的反家長主義(anti-paternalism)傾向¹⁸¹。兩者處於互補關係：一來政府對品味信念的干預，本來就可能發展為當事人的權力濫用¹⁸²；二來即使在此等風險甚微的情況下，這類干預一樣屬於最嚴重的權利侵害。

值得注意的是，政府不適格並非新穎的理論¹⁸³，本文認為這是從消極論證(negative justification)解決積極論證(positive justification)的難題時，必然會得出的結果。積極論證嘗試從正面說明，將什麼樣的活動或客體作為言論來保障，是為了實現什麼樣的價值、有什麼樣的益處；消極論證並不直接回答這些問題，而是從反面設想，如果不將某些管制視為言論自由問題，會發生什麼樣的弊害、我們能否接受這樣的結果¹⁸⁴。

¹⁷⁹ Vincent A. Blasi, *The Checking Value in First Amendment Theory*, 2 AM. B. FOUND. RES. J. 521, 527 (1977).

¹⁸⁰ *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624, 642 (1943).

¹⁸¹ 關於法院實踐中的反家長主義，參閱Dale Carpenter, *The Antipaternalism Principle in the First Amendment*, 37 CREIGHTON L. REV. 579, 584-614 (2004).

¹⁸² 例如在*Cohen v. California* (403 U.S. 15, 26 (1971))，法院先是明確指出風格品味問題不能由政府來決定，再指出這樣的管制可能被用來壓抑不受歡迎的想法。

¹⁸³ 如果著重於政府不適格的防弊面向，那麼依據Blasi的研究，它或許是最早成型的言論自由理論(Blasi, *supra* note 179, at 529-44)。

¹⁸⁴ 關於消極論證參閱SCHAUER, *supra* note 1, at 80-85; Ronald A. Cass, *The Perils of Positive Thinking: Constitutional Interpretation and Negative First Amendment Theory*, 34 UCLA L. REV. 1405, 1438-65 (1986); Steven G. Gey, *The First Amendment and the Dissemination of Socially Worthless Untruths*, 36 FLA. ST. U.



在積極論證下，每一種理論都會碰到難以說明的反例。人類歷史一再告訴我們，開放的討論不保證得出真理，有助於發現真理的東西也包括言論以外的一般性活動（例如「行萬里路勝讀萬卷書」），甚至連真理的定義都是爭論不休的問題。如果言論的特殊性在於民主功能，那為什麼不像Robert Bork所建議的，將言論自由限於明確的政治意見，排除文學、科學、教育和商業性表達？後者固然可能影響公共意見，但幾乎任何東西皆是如此¹⁸⁵。尤有甚者，如果言論自由的基礎是民主，為什麼我們不能接受合法民主程序設立的真理局，或授權類似管制？自主性論據最常受到的批評，在於任何人類活動都涉及自主性，因此它無法將言論從其它自由權中區別出來。如果說區別在於言論對於自我實現的特殊重要性，在尊重自我決定的前提下，我們又怎麼能替所有人斷定言論必然是最重要的活動？

積極論證的難題，似乎都可由消極論證化解。或許我們永遠無法對真理的性質和條件達到理論層次的共識，但我們都知道真理局不能存在。公共對話對民主來說當然是重要的，但從簡單的歸謬法就可以知道，言論自由若僅及於明確的政治意見，將造成多可怕的後果。或許有10種民主理論就有10種言論自由觀點，我們未必能在積極面決定哪一種理論最好，但至少可以從消極面確定底線：民主

L. REV. 1, 16-22 (2008); Toni M. Massaro, Helen Norton & Margot E. Kaminski, *SIRI-OUSLY 2.0: What Artificial Intelligence Reveals About the First Amendment*, 101 MINN. L. REV. 2481, 2491-96 (2017). 此外，法院曾說過的工具性保障（*United States v. Alvarez*, 567 U.S. 709, 751-53 (2012) (Alito dissenting)），常見的滑坡論證和寒蟬效應，甚至是安全閥理論（Thomas I. Emerson, *Toward a General Theory of the First Amendment*, 72 YALE L.J. 877, 885 (1963)），其實都算是某種消極論證。

¹⁸⁵ Robert H. Bork, *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, 47 IND. L.J. 1, 27-28 (1971).



對於言論自由的廢棄，將導致自身喪失最低限度的功能，亦即對政府權力的監督控制¹⁸⁶。或許我們的確不知道、也無權決定言論對於每一個人的意義，但歷史告訴我們，由國家權力對思想、信念、品味和情感的表達與形成進行組織性地操控，終將造就沒有人能逃離的人性牢籠。

林子儀曾引用Steven Shiffrin的看法指出，消極論證僅具補充性質，言論管制的惡害之所以必須特別認真看待，仍是因為言論特有的價值¹⁸⁷。然若深入思考，會發現消極論證未必如此高度依附於積極論證。就像我們大可懷疑開放討論的結果是否比菁英判斷更正確，但同時承認政府對於真假對錯的管制可能導致更糟糕的後果；認識言論管制的惡害，不等於接受積極論證所主張的價值。事實上，正是因為消極論證可以和積極論證保持距離，所以獲得了更高的說明力：荒謬至無法理解的胡言亂語、緬懷集權懷疑民主的論述乃至於謊言，都不會因為欠缺積極論證所描述的價值而當然外於言論自由保障。這個符合直覺與實踐的現象可由消極論證輕易解釋，卻不易由積極論證說明；而且越是訴諸具體特定的積極論證，理論間的衝突就越大，也越難將它們涵蓋解釋。

¹⁸⁶ 例如Blasi質疑，美國的民主是否真的允諾了Post所描繪的高度參與願景（更重視「輸入」），抑或更像是避免政府偏離民意、濫用權力的機制（更重視「輸出」）（Vincent A. Blasi, *Democratic Participation and the Freedom of Speech: A Response to Post and Weinstein*, 97 VA. L. REV. 531, 533-34 (2011)）。這樣的分類當然還可以連結到更複雜的民主理論系譜，不過我們無須在此深入這個問題。本文要指出的是，Blasi的防弊價值或許代表了民主的「下限」，而Post的參與式民主提出了「如何更好」的方向。無論偏好哪一種民主理論，失卻「下限」就等於失去民主，這正是消極論證看待言論自由與民主的態度。

¹⁸⁷ 林子儀，言論自由導論，同註54，頁130-31。STEVEN H. SHIFFRIN, *THE FIRST AMENDMENT, DEMOCRACY, AND ROMANCE* 177 n.35 (1990).



為什麼消極論證可以獨立成為一種更具解釋力的說法，而且大致符合規範性直覺？本文認為答案就在於政府不適格。言論管制的惡害，不僅在於個案中言論被壓抑所造成的損失，更在於這個逾越性的國家行為本身。個別言論有什麼價值，固然是可以討論的問題，但無論它們的價值為何，出於意識形態理由的管制本身就已經構成了最嚴重的惡害，所以在很多狀況下根本無須糾結於積極論證¹⁸⁸。政府不適格不只提供了迴避積極論證的選項，甚至在相當程度上「要求」如此，這表現在法院對於公共言論界定的謙抑自制——因為積極地去判斷言論價值，並非法院該做的事情¹⁸⁹。

消極論證並不否定積極論證，積極論證亦非毫無作用，只是在政府不適格的前提下，積極論證只能以謙抑的方式作用，正是在這個意義下，本文主張言論自由法學的起點是消極而非積極論證。例如，當政府因為某些內容可能引發晦暗情緒而予以管制時，無論這個內容是自然人還是演算法的產出結果，都會觸發最嚴重的言論自由問題，但前者可能因為自主性論據的額外支持，而在某些特殊狀況下更容易受到言論自由的終局保護。又例如，法院以公共言論作為一般法律規定的例外，當然是民主論據作用的結果。然而政府不能替人民決定什麼是真正的自主性，從而以「不利於自我實現」為名來管制晦暗思想；民主論據不能要求法院依據特定民主理論的立場，從內容細節來決定言論是否具公共性。

至於技術事實條件，則是人類共通的思想溝通能力所形成的幾個現象。第一，能夠刺激我們的情感與聯想、進而形塑或改變品味

¹⁸⁸ 這也體現在美國言論自由法學的釋義結構：不受保障的言論僅限於幾種固定類型，對於它們的管制若超出了它們之所以不受保障的理由，一樣會有內容中立性問題（參照前揭前揭「貳、二、(二)不受保障的言論」）。

