

歐大濬學評論

什麼樣的民主？什麼樣的新聞自由？
——從民主理論視野分析美國新聞自由法制
What Type of Democracy? What Type of Press Freedom?
Analysis of the U.S. Free Press Constitutional Regime
from the Perspective of Theory of Democracy

許家馨

Jimmy Chia-Shin Hsu

第一二四期抽印本

中華民國一〇〇年十二月

Reprinted from National Chengchi Law Review

Volume 124, December 2011

什麼樣的民主？什麼樣的新聞自由？ ——從民主理論視野分析美國新聞自由法制

許 家 馨*

要 目

- | | |
|--------------------------------------|----------------------------|
| 壹、不同的民主圖像，不同的新聞專業 | 三、拒絕賦予新聞媒體採訪與資訊蒐集特權 |
| 一、菁英民主理論（democratic elitism）與「第四權理論」 | 參、民主想像與實踐的激盪 |
| 二、自由多元民主理論（liberal pluralism）與多元媒體 | 一、對言論與新聞自由的高度保障 |
| 三、共和民主論與社會責任論 | (一)結構性歷史因素 |
| 貳、現實民主體制與媒體——借鏡美國新聞自由的發展 | (二)新聞專業的平行發展 |
| 一、對於言論內容管制的司法審查極度嚴格 | (三)不安的自由主義者 |
| 二、新聞自由的雅努斯面孔（Janus Faces） | 二、新聞自由的兩面性 |
| | (一)二元管制體系 |
| | (二)多層次的公共論域 |
| | 三、媒體與國家對於資訊的拉扯 |
| | 肆、代結論：可以從美國新聞自由法制發展經驗學到什麼？ |

* 中央研究院法律學研究所助研究員，美國芝加哥大學法學博士。
投稿日期：一〇〇年三月二日；接受刊登日期：一〇〇年四月二十九日
責任校對：黃甯

摘 要

本文以三種民主理論：菁英民主論、多元民主論、共和民主論作為分析框架，用以分析美國新聞自由法制的發展，並嘗試賦予結構性的解釋，輔以歷史的解釋。本文主張：壹、第四權理論固然重要，只能用來理解一部分的美國新聞自由法制。必須引入其他民主理論的視野，才能完整地掌握全貌，開啟深入的比較法研究視野，以利創造性地比較參考外國法制。貳、美國聯邦最高法院的判決，不論個別的法官是否意識到，但其整體面貌，有高度策略性的理由可以解釋。參、沒有一種民主理論可以完整地說明美國新聞自由法制發展的思考框架或發展理路。不同的民主理論可以用來說明法制的不同部門。而不同的法制部門，對應著不同的新聞媒體發展階段，新聞專業程度、政黨體系、媒體市場結構等等。政府管制鬆弛的地方，乃是由其他的社會部門（市場、專業、文化）進行管制或調控。瞭解這些機制的互動，乃是創造性地參考他國法制的基礎。

關鍵詞：新聞自由、民主理論、菁英民主、共和民主、多元民主、新聞專業、言論自由、記者特權、聯邦通訊傳播委員會、回覆權

「新聞自由」是一個強有力的概念。它牢牢地鑲嵌在我們對於「民主」的想像中，其在我國憲政體系與政治論述中的地位不容忽視。不過，「新聞自由」也是一個頗受爭議的概念。比起它在政治論述中的重要性，其在司法實務操作上的內涵之精確性不成比例地低。¹關鍵的問題在於，它在憲法上與「言論自由」到底應否區分，媒體到底應否享有一般人民所無法享受的特殊待遇？其範圍與界線何在？在誹謗性言論中，媒體應否享有發表誹謗性言論的優惠待遇？媒體應否享有較大侵犯隱私權的自由？記者應否享有拒絕證言權？國家通訊傳播委員會對於媒體的內容管制與結構管制的正當化基礎何在？這些都是臺灣社會所面臨的重要問題。

早在一九九二年的經典論文中，林子儀大法官已經指出，「新聞自由」是一種「制度性」或者「結構性」的基本權利，其基本性質是「工具性」的。²這種「工具」應該長得或圓或方、或長或

¹ 我國大法官過去也一直有意或無意地迴避著以「新聞自由」來處理牽涉到新聞媒體的案件，請參閱石世豪教授精闢的觀察，石世豪，遭終審法院「缺席審判」的「新聞自由」——最高行政法院98年度判字第502號等裁判評析，法令月刊，61卷4期，頁526-529，2010年4月。不過，2011年7月29日，司法院大法官公布了劉時代的釋字第689號解釋。該解釋源自蘋果日報記者王煒博先生為違反社會秩序維護法第89條第2款「無正當理由，跟追他人，經勸阻不聽者」而遭臺北市警察局中山分局裁處罰鍰新臺幣3,000元，因認該法侵害新聞自由而聲請大法官解釋。大法官在解釋理由書中指出：「而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。新聞採訪行為則為提供新聞報導內容所不可或缺之資訊蒐集、查證行為，自應為新聞自由保障之範疇。又新聞自由所保障之新聞採訪自由並非僅保障隸屬新聞機構之新聞記者之採訪行為，亦保障一般人為提供具新聞價值之資訊於眾，或為促進公共事務討論以監督政府，而從事之新聞採訪行為。」未來，大法官及各級法院如何將此新聞自由之內涵具體化，值得拭目以待。

² 林子儀，言論自由與新聞自由，頁67，1999年9月。

短，端視工具所要達成的目的為何。最基本的目的是以「視聽大眾實踐民主理念的利益為中心」。³然而，什麼叫做「民主理念」？林子儀大法官從「第四權理論」出發，把「新聞自由」的基本目的界定為：「監督政府」。不過，「監督政府」的功能固然天經地義，然而，「民主理念」是否僅高舉此功能？臺灣民主化歷經廿餘年後，我們對於新聞媒體在民主制度中應扮演的角色，以及它所會造成的危害，是否已經有了更深的體會？第四權理論所強調的「監督功能」固然牢不可破地內建於民主體制中，不可能加以反對。但民主體制發展，卻需要一套更豐富的思考架構，來權衡新時代的政治與媒體發展所帶來的挑戰。

「新聞自由」作為一項工具性的權利，其權利的性質與界線自始須建立在我們對於權利主體的應然圖像上。正因為我們對於「新聞媒體」應該如何扮演稱職的「第四權」，有相當清楚的信念，才相信賦予其一定的「自由」對其扮演該角色是重要的。既然如此，「新聞自由」的範圍與界線，便取決於我們認為「新聞媒體」在民主體制中應扮演什麼樣的角色，以及如何促使其稱職地發揮功能。當然，任何一種基本權利的基礎，都不可能建立在朝夕可變的政策考慮之上。它必須建立在有起碼穩定性的理論模型之上。而一個新聞自由理論，勢必要建立在妥當的「民主理論」之上。對於「民主」的不同想像，隱含著新聞媒體的不同圖像，進而導致對於新聞自由內涵與範圍界定的差異。民主理論不見得總能夠告訴我們在具體議題中，應該如何選擇政策或法解釋選項。面對紛雜的現實，務實的精神必須勝過對於任何一種教條的信仰。但缺乏好的理論，就缺乏瞭解問題、解決問題所需要的視野。⁴不過，社會的複雜性永

³ 林子儀，同前註，頁84。

⁴ 正如偉大的經濟學家凱因斯的名言：「經濟學家與政治哲學家的思想，不論

遠會挑戰理論地平線。如果追尋歷史軌跡，或許會發現每一種民主理論模型都反映著特定時代的現實與挑戰。當時代更迭，每一種民主理論模型也可能都會在法律體系或社會制度上留下影響。每一種複雜的社會政治體制，都像地質斷層一樣，層層堆疊訴說著過去留下來的痕跡與智慧，以及現在的焦慮與希望。

我國言論與新聞自由的法制，甚至法庭外的公共論述，受美國的影響很深。「第四權」的意象深深地抓住法學與新聞界。美國聯邦最高法院New York Times v. Sullivan⁵案的「真正惡意」(actual malice)原則不只為法庭所引用，報紙的社論與評論也常常引為保障言論與新聞自由的經典判決和原則。但是，我們似乎缺乏一個比較寬廣的視野，從鳥瞰的角度，提供美國新聞自由法制的完整圖像。在回應臺灣層出不窮的新聞法制挑戰之前，我們需要深入理解美國發展新聞自由法制的理論與經驗。而任何對於制度的分析與解釋都需要一套分析框架與特定的觀點。分析框架(analytic frame)提供分析制度或社會現象的基本範疇，並且透過內在的邏輯理路，提供分析的素材。而「觀點」的選擇，幫助我們提出有意義的「研究問題」，把廣泛的素材整理成內在邏輯一貫的論述。畢竟解釋的因素可以無窮無盡。一套好的解釋並不是羅列出所有可能的影響因素，而是在對於觀察者合理合用的觀點之下，透過特定觀點與分析架構的選材，給予妥當的解釋。

因此，本文不揣淺陋，嘗試以不同的「民主理論」及內含的「新聞自由」圖像為基本的分析框架，嘗試綜觀分析美國新聞自

對錯，其威力遠大於一般人所理解的。事實上世界正是被思想所統治。務實的人，常自以為可隔絕於任何知識傳統的影響，但其實卻是某些早已作古的經濟學家的奴隸。」JOHN MAYNARD KEYNES, THE GENERAL THEORY OF EMPLOYMENT, INTEREST AND MONEY 383 (1936).

⁵ 376 U.S. 254 (1964).

由法制的複雜面貌。正如托克維爾從法國的眼光觀察「美國的民主」，⁶筆者的觀點來自於對於臺灣現況的思索。換言之，本文作為背景的問題意識是：「且不論文化差異，假使臺灣想要借鏡美國的路，我們是否有相同的結構性條件可以支撐這樣的選擇？」透過這樣的提問，筆者刻意忽略文化因素。這不代表文化因素不重要。⁷但目前臺灣民主轉型所啟動的政治文化變遷仍在進行中，我們很難確定地說，臺灣的政治文化就是如何如何。反而，臺灣視野比較需要的，是對於他國政治、社會等結構性因素的理解，好讓我們進行政策思考時，能從他國經驗中掌握所應考量的利弊得失。因此，本文主要的研究問題是：「美國新聞自由法制基本架構的發展，有什麼樣的政治、社會、經濟等結構性因素，促使或支撐著這樣的發展？」儘管筆者的解釋以結構性因素為主，但並不排除一些重要的歷史制度論（historical institutionalism）解釋，畢竟，制度發展本身有很強的「路徑依賴」特性。制度創建初期的一些性質往往能夠維持地很久，儘管環境已經變遷。瞭解這些因素有助於評估我們是否有類似的政治社會情境，以利特定制度的產生或消亡。

我的主張如下：壹、第四權理論以及其相應的民主理論固然重要，卻只能用來理解一部分的美國新聞自由法制。必須引入其他民主理論的視野，再加上結構性與歷史性的解釋，才能較完整地掌握全貌。掌握全貌的目的，是希望開啟比較法研究視野，以利創造性

⁶ 參閱GEORGE WILSON PIERSON, TOCQUEVILLE AND BEAUMONT IN AMERICA (1969).

⁷ 在解釋美國言論與新聞自由與歐洲的差異時，文化因素就很重要，請參閱Frederick Schauer, *The Exceptional First Amendment, in AMERICAN EXCEPTIONALISM AND HUMAN RIGHTS* 29, 45-49 (Michael Ignatieff ed., 2005); James Whitman, *Enforcing Civility and Respect: Three Societies*, 109 YALE L.J. 1279 (2000); RONALD KROTOSZYNSKI, *THE FIRST AMENDMENT IN CROSS-CULTURAL PERSPECTIVE* (2006).

地比較參考美國法制；貳、美國聯邦最高法院的判決，不論個別的法官是否有清楚的意識，但所呈現出來的整體面貌，有高度的策略性的理由可以解釋，並非基於典型的個人權利式思維；參、沒有一種民主理論可以完整地說明美國新聞自由法制發展的思考框架或發展理路。不同民主理論可以用來說明法制的不同部門。而不同的法制部門，對應著不同的新聞媒體發展階段，新聞專業程度、政黨體系、媒體市場結構等等。政府管制鬆弛的地方，乃是由其他的社會部門（市場、專業、文化）進行管制或調控。瞭解這些機制的互動，乃是我們創造性地參考他國法制的基礎。

必須強調的是，由於涵蓋層面甚廣，我對美國新聞自由法制重要發展的解釋勢必相當淺陋。雖然本文問題意識看似屬於歷史與社會學的論題，然而，這仍是一篇關於比較法與民主理論的論文。解釋中若牽涉到因果關係的設想，也只是初步的觀察。需要更多更嚴謹的資料來檢證。本文的目的是在有限的資訊下，提出有意義的觀點，豐富我們對美國法制的理解。而且，本文刻意忽略近廿年來因為新傳播科技發展，對於美國新聞自由法制造成的衝擊。這是因為本文主要討論的對象是美國新聞自由法制的大原則。這些大原則會受到新環境的挑戰。但是我的重點是在呈現大原則如何被形塑，並不是在全面性地介紹最新的美國新聞自由法制。所以，只好割捨一些晚近很值得關注的課題（比如有線電視、網路言論、美國報業的嚴峻處境等）。

此外，由於「新聞自由」在美國的司法違憲審查上，其操作內涵仍然相當不穩定而與言論自由重疊。而且美國憲法在聯邦最高法院拒絕給予新聞媒體機構有別於一般人民的特權。因此，新聞自由的意涵，會同等豐富地表現在立法與管制政策上。因此，本文論述不可避免地交雜著「新聞自由」作為「憲法上的權利」，以及「新聞自由」作為立法與行政作為的指導理念。事實上，發展新聞自由法

制的重要課題之一，正是如何從「新聞自由」作為行政、立法上的指導理念與實務經驗，精鍊出最重要、最適合司法審查操作的成分，給予基本權的地位。

本文的第一部分，介紹三種與新聞媒體角色比較相關的當代民主理論模型，包括菁英民主、自由多元民主、共和民主。這個思考的框架，受到已故美國賓州大學C. Edwin Baker教授晚近重要著作的啟發⁸。但在論述內涵上，我創造性地融合相關理論重要作者的論述，並闡述這些民主理論如何導出不同的新聞媒體理想。在第二部分，我精要地介紹美國新聞自由理念實務發展的三個重要面向。分別是壹、對於言論內容管制的司法違憲審查極端嚴格；貳、報紙與廣電二元管制體系；參、新聞媒體蒐集資訊權與其他利益的平衡。此部分以美國聯邦最高法院判決為核心，旁及一些重要的立法，以及聯邦通訊委員會（Federal Communications Commission，以下簡稱FCC）的重要管制政策。由於本文提供鳥瞰式圖像，因此不可能鉅細靡遺介紹相關法制。選材上面不可避免地反映個人的成見。不過，希望這樣的嘗試，能夠平衡鉅觀與微觀的需要。第三部分是從民主理論所提供的視角，點出這幾個重要面向所彰顯的不同民主想像，並且從相關的結構性與歷史性因素加以解釋為何在新聞自由的不同面向，呈現如此差異。最後，在結論中，我將簡短地說明本文的考察提供哪些觀照臺灣的角度。

壹、不同的民主圖像，不同的新聞專業

一、菁英民主理論（democratic elitism）與「第四權理論」

透過民主化過程中爭取出版言論自由的媒體與民主運動人士的

⁸ C. EDWIN BAKER, MEDIA, MARKETS AND DEMOCRACY 129-53 (2002).

大聲疾呼，以及林子儀大法官早年經典論著的引介，「第四權理論」早已深植臺灣人心。這套理論認為新聞媒體對於民主最重要的功能，就是監督政府。「憲法所以保障新聞自由的目的，是在保障新聞媒體的獨立性及完整性，以維持新聞媒體的自主性」俾其善盡監督政府的功能。新聞媒體的監督功能在實踐上儘管有淵遠流長的歷史，但美國近代將其提升為憲法層次的重要理論，一般認為是從Potter Stewart大法官在耶魯大學的著名演說「Or of the Press」開始。Stewart大法官在該演說中，主張美國憲法增修條文第一條中的freedom of speech or of the press其中的or of the press的字眼，不能被speech所吸收，有其獨立的意義。其功能在於賦予現代新聞媒體一「結構性」（a structural provision）的權利⁹。此主張後來由Vincent Blasi¹⁰以及C. Edwin Baker¹¹在理論上作了重要的補充，而成為言論和新聞自由一支重要的理論。

說第四權理論最主要的民主理論依據乃是「菁英民主論」恐會引起困惑。新聞媒體的「監督功能」對於民主來講，幾乎是天經地義的，怎可能有任何一種民主理論不採第四權理論呢？沒有錯，新聞媒體應享有新聞自由以利其監督政府，這是現代民主社會一致的共識。不過，一種理論如何定性，不只要看它說了什麼，也要看它沒說什麼；不只要看它強調什麼，也要看它不強調什麼。沒有一種民主理論會否認新聞媒體應發揮「監督功能」，但是其他民主理論可能會給予監督功能以外的其他功能比較高的比重。好比說，「促進政府治理」、「提升民主審議品質」、「提升公共政策論辯層

⁹ Potter Stewart, *Or of the Press*, 26 HASTINGS L.J. 631, 707 (1975).

