

憲法法庭 112 年憲判字第 8 號判決協同意見書

謝銘洋大法官 提出

本件判決有八件聲請案，主要涉及聲請人等以社群軟體（臉書、LINE 或微信等），或於公開網站、部落格論壇、報紙，或以廣發的電子郵件的方式，張貼或指摘傳述足以毀損被害人名譽之文字或照片，被法院以違反刑法第 310 條誹謗罪判刑確定，聲請人等認為該規定以刑罰限制言論自由，不符憲法比例原則，並侵害憲法保障之言論自由，因而聲請解釋憲法、法規範及裁判憲法審查。本院多數大法官認為刑法第 310 條並未違反憲法比例原則，亦與憲法第 11 條保障言論自由之意旨無違。本席贊同此一見解，並提出若干補充意見與思考。

一、本院釋字 509 號解釋留下的問題

在本件判決之前，本院曾於 2000 年間公布釋字第 509 號解釋，就刑法第 310 條第 1 項、第 2 項所規定之誹謗罪，認為該規定未除罪化並未違反憲法第 23 條所定之比例原則，並認為同條第 3 項前段規定能證明其為真實者不罰，非謂必須自行證明其言論內容確屬真實，始能免於刑責，「行為人雖不能證明言論內容為真實，但依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者，即不能以誹謗罪之刑責相繩」，且未因此免除檢察官或自訴人於訴訟程序中，依法應負行為人故意毀損他人名譽之舉證責任，或法院發現其為真實之義務。

除了肯定其合憲外，該解釋中最為關鍵的是對於刑法第 310 條第 3 項前段所規定的「能證明其為真實者」不罰，認為只要是「依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實」（一般學說上稱之為「合理確信為真實」）即可不罰，亦即減輕行為人的舉證責任，並不要求其達到證明其為真實之程度，縱使事後證明該證據資料實際上並非真實，只要行為人有相當理由確信其為真實，亦不受刑事制裁。

該號解釋強化對言論自由之保障，然而亦留下若干待解的問題，特別是如何認定行為人已經達到「有相當理由確信其為真實」之程度？

我國實務上若干判決於適用釋字第 509 號解釋時，對於「依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者」，將其理解為「合理查證義務」（最高法院 110 年度台上字第 389 號刑事判決參照）；亦有判決採取所謂「真正（或稱真實）惡意原則」，明白指出：「『證據資料』，應係真正，或雖非真正，但其提出並非因惡意或重大輕率前提下，有相當理由確信其為真正者而言」（最高法院 94 年度台上字第 5247 號刑事判決、97 年度台上字第 998 號刑事判決、106 年度台上字第 1158 號刑事判決等參照）；亦有將是否盡「合理查證義務」，作為認定是否具有「真正惡意」的依據：「倘行為人所陳述之事實雖損及他人之社會評價而侵害他人名譽，然依其所提證據資料，足認行為人已盡其合理查證義務而有相當理由確信其為真實者，即難謂具真正惡意」（最高法院 111 年度台上字第 4362 號刑事判決參照）。

二、誹謗罪目前尚未達明顯違憲之程度

釋字第 509 號解釋，認為誹謗罪未除罪化並未違反憲法第 23 條所定之比例原則。

就各國立法例而言，誹謗是否構成刑罰之對象，情形並不一致，雖然有少數國家完全無刑罰制裁，但大多數國家仍有程度不一的刑事處罰。甚至有些國家因應網路興起後所產生的網路上仇恨性言論或是網路霸凌所造成之嚴重影響，而加強或重新引入刑罰。

在當前數位化的時代，各種訊息的傳遞透過網路既快又廣，甚至網路上橫流來自國內外的大量假消息，已經造成當前社會上的重大議題。不實指摘或傳述足以毀損他人名譽之事，不僅侵害他人的名譽權與人格權，甚至亦會對公共利益造成影響，例如以仇恨性或歧視性言論毀損他人名譽而造成社會對立，甚至影響選舉結果，且其侵害與影響較過去更為快速而深遠，是科處刑罰仍有其正當性。