¹⁸⁹ 參照同註172。



與信念的東西，絕不限於刻意為之的表意行為或訊息明確的客體，此點已由前文許多的例子反覆說明。這個現象或可稱為「意義的自主性」（the autonomy of meaning）¹⁹⁰，意思是說，意義的構成並不限於特定的溝通意圖或既有成規，而是可以在集體意識中不斷自行發展，迷因（meme）就是最典型的例子。第二，不僅任何行為都可以作為表意行為，甚至任何規範都同時創造並限制了相應的表意行為，因為「不遵守」就可以作為對該規範最鮮明的抗議方式¹⁹¹。以上兩點共同導向了我們已經知道的第三點：幾乎任何管制都影響言論，都對溝通環境造成影響。本文將這三個現象合稱為「言論的不定性」（indeterminacy of speech）。

政府不適格和言論的不定性，就已經決定了言論自由是對抗特定管制而非保護特定行為的權利。言論的不定性，會使得任何以特定行為或客體來尋求言論自由保障範圍的方法，在包含過廣或包含不足的窘境中迴圈。如果要找出另一種方法，而政府不適格又是言論自由法學的起點，那麼從管制的特徵著手就成為最合理的選擇，這便體現為動機論。

然而單以不當動機疑慮作為觸發要素並不足夠，一個不當動機疑慮甚微的一般法律規定，仍可能對溝通環境造成過大影響¹⁹²，因此管制對整體溝通環境的影響必須作為另一個觸發要素。在某些情況下，法院已經對某些管制類型做出固定評價，甚至形成釋義規則，例如「公共論壇」（public forum）就是典型的例子。任何在公園、街道等傳統公共場域大規模禁止溝通活動的管制，就算是關

¹⁹⁰ 這個用語借自Donald Davidson, *Moods and Performances, in INQUIRIES INTO TRUTH AND INTERPRETATION* 109, 113-14 (1984).

¹⁹¹ *Barnes*, 501 U.S. at 576 (Scalia concurring).

¹⁹² 類似看法參閱Goldberg, *supra* note 163, at 714. Shiffrin認為動機論不是言論自由的唯一考量，也是出於類似理由（SHIFFRIN, *supra* note 187）。



於環保或治安的一般性規定，都會直接被斷定為涉及言論自由且需接受嚴格審查¹⁹³。但這僅屬於少數特例，更常見的情況如同前文分析，法院必須從全面但不深入內容評價的利益衡量，來決定系爭管制是否觸發言論自由。因此不當動機疑慮和管制對於整體溝通環境的影響，就成為了最佳組合。

二、誤解與澄清

釐清了規範性背景，現在我們可以進一步澄清這個路徑所遭遇的兩種誤解和批評。

(一)關於管制動機

管制「動機」經常被認為是某種事實上的心理狀態。心理狀態本來就是最難驗證的事實類型之一，而管制動機又涉及多數個體，這使得動機論陷入最艱難的認識困境。例如Kent Greenawalt說法院「無法輕易地探知個別立法者的秘密動機」¹⁹⁴，蘇慧婕則對於法院能否在個案中識別管制動機存疑¹⁹⁵。特別值得注意的是Campbell，他承繼了Adler的洞見，清楚指出言論自由有對抗特定管制的面向，會因為管制端而非表意人端的特徵而觸發，但刻意迴避了這個特徵的動機論詮釋，而是選擇將其理解為「管制是否針對

¹⁹³ Hague v. Committee for Industrial Organization, 307 U.S. 496, 515-16 (1939); Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association, 460 U.S. 37, 45 (1983). Schauer曾指出，「公共論域」是一般法律規定的特例，因為它直接讓一般法律規定面對最嚴格的審查標準（Schauer, *supra* note 128, at 788-89）。這個特例的成因，顯然是因為這類管制無論有沒有不當動機，都對溝通環境造成過大影響。

¹⁹⁴ Greenawalt, *supra* note 54, at 165.

¹⁹⁵ 蘇慧婕，言論管制的中立性——美國雙軌理論和德國一般法律理論的言語行為觀點分析，載：憲法解釋之理論與實務(九)，頁201-269，2017年4月。



言論（促成行為）」（本文所說的「弱意義」），就是為了避免心理狀態難題¹⁹⁶。

這些擔憂都是正確的——如果「動機」真的是心理狀態。然而就像Matthew Kramer近來所指出的，將法律的「目的」（purpose）當成心理狀態，其實是一種誤解¹⁹⁷。或者退一步說，至少言論自由法學中的「動機」並非如此。既然如此，為何無論法院還是某些評論意見（包括本文），都免不了「有沒有」不當動機之類的措詞？如果不當動機不是一種心理狀態，又如何能夠「存在」？動機論無法迴避這個略帶哲學意味的問題，因為它可能是困擾的來源。

要回答這個問題，可以先從法院使用的動機概念著手。近來已有評論者指出，在壓倒性多數的言論自由案例中，法院採用的是「必要動機」¹⁹⁸。必要動機的判準可以簡單濃縮為這樣一句話：**就系爭管制所要處理的問題來說，意識形態理由是否造成了管制發生與否的差異。**在某些案例中，政府的意識形態理由是顯明的（例如Johnson案），此時動機判斷不會是什麼難題。但在另一些案例中，不當動機可能隱晦不明、又或是和其它影響判斷的事實混雜在一起，必要動機就會發揮它的功能。例如在Eichman案，立法者已經移除構成要件中明顯可見的意識形態理由，為什麼仍被認為有不當動機？雖然法院的說法較為迂迴，其實簡單說就是這樣：如果沒

¹⁹⁶ Campbell, *supra* note 112, at 8, 16, 48.

¹⁹⁷ MATTHEW H. KRAMER, FREEDOM OF EXPRESSION AS SELF-RESTRAINT 48 (2021). Kramer提出了客觀化、脈絡化的動機理解方式，與本文的建議有若干吻合之處。

¹⁹⁸ Andrew Verstein, *The Jurisprudence of Mixed Motives*, 127 YALE L.J. 1106, 1137-39, 1170 (2018). 這也完全符合Kagan早年的洞見（Kagan, *supra* note 10, at 439）。關於必要動機在美國言論自由法學中的操作，參閱程源中，同註11，頁86-95。



有意識形態理由，我們無法想像為什麼會動用刑罰來維護國旗的物理完整性。又例如，為了避免反墮胎團體對求診者的干擾，而在墮胎診所周遭頒布的禁制令和禁制區，怎麼看都像是針對特定意見的管制，為什麼未被認為有不當動機¹⁹⁹？在 *Hill v. Colorado*，法院認為區別言論類型的管制未必有不當動機，問題在於這樣的管制是否是用來處理某類問題、卻對會引發同類問題的言論差別待遇²⁰⁰。在 *McCullen v. Coakley*，面對「為何管制只針對墮胎診所」的質疑，法院的回應是「類似的重複性問題顯然並未發生在其它類型的醫療處所」²⁰¹。綜合這些說法，其實法院運用的就是必要動機，我們可以將法院的判斷更清楚完整地表達如下：就處理墮胎診所周邊的就診障礙來說，意識形態理由是否造成了系爭管制發生與否的差異？為此我們必須想像，如果在不涉墮胎爭議的它類診所發生了類似問題，同樣的管制手段是否一樣會被動用²⁰²？答案應該是肯定的。這說明了關於墮胎意見的意識形態理由並未造成管制發生與否的差異，所以沒有不當動機。

那麼不當動機究竟是不是一種心理狀態？這可以分兩種情況討論。如果就客觀事實來說，我們無法想像意識形態理由不是管制發生與否的變因，這樣的管制當然很可能投射出管制者事實上的心理

¹⁹⁹ *Madsen v. Women's Health Center*, 512 U.S. 753 (1994); *Schenck v. Pro-Choice Network of Western New York*, 519 U.S. 357 (1997); *Hill v. Colorado*, 530 U.S. 703 (2000); *McCullen v. Coakley* 573 U.S. 464 (2014). 在這一系列同類型案例中，有時系爭管制會因為非針對內容的中度審查被宣告部分違憲，但整體而言都沒有被認為是針對內容的管制。

²⁰⁰ *Hill*, 530 U.S. at 723.

²⁰¹ *McCullen*, 573 U.S. at 481-82.