¹⁰ Vincent Blasi, *The Checking Value in First Amendment Theory*, 1977 AM. BAR FOUND. RES. J. 521 (1977).

¹¹ C. EDWIN BAKER, HUMAN LIBERTY AND FREEDOM OF SPEECH 225-49 (1989).

次」、「提高公眾政治知識」、「促進社會連帶與國家團結」、「輔助弱勢族群發聲」等等。這些功能乍看之下不見得與「監督功能說」衝突，但是，一個成熟的理論必須處理實務上監督功能與其他公共功能產生緊張關係的狀況，進而說明為什麼「監督功能」總是比這些其他功能重要。

「第四權理論」之所以特別高舉「監督功能」，是因為此說倡導者心目中的政治首惡，乃是政府官員或統治階層的濫權或腐敗。而濫權或腐敗最容易滋生、蔓延於一個權力集中、不易監督、決策不透明、統治階層傾向自我封閉的一種政體。因此，在臺灣解構威權體制邁向民主的過程中，監督功能論順理成章成為理解新聞自由最重要的理論。此說不只對於一個想要極力擺脫威權體制的新興民主國家有其重要性，即便在一個穩定的民主國家中，其重要性仍然不減。這是因為，無論一個民主國家選舉多麼頻繁，公共治理的核心功能永遠只可能由少數政治菁英來負擔。在民主化的初期或許百花齊放，好像任何人都可以參選角逐重要政府名器。此時談「政治菁英」一詞其意義似乎不易凸顯，甚至十分政治不正確。然而，民主體制的穩定化，本身必然伴隨政治參與的專業化、制度化與階層化。主要政黨勢必會建立愈來愈精細的遊戲規則以處理資格與提名的問題，選舉所要花費的時間與資源也會愈來愈高，政治專業愈來愈不是一般人可輕易參與。而政府治理功能的發揮本身就需要政府官員與政治社會（the political society）的成員有綿密的人際網絡以進行合作協商與溝通。再加上現代國家功能的複雜化與高度專業化，一般人民不容易理解其中的技術性與複雜性，凡此皆推促著一個逐漸穩定的體制朝向某種程度的菁英化發展。這個過程其實正是重要的政治學家Samuel Huntington所謂政治體制的穩定必然伴隨「政治制度化」（political institutionalization）。「政治制度化」代表著政治遊戲規則的複雜化、政治組織的階層化、與政治專業的

專業化。¹²

儘管如此，一個高度政治制度化的民主體制，仍然有可能在既有的制度內廣泛開放民眾參與的管道。或者，統治菁英也有可能天天看著民調治國。因此，重大公共政策到底應在多大的程度上訴諸民意或者民眾參與機制乃是下一個問題。在這個問題上，菁英民主論者大致上可分兩種。第一種對於集體的「人性」（human nature）比較悲觀。他們認為，「參與式民主」必須預設公民的理性、德行與智慧。然而，廿世紀上半葉悲慘的世界歷史，從第一次世界大戰到法西斯主義興起，到第二次世界大戰，乃至共產主義狂潮席捲，早已破滅了十九世紀歐洲自由主義對於人性的浪漫樂觀主義。在知識界，佛洛伊德（Sigmund Freud）的心理學¹³展示了人類行動並非完全受到理智與意識領域的心靈狀態所控制。非理性與潛意識中人性的陰暗面一樣主宰著人的行動。

一九四二年首度出版，由奧裔美籍的經濟學家熊彼得（Joseph A. Schumpeter）寫作之「資本主義、社會主義與民主」（Capitalism, Socialism and Democracy）正是這個時代所孕育出來的悲觀菁英民主理論之經典論著。¹⁴熊彼得認為，儘管民主制度要求人民參與塑造集體政治決定，然而，人民參與決定的範圍僅僅限於在不同的菁英群體之間選擇主政者。民主體制自我改善的動力來自於不同的菁英群體之間競爭公民選票。由於一個開放的社會容許多元的菁英群體加入競爭，加上政府權力分立的設計，使得多元菁英群體彼此之間產生制衡與平衡的效果，而彼此節制權力，確保政治場域的競爭者會想辦法滿足選民所欲。公民在民主體制中的角色非常有

¹² SAMUEL P. HUNTINGTON, POLITICAL ORDER IN CHANGING SOCIETIES 8-24 (2006).

¹³ 參閱SIGMUND FREUD, CIVILIZATION AND ITS DISCONTENT (1962).

¹⁴ JOSEPH A. SCHUMPETER, CAPITALISM, SOCIALISM AND DEMOCRACY (1950).

限。一旦選出執政者，公民不需要參與重大決策的形成。人的理性與能力有限，甚至很容易受到操弄與誤導。對民主抱持過度浪漫的幻想，比如把參與政治當是人性完滿實現的必要過程，或者把浮動且缺乏充分資訊依據的民意當成決策的依據，不僅不切實際，甚至會產生不良的後果。因為，「選民往往連關係他們自身的長期利益都無法作出正確的判斷，他們經常只看得到眼前的政治支票，而且短視近利的理性最能夠發揮作用。」¹⁵另一類菁英民主論者不見得對人性或群眾心理抱持特別悲觀的看法（當然也不可能太樂觀），但他們強調現代政府治理功能複雜，事實上需要某種程度的分工，由專門治理者來進行複雜的決策。這不只是一個可欲的政治圖像，更是政治現實。¹⁶大規模的政治動員與政治參與不可能總是政治常態。一個正常的現代民主體制應該允許公民把大部分的時間精力，拿來追求自己人生目標與自我實現。西方民主社會近幾十年來所經歷到的選舉投票率低落的現象，正反映這樣的現實。因此，在選舉之間，人民僅僅用追求人生目標之外的剩餘目光，關注政府是否濫權或作出重大錯誤決策即可。

在這種民主的圖像底下，新聞媒體最重要的功能就是監督統治菁英，防止其濫權違法與腐敗，並把此資訊不偏不倚地傳達給公眾，特別是在選舉期間。引導公眾討論、促進公眾參與並非要務，因為日常治理機制不見得需要公眾參與。正如Stewart大法官所言，新聞自由的主要目的，「並不在保障新聞媒體成為一個公眾討論的中立性論壇，一個言論思想的自由市場，也不是要將新聞媒體作為提供社會大眾一個類似英國海德公園的言論廣場，不是要將新聞媒體當

¹⁵ *Id.* at 260-61.

¹⁶ RICHARD A. POSNER, LAW, PRAGMATISM AND DEMOCRACY 143-57 (2003).

成是政府與人民間一個中立的訊息溝通管道」。¹⁷其主要目的在於維護新聞媒體的自主性，以保障新聞媒體能成為三權政府以外的第四權，以監督制衡政府。如此的新聞專業理想彰顯在「調查新聞學」（investigative journalism）上。其最重要的功能乃是透過新聞工作者積極地蒐集、挖掘政府資訊，以穿透統治菁英基於自利心構築起來的資訊障蔽，以及因為不透明的政治決策過程所包含的腐敗與錯誤決策風險。為了達到這樣的目標，新聞媒體對政府必須維持高度的自主性。在防禦性的權利上面，新聞媒體應享有接近絕對的保障。媒體面對誹謗、隱私權訴訟時應享有優惠待遇。媒體應享有不受搜索扣押的特權，拒絕證言權也應被保障，甚至對媒體任何形式的政府補助也都是可疑的，特別是在缺乏新聞專業傳統的國家，政府的置入性行銷絕對不應容許。政府任何針對媒體，而非針對一般性的義務人課予負擔的作法更會引發違憲的疑慮。

進一步，吾人必須意識到，「調查新聞學」事實上是一種成本非常高的新聞實務運作模式。雖然廉價的爆料新聞學有時候也能夠散彈打鳥般暴露一些弊端，但其危害也很大。一方面，輕率地暴露弊端導致人民對於政府的信任無正當理由地降低，這是菁英民主論者最不樂見的。另一方面，廉價的爆料新聞學中的媒體，由於並非真正的消息來源，也沒有經過嚴謹的查證，因此很容易淪為政治鬥爭的打手，僅僅幫助鬥爭者傳達訊息。真正負責任的「調查新聞學」意味著新聞記者必須花費相當大的時間、人力資源，進行獨立的調查與研究，必須壓抑市場對於聳動新聞的即時需求，在刊登報導前反覆查證。鑑於私營媒體機構在本質上也是商業組織，必須面對市場的競爭與挑戰，若要維持新聞媒體的自主性，則保持一個不會過度競爭的市場結構有助於健全媒體的財務，好讓媒體不會因為

¹⁷ Stewart, *supra* note 9, at 634. 譯文引自林子儀，同註2，頁75。

過度激烈的競爭而屈服於市場影響力，甚至必須仰賴政府補助或者置入性行銷。當然，政府本可基於競爭法管制媒體的市場行為。但是，基於競爭法以外的考量，而對媒體的結合進行管制時，則「多元性」不是重要的考量。對於監督功能來說，媒體的多元性不是最重要的價值。相反地，媒體產業呈現某種寡占市場的狀態，寡占的盈餘不止讓媒體機構有財務上的能力雇用較多數的記者，也比較有能力從成本高昂的調查性新聞實務。因此，在媒體跨界結合的管制上，政府原則上不應採取太嚴格的措施，除非該結合在媒體市場上會導致近乎獨占的狀況。因為，菁英民主理論中最重要的內建防腐機制，就是政治菁英群體的競爭。大多數情況下，擁有獨占地位的媒體一旦被特定政治菁英群體擄獲，則政治菁英之間的競爭性就會變成表象。而這是菁英民主論者最懼怕的狀況。菁英民主論者極端強調新聞專業群體的自主性與獨立性。他們懼怕新聞媒體與政治領域有任何新聞報導之外的糾葛，包括可以輕易地在政治與媒體之間轉換生涯跑道，或者介入政治事務太深。一方面，這會讓新聞媒體監督政府的力道降低，使得新聞媒體與統治菁英共謀操弄人民的危險升高。另一方面，監督政府功能若要能有效發揮，表示新聞專業群體當中對於什麼是「腐敗」，什麼是「瀆職」，什麼是「政策不當」，應盡可能有高度的共識。如此一來，才能夠在這些事情發生時，對人民發出一致的警訊。否則，如果新聞工作階層牽扯到政治菁英間的競爭，甚或分享其歧異的意識形態時，則無法對人民發出一致的警訊，也就無法凝聚足夠的力量制裁失格的政治人物。

二、自由多元民主理論 (liberal pluralism) 與多元媒體

菁英民主論把政治的本質理解為某種技術性的、可由專家解決的問題，以致於大部分的統治機能可以由統治菁英所帶領的技術官僚來處理。即便政治中存在無法輕易化約為技術問題的重大難題，

也應該由代表不同立場的政治菁英彼此協商解決，或者由菁英競爭選票作為最後的解決手段。這預設了即便菁英民主承認政治生活領域中容許差異，但彼此競爭的菁英之間不應該有太嚴重的不可化約的衝突。否則，嚴重的政治衝突很容易向下延伸，衝突的菁英派系（或政黨）會各自援引支持群眾的力量，朝向民粹政治發展，使得治理機能迅速退化。這也是為什麼，當代政治學與民主理論大師 Robert Dahl，一方面同意「開放的選舉」與「政治菁英之間的競爭」足以確保政治權力分散而不會導致極權，¹⁸但另一方面也語重心長地說道：

我們通常描述為民主「政治」的過程與現象，其實只是浮在表面的糠秕，它只是表面的徵象，呈現出表面的衝突。在「政治」之先，在「政治」之下，包覆蓋著「政治」，限制著「政治」，作為「政治」之先決條件的，乃是一個社會深層的共識……缺乏這些共識，沒有一個民主體制能夠長久地承受選舉與政黨競爭所帶來的無止境的激憤與挫折。以此共識為前提，關於政策選擇的爭議其實只是經過社會共識篩選過之後的一小撮有限的選項而已。¹⁹

相反地，自由多元民主論肯定政治生活中本來就有不可化約的多元性。政治生活的宗旨在於妥當地處理多元，並且協調集體行動與公共決策。有些自由多元論者認為「多元性」是政治生活中的現實，必須加以承認。不同群體間的「利益衝突」，很多時候是不可化約的，好比馬克思主義者眼中的勞動階級與資本家之間的矛盾。²⁰

¹⁸ ROBERT A. DAHL, WHO GOVERNS? DEMOCRACY AND POWER IN AN AMERICAN CITY 1-8 (1961).

¹⁹ ROBERT A. DAHL, A PREFACE TO DEMOCRATIC THEORY 132-33 (1953).

²⁰ IAN SHAPIRO, THE STATE OF DEMOCRATIC THEORY 21-33 (2003); Ian Shapiro,

另外一些自由多元論者，比較從規範性的角度來看，認為多元性不僅僅是現實，而且是可欲的。一些當代的自由主義者承認「人生而平等」，而所有人都有權向政府要求平等的關懷與尊重²¹，所有人都有權利要求以直接間接的方式參與政治，社會生活的多元與複雜自然會呈現在政治領域中。另外一些比較不是從傳統的「個人尊嚴與自由」出發，而是從群體與文化認同來看待多元性的理論家，則是從認同政治（identity politics）或多元文化理論（multiculturalism）的角度²²，來理解多元與差異性，而認為差異性應該被承認且尊重，不應該被認為是一種必須被克服的政治問題。他們認為多元不只來自於「利益」衝突，也來自不同文化社群的認同差異。這些差異根植於深厚的文化傳統，文化認同對於個人存在與尊嚴是重要的。

社會組成份子與群體的偏好或利益取向，彰顯於各種社會群體彼此之間在政治領域中的角力。菁英民主理論所預設的菁英文化與共識，往往隱藏著某特定群體的霸權。社會的多元不是不存在，而是被不平等的社會結構所壓抑。自由多元民主論者因此也多半是參與民主論者。他們認為儘管治理機能複雜，人民不可能直接勝任，但這並不代表人民在民主體制中的角色僅僅限於投票選擇統治菁英。政治過程最重要的意義在於協調與折衝多元利益的分歧。因此為了確保多元利益能夠被聽見，人民應積極透過民意代表或者直接組織公民團體表達意見。對於自由多元民主論來說，既然政治參與以及多元利益的存在不僅是政治現實，也是政治道德上的應然，那

Enough of Deliberation: Politics is about Interests and Power, in DELIBERATIVE POLITICS: ESSAYS ON DEMOCRACY AND DISAGREEMENT 28, 28-38 (Stephen Macedo ed., 1999).

²¹ 參閱RONALD DWORIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY 180-83 (1977).

²² 參閱AMY GUTMANN, MULTICULTURALISM (1994).

麼政治過程最重要的功能就是在公平的遊戲規則底下容許各種利益在政治過程中折衝協調，作出集體的決定。

自由多元論者對於文化與政治霸權敏感，因此不特別認為政治過程的目的在於尋求基本價值的共識。對於多元的利益或價值，最好承認其多元性，不需要嘗試加以改變——因為改變隱含著霸權的危險，到最後一定是有權力大的要求權力小的改變或者噤聲。因此，自由多元論者通常把多元的價值與利益視為外於政治過程的自變數，也就是說，民主政治應該把多元的價值與利益視為前提，並在此前提上進行公平的遊戲。既然如此，則自由多元論者最大的挑戰就在於如何防止社會利益與價值的多元撕裂民主過程，因為太嚴重的競爭會使得共同的政治決定無法有效率地產生，甚至使得公平的競爭崩潰，使得競爭演變為「衝突」，破壞民主程序所需要的對於基本遊戲規則的共識。

其中一個策略，就是擴張個人「權利」論述，限縮國家權力範圍，國家應該對於不同的世界觀或宗教觀保持中立，而不應該對個人生活的實質內涵有太強的指導作用。²³如果國家對於個人生活的意義介入太深，就很有可能導致無法化解的衝突，社會的多元性反而無法成為國家的力量，而成為政治體系崩壞的肇因。另一個策略，是避免同一個面向的分歧吞噬其他多元歧異的可能性，進而使得政治過程「衝突」的機會升高。因此，儘管自由多元論者並不懼怕階級或族群的衝突浮上檯面，但是自由多元論者並不樂見單一向度的歧異長期主宰政治領域。

自由多元論者的媒體最重要的任務，就是反映，甚至協助形塑社會的多元利益與價值。因此，不帶立場強調「客觀」的新聞並不是自由多元論者強調的新聞價值。相反地，媒體應該提供給特定社

²³ DWORIN, *supra* note 21, at 274.