雖然如此，在具體適用上，固然刑事制裁有助於對名譽權與公共利益之保障，然而由於刑事制裁將造成對言論自由的寒蟬效應，而言論自由又為民主社會的重要基礎，應受到最大限度之維護，是以刑法第 310 條規定之刑罰，法院於具體個案上應謹慎適用，不宜過度擴張，以確保言論自由不會受到不當之限縮。於此觀點下，釋字第 509 號解釋所採取的「有相當理由確信其為真實」，或是後來實務上所發展出的「合理查證義務」與「真正惡意原則」，適度限縮刑罰的適用，亦有其正當性。本件判決在此脈絡下亦值得贊同。至於未來是否要修法，限縮誹謗罪的處罰範圍，例如僅處罰重大侵害名譽或損害公共利益情事，或甚

至除罪化而只保留民事責任，則屬於立法政策之問題。

由於本件判決明白要求表意人須盡「合理查證義務」，並採取「真正惡意原則」，則其對於名譽權與言論自由的保障，實際上有如何影響，值得探究。

三、「涉於私德而與公共利益無關」之判斷

首先，刑法第 310 條第 3 項前段所規定的真實抗辯原則，對於同條項後段但書所規定之「涉於私德而與公共利益無關」並無適用之餘地，其目的在於保障一般人之名譽權與隱私權，並限縮言論自由的範圍，縱使所指摘或傳述者為真實，仍應負刑事責任。

雖然如此，何謂「涉於私德而與公共利益無關」？其判斷有時並不明確。例如指稱他人有外遇，一般人之外遇可能屬私德而與公共利益無關，但演藝人員、教師、基層公務員、政務官、民意代表有外遇，是否都與公共利益有關？恐無法一概而論，應就具體個案，衡量表意人所指稱之事實其性質是否屬於公共性事務而定，而是否為公共性事務，則往往又與被指稱者的社會地位，特別是其所擔任的職務有關，如果擔任公職，而所指稱之事實雖屬私德之事，但會影響其職務之執行或有損其職務形象，則恐難以被認為與公共利益無關。

四、評論性言論屬言論自由保障範圍

一般而言，言論依其內容可以被分為「事實性言論」與「評論性言論」，後者為表意人的意見表達，並無真實與否的問題，應受言論自由的充分保障；前者所傳述者為

事實，則有真實與否之問題，始受刑法第 310 條所規範。

然而有時評論性言論是以一定之事實為基礎，兩者可能就不易區分。雖然如此，由於此種言論通常其係以評論為主，如果因為事實未能查證或證明為真實就不得為評論，將過度限縮評論與言論自由的空間。是以如果於發表評論言論時，對於其事實基礎的真實性有所保留，或其評論是在對於一定事實的假設前提下為之，仍應認為其屬評論性言論而受言論自由保障。

五、合理查證義務之認定與對言論自由之影響

釋字 509 號解釋所稱「依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者」，實務上如本意見書第 2 頁所引述，許多判決似乎將其理解為「合理查證義務」。本件判決明確地進一步要求必須就該證據之真實性（絕對或相對），負有依合理程序查證之義務。

至於查證要到何種程度才算是「合理」？本件判決主文僅提到「應充分考量憲法保障名譽權與言論自由之意旨，並依個案情節為適當之利益衡量」，雖甚為抽象，但在判決理由中，則較為具體地認為應該和該言論的公益論辯之貢獻度有關。與公益關連性較高之事項，如果要求盡更嚴謹的查證義務始能免責，則無異於限縮言論自由得批評公共事務的範圍，是以理論上應該要求較為寬鬆的查證；而與公益關連性較低之事項，僅具少量公益性格，個人名譽權之保護較具重要性，則應該要求較為嚴謹的查證。此一見解值得贊同。

