

淺論社群網路時代中的言論自由爭議：以臉書「按讚」為例

蘇慧婕

壹、前言：言論自由的變與不變

隨著 Facebook 網站的興盛，「臉書言論」引發的爭議愈來愈多，其態樣也十分多元，其中有些因網路科技而生的爭議類型甚至衝擊著我們對「言論」和「言論自由」的概念理解。對於這種種的爭議形態，除了針對個別類型進行剖析之外，同時也有必要從體系性的觀點來審視，看這些新興科技為何會在現有體系中引發爭議，而這些新興爭議又會對現有體系產生何種影響。

要回答上述問題，必須從言論自由的源頭談起。包含「言論表達」在內的「意見表達行為」——亦即「表意行為」——目的並不僅止於表意人的意見「發表」，而在於意見的「溝通」，亦即把意見傳達給他人。無論是言論自由、藝術自由還是新聞自由，這些「溝通自由」(Kommunikationsfreiheiten)都是本質上具有雙向性(Gegenseitigkeit)的自由¹，必須透過表意人和閱聽人之間的意見傳達(包含意見的「發表」和「接收」兩者)才得以實現²。不管在何種時代和科技條件下，都唯有確保這種「溝通的雙向性」才能為溝通自由提供有效的保障。

從這個觀點來看，溝通科技的進展就是改變擴展溝通的形態(文字、語音、圖像、影片、雕塑等)、介質(紙本、膠捲、電波等)和方式(面對面、節點傳播等)，去完成表意人對閱聽人的意見溝通。只是當這些形態、介質和方式的轉變偏離「雙向溝通」的固有想像時，就可能對既有的溝通自由體系造成挑戰。這種情形在網路時代中尤其顯著。本文即以近十年來急劇擴展的社群網站 Facebook 為對象，淺論其言論形態和言論傳播方式如何變遷、這些變遷在言論自由領域中引發了哪些新興的爭議類型，而這些新興爭議又可能會對既有的言論自由理論體系產生何種影響。

根據上述寫作目的，本文以下分為三部分：首先是社群網站如何改變言論形態和傳播架構的介紹(貳)，其次是這些變革引發了哪些新興爭議類型，並以「臉書按讚」作為主要討論對象(參)，最後則是結論(肆)。

貳、言論形態及其傳播架構的轉變：社群網站的特徵

從「表意人—閱聽人」的雙向性出發，可以簡要地勾勒出網路時代中言論傳播的雛型和爭議點：在網路言論的表意人和閱聽人之間隔著浩瀚的資

¹ Vgl. Wolfgang Hoffmann-Riem, Kommunikations-freiheiten, Baden-Baden: Nomos (2002), Rn. 25.

² Vgl. BVerfGE 7, 198, LS 6; 57, 295, 319; 97, 391, 399; Helmuth Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG-Kommentar, 2. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck (2004), Bd. 1, Art. 5 I, II Rn. 69; Herbert Bethge, in: Sachs, GG-Kommentar, 5. Aufl., München: C.H.Beck (2009), Art. 5 Rn. 18.

訊汪洋，網路言論的首要課題便是如何抵達閱聽人眼前。因此即使在虛擬空間裡人人皆可以極低成本發聲，網路世界也並不立即成為美國聯邦最高法院法官 Holmes 所稱的「理念的自由市場」³；反之，搜尋引擎的運作規則成為網路言論的重要議題⁴⁵。

而興盛於 21 世紀的社群網絡網站（social network sites，下稱社群網站）如 Facebook、Twitter、Xing、LinkedIn 等，則更進一步改變了網路言論的形態和從表意人傳達至閱聽人的傳播方式⁷。社群網站的目的是向使用者提供與其他使用者溝通的平台。在這個平台上，使用者可以向「朋友」提供各種形式（文字、圖像、影片、音樂）的私人或專業資訊⁸，進行時間同步（聊天室）和不同步（張貼及傳送訊息）的溝通⁹。以本文的討論對象 Facebook 為例，使用者在 Facebook 系統中可以張貼自己的訊息，也可以透過三種方式回應其他使用者所張貼的訊息：留言、分享、按讚。在所有行為態樣中，「張貼訊息」和「留言」都是由使用者明確表達自己的意見給所有符合隱私設定條件的人，所以與傳統「言論」與否的判斷並無二致。其次，Facebook 提供了極為簡便的「分享」（亦即轉載）功能，讓使用者可以把其他使用者的言論張貼到自己的塗鴉牆上進一步散播。在把他人言論「分享」到自己塗鴉牆上的同時，分享者也成為表意人；因此在不斷分享的過程中表意人和閱聽人會不斷增加，「從表意人到閱聽人」的傳遞過程也不再是一對一（如面談）或一對多（如報章的出版和廣電節目的播送），表意人和閱聽人的範圍都在不斷擴大浮動，因此言論的影響範圍會逸脫原始表意人的意願和控制。最後，則是較為特殊的「按讚」功能。按讚是對其他使用者訊息或留言給予「讚」的正面回應，其他使用者可以看見在各該訊息上按讚者的名單。

