

可疑的動機、有限的認識能力*

—— 內容中立性的理論反思

程源中**

摘要

內容中立性是美國言論自由法學最重要的特徵之一，這個釋義規則卻在最高法院內外持續受到挑戰。儘管如此，*Reed v. Town of Gilbert*案依然再次確立了它作為規則的強度與地位。本文將從理論觀點著手，由三個層次逐步探討這個現象背後的意義。描述性層次將說明，中立性判準的實踐其實並沒有批評意見所說的那樣高度不一致。分析性層次將指出，動機論可能是對於法院實踐的最佳解釋。在規範性層次，本文將透過動機概念的分析以及與競爭理論的比較，論證為什麼動機論導向的內容中立確實是值得借鏡的模式。在這樣的基礎上，本文從中立性判準的定義，及其與雙階理論和事前審查的關係，為內容中立性在我國法律實踐的運用提出初步建議。

關鍵詞：內容中立性、雙軌理論、雙階理論、事前審查、針對內容、非針對內容、表面歧視、不當動機、必要動機、表意行為。

* 投稿日：2020年2月19日；接受刊登日：2021年1月20日。〔責任校對：黃品瑜〕。

非常感謝三位匿名審查人的批評及建議，惟一切文責由作者自負。本文的初步構想曾發表於中央研究院法律學研究所個人學術研討會，承蒙邱文聰研究員、許家馨研究員、陳柏良教授、陳玉潔研究員、張永健研究員、張凱評先生、簡資修研究員及薛熙平博士提供寶貴意見，特此致謝。

** 國立陽明交通大學百川學士學位學程助理教授。

穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/10517012.pdf>。



目次

壹、前言	四、動機論作為利益衡量的限制
一、問題	肆、動機論是合理方案嗎：一個規範性反思
二、方法及範圍	一、如何認識不當動機？
貳、中立性判準具一致性嗎：	二、與競爭理論的比較
一個描述性回顧	三、為什麼動機論是合理選擇
一、Reed判準	伍、對於我國言論自由法制的相關建議
二、對於中立性判準的一致性批評	一、中立性判準的定義
參、動機論的解釋優勢：一個分析性考察	二、內容中立性與雙階理論
一、理論的分類	三、內容中立性與事前審查
二、從實踐找答案	陸、結語
三、動機論的解釋力	

壹、前言

一、問題

「內容中立性 (content neutrality) 是言論自由的核心問題。」美國學者Erwin Chemerinsky在20年前的一篇文章標題中直白地點出這個事實¹，20年來這個事實並未發生重大改變。

在美國的言論自由法學中，審查涉及言論的政府管制是否違憲時，要先區別系爭管制屬於針對內容 (content-based) 還是非針對

¹ Erwin Chemerinsky, *Content Neutrality as a Central Problem of Freedom of Speech: Problems in the Supreme Court's Application*, 74 S. CAL. L. REV. 49, 49 (2000). Geoffrey R. Stone在80年代初期就指出，內容中立性可能是言論自由法學最值得注意的特徵 (Geoffrey R. Stone, *Content Regulation and the First Amendment*, 25 WM. & MARY L. REV. 189, 189 (1983).)，後來的發展也完全印證了他當時的看法。

內容 (content-neutral)；針對內容的言論管制適用嚴格審查標準 (strict scrutiny)，非針對內容的言論管制則適用中度審查標準 (intermediate scrutiny)。在這個被稱為「雙軌理論」的釋義規則 (doctrine) 中²，內容中立性作為針對／非針對內容的劃分判準，既是切分雙軌的「第一刀」，也可能是最具影響力的一刀。因為就結果而言，嚴格審查下的合憲率極低，而中度審查下的合憲率極高，所以決定第一刀的同時，在相當程度上就已經決定了系爭管制的命運。「如何切下第一刀」的問題，對於言論自由法學的重要性不言而喻。

儘管如此，雙軌理論連同中立性判準始終備受挑戰，這個挑戰不只來自評論者，甚至來自美國聯邦最高法院內部。John Paul Stevens大法官曾在*R.A.V. v. City of St. Paul*案的協同意見書中批評，多數意見一方面拒絕「全有或全無」(all-or-nothing-at-all)的類型方法³，另一方面卻擁抱了另一種絕對主義——幾乎完全禁止針對內容的言論管制⁴。相較於此，他建議以多面向的綜合考量來決定針對內容的言論管制是否違憲⁵。Stephen Gerald Breyer大法官則主張，與其認為針對內容的言論管制「自動」(automatically)觸發嚴格審查，不如將之視為「方便法門」(rule of thumb)⁶。對他來說，比起堅守「針對內容即嚴格審查」的規則形式，更重要的毋寧

2 關於雙軌理論請參閱林子儀，言論自由的限制與雙軌理論，收於：言論自由與新聞自由，頁133-196（1999年）；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）。

3 Antonin Gregory Scalia大法官主筆的多數意見強調，所謂「不受憲法保護的言論類型」（猥褻、挑釁、誹謗等等）並非真的完全不受保護，而是因其內容特徵得以合憲地受到管制。這不代表此類言論在憲法前隱形，可以任意受到與其內容特徵無關的歧視（*R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377, 383 (1992).）。法院顯然並未在此採取「受絕對保護／完全不受保護」的極端二分法，正是在這個意義下Stevens大法官說多數意見拒絕了「全有或全無」的類型方法。

4 *R.A.V.*, 505 U.S. at 419 (Stevens concurring).

5 *Id.* at 429-31.

6 *Reed v. Town of Gilbert*, 576 U.S. 155, 176 (2015) (Breyer concurring).

是言論管制所涉及的利益衡量⁷。兩位大法官都沒有完全否定內容中立性的功能和價值，但他們都試圖軟化它作為規則的硬度，讓它更像是某種參考指標。

學說批評則更為複雜。雙軌理論及其批評意見可說是同步成長，累積至今的文獻已相當可觀，然而大體而言，不難從這些批評意見中看出某些一再浮現的核心關懷，可分為兩大類。第一類是一致性批評，它們宣稱法院實踐的中立性判準欠缺一致性。例如 R. George Wright 認為，判例法的發展已經使得這個區別「更不清楚、不融貫、不實際，因而不值得再嘗試為它建立階層分明的區別」⁸。Ashutosh Bhagwat 則指出，雖然內容中立性看似清楚穩固，但若走出聯邦最高法院，會發現下級法院對於中立性判準的看法甚為分歧，這其實反映出最高法院本身的見解矛盾⁹。第二類是規範性批評，它們宣稱內容中立性未能對言論管制做出合理評價。代表性的說法如 Barry P. McDonald，他認為當前法院實踐的結果一方面過度限制了政府透過內容管制（即使相對輕微）因應某些特殊問題的能力，另一方面未能充分體察某些非針對內容的管制實際上對言論所造成的高度負擔¹⁰。

如果這些批評全都成立，那麼內容中立性似乎有很大的檢討空間。它的操作不一致，結果不合理，我們似乎應該追隨 Stevens 和 Breyer 大法官的腳步，不再那麼執著於它的規則形式，然後把更多的注意力放在個案中的利益衡量。先不論這個結論是否正確，至少

7 Bartnicki v. Vopper, 532 U.S. 514, 536-37 (2001) (Breyer concurring); United States v. American Library Association, 539 U.S. 194, 217-18 (2003) (Breyer concurring).

8 R. George Wright, *Content-Neutral and Content-Based Regulations of Speech: A Distinction That is No Longer Worth the Fuss*, 67 FLA. L. REV. 2081, 2081-82 (2015).

9 Ashutosh Bhagwat, *In Defense of Content Regulation*, 102 IOWA L. REV. 1427, 1429 (2017).

10 Barry P. McDonald, *Speech and Distrust: Rethinking the Content Approach to Protecting the Freedom of Expression*, 81 NOTRE DAME L. REV. 1347, 1352 (2006).

2015年的*Reed v. Town of Gilbert*案是朝相反的方向發展¹¹。在這個判決中，多數意見重申了內容中立性作為規則的硬度，而且更明確地說出了中立性判準的具體內容（詳後述）。事實上，就如我們將在後續討論中看到的，*Reed*法院只是總結了過去幾十年來最高法院對於內容中立性的態度，或許它在這個方向上走得更極端，但並非突然轉向。

換句話說，在來自內外的各種批評聲中，內容中立性反而一步步穩固了自己作為規則的地位。這個現象背後蘊含了什麼樣的道理，是非常值得探究的問題。值得探究的原因，不只在於美國聯邦最高法院的見解對於言論自由法學的重要性，更在於雙軌理論已經成為我國法律對話的一部分¹²。爬梳這個現象背後的理論，或可幫助我們思考：內容中立性／雙軌理論這個架構，應在我國法律實踐中朝什麼方向上發展到什麼程度——這也正是本文嘗試初步回答的問題。

二、方法及範圍

這裡所說的理論，是用來支持釋義規則及其解釋適用方式的體系化論據。

討論的第一步，是先處理不一致批評。畢竟中立性判準若在個案實踐中嚴重的不一致，從中尋找理論就不是那麼有意義的事情。本文將借助Leslie Kendrick的分析指出，至少在聯邦最高法院這個

¹¹ See *Reed*, 576 U.S. 155.

¹² 關於雙軌理論在我國大法官解釋中的運用及問題，請見本文「伍、對於我國言論自由法制之建議」。雙軌理論在爭議問題中的運用請參閱廖元豪，以憲法之表現自由處理「公民不服從」爭議——評薛智仁教授〈刑法觀點下的公民不服從〉一文，中研院法學期刊，19期，頁218-225（2016年）。從基礎理論層次對於雙軌理論提出的批評請參閱蘇慧婕，言論管制的中立性——美國雙軌理論和德國一般法律理論的言語行為觀點分析，收於：李建良編，憲法解釋之理論與實務（九），頁201-269（2017年）。

範圍內，中立性判準其實具備相當程度的一致性，本文所討論的案例亦僅限於這個範圍而不及於下級法院。當然，即使這樣的一致性給予理論分析初步的基礎，往上找理論也不是唯一的研究取徑，我們依然可以往下對法院實踐進行更個案性、脈絡性的分析。不過從比較學習的觀點來看，理論分析通常是比較容易掌握的方式，這也是本文選擇此一路徑的原因。

接下來本文將嘗試說明，如果要為內容中立性在最高法院的實踐找到一個最具解釋力的理論，這個理論應該是動機論（*motive theory*）。這個說明是分析性而非規範性的：它並非先選擇特定理論或價值，然後宣稱法院應該依據這樣的方針解釋適用中立性判準，而是在既存的實踐基礎上，找出哪一種理論可能涵蓋最多的案例。並不是說，本文認為聯邦最高法院的大法官們全都有志一同地朝動機論邁進，本文也不主張動機論可以處理所有關於內容中立性的問題，本文想辯護的僅是這個命題：動機論是能夠支持最多個案結果的體系化論據，即便這個關聯未必都明確地顯現在判決的用詞遣字中。Eugene Volokh在分析性層次對動機論提出了值得注意的批評，本文將回應他的批評並指出，從整個雙軌理論的運作機制來看，動機論導向的內容中立性其實可以視為利益衡量在言論自由問題上所受到的特殊限制，亦即不當動機阻斷了系爭管制接受一般利益衡量的可能性。

在分析性考察後，浮現的會是這個問題：就算動機論真的是法院實踐的最佳解釋好了，它真的是一個好的理論嗎？是否正因為建立在錯誤的理論上，導致內容中立性像批評意見所說的，有時無法對言論管制做出合理評價？從這裡開始，問題進入了規範性領域。首先是關於不當動機的認識及評價問題，這也是動機論的主要批評來源。本文將透過Andrew Verstein的分析來說明，為什麼以「必要動機」（*but-for motive*）來理解不當動機，是兼具判斷可行性及結果合理性的方案。接下來本文將透過比較指出，表意人導向的看法

基本上不適合作為內容中立性的理論，至於閱聽人導向的理論（尤指民主論）亦將導致某些問題，然而這些缺陷似乎都可以由動機論來解決。文末將說明，為什麼動機論導向的內容中立性是值得借鏡的模式，並嘗試從中立性判準的定義、內容中立性與雙階理論、內容中立性與事前審查三個方向，為內容中立性在我國法的實際運用提出初步建議。

整個雙軌理論涵蓋的內容相當廣泛，本文的重點限於內容中立性的理論。與此相連的嚴格／中度審查標準當然與這個主題有關，但是審查標準的細節（尤其是中度審查標準）牽涉甚廣，無法在此完整討論。從法院實踐來看，內容中立性並不完全適用於某些情況，本文沿用Joshua P. Davis和Joshua D. Rosenberg的說法，將這個變因理解為「政府作為經營者（patron）」¹³。政府作為經營者有許多樣態，典型的例子是公立學校。學校可以對學生及員工進行某些針對內容的言論管制，這樣的管制在校園內是合憲的，在校園外則否¹⁴。政府作為經營者的判準及論證涉及更多其它問題，無法在此深入討論，但是我們應該都能同意，為維繫國家功能之運作，某些場域中的言論自由的保護可以被合理弱化，而這些特殊情況不在本文討論範圍。

13 Joshua P. Davis & Joshua D. Rosenberg, *The Inherent Structure of Free Speech Law*, 19 WM. & MARY BILL RTS. J. 131, 135, 141-68 (2010). 一個類似且可能更為知名的說法，是Robert Post所說的憲法秩序中的「管理」（management）領域（ROBERT C. POST, CONSTITUTIONAL DOMAINS: DEMOCRACY, COMMUNITY, MANAGEMENT 4-6 (1995).）。

14 請參閱如Hazelwood School District v. Kuhlmeier, 484 U.S. 260, 266 (1988); Morse v. Frederick, 551 U.S. 393, 404-06 (2007).

貳、中立性判準具一致性嗎：一個描述性回顧

一、*Reed*判準

*Reed*法院明確地描述了中立性判準的操作方式（以下簡稱*Reed*判準）：第一步檢驗系爭管制是否在表面上（*facially*）依據言論所傳遞的訊息（*message*）給予差別待遇。若答案是肯定的，則該管制屬於針對內容；若答案是否定的，則進入第二步，檢驗系爭管制「是否無法在不指涉受管制言論之內容的情況下被證立」，或政府「是否因為不同意言論所傳遞的訊息」而進行管制。若答案是肯定的，則該管制還是屬於針對內容；若答案是否定的，則屬於非針對內容¹⁵。雖然法院宣稱這是他們過去一再重複的看法¹⁶，但批評意見顯然有另一種解讀。本文會先分析這個判準的要素和組成方式，然後將不一致批評分為三大類，最後借助*Kendrick*的辯護指出：縱使中立性判準並非完美一致，但仍存在一個可被辨識出的一致走向。

*Reed*判準的第一步構成了判準的第一個要素，「表面上」系指「字面意義上」（*literally*）應無疑問，至於「依據言論所傳遞的訊息給予差別待遇」則較為複雜，其中最核心且一再被重複的類型就是「觀點歧視」（*viewpoint discrimination*）和「主題歧視」（*subject matter discrimination*）¹⁷。一般來說，觀點和主題歧視的區別並無重大困難，法院的理解方式亦和日常語言大致吻合。例如「禁止批判中國政府處理天安門事件的方式」（但不禁止贊同意見）屬於觀點歧視，「禁止任何關於天安門事件的言論」（無論批評、贊同甚或

¹⁵ *Reed*, 576 U.S. at 163-65.

¹⁶ *Id.* at 166.

¹⁷ *Police Department of City of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92, 95 (1972); *Consolidated Edison Co. v. Public Service Commission*, 447 U.S. 530, 537 (1980); *Rosenberger v. Rector & Visitors of University of Virginia*, 515 U.S. 819, 828-29 (1995); *Hill v. Colorado*, 530 U.S. 703, 722-23 (2000); *Reed*, 576 U.S. at 163-64.

主張該事件不存在)則屬於主題歧視。儘管在特定脈絡下,觀點歧視被認為是更嚴重的內容歧視¹⁸,大體而言,無論觀點或主題歧視都屬於內容歧視,會受到同等評價。就像任何概念都存在著縫隙,我們當然能找到一些難以界定為觀點或主題歧視的例子¹⁹。相關問題固然有趣,但它們對本文主題影響有限,因此先存而不論。比較大的問題在於,除了明顯的觀點和主題歧視以外,當管制對於表意人或表意方式的限制有「基於訊息而給予差別待遇」的嫌疑時,是否也構成內容歧視?這是一個貫串描述性和規範性層次的問題,也是內容中立性的批評來源之一,本文將逐步解析這個問題。接下來的討論會將「表面上依據言論所傳遞的訊息給予差別待遇」簡稱為「表面歧視」(facial discrimination)。

*Reed*判準的第二步看起來有兩個要素,一是管制的論證是否涉及內容,二是管制是否出於政府對於內容的敵視。究竟應該將這兩個要素視為分開的兩個擇一要件(只要滿足其中一個就無法通過第二步檢驗),還是視為同一個要件的兩種不同表達方式?本文認為關鍵在於次級效果原則(secondary effect doctrine)²⁰。在次級效果原則的代表性案例*Renton v. Playtime Theatres*案中,系爭管制禁止在住宅區/住宅/學校/公園/教堂的1,000英尺範圍內、學校的1英里範圍內開設成人戲院²¹。多數意見一方面承認分區管制確實是對於成人戲院的差別待遇,另一方面則強調這樣的管制並非針對成人戲院所播放的電影內容、而是針對成人戲院對周遭環境帶來的負面影響(次級效果),所以適用非針對內容的中度審查標準²²。在這

18 例如在*Rosenberger*案,法院認為觀點歧視更明目張膽地抵觸了憲法增修條文第1條(*Rosenberger*, 515 U.S. at 829.)。

19 請參閱如*Rosenberger*, 515 U.S. at 895-96 (Souter dissenting); *Hill*, 530 U.S. at 742-43 (Scalia dissenting)。

20 關於次級效果原則請參閱及林子儀(註2),頁181-184。

21 *Renton v. Playtime Theatres*, 475 U.S. 41, 44 (1986)。

22 *Id.* at 47-49。

裡，管制的論證當然指涉了言論內容（成人電影使得戲院對周遭環境產生負面影響），但是管制並非出於對言論內容本身的敵意（認為成人電影傷風敗俗）。情況類似的是，在墮胎診所系列案中（詳下述），我們的確可以說被判別為非針對內容的言論管制「並非不同意言論所傳遞的訊息」，但很難說它們的證立「不涉及受管制的言論內容」²³。如果要盡可能地讓*Reed*判準和涉及次級效果原則的案例相互融貫，我們似乎必須將第二步限定理解為「管制是否出於政府對於內容的敵視」，至於「管制的論證是否涉及內容」僅是敵視性的另一種表達方式而已，並非真的完全不涉及內容²⁴。

換句話說，「第二步」還是只有單一要素，它可被如此理解：當我們問道「政府為何實施某些管制？」，而答案是「因為政府不樂見某些內容」時，這個要素就被滿足。接下來的討論將這個要素簡稱為「不當動機」（*illicit motive*）。在用語選擇上，我們也可以說這是不正當的管制「目的」（*purpose*）、「意圖」（*intent*）、「理由」（*reason*）或「標的」（*target*）。這些用語在其它脈絡下或許各有不同意義，有時它們必須嚴格區別不可混用，但在這裡它們和不當「動機」指的都是同一件事：對於特定內容的敵視作為管制的原因²⁵。因此要注意的是，並非任何不正當不道德的管制動機，都是本文所說的不當動機。表面歧視和不當動機構成的四種排列組合如下表（黑點代表該要素被滿足）：

23 McDonald, *supra* note 10, at 1408.

24 我們馬上就會看到，光是這樣的詮釋還不足以化解*Reed*判準和次級效果原則的矛盾，因為次級效果原則已經和第一步的表面歧視發生衝突。後續討論將說明如何處理這個問題，這裡只能先指出，將第二步理解為「敵視性」，才能為融貫詮釋留下後路。

25 類似的用語說明請參閱Elena Kagan, *Private Speech, Public Purpose: The Role of Governmental Motive in First Amendment Doctrine*, 63 U. CHI. L. REV. 413, 426 n.40 (1996).