會群體與其利益、價值、觀點一致的資訊，告訴該群體何事與其利益相關，何時其價值受到威脅，或者按照其觀點應該支持什麼樣的政策。自由多元論者的理想媒體不只應該提供事實性的資訊，以供其所服務的社會群體所需，甚至媒體應該扮演「動員」的角色，促進相關群體的政治參與，以確保該群體的利益與價值能夠成功地進入政治領域，改變政府與輿論的議程設定，確保其利益與價值被重視。為了達到這樣的目標，新聞報導的風格上，不見得總要理性平和，有時候，激烈、煽情的文字反而更有利於激起相關社會群體的關心與參與，進而達到動員的效果。多元民主論不認為回覆權是必要的，甚至可能認為要求媒體給予當事人回覆權有違憲的疑慮。畢竟，如果媒體在民主體制中的功能主要是反映多元性，協助形塑甚至動員相關社會群體以表達其利益與價值，回覆權有可能破壞這個功能的發揮，使得媒體在訴求其所屬群眾時有所顧忌，不能暢所欲言。就好像不應該也不需要強迫猶太人辦的電臺一定也要播出新納粹黨的觀點一樣。

在如此的理想媒體圖像下，媒體仍應好好執行「監督功能」。任何政府以及統治菁英群體，不論各自代表了什麼樣分歧的社會價值與利益或意識形態，政治與經濟力量永遠都會有互相勾結壟斷社會資源分配的風險。因此，與監督功能論稍微不同的是，自由多元論者通常不認為在被監督的對象上，政府的重要性遠遠超過市場或大型企業。換言之，自由多元論者的民主圖像，通常比起監督功能論者要更複雜。菁英民主理論論述的主角就是政府、彼此競爭的統治菁英與人民。自由多元論者則認為市場中大型企業或財團的力量，對於多元社會的威脅同等嚴重。因此，其理想媒體行使監督功能的範圍更為廣泛。不過，當民主體制的首要之惡不是腐敗的政府與統治菁英，——而是有兩個或多個——腐敗的政府與大型企業及經濟利益時，這也意謂著媒體與政府的理想關係並不簡單。第四權

理論認為政府與媒體中間應該築起一道牆，徹底保障媒體相對於政府的獨立性。因此，政府對於媒體的補助或優惠待遇，如果是針對特定媒體，是不應容許的。然而，在自由多元論者的民主圖像中，如果政府的補助有助於扶助代表不同利益與價值的媒體發出聲音，好比針對工會的刊物或者代表勞工階級的媒體加以補助，則是可以容許的。

自由多元論者最懼怕的，就是獨占或寡占的媒體市場。如前所述，菁英民主論者不懼怕寡占的媒體市場，只要該媒體能夠維持與政府之間的界線，好好監督統治菁英。然而，對於自由多元論者來說，獨占或寡占的媒體集團本身就是應該避免的。這樣的媒體市場從根本上就無法反映社會的多元利益與價值，反而只能代表少數人或少數權勢群體的利益。因此，高度的媒體結合管制是有必要的，不僅僅限於從反壟斷法的考量才能管制，即便單純為了多元價值，也需要政府強力介入。

三、共和民主論與社會責任論

共和民主論與自由多元論者一樣，反對菁英民主論，認為公民參與對於民主體制的維繫來講是重要的。其重要性不只來自於事實上民主體制的維繫不斷需要各種形式的公民參與來防止政治與經濟權力的壟斷與支配，更來自於一個根本的規範信念，那就是民主體制底下人民才是主權者。「人民主權」雖然不見得要求回歸雅典的公民大會或者新英格蘭的鎮民大會等等直接人民自我治理的形態，但是民主的正當性永遠需要透過人民意志的直接或間接參與才能得到更新。古典共和論者雖然認為，這樣的理想只有在小國寡民，公民文化的同質性相當高的社會中才能實現，但是當代的共和論者也承認當代社會的多元與複雜是一個必須接受的現實。共和主義的理想必須能夠禁得起多元社會的考驗。因此，當代共和民主論者相

信，廣土眾民或者多元複雜的社會，不見得只是實現人民主權的阻礙，有時候反而是現代共和國家的力量來源，因為它可以透過超越地域型政治，透過全國性的統治機制糾正地域性的政治的偏狹與腐敗；²⁴更可以透過多元的文化豐富國家的資源與實力。

古典共和主義對於「共善」(common good)的強調，面對多元社會的挑戰，轉為當代共和論者對於「審議」(deliberation)的重視，期望透過理性的對話與溝通，在不可避免的多元性中找到共通性，以形塑人民集體意志。共和民主論者因此不認為社會中的多元利益與價值是「給定的」，是不可改變的。民主的政治過程之所以可貴，正是因為人民有機會面對不同立場的人們，透過真誠的對話與溝通，超越自己侷限的眼界與立場，面對共同體的未來，思考「共善」所在。因此，共和民主論者認為多元利益與價值可能在政治過程中被改變或被重新塑造。有些共和民主論者比較樂觀地認為大多數時候，「共識」是可能的，也應該以之為政治過程的目標，也有些理論家認為很多時候共識不可得，但透過溝通與審議，立場不同的各方能夠因為瞭解而彼此尊重。²⁵

由於對話與審議乃是多元社會得以維繫共同體的關鍵，而共和民主論者相信「共善」或者「共同福祉」可以在此過程中被發現，或者起碼應被當成一個規範性的理想(regulative ideal)——即便現實上不見得總能達成，但是政治審議活動本身必須以之為目標，以指導所有的公共討論，因此，共和民主論者相當強調「公民德行」(civic virtue)的重要性。所謂「公民德行」主要指的是公民

²⁴ ALEXANDER HAMILTON, JAMES MADISON & JOHN JAY, THE FEDERALIST PAPERS 42-53 (2009)

²⁵ AMY GUTMANN & DENNIS THOMPSON, WHY DELIBERATIVE DEMOCRACY? 11 (2004); AMY GUTMANN & DENNIS THOMPSON, DEMOCRACY AND DISAGREEMENT 3 (1996).

以及政治菁英參與政治審議所需要的品德、視野與論述的才能。共和民主論者並不會也不該天真地以為「審議」或「討論」必然帶來「共識」或「和平」。儘管共和民主論者對於「理性」抱持一定的樂觀，但由於人性中固有的自私、爭競與互相傷害的傾向，使得成功的審議要求參與審議者必須願意積極參與公共事務、自制、理性、保持開放心胸，並尊重對手的人格與尊嚴。正如現代美國言論自由法學的奠基者，美國聯邦最高法院Louis Brandeis大法官指出：「民主的自我治理中，思辯的力量要勝過恣意專擅的暴力。」²⁶「公共討論是全民的政治義務。這是美國政府的基本原則。」²⁶

共和民主論儘管重視公民的參與，其提倡者也常常把新英格蘭小鎮的鎮民大會(town hall meeting)當成是理想民主的典型，但其所珍惜的「公民參與」和「理性審議」兩種基本價值卻存在著隱微的緊張關係。這個緊張關係來自於，如果一個民主體制中，因為轉型時期政治秩序重組，以致於政治動員的速度遠遠超過理性審議所需要的深厚公民德行發展，而且社會各方還沒有發展出足夠厚實的政治共識，包括共同體的基本價值、理性論辯的價值與程序等，則過度的政治動員反而會造成社會連帶感的崩解，甚至製造社會對立，反而侵蝕理性審議的基礎。因此，共和民主論者不見得像多元民主論者對於政治與社會動員傾向較無保留的支持。共和民主論者有可能在某些時候，傾向於把理性審議的政治過程寄望於能夠代表所屬社會群體的政治菁英。儘管共和民主論者不至於像菁英民主論者一樣，在原則上就排除了公民參與的重要性，但是共和民主論者對於各種形式的大規模的政治動員或公民參與，並不總是無條件地擁抱。共和民主論者強調參與的同時，必須要積極進行公民教

²⁶ Whitney v. California, 274 U.S. 357, 372 (1927) (Brandeis, J. concurring).

育²⁷，使得參與政治不只是大聲表達自己的利益與價值，更須培養理解他人以及理性討論所需要的能力。

基於人民主權的理想，共和民主論者當然也重視監督功能。不過，共和民主論者心目中理想的媒體，最重要的功能在於作為公共事務的理性討論的平臺，使各種意見都能夠在此討論交鋒，以達成共識，促成尊重與合作，形塑共同意志。同時媒體應該提供客觀詳實的公共事務資訊，平衡地報導重大政治與社會事件。儘管共和民主論者的媒體並不懼怕報導社會衝突，但是理想的媒體應該儘量避免採取太鮮明的立場，更應避免以煽情的語言惡化衝突。這套理想十分接近冷戰時期新聞學理論名著Four theories of the Press中的「社會責任論」，²⁸也表達在美國新聞專業價值最權威的一份文獻The Hutchins Commission's Report中。The Hutchins Commission's Report指出五項媒體的社會責任：(一)對於新聞事件提供真實、完整、有洞悉力的客觀報導；(二)作為交流評論與批判的論壇，以及公共討論的平臺；(三)提供社會各群體的代表性圖像；(四)傳達並闡明社會的目標與價值；(五)提供人民所需資訊以滿足其知的權利。²⁹

為了達成這樣的理想，儘管共和民主論者不反對多元的媒體市場結構，但是起碼必須有一些核心重要媒體，可以提供客觀平衡的報導，並且作為理性公共討論的平臺。因此，共和民主論者並不樂見徹底多元化，各自為特定社會利益價值發聲的媒體，占據整個媒體產業。共和民主論者當然支持公共媒體。而對於商業媒體，共和

²⁷ BENJAMIN BARBER, *STRONG DEMOCRACY: PARTICIPATORY POLITICS FOR A NEW AGE* 73-104 (1984).

²⁸ FRED S. SIEBERT, THEODORE PETERSON, WILBUR SCHRAMM, *FOUR THEORIES OF THE PRESS* 73-104 (1956).

²⁹ THE COMMISSION ON FREEDOM OF THE PRESS, *A FREE AND RESPONSIBLE PRESS* 20-29 (1947).

民主論者不一定反對寡占，甚至獨占。由於廣泛的公共討論與審議需要公民有共同的知識基礎與可以互通的關心對象，因此，獨占或寡占的媒體能夠讓大多數公民可以閱聽相同的資訊，使得公民彼此之間有共同議題與關心的對象。³⁰當然，前提是獨占或寡占的媒體必須有相當強的新聞專業。如果缺乏社會責任，獨占或寡占的媒體只會造成更嚴重的社會衝突。也因此，對於媒體跨業結合的管制，共和民主論者比起多元民主論者，在立場上稍微更接近菁英民主論者一些，也就是認為媒體所有權結合的管制不需要太激烈。同時，不同於多元民主論者，共和民主論者支持回覆權的立法，因為當事人的回覆權促使媒體扮演公共討論平臺的角色，使得習慣閱聽特定媒體聲音的公民可以聽到不一樣的聲音。即便回覆權可能讓媒體發言時有所顧忌，但是這樣的顧忌對於共和民主論者來講未必是壞事。顧忌可能表示事前的查證工作必須更仔細，言論必須更平衡理性。基於相同的理由，如果國家立法要求媒體平衡報導，或者在誹謗法的設計上給予媒體優惠，以平衡報導為條件，也都是共和民主論者認為可支持且基本上合憲的。

貳、現實民主體制與媒體——借鏡美國新聞自由的發展

三種當代民主理論呈現出不同民主理路下不同理想媒體圖像，也衍生出不同的新聞自由內涵。在第貳部分，我以美國聯邦最高法院關於新聞自由的判決為核心，追索其所描繪出來的理想新聞媒體圖像，進而指出，即便美國的言論與新聞自由保障之堅強在先進民主國家中獨樹一格，但它其實包含著較不為人所注意的複雜樣貌，

³⁰ 參閱Elihu Katz, *And Deliver Us from Segmentation*, 546 ANNALS AM. ACAD. POL. & SOC. SCI. 22, 25 (1996).

上面三種理論都可以在這個比較完整的圖像中找到痕跡。而且，其發展有其歷史背景以及政治社會與經濟條件。

以美國聯邦最高法院判決為核心來探討「新聞自由」(freedom of the press)其實頗為弔詭。儘管聯邦最高法院大法官Potter Stewart於一九七五年在耶魯大學的著名演講Or of the Press中，提出著名的第四權理論，有力地表達出當時美國在越戰爭議以及水門事件後的社會氛圍，獲得極大的矚目。然而，其見解並未獲得最高法院其他多數法官的支持。最重要的反對見解出現在First National Bank of Boston v. Bellotti (1978)一案，首席大法官Warren Burger的意見書中。Burger首席大法官認為，增修條文第一條在制憲者眼中的意義不明，沒有堅強的理由認為制憲者曾經思考過賦予某種機構以制度性或結構性的權利。更重要的是，他懷疑是否有可能妥當地界定誰屬於「媒體」？這個問題在一般的公共論述中或許不是問題。但是一旦牽涉到要決定誰擁有憲法上的特權，劃界的問題就十分嚴重，他指出：「這項需要決定誰屬於媒體機構而誰不是的任務……讓人想起過去令人畏懼的言論執照制度，而這剛好是增修條文第一條意圖禁止的。」³¹大致上，Burger首席大法官的見解直到今日，仍然是美國聯邦最高法院的主流意見。³²

儘管如此，以聯邦最高法院的判決為材料來描繪新聞自由的憲法圖像，仍然有重要意義。這是因為聯邦最高法院在發展言論自由法制重要面向時，基於當事人的媒體身分，或明白或隱喻地把新聞媒體的重要功能考量在內。該院也瞭解到，儘管言論自由很多重要

³¹ 435 U.S. 765, 801-02 (1978).

³² 德州大學的David Anderson教授在2005年的一篇文章中，進一步分析通訊傳播科技的發展如何使得劃分「新聞媒體／非新聞媒體」更為困難。David Anderson, *Freedom of the Press*, 80 TEXAS L. REV. 429, 436-46 (2002).

保障，非媒體身分的公民也可以享有，但是新聞媒體必定是該發展最主要的得益者。因此在言論自由保障的發展上，新聞媒體常常是重要的開拓者。更進一步，該院儘管不見得願意單獨運用「新聞自由」作為基本權的根據，但是該院在判決論理中並不避諱討論作為當事人的媒體如何促進或危害民主，以及媒體應該扮演的制度功能。基於聯邦最高法院享有的崇高地位，以及其見解的巨大社會影響力，該院的相關判決可能有很強的指導功能，導引著或者影響著下級法院甚至整個社會對於新聞媒體的看法。³³分析這些見解可以讓我們掌握關於新聞自由在美國的重要發展線索。

美國新聞自由的權威學者，哥倫比亞大學校長Lee C. Bollinger指出，美國聯邦最高法院在上一個世紀的眾多言論與新聞自由判決，有三大支柱撐起新聞媒體的活動空間。³⁴第一根支柱乃是「高度保障言論，對於言論內容管制的審查極度嚴格」。第二根支柱乃是「區分媒體性質，高度保障報紙自由，但容許為了提升廣播電視品質而加以管制」。第三根支柱則是「否定媒體享有異於一般公民之取得資訊或採訪自由」。觀察此三大領域的新聞自由相關判決，才能夠得到美國新聞自由法制發展的完整圖像。以下逐一介紹。

一、對於言論內容管制的司法審查極度嚴格

透過學者深入且系統的引介，我國學界對於美國憲法增修條文第一條司法實務操作上的基本原則，已經有相當清楚的理解。雙軌理論乃是其司法違憲審查的主要框架。在此框架下，法院首先分辨

³³ 關於聯邦最高法院判決如何影響媒體從業人員，請參閱LEE C. BOLLINGER, *IMAGES OF A FREE PRESS* 47-54 (1991).

³⁴ LEE C. BOLLINGER, *UNINHIBITED, ROBUST, AND WIDE-OPEN: A FREE PRESS FOR A NEW CENTURY* 7-43 (2010).