²⁰² 例如我們可以想像，任何一種基於宗教、科學、文化或道德信念，而堅決反對某類醫療方式（如跨性別手術）的社會運動，它和反墮胎活動一樣，在相關醫療服務的處所周遭造成了類似的求診障礙。



狀態。然而這只是高度的可能性而非必然。有沒有可能，立法者其實根本沒想太多，是對相關事實或知識的無知或誤判，導致了這樣的外顯結果？又或者是，少數立法者出於意識形態理由，利用策略或同僚的疏忽怠惰，通過了有問題的法律？當然都無法排除。所以管制的不當動機很可能、但不必然是一種心理狀態，而且也未必是整齊劃一的心理狀態。

然而糾結於是否為心理狀態，其實見樹不見林。動機論是從政府不適格觀點所進行的權力限制，因此關鍵不僅在於管制者的主觀心理狀態，更在於管制所帶有的某些客觀特徵，使其成為最不適宜由政府所進行的干預。透過必要動機所篩濾出的不當動機，如果剛好對應了管制者事實上的心理狀態，固然沒什麼疑問；但就算這個結果未必對應管制者真正的心理狀態，也無礙言論自由的觸發。動機論並不是要對管制者進行良心譴責，而是要確保那些最危險的政府權力運用，受到同等高度的審查。因此當某管制具備這樣的特徵時，即便這可能只是出於疏失或其它不幸的偶然，憲法都必須明確釋放出這樣的訊息：這就是憲法最在意、因而必須受到最高度審查的管制類型。一方面這是最審慎的態度節制最危險的權力使用，另一方面則是以明確的訊息導引政府行為。

確立了這點，還可以連帶回答兩個問題。第一，有不當動機疑慮的管制往往也明顯不合理，無法通過其他基本權更低度的審查標準。既然如此，何需殺雞用牛刀，動用言論自由？從政府不適格的立論基礎來看，如果言論自由其中一個最重要的面向，是作為民主憲政底線而加諸政府的客觀規範，問題就不應局限於「哪一種方法即可讓系爭管制違憲」，還需考慮言論自由特有的理念與審查標準，是對於踩線行為最清楚有力的警告。第二，為什麼不用管制利益取代動機判斷？重大明確的管制利益通常可以說明系爭管制的不當動機疑慮甚微，但不必然如此。例如對於挑釁性言論的管制，為



了市容及安全而優先削減商業性送報箱（newsrack）的管制，以及要求罪犯將描述自己犯行的創作所得存放代管帳戶、以利犯罪被害人優先受償的管制，都有明確正當的管制利益，但最後都因為不當動機疑慮而被最高法院宣告違憲²⁰³。在緊接著的段落也會說明，即便是那些對應了長期被認可的管制利益而相對「安全」的管制類型，一樣可能發生不當動機問題。

或許可以這樣說：管制「有」不當動機的真正意義，是它無法通過必要動機的檢驗。至於這個結果是否等於事實上的心理狀態，並不是決定性的問題。無論稱之為動機、理由或目的，這些用語多少會令人聯想到心理狀態而帶有誤導性，但只要我們知道動機論背後的政府不適格立論，這樣的誤導性並不構成問題。

（二）關於國家的中立性

政府不適格理論似乎要求嚴格的國家中立性，這是否脫離現實？以關於真假對錯的管制為例，Paul Horwitz就指出，對詐欺、誹謗和虛假誤導之商業言論之限制，都是基於言論內容真假而發動²⁰⁴，類似的還有偽證、食藥標示等相關規定。這些管制不僅能通過言論自由檢驗，有時甚至根本不會進入言論自由視野。另外我們也知道，學校免不了要決定什麼是正確的知識、進行某種程度的政治意識形態教育，政府機關會選擇某些科學或藝文著作來獎勵補助，學術機構的工作幾乎就是在判斷言論價值。先不論這些情況可能涉及哪些複雜的言論自由問題，無論從現實還是規範面來思考，它們都不會因為「不中立」而被全部抹煞。

²⁰³ 關於這幾個案例的說明與比較，參照前揭「貳、二、（一）不受保障的言論」，以及程源中，同註11，頁73-81。

²⁰⁴ Paul Horwitz, *The First Amendment's Epistemological Problem*, 87 WASH. L. REV. 445, 451-52 (2012).



如果政府不適格的基礎僅在於抽象的自由／反家長主義，那它的確無法充分證立言論自由法學的理论與實踐。即便是最強調個體的自由主義者，都不會否認國家必須進行最低限度的內容管制。儘管如此，我們不能忘記政府不適格的另一個基礎——政府的當事人地位，它將抽象的政治哲學理念拉回具體的制度運作，使得政府不適格下的中立性要求合理而有層次。

同樣以關於真假對錯的管制為例，讓我們想像光譜上最極端的兩種情況：左端是絕不能被容忍的真理局，右端是幾乎不會進入言論自由視野的偽證和詐欺罪。同樣是關於政府的事實認定，是什麼性質決定了它們在兩端的位置？一個可能的答案是政府的當事人地位：真理局幾乎含括了政府作為當事人所不能做的所有事情，但偽證和詐欺罪（在正常狀況下）不會將政府置於這樣的緊張關係，即便有風險也相當低微。如果再觀察這個光譜上的中間案例，答案就更為明顯。在 *United States v. Alvarez*，被宣告違憲的管制，是對於謊稱軍事受勳的刑事處罰。多數意見是這樣說的：

「（系爭管制）試圖控制並壓抑關於這個主題的所有虛假陳述，幾乎沒有時機及情境限制。在這樣做的同時，完全沒有考慮到該謊言是否用以獲得實質利益。

允許政府將這樣的言論規定為犯罪，無論它是屋頂上的喊叫還是幾乎聽不見的低語，就像是授予政府權威去羅列哪些主題的虛假陳述可以被處罰。那樣的政府權力沒有明確的限制原則。我們的憲法傳統明確反對我們需要大洋國真理局的想法。如果這樣的法律可以成立，可能會出現無窮盡的聯邦或州政府得以針對的主題列表。當虛假陳述是用來詐騙或獲取金錢或其它有價值的對價，例如給予雇用，政府可以限制言論而不觸犯憲法增修條文第1條，是已經確立的。但是 *Stolen Valor Act* 並



未有這樣的範圍限制。如果法院認為，在沒有任何證據顯示言論是用來取得實質利益的情況下，光是誠實對話的利益就足以支持這樣的言論禁止，它將給予政府在本院前例和我們的憲法傳統中前所未有的廣泛屏蔽權力。」²⁰⁵

系爭管制事實上遠不到真理局的程度，法院卻提到了類似比擬，那是因為由政府選定主題來一般性地決定真假，已經觸動了政府作為當事人的敏感神經。多數意見擔心的是這種管制類型的擴張，Stephen Breyer大法官則在協同意見告訴我們，系爭管制本身就已經相當危險，因為無論情節如何，謊稱受勳並非十分罕見的現象，政府很可能藉由這樣的規定選擇性起訴它想針對的對象²⁰⁶。有趣的是，不同意見其實非常清楚這種危險，只是對管制必要性和勳章價值的維護有不同評價²⁰⁷。

或有認為，本案的重點應在於不實言論是否用以獲取實質對價，詐欺和商業言論都是類似的例子。這樣的說法並沒有錯，但進一步思考就會發現，這個特徵只是政府作為當事人所投射出的其中一個環節。偽證和誹謗都不以獲取實質對價為要件，為什麼同樣位於光譜上的安全位置？如果要找到共同點，這個共同點就是它們都有（相對）狹窄的範圍、明確的判準，而這又立基於長期實踐所確認的制度功能及運作方式，意思是說，大家都知道這些管制是要以什麼樣的方式解決什麼樣的問題，其中沒有什麼不當動機運作的空間或風險，所以大幅淡化了政府作為當事人的疑慮²⁰⁸。誹謗不是

²⁰⁵ United States v. Alvarez, 567 U.S. 709, 722-23 (2012).

²⁰⁶ *Id.* at 734 (Breyer concurring).

²⁰⁷ *Id.* at 744-45, 751-54 (Alito dissenting).