依據上述簡介，Facebook 具有兩種不同於「傳統言論傳遞」的特徵：一是「按讚的表意方式」，涉及言論的形態；二是「不受原始表意人控制的分

³ See *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, at 630 (1919) (Holmes, J., dissenting).

⁴ Vgl. *Lothar Determann*, *Kommunikationsfreiheit im Internet*, Baden-Baden: Nomos (1999), S. 55 f.; Jeffrey Rosen, *The Deciders: The Future of Privacy and Free Speech in the Age of Facebook and Google*, 80 *FORDHAM LAW REVIEW* 1525 (2012)

⁵ 近來較為顯著的例子為 2010 年 Google.cn 拒絕繼續應中國政府要求過濾「敏感詞」的搜尋結果，最終導致 Google 退出中國市場，相關報導參見：<http://news.bbc.co.uk/2/hi/business/8581393.stm>，最後瀏覽日期：2012/11/09。

⁶ 社群網站的定義，參見劉靜怡，*社群網路時代的隱私困境：以 Facebook 為討論對象*，*台大法學論叢*，41 卷 1 期，2012 年 3 月，頁 6：「在社群網站上，使用者可以在社群網站的系統上建立公開或半公開的個人檔案，同時，可以建立其他使用者的名單，並且和這些使用者建立關係。再者，社群網路的使用者可以檢視及連結其使用者名單，甚至檢視他人所建立的使用者名單。」

⁷ 社群網站握有使用者與他使用者間的人際關係和互動資訊，因此具有重大的隱私風險爭議；但隱私權並非本文討論主題，所以暫且不論。對於社群網站，尤其是 Facebook 所引發的隱私風險，參見劉靜怡，註 6 文，頁 16-28。此外，Facebook 廣告商以及 Facebook 與外部網站連結的相關議題，亦不在本文討論範圍之內。

⁸ Vgl. *Helmut Redeker*, in: *Hoeren/Sieber (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht*, München: C.H.Beck [Stand: März 2012 (31. Ergänzungslieferung)], Teil 12 *Internetverträge*, Rn. 415.

⁹ Vgl. a.a.O. Rn. 416.

享」，涉及言論的傳播方式。這兩者衍生出言論自由在社群網路時代中的新興爭議¹⁰。

參、言論自由在社群網路時代中的新興爭議：「按讚」是否為意見的表達？

Facebook「分享」功能的問題在於，表意人就算把 Facebook 頁面的隱私設定為半公開，但一旦被「朋友」分享、轉載出去，其言論的作用範圍就會超越原表意人的意願和控制之外。這種因節點傳播而導致言論自由對他人人格權或隱私權侵害強度擴大的爭議已有文獻詳述¹¹，因此本文的討論重點將集中在「按讚是否構成言論表達之新形態」的議題上。

與「讚」按鈕所引發的資訊隱私風險¹²相比，「按讚是否構成言論」的問題規模相對較小，所以相關法院判決出現的時間較晚。德國和美國分別在 2012 年 3 月和 8 月首次針對「臉書按讚行為是否構成言論」的問題作成法院判決。兩者皆涉及「不當解僱」，但案例事實、訴訟結果和「是否構成言論」的認定都有所不同。

