

論Thomas Scanlon的彌爾式原則及其修正^{*} —— 從言論自由自主理論的角度分析

蘇慧婕^{**}

摘要

近來的假訊息管制爭議，最終都涉及「國家得否為了保障受眾個人的自主信念或行為決定，去限制表意人個人的自主言論表達行為」，從而讓自主理論再次走進言論自由法學的注目焦點。本文選擇以Thomas Scanlon提出的彌爾式原則及其後續修正作為軸點，從言論自由自主理論發展的觀點出發，析述C. Edwin Baker、Ronald Dworkin和Thomas Scanlon等人所提出言論自由自主理論的產生背景、所欲解決的規範難題，以及所造成的後續影響。藉由分析前後期立場轉折極大的Scanlon理論，本文指出一元觀點的形式自主論和多元觀點的實質自主論，對於客觀物質和文化環境等現實條件的敏感度存在著顯著差異；前者會傾向於否定社群媒體有特殊的管制需求，後者則可能在肯定網路（社群）媒體改變社會溝通規則並影響個人決策權能的前提下，容許國家對社群媒體進行積極管制。以本文的觀察與分析為基礎，或許有助於理解並預測言論自由自主理論在網路時代中的可能走向。

關鍵詞：言論自由理論、形式自主、實質自主、傷害、C. Edwin Baker、Ronald Dworkin、Thomas Scanlon、彌爾式原則、雙軌理論、雙階理論。

* 投稿日：2020年4月4日；接受刊登日：2020年11月3日。〔責任校對：盧又瑄、陳怡瑾〕。

** 國立臺灣大學法律學院助理教授。

穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/40718012.pdf>。



目次

壹、緒論	一、Scanlon的權利理論
貳、言論自由自主理論的功能與發展	二、言論自由的利益基礎
一、言論自由理論的功能	三、言論自由類型化保障的證成
二、言論自由的自主證成	四、小結
三、小結	伍、彌爾式原則修正的啟示
參、Scanlon的彌爾式原則	一、自主的概念：形式自主與實質自主
一、Scanlon的言論自由理論	二、言論自由的類型化保障：言論的自主價值與言論管制的風險
二、彌爾式原則的具體內涵與論證建構	陸、結論
三、彌爾式原則的理論缺陷	
肆、Scanlon的理論轉向	

壹、緒論

近年以來社群媒體上假訊息蔓延的現象，在2019年引致了新一波的假訊息立法¹。而不論是既有社會秩序維護法（下稱社維法）第63條第1項第5款²或是新訂傳染病防治法第63條³的相關案例，例如口服巴拉刈可避免病媒蚊叮咬並降低登革熱死亡率⁴、散布武漢新型冠狀肺炎個案之地域資訊⁵、為表達反對同婚之立場而將梅毒

1 參見災害防救法第41條、糧食管理法第15條之1及第18條之3、農產品市場交易法第6條及第35條、傳染病防治法第63條、食品安全衛生管理法第46條之1。

2 社會秩序維護法第63條第1項：「有左列各款行為之一者，處三日以下拘留或新臺幣三萬元以下罰鍰：……五、散佈謠言，足以影響公共之安寧者。」

3 傳染病防治法第63條：「散播有關傳染病流行疫情之謠言或不實訊息，足生損害於公眾或他人者，科新臺幣三百萬元以下罰金。」

4 參見臺灣臺北地方法院108年度店秩字第71號裁定。

5 參見臺灣橋頭地方法院旗山簡易庭109年度旗秩字第2號裁定。

及天花病毒之圖片誤植為愛滋病毒圖片並加以散布⁶，都迫使我們回頭省思「表意人負有何種查證義務」、「表意人應否為言論效果負責」、「言論管制得否納入『防呆』考量」的基礎問題，而使得逐漸被遺忘的言論自由自主理論，在網路時代中強勢回歸⁷。

當然，言論責任和管制目的並不是言論自由法學的新興議題，而毋寧是涉及自主理論核心的古典議題⁸。當今對於社群媒體假訊息管制的論辯，與仇恨及色情言論管制⁹、乃至於言論自由理論有否獨立性¹⁰的基礎論辯，實則具有內在融貫的關聯。因此，在正面建構屬於網路時代的言論自由自主理論之前，即有必要重新回顧言論自由自主理論的沿革階段，檢視各階段的理論轉向是在回應何種理論困境或現實變遷。唯有當我們看清楚此時已取得了何種理論進展，而又正面臨哪些現實挑戰，才能著手開拓未來的理論開展路徑。基於前述的理解，本文的研究目的旨在透過言論自由自主理論發展脈絡的梳理，指明言論自由自主理論的未來發展方向，而這樣的發展又可能會導出什麼樣的（社群）媒體定性，以及言論自由的具體內涵¹¹。

6 參見臺灣桃園地方法院107年度易字第38號刑事判決。

7 本段所援引之案例僅限於已有法院裁判可循者，其他諸如麻豆文旦之亂（新聞參見：文旦之亂再起？農民唾棄外界造謠，中央社，2019年9月12日，ogy.de/yn5e）、雲林花生之亂（新聞參見：楊淑閔，雲林花生之亂 陳吉仲：蘇貞昌已指示法務部偵辦，中央社，2019年12月12日，ogy.de/c5by）、衛生紙之亂 2.0（新聞參見：蕭博文，謠傳衛生紙原料將缺貨 法務部：速查嚴辦，中央社，2020年2月8日，ogy.de/0dzp），以及武漢新型冠狀肺炎的眾多假訊息（新聞參見：林序家，武漢肺炎《別再亂傳假訊息 疫情指揮中心：小心觸法，新頭殼，2020年1月22日，ogy.de/jhck），也同樣涉及此處所提出的自主理論爭議。（此處新聞網址最後瀏覽日：2020年2月25日）。

8 言論自由自主理論之相關介紹參見林子儀，言論自由之理論基礎，收於：言論自由與新聞自由，頁34-56（1993年）；劉靜怡，言論自由：第一講——「言論自由」導論，月旦法學教室，26期，頁76-77（2004年）。

9 Ronald Dworkin, *Foreword*, in *EXTREME SPEECH AND DEMOCRACY*, at v, v-vi (Ivan Hare & James Weinstein eds., 2009).

10 See FREDERICK SCHAUER, *FREE SPEECH: A PHILOSOPHICAL ENQUIRY* 3-14 (1982).

11 本文不處理何者為言論自由的最佳理論、言論自由自主理論相對於其他理論是

在20世紀以降的言論自由自主理論脈絡之中，Thomas Scanlon所提出的彌爾式原則（Millian Principle）及其後續的理論轉向呈現了戲劇性的轉折。由於該轉折反映了兩種截然不同的自主觀，本文就選擇以Scanlon的彌爾式原則及其理論轉向為主軸，將之放置在大致區分為「結果論——C. Edwin Baker與Ronald Dworkin的形式自主論——Scanlon的彌爾式原則——Scanlon的類型化保障理論」等四個階段的言論自由理論發展脈絡之下（貳），分別說明彌爾式原則彰顯了哪種自主理論的不足、彌爾式原則本身又具有何種缺陷（參），為了彌補此種缺陷而作出的理論轉向，在規範上又應如何理解（肆），從而對網路時代中的自主理論發展有何啟發（伍）。

貳、言論自由自主理論的功能與發展

為了更精確認知Scanlon提出言論自由理論的背景和目標，首先必須理解言論自由理論的功能，以及在Scanlon提出彌爾式原則之前，主要言論自由自主理論的目標與成敗。所以本節將依序介紹「結果論式的言論自由理論」，以及「Baker與Dworkin的形式自主論」。

一、言論自由理論的功能

單純從抽象理論觀點來看，言論自由理論是對言論自由的哲學辯護¹²。言論自由是自由權的一種，本可直接適用一般性的自由理論；如果有必要另行建構一套獨立的言論自由理論，那必然是因為言論在本質上有別於其他行為，從而言論自由的憲法保障也應該有

否具有優越性的問題。

¹² SCHAUER, *supra* note 10, at ix; Thomas M. Scanlon, *A Theory of Freedom of Expression*, in THE DIFFICULTY OF TOLERANCE: ESSAYS IN POLITICAL PHILOSOPHY 6, 6-8 (2003).

別於其他行為自由¹³。因此，如果旨在證成言論自由應享有特殊的憲法保障，完整的言論自由理論就必須在整體憲法的架構下檢視言論的特殊價值¹⁴，藉以作出言論的定義（確定言論自由的保障範圍），並且說明言論自由為何、以及在何種情況下應受到比其他行為自由更高的保障（確定何種言論管制需要比單純的傷害論證更為嚴格的證成）¹⁵。

在言論自由理論的發展長河中，對於有害言論¹⁶應受特殊保障（或豁免）的學術嘗試，可以區分為結果論（consequentialist）和非結果論（non-consequentialist）、義務論式（deontological）的論證方式¹⁷。在結果論式的言論自由理論中，有些論者聚焦於社會福祉（如真理和民主），有些論者則強調個人權利（如言論自由、資訊自由、思想自由），但他們的相同點在於都從言論受眾的社會角度切入觀察，一方面主張言論自由會對社會整體帶來較高的結果或程序利益，例如較佳的民主決策或更可能尋得真理、或是創造更為多元開放的公共輿論，另一方面宣稱縱然言論和行為會導致相同的傷害結果、而且該傷害結果足以證成行為的限制，但是某些言論限制—

13 SCHAUER, *supra* note 10, at 5; ERIC BARENDT, *FREEDOM OF SPEECH* 6-7 (2d ed. 2007).

14 Kent Greenawalt, *Free Speech Justifications*, 89 COLUM. L. REV. 119, 122 (1989).

15 Scanlon, *supra* note 12, at 6-8, 22-23; Thomas M. Scanlon, *Freedom of Expression and Categories of Expression*, in *THE DIFFICULTY OF TOLERANCE: ESSAYS IN POLITICAL PHILOSOPHY* 84, 96 (2003); Greenawalt, *supra* note 14, at 120; SCHAUER, *supra* note 10, at 7-8. 應予說明的是，此處僅是從言論自由理論沿革的角度出發，說明「主張應有言論自由享有特殊保障、言論自由理論具有獨立性」的論者，在理論構成上所應滿足的條件，並不表示本文作者支持這種立場。

16 「有害言論」（harmful speech）的內涵會隨著「法益」和「傷害」的不同定義而浮動，參見蘇慧婕，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224-225（2017年）。但本文的論證原則上不會受到影響，因此本文不擬深入處理法益和傷害的概念爭議。下文若無特別說明，有害言論皆泛指harmful speech，有害行為則泛指harmful conduct。

17 Alon Harel, *Freedom of Speech*, in *THE ROUTLEDGE COMPANION TO PHILOSOPHY OF LAW* 599, 600-01 (Andrei Marmor ed., 2012); Susan J. Brison, *The Autonomy Defense of Free Speech*, 108 ETHICS 312, 321-23 (1998).

—有別於其他行為限制——在實證經驗上對社會福祉或個人權利所造成的特殊傷害，遠超過言論限制本身所要追求的利益¹⁸。綜而言之，這種以真理和民主理論為代表的結果論式論證，可以經由 1. 言論不會造成傷害或只會造成較輕微傷害（lesser harm）或 2. 管制會對言論自由造成更大傷害¹⁹的宣稱，推導出言論管制弊大於利，故而在本益權衡的結果考量下，有害言論仍然應該受到特殊保障，豁免於法律限制的結論²⁰。美國聯邦最高法院所提出的理念自由市場（marketplace of ideas）和明顯立即危險原則（clear and present danger test），都是這種思維脈絡下的產物²¹。

然而結果論這種指向於特定單一價值量尺（如真理、民主）的本益衡量理論，具有無法修正的侷限性和脆弱性²²。首先，管制成本和利益的判定與權衡需要一個共量的標準，但真理或民主的價值量尺可能會自始排除非政治言論、藝術言論、商業言論、色情言論

18 Harel, *supra* note 17, at 609; Brison, *supra* note 17, at 321.

19 SCHAUER, *supra* note 10, at ix; Scanlon, *supra* note 12, at 6-8; C. Edwin Baker, *Harm, Liberty and Free Speech*, 70 S. CAL. L. REV. 979, 989 (1997) [hereinafter Baker, *Harm*]（滑坡論證、逆火論證、無效論證、轉移焦點論證）；C. Edwin Baker, *Autonomy and Hate Speech*, in *EXTREME SPEECH AND DEMOCRACY* 139, 150-55 (Ivan Hare & James Weinstein eds., 2009) [hereinafter Baker, *Autonomy*].

20 Scanlon, *supra* note 12, at 8-9; SCHAUER, *supra* note 10, at 47; Jonathan Gilmore, *Expression as Realization: Speakers' Interests in Freedom of Speech*, 30 LAW & PHIL. 517, 519-23 (2011); 林子儀（註8），頁46。關於John Stuart Mill言論自由理論的介紹，參見JOHN STUART MILL, *ON LIBERTY* 73-120 (David Bromwich & George Kateb eds., 2003); Frederick Schauer, *On the Relation between Chapters One and Two of John Stuart Mill's on Liberty*, 39 CAP. U. L. REV. 571 (2011); David O. Brink, *Mill's Liberal Principles and Freedom of Expression*, in *MILL'S ON LIBERTY: A CRITICAL GUIDE* 40 (C. L. Ten ed., 2009).

