

網路媒體近用權與憲法表現自由之保障

……網路媒體近用權與憲法保障的距離

東海大學法律學院法律學系所 教授 蕭淑芬

目次

一、前言

二、表現自由之保障規範及其派生原理與衍生權利

(一) 我國表現自由保障規範之意義與內容及其派生原理與衍生權利

1. 學說概況

2. 司法解釋實務現況

(二) 日本表現自由之保障規範與大眾傳播媒體近用權…兼論網路媒體近用權初探

1. 學說概況

2. 媒體近用權相關之司法裁判

三、表現自由之憲法保障之構造及其轉化的必要性

(一) 憲法保障表現自由之構造

(二) 大眾媒體與人民間基本權利之衝突……國家與人民之三方關係

(三) 從三方關係到四方關係……國家扮演的角色初探

四、國際人權法上的挑戰

五、結語

一、前言

本文之主題為「網路媒體近用權與憲法表現自由之保障」，就憲法保障表現自由之角度而言，網路媒體近用權與憲法表現自由保障之間，究竟是否有關連？即使有關連，兩者如何關連，關連之程度如何？公法學與司法解釋實務如何看待與解釋兩者之關連，對健全網際網路上表現自由之保障應有如何之建言與決定？這些問題，都是憲法基本權利保障之典型議題。本文首先，於此暫且將所謂「網路媒體近用權」定義為「網際網路大眾媒體近用權」，包括兼營資訊傳播之網路平台業者，但尚不將網際網路上所有表現場域的近用權納入討論。再者，限於本文作者學術研究之背景與文獻資訊閱讀之語言上的侷限，本文僅介紹並討論我國與日本相關議題之現況與發展，在可得文獻可能之範圍內，觸及部分德國與美國相關論述。

是以，本文在內容上，僅就我國憲法與日本憲法之相關規定，簡要探討表現自由保障規範之意義、內容及其演進與保障現況。其次，再就現今，網路媒體表現自由之特性大不同於以往傳統大眾媒體網路之時代背景下，檢討傳統表現自由之保障法理，包括前述之保障意義、保障內容與構造等面向，是否必須轉化或重新架構，以因應網路時代表現自由所衍生之權利保障問題。最後則是檢討，由傳

統表現自由所演化而來的，對大眾傳播媒主張之近用權，在網際網路發達之時代，是否得以直接對網路媒體主張？是否有更進一步建構相關法理之可能性與必要性。

二、表現自由之保障規範及其派生原理與衍生權利

（一）我國表現自由保障規範之意義與內容及其派生原理與衍生權利

1. 學說概況

我國憲法並無「表現自由」之明文，然而，一般學說上認為，憲法第 11 條：「人民有言論、講學、著作及出版之自由。」之規定，屬「人民內心的意見或想法欲形諸於外」之表達方式或活動的保障，稱之為「意見表現自由」或「意見自由」¹。就此一解釋而言，我國憲法第 11 條之規定，應屬表現自由之保障規範。惟，我國憲法第 11 條之規定，並無概括之語句，如此之立法體例，一般而言，依照典型之法解釋方法，實無法僅以文理解釋之方式，將其他未列舉之表現行為或活動，概括地納入保障。故有學者主張憲法第 11 條保障之言論自由，實有廣義之言論自由，與狹義之言論自由之分²，而表現自由則與廣義之言論自由同義。

從而，我國憲法表現自由之保障的內容與範圍，應當包含所有的，將內在精神活動，對外加以表現之各種行為的態樣，均屬之。然而，由於藝術表現自由（或稱藝術自由）並非憲法第 11 條所列舉之行為樣態，且參照德國憲法之立法例，其第 5 條第 1 項規定意見表現自由的一般性規定：「人人有以語言、文字及圖畫自由表示及傳布其意見之權利，並有自一般公開之來源接受資訊而不受阻礙之權利。出版自由及廣播與電影之報導自由應保障之。事前檢查制度不得設置。」，並於同條第 3 項規定：「藝術與學術、研究及講學均屬自由。講學自由不得免除對憲法之忠誠。」³。足見德國憲法，並未將「藝術表現自由」之保障，納入一般意見表現自由之規定中列舉，而是另列一個獨立項次加以保障。為此，國內即有學說認為參酌前述德國之情況而認為，藝術表現自由得以由我國憲法第 22 條概括權利保障之規定中導出⁴。

