

言論自由、防衛性民主與網路資訊內容正確性
林伯樺

一、序論

二、言論自由與防衛性民主

(一) 言論自由

1. 言論自由之本質或目的
2. 對於言論自由之限制

(二) 防衛性民主

1. 防衛性民主之根源與意義
2. 防衛性民主之標準
3. 我國防衛性民主之規範與需求

三、網路資訊內容正確性

(一) 內容作為資訊安全之一環

1. 資訊內容與資訊安全之關係
2. 我國面臨之挑戰

(二) 發表者之責任

1. 刑罰
2. 行政罰

(三) 中介者之責任

1. 馬尼拉宣言
2. 德國網路執行法

四、基於防衛性民主所為之管制—代結論

- (一) 對發表者之管制
- (二) 對中介者之管制

摘要

言論自由屬於普是重要人權之一，在資訊發達之現代社會中，資訊之發佈亦作為言論之一環而存在。但言論也好、資訊也好均非全無界限，不論何者均有其應當遵守的規則存在。尤其在資訊社會中，資訊本身即作為一種重要的資產，放任資訊任意的散佈，並非全然不存在風險與弊害，而我國目前即存在此等困境之中。我國基於獨特的歷史背景，只是使中華人民共和國政府始終對我國保持敵意的態度，而在資訊發達的當下，其更利用資訊作為武器對我國進行分化、滋擾甚至於攻擊。

在此困境中，究竟言論自由、防衛性民主以及資訊的安全三者，應該如何獲致平衡，方得以在確保言論自由及資訊安全的同時，又能達成防衛我國自由民主憲政秩序價值的重大利益，為本文所要思考之重心所在。

關鍵字：言論自由、防衛性民主、資訊安全、馬尼拉宣言、德國網路執行法

一、序論

言論自由屬於普是重要人權之一，在資訊發達之現代社會中，資訊之發佈亦作為言論之一環而存在。但言論也好、資訊也好均非全無界限，不論何者均有其應當遵守的規則存在。尤其在資訊社會中，資訊本身即作為一種重要的資產，放任資訊任意的散佈，並非全然不存在風險與弊害，而我國目前即存在此等困境之中。我國基於獨特的歷史背景，只是使中華人民共和國政府始終對我國保持敵意的態度，而在資訊發達的當下，其更利用資訊作為武器對我國進行分化、滋擾甚至於攻擊。

在此困境中，究竟言論自由、防衛性民主以及資訊的安全三者，應該如何獲致平衡，方得以在確保言論自由及資訊安全的同時，又能達成防衛我國自由民主憲政秩序價值的重大利益，為本文所要思考之重心所在。

二、言論自由與防衛性民主

民主國家中言論自由向來作為核心、重要之基本人權而被保護¹，國家對之進行限制而欲避免違憲時，學理及實務均主張須採取嚴格審查基準或存有重要而需保護之利益時，方足構成對言論自由限制之正當理由。唯向來之論理於主張國家安全—尤以我國現今所處嚴重受威脅之情境—為理由對言論自由—尤其以網路資訊之自由—加以限制時，無論認定該等限制係屬合憲與否，論理本身是否充備本文認為不無疑慮；是以本文認為，應回歸到言論自由的本質與目的探究，慮及其在防衛性民主下會產生的影響，進而思考如我國所面臨之嚴重國安威脅下，言論自由之界線究竟為何。

（一）言論自由

1. 言論自由之本質或目的

一般廣為接受主張言論自由屬於基本人權，而必須被國家憲法保障之理由主要有三，包括追求真理說、健全民主程序說及表現自由說等²，本文認為此三說最大之差異，若以 Dworkin 之觀點觀之，前二說可謂係基於工具論而主張言論自由之保障，後說則是基於構成論式之理由支持言論自由³。詳言之，前二說係以追求真理或者健全民主程序作為其目的，而對言論自由加以保障則為實現此二目的之手段，或可謂此二說係基於功利主義之價值觀而生⁴。反之，表現自由說則應該理解為言論自由是個人人格之展現，因此其本身即作為目的而被保障。換言之，言論自由是為了保障言論者自我表現之自由並尊重言論者自我決斷之權利，係為追求言論者本身之利益而存在。

學者主張在此三說中應以表現自由說作為言論自由保障之主要依據，此等主張並非排斥追求真理或健全民主程序作為言論自由保障之目的或功能，而是認為

¹ 林子儀，言論自由之理論基礎，載於：言論自由與新聞自由，月旦，1993年04月，頁3。對於此三說之具體內容，請參照該文第16-46頁。

² 前揭註1，頁7。

³ 陳宜中，仇恨言論不該受到管制嗎？反思德沃金的反管制論證，政治與社會哲學評論，23期，2007年12月，頁58。

⁴ 前揭註1，頁7-8。

無論追求真理或健全民主程序之最終目的，仍然係以助成個人之成長及自我實踐為目的⁵，亦即個人人性尊嚴之實現為依歸。換言之，固然追求真理或健全民主程序亦為言論自由保障所能達成之效果，但此二目的之追求仍然必須回歸到個人身上，唯有個人人性尊嚴所推導出之個人實現，才是民主社會制度所要追求的終極目標。

類似之意見如 Dworkin 提出「平等尊重」之政治道德作為言論自由保障理由之說法，Dworkin 主張政治社會之正義即在於平等尊重每個公民之道德自主性，亦即代表政府應中立於每個公民不同之道德自主價值以外，而給予不同價值平等之對待⁶。在此概念下，國民各種意見及價值均應受到平等對待，國家對於各個公民透過言論所彰顯出的道德價值即應給予平等的保障，此亦即言論自由之保障。換言之，Dworkin 認為正義概念在自由社會中，即是對於社會之所有構成員給予相同、平等的關懷與尊重，因而倘國家不論及於何種目的，在各種國民所呈現出的價值道德中有所偏好時，即會犧牲部分國民而違背了平等尊重之原則；為了符合此平等尊重之原則，對於最能體現國民個人價值道德之言論表現，國家應該採取公平的保障原則，此即為言論自由保障之具體理由。

此外主張表現自由說者，亦對於僅採取工具論之追求真理說、健全民主程序說提出相對應批評。亦即倘僅以追求真理或健全民主程序作為保障言論自由之唯一理由時，雖真理之追求、民主程序之健全係為社會公眾利益，然言論即成為追求前揭目的之手段，進而，應否受保障即會因言論對前揭目的之追求有無幫助而有所差異。⁷於此，功利主義下即有對言論造成寒蟬效應之可能，亦即言論會否或得保障取決於其效果，在不知言論是否會或得保障下，個人採取不發表言論之決定。⁸Dworkin 認為此種功利主義下，由於區別「個人偏好」與帶有歧視或剝奪性質之「外在偏好」相當困難，因此功利主義將會造成無法平等尊重、關懷每個個體而危及平等權之結果，甚至造成多數暴力的歧視對待。⁹

對於表現自由說亦有其受批評之處，其一在於表現自由說所要保障之言論太過廣泛，無法明確被保障言論之界線¹⁰；其二在於表現自由說下，無法解釋言論自由相較於其他基本權利特殊而應受特別保護之處¹¹。詳言之，表現自由說首被批評者在於，各種言論均可以被認為是表意人個人人格之外在表徵，因此以個人人格形成、實現作為言論自由根據時，會得到幾近所有言論均需要加以保障之結論；然而言論自由並非毫無界限之絕對自由，對於言論自由之各種不同限制所在

⁵ 前揭註 1，頁 46-48。

⁶ 陳宜中，仇恨言論不該受到管制嗎？反思德沃金的反管制論證，政治與社會哲學評論，23 期，2007 年 12 月，頁 60。

⁷ 前揭註 1，頁 49。

⁸ 前揭註 1，頁 51。

⁹ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 274-276 (1997).

¹⁰ Lee C. Bollinger, *Free speech and Intellectual Values*, YALE Law Journal Vol. 92 No.3, 438, 442 (1983).

¹¹ Frederick Schauer, *FREE SPEECH: A PHILOSOPHICAL ENQUIRY*, Cambridge University Press, 57-58 (1982.)

多有，採取表現自由說下無法合理解釋為何部分言論得以被合理的限制，不同言論間之差異究竟何在。就第二點而言，由於表現自由說係基於個人人格實現、個人權利主體性及人性尊嚴為出發，但所有個人基本權利事實上均關乎個人人性尊嚴及人格實現，因此何以言論自由相較於其他自由權利必須有較高之保護標準，此為必要解決之疑問。學意見指出，此二點批評所指均為事實，但對表現自由說所為之批評於其他學說中亦有相同之問題，因而此非係表現自由說之缺陷，反是彰顯表現自由說保障基本權利之特質¹²。換言之，學者認為須保護與不被保護之言論界線，以及為何言論自由需要受到更高之保護兩疑慮，不論基於何種主張而保障言論自由均會有相同之疑慮。

對於表現自由說無法解釋被保障言論範圍之批評，本文認為或可由不同角度思考來回應，亦即言論自由保障所要保障之對象究竟是言論或表達言論？亦即言論自由之保障，究竟係指在保障個人所發表之各種言論內容本身，抑或在保障個人具有發表各種言論內容之權利？本文管見以為此二者實為一體之兩面，亦即倘僅保護言論內容而不保障言論之表達，言論內容無法對外傳遞，其保障是無意義的；反之，只保障言論表達而不保障言論內容種類，則言論表達之保障僅徒有形式。因此，本文以為言論自由之保障係指保障個人得自由的傳達、展現各種言論之自由。由此觀點出發即會得到結論在於，對於表現自由說的第一個批評實無意義，其理由在於前揭觀點下，在沒有特殊理由、原因或特別目的而符合比例原則之狀態下，本來就應該保障個人發表、表達各種言論內容之自由，並沒有哪種言論值得或不值得保障，因而所謂保障範圍不明、不清之批評也就沒有其意義。次就第二點批評而言，本文認為亦不成為反對表現自由說之批評；其理由在於倘若屬核心基本人權，無論是哪種權利均應受憲法上最嚴格、完全之保障，均應在嚴格的審查標準下，具有正當、強烈的理由時方得以透過法律加以限制；換言之，倘其他權利之限制法令相較於限制言論自由之法令，得以較為寬鬆之標準審查是否合憲，並非是言論自由受到較高度保障，而應係其他權利所受到之保障不足。

綜上所述，本文意見認為前揭批評未能造成表現自由說理論之謬誤，而由個人人性尊嚴出發時，表現自由說確實較能避免將個人做為追求真理或追求民主程序之工具，因而係為較可採為言論自由之基礎根源。

2. 對於言論自由之限制

進一步應該思考者在於，倘以個人之表現自由、自我實現作為保障言論自由之根源基礎時，對於言論自由加以限制之界線或理由究竟為何？若以美國聯邦最高法院判決為示例，於 1919 年 *Schenck v. U.S.* 案¹³中由 Holmes 大法官提出「明顯而立即之危險」(clear and present danger)原則，並經過 1969 年之 *Brandenburg v. Ohio* 案¹⁴再次確認後，顯然已成為言論自由目前審查之主流標準；亦即倘若言論會造成或導致明顯而立即發生之危害時，即成為國家合憲地限制此等言論之正

¹² 前揭註 1，頁 44-46。

¹³ 249 U.S. 47 (1919).

