

行政院國家科學委員會補助專題研究計畫 ☒ 成果報告
☐ 期中進度報告

數位時代智慧財產權規範
對言論自由和隱私權的影響及其發展趨勢

計畫類別：☒ 個別型計畫 ☐ 整合型計畫

計畫編號：NSC 93-2414-H-002-041-

執行期間：93 年 8 月 1 日至 94 年 7 月 31 日

計畫主持人：劉靜怡

成果報告類型(依經費核定清單規定繳交)：☒ 精簡報告 ☐ 完整報告

執行單位：國立台灣大學國家發展研究所

中 華 民 國 93 年 10 月 30 日

中文摘要

關鍵詞：

言論自由，隱私權，網際網路，民主化的文化，科技變遷，智慧財產權，社會衝突，民主的深思熟慮，科技設計，科技架構，程式碼，立法管制與行政管制

本計畫探究的主題，是關於在智慧財產權大幅擴張的網路時代裡，如何保護隱私權，以及網際網路現象如何彰顯出言論自由的價值，如何凸顯言論自由的特徵，以及是否應該促使我們從不同的角度去思考言論自由的終極目的——例如促進民主化的文化得以形成和不斷提升。在此一分析過程中，本計畫也探討新興傳播通訊科技所帶來的變遷，如何創造出新型態的社會衝突，因此引發了商業力量去重新詮釋和主張言論自由和智慧財產權內涵，並且藉由強大的遊說和訴訟能力去改變相關法制的強烈企圖和其所獲致成果，以及這些結果對數位時代的自由造成哪些衝擊。最後，本計畫強調在通訊傳播技術的創新改變了個人自由的社會脈絡的同時，對言論自由體系造成根本衝擊的，其實是表現在科技基本架構和法律基本架構上，換言之，科技和法律這兩個基本架構，已經變成預設的前提，而非僅僅具有背景的意義，在此一脈絡下，言論自由和隱私權的價值或許必須透過不同的方式，才能獲得真正的保護。尤其，除了傳統的司法權之外，我們還必須透過對科技基本架構設計賦予更高的關注和監督，以及立法權和行政權以適當的方式規範科技，才足以達成上述目的，保障數位時代的基本自由。

壹、前言

網際網路這個虛擬世界藉由各種推陳出新的傳播通訊科技的輔助，在短短近十年內成為許多人日常生活中不可或缺的一部份，從聚集數以萬計玩家的網路線上遊戲之盛行不衰，從人們熱衷於在網際網路上使用和創造不同的身份，形成虛擬的社群並發展其社群規範來解決糾紛¹，或許便可窺知網際網路的普及程度——幾乎是任何人都不會否認的普及程度。

於是，網際網路究竟為我們帶來了何種衝擊，構建了如何不同的生活架構，在因網際網路普及而產生的這個生活架構裡，所謂的「自由」，究竟內涵為何？現實世界中的法律是否以及透過何種方式在影響甚至重新定義這些自由？我們是否應該全盤接受這些或許早

¹ See Julian Dibbell, *The Unreal Estate Boom*, WIRED, Jan. 2003, at 106.

已經過重新定義的自由，似乎都成為我們值得探究和回答的問題。

過去至今，不乏論者主張我們應該容許網際網路這個虛擬世界發展出自己一套特殊的社群規範、法律和權利²；相對地，主張網際網路所引發的爭議，並無任何特殊性可言，幾乎均可適用現實世界中既有的法律加以解決³的主張，更是不在少數，可以想見的是，這類主張甚至會進一步引申出來的看法是：正因為網際網路迅速地成為人們生活中的重要一環，而且極有可能被運用在許多用途上，因此對網際網路特別立法加以規範，是不可避免的現實需求。

然而，以充分理解各國網際網路規範政策發展趨勢的務實眼光來看，或許，目前上述爭議的實質意義，多半只剩下表層的辯論趣味而已，眼前比較具有爭議價值的根本問題，或許應該是：我們的法律制度，應該如何保護網際網路活動的參與者——也就是日常在數位世界裡經營資訊生活的我們——應有的自主性和基本權利？這個問題之所以具有比較高的理論價值和迫切性，主要原因是在於：這些在本質上其實都蘊含民主憲政意義的自主性和基本權利⁴，在近年來隨著網際網路規範的發展趨勢，在「自由」和「控制」之間出現了嚴重搖擺不定的現象，持平而論，這個現象，對於個人自由維護和發展的意義，極可能是負面影響居多。

管制網際網路的立法規範之所以不斷出現，和網際網路的快速商品化發展趨勢息息相關，與網際網路有關的智慧財產權立法大量出現，便是最佳的說明⁵。很可惜的是，在管制架構——例如本計畫所著重的研究對象智慧財產權制度——不斷強化的目前趨勢下，我們卻經常忽略掉網際網路活動參與者的憲法基本權利，是否因而出現了不同的面貌這個問題。例如，當線上遊戲的場域愈形商品化，當我們愈來愈習慣用財產權的觀念來理解和處理線上遊戲所涉及的爭議時，線上遊戲參與者的所作所為，到底是能期待獲得更多基於言論自由保護原則和資訊隱私權保護原則而來的保障，還是越來越少？換言之，當我們從事意見資訊發表傳播活動的脈絡，越來越受到數位化和商品化的趨勢主導時，我們該如何看待和處理控制趨勢下的「自由」議題？

或許，數位傳播通訊科技從來未曾從根本上改變言論自由和隱私權的內容，然而，數

² See, e.g., Gregory Lastowka & Dan Hunter, *The Laws of the Virtual World*, 92 CAL. L. REV. 1(2004).

³ See, e.g., Frank H. Easterbrook, *Cyberspace and the Law of the Horse*, 1996 U. CHI. LEGAL F. 207, 216; Joseph H. Sommer, *Against Cyberlaw*, 15 BERKELEY TECH. L.J. 1145, 1148 (2000).

⁴ See, e.g., Yochai Benkler, *Constitutional Bounds of Database Protection: The Role of Judicial Review in the Creation and Definition of Private Rights in Information*, 15 BERKELEY TECH. L.J. 535, 588 (2000); Erwin Chemerinsky, *Balancing Copyright Protections and Freedom of Speech: Why the Copyright Extension Act Is Unconstitutional*, 36 LOY. L.A. L. REV. 83, 93 (2002); Stephen Fraser, *The Conflict Between the First Amendment and Copyright Law and Its Impact on the Internet*, 16 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 1, 10 (1998).

⁵ See, e.g., Stephen M. Kramarsky, *Copyright Enforcement in the Internet Age: The Law and Technology of Digital Rights Management*, DePaul J. Art & Ent. L. 11 (2001); Richard A. Posner, *The Constitutionality of the Copyright Term Extension Act: Economics, Politics, Law and Judicial Technique in Eldred v. Ashcroft*, 2003 Sup. Ct. Rev. 143 (2003).

位通訊傳播科技卻的確改變了我們發表言論和活動的社會條件，以及隱私權保護所面對社會脈絡。這個被稱為數位革命的變化，最值得我們關注的，或許是其使過去非數位世界裡無法實現的文化創造活動普遍參與和人際徹底互動，幡然成真，然而，在此同時，數位革命也創造了新的機會，讓限制及控制這些文化活動參與及新興人際互動形式的種種作法，得以透過科技本身，以及科技和法律兩者的微妙結合，能夠獲致過去難以達成的規範效率。換言之，數位革命使資訊的生產和傳播變成創造財富的來源，因此也就創造了一連串和財產權有關的衝突，這些衝突不僅僅是攸關「誰有權傳播資訊和接近使用資訊」而已，更是攸關言論自由保護和資訊隱私保護這兩個原就在憲法價值中居於核心地位的價值，未來發展方向究竟如何的問題。這波數位革命可能會將自由言論和資訊隱私的價值提升到前所未有的程度，但它同時也極可能為上述兩者帶來新的危機。如果，我們用錯誤的觀點和方法去理解和解決這些危機，那麼，這些危機很可能變成控制的源頭，嚴重限縮自由的空間。

以言論自由為例：保護言論自由的重要目的之一，是為了促進健全的民主程序，早已是眾所熟知的理論⁶；然而，在一個網路的使用日趨普遍的現代多元社會裡，民主的意義，或許不該再侷限於代議體制，也不只是關於對公共議題的深思熟慮而已，或許更應該是一種每個人可都以獲得平等機會，以個人身分去參與程序並且實現自我的文化⁷。在此一意義下的文化，應該是民主化的文化（democratic culture），而此種文化型態能否成為主流，和每個個人參與文化生產和傳播的能力多寡，則有相當密切的關係。在此一意義下的言論自由，讓每個人都可以自由參與創造意義、創造文化、傳播思想和文化的過程⁸，藉由和他人進行互動以及從既有的思維中發展創造出嶄新觀念等方式，每個人都是形塑文化的建築師⁹。因此，言論自由的保護既關乎個人權益，也關乎文化的存續和發展，甚至，我們可以說言論自由其實是一種透過各種表達方法及技術，來參與不斷發展生成的文化創造活動的能力。保護言論自由，就等於保護我們參與文化創造活動的能力。而參與文化創造活動的能力，之所以重要，是因為每個人都是在有形無形中由文化所形塑出來的，因此，保護參與文化的權利，便是保護我們自己在整個自我形塑過程中的發言權利¹⁰，是實現自我的一環，而這也正是和言論自由理論中所謂的追求自我實現（self-realization）或維護個人自主（autonomy）理論互相契合¹¹。

⁶ See generally CASS SUNSTEIN, *DEMOCRACY AND THE PROBLEM OF FREE SPEECH* (1993).