表1 表面歧視與不當動機的排列組合

	表面歧視	不當動機
A	●	
B		●
C	●	●
D		

資料來源：作者自製。

*Reed*判準涵蓋了A、B、C三種排列組合，也就是說，除了既無表面歧視、亦無不當動機的組合D以外，其它組合一概構成針對內容的言論管制²⁶。現在我們可以想像，中立性判準的不一致批評大致可能有三個方向：第一，整個中立性判準的組成在A、B、C三種排列組合中游移（專指*Reed*案之前）²⁷，甚至還有其它考量²⁸。第二，法院對於表面歧視的判斷不一致²⁹。第三，法院對於不當動機的判斷不一致。第三點是一個特殊的問題，本文將留待後面處理，這裡先討論前兩點。

²⁶ 當然，實際操作*Reed*判準時，只要發現有表面歧視，檢驗就結束了，上表只是把所有可能情況列出。

²⁷ Bhagwat, *supra* note 9, at 1435-36; Leslie Gielow Jacobs, *Clarifying the Content-Based/Content Neutral and Content/Viewpoint Determinations*, 34 MCGEORGE L. REV. 595, 602-06 (2003); McDonald, *supra* note 10, at 1382; R. George Wright, *Content-Based and Content-Neutral Regulation of Speech: The Limitations of a Common Distinction*, 60 U. MIAMI L. REV. 333, 337-48 (2006).

²⁸ Dan V. Kozlowski, *Content and Viewpoint Neutrality: How Fundamental Tenets of First Amendment Law Have Come to be Plagued by Inconsistency and Confusion*, 43 FREE SPEECH YEARBOOK 50, 59 (2006).（認為法院的判準在表面歧視、不當動機和管制的衝擊間滑動）。

²⁹ Chemerinsky, *supra* note 1, at 59-64; Paul B. Stephan, III, *The First Amendment and Content Discrimination*, 68 VA. L. REV. 203, 205 (1982).

二、對於中立性判準的一致性批評

(一) 中立性判準在A、B、C三種排列組合間游移？

這一點大概是最常見也最重要的批評，讓我們先看看法院的說法。在1989年的*Ward v. Rock Against Racism*案，由於紐約中央公園露天舞臺上的表演造成了嚴重的噪音干擾，系爭管制要求表演者一律使用政府提供的擴音器及音響技術³⁰。音樂作為言論的性質在此並無爭議，問題在於這樣的管制限縮了表演者對於音量和音質的控制能力³¹，應該屬於那一種言論管制？法院是這樣的說：「在一般言論案例及時間、地點、方式的案例中，決定內容中立性的主要考察，在於政府是否因為不同意言論所傳遞的訊息而對其進行管制。政府的目的是決定性考量。當管制目的無關表達內容時為中立，即便該管制有加諸於某些表意人或訊息的附隨效果。政府對表意活動的管制屬於非針對內容，只要其論證不涉及受管制言論之內容。³²」法院認為系爭管制的論證是建立在噪音而非表演內容上，所以不構成針對內容的言論管制³³。從法院對於釋義規則的字面描述來看，*Ward*案似乎以不當動機為首要考量，涵蓋了B、C但未必包含A。這樣的表達方式其實延續自*United States v. O'Brien*和*Clark v. Community for Creative Non-Violence*案³⁴。

兩年後的*Simon and Schuster v. Members of New York State Crime Victims Board*案中，系爭管制要求罪犯將描述其犯行的作品所得存放於代管帳戶，以便於犯罪被害人由該基金受償³⁵。紐約犯罪被害

30 *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781, 784 (1989).

31 *Id.* at 790, 792.

32 *Id.* at 791 (citations omitted).

33 *Id.* at 792.

34 *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367, 377 (1968); *Clark v. Community for Creative Non-Violence*, 468 U.S. 288, 293 (1984).

35 *Simon & Schuster, Inc. v. Members of New York State Crime Victims Board*, 502 U.S. 105, 108 (1991).

人委員會（New York Crime Victims Board）聲稱，唯當立法者有意壓抑特定想法時，這樣的歧視性財產不利益才抵觸憲法增修條文第1條。這應該是與*Ward*判準接近的主張，卻遭到法院駁斥。法院引用*Minneapolis Star and Tribune Company v. Minnesota Commissioner of Revenue*案的看法³⁶，這樣說道：「我們的案例一致地認為『不正當的立法意圖並非抵觸憲法增修條文第1條的必要條件』（illicit legislative intent is not the *sine qua non* of a violation of the First Amendment）。³⁷」系爭管制對於特定言論內容加諸財產上不利益的這個事實，就已經被法院認為針對內容³⁸。*Simon and Schuster*案所採取的判準涵蓋了A、C且沒有排除B的意思，已經和*Reed*判準相當接近。

在三年後的*Turner Broadcasting System v. FCC*案，著名的*must-carry*條款要求有線電視業者保留一定比例的頻道給地方無線電視臺，雖然政府宣稱管制是出於經濟而非言論內容上的理由，但在立法理由裡卻展現出對於地方性和教育性節目內容的偏愛³⁹。法院這樣描述中立性判準：「決定某管制屬於針對或非針對內容並不總是簡單的工作。我們曾說過『決定內容中立性的主要考察，在於政府是否因為不同意言論所傳遞的訊息而對其進行管制』。管制的目的或論證，經常在表面上顯而易見。雖然針對內容的目的可能在某些情境下足以說明某管制屬於針對內容，但並不總是如此。光是內容中立的目的宣稱，並不足以挽救表面上基於內容的歧視法律。……作為一般性規則，基於言論所表達的想法或觀點，在用語上區別受偏愛或被嫌惡之言論的法律，屬於針對內容。……相較於此，對言論授予利益或課以負擔，但未指涉言論所表達的想法或觀點之法

36 *Minneapolis Star & Tribune Co. v. Minnesota Commissioner of Revenue*, 460 U.S. 575, 592 (1983).

37 *Simon & Schuster*, 502 U.S. at 117 (citations omitted).

38 *Id.* at 115-17.

39 *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC*, 512 U.S. 622, 626, 632-34, 648 (1994).

律，在多數情況下屬於非針對內容。⁴⁰」在這裡，法院採取的判準似乎涵蓋了A、B、C。事實上，相較於*Simon and Schuster*案，*Turner*案可能更加接近*Reed*判準，因為法院採取了和*Reed*判準一模一樣的檢驗順序：先是認為系爭規範沒有表面歧視，接下來強調檢驗並未到此結束，尚需探究管制是否帶有不當動機⁴¹。

從這幾個指標性判決來看，法院對於中立性判準的描述本身或許不是那麼清楚，但在實際運用上卻未必如批評意見說的那樣不一致，甚至有向*Reed*判準逐漸靠攏的趨勢。然而，所有涉及次級效果原則的案例都構成了這個趨勢的例外，因為次級效果則形同將有表面歧視但無不當動機的言論管制「視為」非針對內容，也就是說在這類情況下中立性判準只包含B、C，明確排除A。

或許讀者已經發現，如果把次級效果原則視為例外先隔離看待，那麼內容中立性的實踐其實有某種一致性，這正是Kendrick的看法：除了關於次級效果原則的案例和*FCC v. Pacifica Foundation*一案⁴²，舉凡涉及表面歧視的言論管制，一概被法院認為是針對內容⁴³。如果次級效果原則「擴散」到成人產業以外的其它案例類型，中立性判準確實會發生嚴重的不一致問題，但目前為止最高法院的運用非常節制⁴⁴。在*Pacifica*案，多數意見基於廣播的侵入性和對未成年人的保護，允許在獨白的廣播節目中限制低俗但非不受保

40 *Id.* at 642-43 (citations omitted).

41 *Id.* at 643, 645.

42 See *FCC v. Pacifica Foundation*, 438 U.S. 726 (1978).

43 Leslie Kendrick, *Content Discrimination Revisited*, 98 VA. L. REV. 231, 254-56 (2012).

44 *Id.* at 257-60。在*Renton*案後，法院對次級效果的運用表現出謹慎的態度（*Boos v. Barry*, 485 U.S. 312, 320-21 (1988).），但亦有評論者指出，儘管次級效果原則未曾被最高法院明確用於成人產業以外的地方，事實上卻已經在下級法院受到更廣泛的運用（See Mark Rienzi & Stuart Buck, *Neutral No More: Secondary Effects Analysis and the Quiet Demise of the Content-Neutrality Test*, 82 FORDHAM L. REV. 1187 (2013).）。

護的低價值言論（關於性與排泄的冒犯性用語）⁴⁵，然而此後卻將所有類似考量的言論管制宣告為針對內容且違憲⁴⁶，因此*Pacifica*案更像是雙軌理論成形初期的特例⁴⁷。

那麼法院又是如何看待沒有表面歧視、但帶有不當動機的言論管制？就如前述，不當動機本來就是中立性判準的重點，而*United States v. Eichman*案再度呼應了這點。法院認為禁止毀損國旗的規定並無表面歧視，但因其對特定觀點（否定國旗所象徵的國家價值）的敵視而被判定為針對內容⁴⁸。如此看來，*Reed*判準似乎只是將先前的法院實踐表達的更明確，大體而言中立性判準就是涵蓋了A、B、C三種組合，而批評意見則是誇大了少數例外。

（二）法院對於表面歧視的判斷不一致？

在進入第二點之前，我們必須區別兩個層次的問題：一是「法院事實上做了什麼」，二是「法院應該怎麼做」。判準一致性的檢驗屬於前者，不應與後者混淆。依據Kendrick的分析，法院對於表面歧視的定義其實一貫地相對限縮：除了少數例外，字面上對於表意人或媒體類型的差別待遇，以及對於溝通活動形式的差別待遇，都不必然等於表面歧視⁴⁹。這樣的限縮有時看來並不合理。例如在*Madsen v. Women's Health Center*和*Schenck v. Pro-Choice Network of*

45 *Pacifica*, 438 U.S. at 744-51.

46 See *Sable Communications of California v. FCC*, 492 U.S. 115 (1989); *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844 (1997); *United States v. Playboy Entertainment Group, Inc.*, 529 U.S. 803 (2000); *Ashcroft v. ACLU*, 542 U.S. 656 (2004).

47 Kendrick, *supra* note 43, at 257. *Pacifica*案也涉及廣電管制不同於一般言論自由的特殊考量，是Kendrick沒有提到的背景，相關國內討論請參閱許家馨，什麼樣的民主？什麼樣的新聞自由？——從民主理論視野分析美國新聞自由法制，政大法學評論，124期，頁1-71（2011年）。

48 *United States v. Eichman*, 496 U.S. 310, 315-18 (1990).

49 Kendrick, *supra* note 43, at 262. 事實上，*Leathers v. Medlock*案的多數意見也已直接表明，判例法所建立的規則，並未將欠缺不當動機的媒體差別待遇自動等同於抵觸憲法增修條文第一條（*Leathers v. Medlock*, 499 U.S. 439, 449-51 (1991).）。

*Western New York*兩案中⁵⁰，為避免使用接近墮胎診所的干擾而對反墮胎運動者所發布的禁制令，並未被多數意見認為是表面歧視。*Hill v. Colorado*案中禁止在墮胎診所周邊的禁制區內抗議、教育或諮詢⁵¹，以及*McCullen v. Coakley*案中要求同類禁制區完全淨空的規定⁵²，也未被多數意見視為表面歧視。我們當然可以質疑，這樣的禁制令和禁制區規定明顯不利於反墮胎意見，就結果而言已經接近最核心的觀點歧視，為何不是表面歧視？再者，就算不認為禁止勸募、抗議、教育或諮詢等活動屬於主題或觀點歧視，它們又如何不構成字面意義上的差別待遇？確實，法院採取了較日常語義狹隘的表面歧視概念，經過這樣的窄化，它似乎只包含最直接的主題和觀點歧視，排除了其它可能間接導致主題或觀點歧視後果的差別待遇。對於這樣的限縮，我們不難想像各式各樣的批評，然而它合理與否，卻是規範性而非一致性問題。如果Kendrick的分析正確，那麼法院的表面歧視判準其實有相當程度的一致性——即使是以一致的方式限縮。

Kendrick為第一點和第二點所提出的辯護真的成立嗎？如果用最嚴格的標準來審視，我們似乎永遠能夠找出一些反例⁵³，不過這

50 See *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).

51 See *Hill*, 530 U.S. 703.

52 See *McCullen v. Coakley*, 573 U.S. 464 (2014).

53 例如，有表面歧視但未被判別為針對內容的言論管制，可能不限於次級效果原則案例，*City of Ladue v. Gilleo*案就是一例。本案和後來的*Reed*案類似，都是依據標牌內容而給予差別待遇，屬於*Reed*判準下的表面歧視，但是主筆的Stevens大法官刻意繞過表面歧視路徑，選擇以中度審查標準的「是否留有充足替代溝通管道」來宣告系爭規範違憲（*City of Ladue v. Gilleo*, 512 U.S. 43, 53-56, 59-60 (O'Connor concurring) (1994)）。此案的例外性是完全可以理解的：它是Stevens大法官為了鬆動內容中立性所做的一次嘗試。又例如在*Hill*案法院認為禁止教育性溝通不構成表面歧視（*Hill*, 530 U.S. at 721-22.），但*Regan v. Time*一案的多數意見認為，例外性地允許出於教育目地所進行的美鈔影像複製，屬於表面歧視（*Regan v. Time, Inc.*, 468 U.S. 641, 648-49 (1984)），這可能也會被認為是表面歧視判準的內部不一致。

樣在雞蛋裡挑骨頭似乎沒有太大意義。或許我們可以說，就算法院實踐所展現出的一致性並不完美，但至少足以作為討論起點。*Reed* 判準大致可以視為內容中立性的法院實踐總結，而Kendrick在*Reed* 案前的分析就已經預言了這點。接下來的問題在於，什麼樣的理論最能夠解釋這樣的中立性判準，以及法院為了維持判準一致性所做出的各種努力，有什麼樣的規範性啟示。

參、動機論的解釋優勢：一個分析性考察

一、理論的分類

本文將內容中立性的理論分為兩大類⁵⁴：若把重點放在管制對言論的衝擊或影響，屬於結果論（consequentialism）；若把重點放在管制的原因，則是非結果論或來源論。結果論可以再分為兩個次類。「量的理論」追求更多的言論機會和自主空間，故可稱為表意人導向的理論，「自我實現」可歸類到這個範疇。「質的理論」重視公共對話或辯論（public discourse/debate）的品質，故可稱為閱聽人導向的理論。「真理論」（促進真理發現）、「市場論」（維護言論市場）和「民主論」（健全民主制度）都屬此類⁵⁵。至於非結果論所關心的管制原因，正是前文所說的不當動機，本文將這個方向泛稱為「動機論」。動機論下的言論自由保護，首重對管制者的不當動機搜獵（motive-hunting），故可稱為政府導向的理論。

54 這邊所鋪陳的內容中立性理論基本上可以連結到言論自由的基礎理論，關於後者的一般性介紹請參閱林子儀，*言論自由之理論基礎*，收於：*言論自由與新聞自由*，頁1-59（1999年）；林子儀，*言論自由導論*，收於：李鴻禧等合著，*台灣憲法之縱剖橫切*，頁118-133（2002年）。

55 質和量的分類請參閱Kagan, *supra* note 25, at 424-25.

本文並不主張這樣的分類是絕對的，不同範疇間仍可能有某些內在關聯。例如，有些看法會認為越大量的言論越有助於發現真理（當然這並非毫無爭議），所以量和質的理論在這個意義上可能重疊。亦可能有人會懷疑，動機論是否有必要獨立為一種理論，因為搜獵不當動機不正是為了達到某些結果（例如避免政府對於個人自由或公共對話的不當侵害）？本文將在後續討論中回答這個問題。

「利益衡量」是一個特殊的存在，因為它並非言論自由法學所獨有。一般而言，我們幾乎難以想像有哪一種基本權可以完全脫離利益衡量而獲得實現，言論自由也不例外。因此問題不在於利益衡量是否能作為內容中立性的理論，而在於內容中立性和利益衡量處於什麼樣的相互關係——這將是本文的考察重點。

二、從實踐找答案

（一）基本模型

讓我們先從一種經常出現的經典假想案例開始：禁止任何廣告看板的規定可能會被認為是非針對內容的言論管制，禁止政治性廣告看板的規定通常會被認為是主題歧視而屬於針對內容，禁止批評執政黨的廣告看板則毫無疑問地構成觀點歧視。它們侵害言論自由的程度由弱到強依序為非針對內容、主題歧視、觀點歧視，但是該如何解釋它們所限制的言論量排序恰好相反？禁止任何廣告看板顯然比禁止政治性廣告看板限制了更多言論，後者又比禁止批評執政黨的廣告看板限制更多。如果堅持以量的理論作為基礎，就會得出釋義規則有誤的結論。不過現在的目標是找出實踐背後的理論，所以唯一可行的方式是讓量的理論出局。至於質的理論和動機論似乎都說得過去，我們可以說這樣的排序大致對應了公共對話被扭曲的程度，也大致對應了管制帶有不當動機的可能性。

(二) 影響公共對話的非針對內容言論管制

在*Clark*案，為無家可歸及貧困者發聲的慈善組織為了再現遊民的生活情景，計畫露宿於國家廣場和拉法葉公園，然而這牴觸國家公園管理規則⁵⁶。我們完全不難想像「露宿」作為陳抗手段有多大的衝擊力：假設1989年發生於臺灣的無殼蝸牛運動沒有萬人露宿忠孝東路的那一幕，恐怕不會帶來那麼多的關注與後續影響。*Clark*案中禁止露宿的管理規則，同樣或將大幅削弱該活動的輿論效果。情況類似的是，在前述墮胎診所系列案例中⁵⁷，反墮胎意見的表達機會和溝通手段受到嚴重的限制，這可能大幅削弱了這些意見對於公共對話的影響力。

如果法院的實踐基礎是質的理論，那麼上述案例都應該被認為是針對內容，因為它們對公共對話的「扭曲」可能已經超過某些針對內容的言論管制（詳下述「(三)」）。然而前述管制都被法院認為是非針對內容，關鍵理由皆為該管制沒有不當動機⁵⁸。如果以質的理論為基礎，我們或許會認為法院運用釋義規則的方式有問題；但如果是要替法院的實踐找理論，那麼就像法院自己所表明的，動機論似乎是唯一答案。

(三) 對公共對話的影響不顯著、不當動機亦不明確的針對內容言論管制？

目前為止我們已經排除了量的理論，而動機論可能又比質的理論涵蓋更多案例。然而在許多情況下，無論質的理論或動機論似乎都不是很有說服力。

⁵⁶ *Clark*, 468 U.S. at 289-91.

⁵⁷ 請參閱前揭註50、註51、註52。

⁵⁸ *Clark*, 468 U.S. at 293-95; *Madsen*, 512 U.S. at 762-63; *Pro-Choice Network*, 519 U.S. at 376, 384-85; *Hill*, 530 U.S. at 723-24.

在*Police Department of City of Chicago v. Mosley*案中，系爭管制禁止特定時間範圍內在小學周遭150英尺內的所有陳抗，唯一例外是「涉及勞動爭議學校之和平抗議」⁵⁹。這樣的主題歧視的確可能改變不同議題在公共辯論中的聲量，然而扭曲程度如何，可能是見仁見智的問題。政府為例外條款提出的辯解是「配合相關勞動法規」⁶⁰，這個說法不但合理而且很難說有什麼不當動機，然而*Mosely*案卻成為第一個明確地在內容中立性脈絡下被宣告違憲的例子。

同樣地，在前文提到的*Simon and Schuster*案中，表面歧視對於公共辯論的影響可能比*Mosely*案還低（這或許又是見仁見智的問題），而且同樣有充分理由且欠缺明顯的不當動機⁶¹，但它還是被宣告針對內容而違憲。

*Reed*案的系爭管制禁止在未經允許的情況下設置戶外標牌，但有23種例外。依其內容類型，這些例外在標牌大小、設置時間及地點等細節上亦受到不同的限制。例如，用來表達意識形態（非商業性想法或觀點）的標牌受到最寬鬆的限制，但用來指示活動或聚會資訊的標牌受到較多限制⁶²。令人困惑的是，在這樣的管制中，對公共辯論影響較大的政治性標牌不是已經得到更有利的待遇嗎？這樣的差別待遇真的包藏不當動機嗎？儘管用質的理論或動機論來理解都有點牽強，系爭管制還是被判定為針對內容。

在高度爭議的*R.A.V.*案，法律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、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

⁵⁹ *Mosley*, 408 U.S. at 92-94.