¹⁴ 395 U.S. 444 (1969).

當理由；復依據 Dworkin 在 1981 年之《Do We Have a Right to Pornography?》一文中之見解表示，倘若色情言論確有助長暴力犯罪之結果，即成為限制色情言論之正當理由¹⁵，似亦採取此標準無疑。

採取此標準下，次需思考之問題在於所謂「明顯而立即之危險」，其具體的標準究竟為何？亦即究竟何種狀態在言論自由的議題中，方足以構成明顯而立即的危險狀態。此係由於言論之特質及其所可能造成之危害所生，因而面對言論所可能產生之危害，尤其是政治言論時，不應採取禁止方式而應採取鼓勵更多言論的方式，藉由言論市場之競爭以避免不良言論所造成之危害¹⁶。於此理念下所建立關於「明顯而立即之危險」的判斷標準，事實上是相當嚴苛的。以我國大法官釋字 644 號解釋為例，其所認為之「明顯而立即危險」之程度，必須符合二要件：(1)言論鼓吹係要求大眾立即實施共產主義或分裂國土行為；(2)依客觀情勢其言論確實可能鼓吹大眾，且大眾確有可能受其鼓吹而立即實踐共產主義或分裂國土行為¹⁷。而大法官釋字 744 號解釋中，則以「防止人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復危害之特別重要之公共利益目的」作為管制言論自由之管制目的¹⁸，亦即指稱所謂「明顯而立即危險」係需到達前揭目的的狀態時，方具有管制言論自由之正當性。換言之在此等主張之下，所謂明顯而立即之危險不僅止於將來可能存在之風險，而是必須風險幾近於將要實現，若不採取行動管制言論時該風險就會實現而成為具體實害的程度。

進一步言，在此程度之危險下方可對言論自由加以限制—尤其政治性言論範疇—其標準看似非常地高，但事實上是否如此，我們可由刑法中關於言論之犯罪行為觀察。以大法官釋字 509 號、617 號解釋對象之刑法第 235 條散佈播送販賣猥褻物品罪為例示，本罪之保護法益為「保障他人免於猥褻物品干擾之自由」及「保護青少年的健全發展」¹⁹二者，其構成要件行為係以散佈、播送、販賣、公然陳列或以他法供人觀覽聽聞等五種，因而在解釋上係以足以流傳於眾使不特定人或特定多數人所得知覺作為行為之內涵²⁰，並以未有適當安全隔絕措施而使一般人具有見聞可能作為本罪客體之判斷標準²¹。

在此結構下，本罪事實上僅要在公眾可自由出入的店家陳列、販售未經採取適當安全隔絕措施之色情物品，即屬構成要件該當之行為，而不論事實有無欲保障健全發展之青少年進入商店，及進入商店者是否為自我意志之選擇；換言之，倘若店家雖然公然陳列構成要件該當之客體，但並未有青少年進入店家，且店家外觀足以顯示其係販賣色情相關物品，因而進入該商家者均為有意購買者，此時「青少年健全發展」或「免於猥褻物品干擾」法益均處於未受侵害之行為，然商

¹⁵ Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, 338, 340 (1985).

¹⁶ *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 377 (1927).

¹⁷ 大法官釋字 644 號解釋，林子儀大法官協同意見書。

¹⁸ 大法官釋字 744 號解釋，解釋理由書。

¹⁹ 黃榮堅，刑法妨害風化罪章增修評論，月旦法學雜誌 51 期，1999.08，頁 86-87。大法官釋字 407 號解釋，解釋文。

²⁰ 84 年台上 6294 號判例。

²¹ 大法官釋字 617 號解釋，解釋文。

家之行為仍屬構成要件該當之行為。因此本罪之規範結構，倘非立法者認定只要行為人著手構成要件該當行為即有法益侵害危險之抽象危險犯，即為行為著手立刻既遂之行為犯；而無論何者，均可見其與前揭大法官釋字 644 號、744 號解釋中所闡明之嚴格標準有所差異。另一示例，以刑法 251 條第三項妨害農工商罪為例，其特別主觀構成要件係意圖影響特定對象之價格，構成要件行為係散佈不實資訊，亦無相關結果之規範。換言之，行為人只要有特定意圖並著手實行，無論最終有無影響特定對象價格之具體結果，或造成價格波動危險，均為本項犯罪構成要件該當之行為，係為抽象危險犯或行為犯之規範方式，亦與前揭大法官所示標準有明顯差異。

當然的，或可將上揭由刑法與大法官解釋所顯示之差異，歸因於對於政治性言論與猥褻言論兩者在言論自由保障上之差異，亦即美國聯邦最高法院對於言論自由所發展出的雙階理論。所謂雙階理論，係指將言論區分為高價值言論與低價值言論兩種，而分別適用不同保護機制、程度之理論。此理論首出現於 1942 年 *Chaplinsky v. New Hampshire* 案中，將猥褻言論、誹謗言論及挑釁言論等認為屬於低價值言論，並採取不同程度之憲法保障²²；換言之，亦即當審查「限制低價值言論的法律或措施」是否違反憲法第一修正案對言論自由之保障時，採取不同於「限制高價值言論的法律或措施」之審查標準而較為寬鬆，因而「限制低價值言論的法律或措施」較易獲得不違反憲法對言論自由保障之審查結果。

然此採取雙階理論之主張，極可能有邏輯上疑慮且為大法官所不採。首就邏輯上疑慮而言，依前揭說明，言論自由之基礎理論依據，應在基於對人性尊嚴之尊重，進而對個人人格表現權利之尊重，是以就表現個人人格思想之言論自由加以保障；因此倘採雙階理論承認高價值言論如政治性言論等，相較於低價值言論更需保障，無疑即等同承認高價值言論所彰顯的人格，相較於低價值言論所彰顯的人格兩者間存在有差別對待。但無論高價值言論或低價值言論，事實上均為言論表意者之人格展現，因而，基於人性尊嚴所生之言論自由保障，對於個體間採取差異對待一事，顯然係對於個體之人格採取差異對待，而違反對個人之平等尊重，邏輯上無法合理其立論基礎。其次就我國大法官釋憲實務上，我國大法官解釋釋字 744 號解釋，係就化妝品廣告事前審查所為之解釋，其中並未認為此類廣告因屬商業言論、低價值言論而採取較為寬鬆之審查標準，顯見本號解釋並不採取雙階理論；且大法官協同意見認為，此等嚴格之審查標準，將來應擴及所有類型言論之事前審查²³。

綜合上揭較合理的結論，應為我國以往對言論自由保障採取雙階理論，然自大法官釋字第 744 號解釋起，逐漸揚棄雙階理論而採取無論何種言論均適用嚴格審查標準加以保障；因此，對前揭法律限制言論自由而規範結構卻為行為犯之規範方式一事，理應透過解釋將刑罰發動之要件限縮解釋，當行為確有可能導致明確而具體之危險時，方有發動刑罰干預言論自由之空間。以刑法第 235 條之陳列

²² 315 U.S. 568 (1942).

²³ 大法官解釋釋字 744 號，黃昭元大法官協同意見書。

公然猥褻物品文字罪為例，既然其保護法益係「青少年健全發展」或「免於猥褻物品干擾」，則行為必須有對青少年發生影響，或不願意受猥褻物品干擾之人受到干擾之高度、具體危險可能，其構成行為方有實行行為之本質而該當本罪；反言之，縱或該猥褻物品文字並未加上封膜等阻絕方式，只要該商店或行為人之行為，並未使青少年發生接觸、影響或干預不願受干預之人之立即而明確之危險，則該陳列猥褻物品行為並不具有本條實行行為之性質。舉例而言，倘若商店以明確於店外宣告禁止未成年人進入，且依據店名明顯得辨別是販賣相關色情物品，只要未有對外窗戶使戶外發生強制入目干預情形，縱然在店家是其他不特定成年人得自由出入情形，且範圍內相關色情商品並未有明確的包裹阻絕，亦非屬公然猥褻之實行行為才是。

若依據上揭說明，則對於言論自由加以限制之門檻可以理解為，當言論會造成明確而立即之危險時，國家可以對發表言論之人加以處罰，以達到限制該等言論之效果。換言之，對於言論之事前審查可能是無法合理其存在者，蓋因發表言論前，其是否會造成具體、明確之損害尚屬未知而僅存在於假想推測之階段，唯有該言論已經發表，且時間上不允許透過其他言論之理性討論以避免該弊害，弊害已達到明顯而立即之危險時，政府之介入方有合憲之可能。²⁴

（二）防衛性民主

基於上揭於限制言論自由時所應具備要件之標準，進而就防衛性民主面向、需求，思考何等狀態得對言論自由加以限制；唯要思考此問題時，必須要就先就防衛性民主與言論自由發生交互作用之區塊加以釐清，因而即必要就防衛性民主之理論基礎加以重新探明。

