

《公平交易季刊》
第六卷第三期 (87/7) , pp.1-36
◎行政院公平交易委員會

新聞自由與競爭自由之利益衡量

一以憲法學上「雙重標準說」為檢視之依據 *

紀 振 清 **

摘要

當新聞自由與競爭自由發生利益衡量之問題時，該如何解決？由我國憲法規定，似乎找不到答案。是以，本文試圖依據雙重標準說加以評析之。雙重標準說係起源於美國的違憲審查論，以為對於有關表現自由之立法應加以嚴格審查，並演變為基本人權是否有優劣順序之討論。雖然，雙重標準說於美、日各國之學說及實務上，均尚未見定論，對於我國憲法理念之發展，則仍有重大參考之必要。

關鍵詞：

表現自由、新聞自由、經濟自由、競爭自由、思想之自由市場、新聞媒體、言論廣場、雙重標準說、優先地位說、違憲審查、第四權理論、利益衡量、嚴格審查標準、新干涉主義。

* 本文係作者由其台灣大學法學博士論文「新聞報業之競爭規範」，就其中理論及相關檢視問題之部分所改寫，該論文曾榮獲八十五年度「行政院公平交易委員會獎助研究生撰寫研究論文」獎助金。同時，本文作者並感謝匿名審查人對本文之指正。

** 本文作者曾任中國時報法務室主任、現為世新大學法律學系專任副教授。

壹、前言

大眾媒體之基本功能，乃在收集資訊、傳播資訊。而大眾媒體中，專以從事新聞報導工作之媒體（以下以新聞媒體稱之），當具備另一重要的社會功能，即是其能提供社會大眾對於各項公共議題討論之「言論廣場」（public forum），藉以形成公意，並達成監督政府施政的任務。尤其，在現實的社會生活中，人民並未能有效的監督政府這樣一個結構龐大、複雜的組織，欲監督之，則必須要有一個結構良好、財務健全、擁有專業評論家、具有獲得充分資訊能力、並且有將其所獲得資訊或許論傳遞給一般大眾的能力之組織，如此，才足以擔負監督政府的功能。而具有這種資格及能力的組織，即非新聞媒體莫屬¹！

新聞媒體所擁有的新聞自由，向來有「第四權」（the fourth estate）之稱²，新聞媒體自主性越大，該第四權監督政府的功能越大。而新聞的自由性，端賴其編輯的過程，不受到任何的干擾及壓力，尤其是來自政府直接或間接的影響。否則，可能淪為政府機關的「第四部門」（the fourth branch），只是政令宣導的工具而已³。新聞媒體編輯過程，需要許多專業人員一如編輯、記者、專欄作家，進行議題的調查採訪、編輯、評論等等之運作，本即為十分地複雜，尤其，在時效性的要求下，類此的持續性特殊過程亦往往易受到外力的干擾，若未能予以特殊保護，則新聞媒體的新聞自由，必將蕩然無存。

若將新聞媒體從事報導的自由，包括其編輯過程的採訪、調查等自由，統括地

1 林子儀著，「新聞自由的意義與其理論基礎」，收錄於氏著：言論自由與新聞自由，頁八〇，月旦出版社公司，1993.4.。

2 新聞媒體其有實踐民主政治的重要社會機能，乃如於傳統上立法、司法、行政之三權以外，具強大影響力的第四權力。初探此語之演變，最早出現在1828年，英國的歷史學家、政治家T. B. Macaulay對於議會中的新聞記者席之指稱為「大英帝國的第四階級」，進而由美國大法官Stewart藉以提出「第四權理論」（the fourth estate theory）而成。有關該名詞之考究，請參考，濱田純一著，情報法，頁十五至十六，1995.4.20.初版3刷；以及林子儀著，同前註，頁六六之註10。

3 Lewis W. Wolfson, The Untapped Power of the Press-Explaining Government to the People, p.4, Praeger Publisher, 1985.

以「新聞自由」稱之，其是否屬於憲法第十一條表現自由保護的範圍？若是，與一般個人所擁有的言論自由有何區別？亦即「新聞自由」並非獨立於表現自由之外，只是其表達方式之一；抑或是可以獨立於表現自由之外，而成為特殊的權利？

而新聞媒體的資訊傳播，例如以新聞報業之商品—報紙而言，除了其編輯過程應該不受干擾，其成品行銷過程所為的交易活動，依憲法第十五條經濟自由，亦應給予充份的保障。如此，新聞媒體辛苦所得資訊，方可傳送到觀眾手中，以達成其傳播訊息、教育社會大眾、並獲得觀眾的反應及交流，藉以形成公意等等任務。形式上，在新聞媒體的編輯過程與行銷過程是一連串的作業程序，缺一不可，雖然從時間上的緊密性言，為一個整體，不過仍可截然劃分為二個具有前後關係的作業階段。但是，究其實質，各個階段應予保障的主要理念，卻大相逕庭，大致上可以區分由新聞自由用以保障其資訊的編輯活動；由經濟自由用以保障其成品的交易活動。但是二者彼此的關係及實踐的意義如何？亦是饒富趣味的問題。

然而，在社會現實裡，一般人對於新聞自由與經濟自由的關係，卻未曾稍加思索其間之分際何在。以近年來於報紙發行之促銷大戰中，尤以公平交易委員會所為不處分自由時報重獎促銷案最受注目：自由時報於民國八十一年以總獎額新台幣一億六仟萬元、八十二年以總獎額新台幣二億元、八十三年更以總獎額新台幣五億元等重大獎額，連續三年為其報紙發行之贈獎促銷活動。該項活動連續三年均遭人檢舉其違反公平交易法第十九條第三款規定，亦連續三年獲行政院公平交易委員會（以下簡稱公平會）予以不處分。但是，公平會為有效地規範此類重大贈獎贈品的促銷活動，特於委託學者研究相關的處理方案後⁴，制定了「行政院公平交易委員會處理贈品贈獎促銷案件原則」，並明令自民國八十四年四月一日起，所有企業的贈獎贈品之促銷活動，均應遵循之⁵。同時，公平會亦以爾後類此活動是否遵守該原則，作為處理公平交易法第十九條第三款規定「以利誘之方法，使競爭者之交易相對人與自己交易之行為」之重大參考依據。

而本案之另一則較不為人注意，亦其實乃本文所最關切者，乃在公平會處理之

4 有關之研究成果，請參閱公平會編印，八十四年度合作研究計畫二—企業贈獎行為規範之研究，1995.2.。

5 行政院公平交易委員會公報第四卷第二期，頁九二至九三，1995.2.28。出版。

過程中，自由時報曾以社論為文公開辯解，其之所以重獎促銷，係為了打破新聞報業之新聞壟斷及發行、廣告壟斷，即是將原本屬於新聞自由（或言論自由）層面與經濟自由層面的問題，混為一談地為訴求之一例⁶。

由上可知，各新聞媒體所展現出來的言論，本來極具多元化，並且足以形成「思想市場」(marketplace of ideas)。對於此思想市場，若將之比擬為經濟性的「商品市場」(marketplace of goods)，亦存在著類似商品競爭的思想競爭現象。除了思想市場的競爭係經過經濟學上的比擬而重於「自由」競爭，商品市場的競爭則另有其側重一定的「效能」競爭之涵意，彼此的競爭概念，是否會產生扞格現象⁷？再者，新聞產業的運作過程存在著編輯與行銷二個作業階段，並分屬於憲法上保障表現自由與經濟自由的規定，是否會產生二者自由同時共存，而必須加以取捨、選擇的困境？例如在新聞報業中，報紙事業的組織過於集中化（所有權或經營權集中於某一個人或集團），或報業市場為寡占時，是否會影響言論多元化，而應加以某程度的限制？

對於上述之疑問，所涉及者，乃理念上的問題，必須先從憲法的保障意旨，根本性地究明之。尤其新聞自由是包含於表現自由之內，而競爭自由亦源於經濟自由，為明白新聞自由與競爭自由應有如何的對應關係，即應回溯到有關處理憲法之表現自由與經濟自由之衡量，或是孰先孰後的優劣問題等理論上，而且，其間的矛盾該如何解決？均應於法理上率先澄清之。如此方能提供新聞自由於競爭法規範中

6 參閱自由時報，1994.6.14. 社論。雖然，向公平會提出的答辯書中，自由時報並未繼續據以報紙市場的新聞壟斷，而僅以中國時報、聯合報等二大報擁有報份優勢為理由，而且，該案予以不處分，是以，此種疑問，終究未能有由公平會或法院發表意見的機會。

7 此種競爭概念不同，是否可以互為引用或某作為另一之指導原則，學者林子儀主張以競爭法作為對新聞自由的結構管制法律之一，不過似乎較偏向可以完全適用；同註1，前揭書，頁一二五。而學者蘇永欽，則認為不宜以「效能競爭」的指導理念去規制引導言論市場的結構或競爭行為本身；請參閱氏著，「企業贈獎行為規範的法律問題—兼論報業贈獎活動應否做特殊考量」，收錄於：企業贈獎行為規範之研究，行政院公平交易委員會八十四年度合作研究計畫二，頁一五二至一六〇，1995.2. 出版。

之定位關係得以確立，同時，藉此亦可明白新聞媒體於現代民主政治的存在價值，以及新聞媒體構造與新聞自由互動的關係。

貳、新聞自由與「思想之自由市場」之競爭

我國憲法雖無明文規定新聞自由為憲法所保障的一種權利，但是國內學者通說都認為，從我國憲法第十一條規定保障表現自由的意旨，可明白推知新聞自由亦在該條保障之範圍內⁸。

我國憲法第十一條規定：「人民有言論、講學、著作及出版之自由」。依據學者通說，該條所規定者，僅是言論或意見等思想上的表達方法或形式，一般亦統括地以「表現自由」稱之。例如，「以口頭發表其意見者，謂之言論；藉文書圖書發表其意見者，謂之著作；以其著作印刷、或以攝影、錄音等方法，而傳佈於衆者，謂之出版；以其意見在學校講學者，謂之講學」⁹。報紙或電視等新聞媒體，似以印刷或以攝影、錄音的方法，將其欲傳達的各種資訊或意見散佈於衆，屬於「出版」的形式之一¹⁰，故而憲法第十一條規定的「出版自由」亦包含有保障新聞媒