系爭法律或其他政府措施是否為「針對言論內容之規制」，或者為「非針對言論內容的規制」。如果是「針對言論內容之規制」，則進一步區分所受規制之言論是否屬於「低價值言論」。「低價值言論」到目前為止在美國司法實務上承認的包括不實言論、商業言論、猥褻性言論、淫蕩粗俗及不雅言論等。低價值言論採用「類型化的利益衡量」，由法院依照各等言論類型，衡量所涉的不同利益，界定得以規制的情況與條件。除了明確界定之「低價值言論」之外，其他言論基本上皆被認為屬於高價值言論，針對該內容的規制必須接受「嚴格審查標準」的審查，亦即政府措施所追求的利益必須相當急迫且極端重要，且為達成該目的所用的手段必須為達到該目的所必要且侵害最小。如果是「非針對言論內容的規制」，大致上所採取的是中度的審查標準。更具體而言，包含了United States v. O'Brien中處理象徵性言論所提出來的標準，以及關於「時間、地點與方法」的合理限制。所謂O'Brien案的審查標準，指的是如果政府的規制並非針對言論內容，則其若符合下列四項要件，即屬合憲：(一)政府此項規制的權力是憲法所賦予；(二)該項規制能增進重要或實質的政府利益；(三)所增進的利益與限制言論自由無直接關係；(四)該項規制對言論自由所造成的附帶限制不超過為追求重要或實質政府利益之必要限度。³⁵而所謂「針對言論表達的時間、地點與方法的合理限制」之審查標準，必須符合下列三項要件：(一)不涉及言論表達的內容；(二)可以增進實質的政府利益；(三)尚留有甚多其他的管道供該言論表達使用。³⁶

這套司法違憲審查的基本結構乃是理解美國言論與新聞自由憲法保障的重要起點。不過，既然司法違憲審查乃是在特定時空中，

³⁵ 林子儀，同註2，頁168。

³⁶ 林子儀，同註2，頁168。

在既定的制度框架下所進行的創造性價值判斷活動，則有必要進一步瞭解這套審查體系背後的價值以及其產生的歷史經驗。首先要瞭解的是，美國憲法增修條文第一條中的言論與新聞自由條款自制定以來一直沒有被聯邦最高法院積極運用，直到第一次世界大戰期間美國政府參戰引起左派人士反戰活動，而透過法律加以懲罰的一系列案件，才開始美國現代言論自由法制的發展。此後，對於煽動不法行為或內亂言論之規制的審查，一直是聯邦最高法院在發展言論自由的憲法內涵時最重要的案件類型。從Schenk v. United States³⁷，Frohwerk v. United States³⁸到Debbs v. United States³⁹，儘管聯邦最高法院採用Holmes大法官所用的clear and present danger，但事實上的判準乃是「不良傾向原則」(bad tendency test)，亦即言論如果可能造成不良後果，就可加以處罰。從一九一九年起至一九二七年間，Holmes與Brandeis大法官開始嚴格運用clear and present danger，在不同意見書中，開始主張高度保障言論自由。到二十世紀中葉為止，二位大法官的路線逐漸為聯邦最高法院採用。到了Brandenburg v. Ohio⁴⁰一案，該院採取了最激烈保障言論自由的標準，認為煽動違法言論只有在發言者明白主張非法行為，且發言者意圖馬上引起違法行為，加上其所欲煽動的違法行為客觀上很有可能發生，才可以加以處罰。

這一系列的判決，其影響絕不僅止於煽動犯罪或者內亂的言論。其基本思路貫穿增修條文第一條言論保障的核心，撐起了針對高價值言論的高度保障。其重要性不只來自於在歷史上，這類型的

³⁷ 249 U.S. 47 (1919).

³⁸ 249 U.S. 204 (1919).

³⁹ 249 U.S. 211 (1919).

⁴⁰ 395 U.S. 444 (1969).

案件乃是現代美國言論自由法制發展之源頭。更因為在性質上，這類案件最能夠測試並彰顯言論自由最外圍的疆界。在戰爭或國家危機的時刻，國家社會集體對於「不忠」或「不愛國」的言論加以鎮壓的集體慾望和政治壓力最為強烈。正是在這種規制措施上，言論自由最有機會凸顯其價值。換個角度，我們可以從十九世紀自由主義政治哲學大家J. S. Mill的傷害原則的角度來觀察這一系列判決的意義。J. S. Mill認為，多數統治的民主社會必須避免集體對個人自由過度干預，因此不應該允許國家巧立名目以抽象的公共利益之名輕率地對個人自由進行管制。國家限制個人自由最主要的理由，僅僅是為了防止個人對於他人或社會國家造成傷害。⁴¹從這個角度來看，這一系列判決最重要的意義，正在於嚴格限制國家輕率地擴張對言論「傷害」的界定範圍。這樣做對於言論自由來講特別重要，因為「言論」所造成的傷害往往不若「行為」所造成的傷害來得具體。正如Holmes大法官所言，當人們堅信自己所說的是正確的，想要鎮壓不同的意見是很合於邏輯的。同樣地，當人們相信別人的意見是錯的時，為了加以打壓，而誇張其所造成的傷害也是十分合於邏輯的。在半個多世紀的收與放中，美國聯邦最高法院逐漸認知到，戰爭或危機狀態時所導致的集體恐慌心態，往往誇大了異議者對於國家安全、社會安定的威脅，因此對於言論內容規制的審查越來越嚴格。⁴²另一方面，言論是否應該受到管制，所衡量者不只是言論是否造成傷害。絕大多數的規制措施都蘊含了利益與不利益的衡量。單單指出言論傷害的不確定性並不夠，我們也必須理解言論的價值，因為，很多時候言論之所以輕率地被規制，不只是因為「傷害」輕率地被誇大，更因為言論的價值沒有被妥當地認知。這

⁴¹ J. S. MILL, ON LIBERTY 14 (1991).

⁴² GEOFFREY R. STONE, PERILOUS TIMES: FREE SPEECH IN WARTIME 517-25 (2004).

也是為什麼探討言論自由的「理論基礎」有其重要性。因為人類的天性往往趨向否定我們所反對的言論有任何價值。從追求真理說、健全民主程序說、表現自我說，到社會安全閥理論、寬容說等等理論，都是為了要說明為什麼我們必須壓抑人類天性中的不寬容的情緒與衝動。

對於新聞媒體來說，撐起其言論空間最重要的理論是健全民主程序說。而新聞媒體對於健全民主程序的價值，無疑正彰顯在關於聯邦憲法增修條文第一條最重要的案件——New York Times v. Sullivan。⁴³此案事實牽涉到紐約時報於一九六〇年刊載的一則民權人士所刊登的廣告，廣告中提到阿拉巴馬州蒙特馬利郡的警政當局如何惡劣地對待民權運動者。其描述有些許不精確之處，因而遭致蒙特馬利市當局控告誹謗。聯邦最高法院推翻了長久以來的普通法原則，認為紐約時報不需證明真實始能免責，針對政府官員所為的言論只要不是出於明知虛假事實，或者對於事實真假輕率不顧，就可以免責。此案之所以重要，不僅因為豎立了至今仍主宰美國誹謗法的「真正惡意」原則，更因為主筆的Brennan大法官鏗鏘有力地闡述了聯邦憲法增修條文第一條的「核心意義」(the central meaning of the First Amendment)。Brennan大法官首先指出：「我們將此案的審酌，置於我國深厚的政治傳統中，那就是公共議題的討論，不應該受到約束，應該是充滿活力且完全開放的。」⁴⁴接著他援引一段開國時期的歷史經驗，一七九八年主政的聯邦黨人制訂了「叛亂法」(Sedition Act)，以刑事手段處罰批評政府與高級官員的人，引起極大的爭議以及選民反感。一八〇〇年敵對的共和黨人傑佛遜當選總統，立即運用總統特權赦免在叛亂法下入罪的公民。

⁴³ 376 U.S. 254 (1964).

⁴⁴ 376 U.S. 254, 270 (1964).

Brennan大法官認為這段歷史，彰顯出選民唾棄箝制人民批評言論的政府，以及自殖民時期對抗英國總督不當治理的深厚傳統，進而指出，保障批評政府及政府官員的自由正是「增修條文第一條之核心意義。」⁴⁵另外，此判決也讓「寒蟬效應」(chilling effect)一詞，成為增修條文第一條法理中的重要概念。⁴⁶

New York Times v. Sullivan之後，聯邦最高法院繼續發展「真正惡意」的射程範圍。到了Curtis Publishing Co. v. Butts; Associated Press v. Walker案⁴⁷，確立包括公眾人物在內的原告，也必須證明被告具備「真正惡意」才能求償。該院到了Gertz v. Robert Welch案⁴⁸為「真正惡意」原則的運用劃下界線，認為當原告既非政府官員亦非公眾人物時，就算言論牽涉到公共利益，各州有權升高對於名譽的保障，只要不對言論之虛偽採取「嚴格責任」，皆屬合憲。而此案中Powell大法官有名的傍論：「在憲法增修條文第一條底下，並無所謂虛偽或不實的意見。任何一個意見不論其多麼惡毒，我們並不依賴法官或陪審團來匡正他，而是藉由其他的意見與該意見的競爭來匡正它。」⁴⁹此論述直接影響了傳統普通法上的另一種侵權行為形態「故意造成情感上傷害」(intentional infliction of emotional distress)。在Hustler Magazine, Inc. v. Falwell⁵⁰中，著名的情色雜誌「好色客」刊登一則酒品廣告，刻意以玩笑式地文字侮辱諷

⁴⁵ 同前註。另請參閱闡述此案重大意義的經典文章，Harry Kalven, *The New York Times Case: A Note on "The Central Meaning of the First Amendment"*, 1954 SUP. CT. REV. 1169 (1990).

⁴⁶ 376 U.S. 254, 300 (1964).

⁴⁷ 388 U.S. 130 (1967).

⁴⁸ 418 U.S. 323 (1974).

⁴⁹ 418 U.S. 323, 339-40 (1974).

⁵⁰ 485 U.S. 46 (1988).

刺著名的基督教保守派牧師Jerry Falwell與其母親酒後亂倫。聯邦最高法院延續Gertz案的見解，認為該則廣告並無被以為真的可能，基於諷刺漫畫或玩笑文字也是重要的政治言論形態，且Falwell是公眾人物，因此系爭言論受到增修條文第一條的保障。

New York Times v. Sullivan判決引起廣大的迴響，其經典論述的影響力遠遠超過誹謗侵權法的領域，開啟了聯邦最高法院強化言論自由保障的黃金年代。在接下來一系列深受Sullivan判決影響的重要判決中，顯現出新聞媒體在美國政治發展上的角色日益重要，也顯現出聯邦最高法院如何逐步賦予言論與新聞自由更大的空間。其中最膾炙人口當推New York Times v. United States; United States v. Washington Post Co. (俗稱The Pentagon Papers case) (1971)。⁵¹此案中美國政府向聯邦法院申請禁制令，阻止紐約時報和華盛頓郵報出版美國國防部分析美國如何陷入越戰泥沼的機密文件。該文件是由一位前國防部官員非法取得，交給報社的。美國政府宣稱出版該文件將嚴重影響國家安全，導致部隊死傷、延長越戰，傷害外交關係。然而，聯邦最高法院認為，這些理由在此案中不足以正當化對言論的事前限制。在諸大法官的意見書中都提及新聞媒體挖掘報導政府資訊的重要功能，認為這對於公共事務的公開辯論具有根本的重要性。此外，在隱私權的面向上，在Sullivan案強大影響下，聯邦最高法院也逐步擴張新聞媒體的報導空間。一九七五年Cox Broadcasting v. Cohn⁵²該院判決喬治亞州處罰公布性侵被害人的媒體的法律違憲，認為其範圍過廣，處罰到媒體依據公開的政府資訊而為報導的情況。同樣地，一九八九年的Florida Star v.

⁵¹ 403 U.S. 713 (1971).

⁵² 420 U.S. 469 (1975).

B.J.F.⁵³判決媒體刊出從警政公開資訊站所取得性侵被害人的姓名，不需負擔民事賠償責任。二〇〇一年的Bartnicki v. Vopper，⁵⁴該院延續傳統，判決州政府處罰一家報紙刊登事關公益之他人行動電話通話內容違憲。

聯邦最高法院不願意承認新聞自由有完全獨立於言論自由的憲法操作上意義，但該院同樣不容許政府有針對性地課予新聞機構負擔。在一九八三年的Minneapolis Star and Tribune Co. v. Minnesota Commissioner of Revenue⁵⁵案中，該院判決明尼蘇達州針對報紙的油墨和紙張課稅的法律違憲。系爭法律本是一般性的貨物稅，但是透過一些特殊的免稅條款，所造成的效果是只有部分大型的報紙被課予該項稅捐。儘管在該案中政府並沒有透過課稅嘗試影響報紙內容，然而，聯邦最高法院認為，該項稅法體制本身就足以刺激到憲法增修條文第一條的敏感神經。因為針對新聞媒體課予差別稅捐會創造極高的風險，容許州立法者在某些情況下針對新聞機構課予負擔，造成新聞機構可能會減弱對於政府的監督與批評。這種危險在四年後的Arkansas Writers' Project, Inc. v. Ragland⁵⁶中更為具體，因為阿肯色州的營業稅法針對某些類型媒體（宗教、專業、體育、商業公會）而非所有的媒體給予免稅待遇。儘管此案中，新聞媒體並非被課予負擔而是享受優惠，但是由於其優惠是選擇性的，而且與媒體內容有關，因此被認為造成的新聞自由上風險更大，因此被判定違憲。

53 491 U.S. 524 (1989).

54 532 U.S. 514 (2001).

55 460 U.S. 575 (1983).

56 481 U.S. 221 (1987).

二、新聞自由的雅努斯面孔 (Janus Faces)

然而，儘管美國新聞自由體系的第一根支柱，也就是對言論內容高度保障，所投射出來的新聞專業理想，乃是美國新聞自由的核心圖像。但這並不表示，此核心圖像是唯一的圖像。美國憲法體系所體現的新聞自由圖像，毋寧像羅馬神話中的門神雅努斯 (Janus) 有著兩張面容。這兩張面容的對照清楚地體現在聯邦最高法院兩個重要且可相互對照的新聞自由案件中。第一個案件是一九七四年的Miami Herald v. Tornillo。⁵⁷此案中，佛羅里達州通過一項「回覆權」(right of reply)的法案：「當任何報紙攻擊一位公職候選人的個人品德或參政紀錄時，該候選人有權要求該報紙無償提供版面刊登其對攻擊的回應。」而且，該法案要求，「若該回覆的字數不超過原先攻擊內容的文字，則報紙必須將其刊登在與原先刊登攻擊文章同樣顯著的位置。」該院在判決中首先摘述了佛州政府制定該法的理由。佛州政府指出，美國的報業已經成為大型商業組織，在大多數的美國地方都呈現出壟斷的市場結構，進入門檻非常地高，因此對於地方政治擁有巨大的影響力，如果該影響力被濫用，則公眾輿論被不當操弄的風險相當高。回覆權的立法目的正是要避免此一風險，因此特別針對選舉候選人制定回覆權的法律。儘管聯邦最高法院並不否認該論證有其道理，但是該院仍然認為強制出版者或編輯刊登他們根據「理性」(reason)判斷不應刊登的內容，有違憲法增修條文第一條的堅強傳統。該院甚至語重心長地說：「負責任的新聞業無疑是值得追求的目標。可是憲法並不要求政府主動提供負責任的新聞媒體。就像很多其他優良的德行，是沒有辦法透過立法強制養成的。」⁵⁸

57 418 U.S. 241 (1974).

58 418 U.S. 241, 256 (1974).

Miami Herald v. Tornillo延續New York Times v. Sullivan的路線，給予報紙媒體高度的保障。然而，卻與五年前甫作出的Red Lion Broadcasting Co. v. FCC⁵⁹判決形成強烈的對比。該案的爭點是美國聯邦通訊傳播委員會（Federal Communications Commission）針對廣播與無線電視的重要內容管制措施「公平原則」（fairness doctrine）是否違憲。一九三四年Communications Act廣泛授權FCC基於「公共利益、便利或需要」（public interest, convenience or necessity）對廣播電臺執照持有者進行深入的管制。其中內容管制上最重要的措施之一，就是公平原則。該措施課予廣播電臺兩項義務：第一，電臺必須撥出合理的時間報導具有公共重要性的爭議問題。此義務不允許存在純粹娛樂性質的廣播電臺。第二是報導具公共重要性的爭議問題時，必須公平、平衡地呈現相反的主張。從第二項主要義務，再衍生出二項次要義務。第一是所謂的「人身攻擊規則」（personal attack rule）。此規則要求廣播電臺在報導爭議問題時，若針對任何個人或團體的「誠實、品格、正直或其他個人特質」進行攻擊，則必須通知當事人並給予合理回應的機會。第二是所謂的「政治評論規則」（political editorializing rule）。此規則要求電臺若以某種類似報紙「社論」形態的評論宣布支持或反對某公職候選人，則必須通知當事人並給予適當的回應機會。⁶⁰

此案當事人是賓州的一個小型地方電臺，該電臺開設了一個政治評論節目。節目主持人是一位在政治光譜上極端保守的牧師，在

⁵⁹ 395 U.S. 367 (1969).

⁶⁰ 林子儀，同註2，頁252-254；深入的介紹，請參閱吳永乾、謝國廉，政治候選人接近使用媒體權之研究，載：現代法學理論與實務的交錯：從理想、寫實到存在，頁38-40，2006年10月。

一次節目中針對與民主黨友好的作家作人身攻擊。該作家要求電臺給予回應時間，被電臺拒絕。在訴訟中，該電臺主張憲法增修條文第一條的言論與新聞自由權利受到侵害，認為一旦廣播執照發出，廣播電臺就如同一般公民或出版者，可以自由選擇他們想要說的話，以及想要排除的觀點。如果比照Miami Herald v. Tornillo，似乎電臺的說法應該會受到法院支持。然而，法院的論述方向完全相反。主筆的White大法官有力地論道：「在此案中最重要不是廣播電臺的權利，而是閱聽大眾的權利。」「閱聽大眾有權接收到關於社會、政治、藝術、道德與其他領域的重要觀點與經驗。若非如此，則電臺老闆與少數電臺聯盟將會享有不受節制的權力篩選他們偏好的觀點，而導致不受限制的私人言論審查（unlimited private censorship）。」⁶¹更耐人尋味的是，New York Times v. Sullivan以及其影響所及的判決當中，所投射出來的政府是新聞媒體最大威脅的圖像，在Red Lion中不復存在。取而代之的，是法院積極擁抱政府管制，對FCC的內容管制措施有相當高的接受度，儘管對於事實上是否會造成寒蟬效應保持開放的態度。

儘管公平原則在雷根政府時代普遍的「去管制」政策底下，被FCC取消，然而，促進公平報導的規定並未完全消失。兩項子規則（人身攻擊規則與政治編輯規則）遲至二〇〇〇年才被FCC取消。⁶²即便如此，另一套重要媒體近用規定仍維持至今，那就是「機會均等規則」（equal time rule）。不同於「公平原則」乃是FCC的行政命令，「機會均等規則」是國會直接制定於一九三四年的通訊傳播法中的條文（Section 315），目的是要防止偏頗的廣播（嗣後擴及無線電視及有線電視）媒體獨厚特定候選人，直接操弄

⁶¹ 395 U.S. 367, 390 (1969).

