研究論文
《中研院法學期刊》第 39 期
頁 159-239（2026 年 9 月）

美國公眾服務法中的強迫言論*

—— 從*303 Creative LLC v. Elenis*思考強迫言論的類型、論據以及權利調和

程源中**

摘 要

透過強迫言論這個釋義規則，*303 Creative LLC v. Elenis*首度宣告：即便是在商業交易領域，言論自由也可以構成公眾服務法的例外。為了分析*303 Creative*的論證基礎，本文從相關案例整理出三種強迫言論類型與論據：顯明的強迫言論（人性尊嚴／零距離的意識形態壓迫）、強迫言論構成特定言論內容的負擔（內容中立性）、強迫收容攜帶特定訊息（錯誤歸因／系統性扭曲）。接下來本文指出，*303 Creative*的說理訴諸系統性扭曲，但完全忽略本案就是基於受保護特徵的歧視。即便如此，*303 Creative*的結論可以受到人性尊嚴論據支持：在少數情境下公眾服務法可能造成零距離的意識形態壓迫，因而必須考慮例外。最後本文將說明，應如何解釋適用「大眾交易」以及「差別待遇是否基於受保護特徵」，如何判斷具體情境是否構成「零距離的意識形態壓迫」，以調和公眾服務法這類反歧視管制中的權利衝突。

＊ 投稿日：2025年2月10日；接受刊登日：2025年12月31日。〔責任校對：涂景亮〕。
本文為國科會研究計畫「思想自由，強迫言論與仇恨言論」（計畫編號：113-2410-H-A49-046-MY2）之部分成果。初稿曾發表於中研院法律所「第14屆憲法解釋之理論與實務研討會：多元文化與民主生活」，感謝吳佳樺法官、林子儀研究員、陳弘儒研究員、陳仲嶙教授、蘇彥圖研究員的寶貴意見，以及三位匿名審查人的批評指教，惟文責由作者自負。

＊＊ 國立陽明交通大學百川學士學位學程助理教授。

穩定網址：https://publication.iias.sinica.edu.tw/34605162.pdf。

關鍵詞：言論自由、不表意自由、思想自由、表意性結社、商業性結社、反歧視管制、錯誤歸因、人性尊嚴、賽局理論、大眾交易。

目 次

壹、前言
一、本文背景與結構
二、方法、範圍與前提
貳、強迫言論的三種類型與論據
一、顯明的強迫言論（人性尊嚴／零距離的意識形態壓迫）
二、強迫言論構成特定言論內容的負擔（內容中立性）
三、強迫收容攜帶特定訊息（錯誤歸因／系統性扭曲）
參、*303 Creative*的啟示
一、兩方的主要論點
二、分析
三、規範性反思
四、小結
肆、結論

壹、前言

一、本文背景與結構

如果用一句話概括近年美國聯邦最高法院兩個關於反歧視管制與憲法增修條文第1條的判決，結果可能令人震驚：拒絕為同性伴侶提供婚禮訂製蛋糕，以及拒絕為同性伴侶設計結婚網頁，都獲得了憲法增修條文第1條的保障。最高法院首次透過憲法增修條文第1條，阻擋了反歧視管制在公開商業交易中的適用。

這兩個判決分別是2018年的*Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*[1]，以及2023年的*303 Creative LLC v.*

1 Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colo. C.R. Comm'n, 138 S. Ct. 1719 (2018).

Elenis[2]。兩案的關聯之處，不只在於系爭管制都是《科羅拉多反歧視法》（Colorado Anti-Discrimination Act，以下簡稱CADA），都是與同性伴侶有關的商業交易，更在於它們的延續性。雖然*Masterpiece Cakeshop*最後透過宗教自由迴避言論自由的難題，但這更像是法院暫時取得共識的權宜之計：Clarence Thomas和Neil Gorsuch大法官在協同意見對擱置的言論自由問題磨刀霍霍[3]，本案的重要法庭之友意見也圍繞著言論自由打轉，其中某些看法更對應了5年後*303 Creative*的爭點（詳下述「參、一、兩方的主要論點」）。因此*Masterpiece Cakeshop–303 Creative*應視為系列案來一併觀察討論。

在*Masterpiece Cakeshop*，蛋糕師傅Jack Phillips是虔誠的基督徒，他認為婚姻就應該是一男一女的結合，所以拒絕了上門訂購婚禮蛋糕的同性伴侶。Phillips表示，自己可以為他們製作其他蛋糕或販售其他商品，但不會為同性婚禮製作蛋糕，因為這違背自己的宗教信念。Phillips遭到違反CADA的投訴，CADA所定義的不法歧視，是基於身障、種族、信仰、膚色、性別、性取向、婚姻狀況、國籍或血統，使個人或團體無法在公眾場所享用完整且平等的貨品、服務、設施、特權、利益或住宿。Phillips主張CADA的適用將侵害他的言論及宗教自由，但科羅拉多民權委員會（Colorado Civil Rights Commission）仍認定Phillips的行為牴觸CADA[4]。

最高法院的處理態度非常謹慎，承認本案面臨兩方面的困難。在言論自由層次，精美的蛋糕本身、以及在某些條件下拒絕販售蛋糕的行為是否構成言論，構成了難題。在宗教自由層次，儘管宗教上的理由可以支持像是神職人員拒絕主持同性婚禮之類的情況，但

2 303 Creative LLC v. Elenis, 143 S. Ct. 2298 (2023).
3 *Masterpiece Cakeshop*, 138 S. Ct. at 1740-48 (Thomas, J., concurring).
4 *Id*. at 1723-26 (majority opinion).

這類例外若無明確定義，那麼無數的相關商品和服務都可以拒絕提供給同性婚禮，這是另一個難題[5]。兩個層次的問題都等待著界線，但法院並不打算在這次就劃出界線，而是技術性地將處理範圍限定在科羅拉多民權委員會對特定宗教立場的偏頗態度——光是這樣的國家行為瑕疵就已經牴觸憲法的宗教自由保障。最後法院還強調了本案判決在特殊脈絡下的侷限性，進一步的問題須留待日後審慎處理[6]。「擱置」可能是這個7比2判決最大的共識，Elena Kagan和Stephen Breyer兩位自由派大法官提出的協同意見，其實是為了再次標註：本案僅關於國家行為的瑕疵，而不及於反歧視管制本身[7]。

*Masterpiece Cakeshop*法院所擱置的問題，終究在*303 Creative*直球對決。303 Creative是Lorie Smith營運的一人公司，提供網站及圖像設計、行銷建議以及社群媒體管理服務。Smith想要將經營觸角延伸到婚禮網站，依據她的構想，網站將以量身定做的方式，透過文字、圖像、影音描繪並慶祝一個獨特的愛情故事，內容包括雙方的背景、家庭、相遇以及未來計畫，當然還有婚禮資訊。Smith聲稱她願意為不同種族、信仰、性別及性取向的顧客提供服務，但不願創造違反個人信念的訊息，例如鼓舞暴力、貶抑他人以及宣揚無神論。作為基督徒，Smith擔心新服務一旦上路，CADA將迫使她為同性婚禮製作網站，這形同強迫她違背自己的宗教信念，表達她所不同意的觀點，遂提起執法前訴訟（pre-enforcement challenge）[8]。這一次，多數意見認為政府「試圖強迫個人在重大問題上違背她的良知，以符合政府觀點的方式發言」[9]，構成強迫言論（compelled speech）。這個6比3的判決有激烈的內部衝突，Sonia Sotomayor大法官在不同意見中指控「美國最高法院宣稱，特定商業活動即便對公

5 *Id.* at 1723, 1727.
6 *Id.* at 1729-32.
7 *Id.* at 1733-34 (Kagan, J., concurring).
8 *303 Creative*, 143 S. Ct. at 2308-10.
9 *Id.* at 2321.

眾開放，也有憲法上的權利拒絕為受保護的群體提供服務。[10]」多數意見也特地用了一整個區塊來回擊，而且一開頭就抱怨不同意見花了冗長的篇幅回顧管制的演變以及同性戀爭取平權的歷史，卻未能對準本案爭點[11]。

CADA涉及兩案的部分，屬於可泛稱為「公眾服務法」（public accommodation laws）的管制類型。這類管制有其普通法淵源[12]，通過1964民權法第2章（Title II of the Civil Rights Act of 1964）的確立[13]，進而發展成不同層級不同名稱的各式法律規定。它們的共同特徵，是禁止在具備公共性的場合處所，基於某些受保護特徵而給予使用、接近或服務上的差別待遇，事實上已成為一般性的反歧視規定。public accommodation一詞在中譯上的困難，恰好對應了這類管制的爭點。1964民權法第2章所列舉的處所，是以餐飲住宿、娛樂展演場合為中心[14]，然而隨著法制發展，公眾設施的概念不斷擴張，甚至及於集會遊行和表意性結社（expressive association），也造就了公共服務法和言論自由衝突的前期案例（詳下述「貳、三、強迫收容攜帶特定訊息（錯誤歸因／系統性扭曲）」）。public accommodation泛指這個可以被爭論的抽象場域，它的變動與挑戰，正反映出不同權利與利益間的衝突。將其譯為「公眾設施」可能太過強調硬體，因此本文選擇「公眾服務」作為譯名。*303 Creative*的特殊之處，在於它開創了新的類型：這一次，不是公眾服務法「入侵」言論自由，而是言論自由「入侵」了公眾服務法最

10 *Id.* at 2341 (Sotomayor, J., dissenting).

11 *Id*. at 2318 (majority opinion).

12 從普通法對公眾服務法所進行的歷史性回顧，參閱Adam J. MacLeod, *The First Amendment, Discrimination, and Public Accommodations at Common Law*, 112 KY. L.J. 209 (2023–2024)。

13 "All persons shall be entitled to the full and equal enjoyment of the goods, services, facilities, privileges, advantages, and accommodations of any place of public accommodation, as defined in this section, without discrimination or segregation on the ground of race, color, religion, or national origin." 42 U.S.C. § 2000a(a) (2018).

14 42 U.S.C. § 2000a(b) (2018).

核心的商業交易領域，而且在強迫言論的幫助下挑戰成功，這也是本文關照的重點。

這個前所未有的現象，不免令人聯想到近年自由保守兩派大法官的版圖變動。事實上，在*Masterpiece Cakeshop*問世的2018年，強迫言論就已經在另外兩個保守傾向的判決中領銜演出：法院推翻先例，認為強制非工會成員繳納代理費（agency fees）給工會以分擔集體協商成本，構成強迫言論[15]。要求符合特定條件的診所，向病患告知他處提供包含墮胎在內的家庭計畫服務，或揭露自身所提供的服務非由領有執照的醫療從業人員所主持，也構成強迫言論[16]。連同*303 Creative*，強迫言論儼然成為實現保守派價值的利器。

然而，對於公眾服務法的不同看法，是1964民權法立法討論當時就已經存在的問題。例如著名法學家Robert Bork在《新共和》（THE NEW REPUBLIC）的一篇短評中就質疑，允許國家強制介入私人交易中的偏好選擇，是否和種族隔離同樣醜陋[17]。這個現在看來極具爭議性的觀點，也讓他多年後與大法官擦身而過[18]。後來當選參議員的Rand Paul，在2010年的美國肯塔基州聯邦參議員選戰中提出了類似的論調，引起軒然大波[19]。法律經濟學者Richard A. Epstein還特地以此為例，說明自己所代表的古典自由主義（classical liberalism），和Paul所代表的放任自由主義（libertarianism）到底有

15 Janus v. Am. Fed'n of State, Cnty. & Mun. Emps., Council 31, 138 S. Ct. 2448 (2018). 本案之前的背景，參閱許炳華，工會保障與表意自由——以美國聯邦最高法院相關判決為核心，臺北大學法學論叢，105期，頁1-55，2018年。

16 Nat'l Inst. of Fam. & Life Advoc. v. Becerra, 138 S. Ct. 2361 (2018).

17 Robert Bork, *Civil Rights — A Challenge*, NEW REPUBLIC, Aug. 31, 1963, at 21, 22.

18 *On This Day: Senate Rejects Robert Bork for the Supreme Court*, NAT'L CONST. CTR. (2023/10/23), https://constitutioncenter.org/blog/on-this-day-senate-rejects-robert-bork-for-the-supreme-court.

19 Ashley Killough, *Can Rand Paul Break Past Controversy over Civil Rights Act Comments?*, CNN (2014/07/02), https://edition.cnn.com/2014/07/02/politics/rand-paul-civil-rights-act/index.html.

何不同[20]——或許對某些人來說，兩者可能沒多大差別，因為Epstein對公眾服務法之類的管制同樣有所保留，儘管是基於不同的論證（詳下述「二、（一）從Epstein的經濟分析談起」）。

提到這兩個例子，只是想點出相關問題的社會歷史複雜性，甚至光是政治光譜的標籤本身，就可以是爭吵不休的問題。Samuel R. Bagenstos在2014年的文章中指出，公眾服務法的爭議（或受到的威脅），其實是美國內戰以來一路經過民權運動延續至今的問題，只是管制反對者在不同時期訴諸了不同的論據[21]。從最近的發展來看，強迫言論似乎成為了最新且最成功的「武器」。

我們的確可以把*Masterpiece Cakeshop*到*303 Creative*的發展，視為保守派藉人數優勢所進行的反撲，但如果只從意識形態對抗來看問題就太可惜了。溫和保守傾向的著名言論自由法學者Eugene Volokh，在兩案都提出了法庭之友意見，基於一貫的理路卻得出了不同的結論。喬治城大學法學院教授暨前美國公民自由聯盟（American Civil Liberties Union, ACLU）全國法務總監David D. Cole，曾在*Masterpiece Cakeshop*案為同性伴侶辯護。然而Cole並沒有把*303 Creative*當成反歧視管制的末日，反倒指出：如果給予適當的理解，*303 Creative*的衝擊其實十分有限[22]。更有趣的是，他所說的適當理解，正呼應了Kagan大法官在*Masterpiece Cakeshop*協同意見所提出的看法（詳下述「參、*303 Creative*的啟示」）。我們應該忽略這些細膩的論理，把議題簡化為保守派的勝利或平權的反挫嗎？

---

20 Richard A. Epstein, *My Rand Paul Problem*, HOOVER INST. (2014/02/03), https://www.hoover.org/research/my-rand-paul-problem.

21 Samuel R. Bagenstos, *The Unrelenting Libertarian Challenge to Public Accommodations Law*, 66 STAN. L. REV. 1205, 1207 (2014).

22 David D. Cole, *"We Do No Such Thing":* 303 Creative v. Elenis *and the Future of First Amendment Challenges to Public Accommodations Laws*, 133 YALE L.J. F. 499, 501 (2024).

蘇彥圖研究員在討論法院如何肯認未列舉之憲法權利時，對於論理的質疑提出了這樣的回應：

> 判決理由中的憲法論理，往往不過是用來證成司法決策的修辭，不是一項司法決策如何做成的決定性原因；一個憲法法院是否會憲法化某項未列舉權利，可能終究取決於憲法法官們的政治意向／意識型態。然而，即便我們承認司法政治的存在與作用，也不表示我們必須成為司法理論的虛無主義者。就算司法理論的具體適用只是一種作文比賽，法院終須仰賴它們來援引法的權威，並且嘗試以理服人[23]。

本文認為這不僅適用於特定憲法議題；論證與說服，終究是法釋義學的標誌性特徵。Oliver Wendell Holmes Jr.大法官很早就告訴我們，每一種權利宣稱都會把自己推向極致[24]，不同的價值立場，更會使論者在衝突中更傾向某種權利。如何在規範性理想、特定社會脈絡以及既有的法律框架中形成融貫而可行的論證，正是憲法基本權釋義的核心任務。或許，某些個人或團體所提出的論點只是策略工具；或許，他們並未立場一致地關心言論自由，只是企圖藉此實現其他的價值或利益。儘管如此，這並不妨礙我們檢視這些論據的說理。言論自由機會主義是令人擔憂的，然而對抗這個現象的法治理性，並不在於檢視論者的動機或企圖，而在於檢視各種論點所預設的憲法規範能否被證成。

我們並不處於相同的對抗脈絡，但美國言論自由法學的案例多樣性，或可預先幫助我們發現潛在問題。行政院預告的《反歧視法》草案，意味著我國可能首度出現類似公眾服務法的管制[25]。直

---

23 蘇彥圖，基礎權利的憲法與政治：當代美國實體正當程序的司法理論爭議及其啟示，臺大法學論叢，51卷4期，頁1392-1393，2022年。

24 Hudson Cnty. Water Co. v. McCarter, 209 U.S. 349, 355 (1908).

25 反歧視法草案第5條第1項規定：「依民事法律關係，對公眾提供物品、設施或服務之大眾交易，於決定是否提供及提供過程中，不得基於種族、身心障礙、

接挪用外國學說實務見解並不是令人滿意的法律論證，但自由民主憲政體制必然共享某些基本價值，而這些基本價值也已經具現化為我國法治發展的軌跡。因此從規範性視角分析案例並檢驗正反兩方的論證，從而思考它們能在本土脈絡中帶來什麼樣的啟示，依舊是極具意義的事情。

依循這個方向，本文的討論將如此進行：第一部分的第二區塊（「壹、二、方法、範圍與前提」），將詳細交代本文的切入方法與著眼點。尤其重要的是本文基於什麼樣的理由、以什麼樣的方式對於案例類型化進行取捨。第二部分是論據導向的案例類型化（貳、強迫言論的三種類型與論據）。本文歸納出三種與*303 Creative*相關的案例類型與論據：顯明的強迫言論（人性尊嚴／零距離的意識形態壓迫）、強迫言論構成特定言論內容的負擔（內容中立性），以及強迫收容攜帶特定訊息（錯誤歸因／系統性扭曲）。第三部分依據這個類型化對*303 Creative*進行分析（「參、*303 Creative*的啟示」）。本文將指出，多數意見的核心論證就是系統性扭曲，這也隱含了未來處理類似問題的重要指引——「歧視」必須是基於受保護特徵的差別待遇。儘管這是正確而且重要的洞見，卻未能對準本案問題，因為本案就是基於受保護特徵的差別待遇。但本文主張，*303 Creative*的結論可以受到另一種類型論據支持：系爭管制在本案情境構成零距離的意識形態壓迫，因而構成例外。以這樣的分析為基礎，本文對公眾服務法這類涉及商業交易的反歧視管制，提出了原則性的立法與法律適用建議。

性別、年齡、宗教信仰對特定人為歧視或騷擾。」第5條第2項規定：「前項大眾交易，指相對人之個人情況無關重要，通常以相同或類似交易條件，反覆與不特定多數人成立者。」；「反歧視法」草案預告及對外公開徵詢意見，行政院人權資訊網，2024年5月2日，https://www.ey.gov.tw/hrtj/83E5FBBD47B54AE4/5beaf7a2-0aa7-486f-827b-a50dd596628a（最後瀏覽日：2026/08/02）。

二、方法、範圍與前提

（一）從Epstein的經濟分析談起

Epstein認為合作互惠（mutual gain through cooperation）的原則是自由社會的核心，所以結社自由應在人權清單中位居前列[26]。互惠有兩個層次，一是基於單純的交易（transaction）而發生，二是基於合作（cooperation）：數人聯合他們的資本與勞力形成某種夥伴關係並分配獲利。這樣的協調有賴完整的國家社會規範約束，也需要當事人間的親和性（affinity）和善意（good faith）。「結社」在Epstein的脈絡中是廣義的，從商業交易到親密性結社（intimate association）都包含在內。因此在不同的結社關係中，不同的考量構成了彼此的信任基礎，但可以確定的是，對這些考量最敏感正是當事人本身。所以結社自由創造了社會黏合劑，減輕了純粹透過制裁來降低違約風險的法律管制負擔。由於政府官員不會比當事人更瞭解結社關係的特有內部動態，所以結社的形成原則上應由當事人合意而非政府介入[27]。

唯一的例外發生在Epstein所說的「壟斷」（monopoly），也分為兩種情況。第一種情況對應傳統理解，專指某些公司在某些市場中的壟斷性地位，公眾運輸是典例。第二種情況較為特殊，專指政府未能良好運作（well-ordered）、以至於自由進出交易的競爭市場有所缺損，美國南方的舊時情景被當成例子：保障個人不受侵害的刑法、侵權法以及公正的執法，進入政治體系以選擇立法和執法者的權利，還有平等供應的公用事業等「良好運作」的條件，在那裡付之闕如。Epstein生動地描繪了這樣的景象：如果有外地公司進入這

---

26 Richard A. Epstein, *Public Accommodations Under the Civil Rights Act of 1964: Why Freedom of Association Counts as a Human Right*, 66 STAN. L. REV. 1241, 1271 (2014).

