



美國網路內容服務提供者的 法律定位與功能變遷 ——以國家行為理論的邊界與再構成為中心*

林 昕 璇**

要 目

- | | |
|---|----------------------------|
| 壹、問題緣起 | (一)構成言論自由之侵害源及公共 |
| 貳、網路內容服務提供者之衍生爭議
與監理思路 | 職能色彩日益濃厚 |
| 一、美國法上網路中介機構管制的
規範基礎——通訊端正法
第230條 | (二)衡平規範的兩難與法律遵循
義務的內在屏障 |
| (一)立法沿革與實務遞嬗 | (四)小結——失速的網路空間私人
權力 |

DOI: 10.53106/102398202025030180004

* 本文受國科會專題研究計畫「從國家行為理論考察網路服務中介者之法律定性與功能變遷——美國法之理論與實務」〈計畫編號：111-2410-H-006-148-〉經費補助，特此銘謝。本文初稿曾發表於2022年8月9-10日假中央研究院法律學研究所主辦之《第十三屆憲法解釋之理論與實務學術研討會》。作者誠摯感謝諸位匿名審查委員不僅就本文尚且就未來延伸性研究發想，給予作者諸多寶貴精闢之賜教、建議與啟發，敬表謝忱，惟一切文責當由作者自負。作者亦感謝國立政治大學法學院研究生林妙、文化大學畢業生林采蓉同學於文獻蒐集時的研究協助。

** 國立成功大學政治學系助理教授，美國維吉尼亞大學法學博士。

投稿日期：一一二年八月十八日；接受刊登日期：一一三年七月三十一日

責任校對：張碧霞



二、國家、網路服務中介者與用戶三角權力結構之探問與重構	(五)Prager University v. Google LLC案之核心爭議與判決要旨
(一)作為「資訊化關鍵基礎設施」(Information Infrastructure)之公共職能機關	三、交錯穿插效果之代表性案例與評析
(二)作為「網路言論之新型治理者」(Speech Governors)	(一)交錯穿插效果之思路理據
(三)作為民事信託關係之「資訊受託人」(Information Fiduciaries)	(二)Packingham v. North Carolin關於「公私協力」之闡述
(四)作為「監控中介者」(Surveillance Intermediaries)	肆、新興網路場域下國家行為理論之邊界與再構成
三、小結：公法規範秩序制約網路服務中介者之論證理路與芻議	一、解釋進路之一：網路內容服務提供者係混合主體
參、國家行為理論之源流軌跡與案例分析	(一)游離於公／私法雙元分立之動態認知
一、國家行為理論之起源與發展	(二)資訊服務中介者係公私法混合主體
二、公共職能例外之代表性案例與評析	二、解釋進路之二：援引科技例外主義(Technology Exceptionalism)論證網路內容服務提供者為國家行為者
(一)Marsh v. State of Alabama案之核心爭點與判決要旨	(一)技術例外主義之引介援用
(二)Marsh案之限縮解釋	(二)技術例外主義之理論優勢
(三)Cyber Promotions, Inc. v. Am. Online案：「具排他性的公共功能」基準之再構成	三、憲法規範秩序對服務契約條款之規範效力與優位性
(四)Green v. Am. Online案：「數位平臺」事例之限縮解釋	(一)憲法權利之水平效力仍為監管數位平臺權力的制度門檻
	(二)數位平臺作為新型治理者之主導性、權威性與排他性
	四、小 結
	伍、結 論



摘 要

巨型數位平臺受公眾高度依賴，如何重構網路內容服務提供者、使用者與國家間之多邊法律關係，近年成為法學界、科技界和產業界共同竭力苦思的課題。數位平臺的核心技術與經營模式有別，對於侵權或不法內容的控管能力容有差異。諸國立法例多依業者的服務種類制定寬嚴不一之類型化監管規範，本文聚焦網路內容服務提供者，分析其針對第三方資訊之過濾與篩選行為能否評價為「（準）國家行為」，進而轉化為實質監管線上言論之公共職能機關，從而受憲法拘束。本文首先回顧美國《通訊端正法》第230條之立法背景與實務發展，檢視各學派之批判。其次，探討美國司法實務發展出的「國家行為理論」之理論適用與再構成，透過標竿判決分析平臺受憲法基本權規範拘束的可能性，最後提出結論。

關鍵詞：網路內容服務提供者、國家行為理論、資訊關鍵基礎設施、新型治理者、準政府地位、通訊端正法第230條、公共職能例外、交錯穿插效果例外、內容審核、公私法混合組織體



壹、問題緣起

我們的言論自由被不負責任的私人公司的社群守則所箝制，
由自以為是皇帝的人經營著
*our freedom of speech [is] circumscribed by the community
standards of
unaccountable private companies, run by men who imagine
themselves to be emperors*

By Niall Ferguson (2018)

2018年以降，經媒體披露英國倫敦的政治諮詢公司「劍橋分析」（Cambridge Analytica）利用社交媒體5,000萬用戶資料，影響英國2016年脫歐公投、2016年美國總統大選，揭發臉書（Facebook）系統性地濫用用戶資料逕為目的外使用¹，議論矚目的焦點紛紛轉向大型跨國數位平臺運用自由經濟與資本市場壟斷資訊與內容之產製和傳播渠道，仰賴巨量資料並於日益擴張的人工智慧之推波助瀾下，重新形塑人類於虛擬空間所接觸資訊之型態與頻率，用以操作大眾對特定議題之傾向態度，羅織為箝制數位

¹ Carole Cadwalladr “I made Steve Bannon’s psychological warfare tool”: meet the data war whistleblower, *The Guardian* (18 March 2018), available at <https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/data-war-whistleblower-christopher-wylie-faceook-nix-bannon-trump> (last visited: 2023.06.26); Julia Carrie Wong, The Cambridge Analytica scandal changed the world – but it didn’t change Facebook, *THE GUARDIAN* (18 March 2019), available at <https://www.theguardian.com/technology/2019/mar/17/the-cambridge-analytica-scandal-changed-the-world-but-it-didnt-change-facebook> (last visited: 2023.06.28).



人權之顛覆性影響。²

社交媒體於當今資訊社會扮演民眾交換意見之重要場域，如社群網站Facebook每日約有高達8億用戶訪問。千禧世代傾向於社交媒體平臺尋找政治新聞來源³，然政治候選人⁴基於社交媒體分析投放定向廣告引發政治風險，因諸多違法內容等資訊於數位通訊傳播環境中流竄，亦為民主政治的良善運作帶來挑戰。⁵社群媒體具備「大者恆大」及「媒體壟斷性」之絕對支配權，傳統上以政府行為構築之言論表意場域，如何配合既有國家法理論因時制宜予以調整，厥為重要課題。⁶問題軸線轉而劍指數位經濟市場具高度支配地位之巨型私營平臺經由選擇新聞和言論編輯裁量乘載特定訊息散布之控制權，對媒體的訊息篩選與管控之法律定位與功能變遷，素來從競爭法反思此等新興的事業型態如何與各國市場結構管制秩序

² Orit Fischman-Afori, *Online Rulers as Hybrid Bodies: The Case of Infringing Content Monitoring*, 23 U. PA. J. CONST. L. 351, 357-60 (2021).

³ 關於社群媒體其社會擴散影響力之相關文獻，參閱蕭維傑、王維菁，動態消息演算法、能見度、與新聞經營：以臉書平台為例，資訊社會研究，34期，頁63-104，2018年1月。

⁴ James Clayton, US 2020 election: Social media's nightmare scenario, BBC, available at <https://www.bbc.com/news/technology-54311383> (last visited: 2023.06.28).

⁵ 社交媒體使用者之活動透過「Microtargeting」網站建立使用者統計資訊，包括政治傾向，該技術首先被用於2012年美國總統大選期間；主要操作模式為總統競選活動聘請之資料分析師將社交媒體使用者與潛在選民進行配對，使用選民之社交媒體資料衡量其候選人投票支持傾向，競選團隊隨後利用該資訊對特定地區可能民主黨選民投放定向廣告，令歐巴馬總統連任。Sasha Issenberg, *How Obama's Team Used Big Data to Rally Voters*, available at <https://www.technologyreview.com/2012/12/19/114510/how-obamas-team-used-big-data-to-rally-voters/> (last visited: 2023.06.20).

⁶ 黃銘輝，社群媒體的憲法角色之研究——以「公共論壇理論」的應用為中心，科技部補助專題研究計畫成果報告期末報告，頁1，2018年10月。



調適外，⁷公法學說的發展亦不遑多讓。⁸本文核心關懷乃透過「基本權對抗國家性」之國家行為理論與基本權之橫向水平適用效力，探討私營數位平臺具備何種法律要件時得以轉化為實質依據自律規則監管線上言論之公共職能機關，從而須受到一定程度之憲法拘束，誠與憲法、民事法之交錯領域下憲法所保障之基本權利衝突表現於民事法律體系時的優位性，無法脫離關係。

傳統公法學之基本權利系絡，大抵分為「主觀公權利防禦面向」及「客觀規範功能」⁹，除基本權於固有脈絡對抗國家性此一主觀防禦功能之外，本文將討論軸線遞移至私部門之跨國科技公司因演算法自動化決策侵害用戶公法上權利時，如何評價其法律地位？私部門科技企業是否擁有等同於國家公權力之管制權力？若然，憲法針對使用者與私人科技公司間所締結之網路服務供給私法契約可在何種意義上發揮拘束力？

公法學素來以第三人效力理論處理私法關係中之基本權衝突，旨在將原本以國家為導向與指涉客體之基本權保障，順暢無礙地延伸至私法關係，故須將當事人其一定性為類似國家——不論是其社

⁷ 中文文獻參閱王明禮、蔡明芳、莊弘鈺，數位平臺經濟之結合管制，公平交易季刊，31卷2期，頁41-80，2023年4月；楊宏暉，從德國Facebook案談競爭與隱私之交匯，公平交易季刊，31卷1期，頁1-66，2023年1月；林家暘，德國限制競爭防制法（GWB）強化數位平臺管理之路——兼論公平會數位經濟競爭政策白皮書，公平交易季刊，31卷3期，頁109-164，2023年7月。

⁸ 中文文獻參閱黃銘輝，同註6，頁1-20；蘇慧婕，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估，國立臺灣大學法學論叢，49卷4期，頁1915-1977，2020年12月；陳柏良，AI時代網路政治廣告之揭露義務：以美國誠信廣告法草案為中心，國立臺灣大學法學論叢，50卷3期，頁703-787，2021年9月。

⁹ 李建良，基本權利理論體系之構成及其思考層次，人文及社會科學集刊，9卷1期，頁39-83，1997年3月。



會力量之強大程度或對於他方基本權之侵害程度——的主體，再透過基本權之第三人效力導正失衡的私人關係。¹⁰揆諸憲法初設人權保障清單，旨在限制國家憑藉其權力以侵犯個人自由權利。此種基本人權體制原以國家為規範對象，國內學者素來將此定位為「基本權對第三人效力」，著眼私法關係中之一般私人間得否主張基本權利，或基本權利清單對私法關係有無拘束力等。¹¹基本權對第三人效力乃德國憲法學之重要理論，鑑諸當今侵害源絕大多數來自美國網路平臺，對第三人所致侵害之行為態樣不可小覷¹²；美國法亦對應有所謂「國家行為理論」（State Action Doctrine）俾資因應。

附帶說明者，國家行為理論是否得與發軔於德國公法學的基本權對第三人效力等同視之，不無疑問。湯德宗前大法官與許志雄大法官似將兩者視作等同。¹³從制度脈絡以觀，考察國家行為理論特殊脈絡，亦即憲法規範原則上不適用於私人間關係，係出於國家與社會二分的哲學思考，憲法介入調整私人行為的前提必須在私人行

¹⁰ 林佳和，一般法院的憲法解釋——關廠工人案，載：憲法解釋之理論與實務第十輯，頁301-354，2020年7月。

¹¹ 有關「基本權第三人效力」學說發展之中文文獻參閱許宗力，基本權利的第三人效力與國庫效力，月旦法學教室，9期，頁64-74，2003年7月；陳新民，憲法基本權利及「對第三人效力」之理論，政大法學評論，31期，頁67-112，1985年6月。

¹² 網路使用者或個人用戶之言論自由與隱私保障而言，鑑諸迄今之基本權利清單僅能對抗國家而無法對抗私人企業，且基於使用者皆係以接受平臺規範為前提下利用其服務，此等條款廣義而言涵蓋允許平臺業者移除不當內容，並賦予平臺業者判斷何種內容應為移除之權力。

¹³ 湯德宗，人權總論之二——人權之保障與限制，憲法有聲書，https://idv.sinica.edu.tw/dennis/CH_18.pdf（最後瀏覽日：2024年6月5日）；許志雄，人權規定之第三人效力，月旦法學雜誌，0期，頁60，1995年4月。另參閱許志雄大法官指出美國判例發展出「國家行為」（state action）用以解決人權與私法關係問題，頗具參考價值。



為中尋獲國家行為的要素，溯至1946年的*Marsh v. Alabama*¹⁴乙案認定當私人企業行使統治高權時，其所建立的物理空間便轉化為公共論壇¹⁵，致使產生憲法規範向私法領域水平輻射效力。揆諸德國基本法的規範精神奠基於國家—社會二元對立的古典預設，推導出憲法基本權利對抗國家性，由於私人間亦存在基本權侵害之虞，衍生私人是否也應受基本權拘束的問題。¹⁶兩國理論發展脈絡固然有別，惟究其本源均側重國家和私人在規範地位的失衡與再平衡，私人間事實上取決於雙方在締約能力、溝通權力關係上的懸殊落差以致基本權侵害情事，亦可能存在。¹⁷承此，國家行為理論或基本權對第三人效力皆著重透過國家保護義務，延伸憲政主義扭正顯失衡平的私人間關係，此意謂縱使是美國法上的概念，與我國繼受自德國法的概念，仍是有可類比性。為釐清用語上的混淆爭議，以下皆以國家行為理論稱之。

國家行為理論濫觴自1883年美國聯邦最高法院推翻美國重建時期之1875年民權法案（*Civil Rights Act of 1875*）¹⁸，此理論演進之歷史軌跡迭經變遷，時有限縮時有擴張，孕育極其豐富之理論遺產。該理論認為憲法僅規範政府行為，堅持憲法基本權利規範僅對公權力具約束力，對私人則否。國家行為理論亦可在聯邦法律上獲致規範依據，聯邦憲法增修條文第14條規定「任何州皆不得實施限

¹⁴ *Marsh v. State of Ala.*, 326 U.S. 501 (1946).

¹⁵ 許育典、李霽恆，政府監管大型社交網路平台審查言論的合憲性探討——以美國佛羅里達州參議院第7072號法案為核心，國立中正大學法學集刊，80期，頁27，2023年7月。

¹⁶ 蘇慧婕，同註8，頁1956-1957。

¹⁷ 蘇慧婕，同註8，頁1956-1957。

¹⁸ *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3 (1883).



制合眾國公民特權或豁免權之法律……」¹⁹；職是之故，最高法院向來遵循之一貫立場，拒絕將此類憲法規定適用於「私人行為」（private action）。舉例而言，各州不得將非裔美國人排除於公家住房設施之外，然憲法並不禁止個人將非裔美國人排除於自身家宅外。此法理同樣適用於網路空間中傾向被解釋為私人機構之活動，舉凡美國在線（America Online）²⁰、網際網路名稱與數位地址分配機構 ICANN（Internet Corporation for Assigned Names and Numbers）、抑或諸如網際網路技術制定機構如萬維網聯盟（World Wide Web Consortium, W3C）、網際網路工程任務組（Internet Engineering Task Force, IETF）等，均因非屬國家行為，故而不受憲法拘束或無法成為合憲性審查之標的。

然而，隨著該學說之遞嬗演進和迄今的管制取向觀之，亦可分別自前揭Marsh乙案及承襲其判決意旨之1968年之Amalgamated Food Emps. Union Local 590 v. Logan Valley Plaza, Inc.²¹乙案中，倘若私人企業其行為涉及公共職能之履行特徵，其所建立的空間便轉化為公共論壇，在公共溝通渠道中的影響力實際上與國家行為中的強制性權力並無二致，進而將國家行為理論延伸至私人企業亦與國家同受增修條文第1條之表意自由權之羈束並承擔相應責任的發展軌跡，見諸例證。故理解國家行為理論的濫觴迄至擴張，從過往公私雙元二分藩籬，進而延伸至適用於私人行為的理論演化，尤其對探求非屬國家行為者之其行為「是否」及「如何」就憲法觀點予以適當規範，供吾等檢視美國網路平臺之言論內容審查，對基本權造

¹⁹ U.S. CONST. amend. XIV.

²⁰ See AOL, Webopedia Sep. 22, 2021, available at <https://www.webopedia.com/definitions/america-online/> (last visited: 2023.06.27).

²¹ Amalgamated Food Emps. Union Local 590 v. Logan Valley Plaza, Inc., 391 U.S. 308 (1968).