²⁰⁸ Seana Shiffrin完全沒有注意到這個差異，所以錯誤地類比偽證罪來批評 Alvarez案的不當（SEANA V. SHIFFRIN, SPEECH MATTERS: ON LYING, MORALITY,



那麼沒有疑問，所以Sullivan案法院從原告的官員身分及被告的真正惡意，限縮了誹謗侵權的適用範圍——這不正是考量政府當事人地位的最佳例證²⁰⁹？

同樣的道理可以解釋，為什麼前文提到的某些內容管制不會被全面禁止，這些情況大致都有對應的法院實踐²¹⁰。然而我們可以想像，同樣的管制如果逸脫原先的有限範圍及脈絡，幾乎不可能合憲。例如，被偏愛的知識或政治理念不再只是學術教育機構的評價標準，而是任何人都不能偏離的正確答案；對於食藥標示的管制逾越了技術資訊的正確性和識別性，管到了人家的文字包裝風格；對商業言論的管制不是基於其誤導性、而是針對裡面的意識形態內容等等。

所以政府不適格並不等於脫離現實的中立性。在很大的程度上，這個中立性要求的強度，對應了政府在特定脈絡下的當事人特徵強度²¹¹。

AND THE LAW 125-32 (2014))。

²⁰⁹ 類似看法參閱Kagan, *supra* note 10, at 478-79.

²¹⁰ See generally R. Randall Kelso, *The Structure of Modern Free Speech Doctrine: Strict Scrutiny, Intermediate Review, and Reasonableness Balancing*, 8 ELON L. REV. 291 (2016) (從是否為公共論域、是否為政府所有的非公共論域、是否為政府言論、是否為對於行為的管制等不同前提，分析審查標準的變化)；Joshua D. Rosenberg & Joshua P. Davis, *From Four Part Tests to First Principles: Putting Free Speech Jurisprudence into Perspective*, 86 ST. JOHN'S L. REV. 833 (2012). [認為政府作為管制者 (regulator)、表意人 (speaker) 或業主 (proprietor) 的角色不同，對應了不同的審查標準。]

²¹¹ 更大的挑戰可能來自弱勢保障，尤其表現在平等權和言論自由的衝突。這個問題無法在本文處理，這裡僅能先指出，反歧視管制不會使政府不適格的問題自動消失，最高法院一系列關於強迫言論 (compelled speech) 和公眾設施法 (public accommodation laws) 的案例已經說明了這點。僅以最近的303 Creative LLC v. Elenis為例，多數意見認為政府如果能強迫網頁設計者傳遞某



三、傳統路徑的意義

如果本文的建議真的是更好的方式，為什麼傳統路徑會成為法院實踐的有力詮釋，並廣受支持？本文主張，言論自由作為對抗特定管制的權利，其實並非真的對反於傳統路徑，它只是揭露並還原傳統路徑本來就必須面對的問題、本來就具備的思考，它們或多或少在「何謂言論」的方法誘導下被遮蔽了，從而導致某些困難。本文的建議只是移除遮蔽，正本清源。

為了說明這個論點，本文先從Posner所說的排除法開始²¹²。排除法可視為傳統路徑的最後堡壘，它並沒有積極、大範圍地給予言論一般性定義，只就個別類型建立排除清單。如果這個方法成立，那麼言論自由在某種最小意義上仍可說是保障特定行為的權利。不幸的是，即便這麼局限的版本也難以成立。

Posner提到的其中一個例子是Stanglin案，系爭管制要求領有特定執照類型的舞廳只允許14到18歲的顧客進入，旨在提供這個年齡層的青少年獨立的社交環境，免於成年人的潛在不良影響²¹³。最高法院推翻了上訴法院的看法，認為系爭管制雖然限制了青少年與成年人跳舞的機會，但沒有侵害憲法增修條文第1條所保障的表意性結社（expressive association），因為流動的陌生人付錢進場跳

些訊息，那就能強迫藝術家傳遞任何訊息，並指出：「或許不同意見認為這種可能性不是問題，因為它信任政府只會強迫製造那些『啟蒙的』（enlightened）言論。但如果那就是考量，那確實是危險的考量。」（303 Creative LLC v. Elenis, 143 S. Ct. 2298, 2320 (2023)）無論是否支持法院的結論，本文要強調的是，或許在某些條件下，反歧視管制所實現的利益可以超越動機論所要抵禦的惡害，但這不意味著政府不適格在這類問題中隱形。同樣的道理，也適用於關於國民健康或兒少福利的言論管制。

²¹² 參照前揭「貳、一、(二)、2. 表意性的擴張與排除法」。

²¹³ Stanglin, 490 U.S. at 21.



舞並非言論。法院清楚地認識到許多活動都有表意性，但也和Posner一樣指出表意性不是言論的充分條件²¹⁴。對於社交舞為什麼不是言論，法院其實沒有提出充分論證。

既然如此，是不是像Posner說的，可以建立「社交舞不是言論」的排除規則？讓我們想像另外一種情況：政府因為不喜歡社交舞的文化象徵、可能帶動激發的風氣或聯想，所以採取各種手段限制社交舞活動²¹⁵。幾乎可以確定這樣的管制是最嚴重的言論自由侵害，如果建立了排除規則，就難以給予正確評價。

另一個例子是Swank案。警員Swank在下班的深夜時段，騎摩托車載上在路邊向他招手的Tina四處兜風，Tina是即將成為當地大學新鮮人的17歲女學生。期間他們聊到了摩托車、大學課程、前男友以及對該市的看法。經目擊者舉報及一連串的調查，最後市委會將Swank免職，理由是他的行為有失警員身分，損害了該市、市警隊和大學間的良好關係，而且這是他第3次的不當行為²¹⁶。面對Swank的言論自由主張，Posner主筆的多數意見認為摩托車上的閒聊不是憲法上的言論，因為這樣的對話對於「知識進展、品味轉化、政治改變及文化表達」等其它憲法增修條文第1條的目的價值來說沒有重要性。關於大學課程、所在城市甚或前男友的討論可能對言論市場有貢獻，但在這個案例中仍差的太遠，不值得啟動言論自由保障²¹⁷。

²¹⁴ *Id.* at 24-25.

²¹⁵ 政府基於政治文化等意識形態理由一方面打壓社交舞、另一方面鼓勵民族舞蹈，是臺灣發生過的故事。參閱徐瑋瑩，跳舞也能復國建國？：1950年代臺灣在總動員體制下的舞蹈論述，以民族舞蹈、交際舞為對照，台灣舞蹈研究，14期，頁97-139，2019年12月。

²¹⁶ *Swank*, 898 F.2d at 1249-50.

²¹⁷ *Id.* at 1250-51.



Posner 這麼積極地評論言論價值令人驚訝，因為這和他在 Miller 案中的協同意見並不一致²¹⁸。但本文要指出的是這個問題：如果閒聊不是言論，相關管制不生言論自由問題，又該如何看待禁止在私密聊天（但是不禁止在公眾場合或正式活動）中論及特定觀點的管制？

就這兩個案例來說，「不涉言論自由」確實是合理的結論，但為了達到這個結論而建立「社交舞／閒聊不是言論」的排除規則，往後將面對各種說理上的不融貫，為此可能又必須建立更多更瑣碎的原則與例外。如果採取本文的建議，直接從管制端的特徵下手，可以達到相同的結果卻不用付出這麼大的代價：Stanglin 案的系爭管制沒有不當動機疑慮和影響過高的問題，至於 Swank 案是否涉及言論自由的關鍵，則在於該紀律管理是否有不當動機，而這可由必要動機輕易說明²¹⁹。

這兩個例子只是延續前文，從不同視角闡明傳統路徑的問題，但它們使得這個現象更為明顯：管制端的特徵是比被管制的客體類型更準確的觸發判準。這個現象的背後是一個長期被忽略的事實：某個東西是或不是「言論」，其實是系爭管制是否足以觸發言論自由所投射出的結果，而不是那個東西本身必然是或不是「言論」。這不僅是對於言論不定性的另一種說明，也可以解釋傳統路徑的處境。

²¹⁸ *Miller*, 904 F.2d at 1093-96 (Posner concurring).

