

# 言論的自由與責任：自歐洲人權法院近年爭議裁判反思

翁燕菁

國立政治大學政治學系副教授

## 目次

- 壹、前言
- 貳、保衛民主的戰鬥思維
- 參、言論管制的權威色彩
- 肆、言論管制的「私刑」隱憂
- 伍、代結語：回歸自由與權利

## 關鍵字：

假新聞、言論自由、歐洲人權法院、仇恨言論、第三方言論審查

## 壹、前言

「假新聞」定義涵蓋範圍甚廣，晚近研究自文獻梳理出諷刺、荒謬模仿、杜撰捏造、影像操弄、置入行銷、政治宣傳等類型，並以其內容事實性（facticity）與作者誤導意圖以程度加以區分為四類。其中，杜撰與操弄之事實性低且誤導意圖高，亦即作者或發行者有意使資訊看似實況報導，卻無事實根據者。因此，此類型言論屬於作者無法直接為其意見負責，且無意依據事實發表者<sup>1</sup>。然而，假新聞成為各國公權力打擊或懲處之目標，終非為「追求真實」，而係避免「假新聞」對公共利益或個人權利造成難以彌補的傷害。上述研究中歸類之無中生有或蓄意操弄，不僅可能形成言論自由與私人生活受尊重權利的【台灣法學雜誌第 363 期，2019 年 3 月，第 5 頁】衝突，更可能對於包括選舉、公投等民主制度造成扭曲與破壞。惟以法律而言，重點似不在於是否管制言論以保衛民主，而宜聚焦於是否及如何適度預防嚴重後果。

民主制度奠基於政治自由，而政治自由之根本在於思想與表現自由，即司法院大法官所稱「實施民主政治最重要的基本人權」<sup>2</sup>或「維持民主多元社會正常發展不可或缺之

1 Edson C. Tandoc Jr., Zheng Wei Lim & Richard Ling, Defining “Fake News”. Digital Journalism, 6, no.2 (2018): 137-153, 147-148. doi: 10.1080/21670811.2017.1360143.

2 司法院大法官釋字第 445 號解釋解釋文，1998，段 1。

機制」<sup>3</sup>，亦為人權事務委員會（Human Rights Committee）肯認為「每個自由民主社會的基石」<sup>4</sup>。人民得自由散播並接收公共與政治資訊及想法<sup>5</sup>，選舉制度便得以建構於開放、透明之意見市場上。維持意見市場的自由交易，應將管制重點置於交易者之間的關係。拙文擬參酌歐洲人權法院（European Court of Human Rights）近年裁判之爭議，探討言論管制之兩難，並嘗試主張，即使將「假新聞」縮限於無中生有或蓄意操弄，亦應回歸最根本之自由權利關係，在確保言論市場自由的前提下，為維護尊嚴平等而課以行使言論自由時相應之義務。

## 貳、保衛民主的戰鬥思維

倘若對抗假新聞之目的在於保衛民主制度，則其論據與手段尚待商榷。德國聯邦基本法著名之「防衛式民主」（wehrhafte Demokratie）<sup>6</sup>，係為原本不具自我防禦能力之民主體制而設。威瑪共和（Weimarer Republik）及二次大戰之歷史經驗，促成戰後德意志於重塑自由民主特建立此防禦機制<sup>7</sup>。歐洲人權法院曾於早年一宗公務人員表現自由爭議中承認，德國基於其歷史因素，使防衛式民主成為其憲法原則，足以構成限制表現自由之正當目的<sup>8</sup>。防衛式民主初以反民主之極端勢力為假想敵，嗣於近年民粹再興後獲得理論之修正，儼然成為當代民主體制於民粹浪潮中尋求自保之熱門研究路徑<sup>9</sup>。惟亦不乏學說批評，其論據於自由主義的外衣下，將容易無限上綱之民主假想敵排除於民主機制外，掩藏著菁英式之民主政治藍圖以及菁英對人民的不信任<sup>10</sup>。

民主的敵人何在？對戰後的德國而言是納粹，對遭受恐攻之後的美國或許是恐怖組織。國家基於其歷史背景及國家【台灣法學雜誌第 363 期，2019 年 3 月，第 6 頁】共識，確立其假想敵，確立並抵禦外於民主社會或是不應屬於民主社會的元素。歐洲反恐經驗即揭示，敵人不在牆外，而在民主社會之中，須加以排除：從最初之解散暴力政黨、瓦解恐怖組織，進而監控潛在激進化成員或移民。而當民主社會中的保守民粹政黨興起<sup>11</sup>，