一、Bland et al v. Roberts¹³

這項美國維吉尼亞州東區地方法院判決的案例事實是：被告 Roberts 在競選連任 Hampton 治安官時，6 名原告因為不滿 Roberts 行政不中立、強迫囚犯及職員協助競選，就到 Roberts 的競選對手之一 Jim Adams 的臉書競選粉絲頁上按讚。Roberts 連任成功後，便以減少開支、工作表現不佳或阻礙職場和諧與效率等理由分別不續聘或開除包含六名原告在內的 12 名員工。原告向法院提告，主張被告的開除行為是出於報復，侵害其言論自由和結社自由。法院在這首度涉及「按讚是否為享有憲法保障之言論」的案件中明確指出：「本法院認定，單純在 Facebook 頁面上按『讚』並不足以構成享有憲法保障之言論。各級法院迄今將言論自由保障擴及 Facebook 訊息的案件，

¹⁰ 近來還有一種關於「評價網站」(Bewertungs-portale)，特別是教師評價網站的爭議類型。此種網站的爭議點在於使用者在評價網站(如 spickmich.de、meinprof.de 和 note2be.com)上對教師所下的評語是否侵害該教師的人格權。由於此處涉及的是言論何時構成誹謗或侮辱的「傳統」議題，故本文未把它列為新興爭議類型。相關德國法院判決參見 LG Köln, Urteil vom 11.7.2007 - 28 O 263/07 -; OLG Köln, Urteil vom 27.11.2007 - 15 U 142/07 -; OLG Köln, Urteil vom 03.07.2008 - 15 U 43/08 -; LG Regensburg, Urteil vom 21.01.2009 - 1 O 1642/08 (2) -; BGH, Urteil vom 23. 6. 2009 - VI ZR 196/08 - = NJW 2009, 2888。

¹¹ 參見劉靜怡，註 6 文，頁 1-70，特別是頁 16 以下。

¹² Vgl. LG Berlin, Beschluss vom 14.03.2011 - 91 O 25/11 (涉及網路商家 A 在網頁中使用 Facebook 語法嵌入「讚」按鈕，因此 Facebook 使用者在瀏覽 A 的網頁時，即使沒有按讚，其瀏覽紀錄也會回傳至 Facebook 系統，但 A 未將此時的資訊蒐集加工告知網頁瀏覽者); N.N., Bundestag: Gutachten zu Facebooks „Gefällt-mir-Button“, ZD-Aktuell 2011, 82; Stefan Ernst, Social Plugins: Der „Like-Button“ als datenschutzrechtliches Problem, NJOZ 2010, 1917; Paul Voigt/Stefan Alich, Facebook-Like-Button und Co. - Datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit der Webseitenbetreiber, NJW 2011, 3541.

¹³ 4-11cv45 (E.D. Va., Apr. 24, 2012).

都涉及真正的宣稱（actual statements）¹⁴。在簡述兩個涉及 Facebook 訊息的判決先例之後，法院認定本案情形有所不同：「單純在 Facebook 頁面上按讚是不夠的。按讚並不是法院曾賦予憲法保障的實質宣稱（substantive statement）。法院無意從原告 Carter 在 Adam 的 Facebook 頁面上按下一個按鈕的行為去推斷出這則訊息的真正內涵。因為在欠缺真正宣稱的情況下，要法院去假設原告提出某種特定宣稱是不恰當的¹⁵。」並以被告「在執行公務上之裁量權能時享有豁免權」為由，判決原告敗訴¹⁶。

本案原告不服判決提出上訴，美國公民權利聯盟（American Civil Liberties Union, ACLU）和 Google 分別為原告提出法庭之友（amicus curiae）意見，主張在 Facebook 上按讚是受憲法保障的言論自由¹⁷。

二、ArbG Dessau-Roßlau, Urteil vom 21.03.2012, - 1 Ca 148/11 -

這個德國 Dessau-Roßlau 勞工法院判決的案例事實略為複雜¹⁸。本案原告是一名在金融機構 Sparkasse 工作 25 年的女性，其丈夫在他的 Facebook 頁面上張貼了一張嵌入 Sparkasse 紅色 S 形商標的魚形圖片，S 形商標被當成魚身，連接魚的頭尾兩端。圖片的旁邊加上了一行文字：「我們的魚從頭部開始發臭」，批評 Sparkasse 的行政高層。原告的姓名出現在這則訊息的按讚名單中。數月後被告 Sparkasse 的行政高層收到一封附有原告丈夫之 Facebook 頁面影本的匿名信，三週後開除了原告¹⁹。原告向 Dessau-Roßlau 勞工法院起訴，主張被告不當解僱，兩造間的勞雇關係應繼續存在。