⁶² 吳永乾、謝國廉，同註60，頁40。

選舉結果。該條文規定，如果電臺無償或有償給予特定公職候選人一定的時間，則其他候選人有權要求該電臺以同樣的條件下（無償或者同等費率）提供同等分鐘數以供使用。

除了媒體近用的規定外，上述「二元管制體系」也彰顯在「不雅語言」（indecent language）的管制上。FCC在這方面的管制一直相當堅持，二〇〇〇年以後實際操作上也仍然相當嚴格。而不雅語言的管制在一九七八年的FCC v. Pacifica Foundation⁶³中，受到聯邦最高法院的支持。該案爭議言論是一位喜劇演員的著名的獨白演出，內容是不斷重複美國生活中最忌諱的髒話，廣播電臺在下午播出。法院支持FCC的處罰，認為廣播深入家庭，家庭「隱私」受到侵入，兒童也很容易暴露在廣播的影響之下。因此，FCC規定不雅語言只能出現在一天中的特定時段是合憲的。此案與一九七一年的Cohen v. California⁶⁴形成強烈對比。在Cohen案中，聯邦最高法院判決系爭加州法律違憲，因為該法律被用來處罰穿著書寫著強烈反對徵兵語言（Fuck the Draft）夾克的異議份子。法院認為在言論市場上不雅的語言有表達意見中情緒成分的功用，公民必須作好準備在公共的空間中面對激烈的語言，而且在違憲審查的操作上，法院很難找到可用的標準衡量什麼時候言論太過激烈。

另外，關於廣播與電視媒體所有權的限制，FCC也有一套複雜的治理機制，限制單一公司在地方以及在全國層次能夠擁有的廣播或電視臺家數，以及限制報紙與廣播媒體的「跨業結合」。這套治理機制最主要的管制目標有三項：多元性（diversity）、競爭性（competition），與在地性（localism）。在FCC v. National

⁶³ 438 U.S. 726 (1978).

⁶⁴ 403 U.S. 15 (1971).

Citizens Committee for Broadcasting⁶⁵案中，聯邦最高法院判定跨業結合管制合憲。該院認為，FCC長期以來盡可能分散大眾媒體所有權的政策，與憲法增修條文第一條的意旨是一致的，那就是應盡可能散布多元甚至相衝突觀點的資訊，以供公眾資訊所需。而且在Red Lion的論理下，取得廣播執照並非增修條文第一條所賦予的權利，政府有權按照公共利益制訂執照取得的資格與規則。儘管法院支持FCC的管制，但在一九八〇年代的去管制政策影響下，特別是一九九六年Telecommunications Act之後，FCC對於廣播、無線電視所有權的管制已經大幅放鬆。該法把一家公司能夠在全國層次所擁有的廣播電臺與無線電視臺的家數上限取消（儘管市場占有率上限並未取消，僅僅放寬從25%到35%）。一般認為，一九九六年新的管制架構立法之後，美國媒體所有權的集中度已經大幅提高。FCC另一個所有權管制的面向是在廣播電視執照管制上，對於少數族裔的優惠待遇。在Metro Broadcasting v. FCC⁶⁶案中，聯邦最高法院判決FCC的差別優惠待遇措施合憲。不過，在一九九六年Telecommunications Act一體大幅放寬所有權限制後，大部分先前的差別優惠待遇已經形同被取消。

三、拒絕賦予新聞媒體採訪與資訊蒐集特權

從Sullivan到Pentagon Papers Case，呈現出法院對於新聞媒體專業水準的高度信賴，而且對於監督政府功能的高度重視。然而，架構美國新聞自由的第三根支柱似乎完全朝向相反的方向發展。在一系列的案件中，除了極少數的例外，聯邦最高法院一再拒絕賦予新聞媒體一般公眾所不能享有的採訪特權。這類案件可以很粗略地

⁶⁵ 436 U.S. 775 (1978).

⁶⁶ 497 U.S. 547 (1990).

分為兩類。第一類是新聞媒體嘗試取得一般公眾所無法取得的政府資訊，比如記者請求政府公開原本依法規得不公開的資訊；第二類是新聞媒體拒絕提供一般公眾依據法律所必須提供的資訊，比如記者拒絕在法庭上作證。儘管這二類案件在立法層次有不同的發展，但在司法體系中，特別是在聯邦最高法院的層次，該院基本上把這些案件都放在同一個大問題意識底下來看，那就是新聞媒體是否在一般性的法律之外享有特權。新聞媒體在這些案件中的主張十分清楚，那就是取得對公共議題有價值的資訊乃是新聞媒體的職責，此職責對於民主體制健全發展有密切的關係，新聞媒體必須擁有這些特權，才能夠有效地負擔這些職責。⁶⁷然而，這個看似相當合理的訴求卻一直得不到聯邦最高法院的認同。

一九七二年的 *Branzburg v. Hayes* 是這一系列的案件中最為著名的。⁶⁸該案牽涉到記者是否有權拒絕在大陪審團或其他刑事訴訟程序中提供證言，以保護其消息來源的身分不致曝光。案件中的記者因拒絕證言而因「藐視法庭」而入罪。值得注意的是，此案中的記者並未主張絕對特權，僅主張有限的特權：「記者不應被要求在大陪審團或正式審判當中作證，除非政府能夠證明記者所持有的資訊與大陪審團所調查的犯罪行為有關聯性，相關資訊無法從其他來源取得，且公眾取得該資訊的需求強烈到足夠凌駕增修條文第一條的要求。」⁶⁹由 White 大法官主筆的多數意見指出，此案所牽涉到的，並非新聞媒體出版或刊登新聞的權利，而是新聞媒體採訪與蒐集資訊的權利。儘管法院承認，採訪與蒐集資訊的權利並非不受增修條

⁶⁷ 關於美國法上記者特權的發展，請參閱劉靜怡教授精闢的分析：劉靜怡，數位時代的記者特權：以美國法制之發展為論述中心，新聞學研究，98期，頁139-192，2009年1月。

⁶⁸ 408 U.S. 665 (1972).

⁶⁹ 408 U.S. 665, 680 (1972).

文第一條的保障，否則新聞媒體的自由將不復存在。然而其言下之意似乎是採訪與資訊蒐集權畢竟不是增修條文第一條的保障核心。繼而，多數意見指出：「很清楚地，憲法增修條文第一條並不要求本院將適用於一般大眾的法律判定違憲，儘管該等法律對新聞媒體造成意外的負擔 (incidental burden)。」⁷⁰接著多數意見列舉許多新聞媒體不因其獨特地位而享有豁免於一般法律特權的判決，比如：新聞媒體不能豁免於勞工法令的規範⁷¹，新聞媒體不因其地位擁有在反壟斷法上的特權⁷²，新聞媒體不能豁免於名譽權侵害責任⁷³等等。

多數意見認為「本院一般性的立場是憲法增修條文第一條並不賦予新聞媒體憲法上的特殊權利，得以取得一般公眾所不能取得的資訊。」「就新聞媒體取得資訊的權利而言，新聞媒體經常性地被排除於大陪審團的程序之外，本院的會議也排除記者採訪，行政部門官員的行政內部會議亦同等等。」「新聞媒體也沒有權利採訪重大刑案現場或災難事件，如果一般大眾同樣被隔離在外。」而且，沒有理由認為公眾對於有效執法的需求不足以凌駕新聞媒體的需求。對於揭露新聞消息來源會導致新聞的來源縮減，因而導致言論市場上的內容減少，多數意見也表達懷疑的態度，儘管承認在推理上這是可能的，但是並沒有足夠清楚的證據證明這件事情確實會發生。更進一步，多數意見指出一項深層的疑慮，如果法院承認記者有權拒絕向大陪審團透露消息來源：「我們遲早必須界定哪些新聞工作者有權主張此種特權，但這造成很大的問題，因為在增修條文第一條的傳統

⁷⁰ 408 U.S. 665, 682 (1972).

⁷¹ *Associated Press v. NLRB*, 301 U.S. 103 (1937).

⁷² *Associated Press v. United States*, 326 U.S. 1 (1945).

⁷³ *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

原則中，新聞（出版）自由（liberty of the press）之屬於街頭孤獨地散發小冊子的作家，不亞於使用最新印刷科技的大都會新聞出版者。傳播資訊給大眾的社會功能，不只可由新聞組織來做，演說家、民意調查公司、小說家、學術研究者、劇作家也可以。」⁷⁴類似的立場，在一九七八年的Zurcher v. Stanford Daily繼續維持，法院認為新聞媒體沒有憲法上的特權能免於刑事搜索等強制處分。法院認為：「只要執行得宜，取得搜索令狀的條件，包括要有『合理之根據』、『搜索之物品及處所必須具體特定』，以及整體的『合理性』等，足以保障新聞報紙辦公室免於所受到的威脅。我們也未能被說服，正如在Branzburg案中一樣，說消息來源會因此而消失。」⁷⁵

我們知道聯邦最高法院到目前為止並無跡象顯示會改變Branzburg的立場。然而，下級法院逐漸有案例承認拒絕證言特權。⁷⁶而且美國到二〇〇九年為止，已經有三十三個州透過立法的方式賦予某種記者拒絕證言特權。另外有十三個州透過州法院的判決，賦予某種形式的記者拒絕證言權。因此，總共已經有四十九個州賦予某種程度的記者拒絕證言權。⁷⁷不過，在聯邦層級目前並無相關立法。最新的發展是，美國國會正在考慮聯邦層次的記者拒絕證言特權法案。所謂的Free Flow of Information Act曾在二〇〇九年由眾議院所通過。參議院何時可能通過該法案有待觀察。相較於記者證言權在聯邦層次崎嶇的命運，保護新聞媒體的辦公或編輯場所

⁷⁴ 408 U.S. 665, 704 (1972).

⁷⁵ 436 U.S. 547 (1978).

⁷⁶ 劉靜怡，同註67，頁150。

⁷⁷ Henry Cohen & Kathleen Ruane, *Journalists' Privilege: Overview of the Law and Legislation in the 110th and 111th Congresses*, Congressional Research Service Report for Congress, Summary, available at <http://www.fas.org/sgp/crs/secrecy/RL34193.pdf> (last visited: 2010.11.01).

免於輕率的搜索的立法，早在一九八〇年的Privacy Protection Act中，即以禁止任何政府官員搜索「任何人的作品（work product）或者其他文件，如果有合理的理由相信該個人以報紙、書籍、廣播或其他類似的大眾傳播形式，從事散布資訊於公眾之事業，除非他本身牽涉到正在接受調查之刑事犯罪行為，或者不這樣做會導致證據的逸失。」⁷⁸

Branzburg與Zurcher案屬於第二類案件。而這類議題比較容易透過立法給予保障，畢竟其權利的形態比較屬於「防禦」性質。但第一類型的案件，也就是新聞媒體要求公開政府依法得不公開的資訊，聯邦最高法院的立場就更為堅定。一九七四年的Pell v. Procunier⁷⁹案中，牽涉到記者積極要求取得合法不公開的政府資訊。在此案中加州新聞記者申請面對面地探訪監獄中受刑人，以瞭解他們是否有遭受不合理的待遇。但根據加州政府的規定，受刑人不得接受媒體直接的探訪。聯邦最高法院延續Branzburg的論理，認為州政府的規定並未侵犯新聞自由。值得注意的是，Branzburg的論理到了Procunier案中更為強烈，政府的立場更為穩固，以致於本來在Branzburg案中提出不同意見書的當代新聞自由第四權理論的旗手Stewart大法官，在本案中轉為多數意見執筆。多數意見指出：「說記者可以自由地找出一般大眾難以取得的資訊，而加以發表是一回事；……但說憲法課予政府積極的義務幫助記者取得一般大眾所不能取得的資訊，又是另一回事。這樣的主張既沒有憲法文義，更沒有本院任何判決的支持。」⁸⁰

⁷⁸ 42 U.S.C. Sec. 2000aa. 轉引自GEOFFREY R. STONE ET AL., *CONSTITUTIONAL LAW* 1448 (5th ed. 2005).

⁷⁹ 417 U.S. 817 (1974).

⁸⁰ 417 U.S. 817, 834 (1974).

不過，第一類案件有一個重要的例外，那就是一九八〇年的 *Richmond Newspapers v. Virginia*。⁸¹ 該案爭點為政府是否可以在特定情況下，比如基於「公平審判」的權利排除公眾及媒體旁聽審判，換言之，新聞媒體是否有憲法上的權利旁聽刑事審判過程。聯邦最高法院認為刑事審判過程必須公開，新聞媒體有權出席旁聽審判。Burger大法官主筆的意見認為刑事審判公開擁有歷史悠久的傳統，這對於國家行使刑事審判的正當性有根本上的重要性。Brennan大法官的協同意見書則強調憲法增修條文第一條有「結構上」功能，政府應該確保並促進自我統治的共和體制（*republic system of self-government*）。這意味著政府應確保公共論辯建立在充分的資訊之上。然而，Brennan大法官也承認，由此所衍生的論理恐怕是無止無盡，導致政府有義務提供一切媒體所要的資訊，而這很明顯是說不通的。因此，在承認這項權利的時候，必須極端謹慎。一個可能允許的情況，就是「傳統」——當傳統上某種資訊一向公開時，政府就不能輕易加以封鎖。而刑事審判就是這樣一種情況。直到現在，*Richmond Newspapers v. Virginia* 仍然是一個極特殊的例外，而聯邦最高法院也仍然未承認除了刑事審判以外的其他「傳統」，得以賦予新聞媒體特殊的資訊取得權。

參、民主想像與實踐的激盪

一、對言論與新聞自由的高度保障

(一) 結構性歷史因素

從上述美國新聞自由法制發展非常簡略的鳥瞰式導覽中，菁英

⁸¹ 448 U.S. 555 (1980).

民主、多元自由民主和共和民主思想的痕跡都歷歷可見。對於言論與新聞自由內容規制的嚴格審查，正如Sullivan案中Brennan大法官鏗鏘有力的文字，彰顯了Alexander Meiklejohn的共和主義思想，認為民主乃是人民的自我治理（*self-government*），因此批評政府的自由應該是內建於共和民主體制中最基本的自由。正因如此，言論與新聞自由必須被賦予高度保障，以確保公共論域中的發言有最廣闊的空間，以監督政府，促進公共議題的理性論辯。另外，*Pentagon Papers Case*以及當時的時代氛圍下，所發展出來的新聞媒體第四權理論，確實與菁英民主論特別強調政府監督制衡的重點相符。而且，諸如在*Minneapolis Star and Tribune Co. v. Minnesota Commissioner of Revenue*等媒體賦稅案件中，聯邦最高法院致力於在媒體與政府之間築起一道防火牆，阻止政府以任何方式影響媒體的內容造成言論觀點的傾斜。這也是菁英民主論會強調的。

不過，後來美國言論與新聞自由的保障範圍逐漸擴大，遠遠超過共和民主論所重視的公共與政治言論。一個重要原因當然是因為言論自由的個人自主與尊嚴的價值逐漸受到重視。可是任何一種重要的制度權利能夠得到長足發展，不會只有一種證立方式。另一方面，這未嘗不是多元自由民主論的逐漸擴展。面對多元分歧的社會，為了讓各種群體能夠自由地發展其多元的文化凝聚其共同利益與認同，並且有機會參與公共論述的形成，所以對於言論與新聞自由採取高度的保障。這是一個廣土眾民且人口組成高度紛雜的移民社會，為了維持治理正當性，同時也是一個社會為了阻絕約束自己的不寬容的衝動，所發展出來的合理策略。

正如Holmes大法官在*Abrams v. United States*中不同意見書中的名言，對言論自由採取高度保障「是一場實驗，正如所有的生命都是一場實驗」。美國聯邦最高法院在上個世紀的經驗，其實反映著一個廣土眾民，種族文化組成多元的民主國家，面對時代巨變所採

取的回應。第一，從第一次世界大戰到第二次世界大戰乃至冷戰，美國在面對世界局勢的變化中，每當面臨國家危機的時候，總會激起國族主義的情緒，進而鎮壓不同意見者。正如芝加哥大學的Geoffrey Stone教授從美國戰爭時期的言論自由史所發現，每一次因為戰爭或國家危機所激起的不寬容的衝動，在危機過後，總會激起知識份子與整個社會的反省。⁸²人們逐漸發覺到，對於外敵的集體恐懼與歇斯底里的自我防衛意識，不只會對於異議者過度鎮壓，甚至提供了不肖政客（比如麥卡錫議員者流）打壓異己的絕佳工具。儘管每一次面臨國家危機與戰爭，社會仍然不可避免地陷入恐慌與不寬容的危機，但是從美國歷史來看，似乎這些反省不是全無效果，Holmes與Brandeis大法官孤獨的不同意見逐漸被聯邦最高法院主流所接受，就是反省的結果。

第二股歷史的力量，來自於逐漸擴大的民主參與，使得越來越多元的種族、文化的社群，逐漸能夠參與主流公共生活，甚至地方乃至中央的政治決策。整個廿世紀美國憲法，最重要的發展之一，就是平等權的發展。從黑人、女性、移民、少數族裔，美國民主的多元性逐步彰顯。一九六四年作成的New York Times v. Sullivan本身就是民權運動之下的產物。而頗具象徵意義的是，在作成該案判決的同一年，聯邦最高法院也作成了重要的Reynolds v. Sims。⁸³在該案中，該院一反之前認為地方選區劃分乃是政治問題的見解，首次宣告當時諸多州眾議院選舉區域不合理的劃分違反憲法增修條文第十四條的平等保障條款。當原本被排除在政治過程之外的群體逐步被納入既有的政治體系中，最大的挑戰就是面對愈來愈多元的聲音，愈來愈分歧的政治立場，如何制訂公平且尊重參與者的遊戲規

⁸² STONE, *supra* note 42, at 530-31.