21 Baker, *Harm*, *supra* note 19, at 980. 理念自由市場之中文文獻，請參見：賴祥蔚，*言論自由與真理追求——觀念市場隱喻的溯源與檢視*，*新聞學研究*，108期，頁103-139（2011年）。明顯立即危險原則之中文文獻，請參見：林子儀，*言論自由與內亂罪——「明顯而立即危險原則」之闡釋*，收於：*言論自由與新聞自由*，頁197-228（1999年）；林恆志、黃正一，*「明顯而立即危險」原則之歷史背景、意義及運用*，*全國律師*，8卷1期，頁42-66（2004年）。

22 Ronald Dworkin, *Why Must Speech Be Free?*, in *FREEDOM'S LAW: THE MORAL READING OF THE AMERICAN CONSTITUTION* 195, 201 (1996).

等言論類型，導致言論自由的保障範圍過度狹窄且偏重理性價值的結果²³。其次，言論管制的本益衡量是經驗性的論證，但是「真理終將勝利」²⁴、「更多言論能治癒有害言論」的宣稱並沒有任何實證論據支持²⁵；而我們正在經歷的網軍資訊戰，似乎更是反證了結果論的實證預設只是啟蒙思潮的一廂情願²⁶。

為了防止言論自由因為經驗預設被推翻或單純利益衡量而喪失保障，就產生了反對利益權衡²⁷的非結果論式、義務論式言論自由理論，其中以自主理論為代表。

二、言論自由的自主證成

如同前述，為了避免言論自由成為利益操作下的犧牲品，自主理論轉而採取義務論式的道德論證，主張國家權力的正當性來自於個人自主的保障；任何以國家或社會多數人偏好取代表意人個人偏好、侵害表意人自主²⁸的言論管制，都是自始不正當²⁹的言論管制³⁰。

在這種從表意人自主觀點去證成言論自由保障，尤其是反對因為言論的無價值或低價值³¹而侵害表意人自主的論述取徑中，Baker

23 SCHAUER, *supra* note 10, at 55; BARENDT, *supra* note 13, at 8; Dworkin, *supra* note 9, at vii; Scanlon, *supra* note 15, at 94.

24 MILL, *supra* note 20, at 87-88, 118; *Abrams v. U.S.*, 250 U.S. 616, 630 (1919).

25 BARENDT, *supra* note 13, at 9, 36; Jeremy Waldron, *C. Edwin Baker and the Autonomy Argument*, in *THE HARM IN HATE SPEECH* 144, 155-57 (2012).

26 David A. Strauss, *Persuasion, Autonomy, and Freedom of Expression*, 91 COLUM. L. REV. 334, 352-53 (1991).

27 林子儀 (註8)，頁49-56。

28 Gilmore, *supra* note 20, at 526-36; 林子儀 (註8)，頁46。

29 由於本文設定為憲法層次的論證，因此在言論管制的正當性上，並不區分一般性的道德論證以及相對性的政治論證。相關論述參照Scanlon, *supra* note 12, at 7-8.

30 SCHAUER, *supra* note 10, at 47.

31 關於低價值言論的中文文獻，請參見：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)；林子樵，限制菸品及酒類

和Dworkin可說是最具代表性的論者³²。所以本節將會從理論分析與批判的角度出發，說明Baker和Dworkin如何理解構成國家正當權力界線的個人自主，以及兩者理論的異同之處。

(一) C. Edwin Baker

1. 個人的倫理自主

Baker認為國家的正當性取決於它對個人自主的尊重，亦即對個人所作成行為決定的尊重³³。基於這種形式(formal)認知，自主係指在不妨礙他人相同權利的前提之下，利用個人資源作成涉己行為決策的權利，而其中也包含了表達自我、影響他人的權利³⁴。據此，國家必須尊重個人用以展現其價值認同的言論表達³⁵，不得評判系爭價值的優劣，也不得考量系爭言論所帶來的社會成本。如果國家否定個人使用言論去表達其價值觀點的權利，就侵害了表意人的形式自主(formal autonomy)而自始喪失管制的正當性³⁶。

更詳細地說，Baker的「形式自主論」是把言論視為理念的載體(locus of ideas)³⁷、把個人的意見表達行為視為個人自主的展

廣告法規之合憲性，中原大學財經法律研究所碩士論文，頁38-40(2016年)。

32 C. EDWIN BAKER, HUMAN LIBERTY AND FREEDOM OF SPEECH 70-91 (1989); C. Edwin Baker, *Autonomy and Free Speech*, 27 CONST. COMMENT. 251, 251 (2011); Ronald Dworkin, *Do We Have a Right to Pornography?*, in A MATTER OF PRINCIPLE 335, 335 (1985).

33 Baker, *supra* note 32, at 267-69. Baker的倫理自主(ethical autonomy)理論會導出排除或降低法人(如企業、媒體)言論自由保障的結論，參見BARENDT, *supra* note 13, at 394 fn. 15.

34 Baker, *supra* note 32, at 254, 257-58.

35 Baker, *Harm*, *supra* note 19, at 981.

36 Baker, *Autonomy*, *supra* note 19, at 142; Thomas M. Scanlon, *Comment on Baker's Autonomy and Free Speech*, 27 CONST. COMMENT. 319, 321-22 (2011); Waldron, *supra* note 25, at 162; Baker, *Harm*, *supra* note 19, at 998: "Formal liberty is more of a side constraint. Its role is to rule out (or create a very heavy presumption against) a limited category of laws."

37 Waldron, *supra* note 25, at 161.

現³⁸，所以個人的形式自主就涵蓋了面向社會的自我揭露（self-disclosure）和行為互動面向³⁹：「對於人格、行動者或自主的尊重，就是容許每個人去做自己、展現自己。每個人都被容許以某種方式在世界裡行動，並以某種方式——尤其是以嘗試去說服或批判他人，亦即影響他人價值、知識、觀點或情感的方式——去影響世界。這種自主概念意味著，當某人向其他人『提供』一個觀點時，他只是在展現自己，行使他的自主⁴⁰。」

相較於結果論式的言論自由理論，Baker指向於表意人的義務論式論證，不僅免除了權利與善的衡量，並且在權利優先於善的道德評價之下，對言論管制劃下了一條絕對的界線。但是，國家的言論管制並不總是為了壓制表意人的自主決定，而可能是出於保護第三人權利的動機，因此，取向於表意人自主的權利論證，必須進一步說明在權利衝突下仍然應該優先保障言論自由的理由⁴¹。

2. 言論的傷害

在談論言論內容所造成的傷害時，可以大致區分為兩種類型：一是表意人的言論直接造成受害人的傷害，二是表意人的言論間接透過受眾的行為造成受害人的傷害⁴²。針對言論是否造成他人權利侵害的問題，Baker一方面肯定言論的涉他性質具有傷害他人權利的可能性⁴³，但同時也強調，言論以提供受眾資訊或說服受眾與受害人之方式所導致的傷害，不得成為言論管制的立法目的⁴⁴。進而

38 Baker, *Harm*, *supra* note 19, at 981.

39 Jeremy Waldron, *Approaching Hate Speech*, in *THE HARM IN HATE SPEECH* 1, 14 (2012); Waldron, *supra* note 25, at 161-62; Baker, *Harm*, *supra* note 19, at 985.

40 Baker, *Harm*, *supra* note 19, at 992. (粗體強調部分為本文作者所加)。

41 Waldron, *supra* note 25, at 165.

42 Frederick Schauer, *The Phenomenology of Speech and Harm*, 103 *ETHICS* 635, 642-49 (1993).

43 Baker, *Harm*, *supra* note 19, at 986.

44 Baker, *supra* note 32, at 258; Baker, *Harm*, *supra* note 19, at 981.

言之，言論有別於其他行為之處，在於言論是以心靈中介（*mental mediation*）的方式對他人施加影響。所以在前述第二種的言論傷害類型中，表意人只是向受眾提供行為的理由，如果受眾作出了傷害他人的自主行為決定，後續所衍生的結果責任，就應該一概由受眾承擔⁴⁵。而在第一種的言論傷害類型中，言論的「傷害」也同樣取決於被言論指涉者的自主反應，只有當被指涉者自己決定拋棄批判者的身分、踩上受害者位置時，言論才會產生傷害，所以表意人也不應該為受害人的心靈反應負責⁴⁶。

基於前述對於傷害概念的理解，**Baker**就主張，作為個人自主實踐的言論行為既不會造成他人利益的侵害，也不會產生權利的衝突⁴⁷。言論只有在侵犯他人的形式自主，例如以強暴、脅迫、詐欺、偽證、操縱性謊言等方式削弱他人獨立決策能力的情況下，才能受到限制⁴⁸。

（二）Ronald Dworkin

1. 公民的道德和政治自主

與**Baker**相同，**Dworkin**也是從表意人自主作為國家強制權力界線的角度切入，去證成言論自由的保障⁴⁹。**Dworkin**認為一個正義政治社群的正當性，來自於尊重個人作為自由平等社群成員所享有的道德獨立性權利，亦即作成行為決策並且（出於尊重與關懷而）影響他人的權利⁵⁰。但**Dworkin**和**Baker**的不同，在於**Dworkin**更為

45 Baker, *Harm*, *supra* note 19, at 990-92.

46 *Id.* at 992-93; Waldron, *supra* note 25, at 168-69.

47 Baker, *Harm*, *supra* note 19, at 995 (non-harm-based liberty); Baker, *Autonomy*, *supra* note 19, at 142. “Law’s respect for formal autonomy of one person never denies respect for the formal autonomy (or, for that matter, the formal equality) of another.”

48 Baker, *supra* note 32, at 254-58; Strauss, *supra* note 26, at 353-55.

49 Dworkin, *supra* note 9, at vi-vii.

50 Dworkin, *supra* note 22, at 200.

強調個人自主的民主參與面向⁵¹。在Dworkin的理解中，民主是一種夥伴式的概念（partnership conception），而所謂的人民統治是指由所有人民以集體自我統治之完全、平等夥伴之身分共同行動的方式來進行統治⁵²。在這種夥伴式民主的認知之下，公民同時扮演著兩種角色，一個是政治競爭（如選舉、公投）的評判，亦即表現公意（public opinion）的選民，一個是政治競爭的參與者，亦即協助形塑公意的候選人和支持者⁵³。據此，多數決的投票機制只是政治正當性的必要條件，而非充分條件，一個成熟民主體系的底蘊（democratic background）必須由選票（vote）和發聲（voice）所同時構成⁵⁴：只有當公民在作成集體決定之前，能以個人身分針對採取集體決定與否的理由共同審議，才能說輸掉這個爭議的人仍然是政治行動的夥伴，而非僅僅是在投票過程中被多數輾壓的輸家⁵⁵。故而民主社群對其成員的平等尊重，就同時及於對其言論的平等尊重。言論自由乃是規範正當性的前提和代價，不論系爭特定言論是否真的有所「貢獻」⁵⁶。

不僅如此，對於「言論自由作為民主之必要建構條件⁵⁷」的宣稱，Dworkin更提出了極為嚴格的詮釋⁵⁸：「除非每個人都享有表達其立場、意見、恐懼、品味、推測、偏見或理想的公平機會，能證

51 Dworkin, *supra* note 9, at viii (positive liberty); SCHAUER, *supra* note 10, at 62.

52 Ronald Dworkin, *Free Speech, Politics, and the Dimensions of Democracy*, in SOVEREIGN VIRTUE: THE THEORY AND PRACTICE OF EQUALITY 351, 358 (2000).

53 *Id.* at 358.

54 Dworkin, *supra* note 9, at vii.

55 Dworkin, *supra* note 52, at 364-65.

56 Jeremy Waldron, *Ronald Dworkin and the Legitimacy Argument*, in THE HARM IN HATE SPEECH 173, 175 (2012) [hereinafter Waldron, *Ronald Dworkin*] (free expression is part of the price we pay for political legitimacy); Jeremy Waldron, *Protecting Dignity or Protection from Offense?*, in THE HARM IN HATE SPEECH 105, 108-09, 132 (2012) [hereinafter Waldron, *Protecting Dignity*].

57 Dworkin, *supra* note 9, at v.

58 Waldron, *Ronald Dworkin*, *supra* note 56, at 185-92, 197.

明他在集體行動下並非被動的受害者、而是負責任的行動者，否則多數的決定就不能算是公平的。⁵⁹」只有當每一個即將受到法律拘束的公民，在法律制定的過程中都擁有平等的發聲機會，這項法律才能夠正當地適用到他的身上⁶⁰。換言之，反對特定行為管制的言論自由，是系爭行為管制的正當性基礎。舉例來說，如果表意人不享有種族歧視言論的發聲機會，反歧視法的行為規範就會喪失正當性⁶¹。

2. 言論的傷害？

和Baker相似，Dworkin也傾向於否定言論的傷害效果。在論證色情和仇恨言論的保障時，面對言論透過受眾行為而導致女性或種族弱勢族群落入經濟、社會從屬地位的論點，Dworkin否定了言論和傷害結果間的因果關係；而對於言論會直接造成女性或種族弱勢族群噤聲（silenced）並落入政治從屬地位的主張，Dworkin則明確否定了心理創傷（psychological damage）的傷害定性⁶²。因為否定此時存在言論自由和平等權、或是言論自由之間的權利衝突，Dworkin就進一步宣稱，所有針對言論效果的管制，都是國家試圖以外在偏好去壓制取代表意人的個人偏好，違反了對表意人的平等尊重⁶³。

59 Dworkin, *supra* note 9, at vii.

60 Dworkin, *supra* note 52, at 366.

61 Waldron, *Ronald Dworkin*, *supra* note 56, at 173-74, 177-80; Dworkin, *supra* note 9, at viii.

62 Dworkin, *supra* note 52, at 366; Ronald Dworkin, *Pornography and Hate*, in *FREEDOM'S LAW: THE MORAL READING OF THE AMERICAN CONSTITUTION* 214, 219-22 (1996).