與前述美國判決不同的是，本案中的德國法院並未自始否定按讚的言論性格，而是從「按讚行為的影響力」去進行言論自由和受僱人忠誠義務的法益權衡論證。首先，法院指出唯有符合德國民法或勞動法規的相關要件，雇主才能終止和受僱人的勞雇關係；因此本案的爭點在於受僱人對侮辱雇主的言論按讚，是否構成可導致解僱的忠誠義務違反。其次，法院針對網路言論的特性，對表意人在社群網路上發表言論所應負的責任作出以下闡述：「原告不得認為在 Facebook 上發表訊息的性質和『朋友』或同事間的『私密對話』相同。在網路平台上發表言論並不是一種私密的溝通方式。所以

¹⁴ Bland et al v. Roberts, 4-11cv45 (E.D. Va., Apr. 24, 2012), p. 6.（引號來自判決原文。）

¹⁵ *Id.* at 6-7.

¹⁶ *Id.* at 11-17.

¹⁷ ACLU 的法庭之友意見可於下列網址取得：http://www.aclu.org/files/assets/bland_v._roberts_appeal_-_amicus_brief_.pdf，最後瀏覽日期：2012/11/09。Google 的法庭之友意見可於下列網址取得：http://www.aclu.org/files/assets/bland_v._roberts_appeal_-_facebook_amicus_brief.pdf，最後瀏覽日期：2012/11/09。

¹⁸ 本案涉及其他數則 Facebook 訊息，且原告主張其丈夫知悉她 Facebook 的帳號和密碼，按讚是她丈夫所為。為免分散焦點，這些案例事實予以忽略。另外關於德國勞動法規的討論，亦予省略。

¹⁹ 本判決的詳細案例事實參見 ArbG Dessau-Roßlau, Urteil vom 21.03.2012, - 1 Ca 148/11 -, Rn. 1-19。

『貼文』是發生在公開或所謂私人空間並無差別。即使是使用限定閱覽權限的帳號來發表貶低他人的言論，Facebook 的使用者也永遠都必須考慮到『公開』的可能性。因此如果原告丈夫所張貼的魚形圖片構成不受基本法第 5 條第 1 項保障的言論，原告對該言論的公開贊同就會構成對被告的忠誠義務違反²⁰。」但在否定網路言論表意人的隱私期待之後²¹，法院對於按讚行為的解釋(Deutung)選擇了有利於表意人的解釋：「……必須考慮的是，對 Facebook 的使用者而言，基本上按讚的行為是一種未經深思的立即反應，所以不應過度高估其意義內涵。這種按讚的評論實際上並不會損害或降低被告的名譽²²。」法院認為原告的按讚行為並未違反忠誠義務，因此判決被告敗訴。

三、兩則判決的分析

前述兩則判決在案例事實和法院論理上都頗有相異之處。從案例事實部分來看，美國判決涉及對公職候選人的支持，德國判決涉及對他人的侮辱；用言論自由的用語來說，就是前者的表意人用按讚來表達高價值的政治性言論，後者用按讚來表達對低價值言論的贊同。另外，針對這種「在 Facebook 上按一下滑鼠」的行為是否能涵攝進「言論」概念，其保障程度又如何的論理，德國 Dessau-Roßlau 勞工法院肯認按讚的言論性格，但同時認為按讚只是不假思索的立即反應，僅具有低度的意義內涵，因此侵害他人人格權的能力也較低。反之，美國維吉尼亞州東區地方法院把「真正宣稱／實質宣稱」視為「言論」的要件，因此一樣是從「按讚僅具低度意義內涵」的角度出發，卻得出按讚不能構成言論，從而不享有言論自由之憲法保障的結論。兩個法院的結論竟是完全相反。

由於在筆者所知的範圍內，僅有這唯二兩則相關案例，可供參考的資料甚少，加上兩者都是第一審法院的判決，對憲法和言論自由理論的著墨不多，所以對於這兩個法院結論為何會如此迥異的問題，本文只能提出一些個人推測。

(一) 憲法文義

第一個可能原因來自憲法文義。德國基本法第 5 條第 1 項第 1 句前段規定：「所有人皆有……自由表達及傳播其意見的權利²³。」不管意見是以何種形式出現，只要涉及表意人對於表述對象（事實、行為、關係、概念、人物等²⁴）的主觀評價（如表明立場、贊同或提出個人見解等），都受到基本法第

²⁰ A.a.O., Rn. 34.