⁷ See, e.g., Jack M. Balkin, *Populism and Progressivism as Constitutional Categories*, 104 Yale L.J. 1935, 1948-49 (1995).

⁸ THOMAS I. EMERSON, *THE SYSTEM OF FREEDOM OF EXPRESSION* 3 (1970).

⁹ Jed Rubenfeld, *The Freedom of Imagination: Copyright's Constitutionality*, 112 Yale L.J. 1, 37-38 (2002).

¹⁰ See, e.g., Rebecca Tushnet, *Copyright as a Model for Free Speech Law: What Copyright Has in Common with Anti-Pornography Laws, Campaign Finance Reform, and Telecommunications Regulation*, 42 B.C. L. Rev. 1, 16-17 (2001).

¹¹ See, e.g., Edwin Baker, *Scope of the First Amendment Freedom of Speech*, 25 UCLA L. REV. 964, 974-978 (1978);

更值得注意的是，新興傳播通訊科技所帶來的數位革命，提供了一個和過去截然不同的科技架構，這個科技架構擴張了個人參與文化創造發展及散佈的可能性，也因此擴張了個人得以徹底參與民主的實踐的可能性。但是，同樣的科技架構，卻也極有可能創造出新的控制方法，來限制我們參與文化的創造和民主實踐¹²。換言之，科技架構極可能決定一切¹³。當言論自由的價值——或者更廣義地說，自由的價值——必須仰賴科技架構的設計，以及仰賴法律如何支持或處理科技架構來實現，而司法機關受限於先天上的制度局限——例如民意基礎相對薄弱而不告不理的被動特性，以及法官養成過程中難以避免的知識背景限制——又無法主動深入探討和理解科技架構如何設計和運作這個關鍵問題時，言論自由受到保護與否，極可能會逐漸仰賴科技架構的設計者（可能是個別的程式工程師，也可能是技術研發專業機構）¹⁴，以及決定科技架構如何和法律結合者——也就是立法機關和行政機關——的好惡和價值判斷而定，而此一判斷結果影響所及，往往會決定自由和控制兩者，何者取得主導地位。

其次，新興傳播通訊科技所促成的「複製的能力」和「修改資訊的能力」兩者之間的關連，更是瞭解我們的數位未來將如何發展的重心所在。數位媒體產品的消費者¹⁵通常不僅有能力複製數位內容，更有能力去針對數位內容做多種形式的改變、重組和整合，甚至，理想中的電腦軟體，應該是允許我們與軟體研發者一起從事創新發展的活動，共享創新發展的成果¹⁶——以重新編輯「星際大戰」這部電影部分內容而知名的Phantom Edit，以及流行日本多時的「同人誌」，都可能是最典型的例子：這種內容創作方式，不僅只可能是盜版而已，也可能是一種創新——儘管很可能不是星際大戰這部電影或者漫畫創作的原著作權人想要促成的內容創新類型；不管是盜版抑或創新，或是兩者兼具，這兩者都是因為網路科技的發展而來的「自由」面貌之一。更重要的是，當複製、修改、散佈和傳播等成本因為數位傳播通訊科技的盛行而降低時，也就是越來越多人能夠掌握和使用這些科技，越來越多人可以從更多人手中接收到各種數位內容時，言論市場便應該能夠愈趨於多元化和民主化。在這樣多元而民主的架構下，我們也就比較可能獲得比較多的機會，規避傳統大眾媒體所設定的議題，運用網際網路這個平台的特性，基於傳統大眾媒體提供的素材，進

Edwin C. Baker, *Utility and Rights: Two Justifications for State Action Increasing Equality*, 84 YALE L. J. 39 (1974); David Richards, *Free Speech and Obscenity Law: Toward a Moral the First Amendment*, 123 U. PA. L. REV. 45, 62, 82 (1974).

¹² See, e.g., J.M. Balkin, *Media Filters, the V-Chip, and the Foundations of Broadcast Regulation*, 45 DUKE L.J. 1131, 1145 (1996); James Boyle, *Foucault in Cyberspace: Surveillance, Sovereignty, and Hardwired Censors*, 66 U. CIN. L. REV. 177, 194 (1997).

¹³ See generally LAWRENCE LESSIG, *CODE AND OTHER LAWS OF CYBERSPACE* (1999) & LAWRENCE LESSIG, *THE FUTURE OF IDEAS: THE FATE OF THE COMMONS IN A CONNECTED WORLD* (2001).

¹⁴ See generally Jay P. Kesan & Rajiv C. Shah, *Deconstructing Code*, 6 YALE SYMP. L. & TECH. 279 (2004).

¹⁵ See generally C. EDWIN BAKER, *MEDIA, MARKETS, AND DEMOCRACY* 7-14 (2002).

¹⁶ 這是開放軟體原始碼運動(open source movement)的主要訴求之一，see generally Jonathan Zittrain, *Normative Principles for Evaluating Free and Proprietary Software*, 71 U. CHI. L. REV. 265 (2004).

一步創造或者重塑公共議題，或者創造出更多的文化產品；目前相當流行的weblogs（國內有譯為「部落格」者）內容報導創作方式¹⁷，便可以說是數位科技所創造的這種文化傳遞和演進形式中，最典型的例子之一。

貳、 研究目的

本研究計畫探究的主題，便是以上所述的網際網路現象，如何彰顯資訊隱私權保障的重要性，彰顯出言論自由的價值，如何凸顯言論自由的特徵，以及是否應該促使我們從不同的角度去思考言論自由的終極目的——例如促進民主化的文化，得以促成更豐富多元的文化內涵出現。在此一分析過程中，本計畫分析新興傳播通訊科技所帶來的變遷，如何創造出新型態的社會衝突，因此引發了商業力量去重新詮釋和主張言論自由和智慧財產權內涵，並且藉由強大的商業遊說能力和訴訟能力，去改變相關法制的強烈企圖和其所獲致成果，以及這些結果對數位時代的自由面貌，造成哪些衝擊。經過初步研究，本計畫認為：在通訊傳播技術的創新改變了個人自由所處的社會脈絡的同時，對言論自由體系造成根本衝擊的，其實是科技基本架構和法律基本架構，換言之，科技和法律這兩個基本架構，已經變成預設的前提，而非僅僅具有背景的意義而已；在此一脈絡下，言論自由的價值或許必須透過不同於傳統的方式，才能獲得真正的保護。尤其，除了傳統的司法權之外，我們還必須透過對科技基本架構設計賦予更高的關注和監督，以及立法權和行政權從衡平的立場出發，以適當的方式規範科技，才足以達成上述目的，保障數位時代的基本自由。

參、 文獻探討

由於本計畫所探討之文獻甚多，在此難以一一贅述。簡言之，在研究文獻方面，本研究計畫乃以美國、歐盟和國際組織三大主軸為核心，針對網際網路社會附隨著智慧財產權制度高張的趨勢所衍生之資訊隱私權和言論自由規範議題進行研究之法學文獻，做為主要之分析探討對象。在此一研究範圍內，本研究計畫透過理解、研析及檢討方式，歸納目前隱然成型的主要論述和規範發展趨勢。此一研究方法所欲達成之目的，一則期望藉此掌握目前探討上述議題的主要研究文獻主軸，進而嘗試理解未來可能進一步探索的研究論述方向，再則也希望能夠藉他山之石，建立本研究計畫之研究架構，充實本研究計畫之具體內

¹⁷ 網際網路世界裡諸如此類的協力式內容創作或新聞報導模式，可以參見 Caio M.S. Pereira Neto, *Online Collaborative Media and Political Economy of Information: A Case Study*, 21 J. MARSHALL J. COMPUTER & INFO. L. 511 (2003).