63 Dworkin, *supra* note 9, at viii; Dworkin, *supra* note 22, at 196, 206-07; Dworkin, *supra* note 62, at 219-22; Baker, *Harm*, *supra* note 19, at 992; SCHAUER, *supra* note 10, at 62 (equal respect for choice); Waldron, *supra* note 25, at 163-65; Scanlon, *supra* note 36, at 322; Steven H. Shiffrin, *Freedom of Speech and Two Types of Autonomy*, 27 CONST. COMMENT. 337, 338-39 (2011).

三、小結

經過本章對於言論自由自主理論，特別是Baker和Dworkin的理論介紹，我們可以看到，自主理論的提出旨在解決受眾觀點結果式論證造成言論自由保障範圍過窄，以及在利益權衡下被犧牲的問題。所以Baker和Dworkin（以及眾多的自主論者）選擇從表意人自主的觀點，去證成國家言論管制權力的界線和言論自由的保障，也就並不讓人意外⁶⁴。

正因為Baker和Dworkin採取了與John Stuart Mill《論自由》第1章相同的權利論證理路⁶⁵，單純將言論視為自主行為的一種⁶⁶，自然也就會接受傷害原則（harm principle）⁶⁷的結論：當且僅當言論造成他人權利侵害時，言論的限制才具有正當性⁶⁸。所以我們可以看到，儘管Baker和Dworkin對於表意人自主的認知有所不同，但在面對自主理論的共同挑戰，例如言論和行為如何區分、兩者有何差異的問題時⁶⁹，只能極力否定傷害（harm）的存在⁷⁰，並推導出針對言論內容的限制（content-based restrictions）原則上受到禁止、低價值言論也應受到言論自由保障的結論⁷¹。

64 Brink, *supra* note 20, at 42 (categorical approach).

65 *Id.* at 43.

66 BARENDT, *supra* note 13, at 14-15, 36; SCHAUER, *supra* note 10, at 50-51; 林子儀（註8），頁44。

67 MILL, *supra* note 20, at 80-81:「能違反任何文明社會成員之意志而對其行使正當權力的唯一目的，就是為了避免他人受到傷害。……任何人的行為，只有在涉及他人的那一部分，才必須對社會負責。在僅僅牽涉自身的部分，其獨立性理當絕對。對其自身、其身體及其心靈，個人即是主權者。」（粗體強調部分為作者所加）。

68 Brink, *supra* note 20, at 42; Schauer, *supra* note 20, at 592.

69 Schauer, *supra* note 20, at 579-82.

70 Concerning mind-body-dichotomy, see Baker, *Harm*, *supra* note 19, at 987, 991-92; Schauer, *supra* note 20, at 575, 577-78; Waldron, *supra* note 25, at 168; Brison, *supra* note 17, at 325, 336; Richard H. Fallon, Jr., *Two Senses of Autonomy*, 46 STAN. L. REV. 875, 896 fn. 132 (1994); Schauer, *supra* note 42, at 642-53.

71 Baker, *Autonomy*, *supra* note 19, at 143; BARENDT, *supra* note 13, at 14-15; Waldron,

綜合本節的介紹，可以知道以Baker和Dworkin為代表的表意人自主理論，為了極大化言論自由的保障範圍，預設了一種形式的自主觀，而一旦這種形式自主套用到受眾身上，就會進一步導出言論內容無傷害、言論內容管制幾近絕對禁止的結果⁷²。與此同時，把言論和其他自主行為一視同仁的做法⁷³，也決定了Baker和Dworkin無法贊同雙階理論⁷⁴。

參、Scanlon的彌爾式原則

前節說明了Baker與Dworkin之所以提出形式自主論，主要是為了解決結果論式言論自由理論的缺陷。而本節則一樣從理論分析與批判的角度出發，闡述Scanlon所提出的彌爾式原則，又是為了解決Baker和Dworkin之形式自主論所遺留下來的什麼問題。

一、Scanlon的言論自由理論

Scanlon的言論自由理論，首見於1972年出版的〈表意自由的理論〉(A Theory of Freedom of Expression)。在該文中，Scanlon試圖從普遍道德框架的角度出發，對言論自由進行制度評價。

在〈表意自由的理論〉的一開始，Scanlon就透過一段Oliver Wendell Holmes, Jr.的引文⁷⁵提出了言論自由的大哉問：除非是對國

supra note 25, at 160; Shiffrin, *supra* note 63, at 338-39; Erica Goldberg, *Free Speech Consequentialism*, 116 COLUM. L. REV. 687, 724-25 (2016).

⁷² Waldron, *supra* note 25, at 148.

⁷³ Jeremy Waldron, *Moral Autonomy and Personal Autonomy*, in *AUTONOMY AND THE CHALLENGES TO LIBERALISM: NEW ESSAYS* 307, 315 (John Christman & Joel Anderson eds., 2005).

⁷⁴ 關於雙階理論的中文文獻，請參見：林子儀（註31），頁133-196；劉靜怡，言論自由：第二講——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）。

⁷⁵ Scanlon, *supra* note 12, at 6.

家權力的正當性有所質疑，或是根本不信任或不在乎言論所能造成的改變，才可能認為言論不必受到限制。如果我們真的相信言論具有引發現實傷害的力量，就應該追問言論為何能豁免於會引發相同傷害之其他行為所受到的限制。所以Scanlon在該文中就試著回答下列問題：言論在眾多行為類型之中具有何種特殊性質，使得言論在造成傷害的情況下，甚至是在管制言論之利益高過保障言論之利益的情況下，仍然應該優先保障言論自由⁷⁶？

（一）保障領域的廣泛認定

為了回覆這個讓言論自由法學看似與憲法基本權利體系扞格的提問，Scanlon首先簡潔但明確地主張，「言論」的概念定義和「言論自由」的保障範圍，不應該限定在意見表達的形式，而應該用意見表達的功能作為判斷標準⁷⁷。凡是「行為人意圖向一人或多人溝通某種命題或態度的任何行為」⁷⁸，不論該行為是否採取「言論」(speech)形式，都屬於該文所要討論的，基於特殊性質而享有特殊保障的行為類型。這也正是Scanlon捨棄言論自由(freedom of speech)的用語，而將該文標題明訂為「表意自由」(freedom of expression)的理由。

（二）針對言論內容之限制的絕對禁止

在「言論自由等於意見表達自由」的保障範圍廣泛認定之下，Scanlon進一步指出，表意自由的特殊性並非「言論形式自始不會造成傷害」(Words don't hurt.)，而是在承認意見表達行為的涉他性質，尤其是意見表達和後續行為之間確實具有因果關聯的前提下，造成法益侵害的意見表達仍然可以、甚至應該豁免於其他造成法益侵害行為的正當法律限制。其中讓意見表達得以豁免於一般行為限

76 *Id.* at 7-8.

77 *Id.* at 8.

78 *Id.*

制的理由，才是在道德和法律框架下區分言論（speech）和行為（action）概念的真正標準。

進而言之，和Baker、Dworkin相同，Scanlon認為言論自由的特殊保障並不是單純利益衡量的結果，而是因為言論自由本質裡蘊涵了一種無關乎言論價值且超脫於利益權衡之外的、非結果論式的「絕對」保障。在絕對保障的範圍內，足以證成行為限制的法益侵害結果，不論其法益危害的程度多麼重大迫切，都無法基於法益保障的目的，對可能造成相同法益侵害結果的言論進行限制。此時的言論限制不僅僅是不合比例的言論自由干預，而是自始不正當的言論自由侵害。Scanlon在〈表意自由的理論〉一文中所提出的彌爾式原則（Millian Principle），就是他為了證成並劃定言論自由絕對保障範圍而提出的非結果式言論自由論證⁷⁹。

（三）小結：言論自由的基本原則

從前文論述可知，彌爾式原則意圖建構一種用來區分言論行為和一般行為⁸⁰、解釋言論自由為何享有特殊保障的「表意自由理論」。更精確地說，是要提出一個僅適用於言論，同時又普遍適用於所有言論、並不會隨著言論的類型或內容價值而相對化⁸¹的單一絕對原則⁸²。

正因為Scanlon選擇去證成一個專屬於言論自由的正義理論⁸³、適用於所有言論的言論自由基本原則（basic principle），也就決定了彌爾式原則自始即不處理言論價值和管制本益衡量等言論相對保障的問題，而並非言論自由完整理論的本質⁸⁴。

79 Scanlon, *supra* note 12, at 10-11.

80 *Id.* at 15.

81 *Id.* at 22.

82 Scanlon, *supra* note 15, at 96.

83 *Id.* at 96.

84 Scanlon, *supra* note 12, at 15, 21-22.

二、彌爾式原則的具體內涵與論證建構

(一) 彌爾式原則的具體內涵

出於建構單一基本原則的設想，彌爾式原則捨棄了以言論內容、管制成本等相對價值為基礎的結果式論證，選擇從國家權力正當性的絕對界線出發，消極排除立法目的已經逾越國家權力正當行使界線的言論管制。由此觀之，彌爾式原則可說是言論管制目的正當性的消極標準⁸⁵：

「有些傷害，雖然是由特定的意見表達行為所引發，仍然不得作為限制系爭行為之法律的證成理由。這些傷害包含了：(a) 意見表達行為導致個人採納錯誤信念的傷害；(b) 意見表達行為引發後續行為作成而導致的傷害結果，且系爭表達行為和後續傷害行為之間的連結，僅僅在於該表達行為致使行為人相信該行為值得採取（或強化行為人的該種傾向）。⁸⁶」

詳細觀察彌爾式原則的具體內涵，可以看出該原則區分了言論引發傷害的不同方式和途徑。對彌爾式原則來說，重點不在於言論是否造成傷害，而是言論如何造成傷害。更精確地說，彌爾式原則改進了言論內容管制（content-based regulations）概念外延不清且內涵過狹的缺點⁸⁷，並且進一步主張，表意人經由言論而對受眾產生作成（錯誤）信念決定和（有害）行為決定的**溝通影響效果**，縱使在經驗上具有明確的因果關係，仍然不得成為正當的規範目的。也就是說，不必進行具體利益權衡，直接在理論證成的根本層次上就摒除了溝通效果限制的目的正當性⁸⁸。

85 Scanlon, *supra* note 12, at 8-13; Robert Amdur, *Scanlon on Freedom of Expression*, 9 PHIL. & PUB. AFF. 287, 288-89 (1980).

86 Scanlon, *supra* note 12, at 14. (粗體強調部分為本文作者所加)。

87 *Id.* at 10-11. (認為「觀點」的概念不明確且無法涵蓋妨害名譽言論)。

88 *Id.* at 14.

為了闡明何謂言論的溝通效果，Scanlon特別舉了「公布神經毒氣簡易製程」和「散發顛覆政權政治文宣」兩種言論進行對照，主張在兩者對公共安全造成相同危害的前提下，公布神經毒氣簡易製程的言論是為受眾的製作毒氣行為提供手段（means），在性質上無異於直接發放毒氣樣本的行為；而散發顛覆政權政治文宣則是為受眾的顛覆政權行為提供理由（reason），根據彌爾式原則的第二部分要求，保障公共安全免於顛覆政權行為危害的利益，不得成為限制顛覆政權言論的正當目的⁸⁹。

綜上所述，Scanlon的彌爾式原則，旨在針對言論內容管制的立法目的提出絕對性的消極標準：有鑑於言論作為「受眾信念及行為決定之思辨基礎」的特殊性質，法律一方面不得要求表意人為受眾自主作成的錯誤價值決定或有害行為決定擔負法律責任⁹⁰，二方面也不得容許國家對受眾的價值和行為決定的思辨基礎進行預先篩選⁹¹。唯獨在「在漆黑擁擠的戲院中錯誤地高喊失火」這種讓受眾短暫陷入理性能力缺失（diminished capacity）狀態的極端案例中，彌爾式原則才會例外容許國家出於防止受眾採納錯誤信念或採取有害行為的考量，對言論的說服或煽動效果施加限制⁹²。

（二）彌爾式原則的論證建構：兩層次的自主論證

作為一個絕對性的單一原則，彌爾式原則的內涵非常簡潔明確：國家不得為了防止受眾採納錯誤信念或實施有害行為的傷害結果，而限制特定內容的言論。這項內容精練的原則有趣且值得探究的原因，在於Scanlon為了建構該原則而選擇的切入角度、立論基礎和論證層次。首先，Scanlon很明顯地是從言論受眾的角度切入，主張某些現實上的傷害不應被規範認可。接著，Scanlon選擇

⁸⁹ *Id.* at 13-14.

⁹⁰ Amdur, *supra* note 85, at 290-92.

⁹¹ Scanlon, *supra* note 12, at 17-18.

⁹² *Id.* at 13, 19-20.