27 *Id.* at 1247-49.

個市場，提供更佳的僱用或服務條件給原先受到差別待遇的非裔美國人（從逐利的角度來說公司很有理由這樣做），那麼接下來會發生的事情，是非裔美國人的實際處遇將在市場競爭中持續改善，終至差異抹平。然而這樣的競爭並沒有發生，因為外地公司會擔憂本地政治勢力的不友善小手段（例如重要時刻恰巧失靈的公用事業服務）而駐足不前，這樣的排外性同時受到本地公司支持，因為不平等現況對他們更有利。這種政經一體的壟斷模式，持續將權力和資源挹注給受偏愛的選民以自我鞏固[28]。

在Epstein眼中，市場競爭／結社自由是如此的重要，它不僅可以讓問題自行解決，而且是最佳解方——只要沒有壟斷。因此對他來說，民權法第2章乃至於各類公眾服務法的真正功能與正確詮釋，是用來打破壟斷。在運作良好的市場中將它們用於任何自願性的相互組織，都構成適用違憲（unconstitutional as applied）[29]。然而這個論點並不完全符合我們的規範性直覺。問題並不在於它預設的市場模型。這樣的模型在不同脈絡下已受到不同的批評，但至少就當前的討論範圍來說並非問題。以臺灣為例，被某間自助餐店拒於門外的外籍人士，往往馬上可以在隔壁的便當店買到午餐，因為臺灣現況並不存在Epstein所說的壟斷。真正的問題在於，即便這位外籍人士的交易需求並沒受到真正的阻礙，我們仍無法坐視**基於某些特定原因**（例如他的血統或膚色）而發生的差別待遇，禁止這種差別待遇至少是憲法層次的初顯（*prima facie*）要求。因此本文採取了相反的起點：Epstein認為，公眾服務法原則上並不適用於一般交易關係，唯獨壟斷背景構成了例外；本文則認為，公眾服務法原

28 *Id.* at 1249-59.

29 *Id.* at 1261, 1286. 有評論者認為Epstein所代表的看法過於樂觀，而且沒有正確掌握1964民權法背後的歷史，參閱如James M. Oleske, Jr., *Law Office History and the Unrelenting Attack on Public Accommodations Law*, 32 WM. & MARY BILL RTS. J. 959, 959-69 (2024)。這裡無意為Epstein的歷史命題背書，但本文相信，在顧及不同社會歷史脈絡的前提下，他提出的模型仍可作為規範性推論的參考。

則上適用於一般交易關係，但某些憲法考量構成了例外。本文關心的是言論自由如何構成了這些憲法考量。

儘管如此，Epstein的某些看法仍深具啟示性，將在本文透過*303 Creative*獲得進一步的開展與詮釋。第一，就如同他所指出的，廣義結社的形成其實涉及很多人別因素（想像一下我們如何選擇美髮師或水電師傅），差別待遇的原因未必都是我們所要防止的歧視（例如基於性別或年齡的保險計費方式、同一機艙中的乘客因為訂票時的供需狀況而得到不同票價）。其中的自由判斷與合意不僅意味著效益，更是我們的社會體制基礎。如何分離出那些反歧視管制真正應該禁止的東西，因此成為至關重要的事情。本文認為*303 Creative*多數意見所隱含的歧視判準，其實正回應了這樣的問題，構成反歧視管制的重要基本原理（詳下述「參、三、（一）歧視必須是基於受保護特徵的差別待遇」）。第二，乍看之下，「羞辱與尊嚴侵害」（humiliation and dignitary harm）是Epstein忽略的問題，但他其實不是沒有提到這點。他認為論者將這類傷害視為顧客端的王牌，卻不承認強制提供服務可能對經營者造成同樣的傷害，是「在其中一方創造了這樣的傷害，卻試圖在另一方將其限制」[30]。如何避免各說各話的「尊嚴」爭論，是關聯*303 Creative*的重大課題。本文將指出，「零距離的意識形態壓迫」可以提供一條相對明確的界線，作為日後處理同類問題的判斷指標（詳下述「參、三、（三）排除零距離的意識形態壓迫」）。

（二）言論的概念

Laurence H. Tribe很早就提醒我們，「對稱」的想像很可能導致謬誤，強迫言論不是對稱於「表意自由」（right to speak）的「不表意自由」（right not to speak），而是對抗國家將特定訊息加諸於個人

30 Epstein, *supra* note 26, at 1284.

的權利[31]。儘管如此，「言論」和「表意」的概念依舊在強迫言論案例中不斷困擾著法院與學者，學說實務見解經常試著從「被強迫的行為是否具表意性（expressive）、是否構成言論」之類的提問來解決問題。甚至有評論者認為，強迫言論這個釋義規則（doctrine）的流動易變，和言論概念的擴張有關[32]。另一方面，也有重要學者主張，將表意行為（expressive conduct）的存在當成言論自由的先決條件，或是透過「保障特定行為」來理解言論自由的結構，往往不見得是明智的方式[33]，本文亦採取這種立場。由於一般性的問題已有其它文獻討論，不在此多加著墨。取而代之的是，本文會在案例分析時順道指出，「表意行為先決」的堅持為何冗餘且具誤導性，並避免將問題簡化為「何謂言論」（詳下述「貳、一、（二）、1.人性尊嚴／零距離的意識形態壓迫」、「貳、一、（二）、2.強迫收容攜帶特定訊息」以及「貳、三、（一）代表案例」）。

（三）案例的類型化

一旦我們掙脫了言論概念的束縛，就能更敏銳地察覺到，**「強迫言論」只是一種粗略的指涉用語，望文生義會讓我們忽略龐大案例的多樣複雜性。**處理這種情況的常見方法，是將案例類型化並整

---

31 Laurence H. Tribe, *Disentangling Symmetries: Speech, Association, Parenthood*, 28 PEPP. L. REV. 641, 641-45 (2001).

32 David S. Han, *Compelled Speech and Doctrinal Fluidity*, 97 IND. L.J. 841, 857, 861-66 (2022).

33 Robert C. Post, *Recuperating First Amendment Doctrine*, 47 STAN. L. REV. 1249, 1250-60 (1995); Matthew D. Adler, *Rights Against Rules: The Moral Structure of American Constitutional Law*, 97 MICH. L. REV. 1, 2-26 (1998); Jed Rubenfeld, *The First Amendment's Purpose*, 53 STAN. L. REV. 767, 770-72 (2001); LARRY ALEXANDER, IS THERE A RIGHT OF FREEDOM OF EXPRESSION? 13-37 (2005) [hereinafter ALEXANDER, IS THERE A RIGHT]; *see* Larry Alexander, *The Misconceived Search for the Meaning of "Speech" in Freedom of Speech*, 5 OPEN J. PHIL. 39 (2015). 國內討論參閱程源中，沒有「言論」的言論自由——言論自由作為對抗特定管制的權利，政大法學評論，176期，頁277-368，2024年。

理出背後的原則。然而就像Eugene Volokh所說的，強迫言論彷彿「沒有所謂的第一原理，只有一個接著一個的該死案例」，比起憲法增修條文第1條的其他區塊更難整合為融貫的模板[34]。在Volokh自己的窮盡式分類中，強迫言論案例被分成5大類，最核心的其中兩大類又分別有3種和6種次類型[35]，光是這個系譜本身就異常繁瑣而難以掌握。

類型化是一種工具，理想的類型化方式取決於說理目標。窮盡所有強迫言論案例的完備體系既不可能在此完成，亦非本文任務。本文的目標，是從*303 Creative*探究強迫言論和公眾服務法的緊張關係與解決之道。強迫言論經常對應嚴格審查，然而這並非唯一的可能，有時法院甚至未將審查標準說得十分清楚[36]。但可以確定的是，強迫言論通常必須面對更嚴格的審查，這代表它被認為是更高度的惡害。究竟是什麼樣的論據支撐了這樣的評價？要達成本文的目標，就必須分析*303 Creative*作為強迫言論案例的論證基礎，而這鑲嵌在關聯類型相互指涉所形成的網絡中。

所以本文的類型化所要面對的第一個課題，是先排除這個網絡中與*303 Creative*及本文題旨關聯較低的部分。因此涉及食醫藥衛生管理的強迫言論，以及與工會有關的「強迫捐助言論」[37]，都不會出現在本文的分類中。就像Epstein提到的，商業交易也是一種廣義結社，因此公眾服務法所衍生的強迫結社類型，和本文有很大的關係，會得到詳細說明（詳下述「貳、三、（二）表意性結社與商業

34 Eugene Volokh, *The Law of Compelled Speech*, 97 TEX. L. REV. 355, 394-95 (2018).

35 *Id*. at 359, 368, 388, 392. 國內對於強迫言論案例的類型化嘗試參閱吳佳樺，不表意自由之研究：從理論到實踐，國立臺灣大學法律學研究所博士論文，頁141-212，2022年。

36 Abner S. Greene, Barnette *and* Masterpiece Cakeshop*: Some Unanswered Questions*, 13 FIU L. REV. 667, 668-77 (2019); Caroline Mala Corbin, *Compelled Disclosures*, 65 ALA. L. REV. 1277, 1283 (2014). 至於最高法院對於各種案例所發展出的不同審查標準細節，對本文題旨來說已過於瑣碎，請參閱Volokh, *supra* note 34。

37 關於此類型，參見許炳華，註15，頁10-38。

性結社」)。至於商業廣告本身所涉及的強迫言論問題和*303 Creative*關係較遠，所以不會作為獨立類型來處理。並不是說被排除的部分和本文完全無關，而是在篇幅和清晰性的要求下，這裡的類型化必須有所取捨。

第二個課題是關於方法。案例的論證基礎可以歸結為理論，但本文將避免一開始就依據常見的幾種言論自由理論來進行分類。相反地，本文將從案例分析來重構它們的共同論據，從而建立類型。言論自由理論有高度的抽象性，越是抽象的東西，就越難給出具體的指引、越容易得出任意甚至矛盾的結果。案例描繪了法秩序中可能的利益狀態，而強迫言論案例所發展出的特殊論據，就像是抽象理論在現實脈絡中對於具體問題的回應，是更為有用的討論工具。因此本文的方法更像是「從案例到理論」(from cases to theories)，而非「從理論到案例」(from theories to cases)，也更接近Robert C. Post在強迫言論問題上所給予的方法建議：從現實及假設案例的合理結果，來回找出可普遍化的規則[38]。由於這個分類的主要目的是抽繹出論據，所以類型相似性的主要考量是論證而非案例外觀。分類中的每一種論據都有對應的代表案例，然而這並不意味該論據排它地獨自支持代表案例。許多案例往往同時受到不同論據支持，只是不同論據可能在不同案例中佔有不同的比重，所以論據和案例間呈現交錯重疊的關係。無論從描述性還是規範性觀點來看，都沒有理由認為一種論據只能嚴格對應一種案例類型。

基於以上兩個理由，本文將強迫言論案例歸納為三種類型與論據。這個類型化僅服務於有限的目標，但本文相信，它也可以進一步擴充並融貫地處理更多問題，惟其他議題只能留待他處。

---

38 Robert C. Post, NIFLA *and the Construction of Compelled Speech Doctrine*, 97 IND. L.J. 1071, 1076-77 (2022).

（四）內容中立性

強迫言論不是美國言論自由法學中孤懸的議題，它必然和其他釋義規則或問題結構有某種程度的關聯，其中最重要的是內容中立性（content-neutrality）。法院經常將強迫言論與針對內容的（content-based）管制相提並論，亦有評論者直接認為強迫言論是一種針對內容的管制[39]。Steven D. Smith則是指出，強迫言論蘊含了兩種詮釋或路線，一是關於內容中立性的中立性詮釋（neutrality interpretation），二是關於個人尊重的整全性詮釋（integrity interpretation）[40]。這樣的親緣性，使得強迫言論和內容中立性面對類似的問題，但因此也可能有共用的處理方式。其中對本文來說特別具啟發意義的是以下兩點。

首先是內容中立性的老問題。以Smith歸納出的兩種路線為例，他認為政府必然要在各種議題中做出決定，為各式各樣的法規政策提供理由做出辯護，為他們認為正確的事情採取行動。因此內容中立性就像是不可能的任務，整全性是比中立性更好的詮釋[41]。這樣的批評並不新鮮，只是Smith連結到強迫言論，重述了某種對於內容中立性的常見批判性觀點。

這類觀點的問題，在於將內容中立性和完全的國家中立性（state neutrality）混為一談[42]。內容中立性其實鑲嵌在一個更大的框架中，我們可以用簡單的例子說明這個框架所造成的區別：例如在處罰偽證、食藥安全管控或者教育與考試的領域，政府都規定了正確的內容，但相關管制通常沒有內容中立性問題，有時甚至不被認為涉及言論自由。但若這些管制溢出了原先的脈絡，要求人民在其

---

39 Corbin, *supra* note 36, at 1283.

40 Steven D. Smith, *"Fixed Star" or Twin Star?: The Ambiguity of* Barnette, 13 FIU L. REV. 801, 804-08 (2019).

41 *Id.* at 810-14, 820.

42 ERIC HEINZE, HATE SPEECH AND DEMOCRATIC CITIZENSHIP 111 (2016).

他情況下（例如但不限於閒聊或評論）也不能偏離政府規定的正確內容，那毫無疑問地構成最嚴重的言論自由侵害。在Post的理論中，這個框架是「經營」（management）和「統治」（governance）兩種場域的區別[43]；Joshua P. Davis和Joshua D. Rosenberg則以「政府作為經營者（patron）或管制者（regulator）」稱之[44]。簡而言之，只有在「統治」或「政府作為管制者」的前提下，才適用完全的內容中立性。

兩者的劃分涉及許多複雜的問題，但在這裡我們只需掌握這樣的區別：「經營／經營者」更像是政府機關在履行其功能任務，而「統治／管制者」則是政府試圖影響溝通環境，形塑公眾的想法、輿論甚至品味。任何政體都不可能擺脫政府作為經營者的面向，因此必然不會是完全的價值中立。但若因此忘記了政府作為管制者所應該受到的限制，那就不只是嚴重的推論謬誤，而是放棄了自由民主憲政的核心價值。在接下來的討論中我們會看到，這個框架也是理解某些強迫言論論據的關鍵（詳下述「貳、三、（三）、2.賽局焦點與系統性扭曲」）。

第二點是關於內容中立性所延伸出的雙軌結構，這個結構不只是「針對／非針對內容（content-neutral）管制」所對應的兩種審查標準，而是從更宏觀的角度下會看到的兩條軸線。管制的意識形態理由或動機，是判斷管制是否針對內容的主要考量，這個特徵也對應了政府作為管制者的角色。在言論自由案例中，管制的不當動機（illicit motive）幾乎一開始就決定其違憲的命運，因此它可以說是美國言論自由法學中最具支配性的要素[45]。但在另一方面，即便是

43 ROBERT C. POST, CONSTITUTIONAL DOMAINS: DEMOCRACY, COMMUNITY, MANAGEMENT 247-50 (1995).

44 Joshua P. Davis & Joshua D. Rosenberg, *The Inherent Structure of Free Speech Law*, 19 WM. & MARY BILL RTS. J. 131, 135, 141-42 (2010).

45 動機論的重要性已有許多文獻討論，本文不再透過判決逐一引證，參閱 Srikanth Srinivasan, *Incidental Restrictions of Speech and the First Amendment: A*

出於正當理由的一般法律規定，還是可能因為管制的附隨後果對溝通環境所造成的影響而涉及言論自由。這種相對於動機論的衡量式思考，並非對應於簡單劃一的釋義規則，而會以不同樣貌出現：有時表現為特殊的釋義規則，例如在公園、街道等傳統公共場域大規模禁止溝通活動的管制，會直接面對嚴格審查[46]；有時是關於言論自由保障範圍的判斷[47]。其中最重要的型態，表現為一般法律規定的例外。在某些情況下，法院排除了隱私保護、競爭法和侵權行為對於公共意見的涵蓋[48]。強迫言論案例中也存在著這樣的結構：有時管制理由本身是正當的，但管制造成的附隨後果有言論自由疑慮，公眾服務法就屬此類。如何去說明這個附隨後果，就與強迫言論的特殊論據有關。

Motive-Based Rationalization of the Supreme Court's Jurisprudence, 12 CONST. COMMENT. 401 (1995)（認為是管制動機而非管制的後果觸發了言論自由）；Elena Kagan, *Private Speech, Public Purpose: The Role of Governmental Motive in First Amendment Doctrine*, 63 U. CHI. L. REV. 413 (1996)（詳細討論了動機論在言論自由不同區塊中所發揮的功能）；Jed Rubenfeld, *A Reply to Posner*, 54 STAN. L. REV. 753 (2002)（強調言論自由的核心在於管制目的而非利益衡量）；ALEXANDER, IS THERE A RIGHT, *supra* note 33, at 55-81（認為企圖操控訊息影響的管制才是言論自由的最大惡害）。國內討論參閱林子儀，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；程源中，可疑的動機、有限的認識能力：內容中立性的理論反思，中研院法學期刊，29期，頁55-133，2021年。

46 Hague v. Comm. for Indus. Org., 307 U.S. 496, 515-16 (1939); Perry Educ. Ass'n v. Perry Loc. Educators' Ass'n, 460 U.S. 37, 45 (1983).

47 例如在Arcara v. Cloud Books, Inc., 478 U.S. 697, 704 (1986)（系爭管制勒令關閉成為公衛惡害處所的成人書店，法院認為管制的附隨負擔尚不足以觸發言論自由）。關於附隨負擔與言論自由的觸發，參閱Michael C. Dorf, *Incidental Burdens on Fundamental Rights*, 109 HARV. L. REV. 1175, 1200-10 (1996)。

48 例如E. R.R. Conf. v. Noerr Motors, 365 U.S. 127 (1961)（禁止的營業競爭行為不及於僱請公關公司發表不利於對手的政策言論）；Bartnicki v. Vopper, 532 U.S. 514 (2001)（禁止揭露不法監聽所取得的訊息但不包括涉及公共事務的內容）；Snyder v. Phelps, 562 U.S. 443 (2011)（因為公共言論而生的精神損害侵權免責）。

貳、強迫言論的三種類型與論據

一、顯明的強迫言論（人性尊嚴／零距離的意識形態壓迫）

（一）代表案例

*West Virginia State Board of Education v. Barnette*連同後來的*Wooley v. Maynard*，既是強迫言論案例的起點，也常在後來的學說實務見解中被歸為一類。儘管如此，這個類型背後的論據為何，並沒有表面上看起來簡單。

*Barnette*案的系爭管制要求全校師生行國旗宣誓禮，行禮內容是高舉右臂，並複誦「我發誓忠於美利堅合眾國的國旗，以及它所代表的共和國；一個不可分割的國家，自由和公正屬於所有人。」拒絕服從會受到停學／職處分，學童會被視為無正當理由的缺席，最終可能導致他的父母受到刑事追訴[49]。由Robert H. Jackson大法官主筆的多數意見，在日後發生很大的影響力。其中的「固定恆星」（fixed star）段落[50]，更成為內容中立性的重要基礎，受到無數的引用、讚譽與批評[51]。我們先回顧*Barnette*案作為強迫言論的開端，字面意義上最核心的部分：法院先確認國旗宣誓禮是一種表達形式（a form of utterance），它要求某種信念及態度的肯認。接下來法院表示，對言論的壓抑必須是為了避免立即而明顯的危害，已成為現今常例。這也適用於系爭管制造成的強迫肯認，而它無法通過這樣的檢驗[52]。

---

49 W. Va. State Bd. of Educ. v. Barnette, 319 U.S. 624, 626-29 (1943).

50 *Id*. at 642.

51 對於判決文本的詳細評析參閱Paul Horwitz, *A Close Reading of* Barnette, *in Honor of Vincent Blasi*, 13 FIU L. REV. 689 (2019)；批評意見參閱如Steven D. Smith, Barnette*'s Big Blunder*, 78 CHI.-KENT L. REV. 625, 625 (2003); Leslie Kendrick, *A Fixed Star in Shifting Skies:* Barnette *and Civil Rights Law*, 13 FIU L. REV. 729, 729-30 (2019).

52 *Barnette*, 319 U.S. at 632-34.