¹ 法治斌，董保成，憲法新論，元照出版，2010 年，204-205 頁。同陳新民，憲法導論修訂六版，新學林，2008 年，98 頁。

² 依照林子儀教授之見解，所謂「表現自由」，係國內學者為避免混淆「廣義」言論自由與「狹義」言論自由，用來指稱廣義之言論自由之用詞。而教授所稱廣義之言論自由，包括憲法第 11 條「言論、講學、著作及出版」之自由中之狹義「言論自由」外，尚包括該條所規定之其他「講學」、「著作」及「出版」自由，第 12 條之通訊自由，第 14 條之集會和結社自由，以及其他各類形式的言論自由。參照林子儀，言論自由與新聞自由，言論自由之理論基礎，1999 年 9 月，3 頁，註 2。

劉靜怡教授亦指出：「……具有表達或溝通功能之方式，展現或表達個人心中的想法，或者藉以做為溝通工具達成說服他人的目的，都可能成為言論自由保護的對象。……言論自由的範圍其實不限於憲法條文例示明定者，符合表現自由、表意自由或表達自由保護意旨者，也都納入，方屬周延。」參照劉靜怡，「言論自由」導論，月旦法學教室第 26 期，74 頁。兩位教授之見解，應可謂極其相似。

³ 德國聯邦憲法法院裁判選輯（十五）附錄，德意志聯邦共和國憲法，司法院大法官書記處，2014 年 3 月，339 頁。

⁴ 陳新民，憲法導論修訂六版，新學林，2008 年 10 月，108 頁。

德國之立法例相當值得參考，固不待言。然而，目前，我國憲法與德國憲法之規範方式與結構不盡相同，事實上，我國憲法並未針對藝術表現自由做特別規定，反而是付之闕如，未來，全體國民之總意，若欲將之納入憲法，以有別於一般表現自由之保障方式規範，實屬令人樂見之事。現階段，本文認為，考量我國憲法保障基本權之體例與法釋義學上之各種因素，藝術表現自由納入憲法第 11 條表現自由之保障範圍似較合理。至於宗教行為、研究發表之自由，則分別來自宗教自由與學術自由之延伸，且與該兩類權利之保障內容緊密關連，應屬表現自由之特別規定⁵，實非屬憲法第 11 條表現自由之保障範圍。

除此之外，前述德國憲法第 5 條第 1 項前段，除表現自由之保障的一般性規定外，並規定：「人人有……，並有自一般公開之來源接受資訊而不受阻礙之權利。……」此一段文字，就文理上之解釋而言，德國憲法不但保障人民之表現自由，更進一步保障人民有不受妨礙，「接收資訊的自由」。此一規定，可說是充分顧及本文後述「精神自由權」之循環特質，故而明文保障人民「資訊自由」的權利。本文認為，以本文後續所述表現自由保障法理之法治實現層面以觀，德國的立法例，相當值得參考。

同樣是關於「表現自由保障之內容」的解釋，我國另有學說更進一步主張：「現代社會中表現自由之內涵大幅擴充，從發表者之自由進到接收者之自由，……甚至轉而以「知的權利」為中心」⁶之保障。此類學說之見解，與與本文後述日本公法學界之普遍共識之某些面向，就結論而言，相當一致。詳言之，日本公法學界方面，自從 1970 年代以來，提倡以「知的權利」理論，來重新建構「表現自由」保障法理之想法與見解，各方多所倡議，且受到學界與實務界重視，並在司法實務上獲得採納⁷。以目前日本法制層面之進展與結果來看，歸根究底，應該就是因為日本公法學界前述之憲法解釋與理論之提倡，並同時獲得司法實務之相互印證，使得「資訊自由」的重要性，不僅在私部門，在公部門也普遍受到矚目，進而促成目前日本「資訊」相關法制之蓬勃發展。更有甚者，1970 年代以來，日本公法學界除了提倡以「知的權利」論，重新建構「表現自由」之保障法理的論述，相當盛行以外，學說上甚至進一步進展到，建構所謂「アクセス(cess)權」，也就是「接近權」的理論，本文後續將論述之大眾傳播媒體近用權，乃至網路媒體之近用權，均是在這樣的脈絡下，發展出來之權利保障。有關「知的權利」之理論之構成，容後日本法的部分再敘。