²¹ 關於這種「課予網路言論表意人有預見其言論公開的義務，從而不享有隱私期待」的立場和現行社群網路實務的落差，以及因此產生的隱私風險，參見劉靜怡，註 6 文，頁 17-28。

²² ArbG Dessau-Roßlau, Urteil vom 21.03.2012, - 1 Ca 148/11 -, Rn. 36. (強調部分為筆者所加。)

²³ „Jeder hat das Recht, seine *Meinung* ... frei zu äußern und zu verbreiten ...“(強調部分為筆者所加。)

²⁴ Vgl. BVerfGE 7, 198, 210; 33, 1, 14; 61, 1, 8 f.; 71, 162, 179; 90, 1, 14 f.; 90, 241, 247; 93, 266, 289; 94, 1, 8.

5 條表意自由的保障²⁵。因為「讚」(like; gefällt mir) 是主觀評價，因此「按讚」很容易就會被認為落入德國基本法第 5 條第 1 項第 1 句的保障範圍內。反之，美國憲法增修條文第 1 條的文義則是：「國會不得立法……侵犯言論的自由……」²⁶」條文中只明訂「言論」(speech) 的自由，其他表意形式必須被解釋為「表意性行為」(expressive act) 或「象徵性言論」(symbolic speech) 以享有言論自由的保障²⁷。所以「按讚」是否受到美國憲法增修條文第 1 條的保障，就取決於這個「用滑鼠點下按鈕」的動作是否具有表意元素。

這種因「表意內容(主觀評價) v.s. 表意形式(言論)」的規範形式差異導致對言論自由產生不同概念理解的情形，在按讚的例子中顯露無遺：因為按讚是在表達贊同的主觀評價，所以 Dessau-Roßlau 勞工法院毫無掙扎地肯定了按讚的言論性格。反之，美國維吉尼亞州東區地方法院則是把按讚定性為「按下一個按鈕的行為」²⁸，再進而檢視該「行為」是否具有表意元素，得出否定結論後便宣稱按讚行為不享有言論自由的保障。

(二) 基本權釋義

另一個可能原因來自兩國針對言論自由所發展出的司法審查架構。德國聯邦憲法法院在 Lüth 判決²⁹中為言論自由案件的司法審查建立起「交互影響理論」(Wechselwirkungstheorie)³⁰。簡言之，交互影響理論本質上是一項衝突規範(Kollisionsregelung)³¹，由規範解釋層次上的「合憲性解釋」和規範適用層次上的「狹義比例原則」所組成³²；而憲法實務向來偏重在後者，亦即「個案法益權衡」之上³³。在這種架構背景之下，德國 Dessau-Roßlau 勞工法院在把按讚行為涵攝進基本法第 5 條第 1 項第 1 句的「意見表達」(Meinungsäußerung) 之後，使用交互影響理論主張按讚的評論不致造成人格權的重大侵害，從而限縮系爭民法和勞動法規的個案適用，不致產生太大的問題。

²⁵ Vgl. BVerfGE 65, 1, 41; 71, 162, 179; 85, 1, 14 f.; 90, 241, 247; 93, 266, 289; 124, 300, 320.

²⁶ „Congress shall make no law ... abridging the freedom of speech...“ (強調部分為筆者所加。)

²⁷ Vgl. Winfried Brugger, Angloamerikanischer Einfluss auf die Grundrechtsentwicklung in Deutschland, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. IX, 3. Aufl., Heidelberg: C.H.Müller (2011), § 186 Rn. 37.

²⁸ 參見前揭註 15 引文。

²⁹ BVerfGE 7, 198.

³⁰ 德國聯邦憲法法院對交互影響理論的定義參見 BVerfGE 7, 198, 208 f.。

³¹ Vgl. Hoffmann-Riem (Fn. 1), Rn. 46.