8 林子儀著，同註1，前揭書，頁六九。

9 林紀東著，中華民國憲法逐條釋義（一），頁一七二至一七三，三民書局，民國七十一年二月修訂初版。

10 大法官釋字第三六四號解釋亦贊同廣播電視之為表達意見，屬於憲法第十一條所保障言論自由之範圍。但是，該號解釋並未闡述憲法第十一條之所有內涵，故於未明示解釋主文所稱之「言論自由」究係憲法第十一條「言論自由」（或稱表現自由）之通稱（廣義性定義），或是該條內容四種自由其中之一的「言論自由」（狹義性定義）之情形下，則與國內學說之通說係以廣播及電視之表達意見，應屬於「出版自由」之見解相較，則該號解釋之「言論自由」應屬憲法第十一條內之狹義性定義範圍；然若該號解釋之立論係以「言論自由」（廣義）為憲法第十一條之通稱的話，則勢必又無法窺知對於廣播、電視方式之表達意見是否屬於「出版自由」或是「言論自由」（狹義）。

由於釋字三六四號解釋，乃是我國大法官會議首次對於言論自由之闡述，其意義自為十分地重大，茲錄其全文如下：

司法院令，中華民國八十三年九月二十三日（八三）院台大二字第一七九八號，公布本院大法官議決釋字第三六四號解釋（司法院公報第三十六卷第十一期，頁一五，1994.11.）。

大法官會議釋字第三六四號解釋

解釋文

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

解釋理由書

言論自由為民主憲政之基礎。廣播電視係人民表達思想與言論之重要媒體，可藉以反映公意強化民主，啓迪新知，促進文化、道德、經濟等各方面之發展，其以廣播及電視方式表達言論之自由，為憲法第十一條所保障之範圍。惟廣播電視無遠弗屆，對於社會具有廣大而深遠之影響。故享有傳播之自由者，應基於自律觀念善盡其社會責任，不得有濫用自由情事。其有藉傳播媒體妨害善良風俗、破壞社會安寧、危害國家利益或侵害他人權利等情形者，國家自得依法予以限制。

廣播電視之電波頻率為有限性之公共資源，為免被壟斷與獨佔，國家應制定法律，使主管機關對於開放電波頻率之規劃與分配，能依公平合理之原則審慎決定，藉此謀求廣播電視之均衡發展，民衆亦得有更多利用媒體之機會。

至學理上所謂「接近使用傳播媒體」之權利 (*the right of access to the media*)，乃指一般民衆得依一定條件，要求傳播媒體提供版面或時間，許其行使表達意見之權利而言，以促進媒體報導或評論之確實、公共。例如媒體之報導或評論有錯誤而侵害他人之權利者，受害人即可要求媒體允許其更正或答辯，以資補救。又如廣播電視舉辦公職候選人之政見辯論，於民主政治品質之提昇，有所裨益。

惟允許民衆「接近使用傳播媒體」，就媒體本身言，係對其取材及編輯之限制。如無條件強制傳播媒體接受民衆表達其反對意見之要求，無異剝奪媒體之編輯自由，而造成傳播媒體在報導上瞻前顧後，畏縮妥協之結果，反足影響其確實、公共報導與評論之功能。是故民衆「接近使用傳播媒體」應在兼顧媒體編輯自由之原則下，予以尊重。如何設定上述「接近使用傳播媒體」之條件，自亦應於法律內為明確之規定，期臻平等。

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

體出版的「新聞自由」在內¹¹。

新聞自由固然從表現自由的出版自由條款而來，其具體內容則因新聞自由係由新聞媒體所擁有，非單獨個人所能主張，故容或較諸表現自由有特定程度的部分延伸。從其權利的類型言，固然有所分歧¹²，但是大致上，依新聞報業的編輯及行銷過程之分別言，憲法保障新聞自由的範圍，主要地係針對編輯過程而來，因其具有構成言論、思想的活動過程，是以，必須從程序 (process) 加以歸納。一般而言，，共可分為 1. 取材的自由¹³、2. 報導及評論的自由¹⁴、3. 媒體頒布的自由¹⁵

11 截至目前為止，美國法院實務及學理的通說都採取這種觀點，而認為新聞自由並非一種獨立於言論自由之外的基本權利。林子儀著，同註 1，前揭書，頁七十一。

12 例如根據 C. Edwin Baker 教授的綜合分析，具體的新聞自由權利大致上可分為八種類型，但是並非所有類型均為美國最高法院承認為新聞自由所包括；林子儀著，同註 1，前揭書，頁九十八及該頁之註 89。

13 取材的自由，乃是報導過程之前得以收集事實並將之編輯之自由。收集事實或資訊自由，對於從事報導的媒體言，尤其十分地重要，因此特別力主應有取材的自由。日本的最高法院認為，為報導而為的取材自由，參照日本憲法第二十一條的精神，應值得十分地尊重。但是，取材的自由與其他自由或法益之間，是否亦應強加保護，則尚存在著許多問題。例如，取材的自由與隱密取材來源的權利，日本最高法院則認為「新聞記者於此並無特別的保障」。請參閱，伊藤正己著，憲法，頁三〇四至三〇五，弘文堂，1993.1.20. 新版七刷。而我國出版法第二十六條規定：「新聞紙或雜誌採訪新聞或徵集資料，政府機關應予以便利。」即是對此取材自由的尊重。

14 傳達事實乃是報導的基本意義，而報導的自由不僅係有意識地提供社會大眾資訊，並且對於報導事實應有的認識與選擇，亦係有意識地影響。報導及評論的自由，為憲法保障表現自由的內容，殆無疑問。而且，因為新聞媒體能夠行使報導及評論的自由，社會大眾方能享受報導的利益，滿足其知的權利，是以，為保障此種自由，即應給予報導機關（新聞媒體）特別的地位。伊藤正己著，同前註，頁三〇四。而我國出版法第二十八條規定：「發行出版品之出版機構或發行人、著作人、編輯人、印刷人之事業進行，遇有侵害情事，政府應迅採有效措施予以保障。」即是承認此種自由的具體表現。另外，於司法判決上，如候德健自訴中國時報及時報周刊誹謗案，經台灣高等法院刑事判決（八十年度上易字第八五九號）：「……新聞媒體對於公眾人物之報導，務盡其詳，以符合民衆有知的權利之原則。自訴人面對偵訊與面對媒體記者，在不同之場合，不同之時間，其人之心境與情緒反應，容有不同，悲傷時顯現可憐，高興時開懷而笑，為任何正常人在通常情形下都會有如此

等三種，並且，其中以報導及評論的自由為核心¹⁶。尤其是自第二次世界大戰以後，對於表現自由的理解，已自傳統上著重於表現人一方（新聞媒體）之自由，轉而著重於資訊接受者（社會大眾）之思考模式；亦即反映於對抗第二次世界大戰間之政府秘密主義，媒體之報導乃為國民知的權利而為之主張¹⁷。藉由新聞自

之反應。自訴人於偵訊時及受採訪時其形貌如何？供詞順暢抑或漏洞百出，情緒變化繁複與單一，亦屬仁智互見之問題。中國時報社會新聞版與時報周刊分別予以報導，縱為同時間其他刊物所無，亦不能逕指為係誹謗，何況新聞媒體對特定人物及特定事項之報導，容有於遣詞用句，稍嫌誇張，其至揶揄，稽其用意，無非盡報導之能事，提高可讀性，增加閱讀之興趣，促銷其經營之報紙或刊物，與意圖散布於衆，而故意指摘或傳述足以毀損他人名譽之事，而以文字犯之之誹謗罪構成要件顯然有間，殊難繩以被告等誹謗罪責，從而應為被告等無罪之諭知。……」；由此判決或可查覺新聞媒體之新聞自由較諸一般民衆之言論自由之寬容情形，而學者法治斌亦喻之能由新聞自由之角度切入調整，實頗有耳目一新或空谷足音之效；請參閱氏著，「新聞報導與誹謗罪——一個憲法觀點」，收錄於：人權保障與司法審查—憲法專論(二)，頁八三，月旦出版社公司，1994.1.。

- 15 新聞媒體將報導、評論的內容發行，亦是屬於媒體之間從事競爭的營業自由之範疇。而此處本文所指者，乃是新聞媒體應有消極地不受到思想箝制（諸如行政機關的事前審閱制度、或於戰時政府禁止新聞發行的情形），得以將報導公諸於世的自由，於此意義上，我國出版法之第六章行政處分部分，即是不合乎此種自由的要求。
- 16 但亦有主張，以取材的自由並未與第三者的權利牴觸，故不能與報導的自由一樣，同受到憲法的保護；請參閱，稻葉三千男、新井直之、桂 敬一編著，新聞學，頁一六四至一六五，日本評論社，1995.4.20. 三版。
- 17 松井茂記著，マス・メディア法入門，頁一九，日本評論社，1994.25.1. 版1刷。而所謂知的權利並無法以一確定的定義匡之，大體上，可以分成二個層面，一為理念性的理解，以之為媒體等報導機關之報導，應受到憲法保護；另一則以之為較具體的權利，包括接受資訊權、收集資訊權、請求政府公開資訊權（狹義知的權利）、公衆得以公平地接受多樣意見及資訊之利益等。然而關於具體的權利分類及內容，雖仍存在爭議，但是，由於知的權利對於表現自由的法理有重大的影響，而且加以從資訊接受者之立場言，則更應理解為保障「資訊流通之過程的權利」：同氏著，頁二十至二一；以及向井久了著，「現代社會における『知る権利』の理念とその實現の方法」，佐藤功先生喜壽記念—現代憲法の理論と現實，頁一三七至一四〇，青林書院，1993.5.25. 初版1刷。

由，新聞媒體提供重要的判斷資訊給社會大眾知曉，使之得以有參與國家施政的機會¹⁸。而各個不同的新聞媒體依新聞自由，從各個觀察角度為事件報導，並以文字、畫面等各種不同的形式，對社會大眾發表形形色色的評論，使社會大眾得以經由聆聽、閱讀，而知悉、反映，終至展現、形成多元化的「思想之自由市場」¹⁹，而且，藉由如此「思想之自由市場」的思維，使表現自由之內容，順理成章地涵蓋了言論與聆聽、出版與閱讀之供需雙方之自由，充實其民主憲政的意義²⁰。故「思想之自由市場」可謂為新聞自由所欲保障及達成的最終表現形式，而新聞媒體得以藉此（或代表人民）充分發揮監督政府的功能。

從法理言，「思想之自由市場」具有機能性（或價值性）的功能，使憲法第十一條的表現自由得以發揮價值，而達其個人自律的要求或是維持民主政治過程之目的。或謂透過如此的理論，可使人們發現真實（truth），以促使政府作成較佳的決策²¹。同時，「思想之自由市場」亦具有使各個表現自由得以成立的條件性功能。透過「思想之自由市場」，各個表現自由的內容，經過一定的測度（消費者的

18 松井茂記著，同前註，頁二十（且亦係日本最高法院於博驛テレビ・フィルム提出命令事件之判決見解，最大決一九六九（昭和四四）年一一月二六日刑集二三卷一一號一四九〇頁）。