成實質侵害之際，憲法價值秩序如何發揮於私人間之水平輻射效果或優位性，獲致介入運作之容許性與射程範圍，尤具理論借鑒意義。

貳、網路內容服務提供者之衍生爭議與監理思路

一、美國法上網路中介機構管制的規範基礎——通訊端正法第230條

(一)立法沿革與實務遞嬗

網路中介者提供的服務態樣多樣，舉凡跨國網路連線、網域名稱管理、提供使用者連線至互聯網等複合層級之資訊交換與傳輸皆屬之。「網路服務提供者」(Internet Service Provider)一詞的涵蓋範疇，學理上存在的分類多歧。除「網路接取服務提供者」(Internet Access Provider, IAP)與網路平臺服務提供者(Internet Platform Provider, PPP)之外，尚涵蓋網路內容服務提供者(Internet Content Provider, ICP)等派生類型。²²歷經20餘年遞嬗演進，美國各級法院逐漸奠定提供網路內容之網路服務提供者的

²² 網路服務提供態樣殊異有別，美國法分類上「網路服務提供者」(Internet Service Provider)此一詞彙的涵蓋範疇，除指涉「網路連線提供者」(Internet Access Provider, IAP)，可解讀為以有線或無線方式之連線通路，讓使用得以連結上網的提供資訊接取服務業者，如中華電信HiNet；至「網路平臺服務提供者」(Internet Platform Provider, PPP)，則指提供檔案傳輸、雲端運算、付費參考服務與網站寄存。如Google搜尋引擎、Yahoo入口網站；以及利用網路連線或網路應用程式提供各類資訊內容予使用者之「網路內容服務提供者」(Internet Content Provider, ICP)如社交媒體平臺、電子布告欄BBS等，即屬適例。參閱財團法人資訊工業策進會科技法律研究所，網際網路服務提供者法律責任與相關法制之研究，<https://ws.ndc.gov.tw/001/administrator/10/refile/5744/5644/0002659.pdf> (最後瀏覽日：2025年3月1日)。



法律責任框架，關鍵區別在於業者是否行使「編輯裁量權」（editorial control），據此區辨為「出版者」（publisher）、「散布者」（distributor）與「公共載具」（common carrier）等三種責任型態，成為後續相關爭議的重要基礎。²³由於不同的網路服務提供者，其核心技術與營運模式殊異，對於侵權或不法內容的控管能力亦有所甄別，網路內容服務提供者近年基於網路管理的理由而針對網路內容或平臺資訊內容所採取的種種過濾或篩選的行動，諸國立法例大多將其類型化後制定寬嚴不一之法律遵循義務，本文以下僅以提供通訊內容或搜尋服務之所謂「網路內容服務提供者」作為討論重點，先予敘明。

美國司法實務上，自1996年通過《通訊端正法》（Communications Decency Act，以下統一引用簡稱CDA）後賦予網路中介機構廣泛的豁免權，使其不必為用戶在其網站上發表的內容承擔責任，此等言論內容豁免權的目的係鼓勵平臺成為「善良撒馬利亞人」（Good Samaritans）。且分別根據CDA第230(c)(1)條及第230(c)(2)條對平臺業者的行為態樣，賦予差異化之行為規範與豁免事由。首先，CDA第230(c)(1)條明定：「在第三方提供資訊的情況下，互動式電腦服務的提供者，不應被視為出版人及發表人。」²⁴其立法目的係鼓勵網路萌芽期之互動式電腦服務產業活絡發展，俾免囿於聯

²³ Bryan J. Davis, *Comment: Untangling the Publisher Versus Information Content Provider Paradox of 47 USC 230: Toward a Rational Application of the Communications Decency Act in Defamation Suits Against Internet Service Providers*, 32 NML REV. 75, 78-83 (2002).

²⁴ CDA 230(c)(1)原文如次：

No Provider or user of and interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider.



邦立法或州法的阻礙，而折損市場活力與競爭力。²⁵旨在確認網路平臺與內容服務提供者因「不作為」即被視為用戶生成內容的出版者或發言者究責；相對於第230(c)(1)條以形式客觀標準界定平臺的「不作為」責任，第230(c)(2)條側重網路內容服務提供者出於善意自願採取行動，限制其認為淫穢、猥褻、放蕩、骯髒、極端暴力等違法內容；抑或內容審核機制與策略性地實質審核使用者發布之數位內容，並加以管理及過濾防止有害內容的傳播，以限制存取違法或不當內容之「作為」責任範圍之界定。再次明文宣示即便平臺業者以積極作為、事後對第三方的線上表意予以移除或內容審核，線上服務提供者仍不會因善意地過濾或阻止用戶生成的內容而承擔責任，²⁶核與第230(c)(1)條的實際案件類型與審查標準，自屬有異。

1997年的Zeran v. America Online案²⁷，可謂開啟「善良撒馬利

²⁵ 國內關於1996年美國通訊端正法的文獻參閱郭戎晉，網路言論傳播中介者責任與其免責規範之研究——以美國通訊端正法實務發展為中心，科技法律透析，23卷4期，頁20-44，2011年4月；盧建誌，假訊息管制與言論自由的平衡：美國網路中介責任的邊界探索與反思，中華傳播學刊，43期，頁153-195，2023年6月。

²⁶ CDA 230(c)(2)原文如次：

No provider or user of an interactive computer service shall be held liable on account of—

(A) any action voluntarily taken in good faith to restrict access to or avail ability of material that the provider or user considers to be obscene, lewd, lascivious, filthy, excessively violent, harassing, or otherwise objectionable, whether or not such material is constitutionally protected; or

(B) any action taken to enable or make available to information content providers or others the technical means to restrict access to material described in paragraph (1).

²⁷ Zeran v. Am. Online, Inc., 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997).



亞人」判決先例的濫觴，第四巡迴上訴法院審酌後將第230(c)(1)條的免責範疇從「出版者」擴及至「散布者」。從而排除未來誹謗原告依據該理論提出訴訟的可能性。²⁸嗣後於Fair Housing Council v. Roommates.com案²⁹，涉及違反公平住宅法（The Fair Housing Act, FHA）之「禁止住宅歧視」的違法言論，第九巡迴上訴法院撤銷一審判決指出倘若網路平臺「對所指稱的不法行為作出了實質性貢獻。」³⁰則「不賦予因誘使第三方表達非法偏好而享有的豁免權。」³¹強調平臺並非無分軒輊地均可主張豁免。至有關違法內容的免責條件一節，2008年第五巡迴上訴法院於Doe v. MySpace³²乙案做出明確裁示，在這一起加害人於社交自媒體MySpace約定見面對原告施加性侵害的控訴中，MySpace技術上未能建置年齡驗證軟體本身不足以構成過失且與損害事實之間不存在因果關係，MySpace得訴諸CDA第230條免責。³³

嗣後法院進一步針對CDA第230(c)(2)條所訂「善意」（good faith）的主觀要件建立現行數位平臺編輯裁量權的保障依據，FTC v. Accusearch案³⁴中被告運營業冒名取得的電話記錄（即非法獲得的電話記錄）的網站。判決指出：「唯有當服務提供商以某種方式具體鼓勵了與內容的冒犯性有關的發展時，才須對冒犯性內容的

²⁸ David Lukmire, *Can the Courts Tame the Communications Decency Act: The Reverberations of Zeran v. American Online*, 66 NYU ANN. SURV. AM. L. 371, 373 (2010).

²⁹ Fair Housing Council of San Fernando Valley v. Roommates.com, LLC, 521 F.3d 1157 (9th Cir. 2008).

³⁰ *Id.* at 1168.

³¹ *Id.* at 1165.

³² Doe v. MySpace, Inc., 528 F.3d 413 (2008).

³³ *Id.* at 420-22.

³⁴ Fed. Trade Comm'n v. Accusearch Inc., 570 F.3d 1187 (10th Cir. 2009).



發展『負責』。」³⁵美國歷來相關司法判決所展現的立場，圍繞在平臺所行使的編輯裁量權的有無、網路內容服務提供者對促進言論自由所扮演的角色的論辯，不外乎為其築起免責避風港。

值得注意者，CDA第230(c)(1)條及CDA第230(c)(2)條在具體個案中法院所採取的審查密度有所差異。析言之，作為對CDA第230(c)(1)條（即網站對第三方內容不承擔的不作為責任）的補充規範，CDA第230(c)(2)條明定網路內容服務提供者不對屏蔽或移除第三方內容承擔責任，導致被告更傾向於依賴第CDA第230(c)(1)條，箇中原因乃CDA第230(c)(2)條要求屏蔽和移除的決定附加須「出於善意」的主觀要件門檻。2009年第九巡迴法院於Zango v. Kaspersky案³⁶中，承襲一貫以來的判決先例適用第CDA第230(c)(2)條為反垃圾郵件、反病毒和反惡意軟體服務的中介者提供廣泛的避風港。編輯裁量權的不可侵犯，在聯邦法院的後續判決中也一如預想地延伸適用至社交媒體，Fields v. Twitter³⁷作為近年社群媒體蓬勃發展後的標竿案例，該案中Twitter被控訴縱然漠視恐怖分子散布傳播恐怖極端言論，不啻是對煽動犯罪之仇恨言論置之不理「實質性地支持」恐怖分子。法院認為，無論社交媒體網站對這些恐怖活動的知情程度如何，抑或平臺嘗試屏蔽恐怖分子的用戶帳戶的主觀努力與犯意在所不問，均可依CDA第230條款免責。³⁸

從前述立法背景和實務脈絡來看，CDA第230條的豁免責任涵括廣義的線上服務提供者，給予部分或全部為非法活動而設計的平臺豁免權，如此廣義解釋方法於當今數位時代平臺實力陡增的情境

³⁵ *Id.* at 1199.

³⁶ Zango, Inc. v. Kaspersky Lab, Inc., 568 F.3d 1169 (9th Cir. 2009).

³⁷ Fields v. Twitter, Inc., 217 F. Supp. 3d 1116 (N.D. Cal. 2016).

³⁸ Eric Goldman, *The Ten Most Important Section 230 Rulings*, 20 TUL. J. TECH. & INTELL. PROP. 1, 9 (2017).



脈絡下勢必使得對平臺的究責面臨左支右絀的困境，無怪乎學者指出當前適用實況已與CDA立法原旨訴求之「端正通訊」背道而馳，且伴隨著網路生態系近20年來的結構性變革其立法之初所為言論自由崇高理念開始往縱容平臺鼓勵或容忍破壞性騷擾的方向失速傾斜。³⁹面對各界批判輿論日益高漲的撻伐中，亦不乏捍衛者，如美國學者Eric Goldman即指出將，CDA第230條理解為憲法要求，有助於解釋為何法院通常對該法條採取寬泛的解釋，並一貫據以作為阻卻誹謗侵權責任成立之正當化根據。⁴⁰如前所述，第230(c)(1)條相較於第230(c)(2)條，在舉證門檻上並不要求被告具備主觀意圖（*scienter*）。換言之，若欠缺第230(c)(1)條之安全港屏障，對於經營版圖與財務規模較小的網路服務而言，單一冗長訴訟將導致財務及經營利益上不可回復之致命性打擊，對數位平臺和網路產業之技術創新之庇護尤有實益，故繼續維持第230條的豁免責任在當今數位平臺管制模式與表意自由權的多重競合關係中不可或缺的憲法誠命。⁴¹

（二）構成言論自由之侵害源及公共職能色彩日益濃厚

誠如學說指出，進入Web 2.0時代後，網路擺脫過去單向內容產製，平臺透過演算法與用戶行為動態交互協作，全面掌握了網路生成內容的主導權。在這一變革中，社群媒體與影音分享平臺迅速崛起，使大型數位平臺從單純的資訊媒介載體躍升為公共論壇的替

³⁹ Danielle Keats Citron & Mary Anne Franks, *The Internet as a Speech Machine and Other Myths Confounding Section 230 Reform*, 2020 U. CHI. LEGAL F. 45, 46-47 (2020).

⁴⁰ Eric Goldman, *Why Section 230 Is Better Than the First Amendment*, 95 NOTRE DAME L. REV. REFLECTION 33, 38-42 (2019).

⁴¹ Eric Goldman, *Section 230 as First Amendment Rule*, 131 HARV. L. REV. 2027, 2047-48 (2019).



代體，並與現實世界中的公共言論廣場性質高度疊合，成為言論流通的終極把關者。⁴²再者，誠如學者Danielle Citron指出，現今的網路生態系統丕變，一旦平臺發布針對他人甚至特定服務的非用戶的誹謗、侵犯隱私或威脅的內容，成千上萬的用戶分享該內容的潛在擴散下，則無論目標個人是否使用該服務，其影響力唯恐釀致比20年前遠大得多的負面後果。⁴³社群媒體和更大範圍的數位平臺固然在商業模式、規模和價值觀面向殊異有別，提供社交網路，通過演算法優先排序和個性化廣告投放放大點對點交流。而其他平臺擅長處理傳輸、快取或儲存第三方資訊的線上搜尋引擎（如Google）或視頻共享（如TikTok）和照片共享（如Instagram）等網路服務提供態樣，惟考其串聯平臺間的服務並提供多種渠道以促進個人與群體之間的交流的功能角色，應認為其具備言論廣場性質的公共性特徵。⁴⁴根據學者的研究，網路服務中介者行使自身言論自由也可能構成基本權的「侵害源」，並會根據行為態樣肇致包括但不限於下述侵害情境：平臺透過限制或阻斷網路數據傳輸，不僅威脅資訊流通的自由，更可能侵害言論自由、表意自由及資訊獲取權；若進一步監控傳輸內容，尤其涉及機密資訊或個人資料，則有侵害個人隱私、秘密通訊自由及個人資料自決權之虞；最後，若行為者登記或蒐集與傳輸相關的個人資料，則可能濫用數據，進一步

⁴² Newton Minow & Martha Minow, *Social Media Companies Should Pursue Serious Self-Supervision - Soon: Response to Professors Douek and Kadri*, 136 HARV. L. REV. F. 428, 438-39 (2023).

⁴³ Danielle Keats Citron & Benjamin Wittes, *The Internet Will Not Break: Denying Bad Samaritans Sec. 230 Immunity*, 86 FORDHAM L. REV. 401, 411-12 (2017). 另參照林昕璇，言論之網：平台內容審核機制的概念意涵與衍生爭端概觀，當代法律，38期，頁100，2025年2月。

⁴⁴ Minow & Minow, *supra* note 42, at 438-39.



損害個人對自身資料的自主控制權和資訊主體權。⁴⁵

就平臺本身也會構成對言論自由的侵害源而言，根據研究表明，平臺端當前執行之內容審查已涉入大量自動化決策，諸如運用人工智慧來偵測不當內容，自動化系統驅動資料處理程序即時刪除違規內容，涉及違規問題時能展現其快速反應能力。⁴⁶伴隨以平臺依據自行設定的關鍵字篩選極端主義、恐怖主義等敏感內容，並與自動化審查機制同步運行，以提升過濾效率與精準度。除主動尋找既已發布的內容外，平臺亦交錯結合人工審核藉此與機器誤判互為調節；而因用戶之舉報所發動者，則會接續平臺內部的審查員根據內部指南予以人工介入判斷審酌，交織協作。⁴⁷析言之，在演算法與驅動導致的資訊氾濫洪流挾帶著由代碼構築之內容審查系統，平臺坐擁不亞於國家的監管權力和言論控制權，演化出更甚於傳統媒體時代政府所擁有的政策主導權。⁴⁸隨著平臺的商業模式在當代言論場域扮演的角色，已然足以與政府政策匹敵甚至更高的影響力，威脅言論自由的力量不再僅僅來自國家的公權力。或可謂構成言論自由價值貶損的主要侵害源已從政府擴展到私人平臺。⁴⁹申言之，傳統媒體從業者素來關切的政府干預言論自由與限制意見表達的命題，已逐漸被社群平臺壓倒性的市場影響力所取代。相較於政府，這些平臺實質上掌握類似公權力的決策權，對言論的形塑與控

⁴⁵ Edoardo Celeste, *Digital Constitutionalism: A New Systematic Theorization*, 33 INT. REV. LAW COMPUT. TECHNOL. 76, 78-79 (2019). 另參閱林昕璇，淺談平臺網路服務契約條款之定性與界限——平台管理「準公共職能化」之觀察，當代法律，27期，頁106，2024年3月。

⁴⁶ Kate Klonick, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, 131 HARV. L. REV. 1598, 1635-37 (2018).

⁴⁷ *Id.* at 1638-39.