1. 防衛性民主之根源與意義

防衛性民主之根源，一般認為起源於二戰後德國憲法之規定。亦即以二戰前德國威瑪憲法做為借鏡，避免如希特勒之流藉由民主制度之漏洞，而奪取政權攻擊毀滅民主制度，在二次世界大戰後之德意志聯邦共和國基本法中，設計用以防衛民主之相關制度²⁵。換言之，一般認為二戰前德國威瑪憲法是不設防的民主制度，使希特勒及納粹透過了制度缺陷而以民主手段獲得政權並終結威瑪共和，因而於二次世界大戰後設計德國憲法時，將避免民主受到威脅傷害之相關制度規範納入。德國憲法對於防衛性民主之規定，規定於第 18 條及第 21 條二項，其中第 18 條是對於個人行為之規範，對於濫用言論自由、出版自由、講學自由、集會自由、結社自由等各種權利，以攻擊自由民主基本秩序之個人，由聯邦憲法法院宣告剝奪其權利之制度；而第 21 條二項則是關於政黨的防衛性民主，規定政黨意圖損害或廢除自由、民主基本秩序或意圖危害德意志聯邦共和國存在時，屬於違憲之政黨，並由聯邦憲法法院決定其違憲宣告及解散。

（1）內在價值之必要性

該制度設計之理念，最主要是避免有任何人藉由民主制度中的機制戕害民主

²⁴ 前揭註 17。

²⁵ 詹鎮榮，防衛性民主，月旦法學教室 18 期，2004.04，頁 30。

制度本身的秩序與價值，此時首要之爭點在於，民主制度本身除多數決原則外，是否存在有其他內在價值、秩序，或言有無其他界線存在。以美國民主制度之基礎，亦即多元的「意見市場」²⁶為例，其所遵循之標準係為 1919 年 *Abrams v. United State* 案中 Holmes 法官之不同意見書²⁷所提出，容許各種言論意見之自由交換並於市場中競爭。換言之，此種觀念係將各種意見、言論，視為於自由經濟市場上相互競爭之商品，藉由市場會自行尋找出最佳解答之自由經濟概念，各種言論、意見、思想亦會在相互競爭過程中汰弱留強，而留下最為大眾所接受之意見；簡言之，此種主張即為所謂「真理越辯越明」，透過意見與言論的自由競爭汰除錯誤言論而留下真理。

此種主張是否真能確立，真理是否真的能為言論市場中被接受，有主張認為是有疑慮的²⁸；這樣的疑慮是可以理解的，畢竟意見市場與一般經濟市場有其本質上之差異，無法單純以商品市場之供需法則加以解釋，意見與意見間之優劣往往需要長時間的驗證方得以確定，且各種言論在意見市場中競爭並確定是非對錯的過程，其往往造成之損害極為巨大。以威瑪德國為例，因國民誤信選擇了納粹之主張，最終的代價是二次世界大戰全球數千萬人的犧牲；另以美國 19 世紀中葉對於奴隸制度之廢止爭論為例，非但造成美國內戰之巨大傷亡，更持續了百年時間方才於法律制度上賦予有色人種相同之權利，而至今仍於各種場域存在不同程度之種族歧視。綜結上揭案例可見，言論市場中各種言論之競爭不一定會產生正確之意見，且其中所需要之時間、成本可能巨大到令人難以忍受之程度，若採取此等立場觀察，「意見市場」之想法僅僅是理想狀態的假設，而並未真的存在於現實社會上。

就此觀點，威瑪共和中所謂的民主制度，被認為屬於是「基於極端相對主義而存在之絕對價值中立」之政治體制，也可說是「民主多數決原則作為其最高指導原則之形式主義民主」²⁹；換言之，在威瑪共和之民主制度中，唯一服膺之價值基準僅有民主多數決原則，除此之外國家體制對於一切其他價值均採取中立立場，當國民多數決決定終結民主制度時，民主制度會因此選擇自我終結。由此可見民主制度除多數決原則外，必要存有其他內在價值或界線，否則民主制度在面臨非民主價值之挑戰攻擊時，會因為欠缺多數決原則以外其他內在價值而終結。

(2) 內在價值之內容

當確立民主必要有多數決以外之內在價值時，進一步之思考議題在於此內在價值之內容應當為何。鑑於二戰納粹所造成之傷害，德國戰後制定基本法時不再採取絕對價值中立之民主觀，而係先確定憲法中不得被扭曲變更的民主自由基本價值秩序，對於此價值秩序之內涵，德國聯邦憲法法院於 1952 年在社會主義帝國黨之違憲宣告中有相關說明。憲法法院之判決中指出，自由民主基本秩序排斥所有形式之暴力或專制統治，並呈現基於人民自由平等自決之多數意志的法治國

²⁶ 2002 Biennial Regulatory Review, 18 F.C.C.R. 13620 (2003).

²⁷ *Abrams v. United States*, 250 U.S. 630 (1919).

²⁸ C. Edwin Baker, *Scope of the First Amendment Freedom of Speech*, 25 UCLA L. REV., 974 (1978).

²⁹ 蕭國忠，防禦性民主與德國民主的正常化，社會科學論叢第 4 卷第 2 期，2010.10，頁 60。

治理原則，因此所包含之具體原則及於生命與自由發展人格權之尊重、國民主權、權力分立、責任政府、依法行政、司法獨立、多黨制、政黨平等與組黨自由等。³⁰

而我國大法官對於憲法中價值秩序之說明，則可見於大法官釋字第 499 號解釋；依據大法官釋字第 499 號解釋理由書中所述：「憲法條文中具有本質之重要性而為規範秩序存立之基礎者，如聽任修改條文予以變更，則憲法上整體規範秩序將形同破毀...現行憲法賴以存立之基礎，凡憲法設置之機關均有遵守之義務。」³¹又復言：「諸如：第一條所樹立之民主共和國原則、第二條國民主權原則、第二章保障人民權利、以及有關權力分立與制衡之原則」³²均屬此等具有本質重要性之憲法基本原則。

觀察我國大法官解釋與德國憲法法院判決所述，可發現兩者本質上是相當的，僅是描述細緻度與偏重程度上之差別；舉例而言，德國基於其基本法第一條人之尊嚴不得侵犯之規定，於判決中特別重申聲明、自由及人格權，但我國釋憲中僅於第二章保障人民權利一併帶過，另外德國鑑於二戰納粹之危害，特別詳細列出關於司法獨立、多黨制、政黨平等及組黨自由等原則，而我國釋憲中僅以「有關權力分立與制衡之原則」一語概括之。由此可見我國大法官所做解釋其採取之民主自由秩序之內在價值，與德國憲法法庭是一致的，僅描述方式有所不同相較於德國憲法法庭，我國大法官解釋較為抽象概括而不夠具體。

綜合上揭所述，防衛性民主即係為保護憲政體制中民主自由內在價值秩序，於利用民主自由社會體制中之程序手段對此等價值秩序發動攻擊時，用來反擊以保衛民主制度使其得以存序之手段。而民主自由之內在價值秩序，並非係僅有多數決原則之極端相對主義，而是由人性尊嚴出發，對於生命、自由及個體人格之尊重所生，進而擴張到國民做為國家主權所有者之國民主權原則，及所有為了支持國民主權原則、民主政體所必要之各種政府原則諸如權利分立等。因此凡對於上揭各種民主制度內在價值原則，因民主自由社會多元包容之特質而濫用民主制度手段發動攻擊時，均當為防衛性民主所欲防衛之對象。

2. 防衛性民主之標準

(1) 以德國為借鏡

當確立民主自由之價值秩序及防衛性民主之正當性後，進一步應考慮之問題，即在於防衛性民主之標準應當為何？換言之，究竟何等程度、狀態、方式之攻擊是防衛性民主的發動門檻。觀察德國關於防衛性民主之規定，可發現於基本法第 18 條之規定中，其主要濫用者係以言論自由及相關之衍生性權利為主，換言之，於民主自由政體中，倘欲利用民主自由社會政體中之手段對民主自由秩序施以攻擊，其主要所利用者在於言論自由所產生之相關手段。因此，要檢討防衛性民主發動之標準、門檻，其所應當檢視者，即為在何等程度之危害發生時，即

³⁰ BVerfGE 2, 1.

³¹ 釋字第 499 號解釋理由書。

³² 前揭註 31。

可發動防衛性民主制度對言論自由加以限制，亦即可謂言論自由限制之門檻及標準。若依據前揭關於言論自由之限制的發動門檻觀察，國家意欲透過法律等手段限制國民之言論自由時，理應存在言論即將產生明確而立即之危險狀態，且此危險狀態無法或不及透過國民以更多言論理性討論加以治癒時，國家方得以發動對於言論自由之限制，則應該思考的問題在於，於防衛性民主之領域中，究竟何等程度方屬於此等明確而立即之危險，且無法或不及透過理性討論治癒之狀態。

以防衛性民主根源的德國為例，其最為典型之案例即為關於極右派言論之禁止，亦即德國法體制中的反納粹條款，其主要包含兩部分，其一為德國刑法中關於否認納粹屠殺或讚揚納粹之言論禁止，其二則為德國集會遊行法中關於納粹受難者紀念場所之保護。³³簡言之，就第一部分而言，德國刑法於第 130 條第 3、4 項中規範，禁止公然或於集會中贊成、否認或粉飾納粹統治時期之罪行，即便單純贊成、頌揚或辯護納粹統治，但倘若侵害受難者尊嚴而破壞公共和平者仍為犯罪行為。就第二部分而言，凡於紀念、追憶納粹受害者之地點進行集會遊行，或集會遊行有侵害納粹受難者尊嚴之可能者，得對於集會遊行予以禁止或課予特定負擔。