⁶⁰ *Id.* at 102 n.9.

⁶¹ 請參閱前揭註35、36、37。

⁶² *Reed*, 576 U.S. at 159-61.

納粹符號⁶³。和*Moseley*案不同，這裡遭受差別待遇的是所謂不受保護的挑釁性言論，而法律只禁止某些類型的挑釁性言論，但是沒有禁止其它類型。為什麼針對其它各種議題（例如性傾向或政治立場等等）的挑釁性言論沒有被禁止，的確是可以討論的問題，但是這代表系爭管制事實上將扭曲公共辯論，或立法者真的因為意識形態的理由，刻意排除某些類型的挑釁性言論嗎？這兩個問題可能都難以獲得明確的答案，儘管如此，這又是一個被判定為針對內容的例子。

在*Cincinnati v. Discovery Network*案中，出於市容及安全考量，政府欲削減送報箱（newsrack）的數量，故禁止商業性內容的送報箱。多數意見認為這是一個針對內容的言論管制，因為它給予一般報紙和商業言論差別待遇；這樣的管制未能切合政府利益而違憲，因為送報箱所造成的美觀和安全問題，與送報箱所傳遞的言論類型無關⁶⁴。這或許是一個更令人困惑的例子：一般而言，商業性言論不是允許受到更多限制嗎？為什麼差別對待「價值較低」的商業言論和「價值較高」的一般報紙，也會構成表面歧視？率先從價值較低的商業性言論著手來削減送報箱數量，豈非用損害更小的手段來達成目的，有何不可？

有的時候具體的不當動機根本還沒出現，甚或法院承認政府的管制並非出於不當動機。在*City of Lakewood v. Plain Dealer Publishing*案，被宣告違憲的規則給予政府不受限制的事前許可裁量權，決定哪家報紙在可以在何處設置送報箱，然而本案尚未出現任何具體處分，遑論具體的不當動機⁶⁵。在前面提到的*Minneapolis Star*案，系爭管制針對出版業課徵特殊的油墨紙張使用稅。政府宣

63 *R.A.V.*, 505 U.S. at 380.

64 *Cincinnati v. Discovery Network*, 507 U.S. 410, 424, 429 (1993).

65 *City of Lakewood v. Plain Dealer Publishing Co.*, 486 U.S. 750, 752-54 (1988).

稱這只是替代原先的營業稅，實際上並未帶來更大負擔⁶⁶。法院一方面承認此案與*Grosjean v. American Press Company*案不同⁶⁷，政府應無藉由稅制整肅異己之意⁶⁸，但另一方面仍認為該規定屬於針對內容而違憲。

最後是關於2005年的*Stolen Valor Act*，該法以刑罰制裁謊稱獲頒軍事勳章的虛假陳述。*United States v. Alvarez*案的多數意見認為「謊言」不在不受保護的言論之列，處罰謊言是針對內容的言論管制，該法未能切合重大政府利益而違憲⁶⁹。令人困惑的是，關於謊言的規定所在多有，為什麼在這裡會被宣告違憲？處罰謊言，尤其是道德上相當惡劣的類型，難道不是有助於公共辯論的品質嗎？又有何不當動機可言？

三、動機論的解釋力

接下來本文將嘗試說明，如果要為這些第一眼看來難以解釋的案例找到基礎理論，最接近的選項可能還是動機論。關鍵在於，這些案例中的主要考量已經從「搜獵不當動機」前置為「預防不當動機」，無論不當動機是否業已存在。

在這個方向下，*Lakewood*案可能是最容易理解的類型。系爭管制固然是出市容及安全理由，因而像是典型的非針對內容管制⁷⁰，然而毫無限制的事前許可裁量權卻帶來了高度的不當動機風險：當執政者有權力任意決定哪一家報紙得否在何處設置送報箱時，會發

66 *Minneapolis Star*, 460 U.S. at 586.

67 *Grosjean v. American Press Co.*, 297 U.S. 233 (1936).

68 *Minneapolis Star*, 460 U.S. at 579-80.

69 *United States v. Alvarez*, 567 U.S. 709, 718, 726 (2012). 正如Breyer大法官所言，系爭規範所制裁的行為，應限縮理解為出於故意的虛假陳述，故可逕稱為謊言 (*Alvarez*, 567 U.S. at 732 (Breyer concurring).)。

70 Byron White大法官的不同意見即持此看法 (*Lakewood*, 486 U.S. at 781-83 (White dissenting).)。

生什麼事情？或許我們可以期待執政者的正直或事後的法律救濟，但法院顯然不認為這是應該容許的風險。因為在未設標準的裁量許可下，政府的的不當動機較難在事後被發現（或者說很容易在事後正當化），而訴訟成本的威嚇力就足以讓媒體先自我審查⁷¹。

*Minneapolis Star*案作為「對媒體差別待遇構成表面歧視」的特例，背後的理由也是預防不當動機。法院指出，就算針對出版業的差別待遇實質上並未增加負擔，也會造成「未來或許會有不利差別待遇」的威脅感⁷²；而且系爭管制只對一定消費量以上的出版業者課徵油墨紙張使用稅，實際執行結果猶如處罰特定幾家規模較大的報紙，儘管政府宣稱這是出於租稅平等考量⁷³。事實上法院在這裡點出了兩種類型：一是針對出版業的差別待遇，二是針對出版業中特定業者的差別待遇⁷⁴，無論其中哪一種都暗藏權力濫用的風險：「被針對」的疑懼，可能被政府以精巧隱晦的方式用於操控言論內容⁷⁵。

其中幾個案例具有此一個共同特徵：即便管制的表面歧視是出於相當理由且不當動機不明顯，對公共辯論的影響亦可能非常輕微，它們都還是被認為針對內容而違憲。要批評法院的看法非常容易，我們可以說這是欠缺實質合理判斷的形式主義。但如果要為它

71 *Id.* at 757-59.

72 *Minneapolis Star*, 460 U.S. at 588.

73 *Id.* at 591-92.

74 請參閱法院後來對於*Minneapolis Star*案的回顧（*Arkansas Writers' Project, Inc. v. Ragland*, 481 U.S. 221, 227-28 (1987).）。

75 如果參考法院在類似案例中如何和*Minneapolis Star*案做比較，動機考量會得到進一步佐證。在*Leathers*案，一般性營業稅包含有線電視但是排除衛星電視和報章雜誌；在*Turner*案，有線電視業者被要求保留特定比例的頻道數量給無線電視節目。雖然兩案中媒體都受到差別待遇，但是法院都不認為系爭管制可以和*Minneapolis Star*案相互比擬，因為並不存在相同的不當動機風險（*Leathers*, 499 U.S. at 447-49; *Turner Broad. Sys.*, 512 U.S. at 660-61.）。是否有相同的風險，必須參照經驗事實來進行判斷，並非此處重點。這裡只是要指出，在看似不一致的媒體歧視問題上，法院真正的考量必須用動機論來理解。

們尋找理論，什麼樣的說法最具解釋力？一個可能的答案，或許是Antonin Scalia大法官的這段話：「針對內容的立法之惡害（這使其應受嚴格審查之高標準），並不在於它總是被用於不公正的、控制思想的目的，而在於它易於為此等目的所用。⁷⁶」

在*Moseley*、*R.A.V.*和*Reed*案中，或許政府真的沒有不當動機。然而法院一旦容許了這樣的規範形式，出於一致性要求，法院也必須容許其它類似的規範形式，但是誰知道下次會是如何？一個將校園周圍的陳抗議題限定於勞資爭議的規定，可能在另一個脈絡下成為掩蓋校園歧視問題的手段；一個處罰多種挑釁性言論但是排除性傾向仇視的規定，可能在另一個情境裡變成反制同婚訴求的策略。活動指示標牌受到更多限制，看起來不是特別嚴重的問題，但是想像這個狀況：假設某地有特別活躍且喜歡批評政府的左派讀書會，那麼對於當地的右派執政者來說，最有利而且不易被發覺的言論干預手段，可能是限制活動指示標牌而非直接限制意識形態標牌。簡單地說，在千變萬化的現實條件中，看起來無害的表面歧視仍可能以各種方式成為遂行不當動機的工具。當然我們可以懷疑，是否有必要為了臆測的可能性而進行這麼僵化的表面歧視判斷，不過這是規範性面向的問題。就提出解釋來說，預防不當動機論似乎是唯一可能的答案。

Stevens大法官在他主筆的*Discovery Network*案中強調，商業性言論之所以容許受到更多限制，並不是因為「商業性」這個分類，而是因為它們所具有的某些特徵（例如不實或誤導的風險）證成了管制⁷⁷。然而在本案中，商業廣告所受到的差別待遇和這些特徵完全無關。如果容許政府在沒有其它實質理由的情況下，僅因「商業性」的標籤就對言論差別待遇，那無異開啟政府基於內容好惡而限

⁷⁶ *Madsen*, 512 U.S. at 794; *Hill*, 530 U.S. at 743.

⁷⁷ *Discovery Network*, 507 U.S. at 426.

制言論的後門。從所謂的言論價值或公共對話品質來理解*Discovery Network*案，結果可能令人不甚滿意；但若從預防不當動機的角度來觀察，則會變得理所當然。此外，*Discovery Network*和*R.A.V.*案有一種可類比的共通性：所謂的「低價值」和「不受保護／可受限制」言論，固然代表了言論自由法學無可避免地要對言論內容做出價值判斷，但是這不代表落入這個範疇的言論可以被政府任意衡量處置。一旦不當動機的風險出現，那麼對於這類言論的限制一樣要受到嚴格審查⁷⁸。

*Alvarez*案的主要爭點似乎是「謊言是否屬於不受保護的言論」，但若進一步分析多數意見、協同意見和不同意見看待這個問題的方法，會發現異中有同。Anthony McLeod Kennedy大法官主筆的多數意見先是恪守近年來最高法院經常表現出的「剛性」範疇觀點，堅持將不受保護的言論限縮於幾個傳統類型，並認為謊言不在此列⁷⁹。接下來他指出，「該法案可能給言論自由帶來的負面效果，根本地說明了為什麼法律不信任針對內容的言論禁止」，因為系爭規範在沒有任何條件限制的情況下處罰關於特定主題的虛假陳述，是沒有明確界線的政府權力；容許這樣的規範存在，形同為無數關於其它主題的類似規範背書——這可比擬喬治歐威爾（George Orwell）在1984中所描述的「真理局」，並非憲法所允許⁸⁰。Samuel Alito大法官在不同意見書中否定謊言「本身」有受言論自由保護的價值，但認為它們有時受到「工具性」保護，而這是為了避免寒蟬效應危及其它真正有價值的言論。他更指出，在哲學、宗教、歷史、社會科學、藝術及其它公共關注的領域中，任何關於真假對錯的限制都代表無法容忍的危險，「問題不在於這個領域中沒有對錯可言、或真理無法確認，而在於讓國家擔任真理的決斷者，是極度

78 請參考前揭註3。

79 *Alvarez*, 567 U.S. at 717-18.

80 *Id.* at 723.

危險的事情」⁸¹。然而Alito大法官認為系爭法案所處罰的言論並不關於這個領域，所以沒有受到工具性保護的必要。Breyer大法官在協同意見書中一貫地避免嚴格的規則模式，選擇從利益衡量的觀點看待問題。他同意Alito大法官的看法，認為系爭法案所處罰的言論價值較低，但仍認為它可能對其它更具價值的言論造成寒蟬效應。尤其當處罰的構成要件過於開放、而謊言又幾乎無所不在的情況下，同樣的規定很可能成為政府選擇性針對特定人或意見的武器（例如起訴謊稱受動的反戰運動者、但無視政治人物的類似謊言）⁸²，這意味著該法案的弊害已經高過所追求的利益。

三種意見呈現了兩個方法分歧（範疇／衡量；謊言本身受保護／謊言只受工具性保護），但它們全都看到處罰謊言的風險，而且這個風險追根究柢是不當動機的入侵風險：真理局、選擇性起訴或在特定主題上威嚇噤聲，都是影響言論風向的絕佳工具，我們如何能仰賴政府的良善意志，指望它在握有此等工具時自我節制？更進一步說，三種意見最關鍵的差別，其實在於對不當動機風險做出了不同程度的評估。多數意見採取了最為警戒的模式，Breyer大法官進行了相對彈性的考察，而Alito大法官對於這個風險的判斷遠低於前兩者。真正影響結論的很可能不是表面上的方法分歧，而是對不當動機的風險判斷。

滑坡效應是一個在言論自由法學中與不當動機密切相關的概念。Volokh曾指出，針對內容的言論管制背後往往有相應的社會勢力（無論民間或政府），一旦他們的訴求達成，就可能蠶食鯨吞，一步步強化支持管制的聲音，利於政府帶來更多管制⁸³。滑坡效應

81 *Id.* at 751-52 (Alito dissenting).

82 *Id.* at 733-37 (Breyer concurring).

83 Eugene Volokh, *Speech as Conduct: Generally Applicable Laws, Illegal Courses of Conduct, "Situation-Altering Utterances," and the Uncharted Zones*, 90 CORNELL L. REV. 1277, 1309 (2005) [hereinafter Volokh, *Speech as Conduct*]. 關於滑坡效應更完整的分析請參閱Eugene Volokh, *The Mechanisms of the Slippery Slope*, 116 HARV.

或許也可以用來解釋，為什麼即使是後果輕微的表面歧視，亦須受到嚴格審查，但若進一步思考滑坡的運作機制，不難發現滑坡問題和動機考量在言論自由脈絡中實乃一體兩面：之所以防範滑坡，也是為了避免政府的不當動機誘因擴增（或者為了討好選民、或者為了執政上的方便等等）；而對於不當動機的預防，也可以早期避免滑坡的發生。例如在*Simon and Schuster*案中，如果基於補償被害人的理由可以限制犯罪描述作品的財產所得，那麼為顧及被害人及其家屬的感受而禁止某些犯罪描繪作品，是不是也變得更加可能？這是否又會進一步助長管制犯罪題材作品的呼聲？至於*Alvarez*案多數意見擔心謊言禁止的主題類型增加，更明顯地是一種滑坡考量。並不是說不當動機的預防可以完全取代滑坡論證，這裡只是要指出，就算用滑坡論證作為解釋，動機論一樣是其中重要的一環。

四、動機論作為利益衡量的限制

或許有人會認為，本文只挑選了對動機論有利的案例，但在另外一些情況下，不當動機並沒有說明性。例如Volokh就以兩例提出質疑：在*NAACP v. Claiborne Hardware Co.*案，美國全國有色人種協進會（NAACP）以強力勸說、在店門口外糾察等方式對於白人商家發起聯合抵制，以促成種族平等的政治訴求⁸⁴。在*Hustler v. Falwell*案，Hustler上刊登的廣告以滑稽模仿（parody）的方式虛構公眾人物Jerry Lamon Falwell的訪談，其內容暗示Falwell與母親亂倫⁸⁵。Volokh指出，如果*Claiborne*案中的抵制行為不是透過言論、而是直接堵住店家入口；對Falwell造成精神損害的不是滑稽模仿而是其它行為（例如在他家門口用擴音器廣播），大概都無法免於侵權行為責任⁸⁶。造成這個差異的因素並非管制的動機，而是言論的

L. REV. 1026 (2003).

84 *NAACP v. Claiborne Hardware Co.*, 458 U.S. 886, 898-905, 907, 909-10 (1982).

85 *Hustler v. Falwell*, 485 U.S. 46, 47-48 (1988).

86 Volokh, *Speech as Conduct*, *supra* note 83, at 1303.

性質，這不正說明了動機論在此並不適用？確實，侵權行為涵蓋了各式各樣的行為，無論就字面意義還是立法動機而言，說它帶有特定的內容敵對性，顯然是荒謬的。而且在*Claiborne*和*Falwell*案中，法院都特別強調系爭言論受到保護的關鍵理由，是該言論類型對於公共事務的重要性⁸⁷。在這裡，質的理論顯然更具重說服力。

在檢驗這個批評之前，我們必須先簡單回顧目前的分析結果：言論自由法學的「第一刀」，是判斷系爭言論管制是否針對內容，若答案是肯定的，則該管制必須受到嚴格審查。本文所支持的看法認為，就法院實踐而言，最能解釋「第一刀怎麼切」的理論是動機論。簡單地說，只要言論管制事實上出於不當動機、或管制形式帶有不當動機風險，就會被判定為針對內容。

本文還沒有討論到的是切完第一刀以後的問題：若系爭管制被判別為非針對內容，就會面臨合憲率較高、內容也較複雜的中度審查標準。那麼，中度審查標準背後的理論是什麼？Bhagwat認為，從發展歷史來看，中度審查標準其實是由言論自由法學中幾個性質不盡相同的分支所匯集而成⁸⁸，這邊當然無法對其進行完整的討論，只能先從雙軌理論中最具代表性的兩種審查標準談起。第一種是*O'Brien*案中用於表意行為（expressive conduct/symbolic speech）的審查標準⁸⁹：（1）具合憲授權；（2）能促進政府的實質利益；（3）所促進的利益非關言論自由之壓抑；（4）對言論自由所造成的附帶限制不超過促進所追求之利益的必要限度⁹⁰。第二種是對於言論的時、地、方式管制：（1）管制的論證不涉及受管制言論的內

87 *Claiborne*, 458 U.S. at 907-11; *Falwell*, 485 U.S. at 50-53.

88 Ashutosh Bhagwat, *The Test that Ate Everything: Intermediate Scrutiny in First Amendment Jurisprudence*, 2007 U. ILL. L. REV. 783, 784-800 (2007).

89 為什麼 expressive conduct/symbolic speech 可能更適合譯為「表意行為」而非「象徵性言論」，蘇慧婕教授提出了非常精闢的說明（蘇慧婕（註12），頁207註12），本文跟從這個譯名。

90 *O'Brien*, 391 U.S. at 377.

容；(2) 切合於促進政府的重要利益；(3) 留有充足的替代溝通管道⁹¹。

這兩種審查標準在最高法院的實踐中逐漸被合併，成為中度審查標準的代表⁹²。從中可以看到兩件值得注意的事情。第一，它們以「負面構成要件」的方式重述了以動機論為基礎的中立性判準。「所促進的利益非關言論自由之壓抑」和「管制的論證不涉及受管制言論的內容」，都可以理解為不當動機的負面描述，也就是「無不當動機」。只有在系爭管制沒有不當動機疑慮時，才可能進入中度審查的其它檢驗標準⁹³。這樣的負面描述其實是重複的，因為不當動機的存在，一開始就足以讓系爭管制接受嚴格而非中度審查。在中度審查標準裡把中立性判準拿出來再說一次並無壞處，但就算將這個負面描述拿掉，理論上也不會發生任何影響。第二，真正為中度審查標準所獨有、非屬中立性判準的東西，是利益衡量。是否切合重要或實質政府利益、手段與目的的損益比較，都是典型的利益衡量思考。至於替代溝通管道充足與否，則是為管制的損害評價提出更明確的指標。

現在我們可以更清楚地看出整個雙軌理論的輪廓：如果說「第一刀」是內容中立性，主宰這個判準的理論是動機論，那麼接下來的「第二刀」就是中度審查標準，主宰這個判準的理論是利益衡量。法院在運用中度審查標準的時後，並非只能以全有或全無的方式宣告系爭規範違憲，有時候會在利益衡量後宣告某些部分因為損益不平衡而無效。例如在*Madsen*案中，州法院發布的禁制令限制了特定人或團體在某醫療處所周遭的陳抗相關活動。最高法院首先指

91 *Clark*, 468 U.S. at 293; *Ward*, 491 U.S. at 791.