2. 司法解釋實務現況

我國司法實務上，司法院大法官亦多次表明，表現自由屬我國憲法第 11 條與第 14 條之權利保障範圍。司法院釋字 445 號解釋，大法官即開宗明義言明：

⁵ 參照渡辺康行等著，憲法 I，日本評論社，2016 年，216 頁。

⁶ 許志雄，廣告與表現自由，月旦法學雜誌第 33 期，1998 年 2 月，10 頁。

⁷ 參照日本レベタ訴訟日本最高法院大法庭判決，最大判平成元・三・八民集 43 卷 2 號 89 頁。「接近並接收資訊之自由」，由日本憲法第 21 條第 1 項之「規範意旨、目的，也就是所謂其派生原理當然導出。」

「**憲法第十四條**規定人民有集會之自由，此與**憲法第十一條**規定之言論、講學、著作及出版之自由，**同屬表現自由之範疇**，為**實施民主政治最重要的基本人權**。……」。接著在司法院釋字 756 號解釋，大法官則是直言：「**憲法第 11 條保障表現自由**。」⁸其後，司法院釋字 806 號解釋中，大法官更是進一步指出：「**憲法第 11 條保障藝術表現自由**。」⁹，大致上，與前述我國學說之解釋與見解，若合符節。

至於，有關「知的權利」之法理，在司法實務應用方面，大法官於多號解釋之理由書中，一再強調¹⁰：「**憲法第 11 條規定，人民有言論及其他表現自由，係鑑於言論及其他表現自由具有實現自我、溝通意見、追求真理、滿足人民知的權利，形成公意，促進各種合理之政治及社會活動之功能**，乃維持民主多元社會正常發展不可或缺之機制。國家對之自應予最大限度之保障。」，大法官明確將「滿足人民知的權利」列為表現自由之功能之一，足見大法官對於「知的權利」保障之關注、支持與肯定。於此，大法官將「知的權利」定位為「表現自由」之功能，也就是表現行為之所產生之效用，思考的方式似乎立基於「表現者」與「接受者」分離之理論前提，就表現自由保障之整體結構而言，人民面對大量流通之言論（資訊），處於被動接受的地位。在人權保障之歷史傳統上，這樣的思考方式，確實是近代憲法諸國，在制憲當初，將表現自由納入人權清單保障時，對表現自由之權利保障的構想與認定，也就是，僅針對「表現者」（發話者）之意見表明與事實陳述之自由¹¹加以保障，並預設，憲法保障了所有個人的表現自由，人民知的權利即可獲得滿足。

然而，隨著大眾傳播媒體的發達且其影響力日漸高漲的情況下，「表現者」的大眾媒體，與「接收者」的一般人民之間，呈現分離且固定持續的狀態，甚至

⁸ 至於個別大法官之意見書，亦多見使用並闡述表現自由之論述。具體而言，例如：蔡明誠大法官於釋字 744 號與釋字 794 號解釋之協同意見書中，提及：「我國憲法表現自由基本權」，並指出：「表意自由（freedom of expression; 表達或表現自由）」之意義相同。許志雄大法官同在釋字 744 號解釋之協同意見書中亦指出：「廣義之言論自由即表現自由，係發表或傳達思想、資訊之自由，屬於一種外在精神自由。」除此之外，並認為，Thomas I. Emerson 所言，表現自由在現代民主社會中，具有之四項機能，「可化約為個人之「自我統治」（self-government）及「自我實現」（self-realization）兩大價值。……」最後指出：「……表現自由正因為有助於個人之「自我統治」與「自我實現」，所以享有優越地位，應受高度保障。……」。

⁹ 司法院釋字第 806 號解釋，雖然直接斷定：「憲法第 11 條保障藝術表現自由」。謝銘洋大法官和黃虹霞大法官在協同意見書中，仍是仔細就立法例與立法體系，來解釋說明，藝術表現自由之憲法基礎，應屬憲法第 11 條之規定。參照司法院釋字 806 號解釋蔡明誠大法官提出，黃虹霞大法官加入之協同意見書。

¹⁰ 同一法理，首先出現在司法院釋字 509 號解釋理由書：「憲法第十一條規定，人民之言論自由應予保障，鑒於言論自由具有實現自我、溝通意見、追求真理、滿足人民知的權利，形成公意，促進各種合理之政治及社會活動之功能，乃維持民主多元社會正常發展不可或缺之機制，國家應給予最大限度之保障……」。其次，司法院釋字 689 號解釋之解釋理由書中，有關新聞自由保障之論述，同樣亦指出：「……為確保新聞媒體能提供具新聞價值之多元資訊，促進資訊充分流通，滿足人民知的權利，形成公共意見與達成公共監督，以維持民主多元社會正常發展，新聞自由乃不可或缺之機制，應受憲法第十一條所保障。」