在*Wooley*案，系爭管制規定非商用汽車須懸掛印有「不自由毋寧死」（Live Free or Die）州銘的車牌，並禁止遮蔽車牌上包括州銘在內的數字和字母。Maynard夫婦認為州銘牴觸了他們的道德、宗教和政治信念，堅持將其遮蔽，因而遭受一連串的裁罰，甚至面臨牢獄之災。法院認為系爭管制所要追求的利益，不足以證成它所造成的權利侵害[53]，這裡特別值得注意的是法院對於言論自由的理解：

> 我們由此開始：憲法增修條文第1條所保障用以對抗國家行為的思想自由（freedom of thought），包括自由地表意以及完全不表意的權利（the right to refrain from speaking）。一個確保宗教、政治及意識形態宣教權利的系統，必然也保障拒絕促進這些概念的附隨權利。表意以及不表意的權利，是「個人心靈自由」這個更寬廣概念下的互補元素[54]。

（二）理論反思

從表面上來看，*Barnette–Wooley*樹立了言論自由的對稱保障：憲法既保障表意自由，也保障不表意自由。即便如此，依據言論自由保障範圍的傳統見解，被強迫的行為終究應該是憲法上的「言論」，否則不會構成言論自由問題。但兩案中被強迫的行為是否具備此等性質，卻不無疑問。

William Rehnquist大法官在*Wooley*案的不同意見書中指出，系爭管制既未強迫Maynard夫婦「說」任何話，亦未強迫他們進行任何非言語性的（nonverbal）表意，更未如*Barnette*案強迫肯認特定信念，只是要求所有非商用汽車懸掛印有特定字樣的車牌以為辨識。多數意見並未釐清本案脈絡中是否真有「言論」存在[55]。

---

53 Wooley v. Maynard, 430 U.S. 705, 707-08, 715-17 (1977).

54 *Id*. at 714.

55 *Id.* at 720-21 (Rehnquist, J., dissenting). 政府方宣稱的其中一個管制目的，是車牌上的州銘便於區別乘用車和商用車（*Wooley*, 430 U.S. at 716）。

Martin H. Redish認為，*Barnette*案中拒絕行禮的學生無意藉此表達抗議，而是行禮牴觸了他們的信念，而且「沒有任何合理方式可以讓*Wooley*案所保障的行為，落入傳統受保障表達的定義範圍」[56]。

這類批評中，最具代表性的是Abner S. Greene的看法，他的論證如下：第一，言論自由只保障表意人對外溝通心理狀態的表意行為。第二，因為強制規定而發生的強迫言論，不是真正的表意行為。第三，理性觀察者通常會知道，受迫者的「言論」是為了避免法律惡害而非表意。綜合以上三點，Greene認為*Barnette–Wooley*中的管制固然可能違憲，但從言論與表意來切入是個錯誤[57]。

「言論自由只保障表意行為」未必是正確的前提，已如前述[58]。但就算不深究這個前提，Greene等人的看法仍代表了某種合理質疑：如果大家都知道某些「言論」無關受迫者的表意，甚至僅屬機械化行為，那又何須動用言論自由？畢竟這樣的管制「並未直接將某些想法逐出言論市場、干預真理的發現，或阻擋和民主自我治理相關的公共資訊」[59]。

1. 人性尊嚴／零距離的意識形態壓迫

第一個浮現的答案是個人自主性（autonomy）或尊嚴，Greene、Larry Alexander、Smith和Volokh都代表這種看法。Volokh更認為，*Barnette–Wooley*是少數僅涉及自主性而排除其他言論自由理論的類型[60]。自主性當然是不會錯的答案，但充分的論證不能止

56 Martin H. Redish, *Freedom of Thought as Freedom of Expression: Hate Crime Sentencing Enhancement and First Amendment Theory*, 11 CRIM. JUST. ETHICS 29, 35 (1992).
57 Abner S. Greene, *The Pledge of Allegiance Problem*, 64 FORDHAM L. REV. 451, 473-75 (1995).
58 參見註33。
59 Volokh, *supra* note 34, at 368.
60 *Id.*

步於此，畢竟任何管制都是對於自主性的干預[61]。更待說明的問題在於，為什麼這樣的自主性干預要用言論自由處理？

Greene的觀察提供了重要的線索。他從最高法院不同主題的判決中指出，美國憲法整體而言隱含了對於人格（personhood）發展的尊重。這個概念的範圍不易界定，因此沒有在實務案例中形成非常清楚的軸線，但已為學說所討論。如果從這個角度切入，會發現*Barnette–Wooley*的關鍵不在於是否涉及言論，而在於系爭管制對於個人的侵入與侮辱。所以這個類型與其說是「不表意的權利」，不如說是「對抗侵入與侮辱的權利」[62]。由於Greene所說的人格發展，在我國憲法體系中已透過人性尊嚴得到開展，因此本文接下來逕以「人性尊嚴」稱之。

本文認為，這個觀察說明了自主性／人性尊嚴和言論自由的「借代寄生」關係。一方面，法體制對於自主性的限制無所不在，管制何時達到了侵害人性尊嚴的門檻，往往是抽象而富爭議性的問題。*Barnette–Wooley*透過具體案例，樹立了其中一種類型指標：當國家違反個人意願，強制進行某意識型態連結時，構成了人性尊嚴的侵害。另一方面，雖然*Barnette–Wooley*未必與某些堅持表意行為先決的立場嚴格吻合，但這樣的立場既非唯一正解，*Barnette–Wooley*又至少在外觀上最為接近言論自由，而且言論自由的高度審查標準，適足匹配高度的基本權侵害。由於人性尊嚴的運用在美國法律實踐中並沒有那麼強的基礎[63]，將這個類型「安置」於言論自由下，就成為合理選擇。這也說明了自主性論據在言論自由法學中

61 Larry Alexander, *Compelled Speech*, 23 CONST. COMMENT. 147, 151 (2006).

62 Greene, *supra* note 57, at 480-81. 這也呼應Smith說的「整全性詮釋」（*see* Smith, *supra* note 40, at 806-08）。

63 直到Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644 (2015)，法院才對個人尊嚴的保障做出比較明確的闡釋。就題旨和篇幅來說，本文只能先指出，*Barnette–Wooley*的最佳論證其實是關於人性尊嚴，至於最高法院還有哪些判決可以做類似的理解、是否有類型差異，須留待他處處理。

的功能：通常它不是最能說明言論自由特殊性的理論，但它能夠說明，某些言論自由案例的首要考量，是管制對於自主性的干預達到侵害人性尊嚴的門檻。

這樣的解釋或許還是無法令人滿意。畢竟意識形態訊息的連結無所不在，有些人可能討厭貨幣上的蔣介石的頭像，也有人不同意學校教育和考試所要求肯認的觀點。諸如此類的例子不勝枚舉，但它們顯然不會全都變成言論自由問題。究竟界線何在，是一個重要的問題。若*Barnette–Wooley*沒能為「尊嚴被侵害」提出更具體的指標，前述論證的說服力將大為降低。

本文主張，兩案的事實及說理，其實蘊含了相對具體的理解方式，簡單說是這樣：**當國家違反個人意願，使他無法以「疏離的態度」**（detached attitude），**和某些意識形態保持距離，構成人性尊嚴的侵害。本文將這個狀態稱為「零距離的意識形態壓迫」。**完全的內容中立並不適用於學校教育，這是可以透過政府作為經營者來說明的問題。但除此之外，即便是那些容許被「強迫肯認」或「強迫表達」的正確內容，也有程度和方法上的限制。學校應該教授地圓說和性別平等，應該讓它們成為考試的正確答案，但不能強迫學生表現為心悅臣服地接受，也不能強迫他們放棄批判置疑的態度。問題不在於內容的正確性，而在於國家沒有權力侵入個人內心深處的最後堡壘；問題也不在於這樣的侵入最終是否會改變信念，因為光是強制公然表態，就已經是最嚴重的羞辱。這是一個幾乎不需要進一步證立的命題。如果要為我們珍視的當代人權典範指出最重要的鑑別性特徵，這個特徵並不是人權代表了如正義、公平、福祉之類的良善價值，因為「沒那麼人權」的社群一樣可能重視這些價值。造成差異的關鍵在於，我們為這些價值的實現方式設下了界線：國家可以在特定條件下管制歧視行為，但沒有人會因為抱持反性平的信念而被送入「平權思想改造營」，或被迫公然提出相反的主張。國旗宣示禮所傳達的愛國價值，當然可以是教育的內容，但憲法也

保障每個人都可以用自己的方式理解面對這些內容，而國旗宣示禮就像是「取消」了這個空間。

*Wooley*案從另一個面向說明了這個問題。在不同意見中，Rehnquist大法官以有趣的類比質疑多數意見：破壞國幣上「我們信仰上帝」（In God We Trust）字樣的無神論者，無法以言論自由對抗毀損國幣罪，因為使用貨幣並不會傳達對該格言的信念或肯認。同理為什麼不適用於車牌上的州銘[64]？Rehnquist大法官從表意行為先決的觀點看問題，所以得出這樣的結論。但如果考慮本文的觀點，就可以看出貨幣和車牌的差異。貨幣是高度流動的交易工具，除非有特殊理由，否則我們不會長期持有特定的物理貨幣單位。但車牌不同。以臺灣為例，車牌號碼作為可以競標的東西，說明了大家對於車牌象徵意義的執著，而且這樣的執著並不限於號碼本身。「牌照框」是一種常見的汽車飾品，它賦予車牌不同顏色與質感的邊框，有些產品甚至利用更大的邊緣空間來放置圖案，例如有些車主會選擇帶有廠牌所屬國國旗圖樣的牌照框，也有些車主偏愛本國國旗。牌照框的例子可能更適合類比*Wooley*案，因為該案中的州銘就是車牌邊緣的字樣，並非車號的一部分。無論從政府或管理者角度來看，車牌意謂著什麼，對使用者來說，它幾乎永久成為汽車外觀的一部分，而且這樣的外觀經常有強烈的個人性，可能象徵或表達了車主的品味及認同。因此意識形態符碼出現在牌照或出現在貨幣上，對於個人的侵入性有完全不同的意義。用本土脈絡來思考或許是這樣：即便可以對硬幣上的蔣介石頭像睜一隻眼閉一隻眼，但它出現在車牌上就是另一回事了。

2. 強迫收容攜帶特定訊息

仔細觀察*Wooley*案，會發現一個有趣的現象：雖然法院明確地使用「不表意的權利」一詞，但其實並沒有那麼執著於表意行為。

64 *Wooley*, 430 U.S. at 720-21 (Rehnquist, J., dissenting).

當下級法院認為，Maynard夫婦遮蔽車牌的行為構成象徵性言論（symbolic conduct）因而涉及言論自由時[65]，最高法院卻說「我們認為沒有必要繼續『象徵性言論』的議題，因為我們發現更合適的憲法增修條文第1條基礎來維持地方法院的判決。[66]」這個基礎，在於國家「要求個人在其私有財產上，以能被公眾共見共聞之方式和表意目的，參與意識形態訊息的散布」，亦即強迫個人作為意識形態訊息的「活動看板」[67]。同理似乎也可以解釋*Barnette*案：重點不在於受迫的國旗宣示禮是否為一種表意，而在於受迫者被當成活動看板。

這樣的切入方式可以輕易繞過「表意何在」的難題，同時進入了另一個類型的領域：管制「強迫收容攜帶特定訊息」。由於其他案例更適於說明這個類型，詳細討論將留待後述。這裡只是要先指出，除了人性尊嚴／零距離的意識形態壓迫，*Barnette–Wooley*也涉及與「強迫收容攜帶特定訊息」類型有關的論據。

3. 思想自由？

從前揭引文來看，至少在字面意義上，*Wooley*法院似乎將思想自由視為言論自由的上位概念。這裡不可能對兩者的關係進行完整的討論，就本文題旨來說，重點是釐清思想自由是否以及在什麼意義下能夠作為強迫言論的論據。直接訴諸思想自由作為上位概念的性質，可能不是一個好方法，因為那形同借助比言論自由更空泛的概念，去處理有待具體化的問題。雖然美國最高法院的言論自由案例有時會一併提及思想自由，但純粹的思想自由本身並未如言論自由那樣，形成細膩的釋義規則以及大量多樣的案例。我們應從學說實務見解的具體脈絡，探究「思想自由」的可能意義。

---

65 Maynard v. Wooley, 406 F. Supp. 1381, 1386 (D.N.H. 1976).
66 *Wooley*, 430 U.S. at 713.
67 *Id.* at 713-15.

（1）言論自由的一般性闡發或人性尊嚴侵害

第一種「思想自由」，其實更像是用來闡釋言論自由性質並給予支持的說法。*Wooley*案宣稱「思想自由包含表意及不表意自由」時，並未佐以詳細論述，而是直接引用了Frank Murphy大法官在*Barnette*案中的協同意見[68]，該處同樣未見太多說明。但若再回溯到Murphy大法官前一年在*Jones v. City of Opelika*中的不同意見，就可以找到這個看法的淵源：

> 言論、宗教和思想自由都有雙重面向——思想自由和行動自由。思想自由的本質是絕對的，最暴虐的政府也無力控制心靈的內在運作。但除非有行動自由，藉著言論和書寫與他人溝通訊息的自由，否則即便是最積極的心靈也無法產生宣教價值。因為任何行動形式都有可能和其他人的權利發生衝突，所以毫無疑問地，這樣的自由並非絕對而是有條件的[69]。

多數意見甚至把這個看法說得更清楚：

> 存在某些倫理原則，它對人類的價值高於憲法的保障；存在某些個人自由，它不受政府權力的干預。這些原則和自由屬於心靈和精神的領域，在那裡，世俗法院的裁判無法指引人們的方向。我們的憲法所提及的權利有更現實的性質。它們不是絕對的存在，並非外於其它受珍視且為同一個有機機制所保護的權利而被獨立行使。……法院和憲法一樣，無法入侵人們的良知，或強迫他們相信與其信仰相反的東西、抱持和與其確信相反的想法，但法院有資格評判人們在憲法權利外觀下的行為，像是言論、出版及宗教

68 *Barnette*, 319 U.S. at 645 (Murphy, J., concurring).
69 Jones v. City of Opelika, 316 U.S. 584, 618 (1942) (Murphy, J., dissenting).

> 自由，並決定被主張的權利是否受限於其它被承認的、對人類來說同樣重要的權利。所以人的心靈和精神永遠是自由的，但其行為必須與其同伴的競爭需求協調。
>
> 然若所有的宗教或意見表達都受制於權威的裁斷，我們自由流動的想法或道德衝動，可能會變成乏味呆板的理念。為了賦予它們生命和力量，憲法保障它們的使用[70]。

多數意見和Murphy大法官其實採取了相同的基本觀點，而且**這個觀點幾乎不影響*Jones*案的論證與結論**[71]。與其說它是用來解決特定問題的說理，不如說是一般性的闡發，其核心命題如下：思想自由是絕對的，但事實上無法被干預。儘管如此，對外在溝通行為的限制仍可能貶損它的價值，因此憲法只能透過非絕對的言論自由保障，間接成就思想自由。在這個意義下，思想自由不是獨立的權利，而是言論自由的部分[72]。

所以*Wooley*法院所說的思想自由，有兩種詮釋可能。第一種是銜接*Jones*的用語脈絡，那它就更像是修辭性的闡述，而非特殊的強迫言論類型論證。另一種可能，是著眼於本案的侵入性，將它聯結到為零距離的意識形態壓迫，那它就成為一種人性尊嚴論據。本文將指出，第二種詮釋有助於理解我國實務看法以及*303 Creative*案（詳見下述「參、*303 Creative*的啟示」）。

---

70 *Id.* at 593-94 (majority opinion).

71 系爭管制是關於營業許可稅費的一般性規定，唯一的特殊之處在於本案原告為書商，他主張管制侵害其言論自由。多數意見在當時就已經展現出內容中立性的思考，認為系爭管制是無關內容或主題歧視的一般法律規定（*Jones*, 316 U.S. at 586-92, 594-96）。

72 Marc J. Blitz, *Freedom of Thought and the Structure of American Constitutional Rights*, *in* THE LAW AND ETHICS OF FREEDOM OF THOUGHT, VOLUME 1: NEUROSCIENCE, AUTONOMY, AND INDIVIDUAL RIGHTS 103, 119 (Marc J. Blitz & Jan C. Bublitz eds., 2021). 類似看法參閱Frederick Schauer, *Freedom of Thought?*, 37(2) SOC. PHIL. & POL'Y 72 (2020)（質疑思想自由能否從自主性或一般自由權中獨立出來）。

（2）內容中立性

如果我們注意到，內容中立性最重要的其中一個面向，是關於管制背後的意識形態理由，包括政府不樂見某些東西對於大眾的思想態度可能造成的影響，就不難發現某些案例所說的「思想自由」，其實是內容中立性問題。

例如在確立電影受到言論自由保障時，法院說電影「……可從多種方式影響公眾的態度與行為，從直接擁護某些政治或社會信條，到幽微地形塑思想，而這是所有藝術表達共有的特徵。[73]」當管制禁止個人在其私秘空間「持有」不受保障的猥褻素材時，法院說「國家無權告訴一個坐在自己家裡的人，他允許讀什麼書或看什麼電影。我們的整個憲法傳統拒斥授權政府控制人們心靈的想法。[74]」在*Citizens United v. Federal Election Commission*，系爭管制禁止團體及工會在特定期日後對於選舉言論的資助。法院認為，「當政府試圖以它所有的權力，包括刑法，來指示某個人允許在哪裡取得資訊，或他能否接收某些可疑的消息來源時，它就是在用屏蔽來控制思想。[75]」

由於「思想自由」在這裡是內容中立性的輔助說明，所以它同樣更像是言論自由的一環，而非獨立的權利。

（3）「真正的」思想自由：強意義和弱意義的思想干預

思想自由作為獨立權利的地位之所以有疑義，在於它無法真正被干預，所以難以界定保障範圍，最終只能依附於言論自由之類的其他權利。但如果這個前提是錯的呢？

---

73 Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson, 343 U.S. 495, 501 (1952).
74 Stanley v. Georgia, 394 U.S. 557, 565 (1969).
75 Citizens United v. Fed. Election Comm'n, 558 U.S. 310, 356 (2010).

說思想可能被干預，並不是說我們預設了某種理想或正確的認知狀態，然後將所有偏離這個狀態的思想視為「不自由」，所以需要國家介入來「恢復」思想自由。如果以此為前提，那我們討論的可能就是反烏托邦小說裡的思想自由了[76]。這裡所說的思想干預，專指以下兩種情況。

第一種看法著眼科學技術直接干預意識的可能性，本文稱之為強意義的思想干預。例如Jan C. Bublitz在10年前就指出，現今已可透過各種神經成像技術（neuroimaging）判讀心智狀態；腦深層電刺激（deep brain stimulation）、顱外刺激（transcranial magnetic stimulation）和跨顱直流電刺激（transcranial direct current stimulation）都可以改變測試對象的情緒和道德判斷。如果把藥物影響也計算進去，那麼直接的思想干預甚至不算是全新的問題[77]。就這個面向來說，思想自由可以作為一種獨立權利。然而思想自由一旦不再是天上的絕對價值、而是地上的實證權利，我們就要面對這樣的難題：是否以及在什麼條件下，憲法可能容許國家運用科技手段對思想進行直接的判讀與干預。強迫言論也可能鑲嵌在這個脈絡中，但與本文主題尚無迫切關聯。

第二種看法認為，國家可能透過重複、大規模的強迫言論來改變人民的想法，本文稱之為弱意義的思想干預。集權政體的「洗腦」是最典型的例子，Seana V. Shiffrin則是這類看法最知名的倡議者。這個理論是否成立，後文會有進一步討論（詳下述「貳、三、（三）理論反思」）。這裡只是要先指出，如果思想自由對應的是弱意義的思想干預，那麼至少有學說認為思想自由亦是*Barnette–Wooley*的一種論據。

---

76 關於這種思想「自由」的經典批判，參閱Isaiah Berlin, *Two Concepts of Liberty*, *in* LIBERTY 166, 166-200 (Henry Hardy ed., 2d. 2002)。

77 Bublitz, Freedom of Thought in the Age of Neuroscience, ARSP 2014, 7-11.

（三）小結

任何管制皆干預自主性，但*Barnette–Wooley*標幟出了其中一類型，這個類型劃出了一道界線：當管制違反個人意願，使他無法以疏離的態度和某些意識形態保持距離，就構成人性尊嚴的侵害。除了人性尊嚴／零距離的意識形態壓迫，*Barnette–Wooley*也涉及另外兩種考量：管制強迫收容攜帶特定訊息，以及管制造成弱意義的思想干預。它們將在後文被進一步討論。

二、強迫言論構成特定言論內容的負擔（內容中立性）

這個類型最重要的特徵在於，就算不考慮強迫言論的特有論據，光靠內容中立性本身就足以做出判斷。代表案例是*Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*，系爭管制為「回應權」（right of reply）規定。依據該規定，報紙若對候選人的人格特質或官方紀錄提出攻擊，候選人有權要求報紙以同等的方式、顯眼程度及篇幅，免費刊登他的任何回應[78]。法院明確地指出，系爭管制「基於報紙的內容施加懲罰」（exacts a penalty on the basis of the content of a newspaper）[79]。因為對當時的報業來說，時間和版面是極為稀缺的資源，被迫刊登回應構成重大的不利益。因此最終最明智的選擇，就是避免任何可能引發「回應權」的內容，這個結果反而抑制了公共辯論[80]。Volokh生動地做了這樣的比喻：這就像是依據內容來課稅，提高某些言論的成本[81]。

*Pacific Gas & Electric Co. v. Public Utilities Commission of California*可以視為*Tornillo*案的延伸。太平洋瓦斯電力公司（Pacific Gas & Electric Co.，以下簡稱PG&E）提供公用事業服務，長期以

78 Miami Herald Publ'g Co. v. Tornillo, 418 U.S. 241, 244 (1974).
79 *Id*. at 256.
80 *Id*. at 256-57.
81 Volokh, *supra* note 34, at 360.