92 Bhagwat, *supra* note 88, at 800-02.

93 「對言論之時間、地點及方式加以限制的管制，在其合理時或許是可行的。但是當管制針對言論內容，政府行為就必須受到更仔細的審查……」(*Consolidated Edison Co.*, 447 U.S. at 536.)。

出，系爭規範非屬針對內容的言論管制，只需受到中度審查，接著逐條對禁制令進行利益衡量，然後宣告部分規定違憲⁹⁴。簡單地說，言論管制即使沒有不當動機疑慮，仍可能因為利益衡量而被限縮範圍，Vlokh提出的例子就屬於這類。侵權行為作為一般法律規定，管制動機無庸置疑，更沒有人會認真考慮它是否侵犯言論自由而無效。儘管如此，某些本來可能構成侵權的行為，因其具有公共言論的性質，在法院的利益衡量後被排除在外⁹⁵，就結果來說就是侵權行為的範圍被限縮了（先不論法釋義技術上怎麼定位命名）——這正是為什麼*Claiborne*案中的抵制行為和*Falwell*案中的滑稽模仿都不負侵權行為責任。

這類例子不限於侵權行為，也發生在其它的一般法律規定。在*Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight*案，美國鐵路業者為對抗卡車業的競爭，委由公關公司組織公開宣傳活動（publicity campaign）營造不利於卡車業的輿論，要求政府正視卡車運輸對路面和交通安全的危害，並主張為此加強執法及課稅。宣傳活動使用的手法甚至包含所謂的「第三方技術」（third-party technique），亦即由公關公司僱請的人或團體，偽裝成不相干的獨立第三者，以偶然、非計畫性的外貌就相關議題發表意見。作為競爭手段，這樣的行為被控違反謝爾曼法（Sherman Act）⁹⁶。最高法院認為，在代議政治中向政府提出訴求是重要的政治活動，而謝爾曼法的管制範圍並不及於政治活動，所以不適用於本案。就算鐵路業者的訴求是以打擊競爭對手為目的，也不會改變這個定性，因為表達政治意見的權利並不取決於表達者的意圖。至於第三方技術用於商業領域確實有問題，但在政治活動領域則另當別論。若僅因政

⁹⁴ *Madsen*, 512 U.S. at 762-65, 768-76.

⁹⁵ 在*Claiborne*案，法院更是明確地適用*O'Brien*標準來衡量侵權行為對於言論自由的干預（*Claiborne*, 458 U.S. at 912-13.）。

⁹⁶ *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight*, 365 U.S. 127, 128-32 (1961).

治言論的商業衝擊性就將謝爾曼法擴及政治言論，那麼法律實踐為政治活動所建立的高度保障將化為烏有⁹⁷。在這裡，公共言論的重要性壓縮了競爭法的管制範圍。

當法律禁止揭露不法監聽所取得的溝通訊息，但被揭露的訊息內容涉及公共事務時，應如何處理？這是*Bartnicki v. Vopper*案的爭點。法院首先表明這是非針對內容的言論管制，因為系爭規範的目的是保護隱私，而且未以特定內容的言論作為發動條件⁹⁸。接下來法院指出，本案無須探討系爭規範「整體而言」是否牴觸憲法增修條文第1條的問題，只需在隱私權和公共言論間進行利益衡量。在這裡公共言論取得了優先性，亦即法院為系爭規範創設了例外，限縮其範圍⁹⁹。

現在回到Volkh的批評。他的確指出了動機論所無法解釋的面向，但這恰好與本文先前的分析互補而非矛盾。前文指出第一刀／內容中立性的核心是動機論，Volkh的批評則讓我們確認，第二刀／中度審查標準的核心是利益衡量。公共言論在衡量時經常勝出，所以質的理論看起來相當具支配性，但這依然是利益衡量的結果，它只是反映出公共言論被賦予的高度份量¹⁰⁰。所以雙軌理論其實是

97 *Id.* at 138-41.

98 *Bartnicki*, 532 U.S. at 526.

99 *Id.* at 533-34.

100 公共言論並不保證在衡量中必然勝出，Volkh就曾以侵害著作權的公共言論作為落敗的例子（Eugene Volkh, *The Trouble with “Public Discourse” as a Limitation on Free Speech Rights*, 97 VA. L. REV. 567, 568-71 (2011).）。此外，Breyer大法官在*Snyder v. Phelps*案中的協同意見也值得特別注意。該案中，Phelps創立的宗教團體以極具冒犯和誤導性的標語在軍人葬禮周圍的公共街道上陳抗，因而面對死者家屬的侵權求償。最高法院排除了Phelps的侵權行為責任，主要理由依然是系爭言論的公共性（*Snyder v. Phelps*, 562 U.S. 443, 453-55, 460-61 (2011).）。Breyer大法官認為，言論並非僅因其公共性就豁免於任何限制，本案其實是一個綜合性的利益衡量結果，考量因素除了言論性質以外，還包含陳抗的地點（街道是傳統公共領域）及言論的侵入性（未為對葬禮造成直接干擾）（*Snyder*, 562 U.S. at 461-63 (Breyer concurring).）。

動機論和利益衡量兩種基礎理論的結合，或者更精確地說，是一種「受限的利益衡量」¹⁰¹：唯當言論管制沒有不當動機疑慮時，才能以一般方式對管制結果進行損益衡量。反之，因為帶有不當動機疑慮的管制本身就被視為嚴重的惡害，所以要有極為重大的利益來超克這樣的惡害。以這樣的方式，動機論形塑了言論自由中的利益衡量樣貌，這也是雙軌理論和開放式利益衡量最大的差別。

就算本文的看法是正確的，也只是在分析性層次說明了動機論對於法院實踐的解釋力。接下來的問題是，在規範性層次上，動機論導向的內容中立性真的是更好的選擇嗎？

肆、動機論是合理方案嗎：一個規範性反思

一、如何認識不當動機？

動機論所要面對的最大挑戰，可能是不當動機的判準與認定。有批評意見認為，動機考量造就了「一種剛硬、公式化的言論自由法學，它最終卻取決於主觀、滑動且臆測性的立法意圖分析」¹⁰²。這樣的批評並非空穴來風，因為法院的說法有時的確令人疑惑。

O'Brien 法院強調被指控的不當立法動機（alleged illicit legislative motive）本身不足以構成違憲的理由，並指出透過動機訪查來進行違憲審查的危險性：推動A議員為某法案發言的動機，未必就是促使B議員支持該法案的動機；同樣的法案可能在C議員的

¹⁰¹ 這個用語借自Davis & Rosenberg, *supra* note 13, at 163. 他們也指出，Jed Rubinfeld和Richard Posner分別過度偏重動機和利益衡量，因而無法妥善地解釋法院實踐（Davis & Rosenberg, *supra* note 13, at 183-93.）。

¹⁰² Clay Calvert, *Free Speech and Content-Neutrality: Inconsistent Applications of an Increasingly Malleable Doctrine*, 29 MCGEORGE L. REV. 69, 93 (1997).

拙劣言詞下顯得問題重重，但在D議員的巧言雄辯中無懈可擊¹⁰³。但是法院最終拒絕了動機論嗎？答案是否定的，因為前述的 *O'Brien* 判準本身就包含了不當動機¹⁰⁴，而且法院最後也從立法歷程說明系爭規範並無不當動機¹⁰⁵。

Turner 案的爭點之一是關於複數動機。即便明文的立法理由裡展現出對於地方性和教育性節目內容的偏愛，Kennedy 大法官主筆的多數意見認為系爭規範的「首要目的」(overriding purpose) 是為了閱聽人的利益維繫無線電視臺的存續，與節目內容無關。就算立法理由提到地方性和教育性無線電視節目的價值，因管制得利的也不限於這類節目、而是所有的無線電視臺，所以系爭管制並不因此而變成針對內容¹⁰⁶。Sandra Day O'Connor 大法官的不同意見則認為，即使管制的首要目的非關內容，但它確實帶有其它涉及內容的目的，光是這一點就足以使其違憲¹⁰⁷。

以上兩種意見代表了兩種不當動機的概念，在其它案例中還出現過第三種。例如在 *Mt. Healthy City School District Board of Education v. Doyle* 案中，教師 Fred Doyle 認為自己未獲續聘的理由，是因為他向廣播電臺揭露校內針對教師的服儀規定，而這侵害了他的言論自由¹⁰⁸。法院認為，關鍵在於 Doyle 的揭露行為是否造成了差異，所以必須假設性地檢驗，如果 Doyle 的揭露行為不存在，校方是否仍會做出相同的決定？換句話說，就是校方打壓 Doyle 言論的動機是否導致了不續聘結果。如果無論如何結果不會不同，就沒

103 *O'Brien*, 391 U.S. at 383-84.

104 *Id.* at 377.

105 *Id.* at 385-86.

106 *Turner Broad. Sys.*, 512 U.S. at 647-48.

107 *Id.* at 679 (O'Connor dissenting).

108 *Mt. Healthy City School District Board of Education v. Doyle*, 429 U.S. 274, 281-83 (1977).

有牴觸憲法增修條文第1條的問題¹⁰⁹。由於Doyle另有足以導致不續聘的行為，所以法院最後認為不續聘並未侵害其言論自由。

我們該如何理解*O'Brien*法院看似矛盾的態度？*Turner*和*Doyle*案中出現的三種不當動機概念，究竟哪一種是更好的選擇？目前為止，最高法院似乎還沒提出充分完整的說明，多少予人游移不定的印象。因此這更令人懷疑，在高度意識形態對立的案例中，司法者的判斷是否終究為基本立場所左右，所謂的不當動機僅是表面說詞而已。Scalia大法官在*Hill*案的不同意見書中就表明，他毫不懷疑若相同的管制並非涉及墮胎，而是「涉及反戰示威、或涉及工會成員『教育』公眾他們的罷工理由，會立即被認為是針對內容的言論管制」¹¹⁰。

如果沒有辦法回應這些質疑，動機論就難以獲得證立。以下將依序從三個層次處理這個問題：前提、概念、論證。*O'Brien*案提醒我們，動機論面臨了困難的前提問題。所謂的「政府」無論作為行政或立法權，經常都是複數個體所組成的機關，如何說這樣的集合體有某種動機，涉及最高度的理論爭議。本文認為，與其一腳踏入這個難題，不如先思考以下問題：對於法律評價來說，訴諸政府動機是不是一個有意義的觀點？答案應該是肯定的。當我們研究某法案時，很難不論及其立法理由；當我們說某修法是「XX條款」時，指涉的經常就是修法的動機。在美國法的平等權討論中，政府動機是非常重要的參考指標¹¹¹；我國行政法中的不當連結禁止原則，也與政府動機有關¹¹²。在不同脈絡下，政府動機的判準及論證當然會有所不同，借用這些例子只是要說明，一個不能訴諸政府動

109 *Id.* at 284-87.

110 *Hill*, 530 U.S. at 742 (Scalia dissenting).

111 請參閱Cain Norris & Whitney Turk, *Equal Protection*, 14 GEO. J. GENDER & L. 397 (2013).

112 請參閱李建良，行政法上不當連結禁止原則，月旦法學雜誌，82期，頁20-21（2002年）。

機的法律對話將留下難以想像的空白，因為它其實已經是大量被使用的方法。或許我們很難對於政府動機的性質達成本體論（ontology）上的理論共識，但是沒有必要因噎廢食，就此放棄這個概念。我們或許應該繞過本體論障礙，直接回答這個問題：「搜獵政府的不當動機是為了達成什麼樣的目標？」這個問題的答案，將決定動機概念的選擇和論證。

首先必須釐清動機概念的幾個選項。近來Verstein對於動機概念的分析提供了非常清楚的說明，以下先簡單整理他的看法¹¹³。讓我們想像，動機A和動機B都是政府實施言論管制R的理由。對於R的發生，A和B都是正向的推力，但是它們如何「導致」R發生，則有不同可能。如果A或B本身都不足以使政府實施R，是A和B的加總才導致了R，那麼A和B都是R的必要條件。如果僅A（或B）其中一者就足以使政府實施R，那麼A和B都是R的充分條件。前述關係可用簡單的例子來說明：假設「維持身材」和「喜歡跑步」都是我持續慢跑的動機。如果其中任何一個動機消失（例如我不再注意身材或不再喜歡跑步），剩下的另一個理由不足以驅使我持續慢跑，那麼這兩個動機都是讓我持續慢跑的必要條件。如果我不再注意身材但依然喜歡跑步，而且光是後者就足以驅使我持續慢跑，那麼「喜歡跑步」就是讓我持續慢跑的充分條件。當然，也可能「維持身材」或「喜歡跑步」其中任何一個理由都足以單獨驅使我持續慢跑，此時兩者皆為充分條件。

從A與B的關係，以及A與B如何導致R，可以進一步區分出四種動機類型：

113 Andrew Verstein, *The Jurisprudence of Mixed Motives*, 127 YALE L.J. 1106, 1125-43 (2018). Verstein以圖表進行了非常細膩的說明，本文以純文字的方式簡化整理。

1. 主要動機 (primary motive)

若A和B的加總導致了R，且A強於 (predominate) B，A就是主要動機。至於較弱的B動機是否本身就足以導致R (充分條件)、抑或欠缺B就無法導致R (必要條件)，並非所問。採取這種動機概念的結果，就是當出於內容的管制動機對管制的發生有所貢獻且強過其它動機時，才構成不當動機。*Turner*法院所說的首要目的，非常接近主要動機。

2. 必要動機 (but-for motive)

必要動機只關心一件事：該動機是否為R發生的必要條件。若欠缺該動機則政府不會實施言論管制R，它就是必要動機。關於必要動機有幾點要特別注意：第一，從前述說明可以看出，必要動機並非只能是A、B其中一者，亦可能兩者皆是。第二，就算某動機是主要動機，也不保證它是必要動機。例如，假設A動機強於B動機，且A和B皆為R的充分條件，那麼A是主要但非必要動機。反過來說，就算某動機是較弱的非主要動機，也不代表它不能是必要動機。第三，依據同樣的道理，就算A是R的充分條件，也不保證A是必要動機，因為當B亦為R的充分條件時，A就無法成為必要動機。簡而言之，必要動機的判斷只在於「該動機的有無造成管制與否的差異」。若採取這樣的動機概念，只有當出於內容的管制動機是管制與否的「差異製造事實」(difference-making fact)時，才構成不當動機¹¹⁴。*Doyle*案正是採用必要動機的標準範例。

114 關於差異製造事實請參閱王鵬翔、張永健，經驗面向的規範意義——論實證研究在法學中的角色，中研院法學期刊，17期，頁234-239 (2015年)。說不當動機是差異製造事實，會衍生另一個問題：因為「差異製造事實可以用來提供因果說明」(王鵬翔、張永健(同註)，頁237)，這是否意味著，「必要動機」和「政府實施管制」之間有因果關係？這是一個符合直覺的說法，最高法院的某些看法似乎也建立了這樣的連結 (*Doyle*, 429 U.S. at 286; *Hartman v. Moore*, 547 U.S. 250, 260 (2006).)。不過要如何在言論自由法學中建構一個完備的因果關係理論，需要更細膩的論述，本文沒有空間也沒有必要在此處理

3. 唯一動機 (sole motive)

唯一動機只關心是否有其它動機存在，不關心每個動機的強弱和決定性。如果採取這種動機概念，那麼就算言論管制有內容考量，只要政府還有其它非關內容的理由（即使非常薄弱），就不構成不當動機。換句話說，內容考量必須是「唯一的」動機。在言論自由案例中，最高法院似乎沒有採用過唯一動機。

4. 概括動機 (any motive)

概括動機恰好對反於唯一動機。一旦採取這種動機概念，只要管制涉及內容考量，無論政府是否還有其它非關內容的動機，亦無論不同動機間的強度和決定性如何，一概構成不當動機。O'Connor 大法官在 *Turner* 案中的不同意見明顯地採取了概括動機。

接下來我們可以探查不同動機概念所可能實現的目標，以決定哪一種是更合理的選擇。首先可以排除的是唯一動機，因為它會導致過於偏向政府的結果。如果任何政府說詞都可以使出於內容考量的言論管制免於嚴格審查，這樣的言論自由法學幾無意義可言。如果目標是「避免政府出於內容考量而管制言論」，那麼採取必要動機應該是最有效且準確的手段，原因顯而易見：若涉及內容的動機根本不是管制的差異製造事實，就算直接宣告系爭管制違憲，也無法達到前述目的。如果目標是「譴責管制背後任何意識形態考量」，似乎就應該選擇概括動機，這也將使得違憲審成為帶有本務論 (deontological) 色彩的道德責難¹¹⁵。至於主要動機似乎很難連結具重大規範性意義的目標，因為它未必是差異製造事實，也不像

這個問題。Verstein 在他的動機概念說明中擱置了因果關係問題 (Verstein, *supra* note 113, at 1124.)，本文採取同樣的策略。儘管如此，我們應該不用畏懼在一個疏鬆的意義下說必要動機和管制之間有因果關係。

115 類似評論請參閱 STEPHEN E. GOTTLIEB, MORALITY IMPOSED: THE REHNQUIST COURT AND THE STATE OF LIBERTY IN AMERICA 56 (2000).

概括動機那樣對於政府的意識型態高度敏感。光是「出於內容的動機強過其它動機」這點，並沒有足夠的評價重要性。

過濾了唯一和主要動機，最後的任務是在必要和概括動機間做出選擇。本文並不認為本務論思考不適用於任何法律問題，但至少在這裡弊大於利。概括動機的支持者必須回答這樣的問題：為什麼當涉及內容的管制動機不影響政府是否採取行動時，還是要讓系爭管制面臨最嚴格的審查？例如，假設在*Turner*案中光是為了維護競爭秩序及無線收視者權益，就足以讓國會通過*must-carry*條款，那麼僅因立法理由也表露出對某些內容的偏愛就宣告該法違憲，意義何在？就如前述，這根本不是防範政府因為內容而管制言論的有效手段，甚至在最糟的情況下，採用概括動機將對政府造成不必要的干擾，阻礙某些真正重要且正當的法律管制。和唯一動機相反，概括動機對政府過於嚴苛，因為政府方面的偶然失誤或意外（例如*Turner*案中的立法理由、或某代議士或官員的不慎發言）、甚或反對者單方面的指控，都可能導致違憲——這當然是不合理的結果，也正是*O'Brien*法院所擔心的狀況。

作為民主政治的常態，政府當然會有自己的意識形態偏好，當這樣的偏好剛好與某些管制方向吻合時，我們會懷疑管制的動機與內容有關（例如支持墮胎的國會多數黨通過了診所禁制區的規定）。或許這樣的動機真的存在，但真正的問題不在於它是否存在，而在於它是否導致了管制的發生。如果不往這個方向篩檢，任何管制都可能被說是帶有不當動機。必要動機的概念提供了篩檢方法，用它來詮釋前述案例，也可以得到合理的結果。我們可以想像，*O'Brien*法院拒絕的是概括動機、採納的是必要動機：徵兵證的完整對於徵兵行政的重要性讓法院相信，光是為了這個重大利益就足以讓國會實施系爭管制，所以就算立法者恰好也不樂見反戰言論，亦不構成不當動機。*Turner*法院所說的「首要目的」其實是必要動機：就算立法者真的偏愛某些無線電視節目，但因為非關內容

的經濟利益本身就足以導致系爭立法，移除這樣的偏愛亦不影響國會的決定，所以沒有不當動機。

為什麼在墮胎診所系列案中，看起來明顯不利於反墮胎意見的管制向來不被認為有不當動機？我們可以進行這樣的對比假設思考：如果今天不是反墮胎運動而是其它活動造成了類似的求診阻礙，政府是否會實施相同的管制？例如，讓我們假想一個可能發生在臺灣的情況：墮胎診所外經常聚集兩種人，一是推銷員，他們專向求診者販售宣稱有助於小產調養的補品；二是某宗教團體，他們的教義並不譴責墮胎，但宣稱墮胎可能導致某些超自然的不利益，只能透過他們的宗教儀式修復，並持續向求診者進行宣傳。他們的言論內容都不反對墮胎（就某個角度來說，甚至可能樂見墮胎），但是他們的行為已經嚴重降低求診者使用接近診所的意願。有人希望低調的進入診所，但是一擁而上的人群讓他們低調不起來；有人已經被這個艱難的抉擇困擾許久，推銷和傳教讓他們更加沮喪。在這個情況下，為了確保求診者的權益，政府一樣可能在特定區域禁止特定表達形式、禁止特定表意人、甚或在執法太過困難時直接劃出閒人勿進的禁制區。換句話說，無論政府是否特別討厭反墮胎意見，為了排除使用接近墮胎診所的障礙，政府本來就會採行類似管制。前述Scalia大法官的抱怨其實帶有誤導性，因為他遺漏了最重要的對比因素。關鍵不只是議題內容本身是否造成了差異，更精確地說，是管制作為解決特定問題的手段，是否會因為議題內容而發生差異。如果為了解決求診干擾，本來就會用運用這些手段，那麼造成干擾的因素是否為反墮胎言論、政府是否討厭反墮胎言論，根本無關緊要¹¹⁶。