3 司法院大法官釋字第 756 號解釋理由書，2017，段 4。

4 General Comment No.34, 2011, §1, CCPR/C/GC/34.

5 Ibid., §§11, 13; 司法院大法官釋字第 364 號解釋理由書，1994，段 3。

6 亦稱「戰鬥性民主」。詹鎮榮，〈防衛性民主〉，《月旦法學教室》，18 期，2004，頁 30-33。

7 Augustin Simard, «L' échec de la Constitution de Weimar et les origines de la 'démocratie militante' en R.F.A.», *Jus Politicum*, n°1[<http://juspoliticum.com/article/L-echec-de-la-Constitution-de-Weimar-et-les-origines-de-la-democratie-militante-en-R-F-A-29.html>]

8 Eur. Court HR, *Vogt v. Germany* [GC], 26 September 1995, §51, Series A no. 323.

9 Carlo Invernizzi Accetti and Ian Zuckermari. What's Wrong with Militant Democracy? *Political Studies* 65, no.1\_suppl (2017): 182-99, 183. doi: 10.1177/0032321715614849.

10 Malkopoulou, Anthoula, and Ludvig Norman. Three Models of Democratic Self-Defence: Militant Democracy and Its Alternatives. *Political Studies* 66, no.2 (2018): 442-58, 446-447. doi: 10.1177/0032321717723504.

11 輿論或以「極右派」稱之，但這類政黨難以全數歸類為「右派」，部分政黨採行更近於傳統左派之政策，惟更強調反移民或保守價值。學說因而以「文化逆襲」（cultural backlash）作為區隔，強調歐美這類政黨訴求回歸傳統、保守而排外之民粹本質。Ronald F. Inglehart and Pippa Norris. Tramp, Brexit, and the Rise of Populism: Economic Have-Nots and Cultural Backlash. *HKS Working Paper* no.RWP16-026(2016): 1-52, 3-4.

來自境外的選舉影響或干預再度成爲假想敵<sup>12</sup>。諷刺的是，內部的「通敵者」卻往往是基進之「愛國者」。以國家安全爲慮之防衛式民主，可能不斷擴張其假想敵，安全網遍灑海內外以遂行一定程度之「攘外安內」<sup>13</sup>。然而此一假設與相應手法下，民主制度的假想敵與國家安全的假想敵身影高度重疊，反制、監控與懲罰手法亦趨於同。無怪乎學說憂心於當代防衛式民主之威權化：民主的藥方不應殘害民主健康更甚<sup>14</sup>。

## 參、言論管制的威權色彩

歐洲人權法院 Pinto de Albuquerque 法官曾藉其判決協同意見指出，防衛式民主確實可能構成某些民主社會的迫切社會需求，同時搭配刑法規範之選項作爲後盾。惟此國家評斷餘地，仍須接受表現自由之高密度審查：依法限制、必要且合乎比例<sup>15</sup>。回歸表現自由限制之要件，歐洲人權法院與司法院大法官似無二致：「明顯而立即危險」<sup>16</sup>以及「明確而即將發生的危險」(clear and imminent danger)<sup>17</sup>原則。表現自由之限制，不以特定行爲者、行爲或情境而設，而須以預防明確立即之傷害（對公共利益或個人權利）爲前提。此高度尊崇表現自由之自由主義標準，適用於國家直接干預言論之情狀。

呼應前揭假想敵式防衛機制之隱憂，無論假新聞、仇恨言論或煽動暴力，假想敵的涵蓋範圍一旦拓寬，入罪化恐淪爲言論箝制工具。歐洲人權法院於 2018 年就一宗部落格仇恨言論爭議，*Savva Terentyev v. Russia*<sup>18</sup>，作出高度維護表現自由之判決<sup>19</sup>。該分庭裁判雖因被告國上【**台灣法學雜誌第 363 期，2019 年 3 月，第 7 頁**】訴大法庭而尚未終局<sup>20</sup>，惟本案涉及極端言論及重要原則，仍值得探討。本案起於警方於地方大選前突襲支持反對陣營之報社，以聲請人爲首之非政府組織批評爲選舉操作。聲請人於其個人部落格轉載新聞稿後，於留言討論中留下對警方情緒濃重之侮蔑與嘲諷，甚至鼓吹比照集中營毒氣室將「異教徒警察」燒死<sup>21</sup>。俄羅斯法院以激發仇恨及煽動暴力爲由，判處聲請人以刑罰。歐洲人權法院重申，對人性尊嚴之尊重與包容確爲多元民主社會之所本，因

12 此並非晚近現象，無論專制或民主強權皆有公開或暗地干預外國選舉之外交史：Dov H. Levin. When the Great Power Gets a Vote: The Effects of Great Power Electoral Interventions on Election Results. *International Studies Quarterly* 60 (2016): 189-202.