¹¹ 參照曾我部真裕等著，情報法概說第 2 版，弘文堂，2019 年 5 月，17 頁。

造成人民少數意見，無法為眾所知，終至人民和大眾媒體之間呈現疏離之現象¹²，故而，實有必要建構新的法律機制，讓人民得以平等發聲參與民主政治。司法院釋字 364 號解釋，雖未言及前述大眾媒體與人民疏離之現象，但已言及：「……廣播電視之電波頻率為有限性之公共資源，為免被壟斷與獨佔，國家應制定法律，……藉此謀求廣播電視之均衡發展，民眾亦得有更多利用媒體之機會。」¹³，就結論上而言，大法官在做成釋字 364 號解釋的 1990 年代前期，即已指出，大眾媒體與人民之關係，應在「媒體均衡發展」與「人民利用媒體之機會」取得平衡，而兩者之法律關係，應由法律加以具體規定。除此之外，並明確指出：「民眾「接近使用傳播媒體」應在兼顧媒體編輯自由之原則，予以尊重。如何設定上述「接近使用傳播媒體」之條件，自亦應於法律內為明確之規定，期臻平等。」

（二）日本表現自由之保障規範與大眾傳播媒體近用權…兼論網路媒體近用權初探

1. 學說概況

相較於我國憲法之規定，日本憲法則是於第 21 條**明文規定**：「集會、結社、言論、出版及其他一切表現的自由，均應予以保障。禁止檢閱，且不得侵犯秘密通訊的自由。」¹⁴本條之規定，將表現自由當作是「所有外在精神活動」的上位概念，用以概括且廣泛的保障所有動態、靜態、抽象、具象，甚至是象徵性的表現行為，各種形式的表意行為或活動，不限於憲法所列舉。因此，在法解釋上，除列舉的言論等表現行為之自由以外，當然亦包括制憲當時未預想到的，例如廣播電視等，需透過媒體才能實現的表現活動¹⁵，亦應屬保障的範圍。

國內甚為熟悉之日本憲法學者蘆部信喜教授認為，「表現自由」其實就是資訊溝通的自由，其保障內容及於，經由所有表現媒體所表現出來的行為¹⁶。蘆部教授認為，表現自由，是以資訊「接受者」存在為前提，所發展出來的權利保障，因此憲法上保障之表現自由，應具有保障「知的權利」之含意。更何況，誠如前所述，隨著大眾傳播媒體的普及發達，使得資訊之「表現者」的大眾媒體，與資訊之「接收者」的一般國民之間，顯著呈現分離的狀態。為此，蘆部教授主張，表現自由之保障，應站在一般人民的觀點重新建構，應保障表現之「接受者」的自由，且有必要將「表現自由之保障」與「知的權利」之保障等同視之¹⁷。

¹² 參照堀部政男，マスメディアへのアクセス権（上），一橋大学研究年報 法学研究 9，54 頁。

¹³ 司法院釋字 364 號解釋：「以廣播及電視方式表達意見，屬於憲法第十一條所保障言論自由之範圍。為保障此項自由，國家應對電波頻率之使用為公平合理之分配，對於人民「接近使用傳播媒體」之權利，亦應在兼顧傳播媒體編輯自由原則下，予以尊重，並均應以法律定之。」

¹⁴ 日本國憲法第 21 條：「集会、結社及び言論、出版その他一切の表現の自由は、これを保障する。検閲は、これをしてはならない。通信の秘密は、これを侵してはならない。」

¹⁵ 松井茂記，日本國憲法第二版，有斐閣，431 頁。

¹⁶ 參照蘆部信喜，憲法第五版，岩波新書，171，173 頁。

¹⁷ 同前註，171 頁。

另外，日本著名公法學者佐藤幸治於其著書「日本國憲法論」中亦明確主張，表現自由保障的內容，不應該只由資訊傳達的面向來思考，亦應該顧及資訊接受者的權利保障。佐藤教授在說明表現自由之定義時指出：「表現自由，係與思想、信念、意見、知識、事實、感情等人類精神活動相關事物（總括稱為「資訊」）之傳達有關的活動自由……，而資訊之傳達行為，需有資訊之受領行為，始有意義」，因此，佐藤教授主張，表現自由的保障，亦應以「資訊受領權」為前提加以保障。除此之外，佐藤教授並指出，資訊之傳達行為，或多或少，需有資訊收集活動為依據，因此，表現自由之保障，解釋上，亦應包括「資訊收集權」之保障¹⁸。綜上所述，簡而言之，依照佐藤教授的見解，表現自由是有關人類一切與精神活動相關之資訊收集、傳達以及受領等活動之自由的總稱。