來在每月寄發的帳單信封空白處印製通訊，內容涵蓋政治評論、公益專題報導、節能訣竅、公用事業及帳單資訊。名為「促進公用事業費率正常化」（Toward Utility Rate Normalization，以下簡稱TURN）的組織，是致力維護公用事業消費者權益的民間團體。加州公用事業委員會（Public Utilities Commission of California）決議，允許TURN每年4次使用PG&E帳單信封上的多餘空間，除了必須主動區隔自己和PG&E的訊息之外，別無其它內容限制。委員會做出這個決議的理由如下：TURN代表了當地為數可觀的消費者，有助於委員會的監理職能，而且讓它在信封上提供PG&E以外的多元觀點對消費者有利[82]。

法院開宗明義地指出，委員會揀選特定觀點的團體使用帳單信封，已非內容中立。法院回顧*Tornillo*案，將該案中「基於內容的懲罰」分為兩個層次：一是因為報紙的特定言論內容所導致的回應權，二是僅將回應權授予那些不同意報紙觀點的人。法院認為本案涉及後者，因為信封的使用權僅授予和PG&E立場不同且利益相左的TURN，此時PG&E必須考慮這樣的情況：一旦他們就特定議題表達意見，很可能引發TURN的敵對觀點，而自家的帳單信封還必須協助散播這樣的敵對觀點。因此最後最明智的選擇，就是避免某些會引發TURN回應的爭議言論，這造成了類似*Tornillo*案的負面後果[83]。

若著眼於「強迫言論造成某些言論內容的負擔並遏止公共辯論」，會發現許多案例都屬此類。例如在*Talley v. California*，法院認為「……揭露身分和害怕報復，可能會阻止對重要公共事務的完全和平討論」，所以匿名傳單禁令（強迫揭露身分作為表意條件）牴觸言論自由[84]。在*McIntyre v. Ohio Elections Commission*，針對於匿

82 Pac. Gas & Elec. Co. v. Pub. Utils. Comm'n of Cal., 475 U.S. 1, 5-7 (1986).
83 *Id.* at 12-14.
84 Talley v. California, 362 U.S. 60, 65 (1960).

名選舉言論的禁令，法院重申*Talley*法院的看法，強調匿名進入言論市場是言論自由的重要面向，系爭管制針對內容而違憲[85]。

如果沒有注意到，這個類型其實和*Barnette–Wooley*有不同的考量，就不易給予正確評價。例如在*Riley v. National Federation of the Blind of North Carolina, Inc.*，系爭管制涉及一系列對於專業募款人的監管。其中一個規定要求，募款人必須揭露事實上有多少比例的勸募所得被移轉給慈善團體，法院認為該規定強迫表意人發表他本來不會發表的言論，構成針對內容的管制而違憲[86]。有評論者認為，*Riley*案不像*Barnette–Wooley*處於對抗國家威權的脈絡，所以法院太過強調個人表意自由但忽略了募款透明度的重要性[87]。但法院的說理其實複雜得多。法院首先注意到，募款所得究竟應有多少比例移轉給慈善團體、多少作為專業募款人的酬勞和活動費用，並沒有標準答案。例如，慈善團體可能選擇特定的募款方式或募款人，以期達到較高的總募款金額而非較多的分配比例；或者，慈善團體可能著眼於募款活動的長期而非短期利益，例如透過活動來宣揚理念和增加曝光度[88]。即便這都是慈善團體實現目標的合理策略，但一般捐款人的直覺反應，往往不樂見慈善團體獲得較低比例的捐款分配。因此強迫揭露相關資訊，會使得那些規模較小或較不受歡迎、因而更依賴專業募款人的慈善團體，注定處於更不利的地位；同樣地，將較多資源分配在宣傳活動的募款，也因此更不容易成功。這甚至會使得專業募款人傾向避開那些因為強迫揭露而蒙受不利結果的募款活動[89]，形同讓特定類型的團體雪上加霜。

---

85 McIntyre v. Ohio Elections Comm'n, 514 U.S. 334, 343-47 (1995).
86 Riley v. Nat'l Fed'n of the Blind of N.C., Inc., 487 U.S. 781, 784-86, 795 (1988).
87 Alexander Tsesis, *Compelled Speech and Proportionality*, 97 IND. L.J. 811, 815 (2022).
88 *Riley*, 487 U.S. at 791-92.
89 *Id*. at 799-800.

所以*Riley*法院最重要的論點，其實是系爭管制造成了特定言論內容的負擔，屬於本文現在所討論的類型。誠如評論者所言，防弊也是重要利益，事實上*Talley*、*McIntyre*和*Riley*案中政府方的管制理由，都是為了避免欺瞞誤導。然而法院在三案中也都指出，已有其它管制可以處理相關問題，並不需要動用強迫揭露。其中的利益衡量當然是可以討論的問題，這裡只是要強調，以*Barnette–Wooley*為標準來批評*Riley*案並不精確，因為它們的理路大不相同。

儘管這個類型可以直接用內容中立性處理，這不代表它和強迫言論特有的其他考量不相容。其中*Tornillo*和*Pacific Gas*案都涉及強迫收容攜帶特定訊息，也就是接下來要討論的類型。

三、強迫收容攜帶特定訊息（錯誤歸因／系統性扭曲）

（一）代表案例

Volokh曾將其中一種強迫言論類型歸納為「對融貫言論產物的干預」（interference with a coherent speech product）。這個類型的特徵，在於強迫表意人夾帶某些東西，使其無法依照自己的意思控制言論內容[90]。

這是一個清楚的分類，但仍有疑點要釐清。當管制毫無疑問能干預表意人的言論內容時，它就是針對內容的管制，我們似乎不需要其他理論來處理這類狀況。問題就在於，這個事實並不總是那麼清楚。若認為前文由Greene所代表的批評有幾分道理，那麼強迫言論是否真有「表意人」和「言論」可言，管制是否真能干預「融貫的言論產物」，就不是毫無疑問。儘管如此，無論最後是否真的造成干預言論內容的結果，強迫個人夾帶某些訊息的管制，似乎都違反我們的規範性直覺。因此本文以「強迫收容攜帶特定訊息」這個

90 Volokh, *supra* note 34, at 361-62.

更一般化的特徵來指稱此一類型。至於這樣的管制何時構成強迫言論、理據何在，正是學說實務見解的討論焦點。

*Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston, Inc.*是這個類型的代表。民間團體「南波士頓退伍軍人協會」（South Boston Allied War Veterans Council，以下簡稱「協會」）每年都會在聖派翠克節（Saint Patrick's Day）舉辦節慶遊行，數十年來該協會並未篩選參與者，活動組成亦相當鬆散。「愛爾蘭裔美國同性戀與雙性戀者團體」（Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group，以下簡稱GLIB）欲參與遊行遭拒，於是控告協會違反麻州的公眾服務法，該法禁止「任何基於……性傾向對於任何人在任何供公眾膳宿、休憩或娛樂之場所，就其使用對待進行區別、歧視或限制」。協會則主張，公眾服務法在本案的適用侵害其言論自由[91]。

最高法院的看法可以分為兩個部分。第一部分是關於本案是否涉及言論自由。由於協會長年經營遊行的方式並未挑選內容，歷年遊行隊伍包含各種性質不同甚至訴求衝突的團體，所以州最高法院認為遊行欠缺表意目的（expressive purpose）而非屬言論，得出本案不涉言論自由的結論[92]。最高法院則認為，「狹窄、可簡明表達的訊息，並非憲法[予以言論自由]保障的必要條件」，否則許多抽象藝術都無法獲得保障[93]。雖然最高法院和下級法院採取了不同看法，但它們其實都接受了一個共同前提：權利主張者必先涉及表意活動，才可能主張言論自由。差別僅在於，最高法院和下級法院對於系爭遊行的表意性是否足以構成言論，有不同認定。這正是本文所說的「表意行為先決」模式，我們只需要一個例子就能說明這個

91 Hurley v. Irish-Am. Gay, Lesbian & Bisexual Grp. of Boston, Inc., 515 U.S. 557, 560-62 (1995).
92 *Id*. at 562-64.
93 *Id*. at 569.（中括弧內的文字為本文所加）

模式用於強迫言論的問題：假設某管制強制路經某區域的行人都要套上印有特定政治標語的背心，我們是否有必要先煩惱「行人路過」的表意性何在，才能確定這裡涉及言論自由？事實上，本案還在州最高法院時，Joseph R. Nolan法官就已經在不同意見書中指出了這點：就像在*Wooley*案，開車本身不是表意行為，但政府依舊不能強制個人在開車時促進某些訊息；所以無論系爭遊行有多種訊息或沒有訊息，政府都不能強制協會收容特定訊息[94]。

所以真正的問題，在於強迫收容特定訊息為什麼構成嚴重的言論自由侵害，而這正是第二部分的重點。最高法院一方面承認，系爭管制並無任何針對或歧視特定內容的嫌疑，是正常的反歧視規定；但另一方面，法院也發現系爭管制以特殊的方式被適用。GLIB的參與，可能使得旁觀者誤以為協會認可或支持GLIB所傳遞的訊息（尤其考慮到GLIB堅持攜帶自己的橫幅標語加入遊行），而這違背協會本意。由於任何遊行參與者都可能改變活動組織者所傳遞出的訊息，所以系爭管制在本案的適用預示了這樣的可能性：任何涉及公眾服務法受保護特徵的個人或團體，都有權強制加入遊行，進而形塑組織者的言論。法院引用*Pacific Gas*案指出，如果政府可以隨意強迫表意人傳達他們所不同意的政治訊息，言論自由將成空談[95]。

透過以上論證，*Hurley*法院樹立了一種稱為「錯誤歸因」（misattribution）的論據[96]：管制造成主體與內容的錯誤連結，使人誤以為某訊息發自某主體。如果比較其他案例，會發現在最高法院的說理中，強迫收容攜帶特定訊息的管制是否構成強迫言論，經常是以錯誤歸因為判準。例如在*Turner Broadcasting System*, Inc. *v.*

94 Irish-Am. Gay, Lesbian & Bisexual Grp. of Boston v. City of Boston, 636 N.E.2d 1293, 1303 (Mass. 1994) (Nolan, J., dissenting).
95 *Hurley*, 515 U.S. at 563, 572-76.
96 *Id.* at 577.

FCC，must-carry條款要求有線電視系統業者保留一定比例的頻道給地方無線電視臺。面對系統業者的強迫言論指控，法院先是指出，系爭管制並沒有像*Tornillo*和*Pacific Gas*那樣的內容針對性；再則認為，系統業者長期以來僅提供訊號傳輸服務，因此觀眾不太可能將頻道中的電臺節目視為系統業者想要傳遞的想法或訊息[97]。欠缺錯誤歸因，是*Turner*案不構成強迫言論的關鍵，*Hurley*法院就從這點來和*Turner*案進行區別[98]。我們可以想像，假若在另一個平行時空，系統業者長期以來被認為是類似報紙的內容組織者，那麼*Turner*案中的must-carry條款就會更像*Hurley*案中的公眾服務法，更可能因為錯誤歸因而構成強迫言論。

*Pruneyard Shopping Center v. Robins*乍看之下是個突兀的例子，因為最高法院竟然容許法律強制私人產業收容某些言論。Pruneyard是巨大的綜合性開放商場，它有一項政策禁止遊客進行任何公開表意活動。一群學生在Pruneyard募集連署以支持特定政治訴求受阻，因而提起訴訟。加州最高法院認為，州憲法保障個人在私人購物中心合理表達言論，亦即Pruneyard須容忍學生的連署募集活動[99]。然而，這樣的情況豈不類似*Wooley*案中，法律強制個人財產作為「活動看板」？這正是Pruneyard的言論自由主張[100]。又或者，按照後來*Hurley*法院的說法，這樣的強迫收容難道不會構成錯誤歸因？*Pruneyard*案發生在*Wooley*和*Hurley*案之間，法院的說理恰好也銜接了兩者。*Pruneyard*法院首先指出，*Wooley*案是由政府強迫攜帶特定訊息，而且不允許個人對其進行遮蔽，都和本案不同。在本案中，某些訪客於眾人往來自如的商場散發傳單或募集連署，很難被認為是商場所有人的觀點。再者，商場可使用聲明告示之類的方法，輕

97 Turner Broad. Sys., Inc. v. FCC, 512 U.S. 622, 655 (1994).
98 *Hurley*, 515 U.S. at 576.
99 Pruneyard Shopping Ctr. v. Robins, 447 U.S. 74, 77-78 (1980).
100 *Id*. at 85-87.

易讓大家知道活動者並不代表購物中心立場，只是在依法行使權利。所以最高法院肯認州最高法院對於加州憲法的詮釋，認其並不違憲[101]。

我們可以從*Pruneyard*案發現幾件事：第一，如果系爭管制像*Wooley*案那樣由政府強制攜帶特定訊息，或像*Tornillo–Pacific Gas*那樣有強烈的內容針對性，很可能會受到完全不同的評價。第二，儘管如此，系爭管制同樣干預了商場的財產權和締約自由。本案並沒有把商場變成公共論域（public forum），只是要求開放性商場有限度地容忍某些表意活動，這毋寧是權衡言論自由和其他權利的折衷結果。第三，這樣的折衷之所以可能，關鍵就在於錯誤歸因的可能性極低，或很容易排除。

最後是*Rumsfeld v. Forum for Academic & Institutional Rights, Inc.*這個晚近案例。本案有其特殊背景：某些法學院因為反對軍中的同性戀政策，所以限制軍事招募活動和學生的接觸。有鑑於此，國會通過The Solomon Amendment，該法要求各大學提供給軍事招募的學生接觸，在品質和範圍上應等同於其他招募者，否則將喪失某些聯邦補助。「學術與機構權利論壇」（Forum for Academic & Institutional Rights，以下簡稱FAIR）是由數間法學院組成、以學術自由和反歧視為主要訴求的社團，他們主張系爭管制以喪失補助的不利益，強制法學院收容散布軍事招募者的訊息，侵害其言論自由[102]。

到了*FAIR*案，我們可以看出法院的類型化已逐漸成形。*FAIR*法院區別了兩種類型的強迫言論：一是像*Barnette–Wooley*那樣直接強迫某主體表達特定內容，二是像*Hurley*、*Tornillo*以及*Pacific Gas*案，強迫某主體收容其他表意人的訊息。系爭管制迫使法學院為軍

101 *Id*. at 87-88.
102 Rumsfeld v. F. for Acad. & Institutional Rts., Inc., 547 U.S. 47, 51-53 (2006).

事招募提供某些資訊服務（例如發送電子郵件或活動宣傳），因此要考慮的是後者而非前者[103]。

*FAIR*法院和*Hurley*法院一樣採取了表意行為先決模式，因此*FAIR*法院以「法學院所提供的資訊服務本質上不具表意性」為由，認為本案沒有言論所以不涉言論自由。前文已論及這個模式在*Hurley*案的誤導性，在此亦然。就算認為法學院提供的資訊服務不具表意性（其實這點亦十分可疑），也不必然會得出本案不涉言論自由的結果。這裡真正的問題在於，為什麼在本案條件下，強迫法學院收容攜帶特定訊息不會構成強迫言論？*FAIR*法院的答案是類比*Pruneyard*案，認為法學院收容招募活動，不會使得旁觀者誤以為法學院同意軍方的政策或觀點[104]。因此本案最關鍵的論據，還是錯誤歸因。

（二）表意性結社與商業性結社

一系列關於表意性結社的強迫言論案例值得特別注意，因為系爭管制都涉及公眾服務法。為什麼只有「表意性」結社才受到更高度的保護，並非沒有疑問。Epstein延續他一貫的論點，認為只要人們可以自由創設各種屬性的結社（無壟斷），就沒有理由干預個別結社的成員挑選，更沒有理由將高度保護限定於所謂的表意性結社[105]。Alexander則認為，法院不適合去決定某個組織想傳達的訊息是什麼，而且結社自由本身就應該受到高度保護——我們不會想看到國家權力禁止「僅限黑人」、「僅限女性」、或是「僅限同性戀」的政治團體，因此堅實的結社自由無須依附於言論自由[106]。儘管如此，法院實踐仍給予了區別：表意性結社和親密性結社（intimate association）受到更高度的保護，往往有機會對抗一般法律規定，但其他結社並

103 *Id.* at 61-63.
104 *Id.* at 64-66.
105 Epstein, *supra* note 26, at 1272-73.
106 ALEXANDER, IS THERE A RIGHT, *supra* note 33, at 115-18.

沒有這種待遇[107]。整個結社自由的問題無法在本文詳論，但以下分析將指出，至少在表意性結社和強迫言論問題上，法院的看法是一種合理的權衡。理解這個合理性的關鍵，在於錯誤歸因。

在*Boy Scouts of America v. Dale*，民間團體美國男童軍團（Boy Scouts of America，以下簡稱「童軍團」）撤銷資深成員James Dale的會員資格，理由是Dale作為活躍的同性戀運動者，牴觸童軍團的理念。Dale認為童軍團是基於性傾向而撤銷自己的會員資格，牴觸公眾服務法；童軍團則主張，公眾服務法的適用將侵害其表意性結社自由[108]。高度類似的組合並非沒有先例，在*Roberts v. United States Jaycees*，美國青年商會（United States Jaycees，以下簡稱「青年商會」）拒絕給予女性成員正式投票會員資格，且同樣以表意性結社對抗公眾服務法[109]。在3年後的*Board of Directors of Rotary International v. Rotary Club of Duarte*，國際扶輪社（Rotary International，以下簡稱「扶輪社」）面對類似的指控，提出同樣的主張[110]。童軍團勝訴了，但青年商會和扶輪社則否。為何如此？

首先我們可以注意，青年商會和扶輪社的開放性非常高，它們沒有嚴格的成員揀選標準，一般性地以促進慈善、公益、社交等正面價值為其宗旨，並未涉入特定議題。所以法院看不出來，允許女性加入或成為正式會員，如何能破壞這兩個團體想要傳達的訊息，因此表意性結社在此無法對抗反歧視管制[111]。但童軍團是另一種狀況。法院發現從相關事實來看，該團體確實曾在各方面明示同性戀違反自身欲宣揚的道德價值。Dale同時作為美國童軍的幹部以及同性戀組織的主席與活躍的同運者，必然使得美國童軍違背其宗旨，

107 Roberts v. U.S. Jaycees, 468 U.S. 609, 617-20 (1984); Bd. of Dirs. of Rotary Int'l v. Rotary Club of Duarte, 481 U.S. 537, 544-46 (1987).
108 Boy Scouts of Am. v. Dale, 530 U.S. 640, 643-47 (2000).
109 *Roberts*, 468 U.S. at 612-17.
110 *Rotary*, 481 U.S. at 539-43.
111 *Roberts*, 468 U.S. at 612-14, 627-28; *Rotary*, 481 U.S. at 539-40, 546-48.