13 惟須強調，外在威脅並非不存在或無影響，而是與國族認同、國家安全等重疊的民主敵人，可能被政權利用以淡化民主社會內部的緊張，諸如社會均等、代際正義、價值對立等。

14 Invernizzi Accetti and Zuckerman, *supra* note 9, at 195.

15 Eur. Court HR, *Dilipak v. Turkey*, no.29680/05, 15 September 2015.

16 司法院大法官釋字第 445 號解釋解釋文，1998，段 2。

17 Eur. Court HR, *Gill and Others v. Turkey*, no.4870/02, 8 June 2010, §42.

18 Eur. Court HR, *Savva Terentyev v. Russia*, no.10692/09, 28 August 2018 (pending referral to the GC).

19 Dirk Voorhoof. *Savva Terentyev v. Russia*: criminal conviction for inciting hatred against the police violated a blogger's freedom of expression. Strasbourg Observers, 9 October 2018, <https://slTasbourgeois-vers.com/2018/10/09/sawa-terentyev-v-russia-criminal-conviction-for-iriciting-hatred-against-the-police-violated-a-bloggers-freedom-of-expression/>

20 以歐洲人權法院對本案之決議與發布觀察，歐洲人權法院分庭以一致決通過且無個別意見書，判決並以獨立新聞稿形式發布，足見其象徵意義。即使大法庭有意藉本案建立更完整之公約解釋，最終維持違反表現自由原判之徵率甚高。

21 *Savva Terentyev*, §13.



此可能構成限制表現自由之必要<sup>22</sup>。惟言論本身無法脫離其語境脈絡評價之，系爭言論發表於選舉前夕，一方面構成最需要開放辯論的民主時刻，另一方面則需審酌選前對立是否臻至暴力一觸即發之敏感狀態<sup>23</sup>。

歐洲人權法院於判決中強調，保障聲請人之言論，並非認證其言論，尤其不認同引述集中營等語<sup>24</sup>。但裁判堅持明確而即將發生之危險原則，認定對聲請人系爭行為之刑罰非屬社會迫切需求<sup>25</sup>。承審分庭將系爭言論還置於其語境中，首先檢視其動機與企圖是否涉及公共議題，其次檢視言語暴力是否有引發暴力衝突之實際風險(包含用語本身、時機與環境)，再者審視攻訐對象係公權力、個人或弱勢族群，另亦循內國法院對言論聲量與衝擊影響之論點加以討論，最後則以刑罰作為限制手段之比例原則作結。易言之，戲劇化表態且不惜激發對立之象徵暴力，在不至引發暴力之實際風險時<sup>26</sup>，其言論本身並不必然構成表現自由之濫用。尤其本案攻訐者為無特定人物指涉之公權力機關，而非弱勢族群，尚屬歐洲人權法院認定應較一般民眾承受較廣批判尺度者<sup>27</sup>。承審分庭並非漠視各國關切之社會秩序，惟仍以預防暴動風險為言論管制準則。分庭同時批評，內國法院對聲請人言論發表平台之聲量與衝擊影響過於簡化，未就數據與情境加以分析，有誇張其象徵暴力之嫌。

分庭對本案維持歐洲人權法院一貫立場，或許並非消極延續先例，而是嘗試與各國網路言論管制措施進行溝通。鼓吹複製集中營暴力尤其係系爭言論可責之處，惟卻未構成俄國法院量刑定罪之事由。此判決之所以被視為高度維護表現自由，在於分庭以「修辭」解讀系爭言論，認定其意在以挑釁引發關切<sup>28</sup>。分庭仍重申判決先例，指出論及集中營本【台灣法學雜誌第363期，2019年3月，第8頁】身不足以構成表現自由濫用，而須確切於歷史社會脈絡中審酌相應之他人權利<sup>29</sup>。無論 *Savva Terentyev* 裁判是否提高對國家言論管制措施之審查密度，歐洲人權法院顯然戮力縮限仇恨言論與暴力煽動之管制範圍。不同於涉嫌侵犯他人尊嚴或名譽之相關爭訟<sup>30</sup>，分庭強調之脈絡，更聚焦於大選前夕之公共輿論空間，避免以維安為名之網路言論監控措施進一步腐蝕民主之根基。

## 肆、言論管制的「私刑」隱憂

社群媒體與網路平台被視為假新聞散播的重要媒介。國家法律對平台管理者課以資

22 Ibid., §65.

23 Ibid., §§70, 77-78.

24 Ibid., §73.

25 Ibid., §84.

26 Ibid., §77.

27 Ibid., §§75-77.

28 Dirk Voorhoof, supra note 19.

29 Ibid., §73.

30 如針對警察之羞辱或毀謗：Eur. Court HR, *Janowski v. Poland* [GC], no.25716/94, 21 January 1999; *Bartnik v. Poland* (dec.), no.53628/10, 11 March 2014.