19 表現自由是民主過程不可或缺的自由，並且藉由憲法對此自由的保障，以及透過思想的自由市場，以達到發現真理。認為於思想的自由市場居於支配地位的思想即是真理，此為「相對主義」的主張，早期由美國最高法院大法官 Oliver W. Holmes 於 Abrams v. United States, 250 U.S. 616, 630 (1919) 所提反對意見的見解，近代則以 Richard A. Posner 從「法與經濟」（法律的經濟分析）的觀點主張最力。但是，事實上對於真理的檢驗，尚有分析的真理、經驗的真理等看法，並不僅限於以多數決為依歸。請參閱，長谷部恭男著，テレビの憲法理論，頁一至三，弘文堂，1992.12.25.。

20 李鴻禧著，「言論出版自由之民主憲政意義」，收錄於氏著：憲法與人權，頁三八八，1986.12.三版。（該文亦同時收錄於：中美言論自由法制之比較研討會專刊，頁九九至一三一）

21 C. Edwin Baker, Human Liberty and Freedom of Speech, p.11, Oxford University Press, 1989.

選擇），得以獲得實踐上的意義²²。

「思想之自由市場」，雖是以經濟學上的市場名詞為比擬，卻並非完全可以依據經濟學上的「完全競爭市場」之概念作規範，乃是共識。至於在法理上，必須具備何項構成要素，方得達其資訊傳播，促進民主的發展的功能？則仍是莫衷一是。不過從「思想效率性之交換」的觀點言，則可以依下列各項為分析²³：

1. 「思想之自由市場」，是獨立於經濟學「市場」理論之外的「孤立市場」，雖然亦有一定的預定或想像之空間概念，但是，往往從國家的政治中解放或打破慣例，並以擁有超越國境地擴散可能性。
2. 「思想之自由市場」裡，為了使思想資訊得以有效率性地交換，欲透過集中性的媒介（場所），將分散在各處的資訊正確、訊速地系統化處理的構想，實際上是十分困難的。但是，存在一定的情報公開制度以及確保參加者的一定水準之認知能力，乃是「思想之自由市場」必要的成立條件。
3. 「思想之自由市場」裡，必須有進入及退出市場之自由。
4. 「思想之自由市場」裡，雖是各種思想、資訊交換的靜態空間，但是思想內容的差異性，卻可造成具有淘汰作用的動態活動。
5. 「思想之自由市場」，仍是需要從公平的觀點，作必要的補正。而如何補正以及如何達成公平的要求，仍是有相當大的檢討餘地。尤其，對於表現媒體（如有線電視、廣播），應予公平分配的要求，即需要國家的介入。

另者，在各項大眾媒體管道不斷地推陳出新的現代資訊時代，「思想之自由市場」裡，其「競爭」概念應是十分廣義的。思想的競爭應是從內容 (content)、過程 (process)、樣式 (format) 等方面加以觀察。新聞報紙與電視對於訊息發佈的過程不同，於社會事件的報導，各有不同的角度分析，卻存在著內容與樣式的競爭

22 對於此種機能論或成立條件論的說法，亦有批評者謂：前者只從客觀的結果評價表現的自由，頗有功利主義之嫌，與個人主義的憲法觀互有矛盾；而後者只從成立條件論說，疏略了現今巨大媒體寡占思想市場的事實。請參閱，駒村圭吾著，「思想の自由市場と情報新時代」，收錄於：根岸 肇、堀部政男編，放送・通信新時代の制度デザイン，第5章，頁九二至九三，日本評論社，1994.8.10.。

23 同前註，頁九九至一〇〇。

關係。即如在新聞報業，各報紙所展現的風貌不同，係由內容、過程、樣式為檢討，最為明顯。例如中國時報與聯合報為綜合性新聞，民生報為娛樂性新聞，經濟日報與工商時報為經濟性專業性新聞，各報紙的行銷（發行）過程均是一樣的。但是，中國時報亦有經濟時事、娛樂消息的報導，而民生報亦有社會事件的報導或物價的分析，工商時報亦有休閒生活的版面，是以，在人們購買報紙時，固然從中所欲獲得資訊的心態有所區隔，各報之間的報導的內容或表現的樣式卻存在著競爭關係。人們所重視或關心的是，對於某一事件的報導，應從何媒體管道的某一部分版面或某一時段或綜合各版面與時段，獲取較為完整的訊息，而非單只從某一媒體管道為之。

由於大眾媒體管道彼此之間的競爭，依內容、過程、樣式不同而區分，非但互有重疊，而且日益激烈，遂導致媒體管道經營者以於同一媒體管道的範圍內握有多數的家數，或從事跨媒體性的經營，以便在「思想之自由市場」裡掌握更多的占有率。根據美國學者的研究顯示，新聞媒體在美國逐漸有壟斷及集中化的現象。此種現象將減損新聞媒體擔負監督政府的功能²⁴。

參、新聞自由與競爭自由之利益衡量問題所在

經濟市場的自由競爭，是言論、思想等表現自由之所以存在的前提。新聞媒體於其所處之經濟市場上得以有效率地競爭，鞏固其經營組織體的財政能力，才能有效率地從事編採、發行之業務，進而參與「思想之自由市場」；亦即有效率的經濟性市場競爭，方能活絡「思想之自由市場」。新聞媒體的經濟活動競爭既然起於自由經濟市場的體制，其競爭活動若符合競爭法上有關構造規制或行為規制的要求，則其合法的集中化現象，是應該受到諸如競爭法等有關法制度上的保障。是以，新聞媒體的集中化本無可厚非。但是，在人們不斷地追求民主政治的過程中，唯一最可貴與珍惜者，乃是需要有多元化的言論存在，以提供社會大眾對於資訊的選擇，滿足其知的權利；並且，藉由多元化的言論、思想，可以了解政府施政現況，藉以形成輿論，達到監督政府的功能。從實際現象顯示，新聞媒體在其編輯過程中對於資訊傳達，總會自行選擇，益以新聞媒體集中化，而無法達到思想多元化的要求²⁵。

24 林子儀著，同註1，前揭書，頁一二〇。

人們對於新聞媒體的集中化現象，是否可以透過限制其競爭或營業的自由，以維持思想的多元化的社會結構？從法制度言，合法的新聞媒體集中化，是自由競爭的結果，應受到法律上的保障，而且，競爭自由與營業自由，依解釋亦是憲法第十五條經濟自由規定的範圍，有其憲法之法理基礎²⁶；與憲法第十一條規定表現自由同為必須受到保護的基本人權。二者，於憲法上的規定本身均未加以任何限制性的明文，對諸等之限制，亦只能從憲法第二十三條之規定窺其梗概。從我國憲法對於基本人權規定的排列，第十一條：「人民有言論、講學、著作及出版之自由。」是為表現自由；第十五條：「人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。」是為經濟自由。對於二者基本人權的制約，均依第二十三條：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」為之。而人權的制約，具體地說，即是該如何以利益衡量的方法為憲法解釋的問題²⁷。由於表現自由與經濟自由已於憲法有明文規定的保障，但是，存在於社會的各種利益，並不以憲法所規定者為已足，故有人權的制約條款，使國家依法為社會統制之時，對諸多利益作適正的衡量或調整。因此，對於憲法上的基本人權予以限制措施時，該人權之性格、對立利益之性質、限制之程度、規制之目的、必要性、方法，以及是否有其他代替此規制方法之手段等諸多要素，均需要多加考慮；並且，經過比較衡量之後，方能決定是否為憲法所容許²⁸。

25 同前註。

26 營業自由，我國憲法雖未明文，但解釋上可從憲法第十五條保障「工作權」之規定演繹而生；競爭自由，除可從憲法第十五條保障「生存權」之規定演繹而生以外，在未有法制度明文保護之前，尚可認其係憲法第二二條所揭人民之其他自由及權利，從而在不妨害社會秩序公共利益之範圍，內亦受憲法之保障。請參閱，廖義男著，「憲法與競秩序之維護」，收錄於氏著：公平交易法之理論與立法—公平交易法論集(1)，頁二至八，1995.10. 初版。

27 伊藤正己著，同註13，前揭書，頁二二二。

28 同前註，頁二二五。另於美國亦有學者主張，憲法增補條款第一條(First Amendment, 1791)，對於言論、出版等表現自由並無任何附加的文句，而是以完全的形式為明文規定，顯然是憲法制定者經過衡量的結果。依此立場，對於表現自由的

但是，同是憲法所明文規定的人權—表現自由與經濟自由，遇有彼此衝突，需要協調之時，應依據個案之利益衡量論 (*ad hoc balancing*)，或是應予以整體性的利益衡量，而應用所謂的「雙重標準說」 (*double standard*)，視諸於憲法秩序上有不同的價值序列？

既然我國憲法的形式規定，對於表現自由與經濟自由，並無特別的限制性但書規定，則二者應是不分軒輊的。但是，為達成思想多元化的高度要求，是否能對經濟自由有所限制，或是不必作任何限制，仍能維持二者之均衡？則必須借重他國憲法法理的探討，作為我國憲法解釋上的法理依據。

肆、以憲法學上「雙重標準說」為檢視問題之依據

一、美國憲法違憲審查論之「雙重標準說」

甲、「雙重標準說」之內容及其發展

美國最高法院對於人民財產權之保護，向來是經由憲法增補條款第五條及第十四條之法律的正當程序中之「實質的法律正當程序」 (*substantive due process of law*) 予以保護，而且，長期以來，最高法院依此違憲審查原則，將國會之立法或州立法，宣告為無效者不計其數，因為最高法院之多數說認為諸如此類的立法，嚴重地妨害契約自由 (*freedom of contract*)，以及其他傳統的自由及財產等權利，故學者對此保護甚密之時期，稱之為「Lochner 紀元」 (*the Lochner era*)^{29 30}。

保障既是絕對的，對之為任何限制或將之與其他利益作比較，均是違憲的。依此理論，對於猥亵出版物的處罰，或對名譽損害的法律制裁，均是違憲。此說係依定義 (*defining*) 為絕對人權保障的主張，堪稱為絕對說，以 Hugo L. Black 大法官為代表，但是在美國仍是少數說。請參閱，同前註，頁二一四之註 4 及頁二二七之註 3。

29 See *Lochner v. New York*, 198 U.S.45 (1905) (invalidating New York's maximum hours law for bakers). Lewis F. Powell, Jr., "Carolene Products Revisited", 82 *Colum.L.Rev.* 1087, 1089 (1982).