就德國判決實務而言，德國聯邦憲法法院就此類極右言論做出數個判決，包括 1994 年的否認納粹大屠殺判決³⁴，2001 年的納粹受難者紀念日遊行判決³⁵，2003 年關於國社黨代表大會紀念日遊行判決³⁶，2004 年之猶太會堂判決³⁷，2005 年歐洲猶太死難者紀念碑遊行判決³⁸，及 2009 的 Wunsiedel 市 Heß 紀念會判決³⁹等；而關於德國基本法第 21 條違憲政黨之部分，則有 1952 年社會主義帝國黨（Sozialistische Reichspartei / SPR，簡稱社帝黨）之違憲判決⁴⁰，1956 年共產黨之違憲判決⁴¹，及 2017 年關於 NPD 之判決⁴²三者。綜觀德國聯邦憲法法院上揭關於極右派言論之判決，大致可以整理出幾個重點，包含：(1)憲法法院肯定對於人性尊嚴、公共利益之侵害，得以作為禁止言論自由之根據；(2)倘若僅是對於人性尊嚴、公共利益造成危險，雖不足以禁止言論，但得作為給予言論特別負擔之根據；(3)無論是對於言論加以禁止或給予特別負擔，國家均有證明人性尊嚴、公共利益損害或危險之義務。⁴³

而關於違憲政黨禁止之判決，德國聯邦憲法法院就 1952 年及 1956 年之社帝黨及共產黨，均認定其違憲而宣告禁止，但於 1968 年德國共產黨（Deutsche

³³ 蘇慧婕，第三帝國陰影下的言論自由保障：論德國聯邦憲法法院在政治極右言論案件中的立場演變，臺大法學論叢第 45 卷第 2 期，2016.06，頁 416-419。

³⁴ BVerfGE 90, 241.

³⁵ BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 26. 1. 2001-1 BvQ 9/01.

³⁶ BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 5. 9. 2003-1 BvQ 32/03.

³⁷ BVerfGE, 111, 147.

³⁸ BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 6. 5. 2005-1 BvR 961/05.

³⁹ BVerfGE 124, 300.

⁴⁰ BVerfGE 2, 1.

⁴¹ BVerfGE 5, 85.

⁴² BVerfGE 144, 20.

⁴³ 前揭註 33，頁 420-430 參照。

Kommunistische Partei / DKP，簡稱德共黨）是否違憲的爭議中，卻由內閣會議擱置了該黨的黨禁申請，同時於 2017 年的德意志國家民主黨（National demokratische Partei Deutschlands, NPD）之違憲審查判決中，聯邦憲法法院認為 NPD 雖然具有以專制制度取代民主政體之主張，其實踐行為也針對民主自由基本秩序，然缺乏證據顯示其行為具有成功之可能，因而宣告無須禁止 NPD。換言之，於 NPD 之判決中，聯邦憲法法院認為除政黨必須有攻擊民主自由價值之違憲行為外，尚必須要系爭行為具備有成功之可能性，方足構成黨禁之事由。

綜觀上揭關於言論自由及黨禁判決，大致可以理解德國聯邦憲法法院就民主自由政體之防衛機制上，在判斷是否要禁止特定言論或政黨上，係採取相對嚴格之標準，亦即要件上除言論或政黨行為係攻擊民主自由價值秩序以外，尚必須要此等攻擊言論或政黨行為是確實造成損害或有高度損害之可能；倘若尚未造成實際之損害且僅有一般程度之可能性時，至多僅得就該行為施以特別負擔加以預防。同理可證，倘若政黨對於民主自由秩序價值施以攻擊時，倘若未有實際損害或高度危險，最多僅得就政黨施以特別負擔而不足以構成黨禁事由。

另一方面，除上揭關於政黨及特定活動之禁止或負擔外，德國防衛性民主另有關於個人基本權利之剝奪規定。德國基本法第 18 條係針對濫用權利攻擊民主自由價值秩序之個人，剝奪其相關基本權利之規範。唯參照德國聯邦憲法法院之判決，對於個人基本權利剝奪之聲請均被憲法法院所駁回，包括 1952 年對社帝黨主席 Otto Ernst Remer 之聲請⁴⁴，1969 年對德意志國家報發行人 Gerhard Frey 之聲請⁴⁵，及 1996 年關於 Thomas Dienel、Heinz Reisz 二人剝奪基本權利之聲請⁴⁶等。對於上揭案例，聯邦憲法法院的判決大致上均認為，國家於聲請中所主張的理由並不可採，無法證實被聲請人對民主自由價值秩序具有明顯而具體的威脅⁴⁷。換言之，可見德國聯邦憲法法院在個人基本權利剝奪之判斷上，相對於政黨之禁止或政治活動之禁止、負擔，採取較為嚴格之標準加以審查；進而就個人之情形，由於欠缺如政黨、政治團體一般的組織性，使個人就國家民主自由價值要產生如同政黨、政治團體般之危險或損害是非常困難的，因此第 18 條對於個人基本權利剝奪之要件即難以被滿足而無發生效果之餘地。

(2) 兩種不同的路線：分離或整合

至此，可發現關於言論自由的兩種看似截然不同路線，分別為美國所代表的意見市場模式，與德國所代表的防衛性民主模式；因而需要考慮之問題在於，究竟應該選擇哪種路線？本文管見以為，事實上美國的意見市場隱喻與德國防衛性民主，與其說是兩種不相容的理念，毋寧認為是在同樣標準下基於不同前提所獲得之不同結果，兩者本質並無如此大的差異，以下將試述本文見解。

首先就美國意見市場隱喻而言，縱然於憲法第一修正案中保障言論自由，但

⁴⁴ BVerfGE 11, 282.

⁴⁵ BVerfG, 02.07.1974 - 2 BvA 1/69.

⁴⁶ Beschluß vom 18. Juli 1996 - 2 BvA 1/92; 2 BvA 2/92.

⁴⁷ Eva Marie Schnelle, *Freiheitsmißbrauch und Grundrechtsverwirkung: Versuch einer Neubestimmung von Artikel 18 GG*, Duncker & Humblot, Berlin, 2014, 94.

是由國家仍可以對商業言論、色情言論、挑釁言論等加以管制來看，所謂言論自由並非如同思想自由是一種絕對的自由，基於言論是對外展現、表達的特質而言，言論自由最終仍有其界限存在，亦即不得對於他人造成侵害為是。換言之，依據前揭關於美國言論自由意見市場之說明，係以對他人之利益造成明顯而立即之危險或侵害作為言論自由之界限；相對於此，參照德國防衛性民主中聯邦憲法法院之實踐，亦可發現是以對於民主自由秩序價值有無明顯而立即之危險，是否對於人性尊嚴、公共秩序造成損害，來作為是否發動憲法基本權剝奪效果，或刑法、集遊法上對於言論加以禁止或給予特別負擔之要件；因而可謂，無論在意見市場隱喻或防衛性民主原則中，兩者的操作標準是一致的，均在於是否造成他人損害或明顯而立即之危險。

倘基於此「明顯而立即之危險或損害」作為標準，進一步思考意見市場隱喻與防衛性民主之差異，本文意見認為，其產生兩種截然不同表象之理由在於，對於民主自由價值秩序之攻擊言論，或者稱之為「反民主言論」，究竟會否造成明顯而立即之危險或損害，採取了兩種不同假設之結果。詳言之，在意見市場隱喻的想法中，各種意見言論相互競爭會去蕪存菁的留下最接近真理的思想，因此將民主自由作為內在價值的美國社會中，理所當然的認為透過自由競爭後，反民主言論將在意見市場中失去其市場而被淘汰，因而絕大多數情況下不會造成所謂「明顯而立即之危險或損害」；但德國基於其自身的特殊經驗，無法如此樂觀的認為反民主言論必然會於意見市場中被淘汰，納粹崛起正是利用民主機制漏洞的最佳例證，因此即便僅是言論，防衛性民主概念中仍會認為其有造成實質危害之可能。

進而依本文想法，意見市場隱喻與防衛性民主本質上是一致的，僅是對言論是否真的會造成損害一事看法不同，因而產生看似不同之處理方式；但若將言論是否會造成損害之爭議暫且擱置，可發現言論未造成任何危險或損害時，防衛性民主無有發動之餘地，倘言論已造成損害，於意見市場自由競爭原則下，國家亦必須採取手段防止損害擴大，因此可見就結果上而言兩者並無不同。所以本文認為兩者應屬言論到達「明顯而立即之危險或損害」前、後不同階段所採取的不同態度才是，在言論尚未到達明顯而立即之危險或損害程度前，採取意見市場隱喻之理念容許各種言論自由競爭以求治癒反民主言論所造成之損害，當已造成、到達明顯而立即之危險或損害程度時，即應採取防衛性民主原則對係爭言論進行相對應防衛措施，以避免造成無法挽回之傷害。

此外，倘言論已經造成民主制度面臨明顯而立即之危險或實質傷害，仍不採取防衛措施對言論進行管制或禁止，而仍然認自由意見市場之觀點方符合言論自由保障，此等觀點想法事實上具有嚴重邏輯的矛盾與謬誤。亦即絕對保障言論自由而完全取決意見市場之選擇，倘最終國民選擇反民主制度而導致侵害民主自由秩序受侵害，則言論自由亦無法繼續獲得制度保障；由此點來說，可推導出此等絕對意見市場觀念下，言論自由是可透過多數人之選擇而被捨棄的，因而言論自由即非絕對不得侵害之權利而是可被選擇的，既然如此亦無絕對保障言論自由之

根據與必要，產生結論與前題自相矛盾的謬誤。為避免此等矛盾產生，若非假設言論自由狀態下無有產生民主自由秩序侵害危險或實害之可能，即要將言論自由之界限設定為不得侵害民主自由秩序價值才是。