⁴⁸ 盧建誌，同註25，頁180-181。

⁴⁹ 盧建誌，同註25，頁180-181。



制更為深遠。⁵⁰

(三) 衡平規範的兩難與法律遵循義務的內在屏障

當前大型網路平臺監管模式之國內文獻多以合憲性分析作為切入點⁵¹，此一命題將平臺作為一私人企業受到政府監管引發的言論自由爭議而啟動違憲審查的立論基礎固然不難理解，惟學說亦坦言國家究應以何種角度思考監管具有「公共性特徵」的媒體平臺，則端視國家在網路言論市場有效運作與言論自由保障大型網路平臺間如何做出平衡的利益折衝。⁵²揆諸近年具指標意義之兩項美國法欲限制平臺剪輯裁量權之法案：美國佛羅里達州參議院第7072號法案（Florida Senate Bill 7072, SB7072），以及隨後德州在2021年9月通過了德州眾議院第20號法案（Texas House Bill 20, HB20）。兩者在立法內容上雖不完全一致，惟最後共通的命運均係以暫緩施行，移交最高法院審酌畫下休止符。⁵³

1. 聯邦第十一巡迴上訴法院之「言論說」（Speech）

聯邦第十一巡迴上訴法院明確宣判涵括社交平臺在內的大型科技業者同樣受到憲法增修條文第1條（下稱「增修條文第1條」）之表意自由保障，蓋平臺提供的服務業務是向用戶傳播特定策劃的內容集合，而應將此等訊息傳播視為傳達平臺自身訊息或目標予用戶

⁵⁰ 盧建誌，同前註，頁180-181。

⁵¹ 參閱許育典、李霽恆，同註15，從言論自由保障之觀點就美國佛羅里達州參議院第7072號法案為合憲性審查之討論；蘇慧婕，同註8，從德國基本法之憲法秩序對德國網路執行法為合憲性闡析。

⁵² 許育典、李霽恆，同註15，頁38-39。

⁵³ Moshe Klein, Lindsay Maher, Supreme Court Oral Argument Preview: Social Media First Amendment Cases, LAWFARE, available at <https://www.lawfaremedia.org/article/supreme-court-oral-argument-preview-social-media-first-amendment-cases> (last visited: 2024.06.09).



之「言論」。⁵⁴而又基於平臺享有編輯自由裁量權，平臺並不對公眾開放以傳播個人選擇的通訊內容，相對地，平臺係基於公眾同意其使用條款的情況下對公眾開放。⁵⁵惟法院不諱言地指出諸多當前確實擁有相當大的市場力量，但也反駁州政府所持平臺因係向公眾提供無差別服務形成某種壟斷性且與公共利益緊密關聯，故其乃屬公共載具的主張，指摘僅憑市場份額不足以使其成為公共載具，換言之，市場規模並不會使平臺失去高度私有化特性。⁵⁶

2. 聯邦第五巡迴上訴法院之「審查說」(Censorship)

反觀審查德州眾議院第20號法案的第五巡迴法院認為平臺向公眾提供服務。這是因為法院認為平臺實施的服務條款僅為定型化契約條款，並不具有任何真正的平臺差異化服務或訊息傳遞之本質。⁵⁷法院進一步指摘，平臺從公共載具豁免之負面要件為平臺提供網路服務的內容需透過面對用戶提供差異化的服務契約為據，惟系爭本案平臺並未如此為之。⁵⁸最後，法院認為社交媒體與公共利益相關且已受到大眾依賴之深而足以構成現代政治討論和辯論的論壇，因此「被排除在平臺之外相當於被排除在公共話語之外。」⁵⁹與前揭第十一巡迴法院大相逕庭的是第五巡迴法院認為，平臺基於演算法所實行的言論推薦重組與散布不啻為一審查(censorship)，而非言論(speech)。⁶⁰

此案後續因科技相關團體「NetChoice」及「電腦通訊產業協

⁵⁴ NetChoice, LLC v. Att’y Gen. of Fla., 34 F.4th 1196, 1217 (2022).

⁵⁵ *Id.* at 1220.

⁵⁶ *Id.* at 1217.

⁵⁷ NetChoice, LLC v. Paxton, 49 F.4th 439, 448 (5th Cir. 2022).

⁵⁸ *Id.* at 474.

⁵⁹ *Id.* at 475.

⁶⁰ *Id.*



會」(Computer and Communications Industry Association)對於該法請求緊急擱置，嗣移交至美國最高法院，最後以5票贊成、4票反對，導致德州眾議院第20號法案的暫緩實施。⁶¹兩項服務中介者監管州法案的接連失敗告終意味著在美國法脈絡下，以立法監管模式強化平臺的法律遵循義務的「法遵式管制」在聯邦憲法言論自由與CDA第230條構築的無堅不摧地的保護傘下，突破既有理論的藩籬重啟討論網路服務中介者的法律定位究係一公共職能機關抑或純粹的私法實體，仍有其在美國現行實務下尋覓折衷方案的重要性。

四、小結——失速的網路空間私人權力

本文認為，當今社群媒體掌握著社會互動論壇作為人類資訊溝通交流的關鍵部分，其所形塑的社交公共空間是所有社會聽聞者及閱聽人最企盼接觸到也頻繁使用之公地，揭示其在21世紀公共話語中的巨大重要性。鑑於其規模和廣泛言論審查權力的擴張，已見應被視為公共論壇。佛羅里達州SB7072與德州HB20均係限制大型社交網路平臺之州法，立法背景與規範架構雖然有相似性，惟值得注意的是在後續的法院違憲審查上關於平臺上內容的監控、篩選和過濾行為卻做出了迥不相謀的評價，對比於第十一巡迴法院仍依循解釋慣例將平臺定性為仍受到言論自由保障之對象，第五巡迴法院已轉趨認為固然平臺係屬私有企業，但仰賴演算法作為言論內容產製者與散布者不啻為一審查行為(censorship)，其介入管控、壓制、操弄資訊的技術，得以遮蔽並扭曲訊息傳遞的途徑與內容一節，實質上與國家監控行為並無二致。鑑於訊息的自由傳播乃自由

⁶¹ Krista Chavez, NetChoice Glad to See Fifth Circuit Hold Texas HB 20 from Going into Effect Until SCOTUS Hearing, NetChoice, *available at* <https://netchoice.org/netchoice-glad-to-see-fifth-circuit-stop-texas-hb-20-from-going-into-effect-until-scotus-hearing/> (last visited: 2024.06.09).



民主社會的礎石，第五巡迴上訴法院的論證法理上似傾向認為其職能已漸次轉化能夠有效排除不同立場的敘事，最終將差異立場極小化，形成對其他公共言論的排他性意志。故即便是私人平臺，仍非無可能成為權利的侵害源，受到來自用戶基於侵害言論自由的指控，而成為合憲性審查的標的客體。論者指出前揭法案的失敗以及在巡迴法院的正反論辯恰正揭示美國法制下欲以立法模式的法遵式監管藉以確保網路言論市場有效運作與言論自由保障大型網路平臺間的槓桿衡平的困難性，美國至今在學說與實務上對於如何平衡沒有統一的想法，正可看出此一衡平解釋路徑的制度侷限。⁶²

為突破此一難題，本文以為仍須從憲法解釋之理論出發，承認傳統上政府固然被視為思想自由表達的主要威脅；倘如今一個私人實體擁有整個資訊傳播渠道所承載的公共職能，在解釋論上應有將其轉化為一個或至少是（準）國家行為者的形成空間，從而適度地受到合憲性審查的制約或檢驗。承此，從憲法理論的觀點切入，針對國家行為理論的直接涵攝或延伸之辯論，論證對私人權力的實質性制約的憲法義務是否成立。在網路空間私人權力愈發清晰的當今網路場域，闡析重構國家、網路服務業者與使用者三重的權利義務關係，從作為比較憲政與人權方法論經緯的國家行為理論中汲取思想資源，關涉網路私人權力是否應受合憲性審查的核心探問，也是探索並挑戰當今網路中介者內容監管的理論構成的試金石。

⁶² 許育典、李霽恆，同註15，頁38-39。



二、國家、網路服務中介者與用戶三角權力結構之探問與重構

(一) 作為「資訊化關鍵基礎設施」(Information Infrastructure)之公共職能機關⁶³

數位平臺得益於雙邊甚至多邊市場的經濟活動下日益成為網路使用者日常生活不可或缺的一環，公眾對於網路中介者發揮無遠弗屆之跨域市場力量屢見不鮮，卻也倍受詬病濫用市場支配力量。⁶⁴鑑諸數位平臺以其壟斷和寡占地位對市場控制與權力濫用，學者K. Sabeel Rahman提出「資訊化關鍵基礎設施」的監管模式，強調網路服務業者形同網路守門人，在控制與篩選資訊上擁有極大影響力。這些業者不僅是網路內容過濾和選擇技術的主導力量，例如，Google對其搜尋引擎結果的調控以及Facebook建構之內容審核機制，乃私部門自此主宰用戶能否接收特定資訊或排除其所不欲接收特定言論、觀點與立場之「守門權力」的具現化⁶⁵；復觀演算法之篩選評分機制亦為科技業者進行市場操縱提供便捷途徑，大型平臺秉持技術條件掌握新聞來源及控制其搜尋結果等權力導致類似隱憂，得以透過細微調整演算法之權重設定，決定宣傳散布或不推送特定內容，就民主政治而言亦恐斷傷選民投票之理性選擇，不啻體現網路服務中介者之「傳輸權力」。⁶⁶不難想像，Rahman將之定位為「資訊化公共關鍵基礎設施」的實踐路徑實具有重建國家監理正當性的理論意義，這個政策宣示雖然內容稍嫌空泛，但可望賦予

⁶³ See generally K. Sabeel Rahman, *Regulating Informational Infrastructure: Internet Platforms as the New Public Utilities*, 2 GEO. L. TECH. REV. 234 (2018).

⁶⁴ *Id.* at 234-35.

⁶⁵ *Id.* at 242. 有關Rahman理論闡述平臺權力集中化的中文文獻參閱林昕璇、左宜恩，中國國家、網路服務中介者與個人用戶之三角權力結構：來自數位瑞士理論的辯證與新詮，中國大陸研究，65期4卷，頁57-59，2022年12月。

⁶⁶ *Id.* at 242-43. 另參閱林昕璇、左宜恩，同前註，頁58。



更多制衡其於網路場域宰制力量之行政制度工具和公法價值秩序之建構，如課責、透明、反歧視之平等保護與隱私保障等公益價值之實現。⁶⁷Martha Minow立於將網路平臺視為公共職能機關的基礎上，提出諸多「公私法雙軌併行」的管制作為俾免自利或他利之利益衝突情事，如將大型網際網路平臺作為公共事業進行監管，組織上由公部門組成的委員會進行，由公權力負責市場准入、退出和擴展，服務標準和條款以及用戶的爭端和投訴。監管舉措上得要求年度報告、防範服務提供中的不公平行為，並確保正當程序和透明性。私人數位平臺在此管制架構下的相應義務內涵，則係限制仇恨言論或煽動性或不可信賴的新聞。⁶⁸

本文以為前述學理論辯背後反映者，正是憲政主義素來揭櫫限制國家權力以保障人民權利之基本權對抗國家性的古典結構，在面對由GAMMA（即Google、Apple、Meta、Microsoft、Amazon）所主導的數位經濟生態下所面臨難以施展的困境的權宜方略。揆諸實際，網路中介者挾其市場近乎寡頭的控制力危害使用者近用資訊和應用服務提供者，抑或具備相當市場力量之應用服務提供者——例如占據市場龍頭地位之搜尋引擎或社群網路平臺——其濫用市場支配力量之情況不可同日而語。⁶⁹Rahman注意到網路服務中介者的壟斷勢力在言論市場中不斷擴張，並認為這些平臺處於國家管制與私人資訊存取之間，扮演著至關重要的中介角色。⁷⁰他進一步將其

⁶⁷ *Id.* at 235-36.

⁶⁸ MARTHA MINOW, SAVING THE NEWS: WHY THE CONSTITUTION CALLS FOR GOVERNMENT ACTION TO PRESERVE FREEDOM OF SPEECH 123-24 (2021).

⁶⁹ 國內關於資訊服務中介者作為「守門人」之相關論述參閱彭睿仁、從歐盟《數位市場法》論「守門人」權力之形成與監管，政治科學論叢，94期，頁84-85、89-100，2022年12月；林家暘，同註7，頁109-111、122-132。

⁷⁰ Rahman, *supra* note 63, at 234-35.



與19世紀後期工業史和普通法的發展歷程中，美國政府對公共設施監管歷史框架相連結，提出應將網路中介者視為「公共化關鍵基礎設施」予以規範，主張應借鏡過去國家對鐵路、金融等私營權力及基礎設施的管控方式，將這些數位平臺納入監管範疇。⁷¹此觀點呼應了過往公共基礎設施監管的傳統，以應對數位基礎建設中私人權力的集中化，從而勾勒出現代國家法律如何有效治理數位多邊平臺的規範輪廓。⁷²析言之，Rahman的理論瞄準將網路服務中介者可視為新型公用事業（new public utilities），私人市場互動領域實際上涉及與國家行為相同類型的強制性權力——但卻鮮少受到與國家行為相同的憲法義務和社會福利正當性的拘束。⁷³其亦關注當今諸多規制數位平臺私人權力的學理，不乏有訴諸於古典憲法理論之國家行為如適用聯邦憲法增修條文第14條的正當程序或平等保護的反歧視制度，或者增修條文第1條言論自由的適用性的現象。⁷⁴惟鑑於監督主體的混亂化、公用企業身分及其網路市場的特殊性，單純仰賴反壟斷執法的規制顯然不能全面、有效規制其壟斷行為，並確保公法規範秩序以及民主憲政體制國家機關的權力制衡機制在網路空間彰顯乃該理論的終極核心關懷。⁷⁵

（二）作為「網路言論之新型治理者」（Speech Governors）

當前的網路環境中，數位平臺的角色已逐漸從單純的媒介轉變

⁷¹ *Id.* 有關Rahman理論闡述平臺權力集中化的中文文獻參閱林昕璇、左宜恩，同註65，頁57-59。

⁷² *Id.*

⁷³ K. Sabeel Rahman, *The New Utilities: Private Power, Social Infrastructure, and the Revival of the Public Utility Concept*, 39 CARDOZO L. REV. 1621, 1629 (2018).

⁷⁴ *Id.* at 1687-88.

⁷⁵ *Id.* at 1680-89.



為言論自由的強力控制者。儘管用戶仍保有在平臺上表達個人意見的自由，實際上許多平臺積極地審查並管控發表的內容。這些管制措施的執行過程中，常出現缺乏透明性的黑箱爭議。⁷⁶Klonick氏遂主張當今私人數位平臺秉持對新興技術資源的集中化占有、掌控和利用儼然已成為「網路言論之新型治理者（the new governors）」。⁷⁷資科技巨頭掌握大量公共財卻對其用戶幾乎毋庸承擔直接法律責任，亦缺乏有效科技治理監管機制的弊端，亟待正視。⁷⁸Klonick將數位平臺與增修條文第1條所涉判例進行比較，主張現有的學理已然無法窮盡闡述數位平臺的法律屬性。⁷⁹她進一步主張，由於數位平臺具備新型治理模式的特徵，從言論自由的歷史演變視角來看，監管機制長期以來遵循著一種「雙元模式」，即在政府與受其權力影響的個人或出版商之間形成對立的權力結構。然而，隨著新型治理者的崛起，這一傳統模式逐漸被顛覆，言論監管正朝向「新三元模式」的框架發展。此觀點指出，網路言論的全球化已經生成一種嶄新的規範性權力，數位平臺則化身為此等文化治理體系的主導者，掌握了不僅限制言論散布的力量，尚且塑造全球公共話語的能力，揭示平臺在數位場域的核心地位及其隱含的權力分配轉變。⁸⁰新型統治者其法律定位遂衍生兩項爭議。首先，用戶

⁷⁶ See generally Klonick, *supra* note 46.

⁷⁷ *Id.*

⁷⁸ *Id.* at 1601-02.

⁷⁹ *Id.* at 1662-69.

⁸⁰ 相似見解有認為從數位平臺自訂監管規則所形成之規範性權利及排他性以觀，對於平臺服務的規範標準產生一種猶如「私人立法程序」之規範形成效果，而數位平臺依規範而行之有效權力，一方面可以當作一種市場現象追求營利極大化來理解，另外從規範形成的角度來看，亦有促成在單一社會結構或網路社群中建構共通行為模式與行為準則之「規範形塑、鞏固及強化效果」，導致數位平臺自訂之社群管理規則雖然形式上並非法律或行政命令，



是否因平臺審查機制而喪失平等參與言論之機會；復該等平臺通常缺乏明確周延之問責制度，蓋此等新型治理者乃以其平臺自有規範與罰則控制用戶行為之私人營利企業，用戶對其審查制度並無直接參與之權利，僅因平臺考量營利問題而顧慮用戶期望，進而間接影響審查制度。⁸¹平臺除不允許用戶發表違反社群規範之內容外，更會過濾顯示內容，就阻礙其運營利益之觀點，給予歧視性的差別對待，致令用戶難以接觸到多樣化內容，形同創造出一個大眾僅能接收其所認同之內容進而導致極化現象之反民主空間。⁸²

惟學說亦指摘，美國加諸監管數位平臺的權限則仰賴言論自由的規範尺度甚深，⁸³增修條文第1條表意自由的理論與實務即便面臨典範變遷的時代挑戰，仍有助於界定平臺治理的邊界。⁸⁴換言之，增修條文第1條對於言論自由的高度尊崇也並非漫無邊際地賦予線上平臺毋庸承擔責任的絕對豁免權。⁸⁵有力說主張「明確且現實的危險」可作為增修條文第1條背後隱含的價值設下藩籬，故若是意圖煽動或可能違反法律的言論或者極端仇恨的言論仍會受到管制效力所及。⁸⁶

但仍屬於對個人或團體有規制效力之規範。詳參彭睿仁，同註69，頁95-96。
引介Kate Klonick學說並進行西方觀點與中國網路監管框架比較之相關文獻參閱林昕璇、左宜恩，同註65，頁59。

⁸¹ Klonick, *supra* note 46, at 1630-35.

⁸² *Id.* at 1630-45.