30 有關此部分美國憲法保障人民財產權之概說，請參閱，法治斌著，「憲法保障人民財產權與其他權利之標準」，收錄於氏著：人權保障與釋憲法制—憲法專論(一)，頁二二八至二五三，月旦出版社公司，1993.5. 再版。

直到一九三七年，最高法院於審理 West Coast Hotel Case³¹，認定對於設定女工最低工資之州法具有合憲性 (constitutionality)，而迥然不同於以往對人民財產權保護的干涉主義，自此美國憲法即掀起「憲法革命」。蓋最高法院自知無法就人民之財產權應如何保障一節，與國會或總統之力量相抗衡，並且，從此採取「不聞不問」 (hands-off approach) 的態度³²。

而一九三八年，大法官 Harlan F. Stone 於 United States v. Carolene Products Co. 案判決書之註解 4(footnote 4)³³，表達了三段文字，一般亦均以之為「雙重標準說」 (double standard) 之依據，容認政府對於人民財產權所為之經濟性、社會性管制立法，而對於非財產權之權利，涉及少數團體之不平等待遇、箝制人民之言論集會自由、不尊重刑事被告之權利等種種措施，則採取「嚴格審查」 (strict scrutiny)，而進入了「新干涉主義」 (the new interventionism)³⁴。

茲將其註解 4 之內容介紹如下^{35 36}：

(一)某項立法，如從字面的規定觀之，違反憲法所明文禁止者時，例如違反了憲法增補條款第一條至第十條的規定時，「推定合憲原則」的適用範圍可能即會受到限縮，同時，因增補條款第十四條之涵攝，增補條款第一條至第十條規定亦適用於各州，〔所以，上述的原理對各州亦同等適用。〕請參見 Stromberg v. California, 283 U.S. 359, 369-370; Lovell v. Griffin, 303 U.S. 444, 452。

(二)我們通常期望經由政治程序，將我們不想要的法律予以廢除。在本案情形，我們

31 West Hotel Coast Co. v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937).

32 法治斌，同註 30，前揭書，頁二五六；See, Gerald Gunther, Constitutional Law, p.472, The Foundation Press, Inc., 1985.

33 304 U.S. 144, 152-53, n.4 (1938).

34 G. Gunther, supra note 32, at 473-474.

35 以下之譯文感謝林子儀教授提供之，並已收錄於氏著「言論自由的限制與雙軌理論」，李鴻禧教授六秩華誕祝壽論文集—現代國家與憲法，頁六五六至六五八，月旦出版社公司，1997.3。另國內相關之介紹與譯文，亦請參見，法治斌，同註 30，前揭書，頁二五七至二五八。

36 "There may be narrower scope for operation of the presumption of constitu-

並無需考慮法律涉及限制政治程序者，在憲法增補條款第十四條的一般限制下，是否應較其他種類法律，受到更為嚴格的司法審查。〔在以往的判決中，法律涉及下列基本權利者，均受到嚴格的司法審查；例如〕涉及限制選舉權者，請參見

tionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten Amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth. See Stromberg v. California, 283 U.S. 359, 369, 370; Lovell v. Griffin, 303 U.S. 444.

It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation, is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation. On restrictions upon the right to vote, see Nixon v. Herndon, 273 U.S. 536; Nixon v. Condon, 286 U.S. 73; on restraints upon the dissemination of information. see Near v. Minnesota, 283 U.S. 697, 713-714, 718-720, 722; Grosjean v. American Press Co., 297 U.S. 233; Lovell v. Griffin, *supra*; on interferences with political organizations, see Stromberg v. California, 283 U.S. 359, 369; Fiske v. Kansas, 274 U.S. 380; Whitney v. California, 274 U.S. 357, 373-378; Herndon v. Lowry, 301 U.S. 242, and see Holmes, J., in Gitlow v. Gitlow v. New York, 268 U.S. 652, 673; as to prohibition of peaceable assembly, see De Jonge v. Oregon, 299 U.S. 353, 365.

Nor need we enquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious, *Pierce c. Society of Sisters*, 268 U.S. 510, or national, *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390; *Bartels v. Iowa*, 262 U.S. 404; *Farrington v. Tokushige*, 273 U.S. 284, or racial minorities. *Nixon v. Herndon*, *supra*; *Nixon v. Condon*, *supra*; whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry. Compare *McCulloch v. Maryland*, 4 Wheat. 316, 428; *South Carolina State Highway Department v. Barnwell Bros.*, 303 U.S. 177, and cases cited."

Nixon v.Herndon,273 U.S.536;Nixon V.Condon,286 U.S.73；涉及限制資訊傳播者，請參見 Near v.Minnesota, 283 U.S. 697,713-714,718-720,722;Grosjean v.American Press Co., 297 U.S.233;Lovell v.Griffin,*supra*；涉及干預政治組織者；請參見 Stromberg v. California,*supra*,369;Fiske v.Kansas,274 U.S.380;Whitney v.California,274 U.S.357,373-378; Herndon v.Lowry,301 U.S.242;Gitlow v.New York,268 U.S.652,673 (Holmes,J.,dissenting)；涉及禁止和平集會者，請參見 De Jonge v.Oregon,299 U.S.353,365。

(三)同樣地，在本案情形，我們並不需要去考慮是否應採用我們在審查針對某一特定的宗教 (Pierce v.Society of Sisters,268 U.S.510.) 、國籍 (Meyer v.Nebraska,262 U.S.390;Bartels v.Iowa,262 U.S.404; Farrington v.Tokushige,273 U.S.284.) 、或少數族裔 (racial minorities)(Nixon v.Herndon,*supra*;Nixon v.Condon,*supra*.) 的法律是否合憲時，所適用的〔嚴格審查〕標準。而我們以往在審查那些歧視與社會大眾分離與隔絕的少數族群 (discrete and insular minorities) 的政府措施是否合憲時，如該措施對這類族群所賴以保障的政治程序之運作造成嚴重的阻礙，我們會採用相當嚴格的審查標準。請參見 McCulloch v.Maryland,4 Wheat.316,428;South Carolina V.Barnwell Bros.,303 U.S.177,184,n.2, and cases cited。但同樣地，在本案情形，我們也不需要去考慮是否要採用類似的嚴格審查標準。

上述各段文字，對於後來的最高法院判決均有重大影響，而學者亦皆以「第一段」及「第二、三段」內容分別觀察論述：

1. 有關「第一段」之發展

此段文字之內容，原是當時最高法院院長 Charles E. Hughes 所倡導理念—「某些權利應值得予以特別的司法審查」之重現。於一九三九年之 Schneider V. State ³⁷，最高法院即判定禁止於公衆大街散發傳單的法令無效。於一九四二年之 Jones v. Opelika ³⁸，該理念經由大法官 Stone 於不

³⁷ 308 U.S. 147 (1939).

³⁸ 316 U.S.584,600,608 (Stone C.J.,dissenting) (1942).

同意見書中 (dissenting opinion)，更是極力辯護，並認為不能對於在公衆大街上宣傳教義之活動課以執照稅 (license tax)，故主張比較其他人權之保障，憲法對待增補條款第一條、第十四條，應是將諸置於有著「優先地位」 (preferred position)³⁹，此亦即後來引起甚多不同爭議的所謂「優先地位說」 (preferred position doctrine)。而且，Jones v. Opelika 於一九四三年亦經過重新審理，而推翻原來判決⁴⁰。同年之 Murdock v. Pennsylvania⁴¹。由大法官 William O.Douglas 為主的多數決，亦是以「優先地位說」之立論為判決。

惟大法官 Felix Frankfurter，則反對「優先地位說」甚力，渠認為如此將傷害無數的立法及無辜的法令。然而一九四三年之 Martin v. City of Struthers⁴²，與 Jones v. Opelika 之重新審理，雖然均是以「優先地位說」維持對於有礙散發傳單等表現活動之立法無效，但是已有三票反對意見，對於「優先地位說」已表現出強烈的反感，加上 Frankfurter 另有修正性的協同意見，「優先地位說」已漸漸不再顯其絕對的優勢。直到一九四九年，Frankfurter 於 Kovacs v. Cooper⁴³ 發表了篇幅頗長的協同意見書，力主以言論自由具有優先地位，適足以導致機械化判決的死胡同⁴⁴。可惜的是，

39 "The First Amendment is not confined to safeguarding freedom of speech and freedom of religion against discriminatory attempts to wipe them out. On the contrary, the Constitution, by virtue of the First and Fourteenth Amendments, has put those freedom in a preferred position."; cited from, Lewis Lusky, "Footnote Redux: A Carolene Products Reminiscence" 82 Colum.L.Rev.1093,1100, (1982).

40 319 U.S.103 (1943), overruling per curiam on rehearing Jones v. Opelika, 316 U.S.584 (1942).

41 319 U.S.105 (1943).

42 319 U.S.141 (1943).

43 336 U.S.77 (1949).

44 "The objection to summarizing this line of thought by the phrase "the preferred position of freedom of speech" is that it expresses a complicated process of constitutional adjudication by a deceptive formula. And it was

大法官 Stone 死於一九四六年，故後人對於如此的批判，無法見到 Stone 親自為文辯解。

Louis Lusky 認為「優先地位說」只流行數年，即使仍有個別的大法官樂於引用，但並未真正成為日後最高法院的主流意見⁴⁵。因此，例如大法官 Hugo L.Black 於一九四七年 Adamson v. California.⁴⁶ 提出不同意見書，認為對於「優先地位說」，應該作修正的「選擇性融合」(selected incorporation)，使憲法的「權利條款」(Bill of Right)，應由最高法院選擇為基本性的權利。此種意見，終於一九六〇年代起嶄露頭角。然而，亦因此而自一九七〇年代起，展開對於何為「基本利益」(fundamental interests)的解釋、定義問題的激辯⁴⁷。

2.有關「第二段、第三段」之發展

「第二段、第三段」一向均被當作一起討論的對象，一是對於有關政治過程 (political process) 的立法，另一是對於分離、孤立的少數族群 (Discrete and insular minorities) 等需要特別保護之情形，應有較諸影響經濟過程之立法，為嚴格的司法審查。而學者一般以為，與上述「第一段」法條文字

Mr.Justice Holmes who admonished us that "To rest upon a formula is a slumber that, prolonged, means death." Collected Legal Papers, 306. Such a formula makes for mechanical jurisprudence". cited from, Louis Lusky, supra note 39, at 1101.

45 國內文獻上對於「優先地位說」於美國憲法上之適用情形，認為並未成為該國主流者，請參閱，李鴻禧著，同註 20，前揭書，頁三八八。以及朱武獻著：「言論自由之憲法保障」，收錄於：中美言論自由法制之比較研討會專刊，頁二一，中國比較法學會印行，1986. 10.15，均認為此原則因較模糊，易導致爭議，且推定無效，有害法的安定性，易助長機械的法制，故已不再被援用。而另未作論斷而僅作介紹者，如游伯欽撰，美國司法違憲審查制度之研究，頁八四至八五，東吳大學法律學研究所碩士論文，1987.6.。

46 332 U.S.46,68, (H.L.Black J., dissenting) (1947).