從個人自主的理論基礎出發，判斷規範上應該排除哪些傷害。而當中值得注意的是，Scanlon版本的言論自由自主理論，並不僅僅是「言論受眾作為倫理主體、行動主體」層次上的論證，還同時融合了「言論受眾作為道德主體、政治公民」層次的自主論證。因此，雖然冠上了「彌爾式」原則的稱號，Scanlon所提出的表意自由理論，其實是由兩個層次的自主論證所組成的原創性理論⁹³。

1. 行動者自主

作為Scanlon版本的言論自由自主理論，彌爾式原則的第一個特徵在於它的言論受眾取向（audience-oriented）：從言論受眾自主的觀點出發，把言論的有害溝通效果排除於正當管制目的之外。由此可知，Scanlon對於言論受眾自主的概念理解，將會決定彌爾式原則的具體內涵。

為了讓彌爾式原則可以相容於不同政治體制，Scanlon在言論受眾作為理性行動者的自主性認知上，並未採納嚴格的康德式道德自主（moral autonomy），而是明確採取了較弱的個人自主觀⁹⁴（personal autonomy, individual autonomy），主張自主的行動者就是在選擇信念和權衡行為理由上保有至高權力的人⁹⁵。根據Scanlon的定義，行動者自主不必符合特定的實體理性準則，但也不得淪為「任何決定都是自主決定」的循環論證；所謂的自主受眾，是指能對他人言論進行獨立思考，為其信念及行為決定辯護的決策主權者（sovereign）⁹⁶。基於前述認知，國家自行判斷言論內容的真偽，並且為了防止言論受眾產生錯誤信念，而對受眾的資訊來源進行預先

93 Amdur, *supra* note 85, at 288-90; Brison, *supra* note 17, at 328-29; BARENDT, *supra* note 13, at 16.

94 Scanlon, *supra* note 12, at 16. Discussions concerning the differences between personal autonomy and Kantian moral autonomy, see Waldron, *supra* note 73.

95 Scanlon, *supra* note 12, at 15.

96 *Id.* at 16.

篩選、阻擋受眾接觸錯誤言論的管制行為，就剝奪了言論受眾獨立思考決策的資訊基礎，從而抵觸言論受眾的行動自主性⁹⁷。據此，出於對受眾信念決策自主的尊重，彌爾式原則的第一部分，就將「意見表達行為導致受眾採納錯誤信念的傷害」排除於言論管制的正當目的之外。由此觀之，彌爾式原則含有反家長主義（anti-paternalism）的元素。

值得注意並強調的是，彌爾式原則不應該被單純理解為反家長主義式的主張。在表意人呼籲、煽動受眾採取不法行為，從而傷害第三人的情況下，為了保障第三人利益而設置的言論限制，就不是「保障受眾免於自主決定之傷害」的家長主義式立法，而無法透過反家長主義式論證去推翻其目的正當性⁹⁸。Scanlon對此指出，言論受眾作為理性行動者的自主權，並不限於信念的選擇，也及於行為的決定；表意人的言論只是為受眾提供行為決策的思辨理由，縱使受眾被說服而實施了傷害第三人的行為，該行為仍然是、也僅僅是受眾的自主行為決定，受眾的自主決定阻斷了表意人言論和受眾行為結果之間的因果連結，表意人不對受眾行為的傷害結果擔負法律責任⁹⁹。不惟如此，回到言論受眾的行動自主觀點，國家一樣不得干涉言論受眾用以獨立思考判斷行為決策的資訊基礎¹⁰⁰。基於對言論受眾行為決策自主的尊重，彌爾式原則的第二部分就把「意見表達行為導致受眾採取有害行為而引發的第三人傷害」排除於言論管制的正當目的之外。

雖然彌爾式原則的核心是「排除會干涉受眾決策過程的言論管制目的」¹⁰¹，但是彌爾式原則並非在理論層次上自始排除正當家長

97 *Id.* at 17-19.

98 *Id.* at 20.

99 *Id.* at 13.

100 *Id.* at 18.

101 SCHAUER, *supra* note 10, at 69.

主義（justified paternalism）的國家行為。毋寧是因為言論管制的通案授權性質，無法符合正當家長主義的個案例外要求，而且干涉決策資訊基礎對自主的侵害程度也遠非其他行為可比擬，所以正當家長主義無法證成國家對言論溝通效果的管制¹⁰²。更往前推進一步，在個案脈絡導致受眾陷入理性思辨能力缺失（diminished capacity for rational deliberation）、無法理性行動的情況下，Scanlon也認為，除非符合時間短暫、對受眾決策的影響微薄、且可推定受眾同意的極端要件（例如在漆黑擁擠的戲院中錯誤地高喊失火），否則理性能力缺失的理由無法推導出一般性的言論管制證成¹⁰³。

2. 公民自主

除了受眾觀點的行動者自主理論，彌爾式原則的第二個特徵，在於它同時也融合了受眾觀點的公民自主理論。

如前文所述，〈表意自由的理論〉旨在提出一個適用於所有言論的基本原則，所以Scanlon就不從言論內容和形式的權利特質去積極論證類型化、差異化的言論自由保障¹⁰⁴。反之，彌爾式原則選擇從社會契約論的道德和政治理論層次切入¹⁰⁵，嘗試建構一套專屬於言論自由的正義理論¹⁰⁶：理性公民透過社會契約讓渡給國家的統治權力有其消極界線，也就是對於公民作為平等、自主、理性行動者的根本尊重；除非是在理性思辨能力缺失的特殊情況下，公民不得拋棄獨立思考而把信念和行為的決策權拱手交給他人，遑論國家¹⁰⁷。有鑑於國家權力正當性的絕對界線，即便是為了追求整體效

102 Scanlon, *supra* note 12, at 18-19.

103 *Id.* at 20.

104 *Id.* at 21.

105 SCHAUER, *supra* note 10, at 69.

106 *Id.* at 69; 與John Rawls論證的比較，參見Thomas M. Scanlon, *Rawls' Theory of Justice*, 121 U. PA. L. REV. 1020, 1042-43 (1973).

107 Scanlon稱之為「Alexander Meiklejohn之公民政治責任思維的一般性版本」，*see* Scanlon, *supra* note 15, at 95-96.

益或防止第三人受到傷害，政府也無權侵犯自主公民的能動性(agency)，亦即操控個人信念選擇的基礎，或是干擾個人行為決定的取捨¹⁰⁸。

進一步聚焦到言論自由領域，這意味著國家在言論管制權力的行使上，也同樣必須絕對尊重言論受眾作為平等、自主、理性行動者的地位。具體來說，如果言論行為和法益侵害結果之間的因果連結，僅僅在於表意人的言論向受眾提供了特定信念或特定行為值得採取的理由，致使受眾作成採納錯誤信念或實施有害行為的自主決定，那麼，為了防止「受眾採納錯誤信念的傷害」和「因受眾採取有害行為而引發的第三人傷害」的目的，而控制受眾資訊來源、以確保受眾不會選擇特定信念或實施特定行為的言論管制，就會因為侵犯了對受眾自主的尊重，而逾越了國家權力行使的正當性界線¹⁰⁹。

正是因為Scanlon選擇從社會契約論、公民自主視角推導出國家正當權力界線，使得彌爾式原則既不必受制於真理必勝的可疑經驗宣稱，也毋須倚賴言論管制弊大於利的規範評價，就足以證成一套排除因果經驗判斷、無涉本益規範衡量、不容許緊急例外狀態的絕對性道德原則¹¹⁰。

(三) 小結：涉他言論受眾的道德自主論證

單純就論證結果來看，似乎可以說Scanlon的彌爾式原則只是Baker倫理自主理論和Dworkin政治自主理論的結合，同時再從表意人觀點切換到受眾觀點而已。但是透過本節的分析，我們現在可以

108 Scanlon, *supra* note 12, at 15-21; Scanlon, *supra* note 15, at 95; SCHAUER, *supra* note 10, at 69-72; Amdur, *supra* note 85, at 289-92; Greenawalt, *supra* note 14, at 147-49.

109 Scanlon, *supra* note 12, at 20-21.

110 *Id.* at 15, 18; Harel, *supra* note 17, at 603-04; BARENDT, *supra* note 13, at 16.

更加理解Scanlon建構彌爾式原則的企圖以及彌爾式原則在言論自由理論體系中的定位。

首先，Scanlon捨棄了「言論」(speech)的形式定義，代之以「意見表達」(expression)的廣泛功能性理解，藉此肯定言論的涉他性質，以及言論和傷害結果間的因果連結。也因為Scanlon直接承認言論會造成傷害，就毋須和Baker、Dworkin一樣，在傷害原則的框架下糾纏於「言語能否造成傷害」以及「身心二元論」(mind-body dichotomy)的爭議¹¹¹。其次，在肯定言論的涉他性質之後，如何論證受眾傷害的特殊性，就成為Scanlon的言論自由理論焦點¹¹²。有別於其他結果論式——亦即著眼於真理和民主等外部價值——的受眾觀點論證，Scanlon的理論創新之處就在於受眾觀點的非結果論取徑，亦即從言論受眾的自主推論出國家正當權力行使(包含言論管制)的消極要件¹¹³。不僅如此，Scanlon也為這個創新取徑建構出一套創新論證，在受眾的行動自主層次之上再加上了公民自主的論證，透過社會契約的論證去填補反家長主義和行為歸責理論力有未逮之處。透過「涉他言論之受眾道德自主論證」的精巧縝密設計¹¹⁴，Scanlon得以證成在他心目中「作為Meiklejohn公民政治責任理念的普遍化版本」¹¹⁵，僅適用於言論且適用於所有言論，單一而絕對的言論自由基本原則。

循著上述的理解，我們或許也比較能夠理解，為何Scanlon會把這個完全奠基在自主理論上的言論自由原則稱為彌爾式原則。乍看

111 Waldron, *supra* note 25, at 169; Brison, *supra* note 17, at 319-20; Amdur, *supra* note 85, at 288.

112 Brison, *supra* note 17, at 332; Schauer, *supra* note 20, at 572; Strauss, *supra* note 26, at 354-71; Greenawalt, *supra* note 14, at 150-51.

113 BARENDT, *supra* note 13, at 16; Amdur, *supra* note 85, at 288.

114 Harel, *supra* note 17, at 603 (認為Scanlon的理論是言論自由消極自主理論中最為精緻的論證); SCHAUER, *supra* note 10, at 71-72.

115 Scanlon, *supra* note 15, at 95.

之下，自始肯定言論可能造成傷害的彌爾式原則，與Mill《論自由》第1章的傷害原則並不相容，而非結果論的自主論證也和《論自由》第2章所著重的真理效益論有所衝突¹¹⁶。但是進一步觀察則會發現，彌爾式原則和《論自由》的相似之處，在於兩者都是受眾觀點的一般道德論證¹¹⁷，並且在結論上都反對國家透過言論管制去干涉受眾的決策思辨基礎。可能是基於此種理解，Scanlon自己認為彌爾式原則是「John Stuart Mill《論自由》第2章論點的自然延伸」¹¹⁸。

三、彌爾式原則的理論缺陷

Scanlon所提出的彌爾式原則，在獲得注目的同時，也遭到許多批評。這些批評主要集中在理論涵蓋範圍過度狹窄（under-inclusive）和自主概念過度嚴格（over-restrictive）這兩點上¹¹⁹。

（一）理論涵蓋範圍過於狹窄

Scanlon固然提出了異於傳統的受眾觀點（audience-oriented）和社會契約論式（contractarian）的道德論證，但是彌爾式原則所重點排除的言論管制類型之一：出於不良政府動機的觀點歧視限制（viewpoint-discriminatory restrictions），在現行理論和實踐上並沒有太大爭議，研究實益相對有限。不惟如此，基於Scanlon建構「絕對道德原則」的意圖，彌爾式原則本身就被設計成言論管制目的之消極證成，從而自始就無意也無法處理言論價值判斷、正當言論管制（如內容中立限制¹²⁰）的本益衡量¹²¹，以及表意工具近用的分配正義等涉及具體政治制度和積極權利證成的問題¹²²。換言之，彌

116 Amdur, *supra* note 85, at 288; Schauer, *supra* note 20, at 571-73.

117 Scanlon, *supra* note 12, at 7-8. (認為Mill是言論自由的一般道德論證)。

118 *Id.* at 14.

119 Harel, *supra* note 17, at 604.

120 具體論段落參見Scanlon, *supra* note 12, at 11-12.

121 Scanlon, *supra* note 12, at 15.

122 *Id.* at 21-22.

爾式原則在本質上是專門針對雙軌理論中第一軌針對言論內容之限制的消極正當性論證，所以無法回應第二軌內容中立限制的審查標準，以及雙階理論的形塑等爭議。最後，由於彌爾式原則是完全針對立法目的而來的論證取徑，所以也會無法排除表面中立（pseudo-neutral）的觀點歧視以及「把嬰兒跟洗澡水一起倒掉」的言論全面禁止¹²³。

（二）受眾自主能力認定過高

依照Scanlon的設想，捨棄以實體理性標準為要件的康德式自主觀、採取較弱的「決策主權者」自主定義，讓彌爾式原則的一般道德原則定位成為可能。然而，彌爾式原則主張「受眾自主構成國家（言論）管制之絕對消極界線」的論證取徑，也同時預設了Isaiah Berlin消極自由式的個人自主觀¹²⁴。這種對於個人自主的抽象理解並不考慮個人在不同言論情境下的理性實踐，換句話說，並不理會個人並不總是以理性和道德的方式作成決定、而某些言論（如不實廣告）和受眾的理性決策並無密切關聯的具體現實，就一律宣稱國家沒有為受眾提供自主要件（如資訊近用、教育近用）的積極作為義務，甚至負有絕對的消極不作為義務¹²⁵。因此，作為奠基在嚴格消極自由立場上的絕對道德要求，彌爾式原則甚至不會容許國家去限制引發明顯立即危險¹²⁶的挑釁、教唆和煽動言論，或者操弄受眾信念形塑過程的潛意識廣告¹²⁷。

123 Harel, *supra* note 17, at 604.

124 Brison, *supra* note 17, at 329; BARENDT, *supra* note 13, at 16-17.

125 具體論段落參見Scanlon, *supra* note 15, at 96-98。相關批判參見BARENDT, *supra* note 13, at 16-17 (ascriptive autonomy).