除公益論辯貢獻度外，另一審酌之標準，應該是該言

論的散布方式與程度，散布程度愈廣的言論，社會大眾知悉與傳播的速度就愈快，對名譽權的影響也就愈大，所要求查證的嚴謹度就應該更高。就此以觀，透過各種大眾傳播媒體（包括有線或無線廣播、電視、平面媒體，以及公開網路）所為的散布，就應該盡更嚴謹的查證義務，始能免責。

值得注意者，本判決要求「合理查證義務」與釋字 509 號解釋要求「依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者」，兩者是否屬於相同概念，不無疑問。嚴格來說，提出證據是一回事，查證其是否真實又是另一回事。例如：有可能提出之證據，雖未經查證，或無從查證，但行為人依該證據之性質（例如清晰的照片、聊天對話記錄或甚至親身經歷），仍然確信其證據之真實性。

然而依本件判決之意旨，若未盡合理查證義務（包括完全未經查證、查證程度明顯不足等，本件判決理由第 75 段參照），縱使已經提出證據，且有相當理由確信其為真實，或甚至無明知或重大輕率之惡意情事（見下述），是否仍將因未盡查證義務而無從免責，似乎並不明確（自判決主文觀之，似乎是不得免責）。若因未盡合理查證義務而無從免責，雖然對名譽權的保障更為周延，但相對地，言論自由的空間似乎也將因而受到限縮，特別是公益論辯貢獻度高的事項，而傳播散布的方式有限的情形（例如只是透過電子郵件傳遞給少數友人，或是只是在少數成員的群組內轉發）。

六、本件判決採取真正惡意原則的影響

除了合理查證義務外，本件判決認為「即使表意人於合理查證程序所取得之證據資料實非真正，如表意人就該不實證據資料之引用，並未有明知或重大輕率之惡意情事者，仍應屬不罰之情形」，亦即雖然經過查證，然而如果嗣後證明其證據資料不真實，只有在表意人有明知或重大輕率之惡意的情形，才具有可罰性。

真正惡意 (actual malice) 原則是美國聯邦最高法院於 1964 年的 *New York Times v. Sullivan* 案所揭示，適用對象為政府官員，嗣後於他案又擴張到公眾人物，以保障批評者有較多的言論自由空間，具有強烈的公益性質。

要求必須具備真正惡意的誹謗言論始受刑事處罰，係限縮名譽權的保障而放寬言論自由的範圍，應該只是針對政府官員或公眾人物，且涉及公共事務而屬公共利益性質高的言論，始有其維護言論自由的正當性。然而我國本件判決並未區分政府官員、公眾人物或是一般人，一律適用真正惡意原則。其結果對於一般人所為之誹謗而言，只要其非屬刑法第 310 條第 3 項後段，縱使是公共利益性質低的言論，若事先經過查證，縱嗣後證實非真實，如果表意人未有明知或重大輕率情事之惡意亦可免責，是否是否過於寬鬆，而對於一般人民名譽權的保障有所不足，不無疑問。

此外，真正惡意原則和合理查證義務之關係究竟如何，亦值得探究。理論上，可以證明未有明知或重大輕率之惡意情形應有多端，是否業經合理查證只是其一。然而本件判決明示合理查證為義務，也是適用免責的前提，只要未為查證或未盡合理查證義務，似乎將完全無從主張未

有明知或重大輕率之惡意而免責的空間。如此一來，恐將限縮真正惡意原則的適用範圍，自此以觀，似乎又限縮言論自由保障的空間。

七、結語

本件判決認為刑法第 310 條並未違反憲法比例原則，亦與憲法第 11 條保障言論自由之意旨無違，本席雖表贊同，然而對於部分內容以及理由的論述仍有若干意見，謹提出以供參考，特別是本件判決一方面將「合理查證義務」當成免責之要件，恐將限縮言論自由的空間，似乎失之過嚴；另一方面，又不分誹謗之對象而一律適用「真正惡意原則」，對不具政府官員身分或非公眾人物之一般人之名譽保障，似乎又有所不足。