116 或有質疑：「管制僅限於墮胎診所而不及於它種診所，不正說明了動機可疑？」這個切入點並不正確，因為它種診所沒有類似問題，所以當然不會有類似管制。正確的提問是先假想，當類似問題發生在它種診所時，意識形態考量是否會造成管制差異。例如，假設某團體堅信血液透析是高風險但無療效的醫療騙局，故致力在腎臟科診所附近強力宣導、勸阻病人及家屬前往治

或許有人會認為，既然這些案例都是透過管制所實現的利益（其它非關內容的正當理由）來推斷政府沒有不當動機，那何不乾脆用利益衡量取代所謂的必要動機？或者說，以利益衡量作為不當動機的「代理」？基於以下兩個理由，本文認為這樣的路徑並不妥當：

第一，從管制所實現的利益來判斷不當動機，可能是最常見也最重要的方法，然而這只是方法之一，並非唯一的方法。例如在 *Tinker v. Des Moines Independent Community School District* 案，校方禁止學生配戴臂環的規定，被法院認為是針對反戰言論而違憲。這樣的判斷是如何產生的？法院確實提到此等管制所關聯的利益，但這個面向似乎不那麼重要（尤其可以對照的是最高法院至今未對校園服儀規定明確表態），更關鍵的其實是以下背景事實：第一，校方是事先得知當事人計畫以這樣的行為表達反戰言論，才頒布相關規定¹¹⁷；第二，校方並不禁止學生配戴其它的東西，包括選舉胸章和鐵十字¹¹⁸。試想，如果一個禁止任何配戴物的服儀規定本來就已經長期存在且正常執行，還會被輕易地認為有不當動機嗎？在這裡將動機搜獵簡化為利益衡量，並不正確。不當動機的判斷有時必須借助管制利益以外的其它當下背景資訊，在 *Tinker* 案是管制出現的時點及相應事件，以及管制者對於類似問題的態度，所以在一般情況下，立法過程是最常見的考察管道。

第二，利益衡量一語容易造成誤解，讓人以為只要管制利益「夠高」、而被管制的言論價值「夠低」，就可以排除不當動機。然而前文分析已經指出，即使被管制的言論是所謂的低價值言論，也

療，因而造成求診障礙時，是否會出現類似墮胎診所的管制？如果會，那就代表對於反墮胎訊息的敵視性並非管制出現的差異製造事實。

117 *Tinker v. Des Moines Independent Community School District*, 393 U.S. 503, 504 (1969).

118 *Id.* at 510-11.

不會讓該管制豁免於動機搜獵。如果用利益衡量作為動機搜獵的代理，很可能不小心就「取消」了動機論。

動機論的反對者或許還是無法滿意。他們會說，必要動機是一個無法操作的概念，因為這不是實驗室中的實驗，我們沒有辦法透過條件設定及反覆測試來證明政府的不當動機是不是差異製造事實。確實，必要動機的判斷經常是一種假設性建構，而且難以獲得最高度的驗證，但這不是動機論獨有的問題。法律概念中的主觀構成要件和因果關係也會面臨類似的問題，但這不至於讓我們放棄這些概念。就如Bhagwat所言，這種建構性判斷往往是建立在某些成規和技術上，它們本來就是法學的傳統核心¹¹⁹。用來建構必要動機的成規和技術當然可能被挑戰更新，也可能被新的經驗事實改變，不過必要動機作為動機論的概念框架既非標新立異，亦非毫不可行。至於如何進一步填充這個框架，則是有待後續討論的問題。

簡而言之，本文認為釐清動機概念的各種選項、並選擇「必要動機」作為解決方案，可以在相當程度上化解動機論所面對的質疑。這個路徑在積極面釋放訊號，導引政府勿因對於特定言論內容的敵意而實施管制，在消極面則是避免對於政府管制進行過嚴或過寬的評價。反對者當然還是可以繼續質疑，就算必要動機真的堪用好了，為什麼不直接評價言論管制的結果，而要大費周章地從管制的動機下手？以下將逐步回答這個問題。

二、與競爭理論的比較

動機論是否能給予言論自由足夠的保護，不無疑問。Robert Post就提出過這樣的批評：如果以動機論為基礎，那麼為了拯救森林而禁止報紙的規定，理論上只需要受到疏鬆的中度審查，但沒有

119 Ashutosh Bhagwat, *Purpose Scrutiny in Constitutional Analysis*, 85 CALIF. L. REV. 297, 323 (1997).

法院會認為這裡不涉及嚴重的違憲問題，這個矛盾證明了動機論的缺陷¹²⁰。

Post的批評看似有道理，因為他所攻擊的動機論是一個粗糙版本。第一，從前述分析可以得知，動機論不只是單純的有無不當動機問題，也體現為預防性的客觀規範。在這個面向上，法院實踐已經為針對特定媒體類型的管制建立防火牆，所以無論就理論還是現實來說，Post說的情況都不會發生。第二，就算完全不考慮預防性面向，還有動機概念的問題。Post似乎認為，政府只要丟出一個非關內容的藉口就可以讓管制免於嚴格審查，這也代表了許多人對於動機論的疑慮。但是前述分析已經指出，這個狀況只發生在唯一動機——一種最高法院未曾在言論自由案例採用的動機概念。如果以前述方式操作法院經常使用的必要動機，其實很難想像Post所舉的例子如何能通過動機搜獵。

以上回應只是消極地說明了動機論未必會導致不合理的結果，尚無法證明它真的優於其它理論。如果要證明動機論在規範性面向上是更好的選擇，就必須在第一刀的判斷上讓動機論和其它理論進行比較。

(一) 表意人導向的理論

如果指引我們的是表意人導向的理論，那麼審查強度的決定基準，就會是系爭管制對於個別表意人自我實現的干預程度。這個方向的核心，是表意人想要透過什麼樣的表意手段實現什麼樣的效果。例如墮胎診所系列案中，反墮胎運動者可能就是希望在墮胎診所附近即時當面地對某些人表達意見；*Ward*案中的表演音量、*Clark*案中的露宿和*O'Brien*案中的焚燒徵兵卡，都是為了達到計畫

¹²⁰ Robert C. Post, *Recuperating First Amendment Doctrine*, 47 STAN L. REV. 1249, 1264 (1995).

中的某些效果。無論這些手段選擇是否真能達到表意人預期的效果（當然也可能是反效果），重點在於表意人的選擇是什麼。如果這真的是首要考量，如何讓個人行為選擇儘可能地獲得最大實現，就變成最重要的問題。這個方向所面對的最大困難，在於根本找不到決定基準，因為理論上任何意見表達手段都是自我實現的方式，理應一視同仁，但這甚至不符合常識。事實上，純粹的表意人導向思考應該是非常罕見的，我們對於審查強度的直覺判斷，幾乎都帶有自我實現以外的其它考量。

這還不是最嚴重的問題。因為就算如此，也不過說明了表意人導向的理論或將無可避免地導向開放式利益衡量。更根本的問題在於，從表意人的角度來思考第一刀，或許一開始就是一個錯誤。對於每個行動者來說，任何行為都可能用來表達意見，但是說任何行為都是可能觸發言論自由問題的「言論」，顯然是荒謬的。因此表意人導向的理論必須提出一些判準，這個判準可以將某些行為鑑別為言論，也就是所謂的表意行為¹²¹。最高法院曾對此表達過一些看法。*O'Brien*法院先是強調，並非任何具表達意圖的行為都是言論，接著將表意行為區分為「言論」（speech）和「非言論」（nonspeech）成分，主張政府可以限制非言論成分，合憲與否則連結了前述的*O'Brien*標準¹²²。類似的看法出現在*Texas v. Johnson*案，法院說「一般而言，相較於口語和文字，政府可以更自由地限制表意行為」，但是「政府不能因為行為的表意成分而施以限制」¹²³。在*Spence v. Washington*案，法院提出「表達意圖」和「可理解性」兩個要素作為行為是否構成言論的判準¹²⁴。較晚近的*Rumsfeld v.*

121 請參照前揭註89。或有認為，以下討論混淆了言論自由的保障範圍和保護程度，關於這點請參閱本文「肆、三、（二）言論的概念與言論自由的保障範圍」。

122 *O'Brien*, 391 U.S. at 376.

123 *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397, 406 (1989).

124 *Spence v. Washington*, 418 U.S. 405, 411 (1974).

*Forum for Academic and Institutional Rights*案中似乎出現了一個新的概念，法院宣稱憲法增修條文第1條只保護那些「本質上具表意性」(inherently expressive)的行為¹²⁵。

讓我們初步分析這些說法。構成表意行為的前提似乎是「表達意圖」，這也是*Spence*判準的第一個要素。這個前提的必要性不用多加說明，但就像*O'Brien*法院所說的，光是表達意圖並不足以篩濾出合理的結果，我們必須加上其它的東西，*Spence*判準的第二個要素似乎就是為了滿足此等需求。但是加上「可理解性」就足夠了嗎？恐怖攻擊經常具有明確的表達意圖和無庸置疑的可理解性，但誰會認為恐怖攻擊應觸發言論自由問題呢？這個要素所能提升的篩濾能力，事實上極為貧弱。因此我們可以理解，*Rumsfeld*案所說的「本質上具表意性」，其實是為了進一步強化篩濾功能。雖然法院沒有詳細定義這個概念，有學者建議將它詮釋為「社會意義」(social meaning)，亦即某社群對某行為所賦予的意義¹²⁶。由於意義的賦予是由成規(convention)所構成¹²⁷，所以這等於將表意行為的判斷，建立在某些社會成規上。這是法律人非常熟悉的方法，因為法律詮釋的確經常訴諸社會成規，而且這個方法得出的結果乍看之下也符合直覺：我們的社會成規似乎可以接受戴臂環和燒國旗（先不論刑法第160條的問題），但不會把恐怖攻擊當成言論。現在我們可以從法院看法整理出一個或許合理的表意行為判準：前提是具表達意圖，接下來是必須符合某些社會成規。

125 *Rumsfeld v. Forum for Academic and Institutional Rights, Inc.*, 547 U.S. 47, 66 (2006).

126 Caroline Mala Corbin, *Speech or Conduct? The Free Speech Claims of Wedding Vendors*, 65 EMORY L.J. 241, 254 (2015). Corbin的建議是用「社會意義」取代*Spence*判準的「可理解性」，不過要說「社會意義」是*Spence*判準外的第三個要素，還是它取代了其中的「可理解性」，在這裡並不重要。

127 這裡所說的成規，相當於John R. Searle所說的構成性規則(constitutive rules)，請參閱JOHN R. SEARLE, *THE CONSTRUCTION OF SOCIAL REALITY* 1-57 (1995).

然而這個判準的第一步就有問題。表達意圖的有無，可能根本就無關於第一刀的判斷。或許沒有人比Jed Rubenfeld把這個問題說得更清楚，讓我們稍微修改一下他的例子¹²⁸，想像這個狀況：假設太陽花運動後，政府立法禁止穿著印有太陽花圖案的衣服上街。人們在不同的狀況下觸犯了這個規定。某甲為了延續太陽花精神，刻意穿上被禁止的衣服到處走行來表達他的抗議；某乙既不關心太陽花的運動也沒注意相關規定，只是一如既往地穿上女友偏愛的印花T-Shirt去約會，但印花圖案不幸剛好是太陽花。大家應該同意這樣的禁令屬於針對內容的言論管制，應該受到最嚴格的審查，這個定性會因為甲和乙的意圖不同而有所改變嗎？又例如，甲乙兩人都以時速70公里駕車通過某限速40公里的路段。甲只是為了趕時間，而乙則是為了抗議速限不合理，他甚至在車身上彩繪了「如果你看到我超速，就代表速限不合理！」的標語。應該沒有人會懷疑，速限規定甚至稱不上是非針對內容的言論管制，這個定性難道應該因為乙的行為具表達意圖（而且是關於公共事務）而有所不同？

只要指出表達意圖不具關鍵性，後續關於社會成規的問題其實就可以不用處理了。但本文仍想簡單地指出，社會成規同樣不宜作為第一刀判準。第一個原因是因為人類的語言活動可以持續不斷地創造新的意義成規¹²⁹，我們很難找出某些固定不變的規則來鑑別行

128 Jed Rubenfeld, *The First Amendment's Purpose*, 53 STAN. L. REV. 767, 772-74 (2001). 對於表意人意圖之重要性的質疑，亦請參閱Post, *supra* note 120, at 1251-53; MARK V. TUSHNET ET AL., *FREE SPEECH BEYOND WORDS: THE SURPRISING REACH OF THE FIRST AMENDMENT* 83-87 (2017).

129 這個現象可用Donald Davidson所說的「意義的自主性」(the autonomy of meaning)來理解。簡單地說，文字符號有成規所賦予的意義範圍(請以字典為例想像)，但是我們的語言使用可以自由地創造新成規和新意義，超越既有的意義範圍(Donald Davidson, *Moods and Performances*, in *INQUIRIES INTO TRUTH AND INTERPRETATION* 109, 113-14 (1984).)。只要回顧網路上、某特定社群或新的世代如何藉由既有符號組織出新的意義，就可以輕易掌握這個現象。同樣地，或許我們對於言論的想像是建立在某些傳統成規上，但是可能的表意手段絕不僅限於此。

動是否構成言論。例如，一般而言「賣東西」似乎不是社會成規下的言論¹³⁰，但想像這個狀況：某通路老闆為了表達對於現任總統的不滿，下令旗下通路以超低價格賤賣所有跟現任總統有關的周邊商品。討厭總統的人樂得大量買進這些便宜貨以隨意糟蹋洩恨，這個運動在社群媒體推波助瀾下蔚為風潮。如果政府不樂見賤賣行為所傳遞的訊息以及它所造成的社會影響，決定禁止所有相關物品的交易，我們能說因為買賣不是言論，所以此等管制沒有言論自由問題嗎？第二個理由則是更根本的問題：為什麼社會成規可以變成憲法規範，決定審查強度？並不是說這樣的連結不能建立，而是它的建立需要論證。就算不論社會成規在這裡的變動性，我們似乎找不到好的論據來讓社會成規直接決定何謂言論，甚至就如前例所見，它可能導致我們做出錯誤的憲法評價。

表意人導向的思考模式，很容易落入何謂言論的困局中。但如果直接跳過表意人端、改由政府端來思考問題，不但前述困難將迎刃而解，前述法院見解也可以得到合理詮釋——這就是動機論的優勢。重點不在於什麼樣的行為是表意行為，而在於針對內容的理由是否為政府實施管制的必要動機。速限以及禁止傷害他人的規定沒有不當動機可言，所以無論超速和傷害行為有多強的表意性、多明確的訊息，都不會讓被違反的規則變成針對內容的言論管制。不管戴臂環或賤賣政治人物周邊商品是不是社會成規下的言論，只要政府是出於不當動機干預這些行動，那就構成針對內容的言論管制。燒國旗和燒徵兵證都是表意行為，它們之所以會有不同命運，在於相關管制中不當動機之有無。我們也不用煩惱 *O'Brien* 法院所提出的言論／非言論（以及類似的言論／行為）區分是否可行¹³¹。所謂

¹³⁰ Corbin, *supra* note 126, at 258.

¹³¹ 這個區分引起很多討論與批評，由於在動機論觀點下這個區別並不那麼重要，所以本文不多加著墨。相關討論請參閱蘇慧婕（註12），頁206-208、220-223。

「非言論成分可受限制」，連同*Johnson*案所說的「不能因為行為的表意成分而施以限制」，可一併以動機論的方式理解為「不能因為內容而加以管制」——一旦政府這樣做，就構成針對內容的言論管制，必須受到最嚴格的審查。法院說政府可以更自由地限制表意行為，非指表意行為一開始就受到歧視，而是因為相對於單純地使用口語文字，各式各樣的表意行為本來就更容易碰撞各種不涉不當動機一般法律規定（例如交通規則、環保法規甚至是刑法等等），因而看來像是受到更多限制。

本文認為，相較於表意人導向的基礎理論，動機論的優勢是明顯的。

（二）閱聽人導向的理論

如果從閱聽人角度思考第一刀的問題，就會傾向由管制對於公共對話的影響來決定審查強度。在閱聽人導向的基礎理論中，真理論乍看之下與法院實踐背道而馳，因為一般而言追求真理需要一些基本的方法與態度，這些東西最具現化的代表，就是學術規範。如同我們從學術規範所看到的，追求真理的過程中不可能不訴諸一些最低限度的對錯判斷，然而政府對於內容的對錯判斷，往往構成針對內容的言論管制而必須面臨最嚴格的審查，Post因此認為真理論並非適當的理論¹³²。不過真理論的支持者可以主張，所謂的發現真理不是當下的局部事件，而是長期大規模的知識演進過程，政府對於這個過程的不當干預往往有礙知識探索。這樣的觀點使得真理論和市場及動機論相互結合，亦即：即使（至少在相當程度上）不受政府干預的言論市場未必能馬上產出令人滿意的結果，但長期而言依然是追求真理不可或缺的條件。若翻開歷史，甚至我們只需關注自然科學的發展、暫且擱置實踐問題有無真理的難題，應該就能相

132 Robert C. Post, *Participatory Democracy and Free Speech*, 97 VA. L. REV. 477, 479 (2011).

信上述看法有其道理。不過這裡無須繼續為真理及市場論辯護，因為它們本來就和動機論相輔相成。現在的問題在於民主論，動機論的有力競爭者。

民主論的支持者可以拿出強而有力的論據，證明他們的觀點在言論自由法學中有特殊重要性。第一，幾乎沒有嚴肅的憲法討論者能否認，「每個人皆有自由平等的權利去參與形成自我治理的言論」¹³³，從規範性觀點來說，民主似乎是言論自由的基本原理。第二，舉凡競爭法、智財法、食品藥物醫療等衛生法規無不涉及對於言論內容的干預，為什麼它們甚少觸發言論自由問題¹³⁴？不正是因為這些規定並非對於公共對話的限制，它們所管制的行為並非具民主貢獻的言論¹³⁵？第三，在本文前引案例中，牴觸一般法律規定的行為一旦同時具有公共言論的性質，就有可能受到更多保護，這不再度說明了民主論的決定性¹³⁶？

上述論據本身都是正確的，但它們都不能直接支持民主論作為內容中立性的理論。沒有人能否認民主和言論自由的內在關聯，但是民主概念適不適合直接拿來做為中立性判準，則是另一個問題。為什麼許多涉及內容的一般法律規定不構成針對內容的言論管制？民主論是一種解釋方式，但別忘了動機論也可以發揮相同功能。至於公共言論可能構成一般法律規定的例外非屬第一刀的問題，已如前述。本文認為，我們或許應該從民主論在具體實例中的運用切入，從而和動機論比較利弊。

133 James Weinstein, *Participatory Democracy as the Central Value of American Free Speech Doctrine*, 97 VA. L. REV. 491, 505-06 (2011).

134 關於干預言論但是不觸發言論自由問題的管制，更豐富的描述請參閱Frederick Schauer, *The Boundaries of the First Amendment: A Preliminary Exploration of Constitutional Salience*, 117 HARV. L. REV. 1765, 1777-84 (2004).