3. 我國防衛性民主之規範與需求

倘肯認防衛性民主應當為言論自由之內在界限時，進一步觀察我國關於防衛性民主之規範結構與需求。一般通說認為我國防衛性民主規範之法源依據，於民國 86 年（1997 年）7 月之憲法第 4 次增修條文中，規定在憲法增修條文第 5 條第 4 項及第 5 項，其中第 5 項規定政黨之目的或其行為，危害中華民國之存在或自由民主之憲政秩序者屬於為違憲；同條第 4 項則規定由司法院大法官組成憲法法庭，審理關於政黨違憲及宣告解散事項。至於此制度於我國之具體運作規範，係依政黨法第 26 條⁴⁸之規定，於政黨有違憲行為時由內政部向憲法法庭聲請審理，而司法院大法官則依據憲法訴訟法規定進行政黨違憲解散案件之審理⁴⁹，倘宣告政黨違憲解散其效果則規範於政黨法第 30 條⁵⁰，除有立即解散之效果外，尚有不得成立目的相同之代替組織、不得以同名稱或簡稱再設立政黨或從事政治活動之限制。

此等關於違憲政黨解散之規定，為我國目前防衛性民主之主要規範。大法官見解表示認為憲法增修條文第 5 條即為引進德國基本法之防衛民主原則⁵¹，同時在釋字第 644 號解釋中，亦明白表示於政黨成立後其目的或行為危害中華民國之存在或自由民主之憲政秩序者，得於憲法法庭審理作成解散判決後予以禁止⁵²，由此可見上開規定確為我國防衛性民主之相關制度無疑。唯必要注意者在於，我國除上開關於違憲政黨解散制度外，並無如德國基本法第 18 條關於個人基本權剝奪之相關制度，此先敘明。

(1) 歷史經驗的需求

次者，以我國防衛性民主僅有違憲政黨解散制度為前題，思考我國目前究竟是否有防衛性民主之存在需求或必要。如前所述，德國發展出防衛性民主制度、原則係基於其二戰時代納粹崛起之特別經驗，亦即納粹黨利用民主機制建立專制政權之特殊歷史歷程⁵³，因而於我國引入防衛性民主制度時，首應考量者即在於

⁴⁸ 政黨法第 26 條

政黨有憲法增修條文第五條第五項之情事應予解散者，由主管機關檢具相關事證，聲請司法院憲法法庭審理之。

⁴⁹ 憲法訴訟法第 77 條

政黨之目的或行為，危害中華民國之存在或自由民主之憲政秩序者，主管機關得聲請憲法法庭為宣告政黨解散之判決。

⁵⁰ 政黨法第 30 條

經司法院憲法法庭宣告解散之政黨，應自判決生效之日即停止一切活動，並不得成立目的相同之代替組織。

前項經宣告解散之政黨，不得以同一政黨之名稱或簡稱，再設立政黨或從事活動。

政黨解散後，其依政黨比例方式產生之全國不分區及僑居國外國民立法委員，自司法院憲法法庭判決生效之日或主管機關為解散公告之日起，喪失其資格。但其因合併而解散者，不在此限。

⁵¹ 前揭註 17。

⁵² 大法官釋字第 644 號解釋，解釋理由書。

⁵³ BVerfGE 39, 368。李震山，德國抵制恐怖主義法制與基本權利保障，月旦法學雜誌 131 期，

我國是否具有相同、類似之歷史經驗或背景，亦即藉由民主制度漏洞對我國自由民主之憲政秩序進行攻擊之狀態。就歷史經驗而言，自民國 36 年（1947 年）我國憲法開始施行後，隨即面臨動員戡亂時期及戒嚴對民主制度之箝制，應自解除動員戡亂時期並解除戒嚴後方才真正落實民主自由之政治體制，於此之前應理解為威權政治體制⁵⁴，亦即直到 1987 年起，我國政治體制才開始真正的由霸權政體逐漸自由化⁵⁵。若由此角度觀察，我國在民主化後並未出現藉由民主制度手段侵害民主政體之成功案例，但若將觀察的視角向前延伸，或許會或得不同之結論。

民國 36 年（1947 年）行憲後，我國憲法本文所建構之國民大會、五權分立制度，雖有認為其思想價值及制度上存在許多矛盾之批評，認為其根本上即為共產主義中實現無產階級專政之民主集中制制度者⁵⁶，然依據我國憲法於施行之初至動員戡亂時期開始前之實踐經驗來看，至少於 36 年是實施了接近民主制度的直接普選。從此一角度而言，嗣後政府透過動員戡亂長期限制國民民主制度之施行，並且實施黨禁、報禁等箝制國民結社及言論自由實施一黨威權統治，係透過第一屆國民大會中成員主要均為國民黨籍此現實狀態⁵⁷，對於民主制度加以進行侵害。當然 1947 年我國政府所面臨之境況，與二次世界大戰前納粹於威瑪共和中崛起所處之境況不盡相同，德國威瑪共和所面臨之困境是一次大戰後的德國經濟蕭條與國家戰敗後的國民情緒，而我國於 1947 年所面對的是國民黨與共產黨間內戰的動盪，換言之德國經驗可說是純粹由納粹主動發動之對民主的侵害，而我國或多或少具有因共產黨內亂而發生的被動要素在內，兩者經驗雖然相似但不能也不應直接等同。

(2) 國家安全風險之需求

除歷史經驗外我國在防衛性民主的需求上，尚有目前面臨的國家安全挑戰之需求，關於此點，亦即目前面對中國對我國政府、社會透過各種媒體、網路管道所進行之滲透及資訊戰。日前我國學者發表中國對我國政府、社會發動資訊戰之看法⁵⁸，此種狀態實為民主自由價值面臨民主自由手段攻擊之現實狀態，以下詳言之。首先，中國政府屬於專制、獨裁政府，係為國際社會所明知的事實，而中國採取不承認我國政府之敵對狀態亦為大眾所周知，因此消滅我國政府一直為中國政府之重大目標。

在此狀態下，中國利用我國民主自由政體下對於言論自由之保障，以對於我國發動攻擊、分化，可否謂防衛性民主所要防禦之攻擊手段，是值得思考的議題。

2006.04，頁 5-6 參照。

⁵⁴ 湯志傑，重探台灣的政體轉型：如何看待 1970 年代國民黨政權的「正當化」，台灣社會學第 12 期，2006.12，頁 149。

⁵⁵ 王振寰，台灣的政治轉型與反對運動，台灣社會研究季刊第 2 卷第 1 期，1989.07，頁 74。

⁵⁶ 李鴻禧，「廢國民大會，此其時也」，新世紀智庫論壇第 10 期，2000.06，頁 32-33。

⁵⁷ CHINA'S FIRST "ELECTION, New York Times (1923-Current file); Nov 23, 1947; ProQuest Historical Newspapers: The New York Times pg. 124. available at: <https://search.proquest.com/hnpnewyorktimes/docview/107748238/F74B2EE666F44068PQ/41?accountid=13877> last visit at: 2019.09.01.

⁵⁸ 自由時報，網軍買粉專！他透露中國「從俄羅斯學來的 73 招」，2019.04.06，<https://news.ltn.com.tw/news/politics/breakingnews/2750823>，last visit at: 2019.05.31。

其理由在於中國對我所進行的攻擊，事實上係來自於外部之攻擊行為，而非防衛性民主原則原來所設定之主要處理目標，亦即國家內部藉由民主手段攻擊民主制度自身之威脅。此等由外部而來的攻擊分化行為，本來理應透過國家安全法等規範體制加以規範，我國國家安全法於 108 年修正中亦將大陸地區、香港、澳門等與外國並列，作為國家安全法規範之一環，但國家安全法第 2 條之 1 之規範，可能仍不足以防禦中國對我國所進行之攻擊行為；其理由在於國安法第 2 條之 1 之規定中，其所禁止之行為包括「發起、資助、主持、操縱、指揮或發展組織」，「洩漏、交付或傳遞關於公務上應秘密之文書、圖畫、影像、消息、物品或電磁紀錄」，及「刺探或收集關於公務上應秘密之文書、圖畫、影像、消息、物品或電磁紀錄」等三種類型，而不包括為中國進行政治宣傳、虛言誇飾或惡意的對我國政府進行攻擊等。換言之，在此等規範下我國國民倘利用我國對於言論自由之保障，為中國進行政治宣傳，惡意的對政府政策提出攻擊，或對社會大眾進行分化，並不能以國家安全法之規定加以管制處罰。主因在於此等宣傳或惡意言論攻訐之行為，並不在國家安全法第 2 條之 1 構成要件範圍中，除非同時該當於其他法律中對於不實言論之管制，否則為中國進行攻擊之我國國民，現況下即得主張言論自由而無法加以管制制裁。

綜上所述，雖然中國對我國之攻擊屬外部攻擊，本非防衛性民主所涉及範圍，但由於我國與中國之特殊關係，在文化與語言相近的情況下，中國大量利用我國媒體、國民對我國政府、社會進行分化攻擊，在危及我國民主自由政體之存續情境下，因而使之成為了防衛性民主所要防衛之內部風險。而我國對於防衛性民主之需求，也因而產生政治運作之歷史經驗及社會國家安全兩層次不同之需求。但縱觀我國被認為屬防衛性民主之相關制度，係聚焦於違憲政黨之解散，而未有如同德國基本法第 18 條個人權利濫用之相關制度，於我國現行所面臨之處境顯有防衛不足之處。

三、網路資訊內容正確性

當確認個人之言論、行動舉止於我國所面臨之困境下，理應為防衛性民主所防禦的範圍，但目前欠缺憲法上法源依據得以進行有效防衛時，本文進一步聚焦至網路上資訊，亦即網路言論為核心，思考現行防衛性民主憲法法源依據有所不足情境下，如何得以抗衡惡意網路資訊內容對民主所造成之危害。

(一) 內容作為資訊安全之一環

1. 資訊內容與資訊安全之關係

我國於 2018 年 5 月通過資通安全管理法，並於同年 9 月由國安會發佈「國家資通安全戰略報告」，將資訊安全視為國家安全一環是為我國當前重要政策⁵⁹。而資訊安全並非僅有資通訊過程中硬體設備或軟體協定、程式之安全，本文見解認為，網路通訊過程中所傳遞之資訊正確性其亦為資通安全中重要之要素，其理由在於網路資訊之特殊性與內容正確性所造成之影響，於此說明如下。