47 Paul A.Freund, Arthur E.Sutherland, Mark DeWolfe Home, Ernest J.Brown, Constitutional Law-Cases and Other Problems, p.915, Little,Brown and Company,1977.

(texual) 作比較，「第二段、第三段」乃是機能上的 (functional) 正當化的根據⁴⁸，是以，有謂此即是表示對於「第一段」為註解 (glosses) 之意圖。因此，Carolene Products Case 所發展出來的理論，仍應以實體之價值論予以瞭解⁴⁹。

乙、「雙重標準說」之理論依據及其批判

綜合言之，支撐「雙重標準說」的理論依據，主要係存在於精神自由的重要性與司法能力於經濟規制領域之界限問題上。

1. 民主的政治過程論

在論及精神自由之優越性問題上，「代議自治」 (representative self-government) 之理論即使仍受到爭議，於目前乃是最受支持的見解。該理論以為精神自由乃代表民主政治之過程中不可或缺的權利，亦即經濟自由之規制立法，僅限於有礙民主政治過程的正常機能，可以予以除去不當的規制，故法院應對於立法機關採取廣泛的無干涉政策。相對地，精神自由的限制或者是依多數人支配政治而忽視少數族群權利或侵害的立法，將會損及民主政治過程，而且，依政治過程亦不可能期待有適切的改善或有顯著困難者，法院應予積極地介入，以回復正常的民主過程之運作，並得以保障人權，因此，對於規制精神自由立法之合憲性，法院即應加以嚴格的審查⁵⁰。

2. 政策問題與司法之能力

於經濟規制立法方面，由於經濟自由的規制涉及社會、經濟政策的問題甚多，對其為合憲性審查時，需為各種複雜利益調整及政策的判斷，而法院於此能力即較為缺乏，實非適當的審查機關，故除非具有明白的違憲情形，否則法院即應尊重立法機關於此政策上的判斷。而於精神自由方面，甚少涉及社會、

48 蘆部信喜著，憲法學 II 人權總論，頁二一七，有斐閣，1995.2.25.1 版 3 刷。

49 E.Erler, "Equal Protection and Personal: The Regime of the 'Discrete and Insular Minority'", 16 Georgia L.Rev. 407,417 (1982); G.Leedes, "Democratic Despotism and the Inadequacy of a Representation-Reinforcing Point of View", 23 Santa Clara L.Rev. 769,780-803 (1983).

50 蘆部信喜著，同註 48，前揭書，頁二一八。

經濟政策問題，法院的審查能力無此方面顧忌，故可為適當的審查機關⁵¹。

3. 對於上述理論根據之批判

針對上述民主過程之理論，美國於一九七〇年至一九八〇年代，有不少的判例及學說，重新思考精神自由與經濟自由，應否予以嚴格的區分標準？而於隱私權（尤其是墮胎自由）並無明文保障，且此種新人權係由法院依違憲審查權所創設，而且法院對於國民既不直接負有責任，即引起是否違反民主政治的原理，而展開司法審查與民主主義關係之白熱化議論。同時，亦出現思以對表現自由的價值予以修正的論爭⁵²。

例如，有者以為，引用 *United States v. Carolene Products Co.* 乙案之判決，法院可以發動違憲審查權的範圍，乃憲法所明確保障之人權受到侵害，除此之外，亦應限定制約政治過程之立法與少數族群之權利受到侵害之立法等情形，而墮胎自由並非直接關係到此類範圍，故對其行使司法審查權並非正當。主張此說之中，尤以 John H. Ely 教授為代表人物。於其一九八〇年之著書「*Democracy and Distrust :A Theory of Judicial Review*」，認為民主政治應由程序性地由多數人支配 (majority rule) 的原理加以理解，是以，相較於「雙重標準說」係以一般的民主過程論為依據，Ely 教授的民主過程論則係以程序性的民主政治過程為主⁵³，而強調於司法審查中加入政治過程之考量，以調整實體的價值判斷，而非如一般論者以為司法審查係由法院（或法官個人）即可判斷憲法未明文保障人權之實體價值⁵⁴。因而，Ely 之司法審查論，顯係追隨 Louis Lusky 而發衍出來的，與一般學說之非解釋主義，對於憲法未明文規定之人權—如墮胎之隱私權，可以由法院判斷其基本性價值的立論不同，而係採取程序性的民主過程論點，確認 *Carolene Products Case* 所表達的意義，只限定於一定的範圍內，對於此範圍外之人權，尤其是未有憲法明文保障者，是否具有基本性的實體價值，則必須考慮應有代表少數族群利基之「現實的代表」 (virtual representative) 參與，而非專由

51 同前註，頁二一九。

52 同前註。

53 同前註，頁二二〇至二二一。

54 松井茂記著，二重の基準，頁一三五，有斐閣，1994.5.30. 初版 1 刷。

法院為判斷之司法審查方法，故亦稱為解釋主義的立論⁵⁵。

二、日本有關「雙重標準說」之論爭及司法實務之發展

由 *Carolene Products Case* 所引伸的「雙重標準說」，於美國之現況仍是衆說紛云，迄今並未成爲主流，但是其理論所強調之「表現自由優於經濟自由」的理論，自從伊藤正己教授，於一九五九年著書「言論與出版之自由」（「言論・出版の自由」），倡導「雙重標準說」的違憲審查理論以來⁵⁶，卻於日本繼受之而成爲通說之位⁵⁷。只是，日本的學者間對於「雙重標準說」（double standard，「二重の基準」論），在學說上則仍有著不同的思考方向。以較具代表性之學說爲概述，則大致上可分別爲，在人權的價值序列論上，有肯定論與否定論，進而在司法審查權限的機能論方面，亦有司法積極論及司法消極論。茲分論如下：

1. 伊藤正己：（人權價值序列肯定論）

氏以爲「雙重標準說」之理論根據，乃是代議制民主政治的原理，亦即存在於代表思想表現之自由的代議制民主政治，於各個時期應予以較高的尊重⁵⁸。

氏以爲以成文法制國家之日本言，由於其憲法第二十二條的職業選擇自由（依通說包括營業自由與競爭自由）規定，有「限於不妨害公共福祉」之限制性前提明文；而第二十一條之表現自由（外部性之精神自由）則無，是以，根據利益衡量論而提出「精神自由之優先地位說」⁵⁹。詳言之，思想、言論等表現自由之人類的精神活動自由，從其本質以及民主主義、議會主義等體制必需爲正常機能性運作的觀點，應比財產權等人類之經濟活動的自由有較高的價值，因此，亦應該給予較強的保障。並且由此理論導出，對於基本人權之規制立法，法院爲合憲性判斷時之「雙重標準說」。亦即，「雙重標準說」，是秉持法院對於規制精神自

55 同前註，頁一三六。

56 同前註，頁一八五。

57 中川 剛著，基本的人權の考え方，頁一〇二，有斐閣，1992.7.30. 初版2刷。

而最初出現在判決上的記錄，以1969年（昭和四四年）之「惡德の榮え」之少數意見中，田中二郎裁判官所引用之理論；堀部政男著，アクセス権，頁一七，東京大學出版會，1980.7.5.3刷。

58 伊藤正己著，言論・出版の自由，頁四〇、六二，岩波書店，1975.3.10. 八刷。

59 伊藤正己著，同註13，前揭書，頁二〇九至二一〇。

由之法律，為合憲性判斷的基準，必須比對於規制經濟自由之法律者，更為嚴格的理論。精神自由的規制立法，本來受違憲的推定，從而為使其合憲之故，立法部門於立法當時，對於其規制必要性之特別理由，應該予以立證；於其立證不充分時，法院對於該立法應不得不為違憲之判斷。相對地，特別是經濟自由的規制立法，本來即受到合憲的推定，從而立法部門對其規制有合理的理由而行立法判斷時，法院即應尊重該立法部門的判斷（立法裁量），除非該立法部門之判斷，明顯地超出其立法裁量的範圍，否則法院不得為違憲的宣告⁶⁰。

氏以為「雙重標準說」不但是合憲性推定的問題，亦是表現自由與經濟自由二者基本人權間之「質」的差異問題。除了上述以日本憲法規定的形式，表現自由係採絕對保障的意義外，亦有其自古以來即與「思想之自由市場」相結合的基礎，亦即不許國家權力之介入而得以使思想自由競爭，而且民主政治的本質乃是依多數人的意見而運作，表現自由於此自與憲法的核心—國民主權有其直接的關係；諸如此類的理由，均是經濟自由所難以望其項背者，故必須承認表現自由與經濟自由的地位應有所區別，並且是前者應優於後者⁶¹。

氏以為「雙重標準說」之論點，於最高法院亦持同樣的看法，認為既然所有的人權當中，有以公共福祉為限制者，於人權之間，即存在保障程度的差異。如最高法院大法廷判決中，以憲法乃基於福利國家理想，預定積極地實施社會、經濟政策，有關個人經濟活動的自由，與個人的精神自由不同，乃社會、經濟政策的實施手段之一，而講求一定的合理規制措施，亦是憲法所預定及容許者⁶²。另外，職業自由與精神自由相比較，需要依公權力為規制之情形亦為強烈⁶³。類此判決，皆是在人權體系中，承認經濟自由與精神自由的地位應予以區別之例。

60 佐藤 功著，日本國憲法概說，頁一五〇，學陽書房，1993.3.1. 全訂第4版5刷。主此人權序列肯定論者，尚請參閱，奧平康弘著，なぜ「表現の自由」か，頁六四注18，東京大學出版會，1988。

61 伊藤正己著，同註13，前揭書，頁二一〇至二一二。

62 最大判昭和四七・一一・二二刑集二六卷九號五六六頁。

63 最大判昭和五〇・四・三〇民集二九卷四號五七二頁。

2. 蘆部信喜：（從人權價值序列否定論到修正之機能論）

同樣贊同違憲審查論之「雙重標準說」，但是，對於上述主張表現自由等精神活動之自由，於人權價值序列上具有優先地位之論說，亦有不少持反對意見者。於此反對說陣營中，以蘆部信喜之辯解最具代表性。於日本有關表現自由的「明白且立即之危險」適用原則，雖是經由伊藤正己教授所引進並繼之於司法判決的應用；不過，將「雙重標準說」之理論發揚光大者，乃屬蘆部信喜教授一人⁶⁴，只是原先氏以為「雙重標準說」所引伸之「優先地位說」，容易造成人權本身產生優劣的問題，而實際上，人權本身的價值並未具有如此的性格存在⁶⁵；近來亦認為，權利的實體價值有探究的必要，因而仍須論究價值的分類(classification)⁶⁶，而形成修正的說法。