135 Weinstein, *supra* note 133, at 492.

136 Post, *supra* note 132, at 480-82.

1. 實質民主論

第一個例子是*Reed*案後的次級效果原則。由於*Reed*判準已經把「表面歧視即構成針對內容的言論管制」變成了明確而沒有模糊空間的釋義規則，這和次級效果原則發生明顯衝突，是一個有待收拾的殘局。雖然次級效果原則問世以來備受爭議，但它確實一直活躍於下級法院，最高法院也沒有將之放棄的意思¹³⁷，這似乎說明了某種實用上的必要性。如果要保留次級效果原則，有限度地為*Reed*判準建立例外，就必須在理論上提出論證。

第一種論證方式是延續法院先前的見解，一方面承認成人產業分區管制確實是一種表面歧視，另一方面認為這個表面歧視背後並無不當動機。事實上，如果採用本文建議的必要動機概念，成人產業的分區管制確實可能通過動機搜獵：如果此等管制在降低治安風險、增加土地利用效益方面之效果甚鉅（當然這需要其它的證明），以至於無論政府是否討厭色情言論，都不影響它實施該管制，就沒有不當動機的問題。這個論證的基礎是法院本來就採用的動機論，只是在某些條件下放寬表面歧視這個前置性的風險預防手段。

第二種論證方式則是Bhagwat的建議，他認為在這裡大可承認我們就是在依據言論內容給予不同待遇。成人產業的分區管制之所以成為表面歧視的例外，是因為色情言論對於民主自我治理的貢獻甚微，「……沒有人真的認為，色情書刊及電影，和重要的政治著作如馬克斯的資本論，以相同的方式或程度對憲法增修條文第1條的價值做出貢獻」¹³⁸。換句話說，Bhagwat已經引入言論內容的

¹³⁷ Bhagwat, *supra* note 9, at 1443, 1467; Leslie Gielow Jacobs, *Making Sense of Secondary Effects Analysis after Reed v. Town of Gilbert*, 57 SANTA CLARA L. REV. 385, 412-16 (2017).

¹³⁸ Bhagwat, *supra* note 9, at 1467.

「民主貢獻度」來決定審查強度，由於這涉及實體內容，本文稱之為「實質民主論」。

然而說色情言論的政治意義低落，恐怕昧於現實。存在於女性主義、色情言論和言論自由這個三角關係中的長期論辯¹³⁹，恰好就證明了色情言論的高度政治性。色情言論往往傳達出特定的性權利／力觀點，對於這些觀點的表達、支持或抵抗，本身就是一種具高度政治意義的活動。無論我們對色情言論抱持什麼樣的看法，忽視色情言論在民主政治中的意義，恐怕是一個錯誤的描述性命題。

有趣的是，Bhagwat談到關於乞討勸募的管制時其實也注意到了這點。當這類管制涉及不當動機時（例如禁止特定訴求的乞討勸募），當然必須從嚴審查，但若理由是為了避免一般群眾在公共場合受到情緒干擾呢？Bhagwat從民主論的觀點指出，雖然乞討勸募本身未必對政治意見的形成有重大意義，但是它所引發的不悅情緒卻與階級和資源分配有關，是涉及自我治理的核心政治問題，因此採用民主論亦可能面臨兩難¹⁴⁰。本文不擬替Bhagwat回答這個難題，而是想藉此指出，若他能以同樣的方式思考色情言論，就不會得出色情言論於民主無足輕重的結論。色情言論所引起的各種情緒以及行為反應，不也與性權利／力的分配有關？這難道不是涉及自我治理的核心政治問題？

就算從民主論出發，貶抑色情言論的價值也不是一個好的論證。既然同樣可以解決問題，何不選擇更單純的動機論來處理次級效果原則？或許有人會說，選擇動機論也只是選擇了比較政治正確的修辭，骨子裡和民主論並無重大差別。反正結果都是表面歧視這

139 回顧性的介紹請參閱Caroline West, *Pornography and Censorship*, THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (Fall 2018 Edition), <https://plato.stanford.edu/entries/pornography-censorship/>.

140 Bhagwat, *supra* note 9, at 1463.

個要件不適用於成人產業分區管制，嚴格審查的發動門檻碰到色情言論就提高了，這不意味著司法者已經做出利益衡量？確實這裡存在利益衡量，但是動機論和民主論最大的差別，就是有沒有把言論的價值拉進這個利益衡量裡面。動機論並不評論色情言論的價值，它的邏輯是這樣的：如果其它產業也會給周邊環境帶來類似的利益，例如夜店或屠宰場，那麼它們也可以合理地受到分區管制。在沒有實質不當動機的前提下，僅因表面歧視就幾乎杜絕了成人產業的分區管制可能性，顯失衡平。然而這樣的分區管制畢竟還是涉及言論，仍應受到比一般經濟管制更嚴格的審查，所以就結果來說，應給予沒有不當動機的成人產業分區管制中度審查。

相反地，實質的民主論卻積極地宣稱色情言論民主價值低落，並以此作為表面歧視的例外理由。作為法院的論證，這個差別所導致的後果恐怕不只是政治不正確而已。法院論理所預設的價值判斷不僅可能影響往後其它的判決，成為整個法體系內在價值的一環，亦可能因其權威性而影響一般的公共對話。由法院帶頭「認證」色情言論不具民主價值，形同提供未來進一步限制色情言論的跳板（無論從政府或社會方來看都是如此），是極度危險的滑坡開端¹⁴¹。或許出於現實考量，法律終究必須以「公序良俗」或「防止干擾」為由對色情言論進行某些限制。或許這些傳統論據無法令所有人滿意，但依舊是比實質民主論傷害更小的方式。風俗和觀感會隨時空變動，這個變動的背後往往對應著某些人或群體爭取承認的抗爭過程。宣稱色情言論沒有民主價值的同時，也將否定某些人或群體爭取承認的資格，這無疑是對民主的莫大諷刺。

*Reed*判準和次級效果原則都還稱不上是我國有權機關明確採用的釋義規則，因而兩者如何融貫詮釋，未必是我們會遭遇的問題。然而相關討論仍頗具啟示性：儘管*Bhagwat*無意以實質民主論全盤

141 關於滑坡請參閱前揭註83。

取代內容中立性，而只建議特定範圍內的有限運用¹⁴²，都還會發生上述疑慮。如果真的用言論內容的民主價值來全面決定審查強度，會有多大的弊害呢？

2. 形式民主論

前文已提到表意人導向的基礎理論所遭遇的言論概念困局，Post的看法可視為另一種解決方案。他認為，「唯當涉及憲法增修條文第1條所服務的價值時，才開啟相關的分析。這個價值不在於抽象的溝通行為本身，而在於包覆並給予溝通行為憲法重要性的社會脈絡。¹⁴³」因此在言論和行為的區分上，「民主理論將那些對於公共意見形成的參與來說，社會上認為必要且適當的言語行為和溝通媒介，歸類為『言論』。¹⁴⁴」由於Post把重點放在具民主重要性的溝通形式而非實質內容，所以本文稱之為「形式民主論」（形式或實質當然是相對的）。

讀者可能會發現這個說法有些眼熟，因為它和前述訴諸社會成規的路徑非常接近，甚至可以說Post也是在找尋某些社會成規，只是他加上了進一步的條件，亦即這些社會成規能鑑別出什麼是「憲法上具民主重要性的對話形式」¹⁴⁵。不過這是否會遭遇前述社會成規論所面臨的困難？如何定義並論證這些特殊成規？在深入理論之前，我們先從Post自己舉的實例來思考可能發生的問題：假設牙醫A在兩種情境下提出內容相同的言論。情境一是A透過大眾傳播媒體向群眾宣導，應儘速移除補牙所使用的汞填充物，因為它有害健康；情境二是A在診療中向他的病人提出相同的專業建議。依據Post的說法，A的言論在情境一涉及言論自由問題，在情境二則

142 Bhagwat, *supra* note 9, at 1454.

143 Post, *supra* note 120, at 1255.

144 Post, *supra* note 132, at 483. (粗體強調為本文所加)。

145 必須補充說明的是，雖然本文認為Post的構想其實也是在尋找某些社會成規，但他的構想更早於前述的Corbin所說的「社會意義」。

否，造成差異的關鍵既非牙醫的自我實現、亦非言論的知識性，而在於僅情境一屬於公共對話¹⁴⁶。對Post來說，「內容中立性的規範只有在公共對話的脈絡下才有意義」¹⁴⁷，所以只有對於重要公共對話管道的干預，才會觸發嚴格審查。由於醫病專業諮詢非屬此類，所以相關管制沒有內容中立性問題，甚至可能根本就不在言論自由的保障範圍。

先不論醫病專業諮詢為什麼不是重要的公共對話管道，我們甚至可以先接受這個「預設」，但想像以下情況：若法律禁止醫生和病人在看診時論及政治，我們能說因為這不是重要公共對話管道，所以不涉及言論自由嗎？我們能容許政府在欠缺迫切利益的情況下，實施這樣的管制嗎？比起醫病諮詢，買賣看似更欠缺Post所在意的公共性，所以前述賤賣政治人物周邊商標的行為當然不受言論自由保護？又例如，「帳單」是一種「社會認可的公共意見形成媒介」嗎？直覺上似乎不是如此，但在*Consolidated Edison Co. v. Public Service Commission*案中，法院認為禁止在帳單中夾帶政治意見是針對內容的言論管制¹⁴⁸。商業廣告通常不是一般意義的公共對話，但若政府不樂見某些商業廣告有意或無意傳遞的政治訊息而進行干預時，難道不是最嚴重的言論管制類型？我們甚至可以想像一些更天馬行空、但不是不可能發生的例子：如果一家民營客運公司在他的公車班表裡巧妙地安排了諷刺時事的藏頭詩，政府試圖干預這樣的行為有沒有言論自由問題？「班表」是社會上重要的公共對話媒介嗎？

由於實例是令人困惑的，我們必須進一步探索Post的理論是什麼。作為解釋的是另一組實例：情境一是A在私人事務上誹謗個人

146 Post, *supra* note 132, at 481-83.

147 Post, *supra* note 120, at 1277.

148 *Consolidated Edison Co.*, 447 U.S. at 544.

C，情境二是B在公共事務上誹謗公務員D。接下來他說到：「言論是否屬於公共對話，通常依據它發生於要求自主（autonomy）或互依（interdependence）的社會關係來判定。是這個差異區別了情境一和情境二。在後者，B乃參與公共對話，它被理解為要求表意人具自主性。就像法院曾觀察到的，『公共人』是公共財。相反的，情境一外於公共對話，因為在欠缺特殊條件的情況下，我們希望將人視為是社會化且相互依存的。¹⁴⁹」不過這個說明引起Volokh的強烈批評，因為他看不出來情境一的A哪裡「不自主」，情境二的B哪裡「欠缺社會化及相互依存」¹⁵⁰。

如果從字面意義來理解所謂的自主和互依，的確很難得到令人滿意的結果，但是替Post找到合理詮釋並不困難。我們可以把他說的互依，理解為共同生活的成員所相互期待的合理行為界線；把自主，理解為形成公共意見的活動。所以自主指的不是個體有沒有自由、互依不是個體是否社會化，它們真正的關係在於：當人們參與公共意見形成活動時，他被期待的合理行為界線會受到調整，他可以說一些在一般狀況下不能說的話。這個理解方式不但和Post提出的前述兩個情境吻合，也對應他自己所提出的「社群」和「民主」兩個領域¹⁵¹。

由此也不難看出，Post所說的公共對話與非公共對話、自主與互依，其實延續了公／私自主性、積極／消極自由的區別與調合等固有難題。這或許使得他的自主性概念更複雜而不容易理解，但本文認為，我們未必要像Volokh那樣從根本質疑Post的自主性概念¹⁵²，本文甚至也同意Post的辯解，相信公共與非公共對話的分野

149 Post, *supra* note 132, at 483-84.

150 Volokh, *supra* note 100, at 581.

151 POST, *supra* note 13, at 3-4, 6-10; Robert C. Post, *Participatory Democracy as a Theory of Free Speech: A Reply*, 97 VA. L. REV. 617, 623 (2011).

152 Volokh, *supra* note 100, at 581-82.

即便並不總是清楚，但在許多情況下並非不能區分¹⁵³。Post可能是當今英語世界中最擅長從宏觀的政治哲學視角分析言論自由問題的學者，他的理論貢獻無庸置疑。然而現在的問題在於，縱使我們掌握了自主和互依背後的理論脈絡，這組概念真的適合作為中立性判準的基礎，幫助我們決定審查強度嗎？要回答這個問題，無須也不宜繼續在自主性概念中打轉，而是應該回到前述幾個疑難案例檢驗運用結果：它們屬於自主還是互依？如果是互依，那麼相關管制至少已經免於嚴格審查，這真的合理嗎？如果它們是自主，那麼為什麼「通常」醫病諮詢、買賣、帳單和班表確實不會觸發言論自由問題？一般性地說它們都是公共對話，似乎也不合理。

這個兩難說明了，建立在自主／互依上的公共／非公共對話分野，可能根本就不是重點。真正讓我們覺得言論自由機制應該啟動、審查標準應該提高的關鍵，是政府的不當動機。前例中的言論是否發生在具社會重要性的公共對話管道，我們未必會有一致的看法，但我們應該都能同意，由於對特定訊息的敵意導致了管制的發生，光是這一點就足以讓它們接受最嚴格的審查。事實上，Post的構想一樣可以透過動機論來詮釋。在談到航圖（navigation charts）為什麼不受言論自由保護時，他這樣說道：「……因為我們將它詮釋為對於閱聽人的獨白，就像邀請閱聽人處於一個依附且憑靠它的立場。這個情境下的主要法律價值是保護信賴關係的整全性，亦即給予客觀責任標準。¹⁵⁴」在這裡，Post或許用了不必要的文字來闡釋他的「依附」概念，易於導致更多困惑。某些政治人物或宗教家的演講風格，不也是獨白式地邀請閱聽人處於一個依附且憑靠他們的立場，甚至成功地讓閱聽人確信如此嗎？但這會使得他們的演講不受言論自由保護嗎？說明問題應該有更簡單的方式。航圖準確與否，可能直接影響一場災難會不會發生，因此它們牽涉到契約或侵

153 Post, *supra* note 151, at 622.

154 Post, *supra* note 120, at 1254-55.

權行為責任並不奇怪，而這些法規範就像先前討論過的，因為欠缺不當動機所以根本不會是針對內容的言論管制。動機論的處理方式除了簡明之外還有另一個好處：我們無須一開始就斷定航圖不是言論，從而切斷了航圖涉及言論自由問題的所有可能性。

討論至此可以發現，Post的形式民主論其實很可能導致保護不足的問題。為什麼會這樣？答案或許藏在Ronald Dworkin說過的這段話裡：

「憲法增修條文第1條的平等主義職責並不限於政治言論。人們的生活不只受他們的政治環境（總統、立法者和公務員做了什麼）影響，甚至更全面地受到可稱之為道德環境（moral environment）的東西所影響。交融混合的社會成規、意見、品味、信念、偏見、生活風格和文化在我所生活的社群中流動，某種程度上決定了其他人如何對待我（以及我的認同及自尊）。……正因為我們共同生活的道德環境很大程度上為他人所創造，誰有權力以及如何形塑這個環境，就成為根本重要的問題，儘管它經常為政治理論所忽略。只有一個解答與政治平等的理念一致：沒有人能因為他的個人選擇、品味、意見而被禁止去影響共享的道德環境，僅因這些品味或意見造成有權力使他們噤聲或坐牢的人反感。¹⁵⁵」

Dworkin說出這段話的背景，是為了反駁女性主義法學家Catharine A. MacKinnon所倡議的色情言論管制。有趣的是，放在本文脈絡中，同樣可以用來反駁Bhagwat和Post所提出的實質和形式民主論。Post和Dworkin都從自由平等的政治參與來關照言論自

155 Ronald Dworkin, *Women and Pornography*, THE NEW YORK REVIEW (Oct. 21., 1993), <https://www.nybooks.com/articles/1993/10/21/women-and-pornography/>. (粗體強調為本文所加)。

由，但是Dworkin口中經常被政治理論所忽略的「道德環境」，似乎也被Post忽略了。某些溝通管道對於公共意見的形成當然特別重要，然而先不論它們在界定上的困難及變動性，更重要的是，這些管道並非懸浮於虛空，而是扎根於Dworkin所說的道德環境。道德環境是孕育公共意見的土壤，即使是透過「重要」或「正式」溝通管道所表達的公共意見，也必須先在道德環境中成形，或至少由它提供背景資訊。政府對於平等政治參與的破壞，並非只能從某些溝通管道來著手，而是在道德環境層次就可以發生。干預道德環境所造成的扭曲，往往比干預前述溝通管道來的更深層而徹底，就像土壤決定了果實的品質。因此，即使從民主或公共對話的品質來理解言論自由，也不能將道德環境排除在外；由於道德環境無所不在，所以言論的保護不宜受限於傳統、僵硬的民主溝通管道想像。從這點來看，形式民主論其實和成規論有類似的缺陷。

Post並不是完全沒有意識到這點，然而他擔憂的是，如果所有可能影響公共意見的表意行為都是公共言論，那麼一來幾乎所有表意行為都可能影響公共意見、二來因為公共言論的高度豁免性，結果就是幾乎任何表意行為都不能受到限制，這是無法接受的失序狀態¹⁵⁶。這個疑慮導致他不得不排除道德環境，或者更精確地說，不得不從道德環境中生硬地切分出所謂具公共重要性的溝通管道，最後導致一個保護不足的理論。遺憾的是，這似乎是從錯誤的釋義規則理解中所得出的錯誤理論。如果言論對公共意見的影響是切下第一刀的唯一判準，如果公共言論不只是在利益衡量中有權重優勢而是保證勝出，那麼Post的疑慮或許是正確的。不過就如前文已經反覆討論過的，這兩個前提都不成立。問題或許在於Post錯過了動機論，一個可以在很大程度上消除其困擾的解決方案。

156 Post, *supra* note 151, at 624-25.

Post的理論背後有一個非常實用的目標，就是讓「那些臣服於法律的人相信他們也是潛在的立法者」¹⁵⁷，讓「人們相信國家可能回應他們的觀點，因為國家的決定服膺於不只是概念化為投票統計結果的公共意見」¹⁵⁸。就這個最終目標來說，動機論難道不是比形式民主論更好的選擇？

三、為什麼動機論是合理選擇

(一) 他山之石為何可以攻錯

Frederick Schauer曾由兩個面向剖析美國言論自由法學的例外性。實質例外性(substantive exceptionalism)指事實上的結果及釋義規則，方法例外性(methodological exceptionalism)指產出前述結果及釋義規則的方法及路徑¹⁵⁹。簡單地說，或可將前者理解為實體價值判斷的問題，後者則是形式結構的問題(還是要說，這樣的區別是相對的)。Schauer指出，即便美國的言論自由法學是許多國家參考的對象，然而相較於其它民主自由政體後來的發展，美國反倒兩方面都顯得離群。在實質面向，美國對於仇恨言論和誹謗的限制比許多國家更低¹⁶⁰；在方法面向，相較於美國以規則為基礎的類型思考，許多國家採取的是更為彈性而開放的利益衡量或「合比例性」(proportionality)¹⁶¹。

Schauer對於這個現象提出了一個極富洞見的看法：美國言論自由法學的實質例外性有更為重大的意義，需要更深層的解釋。它乃根植於一些美國特有的政治、文化及歷史事實，甚至包含國際政治因素。相反地，方法例外性可能不是一個根本且長久的差異。當

157 Post, *supra* note 132, at 482.

158 Post, *supra* note 151, at 624.

159 Frederick Schauer, *The Exceptional First Amendment*, in AMERICAN EXCEPTIONALISM AND HUMAN RIGHTS 29, 30 (Michael Ignatieff ed., 2005).

160 *Id.* at 32-42.

161 *Id.* at 31, 53-54.