(1) 網路資訊之特殊性

⁵⁹ 國家安全會議，國家資通安全戰略報告，2018 年 9 月，頁 6。

首先之因素在於網路資訊之特殊性，學者認為網路媒介相較於傳統媒介，其具有多媒體性、超文本性、封包切換性、同時性及互動性等性質⁶⁰，此等性質會使得網路媒介上所乘載之資訊與傳統媒介上乘載之資訊產生不同的影響力，以致於西元 2000 年網路發達後形成嶄新的資訊傳遞特性。本文見解認為，在影響網路資訊之諸多特性中，最為重大的特質即為互動性！其理由在於，網路發展之初互動性固然只是利於資訊閱聽者對資訊發送者提供反饋，但由於網路的大規模發展與應用使得互動性更近接到另一個層次，使得資訊得以由閱聽者共同編輯、創造資訊或在閱聽者彼此間傳遞，強化網路資訊去中心化之特質。

此等去中心化特質將使資訊流動與傳統資訊流動產生大規模的差異，傳統資訊流動固然可以透過閱聽者的口耳相傳達到點對點的效果，但欠缺媒介的狀態下會受時空障壁的影響而無效率，因此主要資訊流動仍應依賴資訊媒介如電視、廣播、報紙等呈現單一來源向多點傳播的型態；但當網路作為閱聽大眾間的媒介之後，多點對多點的傳播型態即可突破時空障壁而與傳統媒介的一對多型態發生競逐。在此狀態下，多點對多點的資訊傳輸效率會遠高於一對多的傳輸方式，資訊的發生點可透過直接向其他閱聽大眾傳播資訊，接受到資訊的閱聽大眾又再次作為節點向外傳播，會比傳統必須透過單一媒介收集資訊後向外傳播來的更為迅速。但另一方面，資訊傳遞去中心化的結果，將使資訊之內容喪失其權威性。由於傳統媒介採取一對多的傳遞方式，閱聽大眾在欠缺其他管道的狀態下，傳統媒介掌握資訊內容之詮釋權因而形成資訊的權威中心；唯當網路資訊便利後去中心化之作用，使得閱聽大眾的資訊來源多元化，因此每個節點不容易產生資訊的詮釋權威，閱聽大眾對於資訊的正確性判斷會因資訊的多元多樣而變的更加困難，資訊的內容亦無法如同傳統媒介所傳遞的資訊般具有權威性，呈現單一事實卻多元、多種詮釋，甚至就同一事實出現眾說紛紜的樣貌。

倘若肯認本文所主張於網路成為資訊傳播媒介後，資訊在傳播上會發生去中心化之效果，使得資訊之傳播變的更加迅速，但內容上產生多元詮釋樣貌之看法，則依據常識應可得到結論，資訊在多元而迅速的傳遞下，越早出現的說法、越大量出現的說法，雖尚不至完全壟斷整體資訊交流管道，但在閱聽者從眾心態的影響下，只要沒有明顯的破綻，就有越高可能性成功主導資訊交流管道中該資訊被討論之走向，也就是一般所謂的「帶風向」。而「帶風向」在傳統資訊媒介的狀況中，除非握有媒體之經營、控制權否則很難具體實現，或僅有專制集權國家如北韓、中華人民共和國等，對各式傳統媒介進行管制、操縱，方得控制資訊內容之走向。

(2)網路資訊內容正確性之影響

在本文之見解，亦即網路資訊內容相較於傳統媒體資訊內容更易被操作，以此作為前提之下，應該考慮的問題在於，此等網路資訊內容之特性，對資訊通訊安全之影響為何。本文見解認為，當網路資訊內容易於被操作，使得不正確、有

⁶⁰ John E. Newhagen and Sheizaf Rafaeli, "why communication researchers should study the Internet: a dialogue", Journal of computer-mediated communication, Volume 1, Issue 4, 1996.03, Page 4.

瑕疵的內容主導資訊討論方向的情形普遍發生時，其所造成之影響即為資訊通訊安全受害。於此固然可以單純的說資訊內容之正確性，本即為資訊通訊安全之一環，為本文認為應當負責的推論，何以資訊內容正確性對於資通訊安全確有其影響，茲詳說明本文主張如後。

本文的出發點在於，法律制度究竟能對資通訊安全提供之保障為何。資通訊安全倘若討論通訊技術方面之議題，依據常識可知，其係防護方與攻擊方無止盡的技術較量，亦即作為攻擊方的駭客不斷的提出、利用新型態的技術發動攻擊，企圖癱瘓系統、竊取資料等，而防護方則是利用技術的發展，不斷的修補漏洞、抗衡各種攻擊，以確保系統的正常運行及資料之安全無虞。在此較量、對抗的過程中法律制度所能提供者，僅在協助防護方健全其對抗攻擊之環境，要求資通訊防護方建立必要之防護制度，以及針對攻擊方給予相對應的法律責任三者；此三者於我國分別得以針對新技術利用時可能造成之損害與以免責，以資通安全管理法要求建立並符合一定防護基準，及針對電腦犯罪之犯罪人予以處罰為例。

在此等結構下，可說法律對於資通訊安全所能提供之保障，並非直接、真正的對於資通訊安全的保障，而僅作為國民在防護資通訊安全過程中的協助機制，甚至是當資通訊安全已經發生風險、危害時之事後處理機制而存在。尤以事後對侵犯資訊通訊安全之犯罪人加以究責，毫無疑問純粹為單純的是後處理機制，究責過程發生之時其侵害已然終了或既遂，資通訊安全已經遭到破壞。因而倘基於法律之事後處理機能觀察，除事前協助資通訊安全之需求建構相關環境外，更重要的是以社會大眾「對於電腦或網路使用上的安全秩序之信賴」作為保障法益⁶¹，換言之，亦即保障社會大眾對於資訊、通訊管道之信任感。此等對於資訊通訊安全信賴感之保障，在以資訊通訊作為生活重要基礎之現代社會中，係屬必要以法律制度加以保障者，正如同貨幣作為現代社會生活重要基礎，必須透過法律制度保障社會大眾對於貨幣之信賴。此係由於資訊通訊系統之被信賴，係屬維持資訊通訊系統健全運作之必要條件，如同貨幣系統一般，倘若不被社會大眾所信賴時，將致使系統無法正常運作，而於資訊通訊系統之情形，即為社會無法正常的透過資訊通訊系統進行訊息之交換，包括利用資訊通訊系統進行商業交易等。

進而，資訊系統中所傳遞資訊內容之正確性，是否會影響資訊通訊系統安全性之被信賴感？本文意見認為資訊內容之正確性縱然不會立即的影響資訊安全的被信賴程度，但隨錯誤內容的比率、頻率的升高，將會使資訊安全被信賴程度隨之下降。以社交工程為例，藉由偽裝的寄件人名義騙取收件人信任，進而進行詐騙或植入木馬程式，倘若此等事件反覆發生，將會使得一般社會大眾對於電子郵件之信賴感降低，而電子郵件於法律上作為意思通知、意思表示之功能將會大幅減損；而網路資訊內容發生錯誤之情形，當反覆發生時亦會造成閱聽者對於網路媒介之信賴感下降，據此造成網路作為資訊流通媒介之功能下降，於現今大幅依賴網路之現代社會生活將會造成嚴重之影響。而一旦網路資訊安全因正確性被信賴感下降，導致網路資訊內容之不被信任後，連帶應用網路資訊所產生的媒

⁶¹ 李茂生，刑法新修妨害電腦使用罪章芻議（上），台灣本土法學雜誌 54 期，2004.01，頁 246。

介、交易管道均會隨之萎縮，對整體國家發展及經濟的健全化均會產生負面之影響。

2. 我國面臨之挑戰

倘若如同本文上揭見解，認同資通安全之內容正確性，對於資通訊安全係會產生具體影響者，進一步應該思考在我國特殊的情境之下，究竟我國資通安全內容正確性與前揭所提及之言論自由與防衛性民主之關連性為何？如前所述我國目前所面臨之處境在於中國透過各種媒體對於我國社會發動分化、對政府發動攻擊，攻擊手法中亦包含透過各種虛偽訊息之發送，使得台灣社會進入分化、互相攻擊的狀態；此時所涉及者，即為中國透過網路發送虛偽內容之資訊，對我國民主自由政體發動攻擊，企圖造成我國社會動盪，以對實現中國侵略我國、消滅我國自由民主價值之目的。

因此會出現的狀況是，配合前揭關於防禦性民主之說明，我國目前面臨之困境為：(1)中國利用我國對於言論自由之保障，發送包含但不限於網路虛偽內容之資訊，以對於我國民主自由憲政秩序進行攻擊。(2)我國現行防禦性民主制度僅限於對政黨違憲之制裁，倘若前揭行為係透過個人或其他非政黨法人為之，並無法以類似於德國基本法第 18 條之規定予以制裁。在這兩個對現狀的描述交互作用下，形成我國存在必須以防禦性民主對抗中國惡意虛偽訊息之需要，但卻因欠缺憲法規定而無法直接抗衡之困境，以此必須透過其他資訊內容之相關法制，以資訊安全之觀點就虛偽資訊予以打擊，以達防禦我國民主自由憲政秩序之目標。換言之，在我國所面臨之處境下，為防禦我國民主自由之憲政秩序，必須透過資訊安全之觀點抗制虛偽內容之不實資訊，防禦性民主與資訊安全於此，抗制中國惡意不實內容之虛偽資訊之目的是一致的。

(二) 發表者之責任

依據上揭說明為了在欠缺防衛性民主機制下對抗內容虛假資訊所造成之損害，必須依賴現有規範體系下對於虛假資訊之禁止、處罰機制，因此本文以下茲區分為發表、散佈虛偽資訊者之責任，及中介者（網路媒介平台）責任加以說明之。首先就發表、散佈虛假資訊行為人之法律責任部分，先行說明者在於，我國關於網路不實資訊並未有一致性之法律規制，而係視資訊內容所相關之領域採取分別規範之架構，換言之，我國法規體系主要是依據資訊內容之分類採取規範上的分類，至於承載資訊之媒介是否為網路並非主要分類標準，至多僅為加重處罰之理由。本文之見解，依對不實資訊處罰所保護之法益，認為得區分為六項目，分別為選舉公平、軍事安全、個人名譽信用、市場交易、交通安全及社會秩序等。