126 See *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47, 51 (1919). 其後成為美國聯邦最高法院用以判斷言論內容限制合憲性的判斷標準。

127 Thomas M. Scanlon, *Why Not Base Free Speech on Autonomy or Democracy?*, 97 VA. L. REV. 541, 546-47 (2011); Scanlon, *supra* note 15, at 96-98; Brison, *supra* note 17, at 329-30; Greenawalt, *supra* note 14, at 151-52.

透過彌爾式原則預設自主觀的分析，我們可以發現，雖然Scanlon宣稱彌爾式原則並非完整的言論自由理論，但是彌爾式原則對於受眾自主的消極自由預設，將會導致針對言論內容的限制幾乎毫無正當化的可能，同時也無法與雙階理論相容。有鑑於Scanlon在論證結果上和Baker、Dworkin極為相近，即便Scanlon採取了明顯不同的論證架構，仍然必須承受言論自由理論和整體法律體系中的責任原則有所扞格，以及社會契約論證有所缺失的相同指謫¹²⁸。

綜而言之，在論證建構設計上極為精準的彌爾式原則，同時也蘊涵了無法忽視的實踐缺失：一方面觀點歧視管制已非當前言論自由的關鍵爭議，但又無法防範國家對於表面中立管制和全面言論禁止的濫用；另一方面，對於挑釁、教唆、煽動言論管制的全面否定，也直接抵觸了廣受各國憲法實務採納的明顯立即危險原則。

肆、Scanlon的理論轉向

從前一節對於彌爾式原則的分析中可以看到，Scanlon關於「單一絕對理論」的目標設定，使得彌爾式原則難以相容於言論自由的憲法實踐：不僅在適用範圍上過度狹隘，同時也無法防範政府的規避手段，更直接推翻了明顯立即危險原則和雙階理論。為了回應論者對彌爾式原則的批評，Scanlon在初步建構其權利理論之後¹²⁹，分別在1979和1990年發表了〈表意自由與表意類型〉(Freedom of Expression and Categories of Expression)以及〈內容管

128 Amdur, *supra* note 85, at 299; Waldron, *supra* note 73, at 319; SCHAUER, *supra* note 10, at 70-71.

129 Thomas M. Scanlon, *Introduction*, in THE DIFFICULTY OF TOLERANCE: ESSAYS IN POLITICAL PHILOSOPHY 1, 2-3 (2003).

制的再思考〉(Content Regulation Reconsidered) 兩篇文章，修正——其實更接近於放棄——彌爾式原則的立場，並藉以建構如何正當化針對言論內容之限制 (content-based restrictions) 的完整理論。

就其內容而言，1979年的〈表意自由與表意類型〉一文，是對批判者的直接回應。該文捨棄了國家消極權限的論述，改由權利本質的正面分析去證成言論自由的獨特保障，並因此推翻彌爾式原則「絕對排除針對言論內容之限制」的單一絕對標準，肯定區分言論類型及其保障程度的正當性¹³⁰。換句話說，轉而證成言論自由的雙階理論。隨著Scanlon在權利理論上的開展¹³¹，Scanlon在1990年所發表的〈內容管制的再思考〉一文裡，對「權利觀點下的言論自由」進行了更為全面而細緻的分析整理。簡言之，〈內容管制的再思考〉可以被視為Scanlon對於「針對言論內容之限制」的最終證成理論版本，而〈表意自由與表意類型〉則是更偏向於說明針對言論內容的具體限制（如政治、商業、色情言論管制等）應否適用不同的審查標準。

話說從頭，針對「為何有害言論的保障程度應該比有害行為更高」的根本問題，彌爾式原則著眼於針對言論內容之限制對受眾自主的不正當侵害，認為言論自由的特殊性來自於針對言論內容之限制的特殊侵害。有別於此，Scanlon在〈表意自由與表意類型〉和〈內容管制的再思考〉中則認為，言論自由的特殊性乃是出於言論自由的特殊權利性質¹³²。

130 *Id.* at 2; Scanlon, *supra* note 12, at 20; Scanlon, *supra* note 15, at 97 (the actual ability to exercise independent rational judgments).

131 Scanlon隨後也放棄了他在這兩篇文章中所採取的工具性權利理論，但此處不予討論。See Scanlon, *supra* note 129, at 3.

132 Scanlon, *supra* note 15, at 84.

一、Scanlon的權利理論

(一) 權利結構論

Scanlon言論自由理論轉向的最大特徵，是把言論自由放置在一般權利的體系下加以理解，並且主張權利保障是用來防止道德上不可接受之行為後果的工具。換言之，如果國家和其他個人的追求福祉行為將會導致不可接受的道德後果，就應該承認權利的存在，以防止這項後果的發生¹³³。

依循前述的權利認知，Scanlon認為權利概念包含了三個要素：目的、手段和經驗信念（empirical beliefs）。進一步來說，權利的目的是在防止政府或他人行為的結果，而手段就是系爭權利所指涉的特定行為限制。至於政府或他人行為不受拘束時究竟會不會真的導致道德上不可接受結果的發生、權利——亦即政府和他人特定行為的限制——又是否足以防免前述結果的發生，則取決於在特定規範和現實脈絡之下，政府和他人是否具備著手實施行為的主觀動機和客觀機會¹³⁴、權利主體尋求保障的主觀動機和客觀機會，以及各方行動者決策的集體結果等經驗信念¹³⁵。

(二) 具體個案中的權利保障

據此，權利若要成為符合道德要求的宣稱，就必須符合以下的要件：

1. 目的：放任國家或個人自由裁量是否採取特定行為，將會對脆弱而具有保障需求之重大利益導致不可接受的傷害結果；
2. 手段：在具體情境之下，權利對於系爭行為的限制，是以可

133 Thomas M. Scanlon, *Content Regulation Reconsidered*, in *THE DIFFICULTY OF TOLERANCE: ESSAYS IN POLITICAL PHILOSOPHY* 151, 151 (2003).

134 *Id.* at 156.

135 *Id.* at 152.

接受代價防止前項結果發生的必要和適當手段；

3. 系爭行為和政策因前述限制而受到禁止¹³⁶。

正因為權利概念包含了目的、手段和經驗信念的三個要素，Scanlon認為權利概念在本質上蘊涵了價值判斷、本益衡量和經驗考量的成分，從而在權利證成和權利內涵的層次上，都會隨著個別社會的道德權利制度脈絡，亦即利益價值衡量和現實情境演變而浮動。Scanlon把權利的動態、開放、自我修正性格，稱為創新的不穩定性（creative instability）¹³⁷。

從Scanlon在權利概念中導入經驗性要素的取徑，可以看出Scanlon自己推翻了彌爾式原則所採取的消極自由式自主觀¹³⁸。

二、言論自由的利益基礎

在前述的權利構造之上，Scanlon進一步闡述了言論自由的權利基礎和權利內涵（將在下節討論）。所謂的權利基礎，是指權利所追求的利益價值¹³⁹。在言論自由的範疇裡，Scanlon放棄了以受眾自主作為單一利益基礎的立場，主張言論自由的利益基礎同時包含了表意人¹⁴⁰、受眾、旁觀第三人各方的個人利益，以及道德和政治的集體價值^{141、142}。根據具體社會脈絡下的經驗判斷，一旦國家

136 Scanlon, *supra* note 133, at 151-52, 160. 相似但不完全相同的論述，參見Scanlon, *supra* note 127, at 541.

137 Scanlon, *supra* note 129, at 2-3; Scanlon, *supra* note 133, at 153-54.

138 Scanlon, *supra* note 133, at 157.

139 Scanlon亦稱之為權利的基礎層次（foundational level），參見Scanlon, *supra* note 15, at 99.

140 由於Scanlon捨棄了「言論自由」（freedom of speech）的名詞，改採「表意自由」（freedom of expression）的用語，為求概念一貫，Scanlon在此也捨棄了「表意人」（speaker）的名詞，改採「參與者」（participant）的用語。但為了讀者便於理解，本文此處仍然使用「表意人」的說法。參見Scanlon, *supra* note 133, at 154.

141 Scanlon在〈表意自由與表意類型〉和〈內容管制的再思考〉兩篇文章中，對於言論自由利益基礎的論述略有差異。在前文中，Scanlon認為言論自由的目

對於言論的恣意管制將會對表意人、受眾、旁觀第三人或道德價值等利益造成不可接受的後果，作為「言論管制之拘束手段」的言論自由就可以成為正當的道德宣稱。

(一) 表意人

Scanlon主張，從表意人的觀點來看，言論自由所要保障的是（潛在）表意人吸引廣泛受眾注意力，並且對自願受眾傳達理念的利益¹⁴³。具體而言，這裡的表意人利益，包含了提升自己名聲、降低他人名聲、促銷產品、推動政權輪替、單純娛樂或驚嚇他人等各種意圖，因此表意人吸引（潛在）受眾注意其言論的利益程度也會有所不同¹⁴⁴。

(二) 受眾

另一方面，言論自由所要追求的受眾利益，則是受眾主動獲取資訊和被動接收資訊的利益¹⁴⁵。與表意人利益相同，受眾獲取資訊的利益也十分多元，包含了獲得新知、娛樂、刺激等等¹⁴⁶。這裡值得注意的是，Scanlon從「非自願接收資訊」的利益角度切入，推翻了他在彌爾式原則中所採取的消極自由式自主觀。

的是在保障表意人、受眾和旁觀第三人的個人利益，參見Scanlon, *supra* note 15, at 85-86. 而在後文中，Scanlon則在表意人、受眾和旁觀第三人的個人利益之外，明白將道德與政治價值的集體法益列為一種獨立的保障目的，參見Scanlon, *supra* note 133, at 154-55.

142 Scanlon, *supra* note 15, at 85-93; Scanlon, *supra* note 133, at 154-55; Scanlon, *supra* note 36, at 325; Thomas M. Scanlon, *Comment on Shiffrin's Thinker-based Approach to Freedom of Speech*, 27 CONST. COMMENT. 327, 332 (2011). (反對表意人的單一觀點)。

143 Scanlon, *supra* note 133, at 154.

144 Scanlon, *supra* note 15, at 86.

145 *Id.* at 88-89; Scanlon, *supra* note 133, at 154-55.

146 Scanlon, *supra* note 133, at 154-55.

從Mill的理論立場來看，即使是非自願地接收資訊，仍舊有益於受眾的認知能力¹⁴⁷；而彌爾式原則宣稱，干擾言論受眾獨立決策的資訊基礎，會構成對受眾自主的侵害。但此時的Scanlon認為，這種見解錯誤預設了受眾總是能完全掌控是否接觸哪些言論，也總是能完全擺脫言論的影響¹⁴⁸。Scanlon此時主張，受眾辨別真偽的批判理性能力，會隨著當下的情感狀態、時間精力以及所掌握的背景資訊而變動，所以言論自由所保障的受眾自主利益，不得建立在既不現實也不可欲的批判理性預設之上，而應該從「受眾作成獨立理性判斷之真實能力」的角度來加以認知¹⁴⁹。據此，操縱和誤導言論對受眾和旁觀第三人是否會造成——受眾誤信特定命題、誤採特定行為、或因理性能力受到干擾而影響未來決策¹⁵⁰——的溝通效果傷害，以及此種受眾利益和表意人利益應如何權衡輕重的問題，都應該依據具體客觀脈絡來加以判斷¹⁵¹。

綜言之，依循著受眾理性具有脈絡依賴性的思維，Scanlon明確主張自主並非單純不受國家干預的消極自由，而是作成獨立理性判斷的真實能力¹⁵²；所以受眾自主的保障並不同於受眾決定的絕對保障，而毋寧要維護個人形塑信念和意欲的良善環境，必要時也會課予國家積極作為的義務¹⁵³。舉例來說，在表意人操弄資訊（如播放潛意識廣告），或因事態急迫（如第三人利益遭受明顯立即危險）而造成受眾理性權能（rational capacities）缺失，以及言論過多導致受眾資訊處理能力超載的具體情境下，實質觀點的受眾自主就可能容許國家採取正當家長主義式的言論管制¹⁵⁴、要求表意人為

147 Scanlon, *supra* note 15, at 89.

148 *Id.* at 89.

149 *Id.* at 97.

150 *Id.* at 90. (潛意識廣告) ; Harel, *supra* note 17, at 606-07. (結果論與非結果論)。

151 Scanlon, *supra* note 15, at 89-90. (極端情形即理性能力缺失)。

152 *Id.* at 97.

153 *Id.* at 90-92.