²¹⁹ 如果本案恰好與 Heffernan 案對反，雷同的則是這個例子：教師 Doyle 向廣播電臺揭露針對教師的校內服儀規定後未獲續聘，主張言論自由受侵害。但法院審酌事實後發現，不續聘是因為 Doyle 累積的失職行為，無論有沒有後來的揭露言行，都不影響這個結果，所以不涉言論自由（*Mt. Healthy City School District v. Doyle*, 429 U.S. 274, 284-87 (1977)）。同樣地，Swank 案不涉言論自由的重點，不在於 Swank 和 Tina 的閒聊有沒有言論價值，而在於免職原因是 Swank 的爭議行為。就算 Swank 在兜風過程中一言未發或大談《資本論》，都不影響這個判斷結果。



某些活動或客體之所以能毫無疑問被認為是言論（例如書籍報紙、示威遊行、藝術創作等我們熟悉的例子），是因為涉及它們的管制通常免不了有不當動機或影響過高的問題，這樣的經驗性常態，初步擔保了範疇方法的可接受性。在Schauer早期的努力下，我們進一步認識到言論的定義並不取決於日常語義、而在於法律論證，這樣的深化更加強了我們對範疇方法的信心。然而更多的反思和案例讓我們發現，「常態」能擔保的範圍其實遠比表面上有限，「何謂言論」的問題經常讓我們左支右絀、進退兩難。這樣的困境迫使某些評論者開始從被管制的客體移動到管制的特徵，尤其明顯的例子，是近年在面對非傳統型態言論的背景下，管制端的思考重新受到重視²²⁰。其實這並非解決「新」問題的「新」方法，從本文第貳部分的討論可知，這類問題和解決方法早就蘊含在言論自由法學的理论與實踐中，新形態言論只是以更引人矚目的方式讓它們再次被注意。言論自由的觸發當然必須基於法律論證而非日常語義，但這個論證可以直接連結到管制本身，不需要透過言論的定義來中介。

傳統路徑當然有其優點。作為長期實踐的累積，法律社群對於「哪些東西是言論」的既有判斷，往往初顯地（*prima facie*）說明了涉及哪些客體的管制，通常具備足以觸發言論自由的管制特徵。這樣的「清單」雖不應作為固定判準，卻可以幫助我們有效地初步處理問題，因此本文完全不反對傳統路徑作為一種方便法門。尤其在評估一般法律規定對溝通環境的影響時，固有的言論類型往往是

²²⁰ See generally Bambauer, *supra* note 17 [關於資料（data）是否為言論]；Bhagwat, *supra* note 111（關於刺青、不使用保險套的色情片演出、以及各種資訊蒐集行為是否為言論）；Massaro, Norton & Kaminski, *supra* note 184 [關於強AI（strong AI）的產出是否為言論]。



其中一種參考指標²²¹。但這既不代表涉及這些類型的管制必涉言論自由，亦不代表言論自由的觸發受限於這些類型。當疑難發生時，我們應避免在「何謂言論」的問題上打轉，因為終究是管制特徵而非言論的概念或客體的性質決定了言論自由的觸發²²²。

肆、對於我國言論自由法學的啟示

如果言論自由作為對抗特定管制的權利是特定前提下的最佳方案，我國是否也面對類似的前提呢？初步看來，這幾乎是不用討論的問題。

任何一個現代民主憲政國家，都不可能無視於政府不適格所衍生出的客觀禁止規範。這樣的規範性要求有時可能要和其價值權衡，但無論如何都必須是最嚴肅面對的問題。與其說民主憲政可以推導出政府不適格，不如說是政府不適格定義了民主憲政的最低限度條件——就如我們在現實世界看到的，一個沒能在實踐面認真看待政府不適格的政體，無論它如何自我宣稱，都不會是我們所理解的民主憲政。至於言論的不定性甚至更具普遍性，它不會因為生活形式或政治意識形態的不同而改變。

然而難處在於，即便前提是共通的，國情歷史及固有法律實踐的不同，也可能導致言論自由法學在不同法律體系中產生不同樣貌。如何將一個分析出來的理想模型銜接到具體法律環境，便成為

²²¹ 參照同註167。

²²² 本文並不反對言論自由「也」保障表意行為，「也有」作為表意人權利的面向（參照同註8）。本文認為言論自由的核心課題，是在政府不適格及言論不定性的兩大前提下，讓其它的規範性要求及利益（當然也包括表意人的主體性），在可能範圍內衡平地獲得最大程度的實現。就這個目標來說，從言論自由作為對抗特定管制的權利來切入問題，可能比爭辯言論自由的「個人性」更具實益。



問題所在。如果從本文的建議來建構我國言論自由法學，可能會遭遇以下三種批評。一是「文義批評」，亦即我國憲法第11條的文義不適用於理解為對抗特定管制的權利。二是「體系批評」，這類批評的著眼點，主要在於這個取徑不相容於通說的釋義規則操作。前兩種批評較偏向形式結構，第三種則偏向實體理論，本文稱之為「防禦批評」。這類批評認為，這個取徑所預設的政府不適格觀點過於消極保守，不利於民主憲政價值的防禦。以下將逐一討論。

一、文義批評

在 *Heffernan* 案，當法院認定管制的理由是觸發言論自由的原因時，也注意到憲法增修條文第1條的文義支持這樣的解釋，因為它說「國會不得立法……侵犯言論自由」，亦即開宗明義地聚焦於政府活動²²³。但我國憲法第11條說的是「人民有言論、講學、著作及出版之自由」，因此單就文義來看，似乎無法支持著重於管制端的理解。然而文義批評可能是最薄弱的，因為我們都知道憲法基本權規範的語義有很大的詮釋空間，*Stone* 說過「憲法增修條文第1條不是它所說的那個意思」（「國會」不只是國會，而是包含行政司法在內的廣義政府）²²⁴，*Schauer* 早就告訴我們有些「言論」不是言論²²⁵，*Robert Alexy* 更是指出了表層語義所無法完全掌握的基本權規範結構²²⁶。有些基本權規範的語義是立法者有意設下的明確界線，但作為言論自由基礎的憲法第11條顯非如此。如果言論自由作為對抗特定管制的權利確實是更好的理解方式，文義批評尚不

²²³ “(...) the First Amendment begins by focusing upon the activity of the Government.” (*Heffernan*, 136 S. Ct. at 1418)

²²⁴ *Stone*, *supra* note 23, at 274.

²²⁵ *Schauer*, *supra* note 4, at 900.

²²⁶ ROBERT ALEXY, *A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS* 21-25 (2010).



足以與之抗衡。

二、體系批評

Schauer曾主張，先看保障範圍、再論保護程度的處理方式不僅適用於美國憲法中的言論自由，甚至及於非實證的其它權利²²⁷。大體而言，這樣的操作方式亦廣為我國的法律對話所接受，而傳統路徑又以最「整齊」的形貌體現了這個二分法：先看某行為或客體是否為言論²²⁸，再決定給予什麼程度的保護。由於內容中立性／雙軌理論已經成為我國法律實踐的一部分，而針對內容與否的判斷，至少在相當程度上和管制的動機或理由有關²²⁹，因此動機論

²²⁷ Frederick Schauer, *On the Distinction Between Speech and Action*, 65 EMORY L.J. 427, 430-34 (2015); Frederick Schauer, *Can Rights Be Abused?*, 31 PHILOS. Q. 225, 228-30 (1981); SCHAUER, *supra* note 1, at 89-92.

²²⁸ 請參閱林子儀，言論自由之理論基礎，同註54，頁6-7；林子儀，言論自由導論，同註54，頁117-118；陳仲嶙，從研究自由之觀點論基因研究的社群參與，臺北大學法學論叢，71期，頁11-13，2009年9月（透過「表意」這個共同特徵將研究自由收納到言論自由。）；許炳華，新興溝通科技與言論自由——可能之定位暨思維，國立中正大學法學集刊，70期，頁1-70，2021年1月（在「何謂言論」的框架下，對新形態言論的判準和難題進行了完整的討論。）；蘇慧婕，同註195，頁209（明確認為表意性是言論的必要條件。）；黃銘傑，關鍵字廣告與公平交易法——兼論「通知／移除」機制之適用問題，臺北大學法學論叢，119期，頁96-99，2021年9月（強調言論自由應從「發話權」移轉到「資訊接收權」。這個看法雖然弱化了表意人與表意性的地位，但仍預設了作為言論的「資訊」，似乎仍未脫離傳統路徑。）

²²⁹ 參閱林子儀，言論自由的限制與雙軌理論，載：言論自由與新聞自由，頁133-196，1999年9月；劉靜怡，言論自由的雙軌理論與雙階理論，月旦法學教室，28期，頁42-51，2005年2月；程源中，同註11，頁71-86。Leslie Kendrick, *Content Discrimination Revisited*, 98 VA. L. REV. 231, 282-300 (2012); Joshua P. Davis & Joshua D. Rosenberg, *The Inherent Structure of Free Speech Law*, 19 WM. & MARY BILL RTS. J. 131, 148-52, 159-65 (2010).