³² Vgl. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 4.2.2010 – 1 BvR 369/04 –, Abs.-Nr. 24 = NJW 2010, 2194: „Bei der Auslegung und Anwendung strafrechtlicher Vorschriften haben die Gerichte dem eingeschränkten Grundrecht der Meinungsfreiheit Rechnung zu tragen, damit dessen wertsetzende Bedeutung auch auf der Rechtsanwendungsebene gewahrt bleibt.“ (Hervorhebungen eingefügt); Grimm, Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1995, S. 1700-1704; Hans Dieter Jarass, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), GG-Kommentar, 11. Aufl., München: C.H.Beck (2011), Art. 5 Rn. 57.

³³ Vgl. BVerfGE 59, 231, 265; 71, 162, 181; 77, 65, 75; Bethge (Fn. 2) Rn. 34; Jarass, a.a.O., Rn. 57; Hoffmann-Riem (Fn. 1), Rn. 52.

反之，美國聯邦最高法院也透過歷來判決為言論自由案件的司法審查建立起「雙軌理論」和「雙階理論」³⁴。凡是涉及政治性言論「內容」的限制（content-based regulation），都必須適用嚴格審查標準³⁵：該項言論自由的限制必須是防止「重大急迫法益」（compelling interest）免於「明顯立即危險」（imminent danger; clear and present danger）的「最小侵害手段」才能合憲³⁶。Bland v. Roberts 一案中所涉及的是對公職候選人的支持，無疑具有政治性，因此一旦把按讚行為定性為言論，所有對「政治性按讚」的限制就必須以推定違憲的嚴格標準來進行審查。美國維吉尼亞州東區地方法院之所以排斥把按讚視為言論，是否出於避免這種強烈而極端後果的考量，並不清楚。但該法院否定按讚行為之表意元素的論理的確迴避了本案真正的核心問題：雖然按讚經常「只是不假思索的立即反應」，但是否就完全不能具有認真表達言論的意涵？在「支持 Jim Adam 成為 Hampton 治安官」網頁上按讚的行為，為何一定比不上在背包上黏貼「支持 Jim Adam 成為 Hampton 治安官」貼紙的行為？

肆、結論：科技發展與言論自由理論的變革

在憲法教科書上，對於「言論自由」的原始想像是在公園裡站在肥皂箱上進行政治演說，或是在政府機關前面焚燒國旗。但隨著社群網路的發達，許多政治和社會議題如文林苑事件、華隆罷工事件和反媒體壟斷等，反而都是在網路散布發酵。網路言論實已成為當代言論自由版圖——甚至是政治性言論版圖——中不可或缺的部分。如同本文開頭所提到的，溝通自由所要保護的「雙向性」不會因為網路的發展而退讓，因此我們必須時時思考，網路言論形態和傳播方式的變化對溝通的雙向性造成了何種衝擊，而在這種衝擊之下又該如何修正言論自由的舊有概念和審查架構，如此才能在目前的科技現實中繼續賦予言論自由有效的保障。

依照前述理路，本文梗概性地介紹了社群網路時代中的新興爭議類型及其發生的原因。其中關於臉書按讚這種看似微末的議題其實也蘊涵了言論自由的核心爭議：「極度簡便」的表意方式是否不能認真嚴肅地傳達言論？

³⁴ See Lawrence Tribe, *American Constitutional Law*, New York: Foundation Press (1988), § 12-8, pp. 832-841. 相關中文文獻參見林子儀，言論自由的限制與雙軌理論，載於：現代國家與憲法——李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集，1997年，頁639-708；劉靜怡，言論自由的雙軌理論與雙階理論，月旦法學教室，28期，2005年2月，頁42-51。

³⁵ See *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC*, 512 U.S. 622, 641-42 (1994); *Sable Communications of Cal., Inc. v. FCC*, 492 U.S. 115, 126 (1989); Geoffrey R. Stone, *Content Regulation and the First Amendment*, 25 WILLIAM AND MARY LAW REVIEW 189, 202, 217 (1983).