傳遞出接受同性戀的訊息。所以法院認為*Dale*案更類似於*Hurley*案，反歧視管制不適用於本案[112]。

構成差異的關鍵，不僅在於「是否為表意性結社」。即便青年商會和扶輪社的表意內容較為空泛，質疑這類團體的表意性只會陷入沒有意義的爭論，法院也沒這樣做。法院所指出的真正重點是錯誤歸因：從社團的運作模式和背景脈絡來看，反歧視管制的適用在*Roberts–Rotary*和*Dale*案之間有不同的錯誤歸因效果。為了說明這點，法院的確需要對社團宗旨做出某些判斷，但就像在*Dale*案，法院並沒有深入個別社團的內部問題，明智地避免「替該社團決定他們的真意」，而是從可見外觀來進行判斷[113]。誠然，青年商會和扶輪社的高度開放性並不意味著它們完全屬於公眾，但一個社團的開放性越高、宗旨特定性越低，那麼錯誤歸因的可能性就越低，差別待遇的羞辱效果卻可能越強。或許可以這樣說：透過錯誤歸因，法院在結社自主性、言論自由和反歧視管制利益間取得了某種平衡。

Sandra Day O'Connor大法官在*Roberts*案的部分協同意見提出了不同看法。她反對多數意見採用的錯誤歸因路徑，認為這可能在某些情況對表意性結社的保護不足，進而提出這樣的二分法作為替代：表意性結社對其成員的選擇受到憲法增修條文第1條的完全保護，商業性結社則只受到最小保護，就像商業活動管制只受到低度審查[114]。O'Connor大法官承認這樣的二分有時是困難的，但「結社必須選擇它的市場。一旦它以任何實質程度進入了商業市場，就喪失了對其成員資格的完全控制。當它將自身事務限於思想市場時，本來可以享有這種完全控制。[115]」

112 *Dale*, 530 U.S. at 648-54.
113 *Id.* at 655-56.
114 *Roberts*, 468 U.S. at 632-34 (O'Connor, J., concurring in part and concurring in the judgment).
115 *Id*. at 636.

這個看法受到某些評論者支持[116]，批評者則質疑二分法是否可能[117]。這涉及整個商業言論的方法問題，這裡僅就本文題旨，說明O'Connor大法官的看法為什麼不比錯誤歸因可取。二分法的初衷可以連結到兩個合理考量：一是我們擔心，商業活動以表意性結社之名，架空反歧視管制；二是干預表意性結社的成員選擇，就像是干預言論形成，不宜由法院介入。就第一點來說，讓我們想像這個場景：一個以宣揚同性戀尊嚴與權利為宗旨的團體，同時經營主題餐廳和紀念品銷售。商業活動部分要僱傭多少人、達到多少營業額，才會像O'Connor大法官所說的「足以懸置該結社控制會員資格的憲法增修條文第1條權利」[118]？假設該團體的商業經營獲得極大規模的成功，這是否意味著，反歧視管制可以禁止該團體開除某些公開反同的成員，因為該團體已經變成商業性結社？本文相信這樣的結果是荒謬的。事實上，商業經營的部分無論是關於聘僱或交易，本來就可以直接適用各種反歧視管制，根本無須為結社的表意性所困擾。但反過來說，這也不代表任何結社一旦涉及商業活動，就必須被迫接受那些宣揚相反理念的成員。這兩個問題可以也應該分開看待，二分法卻把它們綁在一起。

比較困難的情況，發生於商業服務將它的對象限定在特定結社資格，*New York State Club Association, Inc. v. City of New York*就是一例。系爭管制將超過一定會員人數、常態提供餐飲的會員制私人俱樂部定義為公眾服務，禁止差別待遇[119]。論及這樣的管制是否侵害表意性結社時，法院是這樣說的：

---

116 Dale Carpenter, *Expressive Association and Anti-Discrimination Law after* Dale*: A Tripartite Approach*, 85 MINN. L. REV. 1515, 1563-87 (2001); Seana V. Shiffrin, *What Is Really Wrong with Compelled Association?*, 99 NW. U. L. REV. 839, 876-79 (2005).

117 Bagenstos, *supra* note 21, at 1230-32.

118 *Roberts*, 468 U.S. at 635 (O'Connor, J., concurring in part and concurring in the judgment).

119 N.Y. State Club Ass'n, Inc. v. City of N.Y., 487 U.S. 1, 5-7 (1988).

> 當然可以想像，某結社或許能證明它是為了特定表意目的而組織，若不能將成員資格加以限制，例如相同性別或相同宗教，就無法同樣有效地宣揚他們追求的觀點。然而在當前的案件中，認為系爭管制所涵蓋的許多大型俱樂部非屬此類，似乎是合理的。依據眼前的資料，我們很難得出相反的結論，因為沒有具體事證顯示系爭管制所包含的任何俱樂部有這種特徵[120]。

法院並沒有排除會員資格干預會造成錯誤歸因、因而侵害表意性結社的可能性。但法院指出，至少就本案涉及的大型會員制餐飲服務來說，系爭管制並不會造成錯誤歸因，所以並未侵害結社自由。換句話說，依舊是錯誤歸因解決了難題，而且這是更精確的切入方式。商業活動通常之所以可以沒有爭議地適用反歧視管制，是因為從中難以產生錯誤歸因，而且商業規模越大越是如此。我們應該從個別管制所造成的錯誤歸因效果來判斷其合憲性，而不是因為結社涉及商業活動（無論這個門檻設在哪裡），就一概剝奪它選擇成員的可能性。放棄錯誤歸因去使用二分法，就像是做紙雕時拋棄筆刀改用斧頭。

至於第二點，就如前文所指出的，法院的介入其實非常有限，法院所做的毋寧是從理性觀察者角度來判斷錯誤歸因是否發生。如果這麼輕微的「干預」（如果它真的算是）可以換來更精確且均衡的判斷，不正說明了它的合理性？

（三）理論反思

1. 對於錯誤歸因的批評與替代理論

「強迫收容攜帶特定訊息」是涵蓋最廣的強迫言論類型，它可

120 *Id.* at 13.

以和前述兩種類型中的許多案例結合，因此也可以說是最具代表性的類型。如果支持這個類型的主要論據是錯誤歸因，那麼錯誤歸因很可能就是強迫言論最重要的特殊論據。

若管制能輕易讓觀察者認為某人或某團體支持或代表某種觀點（無論是否真的存在「表意」），就已經是針對內容的管制，構成最嚴重的言論自由侵害。當然，光是強迫收容或強迫攜帶某些訊息，未必能導致這樣的結果，至少還需要某些外在條件。相關活動或場域的性質、以及社會成規對它們的定性是重要的，但它們的重要性不在於用來爭執何謂言論，而在於協助錯誤歸因的判斷：在某些脈絡下，錯誤歸因的可能性更高，所以需要被更嚴肅看待。這正是錯誤歸因的基本邏輯。

但錯誤歸因面臨一種根本的質疑：如果它事實上難以發生呢？將前述Greene的見解改頭換面，大概就代表了這樣的批評，Shiffrin和Alexander都曾提出類似看法，內容大約是這樣：如果大家都知道某些行為的發生是因為法律的強制，那麼任何理性觀察者都不會認為該行為代表了受迫主體的信念、價值或態度[121]，也就不會有所謂的錯誤歸因。

正因如此，Shiffrin提出思想自由（freedom of thought）或心智自主性（mental autonomy）來取代錯誤歸因。以國旗宣誓禮為例，她是這樣說的：

> 有人可能會擔心，強制、頻繁地重複宣誓禮，將跳過一個人直接對主題的慎思，影響他的思考內容和方式。例行的背誦可能使其訊息變得熟悉。透過規律性，它可能成為一種慰藉以及提供指引的內在權威來源。其後，人們可能本

121 Greene, *supra* note 57, at 474; Shiffrin, *supra* note 116, at 853; Alexander, *supra* note 61, at 152-53.

> 能、未加思索且對思想根源無意識地認為這個政體是共和國，或是自由及正義的所在，或者更可能的是，他將更傾向同意他人的類似主張[122]。

這正是前文所說的弱意義思想干預。這樣的描述並不令人感到陌生，它不只是反烏托邦小說的劇情，而是人類歷史的片段，也符合我們對於集權政體的典型憂懼。然而進一步思考，會發現這個論點有一連串的問題：第一，思想干預和錯誤歸因一樣，都只是可能狀態而非必然事實。除非有更詳實的經驗性論據告訴我們，前者發生的機率遠高於後者，否則前者未必比後者更具說服力。第二，強迫言論案例事實上非常多樣，以前述案例來說，就和「集權政體洗腦」的模板有點距離。將思想自由用在這裡，是否小題大作？第三，思想自由總是必須面對「任何管制都影響思想」，因而難以運用的老問題。這不會使得思想自由論據完全無效，但可能需要更細膩的闡述。

近年Greene也嘗試另闢蹊徑。他注意到，相當大量的強迫言論案例，都蘊含了所謂的「反促進」說理（anti-fostering rationale）[123]，意義類似於本文所說的「禁止強迫收容攜帶特定訊息」。Greene認為，反促進說理可以類比表意性結社，透過他稱之為「勿以我之名」（not in my name）的論據來證立：

> 我建議，可以從表意性結社自由的視角看待「反促進」。強迫我表達或收容其他言論，就是強迫我連結或被連結到這樣的言論。即便沒有人會將該言論誤認為我的訊息，連結依舊發生了。該言論還是部分地以我的名義被表達。或許我不希望以我的名義發表任何言論，或希望僅發表自己選

122 Shiffrin, *supra* note 116, at 854.

123 Abner S. Greene, *"Not in My Name" Claims of Constitutional Right*, 98 B.U. L. REV. 1475, 1493-94 (2018).

> 擇的言論。將我和我不想要的訊息關聯或連結起來，傷害了我透過表意行為形塑自我的能力。它既影響了世界如何看待我，也影響了我如何看待自己。所以這和錯誤歸因理論，以及Seana Shiffrin提出的思想干預論據有些關聯，但我的表意性結社論據有所不同。和前兩者的關係，在於它們都關心「我的表達被混淆了」。但即便言論的表達或收容，明顯可知地出於強制，甚至這樣的表達收容對我造成思想干預的風險極低、或根本不存在時，「勿以我之名」立論依舊可以成立[124]。

這個見解的新穎之處在於，它說明了為什麼沒有錯誤歸因或思想干預時依舊可以成立強迫言論，然而這樣的說法似乎沒能真正開創新局。首先我們可以注意，將違反個人意願的訊息連結和自我發展放在一起，視為一種個人侵害，其實就是自主性論據。尤其當Greene也用「避免任何可能感受到的玷污」（to avoid whatever taint one may feel）來指稱這個情況時[125]，就更為明顯了。當然，表意性結社的類比還有另一層意義。強制以個人之名所做的連結，就像是政府強制個人為特定訊息的流通強化做出貢獻，但這似乎又回到了「強迫收容攜帶特定訊息」以及錯誤歸因，並沒有提出新的東西。

法院所說的錯誤歸因，以及Shiffrin和Greene提出的替代方案與批評，似乎都有某些道理，但都難以獨自撐起整個論證。說錯誤歸因幾乎不會發生，可能是過於簡化的想像。以*Hurley*和*Dale*案為例，假設法院做出了相反的判決，人們是否能明確意識到遊行中GLIB高舉的布條不代表協會的觀點，Dale的言行不代表童軍團改變了自身價值？答案應該是很難說。因為我們並不總是會深入思考眼前的景象，遑論熟知現象背後的法律背景。同樣地，沒有人敢說

---

124 *Id.* at 1494.
125 Greene, *supra* note 36, at 684.

思想干預一定不會發生，但也沒有人知道，在不同條件下對於不同個體會產生哪些影響。Greene的新理論或許不算成功，但他洞察到一件事：就算在沒有錯誤歸因或思想干預的情況下，強迫收容攜帶特定訊息依舊違反我們的規範性直覺。問題在於，這樣的規範性直覺究竟來自何處？如果這個直覺是正確的，錯誤歸因和思想干預豈非冗餘？

本文認為，這三種看似矛盾的看法其實可以並存。矛盾的看法之所以能並存，是因為它們各自看到了同一個系統的不同面向。接下來本文將嘗試說明這個系統，它或許能解釋那些一直被隱約意識到、但未能被說清楚的規範性直覺。

2. 賽局焦點與系統性扭曲

（1）捷思偏誤

第一步，是參考Caroline M. Corbin借用心理學成果所進行的說明。她回顧了兩種已在法學文獻中被大量提及的認知模式：一是有意圖、有意識的明確審慎思考，它專注於訊息的內容與論據，也因此消耗更多的時間精力。二是無意圖、無意識的內隱思考，它是讓我們輕鬆處理巨量資訊的「方便法門」（rule of thumb），也被稱為「捷思」（heuristics）。捷思往往從非關內容推論的線索來處理資訊（例如訊息來源或其他形式特徵），這樣的經濟性既說明了它在人類認知過程中的廣泛重要性，也說明了它可能發生的偏誤。Corbin認為，強迫言論可以用來扭曲言論市場與民主。她所說的扭曲，並非某種知識或觀點在公共對話中的過量或不足（這也不是主流美國言論自由法學的思考方式），而是利用「多數意見是對的」、「相信專家」之類的捷思偏誤，製造公共對話中的錯誤，例如讓人以為某些觀點比實際上更廣為接受、或受到某些權威背書[126]。

126 Corbin, *supra* note 36, at 1294-97.

Corbin的說法，替錯誤歸因和思想干預找到了另一種詮釋：透過捷思偏誤，強迫言論可能讓我們誤認訊息和主體的關聯，繼而干擾我們的判斷。這樣的連結說明了為何它們可能比想像中還容易發生。即便如此，這還無法清楚說明強迫言論如何扭曲公共對話與民主，我們需要其他的理論輔助。

（2）賽局焦點

第二步，是借用經濟學家Kaushik Basu說明後極權主義（post-totalitarianism）如何運作的賽局模型：極權政體在不訴諸直接暴力的情況下，依舊可以讓人們自發地與政府合作，並集體排擠異議者。為了說明這個機制，Basu假設一個有大量人口的社群，其中每位成員都以1、2、3、4、5……等正整數來命名。想像他們依序站成一列，每位成員都可以表示為n，他的左邊是n-1，右邊是n+1。在這個設定中，交易發生於相鄰成員之間，若n和n+1交易會獲得3元的報償，而n+1會獲得1元的報償，所以每位成員都樂於和他右邊的鄰人交易，只要右邊的鄰人願意，交易就會發生。在所有成員都和其左右鄰人交易的情況下（序列中的首尾可以忽略不計），任何n都會因為和n-1以及n+1交易，獲得總額1+3=4元的報償。

這時出現了一位獨裁者，他要求每位成員都向自己繳交1元的稅金。這是沒有對等回報的橫征暴斂，而且獨裁者欠缺實力或意願，以直接暴力貫徹自己的意志。在這樣的情況下，暴政如何可能？Basu指出，獨裁者可以採取這樣的手段：將任何不繳稅的成員n-1貼上「不忠誠」（disloyal）的標籤，並宣布任何和n-1交易的n亦屬「不忠誠」。換句話說，如果左邊的鄰人不繳稅，你和他交易的話也會被貼上「不忠誠」的標籤；右邊的鄰人和「不忠誠」的你交易，也會變成「不忠誠」。

姑且將這個情況稱為「忠誠遊戲」。如果每個成員都相信大家想要表現為忠誠，那麼任何成員n在考慮是否繳稅以及是否和他左

邊的鄰人n-1交易時，都面臨8種排列組合所構成的行動選擇。這8種行動選擇分別可以獲得的總報償如表1所示：

表1 忠誠遊戲的選擇與報償

	n-1忠誠	n-1不忠誠
繳稅且和n-1交易	3	0
繳稅且不和n-1交易	2	2
不繳稅且和n-1交易	1	1
不繳稅且不和n-1交易	0	0

資料來源：KAUSHIK BASU, THE REPUBLIC OF BELIEFS: A NEW APPROACH TO LAW AND ECONOMICS 128 (2018). 原出處以賽局樹（game tree）的形式呈現，本文轉化為表格並加上黑框以利說明。

以行動組合「若n-1忠誠，繳稅且和n-1交易」為例，n可以獲得與左右鄰人交易的報償4元，再扣掉稅金1元，總報償為3元。以「若n-1不忠誠，選擇繳稅且和n-1交易」為例，此時n因為和「不忠誠」的n-1交易，也被貼上「不忠誠」的標籤。因此可以預期的是，n+1為了避免被連帶影響，不會和n交易。結果就是n失去和右邊鄰人交易的機會，只能透過和左邊鄰人的交易獲得1元的報償，並在繳稅後歸0。我們可以清楚看出，**如果每個成員對於其他所有人的行動預測，都是他們想要表現為忠誠，那麼理性計算下唯一合理的行動方針，就是「繳稅並且拒絕和不繳稅的左邊鄰人交易」（表1中的粗框欄位），偏離這個方針都非最佳選擇，必蒙受損失**[127]。

Basu的模型當然是複雜社會現實的簡化：「繳稅」未必只是交出錢財，可以是對於獨裁者各種形式的輸誠與支持；「交易」可以

127 KAUSHIK BASU, THE REPUBLIC OF BELIEFS: A NEW APPROACH TO LAW AND ECONOMICS 124-29 (2018).

是廣義的，包含各種人際交流所實現的互利。或許並非大家都相信所有人會認真看待忠誠與否的標籤，而是許多人相信某些人會這樣做；或許有人在清楚計算得失後，仍出於理想而採取對自己不利的行動。但無論如何，只要趨吉避凶是多數人的常態，在特定集體信念達到一定數量的情況下，這個模型依然可以說明一般化的行為傾向。想像置身其中的一般人所可能進行的測度：「我知道並非所有人都喜歡這個忠誠遊戲，但我也知道還是有不少人會照著做。與其賭上自己的損失，何不選擇最保險的方式，一起玩這個遊戲？」某些成員甚至可能會譴責那些「不忠誠」的傢伙，因為在所有人都忠誠的情況下，大家本來都可以獲得3元的總報償，但「害群之馬」會使得某些人最多只能獲得2元甚或更低的總報償，有損集體利益。

這就是為什麼憑空讓一個社群自發地擁護獨裁統治並排擠異議者，其實沒有那麼困難。Basu認為，關鍵在於利用社群成員間相互的流放恐懼（fear of ostracism）[128]，這樣的恐懼之所以能夠自行發生，是基於某些集體信念。在賽局中，每一個行動者都揣摩著每一個其他行動者的計算來計算自己的行動。在Basu的模型中，只要大家（多數人）都相信彼此想要表現為忠誠，就必然導致對所有人都不利的後果。**相反地，如果大家都相信，沒有人會把「不忠誠」的標籤認真當一回事，沒有人會因為害怕這個標籤而去繳稅或是不和某些人交易，那麼表1所展示的結果就不會發生。**對於所有人來說顯而易見的最佳選擇，是不繳稅然後和左右鄰人交易，大家都能獲得4元的總報償。

從社群成員的角度來看，他一開始就面臨了二選一判斷：情境一是相信大家都不會參與忠誠遊戲，那麼不與獨裁者合作會獲得最高報償；情境二是相信許多人會在意那個忠誠標籤，那麼與獨裁者

128 *Id*. at 129.

合作才是最佳利益。從獨裁者的角度來看，他的目標再清楚不過——讓情境二發生。為此，他不需要讓人相信「所有人」都會參與這個遊戲，他只要讓人覺得「相當多數人」會是如此就足夠了。因為只要人們認為有相當數量的人會與政府合作，那麼選擇同樣與政府合作以獲得至少2或3元的報償，是最保險因而更被偏好的選項，否則很可能落得更糟的結果。

有趣的是，這個情況也可以理解為某種複雜的協調賽局（coordination game）。在單純的協調賽局中，大家要做的事情是協調彼此的行動以獲致共同利益。常見的例子是這樣：分散且無法通聯的一群人，試圖在某個地點碰頭。所有人的最佳利益是選擇了相同的地點，至於地點本身的優劣則無足輕重。單純協調賽局的問題在於，眾人雖然都希望彼此配合，但他們不確定什麼樣的行動選擇可以達到這個結果。此時，如果某些訊號對某些群體來說有特殊顯著性（salience），就可能形塑彼此的行為預期，成為協調問題的解方。例如在前例中，對某個時期的臺北人來說，臺北火車站或許就成為了自然而然的共同選擇[129]。促成協調的訊號被泛稱為「焦點」（focal point），它不像報償是數學運算的結果，而是特定時空中存在於特定群體的顯著性：它可能是性質強弱不一的各種成規（convention）、社會歷史文化背景、特定情境的脈絡性等等[130]。除了給定的環境因素，刻意的人為建構亦可能發揮焦點的功能。例如Richard H. McAdams就從不同面向說明了，法規範本身可以獨立於它的強制力而發揮焦點的功能[131]。

---

129 關於協調賽局已有大量文獻，一個簡單清楚的說明參閱EDNA ULLMANN-MARGALIT, THE EMERGENCE OF NORMS 74-133 (1977)。

130 *Id.* at 83-84; Richard H. McAdams, *Beyond the Prisoners' Dilemma: Coordination, Game Theory, and Law*, 82 S. CAL. L. REV. 209, 231-33 (2009). 關於「焦點」概念最重要的原創性闡述參閱THOMAS C. SCHELLING, THE STRATEGY OF CONFLICT 53-118 (1960).