容，並且進而獲致合理可行的結論。

肆、研究方法

如前所述，因為網際網路而來這波數位革命所帶來的著作權保護挑戰，其實是攸關文化創造發展和民主機制運作的言論自由挑戰。以美國聯邦最高法院所做成的憲法判決為例，其中涉及智慧財產權的案件，和涉及美國憲法增修條文第一條言論自由保護的案件相較之下，在數量上固然有相當的差距，然而，仔細尋思之下，我們卻不難發現，從抽象理論的觀點切入，大部分和智慧財產權相關的法律，都是針對和「言論」相關的自由，施加限制，倘若我們肯認關注言論自由的限制措施是否違憲，是憲法學或公法學研究——包括所有涉及經濟性管制的研究在內——的研究者當然應該擔負任務，那麼，針對種種著作權保護措施加諸言論自由的負擔，國內截至目前為止所做的研究，相較於許多美國學者針對言論自由和著作權兩者交錯介面的論述質量¹⁸，我們的關注顯然不足。

姑且不論從言論限制措施的分類標準來看，智慧財產權法制中涉及言論自由的規定，究竟是不是言論自由理論中所謂不涉及違憲問題的「內容中立」或「非針對內容」的（content-neutral）¹⁹措施，根據我們目前所觀察到的數位時代著作權法立法趨勢，從著作權法制的時間切面來看，我們應該問的，應該是以下這類的問題：延長著作權保護期限的新興立法趨勢²⁰，在數位時代裡和言論自由保護的關係究竟為何²¹？這類法律固然是著作

¹⁸ See, e.g., C. Edwin Baker, *Giving the Audience What it Wants*, 58 OHIO ST. L.J. 311 (1997); Yochai Benkler, *Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on the Enclosure of the Public Domain*, 74 N.Y.U. L. REV. 354 (1999); Yochai Benkler, *Siren Songs and Amish Children: Autonomy, Information, and Law*, 76 N.Y.U. L. REV. 23 (2001); Yochai Benkler, *Intellectual Property and the Organization of Information Production*, 22 INT'L REV. L. & ECON. 81 (2002); Yochai Benkler, *Through the Looking Glass: Alice and the Constitutional Foundations of the Public Domain*, 66 LAW & CONTEMP. PROBS. 173 (2003); Robert C. Denicola, *Copyright and Free Speech: Constitutional Limitations on the Protection of Expression*, 67 CAL. L. REV. 283 (1979); Paul Goldstein, *Copyright and the First Amendment*, 70 COLUM. L. REV. 983 (1970); Mark A. Lemley & Eugene Volokh, *Freedom of Speech and Injunctions in Intellectual Property Cases*, 48 DUKE L.J. 147 (1998); Lawrence Lessig, *Copyright's First Amendment*, 48 UCLA L. REV. 1057 (2001); Neil Weinstock Netanel, *Copyright and a Democratic Civil Society*, 106 YALE L.J. 283 (1996); Neil Weinstock Netanel, *Locating Copyright Within the First Amendment Skein*, 54 STAN. L. REV. 1 (2001); Neil Weinstock Netanel, *Market Hierarchy and Copyright in our System of Free Expression*, 53 VAND. L. REV. 1879 (2000); Melville B. Nimmer, *Does Copyright Abridge the First Amendment Guarantees of Free Speech and Press?*, 17 UCLA L. REV. 1180 (1970); L. Ray Patterson, *Free Speech, Copyright, and Fair Use*, 40 VAND. L. REV. 1 (1987); Jed Rubenfeld, *The Freedom of Imagination: Copyright's Constitutionality*, 112 YALE L.J. 1 (2002); Eugene Volokh, *Freedom of Speech and Intellectual Property: Some Thoughts After Eldred*, 44 LIQUORMART, SADERUP, and BARTNICKI, 40 HOUS. L. REV. 697 (2003); Alfred C. Yen, *A First Amendment Perspective on the Idea/Expression Dichotomy and Copyright in a Work's "Total Concept and Feel"*, 38 EMORY L.J. 393 (1989).

¹⁹ 此即以政府立法或行政管制措施是否以言論的內容做為管制對象做為區分標準的雙軌理論，詳細說明請參見林子儀，「言論自由的限制與雙軌理論」，收於「現代國家與憲法」論文集，頁六三九以下，一九九七年三月初版。

²⁰ COPYRIGHT ACT OF 1976, PUB. L. NO. 94-553, 90 STAT. 2541 (CODIFIED AS AMENDED AT 17 U.S.C. § 101-810 (2000)).

²¹ See generally Pam Samuelson, *The Constitutional Law of Intellectual Property After Eldred v. Ashcroft*, 50 J. COPYRIGHT SOC'Y 547 (2003).

權產業對即將因為保護期間屆滿而進入公共領域（public domain），成為「全人類共同擁有的財產」的著作權極力保護的不幸結果²²，然而，這類作法卻很可能也意味著延長著作權保護期間的立法，將會壓縮公共領域的空間，導致數位時代中的新興創作活動受到比過去更多的阻撓²³。換言之，不論是小說還是電影或其他創作領域，完全從零開始創作的作品，其實並不多見。許多作品都或多或少是在神話、古典作品以及傳說等以前的知識遺產基礎上創作出來的，其原因就在於以上數者屬於公共領域，不受著作權的保護，作者可以自由地使用這些過去的珍貴財產，創作出新的篇章。尤其是在目前的數位社會裡，透過網際網路可以進行「點對點」或「同儕對同儕」（peer-to-peer）的交換行為，數萬、數十萬甚至數百萬的人都可以自由地交換過去累積下來的文化文明遺產，全體人類共同創作新的作品這種過去難以想像的藝術活動，在今天也變成了可能²⁴；然而，延長著作權保護期間的法律卻逆其道而行，這類法律將本來應該即將成為「人類共同財產」的作品賦予更多保護，讓公眾難以接觸使用。反對這類法律的主張，在二〇〇三年Eldred v. Ashcroft此一認定著作權保護期間延長並不違憲的判決²⁵出現之後，固然處於劣勢，但是，我們到底應該如何從自由和控制互動拉扯的角度，來探究諸如此類的判決趨勢，是否有可能讓今後誕生的知識創作產品，在事實上都具備了擁有「永遠的著作權」的可能性，導致創作活動嚴重受制於著作權法制的禁錮，似乎是無法規避的嚴肅議題。

其次，科技保護措施此一著作權立法趨勢的興起，也對數位時代的言論自由產生相當程度的影響，值得詳細分析。所謂科技保護措施，是著作財產權人為了避免其著作遭人擅自侵入，進而利用，而採取的防護措施。這類防護措施，可能是一種設備、一組器材、在機器上加裝的某個零件、一種鎖碼的技術、一組序號或者一個密碼，甚至可能是一種特別的科技方法。不論此一措施所使用的方法為何，只要能夠有效禁止或限制別人進入去侵入而接觸著作，或利用著作，都是所謂的科技保護措施。

著作權法之所以要增訂科技保護措施的相關規定，就技術層面而論，是因為數位科技、電子網路及其他通訊科技的興起，任何著作都可以輕易地以數位形式重製，對著作權人產生相當不利的影響，著作權人為保護其權利，因而發展出以鎖碼等科技措施，來禁止或限制別人擅自侵入而接觸或利用其著作的防護方法。換言之，著作財產權人所做的科技保護措施，是要解決資訊科技發達，著作常常處於被人非法在網路上流通，造成重大損害的問題，同時也是建立及維護數位網路環境秩序的機制。科技保護措施如果任人破解破壞，不

²² See generally SIVA VAIDHYANATHAN, COPYRIGHTS AND COPYWRONGS: THE RISE OF INTELLECTUAL PROPERTY AND HOW IT THREATENS CREATIVITY (2001).

²³ See, e.g., Alfred C. Yen, *Eldred, The First Amendment, and Aggressive Copyright Claims*, 40 HOUS. L. REV. 673 (2003); Diane Leenheer Zimmerman, *Fitting Publicity Rights into Intellectual Property and Free Speech Theory: Sam, You Made the Pants Too Long!*, 10 DEPAUL-LCA J. ART & ENT. L. 283 (2000).

²⁴ Jessica Litman, *War Stories*, 20 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 337, 347 (2002).

²⁵ Eldred v. Ashcroft, 123 S. Ct. 769 (2003).

僅是破壞者個人單一的行為而已，同時還等於為其他侵權行為人製造了侵入和違法利用著作的機會，這種情況下，常常會造成整個市場大幅流失的結果，著作權人所受損失無法估計而難以填補。

基於上述理由，世界智慧財產權組織（WIPO）在 1996 年通過的著作權條約（WIPO Copyright Treaty，簡稱 WCT）及表演與錄音物條約（WIPO Performances and Phonograms Treaty，簡稱 WPPT）兩項國際公約中，明訂對於科技保護措施，必須給予適當之法律保護及有效之法律救濟。歐盟二〇〇一年著作權指令第六條和美日等國，也分別在著作權法增訂了有關科技保護措施的相關規定。

隨著著作權保護科技的成熟，以及著作權產業逐漸利用數位權利管理（Digital Rights Management，簡稱 DRM）系統來保護其數位著作權物的趨勢日益成熟²⁶，一九九八年美國國會在強力遊說之下在 U.S. Code 的 Title 17 加入了新的著作權保護規定，亦即所謂的 The Digital Millennium Copyright Act（簡稱 DMCA），提供著作權人對規避（circumvention）科技保護措施者的救濟管道，並針對提供此類規避工具者施以制裁。我國今年八月剛剛修訂通過的著作權法修正案，也增訂了類似規定²⁷。其次，這類新法的最主要影響之一，在於

²⁶ See, e.g., Dan L. Burk & Julie E. Cohen, *Fair Use Infrastructure for Copyright Management Systems*, 15 HARV. J.L. & TECH. 41, 54-65 (2001); Julie E. Cohen, *Copyright and the Jurisprudence of Self-Help*, 13 BERKELEY TECH. L.J. 1089, 1137-42 (1998).