³⁶ See Geoffrey R. Stone, *Anti-pornography Legislation as Viewpoint-discrimination*, 9 HARVARD JOURNAL OF LAW AND PUBLIC POLICY 461, 476 (1986); Gary Geating, *Free Speech Coalition v. Reno*, 13 BERKELEY TECHNOLOGY LAW JOURNAL 389, 397-8 (1998). 關於明顯立即危險的中文文獻參見林子儀，言論自由與內亂罪——「明顯而立即危險原則」之闡釋，載於氏著：言論自由與新聞自由，1993年，頁163-192。

與其他表意方式相較，「按一下滑鼠」的形式是否有必須特殊看待之處？透過「按讚行為之言論性格」的相關判決介紹，本文指出，系爭判決中的兩個法院，在面對「按讚」這種「未經思索而意義含量稀薄」的新興表意行為類型時，都回到本身的言論自由體系去檢視，所以此處的迥異判斷其實只是反映了各該體系的既有傾向，或是凸顯了其現行體系的不足之處。因此臉書按讚的爭議：「極其輕率的政治性言論不受保障？」也再次反映了美國雙階、雙軌理論的本質性問題³⁷。現行理論體系無法吞納新興爭議時，爭議便會持續；而如果新興爭議持續衝撞現行理論體系的既有裂痕，就終究必須進行變革。言論自由這項古老的權利概念，作為溝通科技變革時代中的溝通權利，自然不能自外於尖端科技的發展，而必須依隨時代的脈動演化，如此，言論自由作為「所有自由權之基礎³⁸」的地位和意義才能恆久不變。

本文原刊載於《臺灣本土法學雜誌》第 214 期(2012)，頁 28-35

文後補充：

對於 Bland et al v. Roberts 一案中原告的上訴，美國聯邦第四巡迴上訴法院已於 2013 年 9 月 13 日作出判決³⁹。援引 Facebook 在「法庭之友」意見中對於「Facebook 如何運作」、「何謂臉書頁面(Facebook Page)」、「何謂動態訊息(News Feed)」、「『按讚』(liking)的意涵」以及「對特定動態訊息和臉書頁面按讚之差異何在」的解釋，第四巡迴上訴法院推翻了維吉尼亞州東區地方法院對於「臉書『按讚』並非憲法保障之言論」的見解，認為原告「在〔競爭候選人〕臉書頁面上按讚的行為會在〔原告〕臉友的動態訊息上顯現出原告覺得該候選人頁面很讚的宣稱，也會在該候選人臉書頁面上的按讚名單顯現〔原告〕的姓名和肖像。一旦理解〔原告〕在競爭候選人臉書頁面上按讚行為的本質，即可清楚看到其行為具有言論的品質。……臉書使用者可以透過單擊滑鼠的方式製造出喜愛某頁面的訊息，而不必再經過鍵盤敲擊輸入相等的文字訊息，並不會因此產生憲法評價上的差異。此外，在競選頁面上按讚不但構成純粹的言論(pure speech)，也同時構成象徵言論(symbolic expression)。散布這個眾解其意的『姆指向上』(thumbs up)標誌……〔原告〕傳達了支持〔該候選人〕的意涵。綜言之，對政治性候選人的競選頁面按讚傳達了使用者對於該候選人的贊同之意，並透過該使用者和該頁面的連結表達了支持的態度。如此一來，臉書按讚實是『在前院展示政治標誌』的網路版本，而後者已被美國聯邦最高法院承認為『實質的言論』。⁴⁰」從前述判決

³⁷ See R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377 (1992); R. George Wright, *Content-Based and Content-Neutral Regulation of Speech: The Limitations of a Common Distinction*, 60 UNIVERSITY OF MIAMI LAW REVIEW 333 (2006); Barry P. McDonald, *Speech and Distrust: Rethinking the Content Approach to Protecting the Freedom of Expression*, 81 NOTRE DAME LAW REVIEW 1347 (2006).

³⁸ Vgl. BVerfGE 7, 198, 208 (zitiert Cardozo).

³⁹ See Bland et al v. Roberts, No. 12-1671 (4th Cir. Sep. 13. 2013), especially pp. 36-41.

⁴⁰ Ibid. pp. 39-40.

文字來看，美國第四巡迴上訴法院是從「表意人主觀見解」的「散布」這兩個觀點出發，肯認臉書按讚行為的「言論」性質，並駁斥「單擊滑鼠的簡便性會減損言論定性」的主張。就個案而言，第四巡迴上訴法院的立場與德國 Dessau-Roßlau 勞工法院的論述相近。然而，臉書按讚這種簡便、甚至輕率的政治言論形式，要如何與「政治言論之限制推定違憲」的雙階理論相容，則有待未來法院實務的進一步論述。