131 RICHARD H. MCADAMS, THE EXPRESSIVE POWERS OF LAW: THEORIES AND LIMITS 11-93（一般性原理）, 94-135（個別說明）(2015).

在某些情況下，參與者既有共同利益也有利益衝突，形成了各種具「混合動機」（mixed-motive）的複雜協調賽局，此時焦點同樣能發揮作用[132]。對本文來說具特殊意義的是獵鹿賽局（stag hunt game）：如果某社群中有夠多的人出動集體獵鹿，他們會成功並獲得最高報償；但若出動的人數不足，獵鹿會以失敗告終而獵鹿者一無所獲。如果不參加集體獵鹿而是自行打獵，每個人只能獵得兔子並獲得較低報償，但這樣的選擇萬無一失，不像獵鹿有人數不足的失敗風險。因此對社群成員來說，選擇獵鹿或獵兔，取決於他相信有多少人會參加獵鹿。這個設定也可以說明，在銀行擠兌時選擇堅守或退出的情境[133]。相互的行為預期，決定了大家會選擇對全體最有利、但個人風險較高的選項（堅守）；抑或是對全體較不利、但對個人來說最保險的選項（退出）。我們需要某些訊號，讓我們確定其他人不會為了避免風險而背棄對彼此來說都更有利的選擇。這個時候如果某些徵兆改變了行為期待（例如政府將強力介入或鬆手的風聲），很可能成為扭轉賽局的焦點，一舉決定大家是獵鹿還是獵兔。

Basu的模型可以簡化類比為獵鹿賽局，大家都不理會獨裁者是獵鹿（情境一），與獨裁者合作是獵兔（情境二）。獨裁者要做的事情，是讓大家相信沒有足夠的人會去獵鹿，促使他們都去獵兔。稍有不同的是，忠誠遊戲比原始的獵鹿賽局更加細緻，情境二非如獵兔只是單純的避險結果，本身也可以透過協調來將共同利益最大化：大家都繳稅並拒絕和不忠者交易，才能讓所有人獲得最佳報償。因此當獨裁者試圖讓大家進入情境二的時候，同時也製造了集體服從並排擠異議者的焦點。

---

132 *Id*. at 23.

133 McAdams, *supra* note 130, at 220-21.

現在我們可以想像，強迫言論可以發揮多大的功能。歷經威權統治的臺灣人，或多或少還記得這樣的景象：政治標語口號充斥於媒體、牆面以及各式印刷品，人民被動員參與各種擁戴政府的活動，更不用說校園中例行的軍歌軍禮。或許我們知道其中某些人只是虛應故事，但大規模的集體行為是擺在眼前的事實，我們也無從得知眾人的意向。因此對一般人來說，最安全的選擇，是當個合作者而非異議者。強迫言論營造了一種環境氛圍，這個氛圍作為賽局焦點，可以誘導人民自發地閉鎖在「忠誠擁戴政府並排擠異議者」的情境中，或至少強化這個趨勢。對獨裁者來說，成功操作強迫言論就像是一本萬利的生意，只需要（相對於武力鎮壓）極低的成本就可以達到目的。

所以我們可以將Corbin所說的「扭曲」賦予更深刻的意義：那不只是在公共對話中製造錯誤，而是對民主的可能性條件進行破壞，故本文稱之為「系統性扭曲」（systemic distortion）。強迫言論最大的危害，不在於個案性的錯誤歸因或思想干預，而在於它作為賽局焦點所誘導的結構性閉鎖。在這個過程中，錯誤歸因或思想干預當然也可能因為捷思偏誤而放大，進一步助長負面後果。Greene的規範性洞見也因此得到了解釋：由於強迫言論的真正危害在於系統性扭曲風險，錯誤歸因和思想干預只是這個負面發展的助力或環節，所以即便在兩者未必發生的情況下，亦不能排除強迫言論受到高標準的檢視。

（3）系統性扭曲的不同程度與樣態

以上說明可以解釋，為什麼傳統上涉及「忠誠」、「愛國」、「團結」等教條的強迫言論，會牽動最敏感的神經，因為它們正是製造系統性扭曲的典型。如同Erica Goldberg所觀察到的，最經典的*Barnette*案，就發生在這樣的國家主義（nationalism）脈絡下。然而當前的問題似乎不屬於這個脈絡。如果真有什麼被強迫傳遞表達的

「正統」（orthodoxy），那也不再是關於國家主義，而是關於少數弱勢的保障[134]。既已遠離集權政體的想像，這是否意味著，當強迫言論碰上這類Goldberg稱為「良善正統」的意識形態時，系統性扭曲不再是個問題，我們應採取不同的分析？本文認為這可以分兩種情況來討論。

先讓我們想像比較直白的情況。假設政府偏好某些非國家威權性質的「良善正統」（例如平權或環保），故以類似*Barnette–Wooley*的模式直接造成強迫言論。內容的改變，會提高這類管制的合憲性嗎？本文相信答案顯然是否定的。當政府因為意識形態好惡，試圖透過管制來減少（言論禁止）或增加（強迫言論）人民對特定訊息的接觸時，就已經構成針對內容的管制[135]。無論平權、環保還是其他權利或價值，從來就不是單一而沒有爭議的標準答案。如何看待它們之間的關係，形成了各種相互競爭的觀點，而每一種觀點都對應了背後某些群體的利益。當我們說政府作為管制者試圖影響溝通環境的時候，意指政府在民主政治的權力競賽中無可避免地代表了某些群體的立場，因而同時也是競賽的參與者／當事人[136]。強化己方訊息、打壓對手言論，本來就是政府的先天傾向。如果強迫言論讓人誤以為政府所代表或偏愛的觀點，受到比事實上更多的支持；或者製造訊息環境，暗示政府所支持的觀點更高尚、更受人歡迎，這樣的操作是不是很類似在民主制度中製造系統性扭曲呢？尤其不要忘了，民意和投票本來就有「西瓜偎大邊」的傾向。從這個角度來看，強迫言論和言論禁止是內容中立性的一體兩面，兩者都可以用來製造民主政治中的系統性扭曲。

---

134 Erica Goldberg, *"Good Orthodoxy" and the Legacy of* Barnette, 13 FIU L. REV. 639, 641 (2019). 即便如此，Goldberg並不認為這樣的內容就可以使強迫言論正當化。惟Goldberg仍偏向以言論定義處理問題，就不在本文多加介紹，僅在此說明Goldberg的立場以避免誤會。

135 這裡必須再次強調，內容中立性的前提是「政府作為管制者」（參見註42-44）。

136 FREDERICK SCHAUER, FREE SPEECH: A PHILOSOPHICAL ENQUIRY 82 (1982). 進一步的闡釋參閱程源中，註33，頁334-338、344-347。

比較困難的情況，發生在沒有不當動機的一般法律規定，前述一系列涉及公眾服務法的案例皆屬此類。本文認為，這裡發生的是不盡相同但極為類似的情況，仍應匹配最嚴格的言論自由審查標準。試想，如果在*Hurley*案中GLIB可以強制加入協會舉辦的遊行，*Dale*案的童軍團不能開除Dale，這預設了什麼樣的一般性規則，會帶來什麼樣的後果？這意味著集會結社不能因為對象的受保護特徵而拒絕其參與。某些情況下這個結果是可欲的，例如在*Roberts*–*Rotary*和*New York State Club Association*。然而，一旦管制可能導致錯誤歸因，我們還聽任其發生，無異於創造了這樣的法律機制：具備受保護特徵的個人或團體，在關於受保護特徵的議題上，可以取消或改變某些團體本來想傳遞的訊息（例如*Dale*案），或是強迫他們助長某些訊息（例如*Hurley*案）。

這和前述的賽局焦點略有不同。它並非把四兩撥千斤、巧妙控制集體行動的槓桿直接給予政府，而是把這樣的可能性賦予個人或團體，而且越是強硬激進的個人或團體，就越有可能成功有效地動員這項武器。這個情況也和前例形成了平行對比：在*Tornillo*–*Pacific Gas*，回應權之類的規定造成某些言論內容的負擔；在這裡，內容針對性甚至更為特定——某團體的宗旨一旦和受保護特徵有關，它就面對了「被迫改造」的法律可能性。本文認為，這些情況同樣說明了高度的系統性扭曲風險，這也進一步支持了法院在*Hurley*和*Dale*案中認為公眾服務法適用違憲的看法。

前述情況剛好也對應了前文所說的雙軌結構[137]：具有不當動機的管制當然要面對嚴格審查，但是沒有不當動機的一般法律規定也可能對言論自由造成意料之外的強烈衝擊，因而必須受到嚴格審查。

137 參見註45-48。

（四）小結

錯誤歸因是最具代表性的強迫言論特有論據，卻在學說批評下呈現弔詭：一方面，強迫言論是基於法律強制而發生，理應沒有錯誤歸因問題；另一方面，無論錯誤歸因事實上有沒有發生，似乎都不影響它原則上不應被允許的規範性直覺。本文借助捷思偏誤和賽局焦點指出，錯誤歸因真正的惡害在於系統性扭曲，它可以發生於政府的刻意操作，但也可能是一般法律規定的附隨後果。

參、*303 Creative*的啟示

在這個部分，本文將對*303 Creative*的多數及不同意見進行批判性反思。多數意見的看法雖蘊含了公眾服務法最重要的基礎原則——歧視必須是基於受保護特徵所為之差別待遇，卻沒有正視本案已落入此一範疇。儘管如此，本文認為*303 Creative*構成強迫言論中罕見的人性尊嚴侵害類型，應考慮豁免。不同意見正確強調了公眾服務法最重要的構成要件——大眾交易（向公眾提供），但沒能妥善處理大眾交易的定義。尤其值得思考的是，當本文所說的「中間類型」（向公眾提供的客製化影音文字公關服務）適用或不適用公眾服務法時，分別會帶來什麼樣的後果？結合前文建構的強迫言論類型論據，以及國內對於德國《一般平等待遇法》（Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz）的討論，本文嘗試提出一套解釋適用標準，期能為我國未來相關法制的發展提供參考。

一、兩方的主要論點

在深入*303 Creative*之前，我們可以先從*Masterpiece Cakeshop*的兩份法庭之友意見開始。*Masterpiece Cakeshop*法院擱置的問題，其實已經在這兩份意見書中被討論，而且相當程度上預言了後來*303 Creative*的發展。

由Vincent A. Blasi、Geoffrey R. Stone以及Post等一眾著名法學者與法律人提出的意見書，開宗明義地宣告「這不是關於烘焙表意性質的案子」[138]。他們並不否定婚禮蛋糕帶有某些訊息，但認為上訴人有意向公眾出售這些訊息，而CADA禁止基於受保護特徵所為之銷售歧視。這和要求結婚禮服設計師為俄羅斯新娘縫製婚紗、要求宴席承辦者為跨種族伴侶提供午宴、或是要求花商提供用於猶太婚禮棚的花環並無二致。該意見書也比較了本案與*Hurley*和*Dale*案的關鍵差異：同樣涉及公眾服務法，管制在前兩者會造成干預言論內容的效果（前文所說的錯誤歸因），但在本案則否——理性觀察者不會將支持同婚的訊息，歸諸蛋糕出售者或製作者。因此這份意見書將系爭管制定性為非針對內容的商業行為管制，原則上不涉言論自由[139]。同樣是支持政府方的意見，Volokh和Dale Carpenter採取了不同的路徑，將爭點定錨在「何謂言論」——憲法禁止強迫言論，但前提是被強迫的行為構成言論。該意見書注意到言論與表意性之間的複雜關係，對法院見解重新提出了這樣的詮釋：並非所有具廣義表意性、藝術性或創造性東西都構成言論，言論自由保障的是那些「歷史傳統上」（historically and traditionally）被法律承認為具表意性、或「本質上具表意性」（inherently expressive）的媒介。前者指法院實踐的累積，後者為事物之目的功能。所以繪畫、寫作、攝影、演唱和遊行隊伍是言論，至於本案的蛋糕烘焙和料理、園藝造景、服裝設計以及美髮造型一樣，皆不在言論之列[140]。這不免令人好奇，當公眾服務法涉及那些被認為屬於言論的活動時，又

138 Brief of Floyd Abrams, Vincent A. Blasi, Walter Dellinger, Seth F. Kreimer, Burt Neuborne, Robert Post, Geoffrey R. Stone, and Kathleen M. Sullivan as Amici Curiae in Support of Respondents, Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colo. C.R. Comm'n, 138 S. Ct. 1719 (2018) (No. 16-111), 2017 WL 4998229, at *1.

139 *Id*. at *5-9.

140 Brief of American Unity Fund and Profs. Dale Carpenter and Eugene Volokh as Amici Curiae in Support of Respondents, Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colo. C.R. Comm'n, 138 S. Ct. 1719 (2018) (No. 16-111), 2017 WL 4918194, at *2-13. 關於這類看法的侷限及功能，參閱程源中，註33，頁297-325、348-352。

該如何處理？有趣的是，Volokh和Carpenter同樣以法庭之友身分參與了*303 Creative*案，並對這個問題給出了答案。這次他們對立於政府方，認為是時候為某些「獨特而具表意性的商品和服務」創設公眾服務法的例外，而婚禮網頁就屬此類。所以*303 Creative*應比附*Hurley*案，基於系爭活動的表意特質排除公眾服務法的適用[141]。在一貫的理路下，Volokh和Carpenter因為個案條件的不同，做出了不同判斷。

其實這就是公眾服務法在言論自由案例中持續面對的問題：反歧視管制本身的正當性不會被質疑，問題在於什麼條件可能構成例外。Volokh等人所代表的見解，並不排除某些商品或服務仍可能作為言論而成為公眾服務法的例外，這大約是*303 Creative*案的基調——多數意見認為，婚禮網頁服務作為言論的性質並沒有爭議，因此就像*Hurley*案的遊行和*Dale*案的表意性結社，應成為公眾服務法的例外[142]。

有評論者認為，多數意見在這裡採取了「言論概念三段論」（禁止強迫言論→網頁設計是言論→禁止強迫網頁設計），這將導致強迫言論的不合理擴張[143]。然而這樣的觀察並不準確。多數意見其實避開了在言論概念的一般性判準大做文章[144]，而是以「若非如此」的消極論證作為主要論點。如果允許系爭管制適用於本案情境，那意味著：

---

141 Brief of Amici Curiae Prof. Dale Carpenter, Prof. Eugene Volokh, Ilya Shapiro, American Unity Fund, and Hamilton Lincoln L. Inst. in Support of Petitioners, 303 Creative LLC v. Elenis, 143 S. Ct. 2298 (2023) (No. 21-476), 2022 WL 2020643, at *12-15.

142 *303 Creative*, 143 S. Ct. at 2314-15.

143 Nicholas Almendares, *Blunt Speech Rights*, 32 WM. & MARY BILL RTS. J. 919, 922-26 (2024).

144 「毫無疑問地，決定何為憲法增修條文第1條所保護的表意活動，有時可能會引發困難的問題。然而本案並不存在這樣的複雜性。」（*303 Creative*, 143 S. Ct. at 2319）。

> 政府可以強迫任何有償為給定主題發言的人，接受所有關於同樣主題的委託，無論其蘊含的訊息為何，只要該主題涉及顧客法律上受保護的特徵。若認真看待該原則，政府可以強制各類藝術家、撰稿者以及其他提供言論服務的人傳達他們不相信的觀點，否則將面臨懲罰。政府可以要求「不情願的穆斯林導演，拍攝有錫安主義訊息的電影」，或「無神論的壁畫家，接受委託創作一幅讚美福音派熱忱的壁畫」，只要他們為其他公眾製作其他訊息的電影或壁畫。同樣地，政府也可能強迫與男性配偶結婚的男性網站設計師，為反對同性婚姻的組織設計網頁。無數其他的創作專業，可能被迫在保持沉默、產出違背自己信念的言論、或是說出內心真意並因此受罰之間做出選擇[145]。

這段引文可以說是多數意見的論證核心，法院最關鍵的說理都凝縮在此。至於本案事涉商業的性質，多數意見則以藝文工作者和出版業為例，指出收受對價並不使產品失去言論自由保障[146]。

Blasi等人所代表的意見似乎認為，就商業交易活動而言，公眾服務法的適用不會有真正嚴重的言論自由問題，這對應了*303 Creative*不同意見的定調：系爭管制僅屬對言論造成附隨負擔的一般法律規定，而對抗歧視的重大利益可以輕易通過中度審查標準[147]。對於本案為什麼不應升高到強迫言論的高度審查標準，不同意見的論據可歸納為兩個面向。

第一個面向是管制對於言論自由的干預程度。一來系爭管制並未強制網頁設計公司表達特定內容，它仍可揀選婚禮網頁的呈現方式，只要提供的服務同等於其他客戶，未因受保護特徵而有所差

145 *Id*. at 2313-14 (citation omitted).
146 *Id*. at 2316, 2320.
147 *Id*. at 2337 (Sotomayor, J., dissenting).

異[148]。二來即便該公司必須提供同等服務，法律並不禁止它在自家網頁表達自身對於同婚的真正想法[149]。第三點是對於多數意見核心論證的回應：

> 法律只管制選擇「向一般大眾」出售貨品或服務的事業。……公眾服務法並未強迫任何人開設事業、或將該事業的貨品服務提供給大眾。但若某事業選擇在國家建立並維持的公共市場中營利，國家就可以要求該事業遵守反歧視的法規範。尤其是，國家可以確保歷史上被視為次等地位的群體，不會在相同條件下被拒絕提供商品或服務。
>
> 所以公眾服務的概念體現了一種簡單但有力的社會契約：某事業若選擇向公眾銷售，就承擔了摒除不公正歧視為公眾服務的義務[150]。

第二個面向同樣可以理解為某種消極論證，只是從「若非如此」變成「若是如此」。在*Hurley*和*Dale*案，多元性別團體之所以被拒絕加入遊行、同性戀成員之所以被取消資格，並不是因為他們的性傾向，而是因為他們的行動方式會混淆所屬團體的訊息，造成言論負擔，但本案是另一種情況。Smith承認，即便上門的同性伴侶只要求在先前製作的異性婚禮網頁模板上更改姓名和婚禮日期，她也不會接案。所以這不只是「不願表達某些內容」，而是完全基於受保護特徵的歧視。法院允許這樣的例外，就像是在說：可以拒絕為同性伴侶提供某些服務[151]。

148 *Id*. at 2336.
149 *Id*. at 2337.
150 *Id*. at 2325 (citation omitted).
151 *Id*. at 2338-41.

二、分析

（一）多數意見的核心論證有效嗎？

經過先前的討論，我們可以清楚看出，多數意見的核心論證其實就是前文所說的系統性扭曲。如果這個說法成立，那麼就像我們已經看到的，系爭活動是否為商業性、規範對象能否在其它管道表達不同意見（例如在自家網頁聲明自身立場）、個案性的錯誤歸因是否發生（觀察者是否會將交易給付當成作者的表意），都不再是重要的問題。一旦任何人都可以連結自己的受保護特徵在相關議題上強制交易，我們甚至不用思考哪些給付屬於「言論」，就可以確定這必然造成嚴重的系統性扭曲。

但本文認為，**這樣的系統性扭曲不至於發生，前提是公眾服務法被正確解釋適用。**多數意見的例子可能給人這樣的印象：系爭管制使得任何與受保護特徵有關的題材偏好，都無法成為創作者挑案的理由。但精確地說，**公眾服務法作為反歧視管制，禁止的應該是基於相對人受保護特徵所為之差別待遇，而非與受保護特徵有關的創作題材挑選。**這甚至是不需要花太多力氣就能得出的合理詮釋，否則無異於將公眾服務法變成針對內容的管制。因此無神論壁畫家當然可以拒接宗教題材，就像穆斯林導演可以拒拍錫安主義電影。真正令我們困惑的是這種情況：猶太客戶找穆斯林導演拍錫安主義電影，或宗教團體找無神論壁畫家創作宗教題材。此時如果浮濫地將拒絕一律視為歧視，當然會變成言論自由災難。合理的方法，應該是判斷對象的受保護特徵是否構成了挑案差異，就像不願為反同勢力工作的男同性戀網站設計師，本來就可以拒絕參與任何帶有反同訊息的工作邀約，並不會因為上門的客戶剛好是異性戀就變成歧視。

本文相信，多數意見的例子蘊含了未來處理相關問題的重要指引，儘管它並沒有得到足夠的闡明。**然而真正的問題在於，這個指**

引並不適用於本案，因為本案就是基於受保護特徵所發生的差別待遇！相較於前例的男同性戀網站設計師會拒絕參與所有支持反同訊息的網站建置，無論上門的客戶是誰；Smith卻願意為所有人提供婚禮網站服務，唯獨排除同性伴侶。所以我們無法否認不同意見的指控：本案就是基於受保護特徵的差別待遇，多數意見卻沒有正視這個事實[152]。

多數意見提出了一個重要卻沒能切合本案的觀點，因此嚴格來說並非有效論證。儘管如此，這不排除多數意見的結論可能受到其他理由支持。

（二）不同意見的反駁成立嗎？

其實當不同意見指出，本案就是基於受保護特徵而發生的差別待遇時，便已經成功反駁多數意見的核心論證。然而我們不能以小範圍的嚴格點對點攻防看待本案。這是法院首度對一個爭議已久、具重大社會歷史意義的問題表態，其中任何說理都可能影響相關法制未來的走向。因此我們可以理解，為什麼多數意見會提出一連串隱含整體解釋方向的例子（儘管剛好不適用於本案），而不同意見也對此做出回應。

多數意見的例子如果有什麼奇怪的地方，應該是導演和藝術家的部分——他們似乎不是向公眾提供服務，因此本來就不適用公眾服務法。不同意見也鎖定了這點，指出系爭管制「**並不要求Steven Spielberg或Banksy為任何邀約進行電影或藝術創作**」。作為對比，不同意見給出了這樣的說明：專業攝影師可以自由選擇主題，然而一旦他開始經營肖像攝影，就不能因為受保護特徵而給予顧客差別待遇[153]。

---

152 *303 Creative*, 143 S. Ct. at 2338-39 (Sotomayor, J., dissenting).
153 *Id.* at 2337.