²⁷ 相關規定的詳細內容如下：「第八十條之二 著作權人所採取禁止或限制他人擅自進入著作之防盜拷措施，未經合法授權不得予以破解、破壞或以其他方法規避之。

破解、破壞或規避防盜拷措施之設備、器材、零件、技術或資訊，未經合法授權不得製造、輸入、提供公眾使用或為公眾提供服務。

前二項規定，於下列情形不適用之：

- 一、為維護國家安全者。
- 二、中央或地方機關所為者。
- 三、檔案保存機構、教育機構或供公眾使用之圖書館，為評估是否取得資料所為者。
- 四、為保護未成年人者。
- 五、為保護個人資料者。
- 六、為電腦或網路進行安全測試者。
- 七、為進行加密研究者。
- 八、為進行還原工程者。
- 九、其他經主管機關所定情形。

前項各款之內容，由主管機關定之，並定期檢討。」

其要求OSP必須在著作權人提出侵權指控時，禁止近用資料，否則就有責任歸屬和金錢賠償的問題²⁸。因此，根據某些報導指出，唱片業透過發給通知函的方式，就成功地讓兩千個MP3 網站關閉。大學與非營利機構也最容易因為這種責任的威脅，採取限制近用網路資訊的手段。再者，這類規定還會導致另一個嚴重的問題，也就是因為「警告和禁止近用」的手段太為有效，以致於在廣被採用之後，類似的情況就不會進一步公開化。此一著作權法發展趨勢，已經凌駕了傳統著作權制度的衡平考量，不但著作權法中原先所規定的合理使用機制，將流於形式，完全遭到這類立法所建構起來的著作權契約體制壓抑，不但科技創新研發活動的範圍可能遭到前所未見的嚴酷限制²⁹，更不禁讓人擔心這會讓公共論壇（public forums）消殞，違反憲法保護言論自由的精神。換言之，這類立法等於是給予了政府透過新的著作權規範架構進行「言論的批准和懲處」（sanction）的權力，以及由私人進行「言論審查」（private censorship）的權力。所以，不乏論者認為這類規定過於偏袒著作權人的利益，嚴重侵害使用者的使用自由和選擇權，間接影響言論自由所保護的正當接近使用資訊的權利，以及創作的自由，的確有值得深入討論之處。換言之，在以上所述的智慧財產權架構下，我們目前所身處的數位世界，雖然是個資訊無限的世界，但卻極可能是個資訊的內容和流通管道受到寡頭控制的世界³⁰。

伍、結果與討論（含結論與建議）

如前所述，這波網際網路科技所帶來的數位革命，既是經濟革命也是技術革命；這個數位革命有兩個關鍵性的趨勢：一是數位內容產製過程的多元化和民主化，另一則是數位內容本身做為財富和經濟實力來源的重要性日益增加。值得注意的是，這兩個趨勢彼此之間是有衝突的，而這個衝突，本質上便是「自由」和「控制」兩者之間的衝突。這個衝突以及其解決途徑對言論自由的影響，可以說是此一數位時代所面臨最主要的問題之一。

更具體地說，此一數位革命不僅使一般的網際網路使用者可以經歷數位內容產製過程的多元化和民主化，也推促各種商業力量持續擴張其智慧財產和數位內容的市場。然而，基於商業利益保護的考量，當商業力量在從事上述行為時，也必須處理數位時代使消費者可以大量且多樣地複製、散佈、修改數位內容的問題。換言之，企業一方面希望利用新的數位技術傳遞越來越多的內容給越來越多的消費者，提供新的服務、新的購買機會以及新

²⁸ See generally Jane C. Ginsburg, *Copyright Legislation for the "Digital Millennium,"* 23 COLUM.-VLA J.L. & ARTS 137 (1999); Matt Jackson, *The Digital Millennium Copyright Act of 1998: A Proposed Amendment to Accommodate Free Speech,* 5 COMM. L. & POL'Y 61 (2000).

²⁹ See generally Dan L. Burk, *Anticircumvention Misuse,* 50 UCLA L. REV. 1095 (2003).

³⁰ See generally SIVA VAIDHYANATHAN, *THE ANARCHIST IN THE LIBRARY: HOW THE CLASH BETWEEN FREEDOM AND CONTROL IS HACKING THE REAL WORLD AND CRASHING THE SYSTEM* (2004).

的產品客製化 (customization) 類型，但是，讓數位市場得以不斷滲透及擴張的這些數位技術，同樣也賦予消費者更高的複製、散佈和修改數位內容的能力³¹。產業界所擔心的數位科技帶來的數位盜版問題，固然是「言論自由」和「智慧財產」兩者之間的衝突變成焦點所在的原因。

然而，諷刺的是，商業力量同時也關心其產品是否以及如何刺激消費者的購買慾望，以便提高其利潤。在這樣的脈絡下，數位革命所帶來的衝突，就不只是複製及盜版的問題而已了，而是同時牽涉到「控制」的問題：一旦智慧財產、資訊交流、媒體產品變成財富的來源，產業界便很自然地會想要透過的法律及技術上的控制，來維持甚或極大化他們的利潤。因此，當一般網際網路使用者可以利用同樣的數位科技去發表言論、傳播資訊、進行創作，或者參與文化傳遞時，產業必然會盡其所能地去阻止這些和他們經濟利益不合的參與和創新形式。換言之，這個數位時代所引發的社會矛盾在於：新興傳播通訊科技的確創造了新的自由和文化創造參與型式，但是，另一方面，獲得利潤和累積財富的新機會，卻也往往必須透過限制甚或剝奪這些自由和參與的手段，才能達成。這個因為科技改變所造成的社會衝突，既是利益層面的衝突，也是價值觀的衝突：至少，針對數位時代中的言論自由保護範圍廣狹和保護目的為何而來的一連串辯論，便具有這樣的雙重意義³²。

智慧財產保護和言論自由保護兩者之間的關係，可以說是日益緊繃，究諸實際，兩者之間的衝突長久以來一直未曾止息，只是數位科技使這個衝突更加顯著而且重要；舉例來說，美國法制中准許針對可能侵害著作權的行為直接訴諸禁制令救濟 (injunctive relief) 的機制，本質上便是屬於言論自由保護原則下所反對的「事前限制」措施 (prior restraints)³³。在數位科技並未普及的過去，上述衝突並不特別明顯，但是，一旦數位內容可以在極低成本的前提下生產散佈，而且可以被滲透的市場範圍無遠弗屆時，原本潛在的緊張關係便因而明顯化和惡化了：這是大眾傳播媒體在我們的日常生活中越來越普及之後，內容產業便開始極力推動加強對智慧財產權的法律保護措施，以便讓他們的權利內涵能夠因為受保護而變得更加具有獲利價值的原因。所以，二十世紀至今智慧財產權同時以水平及垂直的方式擴張其範圍的現象³⁴，也就不足為奇。最近幾年在美國最為人所熟知的著作權法修正規定之一——將著作權保護期限，由舊法的著作人終身再加五十年的規定，延長為著作人終身再加七十年，同時將未具名的著作物或以法人為著作人之著作物保護期

³¹ Yochai Benkler, *Through the Looking Glass: Alice and the Constitutional Foundations of the Public Domain*, 66 LAW AND CONTEMP. PROBS. 173, 181 (2003). See also Yochai Benkler, *From Consumers to Users: Shifting the Deeper Structures of Regulation Toward Sustainable Commons and User Access*, 52 FED. COMM. L.J. 561, 562 (2000) & Yochai Benkler, *Coase's Penguin, or, Linux and The Nature of the Firm*, 112 YALE L.J. 369, 375-90 (2002).

³² Jack M. Balkin, *Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society*, 79 N.Y.U.L. REV. 1, 17-18 (2004).

³³ See generally Mark Lemley & Eugene Volokh, *Freedom of Speech and Injunctions in Intellectual Property Cases*, 48 DUKE L.J. 147 (1998).

³⁴ See generally Neil Netanel, *Locating Copyright in the First Amendment Skein*, 54 STAN. L. REV. 1, 18-26 (2001).