1. 刑罰

首先就發表或散佈虛偽內容之資訊，將對行為人科以刑罰部分做說明；對發表散佈不實資訊行為人科以刑法者，其所涉及法益種類項目範圍非常廣泛，本文所分類的六大項目均有以刑罰加以處罰之規定，其條文包括了：公職人員選舉罷免法、總統副總統選舉罷免法、陸海空軍刑法、刑法、傳染病防治法、災害防救法、食品安全衛生管理法、民用航空法、證券交易法、期貨交易法、公平交易法、

保險法、農業金融法、銀行法、信用合作社法等；而其中市場交易又可細分為農工民生必需品交易秩序、證券期貨交易秩序、金融保險交易秩序及一般商業交易秩序等，社會秩序則包括有災害防救、傳染病防治與食品安全三大類。各類犯罪行為之構成要件中，主要均以散佈不實訊息作為實行行為，而以危險結果（具體危險或抽象危險）作為其犯罪結果，部分類型於主觀要素併有規定特別之犯罪意圖或目的，詳參閱下表。

法規	條號	實行行為及結果	危險結果	特殊意圖或目的
公職人員選舉罷免法	104	意圖使候選人當選或不當選，或意圖使被罷免人罷免案通過或否決者，以文字、圖畫、錄音、錄影、演講或他法，散布謠言或傳播不實之事，足以生損害於公眾或他人者	具體危險	TRUE
總統副總統選舉罷免法	90	意圖使候選人當選或不當選，以文字、圖畫、錄音、錄影、演講或他法，散布謠言或傳播不實之事，足以生損害於公眾或他人者	具體危險	TRUE
陸海空軍刑法	72	意圖散布於眾，捏造關於軍事上之謠言者	抽象危險	FALSE
刑法	251	意圖影響第一項物品之交易價格，而散布不實資訊者	抽象危險	TRUE
	310	意圖散布於眾，而指摘或傳述足以毀損他人名譽之事者	抽象危險	FALSE
	313	散布流言或以詐術損害他人之信用者	抽象危險	FALSE
傳染病防治法	63	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	具體危險	FALSE
災害防救法	41	散播有關災害之謠言或不實訊息，足生損害於公眾或他人者	具體危險	FALSE
食品安全衛生管理法	46-1	散播有關食品安全之謠言或不實訊息，足生損害於公眾或他人者	具體危險	FALSE

民用航空法	105	未指定犯人向公務員、民用航空事業或活動團體之人員誣告犯危害飛航安全或設施，或散布危害飛航安全之不實訊息者	抽象危險	FALSE
證券交易法	174	對有價證券之行情或認募核准之重要事項為虛偽之記載而散布於眾	抽象危險	FALSE
期貨交易法	63	為誇大、偏頗之宣傳或散布不實資訊	抽象危險	FALSE
	106	意圖影響期貨交易價格而自行或與他人共謀，傳述或散布不實之資訊者	抽象危險	TRUE
公平交易法	24	為競爭之目的，而陳述或散布足以損害他人營業信譽之不實情事	抽象危險	TRUE
保險法	166-1	散布流言或以詐術損害保險業、外國保險業之信用者	抽象危險	FALSE
農業金融法	38	散布流言或以詐術損害信用部或全國農業金庫之信用者	抽象危險	FALSE
銀行法	125-1	散布流言或以詐術損害銀行、外國銀行、經營貨幣市場業務機構或經營銀行間資金移轉帳務清算之金融資訊服務事業之信用者，	抽象危險	FALSE
信用合作社法	38-1	散布流言或以詐術損害信用合作社之信用者	抽象危險	FALSE

參酌上表整理可見，在我國以刑罰處罰散佈不實訊息之犯罪類型中，在具體危險與抽象危險之規範類型中，大多數均採抽象危險犯之規範方式；而關於行為人是否具備特殊主觀目的或意圖項目中，則多數採取不需具備特定主觀目的意圖之規定方式⁶²。因此可認為我國就不實資訊之刑罰規制，其構成要件應屬相對寬鬆，要成立相關發表、散佈不實資訊犯罪並不困難；但我國不實資訊相關之六大領域及其下位各個領域，其涵蓋範圍並非全然的涵蓋社會生活之各層面，尤以防衛性民主必要之與「惡意攻擊政府體制的不實資訊」抗衡之領域極度欠缺；舉例而言，散佈我國勞工政策「一例一休」之不實惡意資訊，諸如加班費的計算、增

⁶² 筆者註：臺灣高等法院 103 年度上易字第 2095 號判決，「行為人倘僅向特定人陳述足以毀損他人名譽之事，又無積極證據足認行為人有藉場地（如多人在場之公開場合）或人（如於新聞記者採訪時為陳述）之助力以散佈於公眾之意圖，自難遽繩以刑法第 310 條第 1 項之誹謗罪責」

加的成本等，攻擊我國政府施政以達成中共分化我國社會、國民之目的時，由於勞動政策此項目並不在上揭六大領域及其下位分類中，因此對行為人並無法以上揭相關法規加以規制。

2. 行政罰

除上揭刑事罰以外，我國對於發表、散佈不實資訊之規制，尚有以行政罰加以規制者，包括有社會秩序維護法第 63 條、氣象法第 24 條(違反第 18 條 1 項)、動物傳染病防治條例第 43 條，及災害防救法第 39 條(違反第 35 條 2 項)等四個條文。其主要均為社會秩序之相關保護，除社會秩序維護法之規定係作為一般社會安寧之共通性保護外，其餘各法律分別針對氣象、動物傳染病、災害防治救助相關領域進行保護，處罰未經許可擅發氣象、災害警報及散佈動物傳染病疫情不實資訊之行為。綜觀此部分規定可見，除社會秩序維護法保障社會安寧而採取共通性規範外，其餘係針對各種專業領域所為之規定，且以未經許可散佈相關警報或疫情資訊為行為類型；由於此各類警報係屬專業領域之判斷，未經許可者不得擅自發佈，為保障國民對於警報之信賴感、避免警報失去警告效果，採一經行為即給予行政罰之規定方式，一方面避免採取刑事罰需要經過司法審判可能導致時間過長、延誤所造成之影響，另一方面在倘若未經許可之警報並未造成社會大眾實質的損害或危險時，避免給予過重的處罰。

(三) 中介者之責任

除上開關於發表、散佈不實資訊行為人之責任外，另一方面應該觀察的，是作為資訊中介者之媒介，於此類不實內容資訊散佈過程中所應承擔之法律責任為何。一併於此說明者在於，我國目前現行法制中，並未對作為資訊承載之媒介就其於不實資訊傳輸過程中進行法律責任之特別規定；本文於此之意思並非指作為資訊傳播媒介之各種管道，一定無任何法律責任可言，例如傳統媒介中的電視、廣播或報紙雜誌等平面媒體，對於其所致撥的新聞內容倘若涉及不實，仍會依據民法侵權行為或雇用人侵權行為連帶責任加以負責，且並可能涉及廣電法規中對於新聞未加以查證之處罰；但本文於此要討論的並非此等媒體作為資訊製播人之情形，而係媒體純粹作為中介者或資訊媒介之情形。

詳言之，亦即傳統理解下的電子、平面媒體或新型態的網路媒體平台，就資訊內容並非由其所決定，而僅僅作為資訊傳遞媒介之情形。比較類似的案例在傳統媒體的情況是廣告(不包括外製節目。對外製節目電視台仍有審酌權限，但對於廣告電視台通常無審酌)，而在網路媒體平台則類似於 Facebook、Youtube，或者是有線電視系統中的系統業者及網路結構中的 ISP。此類情形下，無論電視台對於廣告內容、Facebook 或 Youtube 對於使用者上傳的資訊內容，有線電視系統業者或網路 ISP 對於其中所傳輸的內容，均非由其所製作而僅負責傳遞此類資訊內容，單純作為資訊傳播之中介、媒介角色。

在目前我國法制下，對於資訊傳遞過程中此類擔任中介者角色的載體，基於言論自由之立場，並未有特別的法規要求其負擔對利用者所發佈言論之審查責任；換言之，基於保障言論自由之立場，國民得自由利用各種管道發表其言論，

國家對於國民言論之事前審查屬重大侵害言論自由之行為，原則上、大多數情況下均屬違憲行為，因此國家並不具有一般性事前審查之權限，因而國家無法賦予各種資訊之媒介、中介者事前審查之義務，因為倘若國家賦予此類中介者事前審查之義務時，形同國家發動對於國民言論之事前審查。

在此認知作為前提下，中介者基本上無法被賦予不實內容資訊之審查法律責任，就是否要進行審查資訊內容是否屬實，係透過各媒介與使用者之間的使用者條款亦即契約所決定。此等關於中介者責任之立法模式，如同前揭對防衛性民主之說明，國際上亦有兩種截然不同之立場，分別可以網路社群所做出的「馬尼拉宣言」（或稱「馬尼拉中介者原則」）與德國「網路執行法」做為代表，下簡要說明之。

1. 馬尼拉宣言

馬尼拉宣言是由網路社群所作成，其以網路自由作為其原則之主要概念，提出的主張包括有：（一）中間人應免於對第三方內容承擔責任；（二）沒有司法機關命令，不得要求對內容進行限制；（三）內容限制請求必須清晰、明確，且依照正當程序；（四）法律、內容限制命令，和實務做法必須通過必要性和比例原則的檢驗；（五）法律、內容限制政策，和實務做法必須遵循正當程序；及（六）透明度和問責機制必須建立在法律、內容限制政策和實務做法中，等六大原則。