⁸³ 377 U.S. 533 (1964).

則，維持政治共同體起碼的治理正當性。而在重塑政治秩序的巨大政治工程中，一個關鍵的環節，就是提高言論與新聞自由保障。高度多元的政治社會不可避免會因為多元政治群體的歷史記憶、意識形態、政治文化乃至生活習慣的歧異，對於言論妥當與否的界線也會有高度的歧見。對於某些人來講妥當而正當的政治表達方式，可能在另一群人耳中可能不堪入耳。提高言論保障的目的，在於讓每一個族群都儘量有在公共領域表達意見的空間，唯有讓每一個族群，每一種聲音在公共決策當中有參與的機會，集體的決定才有道德上的正當性要求該群體服從。⁸⁴

第三股歷史的力量乃是通訊科技發展與國家角色擴張的衝激出來的。聯邦政府的功能與角色從新政以來，並且透過兩次大戰逐漸擴張，加上通訊與運輸科技的進步，美國在二十世紀逐漸從一個地方型的社會轉型成為一個全國性的社會。民權運動中聯邦政府與州政府之間的衝突，凸顯出公共生活中的道德標準與國家認同內涵必須逐漸統一，才能夠應付全國性的挑戰。而全國性的挑戰必須透過聯邦政府以及一個全國性的公共論壇才能有效面對。這意味著，美國需要強有力、負責任且能夠建構全國性公共論壇與言論市場的全國性媒體。New York Times v. Sullivan案中的紐約時報正是這樣一個正在上升中的全國媒體。該案中系爭當日的紐約時報在全阿拉巴馬州僅僅流通三百九十四份，而在系爭的Montgomery County僅僅流通三十五份。當地政府面對紐約時報這個北方來的「侵入者」仍然可以很有效地加以壓制。然而，對於一個成形中的全國性公共領域來說，阿拉巴馬州或者蒙哥馬利郡的地方政府對於言論的鎮壓終

⁸⁴ RONALD DWORKIN, FREEDOM'S LAW 200-13 (1996); Robert Post, *Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence*, in ETERNALLY VIGILANT-FREE SPEECH IN THE MODERN ERA 152, 169 (Geoffrey R. Stone & Lee C. Bollinger eds., 2000).

究不會成功。一方面，他們對於地方媒體不同言論的壓制，終究會被全國性媒體穿透，因而徒勞無功。但另一方面，其對於言論的打壓也會影響到全國性公共領域的成形。因為，如果全國對於言論自由的標準太過分歧，各州可以任意打壓言論內容，則全國性的媒體為了節省成本、生存起見，恐怕會進行自我審查，採取最保守的言論尺度，僅僅製作可以通行全國無阻的言論內容，造成不健全的全國性公共論壇。⁸⁵而這對於一個要面臨許多重大全國性挑戰的美國來講，無疑會造成很大的傷害。因此，聯邦最高法院勢必要透過基本權利的架構穿透、克服地方性力量的抵抗。

(二)新聞專業的平行發展

上述聯邦最高法院逐步提高言論與新聞自由保障的判決中，投射出一個關於新聞媒體的理想圖像。這幅圖像中，新聞媒體秉持專業，善盡第四權之責，監督政府濫權，深入報導公共議題，善盡守門職責，客觀報導值得大眾理解的重大事件，而政府則在憲法的保障下，給予新聞媒體高度的自由保障，以利其發揮上述功能，並防止黨派政治的黑手伸入影響媒體中立。歷史的因緣際會，當美國憲法增修條文第一條開始在聯邦最高法院發展的時候，美國的新聞專業已經有長足的發展，使得這幅理想的圖像並非空中樓閣，也不全是聯邦最高法院的一廂情願，而有相當現實的基礎。這個歷史時間點，對於聯邦最高法院發展新聞自由的概念十分重要。每一套法制都有受到一些基本預設或典型的影響，這些基本預設或典型大致上反映了法院與當時的知識界對於現實的理解。如果增修條文第一條在十九世紀的時候就開始發展，聯邦最高法院對於新聞媒體的想像恐怕會大相逕庭，因而可能發展出很不一樣的言論和新聞自由概念。

⁸⁵ BOLLINGER, *supra* note 34, at 64-66.

如同今日的臺灣媒體藍綠壁壘分明的狀況，美國的媒體自建國以來一直到十九世紀中葉，黨派屬性都很清楚。政治人物一手拿筆，一手要選票的情況十分常見。

然而，最遲到一九二〇年代，「客觀性」(objectivity)作為新聞專業理想最高準則的地位已經確立。主流質報與政治勢力之間的瓜葛，至此時為止已幾近斷絕。一九二二到二三年間，美國第一個全國性報紙編輯專業社團成立，名為「美國報紙編輯學社」(American Society of Newspaper Editors)。在其創社典禮上，該會通過第一份新聞倫理守則「新聞法則」(Canons of Journalism)，其中包含「真誠、真實與準確」(Sincerity, Truthfulness, Accuracy)與「不偏不倚」(Impartiality)之大原則，並包括如下宣言：「新聞報導應免於任何個人意見或偏見 (opinion or bias of any kind)」。⁸⁶「客觀」的意義至少有以下四層：1.事實 (fact) 與價值 (value) 必須區分，新聞報導必須只報導事實；2.新聞風格必須冷靜，免於情緒；3.在報導政治爭議時，盡其所能呈現各方論點；4.新聞報導中不應夾議夾敘，不應有偏差。⁸⁷

有些關於美國新聞專業發展的論述的把此一發展歸於因為工業迅速發展，都市化的程度迅速提高，都會型的報紙基於商業利益，為了打開更大的讀者市場，報紙經營朝向大眾化。報紙之間，尤其像在紐約這樣的大都會中，競爭愈趨激烈，為了爭取更多的讀者，新聞標題放大、圖片增加，內容則取向挖掘社會的黑暗面，以呈現聳動的題材。此趨勢被稱為「黃色新聞學」(yellow journalism)。為了爭取更廣大的讀者群，新聞處理方式也逐漸避

⁸⁶ PAUL A. PRATTE, *GODS WITHIN THE MACHINE: A HISTORY OF THE AMERICAN SOCIETY OF NEWSPAPER EDITORS* 206 (1995).

⁸⁷ Michael Schudson, *The Objectivity Norm in American Journalism*, 2 *JOURNALISM* 149, 150 (2001).

免太重的黨派色彩，開始走中間路線希望吸引更多不具清楚政黨認同的都會讀者。同時，由於通訊科技發展，特別是電報在十九世紀的發明，促使一八四八年美聯社（Associated Press）成立。由於該通訊社乃是多家報紙聯合成立的聯合通訊社，使用其通訊內容的報社十分廣泛，因此，勢必發展出強調「客觀」的新聞價值。⁸⁸

這類著重科技與商業模式的解釋固然有其道理，然而，正如同著名的美國新聞史學者Michael Schudson所指出，單純從科技發展與商業模式的轉變不能解釋整個美國新聞專業典範的興起。⁸⁹整個美國新聞專業的發展其實反映了十九世紀末期開始的一股政治改革運動潮流——所謂的「進步運動」（progressive movement）。這股政治改革運動的動力來自面對美國工業發展之後迅速發展的都市化與貧富懸殊化的處境，希望透過政治與社會改革改良勞工階級的處境與迅速都市化之後所帶來的複雜的治理問題。改革的一大障礙，就是政黨固有的政治利益分贓傳統。當時的美國政治形態，由於尚無常任文官制度，上從總統下到州長市長，一旦當選，幾乎可以全面替換公職人員。龐大複雜的利益分配系統主宰城市的治理模式，使得改革難以推動。因此，從一八六〇、七〇年代開始就開始有新聞工作者反思自己的角色，配合政治改革運動，呼籲選民應該超越黨派，不要僅僅基於政黨人脈裙帶投票，而要培養對於公共事務的參與關心，才能突破既有的政黨政治格局。而且，他們主張公共治理應該基於科學精神，實事求是的態度發掘社會問題，設計解決方案。這種對於「科學」精神的追求，影響了新聞專業的發展，科學社群的研究方法典範，轉化為新聞專業的「客觀性」價值。逐漸

⁸⁸ *Id.* at 158-60.

⁸⁹ MICHAEL SCHUDSON, DISCOVERING THE NEWS: A SOCIAL HISTORY OF AMERICAN NEWSPAPERS 31-60 (1978).

地，到了二十世紀之始，黨派報紙已經被邊緣化。新聞專業的改革運動也如火如荼的展開。⁹⁰

Michael Schudson等目光銳利的美國新聞史學者看見新聞專業的發展絕對不僅是新的商業模式與媒體市場結構能夠解釋的。然而，連他們也疏於強調的一個面向是，progressivism之所以能夠喊出超越黨派的口號，是因為當時的美國政黨，起碼在內戰之後，重大的意識形態歧異已經不再存在。⁹¹其主要的功能乃是政治動員並分配政治利益。一些重大的社會分歧，比如少數種族、移民、女性的差別待遇等等，並沒有能夠反映在政黨體系之上，因為這些人基本上是被排除於政治過程之外的。一直要到二十世紀開始，特別是中葉以後，才能夠逐漸影響主流政治過程。主要的政治參與群體並沒有重大的意識形態和世界觀的差異。這當然牽涉到政治學上面一個重要的問題意識，那就是為什麼十九世紀工業發展以來，美國沒有和其他同時期的歐洲國家一樣產生有影響大局能力的左派社會主義政黨？

從制度上來看，或許總統制以及單一選區的國會選制能夠解釋為什麼邊緣政黨在美國不容易如採取比例代表制的國家輕易取得發言權，以致於極端的政黨從來無法在美國取得主流地位。⁹²當然，社會經濟的條件可能更可以說明整體的社會情況，美國不像歐洲需

⁹⁰ MICHAEL SCHUDSON, THE GOOD CITIZEN: A HISTORY OF AMERICAN CIVIC LIFE 177-82 (1998); John Zaller, *A New Standard of News Quality: Burglar Alarms for the Monitorial Citizen*, 20 POLITICAL COMMUNICATION 109, 109-30 (2003).

⁹¹ 此觀點受到Barry Weingast的啟發，參閱Barry Weingast, *Constructing Self-Enforcing Democracy in Spain*, in POLITICS FROM ANARCHY TO DEMOCRACY 161, 168 (Joe Oppenheimer & Irwin Morris eds., 2004).

⁹² Samuel Issacharoff, *Fragile Democracies*, 120 HARV. L. REV. 1405, 1415-21 (2007).

要和固有的封建體制奮戰，經濟上也比同時期歐洲的貧富差距小得多。美國西部拓荒所取得的土地消化人口增長所帶來的資源分配的壓力。種種原因，導致美國政黨體系一直都是柔性，且意識形態差距相對較小的主流政黨。進步運動所代表的，其實是在形塑當時美國政治菁英的主流意識形態，這種意識形態超越了當時既有的政黨所代表的落後、腐敗。媒體工作者，在當時的社會條件與教育程度下，其實是社會中具備相對知識優勢的一群人，他們的價值與行為模式往往也反映社會一些核心的價值。相對於歐洲具有文人傳統的新聞工作來說，比如法國或是俄國，加入黨派或政治運動可能才能彰顯進步價值。美國的新聞專業價值彰顯進步運動超越黨派的主張，以及成形中的美國主流政治意識形態。

(三)不安的自由主義者

其實，菁英民主論在言論與新聞自由高度保障的傳統中，還以一種更隱微的方式在發揮著作用。在上文中曾經提到新聞價值的社會責任論與共和民主論的親緣關係。然而，正如重要的憲法與傳播學者C. Edwin Baker所指出，社會責任論與菁英民主理論的關係也同等密切。⁹³Hutchins Report當中關於新聞媒體社會責任的大原則之一：「傳達並闡明社會的目標與價值」仔細觀察，其實正代表著新聞工作者某種程度上負有義務幫助大眾篩選公共議題，並且闡明共同體價值的責任。社會責任論以及美國主流新聞專業價值，認為新聞工作者應該有獨立的關於公共價值的判斷，不應該隨著市場起舞。因此，過去美國報業的經營階層與編輯室中間豎立著一道彷彿區分教會與國家的高牆。最具象且為人津津樂道的例子，就是芝加哥論壇報大樓兩側的電梯，一臺供編輯室人員使用，一臺供營銷部

⁹³ BAKER, *supra* note 8, at 154-58.

人員使用。換句話說，美國新聞專業價值的發展，一方面有共和主義的理想，但也有菁英民主對於民粹政治的戒慎。

社會責任論內含著共和民主與菁英民主的聲調，如果放在當時的思想史脈絡底下，並不令人驚訝。第一次世界大戰期間，Woodrow Wilson總統決定參戰之後，成立了「公共資訊委員會」(Committee on Public Information)，說穿了就是國內政治宣傳機器，透過各種宣傳手段，激起大眾對於參戰的狂熱。其所引起的整體社會國族主義的熾火，導致了許多針對異議份子與德國移民的暴力事件，導致國會通過鎮壓異議言論的法案，也間接導致聯邦最高法院受理一系列促成現代美國憲法增修條文第一條的案件。Wilson政權大玩政治宣傳，操弄群眾心理的行動獲得極大的成功，也震驚了當時的知識份子，導致知識界的自由主義者分為兩派。⁹⁴一派以John Dewey為代表人物，認為民主的解藥，是更多的民主⁹⁵，另一派則是以Walter Lippmann為主的菁英民主論者，他本身就是美國當代最有影響力的記者及評論家。他對於大眾的理性信心有限，因此認為民主的治理主要乃是菁英的責任，新聞記者最重要的任務是站在公共利益的角度，幫助大眾篩選議題，過濾掉大眾可能好奇或喜愛，但是不見得對公共利益有幫助的新聞事件，盡可能幫助大眾理解重大的公共事件。換言之，這類具有菁英民主傾向的共和主義者，他們儘管不對公眾參與治理抱持太大的希望，但還是希望透過新聞專業的努力，盡可能把重要的政治知識傳達給大眾。

⁹⁴ BRETT GARY, *THE NERVOUS LIBERALS: PROPAGANDA ANXIETIES FROM WORLD WAR I TO THE COLD WAR* 2-5 (1999).

⁹⁵ JOHN DEWEY, *THE PUBLIC AND ITS PROBLEM* 143-44 (1927).