限，延長為公開發表後九十五年的規定——Sonny Bono Copyright Term Extension Act of 1998³⁵，則是典型的實例。

如前所述，除了利用傳統的法律手段之外，產業界在利用科技保護其智慧財產權的努力，也頗有斬獲。表面上看似以避免保護著作權的科技保護措施受到破壞和規避的The Digital Millennium Copyright Act of 1998³⁶，實際上很可能根本是等於創設了新的法律權利：嚴格控制一般人是否得以接近或接觸（access）使用數位內容的權利——例如，和科技保護措施具有相輔相成作用的著作權管理措施（digital rights management schemes），可以被設定成某些數位內容在使用過幾次之後就無法再讀取，也可以設定只有在哪些條件下才能看到內容——這是技術創新如何製造社會衝突的典型實例，也是保護著作權的數位科技和法律在既有的著作權體制之外創設了新的法律權利之後，接近取得資訊的自由——言論自由和表現自由的重要基礎之一——受到緊縮的最佳說明。

從傳播通訊管制的領域來觀察，我們可以發現的是，數位革命的來臨，相當程度削弱了頻寬稀少性（scarcity of bandwidth）這個正當化傳統傳播通訊管制措施的基礎，由於至少在理論上，數位科技使得每個人都有可能成為獨立的傳播通訊業者（broadcasters），所以，傳播通訊業者便據此主張：政府管制措施中對有線電視系統的必載條款（must-carry requirements）、針對寬頻業者所設的開放近用管制措施（open access requirements），以及其他諸如限制業者擁有的頻道總數上限等種種限制和義務，不但阻礙業者傳送數位內容給儘可能多數的閱聽人接收的權利，也侵犯了業者基於言論自由和新聞自由的保護做為發言者（speaker）和編輯者（editor）的權利，截至目前為止，不少美國法院的判決也漸漸出現同意這種看法的趨勢³⁷。

然而，仔細尋思之下，或許可以發現此一具有相當濃厚資本主義意涵的言論自由和新聞自由保護主張，本身便隱含相當程度的爭議，該爭議性之核心所在，不在於其將資本主義視為經濟秩序的基本原則，而是極可能在於這個理論隱隱然認為在資訊經濟體系下，言論自由或新聞自由的的重要性，必須以資本累積的保護做為前提。傳播通訊業者雖然大可主張上述種種管制措施限制了他們以網絡所有權人（network owner）的地位，基於其本身對數位內容的喜好，決定是否發表特定言論或傳送特定資訊的權利，妨礙有線電視業者的節目編輯判斷空間，妨礙了寬頻業者對節目編排的自主選擇空間等等，然而，這個理論卻有意無意地忽略了上述傳播通訊產業本身所扮演的並不只是內容提供者的角色而已，同時

³⁵ Pub. L. No. 105-298, 112 Stat. 2827 (1998) (codified at 17 U.S.C. 302 (2000)).

³⁶ Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (1998) (codified at 17 U.S.C. 1201 (2000)).

³⁷ See, e.g., *Time Warner Entm't Co. v. FCC*, 240 F.3d 1126, 1136, 1139 (D.C. Cir. 2001); *Comcast Cablevision, Inc. v. Broward County*, 124 F. Supp. 2d 685, 694 (S.D. Fla. 2000); see also *U.S. West, Inc. v. United States*, 48 F.3d 1092, 1095 (9th Cir. 1994), vacated as moot, 516 U.S. 1155 (1996); *Chesapeake & Potomac Tel. Co. v. United States*, 42 F.3d 181, 202 (4th Cir. 1994), vacated as moot, 516 U.S. 415 (1996).

也是其他使用者或閱聽人的發聲管道和接收資訊的管道，尤其是在傳播通訊產業內合併之風日熾的情況下，此一屬於發聲管道和接收資訊的管道層面的意義，往往受到過度的忽略，反而是職司促成發聲或接收資訊此一重要任務的管道所有人的權利，在相當不成比例的情況下，被擴張了，幾乎完全忽略了這些幾乎兼具管道控制者和內容提供者雙重身分的業者，是不是很可能有極高的誘因讓業者去偏袒自己所製作的內容或其事業夥伴的內容，而比較不願意接收或者傳送來自其競爭對手的內容³⁸。這同時也是一個由數位科技創新所帶來的社會衝突：我們可以利用新興的數位網路主動參與公共文化的製造過程，但數位科技同時也提供業者新的廣告機會去銷售產品，基於獲利極大化的理由，業者會設法控制數位網路的用途，以限制有違其經濟利益的文化參與和研發創新形式。換言之，當業者認知到從廣告、交易和傳送內容等活動上可以獲利之後，就不會只甘於做他人的言論管道，也不希望其所服務的消費者過於主動，希望把消費者推回在網際網路盛行之前那種被動接收者的角色，甚至，即使鼓勵互動，也是依照業者所規劃的那種模式——鼓勵商品及服務的消費——進行互動。換言之，在數位網路業者所建立的綿密平台上，數位網路業者期待消費者所行使的自由，是一種受到結構性控制的自由。

再從另一個角度來看，無論我們是否肯認網際網路是一個具有獨立規範意義的空間³⁹，是不是一個具有公共論壇空間意義的場域，目前絕大多數的數位通訊網路是掌握在私人手中，而且逐漸是掌握在少數的大集團手裡。從業者的眼光來看，數位通訊網路的公共意義，充其量只是私人行使其使用私人財產的權利所產生的附帶作用而已。因此，業者大可主張政府管制數位通訊網路和維護言論自由的價值兩者之間根本沒有必然的連結關係可言，反而可能侵害業者的言論自由權。然而，就言論自由的根本價值來說，由於消費者將網際網路當做相互之間的互動空間，所以，就這個意義而言，數位通訊網路的確是具有「公共」的意涵——其公共價值是由公眾的參與所累積形成的，而這也很可能是數位通訊網路的主要價值所在，因此，以政府管制措施的規範目的在於確保公共利益的觀點而言，避免強烈的私人利益會為了追求利潤而踐踏言論自由的基本價值，或許是可以言之成理的規範正當性基礎。

綜上所述，我們可以發現，我們所面對的是兩種形式有異的控制力量：在智慧財產權方面，著作權產業透過立法和運用科技的方式，大舉推動強化智慧財產權保護功能的保護模式，極力駁斥「智慧財產權的保護期限過度擴張⁴⁰」和「數位權利管理架構和科技保護措

³⁸ See, e.g., Jerome Saltzer, "Open Access" is Just the Tip of the Iceberg (Oct. 22, 1999), at <http://web.mit.edu/Saltzer/www/publications/openaccess.html> (last visited Oct. 31, 2003).

³⁹ See generally Mark A. Lemley, *Place and Cyberspace*, 91 CALIF. L. REV. 521 (2003).

⁴⁰ See, e.g., Paul M. Schwartz & William Michael Treanor, *Eldred and Lochner: Copyright Term Extension and Intellectual Property as Constitutional Property*, 112 YALE L.J. 2331 (2003).

施的強大功能⁴¹過度限制言論和資訊自由（因為其使用結果排除了合理使用和公共領域的可能性）」的主張。相對地，在數位網路的管制方面，業者則是積極推動其本身的言論自由權利的擴張，根本無視於所謂「政府管制措施，是以發聲和資訊傳遞管道對所有的發言者和資訊傳遞者都暢通」的主張。換言之，在數位時代裡，在廣義解讀言論自由原則以對抗數位通訊網路的管制措施的同時，也狹義解讀智慧財產權法制的衡平特性和功能，以保護及擴張智慧財產權的範圍，做為著作權產業和數位通訊網路業者的策略。更值得注意的是，法院似乎逐漸展現出同意這類立場的傾向⁴²。以上這些立場表面上看起來並不完全一致，但卻反映出一個相當基本的問題：上述涉及言論自由保護的主張，其實並未觸及言論自由的核心價值，但卻很可能是透過言論自由的主張，達成保護或創設業者自己的財產權目的。在這樣的發展趨勢下，智慧財產權和言論自由的意涵其實都被重新定義了⁴³，而重新定義的結果，則是用以保護和增益業者的資本投資。同樣地，我們也可以觀察到的是言論自由保護原則被業者援用為反對政府針對業者蒐集和處理消費者個人資訊的管制的主張依據，這無非是另一種網際網路控制力量興起的而且值得留心其發展的趨勢⁴⁴。從某個角度來看，這樣的發展似乎是無可避免的，而這樣的發展也的確具有使得法律論述更加細緻化的作用：由於我們經營日常生活的世界裡，智慧財產和數位通訊網路的控制已經是相當顯著的財富累積來源，而要保護和加值這些財富必須找到規範上的依據才能便於論理，而智慧財產和言論自由兩者，正好是最適當的佐證基礎。

面對這樣的發展趨勢，我們可能的選擇到底何在？讓我們暫且回到以Alexander Meiklejohn強調民主程序中深思熟慮的思辯可以健全民主此一主張為核心的言論自由理論⁴⁵，以及其後深受其影響的論述⁴⁶，我們會發現，即使是贊同此種言論自由促進民主程序的理論的人，也會同意，儘管媒體的確是有助於民主的發展，但是，媒體和民主程序兩者之間，仍有潛在的衝突：首先，媒體掌握者很容易有意無意地將新聞報導向其所支持一方傾斜，因而讓閱聽人獲得錯誤或扭曲的訊息，而這正是對民主程序有害的傾向；其次，媒體很容易主觀地忽略掉閱聽人應該接收和思考的某些重要資訊、議題及發展形勢，因此，人

⁴¹ See, e.g., Randal C. Picker, *From Edison to the Broadcast Flag: Mechanisms of Consent and Refusal and the Propertization of Copyright*, 70 U. CHI. L. REV. 281, 293-96 (2003).