至於司法機關與立法機關間之權限分配問題，氏以為，對於表現自由予以不當的制約，將會破壞民主政治的程序(process)本身。因此，事實上若依賴國會糾正此種違憲的立法，顯有困難，故有由法院取而代之，作違憲的審查並積極地介入，以使民主政治的程序本身得以回復。然而，經濟的自由，假設有加諸不當的限制，則由國會以修法方式矯正之即可，若司法機關仍欲介入，則應有必要對於立法機關所為裁量之判斷予以尊重，此乃因為法院對於有關社會、經濟政策的規制問題，並無十分的判斷能力⁶⁷。是以，由此可知，蘆部氏對於司法權限機能論，即持司法積極主義與司法消極主義之併存看法⁶⁸。

3. 從司法權限的機能論檢討日本的「雙重標準說」

雖然，對於「雙重標準說」，尤其是其中之「優先地位說」，於日本學者間，

64 松井茂記著，同註 54，前揭書，頁一九四。

65 蘆部信喜著，演習憲法（舊版），頁九五，有斐閣，1982；同氏著，司法のあり方と人權，頁八六，東京大學出版會，1983。

66 蘆部信喜著，演習憲法（新版），頁一〇五，有斐閣，1988。

67 蘆部信喜著，憲法判例を讀む，頁九九至一〇〇，岩波書店，1987。

68 法院行使違憲審查權時，對於立法機關及行政機關之政策決定者之決斷，採取最大限度的謙讓與敬意立場，是為司法消極主義，反之，則是司法積極主義。蘆部信喜著，憲法訴訟の理論，頁三七至三八、三六一至三六二，有斐閣，1973。

亦紛從不同的角度作檢討，以爲表現自由與經濟自由應是無分軒輊的⁶⁹。不過，「雙重標準說」仍具有通說地位，只是在學說與司法實務上，對於精神的自由與經濟的自由之間，是否存在何等程度之「優先地位說」，則或有不同的看法。而且，日本的違憲審查論，除了於當事人適格、舉證責任之分配、個別審查標準之適用方法等憲法訴訟上技術之表層理論有所著墨外，對於司法審查本身正當化的根據與適切的活動範圍應爲明確化之課題等深層理論，於學說與司法實務，均不乏多人之持續性討論，其熱烈情景自比美國爲甚⁷⁰。

而綜合目前日本於應用「雙重標準說」所展現之違憲審查論，大致可以從學說及司法實務，作如下之分別：

(蘆部教授之審查標準說)
精神的自由

A.事前抑制 過度廣泛規制	
B.表現內容之規制	經濟的自由
C.表現時、地、方法之規制	D.消極目的規制
	E.積極目的規制

(甲圖)

(判例之審查標準說)⁷¹
精神的自由

A.事前抑制 過度廣泛規制		經濟的自由
B.表現內容之規制	D.消極目的規制	
C.內容中立規制 =間接・附隨規制	E.積極目的規制	

(乙圖)

69 其中之相關論著，有以爲財產權或應優於精神自由，至少亦應平等接受違憲審查者，請參閱，中川 剛著，同註 57，前揭書，頁一〇一至一二二。森村 進著，財產權の理論（第四章「二重の基準」論の廢棄のために），弘文堂，1995.3.24. 初版 1 刷。濱田純一著，表現の自由(1)，收錄於：樋口陽一編 講座 憲法學 3 權利の保障【1】，日本評論社，1994.6.10.1 版 1 刷。而另有提出反對說之疑問，並再對反對說加以質疑者，請參閱，佐藤幸治著，「いわゆる『二重の基準論』について」，法學教室 No.150, 1993.3.。

70 長谷部恭男著，「蘆部信喜教授の憲法訴訟論」，法律時報 59 卷 9 號，頁三三，1987。

71 長谷部恭男著，同前註，頁三四；蘆部信喜著，同註 48，前揭書，頁二二七至二四五。

有關 A. 至 E. 之領域，乃表示前者應受較後者有嚴格之違憲審查順序，茲再分論如下：

1. A. 之領域，原則上不以具體的事實判斷為要素，乃必須從法律的文字本身為審查的判斷方法，當然有時候亦必須依個別事件，對立法事實為審查，要言之，若可以依文字判斷而得出結論，則已完備。而 B. 至 E. 之領域，原則上係重視立法事實的審查，不論係對人、事、時、地、物等為具體的事件問題（司法或判決事實，*adjudicative facts*）為認定，於合憲性審查的情形，對於支持立法基礎之一般事實（立法事實，*legisiatative facts*）亦應予以檢討。
2. 於 A. 之領域乃在於防止對於表現的自由作事前檢閱，或是於法律文字上作過度廣泛 (overbroad) 或不明確 (vague) 的規定，否則，將會對表現的自由產生「寒蟬效果」 (chilling effect)，是以，從字面上即可判斷該規定無效⁷²。
3. 於 B. 之領域，乃對於各種表現內容 (content) 的規制，均是必須嚴加審查的對象。但是，於此內容規制方面，諸如違法的煽動行為、誹謗行為以及妨礙國家機密行為等等，亦均成為內容規制審查的例外，故在其間合法與違法界限的探究，則必須藉助相關的標準，以為違憲審查的依據。是以，美、日等國所發衍出來的標準，如「明白且立即之危險」 (clear and present danger)，「定義性之衡量」 (definitional balancing)（如性表現及名譽損害行為），乃是迄今所應用最廣的審查依據⁷³。
4. 於 A. 圖中 C. 之領域，舉凡時間 (time)、場合 (place)、方法 (manner) 等等，其實亦是 B. 領域之例外情形，而容許公權力有較大的介入空間。於此方面，則以 LRA 標準 (less restrictive alternative) 為主，允許國家於追求一定、十分重要的公共利益時，可以採取較廣泛的規制手段⁷⁴。但是，B. 圖之司法實務見解，則不採此 LRA 標準，而係與 E. 領域之「明白性原則」較為接近的「合理的關連性」原則，改從對於立法目的之正當性與限制行為之間，為觀念性、抽象性的利益衡量方法⁷⁵。

72 蘆部信喜著，同前註，頁二二七至二二九。

73 同前註，頁二二九至二三二。

74 同前註，頁二三二至二二五。

75 同前註，頁二四四至二四五。

5. 在經濟的自由方面，D. 之領域乃係對於社會公共秩序與安全之維持，必須解除其障礙者，例如對於國民的生命、健康等危險之防止，於消極的目的上，予以規制的情形；以及 E. 之領域，乃係基於福利國家的理念，對於經濟上的弱者，例如中小企業、消費者等加以保護，並以爲實現一定的社會經濟政策，所爲積極的規制⁷⁶。於此，美國係以「最小限度之合理性」(minimum rationality)，強烈地尊重立法機關的經濟立法。但是，於日本則以爲該國訴訟並非實行徹底的當事人主義，故無法有如美國可以如此強烈程度的合憲性推定，而應以使法官對於立法事實的審查與經過利益衡量之後，有「合理性懷疑」爲已足，即可爲合憲性與否的判斷⁷⁷。
6. 是以，日本於消極目的規制的合憲性，是以「嚴格之合理性」（比 LRA 標準的嚴格程度稍爲緩和）⁷⁸；而於積極目的規制，則以「明白性」原則爲判斷，僅於經濟性立法制定係因立法機關裁量權之行使，有重大的脫軌，而有明顯的不合理時，方可爲違憲的宣告^{79 80}。

綜上所述，且本於違憲審查的判決上雖然仍堅持「雙重標準說」，但是，對於表現自由與經濟自由的部分交錯領域（如上述之 B. 圖），仍較蘆部信喜教授之主張（如上述之 A. 圖），顯得有些許退縮的現象。是以，有謂此係牽就政治利益所

76 同前註，頁二三六。並請參閱，松下滿雄著，經濟法概說（第二版），頁二四至二五，東京大學出版會，1995.4.20. 第2版1刷。

77 蘆部信喜著，同註48，前揭書，頁二三六。

78 同前註，頁二三七。並請參考，藥事法違憲判決—最高裁昭和50年4月30日大法廷判決，民集9卷4號572頁。

79 同前註，頁二三七至二三八。並請參考，小賣市場事件判決—最高裁昭和47年11月22日大法廷判決，刑集26卷9號586頁。

80 有關上述各種審查標準之國內論著，有以將各個標準依其寬嚴程度而介紹者，請參閱，劉宗德著，「日本違憲審查制度之研究」，收錄於：當代公法理論—翁岳生教授六秩誕辰祝壽論文集，頁一四六至一五〇，月旦出版社公司，1993.5.。而松井茂記則認爲，由於日本繼受「雙重標準說」，實際上卻採「嚴格審查」、「嚴格之合理審查」、「合理性審查」等標準，故亦可稱爲「三重標準說」，或是二段式的「雙重標準說」；請參閱，同氏著，二重の基準論，頁二四七，有斐閣，1994.5.30. 初版1刷。

爲之不得不然的判決，顯示司法於國家政策，尤其是產業政策上的過度保護要求下，仍有其無力之處⁸¹。故主張「雙重標準說」之論者，大抵仍可見對於蘆部信喜教授主張之青睞。

伍、我國借用「雙重標準說」之可能性分析

一、於法制環境上，有借用「雙重標準說」之必要性

從上述美、日有關「雙重標準說」理論之演進可知，該學說於美國終究未成爲通說，但是，於日本之發展，則形成由違憲審查論進入實體價值論的方向。本文試以下列理由，認爲現今我國的法制環境，實有借用日本引進「雙重標準說」，並肯定於實體價值論之實踐，其理由如下：

1. 由人權體系的流動性言，基本人權的保障應該隨時代演進而有所側重之價值序列

基本人權大致上可以分爲三大類型：生存權的基本權、經濟的自由權、精神的自由權⁸²。生存權的基本權，廣義地說，乃爲修正資本主義所帶來的社會不平，免除貧困的自由。我國憲法，如第十五條之生存權、第二十一條人民受教育之權利即是。此類之人權，乃現代國家最須予以強烈保障者。經濟的自由權，乃爲確保人類的經濟生活之基礎，如我國憲法第十五條之工作權、財產權以及第十條之居住、遷徙之自由即是。從歷史觀點言，經濟自由權伴隨著資本主義的發展，長時間受到國家強力的保護，曾是占於首位的人權。尤其是以企業活動爲主的經濟自由放任(Laissez-faire)政策，促使世界經濟高度成長，實際上，憲法的人權保障，可說是以經濟自由權爲中心而展開的。