根據不同意見的說法，「是否向公眾提供」形成了一道分水嶺，而且這個選擇是自由的。如此一來，多數意見想要描繪的系統性扭曲似乎就瓦解了。然而，事情真的這麼簡單嗎？如果服務提供者一開始就表明僅服務特定對象，或「保留選擇客戶的權利」，是否意味著他並未選擇向公眾提供、所以不適用公眾服務法？如果這個理解很荒謬[154]，那要如何解釋大導演為什麼不適用公眾服務法？如果不是因為對於交易對象和題材的保留，難道是因為他們的服務藝術價值更高、一般人更難以負擔？再者，什麼樣的程度算是「向公眾提供」？別忘了，並非所有從事影像或繪圖工作的人都是大導演或藝術家。市場上有無數的影音圖像工作室，還有整合多元表意活動的公關公司。它們不只大量接案還經常對外廣告，本文將這類服務通稱為「**中間類型**」。我們必須考慮的是這個問題：**中間類型算不算是「向公眾提供」？**如果答案是肯定的，是否意味著中間類型都適用公眾服務法，因而多數意見的疑慮確實有幾分道理？

這當然不是說不同意見的「向公眾提供」切分毫無用處，而是這個構成要件並沒有字面意義上簡單。它必然是包含複雜因素的評價性判準，而非當事人的主觀意思，這也意味著公眾服務法的「自由」空間並不像不同意見所說的那麼大。在沒有進一步分析的情況下，不可能指望它解決所有難題，但不同意見似乎對此渾然不覺。即便在不同意見自己所給出的例子中，也未能得出更多的解釋性線索。誠如不同意見所言，拍攝學校照片的商家，不能以反對跨種族婚姻為由拒絕為混血學童拍照；企業頭像攝影經營者不能以反對女性投入職場為由，拒絕為女性員工服務[155]。幾乎沒有人會爭論這些案例都屬於「向公眾提供」，但我們的疑慮來自那些中間類型，不同意見的說理未能在真正需要的地方給出指引。

---

154 例如Epstein就指出，沒有任何公眾服務法的支持者會認為這樣就可以免責（Epstein, *supra* note 26, at 1283）。

155 *303 Creative*, 143 S. Ct. at 2337 (Sotomayor, J., dissenting).

如果說多數意見的核心論證隱含了重要的一般性指引但未能切合本案，那麼不同意見的反駁，就像是點出了另一個重要的一般性指引但極度欠缺說明。即便如此，本文認為多數和不同意見都不會否認，公眾服務法的關鍵在於禁止基於受保護特徵而生的差別待遇，這是雙方意見中隱而未顯的公約數。

（三）當差別待遇就是基於受保護特徵

既然如此，如果本案就是基於受保護特徵而生的差別待遇，是公眾服務法必須發揮功能的最核心樣態，是否意味著本案根本不應觸發言論自由，或至少像不同意見所說的，只屬於對言論造成附隨負擔的非針對內容管制，可通過中度審查標準？

首先我們可以排除這樣的抗辯：基於受保護特徵所給予的差別待遇本身也是一種表意。就像Antonin Scalia大法官所說的，任何牴觸管制的行為都可以作為對該管制的抗議[156]。沒有人能否認差別待遇的表意性，尤其當它明確地基於受保護特徵。但如果這就足以迫使我們進入嚴肅的言論自由思考，那所有的反歧視管制都會變成言論自由問題。「任何民事賠償或刑事制裁都會對憲法增修條文第1條所保障的活動造成可想像的負擔」[157]，是言論自由法學中的老問題，不宜在此鑽牛角尖。

因此本文支持不同意見以及*Masterpiece Cakeshop*以來的許多看法，認為本案的重點不在於表意性。本文更支持不同意見的這段話：「問題不在於公司的產品是否包含『言論元素』。……相反地，正確的重點在於國家行為的性質及其與表達間的關係。」[158]本文認為，這就是從「保障特定行為」移轉到「對抗特定管制」的言論自

156 Barnes v. Glen Theatre, Inc., 501 U.S. 560, 576 (1991) (Scalia, J., concurring in the judgment).
157 *Arcara*, 478 U.S. at 706.
158 *303 Creative*, 143 S. Ct. at 2338 (Sotomayor, J., dissenting).

由法學思考——首要考量是管制的特徵而非行為的性質。就如前文提到的，這些特徵包括管制的不當動機及其對溝通環境的影響，前者必然觸發嚴格審查，但後者在影響巨大時亦然。先前的討論已經讓我們看到，公眾服務法涉及強迫言論的案例，都是沒有不當動機的一般法律規定，它們之所以構成強迫言論，是因為管制會導致錯誤歸因——一種本文歸結為「系統性扭曲」的重大衝擊。至於*303 Creative*多數意見的核心論證，其實非如不同意見所說的那樣只聚焦於言論性質，反而更像是訴諸管制的負面後果，這樣的後果同樣可歸結為系統性扭曲。問題只在於，這個後果似乎可以透過合理詮釋輕易避免，而且多數意見並沒有正視本案針對受保護特徵的事實。

然而，強迫言論案例所展示過的管制衝擊，並不限於系統性扭曲，還包括人性尊嚴侵害。無論是*303 Creative*法院還是後來的諸多評論，似乎都沒有注意到本案和*Barnette–Wooley*的高度親緣性。這並不令人意外，因為從表面上來看，*Barnette–Wooley*是關於國家威權主導的意識形態強制，與本案相去甚遠。但如果注意到，*Barnette–Wooley*其實是關於人性尊嚴侵害的特定情境，是零距離的意識形態壓迫，是寄生於言論自由的人性尊嚴保障，這個親緣性就會清楚顯現。

當不同意見認為婚禮網站設計者可以自由選擇表達方式的時候，顯然把這個過程想像得太過簡單。這是量身訂做的服務，設計師和顧客往往要一起挑選照片影像，一起決定文字圖像的呈現方式，雙方必須經過長時間的討論甚至來回修改，最後取得共識。對於打從心底反對同婚的設計師來說，即便這過程是一種折磨，他也不能流露出任何不滿或不耐，否則將導致一場災難。如果設計師為了避免這樣的惡害，只提供密度較低的設計服務，例如只放上婚禮時間地點和姓名，甚至乾脆中途退出，幾乎都毫無疑問會牴觸公眾服務法，因為他給予差別對待的理由正是對象的受保護特徵。或許有人會說，如果網站設計師本來就「平等地」提供陽春服務，那就

不會有差別待遇的問題。但如果反同婚的網站設計師必須以全面縮減自身服務內容的方式來避免處罰，這是否意味著公眾服務法正變相處罰抱持反同婚信念的人呢？

本文認為，原則上言論自由無須考慮基於受保護特徵而生的差別待遇，但*Barnette–Wooley*所蘊含的考量，應可形成極少數的例外，而*303 Creative*就落入這樣的例外。這個看法的細節，以及它所蘊含的一般化規則，尚待進一步釐清。

三、規範性反思

接下來本文將嘗試說明，如果我國也將採取類似於公眾服務法的反歧視管制，*303 Creative*可以給予我們哪些啟示。前文的討論已使得問題聚焦於兩個區塊：第一個區塊是公眾服務法適用於中間類型的問題。如果對多數意見和不同意見進行詮釋性理解，不難發現它們在公眾服務法的合理限縮問題上，分別將重點放在「基於受保護特徵」和「向公眾提供」兩個要件，但提出的說明卻非常有限。值得注意的是，近年國內借鏡德國《一般平等待遇法》所進行的討論，其實已對相關問題進行了更細膩的思考，將會是本文的參照對象。第二個區塊是*303 Creative*中的零距離意識形態壓迫。多數意見和不同意見都沒有注意到，這個特徵串連了*303 Creative*和*Barnette–Wooley*，構成了類似管制都必須要考慮的問題。

（一）歧視必須是基於受保護特徵的差別待遇

本文一開始就提到，如何分離出那些反歧視管制真正應該禁止的東西，是相關法律釋義的一般性任務。*303 Creative*的多數意見則是告訴我們，這樣的侵害在言論自由領域可能會是什麼樣子。「差別待遇的理由必須基於受保護特徵」是公眾服務法這類反歧視管制的基石[159]，這不只是文義和目的解釋可以輕易得出的結論，也是言

159 例如周伯峰一方面採取更著重分配正義與道德性的民法觀點，另一方面仍強

論自由所必然要求的合憲解釋。若不謹守這個界線，公眾服務法很容易在創作型的交易服務中變成「偏愛受保護特徵的針對內容管制」，造成類似於系統性扭曲的後果。

然而，如何認定差別待遇是否基於受保護特徵，並不是簡單的事情。這樣的判斷連同舉證責任的分配，經常是一種「受規範性理由限制的認識問題」，意思是說，什麼樣的理由會被劃分為基於／非基於受保護特徵，不完全取決於客觀事實，也取決於其他評價性或政策性因素。例如，基於性別所產生的保險費率差異，何時是合理差異、何時是歧視？如果基於客觀生理差異的精算結果是被容許的，那麼基於女性懷孕生產的可能性而計算出的差異，也是被容許的理由嗎？如果認為這樣的經濟不利益不應完全由女性承擔，從而將此等差異計算視為基於受保護特徵的歧視，那其實就是特定的規範性理由決定了差別待遇「是否基於受保護特徵」[160]。又例如，德國《一般平等待遇法》第20條例示性地允許為了避免危害、保護隱私或個人安全、維護特殊利益或涉宗教自由的差別待遇，其實就是在顯明「是否基於受保護特徵」背後部分的價值判斷[161]。

要釐清這些價值判斷的理路，往往必須建立在足夠的案例累積上，這並非本文任務。這裡僅須指出，就本文關心的中間類型來說，問題反而相對簡單，因為言論自由原則上阻斷了任何關於題材選擇

調「……民事上歧視禁止規定其並沒有直接的要求同等對待，其只是將某些特定的人格特徵排除於當事人做決定的合法理由之外，只要當事人的決定不是取決於這些被禁止的特徵（也就是進行歧視）的話，當事人可以自行的根據其他理由來進行差別對待……」（周伯峰，論民事上歧視禁止規定的證立可能性，政大法學評論，147期，頁172、176-191，2016年）。

160 相關討論參閱陳靜慧，私人保險保費之前男女平等？從德國法觀點評析歐洲法院*Test-Achats ASBL*案判決，歐美研究，45卷4期，頁589-610，2015年。

161 相關討論參閱葉啟洲，民事交易關係上之反歧視原則——德國一般平等待遇法之借鏡，東吳法律學報，26卷3期，頁163-165，2015年；林更盛，德國一般平等待遇法導論——兼評法務部委託研究之平等法草案，頁6-8，法源法律網，2023年07月11日，https://www.lawbank.com.tw/treatise/dt_article.aspx?AID=D000024277（最後瀏覽日：2024/11/25）。

的管制理由。就像我們無法想像，同性戀網站設計者「不能」拒絕為反同組織製作網頁，同樣不被允許的事情，是抱持反同理念的網站設計者「必須」為同性戀團體製作網頁。創作者的選擇必須是自由的，無論這個選擇如何古怪、不受歡迎、政治不正確、甚至對某些人來說具冒犯性。公眾服務法唯一能禁止的事情，是這樣的選擇基於相對人的受保護特徵，而這往往可以從創作者的紀錄與相關事實中突顯出來。一個簡單的判準是這樣：**我們應設想，如果代換相對人的受保護特徵，是否會改變服務提供者給予差別待遇的結果。如果答案是否定的，那就不是基於受保護特徵而生的差別待遇。**

這並非本文獨創的新奇判準，Cole在評論*303 Creative*時就抱持類似看法[162]，這甚至可回溯到Kagan大法官在*Masterpiece Cakeshop*的協同意見。在同樣由烘焙師傅與表意蛋糕構成的另外三案，起因都是William Jack尋求製作有反同婚訊息的蛋糕遭拒，但科羅拉多民權委員並不認為烘焙師傅牴觸CADA。Kagan大法官指出，正因為烘焙師傅會拒絕任何帶有相同訊息的委託，並非針對Jack的宗教背景給予差別待遇，所以不牴觸CADA[163]。

（二）「向公眾提供」的定義

*303 Creative*不同意見沒有說清楚的「向公眾提供」，在德國《一般平等待遇法》可以找到較具體的說法。該法第19條第1項第1款將適用範圍限於「大眾交易」（Massengeschäfte）或類似情況，其定義為「通常不考慮相對人的個別特性而以類似條件大量成立者（大眾交易），或相對人的個別特性依債之特性僅具次要意義且以類

162 Cole的說法是「服務提供者是否必須知道顧客的身分來決定是否提供服務」（Cole, *supra* note 22, at 519-23）。

163 *Masterpiece Cakeshop*, 138 S. Ct. at 1733 (Kagan, J., concurring). 須補充說明的是，協同意見指出這點，是要強調這個立場：本案不同於Jack三案，Phillips的拒絕就是基於受保護特徵。因此並非Phillips並未牴觸CADA，而是委員會對特定宗教的敵視態度侵害宗教自由。

似條件大量成立者」[164]。如果參考這樣的規定，那麼「中間類型」很可能不屬於大眾交易，因為在這類交易中相對人的特性通常既非無關緊要，個案的成立條件與給付內容也有所不同。

然而，「向公眾提供」不完全是對於既存交易慣例的描述，同樣涉及各種規範性考量。例如國內有文獻從反歧視國際公約及歐盟成員國國內反歧視法指出，場所的公私領域性、交易對象的公開不特定性、乃至於經營者的規模與經濟實力，都會成為判斷指標[165]。而且在這樣的規範性考量下，是否「向公眾提供」以及是否「基於受保護特徵」有時是一體兩面的評價——我們同時在判斷某些宣稱「非向公眾提供」的營業性質，是否為法律所不允許的受保護特徵歧視（例如限定觀眾年齡的音樂會）[166]。因此「向公眾提供」的判斷如同「基於受保護特徵」，也交織在複雜的評價性因素中，兩者甚至相互牽連。這裡的問題在於，是否有進一步的規範性理由，支持將中間類型納入或排除於大眾交易。我們要考慮的是兩種模式對於言論自由及反歧視保障所可能造成的衝擊。

首先可以確定的是，如果謹守前文所提出的「是否基於受保護特徵」判準，那麼就算把中間類型視為大眾交易，通常也不至於造成太嚴重的問題。儘管如此，言論自由的初顯考量似乎傾向排除中間類型的適用。讓我們想像這種特殊情況：某影像工作室、圖像設計者或公關公司，認為涉及新疆宣傳的委託內容因為客戶的中國來源身分而更加敏感，因此不願合作。在這個情況下，很難說差別待遇的理由是否基於相對人的受保護特徵。若將中間類型視為大眾交易，創作者的選擇空間會受到很大的威脅。

---

164 引自葉啟洲之譯文，葉啟洲，註161，頁192。

165 陳靜慧，反歧視法與契約自由的衝突與調和——以歐盟反種族歧視指令之實踐為例，收於：國立政治大學法學院公法學中心編，公法研究的世代對話：法治斌教授逝世十週年紀念論文集，頁162-167，2013年。

166 相關案例參見林更盛，註161，頁14。

中間類型產出的創作成果是交易的給付內容，但同時也構成了溝通環境中非常重要的一環。對此我們只需稍加回想，在每天接收到訊息刺激、茶餘飯後的話題、通訊軟體分享的圖文甚至是新聞報導內容中，有多少東西源自這樣的商業創作。將它們排除於大眾交易的範圍外，不只是遵循交易慣例，也不是因為更偏好契約自由，而在於確保創作者可以自由決定他想以什麼樣的方式影響這個溝通環境，要強化哪一種品味或觀點，抑或不願為哪一種聲音做出貢獻——這是系統性扭曲所給予的啟示。在這類情境中，相對人特徵時有特殊意義，因為這些特徵可能在特定脈絡下影響創作所傳遞出的訊息。如果將中間類型納入公眾交易，那麼在某些情況下，創作者很可能會因為相對人的受保護特徵，被迫以自己不願意的方式對溝通環境造成某些影響。

然而，這樣的論點可能會面對以下三種反對意見。第一種是滑坡式批評：依照本文邏輯，是否任何交易上的「歧視」都可以影響溝通環境，因此都可以被排除？這樣的擴張論和前文排除的表意行為抗辯有類似結構，它們分別訴諸了表意行為和溝通環境影響的無所不在，但都不構成重要批評。儘管邊緣案例總是存在，在掌握了系統性扭曲論據後，我們可以更清楚地辨別這裡所說的中間類型，和零售商店、快照、餐廳、旅館、大眾運輸有什麼不同。事實上，所謂的「中間類型」就是那些在沒有反歧視管制的情況下，對於交易對象的選擇限制本來就會引發言論自由疑慮的交易類型[167]。本文只是指出，即便加入了反歧視考量，將這類交易納入管制仍有疑慮。

第二種批評可能會質疑，相對人特徵所形成的訊息敏感性，並非頻繁出現的狀況，是否有必要因此將中間類型徹底排除？本文承認這並非常態，甚至本文也承認，它可能引發的系統性扭曲通常不

167 因此Blasi等人在*Masterpiece Cakeshop*的法庭之友意見所提到的一連串婚禮周邊服務（參見註139），都不屬於這裡所說的中間類型。

如前文的典例明顯。但本文也要接續對於第一種批評的回應指出，中間類型只排除了大眾交易中的部分區塊，並非將其完全架空。再者，言論自由考慮的往往不只是常態，而是權力被誤用的風險。在系統性扭曲論據中，有時我們擔心的是一般法律規定意外賦予某些觀點強制他人助長其影響力的權力，無論它事實上會被如何運用。本文認為，在有限的範圍內貫徹言論自由的風險思考，並非不合理。

第三種批評是關於明確無疑的直白歧視。相較於前述「新疆題材與中國客戶」的例子，差別待遇是否基於受保護特徵，尚有判斷餘地；但*303 Creative*中的差別待遇就是基於受保護特徵，沒有模糊空間。*303 Creative*還算是溫和的例子，因為它可以理解為某種宗教態度，而非對特定族群的惡意。但我們可以輕易想像更惡劣的情況，例如一開始就擺明了拒絕服務特定族裔，本文將這類情況稱為「直白歧視」。如果完全排除公眾服務法對於中間類型的適用，是否意味著我們要接受在此發生的直白歧視？

第三種批評指出了真正值得嚴肅思考的問題：究竟是要將中間類型排除於「向公眾提供」或「大眾交易」的範疇，以在某些特殊情況下給予言論自由更多保障，還是要將之納入以確保直白歧視不會發生？本文認為，合理的折衷之道或許是這樣：將中間類型納入公眾交易，但限縮性地操作「是否基於受保護特徵」的判斷，只侷限於最明顯、純粹地基於受保護特徵而為之差別待遇。**當交易對象的受保護特徵牽連訊息敏感性，而服務提供者的首要考量仍在於訊息本身時（例如本文所舉的例子），即便代換受保護特徵會造成差異結果，仍應認為不構成歧視。***303 Creative*已經是這類情況的邊界，任何更明顯的差別待遇模式，當然都是基於受保護特徵的歧視。