由前述蘆部及佐藤教授之見解可得知，以「知的權利」之保障，重新建構「表現自由」保障之法理，實屬 1980 年代以後之日本公法學界的主流見解。時任大阪大學憲法學講座的松井茂記教授則是將前述兩位教授對「知的權利」之見解，更進一步解釋，將佐藤教授所述前述「資訊收集權」、「資訊傳達權」以及「資訊受領權」等三種權利，加上「政府資訊公開請求權」，作為「知的權利」之主要權利內容來說明論述¹⁹。

另外，學說上，為改善前述大眾傳播媒體之表現與一般國民接收資訊之失衡問題，屢有學者主張，應由表現自由之保障，導出「大眾傳播媒體近用權」之保障，這類學說並在公法學界蔚為風潮。依照蘆部教授之見解，所謂「大眾傳播媒體近用權」係指：「資訊接收者之國民，對資訊提供者之大眾傳播媒體，要求給予發表意見之權利」。松井教授則是認為，提倡此一權利之學說，最主要之目的在於使「表現者」之權利，可以不流於形式，而更為實質化²⁰。惟，保障國民之「大眾傳播媒體近用權」，其實等同於對大眾傳播媒體課以「刊登非基於其本意之資訊」的負擔，在國民無具體權利受侵害之前提下，對私人企業型態之媒體業者要求其顧及一般國民之「大眾傳播媒體近用權」，顯然無憲法上的正當性，其權利之內容，只能待相關法律之制定，使得具體化²¹。

至於網際網路傳播媒體之近用權的保障，是否等同於「大眾傳播媒體近用權」之情形，而有待立法來加以自由形成之保障內容？實際上，由於網際網路媒體，不同於傳統大眾傳播媒體如廣播電視，並無頻道稀少性的問題，因此，若能從網際網路媒體的特性加以觀察，在法理上，建構其準公法之性質與特徵，反而可以使得「網際網路媒體近用權」超前於傳統「大眾傳播媒體近用權」，由憲法上表現自由之保障中導出，並賦以具體保障之法律規範指標性的原則與框架。

事實上，對於網際網路表現自由之規範，日本公法學者一直以來都有相當的期許並有前瞻性的見解與建言，並於相關法規制定後，馬上予以法理上之論述與支援。具體而言，1999 年早稻田大學川岸令和教授即指出：「……資訊和權力

¹⁸ 佐藤幸治，日本國憲法論，成文堂，2001 年 8 月，249 頁。

¹⁹ 松井茂記，日本國憲法第二版，有斐閣，432，459 頁。

²⁰ 前揭註，467 頁。

²¹ 參照蘆部前揭註 16，174 頁。

自古以來有密切的結合關係，……近時急速擴大的網際網路，對於人的連結與政治的型態，顯著潛藏著巨大變革的潛力。」並慨嘆，日本當時「並無有關網際網路之綜合性、規制性的法制度存在……」²²。

兩年後 2001 年，日本國會制定了「特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律」，也就是一般俗稱為「プロバイダ責任制限法」的法律，中文名為：「ISP 責任限制法」，或「網路服務提供者責任限制法」。在此一「ISP 責任限制法」運作了 20 年後，日本政府復於 2021（令和 3 年）年 4 月，大幅修改了該法，當時並預計於今（2022）年 10 月實施。

於是，2021 年京都大學曾我部真裕教授，於其一系列有關網際網路與表現自由之相關文章中，即開宗明義指出：「……與表現自由有關之諸法理，似乎有修正的必要。……而觀諸目前網際網路之現況，表現自由與國家之關係，似乎也有必要在思考之層面上，做根本性的轉變……。」²³

曾我部教授的見解，其實是很沈重的呼籲，事實上，這部「ISP 責任限制法」對於表現自由在網際網路上所造成的權利衝突問題，一開始在法律上並無完善的解決方式，而且，雖有治標性的解決方案與制度，但是基本的思考面向，仍只停留在權利衝突的問題上，對於表現自由之於民主政治之重要性的面向上，並無具體的解決方案與制度的建立。本文初步認為，將「限制性質之大眾傳播媒體近用權的法理」²⁴運用於網際網路媒體之管制，或許可以提供一個較為可行之思考方向。