⁴² See, e.g., *Eldred v. Reno*, 239 F.3d 372, 380 (D.C. Cir. 2000), *aff'd sub nom.* *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186, 222 (2003); see also *Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes*, 111 F. Supp. 2d 294 (S.D.N.Y. 2000), *aff'd sub nom.* *Universal City Studios, Inc. v. Corley*, 273 F.3d 429 (2001).

⁴³ See generally Julie Cohen, *Lochner in Cyberspace: The New Economic Orthodoxy of "Rights Management"*, 97 MICH. L. REV. 462 (1998).

⁴⁴ See, e.g., Eugene Volokh, *Freedom of Speech and Information Privacy: The Troubling Implications of a Right to Stop People from Speaking About You*, 52 STAN. L. REV. 1049 (2000).

⁴⁵ ALEXANDER MEIKLEJOHN, *POLITICAL FREEDOM: THE CONSTITUTIONAL POWERS OF THE PEOPLE* (1960).

⁴⁶ See, e.g., OWEN M. FISS, *THE IRONY OF FREE SPEECH* (1996); CASS R. SUNSTEIN, *DEMOCRACY AND THE PROBLEM OF FREE SPEECH* (1993); Owen M. Fiss, *Free Speech and Social Structure*, 71 IOWA L. REV. 1405 (1986); Owen M. Fiss, *Why the State?*, 100 HARV. L. REV. 781 (1987); Harry Kalven, *The New York Times Case: A Note on "The Central Meaning of the First Amendment"*, 1964 SUP. CT. REV. 191.

們就只能利用有限的資訊、有限的方式去處理有限的議題；最後，媒體容易為了高收視率、廣告收入或其他利益而降低公共論述的品質，過度簡化公共議題的內涵，以其他娛樂節目替代嚴肅的公共議題討論，或者將新聞綜藝化，而這些傾向會使大眾越來越沒興趣去關注眼前重要的公共議題⁴⁷。基於這幾個理由，上述以審議式的思辯促成民主程序健全化為中心論點的主張，便轉而主張政府應該從限制及防止媒體集中化、賦予有關公共利益的義務和賦予多元化和擴展公共議題等層面，對媒體產業進行規範⁴⁸，這對以市場為導向的言論自由理論來說，是相當重要的制衡主張。然而，網際網路的出現，卻似乎為數位通訊網路業者和相關的媒體業者，帶來了一個新的正當理由，讓他們可以利用言論自由原則，做為反對上述傳統的結構性管制規範的工具；數位通訊網路業者和相關的媒體業者的新說辭是：因為一般人不再需要以大眾傳播媒體做為取得資訊和發聲的主要管道，因此政府就喪失了對大眾媒體管制的正當性。

然而，即使這樣的說法有幾分道理，我們似乎也不能期待網際網路的普及結果，可以彌補所有因為解除和媒體相關的管制、卸除和公共利益有關的媒體法定義務、放鬆有關媒體集中度的相關規定，所帶來的損失：首先，如果我們用心觀察，便不難發現，傳統媒體的市場集中度，和寬頻產業的市場集中度兩者之間，其實具有相當程度的關聯性。許多市場佔有率很高的傳統媒體，同時也掌控有線電視和寬頻產業，所以，倘若在媒體集中度的規範問題上鬆手，很可能最終會導致消費者在網際網路上的自主權地位越加惡化；其次，網際網路上所傳播的資訊，其品質及多樣性無可避免地會受到傳統媒體所提供的資訊品質及多樣性的影響，因為傳統媒體所提供者，目前還是許多人取得資訊的來源。如果有更多的傳統媒體提供不實或品質不良的資訊，窄化或扭曲公共討論，那麼網際網路所能彌補者也有限，至少，截至目前為止，我們還無法將網際網路當做可以完全取代傳統媒體的替代媒體來看待，相反的，網際網路上有不少的資訊和言論，其實還是以傳統媒體所提供者為基礎，來發展其公共討論內涵的。儘管如此，網際網路的出現，的確使得言論自由的面貌有所不同：至少，雖然其所隱含的缺點和限制和以資本和商業利潤考量的言論自由主張不同，但是，數位時代也的確暴露出了以民主程序健全化為基礎的言論自由理論的缺點和限制所在。

以民主程序健全化為目的的言論自由理論之所以興起，和媒體對民主所形成的挑戰脫離不了關係，然而，此一理論的限制，也出自相同的原因：首先，此一理論預設了政治議題和公共議題的討論高於其他言論類型，對於其他言論類型所採取的態度，乃是傾向於認為其他言論類型有助於政治議題和公共議題的討論時，才具有價值，而不是基於這些其他

⁴⁷ See generally JAY ROSEN, WHAT ARE JOURNALISTS FOR? (1999).

⁴⁸ See generally C. EDWIN BAKER, MEDIA, MARKETS, AND DEMOCRACY (2002).

言論類型本身的價值來主張其應受到保護。其次，基於上述原因，以民主程序健全化為基礎的言論自由理論，相當容易傾向於貶低被其認為不具有嚴肅公共議題意義的流行文化的價值。再者，由於以民主程序健全化為基礎的言論自由理論主要的關切，在於倘若由少數人掌握了媒體，便極可能濫用權力設定公共議題的討論過程和先後順序，甚至對公民社會的發展和運作進行反動員，所以，以民主程序健全化為基礎的言論自由理論，對於個人自由權利和自主性對言論自由的重要性，也就因而顯現出關注不足的現象。

然而，這種以民主程序健全化為基礎的言論自由理論，主張我們不該將言論自由的權利和財產權做過度緊密的結合，在媒體產業集中度逐漸升高的今天看來，即使數位化盛行，仍舊是有其根據，也有助於個人言論自由權的真正實現：平心而論，言論自由權，和以財產權為基礎的自由，畢竟是兩種不同的自由權利類型，雖然財產權通常有助於言論自由的實現（例如使用軟體和修改軟體的權利），但是，財產權的行使，也可能斷傷言論自由，以網際網路的架構為例，如果數位通訊網路業者基於財產權，針對其所傳送的網路封包（packet）採取差別待遇的政策，或者使用某些內容過濾或限制機制去控制末端網路使用者可以獲得的資訊類型和內容，都是財產權的行使可能導致言論自由岌岌可危結果的實例。

當蘊生以民主程序健全化為基礎的言論自由理論的當年情境，已經無法充分描述我們目前身處的數位世界，而網際網路科技所建構起來的數位管道和數位論壇，又未能全然取代傳統媒體，在這個脈絡下，我們的自由，究竟呈現出何等面貌？數位科技的確讓許多人獲得前所未有的能力，得以參與文化和文明的創造發展過程，在這樣的情境下，或許，我們應該思索的，是數位通訊傳播科技所帶來的科技變遷，在「言論的傳遞」以及「誰參與傳遞過程」這兩個層面，如何改變言論自由理論的關注焦點。

要理解和回答上述問題，或許我們不應該執著於網際網路是否應該自成一個主權空間這個失之抽象的問題上，而是可以嘗試從網際網路的特徵——即使這些特徵對網際網路來說，幾乎已經不再算是新的特徵了——入手，理解這些特徵是否對重塑我們的言論自由理念，有所影響。首先，網際網路上的言論範圍涵蓋了各種可能的主題以及表達的形式，整體而言，網際網路則是充滿了創新的契機和成果，每個人都可以不再只是扮演被動接收者的角色，而是可以同時扮演主動的創造者角色⁴⁹；更重要的是，透過超連結和各種網路技術所做的拼貼和混合，網際網路上的資訊和言論可以不斷持續地延伸發展，這是過去的言論類型相當罕見的情況；再者，網際網路言論的持續延伸發展特性，更進一步強化了網際網路的參與性和互動性，讓讀者和作者、資訊的生產者和消費者之間的角色，具有高度的替換性，甚至隱含有互相結合的可能性⁵⁰。更值得注意的是，因為網際網路上的言論往往具有

⁴⁹ See generally CASS SUNSTEIN, REPUBLIC.COM (2001).

⁵⁰ See generally Julie E. Cohen, *A Right to Read Anonymously: A Closer Look at "Copyright Management" in Cyberspace*, 28 CONN. L. REV. 981, 1004-09 (1996).