（三）排除零距離的意識形態壓迫

*303 Creative*說明了這樣一種潛在可能：服務對象的受保護特徵以及服務提供者的個人信念，和需要雙方高密度協力的交易活動結

合，形成了一種特殊環境。在這樣的環境下，服務提供者必須長時間高密度地對他所反對的意識形態表達出支持合作的態度，迴避、拒絕甚或表達出不悅都可能遭受極大不利益。這構成了零距離的意識形態壓迫，它所造成的侵害甚至比*Barnette–Wooley*更加嚴重。

值得注意的是，我國法體系所蘊含的價值判斷，同樣支持排除零距離的意識形態壓迫。憲法法庭111年憲判字第2號變更了司法院釋字第656號，認為民法第195條第1項後段所稱回復名譽之「適當處分」，不包括法院以判決命加害人道歉[168]。關於強制道歉違憲的說理，憲法法庭延續了司法院釋字第656號的基本框架，可簡述如下：強制道歉是對於不表意自由的干預，國家雖非不得依法限制，但「不表意之理由多端，於加害人為自然人時，更會涉及道德、倫理、正義、良心、信仰等內心之信念與價值者，攸關人民內在精神活動及自主決定權，乃個人主體性維護及人格自由完整發展所不可或缺，亦與維護人性尊嚴關係密切」[169]。簡單說，這個框架是從管制利益、言論自由及其牽連的思想、良心以及人性尊嚴所進行的利益衡量。

但在同樣的框架中，憲法法庭111年憲判字第2號形成了不同於司法院釋字第656號的評價結果，可分述如下。就言論自由部分，憲法法庭認為強制道歉是涉及高價值言論的針對內容管制，當加害人為新聞媒體時還涉及新聞自由，故應嚴格審查[170]。且強制道歉非出於本人真義，填補損害的功能有限。就思想自由部分：

> ……強制道歉除直接限制人民消極不表意之言論自由外，更會進而干預個人良心、理念等內在精神活動及價值決定

168 憲法法庭111年憲判字第2號主文第1段。

169 憲法法庭111年憲判字第2號理由第7段（省略引用），參照司法院釋字第656號理由書第2段。

170 憲法法庭111年憲判字第2號理由第9-10段。

> 之思想自由。此等禁止沉默、強制表態之要求，實已將法院所為之法律上判斷，強制轉為加害人對己之道德判斷，從而產生自我否定、甚至自我羞辱之負面效果，致必然損及道歉者之內在思想、良心及人性尊嚴，從而侵害憲法保障自然人思想自由之意旨[171]。

不同意見中非常有趣的一點，是指出多數意見忽略了強制（非真心）道歉確實有其社會功能[172]。若考慮我國法制已在言論自由考量下調整了名譽權侵害的成立條件[173]，再參照前文關於錯誤歸因的學說討論，或許我們的確可以懷疑，在一個強制道歉已為人熟知的社會中，這樣的制度對於言論及新聞自由所造成的傷害是否真的無法通過憲法衡平的檢驗。更有爭議部分是關於思想與良心自由。它的內涵為何、在我國憲法中和言論自由處於什麼樣的相對位置，受到了不同意見的質疑[174]。詹森林大法官在部分不同意見書中以同樣涉及思想自由的司法院釋字第567號（預防匪諜再犯之勞動教育）為例，質疑強制道歉是否能與之相提並論。他提出了這樣的問題：對強烈抵抗的學童來說，義務教育是否侵害思想自由[175]？究其根本，問題仍在於思想自由的廣袤性。

---

171 憲法法庭111年憲判字第2號理由第15段。

172 蔡明誠大法官憲法法庭111年憲判字第2號判決不同意見書，頁7-9；黃瑞明大法官憲法法庭111年憲判字第2號判決不同意見書，頁3-6。關於道歉法制的功能（非針對憲法法庭111年憲判字第2號），參閱吳建昌、劉靜婷，道歉是否能夠了事？結合論理與實證觀點論臺灣醫療事故道歉法制之建置，臺北大學法學論叢，126期，頁30-64，2023年；Yun-chien Chang, Han-wei Ho & Jimmy Chia-Shin Hsu, *Non-Pecuniary Damages for Defamation, Personal Injury, and Wrongful Death: An Empirical Analysis of Court Cases in Taiwan*, 4 CHINESE J. COMPAR. L. 69, 92-96 (2016).

173 例如最高法院107年度台上字第985號民事判決即認為，當新聞報導涉及公眾人物言行時，名譽侵權的過失責任在於是否善盡查證義務，在言論自由考量下這應該是比抽象輕過失更低的責任。相關法制在我國的形成參閱許家馨，民刑誹謗二元體系之形成與分析——以「故意過失」為中心的實證研究，收於：張永健編，2011司法制度實證研究，頁147-220，2013年。

174 蔡明誠大法官憲法法庭111年憲判字第2號判決不同意見書，頁1-5。

175 詹森林大法官憲法法庭111年憲判字第2號判決部分不同意見書，頁9-11。

言論、思想與良心自由所形成的三位一體難題，不可能也無須在本文全面解決。但就眼前有限的範圍來說，前文從美國言論自由法學脈絡解析出的三種「思想自由」意義，有助於說明問題。它們分別是：一般性的言論自由闡釋或人性尊嚴侵害、內容中立性、以及強弱意義的思想干預。本文認為司法院釋字第567號三者兼具，而憲法法庭111年憲判字第2號屬於第一種。

司法院釋字第567號是目前少數在憲法法院層級論及思想自由的見解。《戡亂時期預防匪諜再犯管教辦法》第2條規定，「匪諜罪犯判處徒刑或受感化教育，已執行期滿，而其思想行狀未改善，認有再犯之虞者，得令入勞動教育場所，強制工作嚴加管訓。前項罪犯由執行機關報請該省最高治安機關核定之。」系爭管制對於人身自由的干預明顯欠缺正當法律程序與法律授權，是其違憲主因[176]。除此之外，解釋理由書提到了「思想自由保障人民內在精神活動，……不容國家機關以包括緊急事態之因應在內之任何理由侵犯之，亦不容國家機關以任何方式予以侵害」[177]。但我們可以提出這樣的疑問：為什麼在一般犯罪管制中，「再犯之虞」和「悔改情狀」可以作為量刑與執行的考量？撇除涉及法治原則的部分，這不也和系爭管制一樣，是基於思想狀態所課以的不利益嗎？答案或許是這樣：思想自由並不禁止所有基於思想狀態所課以的不利益，尤其當這樣的思想狀態可以連結有具體實害的犯罪行為風險[178]。但思想自由禁止單純地因為抱持某些想法就受到處罰，而系爭管制正屬此類——它擺明了是對於特定意識形態的管控，且以「思想改造

176 司法院釋字第567號解釋文第1段。

177 司法院釋字第567號理由書第3段。

178 參照Doe v. City of Lafayette, Ind., 377 F.3d 757, 758-61, 765 (7th Cir. 2004)：John Doe因為過去的性犯罪紀錄以及心理評估，被禁止進入公立學校及公園。Doe主張，他僅因「不恰當的思想」（inappropriate thoughts）就受到處罰，思想自由被侵害。法院則認為，憲法增修條文第1條固然保障思想自由，但只有在管制「僅僅針對思想」（aimed at mere thought）時才觸發。涉及行為連帶思想的管制，僅屬附隨效果造成的思想干預，並未牴觸憲法增修條文第1條。

營」的方式為之，同時構成零距離的意識形態壓迫以及弱意義的思想干預。另一方面，這也是典型基於意識形態好惡所發動的管制，當屬針對內容。

憲法法庭111年憲判字第2號乍看之下和司法院釋字第567號有很大的差異，因為強制道歉既沒有特定的意識形態偏好，也不涉及長時間的教育監禁，所以在內容中立性和思想干預面向沒有那麼強的說服力。但相同的是，它們都造成了零距離的意識形態壓迫。強制道歉是面向社會大眾的公開表態，哪怕登報道歉的物理事實只有一次，也會變成跟著當事人一輩子的東西，可以在日後不斷被拿出來做文章。國旗宣誓禮和車牌上的州銘，相當程度上是借助物理環境造成長時間高密度的壓迫；而強制道歉則像是透過社會環境產生了相同效果。強制道歉所要求公開承認的命題與態度，往往可能涉及個人最重要的價值信念。法律當然可以正當地要求一個人為侵害名譽的言行付出代價，但能否進一步拆毀每一個人都擁有的最後堡壘，禁止他們以「沉默」作為最終面對社會的方式，從當代人權價值來看恐怕有很大的問題。就侵入性和持續性來說，強制道歉的尊嚴傷害猶可能勝於國旗宣誓禮和車牌上的州銘。因此本文認為，即便言論自由部分容有爭議，但光是思想自由部分就足以支持憲法法庭111年憲判字第2號的結論[179]。唯一要再次提醒的是，雖然法院使用「思想自由」一詞，但它應理解為具體的人性尊嚴侵害情境（零距離的意識形態壓迫），而非包山包海的「思想」自由。

如果我國法體系蘊含的價值也禁止零距離的意識形態壓迫，那麼無論在立法還是法律解釋上，都必須考慮在這個條件下為公眾服

179 本文主張，人性尊嚴／零距離的意識形態壓迫是憲法法庭111年憲判字第2號的最佳論證，同時也是能夠整合司法院釋字第567號的融貫論證，因此這個論據類型已經是我國既有法律實踐的一部分。但就像文獻已經指出的（參閱註172），強制道歉對於尊嚴的侵害程度也和社會文化情境有關，在我國脈絡中強制道歉是否毫無疑問地到達了侵害尊嚴的門檻，其實仍可能從不同角度來觀察，本文對此持開放態度，惟進一步的討論已非本文範圍。

務法之類的反歧視管制創設例外：**若禁止服務提供者因為服務對象受保護的特徵而拒絕提供服務，形同強迫他長時間高密度地對他所反對的意識形態表達出支持合作的態度。**關於這個例外有幾點要補充說明。

第一，或許有人擔心人性尊嚴這個抽象概念無限擴張，但本文透過案例組織與類比，將尊嚴侵害的門檻具體化，正是為了避免這類問題。既然人性尊嚴已經是我國憲法規範的一部分，那更沒理由反對本文在特定範圍內提供更明確的落實標準。如果對侵害名譽權的行為人施以強制道歉都有人性尊嚴問題，又怎能無視少數情境的特殊性，禁止個人迴避某些交易，迫使他在長時間的協作中違背理念擺出合作姿態呢？

第二，這只適用於商品或服務的出售，不及於其他反歧視管制領域。在市場交易中，本來雙方都可以觀察相對人的屬性（例如政治立場）來決定是否交易，從而避免「不對盤」所可能發生的惡害。但公眾服務法之類的管制單方面禁止賣方進行這樣的選擇，只要它涉及相對人的受保護特徵。本文的建議除了有人性尊嚴方面的考量，同時可避免這類管制在少數極端情況下成為買方惡意濫用的工具。或許有人會質疑，同樣的說理是否也適用於僱傭與職場中的反歧視管制？某些雇主或同事是否可以主張，必須和具有某些受保護特徵的人長時間共同工作，對他們造成了「零距離的意識形態壓迫」？本文的答案是否定的，原因在於兩個領域有不同的利益狀態，形成了不同的利益衡量結果。在沒有壟斷的情況下，商品或服務的提供通常有很高的可替代性，因此拒絕交易的社會排擠性很低，我們在意的毋寧是可能的羞辱意義。但能否透過求職與工作融入社會，對於個人的社會處境有決定性影響，對弱勢群體來說更是如此。將他們排除於職場，形同隔離於社會。或許有人會指出，在非壟斷情境下，職位的提供一樣有很高的可替代性。本文承認這樣的可能，也承認本文預設了某種古典模型：即便在非壟斷情境下，

個人的社會身分／位置仍在很大程度上取決於工作，這是「獲得商品或服務」所難以比擬的。因此受僱者身分所關聯的利益更為重大，在這個結構中也可能更脆弱而易受傷害。基於這樣的理由，本文針對商品或服務出售所建議的例外模式，不宜外溢到僱傭與職場領域。當然，現今的勞動生產模式正發生變化，這個古典模型是否有調整必要，是可以討論的問題。但除非有其他明顯重大的理由，它依然是值得參考的出發點，也是本文所採取的價值立場。

第三，「長時間、高密度」排除了單純的違背意願，至於這條線要劃在哪裡，當然是一種價值判斷，取決於我們如何衡平兩方的尊嚴。本文認為，*303 Creative*的婚禮網頁設計可以作為一個指標：當給付的完成需要達到這種程度的磋商合作時，就可以視為「長時間、高密度」。這裡要強調的是，重點不在於服務或商品多麼獨特、原創、具藝術或表意性，而在於完成給付的必經過程為何。具前述特徵因而經常被爭論是否為「言論」的給付內容，通常伴隨「長時間、高密度」的特質，但並非總是如此。例如，本文毫不懷疑*Masterpiece Cakeshop*中的訂製蛋糕有高度的藝術和表意性，然就其完成過程來說，並未達到本文建議的判準，所以不屬於本文所說的例外。另一個例子，是基督徒室內設計師拒絕為其他信仰的業主打造靈修空間。室內設計如同建築，往往也具有高度藝術性，但我們無須在此爭論室內設計是否為言論。重點在於，設計師和業主所需要的長時間協力，完全不下於婚禮網頁設計，因此屬於本文所說的例外。

四、小結

公眾服務法的言論自由疑慮主要在於兩個層面：一是系統性扭曲，二是零距離的意識形態壓迫。化解這些疑慮的關鍵，在於如何處理「歧視」和「大眾交易」。

本文主張，系統性扭曲的風險可以透過合憲解釋化解——大眾交易中的「歧視」，應理解為「基於受保護特徵所為之差別待遇」。本文建議了這樣的歧視判準：想像相對人受保護特徵的代換，是否會改變服務提供者給予差別待遇的結果。這個判準可以初步、一般性地調和反歧視管制與其他權利（不限於言論自由）或利益的衝突。大眾交易的難題在於中間類型，本文認為，中間類型可以納入大眾交易，但歧視判準適用於中間類型時必須進行以下調整：即便受保護特徵造成了差異結果，但差別待遇的主要理由是受保護特徵在特定脈絡下形成的訊息敏感性、而非單純針對該特徵本身時，仍不應視為歧視。簡單說就是放寬大眾交易的認定，但對於中間類型的差別待遇是否基於受保護特徵，進行更謹慎地判斷，以在系統性扭曲風險的防範和平權保障間取得平衡。

零距離的意識形態壓迫是寄生於言論自由的人性尊嚴考量。在這裡，我們要排除的是少數特殊情境下，管制將導致服務提供者長時間高密度地對他所反對的意識形態表達出支持合作的態度。這是當前討論中鮮少被注意的面向，一個可能的處理方式，同樣是直接將可能造成這類情境的交易類型排除於大眾交易之外。畢竟具長期協作性質的交易，通常也不位於「大眾交易」的概念核心。然而這樣的處理方式就像中間類型的排除，很可能涵蓋過廣而造成反歧視保障漏洞。更好的作法，或許是在反歧視管制中明訂豁免條款。無論如何，本文認為零距離意識形態壓迫的排除，不只是參照美國言論自由法學所得出的法理，同時也已經是蘊含於我國法律實踐的價值判斷，是有效的憲法誡命。

最後以攝影為例，說明本文所建議的處理方式。首先要小心的是概念的簡化陷阱。「攝影」一詞可能涵蓋各種不同的交易內容，應就具體情況來判斷而非當成單一活動來評價。有些攝影師的接案模式無異於傳統藝術創作者，有些快照則像是更細緻一點的機器拍照，前者根本不屬於大眾交易、後者卻是大眾交易的核心類型，應

該都沒有疑問。除此之外，還有像沙龍照之類的中間類型，例如在*Elane Photography, LLC v. Willock*中，攝影工作室因為宗教信仰而不願為同性伴侶的象徵儀式（commitment ceremony）提供服務[180]。本文認為，*Elane Photography*類似於*303 Creative*，都屬於大眾交易中基於受保護特徵所為之差別待遇。問題在於，前者的婚攝是否和後者的婚禮網頁設計一樣，都構成零距離的意識形態壓迫？如果這個婚攝只是單純在儀式中記錄影像，那它會更像*Masterpiece Cakeshop*中的蛋糕製作，不屬於本文所說的例外。如果這是一個需要雙方長時間協力完成的攝影寫真，那當然就更類似*303 Creative*而構成例外。

肆、結論

知名攝影記者Gordon Parks曾留下這樣一張照片：一位黑人女性身旁站著黑人小女孩。她們體面的穿著、乾淨的人行道、路邊的汽車以及霓虹招牌，都令人感受到繁榮與秩序。細看她們頭上發光的招牌，赫然寫著：「有色人種專用入口」（colored entrance）[181]。

這是美國1950年代的南方場景。對擁有這種歷史經驗的社群來說，*303 Creative*不同意見的強烈反應，可以視為一種合理甚至必要的警告。如果我們也處於類似情境，或許也應該以更戰鬥的態度去看待相關法制——但這並不是我們的故事。至少就公眾服務和大眾交易來說，系統性歧視並不是我們的固有問題。諷刺的是，這並不意味著臺灣是平權天堂，而是臺灣的系統性歧視往往發生在公眾服

180 Elane Photography, LLC v. Willock, 309 P.3d 53, 59-60 (N.M. 2013).

181 *Tribute to Joann Thornton Wilson*, GORDON PARKS FOUND., https://www.gordonparksfoundation.org/education/features/tribute-to-joann-thornton-wilson (last visited: 2026/08/02).

務法這類規範照耀不到的地方——想想臺灣跨國移工的處遇[182]。如果我們真心在意脆弱少數所受到的壓迫，或許應該務實地考察自身問題所在，而非直接把美國（或其他法制參照對象）的歷史遺緒當成自己的東西。

然而*303 Creative*所匯集的論辯仍極富啟示性。我們可以透過它更冷靜持平地思考：如果我國也想採行類似管制，在我們的社會脈絡和法律實踐下可能會遭遇哪些問題，又該如何處理？本文所討論的歧視判準、中間類型以及零距離的意識形態壓迫，都不只是抽象的法律推論，而是對應了未來可能發生的狀況。法律一方面立基於社會現實，另一方面也承載了規範性理想對於現實的期待。如何在這樣的張力中解釋適用法律，讓它在盡可能多樣的案例中都能得出合理結果、並兼顧法體系的融貫性；讓它不會變成法官個人信念的恣意、但又留下合理判斷空間，是法釋義學無可替代的功能。它需要的是激情、憐憫甚或悲憤所無法取代的法治理性。

182 例如：蔣宜婷，宵禁、罰掃廁所、懷孕遭解約：菲律賓女移工抗議台灣「囚犯式管理」，BBC中文網，2026年3月7日，https://www.bbc.com/zhongwen/articles/crm81e4erkmo/trad（最後瀏覽日：2026/03/08）。

Compelled Speech in U.S. Public Accommodation Laws:

Typologies, Arguments, and the Reconciliation of Rights Through the Lens of *303 Creative LLC v. Elenis*

*Yuan-Chung Cheng**

Abstract

Through the compelled speech doctrine, *303 Creative LLC v. Elenis* declared for the first time that even in the realm of commercial transactions, freedom of speech can constitute an exception to public accommodation laws. To analyze the doctrinal basis of *303 Creative*, this article categorizes three typologies of compelled speech and their underlying rationales from relevant precedents: overt compelled speech (human dignity / inescapable ideological imposition), compelled speech as a burden on specific content (content neutrality), and compelled carriage of messages (misattribution / systemic distortion). The article then argues that while the reasoning in *303 Creative* appeals to systemic distortion, it completely overlooks the fact that the case fundamentally involves discrimination based on protected characteristics. Nonetheless, the conclusion in *303 Creative* can be supported by the human dignity rationale: in a few rare contexts, public accommodation laws may result in inescapable ideological imposition, thereby necessitating the consideration of exceptions. Finally, this article provides an outline for interpreting "mass transactions" and evaluating "whether differential treatment is based on protected characteristics," while establishing criteria for assessing whether a given context constitutes "inescapable

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

ideological imposition" to help reconcile conflicting rights within anti-discrimination regulations such as public accommodation laws.

KEYWORDS: freedom of speech, right not to speak, freedom of thought, expressive association, commercial association, anti-discrimination regulations, misattribution, human dignity, game theory, mass transaction.