2. 「大眾傳播媒體近用權」相關之司法裁判

「大眾傳播媒體近用權」之具體內容，在日本司法實務上，多以所謂「意見廣告」之刊登自由、主張「反論權」或是更廣泛的請求更正播放內容之類型態出現。日本最高法院在 1973 年，首次對人民請求大眾傳播媒體無償刊登反論文章之訴訟，做出判斷，也就是一般稱為「サンケイ新聞反論文掲載」事件之最高法院判決²⁵。在該判決中，日本最高法院指出：「新聞報導中之被報導者，僅因自己被報導，無關乎民事損害賠償責任是否成立，而要求報紙之發行販賣業者，無償刊登自己不被修正的反論論文，也就是所謂反論權制度，……若予以承認，則新聞發行販賣業者，即使確信所刊登之原來的報導無誤，而反論文有誤，或反論文之內容，依照業者之編輯方針，係屬不該刊登者，均應強制刊登反論文之情況下，……對於憲法所保障之表現自由將有可能造成間接侵害之危險的可能性。這樣的反論權制度對於民主主義社會中，佔有極其重要意義之報紙等之表現自由，

²² 川岸令和，インターネット（表現の自由②），法学教室 224 號，有斐閣，1999 年 5 月，20 頁。

²³ 曾我部真裕，表現の自由（4）---インターネットがもたらした変容，法学教室 492 號，有斐閣，2021 年 9 月，51 頁。

²⁴ 松井茂記，マスメディア法入門第四版，日本評論社，2008 年，339-341 頁。

²⁵ 反論文掲載事件，最高裁判所判例集，民集第 41 卷 3 号 490 頁以下。

會產生重大之影響，……反論權制度，在尚無具體的成文法制存在的前提下，對於原告等同於要求犯論權之主張，……實無法予以承認。」

對於此一判決，日本公法學界之討論，可謂汗牛充棟，或有批評，或有贊同。本文認為，本判決鄭重提及民主主義社會中，具有專業性質之大眾傳播媒體的重要性，不容全面性的反論甚至否定，或許是未來發展網際網路媒體近用權之前提與原則。

三、表現自由之憲法保障的意義與構造及其轉化的必要性

網際網路上的傳播媒體，相較於傳統大眾傳播媒體，在資訊傳達之質與量方面，有諸多技術上的進展與突破，然而，表現自由之憲法保障的意義與構造，是否因網際網路之發達，在因應網際網路傳播媒體之表現自由保障上，有轉化的必要？簡單而言，就是憲法保障之問題的本質，是否改變？以下僅先說明傳統憲法保障表現自由之構造，接下來再討論此一構造是否有轉變的必要。

（一）憲法保障表現自由之構造

近代憲法之傳統上，所謂憲法上權利保障之構造，係由權利主體（基本權主體）、權利之相對人（對於憲法上權利負有義務者），以及權利之內容（請求作為、請求不作為等）三要素構成。憲法上權利之基本構造，就是以「具體存在的國民」對「國家」請求其「不作為侵害」，這樣的型態呈現²⁶。

憲法保障之典型權利表現自由之一，言論自由為例，權利主體之個人，基本上，得以要求權利之相對人「國家」或「政府」，不得作成任何行為，侵害其言論自由。如此之規範構造²⁷，在法律關係上，呈現出所謂「**雙方關係**」，簡單說來就是：權利人得以主張其憲法上言論自由之保障，要求相對人國家或政府，必須盡到不侵害其言論自由之義務，若國家違反其憲法上義務，權利人得主張其權利應受到救濟。

惟，言論自由為表現自由之一種類型，其權利之性質，屬精神之自由權，而各類精神自由權，形成「**一個循環互動不斷作用的體系**」，其運作，就如同「一部機器」，「其中一部分若被切斷破壞，就不可能再順利運轉」。具體而言，「《思想→表現→知的權利》就是一整體不斷循環的體系」²⁸，各種精神自由權彼此互相影響，在民主與法治國家的思想自由市場中均衡發展。

過去，在實體的社會生活中，包括言論自由在內之表現自由等精神自由權的保障法理，就是以前述「雙方關係」，以及精神自由權之保障是「循環互動不斷作用的體系」為前提，發展出典型的國家與國民之消極關係，亦即，憲法保障表現自由之意義與基本內容，在於要求國家或政府，盡量不要干涉個人之表現自由，即使有正當且合憲之理由干涉國民權利，也要慎重為之的基本理解。此時，憲法上權利保障的重點，著重在個人之權利，具有得以防禦國家權力之侵害的權利性