參與者之間互相交往的意義，所以往往會創造出新的社群、文化及次文化，這就凸顯了言論自由的重要特徵之一：言論自由的根本價值，在於讓我們每個人都可以參與各種文化和次文化的成長及發展，而這樣的網際網路言論參與和互動過程，也幫助我們有機會得以經歷自我的改變和成長，完成自我的實現⁵¹。

網際網路的盛行所凸顯出來的以上幾個和言論自由緊密相關的特徵——以創造特性、互動特性和社群形成特性為特徵的言論自由——在在都是在提醒我們，僅僅以和公共議題討論相關的政府和民主過程為中心的言論自由理論，範圍實在過於侷限而不合數位時代的言論和資訊傳遞面貌了。倘若言論自由真的是民主不可或缺的一環，那麼，身在數位時代中的我們，也似乎應該儘可能擴充民主的意義，不該僅限於政府治理或公共議題的審議這個層次，而是應該將文化創造的內涵，也納入民主的意義內——民主不應該只是和分配權力、解決紛爭有關的一連串程序而已，民主也應該是社會生活的特色，也是社會組織的形式之一，民主的理想需要我們致力於社會結構和社會組織的民主形式，致力於社會平等和政治平等，才能有真正堅實的支撐點⁵²。民主力量的展現，不應該只透過定期選舉這種機制來發揮，舉凡社會制度、資訊和言論內容甚或生活習慣等層面的改變，都是民主的表現。使我們的文化能夠變得更加民主化的背後推動力量，並不是民主的治理型態，而是民主的參與。民主化的文化，是民主化社會中所蘊生的文化，也是參與型的文化。民主化的文化之所以有價值，是因為它給一般人公平的機會去參與文化意義創造（meaning-making）和自我意義創造的過程，也因為它讓一般人在文化進步發展的過程中，取得發言的空間。

換言之，此處所謂民主化的文化，所指的是意義的集體創造過程⁵³，這個集體創造過程可以形諸各種方法、習慣及技術，讓公眾之間有意義的對話得以發生，公共意見得以逐漸形成。基於言論自由的目的，以上所謂的種種方法、習慣及技術，無論是何種新興的科技，抑或傳統的廣電或電影等媒體，都應該被當做是「言論」的類型來看待。

以促進民主為目的的言論自由，和以促進民主化的文化為目的的言論自由，兩者之間至少有幾個重要的差異：

首先，以促進民主為目的的言論自由理論所面臨的最大的困難，在於在此一理論下，有許多社會活動無法被納入保護範圍內。然而，即使這類社會活動所涉及的言論無法明顯地被劃歸為政治性的言論，因為其對政治的廣泛討論，依然有助益，所以也該有受到保護的價值才對，而且，誰也難保這類難以被劃歸為政治性言論的言論類型，不會被捲入政治

⁵¹ See generally Jack M. Balkin, *How Rights Change: Freedom of Speech in the Digital Age*, 26 SYDNEY L. REV. 1 (2004).

⁵² See, e.g., Jack M. Balkin, *The Constitution of Status*, 106 YALE L.J. 2313, 2314 (1997); Jack M. Balkin, *The Declaration and the Promise of a Democratic Culture*, 4 WIDENER L. SYMP. J. 167 (1999).

⁵³ See, e.g., Robert Post, *Recuperating First Amendment Doctrine*, 47 STAN. L. REV. 1249, 1253-55 (1995). See also Robert Post, *Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence*, 88 CAL. L. REV. 2353, 2367-69 (2000).

紛爭當中，不會因為政治理由受到壓制，更何況，由於很難清楚劃分什麼是政治，什麼不是政治，所以更沒有輕率將這類言論排除在言論保護範圍之外的道理；同樣地，這類原本處於邊緣地位的言論類型，或許對民主決策的進一步討論和形成，或許具有輔助的作用，也未可知，所以更不該斷然加以否定⁵⁴。文化不只是統治，也不只是政治，更不只是法律而已。如果民主的重要目的之一，是要讓人民掌握權力，那麼，真正的民主所意味者，不應該只是允許人民決定誰在立法機關代表他們、或者應該通過哪些法律而已，同時還應該讓人民可以決定文化的形塑及成長——也就是說，所謂讓人民掌握權力，從廣義的角度來看，除了包括人民和國家之間的關係外，還應該包括身為人民的個人和整體文化之間的關係，以及人民個人和意義創造過程之間的關係，都應該由人民掌握權力——讓文化的意義也能夠注入保護言論自由的民主運作當中，持續漸進地在人與人之間傳布、循環和交流。

其次，以促進民主為目的的言論自由理論，通常容易傾向於對流行文化採取忽略及懷疑態度，這和流行文化通常被認為是被大型企業集團所操控，被認為是譁眾取寵的愚昧言論——亦即對民主程序中的思慮和審議幾乎沒有任何重要性可言，或者被認為只是無用甚或具有負面影響的娛樂——亦即會將人們的注意力從嚴肅的公共議題討論上引開——⁵⁵等想法有關。然而，如前所述，從強調民主化的文化此一觀點來看，這類從流行文化蘊生出來的言論，也應該是言論自由中的重要環節。更重要的是，從數位通訊傳播媒體可以容許資訊和言論無限持續和延伸的特性來看，倘若我們願意採取比較務實的態度，和網際網路的形成和發展，一直具有相當緊密關係的流行文化，更不該遭到輕忽。

在此一理解下，當我們面對智慧財產權的爭議時，或許就會有比較透徹的分析：讓傳統媒體最感到畏懼的現象，並不是盜版，而是民主化的文化中的消費者可以不再受制於集團化的行銷環境的趨勢，一般人可以自行從事創新，而不只是扮演單純的消費者角色，任何人只要準備好簡易的數位設備，均可進行剪取、混合和燒錄（rip, mix and burn）⁵⁶的工作，完全迴避掉傳統媒體的控制。同樣地，以促進民主為目的的言論自由理論，過於強調不同文化之間的雅俗之分，將雅俗品味不同的文化，賦予不同的言論自由保護程度⁵⁷，這樣的差別待遇模式，在數位時代中也不免自暴其不利於民主化的文化發展的缺陷。

再者，以促進民主為目的的言論自由理論，往往相當在意該應如何規劃和建構公共辯論和對話的過程和秩序⁵⁸，在此一前提下，對於個人的自主性和自由權往往關注不足，但是

⁵⁴ See, e.g., Owen M. Fiss, *The Unruly Character of Politics*, 29 MCGEORGE L. REV. 1, 2-7 (1997).

⁵⁵ See, e.g., LEE C. BOLLINGER, IMAGES OF A FREE PRESS 138-41 (1991).

⁵⁶ See generally LAWRENCE LESSIG, THE FUTURE OF IDEAS: THE FATE OF THE COMMONS IN A CONNECTED WORLD 9-11 (2001).

⁵⁷ See, e.g., Cass R. Sunstein, *Television and the Public Interest*, 88 CAL. L. REV. 499, 518 (2000).

⁵⁸ See generally Robert Post, *Managing Deliberation: The Quandary of Democratic Dialogue*, 103 ETHICS 654 (1993); Robert Post, *Meiklejohn's Mistake: Individual Autonomy and the Reform of Public Discourse*, 64 U. COLO. L. REV. 1109 (1993).

卻過份強調對民主程序的保護。相反地，強調民主化的文化此一理念，並不只是關心人們在議程設定層面上的參與而已，它更關心對實質討論內容的參與和互動，以及個人的文化創作和創新的能力。換言之，在網際網路時代中，民主化的文化反映出來的，是數位科技可能促成的某種自由：人們不再只是居於旁觀者或消費者的角色，而是可以主動參與和創造，並將他們的意見傳達給廣大的群眾。在這種主動參與創造和散佈越來越普及的文化型態中，這種自主性和自由權本身，便是一種值得重視和呵護的數位時代資產。當新興科技讓一般人獲得比以促進民主為目的的言論自由理論更多得以參與、創新和創造的言論自由時，當科技使個人的自由性變得可能而且更加真實時，那麼，此一自由的內涵，就不該再受輕忽：在這個脈絡下，言論自由不再只是菁英和企業集團強勢主導消費者選擇的意義，言論自由不應該只是限於要消費者去做出「要消費哪個媒體商品」這樣的選擇而已。言論自由所意味的，是賦予每個個人無論是針對任何政治性、非政治性、公共的或流行文化的議題，都可以從既有的素材中，製造出新的意義的能力和權利。

最後，尊重和保護異議者和異議內容，是言論自由概念的核心之一。究諸實際，異議本身既具有政治性，也具有文化性質⁵⁹。以促進民主為目的的言論自由理論，對於異議這個概念的理解，從民主化的文化的觀點來看，卻可能過於侷限：我們可能不同意政府的政策或作為，而且可能以政治、音樂、藝術等形式來表達不同意的看法和主張；但是，我們也可能不同意社會上既有的看法或價值，在這種情況下，言論自由應該容許我們可以藉由借用這些被質疑的看法或價值的內容的方式，做為質疑甚或推翻這些被質疑的看法或價值的基礎，來表達異議。換言之，文化層面的異議，應該可以說是政治層面的異議的重要來源。