⁸³ Giovanni De Gregorio, *Digital Constitutionalism Across the Atlantic*, 11(2) GLOBAL CONSTITUTIONALISM 297, 299, 309-10 (2022).

⁸⁴ *Id.* at 309-10.

⁸⁵ *Id.* at 309-15.

⁸⁶ *Id.* at 309-15.



(三)作為民事信託關係之「資訊受託人」(Information Fiduciaries)

1. 「資訊受託人」之構成要件

所謂資訊受託人模式乃耶魯大學法學院學者Jack Balkin所闡釋就數位平臺主張其與個人用戶之間成立所謂「資訊信託」之法律關係。根據Balkin論理，資訊受託人——即數位平臺——以「資訊」作為受託之標的，在與平臺用戶之關係中，對於其因使用和交換所獲得之資訊，基於個資主體與資訊受託人之特別權力在數位經濟生態的不對稱關係，承擔特殊責任的個人或企業。⁸⁷根據前揭定義性操作，資訊受託人就其蒐集、分析、利用與其他資料應用行為，對於使用者應負擔較高程度之注意義務，以避免個資主體及其他第三人因系爭行為而受損害。⁸⁸Balkin作此主張之理據為：首先，網路服務中介者固然非常樂意提供所謂隱私保護之政策，然事實上多以模糊和籠統方式將細節隱藏於隱私政策之細則和基礎設施技術條款中。雖倡言開放透明，惟考其實質內涵或恐不易令一般資訊主體所能輕易理解。⁸⁹其次，大眾對數位平臺相對依賴之資訊落差弱勢地位，相對地網路服務中介者提供大眾所需之諸多不同類型服務，對於數位平臺不致濫用使用者之機密資訊或洩露相關資訊致傷害資料主體之利益一事具有高度期待。⁹⁰第三，網路服務中介者以

⁸⁷ Jack Balkin, *Information Fiduciaries and the First Amendment*, 49 UCDL REV. 1183, 1185-87 (2015).

⁸⁸ *Id.* at 1185-87, 1222.

⁸⁹ *Id.* at 1222-23, 根據皮尤研究中心 (Pew Research Center) 最近的一項調查，74%用戶不知道該平臺會蒐資料以對其興趣和特徵進行相關調查，臉書用戶對該公司服務（或不服務）方其之式似乎渾然無知，且其發現之際亦甚為不安。此不僅僅是一種異常明顯之資訊不對稱，而係一個精心設計之社會控制系統，其條款多屬強制性，而不具選擇自由。

⁹⁰ *Id.* at 1222-23.



提供某些服務換取用戶個人資訊方面之專家自居，甚且知悉其所持有資料之價值，故而網路服務中介者亟欲表彰自身引入何種形式之信託，以滿足用戶能否合理期望如何處理其個人資料。⁹¹承此，「資訊受託人」之成立應滿足下列構成要件：

(1)個人或實體向公眾明示承諾自身確為尊重隱私之組織，以便獲取用戶之信任時；

(2)個人或實體給予公眾信賴其不會揭露或濫用個人資訊時；

(3)受影響之個人對個人或實體不會根據合理之現有社會規範、現有實踐模式或其他合理證明可信任之客觀因素揭露或濫用其個人資料具有客觀高度期待可能性。⁹²

Balkin強調僅僅透過網際網路與某人交流，並不致令其成為資訊受託人，此即何以諸多蒐集、使用和揭露等作法，仍繼續受到增修條文第1條保障之故。⁹³當網路服務中介者表明自身確為值得信賴，且當其承諾揭露個人資訊而致最終用戶處於弱勢地位時，公司應對其陳述負責。然資訊受託人之概念已然超出明示承諾之範疇，數位資訊受託人因其所從事業務性質和種類之故，須確實遵守合理之信任和保密道德標準，即令其未做出具體陳述；如同醫師或律師若怠於明確承諾保密和保持良好行為，渠等仍為資訊受託人而政府仍可對其施加法律義務。⁹⁴

2. 「資訊受託人」之懷疑論

Balkin亟具立論創新性的「資訊受託人」的立論依據，似不難理解為巧妙規避憲法對平臺的言論自由之保障的一種不得不然的妥

⁹¹ *Id.*

⁹² *Id.* at 1223-24.

⁹³ *Id.*

⁹⁴ *Id.*



協方案。⁹⁵惟仍不免遭致批判。哥倫比亞大學法學院之David Pozen與Lina M. Khan主張「資訊受託人說」在學理與實證上均認知偏誤。蓋跨國數位平臺之監管之癥結並非繫諸於其最終用戶須能夠信任 and 高度依賴，而係其確屬異常強大之行為者，或恐對言論、集會及新聞自由造成巨大傷害——此與訴諸民事信託關係之醫師和律師等對客戶怠於執行職務時應盡擔保責任之專門職業人員存在本質差異性，不宜逕行比附援引之。否則不啻忽視其作為大眾傳播論壇渠道和公共領域「新型治理者」之支配地位，模糊化多方數位平臺背後隱藏的真實利害關係。⁹⁶

不難想像，資訊受託人模式將Facebook、Google、Twitter和其他類同網路平臺解讀為將用戶利益凌駕於商業利益之值得信賴行為者，實乃出於對網路服務中介者素來經營競爭策略之偏誤認知。⁹⁷網路中介者透過其網路中介服務的提供，創造出一「雙重市場」，一方面向資訊受眾提供內容輸出，再轉向對廣告商提供資訊受眾之注意力，此一商業模式致使個人用戶同時兼具「消費者」與「商品」之雙元角色。⁹⁸將資訊中介勾勒為資訊受託人在商業判斷上實

⁹⁵ 感謝審查人在此指出Balkin此一命題的提出雖具爭議性，惟似可解讀為美國現行對網路中介者採取極為廣泛的容許空間及禁制立法監管下，相關管制措施的發動恐違反憲法對平臺的言論自由之保障的一種不得不然的妥協方案。國內文獻亦不乏指摘類美國古典憲法理論的盲點為「……規範對象往往不及於與政府行為無關的私人行動，因此，在分析涉及寬頻服務業者或網路服務業者的網路控管與過濾措施引發的言論自由爭議時，傳統的言論自由分析框架，的確可能面臨左支右絀的命運。」參閱劉靜怡，網路內容管制與言論自由——以網路中介者的角色為討論重心，月旦法學雜誌，192期，頁65，2011年4月。

⁹⁶ Lina M. Khan & David E. Pozen, *A Skeptical View of Information Fiduciaries*, 133 HARV. L. REV. 497, 534 (2019).

⁹⁷ *Id.*

⁹⁸ 蘇慧婕，同註8，頁1952。



難以期待能善盡注意義務與擔保責任對用戶履行信託責任，此解釋論恐徒增理論的疊床架屋。其次，David Pozen與Lina M. Khan擲地有聲地指出，資訊信託模式對兩造當事人法律關係之設定系統上實有偏誤，亦即Facebook為首之跨國科技巨人之所以能夠且應受特殊監管，蓋因Facebook與其各用戶皆有（或應具）某種特殊之信任和依賴關係。⁹⁹此論點不僅忽視平臺與用戶間究竟產生何等依賴關係，且將本應屬公益權衡問題——亦即關於何種社交媒體對威脅受眾基本權、對民主產生何種危害等公法爭議——重新置於一個狹隘之私法自治之準契約框架中。¹⁰⁰此種框架隱含降低對政府干預和其他公共監管模式之適當依據，也無助於有效周延監管的改革立法美意，而正這是這波平臺監管浪潮念茲在茲的核心環節——將隱私概念化為公共利益模式，或旨在抵禦知識和權力之極端不對稱或對數位媒體之結構性扼制——Balkin學說卻逕而將目前之市場結構視為既定事實，非無商榷餘地。¹⁰¹

四作為「監控中介者」（Surveillance Intermediaries）¹⁰²

Rozenshtein則開宗明義界定網路服務平臺業者，乃屬於一游離於國家公部門與個人用戶間之監控中介媒介，致令公共領域和私人領域分際之模糊化。並將其劃歸為所謂「第三方環境（third-party environment）監控中介者」¹⁰³，係指涉數位平臺作為介於國

⁹⁹ Khan & Pozen, *supra* note 96, at 535-36.

¹⁰⁰ *Id.*

¹⁰¹ *Id.*

¹⁰² See generally Allen Z. Rozenshtein, *Surveillance Intermediaries*, 70 STAN. L. REV. 99 (2018).

¹⁰³ Rozenshtein從「監控」之類型化出發，主張科技監控根據蒐集資料之主體及動機應區分三種類型：第一乃係所謂「公共環境（public environment）之監控中介者」，警察於街頭誘捕嫌犯、間諜衛星於太空中拍攝照片等皆屬此類，政



家與個人之間的第三方，通常為自身商業目的而協助政府蒐集其所欲獲取之資訊，而政府則由第三方獲取資訊而非直接自目標獲取。此種監控模式乃係作為現代社會最主要資訊獲取者——網路科服務中介者——所扮演之第三方角色，深具潛力然亦屬最欠缺周延法律規管的化外之地。¹⁰⁴事實上，在公私協力和數位落差之考量下，過往第三方環境大多扮演配合政府進行監控與執法之角色。¹⁰⁵揆諸現今作為第三方監控中介者之數位平臺已足夠壯大至足夠動機為自身利益進而抵抗政府之監控。¹⁰⁶鑑諸史諾登揭密事件以降，來自政府之監控無所不在，故監控中介機構僅須抵抗政府監控即可將自身產品做出差異化，如APPLE宣稱其運作模式無須讀取用戶資訊時，即能與Facebook、Google此類依靠分析用戶資訊販售廣告進而獲利之業者做出區隔；此外，此一抵抗政府監控之訴求，亦有助於提高該中介業者於整體網路環境與相關業者之全球競爭力。¹⁰⁷前述監控中介機構其抵抗政府監控之制度性工具，Rozenshetein將其歸納為程序主義和訴訟以及技術單邊主義。¹⁰⁸

1. 程序主義和高度訟爭性（Proceduralism and Litigiousness）

Rozenshetein氏主張除非政府透過正式法律程序，否則數位平

府毋須與他人進行合作即可直接進行監視；第二種為「目標環境（target environment）之監控中介者」，如政府搜索特定個人或房屋等，即令目標得以逃跑或封鎖門口進行抵抗，然政府相對於個體目標具明顯且壓倒性之優勢，個體目標實則難以抵抗政府監控；第三則屬數位平臺牽涉其中穿針引線的第三方環境（third-party environment）監控中介者，政府則由第三方獲取資訊而非直接自目標獲取個人資訊。*Id.* at 112-14.

¹⁰⁴ *Id.*

¹⁰⁵ *Id.*

¹⁰⁶ *Id.*

¹⁰⁷ *Id.* at 104-05.

¹⁰⁸ *Id.* at 122.



臺作為第三方監控中介者不應直接提供政府要求之資料，舉例而言，政府可透過搜查令、法院命令及傳票（warrant, court order, and subpoena）等基於令狀主義的司法文件，要求Google提供其用戶之基本訊息，如與該Gmail相關之姓名和地址。¹⁰⁹此外，如欲要求Google提供其涵蓋時間和對象等之用戶郵件標題，則須具體事實表明足以合理相信與刻正調查之刑事案件有關並具備實質意涵；倘若要求提供郵件內容，則須確認郵件與犯罪證據有關。¹¹⁰基於此一邏輯，監控中介者通常會以最小限度資訊滿足政府合法提出之命令。然對命令有所疑義時，監控中介者亦可能以訴訟抵抗政府提出之命令，如APPLE基於「全令狀法」（All Writs Act）對政府提出解鎖其手機加密之要求提起訴訟並獲致勝訴。¹¹¹

2. 技術單邊主義（Technological Unilateralism）

除以法定程序要求與政府分庭抗禮外，監控中介亦得不考慮政府偏好對系統做出技術修改，例如密鑰交換加密技術。¹¹²「端到端加密（end-to-end encryption）技術」具更佳安全性，且能以保全用戶隱私之特色獲致更多市場支持，政府亦更難以要求揭露此些資料。¹¹³舉例而言，除「端到端加密」外，愈來愈多業者採取所謂前向保密（forward secrecy）技術藉以保護過往通訊免於密碼或金

¹⁰⁹ *Id.* at 123.

¹¹⁰ *Id.* at 123-24.

¹¹¹ *Id.* at 125.

¹¹² 密鑰交換可區分為「第三方訪問」及「端到端加密」兩類，傳統第三方訪問可解密之對象有三：發送者、接收者、處理密鑰交換之第三方，而大部分業者皆會保護其訪問用戶數據之權限，致使業者得以透過販售用戶數據生成具針對性之廣告進而獲利。另端到端加密則僅有發送者、接收者得以解密消息，第三方處理密鑰交換但不保留解密密鑰之副本。*See id.* at 134-37.

¹¹³ *Id.*



鑰在未來被暴露之風險威脅。¹¹⁴除了單面技術主義之鞏固有助監控中介平臺對抗政府外，業者也得以進行架構上之更改。例如公司不選擇儲存任何資料，俾令政府僅得選擇實時（real-time）監控，致須通過更嚴格之法律認可程序；或如微軟將資料儲存於愛爾蘭，令政府欲實施監控時必須付出更多外交成本。¹¹⁵

三、小結：公法規範秩序制約網路服務中介者之論證理路與芻議

當前私部門已於數位憲法生態體系中之影響力遽增，取代過往公部門職能之色彩漸趨濃厚。與私人間簽訂之服務條款或定型化協議，考其性質核屬私法契約，因而產生對於私法關係之合憲控制，憲法基本權之價值秩序的約束、以及基本權對第三人效力是否適用暨如何適用之理論疑義，亟待吾人探究。茲將前揭「貳、網路內容服務提供者之衍生爭議與監理思路」一章內容整理如下：

表一 美國學理對網路內容服務提供者其法律定位之整理表（作者整理）

	關鍵基礎設施說 (K. Sabeel Rahman, 2018; Martha Minow, 2021)	言論管理者說 (Kate Klonick, 2018)	資訊受託人說 (Jack Balkin, 2015)	監控中介說 (Alan Rozenstein, 2018)
理論內涵	平臺並非純粹市場上銷售商品或服務的一般企業，毋寧應被理解為一種資訊「關鍵基礎設施。」	言論監管機制素來遵循一種政府及受政府權力影響之個人發言者或出版商的雙元模式。數位平臺	資訊受託人就其蒐集、分析、利用與其他資料應用行為，應盡善良管理人注意義務，防免個資	基於商業目的蒐集政府欲獲取之資訊，而政府則從第三方獲取資訊而非直接從目標獲取。故數位平臺應被視為現代資訊社會最

¹¹⁴ *Id.* at 139.

¹¹⁵ *Id.* at 140-41.