但是，資本主義的高度化結果，造成種種社會問題，尤其是經濟上弱者的利益，更爲人們所關注。爲了社會全體的利益之考慮，對於經濟自由權制約的必要

81 松下滿雄著，同註 76，前揭書，頁三二至三三。

82 對於基本人權的分類，向來即有不同的主張，如我妻榮於「新憲法と基本の人權」（揭載於：民法研究Ⅶ，頁八九以下，有斐閣）區分爲自由權的基本權與生存權的基本權；而鵜飼信成於「新版憲法」（頁七九以下，弘文堂，1968年），則區分爲個人權的基本權與社會權的基本權。本文之分類，則採伊藤正己所主張者，請參閱氏著，同註 13，前揭書，頁二〇五至二二六。

性，卻與日俱增。是以，經濟自由為絕對性保障的觀念，已成為過去的歷史陳跡。而精神自由權，依人類內心性的思考活動或外部性的表示活動，可以分成內部性的精神自由權，以及外部性的精神自由權，前者，如我國憲法第十三條之宗教及信仰自由；後者，則如我國憲法第十一條之表現自由及第十四條之集會、結社自由。內部性的精神自由權是受到絕對的保護，不容國家對之為任何的干涉或限制。在現代民主政治重視「思想之自由市場」，以及社會大眾「知的權利」之要求下，外部性的精神自由權，應比經濟自由權具有更高的保障地位。況且，對於憲法的解釋，應該與時俱進，乃是賦予憲法生命的不二法門，是以，人權的保障類型、地位，自有其流動性的現象⁸³。

現今，既然社會的發展已是以人類生存的尊嚴為主，則表現自由既屬於外部性的精神自由權，其受保護的序列比經濟的自由為優先，亦是符合憲法人權演進，以及憲法法理解釋。

2. 符合以競爭法規範作為新聞自由之結構性管制手段之分析

新聞媒體事業本身亦是經濟組織體，是以，新聞媒體經營活動（包括其組織體）於社會上的經濟活動，即應與其他產業一樣，受到一定法令的管制，尤其是應同受如公平交易法之競爭法規範，以維持其市場的競爭秩序。此乃係競爭法規範對於新聞自由可以作為結構性管制的手段性法律之一，以達成資訊多元化的目標⁸⁴，例如是否可以藉之而避免造成言論之寡占市場。但是，競爭法規範一旦具有管制手段的性質，即成為「下位法構造」，而被管制的中心法律或理念—新聞自由，即應是其「上位法構造」，彼此間即具有孰優孰劣之順序問題。

是以，當「上位法構造」的理念，應受到維護時，「下位法構造」無論如何變動，均不可動搖「上位法構造」，除非其自行變更指導理念或改變法構造。故「雙重標準說」於此，適足以說明表現自由（新聞自由）具有「優先地位」。只是，究

83 憲法保障人權的類型化，並非固定不變的，如近代之有關隱私權（privacy）問題之興起，就應該予以在憲法人權體系上較為近似的歸類，使其受到憲法的保障。故而憲法人權的體系化，除係有助於從事憲法解釋，實亦利於適應新興人權的保障。伊藤正己著，同前註，頁二一六。

84 林子儀，同註一，前揭書，頁一二五。

探二者法構造之間，究竟應為如何之互動關係，換言之，競爭法所導引出來的市場上「看不見的手」(an invisible hand) 原理，是否可以「完全」適用於言論自由的問題，以達其管制手段之任務，而祛除言論市場上「寡占之看不見的手」(an invisible hand of oligopoly)，則仍有待實證上進一步的觀察。

3. 我國廣播電視等法規，已然有維持「思想之自由市場」之考量

廣播電視等新聞媒體，所賴以傳送資訊的電波頻率為物理上有限的資源，為了有效的使用這種有限資源，必須由政府加以統籌分配⁸⁵。因此欲從事廣播、電視媒體事業者，必須事前向政府提出申請，經政府核准，並分配一定的電波頻率及發給執照後，始能經營⁸⁶。

由於經營廣播、電視事業，本來是人民可依憲法保障工作權，包括營業的自由而為申請經營，但是，在電波頻率有限的情形下，國家基於公平原則而設限。此種對於產業的規制，基本上，本文以為此係經濟的自由權受到公共利益的制約之規定。而廣播、電視事業股份之轉讓，依廣播電視法規定，受讓人不得為新聞紙、無線電視或無線廣播事業、有線電視或有線廣播之董事、監察人、經理人；或者，新聞紙、無線電視或無線廣播事業之股東持股達各該事業總股數百分之十以上且未滿二年者；其為有線電視或有線廣播之股東持股未滿二年者⁸⁷。雖然並不能因此而表示我國對媒體集中的現象，欲藉此規定加以規範，或是為避免形成股份集中，達

85 廣播電視法第二條：「本法用解釋義如左：一、稱廣播者，指以無線電或有線電傳播聲音，藉供公眾直接之收聽。二、稱電視者，指以無線電或有線電傳播聲音、影像、藉供公眾直接之收視與收聽。…五、稱電波頻率者，指無線電廣播、電視電臺與電視電臺發射無線電波所使用之頻率。…」。

86 廣播電視法第四條：「廣播、電視事業使用之電波頻率，為國家所有，由交通部會同新聞局規劃支配。…」；第十條：「電臺之設立，應填具申請書，送由新聞局轉送交通部核發電臺架設許可證，始得裝設。裝設完成，向交通部申請查驗合格，分別由交通部發給電臺執照，新聞局發給廣播或電視執照後，始得正式播放。…」；凡此皆表達了電波頻率國有的理論所在，其立法緣由，請參閱，李宜光撰，中、美無線電傳播法制之比較，頁五七，東吳大學法律學研究所碩士論文，1992.6.。

87 參照廣播電視法施行細則第十二條，以及其法源之廣播電視法第十四條：「廣播、電視事業之停播，股權之轉讓，變更新名稱或負責人，應經新聞局許可。」

成所有權分散之進一步規範目標⁸⁸。但是，擔任企業之股東，本來即為任何個人從事營業活動、選擇為其所欲為職業的自由，於憲法上係受到經濟自由規定的保障。而上述廣播電視法的此類規定，卻以公共利益為由，限制位居新聞媒體某部分股東的經濟自由，若依「雙重標準說」之相對性優先保障的見解（實體價值論），無異是主張以外部性精神自由權之表現自由，優於經濟自由權之營業自由的例示。

他如有線電視法第二十條第二項規定：「新聞紙、無線電視或無線廣播事業或該事業之董事、監察人、經理人，不得為有線電視之申請人、董事、監察人、經理人。」，亦係基於同一理由，禁止跨媒體經營之規定⁸⁹。由此，反映出我國對於「思想之自由市場」的言論、思想多元化問題，已然有意地從憲法保障之基本人權的先後優劣順序，作利益衡量之考量，並收預防新聞媒體互相兼營，或是因負責人彼此兼充具有重要決定權之地位，容易造成新聞媒體或媒體負責人，假藉營業自由或競爭自由之名，行其公器私用、壟斷言論之實。

二、於憲法實踐上，則仍有待大法官會議之確認

新聞自由為憲法第十一條表現自由之基本人權之內容，而競爭自由則歸屬憲法第十五條有關生存權等經濟上基本人權所保障，依目前憲法學說之通說，二者乃係憲法上基本人權之例示規定。雖然，我國憲法對於基本人權之保障，係採取直接保障主義，但是，依據我國憲法第二十三條規定：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由，避免緊急危難，維持社會秩序，或增進公共利益所必要者，不得以法律限制之」。此種規定之性質，乃屬於憲法之保留，是否合乎上列標準？是否確有必要？胥視法律內容及社會情勢而定，殊難概括論斷，如有疑問，則由司法院大法官會議解釋之⁹⁰。

88 須文蔚著，「電視事業之獨占認定與公告」，公平交易季刊第三卷第四期，頁四，行政院公平交易委員會出版，1995.10.。

89 有關有線電視的整體理論，或以公共利益或公共選擇理論為主，而有分區獨占等原則之適用等等，請參閱，劉靜怡撰，有線電視系統分區獨占原則之研究，頁一五〇至一五九，台灣大學法律學研究所碩士論文，1993.6.。而本文則只對該法其中之某條規定為觀察，仍非即以此而論有線電視法的所有規定均是有關言論自由的問題，謹此附帶說明。

90 林紀東著，中華民國憲法釋論，頁一六五，1993.3 改訂第五十六版。

由近年來，二則有關表現自由之大法官會議解釋內容，亦可明白此項憲法保留原則之適用情形，諸如：

1. 民國八十三年九月二十三日之釋字第三六四號解釋⁹¹：

解釋理由書（第一段）「言論自由為民主憲政之基礎。廣播電視係人民表達思想與言論之重要媒體，可藉以反映公意，強化民主，啓迪新知，促進文化、道德、經濟等各方面之發展，其以廣播及電視方式表達言論之自由，為憲法第十一條所保障之範圍。惟廣播電視無遠弗屆，對於社會具有廣大而深遠之影響。故享有傳播之自由者，應基於自律觀念善盡其社會責任，不得有濫用自由情事。其有藉傳播媒體妨害善良風俗、破壞社會安寧、危害國家利益或侵害他人權利等情形者，國家自得依法予以限制」。

2. 民國八十五年七月五日之釋字第四〇七號解釋⁹²：

解釋理由書（第二段）：「出版自由為民主憲政之基礎，出版品係人民表達思想與言論之重要媒介，可藉以反映公意，強化民主，啓迪新知，促進文化、道德、經濟等各方面之發展，為憲法第十一條所保障。惟出版品無遠弗屆，對社會具有廣大而深遠之影響，故享有出版自由者，應基於自律觀念，善盡其社會責任，不得有濫用自由情事。其有藉出版品妨害善良風俗、破壞社會安寧、公共秩序等情形者，國家自得依法律予以限制」。

雖然，上述大法官會議解釋文之內容，僅止於肯定表現自由為民主憲政之基礎，但仍應視是否存在合乎限制該項自由之情形，而有適用憲法第二十三條規定之必要。然而，於釋字第四〇七號中，蘇俊雄大法官提出不同意見書：「…二、…由於系爭規範涉及對人民表現自由之規制，並應適用較嚴格之審查基準進行規範控制。…」，則已略見對於表現自由之違憲審查，應持較為嚴格基準之端倪⁹³。

是以，在我國對於表現自由是否應採取較嚴格之審查基準？或者應有如何之判

91 請參考前註 10。

92 司法院令中華民國八十五年七月五日（八五）院台大二字第一三二三七號：公布本院大法官議決釋字第四〇七號解釋。其全文請參閱司法院公報第三十八卷第八期，頁十五以下。

93 同前註，頁二一以下。

斷標準？仍未見大法官會議有其確定之原理、原則。更何況本文所設問題，有關表現自由與經濟自由相互間，應否有不同之嚴格或寬鬆之違憲審查標準，恐亦無法窺其一二，或者是抱持否定的見解？凡此皆有待大法官會議，於未來的解釋文內作進一步確認！