63

綜觀此六項原則不難發現，其實第二項至第六項原則，僅係法律上基本原理原則，並未超出一般原則之範疇，包括司法保留原則、正當程序原則、比例原則、明確性原則等；換言之，馬尼拉宣言中真正具有法律上責任分配意義的是其第一原則，亦即中介人不對於第三方所發表之內容負責。配合第二至第六原則將會獲致下列結論：(1)由於中介者本身不具有承擔資訊發表人所發表資訊正確性之責任，因此資訊中介者不具備主動審查發表人所發表資訊之動機；因此，(2)倘對個別資訊欲加以審查或禁止時，必須透過司法審查程序得以為之；(3)基於司法機關依法審判之特性，國家非透過立法之方式，司法機關無依據對於個別資訊做出限制或禁止之命令，自然亦無法要求資訊中介者對係爭資訊進行限制或移除。

2. 德國網路執行法

與之相對的則可以德國之立場作為對照，德國於 1997 年針對網路制定專法進行管理，「資訊與通訊服務法」（Information and Communication Services Act，又稱多元媒體法），用以管制網路傳輸之違法內容，包含猥褻、色情、惡意言論、謠言、反猶太人或宣揚種族主義等言論⁶⁴。該法主要處理的對象，仍係以網路資訊內容之提供者為主，至於網路服務提供者諸如網路空間之提供者，以及網際網路連線提供者，僅有在極度例外的情形下需要就違法資訊內容加以負責。

於 2017 年德國再次對於網路通訊進行立法，其網路執行法（Act to Improve

⁶³ <https://www.manilaprinciples.org/>。台灣人權促進會網頁參照，
<https://www.tahr.org.tw/news/2361>。

⁶⁴ 范傑臣，從多國網路內容管制政策談台灣網路規範努力方向，資訊社會研究第 2 期，2002.01，頁 208。

Enforcement of the Law in Social Networks，又稱為 Network Enforcement Act, NetzDG)⁶⁵主要規範對象為社群網路之營運商。依據德國聯邦司法及消費者保護部之解釋，該法要求社群網路營運商必須建立投訴機制，讓使用者可以檢舉其他使用者所發佈之違法內容，且必須於接獲檢舉後一定期間內將該違法內容予以刪除或禁止連結，倘若社群網路不履行此一法定義務，則可能面臨最高 5000 萬歐元的罰鍰⁶⁶。

在此立法模式下，透過使用者對於資訊內容之檢舉，中介者必須要擔負起審查資訊內容之責任，與馬尼拉宣言中中介者不承擔第三方內容之原則大相逕庭。詳言之，由於社群網路營運者必須建立檢舉機制，且於一定期間內對於使用者所做出的檢舉做出回應，將違法內容之資訊進行刪除或封鎖，因而產生營運者需要審查資訊內容之實質結果。又因倘社群網路營運者不為此項法定義務建立相關檢舉機制或對使用者檢舉做出回應時，將遭受官方裁罰之結果，此即為一旦使用者發佈違法資訊，營運者即必須對之採取相對應措施（刪除或封鎖）以彌補係爭違法資訊所造成之損害，形同雖然違法資訊發佈者本身的法律責任並不因而免責，但身為中介者之網絡社群營運者，必須承擔第三方發佈之違法資訊之成本（或責任）。

3. 小結

綜結上二種立法模式，顯示對於中介者責任立法的兩種極端，至於何等立法模式較佳，結論可能是各有利弊的情形。以馬尼拉宣言之立場而論，其固然恪守言論自由之立場，尤其避免中介者因承擔資訊內容適法性責任，而產生自我審查、過度侵害網路使用者言論自由之結果；但相對者，在資訊快速流動的網路時代中，倘若於第一時間無法透過中介者以技術將之封鎖或刪除，事後即便證實其屬於嚴重違法、侵害的資訊，可能亦無法再將之除去。反之德國網路執行法之立法模式，雖可立即去除違法資訊避免損害擴大，但中介者擔任審查之角色是否適格，是否具有相關審酌的能力，均可能是必須再加考慮的，尤其身為中介者之營運商，會否因為其他因素（如經濟因素）對於不違法之資訊亦加以封鎖、刪除，形成違法資訊以外之自我審查（類似於媒體為中國市場而將西藏獨立、新疆人權等相關資訊予以過濾之效果），進而造成言論自由之侵害，可能必須要繼續觀察德國法實踐之成效來加以確定。

四、基於防衛性民主所為之管制一代結論

最後應該思考的問題，亦為本文的結論在於，基於我國防衛性民主之需求，究竟對於資訊內容應該採取何等的管制措施，方足以在資訊安全、防衛性民主與言論自由三者間取得平衡？下將以對不實資訊、惡意資訊之發表者之管制及對於

⁶⁵ available at:

https://www.bmfv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/NetzDG_engl.pdf?__blob=publicationFile&v=2, last visit at: 2019.11.01.

⁶⁶ Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Act to Improve Enforcement of the Law in Social Networks(Network Enforcement Act, NetzDG) - Basic Information, available at:

https://www.bmfv.de/DE/Themen/FokusThemen/NetzDG/documents/NetzDG_englisch.html, last visit at: 2019.11.01.

中介者之管制兩層面加以討論之。

(一) 對發表者之管制

就對於不實資訊及惡意資訊之發表者之管制部分，首先再次確定本文前揭所獲得的各項前提，亦即(1)對於言論自由之管制並非全部違憲，但多以事後管制為原則且需符合比例原則；(2)我國的歷史經驗及面對外在挑戰下，具有防衛性民主之重大需求；(3)資訊內容之正確性屬於資訊安全之一環；(4)我國目前對於資訊內容正確性，在多重領域均對資訊發表人進行管制，但欠缺對於敵對勢力攻擊所為之惡意資訊所採取，基於防衛性民主而為之管制措施。

綜合前揭可獲致之結論在於，我國目前必要就敵對勢力所為之攻擊進行民主的防禦。於此面臨的困境或挑戰本文認為有二：(1)對我國政府、社會所為之惡意攻擊，多半屬政治、社會等公共領域言論或資訊，對於此類資訊言論進行管控，將有嚴重的箝制言論風險，必須採取謹慎的態度方式為之，尤其應該採取司法審查的方式確認其為敵對勢力所造成者，方得以透過司法判決加以禁止。但另一方面，(2)對此類攻擊言論採取事後管制，就資訊正確性加以查證並透過司法途徑加以追訴禁止時，將產生緩不濟急的危險，對於已經造成的損害可能無法彌補。此二困境係為相互拮抗的狀態，越在乎第一困境而採取謹慎態度，則越可能產生無法即時彌補的風險；反之意欲即時的對抗惡意資訊，則箝制言論自由的風險也越高。

對於此等困境本文的立場認為，美國之外國代理人法案或許有值得借鏡之處。亦即，並非透過對於資訊內容加以處罰的方式，亦非對於特定人士採取禁止言論的方式來達成防衛性民主；而係透過將具有為敵對勢力宣傳疑慮之資訊發佈者，倘能確認其與敵對勢力間具有利益收受之關係時，要求其進行登記、標示，使資訊接受之閱聽大眾得以明確知悉資訊來源可能存在之風險；在我國的狀態即為，倘若確認個人或媒體頻道等收受有中國官方勢力，包含黨、政、軍方面來源的資金時，即應要求其進行登記為中國勢力之代理人，明確標示其受有中國勢力之資金，使國民清楚得知該資訊來源可能具有中國勢力操作之風險。

本文以為此等方式可有效處理前揭提出的二困境，透過釐清其資金來源以標示中國代理人之方式，避免對於言論內容直接加以審查造成過度箝制言論自由之結果，同時身分之標示免於司法審查曠日廢時之弊害，於司法審查確定其為虛偽不實或惡意前使資訊接受之閱聽大眾產生警覺之效果。

(二) 對中介者之管制

對於中介者之管制，則可能有截然不同之結果。前揭已經介紹關於馬尼拉宣言及德國網路執行法兩種不同之立場，兩者均有其優點亦有失其偏頗之處。從防衛性民主之角度觀察，德國法之立法路徑應該是較能滿足我國目前巨大的國家安全及民主價值存亡之挑戰，但確實會造成過度侵害言論自由之疑慮；此外，德國法另個疑慮在於執法可能性，亦即社群網路不一定設置於我國境內，倘我國亦比照德國立法時，對於設置於國外之社群網路、社群媒體，要求其遵照我國法律之可能性有多少亦是必要考量之問題。在網路發達的當今，外國社群網站、媒體並

不一定需要在我國境內設置相關機構仍可經營，縱或如同德國網路執行法一般，要求此類網站需要於境內設置機構或負責人，但其是否願意遵守仍有疑慮，甚或我國國民為中國代理人，於中國境內的社群媒體發佈相關惡意資訊時，要如何要求該社群網路負責，事實上是具有執行難度的。

因此考慮到執法困境，對於資訊中介者之管制，仍似以採取馬尼拉宣言之模式為宜，亦即中介者原則上不對於第三人所發佈之資訊內容負責為宜，但例外狀態時亦即倘若第三人因其發佈資訊涉及違法而應被封鎖或刪除，則應透過司法機關之確定判決要求資訊中介人採取技術措施為相對應之處置，此時倘資訊中介人惡意忽略本國司法機關命令不為相對應措施，即應依據法令就資訊中介者為相關法律責任之追訴或處罰。縱或繫爭資訊中介者於我國境內並未設置相關機構或負責人，亦無相關財產可供執行，仍可透過跨境訴訟、司法互助等方式就中介者進行法律上的追訴為是。

綜結以上，我國資訊安全環節中，資訊內容正確及非惡意性一環，是目前相當脆弱的一環節，尤其在面臨境外勢力刻意對我發動敵意的資訊戰時，如何由防衛性民主之觀點強化資訊內容安全，是目前急迫而必要的任務。本文謹藉由釐清言論自由之界限與防衛性民主之關係，企圖在國家目前面臨資訊戰之困境中，試圖提出防衛之管道與途徑。