訊之監督義務時，便衍生出言論管制私有化之體制<sup>31</sup>。歐洲人權法院 2015 年之 *Delfi AS v. Estonia*<sup>32</sup> 及 2016 之 *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt v. Hungary*<sup>33</sup>（以下簡稱 *MTE & Index.hr*）判決，極具參考價值。網路傳媒平台提供個人匿名發表演論，為言論之第三方，依內國法對非法發言（如毀謗、仇恨言論或煽動暴力）負有監督義務，多半以「通知並取下」（notice-and-take-down）模式處理，於接獲檢舉後盡速移除涉嫌言論。*Delfi AS* 判決中，歐洲人權法院認定本案涉及表現自由限制下商業網路傳播平台供應商之義務與責任之爭<sup>34</sup>。此義務之強度同時取決於平台的商業性質與規模，於 *MTE & Index.hr* 以及 2017 年的 *Pihl v. Sweden*<sup>35</sup> 不受理決定中，歐洲人權法院便強調，要求小眾之非營利協會對其經營之網站對所有貼文負責，並不切實際<sup>36</sup>。而 *Delfi* 傳媒平台屬專業管理之營利事業，使用者眾多，相應負有更完善的管理責任。

*Delfi* 傳媒於爭訟中提出兩項重要主張，首先為言論審查之寒蟬效應、其次為介面第三方不等於發行者，對網友於其平台發表之言論可課責性較低<sup>37</sup>。其立場同時為諸多擁護表現自由之非政府組織以法庭之友名義聲援<sup>38</sup>。大法庭支持被告國最高法院見解，同意傳統媒體（負發行前之編輯責任）與網路媒體（讀者評論公開前無編輯責任）應受管制之差異<sup>39</sup>。而既然爭訟方皆同意系爭言論涉及毀謗、種族歧視與暴力恐嚇，已外於表現自由所保障者<sup>40</sup>，*Delfi* 傳媒則主張已於被害人檢舉後移除非非法言論，不負相應民事賠償責任。歐洲人權法院則與被【**台灣法學雜誌第 363 期，2019 年 3 月，第 9 頁**】告國法院見解相同，認定 *Delfi* 傳媒藉網友留言衝高網路點閱而盈利，除設有留言規範外，亦壟斷編輯或刪除匿名網友留言之權限，並非「消極而純粹技術服務提供者」，對系爭言論負一定之責任<sup>41</sup>。另本案尚涉民法賠償責任歸屬及歐盟法衝突等議題，惟受篇幅所限，本文僅限探討私人媒體言論審查爭議。

*Delfi* 傳媒案的背後是當代言論散播的難題。歐洲人權法院即承認，匿名言論發表有助於意見與資訊之自由傳播，而網路平台與傳媒對民主有其貢獻<sup>42</sup>。反之，仇恨、霸凌、歧視、毀謗，甚至煽動暴力，亦不應藉由這類平台與匿名制而滋長<sup>43</sup>。本案少數法官則

31 William Echilson. Privatising Censorship. CEPS Commentary, 14 May 2018. [http://aei.pitt.edu/93926/1/WE\\_FakeNews.pdf](http://aei.pitt.edu/93926/1/WE_FakeNews.pdf)

32 Eur. Court HR, *Delfi AS v. Estonia* [GC], no.64569/09, 16 June 2015.

33 Eur. Court HR, *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt v. Hungary*, no.22947/13, 2 February 2016.

34 *Delfi AS*, §115.

35 Eur. Court HR, *Pihl v. Sweden* (dec.), no.74742/14, 7 February 2017.

36 *Ibid.*, §35; *MTE & Index.hr*, §86.

37 *Delfi AS*, §§72-80.

38 *Ibid.*, §§94-109.

39 *Ibid.*, §113.

40 同時已構成權力之濫用（歐洲人權公約第 17 條），*Ibid.*, §136.

41 *Ibid.*, §§144-146.

42 *Ibid.*, §147.

43 Richard Caddell. The Last Post? Third Party Internet Liability and the Grand Chamber of the European Court of Human Rights: *Delfi AS v Estonia Revisited*. *Communications Law*, 21, no.2 (2016): 49-52, 52.