	關鍵基礎設施說 (K. Sabeel Rahman, 2018; Martha Minow, 2021)	言論管理者說 (Kate Klonick, 2018)	資訊受託人說 (Jack Balkin, 2015)	監控中介說 (Alan Rozenshtein, 2018)
		開拓言論自由之新三元模式，作為言論管理者從事「事前」及「事後」的網路言論審查。	當事人及其他第三人因系爭行為而受損害。	主要的資訊獲取者。
理論基礎	平臺掌握新聞來源及控制其搜尋結果等權力，得以透過細微調整演算法之權重設定，決定傳輸或不推送特定內容及不利特定內容，提供中介者進行市場操縱和尋租提供便捷途徑，就民主促進多元意見而言亦恐斷傷選民投票之理性選擇，體現網路服務中介者傳輸權力及守門權力。	用戶恐因平臺審查機制而喪失平等參與言論之機會；該等平臺通常缺乏明確周延之問責制度，蓋新型治理者畢竟屬於私人營利公司，用戶對其審查制度並無直接參與之權利，僅因平臺考量營利問題而顧慮用戶期望，進而間接影響審查制度。	數位平臺以「資訊」作為受託之標的，在基於與用戶之關係中，對於其因使用和交換所獲得之資訊，基於個資主體與資訊受託人之特別權力在數位經濟生態系的不對稱關係，而承擔特殊責任與注意義務。	過去第三方大多扮演著配合政府進行監控與執法的角色。監控中介機構抵抗政府的監控即可將自身產品差異化。如蘋果宣稱其運作模式不需要讀取用戶資訊時，就能和 Facebook、Google 此類依靠分析用戶資訊販售廣告獲利的業者做出區別。



	關鍵基礎設施說 (K. Sabeel Rahman, 2018; Martha Minow, 2021)	言論管理者說 (Kate Klonick, 2018)	資訊受託人說 (Jack Balkin, 2015)	監控中介說 (Alan Rozenstein, 2018)
監管思路或反制措施	• 公平存取權，包括差別待遇的禁止、具中立性及一般性之運輸、公正的定價及非擴張性服務。 • 監督機關管理主義：消費受試者審查委員會（Consumer Subject Review Boards）、演算法影響評估（algorithmic impact statements）及聯邦搜尋委員會等（Federal Search Commission）。 • 公私法雙軌併行主義：公權力負責市場准入和擴展，服務標準和條款以及用戶的爭端和投訴。私人數位平臺仍保留言論審核篩選權。	• 以「明確且現實的危險」作為界限，故意圖煽動、極端仇恨性言論、侮辱性言論及涉及違法之網路表達不落入增修條文第1條之保障範疇。	• 個人或實體向公眾表明自身確為尊重隱私之組織，以便獲取用戶之信任。 • 個人或實體給予公眾理由相信其不會揭露或濫用個人資訊。 • 資訊主體對於個人或實體不會根據合理之現有社會規範、現有實踐模式或其他合理證明可信任之客觀因素揭露或濫用其個人資訊存有高度期待可能性。	• 除非政府透過正式法律程序，否則數位平臺作為第三方監控中介者不應直接提供政府要求之資料，而愈是詳細之用戶資料，愈仰賴嚴格法制審查。 • 平臺得以「程序主義訴訟」和「單邊技術主義」反制國家監控。



綜合上述，欲探討憲法對數位平臺之監管有無水平適用效力一節之前，勢必就資訊服務中介者涉及監理思路諸理論及優劣處，有充分之理解掌握，當前學理對私人平臺的數位權力之解讀固然存在殊異的分析途徑，但大抵上皆不脫離「公法規範秩序」如何繞過既有傳統垂直效力進而產生水平橫向效力及於「數位平臺之權力行使」；以及這個論證所涉及的管制正當性基礎及其相關爭議如何解決。諸多學說主張中，本文以為Kate Klonick主張之新型治理者一說，考察數位平臺當今多以自有規範作為平臺用戶加入之社群管理規則，再藉由平臺自有規範罰則控制用戶行為，構築出一等同「私人立法」之規範形成權力，¹¹⁶此等規範形成行為雖然係由數位平臺自行訂定，且繫諸於私法契約框架：譬如商業或使用條款、公司法延伸之相關慣例規定例如公司章程、住房規則、市場規則及示範規章等作為呈顯形式，惟論者指出平臺所創造之此類自律規範考其性質與一般民事私法契約有別。¹¹⁷蓋藉由外觀似民事私法契約等服務條款一來具備「規則制定者」之特徵，雖出於數位平臺基於自治性之行為所建立、但已具有自訂監管機制之規範效力，有論者甚至認為此等服務條款實際上該當社群中的憲法規範位階，通過限制或合法化占主導地位的行為者對用戶的權力，來規範權力的分配；¹¹⁸此等規範效力之間接放射效力，也會隨著平臺恣意濫用經濟上之市場事實行為，或以制定自有管理規則之規範形成行為，或透過演算法等數位繼續運用篩選評估或處置違法性言論而產生某種類如國家

¹¹⁶ 彭睿仁，同註69，頁95-96。

¹¹⁷ 彭睿仁，同註69，頁95-96。

¹¹⁸ Nicolas Suzor, *Digital Constitutionalism: Using the Rule of Law to Evaluate the Legitimacy of Governance by Platforms*, 4(3) SOCIAL MEDIA + SOCIETY 1, 2-3, 8-9 (2018). 另參閱林昕璇，同註45，頁106-107。



高權掌有之事前或事後規制言論之法律效果。¹¹⁹

參、國家行為理論之源流軌跡與案例分析

一、國家行為理論之起源與發展

國家行為理論係濫觴於美國聯邦最高法院之憲法原則，意指美國憲法及基本權利清單僅適用於國家行為，而排除私人行為。¹²⁰國家行為其範圍涵蓋所有政府行為，包括州和聯邦各層級行政、立法和司法機關所採取行為，而私人行為則係指所有非政府行為；¹²¹國家行為理論亦適用於憲法對言論自由的保障。¹²²申言之，國家行為理論雖旨在體現憲法基本權規範係保護個人不受國家權力侵害之核心宗旨，而非規範個人間私法之權利關係，¹²³美國法院於此框架下的相關闡述，固然並未全面禁止任何形式的立法或行政監管，而選擇針對線上言論的不同態樣、數位平臺的作為與否、數位私人權力的主觀惡意等要素採取不同密度的審查標準，惟除了CDA第230條之外，平臺尚可根據增修條文第1條規定，尋求憲法保障之庇護，此等對於線上言論自由仍持續採取「原則豁免、例外問責」的高度放任主義。仍難謂非透過增修條文第1條此一線上平臺的憲法避風港，相當程度地對網路私人權力之管制措施之貫徹執行橫生阻撓。在此情形下，憲法自由只縱向適用於公共行為者，以確保個人的自由權利，美國憲法傾向將國家主權者的舉措視為對基本權利和民主價值觀的侵害源。當政府審查言論時，使用者可以依

¹¹⁹ 彭睿仁，同註69，頁95-97

¹²⁰ Fischman-Afori, *supra* note 2, at 381.

¹²¹ *Id.* at 382.

¹²² *Id.*

¹²³ *Id.*



賴增修條文第1條的權利，因為憲法垂直適用。當線上平臺作為私人行為者時，就會被視為可刪除的內容。國家行為理論所開展私人間效力關係之法理辯證，在前揭國家為確保網路言論市場有效運作與言論自由保障大型網路平臺間多重競合法律關係之調控衡平尤具啟示。析言之，美國國家行為理論向來秉持國家與社會二元對立，導致憲法權利其所防禦對象明確侷限於聯邦和州的公權力行使。然而，聯邦法院一系列判決揭示，倘若私人行為中包含國家要素便蘊含有將私人行為認定為國家行為進而受到憲法直接拘束之解釋空間。此兩大例外為公共職能例外（Public Function Exception）與交錯穿插效果（The Entwinement Exception）。¹²⁴前者係由公共職能之功能性要素出發，認定倘若私人實體從事「傳統上僅由國家保留」之行為，則私人實體將被視為國家行為者而使得受保障的言論可能發生轉換為來源於國家的「審查行為」而從基本權保障的對象轉化為違憲性審查之標的。復所謂「交錯穿插效果」側重倘若系爭私人行為係與政府受質疑之行動間存在「足夠密切之聯繫」，則鑑於確保憲法保障政府於實施具違憲嫌疑之特定行為時，僅藉由政府許可或監管不足以發揮遏制公權力侵害之效果，故得以交錯穿插效果作為憲法私法適用性之基礎。¹²⁵

二、公共職能例外之代表性案例與評析

（一）Marsh v. State of Alabama案¹²⁶之核心爭點與判決要旨

公共職能例外於Marsh v. Alabama案（下稱「Marsh案」）中首

¹²⁴ See generally Michael Patty, *Social Media and Censorship: Rethinking State Action Once Again*, 40 MITCHELL HAMLINE L.J. PUB. POL'Y & PRAC. 99 (2019).

¹²⁵ *Id.*

¹²⁶ Marsh v. State of Ala., 326 U.S. 501 (1946).



度確立，案緣於阿拉巴馬州名為Gulf Shipbuilding Corporation之私人公司所擁有一個名為Chickasaw之公司鎮，該鎮涵蓋住宅、街道、下水道系統、污水處理廠和商業區所有特徵且供公眾自由進出，公共設施率皆屬Gulf Shipbuilding Corporation該私人公司所有。本件原告——亦為耶和華見證人——Marsh試圖於該鎮主要商業區人行道上發放宗教書刊，遭到鎮上管理人員對其提起刑事追訴而判決有罪。然聯邦最高法院最終判決阿拉巴馬州禁止於該鎮分發宗教資訊之行為，違反聯邦憲法增修條文第1條與增修條文第14條相關規定；聯邦最高法院指謫一個由私人公司所擁有之公司鎮乃屬國家行為者，故當其對於人行道上發布宗教宣傳之耶和華見證人施加刑事處罰時，即牴觸增修條文第1條對言論自由之保障。¹²⁷聯邦最高法院進一層主張鑑於該鎮具備任何其他美國城鎮之所有特徵，故拒絕採納因其為私有而未能適用聯邦憲法增修條文第1條和第14條之論點。¹²⁸

聯邦最高法院進一步表示，「業主基於自身利益，愈是將自身財產開放予公眾使用，渠等權利即愈受該些使用者之法定和憲法權利的限制。」¹²⁹法院尚援引增修條文第1條為依據，指出不管是公司抑或市政當局擁有或占有城鎮，公眾於社區運作中皆應得有言論自由。¹³⁰法院推斷該鎮與其他鎮的基本功能相同，不同之處僅在於其屬私有，且可能以與政府相同的方式破壞自由；¹³¹其次，由於該鎮及其購物區皆對公眾開放，故該鎮之公共職能與國家所行使

¹²⁷ *Id.* at 502-03.

¹²⁸ *Id.* at 508.

¹²⁹ *Id.* at 506.

¹³⁰ *Id.* at 508-09.

¹³¹ *Id.* at 507-08.



職能幾乎相同；¹³²第三，透過將城鎮視為國家行為者並對其行為進行憲法審查，將有助於提升民主自治之價值。¹³³上述理由看似為社交網路平臺列入公共職能例外，提供有力之論據。

(二) Marsh案之限縮解釋

Marsh案之適用範圍看似廣泛，惟後續案例中適用上的射程範圍則呈日益萎縮之勢。於Jackson v. Metro. Edison Co.乙案¹³⁴中，法院認為公共職能例外僅「涵括國家所規定『傳統和排他性』之公共職能」¹³⁵，並於此案中明確限制1970-1980年代自Marsh案以降所確立之公共職能理論，略以公共職能基準適用之例外僅限於「傳統上保留於州政府之排他性權限」（powers traditionally exclusively reserved to the State）。¹³⁶

另於Amalgamated Food Emps. Union Local 590 v. Logan Valley Plaza, Inc.乙案（下稱「Logan Valley案」）¹³⁷，涉及一進駐私人所有大型商場之Weis超市，禁止其員工以外之任何人於其門廊或停車場擅自闖入或招攬客戶。Weis的競爭對手Amalgamated之員工工會成員，以Wies員工未加入工會故未「領取工會工資或其他工會福

¹³² *Id.* at 507-08.

¹³³ *Id.* at 508.

¹³⁴ Jackson v. Metropolitan Edison Co., 419 U.S. 345 (1974). 本案源於Metropolitan Edison Company為賓夕法尼亞州一家投資者擁有之私營電力公司，受賓夕法尼亞州公用事業委員會監管，為約克之零售客戶提供服務。根據向賓州公用事業委員會提交之關稅，公司可於合理通知未支付電費後停止向客戶提供電力服務。

¹³⁵ *Id.*

¹³⁶ *Id.*

¹³⁷ Amalgamated Food Emps. Union Local 590 v. Logan Valley Plaza, Inc., 391 U.S. 308 (1968).



利」為由，在Weis超市打包區域及鄰近停車場展開和平未涉及威脅或暴力之抗議。¹³⁸本案爭點涉及賓夕法尼亞州禁止侵犯私有財產之法規，是否適用於一個自治市之（非私有）公共商業區域，從而受到增修條文第1條之限制？¹³⁹最高法院審酌後認為Logan Valley案與Marsh案之基礎事實並無實質差異，蓋此二案皆屬私人擁有但可公開訪問商業區域中之意見表達活動是否受到言論自由保障之問題。有鑑於此，「商場具有對一般公眾開放之公共屬性，此一屬性令Weis及商場所有人禁止抗議之要求與市政府禁止於公共區域禁止抗議之要求並無不同，故而抗議區域縱使歸私人所有，Weis及商場所有人之要求仍構成國家行為」。¹⁴⁰值得強調者，Black大法官於本案中之不同意見書指出其無意將其曾於Marsh案之意見延伸至本案事實，並指出對比於Marsh案所涉場所乃整個涉及公共使用之城鎮，然Logan Valley案僅為區域性購物商場；此外，Logan Valle案所涉Amalgamated員工工會成員係於超市裝載區進行抗議行動，該空間乃屬較Marsh案更有限、更私密之空間，是否得當然援引言論自由之保障，不無商榷之餘地。¹⁴¹

Logan Valley案後4年，與其幾乎相同基礎事實之Lloyd Corp. v. Tanner乙案（下稱「Tanner案」）¹⁴²，卻出現逆轉性之裁判結果。商場起訴請求對於在商場公共區域散發抗議越南戰爭傳單之個人發

¹³⁸ *Id.* at 310-12.

¹³⁹ *Id.* at 315.

¹⁴⁰ *Id.* at 315-20. 中文文獻參閱江輝，美國國家行為原則與憲法基本權利規範對私人具有效力——從司法判決觸發憲法適用談起，北大法律評論，20卷2期，頁101-102，2019年。

¹⁴¹ *Id.* 327-33. (Justice Black's Dissenting.)

¹⁴² *Lloyd Corp. v. Tanner*, 407 U.S. 551, 556 (1972). *See also* Paul Domer, *De Facto State: Social Media Networks and the First Amendment*, 95(2) NOTRE DAME L. REV. 893, 902 (2019).



出禁令，下級法院認定該商場乃構成類似於Marsh案之公共論壇，故牴觸抗議者的增修條文第1條。¹⁴³惟聯邦最高法院一反循例，認為分發反戰傳單與商場之「正常使用」欠缺直接關聯；¹⁴⁴此外，Logan Valley案其商場位於偏遠地區，鑑於言論自由市場傳遞場域之閉鎖性和稀缺性，除Amalgamated員工工會成員外，甚少有人有機會向當地目標受眾傳遞資訊，¹⁴⁵故購物中心其分發傳單禁令並未侵害抗議者增修條文第1條權利。¹⁴⁶

自上述Marsh案—Logan Valley案—Tanner案一系列案件之發展沿革可知，將私人行為視為國家行為從而適用憲法規範致令其受憲法規範之支配與制約一節，主要涉及憲法規範之拘束對象除國家外，是否涵括私權主體——亦即所謂「第三人」——此爭點。美國聯邦法院雖初始於Marsh案採取近似於德國第三人效力理論中之直接適用立場，然隨即發現此「直接適用」恐有失之過寬之嫌，故就憲法基本權利目的旨在保障個人言論自由或其他自由全然免受國家權力之侵犯此一「防衛權」之本質性，惟有私人行為因履行公共職能或其本身具備「公共服務」要素或「公共」要素色彩足夠濃厚時，方有討論憲法規範對私人是否具效力之問題。學者便精準指出「此類『視同』國家行為之情形，與我們所要討論的憲法規範對私人是否有效力的問題並不相同。」¹⁴⁷蓋憲法規範對私人是否具效力之問題，關注者毋寧係雙方之行為本質上未具國家屬性時，憲法規範是否仍能對其產生拘束力，或是否存在轉化為國家行為的可能性。¹⁴⁸

¹⁴³ See Tanner, *Id.* at 562-64.

¹⁴⁴ *Id.* at 562-63.

¹⁴⁵ *Id.*

¹⁴⁶ *Id.*

¹⁴⁷ 江輝，同註140，頁102。

¹⁴⁸ *Id.*



(三)Cyber Promotions, Inc. v. Am. Online案：「具排他性的公共功能」基準之再構成

在Cyber Promotions, Inc. v. America Online¹⁴⁹乙案中，法院再次直面網路業者是否得援引國家行為理論之爭議。事實源於美國線上試圖阻止Cyber Promotion¹⁵⁰向其用戶發送未經請求電子郵件廣告（unsolicited e-mail advertisements）——即垃圾郵件——是否涉及侵犯Cyber Promotion受增修條文第1條保障之意見傳播自由所致爭議，在Cyber Promotion提出控告後，美國線上亦隨即提出反訴，主張原告濫發電子郵件予其用戶行為業已違反維吉尼亞州之消費者保護法、電子通訊隱私法、電腦詐欺與濫用法及維吉尼亞州電腦犯罪法。¹⁵¹本案特殊之處在於其並非美國線上——全球規模最大網路服務中介業者——主動對濫發電子郵件者提起訴訟，而由濫發電子郵件者先行對美國線上啟動訴訟。Cyber Promotion主張美國線上免費向公眾開放，在其提供之電子郵件服務中確實亦會觸發公共討論、對話和商業交易等效果；作為一個公共論壇之導引者即等同提供公共服務，故具有國家地位。Cyber Promotion又聲稱，因無其他向美國線上的用戶傳送訊息之替代方案，故美國線上之電子郵件功能即構成「具排他性的公共功能」（an exclusive public function）¹⁵²。

¹⁴⁹ Cyber Promotions, Inc. v. American Online, Inc., 948 F. Supp. 436 (E.D. Pa. 1996).

¹⁵⁰ Cyber Promotions為一家網路廣告公司，平均每日向傳送一百萬份訊息予AOL訂戶。AOL認為Cyber Promotions之行徑已然構成不當使用其服務系統，遂將此些未經請求電子郵件改變回傳路徑，反送予Cyber Promotions之ISP業者，令其網路連線服務系統因大量訊息湧入而動彈不得，導致Cyber Promotions因此遭受三家ISP業者拒絕繼續提供其所需連線服務。

¹⁵¹ Cyber Promotions, Inc. v. American Online, Inc., 948 F. Supp. 436 (E.D. Pa. 1996).

¹⁵² *Id.* at 442-43.