其它國家的案件累積到相當數量和多樣性、因而和美國面對類似問題時，或許也必須發展出一些規則來處理問題，最終在方法面向變得和美國更為接近¹⁶²。

從比較學習的觀點來看，方法例外性的「沒那麼例外」，反倒說明了它的普遍性及重要性。我們有自己的歷史文化和社會環境，在實體價值判斷上全盤照搬美國或其它國家的看法，有時候並不合理。例如，我們沒有理由完全複製「燒十字架」在美國所受到的嚴厲法律評價（或者納粹言論之於德國），但我們有充分的理由去留意美國言論自由法學中的某些形式結構，因為它可能是特定條件下經驗累積所形成的最佳化模式。如果我們也處於類似的條件中，這些形式結構就特別值得參考。本文認為，動機論所導引的內容中立性，就屬於這樣的形式結構。

哪些條件是類似的？首先是規範上的共通性，亦即憲法層次的民主價值。可以確定的原則是，政府不能一般性地對言論內容下指導棋，否則民主豈非空談？我們對於民主有各式各樣的想像（左傾或右傾、民主或共和、個人或社群、審議或社會選擇、更多平等或更多自由等等），無論它們在現實和理論中的差異是什麼，被歸類為「民主」的政體至少都必須以這個原則為基本特徵。這既是民主的最低限度標準，亦是民主與言論自由不容破壞的核心連結，這個連結更為言論自由灌注了平等主義意涵：任何人都不能因為言論內容而被剝奪以言論影響其所在社群的機會。如果把這個要求稱之為中立性誡命，它所映照出的事實，則是政府干預言論的強烈誘因。由於執政的可輪替性和可問責性，這個誘因即使在發展成熟的民主政體中亦不會消失——哪怕是出於最高尚而富理想性的理由。正因為政府往往是言論管制的最大利害關係人，Schauer曾以法諺「任何人不得在自己的案件中擔任法官」為喻，巧妙地說明了動機論貫

162 *Id.* at 44-56.

串民主以及其它言論自由理論的特殊性¹⁶³。

接下來是人類溝通方式和現代法律所共構的複雜性。表意手段有近乎無限多種可能，而且每一個關於表達的細節，都可能對表意效果造成影響。因此從結果來看，其實任何法律管制都涉及言論，都在不同程度上衝擊公共對話，甚至某些看似不涉言論自由的法律，對言論事實上的影響更為深刻¹⁶⁴。另一方面，言論自由作為基本權的優勢，將誘使許多法律主張盡可能地訴諸言論自由¹⁶⁵，伴隨科技進展，我們對於言論的認知會不斷受到挑戰。這個複雜導致言論管制的結果評價及言論概念的認定，遭遇高度的認識困難。

內容中立性是一個方法工具，幫助我們對言論管制進行初步的揀選分類，以給予言論自由適當保護，而上述兩個條件決定性地影響了理論的適用性。表意人導向的理論對言論自由來說對當然是重要的，它至少構成這樣的初顯（*prima facie*）要求：在沒有其它重要理由的情況下，應盡可能地讓所有人以他想要的方式傳達任何訊息。但作為內容中立性的理論，它無法提供可資操作的判準。閱聽人導向的兩種民主論各有其問題。從言論內容的民主重要性來進行分類，本身就嚴重牴觸中立性誠命；從言論管道的民主重要性來進行篩濾，將抹殺太多有意義的表意方式，有時就像是在欠缺充分理由的情況下否定表意人導向的初顯要求，會得出非常荒謬的結果。那麼，何不跳過這些理論框架，直接對言論管制進行開放式的利益衡量？對此我們只需想像一個問題：如果從言論的民主價值來決定審查強度已經不是理想狀況，那麼標準可能更恣意的開放式利益衡量，會是更佳選擇嗎？意識形態的干預不只來自政府，也可能來自

163 FREDERICK SCHAUER, FREE SPEECH: A PHILOSOPHICAL ENQUIRY 81-86 (1982).

164 LARRY ALEXANDER, IS THERE A RIGHT OF FREEDOM OF EXPRESSION? 18 (2005); Kagan, *supra* note 25, at 448.

165 Frederick Schauer, *The Politics and Incentives of First Amendment Coverage*, 56 WM. & MARY L. REV. 1613, 1624-31 (2015).

司法者（即使是出於善意）。一個過於開放的判斷模式，本身就是破壞中立性的風險來源。

這樣的整體脈絡形成了動機論的優勢：1. 在實際運用上，結果導向的理論有更低的認識可能性，卻和其它規範性要求有更高的潛在衝突，而動機論剛好相反。一方面，管制的不當動機及其風險相對易於認識（前提是以必要動機為概念基礎）；另一方面，我們幾乎可以沒有疑問地在規範性層面將不當動機所導致的言論管制評價為最大惡害，並透過嚴格審查來確保這樣的惡害是為了避免更嚴重而危急的惡害。2. 對於有不當動機問題的管制一律採取嚴格審查的同時，司法者一方面保留了利益衡量的彈性，另一方面也對這個利益衡量自我設限。這意謂著，法院並不是一開始就可以從內容價值審酌管制利益，而是只能在確定了管制的內容中立性以後，就管制結果進行一般性的利益衡量¹⁶⁶。這正是為什麼雙軌理論是一種「受限的利益衡量」¹⁶⁷，而這也是在言論自由特有的認識困境中實現規範性要求的合理方式。

（二）言論的概念與言論自由的保障範圍

乍看之下，本文的建議似乎迥異於我國學說實務見解「先論保障範圍（coverage）、再論保護程度（protection）」的基本權問題處理方式。因為本文主張言論自由的「第一刀」是動機論導向的中立性判準，而且宣稱這個方案的優點之一，是迴避言論概念的難題。這樣的看法可能引起如下質疑：若不先確定什麼是憲法所保障的言論（包含表意行為），又怎能得知系爭規範是否出於針對「言論」內容的理由、所以有不當動機？

¹⁶⁶ 或有認為，即使在第二刀的利益衡量，法院的考量亦涉及內容，例如管制對「公共」言論的衝擊。但我們必須注意，這個評價是極度謙抑而形式性的。例如在 *Snyder* 案，法院考量的並非系爭言論的具體內容價值，而是其作為政治言論的特徵（*Snyder*, 562 U.S. at 454-55.）。

¹⁶⁷ 參照前揭註101。

本文想先回顧兩個前面提過的例子來回應這類質疑。在前述的太陽花T-Shirt案中，按照傳統看法，為了判斷系爭案件是否落入言論自由的保障範圍，我們必須先決定「穿戴衣物飾品」是不是一種表意行為。依據最符合直覺的*Spence*判準，至少要有表達意圖才構成表意行為，所以甲的行為是表意行為、但乙則否。然而，我們能說甲的情況落入言論自由的保障範圍，但乙則否嗎？這顯然非常荒謬。或許有人會說，我們可以採取其它的表意行為理論，先不論其它理論會有什麼困難，這裡我們只須注意這個事實：系爭管制可以明確地被判斷為具有不當動機，而且這個判斷和我們採取哪一種表意行為理論完全無關。既然如此，何苦捨近求遠？

「拍賣」和「班表」是一種言論或表意行為嗎？如果用所謂的「本質」或「社會成規」來判斷，似乎都會得到否定答案。如果它們不是言論，那麼當政府不樂見前述的「表意性拍賣」¹⁶⁸和「藏頭詩班表」¹⁶⁹的內容而加以干預時（方法名目當然有很多可能），是否都不涉及言論自由？如果它們都是言論，是否任何關於拍賣和班表的管制，都涉及言論自由？還是說，我們根本不用一開始就一般性地定義什麼是言論，可以直接考察管制動機來作為判斷的第一步？事實上，即使我們先避免（可能也不宜）將拍賣和班表都認定為憲法上的言論，亦無礙於將前述關於「表意性拍賣」和「藏頭詩班表」的管制判定為針對內容。

最後是一個新的例子，讓我們假想這樣的規定：禁止AI機器人（但是不禁止自然人）散布關於政治人物的罷免訊息。在面對這類管制時，我們是否有必要為「AI的自動運作構不成言論」、「AI的法律權利主體地位」之類的問題給出明確答案？還是我們可以搬出動機論，直接把這類管制送去受到嚴格審查就解決了呢？

168 Corbin, *supra* note 126, at 258.

169 *Consolidated Edison Co.*, 447 U.S. at 544.

或許有人會認為，本文刻意選擇了一些量身打造的極端案例，但就算我們回顧前文討論中出現過的「正常」案例，本文建議的方案同樣適用。如果一個方法能夠處理一般狀況、也能夠處理特殊狀況，是否代表它可能是更好的方法呢？這裡並不是要推翻「先論保障範圍、再論保護程度」的框架，但這個框架未必僵硬地要求我們，一定要先給予言論終局的定義才能處理其它問題。如果真要套用保障範圍這個比喻式的說法，那麼本文代表的立場是這樣：當政府管制是出於不當動機時，就已經侵踏了言論自由的保障範圍，而且是一腳踩進最核心的區域¹⁷⁰。所以動機搜獵的肯定結果，將同時決定兩件事：系爭問題落入言論自由的保障範圍，且應啟動最強的保護（嚴格審查）。

本文僅主張：「管制是否針對內容」以及「是否涉及言論自由」的判斷，經常是伴隨發生的；在內容中立性的判斷上，無須過度糾結於言論概念的問題。至少就實際運用來說，這樣的處理方式是優點而非缺點。本文並未主張，上述判斷涵蓋了所有關於言論自由保障範圍的問題。誠然，動機論導向的內容中立性，會映照出言論概念中一些更深層而有趣的議題，然相關討論已超出本文題旨，只能留待它處進行。

伍、對於我國言論自由法制的相關建議

一、中立性判準的定義

雖然雙軌理論已見於我國大法官解釋，然而目前為止還沒有真正出現過關於中立性判準的疑難案例。可以預期的是，如果雙軌理論繼續在我國的違憲審查實踐中獲得發展，接下來可能會面對如何

¹⁷⁰ 類似分析請見Tim Wu, *Machine Speech*, 161 U. PA. L. REV. 1495, 1514-16 (2013).

將中立性判準進一步具體化的問題。本文認為，從動機論的角度來思考，比較可行的選項有兩個：一是直接跟隨*Reed*判準，這是相對剛性的方案。二是將*Reed*判準的表面歧視要素代換為「高度不當動機風險」，針對內容的定義是「有不當動機或高度不當動機風險」的管制，這是相對彈性的方案。

*Reed*判準明確地宣告任何表面歧視都構成針對內容的言論管制，這將給予言論自由最高度的保障。這樣的發展可能是為了因應特定的狀況，也可能有長期的社會歷史背景。關於前者，其中一個可能原因，或許是下級法院以過於疏鬆的動機概念作為中立性判準（用本文的話來說，就是採用了唯一動機），因此*Reed*案明確祭出表面歧視要素來導正這個問題¹⁷¹。關於後者，許家馨研究員對於美國言論及新聞自由保障為何逐漸擴大的解析，極具參考價值。概擴地說，除了個人權利意識發展這個一般性背景以外，「這是一個廣土眾民且人口組成高度複雜的移民社會，為了維持治理正當性，同時也是一個社會為了阻絕約束自己的不寬容衝動，所發展出來的合理策略。¹⁷²」其中包含三個面向：對於外敵恐懼所造成的過度反應之省思；在文化及族裔多元的環境中擴大政治參與、促進社會整合；透過基本權層次的言論自由標準建全全國性的公共論域¹⁷³。*Reed*判準的剛性化走向，乃至於近年來最高法院拒絕輕易地增加不受保護的言論類型¹⁷⁴，似乎都可以放在這個脈絡下來理解。

然而這也必須付出相當代價。前文曾論及，最高法院對於表面歧視的定義尚稱一致，卻以不符合直覺的方式進行了限縮¹⁷⁵。從結果來看，限縮的用意其實非常明顯，因為若非如此則合理管制窒礙

171 Genevieve Lakier, *Reed v. Town of Gilbert, Arizona, and the Rise of the Anticlassificatory First Amendment*, 2016 SUP. CT. REV. 233, 255-58 (2016).

172 許家馨（註47），頁43。

173 許家馨（註47），頁44-46。

174 *United States v. Stevens*, 559 U.S. 460, 468-72 (2010).

175 參考前揭註49至註52。

難行，墮胎診所系列案就是一例。事實上，如果真的徹底落實「表面歧視即針對內容」這樣的規則，很可能會有太多的言論管制落入針對內容的範疇，所以司法者必須不斷地建構原則與例外來維持判準的一致性與結果的合理性。然而這一方面會增加司法論證的負擔，另一方面也會增加參與者（法律人或關心法律的人）理解規則的難度，衍生更多誤會與爭議。尤其在一個言論樣態不斷擴張翻新的時代，我們不得不懷疑，要融貫地維持一套表面歧視的判斷方法，是否變得愈加困難？

前揭家許家馨研究員所提到的三個面向，至少其中兩個與臺灣有相似之處：我們同樣是一個有外敵焦慮的國家；我們有由來已久的政治價值對立、也有不同族群所形成的文化多元性。在這樣的情況下，剛性方案當然有其吸引力。然而相較於剛性方案，彈性方案對於言論自由的保障未必就更薄弱。一來不當動機應理解為必要動機而非唯一動機，在這個前提下，即使沒有表面歧視要素，應該也不至發生*Reed*案前下級法院過於偏向政府的狀況。二來整個判準已經從事實上的不當動機前置為不當動機的風險預防，因此很難想像有哪一種嚴重的表面歧視可以通過這個檢驗。至於不當動機風險極低的表面歧視，自然也無須動用嚴格審查。Elena Kagan大法官在*Reed*案的協同意見中即指出，系爭管制的表面歧視其實風險甚微，如果僅因這樣的表面歧視就發動嚴格審查，那麼無數的類似規定都將面臨危機。事實上政府對於系爭管制幾乎無法提出任何論證，所以不要說中度審查，甚至更低的審查標準都無法通過¹⁷⁶。既然如此，殺雞焉用牛刀？

如果兩種方案的功能性差不多，但是剛性方案所伴隨的技術性困難卻更多，那麼彈性方案就成為更合理的選擇。

176 *Reed*, 576 U.S. at 180-85 (Kagan concurring).

二、內容中立性與雙階理論

雙階理論將言論分為高價值和低價值，並容許低價值言論受到更多的限制。那麼，內容中立性是否適用於低價值言論？前文已論及區別言論價值的困難，然而是否要全面放棄雙階理論，已非本文主題，這裡僅主張一個較限縮的命題：就算採納雙階理論，這個區別亦不能抵禦內容中立性的穿透¹⁷⁷。換句話說，即使在低價值言論領域，有不當動機或高度不當動機風險的管制仍須受到嚴格審查。

從前文關於*Discovery Network*和*R.A.V.*案的分析不難看出，這正是美國聯邦最高法院的處理方式。至於為何如此，*Matal v. Tam*案中多數意見的這段話是最好的註解：「若貼上商業性標籤，就允許壓抑任何可能造成政治或社會『波動』的言論，言論自由危矣。¹⁷⁸」近年發生在臺灣的例子，提供了進一步的說明：全聯推出影射陳文成博士命案的中原普渡廣告，由於內容敏感，隨後迅速自行下架¹⁷⁹。我們不妨假設性地想像，如果政府不樂見這個廣告的內容及其社會效應而予以管制，是否僅因其商業性，就可以使得這個管制免於針對內容的嚴格審查？

由於本文建議以「高度不當動機風險」取代「表面歧視」，所以不用擔心內容中立性將使得商業言論的管制窒礙難行。一般性地禁止虛假或具誤導性的言論，就如前文對*Alvarez*案的分析，因為高

177 類似見解請參閱李建良，藥物廣告的限制及其合憲性，台灣本土法學雜誌，28期，頁83（2001年）。

178 *Matal v. Tam*, 137 S. Ct. 1744, 1765 (2017).

179 相關報導請參閱廖元鈴，影射陳文成命案？全聯廣告恐踩到這3大禁忌緊急下架，今週刊，2018年8月7日，<https://www.businesstoday.com.tw/article/category/80392/post/201808070029/%E5%BD%B1%E5%B0%84%E9%99%B3%E6%96%87%E6%88%90%E5%91%BD%E6%A1%88%EF%BC%9F%E5%85%A8%E8%81%AF%E5%BB%A3%E5%91%8A%E6%81%90%E8%B8%A9%E5%88%B0%E9%80%993%E5%A4%A7%E7%A6%81%E5%BF%8C%E7%B7%8A%E6%80%A5%E4%B8%8B%E6%9E%B633987574>（最後瀏覽日：2021年2月16日）。

度不當動機風險而構成針對內容的管制；但在規定明確的情況下禁止虛假或具誤導性的廣告或商品標示，顯然不會有同等風險，所以通常不構成針對內容的管制。

這樣的看法仍保有雙階理論的操作空間。例如，當管制屬非針對內容而進入第二刀的利益衡量時，雙階理論的支持者就可能在衡量中給予低價值言論較低的份量。至於是否接受雙階理論，在本文仍是開放的問題。

三、內容中立性與事前審查

司法院釋字第744號解釋開啟了關於言論事前審查的多面向問題，這裡僅就本文題旨為以下命題提出說理：無論認為事前審查應一律受到嚴格審查、抑或應採取更彈性的方式，都可由動機論導向的內容中立性獲得論證。限於篇幅，以下僅針對法律授權行政機關所進行之事前審查，進行原則性的理論分析，無法對每一種事前審查都提出具體的操作標準。

司法院釋字第744號解釋確立了以下規則：對於化妝品廣告的事前審查原則上違憲，除非政府能證明該管制「係為防止人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復危害之特別重要之公共利益目的，其與目的之達成間具直接及絕對必要關聯，且賦予人民獲立即司法救濟之機會」。換句話說，此等管制事實上必須面對嚴格審查¹⁸⁰。然而本號解釋和過去幾號解釋間的關係為何，不無疑問。

第一個層次的問題是，本號解釋是否變更了司法院釋字第414號解釋？後者顯然未以同等強度檢視藥物廣告的事前審查，所以至少可以確定，司法院釋字第414號解釋採取了比嚴格審查更寬鬆的標準。因此有些看法認為，司法院釋字第744號解釋事實上已和司

180 湯德宗大法官司法院釋字第744號解釋部分協同意見書第2段。

法院釋字第414號解釋採取不同見解¹⁸¹。然而，若將化妝品和藥物廣告之事前審查所對應的兩種審查標準，視為兩個憲法層次的釋義規則，這兩個規則的文義本身並無矛盾可言。真正的問題在於，這兩個規則背後可能採取了不同的論據（或者是黃昭元大法官所說的「考量因素」¹⁸²）。如果我們同意，法律規則的論證及其可能導致的潛在推論結果，不等於有權機關明確宣告的法律規則本身¹⁸³，那麼或許我們也能夠同意，這裡不至發生見解變更問題¹⁸⁴。

即便如此，法學作為論證活動，融貫性依然是重要（即使並非唯一）的價值。這就連接到第二個層次的問題：如何為司法院釋字第744號及其相關解釋，提出盡可能融貫的論證？首先，究竟該如何說明，同為商業性言論的事前審查，只有化妝品廣告會啟動嚴格審查、藥物廣告則否？或可因為藥物對國民健康的直接影響，將其視為特例，但接下來還是會碰到這個問題：如果連化妝品廣告的事前審查都要面對最高標準，那麼理論上絕大多數的言論事前審查都不可能適用更低標準，但這顯然與法院先前的見解不一致。司法院釋字第445號解釋從雙軌理論的觀點肯認了集會遊行許可制的合憲性，認為集會遊行法第11條「有關時間、地點及方式等未涉及集會、遊行之目的或內容之事項」的事前管制並不違憲。司法院釋字第718號解釋雖認為，專就「未將緊急性及偶發性集會遊行納入考量」這點而言，集會遊行法關於事前申請的部分規定違憲，但仍重

181 湯德宗大法官司法院釋字第744號解釋部分協同意見書第2段、詹森林大法官司法院釋字第744號解釋協同意見書第5段、羅昌發大法官司法院釋字第744號解釋部分協同意見書第1段。

182 黃昭元大法官司法院釋字第744號解釋協同意見書第6段。

183 代表性看法請參閱Joseph Raz, *Authority, Law, and Morality*, in *ETHICS IN THE PUBLIC DOMAIN: ESSAYS IN THE MORALITY OF LAW AND POLITICS* 210, 210-37 (1995).