引述學說<sup>44</sup>警告：法律要求私人承擔言論管制之責，涉及一定程度之事前審查（經檢舉即移除）與自我審查，當平台須為他人言論負責時，容易走向過度管制<sup>45</sup>。尤其值得警惕者，係此舉無異徒使道德評斷產生實際規範效力，侵犯「做錯的權利」<sup>46</sup>。該論點與多位國際組織表現自由獨立專家所持立場相符，認為私人言論審查不符合表現自由保障<sup>47</sup>。曾任職網路平台之論者即指出，面對大宗言論流量，機器人往往成為言論審查最經濟之選項，並傾向無論如何先移除爭議言論，使合法言論亦遭管制<sup>48</sup>。另有學說評論 *Delfi* 判決過度聚焦於非法言論散播之效應，而自傳統傳媒之責任加以推論<sup>49</sup>。更甚者，公權力仰賴私人管制，本身可能逃避責任或忽視程序監督<sup>50</sup>。

然而，Zupančič 法官於其 *Delif As* 判決協同意見中強調，言論或新聞自由的高度保障下，長期犧牲人格權<sup>51</sup>，不同之自由權利之間顯不對等。對照前揭 *Savva Terentyev* 與 *Delfi AS*，歐洲人權法院似乎遊走於高度言論自由保障與課以言論發表責任之間，學說指出此即判決論據有所矛盾之緣由<sup>52</sup>。藉此案引發之爭論，回顧本文所關切之假新聞管制之爭：以民主之名，行使表現自由之同時，發言與轉發者之義務何在？【台灣法學雜誌第 363 期，2019 年 3 月，第 10 頁】

## 伍、代結語回歸自由與權利

欲討論民主制度可能面臨的明顯立即危險，似乎容易淪於虛幻。具體而言，問題或許在於假新聞可能引發之明顯立即危險（公共利益），以及對他人權利的直接侵害（個人權利）。從保衛民主的立場出發，倘若造假新聞干預選舉與境外勢力公開威脅同樣可能扭曲民意，民主如何以相當力度與之抗衡甚至加以防禦？如研究指出，假新聞並非當代傳媒產品，而早為各國利用以進行國際意識型態之戰<sup>53</sup>。關鍵恐怕並不在於言論管制，而在於如何澄清或反擊，而非限縮表現自由而反噬民主基石<sup>54</sup>。反之，公共或私人言論管制之標的應回歸自由與權利之衝突衡酌，並於課以私人審查義務的同時，明定法律保障

44 Jack M. Balkin. Old-School/New-School Speech Regulation. *Yale Law School Faculty Scholarship Series*. Paper 4877 (2014).

45 Sajó and Tsotsoria, §2 (*Delfi AS*, joint dissenting opinion)

46 Mark Osiel, *The Right to Do Wrong: Morality and the Limits of Law*, Cambridge (MA): Harvard University Press, 2019, 6-7.

47 Lisl Brimmer. The Liability of an Online Intermediary for Third Party Content The Watchdog Becomes the Monitor: Intermediary Liability after *Delfi v Estonia*. *Human Rights Law Review*, 16 (2016): 163—174, 170.

48 Echikson, *supra* note 31, at 2.

49 Lisl Brimmer *supra* note 47, at 171.

50 UNESCO, *Tendances mondiales en matière de liberté d'expression et de développement des médias: Regard sur le mimérique 2015*, Paris, éditions UNESCO, 2015, p.115.

51 Zupančič, §§1-2 (*Delfi AS*, concurring opinion).

52 Frédéric Kxenc, La liberté d'expression vaut pour les propos qui «heurtent, choquent ou inquietent» Mais encore? *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n°106, 2016, pp.348-350 (311-350).

53 Tarlach McGonagle. 'Fake News': False Fears or Real Concerns? *Netherlands Quarterly of Human Rights* 35, no. 4 (2017): 203-9, 205. doi: 10.1177/0924051917738685.

54 參見如行政院政務委員唐鳳所持觀點：顧荃，〈唐鳳：對抗假消息應培養媒體識讀〉，《中央社》，2018年10月31日。https://www.cna.com.tw/news/aip/201810310277.aspx

範圍及程序，避免社群媒體或網路傳媒為規避責任而成為當代言論之箱，同時亦須確認真正負有守護民主之責的公權力無從卸責。

保障表現自由本身即守護民主之根本。民主社會成員皆平等享有尊嚴，也有和平參與或議決公共事務之權利，使假新聞有機可趁，防禦工事在於如何降低甚至消除「機會」，而非擴大言論管制並使相關權責更加複雜。法律倘得守護民主，關鍵或應在於公平保障自由與權利。**【台灣法學雜誌第 363 期，2019 年 3 月，第 11 頁】**