法院首先以美國線上並非執行「重要公共服務」(essential public service)，反駁渠等具國家地位之說法。¹⁵³美國郵政、電話行銷、電視、印刷媒體甚或傳單等，均為Cyber透過美國線上進行宣傳之替代渠道，故並未如Cyber Promotion所稱電子郵件功能為唯一方案之情事。¹⁵⁴本案至少可窺見上個世紀末，網際網路甫萌芽而被視為不受限制且廣袤無垠的數位空間的時期，透過進入司法體系之個案，由法院權衡考慮適用國家行為理論於資訊服務中介者的端倪。但也必須承認的是該理論被狹義地限縮適用，無論控制公眾獲取線上資訊之作用為何，名義上私有線上服務供應商並未被視為屬於公共行為者。第三，法院透過國家行為理論巧妙規避對增修條文第1條是否平行適用於私人網路業者之實質論述。

(四)Green v. Am. Online案：「數位平臺」事例之限縮解釋

學者Patty認為數位平臺仍應被視為國家行為者，蓋揆諸社群媒體不當行使編輯裁量權造成言論市場多元性減損之實質效果，產製出所謂「21世紀的城鎮廣場」之「公共廣場和會議場所」準政府性質。¹⁵⁵鑑於公共廣場和會議場所傳統上皆由國家管理，故社交網站亦可被視為傳統上國家範圍之公共職能。¹⁵⁶然值得注意者，對於私營網路平臺，法院迄今為止尚未接受其構成公共職能例外下之國家行為者相關論點。¹⁵⁷聯邦第三巡迴法院曾經於Green v. Am. Online乙案中駁回關於美國線上(America Online, AOL)屬國家行為者之論點，案源於原告John Green訂閱美國線上運營之網際網路

¹⁵³ *Id.* at 443.

¹⁵⁴ *Id.*

¹⁵⁵ Patty, *supra* note 124, at 118.

¹⁵⁶ *Id.*

¹⁵⁷ *Id.*



接入服務，美國線上規定訂閱者必須同意其會員協議相關條款，該協議要求訂閱者遵守社區準則（community guidelines）中所規定之線上言論和行為標準，此舉遭到使用者控告美國線上其社區準則違反用戶受聯邦憲法增修條文第1條所保障之言論自由。¹⁵⁸此涉及美國線上作為一網路服務中介者是否適用國家行為理論等疑義，法院認為：第一、美國線上「絕對不得以任何方式行使屬於國家特權之權力，遑論獨家特權」；¹⁵⁹第二，美國線上僅為「允許其成員訪問網際網路、使用網路接入服務的眾多私人線上公司之一，甚且私人企業並不致因提供公共指定目的用途之服務而喪失其私有性格」。¹⁶⁰此外，法院認為該協議和指南並未授予客戶任何權利，且美國線上並未承諾保護訂戶免受其他用戶的不當行為侵害。¹⁶¹上述論點亦與其他聯邦法院立場具高度類似性，如美國加州北區聯邦地法院即亦駁回Sony其PlayStation 3 Network屬國家行為者之論點，並舉出下述理由佐證之，即網路服務中介者「僅作為人們根據定型化契約條款進行互動之論壇」¹⁶²，且該網路主要係用於娛樂目的。¹⁶³法院尚駁回私人域名註冊人屬國家行為者之觀點，蓋因網際網路及網際網路之域名註冊等行為並不近似於「傳統和排他性的公共職能」。¹⁶⁴

¹⁵⁸ Green v. Am. Online, 318 F.3d 465, 472, 468-69 (3d Cir. 2003).

¹⁵⁹ *Id.* at 472-72.

¹⁶⁰ *Id.* at 472.

¹⁶¹ *Id.*

¹⁶² *Id.*

¹⁶³ Estavillo v. Sony Computer Entm't Am., No. C-09-03007 RMW, 2009 WL 3072887 at *1-2 (N.D. Cal. Sept. 22, 2009).

¹⁶⁴ *Id.*



(五)Prager University v. Google LLC案¹⁶⁵之核心爭議與判決要旨

1. 數位平臺不間斷持續性地實質審查內容之行為評價

美國聯邦法院於Prager University v. Google LLC¹⁶⁶乙案益發迫近社群媒體平臺在該當何種構成要件時會化身為國家行為者之法理論述，原告普拉格大學（Prager University）係一家非營利性教育和媒體組織，旨在提供保守觀點抑或該機構認為普遍被忽略之公共觀點。該學術機構雖未頒發學位，但為高中大學和研究生學齡觀眾製作影片並放置於YouTube。本案被告YouTube儘管聲稱自身屬觀點中立之中介平臺，惟一旦將YouTube設置之「嚴格篩選模式」（restricted mode）功能開啟即可隱藏可能含不當內容之影片，該機制乃透過使用者檢舉和其他技術以識別及持續性地參與審查，藉此得有效過濾大部分不當內容。¹⁶⁷YouTube此一功能即遭原告普拉格大學主張，這種反覆參與審查作法，係基於對原告保守政治觀點所進行之歧視。¹⁶⁸YouTube則聲稱審查所採形式係對某些影片施加年齡限制或將其「demonetizing」（黃標化），此種防止以歧視觀點之分類標籤化行為，足資佐證YouTube之觀點中立政策。¹⁶⁹YouTube亦抗辯其一貫將相同或相似討論主題之影片「並排放置」於訪問受限之影片旁，以支持自身一貫採取觀點中立之立場。¹⁷⁰

反之，普拉格大學所持的主要論據，基於本案與Marsh案具高度可類比性（an analogy to Marsh），其主要邏輯在於，YouTube

¹⁶⁵ Prager University v. Google LLC, 951 F.3d 991 (2020).

¹⁶⁶ *Id.* at 995-96.

¹⁶⁷ *Id.* at 996.

¹⁶⁸ *Id.*

¹⁶⁹ *Id.*

¹⁷⁰ *Id.*



定位自身為「致力於所有人言論自由之公共論壇」，¹⁷¹且「將其財產做為公共言論論壇經營之私人財產所有者應根據增修條文第一條接受司法審查」¹⁷²，並進一步主張「私權組織體欲是為自身利益而開放其財產供一般公眾使用，以求自身組織之健全經營與發展，其資本積累亦隨之擴增；其權利應受使用者之法定和憲法權利限制。」¹⁷³

2. 數位平臺應否被視為公共職能例外下之國家行為？

就上述兩造意見，法院強調，在Marsh案中私人擁有城鎮承擔傳統上由國家行使之「全方位」權力。法院隨後在案件中對備受爭議之購物中心——如前述Logan Valley案和Tanner案——採取限縮解釋，認為因渠等未有類似市政職能或權力之承擔或行使，故無援引增修條文第1條之餘地。總結可知，Marsh案之範圍已為聯邦最高法院有意識地高度限縮於「類似市政職能或權力之承擔或行使」或「傳統和排他性之公共職能」始足當之。立基於類似邏輯，法院據此駁回Marsh乙案中其判決要旨可支持YouTube被視為國家行為者之觀點，亦即以YouTube和Google為首之社交媒體公司或網路服務提供商乃維護自身影片共享社交媒體平臺之私人實體，其有權管理已創建或上傳之內容。鑑於Marsh乙案作成聯邦最高法院歷年來有意識之限縮解釋，一個較為顯著之趨勢係固然社交媒體平臺對言論自由市場之影響力愈趨重大，聯邦最高法院將仿前例，不容輕易擴張化國家行為理論從而認定社交媒體平臺應被視為公共職能例外下國家行為者之論點。

¹⁷¹ *Id.*

¹⁷² *Id.*

¹⁷³ *Id.* at 998.



三、交錯穿插效果之代表性案例與評析

(一)交錯穿插效果之思路理據

國家行為理論其第二個主要例外乃交錯穿插效果，其思路理據在於，私人行為者因其與國家官員共同行動抑或基於與國家職能產生緊密之互動穿插效果而受憲法規範拘束。判斷基準繫諸於政府與受質疑之行動首重存在「足夠密切之聯繫。」本諸上述邏輯，有論者謂，鑑諸聯邦政府參與網際網路之建立，尤以透過網路技術與各類行動載具所逐步擴張網路言論場域之質與量，其目標乃係促進溝通和思想交流，故聯邦政府亦應被視為與資訊服務中介者緊密結合從而被認定為國家行為者。¹⁷⁴不乏論點對此提出批評，如Benjamin Jackson認為有鑑於政府並未參與社交媒體平臺之創建，正當化論據為：Facebook是否開始與聯邦機構協調審查與維基解密相關內容；且若政府和社群媒體共同參與一項保護兒童免受性侵犯者之聯合倡議，此或為交錯穿插效果可「進駐」之處。¹⁷⁵因此，雖美國缺乏社交媒體公司與政府間「交錯穿插」之具體案例，然隨著立法機構、專家和社交媒體公司成員對社交媒體上之內容產製投予關注，多邊平臺憑藉多年交易數據積累，利用演算法向企業或個人用戶提供個人化之廣告投放、金融服務等等，政府或可開始積極與此些公司合作審查內容，並創建必要穿插交錯效果以啟動增修條文第1條之保護閥。¹⁷⁶

¹⁷⁴ Patty, *supra* note 124, at 122-23.

¹⁷⁵ Benjamin F. Jackson, *Censorship and Freedom of Expression in the Age of Facebook*, 44 N.M. L. REV. 121, 152-53, n.166, 167 (2014).

¹⁷⁶ *Id.*



(二)Packingham v. North Carolina關於「公私協力」之闡述

2017年，最高法院於Packingham v. North Carolina案¹⁷⁷審理幾與Benjamin Jackson提出假設案件吻合之實務個案。該案涉及北卡羅來納州禁止性犯罪者訪問社群媒體平臺的一項法律，法院推翻該法律並認其違反增修條文第1條。法院認為，社交媒體應採廣義性界定包括Facebook、Amazon.com、華盛頓郵報和WebMD，均根據增修條文第1條被視為合法言論之「受保護空間」¹⁷⁸，法院亦指出北卡羅來納州可通過限制較少之方式保護兒童，例如禁止經常預示性犯罪之行為，抑或聯繫未成年人或使用網站蒐集有關未成年人相關資訊。¹⁷⁹申言之，誠如Jackson指出人們可合理預期，於執行類似法律時或恐出現臉書須與當局分享潛在違規者之數據或資訊，據以證成政府與受質疑行動首重存在「足夠密切之聯繫」此一前提要件。¹⁸⁰由於國家行為理論及其例外高度特定於事實之性質，美國憲法學者Erwin Chemerinsky便直指，欲透過交錯穿插效果證立國家行為顯然為一場艱苦的長期抗戰，然若能援引此理論似能為網際網路興起後，私管制業者自律之欲振乏力情況注入一股有待破繭而出的鮮活生命力，刺激網路變革性勃興後的私管制企業自律。¹⁸¹而此項亟待萌芽成熟之論述策略，在社群媒體公司可自由限制（或擴展）表達範圍或基於觀點進行歧視，則須就如何確保私營公司承諾於其平臺上自由表達進行重要對話將根據社交媒體公司所建立契約關係解決爭議，尤其可凸顯出論點之突破性。¹⁸²

¹⁷⁷ Packingham v. North Carolina, 137 S. Ct. 1730, 1737 (2017).

¹⁷⁸ *Id.*

¹⁷⁹ *Id.*

¹⁸⁰ Jackson, *supra* note 175, at 154.

¹⁸¹ Erwin Chemerinsky, *Rethinking State Action*, 80 NW. U.L. REV. 503, 511 (1985).

¹⁸² *Id.*



肆、新興網路場域下國家行為理論之邊界與再構成

一、解釋進路之一：網路內容服務提供者係混合主體

(一)游離於公／私法雙元分立之動態認知

數位平臺整合各項加值服務勃興以來，公法學如何因應現代資訊服務中介者之變遷樣貌；另基本權利作為價值秩序，其所體現之公益價值決定是否對私人亦具放射效力，成為交錯於憲法與科技法，形塑當代網路法制不可迴避的重大課題。揆諸實際，資訊服務中介者參與數位領域各個層級之資訊流，控制各自管道中內容流量的閘門，在線上作為商業實體之管理者得以無所顧忌監控其管道中之資訊流、自由刪除其自認合適之內容、唯恐流於「恣意擅斷」地根據自身意願阻止對內容或網站的訪問制各自管道中內容流量的閘門。¹⁸³由此面向以觀，資訊服務中介者實際上正是Kate Klonick所述之網路言論管理者。民主國家對網路管理者集中控制數位領域之不良後果以致產生國家行為理論放射效力相關疑義，自屬順理成章之事。¹⁸⁴

鑑於公共法律規範，如問責制、正當程序、平等近用等諸監管原則或恐透過預算、監管和契約延伸至私人行為者，此一所謂「公共服務私有化」恐將模糊公共領域和私人領域間之分界線。¹⁸⁵私人實體與國家間或因交錯穿插效果理論或因公共職能例外理論，甚

¹⁸³ 類似意見參閱蘇慧婕，同註8，頁1949-1950。其主張鑑諸國家管制力量的有限性，尤其係對一般人格權的保護，平臺中介者基於掌握資訊流動、近用之關鍵能力的資訊隘口（engpass）或資訊瓶頸（bottleneck）地位，嚴正對待中介者與國家見的權義關係遂成為當代資訊行政管制的首要課題。

¹⁸⁴ Fischman-Afori, *supra* note 2, at 357-59.

¹⁸⁵ *Id.* at 386.



易觸發美國之國家行為理論適用爭議，從而將公法標準引入私人領域活動儼然已為一不可逆之發展趨勢¹⁸⁶。有關公法正滲透至私法之現象致整體法秩序所具有之「放射效力」，Jody Freeman即指出，伴隨資訊服務中介者全面崛起，私人和公共行為者之間應存在一種並非互斥二元對立——而毋寧是複雜且不斷「協商」——之動態機制平衡，¹⁸⁷其認為「沒有純粹的私人領域，亦無純粹的公共領域」（There is no purely private realm and no purely public one），重點應在於「公共和私人之間的一系列協商關係」（set of negotiated relationships between the public and the private）。¹⁸⁸網路法巨擘Lawrence Lessig固然對網路空間之技術架構應受憲法審查做出有利論證，恰正係將該原則作為憲政慣例之重要或必要組成部分，然亦提出警告：「著迷於區分公法與私法者普遍懷疑國家監管，且監管私人行為者超出憲法審查範圍。」¹⁸⁹

（二）資訊服務中介者係公私法混合主體

儘管學術界批評聲浪不斷，美國聯邦法院對於網路空間中公領域／私領域兩者間之分歧立場，似仍難見撼動之勢。此可由Cyber Promotions, Inc. v. America Online（下稱「Cyber Promotions案」）、Green v. Am. Online、Prager University v. Google LLC等案旨窺見網路空間其私人秩序依然保留有一塊不容政府創設或介入並執行法律規範之裁量空間，然揆諸聯邦最高法院擺盪於「公共職能例外」、「交錯穿插效果」，抑或論證數位平臺具有「重要公共服務功能」

¹⁸⁶ *Id.* at 386.

¹⁸⁷ See Jody Freeman, *The Private Role in the Public Governance*, 75 N.Y.U. L. REV. 543, 636 (2000).

¹⁸⁸ *Id.* at 548.

¹⁸⁹ See generally LAWRENCE LESSIG, *CODE AND OTHER LAWS OF CYBERSPACE* (1999).



等不連貫之解釋論侷限，國家行為理論背後植基之公私二元分立預設立場其生硬的形式主義釋義學操作、無法擴展至新興規範領域之不協調性，恰正彰顯國家行為理論於漫長的演進歷程中對於利用憲法規範私人行為之啟示意義，仍有不容忽視之學理價值。

有鑑於此，學者Orit Fischman-Afori提出所謂「混合主體說」（Hybrid Bodies）以緩和國家行為理論適用之僵化。¹⁹⁰渠認為國家行為理論於處理網路服務中介者其法律定位之屢屢失靈，意謂就美國法判例之形式邏輯主義以觀，目前尚缺普遍適用之測試以確定一項功能是否確具公共性質，仍須綜合參酌其他指標參據並依循個案事實加以審酌，如服務性質、國家參與程度（無論是透過支付、監管或其他形式），以及具危害性功能可能侵犯個人人權之風險程度。¹⁹¹美國的通知下架機制（notice-and-take down）還是歐盟之封鎖命令（blocking orders），內容監控都是數位人權實現的主要障礙。¹⁹²而在這些案件中，主要的著作權利益相關者（侵權者與申請人）通常會聯繫網路服務供應商或平臺，要求屏蔽含有涉嫌侵權內容的網站，然身為服務於公共論壇功能的私人平臺並不關心。基此，縱國內法令其自動屏蔽，平臺亦不會反對或質疑。¹⁹³而在通知下架模式下，網路中介則是以最少的費用及傷害來逃避衝突，其結果便是將潛在傷害轉嫁予用戶。¹⁹⁴在用戶的基本權利與平臺的基本權利產生競合時，Orit Fischman-Afori的混合主體論的實踐路徑具有功能性的理論意義。此在解釋論尚可將中介者平臺視為商業服

¹⁹⁰ Fischman-Afori, *supra* note 2, at 392.

¹⁹¹ *Id.* at 393.

¹⁹² *Id.* at 399-400.