陸、結論

綜合上述美國、日本對於「雙重標準說」(double standard theory) 之論爭，可知該理論係起於美國判例上，對於表現自由與經濟自由之違憲審查，是否應有不同寬嚴之標準而來？其中尙且曾發衍闡述表現自由之人權序列應有其優先的地位，亦即「優先地位說」(preferred position doctrine) 之理論，期以定位憲法上保障表現自由之基本人權的實體價值論問題，但是，二者理論迄今於美國均未能成為主流。然而，日本於繼受「雙重標準說」之後，不但於違憲審查論上對於各種審查標準，於司法實務上有其較一致性、修正性地運用；同時，對於人權之實體價值序列上，有部分學者見解及判決跡象，仍承襲「優先地位說」，力主憲法保障表現自由與經濟自由間之序列，有其相對性優劣之區別，而且，即使對此論調持否定論者，仍與之分庭抗禮，然而彼等肯定論者的影響力實不容忽視。

姑不論「雙重標準說」之違憲審查論，於我國應否或如何繼受之問題，然而，從中發衍「優先地位說」之人權實體價值理論，亦即有關憲法保障表現自由與經濟自由間有其優劣序列問題，即使於美、日各國仍未全面性地成為通說，但於我國未來憲法理念之發展言，自有其重大的參考價值。

是以，本文以為我國憲法基本決定既已包含民生福利國家原則⁹⁴，為積極地推動社會、經濟政策，必須實施多項的經濟法規，而整體國家經濟政策係以競爭政策為主，實施公平交易法（競爭法規範），若從功利主義之觀點言，自可限制部分利益階層的權利，以增進全體社會的經濟自由；但是，限制某部分的表現自由，則社會總自由卻僅能隨之減少，是以，對於表現自由的保障，自應嚴於經濟自由的制約⁹⁵。

94 吳 庚著，行政法之理論與實用，頁三七，三民書局，1992.9. 初版。

95 伊藤正己著，同註 13，前揭書，頁二一二。

另外，回溯美國制定「人權條款」(Bill of Right)，即使對於當初之背景如何仍有紛爭，但是，由於 Thomas Jefferson 賦予「人權條款」精神，以及 James Madison 力促聯邦議會通過「人權條款」之十條憲法增補條款，意圖制止存在於國會之議員「多數暴政」(Tyranny of Majority)，再以法院阻止國家機關對市民自由之危害，他們並深信保障表現自由 (freedom of expression) 之唯一聰明政策，乃是建立並維持「思想之自由市場」，不受政府干涉⁹⁶。是以，任何思想（意見）得存在於無國家權力介入並能自由競爭的「思想之自由市場」，即成表現自由的基礎，而且，從相對主義、經驗主義的思考模式言，亦早與表現自由的價值相結合⁹⁷。因此，贊同「雙重標準說」之理論，並持相對性的優先地位說，補充我國憲法保障第十一條表現自由與第十五條之經濟自由的規定內涵，當二者遇有彼此衝突而需要協調之際，即以維護表現自由為優先。

不過，以我國整體經濟法律體系而言，早先曾經前行政院長連戰於民國八十四年四月二十一日的政務會談，指出我國經濟發展正面臨強大挑戰，未來經貿政策將以「競爭政策為主，產業政策為輔」⁹⁸。長期以來，我國的經濟政策係以產業政策為主的趨勢⁹⁹，從此既已確立以競爭政策為主，則未來建立順應世界潮流的經

96 李鴻禧著，同註 20，頁三八〇。

97 伊藤正己著，同註 13，前揭書，頁二一二。

98 行政院院長連戰表示，我國經濟發展正面臨強大挑戰，為達到國際化、自由化的目標，有關外人投資業別、出資比例、營業範圍等各項限制，應該再予放寬，總體經濟政策的調整，應在二年內完成。連戰並裁示，未來法令規章必須全面檢討翻修，應改就改，應廢就廢，不要遲疑。他表示，政府未來在經貿政策的五大努力方向為：

- 一、以競爭政策為主，以產業政策為輔；
 - 二、以興利為主，防弊為輔；
 - 三、調整政府職能，由同時兼具經營者與管理者雙重角色，轉變為單純管理者，並鼓勵民間參與；
 - 四、提升行政院效率，以核備制取代審核制，並提供客戶為導向的全方位服務。
 - 五、追求政策透明化，明示政府的責任範圍。
- …上述詳請，請參閱 1995.4.22. 中國時報、聯合報等之報導。

99 以往的產業政策對台灣的經濟發展，確實貢獻非凡，但是長期的過度保護國內產業

濟法體系，自應以競爭法規範為中心而規劃。況且，我國之首部競爭法規—公平交易法，亦已於民國八十一年二月四日實施，自此於學說上即可依競爭法，漸次及於各項的產業法規而據以建立經濟法體系，然而於目前，若言已然有完整經濟法體系則嫌言之過早。因此，假若以上述日本之蘆部信喜教授的「雙重標準說」主張，於我國對於經濟性法規為違憲審查時，即暫不必考慮作消極性或積極性法規之區別，況且，於日本之論說對於消極性或積極性之定義仍有存疑，故而應該只以經濟性法規為歸類。

是以，本文對於「雙重標準說」之違憲審查論部分，係以蘆部信喜之學說為主，但是於經濟法規上不另作分類，同時，於基本人權之實體價值論上，亦肯定表現自由優於經濟自由，此與伊藤正己的相對性優先的學說相符。但是，關於表現自由的內涵上，則於蘆部信喜之主張，對之有各項形式、內容的細部區分，於體系上較為完整，或可供我國相關憲法理論發展之參考，自不待言。

茲試擬關係圖如下：

(表現的自由)

A.事前抑制 過度廣泛規制	審查標準：A.B.採「嚴格審查標準」 (strict scrunity)。 C.採「LRA標準」。 D.採「合理性標準」。 (經濟的自由)
B.表現內容之 規制	D.經濟性立法規制 ¹⁰⁰ (以競爭法為中心)
C.表現時、地、 方法之規制	

免於承受太大的經營風險等措施，已無法見容於國際社會；工商時報 1995.4.25 「社論」（3版），另者，國民政府自大陸播遷以來，為引導台灣經濟社會之變遷而制定的法律，對於現代中國法制的建設與發展，亦有著十分深遠的影響；請參閱，廖義男著，「近五十年來經濟社會之變遷與法制之發展」，收錄於：中國法制現代化之回顧與前瞻，台灣大學法學院出版，1993.6.30.。

100 各國以競爭政策為中心、產業政策為輔而建立其整體經濟政策者，其經濟法體系即係以競爭法為主，而產業法即為限制競爭所為設計。請參閱根岸 哲著，規制產業

至於合憲法律解釋之標準，本文以為只要於公平交易法之具體案件解釋，有足以應用「雙重標準說」成為合憲法律解釋時，即可據以為優先適用¹⁰²。而且，適用公平交易法的機關，無論是公平會或是法院，對於此種違憲審查均有義務去審查擬適用的法規範有無構成體系的矛盾，則體系的矛盾勢將因無從查覺而得以長期存續下去¹⁰³。

の經濟法研究第Ⅰ卷，頁一一，成文堂，1984.9.15. 初版1刷。於我國言，現行所有經濟法規，在行政法上的性質，則可能係屬於統治權作用之行為，包含統治管理之行政行為（干預行政），以及單純統治之行政行為（公法性質之給付行政），請參閱，廖義男著，國家賠償法，頁四一，1993.7. 增訂版。而德國學者 Ernst Forsthoff 亦認為國家已從被動消極的經濟冷凍庫裡解放出來。此時國家一方面透過干預行政 (Eingriffsverwaltung) 維持市場之自由競爭秩序。另一方面也提供給付行政 (Leistungsverwaltung)，以補自由競爭之不足。請參閱劉孔中著，「我國公平交易法第四十六條第一項之研究」，收錄於八十一年度委託研究計劃二—公平交易法第四十六條第一項之探討，頁一〇七，公平交易委員會委託台大法學基金會研究專案，1993.4. 出版。

101 「嚴格審查標準」包含 a. 禁止事前抑制之原理、b. 禁止過度廣泛性原理與明確性原理、c. 明白且現存危險之原理、必要最小限度限制之原理 (LRA 標準)，乃承襲美國「雙重標準說」之各項原理；「合理性標準」，則於違憲審查時，法院對於制定法律之立法部門或訂定命令之行政部門之判斷，儘量尊重而自我抑制。請參閱，劉宗德著，同註 80。

102 有關合憲法律解釋原則之見解不一，例如楊仁壽說明合憲解釋，是「以法規範之意旨，而為解釋位階較低法規之方法」，「位階較低者應依位階較高之規範意旨為之，期能實踐位階較高之規範目的，使法秩序猶如金字塔，上下井然有序」。吳庚則以為，「符合憲法之法律解釋」，則指「一項法律條文的解釋，如果有幾種結果，只要其中一種結果可以避免宣告該項法律違憲時，便應選擇其作為裁判的結論，而不採納其他可能導致違憲的法律解釋」。而本文此處乃引用蘇永欽教授所主張合憲法律解釋理論之「衝突原則」；請參閱氏著，「合憲法律解釋原則」，收錄於：合憲性控制的理論與實際，頁八二至八四，月旦出版社公司，1995.6. 一版二刷。

103 許宗力著，「普通法院各級法官及行政法院評事應否具有違憲審查權？」，憲政時代第十八卷第三期，頁四，1993.1. 出版。

The Balancing between Freedom of the Press and Freedom of Competition - Check it with the "Double Standard" Theory

Chen-ching Chi

Abstract

It will be no answer from our Constitution about how to balancing the freedom of the press and the freedom of competition when they are in dispute over benefits for media. The purpose of this article is to critically analyze and introduce the "Double Standard" theory in order to check this problem. The origin of the "Double Standard" theory in American can be traced to the Carolene Products Case (1938) , about the judicial review of governmental regulation. When it transplanted and developing in Japan, there are many discussions not only in the judicial review to deal with the constitutionality of governmental free speech regulation with stricter standards and with looser standards to economical regulation, but also in that whether it need to put the liberty rights of free speech to the preferred position or not. Though it is still at issue to date, no matter in American or in Japan, this article also suggests that the concept of the "Double Standard" theory should be conducive to the development of our Constitution.

Keywords:

freedom of speech; freedom of the press; freedom of economy; freedom of competition; the free market of ideas; news media; public forum; the double standard theory; the preferred position doctrine; judicial review; the fourth estate theory; benefit balancing; the strict scrutiny test; the new interventionism.