往往被認為是關於保護程度的問題。

本文的建議不會一般性地打破保障範圍／保護程度的二分，但會讓這個二分在言論自由領域看起來沒那麼整齊：不只在判斷保護程度、而是在判斷保障範圍時就必須納入動機考量；與此相應的是，判斷保障範圍的同時，可能就已經決定了保護程度——因為有不當動機疑慮的管制不但觸發言論自由，同時也構成針對內容的管制。這顛覆了涇渭分明的對稱結構，可能招致強烈的反對。

雖然前文已從各種角度說明為什麼這可能是更好的處理方式，這裡想要不厭其煩地舉最後一個例子。在Blackie the Talking Cat這個經常被提及的案例中，Miles經常帶著會說出簡單話語的貓Blackie在街頭表演索取金錢，因而被要求繳納營業許可稅²³⁰。上訴法院認為這裡根本沒有言論自由問題，因為Blackie既無法作為權利主體、也不是真的會說話²³¹。在2023年的今天，我們都知道這不會是一個好說法：搜尋引擎和ChatGPT都不是真的會說話、也無法作為權利主體，但涉及它們的管制已經是言論自由的核心問題²³²。要說明本案為何不涉言論自由，只要指出系爭管制作為普通的一般性規定，既無不當動機亦非影響過大即可，事實上這正是地方法院的處理方式²³³。反過來說，如果阻礙Miles和Blackie的管制，是針

²³⁰ Miles v. City Council of Augusta, 551 F. Supp. 349, 350-51 (1982).

²³¹ Miles, 710 F.2d at 1544 n.5.

²³² 或許有人會指出，演算法終究是出於人為設計。但在一個演算法自身就可以產出演算法的時代，假設某種演算法背後的創得意圖或想法已極度稀薄，那麼創作者和演算法的關聯，是否還有重大評價意義呢？我們當然可以繼續堅持這種關聯，但就像前文已反覆指出的，固著於自然人表意性所帶來的問題，可能遠多於它所解決的問題。其實就像本文開頭以半圓丘和猴子打字為例所作的說明，即便某種演算法已經是脫離人類精神的產物，也不會阻礙管制端的特徵觸發言論自由。

²³³ Miles, 551 F. Supp. at 351-52.



對某些表演內容徵收更高的稅額、抑或是完全禁止街道上的所有表演活動，我們可以直接認定系爭管制涉及言論自由且針對內容，無須糾結於Blackie的權利主體地位、它的「說話」是否有意義、是否因此成為言論等（可以變得異常艱難的）問題。

釋義規則的存在是為了解決問題，在達成目的的前提下，如果同時能保有某種形式上的規整一致性，當然不失為附加優點。但在言論自由領域，我們已經看到傳統路徑表面上的規整，其實是增加而非解決問題。進一步說，言論自由的權利結構應該是從經驗和案例所抽繹出的一般化模式，這個一般化模式究竟應該是什麼樣子，無法僅憑抽象的概念分析、終究必須借助案例來建構修正。在這個面向上，美國言論自由法學可能提供了最豐富多樣的案例，因而值得借鏡。如果長期多樣的案例告訴我們，言論自由作為對抗特定管制的權利是更好的詮釋，作為一個尚無許多包袱的言論自由後進國家，直接採取這個模式不失為少走冤枉路的方法。

三、防禦批評

防禦批評可分為內外兩個方向。外部防禦批評認為，我國正面臨敵對勢力的併吞威脅，政府不適格這樣的立論基礎，可能使得用以防禦敵方意識形態／資訊干擾的管制窒礙難行。

其實這並不是言論自由的新問題²³⁴。外敵固然是民主憲政一大威脅，但對於外敵的恐懼也是，這正是Blasi將言論自由的防弊價值延伸到「病理學觀點」（pathological perspective）所要解釋的情

²³⁴ 關於美國當代言論自由法學如何在持續的戰爭背景中成形，參閱GEOFFREY R. STONE, *PERILOUS TIMES: FREE SPEECH IN WARTIME: FROM THE SEDITION ACT OF 1798 TO THE WAR ON TERRORISM* (2005). 該書的中文介紹參閱許家馨，自由與恐懼——讀「危險年代：戰爭時期的言論自由～從1789年叛亂法到反恐戰爭」，台灣法學雜誌，183期，頁241-252，2011年9月。



況。在某些「對非正統想法的不容忍最為盛行」、「政府最能夠也最有可能壓抑異見」的歷史時刻，正是言論自由必須發揮作用的時候²³⁵，因為就是在這樣的條件下，政府不適格所設下的屏障更容易被突破，民主對其根基的自我破壞更容易發生。就這個意義來說，言論自由是避免民主在過度集體焦慮下自毀的安全機制。

防禦外敵並不需要完全放棄政府不適格的警覺，政府不適格也不必然禁止所有基於意識形態理由的管制，兩種極端間並非沒有更合理的中間路線，針對內容的管制所須面對的嚴格審查，就可以扮演這個角色。嚴格審查大幅提高了合憲的論證門檻，一方面擔保高破壞性的管制是避免更嚴重惡害的必要手段，另一方面迫使政府傾盡全力為管制提出論證。這樣一個透過憲法對話「逼出論據」的過程，事實上也是一種凝縮的社會對話，有助於各方相互理解、消除疑慮。如果真的到了政府必須踏出那一步的時候，就應該讓憲法法院的嚴格審查來促成透明的公共辯論。

本文的建議是從管制端而非表意人端看問題，雖不排除對管制影響的利益衡量，但這個衡量原則上不涉及內容價值。內部批評可能提出這樣的質疑：為什麼不允許法院進行更深入的個案實質判斷，讓有助於民主價值的言論受到更多保障？為此我們只需想像一種情況：對於同一個違反一般法律規定的表意行為，法院能否因其內容訴求的不同，而給予差別待遇？這或許已經不只是「要求法院進行『觀點歧視』（viewpoint discrimination）」²³⁶，甚至像是由法院來決定哪一種觀點享有豁免於法律的特權。如果這樣的作法成

²³⁵ Vincent A. Blasi, *The Pathological Perspective and the First Amendment*, 85 COLUM. L. REV. 449, 449-50 (1985).

²³⁶ 許家馨，民主與法治下的抵抗與不服從——最高法院109年度台上字第3695號刑事判決的法哲學反思，臺北大學法學論叢，124期，頁83，2022年12月。



為常態，那無異於以最尖銳的樣態坐實了政府不適格理論所擔憂的情況，儘管在這裡做決定的不是狹義的政府而是法院，情況似乎只會更為艱難：究竟是什麼樣的言論內容，可以證成法院做出這種決定？因此我們不難理解，美國最高法院的謙抑自制，其實是基於非常明顯的規範性理由。一言以蔽之，法院可以一般性地考慮是否有必要為系爭管制創設例外，但不應個案性地基於言論內容給予差別待遇，言論自由作為對抗特定管制的權利則是更清楚地把握了這點。

對於抵抗權之類的極端特殊狀況，我們確實需要法律機制去處理某些常態下不被允許的行為，但這個機制沒有必要也不應該建立在一種可以隨時衡量個案言論價值的言論自由上²³⁷。在臺灣走出威權的過程中，透過言論自由來給予某些訴求更多保障，是可以理解的熱望。但在民主法治日趨成熟、我們甚至能以多元價值自豪的今天，這樣的作法對於得來不易的成果反而是一種傷害。

政府不適格理論往往被認為與節制國家權力有關，但其全貌不僅只於此。借用許家馨歸納出的兩種政治想像來說，「垂直對抗關係」看到的是人民與政府的對抗，「水平共生關係」著眼於信念衝突的社會群體怎樣和平共存²³⁸，至於政府不適格，則可以視為銜接兩者的樞紐。民主政治中的政府，往往是持有某些信念或價值的群體，在某次民主競爭中勝出的結果。如果取得權力的一方可以直接改變權力競爭的遊戲規則，進行對自己更有利的意識形態控制，那麼對於信念價值各異的其它群體來說，完全理性而必要的策略選擇，就是不擇手段地取得權力，並以相同甚至更激烈的手段消滅敵對意識形態。一旦各方閉鎖在這種「相互毀滅的行為預期」，就保證了最赤裸的政治鬥爭，也拉響了民主憲政的警鐘。政府不適格觀