¹⁹³ *Id.*

¹⁹⁴ *Id.*



務中的公益促進者，有協助政府善盡積極協助人民行使基本權的義務，故應披露其持有的與屏蔽檢測相關的資訊，且有義務積極回覆受害人並就此申請司法審查，在司法調查程序中亦有積極表達意見（屏蔽內容的原因及合理性）的義務，是值得肯定的論理方針。¹⁹⁵誠如Orit Fischman-Afori指出，公法標準之適用始終皆屬程度性問題，而非全有全無之零和遊戲。此外亦有論者建議，對於跨國性網路統治者所實施之公法標準除可於美國以外之司法管轄區進行外，亦可由國際組織為之，此將對在美國境內此些實體之行為產生重大影響。¹⁹⁶一經司法判決承認網路服務中介者確屬混合主體並規定其具體義務，即可解決網路言論監控和執行的核心問題，足可證明混合主體說確實為徘徊於學理上爭論不休之論辯提供一個簡明即時的替代方案與判定基準。另有鑑於該準行政義務（quasi-administrative obligations）其負擔係由具體明確之司法所決定，故此監管模式得以發揮個案權衡之效果。¹⁹⁷

二、解釋進路之二：援引科技例外主義（Technology Exceptionalism）論證網路內容服務提供者為國家行為者

（一）技術例外主義之引介援用

上述論理可證，美國法院的「國家行為理論」未能注意到數位科技的資訊爆炸如何影響資訊受眾消化、近用與取得的途徑已然轉變。Kyle Bailey主張，某些技術因其創新性而致破壞傳統之權力或

¹⁹⁵ *Id.*

¹⁹⁶ See also Laurence R. Helfer & Graeme B. Dinwoodie, *Designing Non-National Systems: The Case of the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy*, 43 WM. & MARY L. REV. 141, 241 (2001).

¹⁹⁷ Fischman-Afori, *supra* note 2, at 355.



價值平衡，故透過技術例外主義分析網路服務中介者之定位，可望將癥結由單純國家行為理論之形式主義與機械化操作的窠臼中解放。¹⁹⁸然而，鑑於判例之形式主義方法，學者有謂，法院近乎襲用前述Cyber Promotions案，向網路服務供應商非屬國家行為者之論點靠攏。¹⁹⁹於此形式主義下，面對網路日益發展所致商業性質社群網站或資訊服務中介者之爆炸性勃興，網路服務供應商是否屬國家行為者此一釋義法學方法論，恐難逃將客戶連接至網路非屬傳統上全由政府控制之公共職能為由而遭致不受憲法直接規範之結論。在此認知上，技術例外主義儼然具備打破既有邏輯形式慣性之潛力。²⁰⁰

Kyle C. Bailey於〈Regulating ISPs in the Age of Technology Exceptionalism〉一文中指出，在Riley v. California（下稱「Riley案」）²⁰¹、Carpenter v. United States²⁰²兩案中均對於技術例外主義

¹⁹⁸ See generally Kyle C. Bailey, *Regulating ISPs in the Age of Technology Exceptionalism*, 98 TEX. L. REV. 953-66 (2020).

¹⁹⁹ *Id.* at 957, 958.

²⁰⁰ 感謝審查人在此指出科技例外主義的援引是否因其主張應就新興科技的管制另起爐灶，反而動搖發展國家行為理論的必要性一節，令本文醍醐灌頂。科技例外主義的核心關懷毋寧為當新技術被引入社會結構中所面臨的風險與變革內涵，撼動了既有的人類社會結構和文化價值的典範變遷，規範制定者或利害關係人應如何對法律或既有法律秩序為系統性、滾動式的檢討變更，在理論和實務交互穿梭辯證的過程中，重新返歸私益與公益間的價值再平衡，法律學者和政策制定者的根本任務即在於識別這些本質上屬中立的科技手段特性並相應調整法律，並未直接涉及網路內容服務提供者作為一新興崛起的網路私人權力其法律定位與公私法定性之爭，而國家行為理論恰正係在回應國家權力介入私人間的法律關係的正當性、與公私法組織體的關鍵轉換要素，兩者之間並無矛盾牴觸。See Meg Leta Jones, *Does Technology Drive Law? The Dilemma of Technological Exceptionalism in Cyberlaw*, 2 U. ILL. J.L. TECH. & POL'Y 249, 250-51 (2018).

²⁰¹ Riley v. California, 573 U.S. 373 (2014).



持開放態度。所謂技術例外主義，即係認為最近技術進步「與過去相較，同時構成於程度上、種類上的差異。」²⁰³言論自由管制典範的根本性巨變亟須仰仗法律變遷，俾解決由此產生之權力不平衡。²⁰⁴於2014年Riley案中，為本案執筆之首席大法官Roberts即指摘：「手機已然根本性改變警察與犯罪嫌疑人間之權力平衡，允許警察機關搜查手機，即可獲取大量個人資料。」²⁰⁵換言之，網路科技的變遷快速根本上顛覆公共話語之格局，並將權力轉移至可控制其之私人實體。因此，技術例外主義開創一個全新論點，反對將國家行為理論之形式主義應用於網路服務供應商。²⁰⁶

(二)技術例外主義之理論優勢

不難想像，科技例外主義創造一個可論證網路服務供應商應視為國家行為者之全新途徑。撰諸增修條文第1條旨在維護一個不受限制的思想市場，然而公共話語權已由公共空間轉移至私人控制之網路領域，技術例外主義的提出，適足以糾正上述權力落差與公私領域不平衡現象。²⁰⁷

相較Marsh乙案延伸之限縮解釋，網路服務供應商往往因欠缺如同Marsh案中公司鎮般履行全部市政職能所致對於提供網路傳輸服務之壟斷性與排他性。然而，技術例外主義亦深刻提醒吾等之思

²⁰² Carpenter v. United States, 138 S. Ct. 2206 (2018).

²⁰³ Paul Ohm, *The Many Revolutions of Carpenter*, 32 HARV. J.L. & TECH. 357, 399 (2019).

²⁰⁴ Bailey, *supra* note 198, at 958-59.

²⁰⁵ Riley v. California, 573 U.S. 373, 386, 393 (2014) (“Cell phones differ in both a quantitative and a qualitative sense from other objects that might be kept on an arrestee’s person.”).

²⁰⁶ Bailey, *supra* note 198, at 959.

²⁰⁷ *Id.* at 960-61.



考軸心，應置於網路服務供應商於若干程度上基於國家立場進行言論控制。²⁰⁸技術例外主義的引介援用使司法部門得以採取現實主義掛帥之管制思維，亦即網路服務供應商確實主宰控制著公眾用以訪問網路從而參與公共討論之物理基礎設施。²⁰⁹即便網路本身非屬政府專屬特權，然過往把持通訊渠道確係政府特權，惟如今個人僅需網路連接即可隨時接取近用全球最大之公共論壇，通訊渠道其新興表意場域之大權旁落於資訊服務中介者，形成當代資訊社會中資訊受眾與平臺間的權力巨大落差。從本文前開論述可知，聯邦最高法院其國家行為理論之適用始終因囿於言論自由高度保障及公／私法二元對立論而謹守嚴格立場。有鑑於在極度分化政治氛圍下，監管行動其寬嚴廣狹或恐於不同政府間迅速搖擺。從矯正當代網路言論市場中的權力不均等的規範目的以觀，技術例外主義儼然可望為聯邦法院之解釋論另闢蹊徑，提供憲法價值秩序介入的正當性，希冀在自律機制、促進公眾思維管道暢通、基本權利針對國家性之憲政慣例、科技發展迅即等多極法益衝突間樹立可茲參照之準據。²¹⁰

三、憲法規範秩序對服務契約條款之規範效力與優位性

(一)憲法權利之水平效力仍為監管數位平臺權力的制度門檻

憲法優位性概念的建立即著意在於所有國家權力均受憲法之支配與制約²¹¹，然而在憲法基本權利規範只對國家實體存在，而對

²⁰⁸ *Id.* at 963-64.

²⁰⁹ *Id.* at 964-66.

²¹⁰ 蔡宗珍，行政院國家科學委員會專題研究計畫：憲法基本權對民事法之規範效力，頁1-2，2006年11月。

²¹¹ 同前註，頁1-2。



擁有基本權利之私人無直接效力，是政治國家和市民社會的二元關係的基本預設。如此便衍生一個問題即基本權利在何種情境下或滿足何種條件上可以對民事實體法律產生影響，國家透過干預社會或以提供國家保護義務之途徑得將憲法價值秩序延伸至私法領域。民事司法之解釋適用機關面臨的典型立法上利益衡量是一方面必須尊重私法自治下之契約自由原則，儘量選擇不介入私法自治，故而呈顯出本諸自由意志而形成的私法自治與契約自由原則，究竟在憲法秩序下享有多大程度的發展形成空間，非無深究之餘地。²¹²實則國家和私人在規範地位上具有所謂的「不對稱性」。在私人與私人間的關係上，彼此不受到憲法基本權拘束，惟有透過立法者在私法制定和民事法院職司私法個案裁處上，依據個案的具體脈絡兼顧憲法基本權規範之精神與憲法價值體系，做出合憲性解釋裁判，此謂間接受到憲法基本權規範的橫向效力所影響，衡平各方的權利衝突與競合，其效力強度繫諸於各方關係的權力地位。²¹³

另一方面，美國法之國家行為理論旨在體現憲法基本權規範係保護個人不受國家權力侵害之核心宗旨，而非規範個人間私法之權利關係，美國法院在此預設下，做出諸多保護線上平臺之解釋，亦即社交媒體可以在憲法保護下尋求最大化的保障，遏阻美國憲法在網路上對私人權力做出挑戰，而如何透過解釋論描繪出私有公共論壇之排他獨占性或與國家給付交織而成的穿插效果等事例，證立監管線上平臺的正當性與必要性，乃至私有公共論壇所應承受之言論自由第三人效力強度等，²¹⁴實與德國法長期爭論不休之爭議內

²¹² 蔡宗珍，同註210，頁1-2。

²¹³ 學者指出權衡指標包括權利衝突是否有迴避可能、兩造地位是否對等、系爭給付在社會生活中的價值、以及其中一方的社會地位等。參閱蘇慧婕，同註8，頁1956-1959。

²¹⁴ 蘇慧婕，同註8，頁1957。



涵，並無二致。職此，濫觴於德國基本法之基本權對第三人效力理論在此意義上與美國法之國家行為理論獲致理論的交匯點。²¹⁵

須附帶說明者，「國家行為理論」被視為基本權利的橫向效果，指出基本權利的憲法義務應當延伸至私人關係，打破公共與私人行為者之間的分離。分為直接效力與間接效力。前者，私人實體有權直接透過憲法解釋來對抗私人之間的權利侵犯。後者，私人行為者之間的權利將獲得調解。然而，在美國的框架下，最高法院通常採取縱向方法，橫向效力多被視為例外。美國憲法權利在線上平臺絕大多數缺乏橫向效果。鑑於缺乏將憲法權利轉化為任何法定規範的法規，故不能要求線上平臺遵守增修條文第1條的保障。惟因公共領域與私人領域間界線之模糊難辨，致學說有認「對憲法解釋方法之濫用，恐模糊化相互競爭其權利和利益彼此間之分際。」²¹⁶學者Tushnet與Peller主張應揚棄國家行為理論其拘泥於公共／私人之潛在二分邏輯，其原因在於，在一個自由的法律秩序社會中，私人權利行使其向度與範圍實取決於國家權力所劃歸出之潛在界線，藉以防止其他私人行為者對權利主體之干擾，故任何社會生活領域皆難以一語斷定其屬私人領域行為從而不受政府監管。²¹⁷

(二)數位平臺作為新型治理者之主導性、權威性與排他性

1. 平臺作為規範制定者

平臺作為多方使用者的匯聚場域，執掌網路使用者進入網路言論市場、近用網路言論和資訊流通之瓶頸設施（bottlenecks）獨占

²¹⁵ 蘇慧婕，同註8，頁1956-1961。

²¹⁶ *Developments in the Law: State Action and the Public/Private Distinction*, 123 HARV. L. REV. 1248, 1261 (2010).

²¹⁷ Gary Peller & Mark Tushnet, *State Action and a New Birth of Freedom*, 92 GEO. L.J. 779, 789 (2004).



地位，數位平臺生態體系不僅結構性地創造出能自我生成自律社群規範與再造調適之數位領域，且在此場域中平臺業者自身也會不斷持續生成、形塑、並鞏固新的慣例，進而潛移默化為約定俗成的規則。²¹⁸此等由私人法律體制及組織塑造的「規範制定者特徵」，對數位平臺生態鏈與依賴平臺甚深的個人使用者實已具決定性角色。²¹⁹商業行為者在數位環境中制定的內部規則，包括使用條款、服務條款和公司規則，被視為一種反覆持續實施、默示或明示的規範性秩序體系和規範共識。²²⁰服務條款形式上縱使以私人雙務契約締結，但實質上係通過限制或合法化占主導地位的服務供給行為鞏固規範權力的分配，²²¹此種權力行使的型態可能以保護基本權利的態樣：規定資訊受眾不受歧視地使用數位平臺的權利展現，例如規定；旨在限制潛在侵犯基本權利行為的規範，例如，試圖平衡現有權力的規範，例如要求數位平臺以透明的方式行事或允許用戶參與其服務條款的修訂過程。²²²

如同前述Prager University v. Google LLC乙案於數位平臺系統性且反覆實質進行演算法與參數值之操作，用以篩選、評估或處置平臺所不喜之言論或貼文，無異於令平臺之實質汰選內容之自訂監管機制產生質變從而有不容推翻的強制規範效力。此等由私人法律體制及組織塑造的「規範制定者特徵」，對數位平臺生態體系與

²¹⁸ 彭睿仁，同註69，頁95-98。另參閱林昕璇，同註45，頁106-107。

²¹⁹ 彭睿仁，同註69，頁97-98。

²²⁰ Edoardo Celeste, *Terms of Service and Bills of Rights: New Mechanisms of Constitutionalisation in the Social Media Environment?*, 33(2) INT. REV. LAW, COMPUT. TECHNOL. 122, 124-26 (2019).

²²¹ Suzor, *supra* note 118, at 5-8. See also Celeste, *id.* at 124-27.

²²² Suzor, *id.* at 5-8; see also Celeste, *id.* at 124-27.



依賴平臺甚深的個人使用者實已具決定性角色。²²³此等「社群慣例與約定成俗的規則」，就像平臺技術開發者與消費者間雖存在差異化之使用習慣，惟此類習慣長期被公眾接受後並反覆遵循後，似產生一種內部的集團規範的重複續行下的規範鞏固效力。²²⁴

2. 平臺作為準司法裁決者

近年研究亦發現各方解讀平臺治理的憲法隱喻有日漸萌芽之勢，²²⁵誠如臉書執行長Mark Zuckerberg於2018年4月接受Vox專訪首次提及臉書監管委員會所言：「你不妨想像一種結構，幾乎就像最高法院一樣，由不為Facebook工作的獨立人士組成，最終對應在一個反映世界各地人民社會規範和價值觀的社群中，什麼應該被接受的言論做出最終裁決。」此一「（準）最高法院式」的隱喻修辭旋即被大量媒體採用。²²⁶臉書經營者藉由其設置之獨立監察委員

²²³ 彭睿仁，同註69，頁97-98。

²²⁴ 彭睿仁，同註69，頁94-97。

²²⁵ Josh Cowls, Philipp Darius, Dominiquo Santistevan & Moritz Schramm, *Constitutional Metaphors: Facebook's "supreme court" and the Legitimation of Platform Governance*, 26(5) NEW MEDIA & SOCIETY 2448-72 (2024).

²²⁶ Mark Zuckerberg的發言可見Ezra Klein, Mark Zuckerberg on Facebook's hardest year, and what comes next, VOX Apr. 2, 2018, available at <https://www.vox.com/2018/4/2/17185052/mark-zuckerberg-facebook-interview-fake-news-bots-cambridge> (last visited: 2024.06.10)，另從2018年4月首次公開提及臉書獨立監察委員會至2021年5月關於臉書封鎖川普帳號的報導。在驗證分析過後，留下389篇的媒體報導，以此份數量便足以顯現此隱喻在主流媒體的普遍使用性。如路透社便表示「此獨立委員會，被一些人稱為Facebook的『最高法院』，將有權推翻公司及其首席執行官Mark Zuckerberg對於個別內容是否應該被允許在Facebook和Instagram所發佈之裁決。」參閱Elizabeth Culliford, Facebook names first members of oversight board that can overrule Zuckerberg, REUTERS May 7, 2020, available at <https://www.reuters.com/article/us-facebook-oversight-idUSKBN22I2LQ> (last visited: 2024.06.10)；福斯財經網亦曾報導：「九月份成立的監察委員會正是用於這個目的：監督。公司的首席執行官Mark Zuckerberg將該



會隱喻等同於對國家、民主與憲政等的隱喻暗示政治合法性與社會文化象徵意義。揆諸實際，獨立監察委員會（Oversight Board）事實上係一由私人公司控制的信託合議組織，係由獨立行使職權不受外部干涉之專家、律師、媒體工作者及學者的多元背景組成，主要職權為覆審臉書對自身使用者的內容審核決定是否符合臉書內部自訂之自治規範或服務條款。²²⁷ 臉書獨立監察委員會設置理念即為「建立自身的準法律體系」（setting up their own quasi-legal system），甚至假設「臉書是準主權」（Facebook as quasi-sovereign）²²⁸不容否認者，獨立監察委員會與古典憲法學的權力機關樞紐所指涉的隸屬特定司法體系管轄法律體系，以履行違憲審查為功能性任務之最高法院，固然存在相當大的本質意涵差異性。惟頗值玩味者，此修辭係莫基於當代憲政的基礎權力概念（最高法院）與不同背景（私人監督機構）之間建立密切的系統聯繫與語境場景，似隱含科技公司已嫺熟善用憲法隱喻作為「說服手段」來推動章程落實，而此等憲法隱喻亦會反饋性地回頭證立平臺治理的合法化與正當性。²²⁹ 學理進一層推衍獨立監察委員會彰顯其引導平臺決策之獨立課責立場表彰平臺治理從「完全專制」邁向「民主多元」的進步性，進而增強臉書董事會與臉書自身合法性的「新型治理者」，在嶄新的虛擬未知領域，透過基於權利的司法控制行政行為的合法權力，落實所謂政府實體地位、民主、個人權利、法治等古典憲政主義賴以存

小組比擬為 Facebook 的最高法院。」 Julia Musto, Facebook oversight board's first cases draw skepticism December 2, 2020, available at <https://www.foxbusiness.com/technology/the-facebook-oversight-board-first-case-announcements-draw-skepticism> (last visited: 2024.06.10).