²⁶ 小山剛，憲法上の權利の作法第三版，尚文社，2012年，5頁。

²⁷ 參照王鵬翔，論基本權之規範結構，台大法學論叢，34卷2期，2005年，4-7頁。

²⁸ 許慶雄，憲法講義，知英文化，2000年，53頁。

質，因此，這類的憲法上權利又稱為「防禦權」，以權利功能的角度而言，實屬基本權防禦功能之體現。

再者，誠如前述我國與日本學說與司法解釋實務之普遍見解，基於所有表現自由相關之精神自由權之保障，彼此之間，係屬「循環互動不斷作用的體系」之法理，更發展出，要求國家必須滿足國民得以接收各方資訊之「知的自由」，以及保障國民得以要求國家提供資訊之「積極的知的權利」²⁹，以求讓國民得以進一步，將取得之資訊內化形成思想進而對外表現，如此一來，形成一個完整之「一個循環互動不斷作用的體系」。而整體精神自由權之循環發展，於民主憲政之角度而言，最大的功能與目的，在於監督政府，維持民主政治的正常發展。

（二）大眾媒體與人民間基本權利之衝突……國家與人民之三方關係

然而，這種以保障表現者個人之表現自由，來維持民主政治體制人權保障之思考模式，在平面媒體發達的時代，就已經顯露出值得詬病之缺憾。典型的情況就是，表現者之具體表現行為，侵害了「脆弱第三者」之「人格權」等相關人格利益。因這類權利衝突產生之紛爭，展現在訴訟法上之型態，可能是私人間因侵權行為所受侵害而提起之民事訴訟，也可能是國家公權力介入之刑事訴訟，然而，在憲法學人權保障理論的層面，其實就是所謂「基本權利之衝突關係」以及「基本權第三人效力」或「基本權私法關係效力」³⁰的問題，至此，憲法上表現自由保障之法律構造，從過去的「雙方關係」演進到「三方關係」³¹，國家做為權利保障之義務人，一方面不得對表現者之表現自由過度侵害，另一方面，基於對於脆弱第三人之人格權，負有「基本權保護義務」，因此亦不得對之過小保護。

尤有甚者，誠如前述，因平面媒體加上廣播電視傳播媒體的發達，造成前述「循環互動不斷作用的體系」產生失衡現象，致使公法學說上主張，應保障人民之「媒體近用的權利」，以改善表現者與接收者間資訊失衡得現象，確保民主政治之發展。惟，我國與日本之學說與實務，對於「大眾傳播媒體近用權」，雖均認為有其憲法上保障之必要性，但結論上，大致認為屬立法機關自由形成的裁量空間，這也是我國廣播電視法與日本放送法將相關制度納入規範之故³²。

（三）從三方關係到四方關係……國家扮演的角色初探

²⁹ 小山剛，「憲法上の権利」各論 表現の自由 5 完，法学セミナー715 號，97 頁。

³⁰ 法治斌，董保成，憲法新論，元照出版，2010 年，204-205 頁。

³¹ 參照黃啟禎譯，關於「呂特事件」之判決，西德聯邦憲法法院裁判選輯（一），司法院，2020 年修訂再版，94 頁以下。

³² 日本放送法（廣播電視法）第 23 條第 1 項規定：「對於電台之報導，利害關係人認為錯誤，於播送之日起，十五日內要求更正時，電台應於接到要求後七日內，在原節目或原節目同一時間之節目中，加以更正；或將其認為報導並無錯誤之理由，以書面答覆請求人。前項錯誤報導，致利害關係人之權益受有實際損害時，電台及其負責人與有關人員應依法負民事或刑事責任。」日本放送法第 9 條規定：「因電視廣播業者，所播放之非真實事項，造成權利受侵害之本人或直接關係人，於播放之日起三個月內請求時，電視廣播業者應迅速調查播放之事項是否真實。經調查非屬事實者，應於查明之日起二日內，以相同之播放設備，相當之方法，訂正或撤銷播放之內容。」