二、新聞自由的兩面性

(一)二元管制體系

如果說美國新聞自由法制第一根支柱當中對於政府管制的戒慎恐懼，主要反映了菁英民主論的管制思維與多元民主論的社會情境，那麼第二根支柱，也就是對於廣播、電視等電子媒體的深度管制，則充分顯示出共和民主論者對於透過政府管制打造健全公共論域的想法。在Miami Herald v. Tornillo案中，聯邦最高法院認為「出版者」(publisher)或「編輯」(editor)基於「理性」(reason)判斷是否刊登特定言論的權利，是不容任意侵犯的，因而判定「回覆權」的立法違憲。然而，在Red Lion案中，全篇判決並沒有稱呼廣播電臺的擁所有者或節目主持人為「出版者」或「編輯」，反而代以「持照持有人」(licensee)或「公共利益託管人」(public trustee)。法律操作的精髓，正是劃分基本範疇，並且透過「類比」繼而「歸類」的思維，使相似者以相似者方式處理。而一套可以運作的基本範疇，其實把一個社會的歷史與記憶凝煉在一個基本範疇所隱含的圖像當中。出版者或編輯的圖像，固然包含著街頭散發傳單的異議人士，但是在Miami Herald案中之所以能夠取得法院一致決的支持，套用在報紙之上，重要原因之一，正是從十九世紀末以來，以美國主流報業為場域所發展出來的堅強的新聞專業群體的形象，已經逐漸成publisher與editor的圖像中難以分割的一環。否則，不容易解釋為什麼當時美國大多數城市鄉鎮的報紙都是獨占的局面，法院仍然如此歸類。

聯邦最高法院針對報紙與廣播電視採取截然不同的取徑，關鍵理由在於電波頻率的有限性，使得政府必須介入將頻率收歸公有，並分配頻率的使用權。廣電執照持有者僅被賦予有限的使用權，其身分乃是「公共利益的託管人」(public trustee)，使用權的範圍

因而可以因為公眾利益加以限制。這也是為什麼法院認為此案中最重要的並非電臺的權利，而是公眾的接收訊息的權利。⁹⁶相反地，對照該院在Miami Herald案中的論理，報紙或出版品相對來講沒有「稀少性」的問題。因此出版者擁有完整的言論與新聞權利。不過，嚴格來講，「稀少性論證」有嚴重的內在缺陷。正如著名的經濟學家Ronald Coase早已發出的質疑，所有的資源都有稀少性。在報紙的情況，包括紙張、設備、人力、販賣報紙的公共空間等等。無論資源再稀少，除了收歸公有之外，另一個選擇仍是由政府劃分財產權，然後交由市場決定分配方式。⁹⁷該論證一個更令人困惑之處在於，聯邦最高法院把報紙比擬為街頭散發傳單的出版者，似乎會造成報紙產業的進入障礙並不高的錯誤印象。可是當時美國媒體產業現實上的狀況是，報紙在絕大多數的地方都已經形成壟斷。反而一個地方可以允許有多數的廣播電臺同時存在。從這個角度來看，應該受到公平原則管制的媒體不是廣播，反而應該是報紙才是。對於此論證的批評不止於此，但是簡單地說，如果把報紙與廣播媒體擺在一起，針對其商品性質與市場特性來看，其間的差異到底是否大到足以正當化聯邦最高法院的「兩手策略」，一直都有很大的爭議。⁹⁸

「公平原則」或「回覆權」的爭議，其實是更廣泛的管制典範

⁹⁶ 所謂「稀少性論證」(scarcity rationale)早在1943年就由Frankfurter大法官主筆的判決National Broadcasting Co. v. United States, 319 U.S. 190 (1943)確立下來。

⁹⁷ Ronald Coase, *The Federal Communications Commission*, 2 J. LAW & ECON. 1, 1 (1959).

⁹⁸ Miami Herald案的辯護律師正是近用媒體權的當代旗手，Jerome Barron教授。而他的主張，正是鑑於報紙的壟斷地位，必須透過近用權的管制措施，以避免扭曲公共論域。

衝突的縮影。幾十年來，改革主張一直有人提出。有人主張應該解除廣播電視的緊箍咒，與報紙一視同仁。也有人主張，應該把報紙一併納入管制。然而，聯邦最高法院並沒有表達出要從Miami Herald與Red Lion兩判決任何一個退卻的跡象。因此，問題在於，如何理解這個不一致的二元管制體系的基本邏輯？依筆者觀察，到目前為止，最深刻的洞見仍來自於哥倫比亞大學校長Lee C. Bollinger。一九七六年當時仍是密西根大學法學院新進教授的Bollinger發表了一篇經典文章「新聞自由與公眾近用權：大眾媒體差別管制理論初探」(Freedom of the Press and Public Access: Toward a Theory of Partial Regulation of the Mass Media)。⁹⁹在這篇文章以及後來一連串的闡述中，他提出一套證立聯邦最高法院二元管制模式的理論。Bollinger指出，儘管回覆權或公平原則等「公眾近用」媒體權的目標與言論及新聞自由體系的基本理念十分契合，但由於直接干預言論內容與媒體編輯權，因此絕不能忽視其管制成本。其成本不僅止於可能產生寒蟬效應，更在於「公平」或「平衡」這兩個概念的高度模糊性，因此給予管制者極大的裁量空間，有濫權、恣意的危險。不過，這些危險可以透過低度管制與高度管制混合的差別管制體系而大大被舒緩。

第一，低管制部門可以制衡高度管制部門所內含的危險。如果某些資訊被高度管制部門被不當地壓抑，這些資訊仍然可以從低度管制部門當中刊出。一旦資訊被公開，基於不同形態媒體之間的競爭與資訊流通的速度（電子媒體常常會報導平面媒體的新聞），高度管制部門內的媒體還是有很強的商業動機加以跟進。這使得寒蟬

⁹⁹ Lee C. Bollinger, *Freedom of the Press and Public Access: Toward a Theory of Partial Regulation of the Mass Media*, 75 MICH. L. REV. 1, 1 (1976); BOLLINGER, *supra* note 33, at 85-107.

效應的危險大大被降低。第二，如果資訊被壓抑的機會降低，就會降低政府濫用權力的誘因，因為如果資訊無論如何還是會散布出去，可能濫權的政府官員一開始就會比較謹慎，比較不會輕易伸出黑手，因為濫權審查資訊的好處有限（成功壓抑資訊的機會不大），但代價很高。第三，保留低度管制部門維繫言論自由的珍貴傳統，使得其所隱含的新聞價值典範成為後進的高度管制部門內的媒體工作者所效法的對象，因此在新聞社群當中製造某種建設性的緊張關係，使得新興媒體工作者有動機向成熟的專業社群學習。

透過細緻的判決分析以及觀念史式地考察當代知識論述。Bollinger指出兩種管制典範的差別不能只從商品性質與市場特性來理解，而應該加入時間的向度，置於歷史發展當中。美國主流的質報乃是新聞倫理與新聞專業社群最早發展出來的場域。新聞專業社群內部規範的建立需要很長的時間。廣播電視作為新興的媒體，其經營者與工作者一開始往往來自新聞專業社群以外的人。如何讓後進的媒體逐漸融入既有的新聞專業社群，接受新聞專業價值，以避免其濫用巨大難以預測的影響力，最好的辦法，乃是同時維持既有管制典範，賦予成熟專業社群高度自主性，同時對於新興媒體採取深入但細緻的管制，終極目標是誘導新興媒體融入舊媒體的專業價值。

Sullivan案乃至於Miami Herald案中所使用的鏗鏘有力，保障媒體自主與獨立的修辭，如果對照該院對FCC電子媒體管制的容忍，其實反映出該院，或者當時新聞界與法律界一個心照不宣的共識，那就是當新媒體出現時，在可能的範圍內，必須透過國家力量的介入，以促進新聞專業的發展。然而，對於國家力量介入的戒慎恐懼，也透過保障報紙的獨立性與自主性，制衡著電子媒體的管制機關。換言之，美國新聞自由法制的發展，儘管表面上充斥著第四權理論的修辭與理想，但是這項工具性權利的發展，聯邦最高法院的

取徑，遠比「個人權利」式的硬式思維，更具有策略性，更觀照全局，更細緻、更靈活、更務實。維持報紙或平面媒體的自由，一方面揭櫫言論與新聞自由的理念，並投射出一幅圖像，傳達出什麼樣的媒體值得這樣的自由保障，使得新興媒體願意融入新聞專業社群。同時，高度管制電子媒體，不止督促新興媒體向專業社群靠攏，也告誡著平面媒體，如果不珍惜寶貴的自由，而加以濫用，則低度管制的世界有可能逐漸朝向高度管制的世界轉變。Bollinger也銳利地指出，紐約時報在Red Lion判決作出後的隔年，開始開闢讀者投書版（op. ed.）很可能並非偶然，乃是Red Lion判決隱微但重要的擴散效應。¹⁰⁰

(二)多層次的公共論域

如果說FCC的近用媒體管制措施，清楚地反映了共和民主論的管制思維，那麼廣電媒體所有權的管制則同時反映了多元民主論與共和民主論交雜的圖像。過去FCC對於少數族裔廣電媒體所有權的差別性優惠措施，很明顯地體現了多元民主論的精神。正如聯邦最高法院在一九九〇年的Metro Broadcasting v. FCC中所清楚地描述，儘管FCC很早就著力促進廣播內容的多元性，但是到一九六〇年代晚期為止，現實的狀況是，廣播媒體的所有權仍集中在非少數族裔者手上，其廣播內容很難符合少數族裔的需要。¹⁰¹當族群的利益、文化、價值、世界觀呈現巨大分歧時，很難期待多數族裔的廣播電臺所有人能夠理解並照顧到少數族裔的需要。因此，需要某種優惠性措施來彌補多元性的不足。而在這幅圖像中，新聞媒體的功能不見得是要客觀平衡地報導新聞與重大公共事件，反而是要能

¹⁰⁰ BOLLINGER, *supra* note 34, at 96-97.

¹⁰¹ Metro Broadcasting v. FCC, 497 U.S. 547 (1990).

夠凝聚族群認同，報導所屬族群所關心的，與其利益相關的事件。而這正是多元民主論者心中的理想媒體圖像。

在二〇〇三年FCC發布了一份廣電媒體所有權的行政命令¹⁰²，儘管該命令的許多內容後來被聯邦上訴法院認為不合行政程序法（Administrative Procedure Act）的要求而撤銷¹⁰³，但是該命令清楚地整理FCC廣電媒體所有權管制的政策目標。其中最重要的目標有三項：多元性、競爭性、在地性。在地性（localism）強調廣電媒體內容必須滿足在地社群的需要，換句話說，FCC很重視避免讓廣電媒體為了擴大服務範圍，追求更大的市場，因而逐漸犧牲在地的內容，因此在分配電波頻率、發給執照時，特別注意低人口密度的鄉村與小型鄉鎮都市是否有起碼一家電臺能夠有效地服務社區需求。由於FCC並不強求地區性廣電媒體一定要有多數，因此這是很典型的在地性的共和民主論的思維，希望起碼透過一家負責任的在地性媒體架構地方性的公共言論空間。「多元性」則是一個比較複雜的概念，其中最重要的是「觀點多元性」（viewpoint diversity）與內容形態多元性（program diversity）。而這兩者需要透過管道多元性（outlet diversity）來達成。因此，在一九九六年的Telecommunications Act之前，FCC複雜的全國性與地方性媒體所有權管制都在防止單一機構占有言論市場，因而導致公共論域被少數聲音掌控。不過，一九九六年的Telecommunications Act大幅放寬了全國層次的所有權限制，導致透過公司整併與收購，掌握全國性的媒體集團家數愈來愈集中，引發了多元性是否僅僅仍維持在地方的爭議。無論如何，多元性其實同時包含著共和民主論與多元民主論的內涵。儘管「管道多元」，也就是所有權分散的管制邏輯與多

¹⁰² Media Ownership Order, R&O and NPRM, 18 FCC Rcd 13620 (2003).

¹⁰³ Prometheus Radio Project v. FCC, 373 F.3d 372 (3d Cir. 2004).

元民主論的主張相當一致，然而，比起少數族裔所擁有的電臺，主流的廣電媒體所受到的新聞專業價值的影響，以及FCC諸如公平原則等管制措施的影響，主要彰顯的是共和民主論的邏輯，也就是說，新聞媒體主要並不是為了政治動員與表達反映特定族群的利益與價，而是要促進審議，作為公共討論的平臺，並提供多元觀點給公民做自主的判斷。

一個比較為人忽略的面向是，比較起FCC對於廣電媒體所有權的高度管制，報紙媒體的集中化並沒有引起美國政府積極的介入。當然，從新聞自由的第一根支柱來看，這完全符合美國憲法增修條文第一條的邏輯。然而，正如我們在Miami Herald案中所觀察到的爭議，報紙壟斷的情況遠比廣電媒體嚴重。甚至，不僅於此，尼克森政府在一九七〇年通過了「報紙保存法案」(Newspaper Preservation Act)，排除反壟斷法的規範，允許不同報紙在一定條件下可以達成「聯合運作協議」(joint operating agreement)，在新聞編輯室保持分離的原則下，可以共同營運，包括廣告、營銷、製作、發行等等。¹⁰⁴對照起FCC過去對於廣電所有權的分散管制，再加上報紙的壟斷地位，形成管制邏輯極大的反差。應如何理解這樣的差異呢？從共和民主論與菁英民主論的角度來講，這是合理的發展。美國報業當時面臨的不只是廣播的競爭，更是新興的「電視」媒體的競爭。另一方面，全國性的公共論壇逐漸成形，甚至，由於美國經過兩次大戰之後，冷戰格局下的主導地位，使得專業國際事務的報導需求更為強烈，而這意謂著經營高品質、負社會責任的媒體成本的大幅升高。基於報紙乃是美國新聞專業價值的發源地以及最主要的訓練場，幾家影響力最大的報紙都是由社會責任感強烈的家族所經營。正如Bollinger指出，其壟斷的地位允許報業積

¹⁰⁴ 15 U.S.C. § 1801-04 (1970).

累足夠的財富，以擴充人員與加強專業，作出獨立且深入的報導。報紙因而有辦法聘請，並吸引具法律、科學、經濟、藝術與其他領域高度專業背景人才投入新聞工作。而壟斷地位與集中的財富使得原本就已經有相當專業基礎的社群更體認到重大的社會責任，加強其專業身分的認同感。壟斷或寡占且服膺新聞專業價值的報業為美國撐起一個重要的全國性公共論壇空間。¹⁰⁵

三、媒體與國家對於資訊的拉扯

聯邦最高法院拒絕給予新聞媒體異於一般公民的憲法權利，以助其取得資訊行使第四權的監督功能。首先要注意的是，上文所提到的新聞記者拒絕證言權以及新聞記者積極要求資訊公開權的分別主要是在立法政策上，在憲法解釋分析上，二者往往被擺在相同的地位。所謂「拒絕證言權」並不能被當作是一般人民所享有的「不說」的自由。因為，如果在分析上採取此一途徑，則很明顯地，就算一般人民享有一般性的不說話的自由，該自由也絕不能夠在美國的法律架構下，凌駕在刑事程序中作證的法律義務。記者拒絕證言權的憲法地位之所以值得被討論，只因為它被認為有助於記者「取得資訊」，因而可能受到press clause的保障。因而，在憲法解釋分析上，往往被與積極要求公開資訊權相提並論，而被當作是「採訪權」(right to gather news)的不同面向。

這兩種（或者說「一種」）權利一直都沒有能夠被承認，有幾個重要理由。(一)權利主體難以劃定。「劃界」難不難往往和「為什麼劃界」分不開。如果區分是否為「新聞記者」牽涉到一個人能不能夠在特定案件中援引憲法權利而拒絕證言，進而牽涉到是否能夠免除刑事責任，則特別是在普通法的體系下，其影響十分深遠。因

¹⁰⁵ BOLLINGER, *supra* note 34, at 65.

為，普通法的操作上方方法上特別注重「類推」，如果新聞記者可以援引此項權利，正如White大法官在Branzburg案中所言，為什麼一個面對相同處境的演說家、民意調查公司、小說家、學術研究者、大學教授、劇作家不能主張相同的特權呢？牽涉到刑事責任這種對於人民權利重大的限制，如果劃界劃不好，很可能又會引起平等權的爭議。(二)如果記者有憲法上的「採訪權」，那同樣為了採訪的緣故，為什麼不能給予記者要求政府資訊公開的特權呢？然一旦如此，正如Brennan大法官在Richmond Newspaper案中的說法，其特權的範圍幾乎無止無盡。很難劃定界線。因此，連Brennan大法官都認為必須限縮在有既定傳統公開事項上才可行。(三)在普通法的操作方法下，賦予新聞媒體特權對於新聞媒體來講不見得是好事。因為「特殊的權利帶來特殊的責任」。一個明顯的例子正是Sullivan案。法院在創造「真正惡意」原則時，特別提到該原則似乎特別犧牲了政府官員的名譽權，但這是因為政府官員享有特權，在執行職務時所發言論可以免除名譽侵權的民事責任。¹⁰⁶政府官員的職位同時導致特權與特殊犧牲。新聞媒體未必享受地起這種特權。

因此，正如Stewart大法官所言：「聯邦憲法本身既非『資訊公開法』(Freedom of Information Act)，亦非『政府機密法』(Official Secrets Act)」。在新聞媒體的採訪與出版權利，以及政府對於資訊保密的權力之間，「憲法創造了一個競爭的架構，而不是一套解決方案」，¹⁰⁷而「解決方案」適合由國會來提供。在這套競爭架構下，正如Pentagon Papers Case所呈現出來的例子，新聞媒體可以盡其所能地攫取政府資訊，只要新聞媒體本身並未直接違法，就算資訊本身是由他人非法取得而轉交，新聞媒體仍享有強大的憲法

¹⁰⁶ Barr v. Matteo, 360 U.S. 564 (1959).

¹⁰⁷ Stewart, *supra* note 9, at 710.