在上述理解下，我們應該注意的是，文化上的異議涉及以上所述的種種參與、互動和創造發展等的自由。換言之，和數位通訊傳播時代的溝通對話模式和意義創造模式一樣，異議和那些其所批評質疑的對象之間，存有互動和相互依賴的關係。異議，以及任何對異議的回應，都不只是以否認和推翻過去所出現的事物和所建立的價值為主，而是具有累積的效果，亦即必須在既有的素材上發展，而且是不受任何有形無形控制機制保護的素材，才能夠幫助我們透過異議的方式，將文化往前推進改善，本計畫認為，這正是數位通訊傳播時代的言論自由保護理論，應該強調的觀念之一。

我們正在經歷的這場數位通訊傳播革命，和所有的革命一樣，是一段混亂過渡期，也是一個重塑經濟結構及權力樣貌的機會。如前所述，數位通訊傳播科技對言論自由的意義內涵帶來相當程度的衝擊，然而，更重要的是，數位通訊傳播科技是如何改變言論自由的意義。

在這個理解過程中，倘若我們願意將焦點從以促進民主為目的的言論自由理論所關切

⁵⁹ See Madhavi Sunder, *Cultural Dissent*, 54 STAN. L. REV. 495, 498 (2001).

的民主運作程序本身，移轉到網際網路所促成的民主化的文化上，應該有助於我們更加精確地掌握住數位時代中的言論自由概念：數位科技改變了我們對言論自由的理解，其透過運用既成文化素材的方式，提供一般人參與文化創造和形成的自由：我們不但掌握發表和散佈的力量，也掌握了和他人互動和交換想法的權力，甚至利用隨手可得的素材去參與及創造文化的權利，以及在文化發展過程中發言的權利。在此一意義下的自由，是參與、散佈及互動，更是影響及接受影響的能力，也是改變別人及被改變的能力。

既然一般人創造自己文化的能力，應該是數位時代中的自由很重要的一部分，那麼，我們究竟應該如何實現此一創造自己文化的能力呢？當我們允許消費者在市場上自由選擇消費對象的同時，我們對於數位通訊網路和智慧財產權法制幫助企業盡其所能去投資和行銷文化產品的作法，應該如何看待？

此處的答案可能是，參與文化及參與意義創造過程的能力，比永遠都只是被動地消費媒體產品，更能夠讓我們充分攫取到實現自我的機會⁶⁰，而實現自我這個理想，則很可能是數位時代言論自由中極為重要的一環。不過，就目前的數位通訊傳播科技發展趨勢來看，卻很可能得出市場機制對於「一般人做為主動的文化生產者」此一自由的保護，相當不足的結論⁶¹：個人具有全然自主權去選擇要消費何種商品，是一種自由，和生產、創造、創新的能力，同樣重要。這兩種形式的自由是不可相互取代的，而市場並沒有充分地評估和衡量出兩者之間的不同。為了保護言論自由的核心價值，我們應該在數位時代中保留空間給個人進行文化生產活動，然而，因為媒體公司想要從媒體商品的消費上獲取極大化的利潤，從這些媒體產業的商業邏輯立場來看，除非個人的文化生產有利於媒體商品的消費，否則對他們而言，這不但是沒有價值的文化生產活動，甚至是個巨大的傷害來源⁶²。

數位通訊傳播科技的盛行，並不保證民主化的文化得以順利成形和成熟。因為，種種商業力量早已企圖以各種新興技術限制民主的參與，而其所採取的種種新興技術，和他們透過對言論自由、財產權和智慧財產權解釋的方式來正當化他們所採行的種種控制行為相結合之後所造成的形勢，似乎已經是我們為了保護數位時代的言論自由，必須嚴肅考慮重新解讀自由的意義，進而專注檢驗數位通訊政策和智慧財產法制的發展趨勢，才可能維護言論自由的價值。

數位時代既然微妙地改變了我們對言論自由的理解，或許也應該可以改變具有最終詮釋權的司法機關，在面對種種數位時代的控制機制時，保護自由的方法。不過，或許，單

⁶⁰ See generally LAWRENCE LESSIG, FREE CULTURE: HOW BIG MEDIA USES TECHNOLOGY AND THE LAW TO LOCK DOWN CULTURE AND CONTROL CREATIVITY (2004); LAWRENCE LESSIG, FREE CULTURE: HOW BIG MEDIA USES TECHNOLOGY AND THE LAW TO LOCK DOWN CULTURE AND CONTROL CREATIVITY (2004).

⁶¹ See generally SIVA VAIDHYANATHAN, THE ANARCHIST IN THE LIBRARY: HOW THE CLASH BETWEEN FREEDOM AND CONTROL IS HACKING THE REAL WORLD AND CRASHING THE SYSTEM (2004).

⁶² See generally WILLIAM W. FISHER III, PROMISES TO KEEP: TECHNOLOGY, LAW, AND THE FUTURE OF ENTERTAINMENT (2004).

純仰賴司法權的運作，依然無法充分落實言論自由保護的宗旨。因為，言論自由既是法律及政治現象，也是科技和文化現象。除了數位時代使得言論自由的內涵高度依賴技術和管制的基本架構而定之外，要在數位時代中建立健全且運作良善的言論自由體系，高度仰賴能夠充分使用數位通訊傳播科技去參與文化創造成長的使用者或消費者。

換言之，我們應該將關注焦點從司法對個人言論自由此一憲法權利的保護上，移轉到其他涉及言論自由基本架構上，才能夠徹底理解自由和控制之間的關係。同時，我們也必須將注意力，從司法判決先例所累積起來的狹義言論自由權利意義移轉到言論自由的根本價值上：在數位時代中，保護言論自由應該是意味著維護和提升內蘊於立法結果、行政管制措施和技術設計規範中的核心價值。這些核心價值的內涵，或許便是本計畫前述的自由接觸取得資訊、互動、參與、創造等個人實現自我和落實民主化的文化所需基本要素。所以，無論是技術的設計建構，或者職司管制任務的法律規範，都必須加入上述基本要素，才有可能在法律的實質內容和通訊傳播架構的設計中都納入言論自由的基本價值此一考量。這個基本要求之所以重要，是因為在數位時代中最主要的資本形式——智慧財產和數位通訊傳播網路——都可做為增加民主化的文化參與的管道，但是同時也極為可能成為文化參與的瓶頸，將控制權集中在少數人手中，決定資訊資本會以什麼形式出性，如何被使用和被分享，而這些都是數位時代中最為緊要的自由／控制爭議：以資本和商業考量為基調的言論自由理論，主張通訊傳播網路的所有權人有透過網路控制數位內容的權利，相反地，以民主化的文化為基調的言論自由理論，則是認為通訊傳播網路和智慧財產權的政策和制度設計都必須有利於廣泛的文化參與，通訊傳播網路應該具有公共性質，即使為私人所有，也必須允許每個人有公平使用網路的機會；至於智慧財產權則必須有助於民主目的的達成，亦即智慧財產權制度的終極目的，是要提升文化的傳播，以及促進文化創新的可能性。於是，為了使智慧財產和言論自由兩者的概念同樣都以民主化的文化為依歸，我們必須維護一個健全且不斷持續擴展的公共領域⁶³——一個包含豐富合理使用權的公共領域。

除了維護一個健全發展的公共領域，對於智慧財產權和言論自由兩者的衡平關係，具有相當深遠的意義之外⁶⁴，在數位時代中，由於言論自由的內涵往往會因為技術設計的方式、技術標準的設定方式而遭遇提升或受阻等不同的改變，技術的設計及標準的設定，幾乎使得私部門的各種商業或非商業力量便足以成為控制資訊的守門人和創新的瓶頸，或者相反地成為推促创新的主力。面對這個前所未有的規範事實，法律扮演的其實依然會是一個極為重要的角色：法律規定的走向，會影響到「技術如何被設計」、「特定技術所享有的法律上保護程度」，以及「規避或破解特定技術的科技或作為，是否應該被歸類為受保

⁶³ See generally Pamela Samuelson, *Mapping the Digital Public Domain: Threats and Opportunities*, 66 LAW & CONTEMP. PROB. 147 (2003).

⁶⁴ See generally Robert P. Merges, *A New Dynamism in the Public Domain*, 71 U. CHI. L. REV. 183 (2004).

護的自由權利」。換言之，身處此一數位時代，言論自由和隱私權保護的研究，在面對數位通訊傳播和智慧財產權等領域的政策和制度時，應該適當轉化為對科技架構的設計和管制體系的內涵進行研究，因為，言論自由的核心價值，其實乃是高度滲透也被巧妙地包藏在綿密的法律管制措施和科技設計架構之中。