時至今日，網路媒體發達的年代，前述傳統大眾傳播媒體與人民表現自由權利保障之問題，尚且未有理想而完整的解決之道，「大眾傳播媒體近用權」之保障，仍屬法律層面的保障，而非憲法層次之保障，而網際網路上表現自由與新興人權衝突之問題，仍是毫不留情隨之而至。以傳統私法以及大眾媒體法制之規範，儼然已經無法應對網路上的各種權利衝突問題³³，更何況要求新興媒體或網路平台業者，顧及人民的「大眾傳播媒體近用權」。前述德國憲法學因路特判決所發展出來，在當時蔚為畫時代的新興憲法理論「三方關係的法理」，在日本「ISP 責任限制法」制定後，似乎也已經不堪使用，所謂的「三方關係」是否應往「四方關係」甚至是多方關係發展？若認可應將「三方關係」轉化為「四方關係」，其轉變的目的與原則為何？在憲法權利保障之範圍內，是否有論述之必要，如有論述之必要，如有必要，那麼，其基本架構與規範內容應該求之於憲法理論，還是一樣委由「立法形成」？即使是「立法形成」具有裁量的空間，是否有來自於憲法的基本要求，是否有制定「資訊基本法」相關總則性原則性規範之必要作為中介？凡此總總問題，本文認為，似乎均應求諸於本國國民，是否期待憲法基本權利保障內容之成長？還是由立法之變革來因應時代。

四、國際人權法之挑戰

再者，最後必須附帶一提的是，國際人權法方面，公民與政治權利國際公約第 19 條，明白規定：「人人有保持意見不受干預之權利。人人有發表自由之權利；此種權利包括以語言、文字或出版物、藝術或自己選擇之其他方式，不分國界，**尋求、接受及傳播**各種消息及思想之自由」。此一規定保障所有個人，得以自己選擇的表達方式，來發表自己的意見，且更進一步保障「尋求」、「接受」以及「傳播」的自由。換言之，在保障的內容上，不在侷限於對外傳達的表現行為，還包括表現之受領、資訊收集的權利³⁴，甚至還包括個人的「傳播的自由」，與前述日本公法學 1980 年代之通說，不謀而合。我國因立法院定有「公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法」（兩公約施行法），未來，我國憲法理論以及傳播及資訊法制，似乎都有必要，在理念上或制度上，呼應前述公政公約第 19 條所要求之個人的「尋求、接受及**傳播**各種消息及思想之自由」。本文認為，建立媒體乃至於網際網路媒體接用權的法理與制度，應該是必要且可行之道。

五、結語

日本作家，同時也是伊藤忠商社之前會長前社長、也是第一位民間人士出任駐中國大使的丹羽宇一郎先生，在其著書「人間の本性」（中文譯名為：人的本性）中指出：「……人……基本上是動物，因此「理性的血」的底層，流的是「動物的血」，人的惡與弱，應該可以說，都是這「動物的血」所造的業。……而「動

³³ 水谷瑛嗣郎，「表現の自由」の現代的な「カタチ」——フェイクニュース問題を切り口に，ジュリスト，26 頁。

³⁴ 松井茂記，日本國憲法第二版，有斐閣，432 頁。

物的血」，相較於「理性的血」的歷史，不但壓倒性的長久且強韌。……」³⁵。直言之，理性與動物性並存，是人類的本性。而人類的歷史，一直以來就是，理性與動物性的交戰過程，沒有改變過。

包括阿部照哉教授在內，日本的四位憲法學大師，在 1979 年共著的「基本人權的歷史」一書前言，以憲法學的角度提到：「人類的歷史，其實就是爭取人權的奮鬥史」³⁶。

前述兩段敘述說明了，看似因時代改變的事物與思想，但是本質上都是「人的本性」與「權利保障」的問題。

最後僅引述許宗力大法官在司法院釋字第 744 號解釋之協同意見書所指摘的一段話，希望能支持國內公法學者，繼續思考表現自由的時代意義與具體的，且趨於理想的樣貌。「……我國社會已經不是當年民主化或社會多元發展剛起步的新生，歷經本院歷來解釋與數十年社會發展，我國社會也不應該原地踏步，政府部門更不應該抱殘守缺。「立法者及行政部門宜從根本上放棄『作之君』、『作之師』的心態，勿再扮演指導國民何者可閱覽，何者應拒讀之角色，須知民主政治之基石乃在於傳統自由主義之精神，而此種精神之前提為信賴人民有追求幸福之能力，而非仰仗官署之干預。……，本席對於憲法保障言論自由之一貫立場，是以更多言論對抗言論可能所生之禍害，而非由為政者恣意以事前審查予以禁絕或限制。但本席亦非天真地以為，我國社會每一個人，在經歷這麼多年的自由、民主、開放的社會發展過程中，已經確實學會如何正確看待每一個人的言論自由，學會如何妥善且相互尊重地行使自己的言論自由……」。

³⁵ 丹宇宇一郎，人間の本性，幻冬舎，2019 年，16 頁。

³⁶ 阿部照哉等著，基本的人權の歴史，有斐閣，1979 年，1 頁。