保障，可以抵抗政府對出版的事前限制；相反地，政府可以在法律所限制的範圍內，盡可能不揭露其認為不適合揭露的資訊。新聞媒體與政府這兩股強大的力量，被放在競爭架構下，彼此制衡。因此，著名的Alexander Bickel教授如此評論：「政府可以盡其所能保護其資訊不外洩，但是一旦外洩必須忍受其後果……這確實是一種缺乏秩序的狀態。但是如果我們嘗試加以導入秩序，我們會被迫犧牲兩種互相競爭的價值——隱私或公共論述——而這兩者終究是難以和解的。」¹⁰⁸

這樣的憲法架構主要體現的是全面性權衡資訊揭露與秘密的需求之間的平衡，以及法院對於自身角色有限的認知。因此從務實的角度來看，各民主論者不見得對於聯邦最高法院的作法會有強烈的質疑。不過，各民主論者對於資訊的需求仍有不太一樣的觀點。菁英民主論者確實希望有強大的媒體監督執政與政治菁英，因此鼓勵新聞媒體積極地採訪與蒐集資訊。可是，菁英民主論者所樂見披露的政府資訊範圍是比較受限的，畢竟他們不認為人民需要太多的公共政策資訊。他們在乎的是腐敗、不當行為、錯誤決策的資訊。因此，他們也會積極地主張政府有權保護資訊不外洩，以避免專家決策的過程被政治化。因此，菁英民主論者對於積極的採訪權未必積極擁抱。菁英民主論者或許對於拒絕證言權願意給予更大的支持，畢竟此項權利比較有利於新聞記者建立穩定的消息來源，以取得不容易被取得的資訊。多元民主論者對於公共資訊的需求範圍較菁英民主論者廣泛，其重點在於提供社會的多元群體以足夠的公共政策資訊，以助其判斷何時其利益牽涉其中，以致於必須動員資源以影響公共政策過程。不過，並沒有明顯的理由使多元民主論者一定要支持記者特權。足夠提供社會群體動員的資訊在良好的資訊公開法

¹⁰⁸ ALEXANDER BICKEL, THE MORALITY OF CONSENT 80 (1975).

制之下，一般來講即已足夠。共和民主論者對於公共資訊的需求比起多元民主論者更為強烈，因為豐富的資訊以及有效的討論與審議，對於人民行使其公民權利來說有根本的重要性。儘管這並不意味著共和民主論者必然會贊成賦予新聞媒體以憲法上的採訪與資訊蒐集特權，但共和民主論者比起菁英民主論者應會比較支持訂定範圍廣泛的資訊公開法制。

肆、代結論：可以從美國新聞自由法制發展經驗學到什麼？

本文以三種不同的民主理論：菁英民主論、多元民主論、共和民主論為基本的分析框架，用以分析美國新聞自由法制的發展，並嘗試賦予結構性的解釋，輔以歷史的解釋。其實，本文背後有一個目的，是希望嘗試新的比較法研究形態。比較法研究的一個重要方法，也是過去國內學界比較熟悉的，乃是系統性地分析梳理外國的立法例、法院判例要旨以及重要的學說見解。其功能在於為國內相關法制提供直接的參考經驗。此種方法的重要性無可置疑，也值得吾人繼續採用。不過，筆者相信，其他的比較法研究，對於未來臺灣法律的發展也一樣重要。本文的目的不在於細緻地介紹外國法例，以供立法或司法實務直接的參考。而在於探討特定外國法制發展的思路、脈絡以及生成的社會條件。此種比較法研究雖然不見得能對立法或司法實務提供直接的參考素材，卻對未來在選擇外國立法例，或者要創造性轉化運用外國法制經驗時，能夠提供比較寬廣的思考架構與理論視野。具備視野與思考架構只是我們開始解決本土問題的第一步。因此，本文無意基於美國的經驗，直接反推臺灣新聞自由法制應如何發展。不過，筆者希望這樣的嘗試，能夠開啟未來對於新聞自由法制更寬廣的想像，以及對於本土法制發展社

會、政治經濟脈絡更深入的研究。以下歸納總結本文希望提供的一些想法：

一、美國聯邦最高法院的判決，不論個別的法官是否有清楚的意識，但是所呈現出來的整體面貌，其實有高度的策略性理由可以解釋，並非基於典型的個人權利式的思維。最重要而最容易為人忽略的面貌，就是美國聯邦憲法增修條文第一條對於新聞自由的保障，其實有著一張雅努斯雙面臉孔。一方面，其最為人熟知的就是對於言論內容管制採取極嚴格的審查標準。但另一方面，聯邦最高法院一直對於電子媒體的管制（包括內容與結構）給予FCC相當大的空間。一方面高舉言論自由的價值，另一方面透過對於電子媒體的深入管制，督促、誘導新興大眾媒體融入以報業媒體為主的新聞專業社群。這種靈活的「兩手策略」對於一種工具性的權利來講，特別重要。因為工具式權利之價值完全繫於他如何幫助我們達到所追求的公共目的。管制政策必須有整體觀，但靈活、不教條。

二、沒有單一的民主理論可以呈現出這套法制與社會的全貌。但是民主理論提供我們分析的單元，讓我們有能力分析我們的處境，選擇我們所需要的政策。整體而言，筆者認為，共和主義提供了整體美國新聞自由論述的骨幹，而多元民主論與菁英民主論分別填充了部分的血肉。共和民主論之所以堪為骨幹，是因為其核心理念「人民的自我治理」正是現代自由憲政民主國家的基本思想根源。而儘管此理想不見得總能符合現實，但一直提供著民主體制自我改善修正的尺度。而且，共和民主論對於形塑共善與共識的重視，其實正反映了美國社會多元所帶來的挑戰。多元民主論儘管可以提醒我們對於多元性的處理必須小心謹慎，應承認多元性，以避免壓迫，然而，即便我們承認多元性的現實，仍然必須面對如何能夠協調多元的利益，以作成集體的決定的問題。如果缺乏一種對於共善的想像，以及建立社會連帶感的社會工程，則多元性只會帶來

分裂與治理機能的減退。換言之，儘管多元民主論有重要的功能，但卻不能取代共和民主論。然而，一個妥當的共和民主論卻有可能涵融多元民主論的精神。至於菁英民主論，則是隱隱地與共和民主論維持著一種緊張又呼應的關係。關鍵在於共和民主論若要處理多元性的問題，則必須解釋共善與共識或起碼的尊重如何達成，也就是說「理性」在政治文化與政治審議過程中十分重要。但萬一「理性」與「參與」發生緊張關係時，強調公民參與的共和民主論者，有時會面對「現實」而不得不向「菁英民主論」靠攏。這三種理論在歷史時空當中的互動，正是我們觀察美國新聞自由法制發展所需要的宏觀視角。

三、本文最主要的目的是透過分析並解釋美國新聞自由法制的發展，呈現出建構新聞自由法制時，所應該具備的視野以及思考層面。同時，這些視野與思考層次，也應該是未來進行深入的比較法研究時，所應該處理的層面：(一)政府管制；(二)社會管制；(三)大環境。大環境的是給定的，塑造了管制者與政治行動者，以及制度設計與操作者所必須要面對的基本處境。美國言論與新聞自由發展自二十世紀初期，其大環境是高度的工業化與都市化，加上通訊科技的迅速發展（電報、廣播），使得國家的公共論域的面貌快速變遷。內戰結束之後，國內主流政治菁英的重大意識形態分歧消弭，或者暫時被擱置。「進步運動」塑造新時代的主流政治價值，政黨體系未反映社會重大分歧，而且成為社會改革的對象。新聞專業社群從報紙發展，有初步但良好的成果，反映主流的意識形態。此給定的大環境構成新聞自由發展的背景。而二十世紀大環境的挑戰包括：通訊科技的發展，使得新興媒體的影響力大幅上升，可能對公共論域造成重大影響；民主參與擴大，投票權範圍逐步擴張，原本政治邊緣族群逐步反抗而被納入主流政治過程，多元性與異質性逐步增加；全國性的政治逐漸擴張範圍，國家權力逐漸擴大，需要強

有力的全國媒體監督；全國性的公共論域逐漸成形，全國性媒體上升等等。

在「社會管制」的層面，意謂著設計政府管制的時候，應該注意到與社會管制的互動與配合。採取特定民主論模式的政府管制政策，是因為有著其他社會部門在執行其他模式的管制。比如在美國的經驗中，對於報業的管制可以採取菁英民主論的第四權理論，是因為新聞專業本身執行著共和民主論所要求的社會功能，比如社會責任的新聞媒體。對於廣電媒體必須採取共和民主論的管制思維，是因為尚缺乏足夠的新聞專業發展來擔負相應的功能；要針對廣電所有權採取多元民主論的管制，是因為市場的壓力恆常威脅著一個多元的媒體環境。但對於報業的所有權甚至壟斷地位採取寬容的態度，是因為市場同樣威脅著一個執行共和功能的重要媒體。對於何種管制採取何種思維，取決於我們對於整體社會環境與條件的判斷。這也意謂著，法學的研究，特別是新聞法制的發展，不能夠侷限於瞭解法制本身，必須擴及跨科際的研究，瞭解相關社會部門運作的實況，才能夠選擇妥當的管制模式。

參考文獻

一、中文

1. 石世豪，遭終審法院「缺席審判」的「新聞自由」——最高行政法院98年度判字第502號等裁判評析，法令月刊，61卷4期，頁526-529，2010。
Shy, Shyr-Hau, "Press Freedom" in the Absentee by the Highest Court: An Analysis of Supreme Administrative Court Judgment of the Case No. 502 in 1997, *The Law Monthly*, vol. 61, no. 4, pp. 526-529, 2010.
2. 林子儀，言論自由與新聞自由，1999。
Lin, Tzu-Yi, *Freedom of Speech and of the Press*, 1999.
3. 吳永乾、謝國廉，政治候選人接近使用媒體權之研究，載：現代法學理論與實務的交錯：從理想、寫實到存在，頁38-40，2006。
Wu, Yung-Chien & Hsieh, Kuo-Lien, A Study of Right of Access to the Media by Public Office Candidates, in *Interaction between Modern Theory and Practice of Law*, pp. 38-40, 2006.
4. 劉靜怡，數位時代的記者特權：以美國法制之發展為論述中心，新聞學研究，98期，頁139-192，2009。
Liu, Ching-Yi, Privilege of the Reporter in the Digital Age: A Study Based on the Development of U.S. Law, *Mass Communication Research*, no. 98, pp. 139-192, 2009.

二、外文

1. Anderson, David, *Freedom of the Press*, 80 TEXAS L. REV. 429 (2002).
2. BAKER, C. EDWIN, HUMAN LIBERTY AND FREEDOM OF SPEECH (1989).
3. BAKER, C. EDWIN, MEDIA, MARKETS AND DEMOCRACY (2002).
4. BARBER, BENJAMIN, STRONG DEMOCRACY: PARTICIPATORY POLITICS FOR A NEW AGE (1984).
5. BICKEL, ALEXANDER, THE MORALITY OF CONSENT (1975).

6. Blasi, Vincent, *The Checking Value in First Amendment Theory*, 1997 AM. BAR FOUND. RES. J. 521 (1977).
7. Bollinger, Lee C., *Freedom of the Press and Public Access: Toward a Theory of Partial Regulation of the Mass Media*, 75 MICH. L. REV. 1 (1976).
8. BOLLINGER, LEE C., IMAGES OF A FREE PRESS (1991).
9. BOLLINGER, LEE C., UNINHIBITED, ROBUST AND WIDE-OPEN: A FREE PRESS FOR A NEW CENTURY (2010).
10. Coase, Ronald, *The Federal Communications Commission*, 2 J. LAW & ECON. 1 (1959).
11. DAHL, ROBERT A., A PREFACE TO DEMOCRATIC THEORY (1953).
12. DAHL, ROBERT A., WHO GOVERNS? DEMOCRACY AND POWER IN AN AMERICAN CITY (1961).
13. DEWEY, JOHN, THE PUBLIC AND ITS PROBLEM (1927).
14. DWORKIN, RONALD, TAKING RIGHTS SERIOUSLY (1977).
15. DWORKIN, RONALD, FREEDOM'S LAW (1996).
16. FREUD, SIGMUND, CIVILIZATION AND ITS DISCONTENT (1962).
17. GARY, BRETT, THE NERVOUS LIBERALS: PROPAGANDA ANXIETIES FROM WORLD WAR I TO THE COLD WAR (1999).
18. GUTMANN, AMY & THOMPSON, DENNIS, DEMOCRACY AND DISAGREEMENT (1996).
19. GUTMANN, AMY & THOMPSON, DENNIS, WHY DELIBERATIVE DEMOCRACY? (2004).
20. GUTMANN, AMY, MULTICULTURALISM (1994).
21. HAMILTON, ALEXANDER, MADISON, JAMES & JAY, JOHN, THE FEDERALIST PAPERS (2009).
22. HUNTINGTON, SAMUEL P., POLITICAL ORDER IN CHANGING SOCIETIES (2006).
23. Issacharoff, Samuel, *Fragile Democracies*, 120 HARV. L. REV. 1405 (2007).
24. Kalven, Harry, *The New York Times Case: A Note on "The Central Meaning of the First Amendment"*, 1954 SUP. CT. REV. 1169 (1990).
25. Katz, Elihu, *And Deliver Us from Segmentation*, 546 ANNALS AM. ACAD. POL. &

- SOC. SCI. 22 (1996).
26. KEYNES, JOHN MAYNARD, *THE GENERAL THEORY OF EMPLOYMENT, INTEREST AND MONEY* (1936).
27. KROTOSZYNSKI, RONALD, *THE FIRST AMENDMENT IN CROSS-CULTURAL PERSPECTIVE* (2006).
28. MILL, J. S., *ON LIBERTY* (1991).
29. PIERSON, GEORGE WILLSON, *TOCQUEVILLE AND BEAUMONT IN AMERICA* (1969).
30. POSNER, RICHARD A., *LAW, PRAGMATISM AND DEMOCRACY* (2003).
31. Post, Robert, *Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence, in ETERNALLY VIGILANT-FREE SPEECH IN THE MODERN ERA* 152 (Geoffrey R. Stone & Lee C. Bollinger eds., 2000).
32. PRATTE, PAUL A., *GODS WITHIN THE MACHINE: A HISTORY OF THE AMERICAN SOCIETY OF NEWSPAPER EDITORS* (1995).
33. Schauer, Frederick, *The Exceptional First Amendment, in AMERICAN EXCEPTIONALISM AND HUMAN RIGHTS* 29 (Michael Ignatieff ed., 2005).
34. SCHUMPETER, JOSEPH A., *CAPITALISM, SOCIALISM AND DEMOCRACY* (1950).
35. SCHUDSON, MICHAEL, *DISCOVERING THE NEWS: A SOCIAL HISTORY OF AMERICAN NEWSPAPERS* (1978).
36. SCHUDSON, MICHAEL, *THE GOOD CITIZEN: A HISTORY OF AMERICAN CIVIC LIFE* (1998).
37. Schudson, Michael, *The Objectivity Norm in American Journalism*, 2 *JOURNALISM* 149 (2001).
38. Shapiro, Ian, *Enough of Deliberation: Politics is about Interests and Power, in DELIBERATIVE POLITICS: ESSAYS ON DEMOCRACY AND DISAGREEMENT* 28 (1999).
39. SHAPIRO, IAN, *THE STATE OF DEMOCRATIC THEORY* (2003).
40. SIEBERT, FRED S., THEODORE PETERSON, WILBUR SCHRAMM, *FOUR THEORIES OF THE PRESS* (1956).
41. Stewart, Potter, *Or of the Press*, 26 *HASTINGS L.J.* 631 (1975).
42. STONE, GEOFFREY R., ET AL., *CONSTITUTIONAL LAW* (5th ed. 2005).
43. STONE, GEOFFREY R., *PERILOUS TIMES: FREE SPEECH IN WARTIME* (2004).

44. THE COMMISSION ON FREEDOM OF THE PRESS, *A FREE AND RESPONSIBLE PRESS* (1947).
45. Weingast, Barry, *Constructing Self-Enforcing Democracy in Spain, in POLITICS FROM ANARCHY TO DEMOCRACY* 161 (Joe Oppenheimer & Irwin Morris eds., 2004).
46. Whitman, James, *Enforcing Civility and Respect: Three Societies*, 109 *YALE L.J.* 1279 (2000).
47. Zaller, John, *A New Standard of News Quality: Burglar Alarms for the Monitorial Citizen*, 20 *POLITICAL COMMUNICATION* 109 (2003).

What Type of Democracy? What Type of Press Freedom? Analysis of the U.S. Free Press Constitutional Regime from the Perspective of Theory of Democracy

Jimmy Chia-Shin Hsu^{*}

Abstract

This article uses three theories of democracy—democratic elitism, liberal pluralism, and republicanism—as analytic frames to analyze the main features of the U.S. constitutional regime of freedom of the press, which includes strict judicial review against censorship, differential treatment of print and electronic media, and rejection of reporter privilege. This article argues the following. First, despite the prominence of the fourth estate theory of the press, it can only explain part of the American free press regime. Other theories of the press are needed to make sense of the overall features of the regime. Second, the differential treatment of print and electronic media can be explained with highly strategic reasons. Simplistic right rhetoric does not control in this field.

^{*} Assistant Research Professor, Institutum Iurisprudentiae, Academia Sinica; J.S.D., The University of Chicago Law School.

Received: March 2, 2011; accepted: April 29, 2011

Third, different theories of democracy can be used to explain different parts of the free press regime. They can also be used to understand the division of labor between the legal regime and other social mechanisms, which complement one another in regulating the press behaviors. This broadened perspective is necessary for an in-depth undertaking of comparative law, which compares not only the legal doctrines but their social foundations.

Keywords: Freedom of the Press, Theory of Democracy, Democratic Elitism, Republicanism, Liberal Pluralism, Journalistic Professionalism, Freedom of Speech, Reporter's Privilege, Federal Communications Commission, Right of Reply