184 本文是從這個角度理解許宗力大法官（司法院釋字第744號解釋協同意見書第4段）和黃昭元大法官（司法院釋字第744號解釋協同意見書第6段）所說的「一次一案」。

申司法院釋字第445號解釋的見解，認為政府可以合憲地對集會遊行進行非針對內容的事前管制，採許可或報備制仍屬立法形成自由。為什麼一般而言更具政治參與意義的集會遊行之事前審查，反而適用更寬鬆的標準¹⁸⁵？

這樣的法律實踐似乎很難被融貫詮釋。比較可能的理解，是法院在司法院釋字第744號解釋根本就採取了和司法院釋字第445及718號解釋不相容的論據，這個路徑在黃昭元大法官的協同意見書中表達的最為清楚¹⁸⁶，簡單說就是：由於事前審查的特殊性，無論言論類型、亦無論是否針對內容，凡涉及事前審查的言論管制，應一律受到嚴格審查。因為這構成一組完全獨立的判準，本文稱之為「事前審查先決」模式。若貫徹這個模式，不僅司法院釋字第445及718號解釋的見解可能在未來受到修正，其它諸多涉及事前審查的言論管制亦將受到相當衝擊¹⁸⁷。換而言之，融貫論述之困難，其實是因為事前審查先決這個變革性論據。儘管類似看法並非第一次出現在意見書中¹⁸⁸，但司法院釋字第744號解釋使其獲得前所未有的支持。所以問題已經從如何融貫論證，變成事前審查先決模式如何獲得論證。如果有充分的理由支持這個模式，那麼即使它將造成現制的重大變動，也可能是合理的結果。

理由看起來是充分的，畢竟事前審查有惡名昭彰的歷史，司法院釋字第744號解釋的意見書中亦可看到比較法方面的佐證。但若進一步思考這個問題，會發現情況可能更複雜些：

185 關於融貫性方面的質疑，參見林俊益大法官司法院釋字第744號解釋部分協同意見書第31段，以及詹森林大法官司法院釋字第744號解釋協同意見書第20段。

186 黃昭元大法官司法院釋字第744號解釋協同意見書第6到12段。

187 劉靜怡，事前審查所為何事？——司法院釋字第744號解釋簡評，月旦法學雜誌，267期，頁199（2017年）。

188 吳庚、蘇俊雄、城仲模大法官司法院釋字第414號解釋部分不同意見書第6段。

第一，「事前／後審查」涵蓋各種管制樣態，唯一確定的區別判準是管制介入的時點。在這樣的情況下，事前審查的高規格待遇未必能獲得證立，因為它對言論自由的威脅不必然高於事後追懲¹⁸⁹。試想，一個出於公共空間負載考量、許可條件明確的集會遊行事前審查，會比對特定主題的集會遊行進行事後追懲更糟嗎？又例如，要求廣告招牌設置前先通過尺寸位置的審核，以及以公序良俗為名懲處某些已經設置的廣告招牌，何者更加危險？事前審查的重要歷史性論述往往與出版物有關¹⁹⁰，而對於出版物的限制本來就幾乎都是針對內容的管制，因此予人高度惡害的印象。但現代社會的言論樣態及管制形式都大幅擴張，這樣的印象已無作為準確的評價基礎。

第二，至少以美國法來說，事前審查所受到的待遇可能沒有想像中嚴苛，相關問題國內已有詳細討論¹⁹¹。這裡僅進一步主張，美國法中的事前審查並非完全獨立於內容中立性的判準，有時更像是內容中立性的一環。例如在*Thomas v. Chicago Park District*案中，系爭管制是關於集會遊行時間、地點、方式的事前審查，然而法院拒絕直接適用*Freedman v. Maryland*¹⁹²及*FW/PBS, Inc. v. City of Dallas*¹⁹³兩案針對事前審查所建立的特殊要求，理由是系爭管制並非針對內容¹⁹⁴。法院明確地指出，他們「未曾要求對公共論壇言論所進行的非針對內容許可管制，遵循*Freedman*案所建立的程序性要求」¹⁹⁵，

189 SCHAUER, *supra* note 163, at 149-53.

190 例如John Milton的《論出版自由》(AREOPAGITICA)，William Blackstone經常被引用的片段(WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND VOL. 4 150-153 (1966).)，以及最常被提到的*Freedman*案。

191 楊智傑，言論自由事前審查之審查標準——釋字第744號解釋與美國審查標準比較，憲政時代，43卷1期，頁89-143 (2017年)。

192 See *Freedman v. Maryland*, 380 U.S. 51 (1965).

193 See *FW/PBS, Inc. v. City of Dallas*, 493 U.S. 215 (1990).

194 *Thomas v. Chicago Park District*, 534 U.S. 316, 321-22 (2002).

195 *Id.* at 322.

最後將系爭管制定性為非針對內容的言論管制，以中度審查標準宣告合憲¹⁹⁶。Volokh更在教科書中提醒讀者，不要被事前審查的標籤過度影響了，事前／後的區別在當前的美國言論自由法學中已不那麼重要，原則上仍應回到內容中立性等釋義規則來處理問題¹⁹⁷。

無論從實際操作的結果合理性或者與美國法的比較來看，事前審查先決都不是理所當然的結論。儘管如此，本文認為這個選擇亦非毫無理據。如果事前審查的危害不必然高於事後追懲，為什麼還要一律給予最嚴格的審查標準？這非常類似前文為內容中立性的實踐找理論時所面對的情況，而同樣的解釋也適用於此：因為更高的不當動機風險¹⁹⁸。相較於對已揭示於眾的言論進行事後追懲，事前審查更難受到輿論監督，可以用來操控言論對公眾發生影響的時點，甚至可能技術性地終局屏蔽某些言論。整體來說，政府遂行不當動機的空間更大、誘因更高，即使是同一個非針對內容的言論管制，放在事前審查往往也比作為事後追懲來得危險。當然並非每一種事前審查皆如此，然而就像內容中立性的考量從搜獵不當動機前置為預防不當動機風險，事前審查先決模式則是從個別的風險評估再前置為「一律視為高度風險」，也就是內容中立性的超前置特案。

在言論自由思考中，我們有時寧可犧牲評價的準確性，以保全某些特別重要的價值¹⁹⁹，不當動機的風險預防就可說是這樣的產物。現在的問題在於，我們要不要在這個方向上更「進一步」，也

196 *Id.* at 323-25. 值得注意的是，法院在這裡明確地以不當動機風險作為針對內容與否的考量：“Where the licensing official enjoys unduly broad discretion in determining whether to grant or deny a permit, **there is a risk that he will favor or disfavor speech based on its content.**”（粗體強調為本文所加）。

197 EUGENE VOLOKH, *THE FIRST AMENDMENT AND RELATED STATUTES: PROBLEMS, CASES AND POLICY ARGUMENTS* 690-93 (6th ed. 2016).

198 同樣從動機論看待事前審查的觀點請參閱Kagan, *supra* note 25, 458-60.

199 SCHAUER, *supra* note 163, at 137-39.

就是採取事前審查先決模式。就如前述，這不是一個不合理、但確實影響甚為廣的方案。如果我們希望在兼顧言論自由保護的前提下，對現制造成更低的衝擊並保有較高的評價準確性，那麼「退一步」回歸內容中立性來處理問題，不失為另一種選擇。

依據本文的建議，無論事前或事後，管制的不當動機或高度不當動機風險本來就會啟動嚴格審查。癥結在於，由於事前審查有更高的風險，因此必須具備相應特徵來降低這個風險，欠缺這些特徵的事前審查，原則上就可視為針對內容的管制。實務及學說見解對於事前審查所建立的特殊要求，其實都可以從這個方向來理解，主要可歸納為兩大要素。

一是明確性要素²⁰⁰。前文關於*Lakewood*案的討論已經指出，判準不明的事前審查形同邀請不當動機介入²⁰¹，這裡僅補充一點：對於內容中立性的判斷來說，明確性本來就是重要指標，並非事前審查所獨有，只是我們通常有理由對事前審查提出更高的要求。二是即時性要素²⁰²，這才是事前審查特有的問題。縱有客觀明確的判準，一個長期延宕或沒有即時司法救濟途徑的事前審查，一樣可為不當動機所用，所以司法院釋字第744號解釋和*Freedman*案都要求即時的司法救濟。必須說明的是，由於事前審查涵蓋的範圍相當廣泛，因此這兩個風險指標的具體要求為何，仍可能因為管制的性質而有所調整。例如，集會遊行的事前審查應達到何等明確即時性才算是免於高度不當動機風險，可能就會和廣告招牌有不同考量²⁰³。

200 楊智傑（註191），頁106-107；Kagan, *supra* note 25, at 460. 司法院釋字第414號解釋一方面肯認藥物廣告的事前審查合憲，另一方面提示「……關於藥物廣告須先經核准之事項、內容及範圍等，應由主管機關衡酌規範之必要性，依比例原則隨時檢討修正」，亦可理解為一種明確性要求。

201 參考前揭註70、71。

202 楊智傑（註191），頁107-109。

203 關於即時司法救濟的問題請參閱劉靜怡（註187），頁199-201。

如果回歸內容中立性，那麼「事前」這個標籤並不會自動開啟嚴格審查；仍應就前述指標審究管制的性質，以判斷管制是否針對內容。如何在這個大方向下形成更多具體判斷，仍有待司法實踐積累。在這個方案下，雙階理論的去留根本不成為問題，因為依照本文看法，無論是否採納雙階理論，對低價值言論的管制本來就還是要受到內容中立性的檢驗；就算內容中立性會穿透雙階理論的區隔，也不會使得雙階理論完全失去操作空間。

陸、結語

林子儀大法官在二十餘年前即主張以動機論來理解內容中立性²⁰⁴，這樣的看法在二十多年後的今天顯得更具說服力。關鍵在於，構成中立性判準的不當動機，必須理解為「必要動機」；而且中立性判準已經從管制的不當動機搜獵，前置為不當動機的風險預防。

本文認為，動機論導向內容中立性不但是美國最高法院實踐的最佳解釋，同時也是值得我國借鏡的方式。一言以蔽之，它使得雙軌理論成為一種受限的利益衡量——這可能是在言論自由問題特有的認識困境中，使相互衝突之規範性要求（其它的言論自由理論）獲得實現的最佳路徑。

在這樣的理論基礎上，本文為內容中立性在我國的應用提出以下初步建議：1. 以「系爭管制是否具有不當動機或高度不當動機風險」作為中立性判準。2. 無論是否採納雙階理論，對於低價值言論的管制都不能免於中立性檢驗。3. 可回歸內容中立性來處理言論的事前審查，以管制的標準明確性及司法救濟的即時性兩項指標，搭配管制的性質來判斷不當動機風險。

204 林子儀（註2），頁195。

參考文獻

1. 中文部分

- 王鵬翔、張永健（2015），經驗面向的規範意義——論實證研究在法學中的角色，中研院法學期刊，17期，頁205-294。
- 李建良（2001），藥物廣告的限制及其合憲性，台灣本土法學雜誌，28期，頁75-89。
- （2002），行政法上不當聯結禁止原則，月旦法學雜誌，82期，頁20-21。
- 林子儀（1999），言論自由之理論基礎，收於：言論自由與新聞自由，頁1-59，臺北：元照。
- （1999），言論自由的限制與雙軌理論，收於：言論自由與新聞自由，頁133-196，臺北：元照。
- （2002），言論自由導論，收於：李鴻禧等合著，台灣憲法之縱剖橫切，頁103-179，臺北：元照。
- 許家馨（2011），什麼樣的民主？什麼樣的新聞自由？——從民主理論視野分析美國新聞自由法制，政大法學評論，124期，頁1-71。
- 楊智傑（2017），言論自由事前審查之審查標準——釋字第744號解釋與美國審查標準比較，憲政時代，43卷1期，頁89-143。
- 廖元豪（2016），以憲法之表現自由處理「公民不服從」爭議——評薛智仁教授〈刑法觀點下的公民不服從〉一文，中研院法學期刊，19期，頁203-228。
- 劉靜怡（2005），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。
- （2017），事前審查所為何事？——司法院釋字第744號解釋簡評，月旦法學雜誌，267期，頁194-201。

蘇慧婕（2017），言論管制的中立性——美國雙軌理論和德國一般法律理論的言語行為觀點分析，收於：李建良編，憲法解釋之理論與實務（九），頁201-269，臺北：中央研究院法律學研究所。

2. 外文部分

- Alexander, Larry. 2005. *Is There a Right of Freedom of Expression?*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Bhagwat, Ashutosh. 1997. Purpose Scrutiny in Constitutional Analysis. *California Law Review* 85:297-369.
- . 2007. The Test that Ate Everything: Intermediate Scrutiny in First Amendment Jurisprudence. *University of Illinois Law Review* 2007:783-838.
- . 2017. In Defense of Content Regulation. *Iowa Law Review* 102:1427-1475.
- Blackstone, William. 1966. *Commentaries on the laws of England Vol. 4*. London: Dawsons of Pall Mall.
- Calvert, Clay. 1997. Free Speech and Content-Neutrality: Inconsistent Applications of an Increasingly Malleable Doctrine. *McGeorge Law Review*. 29:69-110.
- Chemerinsky, Erwin. 2000. Content Neutrality as a Central Problem of Freedom of Speech: Problems in the Supreme Court's Application. *Southern California Law Review* 74:49-64.
- Corbin, Caroline Mala. 2015. Speech or Conduct? The Free Speech Claims of Wedding Vendors. *Emory Law Journal* 65:241-302.
- Davidson, Donald. 1984. Moods and Performances. Pp. 109-121 in *Inquiries into Truth and Interpretation*. Oxford: Clarendon Press.
- Davis, Joshua P., and Joshua D. Rosenberg. 2010. The Inherent Structure of Free Speech Law. *William & Mary Bill of Rights Journal* 19:131-196.

- Dworkin, Ronald. 1993. Women and Pornography. In *The New York Review*, <https://www.nybooks.com/articles/1993/10/21/women-and-pornography/>.
- Gottlieb, Stephen E. 2000. *Morality Imposed: The Rehnquist Court and the State of Liberty in America*. New York, NY: New York University Press.
- Jacobs, Leslie Gielow. 2003. Clarifying the Content-Based/Content Neutral and Content/Viewpoint Determinations, *McGeorge Law Review* 34:595-636.
- . 2017. Making Sense of Secondary Effects Analysis after *Reed v. Town of Gilbert*. *Santa Clara Law Review* 57:385-451.
- Kagan, Elena. 1996. Private Speech, Public Purpose: The Role of Governmental Motive in First Amendment Doctrine. *University of Chicago Law Review* 63:413-518.
- Kendrick, Leslie. 2012. Content Discrimination Revisited. *Virginia Law Review* 98:231-300.
- Kozlowski, Dan V. 2006. Content and Viewpoint Neutrality: How Fundamental Tenets of First Amendment Law Have Come to be Plagued by Inconsistency and Confusion. *Free Speech Yearbook* 43:50-84.
- Lakier, Genevieve. 2016. *Reed v. Town of Gilbert, Arizona*, and the Rise of the Anticlassificatory First Amendment. *Supreme Court Review* 2016:233-299.
- McDonald, Barry P. 2006. Speech and Distrust: Rethinking the Content Approach to Protecting the Freedom of Expression. *Notre Dame Law Review* 81:1347-1430.
- Norris, Cain, and Whitney Turk. 2013. Equal Protection. *Georgetown Journal of Gender and the Law* 14:397-448.
- Post, Robert C. 1995. *Constitutional Domains: Democracy, Community,*

- Management*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- . 1995. Recuperating First Amendment Doctrine. *Stanford Law Review* 47:1249-1281.
- . 2011. Participatory Democracy and Free Speech. *Virginia Law Review* 97:477-490.
- . 2011. Participatory Democracy as a Theory of Free Speech: A Reply. *Virginia Law Review* 97:617-632.
- Raz, Joseph. 1995. Authority, Law, and Morality. Pp. 210-237 in *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*. New York, NY: Oxford University Press.
- Rienzi, Mark, and Stuart Buck. 2013. Neutral No More: Secondary Effects Analysis and the Quiet Demise of the Content-Neutrality Test. *Fordham Law Review* 82:1187-1235.
- Rubinfeld, Jed. 2001. The First Amendment's Purpose. *Stanford Law Review* 53:767-832.
- Schauer, Frederick. 1982. *Free Speech: A Philosophical Enquiry*. Cambridge: Cambridge University Press.
- . 2004. The Boundaries of the First Amendment: A Preliminary Exploration of Constitutional Salience. *Harvard Law Review* 117:1765-1809.
- . 2005. The Exceptional First Amendment. Pp. 29-56 in *American Exceptionalism and Human Rights*, edited by Michael Ignatieff. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- . 2015. The Politics and Incentives of First Amendment Coverage. *William and Mary Law Review* 56:1613-1636.
- Searle, John R. 1995. *The Construction of Social Reality*. New York, NY: Free Press.
- Stephan, Paul B. III. 1982. The First Amendment and Content Discrimination. *Virginia Law Review* 68:203-252.

- Stone, Geoffrey R. 1983. Content Regulation and the First Amendment. *William and Mary Law Review* 25:189-252.
- Tushnet, Mark V., Alan K. Chen, and Joseph Blocher. 2017. *Free Speech Beyond Words: The Surprising Reach of the First Amendment*. New York, NY: New York University Press.
- Verstein, Andrew. 2018. The Jurisprudence of Mixed Motives. *Yale Law Journal* 127:1106-1175.
- Volokh, Eugene. 2003. The Mechanisms of the Slippery Slope. *Harvard Law Review* 116:1026-1138.
- . 2005. Speech as Conduct: Generally Applicable Laws, Illegal Courses of Conduct, “Situation-Altering Utterances,” and the Uncharted Zones. *Cornell Law Review* 90:1277-1348.
- . 2011. The Trouble with “Public Discourse” as a Limitation on Free Speech Rights. *Virginia Law Review* 97:567-594.
- . 2016. *The First Amendment and Related Statutes: Problems, Cases and Policy Arguments*. 6th ed. St. Paul, MN: Foundation Press.
- Weinstein, James. 2011. Participatory Democracy as the Central Value of American Free Speech Doctrine. *Virginia Law Review* 97:491-514.
- West, Caroline. 2018. Pornography and Censorship. In *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <https://plato.stanford.edu/entries/pornography-censorship/>.
- Wright, R. George. 2006. Content-Based and Content-Neutral Regulation of Speech: The Limitations of a Common Distinction. *University of Miami Law Review* 60:333-364.
- . 2015. Content-Neutral and Content-Based Regulations of Speech: A Distinction That is No Longer Worth the Fuss. *Florida Law Review* 67:2081-2102.
- Wu, Tim. 2013. Machine Speech. *University of Pennsylvania Law Review* 161:1495-1533.

Suspicious Motive, Limited Knowledge: A Theoretical Reflection on Content Neutrality

*Yuan-Chung Cheng**

Abstract

Whereas content neutrality is regarded as one of the most important characteristics of American jurisprudence on the freedom of expression, this doctrine has been continuously challenged both in and out of the Supreme Court of United States. Despite the constant criticisms content neutrality has received, its strength and status as a rule was reconfirmed in *Reed v. Town of Gilbert*. This article investigates the significance of the phenomenon from a theoretical point of view in the following three respects: first, in the descriptive respect, this article argues that the criteria of content neutrality are not as inconsistent in practice as criticisms suggest; second, in the analytical respect, this paper asserts that the motive theory is arguably the best explanation of the court practice; and third, in the normative respect, by analyzing the concepts of motive and comparing competing theories, this article contends that it is worth learning from the motive-oriented model of content neutrality. Therefore, this paper illustrates the definition of content neutrality and its relationships with the two-level theory and prior restraint respectively. On the basis of this discussion, this paper further offers a few preliminary proposals for the possible application of content neutrality in Taiwan's legal practice.

KEYWORDS: content neutrality, the two-track theory, the two-level theory, prior restraint, content-based, content-neutral, facial discrimination, illicit motive, but-for motive, expressive conduct.

* Assistant Professor, Arete Honors Program, National Yang Ming Chiao Tung University.