²²⁷ Cowls, Darius, Santistevan & Schramm, *supra* note 225, at 2450-52.

²²⁸ *Id.* at 2452-53.

²²⁹ *Id.* at 2464-65.



繫之理念精神。²³⁰

四、小 結

在言論自由的基本原則下，不難發現，傳統憲法以雙元觀點，亦即政府vs.言論發表者的思考模式因應大型數位平臺，已經面臨了不可迴避現實上無法衡平多方利害關係人之現實瓶頸。在雙元結構在資訊服務中介者的介入下轉向三方權力不對稱的網路言論市場，將游離於多邊市場獲取規模經濟最大化的數位平臺視為乘載促進言論多元觀點的職能的公共論壇之新型治理者觀點，將對吾人將數位平臺的監理思維獲致另闢蹊徑的可能。²³¹以公共性職能為內核的論證上，本文認為平臺擬制且化約成俗的服務契約框架在經社群用戶的反覆慣行下轉變為具有規範意涵之社會規範（norms），反駁論者主張此種自律條款係在雙方意思表示合致下彰顯私法自治原則，惟國家行為理論或其派生理論應在此發揮功能，使平臺的契約框架一方面受到契約法的限制，²³²也基於其公共職能的排他性獨占性而導致憲法在限制私人權力方面發揮著雙重作用，上開理論的派生意涵義可推導出臉書積極以最高法院自居之立憲主義式隱喻的論述技巧與策略正當化內部治理裁決的合法性，並透過憲法隱喻構建實質意涵的準司法權，凡此均指向憲法規範秩序進駐指導並引

²³⁰ *Id.*

²³¹ 感謝審查人在此指出若數位平臺作為「公私法混合組織體」的論證成立，則應討論如何避免數位平臺消極地制定自有規範或消極執行自律規範，乃至於系爭案件進入司法救濟階段如何制定違憲審查標準等問題，提供本文後續延伸研究之重要發想，惟為維持本文論證核心——試圖將當今網路平臺於法理上證成其準政府地位，進而應受憲法規範羈束，乃至於此法理論證於美國法制發展過程中的侷限。囿於篇幅及維持論理緻密性，容作者日後針對此一爭點另行處理析論。

²³² Suzor, *supra* note 118, at 5-8. See also Celeste, *supra* note 220, at 124-27.



領數位平臺治理之形成餘地於焉浮現。²³³

伍、結 論

由線上平臺主宰之網路言論市場中，網路內容服務提供者已扮演不可或缺的守門人，評估網路內容服務提供者、使用者和國家之間的法律關係進而獲致監管的正當性，誠為迫切且需要關注的立法論議題。網路服務中介者與用戶締結之兩願合意的服務契約藉以保留網路言論審查權和資訊下架權等服務提供行為本於權力不均等之市場地位，應否被視為「（準）國家行為」、其定位因而轉變為具有依法規範和監管網路言論的公共職能機構，從而受到一定程度的憲法基本權第三人效力所及？非無討論餘地。

本文主張欲探討憲法對數位平臺之監管是否具有橫向水平效力一節之前，勢必就資訊服務中介者涉及監理諸理論及優劣處，有充分之理解掌握，當前學理對平臺數位權力之解讀固然存在殊異的分析途徑，但大抵上皆不脫「公法規範秩序」如何繞過固有傳統垂直效力發揮水平橫向效力及於「數位平臺之權力行使」；以及這個論證所涉及的管制正當性基礎及其相關爭議如何解決的核心爭議。本文整理美國學理與實務的正反論辯，續而考察實務對於「國家行為理論」之闡釋，發現代表性案例迭於美國司法史上存在斷裂和邏輯不一貫之弊端致淪於過度技術性闡釋，難免阻礙私人於憲法上權利之實現，數位平臺動輒以侵犯平臺言論自由為由豁免於國家立法的監理和管制，此等無助於健全民主程序和個人自主性之自我實現之言論市場²³⁴促進之機械推理式的表面化辯論，並非具有說服力

²³³ *Id.*

²³⁴ 釋字第509號解釋文明揭「言論自由為人民之基本權利，憲法第十一條有明文保障，國家應給予最大限度之維護，俾其實現自我、溝通意見、追求真理及



之憲法主張。本文認為，將網路服務中介者在法律上視為游離於「公私法混合組織體」之「新型治理者」有助於吾人考察數位平臺當今多以自有規範作為平臺用戶加入之社群管理規則，再藉由平臺自有規範罰則控制用戶行為，構築出一等同「私人立法」之規範形成權力。其次，混合主體說有助於將數位環境運作之程序部分遞移至公法領域，促進公平數位資訊環境，蓋大型平臺與使用者之間懸殊的權力不均等、網路服務中介者網路言論市場中的操縱地位，以及在如今網路高度依存的數位經濟社會中扮演網路接取服務及網路資訊流通的中樞操縱地位，無論係進一步驗證國家行為理論的侷限或準主權實體之相關學理之再構成，抑或組織法界定上作為「公私混合組織體」，在平臺具備排他性的公共論壇職能以及在等特殊要素該當的前提下，令基本權規範得以直接或間接適用並拘束數位平臺，應屬一合理的解釋方針。

惟必須強調者，欲承認網路管理者確屬公私混合體，攸關應適用何者行政原則及應用至若干程度之相關討論，實屬一套決策過程之規範，例如如何秉持國家機關執行公行政管制時落實程序透明化、正當法律程序及踐行公平客觀原則之司法審查，本文囿於篇幅及確保本論文的論述緻密性，亦僅能有待日後研究另行處理析論。

監督各種政治或社會活動之功能得以發揮。」



參考文獻

一、中 文

1. 王明禮、蔡明芳、莊弘鈺，數位平臺經濟之結合管制，公平交易季刊，31卷2期，頁41-80，2023年4月。
2. 江輝，美國國家行為原則與憲法基本權利規範對私人具有效力——從司法判決觸發憲法適用談起，北大法律評論，20卷2期，頁98-123，2019年。
3. 李建良，基本權利理論體系之構成及其思考層次，人文及社會科學集刊，9卷1期，頁39-83，1997年3月。
4. 林佳和，一般法院的憲法解釋——關廠工人案，載：憲法解釋之理論與實務第十輯，頁301-354，2020年7月。
5. 林昕璇、左宜恩，中國國家、網路服務中介者與個人用戶之三角權力結構：來自數位瑞士理論的辯證與新詮，中國大陸研究，65期4卷，頁45-79，2022年12月。
6. 林昕璇，淺談平臺網路服務契約條款之定性與界限——平台管理「準公共職能化」之觀察，當代法律，27期，頁104-111，2024年3月。
7. 林昕璇，言論之網：平台內容審核機制的概念意涵與衍生爭端概觀，當代法律，38期，頁108-199，2025年2月。
8. 林家暘，德國限制競爭防制法（GWB）強化數位平臺管理之路——兼論公平會數位經濟競爭政策白皮書，公平交易季刊，31卷3期，頁109-164，2023年7月。
9. 許志雄，人權規定之第三人效力，月旦法學雜誌，0期，頁59-60，1995年4月。
10. 許育典、李霽恆，政府監管大型社交網路平台審查言論的合憲性探討——以美國佛羅里達州參議院第7072號法案為核心，國立中正大學法學集刊，80期，頁1-55，2023年7月。
11. 許宗力，基本權利的第三人效力與國庫效力，月旦法學教室，9期，頁64-73，2003年7月。
12. 郭戎晉，網路言論傳播中介者責任與其免責規範之研究——以美國通訊端正



- 法實務發展為中心，科技法律透析，23卷4期，頁20-44，2011年4月。
13. 陳柏良，AI時代網路政治廣告之揭露義務：以美國誠信廣告法草案為中心，國立臺灣大學法學論叢，50卷3期，頁703-787，2021年9月。
14. 陳新民，憲法基本權利及「對第三人效力」之理論，政大法學評論，31期，頁67-112，1985年6月。
15. 彭睿仁，從歐盟《數位市場法》論「守門人」權力之形成與監管，政治科學論叢，94期，頁83-147，2022年12月。
16. 黃銘輝，社群媒體的憲法角色之研究——以「公共論壇理論」的應用為中心，科技部補助專題研究計畫成果報告期末報告，2018年10月。
17. 楊宏暉，從德國Facebook案談競爭與隱私之交匯，公平交易季刊，31卷1期，頁1-66，2023年1月。
18. 劉靜怡，網路內容管制與言論自由——以網路中介者的角色為討論重心，月旦法學雜誌，192期，頁63-80，2011年4月。
19. 蔡宗珍，行政院國家科學委員會專題研究計畫：憲法基本權對民事法之規範效力，2006年11月。
20. 盧建誌，假訊息管制與言論自由的平衡：美國網路中介責任的邊界探索與反思，中華傳播學刊，43期，頁153-195，2023年6月。
21. 蕭維傑、王維菁，動態消息演算法、能見度、與新聞經營：以臉書平台為例，資訊社會研究，34期，頁63-104，2018年1月。
22. 蘇慧婕，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估，國立臺灣大學法學論叢，49卷4期，頁1915-1977，2020年12月。

二、外 文

1. Bailey, Kyle C., *Regulating ISPs in the Age of Technology Exceptionalism*, 98 TEX. L. REV. 953 (2020).
2. Balkin, Jack, *Information Fiduciaries and the First Amendment*, 49 UC DL REV. 1183 (2015).
3. Celeste, Edoardo, *Digital Constitutionalism: A New Systematic Theorization*, 33 INT. REV. LAW COMPUT. TECHNOL. 76 (2019).



4. Celeste, Edoardo, *Terms of Service and Bills of Rights: New Mechanisms of Constitutionalisation in the Social Media Environment?*, 33(2) INT. REV. LAW, COMPUT. TECHNOL. 122 (2019).
5. Chemerinsky, Erwin, *Rethinking State Action*, 80 NW. U.L. REV. 503 (1985).
6. Citron, Danielle Keats & Franks, Mary Anne, *The Internet as a Speech Machine and Other Myths Confounding Section 230 Reform*, 2020 U. CHI. LEGAL F. 45 (2020).
7. Citron, Danielle Keats & Wittes, Benjamin, *The Internet Will Not Break: Denying Bad Samaritans Sec. 230 Immunity*, 86 FORDHAM L. REV. 401 (2017).
8. Cows, Josh, Darius, Philipp, Santistevan, Dominiquo & Schramm, Moritz, *Constitutional Metaphors: Facebook's "supreme court" and the Legitimation of Platform Governance*, 26(5) NEW MEDIA & SOCIETY 2448 (2024).
9. Davis, Bryan J., *Comment: Untangling the Publisher Versus Information Content Provider Paradox of 47 USC 230: Toward a Rational Application of the Communications Decency Act in Defamation Suits Against Internet Service Providers*, 32 NML REV. 75 (2002).
10. *Developments in the Law: State Action and the Public/Private Distinction*, 123 HARV. L. REV. 1248 (2010).
11. Domer, Paul, *De Facto State: Social Media Networks and the First Amendment*, 95(2) NOTRE DAME L. REV. 893 (2019).
12. Fischman-Afori, Orit, *Online Rulers as Hybrid Bodies: The Case of Infringing Content Monitoring*, 23 U. PA. J. CONST. L. 351 (2021).
13. Freeman, Jody, *The Private Role in the Public Governance*, 75 N.Y.U. L. REV. 543 (2000).
14. Goldman, Eric, *The Ten Most Important Section 230 Rulings*, 20 TUL. J. TECH. & INTELL. PROP. 1 (2017).
15. Goldman, Eric, *Section 230 as First Amendment Rule*, 131 HARV. L. REV. 2027 (2019).
16. Goldman, Eric, *Why Section 230 Is Better Than the First Amendment*, 95 NOTRE DAME L. REV. REFLECTION 33 (2019).



17. Gregorio, Giovanni De, *Digital Constitutionalism Across the Atlantic*, 11(2) GLOBAL CONSTITUTIONALISM 297 (2022).
18. Helfer, Laurence R. & Dinwoodie, Graeme B., *Designing Non-National Systems: The Case of the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy*, 43 WM. & MARY L. REV. 141 (2001).
19. Jackson, Benjamin F., *Censorship and Freedom of Expression in the Age of Facebook*, 44 N.M. L. REV. 121 (2014).
20. Jones, Meg Leta, *Does Technology Drive Law? The Dilemma of Technological Exceptionalism in Cyberlaw*, 2 U. ILL. J.L. TECH. & POL'Y 249 (2018).
21. Khan, Lina M. & Pozen, David E., *A Skeptical View of Information Fiduciaries*, 133 HARV. L. REV. 497 (2019).
22. Klonick, Kate, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, 131 HARV. L. REV. 1598 (2018).
23. Lessig, Lawrence (1999), *CODE AND OTHER LAWS OF CYBERSPACE*, New York City: Basic Books.
24. Lukmire, David, *Can the Courts Tame the Communications Decency Act: The Reverberations of Zeran v. American Online*, 66 NYU ANN. SURV. AM. L. 371 (2010).
25. Minow, Martha (2021), *SAVING THE NEWS: WHY THE CONSTITUTION CALLS FOR GOVERNMENT ACTION TO PRESERVE FREEDOM OF SPEECH*, Oxford: Oxford University Press.
26. Minow, Newton & Minow, Martha, *Social Media Companies Should Pursue Serious Self-Supervision - Soon: Response to Professors Douek and Kadri*, 136 HARV. L. REV. F. 428 (2023).
27. Ohm, Paul, *The Many Revolutions of Carpenter*, 32 HARV. J.L. & TECH. 357 (2019).
28. Patty, Michael, *Social Media and Censorship: Rethinking State Action Once Again*, 40 MITCHELL HAMLINE L.J. PUB. POL'Y & PRAC. 99 (2019).
29. Peller, Gary & Tushnet, Mark, *State Action and a New Birth of Freedom*, 92 GEO. L.J. 779 (2004).



30. Rahman, K. Sabeel, *Regulating Informational Infrastructure: Internet Platforms as the New Public Utilities*, 2 GEO. L. TECH. REV. 234 (2018).
31. Rahman, K. Sabeel, *The New Utilities: Private Power, Social Infrastructure, and the Revival of the Public Utility Concept*, 39 CARDOZO L. REV. 1621 (2018).
32. Rozenshtein, Allen Z., *Surveillance Intermediaries*, 70 STAN. L. REV. 99 (2018).
33. Suzor, Nicolas, *Digital Constitutionalism: Using the Rule of Law to Evaluate the Legitimacy of Governance by Platforms*, 4(3) SOCIAL MEDIA + SOCIETY. 1 (2018).



The Legal Status and Functional Evolution of U.S. Internet Content Provider: Focusing on the Boundaries and Reconstitution of the State Action Doctrine

Hsin-Hsuan Lin^{*}

Abstract

In recent years, the public has become highly dependent on digital platforms, making the reconstruction of multilateral legal relationships among internet content providers, users, and the state a critical issue. Given the diverse and complex nature of internet service providers—and their varying capabilities in controlling infringing or illegal content—many countries generally classify regulations based on the types of services intermediaries offer, resulting in varying levels of regulatory stringency.

This paper focuses on internet content providers that generate communication content or offer search services. Specifically, it examines whether the filtering or screening actions taken by these

^{*} Assistant Professor, Department of Political Science, National Chenh Kung University; Doctor of Juridical Science, University of Virginia, USA.

Received: October 19, 2023; accepted: November 18, 2024



platforms—particularly regarding cached or stored third-party information—can be considered “quasi-state actions.” If so, these internet content providers may effectively function as substantive public utilities with the authority to regulate online speech, thereby becoming subject to certain constitutional constraints.

This paper first explores the legislative origins and practical evolution of Section 230 of the Communications Decency Act, a key statute concerning U.S. internet content providers. It critiques outdated aspects of the legislation based on scholarly analysis, followed by an argument grounded in the boundaries and reconstitution of the “state action doctrine” as developed in U.S. jurisprudence. Through an analysis of representative court rulings, this paper investigates the permissible scope of constitutional constraints on internet content providers.

Keywords: Internet Content Providers, State Action Doctrine, Information Infrastructure, New Governors, Quasi-Government, Section 230 of the Communications Decency Act, Public Function Exception, The Entwinement Exception, Content Moderation, Public-Private Hybrid Organizations