154 *Id.* at 96-97; Amdur, *supra* note 85, at 298-99; Brison, *supra* note 17, at 329;

第三人的權利侵害結果負責，或者質疑言論自由在利益衡量上的優先排序¹⁵⁵。因為承認在具體個案脈絡中，給予行為「理由」的言論可能無異於引發傷害結果的「手段」，Scanlon在此明確放棄了彌爾式原則所採取的理由——手段概念區分¹⁵⁶。

(三) 旁觀第三人

根據Scanlon的見解，言論自由除了保障表意人的意見發表利益、受眾的資訊獲取利益，也同時涉及在溝通程序中既非表意人亦非受眾的旁觀第三人利益。細言之，旁觀第三人的利害關係，包含言論不加管制時所產生的噪音、紙屑等不利的言論次級效果（secondary effect），以及受眾信念或行為改變的不利初級效果（primary effect），例如社會評價（名譽）的減損，以及人身自由、財產權等權利的侵害¹⁵⁷。除此之外，也包含了言論自由所帶來的，社會整體制度文化的反射利益¹⁵⁸。

(四) 道德和政治價值

最後，Scanlon認為言論自由所要保障的，除了表意人、受眾和旁觀第三人的個人利益之外，還包含一般性的道德和政治價值；其中最常被提及的，就是公平而有效率的民主制度。詳言之，為了讓民主政治的決策結果能具有正當性，民主程序就必須符合自由開放論辯的條件，而必須以言論自由為前提。所以這項重要的民主公益會進一步導出平等參與機會的規範要求，並且強化——在具體溝

Greenawalt, *supra* note 14, at 152.

155 Scanlon, *supra* note 15, at 96-98. 由此可知，Scanlon的修正理論只是把閱聽人（受眾）自主傷害的判斷標準從形式轉為實質，所影響的是本益衡量的操作，而並未推翻「言論可能造成閱聽人（受眾）的傷害」的命題，因此後期理論也毋須特別討論身心二元論。

156 Scanlon, *supra* note 15, at 97.

157 BARENDT, *supra* note 13, at 28.

158 Scanlon, *supra* note 15, at 85-93; Scanlon, *supra* note 133, at 154-58.

通科技條件下——平等近用表意工具的個人利益¹⁵⁹。

（五）小結

從Scanlon的權利理論建構和言論自由利益基礎分析，可以清楚看出Scanlon在建構言論內容管制的整體理論時，也同時放棄了彌爾式原則的基礎：純粹非結果論取向的思考、受眾的單一觀點，以及個人自主的消極自由式認知。Scanlon的修正理論採取了包含表意人、受眾、旁觀第三人和社會在內的多重觀點¹⁶⁰，並且承認言論自由旨在保障表意人、受眾、旁觀第三人各自的個人利益以及社會的集體價值，同時主張自主應該實質理解為作成獨立理性決策的真實能力¹⁶¹。這種融合規範和實證論述、在多元利益基礎上證成類型化言論自由保障、基於實質自主觀容許甚至要求國家透過言論管制去保障個人自主的見解，和單純明確的彌爾式原則形成了鮮明的對比。

三、言論自由類型化保障的證成

所謂的權利內涵，則是在權利構造的觀點之下，言論管制所追求福祉與言論自由所保障利益的衡量結果¹⁶²。相對於以抽象個人自主之非結果論思考為基礎的彌爾式原則，Scanlon修正理論的言論自由內涵界定，是一種揉合了利益價值之規範評價，以及政府和第三人動機、受眾在具體情境下之批判理性能力、溝通資源分配公平性、權利保障必要性和適當性等經驗判斷的結果論思維¹⁶³。因此，作為權利的一種，言論自由的保障程度，就應該參照言論內容的利

159 Scanlon, *supra* note 133, at 155-56.

160 Scanlon, *supra* note 36, at 325 (unreducibly pluralist approach).

161 Scanlon, *supra* note 15, at 87-88.

162 *Id.* at 99.

163 *Id.* at 96-100; Allen Buchanan, *Autonomy and Categories of Expression: A Reply to Professor Scanlon*, 40 U. PITT. L. REV. 551, 552 (1978); Patrick Lee Plaisance, *Justifications for Our Free Speech: Examining the Role of Autonomous Agency in Scanlon's Moral Theory*, 17 INT'L. J. APPL. PHIL. 211, 218 (2003).

益價值和言論管制的恣意風險去加以類型化：例如與個人自主息息相關而又深陷國家權力濫用風險之中的政治言論、非個人自主所必要且資訊真偽相對易於判斷的商業言論，以及必須透過個別言論行為之意涵詮釋¹⁶⁴以確認其個人自主關聯的暴力和色情言論等等¹⁶⁵。值得注意的是，不僅是言論類型和利益基礎間的關聯程度各有高低，系爭福祉利益的價值優位性和保障妥適性也會隨著具體的規範和現實脈絡不斷浮動，所以言論自由的權利內涵，會因為規範評價和現實條件（如媒體科技發展、主流媒體壟斷等）的變化而具有開放性¹⁶⁶。

基於此種思維，Scanlon同時對彌爾式原則和雙軌理論（two-track theory）發動了批判，認為兩者對於言論內容管制的根本質疑，來自於對歷史經驗的不當化約¹⁶⁷。

（一）針對低價值言論內容之限制的合憲性：雙軌理論的批判

依據美國聯邦最高法院的言論自由實務，言論管制的合憲性證成路徑區分為兩軌：言論內容管制的原則禁止以及非言論內容管制的過當禁止¹⁶⁸。這種雙軌理論通常基於以下信念：針對言論內容的限制會對言論自由利益基礎造成更嚴重的侵害，或是會對言論自由利益基礎帶來不可接受的侵害結果，亦即對公共論辯程序造成不公平的扭曲效果¹⁶⁹。

164 涉及Scanlon的利益類型（categories of interests）和行動類型（categories of acts），參見Scanlon, *supra* note 15, at 101.

165 Scanlon, *supra* note 36, at 322-23; Scanlon, *supra* note 15, at 86, 97-98, 101 (category-dependent), 101-12; Scanlon, *supra* note 133, at 155-56, 161-68; Buchanan, *supra* note 163, at 557. 對於Scanlon政治言論定義的批判，參見Buchanan, *supra* note 163, at 558-59.

166 Scanlon, *supra* note 15, at 100; Scanlon, *supra* note 133, at 158-59.

167 Scanlon, *supra* note 133, at 160-61.

168 *Id.* at 159.

169 *Id.* at 160.

Scanlon認為前述見解乃是過度化約歷史經驗的結果；事實上，並非所有的言論內容管制都涉及個人的自主和尊嚴，也不是所有的差別待遇都會構成歧視¹⁷⁰。如果系爭議題的公共議論並非（受眾）自主所必要¹⁷¹，抑或國家對該言論並無管制偏頗的不良動機，就不該推定言論內容的管制不具有正當性；所以雙軌理論中的第一軌，應該依據特定類型言論的價值——亦即特定類型言論對於表意人或受眾利益的重要性——限縮其適用範圍¹⁷²。基於相同的理由，Scanlon認為彌爾式原則的錯誤，在於它既不考慮不同情境下的不同受眾利益¹⁷³，也不容許區分針對言論內容之具體限制對於受眾自主能力的威脅程度¹⁷⁴。

關於言論類型的內容價值判斷，Scanlon透過不實廣告、菸酒廣告和色情言論等案例說明，如果特定類型言論的內容不具有表意人利益價值（不實廣告）或受眾利益價值（菸酒廣告），而對應的言論內容管制也沒有涵蓋過廣、政府濫權和滑坡效應的顯著風險，那麼即使是指向於言論命題真偽的家長主義式評價管制（judgmental regulation），也可能通過利益衡量而獲得憲法正當性¹⁷⁵。有別於此，在色情言論管制的脈絡中，客觀上較難判斷表意人的動機是純粹商業營利或是形塑社會文化；而在後者的情況下，

170 *Id.* at 161.

171 Scanlon在〈再探言論內容管制〉一文中主張，因為限制誹謗言論、不實廣告、侵害隱私言論的立法目的並非防止受眾採納錯誤信念或採取有害行為，所以彌爾式原則並不禁止誹謗言論、不實廣告、侵害隱私言論的內容管制。參見Scanlon, *supra* note 133, at 162-63。但是在〈表意自由的理論〉一文中，Scanlon基於受眾自主的消極自由觀，嚴格禁止國家採取任何積極作為去干預（潛在）受眾的資訊獲取。參見前文第「參、三、(二)」部分。

172 Scanlon, *supra* note 15, at 100-01; Scanlon, *supra* note 133, at 162-63, 168; Greenawalt, *supra* note 14, at 153; Plaisance, *supra* note 163, at 215.

173 Scanlon, *supra* note 15, at 98.

174 Scanlon, *supra* note 133, at 162.

175 Scanlon, *supra* note 133, at 164-66; Scanlon, *supra* note 15, at 96-97 (justified paternalism); BARENDT, *supra* note 13, at 17.

色情言論管制將會涉及表意人（影響他人、形塑社會文化）和受眾（免於非自願心理影響）之間的利益衝突，也無法排除言論內容管制的濫用風險，從而無法明確導出色情言論內容管制的正當性，也無法證成色情言論作為一種獨立的言論類型（category of speech）¹⁷⁶。

（二）針對高價值言論內容之限制的合憲性：彌爾式原則的批判

另一方面，在特定類型言論的內容與表意人及受眾自主具有直接關聯的情況下，由於「實踐獨立理性判斷之實際能力¹⁷⁷」意義下的自主權，並非先於社會的存在，毋寧必須仰賴良好的言論環境（good environment），所以在言論（如潛意識廣告）操弄個人思維、致使受眾批判理性能力有所缺失的具體情境下，符合正當家長主義（justified paternalism）要求的言論內容管制，就不會立即構成對言論自由的不當侵害，而可以透過各方利益的衡量獲得證成¹⁷⁸。因此，再次回顧散布神經毒氣配方和散布顛覆政府言論的案例對照¹⁷⁹，Scanlon此時認為，國家之所以必須保障顛覆政府言論，不是因為國家不得禁止向受眾提供信念或行為之決策理由（reason）的言論，而是基於政治言論的特殊保障需求¹⁸⁰。

細言之，從「道德上不可接受結果之發生可能性」的角度來看，政府對於涉及選舉程序和公職人員行為的政治言論，具有操縱重要議題風向、威脅公民自主的固有動機，故而政治言論應該成為獨立的言論類型，政治言論的內容管制也應自始違憲或以嚴格標準

176 Scanlon, *supra* note 15, at 105-12.

177 *Id.* at 97.

178 *Id.* at 88-92, 96-98; Harel, *supra* note 17, at 605; Brison, *supra* note 17, at 330, 335-36.（認為Scanlon會支持仇恨言論的管制）。對於良好環境之定性（受眾利益）的批判，參見Buchanan, *supra* note 163, at 553.

179 參見前文第「參、二、（一）」部分論述。

180 Scanlon, *supra* note 15, at 98.

審查¹⁸¹。由此觀之，彌爾式原則論證錯誤的原始根源，在於把政治言論的權利價值和管制風險特徵加以普遍化，並當成所有國家權威正當性的先在限制¹⁸²。

依循前述的論證思維，高價值（政治）言論的內容管制，通常涉及立法目的與個人實質自主、公平溝通程序的價值衝突。不論政府的内容管制方式是操縱潛在受眾立場的觀點歧視，或是操縱潛在受眾注意力的議題歧視，都可能嚴重威脅表意人利益的平等，也就是表意人透過平等近用主要表意工具之方式去影響輿論方向的能力，並且對溝通程序（及溝通資源分配）造成不公平的扭曲效果¹⁸³。

四、小結

本節介紹了Scanlon〈表意自由與表意類型〉和〈內容管制的再思考〉對彌爾式原則的修正。在這兩篇文章中，Scanlon選擇從權利理論的角度切入並闡述言論自由的保障範圍和內涵，從而推導出言論自由的保障程度應隨言論類型（包含言論內容和保障需求度考量）以及具體言論情境（包含受眾之理性思辨能力和溝通資源之分配正義）而變換的結論。就理論性質而言，Scanlon的言論類型化見解捨棄了受眾自主的單一觀點、對個人自主的抽象理解，以及非結果論取向的思考，也不再強調社會契約論層次的因素¹⁸⁴；但是對受眾具體理性實踐的重視¹⁸⁵，以及結果論式的思維，仍然在某程度上體現了Mill的言論自由理論。

181 Scanlon, *supra* note 133, at 163.

182 Scanlon, *supra* note 15, at 98-99.

183 *Id.* at 105-12; Scanlon, *supra* note 133, at 164-68.