²³⁷ 關於這個問題的深入討論參閱同前註，頁78-95。

²³⁸ 許家馨，同註236，頁65-68。



點下的言論自由，就是要讓法院來阻斷這種預期的發生。

即便單就民主憲政的防禦來說，一個明智的策略，依舊是在最大可能範圍內讓最多人覺得自己被這個體制包容、讓最少人覺得自己被它排除，而這正蘊含在本文的建議中。

伍、結 論

40多年前，Schauer從「何謂言論」切入，為言論自由的保障範圍提出了深刻而影響深遠方法觀點。40多年後，Schauer卻說「何謂言論」帶有誤導性，更好的提問應該是「這是否為言論自由問題？」（is this a free speech dispute?）²³⁹

這樣的轉向並非偶然。回顧美國言論自由法學數十年來的發展，我們會發現言論自由更宜理解為對抗特定管制而非保障特定行為的權利。固著在「何謂言論」的問題上，只會持續面對說理的挫折與不一致。近來不乏擔憂言論樣態不合理擴張，而將其比擬為*New Lochner*的說法²⁴⁰。這樣的說法或非無據，但更精確地說，如果這個隱憂確實存在，它也是錯誤方法的倒影——誤將言論自由理解為保障特定行為的權利。

如果不是「何謂言論」，那究竟是什麼判準決定了「這是一個言論自由問題」？確實如Schauer和許多評論者都曾指出的，這往

²³⁹ Frederick Schauer, *What Is Speech? The Question of Coverage*, in THE OXFORD HANDBOOK OF FREEDOM OF SPEECH 159, 171 (Adrienne Stone & Frederick Schauer eds., 2021).

²⁴⁰ 許炳華，同註228，頁37-38。Neil M. Richards, *Why Data Privacy Law Is (Mostly) Constitutional*, 56 WM. & MARY L. REV. 1501, 1529-31 (2015); Amanda Shanor, *The New Lochner*, 2016 WIS. L. REV. 133, 134-38 (2016). 這個比擬的重要出處，應來自Stephen Breyer大法官在*Sorrell v. IMS Health Inc.*中的不同意見（564 U.S. 552, 585-92 (2011)）。



往是在不同案例類型中多種考量下的綜合判斷結果，然而從多樣複雜中抽繹出結構，正是法學研究的重要任務，也是從外國法制比較學習的必經之路。本文認為，從法院實踐來分析，言論自由的觸發要素首重管制的不當動機疑慮，次則是管制對整體溝通環境的影響。這是在「政府不適格」和「言論的不定性」兩前提下的最佳解決方案，也可能是對現代民主憲政體制來說普遍有效的基礎模型。

言論自由作為對抗特定管制的權利可以在我國法制中落實到什麼程度，有許多等待進一步說明的問題。但或許我們可以先嘗試，不再拘泥於從行為或客體的性質、而是從管制的特徵（包括動機和後果）來思考言論自由的保障範圍。問題未必會變得更加容易，因為「透過理論來定義言論」這個過於簡化的方法，不再是一個選項。我們必須更全面地在不同脈絡中掌握系爭管制的各種面向，並汲取更多的經驗實證資料，以評價言論自由是否觸發。本文相信，對於層出不窮的言論自由「新」挑戰來說，這個「不新」的方法將會是出路。



參考文獻

一、中文

1. 林子儀，言論自由的限制與雙軌理論，載：言論自由與新聞自由，頁133-196，1999年9月
2. 林子儀，言論自由之理論基礎，載：言論自由與新聞自由，頁1-59，1999年9月。
3. 林子儀，言論自由導論，載：台灣憲法之縱剖橫切，頁103-179，2002年12月。
4. 徐瑋瑩，跳舞也能復國建國？：1950年代臺灣在總動員體制下的舞蹈論述，以民族舞蹈、交際舞為對照，台灣舞蹈研究，14期，頁97-139，2019年12月。
5. 陳仲嶙，從研究自由之觀點論基因研究的社群參與，臺北大學法學論叢，71期，頁1-40，2009年9月。
6. 許炳華，新興溝通科技與言論自由——可能之定位暨思維，國立中正大學法學集刊，70期，頁1-70，2021年1月。
7. 許家馨，自由與恐懼——讀「危險年代：戰爭時期的言論自由～從1789年叛亂法到反恐戰爭」，台灣法學雜誌，183期，頁241-252，2011年9月。
8. 許家馨，民主與法治下的抵抗與不服從——最高法院109年度台上字第3695號刑事判決的法哲學反思，臺北大學法學論叢，124期，頁1-111，2022年12月。
9. 黃銘傑，關鍵字廣告與公平交易法——兼論「通知／移除」機制之適用問題，臺北大學法學論叢，119期，頁85-140，2021年9月。
10. 程源中，可疑的動機、有限的認識能力——內容中立性的理論反思，中研院法學期刊，29期，頁55-133，2021年9月。
11. 劉靜怡，言論自由：第一講——「言論自由」導論，月旦法學教室，26期，頁73-81，2004年12月。
12. 劉靜怡，言論自由的雙軌理論與雙階理論，月旦法學教室，28期，頁42-51，2005年2月。



- 13.蘇慧婕，言論管制的中立性——美國雙軌理論和德國一般法律理論的言語行為觀點分析，載：憲法解釋之理論與實務(九)，頁201-269，2017年4月。

二、外 文

1. Adler, Matthew, *Rights Against Rules: The Moral Structure of American Constitutional Law*, 97 MICH. L. REV. 1 (1998).
2. Alexander, Larry (2005), *IS THERE A RIGHT OF FREEDOM OF EXPRESSION?* Cambridge: Cambridge University Press.
3. Alexander, Larry, *There Is No First Amendment Overbreadth (But There Are Vague First Amendment Doctrines); Prior Restraints Aren't "Prior"; and "As Applied" Challenges Seek Judicial Statutory Amendments*, 27 CONST. COMMENT. 439 (2011).
4. Alexander, Larry, *Free Speech and Speaker's Intent: A Reply to Kendrick*, 115 COLUM. L. REV. Sidebar 1 (2015).
5. Alexander, Larry, *The Misconceived Search for the Meaning of "Speech" in Freedom of Speech*, 5 OPEN J. PHILOS. 39 (2015).
6. Alexy, Robert (2010), *A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS*, Oxford: Oxford University Press.
7. Bambauer, Jane, *Is Data Speech*, 66 STAN. L. REV. 57 (2014).
8. Benjamin, Stuart M., *Algorithms and Speech*, 161 U. PA. L. REV. 1441 (2013).
9. Bhagwat, Ashutosh, *Producing Speech*, 56 WM. & MARY L. REV. 1029 (2015).
10. Blasi, Vincent A., *The Checking Value in First Amendment Theory*, 2 AM. B. FOUND. RES. J. 521 (1977).
11. Blasi, Vincent A., *The Pathological Perspective and the First Amendment*, 85 COLUM. L. REV. 449 (1985).
12. Blasi, Vincent A., *Democratic Participation and the Freedom of Speech: A Response to Post and Weinstein*, 97 VA. L. REV. 531 (2011).
13. Bork, Robert H., *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, 47 IND. L.J. 1 (1971).



14. Campbell, Wesley J., *Speech-Facilitating Conduct*, 68 STAN. L. REV. 1 (2016).
15. Carpenter, Dale, *The Antipaternalism Principle in the First Amendment*, 37 CREIGHTON L. REV. 579 (2004).
16. Cass, Ronald A., *The Perils of Positive Thinking: Constitutional Interpretation and Negative First Amendment Theory*, 34 UCLA L. REV. 1405 (1986).
17. Davis, Joshua P. & Rosenberg, Joshua D., *The Inherent Structure of Free Speech Law*, 19 WM. & MARY BILL RTS. J. 131 (2010).
18. Davidson, Donald (1984), *Moods and Performances*, in INQUIRIES INTO TRUTH AND INTERPRETATION (Oxford: Clarendon).
19. Dorf, Michael C., *Incidental Burdens on Fundamental Rights*, 109 HARV. L. REV. 1175 (1996).
20. Emerson, Thomas I., *Toward a General Theory of the First Amendment*, 72 YALE L.J. 877 (1963).
21. Fallon Jr., Richard, *As-Applied and Facial Challenges and Third-Party Standing*, 113 HARV. L. REV. 1321 (2000).
22. Gey, Steven G., *The First Amendment and the Dissemination of Socially Worthless Untruths*, 36 FLA. ST. U. L. REV. 1 (2008).
23. Gey, Steven G., *Why Should the First Amendment Protect Government Speech When the Government Has Nothing to Say*, 95 IOWA L. REV. 1259 (2010).
24. Goldberg, Erica, *Free Speech Consequentialism*, 116 COLUM. L. REV. 687 (2016).
25. Greenawalt, Kent (1992), *SPEECH, CRIME, AND THE USES OF LANGUAGE*, Oxford: Oxford University Press.
26. Horwitz, Paul, *The First Amendment's Epistemological Problem*, 87 WASH. L. REV. 445 (2012).
27. Jimenez, Marco, *The Many Faces of Promissory Estoppel: An Empirical Analysis Under the Restatement (Second) of Contracts*, 57 UCLA L. REV. 669 (2010).
28. Kagan, Elena, *When a Speech Code Is a Speech Code: The Stanford Policy and the Theory of Incidental Restraints*, 29 UC DAVIS L. REV. 957 (1996).
29. Kagan, Elena, *Private Speech, Public Purpose: The Role of Governmental Motive in First Amendment Doctrine*, 63 U. CHI. L. REV. 413 (1996).