184 雖然Scanlon的權利理論未必不相容於社會契約論思維。

185 Scanlon, *supra* note 36, at 324 (substantive autonomy).

相較於彌爾式原則，言論類型化理論的最大進展，在於權利性質的正面分析解釋了言論異於其他行為之處，並同時擴大且細緻化了這項言論自由理論的適用：不再侷限於極少數特定言論管制的排除，而可以為各種言論類型的各種內容管制提供具體的正當性判斷。所以Scanlon的言論類型化理論符合言論自由理論的要求¹⁸⁶。不僅如此，若借用言論自由法學的用語，可說Scanlon是透過雙階理論的證成，去鬆動雙軌理論的嚴格性。這種在論述客體和價值立場上貼近、但在論證理路上偏離美國言論自由法學的見解¹⁸⁷，在當代言論自由理論中顯得十分特殊。下節就將從以自主價值為基礎之言論自由理論的脈絡出發，分析彌爾式原則及其理論轉向的意義。

伍、彌爾式原則修正的啟示

經過前文對於Scanlon彌爾式原則及其修正理論的分析，本節將要嘗試指出前文所介紹之言論自由自主理論在面對網路和社群媒體挑戰時的因應能力，以及可能的未來走向¹⁸⁸。

一、自主的概念：形式自主與實質自主

首先，如同Scanlon所指出的，社會契約的締結者對於他傷和

186 參見前文第「壹」部分論述。

187 Scanlon, *supra* note 133, at 162.

188 此處必須再次強調，Scanlon〈表意自由與表意類型〉和〈內容管制的再思考〉兩篇文章包含了兩個層次的理論轉向，一是「從一元自主論轉變為多元利益論」，二是對於多元利益中之受眾利益的判斷，也「從閱聽人形式自主論轉變為閱聽人實質自主論」。由於本文聚焦於「Scanlon後期多元利益論中之閱聽人自主論轉變」對於未來的言論自由自主理論有何啟發，本節僅討論Scanlon理論轉向中的第二個層次，亦即「從閱聽人形式自主論到閱聽人實質自主論」的自主觀改變。但不能也不應忽視的是，在Scanlon的後期言論自由理論中，閱聽人自主所代表的「受眾利益」，僅僅是多元利益論中的其中一部分。Scanlon理論轉向的詳細分析，參見本文第「肆、二、肆、四」以及「伍、一、(三)」部分。

自傷行為的風險預防，可能會作出不同判斷，所以無法透過社會契約論去證成有害言論的絕對保障¹⁸⁹。在自由民主憲政國家的脈絡裡，言論自由的保障範圍和保障程度，最終仍然取決於憲法秩序中的人類圖像，亦即對於個人自主的預設。因此，儘管自主概念的複雜性和歧義性已經到了難以進行論證的程度¹⁹⁰，為了分析比較前文所介紹之言論自由自主理論，本文仍然必須對自主概念進行必要的分類。

言論自由理論中的自主概念，大致上可以分為兩種類型：一類是形式自主（formal autonomy），或稱歸屬性自主（ascriptive autonomy）；一類是實質自主（substantial autonomy），或稱描述性自主（descriptive autonomy）¹⁹¹。其中形式自主（歸屬性自主）的保障旨在防止個人的意欲和行為受到國家的外在干預；實質自主（描述性自主）的保障則著眼於個人實踐能力的確保¹⁹²。

（一）受眾觀點的結果式論證：實質自主與消極自由

結果論式的言論自由論證，例如Mill的真理理論、Meiklejohn的民主理論和美國聯邦最高法院的自由理念市場理論，是從描述性自主概念推導出言論自由保障最能確保真理和民主的結論。換句話說，這些理論預設了描述性自主是社會中一般成人的自然、正常狀態，一般成人不但具有實踐自主生活的前提能力，而且在現實上也確實會實踐自主生活；所以只要個人享有免於外界強制、操縱、扭曲的行為決策自由，言論自由的保障就會自然導向真理和最佳決策¹⁹³。然而，結果論式論證的弱點，在於把現狀視為中立而自然的

189 BARENDT, *supra* note 13, at 17.

190 Scanlon, *supra* note 127, at 546 (言論自由爭論中的但丁煉獄 (Dantean Inferno)); Baker, *Autonomy*, *supra* note 19, at 146.

191 Fallon, *supra* note 70, at 875.

192 Harel, *supra* note 17, at 603.

193 Fallon, *supra* note 70, at 880-81.

存在，並且把自願決定等同於自覺、自控的決定，就實證論據來看，其實無法支持此處對於描述性自主的樂觀經驗預設。故而言論自由的結果論證，最終經常必須訴諸於「對於國家濫用權力的強烈不信任」¹⁹⁴。

(二) Baker、Dworkin、Scanlon (彌爾式原則)：形式自主與消極自由

有別於結果式論證，Baker、Dworkin和Scanlon (彌爾式原則)的言論自由理論，則是從形式自主、歸屬性自主的角度切入，證成國家言論管制權力的界線。所謂的歸屬性自主，係指每個理性人都平等享有的自我統治權利¹⁹⁵。在這種個人享有至高權威的領域裡，毋須考量個人行為決策的現實脈絡，也不管系爭決定是否魯莽或不智，更不必進行結果的利益衡量，個人的歸屬性自主都受到絕對保障；國家既不得干預個人的涉己行為和政治參與決定，同時個人也必須對其自主行為所造成的傷害結果負起責任¹⁹⁶。

由此可知，歸屬性自主所認知的傷害也會是一種歸屬性的概念¹⁹⁷，並不考慮具體自主決定的背景、內容及影響；即使在具體情況下會導致現實損害，也一律視為國家行為(實體或程序)正當性的必要代價。所以Baker、Dworkin和Scanlon (彌爾式原則)若不是宣稱言論透過受眾／受害人心靈中介所造成的損傷並非規範上所承認的傷害，就是主張受眾／受害人才是應該對系爭傷害負責的人¹⁹⁸。

194 *Id.* at 882-83; Dworkin, *supra* note 52, at 367-68.

195 Fallon, *supra* note 70, at 891, 893.

196 *Id.* at 878, 890-91, 893.

197 Schauer, *supra* note 42, at 652.

198 Schauer, *supra* note 42, at 642-53.

(三) Scanlon (修正理論): 實質自主與積極自由

有別於受眾實質自主觀點和表意人形式自主觀點的單一價值取向論證，Scanlon的修正理論，已經從一元自主論轉變為多元利益論，成為一種「融合規範和實證論述、在多元利益基礎上證成類型化言論自由保障」的結果論思維。然而同樣值得注意的是，作為Scanlon類型化保障理論一環的閱聽人自主利益，也已經「從閱聽人形式自主論轉變為閱聽人實質自主論」。而從後者之中，我們仍能一窺Scanlon修正理論對於言論自由自主理論未來發展的啟示。

如前文所述，Scanlon的修正理論捨棄了形式自主觀，採取了融合經驗判斷的實質自主觀。由於實質自主觀不以最終的選擇或決定為自主性的唯一標準，而必須考慮形塑立場並作成判斷和決定的過程，所以這類言論自由理論必須闡明的議題更加廣泛繁雜，並且必須包含心理學和經驗性的考量：對於不願接收的資訊，受眾有否拒絕接觸的絕對權利？在資訊爆炸的時代裡，更多的言論和選擇真的一定對理性能力更有利？反過來說，如果可接近資訊的多元性不足，受眾能否依舊作成理性的決定？還有，言論內容所傷害的受眾和第三人利益，是否、在何種範圍內具有權利保障的必要性¹⁹⁹？針對這些問題，著眼於個人實際作成自主決策能力的實質自主論者，並不認為國家的消極不干預就等同於個人自主的真正實現。

1. 自主的客觀和主觀要件：傷害的概念

在本體論的層次上，描述性自主的論者強調個人是一種鑲嵌於社會關係脈絡 (socially situated)，受到物質與文化條件拘束、但同時具有批判反思能力的存在，是一種「在歷史和文化的因果框架中

199 Joseph Raz, *Free Expression and Personal Identification*, in *ETHICS IN THE PUBLIC DOMAIN: ESSAYS IN THE MORALITY OF LAW AND POLITICS* 131, 136-41 (1994); Brison, *supra* note 17, at 333-38.

具有特殊道德尊嚴的造物²⁰⁰」²⁰¹。據此，自主和與之相對應的傷害，就不是全有全無的概念，而會隨著具體社會脈絡的客觀結構和社會中個人的主觀權能，而有程度之別²⁰²。一旦把自主認定成一種會受到外在現實條件而強化或削弱的經驗性概念²⁰³，以保障個人自主作為正當性基礎的國家就負有確保自主要件的责任，必要時更有採取積極作為的義務²⁰⁴。

關於「自主」的必要條件，不同的實質自主論者各自有不同的建構與理解，但大致上包含以下幾個面向：在「理念市場」中是否存在可及（accessible）且充足的多元資訊選項、整體「理念市場」或溝通信用的運作機制中是否蘊含結構性的強制和操縱；另一方面，言論的受眾是否真的具有自我批判能力（二階反思的理性權能²⁰⁵），又是否擁有將信念和決策付諸行動的實際能力²⁰⁶。簡單來說，前兩者涉及溝通環境的客觀結構面向（涉及有效資訊選項是否實際存在），後兩者關乎個人的批判超驗能力面向（亦即作成有意義選擇的實際能力）²⁰⁷。更進一步來說，這兩個面向並非獨立存在，而是彼此互相關聯。個人真正踐行自主決定的能力，不僅會受到構成整體溝通環境的媒體版圖，以及表意人、媒體、受眾在具體溝通信用中的相對權力地位所影響²⁰⁸，同時也取決於個人在教育、

200 Fallon, *supra* note 70, at 899.

201 Susan H. Williams, *Free Speech and Autonomy: Thinkers, Storytellers, and a Systemic Approach to Speech*, 27 CONST. COMMENT. 399, 405-07 (2011) (relational autonomy).

202 Fallon, *supra* note 70, at 899; Greenawalt, *supra* note 14, at 143-45.

203 Fallon, *supra* note 70, at 877, 890.

204 Scanlon, *supra* note 36, at 324; Waldron, *Protecting Dignity*, *supra* note 56, at 105-06 (personal autonomy as a public good).

205 See Harry G. Frankfurt, *Freedom of the Will and the Concept of a Person*, 68 J. PHIL. 5, 7 (1971).

206 Fallon, *supra* note 70, at 886-89; Williams, *supra* note 201, at 400-03; SCHAUER, *supra* note 10, at 61, 66-67; Harel, *supra* note 17, at 605.

207 Waldron, *supra* note 73, at 315-16.

208 Waldron, *supra* note 39, at 16; BARENDT, *supra* note 13, at 34-35.

文化、輿論等宏觀微觀交疊的溝通脈絡中所具備的認知與實踐能力²⁰⁹。在這樣的認知基礎之上，實質自主論者一方面扣合了言論自由及基本權和憲法秩序的體系連結²¹⁰，藉以說明言論自由的特殊自主價值²¹¹；另一方面也因為把影響個人主觀權能的客觀因素視為個人自主的前提要件，亦即承認公平開放的溝程序作為獨立的集體法益，而把溝通管道不充分和溝通權力不對等所造成的自主侵害定性為尊嚴法益的侵害，與不受保障的單純情感冒犯加以區分²¹²，並且因應並克服溝通環境變遷和溝通權力不對等所帶來的規範挑戰²¹³。

2. 行為決定與人格發展

如果國家有義務以消極不作為或積極作為的方式去保障個人自主的要件，此時的保障程度，將會取決於此處所稱的「自主」是行為決定，還是人格發展層次的自主。對於特定行為決定的作成，例如受眾和被指涉者對於特定言論的回應，具體溝通脈絡中的權力關係（如強制、操縱關係是否存在）就至為重要²¹⁴；而對於持續性的思辨權能²¹⁵和人格發展——或稱自我成就（*self-fulfillment*）²¹⁶、敘事自主（*narrative autonomy*）²¹⁷——來說，溝通管道的平等近用、良善的整體溝通環境與文化²¹⁸以及言論自由以外的行為手段，

209 Fallon, *supra* note 70, at 887-88; Williams, *supra* note 201, at 407.

210 Fallon, *supra* note 70, at 902.

211 Brink, *supra* note 20, at 51; Shiffrin, *supra* note 63, at 341; Seana Valentine Shiffrin, *A Thinker-Based Approach to Freedom of Speech*, 27 CONST. COMMENT. 283, 288, 291 (2011); Williams, *supra* note 201, at 408.

212 Waldron, *Protecting Dignity*, *supra* note 56, at 106; Waldron, *supra* note 25, at 166-68.

213 Brink, *supra* note 20, at 49.

214 Shiffrin, *supra* note 211, at 303; Shiffrin, *supra* note 63, at 343.

215 MILL, *supra* note 20, at 81 (“utility in the largest sense”), 124.

216 Brink, *supra* note 20, at 46-49.

217 Williams, *supra* note 201, at 413.

218 Brink, *supra* note 20, at 48-49 (more speech is not necessarily better); Williams,

例如教育供給、資訊自由和媒體識讀，也會影響言論自由保障的程度判定²¹⁹。

二、言論自由的類型化保障：言論的自主價值與言論管制的風險

把前述形式自主（歸屬性自主）和實質自主（描述性自主）加以對比，將會在言論自由類型化保障的議題上得出相反的立場。形式自主論把言論發表單純當成自主決定的一種，並且把受眾和被指涉者對於言論溝通效果的反應，視為受眾和被指涉者的自主決定和道德責任，從而並不區分言論的內容價值，也不會差異化言論自由的保障，針對言論內容的限制原則上皆屬禁止。反之，實質自主論在本體論的層次上就肯定了個人的社會依存性與自我的超驗詮釋（*transzendental-hermeneutisch*）本質²²⁰，並從中推導出言論對於個人自主的特殊價值，以及整體和具體溝通客觀環境對於——作為個人自主之基礎的——主觀權能的影響甚至傷害²²¹。依循著「最佳思辨環境之二階判斷」的論證架構²²²，實質自主論可以經由特定言論類型的多元自主價值分析，開展言論自由的類型化保障²²³：針對不實商業廣告（欠缺表意人人格發展價值²²⁴）、威脅和謊言（弱化、操縱受眾理性能力）、煽動言論（利用受眾理性能力缺失狀態）、誹謗和侮辱言論（妨害言論指涉者人格發展）和噤聲言論（削弱言論

supra note 201, at 399 (system of free speech).

219 Williams, *supra* note 201, at 408, 411-13; BARENDT, *supra* note 13, at 25-26; Greenawalt, *supra* note 14, at 143-45.

220 Charles Taylor, *Self-interpreting Animals*, in *PHILOSOPHICAL PAPERS: VOLUME 1: HUMAN AGENCY AND LANGUAGE* 45, 45-76 (1985); Rainer Forst, *Kontexte der Gerechtigkeit: Politische Philosophie jenseits von Liberalismus und Kommunitarismus*, 2004, S. 336.