30. Kelso, R. Randall, *The Structure of Modern Free Speech Doctrine: Strict Scrutiny, Intermediate Review, and Reasonableness Balancing*, 8 ELON L. REV. 291 (2016).
31. Kendrick, Leslie, *Content Discrimination Revisited*, 98 VA. L. REV. 231 (2012).
32. Kendrick, Leslie, *Free Speech and Guilty Minds*, 114 COLUM. L. REV. 1255 (2014).
33. Kendrick, Leslie, *Are Speech Rights for Speakers*, 103 VA. L. REV. 1767 (2017).
34. Kramer, Matthew H. (2021), *FREEDOM OF EXPRESSION AS SELF-RESTRAINT*, Oxford: Oxford University Press.
35. Lakier, Genevieve, *Sport as Speech*, 16 U. PA. J. CONST. L. 1109 (2014).
36. Massaro, Toni M., Norton, Helen & Kaminski, Margot E., *SIRI-IOUSLY 2.0: What Artificial Intelligence Reveals About the First Amendment*, 101 MINN. L. REV. 2481 (2017).
37. Posner, Richard A. (2009), *LAW, PRAGMATISM, AND DEMOCRACY*, MA: Harvard University Press.
38. Post, Robert C., *Recuperating First Amendment Doctrine*, 47 STAN L. REV. 1249 (1995).
39. Post, Robert C., *Participatory Democracy and Free Speech*, 97 VA. L. REV. 477 (2011).
40. Richards, Neil M., *Why Data Privacy Law Is (Mostly) Constitutional*, 56 WM. & MARY L. REV. 1501 (2015).
41. Rosenberg, Joshua D. & Davis, Joshua P., *From Four Part Tests to First Principles: Putting Free Speech Jurisprudence into Perspective*, 86 ST. JOHN'S L. REV. 833 (2012).
42. Ruben, Eric M., *Justifying Perceptions in First and Second Amendment Doctrine*, 80 L. & CONTEMP. PROBS. 149 (2017).
43. Rubenfeld, Jed, *The First Amendment's Purpose*, 53 STAN. L. REV. 767 (2001).
44. Rubenfeld, Jed, *A Reply to Posner*, 54 STAN. L. REV. 753 (2002).
45. Rosenthal, Lawrence, *First Amendment Investigations and the Inescapable Pragmatism of the Common Law of Free Speech*, 86 IND. L.J. 1 (2011).
46. Sbisà, Marina, *Austin on Meaning and Use*, 8 LODZ PAP. PRAGMAT. 5 (2012).



47. Schauer, Frederick, *Speech and “Speech”—Obscenity and “Obscenity”: An Exercise in the Interpretation of Constitutional Language*, 67 GEO. L.J. 899 (1978).
48. Schauer, Frederick, *Can Rights Be Abused?*, 31 PHILOS. Q. 225 (1981).
49. Schauer, Frederick, *Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts*, 34 VAND. L. REV. 265 (1981).
50. Schauer, Frederick (1982), *FREE SPEECH: A PHILOSOPHICAL ENQUIRY*, Cambridge: Cambridge University Press.
51. Schauer, Frederick, *Cuban Cigars, Cuban Books, and the Problem of Incidental Restrictions on Communications*, 26 WM. & MARY L. REV. 779 (1985).
52. Schauer, Frederick, *The Boundaries of the First Amendment: A Preliminary Exploration of Constitutional Salience*, 117 HARV. L. REV. 1765 (2004).
53. Schauer, Frederick, *Towards an Institutional First Amendment*, 89 MINN. L. REV. 1256 (2005).
54. Schauer, Frederick, *On the Distinction Between Speech and Action*, 65 EMORY L.J. 427 (2015).
55. Schauer, Frederick (2021), *What Is Speech? The Question of Coverage*, in Adrienne Stone & Frederick Schauer eds., *THE OXFORD HANDBOOK OF FREEDOM OF SPEECH*. (Oxford: Oxford University Press).
56. Shanor, Amanda, *The New Lochner*, 2016 WIS. L. REV. 133 (2016).
57. Shiffrin, Seana V. (2014), *SPEECH MATTERS: ON LYING, MORALITY, AND THE LAW*, New Jersey: Princeton University Press.
58. Shiffrin, Steven H. (1990), *THE FIRST AMENDMENT, DEMOCRACY, AND ROMANCE*, MA: Harvard University Press.
59. Srinivasan, Srikanth, *Incidental Restrictions of Speech and the First Amendment: A Motive-Based Rationalization of the Supreme Court’s Jurisprudence*, 12 CONST. COMMENT. 401 (1995).
60. Stone, Geoffrey R., *Content-Neutral Restrictions*, 54 U. CHI. L. REV. 46 (1987).
61. Stone, Geoffrey R. (2005), *PERILOUS TIMES: FREE SPEECH IN WARTIME: FROM THE SEDITION ACT OF 1798 TO THE WAR ON TERRORISM*, Manhattan: W. W. Norton.
62. Stone, Geoffrey R., *Free Speech in the Twenty-First Century: Ten Lessons from*



- the Twentieth Century Lead Article*, 36 PEPP. L. REV. 273 (2008).
63. Tushnet, Mark, *The Coverage/Protection Distinction in the Law of Freedom of Speech: An Essay on Meta-Doctrine in Constitutional Law*, 25 WM. & MARY BILL RTS. J. 1073 (2017).
64. Tushnet, Mark V., Chen, Alan K. & Blocher, Joseph (2017), *FREE SPEECH BEYOND WORDS: THE SURPRISING REACH OF THE FIRST AMENDMENT*, New York: NYU Press.
65. Verstein, Andrew, *The Jurisprudence of Mixed Motives*, 127 YALE L.J. 1106 (2018).
66. Whistler, James McNeill (1890), *THE GENTLE ART OF MAKING ENEMIES*, London: Heinemann.
67. Wu, Tim, *Machine Speech*, 161 U. PA. L. REV. 1495 (2013).



Freedom of Speech Without “Speech”: Freedom of Speech as Right Against Rules

Yuan-Chung Cheng^{*}

Abstract

Two interpretations of the jurisprudence of freedom of speech exist in the United States: viewing freedom of speech as a right protecting actions or as a right against rules. This article commences with an examination of cases and theories to elucidate the underpinnings of these two approaches. It contends that construing freedom of speech as a right against rules presents a more coherent and reasonable interpretation. The pivotal question initiating free speech considerations is not “What is speech?” but rather the two features of the disputed regulation: its potential for illicit motives and its ramifications on the communicative environment. From a normative perspective, this article suggests that in the face of “governmental incompetence” and “indeterminacy of speech”, this triggering model emerges as an optimal solution, arguably serving as a universally effective foundational model for democratic constitutional systems.

^{*} Assistant Professor, Arete Honors Program, National Yang Ming Chiao Tung University; Dr. iur., University of Kiel, Germany.

Received: May 15, 2023; accepted: September 14, 2023



Even when considering the unique context of freedom of speech in our country, this model retains its value as a viable reference point.

Keywords: Coverage of Freedom of Speech, Right Against Rules, Categorical Approach, Expressive Conduct, Negative Justification, Governmental Incompetence, Indeterminacy of Speech, Art and Speech, Illicit Motive