221 SCHAUER, *supra* note 10, at 54-55.

222 Scanlon, *supra* note 133, at 164; Harel, *supra* note 17, at 605.

223 Scanlon, *supra* note 142, at 334.

224 *Id.* at 328; Gilmore, *supra* note 20, at 526-36; SCHAUER, *supra* note 10, at 49.

指涉者提出反駁言論之主觀能力或客觀效果²²⁵)等針對言論內容的限制，可能透過個案中主客觀因素的觀察和各造利益的衡量而獲得合憲的評價²²⁶。另一方面，侵害表意人自主決定的強迫說謊誡命(如「被認罪」、「被自白」、強制道歉)，以及蘊涵強烈不良動機的政治言論內容管制，則應該受到推定、甚至絕對的禁止²²⁷。而更為前瞻之處在於，實質自主論可以透過整體媒體版圖和個別媒體運作方式的分析，去證成特定媒體傳播方式對於個人認知和決策能力的影響，而將媒體治理納入言論自由理論和言論管制架構之中。

陸、結論

言論自由理論的沿革，多是在回應既有理論的缺陷和當代的現實挑戰。因此，在必須對媒體版圖的位移進行規範回應的此刻，我們就需要一個既能解釋言論行為本質和媒體的溝通地位，同時也能具體安排出表意人、媒體、受眾、第三人、社會各方間權利義務關係的言論自由理論。出於這樣的研究意識，本文選擇從Scanlon的言論自由理論轉折出發，分析言論自由自主理論是否，以及如何能與未來的溝通環境相容。

由於結果式論證的實證和規範預設都受到質疑，Baker和Dworkin選擇從表意人自主權利的角度切入，一方面擴張言論自由的保障範圍，一方面(幾近)絕對地禁止國家設置言論內容的限制。這種接近於Mill《論自由》第1章傷害原則的論證路徑，使得Baker和Dworkin採取了形式自主的立場，並藉由身心二元論

225 Waldron, *supra* note 25, at 149.

226 *Id.* at 149-50; Fallon, *supra* note 70, at 897-98.

227 Brink, *supra* note 20, at 54-60; BARENDT, *supra* note 13, at 37-38; Waldron, Ronald Dworkin, *supra* note 56, at 202; Dworkin, *supra* note 52, at 367-68.

(mind-body dichotomy) 去證成受眾和言論指涉者的傷害在規範上不存在。然而這種純粹指向於表意人觀點的言論自由理論，忽視了言論的社會影響面向。為了回應Baker和Dworkin的表意人觀點自主理論，Scanlon的彌爾式原則就創造出了受眾觀點的自主理論，清楚演繹了在形式自主觀點之下，受眾基於言論說服效果而作成的錯誤信念和有害行為決定，都是只能歸屬於受眾的責任。綜而言之，雖然論述的觀點和層次不同，採取形式自主立場的Baker、Dworkin和Scanlon都傾向於言論自由的（幾近）絕對保障，也都認為在一般情況下，法律無法也不應處理客觀社會因素對於受眾主觀實踐能力的實際影響。由此應可推知，現實世界中的媒體功能和權力版圖變遷，不會改變前述理論關於言論傷害和言論責任的見解。

然而，Scanlon自己意識到了形式自主觀的一元論觀點——不論是表意人或閱聽人觀點——本身就有缺陷存在：一是若要把言論的社會影響面向納入考量，就不能只納入對表意人個人的自主影響，還必須納入對第三人自主甚至社會道德的影響；二是作為言論之社會影響一部分的閱聽人（受眾）自主，不應作形式認定，而應作實質認定。所以Scanlon之後的修正理論放棄了單一觀點的形式自主理論。雖然Scanlon基於自主概念的歧義性而拒絕使用此一用語，且其多元利益論也不再是指向於單一「自主」價值的理論，但是作為其修正理論之一環的閱聽人自主利益，本質上已經是實質自主理論，從而主張區分不同言論類型的自主價值和管制風險，以及整體溝通環境的資源分配和具體言論脈絡對於受眾的思辨能力影響，並從中推導出類型化的言論自由保障。這種兼顧經驗因素的論述架構具有開放性，可以因應現實世界的變化——尤其是資通科技和媒體架構的發展——而進行言論管制架構的積極調整。

綜上所述，社群媒體時代中的言論管制和媒體治理並不是孤懸於當代時空背景之外的獨立議題，必須與現有的理論基礎相互連結。只有先行梳理既存言論自由理論與整體憲法體系的價值設定的

相容性，及其回應既有言論自由議題的論述架構和評價立場，才能順著相同的邏輯理路推演出未來的管制架構。而我們也可以知道，唯有受眾取向和多元觀點的實質自主論，有能力基於現實媒體版圖的變化，去推導出更為積極的言論管制和媒體治理架構；與此同時，這個取向於未來的規範架構細節，更必須以精確的現實因素分析為其基礎。在本文完成「自主理論實質化轉向之必要」的論證之後，未來將會繼續處理各方利益衝突的調和（或是「傷害」判定）的進階議題。

參考文獻

1. 中文部分

- 林子儀（1993），言論自由之理論基礎，收於：言論自由與新聞自由，頁3-59，臺北：月旦。
- （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。
- （1999），言論自由與內亂罪——「明顯而立即危險原則」之闡釋，收於：言論自由與新聞自由，頁197-228，臺北：元照。
- 林子樵（2016），限制菸品及酒類廣告法規之合憲性，中原大學財經法律研究所碩士論文。
- 林恆志、黃正一（2004），「明顯而立即危險」原則之歷史背景、意義及運用，全國律師，8卷1期，頁42-66。
- 劉靜怡（2004），言論自由：第一講——「言論自由」導論，月旦法學教室，26期，頁73-81。
- （2005），言論自由：第二講——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。
- 賴祥蔚（2011），言論自由與真理追求——觀念市場隱喻的溯源與檢視，新聞學研究，108期，頁103-139。
- 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

- Amdur, Robert. 1980. Scanlon on Freedom of Expression. *Philosophy*

and Public Affairs 9:287-300.

Baker, C. Edwin. 1989. *Human Liberty and Freedom of Speech*. New York, NY: Oxford University Press.

———. 1997. Harm, Liberty and Free Speech. *Southern California Law Review* 70:979-1020.

———. 2009. Autonomy and Hate Speech. Pp. 139-157 in *Extreme Speech and Democracy*, edited by Ivan Hare and James Weinstein. New York, NY: Oxford University Press.

———. 2011. Autonomy and Free Speech. *Constitutional Commentary* 27:251-282.

Barendt, Eric. 2007. *Freedom of Speech*. 2d ed. New York, NY: Oxford University Press.

Brink, David O. 2009. Mill's Liberal Principles and Freedom of Expression. Pp. 40-61 in *Mill's On Liberty: A Critical Guide*, edited by C. L. Ten. Cambridge: Cambridge University Press.

Brison, Susan J. 1998. The Autonomy Defense of Free Speech. *Ethics* 108:312-339.

Buchanan, Allen. 1978. Autonomy and Categories of Expression: A Reply to Professor Scanlon. *University of Pittsburgh Law Review* 40:551-560.

Dworkin, Ronald. 1985. Do We Have a Right to Pornography?. Pp. 335-372 in *A Matter of Principle*. Oxford: Oxford University Press.

———. 1996. Why Must Speech Be Free?. Pp. 195-213 in *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press.

———. 1996. Pornography and Hate. Pp. 214-226 in *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press.

———. 2000. Free Speech, Politics, and the Dimensions of Democracy.

- Pp. 351-385 in *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- . 2009. Foreword. Pp. v-ix in *Extreme Speech and Democracy*, edited by Ivan Hare and James Weinstein. New York, NY: Oxford University Press.
- Fallon, Richard H. Jr. 1994. Two Senses of Autonomy. *Stanford Law Review* 46:875-905.
- Forst, Rainer (2004), *Kontexte der Gerechtigkeit: Politische Philosophie jenseits von Liberalismus und Kommunitarismus*, Berlin: Suhrkamp.
- Frankfurt, Harry G. 1971. Freedom of the Will and the Concept of a Person. *The Journal of Philosophy* 68:5-20.
- Gilmore, Jonathan. 2011. Expression as Realization: Speakers' Interests in Freedom of Speech. *Law and Philosophy* 30:517-539.
- Goldberg, Erica. 2016. Free Speech Consequentialism. *Columbia Law Review* 116:687-756.
- Greenawalt, Kent. 1989. Free Speech Justifications. *Columbia Law Review* 89:119-155.
- Harel, Alon. 2012. Freedom of Speech. Pp. 599-617 in *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, edited by Andrei Marmor. New York, NY: Routledge.
- Mill, John Stuart. 2003. *On Liberty*, edited by David Bromwich and George Kateb. New Haven, CT: Yale University Press.
- Plaisance, Patrick Lee. 2003. Justifications for Our Free Speech: Examining the Role of Autonomous Agency in Scanlon's Moral Theory. *International Journal of Applied Philosophy* 17:211-224.
- Raz, Joseph. 1994. Free Expression and Personal Identification. Pp. 131-154 in *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*. New York, NY: Oxford University Press.

- Scanlon, Thomas M. 1973. Rawls' Theory of Justice. *University of Pennsylvania Law Review* 121:1020-1069.
- . 2003. Introduction. Pp. 1-5 in *The Difficulty of Tolerance: Essays in Political Philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- . 2003. A Theory of Freedom of Expression. Pp. 6-25 in *The Difficulty of Tolerance: Essays in Political Philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- . 2003. Freedom of Expression and Categories of Expression. Pp. 84-112 in *The Difficulty of Tolerance: Essays in Political Philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- . 2003. Content Regulation Reconsidered. Pp. 151-168 in *The Difficulty of Tolerance: Essays in Political Philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- . 2011. Comment on Baker's Autonomy and Free Speech. *Constitutional Commentary* 27:319-326.
- . 2011. Comment on Shiffrin's Thinker-based Approach to Freedom of Speech. *Constitutional Commentary* 27:327-336.
- . 2011. Why Not Base Free Speech on Autonomy or Democracy?. *Virginia Law Review* 97:541-548.
- Schauer, Frederick. 1982. *Free Speech: A Philosophical Enquiry*. New York, NY: Cambridge University Press.
- . 1993. The Phenomenology of Speech and Harm. *Ethics* 103:635-653.
- . 2011. On the Relation between Chapters One and Two of John Stuart Mill's on Liberty. *Capital University Law Review* 39:571-592.
- Shiffrin, Seana Valentine. 2011. A Thinker-Based Approach to Freedom of Speech. *Constitutional Commentary* 27:283-307.

- Shiffrin, Steven H. 2011. Freedom of Speech and Two Types of Autonomy. *Constitutional Commentary* 27:337-346.
- Strauss, David A. 1991. Persuasion, Autonomy, and Freedom of Expression. *Columbia Law Review* 91:334-371.
- Taylor, Charles. 1985. Self-Interpreting Animals. Pp. 45-76 in *Philosophical Papers: Volume 1: Human Agency and Language*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Waldron, Jeremy. 2005. Moral Autonomy and Personal Autonomy. Pp. 307-329 in *Autonomy and the Challenges to Liberalism: New Essays*, edited by John Christman and Joel Anderson. Cambridge: Cambridge University Press.
- . 2012. Approaching Hate Speech. Pp. 1-17 in *The Harm in Hate Speech*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- . 2012. Protecting Dignity or Protection from Offense?. Pp. 105-143 in *The Harm in Hate Speech*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- . 2012. C. Edwin Baker and the Autonomy Argument. Pp. 144-172 in *The Harm in Hate Speech*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- . 2012. Ronald Dworkin and the Legitimacy Argument. Pp. 173-203 in *The Harm in Hate Speech*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Williams, Susan H. 2011. Free Speech and Autonomy: Thinkers, Storytellers, and a Systemic Approach to Speech. *Constitutional Commentary* 27:399-416.

On Thomas Scanlon's Millian Principle and Its Revisions:

An Analysis from the Perspective of Autonomy Theories of Free Speech

*Hui-chieh Su**

Abstract

Disinformation has become a contentious topic in recent years. All relevant discussions are actually asking the same question: Are governments allowed to restrict expressions of autonomous speakers in order to protect the autonomous decision-making process of their audience? In this sense, autonomy theories of free speech take the limelight once again in the internet age. To better understand the future of autonomy theories, this article analyzes Thomas Scanlon's famous theory of free speech, "the Millian Principle," and explains why Scanlon's revision was necessary.

After a short introduction on the background, goals, and achievements of C. Edwin Baker and Ronald Dworkin's free speech theories, this article focuses on Scanlon's Millian Principle and its subsequential revisions. The author points out that Scanlon not only abandoned the audience-oriented Millian Principle for a multi-stakeholder approach, but also replaced his initial notion of formal autonomy conception with a more substantial theory. Since different autonomy conceptions are sensitive to technological and cultural changes in various degrees, Scanlon's revised theory trends toward allowing governments to regulate social media, if and only if social media are proven to change communication rules and affect individual

* Assistant Professor, College of Law, National Taiwan University.

capacity of decision-makings; in contrast, Scanlon's original formulation would reject any particular restriction on social media. In this light, the analysis of autonomy theories of free speech, especially that of Thomas Scanlon, is helpful for us to realize and predict possible developments of theories of autonomy in the internet age.

KEYWORDS: theories of free speech, formal autonomy, substantial autonomy, harm, C. Edwin Baker, Ronald Dworkin, Thomas Scanlon, Millian Principle, two-tracks theory, two-tiers theory.